ISSN 2587-9723

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 5 / 2022

ЕЖЕГОДНИК

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 5 / **2022**
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 научно-исследовательской деятельности 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
Бекяшев 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	заведующий кафедрой финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 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
Янг Кай	декан факультета государственной юридической службы Восточно-китайского университета политических наук и права, доктор юридических наук, профессор права, Шанхай, Китай

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 6

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА БЕЗ ГРАНИЦ

Правовое регулирование промышленного и аграрного сектора экономики

Воронина Н. П. Юридические модели сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае 8

Елисеев В. С. О правовой эффективности государственного сектора экономики Китая 20

Прокурорский надзор. Судебная система

Чжан Цзихун, Цао Ицзюнь. Участие прокуратуры Китая в судебном процессе в общественных интересах по защите личной информации (часть I) 25

Ван Гэя. Институциональное совершенствование и судебное применение Книги о наследовании Гражданского кодекса КНР 37

Отческая Т. И. Участие прокурора в рассмотрении судами в Российской Федерации и Китайской Народной Республике дел по экономическим спорам (современный аспект). 46

Уголовное право

Пан Дунмэй, Го Дун-ян. Уголовно-правовое противодействие преступлениям, совершенным в виде «кредитной ловушки». 53

Противодействие терроризму

Хэ Шицин, Сюй Инда. Борьба с терроризмом и защита права на существование 64

Лун Чанхай. Криминологические особенности преступлений террористической направленности и экстремистских преступлений в КНР 73

Экологическое право

Дойников П. И. О правосубъектности животных в Средние века. 81

Искусственный интеллект и право

Ван Чуньмэй, Ван Цзинцзин. Правовой статус систем искусственного интеллекта 86

Репродуктивные права граждан в правовых системах России и Китая

Белова Д. А. Проблемы ответственности за вред, причиненный здоровью гражданина применением систем редактирования генома клеток зародышевой линии 93

Ищенко Н. С. Высокотехнологичные медицинские услуги: национальные и международные аспекты. 104

Османова Д. О. Договор суррогатного материнства: правовая квалификация и отдельные элементы содержания. 113

Гражданское право. Право социального обеспечения

Долинская В. В. Социализация лиц с ограниченными возможностями здоровья средствами частного права в Российской Федерации и Китайской Народной Республике 121

Чжу Сюэлинь. Осуществление прав на расторжение соглашений о добровольном опекунстве в соответствии с Гражданским кодексом Китая. 128

Защита авторских прав

Моргунова Е. А. Правовая охрана объектов авторских прав в условиях развития креативных индустрий 141

Конкурентное право

Ван Хайцзюнь. Современная трансформация и новое развитие российской системы конкурентного права 147

Административное право

Глазунова И. В. О целях административного реформирования как факторах формирования методов административно-правового регулирования 156

Ха Шуцзюй, Чжан Юепин. Принцип верховенства закона в местном управлении в КНР: теория и практика 163

Нечевин Д. К. Незаконная миграция населения: опыт зарубежных стран (часть II) 175

Философия права

Чжао Юньфэн. Размышления о возможности познания противоправности 187

Современные коммуникационные проблемы научного общения

Буденная С. Ю. Специфика межкультурного профессионального общения представителей правовых культур России и КНР. 198

Ян Чанъюй. Общие черты и различия языковой политики в русскоязычных странах по маршруту «Пояса и пути» 202

Слово к читателям

Concordia parvae res crescunt,
discordia maximae dila buntur.

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

Гай Саллюстий Крисп, древнеримский историк

Российско-китайские отношения характеризуются высокой динамикой развития, прочной правовой базой, разветвленной организационной структурой и активными связями на всех уровнях.

Дружба между двумя странами имеет долгую историю, в том числе и в сфере науки и образования. Сегодня и Китай, и Россия находятся на стадии реформ в политической, экономической и социальной сферах и, соответственно, ведутся социальные и правовые преобразования. Китай и Россия исторически занимают совершенно особое место среди мировых держав — «неудобное» для западной цивилизации.

Будучи двумя державами на глобальных развивающихся рынках, они неизбежно столкнутся с многими юридическими проблемами и юридическими дилеммами, при этом должны учиться на опыте друг друга и извлекать уроки. Издание нашего Ежегодника дает нам хорошую возможность учиться друг у друга и совершенствоваться вместе.

Высшее образование в Китае и России также имеет долгую историю. Становление и развитие системы знаний по многим дисциплинам в Китайской Народной Республике находятся под глубоким влиянием России, и наука права не является исключением. В контексте стыковки между китайской инициативой «Один пояс, один путь» и российской инициативой Евразийского экономического союза обмены и сотрудничество между юридическими кругами Китая и России имеют особое значение.

Представленный очередной номер ежегодника «Юридическая наука в Китае и России» обеспечивает открытую и беспрепятственную коммуникационную платформу для академических юридических кругов двух стран.

Мы уверены в том, что юристами из Китая и России на этой платформе обмен мнениями, идеями и проведение углубленных диалогов, безусловно, внесут важный вклад в развитие правовых дисциплин и построение правового государства в наших двух странах.

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

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

亲爱的朋友们！

一言既出，驷马难追

Если слово сказано — его не догнать и на четвёрке коней.

If the word is said , you can 't catch up with him on four horses.

中国与俄罗斯两国一衣带水、唇齿相依。中俄两国边境线是中国最长的边境线，两国之间的友谊有着悠久的历史，两国之间的法律交流也源远流长。如今，中俄两国都处于政治、经济和社会发展的改革阶段，都在经历着社会和法律的转型，都面临着借鉴欧美国家有益法治经验和继承本国传统法律文化精华的抉择。作为全球新兴市场中两个重量级的大国，必然有着很多共同面对的法学问题和需要彼此学习经验及汲取教训的法制困境。本学术期刊《中俄法学》的出版，为我们相互学习、共同提高提供了良好契机。

中俄两国的高等教育源远流长。我国不少学科知识体系的建立和发展都深受俄罗斯的影响，法学学科也不例外。在中国“一带一路”倡议和俄罗斯“欧亚经济联盟”倡议对接的背景下，中俄法学界之间的交流与合作意义尤为重大。本刊《中俄法学》为两国法学界提供了一个开放畅通的交流平台。

我们相信，中俄双方的法学专家在这个平台上切磋观点、碰撞思想，进行深度的对话与交流，必将为两国法学学科建设、为两国法治建设做出重要贡献。

俄方主编

什帕科夫斯基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

Правовое регулирование промышленного и аграрного сектора экономики

Юридические модели сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае
Legal Models of Agricultural Credit Cooperation in Russia and China

Н. П. Воронина,
доктор юридических наук,
профессор кафедры экологического
и природоресурсного права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Россия
nvoroninamgua@yandex.ru

N. P. Voronina,
Dr. Sci (Law), Professor
of Department of Environmental
and Natural Resources Law
of the Kutafin Moscow State Law
University (MSAL),
Moscow, Russia
nvoroninamgua@yandex.ru

© Воронина Н. П., 2022

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.008-019

Аннотация. *В настоящей статье представлен компаративный анализ правового регулирования сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае. Раскрыта историко-правовая эволюция становления и развития сельскохозяйственной кредитной кооперации в этих странах, обозначены современные тенденции. Сформулированы юридические модели сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае.*
Ключевые слова: *юридическая модель, сельскохозяйственная кредитная кооперация, Россия, Китай.*

Abstract. *This article presents a comparative analysis of the legal regulation of agricultural credit cooperation in Russia and China. The historical and legal evolution of the formation and development of agricultural credit cooperation in these countries is revealed, current trends are outlined. Legal models of agricultural credit cooperation in Russia and China are formulated.*
Keywords: *legal model, agricultural credit cooperation, Russia, China.*

Сельскохозяйственная кредитная кооперация является одной из наиболее востребованных форм сельскохозяйственной кооперации в мире. Сельскохозяйственные кооперативы занимают особое место среди иных видов кооперативов. На их долю, по данным Международного кооперативного альянса (МКА), приходится 30 % всех кооперативов мира[1]. В ряде зарубежных стран кооперативный сектор является важнейшим сектором экономики, наряду с государственным и частным (так называемый третий сектор экономики). Сельскохозяйственные кооперативы успешно взаимодействуют с кооперативами и организациями иных видов и форм.

Социально-экономическая природа сельскохозяйственной кооперации проявляется через следующие функциональные признаки:

— в экономическом смысле кооперативы принадлежат своим членам, что позволяет использовать формы и модели, привлекательные для малоимущих сельских граждан, добиваться увеличения их доходов[2];
— сельскохозяйственные кооперативы объединяют ресурсы своих членов, что позволяет последним участвовать в сельскохозяйственной деятельности, распределять прибыль, создавать экономию, совместно делить риски, укреплять свои позиции как покупателей и продавцов на рынке;
— сельскохозяйственные кооперативы интегрируют малые формы хозяйствования, что позволяет производить продукцию на конкурентной основе, снижают производственные издержки, укрепляют продовольственную безопасность и обеспечивают устойчивое развитие сельских районов.

Как отмечал еще А. Чаянов, «если мы всмотримся в состав крестьянского хозяйства... то легко сможем убедиться в том, что для целого ряда отраслей его крупная форма дает сразу непосредственно большую выгоду»[3]. Значение сельскохозяйственных кредитных кооперативов состоит в том, что они обеспечивают своим членам более доступные финансовые услуги и осуществляют финансирование сельскохозяйственного производства.

В России первые кредитные кооперативы появились в XIX в. Первым потребительским кооперативом, осуществлявшим и кредитование, являлась «Большая артель», созданная декабристами. 2 марта 1831 г. был утвержден устав «Большой артели», согласно которому основными целями объединения декабристов являлись «удовлетворение потребностей в денежных средствах каждого лица и обеспечение общественных издержек»[4]. Кооперативная организация управления, свобода вступления и выхода из артели, формирование паевого фонда, наличие устава и демократический контроль свидетельствуют о кооперативной природе этого объединения.

С 1834 г. в Петровском Заводе стала функционировать «Малая артель», целью создания которой было оказание помощи декабристам, выходящим на поселение. Помимо этого, «Малая артель» осуществляла кредитование жителей Петровского Завода, предоставляя им кредиты под невысокий процент (от 2 до 10 %) на покупку инструментов и материалов, на строительство домов. Источниками формирования уставного капитала «Малой артели» являлись 10 % от части общественных сумм «Большой артели», направляемой на личное потребление ее членов; 10 % от заработка декабристов и средства экономического фонда «Большой артели»[5]. В целом «Малая артель» функционировала очень эффективно и просуществовала более 50 лет.

Обобщение вышесказанного позволяет заключить, что уже в 30-х гг. XIX века в России существовал потребительский кооператив, занимающийся кредитованием своих членов. Но, поскольку помимо ссудных функций эта организация осуществляла и иную деятельность, представляется справедливым вывод о том, что история специализированных кредитных кооперативов в России ведет свое начало с середины 60-х гг. XIX в. Этому предшествовало несколько предпосылок: преобладание сельского населения над городским, отмена крепостного права в 1861 г., земельная реформа, появление спроса крестьян в заемных средствах для приобретения семян, удобрений и сельскохозяйственного инвентаря, выплата налоговых платежей в денежной форме.

Существовавшие в то время учреждения мелкого кредита были сословными, поэтому они не могли удовлетворить спрос крестьян. В связи с отсутствием механизма кредитования сельскохозяйственных товаропроизводителей сельские жители были вынуждены обращаться за займами к ростовщикам. Но высокий ссудный процент и краткосрочность кредитов носили для крестьян

---

[1] См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Кооперативы в процессе социального развития и проведения Международного дня кооперативов» (Шестьдесят шестая сессия Генеральной Ассамблеи ООН, 13 июля 2011 г.) // URL: http://www.ica.coop (дата обращения: 29.09.2012).

[2] См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Кооперативы в процессе социального развития и проведение Международного дня кооперативов».

[3] *Чаянов А.* Краткий курс кооперации. М. : Кооперативное издательство, 1925. С. 6.

[4] *Никонова С. В.* Пионеры российской кооперации. Чита : ЗИП СУИК, 2001. С. 11.

[5] *Днепровский С. П.* Кооператоры в 1898—1968 годах. М., 1968. С. 25.

столь кабальный характер, что многие исследователи, например, М. Л. Хейсин, видели в появлении ростовщичества основную причину зарождения сельскохозяйственной кредитной кооперации в России[6].

Первое российское ссудо-сберегательное товарищество было образовано братьями Луганиными в селе Дороватово Рождественской волости Ветлужского уезда Костромской губернии в 1865 г. Единственным источником права для данного учреждения мелкого кредита являлся устав самого юридического лица, утвержденный постановлением министра финансов 22 октября 1965 г.[7] Основными целями деятельности этого товарищества являлись привлечение денежных средств жителей с выплатой им процентов по вкладам, а также предоставление членам товарищества ссуд «на возможно менее обременительных условиях»[8].

Для достижения вышеуказанных целей была необходима особая организация кредита, отличавшую бы эту организационно-правовую форму кредитных учреждений от сословных кредитных учреждений. Следовательно, ссудо-сберегательное товарищество должно было использовать принципиально новые, отличные от существовавших подходы кредитования, такие как локальность, открытость, самоуправление, равноправие членов, паевое начало, один из равных паев, финансовая самостоятельность товариществ, оплата труда руководителей, ограничение распределения прибыли на паевой взнос, кредитное обслуживание только членов товарищества, краткосрочность кредитования.

В первые годы сельскохозяйственной кредитной кооперации ее развитие было крайне медленным. Развитию препятствовала сложная процедура регистрации товариществ — уставы ссудо-сберегательных товариществ подлежали одобрению министра финансов Российской империи.

В 1872 г. был утвержден типовой устав ссудо-сберегательного товарищества. По-прежнему участвовать в сельскохозяйственной кредитной кооперации могла лишь небольшая часть сельских жителей.

Сдерживание развития кредитной кооперации было обусловлено социально-экономическими, политическими и правовыми факторами, среди них:

— полунатуральное хозяйство;
— отсутствие спроса на оборотные средства для хозяйственных целей;
— большая кредиторская задолженность крестьян перед товариществами, исчисляемая десятками лет;
— краткосрочный характер кредитования, в то время как производство сельскохозяйственной продукции в силу объективных причин — продолжительный процесс;
— прекращение кредитования товариществ земствами;
— некомпетентность исполнительных и контрольно-ревизионных органов товариществ при решении таких вопросов, как оценка платежеспособности, предоставление отсрочек по кредитам, оценка обеспечения обязательств.

Помимо этого, распространение идеи кооперативного кредита среди российского крестьянства сдерживалось вековыми устоями общины, препятствовавшими приспособлению крестьян к таким новым экономическим категориям, как срочность, платность и возвратность кредитов.

Но основными причинами сдерживания роста кредитной кооперации было то, что она была представлена только ссудо-сберегательными товариществами с их паевым началом, а также коллизии и правовые пробелы законодательства. Не был приспособлен к российским условиям образцовый устав ссудных товариществ 1872 г. (паевое начало, большая сумма пая, небольшой срок для внесения пая полностью — три месяца и т.д.)[9].

1 июня 1895 г. было принято новое Положение об учреждениях мелкого кредита[10]. На основании этого правового акта в 1896 г. были разработаны образцовые уставы кредитных и ссудо-сберегательных товариществ. Кроме того, были приняты примерные правила посреднических и залоговых операций, правила проведения собраний уполномоченных[11].

Юридический анализ указанных правовых актов свидетельствует, что в правовом регулировании кооперативных учреждений мелкого кредита произошли глубокие положительные изменения. Основная правовая новелла состояла в том, что в России был разрешен к открытию новый вид кооперативных товариществ — кредитные товарищества, главное преимущество которых состояло в их беспаевом начале, что позволило привлечь в кооперацию значительную часть сельских жителей — малоимущее крестьянство.

Основная функция кредитных и ссудо-сберегательных товариществ состояла в предоставлении кредитов крестьянам для их хозяйственных нужд. Осуществлялось как краткосрочное (до 12 меся-

---

[6] См.: *Хейсин М. Л.* История кооперации в России. Л., 1926. С. 19.
[7] Собрание узаконений и распоряжений Правительства. 1865. № 108.
[8] *Маслов С. Л.* Сельскохозяйственная кооперация: ее формы, значение, задачи. М., 1922. С. 11.
[9] См.: *Хейсин М. Л.* Кредитная кооперация. М., 1923. С. 48.
[10] Полное собрание законов Российской империи. 1899. № 11797.
[11] См.: *Обухов Н. П.* О развитии мелкой кредитной кооперации (исторический очерк) // Финансы. 1995. № 9.С. 45.

цев), так и долгосрочное (до 5 лет) кредитование. Размер кредита определялся, исходя из кредитоспособности должника и предоставленного обеспечения исполнения обязательства. Новое Положение разрешало выдачу кредитов под залог движимого и недвижимого имущества. Как показывает практика, в основном вносились в залог вненадельные земли, сельскохозяйственный инвентарь и сельскохозяйственная продукция.

Кардинально новым в деятельности кредитных и ссудо-сберегательных товариществ стало разрешение осуществлять им посредническую деятельность[12].

Изменения в кооперативном регулировании затронули институт самоуправления в товариществе. Положением 1895 г. был введен новый орган управления — собрание уполномоченных.

Появление новой организационно-правовой формы кооперативных товариществ повлекло за собой изменение кооперативного института ответственности. Поскольку кредитные товарищества функционировали на беспаевой основе, для них, в отличие от ссудо-сберегательных товариществ, были неприменимы ни неограниченная, ни ограниченная в размере, кратном паю, ответственность. Поэтому законодатель применил новый критерий в определении ответственности — зависимость от открытого члену товарищества кредита.

Положение 1895 г. предусмотрело возможность создания союзов учреждений мелкого кредита. В 1895—1911 гг. наблюдается рост союзов кредитных и ссудо-сберегательных товариществ и, поскольку в этот период времени в систему кредитной кооперации входили только первичные кооперативные товарищества и их союзы, систему кредитной кооперации можно охарактеризовать как двухуровневую.

Дальнейшее развитие кредитной кооперации свидетельствует о стремительном росте числа создаваемых ссудо-сберегательных и кредитных товариществ. Выход крестьян из общины привел к росту кредитоспособности сельских жителей, рационализация землепользования, увеличение товарности крестьянского хозяйства обусловили спрос на сельскохозяйственные машины, удобрения, повысили требования к организации кредита и формированию систем снабжения и сбыта сельскохозяйственной продукции. 7 июня 1904 г. было утверждено новое Положение об учреждениях мелкого кредита[13], значительно отличавшееся от предыдущего Положения об учреждениях мелкого кредита. Новеллы правового регулирования обусловили в 1905—1914 гг. рост количества кредитных и ссудо-сберегательных товариществ почти в 10 раз[14]. В 1912 г. кооперативными товариществами был создан Московский народный банк.

Изменение социально-экономических и политических условий, обусловливающих функционирование кооперации, повлекло кардинальное обновление кооперативного законодательства. Это выразилось в принятии 20 марта 1917 г. Положения о кооперативных товариществах и их союзах[15]. Главной правовой новеллой Положения 1917 г. являлась закрепленная нормативно дефиниция кооперативного товарищества. Под ним понималось товарищество с переменным составом и капиталом, которое имеет целью содействовать материальному и духовному благосостоянию своих членов посредством совместной организации разного рода хозяйственных предприятий и труда своих членов.

Данное определение было единым для кооперативных товариществ всех форм, в том числе кредитных и ссудо-сберегательных. Это свидетельствует о стремлении унифицировать общие правовые понятия во всем кооперативном праве и придать кооперативам универсальный характер. С одной стороны, включение кредитных и ссудо-сберегательных товариществ в единую систему кооперации является обоснованным, так как природа и принципы функционирования этих товариществ являются кооперативными, поэтому общее правовое регулирование всех видов кооперации, включая и кредитную, необходимо. Но с другой — общие правовые нормы обязательно должны быть конкретизированы в специальном законодательстве о кредитной кооперации, поскольку эти виды товариществ обладают специальной, отличной от иных кооперативов правоспособностью.

Исходя из определения кооперативного товарищества, можно выделить его следующие правовые признаки:

— основано на свободном открытом членстве;
— действует только в интересах своих членов;
— цель кооперативного товарищества — достижение материального и духовного благосостояния членов в областях производства и потребления путем либо организации крестьянских хозяйств отдельных членов, либо организации хозяйственного механизма кооператива, либо организации труда членов товарищества;
— может быть истцом и ответчиком в судебных органах.

В данном Положении содержался примерный перечень видов кооперативных товариществ,

[12] См.: *Тотомианц В. Ф.* Кооперация в русской деревне. М., 1912. С. 308.

[13] Полное собрание законов Российской империи. СПб., 1907. Т. 24. № 24737.

[14] См.: Сборник статико-экономических сведений по сельскому хозяйству России и иностранных государств. Год 10-й. Пг., 1917. С. 558—559.

[15] Собрание узаконений и распоряжений Правительства. 1917. № 72.

действующих в сфере как производства, так и потребления. Разрешалось создание как специализированных кооперативов (например, кредитных и ссудо-сберегательных), так и товариществ смешанного типа, т.е. универсальных товариществ. Существенным нововведением явилось установление явочно-регистрационного порядка создания кооперативных товариществ. Наряду с уставным порядком образования кооперативных товариществ новый документ предоставил возможность создавать товарищества и по гражданско-правовому договору.

Достаточно подробно Положение регламентировало порядок учреждения и функционирования союзов кредитных и ссудо-сберегательных товариществ, образующих второй уровень системы кооперативного кредита. Основной новеллой являлось разрешение создавать как однородными, так и разнородными кооперативными товариществами единый союз. Союзы могли быть созданы как на договорной, так и на уставной основе. Были узаконены съезды представителей кооперативного движения, которые сыграли важную роль в развитии кооперативного движения[16].

После Октябрьской революции 1917 г. советская власть первоначально благосклонно отнеслась ко всей кооперации, в том числе и кредитной, так как она объединяла мелких и средних сельских товаропроизводителей, а не крупный частный капитал, поэтому не подлежала национализации. Вместе с тем в это время существенно меняется государственная политика по отношению к кооперации. Новая государственная концепция и состояла в стремлении превратить независимую кооперацию в разновидность государственного аппарата. Основной упор был сделан на кредитную кооперацию, так как советская власть считала кредитную кооперацию «самой недемократичной частью кооперации».

Советское государство пыталось создать собственную социалистическую систему кредитования сельского хозяйства. Декретом СНК РСФСР от 2 ноября 1918 г. «Об образовании специального фонда на мероприятия по развитию сельского хозяйства»[17] было предусмотрено создание специального фонда для кредитования сельского хозяйства с целью его улучшения и переустройства на социалистических началах.

В 1918 г. Московский народный банк был национализирован и реорганизован в форме слияния с Народным банком РСФСР.

Принятый 27 января 1920 г. Декрет СНК «Об объединении всех видов кооперативных организаций»[18] предписывал провести реорганизацию кредитных и ссудо-сберегательных товариществ и их союзов в форме слияния с потребительскими обществами и союзами.

Относительно кредитной кооперации политика кооперативного интеграла была приоритетной до января 1922 г. Это было обусловлено тем, что, несмотря на восстановление в первые месяцы нэпа потребительской, промысловой и сельскохозяйственной форм кооперации, кредитная кооперация как самостоятельная кооперативная система в 1921 г. уже не существовала.

Создание специализированных кредитных кооперативов было разрешено Декретом ВЦИК и СНК РСФСР от 24 января 1922 г. «О кредитной кооперации»[19]. Он регулировал деятельность кредитных и ссудо-сберегательных кооперативов, создаваемых для предоставления своим членам производственных ссуд.

7 января 1927 г. было принято постановление ЦИК и СНК СССР «Об утверждении Положения о системе сельскохозяйственного кредита»[20], а правовые основы функционирования кредитных кооперативов устанавливались постановлением ЦИК и СНК СССР «О кооперативном кредите» от 18 января 1927 г.[21]

Декрет от 13 февраля 1929 г. «О системе сельскохозяйственного кредита» предписывал во взаимоотношениях между низовыми звеньями системы сельскохозяйственного кредита и республиканским банком использовать не более одного посредника: или общество сельскохозяйственного кредита, или кредитный союз.

Поскольку своей основной задачей Советское государство считало создание государственной системы сельскохозяйственного кредита без участия коммерческих посредников, необходимо было реформировать кредитные отношения. Основные цели и порядок проведения кредитной реформы были изложены в постановлении ЦИК и СНК СССР «О кредитной реформе», принятом 30 января 1930 г.[22]

На основании данного правового акта Центральный сельскохозяйственный банк был реор-

[16] См.: *Воронина Н. П.* Кооперативные съезды и их роль в развитии законодательства о сельскохозяйственной кооперации в России // История государства и право. 2014. № 14. С. 14—19.

[17] Собрание узаконений рабочего и крестьянского Правительства РСФСР. 1918. № 81. Ст. 856.

[18] Собрание узаконений рабочего и крестьянского Правительства РСФСР. 1920. № 6. Ст. 37.

[19] Собрание узаконений рабочего и крестьянского Правительства РСФСР. 1922. № 12. Ст. 110.

[20] Собрание законов и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства СССР (далее — СЗ СССР). 1927. № 4. Ст. 39.

[21] СЗ СССР. 1927. № 35. Ст. 364.

[22] СЗ СССР. 1930. № 8. Ст. 98.

ганизован во Всесоюзный сельскохозяйственный кооперативно-колхозный банк, а республиканские сельскохозяйственные банки и общества сельскохозяйственного кредита — в филиалы этого банка.

Таким образом, в ходе первого этапа кредитной реформы была создана двухуровневая система сельскохозяйственного кредита, низшим звеном которой являлись кредитные товарищества. 20 марта 1931 г. было принято постановление СНК СССР «Об изменениях в системе кредитования, укрепления кредитной работы и обеспечении хозяйственного расчета во всех хозяйственных органах»[23]. Этот правовой акт установил, что необходим переход от коммерческого кредита к прямому банковскому кредитованию, поэтому были ликвидированы Всесоюзный сельскохозяйственный кооперативно-колхозный банк и кредитные товарищества. Функции банка были переданы Государственному банку, а кредитные кооперативы превращены в филиалы Госбанка.

Возрождение кредитной кооперации в России началось в 1991—1992 гг. с появления кредитных союзов, создаваемых по нормам Закона РФ от 19 июля 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах в Российской Федерации)». Первые сельскохозяйственные кредитные кооперативы появились в Волгоградской области.

В настоящее время правовую основу деятельности сельскохозяйственных кредитных кооперативов составляет Гражданский кодекс РФ[24] (далее — ГК РФ), Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. № 92-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»[25] (далее — Закон о сельхозкооперации), Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»[26], акты Центробанка России. Также в России действует Федеральный закон от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации»[27] (далее — Закон № 190-ФЗ), но к деятельности сельскохозяйственных кредитных кооперативов он не применим (ч. 2 ст. 1 Закона № 190-ФЗ).

Концептуальные положения развития сельскохозяйственной кредитной кооперации содержатся в документах стратегического планирования, направленных на обеспечение продовольственной безопасности[28], развитие сельского хозяйства[29] и сельских территорий[30], сельскохозяйственной кооперации[31].

Они определяют прежде всего роль сельскохозяйственных кооперативов, в том числе и кредитных, в развитии АПК и сельских территорий.

В частности, Стратегия сельских территорий предусматривает, что «развитие сельскохозяйственной кооперации должно стать ключевым направлением повышения уровня доходов сельских жителей, поскольку сельскохозяйственные кооперативы различных видов решают задачи повышения доли сельскохозяйственных товаропроизводителей в конечной цене реализации его продукции, обеспечения доступа своих членов к заемным ресурсам, снабжения продукцией производственного назначения и обеспечения заня-

[23] СЗ СССР. 1931. № 18. Ст. 166.

[24] Российская газета. 1994. 30 нояб.

[25] СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

[26] Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru, 23.12.2013.

[27] СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3627.

[28] Указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах Российской Федерации на период до развития 2024 года» // Российская газета. 2018. 9 мая ; Указ Президента РФ от 21 июля 2020 г. № 474 «О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года» // Российская газета. 2020. 21 июля ; Доктрина продовольственной безопасности Российской Федерации. Утверждена Указом Президента РФ от 21 января 2020 г. № 20 // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://www.pravo.gov.ru, 21.01.2020.

[29] Распоряжение Правительства РФ от 29 октября 2021 г. 3052-р «Об утверждении стратегии социально-экономического развития Российской Федерации с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 года» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru, 01.11.2021 ; постановление Правительства РФ от 14 июля 2012 г. № 717 «Государственная программа развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия» // СЗ РФ. 2012. № 32. Ст. 4549 ; распоряжение Правительства РФ от 12 апреля 2020 г. № 993-р «Об утверждении Стратегии развития агропромышленного и рыбохозяйственного комплексов Российской Федерации на период до 2030 года» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://www.pravo.gov.ru, 15.04.2020.

[30] Стратегия устойчивого развития сельских территорий Российской Федерации на период до 2030 г. Утверждена распоряжением Правительства РФ от 2 февраля 2015 г. № 151-р // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://www.pravo.gov.ru, 06.02.2015.

[31] Национальный проект «Малое и среднее предпринимательство и поддержка индивидуальной предпринимательской инициативы» (паспорт проекта утвержден президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24 декабря 2018 г. № 16) // СПС «КонсультантПлюс». Официально не опубликован.

тости посредством совместного использования основных фондов». Признается, что «развитие сельскохозяйственной кооперации является необходимым условием обеспечения рентабельности сельскохозяйственного производства, сохранения занятости в сельской местности, повышения покупательной способности сельского населения и, в конечном счете, устойчивого развития сельских территорий»[32].

В нашей стране сельская кооперация интегрирована в механизм развития малого и среднего предпринимательства. Федеральный проект «Создание системы поддержки фермеров и развитие сельской кооперации» направлен на создание условий для повышения занятости и доходов сельского населения, вовлеченного в сельскохозяйственную кооперацию, вовлечение продукции личного подсобного хозяйства (далее — ЛПХ) в товарооборот, повышение конкурентоспособности продукции, производимой малыми формами хозяйствования, рост доходности крестьянских (фермерских) хозяйств (далее — КФХ), стимулирование прироста количества КФХ и сельскохозяйственных кооперативов, оптимизацию реализуемых механизмов государственной поддержки КФХ и сельскохозяйственных кооперативов в целях содействия производству и сбыту их сельскохозяйственной продукции. В рамках этого проекта к 2024 г. планируется вовлечь в сельскую кооперацию 126 тыс. человек.

Как и в России, в Китае сельскохозяйственная кооперация развивалась неравномерно, проходя этапы подъемов и спадов, но каждый новый толчок к развитию кооперации давали земельные и аграрные преобразования.

Первые сельскохозяйственные кооперативы в Китае появились в 1912 г.[33] Первый кооперативный правовой акт был принят в первой половине XX в., затем создан кооперативный союз, объединивший 47 тыс. кооперативов и свыше 2 млн членов. К 1944 г. существовало 160 тыс. первичных кооперативов с численностью более чем 15 млн человек.

Затем сельскохозяйственные производственные кооперативы стали создаваться на базе бригад как «производственных объединений, действующих на социалистических началах»[34]. Правовую основу их деятельности определяли Примерные уставы сельскохозяйственного производственного кооператива 1955 и 1956 гг.

В 1958—1959 гг. происходит объединение сельскохозяйственных производственных кооперативов в народные коммуны. Выплаты крестьянам за внесенные ими средства производства были прекращены, оплата труда стала производиться не в зависимости от результатов труда, а на уравнительной основе.

В конце 70-х — начале 80-х гг. XX в. развивается семейный подряд.

Как и в России, в КНР стремительное развитие сельских кредитных кооперативов связано с аграрной реформой, направления которой обозначены в Законе КНР «Об управлении землей» (1986). Одно из них — развитие сельских кредитных кооперативов. 20 августа 1987 г. были приняты Временные положения «Об управлении финансовыми средствами сельских кредитных кооперативов». На сельские кредитные кооперативы возложена функция удовлетворения кредитных потребностей сельскохозяйственных производственных кооперативов и сельского населения. Несмотря на то, что кредитные кооперативы в сельской местности функционируют с 70-х гг. XX в., до недавнего времени они не играли значительной роли в кредитовании сельского хозяйства, и лишь начавшееся в 1996 г. реформирование системы сельских кредитных кооперативов позволило им стать вторым по объему источником кредитования сельского хозяйства.

В соответствии с решением Государственного совета Китая «О реформе денежной системы в деревне» 1996 г. основными задачами реформы системы кредитных кооперативов стали превращение их в настоящие кооперативные организации, восстановление их демократического управления, переход к самоокупаемости[35].

Одновременно было признано, что одним из основных элементов банковской системы Китая должны быть городские и сельские кооперативные банки, созданные путем объединения городских и сельских кредитных кооперативов[36]. Правовую основу сельских кредитных кооперативов в Китае составляют принятые Сельскохозяйственным банком и Народным банком Китая Временные положения «Об управлении финансовыми средствами сельских кредитных кооперативов» от 20 августа 1987 г., решение Государственного Совета КНР «О реформе денежной системы в деревне»[37]. Помимо этих правовых актов, важным источником регулирования сельской кредитной

[32] Стратегия устойчивого развития сельских территорий. Подразд. 2 разд. V.
[33] URL: http://www.levitan.jimdo.com/кооперация/кооперативы/ (дата обращения: 26.07.2014).
[34] Земельный вопрос / Е. С. Строев, С. А. Никольский, В. И. Кирюшин [и др.] ; под ред. Е. С. Строева. М. : Колос, 1999. С. 405.
[35] Документ Центрального комитета Коммунистической партии Китая и Государственного Совета. 1996. № 33.
[36] См.: *Шевель И.* Реформа банковской системы Китая // Проблемы дальнего Востока. 1999. № 5. С. 20.
[37] Документ Центрального комитета Коммунистической партии Китая и Государственного Совета. 1996. № 33.

кооперации является Типовой устав сельского кредитного кооператива, утвержденный Народным банком Китая в 1996 г.[38]

Осуществление депозитарных, кредитных и расчетных операций кредитных кооперативов происходит, в отличие от России, на основании Закона КНР от 10 мая 1995 г. «О коммерческих банках»[39].

В 90-х гг. прошлого века в КНР действовали 55,9 тыс. кредитных кооперативов, система которых включала 31,9 тыс. отделений и 280,5 тыс. представительских пунктов[40].

Основное направление аграрной реформы на современном этапе[41] — модернизация сельскохозяйственного производства и деревни, направленная на «развитие и использование современных материальных условий для вооружения сельского хозяйства, современной науки и техники, системы современных отраслей, современных форм хозяйствования; современной концепции развития для руководства сельским хозяйством; воспитание нового типа крестьянина для развития современной аграрной экономики»[42].

В аграрной теории сформированы три концепции модернизации АПК КНР.

Первая концепция состоит в том, что основной ячейкой системы сельскохозяйственного производства должны быть семейные хозяйства подрядного типа. Впоследствии эволюционно должна произойти концентрация всех ресурсов в крестьянских дворах и созданных ими кооперативных хозяйствах.

Вторая концепция — развитие крупных хозяйственных предприятий, основанных на аренде земли, принадлежащей семейному подряду, при этом члены семейных дворов становятся наемными работниками этих предприятий.

Третья концепция является синтезом двух предыдущих концепций и состоит в многообразии участников хозяйственной деятельности в агропродовольственном комплексе: от крупных предприятий до крестьянских дворов и специализированных кооперативов[43].

В каждой концепции сельскохозяйственные кооперативы играют важнейшую роль. В связи с этим при пересмотре в 2002 г. Закона о сельском хозяйстве в него были включены дополнительные статьи о кооперативах. Обладая организационно-правовой и имущественной самостоятельностью, кооперативы объединяются в горизонтальные и вертикальные интеграционные структуры. Также в КНР идет процесс специализации кооперативов[44]. Кроме «чистых» кооперативов, в Китае действуют смешанные акционерно-кооперативные общества (аналог российских народных предприятий). Таким образом, «в кооперативном секторе Китайской Народной Республики… представлены разные типы кооперативов»[45].

За последние 40 лет сельское хозяйство КНР достигло значительных результатов, среди которых увеличение объема сельскохозяйственного производства; увеличение доли животноводства и рыболовства; рост экспорта сельскохозяйственной продукции; увеличение доходов сельскохозяйственных товаропроизводителей и др. Но есть и проблемы: недостаточность экологизации сельского хозяйства, рост издержек производства, кадровые сложности и др. Одно из решений — развитие многообразных форм осуществления сельскохозяйственной деятельности, включая сельскохозяйственные кооперативы[46].

Сельскохозяйственные кооперативы, в том числе и кредитные, принимают непосредственное участие в проводимых правительством мероприятиях по сокращению масштабов нищеты, связанных с технической подготовкой и оказанием помощи неимущим в создании специализированных кооперативов. Местные органы власти

[38] См.: *Бони Л. Д.* Формирование рынка в китайской деревне // Макроэкономическое регулирование аграрной сферы в КНР в 90-е годы : информационный бюллетень. 1999. С. 41—45.

[39] Проблемы экономического развития и сотрудничества в Северо-Восточной Азии : информационные материалы. Вып. 6 : Финансово-кредитные рычаги регулирования экономики в КНР. М., 1998. Ч. 2. С. 76—95.

[40] *Быстров Г. Е.* Правовые проблемы земельной и аграрной реформ в зарубежных странах: теория, практика, итоги, перспективы. Минск : БГЭУ, 2001. С. 173.

[41] В настоящее время нормативную основу государственной аграрной политики составляют решения Коммунистической партии Китая: документ ЦК КПК № 1. 2010 г., Программа развития современного сельского хозяйства 2007 г., утв. 5-м Пленумом ЦК КПК 16-го созыва.

[42] См.: *Бони Л. Д.* Модернизация сельского хозяйства // Основные отрасли и сферы экономики современного Китая : сборник : в 2 кн. / отв. ред. А. В. Островский ; сост. П. Б. Каменов. М. : ИДВ РАН, 2012. С. 6.

[43] См.: *Бони Л. Д.* Модернизация сельского хозяйства. С. 12—13.

[44] К 2010 г. количество специализированных сельскохозяйственных кооперативов по механизации сельхозработ составило 20 тыс. единиц (см.: *Бони Л. Д.* Модернизация зерновой отрасли // Основные отрасли и сферы экономики современного Китая : сборник : в 2 кн. / отв. ред. А. В. Островский ; сост. П. Б. Каменов. М. : ИДВ РАН, 2012. С. 81.

[45] *Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я.* Современное развитие кооперативного сектора экономики в странах Восточной Азии // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2019. № 5. Ч. 3. С. 52.

[46] См.: *Куракин А. А.* Китайско-российская конференция «Сельское возрождение» // Крестьяноведение. 2018. Т. 3. № 2. С. 189—191.

«создают благоприятные условия для развития кооперативов с участием крестьян, городской бедноты и безработных, предоставляя кооперативам льготные условия налогообложения и кредитования»[47]. Осуществляются подготовка и обучение руководителей кооперативов — в КНР действует Национальная ассоциация кооперативов, которая проводит совещания и конференции в целях поощрения обмена опытом и передовой практикой в области развития кооперативов.

Основные направления современного реформирования кооперативной системы направлены «на создание платформ электронной торговли, позволяющих не только обеспечить финансирование, но и улучшить связь фермеров — членов кооперативов с клиентами»[48]. Способствует развитию сельскохозяйственной кооперации правовая возможность крестьян превращать «свои права землепользования, как коллективной формы собственности, в доли в сельскохозяйственных предприятиях или кооперативах»[49]. Кроме того, крестьяне, в том числе и члены сельскохозяйственных кооперативов, освобождены от сельскохозяйственного налога, а сельскохозяйственная продукция, произведенная и реализованная крестьянами без посредников, не подлежит обложению налогом на добавленную стоимость.

В Китае низкоуглеродная экономика — стратегическая задача страны. Планируются инвестиции в три сферы: переработка отходов, использование «зеленых» технологий, возобновляемые источники энергии[50]. Это все актуально и для сельского хозяйства[51]. Определенную роль в решении экологических проблем призваны сыграть сельскохозяйственные кооперативы. В частности, к 2020 г. планировалось создать 12 тыс. новых сельскохозяйственных кооперативов с привлечением 500 тыс. крестьян в реализацию эколого-ориентированной сельскохозяйственной деятельности[52].

Сельскохозяйственное кредитование осуществляют кредитные кооперативы, количество которых в настоящее время более 800. Вместе с тем государство осуществляет поддержку фермерских кооперативов, направляя значительные инвестиции. Государственное финансирование сельскохозяйственных кредитных кооперативов осуществляется через Сельскохозяйственный банк[53].

Государственная поддержка позволила обеспечить рост специализированных сельскохозяйственных кооперативов, контролируемых крупными фермерами в ущерб интересам мелких крестьян. Поэтому отдельные специалисты китайской сельскохозяйственной кооперации полагают, что, помимо специализированных сельскохозяйственных кооперативов, необходимо развитие и диверсифицированных сельскохозяйственных кооперативов[54].

Правовой анализ правового регулирования создания и деятельности сельскохозяйственных кредитных кооперативов в КНР позволяет заключить, что сельскохозяйственные кредитные кооперативы обладают специальной правосубъектностью. Это прежде всего выражено в законодательном закреплении дефиниции сельскохозяйственного кредитного кооператива (далее — СКК). Под ним понимается финансовая организация, создаваемая крестьянами добровольно для взаимной выгоды в кредитовании путем привлечения вкладов[55]. Гражданский кодекс КНР[56] (далее — ГК КНР) определяет, что в сельской местности действуют кооперативные хозяйственные организации в сельских районах и крестьянские паевые кооперативные предприятия[57]. В китайской юридической литературе отмечается, что данные предприятия «имеют близкое сходство с российскими производственными и потребительскими кооперативами»[58].

Согласно ст. 99 и 100 ГК КНР, если подзаконными актами предусмотрены специальные положе-

---

[47] Доклад Генерального секретаря ООН «Кооперативы в процессе социального развития» (16 июля 2003 г.) // URL: http://www.ica.coop (дата обращения: 23.09.2012).

[48] *Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я.* Указ. соч. Ч. 3. С. 52.

[49] *Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я.* Указ. соч. Ч. 3. С. 52.

[50] См.: *Спиридонов Д. В.* Китайское экологическое чудо // Юридическая наука в Китае и России. 2021. № 4. С. 146—150.

[51] См.: *Воронина Н. П.* Эколого-правовые требования к сельскохозяйственной продукции в контексте обеспечения продовольственной безопасности (на примере стран Европы и Азии) // Ius Publicum et Privatum. 2021. № 5. С. 29.

[52] См.: *Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я.* Указ. соч. Ч. 3. С. 52.

[53] См.: *Шаоюн Я.* Кредитные отношения в аграрном секторе: зарубежный опыт // Экономика сельского хозяйства России. 1999. № 4. С. 10.

[54] См.: *Куракин А. А.* Указ. соч. С. 196.

[55] См.: *Цыганов Ю. В.* Сельская кредитная кооперация в КНР // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. 1990. № 5. С. 59.

[56] Принят на 3-й сессии Всекитайского собрания народных представителей тринадцатого созыва 28 мая 2020 г.

[57] Гражданский кодекс Китайской Народной Республики / отв. ред. П. В. Трощинский. М. : Синосфера, 2020. 431 с.

[58] *Ли Янань*. Понятие и виды юридических лиц по законодательству КНР // Инновационные научные исследования: теория, методология, практика : сборник статей XIII Международной научно-практической конференции : в 2 ч. Пенза : Наука и просвещение, 2018. С. 134.

ния в отношении кооперативных хозяйственных организаций в сельских районах и крестьянских паевых кооперативных предприятий, то применяются данные положения. Поэтому, помимо ГК КНР, действует Временное положение о крестьянских паевых кооперативных предприятиях 1990 г.

В России правовое положение сельскохозяйственных потребительских кредитных кооперативов также определяет, помимо ГК РФ, Закон о сельхозкооперации, но, в отличие от КНР, где действует специальное законодательство о сельскохозяйственных кредитных кооперативах, в нашей стране специальный федеральный закон о сельскохозяйственной кредитной кооперации / сельскохозяйственных кредитных кооперативах отсутствует.

Также нет определения сельскохозяйственного кредитного кооператива. Но в пункте 8 статьи 4 Закона о сельхозкооперации указано, что сельскохозяйственные кредитные кооперативы создаются в целях организации финансовой взаимопомощи членов кредитных кооперативов и ассоциированных членов кредитных кооперативов посредством объединения паевых взносов членов и ассоциированных членов кооператива, средств, привлекаемых в кредитные кооперативы в форме займов, полученных от членов и ассоциированных членов кредитных кооперативов, и иных денежных средств в порядке, определенном действующим законодательством и уставами кредитных кооперативов, а также в целях размещения денежных средств путем предоставления займов членам кредитных кооперативов для удовлетворения их финансовых потребностей.

Таким образом, цель создания СКК в России и Китае одинакова — финансовая взаимопомощь членов кооператива путем привлечения их денежных средств на условиях вклада (КНР) или займа (России). Но в КНР на деятельность СКК распространяется законодательство о коммерческих банках, в России Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»[59] к сельскохозяйственным кредитным кооперативам не применим.

Однако в качестве регулятора деятельности СКК в России, несмотря на то, что СКК не являются кредитными учреждениями, выступает Центробанк РФ, который применяет повышенные финансовые требования к их деятельности. По мнению ряда ученых, это не только тормозит развитие сельскохозяйственной кредитной кооперации в России, но и приводит к ликвидации СКК, поэтому необходимо изменение регулятора на Минсельхоз России. Также существенно мешает развитию сельскохозяйственных кредитных кооперативов их обязательное членство в ревизионных союзах сельскохозяйственных кооперативов, а последних — в СРО.

В Российской Федерации сельскохозяйственные кредитные кооперативы — это некоммерческие организации. В КНР юридические лица подразделяются на коммерческие, некоммерческие и специальные. Кооперативные хозяйственные организации — это специальные (особые) юридические лица[60].

Общим в СКК России и КНР является их паевое начало. Но в КНР имущество кредитных кооперативов в основном формируется за счет депозитов крестьян со специальным высоким процентом (более 80 %), с 2015 г. осуществляется страхование вкладов[61], а в России — за счет паевых взносов и займов их членов. Осуществлять депозитные операции российские СКК не вправе.

СКК в России и Китае действуют на основании устава, обязательна государственная регистрация.

Нормативно определены требования к минимальному количеству членов СКК. В КНР — это три физических лица, в России — не менее пяти юридических лиц или не менее 15 граждан. Исходя из определения сельскохозяйственного потребительского кооператива, предусмотренного п. 1 ст. 4 Закона о сельхозкооперации, которое распространяется и на кредитные кооперативы в сельском хозяйстве, российские СКК создаются сельскохозяйственными товаропроизводителями и (или) ведущими ЛПХ гражданами при условии их обязательного участия в хозяйственной деятельности кооператива.

В КНР членами сельских кредитных кооперативов могут быть физические лица, не являющиеся производителями сельскохозяйственной продукции, но только при условии их постоянного проживания в сельской местности в пределах территории функционирования финансового кооператива.

Права и обязанности членов СКК России и КНР в целом одинаковы: они принимают имущественное или иное хозяйственное участие в деятельности СКК, вносят паевой взнос (возможно неравенство паев), участвуют в управлении кооперативом и распределении прибыли пропорционально размеру паевого взноса. Основная обязанность — ответственность по долгам СКК: в КНР в пределах внесенного пая, в России члены СКК обязаны в течение трех месяцев после утверждения годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности покрыть образовавшиеся убытки за счет резервного фонда кооператива либо путем внесения дополнительных взносов. Члены потребительского кооператива солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам

[59] Российская газета. 1996. 10 февр.

[60] См.: *Ли Янань.* Указ. соч. С. 133.

[61] *Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я.* Указ. соч. С. 52.

в пределах невнесенной части дополнительного взноса каждого из членов кооператива.

Высшим органом управления в СКК России и Китая является общее собрание членов или собрание их представителей, исполнительным органом — правление, контрольным органом — комиссия (КНР) или наблюдательный совет (РФ).

В российской юридической литературе отмечается, что через модель наблюдательного совета в сельскохозяйственные кооперативы проникают не свойственные им акционерные начала, а упразднение ревизионных комиссий перечеркивает путь развития мировой и отечественной кооперативной практики и наносит серьезный удар по сельскохозяйственной кооперации[62]. Поэтому обосновывается необходимость возврата ревизионной комиссии. Управление осуществляется на демократических началах: один член — один голос.

В СКК России и Китая формируются имущественные фонды, в том числе и неделимого характера. На необходимость формирования неделимого и иных фондов указывается в Рекомендации МОТ 193 (2002) «О содействии развитию кооперативов», где отмечается, что политика государств должна содействовать созданию в кооперативах надлежащих резервов, часть которых оставалась бы неделимой, а также фондов солидарности.

В российских СКК обязательно создается паевой фонд, резервный фонд, фонд финансовой взаимопомощи, являющийся источником займов, предоставляемых членам кредитного кооператива. В китайских СКК размер резервного фонда сельских кредитных кооперативов определяется Сельскохозяйственным банком Китая и составляет 30 % всех привлеченных средств. Эта наличность хранится на счетах Сельхозбанка, по которым он начисляет проценты. Также формируются фонд на улучшение общего материально-бытового положения и премиальный фонд.

В КНР система сельскохозяйственной кредитной кооперации строится по принципу сочетания централизации с самостоятельностью низших звеньев системы кооперации и представлена кооперативными банками и кредитными кооперативами. В России система сельскохозяйственной кредитной кооперации еще находится в процессе формирования. Действуют только первичные СКК, региональные союзы СКК, ревизионные союзы СКК и СРО ревизионных союзов СКК, но претендовать на системность они не могут.

Таким образом, компаративный анализ правового регулирования сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае позволяет сделать вывод о наличии общей правовой и социально-экономической природы сельскохозяйственных кредитных кооперативов, функционирующих в целях финансовой взаимопомощи своих членов на основе кооперативных принципов.

Для юридической модели сельской кредитной кооперации КНР характерны:
— наличие специального законодательства о сельской кредитной кооперации;
— сочетание мощной государственной многоплановой поддержки сельской кредитной кооперации с хозяйственной самостоятельностью и демократическим управлением сельских кредитных кооперативов;
— социальное значение сельской кредитной кооперации, через систему которой обеспечивается занятость граждан не только в сельском хозяйстве, но и в иных сферах экономики и повышение благосостояния населения.

Юридическая модель сельскохозяйственной кредитной кооперации России характеризуется:
— отсутствием специального правового регулирования сельскохозяйственной кредитной кооперации в виде отдельного нормативного правового акта;
— непризнанием кредитных кооперативов кредитными организациями, но с отнесением их деятельности под юрисдикцию Центробанка России;
— наличием стратегического планирования в сфере развития сельскохозяйственной кредитной кооперации в контексте обеспечения продовольственной безопасности, развития сельского хозяйства, а также малого и среднего предпринимательства;
— сочетанием публично-правового регулирования и саморегулирования деятельности сельскохозяйственных кооперативов;
— сочетанием централизованного и локального регулирования;
— сочетанием общегосударственного регулирования сельскохозяйственной кооперации с регулированием на уровне субъектов РФ и муниципальных образований;
— распространением на сельскохозяйственные кооперативы мер государственной поддержки.

[62] См.: *Палладина М. И.* О некоторых вопросах совершенствования аграрного законодательства // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. 1997. № 5. С. 41 ; *Козырь М. И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2008. С. 189.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бони Л. Д.* Модернизация зерновой отрасли // Основные отрасли и сферы экономики современного Китая : сборник : в 2 кн. / отв. ред. А. В. Островский ; сост. П. Б. Каменов. — М. : ИДВ РАН, 2012. — С. 61—86.
2. *Бони Л. Д.* Модернизация сельского хозяйства // Основные отрасли и сферы экономики современного Китая : сборник : в 2 кн. / отв. ред. А. В. Островский ; сост. П. Б. Каменов. — М. : ИДВ РАН, 2012. — С. 3—36.
3. *Бони Л. Д.* Формирование рынка в китайской деревне // Макроэкономическое регулирование аграрной сферы в КНР в 90-е годы : информационный бюллетень. —1999. — С. 41—45.
4. *Быстров Г. Е.* Правовые проблемы земельной и аграрной реформ в зарубежных странах: теория, практика, итоги, перспективы. — Минск : БГЭУ, 2001. — 204 с.
5. *Воронина Н. П.* Кооперативные съезды и их роль в развитии законодательства о сельскохозяйственной кооперации в России // История государства и право. — 2014. — № 14. — С. 14—19.
6. *Воронина Н. П.* Эколого-правовые требования к сельскохозяйственной продукции в контексте обеспечения продовольственной безопасности (на примере стран Европы и Азии) // Ius Publicum et Privatum. — 2021. — № 5. — С. 24—31.
7. *Днепровский С. П.* Кооператоры в 1898—1968 годах. — М., 1968. — 383 с.
8. *Долгих О. С.*, *Вахнина Т. Н.*, *Башкатова В. Я.* Современное развитие кооперативного сектора экономики в странах Восточной Азии // Вестник Алтайской академии экономики и права. — 2019. —№ 5. — Ч. 3. —С. 46—55.
9. Земельный вопрос / Е. С. Строев, С. А. Никольский, В. И. Кирюшин [и др.] / под ред. Е. С. Строева. — М. : Колос, 1999. — 536 с.
10. *Козырь М. И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2008. — 336 с.
11. *Куракин А. А.* Китайско-российская конференция «Сельское возрождение» // Крестьяноведение. — 2018. — Т. 3. — № 2. — С. 188—197.
12. *Ли Янань.* Понятие и виды юридических лиц по законодательству КНР // Инновационные научные исследования: теория, методология, практика : сборник статей XIII Международной научно-практической конференции : в 2 ч. — Пенза : Наука и просвещение, 2018. — С. 131—139.
13. *Маслов С. Л.* Сельскохозяйственная кооперация: ее формы, значение, задачи. — М., 1922. — 76 с.
14. *Никонова С. В.* Пионеры российской кооперации. — Чита : ЗИП СУИК, 2001. — 24 с.
15. *Обухов Н. П.* О развитии мелкой кредитной кооперации (исторический очерк) // Финансы. — 1995. — № 9. — С. 42—45.
16. *Палладина М. И.* О некоторых вопросах совершенствования аграрного законодательства // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. — 1997. — № 5. — С. 39—41.
17. Проблемы экономического развития и сотрудничества в Северо-Восточной Азии : информационные материалы. — Вып. 6 : Финансово-кредитные рычаги регулирования экономики в КНР. — Ч. 2. — М., 1998. — С. 44—65.
18. Сборник статико-экономических сведений по сельскому хозяйству России и иностранных государств. Год 10-й. — Пг., 1917. — 648 с.
19. *Спиридонов Д. В.* Китайское экологическое чудо // Юридическая наука в Китае и России. — 2021. — № 4. — С. 146—150.
20. *Тотомианц В. Ф.* Кооперация в русской деревне. — М., 1912. — 345 с.
21. *Хейсин М. Л.* История кооперации в России. — Л., 1926. — 376 с.
22. *Хейсин М. Л.* Кредитная кооперация. — М., 1923. — 234 с.
23. *Цыганов Ю. В.* Сельская кредитная кооперация в КНР // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. —1990. — № 5. — С. 59—63.
24. *Чаянов А.* Краткий курс кооперации. — М. : Кооперативное издательство, 1925. — 77 с.
25. *Шаоюн Я.* Кредитные отношения в аграрном секторе: зарубежный опыт // Экономика сельского хозяйства России. —1999. — № 4. — С. 9—12.
26. *Шевель И.* Реформа банковской системы Китая // Проблемы Дальнего Востока. — 1999. — № 5.

О правовой эффективности государственного сектора экономики Китая
On the Legal Effectiveness of China's Public Sector Economy

В. С. Елисеев,
профессор кафедры экологического и природоресурсного права,
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
профессор кафедры общегосударственных
и гражданско-правовых дисциплин
Государственного социально-гуманитарного университета,
доктор юридических наук, доцент,
г. Москва, Россия
v.s.eliseev@mail.ru

V. S. Eliseev,
Professor at the Department of Environmental Law,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Professor of the Department of Civil Law and Procedure,
State Social and Humanitarian University,
Dr. Sci (Law), Associate Professor,
Moscow, Russia
v.s.eliseev@mail.ru

© В. С. Елисеев, 2022

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.020-024

Аннотация. *Статья анализирует особенности правового режима государственного сектора экономики Китайской Народной Республики. Автор анализирует эффективность китайских законов с позиции соответствия закономерностям правового регулирования государственного сектора экономики. Анализируются Конституция Китая, ведущие законы, которые регулируют государственный сектор экономики. Делается вывод о формировании в Китае трехсекторной модели экономики, указывается на преимущества и недостатки соответствующей правовой системы. Статья позволяет оценить эффективность правового регулирования государственного бизнеса в Китае.*
Ключевые слова: *теория экономического права, эффективность правового регулирования, законодательство Китая в сфере государственного сектора экономики, особенности построения правовой системы Китая.*

Abstract. *This article analyses the special features of the legal regime for the public sector of the economy in the People's Republic of China. The author analyses the effectiveness of Chinese laws from the perspective of consistency with the legal regulation of the public sector of the economy. The Chinese constitution and the leading laws that regulate the public sector economy are analyzed. Concludes that a three-sector economic model is emerging in China. The advantages and disadvantages of the respective legal system are pointed out. The article provides an assessment of the effectiveness of legal regulation of state-owned businesses in China.*
Keywords: *Economic law theory, effectiveness of legal regulation, China's public sector legislation, features of China's legal system.*

Правовое обеспечение государственного сектора экономики является одной из наиболее важных для государства задач, поскольку, во-первых, экономический рост связан с государственными инвестициями, которые впоследствии, после их освоения, как минимум не вызывают последующего оттока финансовых средств за рубеж, во-вторых, ряд отраслей экономики, требуют «длинных инвестиций» и значительных затрат, что не под силу частному сектору экономики.

Для Китая государственный сектор экономики играет важнейшую роль, составляя более 63 % ВВП, собирая 80 % налогов в государственный бюджет и обеспечивая до 90 % занятости насе-

ления. Отмечается, что «высокая эффективность государственного сектора экономики Китая обусловливается его высокой эффективностью, прибыльностью и самоокупаемостью. Более 20 китайских государственных предприятий входят в число 500 крупнейших транснациональных корпораций мира. Государственные компании Китая представлены в основном в таких стратегических отраслях, как нефтехимическая, газовая, угольная, энергетическая отрасли, цветная металлургия, космическая отрасль и др.» При этом Китай не стал прислушиваться к советам западных экспертов и сокращать роль госсектора в экономике. Наоборот, данный сектор был увеличен при общем сокращении числа госпредприятий за счет их укрупнения до размеров экономических гигантов. Формально это осуществлялось за счет реорганизации госпредприятий в акционерные компании с сохранением контрольного пакета акций у государства[1].

Эффективность правового регулирования в соответствии с теорией экономического права является самостоятельной категорией по отношении к экономической эффективности, означая соблюдение в законодательстве логически обоснованных закономерностей правового регулирования общественных отношений, в том числе направленных на обеспечение позитивного экономического поведения при одновременном сдерживании и подавлении сопутствующего негативного экономического поведения. Именно последний критерий является слабым местом для государственного сектора экономики в свободном рынке.

Вместе с тем экономические отношения могут быть в целом неэффективными при эффективной правовой системе, в частности по причине ошибочности выбранной экономической модели развития. Однако при неэффективном законодательстве любая экономическая программа обречена если не на провал, то на минимальный эффект[2].

Среди основных законов Поднебесной, регулирующих государственный сектор экономики, необходимо отметить в первую очередь Конституцию Китайской Народной Республики[3], Закон Китая о государственных активах на предприятиях[4], Закон о государственных закупках Китая[5].

Отношения с государственным имуществом отмечаются и в гражданском законодательстве: Гражданском кодексе Китая[6], Законе о компаниях Китая[7] и др.

Механизм формирования отношений (экономического поведения) в государственном секторе экономики в соответствии с теорией экономического права[8] заключается в том, что в нем отсутствует реальный собственник (физическое лицо), а соответственно, психолого-экономический мотив формирования экономического поведения, такой как «чувство собственности», поскольку государственный сектор действует в интересах публичных образований, во внешних и внутренних отношениях представленных чиновниками, являющимися, по сути, представителями государства.

Как следствие, отсутствует экономическое (естественное) сдерживание «реального собственника» от сопутствующего негативного поведения — действий во вред своему имуществу, поскольку имущество — государственное. Экономическое поведение государства диктуется социально-экономическими и государственными задачами и основано на плановых расчетах, экономном и рачительном расходовании бюджетных средств, выполнении государственных задач и т.п.

Воля государства может быть выражена только через правовое закрепление, что предполагает как нормирование расходов государственных средств, так и их строго целевое использование в соответствии с инструкциями должного поведения. На выполнение данных инструкций должно быть направлено поведение представителя собственника. Все приведенные обстоятельства диктуют административный (дозволительный) правовой режим использования государственного имущества, основанный на принципе: «Все, что законодательством (инструкцией) не дозволено, то запрещено»[9]. При этом важно отметить, что

---

1 *Го Линь.* Этапы эволюции государственного сектора экономики Китая // URL: https://cyberleninka.ru/article/n/etapy-evolyutsii-gosudarstvennogo-sektora-ekonomiki-kitaya

2 *Елисеев В. С.*, *Веленто И. И.* Теория экономического права: теория отраслей права, обеспечивающих экономические отношения. М. : Проспект, 2019. С. 64—75.

3 Конституция Китая (2018 г.). 宪法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

4 Закон Китая о государственных активах на предприятиях (2008 г.). 企业国有资产法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

5 Закон о государственных закупках Китая (2014 г.). 政府采购法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

6 Гражданский кодекс Китая, прежде всего: *Часть I.* Общие принципы (2020 г.) 民法典第一编总则 ; Часть II. Вещные права (2020) 民法典第二编物权 ; Часть III. Контракты (2020 г.) 民法典第三编合同 ; Часть VII. Ответственность за правонарушение (2020) 民法典第七编侵权责任 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

7 Закон о компаниях Китая (2018 г.). 公司法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

8 *Елисеев В. С.*, *Веленто И. И.* Указ. соч. С. 207—220.

9 *Елисеев В. С.*, *Веленто И. И.* Указ. соч. С. 38—49.

китайское законодательство рассматривает руководителя предприятия именно как представителя, а не как его орган.

Следует обратить внимание на фундаментальные положения о защите государственного сектора экономики в Конституции Китайской Народной Республики, в соответствии со ст. 6 которой социалистическая общественная собственность на средства производства, а именно собственность всего народа и коллективная собственность трудящихся, выступает основой социалистической экономической системы Китайской Народной Республики, которая, в соответствии со ст. 7, находясь в собственности всего народа, является ведущей силой национальной экономики, а государство обеспечивает укрепление и рост государственной экономики. В сельских районах все формы кооперативной экономики (производственная, сбытовая, кредитная и потребительская) также относятся к сектору социалистической экономики, находящемуся в коллективной собственности трудящихся (ст. 8 Конституции КНР).

Для сравнения: в России государственный сектор экономики не учитывает сельскохозяйственные кооперативы, что, в частности, отмечено в определении Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации[10]. Более того, согласно ст. 260 ГК Китая, в коллективной собственности находится имущество фермерского коллектива, а ст. 91 Уголовного права Китая к государственной собственности также относит общественные пожертвования или специальные фонды, используемые для искоренения бедности или других общественных мероприятий.

В соответствии со ст. 12 Конституции КНР социалистическая общественная собственность неприкосновенна, подлежит государственной защите, присвоение или повреждение государственной или коллективной собственности любой организацией или отдельным лицом любым способом запрещено.

Аналогичные положения закреплены и в Гражданском кодексе Китая, согласно ст. 258 которого государственная собственность охраняется законом и никакая организация или частное лицо не может присваивать, грабить, тайно распространять, перехватывать или уничтожать такую собственность.

Несмотря на то, что законная частная собственность граждан также неприкосновенна и подлежит государственной защите, государство может в общественных интересах и в соответствии с законом экспроприировать или реквизировать частную собственность для ее использования и выплачивать компенсацию за экспроприированную или реквизированную частную собственность (ст. 13 Основного закона). Иными словами, национализация закреплена в Конституции Китая.

Вместе с тем приватизация затронула и Китай, но в отличие от России Поднебесная не стала постепенно ликвидировать свой госсектор, а частные предприятия создавались заново или на базе малых госпредприятий (лозунг «отпускать малые, держать крупные»)[11]. Об этом указывает и ст. 5 Закона Китая о государственных активах на предприятиях, в которой перечисляются не только предприятия и компании, полностью принадлежащие государству, но также холдинговые компании с государственным капиталом или акционерные общества с государственным капиталом.

Если добавить к указанному главу 3 «Юридические лица» Гражданского кодекса Китая, Закон о компаниях Китая, Закон Китая о партнерских предприятиях[12], Закон Китая о частных предприятиях[13] и др., можно вести речь о трехсекторной модели экономики. С позиции закономерностей построения системы правового регулирования экономики государственного сектора экономики наиболее оптимальная правовая модель содержит, во-первых, блок законодательства о государственном секторе экономики, построенной на основе административного правового режима; во-вторых, гражданское законодательство, регулирующее частный сектор экономики; в-третьих, законодательство, учитывающее оба сектора экономики; наконец, в-четвертых, законодательство о смешанном секторе экономики, в основе которого механизм согласования государственных и частных интересов[14].

Наиболее показательным является специальный Закон Китайской Народной Республики о государственных активах на предприятиях, ко-

[10] Постановление Правительства РФ от 09.09.1999 № 1024 (ред. от 29.11.2000) «О Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 39. Ст. 4626 ; 2000. № 49. Ст. 4825.

[11] *Го Линь.* Указ. соч.

[12] Закон Китая о партнерских предприятиях (2006 г.). 合伙企业法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

[13] Закон Китая о частных предприятиях (1999 г.). 个人独资企业法 // China Laws Portal — CJO (chinajusticeobserver.com).

[14] *Елисеев В. С.* Место теории экономического права в системе правового регулирования экономики // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 7 (71). С. 175—184.

торый был принят с целью защиты базовой экономической системы Китая, консолидации и расширения государственного сектора экономики, усиления защиты государственных активов и обеспечения ведущей роли государственного сектора экономики.

Так, в соответствии со ст. 8 названного нормативного акта, государство устанавливает надежную систему управления государственными активами и надзора за ними, соразмерную требованиям развития социалистической рыночной экономики, а также систему оценки и отчетности для поддержания стоимости и увеличения государственных активов для обеспечения выполнения обязанностей по поддержанию и увеличению стоимости государственных активов.

Руководство предприятий государственного сектора экономики опирается на принцип отделения государственного управления от управления предприятием, разделяя функции управления общественными делами и функций государства (ст. 6 Закона).

Система управления государственным предприятием, установленная данным и другими нормативными актами, и прежде всего контроль за действиями руководства организации, является наиболее показательной: от имени государства выступают Государственный совет Китая (в отношении крупных предприятий с государственным капиталом, которые имеют отношение к жизненно важной национальной экономике и национальной безопасности) и органы местного самоуправления (в отношении остальных предприятий с государственным капиталом), которые в соответствии с положениями законов и административных постановлений выполняют функции вкладчика в отношении предприятий с государственным капиталом и пользуются правами и интересами вкладчика от имени государства (ст. 4 Закона).

Государственный совет и местные народные правительства создают учреждения по регулированию государственных активов, непосредственно выполняющие функции вкладчика, которые обязаны защищать права и интересы вкладчиков и предотвращать потерю государственных активов (ст. 14 Закона). Представители таких учреждений являются участниками общих собраний юридических лиц.

Также для государственных компаний, холдинговых компаний с государственным капиталом и акционерных компаний с государственным капиталом создается наблюдательный совет, который контролирует выполнение обязанностей директорами и старшими менеджерами, а также контролирует и проверяет финансовое состояние предприятия (ст. 19 Закона).

В соответствии со ст. 22 Закона Китая о государственных активах, на предприятиях учреждение, выполняющее функции вкладчика, назначает и отстраняет следующих должностных лиц: президента, вице-президента, других руководителей высшего звена полностью государственного предприятия; председателя или заместителей председателя совета директоров, директоров, председателя наблюдательного совета или руководителей компании, полностью принадлежащей государству; а также предлагает кандидата на должность директора или руководителя собрания или общего собрания акционеров холдинговой компании с государственным капиталом или акционерного общества с государственным капиталом.

Кроме указанных органов, важно отметить еще два важнейших управленческих аппарата. Во-первых, демократическое управление предприятия с государственным капиталом осуществляется через «съезд служащих» (ст. 20 Закона); во-вторых, поскольку подавляющее большинство руководителей предприятий являются членами Компартии Китая, нельзя недооценивать роль партийной организации в хозяйственном руководстве, которая должна вести свою деятельность в соответствии с Конституцией Коммунистической партии Китая. Такая система полностью соответствует управлению в государственном секторе экономики и позволяет достаточно эффективно контролировать действия исполнительных органов организаций государственного и смешанного секторов экономики.

Особенно следует отметить «политику государственных закупок в Китае», которая, как отмечается экономистами, «состоит из двух направлений»: во-первых, «государственных закупок как инструмента уменьшения технологической и финансовой зависимости национального производства от иностранных источников ресурсов и капитала»; во-вторых, государственных закупок «как механизма поддержки национального экспорта, что способствует высокому уровню загруженности производства, позволяет избежать безработицы»[15].

Деятельность иностранных компаний на рынке государственных закупок Китая существенно ограничена. После вступления в ВТО Китай законодательно закрепил правомочность предоставления преференций национальным поставщикам в рамках госзаказа. Статья 10 Закона о государственных закупках Китая устанавливает преференции по отношению к отечественным товарам. Исключение составляют лишь три ситуации: во-первых, когда необходимые товары, работы или услуги

[15] *Проданова Н. А.*, *Зацаринная Е. И.* Особенности системы государственных закупок в Китае // Экономика, предпринимательство и право. 2015. № 5 (3). С. 151—158. URL: http://journals.creativeconomy.ru/index.php/epp/article/view/2050.

невозможно приобрести на территории КНР или, если такая возможность есть, они не могут быть получены на разумных коммерческих условиях; во-вторых, если закупаемые товары предназначены для использования за рубежом; в-третьих, когда иное не предусмотрено другими законами и административными правилами.

«Власти Китая изо всех сил стараются снизить уровень конкуренции за китайский рынок высоких технологий со стороны США и европейских стран. Кроме того, уход западных компаний с китайского рынка госзаказов обеспечит дополнительный спрос на китайскую продукцию. Ликвидация иностранной конкуренции может стать приоритетом китайской политики государственных закупок»[16].

Таким образом, анализ системы правового обеспечения экономических отношений позволяет утверждать, что в Китае фактически сформирована трехсекторная модель экономических отношений, центральным звеном которой выступают соответствующие положения Конституции Китая и Закон Китая о государственных активах на предприятиях.

Как результат, существующее экономическое законодательство в целом является достаточно эффективным прежде всего с позиции защиты государственных интересов, обеспеченных мощнейшим аппаратом контроля за действиями руководителя предприятия. Вместе с тем закрепленная законами Китая возможность приватизации государственных предприятий содержит риски смены собственников государственных организаций с перспективой негативных последствий, подобных имевшим место в соответствующий период в России.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Го Линь.* Этапы эволюции государственного сектора экономики Китая // URL: https://cyberleninka.ru/article/n/etapy-evolyutsii-gosudarstvennogo-sektora-ekonomiki-kitaya.
2. *Елисеев В. С.* Место теории экономического права в системе правового регулирования экономики // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 7 (71). — С. 175—184.
3. *Елисеев В. С.*, *Веленто И. И.* Теория экономического права: теория отраслей права, обеспечивающих экономические отношения. — М. : Проспект, 2019. — 416 с.
4. *Проданова Н. А.*, *Зацаринная Е. И.* Особенности системы государственных закупок в Китае // Экономика, предпринимательство и право. — 2015. — № 5 (3). — С. 151—158. — URL: http://journals.creativeconomy.ru/index.php/epp/article/view/2050.

[16] *Проданова Н. А.*, *Зацаринная Е. И.* Указ. соч.

Прокурорский надзор. Судебная система

Участие прокуратуры Китая в судебном процессе в общественных интересах по защите личной информации (часть 1)

Chinese Procuratorial Public Interest Litigation on Personal Information Protection (Part 1)

Чжан Цзихун,
профессор Шанхайского университета
политических наук и права,
г. Шанхай, Китай
pangdongmei71@163.com

Цао Ицзюнь,
аспирант кафедры международного права
Шанхайского университета
политических наук и права,
г. Шанхай, Китай
pangdongmei71@163.com

Zhang Jihong,
Professor of Shanghai University
of Political Science and Law,
Shanghai, China
pangdongmei71@163.com

Cao Yijun,
Postgraduate of International Law,
Shanghai University
of Political Science and Law,
Shanghai, China
pangdongmei71@163.com

© *Чжан Цзихун, Цао Ицзюнь, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.025-036

Аннотация. *Закон о персональных данных Китайской Народной Республики был официально введен в действие 1 ноября 2021 г. Закон воплощает идею развития, ориентированного на людей, и представляет китайский опыт решения проблем защиты личной информации, с которыми сталкивается международное общество. Статья посвящена развитию китайского Закона о персональных данных, объясняет цель принятия данного Закона, его основных положений и характеристики. Кроме того, в статье делается акцент на ведении судебных разбирательств по защите личной информации, указываются недостатки этой системы с целью ее совершенствования и развития.*
Ключевые слова: *защита персональной информации, судебный процесс, прокуратура, обработка персональной информации.*

Abstract. *The Personal Information Protection Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as Personal Information Law) has been officially implemented on November 1, 2021. The birth of this law embodies the idea of people-centered development and provides Chinese experience and solutions for the personal information protection problems faced by international society. This article focuses on the development of Chinese personal information law and explains the legislative purpose of Personal Information Law to further show seven highlights and two characteristics of it.*

Also, it puts emphasis on introducing Chinese procuratorial public interest litigation on personal information protection and points out the shortcomings of this existing system with a view to perfecting and developing the system value maximally.
Keywords: *Personal Information Protection; Procuratorial Public Interest Litigation; Personal Information Processing.*

Introduction

Emerging Internet, communication and AI technologies have aroused public attention during the unprecedented development in the era of big data. While people are enjoying the speed and convenience brought by technology, the security issue of frequent leakage of personal information has become increasingly critical. To effectively deal with such information leakage threats, most countries have introduced their own relevant legislation on data, personal information, and privacy protection. After years of preparation, Chinese own Personal Information Protection Law finally came into effect on November 1, 2021. The basic starting point of the law is to protect the rights and interests of personal information, regulate personal information processing, and to promote the rational use of personal information. There are outstanding highlights in the law, including standardizing the basic rules of personal information processing and automated decision-making, strictly protecting sensitive personal information, offering information subjects full rights, strengthening the basic obligations of personal information processors, providing stricter legal liabilities and firstly establishing Chinese procuratorial public interest litigation on personal information protection. This law also demonstrates two distinguishing characteristics — modernity and locality, condenses Chinese wisdom while absorbing the global advanced experience, and gets closer to Chinese reality.

It is worth mentioning that Personal Information Law has built procuratorial public interest litigation on personal information protection in China for the first time, where procuratorates shoulder the important responsibility of protecting national interests and social public interests. As citizens' demands grow for the protection of personal information, procuratorate ought to actively respond to these to give full play to the function of procuratorial public interest litigation, enabling this system to develop its due value maximally on personal information protection.

1. Legislative evolution of Chinese Personal Information Law

1.1. The development of Chinese Personal Information Law

Personal information used to be firstly regulated by Criminal Law in China, which focuses on the collection, use and protection of personal information. As early as in 2005, Amendment (V) to the Criminal Law of the People's Republic of China added the crime of stealing, buying, and illegally providing credit card information, aiming to crack down on criminals obtaining or exchanging money, material, etc. for other people's credit card information by secret means or privately providing other people's credit card information. This is the first regulation concerning violations of citizens' personal information in China.[1]

In 2009, Amendment (VII) to the Criminal Law of the People's Republic of China included stealing or otherwise illegally obtaining, selling or illegally providing citizens' personal information into the scope of criminal crackdowns for the first time, but the crime subject was limited to the staff of state agencies or financial, telecommunications, transportation, education, medical and other units. Subsequently, Amendment (IX) to the Criminal Law of the People's Republic of China made further improvements to the above provisions in 2015, cancelling the original restrictions on the criminal subject and extending the scope to all natural persons, and severely punished those who obtain citizens' personal information in the process of performing duties or providing services selling or providing it to others.

In 2013, China amended Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests, which gave consumers the right to protect their personal information and added the civil liability of operators for infringement of consumers' personal information rights in the follow-up provisions. This is the first time that Chinese law regulated personal information from the perspective of civil rights. [2]In fact, the situation of personal information leakage is particularly worsening in China. Due to the status quo of heavy losses to victims, especially the case that Xu was cheated of tuition fees because of information leakage, causing sudden illness and

[1] See *Yu Hai-Song*. Twenty Lectures on Cybercrime Law [M].Beijing, Law Press, 2018 .P. 203.
[2] See *Cheng Xiao*. Understanding and Application of the Personal Information Protection Law [M]. Beijing, Chinese legal system press, 2021. P. 5.

death that in 2016 has had a disastrous impact on society, the provisions have been further promulgated on the protection of personal information in Article 111 of General Principles of the Civil Law of China.[3]

Although there remain disputes over the personal information rights of natural persons in Chinese theoretical circles, Article 111 of General Principles of the Civil Law still clarifies that it should be protected in the light of the civil basic law.[4] Therefore, in the subsequent formulation of Civil Code, China completely retained Article 111 of General Principles of the Civil Law and Privacy Right and Personal Information Protection in a special chapter in the edition of personality rights, introducing more detailed regulations on the protection of personal information.

In addition, China pays meticulous attention to the protection of personal information in specific fields. For example, Cyber Security Law implemented in 2017 focuses on regulating the collection, storage and use of personal information in the field of cyberspace. E-commerce Law, promulgated in 2018, also clarified that in the process of precision marketing to consumers through big data, e-commerce operators should provide consumers with options that are not specific to their personal characteristics, so as to protect consumers' right to know and right to choose.

Although numerous laws in China provide corresponding regulations on the protection of personal information in terms of criminal liability and civil protection, China still needs to formulate a unique Personal Information Protection Law to comprehensively protect natural persons' personal information. With the continuous in-depth integration of informatization and economic society, the network has become a new space for production and life, a new engine for economic development, and a new link for exchanges and cooperation. As of March 2020, China has 900 million Internet users, more than 4 million Internet websites, and more than 3 million applications.[5]

The collection and use of personal information is more extensive. Although the protection of personal information in our country has been increasing in recent years, in real life, some enterprises, institutions and even individuals, based on commercial interests, randomly collect, illegally acquire, excessively use, illegally buy and sell personal information, and use personal information to invade the people. Issues such as the peace of life of the masses and endangering the lives and health of the masses and the safety of their property are still very prominent. In the information age, the protection of personal information has become one of the most immediate and practical interests of the people. From a worldwide perspective, specific personal information protection legislation is the mainstream.

Since the beginning of 21st century, great achievements have been made in the construction of Digital China. Both the information infrastructure construction and the innovation capability of information technology occupy the pre-eminent position in the world. The development and construction of Digital China cannot be divorced from adequate legal safeguards, since the formulation of the Personal Information Protection Law does not only conform to international standards and international situation, but also can build a personal information protection legal system compatible to Chinese characteristics. Accordingly, on August 20, 2021, the Personal Information Protection Law was reviewed and passed, and it came into effect on November 1 of the same year.

The promulgation of the Personal Information Protection Law will considerably strengthen the legal protection of Chinese personal information protection, forming a more complete system in the protection of personal information and providing stronger legal protection. Furthermore, the main purpose of this law lies in scientifically coordinating the relationship between the protection of personal information rights and the rational use of personal information, which establishes personal information processing rules with clear rights and responsibilities, effective protection, and standardized use. It also promotes the free and safe flow and effective use of personal information as well as protects the rights and interests, thus facilitating the healthy development of Chinese digital economy.[6]

1.2. The legislative purpose of Chinese Personal Information Law

A clear conception of the legislative purpose is conducive to a deeper understanding of the rules and systems in the law, helping apply the corresponding legal norms more accurately. Meanwhile, it enables pertinent administrative agencies and local governments to formulate corresponding laws and regulations, on the premises that they accurately grasp the purpose of legislation. On that account, the provisions of the law can be implemented thoroughly, and the court can interpret the law more accurately based on

[3] See *Yang-Lixin*. Personal Information: Legal Interests or Civil Rights- Interpretation of Personal Information Stipulated in Article 111 of the General Principles of Civil Law [J] Legal Forum. 2018 (1). P. 36.

[4] See *Zhang-xinbao*. Research on Personal Information Protection Provisions of General Principles of Civil Law [J] Chinese and Foreign Law. 2019 (1). P. 63.

[5] See China National People's Congress. Explanation on the Personal Information Protection Law of the People's Republic of China (Draft) // URL: http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml.last visited on December 2, 2021.

[6] See *Cheng Xiao*. Op. cit. P. 7.

the legislative purpose in judicial judgments.[7] Overall, Chinese Personal Information Protection Law is established for the following three legislative purposes.

1.2.1. Protecting the rights and interests of personal information

According to Personal Information Law, personal information refers to various types of information related to an identified or identifiable natural person. It is recorded by electronic or other means, and does not include anonymized information. As to the definition of personal information, Chinese defines it in a way similar to the alternative employed by GDPR. All personal information associated with identifiable natural persons is taken into the scope of adjustment, and relatively enlarges the scope of protection. The reason why China and GDPR share the approach to definition is that it can still exert a dramatic impact on it in the Internet and big data era,[8] even if the amount of information cannot directly help identify the name, address and phone number of the information subject. In other words, if the information is not linked to an identified or identifiable natural person, it will not belong to the category of personal information, and it cannot be applied with the Personal Information Protection Law or other Chinese laws on the protection of personal information. It is because only the collection, use, disclosure and other processing activities of personal information may damage the basic rights of natural persons, like the dignity of the person. Above all, it is very reasonable to distinguish between identifiable or identifiable personal information and unidentifiable information. In the modern information society, if the law adopts the same protection mode for the processing of all information, it will result in the excessive protection, such as blocking the flow of information and affecting the prosperity of the digital economy, which will ultimately harm national and social public interests.

Therefore, the primary legislative purpose of the Personal Information Protection Law is to protect people's individual information rights from infringement. The Personal Information Protection Law makes many systematic provisions in the formulation of the provisions around this legislative goal. For example, it establishes the basic principles that must be followed in personal information processing activities, including lawfulness, fairness, necessity, integrity, etc., stipulates the rights that the information subject should enjoy in the process of personal information processing activities, and constructs a complete obligation system for personal information processors, with the intention of fully protecting the personal information rights and interests of natural persons.

1.2.2. Regulating personal information processing activities

Personal information processing activities mean the collection, storage, use, processing, transmission, provision, disclosure, and deletion of personal information. The Personal Information Protection Law copes with the handling of personal information with a full range of regulations; otherwise, no matter which method information processors utilize or which purpose they intend to fulfill, as long as they process personal information, all should be regulated by the Personal Information Protection Law. However, some Chinese scholars argue that the Personal Information Protection Law should be limited to the collection, control, sharing, analysis and application of personal information for the purpose of identification and analysis instead of designated to regulate all personal information processing behaviors. Only these actions will exert a relatively significant impact on the rights and interests of information subjects, as for the general use of personal information should left to other laws or industry standards or social norms to adjust.[9]

There is a certain irrationality in this view. Firstly, there are many types of personal information processing methods, including collection, storage, use, processing, uploading, etc. Each of these parts contains the risk of infringing upon the rights and interests of natural people, and they cannot be separated unilaterally.[10] Secondly, as the result of scientific and technological development, more new types of personal information processing methods will emerge in the future, while attendant risks become even more unpredictable. The risks in personal information processing are per se multiple, which is not limited to processing actions for the purpose of identification and analysis. Moreover, personal information processing is changeable and developmental, so the display of the current processing behavior without the purpose of identification analysis does not indicate that such behavior will not be carried out in the future, nor does it mean that it will not pose a risk to the rights and interests of personal information.

1.2.3. Promoting the rational use of personal information

Throughout the world, all countries and regions have formulated personal information protection laws and regulations and further covered this legislative purpose. For instance, the Personal Data Protection Law in Taiwan clearly declares the legislative

[7] See *Cheng Xiao*. Op. cit.

[8] See *Ronald Leenes.* Do they know me? Deconstructing Identifiability [J] University of Ottawa Law & Technology Journal. 2007 (4). P. 135.

[9] See *Gao-Fuping*. Personal Information Processing: Standard Objects of Chinese Personal Information Protection Law [J] Legal Business Research. 2021 (2). P. 78.

[10] See *Cheng Xiao*. Op. cit. P. 13.

purpose of this law — to "regulate the collection, processing and use of personal data…and promote the rational use of personal data". GDPR, Japan, Brazil and other countries all share their provisions in their personal information protection legislation. It can be found that the common practice in the world is to pay attention to the coordination between the protection of civil rights and interests of personal information and the protection of reasonable freedom. It touches upon the respect and protection of basic human rights, namely the dignity of natural persons. Additionally, it is concerned with effective safeguard for public interests and business activities and the freedom of speech and information circulation.[11]

It should be said that personal information is not only attached to the personal dignity and freedom of the individual, but also carries the legitimate interests and public interests of the personal information processor. Specifically, the personal information protection system not only protects the rights and interests of personal information, but also promotes the rational use and circulation of personal information. Enterprises, governments and other organizations have the right to collect and process personal information based on legal provisions or agreements. When the realization and maintenance of public interest requires the use of personal information, such as the collection of the track information of confirmed or suspected patients during the epidemic, the acquisition of personal information required for criminal investigation, prosecution, or trial, etc., it can also be used directly without consent. This not only protects the legitimate rights and interests of other subjects in the society and the needs of public interests, but also helps directly or indirectly promote social welfare.[12]

By the same token, Chinese Personal Information Protection Law is not only meant to protect the rights and interests of personal information, but also highly linked to the rational use of personal information. In the meantime, Chinese law circles have widely reached a consensus that the balance should be stricken between the protection of natural persons' rights and interests and the rational use of personal information or personal data. In other words, when the rights and interests of personal information are protected, attention should also be paid to the promotion of the rational and effective use of information and data in accordance with the law. In that case, the law circles can facilitate the sustainable and healthy development of Chinese digital economy.

For example, not only does Chinese Personal Information Protection Law stipulate the basic principle that the information processor should notify and obtain the information subjects' consent when processing personal information, but it also enumerates the exceptions for legal processing of personal information without consent in the same clause, including but not limited to fulfilling contractual obligations, performing statutory duties or statutory obligations, responding to public health emergencies, etc. Plus, what needs to be emphasized further is that the handling of personal information under exceptional circumstances still needs to strictly abide by the processing rules stipulated by the law, and to fulfill personal information protection obligations.

To this end, the Personal Information Protection Law not only clarifies that this law is applicable to the activities of handling personal information in China, but also draws on the practices of relevant countries and regions to endow the Personal Information Protection Law with the necessary extraterritorial validity to fully protect the rights and interests of individuals in China. The Personal Information Protection Law stipulates that it is also applicable to personal information processing activities that occur outside of China for the purpose of providing products or services to domestic natural persons, or for analyzing and evaluating the behavior of domestic natural persons. And overseas personal information processors set up specialized agencies or designated representatives in China to be responsible for matters related to personal information protection.

In summary, it can be found that the Personal Information Protection Law is a product of insisting on combining Chinese national conditions and drawing on international experience. Proceeding from Chinese actual conditions, it will thoroughly summarize the implementation experience of laws, regulations, and standards such as the Cybersecurity Law, and elevate effective practices and measures to legal norms. Since the 1970s, the Organization for Economic Cooperation and Development, the Asia-Pacific Economic Cooperation Organization, and the European Union have successively issued personal information protection related guidelines, principles and regulations, and more than 140 countries and regions have formulated the personal information protection laws.[13]

The Personal Information Protection Law fully draws on the useful practices of relevant international organizations, countries and regions, and establishes a sound legal system that meets the needs of Chinese personal information protection and the development of the digital economy. At the same time, the Personal Information Protection Law insists on combining problem-oriented and legislative foresight. Based on the outstanding problems existing in the field of personal information protection and the major concerns

[11] See *Cheng Xiao*. Op. cit. P. 14.

[12] See *Zhang-Jihong*. The Draft of Personal Information Protection Law that Reflects the Voice of the People, Shanghai People's Congress Monthly. 2021 (5). P. 52.

of the people, establish a sound and feasible system and norms.

For some still controversial theoretical issues, the Personal Information Protection Law will leave necessary space, and for new issues brought about by new technologies and applications, necessary provisions will be made on the basis of full research and demonstration to reflect the inclusiveness and forward-looking nature of the law. Finally, the Personal Information Protection Law also pays attention to handling the relationship with relevant laws. Grasp the legislative positioning of the protection of rights and interests, link up with the relevant laws and regulations such as the Civil Code, and refine and enrich the personal information protection system rules. At the same time, in conjunction with the Cyber Security Law and the Data Security Law, the Personal Information Protection Law no longer makes provisions for the network and data security supervision-related system measures established by the Cyber Security Law and the Data Security Law.

2. Highlights and features of Chinese Personal Information Protection Law

2.1. Seven highlights of Chinese Personal Information Protection Law

2.1.1. Standardizing the basic rules of personal information processing

Chinese Personal Information Protection Law clearly stipulates that the processing of personal information must have legal grounds. In the past, the basic premise of information processors' processing personal information is the information subjects' consent, while the current Personal Information Protection Law takes into account the complexity and diversity of the personal information processing environment, and starts from the perspective of maintaining public interests and good social order. In that case, provisions are made for special circumstances under which personal information can be legally processed without obtaining personal consent to ensure the scientific accuracy and preciseness of legislation, including but not limited to the discharge of contractual obligations, the fulfillment of statutory duties or statutory obligations, the response to emergencies, and the supervision of news reports or public opinion.

The Personal Information Protection Law has also established personal information processing rules centered on "inform-consent", requesting the information subjects' voluntary and explicit consent to be obtained on the premise of full notification before processing personal information. When important conditions are changed such as the purpose, method, and type of information for processing personal information, the information subjects' consent should be re-obtained. At the same time, individuals are given the right to withdraw such consent at any time. Personal information processors must not only provide individuals with a convenient way to withdraw their consent, but once the individual withdraws their consent, the personal information processor should stop processing or delete personal information in a timely manner. It should also be noted that China has put forward stricter and more detailed requirements in the consent regulation than GDPR has done, distinguishing between different applicable situations such as consent, individual consent and written consent. To take one example, processing sensitive personal information requires the individual consent of the information subject. In comparison, GDPR does not take similar prerequisites, but it requires that the consent given by the information subject should be fully informed or undisputed.[14]

More stringent statutory conditions are stipulated for the processing of minors' personal information under the age of fourteen, the processing of personal sensitive information, the joint processing of personal information, the entrusted processing of personal information, and the transfer of personal information across borders.

Regarding the subject of personal information processing, special regulations are imposed on the processing behavior of state agencies. The processing of personal information by state agencies has the characteristics of public welfare and authority, and is significantly different from the commercial and autonomous nature of processing personal information by other legal persons and unincorporated organizations. In view of this, the Personal Information Protection Law set up a special section to stipulate the rules for the handling of personal information by state agencies, emphasizing that the state agencies perform statutory duties to process personal information. Normally, they follow the "inform-consent" rules, but excluding that laws and administrative regulations require confidentiality or informed consent will prevent the performance of statutory duties. At the same time, the personal information processed by state agencies should be stored in China, and risk assessment should be conducted if it is really necessary to provide it overseas. It is worth noting that the Personal Information Protection

[13] See China National People's Congress. Explanation on the Personal Information Protection Law of the People's Republic of China (Draft) // URL: http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml.last visited on December 2, 2021.

[14] See Tencent Research Institute. Comparison of Personal Information Protection Laws in China, the United States and Europe-Taking China's Personal Information Protection Law, EU GDPR, and California CCPA&CPRA as samples // URL: https://www.tisi.org/19493. last visited on December 2, 2021.

Law emphasizes that state agencies should perform statutory duties to process personal information in accordance with statutory powers and procedures, and must not exceed the scope and limits necessary to perform statutory duties. This content effectively responds to the public's worries and anxiety about the abuse of power by public authorities to obtain personal information.[15]

2.1.2. Prohibiting big data-enabled price discrimination against existing customers and standardizing automated decision-making

Today, more and more companies are skilled in evaluating the personal characteristics of consumers with the help of big data, and transform that into their own marketing tool. They will use information such as consumers' consumption habits, consumption levels, and sensitivity to prices to impose differentiated and discriminatory treatments on consumers in terms of transaction prices, which even misleads consumers in terms of prices and maximizes the benefits of companies' own business. This is exactly the big data-enabled price discrimination against existing customers that has been prominently reflected in the society in recent years.

Such tactic does not only violate the principle of good faith in the sense of civil law, but also seriously infringes consumers' right to fair transactions. The Personal Information Protection Law requires that personal information processors should ensure the transparency of decision-making and the fairness and impartiality of the results. They must not impose unreasonable differential treatment on individuals in terms of transaction prices and other transaction conditions in the process of reach automated decisions through utilizing personal information. In fact, before the Personal Information Protection Law enacted legislation to prohibit this phenomenon, Chinese Anti-Monopoly Law also had clear provisions on this, taking the phenomenon as an abuse of market dominance. The way Personal Information Protection Law stipulates the phenomenon of big data-enabled price discrimination against existing customers does not only actively respond to the hot issues of social and people's livelihood, but also provides a new protection path for the increasingly frequent phenomenon outside anti-monopoly regulations. After all, the activities of personal information processing play the most fundamental supporting role in the issue. Without personal information processing, the big data-enabled price discrimination against existing customers can barely occur. In conclusion, the Personal Information Protection Law plays a key role in solving above problems through the regulation of activities in personal information processing.

2.1.3. Strictly protecting sensitive personal information

The Personal Information Protection Law divides personal information into general personal information and sensitive personal information, and has formulated different rules about information processing based on their characteristics. Sensitive personal information is referred to as biometrics, religious beliefs, specific identities, medical health, financial accounts, whereabouts as well as personal information of minors under 14 years of age. The main reason why Personal Information Protection Law classifies data like above is that once the above-mentioned information is illegally used or leaked, the natural person's individual dignity, property safety and personal safety will be clearly exposed to irreversible and serious violations. Therefore, information processors must cautiously handle this type of sensitive personal information.

There is also a special chapter in Personal Information Protection Law on the processing rules of sensitive personal information. Information processors are required to process natural persons' sensitive personal information only if they display a specific purpose and sufficient necessity, and the individual's consent should be obtained separately in advance, informed of the necessity of processing sensitive personal information and the possible impact on their personal rights and interests, and adequate protection measures also should be taken. Furthermore, it is worth noticing that the Personal Information Protection Law also covers the personal information of minors under the age of 14 in the category of sensitive personal information, demanding the information processor to obtain the consent of the minor's parents or other guardians when processing the above information and formulating special personal information processing rules. This is not only to fully protect the personal information rights and physical and mental health of minors, but also to converge with the relevant provisions in Minors Protection Law.

2.1.4. Giving individuals full rights

It is generally believed in comparative law that the purpose of protecting personal information is to protect the self-determination of individuals on their personal information. In civil law countries, this right originated in Germany. In 1976, the German scholar Christoph Mallmann took the lead in proposing the "right to personal information self-determination" (das Recht auf informationelle Selbstbestimmung), who believed that personal information is of great significance to the development of personal personality and is a medium for personal self-expression (Selbstdarstellung) and communication with the social environment.[16]

[15] See *Zhang-Jihong*. Op. cit. P. 52.

[16] Quoted from *Wang-Liming & Ding-Xiaodong*. On the Highlights, Features and Application of Personal Information Protection Law [J] The Jurist. 2021 (6). P. 4.

Therefore, based on the right to self-deter-mination, right holders should have the right to give informed consent to personal information. The right of personal information self-determination is also generally accepted by the two major legal systems. This right is also the theoretical basis for personal information protection. Other rights related to personal information protection are derived from this right.

Nowadays, China takes initiative to explore diversified ways of personal information governance, while the rights that individuals own over their personal information are also amongst the essential types of personal information protection. For this reason, Personal Information Protection Law refers to the relevant provisions of foreign personal information protection laws represented by GDPR, and fully stipulates the rights of individuals in personal information processing activities. Specifically, the Personal Information Protection Law clarifies that individuals have the right to know and take decisions about the processing of their personal information, and the right to restrict or refuse the processing of their personal information by others; the right of inspection, reproduction, and portability; the right to correct; the right to delete; the right to request interpretation, to help information subjects better manage their information rights and interests, as well as risk anticipation and prevention.[17]

As for the death of a natural person, it is also clear that close relatives can exercise personal information rights of the deceased. With the simultaneous advancement of digitization and aging, the protection of the personal information of the deceased has become the focus of attention of all parties. Although whether the deceased has personality interests based on personal information, it is still a controversial issue in academic circles. The legislation and judicial practice of various countries are cautious about the protection of the deceased's personal information. Chinese Personal Information Protection Law has taken another step forward on the basis of the tort relief mechanism established by the Civil Code.

It clearly recognizes the deceased's personal information interests in the legislation and proposes a specific protection mechanism—that is, by the deceased's close relatives. For their own lawful and legitimate interests, the deceased's personal information may be lawfully exercised with the rights of access, reproduction, correction, deletion, etc., as required by law, unless otherwise arranged by the deceased during his lifetime. Of course, considering that in real life, there is a large amount of personal information that has intersecting attributes, and it also involves the privacy and personal information interests of the other people, such as communication content, email information, etc. If it is generally used by close relatives, it may cause harm to the opposite party. Privacy infringement and data security risks require a more detailed sipulations of future practices.[18]

On the whole, Chinese Personal Information Protection Law provides relatively comprehensive provisions on the rights of individuals in personal information processing activities. Except for the current disputed right to be forgotten, which is not clearly stipulated in the academic circles, the rest are generally involved. It is consistent with international legislation.

Furthermore, the Personal Information Protection Law introduced the right to portability of personal information for the first time. Where individuals request the transfer of personal information to the designated personal information processor to meet the conditions specified by national cyberspace administration, the personal information processor shall provide the means for the transfer. In fact, the right to portability of personal information was pioneered by GDPR and reflected in the legislation of the United States, Australia and other countries.

However, the establishment of the right to portability in Chinese legislation is a conditional and restricted right. To a certain extent, there is a certain degree of commonality with the provisions of the GDPR. Considering that the Personal Information Protection Law, like the EU GDPR, is a comprehensive and general law applicable to various institutions in the public and private sectors, including state agencies, hospitals, banks, etc. The issue of data transferability between these subjects is inherently more complicated. In fact, the right to portability has always been a more controversial topic, involving the privacy protection, data security and market competition of third-party users. So far, there is no clear conclusion. Even the EU GDPR, which was the first to introduce data portability, has not yet implemented a specific plan.

In practice, there is a large amount of personal information related to the privacy protection of others, such as mobile phone address books, call records, and chat information transfer records. If one user is given the right to directly transfer such information, other individuals involved in the information have no chance to know their own data has been submitted to the new data processor by others, and thus has no chance to exercise their rights. Even between different businesses within an enterprise, supporting users to directly transfer such information may also

[17] See Ari Ezra Waldman. Privacy as Trust: Sharing Personal Information in a Networked World [D] University of Miami Law Review. 2015. P. 560—590.

[18] See Tencent Research Institute. Comparison of Personal Information Protection Laws in China, the United States and Europe-Taking China's Personal Information Protection Law, EU GDPR, and California CCPA&CPRA as samples. https://www.tisi.org/19493. last visited on December 2, 2021.

cause serious privacy protection issues. For example: Google once arbitrarily defaulted users to transfer google gmail address book information directly to its social service google buzz, which was severely fined by the FTC. In the process of transferring from a mutually independent platform to another, how to allocate responsibilities between the transmitter and the receiver? Who is ultimately responsible for the security of the transferred data? Before these problems are resolved, the hastily introduction of portability rights may bring greater security risks. One of the problems exposed by the Facebook scandal is that the platform is too open to the user's policy of disclosing and migrating personal data to third parties, which ultimately leads to security incidents.[19]

2.1.5. Strengthening the basic obligations of personal information processors

The emergence of large-scale network platforms and super-large network platforms exponentially increase the dependence of information subjects on them.[20] As the primary person responsible for the protection of personal information, personal information processors should abide by the obligations set by the Personal Information Protection Law when handling personal information activities. Personal information processors shall adopt strict security protection measures when conducting personal information processing activities, formulating realistic internal operating procedures and specifications, regularly conducting compliance audits on personal information processing activities.

They also need to conduct prior impact assessments on high-risk processing activities such as processing sensitive personal information, automated decision-making, providing or disclosing personal information. For those personal information processors that process personal information up to the number prescribed by the national cybersecurity administration, a person in charge of personal information protection should also be designated to supervise personal information processing activities and protective measures taken.

As some large-scale Internet platforms provide a large number of technical support and processing rule settings for information processors to process personal information, Internet platforms play a pivotal role in the processing of personal information and are an important link in the protection of personal information. So, Article 58 of the Personal Information Protection Law stipulates special obligations for these large Internet platforms, including establishing a personal information protection compliance system, formulating platform rules, regularly publishing personal information protection social responsibility reports, etc.

More than that, the Personal Information Protection Law also provides for the personal information protector system. According to Article 52 of the Personal Information Protection Law, personal information processors that process personal information up to the number prescribed by the national cyberspace administration shall appoint a person in charge of personal information protection to be responsible for supervision on personal information processing activities as well as protective measures taken, among others. The personal information protection officer system is similar to the Data Protection Officer (DPO) system of the European Union and other countries and regions.

The core of the establishment of this system is to promote the professionalism and independence of corporate personal information protection and strengthen the company internal data governance. At present, many companies in China have set up dedicated data protection positions or personnel internally. Some government departments have also conducted trials. For example, Guangdong Province has issued the Guangdong Province Chief Data Officer System Pilot Work Plan to pilot the establishment of a chief data officer system, innovate data sharing and openness and development and utilization models, and improve data governance and data operation capabilities.[21]

Shenzhen has also issued the Shenzhen Chief Data Officer System Pilot Implementation Plan, which will pilot the establishment of chief data officers in 8 municipal units including the city's own government, Futian and other 4 district governments, and the municipal public security bureau to improve data governance and data operation capabilities help

[19] See Tencent Research Institute. Comparison of Personal Information Protection Laws in China, the United States and Europe-Taking China's Personal Information Protection Law, EU GDPR, and California CCPA&CPRA as samples // URL: https://www.tisi.org/19493. last visited on December 2, 2021.

[20] See *Friso Bostoen*. Neutrality，Fairness or Freedom? Principles for Platform Regulation [J] Internet Policy Review. 2018. P. 1—19.

[21] In May 2021, the Guangdong Province Chief Data Officer System Pilot Work Plan was officially issued. Guangdong Province selects six provincial departments including the Provincial Public Security Department, the Provincial Department of Human Resources and Social Security, the Provincial Department of Natural Resources, the Provincial Department of Ecological Environment, the Provincial Medical Insurance Bureau, and the Local Financial Supervision Bureau, as well as Guangzhou, Shenzhen, Zhuhai, Foshan, Shaoguan, Heyuan, Zhongshan , Jiangmen, Maoming, Zhaoqing and other 10 prefectures and cities carried out pilot work to promote the establishment of a chief data officer system and deepen the reform of market-oriented allocation of data elements.

Shenzhen's smart city and digital government construction.[22] At the same time, in accordance with the provisions of Article 53 of the Personal Information Protection Law, in the activities of processing the personal information of natural persons in the People's Republic of China outside the People's Republic of China, special agencies or designated representatives shall also be established in China in accordance with the law to be responsible for handling personal information protection related activities or matters.

2.1.6. Providing stricter legal responsibilities

In the face of new problems and new situations in the protection of personal information under the background of new technologies, the Personal Information Protection Law comprehensively uses public relief, private relief, social relief and other methods to realize the comprehensive protection of personal information. The subjects of personal information processing activities are diverse, involving a wide range, and are highly concealed so that it becomes quite difficult for administration to supervise, and the consumption of administrative resources also keeps heavy.

Besides, once a large-scale incident of infringement of personal information occurs, it will cause severe damage to the originally good and stable social order. Based on foreign experience and the characteristics of personal information protection itself, severe penalties for violations of personal information conform to legal logic. At the level of administrative responsibility, the Personal Information Protection Law provides a comprehensive administrative punishment mechanism, including warnings, ordering corrections, confiscating illegal gains, fining, revoking business licenses, etc. Among them, the fines imposed on a company can be as high as 5% of the company's turnover in the previous year, and there also stipulate corresponding prohibitions on employment for directors, supervisors, senior managers and personal information protection persons of the companies involved.

Concerning civil liability, the Personal Information Protection Law provides the principle of presumed fault liability and inverted evidential burden. Where rights and interests on personal information are infringed due to any personal information processing activity and the personal information processors cannot prove that they are not at fault, the personal information processors shall assume liability for damages and other tort liability.

2.1.7. Firstly establishing Chinese procuratorial public interest litigation on personal information protection

In the era of networks, the scale of personal information processed by information processors is so large that it has covered a wide range of natural persons. Once there is an illegal processing, the legitimate rights and interests of many natural persons will be infringed. In practice, because the infringement behavior of information processors is often hidden, and such infringement will not directly cause damage to the rights and interests of a specific natural person, it will affect the public interests of unspecified subjects.

Therefore, a single individual rarely initiates a lawsuit without a direct interest. Even if the victim intends to initiate a lawsuit, the high litigation cost often dampens the victim's enthusiasm for rights protection. In that case, it is very necessary to establish a public interest litigation system on personal information protection, which is a positive response to hot social issues and focuses on strengthening the protection of personal information.

According to the Personal Information Protection Law, the people's procuratorate, the consumer organization specified by the law and the organization determined by the national cyberspace administration may file a lawsuit with the people's court. Actually, it is the first time that China includes the protection of personal information within the scope of public interest litigation initiated by the people's procuratorate, which used to be a new field in public interest litigation of people's procuratorate, and it was still at the pilot stage of continuous exploration. In September 2020, the Supreme People's Procuratorate issued the Guiding Opinions on Actively and Steadily Expanding the Scope of Procuratorial Public Interest Litigation Cases as the focus of case handling in the field of cyber infringement.

The Opinions pointed out that proactively and steadily advancing public interest litigation in procuratorate，establishing an information sharing mechanism for procuratorial public interest litigation and administrative law enforcement, and strengthen the handling of public interest litigation cases in key areas such as ecological environment and resource protection, food and drug safety, state-owned property protection, state-owned land use rights, protection of the rights of heroes, and protection of minors, and also Actively and steadily expanding the scope of public

[22] The Shenzhen Chief Data Officer System Pilot Implementation Plan has already clarified 10 specific tasks in 3 areas, which involvies the establishment of a chief data officer's working mechanism; includes the establishment of a chief data officer and introducing professional talents; clarifies the scope of the chief data officer's responsibilities including promoting the construction of smart cities and digital governments, improves data standardization management, promoting data fusion innovative applications, and implements normalized guidance and supervision. At the same time, the plan points out that it is necessary to strengthen the construction of the talent team and carry out the application and exploration of characteristic data; the development of the chief data officer evaluation and summary includes the establishment of the chief data officer evaluation mechanism and strengthening of work summary, etc.

interest litigation cases, exploring the handling of public interest damage cases in areas such as production safety, public health, protection of the rights and interests of women and persons with disabilities, personal information protection, cultural relics and cultural heritage protection, summarize practical experience, and improve relevant legislation.[23] The Personal Information Protection Law formally establishes the procuratorial public interest litigation system on personal information protection, which can further standardize the handling of relevant public interest litigation cases by the people's procuratorate and give play to the legal supervision function, effectively promoting the legal protection of citizens' personal information rights and interests.

In fact, relevant cases of personal information protection public interest litigation have appeared in Chinese judicial practice. In April 2021, the Supreme People's Procuratorate issued the Typical Cases of Public Interest Litigation on Personal Information Protection by Procuratorial Organs, involving 11 cases involving Internet companies collecting personal information in violation of laws and regulations and conducting consumer fraud, effectively supervising the field of personal information protection that seriously damages the rights and interests of personal information. The activities promoted the implementation of the main responsibility of the enterprise, and made useful explorations for the public interest litigation of personal information protection.

2.2. Two characteristics of Chinese Personal Information Protection Law

2.2.1. Modernity

As network information technology undergoes rapid development, personal information protection is increasingly valued by countries and regions around the world, and legislative activities related to it are also in full swing. According to official data released by the United Nations, 128 countries have enacted data protection laws, personal information protection laws, or data privacy laws, accounting for 69%.[24]

The release of Chinese Personal Information Protection Law is a response to the personal information protection issues raised in the current era at the legal system level, providing legal solutions to strengthen the personal information protection. As well, it helps introduce Chinese experience and Chinese solutions to the problems of personal information protection commonly faced by countries all over the world.[25] Notably, the Personal Information Protection Law has responded positively to issues such as face recognition, artificial intelligence and other new technologies that have been widely concerned by Chinese society in recent years. Plus, it touches upon the situation of big data-enabled price discrimination against existing customers and other issues, with distinct characteristics of the times. In response to the frequent abuse of face recognition in practice, Chinese Personal Information Protection Law also made a positive response. Article 62 of the Personal Information Protection Law stipulates: "The National Cyberspace Administration shall coordinate relevant departments to promote the following personal information protection work in accordance with this Law: (1) Formulate specific rules and standards for personal information protection; (2) Target small personal information processors, processing sensitive personal information and new technologies and applications such as face recognition and artificial intelligence, and formulating special personal information protection rules and standards..." This article sets out principles for the use of face recognition technology, and provides a basis for the relevant legislation to fine-tune the rules of face recognition technology.[26]

In addition, since most countries in the world have entered the digital information society, the problem of cross-border transmission of information will inevitably arise. Chinese Personal Information Protection Law keeps up with the trend of the times and clearly stipulates China's personal information export system from the legal level, which solves the current legislative lack of rules for the cross-border transmission of personal information. Article 38 of the Personal Information Protection Law stipulates four statutory circumstances for the export of personal information: (1) Security assessment organized by the national cyberspace administration; (2) Personal information protection certification by a professional organization; (3) A contract has been concluded with the overseas recipient in accordance with the standard contract formulated by the national cyberspace administration, agreeing on the rights and obligations of both parties; (4) Other conditions provided in laws or administrative regulations or by the national cyberspace administration. The notification obligation of the personal information processor is also specified in detail, and individual seperate consent is required. Providing personal information abroad is also a statutory matter that requires prior risk assessment. At the same time, it is required that operators of critical information infrastructures and personal information processors who process personal information up to

[23] See: *Supreme People's Procuratorate*. Requirements of the Central Committee of the Communist Party of China: Actively and steadily expanding the scope of public interest litigation cases. https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202108/t20210812_526499.shtml, Last visit date December 2, 2021.

[24] URL: https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide. last visit date December 23, 2021.

[25] See *Wang-Liming & Ding-Xiaodong*. Op. cit. P. 11.

[26] See *Wang-Liming & Ding-Xiaodong*. Op. cit. P. 14.

the number prescribed by the national cyberspace administration should be stored locally. It can be seen that the Personal Information Protection Law establishes the basic rules for the export of Chinese personal information through two aspects of transmission path and obligatory regulations, and does not adopt the "sufficiency protection" standard of the EU GDPR. Chinese Personal Information Protection Law does not adopt the EU GDPR "sufficiency protection" standard and set higher barriers to the circulation of personal information out of the country, but on the basis of strictly regulating the obligations of cross-border information providers , paying more attention to the use of market autonomy tools such as certification and contracts on the cross-border transmission of personal information, which is fully in line with the legislative purpose of promoting the cross-border flow of personal data followed by the international community.[27]

2.2.3. Locality

The personal information protection systems are established in various countries in the world. On the one hand, the information subject is given the right to inquire, copy, delete, and correct. On the other hand, it imposes responsibilities on information processors to drive them to fulfill their obligations in terms of storage, information security, information quality, etc.[28]

Chinese Personal Information Protection Law also follows this tradition and shows similarity to the widely used personal information protection system. In addition, Chinese legislators have fully considered China's basic national conditions during the legislative process, reflecting Chinese characteristics, like protecting the personal information of minors through the processing rules of sensitive personal information. Although GDPR also stipulates sensitive personal data, it does not include information about minors, while Virginia Consumer Data Protection Act defines data involving children as sensitive personal data.[29]

On the basis of fully absorbing the legislative experience of other countries, China has expanded the protection of sensitive personal information from children to minors under the age of 14, which is consistent with Chinese Civil Code, rendering the regulations on the protection of minors' personal information more specific and clearer. To illustrate further, there are two ways to set up personal information protection supervision in the world. One is the unified supervision model represented by the European Union, that is, the establishment of a special information protection agency to implement centralized supervision of all areas including public institutions and private institutions. The other is carried out by various functional departments to supervise activities according to their authority, and the protection of personal information is only part of their supervision responsibilities.[30]

China has adopted the second model instead of establishing a completely independent personal information supervisory agency. The national cyberspace administration is responsible for the overall coordination of personal information protection work and related supervision and management, and performs relevant personal information protection duties, which depends on the high degree of professionalism of the national cyberspace administration. Judging from Chinese practical experience, the national cyberspace administration can assume the responsibility of overseeing personal information protection and to give full play to the various functions of regulatory agencies in law popularization, law enforcement, and propaganda.

[27] See *Zhang-Jihong*. Op. cit. P. 52.
[28] See *Wang-Liming & Ding-Xiaodong*. Op. cit. P. 11.
[29] See *Wang-Liming &Ding-Xiaodong*. Op. cit. P. 12.
[30] See *Zhang-Jihong*. Op. cit. P. 52.

Институциональное совершенствование и судебное применение Книги о наследовании Гражданского кодекса КНР

Institutional Improvement and Judicial Application of the Civil Code — Succession Book

Ван Гэя*
профессор, научный руководитель юридического факультета Хэйлунцзянского университета,
вице-президент Общества исследования брачного и семейного права Китайского юридического общества,
эксперт проектной группы по кодификации Гражданского кодекса Китайского юридического общества
г. Харбин, Китай
pangdongmei71@163.com

Wang Geya**,
Professor and Doctoral Supervisor of the Law School of Heilongjiang University, Vice President of the Marriage and Family Law Research Society of the China Law Society, Expert of the Civil Code Codification Project Group of the China Law Society Harbin, China

© *Ван Гэя, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.037-045

Abstract. *China's Civil Code — Succession Book is codified on the basis of the Law of Succession, with both legislative improvement and institutional innovations. The legislative improvement is reflected in various systems such as intestate succession, testate succession and testamentary gift, disposition of estates; the institutional innovations are reflected in the systems of disinheritance, succession in subrogation, the form and validity of wills, and the administrator of the estate. In order to accurately understand and apply the Civil Code — Succession Book, safeguard people's succession rights and interests, and promptly resolve succession disputes, the Supreme People's Court promulgated the Interpretation (I) of the Succession Book, which is significant in refining the legal norms of succession, clarifying the application situations of the legal norms of succession, judging the validity of succession, and safeguarding the rights and interests of the parties concerned.*
Keywords: *the Civil Code — Succession Book, Institutional Improvement, Judicial Application.*

Civil Code of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Civil Code), adopted at the Third Session of the Thirteenth National People 's Congress of the People's Republic of China on May 28, 2020, went into effect as of January 1, 2021. The Civil Code consists of seven books — General Part, Real Rights, Contracts, Personality Rights, Marriage and Family, Succession, and Tort Liability — and 1,260 articles. The Succession Book is the sixth book of the Civil Code and consists of four chapters — General Rules, Intestate Succession, Testate Succession and Testamentary Gift, and Disposition of Estates, — and 45 articles. The legislative basis of the Succession Book is Law of Succession of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Law of Succession), which was adopted at the Third Session of the Sixth National People's Congress in 1985. In accordance with the development of social family structure and the concept of succession, the Succession Book modifies and improves the succession system on the basis of the Law of Succession in order to meet the practical needs of people in disposing their estates.

* Ван Гэя, основные исследовательские интересы — гражданские права, брачное и семейное право, наследственное право, пол и право и т.д.

** Author: Wang Geya, whose main research interests are civil rights, marriage and family law, succession law, gender and law, etc.

I. Legislative Path

As an important book of the Civil Code, the legislative path of the Succession Book is the same as that of the Civil Code, which has gone through three legislative stages, namely, the overall deployment, the systematic combing and the formation of draft.

1. Overall Deployment

The codification of the Civil Code is led by the Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress, with the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, the Ministry of Justice, Chinese Academy of Social Sciences and China Law Society as participating entities.

For a good codification of the Civil Code, the Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress and the five participating units set up a coordinating group for the codification of the Civil Code and a special working group for the Civil Code; the Supreme People's Court, Chinese Academy of Social Sciences and China Law Society also organized experts to codify the draft of the Civil Code respectively.

On 31 May 2016, China Law Society set up special subject groups respectively on specific provisions of the Civil Code to organize the drafting of the articles of law of specific provisions of the Civil Code. In early September 2016, the subject groups submitted lists of issues that needed to be integrated in each of specific provisions of the Civil Code to the Leading Group for the Codification of the Civil Code of China Law Society; in January 2017, the subject groups submitted their draft proposals for each of specific provisions of the Civil Code. After the route map for the codification of specific provisions of the Civil Code was determined, the Special Subject Group for the Succession Book continued its work on the codification of the Civil Code — Succession Book (Draft).

2. The Systematic Combing

The codification of the Civil Code is not the formulation of a completely new civil law, nor is it a simple compilation of laws, but rather the compilation and revision of the existing civil legal norms, a revision and improvement of the provisions that are no longer in line with the realities, and the making of new and targeted provisions for new situations and problems that arise in economic and social life. In accordance with the legislative spirit, the Special Subject Group for the Succession Book of the China Law Society was actively promoted the codification of the Expert Proposal Draft on the Civil Code — Succession Book.

By sorting out and studying opinions and suggestions on succession over the years, the Special Subject Group for the Succession Book of China Law Society conducted legislative research, listened extensively to opinions and suggestions of the public, judges, lawyers and notaries, etc., based on the Law of Succession, combined with new demands on legal system of succession putting forward by the economic and social development of China, and on the basis of drawing up a list of issues on the Civil Code — Succession Book, gradually promoted the codification of the Expert Proposal Draft on the Civil Code — Succession Book, and contributed its wisdom to the codification of the Civil Code — Succession Book.

3. The Formation of the Draft

The Special Subject Group of the Civil Code — Succession Book of China Law Society, submitted the Expert Proposal Draft of the Civil Code — Succession Book to the Leading Group for the codification of the Civil Code of China Law Society on 18 January 2017. The Expert Proposal Draft consists of five chapters — General Rules, Intestate Succession, Testate Succession and Testamentary Gift, Legacy-support Agreement and Succession Agreement, Disposition of Estates — with a total of 89 articles.

The Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress and the participating units of the Civil Code codification work have made every effort to promote the codification of the Civil Code — Succession Book, and on the basis of thorough research, institutional improvement and complementary norms, the Civil Code — Succession Book (Draft) was formed and submitted to the Fifth Meeting of the Standing Committee of the Thirteenth National People's Congress held in August 2018 for consideration.

The Civil Code — Succession Book (Draft) has been gradually improved after the first and second review. The improved Civil Code — Succession Book (Draft) of Second Review consists of 4 chapters — General Rules, Intestate Succession, Testate Succession and Testamentary Gift, Disposition of Estates — and 45 articles. This Second Instance of the Civil Code — Succession Book (Draft), after amendment, was adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on 28 May 2020.

II. The Legislative Improvement

The Civil Code — Succession Book follows and develops the legislative tradition and institutional design of the Law of Succession, making China's succession system more complete and the succession norms more scientific. At the same time, it fully incorporates the relevant provisions of the Opinions. Combing the institutional innovation and improvement of the Civil Code — Succession Book will help to grasp the process of institutional development and the path of normative improvement of China's succession legislation, and explore the value orientation and normative pursuit of succession legislation.

1. Refinement of General Rules

Chapter I of the Civil Code — Succession Book is the General Rules, consisting of seven articles, which sets out the basic rules of the succession system, reit-

erates the basic principles of the State's protection of natural person's right to inheritance and establishes the basic system of succession. Specifically, it covers the protection of the right to inheritance, the time of commencement of succession, the scope of estates, the manner of succession, the acceptance and renunciation of succession and testamentary gift, the disinheritance and exceptions. Its legislative refinement is reflected in five areas:

(1) A system of presumption of the time of death is added. Where several persons with the right to inherit each other's estate die in the same incident and it is difficult to determine the time of each person's death, the succession legislation differs from country to country as to how to determine the order of death. The relevant legislation often determines the order of death according to age and gender. For example, Article 1134 of Civil Code of the Russian Federation, Article 725-1 of Civil Code of France and Article 832 of Ethiopian Civil Code contain relevant provisions. Article 1121 of PRC Civil Code, which incorporates Article 2 of the Opinions, clearly provides that "Succession begins upon the death of a decedent. Where two or more persons with the right to inherit each other's estate die in the same incident and it is difficult to determine the time of each person's death, the person without any other successor is presumed to have predeceased those with other successor(s).Where the aforementioned deceased persons are from different generations and all of them have other successor(s), the person of the elder generation is presumed to have predeceased those of the younger generation; or, where the deceased are in the same generation, they are presumed to have died simultaneously and no succession occurs between or among them." This provision follows the physiological patterns of human beings, reflecting the natural attributes of human existence; it matches the ethical generations of human beings, reflecting the social attributes of human life.

(2) The scope of the estate is defined in general terms. Article 3 of the Law of Succession defines the scope of estates in the illustration doctrine legislation, i.e., enumeration + generalization, and the definition of estates is positive legacy. Article 1122 of the Civil Code, while continuing the positive approach, defines the scope of succession in the generalization doctrine legislation, i.e. "An estate refers to the property lawfully owned by a natural person upon death. No estate that cannot be inherited by law or by its nature may be inherited." The legislative significance of this provision is twofold: firstly, it adapts to the trend of gradually expanding the scope and types of estates. With the improvement of the material living standard of people, the scope and types of property have been expanded and the scope and types of estates have been broadened. Since succession legislation cannot exhaust the list of types of estates, the adoption of generalization doctrine legislation to define the scope of estates helps to avoid the limitations and hysteresis of legislation. Secondly, the nature and scope of estates is clarified. In other words, as long as the decedent's personal estate is lawful, it can be inherited according to law. Estates that cannot be inherited include two main categories: the estate who is prohibited by law or by its nature may not be inherited.

(3) The grounds for disinheritance are added. Article 1125 of the Civil Code provides for two additional grounds for disinheritance: first, conceal the will with serious circumstances; second, through fraud or duress, compelling or interfering with the testator to make, alter, or revoke a will, and the circumstances are serious. The statutory grounds for disinheritance vary from time to time. According to the changes of infringement, the statutory grounds for disinheritance are increased at proper time, which helps to safeguard the legitimate rights and interests of successors and testators, realize the fairness and justice of succession and stabilize the order of succession.

(4) The system of forgiveness for a successor is added. The improvement of the system of statutory disinheritance is one of the legislative highlights of the Civil Code — Succession Book. Paragraph 1, Article 1125 of the Civil Code provides that: " A successor is disinherited if he has committed any of the following acts: (1) intentionally killing the decedent; (2) killing any other successor in fighting over the estate; (3)abandoning the decedent, or maltreating the decedent and the circumstances are serious; (4) forging, tampering with, concealing, or destroying the will, and the circumstances are serious; or (5)through fraud or duress, compelling or interfering with the testator to make, alter, or revoke a will, and the circumstances are serious." Paragraph 2, Article 1125 of the Civil Code provides that "A successor who had committed one of the acts listed in Subparagraphs (3) to (5) of the preceding paragraph may not be disinherited if he truly repented and mended his ways, and was forgiven by the decedent or was thereafter appointed as one of the successors in the decedent's will." In other words, Subparagraphs (1) and (2) are absolute grounds of disinheritance and Subparagraphs (3) through (5) are relative grounds of disinheritance.

(5) The statutory grounds for the loss of rights to receive the testamentary gift are clarified. Paragraph 3, Article 1125 of the Civil Code provides that a donee-by-will who commits any act listed in the first paragraph of Article 1125 loses his right to receive the testamentary gift. Offering the testamentary gift is a unilateral legal act in which the donor-by-will offers the donee-by-will property interests without compensation or with a burden. Since the donee-by-will receives a testamentary gift for no consideration or less than the burden attached to it, the public often places a high moral value on the donee-by-will's behavior. If a donee-by-will commits a statutory offense, it is not only inconsistent with traditional moral

norms, but also seriously hurts the moral feelings of successors and testators. For that reason, succession laws of various countries provide statutory grounds for the loss of rights to receive the testamentary gift of a donee-by-will, and not only do they usually apply the statutory grounds for disinheritance, but they also provide for stricter grounds for loss of rights to receive the testamentary gift. Paragraph 3, Article 1125 of the Civil Code provides for an absolute ground for loss of rights to receive the testamentary gift.

2. Refinement of Intestate Succession

Chapter II of the Civil Code — Succession Book is the Intestate Succession, which contains seven articles that set out the basic norms of the intestate succession system. Specifically, it includes: the principle of equality between men and women in the right to inheritance, the scope of successors and the order of succession, subrogation inheritance, the right to inheritance of widowed daughters-in-law and sons-in-law, the rules of distribution of an estate, the right to an appropriate share of the estate, and the manner of disposing succession. Its legislative improvement is reflected in two aspects:

(1) The system of subrogation inheritance is improved. On the basis of the continuation of the provisions of the Law of Succession on subrogation inheritance, paragraph 2, Article 1128 of the Civil Code provides that "Where a decedent is predeceased by a sibling of his, the children of the predeceased sibling shall inherit in subrogation." The legislative significance of this provision is twofold: firstly, it expands the scope of subrogated successors by providing for the children of the predeceased siblings to be subrogated successors. In other words, if the decedent has no successors first in order and his siblings of successors second in order have died before him, his nieces and nephews can inherit his estate. Secondly, it helps the inter-generational transmission of succession. By extending the scope of intestate successors to nieces and nephews, the estate can be passed on from generation to generation within the scope of relative relations by law, and the situation where the estate escheats to the State can be appropriately reduced, thus fulfilling the purpose of the State to protect natural person's right to inheritance and carrying forward the concept of succession of supporting the old and raising the young.

(2) The statutory conditions for the right to claim for an appropriate share of the estate have been improved. Article 14 of the Law of Succession provides that the statutory conditions for the right to claim for an appropriate share of the estate of an eligible dependent are more stringent, i.e., the eligible dependent shall be a "dual deficiency" person — any successor who has neither ability to work nor the source of income. Article 1131 of the Civil Code provides that "An appropriate share of the estate may be given to a person, other than a successor, who has been a dependent of the now decedent, or to a person, other than a successor, who has made considerable contributions in supporting the now decedent." This provision removes the reference to the eligible dependent being a "dual deficiency" person, making the statutory conditions for the eligible dependent's right to claim for an appropriate share of the estate more concise. This is because dependence on the decedent's "support" implies that the eligible dependent has neither ability to work nor the source of income. If one is able to work or has a source of income, he does not need to be maintained by others. The precise formulation of legal norms is one of the elements of the normative expression of the Civil Code — Succession Book, which reflects the precise connotation of legal norms.

3. Improvement of Testate Succession and Testamentary Gift

Chapter III of the Civil Code — Succession Book contains 12 articles on Testate Succession and Testamentary Gift, which set out the basic norms of the testate succession and testamentary gift system. Specifically, it includes: General Rules on testate succession and testamentary gift, holographic wills, wills written on behalf of a testator, wills in printed forms, wills made in the form of an audio or video recording, nuncupative wills, notarized wills, negative conditions for acting as a witness to a will, provisions on the necessary portion of an estate, revocation, alteration and validity of wills, circumstances in which a will is void, and wills with obligations. Its legislative improvements are reflected in four areas:

(1) The forms of printed and video-recorded wills are added. Article 1136 of the Civil Code provides that "A will in printed form shall be attested by two or more witnesses. The testator and the witnesses shall sign and specify the year, month, and day on each page." Article 1137 of the Civil Code provides that: " A will made in the form of an audio or video recording shall be attested by two or more witnesses. The testator and the witnesses shall record their names or likeness in the recording and specify the year, month, and day of its making." The addition of printed and video-recorded wills responds to the needs of the times and social development, and helps to realize the testator's autonomy of intent while enriching the form of wills.

(2) The requirements for a nuncupative will are refined. Article 1138 of the Civil Code provides that: "A testator may, when facing imminent danger, make a nuncupative will. A nuncupative will shall be attested by two or more witnesses. When the imminent danger is removed and where the testator is able to make a will in writing or in the form of an audio or video recording, the nuncupative will thus made becomes invalid." This provision, which stems from the refinement of the provisions of paragraph 5, Article 17 of the Law of Succession, regarding nuncupative wills, namely, in which the will made is invalid when

the imminent danger is removed, including the testator is able to make a will in the form of a video recording.

(3) The negative conditions for witnesses to a will are improved. The fitness of a witness to a will is essential to the validity of the will. In order to ensure the authenticity and validity of wills, the qualifications or conditions of witnesses to wills are provided in the succession legislation of various countries. Based on the continuation of Article 18 of the Law of Succession, Article 1140 of the Civil Code improves the negative conditions for witnesses to a will. The qualifications or conditions for witnesses of wills are further restricted by adding the provision "a person incompetent to attest a will"; at the same time, the definition of the negative conditions for witnesses to a will is made more comprehensive. As for "a person incompetent to attest a will", it refers to persons who have full capacity for civil conduct but do not have the capacity to witness due to disability, etc. For example, blind or deaf persons are not capable of witnessing certain forms of wills.

(4) The rules governing the validity of wills are amended. In response to the limitations of Article 20 of the Law of Succession, Article 1142 of the Civil Code is improved: first, the withdrawal of a will has been amended to the revocation of a will, making the legal terminology more rigorous and precise. In other words, although the difference between withdrawal and revocation of a will is only one word, the difference in jurisprudential connotation and time point leads to a different validity. Second, the provision that “A notarized will may not be revoked or altered by a holographic will, a will written on behalf of the testator, a will in the form of an audio recording or a nuncupative will.” Has been deleted. It is replaced by “A testator may revoke of alter a will he has made.” The third is the addition of a fictional provision for the revocation of a will by an act to the contrary. It is replaced by “Where a testator who, after making a will, acts inconsistently with the content of his will, the pertinent part of the will is deemed to be revoked.” Fourth, the provisions on the priority effect of notarized wills are amended to establish the legislative model of parallel validity of various forms of wills. Paragraph 3, Article 1142 of the Civil Code provides that "Where several wills have been made and their contents are inconsistent, the will made last in time shall prevail." This provision respects the true expression of the testator and facilitates the testator’s freedom to make a will.

4. Improvements in Disposition of Estates

Chapter IV of the Civil Code — Succession Book, which is Disposition of Estates, contains 19 articles that set out the procedures and rules for disposition of estates. These include: the election of an administrator of an estate, the request for the appointment of an administrator of an estate, the duties of an administrator of an estate, the responsibilities of an administrator of an estate, the remuneration of an administrator of an estate, the notification of the opening of the succession, the custody of the estate, the transferred succession, the determination of an estate, the scope of application of intestate succession, the share of an estate reserved for a fetus, the principles and methods of partition of an estate, the disposition of the inherited property in the event of remarriage, the legacy-support agreement, the succession and the payment of debts, the disposition of estates with neither a successor nor a donee-by-will, limited succession, the priority of debt payment over the execution of testamentary gift, the order and proportion of intestate successors, testamentary successors and donees-by-will in the disposition of taxes. Its legislative improvements are reflected in seven areas:

(1) The system of an administrator of an estate is added. In order to ensure the proper administration and smooth partition of an estate and to better safeguard the interests of successors and creditors, the Civil Code — Succession Book adds the system of an administrator of an estate. The system consists of five legal norms, which provide the manner in which an administrator of an estate is to be appointed, the application for the appointment of an administrator of an estate, the duties of an administrator of an estate, the responsibilities of an administrator of an estate and the remuneration of an administrator of an estate. The initially established system of an administrator of an estate makes up for the lack of legislation in the Law of Succession and improves the succession system in China.

(2) Provides for a system of transferred succession. The Law of Succession does not provide for transferred succession. Article 52 of the Opinions provides that "where, after the opening of succession, a successor has not disclaimed the inheritance and died before the estate is partitioned, his right to inheritance shall be transferred to his lawful successor(s)." This judicial interpretation became the legislative prototype for the system of transferred succession of the Civil Code — Succession Book. Article 1152 of the Civil Code provides that "Where, after a succession commences, a successor who has not disclaimed the inheritance dies before the estate is partitioned, the share that he should have inherited shall be inherited by his successors, unless otherwise provided in the will." The establishment and improvement of the system of transferred succession responds to the diversity of succession methods and achieves the full protection of the inheritance right and interests.

(3) Improves the scope of application of intestate succession. On the basis of Article 27 of the Law of Succession, Article 1154 of the Civil Code improves the scope of application of intestate succession: firstly, it includes "a donee-by-will is disqualified" in the scope of statutory application of intestate succession; secondly, it includes the "termination" of the donee-

by-will in the scope of application of intestate succession. The precise definition of the scope of application of intestate succession will help safeguard the rights and interests of the public in intestate succession.

(4) The system of a legacy-support agreement is improved. Article 31 of the Law of Succession provides that a citizen may enter into a legacy-support agreement with a person or with an organization under collective ownership who, in accordance with the agreement, assumes the duty to support the former in his lifetime and attends to his interment after death, in return for the right to receive a testamentary gift. Article 1158 of the Civil Code provides: "A natural person may enter into a legacy-support agreement 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." According to this provision, the fosterer shall be "an organization or individual other than a successor", and the "organization" shall not be limited to "an organization under collective ownership". Properly expand the scope of fosterers will help to broaden the channels of maintenance and meet the needs of diversified forms of elderly care.

(5) Add the priority of "dual deficiency" successors' necessary portion. Properly disposing the relationship between the partition of an estate and the payment of debts is an issue common to all countries' succession legislation. Article 33 of the Law of Succession only provides the principle of limited succession, and does not provide that the necessary portion of a "dual deficiency" successor shall be given priority over the payment of taxes and debts owed by the decedent in the partition of an estate. Article 61 of the Opinions provides that: "An appropriate share of an estate shall be reserved for a successor who has neither ability to work nor the source of income even if the estate is insufficient to pay off debts, and then the debts shall be paid off according to Article 33 of the Law of Succession and Article 180 of the Civil Procedure Law." This judicial interpretation was incorporated in the Civil Code — Succession Book. Article 1159 of the Civil Code provides that: "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." This provision makes up for the lack of legislation in the Law of Succession and clarifies that the necessary portion of the estate of a "dual deficiency" successor takes precedence over the taxes and debts owed by the decedent when partitioning the estate, reflecting the protection of security for survival and humanistic concern for the "dual deficiency" successor.

(6) Improve the system of attribution of an estate with neither a successor nor a donee-by-will. Article 32 of the Law of Succession does not provide for the use of an estate with neither a successor nor a donee-by-will after they escheated to the State. Article 1160 of the Civil Code provides that "An estate with neither a successor nor a donee-by-will shall be escheated to the State for public interest purposes. Where the decedent was a member of a collective organization at the time of his death, the estate shall be escheated to the collective organization." This provision specifies that the estate with neither a successor nor a donee-by-will, after it has escheated to the State, is for public interest purposes.

(7) Add the order and proportion in which successors and donees-by-will pay the taxes and debts. The Law of Succession does not provide for the order and proportion in which successors and donees-by-will pay the taxes and debts. Article 62 of the Opinions provides that: "In the event that an estate has been partitioned but the debts have not been paid, if intestate succession as well as testate succession and testamentary gift are involved, the heir at law shall first pay the debts with the estate obtained thereby; if the estate is insufficient to pay off the debts, the remaining debt shall be repaid in proportion by the testamentary successor and the donee-by-will with the estate obtained thereby; if testate succession and testamentary gift are involved only, the debts shall be repaid by the testamentary successor and the donee-by-will in proportion with the estate obtained thereby." This judicial interpretation was incorporated and developed in the Civil Code — Succession Book, and became the basis for adjusting the order and proportion in which the intestate successors, the testamentary successors and the donees-by-will pay off their taxes and debts. Article 1163 of the Civil Code provides that "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." This provision clarifies the order and proportion in which intestate succession, testate succession and testamentary gift assume responsibility for the payment of estate debts, improves China's system for the payment of estate debts and helps to protect the rights and interests of successors, donees-by-will and creditors.

III. Judicial Implementation

In order to ensure the smooth implementation of the Civil Code — Succession Book, on 25 December 2020, the 1825th meeting of the Judicial Committee of the Supreme People's Court adopted the Interpre-

tation of the Supreme People's Court on the Application of Succession Book of the Civil Code of the People's Republic of China (I) (the "Succession Book Interpretation (I)"), which came into effect since 1 January 2021. The Succession Book Interpretation (I) includes 45 articles on General Rules, Intestate Succession, Testate Succession and Testamentary Gift, Disposition of Estates.

1. General Rules

There are 9 articles of the General Rules, which mainly include:

(1) The value of the contract interests not yet obtained as the estate. Where the contractor has not obtained the interests from the contract at the time of his death, the entity issuing the contract or the person that succeeds the contract may make reasonable conversion or compensation for the funds invested in the contract and the labor the contractor paid as well as the added value and fruits before his death, with the value thereof as the estate.

(2) Clarify the order of effect between legacy-support agreements and wills. In the event that the decedent has, before his death, concluded a legacy-support agreement with others and made a will at the same time, if the legacy-support agreement is not in conflict with the will after the opening of succession, the estate shall be disposed of under the agreement and will respectively; in case of any conflict, the agreement shall prevail, and the will that conflicts with the agreement shall be void, in whole or in part.

(3) Obtain the estate by testate succession or intestate succession. Any testamentary successor who has obtained the estate under a will may remain entitled to obtain the estate that has not been disposed of under the will in accordance with Article 1130 of the Civil Code.

(4) Disputes over disinheritance are judged and ruled by the People's Court in accordance with the law. Where, in the course of succession, a dispute arises between successors as to whether or not any successor is disinherited, the people's court shall, in accordance with Article 1125 of the Civil Code, make a judgment on whether or not the successor is disinherited.

(5) Clarify the judgment criteria for disinheritance. Firstly, the "serious circumstances of maltreating the decedent" may be determined in terms of the time, means, consequence and social impact of the maltreatment. If the circumstances are serious and the maltreatment on the decedent is serious, it may be confirmed that the successor is disinherited, whether or not criminal liability is investigated. Secondly, where a successor intentionally kills the decedent, whether it is a completed murder or an attempted murder, the successor may be confirmed to be disinherited. Thirdly, where a successor intentionally kills the decedent or kills any other successors in fighting over the estate, and the decedent designates his estate by will to the successor, the will may become invalid and the successor shall be disinherited. Fourthly, where a successor forges, tampers, conceals or destroys the will, infringing upon the interests of the successor who has neither ability to work nor the source of income, and causing him to live a hard life, it shall be deemed as "serious circumstances".

2. Intestate Succession

There are 14 articles of Intestate Succession, which mainly include:

(1) The rights to inheritance of different types of children. Firstly, adopted children may entitle to the right to claim for an appropriate share of their natural parents' estate in statutory situations. Where an adoptee has fully performed the duty to support his adoptive parents and at the same time has largely supported his natural parents, he may, in addition to inheriting the adoptive parents' estate in accordance with Article 1127 of the Civil Code, be given an appropriate share of his natural parents' estate in accordance with Article 1131 of the Civil Code. Secondly, stepchildren and stepparents shall entitle to dual rights to inheritance in accordance with the law. Where a stepchild inherits from his stepparents, the succession from his natural parents shall not be affected. Where a stepparent inherits from his stepchild, the succession from his children born in or out of wedlock shall not be affected.

(2) The right to inheritance between siblings. Firstly, as the relationship between an adopted child and a child born in or out of wedlock in a family, or that between different adopted children in a family are adopted siblings, they may be successors second in line to each other. The relationship of rights and duties between an adoptee and his natural siblings ceases with the establishment of the adoptive relationship, they may not be successors second in line to each other. Secondly, the right to inheritance between stepsiblings arises from the support relationship between them. Where there is no support relationship between them, they may not be successors second in line to each other. If stepsiblings inherit from each other, the succession from their natural siblings shall not be affected.

(3) Provisions relating to subrogation inheritance. Firstly, a successor in subrogation is unrestricted to the generations in a lineage. Any grandchild, maternal grandchild, great-grandchild or maternal great-grandchild of a decedent may inherit in subrogation, and a successor in subrogation is not subject to the generations in a lineage. Secondly, the subrogation inheritance right of different types of children. The children born in or out of wedlock of an adopted child of a decedent or that of the stepchild who has formed the maintenance relationship with the decedent may inherit in subrogation; the adopted children of a child born in or out of wedlock of the decedent may inherit in subrogation; the adopted children of

an adopted child of the decedent may inherit in subrogation; and the adopted children of a stepchild who has formed the maintenance relationship with the decedent may also inherit in subrogation. Thirdly, the conditions for successors in subrogation to obtain more of the estate. At the time of distributing the estate, a successor in subrogation who has neither ability to work nor the source of income or has predominantly made contributions in supporting the decedent, may be given a larger share of the estate. Fourthly, the situations under which inheriting in subrogation or claiming for an appropriate share of the estate is not allowed. In the event that a successor is disinherited, his direct lineal descendant may not inherit in subrogation. If such successor in subrogation is either unable to work and has no source of income or has substantially performed his duties in supporting the decedent, he may be given an appropriate share of the estate. Fifthly, the right to inheritance of widowed daughters-in-law or sons-in-law who have made the predominant contributions in supporting their parents-in-law shall co-exist with the right to inherit in subrogation of his children. Where a widowed daughter-in-law or son-in-law is the successor first in order in relation to his parents-in-law in accordance with Article 1129 of the Civil Code, his children's subrogation inheritance shall not be affected no matter whether he is remarried or not.

(4) Confirmation of the main obligation of the maintenance or support. Where any person has provided main sources of income for the livelihood of the decedent or major assistance in such areas as labor services, he shall be deemed to have fulfilled the main obligation of maintenance or support.

(5) Application of the right to claim for an appropriate share of the estate. Firstly, an appropriate share of the estate. Any person who is entitled to an appropriate share of the estate in accordance with Article 1131 of the Civil Code may be given a greater or smaller share than that of the successor the case may be. The second is the remedy of the right to claim for an appropriate share of the estate. Any person who is entitled to an appropriate share of the estate in accordance with Article 1131 of the Civil Code shall have the right to sue to the people's court as an independent subject of litigation if his right to lawfully acquire the estate of the decedent is infringed upon.

(6) Principles for determining the share of the successor's estate. Firstly, the distribution of an estate when the decedent does not require maintenance from the successors. Where a successor has the ability and conditions for maintenance and is willing to perform his duties in maintaining the decedent, but the decedent clearly expresses that he does not need such maintenance due to the fact that he has a fixed income and ability to work, the successor's share of succession shall generally not be affected at the time the estate is distributed. The second is the case where the successor has a smaller or no share. Although a successor who has the ability and conditions to maintain the decedent lives together with the decedent, he fails to perform his duties in maintaining the decedent, he may be given a smaller or no share of the estate at the time the estate is distributed.

3. Testate Succession and Testamentary Gift

There are 6 articles of Testate Succession and Testamentary Gift, which mainly include:

(1) Definition of qualification of the witness to a will. Any creditor or debtor, or any partner in joint business operation of a successor or donee-by-will shall also be deemed to have an interest in the successor or donee-by-will and shall not serve as a witness to a will.

(2) Restrictions on the freedom of a will by the necessary portion. Where a testator fails to retain the share of an estate for a successor who has neither ability to work nor the source of income, the necessary portion of an estate shall be left for him at the time of disposing estates, and only then can the remainder be disposed of by reference to the distribution principles prescribed by the will. Whether a successor has neither ability to work nor the source of income shall be determined according to the actual circumstances of the successor at the time when the will becomes effective.

(3) Determination of the validity of a will. Where a testator disposes of the property of the State, the collective or another person by wills, such part of wills shall be determined as void.

(4) Conditions for a testament to be regarded as a holographic will. Where a natural person's testament contains contents about the disposition of his personal property after his death, which is indeed the true expression of the intent of the deceased, is signed by the deceased and indicates the date, month and year thereof, and there is no evidence to the contrary, disposition of the testament may be deemed as a holographic will.

(5) Definition of testamentary capacity. Any testator must have full capacity for civil conduct when making a will. The will made by a person without or with limited capacity for civil conduct is still void, even if the person subsequently possesses full capacity for civil conduct. Where a testator has full capacity for civil conduct at the time of making a will and subsequently becomes a person without or with limited capacity for civil conduct, the validity of the will shall not be affected.

(6) Effect of performance of testate succession or testamentary gift with obligations. Where an obligation is attached to a testate succession or testamentary gift, if the obligation can be performed but a successor or donee-by-will fails to do so without justified reasons, the people's court may, upon the request of the beneficiary or any other successor, cancel the successor's right to receive part of the estate subject to the obligation, and the successor or beneficiary who

makes the request shall be responsible for performing the obligation and accepting the estate according to the will of the testator.

4. Disposition of Estates

There are 15 articles of Disposition of Estates, which mainly include:

(1) Retain the estate for a successor who is unable to be notified. Where a people's court, in hearing a case of succession, knows the existence of a successor but is unable to notify him of the case, it shall, at the time of partitioning the estate, retain the estate for the successor and designate a custodian or custody agency for the estate.

(2) Reservation of a necessary portion for the fetus. Where the share of the estate that shall be reserved for a fetus is not reserved, it shall be deducted from the estate inherited by the successor(s). The share of the estate reserved for the fetus shall be inherited by his successor if the fetus dies after birth; if the fetus is stillborn, the share of the estate shall be inherited by the successor(s) of the decedent.

(3) Disposition of disclaiming inheritance. First, the effect of disclaiming inheritance. Where a successor is unable to perform his statutory obligations due to the abandonment of his right to inheritance, such act of abandonment shall be void. Second, the form of disclaiming inheritance. A successor who disclaims inheritance shall express his intention in writing to the administrator of the estate or any other successor. Where, in the process of litigation, a successor orally expresses to the people's court that he disclaims inheritance, a written record shall be made and signed by the successor who disclaims inheritance. Third, the period of disclaiming inheritance. A successor shall make the manifestation of his will to disclaim inheritance during the period after the opening of succession and before the partition of the estate. It is no longer the right to inheritance but the ownership thereof that is to be disclaimed after the partition of the estate. Fourthly, the disposition of going back on the disclamation of inheritance. If, before the disposition of estates or during the course of the proceedings, the successor goes back on his disclamation of inheritance, the People's Court shall, on the basis of the specific reasons presented by him, decide whether or not to recognize it. After the disposition of estates, any successor who goes back on his words about the disclamation of inheritance shall not be recognized. Fifth, the time effect of disclaiming inheritance. The effect of disclaiming inheritance shall be retroactive to the time of the opening of succession.

(4) Effect of transfer of testamentary gift. Where, after the opening of succession, a donee-by-will expresses his acceptance of the testamentary gift but deceases before the partition of the estate, the right to receive the testamentary gift shall be transferred to his successor.

(5) Succession of the estates of martyrs' family and natural persons on social relief. The estate of a martyr's family whose living expenses are provided by the State or collective organization or of a natural person who enjoys social relief shall still be permitted to be inherited by his statutory successor.

(6) Effect of the dissolution of the legacy-support agreement. Where any organization or individual other than a successor, after entering into a legacy-support agreement with a natural person, fails to perform it without just cause, thereby leading to the dissolution of the agreement, such organization or individual shall not be entitled to the testamentary gift, and the support expenses he has paid shall generally not be compensated. Where any donor-by-will fails to perform the legacy-support agreement without just cause, thereby leading to the dissolution of the agreement, he shall repay the support expenses paid by the organization or individual other than the successor(s).

(7) An appropriate share of the "dual — non estate". Where an estate is escheated to the State or an organization under collective ownership due to the absence of any successor or donee-by-will, and any person entitled to the estate in accordance with Article 1131 of the Civil Code prosecutes a claim to acquire the estate, the people's court shall, as the case may be, distribute an appropriate share of the estate to the person.

(8) The principle of partition of specific estate. The people's court shall, when partitioning the houses, means of production and property required for a special occupation in the estate, handle the matter on the basis of leveraging the utilization efficiency of the estate and the actual needs of the successor, by taking into account the interests of each successor.

(9) An appropriate reduction of the estate. The people's court may reduce the estate that a successor shall inherit if he intentionally conceals, misappropriates or competes for the estate, as the case may be.

(10) Determination of litigants to succession proceedings. Where, after the opening of a succession proceedings, any successor or donee-by-will is neither willing to participate in the action nor expresses his intention to waive his substantive rights, he shall be added as a co-plaintiff. Where any successor has expressed his intention to disclaim his inheritance in writing, or any donee-by-will has expressed his intention to disclaim the testamentary gift within 60 days after he learns of the testamentary gift, or has notexpressed his intention within the time limit, he shall no longer be listed as a party concerned.

The Interpretation (I) of the Succession Book is the understanding and application of the Civil Code — Succession Book. It has legal significance in refining the legal norms of succession, clarifying the circumstances in which the legal norms of succession apply, judging the validity of succession and safeguarding the rights and interests of the parties.

Участие прокурора в рассмотрении судами в Российской Федерации и Китайской Народной Республике дел по экономическим спорам (современный аспект)

Participation of the Prosecutor in the Consideration of Cases on Economic Disputes by Courts in the Russian Federation and the People's Republic of China (modern aspect)

Т. И. Отческая,
заведующий кафедрой организации судебной и прокурорско-следственной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, г. Москва, Россия
tiotcheskaya@msal.ru

T. I. Otcheskaya,
Head of the Department of Organization of Judicial and Prosecutorial-investigative Activities Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Dr. Sci. (Law), Professor, Moscow, Russia
tiotcheskaya@msal.ru

© *Отческая Т. И., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.046-052

Аннотация. *Каждое государство заинтересовано в развитии и стабильном состоянии своей экономики. Важную роль в этих вопросах занимает надзорный орган обоих государств — прокуратура. Учитывая значимую роль на международной арене Российской Федерации и Китайской Народной Республики автор проанализировал генезис развития и современный аспект участия прокурора в рассмотрении судами в России и КНР дел по экономическим спорам. При этом проанализирован как исторический аспект данного вопроса, так и современное его состояние как в науке, в теории, так и на практике.*
Ключевые слова: *конституция, законы, экономика, приказы Генпрокурора, прокуратура, суды, экономический спор, защита экономических интересов государства, судебная и прокурорская практика, иски прокуроров в судах.*

Abstract. *Currently, each state is interested in the development and stable state of its economy. An important role in these matters is played by the supervisory authority of both States — the Prosecutor's Office. Taking into account the significant role of the Russian Federation and the People's Republic of China in the international arena, the author analyzed the genesis of development and the modern aspect of the prosecutor's participation in the consideration of economic disputes by courts in the Russian Federation and the People's Republic of China. At the same time, both the historical aspect of this issue and the current situation in science, theory, and practice are analyzed.*
Keywords: *constitution, laws, economy, orders of the Prosecutor General, prosecutor's office, courts, economic dispute, protection of economic interests of the state judicial and prosecutorial practice, lawsuits of prosecutors in courts.*

Одной из основных особенностей законодательства Китая об арбитраже является то, что арбитраж может проводиться только официально признанными учреждениями арбитража: судопроизводство по арбитражным спорам может осуществляться только арбитражной комиссией, но не другими судебными подразделениями[1].

В настоящее время базовым документом в вопросах организации и деятельности арбитража является Закон Китая «Об арбитраже», вступивший в силу в сентябре 1995 г. Данный Закон прописывает порядок создания и функционирования арбитражных комиссий, определяет арбитражное соглашение, процедуру арбитража, арбитражный суд и арбитражное решение, основные положения

[1] URL: https://www.uglc.ru/china-export-import/arbitration.htm.

внешнего арбитража (т.е. при участии иностранной стороны) и др.

Кроме данного Закона, в сфере арбитража применяются положения Гражданского процессуального кодекса Китая и Свод арбитражных правил Китайской международной торгово-экономической арбитражной комиссии как центрального арбитражного органа Китая.

Кроме того, Верховный суд Китая издает разъяснения и указания по различным аспектам, связанным с арбитражным процессом. В частности, 08.09.2006 было опубликовано Разъяснение Верховного Суда Китая о некоторых вопросах применения Закона Китая об арбитраже, а с августа 2007 г. в силу вступило Указание Верховного Суда Китая по вопросам применения законодательства при рассмотрении в судах споров по гражданским делам и коммерческим сделкам с участием иностранцев.

Для Китая характерно, что для защиты своих прав и интересов через судебную систему, можно обратиться не только в народный суд, но также в народную прокуратуру.

В Китае прокуроры обладают гораздо более широким кругом полномочий: предъявление обвинений, включая санкционирование арестов, надзор за другими действиями в уголовном судопроизводстве, надзор за гражданскими и административными разбирательствами в судах, возбуждение судебных разбирательств по общественным интересам, надзор за тюрьмами и изоляторами, надзор за исполнением судебных решений и расследование «должностных правонарушений»[2].

Вопросы участия прокурора в рассмотрении арбитражных дел в судах по-прежнему актуальны и остаются дискуссионными среди ученых, занимающихся и арбитражным процессом, и прокурорским надзором в Российской Федерации. При этом следует отметить, что представители обеих научных школ внесли большой вклад в их исследование[3].

Законом Российской Федерации «О прокуратуре Российской Федерации», принятым 17.01.1992, определены предмет и пределы надзора. Его целью названо обеспечение верховенства действующих законов, что является одной из форм осуществления прокуратурой своих задач по надзору за верховенством закона, единством и укреплением законности.

В Китае в 1911 г. в результате революции пала династия Цин во главе с императором Пу И. Китай стал республикой. Это повлекло изменения в системе органов государственной власти. Пятой ветвью власти в государстве, наряду с законодательной, исполнительной, судебной и экзаменационной (аттестационная комиссия чиновников), стала система органов надзора.

В 90-е годы XX в. «переход Российской Федерации к новым экономическим реалиям привел к смене приоритетов прокурорского надзора — на первый план выдвинулась правозащитная функция прокуратуры»[4].

В Китае сегодня государственный сектор экономики является руководящей сферой в народном хозяйстве, укрепление и развитие которого гарантирует государство[5]

Вместе с тем в соответствии со ст. 11 Конституции КНР, необщественный сектор экономики признается важной составляющей социалистической рыночной экономики, и государство охраняет законные права и интересы индивидуальных и частных хозяйств, поощряет и поддерживает[6].

Созданы Верховная народная прокуратура, местные народные прокуратуры, военные прокуратуры и иные специальные народные прокуратуры надзора за соблюдением законности[7].

В новой редакции Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» от 17.11.1995 и 10.02.1999 было предусмотрено право прокуроров в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации участвовать в рассмотрении дел судами, арбитражными судами,

---

2 URL: https://ru.chinajusticeobserver.com/a/dont-forget-the-peoples-procuratorate-when-resorting-to-chinas-judicial-system.

3 См.: *Абсалямов А. В.* Арбитражный процесс : учебник. М. : Статут, 2021 ; Прокурорский надзор : учебник и практикум для бакалавриата / В. Г. Бессарабов, В. С. Джатиев [и др.]. М. : Юрайт, 2016 ; *Винокуров А. Ю.* Учебник для среднего профессионального образования. М. : Юрайт, 2019 ; *Ергашев Е. Р.* Прокурорский надзор в Российской Федерации: учебник для вузов. М. : Юрайт, 2021 ; *Казарина А. Х.* Предмет и пределы прокурорского надзора за исполнением законов (сфера предпринимательской и иной экономической деятельности). М. : ИППК Генпрокуратуры РФ, 2005 ; *Карлин А. Б.* Проблемы участия прокурора в арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997 ; *Ковалев А. А.* Участие прокурора в рассмотрении дел арбитражными судами в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004 ; *Коршунова О. Н.* Прокурорская проверка. Методика и тактика проведения : учебное пособие. М. : Юстиция, 2019 ; *Ястребов В. Б.* Системный принцип в судопроизводстве: сущность и роль прокурора в его реализации // Законодательство. 2018. № 11.

4 *Скуратов Ю.* Новое в законе о прокуратуре // Законность. 1997. № 5. С. 3.

5 Конституция Китайской Народной Республики от 04.12.1982 (в ред. от 11.03.2018) // URL: https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/.

6 URL: https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/.

7 Конституция КНР в ред. 2018 г. Ст. 134 // URL: chinalaw.center.

опротестовывать противоречащие закону решения, приговоры, определения и постановления судов.

Законодательство КНР о государственном устройстве базируется на теории Руссо[8] 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»[9].

Важным шагом в истории развития в Российской Федерации института участия прокурора в рассмотрении арбитражных дел судами был приказ Генерального прокурора РФ от 24.10.1996 № 59 «О задачах органов прокуратуры по реализации полномочий в арбитражном процессе»[10], которым было признано необходимым вмешательство прокурора для защиты государственных и общественных (публичных) интересов в следующих случаях:

— выявление правонарушений, для устранения которых законодательство обязывает прокурора обратиться с иском (ст. 30 Закона Российской Федерации «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» и др.);
— занятие запрещенными видами деятельности, на осуществление которой необходимо специальное разрешение (лицензия);
— наличие данных о недействительности оспоримых сделок и о ничтожности сделок, не соответствующих требованиям закона, а также совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности;
— нарушение природоохранительного законодательства, связанное с причинением ущерба здоровью людей и окружающей природной среде;
— невыполнение обязательств перед государством, если это привело или могло привести к срыву крупных инвестиционных проектов, целевых программ;
— несоответствие учредительных документов юридических лиц требованиям законодательства, нарушение порядка их образования и государственной регистрации.

Новое направление в деятельности прокуратуры — участие в арбитражном процессе —компенсировало некоторое «обеднение» средств, так называемого «общенадзорного» реагирования, которым сопровождался процесс обновления законодательной базы прокурорского надзора после января 1992 г., так как из прокурорских полномочий были исключены предостережение о недопустимости нарушений закона и предписание об устранении явных нарушений закона. Произошла трансформация и протеста прокурора на противоречащий закону правовой акт, поскольку его принесение не приостанавливало действие опротестованного акта.

Использование прокурором права на обращение с иском в арбитражный суд и квалифицированное поддержание исковых требований в суде, основанные на законе, явились эффективным средством пресечения и устранения нарушений законов в экономической сфере в деятельности органов государственной власти, управления и контроля, а также субъектов предпринимательской деятельности.

В этой связи актуальной остается позиция А. Б. Карлина о том, что участие прокурора в арбитражном судопроизводстве является «универсальным средством его реагирования на правонарушения в экономической сфере»[11].

Вопросы участия прокуроров Китайской Народной Республики в защите экономических интересов государства являются предметом многочисленных исследований[12].

С принятием в 1992 г. Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ) в полномочия прокурора вошли участие в арбитражном процессе в случае предъявления иска в арбитражный суд или принесения протеста на решение арбитражного суда.

Нормами АПК РФ 1995 г. прокурор был наделен правом обращения в арбитражный суд с иском в защиту государственных и общественных интересов.

Иски в арбитражный суд в первую очередь предъявлялись в интересах государственных и муниципальных предприятий, других юридических лиц, когда прослеживалось ущемление не только прав истцов, но и государственных интересов, например при срыве выпуска социально-значимой продукции, нарушении нормальной эксплуатации объектов транспорта, энергетики, оборонного комплекса, медицинских, образовательных учреждений, создании предпосылок экологических катастроф, возникновении серьезных социальных конфликтов и др.

При этом предъявлению прокурором иска в арбитражный суд предшествовала «общенадзорная»

---

[8] *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. Трактаты. М. : Кучково поле, 1998. 416 с.

[9] Конституция КНР в ред. 2018 г. Ст. 134.

[10] Приказ Генерального прокурора Российской Федерации от 24.10.1996 № 59 «О задачах органов прокуратуры по реализации полномочий в арбитражном процессе» // СПС «КонсультантПлюс».

[11] *Карлин А. Б.* Указ. соч. С. 11.

[12] *Будай С. Н.* Перспективы взаимодействия Российской Федерации и Китайской Народной Республики в целях обеспечения экологической безопасности при осуществлении военной деятельности // Russian journal of legal studies. 2020. Vol. 7. № 1.

проверка (реализация прокурорского надзора за исполнением законов). Ее анализ и выявленные при этом нарушения законности давали возможность прокурорам в целях защиты интересов государства обратиться в суд с заявлением.

Принятый в 2002 г. АПК РФ наделил прокурора правом обращения в арбитражный суд по конкретным делам и требованиям. Прокурор включен в состав лиц, участвующих в деле, и наделен правом обращаться в арбитражный суд в инициативной форме, т.е. в форме подачи заявления или иска, а также может вступить в дело, рассматриваемое арбитражным судом, на любой стадии арбитражного процесса с процессуальными правами и обязанностями лица, участвующего в деле, в целях обеспечения законности.

Анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что участие прокурора в арбитражном процессе в Российской Федерации активно востребовано на практике, обладает признаком универсальности, так как «может быть реализовано прокурором независимо от того, при осуществлении какого из направлений деятельности органов прокуратуры получены сведения о нарушении закона, будь то необходимость оперативного и реального пресечения и устранения нарушений, возникающих из гражданских, административных и уголовных правоотношений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности и затрагивающих определенные законом интересы, или возмещение ущерба»[13].

В настоящее время, по словам Генерального прокурора РФ И. В. Краснова, в 2019 г. прокурорами выявлено и пресечено свыше 1 млн нарушений в сфере экономики[14].

Прокуроры в практической деятельности используют право на обращение в арбитражный суд с иском при оспаривании ничтожных сделок, совершенных с нарушением требований антимонопольного законодательства, и в первую очередь сделок, совершенных в нарушение закона без проведения торгов, а также при установлении фактов нарушения установленного порядка передачи имущества в аренду при отсутствии доказательств соблюдения этого порядка[15].

Активна в прокурорской практике при обращении в арбитражный суд и позиция о том, что ничтожна сделка, при совершении которой был нарушен явно выраженный запрет[16].

Например, в п. 5 ст. 18 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» содержится запрет на сдачу в субаренду, передачу прав и обязанностей по договору аренды земельного участка[17].

Позиция судов в данном случае совпадает с позицией прокуроров о признании недействительными сделок в силу ничтожности при нарушении сделкой явно выраженного запрета, установленного законом[18].

Прокуроры Российской Федерации, в соответствии со ст. 1253 ГК РФ, наделены правом обратиться в суд с требованием (заявлением) о ликвидации юридического лица, неоднократно или грубо нарушившего исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, а равно по

---

[13] *Отческая Т. И.* Процессуальные аспекты участия прокурора в арбитражном процессе // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 2. С. 87.

[14] Законность до пандемии и во время нее // URL: https://pravo.ru/ news/view/ 34055 (дата обращения: 31.10.2021).

[15] Дело № А40-71447/20-60-482 по иску прокуратуры г. Москвы в интересах публично-правового образования Российской Федерации в лице территориального управления Федерального агентства по управлению государственным имуществом в г. Москве к ФГУП «Всероссийский научно-исследовательский институт химических средств защиты растений», индивидуальному предпринимателю *Митрофанову Б. В.* о признании недействительным договора аренды от 30.08.2019 г. № 08/66А/2019, заключенного без проведения конкурса или аукциона и о применении последствий недействительности сделки // СПС «КонсультантПлюс».

[16] Запрет на передачу арендатором прав по договору аренды объектов теплоснабжения и водоснабжения содержат: ст. 27 Земельного кодекса РФ (об ограничении оборотоспособности земельных участков); ч. 2 ст. 28.2 Федерального закона от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении» и ч. 2 ст. 41.3 Федерального закона от 07.12.2011 № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении».

[17] Федеральный закон от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СПС «КонсультантПлюс».

[18] См.: дело № А39-5692/2015 по иску прокурора Республики Мордовия о признании недействительным договора об ипотеке спортивных сооружений, приватизация которых запрещена ; дело № А40-337185/19-50-2708 по иску прокуратуры г. Москвы в интересах публично-правового образования — Российской Федерации в лице Территориального федерального агентства по управлению государственным имуществом по г. Москве, Минспорта России к ФГУП «Национальный аэроклуб России им. Чкалова», ООО «Сила Моря» о признании недействительным в силу ничтожности договора № 13-НАК-19 от 30.04.2019 оказания услуг по предоставлению во временное пользование рабочих мест и применения последствий недействительности ничтожной сделки в виде обязания ООО «Сила Моря» передать ФГУП «Национальный аэроклуб России им. Чкалова» нежилые помещения в здании, расположенном по адресу: г. Москва, шоссе Волоколамское, д. 88 // СПС «КонсультантПлюс».

аналогичным основаниям добиваться запрета деятельности граждан — индивидуальных предпринимателей.

Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»[19] установлено, что прокурор может обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными полностью или частично решений, предписаний органов регулирования естественных монополий в случае несоответствия их требованиям закона (ст. 25).

Федеральный закон «О банках и банковской деятельности»[20] предусматривает право прокурора обратиться с иском в арбитражный суд о взыскании с юридического лица, осуществляющего банковские операции без лицензии (если ее получение обязательно), всех сумм, полученных в результате осуществления таких операций, а также штрафа в двукратном размере этой суммы в федеральный бюджет (ст. 13).

Несмотря на сложившуюся практику нормативного регулирования участия прокурора в арбитражном процессе, автор разделяет имеющуюся в науке позицию о том, что «прокурор в арбитражном процессе существенно ограничен в выборе способа защиты. Это нередко ставит его в неравное положение с другими участниками процесса»[21].

Федеральный закон от 01.07.2021 «О внесении изменений в статью 52 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» подтвердил необходимость защиты экономических интересов государства от нарушений законодательства в сфере государственного оборонного заказа, контрактной системы закупок, товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд[22].

Вместе с тем иски прокурора по форме, содержанию и доказательственной базе должны соответствовать требованиям процессуального законодательства, сложившейся судебной практике.

Так, решением Арбитражного суда Сахалинской области от 19.07.2017, оставленным без изменения постановлением Пятого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2017 и постановлением Арбитражного суда Дальневосточного округа от 13.02.2018, в удовлетворении иска заместителя прокурора Сахалинской области в интересах Департамента землепользования города Южно-Сахалинска об истребовании из незаконного владения ЗАО «Дизель-Трейд» земельного участка отказано.

Судами установлено, что 20.01.2006 на основании постановления мэра Южно-Сахалинска от 10.02.2005 № 212 между Департаментом архитектуры, градостроительства и управления недвижимостью г. Южно-Сахалинска и ЗАО «Дизель-Трейд» заключен договор аренды земельного участка, площадью 995 квадратных метра, под существующую временную автозаправочную станцию контейнерного типа сроком до 25.10.2014.

По истечении срока действия договора аренды ЗАО «Дизель-Трейд» продолжало пользоваться земельным участком. 25.08.2016 Департамент направил в адрес Общества уведомление о прекращении арендных отношений и об освобождении земельного участка не позднее чем через 3 месяца с даты получения уведомления. Уведомление было получено Обществом 29.09.2016.

По истечении трех месяцев земельный участок не был освобожден, и заместитель прокурора Сахалинской области обратился в суд с виндикационным иском.

Суды пришли к выводу, что инициированный заместителем прокурора Сахалинской области спор о возврате имущества вытекает из договорных отношений, имеет обязательственный характер, к отношениям сторон подлежат применению нормы о договоре аренды. Следовательно, полномочия на обращение прокурора с рассматриваемым иском в соответствии со ст. 52 АПК РФ отсутствуют, поскольку избранный последним способ защиты по правилам ст. 301 ГК РФ к спорной ситуации неприменим.

Крайне актуальным, отвечающим реалиям сложившихся отношений в экономике, является п. 7 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 11.01.2021 № 1 «О внесении изменений в приказ Генерального прокурора Российской Федерации от 07.07.2017 № 473 «О реализации прокурорами полномочий в арбитражном процессе»[23], которым прокурор в целях обеспечения законности наделен правом вступить на любой стадии арбитражного процесса в дела, указанные в ч. 1 ст. 52

---

[19] Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» // СПС «КонсультантПлюс».

[20] Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

[21] *Кремнева Е. В., Маматов М. В.* Роль прокурора в арбитражном процессе: актуальные вопросы // Практика реализации судами и прокуратурой требований закона о защите прав участников экономической деятельности : сборник статей по материалам круглого стола, проведенного в рамках V Московского юридического форума / под ред. Т. И. Отческой. — М. : РГ-Пресс, 2018. С. 97—102.

[22] Федеральный закон от 01.07.2021 № 282-ФЗ «О внесении изменений в статью 52 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[23] Приказ Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 11.01.2021 № 1 «О внесении изменений в приказ Генерального прокурора Российской Федерации от 07.07.2017 № 473 "О реализации прокурорами полномочий в арбитражном процессе"» // СПС «КонсультантПлюс».

АПК РФ, а с учетом положений главы 25 АПК РФ — также в дела об административных правонарушениях (ст. 202—207 АПК РФ).

В этой связи автор по-прежнему считает правомерной высказанную им ранее позицию о возрастании роли прокурорского надзора за исполнением законодательства в сфере защиты экономических интересов государства как одного из важнейших правовых средств защиты самого государства, прав граждан и юридических лиц, обеспечения экономической безопасности территорий и населения, сохранения и рационального использования природных богатств России[24].

При выявлении нарушений законности в экономике прокуроры призваны обеспечивать достаточными доказательствами заявляемые ими требования, понимая важность «процессуального противника» и его возможности по представлению доказательств в обоснование правоты своих действий либо своей позиции по существу спора[25].

Например, решением Арбитражного суда г. Москвы от 07.11.2014 иск первого заместителя Генерального прокурора РФ в интересах Российской Федерации в лице Федерального агентства по управлению государственным имуществом (Росимущество) к ОАО «Акционерная финансовая корпорация «Система», ЗАО «Система-Инвест», ОАО «Акционерная нефтяная компания “Башнефть”» об истребовании в пользу Российской Федерации государственного имущества обыкновенных акций ОАО «Акционерная нефтяная компания “Башнефть”» был удовлетворен[26].

Основанием для обращения прокурора в арбитражный суд стала проверка, проведенная на основании сведений, содержащихся в материалах уголовных дел, возбужденных по признакам преступлений, предусмотренных ст. 160 (ч. 4), 174 (ч. 4), 174.1 (ч. 4) УК РФ.

Прокуроры Российской Федерации при осуществлении надзора за исполнением законов в сфере экономической и предпринимательской деятельности выявляют многочисленные нарушения. Эти вопросы являются предметом обсуждения на научных форумах, проводимых учеными Российской Федерации на различных площадках, позиции ученых излагаются в научных исследованиях (монографиях, сборниках научных конференций, симпозиумов), учебных пособиях[27].

Президент Российской Федерации В. В. Путин на заседаниях коллегии Генеральной прокуратуры подчеркивал значимость решаемых ею задач: «Прокуратура призвана вносить весомый, значимый вклад в развитие России как правового, социально ориентированного, демократического государства»[28].

В этой связи автор считает возможным сделать вывод о том, что прокурорами Российской Федерации и Китайской Народной республики принимаются меры по защите экономических интересов государств в судах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абсалямов А. В.* Арбитражный процесс : учебник. — М. : Статут, 2021.
2. *Будай С. Н.* Перспективы взаимодействия Российской Федерации и Китайской Народной Республики в целях обеспечения экологической безопасности при осуществлении военной деятельности // Russian journal of legal studies. — 2020. — Vol. 7. — № 1.
3. *Винокуров А. Ю.* Учебник для среднего профессионального образования. — М. : Юрайт, 2019.
4. *Ергашев Е. Р.* Прокурорский надзор в Российской Федерации : учебник для вузов. — М. : Юрайт, 2021.

[24] *Отческая Т. И.* Правовые и методологические проблемы организации участия прокурора в арбитражном суде в защиту экономических интересов Российского государства (по законодательству Российской Федерации, стран ближнего и дальнего зарубежья) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2003. С. 13.

[25] Дело № А40-162532/19 по заявлению ООО ЧОП «Траст-Твердь» о признании представления Московского транспортного прокурора по надзору за исполнением законов на особо режимных объектах незаконным // СПС «КонсультантПлюс».

[26] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 07.11.2014 по делу № А40-155494/14 // СПС «КонсультантПлюс».

[27] См.: Роль прокуратуры и суда в устранении нарушений законности в экономике : сборник статей по материалам круглого стола / под ред. Т. И. Отческой. М. : Проспект, 2018. С. 4—5, 10—17, 35—42, 85—90 ; Роль прокурора в системе судебной защиты публичных интересов : сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции / под ред. Т. И. Отческой. М. : РГ-Пресс, 2021. С. 54—57, 71—80, 112—123 ; Проблемы реализации полномочий прокурора в гражданском, административном и арбитражном процессе : сборник материалов круглого стола (Москва, 26 октября 2018 г.) / под общ. ред. Н. В. Субановой ; сост. и науч. ред. М. В. Маматов, О. В. Боброва ; Ун-т прокуратуры РФ. М., 2019 ; 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.

[28] Заседание коллегии Генпрокуратуры // URL: http://www.kremlin.ru/catalog/persons/6344/events/65165 (дата обращения: 31.10.2021).

5. *Казарина А. Х.* Предмет и пределы прокурорского надзора за исполнением законов (сфера предпринимательской и иной экономической деятельности). — М. : ИППК Генпрокуратуры РФ, 2005.
6. *Карлин А. Б.* Проблемы участия прокурора в арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997.
7. *Ковалев А. А.* Участие прокурора в рассмотрении дел арбитражными судами в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004.
8. *Коршунова О. Н.* Прокурорская проверка. Методика и тактика проведения : учебное пособие. — М. : Юстиция, 2019.
9. *Кремнева Е. В., Маматов М. В.* Роль прокурора в арбитражном процессе: актуальные вопросы // Практика реализации судами и прокуратурой требований закона о защите прав участников экономической деятельности : сборник статей по материалам круглого стола, проведенного в рамках V Московского юридического форума / под ред. Т. И. Отческой. — М. : РГ-Пресс, 2018. — 208 с.
10. *Отческая Т. И.* Правовые и методологические проблемы организации участия прокурора в арбитражном суде в защиту экономических интересов Российского государства (по законодательству Российской Федерации, стран ближнего и дальнего зарубежья) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Рязань, 2003.
11. *Отческая Т. И.* Процессуальные аспекты участия прокурора в арбитражном процессе // Актуальные проблемы российского права. — 2018. — № 2.
12. Проблемы реализации полномочий прокурора в гражданском, административном и арбитражном процессе : сборник материалов круглого стола (Москва, 26 октября 2018 г.) / под общ. ред. Н. В. Субановой ; сост. и науч. ред. М. В. Маматов, О. В. Боброва ; Ун-т прокуратуры РФ. — М., 2019. — 161 с.
13. Прокурорский надзор : учебник и практикум для бакалавриата / В. Г. Бессарабов, В. С. Джатиев [и др.]. — М. : Юрайт, 2016.
14. Роль прокуратуры и суда в устранении нарушений законности в экономике : сборник статей по материалам круглого стола / под ред. Т.И. Отческой. — М. : Проспект, 2018.
15. Роль прокурора в системе судебной защиты публичных интересов : сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции / под ред. Т. И. Отческой. — М. : РГ-Пресс, 2021.
16. *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. Трактаты. — М. : Кучково поле, 1998. — 416 с.
17. *Скуратов Ю.* Новое в законе о прокуратуре // Законность. — 1997. — № 5.
18. Теория и практика участия прокурора в рассмотрении судами гражданских, административных и арбитражных дел : учебное пособие / отв. ред. Т. И. Отческая. — М. : Проспект, 2018.
19. *Ястребов В. Б.* Системный принцип в судопроизводстве: сущность и роль прокурора в его реализации // Законодательство. — 2018. — № 11.

Уголовное право

Уголовно-правовое противодействие преступлениям, совершенным в виде «кредитной ловушки»

Criminal law counteraction to crimes committed in the form of a credit trap

Пан Дунмэй,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий Китайско-российским центром
сравнительного правоведения
Хэнаньского университета,
г. Кайфун, Китай
pangdongmei71@163.com

Го Дун-ян,
кандидат юридических наук,
научный сотрудник
Института по борьбе с преступностью и уголовной политике
Хэнаньского университета,
г. Кайфун, Китай
Guody1996@163.com

Pang Dongmei,
Doctor of Law, Professor,
Head of the Sino-Russian Center
comparativelaw
Henan University,
Kaifeng, China,
pangdongmei71@163.com

Go Dongyang,
Candidate of Legal Sciences, Researcher
Institute for Combating Crime and Criminal Policy
Henan University,
Kaifeng, China
Guody1996@163.com

© Пан Дунмэй, Го Дун-ян, 2022

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.053-063

Аннотация. *В последние годы преступления, называемые «кредитной ловушкой», стали широко распространенными на территории Китая. Преступления относятся к различным незаконным и преступным действиям, осуществляемым под видом частных займов, что серьезно нарушает финансовый и социальный порядок в стране, а также представляет повышенную общественную опасность. В настоящее время экономика Китая находится на переходном этапе, и оптимизация бизнес-среды является важной частью экономического развития в новую эпоху, в то время как стабильность и процветание рынка частного кредитования служит важной гарантией для оптимизации бизнес-среды. В соответствии с общей тенденцией экономического развития в новую эпоху, а также в контексте уголовного законодательства для поддержания финансового и социального порядка, пресечение «кредитных ловушек» и борьба с порожденными ими мафиозными силами являются важной задачей в ходе Специальной борьбы по искоренению мафиозных групп. В контексте указанной Специальной борьбы по искоренению мафиозных групп в процессе борьбы с «кредитными*

ловушками» возникло много проблем. Во-первых, понятие «кредитная ловушка» является расплывчатым, а также критерии по квалификации преступных деяний, связанных с «кредитной ловушкой», по всей стране неоднородны. Во-вторых, существует путаница между понятиями «кредитная ловушка» и «ростовщичество». В-третьих, имело место явление замены определенного состава преступления понятием «кредитная ловушка», при этом судебное решение обладает более сильной субъективностью, что серьезно влияет на справедливость правосудия. Поэтому только путем уточнения понятия «кредитная ловушка» и выяснения уголовной противозаконности соответствующих деяний могут быть точно квалифицированы такие преступления, как «кредитная ловушка», чтобы в конечном итоге возможно было эффективно пресекать их.
Ключевые слова: *«кредитная ловушка», ростовщичество, частное кредитование, приговор, уголовно-правовое противодействие.*

Abstract. *In recent years, crimes committed in the form of a credit trap have become widespread in China. The so-called credit trap crimes refer to various illegal and criminal actions carried out under the guise of private loans, which seriously violates the financial order and social order of the country, and there is also an increased public danger. Currently, China's economy is in a transitional stage and the optimization of the business environment is an important part of economic development in the new era, while the stability and prosperity of the private lending market is an important guarantee for the optimization of the business environment. In accordance with the general trend of economic development in the new era, as well as in the context of criminal legislation to maintain financial and social order, the suppression of credit trap crimes and the fight against mafia-criminal forces generated by them are an important task in the round of Special Struggle to eradicate Mafia-criminal Groups. In the context of this Special struggle to eradicate mafia-criminal groups, many problems have arisen in the process of combating the crime of credit trap: firstly, the concept of credit trap is vague, as well as the criteria for the qualification of criminal acts related to credit trap are heterogeneous throughout the country; secondly, the confusion of the concept of the crime credit trap with the concept of usury; thirdly, there was a phenomenon of replacing a certain corpus delicti with the concept of credit trap, it is vague, as well as the criteria for the qualification of criminal acts related to the credit trap are heterogeneous throughout the country; secondly, the confusion of the concept of the crime credit trap with the concept of usury; thirdly, there was a phenomenon of replacing a certain corpus delicti with the concept of credit trap, as well as a court decision has characteristics of a stronger subjectivity, which seriously affects the fairness of justice. Therefore, it is only by clarifying the concept of credit trap and clarifying the criminal illegality of these acts that the crimes of credit trap can be accurately qualified in order to ultimately effectively stop that kind of crime.*
Keywords: *credit trap; usury; private lending; sentence; criminal legal counteraction.*

Введение

По статистике Министерства общественной безопасности КНР, на 26 февраля 2019 г. органами общественной безопасности страны ликвидированы 1 664 преступные группировки, устраивавшие «кредитные ловушки»[1], в общей сложности было раскрыто 21 624 уголовных дел мошенничества, вымогательства и ложного иска, арестованы 16 349 подозреваемых и активы на сумму более 3,53 млрд юаней[2].

Основные причины распространения связанных с «кредитной ловушкой» преступлений в Китае заключаются в том, что, во-первых, «кредитные ловушки» являются новым видом преступности, так что судебные органы на практике не могут уловить их существенных характеристик и эффективно бороться с указанными общественно опасными деяниями; во-вторых, форма актов «кредитной ловушки» постоянно меняется, а правовое регулирование имеет естественное отставание, так что судебные органы на практи-

[1] «Кредитная ловушка» в представленной статье относится к актам незаконного присвоения чужой собственности путем разработки различных ловушек под видом частного кредитования.

[2] 2019年2月26日，公安部发布会：通报全国公安机关打击"套路贷"新型黑恶势力情况 [Пресс-конференция Министерства общественной безопасности КНР: брифинг о борьбе национальных органов общественной безопасности с новым видом преступлений — «кредитная ловушка» от 26 февраля 2019 г.] // URL: https://www.mps.gov.cn/n2253534/n2253875/n2253877/c6412672/content.html (дата обращения: 22 марта 2021 г.).

ке противодействуют этим типам преступлений без теоретических осмыслений и практических выводов.

Поэтому следует уточнить понятие «кредитная ловушка» и критерии его судебного определения, чтобы реализовать принцип соответствия преступлению ответственности и наказания и обеспечить точность судебных органов в борьбе с «кредитными ловушками». Это имеет большое значение для регулярной Специальной борьбы по искоренению мафиозных групп[3], оптимизации бизнес-среды, бесперебойного функционирования рынка частного кредитования и защиты личной и имущественной безопасности людей.

Понятие «кредитной ловушки»

Четкое определение понятия «кредитная ловушка» является предпосылкой для выявления соответствующих уголовных дел. Между тем, исходя из составов определенных преступлений и понятия «кредитная ловушка», установление четких критериев для разграничения инкриминирования от криминирования является необходимым условием для обеспечения бесперебойного и здорового функционирования рынка частного кредитования. В настоящее время понятие «кредитная ловушка» является спорным как в кругах теоретиков, так и в судебной практике, и однозначного вывода нет. Кроме того, в местных рабочих заключениях, даже в судебных разъяснениях, понятие «кредитная ловушка» определяется также по-разному.

Преступления, связанные с «кредитной ловушкой», возникли в экономически развитых регионах, таких как Цзянсу и Чжэцзян, и постепенно распространились на всю страну. В местном судебной документе — Замечаниях об усилении судебной работы и отягчении наказания за создание «кредитных ловушек» в соответствии с законом, опубликованных Высшим народным судом г. Шанхая 23 октября 2017 г., прежде всего были определены характеристики рассматриваемых преступлений: «При создании “кредитных ловушек” обычно под видом микрофинансовой компании с использованием ложной рекламы, снижения порога кредитования, скрытия фактических тарифных стандартов и т.д. склоняют жертву к заимствованиям, используя различные незаконные средства или ложные судебные иски для взыскания долгов с целью незаконного завладения имуществом жертвы, что приводит даже к таким серьезным последствиям, как бросание жертвой учебы, самоубийство, продажа своего дома для погашения долгов. Основными способами совершения упомянутых преступлений являются:

1) создание видимости частного заимствования. Ответчики обычно под видом «микрофинансовой компании» подписывают кредитный договор с жертвой от имени физического лица в виде личного частного заимствования, при этом используют различные формулировки: «заранее оцененный ущерб», «залоговые депозиты» для того, чтобы обманным путем заставить жертву заключить «завышенные кредитные контракты», «контракты Инь и Ян», договоры об ипотеке недвижимости и т.п., которые явно не благоприятствуют жертве;
2) сфабрикование следов банковского оборота, чтобы создать иллюзию, что жертва получила все деньги, взятые в долг по контракту;
3) в одностороннем порядке необоснованное утверждение, что жертва нарушила договор, требование немедленно погасить «завышенный кредит»;
4) намеренное увеличение суммы кредита. В случае если жертва не смогла заплатить, ответчик представляет другие поддельные «микрофинансовые компании» или выдает себя за другую компанию в целях заключения новых «завышенных кредитных договоров», чтобы «свести счеты», что еще больше увеличивает сумму кредита;
5) «взыскание долгов» с использованием мягких и насильственных средств либо подача ложного иска для достижения цели присвоения имущества жертвы и его близких родственников посредством успешного судебного решения[4].

Суды всех уровней по всей стране последовательно выносили рабочие заключения по «кредитным ловушкам», но ни в одном из них не было четко определено понятие «кредитной ловушки».

В Замечаниях Верховного народного суда, Верховной народной прокуратуры, Министерства общественной безопасности и Министерства юстиции по ряду вопросов, касающихся рассмотрения уголовных дел о «кредитной ловушке» от 9 апреля 2019 г. (далее — Замечания), было

[3] 中共中央、国务院2018年1月24日发布的《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》 (Уведомление о проведении Специальной борьбы по искоренению мафиозно-злых групп, опубликовано Центральным комитетом Коммунистической партии Китая и Государственным советом 24 января 2018 г.) // URL: http://www.xinhuanet.com/legal/2018-01/24/c_1122309773.htm (дата обращения: 28 марта 2021 г.).

[4] 上海市高级人民法院于2017年10月23日发布的地方司法文件---《关于加大审判工作力度依法严惩“套路贷”犯罪的工作意见》 [Замечания об усилении судебной работы и отягчении наказания за преступления «кредитная ловушка» в соответствии с законом, опубликованные Высшим народным судом г. Шанхая 23 октября 2017 г.] // URL: http://www.faxin.cn/lib/dffl/dfflContent.aspx?gid=B1013323 (дата обращения: 15 апреля 2021 г.).

впервые в форме судебного толкования определено понятие «кредитная ловушка», а именно: под «кредитной ловушкой» понимается «общее название соответствующих правонарушений и преступлений, совершенных с целью незаконного присвоения чужого имущества, таких как склонение или принуждение жертвы к подписанию соглашений займа или замаскированного займа, ипотеки, гарантии и т.д.; формирование ложных требования и долгов путем преувеличения суммы кредитов, намеренного создания дефолтов, произвольного установления дефолтов, уничтожения доказательств погашения и других способов; незаконное завладение имуществом жертвы посредством судебного разбирательства, арбитража, нотариального заверения или с помощью насилия, угроз и других средств»[5].

Представляется, что «кредитная ловушка» не является ни юридическим понятием, ни концепцией политики, а общим термином нарушений и преступлений, употребляемым в практике рассмотрения дел о незаконном владении чужой собственностью под видом частных займов[6].

Однако в процессе судебной практики с этой дефиницией возникает много проблем.

Во-первых, на практике между судебными органами возникли споры о том, следует ли одновременно применять все перечисленные способы и шаги или лишь один из них[7]. Независимо от того, доступны все перечисленные обстоятельства одновременно или применимо только одно, возникнут две крайние ситуации: либо преступное деяние — «кредитная ловушка» трудно квалифицировать и виновный не получит надлежащего наказания, либо придется упрощать квалификацию рассматриваемого деяния, что приведет к инкриминалиции большого количества обычных частных займов.

По мнению авторов, судебные органы при квалификации такого деяния, связанного с «кредитной ловушкой», не должны ограничиваться его формальными признаками. Поскольку данное в Замечаниях понятие является лишь феноменологической индукцией, а не созданием нового состава преступления, то признание содеянного преступлением зависит также от того, соответствует ли оно составу конкретного преступления, предусмотренному УК КНР. То есть независимо от того, какие средства использовал виновник и сколько способов и действий, содержащихся в Замечаниях, имеются в содеянном, осуждение и наказание за него последует только в том случае если оно соответствует регламентированным УК КНР признакам определенного состава преступления. Если же, наоборот, то содеянное не образует преступления.

Следовательно, при судебном применении перечисленные выше способы и шаги в Замечаниях не являются ни выборочными, ни параллельными, выступают лишь обстоятельствами для рассмотрения судебными органами конкретных дел, связанных с «кредитной ловушкой»[8]. В целом квалификация преступления в виде «кредитной ловушки», по сути, зависит от состава преступления, тем более что принцип законности не может быть нарушен появлением нового типа преступления.

Во-вторых, применение понятия «кредитная ловушка» в судебной практике размыло характер дел, которые можно было бы четко идентифицировать в соответствии с уголовным законодательством и соответствующими судебными толкованиями. Например, конкретные деяния могут быть квалифицированы и наказаны как мошенничество в соответствии с законом, однако после того, как введено понятие «кредитная ловушка», это может повлиять на признание содеянного мошенничеством, что приведет к ужесточению наказания за содеянное. В связи с этим понятие «кредитная ловушка», определенное в Замечаниях, должно быть признано лишь общим названием, которое не влияет на осуждение и вынесение приговора в судебном порядке, а также не может быть использовано в качестве основания для отягчения или смягчения наказания. Только таким образом могут соблюдаться как принцип справедливости, так и концепция гуманизма уголовного закона.

Таким образом, определение понятия «кредитная ловушка», изложенное в Замечаниях, сыграло

---

[5] 2019年4月9日的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理"套路贷"刑事案件若干问题的意见》[Замечания Верховного народного суда, Верховной народной прокуратуры, Министерства общественной безопасности и Министерства юстиции по ряду вопросов, касающихся рассмотрения уголовных дел о «кредитной ловушке» от 9 апреля 2019 г.] // URL: https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/201904/t20190409_414135.shtml (дата обращения: 22 апреля 2021 г.).

[6] 张宇.对《关于办理"套路贷"刑事案件若干问题的意见》的解读[N].毕节日报，2020-12-24 [*Чжан Юй.* Разъяснения к Замечаниям по ряду вопросов, касающихся рассмотрения уголовных дел о «кредитной ловушке» // Газета «Бицзе». 24 декабря 2020 г.].

[7] 李有星,潘政."套路贷"相关司法问题与对策研究[J].法律适用,2019(21):44-54 [*Ли Юсин, Пань Чжэн.* Исследование судебных проблем и контрмер, связанных с «кредитной ловушкой» // Применение законов. 2019. № 21. С. 44—54].

[8] 朱和庆、周川、李梦龙:《'套路贷'意见》的理解与适用，载《人民法院报》2019年6月20日第5版 [*Чжу Хэцин, Чжоу Чуань и Ли Мэнлун.* Понимание и применение Замечаний о «кредитной ловушке» // Ежедневная газета Народного суда. 20 июня 2019 г. С. 5].

[9] 张明楷.刑法学中的概念使用与创制[J].法商研究,2021,01:3-22 [*Чжан Минкай.* Употребление и создание понятий в уголовном праве // Исследования в области права и бизнеса. 2021. № 1. С. 3—22].

определенную положительную роль в борьбе с «кредитной ловушкой» на данном этапе, но оно одновременно имеет свои недостатки. Как отметили ученые, «кредитная ловушка» — это не уголовно-правовое понятие, не состав определенного преступления, а только понятие в криминологии, поэтому определение «кредитная ловушка» с точки зрения уголовного права не имеет значения для квалификации преступления, так как дефиниция «кредитная ловушка» не может использоваться в качестве юридического критерия для оценки того, является ли определенное поведения преступлением[9].

По мнению авторов, несмотря на то, что понятие «кредитная ловушка» не содержится в уголовном законодательстве, применение понятия «кредитная ловушка» играет определенную руководящую роль в судебной практике, поскольку применение этой концепции может предоставить судебным органам, особенно низовым судебным органам, соответствующие возможности при рассмотрении указанных дел, обеспечивая тем самым единообразие применения закона. Таким образом, в судебной практике понятие «кредитная ловушка» должно быть определено в широком смысле, то есть под «кредитной ловушкой» должен пониматься акт внедрения различных обманных методов в частные займы для их незаконного присвоения.

Сходство и различие между «кредитной ловушкой» и ростовщичеством

Причина высокой распространенности дел, связанных с «кредитной ловушкой», заключается в том, что они не имеют четких поведенческих характеристик, в них используются различные методы совершения преступлений, которые нелегко идентифицировать, кроме того, они скрыты в гражданских спорах под прикрытием частного кредитования, что затрудняет их идентификацию.

Чтобы разобраться в поведенческих характеристиках случаев «кредитной ловушки», самое важное — начать с сути самой «кредитной ловушки», так как при понимании ее сути можно максимально идентифицировать такие дела. Что касается сути «кредитной ловушки», то в настоящее время существуют две основные точки зрения. Первая точка зрения заключается в том, что «кредитная ловушка» — это «ответвление» ростовщичества. Их отличие в том, что кредиторы хотят, чтобы заемщики платили высокие процентные ставки и возвращали основную сумму по договоренности, «заимствование» в «кредитной ловушке» не имеет характеристик капитала; его суть заключается в том, что преступник незаконно занимает имущество жертвы для «заимствования» посредством ряда «процедур», разработанных преступником[10].

Вторая точка зрения заключается в том, что «кредитная ловушка» — это усовершенствованная разновидность частного кредитования, и независимо от того, какая усовершенствованная разновидность встречается в «кредитной ловушке», ее суть по-прежнему заключается в частном кредитовании либо, иными словами, она коренится в частном кредитовании[11].

Авторы считают, что дела, основанные на «кредитной ловушке», больше не относятся к сфере простого займа, она являются «отчуждением» ростовщичества, указанные дела вышли из сферы частного права и вошли в сферу регулирования публичного права. Как упоминалось выше, в делах о «кредитной ловушке» цель лица состоит в незаконном хищении собственности жертвы. Если поведение при частном кредитовании будет использоваться в качестве основы для определения «кредитной ловушки», это неизбежно затруднит ее отличие от поведения при частном кредитовании. Более того, поведение при частном кредитовании является лишь поверхностной характеристикой этого вида преступления, а не фактическим совершенным преступлением, так что анализ, основанный на нем, будет отклоняться от **е**го основной сути. Поэтому для прояснения сути дел о «кредитной ловушке», определения границы между нею и ростовщичеством, во избежание путаницы в уголовно-правовом и гражданско-правовом регулировании, нужно четко определить поведенческие характеристики «кредитной ловушки».

По поводу отличия преступления «кредитная ловушка» от ростовщичества общая теория китайского академического сообщества уголовного права в основном совпадает с позицией в судебной практике. Будучи одним из мест, где зародилась «кредитная ловушка», г. Шанхай опубликовал официальные документы[12], которые четко разъ-

[10] 陶建平.高利贷刑事规制层次论析[J].法学,2018(05):180-192 [*Тао Цзяньпин.* Анализ иерархической структуры уголовно-правового регулирования ростовщичества // Юридическая наука. 2018. № 5. С. 180—192].

[11] 孟红艳.新型高利贷诈骗犯罪案件调查分析[J].人民检察,2016(04):79-80 [*Мэн Хунъянь.* Опрос и анализ новых видов преступлений, связанных с мошенничеством ростовщиков // Народная прокуратура. 2016. № 4. С. 79—80].

[12] 2018年11月9日发布的《上海市高级人民法院关于加大审判工作力度依法严惩"套路贷"犯罪的工作意见》 [Замечания Шанхайского Высшего народного суда об увеличении интенсивности судебной работы и ужесточения наказания за преступления «кредитная ловушка» в соответствии с Законом от 9 ноября 2018 г.] // URL: https://www.scxsls.com/knowledge/detail?id=140448 （дата обращения: 22 августа 2021 г.）.

ясняют разницу между «кредитной ловушкой» и ростовщичеством:

— во-первых, цель различна: «заимствование» в «кредитной ловушке» является лишь предлогом для обвиняемого незаконно завладеть собственностью жертвы, а цель кредитора-ростовщика — получить высокие процентные ставки;
— во-вторых, способы совершения деяния различны, что в основном отражается в различном номинальном завышении суммы, различном субъективном восприятии заемщиком суммы, отличной от депозита, и различном отношении кредитора к «дефолту»;
— в-третьих, объекты посягательства разные: «кредитная ловушка» посягает на разные объекты, что имеет повышенную общественную опасность и препятствует судебному правосудию, в то время как ростовщичество в основном разрушает порядок финансового управления;
— в-четвертых, правовые последствия различны, это в основном отражается в том факте, что «кредитная ловушка» по своей природе является незаконной и преступной, и основная сумма и проценты по займам не защищены законом, в то время как ростовщичество отражает автономию обеих сторон, само поведение по заимствованию является законным, а также основной и установленный законом процент защищены законом, лишь высокий процент, превышающий установленный законом предел, не защищен законом.

Кроме того, некоторые ученые отметили, что существуют еще два различия между «кредитной ловушкой» и ростовщичеством. Первое — это разница в завышенной сумме кредитного договора (долгового): завышенной частью для ростовщичества являются проценты (проценты, заранее вычтенные из основной суммы, позволяющие избежать требования о том, чтобы годовая процентная ставка не превышала 36 %[13]), заемщик субъективно осознает это и не возражает против выплаты заранее вычтенных из основной суммы процентов»; а завышенной частью в случаях «кредитной ловушки» являются «отраслевые правила», «гарантии», за которые, как думают заемщики, не нужно платить. Второе — разница в отношении просроченных платежей: ростовщики надеются, что заемщики смогут своевременно погасить основную сумму долга и проценты, в то время как в случаях «кредитной ловушки» создаются просроченные платежи для получения больших незаконных выгод[14].

У авторов есть основания полагать, что существуют также определенные различия между «кредитной ловушкой» и ростовщичеством в средствах взыскания: при ростовщичестве из-за своих юридических атрибутов законного частного кредитования ростовщики для получения кредитов часто используют мирные методы, а не предпринимают чрезмерных действий, а при совершении такого преступления. как «кредитная ловушка», основанного на незаконном владении собственностью других лиц, для достижения своей незаконной цели весьма вероятно применять «мягкое насилие» и даже крайние насильственные средства.

Например, во всех шести уголовных делах, опубликованных Министерством общественной безопасности КНР в 2020 г., взыскание кредитов осуществлялось с использованием «мягкого насилия»[15]. Из этого видно, что «мягкое насилие» становится распространенным средством взыскания ссуд в преступлениях, связанных с «кредитной ловушкой», что явно отличается от мирного метода взыскания в ростовщичестве.

Проблемы, существующие в судебном определении преступных деяний при «кредитной ловушке»

Несмотря на то, что деяния при «кредитной ловушке» являются преступлениями, посягающими на собственность других лиц, совершенные действия — от склонения или принуждения жертвы подписать контракт до насильственного взыскания долгов и ложного иска — не только нарушают личные права жертвы, но и угрожают общественному порядку, разрушают финансовый порядок и серьезно препятствуют справедливости правосудия. Поэтому рассматриваемые деяния касаются ряда составов преступлений УК КНР, таких как незаконное предпринимательство (ст. 225), мошенничество (ст. 226), вымогательство (ст. 274), разбой (ст. 263), провокация к ссоре (ст. 293), драка группы лиц (ст. 292), принуждение к торговле (ст. 226), умышленное причинение вреда здоровью другого человека (ст. 234), незаконное задержание (ст. 238) и ложный иск (ст. 307.1), что затрудняет точную квалификацию указанных преступных деяний и вызывает определенные споры в судебной практике.

[13] 2020年11月4日公布的《最高人民法院关于修改<关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定>的决定》 [Постановление Верховного народного суда о внесении изменений в положения о некоторых вопросах изменения законодательства при рассмотрении дел о гражданском кредитовании от 4 ноября 2020 г.] // URL: http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-249031.html （дата обращения: 22 августа 2021 г.）.

[14] 孟祥金.“套路贷”行为模式及其司法认定[J].安徽大学学报,2019(05):129-135 [*Мэн Сянцзинь.* Модель поведений «кредитной ловушки» и ее судебное определение // Журнал Аньхойского университета. 2019. № 5. С. 129—135].

Основной вопрос при выдаче кредитов заключается в том, можно ли квалифицировать незаконное кредитование как незаконное предпринимательство[16]. Уголовный кодекс Китая прямо не включает ростовщичество, «кредитную ловушку» в диспозицию ст. 225 «Незаконное предпринимательство», однако по поводу того, относятся ли действия при реализации «кредитной ловушки» к «иной незаконной хозяйственной деятельности, серьезно нарушающей рыночный порядок», указанной в п. 4 данной статьи, пока нет единого мнения. Хотя упомянутый пункт (п. 4 ст. 225 УК КНР) не раз подвергался критике в научных кругах Китая, он применим для решения определенных практических проблем.

Например, преступная группа, возглавляемая Ло, обманным путем склонила несколько жертв к займам у ростовщиков, скрывая от заемщиков тот факт, что проценты рассчитывались от основной суммы займа, а не от фактического займа, а также используя различные средства, чтобы помешать жертве понять содержание кредитного договора, или требуя от заемщиков выдать долговую расписку на получение кредита в размере 100 тыс. юаней. После того как Ло и иные лица из преступной группы вычли различные сборы, заемщики, которые ранее оформили кредитные договоры или долговые расписки на 100 тыс. юаней, получили лишь небольшую сумму в кредит или вообще не смогли получить деньги. Затем преступники с использованием таких средств, как сбор нескольких лиц для запугивания жертв или подача ложных гражданских исков, потребовали погашения фальшивых займов, а также высоких процентных ставок от жертв или их родителей. Ло участвовал в 17 делах на общую сумму 1,254 млн юаней[17].

До опубликования Замечаний по ряду вопросов при рассмотрении уголовных дел о незаконном кредитовании[18] от 22 октября 2019 г. некоторые ученые считали, что действия Ло не могут быть квалифицированы как незаконное предпринимательство в соответствии со ст. 225 УК КНР, поскольку объектом, на который посягает незаконное предпринимательство, является нормальный рыночный порядок, а деяния Ло нарушают не рыночный порядок, тем более что в соответствии с регламентацией Уведомления Верховного народного суда о точном понимании и применении «государственных законоположений»[19] незаконное ростовщичество не должно рассматриваться как незаконное предпринимательство[20]. Однако в соответствии с п. 1 вышеупомянутых Замечаний 2019 г. действия Ло следует квалифицировать в качестве незаконного предпринимательства.

---

[15] 2020年7月18日的《公安部公布打击"套路贷"犯罪6起典型案例》 [Шесть типичных уголовных дел по борьбе с «кредитными ловушками», опубликованные Министерством общественной безопасности 18 июля 2020 г.] // URL: https://app.mps.gov.cn/gdnps/pc/content.jsp?id=7457207 (дата обращения: 22 марта 2021 г.).

[16] Согласно ст. 225 УК КНР, «занятие одним из нижеперечисленных видов незаконной хозяйственной деятельности, дестабилизирующих рынок, при отягчающих обстоятельствах — наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или арестом и дополнительно или в качестве самостоятельного наказания — штрафом в размере от однократной до пятикратной суммы незаконно полученных средств; то же деяние, совершенное при особо отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок пять и более лет со штрафом в размере от однократной до пятикратной суммы незаконно полученных средств или конфискацией имущества: 1) безлицензионная хозяйственная деятельность, связанная с товарами, в отношении которых законом и административными законоположениями установлена монополия, а также с иными товарами, в отношении торговли которыми имеются ограничения; 2) купля-продажа экспортно-импортной лицензии, необходимого для экспорта и импорта сертификата происхождения товара, а также иных хозяйственных лицензий и разрешительных документов, определенных законом и административными законоположениями; 3) незаконная деятельность с ценными бумагами, фьючерсами, страхованием или незаконное осуществление деятельности с расчетами платежей без санкции соответствующих государственных компетентных органов; 4) иная незаконная хозяйственная деятельность, серьезно дестабилизирующая рыночный порядок» // URL: http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html (дата обращения: 21 августа 2021 г.).

[17] 中国裁判文书网 （China udgements Online） // URL: https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107anfz0bxsk4/index.html?docId=cfbdaa34566c4fa9a87543c3ccf1234a (дата обращения: 22 октября 2021 г.).

[18] 最高人民法院,最高人民检察院,公安部,司法部于2019年10月22日公布的《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》 [Замечания по ряду вопросов при рассмотрении уголовных дел о незаконном кредитовании, опубликованные Верховным народным судом, Верховной народной прокуратурой, Министерством общественной безопасности, Министерством юстиции 22 октября 2019 г.] // URL: .https://baijiahao.baidu.com/s?id=1648063409616064554&wfr=spider&for=pc (дата обращения: 22 октября 2021 г.).

[19] 《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中"国家规定"的有关问题的通知》,2011年4月8日发布。 [Уведомление Верховного народного суда о точном понимании и применении «государственных законоположений», опубликованные 8 апреля 2011 г.] // URL: http://www.cdczjcy.gov.cn/flfg/2958.jhtml (дата обращения: 22 октября 2021 г.).

[20] 孟红艳.设置陷阱高利借款的行为如何定性[J].人民检察,2018(18):49-50 [*Мэн Хунъянь.* Квалификация деяний по созданию ловушек для ростовщических займов // Народная прокуратура. 2018. № 18. С. 49—50].

Фиктивизация долгов является центральным звеном при совершении преступных деяний «кредитная ловушка», и квалификация действий, связанных с этим звеном, также является спорным вопросом в судебной практике. Авторы на официальном веб-сайте China Judgements Online[21] провели поиск с такими ключевыми словами, как «кредитная ловушка», «уголовные дела» и «приговор» и нашли в общей сложности 2 626 судебных решений. Среди них 1 707 приговоров были вынесены за мошенничество, что составляет 65 % общего числа; 714 приговоров — за вымогательство, что составляет 27 % общего числа найденных судебных решений.

Из приведенных выше данных видно, что на практике действия, создающие «кредитную ловушку», совершенные в процессе фиктивизации долгов, в основном квалифицировались как мошенничество или вымогательство, однако критерии по оценке указанных деяний не единообразны по всей стране. Поэтому вопрос о том, следует ли рассматривать указанные деяния как мошенничество либо вымогательство, является неотложным и его необходимо решать.

Например, по уголовному делу Лю[22] кредитная компания «И-Бэн», созданная преступной группировкой во главе с Лю для получения нелегальной прибыли, первоначально в основном отбирала людей, у которых есть проблемы с кредитной отчетностью, имеются основные активы и одновременно они срочно нуждаются в заимствовании средств. Затем заемщика склоняют к подписанию договоров, таких как *долговые расписки «Инь Ян»*[23], договоры купли-продажи жилья и другие договоры, предмет которых превышает фактическую сумму кредита, на основании закрытия счета компании.

После формирования завышенного потока денежных переводов в форме банковского перевода заемщика немедленно доставляют в банк для снятия наличных и возврата депозита, платы за обработку, платы за обслуживание и т.д. Таким образом, фактическая сумма, полученная заемщиком, будет значительно ниже суммы контракта. Наконец, после того, как заемщик теряет возможность погасить задолженность, кредит взыскивается с помощью различных способов. Указанная группировка с использованием вышеупомянутых способов незаконно завладела имуществом жертвы на сумму 150,8 тыс. юаней[24].

Из этого дела видно, что в «кредитной ловушке» преступник часто использует комбинацию обмана и угроз, чтобы заставить жертву заключить соглашение и передать имущество. Существует спор о том, следует рассматривать такие действия как мошенничество или как вымогательство[25].

Взыскание долгов, как правило, является последним звеном в «кредитных ловушках». Средства взыскания долгов в этом звене разнообразны: когда жертва не отдает имущество в соответствии с требованиями преступников, в «кредитной ловушке» используют судебные разбирательства, арбитраж, нотариальное заверение или насилие, угрозы и другие средства для принудительного взыскания долгов с жертвы, чтобы незаконно завладеть ее имуществом[26]. Поэтому такой процесс взыскания долгов включает несколько составов преступлений, что вызывает большие трудности в судебной практике.

Например, по уголовному делу «2-12» в Ланьчжоу о крупных преступлениях[27] преступная группировка с использованием методов «кредитной ловушки» завлекала жертв делать займы, взимая сверхвысокие процентные ставки и преднамеренно увеличивая «долги» с помощью нескольких платформ, таких как «заимствование новых и погашение старых» и «погашение кредитов кредитами», что привело к тому, что более 475 тыс. человек были обмануты. Затем участники этой группировки с использованием «мягкого насилия» взыскали незаконные долги у 390 тыс. жертв в сумме более 12,4 млрд юаней. Это даже привело к самоубийству 89 жертв, а их супруги и родители покончили с собой вместе с ними или

---

[21] 中国裁判文书网 (China Judgements Online) // URL: https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181029cr4m5a62ch/index.html (дата обращения: 22 октября 2021 г.).

[22] 中国裁判文书网 (China Judgements Online) // URL: https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217bmtkhnt2w0/index.html?pageid=83f30f41a1d07af0268956e651268497&s21=%e5%a5%97%e8%b7%af%e8%b4%b7 (дата обращения: 22 ноября 2021 г.).

[23] Долговые расписки Инь и Ян относятся к двум долговым распискам с разным содержанием.

[24] 梁晓峰.以"套路贷"非法占有他人财物之判定[J].人民司法,2020(05):8-11 [*Лян Сяофэн.* Оценка незаконного владения чужим имуществом путем «кредитной ловушки // Народное правосудие. 2020. № 5. С. 8—11].

[25] 周川,黄琰.审理"套路贷"犯罪案件的法律适用[J].人民司法,2020(05):16-20 [*Чжоу Чуань, Хуан Янь.* Применение закона при рассмотрении уголовных дел о «кредитных ловушках // Народное правосудие. 2020. № 5. С. 16—20].

[26] 朱和庆、周川、李梦龙:《'套路贷'意见》的理解与适用，载《人民法院报》2019年6月20日第5版 [*Чжу Хэцин, Чжоу Чуань и Ли Мэнлун.* Понимание и применение Замечаний о «кредитной ловушке» // Ежедневная газета Народного суда. 20 июня 2019 г. С. 5].

[27] 兰州"2·12"特大套路贷一审宣判：2名主犯被判无期徒刑 [Два главных преступника за крупные преступления в виде «кредитной ловушки» были проговорены к бессрочному лишению свободы в первой инстанции] // URL: https://baijiahao.baidu.com/s?id=1679269806519606247&wfr=spider&for=pc (дата обращения: 9 декабря 2021 г.).

были вынуждены совершить преступления. В этом деле оказалось много проблем, таких как судебное применение состава преступления «провокация к ссоре», судебное определение в отношении «мягкого насилия».

Кроме того, заслуживает глубокого анализа вопрос о том, соответствует ли незаконное поведение по взысканию долгов с использованием судебных разбирательств и других средств, задействованных в этом деле, составу преступления «ложный иск».

Уголовно-правовое регулирование отношений, возникающих в связи с «кредитными ловушками»

В связи с большим количеством составов преступлений, связанных с «кредитной ловушкой», и различиями в понимании таких преступлений в судебной практике разных регионов страны, судебное определение преступных деяний «кредитная ловушка» характеризуется сложностью, неоднозначностью и произвольностью. Уточнение понятия «кредитная ловушка» поможет понять и решить связанные с ней вопросы в судебной практике.

Как упоминалось выше, при совершении преступлений, называемых «кредитная ловушка», можно выделить три основных этапа: первый — это акт кредитования, второй — акт фиктивизации долгов и третий — завладение имуществом с использованием различных способов взыскания долгов. Хотя дефиниция «кредитная ловушка» играет определенную положительную роль для оценки таких деяний в судебной практике, однако в некоторых местных судебных органах существуют определенные отклонения в их понимании, когда любая «кредитная ловушка» признается мошенничеством.

На самом деле концепция «кредитная ловушка» не может быть юридическим критерием для определения того, является ли то или иное деяние преступлением[28]. Состав преступления является основополагающим основанием для привлечения виновного к уголовной ответственности, и любая попытка замены состава преступления другими понятиями нарушает принцип законности. После того, как стало ясно, что концепция «кредитная ловушка» не может заменить составов преступлений, судебное определение преступных деяний, связанных с «кредитной ловушкой», на разных стадиях их совершения особенно важно.

1. *При выдаче кредита* «кредитная ловушка» отличается от обычного частного кредитования тем, что осуществляется с намерением завладеть имуществом жертвы. Разъяснение цели незаконного владения заключается не только в том, чтобы субъективно отличать «кредитные ловушки» от частных кредитов, но и в том, чтобы отличать этого типа преступление от другого преступления в конкретных делах. Так называемая цель незаконного владения относится к намерению исключить законного владельца, распорядиться чужой собственностью как своей собственной, а также использовать и распоряжаться ею в соответствии с ее назначением без законного основания[29]. Целью преступника является не взимание высоких процентных ставок, а хищение собственности жертвы путем так называемой «кредитной ловушки». Следовательно, при совершении таких преступлений отсутствует законное основание для получения имущества жертвы, что может быть расценено как наличие цели незаконного владения.

По поводу того, можно ли квалифицировать незаконное кредитование как незаконное предпринимательство, несмотря на то, что согласно вышеупомянутым Замечаниям по ряду вопросов при рассмотрении уголовных дел о незаконном кредитовании от 22 октября 2019 г. данное деяние квалифицируется как «незаконное предпринимательство», однако, по мнению авторов, указанный вопрос нуждается в дальнейшем обсуждении с учетом законоположений и конкретных требований по оптимизации бизнес-среды.

2. По мнению авторов, деяния по фиктивизации долгов должны быть квалифицированы как мошенничество, поскольку основным действием на данном этапе является обман. То есть только в том случае, если жертва попадает в ловушку, расставленную преступником, может быть совершено данное преступление, а в противном случае его следует рассматривать как гражданское дело. Что касается того, образуют ли другие действия преступления, то следует определить, соответствуют ли они какому-нибудь конкретному составу преступления.

3. В соответствии с характером способов взыскания долгов их можно разделить на мирные способы взыскания долгов и немирные, и они представляют собой разные преступления. Мирный способ взыскания долгов заключается в том, что лицо в основном использует юридические средства, такие как подача иска для взыскания задолженности, это касается состава преступле-

[28] 张明楷.不能以"套路贷"概念取代犯罪构成[N].人民法院报,2019-10-10(005) [*Чжан Минкай.* Понятие «кредитная ловушка» не может быть использовано в качестве состава преступления // Ежедневная газета Народного суда. 10 октября 2019 г. С. 5].

[29] 张明楷：《刑法学》（第五版），北京：法律出版社2016年版，第957页 [*Чжан Минкай.* Уголовное право. 5-е изд. Пекин : Юридическое издательство, 2016. С. 957].

ния «ложный иск». Немирные средства взыскания долгов — использование насилия, принуждения и т.д., что в основном образует составы незаконного задержания, провокации к ссоре.

По мнению авторов, в преступных деяниях при «кредитной ловушке» использование подачи иска в качестве средства взыскания долгов образует «ложный иск», так как деяния этого преступления от начала до конца направлены на незаконное завладение имуществом жертвы, их суть соответствует регламентации ст. 307.1 УК КНР о подаче заведомо ложного гражданского иска в целях нарушения судебного порядка или серьезного нарушения законных интересов других лиц.

Кроме того, квалификация «мягкого насилия» в немирных способах взыскания долгов также вызывала споры в китайских научных кругах. В Замечаниях по некоторым вопросам, касающимся рассмотрения уголовных дел о «мягком насилии», мягкое насилие определяется как «незаконные и преступные средства, с помощью которых лицо стремится к незаконным выгодам или осуществлению незаконного влияния, которые заключаются в том, что указанное лицо в отношении других лиц или в определенных местах создает неудобства, запутывание, применяет уговоры, собирание толпы и т.д. для того, чтобы вызвать страх и панику среди других лиц и таким образом добиться психологического принуждения либо повлиять или ограничить личную свободу, поставить под угрозу безопасность личности и собственности, а также повлиять на нормальную жизнь, работу, деятельность»[30].

Авторы, выделяя мнение некоторых ученых[31], считают, что «мягкое насилие», как и понятие «кредитная ловушка», не является ни юридической концепцией, ни политической. Это сформировавшийся в практике общий термин для обозначения определенных типичных нарушений и преступлений[32], так что нельзя путать понятие «мягкое насилие» с концепцией состава преступления. До вступления в силу Поправок к УК КНР № 11 в судебной практике «мягкое насилие», как правило, было квалифицировано как провокация к ссоре, а после того, как Поправками к УК КНР № 11 был дополнительно предусмотрен состав преступления «взыскание незаконных долгов», указанное деяние квалифицируется в качестве взыскания незаконных долгов в соответствии со ст. 293.1 УК КНР[33].

Заключение

В современном Китае не существует набора эффективных методов уголовно-правового регулирования общественных отношений, связанных с «кредитными ловушками». Мы можем исходить только из судебной практики и постоянно выявлять и решать возникающие проблемы. Только путем уточнения понятия преступлений, связанных с «кредитной ловушкой», и разъяснения уголовной противоправности рассматриваемых деяний в судебной практике, в конечном итоге может быть достигнут результат эффективного пресечения данных преступлений.

Китай и Россия в настоящее время находятся под влиянием эпидемии коронавируса, однако по мере дальнейшего эффективного контроля эпидемии в будущем экономические и торговые обмены между нашими двумя странами будут становиться все теснее и теснее, а рынок частного кредитования будет стремиться к интеграции. Поэтому необходимо проявлять бдительность в отношении возникновения «кредитных ловушек», а также предотвращать появление и распространение транснациональных преступных группировок, организующих «кредитные ловушки».

---

[30] 2019年4月9号发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理实施"软暴力"的刑事案件若干问题的意见》 [Замечания по некоторым вопросам, касающимся рассмотрения уголовных дел о «мягком насилии» от 9 апреля 2019 г.] // URL: https://www.mps.gov.cn/n6557558/c6467097/content.html (дата обращения: 20 декабря 2021 г.).

[31] 张明楷.刑法学中的概念使用与创制[J].法商研究,2021(,01):3-22 [*Чжан Минкай.* Употребление и создание понятий в уголовном праве // Исследования в области права и бизнеса. 2021. № 1. С. 3—22].

[32] 陈毅坚.软暴力刑法性质的教义学展开[J].中国刑事法杂志,2020(04):75-91 [*Чен, И-Цзянь.* Доктринальное понимание природы «мягкого насилия» в уголовном праве // Журнал китайского уголовного права. 2020. № 4. С. 75—91].

[33] Статья 293.1 УК КНР гласит: «При наличии ниже перечисленных отягчающих обстоятельств, — наказывается лишением свободы на срок до 3 лет, арестом или надзором со штрафом либо отдельно применяется штраф». В качестве таких обстоятельств указываются: а) применение насилия, принуждения; б) ограничение личной свободы другого лица или вторжение в чужое жилище; в) угроза, преследование другого лица» (URL: http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html (дата обращения: 21 декабря 2021 г.).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. 张宇.对《关于办理"套路贷"刑事案件若干问题的意见》的解读[N].毕节日报，2020-12-24 [*Чжан Юй.* Разъяснения к Замечаниям по ряду вопросов, касающихся рассмотрения угловных дел о «кредитной ловушке» // Газета Бицзе. — 24 декабря 2020 г.].
2. 李有星,潘政."套路贷"相关司法问题与对策研究[J].法律适用,2019(21) [*Ли Юсин, Пань Чжэн.* Исследование судебных проблем и контрмер, связанных с «кредитной ловушкой» // Применение законов. — 2019. — № 21].
3. 朱和庆、周川、李梦龙:《'套路贷'意见》的理解与适用，载《人民法院报》2019年6月20日第5版 [*Чжу Хэцин, Чжоу Чуань и Ли Мэнлун.* Понимание и применение Замечаний о «кредитной ловушке» // Ежедневная газета Народного суда. — 20 июня 2019 г.].
4. 张明楷.刑法学中的概念使用与创制[J].法商研究,2021,01:3-22 [*Чжан Минкай.* Употребление и создание понятий в уголовном праве // Исследования в области права и бизнеса. — 2021. — № 1].
5. 陶建平.高利贷刑事规制层次论析[J].法学,2018(05):180-192 [*Тао Цзяньпин.* Анализ иерархической структуры уголовно-правового регулирования ростовщичества // Юридическая наука. — 2018. — № 5].
6. 孟红艳.新型高利贷诈骗犯罪案件调查分析[J].人民检察,2016(04):79-80 [*Мэн Хунъянь.* Опрос и анализ новых видов преступлений, связанных с мошенничеством ростовщиков // Народная прокуратура. — 2016. — № 4].
7. 孟祥金."套路贷"行为模式及其司法认定[J].安徽大学学报,2019(05):129-135 [*Мэн Сянцзинь.* Модель поведения «кредитной ловушки» и ее судебное определение // Журнал Аньхойского университета. — 2019. — № 5].
8. 梁晓峰.以"套路贷"非法占有他人财物之判定[J].人民司法,2020(05):8-11 [*Лян Сяофэн.* Оценка незаконного владения чужим имуществом путем «кредитной ловушки» // Народное правосудие. — 2020. — № 5].
9. 周川,黄琰.审理"套路贷"犯罪案件的法律适用[J].人民司法,2020(05):16-20 [*Чжоу Чуань, Хуан Янь.* Применение закона при рассмотрении уголовных дел о «кредитных ловушках» // Народное правосудие. — 2020. — № 5].
10. 张明楷.不能以"套路贷"概念取代犯罪构成[N].人民法院报,2019-10-10(005) [*Чжан Минкай.* Понятие «кредитная ловушка» не может быть использовано в качестве состава преступления // Ежедневная газета Народного суда. — 10 октября 2019 г.].
11. 张明楷：《刑法学》（第五版），北京：法律出版社2016年版，第957页 [*Чжан Минкай.* Уголовное право. — 5-е изд. — Пекин : Юридическое издательство, 2016].
12. 陈毅坚.软暴力刑法性质的教义学展开[J].中国刑事法杂志,2020(04):75-91 [*Чен, И-Цзянь.* Доктринальное понимание природы «мягкого насилия» в уголовном праве // Журнал китайского уголовного права. — 2020. — С. 4].

Противодействие терроризму

Борьба с терроризмом и защита права на существование
Research on Combating Terrorism on Protecting the Right of Existence Dimension

Хэ Шицин,
доктор юридических наук, Хуачжунский университет науки и технологий, г. Ухань, провинция Хубэй, Китай
alekseenko.a.p@gmail.com

Сюй Инда,
доктор юридических наук, профессор права, юридический факультет, Хуачжунский университет науки и технологий, г. Ухань, провинция Хубэй, Китай
alekseenko.a.p@gmail.com

He Shiqing,
doctor of jurisprudence, Huazhong University of Science and Technology, Wuhan, Hubei Province, China
alekseenko.a.p@gmail.com

Xu Yingda,
doctor of law, Huazhong University of Science and Technology, Wuhan, Hubei Province, China
alekseenko.a.p@gmail.com

© Хэ Шицин, Сюй Инда, 2022

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.064-072

Аннотация. *Право на существование, священное и неприкосновенное, является основной гарантией, защищающей безопасность жизни и условия жизни, включая право на жизнь, право на здоровье, гарантию права на выживание и т.д. Однако с 1990-х гг. оно серьезно страдает от растущего международного терроризма. Поэтому борьба с терроризмом и защита права на существование стали насущной проблемой международного сообщества. Необходимо усовершенствовать и эффективно применять положения международного права о борьбе с терроризмом. В настоящее время международное право о борьбе с терроризмом все еще нуждается в развитии и совершенствовании, хотя его рамки и сформировались. Кроме того, действующее международное право еще не полностью трансформировалось из «сформулированных на бумаге правил» в «положения, которым реально следуют».*
Ключевые слова: *терроризм; борьба с терроризмом; защита права на существование.*

Abstract. *The right of existence, sacred inviolable, is the basic guarantee that protect life security and living conditions including right of life, health right and the right of survival guarantee, etc. However, it has been seriously trespassed by the increasing international terrorism since 1990s. Therefore, attacking terrorism and protecting the right of existence has became an urgent issue of the international community. The international law against terrorism should be improved and effectively carried out. Nowadays, the international laws against terrorism still require development and perfection, even though the framework of them has taken shape. Furthermore, existing international laws haven't completely turned from "rules formulated on papers" to "provisions actually followed in operational link".*
Keywords: *terrorism; combating terrorism; protecting the right of existence.*

As is convey in the famous saying: "human being are the yardstick of all nature, not only for the existence, but also for the non-existence".[1] As the living organism, people are the scale of all things in the world and must enjoy the right of existence. In the modern society, every country admits the right of existence and also commit themselves to protect it through economic development, institutional improvement and implement of the rule of law.

However, in recent years, international terrorism has gradually evolved in the direction of globalization, concealment and diversification, which not only destroy the peace and stability of the world, but also seriously infringe the right of existence. Above all, attacking terrorism and protecting the right of existence become a severe problem demanding prompt solution. All the countries in the world must strengthen cooperation and keep on working together to effectively resolve this problem.

The Right of Existence Is Sacred and Inviolable

As the basic content of human rights, the right of existence can be explained in both broad and narrow sense. In the broad sense, it means:" citizens should enjoy the right of requesting the country to take positive actions leading all of them enjoy the right of health and cultural life". In the narrow sense, it means:" the old, weak, sick and disabled person is able to receive state aid whenever unable to survive".[2] As an explicit right concept, the right of existence first appeared in a book which was wrote by Austrian jurist Anton in 1886. Door in 1886. The author argued that labor right, labor usufruct and the right of existence jointly made up the new generation of human rights — foundation of economic rights.

The right of existence is not congenital, but is gradually acquired by people during the practice of transform nature and society. It's also not solidified, but constantly changes along with the development of society. Early theories equated the right of existence to the right to life which was considered as one kind of "natural rights" together with liberty, equal rights and property rights; The president of Franklin D. Roosevelt once Proposed "The Four Freedoms "during the reflection of the second world war, namely" the first is freedom of speech and expression, the second is freedom of every person to worship god in his own way, the third is freedom from want and the fourth is freedom from fear", he specially emphasized, for the purpose of guarantying life and health of all the people, every government should take measures to fill "anywhere in the world" with "freedom from want" and "freedom from fear".[3]

Contemporarily the definition of the right of existence is generally accepted by most countries: the right of existence can be known as the result of coactions by many kinds of factors the right to life is the natural form of it, the property is the material condition of it; labor is the way to achieve it; social security is the method to relieve it; development is inevitable request of it; environment, health and peace are the contemporary contents of it and the conversion of state function is the guarantee of it.[4]

It has extremely rich content and focuses on following three aspects: first, the right to life, which concerns the right of maintaining life and security interests. It augustly indicates that life can not suffer any infringements or deprivations unless through legal procedure, hence it is the right of life and security with political significance. The right to life is the basis and premise of legal Personality, thus, life and enjoying rights exist concurrently with another; As a result, the right to life is the primary manifestation of the right of existence, only if one survives first, then we could discuss how to live with health and dignity.

Secondly, health right, contains the personal rights of keeping healthy body and intact physiology function. Functional interests of organs and whole body are comprised in this right which includes not only physiological health right, but also psychological and mental health right. Health right is the most basic and important personal right and interests which also forms the foundation of attending all social activities. Only when we keep the health of physiology and psychology, we are able to engage in political, economic, cultural and other social activities.

Thirdly, the right of survival guarantee, people are entitled to live, furthermore, they also should enjoy the rights of improving the living conditions, such as the right to gain material assist, the right to work, the right to rest and security right." Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment" in 1972 once proclaimed that: man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being.

Man is a live organism, so the right of existence is of great significance to him. As early as the period of bourgeois revolution, thinkers had emphasized the great importance of life and health and claimed: "rationality instruct the whole mankind who follow rationality intentionally: now that People are born equally and independently, anyone is not able to infringe the life, health, liberty and property of others".[5]

Although we disapprove the concept of "natural rights", we both hold that the right of existence is sa-

[1] *Yan Guozhong.* Ancient Greek and Roman Philosophy. Peking University press, 1983. 138.
[2] *Chen Quansheng, Zhang Taizi.* Ecology-ism of Constitution and Administrative Law. Law Press, 2001. 13.
[3] *Shi Zhongwen, Hu Xiaolin.* Library of Worldwide Ideologist. China International Broadcasting Press, 1993, 918.

cred inviolable. In summary, there are three reasons: first, people are permanent and necessary prerequisite that accounts for the existence and development of society. Marx once pointed out:" the existence of individual is the primary premise of all the human history undoubtedly. Therefore, the first specific fact that needs to be identified is the body tissue as well as the relationship between such individuals and nature, which is restricted by the body tissue of individuals".[6]

People, the mainstay of our society, are the social material goods producers. The existence and development of society is a wind beggary without certain quantity and quality people. Therefore, we should attach importance to assuring the right of existence for existence and development of society. Secondly, life and health plays fundamental role in protecting the personality interests. For the purpose of maintaining life and health, people are bound to generate all kinds of needs including physiological need---the most basic and intense one, i.e. "if one person is ravenous, at that moment, he will have no interest in anything except food, all he dreamt, remembered and thought, is food".[7]

People will engage in political, scientific, cultural or other activities only if they meet the needs of survival. Because of this, satisfying physiological need together with maintaining health and life is of supreme significance. Thirdly, the right of existence is the primary and basic human rights. A present theory of human rights reveals that: human rights are an integral whole which is consist of all rights. It's an inherent right that can not be replaced and transferred; developing right, economic rights and political rights all derive from the right of existence which occupies the leading and basic position. "Based on this, theoretical circles generally consider the right of existence as the content through the development of basic human rights."[8]

The sacred inviolable status of the right of existence has gradually established along with social progress and enhancement of human knowledge. Under the autocratic rule of slave society and feudal society, slaves and pariahs were usually slaughtered by slave holders and monarchs, far from protecting the right of existence. Accompanied by the development of concept of human rights during capitalist period, People began to pay more attention and finally confirmed it by establishing political declaration, the constitution and laws.

The right of existence was first declared in "The declaration of independence" through the form of political program: "all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness." However, it first appeared in" Weimar Constitution" as a definite form of law and the article 151 of it indicated that" a man should be enabled to maintain his survival on a general basis, and prescribes that the economic order should be compatible with the rule of justice as well as the purpose of human existence." Afterwards, western countries successively stipulated the right of existence in their constitutions.

At present, the concept of the right of existence is universal accepted, so almost all the countries directly or indirectly confirm it in their constitutions or laws even some relevant international legal documents. The article 3 of "Universal Declaration of Human Rights" declared that:" Everyone has the right to life, liberty and security of person". The article 25 of it proclaimed that:" Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control".

Some international treaties concerning anti-terrorism define "International Terrorism" as the following behaviors: "a serious offence involving an attack against the life, physical integrity or liberty of internationally protected persons, including diplomatic agents"; "an offence involving kidnapping, the taking of a hostage or serious unlawful detention"; "an offence involving the use of a bomb, grenade, rocket, automatic firearm or letter or parcel bomb if this use endangers persons".[9] These legal documents provide legal evidence for ensuring the right of existence.

Infringement to the Right of Existence Caused by Terrorism

Since the Latter Half of the 20th Century those people who suffered from evil wars have been always praying that wars no longer occur and peace last forever with sufficient respect and guarantee of the right of existence. However, there are still a few insecure factors although peace and development has become the contemporary theme. Since 1990s, more and more fierce terrorist activities have not only caused large quantity of casualties, but also aggravated the tension of international situation. Thereby, terrorism

[4] *Xu Xianming.* The Theory of right to subsistence // Chinese Social Science. 1992. Vol. 5. 46—48.
[5] *Locke J.* Two Treatises of Government. China Social Sciences Publishing House, 1999. 6.
[6] *Marx K., Engels F.* Anthology of Marx and Engel. Vol. 1. People's Publishing House, 1972. 24.
[7] *Goble F. G.* The Third Force — The Psychology of Abraham Maslow. Shanghai Translation Press, 1987. 41.
[8] *Li Long.* Jurisprudence. Wuhan University Press, 1996. 252.
[9] *Zhao Yongchen.* Research on International Judicial Assistance in Criminal Matter. Chinese Procurator Press, 1997. 90.

infringes international stability and even the right of existence. For the purpose of guaranteeing the right of existence, Terrorism should be prevented and attacked.

Terrorism activities are usually defined as the following behaviors: individuals or organizations consciously use violence to manufacture terror by the way of killing or property destructions so as to achieve political or other purposes. Terrorism activities is multifarious, according to "European Convention on the Suppression of Terrorism", it mainly involves the following several kinds:

1) an offence within the scope of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970;
2) an offence within the scope of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 23 September 1971;
3) a serious offence involving an attack against the life, physical integrity or liberty of internationally protected persons, including diplomatic agents;
4) an offence involving kidnapping, the taking of a hostage or serious unlawful detention;
5) an offence involving the use of a bomb, grenade, rocket, automatic firearm or letter or parcel bomb if this use endangers persons;
6) an attempt to commit any of the foregoing offences or participation as an accomplice of a person who commits or attempts to commit such an offence.

No matter how terrorism appears, it's always a sort of extremely ferocious, anti-humanitarian crime that infringes the right of existence.

Terrorism does not initiate today and is not the specific character of one country or one nation. "It maybe incubated both in economic boom or decline, metropolis or village, multi-ethnic or mono-ethnic state."[10] Since 1960s, terrorism has grown into transnational, systematized, professional and diversified violent crime and then transformed into international terrorism. Especially after 1990s, terrorism starts to be more and more rampant. Numerous facts have shown that lives are extremely disdained by terrorism; terrorism should be resolutely eliminated so as to guarantee the right of existence.

1. Terrorism infringes the right to life. It doesn't attach importance to person's life and kill people as their wishes. As some scholars has pointed out:" if we say that the purpose of traditional terrorism is causing more attention rather than killing more people, however, modern terrorism includes both of them".[11] In order to achieve their goals, terrorists cause great amount of deaths by variety of terroristic methods. According to the GTD database, the world's most authoritative and comprehensive terrorism database provided by the University of Maryland, the world has suffered 201183 terrorist attacks since the 1970s.[12]

Here, the author simply introduces some attack types: first, the explosion. This terrorist means is favored by terrorists because of its destructive nature. In 1998, terrorists exploded American embassy in Kenya and Tanzania nearly simultaneousness, it caused more than 90 deaths. The Second is hijacking. The accident that terrorists hijacked the flight of Egypt air in 1985 brought about 60 deaths and 28 injuries which is the worst record as the world has seen.

The September 11, 2001, attacks shocked the whole world which also caused more than 5000 deaths. The third is using toxic gas. The development of modern chemical industry establishes the foundation for using high-tech terroristic methods, especially toxic gas. Sarin Incident that created by Japanese Aum Doomsday Cult in Tokyo's subway resulted in 12 deaths. The last is the conventional and usual way — assassination and kidnapping.

Since 1996, terrorists have organized assassination over 100 times, only in 1999, more than 30 people have been assassinated; the hostage-kidnapping event in Moscow has brought about 128 deaths. In a word, terrorist activities seriously infringe the right to life by depriving numerous people's lives. It is widely known that everything cannot exist without its basis. As the core part of the right of existence, the right to life is the cornerstone of a person's life. Once it is seriously threatened or even ceases to exist, other rights will lose the necessity to be discussed. Therefore, the protection of the right to life must be put in the first place, naturally, terrorists' wanton deprivation of human life must be solemnly condemned and severely punished, otherwise it will be difficult to maintain the dignity of all mankind and ensure justice.

2. Terrorism infringes the health Right. Owing to the cruelty terror and concealment of terrorism, the health Right will be infringed. The infringement can specific divide into the following two aspects: for the one hand, terrorist activities bring injuries to a large number of innocent civilians which infringes their rights of maintaining the integrity of organ function. For example, The accident that terrorists hijacked the flight of Egypt air in 1985 brought about 28 injuries; Sarin Incident that created by Japanese Aum Doomsday Cult in Tokyo's subway reached the result of poisoning of over 5500 people; In 1998, terrorists exploded American embassy in Kenya and Tanzania that caused more than 2200 injuries.

Terrorism makes a great many of injuries whatever in the September 11, 2001, attacks, "Bali event" happened in Indonesia or the hostage-kidnapping

[10] *Li Shenming, Wang Yizhou.* Reports on International Politics and Security. Social Science Literature Press, 2002. 127.
[11] *Zheng Baoming.* New Characteristics of International terrorism and anti-terrorism countermeasures // Theory Journal. 2002. Vol. 1. 77.
[12] Start. Global terrorism database. URL: http://www.start.umd.edu/gtd.Visit on January 20, 2022.

event in Moscow. On the other hand, terrorism also engender huge insecurity and panic to people even losing reason which severely infringes the rights of keeping mental health. One of Scholars has vividly described the character of terrorist activities as the following words: In modern society, **c**onvenient communication and open gateway of countries provide plentiful opportunities to terrorism. The terrorists can go all over the place among large quantity of tourists, businessmen, refugees and immigrants. The crowded, noisy city and public places supply the best barrier for it. It may suddenly take action after a suspension in period of time. In most cases, we can hardly take effective measures to prevent it because it's difficult for us to surmise the time, the place and the crowd that the terrorists will take action.[13]

Amazingly, with the in-depth combination of Internet technology and terrorism, cyber terrorism has emerged, More and more terrorist organizations are taking advantage of user system vulnerabilities to launch cyber attacks, using stolen private data to intimidate the public and state institutions in cyberspace, and carrying out extremist propaganda and recruit followers through online social media. For example, the cyber caliphate army, the earliest Cyber Army of the Islamic state organization, is famous for stealing the social media accounts of the US central command and several Western media, publishing false news and causing large-scale panic.

Although these emerging cyber terrorism activities do not directly deprive people of their lives or cause physical damage to people, they increase anxiety and panic to the spiritual world of Internet users all over the world. Hence, terrorism likes black clouds that waft in the sky; it engenders huge insecurity and panic to People who are living in the shadow of terror. The atmosphere of terror that terrorism has created just like a trackless net which may restrict rhythm of life to all the people.

3. Terrorism infringes the right of survival guarantee. Terrorist activities infringe the conditions of property, labor, rest, social security and peaceful living environment which are essential to people's survival. Because of this, terrorism seriously infringes the right of guaranteeing survival. First, terrorist activities had caused huge of material possessions. i.e. only in 1995,17 serious explosions happened per day on average which leads to the direct loss of over 20 million. Secondly, terrorist activities endanger social safety, stability in regions and world peace by cruel means.

As a result of that, the confidence of consumers and investors severely waver. What's worse, it forms a major threat to regional economic cooperation and development of the world economy. People all over the world will never forget: the behavior that Egyptian Islamic extremists Specially attack foreign tourists had almost ruined flourishing tourism in Egypt; the behavior that terrorists in Chile put poisonous hydride into exporting two grapes had almost destroyed Chile's whole export market; American economy lost over 40 billions and the global economy slackened one percentage point as a result of The September 11, 2001, attacks according to the United Nations' forecastable reports on October 10, 2001 which had been an unprecedented disaster in the world. In addition, Terrorist activities such as hijacking planes can cause the shrink in employment in aviation industry and aircraft manufacturing industry.

Thus, it seriously infringes the labor rights enjoyed by personnel in these industries; people are high-pressure due to the uncertainty of terrorist activities which also infringes right to rest. Finally, from the perspective of opportunity cost, terrorist activities not only bring huge direct economic losses to the world, but also result in immeasurable indirect losses. For example, a cyber army of the "Islamic state" organization once claimed to have stolen the private information of 1500 military and government personnel, involving many key government departments such as the U. S. air force, foreign embassies, the Marine Corps, the National Aeronautics and Space Administration, the United States Agency for international development and the new York port authority. These information include various types of account and password, e-mail, home address and other sensitive privacy information. They published this information on August 11, 2015 and called for using this information to launch attacks.[14]

Although in the end they did not turn the threat into reality as they wished, the U. S. authorities paid a high economic price to prevent adverse results, and tens of thousands of American citizens lived in the shadow of terrorism. This can not help but lead people to think deeply. The cost that the whole society has to pay to prevent terrorist activities and maintain a stable and orderly living environment for survival is too high, even exceeding the direct economic losses caused by terrorist activities. In order to prevent the trading system from being damaged and tampered by terrorists, governments and enterprises have to invest more technical costs and introduce more professional technicians for real-time marking; In addition to facing more insecurity in daily life, citizens have to buy additional insurance and pay higher premiums to ensure personal safety or control risks. The increase of all kinds of expenditures is introduced by the in-depth development of terrorism.

Moreover, due to the randomness of terrorist activities, there is a great probability of the occurrence

[13] *Li Shenming, Wang Yizhou.* Reports on International Politics and Security. Social Science Literature Press, 2002. 136.

[14] *Sun Pinjie.* Main manifestations, development trend and Governance Countermeasures of network terrorism. China Information Security. 2021. Vol. 9.

of terrorist results, so in fact, in most cases, these expenditures are basically deadweight losses. In other words, if there is no threat of terrorist activities, people can spend this part of wealth in places that can more realistically satisfy their own survival and development, and then achieve a better life.

Attacking Terrorism and Guaranteeing the Right of Existence

Terrorism seriously threatens not only peace and stability of the world but also the social economic development and prosperity of all the countries as well as health and safety. The international community has distinctly recognized the tremendous harm that terrorism brought to the world. For that reason, the voice of attacking terrorism, safeguarding world peace, respecting the value of life and guaranteeing right of existence has been widely accepted in the international community. Senior official of the united nations Shashi Tharoor once pointed out in one of his famous articles: "we both have the right of existence and the right to love", "We live in a world fighting with the root of terrorism. That is to say, in such a world, terrorist has no opportunity to take actions triumphantly. In a world of 21 Century, this is the most hopeful heritage left in the latest terrorist incidents.

However, it won't withdraw from the historical stage unless we oppose it and make great effort to eliminate its foundation."[15] For the purpose of fully guaranteeing the right of existence together with other rights and maintaining secure, peaceful "global village", the international community should make joint efforts and strengthen cooperation to oppose and attack terrorism.

1. The concept of "terrorist crimes going non-political" should be generally accepted by international society. From the current definition of terrorism, terrorism has political motives has been widely accepted by the international society, even some scholars believe that the difference between terrorist activities and criminal offence is strong political nature.[16] Owing to this cognition and the discrepancy of national interest, different countries adopt different attitudes towards terrorism. Moreover, the principle that "political offense exception" has been universally accepted by most national laws and various kinds of bilateral or multilateral treaties. That is why some terrorists run away to those countries which can grant asylum to them after terrorist activities. Because of these, it's difficult for the international community to establish powerful cooperation even perform effect attack against terrorism. In order to change this kind of situation and obtain good result, the international community should convert the mode of thinking that instead of focusing on political motives the hazardous consequences are more important.

We should unify the cognition of terrorism into infringement of the right of existence and reach the consensus that a malefaction certainly belongs to terrorist activities as long as it infringes the right of existence, regardless of the place or the actor. Only in this way, it's propitious to unify the pace of attacking terrorism between different countries and regions so as to form powerful cooperation. From the existing international conventions, the tendency of "terrorist crimes going non-political" becomes more and more obvious.

For instance, in 1985, the United Nations General Assembly adopted Resolution 4061 which "unequivocally condemns all acts, methods and practices of terrorism committed wherever and by whomever as criminal." *Measures to Eliminate International Terrorism* that the United Nations General Assembly adopted In 2000 proclaimed that "reiterates that criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstances unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other nature that may be invoked to justify them." From now on, urging every country to implement relative international conventions is our mission aimed to turn terrorism into the target of attack in any country or region.

2. The right of existence in poor countries should be respected. Historical reasons have caused the disequilibrium of economic development between different countries. Furthermore, it has been aggravated for the reason of economic globalization and cosmopolitan economic competition. Due to this disequilibrium, people from different countries may enjoy different protection of the right of existence. In developed countries, the right of existence can be effectively guarantee while it may be opposite in developing countries. Huge gap between rich and poor, on the one hand, often leads to the psychological unbalance of groups of people in undeveloped countries then stirs up revenge mind around the poor people blamed in the robbery by developed countries; on the other hand, stimulate people in undeveloped countries to chase the dream of beautiful life which is unpractical through legal ways. Because of great power disparity, these people use terrorist activities as the best weapon to revenge on developed countries and realize the dream.

Theodore A. Columbia once accurately pointed out: "Under the circumstance that income gap between the rich and the poor amounts to 40 times,

[15] *Yu Peiyuan.* Global Village Needs Moral Reconstruction during the Process of Globalization — Reflection after 9.11 attack. Exploration and Contending. 2002. Vol. 9.

[16] *Liu Zongkun.* Right of Self-defense and the Sovereignty. Strategy and Management. 2002. Vol. 1.

no matter how to rationalize the phenomenon, it's inevitable to avoid the extreme dissatisfaction, the desperate frustration, and the sense of discourage. Therefore, people who are penniless may be persuaded to challenge present situation, resorting to either peaceful means or violence."[17]

Therefore, poverty is the largest enemy of peace. Aim to attack terrorism effectively and maintain world peace, military and diplomatic means are not enough; the protection of right to subsistence among undeveloped countries should be added." If feasible measures are not taken to shorten the gap between the north and south and reduce economic plunder and impact towards developing countries during the process of economic globalization, new economic growth point will not be founded to bring equal benefits to all the countries.[18]

So the actions of attacking terrorism will not receive fundamental effects. Just like" The Fourteen Points" once asserted in Joint Session by president Woodrow Wilson："It is that the world be made fit and safe to live in; and particularly that it be made safe for every peace-loving nation which, like our own, wishes to live its own life, determine its own institutions, be assured of justice and fair dealing by the other peoples of the world as against force and selfish aggression. All the peoples of the world are in effect partners in this interest, and for our own part we see very clearly that unless justice be done to others it will not be done to us."[19]

In a word, terrorism could be effectively checked only through those appropriate approaches: developed countries should fully consider the interests of the people in economically undeveloped counties or regions and assist them in economic development by strengthening regional economic cooperation .They are beneficial to guarantee the right of existence in underprivileged countries or regions and finally the coexistence and co-prosperity among different countries will realize.

3. The domestic laws and international laws against terrorism should be improved and effectively carried out. Opposing and attacking terrorism certainly needs relevant domestic laws. As a matter of fact, many countries have already enacted special laws against terrorism, such as "Anti-terrorism Law" executed by the French government in 1985, "Counter-terrorism law" executed by the British government in 2001. However, in the process of opposing and attacking terrorism, the Chinese government mainly base on the criminal law instead of special anti-terrorism laws for a long time which involves: the organization, leading and attending the terroristic organization crime, kidnapping crime, the crime of organization, leading, attending, taking harbor and wink to organs of" Black Society" in nature, crime of aircraft hijacking, etc. However, these provisions do not achieve complete coverage of terrorist crimes, and do not fully take the international nature of terrorism into account.

Therefore, in order to uphold and reflect China's determination to maintain world peace and stability, and combat terrorism more effectively, In 2011, China issued the first legal document specifically aimed at counter-terrorism, *the decision of the Standing Committee of the National People's Congress on issues related to strengthening counter-terrorism work*. Later, in 2015, China passed the landmark comprehensive anti-terrorism law *"Anti Terrorism Law"*, which systematically and comprehensively stipulated the basic concepts, spiritual principles, fundamental positions and specific methods of combating terrorism, breaking the old regulatory pattern of combating terrorism. It indicates that China's understanding and practice of opposing and combating terrorism have become scientific and standardized. Nevertheless, there are still many places worthy of improvement in China's relevant domestic laws.

For example, *the Anti Terrorism Law* stipulates that the legitimate rights and interests of units and individuals have the right to relief if they suffer damage in the anti-terrorism work, but it does not specify the scope of legitimate rights and interests that can be compensated or compensated. This can not help asking whether the moral damage caused by the violation of citizens' right to privacy in the process of anti-terrorism investigation and evidence collection of administrative organs should be within the scope of compensation. It is not difficult to find that there are imperfections in the domestic laws, which is also a common problem in all countries in the world. In other words, there is still some way to go in the relevant legislation of all countries. Additionally, in order to attack terrorism effectively, these provisions against terrorism in the criminal law should joint track with international laws and plus those not contained in our criminal law.

However, as a global threat, terrorism should be effectively prevented and attacked by both domestic laws and international laws. Nowadays, international laws against terrorism still require development and perfection, even though the framework of them has taken shape. On the one hand, those legislations aiming at special behaviors are expedients rather than universally applicable international law; on another hand, they are not enough to effectively resolve all kinds of legal issues about controlling terrorism, for example, (1) they haven't definitely stipulated the legal consequences when contracting parties do not cooperate with other countries while facing terrorism;

[17] *Theodore A. Columbia*. Power and Justice. Huaxia Press, 1990. 505.
[18] *Zhu Feng.* Human Rights and International Relations. Peking University press, 2000. 479.
[19] *Zhang Nvlun.* Fountain Head of terrorism. Reading. 2001. Vol. 11.

(2) they haven't definitely stipulated provisions those countries should obey when taking actions against terrorist attacks. Accordingly, it is imperative for us to enact comprehensive international conventions about controlling terrorism.[20]

Furthermore, existing international laws haven't completely turned to "provisions actually followed in operational link" from "rules formulated on papers". Therefore, international laws should be improved no matter during the legislative process or operational link in order to control and attack terrorism effectively.

4. Strictly define the scope and scale of combating terrorism to avoid harming innocent people or causing excessive violations. Mozi, a thinker in the spring and Autumn period of China, advocated "non attack" and "universal love", and strictly divided the war into righteous war and unjust war.[21] Admittedly, advocating "non aggression" and "universal love" does not mean not to take any violent means. Terrorist activities are extremely harmful and socially dangerous human acts. Their existence is the greatest injustice. Therefore, no one can ask for justice should make concessions to injustice. Hence, in the face of terrorist activities, any time, any place, any country and citizens have absolute and sufficient reasons to resort to violence.

However, in a sense, all kinds of coercive measures taken to combat terrorism, including waging war, must be out of justice. On the one hand, every countries must clarify the boundaries between regional internal affairs and terrorist activities, avoid blindly characterize all global violent conflicts as terrorist activities, let alone wantonly carry out acts involving other countries' domestic affairs under the banner of national counter-terrorism in order to achieve our own interests and political purposes; on the other hand, every countries should give full consideration to the means of combating terrorism and the costs paid for it, and be prudent to use excessive means, so as not to cause more unnecessary harm to the victims in the process of relief.

Take the Middle East as an example. Since the end of World War I, the Middle East has almost never stopped fighting. Countries compete against each other, and various ideological and ethnic contradictions emerge one after another. The process of evolution from a religious totalitarian state to a modern democratic state is difficult. These contradictions and hatred continue to deepen and has become difficult to reconcile. Many countries and world organizations recognize that maintaining security and stability in the Middle East is the key to solve terrorism issues in the world and have taken practical actions, but achieve less.

Even due to the entanglement of interests and political manipulation of various countries, the situation and opposition conflicts in the Middle East have become more tense and complex. War raged, starving victims were everywhere and wailing. A large number of refugees who fled their homes complained about the atrocities of terrorist organizations and expressed their ardent hope for a better life. As a part of the community of shared human destiny or out of humanitarianism, the advanced countries in the world have the responsibility and obligation to provide non political assistance on the basis of respecting the sovereignty of the backward countries, so as to achieve world peace and reflect the rational and humanistic care of high primates.

Epilogue

There is no smooth road to peacekeeping. Since the "September 11 incident", terrorism has gradually entered the public's view, profoundly affected the world security situation and anti-terrorism pattern, and injected more unstable factors into the world. The material basis, natural resources, history and culture of countries all over the world are different. Therefore, there are many differences in the understanding and protection of the right to survival. However, when facing terrorism, people always show sympathy and firmly stand on the side of justice. This is not only out of fear and hatred of human suffering caused by terrorism, but also the rational expression of people's internal self-protection and desire for truth, goodness and beauty.

However, when the international community reached a consensus on counter-terrorism and spent trillions of dollars and sacrificed tens of thousands of people, it not only did not solve or weaken the threat of terrorism, but also contributed to the renewal of terrorism. Al Qaeda was overthrown, but terrorist organizations such as the "Islamic state" rose against the trend and replaced al Qaeda's leadership in the international terrorist movement. The world anti-terrorism work in the Middle East began with the overthrow of the Taliban and ended with the return of the Taliban. Twenty years are like a dream, how many lives have been lost and how many hopes have been broken. All kinds of facts have enlightened the world that the essence of eliminating international terrorism is a contest between civilization and barbarism. The firmness of human society's consensus on a just international order and on basic civilizations such as life, dignity, equality and humanity not only affects the rise and fall of world peace forces, but also determines the success or failure of international counter-terrorism. A small step makes a thousand miles. Terrorism is mainly rooted in systematic social problems such as reli-

[20] *Shao Shaping.* Controlling Terrorism Crime and international legal cooperation. Seeking, 2002. Vol. 1.
[21] *Ren Jiyu.* Mozi. Shanghai People's Publishing Press, 1956. 5.

gious extremism, national separatism and extreme ideology.

Therefore, its solution must rely on a set of systematic solutions and must go through a long process. International parties must reach a consensus on "depoliticization of terrorist crimes" and oppose utilizing political, ideological, ideological, racial, religious and other reasons to justify terrorism; Attach importance to ensuring the people's right to survival in poor countries; Improve and effectively implement domestic and international laws against terrorism; Strictly define the scope and scale of combating terrorism to avoid harming innocent people or causing excessive violations. Only by realizing the above can we effectively remove the "hanging sword" that threatens the survival rights of citizens in the world and dispel the haze of terrorism.

Криминологические особенности преступлений террористической направленности и экстремистских преступлений в КНР*

Criminological features of crimes of a terrorist nature and extremist crimes in the PRC

Лун Чанхай
доктор юридических наук, профессор, Университет Внутренней Монголии, Китайская Народная Республика
haichanglong@126.com, longchanghai@yandex.ru

Long Changhai,
Doctor of Law, Professor, Inner Mongolia University, People's Republic of China
haichanglong@126.com, longchanghai@yandex.ru

© *Лун Чанхай, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.073-080

Аннотация. *Преступления террористической направленности, экстремистские преступления создали огромную угрозу для государственной безопасности, территориальной целостности, социальной стабильности, экономического развития и общественной гармонии Китая. Для лиц, совершающих террористические преступления, характерны следующие особенности: низкий уровень культуры, снижение возраста преступников, увеличение количества участвующих в таких преступлениях женщин, низкоквалифицированная профессия. Организационные особенности террористических преступлений следующие: теракты проводятся «одинокими волками», группами со свободной структурой и со строгой организованностью, явно выражена тенденция развития транснационального характера террористических организаций.*
Террористические преступления в Китае с точки зрения образа действий обладают следующими классическими особенностями: политическая цель, псевдорелигиозный мотив или национальная вражда, разнообразие способов и жестокость методов осуществления террористами насильственных террористических действий. В произошедших терактах почти все преступники перед совершением теракта подпадали под влияние идей терроризма.
Ключевые слова: *терроризм, экстремизм, террорист, преступления террористической направленности, экстремистские преступления, криминологические особенности, Китай.*

Abstract. *Terrorist crimes and extremist crimes have created a huge threat to state security, territorial integrity, social stability, economic development and social harmony in China. Persons who commit violent terrorist crimes have the following characteristics: a low level of culture, a decrease in age, an increase in the number of female participants, a low-level profession. The organizational features of violent terrorist crimes are manifested in the following: terrorist attacks by "lone wolves", groups with a free structure and strict organization, a clear trend in the development of the transnational nature of terrorist organizations. Violent terrorist crimes in China, from the point of view of the mode of action, have the following classic features: an explicit political goal, a motive for religious heresy or national enmity, a variety of ways and cruelty of methods of carrying out terrorists of violent terrorist acts. In the terrorist attacks that took place, almost all the criminals fell under the influence of the ideas of violent terrorism before committing the terrorist attack.*
Keywords: *terrorism, extremism, terrorist, terrorist crimes, extremist crimes, criminological features, China.*

* Данное исследование представляет собой промежуточный итог работы по гранту для молодых ученых по гуманитарным и социальным наукам Министерства образования КНР 2015 г. «Исследование регулирования преступлений экстремистского характера в России и его рецепция» (№ 15YJC820037).

В ходе развития и изменений, происходящих как внутри страны, так и во всем мире, терроризм, экстремизм стали для Китая серьезной угрозой. Терроризм и экстремизм тесно взаимосвязаны, в некотором смысле экстремизм представляет собой почву и очаг зарождения терроризма, а терроризм является насильственной формой выражения экстремизма. Экстремизм, терроризм зачастую также взаимопроникают, взаимосвязаны с сепаратизмом.

Религиозный экстремизм, терроризм и этнический сепаратизм представляют собой наиболее опасные формы выражения экстремизма, сепаратизма и терроризма в Китае. Китайские террористы, зачастую, побуждаемые идеями религиозного экстремизма, используют методы насильственных атак, а их конечной целью является претворение в жизнь бредовых идей о расколе Китая. Ввиду этого в данной работе не проводится жесткое разграничение преступлений террористической и экстремисткой направленности.

Преступления террористической направленности, экстремистские преступления создали огромную угрозу для государственной безопасности, территориальной целостности, социальной стабильности, экономического развития и общественной гармонии Китая, в некоторой степени эти преступления уже превратились в серьезную угрозу, стоящую на пути развития китайского общества. В связи с этим китайское правительство в разных направлениях, таких как усиление уголовного законодательства, разработка политики, связанной с борьбой с терроризмом, экстремизмом, ведет многоплановую борьбу и с терроризмом и с экстремизмом.

Итак, каковы особенности преступлений террористической направленности и экстремистских преступлений в Китае? Китайские ученые исследовали данный вопрос. Гулазат Турсун в книге «Исследование проблемы транснациональной преступности в Средней Азии» с учетом внутригосударственного и внешнегосударственного аспектов обобщила особенности террористических преступлений, совершаемых террористической организацией «Восточный Туркестан».

Профессор Ван Чжэнсюнь же считает, что современным террористическим преступлениям присущи следующие пять особенностей: экстремизация преступных мотивов, казуализация способов организации, расширение мест совершения атак, ожесточенный характер способов совершения преступлений, тяжелые последствия преступных деяний[1].

Доктор наук Ван Чаохуэй выделяет следующие особенности террористических преступлений: интернационализация террористических организаций, ярко выраженные политические намерения террористических организаций, очевидное увеличение их масштабов и частоты[2]. Ян Лиминь и другие ученые полагают, что основными тенденциями развития террористической преступности в Китае являются непрерывное развитие, увеличение разнообразия насильственных методов и многообразия путей проникновения и объектов[3]. Гу Лиянь же относит к особенностям деятельности террористических сил «Восточный Туркестан» рост террористических преступлений, жестокость методов и подражание международному терроризму, тенденции к использованию партизанских способов, усиление стратегии и снижение степени коренизации и организации террористов[4].

Доктор наук Тянь Ган обобщил феномен террористической преступности в Китае за последние 20 лет с точки зрения макроособенностей террористических атак и особенностей конкретных действий[5].

Таким образом, китайские ученые с разных сторон описали особенности современных преступлений террористической направленности и создали основу для дальнейшей кристаллизации криминологических особенностей преступлений террористической и экстремисткой направленности в Китае. Автор данной работы полагает, что возможно проведение исследования криминологических особенностей преступлений террористической и экстремисткой направленности в Китае по следующим направлениям.

1. Индивидуальные особенности лиц, совершающих террористические преступления

Исследуя экстремистские преступления и насильственные преступления террористической направленности, в первую очередь необходимо изучить индивидуальные особенности тех лиц, которые совершают данные преступления. Криминология основывается именно на позитивном исследовании лиц, совершивших преступное

[1] *Ван Чжэнсюнь.* Анализ особенностей преступлений террористической направленности и оценка ситуации // Журнал уголовного права. 2014. № 2.

[2] *Ван Чаохуэй.* Исследования вопросов насильственных террористических преступлений с точки зрения законности // Вестник Хэнаньского университета финансов и экономики. 2014. № 6.

[3] Анализ насильственных террористических преступлений в Синьцзян / Ян Лиминь [и др.] // Вестник Синьцзянского педагогического университета. 2012. № 6.

[4] *Гу Лиянь.* Новые тенденции террористических деятельностей «Восточного Туркестана» и способы борьбы с ними // Вестник Синьцзянского полицейского колледжа. 2013. № 1.

деяние. Несмотря на то, что выдвинутая Ч. Ломброзо идея о прирожденном преступнике была опровергнута, нельзя не придавать значения влиянию личностного фактора отдельного человека на совершаемое им преступление. В некоторой степени личностный фактор имеет определяющее значение.

Изучение особенностей насильственных преступлений террористической направленности также должно начинаться с изучения индивидуальных особенностей лиц, совершающих данные преступления. Любые идеи экстремистских организаций в конечном счете нуждаются в воплощении индивидами, только так преступные идеи экстремизма посредством террористических действий могут привести к общественно опасным последствиям. Можно выделить следующие особенности лиц, совершающих террористические преступления в Китае.

Во-первых, низкий уровень культуры лиц, совершающих террористические преступления. Эта особенность очень ярко выражена в характеристике лиц, совершающих террористические преступления. Прокуратурой округа Кашгар (Синцзян-Уйгурского автономного района (СУАР) КНР) с 2003 по 2007 г. было возбуждено 66 дел в отношении террористической организации «Хизб ут-Тахрир аль-Ислами»[6]. Количество лиц, причастных к данным делам, достигло 257 человек. Среди этих 257 лиц начальное образование имели 109 человек, что составило 42,4 % от их общего числа, среднее образование первой ступени (неполное среднее образование) — 119 человек, что составило 46,3 %. Среди указанных выше лиц, количество лиц с начальным или средним образованием первой ступени составило 88,7 %[7]. Хотя анализ культурного уровня указанных лиц, имеющих отношение к террористической организации «Хизб ут-Тахрир аль-Ислами», всего лишь один частный пример, однако это также демонстрирует низкий культурный уровень террористов в Синьцзяне в целом.

Как констатировал один китайский ученый, практически все террористы — это представители низших слоев общества с низким уровнем образования и с промытыми идеями религиозного экстремизма мозгами[8]. Даже в некоторых статьях китайских СМИ высказывается мнение, что среди лиц, принимающих участие в террористических преступлениях, лица с неполным средним образованием и ниже составляют 95 % лиц, совершающих насильственные преступления террористической направленности.

Во-вторых, явной является особенность, связанная со снижением возраста лиц, совершающих террористические преступления. В основном лица, участвовавшие в террористических преступлениях, совершенных в Китае, — это представители поколения 80-х и 90-х гг., таким образом, обнаруживается явная тенденция к снижению возраста (преступников). После теракта 22 мая 2014 г. в Урумчи в ходе мероприятий по задержанию «нулевая точка», проводимых синьцзянскими органами общественной безопасности, были задержаны более 200 подозреваемых, представители поколения 80-х и 90-х гг. составили бóльшую часть этих подозреваемых. Одному из трех преступников, участвовавших в теракте 15 июня 2014 г. в Синьцзяне, было 19 лет, двое других на момент совершения преступления не достигли 18-летнего возраста.

Конечно же, тенденция снижения возраста террористов вовсе не является особенностью, присущей только Китаю, а представляет собой общую особенность террористов различных стран. В 2014 г. две австрийки 15 и 16 лет, Сара и Сабина, отправились в Сирию участвовать в «священной войне». Впоследствии было установлено, эти обе девушки прошли религиозное обучение по Интернету и попали под влияние идей экстремизма[9].

В-третьих, в типологии лиц, совершающих террористические преступления, произошли изменения, связанные с переходом от преобладания представителей мужского пола к увеличению количества женщин-участниц. Обычно насильственные террористические преступления совершаются в основном мужчинами, это определяется физиологией мужчин. Однако в последнее время в делах, связанных с насильственным терроризмом в Китае, стали появляться террористы-женщины, более того наметились признаки их постепенного увеличения. 28 октября 2013 г. на площади Тяньаньмэнь террорист находясь в автомобиле с женой и матерью, совершил теракт. Также среди восьми участ-

---

[5] *Тянь Ган.* Эмпирический анализ террористических преступлений и уголовно-правовая борьба с ними // Исследования права и бизнеса. 2015. № 5.

[6] Решением Верховного Суда РФ от 14 февраля 2003 г. № ГКПИ 03-116 «Хизб ут-Тахрир аль-Ислами», наряду с другими исламскими организациями, была признана террористической организацией и запрещена в России. *(Прим. ред.)*

[7] *Эркин Шамушак, Абдулмигити Абулайт.* Эмпирический анализ преступлений против государственной безопасности // Журнал Хэйлунцзянской национальной серии. 2013. № 4.

[8] *Пи Уон, Ян Мяосинь.* О вопросах криминализации стимулирования террористических деятельностей // Юридическая наука. 2015. № 3.

[9] *Цин Му.* Две австрийские девочки, отправившиеся в Сирию на «священную войну» // Глобальные времена. 29 апреля 2014 г.

ников террористического акта, произошедшего в 2014 г. на железнодорожном вокзале в Куньмине, были две женщины. Одна из задержанных по делу о теракте на железнодорожном вокзале в Куньмине — беременная женщина призналась, что в общей сложности зарубила более 30 человек. Подозреваемая в участии в террористической организации Май Ликай под чужим влиянием решила отправиться за границу участвовать в «священной войне»[10]. Многие женщины, как и Май Ликай, вовлекаются в террористические организации для совершения насильственных террористических действий. Количество женщин в насильственных террористических преступлениях в Китае постепенно растет, и это уже стало новой особенностью террористической преступности в Китае.

В-четвертых, это профессиональные особенности террористов. Среди лиц, совершающих насильственные преступления террористической направленности, бóльшая часть выполняла низкоквалифицированную работу. Если рассматривать профессиональные особенности, то среди лиц, совершивших насильственные террористические преступления, крестьяне составляют бóльшую часть. Уровень знаний крестьян невысокий и отличать правду от лжи многие не умеют, особенно молодые крестьяне очень легко вводятся в заблуждение идеями «священной войны» (джихада) и «гибели за веру», совершая впоследствии насильственные террористические действия[11].

Среди описанных выше четырех индивидуальных особенностей лиц, совершающих насильственные террористические преступления: культурный уровень, возраст, пол и профессия — уровень культуры и возраст определяют способность к аналитическим суждениям отдельного лица, а пол отражает тенденцию к расширению террористической преступности в Китае.

Низкий же уровень культуры приводит к тому, что лицо не может правильно определять сущность явлений и предметов, более легко вводится в заблуждение идеями религиозного экстремизма. С молодым возрастом связаны, с одной стороны, неразвитая способность суждения, а с другой — бóльшая подверженность вредному влиянию и низкий самоконтроль. Поэтому низкий культурный уровень и молодой возраст террористов тесно взаимосвязаны, что также приводит к низкой конкурентоспособности таких людей в обществе, их плохому материальному положению. Они намного проще объясняют свое затруднительное положение неудовлетворенностью обществом и намного легче совершают насильственные террористические действия.

Женщина в семье играет важную роль в образовании и воспитании детей. Если женщина в некой семье будет сбита с толку идеями экстремизма, то эти идеи через нее окажут влияние на молодое поколение, что приведет к расширению распространения идей экстремизма, более того, будет способствовать дальнейшему широкому распространению насильственной террористической деятельности.

2. Организационные особенности насильственных террористических преступлений

Насильственные преступления террористической направленности могут совершаться как отдельными лицами, так и небольшими террористическими группами, но есть и более крупные террористические организации со строгой организацией и большим количеством участников. В Китае наметилась тенденция к увеличению разнообразия форм организации насильственных террористических преступлений.

Во-первых, рассмотрим насильственные террористические преступления, совершаемые «одинокими волками». Идеи религиозного экстремизма распространяются посредством электронных носителей информации и Интернета, что также способствует широкому распространению террористической преступности. При таких обстоятельствах насильственные террористические преступления могут иметь организованную форму, а также могут быть терактами, совершаемыми отдельными лицами. Согласно информации органов общественной безопасности Синьцзян-Уйгурского автономного района, среди произошедших террористических атак увеличивается количество атак «одиноких волков», совершенных одним лицом или небольшой группой лиц[12].

Согласно подсчетам одного из ученых, 12 из 70 терактов в период с 1993 по 2002 г. были совершены преступниками-одиночками, а в период с 2003 по 2012 гг. 14 из 46 террористических атак были совершены преступниками-одиночками, что составило примерно 30 % от общего количества террористических атак, совершенных за тот период[13].

[10] Уголовный приговор Народного суда промежуточной инстанции города Наньян, провинция Хэнань. 2014. № 00010.

[11] *Чэнь Фань.* Кадры Южной части Синьцзяна говорят о дерадикализации // URL: http://news.ifeng.com/mainland/special/xjqjdh/xzgb.shtml .

[12] В Синьцзяне участились случаи насильственного терроризма в стиле «одинокого волка» // Новая утренняя газета. 28 ноября 2013 г.

[13] *Тянь Ган.* Эмпирический анализ террористических преступлений и уголовно-правовая борьба с ними // Исследования права и бизнеса. 2015. № 5.С. 37.

Развитие Интернета приводит к тому, что террористы, экстремисты в Китае и за рубежом посредством дистанционного управления пассивно набирают членов своих группировок, и через Интернет вербуют лиц, разделяющих идеи религиозного экстремизма — в любом месте в любое время вести «священную войну». Конечно же, это является не только тенденцией развития насильственной террористической преступности в Китае, но и тенденцией развития насильственной террористической преступности в различных странах мира. Например, в 2011 г. в аэропорту Франкфурта-на-Майне 21-летний уроженец Косово обстрелял автобус с американскими военными, два человек погибли, трое получили ранения. Причиной совершения данным молодым человеком теракта стало то, что он соприкоснулся с распространяемыми в Интернете идеями терроризма.

Во-вторых, это насильственные террористические преступления, совершаемые группами со свободной структурой. Такие террористические группы со свободной структурой занимают большую долю среди субъектов насильственных террористических преступлений. Террористы под влиянием идей религиозного экстремизма зачастую могут временно объединиться для совершения теракта. Согласно пояснениям террориста, задержанного по делу о теракте 15 июня 2014 г. в Синьцзяне, в течение более 20 дней до совершения теракта некий человек насаждал ему так называемую доктрину, согласно которой «погибшие в священной войне будут введены в рай», впоследствии трое человек на время объединились, выбрали шахматно-карточный клуб, совершили теракт. Можно сказать, что такие террористические группы со свободной организацией составляют большую часть в делах о насильственных террористических преступлениях в Синьцзяне и уже стали одной из особенностей способа организации насильственных террористических преступлений в Китае.

В-третьих, теракты также обладают особенностью, связанной со строгой организованностью. Необходимо указать, что в 2003, 2008 и 2012 гг. правительство Китая признало, соответственно, 4 организации террористическими, а именно: Исламское движение Восточного Туркестана, организацию освобождения Восточного Туркестана, Всемирный конгресс уйгурской молодежи, информационный центр Восточного Туркестана, однако в настоящее время на территории Китая не существует сформировавшихся террористических организаций[14].

Несмотря на это, некоторым террористическим организациям внутри Китая уже присуща определенная организованность, которая сравнительно отчетливо проявляется в крупных терактах. Например, число лиц террористической организации в теракте, произошедшем 18 сентября 2015 г., достигло 29 человек. После совершения теракта эта террористическая организация избрала партизанские приемы противостояния властям. Кроме того, во многих терактах, произошедших в Синьцзяне, также наблюдается тенденция усиления степени организованности.

В-четвертых, явно проявляется тенденция развития транснационального характера террористических организаций. Совершение насильственных террористических преступлений в Китае тесно связано с поддержкой и проникновением зарубежных террористических и экстремистских организаций. Зарубежные террористические и экстремистские организации зачастую проникают в Китай, пытаясь достигнуть цели расколоть страну. Среди зарубежных террористических организаций силы террористической организации Восточного Туркестана, представляемые Исламским движением восточного Туркестана, продвигают политику проникновения в китайский Синьцзян (в СУАР), активно привлекают китайских экстремистов за границу для прохождения вооруженного обучения, чтобы, вернувшись назад, они попытались совершить теракт. Кроме того, они продвигают свою так называемую «священную войну» в Китай.

Это также отчетливо проявляется в описанных выше классических примерах терактов, произошедших в Китае. Например, Исламская партия Туркестана признала свою ответственность за теракт 30 июля 2011 г., мотивом насильственных и террористских действий 28 декабря 2011 г. послужили планы террористов отправиться за границу вести «священную войну». Всемирный конгресс уйгурской молодежи был тайным инициатором теракта 28 февраля 2012 г., Исламская партия Туркестана признала ответственность за теракт в Пекине 28 октября 2013 г. Террористы, совершившие теракт на железнодорожном вокзале в Куньмине 1 марта 2014 г., также хотели отправиться за границу вести «священную войну», что у них не получилось. Теракт 30 апреля 2014 г. был совершен по плану движения Восточного Туркестана. Преступники, причастные к теракту 28 июля 2014 г., также были в сговоре с движением Восточного Туркестана, теракт 18 сентября 2015 г. также был совершен под прямым контролем зарубежных экстремистских организаций.

Можно сказать, что уже стала очень отчетливой тенденция сговора террористических организаций с зарубежными террористическими и экстремистскими силами и даже прямого кон-

[14] В настоящее время на территории Китая не существует сформировавшихся террористических организаций // Пекинская молодежная газета. 23 июня 2014 г.

троля, осуществляемого зарубежными террористическими силами.

3. Особенности действий насильственных террористических преступлений

Особенности действий также являются одной из важных особенностей насильственных преступлений террористической направленности. Насильственные террористические преступления в Китае с точки зрения образа действий обладают следующими классическими особенностями.

Во-первых, явно видна политическая цель насильственных террористических преступлений. Террористы осуществляют теракты в отношении органов власти, простых граждан, нагнетают чувство страха в обществе, сеют вражду среди разных народностей, последователей разных религиозных учений и даже среди последователей разных конфессий одной религии, их конечной целью является раскол Китая и создание так называемой Исламской республики Восточный Туркестан.

В деле о руководстве террористической организацией Абдумомином обвиняемый осуществлял обучение членов террористической организации, подготавливая их вести за границей преступную деятельность, направленную на раскол Китая. По статистике, представленной одним китайским ученым, бóльшая часть террористических атак в Китае имеет отчетливые политические цели, в 117 из 126 терактов были ярко выражены политические цели[15]. Можно сказать, что различные террористические организации, независимо от их взглядов, в конечном счете имеют преступную цель расколоть Китай посредством насильственных террористических методов.

Во-вторых, имеются крайние мотивы совершения насильственной террористической деятельности. Мотивы совершения преступлений террористической направленности зачастую основываются на псевдорелигиозных мотивах или мотивах национальной вражды. В раскрытых делах о насильственных террористических преступлениях большая часть преступников перед совершением преступления подпала под влияние идей религиозного экстремизма, была введена в заблуждение такими идеями религиозного экстремизма, как «священная война», миграция (переселение, иджрат, хиджра) и т.д.

Другая часть преступников вводится в заблуждение идеями национальной вражды, совершает убийства и причиняет вред представителям других национальностей. Такого рода экстремистские мотивы отчетливо проявляются в насильственных террористических действиях, совершаемых преступниками. В терактах в Синьцзяне (СУАР) 23 апреля, 26 июня, 15 декабря, 30 декабря 2013 г., 14 февраля, 22 мая, 15 июня, 28 июля 2014 г., 18 сентября 2015 г., преступники, все без исключения, слушали и смотрели аудио- и видеоматериалы, пропагандирующие религиозный экстремизм, насильственный терроризм, а впоследствии совершили насильственные террористические действия по мотивам религиозной или национальной ненависти. После теракта в Синьцзяне 26 июня 2013 г. синьцзянские органы общественной безопасности установили. что количество распространяющих такие идеи религиозного экстремизма, как «священная война», достигло 139 человек[16].

В-третьих, характерны разнообразие способов и жестокость методов осуществления террористами насильственных террористических действий. Преступники использовали различные формы осуществления терактов в Китае. В теракте на железнодорожном вокзале в Куньмине (провинция Юньнань) 4 марта 2014 г. использование преступниками длинных ножей привело к большому числу погибших и раненных от рубящих и колющих ударов. В теракте в Пекине 28 октября 2013 г. преступники совершили теракт, въехав на машине в толпу людей.

В насильственных террористических преступлениях преступники все больше используют взрывные устройства. В теракте в Синьцзяне 31 июля 2011 г., теракте 24 января 2014 г., теракте 30 апреля, 22 мая, 21 июня, 21 сентября 2014 г. были использованы взрывные способы совершения терактов. Террористы в ходе совершения терактов все чаще используют взрывные устройства с большой поражающей силой. В теракте 29 июня 2012 г. преступники даже использовали способ захвата самолета гражданской авиации для совершения теракта. Можно сказать, что террористы при совершении терактов могут использовать любое удобное для этого орудие, кроме того, постепенно одной из особенностей таких преступлений становится применение оружия с большой поражающей силой, что влечет большое количество смертей и ранений, производит сильное впечатление на общество.

В-четвертых, террористы в ходе совершения насильственных террористических действий тщательно все рассчитывают. Если проанализировать время и место, выбираемые китайскими террористами для совершения терактов, то можно увидеть, что террористы все тщательно планируют. Напри-

[15] *Тянь Ган.* Эмпирический анализ террористических преступлений и уголовно-правовая борьба с ними // Исследования права и бизнеса. 2015. № 5. С. 35.

[16] В Синьцзяне участились случаи насильственного терроризма в стиле «одинокого волка» // Новая утренняя газета. 28 ноября 2013 г.

мер, теракт 28 октября 2013 г. в Пекине представляет собой тщательно спланированный, умышленный теракт. Теракт 30 апреля 2014 г. на южном вокзале Урумчи в большей степени является терактом с четким разделением ролей, тщательным выбором места и времени. В теракте 22 мая 2014 г. в Синьцзяне преступники также выбрали многолюдный рынок, а временем совершения теракта стало утро, что привело к бóльшим жертвам, при этом в многолюдной толпе намного проще было скрыться.

В терактах, произошедших за последнее время, все чаще встречается феномен, связанный с тщательным выбором времени, места, способов и методов совершения преступления, что также выражает и все более возрастающую опасность насильственных террористических преступлений.

В-пятых, особенностью насильственных террористических преступлений являются их тяжкие последствия. Вслед за увеличением количества совершаемых насильственных террористических преступлений их опасные последствия также становятся более серьезными. В теракте 30 июля 2011 г. 13 человек погибли, 40 человек были ранены; в теракте 28 февраля 2012 г. 14 человек погибли, 16 человек были ранены, теракт 23 апреля 2013 г. привел к 15 жертвам, в теракте 26 июня 2013 г. 24 человека были убиты, 23 — получили ранения, в теракте 28 октября 2013 г. 2 человека были убиты, 38 — получили ранения, в теракте 1 марта 2014 г. 29 человек были убиты, 143 — ранены, теракт 30 апреля 2014 г. привел к смерти 3 человек, 79 получили ранения, в теракте 22 мая 2014 г. 39 человек погибли, 94 были ранены, в теракте 28 июля 2014 г. 37 человек погибли, 13 — ранены, теракт 21 сентября 2014 г. привел к смерти 10 человек, 54 были ранены, теракт 18 сентября 2015 г. привел к смерти 16 человек, 18 были ранены.

Если обратиться к последствиям приведенных выше террористических актов, то можно увидеть, что из-за увеличения масштабов преступных организаций и многообразия преступных методов их последствия (гибель и ранения людей) становятся все более серьезными.

4. Разнообразие путей распространения идей насильственного терроризма

Действия людей контролируются их мыслями. Такое большое количество терактов имеет тесную связь с быстрыми темпами распространения идей религиозного экстремизма и насильственного терроризма. В произошедших терактах почти все преступники перед совершением теракта подпадали под влияние идей насильственного терроризма.

Распространение реакционных идей панисламизма и пантюркизма в Китае является источником роста идей сепаратизма и терроризма. Панисламизм и пантюркизм посредством идей религиозного экстремизма быстрыми темпами распространяются среди простых граждан, и те, не зная истинного положения вещей, очень легко вводятся в заблуждение этими идеями, а потом совершают насильственные террористические действия. Можно выделить следующие пути распространения этих идей.

Во-первых, распространение посредством нелегальных, подпольных мест чтения проповедей. На протяжении долгого времени нелегальные места чтения проповедей являлись основным каналом распространения идей религиозного экстремизма и идей панисламизма и пантюркизма. В этих нелегальных местах для чтения проповедей распространяется далекое от ислама учение, вводя в заблуждение простых людей, исповедующих ислам. В нелегальных местах распространения религиозного учения совершение терактов называют «священной войной» — джихадом, не исповедующих ислам — иноверцами (кафирами), а террористов-смертников религиозные экстремисты называют «мучениками, отправившимися в рай».

Религиозные экстремисты через собственные религиозные толкования искажают религиозную доктрину ислама, что в конечном счете приводит к тому, что молодые люди с неразвитыми аналитическими способностями встают на неправильный путь. Нелегальные, подпольные места чтения проповедей и места обучения боевым искусствам распространяют идеи религиозного экстремизма, разжигают межнациональную рознь и итоге добиваются образования террористических групп, которые под знаменем «священной войны» (джихада) совершают теракты.

Во-вторых, некоторые экстремистские мысли террористов формируются в семье. Если кто-то из членов семьи поддерживает идеи религиозного экстремизма, то эти идеи могут распространяться среди членов семьи. В произошедших в последнее время в Синьцзяне (в СУАР) терактах наметилась тенденция увеличения количества женщин, что также напрямую связано с тем, что экстремистские организации используют роль женщины в семье, распространяют идеи экстремизма через женщин среди молодого поколения. Поэтому, если одна одержимая идеями экстремизма женщина с детства насаждает своим детей идеи экстремизма, то вероятность того, что эти дети, когда вырастут, будут принимать участие в террористической деятельности, вырастает во много раз[17]. Также некоторые теракты зачастую осуществляются супругами совместно. 28 октября

[17] *Ван Яньянь.* Предупреждения об участии женщин в террористической деятельности в рамках контртеррористической работы // Китайская пограничная полиция. 2015. № 5.

2013 г. в Пекине преступник даже совместно с женой и матерью совершил теракт. Можно сказать, что если в семье, являющейся ячейкой общества, один человек заражается идеями религиозного экстремизма, то существует большая вероятность, что он будет распространять идеи религиозного экстремизма и терроризма среди членов семьи и близких друзей, что приведет к распространению терактов.

В-третьих, все более увеличивается распространение идей терроризма через Интернет. распространение через Интернет идей насильственного терроризма, религиозного экстремизма в результате технического развития интернет-технологий стало одной из современных форм распространения терроризма. В раскрытых в Китае делах, связанных с терактами, бóльшая часть террористов перед совершением теракта соприкоснулась с видео- и аудиоматериалами, содержащими идеи насильственного терроризма и религиозного экстремизма. Интернет безграничен, и если экстремистская, террористическая организация выложит в Интернет аудио- и видеоматериалы насильственного террористического содержания, то эти опасные идеи легко могут достичь любого уголка мира.

Сегодня, если только есть мобильное устройство, в любое время и в любом месте можно выйти в Интернет и получить информацию со всех частей мира. Уже к концу 2014 г. количество телефонных абонентов в Китае составило 1 млрд 530 млн, в том числе 1 млрд 280 млн абонентов сотовой связи, а число пользователей широкополосного доступа в Интернет превысило 2 млрд. Можно сказать, что Китай уже вступил в эпоху Интернета. Количество пользователей Интернета в Китае увеличивается быстрыми темпами, особенно молодые люди желают пользоваться Интернетом, новая информация, с которой они сталкиваются в Интернете, таким образом, также оказывает пагубное влияние на молодое поколение.

Террористические организации и различные экстремистские силы использую сайты, голосовые чаты, онлайн-диски, микроблоги, QQ и т.д., также у них имеются различные портативные носители информации для распространения идей насильственного терроризма и экстремизма.

Приведем пример, который в полной мере свидетельствует об огромном вреде распространения идей насильственного терроризма через Интернет. 6 мая 2014 г. подозреваемый в совершении преступления выложил в Интернет файл через сотовый телефон, к моменту, когда 18 июля обнаружили зацепку и раскрыли преступление, файл был просмотрен 300 тыс. раз, пересохранен более 600 раз, более 150 тыс. раз скачен[18]. Распространение идей насильственного терроризма через Интернет также можно назвать важной причиной терроризма в Китае.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Анализ насильственных террористических преступлений в Синьцзяне / Ян Лиминь [и др.] // Вестник Синьцзянского педагогического университета. — 2012. — № 6.
2. *Ван Чжэнсюнь*. Анализ особенностей преступлений террористической направленности и оценка ситуации // Журнал уголовного права. — 2014. — № 2.
3. *Ван Чаохуэй*. Исследования вопросов насильственных террористических преступлений с точки зрения законности // Вестник Хэнаньского университета финансов и экономики. — 2014. — № 6.
4. *Гу Лиянь*. Новые тенденции террористических деятельностей «Восточного Туркестана» и способы борьбы с ними // Вестник Синьцзянского полицейского колледжа. — 2013. — № 1.
5. *Тянь Ган*. Эмпирический анализ террористических преступлений и уголовно-правовая борьба с ними // Исследования права и бизнеса. — 2015. — № 5.
6. *Эркин Шамушак, Абдулмигити Абулайт*. Эмпирический анализ преступлений против государственной безопасности // Журнал Хэйлунцзянской национальной серии. — 2013. — № 4.
7. *Пи Уон, Ян Мяосинь*. О вопросах криминализации стимулирования террористических деятельностей // Юридическая наука. — 2015. — № 3.
8. *Ван Яньянь*. Предупреждения об участии женщин в террористической деятельности в рамках контртеррористической работы // Китайская пограничная полиция. — 2015. — № 5.

[18] Насильственные террористы с промытыми идеями религиозного экстремизма мозгами // URL: https://mil.huanqiu.com/article/9CaKrnJF78o.

Экологическое право

О правосубъектности животных в Средние века
On the legal personality of animals in the Middle Ages

П. И. Дойников,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
pidoinikov@msal.ru

P. I. Doynikov,
Cand. Sci. (Law),
Associate Professor
of the Department of Environmental
and Natural Resource Law,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
pidoinikov@msal.ru

© Дойников П. И., 2022

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.081-085

Аннотация. *Взаимоотношения между человеческим обществом и животным миром переживают качественное обновление. Все более явственным и само собой разумеющимся фактом становится осознание того, что многие животные разумны и способны чувствовать. Тем не менее путь к признанию, закреплению и защите естественных прав животных тернист и встречает сопротивление скептиков, воспринимающих животных как движимые вещи. Противников подобного овеществленного отношения к животным становится с каждым годом все больше и больше. Как и правовых норм, призванных защитить животных от жестокого обращения, а многих из них от исчезновения.*

Очевидным является тот факт, что само по себе количественное увеличение правовых норм, направленных на защиту животных, не дает и не может дать эффективного результата без качественного, мировоззренческого изменения отношения к животным. Необходимо признать их природную правосубъектность и естественные права. На этом гуманистическом поприще теоретическим подспорьем выступает отношение к животным в средневековой Европе, отличительной особенностью которого можно считать признание за животными правосубъектности и права на жизнь. Правовая природа правосубъектности, олицетворяемая исключительно с человеком, является камнем преткновения для большинства юристов как России, так и зарубежья.

Тем не менее исторический анализ правового регулирования отношений между человеком и животными говорит о том, что животные были правосубъектны в предыдущие исторические эпохи. Дело признания за животными правосубъектности становится вызовом для неравнодушных, либерально ориентированных правоведов современности. Прекрасным теоретическим материалом в этом деле являются процессы против животных в Средние века.

Ключевые слова: *правосубъектность, животные, Средние века, права животных, процессы против животных, Западный мир, изменение отношения к животным, право на жизнь, представители животных, животные-ответчики.*

Abstract. *The relationship between human society and the animal world is undergoing a qualitative renewal. It is becoming an increasingly clear and self-evident fact that many animals are intelligent and capable of feeling. Nevertheless, the path to the recognition, consolidation and protection of the natural rights of animals is thorny and meets the resistance of skeptics who perceive animals as movable things. Opponents of such a materialized attitude towards animals are becoming more and more every year.*

As well as legal norms designed to protect animals from abuse, and many of them from extinction. It is obvious that by itself a quantitative increase in legal norms aimed at protecting animals does not and cannot give an effective result, without a qualitative, ideological change in the attitude towards animals. It is necessary to recognize their natural legal personality and natural rights. In this humanistic field, the theoretical support is the attitude towards animals in medieval Europe, a distinctive feature of which is the recognition of legal personality and the right to life for animals. The legal nature of legal personality is a stumbling block for most lawyers both in Russia and abroad, which is exclusively associated with a person.

Nevertheless, the historical analysis of the legal regulation of relations between humans and animals suggests that animals were legal entities in previous historical epochs. The matter of recognizing the legal personality of animals becomes a challenge for caring, liberal-oriented jurists of our time. Excellent theoretical material in this case are the processes against animals in the Middle Ages.

Keywords: *legal personality, animals, the Middle Ages, animal rights, trials against animals, the Western world, changing attitudes towards animals, the right to life, animal representatives, animal-defendants.*

Отношение к животным как в Западном мире, так и в России подвергается фундаментальной гуманизации. Суть этого процесса заключается в придании высшим животным правосубъектности. Примечательно, что животные рассматривались как сторона в судебных процессах Европы в Средние века. По мнению Я. Канторовича, «это удивительное явление средневековой правовой жизни — процессы против животных»[1].

Так называемые процессы против животных проходили в гражданских и церковных судах, в которых соблюдались все установленные в те времена формальности! По предъявленным обвинениям (искам) подсудимыми, ответчиками выступали различные животные, в том числе и домашние.

В тех процессах, весьма и весьма нестандартных, с современных позитивистских позиций[2], прослеживается доктринальный формализм средневековой юстиции, выраженный в стремлении наказать виновных. В отношении к процессам против животных можно согласиться с мнением Я. Канторовича, считавшего, что это «страницы истории права и вместе с тем — истории культуры»[3].

Хронологически упоминания о подобных процессах относятся к XIII веку. Наибольшее их количество приходится на период с XV до XVII столетия. Тем не менее и в XXI веке их можно наблюдать в отдельных регионах Европы и Америки.

Сущность этих процессов заключается в фактическом признании правосубъектности животных. То есть животные воспринимались как разумные, осознанные, сознательные создания. А посему обязаны отвечать, как и люди, в соответствии с нормами действовавшего тогда законодательства, за совершенные ими преступления, правонарушения, поступки. Примечательно, что статистически гражданских процессов против животных было значительно больше уголовных[4].

Так как животные не умеют разговаривать, ответы на задаваемые им вопросы давали люди. Они озвучивали возражения на предъявляемые обвинения, а также иски как доверенные лица ответчиков. Подсудимые животные привлекались к уголовной ответственности после проведения следственных действий, подвергаясь допросу. Обвинения в суде осуществлял прокурор, а защиту представлял защитник. К ответчикам-животным иски предъявлялись по правилам гражданского судопроизводства.

Необходимо признать и говорить во всеуслышание, что к животным в Средние века в Европе люди относились как к равным себе. То есть признавалось право жить, действовать и отвечать за совершенные действия. На животных, наравне с людьми, распространялось действие законов человеческих. Примечательно, что отлучение животных от церкви считалось самым суровым наказанием.

Власть человека над животными, основанная на праве сильного, по своей природе несправедлива. Я. Канторович считает, что средневековое отношение к животным как к равноправным человеку существам «выражает почти пантеистический взгляд на мир»[5]. Согласно подобному взгляду, все живые существа равноправны и обладают правом на жизнь. Примечательно, что зарубежная практика правового регулирования отношений между человеческим обществом и животным

---

1 *Канторович Я.* Процессы против животных в Средние века. СПб., 1897. С. 1.

2 *Варламова Н. В.* Юридический позитивизм и права человека // URL: http://ecsocman.hse.ru/data/2010/11/26/1214821832/Varlamova.pdf (дата обращения: 13.10.2021).

3 *Канторович Я.* Указ. соч. С. 3—4.

4 *Канторович Я.* Указ. соч. С. 5.

5 *Канторович Я.* Указ. соч. С. 7.

миром в конце XX — начале XXI в., в частности в Новой Зеландии, исходит из признания естественных прав высших животных[6].

К ответственности в уголовных процессах против животных в основном привлекались: собаки, кошки, лошади, мулы, коровы, быки, козы, петухи, козлы, свиньи и другие животные. Обращает на себя внимание, что обвинения предъявлялись животному за совершенные деяния в соучастии с человеком, который обвинялся как главный виновник в святотатстве, скотоложстве, волшебстве и иных деяниях. Но применительно к животным суды направляли обвинения к их личности.

Дела рассматривались светскими судами, процессуальные формы соответствовали общему порядку судопроизводства тех времен. В соответствии с ним предъявлялось формальное обвинение, поддерживаемое представителем государственной власти к животному, предполагаемо совершившему преступление. Обвиняемое животное арестовывалось и помещалось в тюрьму.

В зале суда допрашивались подсудимые животные и свидетели. Ответом на вопросы служили звуки, издаваемые животными при применении в отношении них пытки. Процессы в большинстве случаев заканчивались назначением смертной казни. Осужденные животные обычно приговаривались к обезглавливанию, сожжению, убиению камнями, погребению живьем, повешению. Интересен факт того, что иногда суды заменяли смертную казнь животных, мясо которых употребляемо в пищу, продажей на убой[7]. Тем не менее случаи оправдания животных тоже имели место.

Гражданско-правовые процессы возбуждались против значительного количества животных: кротов, крыс, мышей, змей и даже насекомых. Суть указанных процессов заключалась в попытке остановить неконтролируемое распространение указанных животных и насекомых, считавшихся вредными[8]. Во всех процессах животные выступали равноправной стороной, как ответчик.

Для ответов на задаваемые животным вопросы суд назначал адвоката. Есть сведения, что адвокат мог и не назначаться, но тогда обвиняемые животные или некоторые представители их вида, должны были явиться в суд. Иногда животным предписывалось удалиться из страны. В период судебного разбирательства животным запрещалось размножатся. Хронологически такие процессы никак не ограничивались, поэтому тянулись годами[9].

Процессы, возбуждаемые против животных, почти всегда завершались решением изгнания животных-ответчиков из государства и назначением для них места жительства. Осужденным животным предоставлялся определенный срок, во время которого они должны были собираться в путь. Обращает на себя внимание тот факт, что адвокат животных конца XV — начала XVI в. Бартоломью Шезанье составил книгу процессуальных предписаний по процессам против животных[10]. В указанный исторический период суд неоднократно признавал за животными и даже за насекомыми право на жизнь.

Несомненно, в Средние века в Европе признавалось, что формальный вызов животных в суд не даст желаемого результата. Также аксиоматичной являлась доктрина, гласившая, что животные были созданы раньше человека[11]. Исходя из нее, подсудимые животные должны быть осуждены по законам человеческим, следующим естественным законам, следовательно, права животных естественны, так как животные созданы Богом. В частности, Франсуа Фай утверждал, что «животные созданы Богом, для человека, с целью быть ему полезными»[12]. Человек создан для управления животными, а закон, управляющий человеком и создавший человека вместе с животными, — это закон природы, установленный Богом.

Так называемые тяжбы с животными были часты в Средние века и представляют сегодня неоспоримый интерес в качестве признания правосубъектности животных и их естественных прав. Средневековые юристы считали, что животные не могут выбрать адвоката для защиты, а также не могут излагать своих доводов в суде, за них эти манипуляции может осуществить судья[13].

Сохранялись прямые свидетельства о наиболее ярких процессах, происходивших, по странному стечению обстоятельств, в франкоязычном мире.

В Париже, в 1268 г. свинья, съевшая ребенка, была приговорена к сожжению. В 1386 г. в коммуне Фалез (Франция) убившая ребенка свинья была приговорена к повешению. Во Франции, в 1313 г. к повешению был осужден бык, покалечивший человека. В городе Мант-ла-Жоли в 1403 г. свинью, съевшую ребенка, приговорили

---

[6] URL: https://argumenti.ru/world/2019/10/631438 (дата обращения: 11.08.2021) ; *Дойников П. И.* Фаунистическое право России и зарубежья : монография. М., 2021. С. 72.

[7] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 10—11.

[8] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 16.

[9] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 18.

[10] URL: https://www.liveinternet.ru/community/2281209/post64396780/ (дата обращения: 13.10. 2021).

[11] Первая книга Моисея : Бытие. 1 : 20—25 // Библия. Книги Священного писания Ветхого и Нового завета : канонические / в рус. пер. с параллельными местами. М., 1993. С. 1.

[12] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 34.

[13] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 46.

к смертной казни. В 1457 г. в суде города Савиньи рассматривалось дело шести поросят и свиньи по обвинению в убийстве мальчика. Суд оправдал поросят, а свинью приговорил к повешению за задние ноги. В аббатстве Нотр-Дам-де-Жозафат, в 1499 г. произошел случай убийства трехмесячным поросенком малолетнего ребенка. Поросенка приговорили к повешению.

В швейцарском городе Базель в 1474 г. сожгли петуха, вместе со снесенным им яйцом за связь с дьяволом. Там же в 1565 г. мул был сожжен вместе с хозяином за прелюбодеяние и скотоложство. А в 1750 г. обвиняемая в безнравственном поведении ослица была оправдана[14].

В Канаде процессы велись против аистов, в Германии — против воробьев. Во всех этих процессах, предметом тяжбы являлось ограждение территории земли от расселения вышеупомянутых птиц.

Я. Канторович указывает на то, что сохранились подлинные свидетельства о процессах, которые велись против кротов, мышей, гусениц, мух и иных насекомых[15]. В частности, в департаменте Майена, в XV в. в очень большом количестве расплодились белые черви. Жители региона, где наблюдалось это явление, обратились в суд с жалобой на этих насекомых. Суд признал червей созданиями Бога, имеющими право на жизнь[16]. Посовещавшись, жители приняли решение переселить червей в лесной массив, чтобы они не причиняли вреда сельскому хозяйству. В период с 1522 по 1530 г. в окрестностях Отёна размножились мыши до такого количества, что жителям этого региона стал угрожать голод. Адвокат мышей заявил о том, что его подзащитные не могут явиться в суд, так как их подстерегают кошки. К сожалению, информация о том, как закончился этот процесс, до нас не дошла.

Близ Пон-Дю-Шато, что в Оверни, в 1690 г. гусеницы съедали всю растительность. Суд, рассмотрев дело, постановил, что гусеницы должны оставить занимаемые ими территории и переселиться на определяемые судом земли.

В 1479 г. в Берне, в духовном суде, происходил процесс над червями, жуками и гусеницами. Духовный суд вынес приговор «немедленно оставить поля, семена, зерна и прочие»[17]. Аналогичный процесс имел место в кантоне Овернь в 1590 г. В той же местности, в середине XVI в. появилось много крыс. Суд потребовал от крыс покинуть занимаемую местность. Примечательно, что крысы, вылезши из нор, переплыли через море на остров, где и остались жить[18].

В течение всего XVI столетия жители кантона Сен-Жан-де-Морьен страдали от жизнедеятельности жука, называемого «вишневый слоник». Из сохранившегося текста решения суда следует, что жукам определили участок земли для переселения и последующей жизни[19].

Необходимо констатировать тот факт, что до настоящего времени правовой наукой не объяснена правовая природа правосубъектности животных. Тем не менее были выдвинуты несколько версий:

1) выводящая правовое отношение к животным из первобытного права, в том числе Моисеева права, уравнивающего животных с людьми перед земным правосудием;
2) исходящая из мистически-демонологического отношения к животным, пропагандирующего то, что дьявол вселяется в животных или сам принимает вид животного, а затем, разгуливая в таком виде, пожирает детей и других животных;
3) часть правоведов полагала, что процессы против животных необходимы из морально-символических, общественно-воспитательных целей, т.е. служат предупреждающим фактом для людей — владельцев животных о необходимости тщательного присмотра за ними и собственной острастке;
4) у германских правоведов преобладала позиция, вытекающая из института мести в варварском праве, признающая правовое равенство людей и животных[20], как и родство их душ[21];
5) утверждающая формальное равенство людей и животных как субъектов правоотношений. Животные обладают специальной правосубъектностью, сходной правовой природой с положением недееспособных и ограниченно дееспособных людей[22].

Интересно, что Я. Канторович считает, что процессы против животных как явление обычного права сохранялись и в конце XIX в., в частности в Черногории, где привлекаемыми к ответственности животными были свиньи, лошади, коровы. В Славонии в1864 г. собрание крестьян присудило к смерти свинью, откусившую девочке уши,

[14] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 15.
[15] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 19—20.
[16] *Фишер С.* Человек и животное : этико-юридический очерк. СПб., 1899. С. 170—171.
[17] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 24.
[18] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 25.
[19] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 37—39.
[20] *Черниловский З. М.* Всеобщая история государства и права. М., 1996. С. 125.
[21] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 54—55.
[22] *Дойников П. И.* Указ. соч. С. 156—165.

а в 1866 г. размножившуюся саранчу присудили к смерти. Обвинялись животные чаще всего в убийствах либо в причинении телесных повреждений человеку. Обращает на себя внимание, что процессы велись непосредственно против хозяев животных как их представителей. Приговоры постановляли умертвить животных камнями[23].

Важным констатирующим фактом из вышеизложенного является признание правосубъектности животных в Европе в Средние века. Тем не менее и на современном этапе развития правоведения регулярно фиксируются случаи тяжб против животных. Так, в 1986 г. в Перу были привлечены к ответственности попугаи за нецензурные высказывания[24]. А в 2008 г. в Северной Македонии к медведю были предъявлены претензии за разорение пасеки. Ущерб пострадавшим фермерам был возмещен государством[25]. Очевидным является тот факт, что человечество находится на пороге новой реальности, где само собой разумеющейся формальностью будут правосубъектность и права животных.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Первая книга Моисея : Бытие // Библия. Книги Священного писания Ветхого и Нового завета : канонические / в рус. пер. с параллельными местами. — М., 1993.
2. *Варламова Н. В.* Юридический позитивизм и права человека // URL: http://ecsocman.hse.ru/data/2010/11/26/1214821832/Varlamova.pdf (дата обращения: 13.10.2021).
3. *Дойников П. И.* Фаунистическое право России и зарубежья : монография. — М., 2021.
4. *Канторович Я.* Процессы против животных в Средние века. — СПб., 1897.
5. *Мжельская А. С.* Уголовное преследование животных и неодушевленных предметов в зарубежных странах: юридическая фикция или историческая рецепция? // Вопросы российской юстиции. — 2021. — № 11.
6. *Фишер С.* Человек и животное : этико-юридический очерк. — СПб., 1899.
7. *Черниловский З. М.* Всеобщая история государства и права. — М., 1996.

[23] *Канторович Я.* Указ. соч. С. 56—57.

[24] *Мжельская А. С.* Уголовное преследование животных и неодушевленных предметов в зарубежных странах: юридическая фикция или историческая рецепция? // Вопросы российской юстиции. 2021. № 11. С. 462—470.

[25] URL: https://ria.ru/20080314/101304657.html (дата обращения: 13.08.2021).

Искусственный интеллект и право

人工智能体私法人格制度构设
Правовой статус систем искусственного интеллекта
The construction of artificial intelligence private legal personality system

王春梅
天津师范大学法学院

王菁菁
中南财经政法大学法学院
chunmeipzh@126.com

Ван Чуньмэй,
профессор юридического факультета
Тяньцзиньского педагогического университета, Китай
chunmeipzh@126.com

Ван Цзинцзин,
кандидат юридических наук, факультет экономики и права
Чжуннаньского университета, Китай
chunmeipzh@126.com

Wang Chunmei,
Professor of law school
of Tianjin Normal University China
chunmeipzh@126.com

Wang Jingjing,
Ph.D Candidate of Zhongnan University
of Economics and Law School of Law China
chunmeipzh@126.com

© *Ван Чуньмэй, Ван Цзинцзин, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.086-092

摘要：伴随人工智能技术的飞速发展和卓越表现，智能应用已然渗透进入人类生活的各个角度，人工智能的法律地位无可回避。在理论层面，多数学者采用人类中心主义视角，认为人工智能主体资格是一个可以计算的命题，并与自然人人格相比照，形成肯定路线、否定路线和中间路线三种研究进路，对应“假设型”、“近人型”、“否定型”三种逻辑结构。其中，肯定路线将主体性进行等同是对人工智能法律地位承认最彻底的一种方式，承认强人工智能是法律主体，是对人工智能法律地位承认最彻底的一种方式；中间路线秉持“近人性”与差异型逻辑，亦承认人工智能在本质上具有法律人格，将其归入主体范畴；否定路线秉持否定型逻辑，企图釜底抽薪式地解决人工智能体的法律地位，将人工智能继续安放在法权结构中的客体位置，是最保守的研究进路。在规范层面，域外国家对人工智能多持支持和开放的态度，欧洲议会法律事务委员会首先迈出关键一步，首创“电子人”概念，描绘出未来强人工智能的法律地位图景。俄罗斯和韩国紧随其后，前者在《格里申法案》中对人工智能体进行二元定性，后者在《机器人基本法案》中借鉴欧盟“电子人”表达，确定了机器人伦理和责任的基本原则，明确了机器人的设计者、制造商和用户的行为边界。比较人工智能体法律地位的三种不同技术路线，并借鉴域外人工智能法案，正视时代与技术发展给传统物格体系带来的冲击，承认物格秩序的差序性，肯认人工智能体的主体地位，将人工智能体置于伦理物格之中，为其从客体物向主体跃升铺就可能性。另一方面，借助算法规则支撑，人工智能体得以创建规则和行动，进入权利要素的核心，尤其是其所具有的深度学习能力，可以使其最终获得超越对物格的超越，完成由“工具”向“智能体”的进化。在制度

构设上，基于人工智能体的技术存在和个体存在基础，同时考量其相对于自然人的工具性与手段性，宜将其作为独立主体类型予以定位与确认，在规范上与自然人、法人等主体名称保持同构而谓为“技术人”，并对其主体资格的取得和终止设置登记的要件与程序要求，同时淡化财产与人格的关联度，不设必要财产的强制性要求，承认和赋予其有限主体资格，并在其主体资格非独立领域，对其所有人或管理人设置以补充连带责任，以维护交易安全，达致受害人利益保护与所有人、管理人利益保护之衡平。
关键词：人工智能体；私法人格；技术人；有限人格；补充连带责任
作者简介：王春梅，法学博士，天津师范大学法学院教授，从事民商法研究；王菁菁，中南财经政法大学博士研究生，从事法学基础理论研究。
基金项目：国家社会科学基金项目“人工智能的主体性及其私法规制研究”（18BFX113）的阶段性成果。

Abstract. *Artificial Intelligence (AI) Applications have already penetrated into people's daily life, making the legal status of artificial intelligence an unavoidable topic nowadays. The legal personhood of AI, treated differently by scholars, is a controversial question. There are three different opinions about this, which are "Full Qualification", "Limited Qualification" and "No Qualification". Among them, the affirmative route equates personhood is the most thorough way to recognize the legal status of artificial intelligence. This route recognizes strong artificial intelligence as the legal personhood and is the most thorough way to recognize the legal status of artificial intelligence; The middle line upholds "Limited Qualification" and differential logic to classify it into the subject category, that is, to recognize that artificial intelligence has legal personality in essence; The negative route adheres to negative logic, and attempts to fundamentally address the legal status of artificial agents.*

This negative route regards artificial intelligence as an object position in the legal rights structure, and is the most conservative research approach. At the normative level, most countries outside the region hold a supportive and open attitude towards artificial intelligence. The Legal Affairs Committee of the European Parliament took the first key step and pioneered the concept of "electronic person", drawing a picture of the legal status of strong artificial intelligence in the future. Russia and South Korea followed closely.

Russia adopted a binary characterization of artificial intelligence in the "Grischen Act", and South Korea borrowed the concept of "electronic person" from the EU in the "Basic Robot Act", and determined robot ethics and the basic principle of responsibility, at the same time, the Act clarifies the behavioral boundaries of designers, manufacturers and users of robots. On the one hand, by comparing the different theoretical routes and related legislation of the legal status of artificial intelligence, we need to face up to the impact of the times and technological development on the traditional physical system, recognize the differential order of objects, and affirmed that artificial intelligence has the status of legal subject. On the other hand, with the support of algorithmic rules, artificial intelligence can create rules and actions, and enter the core of rights elements, especially its deep learning ability, which can make it eventually surpass the "object status", and then complete the evolution from "tool" to "intelligent agents". In this sense, it is reasonable to take the form of "technical person" to identify subject qualification of AI: as for the acquisition and termination of subject qualification, it is essential to set conditions for registration and procedural requirements; as for property legal liability, weakening the relevancy between property and personality to give AI a kind of subject qualification similar to non-incorporated organizations'; in addition, in terms of non-independent subject qualification, the owner or the administrator should bear joint and several liability or bear supplementary joint and several liability for the AI's conduct to safeguard commercial transactions.
Keywords: *artificial intelligence; subject qualification; technical personality; ethical personality; non-incorporated organizations.*

伴随互联网和人工智能技术应用纵深发展，人工智能体逐渐在特定行业、领域展现出卓越的表现，并日益在机器学习、知识图谱、自然语言处理、计算机视觉、人机交互、生物特征识别等相关技术方面取得重大突破。[1]人工智能技术的发展将改变人们对法律的认知，重塑法律的规则形态，乃至法律的价值导向，[2]其中法律地位问题无可回避。在智能时代来临之前，人工智能的主体性是一个微不足道的话题，人和人工智能体法律地位是纯粹的主体与客体之间支配、控制、利用的关系。但是，当人的意志无法绝对覆盖人工智能体的意志，通过自主学习，人工智能体的行为在空间范围内不可预知性地进行延伸时，一度

[1] 汪庆华：《人工智能的法律规制路径: 一个框架性讨论》，载《现代法学》2019年第2期，第55页。

[2] See *Simshaw D., Terry N., Hauser K., Cummings M. L.* Regulating Healthcare Robots: Maximizing Opportunities While Minimizing Risks // Richmond Jounal of Law & Technology. 2016. 22 (3). P. 1.

为客体的躯壳之上开始拥有如人类般智慧的大脑，人工智能体的法律地位变得混沌不明。由是，“鉴于智能机器人自主意识方面的技术飞跃和它在商业活动及社会文化生活中越来越重要的角色，智能机器人摆脱人类的纯粹工具地位而获取主体身份，将是一个必然的趋势，相关的法律关系主体制度设计也将面临重大变革。”[3]徘徊于主体、客体之间，人工智能体的法律地位如何安放成为本文讨论之命题。

一、从理论到规范：人工智能体法律地位样态呈现

（一）人工智能的主体资格三种路线

在大多数学者看来，人工智能的主体资格在采用人类中心主义视角之下，是一个可以计算的命题，并与自然人人格相比照，形成肯定路线、否定路线和中间路线三种进路，对应“假设型”、“近人型”、“否定型”三种逻辑结构。

将主体性进行等同是对人工智能法律地位承认最彻底的一种方式，承认强人工智能是法律主体。如有学者以“自主决策”作为人工智能体取得“拟制人格”的基础，并预测未来“拟制人格”将被“智慧人格”所代替，此时人工智能体取得现实的法律人格。[4]论证进路分为两步：与人的表现结果进行比较是第一步，弱则减等，等同或者超越则取得类人的主体性；取得之后，将两者主体性构成要素一一对照，例如感觉、知觉、意识等，验证主体性的结论无误。这属于假设型的逻辑，判断方式为机器人内在的思维与外在的行为均和人逐渐趋同，如果人是法律主体，则机器人应该成为法律主体。

中间路线亦建立于人工智能与人进行比较的基础上，秉持“近人性”与差异型逻辑，承认“人工智能在本质上具有法律人格，只不过到‘类人’阶段，人工智能的法律人格才表现得难以否认或接近完全，在此之前，其法律人格则较少体现出来或需受限制—在某种程度上，这和未成年人的法律人格问题有相似之处。”[5]代理人说、法人说、电子人说都可以被涵射于“准主体”的框架结构中：代理人说的人格减等方式仍然烘托本人的“主角光环”，既然人工智能体可以作为人类的代理人[6]，以行为反推能力，则其具备主体性，代理人即套牢人工智能准主体法律地位的“紧箍咒”；法人说的人格减等方式淡化了人工智能体的伦理色彩，可以财产基础获得法人属性，以组织体的存在拥有集约化的意思表示能力，AI法人与公司法人具有相似性且具备融入公司法人的可能性；[7]电子人说的人格减等方式属于另辟蹊径，不回避人工智能体的主体性问题，并且试图在特定领域，例如著作权赋予、损害责任承担方面走非传统的解释路线。

将人工智能法律地位仍然保留于客体领域是最保守的方式，从“人类中心主义”视角出发，秉持否定型逻辑，企图釜底抽薪式地解决人工智能体的法律地位，将人工智能继续安放在法权结构中的客体位置。工具说、动物说、产品说都可以被涵射于客体的框架结构中：工具说即“按照智能化的高级工具来定位和对待人工智能”[8]，其难以凌驾于人类之上；动物说将人与人工智能体的关系处理为管理者与被管理者的关系，也由于一些学者或立法将动物法律地位拔高而保持了人工智能体法律地位的开放性；产品说重在厘清与人工智能利益相关多重主体的法律关系。

（二）人工智能体法案域外素描

世界各国对人工智能技术的应用发展及其法律地位多持有支持和开放的态度。迈出关键一步的是欧洲议会法律事务委员会，先后发布两项重要规范[9]。在这些前期工作的基础上，2017年2月16日欧盟议会通过《就机器人民事法律规则向欧盟委员会提出立法建议》。法案中首创“电子人”[10]的概念，这是未来强人工智能的法律地位图景，特殊法律地位的取得始于自主学习能力，终于独立责任承担。现行法律框架立足于弱人工智能阶段，法案规定“机器人不应因其对第三方造成损害的行为或遗漏而承担责任”。[11]法案肯定人工智能的发展对现代社会的贡献，即便是法律规则亦不得影响机器人技术的研究、创新和发展过程，其伦理效应主要来自替代劳动所引发的社会分配不公的问题，至于对人主体性的干扰则非当前关注的主要矛盾，仅以抽象伦理原则说明机器人的研究活动应该尊重人的尊严和自主性。即便是主体性来源于自主性，法案亦将

---

3 马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018年第4期，第28页。

4 杨延超：《机器人法：构建人类未来新秩序》，法律出版社2019年版，第58页。

5 李俊丰、姚志伟：《论人工智能的法律人格:一种法哲学思考》，载《华侨大学学报》2018年第6期，第82页。

6 在“思瑞夫蒂电话公司贝森尼克案”（Thrifty-Tel, Inc. V. Bezenek.）中，被告不经允许接入原告电话公司的长途电话系统，法院认为，在思瑞夫蒂电话公司虽然没有人[自然人]接到并且按照被告的虚假要求给予其电子访问代码智能体的信赖仍可归诸本人，因为在法院看来，思瑞夫蒂电话公司的网络系统即是其代理人或者类似角色。See *Samir Chopra, Laurence F White.* A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents. Michigan University of Michigan Press, 2011. P. 18—22.

7 朱程斌：《论人工智能法人人格》，载《电子知识产权》2018年第9期，第20页。

8 马长山：《人工智能的社会风险及其法律规制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第6期，第48页。

9 欧洲议会法律事务委员会专门成立工作小组研究与机器人和人工智能发展相关的法律问题，于2016年5月31日发布《关于机器人民事法律规则立法建议致欧盟委员会的报告草案》，10月发布研究成果《欧盟机器人民事法律规则》，推动欧盟就机器人和人工智能提出立法提案。

10 See Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, section of Liability. Art. 59-f.

11 I Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, section of Liability. Art. AD.

自主限定于较为狭隘的视野中定义，“机器人的自主性可以被定义为在外部世界中，独立于外部控制或影响下做出决定并实施的能力；然而，这种自主性是纯粹的技术性质”。[12]

俄国、韩国紧随其后，其法案的精神和欧盟基本一致。俄罗斯民法学者起草的《格里申法案》（2017），对人工智能体进行了二元定性：一方面，《格里申法案》遵循传统人机关系的主客框架结构，承认机器人具有财产本质属性，将其定性为民事权利的客体；另一方面，法案又在一定程度上突破传统人机关系认识与定位上的主客结构，从而在逻辑体系架构、术语表达和机器人的法律地位定位，以及类推适用法人法规范等方面展现出对机器人—代理人主体属性和主体地位予以肯定的倾向。[13]

韩国提出《机器人基本法案》（2017），在2008年《智能机器人开发和普及促进法》基础上有了飞跃，机器人的主体性借鉴欧盟“电子人”表达，确定机器人相关伦理和责任的原则，明确机器人的设计者、制造商和用户的行为边界。[14]

还有很多国家，虽然不直接涉及人工智能主体性问题，但仍以政府文件推动人工智能产业的发展，例如美国《国家人工智能研发战略计划》、英国《机器人学与人工智能》报告、我国《人工智能发展规划》与《促进新一代人工智能产业发展三年行动计划2018-2020年）》。

然而，随着人工智能技术及其应用的进一步渗透与深入发展，人工智能体的主体性模糊不可避免地在生产者、销售者与人工智能体之间，以及人工智能体与第三人之间带来法律地位困扰，引发权利义务与责任的边界问题。彼时再分析和探讨人工智能体的法律地位问题或许晚矣。

二、从客体到主体：人工智能体主体资格肯认

（一）人工智能体从“一般物格”向“伦理物格”的跃升

费孝通先生曾以差序格局比拟人情厚薄：“以‘己’为中心，像石子一般投入水中，和别人所联系成的社会关系，不像团体中的分子大家立在一个平面上的，而是像水的波纹一般，一圈圈推出去，愈推愈远，也愈推愈薄。”15在人类中心主义的视角下，物格的层次亦遵从差序格局，即与人情感层次越近之物，无可避免的带有伦理色彩，这样的物越易取得特殊地位。但是，在一般物格的范畴之内讨论人工智能体的法律地位并不具有恰当性，盖因作为民法最一般、最普通的物，以传统的有体物为代表，与人的情感层次较远，而特殊物格，即伦理物格则由于时空性演变与发展，与人的情感距离较近，可以为人工智能体的法律地位提供更多的可能性。换而言之，“社会经济与科学技术的飞速发展，以农业社会、有体实物为调整对象基本模型的传统物权法的许多法律规则，已经无法直接或者全部适用于新的物种类”，16需要以特殊物格顺应民法规范体系的发展与变迁。

人工智能体和特殊的伦理物格在时间轨迹上具有趋同性，但未尽然排除其他可能性。一方面，伦理物格出发点在于尊重生命有机体的价值，人格财产因具备人格利益的要素而被赋予伦理物格，而以“生态中心主义”的视角，人和动物皆是生态系统共同体的成员故证成动物的道德权利。[17]即便如此，伦理物格的共同出发点是作为人或者动物的自然存在，而非人造物，人造物没有获得伦理物格的组织基础；另一方面，由于发展速度尚未可知[18]，人工智能体是否能以独立存在获得伦理价值至今无法被证成。即使涉及对伦理命题的讨论，也基本在于反映社会需求和价值观，或者对开发者课以伦理准则，或者在于敦促机器人“尊重人类的总体原则”。[19]

（二）人工智能体算法的“超越性” 与“相对独立性”

人工智能体无论是否具备人类的外观，其本质的运行规律是算法，算法代表着人工智能体处理信息的能力。算法停留于技能层面，属于个体运用已有的知识、经验并通过训练形成一定的“行为方式”或“智力活动”。[20]正是由于算法规则的支撑作用，人工智能体才获得了超越物格的法律地位。

---

[12] Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, section of Liability. Art. AA.

[13] 参见王春梅：《格里申法案机器人私法定性的启示和反思》，载《第三届“人工智慧与未来法治”学术研讨会会议论文集》，第145页。

[14] 参见中国信息通信研究院CAICT：简析韩国《机器人基本法案》，URL: http://www.sohu.com/a/168319866_735021，访问时间2020年1月14日。

[15] 费孝通：《乡土中国 生育制度 乡土重建》，商务印书馆2014年版，第28页。

[16] 杨立新：《民法物格制度研究》，法律出版社2008年版，第174页。

[17] [美]纳什：《大自然的权利》，杨通进译，梁治平校，青岛出版社1999年版，第3页。

[18] 美国学者德尔·蒙特认为，人工智能体在过去70年中“在特定领域中能够达到并超过人工智能，但总体上它仍然不及人工智能或强人工智能的高度（即完全等同于人类心智）”。参见[美] 路易斯·德尔·蒙特：《人工智能大爆炸：AI时代的人类命运》，海天出版社2019年版，第42页。

[19] [美]瑞恩·卡洛、迈克尔·弗鲁姆金、[加]伊恩·克尔编：《人工智能与法律的对话》，彭诚信主编，陈吉栋等译，上海人民出版社2018年版，第139页。理论与方法论层面都有涉及对伦理问题的讨论：方法论例如利用伦理推理的计算模型、精神网络或约束补偿方法，以及多种自上而下和自下而上的方法；理论例如有学者提出开放式机器人伦理倡议，从而帮助实现一些工程职业伦理准则中的共同关键美德。

[20] 李爱君：《人工智能法律行为论》，载《政法论坛》2019年第3期，第177页。

算法内部规则体系的确立在于人工智能体的深度学习能力，使其逐渐完成由“工具”向“智能体”的进化，即“深度学习”变被动为主动：工具的运行策略在于人输入规则，工具输出结果，是功能性的存在；人工智能体的行动策略在于人制定框架结构，智能体自身形成内部规则，并在分析、计算、处理海量数据的过程中不断推演出新的规则，完成自我输出。

深度学习能力主要在两个方面推动人工智能体完成超越物格的进化：其一，自主性。“深度学习就是把计算机要学习的东西看成一大堆数据，把这个数据丢进一个复杂的、包含多个层级的数据处理网络（深度神经网络），然后检查经过这个网络处理得到的结果数据是不是符合要求---如果符合，就保留这个网络作为目标模型，如果不符合，就一次次地、锲而不舍地调整网络的参数设置，直到输出满足要求为止”。[21]从这个角度出发，人工智能体相对于一般工具，能够适应变化做出反馈式改进的策略。其二，社会性。在算法规则的支撑下，人工智能体披上了各种各样的外衣，类似人的社会角色，成为法律专家[22]、机器警察、人的伴侣，与人能够进行有效的互动。从符号互动的角度人工智能体被社会化，体现为“社会机器人能够通过社交暗示进行交流，展示其自适应学习行为，并模仿人类的各种情绪状态”[23]，社会机器人和人的互动遵循一定的社交行为模式。

诚然，自主性的本质在于“技术理性”，而社会性体现了人工智能体在未来参与社会交往的时间和空间可能性，这为其超越物格、拥有主体资格，获得独立法律地位提供了有力的基础。当然，“技术理性”相对于“人的理性”具有独立性，其对“人的理性”中的非常规化、非逻辑化和个性化的意识与智能等方面无能无力，不能将“技术理性”等同于“人的理性”从而支撑人工智能体能够获得类人人格。

但是，强人工智能仍然可以通过模块、神经元、子程序相互作用的深度学习进程，能够优化适应环境、解决问题的策略而产生自己的算法，从而为人工智能体提供了跃升为“人格”的极大可能性。当然，由于人工智能算法结果具有不可控制、不可预测性，可以被认为是“脱离了个体情绪的系统化、模式化、步骤化的操作”[24]，具有机械性、程式化和“相对独立性”，人工智能体欲从技术理性达致人的理性，或有漫长征途，但却并非不可能。彼时，人工智能体似乎可以据此获得主体性与主体地位。

三、从资格到责任：人工智能体的主体类型、财产与责任

（一）人工智能的主体类型

在人工智能主体资格的三种基本结构中，除否定路线将人工智能留于客体领域外，其余两种结构面向都产生主体资格的类型问题。肯定路线将人工智能与人全面等同，从而在承认人工智能主体资格的同时，理所应当将其归入自然人主体之中，但这是一种很危险的认识和定位。在人工智能研究领域中，模拟人类大脑和人类的思维方式、行为方式是一种很重要的研究方法与研究路径，“图灵测试”、“中文屋测试”以及其他测试也基本以“人脑”为审查标准。实践应用领域更是将人类形体、语言，乃至情感等运用到人工智能中，使人工智能从外在形态到内在智慧都趋向于“人”。但是，“大脑中心论”可能因人类大脑的复杂程度将使这种模拟永远在路上，且人工智能虽然可以执行类似人类执行的任务，但非人类行为本身，[25]“用身体来定义人类”[26]又可能将人工智能引入“人形机器人陷阱”。[27]也就是说，无论人工智能在智能与外形上如何与人近似，在本质上其仍然不过是是非自然的技术存在，由此决定了人工智能与人在价值上的差异，故无论如何不能将人工智能等同于自然人。

中间路线中的“代理人说”虽然得以借助于人工智能的行为反推出其主体性，但却无法反推出其主体人格的类型，因为自然人、法人或者非法人组织均可为代理人，故无法据此确认人工智能的主体类型；“法人说”找到了人工智能与法人在财产本质上之共性，似乎逻辑性地证成了人工智能之法人人格，但人工智能不仅现实实体基础迥异于法人的团体基础与组织形态，而且其借助于算法实现的“思考-行动”模式也迥异于法人由特定个人以特定的程序实现法人的权利和义务模式，将人工智能定位为法人过于牵强；“电子人格说”从人工智能的电子及电子化技术构建出发，既肯定了人工智能的主体面向，又关注到其与自然人、法人之本质差异，从而将其定位为自然人与法人之外的独立主体类型，具有可取之处，且获得了欧盟议会《机器人民事法律规则》的支持，但该法案并没有对人工智能作出明确定义，只是认为“需要制定一个被普遍接受的机

---

[21] 李开复、王咏刚：《人工智能》，文化发展出版社2017年版，第83页。

[22] 当面对特定案件时，人工智能不但有能力识别出同类判决的海量数据，并且将它们进行合适的分类，然后在此基础上分析、总结出基本的模型，然后再将所获得的模型应用到待决案件中，最终实现类案类判的结果。参见陈景辉：《人工智能的法律挑战: 应该从哪里开始?》，载《比较法研究》2018年第5期，第140页。

[23] [美]瑞恩·卡洛、迈克尔·弗鲁姆金、[加]伊恩·克尔编：《人工智能与法律的对话》，彭诚信主编，陈吉栋等译，上海人民出版社2018年版，第218页。

[24] 徐文：《反思与优化：人工智能时代法律人格赋予标准论》，载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2018 年第7期，第107页。

[25] 参见 [美]约翰·马尔科夫：《人工智能简史》，郭雪译，浙江人民出版社2017年版，第108页。

[26] [美]皮埃罗·斯加鲁菲：《智能的本质---人工智能与机器人领域的64个大问题》，任莉、张建宇译，中国工信出版集团、人民邮电出版社2017年版，第23页。

[27] [美]瑞恩·卡洛、迈克尔·弗鲁姆金、[加]伊恩·克尔编：《人工智能与法律的对话》，彭诚信主编，陈吉栋等译，上海人民出版社2018年版，第17页。

器人和人工智能的定义，这个定义是灵活的，且不妨碍创新。”[28]而我国学者对“电子人”的概念厘定，侧重以“电子”为基本单元和技术名称予以定位，在范围上既包括具有物质实体基础的机械人工智能，还包括具有自主性的电子系统，[29]这似乎超越了法律赋予某类社会存在民事主体地位的功能考量，过于扩大了赋予主体资格的人工智能范围。故此，基于人工智能的技术存在与个体存在基础，奠定了其与自然人、法人以及非法人组织之本质差异，宜将其作为独立的主体类型予以确认。在规范称谓上以“人”为中心语，可以将人工智能与自然人、法人等主体名称保持同构而谓为“技术人”。

当然，基于人工智能之“技术人”特质与交易安全、交易秩序维护之考量，需要对其主体资格的取得和终止设置登记的要件及程序要求，即人工智能“技术人”自登记时取得权利能力，其权利能力终止时亦需要办理注销登记。另一方面，人工智能“技术人”之功能性亦要求和决定宜将其权利能力限定在财产法领域，即私法应当仅允许“技术人”参加财产法律关系，享有相应的权利和承担义务，却不宜允许其进入亲属法和身份法领域，参加人身法律关系而享有和承担人身法上的权利义务，以维护自然人主体之伦理性、价值性与目的性。

（二）人工智能主体的财产与责任

法学创造法律人格的概念意在于将现实实体与法律主体分离开来，并根据一定标准挑选应予法律人格化的社会实体，建立以之为中心的法律秩序。[30]综观近代之后各国立法，挑选社会实体进入法律世界的标准区分自然人与否而异，即自然人权利能力的赋予更多地是受人文主义影响，基于人的价值同一性及人格平等之价值考量，从而要求割裂财产与其人格之关联，，而自然人之外法人与非法人组织等主体，其权利能力的赋予则更多是基于交易便捷和交易安全等功能考量之结果，无关人格之伦理性，财产即成为重要的考评标准。

人工智能虽然具有自然人的个体存在形式，甚至具有人之外形与“情感”表现，但仍非自然人，亦不具有自然人人格之伦理性，故其民事主体资格之赋予亦应参照法人等团体人格之取得，以财产标准为考评标准。盖因“特定功能的实现是法律赋予某类社会存在民事主体地位的重要依据之一”，[31]立法赋予人工智能以权利能力亦是功能考量之结果，即人工智能不仅促进社会发展与进步，而且广泛参与社会交往与民事交易，基于保护交易相对人之利益，尤其是保护与之交易的自然人之伦理价值，始需赋予人工智能以民事主体资格，承认其民事主体法律地位。换而言之，人工智能之人格，犹如法人“人格之根据，则在用于其社会的价值也。”[32]

财产外在于主体。作为人工智能主体资格取得实体性基础的财产，只能源自于人工智能的所有人或管理人的投入，立法并应当为人工智能权利能力的取得设定财产数额要求。不过，鉴于各国立法对法人和非法人组织资本制度之规定不断地趋向缓和，不仅法定资本制之限额门槛呈现降低之趋势，而且日趋由实缴资本制转向认缴资本制，以赋予股东或合伙人以更大的资本意思自治，同时引入诚信原则和人格否认规范，由此可以通过责任机制的制度设计来化解财产制缓和给债权人带来的风险。因为，财产与责任一体两面。各国立法将团体人格系于财产，也主要意在于考虑和解决债务履行与责任承担的法律基础问题，进而使法人的结构建立在更安全的法学基础之上。[33]

但是，财产与责任之关系却非单一组合。虽然就当今普遍适用的规范制来看，法人独立财产-法人独立责任/股东有限责任是一种普见的立法构设，以满足社会组织谋求法人资格进行责任限制的本质动机，从而达致“通过使财产独立化而产生的限制责任效果”，[34]但亦存在团体财产-股东无限责任、团体财产-股东无限/有限责任，乃至合伙企业之团体财产-连带/补充连带责任等财产-责任形式之组合。再加之法人人格否认规范下公司独立财产-独立责任/股东补充责任，更是在已经十分复杂的财产-责任组合中添加了多元化色彩。

财产-责任的不同组合形式，在某种意义上是团体人格独立性程度的展现与映射。也就是说，独立财产-独立责任对应与展现着法人的完整、独立人格，而财产-责任的其他组合形式则是有限人格的要求与结果。我国人工智能的主体资格构设亦可以通过将财产制要求与责任机制相媾和，跳出独立财产-独立责任之窠臼，适当弱化人工智能主体之独立性，赋予其类似于非法人组织的有限人格。由此，立法虽然可以对人工智能主体资格取得设置财产标准，但可以不强制规定最低额度，以激励人工智能产业之发展。同时，在人工智能权利能力之非独立领域，对其所有人或管理人课以补充连带责任，以人工智能所有人或管理人之人格、财产与责任强化对交易安全、交易秩序及债权人利益之保护。

实际上，对人工智能的所有人或管理人配设以连带或补充连带责任与人工智能主体资格之工具性也是一致的。也就是说，虽然立法可以基于功能考量而赋予人工智能以主体资格，但其没有独立的利益诉求，也没有自身的独立利益，其基于主体资格所取得的一切利益，最终都将归属隐藏于其背后的所有人或管理人，这亦是其所有人或管理人创设人工智能主体资格之目的所在。就此而言，人工智能体亦如法人、非法人组织，拥有工具性人格。只是由于法人与非法人组织人格独立性之差异，决定了二者在责任承担上的不同，也即 “法人本身的基本特征是它自身作为一个法律实体与其作为法律实体的成员或者职能机关的个人相分离”

---

[28] Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics. Section of Introduction. Art. C.
[29] 参见郭少飞：《“电子人”法律主体论》，载《东方法学》2018年第3期，第44页。
[30] 参见江平、龙卫球：《法人的本质及其基本构造研究---为拟制说辩护》，《中国法学》1998年第3期，第71页。
[31] 马俊驹、宋刚：《民事主体功能论---兼论国家作为民事主体》，载《法学家》2003年第6期，第56页。
[32] 李宜琛：《民法总则》，中正书局（台北）1978 年版，第 106 页。
[33] [德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史---论<德国民法典>的形成与变迁》,朱岩译，法律出版社2003年版，第194页。
[34] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第815页。

，[35]法人独立人格布设起其与成员人格之间的“面纱”，从而可以完全斩断两人格在责任上的“直索”，但如果“面纱”被揭开，则发生责任“直索”；非法人组织人格之幕有限，不能完全遮蔽其成员人格发射之“强光”，故两人格之责任亦无法真正独立。在将人工智能主体性设定如非法人组织之有限人格，则其所有人或管理人无法被人工智能“人格之幕”完全遮蔽，其责任亦可以参照非法人组织之责任模式进行立法构设，即在人工智能“技术人”之财产不足以清偿债务时，其债权人可以向该“技术人”的所有人或管理人进行“直索”而令其承担补充连带责任。当然，在此基础上，立法还可以基于人工智能主体行为的不确定性与致害风险的不可预测性，对其所有人或者管理人的补充连带责任设置一定的上限，从而兼顾所有人或管理人利益保护之衡平。

结语

综上，人工智能的法律地位已然清晰。对人工智能主体资格存在与否进行讨论之时，易生出思维左右摇摆的“循环环圈”：在人工智能产业方兴未艾的历史发展阶段，人工智能体作为纯粹的手段解释力不足，作为目的的实存又差强人意。无论是人格体系抑或是物格体系，对于人工智能法律地位都意味着无法承受之重。故而，应该对人工智能的主体资格进行深入分解：在与自然人法律人格进行比较的基础上，技术性人格获得证成而伦理性人格被证否，但基于自然人法律人格和主体资格概念的差异性，后者可以兼容人工智能的技术性人格，体现了法学概念的工具理性；在与物格进行比较的基础上，人工智能超越了物格的层次化结构，算法的自主性和社会性又能够赋予人工智能一定的价值理性，使其获得相对独立的法律地位，而不同于作为物完全受主体控制、支配、处分的命运。将人工智能的主体资格落到实践，基于伦理性人格的缺乏而无法进入亲属法和身份法领域，即参加人身法律关系，但可以深度参与财产法律关系；赋予类似非法人组织的主体性建构恰如其分，既保证了相对独立的名义和财产，又没有完全切断的所有人或管理人的法律责任。如此，智能产业的创新发展得以保证，法律风险得以妥善控制。

[35] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第180-181页。

Репродуктивные права граждан в правовых системах России и Китая

Проблемы ответственности за вред, причиненный здоровью гражданина применением систем редактирования генома клеток зародышевой линии[1]

Problems of liability for injury to the health caused by the use of genome editing systems of germ line cells

Д. А. Белова,
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
dabelova@msal.ru

D. A. Belova,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor,
Associate Professor of the Chair of Civil Law at Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
dabelova@msal.ru

© *Белова Д. А., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.093-103

Аннотация. *Исследуется проблема допустимости возмещения вреда, причиненного здоровью лица деянием, совершенным до его рождения, в частности вследствие редактирования генома клеток зародышевой линии человека. Утверждается, что в случае живорождения ребенок приобретает право на возмещение имущественного и морального вреда, причиненного деянием, совершенным до его рождения. Обосновывается, что подобное деяние является противоправным как нарушающее объективное право и посягающее на охраняемое законом нематериальное благо (здоровье). Ввиду того, что современный уровень развития науки и медицины позволяет непосредственно воздействовать на здоровье человека задолго до его появления на свет, такое нематериальное благо, как здоровье, должно начинать свое правовое существование «в ожидании» субъекта гражданского права ввиду его особой значимости для будущего участника имущественных и личных неимущественных отношений, составляющих предмет гражданско-правового регулирования.*
Ключевые слова: *здоровье, деликт, редактирование генома человека, противоправное деяние, вред, CRISPR/Cas9, гражданско-правовая ответственность, пренатальный вред, деликтное право, нематериальное благо.*

Abstract. *The problem of the admissibility of compensation for harm caused to the health of a person by an act committed before his birth, in particular, due to editing of the genome of human germ line cells, is investigated. It is argued that in the case of a live birth, a child acquires the right to compensation for property and moral damage caused by an act committed before his birth. It is substantiated that such an act is illegal, as violating an objective right and encroaching on an intangible good (health) protected by law. Due to the fact that the modern level of development of science and medicine allows to directly affect human health long before it is born, such an intangible good as health should begin its legal existence "in anticipation" of the subject of civil law due to its special significance for the future participant of property and personal non-property relations that constitute the subject of civil law regulation.*
Keywords: *health, tort, human genome editing, illegal act, harm, CRISPR/Cas9, civil liability, prenatal injury, tort law, intangible benefit.*

[1] Статья выполнена в рамках проекта «Приоритет-2030» по направлению «Социоправо».

Система редактирования генома CRISPR/Cas9 произвела революцию в молекулярной биологии. Она предоставляет возможность вносить изменения в геномы культивируемых клеток. Система позволяет воздействовать как на соматические клетки, модификация которых не является наследственной, так и на клетки зародышевой линии (предшественники гамет, яйцеклетки, сперму, эмбрионы), изменение которых передается по наследству в случае их использования в репродуктивных целях.

Система редактирования генома CRISPR/Cas9 способна содействовать лечению заболеваний путем замены или «исправления» мутировавших генов, их инактивации и введения нового гена в организм человека. Клинические испытания генотерапии показали определенный успех в лечении некоторых тяжелых заболеваний (муковисцидоз, дефицит аденозиндезаминазы, семейная гиперхолестеринемия, гемофилия, лейкемия, тяжелый комбинированный иммунодефицит и т.п.). Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека провозглашает, что целью геномных исследований является уменьшение страданий людей и улучшение состояния здоровья каждого человека и всего человечества (ст. 12)[2]. За редактированием генома человека видится будущее медицины.

В то же время ученые заявляют о непредсказуемых неблагоприятных последствиях редактирования генов посредством системы CRISPR в клетках зародышевой линии человека, в частности в эмбрионах. Применение данной системы редактирования для восстановления гена, вызывающего слепоту, (EYS) на ранних стадиях развития эмбриона человека достаточно часто устраняет всю хромосому или ее бóльшую часть.

Дитер Эгли, доцент экспериментальной клеточной биологии кафедры педиатрии Колумбийского университета, отметил в своем исследовании, что система CRISPR/Cas9 не готова к клиническому применению для коррекции мутаций на раннем этапе развития человека, поскольку может привести к хромосомным аномалиям[3]. В 2017 г. группа ученых сообщила об успешной коррекции посредством системы CRISPR/Cas9 мутации, вызывающей сердечные заболевания. Однако новые исследования указывают на то, что хромосома, несущая мутацию, скорее всего, была не исправлена, а потеряна. В научной литературе отмечается также нецелевая активность системы CRISPR/Cas9, т.е. случайное внесение изменений в соседние гены, мутации в которых отсутствуют, и превращение измененных таким образом генов в онкогены.

Следовательно, редактирование генома в отношении эмбриона человека и иных клеток зародышевой линии, используемых в целях репродукции, представляет опасность для здоровья будущего ребенка, учитывая современный уровень их развития. Однако научный интерес сложно остановить. Так, Д. Ребриков, заведующий лабораторией редактирования генома Научного центра имени В. И. Кулакова, заявил, что намерен применить систему CRISPR/Cas9 для исправления мутации 35delG в гене GJB2, вызывающей глухоту, и отметил, что ряд семей уже выразили свое желание участвовать в эксперименте по редактированию генома эмбрионов[4].

Более того, ученые всего мира сходятся в том, что за системами редактирования генома стоит будущее медицины и их клиническое применение представляет собой исключительно вопрос времени. В связи с этим возникает вопрос, подлежит ли возмещению вред, причиненный здоровью ребенка вследствие редактирования генома клеток зародышевой линии, использование которых в целях репродукции привело к его рождению.

В условиях прорывного развития геномных технологий особую актуальность приобретает проблема способности норм деликтного права обеспечить защиту здоровья граждан при причинении им вреда применением систем редактирования генома клеток зародышевой линии. Решение обозначенной проблемы зависит прежде всего от подхода правовой системы к возмещению так называемого пренатального вреда, т.е. вреда, причиненного гражданину деянием, совершенным до его рождения.

Проблема гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный здоровью гражданина деянием, совершенным до его рождения, недостаточно исследована отечественной наукой гражданского права. При этом за рубежом пренатальный вред, а также вред, причиненный лицу действием (бездействием), совершенным до его зачатия, возмещается, а соответствующие отношения регулируются либо специальным законодательством, либо общими положениями деликтного права.

В частности, в Англии, Уэльсе и Северной Ирландии действует Акт о врожденной нетрудоспо-

[2] Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека (принята 11.11.1997 на 29-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО).

[3] *Michael V.* Zuccaro and others. Allele-Specific Chromosome Removal after Cas9 Cleavage in Human Embryos // Cell. Vol. 183. Is. 6. P1650-1664.E15, December 10, 2020. URL: https://www.cell.com/cell/fulltext/S0092-8674(20)31389-1 (дата обращения: 13.01.2022).

[4] *Лосева П.* В режиме редактирования. Эксперименты по созданию CRISPR-детей глазами оппонентов и пациентов // URL: https://nplus1.ru/material/2019/09/30/rebrikovs-patients.

собности (гражданской ответственности) 1976 г. (Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976[5]) (далее — Акт). Данный Акт содержит положения о гражданско-правовой ответственности лиц, вследствие виновного поведения которых ребенок был рожден нетрудоспособным (с ограниченными возможностями).

В соответствии с положениями Акта право на возмещение вреда имеет лицо, родившееся живым. В случае мертворождения вред, причиненный таковым, возмещению не подлежит (п. 4 разд. 4 Акта). Следовательно, Акт не наделяет правоспособностью, в том числе частичной, плод (эмбрион). Право на возмещение вреда возникает, наряду с правоспособностью, в момент рождения ребенка, т.е. в момент, когда он впервые начинает жить отдельно от своей матери (п. 2 разд. 4 Акта).

Право на возмещение вреда возникает при наличии в совокупности следующих обстоятельств:

1) *наличие вреда, в терминологии Акта — нетрудоспособности (инвалидности)*. Под нетрудоспособностью (инвалидностью) Акт понимает наличие дефекта, болезни или патологии, включая предрасположенность к физическим или умственным дефектам в будущем (независимо от подверженности немедленному прогнозу);
2) *нетрудоспособность лица вызвана обстоятельством, имевшим место до его рождения*. Это может быть обстоятельство:

a) повлиявшее на обоих или одного из родителей лица с точки зрения их способности иметь здоровое потомство;
b) повлиявшее на мать лица во время ее беременности, или повлиявшее на нее или лицо в процессе его рождения, в результате чего лицо рождено нетрудоспособным, чего бы в отсутствие такого обстоятельства не произошло. Если ребенок рождается в результате применения методов искусственной репродукции, обстоятельством, имевшим место до рождения лица и вызвавшим его нетрудоспособность, может быть действие (бездействие), связанное с отбором, обеспечением жизнеспособности или использованием эмбриона in vitro или гамет, примененных для его создания;

3) *деликвент несет ответственность перед лицом в отношении данного обстоятельства*. Деликвент несет ответственность перед ребенком, если наличествуют основания его ответственности перед родителем (родителями) ребенка. При этом если причинитель вреда может быть освобожден от ответственности перед родителями ребенка из-за отсутствия вреда на их стороне, это не освобождает его от ответственности перед ребенком в случае нетрудоспособности последнего при наличии иных условий ответственности перед родителями, кроме вреда.

Положения Акта закрепляют ряд оснований для освобождения деликвента от ответственности перед ребенком, родившимся нетрудоспособным. В частности, если вредоносное поведение предшествовало зачатию ребенка и ко времени зачатия хотя бы один из его родителей знал о риске рождения ребенка нетрудоспособным, деликвент освобождается от ответственности перед ребенком. Кроме того, деликвент, совершивший вредоносное действие (бездействие) при исполнении своих профессиональных обязанностей, связанных с лечением или консультированием родителя, освобождается от ответственности перед ребенком, если он проявил разумную осмотрительность. Следовательно, ответственность врачей и иных медицинских работников является виновной.

Ответственность деликвента перед ребенком может быть ограничена при наличии одного из следующих обстоятельств:

— заключение с родителем (родителями) ребенка договора, ограничивающего (или даже исключающего) ответственность деликвента. Таким образом, условие договора, на которое мог бы ссылаться ответчик против иска родителя, действует и против иска, предъявленного ребенком;
— поведение родителя содействовало рождению ребенка нетрудоспособным. В этом случае убытки подлежат уменьшению в той степени, в какой суд сочтет это справедливым, учитывая степень ответственности родителя.

Таким образом, при наличии указанных обстоятельств нетрудоспособность ребенка рассматривается в качестве вреда, подлежащего возмещению на основании заявленного им деликтного иска.

Шотландская юридическая комиссия в 1973 г. пришла к выводу, что шотландские суды, применяя существующие принципы права, признали бы право ребенка, родившегося живым, на возмещение ущерба за внутриутробные травмы, которые он получил в результате противоправного деяния другого лица, независимо от того, произошло ли вредоносное действие до или после зачатия. Это требование может быть удовлетворено либо в соответствии с существующими принципами деликтного права, либо, в случае вреда, причиненного после зачатия, путем применения принципа справедливости, согласно которому, при условии, что он родился живым, с плодом обращаются так, как если бы он уже родился, когда это отвечает его интересам[6].

[5] Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 // URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28?view=extent.
[6] Liability for Ante-natal Injury. Scot.Law Com. № 30 ; (1973) Cmnd. 5371, paras. 10—15.

В США пренатальный вред подлежит возмещению. Причем в ряде дел право на возмещение вреда, причинного плоду, обосновывается судами наличием у плода жизнеспособности.

Первым известным американским делом, решавшим вопрос пренатальной деликтной ответственности, было дело Дитрих против жителей Нортгемптона[7]. В этом знаковом деле мать, находясь на пятом месяце беременности, поскользнулась и упала на дороге, содержание которой ответчик осуществлял ненадлежащим образом. Женщина преждевременно родила ребенка, который прожил только 15 минут. Основной вопрос, разрешаемый судьей, заключался в том, возникло ли у ребенка, который претерпел пренатальный вред и жил столь короткое время, право на возмещение вреда. Ссылаясь на отсутствие прецедента, судья Холмс пришел к выводу, что нерожденный ребенок не имел права подавать в суд, поскольку в момент причинения вреда он был частью своей матери, а не отдельным существом.

Суды вновь вернулись к решению проблемы пренатальной деликтной ответственности в деле Аллер против больницы святого Луки[8]. Будучи пациентом больницы, мать истца ехала в лифте, который из-за небрежного обслуживания резко затормозил, в результате чего ее здоровью был причинен серьезный вред. Ребенок, родившийся несколькими днями позже, был серьезно искалечен в результате данного несчастного случая. При разрешении спора суд пришел к выводу, что плод имел отдельное от матери существование и что больница несет обязанность и перед ним с момента приобретения им жизнеспособности (стадии развития плода, на которой он может существовать независимо от его матери).

Наконец, в деле Бонбрест против Котца окружной суд Соединенных Штатов по округу Колумбия признал пренатальную деликтную ответственность. В этом деле истица утверждала, что она претерпела вред до ее рождения, когда врач небрежно извлек ее из матки матери. Суд постановил, что ребенок может заявить требование о возмещении вреда, если таковой был причинен ему, хотя и до рождения, но при приобретении им жизнеспособности.

В деле Bonbrest v. Kotz судья заявил: «Что касается жизнеспособного ребенка, являющегося "частью" своей матери, то этот аргумент кажется мне противоречием в терминах. Правда, он находится в утробе матери, но теперь он способен к внематочной жизни, и, хотя его дальнейшее развитие зависит от средств к существованию, полученных в результате его особых отношений с матерью, он не является "частью" матери в смысле составного элемента, как обычно понимают этот термин»[9].

В Германии вред, причиненный лицу действием (бездействием), совершенным до его рождения, возмещается на основании положений деликтного права, а именно пар. 823 I Германского гражданского уложения[10] (далее — ГГУ). Верховный суд Германии 20.12.1952 применил пар. 823 I ГГУ в споре о возмещении вреда ребенку, рожденному с патологиями, вызванными противоправными действиями деликвента, совершенными в отношении матери истца еще до его зачатия. В результате переливания крови, осуществлявшегося больницей, мать истца была заражена сифилисом, вследствие чего зачатый впоследствии ребенок был рожден с патологией (врожденным сифилисом). Именно он и заявил о возмещении вреда, причиненного его здоровью неправомерными действиями, совершенными в отношении его матери. Требования истца были удовлетворены.

Действия больницы суд признал противоправными ввиду непринятия необходимых мер предосторожности при переливании крови. Это противоправное действие повлияло на здоровье не только матери, но и зачатого и рожденного впоследствии ребенка, нарушив охраняемый пар. 823 I ГГУ интерес. При этом была установлена причинно-следственная связь между действием, совершенным больницей, и возникшим на стороне ребенка вредом.

Федеральный верховный суд Германии 11.01.1972 отклонил апелляцию ответчика и признал на основании пар. 823 I ГГУ право истца на возмещение вреда, причиненного здоровью, в период его внутриутробного развития[11]. 07.06.1964 произошло дорожно-транспортное происшествие, в результате которого серьезные травмы получила женщина, находящаяся на шестом месяце беременности. Виновным в происшествии был признан водитель автомобиля, причинившего женщине повреждения. 16.09.1964 она родила ребенка, у которого был спазм из-за повреждения головного мозга. Этот ребенок выступил истцом в споре о возмещении вреда, причиненного здоровью, на основании пар. 823 I ГГУ. Суд удов-

[7] Dietrich v. Inhabitants of Northampton (1884) // URL: https://embryo.asu.edu/pages/dietrich-v-inhabitants-northampton-brief-1884.

[8] Allaire v. St. Luke's Hospital 56 N.E. 638 (Ill. 1900) // URL: https://case-law.vlex.com/vid/56-n-638-ill-613102662.

[9] Bonbrest v. Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946) // URL: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/65/138/1412076/.

[10] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) // URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__823.html.

[11] BGHZ 58, 48, Decision of 11 January 1972 ; Az.: VI ZR 46/71 // URL: https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=675 (дата обращения: 03.01.2022).

летворил требование истца, а две последующие инстанции, включая Федеральный верховный суд Германии, отклонили апелляцию ответчика.

Суд постановил, что истец может требовать возмещения убытков согласно § 823 I ГГУ за вред, причиненный его здоровью, хотя он не был еще рожден в момент, когда ответчик совершил деликт. Истец рассматривался судом в качестве «другого лица» в значении пар. 823 I ГГУ, здоровью которого был причинен вред ответчиком. Для цели этого положения, устанавливающего ответственность, истец признается человеком, хотя он получил повреждение до рождения, в период внутриутробного развития.

Аналогичным образом, пар. 25 Закона о ядерной энергии от 23.12.1959 указывает на вред, причиненный человеку, но включает в это понятие также тех, здоровью которых был причинен вред до их рождения и даже до их зачатия. Тот факт, что здоровью истца был причинен вред до его рождения, не может быть определяющим. Возражения против применения пар. 823 I ГГУ, которые носят, главным образом, концептуальный характер, должны быть и могут быть преодолены.

Возникает вопрос, возможно ли удовлетворение требований о возмещении вреда, причиненного здоровью деяниями, совершенными до рождения потерпевшего, в соответствии с действующим российским законодательством. В доктрине на него дается, как правило, отрицательный ответ: «Учитывая, что действующее законодательство не закрепляет статус человеческого эмбриона, устанавливает в качестве момента возникновения правоспособности момент рождения, а гражданская процессуальная правоспособность (являющаяся одной из предпосылок права на обращение в суд) физического лица совпадает с правоспособностью гражданской, будущая человеческая жизнь оказывается лишенной правовой защиты. По этой же причине не могут в интересах неродившегося ребенка обратиться в суд и иные лица»[12].

Касательно вышеизложенного необходимо отметить следующее. Обязательства из причинения вреда даже в случае умаления нематериальных благ направлены в первую очередь на восстановление имущественной сферы потерпевшего. В случае причинения вреда здоровью потерпевший несет неблагоприятные имущественные последствия, связанные с расходами на лечение и последующее восстановление, а также с нетрудоспособностью, т.е. неспособностью содержать себя посредством осуществления приносящей доход деятельности.

Подобные неблагоприятные последствия имущественного характера могут возникнуть только после рождения ребенка. Только родившийся малыш может нуждаться в лечении и восстановлении, а подросший — в содержании ввиду снижения (или утраты) трудоспособности. В связи с этим характер и объем вреда может быть определен и заявлен к возмещению только после рождения ребенка. В свою очередь, в момент рождения у него возникает правоспособность, в связи с чем правовых проблем, связанных с возникновением и осуществлением субъективного права на возмещение вреда, не возникает.

Следует особо остановиться на случае, когда патология плода, возникшая вследствие деяния иного лица, может быть устранена посредством хирургического вмешательства в пренатальном периоде. В этом случае неблагоприятные имущественные последствия, вызванные деянием третьего лица, могут возникнуть еще до рождения ребенка. Однако вмешательство в организм плода осуществляется посредством вмешательства в организм матери, поэтому соответствующие неблагоприятные имущественные последствия могут быть переложены на правонарушителя посредством возмещения вреда матери ребенка.

В связи с вышеизложенным для возмещения вреда, причиненного здоровью деянием, совершенным до рождения ребенка, отсутствует необходимость признания правоспособности за плодом (эмбрионом). Право на возмещение вреда, причиненного здоровью, возникает у ребенка в случае живорождения. В момент отделения плода от организма матери посредством родов с признаками живорождения у ребенка возникает правоспособность (ст. 17 ГК РФ[13], ст. 53 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»[14], приказ Минздравсоцразвития России «О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи»[15]), а на ее основе при наличии соответствующего юридического факта (деликта) возникает право на возмещение вреда, причиненного здоровью.

---

[12] *Фомина О. Ю.* О возможности судебной защиты при редактировании генома человека // Lex russica. 2019. № 6 (151). С. 37.

[13] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 21.12.2021) // Российская газета. 08.12.1994. № 238—239.

[14] Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2021) // Российская газета. 23.11.2011. № 263.

[15] Приказ Минздравсоцразвития России от 27.12.2011 № 1687н (ред. от 15.04.2021) «О медицинских критериях рождения, форме документа о рождении и порядке его выдачи» (зарегистрирован в Минюсте России 15.03.2012 № 23490) // Российская газета. 23.03.2012. № 64.

Возвращаясь к поставленному выше вопросу — подлежит ли возмещению вред, причиненный здоровью лица, деянием, совершенным до его рождения, следует ответить на него положительно. С позиции норм деликтного права возможно *выявление как основания, так и условий деликтной ответственности в случае причинения вреда здоровью ребенка редактированием генома клеток зародышевой линии человека*.

В случае рождения ребенка, страдающего заболеванием, расстройством функций органов и систем организма или иной патологией, вызванной редактированием генома, возможно констатировать наличие *вреда*. Любое лицо несет риск (бремя) патологий, возникших в результате естественных причин. Однако патология, вызванная поведением другого лица, должна рассматриваться в качестве вреда, подлежащего возмещению при наличии иных условий деликтной ответственности.

Е. А. Флейшиц отмечала, что «под вредом в советском гражданском праве понимается всякое умаление охраняемого советским правом блага»[16]. Аналогичный подход к пониманию вреда сформировался в судебной практике. В определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27.01.2015 № 81-КГ14-19 указано, что вред рассматривается как всякое умаление охраняемого законом материального или нематериального блага, любые неблагоприятные изменения в охраняемом законом благе[17]. Здоровье является важнейшим охраняемым законом нематериальным благом, поименованным в п. 1 ст. 150 ГК РФ.

Учитывая, что здоровье законодатель понимает как состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма (пп. 1 п. 1 ст. 2 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), наличие заболеваний и иных патологий представляет собой умаление здоровья.

Умаление здоровья понимается в качестве вреда в широком смысле. Это не тот вред, который подлежит возмещению в соответствии с положениями главы 59 ГК РФ. К сожалению, гражданское законодательство не имеет в своем арсенале правовых механизмов, способных восстановить здоровье лица в случае его повреждения. Однако умаление здоровья влечет имущественный вред, связанный с утратой или снижением трудоспособности, а также необходимостью несения дополнительных расходов на лечение, посторонний уход и т.п., и неимущественный или моральный вред, выражающийся в нравственных и физических страданиях, связанных с повреждением здоровья. Именно данные виды вреда являются юридически значимыми для возникновения деликтных обязательств.

Обозначенный имущественный и моральный вред, вызванный повреждением здоровья, возникает уже после рождения ребенка. Ребенок, родившийся с патологией, вызванной редактированием его генома, нуждается в лечении, приобретении лекарств, возможно, протезировании и иных видах помощи, требующих несение расходов при отсутствии у ребенка права на их бесплатное получение. Именно после рождения такой ребенок испытывает боль, дискомфорт и иные страдания, вызванные патологией. Все эти неблагоприятные имущественные и неимущественные последствия связаны с умалением здоровья и подлежат возмещению при наличии иных условий деликтной ответственности.

Следует особо отметить, что в данном случае возмещается не вред, который претерпел эмбрион в момент редактирования его генома, а вред, который претерпевает ребенок, родившийся живым, но больным. Следовательно, если из-за действия по редактированию генома клеток зародышевой линии человека не произойдет живорождения, или, если причиненный вред естественным образом нивелируется к моменту рождения ребенка и не окажет влияния на здоровье новорожденного, требование о возмещении вреда, причиненного здоровью, удовлетворению не подлежит.

Если причиненный вред может быть устранен посредством методов фетальной терапии или фетальной хирургии, требующих дополнительных имущественных расходов, последние могут быть возмещены посредством удовлетворения требования о возмещении вреда здоровью, причиненного его матери, поскольку и фетальная терапия, и фетальная хирургия предполагают осуществление вмешательства в организм матери ребенка. В связи с этим до решения вопроса о правовом статусе плода (эмбриона) в условиях развития указанных медицинских технологий устранение неблагоприятных имущественных последствий таковых возможно через деликтное требование матери.

Вред подлежит возмещению в случае его причинения *противоправным действием (бездействием)*. Согласно п. 3 ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный правомерными действиями, возмещается только в случаях, прямо предусмотренных законом. Противоправным признается деяние, нарушающее норму объективного права, а также

[16] *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения // Избранное / сост. Е. А. Павлодский. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2007. С. 74.

[17] Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27.01.2015 № 81-КГ14-19 // СПС «КонсультантПлюс».

субъективное право или охраняемый законом интерес другого лица, *посягающее на охраняемое законом благо*.

Редактирование генома клеток зародышевой линии человека в репродуктивных целях не допускается положениями действующего законодательства. Нормы Федерального закона «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»[18] допускают возможность внесения изменений в генетический аппарат исключительно соматических клеток человека в целях лечения заболеваний (ст. 2). Положения Федерального закона «О биомедицинских клеточных продуктах»[19] также не распространяются на отношения, связанные с использованием половых клеток человека в целях репродукции (п. 2 ст. 1).

Общественные отношения, связанные с использованием клеток зародышевой линии человека в целях искусственной репродукции, регулируются ст. 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», а также приказом Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению»[20]. Однако положения данных нормативных правовых актов не предусматривают возможности проведения процедур, связанных с внесением изменений в генетический аппарат клеток зародышевой линии человека. Более того, любому клиническому применению подобных технологий должны предшествовать клинические испытания, которые подлежат утверждению комитетом по этике.

Следовательно, действующее правовое регулирование не позволяет осуществлять редактирование генома клеток зародышевой линии человека в целях репродукции и соответствующее действие в случае его совершения, безусловно, является противоправным ввиду его несоответствия правилам поведения, установленным нормами объективного права. Интерес представляет вопрос, посягает ли оно на охраняемое законом благо.

Редактирование генома клеток зародышевой линии человека в репродуктивных целях посягает на такое охраняемое законом нематериальное благо, как здоровье.

Здоровье как состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма, зависит от деяний, совершаемых не только после рождения физического лица, но и до рождения и даже до его зачатия. Более того, современный уровень развития науки и медицины позволяет непосредственно воздействовать на здоровье человека задолго до его появления на свет. Ярким примером тому являются методы редактирования генома клеток зародышевой линии человека, в частности CRISPR/Cas9. Так, китайский ученый Хэ Цзянькуй внес изменения в геном двух эмбрионов с целью формирования у детей иммунитета к вирусу ВИЧ[21].

Некоторые подобные действия (бездействия) способны улучшить состояние здоровья будущего лица, другие, напротив, причинить ему серьезный вред и повлечь рождение ребенка, страдающего различными патологиями. Соответственно, вред здоровью физического лица может быть причинен деяниями, совершенными задолго до его рождения. В связи с этим охрана здоровья гражданина начинает осуществляться еще до появления его на свет.

В частности, на охрану здоровья будущего лица направлены такие мероприятия, как пренатальная диагностика, пренатальная генетическая диагностика и даже предимплантационная генетическая диагностика. Пренатальная диагностика предполагает медицинское исследование беременной женщины и плода, которого она вынашивает. Пренатальная генетическая диагностика представляет собой генетическое исследование плода или беременной женщины для получения информации касательно заболеваний, предрасположенности к заболеваниям и пороках развития плода посредством амниоцентеза, взятия ворсинок хориона или анализа крови.

В свою очередь, предимплантационная генетическая диагностика — есть генетическое исследование оплодотворенной яйцеклетки перед ее имплантацией в матку женщины. Данные методы исследования направлены на оценку состояния здоровья будущего ребенка и позволяют еще до его рождения осуществить медицинские вмешательства, содействующие улучшению или даже восстановлению его здоровья при рождении. К подобного рода медицинским вмешательствам относятся, в частности, фетальная терапия и фетальная хирургия.

---

[18] Федеральный закон от 05.07.1996 № 86-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» // СЗ РФ. 1996. № 28. Ст. 3348.

[19] Федеральный закон от 23.06.2016 № 180-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «О биомедицинских клеточных продуктах» // СЗ РФ. 2016. № 26 (ч. I). Ст. 3849.

[20] Приказ Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» (зарегистрировано в Минюсте России 19.10.2020 № 60457) // URL: http://www.pravo.gov.ru, 19.10.2020.

[21] *Богданова Е. Е.*, *Малеина М. Н.*, *Ксенофонтова Д. С.* Отдельные проблемы защиты прав граждан при использовании геномных технологий // Lex russica. 2020. № 5. С. 129—142.

Так, в пункте 1 письма Минздрава России от 26.11.2014 № 15-4/10/2-8913 указано, что при выявлении врожденных аномалий или других патологических состояний плода при ультразвуковой диагностике следует воздерживаться от конкретных прогнозов, поскольку врачу ультразвуковой диагностики не всегда известны возможности фетальной и неонатальной хирургии, реабилитации[22]. То есть медицинские вмешательства, осуществляемые в отношении плода, могут улучшить состояние здоровья будущего ребенка. Как отмечается авторами исследования, посвященного медицине плода, хирургия плода — уже реальность[23].

Современные методы внутриутробной коррекции способны изменить естественное течение заболевания, поэтому в России хирургическая коррекция на антенатальном этапе проводится на регулярной основе. В связи с этим в номенклатуру медицинских услуг приказом Минздрава России от 24.09.2020 № 1010н[24] включены такие медицинские вмешательства, как фетальная хирургия, внутриутробное переливание крови плоду, баллонная тампонада трахеи при диафрагмальной грыже у плода и др.[25] Более того, современный уровень развития науки и техники позволяет осуществить вмешательство в репродуктивный материал родителей с целью улучшения состояния здоровья будущего ребенка.

Таким образом, общественные отношения, связанные с охраной здоровья лица, возникают задолго до его рождения, и гражданское право, нормы которого направлены на охрану нематериальных благ, не может игнорировать изменения, происходящие в общественных отношениях, составляющих его предмет.

Во всем мире наблюдается расширение защиты здоровья человека на ранние стадии его развития, а также на мероприятия, предшествующие его зачатию. В частности, правовые акты многих зарубежных правопорядков в сфере искусственной репродукции человека предусматривают в качестве базового правового принципа обеспечение интересов будущего ребенка, и в первую очередь интереса, связанного с сохранением его здоровья. Так, Акт о вспомогательной репродукции человека от 29.03.2002[26] Канады предусматривает, что при использовании вспомогательных репродуктивных технологий приоритетное внимание должно уделяться здоровью и благополучию детей, которые должны быть рождены в результате их применения.

Следует отметить, что российское законодательство также обеспечивает правовую охрану здоровья лица еще до его рождения. В частности, согласно пп. 2 п. 6 ст. 43 Федерального закона «Об обращении лекарственных средств» запрещается проведение клинического исследования лекарственного препарата для медицинского применения с участием в качестве пациентов женщин в период беременности. Исключение составляют случаи, когда проводится клиническое исследование лекарственного препарата, предназначенного для указанных женщин, при условии принятия всех необходимых мер по исключению риска нанесения вреда плоду[27]. Аналогичные нормативные положения закреплены в пп. 1 п. 7 ст. 36.1 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», пп. 2 п. 6 ст. 31 Федерального закона «О биомедицинских клеточных продуктах».

Приказ Минздрава России от 20.10.2020 № 1130н прямо устанавливает порядок антенатальной охраны плода. С целью сохранения здоровья новорожденного исследуется состояние плода, при необходимости осуществляется внутриутробная хирургическая коррекция пороков его развития или обеспечивается возможность хирургического вмешательства в неонатальном периоде путем выбора тактики и места родоразрешения

---

[22] Письмо Минздрава России от 26.11.2014 № 15-4/10/2-8913 «О направлении рекомендаций по профилактике отказов от новорожденных» (вместе с Рекомендациями по профилактике отказов от новорожденных в учреждениях родовспоможения, соблюдению этики и деонтологии медицинскими работниками, оказывающими помощь беременным женщинам, роженицам, родильницам и новорожденным) // СПС «КонсультантПлюс».

[23] *Костюков К. В.*, *Гладкова К. А.*, *Сакало В. А.*, *Шмаков Р. Г.*, *Тетруашвили Н. К.*, *Гус А. И.* Медицина плода: обзор литературы и опыт Национального медицинского исследовательского центра акушерства, гинекологии и перинатологии имени академика В. И. Кулакова // Доктор.Ру. 2019. № 11 (166). С. 35—43. DOI: 10.31550/1727-2378-2019-166-11-35-43.

[24] Приказ Минздрава России от 24.09.2020 № 1010н «О внесении изменений в раздел II "Номенклатура медицинских услуг" номенклатуры медицинских услуг, утвержденной приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 13.10.2017 № 804н» (зарегистрирован в Минюсте России 18.12.2020 № 61562) // URL: http://pravo.gov.ru, 18.12.2020.

[25] Приказ Минздрава России от 13.10.2017 № 804н (ред. от 24.09.2020) «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» (зарегистрирован в Минюсте России 07.11.2017 № 48808) // URL: http://www.pravo.gov.ru, 08.11.2017.

[26] Assisted Human Reproduction *Act S. C.* 2004, c. 2, Assented to 2004-03-29 // URL: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#h-6052 (дата обращения: 15.01.2022).

[27] Федеральный закон от 12.04.2010 № 61-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «Об обращении лекарственных средств» // СЗ РФ. 2010. № 16. Ст. 1815.

беременной женщины. В случае наличия пороков развития плода или иных сочетанных пороков, несовместимых с жизнью, выбор медицинской организации для родоразрешения определяется с учетом наличия в акушерском стационаре отделения (палаты) реанимации и интенсивной терапии для новорожденных (п. 13 приказа Минздрава России от 20.10.2020 № 1130н).

Данные нормативные положения свидетельствуют о том, что правовая охрана здоровья лица осуществляется путем правового регулирования отношений, складывающихся еще до рождения ребенка[28].

Гражданское право, обеспечивающее охрану здоровья посредством собственных правовых механизмов (ст. 150, гл. 59 ГК РФ), не может не учитывать расширения правовой защиты здоровья человека на стадии, предшествующей его рождению и даже зачатию.

В связи с этим гражданско-правовые способы защиты здоровья должны применяться также в случаях, когда деяние, повлекшее умаление здоровья лица, было совершено до его рождения. Здоровье как нематериальное благо подлежит гражданско-правовой защите от деяний, совершенных как после, так и до рождения лица. В противном случае гражданско-правовая охрана здоровья будет неполной.

Если допустимо умышленно причинить вред здоровью будущего ребенка, модифицируя его геном на стадии эмбрионального развития, и избежать ответственности за причиненный вред перед родившимся ребенком-инвалидом ссылкой на то, что в момент совершения вредоносного деяния эмбрион был не правосубъектным, говорить об охране здоровья нормами гражданского права не приходится.

Ситуация, при которой ребенок, рожденный с патологией, вызванной поведением другого лица, несет на себе бремя неблагоприятных последствий, связанных с повреждением его здоровья, грубо нарушает принцип справедливости. Верховный Суд Канады в деле Montreal Tramways Co. v. Léveillé[29] отметил, что, если право на иск не будет признано за ребенком, он будет вынужден без какой-либо вины со своей стороны идти по жизни, неся на себе печать вины другого лица и неся на себе очень тяжелое бремя немощи и неудобств без какой-либо компенсации за это.

Действительно, в момент совершения вредоносного действия эмбрион (плод) не обладает правосубъектностью, но ведь не плод требует возмещения вреда, причиненного его здоровью, и не беременная женщина в интересах плода. Возмещения вреда требует лицо, рожденное с патологиями, вызванными действиями иного лица. Такое лицо обладает правосубъектностью, ему принадлежат нематериальные блага и опосредующие их принадлежность личные неимущественные права. Предъявляя деликтный иск, оно требует защиты нематериальных благ и личных неимущественных прав, принадлежащих ему как субъекту гражданского права. Факт того, что вредоносные действия были совершены еще до его рождения, не отменяет того факта, что именно ими был причинен вред здоровью ребенка. Право не может игнорировать явления естественного порядка.

Таким образом, гражданско-правовая охрана здоровья предполагает защиту данного нематериального блага от деяний, совершенных как после, так и до рождения лица, которому оно принадлежит, если такие деяния, учитывая естественный и очевидный порядок вещей, оказывают непосредственное влияние на состояние здоровья. Следовательно, при повреждении эмбриона, плода или совершении иных деяний, которые непосредственно влияют на здоровье будущего лица, объектом посягательства является здоровье гражданина.

Следует отметить, что гражданское законодательство обеспечивает охрану нематериальных благ, не принадлежащих в момент посягательства на них субъектам гражданского права. Некоторые нематериальные блага подлежат гражданско-правовой защите, хотя они утратили правовую связь с их правообладателем. Согласно абз. 3 п. 2 ст. 150 ГК РФ в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, нематериальные блага, принадлежавшие умершему, могут защищаться другими лицами. Развивающие данную норму положения закреплены в абз. 2 п. 1 ст. 152, п. 5 ст. 152.2, абз. 3 п. 2 ст. 1228 ГК РФ[30].

В указанных случаях нематериальные блага как объекты гражданских прав «переживают»

---

[28] См.: приказ Минздрава России от 20.10.2020 № 1130н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи по профилю "акушерство и гинекология"» (зарегистрирован в Минюсте России 12.11.2020 № 60869) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://pravo.gov.ru, 13.11.2020 ; приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 14.06.2013 № 600 (ред. от 12.03.2015) «О совершенствовании организации пренатальной (дородовой) диагностики нарушений развития плода/ребенка» (вместе с Положением о кабинете пренатальной (дородовой) диагностики, Порядком проведения обследования беременных с целью пренатального (дородового) выявления нарушений развития плода/ребенка) // СПС «КонсультантПлюс».

[29] Supreme Court of Canada Montreal *Tramways Co.* v. Léveillé, [1933] S.C.R. 4561933-05-08 // URL: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8773/index.do (дата обращения: 16.01.2022).

[30] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 11.06.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.08.2021) // СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. I). Ст. 5496.

в гражданско-правовом поле своего субъекта. Гражданское законодательство прямо устанавливает, что авторство и имя автора охраняются бессрочно. В свою очередь, такое нематериальное благо, как здоровье, должно начинать свое правовое существование «в ожидании» субъекта гражданского права ввиду его особой значимости для будущего участника имущественных и личных неимущественных отношений, составляющих предмет гражданско-правового регулирования.

Данный подход не противоречит сути правовой охраны нематериальных благ, заложенной в основу российского гражданского законодательства. Для большей правовой определенности в вопросе гражданско-правовой охраны здоровья лица до его рождения целесообразно закрепить соответствующее положение в нормативном порядке.

Гражданско-правовая охрана здоровья лица от деяний, влекущих его умаление и совершенных до рождения лица, обеспечивает интерес будущего ребенка в сохранении здоровья. Возникает вопрос, возможно ли существование охраняемого законом интереса в сохранении здоровья в отсутствие субъекта гражданского права, являющегося его обладателем.

Обладателем обозначенного интереса является будущий ребенок, не являющийся правосубъектным с точки зрения гражданского законодательства. Однако гражданское право в ряде случаев обеспечивает охрану интересов, являющихся «бессубъектными».

Во-первых, речь идет о гражданско-правовой охране интереса зачатого, но еще не родившегося ребенка, в принятии наследства. Согласно ст. 1166 ГК РФ[31] при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника раздел наследства может быть осуществлен только после его рождения. То есть раздел наследства приостанавливается с целью обеспечения, по сути, бессубъектного интереса, т.е. интереса будущего ребенка, который в момент приостановления раздела наследственного имущества не является субъектом гражданского права.

Во-вторых, гражданское законодательство обеспечивает охрану общественных интересов. В частности, без согласия гражданина может быть использовано его изображение, если такое использование осуществляется в общественных интересах (пп. 1 п. 1 ст. 152.1 ГК). К общественным интересам следует относить, например, потребность *общества* в обнаружении и раскрытии угрозы демократическому правовому государству и гражданскому обществу, общественной безопасности, окружающей среде (абз. 3 п. 25 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2010 № 16[32]). То есть носителем охраняемого законом общественного интереса признано общество, не являющееся субъектом гражданского права.

Применение обозначенного подхода к гражданско-правовой охране здоровья обеспечит системность правового регулирования отношений, связанных с охраной интересов будущего ребенка. Действующее гражданское законодательство охраняет имущественный интерес зачатого, но еще не родившегося ребенка, в принятии наследства (ст. 1166 ГК РФ). Безусловно, неимущественный интерес в сохранении здоровья неродившегося ребенка, являющийся не менее, а, возможно, и более значимым, должен подлежать гражданско-правовой охране.

Кроме того, согласно п. 1 ст. 1088 ГК РФ[33] защите подлежит имущественный интерес ребенка в получении содержания от лица, жизни которого был причинен вред еще до рождения ребенка. Представляется крайне нелогично лишить правовой защиты имущественный интерес ребенка в возмещении вреда, в том числе получении содержания, в ситуации, когда вред причинен непосредственно его здоровью деянием, также совершенным до его рождения.

Приходим к выводу, что действие, направленное на редактирование генома клеток зародышевой линии человека, повлекшее впоследствии умаление здоровья ребенка, родившегося живым, но больным, является противоправным, как нарушающее объективное право и посягающее на охраняемое законом нематериальное благо (здоровье), а также охраняемый законом интерес в сохранении здоровья будущего ребенка. Вина деликвента, а также причинно-следственная связь должны устанавливаться в общем порядке.

---

[31] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

[32] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2010 № 16 (ред. от 09.02.2012) "О практике применения судами Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации" // "Российская газета", № 132, 18.06.2010

[33] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (с изм.) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Богданова Е. Е.*, *Малеина М. Н.*, *Ксенофонтова Д. С.* Отдельные проблемы защиты прав граждан при использовании геномных технологий // Lex russica. — 2020. — № 5. — С. 129—142.
2. *Лосева П.* В режиме редактирования. Эксперименты по созданию CRISPR-детей глазами оппонентов и пациентов // URL: https://nplus1.ru/material/2019/09/30/rebrikovs-patients.
3. *Костюков К. В.*, *Гладкова К. А.*, *Сакало В. А.*, *Шмаков Р. Г.*, *Тетруашвили Н. К.*, *Гус А. И.* Медицина плода: обзор литературы и опыт Национального медицинского исследовательского центра акушерства, гинекологии и перинатологии имени академика В. И. Кулакова // Доктор.Ру. — 2019. — № 11 (166). — С. 35—43. — DOI: 10.31550/1727-2378-2019-166-11-35-43.
4. *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения // Избранное / сост. Е. А. Павлодский. — М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2007.
5. *Фомина О. Ю.* О возможности судебной защиты при редактировании генома человека // Lex russica. — 2019. — № 6 (151).
6. *Michael V. Zuccaro and others.* Allele-Specific Chromosome Removal after Cas9 Cleavage in Human Embryos // Cell. — Vol. 183. — Is. 6. — P. 1650—1664. E15, December 10, 2020. — URL: https://www.cell.com/cell/fulltext/S0092-8674(20)31389-1 (дата обращения: 13.01.2022).

Высокотехнологичные медицинские услуги: национальные и международные аспекты
High-tech Medical Services: National and international aspects

Н. С. Ищенко,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры общественного здоровья
и здравоохранения с курсом факультета повышения квалификации и переподготовки,
Гомельский государственный медицинский университет,
руководитель белорусского отделения
Международной славянской правовой академии, профессор
ni875@yandex.ru

N. S. Ishchenko,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Public Health
and health care with the course of FPKiP,
Gomel State Medical University,
Head of the Belarusian branch
International Slavic Law Academy, Professor
ni875@yandex.ru

© *Ищенко Н. С., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.104-112

Аннотация. *В статье исследуются вопросы репродуктивных технологий как на национальном, так и на международном уровне; позитивные и негативные аспекты деятельности в данной сфере. Рассматриваются различные ограничения в рассматриваемой сфере (например, выбор пола), факторы, влияющие на качество, уровень здоровья и продолжительность жизни человека. Отмечается возможность реконфигурации традиционных родственных позиций в ходе биотехнологически опосредованного деторождения. Предлагаются возможные, с точки зрения автора, решения, в том числе законодательные, способные трансформировать рассматриваемую ситуацию в позитивную сторону.*
Ключевые слова: *летальность, пандемия COVID-19, плюсы и минусы вспомогательных репродуктивных технологий, репродуктивные права, репродуктивное здоровье, экстракорпоральное оплодотворение, суррогатное материнство, права и обязанности в сфере репродуктивных технологий, искусственная инсеминация, донорство эмбрионов, ооцитов, спермы, хетчинг (рассечение оболочки эмбриона), внутриплазменная инъекция спермы (ИКСИ, ИМСИ), получение сперматозоидов для ИКСИ, криоконсервация эмбрионов, гамет, перенос эмбрионов, врачебная тайна.*

Abstract. *The article examines the issues of reproductive technologies, both at the national and international level; positive and negative aspects of activities in this area. Various limitations in the field under consideration (for example, the choice of gender), factors affecting the quality, level of health and life expectancy of a person are considered. The possibility of reconfiguration of traditional kinship position sin the course of biotechnological lymediated childbearing is noted. From the authors' point of view, possible solutions are proposed, including legislative ones that can transform the situation under consideration in a positive way.*
Keywords: *mortality, COVID-19 pandemic, pros and cons of assisted reproductive technologies, reproductive rights, reproductive health, in vitro fertilization, surrogate motherhood, rights and obligations in the field of reproductive technologies, artificial insemination, donation of embryos, oocytes, sperm, hatching (dissection of the embryo shell), intraplasmic sperm injection (ICSI, IMSI), obtaining spermzoids for ICSI, cryopreservation of embryos, gametes, embryo transfer, medical secrecy.*

Жизнь и здоровье человека, их гарантирование являются высшей целью, практической задачей любого цивилизованного, демократического государства, всех институтов общества и государства. В данном контексте значима роль системы здравоохранения, которая не только призвана лечить человека, чтобы обеспечить названные ценности, но, по возможности, в первую очередь заниматься профилактикой и обеспечением здорового образа жизни, что зависит не только от профессионального уровня работников системы здравоохранения, их обеспеченности современным медицинским оборудованием, фармацевтической составляющей и др.

Согласно данным ВОЗ, медицинское обеспечение составляет всего лишь 10—15 % факторов, влияющих на качество, уровень здоровья и продолжительность жизни человека; генетические факторы составляют также 10—15 %; состояние окружающей среды — 20—25 %; условия и образ жизни людей — 50—55 %.

Ситуация в мире (в том числе и в России, и в Беларуси) в условиях пандемии стремительно ухудшилась. Число пострадавших от пандемии COVID-19 на 29.05.2022 в мире составило 529 млн человек, с летальным исходом — 6,29 млн человек (причем, только в США умерло 1 млн человек; в Бразилии — около 0,7 млн; в Индии — свыше 0,5 млн). Помимо этого, верхние строчки данных о смертности возглавили болезни системы кровообращения и новообразования. В частности, в Беларуси за 2020 г. (более новые данные отсутствуют) всего умерло 46 702 человек; по болезням системы кровообращения и новообразованиям, соответственно, 23 136 и 12 458 человек (тогда как от COVID-19 за весь период пандемии из 983 тыс. заболевших умерло 6 978 человек)[1].

В этих условиях, когда под угрозой обеспечения демографической и, в конечном счете, национальной безопасности государств, достаточно остро выходят на первый план вопросы, связанные с рождением. И мы получаем массу проблем, связанных с зачатием, вынашиванием и рождением в связи с немалым количеством женщин и мужчин, не способных е этому без медицинской помощи.

Сегодня бесплодие — это серьезная медицинская, семейная и социально-демографическая проблема, так как во многих странах существует тенденция к увеличению численности пар, столкнувшихся с ней. Относительно эффективным способом решения вопроса является применение вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ). В мире в репродуктивных целях используются экстракорпоральное оплодотворение (ЭКО), искусственная инсеминация, донорство эмбрионов, ооцитов, спермы, хетчинг (рассечение оболочки эмбриона), внутриплазменная инъекция спермы (ИКСИ, ИМСИ), получение сперматозоидов для ИКСИ, криоконсервация эмбрионов, гамет, перенос эмбрионов, суррогатное материнство.

В 2015 г. в Великобритании была легализована инновационная методика рождения от трех родителей с использованием биологических материалов генетических родителей и женщины — донора митохондрий. Ведутся научные разработки в таких перспективных направлениях репродуктивной биомедицины, как создание искусственных матки и спермы.

Вместе с тем, помимо очевидных выгод, связанных с возможностью преодоления бесплодия и достижения прокреативных целей пациентов, а также улучшения демографической ситуации, внедрение указанных способов искусственного воспроизводства человека в практику сопряжено с рядом социально-этических проблем. Важными среди них являются вопросы ценности человеческой жизни и достоинства, репродуктивных прав и свобод, эксплуатации и дискриминации, неравенства в доступе к этим медицинским услугам.

ВРТ включены в сферу семейной жизни и затрагивают различные аспекты брака и супружества, детско-родительских отношений. Они способны трансформировать социальные и межличностные связи, порождая новые конфигурации родства. На данный момент возможная реконфигурация традиционных родственных позиций в ходе биотехнологически опосредованного деторождения является результатом включения дополнительных участников в процесс зачатия, беременности и родов, возникновения новых родительских ролей. Специфика указанных преобразований связана с тем, что они охватывают социальное, генетическое и биологическое измерения.

Ученые к перечню репродуктивных прав человека причисляют право решать вопросы о количестве детей, о времени их рождения, право на репродуктивное здоровье. Воспользоваться перечисленными возможностями ВРТ могут люди не во всех странах. И даже там, где эти технологии разрешены, имеются ограничения, связанные с возрастом, наличием или отсутствием заболеваний; определенные процедуры позволены лишь одиноким женщинам, но не одиноким мужчинам, разрешены лишь супружеским парам; существует разная степень свободы при принятии решения о судьбе ребенка, рожденного суррогатной матерью; по-разному решается вопрос об оплате.

В ряде стран разницу в требованиях к ВРТ медицинские учреждения используют в своих интересах. Например, в Северной части острова Кипр при использовании ВРТ предоставляется

[1] ВОЗ. URL: https://www.euro.who.int/ru/countries/belarus (дата обращения: 29.05 2022).

возможность выбрать пол ребенка. Поэтому многие супружеские пары из разных стран отправляются туда, где позволяется родителям выбрать пол своего ребенка при использовании ВРТ[2].

С вопросами использования возможностей ВРТ связаны проблемы редактирования эмбриона человека, сопряженные с рисками не только медицинского, но также этического и правового характера. Следует отметить, что существует большой разброс мнений относительно применения на практике генетических технологий в отношении человека — от абсолютного отрицания до полной поддержки. Хэ Цзянькуй (китайский ученый) отредактировал геном эмбриона человека и добился рождения первых в мире генетически модифицированных детей, что до сих пор обсуждается в научных кругах. Ряд ученых критически отозвались об этом эксперименте. Ученые справедливо отмечают, что существует риск того, что попытки исправить генетический код неродившегося ребенка могут принести больше вреда, чем пользы.

Звучит предложение по введению глобального моратория на редактирование эмбриона человека. Представляется, что необходимы широкое обсуждение и выработка международных стандартов применения ВРТ. Стандарт может быть разработан как на материальные предметы (продукцию, эталоны, образцы веществ), так и на нормы, правила, критерии, требования в различных сферах[3].

Далее следовало бы принять международно-правовые акты, направленные на защиту от криминальных рисков ВРТ, а также сформировать на перманентной основе на национальном и международном уровнях работу по мониторингу, научному прогнозированию рисков, угроз возможного преступного применения достижений медицинской науки и техники с целью превенции. От научного мирового сообщества многое зависит. Отсутствие должного правового регулирования в сфере применения ВРТ, международного научного контроля провоцирует совершение правонарушений в этой сфере[4].

Так, в отношении учредителей компании, предоставляющих медицинские услуги, связанные с ВРТ, в 2020 г. Следственный комитет РФ (СК РФ) возбудил уголовное дело по ст. 127.1 «Торговля людьми» УК РФ. По данным следствия, в жилой квартире были обнаружены пятеро новорожденных младенцев; дети были рождены россиянками для граждан Китая, куда их не смогли переправить из-за закрытия границ в связи с пандемией[5]. С целью устранения конфликтов и криминального применения в сфере использования ВРТ, безусловно, важно совершенствование законодательства, регулирующего данную сферу.

Высокий латентный уровень злоупотреблений, в том числе преступного характера, в сфере использования ВРТ добавляет аргументы противникам применения этих технологий, которые стремятся ограничить, а порой и запретить их полностью, что, считаем, пагубно скажется на развитии науки. Важная роль в защите ВРТ от необдуманных нападок должна отводиться науке, в особенности науке криминалистики, способной выработать меры по предупреждению преступлений в этой сфере, созданию методик расследования преступлений, совершаемых в этой области, выработке эффективных технических, тактических и методических рекомендаций по проверке значимой с криминалистических позиций информации[6].

Процесс корректировки правового регулирования отстает от развития медицинских технологий. Вопросы о допустимости и пределах вмешательства в сущность человеческого индивида, как отмечается в литературе, ставят право перед весьма сложной дилеммой: с одной стороны, это безусловная польза и перспективность подобных исследований, с другой — их серьезная общественная опасность [7].

Как отмечают Р. В. Кравцов и Е. И. Караваева, применение позитивного потенциала биомедицинских технологий может поставить под сомнение соблюдение прав человека, а также привести к нивелированию института семьи, предоставляя возможность замены частей клеток для рождения ребенка с применением генетического материала трех лиц[8].

Международный комитет по биоэтике, осознавая важность и необратимость процесса разви-

---

[2] *Kefalas A.* Chypre. l'ileou on peutchoisir le sexe de son future bèbè // Le Figaro. 2019. 2 juil. P. 16.

[3] Стандарт // Большой энциклопедический словарь. 2000 // URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/280258#sel=5 (дата обращения: 10.05.2022).

[4] *Кручинина Н. В.* Юридическая ответственность за злоупотребления и преступления в сфере искусственной репродукции человека // Lex russica. 2019. № 6 (151). С. 48—51.

[5] *Сидорова Э.* СК раскрыл подробности дела о торговле детьми, по которому задержали восемь человек // URL: https://life.ru/p/1334828 (дата обращения: 10.05.2021).

[6] *Кручинина Н. В.* Роль науки в защите от криминальных рисков вспомогательных репродуктивных технологий // Технологии XXI века в юриспруденции : сборник материалов науч.-практ. конф. (Екатеринбург, 21 мая 2021 г.) / отв. ред. Д. В. Бахтеев. Екатеринбург : Уральский гос. юридический университет, 2021. С. 187—190.

[7] *Кравцов Р. В., Караваева Е. И.* Биомедицинские технологии: вопросы правового регулирования и ответственности // Сиб. юрид. вестник 2005. № 3. С. 8.

[8] *Кравцов Р. В., Караваева Е. И.* Указ. соч. С. 10.

тия биомедицинских технологий, 4 апреля 1997 г. принял *Конвенцию о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины*[9]. Глава IV данной Конвенции посвящена вопросам генома человека. В статье 11 «Запрет на дискриминацию» установлено, что любая форма дискриминации в отношении лица по признаку его генетического наследия запрещается. Вмешательство в геном человека, направленное на его модификацию, может быть осуществлено лишь в профилактических, диагностических или терапевтических целях и только при условии, что оно не направлено на изменение генома наследников данного человека (ст. 13).

Статья 14 «Запрет на выбор пола» Конвенции подчеркивает, что не допускается использование вспомогательных медицинских технологий деторождения в целях выбора пола будущего ребенка, за исключением случаев, когда это делается для предотвращения наследования будущим ребенком заболевания, связанного с полом (например, гемофилии). Глава V регулирует сферу научных исследований в области биологии и медицины — они осуществляются свободно при условии соблюдения положений рассматриваемой Конвенции и иных законодательных документов, гарантирующих защиту человека. Статья 16 «Защита лиц, выступающих в качестве испытуемых» гласит: «Исследования на людях проводятся только при соблюдении следующих условий:

i — не существует альтернативных методов исследования, сопоставимых по своей эффективности;

ii — риск, которому может быть подвергнут испытуемый, не превышает потенциальной выгоды от проведения данного исследования;

iii — проект предлагаемого исследования был утвержден компетентным органом после проведения независимой экспертизы научной обоснованности проведения данного исследования, включая важность его цели, и многостороннего рассмотрения его приемлемости с этической точки зрения;

iv — лицо, выступающее в качестве испытуемого, проинформировано об имеющихся у него правах и гарантиях, предусмотренных законом;

v — получено явно выраженное, конкретное письменное согласие, предусмотренное в ст. 5. Такое согласие может быть беспрепятственно отозвано в любой момент».

Защита лиц, не способных дать согласие на участие в исследовании, регулируется ст. 17:

1. Исследования на людях, не способных дать на это согласие в соответствии со ст. 5, могут проводиться только при соблюдении всех следующих условий:

i — выполнены условия, изложенные в подпараграфах i—iv ст. 16;

ii — ожидаемые результаты исследования предполагают реальный непосредственный благоприятный эффект для здоровья испытуемых;

iii — исследования с сопоставимой эффективностью не могут проводиться на людях, которые способны дать согласие;

iv — получено конкретное письменное разрешение, предусмотренное в ст. 6, и

v — сам испытуемый не возражает против этого.

2. В исключительных случаях и в соответствии с требованиями, предусмотренными законом, проведение исследований, не направленных на непосредственный неблагоприятный эффект для здоровья испытуемых, разрешается при соблюдении требований, изложенных в подпараграфах i, iii, iv и v параграфа 1 выше, а также следующих *дополнительных условий*:

i — целью исследования является содействие путем углубления и совершенствования научных знаний о состоянии здоровья человека, его болезни и расстройстве получению в конечном счете результатов, могущих иметь благоприятные последствия для состояния здоровья как данного испытуемого, так и других лиц, страдающих той же болезнью или расстройством либо находящихся в аналогичном состоянии;

ii — участие в данном исследовании сопряжено с минимальным риском или неудобствами для данного испытуемого.

Статья 18 «Исследования на эмбрионах in vitro» включает две части:

1. Если закон разрешает проводить исследования на эмбрионах in vitro, он же должен предусматривать надлежащую защиту этого эмбриона.

2. Создание эмбрионов человека в исследовательских целях запрещается.

В главе VI рассматриваются вопросы изъятия органов и тканей у живых доноров в целях трансплантации.

Статьей 19 устанавливаются общие правила:

1. Изъятие у живого донора органов и тканей для их трансплантации может производиться исключительно в целях лечения реципиента и при условиях отсутствия пригодного органа или ткани, полученных от трупа, и невозможности проведения альтернативного лечения с сопоставимой эффективностью.

2 Должно быть получено явно выраженное и конкретное согласие, предусмотренное ст. 5. Такое согласие должно даваться либо в письменной форме, либо в соответствующей официальной инстанции.

[9] Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины (Конвенция о правах человека и биомедицине) // URL: https://rm.coe.int/168007d004 (дата обращения: 10.05.2022).

Акцентируется внимание на защите лиц, не способных дать согласие на изъятие органа (ст. 20). Во-первых, нельзя изымать никакие органы или ткани у человека, не способного дать на это согласие, предусмотренное ст. 5. Во-вторых, в исключительных случаях и в соответствии с требованиями, предусмотренными законом, изъятие регенеративных тканей у человека, который не способен дать на это согласие, может быть разрешено при соблюдении следующих условий:

i — отсутствует совместимый донор, способный дать соответствующее согласие;

ii — реципиент является братом или сестрой донора;

iii — трансплантация призвана сохранить жизнь реципиента;

iv — в соответствии с законом и с одобрения соответствующего органа на это получено конкретное письменное разрешение, предусмотренное параграфами 2 и 3 ст. 6;

v — потенциальный донор не возражает против операции.

Кроме того, в главе VII запрещаются извлечение финансовой выгоды и возможное использование отдельных частей тела человека. Тело человека и его части не должны как таковые являться источником получения финансовой выгоды (ст. 21). Любая часть тела человека, изъятая в ходе медицинского вмешательства, может храниться и использоваться в целях, отличных от тех, ради которых она была изъята, только при условии соблюдения надлежащих процедур информирования и получения согласия (ст. 22). Стороны обеспечивают надлежащую судебную защиту с целью предотвратить или незамедлительно прекратить незаконное нарушение прав и принципов, изложенных в этой Конвенции (ст. 23).

Вместе с тем, несмотря на регулирование достаточно широкого круга вопросов, Конвенция не содержит определения ВРТ и прямого регулирования отношений в сфере их применения, однако устанавливает ограничения при обращении к ним, о которых речь шла выше.

Спустя год после того, как Великобритания стала первой страной в мире, допускающей рождение ребенка от трех генетических родителей (проект регламента проведения этой процедуры содержал оговорку о том, что донорство митохондрий само по себе не является достаточным основанием для обретения родительских прав в отношении ребенка)[10], в Мексике впервые успешно провели уникальную операцию с применением данной методики, в результате которой родился ребенок от трех родителей[11]. В январе 2017 г. из украинских СМИ стало известно о ребенке, который родился после пронуклеарного переноса ядер родителей в энуклеированную (лишенную собственного ядра) донорскую яйцеклетку [12] (до этого перенос проводился лишь в неоплодотворенных яйцеклетках, как в 2016 г. в Мексике).

Вмешательство в процесс естественного зачатия и рождения человека вызывает определенное осуждение и непризнание со стороны теологов. Русская православная церковь в официальном документе «Основы социальной концепции» (2000) указывает на то, что расширяющееся технологическое вмешательство в процесс зарождения человеческой жизни представляет угрозу для духовной целостности, физического здоровья личности, а также отношений между людьми. Вместе с тем к допустимым средствам репродуктивной медицины отнесено искусственное оплодотворение половыми клетками мужа, поскольку оно «не нарушает целостности брачного союза, не отличается принципиальным образом от естественного зачатия и происходит в контексте супружеских отношений»[13].

Таким образом, любые методы ВРТ, предполагающие использование донорского материала, а также суррогатное материнство категорически отрицаются церковью в силу их разрушительного влияния на устоявшиеся отношения между супругами и детьми.

ВРТ направлены на репродуктивное здоровье лиц, обращающихся за их применением. Законодательство Республики Беларусь (РБ) первоначально не содержало определения термина

[10] Mitochondrial Donation. A consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/285251/mitochondrial_donation_consultation_ document_24_02_14_Accessible_V0.4.pdf (дата обращения: 20.04.2022).

[11] *Hamzelou J.* Exclusive: World's first baby born with new «3 parent» technique // New Scientist // URL: https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/ (дата обращения: 20.04.2022).

[12] В Украине впервые родился ребенок «от трех родителей» // URL: https://health.unian.net/ country/1728282-reproduktologi-zayavili-o-rojdenii-v-ukraine-pervogo-v-mire-rebenka-blagodarya-innovatsionnomumetodu.html (дата обращения: 20.04.2022).

[13] Основы социальной концепции Русской православной церкви // URL: http://www. patriarchia.ru/db/text/419128.html (дата обращения: 04.05.2022).

«репродуктивное здоровье». После внесения изменений и дополнений в закон о ВРТ[14] данная дефиниция появилась.

Закон о ВРТ РБ направлен на определение правовых и организационных основ применения ВРТ и обеспечение прав граждан при их применении. Если международным договором РБ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Законом, то применяются правила международного договора РБ (ст. 2). К видам вспомогательных репродуктивных технологий РБ относятся лишь три вида:

— экстракорпоральное оплодотворение;
— суррогатное материнство;
— искусственная инсеминация.

Применение ВРТ осуществляется организациями здравоохранения, имеющими специальное разрешение (лицензию), выдаваемое в порядке, предусмотренном законодательством о лицензировании, если для применения таких технологий в соответствии с законодательством о лицензировании требуется получение лицензии.

В статье 1 данного Закона даются следующие определения:

— вспомогательные репродуктивные технологии — методы оказания медицинской помощи, при которых отдельные или все этапы зачатия и (или) раннего развития эмбриона (эмбрионов) до переноса его (их) в матку осуществляются в лабораторных условиях;
— генетическая мать — женщина, с участием половой клетки которой образовался эмбрион и носителем генотипа которой является будущий ребенок;
— донор половых клеток (далее, если не указано иное, — донор) — лицо, добровольно предоставляющее свои половые клетки;
— донорство половых клеток — добровольное предоставление донором своих половых клеток;
— искусственная инсеминация — вид вспомогательных репродуктивных технологий, заключающийся во введении мужских половых клеток в матку искусственным путем;
— криоконсервация — замораживание половых клеток, эмбрионов;
— половые клетки — сперматозоиды (у мужчин), яйцеклетки (у женщин);
— родственники — лица, находящиеся в кровном родстве, имеющие общих предков до прадеда и прабабки включительно;
— суррогатная мать — женщина, которая по договору суррогатного материнства вынашивает и рождает ребенка, не являющегося носителем ее генотипа;
— суррогатное материнство — вид вспомогательных репродуктивных технологий, заключающийся в соединении сперматозоида и яйцеклетки, изъятой из организма генетической матери, или донорской яйцеклетки вне организма женщины, развитии образовавшегося в результате этого соединения эмбриона, дальнейшем переносе данного эмбриона в матку суррогатной матери, вынашивании и рождении ею ребенка;
— экстракорпоральное оплодотворение — вид вспомогательных репродуктивных технологий, заключающийся в соединении сперматозоида и яйцеклетки вне организма женщины, развитии образовавшегося в результате этого соединения эмбриона и дальнейшем переносе данного эмбриона в матку;
— эмбрион — ранняя стадия развития живого организма.

Применение ВРТ допускается в отношении лиц, достигших 18 лет, обладающих полной дееспособностью, а также прошедших медицинский осмотр и имеющих медицинские показания и не имеющих медицинских противопоказаний к применению ВРТ. Перечень медицинских показаний и медицинских противопоказаний к применению ВРТ, а также порядок проведения медицинского осмотра пациента, в отношении которого предполагается применение ВРТ, определяются Министерством здравоохранения.

Экстракорпоральное оплодотворение (ЭКО) и искусственная инсеминация (ИИ) не применяются в отношении пациентки, достигшей 50 лет.

Применение ВРТ осуществляется медицинскими работниками организаций здравоохранения в соответствии с законодательством о здравоохранении.

При применении ВРТ в матку пациентки может быть перенесено не более двух эмбрионов, а в матку пациентки, достигшей 35 лет, а также пациентки независимо от возраста, в отношении которой применение вспомогательных репродуктивных технологий три и более раза не привело к наступлению беременности, — не более трех эмбрионов.

При наличии медицинских показаний может быть проведена редукция, заключающаяся в выполнении медицинского вмешательства по уменьшению числа эмбрионов. Перечень медицинских показаний для проведения редукции определяется Министерством здравоохранения.

Сведения о применении ВРТ, а также о личности пациента, донора составляют врачебную тайну. Предоставление информации, составляющей врачебную тайну, без согласия пациента, донора

[14] Закон Республики Беларусь от 07.01.2012 № 341-З «О вспомогательных репродуктивных технологиях» (с изм. и доп. от 18.06.2019) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь, 26.06.2019, 2/2638. URL ; Https://Www.Etalonline.By/Document/?Regnum=H11200341 (дата обращения: 09.05.2022).

допускается в случаях, предусмотренных статьей 46 Закона РБ «О здравоохранении»[15].

Донорство половых клеток осуществляется по письменному заявлению донора. Донор по отношению к пациенту может быть анонимным и неанонимным. Неанонимным донором может быть лишь родственник пациента (в отношении пациентки — ее родственник женского пола, в отношении пациента — его родственник мужского пола). Донором сперматозоидов может быть мужчина в возрасте от 18 до 50 лет, не имеющий медицинских противопоказаний к донорству сперматозоидов и прошедший медицинский осмотр. Анонимным донором яйцеклеток может быть женщина в возрасте от 18 до 35 лет, имеющая ребенка, не имеющая медицинских противопоказаний к донорству яйцеклеток и прошедшая медицинский осмотр.

Неанонимным донором яйцеклеток может быть женщина в возрасте от 18 по 49 лет, имеющая ребенка, не имеющая медицинских противопоказаний к донорству яйцеклеток и прошедшая медицинский осмотр. Лицо, совершившее тяжкое, особо тяжкое преступление против человека, не может быть донором. Перечень медицинских противопоказаний к донорству половых клеток, а также порядок проведения медицинского осмотра донора определяются Министерством здравоохранения. Забор донорских половых клеток осуществляется в организациях здравоохранения.

Донор имеет право на предоставление своих половых клеток на возмездной или безвозмездной основе, а также на реализацию иных прав в соответствии с рассматриваемым Законом РБ и иными актами законодательства. Денежное вознаграждение донору за предоставление своих половых клеток выплачивается организацией здравоохранения, осуществившей забор донорских половых клеток, в порядке, определяемом правительством (Советом министров) РБ.

Анонимный донор не имеет права на получение информации о дальнейшем использовании своих половых клеток, а также на выяснение личности ребенка, зачатого с использованием его половых клеток, и родителей этого ребенка. Хранение донорских половых клеток осуществляется в организациях здравоохранения после их криоконсервации. Условия криоконсервации донорских половых клеток, а также порядок их хранения определяются Министерством здравоохранения.

В целях организации работы по подбору образцов донорских половых клеток и сохранения *врачебной тайны* проводятся кодировка и маркировка криоконсервированных донорских половых клеток в порядке, определяемом Министерством здравоохранения. Считаем более корректным, правильным заменить слова «врачебной тайны» на «медицинской тайны», так как в случае нарушения сохранения *медицинской тайны* будут привлечены не только врач, но и любой медицинский работник, имеющий к этому отношение.

Донорские половые клетки могут быть использованы в целях оказания медицинской помощи пациенту, в отношении которого применяются ВРТ, а невостребованные в результате применения ВРТ донорские половые клетки — в научно-исследовательских целях. Половые клетки одного донора могут быть использованы не более чем в 20 попытках оплодотворения. Донорские половые клетки, полученные от анонимного донора, могут быть использованы лишь после их криоконсервации и прохождения карантинного периода, длительность которого составляет шесть месяцев.

Донорские половые клетки, полученные от неанонимного донора, могут быть использованы без их криоконсервации и прохождения карантинного периода. Пациент должен быть ознакомлен с возможными рисками, связанными с использованием донорских половых клеток без их криоконсервации и прохождения карантинного периода. Соответствующая информация вносится в медицинские документы и подписывается пациентом и лечащим врачом.

В целях осуществления контроля за использованием донорских половых клеток, полученных (в том числе в рамках осуществления международного сотрудничества) от анонимных доноров, создается *единый регистр доноров половых клеток*. Порядок создания и ведения единого регистра доноров половых клеток определяется Советом министров Республики Беларусь.

Сведения об анонимных донорах, о количестве попыток оплодотворения с использованием половых клеток одного анонимного донора представляются для включения в единый регистр доноров половых клеток в закодированном виде организациями здравоохранения в Министерство здравоохранения. При применении ВРТ пациент имеет право на:

— получение полной и достоверной информации о состоянии своего репродуктивного здоровья;
— получение информации о применяемых вспомогательных репродуктивных технологиях, эффективности, оптимальных сроках их применения, возможном риске, побочных эффектах и осложнениях, медицинских и правовых последствиях, а также об альтернативных методах оказания медицинской помощи;
— использование донорских половых клеток;
— выбор суррогатной матери.

[15] Закон Республики Беларусь от 18.06.1993 № 2435-XII «О здравоохранении» // URL: https://www.etalonline.by/document/?regnum=v19302435&q_id=4915606 (дата обращения: 21.04.2022).

При применении ВРТ *выбор пола* будущего ребенка *не допускается*, за исключением случаев возможности наследования заболеваний, связанных с полом. Перечень таких заболеваний определяется Министерством здравоохранения. При применении ВРТ пациент имеет право на хранение половых клеток, эмбрионов. Право на хранение половых клеток также имеют лица, не имеющие медицинских показаний к применению ВРТ, определенных Министерством здравоохранения. Хранение половых клеток, эмбрионов осуществляется в организациях здравоохранения после их криоконсервации. При помещении половых клеток, эмбрионов на хранение организация здравоохранения по согласованию с пациентом должна определить: сроки хранения половых клеток, эмбрионов; метод криоконсервации половых клеток, эмбрионов; порядок использования половых клеток, эмбрионов. Соответствующая информация вносится в медицинские документы и подписывается пациентом и лечащим врачом. Условия криоконсервации половых клеток, эмбрионов, а также порядок их хранения определяются Министерством здравоохранения.

При применении ВРТ пациент имеет право на выбор донора. Выбор анонимного донора осуществляется по каталогу, содержащему описание анонимных доноров, сведения о которых включены в единый регистр доноров половых клеток. Описание анонимного донора содержит следующую информацию, не составляющую врачебную тайну: возраст, рост, вес, цвет волос и глаз, расовая и национальная принадлежность, образование, группа крови и резус-фактор. Порядок формирования и ведения каталога, содержащего описание анонимных доноров, а также порядок и условия ознакомления с данным каталогом пациента, в отношении которого предполагается применение ВРТ, определяются Министерством здравоохранения.

Невостребованные в результате применения вспомогательных репродуктивных технологий половые клетки могут быть использованы в научно-исследовательских целях только при наличии письменного согласия пациента. Наличие согласия анонимного донора на использование его половых клеток в научно-исследовательских целях не требуется.

В случае расторжения брака, признания его недействительным использование бывшими супругами невостребованных в результате применения ВРТ половых клеток друг друга запрещается. Использование невостребованных в результате применения вспомогательных репродуктивных технологий половых клеток пациента, умершего или объявленного в судебном порядке умершим, запрещается.

Невостребованные в результате применения ВРТ эмбрионы могут быть использованы для совершенствования применения ВРТ, если срок их развития не превышает 14 дней и при наличии письменного согласия пациентов, с участием половых клеток которых образовались эмбрионы. Наличие согласия анонимного донора на использование эмбрионов, которые образовались с участием его половых клеток, для совершенствования применения ВРТ не требуется. Использование эмбрионов в научно-исследовательских целях *запрещается*. Перенос невостребованных в результате применения ВРТ эмбрионов другому пациенту запрещается.

В случае расторжения брака, признания его недействительным, а также в случае смерти или объявления в судебном порядке умершим одного из супругов использование бывшими супругами (бывшим супругом) невостребованных в результате применения ВРТ эмбрионов запрещается.

Необходимым условием применения **ЭКО** является письменное заявление пациентки (если пациентка состоит в браке, — также письменное согласие ее супруга). Для образования эмбрионов при экстракорпоральном оплодотворении могут быть использованы: яйцеклетки, донорские сперматозоиды (в отношении пациентки, не состоящей в браке, — только сперматозоиды анонимного донора); половые клетки лиц, состоящих в браке между собой и совместно обратившихся за применением ЭКО; яйцеклетки женщины, не состоящей в браке и обратившейся за применением экстракорпорального оплодотворения.

В отношении половых клеток, эмбрионов, не востребованных в результате применения экстракорпорального оплодотворения, пациент принимает решение: о прекращении использования половых клеток, эмбрионов; о криоконсервации половых клеток, эмбрионов; о возможности использования половых клеток в научно-исследовательских целях, а эмбрионов — для совершенствования применения ВРТ.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. В Украине впервые родился ребенок «от трех родителей» // URL: https://health.unian.net/ country/1728282-reproduktologi-zayavili-o-rojdenii-v-ukraine-pervogo-v-mire-rebenka-blagodarya-innovatsionnomumetodu.html (дата обращения: 20.04.2022).
2. *Дикова И. А.* К вопросу о субъектах правоотношений в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий // Юрист. — 2008. — № 11. — С. 46—51.

3. Доклад Международной конференции по народонаселению и развитию (Каир, 5—13 сент. 1994 г.) // URL: http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_rus.pdf // (дата обращения: 17.04.2022).
4. Ева. Клиника женского здоровья // URL: http://evaclinic.by/eco.html // (дата обращения: 10.05.2022).
5. *Кириченко К. А.* О двух подходах к пониманию правовой сущности вспомогательных репродуктивных технологий // Предпринимательство и право: информ.-аналит. портал. — URL: http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=32 (дата обращения: 20.04.2022).
6. Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 г. // URL: http://evolutio.info/content/view/178/38/ (дата обращения: 25.05.2022).
7. *Кравцов Р. В.*, *Караваева Е. И.* Биомедицинские технологии: вопросы правового регулирования и ответственности // Сибирский юридический вестник. — 2005. — № 3. — С. 7—12.
8. *Кручинина Н. В.* Роль науки в защите от криминальных рисков вспомогательных репродуктивных технологий // Технологии XXI века в юриспруденции : сборник материалов науч.- практ. конференции (Екатеринбург, 21 мая 2021 г.) / отв. ред. Д. В. Бахтеев. — Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2021. — С. 187—190.
9. *Кручинина Н. В.* Юридическая ответственность за злоупотребления и преступления в сфере искусственной репродукции человека // Lex russica. — 2019. — № 6 (151). — С. 48—51.
10. Основы социальной концепции Русской православной церкви // URL: http://www. patriarchia.ru/db/text/419128.html (дата обращения: 04.05.2022).
11. *Пурге А. Р.* Правовое регулирование суррогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Душанбе, 2015.
12. *Сидорова Э.* СК раскрыл подробности дела о торговле детьми, по которому задержали восемь человек // Life.ru. URL: https://life.ru/p/1334828 (дата обращения: 10.05.2021).
13. *Соловьев Е. Г.* Репродуктивные права как элементы конституционных прав и свобод человека и гражданина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 // URL: http://www.dissercat.com/content/reproduktivnye-prava-kak-elementy-konstitutsionnykh-prav-i-svobod-cheloveka-i-grazhdanina (дата обращения: 05.04.2022).
14. Словарь терминов вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ), 2009 г. // URL: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2_ru.pdf?ua=1 (дата обращения: 07.05.2022).
15. Стандарт // Большой энциклопедический словарь. 2000 // Academic.ru. — URL:https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/280258#sel=5 (дата обращения: 10.05.2022).
16. ЭКО. Центр репродуктивной медицины // URL: http://ecocenter.by (дата обращения: 10.05.2022).
17. Эмбрио. Центр вспомогательной репродукции // URL: http://www.embryo.by/ru/services/ begin/ (дата обращения: 10.05.2022).
18. *Юрашевич Н. М.*, *Ильина Е. В.* Семейно-правовые фикции, регламентирующие использование репродуктивных технологий в Республике Беларусь, Российской Федерации и Республике Казахстан // СПС «КонсультантПлюс».
19. *Bodkin H.* Single men will get the right to start a family under new definition of infertility // URL: http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/ (дата обращения: 25.05.2022).
20. *Hamzelou J.* Exclusive: World's first baby born with new «3 parent» technique // New Scientist . URL: https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/ (дата обращения: 20.04.2022).
21. *Kefalas A.* Chypre, l'ile ou on peut choisir le sexe de son future bèbè // Le Figaro. — 2019. 2 juil.
22. Mitochondrial Donation. A consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/285251/mitochondrial_donation_consultation_document_24_02_14_Accessible_V0.4.pdf (дата обращения: 20.04.2022).
23. Multiple definitions of infertility // URL: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/multiple-definitions/en/ (дата обращения: 25.05.2022).

Договор суррогатного материнства: правовая квалификация и отдельные элементы содержания

Surrogacy Contract: Legal Qualification And Individual Content Elements

Д. О. Османова,
кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), старший преподаватель кафедры частноправовых дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ
diana710@yandex.ru

D. O. Osmanova,
Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer of the Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Senior Lecturer, Department of Private Law Disciplines, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
diana710@yandex.ru

© *Османова Д. О., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.113-120

Аннотация. *В рамках исследования автор предложил понятие договора суррогатного материнства — это соглашение, являющееся содержательным элементом договора возмездного оказания комплексной медицинской услуги, направленной на преодоление репродуктивной дисфункции родителей (заказчика) посредством неинвазивного замещения нездоровых репродуктивных органов родителей (заказчика) здоровыми репродуктивными органами репродуктивного донора при помощи медицинского сопровождения специализированного медицинского учреждения, аккредитованного на проведение соответствующих процедур. Учитывая предмет данного соглашения, аргументирована позиция о том, что его регулирование должно относиться исключительно к гражданско-правовой плоскости как разновидность договора возмездного оказания услуг.*
Обозначены существенные условия такого договора: предмет, безотзывное согласие репродуктивного донора на запись заказчика в качестве родителей, а также размер денежной компенсации, эквивалентный временной потере здоровья репродуктивного донора в связи с исполнением принятых на себя по договору обязательств. Автор указывает, что подобный метод лечения бесплодия является разновидностью донорства, имеющего определенные специфические черты, в частности не требующего изъятия и переноса органов репродуктивного донора лицам, страдающим репродуктивной дисфункцией. Этим же определяется сущность роли, выполняемой репродуктивным донором, — временное предоставление здоровой репродуктивной системы для вынашивания имплантированного эмбриона.
Ключевые слова: *суррогатное материнство, донорство, вспомогательные репродуктивные технологии, договор суррогатного материнства.*

Abstract. *As part of the study, the author proposed the concept of a surrogacy contract — this is an agreement that is a substantive element of the contract for the provision of a comprehensive medical service aimed at overcoming the reproductive dysfunction of the parents (customer) through non-invasive replacement of unhealthy reproductive organs of the parents (customer) with healthy reproductive organs of the reproductive donor assistance of medical support of a specialized medical institution accredited to carry out the relevant procedures. Taking into account the subject of this agreement, the position is argued that its regulation should relate exclusively to the civil law plane as a kind of contract for the provision of services for compensation. The essential conditions of such an agreement are indicated: the subject matter, the irrevocable consent of the reproductive donor to record the customer as parents, as well as the amount of monetary compensation equivalent to the temporary loss of health of the reproductive donor in connection with the fulfillment of the obligations assumed under the contract. The author points out that this method of infertility treatment is a kind of donation that has certain specific features, in particular, it does not require the removal and transfer of reproductive donor organs to persons suffering from reproductive dysfunction. This also determines the essence of the role performed by the reproductive donor — the temporary provision of a healthy reproductive system for carrying an implanted embryo.*
Keywords: *surrogate motherhood, donation, assisted reproductive technologies, surrogacy contract.*

Информатизация и технологизация общества сталкивает его с необходимостью разрешения новых, доселе неизвестных проблем, одна из которых связана с национальной демографической стабильностью. Право, неизбежно проигрывая скорости развития общественных отношений, в определенный момент должно включаться в урегулирование определенных сфер человеческой жизнедеятельности. В противном случае подобная отстраненность может привести к фатальным последствиям. Наглядным примером сферы общественной жизни, требующей своего «правового внимания», является одно из набирающих популярность средств лечения репродуктивной дисфункции — суррогатное материнство.

Уяснение сущности и правовой квалификации договора, лежащего в основе подобного метода лечения, а также его содержания и положения в системе юридических координат крайне важно ввиду частоты его использования и многоаспектности отношений, которые он опосредует. Суррогатное материнство стоит на перепутье медицины и юриспруденции, что предопределяет особую сложность при ответе на поставленные вопросы.

Правовая регламентация договора суррогатного материнства в зарубежных правопорядках и России

Мировое сообщество к процедуре суррогатного материнства относится крайне неоднозначно, в связи с чем условно можно выделить четыре группы стран, избравших тот или иной подход[1]:

1) страны, позволяющие использовать суррогатное материнство, в том числе коммерческое (Индия, Казахстан, Белоруссия, Украина, ЮАР);
2) страны, позволяющие использовать только некоммерческое суррогатное материнство (Англия, Австралия, Дания, Израиль, Нидерланды, Канада);
3) страны, запрещающие использование суррогатного материнства (отдельные штаты США (Аризона, Мичиган, Нью-Джерси), Франция, Германия, Италия, Норвегия, Швеция);
4) страны, фактически допускающие, но не регулирующие указанную область правоотношений (Россия[2]).

Господствующий в той или иной юрисдикции подход к указанному явлению определяет избираемое регулирование.

В странах с более лояльным подходом договор суррогатного материнства является разновидностью гражданско-правового договора, в связи с чем его регулирование занимает обоснованное место в источниках гражданского права, в частности в Республике Казахстан[3], Республике Беларусь[4].

В отличие от первой категории стран, в некоторых странах допускается заключение таких договоров с императивными ограничениями. Так, согласно п. 1 параграфа 2 Закона Великобритании 1985 г. о регулировании некоторых видов деятельности в связи с договоренностями, достигнутыми с целью использования женщин, вынашивающих детей в качестве суррогатных матерей, суррогатное материнство допустимо только на некоммерческой основе. Аналогичное требование встречается в законодательстве Австралии[5] и Израиля[6].

В иных европейских странах наблюдается более негативное отношение к подобного рода взаимоотношениям сторон. Например, в законодательстве Франции, Италии и Германии договор о суррогатном материнстве считается недействи-

---

[1] См.: *Миллер О. В.* Суррогатное материнство: особенности нормативного правового регулирования в РФ и США // Инновационная наука. 2015. № 6—2. URL: http://cyberleninka.ru/article/n/surrogatnoe-materinstvo-osobennosti-normativnogo-pravovogo-regulirovaniya-v-rf-i-ssha (дата обращения: 28.12.2021).

[2] Следует пояснить, что автор настоящего исследования убежден, что, несмотря на отдельные фрагментарные упоминания о подобной репродуктивной технологии в различных нормативных источниках, фактически вопрос суррогатного материнства полно и всесторонне не урегулирован.

[3] См.: Кодекс Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье от 26.12.2011 № 518-IV // URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31102748#pos=79;-46 (дата обращения: 01.11.2021); Кодекс Республики Казахстан о здоровье народа и системе здравоохранения от 07.07.2020 № 360-VI // URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=34464437 (дата обращения: 01.11.2020).

[4] Постановление Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 14.09.2006 № 71 «Об утверждении перечня медицинских показаний и противопоказаний к суррогатному материнству, порядок и объем медицинского обследования суррогатной матери, генетической матери и их супругов» // URL: http://pravo.levonevsky.org/bazaby11/republic23/text904.htm (дата обращения: 01.11.2021) ; Закон Республики Беларусь от 07.01.2012 № 341-З «О вспомогательных репродуктивных технологиях» // URL: https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm (дата обращения: 01.11.2021).

[5] См.: *Старчиков М. Ю.* Правовой статус суррогатного материнства в России: теоретические положения и судебная практика // СПС «КонсультантПлюс».

[6] URL: https://www.health.gov.il/Russian/Subjects/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx (дата обращения: 01.11.2020).

тельным и не имеющим законной силы как противоречащий государственной политике[7].

Российское законодательство ограниченно регулирует подобные отношения. Здесь можно привести Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»[8] (далее — Закон об охране здоровья граждан); отдельные положения Семейного кодекса РФ (п. 4 ст. 51, п. 3 ст. 52); приказ Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» (далее — Приказ Минздрава), раздел V которого посвящен указанной репродуктивной технологии[9].

В рамках Гражданского кодекса РФ и Семейного кодекса РФ договор суррогатного материнства не поименован, равно как и не регламентирован в иных нормативных актах, что создает неопределенность относительно его правовой природы и регламентации его условий.

По результатам проведенного анализа усматривается, что многие зарубежные правопорядки отрицают на законодательном уровне допустимость существования отношений, возникающих из договора суррогатного материнства, что, в свою очередь, влечет возникновение альтернативных механизмов — распространение «репродуктивного туризма», обращение за защитой в ЕСПЧ, который вмешивается во внутринациональное регулирование. Автор настоящей работы убежден, что с учетом востребованности и распространенности (на мировом уровне) подобного средства лечения бесплодия, наиболее верным решением является нормативное закрепление подобной сферы отношений с целью защиты интересов их участников.

О правовой природе договора суррогатного материнства

Вышеуказанное немногочисленное нормативное закрепление на национальном уровне способствует появлению различных теорий относительно правовой природы соглашения, из которого вытекают исследуемые правовые отношения.

Условно обнаруженные позиции можно разделить на четыре основные группы, рассматривающие договор суррогатного материнства как:

1) разновидность гражданско-правовой сделки[10];
2) особую разновидность семейно-правового соглашения[11];
3) разновидность смешанного договора[12], включающего в себя междисциплинарные положения;
4) особый договор, относящийся к категории непоименованных договоров[13].

Опуская подробное исследование каждой из предложенных позиций, автор настоящего исследования полагает, что с учетом цели обращения к такому соглашению, — получение медицинской помощи, результатом которой является преодоление репродуктивной дисфункции заказчика[14] — его необходимо квалифицировать как разновидность договора возмездного оказания услуг.

Так, в силу п. 70 приказа Минздрава обращение к суррогатной матери допустимо только при

---

[7] См.: *Reis D.* German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy // URL: http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy ; URL: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf (дата обращения: 05.12.2021).

[8] Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

[9] Приказ Минздрава России от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению». Зарегистрирован в Минюсте России 19.10.2020 № 60457 // СПС «КонсультантПлюс».

[10] См., например: *Борисова Т. Е.* Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства и практики // Российская юстиция. 2009. № 4. С. 7—10 ; *Герасимов А. В., Афанасьева А. Ю.* Проблемы суррогатного материнства по российскому законодательству // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2014. № 4 (26). С. 30—32.

[11] См., например: *Лошакова Ю. А.* Актуальные вопросы правового регулирования суррогатного материнства // Молодой ученый. 2019. № 19 (257).

[12] См., например: *Горбунов З. Н.* Договор о суррогатном материнстве и его значение в системе защиты прав участников репродуктивной технологии // Юстиция. 2017. № 2. С. 53—57.

[13] См., например: *Малютина А. В.* О правовой природе договора суррогатного материнства // Всероссийский журнал научных публикаций. 2012. № 1 (11). С. 46—48 ; *Сухарева Е. Р.* Суррогатное материнство: свобода усмотрения и соотношение отраслевых методов правового регулирования // Вестник ВИ МВД России. 2013. № 3.

[14] Иные предложения в части предмета такого соглашения, касающиеся процесса родоразрешения, эмбриона, передачи рожденного ребенка, не могут быть восприняты в качестве такового ввиду либо объективной невозможности контроля со стороны человека (физиологические роды), либо противоречия закону (рожденный ребенок — субъект права).

наличии указанных в нем *медицинских* показаний (отсутствие матки, деформация полости или шейки матки и др.). Иными словами, суть оказываемой медицинской услуги заключается в поиске и обнаружении здорового (по медицинским показателям) репродуктивного органа, способного (по медицинским показателям) выдержать процесс имплантации стороннего биологического материала и вы́носить указанный биологический материал в течение установленного физиологическими рамками времени.

С учетом понятия, закрепленного в пп. 1 п. 2 Закона об охране здоровья граждан, расстройство функций органа (в данном случае органов репродукции) представляет собой нарушение здоровья, для восстановления которого лицо обращается за медицинской помощью — комплексом мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг (пп. 3 п. 2 Закона об охране здоровья граждан).

В свою очередь, медицинская услуга — медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение (пп. 4 ст. 2 указанного Закона).

Таким образом, автор с учетом проанализированных позиций считает допустимым обозначить следующий *вывод*: ***договор суррогатного материнства*** — соглашение, являющееся неотъемлемой частью договора, заключаемого между заказчиком и медицинской организацией, об оказании комплексной медицинской услуги, направленной на преодоление репродуктивной дисфункции посредством использования такого метода лечения, как суррогатное материнство; предметом договора суррогатного материнства является услуга донирования суррогатной матерью здорового репродуктивного органа посредством неинвазивного замещения нездоровых репродуктивных органов заказчиков собственными здоровыми репродуктивными органами с помощью специализированного медицинского сопровождения.

Существенные условия договора и субъектный состав

Предложенное понятие договора обосновывает установленную п. 71 Приказа Минздрава недопустимость использования биоматериала суррогатной матери (яйцеклетки) для оплодотворения в цикле суррогатного материнства. Таким образом, суррогатная мать никогда не может быть генетически связана с потенциальным ребенком. Учитывая ее полную отстраненность от вынашиваемого плода (в генетическом и юридическом смысле), обязанности суррогатной матери по договору считаются исполненными с момента начала процесса родов (если указанный этап достигнут), а потому обоснованным думается вывод о том, что предметом анализируемого договора выступает услуга по донированию здорового репродуктивного органа в целях имплантации биоматериала заказчика.

Не менее важным существенным условием договора суррогатного материнства должен быть отказ суррогатной матери от родительских прав, т.е. заранее предоставленное безотзывное согласие[15] на то, что в случае успешного родоразрешения суррогатная мать не имеет родительских прав в отношении плода. В перспективе регулирование указанного вопроса должно быть таковым, что суррогатная мать в принципе не может считаться обладающей какими-либо родительскими правами в отношении потенциального ребенка с учетом отсутствия генетической и социальной связи с последним[16].

Необходимость установления подобного существенного условия — вынужденный переходный этап на пути к предложенному регулированию. Положения абз. 2 п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ, устанавливающее необходимость получения согласия суррогатной матери, для того чтобы быть записанными в качестве родителей рожденного ребенка, порождает множество злоупотреблений со стороны суррогатных матерей и не соответствует цели указанного метода лечения.

Корень данной проблемы кроется в п. 1 ст. 48 Семейного кодекса РФ, согласно которому происхождение ребенка от матери (материнство) устанавливается на основании документов, подтверждающих *рождение ребенка матерью*. Думается, что в данной статье необходимо усматривать два самостоятельных аспекта: рождение в физиологическом и юридическом смысле. Законодатель,

[15] Предложенная конструкция выведена из аналогии с безотзывной офертой, предусмотренной ст. 436 ГК РФ, предполагающей, что суррогатная мать отказывается от родительских прав в момент подписания договора суррогатного материнства, независимо от того, прописано ли соответствующее условие в тексте договора, до момента успешного родоразрешения.

[16] См., например: определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона "Об актах гражданского состояния"» // СПС «КонсультантПлюс».

предлагая соответствующую формулировку, исходил из представления о среднестатистической женщине со здоровой репродуктивной системой, для которой физиологический и юридический процесс рождения представляют собой единое целое.

Между тем в случае обращения к исследуемому методу лечения, указанные процессы, очевидно, распадаются, поскольку физиологические роды осуществляет суррогатная мать, а юридическое рождение — биологические родители. В таком случае физиологический аспект для вопроса установления происхождения ребенка теряет свое значение, уступая место юридическому, который включает в себя следующие характеристики потенциальных родителей: волеизъявление сторон на возникновение нового субъекта права; намерение на возникновение и установление родительских прав и обязанностей с будущим ребенком; наличие генетической связи (использование биоматериалов потенциальных родителей).

Возможно проблема смешения гражданско-правовых обязательств и семейно-правового регулирования (проявляющаяся в необходимости получения согласия суррогатной матери на запись заказчиков в качестве родителей ребенка) отчасти возникает из-за некорректной терминологии, предложенной законодателем: «суррогатная мать», «потенциальные родители», «генетическая мать», «генетический отец». Как отмечает Е. Е. Пирогова, соглашаясь с мнением А. А. Серебряковой, матерью родившегося в результате искусственного оплодотворения ребенка должна признаваться женщина, на лечение бесплодия которой направлены предпринимаемые процедуры[17].

Думается, что необходимо пойти чуть дальше в указанном вопросе посредством полного отказа от использования термина «суррогатная мать» и его замены на термин «репродуктивный донор», что в полной мере отражает суть складывающихся отношений и роль женщины, выступающей таким донором.

Помимо вышеперечисленных, существенным должно быть условие о компенсации объективной потери здоровья репродуктивного донора (далее — размер компенсации за физиологический вред). В то же время указанное денежное предоставление не свидетельствует о возмездном характере услуги, оказываемой женщиной — репродуктивным донором, поскольку последняя после получения денежного эквивалента потери своего здоровья фактически будет поставлена в положение, существовавшее до заключения указанного соглашения.

Таким образом, *существенными условиями договора*, заключенного с репродуктивным донором, являются:

1) предмет договора;
2) размер компенсации за физиологический вред;
3) безотзывное согласие репродуктивного донора на отказ от родительских прав в отношении ребенка, зачатого и рожденного посредством указанного метода[18].

Субъектный состав договора вызывает не меньше вопросов, чем иные аспекты, связанные с исследуемыми правоотношениями. В науке существует дискуссия относительно количества участников складывающихся отношений и их правового статуса. Ряд авторов предполагает, что договор является многосторонним соглашением, участниками которого выступают: супруги-заказчики, суррогатная мать и лечебное учреждение, сопровождающее медицинскую услугу (врач-акушер)[19]. Дискуссионным также является вопрос относительно правового статуса супруга суррогатной матери, поскольку последний должен дать свое письменное согласие, чтобы суррогатная мать могла выступить в таком качестве (п. 71 Приказа Минздрава).

С учетом выявленных позиций необходимо обозначить мнение автора. Прежде всего, следует согласиться с тем, что правоотношения, складывающиеся в связи с применением указанного метода лечения, должны быть оформлены *на основании двух самостоятельных договоров*, первый из которых заключается между медицинской организацией и потенциальными родителями, второй — между медицинской организацией и репродуктивным донором. Вместе указанные соглашения представляют собой содержание комплексной медицинской услуги, оказываемой заказчикам. Медицинская организация в рамках оказания медицинской услуги по восстановлению репродуктивного здоровья заказчика организует подбор соответствующего репродуктивного донора и выполняет последующие действия, направленные на восстановление фертильного здоровья пациента.

---

[17] См.: *Пирогова Е. Е.* Проблемы правового регулирования при установлении происхождения детей, рожденных суррогатной матерью // Семейное и жилищное право. 2019. № 2. С. 24—26 ; *Серебрякова А. А.* Проблемы правового регулирования суррогатного материнства // Российская юстиция. 2016. № 12. С. 52—55.

[18] Еще раз подчеркнем, что последнее существенное условие — это необходимый промежуточный этап на пути формирования единого подхода к гражданско-правовой природе складывающихся отношений, исключающих семейно-правовой аспект, включающий возможность репродуктивного донора влиять на родительскую связь рожденного ребенка и родителей-заказчиков.

[19] См.: *Шапиро И. М.* Сравнительно-правовой анализ условий договоров суррогатного материнства и возмездного оказания услуг // Семейное и жилищное право. 2018. № 3. С. 19—22.

Соглашение, которое заключается с репродуктивным донором, представляет собой *самостоятельный договор* — необходимое звено в обязательстве по возмездному оказанию комплексной медицинской услуги.

С учетом предложенного понимания сути указанного договора, а также роли репродуктивного донора, с учетом предложенной автором позиции об отсутствии семейно-правового аспекта в данных правоотношениях необходимо резюмировать, что супруг репродуктивного донора их участником не является, а требование о получении его письменного согласия видится излишним и неуместным.

Таким образом, *субъектный состав* складывающихся отношений следующий: заказчик, медицинская организация, репродуктивный донор.

В контексте рассуждений о субъектах исследуемых правоотношений нельзя не отметить обязательность установления определенных требований как к репродуктивному донору[20], так и к заказчикам. В Приказе Минздрава регламентация требований к репродуктивному донору отсутствует. В то же время ч. 10 ст. 55 Закона об охране здоровья граждан устанавливает, что суррогатной матерью может быть женщина в возрасте от 20 до 35 лет, имеющая не менее одного здорового ребенка, получившая медицинское заключение об удовлетворительном состоянии здоровья, давшая письменное информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство. На стороне заказчиков могут выступать потенциальные родители либо одинокая женщина, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно *по медицинским критериям*, определенным в соответствующем Приказе. Иных требований данным актом не предусмотрено.

Отсутствие возрастного ценза для заказчиков видится необоснованным. Учитывая суть обращения к подобному договору — преодоление репродуктивной дисфункции — необходимо учитывать как биологическую возможность соответствующего донирования со стороны репродуктивного донора, так и физиологическую возможность заказчиков для установления их соответствия медицинским критериям. В частности, проблема репродуктивной дисфункции объективно не может возникнуть *до* формирования репродуктивной системы и *после* преодоления максимальной отметки фертильного возраста.

С учетом изложенного, думается обоснованным предложить, что потенциальные родители не могут быть младше 21 года (сочетание биологического, юридического и психологического критериев) и старше 49 лет. Предельный возраст потенциальных родителей установлен с учетом среднестатического предельного фертильного возраста, по мнению Всемирной организации здравоохранения)[21].

Помимо этого, критикуется возможность обращения к подобной репродуктивной технологии только со стороны одинокой женщины, что исключает возможность обращения со стороны одинокого мужчины[22]. Автор настоящей статьи предлагает ограничить перечень лиц, которые могут выступать заказчиками по такому договору. В частности, заказчиками могут выступать только лица, как состоящие, так и не состоящие в зарегистрированном браке (фактические супруги), где супруга (фактическая супруга) соответствует медицинским критериям для обращения к подобному методу лечения бесплодия; одинокая женщина и одинокий мужчина из перечня субъектов таких правоотношений полностью исключаются.

С медицинской точки зрения исключение из перечня лиц одинокого мужчины оправданно, поскольку такой метод лечения бесплодия объективно не способен способствовать излечению бесплодия мужчины. Однако подобный подход (в части исключения из перечня одиноких женщин) оправдан с юридической точки зрения, поскольку позволяет установить справедливый правовой баланс участников правоотношений.

О некоторых особенностях содержания правоотношений, вытекающих из договора суррогатного материнства

Относительно содержания исследуемого договора необходимо остановиться на наиболее проблем-

[20] Следует отметить, что требование к суррогатной матери — вполне распространенное явление в законодательстве тех стран, которые позволяют использовать указанный метод лечения. Например, израильский Закон 1996 г. устанавливает, что суррогатная мать должна быть не замужем (так как рождение замужней женщиной ребенка не от мужа делает младенца «осквернённым»), не иметь генетического родства с ребенком и ни с одним из названных (генетических) родителей и принадлежать к той же религии, что и названная мать. См.: *Боннер А. Т.* Законодательство об искусственном оплодотворении и практика его применения судами нуждаются в усовершенствовании // Закон. 2015. № 7. С. 134—151.

[21] На необходимость установления возрастного ценза для указанных сторон указывают, в частности, Д. А. Белова и Е. Е. Богданова, мотивируя указанную позицию необходимостью учета интересов ребенка, который должен жить и воспитываться родителями. См.: *Белова Д. А., Богданова Е. Е.* Концептуальные основы совершенствования законодательства о вспомогательных репродуктивных технологиях // Законы России. 2020. № 6. С. 74—80.

[22] См.: *Боннер А. Т.* Указ. соч. ; *Черных И. И.* Особенности рассмотрения в суде дел об оспаривании отцовства (материнства) в правоотношениях суррогатного материнства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 9. С. 67—76.

ных, по мнению автора, аспектах, требующих своего раскрытия. Прежде всего это возможность одностороннего отказа сторон от данного договора, предусмотренного положениями ст. 782 ГК РФ.

Даже с учетом специфики предмета исследуемого соглашения право участников такого договора на односторонний отказ не может быть нивелировано, тем более что ст. 56 Закона об охране здоровья граждан в полной мере это позволяет. Особенность в данном случае заключается в том, что период такого отказа (со стороны как репродуктивного донора, так и заказчиков) объективно ограничен, если не связан с медицинскими критериями. В частности, ч. 2 ст. 56 Закона об охране здоровья граждан устанавливает возможность искусственного прерывания беременности при сроке до 12 недель. В таком случае как репродуктивный донор, так и заказчики в случае успешной имплантации эмбриона вправе отказаться от данного договора в обусловленный законом срок. Стороны также вправе отказаться от исполнения договора в любой момент до имплантации эмбриона или после имплантации, если эмбрион не прижился. По истечении установленного законом срока беременности (т.е. за пределами 12 недель), односторонний отказ от исполнения договора недопустим. Исключение — это искусственное прерывание беременности по инициативе репродуктивного донора в случае, если это необходимо по медицинским показаниям (как указано в ч. 4 ст. 56 Закона об охране здоровья граждан).

В случае если односторонний отказ заявлен заказчиком, последний обязан компенсировать в полном объеме (в соответствии с условиями договора) физиологический вред здоровью репродуктивного донора, а также сопутствующие расходы, возникшие к моменту отказа (например, стоимость проведенных медицинских обследований и др.). В том случае, если отказ заявлен репродуктивным донором и указанный отказ не связан с медицинскими критериями, последний обязан вернуть полную стоимость оплаченных услуг (как за временную потерю здоровья, так и сопутствующие расходы), а также в случае необходимости — выплатить заказчику компенсацию морального вреда.

Если же односторонний отказ репродуктивного донора обусловлен медицинскими причинами, подобное поведение следует рассматривать как частный случай невозможности исполнения договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон [23] (п. 3 ст. 781 ГК РФ), а значит, репродуктивному донору должны компенсировать полную стоимость возмещения за физиологический вред здоровью.

Резюмируя вышеизложенное, необходимо отметить ключевые выводы автора настоящего исследования

Договор суррогатного материнства — это соглашение, являющееся содержательным элементом договора возмездного оказания комплексной медицинской услуги, направленной на преодоление репродуктивной дисфункции родителей (заказчика) посредством неинвазивного замещения нездоровых репродуктивных органов родителей (заказчика) здоровыми репродуктивными органами репродуктивного донора при помощи медицинского сопровождения специализированного медицинского учреждения, аккредитованного на проведение соответствующих процедур.

Иными словами, то, что в рамках настоящего исследования именуется договором суррогатного материнства, есть не что иное, как отдельное соглашение, заключаемое между репродуктивным донором и медицинской организацией в ходе исполнения последней своих обязательств в рамках договора возмездного оказания комплексной медицинской услуги, связанной с применением такого метода вспомогательной репродуктивной технологии. Указанный договор, по своей сути, является разновидностью донорства, имеющего определенные специфические черты, в частности не требующего изъятия и переноса органов репродуктивного донора лицам, страдающим репродуктивной дисфункцией. Этим же определяется сущность роли, выполняемой репродуктивным донором, — временное предоставление здоровой репродуктивной системы для вынашивания имплантированного эмбриона.

Учитывая предмет данного соглашения, его регулирование должно лежать исключительно в гражданско-правовой плоскости. Существенными условиями такого договора должны быть: его предмет, согласие репродуктивного донора на запись заказчика в качестве родителей (как переходный этап регулирования), а также размер

[23] Полагаем, что для участия в соответствующих правоотношениях потенциальный репродуктивный донор должен пройти медицинское освидетельствование на предмет возможности исполнения обязательств по такому договору с медицинской точки зрения. В этой связи в случае, если по медицинским критериям беременность тем не менее будет прервана, указанное обстоятельство должно быть воспринято именно с точки зрения п. 3 ст. 781 ГК РФ. В то же время нельзя исключать ситуации обмана или предоставления ненадлежащей информации со стороны репродуктивного донора о состоянии своего здоровья. В таком случае должны быть применены последствия, аналогичные одностороннему отказу от исполнения договора со стороны репродуктивного донора без учета медицинского критерия.

денежного возмещения, эквивалентный временной потере здоровья репродуктивного донора.

Важными представляются как четкая правовая регламентация указанного договора, так и раскрытие отдельных содержательных аспектов: в частности, установление возрастного ценза как для репродуктивного донора, так и для заказчика (с учетом биологической возможности существования проблемы репродуктивной дисфункции); закрепление права на односторонний отказ сторон от исполнения принятых на себя обязательств и последствий такого отказа.

Автором предложено ограничительное и вполне конкретное понимание сути данного правоотношения, чтобы отсечь семейно-правовые аспекты из данной области регулирования, которые объективно не применимы к подобным отношениям. Повсеместное смешение в указанной части и потребность исследователей увязать гражданско-правовые отношения с областью семейного права (вопросами детства, защитой прав ребенка, отцовства и материнства) логически объяснима, но фактически некорректна и требует принципиального пересмотра.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Белова Д. А., Богданова Е. Е.* Концептуальные основы совершенствования законодательства о вспомогательных репродуктивных технологиях // Законы России. — 2020. — № 6. — С. 74—80.
2. *Боннер А. Т.* Законодательство об искусственном оплодотворении и практика его применения судами нуждаются в усовершенствовании // Закон. — 2015. — № 7. — С. 134—151.
3. *Миллер О. В.* Суррогатное материнство: особенности нормативного правового регулирования в РФ и США // Инновационная наука. — 2015. — № 6–2.
4. *Пирогова Е. Е.* Проблемы правового регулирования при установлении происхождения детей, рожденных суррогатной матерью // Семейное и жилищное право. — 2019. — № 2. — С. 24—26.
5. *Серебрякова А. А.* Проблемы правового регулирования суррогатного материнства // Российская юстиция. — 2016. — № 12. — С. 52—55.
6. *Старчиков М. Ю.* Правовой статус суррогатного материнства в России: теоретические положения и судебная практика // СПС «КонсультантПлюс».
7. *Храмова Т. М.* Проблемы суррогатного материнства в формате «суррогатного права» : Комментарий к Консультативному заключению ЕСПЧ от 10 апреля 2019 года // Международное правосудие. — 2019. — № 3. — С. 45—58.
8. *Чашкова С. Ю.* Свобода формирования условий договора о суррогатном материнстве как нетипичной договорной конструкции // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2016. — № 2. — С. 58—64.
9. *Черных И. И.* Особенности рассмотрения в суде дел об оспаривании отцовства (материнства) в правоотношениях суррогатного материнства // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2017. — № 9. — С. 67—76.
10. *Шапиро И. М.* Сравнительно-правовой анализ условий договоров суррогатного материнства и возмездного оказания услуг // Семейное и жилищное право. — 2018. — № 3. — С. 19—22.
11. *Reis D.* German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy // URL: http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy ; URL: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf.

Гражданское право. Право социального обеспечения

Социализация лиц с ограниченными возможностями здоровья средствами частного права в Российской Федерации и Китайской Народной Республике[1]

Socialization Persons with Disabilities by Means of Private Law in the Russian Federation and the People's Republic of China

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 РФ
civil-vvd@yandex.ru

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

© *Долинская В. В., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.121-127

Аннотация. *С позиций Конвенции о правах инвалидов рассмотрены состояние общества и основы правового статуса лиц с ограниченными возможностями здоровья в России и Китае. Выявлены существующие частноправовые средства их социализации.*
Ключевые слова: *договор, инвалид, интеллектуальная собственность, лица с ограниченными возможностями здоровья, право собственности, сделка, частное право.*

Abstract. *From the standpoint of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the state of society and the basis of the legal status of persons with disabilities in Russia and China are considered. The existing private legal means of their socialization are revealed.*
Keywords: *contract; disabled person; intellectual property; persons with disabilities; ownership; transaction; private law.*

Российская Федерация и Китайская Народная Республика подписали и ратифицировали Конвенцию о правах инвалидов (принята в соответствии с Резолюцией 61/106 ГА ООН от 13 декабря 2006 г.)[2], в которой по состоянию на апрель 2022 г. участвуют 185 государств и Евросоюз, 100 государств — в Факультативном протоколе, соответственно, от 24 сентября 2008 г. / 25 сентября 2012 г.[3] и 30 марта 2007 г. / 1 августа 2008 г.

С принятием Конвенции стали говорить о новой концепции по определению инвалидности — правозащитной, которая включает в себя

[1] Исследование выполнено в рамках программы стратегического академического лидерства «Приоритет-2030».
[2] Конвенция о правах инвалидов: заключена в г. Нью-Йорке 13.12.2006 // Бюллетень международных договоров. 2013. № 7.
[3] Федеральный закон от 03.05.2012 № 46-ФЗ «О ратификации Конвенции о правах инвалидов» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2280.

совокупность медицинской и социальной моделей во взаимодействии с принципами охраны прав граждан с физическими и (или) психическими недостатками от любых форм дискриминации. Напомним, что медицинская концепция (модель) рассматривает инвалидность как нарушение, которое необходимо лечить и реабилитировать, или как отклонение от нормального состояния здоровья, требующее медицинской помощи[4]; социальная концепция/модель объясняет инвалидность как конструкцию взаимосвязи граждан с обществом[5].

В Китае влияние правозащитной концепции заметно даже по изменению терминологии в отношении лиц с ограниченными возможностями (далее — лица с ОВЗ): от *канфэй* (残废) — «калека, бесполезность» до *канцзи* (残疾) — «деформированный», при этом Китайская федерация инвалидов выступает за использование обозначения *канчжан* (残障) — «неполный и затрудненный»[6].

В России термин «*инвалид*» появился в XVIII в. и считается произошедшим от французского *invalide*, обозначающего состояние болезни, слабости человека[7]. При этом понятие «*инвалид*» использовалось в отношении военнослужащих, получивших физические увечья в период несения службы, а применительно к гражданскому населению с недостатками здоровья существовали более уничижительные термины: «*убогий*», «*калека*», «*глухой*» и т.д.[8]

В конце XIX в. инвалидность стала трактоваться с точки зрения медицины как неполноценность, которую необходимо лечить или корректировать. В середине XX в. в Союзе Советских Социалистических Республик медицинская концепция определяла инвалидность с позиции негодности к труду, что в последующем нашло отражение на законодательном уровне. В конце 1990-х — начале 2000-х гг. в России происходило заимствование из западноевропейской правовой системы социальной модели, закрепляющей основы защиты прав и достоинства личности людей с инвалидностью, что нашло отражение на уровне законов[9]. И с 2008 г. мы также постепенно переходим к правозащитной концепции, в том числе в более частом использовании термина «*лица с ОВЗ*».

В преамбуле Конвенции о правах инвалидов инвалидность характеризуется как «*эволюционирующее понятие*», результат «взаимодействия, которое происходит между имеющими нарушения здоровья людьми и отношенческими и средовыми барьерами и которое мешает их полному и эффективному участию в жизни общества наравне с другими» (п. «е»). В статье 1 Конвенции указано: «К инвалидам относятся лица с устойчивыми физическими, психическими, интеллектуальными или сенсорными нарушениями, которые при взаимодействии с различными барьерами могут мешать их полному и эффективному участию в жизни общества наравне с другими».

В статье 1 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» даны следующие определения: «Инвалид — лицо, которое имеет нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящее к ограничению жизнедеятельности и вызывающее необходимость его социальной защиты.

Ограничение жизнедеятельности — полная или частичная утрата лицом способности или возможности осуществлять самообслуживание, самостоятельно передвигаться, ориентироваться, общаться, контролировать свое поведение, обучаться и заниматься трудовой деятельностью».

В Законе Китайской Народной Республики о защите инвалидов (1990 г., ред. 2018 г.) понятие

---

[4] См.: *Lock M., Nguyen V.* A Short History of Medicalization // An Anthropology of Biomedicine. Oxford : Wiley-Blackwell, 2010. P. 360.

[5] См. также: *Тарасенко Е. А.* Социальная политика в области инвалидности: кросскультурный анализ и поиск оптимальной концепции для России // Журнал исследований социальной политики. 2004. Т. 2. № 1. С. 27 ; *Торлопова Л. А.* Генеалогия понятия инвалидности // Вестник Томского государственного университета. 2017. № 37. С. 95.

[6] URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Disability_in_China#:~:text=%D0%9F%D0%BE%20%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8B%D0%BC%20%D0%9A%D0%B8%D1%82%D0%B0%D0%B9%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B9%20%D0%A4%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%B0%D1%86%D0%B8%D0%B8%20%D0%B8%D0%BD%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D0%B4%D0%BE%D0%B2%2C,(7%2C40%25)%20%2D%20%D0%BD%D0%B0%D1%80%D1%83%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F%20%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D0%B8%D1%82%D0%B8%D1%8F%20%D0%B8.

[7] Подробнее см.: Толковый словарь живого великорусского языка : избранные статьи / В. И. Даль ; совм. ред. изд. В. И.Даля и И. А. Бодуэна де Куртенэ. — М. : Олма-Пресс, 2004. С. 356.

[8] См.: *Муравьева М. Г.* Калеки, инвалиды или лица с ограниченными возможностями? Обзор истории инвалидности // Журнал исследований социальной политики. 2012. № 2. С. 159.

[9] См.: Закон СССР от 11.12.1990 № 1826-I «Об основных началах социальной защищенности инвалидов в СССР» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1990. № 51. Ст. 1115 (утратил силу) ; Федеральный закон от 24.11.1995 № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563 (с изм.).

«*инвалид*» раскрывается через медицинские показатели (аномалия (нарушение) здоровья, утрата определенного органа или расстройство функции), отношение к труду (полная или частичная утрата способности заниматься обычной деятельностью, ограничение жизнедеятельности) и потребность в социальной защите[10]. Дефиниция «*ограничение жизнедеятельности*» в российском и китайском законах фактически совпадает.

Таким образом, отсутствует единое на международном и национальном уровнях представление об инвалидах, и в обеих странах нет легальной дефиниции лиц с ОВЗ, законодатель ориентируется на медицинские критерии и не уделяет должного внимания социальным аспектам обеспечения их полноценной жизнедеятельности[11].

По различным статистическим данным в мире зафиксировано от 670 до 800 млн инвалидов (10—12 % от общей численности населения планеты). С учетом членов их семей проблема инвалидности напрямую касается 1/4 населения мира.

В России, по разным данным, инвалидов насчитывается около 12—13 млн чел., что составляет приблизительно 8,8 % населения страны, и более 40 млн маломобильных граждан — 27,4 % населения. В общей численности инвалидов в нашей стране люди пенсионного возраста составляют 65,2 %, трудоспособного возраста — 30,5 %, дети — 4,3 %. При этом, по данным Росстата и Роструда, наблюдается тенденция увеличения числа детей-инвалидов.

Основными источниками информации являются регистры Пенсионного фонда РФ и Минздрава РФ[12], в некоторой степени — регистр бюро медико-социальной экспертизы, при этом они содержат серьезные расхождения (недоучет Минздравом составляет свыше 10 %). Пенсионный фонд России учитывает не инвалидов, а получателей пенсий по инвалидности (их оформляют не все; опыт других стран наглядно показывает, что число выявленных в них инвалидов значительно превышает число инвалидов-бенефициаров системы социальной защиты). А в отчеты бюро медико-социальной экспертизы не включаются лица, которым инвалидность устанавливается до достижения возраста 18 лет.

По данным Росстата, на 01.01.2021 численность инвалидов в стране составила 11,63 млн человек, в том числе в возрасте до 18 лет — 704 тыс. человек, в возрасте 18 лет и старше — 10,9 млн человек, из них в трудоспособном возрасте — 3,65 млн человек (в возрасте от 18 до 30 лет — 485 тыс. человек, в возрасте 31—60 лет (женщины — 55 лет) — 3,166 млн человек). Впервые признаны инвалидами в 2020 г. 559 тыс. человек.

Из 13 млн инвалидов в России имеют работу примерно 10 % (при этом в странах ОЭСР имеют работу порядка 50—70 % инвалидов трудоспособного возраста, в США из 54 миллионов инвалидов трудоустроено 29 %[13].

В Китае также нет однозначных статистических данных по состоянию здоровья граждан.

По данным первого национального обследования выборки лиц с ограниченными возможностями здоровья 1987 г. (почти 20 % домохозяйств)[14], в Китае проживает около 60 млн человек с ограниченными возможностями различных видов, что составляет около 5 % от общей численности населения. На май 2016 г. было зарегистрировано 33,7 млн инвалидов, что на 28,5 млн больше, чем на тот же период 2015 г.[15]

Социальными вопросами в Китае занимается Министерство гражданских дел, по информации которого системой обеспечения по прожиточному минимуму и системой социального страхования охвачены, соответственно, 2 млн 590 тыс. и 1 млн 30 тыс. инвалидов[16].

По данным ООН, инвалидность в Китае имеют приблизительно 83 млн человек[17].

Из них трудоустроено 80 %. Число инвалидов, работающих на специальных предприятиях, составило 1 млн 90 тысяч человек. На государственных предприятиях и в учреждениях, каждое из которых обязано трудоустраивать определенное количество инвалидов в зависимости от общей численности работников, работает 1 млн 236

[10] URL: http://www.mca.gov.cn/.

[11] См.: Стандартные правила обеспечения равных возможностей для инвалидов. Приняты резолюцией 48/96 Генеральной Ассамблеи ООН 20.12.1993 // СПС «КонсультантПлюс» ; От социальной изоляции к равенству. Осуществление прав инвалидов. Руководство для парламентариев : Международная конвенция о правах инвалидов и Факультативный протокол к ней // Руководство для парламентариев. 2007. № 14. URL: http://archive.ipu.org/PDF/publications/disabilities-ru.pdf.

[12] В последнее время вопросы инвалидов попали в компетенцию Роструда.

[13] См.: *Новиков М., Присецкая Н., Котов В.* Трудоустройство людей с инвалидностью. М., 2009. С. 9 ; *Glenn M. K., Ford J. A., Moore D., Hollar D.* Employment issues as related by individuals living with HIV or AIDS // J Rehabil. 2003. 69. Pp. 30—36.

[14] URL: http://www.cdpf.org.cn/.

[15] См.: China Disabled Persons Federation. Статистический бюллетень о социальном обслуживании 2016 года // URL: http://www.cdpf.org.cn/.

[16] URL: http://www.mca.gov.cn/.

[17] URL: https://ru.knowledgr.com/14232850/ИнвалидностьВКитае.

тыс. инвалидов. Число инвалидов, работающих на индивидуальных и созданных ими самими частных предприятиях, — свыше 1 млн 700 тыс. человек[18].

Нормативную базу правового статуса лиц с ОВЗ, в том числе инвалидов в России и Китае, составляют Конституция, специальное законодательство, иные законы, содержащие нормы о правах этой категории граждан в различных сферах.

В статье 7 Конституции РФ Россия провозглашена социальным государством с раскрытием этого понятия через целеполагание: «...*политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека*». В части 2 той же статьи специально отмечено, что в Российской Федерации обеспечивается государственная поддержка инвалидов. Нам представляется, что и эта норма, и ч. 1 ст. 39 Конституции РФ больше свидетельствуют о патерналистском отношении государства к инвалидам, а не о их социализации.

Ситуация изменилась к лучшему в 2020 г. с внесением изменений и дополнений в Основной закон России, в частности с дополнением компетенции Правительства РФ, которое «обеспечивает функционирование системы социальной защиты инвалидов, основанной на полном и равном осуществлении ими прав и свобод человека и гражданина, их социальную интеграцию без какой-либо дискриминации, создание доступной среды для инвалидов и улучшение качества их жизни» (п. «в.2» ч. 1 ст. 114).

Статья 45 «Социальное обеспечение» Конституции Китая также носит преимущественно патерналистский характер: речь идет о материальной помощи от государства в случае болезни или потери трудоспособности (ч. 1), о государственном обеспечении инвалидов из числа военнослужащих (ч. 2). Только ч. 3 этой статьи упоминает о помощи со стороны государства и общества по отношению к «*слепым, глухим, немым и другим гражданам-инвалидам в устройстве на работу, в добывании средств на жизнь, получении образования*». Примечательно, что формулировка не позволяет трактовать это как обязанность государства.

В обеих странах есть специальное законодательство, о котором упомянуто выше.

Отдельные нормы о правах этой категории лиц содержатся в законодательстве о здравоохранении, об образовании и других актах, но упор делается именно на социальное обеспечение.

Однако этот вариант политики не является эффективным ни с экономической, ни с психологической точки зрения, слабо соответствует цели Конвенции о правах инвалидов — поощрению, защите и обеспечению полного и равного осуществления всеми инвалидами всех прав человека и основных свобод, а также поощрению уважения присущего им достоинства.

Представляется, что достижению этой цели, социализации лиц с ОВЗ больше может способствовать частное право с пронизывающим все его подотрасли и институты принципом равенства, с универсальными для гражданского оборота средствами.

Лица с ОВЗ могут реализовать свое участие в гражданском обороте самостоятельно, через представителя или через помощника, что не следует смешивать с участием в гражданском обороте ограниченных в дееспособности и недееспособных граждан. Пороков правосубъектности[19] в данной ситуации не наблюдается, восполнять ее недостатки не требуется. Речь идет о том, что гражданин может выступать в гражданском обороте самостоятельно, лично или через других лиц (институт представительства, договоры, опосредующие действия в чужих интересах).

Для лиц, которые в силу физических недостатков или болезни не могут собственноручно подписаться, в России установлен институт рукоприкладчика (т.е. осложненная форма сделок): по их просьбе сделку может подписать другой гражданин (п. 3 ст. 160, п. 3 ст. 1125 Гражданского кодекса РФ, далее — ГК РФ).

При этом подпись последнего должна быть засвидетельствована:

— нотариусом;
— либо другим должностным лицом, имеющим право совершать такое нотариальное действие;
— либо — в случае с доверенностями на получение заработной платы и иных платежей, связанных с трудовыми отношениями, на получение вознаграждения авторов и изобретателей, пенсий, пособий и стипендий или на получение корреспонденции, за исключением ценной корреспонденции, — организацией, где работает или учится гражданин, который не может собственноручно подписаться, или администрацией медицинской организации, в которой он находится на излечении в стационарных условиях (п. 3 ст. 185.1 ГК РФ);
— с указанием причин, в силу которых совершающий сделку не мог подписать ее собственноручно (п. 3 ст. 160 ГК РФ).

---

[18] См.: *Дамбаева Д. Р.* Социальная работа в Китае // Формы и методы социальной работы в различных сферах жизнедеятельности : Международная научно-практическая конференция. Улан-Удэ, 2013. С. 116—117 ; *Новиков М., Присецкая Н., Котов В.* Указ. соч. С. 9 ; URL: http://www.mca.gov.cn/article/fw/cx/jzengz/.

[19] См.: Гражданское право: участники правоотношений : учебное пособие / отв. ред. В. В. Долинская, В. Л. Слесарев ; М., 2017. Серия «Гражданское право» / науч. ред. В. Л. Слесарев (автор гл. 1 — В. В. Долинская) ; *Долинская В. В.* Правовой статус и правосубъектность // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 2.

Кроме того, при составлении завещания, где учитывается не любая, а только тяжелая болезнь, оно подписывается другим гражданином и в присутствии нотариуса. В завещании должны быть указаны причины, по которым завещатель не мог подписать завещание собственноручно, а также фамилия, имя, отчество и место жительства гражданина, подписавшего завещание по просьбе завещателя, в соответствии с документом, удостоверяющим личность этого гражданина (п. 3 ст. 1125 ГК РФ). Представляется, что это правило следует распространить на удостоверение всех сделок.

Для лиц с проблемами зрения также важна норма п. 2 ст. 1125 ГК РФ о том, что, если завещатель не в состоянии лично прочитать завещание, его текст оглашается для него нотариусом, о чем на завещании делается соответствующая надпись с указанием причин, по которым завещатель не смог лично прочитать завещание. Это правило также рекомендуется сделать универсальным для сделок.

К сожалению, законодатель пока не предусмотрел специальный механизм совершения лицами с ОВЗ сделок в форме, отличной от письменной, что порождает проблемы на практике — при защите прав потребителей и т.п.

В ГК Китая аналогичных норм в разделе о сделках выявить не удалось.

Для совершеннолетних дееспособных граждан, которые по состоянию здоровья не способны самостоятельно осуществлять и защищать свои права и исполнять свои обязанности в России законом предусмотрена такая форма защиты прав и интересов, как патронаж (ст. 41 ГК РФ). Он не обязателен, а только может быть установлен. Его основаниями являются решение органа опеки и попечительства о назначении помощника и договор, заключенный между совершеннолетним дееспособным гражданином и помощником (пп. 2, 3 ст. 41 ГК РФ).

Мы квалифицируем его как договор об оказании услуг, в том числе поручения, доверительного управления имуществом (п. 3 ст. 41 ГКР Ф)[20]. В зависимости от вида и условий договора возможен патронаж с передачей имущества гражданина помощнику и без такового, с действиями помощника от имени гражданина и за его счет или от своего имени, за свой счет, с передачей прав и обязанностей, полученных по сделкам гражданином, и т.д.

До 01.09.2008 патронаж мог быть установлен только по просьбе самого гражданина. Теперь инициатором установления патронажа может выступить и орган опеки и попечительства. Но в любом случае патронаж устанавливается лишь с согласия в письменной форме гражданина и помощника (п. 2 ст. 41 ГК РФ).

Представляется, что требования к фигуре помощника могут быть аналогичными требованиям к опекуну и попечителю. Во всяком случае, это должен быть полностью дееспособный гражданин.

В целях предотвращения злоупотреблений и использования мер социального обслуживания и оказания гражданско-правовых услуг при патронаже Гражданский кодекс запрещает назначение помощником работника организации, осуществляющей социальное обслуживание совершеннолетнего дееспособного гражданина, нуждающегося в установлении над ним патронажа (п. 2 ст. 41 ГК РФ).

Патронаж прекращается по правилам договорного права, в том числе при расторжении договора совершеннолетним дееспособным гражданином, над которым был установлен патронаж (п. 5 ст. 41 ГК РФ).

В ГК Китая акцент сделан на ограничение дееспособности и признание недееспособным и, как следствие, установление опеки (ст. 27).

Граждане, в том числе лица с ОВЗ, являются первичными экономическими производителями продукта (товаров, работ, услуг).

В период восстановления экономики СССР после Второй мировой войны инвалиды занимались мелким бизнесом (например, ремонтом обуви), получив высшее образование, пополнили состав специалистов, в том числе учителей и преподавателей, многие ветераны Великой Отечественной войны стали известными учеными[21]. Представляется, что для большего вовлечения лиц с ОВЗ в экономическую деятельность следует изменить подход к определению индивидуальных предпринимателей без государственной регистрации, самозанятых — расширить круг видов предлагаемой им деятельности и мер государственной поддержки.

Применительно к отношениям собственности, как к основе гражданского оборота, отметим право инвалидов и семей, имеющих в своем составе инвалидов, на первоочередное получение земельных участков для индивидуального жилищного строительства, ведения подсобного хозяйства и садоводства (ст. 17 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»).

Основание приобретения права собственности (частноправовая конструкция) учитывается и другими отраслями законодательства. Например, легковые автомобили, специально оборудованные

[20] См.: *Долинская В. В.*, *Долинская Л. М.* Специфика правового статуса лиц с ограниченными возможностями здоровья // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 6.

[21] Об одном из них см: Развитие частного права на современном этапе: памяти В. П. Грибанова : монография / отв. ред. В. В. Долинская. — М. : Проспект, 2021.

для использования инвалидами, а также автомобили с мощностью двигателя до 100 л. с. (до 73,55 кВт), полученные (приобретенные) через органы социальной защиты населения не облагаются транспортным налогом (ст. 358 Налогового кодекса РФ).

В динамике имущественных отношений специфика участия лиц с ОВЗ незначительна.

Несмотря на публичный характер многих договоров в рамках гражданского оборота для потребителей (ст. 426 ГК РФ), «инвалиды I и II групп обслуживаются вне очереди на предприятиях торговли, общественного питания, службы быта, связи, жилищно-коммунального хозяйства, в учреждениях здравоохранения, образования, культуры, в юридических службах и других организациях, обслуживающих население, а также пользуются правом внеочередного приема руководителями и другими должностными лицами предприятий, учреждений и организаций» (п. 1 Указа Президента РФ от 2 октября 1992 г. № 1157 «О дополнительных мерах государственной поддержки инвалидов»[22]), в частности, им при наличии технической возможности осуществляется вне очереди установка телефона.

Есть особенности в основаниях заключения с инвалидами договоров найма жилого помещения (ст. 17 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации», ч. 2 ст. 57 Жилищного кодекса РФ).

Установлены особенности исполнения такого договора возмездного оказания услуг, как оказание жилищно-коммунальных услуг одновременно с договором социального найма. Согласно ч. 13 и 14 ст. 17 Федерального закона от 24.11.1995 № ФЗ-181 «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации», «инвалидам и семьям, имеющим детей-инвалидов, предоставляется компенсация расходов на оплату жилых помещений и коммунальных услуг в размере 50 процентов...».

В сфере интеллектуальной собственности особо отметим пп. 2 и 3 ст. 1274 ГК РФ о создании экземпляров правомерно обнародованных произведений в форматах, предназначенных исключительно для использования слепыми и слабовидящими (рельефно-точечный шрифт, другие специальные форматы), их воспроизведении и распространении, предоставлении библиотеками доступа к ним (включая временное безвозмездное пользование). Перечень специальных форматов, перечень специализированных библиотек (в России их менее 70), порядок такого доступа определяются Правительством РФ.

Эти нормы согласуются с Марракешским договором 2013 г. об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями к печатной информации и опубликованным произведениям[23]. Он вступил в силу 30.09.2016. Россия является его участником с 08.05.2020[24], Китай подписал договор 28.06.2013 и ратифицировал 05.02.2022[25].

Марракешский договор разрешает вносить в опубликованные произведения науки, литературы и искусства, выражаемые в определенной форме, — текст, нотные записи, связанные с ними иллюстрации, аудиокниги, — изменения, необходимые для того, чтобы печатная информация была доступна лицам с инвалидностью для восприятия в альтернативном формате.

Мы привели несколько ярких примеров из различных подотраслей и институтов частного права, свидетельствующих об уже имеющихся возможностях привлечения лиц с ОВЗ к участию в гражданском обороте. Представляется, что необходимо развивать именно это направление социализации такой категории граждан.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гражданское право: участники правоотношений : учебное пособие / отв. ред. В. В. Долинская, В. Л. Слесарев. — М., 2017. — Серия «Гражданское право» / науч. ред. В. Л. Слесарев.
2. *Дамбаева Д. Р.* Социальная работа в Китае // Формы и методы социальной работы в различных сферах жизнедеятельности : Международная научно-практическая конференция. — Улан-Удэ, 2013.
3. *Долинская В. В.* Правовой статус и правосубъектность // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2012. — № 2.
4. *Долинская В. В.*, *Долинская Л. М.* Специфика правового статуса лиц с ограниченными возможностями здоровья // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2019. — № 6.

[22] Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 14. Ст. 1098 (с изм.).
[23] URL: http://www.pravo.gov.ru, 05.04.2019 г. ; СЗ РФ. 2019. № 24. Ст. 3051.
[24] Федеральный закон от 05.12.2017 № 369-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Марракешскому договору об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям». 05.12.2017 // СЗ РФ. 2017. № 50 (ч. III). Ст. 7540.
[25] Сайт ВОИС. URL: http://www.wipo.int.

5. *Муравьева М. Г.* Калеки, инвалиды или лица с ограниченными возможностями? Обзор истории инвалидности // Журнал исследований социальной политики. — 2012. — № 2.
6. *Новиков М., Присецкая Н., Котов В.* Трудоустройство людей с инвалидностью. — М., 2009.
7. Развитие частного права на современном этапе: памяти В. П. Грибанова : монография / отв. ред. В. В. Долинская. — М. : Проспект, 2021.
8. *Тарасенко Е. А.* Социальная политика в области инвалидности: кросскультурный анализ и поиск оптимальной концепции для России // Журнал исследований социальной политики. — 2004. — Т. 2. — № 1.
9. Толковый словарь живого великорусского языка : избранные статьи / В. И. Даль ; совм. ред. изд. В. И. Даля и И. А. Бодуэна де Куртенэ. — М. : Олма-Пресс, 2004.
10. *Торлопова Л. А.* Генеалогия понятия инвалидности // Вестник Томского государственного университета. — 2017. — № 37.
11. *Glenn M. K., Ford J. A., Moore D., Hollar D.* Employment issues as related by individuals living with HIV or AIDS. // J Rehabil. — 2003. — 69.
12. *Lock M., Nguyen V.* A Short History of Medicalization // An Anthropology of Biomedicine. — Oxford : Wiley-Blackwell, 2010.

Осуществление прав на расторжение соглашений о добровольном опекунстве в соответствии с Гражданским кодексом Китая

Interpretation of Exercising Rights to Rescind Voluntary Guardianship Agreements under the Chinese Civil Code[1]

Чжу Сюэлинь,
Школа иностранных исследований,
Педагогический университет Ланфан, Харбинский офис, юридическая фирма Yingke
1315717973@qq.com

Zhu Xuelin
School of Foreign Studies, Langfang Normal University
Harbin Office, Yingke Law Firm
1315717973@qq.com

© *Чжу Сюэлинь, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.128-140

Abstract. *The Article 33 of the Chinese Civil Code provides written voluntary guardianship agreements and the Article 11 of the newly issued Interpretation provides arbitrary rescission rights and statutory rescission rights concerning the agreements. Some aspects related to exercising the rescission rights including fiduciary relationship, time limit, legal effects and circumstances, are interpreted in detail in this paper firstly and then rescission rights by agreement stipulated in the Article 562 of the Chinese Civil Code are discussed in terms of connotation and civil subjects. There after, the two principles including the principle of best interests and the principle of protecting self-determination rights for exercising rescission rights are examined in theory and in practice. In the end, in terms of practical application of rescission rights, it is pointed out that some problems regarding possible abuse and time limit of rescission rights remain to be solved for the future interpretation of the Chinese Civil Code.*
Keywords: *voluntary guardianship agreement, rescission rights, Interpretation, Civil Code.*

The aging and less-children society bring more worries to elders and the government in China about protecting the rights of aging people, especially those with dementia and Alzheimer's disease. How to protect those losing full or partial capacity and how to help them get proper medical treatment or deal with some personal and financial affairs, have become a focus for lawmakers in China. The Article 26 under *the Law of the People's Republic of China on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly*, amended in April 2015, first proposed the system of voluntary guardianship in China, which focused on the guardianship of the elderly, stipulating the elderly who have full civil capacity may determine their guardians by themselves but voluntary guardians must be chosen among their close relatives or other individuals or organizations that have close relationships with them.[2]

Although the scope of voluntary guardians is limited under this Law, the breakthrough in the Chinese guardianship system still attracted more attention among legal persons as well as some elders. After that, some elders signed some voluntary guardianship agreements to plan for their later lives in case they may totally or partially lose their civil capacity. The chosen voluntary guardians will also protect rights of the elderly as they expect in accordance with their voluntary guardianship agreements. Compared with traditional legal and appointed guardianship systems, the biggest feature of the voluntary guardianship system is autonomy of elders with the free will of voluntary wards. The selection of guardians and the effective conditions of voluntary guardianship, etc. are determined by the voluntary wards' own wishes, so the voluntary guardianship system takes precedence over the legal guardianship system in terms of protecting the voluntary wards' self-determination rights.

However, according to the law of the elderly in China, the elderly under Article 26 refers to people

[1] Project: The Study of International and Commercial Legal Discourse Translation，Doctoral/Postdoctoral Research Project of the Langfang Normal University, XBQ202202.

[2] Article 26, Law of the People's Republic of China on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly.

above 60 years old. In practice, not only over-60-year-old people, but also people under 60 years old may lose full or partial capacity and need guardians. It is necessary that all adults should be granted the right to designate their own guardians on their own and voluntarily. *General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China*, enacted in 2017, broadened the scope of voluntary wards to all adults under the voluntary guardianship system. **Article 33 under this Law provides that** an adult with full capacity for civil conduct may, after consulting in advance with his or her close relatives or other individuals or organizations willing to act as a guardian, determine his or her guardian in writing.[3]

When the adult loses all or part of capacity for civil conduct, the chosen voluntary guardians determined under voluntary guardianship agreements will perform the guardianship of the adult. All adults with full capacity for civil conduct can choose and decide future voluntary guardians for themselves and ensure that they have guardians to protect their own rights according to their own wishes when they lose or partially lose their capacity for civil conduct. Later, Article 33 under the *Chinese Civil Code(the Code)* enacted in Jan, 1 2021 inherited this Article 33 with no change.

Article 33 stipulated under the *Code*, however, are too general and have many problems to be solved. Among them, who are entitled to rescind voluntary guardianship agreements, what are the rights of the voluntary wards to rescind agreements, and under what circumstances agreements could be rescinded, always haunt legal persons and adults hoping to use voluntary guardianship agreements to protect their own interests and make a future plan for possible partial and no capacity.

Article 11 under *Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of Book One General Provisions of the Civil Code of the People's Republic of China (Interpretation)* issued in Feb, 24,2022 and come into effect in March, 1, 2022, provides two rights of rescinding voluntary guardianship agreements including arbitrary rescission rights and statutory rescission rights. However, it is obvious that these two rescission rights cannot cover all the rescission rights under voluntary guardianship agreements. **Article 562 of the *Code* provides rescission rights by agreement, whereas** Article 464 of the *Code* stipulates that Contract Book of the *Code* could be applied to agreements concerning personal relations. That is to say, Article 562 shall apply to voluntary guardianship agreements. Moreover, the established date of voluntary guardianship agreements and its effective date are different, and when a voluntary guardianship agreement is established, capacity of voluntary wards is completely different from the capacity when the agreement comes into effect. So some issues concerning how to exercise rights to rescind agreements, who could have the right to rescind them and whether there is any condition or requirement to exercise rights to rescind them, are all to be interpreted and analyzed in detail.

1. Arbitrary rescission rights exercised under voluntary guardianship agreements

After voluntary guardianship agreements are affirmed in the *Code*, it has been argued among lawmakers and legal scholars how the agreements are applied in practice, especially, if voluntary wards and voluntary guardians hope to rescind them, whether they have the right to rescind them have been the core of contentions in China. Paragraph 1, Article 11 of the Interpretation recently enacted provides voluntary wards or voluntary guardians with two choices to rescind voluntary guardianship agreements, one of which is arbitrary rescission rights, granting voluntary wards and voluntary guardians rights to protect their own lawful rights and interests totally by themselves. The arbitrariness of rights unveils the nature of the voluntary guardians' rights different from traditional rights of guardians. Voluntary wards or voluntary guardians have no rescission rights to rescind traditional appointed guardians and legal guardians, who could only be disqualified declared by court orders. Arbitrary rescission rights grant voluntary guardians and voluntary wards to dispose of guardianship by rescinding agreements without any cause, which could be a big breakthrough in the Chinese guardianship system.

1.1. Exercising arbitrary rescission rights based on fiduciary relationship

Voluntary guardians or voluntary wards may rescind voluntary guardianship agreements at any time before voluntary wards partially or completely lose the capacity for civil conduct in accordance with Paragraph 1, Article 11 of the *Interpretation*. From the perspective of textual interpretation, rights to arbitrarily rescind voluntary guardianship agreements give both parties to the guardianship agreements the rights to rescind them with no specific reasons. The rights to arbitrarily rescind the voluntary guardianship agreements are rights without any conditions in accordance with the *Interpretation*, and the fiduciary relationship between voluntary wards and voluntary guardians is the basis for the rights to rescind arbitrarily.[4]

Voluntary guardianship agreements can only be made when voluntary wards have trust in voluntary guardians. No matter what causes occur, voluntary

[3] Article 33, General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China.

[4] *Zhang Suhua.* Problems and Solutions in the Voluntary Guardianship System [J] // Oriental Law 2020(2):127.

wards can choose to rescind agreements provided that voluntary wards do not trust voluntary guardians any longer. In terms of voluntary wards, if voluntary guardians who voluntary wards do not trust any longer still help them deal with their own related affairs, they will inevitably feel panic and insecure. The key to voluntary guardianship agreements is neither the content of the service provided, nor whether the guardians are paid or not paid, but whether one party to the agreements entrusts its affairs to the other party based on certain trust. The establishment of voluntary guardianship agreements is based on the mutual trust between voluntary wards and voluntary guardians. Trust is the premise and basis of the establishment of voluntary guardianship agreements, which may arise from various aspects, ranging from the trust in the guardians' personality in the process of daily communication to trust in the guardians' goodwill and financial resources in business activities.[5]

During the long-term performance of voluntary guardianship agreements, if either party has doubts about the other party, the agreements could be rescinded before they become effective. At the beginning of the establishing agreements, the parties enjoy the freedom to establish, and also enjoy the freedom to rescind them, so self-determination rights of voluntary wards and voluntary guardians under voluntary guardianship agreements are also important rights. Compared with other types of agreements, the granting of the right to arbitrarily rescind the guardianship agreements indicates more self-determination expressions of the parties, namely, parties have the freedom to decide for themselves. Practical application of voluntary guardianship agreements attaches more importance to the true intention of voluntary wards and voluntary guardians in order to seek justice. Suppose that voluntary guardians or voluntary wards have no intention of continuing agreements because they may not trust each other again, but they are forced to perform agreements, the performance may be very bad beyond anyone's expectations.

The reason why voluntary guardianship agreements could be rescinded arbitrarily is that, on one hand, the choice of voluntary guardians is always dependent on fiduciary relationship between voluntary wards and voluntary guardians, on the other hand, it is based on the "human cooperation" of the entrusted guardianship relationship. The choice of voluntary guardians largely relies on the individual's character, ability and special relationship of trust, which lead to certain subjectivity and instability of the voluntary guardianship. When the trust relationship between the two parties breaks up the parties should be given the right to rescind agreements in order to be released from agreements. Therefore, the personal dependence in voluntary guardianship agreements is the foundation of the right to rescind arbitrarily. The stipulation of arbitrary rescission rights, from the perspective of pacta sunt servanda, is a big breakthrough for both parties to voluntary guardianship agreements in that they breach the agreement when they rely on their unilateral intentions to rescind agreements.[6] The arbitrary rescission rights especially protect the voluntary wards' rights to freely choose guardians, which is in line with the purpose of establishing the voluntary guardianship system, which is conducive to safeguarding the legitimate rights and interests of voluntary wards, and provides a legal approach to avoid the wrong selection of voluntary guardians.

1.2. Time limit for exercising arbitrary rescission rights

After an adult with full capacity enters into a written agreement with another person to determine the voluntary guardian, arbitrariness seem to mean there is no time limit to rescind voluntary guardianship agreements from the perspective of voluntary wards or voluntary guardians. But, according to the Article 11 of the Interpretation, the right to arbitrarily rescind agreements shall be limited to the duration between the establishment of voluntary guardianship agreements and the moment when the voluntary ward loses or partially loses his capacity for civil conduct. During the limited period, if any party of voluntary wards or voluntary guardians could request to rescind voluntary guardianship agreements, which is an act of effectively exercising rescission rights, the court should uphold it pursuant to the *Code* and terminate voluntary guardianship agreements. The time point for the termination of voluntary guardianship agreements is determined when the parties effectively exercise arbitrary rescission rights, then the rescission rights and the agreements are extinguished. After voluntary wards lose full or partial capacity, guardians determined by agreements no longer enjoys arbitrary rescission rights and arbitrary rescission rights are extinguished.

The important issue is how to judge whether voluntary wards with full capacity for civil conduct lose full or partial capacity, which is made through the appraisal of the adult's capacity in judicial practice. According to currently effective voluntary guardianship agreements made in Shanghai, it is found that voluntary guardians, in general, accompany voluntary wards to go to the local hospitals or forensic judicial expertise centers to appraise adults' capacity. In addition, in some cities, notary offices may require that the level of local hospitals must be three-As, in order

[5] *Li Jing.* On Agreed Arbitrary Rescission Rights and the Principle of Good Faith [J] // Law and Society. 2017(7):16

[6] *Zhu Lamei, GaoYunlin.* On the Arbitrary Borderline of Contractual Arbitrary Rescission Rights [J]. Journal of Shanxi Politics and Law Institute for Administrators. 2020(3):61.

to prove that voluntary wards have full capacity when they establish voluntary guardianship agreements.

Moreover, the current *Chinese Civil Procedural Law* has specific provisions stipulating the procedure for declaring voluntary wardswithout capacity, according to which if the close relatives or other interested persons of voluntary wards file petitions to the people's courts for declaring the incapacity of adults, after the courts accept the petitions, capacity of voluntary wards will usually be required to be forensically evaluated. If the evaluation results are incapacitated or partially incapacitated, voluntary wards will be declared a person without capacity or limited capacity. That is to say, if voluntary guardians or voluntary wards wants to rescind the guardianship agreement unilaterally, rescission should be done before voluntary wards are identified as incapacitated or partially incapacitated, or before the court declares their incapacity or limited capacity.

Therefore, the arbitrariness of the right of arbitrary rescission cannot be unlimited, otherwise it will cause instability in the legal relationship, destroy or detract from the trust relationship between the parties to the agreements, which is not conducive to the guardian's active performance of the agreement obligations, and will also make the legal relationship unstable, which will result in the frustration of the purpose of establishing the voluntary guardianship system. The time limit for exercising arbitrary rescission rights shall be before the voluntary guardianship agreements take effect, and the effectiveness of the agreements depends on whether voluntary wards have partially or completely lost capacity, appraised by hospitals or forensic judicial expertise centers, or declared by court orders, or both.

1.3. Legal effects of exercising arbitrary rescission rights

The Code grants voluntary wards and voluntary guardians under voluntary guardianship agreements arbitrary rescission rights, the purpose of which is mainly to stop unqualified and irresponsible guardians from dealing with personal or financial affairs of voluntary wards in the future. In addition, in order to avoid the expansion of the losses of both parties, and protect the interests of both parties objectively at the same time, with the result of pursuing the best interest of voluntary wards after voluntary guardianship agreements are established, if voluntary guardians or voluntary wards have spent money or time in making certain preparations in order to fulfill the obligations under voluntary guardianship agreements, for example, if the guardianship agency or non-relative guardians could get paid under voluntary guardianship agreements, once any party exercises the right to rescind, the agreement will be terminated.

If it is determined that the right to arbitrarily rescind is retroactive, after the agreement is rescinded, guardians or voluntary wards will require another party to refund or pay for the labor or remuneration in the process of performing the agreement, which will bring a burden to voluntary wards or voluntary guardians, so arbitrary rescission rights can only cancel the unfinished work in the future, that is, rescinding agreements will only cancel future rights and duties under agreements and agreements will be terminated. Moreover, arbitrary rescission rights do not come into effect immediately. When the notice of arbitrary rescission rights reaches the opposite party, the agreements cannot be immediately terminated. The opposite party should also be given a reasonable time to stop the work that has been started in an appropriate way, which is to avoid expanding losses, which can also give the opposing party more time to face the fact psychologically.

1.4. Waiving arbitrary rescission rights by mutual agreement

Although arbitrary rescission rights promote the freedom and efficiency of protecting parties under voluntary guardianship agreements, but as one coin has two sides, the existence of arbitrary rescission rights does affect the stable expectations of parties for the future and increase the uncertain risk of the performance of agreements. The urgent need for a sense of security may prompt the parties to agreements to waive arbitrary rescission rights after voluntary guardianship agreements are established. It is not uncommon in judicial practice for both parties to agree to abandon the right of arbitrary rescission, however, according to the Article 11 of the *Interpretation*, the parties should not be allowed to agree to waive arbitrary rescission rights.

Although the agreement to waiving arbitrary rescission rights embodies freedom of contract, waiving arbitrary rescission rights, is tantamount to indirectly binding the parties under voluntary guardianship agreements, which is completely contrary to the purpose of voluntary guardianship agreements respecting adults' self-determination. From the perspective of self-determination rights, the parties agreed to exclude the application of arbitrary rescission rights, which is to limit the rescission of agreements and ensure that agreements are performed as promised to obtain the expected benefits, and binds the parties to the agreements with the result that legal purpose of arbitrary rescission rights could not be reached. Waiving arbitrary rescission rights will not cancel unexpected guardians and leave voluntary wards in unsteady and insecure situations, which is also contrary to the purpose of establishing voluntary guardianship agreements. Hence, it is reasonable under Article 11 of the *Interpretation* that the agreed waiving of arbitrary rescission rights should be deemed invalid, and the party's autonomy of the will should be restricted to avoid unlimited enlargement of private rights and blasphemy of the sacred contractual spirit.

2. Statutory rescission rights exercised under voluntary guardianship agreements

Another choice for voluntary guardians to rescind the voluntary guardianship agreements provided under this recent Interpretation is statutory rescission rights, which mean, after agreements are established and take effect, in the process of performing agreements, the voluntary guardians have rights to rescind agreements under certain circumstances in accordance with provisions of the *Code* and the *Interpretation*, and the part of agreements that has been fulfilled shall be liquidated after the rescission. Statutory rescission rights arise from valid voluntary guardianship agreements which are made and come into effect. No statutory rescission rights will arise if agreements, which are not formed or not effective, are not binding upon voluntary wards and guardians.

The parties to agreements have no right to agree on the clauses for statutory rescission in advance, and can only exercise the rights of rescission to rescind the agreements when the statutory conditions are satisfied. The statutory rescission of guardianship agreements is an expressive act, and rescission will have legal effect according to the unilateral expression of voluntary guardians, which can lead to the termination of the legal relationship of agreements through its unilateral actions. Different from arbitrary rescission rights exercised under any circumstances, statutory rescission rights are only exercised under circumstances stipulated by the *Code* and the *Interpretation*.

Although Article 563 under the *Code* provides some circumstances under which the parties to a contract may rescind the contract, and voluntary guardianship agreements are also kind of contract, it has been long argued that guardians are entitled to statutory rescission rights in China. Some scholars regard voluntary guardianship agreements as kind of agent agreements, so they think rescission rights of agent agreements are used in voluntary guardianship agreements. Some scholars use general provisions of Contract Book in the *Code* to explain the rescission rights of voluntary guardianship agreements, while others believe that guardianship section in the *Code* has no provision about it, so there are no statutory rescission rights for guardians. The issuing of the *Interpretation* confirms the statutory rescission rights under voluntary guardianship agreement by stating:"... Where the guardian determined in the agreement requests rescission of the agreements without good reason after the adult has lost all or part of his or her capacity for civil conduct, the people's court shall not uphold the request."[7]

It provides clearly that the people's court could uphold that voluntary guardians could have statutory rescission rights but must have good reasons, however, as to the good reason, there are no more explanation in the *Interpretation*. In accordance with the paragraph 2 of the *Interpretation*, voluntary guardians should be disqualified to be guardians under the guardianship agreement under the circumstances of Article 36 of the *Code*. Paragraph 1 of Article 36 under the *Code* stipulates the statutory rescission rights expressly, but it implies under what circumstances guardians are not entitled to the statutory rescission rights under voluntary guardianship agreements in that it provides the circumstances under which guardians are disqualified, and the disqualification are to be declared by court orders.

2.1. Circumstances under what statutory rescission rights could be exercised

Article 563 in the *Code* provides five following circumstances for contractual parties to rescind a contract (1) It becomes impossible to achieve the purpose of contract for a force majeure. (2) Prior to the expiration of the period of performance, the other party expressly states, or indicates through its conduct, that it will not perform its main obligation. (3) The other party delays performance of its main obligation, and after such performance is demanded, still fails to perform within a reasonable period. (4) The other party delays performance of its obligations, or breaches the contract in some other manner, making it impossible to achieve the purpose of the contract. (5) other circumstance as provided by the law.[8]

Because only guardians have full capacity after the voluntary guardianship agreements come into effect, that is to say, voluntary wards have no contractual performance capacity, only under protection of guardians. The second, third, fourth circumstances under Article 563 are not applicable to the voluntary guardianship agreements in that voluntary wards, as the other party of the guardianship agreements, have no obligations, which could not be basis of the rescission rights. Force majeure under the first circumstance and the other circumstance provided by the law under the fifth circumstance may be applied to voluntary guardianship agreements. But what is the other circumstance provided by the law depends on the rules of some special laws. No special law shave provisions about other circumstances of voluntary guardianship agreements in China until now.

Therefore, force majeure under the first circumstance may be the only one circumstance for voluntary guardians to exercise statutory rescission rights. Moreover, judging from the first paragraph of Article 36, guardians should be disqualified in the following

[7] Article 11, Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of Book One General Provisions of the Civil Code of the People's Republic of China.

[8] Article 563, Chinese Civil Code.

three circumstances: (1) Committing any conduct seriously detrimental to the ward's physical and mental health. (2) Being slack in performing the duty of guardianship, or being incapable of performing the duty of guardianship but refusing to delegate part or all of the duty of guardianship to another person, which causes distress of the ward. (3) Otherwise seriously infringing upon the ward's lawful rights and interests.[9]

Namely, under these circumstances, voluntary guardians should be disqualified so that voluntary guardians have no right to rescind agreements. But under second circumstances, there is one exception about disqualification of voluntary guardians which shows that voluntary guardians are allowed to delegate their obligations to others which implies that voluntary guardians could rescind their own guardianship and transfer the obligation of guardianship to others. Therefore, delegation of guardianship to others grants voluntary guardians a good reason to rescind the agreements.

2.2. Civil subjects to exercise statutory rescission rights

Are voluntary wards who are a party to voluntary guardianship agreements eligible to rescind guardianship agreements? Looking through the current *Code* and the *Interpretation*, there is no clause to answer it. The effective conditions of the voluntary guardianship agreements are that voluntary wards are completely or partially incapacitated, that is to say, voluntary wards after agreements take effect, have no ability to judge and make decisions, so they have no ability to rescind the guardianship agreements. In terms of guardians, Paragraph 1 of Article 36 under the *Code* indicates that guardianship could be delegated to a third party, which means that voluntary guardians who could exercise statutory rescission rights could delegate their rights and obligations under reasonable situations.[10]

However, as far as voluntary guardianship is concerned, based on the fiduciary relationships between voluntary wards and voluntary guardians, the appointment of future guardians should also be based on their trust and affection between voluntary guardians and voluntary wards whose relationship is different from general contractual relationship. Delegation breaks through the personal attributes between voluntary guardians and voluntary wards, which terminates voluntary guardianship agreements between guardians and voluntary wards. In terms of the voluntary guardianship agreements, the agreement between original guardians and voluntary wards are terminated, and the agreement between delegated guardians and voluntary wards are formed. Original guardians rescind the original guardianship agreement, which is unilateral acts of original voluntary guardians, not agreed act between original voluntary guardians and voluntary wards, therefore, it is implied that delegated guardians are civil subject of exercising statutory rescission rights.

2.3. Legal effects of exercising statutory rescission rights

According to Article 34 of the *Code*, voluntary guardians have obligations to protect the personal rights, property rights and other legal rights of voluntary wards; guardians may act on behalf of voluntary wards to engage in civil legal acts.[11] From a legal point of view, the responsibilities of guardians for voluntary wards include both personal care and property care, and the specific content varies based on the type of voluntary wards. Voluntary guardians enjoys the relevant rights of guardianship and undertakes the obligations under the guardianship relationship, and guardians may have corresponding expenditures in order to fulfill the obligation of taking care of guardians. When guardianship agreements arerescinded, who could be guardians and how to find and appoint guardians to protect bests interests of voluntary wards losing full or partial capacity and how to compensate the loss of guardians are all problems to be considered carefully.

2.3.1. Designation of temporary guardians or legal guardians after statutory rescission rights are exercised

After the statutory rescission rights are exercised, the voluntary guardianship agreements have been terminated, so that the voluntary wards with no capacity or limited capacity may be in unattended situations, and the legal interests of the voluntary wards are likely to be further infringed. Moreover, it may be impossible to make another guardianship agreement after the termination of a voluntary guardianship agreement in a short time, so guardians are more in urgent need for voluntary wards who have only partial capacity or no capacity than other types of voluntary wards. The *Code* adds necessary temporary guardianship measures for voluntary wards so as to protect the interests of voluntary wards more effectively under necessary circumstances. "Where a guardian falls under any of the following circumstances, the people's court shall, upon application of the relevant individual or organization, disqualify the guardian, arrange necessary provisional guardianship measures, and designate another guardian in accordance with the law under the principle of most benefiting the ward:"[12] as Paragraph 1, Article 36 of the *Code* puts.

[9] Article 36, *Chinese Civil Code*
[10] Article 36. Chinese Civil Code.
[11] Article 34, Chinese Civil Code.
[12] Article 36, Chinese Civil Code.

The provision implies the temporary guardianship placed within the scope of the court's review and intervention, which seems to provide voluntary wards with the supplement and bottom line of legal guardianship. In this case, guardians are temporarily assigned by the court or legal guardians are designated, which are helpful to deal with matters of voluntary wards due to loss of guardians. Temporary guardians are designated to act as guardians to deal with provisional matters before legal guardians are designated by a court to be long-lasting guardians to protect voluntary wards, and temporary and legal guardians are chosen from the spouse of the adult, parents or children of the adult, other close relatives of the adult or other individuals or organizations willing to act as the guardian, provided that it is approved by the urban residents committee, villager's committee, or civil affairs department of the place of the adult's domicile in accordance with Article 28[13].

Although how long is the term of temporary guardians or whether legal guardians may be opposed by the voluntary wards, if the voluntary wards do have full capacity, are still vague and controversial in the *Code*, there is no doubt that temporary or legal guardians are crucial for voluntary wards for the purpose of protecting rights and interests of wards in emergency.

2.3.2. Obligations and remedies after statutory rescission rights are exercised

Although the guardianship law section of the *Code* does not stipulate any obligations or remedies of guardians after their guardianship are disqualified, it stipulates that a guardian failing to perform the duty of guardianship or infringing upon the ward's lawful rights and interests shall assume legal liability in Paragraph 3, Article 34,[14] and Contract Book of the *Code* stipulates some related clauses in detail. Voluntary guardianship agreements are also governed by Contract Book of the *Code* in accordance with Paragraph 2, Article 464 of the *Code*, in which agreements concerning personal relations such as marriage, adoption, and guardianship shall be governed by the provisions of laws on the relevant personal relations or absent such provisions, this Book may apply mutatis mutandis according to their nature.[15]

After statutory rescission rights are exercised, voluntary guardianship agreements are terminated. In accordance with Article 558 of the *Code*, after the termination of the voluntary guardianship agreements, the voluntary guardians shall observe the principles of good faith and perform obligations such as notification, assistance, confidentiality and recycling of used things in accordance with the relevant usage of trade.[16] The termination of a relation of rights and obligations under voluntary guardianship agreements shall not affect the validity of clauses that related to settlements of accounts and winding-up.[17] Where guardians fail to perform their obligations under voluntary guardianship agreements, or their performance fails to satisfy the terms of the contract, guardians shall continue to perform its obligations, take remedial measures, pay damages, or be otherwise held liable for breach of agreements.[18]

3. Rescission rights by agreement exercised under voluntary guardianship agreements

General classification of rescission rights includes rescission rights by agreement. However, the latest *Interpretation* only provides arbitrary rescission rights and statutory rescission rights, and does not provide any interpretation about rescission rights by agreement, which seems to deny rescission rights by agreement regarding voluntary guardianship agreements. In essence, the *Code* provides rescission rights by agreement in Article 562, of the Contract Book of the *Code*. But when rescissions rights by agreement are applied to voluntary guardianship agreements, there are some problems about the overlapping part among rescission rights. Then what is the order of exercising if the rescission rights by agreement conflicts with other two rescission rights? Paragraph 2, Article 463 which belongs to Contract Book of the *Code*, states that "agreements concerning personal relations such as marriage, adoption, and guardianship shall be governed by the provisions of laws on the relevant personal relations, or absent such provisions, this Book may apply Mutatis mutandis according to their nature.",[19] which determines that rescission rights should be exercised on the condition that the other two rescission rights could not be exercised.

3.1. Connotation of exercising rescissions rights by agreement

The Contract Book of the *Code* provides rescission rights by agreement, which indicates that the parties may rescind a contract if they reach a consensus through consultation; the parties may agree upon the cause of rescission of the contract by either party; upon the cause occurs, the party who has the right

[13] Article 28, Chinese Civil Code.
[14] Article 34, Chinese Civil Code.
[15] Article 464, Chinese Civil Code.
[16] Article 558, Chinese Civil Code.
[17] Article 567, Chinese Civil Code.
[18] Article 577, Chinese Civil Code.
[19] Article 463, Chinese Civil Code.

to rescission may rescind the contract,[20] so voluntary guardianship agreements, a special contract between guardians and voluntary wards, could provide rescissions rights by agreement. In practice, voluntary guardianship agreements are always notarized, so some notary offices have made a sample of voluntary guardianship agreements. In the case of Shanghai notary offices, after several years of practice in notarizing voluntary guardianship agreements, they listed some situations to rescind the agreements. A voluntary guardianship agreement, for example, may stipulate that if theguardian is too old or weak due to diseases or other causes, the agreement is rescinded. That is to say, both parties of the agreements could make clauses to rescind agreements. If both parties agreed to rescind the agreements before the agreements come into effect, agreements could be rescinded.

3.2. Civil subjects of exercising rescission rights by agreement

If voluntary wards with full capacity and guardians make another agreement to rescind the voluntary guardianship agreement or they agreed upon the cause of rescission of the contract by either party, the voluntary wards with full capacity or the guardians could have rescission rights by agreement, therefore, voluntary wards with full capacity and guardians could be civil subjects of exercising rescission rights by agreement. However, in judicial practice, we may find not only voluntary wards and voluntary guardians may sign the voluntary guardianship agreements, but only guardian supervisors may sign them, which means the agreements have three parties. As to whether guardian supervisors could be a civil subject to exercise rescission rights, the *Code* and the *Interpretation* do not state expressly whether guardian supervisors have rights to rescind guardianship agreements, but Article 562 states the parties, not both parties, may rescind a contract, which means there are not only two parties under agreements, may be more parties.

In practice, for instance, the samples of voluntary guardianship agreements provided by Shanghai's notary offices include clauses of guardian supervisors appointed by voluntary wards. Guardian supervisors are the third party of the agreements to supervise the performance of guardians and are required to sign their names as well on the agreements. Additionally, most agreements include the clause that if guardians do not perform the obligations or infringe upon voluntary wards'personal or financial rights or interests, guardian supervisors are entitled to ask voluntary guardians for damages and terminate the agreements, which implies guardian supervisors are entitled to rescind the agreement except for guardians and voluntary wards.

4. Principles of exercising rights to rescind voluntary guardianship agreements

The voluntary guardianship agreements are made by consensus of voluntary wards and voluntary guardians for the purpose of protecting rights and interests of voluntary wards when they lose full or partial capacity, embodies the true intentions of both parties. Likewise, rescission rights stipulated in the *Code* and the *Interpretation* aim at protecting rights and interests of voluntary wards. Then, how to judge the rights and interests of voluntary wards are protected and to what extent the rights and interests of voluntary wards are protected are both based on the principle of best interests and the principle of protecting self-determination rights of voluntary wards.

4.1. The principle of best interests under voluntary guardianship agreements

In accordance with Article 11 of the *Interpretation*, when either party under voluntary guardianship agreements exercise arbitrary rescission rights before voluntary wards lose all or part of their capacity, the people's court shall uphold the request, but, when guardians exercise statutory rescission rights, the people's court shall not uphold the request if guardians have no good reason.[21]

However, how the court decides the complete or partial loss of the adult's capacity and what are the good reason for the court to uphold the request are not stipulated under the *Code* and the *Interpretation*. In judicial practice, the principles will be the basis for judges to exercise their discretion when there are no specific provisions. The Articles 31 and 36 of the *Code* stipulate that the designation of guardians should be based on the principle of the best interests of voluntary wards, and Article 35 stipulates that the performance of guardianship should follow the principle of the best interests of voluntary wards. All the provisions under the *Code* related to voluntary guardianship agreements are made for the purpose of the best interests of voluntary wards, which proves that the principle of exercising rescission rights is also the principle of best interests.

It is, however, difficult to give a precise definition of 'best interests' in that the concept of 'best interests' is relatively abstract, complicated and vague. Although its concept is relatively vague and abstract, its basic connotation is relatively clear. When voluntary wards do not have full capacity for civil conduct, voluntary guardians should weigh the pros and cons

[20] Article 562, Chinese Civil Code.

[21] Article 11, Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of Book One General Provisions of the Civil Code of the People's Republic of China.

and try their best to make decisions for voluntary wards, which should be most beneficial to voluntary wards, and minimize the possible loss to voluntary wards. Briefly, the purpose of this principle in the law is to urge voluntary guardians to bear their due responsibilities of being guardians so as to protect the rights and interests of voluntary wards and minimize possible losses of voluntary wards.

In judicial practice, the principle of best interests is used to guide voluntary guardians to choose the most acceptable and reasonable option from the possible options, which requires voluntary guardians to judge what is best for voluntary wards, ignoring all other considerations, expecting to find an optimal solution for voluntary wards; requiring voluntary guardians to focus on voluntary wards and make an reasonable and optimal choice among the many options after taking into account the various intertwined factors in life. Voluntary guardians, therefore, are required to be a sensible, rational good person to consider the rights, needs, and interests of voluntary wards, so as to preserve voluntary wards' benefits to the greatest extent possible while minimizing the option to the detriment of their interests. In practice, decisions regarding the best interests of voluntary wards are often composed of many factors and are highly individualized, so case-by-case analyses are made under voluntary guardianship agreements to judge what are best beneficial to voluntary wards.

4.1.1. Connotation of the principle of best interests under voluntary guardianship agreements

The interests can be divided into two types: the current interests and the future interests of voluntary wards. The best interests of voluntary wards are judged by a general criterion, which not only includes analyzing the current situation, but also includes predicting the future. When making a decision for voluntary wards, voluntary guardians should consider the impact of the decision on the person concerned and whether the decision will affect the future life and health of voluntary wards. When making decisions for voluntary wards, voluntary guardians should take realistic factors into account, and future interests that do not need to be considered at the moment should be excluded according to actual situations. Therefore, guardians should use the available information to assess the current and future interests of voluntary wards, and make the choice that maximizes the overall or long-term interests and minimizes the burden of voluntary wards, based on factors such as resources, responsibilities, values, life plans, and opportunities.[22]

When applying the principle of best interests, guardians should fully understand specific situations and then make a final judgment. **In accordance with Article 9 of the *Interpretation,*** "In designating a guardian in accordance with paragraph 2 of Article 31 and paragraph 1 of Article 36 of the *Civil Code*, the people's court shall respect the true will of the ward, and in the best interest of the ward, specifically take into account the following factors: (1) The degree of closeness of life and emotional connection with the ward. (2) The order of guardianship of the persons legally qualified for guardianship. (3) Whether there is any violation of law, crime, or other circumstance adverse to the performance of the duty of guardianship. (4) The capability of acting as a guardian, will, and character of a person legally qualified for guardianship."[23]

When making a decision, in effect, guardians should take into account the expressed wishes and personal values of voluntary wards. Voluntary guardians shall act in their best interests at all times and exercise reasonable care, diligence and prudence and they should do everything possible to safeguard voluntary wards' personal and property rights; if voluntary wards can have partial capacity, the ideas of the voluntary wards should be included in the guardian's decision-making process, and voluntary wards' wishes and personal values, education, care, health and living conditions should be considered by voluntary guardians. In other words, guardians should do their best to safeguard the interests of the voluntary wards, make necessary care and efforts, and prudent choices, taking into account the values and desires of the voluntary wards to determine their best interests.

4.1.2. Judgmental criteria for the best interests in judicial practice

For the time being, there is no judicial precedent on the application of the best interests' principle in terms of voluntary guardianship agreements, but in 2016, there was a typical case in Shanghai in which the best interests were adopted for the guardianship of minors. In 2016, the Shanghai No. 1 Intermediate People's Court concluded a case of disputes over the custody of surrogate children, which made a useful attempt on the best interests of wards, and provided certain standards for guardianship cases.

In this case, the wife, was unable to conceive naturally, so the couple purchased the eggs of others, and the husband provided sperm, using in vitro fertilization combined with embryo transfer technology, to give birth to a pair of twins. After the husband died of illness in 2014, the wife lived together with the twins for three years. In the same year, the husband's parents sued the court, requesting the guardianship of the twins. The Shanghai No. 1 Intermediate People's Court held that:

[22] *Zhao Yinren, ChenRanxin.* On the Best Interests of Ward [J]. Shanghai Legal Research. 2020(11):153.

[23] Article 9, Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of Book One General Provisions of the Civil Code of the People's Republic of China.

(1) As one of the member states of the *United Nations Convention on the Rights of the Child,* the principle of the best interests of the child established in Article 3 of the *Convention* is also part of Chinese legal system. When determining the ownership of child custody, the best interests of the child ward should be protected;

(2) Comparing the age and guardianship ability of the two parties to the dispute, the wife, a young and middle-aged man, in terms of economic ability or physical energy, can take care of two children better than the elders.

(3) In terms of the stability of the living environment, intimacy with the children, and the emotions of the children, the twins have been living with the wife since they were born, who have been close to the wife and adapted to the environment, while grandparents have never lived with their children. The changes in living environment may have unpredictable impact on the twins. What's more, the wife, as a mother, has a unique position in the child's growth process;

(4) The wife was identified as the stepmother of the two children based on the parental relationship, which maintained the normal parent-child relationship and family internal structure.[24]

Different from ordinary people, it is conducive to the formation of two children's personalities. This case reflects the current Chinese judicial standards for judging the best interests of wards. In this case, although the ward was born by surrogate and has no blood relationship with the mother, the mother, not the grandparents, the Shanghai No. 1 Intermediate People's Court believes that living with the mother is most conducive to the healthy growth of voluntary wards.

When this case happened, the *Code* has not yet been promulgated, but the people's court has clarified the criteria for judgment based on the "best interests" provisions in the *United Nations Convention on the Rights of the Child*. Subsequently, the court compared and analyzed the pros and cons of the guardianship of the two parties in dispute from the aspects of the guardian's guardianship ability, the degree of intimacy with the child, the wards' emotional needs, the stability of the living environment, and the integrity of the family structure and relationship. That is, in this case, the factors considered by the court are: (1) the guardianship of the guardian in dispute including age, wealth; (2) living environment; (3) intimacy with the child; (4) emotion of children; (5) family relationships. It can be seen that the court judged guardianship by considering the material and emotional aspects. The same judgment may be applied to protecting the bests interests of voluntary wards, so the criteria may cover guardians' age, guardians' economic conditions, guardianship ability and other external conditions, the voluntary wards' psychological and emotional needs, as well as the impact of their living environment and family structure relationships on voluntary wards.

4.1.3. Principle of best interests in the notarization of voluntary guardianship agreements

Voluntary guardianship agreements in China are almost notarized in case of future disputes since the first voluntary guardianship agreement was made in Shanghai Putuo Notary Office. According to the current notarization procedure of voluntary guardianship agreements, notary offices shall investigate some information related to the voluntary guardians and voluntary wards including conflicts of interest between voluntary guardians and voluntary wards before notarization. All information related to true wishes of voluntary wards like character, physical conditions of guardians, economic conditions of voluntary guardians and voluntary wards, the level of education or care measures, etc. shall be taken into consideration to choose voluntary guardians who are most conducive to the healthy growth or recovery of voluntary wards and are most conducive to protecting the legitimate rights and interests of voluntary wards.

The disposal of the voluntary wards' property is also within the scope of the guardians' guardianship duties, but it should be implemented on the premise that is most beneficial to the voluntary wards' interests. Disposing of property for the benefit of voluntary wards should also conform to the principle that is most beneficial to voluntary wards, which clarifies the scope of the guardians' protection of the wards' personal rights, property rights and other legitimate rights and interests. For example, when renting out a property of a voluntary ward, choosing a suitable tenant, determining the rent at the market price, and the rental income shall be taken into account for the best interest of the voluntary ward.

Regarding the performance of guardianship matters, the principle of best interests is clearly stipulated in Article 35, paragraph 1, but the *Code* and the *Interpretation* have not clearly provided the judging elements and criteria of the best interests. The best interests will be affected by changes in terms of the times, economic development, ideology and culture, and many factors need to be considered in real life. The legislation requires guardians to use the principle of what is most beneficial to voluntary wards as the criterion for performing guardianship duties. Therefore, the court will exercise discretion over the related cases, and some vague parts of the principle of best interests could be made clearer in judicial practice.

4.2. Principle of protecting self-determination rights of voluntary wards

Protecting the self-determination rights of civil subjects is implied under Article 130 of the *Code*, according to which the parties to civil legal relations shall, based on their free will, exercise civil rights in

[24] *Shanghai No.* 1 Intermediate People's Court (2015) HU1MJCF56Civil Decision.

accordance with the law without any interference,[25] so self-determination rights are the rights for civil subjects to decide his own affairs according to his own values or preferences, based on their own free will. Furthermore, paragraph 3 of the Article 35 under the *Civil Code* makes a more detailed provision which requests the guardians shall respect the true intention of voluntary wards to the fullest extent, safeguard and assist the ward in performing juridical acts that are commensurate with the voluntary wards' intelligence and mental health, and guardians shall not interfere with any affairs that voluntary wards are capable of handling alone".[26]

The respect for self-determination rights implied in the article requests guardians to do their utmost to ensure the normalization of voluntary wards, so that voluntary wards, through the hands of their guardians, have the right to make independent decisions on their own basic life. Arbitrary rescission rights allow voluntary wards to cancel the voluntary guardianship agreements before the agreements are effective, which grants voluntary wards the rights to determine their own affairs on their own free will, avoid that voluntary guardians commit any conduct detrimental to the voluntary wards' physical and mental health, that voluntary guardians cause distress of voluntary wards or that any other conduct of voluntary guardians infringe upon the voluntary wards' lawful rights and interests. If voluntary wards or guardians lodge a suit about the validity of rescinding voluntary guardianship agreements, the court shall uphold it, which confirms respect for self-determination rights under the guardianship law of the *Code*.

4.2.1. Connotation of protecting self-determination rights of voluntary wards

Protecting self-determination rights is mainly based on the theory of respecting human dignity inherent in humans, not related to the appearance, character, ethnics or situations, which is the foundation of the right to make independent decisions. Self-determination rights are rights to make decisions on ones' own focusing on knowing oneself and determine oneself, emphasizing the importance of autonomy and dignity of voluntary wards, maintaining individual independence, enhancing social participation, promoting self-realization, maintaining voluntary wards' dignity and fair treatment. Protecting self-determination rights under voluntary guardianship system includes two elements: a. voluntary wards shall be allowed to fullest extent to make decisions by themselves within their capacity and they shall be allowed to make decisions on small matters in everyday life which voluntary wards might have capacity to judge by themselves. b. if voluntary wards could not make decisions on their own, but if they could make decisions by themselves with the help of others, they shall be allowed to make decisions with other's assistance.[27]

Furthermore, the principles based on the notion that every adult with sound mind has the right to deal with his personal and financial matters.[28] Voluntary wards have sound mind after they sign voluntary guardianship agreements, and before the agreements come into force, besides, they may have sound mind to deal with the matters within their capacity even after the agreement are effective provided that they may only lose partial capacity. Voluntary guardians may not know what the voluntary wards prefer and hope to do even if they try their utmost to guess the true intentions of voluntary wards or make detailed investigations to find out what are most beneficial to voluntary wards. Self-determination are always necessary for voluntary wards to protect their legitimate rights and interests because only voluntary wards themselves could know what are the best choice for themselves provided that they could have a little capacity to make judgments.

4.2.2. Approaches of protecting self-determination rights of voluntary wards in juridical practice

Although, for the time being, there is no any case about rescission rights of guardians or voluntary wards, one typical case about the change of a guardian ruled by Jing' an district court, Shanghai set a precedent for future approaches of protecting self-determination of voluntary wards. An 84-year-old father has suffered from polio and has the sequelae of physical disability. Both his parents and his wife have passed away. His adopted daughter, applied for an appraisal of her father's capacity for conduct and designated herself as his guardian. After appraised by a forensic judicial expertise center, the court ruled that her father was a person with limited capacity for civil conduct, and the adopted daughter was designated as his guardian in April, 2020. The father's niece sued for changing the guardian in that the Notary Office in Putuo District, Shanghai, notarized that the father and the niece signed a voluntary guardianship agreement in which the father agreed to appoint the niece as the voluntary guardian and Tao Moumou, his nephew, as a guardianship supervisor in December, 2020. The father's money and other personal belongings were kept and managed by the niece, who was looking after him when the case started. During the trial, the court asked the father three times about his true will during the trial and clerks in the court went to father's domicile for investigation, asking neigh-

[25] Article 130, Chinese Civil Code.

[26] Article 35, Chinese Civil Code.

[27] *Lixia.* On the Adult Guardianship System [D]. Shandong University 2007: 76.

[28] *Wei Shufa.* Theory and Lawmaking Choices of the Adult Guardianship System [J]. Journal of Fujian Normal University (Philosophy and Social Sciences Edition). 2007(3):86.

bors and clerks in urban resident's committee, which proved that the father hoped that his niece would be the voluntary guardian.

The People's Court of Jing' an District, Shanghai held that although the father was a person with limited capacity for civil conduct, he had a certain ability to understand and express himself. He repeatedly expressed his unwillingness to appoint his adopted daughter as his guardian, and he agreed expressly that his niece acted as his voluntary guardian three times. Considering the free will of the father, the adopted daughter is objectively unable to continue to perform guardianship duties, nor does she entrust part or all of the guardianship responsibilities to others. From the perspective of benefiting the father, the court ruled that guardianship of the adopted daughter was disqualified and the niece was upheld to be the voluntary guardian in accordance with the notarized voluntary guardianship agreement.[29]

It is hoped that the niece can exercise the right of guardianship in accordance with the law from the perspective of effectively protecting the father's personal, property and other legitimate rights and interests. If the niece infringes on the interests of the voluntary ward, the adopted daughter and other individuals or organizations willing to serve as the guardian of the father may also apply to the court to change the guardian.

This case is a typical decision of a change of guardianship case where voluntary guardianship and legal guardianship conflict. The court examined the voluntary guardianship agreements and the actual living conditions of voluntary wards, respecting the true will of the ward to the greatest extent after consulting the ward many times, and pay visits to the voluntary wards' home and urban resident's committee to learn about their real life and medical conditions, and comprehensively consider all factors, and decide to change the guardian. This case, as the first case to deal with the conflict of voluntary guardianship and legal guardianship, set a precedent under Chinese guardianship law of voluntary guardianship's precedence over legal guardianship, affirming the principle that respecting self-determination rights of voluntary wards is superior to the judgment of the court in terms of the selectin of guardians, which proves that protecting self-determination rights of voluntary wards is an important principle of guardianship systems.

5. Problems regardingexercising rescission rights

Although rescission rights could deal with some of the issues in terms of protecting rights and interests of voluntary wards, abusing them will bring more problems to voluntary wards. Moreover, time limit of exercising them under the *Code* may constitute barriers to exercising them.

5.1. Possible abuse of rescission rights

Voluntary wards could, in general, protect their own legitimate rights and interests before the agreements come into effect because both arbitrary rescission rights and rescission rights by agreement grant voluntary wards or voluntary guardians the rights to rescind voluntary guardianship agreements on their own, however, voluntary wards may not be protected after agreements become effective. When guardians harms voluntary wards' rights and interest, although Article 11 of the *Interpretation* provides ten civil subjects who have the right to apply to the people's court for disqualifying guardians including the relevant individuals and organizations who are composed of any other person legally qualified for guardianship, an urban residents' committee, a villagers' committee, a school, a medical institution, a women's federation, a disabled persons' federation, an organization for the protection of minors, an organization legally formed for seniors, and a civil affairs department.[30]

And when no civil subject applies to the court for disqualifying guardians, in this case, the *Code* provides the ultimate remedy to voluntary wards, requiring that the staff of the civil affairs departments shall apply for disqualifying guardians, which plays a role in protecting the rights and interests of the ward. That is to say, civil affairs departments are not only one of the civil subjects to exercise statutory rescission rights to rescind guardianship agreements, but also the last resort for applying to the court for rescinding guardianship. It seems that Article 11 of the *Interpretation* provides a perfect solution for protecting voluntary wards through disqualifying guardians, but lawsuit proceeding always lasts several months from start to end.

During this proceeding or before the proceeding and after the guardian harms the voluntary wards, if guardians still manage personal and financial affairs of voluntary wards, voluntary wards are vulnerable to the harm from guardians, they may die or lose all their assets within one day. Time is essence for voluntary wards to be protected when guardians infringe upon the adult ward's lawful rights and interests or are slack in performing the duty of guardianship. Although the above-mentioned 10 civil subjects could play kind of role in overseeing guardians, in practice, in order to avoid future possible injury of losses of voluntary wards from guardians, guardian supervisors are always appointed by notarized voluntary guardianship agreements.

[29] The People's Court of Jing'an District, Shanghai (2020) Hu0106CS209.

[30] Article 11, Interpretation by the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of Book One General Provisions of the Civil Code of the People's Republic of China.

In terms of Chinese current voluntary guardianship agreements, guardianship supervisors with their names on the agreements are individuals. If supervisors abuse rescission rights to rescind agreements disposing of guardians, so as to grab property of voluntary wards, especially some rich elderly among them, which is a big issue for the future interpretation to be solved because voluntary ward sare insecure, fragile situation. In order to solve the problem, whether some professional guardianship organizations should be established in China to be guardian supervisors and the future interpretation will make some detailed rules about curbing guardian supervisors remains to be unknown in current China.

5.2. Time limit of rescission rights

Moreover, the Contract Book of the *Code* stipulates that rescission rights by agreements shall be exercised within one year from the day that the party who has the right to rescind knows or should have known the causes of rescission or within a reasonable period after the other party makes a demand.[31]

But one problem is that no one knows when the voluntary guardianship agreements shall be terminated when the agreements are made. The effective date of voluntary guardianship agreements, which are very indefinite, may be within one year or after many years of be in established. One year's limitation of rescission rights causes rescission rights by agreement to be extinguished within one year with the result of no rescission rights. Even if the causes for rescinding agreements occurs, neither voluntary guardians nor voluntary wards have rights to rescind them after one year of establishing agreements. Arbitrary rescission rights may solve this problem before the agreements become effective because voluntary wards and voluntary guardians could rescind the agreements without any cause, by themselves, but it is obvious that statutory rescission rights could not solve it after the agreements come into effect because statutory rescission rights and rescission right by agreements are based on different causes. Therefore, whether the time limit for rescission rights by agreements should be extended or cancelled would be an important issue for the future interpretation of the *Civil Code* to be solved. When arbitrary rescission rights and statutory rescission rights could not be used, the time lime of one year for rescission rights by agreement will bar voluntary wards and their guardian supervisors from rescinding agreements for the purpose of protecting voluntary wards' rights and interests, especially in emergency, therefore, it is necessary to modify the provisions related to time limit of rescission rights in the future interpretation of the *Code*.

Conclusion

The *Chinese Civil Code* provides a new voluntary guardianship system to deal with the rising issue of aging society, and its latest *Interpretation* entitles voluntary wards and guardians to arbitrary rescission rights, which could be used before voluntary wards lose full or partial capacity, and entitle them to statutory rescission rights after the agreements become effective. Although both rights almost cover the possible approaches of rescinding agreements for protecting voluntary wards, rescission rights by agreements stipulated in Contract Book of the *Code* are still important to be used to protect voluntary wards when they could not be protected by the two rights provided under the Interpretation. For the purpose of protecting legitimate rights and interests of voluntary wards under voluntary guardianship agreements to greatest extent, the exercise of rescission rights shall be based on the principle of best interests and protecting self-determination rights of voluntary wards under the *Code* and the *Interpretation*. Although the enactment of the *Code* and the *Interpretation* have made a breakthrough in the Chinese adult guardianship system, rescission rights under voluntary agreements need to be interpreted further in the future because some problems arises from exercising rescission rights under voluntary guardianship agreements, including abuse of rescission rights , which may injure and cause losses to voluntary wards, and time limit of exercising rescission rights by agreement , which could cause some problems in practice.

REFERENCES

1. *Zhang Suhua.* Problems and Solutions in the Voluntary Guardianship System [J] Oriental Law. 2020(2):127.
2. *Li Jing.* On Agreed Arbitrary Rescission Rights and the Principle of Good Faith[J].Law and Society.2017(7):163.
3. *Zhu lamei, Gao Yunlin.* On the Arbitrary Borderline of Contractual Arbitrary Rescission Rights[J]. Journal of Shanxi Politics and Law Institute for Administrators. 2020(3):61.
4. *Zhao Yinren, Chen Ranxin.* On the Best Interests of Wards [J]. Shanghai Legal Research. 2020(11):153.
5. *Lixia.* On the Adult Guardianship System [D]. Shandong University. 2007:76.
6. *Wei Shufa.* Theory and Lawmaking Choices of the Adult Guardianship System[J]Journal of Fujian Normal University (Philosophy and Social Sciences Edition). 2007(3):86.

[31] Article 564, Chinese Civil Code.

Защита авторских прав

Правовая охрана объектов авторских прав в условиях развития креативных индустрий[1]

Legal protection of copyright objects in the context of the development of creative industries

Е. А. Моргунова,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
eamorgunova@msal.ru

E. A. Morgunova,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor,
Associate Professor of the Chair of Civil Law
at Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
eamorgunova@msal.ru

© *Моргунова Е. А., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.141-146

Аннотация. *Статья посвящена проблемам развития креативной индустрии, основанной на искусстве; анализу двух основных концепций правовой охраны произведений литературы и искусства, а также социальным последствиям, связанным с развитием утилитарного подхода к правовой охране произведений как результатам творческого труда. В статье делается вывод о том, что в рамках креативных индустрий не могут быть созданы адекватные условия для творения глубинных произведений и обеспечия им адекватной авторско-правовой охраны.*
Ключевые слова: *креативная экономика, креативные индустрии, авторское право, произведения науки, литературы и искусства, утилитарная теория, теория личности, естественные права человека, право человека на свободу творчества.*

Abstract. *The article is devoted to the development of the creative industry related to art, the analysis of two main concepts of the legal protection of works of literature and art, as well as the social consequences associated with the development of a utilitarian approach to the legal protection of works as the results of creative work. The article concludes that within the framework of the creative industries, adequate conditions for the creation of in-depth works cannot be created and adequate copyright protection can be provided to them.*
Keywords: *creative economy, creative industries, copyright, works of science, literature and art, utilitarian theory, personality theory, natural human rights, human right to freedom of creativity.*

Появлению концепции креативной индустрии предшествовала концепция культурной индустрии. Как отмечает доктор философии Р. З. Хестанов[2], концепция культурных индустрий была разработана после Второй мировой войны в целях вовлечения в культурную жизнь новой аудитории, чтобы классические произведения стали доступными народу. Одним из основных направлений данной концепции культурных индустрий было поддержание правительством не творцов, а сетей

[1] Статья выполнена в рамках проекта «Приоритет-2030» по направлению «Социоправо».
[2] *Хестанов Р. З.* Креативные индустрии — модели развития // URL: https://cyberleninka.ru/article/n/kreativnye-industrii-modeli-razvitiya/viewer.

распространения культурной продукции, которым предоставлялись государственные субсидии.

Как отметил Дэвид Хезмондалш, для политики культурной индустрии характерно, что в культурном производстве центральную роль играют коммерческие компании, которые влияют на вкусы потребителей[3]. В публикации доктора философии Р. З. Хестанова представлены выделенные Николасом Гарнэмом особенности экономики культуры. Последний отмечал, что в данных сферах индустрии очень высоки инвестиционные риски, поскольку трудно предвидеть, какие произведения и каких творческих работников будут иметь успех. Его не гарантирует даже реклама. Глобальная политика по развитию культурных индустрий, вдохновителем которой выступало ЮНЕСКО, осуществлялась в 1980—1990 гг.

В период развития культурных индустрий формируется понимание, что это развитие возможно не за счет дотаций государства, а за счет самой креативности. Креативность сама по себе может приносить значительную прибыль, влиять на экономический рост государства и в перспективе стать главным драйвером ВВП. В 1980-е гг. стала формироваться концепция креативных индустрий в Великобритании, а позднее в США и Австралии.

Первое определение понятия «креативная индустрия» было дано Департаментом культуры, медиа и спорта (DCMS) Великобритании в 1997 г. Отличительным признаком креативной индустрии был именно источник ее существования — индивидуальная креативность, умения, талант, она обладает потенциалом создания рабочих мест и благосостояния посредством производства и эксплуатации интеллектуальной собственности (DCMS, 2001 : 5).

В документах ЮНЕСКО отмечается, что после 1986 г. изменилось восприятие роли культуры в социально-экономической сфере. Культура рассматривается и как средство развития, т.е. является важным двигателем развития и поддержки экономического развития, и как результат развития, т.е. как смысл нашего существования[4]. ЮНЕСКО определяет креативные индустрии как такие индустрии, которые сочетают создание, производство и коммерциализацию товаров и услуг, которые преимущественно основаны на использовании результатов интеллектуальной деятельности.

То есть креативная индустрия подразумевает, что сами результаты интеллектуальной деятельности приносят хорошие доходы, за счет которых и существует индустрия. И если на первых порах нередко смешивались культурные индустрии и креативные индустрии, что, собственно, является неслучайным, так как результаты интеллектуальной деятельности в основном создавались в сферах культурной индустрии, то позднее перечень креативных индустрий существенно расширяется, поскольку результаты творческой деятельности могут создаваться и в других индустриях и влиять на экономическую составляющую данных индустрий.

В мировых креативных и культурных индустриях лидирующие позиции занял Китай, который имеет высокие показатели не только по экспорту креативных и культурных индустрий, занимая второе место после США, но и отличается высоким положительным сальдо торгового баланса. Такие результаты достигнуты благодаря политике Китая в области культуры, которая включает в себя серьезную поддержку данных отраслей государством, в том числе и финансовую поддержку[5].

Российской Федерацией разработана и утверждена концепция развития творческих (креативных) индустрий и механизмов осуществления их государственной поддержки в крупных и крупнейших городских агломерациях до 2030 года[6].

Многие креативные индустрии связаны с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства, но в наибольшей степени они создаются в индустриях, основанных на искусстве (театр, музыка, кино, анимация, живопись, деятельность галерей и др.). Креативные индустрии построены на рассмотрении результатов творческой деятельности как экономической ценности, как того, что приносит прибыль, за счет чего может существовать сама индустрия.

Таким образом, в основе креативной индустрии лежит утилитарный подход к результатам интеллектуальной деятельности, в том числе к произведениям литературы и искусства, т.е. произведение рассматривается как товар. Последствия такого отношения к произведениям описаны в работе Макса Хоркхаймера и Теодора Адорно «Культурная индустрия: просвещение как способ обмана масс»[7].

---

[3] *Хезмондалш Д.* Культурные индустрии / пер. с англ. И. Кушнаревой. 2-е изд. М., 2018.

[4] International Year of Creative Economy for Sustainable Development, 2021 // URL: https://en.unesco.org/commemorations/international-years/creativeeconomy2021.

[5] *Титов С. А., Кокорина А. О., Быков П. А., Горбачев Е. С., Шарипов Ф. Ф.* Креативные технопарки в постиндустриальной трасформации экономики Китая // Пространственная экономика. 2019. Т. 15. № 3. С. 125—146.

[6] Распоряжение Правительства РФ от 20.09.2021 № 2613-р // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_396332/4f81bcb73c6d58757e4d96b9291cc109b179bc5c/.

[7] *Хоркхаймер М., Адорно Т.* Культурная индустрия: просвещение как способ обмана масс. М., 2016.

Очень точно передается мысль указанных авторов о культурных индустриях в следующих строчках из произведения: «Культурная индустрия может похвастаться тем, что ей удалось без проволочек осуществить никогда прежде толком не издававшийся перевод искусства в сферу потребления, более того, возвести это потребление в ранг закономерности, освободить развлечение от сопровождавшего его навязчивого флера наивности и улучшить рецептуру производимой продукции. Чем более всеохватывающей становилась эта индустрия, чем жестче она принуждала любого отдельно стоящего или вступить в экономическую игру, или признать свою окончательную несостоятельность, тем более утонченными и возвышенными становились ее приемы, пока у нее не вышло скрестить между собой Бетховена с Казино де Пари»[8].

Еще хотелось бы обратить внимание на ряд мыслей авторов в данном произведении:

1. В культурной индустрии лишь декларируется, что она строится на интересах потребителей, но на самом деле рынок захватили крупные производители и потребитель в этой индустрии является не субъектом, а объектом. Потребитель смотрит не то, что он хочет, а то, что ему показывают.

2. При помощи стилевых приемов вырабатывается общий контекст господствующих форм вербального, музыкального, живописного языка. В результате произведение искусства способно внушить, что оно источник истины. Появляется желание к соответствию, к подражанию. Высокое искусство всегда восставало против самого себя. Подражание ведет к эстетическому варварству.

3. Происходит слияние культуры и развлечения, и это приводит не только к вырождению культуры, но и к приданию развлечению возвышенного характера.

4. Человечество превращается в подручный материал. Культурная индустрия заинтересована в человеке лишь как в потребителе и рабочей силе.

5. Искусство живет по своим законам, в культурной индустрии оно отказывается от собственного независимого статуса, превращаясь в потребительский товар. Великое произведение, отличающееся отсутствием всякой целесообразности, существует за счет анонимности рынка. Искусство уничтожается, будучи товаром.

Итак, мы видим, что подход к произведениям как к экономической ценности ведет к появлению парадоксальных признаков у произведения. Еще Прудон в свое время писал: «Религия, правосудие, наука, поэзия, искусство теряют свое значение, как только они делаются объектом торга, а потому, что их распределение и вознаграждение подчинены совершенно другим правилам, чем распределение и вознаграждение промышленных продуктов... Дело идет о непродажности всего, относящегося к уму и совести... Экономисты до такой степени утратили правовой смысл, что не понимают этого. Они не видят, что истинное, прекрасное, справедливое представляют собой религию будущего, что эта религия точно так же, как христианство, священна и что все погибнет, если признают на общих основаниях литературную собственность»[9].

Как верно замечает Д. А. Братусь (по отношению к авторскому праву), указанный дисбаланс приводит к «искажению... роли естественных прав и свобод человека, непомерному возвеличиванию финансового идола, когда прагматизм, проистекающий из, казалось бы, социально ориентированной экономической идеи, становится попросту антисоциальным»[10].

Е. А. Суханов пишет, что учение об «экономическом анализе» права овладело умами многих современных российских юристов, данное учение не может претендовать на всеобщее, всеобъемлющее значение в сфере гражданского (частного) права. Идея о постоянной оптимизации transaction costs с конечной целью сосредоточения материальных и иных благ в руках «эффективных собственников» (или менеджеров) ни в коей мере не способна объяснить существо многих институтов вещного, наследственного, семейного права, но, как в своей докторской диссертации отмечает Н. В. Щербак, не способна она объяснить и существо авторского и исполнительского права[11].

Евгений Алексеевич Суханов считает, что основная цель правового регулирования, в том числе и экономических отношений, принципиально отличается от цели экономической деятельности. Она состоит в достижении не обязательно экономически наиболее эффективного, но всегда социально справедливого результата, что обусловлено самой природой права как особого социального явления[12].

---

[8] *Хоркхаймер М., Адорно Т.* Указ. соч.

[9] *Канторович Я. А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Пг., 1916. С. 26—27.

[10] *Братусь Д. А.* Авторское право и Древний Рим: исторический фундамент этической концепции. М. : Статут, 2018. С. 28—29.

[11] *Щербак Н. В.* Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2022. С. 57.

[12] *Суханов Е. А.* Социальное лицо гражданского права (к постановке вопроса) // Гражданское право социального государства : сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А. Л. Маковского (1930—2020) / отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. — М. : Статут, 2020. С. 26—27.

В современном мире можно выделить две основные концепции авторского права: это утилитарная теория, характерная для стран англо-американской системы права, рассматривающая произведения как товар, и теория личности, основывающая на естественном праве право человека на свободу творчества и рассматривающая произведение как продолжение личности автора. Теория личности является естественно-правовой концепцией. Ее сущность достаточно подробно раскрывается в докторской диссертации Н. В. Щербак, которая является сторонником данной концепции. Однако нередко данная концепция отвергается современными российскими и зарубежными юристами как устаревшая, не соответствующая времени и выдвигается утилитарная концепция[13].

Наиболее точно идея утилитарного подхода выражается в словах Ричарда Столлмана: «Авторское право является соглашением с обществом, а не естественным правом. Предмет политики авторского права в том, какие соглашения приносят выгоду обществу, а не какими правами могут обладать издатели или читатели»[14].

Но нельзя смотреть на социальные отношения через призму экономической выгоды, тем более что в развитых странах характерна социализация гражданского права, а авторское право является институтом гражданского права[15]. В основе искусства в широком смысле слова лежит свобода, именно свобода является ключевым понятием в области искусства.

Поэтому для сохранения мира искусства нужно, чтобы в основе права, опосредующего отношения, связанные с созданием произведения, лежал принцип свободы творчества, и не просто лежал, а был обеспечен реальными гарантиями. При этом данный принцип базируется на праве человека на свободу творчества, и это право является естественным правом человека. Естественные права человека — это права, которые априори даны человеку от рождения, которые существуют независимо от признания таковых государством.

Для понимания того, какие права относятся к правам человека, необходимо обратить внимание на природу человека. В научных публикациях обращается внимание на такое свойство человека, как самотрансцендентность[16].

Льюис Мамфорд в работе «Миф Машины» отмечает, что важное значение в формировании человека как человека имеет не создание орудий труда, а осознание себя как своего человеческого «я». Позволю себе процитировать его: «Вся повседневная деятельность человека — прием пищи, работа, половая жизнь — необходима и потому важна: но лишь в той степени, в какой она стимулирует его сознательное участие в созидательном процессе — том самом процессе, который любая религия признает имманентным и трансцендентным и называет божественным... Я думаю, критический перелом произошел тогда, когда человек открыл в себе свой многогранный ум и поразился тому, что там обнаружил... первейшей задачей человека стало выработать свое новое “я” — обогащенное разумом, отличное как обликом, так и поведением от его прежнего антропоидного естества»[17].

Развитие новых технологий, в том числе геномных технологий, еще больше подчеркнуло, что главной составляющей человека является его осознание себя. Так, в частности, это прямо прослеживается в несколько экстремальной, на мой взгляд, диссертации Е. А. Козлачковой[18].

Любое осознание конкретным человеком себя через свои эмоции влечет значительное число субъективных черт в проявлении этих эмоций в художественных формах. Если субъективных черт в произведении нет, то человек не дошел до эмоционального осознания себя, познания своего микрокосмоса.

В качестве краеугольного камня авторского права как права, охраняющего, главным образом, результаты художественного творчества — результаты эмоционального познания мира конкретным человеком, обеспечивающего в максимальной степени осознание себя как такового, должно лежать обеспечение свободы творчества, т.е. свободы духовной деятельности.

Эта свобода обеспечивается не потому, что за человеком признают возможность творить — человек, пока он человек, будет творить, признает это государство или нет. Самое главное — чтобы такая свобода была обеспечена, чтобы человек творил без целеполагания и мог не бояться открыться перед миром. А это возможно только тогда, когда право не позволяет «плюнуть» в то, что создал человек, при этом уважение к себе будет чувствоваться через уважение к произведению.

Таким образом, авторское право должно строиться на естественно-правовой концепции пони-

[13] *Ворожевич А. С.* Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М., 2020. С. 48—49.

[14] *Stallman R.* Copyleft: Pragmatic Idealism // URL: http://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.html.

[15] *Богданов Е. В.* Социализация гражданского права России как основа его модернизации // Lex russica. 2021. № 5. С. 9—18.

[16] *Андреев А. Н.* Теория литературы: личность, произведения, художественное творчество : в 2 ч. Минск, 2004. Ч. 1. С. 63.

[17] *Мамфорд Л.* Миф Машины. Техника и развитие человечества // URL: https://gtmarket.ru/library/basis/3115.

[18] *Козлачкова Е. А.* Физическое лицо как субъект права : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014.

мания произведения и видеть в нем проявление и продолжение личности автора. Это предполагает глубинный подход к произведению, т.е. в произведении должна отражаться личность лица, творчество в произведении подразумевает оригинальность, неповторимость. В произведении отражается осознание мира конкретным человеком в художественной форме, а в конечном счете — осознание себя в этом мире.

Осознание себя ведет не к противопоставлению себя миру, а к восприятию себя в этом мире через мир. Неслучайно некоторые представители правовой доктрины даже предлагают отказаться от понятия субъекта права как искажающего существо человека как реального явления в пользу понятия конкретный человек[19]. Утилитарная концепция авторского права ведет к широкому пониманию произведения, к пониманию того, что любой результат интеллектуального труда является произведением, объектом авторского права. Однако в действительности далеко не все, что создает человек, является произведением, т.е. эмоциональным познанием себя в этом мире и выражением этого мира в художественной форме.

Таким образом, можно увидеть, что креативная индустрия, предполагающая утилитарный подход к произведениям, не создает условия для высокого творчества, так как произведение оценивается не с точки зрения его сути и приближения к «божественному», а только с точки зрения барыша. Утилитарный подход обесценивает высокие произведения, не говоря о том, что такие произведения могут оказаться просто невыгодными и крайне рискованными для креативных индустрий. Именно в связи с этим необходимо, чтобы произведения высокого творчества создавались не в рамках креативной индустрии.

Государственные учреждения: театры, консерватории, филармонии и т.п. — должны выступать не в качестве креативных индустрий, а формировать высокий вкус публики, высокие нравственные ценностные ориентиры, знакомить с подлинным искусством. Данные учреждения должны выполнять важные публичные функции в сфере культуры и обеспечивать условия для создания глубинных произведений. Необходимо обращать большое внимание на произведения высокого творчества, так как именно они должны быть важным фактором развития культуры и сохранения общества.

Искусство в креативной индустрии, скорее, выступает как позитивный фактор, влияющий на психоэмоциональное состояние людей и обеспечивающий комфортность. Но в обществе очень важно сохранять и развивать критическое мышление, прививать высокий вкус, именно этому должно способствовать высокое искусство.

Все это подчеркивает необходимость дифференцированного подхода к правовой охране подлинных произведений (глубинных произведений) и результатов интеллектуального труда в художественной сфере и создания со стороны государства условий для развития высокого глубинного творчества.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Андреев А. Н.* Теория литературы: личность, произведения, художественное творчество : в 2 ч. — Минск, 2004. — Часть 1.
2. *Богданов Е. В.* Социализация гражданского права России как основа его модернизации // Lex russica. — 2021. — № 5. — С. 9—18.
3. *Братусь Д. А.* Авторское право и Древний Рим: исторический фундамент этической концепции. — М. : Статут, 2018.
4. *Ворожевич А. С.* Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. — М., 2020.
5. *Канторович Я. А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. — Пг., 1916.
6. *Козлачкова Е. А.* Физическое лицо как субъект права : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014.
7. *Мамфорд Л.* Миф Машины. Техника и развитие человечества // URL: https://gtmarket.ru/library/basis/3115.
8. *Павлов В. И.* Необходимо ли взаимодействие богословского и юридического дискурсов, или О возможности синергийно-антропологической концепции права // URL: https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1652297590&tld=ru&lang=ru&name=pavlov-vozmoznost.pdf.
9. *Суханов Е. А.* Социальное лицо гражданского права (к постановке вопроса) // Гражданское право социального государства : сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А. Л. Маковского (1930—2020) / отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. — М. : Статут, 2020.

[19] *Павлов В. И.* Необходимо ли взаимодействие богословского и юридического дискурсов, или О возможности синергийно-антропологической концепции права // URL: https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1652297590&tld=ru&lang=ru&name=pavlov-vozmoznost.pdf.

10. *Титов С. А., Кокорина А. О., Быков П. А., Горбачев Е. С., Шарипов Ф. Ф.* Креативные технопарки в постиндустриальной трасформации экономики Китая // Пространственная экономика. — 2019. — Т. 15. — № 3. — С. 125—146.
11. *Хезмондалш Д.* Культурные индустрии / пер. с англ. И. Кушнаревой. — 2-е изд. — М., 2018.
12. *Хестанов Р. З.* Креативные индустрии — модели развития // URL: https://cyberleninka.ru/article/n/kreativnye-industrii-modeli-razvitiya/viewer.
13. *Хоркхаймер М., Адорно Т.* Культурная индустрия: просвещение как способ обмана масс. — М., 2016.
14. *Щербак Н. В.* Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2022.
15. International Year of Creative Economy for Sustainable Development, 2021 // URL: https://en.unesco.org/commemorations/international-years/creativeeconomy2021.
16. *Stallman R.* Copyleft: Pragmatic Idealism // URL: http://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.html.

Конкурентное право

俄罗斯竞争法制的现代转型与新发展
Современная трансформация и новое развитие российской системы конкурентного права

王海军[1]
华东政法大学
nivi2006@163.com

Ван Хайцзюнь,
доктор юридических наук,
доцент Восточно-китайского политико-юридического университета,
исследователь Института иностранного права
и сравнительного правоведения
при Восточно-китайском политико-юридическом университете, Китай
nivi2006@163.com

Wang Haijun,
Associate Professor, the East China University of Politics and Law,
Researcher, the Institute of Foreign Law and Comparative Law,
the East China University of Politics and Law,
China
nivi2006@163.com

© *Ван Хайцзюнь, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.147-155

摘要：俄罗斯竞争法制始于1908年，以美国的《谢尔曼法》为基础来设计反垄断法制，并出现了规范竞争关系的规则。俄罗斯在1965年通过加入《保护工业产权巴黎公约》，规定防止不公平竞争的规则，但是苏联经济具有行政指挥性质，没有真正的竞争。随着戈尔巴乔夫改革，苏联国内经济发展指导思想发生了变化，国内经济发展也带来了对竞争规制的紧迫感，并在竞争法领域得到体现，出现了将竞争视为法律的直接目标的法规。1991年3月22日，《商品市场竞争和限制垄断活动法》通过，成为了俄罗斯竞争法发展的重要阶段，这部法律也被认为是第一部为规范市场行为者的活动奠定基础的法律。苏联解体后，在经济领域，俄罗斯明确提出以市场经济为取向，迅速实行由计划经济体制向市场经济体制的转轨，这同时也导致了诸多不合法的竞争和垄断行为的出现，也催生了新的竞争政策和法制的产生。1993年《俄罗斯联邦宪法》确立了规范竞争的法律起点，为制定竞争法奠定了宪法基础。1994年《俄罗斯联邦民法典》的通过，竞争法的发展进入了一个新阶段，禁止利用公民权利限制竞争和滥用市场支配地位，不公平竞争产生的义务适用于市场受这种竞争影响。由于宪法和民法的颁布，俄罗斯联邦进一步修订《商品市场竞争和限制垄断活动法》及相关法律，对不公平竞争的立法描述出现在《商品市场竞争和限制垄断活动法》中，在自然垄断的情况下经营的商品市场受专门法律管辖。1998年金融危机后，俄罗斯认识到反垄断政策既可以促进也可以阻碍经济政策的执行有效性，因此经济政策的方向和方法发生了变化，竞争法也开始在新的监管领域发展起来。在整合《商品市场竞争及限制垄断行为法》和《金融市场保护法》的基础上，于2006年7月26日通过了一项具有里程碑意义的联邦法律---《俄罗斯联邦保护竞争法》，实现了对商品市场和金融市场的统一监管，并形成了以《俄罗斯联邦保护竞争法》为核心的竞争法体系。后续通过相关法律的出台和配合，共同形成了一个较为系统和完整的竞争法律体系，并且也在不断完善过程中进行制度的自我更新，不仅体现在完善这一领域的法律法规、政策方面上，而且要体现在保护竞争的习惯规则方面，最终形成竞争法渊源的多元化模式。随着国际经济形势变化、“一带一路”倡议和俄罗斯国内经济的变化，俄罗斯国内竞争形势促使了竞争法制不断完善和更新，并在修订立法、更新制度、政策推新等方面出现了新的发展，进一步完善持续推动俄罗斯市场经济的健康发展。

关键词：俄罗斯；竞争法；反垄断；《俄罗斯联邦保护竞争法》

[1] 王海军，华东政法大学副教授，法学博士。

Аннотация. *Российская антимонопольная правовая система зародилась в 1908 г. На основе закона Шермана США сформировалась антимонопольная правовая система, появились правила регулирования конкурентных отношений. СССР присоединился к Парижской конвенции по охране промышленной собственности в 1965 г. Она предусматривала правила предотвращения недобросовестной конкуренции, но советская экономика носила командно-исполнительный характер и реальной конкуренции не было. С реформами Горбачева руководящая идеология внутреннего экономического развития в СССР изменилась, и это также привело к осознанию безотлагательности регулирования конкуренции. В сфере конкурентного права появляются нормативные акты, трактующих конкуренцию как прямую цель права. 22 марта 1991 г. был принят Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ставший важным этапом в развитии российского конкурентного права, положивший начало регулированию деятельности участников рынка.*

После распада СССР в экономической области Россия четко стала ориентироваться на рыночную экономику, чтобы быстро осуществить переход от плановой экономики к рыночной, Это привело к возникновению многих видов незаконной конкуренции и монополизма, а также породило новые политики и правовые системы в области конкуренции. Конституция РФ 1993 г. заложила правовую отправную точку для регулирования конкуренции и конституционную основу для формулирования законодательства о конкуренции. С принятием ГК РФ в 1994 г. развитие конкурентного права вступило в новую стадию, запрещающую использование гражданских прав для ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением на рынке, обязательства, возникающие в результате недобросовестной конкуренции, распространялись на соответствующие рынки посредством такой конкуренции. С введением в действие Конституции и ГК РФ внесены дополнительные изменения в Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и смежные законы. Товарные рынки, функционирующие в условиях естественных монополий, регулируются специальными законами.

После финансового кризиса 1998 г. Россия осознала, что антимонопольная политика может как способствовать, так и препятствовать эффективности реализации экономической политики, поэтому направление экономической политики и подходы к ней изменились, а конкурентное право начало развиваться в новых областях. На основе интеграции Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и Закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» 26 июля 2006 г. был принят знаковый федеральный закон — Закон «О защите конкуренции», осуществлен единый надзор за товарным рынком и финансовым рынком, сформирована система антимонопольного права, которая лежит в основе Закона «О защите конкуренции».

В результате внедрения соответствующих законов была сформирована относительно систематическая и полная система конкурентного права. Обновление системы находит отражение в совершенствовании законов, нормативных актов и политики в этой области, что должно, наконец, сформировать диверсифицированную модель источников конкурентного права.

В связи с изменениями международной экономической ситуации, а также в связи с инициативой «Один пояс, один путь» и изменениями во внутренней экономике России ситуация с внутренней конкуренцией в России привела к постоянному совершенствованию и обновлению правовой системы в области конкуренции, появились новые разработки для пересмотра законодательства, обновления систем и продвижения новой политики для дальнейшего совершенствования и дальнейшего содействия здоровому развитию российской рыночной экономики.

Ключевые слова: *Россия; закон о конкуренции; антимонопольный; Закон Российской Федерации о защите конкуренции.*

竞争法是市场经济中维护竞争自由的基本法，以1890年美国《谢尔曼法》诞生为标志，在西方获得了“经济宪法”“市场经济的基石”及“自由企业的大宪章”的誉称，转型国家均将竞争法作为推动经济转型的重要手段。俄罗斯的竞争立法的首次尝试在1908年，以《谢尔曼法》为基础来设计出的反垄断法制，并出现一些规范竞争关系的规则，但是“这些措施是敷衍了事的、不系统的，往往无法在竞争领域提供充分的保护。”[2]苏联时期的经济具有行政指挥性质，没有真正的竞争，市场也不存在，只是因为苏联1965年

[2] *Остапенко А. В.* Недобросовестная конкуренции в России: история правового регулирования // Молодой ученый. 2018. № 20.

加入了《保护工业产权巴黎公约》而规定了防止不公平竞争的规则。俄罗斯从苏联解体之后开始向市场经济转轨，并在这个阶段开始转型并发展出具有现代意义上的竞争法制，之后随着国际经济发展，尤其是“一带一路”倡议的提出，俄罗斯竞争法制又有了新的发展。

一、改革与竞争法制的变化

苏联后期，随着戈尔巴乔夫的改革，苏联国内经济发展指导思想发生了变化，并在竞争法领域得到体现。

（一）改革背景下的竞争法制

20世纪80年代末，《巴黎公约》的国际准则被纳入苏联的国内准则，1988年5月26日《苏联合作社法》规定，促进经济竞争、商品、工程和服务市场的竞争是合作社活动的一个方面。[3]苏联时期关于竞争问题的首个规范性文件是1989年12月2日《关于进一步发展国家、合作组织和其他社会组织的决议》，其中规定如果发现有不正当竞争的情况，苏联部长会议国家对外经济委员会可以中止商品的出口或进口，[4]可见该决议适用于进出口业务，但对国内市场的贸易并没有影响。1990年6月4日的《苏联企业法》中也强调了遵守竞争法的必要性，1990年12月24日《俄罗斯联邦苏维埃社会主义共和国财产法》中出现了“不正当竞争”一词，但并未对该概念情形作出定义。根据该法，所有权人滥用其垄断地位或其他支配地位、使用不公平的商业方法(不正当竞争)、采取其他侵犯他人权利和受法律保护的利益的行为造成损害的，应予以全额赔偿。[5]然而，这仅是将竞争视为法律的直接目标的法规。

可以说，此时的俄罗斯出现了保护竞争领域的特别条例，对于采用何种立法模式，立法者也作出了的选择，在全球反垄断管理实践在加强竞争保护方面采取了不同做法，有些国家将这些规则纳入了民法或商法，有些国家则通过了关于竞争保护的具体法律，俄罗斯选择在民法中只规定了禁止限制竞争的一般规定，而保护竞争的主要规则集中在单独的法律文件中。

（二）《商品市场竞争和限制垄断活动法》与转型的开启

1991年3月22日，《商品市场竞争和限制垄断活动法》通过，这部法律被认为是第一部为规范市场行为者的活动奠定法律基础的法律，“被视为向市场经济体制过渡的奠基石。”[6]

《商品市场竞争和限制垄断活动法》的内容包括垄断、不正当竞争、反垄断委员会的任务、职权、违法责任，诉讼，俄罗斯联邦反垄断委员会决定的撤销和执行。这是一部广义的竞争法，其内容涉及反不正当竞争也涉及反垄断。[7]《商品市场竞争和限制垄断活动法》借鉴了欧洲反垄断法的内容和经验，最初旨在比大多数其他国家更广泛地适用，其中不仅包括关于限制性协议的非法性、滥用支配地位和控制合并交易的规则，而且还包括关于不公平竞争、当局限制竞争以及后来的反垄断投标要求的规则。[8]

具体而言，首先确定了政府竞争政策的主要目标，通过竞争和企业发展促进市场关系，防止、限制和打击垄断活动和不公平竞争，国家对反垄断法遵守情况的监督。其次，对“垄断”进行了界定，即“经济主体或市场机构和行政机构违法该法，旨在阻止、限制或消灭竞争并损害消费者利益的作为或不作为。”第三，将“行政机关和地方自治管理机关限制商品市场竞争”作为一种独立的限制竞争行为予以规定，行政垄断的违法主体有三类，即联邦行政机关、俄联邦各部门行政机关和地方市政当局。第四，规定了协同行为，即“相互竞争的经济实体之间就共同占有市场35%以上份额所达成的任何协议（协同行为），如果导致或可能导致对竞争的限制,则这些协议将通过法律程序完全或部分地被禁止或被视为无效”，“这个法律规制标准似乎非常简明，也具有可操作性，但在反垄断法实施初期---1991年至1998年间---基本未发挥作用,或者说发挥的作用有限。”[9]第五，规定了最重要的竞争类别，并禁止五种不正当竞争行为：（1）传播可能损害其他企业或其商业信誉的虚假、不准确和失真的信息（商业毁誉）；（2）在性质、生产方法或产地,以及产品质量上误导消费者（误导消费者）；（3）在广告中将自己产销的商品与他人商品作不正当比较；（4）擅自使用其他企业的商标或商号，模仿其商品的形状、包装和外观（假冒和模仿）；（5）未经权利人许可，获取、使用或泄露科技、生产或商业信息（侵犯商业秘密）。

（三）评价

《商品市场竞争和限制垄断活动法》规定了商品市场上的垄断活动和不公平竞争的组织和法律基础。对垄断市场和竞争性市场经济实质的理论观点进行分析后发现，与发达市场经济国家相比，俄罗斯经济的竞争优势更为有限，更为不那么明显。

首先，俄罗斯经济中的垄断优势在很大程度上与为劳动者提供社会保护、生产耐用和低成本产品的大型稳定生产的优势相一致。第二，国内经济竞争的消极表现在很大程度上与绝大多数人生活水平的普遍下降有关。可以说，该法扩大了对不公平竞争问题的理解，除了禁止不公平竞争的一般规则之外，还列出了

---

[3] Закон СССР от 26 мая 1988 г. «О кооперации в СССР».

[4] См: постановление Совета Министров СССР от 2 декабря 1989 г. № 1405 «О дальнейшем развитии государственных, кооперативных и других общественных организаций».

[5] См.: Закон РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР».

[6] 郑友德：《俄罗斯竞争法》，载《法学杂志》1994年第2期。

[7] См.: Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

[8] См.: Разъяснение от 24 января 2014 г. о необходимости подачи в антимонопольный орган уведомлений в связи с принятием Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 423-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”».

将被视为不公平竞争行为的某些行为，适用于在俄罗斯联邦境外实施的行为对俄罗斯联邦商品市场产生不利影响的情况的法律，但只涉及生产流通及劳动力市场的垄断行为，没有涉及保险、金融和社会保障等领域。同时，该法不适用于与专属权客体有关的关系，然而这一规则有一个例外，即占有支配地位的专属权持有人的活动涉及到物权的主体，例如体现专利发明的物品。

此外，保护竞争的规则还部分反映在1991年5月31日《苏联和各加盟共和国的民事立法纲要》上，其中阐述了保护竞争规则，规定除了法律规定的情况外，不得利用公民权利来限制竞争，特别是不公平地损害从事类似业务的人和消费者的合法利益（不正当竞争），包括通过在广告或其他信息中错误地比较商品，复制外国商品的外观等方式，在另一个企业家的商品的制造、目的地、制造方法和地点、质量和其他特性方面误导消费者，[10]应当避免采取损害竞争主体权利的行为。[11]上述这些法律为国家竞争政策奠定了基础，其目的是创造一个单一的经济空间、货物自由流动、支持竞争和为商品市场的有效运作创造条件。[12]

市场经济转型在20世纪80年代戈尔巴乔夫执政后期就已经开始了激烈的争论，“到80年代末，俄罗斯的大多数政治力量和居民在必须进行自由化和向市场经济过渡方面世纪上已达成了共识，”[13]俄罗斯竞争法制转型的基础在20世纪90年代初就已奠定，然而当时的经济和反垄断政策工具发展不足，相互之间缺乏协调，所有这些都给它们的互动造成了一些困难。由于苏联解体，戈尔巴乔夫还没有来得及实施市场经济改革就结束了，而具有市场经济发展中所必须的竞争法制的转型也就相应推迟了。

二、俄罗斯竞争法制的现代转型

苏联解体后，俄罗斯开始了政治、经济、文化、法制的整体转型。在经济领域，俄罗斯明确提出以市场经济为取向，迅速实行由计划经济体制向市场经济体制的转轨，这同时也导致了诸多不合法的竞争和垄断行为的出现，这种变化也催生了新的竞争政策和法制的产生，并随着市场经济的发展而不断变迁。

（一）经济转型对竞争法制的诉求

在经济转型过程中，有效的法律制度及其有效运行都是保证市场竞争的合理有序进行，并推动市场经济向着健康方向发展的前提保障。在这个过程中，俄罗斯的经济是通过向市场经济过渡完成经济转型的，基于此构建起来的竞争法制以及一套相对科学的运行机制为俄罗斯经济转型的提供了必要前提条件。

在从中央集权的计划经济向市场经济转轨中，俄罗斯实行激进的“休克疗法”，包括自由化、稳定化和私有化。自推行“休克疗法”后，“俄罗斯国家、社会和人民蒙受了惨重的损失，有研究称这次转型的损失超过20世纪任何一场经济危机的破坏，甚至超过战争的破坏。”[14]同时，由于国家司法系统落后于生活，实际上就对经济发展和改革帮助不大了。对于企业家来说，法院没有成为办案迅速的、公平和正义的机构，[15]仲裁工作不到位就意味着企业发展的受阻，市场经济也无法真正实现。“这一经济转轨时期的主要特点是多种经济成分的经济结构：国营经济成分、私营经济成分、个体经营者的公民。但是，国营经济成分仍然占主要地位。”[16]“随着转型中私有化的政策控制失误，导致大量国有企业及其资产落入少数人手中，俄罗斯一夜之间出现众多经济寡头，不但未能打破计划垄断局面，还出现了相应的变异”。[17]

在1998年以前，俄罗斯经济中的非市场成分大约占一半，俄罗斯市场经济还不是完善的、文明的市场经济，其间充满了投机、豪夺、犯罪和灰色经济，根本谈不上公平、公正，经济因此濒于崩溃。[18]可以说，在转型过渡初期阶段，改革家及其顾问们满脑子都是物价和财产，忽视了法院、税收检查员、管理部门、金融中介等等所组成的‘机制’。结果，出现了没有法治机制要求的市场---这是俄罗斯转型过渡中的致命弱点。[19]向市场经济过渡，“事实上，这意味着从一开始就出现了许多原始的食品和物资市场，在这些市场中，国内和外国的商品被个人经营所转售，每个公民都有权在任何地方和任何地方进行交易，但是对卫生防疫、生态环境和其他方面的适当控制并不总是得到遵守。”[20]

至1999年叶利钦辞职，多年的经济改革使得俄罗斯市场经济体制的框架初步确立，但是新的经济体制还存在很多问题，这还不是现代的文明的市场经济，而是“资本原始积累”式的野蛮的市场经济，与其相伴的不是效率与公平，而是经济长期衰退和人民生活普遍贫困化，并充满投机、欺诈、掠夺和犯罪，新经济体制的各方面还很不完善，机制尚未有效运转，市场秩序远未形成。[21]可以说，“俄罗斯与其他成熟市场经济国家之间一个根本性的不同就在于财产获取方式的权力性有余而市场性与公正性不足。”[22]

---

[9] 刘继峰：《俄罗斯反垄断法“协同行为”认定标准的创新及借鉴》，载《法商研究》2011年第3期。

[10] См.: Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. № 2211-1.

[11] См.: *Бадмаев Б. Г.* Исторические аспекты недобросовестной конкуренции // Финансовое право. 2005. № 8.

[12] *Остапенко А. В.* Недобросовестная конкуренции в России: история правового регулирования.

[13] 〔俄〕科萨尔斯：《俄罗斯：转型时期的经济与社会》，石天等译，经济科学出版社2000年版，第59页。

[14] 刘琳璘：《社会转型期宪法修改的动因与进路分析---以俄罗斯联邦宪法修改为例》，载《北方法学》2013年第9期。

[15] 参见庞大鹏：《宪法监督：俄罗斯司法机构的重要职能》，载《俄罗斯研究》2004年第4期。

[16] 李响：《俄罗斯法律中对行政垄断的规制》，载《法学杂志》2002年第2期。

[17] 王勉青：《经济转型国家的经济法律制度比较》，中国法制出版社2009年版，第158页。

[18] 参见靳会新：《简论俄罗斯的税制改革》，载《黑龙江对外经贸》2003年第10期。

[19] 〔美〕安德鲁·库钦斯主编：《俄罗斯在崛起吗？》，新华出版社2004年版，第101页。

[20] *Лобаков А. В.* История развития российского законодательства о конкуренции // Юридические науки. 2009. № 7.

[21] 潘德礼主编：《俄罗斯十年---政治经济外交》（下卷），世界知识出版社2003年版，第422页。

[22] 魏建国：《俄罗斯市场经济转型困境的法治视角解读》，载《俄罗斯中亚东欧研究》2011年第6期。

在处于经济转型阶段的俄罗斯，促进竞争一直是俄罗斯国家转型过程中的重要举措，形成良好的竞争环境是俄罗斯的重要经济任务。[23]

（二）竞争法制框架的建立

在实行私有化后，俄罗斯初步形成了竞争性的金融市场，但总体上仍然处于低水平竞争，各种无序、混乱的不正当竞争行为和垄断现象严重。对于转型初期的俄罗斯而言，经济发展的一个重要驱动力是竞争环境的存在，这不仅有助于确定可接受的价格和所提供的货物、工程和服务的适当质量，而且有助于促进技术流程、创新产品、提高消费者的认识和创造对所提供产品的需求，在相应法律规制当中，有效的竞争法制可以规定现代市场经济正常运作所需的限制和禁止。

对于此，俄罗斯经济转轨方针的制定者认为："西方国家尤其是美国的自由市场经济模式是世界上最先进、最合理的社会经济制度，因此俄罗斯应当全面引入和效仿。"[24]作为经济转型国家，由于缺少竞争法的历史基础，在最初制本国竞争法时，直接或间接地借鉴了西方发达国家（主要是欧盟国家）的竞争法律制度的内容和方法。俄罗斯与欧盟签有反垄断协议，国内立法也逐步与欧盟竞争法接轨，俄罗斯也因此迎来了转型期第一次立法保护竞争的尝试。此时的俄罗斯竞争法更接近于欧洲调整竞争关系的模式，对滥用市场权力的行为实施监管，同时在禁止垄断方面又具有美国模式的痕迹，可以说，此时俄罗斯的竞争政策集中体现为对垄断行为的规制。

在这个阶段，俄罗斯国家在反垄断政策和经济政策之间的活动范围和权力划分相当模糊，一项政策往往被另一项政策所干预和取代，履行其固有的职能和责任，这在很大程度上决定了反垄断和保护竞争政策的被动性质。竞争法发展中的若干问题也清晰可见：一方面，竞争管理机制开始形成，而竞争市场尚未完全形成。然而，反垄断政策往往被认为是建立市场关系的一种方式，这种做法似乎并不完全正确，从竞争关系的本质可以推断，反垄断规制不能作为建立市场关系的途径，相反，市场关系是需要解决竞争关系的基础，因而也是反垄断法的推动力；另一方面，由于改革初期主要是在国家一级对经济实行非垄断化，因此取消垄断和私有化的工业政策开始发挥作用，因此具有相当强的限制性，主要是国家反垄断控制和反垄断禁令，主要是形式就是立法政策，局限于政府的定价管理。

可以说，这个阶段竞争法制取得了一些进展，例如了解反垄断政策的必要性，建立反垄断管理机构，确保对反垄断政策作出法律规定，而且与许多其他改革不同的是，反垄断机构的建立和发展速度相当快，受到俄罗斯工业部门的抵制最少。

然而在处理反垄断违法行为方面的经验表明，此时的《商品市场竞争和限制垄断活动法》已经无法完全适应俄罗斯的经济进程，因此对1991年俄罗斯竞争法针对多个市场主体联合实施垄断行为的现象先后多次作出修订，对不同主体之间的关联关系进行实质性审查，并且提出对"间接影响竞争关系"的行为进行规制，加大力度遏制垄断集团的形成，但是此时的俄罗斯竞争法一直处于立法分散、规则不完整、缺乏系统性和执行力的状态。[25]

相当长的一段时期，俄罗斯《商品市场竞争和限制垄断活动法》的职能"还无法落实到现代反垄断法的一般立法宗旨上---维护市场竞争秩序，保护消费者利益和竞争者利益，其带有明显的工具性特点。"[26]显然需要对其进行实质性更新和补充。

（三）宪法与民法对竞争法制的影响

《俄罗斯联邦宪法》颁布之后，俄罗斯进入了制定竞争法宪法基础的阶段。《俄罗斯联邦宪法》和1991年《商品市场竞争和限制垄断活动法》对"支持竞争"一词作了同样的解释，因此新的俄罗斯宪法确立了规范竞争的法律起点，为形成文明市场奠定了法律基础。随着新的《俄罗斯联邦民法典》的通过，竞争法的发展进入了一个新阶段。《俄罗斯联邦民法典》其中第10条规定了禁止利用公民权利限制竞争和滥用市场支配地位，第1222条规定，不公平竞争产生的义务适用于市场受这种竞争影响的国家的法律，除非法律另有规定。

此外，《俄罗斯联邦地下资源法》第17条，《银行法》第32条、1994年12月13日《为联邦国家需要提供产品法》第5条、《通信法》的第15、17、20条和其他法令。这些法规确定了一项长期的反垄断发展战略，并使之具有必要的制度性。关于保护金融服务(银行、保险和其他与资金有关的法人和自然人)市场竞争的立法也在逐步发展。《电力法》是在保护竞争关系的法律框架内确立具体特点的一个典型例子，该法第25条规定：电力批发和零售市场的反垄断管理和监督由反垄断机构根据俄罗斯联邦反垄断立法、俄罗斯联邦政府的规范性法律文件进行，同时也要考虑到上述根据俄罗斯联邦政府的规范性法律文件规定的联邦反垄断机构的规范性法律文件的特点。

由于宪法和民法的变化，俄罗斯联邦在1995年要求进一步修订《商品市场竞争和限制垄断活动法》及相关法律。

首先，对《商品市场竞争和限制垄断活动法》的修改。俄罗斯立法中对不公平竞争的立法描述也出现《商品市场竞争和限制垄断活动法》之中，然而立法者当时只列举了五种形式的不公平竞争。不公平竞争的新提法出现在1995年5月25日《关于修改<商品市场竞争和限制垄断活动法>的联邦法律》的第5条中，其中修订和补充俄罗斯联邦关于竞争和限制商品市场垄断活动的法律，它将经济主体的下列行为视为违法：

---

[23] См.: ФАС: Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации. 2008. С. 4.

[24] 郭连成、刁秀华：《转轨国家的竞争政策与立法研究---以俄罗斯为例》，载《财经问题研究》2007年第4期。

[25] 邢梅：《转型时期俄罗斯反垄断法的政策含义》，载《经济法研究》（第9卷），第293-294页。

[26] 刘继峰：《俄罗斯的经济转型与反垄断法规制目标的转向》，载《经济法研究》2018年第1期。

（1）旨在在商业活动中优先获得商业利益的行为；（2）违反现行法律、商业惯例、诚信、合理、公正的要求；（3）可能对其他经济竞争主体可能造成或者造成损失，或者损害其商业信誉。[27]

其次，对自然垄断领域法律的发展。当时，市场上占支配地位的经济主体的价格管理主要是在1995年8月17日的《自然垄断法》的范围内进行的。在自然垄断的情况下经营的商品市场受专门法律管辖，被纳入特殊监管的具体行业只有七类：通过输油管道对石油和石油产品的运输；天然气的管道运输；与电力和热能运输有关的服务；铁路运输；运输车站、港口和机场服务；公共电信和邮政服务。可见，被特殊处理的上述行业只是自然垄断中的一部分，其他如航空运输、市政交通、自来水等均不在其列。1995年8月17日《自然垄断法》对这些市场作了规定，该法确立了自然垄断实体的地位，并规定了无竞争市场的行为规则，禁止以经济上可行的方式阻止自然垄断领域从自然垄断转为竞争性市场。但是"该法的目的不在于为自然垄断行业提供保护伞，而是对基于自然垄断行业的特性施以特殊的反垄断监管措施。"[28]

第三，相关法律法规的出台和修改。1994年，俄罗斯通过的一项重要规范性文件---《俄罗斯联邦政府关于俄罗斯联邦市场上经济非垄断化和竞争发展国家方案的决定》，该法令确定了发展反垄断管理的长期战略，旨在国家反垄断政策必要的制度性和组织性。另外，管理影响竞争环境的关系的法律也不能忽视这些法律，因为它们规定了对竞争环境产生和间接影响的规则。如为保护广告竞争，杜绝不当广告，1995年3月18日通过了一项联邦法律《广告法》，该法是反垄断法的一部分，规定了公司在广告市场上的行为规则，揭露了不正当、不真实、不道德的广告、故意虚假的广告，并明确了各类广告的特点。还规定了刊登广告者、广告制作者和广告传播者的权利和义务、联邦反垄断机构的监督权力和权利，并明确了违反广告法的责任。[29]该法实施了11年后，在俄罗斯建立和运作一个文明的广告市场时，该法的优点和缺点都得到了证明。然而，公司的市场营销战略越来越多地将新技术和新工具纳入其业务，而这些新技术和新工具不受现有广告法的管制。公众强烈主张加强国家对广告活动的监管，对2006年3月13日新的《广告法》联邦法律的制定和通过产生了重大影响。广告领域正在对2006年3月13日第38号联邦广告法进行调整，该法比其前身更加系统化，更加全面。此外，还包括《联邦电力和热力能源关税法》《合同制度法》，规范与公共或市政采购有关的关系，包括促进公平竞争，《采购法》规定了为促进公平竞争而为特定客户采购货物、工程和服务的特点。

1998年8月当金融危机之后，经济政策的方向和方法发生了变化。人们认识到，反垄断政策既可以促进也可以阻碍经济政策的执行和有效性。一部新的竞争法正在出现。竞争法是在新的监管领域发展起来的。在竞争法管理方面，1999年6月23日针对金融市场专门颁行了《金融服务市场竞争保护法》，明确界定了金融市场的基本概念，如金融服务、金融服务市场、金融服务市场竞争、金融服务市场资本集中等，揭露了金融机构之间在金融服务市场上不公平竞争的形式，该法规定了影响证券、银行、保险和其他金融服务市场竞争的关系，并对这些领域的金融企业的限制竞争行为进行规制，规定国家通过的信息只能由反垄断机构使用，也可以由有关的金融市场管理机构使用，还确定了金融机构可被视为不公平竞争的行为。[30]该法的一些规定与现行的《商品市场竞争和限制垄断活动法》几乎完全重叠，包括金融市场中的垄断协议、市场支配地位、滥用权力阻碍竞争、经营者集中，在2006年公布《俄罗斯联邦保护竞争法》之前一直有效。此外，在监管标准和监管手段都上突出了金融市场的特殊性，为这一领域的竞争政策确定了主要方向。

值得注意的是，2004年在俄罗斯联邦政府行政改革的框架内设立了联邦反垄断局设立后，7月29日俄罗斯政府通过了《联邦反垄断局条例》，规定联邦反垄断局是一个联邦授权的执行机构，负责颁布法规、监督和监督商品市场竞争法律的执行、保护金融服务市场的竞争、自然垄断主体的活动和广告。此外，俄罗斯联邦反垄断局负责监督有关为国家和市政需要发出商品订单、完成工作和提供服务的法律的遵守情况，并履行监督在俄罗斯联邦进行外国投资的职能。[31]可以说，出了相关的联邦法律之外，竞争关系还可受俄罗斯联邦政府的决定、联邦反垄断机构的规范性法令的制约，如1996年2月19日俄罗斯联邦政府的第154号决议《特定商品市场份额超过35%的经济实体登记册》，联邦反垄断局2006年4月25日第108号《关于批准对商品市场竞争环境状况进行分析和评估的程序》的决议，其中批准了关于如何分析和评估金融服务市场竞争环境的定期建议。如果俄罗斯联邦的国际条约规定的规则与竞争法规定的规则不同，则适用俄罗斯联邦的国际条约规则。

客观的说，这段时期的竞争法采取的是竞争与反垄断统一的立法模式，并没有严格区分竞争法和反垄断法，然而也正因如此，这个阶段竞争法制的发展为反垄断领域实行客观和公正的反垄断管理奠定了基础，有限地保障了俄罗斯市场经济发展和转型，并成为下一阶段竞争法的继续发展的必要元素。

三、俄罗斯竞争法制的新发展

面对国内市场的变化，俄罗斯对竞争法领域进行多次修订，《商品市场竞争和限制垄断活动法》在运行15年以后显然已不再符合俄罗斯的经济和法律现实，也不再符合竞争法的现代国际法律规范，因此在2006年迎来了新的发展。

---

[27] Федеральный закон от 25 мая 1995 г. № 83 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"».

[28] 刘继峰：《俄罗斯的经济转型与反垄断法规制目标的转向》，载《经济法研究》2018年第1期。

[29] Федеральный закон от 18 марта 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе».

[30] См.: Закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг».

[31] См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 г. № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе».

（一）《俄罗斯联邦保护竞争法》

2006年俄罗斯已经进入市场经济改革的深化阶段，俄罗斯私有化形成的垄断、计划经济时期的部分产业的垄断问题更加突出，同时市场上也形成了新的垄断势力。在这样的背景下，2006年俄罗斯对竞争法制领域进行了全面的修订和发展，在整合《商品市场竞争及限制垄断行为法》和《金融市场保护法》的基础上于2006年7月26日通过了一项具有里程碑意义的联邦法律---《俄罗斯联邦保护竞争法》（以下简称《保护竞争法》），实现了对商品市场和金融市场的统一监管。

1.《保护竞争法》的内容

《保护竞争法》包括10章，分为54条。第1章规定了该法的一般规定，其中包含了如金融组织、商品等基本概念，确定了该法律的立法目的和目标，还规定了各经济组织和经济主体之间行为的协调性。第2章旨在规范不公平竞争和垄断行为，规定在任何情况下，任何人不得以任何方式损害或伤害任何人的利益，其目的在于保障统一的经济空间、贸易活动自由进行、商品市场的高效运作，特别还规定了防止滥用优势地位的条款，以及“纵向”交易和协议的可行性。第3章对限制行政部门和地方自治机关的良性竞争的禁止。第4章规定了咨询产品和市场的流通价格的反垄断要求，以及与各金融组织订立协议和合同的特点。第5章指出了国家和政府优惠的法律限制，第6章规范反垄断机构的权力和职能。第7章指出，在保护经济主体之间的竞争方面，国家对经济集中的影响是强制性的。第八章这是最重要的一章，它规定必须遵守反垄断机构的命令和决定，以及违反有关法律文书条款的责任和强制分割机构的条件。第九章规定了处理全部或部分违反反垄断法案件的程序。法律文书第十章载有该法的最后条款，还规定了有关文书生效的时间。

2.《保护竞争法》的特点

《保护竞争法》对于俄罗斯联邦竞争领域的顺利运行和发展具有重要意义，其形成、内容等方面对于以前的相关法律而言都能体现出一定的特点。

第一，2006年俄罗斯竞争法已经不再照搬西方国家的反垄断立法经验，而是深入研究本国的经济发展特点，植根于反垄断执法实践，对本国经济、社会因素进行综合考量，将效率、公平、保护消费者利益、提高市场主体的竞争力等理念融入法律制度。[32]

第二，《俄罗斯联邦保护竞争法》提出了一个新的概念，即集体(相对于个人)支配、协调行动和垄断性高价格。

第三，2006 年俄罗斯将金融服务市场的反垄断规制统一纳入《俄罗斯联邦保护竞争法》，并将金融服务界定为金融组织提供银行、保险、证券、租赁合同服务以及有关吸收和配置法人和自然人的资金的服务，从而形成保护竞争法对各个行业一体适用，实质性地提高了联邦反垄断机关的权威。

第四， 协同协议的管理原则允许根据参与者的市场份额对这类协议作出区别对待。首先，对市场份额较小的交易对手适用安全港制度，经济主体之间的协同协议是允许的，每一主体在任何商品市场上的份额不超过20%，“相比之前的规定，《竞争保护法》对协同行为的认定标准有了本质上的改变。这种改变可以概括为由客观推定转为主、客观标准结合认定。”[33]

第五，在通过《保护竞争法》之前，俄罗斯反垄断法将垄断高价格的定义作为核心，这种定义更难适用，但在经济上最适当，即在竞争条件下，超过可比市场价格的价格，该法规定了垄断性高价格的两个标准：高于可比市场的价格和高于经济上合理的成本和利润。[34]

第六，在空间效力范围上，《俄罗斯反垄断法》的规定提纲挈领《俄罗斯反垄断法》也同样兼具域内效力与域外效力。在对象效力范围上，《俄罗斯反垄断法》的规定具体明确。简而言之，《俄罗斯反垄断法》适用于俄联邦行政机构和被授予行政机构职能的机构或组织以及包括个人企业在内的自然人、法人。

《俄罗斯保护竞争法》是一部广义的竞争法，将保护商品和金融市场竞争的规则合并为一项法律，这就为统一处理经济行为者的公平和不公平竞争形式奠定了法律基础，是“具有开创性的，因为它引入了许多新的概念和制度，并对先前的反垄断规则和程序问题进行了大幅调整，”[35]为俄联邦境内提供统一的市场经济环境，保障商品自由流通，支持竞争，为商品市场的有效运行创造环境，并以此确保了行为者可以同时或相互关联地在商品市场和金融服务市场上进行活动。

（二）竞争法制的完善

《保护竞争法》无疑是俄罗斯竞争法发展的一个重要一步，但并没有完全解决当时存在的所有问题，这一领域的侵权行为并没有减少，有时还会增加，这是因为在行使权利的方式和方法方面取得了进展，包括为滥用法律提供了更多的法律机会。由于竞争是有效经济增长不可或缺的组成部分，向经济关系参与者提供合格的法律帮助不仅是一项需要，而且是一个社会的需要，因为社会关心法律关系的稳定和不受破坏的影响。因此，俄罗斯立法者非常重视改进竞争法，随着时间的推移对竞争法作出相应的修改，以改进和发展保护竞争和反垄断的管理制度，尤其在下列情况下需要对竞争提供法律保护：第一，出现了不正当竞争的事实。传播关于竞争者的虚假信息，损害其商业活动或影响其商业声誉；向消费者提供关于自己产品和服务的不正确信息；与竞争对手进行不正当比较；非法使用第三方自然人或法人的知识产权，包括公司型属性等。

---

[32] 邢梅：《转型时期俄罗斯反垄断法的政策含义》，载《经济法研究》（第9卷），第294页。

[33] 刘继峰：《俄罗斯反垄断法“协同行为”认定标准的创新及借鉴》，载《法商研究》2011年第3期。

[34] См.: *Смагина А. Ю.* Развитие системы антимонопольного законодательства в России // Таврический научный обозреватель. 2016. № 3.

[35] Alexandr Svetlicinii、张娟娟：《金砖国家的竞争法制度体系---为保护市场竞争而发展的更好模型和机制》，何菁译，载《复旦公共行政评论》2017年第2期。

第一，行政垄断范围的发展。俄罗斯无论是在《商品市场竞争及限制垄断行为法》中，还是目前的《保护竞争法》及后续的修订中都重点强调了对行政性垄断的监管。2002年该法的修订中，将行政性垄断单独列为一章，其将行政性垄断界定为俄罗斯联邦行政机构、各部门行政机关、各市政当局或委托行使指定机构职能或权力的其他机构或组织的限制竞争的法令、行为、协议或协同行为。2006年在该法的修订中，又将反行政性垄断从商品市场扩展至金融市场，实现了这两个市场中相关监管的原则和制度的统一。这样，“反垄断法规定的行政垄断违法者的范围就扩大到除依俄罗斯《宪法》第10条规定的享有国家立法权的联邦立法机关、享有司法权的各司法机关、最高联邦行政机关之外的所有权力主体及享有行政权力的主体。”[36]

第二，加强对垄断行为的行政处罚力度。2007年通过了《俄罗斯联邦行政违法法典》修正案，对违反反垄断法的行为规定了新罚款制度。由于这些修正，俄罗斯联邦反垄断局的罚款数额在2008年增加到15亿卢布。然而15亿卢布，仅仅是反垄断机构的决定所施加130亿卢布的罚款10%多一点。与此同时，涉及协定情形的案件，特别是涉及协议行为的案件日益增多。俄罗斯联邦最高仲裁法院全体会议再2008年6月30日第30号决议说明了适用于反垄断立法的若干问题，该法令的主要组成部分如下：在某一具体合同违反反垄断法的案件中，反垄断机构在提出申请的情况下有权根据《保护竞争法》下令修改或撤销该合同的条款；因违反反垄断法而获得收入的群体的任何成员均可被追究行政责任；将一个群体性行为的经济主体进行登记的依据是它们在市场上的总份额；经济实体是自然垄断的主体，在自然垄断和自然垄断的商品市场上的地位得到普遍承认。[37]此外，2009年在确定可转让罚款时采用了一种不同的方法，如果经济主体从货物(工程、服务)销售中获得的收入超过其所有货物销售收入总额的75%，则罚款数额将为犯罪市场收入的0.3%至3%。

第三，逐渐放宽市场份额限制。俄罗斯联邦政府2009年7月16日《关于经济主体间协议可受理性》的第583号决定放宽了市场份额限制，将交易主体的最大市场份额定为35%，而且在向两个或两个以上卖方出售货物时，每个卖方的市场份额不受限制。[38]7月17日第164号决定又对立法作了重大修改，认定市场份额不到35%，但超过了其他经济主体在有关商品市场上的份额，如果这种主体能够对商品市场的一般销售条件产生决定性影响的话，也是具有优势地位的经济主体。[39]这样，基于经济主体的特性与影响力，扩大了优势经济主体的范围，有利于推动市场竞争的合理合法运行。

第四，加强竞争法对特殊领域的规范。在其他方面，有些法律规定了竞争法的特殊性。例如，2007年12月1日第315号《自治组织法》规定了协调经济活动而进入市场的其他条件。该法第4条第7款规定，自治组织的标准和规则应禁止自治组织的成员从事有损于其他商业主体或专业活动主体的行为，并应要求防止不正当竞争、对商品(工作、服务)用户和其他人造成精神伤害或伤害的行为、损害自治组织成员商业信誉的行为或自治组织的商业信誉的行为。[40]2009年10月生效的《俄罗斯联邦刑法典》第178条规定，参加协议和协调行动以及三年内两次以上的某些滥用支配地位的行为应负刑事责任。作为一项惩罚措施，最高可处以100万欧元的罚款。在这种情况下，委员会建议缔约国采取一切必要措施，确保所有被剥夺自由的人，无论是妇女、儿童、老人、残疾人、刑事责任的目的是减少对公司高级管理人员的竞争限制。[41]

对于这个阶段而言，是评估《保护竞争法》之后俄罗斯竞争法制不断完善和推进的最好指标，因为新通过的竞争法存在的诸多问题，后续通过相关法律的出台和配合，共同形成了一个较为系统和完整的竞争法律体系，并且也在不断完善过程中进行制度的自我更新，为此后继续发展提供必要经验。

（三）竞争法制的继续优化

近年来，反垄断法随着经济形势的转变而不断发展，这反映在俄罗斯联邦最高法院的裁决、保护竞争和自然垄断的法律的变化、反垄断委员会等方面。[42]特别是，2013年12月28日第423号决议认定关于《保护竞争法》第30条规定无效，并排除了向竞争管理机构报告该法生效后进行的交易和其他活动的要求。然而，俄罗斯联邦反垄断局指出，关于第423号联邦法生效之日前实施的《保护竞争法》第27-29条所规定的相关交易(行动)目的是为了保护俄罗斯联邦的竞争政策，在2014年1月30日之前向竞争管理机构提交通知的要求仍然有效。然而，根据《俄罗斯联邦行政违法法典》第1.7条的规定，如果未能就2014年1月30日之前完成的交易(行为)发出此类通知，则行政责任将被排除。在上述联邦法生效后，直接或间接受《保护竞争法》第27-29条第2款管辖的人之间的交易(行为)中，不需要向反垄断机构提交申请或后续通知。如果根据《保护竞争法》第31条的规定，在一个群体中进行的交易和其他活动符合该条规定的条件，则竞争管理机构应随后得到通知。[43]

---

[36] 刘继峰：《俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴》，载《环球法律评论》2010年第2期。

[37] Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июня 2008 г.

[38] Постановление Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами».

[39] См.: *Смагина А. Ю.* Указ. соч.

[40] Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях».

[41] Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. Ст. 178.

[42] *Смагина А. Ю.* Указ. соч.

[43] Разъяснение от 24 января 2014 г. о необходимости подачи в антимонопольный орган уведомлений в связи с принятием Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 423-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”».

2015年7月13日第250联邦法改变了保护竞争领域行政责任的法律规定，2015年10月5日的《第四套反垄断措施》实现了这一目标。2015年10月5日关于修订《联邦竞争法》和俄罗斯联邦某些立法的第275号联邦法修订《保护竞争法》部分法律，详细列出了某些形式的不公平竞争，并改进了处理这一现象的机制，[44]修改了一些关于保护竞争的行政责任的规则。[45]该法律的生效，标志着《第四套反垄断措施》实施阶段的结束。

在竞争政策方面，俄罗斯联邦近几年也在不断的推进和发展。为进一步加强国民经济，发展竞争和反垄断，俄罗斯联邦2017年12月21日的《发展竞争国家政策的基本方针》第618号总统令的总统令，[46]其中确定改进政府竞争政策的目标是：（1）通过扩大产品、工程和服务的范围、提高质量和降低价格，提高消费者的满意度；（2）提高经济主体的经济效率和竞争力，包括确保自然垄断主体有平等机会获得企业经营所需的货物和服务以及公共服务，鼓励经济主体创新，增加知识产品和服务在生产结构中的份额，发展高技术产品市场；（3）稳定增长和发展多种经济，发展技术，降低国民经济的成本，减少社会紧张，保障国家安全。同时确定了竞争政策的基本原则：（1）减少由国家或政府建立或控制的经济实体在商品市场活动的经济实体总数中所占的比例；（2）确保俄罗斯联邦境内经济活动的平等条件和自由；（3）确保中小型企业的发展；（4）促进公共投资方面的竞争；（5）创造条件，吸引经济主体对商品市场的投资；（6）不应阻止自然垄断领域从自然垄断向竞争性市场的经济上的合法转变；（7）以从事受管制活动的组织的成本效益为基础，在降低成本和提高效率的基础上，对价格(关税)进行政府管制，以确保消费者的长期利益；（8）不允许通过在竞争性商品市场上确定价格(关税)或价格上限来实施国家价格(关税)调节，俄罗斯联邦法律规定的情况除外；（9）在国有企业和国有企业的经济活动中促进竞争；（10）将预防和事后监管相结合，以保护竞争；（11）鼓励经济主体，包括在商品市场上占支配地位的行为者，落实国内反垄断执法制度；（12）反垄断政策的开放性；（13）国家和地方政府在执行国家竞争政策方面的责任；（14）使政府竞争政策成果具有可衡量性；（15）国家鼓励正当的经济活动实践；（16）在俄罗斯联邦发展有组织的贸易；（17）基础设施垄断的信息公开；（18）确保为公共目的采购货物、工程和服务的透明度，以及基础设施垄断企业和政府参与的公司采购货物、工程和服务的透明度；（19）在政府监督中采用风险导向方法；（20）在数字经济发展和全球化的背景下改进反垄断条例，以便有效地制止跨界违反反垄断法的行为，并提高俄罗斯公司在世界市场上的竞争力。

同时对自治组织、公共组织、工会和消费者委员会提出要求：（1）应当积极参与竞争咨询机构的工作；（2）利用对国家和地方政府的公共监督机制，查明旨在限制竞争和造成不必要行政障碍的行为和行动；（3）每年向联邦反垄断局提供关于评估俄罗斯联邦竞争状况和国家竞争政策有效性的资料，以便纳入联邦反垄断局编写的关于俄罗斯联邦竞争状况的报告；（4）继续努力使社会不容忍任何形式的不公平竞争和旨在垄断的经济活动；（5）与媒体合作，宣传国家竞争政策的执行情况、反垄断立法的要求以及公民和民间社会机构在抵制不公平竞争和垄断经济活动方面的积极经验。

此外，俄罗斯联邦反垄断局的工作也在一定层面上推动了俄罗斯竞争法的发展。2017年俄罗斯联邦反垄断局局长发起了一项制定《2017-2018年国家竞争发展计划》的倡议，这一倡议得到了时任俄罗斯联邦政府总理梅德韦杰夫的批准，最后确定的计划不久将提交俄罗斯联邦总统普京。与此同时，梅德韦杰夫俄罗斯联邦10个部委与俄罗斯经济发展部和俄罗斯联邦反垄断局协商，批准《2017-2018年竞争发展计划》。可以说，在计划的第一部分就提出了“为了促进竞争，我们必须减少经济中的国营经济成分，必须恢复私人银行的正常运作，发展对小企业的支持，使私有化正常进行，使投资环境适当，并消除官僚主义、犯罪和官方壁垒。”[47]此外，联邦反垄断局局长建议俄罗斯总统普京批准《2017-2019年国家竞争发展计划》，并要求政府执行该计划，根据反垄断局的计划，反垄断局应确定关键的竞争指标，并提出减少行政障碍的建议。

俄罗斯联邦在《保护竞争法》颁布之后作出的所有努力都在推动国内竞争领域合理发展扮演着不同、但重要的角色，并且各个方面的工作也都能体现出俄罗斯联邦对于保护竞争和发展经济的内在要求，也正是这些需求决定了其竞争法制的不断发展。

结语

俄罗斯的现代竞争立法还相对年轻，经常经历各种形式的转变，立法者仍在寻找最佳的监管选择，包括反垄断法和竞争法的范围。按照现阶段俄罗斯竞争法的发展来看，以《俄罗斯联邦保护竞争法》为核心的竞争法律体系一直在更新之中，截止到2018年底，这部法律依然处于修订之中，其他方面的政策也在相应的出台或调整。显而易见，随着国家经济形势和市场形势的变化，这部法律仍在等待继续修改和补充。到目前为止，填补法律空白的问题在很大程度上是通过立法来解决，然而俄罗斯法律并不存在将司法实践完全纳入法律渊源的意愿，而运用文明所固有的诚信、合理和公平原则，现在已经扩大到反垄断领域，这完全可以形成合法竞争行为的传统，并成为保护竞争的法律机制。鉴于此，俄罗斯竞争法的进一步完善不仅体现在完善这一领域的法律法规、政策方面上，而且要体现在保护竞争的习惯规则方面，最终形成竞争法渊源的多元化模式，持续推动俄罗斯市场经济的健康发展。

---

[44] См.: *Кротов К. С.* История правового регулирования недобросовестной конкуренции в России и за рубежом // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. № 1.

[45] См.: *Башлаков-Николаев И. В.* Об изменениях в нормах об административной ответственности в сфере защиты конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 3.

[46] Указ Президента Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции».

[47] Национальный план развития конкуренции на 2017—2018 годы.

Административное право

О целях административного реформирования как факторах формирования методов административно-правового регулирования

On the goals of administrative reform as factors in the formation of methods of administrative and legal regulation

И. В. Глазунова,
старший научный сотрудник
Института государства и права
Российской академии наук,
кандидат юридических наук, доцент
ginesa@mail.ru

I. V. Glazunova,
Senior Researcher,
Institute of State and Law
Russian Academy of Sciences
Cand. Sci. (Law), Associate Professor
ginesa@mail.ru

© *Глазунова И. В., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.156-162

Аннотация. *Актуальность статьи обусловлена значимостью верного выбора форм и методов правового регулирования для достижения целей административного реформирования государственного управления. На основе проведенного исследования показана связь (влияние) целей и задач российской административной реформы 2000-х гг. с применяемыми административно-правовыми методами их достижения.*
Рассмотрен ряд нормативных правовых актов, составляющих основу для применения современных форм и методов административного регулирования для решения данных задач. Сделан вывод о проведении в настоящее время нового этапа административного реформирования, обусловленного конституционными новеллами.
Предложены направления для проведения научных исследований в целях дальнейшего реформирования российских публично-правовых институтов.
Ключевые слова: *административная реформа, государственные функции, государственные услуги, административно-правовое регулирование, метод регулирования, орган исполнительной власти, единая система публичной власти, стратегическое планирование, экстраординарные условия и меры, COVID-19.*

Abstract. *The relevance of the article is due to the importance of the right choice of forms and methods of legal regulation to achieve the goals of administrative reform of public administration. On the basis of the study, the connection (influence) of the goals and objectives of the Russian administrative reform in the 2000s is shown. with the applied administrative and legal methods to achieve them.*
A number of normative legal acts are considered, which form the basis for the application of modern forms and methods of administrative regulation to solve these problems. It is concluded that a new stage of administrative reform is currently underway, due to constitutional novels.
Suggested directions for scientific research in order to further reform Russian public law institutions.
Keywords: *administrative reform, public functions, public services, administrative and legal regulation, method of regulation, executive authority, unified system of public authority, strategic planning, extraordinary conditions and measures, COVID-19.*

Организация публичной власти; становление системы федеральных органов законодательной, исполнительной и судебной власти, порядка их организации и деятельности; формирование федеральных органов государственной власти относятся к исключительной компетенции Российской Федерации (п. «г» ст. 71 Конституции РФ). Исполнительная власть представляет собой элемент государственно-властного механизма, сформированного на основе принципа разделения властей.

Реформа системы государственного управления, начало которой относится к 2003 г., получила название «административная реформа в Российской Федерации», отражая направленность на объект реформирования — государственное управление[1], осуществляемое исполнительной ветвью государственной власти Российской Федерации.

Направления реформирования на первоначальном этапе были сопряжены с функциями исполнительной власти. В связи с необходимостью обеспечения наиболее эффективных форм и методов реализации этих функций (управление) были намечены меры по структуризации системы органов исполнительной власти (далее — ОИВ).

Целью проведения первого этапа административной реформы[2] (2003—2005) было укрепление государственной власти в стране, разграничение полномочий между различными элементами бюрократической сети (федеральным и региональным уровнями управления, региональными и местными органами власти, а также между конкретными звеньями системы федеральных органов исполнительной власти), а также эффективное распределение их между государственным и корпоративным секторами. Важнейшим шагом в реализации административной реформы явилась реорганизация системы и структуры федеральных органов исполнительной власти (далее — ФОИВ) на основе *функционального принципа* (критериями для классификации этих органов приняты выполняемые ими функции государства[3]). Другим знаковым решением стало делегирование полномочий по осуществлению от имени России государственного управления имуществом (например, полномочиями по управлению использованием атомной энергии наделена государственная корпорация по атомной энергии «Росатом»[4]).

Во исполнение такого приоритетного направления, как развитие системы саморегулируемых организаций (СРО) в области экономики, был принят закон о передаче саморегулируемым организациям некоторых государственных функций[5].

Одним из проблемных аспектов проведения первого этапа реформы стали отсутствие партнерского диалога с институтами гражданского общества, достаточно слабая организация участия в реформировании экспертного сообщества и средств массовой информации. В последующем эта ситуация была исправлена, в том числе путем передачи некоторых полномочий саморегулируемым организациям, общественным советам и профессиональным общественным организациям.

Огромные масштабы изменений, произошедшие в сфере государственного управления в 2003—2005 гг., создали предпосылки для продолжения модернизации системы государственного управления.

Одобрение российским Правительством Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006—2010 годах[6] (в первой редакции период проведения реформы ограничивался 2006—2008 гг., позже она была продлена по 2010 г.) ознаменовало начало второго этапа административной реформы, который начался в 2006 г. и политически был ориентирован на построение эффективного государства.

Отметим, что если на первом этапе реформы акцент был сделан на проблеме установления и разграничения функций и полномочий ОИВ, оптимизации их системы и структуры, то на втором этапе целью стало повышение эффективности их деятельности.

---

[1] Государственное управление — деятельность органов государственной власти по реализации своих полномочий в сфере социально-экономического развития Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации (п. 2 ст. 3 Федерального закона от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»).

[2] Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 17.05.2003.

[3] *Бельский К. С.* О функциях исполнительной власти // Государство и право. 1997. № 3. С. 14—21.

[4] Федеральный закон от 01.12.2007 № 317-ФЗ (ред. от 07.04.2020) «О Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом"» // СПС «КонсультантПлюс».

[5] Под саморегулированием понимается самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности и содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил (ст. 2 Федерального закона от 01.12.2007 № 315-ФЗ (ред. от 03.08.2018) «О саморегулируемых организациях»).

[6] Распоряжение Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р (ред. от 10.03.2009) «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006 — 2010 годах».

Одновременно в 2006 г., на начальной стадии второго этапа административной реформы, была определена и принципиально новая цель проведения административной реформы, состоящая в повышении *качества и доступности государственных услуг*.

Обратим внимание на то, что само понятие «государственная услуга» является достаточно новым для отечественной административно-правовой теории и управленческой практики, впервые оно используется в тексте Указа Президента РФ от 23.07.2004 «О мерах по проведению административной реформы в 2003—2004 гг.» при перечислении направлений реформирования: «организационное разделение функций, касающихся регулирования экономической деятельности, надзора и контроля, управления государственным имуществом и предоставления государственными организациями услуг гражданам и юридическим лицам».

Правовым фундаментом в этой сфере деятельности ОИВ стал Федеральный закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», где в ст. 2 дано определение: «Государственная услуга — это деятельность по реализации функций соответствующего органа исполнительной власти, которая осуществляется по запросам заявителей».

К числу органов, оказывающих государственную (муниципальную) услугу, законодателем отнесены: ОИВ, орган местного самоуправления (далее — ОМСУ), наделенный соответствующим государственным полномочием; а также организация, уполномоченная оказывать государственную услугу *на основании правового акта* исполнительного органа государственной власти или *договора* о выполнении работ или оказании услуг для государственных (муниципальных) нужд. Таким образом, непосредственное предоставление государственных (муниципальных) услуг именно государственными (муниципальными) органами не является обязательным требованием при предоставлении таких услуг (и обязательным признаком государственной услуги).

Как отмечается исследователями, функции по предоставлению государственных и муниципальных услуг могут быть переданы также в *негосударственный сектор*, что, в свою очередь, актуализирует необходимость разработки теоретических основ договорных форм сотрудничества органов государственной власти и органов местного самоуправления с бизнес-сообществом, с негосударственным сектором в целом[7].

Реализация реформы системы исполнительной власти отразилась на *взаимоотношениях органов государственной власти* (федеральных и региональных) и *органов местного самоуправления*.

В 2012—2014 гг. были разработаны и введены в практику правовой механизм *делегирования* отдельных государственных полномочий органам местного самоуправления, а также принципиально новый механизм *перераспределения* полномочий, предусматривающий передачу отдельных полномочий органов местного самоуправления органам государственной власти субъекта Российской Федерации[8]. Эти два механизма в совокупности становятся основными способами так называемого «огосударствления» местной власти[9].

При этом оценка названных возможностей передачи полномочий между ОИВ субъекта РФ и ОМСУ оценивается специалистами по-разному: от осторожной констатации негативной тенденции к огосударствлению местного самоуправления — до оценки модели перераспределения полномочий в качестве инструмента оптимального динамичного регулирования территориального управления и самоуправления, исходя из конкретных реальных потребностей общества[10].

Достижение такой цели второго этапа административной реформы, как повышение *эффективности деятельности* органов исполнительной власти, предполагалось осуществить посредством решения нескольких задач: во-первых, по внедрению в органах исполнительной власти принципов и процедур *управления по результатам;* во-вторых, по разработке и внедрению *стандартов* государственных услуг, предоставляемых органами исполнительной власти, а также *административных регламентов* в органах исполнительной власти.

Результатом разработки механизма оценки управления по результатам предоставления го-

---

[7] *Барциц И. Н.* Понятие «публичная услуга» в контексте Федерального закона № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» и вне его // Государство и право. 2013. № 10. С. 47.

[8] Федеральный закон от 27.05.2014 № 136-ФЗ «О внесении изменений в статью 26.3 Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" и Федеральный закон "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации"» // СПС «КонсультантПлюс».

[9] *Глазунова И. В., Бондаренко А. А.* Взаимодействие органов публичной власти города Москвы и муниципальных образований при реализации государственных полномочий (административно-правовой аспект) // Муниципальная академия. 2019. № 3. С. 16—20.

[10] *Зубарев С. М.* К вопросу об огосударствлении местного самоуправления // Lex russica. 2018. № 12 (145). С. 85 ; Не барьер, а грань сопряжения : научный доклад об актуальных проблемах и перспективах развития современной отечественной модели разграничения полномочий между региональным и муниципальным уровнями власти / В. В. Балытников, А. А. Горбылев, Е. Н. Михайлов [и др.]. М. : ИИУ МГОУ, 2019. С. 11—13.

сударственных услуг стала независимая *системы оценки качества работы* организаций, оказывающих социальные услуги, и формирование публичных рейтингов их деятельности[11], на необходимость создания этого многократно обращали внимание ученые и специалисты-практики, общественные организации. Такие полномочия возложены на общественные советы[12], которые могут создаваться (и фактически созданы при всех органах исполнительной власти), общественные профессиональные организации (например, Союз юристов России участвует в проведении общественной аккредитации образовательных организаций высшего образования по направлению подготовки «Юриспруденция»).

Вместе с тем, как отмечают исследователи, оказалось, что под названием административного механизма «управления по результатам» скрывалась волна существенно расширенной и формализованной отчетности, накрывшей органы исполнительной власти. Специалистами отмечается, что такое управление оказалось неэффективным в силу оторванности его от потоков финансовых средств, мотивации персонала ОИВ и реальных приоритетов политической власти[13].

Критике подверглась и система созданных административных регламентов за то, что в основном в них просто фиксировались существующие управленческие процессы, без их рационализации, без использования опыта создания современных бизнес-процессов.

Окончание периода, в течение которого, согласно Концепции административной реформы 2006—2010 гг., должны были быть проведены масштабные трансформации в сфере государственного управления, по мнению одних авторов, ознаменовало окончание административного реформирования, другие же специалисты, с мнением которых мы солидарны, склонны считать, что этот процесс продолжился, но на ином правовом фундаменте, опосредующем новые формы управления (иные концепции, программы развития, государственные программы и др.).

В частности, по завершении работы в рамках реализации Концепции административной реформы на 2006—2010 гг. новым документом на среднесрочную перспективу стала *Концепция снижения административных барьеров и повышения доступности* государственных услуг на 2011—2013 г.[14]

Одним из новых методов государственного регулирования для решения задач устойчивого социально-экономического развития государства и обеспечения национальной безопасности после принятия Федерального закона от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» (далее — Закон № 172-ФЗ) становится *стратегическое планирование*[15].

В иерархии документов стратегического планирования доминирующее значение имеет ежегодное Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации (далее — Послание). Указанный акт разрабатывается в рамках целеполагания и, как отмечается В. М. Редкоусом, имеет преимущественно политический характер, служит основой для определения стратегических целей и приоритетов социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, а также направления и средств достижения указанных целей. В этой связи важным элементом содержания каждого Послания является указание на конкретные или наиболее предпочтительные формы и методы достижения поставленных целей, которые следует использовать уполномоченным субъектам[16].

Следует отметить, что на сегодняшний день разработано огромное количество документов стратегического планирования федерального, регионального и муниципального уровня, что, безусловно, требует создания и применения соответствующего механизма координации и контроля[17].

В апреле 2016 г. российский премьер-министр Д. А. Медведев подчеркивал, что государственному управлению недостает системы взаимодей-

---

[11] Указ Президента РФ от 07.05.2012 № 597 «О мероприятиях по реализации государственной социальной политики» // СПС «КонсультантПлюс».

[12] Федеральный закон от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[13] *Сунгуров А. Ю.*, *Тиняков Д. К.* Административная реформа и ее проекты в современной России: были ли коалиции поддержки? // Общественные науки и современность. 2016. № 2. С. 47.

[14] Распоряжение Правительства РФ от 10.06.2011 № 1021-р «Об утверждении Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011—2013 годы и Плана мероприятий по реализации указанной Концепции».

[15] Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[16] Публичная власть: система, компетенции : монография / под общ. ред. М. Н. Кобзарь-Фроловой. Воронеж : Научная книга, 2021. С. 150—152.

[17] *Прилепский В. Ю.*, *Глазунова И. В.* О совершенствовании системы документов стратегического планирования в области военного строительства в Российской Федерации // Вестник военного права. 2021. № 2. С. 56—65 ;

ствия между органами власти, необходимой для решения комплексных задач. Учитывая, что необходимость совершенствования государственного управления обусловливает пересмотр организации системы исполнительной власти, в повестку дня вновь был внесен вопрос о системе и структуре ОИВ.

Принятие в июле 2020 г. поправок к Конституции Российской Федерации[18], предусматривающих изменение конфигурации публичной власти, формирование и корректировку перечня полномочий органов государственной власти и местного самоуправления в России, стало переломным моментом государственного управления. Неизбежно значимые перемены затронули все органы государственной власти, и в значительной мере — органы исполнительной власти[19].

Поправочным Законом вводится понятие «единство публичной власти», идея о котором давно предлагалась и обсуждалась, а тенденции сближения государственной и муниципальной власти (о чем нами сказано выше) проявлялись в последнее десятилетие. Однако содержание понятия «единство публичной власти» не имеет легитимного определения. В Федеральном законе от 08.12.2020 № 394-ФЗ «О Государственном Совете Российской Федерации»[20] определение данного понятия подменено перечнем органов, входящих в единую систему публичной власти. Не вносит в этой части правовой определенности и Федеральный закон от 21.12.2021 № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации»[21].

В то же время, по нашему мнению, в представленном виде эта принятая поправка не вполне согласуется с положениями ст. 5 Конституции РФ о единстве системы государственной власти и ст. 12 Конституции РФ о самостоятельности местного самоуправления и отделении органов местного самоуправления от органов государственной власти.

В 2020 г., с учетом поправок в Конституцию РФ, конституционное закрепление получила такая форма государственного управления, как издание Президентом РФ обязательного для исполнения правового акта — поручения Президента Российской Федерации (ст. 113; ч. 1 ст. 115).

Отмечается и усиление роли Государственного Совета, принимаемые им решения, касающиеся регулирования различных аспектов социально-экономического развития нашей страны, также предлагается рассматривать в контексте новых используемых форм государственного управления[22].

Примечательно также то, что изменяется порядок формирования Правительства РФ. Так, после назначения Председатель Правительства РФ представляет Президенту России предложения о структуре федеральных органов исполнительной власти, за исключением случая, когда предшествующий Председатель Правительства РФ освобожден от должности Президентом России[23]. Толкование этого положения позволяет нам предположить, что реализация этого конституционного положения приведет к тому, что изменение структуры ФОИВ уже не будет рассматриваться как реформирование, а превратится в довольно рутинный рабочий процесс при смене Председателя Правительства РФ.

Начало нового этапа конституционно-правовой реформы с одновременным продолжением реализации административной, муниципальной и иных реформ управления в Российской Федерации, а также совпадение этого момента с наступлением так называемой «новой нормальности», обусловленной пандемией коронавирусной инфекции, когда «в условиях глобальной социально-экономической дестабилизации в правовой

Глазунова И. В. Документы стратегического планирования как основа выбора методов административно-правового регулирования // Актуальные вопросы современной экономики. 2021. № 8. С. 174—183.

[18] Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СПС «КонсультантПлюс».

[19] *Редкоус В. М.* Основные направления нового этапа административной реформы в Российской Федерации // Закон и право. 2020. № 8. С. 15—18.

[20] СЗ РФ. 2020. № 50. Ч. III. Ст. 8039.

[21] Под единой системой публичной власти понимаются федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, иные государственные органы, органы местного самоуправления в их совокупности, осуществляющие в конституционно установленных пределах на основе принципов согласованного функционирования и устанавливаемого на основании Конституции Российской Федерации и в соответствии с законодательством организационно-правового, функционального и финансово-бюджетного взаимодействия, в том числе по вопросам передачи полномочий между уровнями публичной власти, свою деятельность в целях соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина, создания условий для социально-экономического развития государства (п. 1 ст. 2 Федерального закона от 08.12.2020 № 394-ФЗ «О Государственном Совете Российской Федерации»).

[22] Публичная власть: система, компетенции. С. 157—158.

[23] *Безруков А. В.* Конституционная реформа: основные направления и пути совершенствования конфигурации публичной власти в России // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 6. С. 3—9.

практике разница между обычным и чрезвычайными режимами управления стирается»[24], определили как никогда актуальную повестку по разработке вопросов распределения полномочий между органами единой системы публичной власти.

Сложившийся в российской конституционной практике подход к регулированию и ограничению прав и свобод человека исключительно федеральным законодателем был подвергнут изменению в связи с ситуацией распространения коронавирусной инфекции в 2020 г., которая потребовала самого тесного и оперативного взаимодействия всех уровней власти в условиях чрезвычайного режима управления. Начинать решение возникших проблем органам власти субъектов Российской Федерации пришлось в условиях дефицита полномочий, в том числе в части возможности введения необходимых ограничений для граждан и организаций[25]. Однако уже в скором времени ситуация с легитимным наделением их необходимыми полномочиями была нормализована[26].

Таким образом, направления разработки и конкретные формы и методы административно-правового регулирования экономической деятельности определяются и задачами целенаправленно проводимых управленческих преобразований, и в ответ на возникающие чрезвычайные, неординарные события, процессы, обстоятельства как социального, так и биологического происхождения, имеющие и внутригосударственный, и глобальный масштабы.

Безусловно, что при наступлении (либо угрозе наступления) чрезвычайных обстоятельствах роль государства усиливается. В такое время особенно требуется очень высокое качество государственного управления, что должно обеспечиваться в том числе и применением обновленного спектра форм и методов регулирования, реализацией экстраординарных мер управленческого воздействия на общество и личность.

На основании результатов проведенного исследования можно предложить некоторые предметы для проведения научных исследований в целях дальнейшего реформирования российских публично-правовых институтов, применяемых ими форм и методов деятельности в сфере административно-правового регулирования. К их числу, в частности, относятся:

— структура и полномочия федеральных органов исполнительной власти;
— уточнение компетенции и полномочий органов единой системы публичной власти, определение механизмов делегирования полномочий;
— вопросы совершенствования существующих и разработки новых форм и методов административного регулирования экономической деятельности в неординарных социально-политических, экономических и угрожающих биологическому благополучию человека условиях (в том числе, в условиях экономических санкций, при возникновении чрезвычайных ситуаций, в период ухудшения эпидемиологической обстановки и др.).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Барциц И. Н.* Понятие «публичная услуга» в контексте Федерального закона № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» и вне его // Государство и право. — 2013. — № 10.
2. *Безруков А. В.* Конституционная реформа: основные направления и пути совершенствования конфигурации публичной власти в России // Конституционное и муниципальное право. — 2020. — № 6. — С. 3—9.
3. *Бельский К. С.* О функциях исполнительной власти // Государство и право. — 1997. — № 3. — С. 14—21.
4. *Глазунова И. В.* Документы стратегического планирования как основа выбора методов административно-правового регулирования // Актуальные вопросы современной экономики. — 2021. — № 8. — С. 174—183.
5. *Глазунова И. В.*, *Бондаренко А. А.* Взаимодействие органов публичной власти города Москвы и муниципальных образований при реализации государственных полномочий (административно-правовой аспект) // Муниципальная академия. — 2019. — № 3. — С. 16—20.

[24] *Гришковец А. А.* Специфика режимов управления в условиях «новой нормальности» // Единство публичной власти в условиях современного общества : сборник трудов Центра исследования проблем территориального управления и самоуправления / отв. ред. В. В. Балытников. М. : ИИУ МГОУ, 2020. С. 116.

[25] *Сергеев А. А.* Разграничение полномочий и взаимодействие общегосударственного, регионального и муниципального уровней власти в условиях чрезвычайных режимов управления в период коронакризиса // Единство публичной власти в условиях современного общества : сборник трудов. С. 121—122.

[26] Федеральный закон от 01.04.2020 № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций».

6. *Гришковец А. А.* Специфика режимов управления в условиях «новой нормальности» // Единство публичной власти в условиях современного общества : сборник трудов Центра исследования проблем территориального управления и самоуправления / отв. ред. В. В. Балытников. — М. : ИИУ МГОУ, 2020.
7. *Зубарев С. М.* К вопросу об огосударствлении местного самоуправления // Lex russica. — 2018. — № 12 (145).
8. Не барьер, а грань сопряжения : научный доклад об актуальных проблемах и перспективах развития современной отечественной модели разграничения полномочий между региональным и муниципальным уровнями власти / В. В. Балытников, А. А. Горбылев, Е. Н. Михайлов [и др.]. — М. : ИИУ МГОУ, 2019.
9. *Прилепский В. Ю.*, *Глазунова И. В.* О совершенствовании системы документов стратегического планирования в области военного строительства в Российской Федерации // Вестник военного права. — 2021. — № 2. — С. 56—65.
10. Публичная власть: система, компетенции : монография / под общ. ред. М. Н. Кобзарь-Фроловой. — Воронеж : Научная книга, 2021.
11. *Редкоус В. М.* Основные направления нового этапа административной реформы в Российской Федерации // Закон и право. — 2020. — № 8. — С. 15—18.
12. *Сергеев А. А.* Разграничение полномочий и взаимодействие общегосударственного, регионального и муниципального уровней власти в условиях чрезвычайных режимов управления в период коронакризиса // Единство публичной власти в условиях современного общества : сборник трудов Центра исследования проблем территориального управления и самоуправления / отв. ред. В. В. Балытников. — М. : ИИУ МГОУ, 2020.
13. *Сунгуров А. Ю.*, *Тиняков Д. К.* Административная реформа и ее проекты в современной России: были ли коалиции поддержки? // Общественные науки и современность. — 2016. — № 2.

Принцип верховенства закона в местном управлении в КНР: теория и практика[1]

The principle of rule of law in local government in the PRC: theory and practice

Ха Шуцзюй,
доктор юридических наук,
Юридический институт,
Хэйлунцзянский университет,
г. Харбин, КНР
hashuju@163.com

Чжан Юепин,
аспирант,
Юридический институт,
Хэйлунцзянский университет,
г. Харбин, КНР
hashuju@163.com

Ha Shuju,
Doctor of Law Law Institute
Heilongjiang University, Harbin, China
hashuju@163.com

Zhang Yueping,
Graduate student, Law Institute
Heilongjiang University,
Harbin, China
hashuju@163.com

© *Ха Шуцзюй, Чжан Юепин, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.163-174

Аннотация. *В данной статье проанализированы теоретические и практические проблемы законодательства, действующего на местном уровне в КНР. С учетом принципа верховенства закона местное законодательство стало важнейшим аспектом в укреплении потенциала местного самоуправления и стимулировании развития на местах, что обусловливает следование местного законодательства ценностным ориентирам и целям муниципального управления.*

Данная статья разъясняет основные теории, лежащие в основе практики местного законодательства в Китае, исследует глубинные проблемы в текущей практике местного законодательства, изучает, как принцип «верховенства закона» сочетается с местными ресурсами Китая, и предлагает пути развития местного законодательства и укрепления верховенства закона.

Основываясь на теории социалистического законодательства с китайской спецификой и принимая во внимание современные тенденции и материально-правовые ресурсы местного управления в КНР, авторы статьи утверждают, что путь к реализации верховенства закона в местном законодательстве и управлении лежит через осознание местными законодательными органами разумной позиции власти, границы между соблюдением закона и свободой, а также баланса между правами и обязанностями. Данные три аспекта являются ядром исследований по осознанию ценности субъекта верховенства права.

Ключевые слова: *местное законодательство, местное управление; верховенство закона, законотворчество, КНР.*

[1] Данная статья подготовлена в рамках Инновационного проекта для аспирантов Хэйлунцзянского университета (№ проекта: YJSCX2021-001HLJU).

Abstract. *This article analyzes the theoretical and practical problems of the current legislation at the local level in China. Taking into account the principle of the rule of law, local legislation has become the most important aspect in strengthening the capacity of local self-government and stimulating local development, which causes local legislation to follow the same values and goals as municipal government. This article explains the main theories underlying the practice of local legislation in China, explores the underlying problems in the current practice of local legislation, studies how the principle of "rule of law" is combined with local resources in China, and suggests ways to develop local legislation and strengthen the rule of law. Based on the theory of socialist legislation with Chinese specifics and taking into account current trends and the material and legal resources of local government in China, the article argues that the way to implement the rule of law in local legislation and governance lies through the awareness by local legislatures of a reasonable position of power, the boundary between law and freedom, as well as the balance between rights and responsibilities. These three aspects are the core of research on the awareness of the value of the subject of the rule of law.*
Keywords: *local legislation, local governance, rule of law, lawmaking, PRC.*

Рассматривая местное законодательство в Китае[2] в исторической перспективе, можно обнаружить, что его развитие на теоретическом и практическом уровнях было фрагментарным и противоречивым, а также пересекающимся и прогрессивным. До того, как современная китайская юриспруденция активно начала изучать вопросы развития местного законодательства с точки зрения принципа верховенства закона, этот важный аспект эффективности национального управления не привлекал особого внимания со стороны академического сообщества. Причина этого заключается в том, что законодательство — это не изолированный юридический вопрос, а комплексная проблема, тесно связанная с экономическим развитием, политическими изменениями и социальными преобразованиями.

Именно эти факторы сделали отношения между центральными и местными органами власти в Китае нестабильными и несбалансированными на протяжении всей его истории, тем самым поставив местное законодательство в подчиненное положение. Это ярко выражено в Конституции 1954 г. и Конституции 1978 г., которые не содержали никаких определенных положений по вопросу местного законодательства[3].

Такое положение дел продолжалось до конца 1978 г., когда был созван третий пленум Центрального комитета Коммунистической партии Китая 11-го созыва, определивший новое направление политического и экономического развития Китая, концепцию правовой системы и эмансипацию правосознания населения. Изменение правовых норм местного законодательства в Китае показывает, что именно применение принципа верховенства права разрушило основы феодального общества Китая и позволило стране вступить на путь построения правового государства. По сути, региональный подход является расширенным продолжением концепции, основанной на верховенстве закона. При этом верховенство закона применительно к местным органам государственной власти позволяет полностью мобилизовать местную инициативу и служит модернизации и преобразованию национальной системы верховенства закона[4].

---

[2] Понятие местного законодательства в данной статье является широким, т.е. оно не ограничивается тремя формами местных законов и постановлений, постановлений местных органов власти и постановлений самоуправления, как это предусмотрено в Законе «О законодательстве», а охватывает нормативные документы, сформулированные местными народными собраниями и их постоянными комитетами, а также местными органами власти на уровне уезда или выше. Следовательно, объектом данной статьи являются «нормативные документы, принимаемые местными законодательными и административными органами на уровне уезда или выше».

[3] Китай обнародовал Общую программу Китайской народной политической консультативной конференции, которая служила временной конституцией в начале его основания в 1949 г. Статья 16 этой Программы гласит: «Разделение полномочий и функций между Центральным народным правительством и местными народными правительствами устанавливается постановлением Комитета Центрального народного правительства в соответствии с характером каждого вопроса так, чтобы это как способствовало национальному единству, так и соответствовало местными условиями». Это фактически установило принцип сочетания центрального и местного разделения полномочий в законодательной системе Китая того времени. Однако, хотя Программа функционировала как временная конституция, она не была конституцией по сути, и поэтому в данной статье утверждается, что вопрос разделения законодательных полномочий между центральным и местным уровнями и, следовательно, местных законодательных полномочий, не был предусмотрен в Конституции Китая до 1982 г.

[4] 潘玲霞：《依法治国与改善党的领导方式》，载《理论月刊》，2006年第6期，第70页 [*Пань Линся.* Управление государством на правовой основе и совершенствование руководства КПК // Теория : ежемесячник. 2006. № 6. С. 70].

Развитие теории и практики местного законодательства в три этапа

Становление и развитие теории местного законодательства в Китае необходимо анализировать через призму взаимоотношений центра с местным уровнем на протяжении тысячелетий. До Опиумной войны 1840 г. отношения между центральным правительством и местными властями в Китае были однонаправленными, и в законодательном плане местные органы власти полностью подчинялись центральному правительству, демонстрируя черты единой законодательной системы при абсолютизме.

После 1840 г. на фоне появления капиталистических отношений западные идеи о верховенстве закона были привнесены в Китай и оказали огромное влияние на политические идеи и социальную мысль современного Китая. Соответственно, отношения подчиненности местных властей перед центральными органами начали меняться.

После 1949 г. — года создания Китайской Народной Республики — в рамках цели «создания современного, независимого и единого государства», была установлена единая централизованная система, включающая центральное и местное законодательство. Именно с 1949 г. в Китае возникли реальные условия для дальнейшего развития теории местного законодательства.

Представляется обоснованным разделить развитие теории и практики местного законодательства в Китае можно на следующие три этапа.

1. 1840—1949 гг.: начало процесса модернизации местного законодательства

До 1840 г. все феодальные династии в древнем Китае придерживались системы, при которой только центральное правительство обладало законодательной властью. После Опиумной войны 1840 г. централизованная феодальная власть начала переживать кризис, и в течение почти столетия после этого Китай находился в процессе превращения из традиционной феодальной империи в современное национальное государство. В разгар этих беспрецедентных исторических перемен самодостаточность правовой культуры Китая была нарушена[5], и отношения между центром и местными властями начали модернизироваться[6].

Глубокие изменения в международной обстановке и внутриполитическом ландшафте в этот период означали, что новая форма государственного устройства уже не могла быть простым продолжением и воспроизведением традиционной феодальной империи[7]. В ходе этого процесса различные политические силы и деятели предлагали федерализм, централизацию и уравнивание в части установления структурной формы государства.

Соответственно, на практику местного законодательства также было оказано явное влияние. Например, после Синьхайской революции провинции Хубэй, Цзянсу и Чжэцзян объявили о своей независимости и создали провинциальные институциональные механизмы, приняв местное законодательство в форме местных договорных законов, имеющих статус основных законов провинции. Эти местные законодательные акты фактически закрепляли отношения между центральным правительством и местными органами власти на основе принципа федерализма и устанавливали принцип разделения законодательной власти между центральным правительством и местными органами власти, что стало первым опытом в развитии местного законодательства в Китае.

В то же время роялисты, представленные Кан Ювэем, яростно выступали против федеративной системы, которая давала местным органам власти отдельные полномочия, и активно выступали за централизацию законодательной власти путем полного подчинения ее центральному правительству. В то же время Сунь Ятсен, государственный деятель, возглавивший китайскую демократическую революцию, выступал за уравнительность, т.е. «все вопросы единого характера по всей стране должны быть подчинены центральному правительству, а вопросы местного характера должны быть подчинены местным органам власти, без предпочтения централизации или децентрализации»[8].

С точки зрения объективности уравнительность — это лучший принцип взаимоотношений между центральными и местными органами власти, который вбирает в себя сильные стороны унитарной централизации и использует преимущества федеральной децентрализации, однако

---

[5] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社，2019年版，第334页 [*Чжан Цзинь фань.* Традиция и современная трансформация китайского права. Пекин : Юридическое изд-во, 2019. С. 334].

[6] 封丽霞：《中央与地方关系法治化研究》，北京：北京大学出版社，2008年版，第281页 [*Фэн Лися.* Исследование верховенства закона в отношениях между центральной и местной властью. Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2008. С. 281].

[7] 王续添：《地方主义、联邦主义与新国家构建中的制度选择》，载《新华文摘》，2007年第13期，第60-64页 [*Ван Сюйтянь.* Местничество, федерализм и институциональный выбор в строительстве нового государства // Дайджест Синьхуа. 2007. № 13. С. 60—64].

[8] 黄子毅：《中央和地方职权划分的法律问题》，北京：中共中央党校出版社1998年版，第44页） [*Хуан Цзыи.* Правовые аспекты разделения центральной и местной власти. Пекин : Изд-во центральной партийной школы КПК. 1998. С. 44].

эта теория местной децентрализации доктора Сунь Ятсена была нереалистичной для практики и слишком идеалистичной в политической ситуации того времени.

В целом местное законодательство в Китае на данном этапе находилось под влиянием политической обстановки и требований времени, сталкивалось с раздробленностью традиций и запросами современности, а также с конфликтом между Китаем и Западом и еще не искало разумного пути, который бы соответствовал местным ресурсам Китая.

Следует подчеркнуть, что с момента рождения Коммунистической партии Китая в 1921 г. лидеры партии также пытались построить местное законодательство, соответствующее национальным условиям Китая. Первоначально на направление местного законодательства оказал влияние бывший Советский Союз, а на Втором национальном съезде Коммунистической партии Китая впервые была предложена идея «частичной федерации», при которой Монголия, Тибет и Хуэйцзян[9] будут автономными, а остальная часть страны будет единой[10] — система, известная как «свободный федерализм». После 1945 года Коммунистическая партия отказалась от этой идеи свободной федерации и вместо этого предложила создание унитарного государства и принятие региональных национальных автономий, что заложило теоретическую основу для унитарной модели центрально-местных отношений после основания государства в 1949 г.

2. 1949—1978 гг.: от децентрализации к централизации

В 1949 г., когда была создана Китайская Народная Республика и Коммунистическая партия Китая стала правящей партией, перед партийными лидерами встала задача — как управлять, регулировать отношения между центральным и местным уровнями, чтобы консолидировать власть. В социальном контексте того времени Китай почти столетие находился в состоянии «раздробленности», и после создания нового Китая необходимо было положить конец этому состоянию разобщенности и отсутствию единства, поэтому новый Китай должен был стать политическим образованием под центральной властью[11].

В то же время под влиянием Советского Союза перед Коммунистической партией Китая встала национальная и модернизационная задача ускорения индустриализации, обогащения страны и укрепления армии, по своему политическому мировоззрению сходная с задачами бывшего Советского Союза. Различные внешние и внутренние факторы диктовали необходимость определить как основное направление законодательной системы Китая национальное единство и централизацию.

Однако реалии были таковы, что вновь созданному новому государству было трудно консолидировать власть за короткий период времени, и в этот конкретный исторический период (1949—1952 гг.) Китай четко следовал лини, определенной Центральным бюро Коммунистической партии Китая, которая существовала во время революционной войны (после 1935 г.) для управления страной в основных регионах. Страна была разделена на шесть основных административных районов: Северо-Восточный, Северо-Китайский, Северо-Западный, Юго-Западный, Южно-Центральный и Восточно-Китайский. Эти шесть регионов были одновременно местными органами власти отдельного уровня и представительными органами Совета Центрального народного правительства[12] и обладали широкими законодательными полномочиями. Основой законодательной власти Большого региона являлись Временная программа», которая служила временной конституцией, так и Общие правила организации комитетов народного правительства Большого региона, разработанные Государственным советом в 1949 г.

После 1953 г., когда была создана высокоцентрализованная законодательная система по советской модели, местные органы власти потеряли почти всю свою экономическую автономию, а законодательная власть, соответственно, была сосредоточена в центре. После упразднения центральным правительством крупных административных районов в 1954 г. полномочия местных автономий продолжали уменьшаться, что отразилось на взаимоотношениях между центральным и местным правительствами. Новая Конституция не предусматривала разделения полномочий между центральными и местными государственными учреждениями, и местные народные собрания на всех уровнях принимали и издавали резолюции в соответствии с полномочиями, предусмотренны-

[9] Общее название южной части Тяньшаня в Синьцзяне во времена династии Цин. В этом районе проживали уйгурские и узбекские народы.

[10] 《"二大"和"三大"》（中国共产党第二、三次代表大会资料选编），北京：中国社会科学出版社1985年版，第3-27页 [Второй и третий съезды : Избранные материалы второго и третьего съездов Коммунистической партии Китая. Пекин : Изд-во общественных наук Китая, 1985. С. 3—27].

[11] 费正清，麦克法夸尔：《剑桥中华人民共和国史》（1949-1965），王建朗等译，上海人民出版社1990年版，第22页 [*Фэй Чжэнцин, Майкфаркуар*. Кембриджская история Китайской Народной Республики (1949—1965) / пер. : Ван Цзяньлан [и др.]. Шанхай : Шанхайское народное издательство, 1990. С. 22].

[12] Высший исполнительный орган государственного управления в Китае в 1949—1954 гг.

ми законом, но не имели права законодательной инициативы.

Таким образом, законодательная власть была почти полностью сосредоточена в руках высшего законодательного органа. По мере развития социалистической практики постепенно выявлялись недостатки этой высокоцентрализованной политической системы. Мао Цзэдун отметил эту проблему: «В такой стране, как наша, необходимо задействовать как центральные, так и местные инициативы. Местным органам власти следует предоставить больше независимой власти, чтобы они могли активно вести свою деятельность при условии консолидации единого руководства центрального правительства»[13].

По этой причине Центральный комитет партии начал экспериментировать с передачей власти на местный уровень, но все закончилось тем, что центральное правительство вернуло себе законодательную власть. Из-за теоретической незрелости разделения полномочий местных законодательных органов и отсутствия практического опыта, на который можно было бы опереться, отношения между центральным правительством и местными законодательными органами в Китае с 1950-х до конца 1970-х гг. находились в сложной ситуации[14].

Рассматривая особенности местного законодательства в Китае в этот период с практической точки зрения, можно увидеть, что, несмотря на два коротких периода централизованной децентрализации, эта децентрализация все еще в основном доминировала над централизованной властью, а последующие Конституции 1975 и 1978 гг. не устанавливали четких границ местной законодательной власти.

3. 1979 г. — настоящее время: от централизации к децентрализации

До 1979 г. местное законодательство Китая характеризовалось полуинституционализацией, что не соответствовало уровню экономического развития того времени. 1978 год ознаменовался проведением Третьего пленума ЦК КПК 11-го созыва, который определил совершенно новое направление политического и экономического развития Китая и правовую концепцию.

Руководствуясь новыми идеями, вторая сессия Пятого Всекитайского собрания народных представителей в 1979 г. частично изменила Конституцию 1978 г. и приняла Органический закон о местных собраниях народных представителей и местных народных правительствах всех уровней (далее — Органический закон о местных органах власти). Принятие этого ключевого закона позволило местным властям на уровне провинций Китая принимать и обнародовать местные нормативные акты. В результате внесения поправок в Конституцию в местных народных собраниях на уровне уезда и выше также были созданы постоянные комитеты[15].

В то же время различные факторы, такие как развитие рыночной экономики, увеличивающийся разрыв в правовой системе, дисбаланс в региональном развитии и активное воплощение политики реформ и открытости, потребовали введения специальных законов для регулирования местного законодательства. Наконец, Конституция 1982 г. обеспечила четкую правовую основу для местной законодательной власти: в ст. 3 говорится, что «следует придерживаться принципа предоставления полной роли местной автономии и инициативе под единым руководством центрального правительства».

Статья 100 Конституции также гласит: «Народные собрания провинций и муниципалитетов, непосредственно подчиненных центральному правительству, и их постоянные комитеты могут, при условии, что они не противоречат Конституции, законам и административным постановлениям, принимать местные постановления и сообщать о них Постоянному комитету Всекитайского собрания народных представителей для протокола».

Новая Конституция расширяет местные законодательные полномочия в двух направлениях: во-первых, она расширяет субъект местной законодательной власти от народных собраний провинциального уровня до постоянных комитетов; во-вторых, она расширяет законодательные полномочия региональных этнических автономий, и этнические автономные районы имеют право принимать автономные нормативные акты и отдельные нормативные акты в соответствии с политическими, экономическими и культурными особенностями местных этнических групп[16].

Значение новой Конституции для местного законодательства заключается в том, что впервые

---

[13] 毛泽东：《毛泽东选集》（第5卷），上海：人民出版社，1977年版，第275-276页 [*Мао Цзэдун*. Избранные произведения Мао Цзэдуна. Т. 5. Шанхай : Народное издательство, 1977. С. 275—276].

[14] 辛向阳：《大国诸侯—中国中央与地方关系之结》，北京：中国社会出版社1995年版，第347-348页 [*Синь Сяньян.* Великие вассалы — сложная тема центрально-местных отношений в Китае. Пекин : Изд-во китайского общества, 1995. С. 347—348].

[15] 许崇德：《中华人民共和国宪法史（下册）》，福州：福建人民出版社2003年版，第341-342页 [*Сюй Чундэ.* Конституционная история Китайской Народной Республики. Т. 2. Фучжоу : Фуцзяньское народное издательство, 2003. С. 341—342].

[16] 谢勇主编：《地方立法学》，北京：法律出版社2019年版，第32页 [Местное законодательство / ред. *Се Юн.* Пекин : Юридическое издательство, 2019. С. 32].

в конституционной форме был четко закреплен общий принцип разделения полномочий и ответственности между центральными и местными государственными органами, а именно: следование принципу предоставления полной свободы местной инициативе под единым руководством центрального правительства. Данный подход создал биполярный законодательный орган центрального и местного правительства и заложил конституционную основу для разделения законодательной власти между центральным и местным правительствами.

В 2000 г. был обнародован Закон о законодательстве КНР, основной закон государства, специально регулирующий и регламентирующий законодательную деятельность, который конкретизировал сферу компетенции местного законодательства, законодательные процедуры и контроль за местным законодательством со стороны центрального правительства. Это привело к более четкому разделению законодательных функций между центральным и местным уровнями и сыграло важную роль в преодолении произвольного и слепого разделения законодательных полномочий.

В 2015 г. в Закон о законодательстве КНР были внесены изменения, наделяющие законодательными полномочиями муниципалитеты, созданные в районах. Это означает, что Китай вышел на совершенно новый этап в практике передачи полномочий местным органам власти. Сегодня местное законодательство в Китае приобрело форму лестницы, т.е. законодательные полномочия осуществляются систематически, неравномерно и локализованно, с акцентом на местные различия.

Проанализировав теоретическое и практическое развитие местного законодательства в Китае, можно выявить правило, согласно которому местное законодательство находится под глубоким влиянием политической ситуации конкретного исторического периода и является прямым отражением политического и социального развития. По мере социально-экономического развития и изменения исторических обстоятельств отношения между центральным правительством и местными органами власти должны эволюционировать и развиваться в соответствии с реальностью.

По мере продвижения Китая по пути модернизации и развития правового государства законодательные отношения между центральным правительством и местными органами власти также должны рассматриваться с точки зрения верховенства закона, а это требует, чтобы теория и практика местного законодательства также следовали по этому пути. Сегодня теория местного законодательства в Китае достигла зрелости как с точки зрения политики и директив Коммунистической партии Китая на центральном уровне, так и с точки зрения углубленных исследований теоретических вопросов законодательства учеными, и это свидетельствует о том, что китайское законодательство идет в ногу со временем.

Однако следует отметить, что в принципе невозможно добиться полной синхронизации между теорией и практикой, и всегда будет существовать дистанция между идеями и действиями. На фоне призывов к верховенству закона в местном законодательстве местные административные единицы, наделенные законодательными полномочиями, не до конца понимают дух верховенства закона, и в законодательной практике постоянно возникают проблемы того или иного рода, препятствующие эффективному управлению.

Проблемы в практике местного законодательства в Китае

С момента передачи законодательной власти от центрального правительства на местный уровень в развитии местного законодательства постепенно выявились следующие особенности:

— дисбаланс в экономическом, политическом и культурном развитии между различными местностями из-за дисбаланса в региональном развитии, что привело к дисбалансу в законодательстве;
— возникновение противоречий интересов между местными и центральными правительствами;
— чрезмерная зависимость местных законодательных органов от законодательных средств, что привело к скачку количества местных законодательных актов.

Рассматривая эти особенности в контексте отношения центрального правительства к местному законодательству, можно прийти к выводу, что здесь проявляются некоторые глубоко укоренившиеся проблемы в местном законодательстве, которые постоянно интерпретируются в контексте построения правового государства и продвижения принципа верховенства закона в местном управлении[17].

1. Отсутствие правильного понимания функций местной законодательной власти. В основном это выражается в формализме местного законодательства и дублировании законодательных актов. Местные законодательные органы с трудом усваивают принцип «непротиворечия», и для того чтобы предотвратить возникновение ситуаций, когда принятый акт может противоречить вышестоящему закону, они прямо копируют в своем

[17] 何晓明：《地方立法民主化进程的回顾和展望》，载《人大研究》2005年第7期，第27-30页 [*Хэ Сяомин.* Обзор и перспективы процесса демократизации местного законодательства // Исследование о ВСНП. 2005. № 7. С. 27—30].

законодательстве вышестоящий закон или другое местное законодательство, что приводит к снижению качества законотворчества.

В частности, местное законодательство на практике слишком консервативно, ему не хватает инициативы и у него предвзятое понимание природы и функций местного законотворчества[18]. На практике во многих регионах законотворчество ограничивается узкой сферой принятия местных исполнительных нормативных актов в соответствии с центральным законодательством, а местные исполнительны органы отдают предпочтение центральным актам и игнорируют местные[19].

С другой стороны, существует большое количество дублирующих правовых норм по одному и тому же вопросу, при этом местное законодательство повторяет нормативные акты, имеющими высшую юридическую силу, административные правила и местное законодательство того же уровня как по названию, так и по структуре. Это весьма распространенное явление в действующем местном законодательстве Китая.

С точки зрения разграничения законодательной компетенции центрального правительства и местных органов власти массовое дублирование местного законодательства размыло полномочия местных законодательных органов, предусмотренные Законом о законодательстве, усугубив проблему путаницы между полномочиями центральных и местных органов. За несколько десятилетий, прошедших с момента развития местной законодательной практики в Китае, некоторые представления, сложившиеся под влиянием исторических, культурных и социальных факторов, глубоко укоренились и постепенно сформировали законодательную традицию. Закон предусматривает принцип «непротиворечия», и от того, как интерпретируется этот принцип, зависит степень активности местного законодательства. Непротиворечие не означает полного соответствия центральному законодательству.

С точки зрения характеристик, функций и статуса местного законодательного органа, непротиворечие не должно означать, что местное законодательство не может регулировать вопрос, который не предусмотрен Конституцией, законами или административными правилами, в противном случае местное законодательство не будет обладать двойными атрибутами подчинения и автономии и не сможет решать проблемы, которые не подходят для решения центральными органами или не могут быть решены ими в данный момент.

В контексте текущего развития Китая местное законодательство должно активно адаптироваться к потребностям реформы и играть активную роль в продвижении, регулировании и обеспечении реформы. В современной законодательной практике Китая большинство законов, принятых центральной властью, характеризуется обобщенными чертами, в основном применимыми ко всем населенным пунктам страны, но едва ли точно вписывающимися в местную действительность. В то же время центральное законодательство чрезвычайно осторожно, поскольку цена проб и ошибок слишком велика, поэтому законодательство неизбежно отстает.

После внесения изменений в Закон о законодательстве большое количество местных субъектов были наделены законодательными полномочиями, что объясняется намерением Центрального комитета партии играть соответствующую роль в местном законодательстве, поощрять местные органы власти принимать законы, учитывающие местные потребности. В условиях такой большой ответственности формалистическая тенденция местных законодательных органов означает растрату законодательных ресурсов и отсутствие законодательных функций, что серьезно препятствует развитию местной законодательной практики.

2. Отсутствие понимания границ законодательных инноваций. На волне реформы было выдвинуто предложение о нововведениях в местном законодательстве. Инновации являются одним из важных критериев качества местного законодательства.

Центральное правительство неоднократно поощряло инициативы местных законодательных органов, и местные собрания народных представителей могут его активно изучать, проявляя новаторский подход в рамках своих законодательных полномочий, если это способствует углублению реформ, стимулированию социальной деятельности и улучшению условий жизни людей[20].

[18] 董和平：《市场经济与地方立法观念转变》，载《南京社会科学》1994年第12期，第42-46页 [*Дун Хэпин.* Рыночная экономика и изменение концепции местного законодательства // Нанькинская общественная наука. 1994. № 12. С. 42—46].

[19] 封丽霞：《地方立法的形式主义困境与出路》，载《地方立法研究》，2021年第6期，第64-80页 [*Фэн Лися.* Формалистское тяжёлое положение и выход местного законодательства // Исследование о местном законодательстве. 2021. № 6. С. 64—80].

[20] 栗战书：认真学习贯彻习近平法治思想，为全面建设社会主义现代化国家提供法律保障—在第二十六次全国地方立法工作座谈会上的讲话 [*Ли Чжаньшу.* Добросовестно изучать и реализовывать мысль Си Цзиньпина о верховенстве закона для обеспечения правовой защиты всестороннего строительства современной социалистической страны : выступление на 26-м Национальном симпозиуме по местному законодательству] // URL: http://www.hbrd.net/system/2020/12/04/100533579.shtml (дата обращения: 29 ноября 2021 г.).

На практике некоторые законодательные органы не понимают границ инноваций и местных особенностей, в результате чего идеи, принципы и содержание законодательства противоречат вышестоящему закону, а местные особенности в законодательстве превышают разумные местные потребности. Это явление известно в китайской юриспруденции как «доброкачественная неконституционность». Ее называют «доброкачественной», потому что в быстро меняющемся обществе законодательство часто бывает незрелым и в некоторой степени экспериментальным по своей природе.

Политика реформ и открытости, а также социальное развитие являются беспрецедентными событиями, что диктует необходимость того, чтобы институциональные изменения в Китае проходили через процесс экспериментов, который требует постоянного изучения как на центральном, так и на местном уровне. С этой точки зрения, местное законодательство призвано совершенствовать правовую систему, а его неконституционность не является субъективной и злонамеренной.

Однако с точки зрения политологии и унитарные, и федеративные государства выдвигают положение о том, что законодательство на местном уровне не должна противоречить законодательству на более высоком или центральном уровне. Это положение, по сути, является общим стремлением к правовому единству и централизации власти в странах с различными формами государственного устройства[21].

Следовательно, местное законодательство, каким бы новаторским оно ни было, не должно противоречить Конституции и высшему закону. Это предъявляет требования к пониманию местным законодательным органом границ инноваций. Противоречие Конституции и закону с более высокой юридической силой в законодательной практике должно пресекаться.

3. Отсутствие явной предвзятости в отношении интересов народа. Демократические ценности — это тенденция, на которую обязательно должно ориентироваться местное законодательство. Осуществление законодательной власти на местном уровне позволяет большему числу граждан приобщиться к законодательству и больше узнать о законодательных вопросах, которые затрагивают их непосредственные интересы, что значительно повышает социальную значимость и популярность издаваемых законов.

В идеальном мире такая форма законодательства позволила бы демократическим ценностям проявиться более непосредственно. Однако реальность такова, что местное законодательство как атрибут публичной власти должно уравновешивать и интегрировать различные интересы. «Процесс формирования закона — это процесс, в котором различные интересы выражаются, передаются и интегрируются в законодательный процесс»[22].

Обязанность местных законодательных органов состоит в том, чтобы сбалансировать и интегрировать потенциально противоречивые интересы, сдерживать неправомерные интересы и защищать законные. В этом процессе местным законодательным органам трудно придерживаться ценностной ориентации на власть под влиянием традиционной правовой культуры. Поэтому в законодательстве часто отдается приоритет защите интересов ограниченного круга лиц в ущерб законным правам и общественным интересам других групп, особенно граждан.

Недостаточное внимание к правам и интересам народа в местном законодательстве отражается в четырех основных аспектах:

— во-первых, законодательная власть местных собраний народных представителей реализуется не в полной мере;
— во-вторых, законодательному процессу присущи авторитаризм и закрытость;
— в-третьих, законодательное поле не ориентировано на людей и не отвечает реальным потребностям народа;
— в-четвертых, законодательные положения носят макроскопический характер и не всегда направлены на обеспечение интересов народа.

Местные собрания народных представителей как органы общественного мнения не участвуют в принятии большинства законодательных актов, а местная законодательная власть почти всегда осуществляется местными постоянными комитетами ВСНП. Например, в провинции Хэйлунцзян с 2000 г. законодательным органом на уровне провинции было принято 259 местных законов и постановлений, из которых только три были приняты народными собраниями, что не представляется сбалансированной моделью, способствующей реализации народной демократии.

Что касается законодательных процедур, то участие общественности в законодательстве никогда не было реализовано на практике. Низкая прозрачность каналов обратной связи для сбора замечаний по законопроектам в определенной степени снизила инициативу участия общественности в законотворческой деятельности. Местное законодательство в основном следует за центральным или одна провинция принимает

[21] 王丽萍：《联邦制与世界秩序》，北京：北京大学出版社2000年版，第107页 [*Ван Липин.* Федерализм и мировой порядок. Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2000. С. 107].

[22] 杨炼：《立法过程中的利益衡量研究》，北京：法律出版社2010年版，第1页 [*Ян Лянь.* Исследование об учете интересов в законодательном процессе. Пекин : Юридическое издательство, 2010. С. 1].

закон, который отвечает потребностям местного экономического развития, в то время как другие регионы не изучают реальную ситуацию в своей провинции и слепо копируют акты, в результате чего часть законов остаются бесполезными.

Что же касается содержания законов, то местные законодательные органы не всегда имеют необходимую информацию о состоянии реальных дел, что приводит к принятию правовых норм, оторванных от реальных прав и обязанностей граждан.

Возможные решения проблем местного законодательства

Законотворчество и управление — это два основных рычага, способствующих построению правового государства, они взаимно обусловлены и пересекаются друг с другом. Центральные и местные законодательные органы уже давно сталкиваются с непростой проблемой верховенства закона. С другой стороны, непрерывное развитие общества привело к трансформации единого подхода к государственному управлению в комплексный, при этом верховенство закона стало основным способом управления современным государством.

В соответствии с этой логикой создание модели, в которой законодательство и управление дополняют друг друга, стало основным предложением для законодательных органов, а повышение качества местного законодательства и обеспечение верховенства закона в местном управлении также стало основной целью местной законодательной деятельности. Представляется оптимальным применение следующих решений существующих проблем:

1. Признание соответствующей юридической силы закона. Суть этого пути заключается в рассмотрении соотношения между законом и властью. Неоспоримым фактом является то, что сила закона заключается в поддержке власти. Тот факт, что закон связан с властью, само по себе является еще одним аспектом констатации верховенства закона. Возникает парадокс: закон должен поддерживаться властью, а власть должна сдерживаться законом, при этом следует осознать, что конечным пунктом власти в правовом государстве является порядок и что сохранение и поддержание порядка является основной целью существования власти. Это также отвечает на вопрос о необходимости существования местной законодательной власти с доктринальной точки зрения.

Одной из целей местного управления обязательно должен быть социальный порядок, а законотворчество является наиболее эффективным средством достижения этой цели. После того, как центральное правительство предоставило местным органам законодательную власть, местная законотворческая практика неизбежно развивалась в двух направлениях, одно из которых — расширение, включая расширение местных законодательных полномочий, а другое — инновации местного законодательства для обеспечения жизнеспособности экономического развития. И фактор, определяющий оба направления, лежит в пределах осуществления законодательной власти законодательным органом. Если настаивать на использовании власти для достижения господства и власти для удовлетворения отраслевых интересов, то трудно реализовать принцип верховенства закона местной законодательной властью.

Субъективно законодательная власть должна измеряться законодательными потребностями и соответствующим образом сочетать планирование и принятие нормативных правовых актов. Потребность в законодательном урегулировании — это объективная потребность в регламентации в ответ на развитие общественных отношений или возникновение социальных проблем, а также необходимость улучшения механизмов урегулирования конфликтов интересов[23].

Законодательные тенденции и современные требования, а также ценности и приоритеты также могут быть движущим фактором при подготовке и принятии законов. Если законодательный орган находится под влиянием своего стремления к власти или внешних факторов, таких как крупные общественные события и чрезвычайные ситуации, и игнорирует реальные потребности местного законодательства, слепо принимая законы или следует иным негативным тенденциям, то законодательство выйдет за разумные пределы и ослабит желаемый законодательный эффект.

Компетенции и полномочия местных законодательных органов все еще нуждаются в правовом регулировании центральными законами. На нормативном уровне в унитарном государстве невозможно провести очень четкое и конкретное разделение между центральными и местными законодательными полномочиями в юридическом тексте, и такое ожидание нереалистично; можно только полагаться на вспомогательную систему контроля законодательных полномочий[24].

В Китае контрольным механизмом местной законодательной власти является система «по-

[23] 郭道晖主编：《当代中国立法》（上卷），北京：中国民主法制出版社1998年版，第193-194页 [Современное китайское законодательство / ред. : Го Даохуэй. Т. 1. Пекин : Издательство демократической правовой системы Китая, 1998. С. 193—194].

[24] *Чжан Юепин.* Разграничение законодательных полномочий в КНР: теория и практика // Современное право. 2020. № 9. С. 127—131.

дачи и рассмотрения». Местные власти придерживаются принципа «должен иметь, должен рассматривать и должен исправлять ошибки» при подаче и рассмотрении, усиливают проверку содержания местного нормативного акта и совершенствуют процедуры подачи и рассмотрения, чтобы эффективно поддерживать единство правовой системы и решать проблемы противоречия местных законов вышестоящим законам. Для эффективного поддержания единства правовой системы и решения проблем, существующих на практике, правительство должно усилить работу по пересмотру содержания местных законов и регламентировать процедуры осуществления пересмотра.

2. Граница между законом и свободой. В правовом государстве свобода фактически является вопросом общества и личности, полного единства общества и независимой свободы личности, развития общества и совершенствования личности, пропорционального соотношения между социальной властью и правами личности[25].

Реализация принципа верховенства закона требует наличия гарантий обеспечения свободы. Если законодательство слишком сильно ограничит свободу, возникнет правовой патернализм. Вопрос, над которым следует задуматься законодательной власти, заключается в том, при каких обстоятельствах можно надлежащим образом установить меру и пределы свободы. Чем шире круг свобод, предоставляемых гражданам, тем теснее связи между личностью и обществом, а также между гражданами и государством, что является тенденцией общественного развития.

Очевидная проблема в существующей практике местного законодательства заключается в том, что законодательный орган четко понимает свою законодательную функцию, но не понимает должным образом функцию закона. Законодательная власть игнорирует местную традиционную культуру, обычаи и практику, чрезмерно идеализирует функцию закона, полагая, что все проблемы, возникающие в местном управлении, могут быть решены с помощью принятия закона. Местное законодательство имеет свойство подчинять различные ценности демократии централистским государственным целям, таким как устав и экономический рост, что приводит к деградации правового государства в простую правовую систему и непосредственно приводит к тому, что определенные группы граждан становятся носителями репрессивных норм, порожденных местным законодательством. Законодательная власть должна изменить свою концепцию и соотнести свои намерения с интересами граждан, тщательно изучать, какие законы действительно нужны гражданам, а какие они отвергают.

Человек имеет социальную природу, и эта социальная природа определяет, что человек должен стремиться к объективной свободе. Это требует, чтобы законы, принимаемые законодательной властью, учитывали эту природу. В свете исторического опыта и современных тенденций путь Китая к верховенству права должен быть сосредоточен на использовании исконно китайских ресурсов, а также традиций и реалий китайской правовой культуры. Хотя центральное правительство ждет от местного законодательства изменений, оно отнюдь не консервативно, возникновение и усиление законотворчества является лишь одним из институциональных изменений, обусловленных переменами в социальной жизни, особенно в экономическом образе жизни[26].

Типичными примерами являются местные законы последних лет, касающиеся цивилизованного поведения, традиционного семейного воспитания и брака, которые сильно ограничивают объективные свободы граждан, не получают их одобрения и не соответствуют современным тенденциям экономического развития Китая, являются типичным негативным примером неправильного восприятия понятий «закон» и «свобода».

3. Обеспечение баланса между правами и обязанностями. Центральные и местные органы власти в конечном счете находятся на службе у народа, и поэтому законотворчество должно иметь целью защиту прав человека.

При такой логической взаимосвязи следует учитывать новую перспективу защиты гражданских прав в качестве ориентира для местного законодательства. Местное законодательство не может рассматривать только такие вопросы, как распределение полномочий, регулирование процедур, наличие надзора и т.д. Многие вопросы якобы касаются властных отношений между центральными и местными органами власти, но на самом деле. по сути, являются вопросами защиты гражданских прав. Вопрос, который должны рассмотреть местные законодательные органы, заключается в том, как более эффективно защитить основные права граждан с помощью более разумной системы, и это эффективный способ построения правового государства. В конце концов, защита прав граждан является ключевым

[25] 王人博，程燎原：《法治论》，桂林：广西师范大学出版社2014年版，第130-134页 [Ван Жэньбо, Чэн Ляоюань. О верховенстве закона. — Гуйлинь: Изд-во Гуансиского педагогического университета. 2014. С. 130—134].

[26] 道格拉斯·C.诺斯：《制度、制度变迁和经济绩效》，刘守英译，上海三联书店1994年版，第15-20页 [*Дуглас К. Норт.* Институты, институциональные изменения и экономическая эффективность / пер. : Лю Шоуин. Шанхай : Шанхайский книжный магазин «Саньлянь», 1994. С. 15—20].

аспектом принципа верховенства права в любом контексте[27].

Важно отметить, что одним из основных элементов нормативной структуры права также являются обязательства, и что все вопросы, касающиеся права, вращаются вокруг прав и обязанностей, а способ, которым права и обязанности регламентируются, является одной из форм, в которых реализуется принцип верховенства права.

Законодательство должно быть связано с ценностной основой прав и должно отражать ориентированный на людей подход к верховенству права от формы до содержания, а также ограничивать произвол прав через определение и регулирование обязательств. Закон, который только предоставляет права тем, кто подпадает под его действие, но не оговаривает обязанности, которые они должны взять на себя, неизбежно приведет к ущемлению интересов другой группы людей, которые также подпадают под действие этого закона. Это относится как к нормам, регулирующим осуществление государственной власти, так и к нормам, регулирующим поведение отдельных лиц.

Уменьшение обязательств ведет к смещению ценностей, которые разделяют права и обязанности, что приводит к несправедливому законодательному регулированию и дисбалансу в социальных отношениях. В современном правовом государстве разрыв между правами и обязанностями, отраженными в нормативных актах, неизбежно является признаком регресса политических и правовых отношений. Для должного понимания существующих проблем необходимы правовая грамотность законодателей, справедливость и беспристрастность при принятии законов, а также реализация законодательного механизма.

Заключение

Китай как страна с социалистической правовой системой положил в основу своей правовой системы марксистско-ленинское мировоззрение, согласно которому реальной основой общественного строя являются все экономические и социальные условия жизни данного общества[28]. Правовой порядок неизбежно следует той же схеме. Право не существует самостоятельно, оно является отражением экономической базы и неотъемлемой частью производственных отношений. Политика реформ и открытости, провозглашенная в конце 1970-х гг., потребовала от страны стать первопроходцем в экономике и одновременно привела к развитию теории и практики китайского законодательства.

С этой точки зрения, основой для создания и изменения местного законодательного порядка в Китае стало развитие экономики. Именно в этой связи центральное правительство делегировало законодательные полномочия местным органам власти в больших масштабах, характер предметов местного законодательства постепенно изменился в сторону местных интересов, а принцип местного законодательства был отделен от его первоначальной ценностной ориентации и функциональной ориентации, что не только привело к появлению местного протекционизма в местном законодательстве, но и привело к появлению норм, противоречащих закону большей юридической силы.

Это привело не только к появлению местного протекционизма в местном законодательстве, но и к возникновению проблем на практике, таких как противоречие местного законодательства вышестоящему закону, чрезмерное увлечение местными особенностями и отсутствие ориентированности на интересы людей. Накопление этих проблем в течение длительного периода напрямую влияет на эффективность управления.

С точки зрения законодательства и управления, с развитием общества государственное и социальное управление в Китае претерпело значительные изменения и в целом переходит от управления под руководством правительства к комплексному управлению, с бóльшим социальным сотрудничеством и местными органами власти в качестве основного органа управления. Это иллюстрирует значимость законотворчества на местном уровне. Именно совершенствуя местное законодательство и делая его качественным, соответствующим национальным и местным интересам и отвечающим потребностям людей, местное управление может действительно достичь должного уровня обеспечения принципа верховенства закона.

---

[27] 《法学词典》（增订版），上海辞书出版社1984年版，第605页 [Юридический словарь. Испр. и доп. изд. Шанхай : Шанхайское издательство словарей, 1984. С. 605] ; 乔伟主编：《新编法学词典》，山东人民出版社1985年版，第636-637页 [Новый юридический словарь / ред. : Цяо Вэй. Цзинань : Шаньдунское народное издательство, 1985. С. 636—637].

[28] ·茨威格特，H·克茨著，《比较法总论》，贵阳：贵州人民出版社1992年版第511-513页 [*Цвейгерт К., Кертц Х.* Общая теория сравнительного права. Гуйян : Гуйчжоуское народное издательство, 1992. С. 511—513].

БИБЛИОГРАФИЯ

1. 潘玲霞：《依法治国与改善党的领导方式》，载《理论月刊》，2006年第6期，第70页 [*Пань Линся.* Управление государством на правовой основе и совершенствование руководства КПК // Теория : ежемесячник. — 2006. — № 6.]
2. 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社2019年版，第334页 [*Чжан Цзиньфань.* Традиция и современная трансформация китайского права. — Пекин : Юридическое изд-во, 2019.]
3. 封丽霞：《中央与地方关系法治化研究》，北京：北京大学出版社2008年版，第281页（*Фэн Лися.* Исследование верховенства закона в отношениях между центральной и местной властью. — Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2008.]
4. 王续添：《地方主义、联邦主义与新国家构建中的制度选择》，载《新华文摘》2007年，第13期，第60-64页（*Ван Сюйтянь.* Местничество, федерализм и институциональный выбор в строительстве нового государства // Дайджест Синьхуа. — 2007. — № 13. — С. 60—64.]
5. 黄子毅：《中央和地方职权划分的法律问题》，北京：中共中央党校出版社1998年版，第44页 [*Хуан Цзыи.* Правовые аспекты разделения центральной и местной власти. — Пекин : Изд-во центральной партийной школы КПК, 1998.]
6. 《"二大"和"三大"》（中国共产党第二、三次代表大会资料选编），北京：中国社会科学出版社1985年版，第3-27页 [Второй и третий съезды : Избранные материалы второго и третьего съездов Коммунистической партии Китая. — Пекин : Изд-во общественных наук Китая, 1985.]
7. 费正清，麦克法夸尔：《剑桥中华人民共和国史》（1949-1965），王建朗等译，上海人民出版社1990年版，第22页 [*Фэй Чжэнцин, Майкфаркуар.* Кембриджская история Китайской Народной Республики (1949—1965) / пер. : Ван Цзяньлан [и др.]. — Шанхай : Шанхайское народное издательство, 1990].
8. 毛泽东：《毛泽东选集》（第5卷），上海：人民出版社，1977年版，第275-276页 [*Мао Цзэдун.* Избранные произведения Мао Цзэдуна. — Т. 5. — Шанхай : Народное издательство, 1977.]
9. 辛向阳：《大国诸侯—中国中央与地方关系之结》，北京：中国社会出版社1995年版，第347-348页 [*Синь Сяньян.* Великие вассалы — сложная тема центрально-местных отношений в Китае. — Пекин : Изд-во китайского общества, 1995.]
10. 许崇德：《中华人民共和国宪法史（下册）》，福州：福建人民出版社2003年版，第341-342页。 [*Сюй Чундэ.* Конституционная история Китайской Народной Республики. Т. 2. — Фучжоу : Фуцзяньское народное издательство, 2003.]
11. 谢勇主编：《地方立法学》，北京：法律出版社2019年版，第32页 [Местное законодательство / ред. : *Се Юн.* — Пекин : Юридическое издательство, 2019.]
12. 何晓明：《地方立法民主化进程的回顾和展望》，载《人大研究》2005年第7期，第27-30页 [*Хэ Сяомин.* Обзор и перспективы процесса демократизации местного законодательства // Исследование о ВСНП. — 2005. — № 7. — С. 27—30.]
13. 董和平：《市场经济与地方立法观念转变》，载《南京社会科学》1994年第12期，第42-46页 [*Дун Хэпин.* Рыночная экономика и изменение концепции местного законодательства // Нанькинская общественная наука. — 1994. — № 12. — С. 42—46.]
14. 封丽霞：《地方立法的形式主义困境与出路》，载《地方立法研究》2021年第6期，第64-80页。 [*Фэн Лися.* Формалистское тяжелое положение и выход местного законодательства // Исследования о местном законодательстве. — 2021. — № 6. — С. 64—80.]
15. 王丽萍：《联邦制与世界秩序》，北京：北京大学出版社2000年版，第107页 [*Ван Липин.* Федерализм и мировой порядок. — Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2000.]
16. 杨炼：《立法过程中的利益衡量研究》，法律出版社2010年版，第1页 [*Ян Лянь.* Исследование о взвешивании интересов в законодательном процессе. — Пекин : Юридическое издательство, 2010.]
17. 郭道晖主编：《当代中国立法》（上卷），北京：中国民主法制出版社1998年版，第193-194页 [Современное китайское законодательство / ред. : Го Даохуэй. — Т. 1. — Пекин : Издательство демократической правовой системы Китая, 1998.]
18. *Чжан Юепин.* Разграничение законодательных полномочий в КНР: теория и практика // Современное право. — 2020. — № 9. — С. 127—131.
19. 王人博，程燎原：《法治论》，桂林：广西师范大学出版社2014年版，第130-134页 [*Ван Жэньбо, Чэн Ляоюань.* О верховенстве закона. — Гуйлинь : Изд-во Гуансиского педагогического университета, 2014.]
20. 道格拉斯·C.诺斯：《制度、制度变迁和经济绩效》，刘守英译，上海三联书店1994年版，第15-20页 [*Дуглас К. Норт.* Институты, институциональные изменения и экономическая эффективность / пер. : Лю Шоуин. — Шанхай : Шанхайский книжный магазин «Саньлянь», 1994. — С.15—20.]
21. 《法学词典》（增订版），上海辞书出版社1984年版，第605页 [Юридический словарь. Испр. и доп. изд. — Шанхай : Шанхайское издательство словарей, 1984.]
22. 乔伟主编：《新编法学词典》，山东人民出版社1985年版，第636-637页 [Новый юридический словарь / ред. : Цяо Вэй. — Цзинань : Шаньдунское народное издательство, 1985.]
23. 茨威格特，H·克茨著，《比较法总论》，贵阳：贵州人民出版社1992年版第511-513页 [*Цвейгерт К., Кертц Х.* Общая теория сравнительного права. — Гуйян : Гуйчжоуское народное издательство, 1992.]

Незаконная миграция населения: опыт зарубежных стран (часть II)[1]

Illegal migration of the population: the experience of foreign countries. (Part II)

Д. К. Нечевин,
доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры административного права и процесса
Московского государственного
юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
nechevin@mail.ru

D. K. Nechevin,
Dr. Sci. (Law), Professor,
Professor of Department of Administrative Law and Process,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
nechevin@mail.ru

© *Нечевин Д. К., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.175-186

Аннотация. *В статье рассматриваются главные проблемы миграционных процессов зарубежных стран, их история и опыт.*
Ключевые слова: *миграция, незаконная миграция, незаконные мигранты, иммиграция, беженцы, транзитные мигранты, иностранные граждане, лица без гражданства, криминальная миграция, международные миграционные процессы, экономическая миграция, миграционные потоки, национальный визовый центр, американские консулы, служба иммиграции и натурализации.*

Abstract. *The article examines the main problems of migration processes in foreign countries, their history and experience.*
Keywords: *migration, illegal migration, illegal migrants, immigration, refugees, transit migrants, foreign citizens, stateless persons, criminal migration, international migration processes, economic migration, migration flows, national visa center, American consuls, immigration and naturalization service.*

Три вещи делают нацию великой и благоденствующей:
плодородная почва, деятельная промышленность
и легкость передвижения людей и товаров.

Pacta servanda sunt[2].

I. Для России управление миграционными процессами представляет чрезвычайно актуальную и сложную комплексную проблему. По масштабам миграции из-за рубежа Россия первенствует в мире вместе с США.

Влияние миграции на жизнь нашего общества многообразно и неоднозначно. Она оказывает воздействие на экономическую, политическую и социальную стороны, на нее возлагаются надежды на преодоление демографического кризиса. С другой стороны, вырисовывается опасность этноконфессионального «размыва» общества нарастающей миграцией, возникает угроза территориальной целостности и суверенитету России.

Наблюдается мощный приток эмигрантов из Центральной Азии — людей, существенно отличающихся менталитетом от большей части на-

[1] Часть I см.: *Нечевин Д. К.* Незаконная миграция населения: причины и условия // Юридическая наука в Китае и России. 2017. № 1. С. 263—278.

[2] Договоры должны соблюдаться (*лат.*).

селения России. Избыточная миграция создает угрозу межэтнических конфликтов. Возрастает опасность совершения преступлений на почве национальной нетерпимости.

В мировом масштабе рост миграции связывают с глобальными экономическими процессами. В российских условиях миграция также связана с экономикой нашей страны и ее соседей, но не с процессом экономической глобализации, модернизацией, инновационным развитием, а с «пробуксовыванием» при переходе от экстенсивной к интенсивной форме экономики. Массовая миграция неквалифицированных работников позволяет нам удерживаться на плаву при сырьевой экономике.

В Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года отмечены несоответствие характера миграции потребностям экономического, социального и демографического развития общества, преобладание в миграционных потоках временных иностранных работников с низким уровнем образования и профессионально- квалифицированной подготовки. При этом усиливается приток мигрантов из государств Центральной Азии со слаборазвитой экономикой и сокращается приток мигрантов с западного направления — из Беларуси, Молдовы и Украины, население которых обладает относительно более высокой профессионально-квалифицированной подготовкой. Жители этих государств все больше ориентируются в трудовой миграции на страны Европейского Союза.

В Концепции миграционной политики[3] не заостряется внимание на негативных последствиях миграции. Из всех негативных социальных явлений, сопровождающих международную миграцию, в Концепции выделяется незаконная миграция и ставится задача борьбы с ней. В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года неконтролируемая и незаконная миграция обозначается как угроза национальной безопасности. Угроза национальной безопасности, исходящая от незаконной миграции, в значительной степени связана с преступностью незаконных мигрантов.

Очевидно, что проблема миграции выходит за рамки правового регулирования только одного государства — она носит транснациональный характер.

Учет традиций, психологии и культуры народов, гуманизм в отношении соотечественников требуют от законодателей разных стран регулировать вопросы миграции сообща, исходя из интересов всех и каждого конкретного человека вне зависимости от его национальности. Поэтому использование международного опыта правового регулирования миграционных процессов стран с различными правовыми системами и традициями будет особенно полезно для совершенствования российского миграционного законодательства.

Межгосударственная миграция затронула страны в различной степени. В некоторых странах иммигранты и сегодня составляют значительную часть трудоспособного населения и его ежегодного прироста.

Как правило, международная трудовая миграция возникает при наличии значительного контраста в уровнях экономического развития и темпах естественного прироста стран, принимающих и отдающих рабочую силу. Поэтому географическими центрами иммиграции являются наиболее экономически развитые страны, такие как США, Канада, Австралия, большинство западноевропейских стран, а также страны, где в связи с бурным экономическим ростом в результате высоких доходов от продажи нефти, наблюдается массовая иммиграция рабочей силы (Бахрейн, Катар, Саудовская Аравия, Объединенные Арабские Эмираты).

Хотя само явление миграции существует очень давно, оно лишь в последнее время стало рассматриваться как важнейшая проблема внутренней и международной политики, особенно в развитых странах, где все более заметен приток незаконных иммигрантов. Стремление получить работу толкает граждан развивающихся государств на самые изощренные способы проникновения в богатые страны. Однако даже успешное преодоление границ не дает гарантию на получение рабочего места.

Незаконная иммиграция, как и миграция в целом, оказывает на развитые общества неоднозначное воздействие. Прием иммигрантов, даже незаконных, приносит немалую выгоду экономикам развитых стран. Восполняя нехватку рабочей силы, особенно в периоды демографических спадов и усиления структурных диспропорций на рынке труда, выступая производителями и потребителями национальной продукции, иммигранты в какой-то мере способствуют решению экономических задач, стоящих перед принимающими обществами.

[3] См.: Конвенция против транснациональной организованной преступности (принята в г. Нью-Йорке 15.11.2000 Резолюцией 55/25 на 62-ом пленарном заседании 55-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН) (с изм. от 15.11.2000) // СПС «Гарант» ; Конвенция Международной организации труда относительно принудительного или обязательного труда № 29 1930 г. ; Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся — мигрантов (принята 24.11. 1977) ; Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года (утв. Президентом РФ 13.06.2012) // СПС «Гарант».

Применение дешевого низкоквалифицированного труда незаконных иммигрантов стало важным фактором функционирования ряда отраслей, таких как сельское хозяйство, добывающая промышленность, строительство. Без использования труда незаконных иммигрантов многие производства переместились бы, например, из США за их пределы.

Предпринимательская деятельность иммигрантов — так называемый этнический бизнес, даже «черный» и «серый», — вносит вклад в расширение производства и создание рабочих мест. Однако незаконная иммиграция делает экономику более ориентированной на услуги и трудоинтенсивной, и наверняка замедляет процесс механизации, особенно в сельском хозяйстве и в сфере переработки его продукции. Иными словами, применение труда незаконных иммигрантов негативно влияет на модернизацию и конкурентоспособность отраслей, в которых он широко используется.

Не менее противоречивый характер имеют и социально-экономические последствия *незаконной миграции*. С одной стороны, незаконные иммигранты, готовые работать на любых условиях, подрывают социальные гарантии, завоеванные местными тружениками (минимальный уровень заработной платы, максимальная продолжительность рабочего дня и др.). С другой стороны, иммигранты, за исключением высококвалифицированных специалистов, не способствуют дополнительной безработице среди коренного населения. Напротив, с учетом их вклада в развитие экономики они, возможно, сохраняют и создают больше рабочих мест, чем занимают.

Кроме того, заполняя вакансии на непрестижных, тяжелых и монотонных работах, не пользующихся спросом у местных жителей (прежде всего в строительстве и сфере услуг), нелегалы объективно содействуют улучшению социально-статусной структуры занятости национальных кадров. В развитых странах Европы и Азии, в США и Канаде проблема нелегальной занятости иммигрантов занимает существенное место, если не в национальном масштабе, то на уровне отдельных отраслей и регионов[4].

В то же время незаконная иммиграция отнимает у развитых стран немалые финансовые средства. Так, ежегодные расходы американского государства, обусловленные незаконной иммиграцией, достигают 4 млрд долларов, из которых 3 млрд направляются на школьное обучение детей иммигрантов, 0,5 млрд — на прочие социальные услуги, в первую очередь медицинские, а остальное — на содержание задержанных под стражей, депортацию и пограничный контроль.

Незаконные иммигранты обладают доступом к государственной системе некоторых социальных услуг, причем даже тогда, когда это не закреплено официально. Например, в Японии нелегальные рабочие могут рассчитывать на компенсацию при несчастных случаях. Хотя формально бесплатные медицинские услуги не должны предоставляться таким иммигрантам, на практике милосердие сильнее закона. Около 60 % иностранцев, обращающихся в японские больницы, не имеют медицинских страховок, тем не менее в большинстве случаев им оказывают помощь.

Для детей незаконных иммигрантов, родившихся в США (и, соответственно, являющихся гражданами этой страны), даже предусмотрены специальные пособия, выдаваемые малоимущим семьям, продовольственные талоны, бесплатные медицинская помощь и школьное образование. Хотя в национальном масштабе незаконные иммигранты, не претендующие ни на образование, ни на пенсионное обеспечение, возможно, даже способствуют определенной экономии социальных расходов по сравнению с коренным населением, в районах их сосредоточения на местные бюджеты ложится серьезное бремя.

Например, в Калифорнии незаконно проживающие иностранцы создают дополнительную нагрузку на каждую семью коренных налогоплательщиков в размере 1 тыс. долларов в год. Расходы штата, связанные с нелегальной миграцией, составили в 1995—1996 гг. 3,6 млрд долларов (правда, из этой суммы 0,8 млрд долларов поступило и казну в качестве налогов и прочих сборов от самих нелегальных иммигрантов). Так, начальное и среднее образование детей нелегальных иммигрантов (355 тыс., или 6,5 % всех учеников государственных школ, финансировавшихся местными органами власти) обходилось налогоплательщикам в 1,7 млрд долларов, медицинские услуги — в 1,8 млрд долларов. Только в 1993 г. бесплатная медицинская помощь была оказана более чем 300 тыс. иностранцев, не имеющих документов. В частности, в округе Санта-Барбара, согласно исследованию 1993 г., каждые пятые роды, оплачивавшиеся по системе Медикэйд, были приняты у нелегальных иммигранток. Кроме того, значительная часть средств, выделяемых на программы для бездомных, адресуется опять-таки нелегальным иммигрантам. В той же Санта-Барбаре 40 % обитателей приютов для бездомных — недавние иммигранты из Мексики.

Незаконные иммигранты из развивающихся стран, не прошедшие необходимого медицинского осмотра, могут представлять опасность для санитарно-эпидемиологической ситуации в стране

[4] Так, по имеющимся оценкам, в Нидерландах, одной из основных европейских принимающих стран, занятость нелегалов составляет 0,5 % общей занятости в стране, в то время как в легкой промышленности этот показатель составляет почти 50 %, в сельском хозяйстве — примерно 17 %, в ресторанном и гостиничном сервисе — до 7 %.

их иммиграции. Обследование, проведенное в США в 1993 г., выявило, что 50—60 % больных туберкулезом в округе Санта-Барбара были иностранцами без документов. А за иммигрантами из Гаити прочно закрепилась репутация коллективных носителей СПИДа.

Незаконная миграция неотделима от преступности[5]. Криминогенный характер незаконной миграции серьезно затрагивает и сферу национальной безопасности.

Как отмечалось на конференции по проблемам международной миграции населения (Рабат, 1993 г.), массовые стихийные перемещения могут угрожать безопасности не только стран приема и исхода, но даже субрегионов и целых регионов. Рост незаконных перемещений и контрабанда людей, рассматриваемая преступными синдикатами как новый перспективный мировой рынок, ведут к расширению международной преступной деятельности. Незаконная миграция тесно связана с контрабандой наркотиков и оружия, с организованной преступностью и терроризмом.

В то же время незаконные иммигранты в силу своей юридической бесправности нередко сами становятся жертвами преступлений и грубых нарушений прав человека[6].

Незаконная миграция оказывает дестабилизирующее воздействие и на межэтнические отношения. Представленная в основном людьми малообразованными и низкоквалифицированными, сопровождающаяся многочисленными негативными явлениями, она дискредитирует образ мигранта в развитом обществе.

В результате нынешняя незаконная миграция способствует усилению ксенофобии, распространению расизма и обострению социально-политических конфликтов.

В этой связи рассмотрим, какие же существуют механизмы противодействия незаконной миграции в мировой практике. Обратимся к опыту Соединенных Штатов Америки.

II. *Модель иммиграционной политики США* — одна из самых прагматичных: выставляя жесткие кордоны против нежелательных иммигрантов, власти не скупятся на помощь тем категориям беженцев, прием и обустройство которых в США могли бы, пусть даже потенциально, быть полезными для страны, ее экономики, социальной инфраструктуры или внешней политики.

Америка — страна иммигрантов. В 2015 г. число жителей США, которые являются иммигрантами в первом поколении или детьми таких иммигрантов, достигло рекордного уровня за всю историю страны[7].

Американцы с иностранными корнями составляют большинство населения среди жителей США в возрасте 25—54 лет[8], при этом они предпочитают селиться в крупных городах[9]. В стране живет около 9 млн незаконных иммигрантов. Большинство из них (52 %) прибыли из Мексики, 25 % — из других государств Латинской Америки, 10 % — из Азии, 7 % — из Европы, 6 % — из Африки. В 2000 г. в США проживало 11 % людей, родившихся в ином государстве (для сравнения: 10 лет назад их было всего 8 %). В то же время в среднем по стране в 17,6 % семей дома не говорят по-английски (в 1990 г. таких семей было чуть менее 14 %)[10].

Иммиграция в США обусловлена целым рядом причин. В обширной специальной литературе названы среди прочих следующие: наличие социальных сетей, способствующих миграции[11], недостаток рабочих мест на родине иммигрантов[12], потребность американской экономики в дешевой

---

[5] Например, в южной Калифорнии более 20 % подозреваемых в ограблениях и угонах автомобилей — нелегальные иммигранты.

[6] Известно, что в случае какой-либо угрозы многие контрабандисты, особенно морские перевозчики, стремятся избавиться от своего «груза». Женщины часто становятся жертвами сексуальной эксплуатации: в Западную Европу, например, специально завозят с подобными целями нелегальных иммигранток из стран Азии, Латинской Америки, Африки, а в последние годы — и из Восточной Европы.

[7] Каждый пятый американец (почти 56 млн) родился в другой стране (28,4 млн) или имеет одного (12,7 млн) или двух (14,8 млн) родителей, эмигрировавших в США. Более четверти таких «новых американцев» составляют уроженцы Мексики. Кроме того, в первой пятерке самых крупных диаспор — Филиппины, Китай, Куба и Вьетнам. Уроженцы стран бывшего СССР составляют меньшинство — в обшей сложности их не более 4 млн.

[8] «Новых американцев» среди этой наиболее социально активной группы населения почти 59 % (на 16 % больше, чем коренных жителей США).

[9] 43 % жителей Нью-Йорка родились за пределами США и еще 9,2 % — в семьях эмигрантов. Для сравнения: только 23 % ньюйоркцев могут считать себя коренными американцами.

[10] Более всего американцев, не знающих английского, проживает в Калифорнии — почти 40 % (много выходцев из стран Азии и Латинской Америки), в Нью-Йорке их более 27 %. Менее всего «новых американцев» в Западной Вирджинии — всего 2,2 %. Более 4 % американцев практически не знают английского языка. В Калифорнии таких жителей почти 11 %, в Техасе — более 8 %, в Нью-Йорке — более 6 %.

[11] См.: *Massey D. S., Alarcon R., Gonzalez H., Durand J.* Return to Atzlan : The Social Process of International Migration from Western Mexico. Berkeley and Los Angeles, 1987.

[12] См.: *Sassen S.* The Mobility of Labor and Capital. New York, 1994.

рабочей силе[13]. Кроме того, иммиграция является результатом политики экономической экспансии, проводимой Соединенными Штатами.

Чрезвычайно позитивным аспектом иммиграции в США считают «приток умов». В современной экономике, где человеческий капитал приобретает особую значимость, иммигранты становятся одним из важных факторов роста и успехов в конкурентной борьбе[14]. Национальные системы образования не успевают удовлетворять растущие потребности в кадрах для новых высокотехнологичных отраслей экономики.

Как показал опрос, проведенный компанией Gallup, американцы считают, что иммигранты позитивно воздействуют на состояние культуры и экономики США, но негативно на уровень преступности и безработицы, общественную мораль и т.д. К иммигрантам, прибывшим из разных регионов мира, американцы относятся по-разному. Они считают, что в США приехало слишком много выходцев из арабских стран, стран Латинской Америки и Азии, но слишком мало европейцев и африканцев.

В целом иммиграционная политика США находится под воздействием ряда факторов, мешающих выработке эффективных стратегических решений в этой области. К таким факторам относятся, в частности, влияние переменчивых общественных настроений, непонимание социальной и экономической природы иммиграции, сложившаяся практика благоприятствования коренному населению страны в ущерб приезжим иностранцам (нативизм), а также различные узкополитические соображения.

Четких идеологических или откровенно предвзятых установок в отношении незаконной иммиграции *не существует*. Неопределенность в стане политиков и политических партий США делает вопрос о реформе иммиграционного законодательства еще более запутанным для избирателей, поскольку представители обоих полюсов политического спектра апеллируют к их эмоциям и пользуются популистскими аргументами. При такой размытости политических решений отсутствует и ясное понимание возможностей, которыми располагает Служба иммиграции и натурализации для решения возложенных на нее задач. Тем не менее последние 20 лет показали, что в сравнении с демократами республиканцы в большей степени поддерживают идею ужесточения иммиграционной политики.

Данные о количестве незаконных иммигрантов никогда не бывают точными. Однако, по наиболее авторитетным оценкам, доля незаконных иммигрантов от общего населения страны составляет примерно 2—3 % (причем половина из них — выходцы из Мексики). Большинство незаконных иммигрантов составляют лица, на законных основаниях пересекшие границу США либо с деловой целью, либо для отдыха и развлечений, но не покинувшие страну по истечении визового срока[15].

III. Для того, чтобы понять, как на протяжении американской истории вплоть до настоящего времени влияние общественных настроений, экономической конъюнктуры, а также свойственного обществу враждебного отношения к чужим культурным и экономическим влияниям порождало неэффективные иммиграционные программы, проведем небольшой *исторический обзор становления подходов к миграционной политике США*.

Прежде всего следует отметить, что Конституция США не содержит никаких положений, ограничивающих иммиграцию, она лишь уполномочивает Конгресс США принимать законы об иммиграции, поскольку относит этот вопрос к компетенции федеральной власти, а также устанавливает, что иммигранты должны вносить определенную плату за въезд в страну. В первые 100 лет существования американского государства иммиграция в США не представлялась проблематичной, поскольку американское общество целиком состояло из переселенцев и обладало обширными возможностями для трудоустройства приезжих. До начала XIX в. не существовало никакого специального закона, касающегося иммиграции, и не велись официальные списки прибывающих. В XVIII в. вопрос об ограничении иммиграции не возникал.

В 1798 г. были приняты законы об иностранцах и подстрекательстве к мятежу. Эти законы не преследовали цель контролировать иммиграцию, скорее, они было направлены на выбор людей, достойных стать гражданами Америки. Федералисты, бывшие у власти в 90-х гг. XVIII в., считали, что иммигранты из Европы в большинстве своем являются сторонниками оппозиции, т.е. демократических республиканцев. Стремясь закрепиться у власти, федералисты увеличили срок пребывания в стране, необходимый для получения гражданства, до 14 лет. В 1802 г. эти законы были отменены.

---

[13] См.: *Cornelius W. A.* The Structural Embeddedness of Demand for Mexican Immigrant Labor: New Evidence from California» / M. M. Suarez-Orozco (ed.) // Crossings: Mexican Immigration in Interdisciplinary Perspectives, 113—115. Cambridge, MA. 1998.

[14] Число временных работников-иностранцев, включая членов их семей, возросло с 275 тыс. в 1990 г. до 1,2 млн в 2003 г. В США годовая квота на визу H1B (специалисты) увеличилась с 65 тыс. человек в 2013 до 195 тыс. в 2017 г.

[15] См.: Immigration and Naturalization Statistical Yearbook, 1997.

В 50-х гг. XIX в. была весьма популярна так называемая Партия «незнаек», известная также как Орден звездно-полосатого флага, которая возглавила националистическую политику, направленную против рабочих-иммигрантов и католиков. Она выступала за увеличение срока натурализации, всячески стараясь воспрепятствовать всем, кроме выходцев из западноевропейских государств, в получении гражданства США. Члены партии были убеждены, что восточные европейцы и католики своим присутствием подрывают культурные устои Америки. С началом Гражданской войны это движение утратило силу.

С 1870 по 1920 г. в США иммигрировало около 26 млн человек, что, по данным на 1850 г., превышало все население страны. Большинство переселенцев были уроженцами европейских стран. Иммигрантский контингент резко изменился (заодно изменив демографический состав всей Америки) лишь в XX в., когда бóльшую часть приезжих составили выходцы из Азии и Латинской Америки.

В штатах западного побережья росло недовольство наплывом китайских иммигрантов. В 1881 г. власти Калифорнии объявили выходной для проведения антикитайских митингов. В Конгресс США стали поступать многочисленные петиции с требованием «предпринять меры в отношении китайцев».

В 1882 г. был принят закон об «исключении китайцев», по которому прекращались иммиграция из Китая и предоставление прав гражданства уже приехавшим в Америку китайцам. Историки считают, что попытки запрета китайской иммиграции были вызваны желанием ослабить конкуренцию на рынке труда в период экономического кризиса. Закон существенно снизил число китайских иммигрантов в США[16].

В начале XX в. в США вновь стали расти антииммигрантские настроения. Во время Первой мировой войны усилилось враждебное отношение американцев к выходцам из стран Южной и Восточной Европы. Закон об иммиграции 1917 г. упрочил уже существовавшие ограничения и определил контингент лиц, которым был запрещен въезд в страну (в первую очередь неграмотные, физически неполноценные, проститутки, хронические алкоголики, безбилетные пассажиры, бродяги, люди с психическими расстройствами). Кроме того, закон не давал права на въезд в США жителям ряда стран (в основном Азии и островов Тихого океана).

К 1918 г. в США стала ощущаться нехватка рабочих рук. В интересах делового мира Америки Конгресс и Иммиграционное бюро выработали меры по обеспечению рынка труда дешевой рабочей силой. Была принята программа, которая позволила Иммиграционному бюро напрямую нанимать мексиканских рабочих для нужд сельского хозяйства и строительства железных дорог. Служба иммиграции и натурализации стала практиковать гибкий подход для привлечения дешевой рабочей силы, что привело к снижению социального напряжения, связанного с европейской иммиграцией[17].

По окончании Первой мировой войны антииммигрантские настроения снова дали о себе знать. Опросы общественного мнения выявили опасения многих американцев, что приток европейских иммигрантов из разоренных войной государств приведет к возрастанию конкуренции на рынке труда. Кроме того, снова усилились антииммигрантские настроения в отношении определенных групп выходцев из Европы.

Исходя из экономических мотивов и соображений нативизма, в 1921 и 1924 гг. Конгресс США принял так называемые постановления об ограничении квот, ознаменовавшие начало особых ограничений на въезд в США определенных групп иммигрантов. В эти группы входили выходцы из Восточной Европы, Африки, Австралии и Азии. На представителей западного полушария ограничения не распространялись.

Принятие этих законов поставило перед Службой иммиграции и натурализации новую непредвиденную задачу. Дело в том, что все моряки прибывающих в США судов имели право сходить на берег, и многие из тех, кому по закону въезд в страну был запрещен, пользовались этим, чтобы инсценировать дезертирство с корабля. Кроме того, все больше европейцев, которым не удавалось получить право на въезд из-за отсутствия необходимых документов или из-за неграмотности, перебирались в США через мексиканскую границу. В 1922 г. через Мексику в США проникло 309 556 человек, а в 1923 г. их число почти удвоилось, достигнув 600 тыс.[18]

В помощь пограничным пропускным пунктам по решению Конгресса было организовано патрульное подразделение, члены которого стали верхом на лошадях регулярно объезжать мексиканскую и канадскую границу. Нужно отметить, что в этот период не существовало строгих ограничений на въезд из Мексики, поскольку мексиканцы, как правило, не оставались в США надолго. Мексиканская миграция была явлением двусторонним и относительно сбалансированным. Однако революция, произошедшая в Мексике, вызвала в 1911 г. первый приток мексиканцев в страну[19].

[16] См.: *Ong Hing B.* Making and Remaking Asian America through Immigration Policy. 1850—1990. Stanford, CA, 1993.

[17] См.: *Ong Hing B.* Op. cit. ; *Calavita K.* Inside the State : The Bracero Program. Immigration and the IMS. New York, 1992.

[18] См.: 96th Congress, 1980.

[19] По имеющимся данным, в Соединенные Штаты въехало тогда на легальной основе приблизительно 250 тысяч мексиканцев.

В годы Великой депрессии без работы оказалась треть населения США. Прошли выступления против этнических мексиканцев. Президент Герберт Гувер был убежден, что мексиканские иммигранты отнимают работу у американцев и что они являются причиной наступившего упадка. Власти Калифорнии приняли закон, запрещающий нанимать на работу нелегальных мексиканских иммигрантов.

Враждебное отношение общества к последним привело к тому, что треть всех мексиканцев, живших в США, покинули страну или были депортированы в принудительном порядке. Всего из страны было изгнано примерно 500 тыс. человек[20]. Позднее, в 50-е гг. XX в., массовая депортация мексиканцев и граждан Америки мексиканского происхождения повторилась с еще бóльшим размахом.

Во время Второй мировой войны неприязненное отношение американцев стали вызывать переселенцы из Азиатско-Тихоокеанского региона. В 40-е гг. XX в. многим казалось, что японские иммигранты представляют серьезную угрозу национальной безопасности США, и Служба иммиграции и натурализации, входившая в состав Министерства труда, была вновь передана в ве́дение Министерства юстиции, где и остается по сей день. В дополнение к принятым мерам был издан Закон о регистрации иностранцев, который предписывал этому ведомству регистрировать всех приезжих, подозреваемых в подрывной деятельности, и снимать у них отпечатки пальцев.

По мере дальнейшего вовлечения США в войну и роста неприязни к японским иммигрантам и этническим японцам расширялся круг обязанностей Службы иммиграции и натурализации: теперь в него входили задержание, интернирование, содержание в условном заключении и депортация «неблагонадежных» иммигрантов.

Вторая мировая война опять вызвала в США острую нехватку трудовых ресурсов, вновь возникла необходимость привлечения иностранной рабочей силы. В документах значится, что в 1946 г. Служба иммиграции и натурализации при содействии Министерства труда США трудоустроила в сельском хозяйстве и тяжелой промышленности 82 тыс. рабочих[21].

Начиная с 1942 г. в аграрном секторе появилась возможность сезонного найма дешевой рабочей силы. Правительство Соединенных Штатов в сотрудничестве с мексиканским правительством разработало упрощенную систему заключения трудовых договоров, получившую название «программа брасеро». Эта программа предоставляла мексиканцам статус сезонных сельскохозяйственных рабочих. Вместе с тем она была подвергнута критике за чрезмерную эксплуатацию мексиканских рабочих. Наниматель имел право по собственному усмотрению назначать размер их заработной платы, определять условия труда, отдыха, питания. Положение бесправных сезонных рабочих сравнивали с рабским. В начале 60-х гг. XX в. программа была остановлена обоими государствами. Тяжелые условия труда, созданные «программой брасеро», привели к тому, что иммигранты предпочитали въезжать в страну на заработки нелегально.

Во время Корейской войны (начало 50-х гг. XX в.) вновь стала ощущаться острая нехватка рабочих рук. Вскоре почти единогласно был восстановлен закон, позволявший нанимать на работу мексиканцев. Служба иммиграции и натурализации приступила к найму рабочих и отсылке их на сельскохозяйственные предприятия. К 1964 г., когда этот закон прекратил свое действие, Служба иммиграции и натурализации обеспечила работой на юго-западных плантациях и ранчо около 3 млн иммигрантов[22].

IV. В 1952 г. по новому иммиграционному плану большие преимущества получили иммигранты-специалисты. Разрешение на въезд давалось в зависимости от квалификации иммигранта и текущих нужд экономики. В 1954 г. в условиях экономического спада в обществе вновь усилилось недовольство мексиканскими иммигрантами.

Изменения отношения к мексиканцам можно проследить по статистике Службы иммиграции и натурализации: в 1954 г. число задержанных и депортированных достигло 1,3 млн; к 1959 г. было депортировано примерно 3,8 млн мексиканцев[23]. Это наглядный пример того, к каким тяжелым и опасным последствиям могут приводить националистические настроения в обществе. Действия Службы иммиграции и натурализации вызвали критику по обе стороны границы. В итоге Конгресс США по согласованию с Мехико принял Миграционные трудовые соглашения, в которых предусматривалось сотрудничество правительств обеих стран в организации найма рабочих, а также смягчение политики по отношению к нелегальным иммигрантам.

---

[20] *Sanchez G. J.* Becoming Mexican American. New York, 1993 ; *Ruiz V.* From Out of the Shadows. New York, 1998 ; *Sanchez G. J.* Op. cit.

[21] Было зарегистрировано 43 088 мексиканцев, 9 589 ямайцев, 5 052 жителя Багамских островов, 2 187 жителей Барбадоса, 669 жителей Ньюфаундленда и 160 гондурасских рабочих. См.: *Calavita K.* Op. cit.

[22] См.: *Calavita K. Op.* cit.

[23] Можно утверждать, что эти данные были сильно завышены Службой иммиграции и натурализации для создания видимости успешной работы (см.: *Garcia J. R.* Operation wetback. The Mass Deportation of Mexican Undocumented Workers in 1954. Westport, CT, 1980).

В 50-е гг. XX в. произошел отток иммигрантской рабочей силы из сельскохозяйственного сектора в легкую и тяжелую промышленность с их более высокооплачиваемыми рабочими местами. В крупных городах, где было сосредоточено промышленное производство, создавались окружные иммиграционные центры, в работе которых не последнее место занимали всяческие рейды и облавы.

Наряду с другими законами, принятыми в 60-е гг. XX в. («О гражданских правах», «Об избирательном праве», «О равноправии при трудоустройстве»), Закон об иммиграции 1965 г. предоставлял права въезда в страну лицам, которым ранее было отказано в допуске по этническим признакам. Был также снят запрет, касающийся некоторых других групп иммигрантов и созданы льготные условия для воссоединения семей иммигрантов. Жители стран Азии и Латинской Америки, ранее не имевшие права на въезд в США, теперь хлынули в огромном количестве. Неудивительно, что сотрудникам Службы иммиграции и натурализации пришлось работать с удвоенной энергией.

Общественные и политические беспорядки в странах Восточной Азии и Центральной Америки вызвали большой поток беженцев. В 60-е гг. и начале 70-х гг. XX в. США приняли многих выходцев из этих стран сверх существовавших норм. В 1980 г. в дополнение к системе льгот, введенных в 1965 г., Законом о беженцах была установлена особая процедура допуска последних в страну. В этом Законе давалось определение статуса данной категории мигрантов и были введены правила подсчета количества беженцев, которое в состоянии принять государство.

В 80-е гг. XX в. число нелегальных иммигрантов в США значительно возросло. Правительство постаралось снизить экономическую привлекательность работы в США. Политики рассчитывали, что, создав препятствия для трудоустройства иммигрантов, они смогут существенно снизить их приток. В 1986 г. был принят Закон об иммиграционной реформе и контроле. Главной целью этого Закона было уменьшение числа нелегальных иммигрантов в США.

Для этого предстояло реализовать два положения: «О санкциях в отношении работодателей» и «Легализация иммигрантов». Первое должно было лишить иммиграцию привлекательности для тех, кто стремился в США в поисках работы, второе узаконивало пребывание нелегальных иммигрантов, уже находящихся в США, с тем чтобы снизить общее их количество. В результате этих нововведений около 3 млн человек смогли оформить документы для получения легального статуса.

В 1990 г. национальная миграционная политика снова была подвергнута коренному пересмотру. Согласно Закону об иммиграции 1990 г. число иммигрантов, работающих в стране по так называемой гибкой схеме (flexiblecap), увеличилось до 675 тыс. человек, были выделены средства на увеличение числа патрульных нарядов, для чего была нанята дополнительно 1 тыс. пограничников. Основные направления деятельности Службы иммиграции и натурализации были пересмотрены, бóльший удельный вес стали занимать мероприятия по ограничению въезда и натурализации, а также по депортации нелегальных иммигрантов.

Уже через 10 лет после принятия Закона об иммиграционной реформе и контроле нелегальная иммиграция снова стала объектом реформаторских инициатив, получивших поддержку в обществе, прежде всего в таких штатах, как Калифорния, Техас, Аризона и Флорида, где особенно сильно разрослись иммигрантские сообщества. Эти штаты обратились в суд с требованием, чтобы федеральное правительство возместило ущерб, наносимый, по их мнению, присутствием большого числа иммигрантов, ставя в вину правительству то, что оно не справляется с задачей иммиграционного контроля.

V. После сокращения почти полумиллиона ставок на предприятиях, связанных с оборонно-промышленным комплексом, экономика Калифорнии стала приходить в упадок. Многие калифорнийцы сочли проблемы штата результатом присутствия нелегальных иммигрантов[24]. В 1994 г. в Калифорнии был выдвинут законопроект № 187 — один из самых спорных законопроектов, направленный на сокращение убытков, причиняемых нелегальной иммиграцией. Этот нормативный правовой акт вменял в обязанность директорам учебных заведений проверять легальность статуса учащихся, принятых после 01.01.1995, равно как и статус их родителей. Сведения о тех, кто не смог подтвердить таковой, предполагалось отправлять в Службу иммиграции и натурализации и в калифорнийское Министерство юстиции. Руководителям медицинских учреждений, как государственных, так и частных, согласно этой инициативе запрещалось предоставлять медицинскую помощь нелегальным иммигрантам (за исключением неотложной).

Несмотря на то, что этот законопроект в конце концов был признан неконституционным (так как вопросы иммиграционной политики решаются только на федеральном уровне), он определил механизм сокращения обоих видов иммиграции, легальной и нелегальной, и тем самым положил начато реформе всей системы социального обеспечения.

В 1996 г. был принят Закон о личной ответственности, который ограничивал для легальных

[24] См.: Latinos in a Changing U. S. Economy / Morales R., Bonilla Fr. (eds.). 1993.

иммигрантов возможность пользования услугами социальных служб и продовольственными талонами. Нелегальные иммигранты лишались доступа к большинству государственных льгот на федеральном и местном уровнях, а также на уровне штата. Кроме того, в 1996 г. Конгресс США ужесточил наказания за правонарушения, совершаемые иммигрантами.

Одни из последних поправок к иммиграционному законодательству вступили в силу с 01.04.1997. Закон 1996 г. «О реформе нелегальной миграции и ответственности иммигрантов» существенно ужесточил ответственность за нарушение условий визового статуса, а также затронул многие вопросы миграционной политики — от въезда в страну до предоставления социальных льгот иностранцам. В августе того же года Президент подписывает Закон «О личной ответственности и предоставлении возможности занятости», значительно сокративший социальную и финансовую помощь иммигрантам.

Наряду с этим, меры по усилению пограничного контроля, особенно жесткие в штатах Техас и Калифорния, привели к тому, что умножилось число нелегальных переходов через менее охраняемую аризонскую границу.

Но в целом либерализм иммиграционной политики в Америке приводит к тому, что ужесточение контроля фактически не отражается на объемах иммиграционных потоков. С 1990 по 2000 г. США приняли 9,5 млн новых постоянных жителей, не считая миллионов иностранцев, приезжавших в эту страну временно на работу или учебу.

VI. Террористическая атака 11.09.2001 на Международный торговый центр и Пентагон повлекла за собой необходимость абсолютно новых политических решений.

Сразу после терактов пограничные службы получили распоряжение перекрыть границы и разместить агентов в аэропортах, что в очередной раз продемонстрировало чисто реактивный характер американской иммиграционной политики[25]. Внимание общества переключилось с нелегальных иммигрантов на «засидевшихся», т.е. иммигрантов, оставшихся в стране после окончания действия визы. Общество потребовало ответа на вопрос, как могло произойти, что нескольким террористам удалось въехать в страну «легально». Политики, чутко реагирующие на перемены общественного настроения, подготовили ряд инициатив экономического характера для решения проблемы «засидевшихся». И хотя специалисты по иммиграции говорили об этой проблеме задолго до совершения терактов, лишь в настоящее время вводится новая система оформления статуса студентов-иностранцев и участников программы обмена[26].

Как уже отмечалось, основным законодательным актом, определяющим статус лиц, въезжающих в Соединенные Штаты, является Закон от 27.06.1952 «Об иммиграции и гражданстве». Этот Закон с многочисленными поправками и дополнениями и в настоящее время устанавливает правовой режим в этой области. Закон регулирует нормы иммиграции, условия допуска в страну, правила получения разрешений на въезд, порядок высылки иностранцев, а также вопросы натурализации, т.е. предоставления гражданства иностранцам.

Закон исключает 33 категории иностранцев, которым по тем или иным причинам, в том числе идеологическим, запрещается въезжать в США на временное или постоянное пребывание[27].

Согласно американскому иммиграционному законодательству любое лицо, не являющееся гражданином США, считается иностранцем. В зависимости от своего правового статуса иностранцы делятся на три категории:

— лица, которым разрешено временное пребывание на территории США (неиммигранты)[28];
— постоянные жители США (легальные иммигранты)[29];
— незаконные иностранцы (незаконные иммигранты).

Основным различием между неиммигрантами и иммигрантами является характер полученного ими разрешения на пребывание в США. Неиммигранты получают разрешение на временное, а иммигранты — на постоянное пребывание на территории США.

---

[25] В США ныне действует Система предварительной информации о пассажирах (Advance Passenger Information System, APIS), из которой паспортные данные пассажиров поступают в иммиграционную и таможенную службы.

[26] Число обладателей студенческой визы увеличилось с 330 тыс. в 1990 г. до 625 тыс. в 2003 г. Доля россиян среди обладателей студенческой визы в 1998—1999 гг. составляла лишь 1,1 %.

[27] К ним относятся анархисты, «приверженцы противодействия любому организованному правительству», лица, связанные с партиями тоталитарного характера в США, и т.д. На иммиграционную визу не имеют права страдающие различными видами психических заболеваний, наркоманы и хронические алкоголики, лица с опасными инфекционными заболеваниями, профессиональные нищие, бродяги, проститутки, все, кто может стать бременем для службы социального обеспечения, осужденные за совершенные преступления (кроме чисто политических), и некоторые другие.

[28] См.: *Иванов М. М.* Неиммиграционные визы США. М., 1997.

[29] См.: *Иванов М. М.* Статус постоянного жителя США: условия и процедуры приобретения. М. : Русская деловая литература, 1997. С. 25.

VII. Исходя из предмета исследования необходимо более подробно проанализировать понятие «незаконный иммигрант»[30]. Нелегальными в широком смысле считаются иностранцы, находящиеся в США в нарушение иммиграционного законодательства. К этой категории относятся лица:

— нелегально пересекшие границу (без прохождения процедуры контроля со стороны Службы иммиграции и натурализации);
— въехавшие легально, но оставшиеся в США дольше разрешенного срока;
— въехавшие легально, но нарушившие условия неиммиграционного статуса (например, работавшие по найму без соответствующего разрешения)[31];
— проникшие на территорию США по подложным документам, под чужим именем или иным мошенническим путем;
— не имеющие права на въезд в США и въехавшие в результате сокрытия информации (например, в прошлом депортированные и вернувшиеся ранее разрешенного времени).

Первые три категории считаются находящимися на территории США незаконно (unlawfully present) или «вне статуса» (out of status). Оставшиеся категории переходят в этот разряд, как только обнаруживается факт нарушения закона[32].

Контроль за недопущением в США незаконных иммигрантов, а также их обнаружение возложен, в том числе и на американских работодателей. Последние обязаны нанимать на работу только имеющих на это право. В случае нарушения для работодателей установлена как гражданская, так и уголовная ответственность.

VIII. В целом иммиграционную политику американского государства определяет Конгресс США. Рядом полномочий в решении вопросов иммиграции и руководстве государственными органами, непосредственно осуществляющими иммиграционную политику, обладает Президент.

Основными федеральными органами исполнительной власти, занимающимися вопросами иммиграции, являются:

— Государственный департамент (Department of State);
— Служба иммиграции и натурализации (Immigration and Naturalization Service);
— Министерство труда (Department of Labor).

Особыми функциями наделен Национальный визовой центр (National Visa Center), управляемый частной компанией по контракту с Государственным департаментом.

Государственный департамент — американское Министерство иностранных дел. Он, в частности, занимается делами иностранцев, желающих въехать в США и находящихся за пределами этой страны. Через посольства и консульства Государственный департамент осуществляет бóльшую часть международно-правовых функций США за рубежом. В функции посольств и консульств США за границей входит выдача въездных иммиграционных и неиммиграционных виз. Данные функции Государственный департамент начал выполнять в 1917 г., когда впервые была установлена полномасштабная визовая система. Введенная первоначально как временная мера в связи с обстоятельствами военного времени, эта система впоследствии стала постоянной. Желающие получить неиммиграиионную визу могут обращаться и в посольства США в других странах. Однако всегда есть вероятность того, что в рассмотрении вопроса будет отказано и заявителю для подачи заявки будет предложено выехать в свою родную страну.

Американские консулы на местах наделены безусловным правом окончательного принятия решений по всем вопросам выдачи виз. Для вынесения решения об отказе во въезде достаточным основанием может служить наличие подозрений в том, что пребывание данного заявителя в США может оказать негативное влияние на благосостояние и безопасность страны.

Служба иммиграции и натурализации (СИН)[33] является подразделением Министерства юстиции. В ее функции входит непосредственное претворение в жизнь иммиграционного законодательства. Только СИН занимается делами иностранцев, находящихся на территории США. Она проверяет всех иностранцев, въезжающих в США. Несмотря на имеющуюся у въезжающего визу, законно по-

---

[30] Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности // Десятый конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями : сборник документов. М., 2001. С. 478—493.

[31] См.: Закон 1996 г. «О реформе нелегальной иммиграции и ответственности иммигрантов» (Illegal Immigration Refonn and Immigrant Responsibility Act) дал детальное толкование термина «нелегально присутствующий», включив в него, в частности, не только лиц, допустивших пребывание в США сверх разрешенного периода времени, но и лиц, иным образом нарушивших условия временного пребывания.

[32] За подобные нарушения иммиграционного законодательства предусмотрены депортация, наказания в виде штрафов и лишения свободы (от шести месяцев до двух лет в случае повторных нарушений), а также запрет на въезд в будущем.

[33] СИН стала частью Министерства юстиции в 1940 г. До этого с 1882 г. функции СИН выполняли различные органы в составе Министерства труда и Министерства финансов.

лученную им в посольстве США в родной стране, СИН может отказать во въезде. Она также следит за законностью пребывания иностранцев на территории США, рассматривает их заявки на продление сроков пребывания, изменение категории визы, получение статуса постоянного жителя и гражданина США.

СИН представлена четырьмя региональными центрами и 60 отделениями, расположенными на всей территории США. Все дела, не требующие собеседования с чиновником СИН, проходят через один из региональных центров, в зависимости от места жительства заявителя. Многие ходатайства простейшего характера (например, о продлении срока пребывания по деловой или туристической визе) можно подавать самостоятельно.

В функции *Национального визового центра* входит значительная часть работы по обработке прошений на получение «гринкард». Национальный визовой центр[34] был открыт Государственным департаментом в 1991 г. и управляется частной компанией. Он занимается заявками на «гринкард», подаваемыми иностранцами за пределами США и подлежащими окончательному рассмотрению в консульствах США.

Министерство труда определяет, не лишит ли въезжающий работник в США рабочего места кого-либо из постоянных жителей или граждан этой страны, не явится ли потенциальный иммигрант обузой для общества, и выносит решения. Американский работодатель должен доказать, что, прежде чем отдать предпочтение иностранцу, он предпринял необходимые усилия по поиску необходимого работника среди американцев. Этот процесс называется трудовой сертификацией.

IX. В целом следует отметить, что проблема иммиграции в США, как законной, так и незаконной, чрезвычайно сложна. Специалисты высказывают мнение, что относительно благополучное состояние американской экономики в настоящее время позволяет привлечь в нее больше иностранных рабочих, несмотря на мнение тех, кто боится потерять работу из-за иммигрантов или полагает, что последние отнимают у них льготы.

И действительно, представители деловых кругов требуют новой «программы брасеро» для пополнения рынка рабочей силы. Мексиканским рабочим предоставляются временные разрешения на работу в США в сфере услуг. Они нужны в гостиничном бизнесе, в сельском хозяйстве, в сфере обслуживания пенитенциарных заведений.

Таким образом, можно сказать, что *в периоды экономической стабильности политики более радикально решают вопросы, связанные с иммиграцией.*

Опыт Соединенных Штатов Америки представляет собой *уникальный пример попытки устроить благополучную жизнь общества*. В этом опыте можно увидеть также попытку совершенствования гуманистических идеалов западной цивилизации. В становлении Соединенных Штатов был элемент не только развития, но и отрицания европейской традиции государственности. В основу изначально был положен принцип политического и гражданского равенства, причем понимаемого формально и излишне — прямолинейно.

С одной стороны, граждане США получали права и свободы, немыслимые в то время в Европе; правительство не воплощало собой коллективную волю нации, а служило инструментом согласования индивидуальных интересов. С другой стороны, решительность, с какой были заявлены принципы индивидуализма и частной собственности, не укладывались в европейские традиции.

Приведенный исторический анализ подходов к формированию американской национальной иммиграционной политики позволил сделать вывод о том, что такие факторы, как изменчивость общественных настроений, предубежденность населения по отношению к иммигрантам, объясняемая неосведомленностью в социальных и экономических вопросах, распространенные нативистские предрассудки, а также столкновение различных интересов постоянно приводят к появлению несовершенных и неэффективных иммиграционных программ. Пока нет никаких оснований предполагать, что такое положение дел изменится в будущем.

Прав был И. Кант, сказавший, что два человеческих изобретения можно считать самыми трудными, а именно: искусство управлять и искусство воспитывать.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Иванов М. М.* Неиммиграционные визы США. — М., 1997.
2. *Иванов М. М.* Статус постоянного жителя США: условия и процедуры приобретения. — М. : Русская деловая литература, 1997.
3. *Calavita K.* Inside the State : The Bracero Program. Immigration and the IMS. — New York, 1992.
4. *Cornelius W. A.* The Structural Embeddedness of Demand for Mexican Immigrant Labor: New Evidence from California» / M. M. Suarez-Orozco (ed.) // Crossings: Mexican Immigration in Interdisciplinary Perspectives, 113—115. — Cambridge, MA. 1998.

[34] Национальный визовой центр назывался до 1994 г. Центром по обработке иммиграционных виз.

5. *Garcia J. R.* Operation wetback. The Mass Deportation of Mexican Undocumented Workers in 1954. — Westport, CT, 1980.
6. Latinos in a Changing U. S. Economy / Morales R., Bonilla Fr. (eds.). — 1993.
7. *Massey D. S., Alarcon R., Gonzalez H., Durand J.* Return to Atzlan : The Social Process of International Migration from Western Mexico. — Berkeley and Los Angeles, 1987.
8. *Ong Hing B.* Making and Remaking Asian America through Immigration Policy. 1850—1990. — Stanford, CA, 1993.
9. *Ruiz V.* From Out of the Shadows. — New York, 1998.
10. *Sanchez G. J.* Becoming Mexican American. — New York, 1993.
11. *Sassen S.* The Mobility of Labor and Capital. — New York, 1994.

Философия права

Размышления о возможности познания противоправности
The introspection and Reflection on the Possibility of Illegal Cognition

Чжао Юньфэн,
профессор Шанхайского института политологии и права, г. Шанхай, Китай
zhaoyunfeng1976@126.com

Zhao Yunfeng,
Professor, Shanghai Law and Political Institute, Shanghai, China
zhaoyunfeng1976@126.com

© *Чжао Юньфэн, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.187-197

Abstract. *The cognition of illegality is the foundation of responsivism. However the lack of standardization and clearness in the judgment of illegality cognition leads to judicial tension, which can be alleviated by the necessity of prevention. Under the hierarchical criminal system in the Civil Law System, the status of cognition possibility of illegality plays a positive role in the construction of justification, security measures and normative responsibility. In Chinese Four Elements, the possibility of illegal cognition is the element of intent. The cognition of illegality is the expression of condemnable will, which embodies the opposition or contempt to the whole legal order. The distinction between normative elements and factual elements is relative, and judgment shall be made from such dimensions as formal basis, substantive basis and policy basis. The standard of judgment for the two shall also be improved and refined.*
Keywords: *Cognition of illegality, Responsivism, Necessity of prevention, Normative element.*

I. Raising questions

The proposition of a risky society has played an active role in promoting the development of the regulatory function of the Criminal Law. In order to prevent the occurrence of social risks in various fields, the function of the management of the order of administrative laws and regulations has been strengthened. The normative value of administrative crime has been continuously demonstrated. Based on the need of social governance, the provisions of administrative crime have been increasing rapidly in number and types, and soon become a rival to natural crime."In terms of the change in the number of criminal types, from the traditional absolute predominance of natural crime to the absolute proportion of statutory crime."[1]

However the specialty and complexity of administrative laws and regulations are far beyond the cognitive ability of social subjects, who often becomes the objects of criminal law for lack of legal knowledge. According to the principle of responsivism, culpability is the Basis of Criminal Responsibility and only an awareness of illegality is required before an actor can be investigated for criminal liability. In view of the current judicial practice of our country, judicial subjects still have the traditional thinking of presuming that they know the law and do not pay full attention to the problem of legal misconceptions[2].

But that would be a departure from the principle of responsivism. In recent years, judicial cases related to the recognition of illegality have emerged continuously in our country, for example Tianjin Zhao Chun-

[1] *Li Yunping, Chu Huaizhi.* Face the Coming of the Era of Legal Offence // Procuratorial Daily. June 1, 2007.

[2] The possibility of illegal cognition and the avoidance of the mistake of illegal cognition discuss the problem of illegal cognition from different sides. If the actor does not have the possibility of illegal cognition, the mistake of illegal cognition is inevitable; if the actor has the possibility of illegal cognition, the mistake of illegal cognition can be avoided. In order to facilitate the development, the concept of Illegal Cognition Possibility is explained and demonstrated in the article.

hua illegal possession of a gun case[3], Inner Mongolia Wang Lijun illegal corn sales case[4] and Henan Qin illegal cutting of key state protection of plant crime[5]...

To this regard, we should give a positive response from the theory of criminal law. In other words, how to construct a mechanism for distinguishing and analyzing errors in legal cognition that is in line with the need of practice is a problem that should be paid close attention to in the theory of criminal law.

II. Analysis on the theoretical development of the Illegal Cognition Possibility

Rationalism and indeterminism in psychology lay a theoretical foundation for the development of responsibility principle in classical criminal jurisprudence, do not know the law for crime then becomes a new form of culpability. This is not only a profound reflection on the ignorance of the law, but also a positive response to the ideas of freedom and democracy in the Enlightenment period of capitalism."Only someone who can recognize that his behavior is prohibited by law is the subject of responsibility."[6]

The theory of psychological responsibility in classical criminal jurisprudence mainly points to psychological facts, i.e. an actor has intent or negligence in implementation of a dangerous act which shows inherent mentality against the legal order and therefore is reprehensible. Professor Ono Ono Ichiroku pointed out that the essential characteristic of intentional purpose is not the understanding of the criminal facts, but the denial of the inhibitory feelings generated through the cognition of the criminal facts. That is, the act is committed with illegal consciousness.[7]

Accordingly, the theory of psychological responsibility refers to the actor's denial of or violation of legal consciousness or the subjective aspect of the actor aiming at the consequences caused by their behavior. To be sure, the theory of psychological responsibility has metaphysical method logic and rational thinking which is the basic elements of classical criminology.

However with the development of the society and the diversification of social risks, the scope of the criminal law has been expanded to meet the needs of social governance which makes the content and types of administrative prisoners constantly increase. More importantly, the philosophical basis and guiding methods of criminal law development is also developing, such as social science, positivism and neo-Kantianism, which continues to influence the development of criminal law theory and form new guiding concepts for the classical crime theory system. Therefore, the traditional concept of criminal law in the natural and physical sense began to change. "On the methodology of criminal law dogmatism, Welzer opposes natural-physicalism and normativist holds that the value connotation of criminal law should not be reduced to a pure causal process or constructed on the basis of pure norm, but should be combined with reality. Therefore, people need to pay attention to the construction of existence prior to law and the resulting material-based logic"[8]

Based on the new theoretical basis and social needs, the principle of responsibilism develops and enriches itself to adapt to the social reality and the risk situation.

First of all, the internal motivation for the development of the theory of responsibility. The theory of psychological responsibility is the basic framework for determining culpability, and it has laid an effective foundation for criminal governance in early capitalist society. The theory of psychological responsibility limits the elements of two psychological facts: intent and negligence, which embodies the value of naturalism. However, if the lack of normative judgment and value measurement, it can not effectively deal with the new problems in judicial practice.

First, the psychological responsibility of theory can not reasonably explain the justification. According to the psychological responsibility of theory,the perpetrator shall bear the corresponding criminal responsibility according to the responsibilism of the harm caused by the intentional or negligent behavior. For justification, if the actor has subjective intention or mistakes in cognition, which has led to harmful consequences, the actor shall bear criminal liability according to the responsibilism. However, the justification is often based on protecting the more important legal interests at the expense of the less important legal interests, which conforms to the constitution of individual crime in form, but does not infringe upon the legal interests in essence. Therefore, the psychological responsibility of theory is obviously not reasonable enough when dealing with the justification.

---

[3] Judgment of the second instance on the crime of illegal possession of firearms by Zhao Chunhua // (2017) Jin 01 end of criminal proceedings No. 41.

[4] Judgment of the Retrial of the Crime of Wang Lijun's Illegal Business Operation // (2017) Nei 08 Criminal retrial. No. 1.

[5] *Qin Yunhuan.* Illegally felled plants under key state protection Judgment of the first instance // (2016) Yu 1224 First criminal trial. No. 208.

[6] [Germany] *Hans Heinrich Schieseck and Thomas Weigert*, German Textbook of Criminal Law, trans. Xu Jiusheng, China Legal System Publishing House. S. 538.

[7] Quoted from Feng Jun, Consciousness of Illegality, Zhao Bingzhi, New Explorations in Criminal Law, People's Publishing House, 1993. P. 251.

[8] *Hans Joachim Hirsch,* Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZSt W 116 (2004). S. 2.

Second, the psychological responsibility of theory can not make the effective response to the unconscious negligence[9]. Can the actor be condemned for a negligent act that occurs without awareness? According to the theory of psychological responsibility, subjective negligence is a component of culpability and the actor shall bear criminal liability, for the dangerous act. However, unconscious negligence indicates that the actor does not have a clear understanding of the social harm caused by the act, cannot form the will or motivation to oppose the legal order, and does not have the psychological basis for condemnation. "The reason why intentional behavior is severely punished is because the perpetrator still carries out the behavior even after he has overcome the opposing motive of the behavior. "[10]

What the writer explain is the nature of responsibility doctrine of criminal intent, in fact this problem still exists at the level of criminal negligence. For example, cognitive errors could also reflect the indifference of the actor's consciousness of rules, but unconscious errors could hardly be related to the will of law. Third, the theory of psychological responsibility can not provide the existence of the elements of norms. With the increase of administrative laws and regulations, the challenge to the possibility of legal cognition is increasingly severe. Then the value of free will in the implementation of dangerous act gradually decreased and the value of other psychological factors began to show, determinism began to become the important basis of responsibility theory. In other words responsibility is not a mere psychological fact of the actor to be recognized, but a normative evaluation that lays the foundation for condemnation.[11]

Therefore psychological fact is no longer the only factor determining behavior, and social factor becomes the important condition governing behavior. In the aspect of responsibility, the intention or negligence of psychological fact is no longer unique and the objective factor outside psychological fact becomes the normative condition for judging responsibility. From then on, the theory of normative responsibility began to replace the theory of psychological responsibility and began to include the consciousness of illegality in the level of responsibility elements.

Secondly, the external influence of the development of the responsibility's theory. Besides the internal motivation, the development of responsibility principle is also promoted by public policy which is the redistribution of legal epistemic obligation between citizen and state. "The authoritative fiction based on the absolute obligation of all citizens to know the law has been profoundly questioned and the so-called allocative criterion or demarcation of the line has been reduced to the following question: under what circumstances is it permissible for the state to place the risk of ignorance on the part of the individual?"[12]

Ignorance of law does not exempt from responsibility since ancient Rome deviates from the principle of responsibility doctrine. Psychological responsibility theory brings legal knowledge into responsibility doctrine and presumes that the doer has the obligation of legal knowledge. From not knowing the law not being exempt from responsibility to not knowing the law not committing a crime symbolizes the establishment of the principle of responsibility, which is of great significance to the construction of modern society ruled by law. In the period of capitalist enlightenment, it was epochal to give the obligation of legal knowledge to the doer, which was related to the simple law, the single type of crime and the understanding of harmfulness as the understanding of illegality. With the complexity of the social structure, the diversification of the types of crimes and the promotion of the regulatory function of the criminal law, the difficulty of law cognition is increasing sharply. "There are cases in which no expertise contributes to a thorough understanding of the criminal law. Even professors and practicing lawyers who spend most of their professional lives trying to sort out the intricacies of criminal law are familiar with only a small part of the law that confuses us."[13]

The opinions of the writer is reasonable and point out the difficulty of legal cognition clearly. In view of the influence of legal cognition on the sharing of criminal responsibility, under the new social background, the distribution of legal cognition obligation should reasonably consider the reasonable disposition between the citizen and the society. In this sense, psychological responsibility theory based on presumption of knowing law gradually lags behind the development of society, and it is necessary to improve its structure to adapt to the need of risk allocation in the changing society. It is under such a social background that the possibility of illegal cognition arises, which is not only the requirement for citizens' obligation of legal cognition, but also the response to the elements of public policy.

It is timely to rethink the problem of cognition of illegality in theory. Professor Minoru Otani once

[9] Unconscious negligence is a concept in German criminal law theory, which is similar to negligence in our country.

[10] [Japan] *Ono Ono Ichiroku*, The Theory of Criminal Constitutive Elements, trans. Wang Tai, Chinese People's Public Security University Press, 2004. P. 154.

[11] [Japan] *Yamaguchi Hou*, General Introduction to Criminal Law (3rd ed.), trans. Fu Liqing,China Renmin University Press, 2018. P. 195.

[12] *Lao Dongyan*, Responsibility Doctrine and Cognition of Illegality, China Legal Science, No. 3, 2008.

[13] [Germany] *Welzel*, Introduction to the Theory of Purposive Action: A New Prospect of Criminal Law Theory (Supplement 4th ed.), China Renmin University Press, 2015. P. 75.

pointed out that according to the Illegal Cognition Possibility, the cognition of illegality is not necessary for the formation of intention, but if the actor is not in the possibility (or inevitable) situation, cognition of illegality error is the cause of liability.[14]

Therefore, from the recognition of illegality to the Illegal Cognition Possibility is the development and progress of the theory of responsibilism in the present age. Not only in theory, but also in the judicial practice of the civil law countries pay more and more attention to the possibility of illegal cognition. "In cases, especially those of lower courts, when there is no possibility of consciousness of illegality, the limits intentional theory based on blocking intent as per Article 38.1 is mostly advocated, and it can be expected that the Supreme Court will also change its decisions in this direction."[15]

The reason lies in the change of social background, and the object of condemnation has changed from psychological facts to normative elements such as illegal consciousness. As a result, the principle of responsivism completed a transformation in its internal structure. "It is certainly reprehensible that the actor knows that his act is illegal but still commits similar act. If the actor can realize illegality with a little attention, but the actor is not aware of it and despises the existence of law, this is the possibility of illegality cognition, which is also worthy of condemnation. In other words, the possibility of illegality and illegality cognition are both providing judgment materials and basis for liability condemnation."[16]

From the cognition of illegality to the possibility of illegality, it shows the change of the object of condemnation. It is the redistribution of citizen's legal cognition obligation and the development from psychological responsibility theory to normative responsibility theory, which accords with the inner demand of responsibility principle under the spirit of modern rule of law. Especially in the field of legal crime, how to examine the distribution of the obligation of legal cognition, it is more worthy of theoretical attention. Just as some scholars pointed out: "This means that in the contemporary legal context, it is necessary to re-examine who bears the adverse consequences of ignorance of law or how to allocate the risks of ignorance of law. If a state can relieve itself of the burden of proof with respect to notification by means of presumption in the areas of core criminal law, individuals shall not bear the corresponding adverse consequences in the areas of ancillary criminal law where presumption is not available."[17]

According to the opinions of some writer, the obligations of legal cognition shall be reasonably distributed based on the actual needs of the society in view of different legal cognition in different social stages.

III. An Analysis of the Position of the Cognition Possibility System of Illegality

The possibility of illegal cognition is not limited in the criminal theory system of Germany and Japan. With the in-depth research of the principle of responsivism in the criminal law, it has been proved that the possibility of illegal cognition is intention or responsibility elements.[18]

However some scholars hold a different view: The study of the possibility of illegal understanding should not continue to struggle with the intentional and responsibility elements, but should shift the theoretical focus to the construction or improvement of the institutional technology or discretion mechanism. "The crux of the problem of illegality cognition is not whether the lack of illegality cognition obstructs the responsibility or the intention, but under what circumstances the criminal responsibility of the actor should not be investigated. That's reasonable."[19]

It is reasonable to extend the study of the possibility of illegal cognition to the technical level, but the systematic status of the possibility of illegal cognition should not be neglected. In other words, if we can't have a reasonable understanding of the status of the possibility of illegal cognition, it is difficult to construct and perfect the theory from the technical level.

Firstly, the position of illegality cognition in the criminal theory system of Germany and Japan. In the theory of criminal law in Germany and Japan, there is a dispute between the theory of intention and the theory of responsibility on the possibility of illegal cognition. The theory that the lack of illegality consciousness will affect the existence or absence of intent and discuss this kind of influence is called intent theory. The theory of responsibility deals with the lack of consciousness of illegality as a problem different from the intentional blocking of responsibility.[20]

---

[14] [Japan] *Minoru Otani*, General Lecture Notes on Criminal Law, Trans. Li Hong, China Renmin University Press, 2008. P. 312.

[15] [Japan] *Nishida Noriyuki*, Introduction to Japanese Criminal Law, trans. Wang Zhaowu and Liu Mingxiang, Law Press·China, 2013. P. 215.

[16] *Zhou Guangquan.* Illegality Awareness Is Not an Element of Intention // China Legal Science. 2006. No. 1.

[17] *Lao Dongyan.* Responsibility Doctrine and Cognition of Illegality // China Legal Science 2008. No. 3.

[18] *Chen Xingliang*. Study on Awareness of Illegality // China Legal Science. 2005. Is. 4.; *Zhou Guangquan*. Op. cit.

[19] *Lao Dongyan.* Op. cit.

[20] [Japan] *Masahide Maeda*, Lectures on Criminal Law (6th ed.), trans. Zeng Wenke. Peking University Press, 2017. P. 146.

If the illegal understanding belongs to the intentional constitutive elements, then it is the wrong constitutive elements, obstructing the criminal intent. If the harmful act is not a kind of negligence crime, it does not constitute a crime, so the harmful act cannot be subject to criminal punishment. However, this conclusion is unreasonable. "In order to avoid this unacceptable conclusion, the proponents of intent theory argue that the application of intent theory to any crime would entail intolerable loopholes and in that time negligent crime should be punished."[21] But this point of view is not reasonable, it will expand the scope of the regulation in criminal law.

The debate on the possibility of illegal cognition has lasted for many years in the theory of criminal law in continental law system. Even though Welzel classified the possibility of illegal cognition as a third kind of liability independent of intention and negligence in the system of criminology, the dispute continued. It was not until the Criminal Law Reform Act of 1975 in Germany stipulated the error of constitutive elements and the error of illegal cognition in Article 16 and Article 17 that criminal intent and illegal cognition were two different conditions of constitutive elements of a crime were confirmed.[22]

Until the Federal Supreme Court of Germany explicitly took the possibility of cognition of illegality as an element of liability in the judgment of a case, the theoretical debate on the status of the possibility of cognition of illegality came to an end. "A principled decision of the Grand Criminal Chamber of the Federal Supreme Court (In accordance with the doctrine of liability) recognized a sense of wrongdoing as an element of liability for independence. In the scope of errors of understanding, the constitutive elements of the errors of understanding and prohibited errors of understanding drew a full stop in the development (Federal Supreme Court Reports of Criminal Judgments 2, 194)."[23]

The debate about the status of the possibility of illegal cognition in the system is not only the consideration of the different stages of illegal cognition. That is to say, the possibility of illegal cognition is not only a system problem and its influence on judicial practice is obviously different in different stages.

First, it will affect the application of security measures. "Security measures are special preventive disposal adopted by the law for persons without or with limited capacity and persons responsible for special risks by means of rectification, reformation, medical treatment and other methods."[24]

The security measure is the specific measure besides the penalty to the person who has no responsibility, the person who has limited responsibility and the person who has the certain social danger in the law. Such specific measures include medical treatment, protective observation, etc. Thus if illegality is an element of intention, a wrong understanding of it will prevent criminal intention. Although the endangering act does not constitute a crime, the actor may be subject to security measures. This is because the element of responsibility possessed by the actor can represent one's personal danger. On the contrary if mistake of illegal perception is the essence of responsibility, it will lead to the non-existence of the crime and the in applicability of security measures to the actor.

Secondly, it will affect the implementation of the urgent justification cause. Article 32, paragraph 2 of the German Penal Code defines the emergency defense as "the necessary defensive action to protect oneself or others from an ongoing illegal attack." So if the mistake of illegal cognition is placed in the category of intentional constitutive elements, the problem of illegality of dangerous act can be eliminated in the phase of conformity. When the victim faces the infringement caused by the wrongful recognition of the illegal act by the perpetrator, the victim cannot exclude the illegal infringement through an urgent justification cause. This is because the dangerous act is not illegally aggressive. But if the wrong understanding of the law belongs to the responsibility nature, the dangerous act has the illegal attribute. For such illegal infringement the victim may, in accordance with the law, urgently defend the perpetrator to protect their legitimate rights and interests.

Third, it will influence the development of the principle of responsivism. From the theory of psychological responsibility to the theory of normative responsibility, the evaluation of culpability is a process of transformation from psychological facts to normative facts. In other words the reprehensible object is transformed from the uncertain psychological content to the normative and definite content, which is the development and perfection of the principle of responsibility in the criminal theory system. So the possibility of illegal cognition is a normative element of reprehensible conduct. If it is placed in the intentional constitutive elements of the category, it still belongs to the psychological responsibility theory. In this way, the critical elements of normative responsibility theory can not be fully reflected in the stage of responsibility and the scientific nature of the principle of responsibility can not be effectively reflected.

---

[21] Jescheck, in GA 1955, S.100; Arthru Kaufmann, JZ 56 S.393.

[22] *Wang Gang*. Review of German Criminal Legislation in the Past Fifty Years // Political Science and Law. 2020. 3.

[23] [Germany] *Johannes Wiesels* General Introduction to German Criminal Law, trans. Li Changke. Law Press·China, 2008. P. 459.

[24] *Han Zhongmo*. Principles of Criminal Law. China University of Political Science and Law Press, 2002. P. 494.

Secondly, the status of illegal cognition in China's criminal law system. The possibility of illegal cognition is the content of responsivism and belongs to the ontology of criminal law. Therefore, the discussion of this question does not deviate from the criminal theory system of our country. It is of great significance to the judicial practice of our country how to deal with the systematic problem of wrong cognition of illegality. The possibility of illegal cognition comes from the Three Tiers, so it is necessary and reasonable to discuss its status in the background of German and Japanese criminal law. But the Four Elements is different from the stratum criminal theory. So discussing the Illegal Cognition Possibility's system status under the criminal theory system of our country is obviously different from that of Germany and Japan. If we discuss the cognition of illegality in our country's criminal law under the Three Tiers, the conclusion will be unreasonable because of the dislocation of the theoretical system. If we discuss the possibility of illegal cognition under the hierarchical criminal system, it is not worth discussing further. Because this question in Germany and Japan criminal law theory already had the final verdict.

Therefore, it is reasonable and scientific to discuss the cognition of illegality on the basis of the constitution of Four Elements. According to the criminal constitution system of our country, the cognitive elements belong to the subjective culpability. Therefore, the illegal cognition mistake should belong to the category of subjective cognition and it is the norm appraisal's question. Furthermore, the illegality mistake belongs to the content of criminal intent. If the actor has the Possibility of Illegal Cognition, it has the criminal intent. In other words, the possibility of illegal cognition should be placed in the intention of crime. If it is lacking the possibility of illegal cognition of criminal intent, harmful behavior can not constitute a crime. "Since the formation of intent requires that the actor knows that his behavior will harm the society, an awareness of the social harmfulness of the act, it is enough to show that our criminal law deals with the Possibility of Illegal

Cognition in the structure of intent. This is because it is not consistent with the mainstream view in Germany and Japan that the recognition of illegality is an element of responsibility. If repeatedly entangled in its positional question, it unavoidably gives the human a feeling that avoids the important matter and focuses on the trivial matter."[25] The view of the argument is doubtless reasonable. Because it accurately points out that illegality cognition is a problem of criminal theory system and gives a clear answer to the system and status of illegality cognition.

IV. Criteria for Judging the Possibility of Cognition of Illegality and Rational Reflection

The Possibility of Illegal Cognition is a normative responsibility element, so it conforms to the internal logic of crime structure. From the presumption of legal cognition in classical crime to the confirmation of the Possibility of Illegal Cognition under the system of purposeful crime 's theory, the risk of erroneous legal cognition shifts from the perpetrator in part to the state. To some extent, it reflects the balance between the principle of responsivism and public policy. This is important for civil rights protection.

Responsivism weakens the function of criminal law while affirming the right of civil freedom. With the increase of specialization and complexity of legal norms, the main body of society requires a clear understanding of legal norms at the responsibility. This makes the criminal law can not fully play its positive governance function and deviates from the value orientation of criminal policy to promote the positive prevention function. So the allocation proportion of the risks of wrong cognition of law begins to change and the risks of wrong cognition of legal borne by the State begin to be partially transferred to the subjects of the acts. This effectively alleviates the tension between responsivism and policy of value.

But theorists respond reasonably to the need of public policy at the structure of illegality cognition which leads to a difficult technical problem. That is, the subject of justice how to know and judge the possibility of illegal knowledge? The analysis of many judicial cases shows that the judicial subjects often avoid the possibility of illegal cognition in the judgment. This was tantamount to giving up on the normative theory of responsibility. For example, Ye bought a match gun from Taobao as a toy for his child and kept it in the trunk of his car. It was later found out by the public security organs. It was identified that the match gun was powered by gunpowder and its muzzle specific kinetic energy was greater than 1.8J / cm2. According to the judicial interpretations of the Supreme People's Court and the provisions of the Ministry of Public Security, the Tianyuan District Procuratorate concluded that: "If they are identified as guns and more than one gunpowder-driven guns are illegally possessed, the crime of illegally possessing guns shall be constituted."[26] It is precisely because of the difficulty in proving the cognitive possibility of violation that the judicial subjects take an evasive attitude towards the determination of the cognitive possibility of violation.

First, a critical analysis of the theory of The Possibility of Illegal Cognition. Professor Che Hao

[25] *Lao Dongyan*. Op. cit.

[26] Liu Xie: "Zhuzhou Man Buys" Toy Gun "Only After Police Identify It as Real" // URL: http://hunan.ifeng.com/20161223_0.shtml.

think that the current focus is not on discussing the system and status of the possibility of illegal cognition, but on constructing a feasible set of applicable standards from the technical level. This can alleviate the dilemma of inconvenient application of justice. He put forward the following standard: "An avoidable mistake of understanding illegality must meet the following two conditions: objectively there is an opportunity to find out the law to avoid the mistake and the actor does not try to find out the law to avoid the mistake."[27]

There is no doubt that the standard of the cognizance of the possibility of illegal cognition is based on the rational thinking of the theory of criminal law and the practice of judicature. So it may promote qualitative of The Possibility of Illegal Cognition and the sentencing function to play an active role. But it is a pity that the standard of discriminating the Possibility of Illegal Cognition has not got a positive response in practice, and has not deepened the cognition of the standard design in theory. The specific reason is that the technical standards advocated by the writer is basically based on the theory of criminal law in the continental law system. It also has not designed in line with our country's judicial practice needs of the target system.

Firstly, the feasibility of the standards for judging the Possibility of Illegal Cognition is insufficient. According to Wiesels, "the certainty of the inevitability of the error of understanding requires a very strict judicial decision. Whether the actor was originally capable of recognizing the wrongful nature of his act on the basis of his social status, personal capacity and the cognitive faculties and legal-moral values to which he could be asked to mobilize. This is decisive."[28] However, Wiesels' discussion on the avoid ability of illegal cognitive error is relatively broad, which is of limited value to the guidance of judicial practice.

Professor Roxin refined Wiesels's theory and states that the avoidability of illegal cognitive errors depends on three conditions. (1) The actor must have the opportunity to think or inquire about the illegality that his behavior may have. (2) When this opportunity exists, the actor must completely not trying to find out the truth or such effort must be very inadequate. This results in the exclusion of liability being improper and unreasonable from a preventive point of view. (3) The actor makes an effort to learn the law only within an excessively narrow scope in spite of the opportunity which he had. The actor makes an effort to learn the law only within an excessively narrow scope in spite of the opportunity which he had.[29]

The argument about the three dimensions mentioned above has been going on for several decades in German criminal theory, but it can't reach a satisfactory conclusion and provide a reasonable and effective judgment for judicial application. Based on the technical criteria of the German theory of epistemic possibility of illegality, Che Hao focuses on whether the actor is trying to understand legal norms. Concretely, avoidable illegal mistake of cognition mainly depends on two aspects: the actor's ability to know the law and the degree of effort. However, from the judicial practice, it is uncertain to judge the ability to know the law and the degree of effort. Therefore, this lacks feasibility in judicial application.

For example, Qin found similar "weeds" growing on the hillside near his farmland. So he picked three plants after doing the farm work home and was seized by the forest police. After identification, Qin cut the Hui orchid is a national key protection plant. Immediately Qin was detained for 7 days and was placed on file for investigation and prosecution. The People's Court of Lushi County sentenced Qin to fixed-term imprisonment of 3 years with a probation of 3 years and a fine of CNY3,000 for the crime of illegal logging of plants under key state protection.[30] In this case, whether Qin had the ability to know the law and whether he tried to find out the truth were not explained and proved in the judgment. This also shows that the judgment standard of the Possibility of Illegal Cognition has not been recognized in judicial practice.

Secondly, the standards for determining the possibility of illegal cognition are excessively abstract. Analyzing the standards of judging the error of legal cognition, each standard is abstract and uncertain. Article 17 of the German Penal Code states: "A person who commits an act without being aware of its illegality shall not be held criminally responsible if the mistake is unavoidable." As for how to determine the inevitability of epistemic error, the German scholar Wiesels pointed out that the judgment should be based on the epistemic ability and values of the actor. But cognitive ability and values are both macroscopic and abstract contents, and their practical value is limited. But cognitive ability and values are both macroscopic and abstract contents, and their practical value is limited. In the judicial practice, the judicial subjects in Germany have not given a clear answer to the problem of wrong cognition of the law. Therefore, it has to take the Gewis-senspannug as the judgment

[27] *Che Hao.* Legal Crime Era of Illegality Understanding Errors // Tsinghua Law. 2015. No. 4.

[28] [Germany] *Johannes Wiesels.* General Introduction to German Criminal Law, trans. Li Changke, Law Press·China, 2008. P. 252.

[29] [Germany] *Claus Roksin* General Introduction to German Criminal Law (Vol. 1), translated by Wang Shizhou / Law Press·China. 2005. P. 625.

[30] *Ma Jiangang*, etc.: "picked 3" weeds "man sentenced to 3 years," Henan Legal Daily, April 19, 2017.

basis of the Possibility of Illegal Cognition. For example, the judicial decisions of the German Supreme Court have pointed out that when the actor does not realize the wrongfulness of the act, it is necessary to use the judgment of "Gewis-senspannug".

That is, "the actor has an obligation to use all his cognitive ability and the whole ethical world view, if this can form a judgment of the legality or illegality of a particular behavior. "[31]

If we want to use the criminal legal theory of Germany for reference to construct the judgment index of illegal cognition possibility, we need to resort to non-normative values. Its theoretical value and practical significance are relatively limited. Because the technical standards of the possibility of illegal cognition are abstract. So In the judicial practice, there are some difficulties in the application of the standard, which leads to the improper application of the criminal law and the infringement of the spirit of responsibility. For example, teenagers tend to like imitation guns. As a result, some young people have been prosecuted for online purchase of imitation guns and even sentenced to life imprisonment. In practice, there is usually a lack of clear and reasonable standards for illegally cognition the inevitability of buying simulation guns. This is also the main reason why similar judgments frequently cause theoretical doubts. It is worth noting that from the criminal legislation and judicial practice[32] of some countries and regions have not stopped their efforts because of the Possibility of Illegal Cognition of judicial difficulties. On the contrary, they actively think and perfect from the system level of criminology, and try to jump out of the Possibility of Illegal Cognition itself. This effort becomes more urgent and important as the concept of risk society is proposed.

Secondly, the era development of the Possibility of Illegal Cognition. Since the 1960s, Baker proposed that the risk society theory has had an important impact on the German Three Tiers. The purpose of the criminal law began to become the basis of building the criminal law system. The function of positive general prevention replaces vindictive punishment and changes the structure of criminal law, which makes the social regulation function of criminal law more and more obvious. To this, Professor Robinson argued that it is not realistic to completely abandon the consideration of prevention in the distribution of criminal responsibility. At the same time, the requirements of retribution and prevention should be considered simultaneously.[33]

According to the theory of positive general prevention, punishment for crime is no longer the fundamental goal pursued by criminal law. Cultivating the normative consciousness of social subjects has become the core value of the functionalist criminal law and the task of the times. The unreasonable discriminating standard and the positive general precaution are all changing the erroneous views on the cognition of illegality in the traditional theory of criminal law. As far as the former is concerned, it is necessary to refine the standard of distinguishing the Possibility of Illegal Cognition in order to reasonably distinguish the problem of illegal cognition. As for the latter, it was to cultivate the awareness of laws and regulations in society. To be sure, the discriminating standard of the Possibility of Illegal Cognition and the function of positive prevention are discussed from the aspect of legal cognition. The difference is that they are from different aspects to the performance of the understanding of criminal law attention. It is at this point that the positive general prevention and the Possibility of Illegal Cognition have an internal link. "On the issue of whether and how to impute responsibility to the wrong understanding of the law, it is necessary to 'establish and maintain the effect of general prevention through imputation'."[34]

The positive general prevention reconstructs the theory of crime from the aspect of criminal policy, the concrete manifestation is the reconstruction of responsibility, and claims that it is composed of two parts: the crime responsibility and the necessity of prevention. It also proposed the superior concept of self-responsibility.

The reason why the necessity of prevention is implanted in the category of responsibility is that we should solve the problem of cognition of criminal law from the angle of functionalism. This includes the following two aspects specifically. First of all, we should actively advocate the social main body's standard consciousness. The application of criminal law is not for the purpose of punishing the actor, but for the purpose of restoring the normative consciousness damaged by the criminal behavior. Secondly, the standard of discriminating the Possibility of Illegal Cognition should be supplemented. If the specific situation of the agent's legal cognition cannot be reasonably defined according to the standard of distinguishing possibility of legal cognition, a judgment shall be made again according to the precautionary necessity.

---

[31] [Germany] *Claus Roksin*, Jurisprudence of the Supreme Court of Germany, Introduction to Criminal Law, trans. He Qingren, Cai Guisheng, China Renmin University Press, 2012. P. 96.

[32] For example, "inability to avoid" in French Penal Code, "Best Effort" in Italian Constitutional Court, "Just Cause" in Taiwanese Criminal Law and "Reasonable Reliance" in American Model Penal Code are all efforts and explorations in this field.

[33] See *Paul H. Robinson.* Hybrid Principals for the Distribution of Criminal Sanctions // 82 Northwestern Universiy Law Review (1987).

[34] *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalitat and Strafe, 1980, S. 34.

In this way, it can be accurately judged whether the actor conforms to the expectation of responsibility.

According to the supplement and limitation of the necessity of preventing to the Possibility of Illegal Cognition, it is difficult and inconvenient for the judicial subjects to judge a case with the Possibility of Illegal Cognition in practice. And it is also difficult to find out whether the actor has tried to know the law. Then we can exclude the criminal liability of the perpetrator on the basis of the necessity of prevention. These cases include the crime on illegal possession of firearms by Zhao in Tianjin, the crime of illegal logging of plants under key state protection by Qin in Shanxi and the crime of illegal business operation by Wang Lijun of Inner Mongolia. Professor Zhang Mingkai has clearly pointed out: Even if this kind of perpetrators have the Possibility of Illegal Cognition, but there is almost no danger of committing crime again. Therefore, it lacks the legitimate basis for applying the punishment. If the actor is not prosecuted, it will also be lessons. However, labelling first-time offenders as criminals and imposing penalties, in particular freedom punishment, would be counterproductive to crime prevention.[35]

According to the writer, even if an actor has awareness of illegality, his criminal liability may be excluded based on precautionary necessity. Only in this way can it conform to the spirit of the criminal law and the judicial nature.

V. Reasonable differentiate and analyze between Factual Errors and Normative Errors

In order to reasonably deal with the Possibility of Illegal Cognition. We need to reflect not only on the status of the system and the standard of judgment, but also on the distinction between factual error and normative error. In this regard, some scholars advocate dichotomy. That is to say, the definition of the constituent elements should be based on the judgment of norms or the legal analysis of the constituent elements. Some scholars advocate that the distinction between factual and normative errors is taken from five aspects such as social significance, legal significance and moral significance.

The existence of different opinions in theory shows the difficulty in distinguishing between factual errors and normative errors. Some scholars have pointed out that the distinction between factual errors and legal errors has always been a muddled account.[36]

Writer find it difficult to distinguish the factual errors from the normative errors, and their conclusions are not reasonable. In fact, the factual element and the normative element are relative existence but not absolutely different. Therefore, the two cannot be clearly distinguished according to the objective criteria. The factual elements has the legal constitution, therefore needs the judge through the legal norm to carry on the expression to it. And the normative elements also need to be restored to the factual elements and explained it. So the two are not either-or, but mutually inclusive. In short, in view of the judicial subject's different standpoints, experiences and viewpoints, there will be different judgments on the elements of norms. "The necessary meaning shall be determined by the interpretations of the corresponding constitutive elements of the crime, and the judgments may differ. There is also a reason for that."[37]

Therefore, the subject of justice in the judicial practice of the same elements will make different judgments and it may be derived from the needs of policy to make different considerations. On the whole, a reasonable distinction between factual errors and normative errors provides a feasible standard for recognizing the Possibility of Illegal Cognition. This requires us to proceed from the formal level, the substantive level and the policy level three dimensions, carries on the progressive type omni-directional inspection.

1. Formal Basis: Factual Error is Conformance Judgment, Normative Error is Illegality Judgment

Generally speaking, compliance is the content of constitutive elements and it's a wrong understanding of the state of an objective behavior belonging to constitutive elements. It is connected to errors of fact. The cognition of illegality is a wrong cognition of illegality under the condition of a complete cognition of constitutive elements, which is related to the error of norms.

Professor Welzel thinks it is necessary to understand the error of constitutive elements and the error of prohibition, and to distinguish the two types of errors from the level of illegality and constitutive elements. If a man takes an article of property from another in the mistaken belief that it is his own, he is in error of constitutive element(he didn't know that he was taking someone else's property). But if someone mistakenly believes that he has the self-help right (e.g., he has a right of self-help as a creditor vis-à-vis a solvent debtor) to take other people's property, then he has a wrong understanding of the illegality of the

[35] *Zhang Mingkai* Avoidance of Recognizing Administrative Offences as Criminal Offences: Concepts, Methods and Routes // China Legal Science. 2017. No. 4.

[36] *Lao Dongyan.* Op. cit.

[37] [Japan] *Yamaguchi Hou*. General Introduction to Criminal Law (3rd ed.), trans. Fu Liqing. China Renmin University Press, 2018. P. 204.

behavior. A person who does not know that he has a pledge on his hidden property is mistaken about the state of affairs. If he knows this but mistakenly believes that he has the right to lift the fetters, then he is in the error of prohibition.[38]

According to the point of this paper, from the perspective of conformity or illegality, can provide a reference for the distinction of factual and normative error. However, it should be pointed out that the errors of constitutive elements are not all errors of fact. In addition to the elements of fact, there are also elements of norm such as obscenity, insult, indecency and so on. If only from the perspective of conformity and illegality, we can not reasonably distinguish the mistake of fact from the mistake of norm. "Misunderstanding the constitutive elements of norms is a mistake of law, but it is a mistake of constitutive elements. The mistaken recognition of the subjective elements of self-defense is a mistake of fact, but a mistake of prohibition."[39]

Therefore, conformity or illegality is only a formal requirement to distinguish factual error from normative error. It has certain reference value. But it also needs to be supplemented and perfected from other dimensions. In other words, the judgment of conformity and illegality can provide the formal basis for determining the error of fact or the error of norm. But only this is not enough, we also need to examine from the level of substance to determine whether it is a factual error or a normative error.

2. Substantive Basis: Factual Error is the Factual Judgment of Yes and No, Normative Error is the Value Judgment of Right and Wrong

Some scholars think, "If the actor's cognitive error is through the careful observation and judgment of the facts may be overcome, then this cognitive error is a factual error. If the actor's cognitive error can be overcome by further understanding the norms of criminal law, then this error is the cognitive error of illegality."[40]

For example, the perpetrator mistakenly considers the fishing ban as an illegal fishing ban. In fact, the actor misjudged the fishing period stipulated by the law. This is therefore an factual error of understanding. If the actor thinks that the fishing ban period can also be fishing, that is, the actor thinks that fishing is not illegal by the law. It is a normative mistake of understanding. So errors of fact may be avoided by careful observation, errors of law need to be avoided by familiarity with the law. Professor Kinderhoiszel once pointed out:"To recognize the characteristics of the normative constituent element, we must also understand the legal or social function of this element. Thus, in the elements of the normative elements of the actor must be aware of the object involved in the undertaking of the relevant actual use. Only in this way can intent be established."[41]

According to this paper, whether it can be recognized that the function of the society that constitutes the elements is a substantial judgment. In the obscenity smuggling case against ALY of Mali, the defsel argued that, because of cultural differences, it was not a crime for the defendant to sell or purchase pornographic discs in his own country. So ALY doesn't know that this is a crime in China. The court accepted the argument and pointed out in its judgment that ALY, a Malian citizen, had committed a minor act due to his wrong understanding of Chinese law and his subjective malignancy is also smaller.[42]

In this case, the understanding of obscene articles is a factual error or a normative error, we need to consider whether the actor has realized the value of CD's social function and practical use. If the actor does not realize its social function, it should belong to the factual error and obstruct the criminal intention. Making a judgment based on the dimensions of facts and value is to provide a basis for distinguishing between a factual error and a normative error from a substantive level.

It must be pointed out that errors of fact and errors of norm cannot be exactly distinguished from errors of norm because of the relativity of fact and value and the influence of extralegal factors. Sometimes we need to judge by the elements of policy. Just as some scholars said: "In some cases, whether it is an illegal error or a factual error will produce a dispute. This is mainly because of the ambiguity and ambiguity of fact and law. That is, facts include not only the elements of description but also the elements of norms. This makes the distinction between fact and law ambiguous."[43] In some cases, therefore, it is necessary to distinguish between errors of fact and errors of norm in the light of criminal policy.

---

[38] [Germany] *Welzel*. An Introduction to the Theory of Teleology: A New Prospect for the Theory of Criminal Law (Supplement 4th ed.). China Renmin University Press, 2015. P. 87.

[39] Vgl.Welzel, Das Deutsche Stafrecht, 11. Auf l., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 167.

[40] *Zhang Mingkai*. Criminal Law (5th ed.). Law Press·China, 2016. P. 325.

[41] [Germany] *Kinder Heusel.* Textbook of General Theory of Criminal Law (6th ed.), trans. Cai Guisheng. Peking University Press, 2015. P. 273.

[42] Criminal Judgment of the Guangzhou Intermediate People's Court of Guangdong Province (Sui Zhong Fa Xing Er Chu Zi. 2009. No. 193).

[43] *Chen Jialin.* The Ideological Trend and Change of Foreign Criminal Law Theory, Chinese People's Public Security University Press, 2017. P. 402.

3. Basis of Policy: Distinguish Factual Errors from Normative Errors in the Context of Criminal Policy

From the perspective of practice in addition to the theoretical criteria to identify the elements of fact or norm, sometimes it is necessary to make a judgment based on the necessity of prevention. In some cases it is indeed difficult to distinguish between elements of fact and elements of norm. This requires the use of values such as policy, interests and public recognition. In other words, the factual elements and normative elements shall be reasonably distinguished according to comprehensive standards. From the criminal law precedents at home and abroad, we can also see that the criminal policy plays an important role in distinguishing between the facts and the norms. Professor Yamaguchi Hou once pointed out: "Because the legal precedents do not affirm the possibility of exemption in the absence of illegal awareness, we can only deny the intentional cases. There has pragmatic and easy reason."[44]

We also demonstrated the cases of violating hunting and discarding seals, for example, the distinction between a flying squirrel and a mus and the determination of tearing seals. According to the writer, it is practical and reasonable in judicial practice to distinguish errors of fact from errors of illegality according to practical needs. In a word, the problem of factual error and illegality error can be dealt with flexibly in judicial practice according to the need of policy. Scholars of our country, after reviewing the judicial distinction of the common law's countries, point out clearly that the judge usually does not decide whether to obstruct intent after distinguishing between mistake of fact and mistake of law(That is, whether the punishment is necessary). On the contrary they will consider the necessity of punishment first, and then regard the denial of intentional liability as a mistake of fact and the affirmation of intentional liability as a mistake of law.[45]

So the writer more intuitively point out that in the distinction between legal error and factual error, the value of the judgment, the interests of the balance and the elements of policy also play a role in the division.

As for the definition of the elements of norms, it is lack of objectivity and certainty. Apart from the common understanding of some elements of norms, there is no clear conclusion as to whether the rest elements are elements of facts or elements of norms. This requires us to investigate from multi-levels and multi-dimensions in order to reasonably distinguish between factual errors and normative errors.

[44] [Japan] Yamaguchi Hou, General Introduction to Criminal Law (3rd ed.), trans. Fu Liqing. China Renmin University Press, 2018. P. 204.

[45] *Lao Dongyan*. Op. cit.

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)
syubudennaya@msal.ru

S. Y. Budennaya,
Senior lecturer at the English language department,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
syubudennaya@msal.ru

© *Буденная С. Ю., 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.198-201

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 обнаруживает ряд серьезных 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 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 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.

В России такой показатель не достиг и 80 баллов[1]. 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 так же», 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» (十 — «десять») 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 невербально — 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 невоспитанности[2].

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 работе, посвященной комплексному исследованию правовой системы Китая, приводит перечень правовых традиций, повлиявших на становление китайской правовой культуры, в том числе в Гонконге, Макао и на Тайване[3] (см. таблицу).

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

Как видно, влияние традиционного права Китая повсеместно, что в свою очередь, демонстрирует большой авторитет традиций Древнего Китая в правосознании китайских граждан. Такая специфика правовой традиции также находит свое отражение и в юридическом письме, в котором

[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).

[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.

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 неосторожности[4].

Не меньше затруднений может вызвать и процесс заключения договора, так как в китайской правовой культуре заключение договоров 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 частотных 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 injury[7].

诈骗—其诈骗取财物 (завладение чужим имуществом или денежными средствами обманным путем[8] (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 диалога[9], 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 вопрос выбора языка такого общения, ведь использование английского языка не может в полной 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, что 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

---

[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.

[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.

[8] 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.

[9] *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.

уделяться, на наш взгляд, именно социокультурным знаниям в профессиональной сфере, причем в процессе обучения как предметным знаниям, так и иностранному языку 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 взаимодействии[10] стало включение в образовательные программы отечественных вузов такого необходимого, на наш взгляд, курса как сравнительное правоведение, особенно если речь идет о подготовке юристов международного профиля.

Однако в рамках такого курса особый акцент в основном делается на изучение доминирующих в современном юридическом сообществе англосаксонской и романо-германской правовых культур. Китайской же правовой системе не уделяется должного внимания, а зачастую и вовсе предлагается изучать ее студентам самостоятельно. Таким образом, 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 коммуникации[11]. 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 Lingua Franca профессионального общения юристов в XXI веке // Вестник Московского государственного лингвистического университета. — Образование и педагогические науки. — 2019. — № 4 (833). — С. 29—40.
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. *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.
8. *Спирин М. Ю.* Сравнительное правоведение : учебное пособие. — Самара : Изд-во Самарского университета, 2016. — 80 с.
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.

[10] *Спирин М. Ю.* Сравнительное правоведение : учебое пособие. — Самара : Изд-во Самарского университета, 2016.

[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.

“一带一路”沿线俄语国家语言法治的共性与差异

Общие черты и различия языковой политики в русскоязычных странах по маршруту «Пояса и пути»

Commonalities and Differences of the Language Policy in Russian-speaking Countries along “The Belt and Road”

杨昌宇
扬州大学法学院中国法律文化与法治发展研究中心教授，博士生导师

Ян Чанъюй,
профессор и научный руководитель докторантуры,
Исследовательский центр китайской правовой культуры и развития права
Университета Янчжоу,
Янчжоу, Китай
ycycfs@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
ycycfs@163.com

© *Ян Чанъюй, 2022*

DOI: 10.17803/2587-9723.2022.5.202-206

摘要： “一带一路”即“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”，是中国倡导的新型国家合作模式构想，被认为是当今世界覆盖面最广的经济合作区。“一带一路”沿线的俄语国家，是指“俄语”在这些国家中或被宪法确认为国语、官方语言、族际通用语，或以母语、少数民族语言等形式存在，从而形成了一个以“俄语”为纽带的“语言国家群体”。本文主要研究了“东斯拉夫三国”即俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯和“中亚五国”即哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦8个国家。俄语国家之间存在复杂的历史、民族、政治、宗教、语言等诸多方面的联系，这也导致了全球治理背景下各国语言治理的复杂性，并在各国语言法治化的基本路向中表现出共性与差异。共性主要表现为语言法治治理形式上的层次性、历史上的阶段性、功能上的政治性和目标上的多重性。差异主要表现为语言法治治理前提中国家语言能力的不同、国语法治化的程度不同、处理与俄语关系的导向性不同。这些共性与差异可以让我们在“一带一路”背景下充分认识语言助推经济交往的功能、语言蕴含的正负能量、语言与国家安全的关系、语言与文化话语权的关系等问题。

关键词： “一带一路” 俄语国家 语言法治

Abstract. *"Bel and Road Initiative", which is also known as the “Silk Road Economic Belt” or the "21st Century Maritime Silk Road", is a new model of national cooperation advocated by China and is considered to be the economic cooperation zone with the widest coverage in the world today. The Russian-speaking countries along "Belt and Road Initiative" refer to the countries where "Russian" is recognized by the constitution as the national language, official language, interracial common language, or exists in the form of mother tongue, minority language, etc., thus forming a "language – state – group" with Russian as its link. Due to limited length, this paper mainly studies the "three East Slavic Countries", namely Russia, Ukraine, Belarus and the "Five Central Asian Countries", namely Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Uzbekistan and Turkmenistan. Russian-speaking countries along the "Belt and Road" have complicated historical, ethnic, political, religious, linguistic and other links. This also leads to the complexity of language governance in various countries under the background of global governance and shows commonalities and differences in the basic direction of language policy in various countries. The commonalities are mainly manifested in the hierarchy of forms of language policy, the stages in history, the politics of function and the multiplicity of objectives. The differences*

are mainly manifested in the language abilities of countries, the degree of national language policy and the guidance of dealing with the relationship with Russian on the premise of language policy. The commonalities and differences can help us fully understand the function of language in boosting economic exchanges, the positive and negative energy contained in language, the relationship between language and national security, and the relationship between language and cultural discourse power in the context of the "Belt and Road Initiative".

The extraction of the commonalities and differences of language policy in Russian-speaking countries along the "Belt and Road "is conducive to promoting the transformation of language research from a Chinese perspective to a global perspective. The cooperation in the era of globalization is always multiple and non-unitary. In the context of the "Belt and Road Initiative", under the cooperation framework of the Shanghai Cooperation Organization and in the process of the "Belt and Road Alliance", that is, the alliance of "Belt and Road" and the "Eurasian Economic Union", these Russian-speaking countries are not only important nodes along the "Belt and Road", but also important partners of China's cooperation and exchanges in different frameworks of exchanges.

The current prominent problems of Russian-speaking countries along the "Belt and Road" include the status of the national language and interracial common languages within the country, as well as the issues of language independence, cultural independence, and language sovereignty between countries. All these issues have essentially surpassed the basic function of language itself. In the vision of a community of shared future for mankind, the highest level of communication between sovereign countries is mutual communication and mutual learning based on mutual respect for culture. Only when we have a clear understanding of the rule of law in the countries along "the Belt and Road", including their language policies, language plannings and language strategies, can the implementation of the "Belt and Road Initiative" be better and comprehensively supported.

Keywords: *Belt and Road Initiative Russian-speaking Countries Language Policy.*

项目来源：中国---上海合作组织国际司法交流合作培训基地研究基金项目（18SHJD016）。

一带一路”沿线是全球语言多样性最为丰富、文化差异性最为突出的地区，在实现互联互通过程中，平衡沿线国家多元语言利益诉求需要处理好语言与文化、语言与主权、语言与安全、语言与话语权等诸多关系。[1]在沿线65个国家中，有53种官方语言，俄语是其中重要的官方语言之一，实际上可用其交流的国家有多个，主要是苏联时期的加盟共和国，笔者将这些国家概括地描述为“俄语国家”[2]，主要包括人们俗称的“东斯拉夫三国”即俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯，“中亚五国”即哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦，“波罗的海三国”即爱沙尼亚、立陶宛和拉脱维亚，“外高加索三国”即亚美尼亚、格鲁吉亚和阿塞拜疆等[3]。这些国家因其过去存在共同的历史时期，在当代语言法治方面存在很多共性问题，从而形成一种“语言国家群体”形象。面对复杂的语言问题，走语言法治化之路是上述各国的共同选择。从当前各国语言政策推行情况来观察，各个国家均表现出法治化程度不断加强的态势，并在这一过程中表现出一定程度的共性和差异，这一现象在注重规则治理的全球化时代具有深远的意义。

一、 “一带一路”沿线俄语国家语言法治中的共性问题

各俄语国家语言法治化之路既是多重文化渊源共同作用的结果，同时也具有政治作用及身份和文化认同意义，在一定意义上则是在特定历史原因基础上俄国核心文化因素扩张与收缩的现实表现。各俄语国家均是苏联时期的加盟共和国，其语言法治中共性问题的产生具有多重文化渊源，其共性文化渊源包括民族文化的斯拉夫文化共源性、苏联时期深受同一性政治文化的影响、斯拉夫语言文化同源性三个主要方面。另外，在研究习惯上，斯拉夫学通常将一些非斯拉夫国家习惯性地纳入到斯拉夫研究范畴，这使得将这些国家放在一起研究成为可能。[4]“一带一路”沿线各俄语国家作为一个“语言国家群体”，它们之间存在历史的、民族的、政治的、宗教的、语言的等诸多方面文化上的联系，正是由于这些联系，促成了语言在各国的复杂性及其法治化的基本路径，在一定程度上表现出共同趋向，主要包括以下四个方面。

---

1 梁昊光，张耀军：《“一带一路”语言战略规划与政策实践》，《学术前沿》，2018年5月下，第98页。

2 笔者曾另文对这个概念进行了学术限定，认为“一带一路”沿线的俄语国家，是指“俄语”在这些国家中或被宪法确认为国语、官方语言、族际通用语，或以母语、少数民族语言等形式存在，从而形成了一个以“俄语”为纽带的“语言国家群体”。限于篇幅，当时主要研究了“东斯拉夫三国”即俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯和“中亚五国”即哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦8个国家。参见杨昌宇：《“一带一路”沿线俄语国家语言法治化的文化透视，《求是学刊》2019年第4期；杨昌宇《“一带一路”沿线俄语国家语言法治的表与里》，《上海政法学院学报》2019年第4期。

3 除俗称的“东斯拉夫三国”、“中亚五国”、“波罗的海三国”、“外高加索三国”所及的14个独立国家外，还包括摩尔多瓦，这15个国家都曾是苏联时期的加盟共和国。

4 参见杨昌宇：《“一带一路”沿线俄语国家语言法治化的文化透视》，《求是学刊》2019年第4期，第83页。

（一）语言法治治理在形式上表现出层次性

在语言学领域，人们更多地关注语言战略规划、语言政策等较为宏观层面的研究，对于规划如何落实、政策如何实施等法治保障性问题关照不足。事实上，上述国家当前都将语言法治治理作为国内的重要领域来对待，在治理形式上表现出层次性，主要包括三个层面：第一，各国均以宪法形式表达了鲜明的国语立场。一般而言，各国宪法中均包括国语条款，对国语和官方语言进行了确定。第二，各国均构建与宪法配套的语言法律制度，主要包括《民族语言法》、《国语法》等单行法律。第三，对国家政策以法制手段进行积极的推进、落实与保障。比如俄罗斯，在国语实施方面以法定形式采取一系列措施。同时，各国在这三个层面的语言法治实践中，除俄罗斯要处理俄语与其他民族语言关系和地位外，其他国家无一例外地要通过法定形式处理本国语言与俄语的关系问题。

（二）语言法治治理在历史上表现出阶段性

上述各国从苏联加盟共和国时期、到主权国家独立初期、再到全球化时代面向世界的发展时期，不同阶段语言法治治理在导向上都存在差异，阶段性较为明显。在苏联“国语化运动”时期，各加盟共和国纷纷制定语言法，通过语言立法的形式明确了本国主体民族语言的国语地位和使用领域。如1991年俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国制定了《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民族语言法》，1990年白俄罗斯通过了《白俄罗斯苏维埃社会主义共和国语言法》，1989 年乌克兰颁布第一部语言法《乌克兰苏维埃社会主义共和国语言法》，1989 年塔吉克斯坦通过《塔吉克苏维埃社会主义共和国语言法》等[5]。在后苏联空间中，各国在已有语言法制度的基础上进一步规范和完善。首先表现在独立主权国家的宪法中，相应的语言条款表明了国家的语言态度；其次表现在《国语法》、《民语法》等相应具体的法律制度中；再次表现在社会层面的运用与教育领域的推行等。在当下不断面向世界的过程中，各国的语言治理观念正在发生变化。

（三）语言法治在功能导向上表现出政治性

与上述特点一脉相承的是，每一个阶段在语言治理上都无法排除其政治的成分。苏联时期各加盟共和国语言法的制定被认为是其走向政治独立道路的第一步，它更明显地表现出民族政治的而不是民族文化的特点。[6]苏联解体各国独立初期，其语言法更多地通过对国语和民族及个人语言权利的规定反映出国家对语言主权的诉求。当下在世界日益开放各国不断互联互通的趋势下，在强调国家文化独立自信的时代，语言所承载的内容更加丰富和多元。各国都在努力地构造一种社会标准，并保障和促进其发挥应有的作用，语言法治化现象背后存在深刻的政治文化意蕴，正是在这种功能导向上各国在国际交流与合作实践突显出了语言的文化职能，促动文化本身所蕴含的多元力量的发挥。

（四）语言法治发展目标表现出多重性

在语言治理的目标上，语言承载了政治、民族、文化、主权、安全等诸多方面的价值。除俄罗斯以外，各国独立后在政治上继续保持“去俄罗斯化”的倾向，语言与主权问题密切相关。以法治化的形式追求和塑造本国的语言发展模式，但由于历史和文化的惯性，又存在与俄语割不断的联系。各国在处理俄罗斯族人的地位问题时不得不处理语言问题。在影响语言状况的基础性因素或主导性因素上趋同，都与历史、民族、宗教、政治等问题相关联，并且这些因素间具有千丝万缕的相互关系，也成为当代各国语言问题突出的一个根本原因，既造成了各国国内的民族间语言问题，也造成了各国国际族际间语言问题。

二、“一带一路”沿线俄语国家语言法治的差异性表现

“一带一路”沿线俄语国家在语言法治上除一般的共性问题外，在实践中也表现出差异和区分。差异主要表现在三个方面：各国家语言能力存在不同，这是语言法治中的基本前提性问题；各国家国语的法治化程度不同，这与国家的政治、经济、文化等方面联系密切；当代各国在处理本国主体民族语言与俄语关系时的导向上存在不同。

（一）各国在国家语言能力上存在差异

各国国家语言能力的差异决定了语言法治内容上的不同。国家语言能力不仅是软实力，而且也正在成为硬实力。它不仅体现为一种无形的力量，具有强大的内在凝聚力、号召力和对外的隐性渗透力及同化力；同时，随着语言功能张力不断释放，日益成为助推经济发展和科技创新、保障国家安全的关键要素。在当今世界上国家之间全面博弈的时代，国家语言能力正发挥着无可替代的独特作用，并成为国家综合实力的重要组成部分。[7]概括而言，语言能力主要包括五个方面的内容：语种能力，即国家总共能够了解和使用多

---

[5] 俄罗斯学者对原苏联加盟共和国的语言立法状况进行过相应的统计研究，从国别、法律名称和通过时间进行了明确的列举，可以清晰地了解苏联时期语言立法的基本情况。参见*Губогло М. Н.*Языки этнической мобилизации,М.,1998.С.194.

[6] 何俊芳：《族体、语言与政策---关于苏联、俄罗斯民族问题的探讨》，社会科学文献出版社2017年版，第286页。

[7] 赵世举：《全球竞争中的国家语言能力》，《中国社会科学》2015年第3期，第105页。

[8] 李宇明：《国家的语言能力问题》，《中国科学报》2013年2月25日，第7版。

[9] *Белова С. А.*, *Кропачева Н. М.* Государственный язык России: нормы права и нормы языка. СПб. : Изд-во Санкт-петербургского университета, 2018.

[10] 戴曼纯等：《波罗的海国家的语言政策与民族整合》，《俄罗斯中亚东欧研究》2010年第4期，第19页。

少种语言；国家主要语言的社会地位，特别是国家通用语言在国内外的地位；公民的语言能力；现代语言技术发展水平；国家语言生活的管理水平等。[8]现在大多数国家的主要注意力还在于对国家通用语言在国内外的地位确立和公民的语言能力的培养等基础方面，比如中亚各国家，在语言文字上通过从西里尔字母到拉丁字母的转换来彻底实现去苏联化，但依然有很长的路要走。少数国家则进入到高层级的语言能力培养发展阶段，比如俄罗斯对现代语言技术发展投入很大精力，编制国语词典、统一俄语口语使用规范、强化现代俄罗斯标准语规范的司法监督等，这说明其国家语言能力正进入到更高的发展阶段。[9]当今世界，在多重合作框架下，俄罗斯采取了更多的举措和更大的力度来提升本国语言文化的国际影响力，打造更强的国家语言能力。

（二）围绕国语展开的语言法治化程度不同

有的国家不但全面建构和完善语言法律制度，在教育和司法层面的保障也愈加完善，有的国家则尚处于法治化的初期。这种发展程度不同有其特定的历史原因。苏联时期，各加盟共和国分别开始就语言问题进行立法。外高加索三国即亚美尼亚、格鲁吉亚、阿塞拜疆三国分别在1978年宪法中对语言问题作出规定，亚美尼亚、格鲁吉亚、阿塞拜疆三种主体民族语言具有本共和国国语地位。白俄罗斯和土库曼斯坦分别于1990年通过苏维埃社会主义共和国语言法，俄罗斯于1991年通过苏维埃联邦社会主义共和国关于俄联邦各民族语言法，其他各加盟共和国则分别于1989年通过各自的语言法或国语法。苏联解体后，各国纷纷制定或完善各自的语言法制框架，希望通过法治方式来解决语言领域的一些难题，主要有围绕国语而展开的主体民族语言的地位及使用、俄语的地位及使用等问题。比如立陶宛政府规定，公共部门雇员必须通过立陶宛语委员会批准的语言测试，申请入籍者也要达到语言要求；拉脱维亚和爱沙尼亚等则将语言要求扩大至公私全部领域，立法要求任何与公众打交道的从业人员必须具备一定的国语能力，并对不同职业有不同语言水平要求。[10]吉尔吉斯斯坦规定参选总统必须通过国语考试，2009年有两位总统候选人因国语考试不合格而被取消参选资格，在2015年总统选举前，有人甚至提议对候选人应增加俄语考试。

（三）各国处理与俄语关系时的导向不同

各国独立后，俄语使用领域开始缩小，致使行使功能也发生变化。主要变化有：从全民通用语到族际语；从主要教学用语到教学辅助语；从公文事务语言到公文辅助语；从主要传媒用语到次要传媒用语。[11]

各国在处理本国主体民族语言与俄语关系时，表现出明显的差异。有的国家倾向于向欧洲标准看齐，积极融入到欧洲体系，挥手与俄语作别，比如乌克兰。有的国家迫于现实的需求缓和了国语与俄语的关系，比如白俄罗斯和哈萨克斯坦。各国在处理与俄语关系的法治化导向性表现出明显的不同，可以区分为坚定派、区分派和游离派或实用派。以白俄罗斯为代表的属于坚定派，白俄罗斯宪法中将“俄语”与“白俄罗斯语”同时确定为国语。以乌克兰为代表的属于区分派，乌克兰宪法中的相关规定及其实践中做法都表现出强烈的对自己民族语言文字的塑造特征。乌克兰1989年的《语言法》和1996年《宪法》，都规定乌克兰语为国语，俄语并没有被提及，但现实生活中俄语却行使民族间交流用语的功能，自2005年9月乌克兰签署《欧洲区域和少数民族语言宪章》之后，俄语地位变成了少数民族语言。以“中亚五国”为代表的游离派或实用派，在苏联解体取得独立国家地位后，在宪法中确立自己的国家语言，但在实践中不排斥俄语的官方语言地位，如哈萨克斯坦共和国和吉尔吉斯斯坦共和国，后来都以宪法修正案的方式使俄语获得官方语言的地位。中亚五国对待俄语的态度大致相同，具有相对较高的地位即官方地位或族际语地位。

三、全球化时代语言法治共性与差异背后的思考

语言在“一带一路”建设中具有先行性、基础性、工具性和人文性的作用。[12]“一带一路”沿线国家的多语种现象较为普遍，而各俄语国家形成的语言国家群体现象较为典型。当下各俄语国家语言法治问题凸显，从其语言法治的表象中可以看到其对语言的多角度规范，从宪法确立、语言单行法和教育单行法的保障、国家语言政策的实施。在国家发展的特殊历史时期，语言承载着政治、文化、民族、宗教等多重诉求，这也是今天各俄语国家语言法治复杂化的原因所在。在倡导规则治理的全球化时代，“一带一路”沿线俄语国家语言法治中存在的共性与差异现象，具有深远的启示意义。

（一）深刻认识语言助推经济交往的功能

语言是了解一个国家最好的钥匙，在当前“一带一路”建设中，能够在国际金融、世界贸易、跨国工程文本、项目合同、谈判文书等领域使用的通用语言并不多，俄语是俄罗斯、中亚及独联体国家的通用语。中资企业公司跟这些国家签订国际经贸合同，绝大多数使用俄语，少数项目使用英语。我国学者将经济交往中的语言区分为通事语言和通心语言。通事语主要指可以签署国际贸易文本、可以用于国际经济贸易交际的语言。除了以英语或俄语为母语的少数国家及少数人口外，就大多数沿线国家人口而言，英语或俄语是他们的第二语言，是世界语言，是国际贸易语言，是通事语言，但还不是通心语言。[13]比如吉尔吉斯斯坦，其官方语言不是主体民族吉尔吉斯族的母语，而是俄语。土库曼斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦这3个国家规定其国语分别为：土库曼语、塔吉克语和乌兹别克语。但是，俄语在这3个国家中使用领域依

[11] 参见张丽娜：《苏联及俄罗斯语言策略的演变与俄语状况研究》，黑龙江大学博士论文2017年，第94-97页。
[12] 周庆生：《“一带一路”与语言沟通》，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期，第52页。
[13] 周庆生：《“一带一路”与语言沟通》，《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期，第53页。

然最广，承担官方语言和族际交际语言的能力依然最强，在地缘政治、劳务输出、教育留学、区域经济合作等方面，功能依然强大。出于维护本国国语地位的考虑，这三个国家并未确定俄语为本国的官方语言。

（二）全面认识语言蕴含的正负能量

语言是一把双刃剑，一方面，它是维系特定群体的纽带，沟通不同群体的桥梁，社会运行的规程，具有凝聚力、正能量；另一方面，它也容易酿成矛盾甚至冲突，成为各种利益诉求的旗号和借口，成为社会纷争的导火索和政治斗争的工具，演化为离心力、负能量。[14]在上述国家中，语言地位的变化通常具有政治原因。在语言历史上，基辅罗斯时期俄语就是通用语，俄罗斯帝国时期俄语是唯一通用语言，苏联成立之后，虽然各加盟共和国都拥有自己的民族语言，但俄语是苏联外交、教育、社会生活、公文事务领域的唯一语言。苏联时期不同阶段的国家语言策略、语言规划、语言政策都倾向于发展俄语，经过苏联时期近70年的发展，俄语已经成为整个国家政治、经济、科技、文化用语。1991 年各加盟共和国独立后，俄语地位开始下降。以往在探究苏联解体原因时，很多研究者认为，语言上的冲突与分离促成各加盟共和国纷纷制定语言法，从而开启了走向政治独立道路的第一步。[15]如何全面认识语言中所蕴含的正负能量，对于“一带一路”沿线俄语国家有特殊的意义。

（三）充分认识语言与国家安全的关系

新时代的语言安全问题正在成为语言学者关注热点问题，语言安全是国家安全的重要领域，在政治上，语言具有国家建构功能和解构功能；在联结作用上，语言是安危攸关的社会纽带；在民族与国家认同上，语言不安全会伤及民族和国家的血脉。语言是国家安全工具，同时也是社会治理工具。具体而言，语言是社会交际和行政运行的基本工具；语言是维护国家统一的重器；语言要求是国民身份建构的条件；通过语言规划来规划社会。[16]2015 年 12 月，俄罗斯总统普京签署《俄罗斯国家联邦安全战略》，特别关注语言和文化在俄罗斯国家安全中的作用，强调其对于保持和恢复俄罗斯传统文化和传统价值观的意义。“俄罗斯在文化领域的国家安全威胁是：……俄语世界地位的下降……俄罗斯精神、道德价值观受到侵蚀，俄罗斯多民族统一性被削弱。”保证俄罗斯文化安全的战略目标，就是为“保存和发扬俄罗斯传统，将其作为俄罗斯社会的基础……强化俄语作为国家语言的地位，保持与发展国家统一文化空间”。[17]

（四）充分认识语言与文化话语权的关系

在各国国家治理实践中，语言法治逐渐成为一种重要的现象，人们的关注点已经在某种程度上超越了语言工具、语言权利，语言主权问题，上升到了文化话语权的高度。在全球化时代，国家的语言能力是国力的一个表现，代表了国家的文化软实力，它是一个国家掌握利用语言资源、提供语言服务、处理语言问题、发展语言及相关事业等方面能力的总和，是国家实力的一个组成部分，对于国家建设、发展和安全具有十分重要的作用。[18]当代各俄语国家既要面临民族国家构建的那些基本传统问题，同时还要面对现代问题。在“一带一路”背景下，特别是从国际发展趋势上看，语言已经突破交际工具的传统角色定位，具有不容忽视的文化价值和战略价值，成为现代国家治理和国际竞争的重要抓手。各国在保障日常的教育语言、媒体语言、政府机关和公共服务机构的语言等方面有效运行的情况下，不断深化。各俄语国家语言法治化状况让我们看到历史文化传统与现代国家治理的相关性。各国对待俄语语言文化的态度、各俄语国家对语言文字的法律规制框架，让我们看到了各俄语国家如何通过法治化途径确立和维护各自的文化话语体系的共同取向，这其中更让我们看到文化认同、文化和谐与文化自信在国家治理中的重要意义。

综上所述，对“一带一路”沿线俄语国家语言法治中共性与差异问题的提炼，有利于促动语言问题研究从中国视角到全球视角的转换。“一带一路”即“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”，是中国倡导的新型国家合作模式构想，被认为是当今世界覆盖面最广的经济合作区。全球化时代的合作总是多重的和非单一性的，在“一带一路”倡议背景下、上海合作组织合作框架下和“一带一盟”的对接过程中，上述每个俄语国家既是“一带一路”沿线重要的节点，同时又在不同的交往框架中成为中国重要的合作与交往对象。“一带一路”沿线上的俄语国家目前突出的问题既有一国之内的国语地位及民族语言问题，同时也有国家之间从语言独立性、到文化独立性、再到语言主权地位等问题，在本质上已经超越了语言本身的基本功能。在人类命运共同体的视野中，主权国家之间最高境界的交流是在彼此尊重文化基础上的互通与互鉴，只有对各国围绕语言政策、语言规划、语言战略等领域的法治状况有一个基本清晰的认识，才能为“一带一路”倡议的全面实施更好助力。

---

[14] 赵世举：《全球竞争中的国家语言能力》，《中国社会科学》2015年第3期，第116页。
[15] 何俊芳：《族体、语言与政策---关于苏联、俄罗斯民族问题的探讨》，社会科学文献出版社2017年版，第286页。
[16] 参见赵世举：《语言在国家安全中的角色和功能》，《云南师范大学学报》，2019年第3期，第35-36页。
[17] 舒桂：《俄罗斯联邦新版国家安全战略解读》，《中国信息安全》，2016年第1期，第123页。
[18] 参见赵世举：《全球竞争中的国家语言能力》，《中国社会科学》2015年第3期，第105页；《语言在国家安全中的角色和功能》，《云南师范大学学报》，2019年第3期，第32页。

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
№ 5/2022

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), 2022
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: 24,06 усл. печ. л., формат 60×84/8. Подписано в печать 30.11.2022
Гарнитура «Charter». Печать цифровая.
Бумага офсетная. Тираж 200 экз.

Отпечатано в Издательском центре
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9