

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 6 / 2023

ЕЖЕГОДНИК



ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 6 / 2023
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
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
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

КОНСТИТУЦИОННОЕ СТРОИТЕЛЬСТВО

<i>Комарова В. В.</i> Общество сквозь призму конституционного законодательства России и Китая	6
<i>Селюков А. Д.</i> Национальные интересы как основа государственности	12
<i>Цзя Юн-цзянь.</i> Руководящая роль КПК должна быть отражена в законах: требования и их реализация	22

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР. СУДЕБНАЯ СИСТЕМА

<i>Цай Цзюнь, Ли Ди.</i> Судебное определение преступления, связанного с причинением ущерба от бросания предмета с большой высоты.	30
<i>Чжан Цзихун, Цао Ицзюнь.</i> Участие прокуратуры Китая в судебном процессе в общественных интересах по защите личной информации (часть II)	41

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

<i>Ван Ли, Чэнь Минхуэй.</i> Практика применения штрафных санкций за экологические правонарушения, определенные в Гражданском кодексе КНР	50
<i>Хоу Пэн.</i> Преступления, связанные с незаконной предпринимательской деятельностью в уголовном праве Китая: законодательство и судебная практика	60
<i>Евтушенко В. И., Орловская О. Ю.</i> Проблема криминализации stalking в Российской Федерации	73
<i>Сюй Вэньчао.</i> О преступлении, связанном с продажей похищенных женщин и детей, в уголовном праве Китая	78
<i>Цзинь Тао, Яо Цзин-Цзин.</i> Уголовно-правовая защита виртуальной собственности	86
<i>Шан Хаовен, Лу Цзыи.</i> Обзор и перспективы реформы уголовно-правового комплаенса на китайских предприятиях	96
<i>Яо Сянь-сен, Чжан Яо-юань.</i> Бремя доказывания в отношении имущества, связанного с бандитизмом: прекращение преследования и регулирование	108

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРОМЫШЛЕННОГО И АГРАРНОГО СЕКТОРА ЭКОНОМИКИ

<i>Воронина Н. П.</i> Правовое обеспечение трансформации сельского хозяйства России и Китая.	118
<i>Мильчакова О. В.</i> Современные тенденции развития законодательства об иностранных инвестициях в стратегические отрасли экономики.	130

ЭКОЛОГИЧЕСКАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ

- Чжан Цзяюй, Ван Юньпэн.* О праве малых островных государств на получение компенсации за потери и ущерб, связанные с последствиями изменения климата135
- Казатенков Я. С.* Правовые аспекты проблемы утилизации электронных отходов в России и Китае145

ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ И ПРАВО

- Яковлева А. В., Шпаковский Ю. Г.* К вопросу о правовом регулировании технологий глубокого синтеза в Китае151
- Ван Я-Пен.* Ограничение правила «уведомления и удаления», применяемого в отношении новых сетевых сервисов156

РЕПРОДУКТИВНЫЕ ПРАВА ГРАЖДАН В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ РОССИИ И КИТАЯ

- Ищенко Н. С.* Сурогатное материнство: мировой опыт и практика правового регулирования164

СОВРЕМЕННЫЕ КОММУНИКАЦИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ НАУЧНОГО ОБЩЕНИЯ

- Пикалова В. В.* Перспективы использования AR- и VR-технологий при обучении Legal English в вузах России и Китая172

Конституционное строительство

Общество сквозь призму конституционного законодательства России и Китая Society through the prism of constitutional legislation Russia and China

Валентина Викторовна Комарова,
профессор, доктор юридических наук,
профессор кафедры конституционного и муниципального права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Россия
e-mail: valentinak@ya.ru

Valentina V. Komarova,
Professor, Dr. Sci. (Law),
Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia
e-mail: valentinak@ya.ru

© Комарова В. В., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.006-011

Аннотация. В статье автор исходит из посыла, что динамика современного мира отражается на конституционном регулировании. При этом одной из современных тенденций развития конституционного законодательства является институционализация общества. Автор показывает, что система универсальных ценностей, их баланс являются конституционной основой как для управляемого будущего, так и для устойчивого развития общества и государства. Вызовы и угрозы ставят глобальные задачи, которые государства зачастую не могут надлежащим образом решить, для этого требуются консолидация сил и возможностей не только самих государств, но и сил внутри государства — индивидуальных и коллективных субъектов гражданского общества, реализация конституционно закрепленных целей и задач.

Ключевые слова: общество, институционализация, конституция, общественные объединения, политические партии.

Abstract. In the article, the author proceeds from the premise that the dynamics of the modern world is reflected in constitutional regulation. At the same time, one of the modern trends in the development of constitutional legislation is the institutionalization of society. The author has shown that the system of universal values, their balance, is the constitutional basis for both a manageable future and for the sustainable development of society and the state. Challenges and threats pose global challenges that States often cannot adequately solve — it requires the consolidation of forces and capabilities not only of the states themselves, but of forces within the state: individual and collective subjects of civil society, the implementation of constitutionally established goals and objectives.

Keywords: society, institutionalization, constitution, public associations, political parties.

Динамика современного мира отражается на конституционном регулировании. Одной из современных тенденций развития конституционного законодательства можно назвать установление правового статуса общества, его институционализацию. Конституции исследуемых стран на протяжении своего развития в той или иной

мере регламентировали обозначенный вопрос, закрепляя элементы общества, их правовой статус и формы взаимодействия.

Как правило, речь шла всегда о коллективных субъектах общества: народе, жителях определенных территорий, общественных объединениях, политических партиях. Действующие конституции

исследуемых стран не являются исключением, а наоборот, показывают политику государств в обозначенном направлении.

Конституция Китайской Народной Республики¹ не называет гражданское общество в своем тексте, но тем не менее устанавливает некоторые обязанности общества (например, общество наравне с государством обеспечивает пенсионеров, оказывает материальную помощь — ст. 45); определяет общественные дела, общественные интересы и общественную собственность, общественную мораль и общие устои (например, ст. 24), общественный порядок и общественную безопасность; конституционно закреплены общественная работа и общественно полезные дела (например, в ст. 111).

Конституция КНР закрепляет основной субъект общества — народ, его группы — рабочий класс, крестьяне (ст. 1); коллектив (ст. 51), общественные объединения и политические партии (ст. 5) и их статус (прямо и косвенно закреплен в ст. 36, 71, 91, 126). Конституционно установлены основные полномочия базового субъекта: «Народ управляет государственными и хозяйственными культурными и общественными делами различными способами, в различных формах и в соответствии с законом» (ст. 2).

Отметим особое внимание государства к будущему общества и страны — к детям и молодежи. Конституционный законодатель КНР прямо установил обязанность государства «обеспечивать всестороннее нравственное, интеллектуальное и физическое развитие молодежи, подростков и детей» (ст. 46); взаимные обязанности родителей и детей, а также запрет жесткого обращения с детьми (ст. 49).

Помимо прямого регулирования, по нашему мнению, общие статьи, посвященные образованию, также устанавливают политику государства в сферах просвещения (ст. 19), культурно-научного уровня всего народа, духовной культуры (ст. 24), закрепляют идеалы общественной морали, воспитание духа народа (ст. 24), оказывают существенное влияние на формирование морально-нравственных и культурных основ подрастающего поколения, смены общества.

Отметим установление общих моделей реализации конституционных норм в исследуемых странах.

Соответствующие обязанности, например, закреплены за различными органами и уровнями власти КНР. Так, предусмотрено наличие

Комитета Всекитайского собрания народных представителей по образованию, науке и культуре (ст. 70), закреплена сфера руководства и управления работой в области образования, науки, культуры (ст. 89), установлено, что уездные и вышестоящие местные народные управления в пределах своих полномочий ведают работой в области науки, культуры и образования (ст. 107). Аналогичные полномочия закреплены за органами самоуправления в районах национальной автономии (ст. 119), дополняются их полномочия в сфере сбора и охраны национальных памятников культуры, развития национальной культуры и содействия ее расцвету (ст. 119).

Нормы Конституции России также прямо и косвенно закрепляют основы общества страны. Это и основные субъекты — многонациональный народ России (ст. 3), общественные объединения и основы их правового статуса (ст. 13, 14, 30 и др.), основные направления политики страны и субъекты, ее формирующие (ст. 7, 80, 83), конкретные обязанности органов публичной власти (ст. 72, 84, 86)².

До конституционной реформы федерального уровня в конституциях и уставах субъектов Федерации, в отличие от Конституции страны, были закреплены гражданское общество и основы правового статуса его институтов. Стремление к созданию гражданского общества на своей территории в преамбулах закрепляют уставы Московской, Магаданской, Ивановской, Кемеровской, Орловской, Тамбовской областей, Конституция Республики Дагестан, уставы Камчатского и Пермского краев.

Выражают стремление утвердить принципы правового государства и гражданского общества уставы Ставропольского Края, Амурской и Мурманской областей.

Стремление к упрочению федерализма, демократии, правового государства, местного самоуправления и гражданского общества закреплено в Уставе Брянской области; в уставах Воронежской и Новгородской областей признаются принципы гражданского общества; основы гражданского общества и государственного устройства устанавливает Конституция Республики Саха (Якутия).

Знаменательными являются закрепление на конституционном уровне России (после успешного существования на уровне субъектов Федерации) термина «гражданское общество» (ст. 114), расширение субъектов (например, появление субъекта общества — человека труда, общества

¹ Конституция Китайской Народной Республики // Конституции государств Азии. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации ; Норма, 2010. Т. 3 : Дальний Восток. С. 224—258.

² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020.

(ст. 71, 75.1), институтов гражданского общества (ст. 114) и их конституционного статуса).

Отметим, что Конституция России не столь подробно, как в КНР, закрепляла до 2020 г. морально-этическую сферу как основу общества. Были закреплены общественная безопасность (ст. 72), общественный порядок (ст. 132), полномочия в сфере воспитания, образования, науки и культуры (ст. 72, 114) и др.

Так, в результате конституционной реформы 2020 г. в Конституции России появились существенные, на взгляд автора, положения: общероссийская культурная идентичность (ст. 68), общественное здоровье (ст. 72), общественная деятельность (ст. 95), молодежная политика (ст. 72).

Важный принцип для жизнедеятельности многонационального государства закреплен посредством установления нового субъекта — государствообразующего народа и нового принципа: многонациональный союз равноправных народов Российской Федерации (ст. 68). Элементом реализации стали и новые конституционные обязанности государства: «Государство защищает культурную самобытность всех народов и этнических общностей Российской Федерации, гарантирует сохранение этнокультурного и языкового многообразия» (ст. 69). Установив, что «культура в Российской Федерации является уникальным наследием ее многонационального народа», Конституция РФ одновременно закрепляет обязанность государства в обозначенной сфере: «Культура поддерживается и охраняется государством» (ст. 68).

Особенную значимость в установлении морально-этических основ российского общества, по мнению автора, несет в себе текст новой статьи — ст. 67.1: «Российская Федерация, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога, а также преемственность в развитии Российского государства, признает исторически сложившееся государственное единство. Российская Федерация чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды. Умаление значения подвига народа при защите Отечества не допускается».

Отметим появление базовых направлений политики государства в отношении индивидуальных субъектов общества — детей, вынесение на конституционный уровень молодежи. В сравнительном аспекте отметим, что в конституционном тексте КНР в качестве субъектов, помимо детей и молодежи, названы подростки (ст. 46).

Молодежь — будущее любого государства и общества. Современный тренд «право будущего» в условиях демографической ситуации, глобальных рисков существования всего человечества — осно-

ва для пересмотра социальной политики государства вообще и молодежной политики в частности. Так, российская Конституция закрепляет: «Дети являются важнейшим приоритетом государственной политики России», а также устанавливает (как механизм реализации прямо упомянутого приоритета), что обязанность государства — создавать условия, способствующие всестороннему духовному, нравственному, интеллектуальному и физическому развитию детей, воспитанию в них патриотизма, гражданственности и уважения к старшим; обеспечивать приоритет семейного воспитания. Государство, таким образом, закрепляет направление и основы воспитания и образования.

Кроме того, закреплена новая для конституционного статуса государства элемент: «...берет на себя обязанности родителей в отношении детей, оставшихся без попечения» (ст. 67.1).

Расширены исключительные полномочия Федерации в сфере установления основ федеральной политики и федеральных программ «в области государственного, экономического, экологического, научно-технологического, социального, культурного и национального развития Российской Федерации... единых правовых основ системы здравоохранения, системы воспитания и образования, в том числе непрерывного образования» (ст. 71); детализированы совместные полномочия Федерации и ее субъектов: «защита семьи, материнства, отцовства и детства; защита института брака как союза мужчины и женщины; создание условий для достойного воспитания детей в семье» (ст. 72).

Дополнены конституционные полномочия Правительства России, влияющие, на взгляд автора, на содержание воспитания и образования: «осуществляет меры, направленные на... формирование в обществе ответственного отношения к животным; создает условия для развития системы экологического образования граждан, воспитания экологической культуры» (ст. 114).

По мнению автора, «конституционный дизайн на федеральном уровне позволяет выделить три задачи, сформулированные в процессе конституционной реформы 2020 г. для Российской Федерации: создание условий для устойчивого экономического роста страны, создание условий для повышения благосостояния граждан, создание условий для взаимного доверия государства и общества»³.

Для развития общества и государственной социально-экономической сферы, по мнению автора, целесообразно выделить особо взаимное доверие государства и общества (ст. 75.1), которое следует рассматривать в системном единстве с такими новеллами, как «экономическая, поли-

³ Комарова В. В. Теоретические основы устойчивого развития в работах О. Е. Кутафина // Конституционное и муниципальное право. 2022. № 7. С. 4—8.

тическая и социальная солидарность», «солидарность поколений», «преемственность в развитии Российского государства», «исторически сложившееся государственное единство», «гражданский мир и согласие в стране», впервые закреплённое на конституционном уровне «гражданское общество» и как средство достижения конституционных целей в сфере социально-экономической — «социальное партнерство» (ст. 75.1).

Системность восприятия обусловлена единством целей и взаимообусловленностью в их достижении: различные виды солидарности (экономическая, политическая и социальная солидарность, солидарность поколений) обеспечивают взаимное доверие в обществе между его членами, общества и государства, граждан и органов публичной власти. Исторически сложившееся государственное единство должно стать основой для обеспечения гражданского мира и согласия в стране, преемственности в развитии Российского государства, что в совокупности также должно быть основой взаимного доверия государства и общества.

Конституционные поправки отчасти были призваны преодолеть имеющееся недоверие общества к власти, решить вызванные экономическими санкциями, последствиями пандемии острые вопросы. Политической воли бывает недостаточно, ей должны сопутствовать финансово-экономические возможности.

Конституционные обязанности государства в социально-экономической сфере, появившиеся в процессе конституционной реформы, безусловно, должны реализовываться и обеспечиваться, но объем зависит от финансово-экономических возможностей государства на соответствующем этапе его развития, как неоднократно указывал в своих правовых позициях Конституционный Суд России. Это, несомненно, проблема, которая подрывает доверие общества к власти. Общеизвестно, что без доверия и поддержки граждан могут быть не реализованы самые передовые идеи.

Доверие традиционно является одним из ключевых принципов реализации взаимодействия в любой среде. Термин «доверие» использовался на конституционном уровне в процессе оценки деятельности органами государственной власти и рассматривался как основа для процедуры досрочного прекращения полномочий Правительства Российской Федерации.

По нашему мнению, «после конституционной реформы в части использования термина “доверие” произошла смена конституционной методологии в конституционном закреплении механизма реализации — появились отраслевые механизмы, выразившиеся в сроках, ограничениях и установлении четких обязанностей субъектов реализации»⁴.

«В процессе конституционной реформы 2020 г. в Конституции Российской Федерации произошла смена парадигмы использования термина, что можно оценить как ответ на современные вызовы, стоящие перед государством и обществом. Примером смены конституционной методологии может стать новая статья 75.1 Конституции России, в которой в полной мере проявляется отраслевой метод регулирования предмета»⁵.

Произошла динамика: расширен субъектный состав — взаимное доверие государства и общества; оно закреплено как цель при постановке на один уровень категорий «устойчивый экономический рост страны», «повышение благосостояния граждан» и «взаимное доверие государства и общества»; указаны формы и механизмы их достижения.

Отметим, что и до конституционной реформы 2020 г. термин «доверие» более широко, чем в конституционном тексте федерального уровня, «использовался в конституциях и уставах субъектов: как цель и средство развития общества и деятельности органов власти субъекта»⁶.

Так, в уставах Приморского края и Брянской области в преамбуле косвенно закрепляется цель нормативного регулирования: «...укрепляя согласие, доверие и взаимопонимание...». Таким образом, не только закрепляется цель — доверие, но и констатируется наличие такового, что важно, поскольку механизм укрепления уже существующего и механизм достижения несуществующего кардинально различаются.

Прямое указание цели — доверия — выявлено в уставах Амурской, Воронежской, Иркутской и Новгородской областей: «...стремясь закрепить... доверие и взаимопонимание... принимает Устав...».

В Уставе Псковской области доверие закрепляется как средство достижения цели, где цель — «создать правовые основы для всестороннего развития Псковской области как равноправного субъекта в составе Российской Федерации и обе-

⁴ Комарова В. В. Доверие как элемент социально-экономических преобразований — конституционно-правовые аспекты // Право и общество в эпоху социально-экономических преобразований XXI века: опыт России, ЕС, США и Китая : колл. монография. К 90-летию Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Серия : Актуальные проблемы зарубежного и российского права / под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. М., 2021. С. 47—59.

⁵ Комарова В. В. Доверие как элемент социально-экономических преобразований — конституционно-правовые аспекты.

⁶ Комарова В. В. Конституционно-правовая доктрина «доверия» в научной школе «Школа российского конституционализма» // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 6. С. 29—38.

спечить права и свободы человека и гражданина», а средство — доверие — упоминается наравне с иными средствами, такими как «взаимопонимание, проявление уважения к историческим традициям древней Псковской земли, являющейся неотъемлемой частью исторически сложившегося Российского государства»⁷.

Отличаются и субъекты доверия: в Амурской области это доверие проживающего народа Российской Федерации; в Воронежской, Иркутской и Новгородской областях — доверие в соответствующем субъекте Федерации.

Доверие в системе публичного представительства (закрепление как цели работы органов власти, включение в текст присяги, закрепление основанием ответственности выборных лиц публичной власти и др.) и его нормативное закрепление А. Н. Кокотов справедливо назвал «фундаментальной межотраслевой нормативной моделью, объективирующей доверие в отношениях власти и общества»⁸.

Доверие к власти, по мнению автора, — «традиционная ценность и сегодня закреплена конституционно — ведь именно она, власть, ее система, порядок формирования и полномочия учреждены принятой на всенародном голосовании Конституцией России. Несмотря на это, кризис доверия к власти в современной России очевиден и требует не только научного осмысления причин, но и стратегии преодоления этого кризиса. На современном этапе развития российского общества необходимо формирование «идеологии доверия», где доверие будет выступать ключевым ресурсом развития, в том числе многопартийной системы, являясь залогом единства взаимодействующих субъектов»⁹.

Трансформация и расширение конституционных основ общественного развития направлены на национальную, российскую, государственную идентичность, ее укрепление и институционализацию.

Безусловную поддержку получают конституционные новеллы в сфере национальной идентичности, фактически национальной идеологии, конституционно закреплённой в качестве новых ценностей российского общества. По мнению судьи Конституционного Суда РФ профессора А. Н. Кокотова, «национальная государственная идеология служит вовлечению людей в великие дела и помогает разложить эту работу на значи-

тельное число поколений, обеспечивая преемственность усилий последних, с тем чтобы каждое поколение проходило свой отрезок пути, опираясь на сделанное до него и заботясь о том, что оно передаст потомкам»¹⁰.

По нашему мнению, солидарность поколений станет не только принципом построения пенсионной системы (как закреплено в сегодняшнем тексте Конституции России), а «преемственность» будет проявляться не только «в развитии Российского государства».

Общероссийская культурная идентичность, доктрину которой предстоит выработать и систематизировать, должна отражать универсальные социальные ценности, сложившиеся в процессе общего исторического развития многонационального народа страны. Очевидна взаимосвязь общероссийской культурной идентичности с конституционной идентичностью государства — признанной и принятой обществом конституционной модели, имеющей специфику национального развития и правовые особенности.

Новое прочтение ст. 2 Конституции России видится в конституционном закреплении «ответственного отношения к своему здоровью» — это первый шаг к субъективной обязанности граждан беречь свое здоровье, закрепление «общественного здоровья».

В Конституции России детализированы совместные полномочия Федерации и ее субъектов: «...сохранение и укрепление общественного здоровья, создание условий для ведения здорового образа жизни, формирования культуры ответственного отношения граждан к своему здоровью» (ст. 72).

Эти конституционные поправки представляются шагом к модернизации существующих основ общества России — посредством закрепления не только правовой идеи-цели, но и основы для взвешенного, доктринально выработанного логичного механизма ее реализации. Однако присутствуют и некоторые опасения: как отраслевой законодатель ее реализует, будет ли системной и логически завершенной будущая правовая модель.

В заключение отметим, что мы живем в то время, когда новая модель еще не построена, но старая уже требует существенной модернизации. Это время для научной проработки, учета всевозможных рисков, выстраивания траектории развития

⁷ Устав Псковской области от 12.04.2001 № 1-У [принят Псковским областным Собранием депутатов 29.03.2001, ред. от 07.04.2023] // Губернские ведомости. 18.04.2001 № 11.

⁸ Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. М. : Юрист, 2004. С. 141.

⁹ Комарова В. В. Конституционно-правовая доктрина «доверия» в научной школе «Школа российского конституционализма».

¹⁰ Кокотов А. Н. Конституция России 1993 года как правовая основа выбора страной цивилизованного пути // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 12. С. 6.

на ближайшее будущее. Система универсальных ценностей, их баланс — вот конституционная основа как для управляемого будущего, так и для устойчивого развития общества и государства.

Вызовы и угрозы ставят глобальные задачи, которые государства зачастую не могут надлежа-

щим образом решить, — требуются консолидация сил и возможностей не только самих государств, но сил внутри государства: индивидуальных и коллективных субъектов гражданского общества, реализация конституционно закрепленных целей и задач.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Кокотов А. Н.* Доверие. Недоверие. Право. — М. : Юристъ, 2004.
2. *Кокотов А. Н.* Конституция России 1993 года как правовая основа выбора страной цивилизованного пути // Конституционное и муниципальное право. — 2018. — № 12.
3. *Комарова В. В.* Доверие как элемент социально-экономических преобразований — конституционно-правовые аспекты // Право и общество в эпоху социально-экономических преобразований XXI века: опыт России, ЕС, США и Китая : колл. монография. К 90-летию Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — Серия : Актуальные проблемы зарубежного и российского права / под общ. ред. В. В. Блажеева, М. А. Егоровой. — М., 2021. — С. 47—59.
4. *Комарова В. В.* Конституционно-правовая доктрина «доверия» в научной школе «Школа российского конституционализма» // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2022. — № 6. — С. 29—38.
5. *Комарова В. В.* Теоретические основы устойчивого развития в работах О. Е. Кутафина // Конституционное и муниципальное право. — 2022. — № 7. — С. 4—8.

Национальные интересы как основа государственности National interests as the basis of statehood

Анатолий Дмитриевич Селюков,
доктор юридических наук, профессор Института государственной службы и управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
г. Москва, Россия
e-mail: jgshpakovskij@dmsal.ru

Anatoly D. Selyukov,
Dr. Sci. (Law), Professor at the Institute
of Public Administration and Management
of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration,
Moscow, Russia
e-mail: jgshpakovskij@dmsal.ru

© Селюков А. Д., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.012-021

Аннотация. В статье показано, что в условиях предпринимаемых российским обществом попыток преодоления кризисного состояния основная роль отводится государству. Государство, взяв на вооружение метод проведения преобразований «сверху», поставило задачи возрождения национальных ценностей, укрепления единства всего социума на пространстве государства, активизации экономического роста на основе широкого внедрения инноваций, повышения роли национальной культуры и национального духа.

Автор обоснованно показывает, что формой целеполагания деятельности государства по реализации задач государственного строительства является ориентация на достижение национальных интересов как интегральной по значимости и спектру реализуемых ценностей установки, отражающей глубинные стратегические интересы большинства общества. При этом сама миссия государства выступает показателем степени реализации национальных интересов.

Автор показал, что определяющую роль для должной квалификации интересов государства как базового понятия настоящего исследования играет понятие «публичный интерес» как противостоящее иным группам интересов, которые можно обобщить в понятии «частные интересы».

Ключевые слова: национальные интересы, государственность, публичные интересы, частные интересы.

Abstract. The article shows that in the context of attempts by Russian society to overcome the crisis, the main role is assigned to the state. The state, adopting the method of carrying out transformations «from above», set the task of reviving national values, strengthening the unity of the entire society in the space of the state, activating economic growth based on widespread innovation, increasing the role of national culture and national spirit.

The author justifiably shows that the form of goal-setting of the state's activities for the implementation of state-building tasks is a guideline for achieving national interests as an integral installation in terms of importance and range of realized values, reflecting the deep strategic interests of the majority of society. At the same time, the mission of the state itself acts as an indicator of the degree of realization of national interests.

The author has shown that the defining role for the proper qualification of the interests of the state as the basic concept of this study is played by the concept of «public interest» as opposed to other groups of interests that can be summarized in the concept of «private interests».

Keywords: national interests, statehood, public interests, private interests.

Понятие национальных интересов долгое время, как ни странно, в отечественной литературе использовалось редко. Как бы по умолчанию гуманитарная наука не вводила его в оборот, поскольку в этом случае логика рассуждения вынуждала бы автора исследования делать вывод об умалении национальных интересов в стране по причине неготовности государства обеспечивать их реализацию. Тем более это трудно было делать при официальном господстве в стране идеологии вхождения России в систему глобализационных отношений, что нивелировало попытки обратиться к защите национальных интересов.

И только начиная с 2020 г., т.е. совсем недавно, это понятие получило легитимность на официальном уровне. Во многом такой факт обусловлен наличием проблем в сфере публично-правовых отношений, что сопровождается поисками оптимизации функционирования государства в условиях роста значимости субъективного фактора, и прежде всего повышением уровня социальной активности практически всех слоев общества.

Состояние условий жизни социума, ухудшение показателей жизни многих людей и сам ход времени способствовали переоценке ценностей и появлению новых запросов и потребностей у растущего количественно населения. Следует иметь в виду: прежде чем начинаются изменения на организационном уровне государства и общества, включая государственную политику, предварительно всегда формируется новая система мнений и ценностей в господствующем общественном сознании. Именно эти признаки сложились в России за последние годы. Внешним толчком для формирования нового качества сознания общества

стал рост угроз безопасности всего социума как единого целостного образования¹.

С учетом начавшихся процессов Россия завершила, по сути, отказ от господства либерализма, нацеленного на всеобщую глобализацию. Весь этот период занял время от перестройки 1985 г. до 2020 г.² Итогом стало то, что страна пришла к отрицательным результатам, включая потерю единого целостного государства, в составе которого была сама Россия, и перешла к новой «перестройке», задачи которой еще до конца не сформулированы³, но уже обозначены ценностные ориентиры предстоящих изменений.

Нам еще предстоит найти для России свою обновленную идентичность, научиться по-новому использовать в национальных интересах свои колоссальные человеческие, сырьевые, экономические и иные ресурсы. На уровне теории и реальной политики еще предстоит выяснить сущность и особенности проявления национальных интересов в условиях современной России. Важно учесть, что прежний вариант перестройки страна осуществляла при молчаливом участии масс⁴, а элита, которая была нацелена против национальных интересов, была ее главным выгодоприобретателем.

В отличие от прошлого периода, начавшаяся «перестройка» реально нацелена на реализацию национальных интересов при растущей поддержке населения. Особенность ситуации заключается в том, что сами преобразования осуществляются сверху, но степень их ускорения определяется степенью поддержки или сопротивления различных элементов всего остального общества⁵. К сожалению, еще нередки случаи, когда при формаль-

¹ Мы согласны с мнением А. А. Богданова, который устойчивость социальной системы связывал со степенью ее организованности. Так, применительно к Древнему Риму он писал: «Величайшее общество древности — Римская империя — было разрушено военными силами, гораздо меньшими, чем те, которые оно много раз побеждало. И историки сходятся на том, что причиной была внутренняя дезорганизация, вызванная паразитическим вырождением свободных классов, т.е. тех, которые, собственно, и составляли древнее общество... Паразитическое же вырождение представляет именно результат долгого перевеса усвоения энергии над ее уменьшенными затратами — наиболее неблагоприятный для жизни случай положительного подбора» (Богданов А. А. Тектология: всеобщая организационная наука : в 2 кн. : Кн. 1 / редкол. Л. И. Абалкин (отв. ред.) и др. ; Отделение экономики АН СССР. Ин-т экономики АН СССР. М. : Экономика, 1989. С. 213).

² В 2020 г. состоялась конституционная реформа, которая была направлена на создание в стране базовых основ укрепления национального государства, развитие ценностных ориентиров преобразования общества на началах социальной справедливости и гармоничного существования социума. В частности, предусмотрено усиление мер защиты социального статуса граждан в совокупности с развитием государственной социальной, экономической, культурной политики государства.

³ Об отсутствии у государства четких ориентиров своего будущего, а равно и четкой государственной идеологии говорится в Концепции российской государственности (URL: https://www.vedomosti.ru/society/articles/2023/08/25/991828-vuzovskii-kurs-osnovi-rossiiskoi-gosudarstvennosti-budet-otlichatsya-dlya-gumanitariyev-i-tehnarey?utm_campaign=newspaper_25_8_2023&utm_medium=email&utm_source=vedomosti).

⁴ Это объясняется усталостью общества от прежнего псевдосоциализма и верой в обещания власть имущих, что в условиях рыночного общества жизнь будет как на Западе.

⁵ Наиболее заметными случаями осуществить революцию сверху были реформы Бисмарка в Германии и реформы Столыпина в России. См.: Столыпин П. А. Программа реформ : документы и материалы : в 2 т. 2-е изд., стер. М. : Росспэн, 2011. Т. 1 : Российский гос. исторический архив / под общ. ред. П. А. Пожигайло.

ном согласии с переменами, среди некоторых кругов руководящей элиты наблюдается скрытое противодействие им⁶. В стране еще сохраняется слишком сильная прослойка общества, которая готова повернуть вспять позитивные процессы преобразований или хотя бы остановить их в своих интересах.

Поэтому, чтобы получить нужные обществу результаты, следует закрепить растущее единство народов и социальных слоев России, поддержать возрождаемую духовность народа, построить справедливую экономику, создать такие правовые механизмы, которые могли бы общие представления и ценности национальных интересов трансформировать в конкретные установки целеполагания, и в первую очередь для органов власти, повысить для них реальную ответственность за недостижение намеченных результатов.

Необходимо воссоздать справедливость как действующий принцип оптимизации всей системы жизнеустройства общества. При этом само право следует сделать таким, чтобы закон служил для человека, а не человек для закона, чтобы жить по закону было выгоднее каждому члену общества. Еще К. П. Победоносцев говорил, что закон не должен быть самоцелью, он выступает всего лишь средством⁷.

Важно также понять, что от усилий государства зависит, появится или нет среди большинства населения страны чувство сопричастности к делу формирования и реализации национальных интересов, базирующихся на стремлении к добру и справедливости. Только так может сформироваться общая социальная среда, в которой может развиваться нравственная психология каждого человека. Национальный интерес как формирующая основа единства слоев национального общества сам есть результат диалектики противодействия различных сил внутри страны и воздействий извне. Критерием движения вперед являются уро-

вень сохранения народонаселения, рост его благополучия и безопасность⁸.

Роль национальных интересов как объекта обеспечительной деятельности государства предопределена исторической миссией самого государства. Любая вещь, любой инструмент необходимы людям до тех пор, пока они служат обеспечению интересов людей. Государство как организационный инструмент для всего общества обеспечивает его приспособленность к внешним и внутренним условиям жизнедеятельности людей как составляющих элементов такого общества⁹. Во все периоды существования Российского государства его основной задачей было сохранение от внешних и внутренних угроз, защита своего населения от внешних врагов. Исключением можно назвать периоды Смутного времени и господство либеральных ценностей недавнего прошлого, когда элита государства стремилась обслуживать интересы других стран.

Вместе с тем степень соответствия политики государства принципу справедливости, который составляет основу национальных интересов, во многом зависит от состояния экономики, от количества продуктов человеческого труда, которое необходимо делить на всех желающих получить их. В этом контексте социализм установил порядок, при котором часть благ, которых на всех не хватало, закрепляли за органами власти, ко второй категории выгодоприобретателей относились те члены общества, которые делили дефицит среди руководства или «из-под прилавка» среди остального населения. Именно потерявшие связь с народом представители элиты и те, кто делил дефицит, узаконили в постсоветское время общественный строй, в котором продолжают делить то, что формально принадлежит всему обществу. В итоге степень несправедливости возросла многократно.

Конечно, в современных условиях низкого уровня экономики нельзя обещать для всех ра-

Но в отличие от Германии, попытки осуществить в России комплекс преобразований консервативно-либерального толка с ориентацией на формирование мощного среднего класса оказались неудачными и не смогли избавить страну от революции. Элита государства не поддержала Столыпина. Не исключен риск, что и сегодняшний курс на реформы может постигнуть та же участь.

⁶ Примером такой деятельности против интересов России может стать факт бегства капитала из страны. Только за третий квартал 2023 г. вывод капитала вырос в два раза, что сказалось на падении курса рубля. Центробанк РФ даже не сделал попытки остановить негативные процессы (URL: <https://iz.ru/1602633/mariia-stroiteleva/vyvoz-ipune-tam-chisty-ottok-kapitala-iz-rf-vyros-vdvoe>).

⁷ Победоносцев К. П. Государство и Церковь / отв. ред. О. А. Платонов. М. : Институт русской цивилизации, 2011. Т. 1. 704 с.

⁸ Сама деятельность государства как единой целостной организации может быть представлена в виде совокупности форм и методов проявления воли, активности государства во всех сферах жизнедеятельности общества по обеспечению публичных интересов, ставших в этот момент интересами самого государства. Это способ выполнения им своей миссии и одновременно способ осуществления своих функций.

⁹ Мы придерживаемся позиции Аристотеля, который предложил «патриархальную теорию появления государства», согласно которой государство есть результат естественного процесса усложнения форм общежития людей, по своей сути оно представляет собой одну из форм организации социума, имеет свое политическое устройство. См.: Новая философская энциклопедия. М. : Мысль, 2010. Т. 1. С. 779.

венство и единый одинаковый для всех доступ к продуктам человеческого труда. Задача государства в условиях низкого уровня экономики состоит в организации способа деления дефицита среди членов общества. При этом другая не менее важная задача — увеличение продуктов человеческого труда путем развития экономики — остается нередко без должного решения, если сами организаторы в составе государственного аппарата уже удовлетворили свои интересы и большего не хотят. А для тех, кто занят организацией механизма деления, кто торгует с учетом получения своей выгоды дефицитом, факт наличия дефицита даже полезен.

Как уже было отмечено, если необходимых объектов потребления не хватает на всех, то возникает борьба за получение желаемого, конфликт интересов. Эта борьба может довести до непримиримости между людьми, борьбе за свои интересы, если они не смогут найти более или менее справедливое решение, удовлетворяющее интересы соперничающих сторон. Такое решение может быть найдено путем выработки определенного правила поведения, в соответствии с которым люди осуществляют свои интересы до определенных пределов. Указанные правила, регулируя отношения между людьми, становятся социальными нормами, соблюдение которых позволяет с наименьшими потерями обеспечить мирную совместную жизнь людей путем удовлетворения интересов большинства без ущерба для интересов меньшинства.

Однако, как свидетельствует практика, при низкой по доступности цене на дефицитные товары их начинают делить для элиты либо в пользу тех, кто делит. Поэтому в условиях неразвитой экономики справедливость должна воплощаться в создании оптимальных условий для каждого человека, желающего лучше жить за счет своего труда, честного, законного предпринимательства, что допускает оправданное, в разумных пределах неравное потребление для отдельных слоев населения¹⁰.

Иерархичность и социальная дистанция в обществе могут быть оправданы только различием в результатах труда, легитимностью полученных доходов. Государство при этом обязано устанав-

ливать критерий допустимого уровня расхождения доходов для богатых и менее обеспеченных, применять выравнивающие методы социальной помощи для тех, кто не может сам себе поднять уровень дохода. Статья 7 Конституции РФ требует от государства создать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека. Очевидно, что речь идет о каждом человеке, которому государство обязано предоставить установленный законом минимум социальных благ. Но пока государство еще к этому не готово.

Намного важнее проводить политику постепенного изживания господствующей пока идеологии безудержного потребительства, превращающей человека в раба денег, отрицающего духовные ценности и причастность к своей Родине. Чтобы не произошло окончательное разложение многонационального общества в Российской Федерации и не исчезло по причине агрессии извне государство, необходимо укреплять политическую целостность государства, обеспечить его деятельность на реализацию национальных интересов как фундамента российской цивилизации.

Чтобы государство было способно выполнять свою миссию, оно должно опираться на признаки государственности, на базе которого формируется государство. Причем общество, на базе которого сформировалось государство, выступает как единое целостное социальное образование, включающее в себя большинство населения, способное выступать организационно обособленной силой по отношению к другим обособленным образованиям¹¹.

Важнейшее место среди признаков государственности занимает национальный интерес как сформировавшийся побудительный мотив наиболее активной части населения, проживающей на будущей территории государства. Определенная сплоченность общества на почве одинаковых интересов предваряет факт создания нового государства¹². Считаем, что важнейшим признаком государственности является готовность большинства социума на определенной территории поддержать процесс формирования своего государства и тем самым наделить его статусом внутреннего суверенитета — быть высшей властью по отношению ко всем другим организациям данного социума.

¹⁰ Однако важнейшим требованием для подобного порядка является неукоснительное соблюдение принципа равенства прав всех в плане защищенности законом при реализации их легитимных интересов.

¹¹ Следует согласиться с определением государственности, данным в Большой энциклопедии русского народа, где оно раскрывается как «патриотическое, бескорыстное чувство коренного русского человека служить Царю и Отечеству не за страх, а за совесть». См.: Святая Русь // Большая энциклопедия русского народа. Русское государство / гл. ред. и сост. О. А. Платонов. М.: Энциклопедия русской цивилизации, 2002. С. 240.

¹² Заслуживает поддержки вывод В. Бондаря о том, что «успехи советской государственности заключались прежде всего в возврате к народной, теперь уже социалистической, общинности, чуждой психологии оголтелого индивидуализма, меркантилизма, частной собственности и повсеместных рыночных отношений». См.: Бондарь В. Государственность России — от русской души // URL: <http://kolokolrussia.ru/russkiy-mir/gosudarstvennost-rossii-ot-russkoy-dushi>.

Важнейшее условие такого согласия есть не только защита территории страны от внешних сил, но и реализация основных насущных потребностей большинства жителей государства. В противном случае управляемое государством население начнет проявлять вначале скрытое, а со временем и открытое недовольство деятельностью государства.

Таким образом, форма мнения народа о своем государстве есть показатель степени *соответствия деятельности государства его национальным интересам*, что находит свое отражение в состоявшейся миссии государства. В любом случае показатель реализованности национальных интересов совпадает с показателем реализованности самого государства как орудия саморазвития национального общества¹³ с тем, насколько состоялось сущностное предназначение созданного самим обществом государства.

Именно указанный признак отражения в деятельности государства глубинных потребностей общества образует основу формирования национальных интересов, и он, в свою очередь, становится интегрирующей базой включения в свой состав ряда других интересов, отражающих насущные потребности населения государства.

Таким образом, мы предлагаем рассматривать национальные интересы как обобщающий показатель для отражения совокупности интересов большинства социума, на основе которого функционирует государство.

Понятие и роль интереса как объекта государственного обеспечения

Применительно к нашей теме есть смысл рассмотреть само понятие интереса во всех его разновидностях, а затем особенность его применения как объекта государственного обеспечения. Задачей науки является уточнение его содержания и определение путей его объективации в деятельности государства¹⁴.

Поскольку названное понятие не имеет своей правовой природы, то в правовой доктрине и в законодательстве оно используется как внешний фактор¹⁵ в различных его проявлениях, но чаще всего без детализации особенностей его применения в правовых конструкциях. Под термином «интерес» понимаются различные его значения. Обычно под словом «интерес» понимается: особое внимание или предмет внимания; значительность чего-либо для субъекта; нужда, потребность; выгода¹⁶. Это может быть степень любопытства человека, мотивация или причина деятельности субъекта. Понятие «интерес» возникает в отношениях между людьми в результате проявления желаний по поводу различных жизненных благ. Такой смысл в этот термин вкладывали древнегреческие философы (Аристотель, Демокрит и иные), которые определяли его как побудительный мотив, нужду или потребность человека¹⁷. Выдающийся русский мыслитель И. А. Ильин называет интересом отношение человека ко всему тому, что ему необходимо или важно¹⁸.

По этому поводу Г. В. Ф. Гегель писал, что действия людей вытекают из их потребностей, их страстей, их интересов¹⁹. Для целей правового

¹³ Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. 3-е изд. М. : Юриспруденция, 2000.

¹⁴ В настоящее время во многих научных трудах и текстах нормативных правовых актов это понятие практически не упоминается.

¹⁵ Термин «фактор» происходит от лат. *factor* — делающий, производящий. Это может быть существенное обстоятельство или причина каких-либо процессов, явлений. См.: Комлев Н. Г. Словарь иностранных слов. М. : Эксмо-Пресс, 2000. С. 1006.

К числу внешних факторов, влияющих на характер правового обеспечения отношений, можно назвать политику государства, состояние экономики, социальные запросы населения и т.п. По сути, речь идет о неправовых явлениях, которые оказывают влияние на особенность правового регулирования определенных отношений, но и сами выступают объектом юрисдикции, т.е. правового обеспечения. Внешний фактор в нашем понимании означает, что он изначально не выступает правовым явлением. К внутренним факторам в таком случае можно отнести норму права, правовой метод, юридическую ответственность и т.п.

¹⁶ См.: Словарь русского языка [MAC] // URL: <https://feb-web.ru/feb/mas/mas-abc/17/ma371117.htm>.

Конкретно под интересом понимается то, что для субъекта имеет значение, является мотивом его действия, то, в чем он испытывает нужду, потребность, что дает выгоду. См.: Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный : в 2 т. М. : Русский язык, 2001. Т. 1. Таким образом, под словом «интерес» понимаются желание и побудительные мотивы субъекта. В свою очередь, выделяются материальные, духовные, имущественные интересы либо интересы индивида, социальной группы, государства.

¹⁷ Цит. по: Андреева Л. В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М. : Волтерс Клувер, 2009. С. 150.

¹⁸ Ильин И. А. Теория права и государства / под ред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2003. С. 78.

¹⁹ Гегель Г. В. Ф. Философия истории. М., 1993. С. 73.

оформления любых интересов необходимо учесть, что в любом случае всякий интерес по своей «социальной природе объективно-субъективен, отражает движение и логику бытия, так же как и сознания»²⁰. Также можно выделить материальные, духовные, имущественные интересы либо интересы индивида, социальной группы, государства²¹.

В. А. Колокольцев под интересом понимает «осознанные субъектом потребности, которые обусловлены национально-культурными особенностями и сформировавшимися ценностями, социально-экономическим и политическим устройством общества на определенном этапе его исторического развития»²².

Известный специалист по теории права XIX в. Р. фон Иеринг в работе «Интересы и право» называл интересы жизненными требованиями. Базируясь на римском праве, он также разграничивал личные (частные) и общественные (публичные) интересы, преследующие общепользную цель²³. В плане соотношения понятий «нужда», «потребность», «интерес» отмечалось, что первые два из них применяются к живым организмам, а понятие «интерес» рассматривается как потребность особого, социального вида²⁴. Таким образом, интерес, в отличие от потребности, связывается с фактором осознания определенных потребностей, реализацию которых поставил своей целью социальный субъект.

В реальной практике нередко можно наблюдать случаи, когда сам интерес может непосредственно обеспечивать запросы и желания того субъекта, который осуществляет такую деятельность, но также может выступать и как определенная установка, данная исполнителю деятельности извне. Эта установка может исходить от государства, работодателя, руководителя формального или неформального коллектива и др. Если личное желание исполнителя и сформулированный для него интерес извне совпадают, то исполнитель соответствующей деятельности реализует интерес, сформулированный для него извне, как свой собственный интерес. Такое совпадение зависит от степени мировоззренческой позиции человека, от его моральной позиции. Именно такое совпадение является оптимальным для управленческой деятельности. Причиной тому выступает то, что интерес как определенная психологическая реакция человека всегда предполагает проявление

вовне его воли и включает в себя определенную мотивацию на получение результатов такой деятельности. В силу того, что любая осмысленная человеческая деятельность всегда целенаправлена, связана с осуществлением интереса, интерес как содержательный элемент такой деятельности всегда присутствует как объект правового обеспечения и одновременно оказывает целеполагающее воздействие на характер правового обеспечения и полученные результаты деятельности.

В результате *оформления нормами права* интересы приобретают признак соотнесенности их с волей государства, становятся обобщающим для многих субъектов показателем, поэтому получают с помощью правового фактора большую социальную значимость. Взять хотя бы разницу между юридически оформленным браком и так называемым «гражданским браком». Благодаря юридикации интересов, они приобретают обязательный, разрешительный или запретительный режим в зависимости от обстоятельств применения интересов. Но в целом юридикация интересов придает им общезначимый характер, разделяя их на две большие группы: законные и незаконные интересы²⁵.

В любом случае интерес означает причину деятельности, ее мотивацию для субъекта, что предполагает ее осмысление и формулирование в виде поставленной цели или задачи. В основе мотивации лежат экономические либо иные потребности, значимые для субъекта и осознанные им в таком качестве.

К числу проблемных аспектов следует отнести специфику оформленности правовыми нормами отдельных этапов формирования и последующей реализации интересов у различных субъектов. Субъекты, которые имеют частные интересы, выбирают по своему усмотрению и целевые характеристики интересов для себя, и порядок реализации таких интересов. Государство правовыми нормами лишь санкционирует или в отдельных случаях запрещает им деятельность в рамках реализации своих интересов.

В случае конфликта интересов нельзя допустить приоритета единичного интереса по отношению к общему интересу, в то время как приоритет общего интереса по отношению к индивидуальному интересу вполне допустим, а в некоторых случаях необходим²⁶. В порядке аналогии для

²⁰ Мальцев Г. В. Социальные основания права. М. : Норма ; Инфра-М, 2011. С. 269.

²¹ Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. М. : Инфра-М, 2006.

²² Колокольцев В. А. Обеспечение государственных интересов России в контексте концепции национальной безопасности : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. СПб., 2005. С. 8.

²³ Иеринг Р. Избранные труды. Самара, 2003. С. 403.

²⁴ Гукасян Р. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. С. 9—10.

²⁵ На этом практически усилия законодателя в части правового обеспечения интересов и завершаются.

²⁶ Однако возникающее при этом ограничение интереса отдельного человека распространяется на него в той мере, в которой оно действует в отношении каждого члена общества.

подтверждения своего вывода мы можем взять положение Конституционного Суда РФ, который «в своих решениях неоднократно указывал, что публичные интересы, перечисленные в статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, могут оправдывать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения адекватны социально необходимому результату; цели одной рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений статьи 8 Федерального закона “О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию” и от 18 февраля 2000 г. № 3-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона “О прокуратуре Российской Федерации”»²⁷.

Общая социальная среда есть способ существования и развития отдельного человека²⁸. Если погибнет среда, то не выживет и отдельный человек. Поэтому единичный интерес не может иметь приоритета перед общим интересом, если возникает конфликт названных интересов. Личный интерес возможен как приоритетный, если он реализуется на общих для всех правилах, не вступает в конфликт с законными интересами других лиц и всего общества.

В целом в сфере правовой действительности существует огромный комплекс правоотношений, которые реализуются без упоминания конкретных интересов сторон правоотношений. При этом соответствующие интересы подразумеваются как исходные позиции сторон правоотношений. Это область гражданско-правовых отношений, где интересы сторон изначально рассматриваются как позиция каждого из субъектов, который действует в своих интересах. При этом государство в процессе правового регулирования таких отношений практически не вмешивается в порядок формирования соответствующих интересов, соблюдая принцип юридического равенства сторон правоотношений и предоставляя каждому их участнику самостоятельно формулировать не только свои интересы, но и оформлять на диспозитивной основе порядок их достижения.

Цель гражданско-правового регулирования соответствующих отношений со стороны государства состоит в том, чтобы стороны сделок в названных отношениях передали друг другу эквивалент согласно договору. Государство, можно сказать, в подобных случаях соблюдает своеобразный нейтралитет и в порядок самой гражданско-правовой деятельности субъектов не вмешивается. На этой же платформе основана деятельность судов по разрешению экономических споров в гражданско-правовой сфере, где господствует принцип состязательности сторон в отстаивании своих интересов, но на порядок формирования самих интересов суды также не влияют.

В то же время государство в силу своей публичной сущности подобно врачу обязано наблюдать за состоянием своего пациента и вмешиваться допустимыми методами в деятельность пациента при угрозе его жизни и здоровью. Другими словами, государство в силу своей публичной миссии обязано не допускать кризисных ситуаций в сфере деятельности субъектов рыночной экономики.

Но когда речь идет о публичных интересах, присущих неопределенному количеству лиц, то проблема возникает на этапе формулировки самих интересов по показателю того, что они могут отражать в своем конечном результате, насколько они конкретны по количественным и качественным характеристикам. Другими словами, насколько соответствуют реальным ожиданиям большинства общества, его долговременным потребностям те целеполагания, которые сформулированы от имени социума его представителями.

Поскольку конкретную формулировку цели интереса для общества определяет отдельный человек или группа людей, многое в деле реализации цели зависит от желания и умения этих людей правильно ставить цели, соответствующие ожиданиям общества, которые могут реализоваться через субъективную по форме происхождения направленность целеполагания в объективной по содержанию деятельности больших групп людей или всего социума. Поскольку каждый из состава общества, как объект управляющего воздействия, будучи исполнителем исходящего для него извне целеполагания, наделен собственными интере-

²⁷ См.: п. 3 определения Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 438-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб открытого акционерного общества “Уфимский нефтеперерабатывающий завод”, открытого акционерного общества “Ново-Уфимский нефтеперерабатывающий завод”, открытого акционерного общества “Уфанефтехим”, открытого акционерного общества “Акционерная нефтяная компания ‘Башнефть’ и открытого акционерного общества “Уфаоргсинтез” на нарушение конституционных прав и свобод абзацем третьим пункта 1 статьи 83 Налогового кодекса Российской Федерации» // URL: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-08112005-n-438-o-ob/>.

²⁸ Согласно учению Р. Иеринга, каждый человек не может существовать только для себя, все существуют для себя и друг для друга. Подобным сотрудничеством людей обусловлено существование общества как такового. См.: Иеринг Р. Указ. соч.

сами, которые могут не совпадать с установками целеполагания, то возникают конфликты между управляющим субъектом и управляемыми субъектами. В этом заключается одна из важнейших причин недостатков в государственном и муниципальном управлении. Из этого следует необходимость создания надежного механизма при выработке целеполагания, который обеспечивал бы его направленность на стратегические потребности национального общества.

По степени обобщения носителей интересы могут быть у отдельного человека, у коллектива (семейные). Это частные интересы, поскольку они «представляют собой интересы конкретных физических и юридических лиц, социальных групп (коллективный интерес)»²⁹. Они являются фундаментом более широких по составу участников интересов, в том числе для всех публичных интересов, включая государственные интересы, поскольку в своей совокупности частные интересы выступают как публичные интересы.

С учетом сказанного общие для большого массива людей, проживающих в одной местности, одинаковые для неопределенного количества лиц интересы можно назвать публичными интересами. На наличие общезначимых, публичных интересов всего общества указывает Ю. А. Крохина³⁰. Заслуживает поддержки точка зрения Е. В. Коноваловой о том, что публичный интерес «можно определить как сформировавшуюся в публичной сфере позицию и линию социальной общности, отражающую результат процесса поиска и формирования средств, способствующих достижению общих для членов социальной общности целей и удовлетворению общих потребностей»³¹.

Ю. А. Тихомиров под публичным интересом понимает «общесоциальный интерес, отражающий в концентрированной форме весь спектр интересов в обществе»³². Для него важно, чтобы государство признало законность публичных интересов³³. В целом Ю. А. Тихомиров объединяет в одну группу публичные и государственные интересы. В отличие от уважаемого ученого, наша позиция исходит из того, что государственные интересы есть лишь часть публичных интересов. В этом смысле они представляют собой сгусток стратегически значимых публичных интересов. А сами публичные интересы могут быть разграничены на две группы: публичные интересы как более широкое понятие, представителями которых могут любые по степени обобщения соответству-

ющих интересов группы населения; и государственные интересы, которые формулируются на основе публичных интересов, но подлежат закреплению нормами права и должны обеспечиваться всей мощью государства. Полагаем, что появление государственных интересов требует особой процедуры их формирования и утверждения в таком качестве.

Государство, исходя из своей миссии перед обществом, оформляет государственные интересы нормами права и публикует в специальных документах в виде целевых установок. Как отмечает В. С. Нерсисянц, деятельность государства носит представительский характер, т.е. государство является специфической социальной организацией, представляющей и реализующей общую волю и общие интересы граждан³⁴. Таким образом, публичные интересы могут совпадать с интересами государства и в этом случае становятся частью государственных интересов.

Но в любом случае все государственные интересы должны формироваться исключительно из числа публичных интересов. Иных источников их формирования не должно быть. Допускается их формулирование отдельным человеком, но стать общезначимыми они могут только после признания их большинством общества. Трансформация их в категорию государственных интересов требует особой процедуры отбора. Такая процедура представляет собой достаточно сложный процесс, практически не урегулированный правом, и чаще всего выглядит как случайно полученный результат.

В целом не получила решения процедура определения того, какие интересы в определенный момент времени могут получить правовой режим государственного интереса, а какие не могут иметь такой режим. Важнейшими условиями отбора для включения части публичных интересов в разряд государственных интересов являются степень развития демократии в государстве, а также уровень политической культуры в обществе, состояние экономического развития страны, сложившиеся традиции в обществе и другие факторы. Многое определяет факт наличия финансовых возможностей для выбора государственных интересов из того перечня, который входит в перечень потребностей общества.

Можно сказать, что в реальной жизни идет постоянная борьба между представителями различных частных или даже публичных интересов

²⁹ Публичные и частные интересы в финансовом праве : монография / рук. авт. колл. Е. И. Спектор. М., 2011. С. 15.

³⁰ Крохина Ю. А. Финансовое право России : учебник для вузов. М. : Норма, 2004. С. 57.

³¹ Коновалова Е. В. Публичный интерес и право: проблемы и взаимодействия // Вестник Самарского экономического университета. 2014. № 1. С. 87.

³² Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4.

³³ Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 54—55.

³⁴ Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для вузов. М. : Норма, 2004. С. 257.

за то, чтобы превратить именно свои интересы в официально признанные интересы государства³⁵. Многие при этом определяют возможности лоббирования и другие субъективные причины.

При этом усилия законодателя, как правило, связаны с желанием субъекта, который осуществляет названную юридикацию, оформить правовыми нормами определенные отношения, что можно обозначить как своеобразный «инструмент» достижения цели. Но не всегда они в четкой форме предполагают получение какого-либо результата, имеющего экономическое, социальное или иное значение.

Таким образом, в результате появления того или иного закона мы имеем упорядоченные отношения, определенный статус их участников, установленные меры ответственности за нарушение предписанных нормами права моделей поведения, что вообще можно назвать применением в надлежащей форме способов юридикации отношений.

В реальной практике можно наблюдать случаи, когда интересы сторон не указываются в текстах нормативных правовых актов, при этом трудно обеспечивать их защиту в судебном порядке. В сфере публично-правовых отношений по поводу защиты публичных интересов встречаются случаи, когда не определены в полном объеме права государственного учреждения как получателя средств из бюджета. Поэтому нет возможности защитить их интересы посредством правовых средств, поскольку отсутствует порядок их защиты. Возникающие при этом конфликты интересов сторон бюджетной деятельности чаще всего носят скрытый характер. В бюджетной сфере при наличии юридического неравенства сторон они выступают как равные перед законом, они обязаны обеспечить реализацию публичных интересов, выполнить волю государства, реализовать его интересы. Такой причиной для спора между сторонами бюджетного правоотношения ни при каких ситуациях не может выступать частный интерес, имеющий легитимную форму.

Например, «при нецелевом использовании получателем бюджетных средств некий руководитель государственного учреждения как получатель субсидии на выполнение государственного задания использовал средства не по назначению и тем самым нанес ущерб государственным интересам. Нередко причиной таких деяний становятся факты подмены публичных интересов, обеспече-

ние которых было закреплено за учреждением, частными интересами. Во время бюджетного спора скрытые частные интересы обнаружатся редко, да и к публичным интересам, как правило, традиции апеллировать не существует. Доказательство своей правомерности стороны ищут всего лишь в наличии или отсутствии предписанной процедуры бюджетного процесса, а сам факт подмены интересов может не обсуждаться»³⁶.

По этому поводу известный специалист В. В. Пачкун пишет, что императивный характер норм бюджетного права сводит «до минимума усмотрение судов, в том числе арбитражных, иных органов, при разрешении бюджетно-правовых споров и иных споров, возникающих в сфере бюджетной деятельности»³⁷. В силу сказанного «присутствуют как минимум три категории интересов: публичные интересы властвующей стороны, публичные интересы подчиненной стороны и частные интересы представителей одной или сразу обеих сторон, наличие которых обусловило факт появления правонарушения и последующего умаления интересов государства»³⁸.

О наличии проблем с обеспечением интересов государства в бюджетной сфере свидетельствует подготовленное еще 5 февраля 2018 г. предложение «О совершенствовании порядка представления интересов государства в судах по искам о взыскании денежных средств за счет федерального бюджета». В нем предлагалось внести изменения в Бюджетный кодекс, которыми будут закреплены полномочия главного распорядителя бюджетных средств представлять интересы соответствующего публично-правового образования в делах о взыскании денежных средств в порядке регресса с виновных лиц, чьи действия или бездействие повлекли возмещение вреда за счет казны публично-правового образования.

Ведущую роль в правовом обеспечении публичных интересов играет Конституция РФ. Конституционные положения определяют критерии учета запросов населения в перечне интересов государства. Сами конституционные положения, а также положения многих других законов следует считать как признанные государством и получившие формальное воплощение публичные интересы. В то же время нельзя признать, что этот признак присущ всем законам. Россия уже не раз доказала вредность для целей развития общества негативных по своим последствиям эксперимен-

³⁵ Например, не исключено противостояние интересов отдельных муниципальных образований или субъектов РФ, когда они пытаются получить для себя дополнительные трансферты для своих бюджетов в ущерб другим аналогичным публично-правовым образованиям.

³⁶ Селюков А. Д. Причины, сфера проявления и особенности споров в бюджетной сфере // Вопросы правосудия. 2020. № 2. С. 80—89.

³⁷ Пачкун В. В. Применение норм бюджетного права при рассмотрении финансово-правовых споров (на примере арбитражной практики) : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. М., 2014. С. 14.

³⁸ Селюков А. Д. Указ. соч.

тов, порядок которых определялся законами. Это относится, например, к механизму приватизации государственного имущества, проводимой Минфином России политики стерилизации «излишков» доходов федерального бюджета и др.

Таким образом, понятие интереса как одного из способов обобщения информации есть абстракция, отражающая чувство осознанной потребности в объектах, получение которых является предметом мотивации физических и юридических лиц, а также всего общества и самого государства. Самым широким его обобщением является категория «национальный интерес», реализация которой на практике позволяет обеспечивать единство общества как целостного явления, где государство в полном объеме реализует свою миссию.

Выводы

В условиях предпринимаемых российским обществом попыток преодоления кризисного состояния, усугубленного угрозами извне, спасительную роль взяло на себя государство, несмотря на то, что оно само не во всем отвечает потребностям времени. Взяв на вооружение метод проведения преобразований «сверху», оно поставило задачу возрождения национальных ценностей, укрепления единства всего социума на пространстве государства, активизации экономического роста на основе широкого внедрения инноваций, повышения роли национальной культуры и национального духа. Формой целеполагания деятельности государства по реализации вышеназванных задач является направленность государства на достижение национальных интересов как на ин-

тегральную по значимости и спектру реализуемых ценностей установку, отражающую глубинные стратегические интересы большинства общества. Сама миссия государства выступает показателем степени реализации национальных интересов.

Одновременно новые условия поставили перед государством задачу формирования иных, отвечающих национальным интересам методов управляющего воздействия на общество. Для этого на всем пространстве социума следует отказаться от общепринятой парадигмы оценивать государство как организацию, стоящую над обществом. Если согласиться с выводом, что суверенитет государства служит интересам национального общества, то следует признать, что государство обязано строить свою деятельность как соответствующую реализации потребностей населения. Можно сказать, что государство выступает средством осуществления объединенных в масштабе нации интересов и одновременно формой реализации жизнеустройства по обеспечению таких интересов.

Определяющую роль для должной квалификации интересов государства как базового понятия настоящего исследования играет понятие «публичный интерес» как противостоящее иным группам интересов, которые можно обобщить в понятии «частные интересы». По составу субъектов — носителей публичного интереса признак публичности не предполагает обособленности по своим интересам определенной части социума.

В контексте сказанного национальные интересы являются результатом диалектической взаимосвязи личных, публичных и государственных интересов и на этой основе выступают критерием целеполагания всей деятельности государства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Богданов А. А. Тектология: всеобщая организационная наука : в 2 кн. — М. : Экономика, 1989. — Кн. 1 / отв. ред. Л. И. Абалкин ; Отделение экономики АН СССР ; Ин-т экономики АН СССР. — 304 с.
2. Бондарь В. Государственность России — от русской души // URL: <http://kolokolrussia.ru/russkiy-mir/gosudarstvennost-rossii--ot-russkoy-dushi>.
3. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. — 3-е изд. — М. : Юриспруденция, 2000. — 528 с.
4. Гегель Г. В. Ф. Философия истории. — М., 1993.
5. Иеринг Р. Цель в праве. — СПб., 1881. — Т. 1.
6. Ильин И. А. Теория права и государства / под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003.
7. Колокольцев В. А. Обеспечение государственных интересов России в контексте концепции национальной безопасности : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. — СПб., 2005.
8. Мальцев Г. В. Социальные основания права. — М. : Норма ; Инфра-М, 2011.
9. Победоносцев К. П. Государство и Церковь / отв. ред. О. А. Платонов. — М. : Институт русской цивилизации, 2011. — Т. 1. — 704 с.
10. Святая Русь // Большая энциклопедия русского народа. Русское государство / гл. редактор и сост. О. А. Платонов. — М. : Энциклопедия русской цивилизации, 2002. — 944 с.
11. Столыпин П. А. Программа реформ : документы и материалы : в 2 т. — 2-е изд., стер. — М. : Росспэн, 2011. — Т. 1 / под общ. ред. П. А. Пожигайло.
12. Эбзеев Б. С. Введение в Конституцию России : монография. — М. : Норма ; Инфра-М, 2013.

Руководящая роль КПК должна быть отражена в законах:
 требования и их реализация
 党的领导入法：实质判准、基本范围与立法表达
 The Leadership of the CPC be written into the Laws:
 Standard, Scope and It's Expression

Цзя Юн-цзянь,

Школа интеллектуальной собственности и права, Хэнаньский университет,
 г. Кайфэн, провинция Хэнань, Китай
 e-mail: pangdongmei71@163.com

贾永健

河南大学知识产权学院/法学院 开封 475001
 e-mail: pangdongmei71@163.com

Jia Yong-jian

School of Intellectual Property and Law, Henan University, Kaifeng, Henan Province, China
 e-mail: pangdongmei71@163.com

© Цзя Юн-цзянь, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.022-029

摘要：“推进党的领导入法”是新时代中国共产党全面领导依法治国的必然要求，也是落实宪法“党的领导”条款的立法行动。对“党的领导入法”的标准问题，学界先后提出了“公法领域说”和“政治标准说”两种代表性观点。但这些学说总体尚处于一个形式上的外在描述层面，比如“政治判断标准说”的“政治性”虽初步涉及了实质内容层面，但实际理解和运用起来仍显得较为宽泛，缺乏可供把握的实质内容。2018年，中国宪法修正案新增了“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”条款，从根本上确立了“党的领导入法”的实质判准——“社会主义属性”标准。根据该规定，推进党的领导入法就是推进社会主义入法。哪些国家立法需要写明“党的领导”的问题，实质是就是哪些国家立法需要在实质内容和价值取向上突出社会主义属性且必须保证社会主义属性的问题。所以，判断一项国家立法是否应当写明“中国共产党领导”，在实质内容上应当看该国家立法是否具有突出的社会主义属性并应当绝对保证和特别突出社会主义价值属性。这就是“党的领导入法”的“社会主义属性”标准。在此意义上说，国家立法规定“党的领导”就是突出其“社会主义”属性；为彰显和保证其社会主义属性，国家立法就必须明确规定“党的领导”原则。宪法是国家的根本法和最高法，是国家立法的最高标准和根据。因此，国家立法规定“中国共产党领导”条款时也应应当以宪法为根据，即具有突出社会主义属性的国家立法就应当全面规定“坚持中国共产党领导”。这些国家立法的基本范围涉及国体政体、国防军事、国家安全、干部人事、教育、意识形态安全、依法治国、反垄断等立法，主要属于公法。具有社会主义属性的立法领域，其实是一个具有突出实践性和充分开放性的领域。随着社会主义实践的深入发展，当一些领域的社会主义属性逐渐凸显并为立法者所明确认识时，其相应立法就会明确规定“党的领导”原则，在国家立法层面进一步明确和保障其“社会主义属性”。所以，“党的领导入法”的领域和范围问题根本上是一个动态性问题，是一个始终面向社会主义实践发展而不断发展演变的动态领域。推进“党的领导入法”应以有利于强化中国共产党的领导为根本宗旨并全面考量在社会主义法治体系下国家法律与党内法规的协调衔接关系。2018年新修改的国家宪法在“中国共产党领导”条款时确立了“原则性抽象确认”的立法表达模式，而关于中国共产党如何进行领导的规范性内容则由中共党章详细规定，从而在整体上实现了国家宪法与中共党章的密切衔接。因此，相关国家立法规定“党的领导”时也应应当主要落实国家宪法与中共党章确立的协调衔接立法模式，对“党的领导”作原则性的抽象确认，对其具体范围、事项、方式、程序及责任等规范性内容进行“立法留白”，留于党内法规与国家法律协调衔接进行详细规定。这种“留白”，是从社会主义法治体系整体性视角的有意而为，是为党内法规衔接国家法律、进一步具体规定“党的领导”实际内容而必须预留的“法治接口”。党内法规是管党治党的主要根据，具有突出的治党控权功能，最适宜全面规范和直接规定党的领导的具体内容和程序。这样，国家立法专注于“抽象确认党的领导地位”，而党内法规则专注于全面具体地直接规范和约束党的领导活动。国家法律与党内法规在推进“党的领导入法”问题上密切协调衔接，就形成了差异化分工和错位互补关系，突出体现了中国特色社会主义法治体系的统一性与科学性，有

利于加快形成国家法律法规和党内法规制度相辅相成、相互促进、相互保障的法治格局。党的领导地位将获得党规国法的双重确认和保障，在社会主义法治体系中更加稳固。

关键词：党的领导入法；社会主义属性；中共党规；立法留白；法治接口

Abstract. Promoting the Communist Party of China's leadership into the law is an inevitable requirement for the CPC's comprehensive leadership in governing the country according to law in the new era, and it is also a legislative action to implement the CPC's Leadership clause of the Constitution. On the issue of the standard of «the party's leadership into the law», the academic circles have successively put forward two representative viewpoints: «theory in the field of public law» and «theory of political standard». But both are too formal to be applied in practice. For example, although the political judgment standard theory initially involves the substantive content level, the actual understanding and application still seem relatively broad, and there is no substantive content to grasp.

In 2018, the amendments to China's constitution added a clause that «the leadership of the Communist Party of China is the most essential feature of socialism with Chinese characteristics», which fundamentally established the criterion of «socialist attributes»: a substantive criterion of «promoting CPC's leadership into the law». According to this provision, if the law needs to confirm the leadership of the Communist Party of China, it means the law should highlight its socialist nature. The question of which national legislation needs to specify the «leadership of the Party» is essentially the issue of which national legislation needs to highlight the socialist nature in the substance and must ensure its socialist attribute.

Therefore, to judge whether a national legislation should state «the leadership of the Communist Party of China», the substantive content should be based on whether the country's legislation has outstanding socialist attributes and should absolutely guarantee and give special prominence to its socialist values.

In this constitutional sense, state legislation stipulating «the leadership of the Communist Party of China» is to highlight its «socialist» attributes; In order to manifest and guarantee its socialist character, state legislation must clearly stipulate the principle of «Adhere to the leadership of the CPC».

The Constitution is the fundamental law and supreme law of the country, and the highest standard and basis for national legislation. Therefore, national legislation should also be based on the Constitution when stipulating the «leadership of the Communist Party of China» clause. That is, national legislation with prominent socialist attributes should comprehensively stipulate «upholding the leadership of the Communist Party of China». The basic scope of these legislation involves the fields of basic system of state and government, national defense and military, national security, cadre personnel, education, ideological security, governing the country according to law, anti-monopoly, etc., and mainly belongs to public law. The legislative field with socialist attributes is a practical and opening field. With the in-depth development of socialist practice, when the socialist nature in some fields is gradually highlighted and clearly recognized by legislators, its corresponding legislation will clearly stipulate the principle of «upholding the leadership of the Communist Party of China», which further confirm and guarantee its «socialist attribute» at the national legislative level. Therefore, the issue of the field and scope of «the Party's leadership into the law» is fundamentally a dynamic issue, a dynamic field that has always been constantly evolving in the face of the development of socialist practice.

To promote the Party's leadership into the law, the fundamental purpose should be conducive to strengthening the leadership of the Communist Party of China, and comprehensively consider the coordination and convergence between the national laws and the Communist Party of China's regulations under the socialist rule of law system. The newly revised National Constitution in 2018 has established a legislative expression model that confirmed the leadership of the Communist Party of China in principle and abstractly. The normative content of how the Chinese Communist Party exercises its leadership is specified in detail by the Communist Party of China Constitution. The Communist Party regulations are the main basis rules for the party to manage the party and govern the party, and have outstanding functions of governing the party and controlling power. They are most suitable for comprehensively standardizing and directly stipulating the specific content and procedures of the leadership of the Chinese Communist Party over the country. In this way, the national laws and the Communist Party of China regulations can be harmony and unified in the socialist system of rule of law as a whole. Accordingly, when relevant national legislation stipulates «the CPC's leadership», it should also mainly implement the model established by the National Constitution and the Communist Party of China Constitution, which confirm the leadership of the Communist Party of China in principle and abstractly. So, there will leave the legislative blanks for the Communist Party of China regulations to stipulate the normative content such as its specific scope, matters, methods, procedures, responsibilities, and so on. This legislative white space is intentional from an overall perspective of the socialist rule of law system, and is a «rule of law interface» that must be reserved for the integration

of the Communist Party of China regulations with national laws to further specific provisions on the actual content of «the CPC's leadership».

As a result, the national legislation focuses on «abstract confirmation of the party's leadership status», while the Communist Party of China regulations focus on directly regulating and restraining the party's leadership activities in a comprehensive and concrete way. The national laws and the Communist Party of China regulations are closely coordinated and connected on the issue of promoting the CPC's leadership into the law. At that time, there is a differentiated division of labor and dislocation and complementary relationship between the national laws and the Communist Party of China regulations. That will not only highlight the unity and scientific nature of the socialist rule of law system with Chinese characteristics but also conducive to accelerating the formation of a rule of law pattern in which national laws and the Communist Party of China regulations complement each other, promote each other, and guarantee each other. The leadership of the Chinese Communist Party over the country will be confirmed and guaranteed by party rules and state law, and will be more stable in the socialist rule of law system.

Keywords: the leadership of the CPC into the laws; socialist characteristics; the CPC's regulations; legislative white space; legal «interface»

一、问题的提出

“推进党的领导入法»是新时代党全面领导依法治国的重要要求。2019年1月《中共中央关于加强党的政治建设的意见》提出：“贯彻落实宪法规定，制定和修改有关法律法规要明确规定党领导相关工作的法律地位。将坚持党的全面领导的要求载入人大、政府、法院和检察院的组织法。”¹2020年2月5日习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上明确要求：“要进一步推进党的领导入法入规，善于使党的主张通过法定程序成为国家意志、转化为法律法规，推进党的领导制度化、法治化、规范化。”²因此，全面贯彻习近平法治思想，必须对如何推进党的领导入法问题进行深入研究。

目前，学界已经对“党的领导入法»的现实根据、理论基础及其价值意义进行了充分探讨和论证，基本都认为“党的领导入法»是党领导全面依法治国的必然要求，是落实宪法“党的领导»条款的当然行动，具有充分的现实必要性和理论正当性。在此基础上，一项国家立法是否应当写明“党的领导»原则的判别标准问题，即“党的领导入法»的标准问题，就成为推进和实施“党的领导入法»工程的非常关键的前提性问题，具有逻辑前置性。因为，很显然国家立法不必要也不应当全部载明“党的领导»原则。“党的领导入法»的标准问题不明确，“党的领导入法»的领域范围就难以确定，那么“党的领导入法»的具体步骤、实施路径等问题也就失去了探讨的意义。

对“党的领导入法»的标准问题，学界先后提出了“公法领域说»和“政治标准说»两种代表性观点。最初，有学者提出：“有党起着领导或参与领域的法律法规中都将党的领导写入相关条款之中，特别是公法领域的法律法规”。³之后，“党的领导入法»的标准问题研究进一步深化。有学者提出了一种“政治判断标准»。该观点认为，“党的领导»主要体现在政治层面，所以需要抽象确认“党的领导»的国家法律也应局限于政治性较强的公法领域。因此，“党的领导入法»的政治判断标准具体包括：一是在公法领域，二是政治性较强。⁴由此来看，学界关于“党的领导入法»标准问题的讨论仍在不断深化中，还是一个“在途中»的话题。不管是“公法领域说»还是“政治判断标准说»，既有研究总体尚处于一个形式上的外在描述层面，“政治判断标准说»的“政治性»虽初步涉及了实质内容层面，但实际理解和运用起来仍显得较为宽泛，缺乏可供把握的实质内容。本研究在既有研究基础上尝试进一步提出一种实质性标准。即从宪法规定的“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征»这一“最本质特征条款»出发，将“党的领导入法»的“政治标准»进一步实质化为“社会主义属性»标准。这样的“政治性»理解起来就具有了实质性内容，也不再空泛了。

基于此，本文在充分借鉴运用既有研究成就的基础上，首先尝试提出并论证一种“党的领导入法»的实质价值标准---社会主义属性标准。依此标准，“党的领导入法»的基本范围应主要限于公法领域并且是一种虽社会主义实践发展而不断变化的动态范围。但国家立法具体规定“党的领导»条款时，可能陷入一种“越具体详细越背离初衷»的困境。为此，关于“党的领导»的立法表达应当从社会主义法治体系的整体性出发进行宏观设计。如果考虑到在社会主义法治体系中国家法律与党内法规协调衔接、有机统一的基本关系，国家立法规定“党的领导»时就应当采用原则性抽象确认的立法表达，对具体的规范性内容进行“立法留白»，从而为党内法规衔接国家法律、进一步具体规定“党的领导»实际内容预留“法治接口»，以促进社会主义法治体系的整体协调与自治。

二、“党的领导入法»的实质判准：“社会主义属性»标准

¹ 《中共中央关于加强党的政治建设的意见》，载《人民日报》2019年2月28日，第01版。

² 《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第三次会议强调 全面提高依法防控依法治理能力 为疫情防控提供有力法治保障》，载《人民日报》2020年2月6日，第01版。

³ 王春业、周笑：《论党的领导入法》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第2期，第137页。

2018年的宪法修正案将“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入宪法正文第1条，更加明确了“坚持中国共产党领导”的宪法根据和中国共产党的宪法地位，在法理层面开启了“党的领导全面入法”的“宪制工程”。同时，宪法这一“最本质特征条款”也构成了推进“党的领导入法”的最直接宪法根据，进而构成寻找并确立“党的领导入法”标准的宪法渊源。

（一）宪法“最本质特征条款”是推进“党的领导入法”的宪制根据

2018年之前，党的领导原则的宪法根据只能从宪法序言中寻找。而宪法序言的规范效力在学界一直存在争议。故而，长期以来“党的领导入法”一直缺乏较为直接明确的宪法根据。2018年修正后的宪法第1条明确规定了“党的领导”条款，将“中国共产党领导”明确规定为“中国特色社会主义最本质的特征”，从宪法层面进一步突出和明确了“中国共产党领导”对社会主义国体的决定性地位。这具有极为重要的法治意义。习近平总书记指出：“这次修改宪法，在宪法序言确定党的领导地位的基础上，我们又在总纲中明确规定中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征，强化了党总揽全局、协调各方的领导地位。”⁵

因此，2018年修宪所形成的“最本质特征条款”为“党的领导入法”提供了宪法动力和宪制根据。因为，“2018年修宪”后，新时代推进“党的领导入法”就成为贯彻实施新宪法的题中之义。“2018年修宪”进一步明确了“党的领导”的宪法地位，进一步完善了“党的领导”宪法规范体系。宪法是国家根本大法，享有最高的法律权威。宪法的生命在于实施。法律法规是实施宪法的主渠道。所以，“党的领导”宪法规范的实施，必然要求进一步推进“党的领导入法”。“党的领导入法”是新时代宪法实施的必然要求。实施新宪法，就必须落实宪法的“最本质特征条款”，就必须要以法治的方式进一步确认和保障中国共产党的执政地位和领导地位。“党的领导入法”的宪法行动，必然要进一步落实为“党的领导入法”的立法活动。这样，党的领导地位才能获得更为具体明确的法律确认和保障。因此，宪法关于党的领导的“最本质特征条款”具有双重的宪制效力和意义：一是确立了“党的领导”的宪制地位；二是设定了保障“党的领导”的宪法义务。这种效力的最直接承受对象就是国家立法。宪法的实施，首先是宪法条款的精神意旨为国家立法细化、落实并形成具体可操作性的立法文本。因此，2018年修宪后，国家立法必须落实修宪精神，进一步在国家立法中明确规定“党的领导”条款。这就是“党的领导入法”问题。

是故，宪法的“最本质特征条款”是“党的领导入法”的最直接宪法根据。那么接下来的问题是“党的领导”原则应当明确写入哪些国家立法？这即“党的领导入法”的标准问题。笔者认为，这个标准根本上应当是一种实质性标准，不能仅从形式层面演绎探究。同时，这也是一个法理问题，所以必须在宪法法律层面上进行思考。由于“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”是“党的领导入法”的最直接、最主要的宪法根据，所以该条款也应作为探究“党的领导入法”标准的最主要宪法渊源。

（二）宪法“最本质特征条款”是确定“党的领导入法”标准的宪制渊源

以习近平法治思想为指导，2018年修宪后的“最本质特征宪法条款”创造性地将“党的领导”与“社会主义本质”实质性联系起来。这表明，我们党对社会主义本质的理解经历了从强调经济本质到同时强调政治本质的转变过程。⁶关于社会主义的理论认识，一直伴随着社会主义实践的深入不断发展创新。新中国成立以来，我国对于什么是社会主义主要就经历了两个阶段，形成了两种主导下观点。一是“要素论”，社会主义=公有制+按劳分配+计划经济；二是邓小平的“28字”表述：解放生产力、发展生产力，消灭剥削，消除两极分化，最终实现共同富裕。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央，总结国际共产主义运动经验，结合中国特色社会主义发展的新实践，提出了“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”命题。自此，“中国共产党领导”成为“中国特色社会主义”的最本质的要素、最根本的标识。“共产党作为马克思主义政党，与社会主义水乳交融、不可分割。离开社会主义，共产党就不称其为共产党；离开共产党，社会主义也不称其为社会主义。”⁷

所以，宪法规定“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”后，“党的领导”与“社会主义”的本质联系就具有了宪法意义，成为了宪法上根本性关系。那么，在落实该宪法条款而要推进“党的领导入法”时，其法理内涵就是“推进社会主义入法”。由此“最本质特征宪法条款”出发，哪些国家立法需要写明“党的领导”的问题也就是哪些国家立法需要在实质内容和价值取向上突出社会主义属性且必须保证社会主义属性的问题。判断一项国家立法是否应当写明“中国共产党领导”，在实质内容上应当看该国家立法是否具有突出的社会主义属性并应当绝对保证和特别突出社会主义价值属性。这就是“党的领导入法”的“社会主义属性”标准。在此意义上说，国家立法规定“党的领导”就是突出其“社会主义”属性；为彰显和保证其社会主义属性，国家立法就必须明确规定“党的领导”原则。总而言之，具有鲜明的社会主义属性，是国家立法写入“党的领导”的宪法指征，也是国家立法必须写明“坚持中国共产党领导”的宪法标准。

三、“党的领导入法”的基本范围：面向社会主义实践的动态领域

⁴ 欧爱民、向嘉晨：《“党的领导”入法原则及其标准》，载《中共天津市委党校学报》2020年第3期，第3-12页。

⁵ 习近平：《加强党对全面依法治国的领导》，载《求是》2019年第4期，第7页。

⁶ 周叶中、张权：《论我国现行宪法的中国特色社会主义最本质特征条款》，载《政法论丛》2019年第3期，第5页。

⁷ 胡承槐：《“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征”——命题的逻辑依据和逻辑前提》，载《新疆社会科学》2018年第4期，第18页。

哪些领域的国家立法必须保证具有突出的社会主义属性从而应当写明党的领导呢？学界一般认为应限于“公法”领域，即属于涉及国家公权力配置和运行的国家立法。因为“私法”虽然也应突出社会主义属性，但私法行为一般遵循私人意思自治原则。“党的领导”一般不直接介入和干预私法活动。因此，私法一般情况下不直接写明“坚持中国共产党领导”条款，但可以也应当写明“社会主义”内容。比如我国《民法典》第1条开宗明义就突出了“社会主义”原则，把“适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观”作为其立法目的。所以，我国《民法典》当然具有突出的社会主义属性。其次，也不是所有公法都必须写明“坚持中国共产党领导”条款。一般来说，这些国家立法涉及的是党必须直接领导的且关乎国家社会主义性质的事项与领域。比如，关乎我国国体和政体社会主义性质的宪法性法律和基本法律，比如《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》《全国人民代表大会组织法》《居民委员会组织法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》《国务院组织法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》等。

新时代，为保证和体现国家的社会主义性质，下列领域的相关国家立法必须写明“坚持党的领导”。

一是党对军队的绝对领导。国防军事类基本立法必须写明“坚持中国共产党领导”。如《国防法》《国防动员法》《防空法》《现役军官法》《退役军人保障法》《人民武装警察法》《预备役军官法》等。其中一些军事类立法是以坚持“中央军事委员会”的领导来体现“党的领导”原则的。因为中共中央军事委员会与国家中央军委合署办公。坚持中央军委领导也就是坚持中国共产党的领导。展望未来，这方面的立法中《兵役法》《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上代表大会代表的办法》等就需要进一步突出体现“党的领导”原则。

二是党对国家安全的集中统一领导。根据“总体国家安全观”，必须依法保证党对国家安全事务的集中统一领导。国家安全类立法（如《国家安全法》《反间谍法》《密码法》《国家情报法》等）必须写明“党的领导”原则。这方面需要修改并进一步明确“党的领导”原则的国家立法还有《反恐怖主义法》《戒严法》《紧急状态法》《保守国家秘密法》《突发事件应对法》《传染病防治法》，以及将来要制定的《生物安全法》等。

三是“党管干部”。所以公务员类基本立法都应规定“党的领导”原则。目前《公务员法》《法官法》《检察官法》都已经规定了“党的领导”。2021年8月20日，十三届全国人大常委会第三十次会议表决通过了《中华人民共和国监察官法》就明确规定了“监察官的管理和监督坚持中国共产党领导”。⁸这个领域中，《人民警察法》还需要增入“党的领导”原则。

四是“党管教育”。教育关乎国家发展的未来，必须保证其社会主义性质和方向。教育类基本立法（如《高等教育法》《教育法》《学位条例》等）要写明“党的领导”原则。比如《高等教育法》第1条开宗明义规定：为了“促进社会主义物质文明和精神文明建设”，并在第3条、第4条和第7条等条款反复强调“教育为社会主义服务”的理念。2021年4月29日修改的《教育法》也增加规定了“党的领导”原则。⁹下一步《民办教育促进法》《义务教育法》《国防教育法》等立法也需要更加明确规定“党的领导”原则。

五是“党管意识形态”。关乎意识形态安全的基本国家立法应当写入“党的领导”原则。2018年党和国家机构改革方案决定由中共中央宣传部统一管理新闻出版和电影工作。这突出体现了新闻出版和电影工作在意识形态工作中的重要性。这个领域必须保证社会主义属性，置于党的直接领导之下。因此新闻出版和电影类重要立法如《电影产业促进法》等立法就应增入“党的领导”原则。

六是党管国企。国有企业是社会主义的经济基础和保障。《全民所有制工业企业法》（2009）第4条“企业必须坚持在建设社会主义物质文明的同时，建设社会主义精神文明，建设有理想、有道德、有文化、有纪律的职工队伍”、第5条“企业必须遵守法律、法规，坚持社会主义方向”，特别强调了国企的社会主义属性。《全民所有制工业企业法》（2009）第8条就规定：“中国共产党在企业中的基层组织，对党和国家的方针、政策在本企业的贯彻执行实行保证监督。”因此，国企类国家立法必须写明“党的领导”原则。

七是党全面领导依法治国。其一，党领导国家立法。《立法法》已经写入了“党的领导”原则。其二，党领导行政执法，加强对依法行政工作的领导。重大行政立法特别关乎依法行政全局、需要党直接领导和协调的重大事项，比如行政立法、行政决策、行政复议等领域的立法，都应明确写入“党的领导”原则。司法部近来公布的《中华人民共和国行政复议法》（修订）（征求意见稿）第3条就规定：“行政复议工作应当坚持中国共产党的领导”。所以本研究认为，关乎行政立法和行政决策的《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》《重大行政决策程序暂行条例》等国家立法也应修改增加“党的领导”原则。其三，党对司法工作的领导，主要表现为对法官、检察官、法院、检察院的政治、思想、组织领导。所以《法官法》《检察官法》《法院组织法》《检察院组织法》都应明确规定“党的领导”原则。其四，党对法治监督的领导。在监察领域，目前《监察法》已经明确写入了“党的领导”原则。在审计领域，2018年党和国家机构改革方案提出“组建中央审计委员会”负责“研究提出并组织实施在审计领域坚持党的领导、加强党的建设方针政策，审议审计监督重大政策和改革方案，审议年度中央预算执行和其他财政支出情况审计报告，审议决策审计监督其他重大事项等”，强化党的全面领导。因此，《审计法》需要增入“党的领导”原则。

另外，近来“反垄断工作”的“社会主义属性”日益凸显，已经成为必须坚持“党的领导”的新领域。2020年12月11日中共中央政治局会议首次提出“要强化反垄断和防止资本无序扩张”。随后的中央经济工作会议再次予以了强调。“反垄断工作”遏制和防止资本无序扩张的“社会主义”功效被特别强调和突出。社会主义

⁸ 《监察官法》第2条

⁹ 《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国教育法〉的决定》，载《人民日报》2021年4月30日第4版。

是对资本主义的扬弃。坚持和发展社会主义，必然要严格防止资本无序扩张形成垄断威胁社会主义事业。当前，资本的市场垄断、无序扩张、野蛮生长的问题日益凸显，出现了限制竞争、赢者通吃、价格歧视、泄露个人隐私、损害消费者权益、风险隐患积累等一系列问题。为维护社会主义市场经济的健康发展，维护社会主义公平正义价值，捍卫国家的社会主义主体属性，保护人民群众根本利益，中国共产党必须加强对反垄断工作的集中统一领导。在党中央的统一领导下，近来国家反垄断工作取得巨大成效。一大批资本巨头的垄断行为被查处。中国市场经济的社会主义属性更加突出和稳固。因此，《反垄断法》需要修改，进一步明确规定“党的领导”原则。

总之，国家立法更加明确规定“党的领导”原则，实质上是依法确立了党对相关领域直接领导的“特别权力关系”。这种特别权力关系许多是实际长期存在运行、经过实践充分检验和证明的，具有充分实践合理性和正当性，从而需要进一步合法化。由此来看，具有社会主义属性的立法领域，其实是一个具有突出实践性和充分开放性的领域。有些事项领域的社会主义属性或许在当前并未凸显，但随着社会主义实践的深入发展，该领域的社会主义属性逐渐凸显并为立法者所明确认识。这样，立法者就需要在相应领域的立法中增加明确规定“党的领导”原则，从而在国家立法层面明确了其“社会主义属性”及其受中国共产党领导的“特别权力关系”。所以，“党的领导入法”的领域和范围问题根本上是一个动态性问题，并非一劳永逸、固定僵化的，而是一个始终面向社会主义实践发展的开放性命题。

四、“党的领导入法”的立法表达

确立了“党的领导入法”的实质标准和基本范围之后，接下来就是国家立法该如何表述和表达这一内容？是具体详细规定还是仅仅原则性的抽象确认？笔者认为，国家立法对“党的领导”总体应当坚持“原则性抽象确认”的表达方式，不应具体细致规定，从而为党规衔接国法并具体规定“党的领导”预留“法治接口”。

（一）“党的领导入法”应以强化党的领导为宗旨

确认并强化党的领导是“党的领导入法”的根本目的和初心宗旨。反过来说，推进党的领导入法，在任何时候都不能限制、削弱甚至损害党的领导。这是由全面依法治国的根本目的所决定的。习近平总书记明确指出：“全面依法治国决不是要削弱党的领导，而是要加强和改善党的领导，不断提高党领导依法治国的能力和水平，巩固党的执政地位。”¹⁰正是从这个初心和目的出发，党中央和习近平总书记才提出“推进党的领导入法入规”、从根本上为党的领导提供全面直接和充分的合法性、正当性。“宪法规定了党总揽全局、协调各方的领导地位。要进一步推进党的领导入法入规，善于使党的主张通过法定程序成为国家意志、转化为法律法规，推进党的领导制度化、法治化、规范化。”¹¹

出于确认和强化“党的领导地位”的初衷，国家立法才需要进一步明确规定“党的领导”条款。但在此过程中，可能就会形成“国法规定越具体详细越能强化和稳固的党的领导”的错误臆断。其实不然。如果国家立法过于详细规定“党应该如何领导”，即其具体的领导范围、方式、程序等，从另一种意义上可能也意味着是对“党的领导”的过细限制。因为，在法治逻辑下一切政党、组织和个人必须依法办事和行为。国法对“党的领导”的规定，也是党进行领导活动必须依据和遵循的行为准则，构成衡量党的领导活动是否合法的基本标准。这种规定越具体详细，就意味着党进行领导活动必须遵循的法律规范越多。这实际不利于党充分发挥积极主动性领导国家，反而对党的领导能力构成了妨害。这无疑不是“推进党的领导入法”的初心和初衷。推进“党的领导入法”应当始终如一坚持“依法确认和强化党的领导”的初心。为此，国法规定“党的领导”应当设计一种更为恰当合理的立法表达方式。

（二）“党的领导入法”的抽象表达与立法留白

既然国法不宜过于具体详细地规定党的领导的内容，那么在表达“党的领导”时就应当采用一种抽象立法方式。¹²即国法主要应原则性抽象确认党的领导地位、明确“坚持党的领导”原则，尽量不涉及党的具体领导方式、方法、程序、范围、后果、责任等内容，形成“立法留白”。然后这种“留白”本质上就是为党内法规进一步衔接国家立法来具体规定党的领导内容而有意预留的“法治接口”。

第一，这是在社会主义法治体系的整体性视野下统筹国家法律与党内法规关系进行的合理设计。“社会主义法治体系”是习近平法治思想的重大原创概念。在其中，国家法律与党内法规是构成社会主义法治规范体系的两大支柱。故而，推进“党的领导入法”必须要置于整个社会主义法治体系下进行思考和谋划。不仅要思考国家法律应当怎样做，还应将党内法规一体考虑进去，思考如何党内法规的独特作用、如何促进国家法律与党内法规的协调衔接、增强社会主义法治体系内部的统一协调。在此视野下，社会主义法治体系是一个有机整体。国家法律与党内法规应当形成深度地协调衔接和功能互补关系。在推进“党的领导入法”方面，二者恰恰就能形成如此良性地积极互动关系。国家立法对“党的领导”所不宜展开的详细具体规定，交由党内法规衔接吸纳进行规定。国家立法专注于“抽象确认党的领导地位”，而党内法规则专注于全面具体地直接规范和约束党的领导活动。这样，国家法律与党内法规在推进“党的领导入法”问题上密切协调衔接，形成了差异化分工和错位互补关系，可以说是社会主义法治体系统一性与科学性的一个重大体现。

¹⁰ 习近平：《加强党对全面依法治国的领导》，载《求是》2019年第4期，第8页。

¹¹ 习近平：《推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用》，载《求是》2020年第22期，第7页。

¹² 欧爱民、向嘉晨：《党的领导法治化的复合模式及其实施路径》，载《吉首大学学报(社会科学版)》2020年第2期，第9页。

第二，这是深刻认识并充分发挥党内法规“治党控权”之法治优势的理论设计。在社会主义法治体系内，国家法律与党内法规之所以要相辅相成、相互促进、相互保障，就是二者之法治功能各有长短，恰能形成优势互补。在本文所涉领域，国家法律之短---不宜过细规定和规范党的领导，恰就是党内法规之长---最宜全面、直接、详细地规范和约束党的活动。原因在于：其一，党内自我监督是监督党的第一法治方式，决定了党内法规才是管党治党的最主要法治规范。“党的执政地位，决定了党内监督在党和国家各种监督形式中是最基本的、第一位的。”¹³党内法规是党自己自主制定的法治规范，以其规范和约束党最能体现党的自我监督之优势和便宜。所以，规范党的领导活动，主要应依赖党规而不是国法。其二，由刚硬党纪作保障的党内法规管党治党比国法更有效有力。中国共产党的党内法规有专门性的、强有力的党纪及其执行机制作保障，具有国法所无法比拟的管党治党强大效力和独特法治优势。故而，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》才特别指出：“党内法规既是管党治党的重要依据，也是建设社会主义法治国家的有力保障。”¹⁴将国法不宜之事务交由党内法规承接，恰恰是对党内法规自身独特法治优势的充分运用和发挥。

第三，这是我国法治实践自主探索形成并由宪法与党章所确立的立法模式。中国法治建设必须坚持从中国实际出发。“坚持从中国实际出发，就是要突出中国特色、实践特色和时代特色。要总结和运用党领导人民实行法治的成功经验，围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题，不断丰富和发展符合中国实际、具有中国特色、提醒下社会发展规律的社会主义法治理论。”¹⁵长期以来，国家宪法关于“党的领导”的规定都采用“宜粗不宜细”的立法原则，开创了国法“抽象确认”式立法表达模式。新中国成立以来，我国历部宪法在规定“党的领导”原则时，不管是在宪法序言中阐述，还是在宪法正文中规定，都始终采用了原则性抽象确认的表达方式。最近的2018宪法修正案更为明确地规定了党的领导，但却也是一种极为抽象的确认式表达：“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。”我们“没有在宪法中明确规定中国共产党的组织、结构和行为标准”，正是为了与党章详细规定党的领导主体、领导方式、领导程序等内容形成协同互补关系，这样才能“为党确保其领导地位和发挥作用留下较大空间”。¹⁶宪法与党章关于“党的领导”的立法协作为国法与党规协同立法树立了宪制典范、确立了基本模式。即对“党的领导”规范，宪法所统领国法体系应作原则性的抽象确认，而党章所统帅的党规体系则应作实质性的具体规定，充分实现党规国法的协调衔接。

以此来看，现行《高等教育法》第39条就过于具体地规定了党的领导。该条规定：“国家举办的高等学校实行中国共产党高等学校基层委员会领导下的校长负责制。中国共产党高等学校基层委员会按照中国共产党章程和有关规定，统一领导学校工作，支持校长独立负责地行使职权，其领导职责主要是：执行中国共产党的路线、方针、政策，坚持社会主义办学方向，领导学校的思想政治工作和德育工作，讨论决定学校内部组织机构的设置和内部组织机构负责人的人选，讨论决定学校的改革、发展和基本管理制度等重大事项，保证以培养人才为中心的各项任务的完成。”2021年2月26日中共中央新修订了《中国共产党普通高等学校基层组织工作条例》。两相对照就会发现，《高等教育法》第39条的具体内容已被作为党内法规的《中国共产党普通高等学校基层组织工作条例》所包含吸收。因此，《高等教育法》第39条实际上侵入了党内法规立法领域，在将来应当修改、压减为更为原则性的抽象规定，使国家法律---《高等教育法》与党内法规---《中国共产党普通高等学校基层组织工作条例》更为协调一致。

结语：

中国法治的推进，绝不能再照搬照抄西方经验，而必须结合中国实际，自主探索适合中国国情的路子。所以，“党的领导入法”相关问题的解决也不能照搬照抄西方“政党法治”思路，而应置于社会主义法治体系的整体视野下进行谋划。我国宪法第1条原则性抽象规定了“党的领导”的宪法地位，并未具体涉及党的领导的具体实质内容，不仅从宪法层面确立了“党的领导入法”的实质判准---社会主义属性标准，更是确立了国法表达“党的领导”的抽象确认模式。所以，国家立法应当遵循与宪法相一致的逻辑，仅可对“党的领导地位和权力关系”做原则性的抽象确认，不宜作详细规定，进行“立法留白”。如此，既能发挥国法之长，亦能回避其短，更是为党规衔接国法预留了“法治接口”。即关于“党的领导”的实质内容，由党章统领党规体系予以具体规定，从而加快“形成国家法律法规和党内法规制度相辅相成、相互促进、相互保障的格局”¹⁷。

参考文献

1. 李振宁：《“党的领导入法”的价值意义与路径方法》，载《北京人大》2020年第8期。
2. 万里鹏：《“党的领导”入法：理论透视、实践考察与制度完善》，载《河南社会科学》2020年第10期。
3. 王春业、周笑：《论党的领导入法》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第2期。
4. 欧爱民、向嘉晨：《“党的领导”入法原则及其标准》，载《中共天津市委党校学报》2020年第3期。
5. 周叶中、张权：《论我国现行宪法的中国特色社会主义最本质特征条款》，载《政法论丛》2019年第3期。
6. 习近平：《加强党对全面依法治国的领导》，载《求是》2019年第4期。
7. 贺海仁：《论中国共产党领导法治化》，载《河北法学》2016年第4期。

¹³ 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面从严治党论述摘编》，中央文献出版社2017版，第213页。

¹⁴ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，载《人民日报》2014年10月29日第1版。

¹⁵ 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第110页。

¹⁶ 李少文：《全面从严治党宪法工程学》，载《开放时代》2018年第3期，第148页。

¹⁷ 中共中央文献研究室编：《十八大以来重要文献选编》，中央文献出版社2015年版，第150页。

8. 胡承槐：《“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征”---命题的逻辑依据和逻辑前提》，载《新疆社会科学》2018年第4期。
9. 石文龙：《依法执政与宪法序言中的“党的领导”制度化》，载《东方法学》2011年第5期。
10. 秦前红、刘怡达：《中国现行宪法中的“党的领导”规范》，载《法学研究》2019年第6期。
11. 苗连营：《“依法治国和依规治党有机统一”的法理意蕴与实践价值》，载《河南大学学报》（社会科学版）2021年第3期。
12. 黄文艺：《论习近平法治思想的形成发展、鲜明特色与重大意义》，载《河南大学学报》（社会科学版）2021年第3期。
13. 张文显：《建设中国特色社会主义法治体系》，载《法学研究》2014年6期。
14. 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面从严治党论述摘编》，中央文献出版社2017版。
15. 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版。
16. 李少文：《全面从严治党的宪法工程学》，载《开放时代》2018年第3期。
17. 中共中央文献研究室：《十八大以来重要文献选编》，中央文献出版社2015年版。
18. 本文系2021年国家社科基金后期资助项目“新时代党规国法协同推进党的领导法治化研究»（项目批准号：21FFXB053）阶段性成果

Прокурорский надзор. Судебная система

Судебное определение преступления, связанного с причинением ущерба от бросания предмета с большой высоты Judicial determination of high-altitude object throwing crime

Цай Цзюнь,

доктор юридических наук, профессор,
директор Института борьбы с преступностью
и уголовной политики,
юридический факультет
Хэнаньского университета,
e-mail: 15137873315@163.com

Ли Ди,

научный сотрудник Института борьбы с преступностью и уголовной политики,
юридический факультет
Хэнаньского университета,
Кайфэн, провинция Хэнань, Китай
e-mail: 15137873315@163.com

Cai Jun,

Dr. Sci. (Law), Professor,
Director of the Institute of Crime Control and Criminal Policy, Henan University
and Law School of Henan University,
Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: 15137873315@163.com

Li Di,

Research fellow at the Institute of Crime Control and Criminal Policy, Henan University
and Law School of Henan University,
Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: 15137873315@163.com

© Цай Цзюнь, Ли Ди, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.030-040

Аннотация. Поправка к Уголовному законодательству (XI) предусматривает отдельное уголовное наказание за бросание предметов с высотных зданий и направлена на обеспечение безопасности людей. Для дальнейшего точного определения состава преступления, связанного с бросанием предметов с высотных зданий, и более эффективного использования функций уголовного права по наказанию за совершение таких преступлений и их предотвращение, необходимо исследовать и обобщить опыт судебных разбирательств, усилить толкование норм о защите законных интересов и исследование элементов преступлений, связанных с киданием предметов с высоты, расследовать их связь с другими правонарушениями. Это поможет сформировать правила судебного признания, которые можно использовать для практических целей.

Ключевые слова: кидание предметов с большой высоты, поправка к уголовному законодательству (XI), судебное определение.

Abstract. The Amendment to the Criminal Law (XI) has separately criminally punished the act of throwing objects from high-rise buildings, effectively safeguarding the safety of the people's «overhead». In order to further accurately define the offense of throwing objects from high-rise buildings and better

utilize the punishment, regulation, and prevention functions of criminal law, it is necessary to research and summarize trial experience, strengthen the normative interpretation of the legal interest protection and constituent elements of high-altitude throwing crimes, and investigate the relationship with other offenses. This will help to form judicial recognition rules that can be used for practical reference.

Keywords: *throwing objects at high altitude; the amendment to the criminal law (xi); judicial determination.*

Introduction

In recent years, there has been a gradual increase in cases related to high-altitude littering, which has attracted wide attention from the entire society. Against this background, in October 2019, the Supreme People's Court issued the «Opinions on the Proper Handling of Cases of High-altitude Littering and Falling Objects According to Law»¹ (Law No. 25 issued in 2019, hereinafter referred to as the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing»). The document outlined that the courts need to attach great importance to the real harm caused by high-altitude littering and falling object behaviors, deeply understand the necessity and importance of using criminal punishment to address behaviors that pose severe consequences resulting from high-altitude littering and falling objects, and punish such criminal behaviors according to law. Effective prevention and resolute deterrence of these activities shall be taken. The Amendment XI of the Criminal Law of the People's Republic of China,² which came into effect on March 1st, 2021 (hereinafter referred to as the «Amendment to the Criminal Law (XI)»), includes a separate provision that criminalizes the act of throwing objects from buildings or other high places. The provision states that for serious offenses, the offender may be sentenced to a maximum of one year of imprisonment, detention, or surveillance, and may also be fined. If the same act also constitutes another offense, the heaviest punishment prescribed by law shall be applied.³ According to the «Supplementary Provisions (VII) of the Supreme People's Court and Supreme People's Procuratorate on the Enforcement of the Criminal Law of the People's Republic of China»⁴, the offense of throwing objects from high places has been defined

as the «high-altitude object throwing crime». Since the implementation of the «Amendment to the Criminal Law (XI),» the people's courts have lawfully tried a number of criminal cases involving throwing objects at high altitude, effectively safeguarding the safety of the people's over head. In order to accurately apply the law and make full use of the punitive, regulatory, and preventive functions of judicial judgments, this paper explores some outstanding issues related to the judicial determination of high-altitude object throwing crime.

1. Legislative background and legal interest analysis of high-altitude object throwing crime

1.1. The legislative origin of high-altitude object throwing crime

In recent years, frequent incidents of property damage and personal injury resulting from high-altitude objects thrown down have become a hot topic of concern in the current society. In order to effectively regulate high-altitude throwing behaviors and ensure the safety of the people, the Supreme People's Court, based on the summary of previous judgments on high-altitude throwing cases, specifically issued the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing» in October 2019, which clearly stipulates the punishment of high-altitude throwing crimes according to law; The Civil Code of the People's Republic of China, the first civil code since the establishment of the new China, enacted on May 28, 2020, expressly prohibits the throwing of objects from buildings, and holds the tortfeasor legally responsible for causing harm to others by throwing objects from buildings⁵; The «Amendment

¹ Opinions on the Proper Handling of Cases of High-altitude Littering and Falling Objects According to Law [EB/OL]. (2019-11-14) [2023-07-18]. The National People's Congress of the People's Republic of China // URL: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201911/f9197a5e778d4718bfcc4af13a587700.shtml>.

² The Amendment XI of the Criminal Law of the People's Republic of China [EB/OL]. (2020-12-16) [2023-07-18]. The National People's Congress of the People's Republic of China // URL: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/850abff47854495e9871997bf64803b6.shtml>.

³ Refer to Article 291-2 of the Criminal Law of China.

⁴ Supplementary Provisions (VII) of the Supreme People's Court and Supreme People's Procuratorate on the Enforcement of the Criminal Law of the People's Republic of China [EB/OL]. (2021-02-17) [2023-07-18]. Chinese Supreme People's Procuratorate website // URL: https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202102/t20210227_510055.shtml.

⁵ See: *Cao Bo*. The Justification for the «Criminalization» of Throwing Objects from Heights and its Systematic Interpretation [J] // *Hebei Law Journal*. 2021 (2). P. 158.

to the Criminal Law (XI)» implemented on March 1st, 2021, added a provision after Article 291-1 of the Criminal Law, formally incorporating the act of «throwing objects from a building or other high altitude with serious circumstances» into the scope of criminal law regulation and defining it as the crime of throwing objects from a high altitude. After the promulgation of the Amendment to the Criminal Law (XI), the crime of high-altitude littering was transferred from the initial inclusion in Chapter 2 of the Specific Provisions on Crimes Endangering Public Safety to Chapter 6 on Crimes Disturbing Social Order. This should be seen as the legislator's recognition of the problem and a shift towards the denial and revision of the relevant provisions in the «Opinions on the Trial of High-Altitude Littering».⁶

The Amendment to the Criminal Law (XI) introduces the offense of throwing objects from a height, primarily based on the following two considerations: Firstly, from the perspective of current demands of our era, entering the mid-to-late 20th century, due to the increase in uncertain risks created by human actions and institutional and technical risks, the concept of «risk society» was widely discussed abroad.⁷ In the context of the «risk society», the concept of proactive preventive criminal law has emerged. The offense of dangerous driving is a product of the proactive preventive criminal law perspective. The social harm caused by throwing objects from heights is no less than that caused by dangerous driving, as throwing objects from heights is more covert and sporadic.

Considering that dangerous driving, which affects «travel safety», is already subject to criminal law regulation, it is necessary to include the act of throwing objects from heights, which affects people's «safety above their heads», within the scope of criminal law regulation. Secondly, from the perspective of the current legal system in China, the existing civil liability mechanism for torts is difficult to effectively deter high-altitude littering behavior. Civil prosecution of high-altitude littering can only be pursued for those instances that have resulted in actual harm, while those acts that carry a significant risk of harm but have not resulted in actual damage are difficult to regulate under civil law. While high-altitude throwing behavior may pose a threat to the life, body or property of unspecified persons, thereby endangering public safety to some extent, it cannot be denied that there are also high-altitude throwing

behaviors that do not necessarily pose a threat to public safety. However, these high-altitude throwing behaviors may have a certain disruptive effect on public order.

Therefore, if only high-altitude throwing behaviors that endanger public safety are criminalized, those high-altitude throwing behaviors that do not endanger public safety but disrupt public order will be excluded from criminal punishment. Thus, it cannot effectively punish and prevent this type of high-altitude throwing behavior.⁸ Criminal law is the protective law of other branch laws, serving as the final line of defense for social defense in our country. When other branch laws are unable to effectively contain certain behaviors, criminal law should play its role as the last line of defense and incorporate them into the scope of criminal law regulation.

1.2. The Protective Legal Interest of high-altitude object throwing crime

The protected legal interest of the crime of throwing objects from high altitudes include the maintenance of social public order rather than public safety. The «Opinions on the Trial of High-Altitude Throwing» issued by the Supreme People's Court in 2019 pointed out that «incidents of high-altitude littering and falling objects continue to occur, posing serious threats to public safety.» Based on this, the legal interest violated by high-level paratrooper actions are public safety. Consequently, such actions should be deemed as criminal offenses of endangering public safety and should be punished accordingly. In the first draft of the Amendment to the Criminal Law (XI), the act of throwing objects from a height is stipulated in Article 114, paragraphs 2 and 3 of the Criminal Law: «Those who throw objects from a high altitude, endangering public safety, will be subject to detention or control and may also be fined or punished with a fine alone.» «If the aforementioned act causes injury or other serious consequences, and also constitutes another crime, the offender shall be punished according to the more severe provisions of the law.» This regulation still follows the tone set by the «Opinions on the Trial of High-Altitude Throwing» and identifies high altitude throwing behavior as an act that violates the public interest and endangers public safety.⁹ The Amendment to the Criminal Law (XI) passed on December 26, 2020 moved the crime of throwing objects from high altitude from Chapter 2 of endangering public safety to the first section of

⁶ See: *Zhang Mingkai*. The Denial of Judicial Interpretation and Its Problem-solving in the Amendment to the Criminal Law (XI) [J] // the Journal of Law. 2021 (2). P. 17.

⁷ See: *Lao Dongyan*. The Criminal Law Legislative View of Risk Society and Functionalism [J] // the Law Review. 2017 (6). P. 17.

⁸ See: *Chen Xingliang*. The Evolution of Legislative Ideas on Public Security Crimes: A Perspective from the Amendment to the Criminal Law (XI) [J] // The Journal of Law. 2021 (1). P. 50.

⁹ See: *Lin Wei*. Reflection on Legislation and Application of Doctrine of High Altitude Throwing Crime [J] // The Journal of Law. 2021 (3). P. 44.

disturbing public order in Chapter 6. This clearly indicates that the act of throwing objects from high altitude cannot infringe upon public safety, and the legal interest violated by such behavior are those of social public order.

Recognizing the protective legal interest of this offense as a safeguard for public order is advantageous for maintaining the coherence of criminal law system. Firstly, from the system positioning of the crime of throwing objects from a high place in the first draft of the Amendment to the Criminal Law (XI), it belongs to the crime of endangering public safety by dangerous methods under Article 114 of the Criminal Law. Actions that endanger the public by dangerous methods are highly dangerous behaviors. The act of throwing objects from a high place obviously does not have the same level of danger as arson, flooding, explosion, or the release of hazardous materials. It is a low-level dangerous behavior. Obviously, it is inappropriate to put it in Chapter 2 of the Criminal Law on crimes endangering public safety.

Placing the crime of throwing objects from a high place in Chapter 6 on crimes that disrupt social management order in the Amendment to the Criminal Law (XI) is conducive to maintaining the coordination of the criminal law system. Secondly, the statutory punishment for the crime of endangering public safety by dangerous methods is «imprisonment of not less than three years but not more than ten years.» In the first draft of the Amendment to the Criminal Law (XI), the statutory punishment for the crime of throwing objects from a high place is «detention or surveillance, and a fine or single fine.» The current Amendment to the Criminal Law (XI) provides that the statutory punishment for the crime of throwing objects from a high place is «imprisonment of not more than one year, detention, surveillance, and a fine or single fine.»

Whether it is the first draft or the current version of the Amendment to the Criminal Law (XI), the statutory punishment for the crime of throwing objects from a high place differs greatly from the statutory punishment for the crime of endangering public safety by dangerous methods. Article 144 of China's Criminal Law stipulates that the statutory maximum sentence for the crime of endangering public safety by dangerous methods is ten years' imprisonment, while the statutory maximum sentence for the crime of throwing objects from a high place is one year's imprisonment. Therefore, placing the crime of throwing objects from a high place under Chapter 6 of crimes against social order is conducive to maintaining the coordination of the Criminal Law system.

From the standpoint of protecting the public interest of social order, it is crucial to consider

the following factors in the understanding and application of the offense of throwing objects from a high altitude: Firstly, the act of throwing objects from high altitude cannot be considered as the crime of endangering public safety using dangerous methods. The legal interest protected by the crime of endangering public safety using dangerous methods is public safety, which belongs to a specific dangerous crime. On the other hand, the legal interest protected by the crime of throwing objects from high altitude is social public order, which belongs to an abstract dangerous crime. The danger posed by the two crimes is not homogeneous, and it is also difficult to argue that the latter crime can create the same degree of public danger required by the crime of endangering public safety using dangerous methods. Secondly, according to the provisions of Article 2 of the crime of throwing objects from heights, «if the aforementioned behavior also constitutes another crime, punishment shall be determined according to the provision with a more severe penalty.» As throwing objects from heights simultaneously infringes upon multiple legal interests, it will be treated as an imaginative joinder of offenses and subjected to a single punishment.

2. Current Situation of judicial determination of high-altitude object throwing crime

2.1. Before the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI)

Through the advanced search function provided by the China Judgment Document Network¹⁰, setting the cause of action as a criminal one, with the judgment deadline set as December 31, 2020. The case category was limited to criminal cases, and the document type was limited to judgments, with keywords such as «high-altitude throwing», «high-altitude falling objects», «high-altitude + throwing», «high-altitude + throwing and flinging», and «high places + throwing and flinging» employed. As a result, 130 court documents were retrieved, out of which 69 were found to contain valid judgments related to high-altitude throwing and were analyzed accordingly.

On the basis of the analysis of the above cases, it can be seen that the crime of high-altitude throwing before the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI) showed the following characteristics in China's judicial practice:

Firstly, the applicability of the crime of endangering public safety through dangerous methods presents a general trend. From the distribution of crimes, there were a total of 44 cases involving the crime of endangering public security by dangerous means, 11 cases of manslaughter,

¹⁰ China Judgment Document Network. URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: April 25, 2022].

6 cases of causing serious injury by negligence, 3 cases of major responsibility accidents, 2 cases of picking quarrels and provoking troubles, 2 cases of intentional destruction of property, and 1 case of intentional injury, totaling 7 charges. Among them, the utilization rate of the crime of endangering public security by dangerous means reached 63.77 %. Using the implementation date of the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing» on October 21, 2019 as a dividing point, there were 31 and 38 judgments before and after that date, respectively. The application rates of the offense of endangering public safety by dangerous means were 32.26 % and 89.47 % respectively. This indicates that in the practice of punishing high-altitude littering crimes, judicial organs in China show a preference for the crime of endangering public safety by dangerous means, and this preference has been further strengthened after the issuance of the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing».

Secondly, the evaluation of the same behavior differs. In Professor Yu Xiaohai's analysis of the judicial sentencing document for high-altitude parabolic crimes, there are five cases of high-altitude parabolic behavior that are not recognized as constituting the crime of endangering public safety by dangerous methods, which are essentially no different from other cases. For example, in the case of Li's high-altitude parabolic behavior, the expression «this court believes»: «Defendant Li caused trouble after drinking alcohol and arbitrarily damaged other people's property by throwing objects from a high altitude, and the circumstances were serious, and his behavior constituted the crime of provocation and troublemaking.»¹¹

In the case of intentional injury of Si 1, Lian and Stumari, the expression «this court believes» is that «the defendant threw a stone at the road where pedestrians passed by after drinking, causing the victim Si 2 to die after being injured, and his behavior constituted the crime of intentional injury.»¹²

These two characteristics indicate that under the social call for severe punishment of high-altitude throwing, the directional guidance of the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing» and the special preference of judicial organs for the crime of endangering public safety by dangerous methods, the punishment for high-altitude throwing is generally too strict, and the boundary between this crime and other crimes is blurred. Criminal Incidental Civil Judgment.

2.2. After the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI)

Through the advanced search in the China Judgment Documents Network, the cause of action was set as the criminal cause, the judgment start time was March 1, 2021, the deadline was April 25, 2022, the case type was criminal case, the document type was judgment, and the keywords of the full text were «high-altitude throwing», a total of 94 documents were retrieved.

On the basis of the analysis of the above cases, it can be seen that the crime of high-altitude throwing after the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI) showed the following characteristics in China's judicial practice:

Firstly, the boundary of the crime of endangering public safety with dangerous methods is ambiguous. Among the search results mentioned above, the author added the keyword «endangering public security by dangerous means» and found 20 relevant documents, only one of which, the Shanghai Lu Yongnian case¹³, was sentenced under this crime, while the others were sentenced under the crime of throwing objects from a high altitude. Among them, the public security organs have investigated 13 cases for suspected crimes of endangering public safety by dangerous methods, while the procuratorial organs have prosecuted for the crime of high-altitude throwing in these cases; the procuratorial organs have prosecuted for the crime of endangering public safety by dangerous methods, and the courts have sentenced for the crime of high-altitude throwing in 2 cases; the procuratorial organs have initially prosecuted for the crime of endangering public safety by dangerous methods and later changed it to the crime of high-altitude throwing in 2 cases. Adding the keywords «intentional injury», «intentional homicide», «intentional destruction of property», and «provoking trouble» separately for search yielded 0 results each. This indicates that the distinction between different crimes primarily lies in «high-altitude throwing» and «endangering public safety by dangerous methods» after the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI).

Secondly, the reasoning provided by the judge is not sufficiently clear. In the process of browsing the judgment documents, the author found that there were various manifestations of high-altitude projectile behavior, including high-altitude projectile behavior of drunken venting, high-altitude projectile behavior of seeking help, and high-altitude projectile behavior of cleaning up garbage, etc., but in the final reasoning part, the court only used defendant so-and-so to throw objects from buildings or heights, and the

¹¹ See the document: [2018] Shandong Province 0811 Criminal First-Trial Verdict No. 1021.

¹² See the document: [2019] Sichuan Province 34 Criminal Incidental Civil Judgment No. 1021.

¹³ See the document: [2021] Shanghai 0106 Criminal First-Trial Verdict No. 49.

circumstances were serious, and his behavior had constituted the crime of high-altitude throwing. For example, in the Li Jiabao case, the expression «this court believes» is, «The defendant Li Jiabao threw objects from the building, and the circumstances were serious, and his behavior constituted the crime of throwing objects from height.»¹⁴ In the case of Cheng involving the crime of high-altitude projectiles, the expression «this court believes» is, «The defendant Cheng threw objects at height, the circumstances were serious, and his behavior constituted the crime of high-altitude projectiles.»¹⁵ In Wang Jing's case, the court's reasoning was that «the prosecution charged defendant Wang Jing with the crime of throwing objects from height, and the sentencing recommendation was appropriate and should be adopted.»¹⁶

3. Issues in the judicial determination of high-altitude object throwing crime

3.1. The issue of retroactivity in the application of criminal law

After the promulgation of the Amendment to the Criminal Law (XI), almost all high-altitude thrown object cases that occurred before March 1, 2021 and have not been adjudicated or whose judgments have not been finally determined were ultimately convicted and punished under high-altitude object throwing crime, and the Lu Wei case is one of them. On November 28, 2020, at about 9:00 a.m., the defendant, Lu Wei, had an argument with his girlfriend. To vent his frustration, he pushed the automatic mahjong machine, which was placed in the living room, onto the balcony. As a result, the wooden cover and mahjong tiles on the machine fell to the public pedestrian walkway in the residential area below. Additionally, he also threw various components of the plastic-wrapped mahjong machine, including the metal base and chip drawer, from the balcony, which also fell to the public pedestrian walkway below. The final court ruled that the defendant Lu Wei was guilty of high-altitude object throwing crime, sentencing him to four months' imprisonment, suspended for six months, and a fine of RMB 3,000.

Regarding the legal classification of the defendant Lu Wei's behavior in this case, the court stated that «compared with the crime of endangering public

safety by dangerous methods, the penalty for the crime of high-altitude throwing is relatively light, and according to the principle of both the old and the light, the defendant Lu Wei should be convicted and punished as the crime of high-altitude projectiles by applying the provisions of paragraph 1 of Article 291-2 of the Criminal Law of the People's Republic of China as amended by the 2020 Amendment to the Criminal Law (XI) of the People's Republic of China.

In fact, high-altitude throwing behavior generally cannot produce the specific public danger required by Article 114 of the Criminal Law. Therefore, before the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI), there was a phenomenon of excessive expansion of the application of the crime of endangering public safety by dangerous methods in judicial practice.¹⁷ According to the non-retroactive principle of criminal law, if the perpetrator lacks explicit provisions for the punishment of their actions at the time of implementation, but is sentenced retrospectively based on changed regulations, it is clearly contrary to the concept of the principle of legality in criminal law.¹⁸ According to this viewpoint, if the act of throwing objects from a height by an individual does not constitute any other crime, throwing objects from a height that occurred before the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI) cannot be considered as a crime, and the old law should be applied after the amendment. However, in judicial practice, there is an opinion that the act of throwing objects from a height could have been considered as endangering public safety by dangerous methods before the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI), and should be regarded as the crime of throwing objects from a height after the amendment.¹⁹

3.2. The normative interpretation of the constituent elements is inaccurate

In the analysis of the current situation after the implementation of the Amendment to the Criminal Law (XI), the author proposes that the reasoning part of the judgment in criminal cases of high-altitude throwing usually simply states, «The defendant(s) threw objects from a building or high altitude, and the circumstances are severe, constituting the crime of high-altitude throwing.» This is precisely the objective element of the crime of high-altitude throwing, and almost every reasoning part of the

¹⁴ See the document: [2022] Zhejiang Province 0503 Criminal First-Trial Verdict No. 33.

¹⁵ See the document: [2022] Shanghai 0503 Criminal First-Trial Verdict No. 66.

¹⁶ See the document: [2022] Liaoning Province 0302 Criminal First-Trial Verdict No. 10.

¹⁷ *Li Jia*. Difficult Issues in the Application of the Crime of High-altitude Throwing [J] // Journal of Southeast University (Philosophy and Social Sciences Edition) the Journal of Law. 2021 (23). P. 105.

¹⁸ *Lin Dongmao*. A Review of Criminal Law [M]. Taipei: Taiwan Yipin Culture Press, 2009. P. 104.

¹⁹ See: *Liu Xianquan and Huang Nan*. The Retroactivity of the Provisions on New Crimes in the Criminal Law Amendment (XI) [N] // People's Court Daily. 2021 (6). May 27.

judgment document contains the terms «high altitude or building», «throwing», and «severe circumstances».

However, upon careful examination of the judgment document, it is not found that the degree of «severe circumstances» is explained, nor is the specific manifestation of «high altitude» and «throwing» described. In the criminal verdict of the Wang Jing high-altitude throwing case, the reasoning of the judgment is expressed as follows: «The public prosecution accuses the defendant, Wang Jing, of the crime of high-altitude throwing, and the charge is deemed valid. The recommended sentence is suitable and should be adopted. After committing the crime, the defendant, Wang Jing, voluntarily surrendered, truthfully confessed her own crimes, and thereby qualifies for self-surrender. She also willingly admitted guilt and accepted punishment. Furthermore, she took the initiative to compensate for some of the economic losses incurred by the victims, and obtained partial forgiveness from some of the victims. Therefore, she can be leniently punished in accordance with the law.»²⁰

After the addition of the offence of throwing objects from a height in the Amendment to the Criminal Law (XI), judicial organs must be wary of the potential crisis of over-application of this charge and avoid indiscriminately charging individuals for such offences without proper consideration, which could blur the distinction between general infractions and criminal behaviour.²¹

3.3. The boundary between other related offences is blurred

As mentioned previously, before the establishment of the offense of high-altitude littering, the majority of high-altitude littering behavior was considered as the crime of endangering public safety by dangerous means, with a small portion being deemed as intentional injury, intentional destruction of property, or provocation and troublemaking. Following the establishment of the offense of high-altitude littering, most cases of high-altitude littering have been identified as such, but there have been cases where the crime of endangering public safety by dangerous means has been utilized, such as in the case of Lu Yongnian in Shanghai, where the latter crime was applied.²²

In these cases, the focus of public attention is whether the behavior constitutes the crime of

endangering public safety by dangerous means and whether it should be punished according to that crime.²³ Nowadays, the tendency of criminal justice to respond to public opinion and to overemphasize criminal policy is becoming increasingly obvious, and the trend towards severe punishment is becoming more serious, resulting in the over-application of the crime of endangering public safety by dangerous means and the questioning of the objectivity, justice and reasonableness of judicial judgments. Therefore, distinguishing between the crime of high-altitude throwing and the crime of endangering public safety by dangerous means is a major challenge in judicial determination.

4. Improvement of judicial determination of high-altitude object throwing crime

Based on the analysis of the issues in the judicial determination of the crime of throwing objects from high places in the previous section, the author will solve how to improve the judicial determination of the crime by regulating the interpretation of the subjective and objective components of the crime of throwing objects from high places and defining its relationship with other offences.

4.1. Definition and identification of «high altitude»

How high it is called «high altitude» has not been explained in either the «Opinions on the Trial of High-altitude Throwing» or the «Amendment to the Criminal Law (XI)». According to the «Modern Chinese Dictionary», «high altitude» is defined as «the atmospheric layer with an isobaric surface above 850 millibars», but this definition obviously lacks reference value. Therefore, it is necessary to explore the concept of «high altitude» in the context of criminal law. Some experts believe that throwing from a relatively high height, such as from a mid-to-high altitude, can be interpreted as throwing objects from high altitude.²⁴ One viewpoint draws upon the definition of «high-altitude work», which refers to work performed at a height of 2 meters above a falling height benchmark. In conjunction with the typical height of a residential building's first floor, it is believed that a maximum distance of 2 meters from the ground to the highest point of

²⁰ See the document: [2022] Liaoning Province 0302 Criminal First-Trial Verdict No. 10.

²¹ *Li Jia*. Difficult Issues in the Application of the Crime of High-altitude Throwing [J] // Journal of Southeast University (Philosophy and Social Sciences Edition) the Journal of Law. 2021 (23). P. 106.

²² See the document: [2021] Shanghai 0106 Criminal First-Trial Verdict No. 49.

²³ *Fan Jianmin*. Review of the Over-application of the Crime of Endangering Public Safety by Dangerous Means [J] // Law and Business Research. 2016 (4). P. 99.

²⁴ *Liu Yingkai*. The Criminal Law Regulation and Restriction Interpretation of High-altitude Throwing Behavior [J] // Administrative and Law. 2021 (4). P. 110.

a thrown object during work is reasonable.²⁵ There is a viewpoint that states that any object that when thrown produces a danger to others due to gravity (as opposed to a danger produced by a horizontal throw or projection) can be considered to belong to the high altitude category. The specific altitude of the object should not be mechanically understood or limited.²⁶

The author agrees with the last perspective, which advocates for the establishment of legislation that criminalizes high-altitude littering. The focus is on protecting the safety of individuals from above. Therefore, it is necessary to explicitly define the range of «high-altitude» based on the inherent «physical harmfulness» of high-altitude littering.²⁷

The determination of «high altitude» in the context of criminal law focuses on the danger below the projectile caused by the gravitational potential energy of the projectile being converted into kinetic energy when it falls. The «building or other high altitude» stipulated in the crime of high-altitude projectiles is not limited to the sky far from the ground, and whether «high altitude» is not limited to the ground as a reference object.²⁸ The author believes that whenever a person throws an object from a high place, it should be understood as «throwing objects from a great height», if there is a possibility of causing harm to others in terms of personal injury and property damage.

4.2. Judicial determination of «serious circumstances»

The crime of high-altitude projectiles adopts the legislative model of circumstantial offences, that is, high-altitude projectiles can only constitute a crime if they meet the «serious circumstances». It is generally believed that the crime of high-altitude projectiles is a dangerous offender, and it is not entirely conditional on the occurrence of actual harm as a condition for criminalization.

Therefore, in judicial practice, the judgment of «serious circumstances» should focus on the nature of the high-altitude projectile itself, rather than the actual harmful consequences caused by the act. That is, the degree of social harm caused by the act should be comprehensively considered from the aspects of the perpetrator's motive, the place where the object is thrown, the circumstances of the thrown object and the consequences caused, and only when it reaches

the level of punishment can it be understood as «serious circumstances».

Overall, the judicial authorities should uphold the principle of modesty in criminal law and strictly control the scope of criminal liability. Generally speaking, «serious circumstances» can be divided into three levels. First, the subjective malice level of the perpetrator: those who repeatedly commit high-altitude throwing behavior; those who continue to engage in such behavior after being warned; those who engage in high-altitude throwing behavior again after being subject to criminal or administrative punishment; etc. Second, the level of danger of the behavior: throwing objects towards densely populated areas such as public roads and squares; throwing heavy objects, sharp objects, hazardous chemicals, etc. that may cause others to suffer minor injuries or more serious consequences; etc. Third, the level of harmful consequences of the behavior: throwing objects causing others slight injuries or significant property losses; seriously disturbing the order of public places due to throwing objects; causing serious adverse effects locally; etc.

Criminal law is the last resort to protect society, and if civil law and administrative law can make a negative evaluation of a certain high-altitude projectile behavior commensurate with the nature of the act, then criminal law should not be used. Although the crime of high-altitude projectiles is a typical misdemeanor, the scope of the criminal law should not be expanded because the severity of the punishment should not be light, but whether it seriously disturbed public order should be used as the substantive criterion. In judicial practice, it is more important to comprehensively examine the degree of social harm caused by the conduct, and only when it reaches the level of punishment can it be evaluated as «serious circumstances».

4.3. Subjective «intentional» judicial judgments

There are two different opinions in the academic community regarding the form of guilt for throwing objects from a high altitude. One viewpoint believes that the form of guilt for throwing objects from a high altitude is intentional, with a minority being directly intentional and the vast majority being generalized intentional. «In the case of throwing objects from a high altitude constituting a crime, the subjective psychological attitude held by the perpetrator is only

²⁵ See: *Zhang Weiwei and Gao Liping*. Judicial Recognition and Legislative Reflection on «High-altitude Projectiles» [J] // *Journal of Hebei University of Engineering (Social Science Edition)*. 2020 (4). P. 77.

²⁶ *Yu Tongzhi and Wang Shuo*. Several Issues in the Judicial Determination of High-altitude Projectile Criminal Cases [J] // *Application of Law*. 2022 (4). P. 130.

²⁷ *Yang Zhiguo and Fang Yumin*. Key Points in the Judicial Judgment of High-altitude Projectile Crimes [N] // *Procuratorial Daily*. 2021 (003). February 1.

²⁸ See: *Xiao Zhonghua*. Determining the Crime of Throwing Objects at High Altitude Based on Whether Legal Benefits Are Damaged [N] // *Procuratorial Daily*. 2021 (003). December 15.

a small part of clear direct intent, intending to harm, kill someone, or destroy something specific, and most perpetrators hold generalized intent...»²⁹ Another perspective holds that high-altitude littering can constitute intentional or negligent crimes, depending on the circumstances.³⁰ Using high-altitude throwing of objects causing injury to individuals as an example, «the vast majority of high-altitude throwing incidents that cause injury to individuals may involve criminal issues. Depending on the circumstances, they may constitute crimes of negligent or intentional injury...»³¹

The author agrees with the first view, which holds that high-altitude throwing can only be intentional. Regarding the offense of high-altitude throwing, in general circumstances, once the act of high-altitude throwing is completed, it will undermine the social consensus rule that prohibits the indiscriminate throwing of objects by people in high places, resulting in a disruption of social public order. Since the offense of high-altitude throwing is an abstract endangerment crime, its harmful behavior and non-material consequences occur simultaneously. Therefore, in cases where the perpetrator intentionally engages in high-altitude throwing, it is sufficient to establish that the perpetrator is aware of the harm caused by their actions to the social consensus rule and that they hold an attitude of at least tolerating such harmful consequences. Thus, the subjective culpability form of the offense of high-altitude throwing can only be intentional, either directly or indirectly.

In judicial practice, there are two points to consider when determining whether the perpetrator has criminal intent subjectively: firstly, it is necessary to correctly identify «throwing» and distinguish between high-altitude throwing and high-altitude falling objects. In modern Chinese language context, «throwing» has various meanings such as «to throw», «to toss», «to discard» and «to abandon». The so-called high-altitude falling objects usually refer to objects falling or dropping from buildings or people at high altitudes.³² The essential difference between high-altitude throwing and high-altitude falling lies in the different manifestations of subjective guilt. The former is intentional, while the latter is negligent. Secondly, intention refers to whether the

perpetrator intended to engage in the act of high-altitude throwing, not whether they intended the resulting harm caused by the act of high-altitude throwing. The perpetrator's intention lies in the act of throwing, while their knowledge of the potential harm resulting from the act should be established. Regarding non-direct intentional throwing and negligent falling, under the current legal framework, they are predominantly governed by civil liability rather than criminal evaluation.³³

4.4. Clarifying the relationship between high-altitude object throwing crime and other crimes

Based on the thrown objects, the harms caused, and the purpose of standard protection, «high altitude littering» can be classified into three types. The first type refers to high altitude littering behavior that usually does not pose a threat to personal and property safety, such as discarding waste paper, feces, and other filthy objects. The second type refers to high altitude littering behavior that generally poses a moderate risk to personal and property safety, such as throwing various blunt objects, sharp objects, and other objects with sufficient physical destructive power. The third type refers to high altitude littering behavior that typically poses a severe threat to the personal and property safety of an unspecified majority of people. This includes throwing combustibles, explosives, toxic, radioactive, and infectious substances, as well as throwing various blunt objects, sharp objects, and other objects with sufficient physical destructive power at specific high-risk targets such as vehicles in motion, highways, airports, and other specific locations.³⁴

Regarding the high-altitude littering behavior of the first and second type, it can be divided into high-altitude littering behavior with actual harmful consequences and high-altitude littering behavior without actual harmful consequences. Intentional high-altitude littering behavior poses a risk of causing bodily harm to others, but if it does not result in any actual injury to individuals, it is difficult to be convicted of intentional harm under China's judicial practice, which does not punish attempted intentional harm. After the promulgation of the Amendment to the Criminal Law (XI), the act of throwing objects

²⁹ *Cao Bo and Wen Xiaoli*. Rules for Judicial Determination of High-altitude Projectiles Endangering Public Safety [J] // *Journal of Guizhou University (Social Science Edition)*. 2020 (3). P. 100.

³⁰ See: *Zhang Mingkai*. Criminal Law Analysis of High-altitude Parabolic Cases [J] // *Law Review*. 2020 (3). P. 24.

³¹ *Guo Hua*. Those with Serious Consequences of High-altitude Projectiles Should Be Held Criminally Responsible [N] // *People's Political Consultative Conference Daily*. 2019. (012). August 6.

³² *Peng Wenhua*. Interpretation and Application of the Provision on High-altitude Parabolic Throw in the Amendment to the Criminal Law (XI) [J] // *Journal of Suzhou University (Philosophy and Social Sciences Edition)*. 2021 (1). P. 56.

³³ *Yu Tongzhi and Wang Shuo*. Several Issues in the Judicial Determination of High-altitude Projectile Criminal Cases [J] // *Application of Law*. 2022 (4). P. 130.

³⁴ *Wei Dong and Zhao Tianqi*. The Normative Purpose and Technical Selection of Criminal Law Amendments: Taking the Amendment to the Criminal Law (XI) (Draft) as a Reference [J] // *Rule of Law Research*. 2020 (5). P. 59.

from a high place that only poses an abstract danger will be included as a criminal offense.³⁵ It does not require the occurrence of actual harm. Therefore, for acts of throwing objects from a height that have not caused actual harm, it should be determined whether the behavior meets the constitutive elements such as «throwing objects from a building or other high place» and «severe circumstances» based on the aforementioned interpretation of the constituent elements, thus establishing that such behavior falls under the criminal regulation of the crime of throwing objects from a height. The actual harm resulting from the act of throwing objects from a height usually manifests as infringement of others' rights to life, physical health, and property. According to the provisions of Article 2 of the high-altitude object throwing crime, «If there is behavior described in the preceding paragraph that also constitutes another crime, the defendant shall be punished according to the heavier punishment.» If the act of throwing objects from a high altitude also meets the constitutive elements of intentional homicide crime, intentional injury crime, or intentional destruction of property crime, then high-altitude object throwing crime and intentional homicide crime, intentional injury crime, or intentional destruction of property crime will compete with each other, and this is a situation of inclusive competition. According to the principle of inclusive competition, the application is a two-step process: the holistic law is superior to the partial law in the first step, and harsher punishments in law are superior to lenient punishments in the second step. Although high-altitude object throwing crime is superior to intentional homicide crime, intentional injury crime, or intentional destruction of property crime as a holistic law, according to the principle that the heavier law is superior to the lighter law, the defendant should be convicted and punished according to the crime with the heavier punishment, which is in accordance with the provisions of the Criminal Law on high-altitude object throwing crime.

With regards to the third category of behavior, throwing harmful, flammable, and explosive objects from buildings or heights, such as gas canisters, in this situation, throwing objects from a height belongs to a category of dangerous methods equivalent to arson, drowning, and releasing hazardous substances. Throwing objects from a height poses a threat to public safety. The main difference between the concurrence of law articles and imagined concurrence is whether there is an inclusive or overlapping relationship between the specific criminal constitutions of several crimes. There is no such relationship between the elements of the crime of throwing objects from high altitudes and the elements of the crime of endangering

public safety by dangerous means, therefore, the crime of throwing objects from high altitudes competes imaginatively with the crime of endangering public safety by dangerous means and should be punished according to the more severe crime. Article 114 of the Criminal Law stipulates that the statutory penalty for endangering public safety by dangerous means is «imprisonment for more than three years but less than ten years». Article 291 of the Criminal Law also stipulates that the statutory penalty for throwing objects from high altitudes is «imprisonment for less than one year, detention, or control, and a fine in addition to or instead of imprisonment». Therefore, for the behavior of throwing harmful, flammable and explosive objects from buildings or heights that harms public safety, the crime of endangering public safety by dangerous means should be used to convict and punish.

Conclusion

The separate criminalization of high-altitude littering behavior demonstrates that China's criminal legislation fully considers and timely responds to social demands and public appeals, and it is another solid example of positive view of criminal law legislation. China's judicial practice has established the judicial sentencing rules for high-altitude littering crimes through self-deduction, but the judicial stance and methods reflected in this empirical rule have many problems that need to be corrected. The crime of high-altitude littering is a generalized conclusion of high-altitude littering behavior that should be treated as a minor offense based on reflections on many problems existing in past judicial practices, rather than a «master key» for handling all high-altitude littering behaviors. This legislative creation provides an opportunity to correct the deviation of judicial practice, but it does not completely respond to the fundamental problems in judicial practice. «Most laws are concretized through continuous judicial sentencing processes, gaining their final clarity and then being applicable to specific cases. Many provisions are, in fact, part of the current law by judicial decision.»³⁶ In the constructive interpretation of the crime of high-altitude littering, it is necessary to systematically, coherently, and properly define the elements of infringement of legal interests, «high-altitude», «serious circumstances», subjective intent, and other constitutive elements. It also requires a more pragmatic perspective to distinguish high-altitude object throwing crime from other related intentional crimes, thus jointly improving the judicial determination of high-altitude object throwing crime.

³⁵ Zhou Jie. Legislative Analysis and Application Difficulties of the «high-altitude object throwing crime» [J] // Northern Jurisprudence. 2021 (6). P. 110.

³⁶ Karl Larenz. Methodology of Law/translator: Chen Aie [M]. Beijing : Commercial Press, 2003. P. 20.

REFERENCE

1. *Karl Larenz*. Methodology of Law / translator: Chen Aie. — Beijing : Commercial Press, 2003.
2. *Lin Dongmao*. A Review of Criminal Law. — Taipei : Taiwan Yipin Culture Press, 2009.
3. *Cao Bo*. The Justification for the «Criminalization» of Throwing Objects from Heights and its Systematic Interpretation // Hebei Law Journal. — 2021 (2).
4. *Zhang Mingkai*. The Denial of Judicial Interpretation and Its Problem-solving in the Amendment to the Criminal Law (XI) // The Journal of Law. — 2021 (2).
5. *Lao Dongyan*. The Criminal Law Legislative View of Risk Society and Functionalism // The Law Review. — 2017 (6).
6. *Chen Xingliang*. The Evolution of Legislative Ideas on Public Security Crimes: A Perspective from the Amendment to the Criminal Law (XI) // The Journal of Law. — 2021 (1).
7. *Lin Wei*. Reflection on Legislation and Application of Doctrine of High Altitude Throwing Crime // The Journal of Law. — 2021 (3).
8. *Li Jia*. Difficult Issues in the Application of the Crime of High-altitude Throwing // Journal of Southeast University (Philosophy and Social Sciences Edition). The Journal of Law. — 2021 (23).
9. *Liu Xianquan and Huang Nan*. The Retroactivity of the Provisions on New Crimes in the Criminal Law Amendment (XI) // People's Court Daily. — 2021 (6).
10. *Fan Jianmin*. Review of the Over-application of the Crime of Endangering Public Safety by Dangerous Means // Law and Business Research. — 2016 (4).
11. *Liu Yingkai*. The Criminal Law Regulation and Restriction Interpretation of High-altitude Throwing Behavior // Administrative and Law. — 2021 (4).
12. *Zhang Weiwei and Gao Liping*. Judicial Recognition and Legislative Reflection on «High-altitude Projectiles» // Journal of Hebei University of Engineering (Social Science Edition). — 2020 (4).
13. *Yu Tongzhi and Wang Shuo*. Several Issues in the Judicial Determination of High-altitude Projectile Criminal Cases // Application of Law. — 2022 (4).
14. *Yang Zhiguo and Fang Yumin*. Key Points in the Judicial Judgment of High-altitude Projectile Crimes // Procuratorial Daily. — 2021 (003).
15. *Xiao Zhonghua*. Determining the Crime of Throwing Objects at High Altitude Based on Whether Legal Benefits Are Damaged // Procuratorial Daily. — 2021 (003).
16. *Cao Bo and Wen Xiaoli*. Rules for Judicial Determination of High-altitude Projectiles Endangering Public Safety // Journal of Guizhou University (Social Science Edition). — 2020 (3).
17. *Zhang Mingkai*. Criminal Law Analysis of High-altitude Parabolic Cases // Law Review. — 2020 (3).
18. *Guo Hua*. Those with Serious Consequences of High-altitude Projectiles Should Be Held Criminally Responsible // People's Political Consultative Conference Daily. — 2019 (012).
19. *Peng Wenhua*. Interpretation and Application of the Provision on High-altitude Parabolic Throw in the Amendment to the Criminal Law (XI) // Journal of Suzhou University (Philosophy and Social Sciences Edition). — 2021 (1).
20. *Wei Dong and Zhao Tianqi*. The Normative Purpose and Technical Selection of Criminal Law Amendments: Taking the Amendment to the Criminal Law (XI) (Draft) as a Reference // Rule of Law Research. — 2020 (5).
21. *Zhou Jie*. Legislative Analysis and Application Difficulties of the «high-altitude object throwing crime» // Northern Jurisprudence. — 2021 (6).

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

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

Чжан Цзихун,
профессор Шанхайского университета политических наук и права, Китай
e-mail: pangdongmei71@163.com

Цао Ицзюнь,
аспирант кафедры международного права Шанхайского университета политических наук и права, Китай
e-mail: pangdongmei71@163.com

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

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

© Чжан Цзихун, Цао Ицзюнь, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.041-049

Аннотация. Закон о защите личной информации Китайской Народной Республики был официально введен в действие 1 ноября 2021 г. Появление этого Закона связано с воплощением идеи развития, ориентированного на людей, и представляет собой китайский опыт решения проблем защиты личной информации, с которыми сталкивается международное сообщество. Эта статья посвящена развитию китайского Закона о персональных данных, объясняет законодательную цель принятия данного Закона, а также выделяет семь основных его моментов и дает две важные характеристики. Кроме того, в статье делается акцент на ведение судебных разбирательств в общественных интересах китайской прокуратуры по защите личной информации, указываются недостатки этой системы с целью ее максимального совершенствования и развития.

Ключевые слова: защита персональной информации; судебный процесс в интересах прокуратуры; 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.

¹ Часть I см.: Юридическая наука в Китае и России 5/22. Ежегодник. 2022. С. 25—36.

3. Chinese procuratorial public interest litigation on personal information protection

3.1. The development of Chinese procuratorial public interest litigation

The premise of the public interest litigation system is to protect the public interest. Therefore, the understanding of the public interest litigation system should be based on the understanding of the concept of public interest. Public interest is an important part of the daily language of law, and it is clearly reflected in the laws and regulations of many countries. But despite this, the connotation of public interest has not yet formed a unified standard in academia. American scholar John Rawls advocates the indivisibility and publicity of public interest, and believes that public interest must be provided through a political process, and all citizens should accept the same amount of this.² The American jurist Pound advocated dividing interests into three categories, namely: public interest, social interest and personal interest. Simply put, in Pound's concept, public interest is actually equivalent to national interest, and social interest is the interest that is closely related to social life and personal life.³

From this point, we can see that Pound's concept of public interest actually does not conform to the common perception of our Chinese scholars. There is no distinction between «social public interest» and «public interest» in the formulation of Chinese law. The latter is just a simple term for the former. Some scholars in China believe that public interest refers to the public interest of all members of society. If we accept that the starting point of the law is to protect the public interest, then it is to protect the personal interest of every citizen.⁴ This view violates the general consensus of the Chinese academic circles on the connotation of public interest, so it is worthy of further discussion. In fact, public interest involves the interest of an unspecified majority in society, neither the interest of all members of the society, nor the interest of a specific majority. This view has been recognized by most scholars in the Chinese legal field.

Public interest litigation is a lawsuit filed to protect national interests and social public interest. It is divided into civil public interest litigation and administrative public interest litigation. While the procuratorial public interest litigation is a public interest litigation initiated by the procuratorial organ. Looking back, as early as the ancient Roman period, the germination of the public interest

litigation system had already appeared. However, because the application of the system was not perfect at the time, it did not continue. The public interest litigation system with modern significance was born in the United States in the 1960s and 1970s, and its main areas were environmental protection and gradually expanded. In this process, the public interest litigation system further spread to other countries and regions in the world, setting off a worldwide trend of judicial reform. The theoretical basis of public interest litigation mainly comes from the concepts of objective litigation and subjective litigation created by the French jurist Leon Duguit. This group of concepts has been widely used in the research process of procedural law in civil law countries, and has laid a solid theoretical foundation for the public interest litigation system in civil law countries. Objective litigation and subjective litigation are a set of relative concepts, but there are still many differences between these two concepts.

First of all, from the perspective of value goals, the establishment of subjective litigation is to solve the problem of individual rights; while objective litigation exists for the purpose of safeguarding public interests and social order. Secondly, subjective litigation requires that the plaintiff must have an interest in the subject of the litigation, and the final litigation judgment is only legally effective for the litigants; while the objective litigation is just the opposite, which does not require the plaintiff to have a certain interest in the subject of the litigation. At the same time, the legal effect of objective litigation judgments may not only extend to litigants, but also include other people related to the public interest. As long as we clarify the difference between objective litigation and subjective litigation, we can find that traditional civil and administrative litigation are basically subjective litigation, while procuratorial public interest litigation belongs to the category of objective litigation. Compared with traditional litigation, procuratorial public interest litigation is based on safeguarding the public interest as the starting point and end point. And also because the procuratorate is the public authority of the country, it should also follow the principle of statutory authority in the process of initiating public interest litigation by the procuratorate.

In China, public interest litigation remains a relatively young legal system. In 2012, in the process of revising *Civil Procedure Law*, China established a public interest litigation system for the first time. Then in 2014, the procuratorial public interest litigation system also took shape. The idea of exploring the establishment of a public interest litigation system

² See: *John Rawls. Justice* [M]. Translated by He Huaihong, He Baogang, Liao Shenbai. Beijing, China Social Sciences Press, 1997. P. 257.

³ See: *Roscoe Pound. Jurisprudence* [M]. Translated by Liao Deyu. Beijing, legal press. 2008. P. 18.

⁴ See: *Wang-Liming. Chinese Civil Code Scholars' Suggestions and Legislative Reasons* [M]. Beijing, legal press. 2005. P. 19.

by the people's procuratorate was firstly proposed on The Fourth Plenary Session of the Eighteenth Central Committee of the Party. Subsequently, Chinese law officially gave the people's procuratorate the function and power to file public interest litigation in June 2017.

The reason why legislators have to specialize the prosecution function of public interest litigation on the basis of the existing public interest litigation system is as follows. First of all, the establishment of a public interest litigation system initiated by procuratorate is of great significance for expanding the scope of procuratorial supervision, improving the pattern of procuratorial supervision, and promoting the innovative development of the socialist procuratorial system with Chinese characteristics. The role of the procuratorate in China is the state's legal supervision agency. In 2017, the civil procedure law and the administrative procedure law were revised again, which expanded the scope of supervision of procuratorial organs, and was a milestone for procuratorate. It is another major reform of the socialist judicial system and litigation system with Chinese characteristics, which has profoundly changed the traditional pattern of litigation supervision by procuratorate. In addition, the establishment of a public interest litigation system initiated by procuratorial organs is of great significance for further improving the judicial protection mechanism of national interests and social public interests. For a long time, Chinese public welfare maintenance system has been relatively weak. Because some litigants lack the motivation and ability to initiate civil public interest litigation, and administrative organs' illegal exercise of their powers or omissions cause damage to the national interest and public interest, and there is a lack of competent administrative public interest litigation subjects, a large number of national and social public interests are affected. In that case, There are lots of infringements cannot be corrected in time in the society. If such illegal activities are ignored and allowed to develop, on the one hand, it is impossible to fundamentally reverse the administrative chaos in some localities and departments, and on the other hand, it may turn some emerging problems into criminal offenses. Therefore, the establishment of a public interest litigation system initiated by procuratorate complements the shortcomings of the current public interest maintenance system and can protect national interests and social public interests to the greatest extent.⁵

Importantly, only Chinese people's procuratorate can initiate administrative public interest litigation in the world. Major countries in the western world, such as France, Germany, Japan, the United States,

the United Kingdom, etc., have more or less stipulated in their national laws for procuratorates' initiation or participation in civil public interest litigation, but as for administrative public interest litigation, most countries do not have corresponding laws and regulations. Even if some countries have similar provisions in their legislation, it is not the real sense of the procuratorate to initiate administrative public interest litigation. Taking Germany and the United Kingdom as examples, German procuratorates only have the right to participate in administrative public interest litigation, but they do not have the power to initiate an administrative public interest litigation. In other words, in administrative public interest litigation, the procuratorates can participate in the process of applying the law, but it definitely cannot file the lawsuit as the plaintiff. While in the United Kingdom, it is stipulated that the attorney general can apply for judicial review involving public welfare for citizens in his own name, that is, to authorize citizens to file administrative lawsuits in the name of the attorney general. But in practice, once the attorney general has applied for relevant judicial review for citizens, he will no longer pay attention to the damaged public interest, and he will rarely initiate public interest litigation in his own name.

The main culprit for the above phenomena is that the countries of the civil law system and the common law system have completely different ways of positioning the procuratorates' functions from the ones China has. The procuratorates in the countries with over two major legal systems belong to the order of administrations and do not have the power of supervision over other administrations, simply playing their role as litigation organs. However, in China, *the Constitution* gives the people's procuratorates the legal supervision function. As a representative of the public interest, they can act as a fair third party in the event of a situation in which the administrative agency's failure to perform its duties causes damage to the public interest, urging administrations to actively perform their duties.

In fact, before the procuratorial public interest litigation system was implemented in China, it was the agencies and relevant organizations prescribed by law who had the right to initiate public interest litigation. Notwithstanding, the above-mentioned agencies and organizations often appear to be absent in practice, causing the damaged public interest to appear unprotected. The reason behind this may be that the above eligible subject takes their own interests into accounts or lacks litigation ability by virtues of unfamiliarity with the law. By contrast, the people's procuratorate is usually in a neutral position and generally does not involve the case and its own interests. What's more,

⁵ See: *People's Procuratorate of Dongsheng District, Ordos*. The Significance of Establishing a Public Interest Litigation System by the Procuratorate // URL: http://www.ordosds.jcy.gov.cn/gyss/201802/t20180227_2153025.shtml (accessed: December 2, 2021).

the procuratorate is legally professional and has the ability to initiate litigation procedures efficiently and accurately, so that it can give full play to the legal supervision function and promote administration by law and strict enforcement. Therefore, China formally introduced a public interest litigation system for procuratorates since then, and pioneered the world's first legal system for procuratorates to initiate administrative public interest litigation. In summary, the establishment of a public interest litigation system initiated by procuratorate plays an important role in further improving the administrative power restriction and supervision system.

The establishment of a public interest litigation system initiated by procuratorate has created a new type of judicial supervision model, which is organ supervising organ. To some degree, this is a milestone progress in the construction of judicial governance. Initiating administrative public interest litigation through procuratorate, supervising administrative organs' strict law enforcement and administration according to law, and clarifying the duties of administrative organs to perform their duties through court trials are in line with Chinese internal requirements for actively promoting the construction of a country under the rule of law in recent years.⁶

3.2. The applicable conditions of Chinese procuratorial public interest litigation

3.2.1. Responsible subject: personal information processor

Unlike GDPR, the Chinese legislation just uses the concept of personal information processors in general. It does not distinguish the controller and the processor of data, and it does not have any internal hierarchical division of the responsible entities that can substantially affect the rights and interests of personal information. The personal information processor refers to an organization or individual that autonomously determines the purpose and the means of processing in personal information processing activities, which can be divided into departments that perform personal information protection duties in the sense of public law and operators and service providers in the sense of private law. Since these two types of subjects differ sharply in the purposes, methods, and effects of processing personal information, and there is currently no differentiated regulation on them in legislative practice, many Chinese scholars argue that the types of public interest litigation

should be differentiated according to different subjects in judicial practice.

It is worth mentioning that, as one of the characteristic innovations, *Chinese Personal Information Protection Law* borrows from *the EU's Digital Market Law (Draft)* and introduces special obligations (gatekeeper clauses) for important Internet platforms. Gatekeepers are the core concept in *the EU's Digital Market Law» (draft)*. The draft adopts qualitative and quantitative standards to clarify which platforms may act as gatekeepers. *The Digital Market Law* is essentially the EU's anti-monopoly law, so the definition of gatekeepers also focuses on «platform». That is: whether there are other third-party commercial customers that provide services to users in the business form, and the existence of third-party merchants (also called third party or business users) is the core feature of the «platform». Therefore, under this law, the requirements for gatekeepers are mostly reflected in competition law considerations, that is, gatekeepers must not compete with third-party merchants in the ecology unequally. For example, merchants can find business opportunities on the platform, but merchants should also be allowed to complete transactions through their own applications or websites.

Chinese Personal Information Protection Law essentially borrows this idea, but applies it to the field of personal information protection and governance, allowing platform companies to play a greater role in personal information protection and governance. For example, the platform is required to stop providing services to product or service providers in the platform that severely violate laws and administrative regulations to process personal information. *Chinese Personal Information Protection Law* added the duty of gatekeeper companies to protect personal information in line with the global trend of Internet governance, which can more effectively protect the personal information of natural persons.⁷ However, the identification standards and the content of obligations for gatekeeper enterprises still need to be further demonstrated and refined.

3.2.2. Cause of action: infringing the rights and interests on many individuals

To be clear, acts that infringe upon the rights and interests of many personal information must be triggered by personal information processing, including two modes of action and inaction.⁸ For example, the use of personal information by information processors without the explicit consent of the information

⁶ See: *People's Procuratorate of Dongsheng District, Ordos*. The Significance of Establishing a Public Interest Litigation System by the Procuratorate.

⁷ See: *Zhang-Xinbao*. Research on the establishment of special obligations for personal information protection of gatekeepers in the Internet ecology // China Civil and Commercial Law Net: URL: <http://www.civillaw.com.cn/zt/t?id=37845> (accessed: December 2, 2021).

⁸ See: *Cheng Xiao*. Understanding and Application of Personal Information Protection Law [M]. Beijing : Chinese legal system press, 2021. P.509.

subject is a typical action model, while remedial measures failing to be taken immediately after a large-scale information leakage incident is a typical mode of inaction.

In recent years, with the advent of the big data era, the leakage of individuals' personal information has become increasingly serious. Frequent harassing phone calls and text messages not only affect the quality of life of individuals, but also infringe on the legitimate rights and interests of them. We often say that the personal information should be protected from infringement. In fact, it is not only the information itself that needs to be protected, but also the legitimate rights and interests of many individuals that are carried behind the information. Furthermore, as the information leakage gets exacerbated, a black industry chain about personal information has gradually formed, and a large amount of personal information is at the hands of middlemen and illegal users who resell the information to earn the price difference. Under these circumstances, every individual is very likely to become the next potential victim of infringement. As a result, cases of infringement of citizens' personal information are often targeted at an unspecified majority of people, and the scope of infringement is a typical social public interest. As a result, cases of personal information infringement are often aimed at an unspecified majority of people, belonging to typical social public interests. Accordingly, the personal information protection has the attributes of public interest and conforms to the scope of protection of public interest litigation. In practice, due to the wide distribution and large number of victims, many of the victims' rights have been violated without knowing it and unable to protect their legitimate rights and interests. At the same time, the difficulty of securing evidence and the high cost of safeguarding rights have also become a dilemma for citizens who are unwilling to take up legal weapons to protect their rights and interests. The Personal Information Protection Law adopted a legal form that clarified that procuratorial organs have the right to initiate public interest litigation for the protection of personal information. Public interest litigation provides sufficient legal basis and reflects the advantages of Chinese procuratorial public interest litigation system. It can effectively combat illegal and criminal acts that infringe on citizens' personal information, and protect public interests to the greatest extent from harm.

3.2.3. Litigation subject: the people's procuratorate, the consumer organization specified by the law and the organization determined by the national cyberspace administration

3.2.3.1. *The people's procuratorate*

A special talk about exploring the establishment of a public interest litigation system by procuratorate has been released in the *Decision of the Central Committee of the Communist Party of China on Several Major Issues Concerning the Comprehensive Promotion of the Rule of Law*. The *Desion* pointed out that the supervision of procuratorate on administrative violations is mainly to investigate and handle cases of corruption, bribery, malfeasance and infringement by administrative staff in accordance with the law, and the scope is relatively narrow at present. The actual situation is that administrative violations constitute criminal offenses, after all, only a minority of them, and more of them are acts of disorder and omission. And the purpose of making this provision is to prompt the procuratorate to make timely suggestions and urge them to correct the illegal acts of the administrative organs and their staff discovered in law enforcement cases. This reform can start with the establishment of a supervision and prosecution system and the improvement of the procuratorial suggestion working mechanism. It has also mentioned that the initiation of public interest litigation by the procuratorate is conducive to optimizing the allocation of judicial powers, improving the administrative litigation system, and promoting the construction of a government under the rule of law.⁹

Based on the above, in recent years, remarkable achievements have been gained by the people's procuratorate in exploring and expanding personal information protection public interest litigation. In Chinese judicial practice, the people's procuratorate have gradually become the main prosecutors in personal information protection public interest litigation, giving full play to their legal supervision functions and achieving good implementation results. According to that, in the process of drafting and enacting the *Personal Information Protection Law*, China has taken the people's procuratorate as one of the prosecutors of the personal information protection public interest litigation, and fixed this in the form of law to protect personal information in practice, also providing a direct legal basis for such system. The reason why the legislator regards the people's procuratorate as the statutory litigation subject is that the function of the people's procuratorate is to be a legal supervision agency, representing the public interest. When personal information is infringed, the people's proc-

⁹ See: *China Government Network*. The Decision of the Central Committee of the Communist Party of China on Several Major Issues Concerning the Comprehensive Promotion of the Rule of Law // URL: http://www.gov.cn/zhengce/2014-10/28/content_2771946.htm [accessed: December 2, 2021].

uratorate initiating a public interest litigation is a statutory duty. Besides, the people's procuratorate is proficient in litigation procedures, having professional legal practitioners, and better litigation capabilities than other agencies, organizations and individuals¹⁰.

3.2.3.2. The consumer organization specified by the law

Since a public welfare organization has been legally established in China and engaged in the protection of consumer rights and interests for a long time, it has become one of consumer organizations' basic duties to protect the personal information rights of many consumers. Under existing public interest litigation system in China, for acts that infringe on the rights and interests of many consumers, the public interest litigation rights of some consumer organizations have been recognized by relevant separate laws¹¹.

There have also been cases in which consumer organizations filed public interest litigation for the protection of personal information in the courts in judicial practice, such as *Infringement dispute between Jiangsu Consumer Rights Protection Committee and Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd*¹². In this case, the Consumer Protection Commission of Jiangsu Province sent the *Investigation Letter on the Issue of Obtaining Permissions for Mobile Apps* to Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd. regarding the infringement of personal information security by mobile apps. The company was asked to send personnel to accept an interview about the related problems of his two mobile apps, namely «Mobile Baidu» and «Baidu Browser».

However, the company only briefly explained the problem in writing, and evaded the obligation of notification and selection of authority to the mobile phone operating system, and passively responded to the investigation of the Provincial Consumer Protection Commission. Under the urging and public supervision of the Provincial Consumer Protection Committee for many times, Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd. came to accept the interview in November 2017. However, in the final rectification plan submitted, the «phone monitoring», «reading SMS MMS», «reading contacts» in «Mobile Baidu», «Baidu Browser» two apps and other related authority issues related to the security of consumers' personal information have not been rectified. At the same time,

there are no clear measures to remind consumers of the purpose, method, and scope of the rights that the APP applies for and for consumers to choose, which cannot effectively protect consumers' right to know and choose¹³.

In this regard, the Jiangsu Provincial Consumer Protection Committee believes that the two mobile apps «Mobile Baidu» and «Baidu Browser» did not inform consumers of the various permissions and purposes they obtained before they were installed. And it also obtains authorities such as «monitor phone calls, locate, read SMS, read contacts, modify system settings» and so on without the user's consent. The above authorities are not necessary to provide normal services and are beyond reasonable scope. According to the relevant provisions of the Consumer Rights Protection Law, Network Security Law, and Regulations on the Protection of Consumer Rights and Interests of Jiangsu Province, operators should clearly state the purpose, method and scope of the collection and use of personal information, and the consumers' agree; the collection of consumer personal information by business operators shall comply with the principles of fairness, lawfulness and necessity, and shall not exceed the above-mentioned principles to obtain authority, let alone illegally collect consumer personal information.

Accordingly, the Jiangsu Provincial Consumer Protection Committee filed a lawsuit with the Nanjing Intermediate People's Court in accordance with the law, requesting the court to rule Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd. to stop its related infringement. The person in charge of the Jiangsu Provincial Consumer Protection Committee stated that the use of public interest litigation as a tool for apps infringing personal information security is aimed at protecting the legitimate rights and interests of many consumers, including but not limited to Jiangsu. The initiation of the public interest lawsuit not only requires Beijing Baidu Netcom Technology Co., Ltd. to stop related violations of laws and infringements, but also promotes the entire mobile App industry to attach great importance to and consciously protect consumer information security. Only safety and convenience can meet the real needs of consumers and promote the healthy development of the mobile app industry¹⁴.

It can be seen that, to a certain extent, the above case extends that consumer organizations, as the

¹⁰ See: Zhang-Xinbao & Lai-Chengyu. Understanding and Application of the Public Interest Litigation System for the Personal Information Protection [J] // Journal of the National Prosecutors College. 2021 (5). P. 63.

¹¹ See: Dong-Chucha. On the optimized approach of personal information protection public interest litigation from the perspective of risk society [J] // Academic Exploration. 2020 (12). P. 124.

¹² See: *Civil Written Order in Suzhou*. No. 01, 2018.

¹³ See: *China Central Television*. Jiangsu Provincial Consumer Protection Commission filed a public interest lawsuit against Baidu Expert: optimistic about its success // URL: http://finance.cnr.cn/315/gz/20180107/t20180107_524089964.shtml [accessed: December 2, 2021].

¹⁴ See: *Xinhua Net*. Jiangsu Provincial Consumer Protection Commission filed a public interest lawsuit against Baidu // URL: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1588987596905776748&wfr=spider&for=pc> [accessed: December 2, 2021].

main subject of prosecution of personal information protection public interest litigation, have accumulated a certain amount of imperative experience. What's more, giving consumer organizations the qualifications of prosecuting subjects in personal information protection public interest litigation can also help achieve the convergence with the consumer protection public interest litigation rules in the *Consumer Protection Law*, and realize the internal coordination of the legal system¹⁵.

3.2.3.3. *The organization determined by the national cyberspace administration*

Incorporating social organizations into the prosecutors of personal information protection public interest litigation is China's reference to the practices prevailing abroad. In the personal information protection, compared with public authorities, the execution cost of social organizations is lower, and compared with private subjects, social organizations' rights protection methods are more concentrated and powerful. In that case, social organizations have more advantages than public authorities and private entities in the protection of personal information. In comparative law, in order to avoid the frequent occurrence of abusive litigation, some countries have made very detailed regulations on the qualifications of social organizations to sue in public interest litigation. For example, *South Korea's Personal Information Protection Law* stipulates that the following two types of organizations can become eligible prosecutors in public interest litigation. One is an organization that has been registered with the Fair Trade Commission for three years, and has more than 1,000 members in the group. It is established for the purpose of protecting rights, while the other is non-profit private organizations that have registered with the central administration with more than 5,000 members, holding corresponding activities in the past three years¹⁶. Compared with the conditions set by foreign countries for social organizations, Chinese current legislation in this aspect is still too brief, and it is necessary to refine it as soon as possible.

4. The shortcomings of Chinese procuratorial public interest litigation on personal information protection

4.1. The legislation has not yet stipulated the prosecution order between procuratorate and social organizations

As is aforementioned, the people's procuratorate, the consumer organization specified by the law and the organization determined by the national cyberspace administration can file a lawsuit with the people's court. However, in Chinese existing legislation, there is no provision for the order in which the above-mentioned three types of subjects initiate personal information protection public interest litigation.

To be clear, the procuratorate cannot completely replace administrative law enforcement personnel in personal information protection. Regarding illegal facts linked to the infringement of personal information, administrative law enforcement officers should still conduct preliminary investigations and verifications, giving full play to the functional advantages of the administration. After all, the main function of the procuratorate in China is legal supervision, and it is impossible to always go to the front line of investigating whether individuals' personal information has been leaked. Of course, administration may be idle in performing their duties occasionally in practice, and public interest litigation procedures for administrative prosecutions will be initiated at this time. However, in this procedure, the procuratorate will first issue procuratorial recommendations to the relevant administration; only if the administration still does not actively perform, its duties within the statutory period will initiate a lawsuit. The legislator makes such a provision used the procuratorate to initiate an administrative public interest lawsuit as a supplementary means, in order to empower the administration and give full play to the function of self-correction, to supervise administration to perform their duties in accordance with the law, and then to strengthen their daily management and law enforcement. On such conditions, remedial measures should be taken as soon as possible for the damaged public interest, instead of waiting for the administrative litigation judgment to take effect before performing their duties, so as to avoid expanding losses to the public interest. In practice, it is also very important to avoid considering that the procuratorate have priority in the protection of individuals' personal information. It is because they sometimes file incidental civil public interest lawsuits in the process of initiating public prosecutions against defendants while dealing with

¹⁵ See: *Zhang-Xinbao & Lai-Chengyu*. Understanding and Application of the Public Interest Litigation System for the Personal Information Protection [J] // *Journal of the National Prosecutors College*. 2021 (5). P. 64.

¹⁶ See: *Kang-Zhenhua*. The main characteristics of Korea's Personal Information Protection Law and its enlightenment to China's legislation [J] // *Journal of Yanbian University*. 2021 (4). P. 69.

personal information protection cases, which is absolutely putting the cart before the horse.

In conclusion, it is necessary to clarify the order of initiating public interest litigation between procuratorate and statutory social organizations in order to maximize the system advantages of procuratorial public interest litigation in the field of personal information protection.

4.2. The legislation has not yet clarified the standards for procuratorate to initiate public interest litigation on personal information protection

Unlike public interest litigation cases in other areas, cases involving personal information cannot be simply filed by procuratorate. They are often more complex and larger in scales. However, Chinese current legal system lacks a specific standard according to infringement of the public interest and the degree of damage. It will result in different ways of coping with cases by procuratorates in practice. Similar cases may have different results between different procuratorates, which is not only detrimental to the protection of public interests, but also has a negative impact on judicial credibility. Therefore, China should clarify the standards that violate the public interest by issuing corresponding judicial interpretations as soon as possible. A reasonable standard for infringement on public interests should be formulated combining the unique characteristic of personal information and comprehensively, considering the following factors to provide legal guidance for the procuratorate in handling cases.

First of all, the personal information involved in the case should have value in content. It can be analyzed and compared it to a specific individual, thereby further posing a potential threat to the interests of the unspecified majority. It also should be noted that with the advancement of technology, there have been many incidents of secondary processing of personal information in order to extract more value in recent years. The alleged secondary processing of personal information refers to businesses that upload personal information is collected on the Internet to the database for professional data processing, data comparison, data analysis, etc., to obtain commercially valuable information and use it for production and operation¹⁷. Through such secondary processing methods, it is possible to simply summarize the lifestyles and preferences of certain individuals, and even more so to infer the individual's life trace, which will undoubtedly bring huge potential risks to the public interest. Accordingly, when scholars determine the infringement of public interest standards in personal information protection, it is necessary to take the

technical feature of the secondary use of personal information into consideration.

Secondly, the amount is also very important. Only when the amount of personal information involved in the case is large enough, can the unspecified majority be compared through information analysis, thereby affecting the interests of those unspecified majority. Moreover, this massive illegal use of personal information should occur in the public domain. In other words, the large-scale use of personal information held by individuals in the private sphere will obviously not harm the public interest.

Finally, the scale of dissemination of the personal information involved should also be recognized as a key factor in the standards that violates the public interest. At present, an underground industrial chain has been formed for the illegal collection, sale, and the use of personal information. Some offenders resell, reverse or exchange individuals' personal information with others several times, and even upload the personal information obtained on the dark web to trade with others, causing a large amount of personal information illegally to be made public. Among them, the illegal and criminal acts in the upper reaches are those that infringe on individuals' personal information. The crimes such as telecommunication fraud, financial fraud, extortion, illegal detention, kidnapping and even intentional homicide in the middle and lower reaches have become a social problem that cannot be ignored¹⁸. Therefore, in response to the above behavior, in addition to punishment at the level of criminal law, it should also be included in the standard that invades the public interest in the field of public interest litigation.

4.3. The litigation request of procuratorate is too simple

The litigation requests of procuratorate when dealing with personal information protection public interest litigation cases generally focus on the deletion of information, an apology, and compensation for losses. For the first two litigation claims, it is relatively easy to operate in practice, so there is nothing wrong with it. As for the claim for damages, the difficulty lies in how to determine the amount of compensation. In practice, the procuratorate's determination of the compensation amount mainly refers to the defendant's profitability. Normally, the court will support the procuratorate's litigation request. Yet even so, such punishment still fails to achieve the so-called consistent punishment for the defendant. Cases of infringement of individuals' personal information often have a large number of victims. Once the information is leaked, it cannot be compensated by other means, and it is difficult to quantify the losses to the victims.

¹⁷ See: *Mei Shao-Zu*. E-commerce legal regulations [M]. Beijing : Tsinghua University press, 2021. P. 86.

¹⁸ See: *Tu-Chunhan & Ma-Fangfei*. An Analysis of Several Issues Concerning the Protection of Citizens' Personal Information in Procuratorial Public Interest Litigation [J] // Chinese Prosecutor. 2020 (08). P. 70.

Moreover, the transaction price of personal information is often relatively low, which is not equal to the potential risks of information leakage¹⁹. In practice, there have been cases in which the defendant sold more than 40,000 pieces of individuals' personal information, because he only made a profit of 700 yuan, and the final compensation amount was only 700 yuan²⁰. Regrettably, in Chinese current legislative system, there is no clear legislation on compensation standards for infringement of individuals' personal information in the aspect of public interest litigation. If things go on like this, it will be difficult for us to act as a warning and deterrent against criminals who infringe upon individuals' personal information.

In practice, the procuratorate often file incidental civil public interest litigation in response to serious or particularly serious cases in the process of reviewing and prosecuting the crime of infringing on personal information. According to the provisions of Article 253 of *the Criminal Law*, any violation of individuals' personal information to the extent that the circumstances are serious or above shall be subject to fines. The penal standard for the crime of infringing on individuals' personal information in *the Criminal Law* is mainly to comprehensively consider the severity of the defendant's crime, the number of illegal gains, and the attitude of guilty and repentance. In addition, according to the relevant judicial interpretations, the amount of fines should generally be more than one time and less than five times the defendant's illegal income. Applicable to the field of personal information protection procuratorial public interest litigation, procuratorate can appropriately refer to the above standards, comprehensively considering the quantity, content, and dissemination scale of the personal information involved in the case to determine the defendant's compensation standard.

Conclusion

Since the beginning of the 21st century, driven by the wave of digitalization, while experiencing various conveniences brought by data technology,

people also face risks such as excessive collection of personal information, illegal disclosure of personal information, and illegal trading of personal information. In order to solve this problem, legislation in the field of personal information protection has been rapidly accelerated around the world in recent year. As the largest developing country in the world, Chinese active promotion of its own personal information protection legislation is not only a measure to respond to the world trend, but also the result of Chinese legal system advancing with the times, self-development and continuous improvement. It also responded to the concerns of the state, society and individuals regarding the protection of personal information in a timely manner, focusing on demonstrating Chinese approach to the rule of law for personal information protection. Not only that, the promulgation of *Chinese Personal Information Protection Law* marks that China has entered into the era of higher level in the aspect of personal information protection. *Chinese Personal Information Protection Law* provides comprehensive regulations on relevant systems, which reflects the determination of the Chinese government to safeguard the basic rights and interests of citizens, and provides a guarantee for the standardized collection and utilization of personal information, laying a solid foundation for Chinese network society and digital economy. It is a comprehensive legal norm focusing on the protection of personal information rights and the behavior of information processing. Based on a deep understanding of the legislative evolution, legislative purposes, highlights and characteristics of this law, Chinese experience and solutions can be provided for the personal information protection, an issue of common concern throughout the world. Of course, with the continuous development of society, the law inevitably lags behind. Confronted with more new situations and new problems that may arise in the future, *Chinese Personal Information Protection Law* needs to respond in a timely manner and continue to improve, which is also the optimal legal answer to the practical interests of all that live in the Internet age.

¹⁹ See: *Sun-chuanxi & Cui Xue*. Difficulties in Criminal Incidental Civil Public Interest Litigation Cases involving Infringement of Citizens' Personal Information [J] // *Chinese Prosecutor*.2020 (14). P. 68.

²⁰ See the Criminal Verdict of the First Instance in Shanghai, No. 1131, 2020.

Уголовное право

Практика применения штрафных санкций за экологические правонарушения, определенные в Гражданском кодексе КНР Study on the application of the system of punitive damages for ecological environmental infringement in Civil Code

Ван Ли,

доцент юридического факультета Университета Хэнань, директор Центра прокурорских исследований функциональных преступлений Хэнаньского университета, Кайфэн, провинция Хэнань, Китай

Чэнь Минхуэй,

научный сотрудник Центра прокурорских исследований служебных преступлений Хэнаньского университета, Кайфэн, провинция Хэнань, Китай

Wang Li,

Associate professor, law school, Henan University, Henan University Prosecutorial Research Center for Functional Crimes Director, Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: 15637850221@163.com

Chen Ming-Hui,

Researcher at the Procuratorial Research Center of Duty Crimes, Henan University, Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: 15637850221@163.com

© Ван Ли, Чэнь Минхуэй, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.050-059

Аннотация. Статья 1232 Гражданского кодекса КНР формально устанавливает систему штрафных санкций за экологические правонарушения с целью содействия созданию экологической цивилизации и сдерживания экологических нарушений. В 2022 г. Верховный народный суд Китая издал Толкование о применении штрафных санкций в судебных разбирательствах по спорам об экологических правонарушениях, которое в определенной степени решило такие проблемы, как предмет требований о штрафных санкциях и сумма ущерба, но по-прежнему не ясно распределение штрафных санкций и существует несправедливое распределение бремени доказывания в судебной практике. Судебные издержки в связи с возмещением штрафных убытков слишком высоки, а альтернативные меры по выплате штрафных убытков отсутствуют. В целях совершенствования судебного применения системы возмещения штрафных убытков за экологические правонарушения следует рассмотреть возможность создания вертикальной системы управления компенсациями, разумно распределить бремя доказывания, создать единую систему для сокращения, отсрочки и освобождения от расходов по судебным искам о возмещении ущерба в связи с экологическими правонарушениями и гибко внедрять альтернативные меры оплаты, такие как компенсация за трудовые услуги.
Ключевые слова: Гражданский кодекс; экологический деликт; штрафные санкции; судебное применение.

Abstract. Article 1232 of the Civil Code formally establishes the punitive damages system for environmental tort with a view to promoting the construction of ecological civilization and deterring ecological violations. In 2022, the Supreme People's Court issued the Interpretation on the Application

of Punitive Damages in the Trial of Ecological and Environmental Infringement Disputes to a certain extent, which solved the problems such as the subject of punitive damages claims and the amount of damages, but the system still has unclear attribution of punitive damages and unfair distribution of burden of proof in judicial practice. The litigation cost of punitive damages is too high, and the alternative payment measures of punitive damages are absent. In order to improve the judicial application of the punitive damages system for ecological and environmental torts, we should consider establishing a vertical compensation management system, reasonably allocate the burden of proof, establishing a unified system for reducing, postponing and exempting the costs of punitive damages lawsuits for environmental torts, and flexibly implementing alternative payment measures such as compensation for labor services.

Keywords: Civil code, Environmental tort, Punitive damages, Judicial application.

Introductory

It is necessary to introduce punitive compensation system into the field of environmental infringement. This principle can effectively solve the problem of insufficient deterrent of damage compensation on the basis of fully protecting the rights and interests of the victims. After the reform and opening up, the rapid economic development, ecological crisis gradually appeared, the ecological environment at the expense of economic benefits has become a code for getting rich. After the 18th CPC National Congress, the construction of ecological civilization has entered a new stage. Since the Third Plenary Session of the 18th CPC Central Committee put forward the «strict implementation of the compensation system for those responsible for causing damage to the ecological environment» to Article 1232 of the Civil Code to formally establish the punitive damages for environmental infringement, undoubtedly for the protection of the ecological environment to provide a strong legal guarantee.

The principle of compensation for damages in the field of environmental infringement has changed from homogenous compensation to punitive compensation, guaranteeing that the environmental rights and interests of the victims are adequately remedied by making the perpetrator of the unlawful environmental infringement liable for additional compensation in excess of the actual amount of damage. The application of this system not only timely response to the environmental problems brought about by social development, but also fully meet the public's expectations for a better living environment. However, the application of punitive damages system in the field of environmental infringement belongs to the system innovation, from the implementation of the law to the practical application of the time span is relatively short, at the same time, as a special type of infringement, the application of its strict conditions of restric-

tion, In addition, Article 1232 of the Civil Code has vague provisions on the punitive damages system for ecological environmental infringement, and there are many problems in judicial application. The academic community for the application of the system is mainly concentrated in the study of the scope of application of punitive damages for environmental infringement, and the analysis of the constituent elements of the system, for the application of the problems existing in the academic community is less concerned. After the promulgation of the Interpretation on the Application of Punitive Damages in the Trial of Ecological and Environmental Infringement Disputes, some loopholes in the judicial application of the punitive damages system have been filled through practice and exploration, but there are still many problems that have not been solved. Therefore, from the typical case analysis of punitive damages in the field of ecological and environmental infringement of the application of the system and the corresponding solution measures can provide reference materials for the development of judicial application of punitive damages for environmental infringement theory and practical application.

1. The History of punitive damages system

Punitive damages system as a special form of compensation, its emergence and development has its profound theoretical foundation and historical background. Studying of the development of the punitive damages system is helpful to better understand and apply the system in judicial practice.

There have been many different views among scholars on the origin of the punitive damages system. For example, some scholars believe that the punitive damages system originated in the damages provisions of the ancient Babylonian Code of Hammurabi.¹ Some scholars also put forward that a large number of damages provisions in ancient Roman law

¹ See: *Punitive Damages and the Recognition of Judgements*, by Ronald A. Brand, 43 *Northerland international law review* (1996). P. 145 // Quoted from Cui Ming-feng, Ou Shan. *Research on the Punitive Damages System in Common Law[J]* // *Hebei Law*. 2000 (3). P. 124.

belong to punitive damages.² Some scholars also proposed that the Tang and Song dynasties in China, the formation of the «Double penalty» system, belongs to the early simple punitive compensation system.³ However, since punitive damages have been a form of tort liability widely adopted in common law countries in modern times, most scholars believe that the punitive damages system originated in the common law jurisdictions.⁴ Subsequently was gradually introduced by civil law countries. China as a traditional civil law countries, uphold the civil law system of punitive damages system of prudent application of the attitude, It was not until 1994 that the «Protection of Consumer Rights and Interests» was issued to deal with the problems of the market economy that the punitive damages system began to be applied in our laws. According to the development course of the punitive compensation system in our country, the development of the punitive compensation system is divided into the following stages.

1.1. The absence of a punitive damages system before 1994

Prior to the introduction of the Consumer Rights and Interests Protection Law in 1994, the system of punitive damages was not introduced into the relevant laws of China. In contrast, punitive damages began to be applied in some cases as early as the 17th and 18th centuries in England and the United States, and punitive damages were generally applied and adopted by the courts in the mid-19th century.⁵

Punitive damages in England originally originated from the judgment in the case of *Huckle v. Money* in 1763. After that case, the punitive damages system was applied, but in its subsequent application, a lot of opposition emerged. Punitive damages actions are

strictly controlled within a specific scope, and the law imposes strict limitations on them.⁶ The United States first confirmed the punitive damages system in the case of *Genay v. Norris* in 1784.⁷

Early punitive damages jurisprudence focused on the punishment of insulting and humiliating behavior, an early application in the United States following the English punitive damages system. In contrast to the strict limitation of punitive damages in England, the punitive damages system in the United States was generally recognized. The punitive damages system has been gradually applied to abuse of economic power in commercial transaction litigation, business torts, and product liability. Punitive damages in the United States have realized the expansion of the development from the traditional tort with fault as the principle of attribution to the tort form based on strict liability.⁸

Compared with common law countries, civil law countries rarely adopt the punitive damages system and take a cautious attitude towards the application of punitive damages. The main reason is that most civil law countries adopt «fill the damage» as the basic principle of damages, the purpose is to make up for the loss suffered by the victim, but does not support the compensation higher than the loss of damage, to avoid the appearance of unjust enrichment.⁹ On the other hand, it is because punitive damages have the function of punishment, and civil law countries believe that it will lead to the confusion of public law and private law, break the boundary between the two, and is not conducive to the protection of private rights. Therefore, civil law countries generally do not adopt this system.¹⁰ However, as the ecological and environmental problems become more and more prominent, the call for the introduction of punitive damages in civil law countries is growing.

² *Norman T. Braslow*. The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience, 16 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*. 285, 294 (1999) // Quoted from Xu Hai-yan. On the Improvement of the Punitive Damages System in the Revision of China's Consumer Protection Law [J] // *Western Law Review*. 2013 (2). P. 8.

³ *Yang Li-xin*. The Success and Inadequacy of the Provision of Punitive Damages Liability in the Consumer Protection Law and Improvement Measures [J] // *Tsinghua University Law Journal*. 2010 (3). P. 8.

⁴ *Wils K. B.* 205 *95 Eng. Rep.* 768 (C. P. 1763). Quoted from Wang Li-min. A Study of Punitive Damage [J] // *Social Sciences in China*. 2000 (4). P. 113.

⁵ *David Owen*. Punitive Damage in Products Liability Litigation. 74 *Mich. L. Rev.* 1257 (1976) // Quoted from Wang Li-min. A Study of Punitive Damage [J] // *Social Sciences in China*. 2000 (4). P. 113.

⁶ *Zhang Xin-bao, Li Qian*. The Legislative Choice of Punitive Damages [J] // *Tsinghua University Law Journal*. 2009 (4). P. 7.

⁷ *Li Yan-fang*. Proposals on the Legislation of Tort Law in China: Changing from Punitive Damages to Tort Law's Functions [J] // *Journal of Hohai University (Philosophy and Social Sciences)*. 2009 (1). P. 43.

⁸ *Zhu Guang-xin*. Punitive Damages in the United States [J] // *Comparative Law Studies*. 2022 (3). P. 153—154.

⁹ *Liu Jun-hai, Xu Hai-yan*. The Interpretation and Innovation of China's Punitive Damages System [J] // *Journal of Law Application*. 2013 (10). P. 27.

¹⁰ *Zhang Bao-hong*. On the Integration of the Punitive Damages System and China's continental tort law [J] // *Science of Law*. 2015 (2). P. 134.

1.2. The emergence of the punitive damages system, 1994—2010

Around 1994, in order to solve the problem of counterfeit and shoddy goods, China began to try to introduce punitive damages, and Article 49 of the Consumer Rights and Interests Protection Law explicitly stipulated that consumers who had been subjected to fraud could demand double damages,¹¹ thus historically introducing the system of punitive damages into the contractual field of China's civil law. Although the concept of punitive damages is not explicitly mentioned, but this is China's first attempt to provide for punitive damages through the form of legal provisions.

Subsequent period of time, in order to adapt to the economic changes brought about by the reality of the problem, China's laws such as article 113 of the contract law,¹² articles 8 and 9 of the supreme people's court on the trial of cases of disputes over the sale of commodities and real estate contracts on the application of the law of the interpretations,¹³ article 96 of the food safety law, and other legal provisions to the protection of consumer rights and interests of article 49 as a blueprint for the development of a series of doubling of compensation Provisions have made it possible for China's punitive damages system to be applied in other areas.

1.3. Formalization of the punitive damages system, 2010—2021

The year 2010 was a new starting point for the application of the punitive damages system in China. «Punitive damages» has been applied in many fields before 2010, but still did not appear clearly in China's legal provisions, until 2010, Article 47 of the Tort Liability Law stipulates: «knowing that the product is defective, but still production, sales, resulting in the death of another person or serious damage to health The infringer has the right to request corresponding punitive damages».¹⁴

The concept of punitive damages as a legal term can be clearly applied. Although the article only limited to punitive damages in the field of product liability, but it marks the punitive damages into the civil code of the dawn. Subsequently, whether it is the newly amended Article 55 of the Consumer Rights and Interests Protection Law in 2013, which states that «if

an operator knows that a defect exists in a commodity or service and still provides it to a consumer, causing the death of the consumer or other victim or serious damage to his or her health, the victim shall have the right to request the operator to compensate for the loss in accordance with the provisions of Article 49 and Article 51 of the Law and shall have the right to request a compensation of not more than two times the amount of the loss suffered. demand punitive damages of up to two times the loss suffered.»¹⁵

Article 70 of the Tourism Law of the People's Republic of China stipulates that «If a travel agent causes personal injury to a tourist, the tourist may demand the travel agent to pay compensation of not less than double and not more than triple the amount of the travel expenses.»¹⁶ The introduction of these laws has undoubtedly further expanded the scope of application of the punitive damages system.

1.4. Since the promulgation of the Civil Code in 2021, the scope of application of the punitive damages system has been further expanded

After more than twenty years of development, the scope of application of the punitive damages system has been expanding, from the protection of consumer rights and interests to food safety, intellectual property rights protection, tourism services and other fields, but the application of punitive damages system in the field of environmental infringement has been controversial. With the frequent occurrence of ecological and environmental problems, the call for the introduction of a punitive damages system in the field of environmental infringement has been increasing.

Shandong Dezhou Jinghua Group Zhenhua Co., Ltd. air pollution case¹⁷ in the court to punitive damages in environmental civil public interest litigation has no legislative basis for the reason that did not support the plaintiffs proposed to require the defendant to compensate for the losses caused by the excessive emission of pollutants, triggering the academic community on the introduction of punitive damages in the field of environmental infringement of the heated debate. 2021 the implementation of the Civil Code, Article 1232 explicitly stipulates that: «the infringed has the right to request the corresponding punitive damages after suffering from environmental infringement»,¹⁸ not only responded to the controversy of whether to apply the punitive damages system,

¹¹ Refer to Article 49 of the Law of the People's Republic of China on Protection of Consumer Rights and Interests.

¹² Refer to Article 113 of the contract law of the People's Republic of China.

¹³ Refer to Articles 8 and 9 of the supreme people's court on the trial of cases of disputes over the sale of commodities and real estate contracts on the application of the law of the interpretations of the People's Republic of China.

¹⁴ Refer to Article 47 of the Tort Liability Law of the People's Republic of China.

¹⁵ Refer to Article 55 of the Consumer Rights and Interests Protection Law of the People's Republic of China.

¹⁶ Refer to Article 70 of the Tourism Law of the People's Republic of China.

¹⁷ See: *Civil Judgment in the Air Pollution Civil Public Interest Litigation of Shandong Dezhou Jinghua Group Zhenhua Co. Ltd.* // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> Accessed August 31, 2023.

¹⁸ Refer to Article 1232 of the Civil Code of the People's Republic of China.

but also marks the punitive damages system in the field of environmental infringement formally recognized by the legislation.

Visible, punitive damages in China's law in the scope of application continues to expand,

the content gradually perfect, in a sense, this is China's punitive damages system development path continues to deepen and development of an important symbol, the specific development process is shown in table below.

Legislative Provisions of China's Punitive Damages System¹⁹

Legal Provisions	Specify
Article 49 of the Consumer Rights Protection Act (1994)	Business operators engaged in fraudulent activities in supplying commodities or services shall, on the demand of the consumers, increase the compensations for victims' losses; the increased amount of the compensations shall be two times the costs that the consumers paid for the commodities purchased or services received.
Article 113 of the Contracts Act (1999)	Operators of goods or services to consumers with fraudulent behavior, in accordance with the provisions of the «Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests» to assume responsibility for damages.
Articles 8 and 9 of the Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Cases of Disputes over Contracts for the Sale and Purchase of Commercial Properties (2003)	The transfer of possession of a house is deemed to be the delivery of the house for use, unless otherwise agreed by the parties. The risk of damage to or loss of the housing shall be borne by the seller before delivery for use and by the buyer after delivery for use; if the buyer receives a written notice of delivery from the seller and refuses to accept it without a valid reason, the risk of damage to or loss of the housing shall be borne by the buyer from the date of delivery for use as determined by the written notice of delivery for use, unless otherwise provided by the law or otherwise agreed by the parties. Because the main structure of the housing quality is unqualified can not be delivered for use, or after the delivery of housing, the main structure of the housing quality of the verification is indeed unqualified, the buyer's request for the termination of the contract and compensation for damages, shall be supported.
Article 96 of the Food Safety Act (2010)	If a consumer produces food that does not comply with food safety standards or sells food that he or she knows does not comply with food safety standards, the consumer may, in addition to claiming compensation for damages, demand from the producer or seller 10 times the price of the food.
Article 47 of the Tort Liability Act (2010)	If the infringer knows that the product is defective and still produces or sells it, causing death or serious damage to the health of others, the infringer has the right to request appropriate punitive damages.
Article 63 of the Trademarks Act (2013)	Where the infringement of the exclusive right to use a trademark is committed in bad faith and the circumstances are serious, the amount of compensation may be determined at not less than double and not more than triple the amount determined in accordance with the above method. The amount of compensation shall include the reasonable expenses paid by the right holder to stop the infringement.
Article 55 of the Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests (2013)	If the operator knows that the goods or services are defective and still provides them to the consumer, causing the death or serious damage to the health of the consumer or other victim, the victim shall have the right to demand that the operator pay compensation for the loss in accordance with the provisions of the law such as article 49 and article 51 of this Law, and shall also have the right to demand punitive damages of not more than twice the amount of the loss suffered.
Article 70 of the Tourism Law of the People's Republic of China (2013)	If the travel agency fails to perform its obligations agreed in the package tourism contract or perform its contracted obligations in a way that does not conform to the agreement, it shall take the responsibility for breach of contract like continuing to fulfill the contract, adopting remedy

¹⁹ For specific legal provisions: China Court of Justice // URL: <https://www.chinacourt.org/law.shtml/> [accessed: August 31, 2023].

	measures, making compensation, etc.; in case it causes personal damage or property loss to the tourists, the travel agency shall honor its liability. In the event that the travel agency is competent to fulfill its contracted obligations, yet refuses to do so even upon the request of the tourists, which then causes such serious consequences like harming the tourists' personal health or retaining the tourists, the tourists may also request the travel agency to pay a sum of compensation between one time and three times the amount of the travel costs.
Article 1232 of the Civil Code (2021)	Where a tortfeasor intentionally pollutes the environment or harms the ecological system in violation of the provisions of law, resulting in serious consequences, the infringed person has the right to request for the corresponding punitive damages

In summary, it can be seen that the field of application of punitive damages system at home and abroad are expanding, punitive damages legislation is gradually improved, the system is expanding, the understanding of punitive damages is also gradually deepened, and its connotation is also constantly enriched.

2. Obstacles to the application of the current punitive compensation system for ecological and environmental infringements in China

The Civil Code of the People's Republic of China and the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of Punitive Damages in Trial Cases of Ecological and Environmental Tort Disputes²⁰ have detailed the application of the punitive damages system in the field of environmental infringement, mainly in terms of the scope of application of punitive damages, components, calculation of punitive damages, liability competition and other aspects. In order to promote the accurate application of punitive damages system in practice. However, in general, China's punitive damages system has a short time span since its establishment in the field of environmental infringement. In addition, the Civil Code and relevant judicial interpretations cannot fully interpret some problems existing in the application of punitive damages, and there are still problems in judicial application such as unclear attribution of punitive damages and high litigation costs of environmental infringement.

2.1. Uncertainty about the attribution of punitive damages

Scientific and reasonable allocation and management of punitive damages is a key factor to ensure that it plays a system function. At present, the punitive damages collected in environmental public interest litigation infringement cases in the field of environmental infringement are generally incorporated into the State Treasury, and are centrally paid by the State Treasury in accordance with the budget for the maintenance of public utilities.²¹ The unified use and management of environmental public welfare litigation damages by government departments is conducive to ensuring the public nature of the use of funds, but a problem exists in practice is that if the punitive damages are generally placed at the disposal of the administrative or judicial authorities, there is no way to ensure that environmental damages will be used for ecological restoration, and that the same department's management of the funds while deciding on the use of the funds is tantamount to acting as a «referee» as well as an «athlete,» which is prone to lead to the misuse of the funds.²² In the field of environmental infringement private litigation, the specific attribution of punitive damages legislation is not yet clear, the current academic point of view there are two main, one is that punitive damages should be fully attributed to the infringer,²³ another is that a part of punitive damages need to be handed over to the environmental protection department for environmental remediation, emphasizing that the funds are earmarked for specific purposes.²⁴ However, in practice, punitive damages are still in a state of uncertainty, through the China Judicial Instruments Network set «environmental infringement» «punitive

²⁰ China Court of Justice. URL: <https://www.chinacourt.org/> [accessed: August 31, 2023].

²¹ Wang Shu-yi, Gong Xiong-yan. Research on the Issue of Punitive Damages for Environmental Tort [J] // Hebei Law Science. 2021 (10). P. 80.

²² Zhu Xiao, Meng Yu-nuo. Study on Trust Model of Managing Environmental Damages: In the View of Protecting Environmental Public Interests [J] // Jinan Journal (Philosophy & Social Sciences) 2018 (5). P. 85.

²³ Wang Shu-yi, Gong Xiong-yan. Research on the Issue of Punitive Damages for Environmental Tort [J] // Hebei Law Science. 2021 (10). P. 77.

²⁴ Liu Shi-guo. Commentary on «Liability for Environmental Pollution and Ecological Damage» in the Civil Code [J] // Oriental Law. 2020 (4). P. 201.

damages» and other keywords to find 31 judgment documents,²⁵ comparative analysis found that there is almost no judgment documents mentioning The attribution of punitive damages. How to scientifically allocate punitive damages to ensure that it can make up for the losses of the infringer and to a certain extent to promote the environmental restoration is the current judicial application of the urgent need to solve the matter.

2.2. Unfair allocation of the burden of proof

In traditional environmental tort cases, no-fault liability is generally adopted to investigate environmental violations, mainly considering the evidential ability of both parties. The defendant, as the infringer, has a stronger evidential ability than the plaintiff, and bears the burden of proof that there is no causal relationship between the tort and the damage result, which is more conducive to balancing the liability and obligation of both parties. However, the «Interpretation on the Application of Punitive Damages in the Trial of Ecological Environmental Tort Disputes» takes the opposite direction, adopts a series of proof burden borne by the plaintiff, namely the infringed person, and changes the «inversion of proof burden» applied before to «whoever claims, who proves». The purpose of the legislation is to prevent the abuse of litigation. It is reasonable to transfer the burden of proof to the infringed in a disadvantaged position in public interest litigation. The plaintiffs in public interest litigation of environmental infringement are mostly procuratorates, which have strong ability to provide evidence and have no obvious disadvantage, so it is relatively fair for them to bear the burden of proof. However, for some cases of punitive compensation for environmental infringement filed by natural persons, although the infringed does not need to bear the burden of proof that there is a causal relationship between the tort and the damage consequences, local courts still require the infringed to provide evidence with a high degree of probability in litigation practice, which undoubtedly increases the difficulty of litigation for some plaintiffs with weak economic ability to provide evidence. It is not conducive to the real realization of equity and justice.

2.3. Excessive litigation costs for punitive damages

Whether it is reasonable to charge high litigation fees in environmental litigation cases has triggered a large controversy in legal work, typical examples are the case of environmental pollution liability dispute between Friends of Nature Environmental Research

Institute and Jiangsu Changlong Chemical Co.²⁶ The plaintiff in the case of the plaintiff's request for compensation amount is relatively large, but the compensation actually contains in order to prove the environmental damage to the fact that the expenditure of environmental damage appraisal fee, investigation and evidence collection costs, more than one led to a huge amount of litigation. At the same time, China's courts charge litigation costs mainly through the amount of litigation to determine the subject matter, but environmental infringement litigation has a certain specificity, most of the cases have a wide range of damages, involving a large number of infringed characteristics. Therefore, the amount of litigation is high, if the plaintiff party loses the case, then need to bear high litigation costs.

The above typical case of the plaintiff side after losing the lawsuit to bear up to 1891800 yuan of litigation costs, caused widespread concern in the community, the court responded that according to China's «payment of litigation costs» provisions, the payment of litigation costs in this case does not have a problem, the case on behalf of the plaintiff must bear the litigation risk once the loss of high litigation costs out-of-pocket. Have the economic strength of the public interest organizations have the ability to bear the costs, other infringers if there is no strong economic strength of the infringer how to pay the upfront costs. Differences in economic strength coupled with the risk of incurring high litigation costs will most likely result in the infringed party not being able to obtain effective remedies, triggering unfairness in litigation.²⁷

2.4. Fewer alternatives to payment of punitive damages

Punitive damages as a punitive deterrent to the infringer's initiative, the infringer to bear the damage caused by the damage caused by the ecological restoration costs and other losses, the «Interpretation on the Application of Punitive Damages in the Trial of Ecological Environmental Tort Disputes» clearly stipulates that punitive damages shall not exceed the amount of compensation for personal injury, property damage, two times, but in practice there are infringers to implement the environmental violations, although the environment caused by the greater damage, but the actual profit is less, part of the infringer may be in the Some infringers may not be able to pay punitive damages when their family suddenly suffered a major change or deterioration of economic situation. In this case, because the infringer's economic capacity is weak, the procuratorate will

²⁵ URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: August 31, 2023).

²⁶ See: *Civil Judgment in the case of Environmental Pollution Liability Dispute between Friends of Nature Environmental Research Institute and Jiangsu Changlong Chemical Co.* URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: August 31, 2023).

²⁷ Han Yin. Punitive Damages for Environmental Tort: Application of Norms and Perfection of System [J] // *Jingchu Academic Journal*. 2022 (1) 1. P. 79.

face the «implementation of the costs of ecological restoration and punitive damages», and the damaged social public welfare will not be repaired in a timely manner.²⁸ In this case, monetary compensation may not be the optimal or the only method of environmental restoration, and the application of alternative restoration methods in lieu of compensation for labor, while practicing the concept of restorative justice and embodying humanistic care, is able to spread the ecological civilization trend with environmental public welfare labor, and guide the masses to enhance their awareness of ecological environment and resource protection. Typical case of Qingdao City, an art center illegal acquisition of wild animals²⁹ in the case of the judge combined with the economic situation of the defendant ruled that the defendant in lieu of labor to repay a certain amount of punitive damages, in order to achieve the purpose of environmental restoration at the same time profoundly embodies the environmental infringement of punitive damages of punitive and curbing the function of the function.

3. Optimization path of the application of punitive damages for ecological and environmental infringement

The Civil Code and relevant judicial interpretations have made general provisions on the application of the punitive damages system, but due to the fact that the legal provisions are too general and the relevant legal interpretation provisions are few and other reasons, the punitive damages system is applied more frequently in complex environmental tort lawsuits, but there are still disputes, and judges may make different judgments in the same case at their discretion. This paper puts forward some countermeasures based on the problems in judicial cases, hoping to provide reference for the judicial application of punitive damages system.

3.1. Clarifying the attribution of punitive damages

The Measures for the Administration of Funds for Compensation for Damages to the Ecological Environment (for Trial Implementation)³⁰ stipulates that the funds for compensation for damages in environmental civil public welfare litigation shall be uniformly collected in the national treasury and incorporated into the management of the general public budget.

However, once the damages funds are included in the public budget management, the administrative attributes tend to dominate the mainstream, can not effectively ensure that the environmental damage compensation for public purposes, in this case, the author believes that the United States model can be borrowed from the establishment of a «discrete compensation management system».³¹

First, part of the compensation will be invested in ecological restoration and environmental protection work, and the funds will be coordinated and allocated by the state administrative organs for the treatment of environmental damage, ecological restoration and other work, so as to improve the efficiency of the use of funds. Secondly, a certain proportion of the compensation is deposited into the environmental litigation fund for the maintenance of public interests, a move that effectively compensates for the lack of resource efficiency of rights organizations. Finally, a part of the compensation is attributed to the infringer, used to make up for the loss, this discrete compensation model is more conducive to focus on ecological restoration at the same time to maintain the interests of the infringer.

3.2. Rational allocation of the burden of proof

For the distribution of the burden of proof in environmental tort, the inversion of the burden of proof is generally adopted, mainly to make up for the lack of the ability of the infringed party to prove. However, considering that the punitive damages increase the burden of the infringer, it is obviously unfair for the infringer to bear the burden of proof. The newly issued «Interpretation on the application of Punitive Damages in the trial of ecological environmental infringement Disputes» returns the burden of proof of environmental infringement to the traditional civil litigation «who claims, who provides evidence», its purpose is to reduce excessive litigation and prevent repeated compensation. However, the infringed is in a weak position, with its evidence gathering ability and economic strength. Although the judicial interpretation stipulates that the infringed does not need to prove the causal relationship between the infringement and the result of damage, the burden of the infringed is ostensibly reduced. However, the court's trial results in most judgements show that to file punitive damages for environmental infringement, the infringed still needs to prove that the causality between the infringed's behavior and its own damage

²⁸ Xiao Nan. The Application of Labor Repayment in Civil Prosecution Public Interest Litigation — Taking the Case of Illegal Fishing of Aquatic Products as an Example [J] // The Chinese Procurators. 2021 (22). P. 57.

²⁹ See: *Civil Judgment on the Case of Illegal Acquisition of Wild Animals by a Center in a District of Qingdao City* / URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: August 31, 2023].

³⁰ For specific legal provisions // URL: www.gov.cn/gongbao/content/2020/content_5519954.htm. / [accessed: August 31, 2023].

³¹ Wang Shu-yi, Gong Xiong-yan. Study on the Disputed Issues of Punitive Damages for Environmental Torts [J] // Hebei Law Science. 2021 (10). P. 81.

is highly probable, which undoubtedly increases the burden of proof of the infringed from another perspective. Therefore, the punitive damages system needs to reasonably distribute the burden of proof. The party with strong burden of proof should bear the corresponding burden of proof, which accords with the principle of legal fairness.

3.3. Establishment of a unified system for the reduction, exemption and deferral of litigation costs for environmental infringements

For the environmental tort litigation costs reduction, delay, exemption system provisions in addition to the Supreme People's Court on the Trial of environmental civil public interest Litigation Cases, Article 33: In addition to «civil public interest litigation cases that meet the relevant circumstances can apply for suspension in accordance with the law»,³² other relevant provisions involving the payment of litigation costs, such as the «Litigation Costs Payment Measures»³³ and the «People's Court Litigation costs Management Measures»,³⁴ do not involve the reduction and suspension of environmental litigation costs. At present, environmental problems occur frequently in our country, and the progress of environmental protection work is slow. In order to effectively improve the ecological protection efforts, the possibility of reducing and postponing environmental tort lawsuits should be considered reasonably in judicial practice to avoid high litigation costs becoming a stumbling block in the application of the punitive compensation system in the environmental field. To the greatest extent, the injured parties with different economic strength have the ability to bring punitive damages.

3.4. Flexibility to promote alternative payment systems, such as payment in lieu of labor

After the implementation of the Civil Code, in the case of Qingdao Municipal People's Procuratorate of Shandong Province v. Qingdao Laoshan District Art Appreciation Centre,³⁵ the Qingdao Intermediate People's Court sentenced the defendant to partial punitive damages for participation in ecological and environmental public welfare work, which reflects China's exploration of the restorative justice method of punitive damages in lieu of work, and attempts to do so in practice. This way can reduce the economic burden of offenders at the same time, let offenders personally feel the importance of ecological

environmental protection, to achieve the purpose of punishment and education. But the establishment of labor compensation system needs strict and feasible system support, first of all, should develop a scientific and feasible labor compensation program, labor compensation program in the content of labor compensation should be easy to implement, can not additionally increase the infringer's other burdens.³⁶ At the same time, the content of labor needs to be related to the infringer damage to the ecological environment, through labor can repair the damaged environment. Secondly, to establish and improve the labor compensation related work mechanism.³⁷

On the one hand, a collaborative mechanism has been established with the administrative authorities for determining labor compensation programs and modalities. Relying on the case-handling systems and professional experience of administrative authorities in various fields, they have explored the specific content of labor compensation programs and determined the best labor compensation methods and programs. On the other hand, the establishment of environmental litigation labor compensation repair method applicable and ecological environment management convergence mechanism.

For the existence of repair situation is more urgent or repair difficult cases, in the application of labor compensation alternative repair mode at the same time, the procuratorial organs should be timely transfer of case clues to the relevant administrative organs, supervise the implementation of ecological environment damage repair responsibilities, so that the damaged public welfare can be repaired in a timely manner. Finally, to strengthen the labor compensation program implementation supervision, for labor compensation program implementation effect can be based on the «territorial jurisdiction principle». Entrusting the infringer's place of domicile or the community correctional institution where the environmental damage occurred to be responsible for recording and supervising, not only to safeguard the effect of environmental restoration, but also to make the infringer physically maintain the ecological environment and the environment.

Conclusion

The high quality development of ecological environment determines the degree of civilization of society.

³² Refer to Article 33 of the Interpretation of the Supreme People's Court on several issues concerning the application of law to environmental civil public interest litigation cases.

³³ For specific legal provisions // URL: www.gov.cn/gongbao/content/2020/content_5519954.htm (accessed: August 31, 2023).

³⁴ For specific legal provisions // URL: <http://www.mof.gov.cn/gp/xxgkml/xzzfs/> (accessed: August 30, 2023).

³⁵ Same as [28] above.

³⁶ *Lu Zhong-mei*. Public Interest Litigation to Guard the Biodiversity of the Yangtze River — The Case of Wang Xiao-peng and 59 Others for Illegal Fishing, Trafficking, and Acquisition of Eels [J] // *Journal of Law Application*. 2022 (9). P. 9.

Since the 18th National Congress of China, the Central Committee of the Party has attached great importance to the construction of ecological civilization. After the promulgation and implementation of the Civil Code on January 1, 2021, the field of environmental infringement has ushered in major institutional innovation. The attempt to apply punitive damages in ecological environmental infringement disputes is another new legislative value guidance. The application of punitive damages system in the field of environmental infringement not only deeply practices the green principle but also shows the determination and action to protect the ecological environment. In the face of the frequent occurrence of environmental illegal cases, we must thoroughly implement the punitive compensation system for ecological environmental infringement and improve its judicial application.

Establish separate compensation to clarify the ownership of penalty compensation, maximize the purpose of «investment» of penalty compensation, and protect the welfare of public good environmental rights and interests; The system of reducing and deferring the litigation costs of environmental litigation prevents high litigation costs from becoming an obstacle to the application of the punitive damages system in the environmental field. Increase the proportion of the application of alternative payment measures for labor compensation, while reducing the economic burden of offenders, achieve the purpose of combining punishment and education, and take multiple measures together, in order to better promote the application of punitive compensation system and promote the construction of ecological civilization.

REFERENCE

1. Cui Ming-feng, *Ou Shan*. Research on the Punitive Damages System in Common Law. — Hebei Law. — 2000 (3).
2. Chen Xue-min. Regulation of the Punitive Damages System in the Environmental Tort Damage: Based on the Reflection of Article 1232 of the Civil Code // *Journal of CPL*. — 2020 (6).
3. Han Yin. Punitive Damages for Environmental Tort: Application of Norms and Perfection of System // *Jingchu Academic Journal*. — 2022 (1).
4. Li Yan-fang. Proposals on the Legislation of Tort Law in China: Changing from Punitive Damages to Tort Law's Functions // *Journal of Hohai University (Philosophy and Social Sciences)*. — 2009 (1).
5. Liu Jun-hai, Xu Hai-yan. The Interpretation and Innovation of China's Punitive Damages System // *Journal of Law Application*, 2. — 2013 (10).
6. Liu Shi-guo. Commentary on «Liability for Environmental Pollution and Ecological Damage» in the Civil Code // *Oriental Law*. — 2020 (4).
7. Lu Zhong-mei. Public Interest Litigation to Guard the Biodiversity of the Yangtze River — The Case of Wang Xiaopeng and 59 Others for Illegal Fishing, Trafficking, and Acquisition of Eels // *Journal of Law Application*. — 2022 (9).
8. Liu Chao. The Function of the Punitive Damages System for Environmental Torts in the Civil Code // *Journal of Political Science and Law*, 2. — 2022 (1).
9. Tang Ke, Wang-Canfa. The Proper Liability Boundaries of Environmental Punitive Damages System: Exxon Shipping Co. v. Baker case as a Reference // *Seeking Truth*. — 2021 (5).
10. Wang Li-min. A Study of Punitive Damage // *Social Sciences in China*. — 2000 (4).
11. Wang Shu-yi, Gong Xiong-yan. Research on the Issue of Punitive Damages for Environmental Tort // *Hebei Law Science*. — 2021 (10).
12. Wang Chong. Review and regulation of the environmental tort punitive damages system in the Civil Code // *Journal of Chongqing University (Social Science Edition)*. — 2022 (1).
13. Xu Hai-yan. On the Improvement of the Punitive Damages System in the Revision of China's Consumer Protection Law // *Western Law Review*. — 2013 (2).
14. Xiao Nan. The Application of Labor Repayment in Civil Prosecution Public Interest Litigation — Taking the Case of Illegal Fishing of Aquatic Products as an Example // *The Chinese Procurators*. — 2021 (22).
15. Yang Li-xin. The Successes and Shortcomings of Providing for Punitive Damages Liability under the Consumer Protection Law and Measures for Improvement // *Tsinghua University Law Journal*. — 2010 (3).
16. Zhang Xin-bao, Li Qian. The Legislative Choice of Punitive Damages // *Tsinghua University Law Journal*. — 2009 (4).
17. Zhu Guang-xin. Punitive Damages in the United States // *Comparative Law — Studies*. — 2022 (3).
18. Zhu Guang-xin. Evolution and Application of the System of Punitive Damages // *Social Sciences in China*. — 2014 (3).
19. Zhang Bao-hong. On the Integration of the Punitive Damages System and China's continental tort law // *Science of Law*, 2. — 2015 (2).
20. Zhu Xiao, Meng Yu-nuo. Study on Trust Model of Managing Environmental Damages: In the View of Protecting Environmental Public Interests // *Jinan Journal (Philosophy & Social Sciences)*. — 2018 (5).

³⁷ Xiao Nan. The Application of Labor Repayment in Civil Prosecution Public Interest Litigation — Taking the Case of Illegal Fishing of Aquatic Products as an Example [J] // *The Chinese Procurators*. 2021 (22). P. 57.

Преступления, связанные с незаконной предпринимательской деятельностью в уголовном праве Китая: законодательство и судебная практика

Crime of Illegal Business Operation in Chinese Criminal Law: Legislation and Judicial Practice

Хоу Пэн,
научный сотрудник Института борьбы с преступностью и уголовной политики,
юридический факультет
Хэнаньского университета,
Кайфэн, провинция Хэнань, Китай
e-mail: houpengyu1106@163.com

Hou Peng,
Research fellow at the Institute of Crime Control
and Criminal Policy,
Henan University and Law School of Henan University,
Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: houpengyu1106@163.com

© Хоу Пэн, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.060-072

Аннотация. Преступления, связанные с незаконной предпринимательской деятельностью, предусмотренные Уголовным законом 1997 г., являются одними из наиболее типичных мелких преступлений. С развитием экономики и общества, а также углублением системы социального управления проблемы, вытекающие из преступлений, связанных с незаконными предпринимательскими операциями, постоянно обновляются, что делает эти преступления все более сложными с точки зрения судебного разбирательства. В статье кратко излагается история правового регулирования раскрытия и квалификации преступлений, связанных с незаконной предпринимательской деятельностью.

Обсуждается возможность смягчения наказаний за эти преступления после обнаружения и применения Поправок к уголовному законодательству (XI), на основе рассмотрения 330 дел. Анализируется феномен расширения рассмотрения дел, связанных с такими преступлениями в судебной практике, изучаются пути разумного подхода к их разрешению. Спорные вопросы, связанные с такими преступлениями, всегда были в центре внимания судебной практики.

Ключевые слова: преступление, связанное с незаконной предпринимательской деятельностью; поправка к уголовному законодательству (XI); ограниченное распространение.

Abstract. The crime of illegal business operation stipulated in the Criminal Law of 1997 is one of the most typical pocket crimes in the Criminal Code. With the development of the economy and society, and the deepening of the social governance system, the problems regulated by the crime of illegal business operations is in a state of constant change, which makes this crime increasingly challenging in terms of judicial application. The article briefly introduces the legislative history of the crime of illegal business operation and discusses the limitation of this crime after the promulgation and implementation of the Criminal Law Amendment (XI), combining with 330 case samples collected, analyzing the phenomenon of expanding the application of this crime in judicial practice from three aspects based on the current stage, and exploring the path of reasonably limiting the underpinning provisions of this crime. The controversial issues in this crime have always been the focus of judicial practice, and how to solve the problem of expanding the application of the crime of illegal business is particularly important at present.

Keywords: crime of illegal business operation; Criminal Law Amendment (XI); miscellaneous clause; restricted extension

In the current era of rapid development of the market economy and continuous innovation in science and technology, more and more new forms of economy have emerged, and the behavior of disturbing the market order has become diverse under the urging of different situations. The application of the various provisions in the crime of illegal commercial operation depends mainly on the judgment and discretion of the judicial staff, which inevitably leads to the problem of enlarging the application. This situation increases the risk of this crime becoming a pocket crime. The legislative model of the blank of crime and miscellaneous clauses makes it highly ambiguous, so the question of criminal profiling becomes increasingly difficult. Moreover, because of the ambiguity of legal provisions, there is a lack of unified recognition and application standards in judicial practice, and different understandings of the charge in practice can lead to the issue of different judgments in the same case. Charges in judicial interpretation cannot in practice fully and promptly address a variety of complex and varied specific issues, which is somehow contrary to the fundamental principle of legality. The expansion and application of charges also violate the principle of modesty, and is not conducive to the protection of human rights. In the long run, it will inevitably undermine the credibility of the law, easily lead to the abuse of penalty power, and cause judicial chaos. Therefore, it is necessary to analyze the problems of illegal business operation crime in judicial practice and explore the root causes of the problems.

1. Legislative history of illegal business offenses and current judicial status

The crime of illegal business operation evolved from the crime of speculation which has been abolished, and its establishment at the beginning was to solve the drawbacks of the blurred boundary of the crime of speculation and the confused judicial application. However, with the development of the national economy and the improvement of people's living standards, a large number of new criminal means have emerged. Due to the lag of statutory law, the crime of illegal business operation has been controversial since the criminal law was revised and established in 1997, and it has been constantly adjusted and changed to adapt to the development of practice. In the following, the evolution and development of the crime of illegal business operation from the legislative history, and analyze the limitations of the current criminal law on this crime.

1.1. Legislative history

In the early days of the founding of the People's Republic of China, the economic foundation was still relatively weak, social life materials were still in an extremely insufficient state, and the state implemented a strict planned economy and distribution according to the work system. Some lawbreakers seek huge profits by hoarding materials, causing serious price chaos, resulting in more serious damage to the already unstable market order. Therefore, the state strictly prohibits individual citizens from seeking illegal benefits through scalping or other forms, and prohibits any form of exploitation. It was in this era and in this political context that the crime of speculation was born. In the 1960s and 1970s, the precursor to the crime of illegal business speculation crime mainly referred to the sale of state-planned materials.¹

In 1964, the Central Government's Report on the Handling of Corruption and Speculation identified the business behavior of hoarding materials and selling them at high prices as a «political crime», and Article 117 of the Criminal Law in 1979 clearly stipulated the crime of speculation: «Whoever, in violation of the laws and regulations on finance, foreign exchange, gold and silver or the administration of industry and commerce, speculates and profiteers, if the circumstances are serious, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years or criminal detention and may also, or shall only, be fined or have his property confiscated.»

As the reform and opening-up process has progressed, the market economy system has gradually been established. In 1992, China proposed to establish a socialist market economic system. In 1994, the Central Committee of the Communist Party of China issued a demand for economic system reform. China has adopted an increasingly open attitude and actively integrated into the development trends of the world economy, with citizens freely buying and selling goods and individuals opening factories and enterprises. The concept of speculation and profiteering has lost its rational basis and is incompatible with the market economy system, and numerous illegal acts in the past have been legalized, so some illegal acts in the crime of speculation stipulated in the Criminal Law of 1979 have lost their substantive illegality, and the crime has become no longer suitable for social development.

After the promulgation of the Criminal Law in 1997, the speculation crime was formally abolished, and the illegal business crime stipulated in the 1997 Criminal Law is indeed the product of the abolition of the speculation crime, and it is commonly believed that the illegal business crime is a crime separated from the speculation crime,² the relationship between

¹ Xie Dong-Hui. *The Legal History of «Speculation» Review* [J] // *The Northern Literary Studies*. 2010 (3). P. 155—159.

² Gao Ming-Xuan. *The Birth and Development and Perfection of the Criminal Law of The People's Republic of China*. Beijing : Peking University Press, 2012. P. 439.

the two is inextricably linked. Moreover, «illegal business crime continues the pocket crime function of the speculation crime».³

While the two are similar in content, they do not each protect the same legal interests. Article 225 of the Criminal Law, the relevant provisions of the crime of illegal business operation, detailed provisions of the four constituent elements, of which, the first three are mainly for franchising and special licensing, with a strong focus, while the fourth provides for the «other serious disruption of the market order of the illegal business behavior,» this provision with the 1987 The State Council promulgated the «Interim Regulations on Administrative Punishments for Speculation» in the provisions of the eleventh «other speculation that disrupts the order of the socialist market economy» is very similar, but also the provisions of this article, so that the crime in the judicial practice triggered a large controversy, is often considered to have the suspicion of pocket crime.

1.2. Reflection of the restrictive application of the Criminal Law Amendment (XI) to the crime

The Amendment (XI) to the Criminal Law, which came into effect on March 1, 2021⁴ updates and adjusts individual crimes and articles in China's criminal law, in which, although it does not directly reflect the limitation or modification of the relevant provisions of article 225 of the criminal law on the crime of illegal business operation, it explicitly stipulates that the behaviors that have been recognized as illegal business operation crimes for a longer period of time in the past are clearly stipulated as a certain less serious crime, and even though it does not directly make pocket crime Even though there is no direct amendment to the pocket crimes, the new crimes added therein all reflect the legislative spirit of limiting the pocket crimes, which is manifested in the following three aspects:

First, the current crime of obstructing drug administration in the Criminal Law Amendment (XI) regulates the illegal operation of medicines, which used to be dealt with under the crime of illegal business operation, and restricts the expansive application of the underpinning provisions of the crime of illegal business operation. It is specifically reflected in the provisions of Article 142, one of the following: «Whoever violates the drug control regulations and has one

of the following circumstances, which is sufficient to gravely endanger human health, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years or criminal detention and shall also, or shall only, be fined; (1) producing or selling a drug whose use is prohibited by the drug regulatory department under The State Council; (2) producing or importing drugs without obtaining relevant approval documents for drugs, or knowingly selling such drugs...»⁵ The changes in the law for the production and sale of drugs without obtaining the relevant approval documents to regulate the behaviour, so this behaviour should not be recognized as the crime of illegal business operation, otherwise the provisions of this article will lose its significance. Moreover, «medicines» are not, as stipulated in article 225 of the criminal law, «monopoly, monopoly items, or other restricted items stipulated by laws and administrative regulations», so it is obviously inappropriate to recognize such acts as the crime of illegal business operation.

Secondly, the current offence of dangerous operations in the Criminal Law Amendment (XI) regulates the illegal operation of dangerous goods, which used to be dealt with as an illegal business offence. In past judicial practice, there have been cases where illegal operation of dangerous goods has been punished as an illegal business crime.

For example, in the case of repeated illegal sales of gasoline to others for profit without obtaining a hazardous chemicals business license, although the defendants were ultimately exonerated of criminal penalties in the individual cases, the unauthorized sale of gasoline was characterized as an illegal business crime. Regarding this type of operation of refined oil products, the Supreme People's Court has given the following guidance: «conducting wholesale operation of refined oil products without obtaining a legally valid Certificate of Approval for Wholesale Operation of Refined Oil Products belongs to the act of violating the state regulations and operating, without authorization, goods whose sale and purchase are restricted by laws and administrative regulations. For those who disturb the order of the market and the circumstances are serious, they may be held criminally liable for the crime of illegal business operation.»⁶

The State Council «Regulations on the Safe Management of Dangerous Chemicals»⁷ (hereinafter re-

³ Chen Xing-Liang. Crime of Speculation: Death and Birth of a Pocket Crime [J] // Modern Law Science. 2019 (4). P. 137–141.

⁴ Adopted at the 24th Meeting of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on December 26, 2020, and Decree No. 66 of the President of the People's Republic of China of December 26, 2020 is hereby promulgated and shall come into force on March 1, 2021.

⁵ Refer to Article 142 Clause 1 of the Criminal Law of China // URL: <https://flk.npc.gov.cn>. [accessed: March 3, 2023].

⁶ Refer to the Supreme People's Court «Opinions of the Second Criminal Trial Chamber of the Supreme People's Court on Whether the operation of the Wholesale Business of Refined Oil Products without administrative approval constitutes an illegal operation Crime». [2008] No. 108 // URL: <https://www.pkulaw.com/> [accessed: 10 February 2023].

⁷ Refer to Article 1 of the Regulations on the Safety Administration of Hazardous Chemicals // URL: <https://flk.npc.gov.cn> [accessed: 3 March 2023].

ferred to as the «Regulations on Dangerous Chemicals»), article one provides: «In order to strengthen the safe management of dangerous chemicals, prevent and reduce accidents involving dangerous chemicals, safeguard people's lives and property, and protect the environment, formulate the present regulations.» It can be seen that the act violates the legal interests of the state safety management system of dangerous chemicals, should be considered first in the chapter of the criminal law of endangering public security crimes, and Article 136 of the crime of dangerous goods, «Violations in the management of explosive, flammable, radioactive, toxic and corrosive substances in the production, storage, transportation and use of major accidents causing serious consequences shall be punished with a jail term of not more than three years. Serious consequences, up to a fixed term of imprisonment of not more than three years, or criminal detention; the consequences are particularly serious, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than three years but not more than seven years», it does not regulate the operation of dangerous goods, so the judicial organs can only look for alternative legal basis.

Moreover, Article 33 of the Regulations on Dangerous Chemicals states: «The State shall implement a licensing system for the operation of dangerous chemicals, without authorization, no unit or individual may operate dangerous chemicals». Therefore, in the past practice, the sale and operation of dangerous chemical substances without serious consequences will be assessed according to the crime of illegal business. This essentially ignores two problems: First, the above behavior has not yet caused actual harmful results, but only an abstract danger, but in accordance with the illegal business crime, and the statutory penalty for the illegal business crime is five years as the cut-off point, but if the behavior has not reached a particularly serious degree of specific danger, according to the provisions of Article 114 of the criminal law of the crime of endangering public security by dangerous methods, the statutory penalty for the crime is more than three years and less than ten years of imprisonment; Secondly, such behavior was convicted and sentenced, the main reason is that it is a great threat to public safety.

From the perspective of infringement of legal rights, the production and operation of hazardous chemicals is a criminal act that has a negative impact on public safety.⁸ However, it is ultimately evaluated as the crime of illegal business operation, ignoring that the protection of legal interests in the crime of

illegal business operation is market order, and the importance of public safety is obviously higher than market order. The above two points have exposed the obvious irrational aspects of the past definition of unauthorized operation of dangerous goods as the crime of illegal business operation.

In this regard, one of the current Article 134 of the Criminal Law Amendment (XI) provides for the crime of dangerous operation: «Anyone who engages in one of the following circumstances, with a real danger of a major casualty accident or other serious consequences, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than one year, criminal detention, or control (3) engaging in highly dangerous production activities such as mining, metal smelting, building construction, and the production, operation and storage of dangerous goods without approval or license in accordance with the law».⁹ Which on the production and operation of dangerous goods without legal approval or license to regulate the behavior, and compared to the past according to the illegal business crime sentenced, the penalty for the crime of dangerous operations is definitely lighter than the crime of illegal business. Therefore, criminalizing the illegal operation of dangerous goods as a crime of illegal operation sometimes inevitably leads to mismatched behavior with the charges and excessive sentencing.

The increase of new charges also provides additional space for judicial officers to make choices when dealing with related cases, and they cannot approach the crime of illegal business operation to all the business behaviors without obtaining relevant licenses in practice, and they should consider whether the goods they operate belong to the scope of regulation of the crime of illegal business operation. If there are provisions in the criminal law that provide clearer guidelines, the application of the offence should be carefully considered.

Third, the Criminal Law Amendment (XI) amended Article 217 on the crime of copyright infringement to regulate the illegal sale of «plug-ins», which used to be dealt with as illegal business operation. The identification of illegal online game plug-ins has been a controversial issue, as individual copyright infringement crimes have been characterized as illegal business operation crimes. We usually speak of online plug-ins, which generally refer to the intentional preparation of online games or online games to include a series of programs that are intended to have a direct or indirect effect, rather than the client programs of the online game itself.¹⁰

⁸ Gao Lan-Jun, Yue Sui-Yuan. Analysis on Crime of Illegal Business Operation and Crime of Dangerous Operation — Impact of the Criminal Amendment (XI) on Qualification of Operating Product Oil without a License [J] // Journal of Shenyang Normal University (Social Science Edition). 2023 (2). P. 33—39.

⁹ Refer to Article 134 Clause 1 of the Criminal Law of China // URL: <https://flk.npc.gov.cn> [accessed: March 3, 2023].

¹⁰ Shou Bu, Huang Yi-Feng, Zhu Ling, Yang Wei et al. Definitional Characteristics and Classification of Plug-in Programs [J] // Electronic Intellectual Property. 2005 (8). P. 14—17.

However, not all online plug-ins are malicious and illegal. The illegal act of «plug-ins» refers to the act of destroying, without permission or authorization, the technical protection measures of legally published and copyrighted Internet game works, modifying the data of the works, setting up servers privately, making game rechargeable cards, and operating or connecting to operate legally published and copyrighted Internet game works, thereby seeking profits and infringing on the interests of others.¹¹

The Internet plug-in does not belong to the scope of the provisions of the crime of illegal business operation. As a program, it does not belong to the «monopoly, exclusive goods or other restricted goods stipulated by laws and administrative regulations», and it should not belong to the scope of the regulation of the fourth underlining provision, because «Internet plug-in» does not have the equivalent nature with the behavioral mode stipulated in the first three clauses; In addition, malicious internet plug-ins are more likely to infringe on the copyrights of others, to undermine the fairness of the game program itself, and to violate the interests of the game developer, rather than the market order protected by the crime of illegal business. Therefore, the past identification of such conduct as an illegal business operation is inevitable to expand the interpretation.

In Article 217 of the Revised Criminal Law Amendment (XI), it is stipulated that: «Anyone who, for the purpose of making profit, infringes on copyright or copyright-related rights in one of the following circumstances, moreover, if the amount of unlawful proceeds is relatively large or there are other serious circumstances, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, and shall be fined concurrently or singly; moreover, if the amount of unlawful proceeds is huge or if there are other particularly serious circumstances, he shall be sentenced to three to ten years' or shorter fixed-term imprisonment and a fine: ... (6) without the permission of the copyright owner or copyright-related rights holder, a person intentionally avoids or destroys technological measures taken by the rights holder to protect cop-

yright or copyright-related rights to his or her work, sound and video recordings, etc.»¹²

In the past, it was considered incongruous to treat a small number of crimes related to intellectual property infringement as crimes against market order. The amended crime of infringement of copyright incorporates the unauthorized avoidance or destruction of technological measures taken by the right holder into the modes of behavior of infringement of copyright, which provides a more definite way to solve the problem of the characterization of crimes related to the category of online game plug-ins, and in turn restricts the application of the crime of illegal business operation.

2. Current status of the expanded application of illegal business offenses and problems

According to the Article 225 of China's Criminal Law,¹³ the specific types of conduct enumerated therein are mainly directed at exclusive and restricted items for sale and purchase, as well as business licenses and other business credentials. If the crime of illegal business operation were strictly limited to this scope, the constituent elements of the crime would be clear and specific, and the scope of the crime would thus be narrow.¹⁴ However, the legislature has established a fourth miscellaneous clause thereafter to avoid the omission of the previous clause of the law in the enumeration, which increases the ambiguity of this crime in terms of the constituent elements. With the diversified development of practice and the legislative mode of blank crime, many problems have been exposed in judicial practice:

2.1. Expanding the application of «violation of state regulations»

One of the conditions for the establishment of the crime of illegal business operation is «violation of state regulations», a business behavior can only be further evaluated as an illegal business operation

¹¹ Refer to the Notice of the Press and Publication Administration and the National Copyright Administration the Special Management of «Private Service» and «Plug-in». [2003] 19 // URL: <https://www.pkulaw.com/> (accessed: 10 February 2023).

¹² Refer to Article 217 of the Criminal Law of China // URL: <https://flk.npc.gov.cn>. (accessed: March 3, 2023).

¹³ Article 225 of the Criminal Law stipulates that «whoever, in violation of state regulations, commits one of the following illegal business operations and disturbs market order, if the circumstances are serious, shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years or criminal detention and shall also, or shall only, be fined not less than one time but not more than five times the illegal gains: (1) dealing without permission in articles exclusively or exclusively provided for by laws or administrative regulations or other articles restricted from sale; (2) buying or selling import or export licenses, certificates of origin for import or export, or other business licenses or approval documents prescribed by laws and administrative regulations; (3) Illegally engaging in securities, futures or insurance business, or illegally engaging in fund payment and settlement business without the approval of the relevant competent department of the State; (4) Other illegal operations that seriously disrupt market order.

¹⁴ *Chen Xin-Liang*. The Expansion and Limitation of the Crime of Illegal Business Practices: A Survey from the Perspective of Administrative Licensing [J] // *The Jurist*. 2021 (2). P. 56.

crime if it violates state regulations first, which is a necessary precondition for the crime, and «violation of state regulations» is a blank of crime established for the crime of illegal business operation. «Violation of state regulations» is a precondition for the establishment of the crime of illegal business operation, but it is not the only condition, not that the behavior of the perpetrator violates the «state regulations» constitutes the crime of illegal business operation. In addition, other constitutive elements of the crime of illegal business operation should also be examined.¹⁵

Determining an illegal business crime requires reference to additional laws and regulations, as well as whether other laws and regulations fall within the scope of state regulations. It is the inability to pinpoint the scope of state regulations in judicial practice that has led to the expansion of the crime of illegal business operation. Therefore, it is great significance to clarify the connotations of this concept. Under the guidance of the legal concept of the administrative licensing system, sometimes the judicial organs apply departmental regulations as state regulations, and the element of «violation of state regulations» stipulated in Article 225 of the Criminal Law is alienated into «violation of administrative licenses». Moreover, it should be noted that, matching with the «violation of state regulations», but also requires its behavior caused by the «threat to the market order» results. It is impossible to unilaterally magnify an act while ignoring its pernicious consequences, which could easily lead to the blurring of the lines between criminal and non-criminal, leading to the abuse of the criminal law.

Article 96 of China's Criminal Law obviously stipulates that: «By violating State regulations, this

Law means violating the laws and decisions enacted by the National People's Congress and its Standing Committee, and the administrative regulations, rules and administrative measures enacted, and decisions and orders issued, by the State Council». It should be noted that local regulations enacted by local people's congresses at all levels and their standing committees, as well as regulations formulated and decisions and orders issued by various ministries and commissions of The State Council, do not fall within the scope of the state regulations referred to in Criminal Law. However, in judicial practice, there are cases in which judicial organs have applied departmental rules and regulations approved by the General Office of the State Council, or even the departmental rules and regulations authorized a second time, as state regulations. There are also cases in which the implementing rules and measures of administrative regulations are treated as administrative regulations, or in which acts that should be subject to administrative law are categorized as violations of state regulations, which exposes the blurring of the boundaries between administrative violations and criminal violations, and which tends to confuse this crime with general administrative violations.

Through the collection of relevant data to more intuitively reflect the criminal situation of the objects of illegal business operations, data from the JuFa Case website.¹⁶ The search conditions are illegal business crime, the nature of the instrument is judgment, and the judgment date is 2021 to 2022. A total of 1,299 cases were searched, 400 cases were selected and 330 valid samples were retained after manual screening. The specific illegal business crimes are shown in the following table.

Statistical table of criminal targets of illegal business operations

Market segmentation of types of legal interests	Classification of the first three acts in judicial practice (frequency: cases)	Categorization of «other» acts in judicial practice (frequency: cases)
State monopolized commodities	Refined oil (64), tobacco (126), liquefied petroleum gas (3)	—
Basic national necessities	Salt (1), slaughterhouses (3),	—
natural resources	Wildlife (2)	
Franchise or prohibited special goods, special business services	Lottery tickets (11), fireworks (13)	Gambling equipment (3), network information services (2), television network reception equipment (1)
Items related to national security, producer safety or public safety	Hazardous chemicals (36),	—

¹⁵ Wang En-Hai. The Logical Interpretation of 'Violation of National Regulations' in the Crime of Illegal Business Operations — Investigation from the Perspective of Specific Cases[J] // Issues on Juvenile Crimes and Delinquency. 2023 (1). P. 67—76.

¹⁶ Refer to the Jufa case's official website. URL: <https://www.jufaanli.com/> (accessed: March 1, 2023).

Market segmentation of types of legal interests	Classification of the first three acts in judicial practice (frequency: cases)	Categorization of «other» acts in judicial practice (frequency: cases)
Health and hygiene items	Medicines (15), masks (1)	—
Banking, insurance, securities and other financial market order services	Foreign exchange (17), funds settlement (15), futures (7), securities (4)	Loans (4), bank card cash-outs (2)

Although it is, clear from the judgments that the crime violates relevant state regulations, few judgments directly elaborate on the specific names of the state regulations violated. For example, there are expressions such as «violation state regulations» and «violation state regulations on foreign exchange management» in the judgments, but they do not specifically elaborate on the names of the relevant state regulations. It resulted in an insufficient citation of the reasoning part of the court's decision and a lack of direct statutory provisions to serve as a basis.

The fundamental principle applied in our criminal law is the principle of legality, and one of the essential features of this principle is the clarity of the crime, which means that the criminal law must provide for the concept of a crime or the composition of a crime in advance, so as to enable people to judge in advance the legal acts that they are going to do. Article 225 of the Criminal Law of China stipulates that the terms «violation state regulations», «serious circumstances» and «other business activities» are highly vague in themselves, which makes it difficult to recognize the crime in individual cases. In judicial practice, Article 225 of the Criminal Code is commonly cited in trials, but without elaboration as to what state regulations have been violated. The number of cases involving this offence in judicial practice has been rising year after year, and what should have been a complementary clause has in practice become the principal one applied in adjudication. Therefore, based on the above problems, it is necessary to additionally analyze the root causes of the problems in the judicial application of the crime of illegal business operation and put forward targeted recommendations for improvement, which will provide reasonable explanations for the handling of similar cases in the future, and make the application of this crime in practice more in line with the requirements of the principle of legality and the needs of social development.

2.2. Unclear criteria for determining «serious circumstances»

Every illegal business operation is first of all an administrative offense, but not every administrative offense can reach the standard of the crime of illegal

business operation, and the key point to distinguish between the two lies in whether or not the behavior can constitute the «serious circumstances». According to China's criminal law on illegal business operations, the first thing that constitutes such a crime is the act of disturbing market order, followed by consideration of the seriousness of the act. The law and judicial interpretation of «serious circumstances» provisions are not clear and complete, its connotation and extension are very vague, it can be a distinction between crime and non-crime boundaries, but also can be a distinction between felony and misdemeanor boundaries.¹⁷ In judicial practice, the determination of whether an illegal business activity is «serious circumstances» depends on the discretion of the judicial workers, and the different understanding of the law by the staff of the judicial organs will not only lead to the waste of judicial resources and affect the efficiency of the case, but also result in the occurrence of different judgments in the same case.¹⁸

Judicial personnel are easy to rely only on whether the behavior meets the amount required to be punished, while ignoring whether the behavior constitutes a disturbance of social order, and the handling of relevant cases is easy to fall into the «conviction based only on amount», but the larger amount involved is only one of the reference materials to judge the «serious circumstances», if the circumstances are significantly minor, and the harm is not large, it cannot constitute the crime of illegal business operations.

For example, Wang Lijun's illegal business operation retrial and re-sentencing to acquittal (Supreme People's Procuratorate Guidance Case No. 97). At the end of 2014, Wang privately purchased corn and sold it without applying for the relevant permits and without approving the registration in accordance with the law, and the court of first instance found that it constituted the crime of illegal business operation.¹⁹

And sentenced it to one year's fixed-term imprisonment with two years' probation. Later, due to the media reports and other public opinion pressures, the Supreme Court designated a retrial. The court changed the sentence to acquittal on the grounds that the behavior did not meet the criteria for determining

¹⁷ Chen Xing-Liang. Philosophy of Criminal Law (Sixth Edition). Beijing : China Renmin University Press, 2017. P. 649.

¹⁸ Yang Shui-Qing. Exploration of Judicial Application Problems of Illegal Business Offense [J] // Economic Research Guide. 2022 (25). P. 159—161.

¹⁹ Refer to the Linhe District People's Court of Bayannur City [2016] 0802 No. 54 Criminal judgment // URL: <http://www.pkulaw.com/> (accessed: 10 February 2023).

serious disruption of social order, and did not possess considerable social harm and criminal punishment.²⁰ One of the controversial issues of the crime in judicial practice exposed by the above typical cases is that the identification standard of «serious circumstances» in the miscellaneous clause is not clear and reasonable, which also involves the protection of legal interests and the determination of social harmfulness, and does not take into account whether it has caused substantial infringement of legal interests.

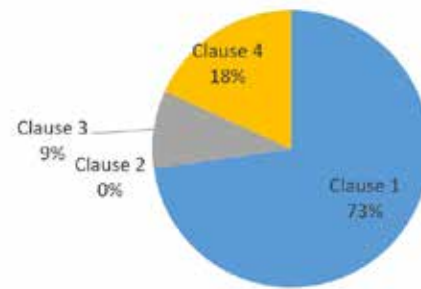
2.3. The risk of becoming a «pocket crime»

"The concept of 'pocket crime' first appeared in the mid-1990s."²¹ The «pocket crime» of the crime of illegal business operation is one of the most serious problems in our criminal justice. The predecessor of the crime of illegal business operation is called «pocket crime» because of the ambiguity of the constituent elements of the crime, and the crime of illegal business operation as a new crime separated from the crime of speculation. First, we should affirm the mode of legislative design of crime, which combines blank crime and miscellaneous clause. At the same time, although the setting of the fourth miscellaneous clause has made-up for the lack of lag in the provisions of criminal law to a certain extent, but on the other hand, the understanding of «whether the circumstances are serious» and «other acts that disturb market order» has a large explanatory space, which leads to excessive judicial discretion of judges. If it is applied improperly, it will violate the principle of legality, threaten the clarity of criminal law, and may repeat the mistake of «pocket crime». Moreover, in the judicial interpretations of this miscellaneous clause, some of them still contain the word «other», which not only makes the fourth miscellaneous clause still ambiguous, but also leads to the miscellaneous clause being «pocketed» again.

There are four clauses for the crime of illegal business operation, the first three of which are the types of crimes expressly stipulated in the criminal law, while the fourth is a miscellaneous clause. Thus, during the course of the search, a distinction was made by excluding from the sample of 330 cases only those in which Article 225 of the criminal law was cited without specifying the specific provision cited in the judgment. It was verified that 220 cases explicitly stated the provision cited, including 180 sentences related to the first three clauses of Article 225 of the criminal law and 40 sentences related to the fourth clause of Article 225 of the criminal law.

In the foregoing statistics, the vast majority of cases have resulted in convictions and sentences on the basis of clause one of article 225, i.e., the unau-

Article 225 cited in the conviction



thorized operation of articles monopolized or exclusively sold, or otherwise restricted from sale and purchase as provided for in the law and administrative regulations. The sample cases were mainly related to unauthorized operations of refined oil, diesel fuel, tobacco, medicines and hazardous chemicals; those convicted under clause three were mainly about illegal business activities related to futures, fund settlement, and securities; moreover, about the citation of legal provisions in the fourth clause, which included foreign exchange, tobacco, hazardous chemicals, loans, wildlife, lottery tickets, masks, slaughterhouses and fireworks. While organizing the data, it was discovered that there were individual cases involving targets of illegal business operations. Although they fall within the content specified in the first or third clause, the fourth clause is cited in the conviction and sentencing. For example, in some cases involving illegal tobacco and hazardous chemicals, some people were convicted under the first clause, while others were convicted under the fourth.

This results in crimes with the same offense having the same plot and object of conduct, but with different legal provisions based on which they are convicted. The above situation also exposes the issue of the fourth clause of this crime being sometimes inappropriately cited in judicial practice. As a miscellaneous clause, it should be applied with greater caution. Although static legal provisions inevitably have limitations in dealing with specific cases, it is possible to refer to the relevant case to make the legal provisions on which the judgment is based more relevant and clearer.

3. Path to solving the problem of judicial application of the crime of illegal business operation

Through the above analysis of the existing problems in the crime of illegal business operation. It can be seen that the expansion of the application of the

²⁰ Refer to the Inner Mongolia Autonomous Region Bayannaoer City (League) Intermediate People's Court (2017) No. 08 Criminal judgment // URL: <http://www.pkulaw.com/> [accessed: 10 February 2023].

²¹ Gao Ming-Xuan, Zhao Bing-Zhi. The Development of Criminal Law Research in the People's Republic of China in Recent Sixty Years. Beijing : China Renmin University Press, 2009. P. 175.

crime of illegal business cannot only be attributed to its legislative mode, but mainly due to the differences between the understanding and application of judicial interpretations by the judges in practice. Therefore, we should focus on the solution of the problem from the level of judicial application. The following will find an exit from the aspect of reasonable understanding of judicial interpretation, and explore the path to limit the judicial application of the crime of illegal business operation.

3.1. Clarifying the meaning of «violation of state regulations»

The key to constituting the crime of illegal business operation is to consider whether the act violates the state regulations, on what is «violation of state regulations», China's Criminal Law, Article 96 has been precisely defined, the main body of its formulation is only the National People's Congress, the Standing Committee of the National People's Congress and the State Council. Combined with the above issues, in practice there are still departmental regulations and local laws and regulations that apply only to individual districts and individual business areas as a basis for criminalization and sentencing. It should be clear that the judicial interpretation of this crime is not the scope of the «state regulations», the main body of the judicial interpretation is the supreme people's court and the supreme people's procuratorate, and the main body of the «state regulations» does not match, so the judicial interpretation can only be used as a reference and basis for adjudicators to decide cases. While legislative interpretations are formulated by the Standing Committee of the National People's Congress, which is consistent with the subject of the «state regulations» and belongs to the scope of the «state regulations». In this regard, regarding the scope of «state regulations», there are two main points of view in the academic community. One is the «restrictive theory», which holds that the subject of the formulation should be strictly limited to the National People's Congress, its Standing Committee and The State Council in strict accordance with the scope of the provisions of Article 96 of the Criminal Law. If the act only violates departmental rules or local regulations, it does not fall within the scope of violations of state regulations. The second is the «expansion theory», which holds that national regulations can be extended to departmental regulations, local regulations, autonomous regulations, etc. Obviously, in the discrimination of the two theories, the «restrictive theory is more in line with the principle of legality, and the strict interpretation of restriction can avoid the excessive expansion of illegal business crimes to a large extent, but the second view is often

adopted in judicial practice, which inevitably causes problems in the application of law.

The law is the last line of defense to maintain fairness, justice and social stability, and the criminal law, as the most severe means of social governance, should be modesty, and when effective governance of society can be achieved without criminal punishment measures, such as solving the problem through civil or administrative means, the criminal penalty will not be used. Concerning this crime, the unlawful conduct in the crime of illegal business operation is the first of all unlawful conduct in the law of administration. If the perpetrator of illegal business behavior is only with general administrative violations, and the judge uses the criminal law to deal with it, it will inevitably make the public question the rationality of the application of law, which is obviously contrary to the concept of modesty of the criminal law. What needs to be noticed is the following:

First, administrative licenses established in violation of state regulations do not necessarily comply with the «violation of state regulations» in article 225 of the Criminal Law. According to the Criminal Law, the crime of illegal business operation consists of four independent constituent elements, i.e., «violation of state regulations», «illegal business behavior», «disturbing the market order» and «serious circumstances». In practice, it is usually confused the protection of the legal interest of this crime is the administrative licensing system, and the concept of «violation of state regulations» provided for in this crime will be replaced by «violation of administrative license», which will lead to any violation of administrative license will be identified as a violation of state regulations.

Second, unauthorized business practices do not necessarily constitute «illegal business behaviors» under article 225 of the criminal law. «Criminal law should protect pre-determined legal interests, not combat violations of specific state regulations. These state regulations do not protect any pre-existing substantial legal interest, but merely serve the public order and welfare». ²² For behavior that should be penalized, the focus is on whether the legal interest violated by the behavior is the legal interest protected by criminal law. It can be seen that not all the «state regulations» in the form of article 96 of the criminal law of China are «state regulations» stipulated in article 225 of the criminal law, the latter only includes those «state regulations» for the protection of the basic order of the market. Under the mainstream view of the legal interest of the administrative licensing system, «illegal» in the crime of illegal business operation is equated with «violation of state regulations», which is also equated with violation

²² *Ivo Appel*. Legal Interest Protection Through Criminal Law? — Commentary from the Perspective of Constitution. Translated by Ma Yin-Xiang. Edited by Zhao Bing-Zhi, Song Ying-Hui et al. Research on Contemporary German Criminal Law (2016, Vol. 1). Beijing : Law Press, 2017. P. 52—53.

of administrative licensing, resulting in the judicial alienation of this crime.

Thirdly, engaging in business activities without authorization does not necessarily «disrupt the market order», and business conduct that violates state regulations and threatens the market order does not constitute the crime of illegal business operation if it does not result in disrupting the market order. The requirement of «disrupting market order» is limited to the basic order that concerns the interests of all market participants. Wang Lijun acquisition of corn case, for example, the defendant unauthorized acquisition of corn and then resold to the grain and oil company, the amount of illegal business amounted to more than 200,000 yuan, profit of 6,000 yuan, the court of first instance that the defendant constitutes the crime of illegal business operation. However, in fact, the defendant's behaviour objectively between the grain farmers and grain purchase enterprises play a bridge and link role, reducing the burden of farmers selling grain, conducive to market exchanges. The retrial court subsequently reversed the acquittal on the grounds that «the degree of harm has not yet reached the level of seriously disrupting the market order». It is impossible for a criminal law to maintain a market order that does not benefit anyone, or to disturb it if an act does not cause economic loss to anyone.²³ It is clear that engaging in business activities without authorization does not necessarily «disturb the market order», so the judicial practice of equating «violation of administrative authorization» with «disturbing the market order» is worth reflecting on.

The criminal law is the severest of laws, and once the decision of conviction and sentence is made, it has an irreversible effect upon the parties. So the determination of the scope of the «state provisions» in the criminal law must be made strictly and cautiously. If it is difficult to identify individual cases and there are relatively large disputes, it shall exercise discretion carefully in the trial and seek instructions from the Supreme People's Court step by step in accordance with the requirements of the Notice on the Application of «State regulations» in Criminal Law issued by the Supreme People's Court in 2011, and the provisions of «State regulations» on which the judgment is based shall be clearly stated in the judgment, and be able to be organized and well-reasoned.

3.2. Criteria for scientific identification of «serious circumstances»

Illegal business crime as a typical plot crime, the miscellaneous clause must be required to reach a serious degree of social harm. In China's criminal law, there is no clear identification standard for «serious

circumstances», and the interpretation right of «serious circumstances» is left to the discretion of the judicial organ, then we should grasp two points: First, the seriousness of the circumstances is a constituent element of the crime. If the circumstances are not serious, it does not constitute a crime; Second, whether the case is serious or not should be fully judged by analyzing all the circumstances of the case.²⁴ In practice, it is commonly easy to be influenced by the thought of heavy penalty doctrine, resulting in the expansion of discretionary power, and the constitutive elements of «serious circumstances» is changed into «large amounts» under the influence of the conviction based only on amount.

Under the guidance of the legal interest view of the basic market order, the function of the «serious circumstances» element is specifically limited to the fact that the behaviour of the actor has severely disturbed the basic market order, because the basic market order is related to the interests of numerous market participants, so the degree of «serious» here can be judged by the number and degree of damage to the interests of the injured. Judicial staff should make judgments based on specific cases, although some behaviours can be objectively evaluated as illegal business behaviours, for those behaviours that have not caused substantial damage, even actively promoted market development, they should first consider whether appropriate administrative penalties can be taken in light of the actual situation, instead of using punishment easily.

The «serious circumstances» of the crime of illegal business operation refers to the act of disturbing the market order. It is thus clear that, when an act is incriminated, it must first constitute a «disturbing market order» before the degree of harm can be further considered. If the behavior only violates the state regulations guided by the blank crime, and does not disrupt the market order and cause substantial damage, then it can not take any punitive measures against it.

However, in judicial practice, the judgment of the seriousness of the crime of illegal business is mostly attributed to the simple circumstances such as the amount standard or the number of administrative penalties prescribed by the judicial interpretation, and too much emphasis on the seriousness of the illegal business operation, and did not take into account whether the behaviour disrupts the market order, and has considerable social harm. In the case mentioned above, Wang Lijun illegal business amount of more than 200,000 yuan, in line with the amount of the crime of illegal business operation to reach the starting point of 50,000 yuan. The reason why the

²³ Zhang Ming-Kai. Restrictions on Pocket Crime by «Criminal Law Amendment (11)» and Its Significance [J] // Contemporary Law Review. 2022 (4). P. 3—18.

²⁴ Zhang Ming-Kai. On «Serious Circumstances» as a Constituent Element in the Specific Provisions of China's Criminal Law [J] // Studies in Law and Business. 1995 (1). P. 15.

crime can not be incriminated, because compared with the crime of the first three clauses of this crime, his behaviour does not have the same social harm, did not cause losses to food and grain and oil companies, and did not cause bad social impact, etc. Taking this into account, its behaviour has not seriously disturbed the market economy, so it does not have criminal illegality.

Although the «serious circumstances» stipulated in the criminal law provisions are ambiguous, on the other hand, it also gives the law a certain degree of flexibility. While there is still debate about what factors should be considered to determine whether the circumstances of a crime are serious, it is clear that the practice of determining the circumstances by the amount of the crime is obviously not justified. The criterion of «serious circumstances» should not only consider the amount of money involved, but also the motive and means of the crime, and whether the act substantially infringes on the legal interests protected by the criminal law, to judge whether it is a general administrative offense, and if the substantial damage caused is relatively minor, then the situation cannot be generalized. In addition, the type, quantity and circulation of goods can be used as a reference for determining «serious circumstances», and it can also be combined with the level of local economic development to define whether the circumstances are serious according to the specific case.

3.3. Adherence to the principle of «Systematic Interpretation»

With regard to the types of legal interpretation methods, the four most uncontroversial so far are: systematic interpretation, literal interpretation, teleological interpretation and historical interpretation. Systematic interpretation is not a search for text, but a logical exploration within the legal system without contradiction. The problem to be solved is that there may be tension between legal norms and other social norms, and between law and society, politics and culture.²⁵ The miscellaneous clauses, which commonly appear in criminal law, are a legislative technique adopted by legislators to cope with the dilemma of «law is limited but situation is infinite».²⁶ Because of the inevitable ambiguity characteristics of the miscellaneous clauses, it is easy to produce disputes when it is applied concretely, so the principle of systematic interpretation should be adhered to.

In order to apply the law more appropriately, we must treat the problem with systematic thinking and

adhere to the openness of the law. «Reconceptualization means studying law not only as the sum total of existing norms, but also as a system of values, culture, and symbolism, as well as its constitutive significance in social action».²⁷ Systematic interpretation is not simply related to the context, but the intrinsic presentation of the referee's systematic thinking through legal methods.²⁸ When a judicial officer makes a legal value judgment, he or she is able to determine the precise meaning of a particular legal provision based on the relationship between different legal provisions and between the various articles of the same legal provision to ensure the consistency within the legal system. The criminal law, as the last resort for the protection of legal interests, must not interfere too much in social and economic life in order to prevent its abuse.

The connotation of systematic interpretation focuses on the consistency of the internal value orientation among the laws. According to the rules of systematic interpretation, there should be types of behaviours that can summarize the same attributes before the miscellaneous clause of the crime of illegal business operation. The other illegal business acts stipulated in the miscellaneous clause of the crime of illegal business shall be as harmful to society as the provisions of the preceding three clauses, and shall be criminalized only to the extent of seriously disrupting the order of the market economy. With regard to the determination of the seriousness of the crime, substantive consideration should be given to the degree of infringement of the market order, with separate judgments being made on the basis of the national provisions violated by the different acts, and the determination of whether or not there has been a considerable degree of social harm should not take into account the amount of the operation alone, but instead the substantive social impact caused by the act should be considered in a comprehensive manner.

As a central requirement of legal interpretation, systematic interpretation is the categorization of the nature of an act, and the specific application of a provision should maintain the same identification criteria as the first three items. That is, the application of «other acts of illegal business operation that seriously disrupt the market order» as stipulated in the fourth clause of Article 225 of the criminal law, shall be judged on the basis of whether the relevant acts have comparable social harm, criminal illegality and necessity of criminal punishment to the acts of illegal business operation stipulated in the first

²⁵ Chen Jin-Zhao. Attitude of Systematic Thinking and the Application of Systematical Interpretation Method [J] // Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences). 2018 (2). P. 71.

²⁶ Che Hao. Legal Dogmatics and Systematic Interpretation [J] // China Law Review. 2022 (4). P. 103—119.

²⁷ Liora Israël. L'arme Du Droit. Translated by Zhong Zen-Yu. Beijing :Social Sciences Academic Press (2015). P. 81.

²⁸ Song Bao-Zhen. Chinese Application of Systematic Interpretation [J] // Journal of University of Jinan (Social Science Edition). 2018 (6). P. 33.

three clauses of Article 225 of the criminal law. In judicial practice, the greatest reason why this crime is liable to judicial confusion is that the application of the miscellaneous clause is not carefully based on principles of systematic interpretation. Considering the nature of the case in a holistic way and adhering to the systematic interpretation rules can effectively avoid unreasonable phenomena in the application of the law. In addition, to determine whether the violation of the relevant provisions of the administrative management of the business behaviour constitutes the crime of illegal business operation, we should be considered in a comprehensive manner whether the business behaviour is in violation of the criminal law provisions of the «state regulations» and constitute a serious disruption of the market order, and judge whether the criminal circumstances are serious, which cannot be conviction based only on amount of money. For although the violation of state regulations to disrupt the market order, but the circumstances are significantly minor, the harm is not great, not yet gravely disrupt the market order of the business behavior, should not be considered the crime of illegal business operation, which is precisely in the systematic interpretation needs to be expressed.

Conclusion

The original intention of setting thr crime of illegal business operation is to comply with the development of the socialist market economy in the current era, to make-up for the backwardness and defects of the crime of speculation, to be more in line with the requirements of the principle of legality, and to enhance the clarity of the criminal law I. It cannot be denied that at the beginning of the establishment of the crime of illegal business operation, it did effectually play an active part in restraining. However, with the emergence of a large number of new types of illegal business operation and disrupting market order, inevitably exposing many problems in judicial practice, resulting in the blurring of the boundaries between the crime and the non-crime, this crime and that crime, which will lead to improper expansion of the scope of punishment. It is contrary to the fundamental principle of legality, detrimental to the maintenance of the modesty of the criminal law, and contrary to the modern requirements of the development of China's market economy, Therefore, it is necessary to restrict the application of the crime of illegal business operations. To analyse the current situation of expanding and application of the crime of illegal business operation and explore the specific connotation of the constituent elements of this crime is the key to grasp the meaning of «violation of state regulations» and «serious circumstances» in the law, and it is also to comply with the requirements of the development of the market economy.

REFERENCE

1. Xie Dong-Hui. The Legal History of «Speculation» Review // The Northern Literary Studies. — 2010 (3).
2. Gao Ming-Xuan. The Birth and Development and Perfection of the Criminal Law of The People's Republic of China. — Beijing : Peking University Press, 2012.
3. Chen Xing-Liang. Crime of Speculation: Death and Birth of a Pocket Crime // Modern Law Science. — 2019 (4).
4. Gao Lan-Jun, Yue Sui-Yuan. Analysis on Crime of Illegal Business Operation and Crime of Dangerous Operation — Impact of the Criminal Amendment (XI) on Qualification of Operating Product Oil without a License // Journal of Shenyang Normal University (Social Science Edition). — 2023 (2).
5. Shou Bu, Huang Yi-Feng, Zhu Ling, Yang Wei et al. Definitional Characteristics and Classification of Plug-in Programs // Electronic Intellectual Property. — 2005 (8).
6. Chen Xin-Liang. The Expansion and Limitation of the Crime of Illegal Business Practices: A Survey from the Perspective of Administrative Licensing // The Jurist. — 2021 (2).
7. Wang En-Hai. The Logical Interpretation of 'Violation of National Regulations' in the Crime of Illegal Business Operations — Investigation from the Perspective of Specific Cases // Issues on Juvenile Crimes and Delinquency. — 2023 (1).
8. Chen Xing-Liang. Philosophy of Criminal Law (Sixth Edition). — Beijing : China Renmin University Press, 2017.
9. Yang Shui-Qing. Exploration of Judicial Application Problems of Illegal Business Offense // Economic Research Guide. — 2022 (25).
10. Gao Ming-Xuan, Zhao Bing-Zhi. The Development of Criminal Law Research in the People's Republic of China in Recent Sixty Years. — Beijing : China Renmin University Press, 2009.

11. *Ivo Appel*. Legal Interest Protection Through Criminal Law? — Commentary from the Perspective of Constitution / Translator: Ma Yin-Xiang. Edited by Zhao Bing-Zhi, Song Ying-Hui et al. Research on Contemporary German Criminal Law (2016, Vol. 1). — Beijing : Law Press, 2017.
12. *Zhang Ming-Kai*. Restrictions on Pocket Crime by «Criminal Law Amendment (11)» and Its Significance // Contemporary Law Review. — 2022 (4).
13. *Zhang Ming-Kai*. On «Serious Circumstances» as a Constituent Element in the Specific Provisions of China's Criminal Law // Studies in Law and Business. — 1995 (1).
14. *Chen Jin-Zhao*. Attitude of Systematic Thinking and the Application of Systematical Interpretation Method // Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences). — 2018 (2).
15. *Che Hao*. Legal Dogmatics and Systematic Interpretation // China Law Review. — 2022 (4).
16. *Liora Israël*. L'arme Du Droit / Transiator: Zhong Zen-Yu. — Beijing : Social Sciences Academic Press, 2015.
17. *Song Bao-Zhen*. Chinese Application of Systematic Interpretation // Journal of University of Jinan (Social Science Edition). — 2018 (6).

Проблема криминализации stalking в Российской Федерации The problem of criminalization of stalking in the Russian Federation

Владимир Иванович Евтушенко,
доктор юридических наук,
профессор кафедры административного права и процесса
Юридического института Белгородского
государственного национального исследовательского университета,
г. Белгород, Россия
e-mail: 77712@live.ru

Олеся Юрьевна Орловская,
магистрант Юридического института
Белгородского государственного
национального исследовательского университета,
г. Белгород, Россия
e-mail: 1350159@bsu.edu.ru

Vladimir I. Yevtushenko,
Dr. Sci. (Law),
Professor of the Department of Administrative Law
and Process at the Law Institute of Belgorod State
National Research University,
Belgorod, Russia
e-mail: 77712@live.ru

Olesya Yu. Orlovskaya,
Graduate student of the Law Institute
of the Belgorod State National Research University,
Belgorod, Russia
e-mail: 1350159@bsu.edu.ru

© Евтушенко В. И., Орловская О. Ю., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.073-077

Аннотация. Stalking — социальное явление, которое напрямую связано с нарушением основных конституционных прав граждан Российской Федерации, но для которого, к сожалению, в законодательстве Российской Федерации отсутствует механизм правового регулирования противодействия на государственном уровне. В статье рассматривается проблема квалификации данного деяния в связи с отсутствием правового регулирования преследования в Российской Федерации. В рамках решения данной проблемы проанализирована практика введения уголовной ответственности за stalking в современном мире и, соответственно, обосновывается необходимость криминализации stalking в России.

Ключевые слова: stalking, преследование, уголовная ответственность за stalking, преследователь, жертва, криминализация stalking.

Abstract. Stalking is a social phenomenon that is directly related to the violation of the fundamental constitutional rights of citizens of the Russian Federation, but for which, unfortunately, the legislation of the Russian Federation lacks a mechanism for legal regulation of counteraction at the state level. The article considers the problem of qualification of this act in connection with the lack of legal regulation of persecution in the Russian Federation. As part of the solution to this problem, the practice of introducing criminal liability for stalking in the modern world is analyzed and, accordingly, the need for criminalization of stalking in Russia is justified.

Keywords: stalking, stalking, criminal liability for stalking, stalker, victim, criminalization of stalking.

1. Введение

Сталкинг — это форма насилия, выраженная в преследовании и навязчивом желании контактировать с жертвой против ее воли. Сталкинг может проявляться в форме таких действий, как: незаконное проникновение в жилище, угрозы, надоедливые звонки и сообщения, наблюдение за жертвой, публичное унижение и т.д. Очень часто жертвы не могут справиться с этими действиями самостоятельно и нуждаются в помощи со стороны закона.

Если рассматривать статистические данные, то, как правило, жертвами сталкинга в большей степени становятся женщины (более 70 %). Подавляющая часть преследователей — около 90 % — это мужчины. Может показаться, что сталкинг — это преследование со стороны бывших партнеров и начинается оно, когда жертва пытается разорвать отношения, однако это не так. Около 50 % случаев сталкинга — это преследования со стороны незнакомцев¹.

Сталкинг может принимать активную или пассивную форму. Активная форма выражается в прямом контакте с объектом с применяемым к нему психологическим давлением. К этой форме можно отнести угрозы, непрекращающиеся звонки, СМС, встречи против воли жертвы, выбивание окон и др. Пассивная же форма сталкинга предполагает слежку, мониторинг личной информации из социальных сетей (киберсталкинг) и иногда последующее ее распространение для достижения собственных целей (в том числе и путем предоставления ложной информации). Кроме того, известны случаи, когда сталкеры с целью воздействия на психику объекта и достижения посредством этого желаемого для них результата подкладывают жертвам трупы домашних или любых других животных, оставляют пугающие надписи и рисунки около двери, приносят цветы с кладбища и т.д. Несомненно, данный вид деяния можно назвать продолжительным издевательством над человеком, терпящим его.

Отдельное нормативно-правовое определение сталкинга появилось в законодательной системе США в 1990 г. Сталкинг в Законе против преследования определялся как «сознательное, совер-

шаемое со злым умыслом и повторяющееся преследование и причинение беспокойства другому человеку»². Данная правовая норма позднее была воспринята законодательством Австралии, Бельгии, Канады, Шотландии и других стран. В 2007 г. подобная правовая норма появилась в Уголовном кодексе ФРГ³.

Однако в России сталкинг не является отдельным преступлением и не влечет соответствующую уголовную ответственность. Это значит, что преследование как таковое не является преступлением, а только одной из форм нарушения правил поведения и порядка в обществе.

2. Материалы и методология

Для исследования использованы следующие общенаучные и специальные методы: анализ, синтез, индукция и сравнительно-правовой метод.

Эмпирическая база исследования — такие основополагающие правовые документы, как Уголовный кодекс Российской Федерации, Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и зарубежное законодательство.

Общетеоретическую и специальную базу исследования составили труды исследователей в области права: С. А. Алимпиева, Г. Н. Василенко, Н. Ю. Долгановой, Ю. С. Корнишиной, А. Д. Ивановой, И. К. Лобановой, О. А. Рыжовой, Е. Г. Сторубленковой, В. Л. Самуткина, В. С. Филипповой и др.

3. Обсуждение

Общая характеристика сталкинга

Сталкинг — это продолжающиеся, неоднократные попытки навязать насильно другому человеку нежелательный для него контакт или знакомство⁴.

Чтобы более детально разобрать природу данного деяния, необходимо рассмотреть пять основных выделяемых типов сталкеров:

1. *Сталкер, который был отвергнут*. Бывшие партнеры и бывшие работники, преследующие своих прошлых работодателей, обычно относятся к типу отверженных сталкеров. В этих ситуациях

¹ См., например: Женские истории о преследователях. Почему в России нет защиты от сталкинга // URL: <https://radulova.livejournal.com/4097614.html> (дата обращения: 11.07.2023).

² Закон о слежке и преследовании (Stalking) // URL: <https://tmnorthwesternalliance.com/tag/stalking-in-amerika/> (дата обращения: 15.07.2023).

³ Филиппова В. С. Сталкинг: причины, общественная опасность и необходимость его предупреждения // Государство и право : материалы 59-й Международной научной конференции. Новосибирск, 12—23 апреля 2021 года. Новосибирск : Новосибирский национальный исследовательский государственный университет, 2021. С. 375—376.

⁴ Сторубленкова Е. Г., Самуткин В. Л. Сталкинг: синдром навязчивого преследования // Пробелы в российском законодательстве. 2017. № 6. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/stalking-sindrom-navyazchivogo-presledovaniya> (дата обращения: 15.07.2023).

сталкеры предпочитают использовать такие методы, как навязчивые звонки, СМС и другие способы связи с жертвой. Такое поведение часто вызвано чувством отверженности и влечением к жертве, которая сообщила о прекращении отношений или приняла решение уволить работника. Они могут продолжать преследовать жертву даже после того, как та уже явно дала понять, что не желает иметь с ними никаких отношений.

2. *Сталкер, требующий близких отношений.* Цель сталкеров этого типа — установить связь с объектом своей любви или тем, кто, по их мнению, испытывает к ним симпатию. Их действия могут быть навязчивыми и проникновенными, так как они искренне убеждены в том, что их любовь взаимна и что они имеют право на внимание объекта своих чувств. Часто такие сталкеры действуют на основе иллюзий и заблуждений, которые могут быть связаны с прошлыми отношениями или травматическим прошлым. Они могут использовать различные методы, такие как следование за жертвой, звонки, сообщения и другие способы контакта, чтобы убедить жертву в своей искренности и важности своих чувств.

3. *Несостоятельный сталкер.* Подобным сталкерам не хватает уверенности и самооценки, и они часто становятся очень критичными к отсутствию взаимности со стороны жертвы. Они надеются, что смогут завоевать доверие и эмоциональную близость. К таким сталкерам могут относиться незнакомые или малознакомые люди, которые имеют возможность встречаться и общаться с жертвой в социальных местах, таких как кафе, клубы или концерты. Они могут использовать такие методы, как постоянное появление в тех же самых местах, подарки для жертвы, а иногда и следование за ней. Цель таких преследователей — завоевать любовь и внимание жертвы для создания близких отношений.

4. *Злопамятный сталкер.* В отличие от других типов, такие сталкеры преследуют жертву не из-за нездоровой привязанности или сексуального влечения, а из желания отомстить. Цель этих людей — наказать путем угроз и запугивания того, кто, по их мнению, причинил им физический или психологический вред. Они могут использовать различные методы, открытые и скрытые, чтобы добиться своей цели. Они могут следить за жертвой, проникать в ее личную жизнь, злоупотреблять ее рабочим временем и ресурсами, а также угрожать жертве и ее близким. Такие сталкеры могут быть опасны для жертвы и окружающих, по-

этому эффективная защита и бдительность здесь крайне важны.

5. *Сталкер-хищник.* Эти сталкеры страдают от острых психических заболеваний, и их целью является похищение, изоляция или совершение другого преступления. Злоумышленники испытывают удовольствие от причинения боли и вреда другим людям. Часто такие сталкеры отслеживают жертву, следят за ней в ночное время, поджидают ее на улицах, проникают в ее дом и могут использовать насилие, чтобы достичь своей цели. Они преследуют жертву ради собственного удовлетворения, без каких-либо мотивов, кроме своей патологической жажды контроля и власти. Такие сталкеры могут находиться вне контроля и их очень трудно остановить, поэтому важно обратиться за помощью к профессионалам в области безопасности и психологии⁵.

Что касается жертвы stalking, то независимо от того, в какой форме выражается преследование, ей приходится терпеть дискомфорт, который причиняет преследователь своими действиями. Часто людям, испытывающим на себе давление сталкера, приходится менять свою жизнь, начиная от номера телефона и заканчивая местом жительства. Кроме того, нередки случаи, когда у жертвы преследователя возникают проблемы с психикой вследствие систематических действий преследователя, поэтому они вынуждены обращаться к психологам или психиатрам, чтобы вернуться к нормальному образу жизни.

Проблема квалификации stalking в России

Уголовный кодекс Российской Федерации содержит ст. 119 «Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью», которую можно было бы частично соотнести со stalking, ведь он включает в себя совокупность действий преступника, в том числе и угрозы расправой⁶. Одержимые сталкеры могут отправлять множество сообщений подобного содержания: «Я убью тебя», «Ходи и оглядывайся», «Мне нечего терять, поэтому своей смертью ты не умрешь» и т.д. Но также вероятно, что преследователь имеет цель исключительно наблюдать за жертвой или пытаться общаться с ней вопреки ее нежеланию.

В Уголовном кодексе РФ существует и ст. 137 «Нарушение неприкосновенности частной жизни», но она описывает не все проявления stalking и не всех его жертв может защитить⁷.

Кроме того, существует мнение, что stalking может быть в том числе охарактеризован ст. 213

⁵ Stalking (преследование): причины, виды, анализ // URL: <https://www.b17.ru/article/96352/> (дата обращения: 17.07.2023).

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁷ Рыжова О. А., Корнишина Ю. С. Об ответственности за stalking в Российской Федерации и в зарубежных странах // Наука. Общество. Государство. 2018. № 4 (24). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ob-otvetstvennosti-za-stalking-v-rossiyskoy-federatsii-i-v-zarubezhnyh-stranah> (дата обращения: 15.07.2023).

Уголовного кодекса РФ «Хулиганство» и ст. 20.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях «Мелкое хулиганство»⁸, которая содержит понятие наказуемого деяния. На наш взгляд, данные деяния не соотносятся со сталкингом в аспекте объективной стороны, так как преследователь чаще всего имеет цель добиться внимания жертвы, ощутить с ней физическую и эмоциональную близость, а не выразить своими действиями явное неуважение к обществу, и эти правовые нормы, как и другие вышеперечисленные, отражают только один из множества других вариантов поведения stalkера по отношению к жертве⁹. Природа преследования вариативна, потому что может выражаться в различных действиях самого stalkера. Да, это может быть угроза жизни и здоровью, но одновременно с этим stalkер может воздействовать на жертву посредством открытого наблюдения за ней, мониторинга социальных сетей без цели распространения сведений о данной личности и др.

Зарубежный опыт введения уголовной ответственности за stalking

Что касается зарубежного законодательства, то во многих странах уже давно существует перспектива уголовного наказания для stalkеров, строго регламентированная действующим законодательством этих государств. В их число входят: США, Румыния, Германия, Франция, Индия и др. Например, в соответствии с уголовным законодательством Германии stalkеру грозит наказание в виде лишения свободы на срок до трех лет или штраф. Уголовным кодексом Франции предусмотрены наказание в виде двух лет лишения свободы и штраф 30 000 евро за «преследование других лиц посредством неоднократных высказываний или действий, целью или следствием которых является ухудшение условий труда, которые могут нанести ущерб их правам и достоинству, по-

дорвать их физическое или психическое здоровье или поставить под угрозу их профессиональное будущее»¹⁰.

Заключение

Таким образом, stalking (преследование) представляет собой распространенную в современном мире проблему. Stalking может проявляться в разных формах, но в результате действий stalkера жертва всегда испытывает моральные страдания, претерпевает множество неудобств, испытывает страх и иногда даже сталкивается с тем, что ей приходится обращаться к психологу или психиатру. Несомненно, такой «психологический террор» должен быть запрещен на территории Российской Федерации на законодательном уровне.

Необходимость криминализации stalking обусловлена тем, что жертвы stalkеров не могут получить должную защиту от закона и остаются без помощи. Это приводит к тому, что stalkеры продолжают свои действия, становятся более агрессивными и могут даже довести жертву до самоубийства.

Законодательство многих зарубежных стран уже предусматривает уголовную ответственность за stalking. Здесь можно упомянуть Германию, Францию, США, Индию, Румынию и др. На наш взгляд, следует ориентироваться на опыт данных стран и перенять его для защиты от stalking граждан нашей страны.

Правовая регламентация stalking в уголовном законодательстве — это необходимый шаг для защиты прав населения и борьбы с насилием в России. Она также поможет укрепить роль государства в защите его граждан и обеспечении прав и свобод каждого человека.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алимпов С. А., Долганова Н. Ю., Иванова А. Д. Stalking как вид уголовно наказуемого деяния: российское и зарубежное законодательство // Правоохранительные органы: теория и практика. — 2021. — № 2 (41). — С. 70—72.
2. Василенко Г. Н., Лобанова И. К. Перспективы правовой регламентации stalking как административного правонарушения // Актуальные проблемы административного права и процесса. — 2018. — № 3. — С. 14—18.

⁸ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 18.03.2023) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1.

⁹ См., например: Алимпов С. А., Долганова Н. Ю., Иванова А. Д. Stalking как вид уголовно наказуемого деяния: российское и зарубежное законодательство // Правоохранительные органы: теория и практика. 2021. № 2 (41). С. 70—72; Василенко Г. Н., Лобанова И. К. Перспективы правовой регламентации stalking как административного правонарушения // Актуальные проблемы административного права и процесса. 2018. № 3. С. 14—18.

¹⁰ The Criminal Code. Paragraph 3 «Moral Harassment» (Articles 222-33-2 to 222-33-2-2) // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/legiarti/000037289682/2018-08-06/> (дата обращения: 17.07.2023).

3. Женские истории о преследователях. Почему в России нет защиты от stalking // URL: <https://radulova.livejournal.com/4097614.html> (дата обращения: 11.07.2023).
4. Рыжова О. А., Корнишина Ю. С. Об ответственности за stalking в Российской Федерации и в зарубежных странах // Наука. Общество. Государство. — 2018. — № 4 (24). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/otvetstvennosti-za-stalking-v-rossiyskoy-federatsii-i-v-zarubezhnyh-stranah> (дата обращения: 15.07.2023).
5. Stalking (преследование): причины, виды, анализ // URL: <https://www.b17.ru/article/96352/> (дата обращения: 17.05.2023).
6. Сторубленкова Е. Г., Самуткин В. Л. Stalking: синдром навязчивого преследования // Пробелы в российском законодательстве. — 2017. — № 6. — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/stalking-sindrom-navyazchivogo-presledovaniya> (дата обращения: 15.07.2023).
7. Филиппова В. С. Stalking: причины, общественная опасность и необходимость его предупреждения // Государство и право : материалы 59-й Международной научной конференции. Новосибирск, 12—23 апреля 2021 года. — Новосибирск : Новосибирский национальный исследовательский государственный университет, 2021. — С. 375—376.

О преступлении, связанном с продажей похищенных женщин и детей, в уголовном праве Китая

On the Crime of Buying Abducted Women and Children in Chinese Criminal Law

Сюй Вэньчао,
научный сотрудник, Институт по борьбе с преступностью
и уголовной политики, юридический факультет
Хэнаньского университета,
Кайфэн, провинция Хэнань, Китай
e-mail: 905490492@qq.com

Xu Wenchao,
Research fellow at the Institute
of Crime Control and Criminal Policy, Henan University
and Law School of Henan University,
Kaifeng, Henan Province, China
e-mail: 905490492@qq.com

© Сюй Вэньчао, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.078-085

Аннотация. С построением и развитием общества на основе закона государство уделяет все больше внимания защите прав человека. В этой связи преступления, связанные с похищением людей и торговлей людьми, предусмотренные в уголовном законодательстве Китая, постепенно привлекают широкое внимание со стороны общества. В то время как государство борется с такими преступлениями, академические круги проводят активные дебаты о том, необходимо ли изменить предусмотренное законом наказание за покупку похищенных женщин и детей. В связи с этим дискуссия о том, что «люди уступают вещам», также постоянно возникает при разработке норм, в частности уголовного законодательства, направленных на пресечение преступлений, связанных с покупкой похищенных женщин и детей. В данной статье рассматриваются имеющиеся в судебной практике проблемы, связанные с такими преступлениями, анализируются данные о случаях покупки похищенных людей, выдвигаются некоторые предложения по совершенствованию предусмотренного законом наказания и расширению охраняемых объектов этого преступления.

Ключевые слова: преступление покупки и продажи людей, преступление покупки похищенных женщин и детей, предложение по совершенствованию законодательства.

Abstract. With the construction and development of a society ruled by law, the state pays more and more attention to the protection of human rights. Among them, the crime of abducting and trafficking in human beings stipulated in China's criminal law has gradually attracted widespread attention from the society. While the state has cracked down on the crime of abducting and trafficking in human beings, the academic circles have aroused heated debate on whether it is necessary to amend the statutory penalty for the crime of buying abducted women and children.

In this regard, the discussion about «people are inferior to things» is also constantly fermenting between the mouthpiece of paper and pen. Starting from the legislative evolution and criminal constitution of the crime of buying abducted women and children, this paper discusses the problems of this crime in judicial practice based on the case data analysis of the crime of buying abducted human beings, and puts forward some suggestions on improving the statutory punishment and expanding the protected objects of this crime.

Keywords: the crime of buying and selling human beings; the crime of buying abducted women and children; legislative suggestion.

Introduction

The phenomenon of human trafficking has existed for thousands of years in the long history of human development. Human trafficking in China can be traced back to the Xia Dynasty, more than 4,000 years ago. The earliest victims of trafficking were criminals, prisoners of war, indebted civilians and slaves, who lost their personal freedom and were sold as commodities at will. With the development of society, even the feudal Dynasties began to crack down on human trafficking, but until the Qing Dynasty, although legislation severely punished the crime of human trafficking, there was still a strange phenomenon that the sale of slaves was legal «human market». After entering the modern society, the world's civilized countries have compiled laws to define the sale of human beings as a criminal act, and in the context of economic globalization, transnational sale of human beings has become one of the crimes that are difficult to eradicate in the world today. In the process of criminal legislation in China, the crime of human trafficking has undergone two changes in the statute law.¹

1. Legislative Status of the Crime of Buying Abducted Women and Children in China's Criminal Law and Related Disputes

1.1. Legislative evolution

The Criminal Law of 1979, the first criminal code in China, contains only two articles on the crime of abducting and trafficking in persons. One is the crime of abducting and trafficking in persons in Article 141. Whoever abducts and traffics in a person shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years; if the circumstances are serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years. The second is the crime of abducting children in Article 184, that is, abducting a man or woman under the age of 14 from his family or guardian shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years or criminal detention.

In 1983, the Standing Committee of the National People's Congress of China passed the Decision on the Severe Punishment of Criminals Who Seriously Endanger Public Security. In 1991, the Standing

Committee of the National People's Congress of China passed the Decision on the Severe Punishment of Criminals Who Abduct and Traffic in or Kidnap Women or Children. Although the revision of the law has a special background of the times, it shows China's determination to crack down on the crime of human trafficking.²

1.2. Academic disputes

The promulgation of any statute law is lagging behind, so it is inevitable to accept the normal amendment of the legislature. Nowadays, there is a heated debate on whether to amend the statutory penalty of the crime of buying abducted women and children in China's legal circles, the root of which is that there are different positions on the object of the crime of buying abducted women and children. There are three representative views on the object protected by the crime of buying abducted women and children: 1) the right not to be bought or sold;³ 2) the personal freedom and physical safety of the murdered woman and child;⁴ 3) the personal freedom, personal dignity, and family stability of the purchased person.⁵

This paper holds that the right of human body not to be bought and sold and the right of personal dignity of women and children are the objects infringed by this crime for three reasons: 1.If the right to personal freedom of women and children is considered to be the object infringed by this crime, when it is punished together with the crime of illegal detention and the crime of kidnapping, it will cause repeated evaluation of the violation of the victim's personal freedom, which is not conducive to combating crime. It is also not conducive to the protection of the victim's personal rights and interests; 2.If it is considered that the marriage and family relationship and the guardianship relationship are the objects infringed by this crime, it is impossible to explain the identification and punishment of the perpetrator who sells his wife or children for profit in judicial practice, not to mention that the crime of abducting children from the original guardianship relationship has been clearly stipulated in Article 262 of the Criminal Law; 3.Whether it is abducting and selling or buying women and children, the object of infringement is the right of the person not to be bought and sold. The wanton sale of human beings as commodities is a thorough materialization of human beings and a fundamental desecration of group dignity.⁶

¹ Zhang Zhigang. Changes and Prospects of Criminal Law in New China in the Past 70 Years [N]. People's Court Daily, 2019-12-5 (6).

² Luo Xiang. On the Legislative Amendment of the Crime of Human Trafficking [J] // Politics and Law Forum, 2022, 40 (03). P. 132—145.

³ Gao Mingxuan, Ma Kechang. Criminal Law [M]. Beijing : Peking University Press, Higher Education Press, 2022. P. 479.

⁴ Zhang Mingkai. Criminal Law (II) [M]. Beijing : Law Press, 2021. P. 1171.

⁵ Wang Zuofu. Practical Research on the Specific Provisions of Criminal Law (II) [M]. Beijing : China Founder Press, 2010. P. 89.

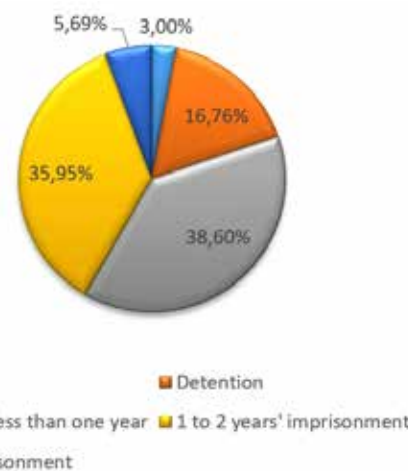
⁶ Li Guanyu. Is Human Dignity the Legal Interest of the Crime of Buying Abducted Women. Juvenile Delinquency, 2022 (03). P. 4—17.

The dignity of human nature is not only embodied in individuals, but also in the dignity of women. Whether it is trafficking or buying, its essence is the objectification and slavery of women, and what it tramples on is the personality and dignity of all women. Human nature is not an abstract thing inherent in a single person, but the sum of all social relations in its reality. Among the three categorical commands of Kant's moral precepts, «Man is the end, not the means» is not only the starting point of Kant's philosophy, but also the core of the three categorical commands. «No one should at any time regard himself and others only as tools, but always as an end in himself.» «It is dignity to transcend all values and have no equivalent to replace them.» In Kant's view, human beings are not only the existence of biological individuals, but also the existence of rational subjects, which can not be replaced by any equivalent. As a biological individual, man's existence has only relative value. However, as a rational subject, human beings can realize self-discipline of will, and their existence has absolute value. The essence of man is freedom, and man is not only the starting point, but also the purpose, and the highest purpose. Law is not justice itself, but the pursuit of justice by law. For this reason, this paper supports the appropriate increase of the statutory penalty for this crime.⁷

2. Problems in the judicial application of this crime

A total of 361 cases of the crime of buying abducted women and children were retrieved from Website of China Judicial Documents, China Procuratorial Network, Peking University Magic Weapon Network and Poly Case Website, and 356 valid cases were screened out after removing 5 duplicate cases. Among them, 334 cases were found to constitute only the crime of buying, but 58.36 % of them were actually sentenced to fixed-term imprisonment of less than one year, criminal detention and public surveillance. As a basic sentence with a maximum of three years' imprisonment, this crime will inevitably be criticized for its light penalty.⁸

In 4 of the 356 cases, the court decided to exempt from criminal punishment. Case No. 251 (2010), the defendant found that the victim had mental problems and felt cheated, so he called the police. The court believed that he knew the victim's home address and should have sent him back to his original residence in time after buying, but the defendant did not do so. However, the court also pointed out that



the perpetrator did not hinder Li Mou's return after the incident. Criminal responsibility may not be investigated according to law. The reasons for the judgment in this case are inconsistent and the reasoning logic is confused. At present, it is only obtained from the judgment that can be verified, and it is not known whether there is any room for such a situation in judicial practice. Case No. (2011) Xu Xing Chu Zi No. 0098 case, the reason for exemption from criminal punishment is that the defendant bought the abducted Sumou only to be a wife, when he found that Sumou was pregnant and suffering from a disease, he sent Sumou to Fan's home in time, the circumstances of the crime are minor, and there is no need to impose punishment. It can be seen from the judgment that the defendant sent the victim back because the purpose of his act could not be realized. Even if it did not cause evil results, it could not be denied that his act of buying infringed on the victim's right to personal integrity and personal dignity. The court's determination of the defendant's behavior as minor is inevitably unsatisfactory.

In the retrieved samples, the application of combined punishment for several crimes is not satisfactory. Among the 356 samples, there were 18 cases of combined punishment for several crimes, accounting for 5.06 %. Among them, the most punishment is the hard and soft violence such as illegal detention, rape and intentional injury accompanied by the act of buying. In 18 cases of combined punishment for several crimes, the maximum penalty for execution is 11 years' imprisonment and the minimum is 5 months' detention. Judging from the judgment documents, most of the women are bought for the purpose of childbirth, and the healthy and mentally normal victims often resist fiercely, which is often accompanied by illegal detention, rape and other acts of violence.

⁷ Kant. Theory of Moral Metaphysics. Translated by Miao Litian. Shanghai : Shanghai People's Publishing House, 2002. P. 40.

⁸ Retrieved December 1, 2022. Website of China Judicial Documents // URL: [https://wenshu.court.gov.cn/China Procuratorial Website](https://wenshu.court.gov.cn/China-Procuratorial-Website/) // URL: <https://www.12309.gov.cn/>. Peking University Magic Weapon Website // URL: [https://www.pkulaw.com/Poly Case Website](https://www.pkulaw.com/Poly-Case-Website/): URL: <https://www.jufaanli.com/>.

However, in judicial practice, some cases have a long history, even if the victim accuses these acts, not only is it difficult to obtain evidence and investigate, but also the prosecution can not eliminate reasonable doubt, and it is even more difficult to prove causality.

Some scholars believe that buying is regarded as a preparatory crime for subsequent felonies, and that crimes such as rape, illegal detention and intentional injury committed after buying can be punished for several crimes, so as to achieve the effect of severely punishing the buyer, and that the social harmfulness of abduction and purchase is far greater than that of purchase. In this regard, after sorting out the 18 cases of combined punishment for several crimes, it took more than one year from the act of buying to the case, the longest was 10 months, and the shortest was only one day.

In the case of single punishment for one crime with a longer time, we do not know whether there is objectively no act that can be punished for several crimes or whether it can not be identified in the process of litigation, and whether if the victim can not enter the proceedings in a short period of time, the investigative or judicial organs can not identify and investigate the responsibility for several crimes. In these 18 cases, except for a few cases of treating abducted women in good faith, almost all of the other cases contain illegal detention, rape and other violent acts against abducted women, and the application of combined punishment for several crimes in judicial practice is limited. This is not only a problem of litigation procedure, but also a realistic problem.

After being bribed, some victims marry and have children with the buyer and live together. After having children, they are often forced to accept the reality and voluntarily stay. Even if the victim is willing to confess other criminal acts except the act of buying, it is difficult to meet the standard of proof in the Criminal Procedure Law only by the victim's confession, and the local customs and neighborhood relations in China determine that even those who know about it will turn a deaf ear to it, and few of them are willing to provide witness testimony.

2.1. The penalty setting is too light

From the perspective of opposite crime, Article 241 and Article 240 are typical examples of different punishment for different crimes, and the maximum statutory penalty of Article 241 is three years' imprisonment, which is a misdemeanor in form. However, compared with Article 240, the statutory punishment of Article 241 is too single, and its strength is slightly insufficient to crack down on the buyer's market of this crime. If the penalty is too light, it will lead to insufficient deterrence at the social level, which will deter not only the individual and family members of

the buyer, but also the group value judgment including the state functionaries.

In some parts of China, the traditional concept of raising children for old age and saving grain for famine is still continuing in modern society. The buyer held the idea of preferring boys to girls, and the family members of the buyer even spoke with certainty after the incident, believing that since they had spent money, the woman they bought was a natural daughter-in-law. However, according to the Opinions on Punishing the Crime of Abducting and Trafficking in Women and Children in accordance with the Law, only those who play a key role in the purchase behavior of the purchaser are punished, resulting in a large number of family members of the purchaser who are no longer prosecuted for criminal responsibility after administrative punishment by the public security organs. This is not only the regret of law popularization work, but also the helplessness of law enforcers.

However, in some remote areas, the grass-roots staff in villages and towns did not strictly follow the registration procedure when they handled the marriage registration or household registration change for the murdered women, which was not only the local relationship, but also the underlying logic that could not attract the attention of the staff because of the light penalty for this crime. It can be imagined that if there is a deviation in the overall perception of social groups, the last «survival route» of the murdered women will be completely blocked.⁹

In practice, there are more buyers who order «goods» from the kidnappers, which encourages or stimulates the «courage» and «courage» of the kidnappers, such as pregnant women who go to the buyer's residence to wait for delivery. Under such special circumstances, the buyer is more harmful to society than the seller.

Therefore, this paper supports the prudent increase of penalty to improve the public's attention, and the light penalty is difficult to educate the people's bad habits. The important reason for these phenomena is that the deterrent force of punishment is insufficient, so that criminals are lucky, and the attention of the public and staff is also declining.

The revision of criminal law is a big issue, and logic is more important than public opinion, but this does not mean that public opinion is meaningless. In the view of the simple values of the public, criminals are deeply hated, some people support the theory of retribution and homomorphic revenge, and even hope to impose capital punishment on criminals to satisfy the simple justice in their hearts, which is particularly evident in the families of victims. However, the lenient penalties stipulated in some laws seem to lead legislators to stand on the opposite side of the people. However, it is impossible for individu-

⁹ Wei Lei. Rural Disorder and Normative Reconstruction Behind the Crime of Buying Abducted Women [J] // Juvenile Delinquency. 2022 (03). P. 18–28.

als to think about the establishment of rules in revenge, people only want to «blood for blood, tooth for tooth», more excessive or even unlimited revenge will occur outside the rules, which will inevitably lead to social chaos.

The criminal law is the boundary rule of revenge formulated by the state, which is the embodiment of human rationality and civilization. In fact, legislation is a complicated work, which not only needs to achieve the purpose of preventing and punishing crime, but also needs to ensure the realization of procedural justice and result justice, but also needs to coordinate the combination of justice and law enforcement. If legislation blindly satisfies the people, the law will be reduced to a tool of private relief for the people. In this way, an insurmountable gap seems to be built between legislators and ordinary people.

However, it is not only the requirement of legislation and judicature, but also the simple emotional demand of the public for the pursuit of justice. Therefore, when there are realistic evidence and proof problems in the design of concurrent punishment for several crimes, it is more in line with the principle of suiting punishment to crime and responsibility to prudently increase the statutory penalty for one crime.

2.2. The object of protection is limited to women and children

All history is contemporary history. Looking at the first criminal law of China from the perspective of modern people, it was unavoidable even if it was careless under the special background of the times. Inevitably, there are also some negligence in today's criminal law legislation.

Taking the typical Shanxi black brick kiln incident as an example, the 32 migrant workers rescued were all men over 14 years old, lured by high salaries or forcibly tied up and detained, and even deceived into «begging for food» in coal kilns because of mental retardation. Its strong adult male, in the eyes of human traffickers, is just a few hundred yuan of 'goods'. According to the preliminary investigation and handling of the Shanxi black brick kiln incident announced by the joint working group of the State Council, 359 migrant workers have been rescued and 12 have been identified as child workers (under 16 years old). Some of the acts of the black brick kiln gangs have fully met the constitutive requirements of the crime of abducting and selling women and children, but because there is no crime of abducting and selling or buying men over the age of 14 in China, the final court verdict is the crime of illegal detention.

Since 2017, Yunnan police have received a large number of cases involving illegal detention, kidnapping and ransom demands of Chinese citizens by illegal elements abroad, which have been investigated

by Yunnan police. By means of 'online gambling', 'free travel', 'high-paying recruitment', 'interest-free loans' and 'business cooperation', free air tickets and free transportation to foreign countries are provided to illegally cross the border to Myanmar.

In this kind of fraud cases in northern Myanmar, compared with the practice of Shanxi black coal mines, the worse nature of the fraud gangs is to buy adult men by means of illegal detention of domestic labor intermediary companies and then force them to engage in illegal activities such as fraud, drug manufacturing and trafficking, and even prostitution. If the victim resists lightly, he will be beaten severely, and after he has no use value, he will falsely claim that his family will pay the ransom to redeem the victim, and then he will brutally kill the victim after receiving the ransom.

Taking this as an example, this paper does not want to discuss the issue of value evaluation, but the judgment published by the judicial organs, without exception, does not make a complete evaluation of the victim's trafficking and luring to the place where the case occurred. The fundamental reason is the defect of legislation-abducting and selling or buying men over 14 years old is not within the scope of punishment of China's criminal law, and the crime of illegal detention can not completely evaluate all criminal acts. This is undoubtedly contrary to the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime. Expanding the object of protection of this crime, including males aged 14 to 18, as well as adult males, within the scope of protection of criminal law, is a legislative direction worthy of consideration. Some scholars believe that, on the one hand, the legislative thinking of criminal law at that time was out of the protection of «vulnerable groups», which was in line with the necessity of macro-development, but if the local interests were sacrificed in exchange for the focus of this point, it would not only be contrary to the legislative will, but also violate the legal feelings of the people. Moreover, in the crime of human trafficking, the victims are not only women and children stipulated in the current legislation, but also the weak regardless of gender and age.¹⁰

3. Suggestions for legislative improvement

A total of 188 decisions on non-prosecution of the crime of buying abducted women and children were searched and published by the China Procuratorial Network. Among them, there were 59 non-prosecution decisions for the crime of buying abducted women, of which 40 involved foreign women. The victims were Vietnamese (24), Cambodian (10), Lao (4) and Burmese (2). From the perspective of individ-

¹⁰ Liu Xianquan. On the Perfection of Criminal Law in Punishing the Crime of Abducting and Trafficking in Human Beings in China // Jurisprudence. 2003 (05). P. 93—100.

ualization of punishment, this paper does not intend to argue whether these decisions are correct or not, after all, the law is not the only answer. However, it is worth pondering whether the judicial organs have different criteria for judging whether the victims are citizens of their own country and whether there are different criteria for judging them. Whether different value evaluation criteria are different because of different races and nationalities needs to be constantly corrected and repaired in judicial practice.

3.1. Appropriately raise the upper limit of statutory punishment

As mentioned above, in the judicial practice of this crime, a large number of cases of mitigation of punishment have resulted in unreasonable punishment in fact. From the legislative point of view, compared with the crime of abducting and trafficking in women and children, the statutory penalty for the act of buying abducted and trafficked women and children is slightly lighter. As a typical counterpart in the criminal law, it is difficult to find such a penalty imbalance as the crime of abducting and trafficking in women and children and the crime of buying abducted and trafficked women and children. For example, in bribery crimes, the statutory penalty gap between the briber and the bribee is within two years or equal to it, and the penalty for dereliction of duty is almost the same.

According to the provisions of Article 72 of the Criminal Law of the People's Republic of China, a suspended sentence may be applied to a criminal sentenced to criminal detention or fixed-term imprisonment of not more than three years. Based on this, China's judicial practice considers this crime as a misdemeanor, combined with the criminal policy of tempering justice with mercy, this crime has no serious deterrent to the act of buying abducted women and children. The deterrence of criminal law first comes from the penalty. When the penalty is no longer strictly enforced, the general preventive function of criminal law will be greatly hindered.¹¹

Buying women and children is not only a legal issue, but also contains ethical and social value evaluation. From the perspective of the development of human civilization to the perspective of ordinary people in society, the fact that this crime has become a felony does not conflict with the criminal policy of

tempering justice with mercy. Appropriately raising the upper limit of statutory punishment for this crime not only plays an important role in crime prevention, but also enables judicial staff to pay attention to such criminal acts imperceptibly and eliminate the phenomenon of judicial law enforcement omission.¹²

To sum up, it is in line with scientific criminal legislation to raise the upper limit of statutory punishment for this crime to 3-10 years and gradually realize the same punishment for buying and selling.

3.2. Expand the object of protection of this crime

From the experience of legislation outside the mainland of China, Article 232 of the German Criminal Code stipulates the crime of human trafficking, which constitutes the crime of human trafficking by taking advantage of other people's personal or economic difficulties or helplessness abroad, whether recruiting, transporting, transferring, sheltering or accepting persons under the age of 21. They may be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 6 months but not more than 5 years or fixed-term imprisonment of not less than 6 months but not more than 10 years, regardless of whether they buy or sell, they shall be punished for the same crime.¹³

In 2005, according to the changes of social development and crime situation, Article 226 of Chapter 33 of the Japanese Criminal Code was «the crime of buying and selling human beings» and Article 227 was «the crime of accepting lured or sold persons», and the buyer and seller were punished equally.¹⁴

Chapter 26 of the Criminal Law of the Taiwan Region of China stipulates that a person who makes a person a slave or makes a person live in an unfree status similar to a slave shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than one year but not more than seven years, even if he is a slave, and a new paragraph is added to this crime as the crime of buying, selling and pledging human beings.¹⁵

Combating Human Trafficking (No. 6/2008) of the Macao Special Administrative Region. The definition of trafficking in human beings in international conventions has also been adopted, and the basic penalty for delivering, luring, recruiting, receiving, transporting, transferring, harboring or receiving another person with the purpose of exploitation is from 3 to 12 years' imprisonment, and other aggravating circumstances have been provided for in the law.¹⁶

¹¹ Xu Wei. On the Theoretical Structure of Positive General Precaution and Its Legitimacy [J] // Chinese Journal of Criminal Law. 2017 (04). P. 77—93.

¹² Jiang Taike. The dogmatic structure of the act of buying abducted women and children under the principle of balance between crime and punishment [J] // Journal of Southwest University of Political Science and Law. 2022. 24 (02). P. 128—138.

¹³ German Penal Code [M] / translated by Xu Jiusheng. Beijing : Peking University Press, 2019. P. 163.

¹⁴ Japanese Penal Code [M] / translated by Chen Ziping [et al.]. Taipei : Yuan Zhao Publishing Co., Ltd., 2018. P. 154.

¹⁵ Chen Ziping. On Criminal Law (I) [M]. Taipei : Yuanzhao publishing Co., Ltd., 2019. P. 147—148.

¹⁶ Zhu Xinli, Shi Xiaoxue. Research on the Legalization Strategy of Human Trafficking in China [M]. Beijing : Law Press, 2017. P. 199—200.

Compared with China's criminal law, we can not blindly think that foreign legislation is more advanced, each country's legislation is the product of ideology in a certain historical period, but extraterritorial legislation is still worth learning.¹⁷

Comparing the 1979 Criminal Law with the current Criminal Law, Article 141 of the 1979 Criminal Law was amended as the crime of abducting and trafficking in women and children in the 1997 Criminal Law. In the process of amending the Criminal Law in 1997, there were also voices to retain the crime of human trafficking. Some scholars and departments have proposed that only the crime of abducting and trafficking in women and children should be stipulated and the crime of abducting and trafficking in persons should be completely replaced. It is not easy to deal with the crimes committed by people other than abducting or trafficking in women and children. In practice, there are also cases in which men are abducted and trafficked as laborers.

It is suggested that the crime of abduction and trafficking in persons should be stipulated, and that those who abduct and traffic in women or children should be given heavier punishment. After studying, the legislature, considering that the abduction and trafficking of men is extremely rare, directly stipulates that the crime of abduction and trafficking of women and children has the pertinence of punishment, which helps to improve the deterrent force of legislation, and therefore does not adopt this opinion in the end.¹⁸

As far as this crime is concerned, the current criminal law of China should abolish the limitation of women and children in this crime, and merge the crime of abducting and trafficking in women and children, the crime of buying abducted women and children, and the crime of abducting children in Articles 240, 241 and 262 of the Criminal Law of China

into the crimes of human trafficking, which is more in line with the necessity of the development of the times and can better integrate with the world.

Conclusion

To claim rights is not only to defend one's material interests, but also to safeguard one's moral existence and personality. Anyone who feels righteous indignation and moral indignation when witnessing the wanton violation of rights has a sense of right concept, which is a powerful legal feeling of moral nature against the violation of rights, and is the most beautiful and inspiring right word produced by the sense of law. There is always tension in the stability and flexibility of the law, and legislation has never been absolutely correct and can not be blindly worshipped. No society, no matter how perfect, can eradicate crime, but it does not mean that it is wrong to impose severe penalties on serious crimes. The author believes that the statutory penalty for this crime is too light, and there is an imbalance in the penalty for the opposite acts of abduction and purchase. Compared with some greedy crimes, there is a criticism that people are inferior to things, and the protection of personal rights and interests is inadequate. Considering the needs of social development and the development of the rule of law, the proposal to increase the statutory penalty for this crime does not conflict with the current criminal policy of tempering justice with mercy, and only by prudently increasing the statutory penalty for a crime can it be more in line with the compatibility of crime, responsibility and punishment. Expanding the object of protection of this crime will not lead to the expansion of penalties, on the contrary, it is more in line with the Chinese-style modernization of the rule of law.¹⁹

REFERENCES

1. *Zhang Zhigang*. Changes and Prospects of Criminal Law in New China in the Past 70 Years [N]. — People's Court Daily, 2019.
2. *Luo Xiang*. On the Legislative Amendment of the Crime of Human Trafficking [J]. — Politics and Law Forum, 2022.
3. *Gao Mingxuan, Ma Kechang*. Criminal Law [M]. — Beijing : Peking University Press, Higher Education Press, 2022.
4. *Zhang Mingkai*. Criminal Law (III) [M]. — Beijing : Law Press, 2021.
5. *Wang Zuofu*. Practical Research on the Specific Provisions of Criminal Law (III) [M]. — Beijing : China Founder Press, 2010.
6. *Li Guanyu*. Is Human Dignity the Legal Interest of the Crime of Buying Abducted Women. — Juvenile Delinquency, 2022.

¹⁷ Guo Jing. Research on Transnational Human Trafficking Crime [M]. Beijing : Law Press, 2017. P. 119.

¹⁸ Wang Aili. Explanation of Articles, Legislative Reasons and Relevant Provisions of the Criminal Law of the People's Republic of China [M]. Beijing : Peking University Press, 2021. P. 906.

¹⁹ Rudolph von Jhering. Struggle for Rights [M]. Translated by Liu Quan. Beijing : Law Press, 2019. P. 37—38.

7. *Kant*. Theory of Moral Metaphysics / translated by Miao Litian. — Shanghai: Shanghai People's Publishing House, 2002.
8. *Wei Lei*. Rural Disorder and Normative Reconstruction Behind the Crime of Buying Abducted Women [J]. — Juvenile Delinquency, 2022.
9. *Liu Xianquan*. On the Perfection of Criminal Law in Punishing the Crime of Abducting and Trafficking in Human Beings in China. — Jurisprudence, 2003.
10. *Xu Wei*. On the Theoretical Structure of Positive General Precaution and Its Legitimacy [J]. — Chinese Journal of Criminal Law, 2017.
11. *Jiang Taike*. The dogmatic structure of the act of buying abducted women and children under the principle of balance between crime and punishment [J]. — Journal of Southwest University of Political Science and Law, 2022.
12. Japanese Penal Code [M] / translated by Chen Ziping [et al.]. — Taipei : Yuan Zhao Publishing Co., Ltd., 2018.
13. German Penal Code [M] / translated by Xu Jiusheng. — Beijing : Peking University Press, 2019.
14. *Chen Ziping*. On Criminal Law (I) [M]. — Taipei : Yuanzhao publishing Co., Ltd., 2019.
15. *Zhu Xinli, Shi Xiaoxue*. Research on the Legalization Strategy of Human Trafficking in China [M]. — Beijing : Law Press, 2017.
16. *Guo Jing*. Research on Transnational Human Trafficking Crime [M]. — Beijing : Law Press, 2017.
17. *Wang Aili*. Explanation of Articles, Legislative Reasons and Relevant Provisions of the Criminal Law of the People's Republic of China [M]. — Beijing : Peking University Press, 2021.
18. *Rudolph von Jhering*. Struggle for Rights [M] / translated by Liu Quan. — Beijing : Law Press, 2019.

Уголовно-правовая защита виртуальной собственности The criminal law protection of virtual property

Цзинь Тао,

доцент юридического факультета Хэнаньского университета
(научные интересы: уголовное право),
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: yjj2111917@163.com

Яо Цзин-Цзин,

научный сотрудник, Институт борьбы с преступностью
и уголовной политики,
юридический факультет Хэнаньского университета,
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: yjj2111917@163.com

Jin Tao,

Associate Professor of Henan University Law School
(research interests: Criminal Law),
Kaifeng, Henan, China
e-mail: yjj2111917@163.com

Yao Jing-jing

Research Fellow at the Institute of Crime Control
and Criminal Policy, Law School of Henan University,
Kaifeng, Henan, China
e-mail: yjj2111917@163.com

© Цзинь Тао, Яо Цзин-Цзин, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.086-095

Аннотация. Исследование правового регулирования отношений, складывающихся в виртуальном пространстве, вызывает все больший интерес в юридической науке. В статье анализируется проблема уголовно-правовой защиты виртуальных объектов. Виртуальное имущество — это объекты имущества, не имеющие материальной формы, которые существуют в цифровом пространстве. К ним относятся электронные деньги, программы, базы данных и многое другое. Они не могут быть осязаемыми или визуально воспринимаемыми, но они могут быть использованы и передаваемы через Интернет. Виртуальное имущество имеет свои особенности, которые отличают его от традиционного имущества. В настоящее время нет однозначного ответа относительно правового статуса таких объектов. Отсутствие уголовно-правовой защиты виртуальных объектов и необходимость ее введения — реалии настоящего времени. Решением проблемы представляются закрепление статуса виртуальных объектов посредством механизмов введения новой уголовно-правовой нормы в части ответственности за деяние в виртуальном пространстве.

Ключевые слова: уголовно-правовая защита, виртуальные объекты, виртуальное пространство, уголовная ответственность.

Abstract. Virtual property in the sense of criminal law has the dispute between data attribute and property attribute, which leads to the differences in the criminal law protection path of virtual property. Virtual property has dual attributes of data and property, data attribute is its physical attribute, property attribute its essential attribute. According to the essential attribute of virtual property, virtual property should be protected as property, and the property protection path should be adopted. Virtual property is divided into physical virtual property, account virtual property and currency virtual property. Virtual property with management possibility, transfer possibility, relative non-replicability and property value should be protected as property.

Virtual property should be protected by classification, and the property protection path should be adopted for physical virtual property and currency virtual property with property value. The account type virtual property and the physical virtual property without property value should be protected as data.

Keywords: *Virtual property; Property crime; Crime of illegally obtaining data from computer information system.*

The classification protection of virtual property is an important measure to solve the problem of unclear definition of virtual property attributes and confusion of paths for the protection of virtual property in criminal law. From the Web2.0 era to the Web3.0 era, the traditional attributes of virtual property have been unable to cover new properties such as digital currencies and digital collections. The theoretical community of Chinese criminal law has not reached a consensus on the connotation and extension of virtual property, and there are differences in the definition of the concept of virtual property. The misuse of the concept of virtual property leads to the discussion of the protection of virtual property is not in the same dimension, and the academic community cannot reach an academic consensus.

In the study of virtual property, some scholars demonstrate the property attributes of virtual property from three aspects: dependence and independence property and interest, replicability and non-replicability; Some scholars believe that the property is evaluated as the object of property crime must have the following three characteristics: management possibility, transfer possibility and value; Some scholars demonstrate the necessity of qualifying the behavior of infringing virtual property as property crime from four aspects: the behavior of infringing virtual property is more in line with the constitutive requirements of property crime, more conducive to protecting the property rights and interests of the victim, and property crime can cover various forms of acquisition crime.

These studies are significant to the protection of virtual property, pointing out the necessity of virtual property as the object of property crime, but failing to distinguish the classification of virtual property and clarify the specific protection path of virtual property. Therefore, combined with judicial cases and judicial interpretation, it is necessary to determine the criminal law attributes of virtual property, carry out restrictive interpretation and classification of virtual property, and study the specific path of criminal law protection of virtual property.

1. Judicial Chaos of the Protection of Virtual Property in Criminal Law

The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate have differences in the conviction of the illegal acquisition of virtual property. The Supreme People's Court believes that the interpretation of virtual property as property in the sense of criminal law is beyond the scope of judicial interpretation. The use of computer to steal other's game coins for illegal sale and profit should be punished as the crime of illegally acquiring computer information system data. The Supreme People's Procuratorate believes that virtual property such as network domain name has property attributes, and the theft of network domain name is punished as the crime of theft.¹ There are still different opinions on how to convict the illegal acquisition of virtual property between the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate.

Furthermore, there are different opinions in the theoretical and practical circles. Through the analysis of existing judicial documents, it can be seen that for the illegal acquisition of virtual property, most of the courts determine the crime of theft, duty encroachment, fraud, illegally acquiring computer information system data and other crimes. There are still differences in the conviction of the illegal acquisition of virtual property in practice. There are mainly two theoretical views: the crime of invasion of property and the crime of illegally acquiring computer information system data.

The first view is to treat it as a crime of property invasion. Scholars holding this view believe that: first of all, virtual property conforms to the characteristics of property and can be used as the object of property invasion. If the behavior of illegally obtaining virtual property conforms to the criminal constitutive elements of property invasion, it should be treated as a crime of property invasion. Secondly, the legal interests protected by property invasion are property rights and possession. The behavior of illegally obtaining virtual property will cause property losses to the victim. It is more conducive to protecting the property rights of the victim to treat it as a property crime. Finally, the penalty range of property invasion is higher than that of illegally obtaining data of computer information system. The behavior of illegally obtaining virtual property is highly harmful to society.

¹ The essence of the Ninth Batch of the 37th Guiding Case of the Supreme People's Procuratorate Zhang Si-mao Theft Case lies in recognizing network domain names as possessing legal property attributes, thereby classifying theft of network domain names as a form of theft.

It is more conducive to reflecting the pervasiveness of legal interest protection to treat it as a crime of property invasion.

The second view is to treat the crime of illegally obtaining computer information system data. After the crime of illegally obtaining computer information system data was added in the Amendment to the Criminal Law (VII) in 2009, the courts were more inclined to regulate the illegal acquisition of virtual property with this crime.

Scholars who recognize the illegal acquisition of virtual property as the crime of illegally obtaining computer information system data believe that: on the one hand, the legal attribute of virtual property is computer system data, and there is no legal basis for interpreting virtual property as the object of property invasion crime; on the other hand, there is still a dispute over whether virtual property has property value, and it is difficult to accurately identify the property value of virtual property, so treating it as a property invasion crime will cause the problem of unclear identification of the amount of crime.

There are differences in the classification of the illegal acquisition of virtual property, which is because virtual property² has both data attributes and property attributes. Which attribute is dominant? The key is whether virtual property is protected as data or property. For the illegal acquisition of virtual property, the data theory holds that virtual property belongs to computer information system data physically and should be punished as computer crimes; the property theory holds that although virtual property is crowned with the word virtual, it still belongs to property in essence, and the property attribute is the core characteristic of virtual property, which should be punished as property crimes.

2. Classification protection of virtual property

At present, there is still a dispute between the theoretical and practical circles on whether virtual property can be used as property protection. Virtual property has both data and property attributes, and only virtual items that fit specific characteristics belong to property in the sense of criminal law. «Virtual property» should be explained in a restrictive interpretation, and only virtual property with management possibility, transfer possibility, property value and relatively non-replicability can be used as property protection. By virtue of the restrictive interpretation of virtual property, the classification of virtual property and the nature of «property», the rationality of virtual property as property protection can be demonstrated.

2.1. The restrictive interpretation of virtual property

Restrictive interpretation of virtual property is required, and virtual property that fits the following four characteristics can be used as property protection:

(1) Possessing the possibility of management. Possessing the possibility of management means that the victim can realize the domination and control of its virtual property through the account. The account is equivalent to the personal space in the digital society, different software has different accounts, all the virtual property in the account belongs to individuals, individuals have the possibility of management of the virtual property in the account, enjoying the right of possession, right of use, right of income and right of disposal. For example, in King of Glory, players have the possibility of management of game equipment, skin, point coupon, inscription and other virtual property in their accounts, which can be given to friends or sold for profit.

Property crimes protect both the possession and property rights of the victim. The premise of the perpetrator transferring the possession or property rights of virtual property is that the victim has the possibility to manage the virtual property. For example, if A steals game equipment in B's account, the premise of the crime of theft is that B has the possession or property rights of the equipment in the account, that is, the victim has the possibility to manage the virtual property. At this time, A steals B's virtual property, and B loses the control and domination of the virtual property, and A only constitutes the crime of theft.

(2) Possessing the possibility of transfer. Property in the sense of criminal law must have the possibility of transfer. Virtual property without the possibility of transfer cannot be the object of property crime. The possibility of transfer here is from the perspective of the crime actor. If the crime actor cannot transfer the victim's virtual property, it is impossible to infringe upon the victim's virtual property, and it cannot constitute a property crime.

The crimes that may involve virtual property in property crimes are mainly acquired crimes. Acquiring crimes include delivery and seizure. Delivery refers to the victim's delivery of property based on the flaw of intention, such as being cheated into sending gifts to the anchor; seizure refers to the acquisition of virtual property against the victim's will, such as stealing others' Tiktok accounts and using the accounts to brush gifts to themselves. It is precisely because virtual property has the possibility of transfer, the criminals can transfer the possession or property right of virtual property.

² Virtual property can be categorized into broad and narrow senses: the former encompasses all electromagnetic records with inherent property rights within a specific online space, while the latter refers to network virtual properties that hold tangible transactional value. For the purpose of this article, we refer to virtual property in its broader sense.

(3) With property value. Virtual property without value does not belong to property in the sense of criminal law. There are still disputes in the theoretical circle about the value of property. There are three opinions as follows³: the first opinion and the third opinion both believe that the value of property includes objective value and subjective value,⁴ but the first opinion believes that only when the subjective value can be evaluated in money is property, which excludes love letters, photos and other items without monetary value from the scope of property, beyond the possibility of national prediction. The second opinion believes that as long as an item has objective value or one of the subjective values, it can be evaluated as property. Virtual property needs to have both objective value and subjective value to be evaluated as property.

Virtual property has a certain subjective value. Network operators spend costs to develop virtual property, adding a certain subjective value to virtual property. Network users can not only use different equipment and skins in the game to meet their spiritual needs, but also some rare equipment and skins have high property value, such as the souvenir dragon spear in CSGO, which is worth more than 100,000 yuan. Tiktok users can use Tiktok coins in their accounts to buy virtual gifts for anchors, such as users can use 30,000 Tiktok coins to buy a «carnival», worth 3,000 yuan.

The property attribute of virtual property comes from the exchange and transaction with real property, namely objective value.⁵ Only after the network user pays the consideration or spends time and energy to buy virtual property, the network user's virtual property will have the property attribute. At this time, the crime actor steals the user's virtual property, and the user loses the control and domination of the virtual property, which will cause property loss. After the exchange or transaction with real property, the virtual property will have value and property attribute.

The transfer of virtual property has become a common phenomenon. Virtual property and real money can be converted into each other through certain

ways. The players buy game points sold by network operators, which transform real property into virtual property. The players use the points to win a prize to sell rare skins for profit, realizing the transformation of virtual property into real property. Therefore, virtual property is just a special form of property, and still has the property attributes and characteristics.⁶

(4) With relatively non-replicability. The replicability of virtual property is the main basis for some scholars to deny virtual property as the object of property crime, such as the German criminal law circles claim virtual property is difficult to become the object of property crime. German scholars point out that: in criminal law, due to the easy replicability of data and information, the theft of data or information lacks the possession element. The special characteristics of information also explain why the protection of trade secrets is separately provided in many legal systems, rather than classified under the name of theft. There is also controversy in Taiwan Province about the qualification of theft of electromagnetic data behavior. Professor Lin Shan-tian believes that the theft of electromagnetic data should not be regulated by theft. For example, if A copies the electromagnetic data in B's computer, A's copying behavior will not cause the disappearance or reduction of the electromagnetic data in B's computer, which is precisely because the electromagnetic data has replicability. Theft in criminal law refers to the destruction of others' control and domination of things and the establishment of new possession. In the theft of electromagnetic data behavior, the actor does not need to destroy others' domination relationship (possession), but establishes a new possession of the electromagnetic data still occupied by others, which is not in line with the concept of theft in criminal law⁷ and cannot be punished as theft.

However, as a species concept of data, virtual property can be divided into relatively reproducible virtual property and relatively non-reproducible virtual property according to the different holders of virtual property. From the perspective of network operators, virtual property is reproducible, but from the

³ Regarding the definition of property value, three perspectives exist. The first perspective asserts that objective and subjective values constitute elements for evaluating whether something qualifies as property; only when subjective value can be monetarily assessed does it meet this criterion. The second perspective posits that any item possessing either objective or subjective value can be considered as property. Lastly, according to the third viewpoint, use value and exchange value are integral components defining an item's worth.

⁴ Objective value pertains to substantial economic worth associated with an object; examples include cars, food items, money, etc., which possess objective values. On the other hand, subjective value denotes an individual owner's emotional attachment towards an object without requiring monetary evaluation—examples encompass love letters and photographs holding sentimental significance.

⁵ See: *Zhang Yi-ran*. On Concept Limitation of Virtual Property and Reconstruction of Criminal Law Protection Path: From the Perspective of the Data's Triple Right System [J] // *Journal of Hunan University of Science and Technology (Social Science Edition)*. 2021 (2). P. 107.

⁶ See: *Chen Xing-liang*. The Criminal Attribute of Virtual Property and Its Protection Method [J] // *China Legal Science*. 2017 (2). P. 147.

⁷ See: *Lin Shan-tian*. On Criminal Law (Part 1). Beijing : Peking University Press, 2012. P. 212.

perspective of network users, network operators set limitation rules, virtual property is non-reproducible. Game skins and equipment that network operators can infinite copy belong to ordinary virtual property with replicability; game skins and equipment that players spend money, time and energy to obtain belong to non-reproducible virtual property. The reason why game developers and players have different virtual property such as game equipment and skins is that network operators can continuously obtain virtual property through technical means, while players can only obtain virtual property through purchase or lottery. Non-reproducible virtual property, that is, virtual property with exclusive dominance and property value, can become the object of property invasion crime. For example, stealing a player's game equipment can certainly constitute property invasion crime. Reproducible virtual property can become the object of intellectual property crime. In the case of copyright infringement by Yu Tao, the Jiangyin Court ruled that Yu Tao committed copyright infringement by copying and distributing computer game software through the Internet without authorization of the copyright owner of the online game «Fairyland Legend».

In summary, as a kind of data, virtual property has the unique duplication of data. The duplication of virtual property affects the qualification of illegal acquisition of virtual property. Relatively replicability virtual property usually has no property value and cannot be used as property protection, while relatively non-replicability virtual property can be used as property protection.

2.2. The classification of virtual property

At present, Chinese scholars divide virtual property into the following three categories: account type virtual property, including online game accounts, WeChat accounts, etc.; item type virtual property, including online game equipment, online game character decorations (skins), etc.; currency type virtual property, including Bitcoin, ether, etc.⁸ Not all virtual property belongs to property in the sense of criminal law, «virtual property» should be limited and shrinkable interpretation, only with management possibility, transfer possibility, property value and relatively non-replicable virtual property can be protected as property. Account type virtual property and item type virtual property without property value can be protected as data; currency type virtual property and item type virtual property with property value can be protected as property.

(1) Virtual property of account types is essentially personal information. «*Information security technology personal information security specification*» regard system account and account password as «personal

information», personal information is recorded in electronic or other ways can be alone or combined with other information to identify specific natural persons of all kinds of information, visible QQ account, mail account, WeChat account, game account and other virtual property of account types is essentially personal information.

The main feature of personal information is «identifiable», virtual property of account types is identifiable, QQ account, WeChat account, game account all need to use ID card for real-name authentication, network service providers through the account to distinguish service objects. WeChat account binding bank card involves large amounts of funds, high safety factor, the perpetrator of theft of WeChat account is less likely; theft of QQ account is highly likely, even if the QQ account is lost or stolen, it can still be recovered by binding mobile phone number to obtain verification code, friend assisted verification or answer secret protection questions.

Although the common QQ account, game account has the possibility of management and transfer, but does not have the property value, can not be used as property in the sense of criminal law.⁹ But individual «number» has a higher property value, should be identified as property. Account can be transferred or sold to others, which does not mean that the account type of virtual property has the property attribute and property attribute. Selling QQ accounts in large quantities is similar to selling telephone numbers, which belong to personal information. Although the perpetrator can obtain property interests by illegally selling personal information, the personal information of telephone numbers can not be regulated as the object of property crime, and the account type of virtual property can not be the object of property crime. «*Interpretation on Several Issues of the Application of Law in Handling Criminal Cases Endangering the Security of Computer Information Systems*» stipulates that the account type of virtual property is «identity authentication information», and the account type of virtual property is the data of computer information systems, which should be protected as the object of the crime of illegally obtaining the data of computer information systems. The illegal acquisition of the account type of virtual property is punished as the crime of illegally obtaining the data of computer information systems.

(2) Currency-type virtual property should be included in the category of «virtual property». Currency-type virtual property is not essentially different from property stored in bank accounts, and has property attributes. Currency-type virtual property includes Bitcoin, game coin, ether, etc. At present, Chinese law has not made specific provisions on the legal attributes of Bitcoin, but Bitcoin has the possi-

⁸ See: Jiang Bo. A Study on Judicial Protection of Virtual Property. Beijing : Peking University Press, 2015. P. 33.

⁹ See: Zhang Ming-kai. The Nature of Illegal Acquisition of Virtual Property [J] // Law Science. 2015 (3). P. 23.

bility of control and domination, economic value and property attributes, which can certainly be protected as «virtual property».

The Notice of the Ministry of Culture and the Ministry of Commerce on Strengthening the Management of Virtual Currency in Online Games stipulates that: in addition to the use of legal tender to purchase virtual currency in online games, network operators shall not provide virtual currency to users in other ways. Thus, network users can only obtain virtual currency by paying consideration, and virtual currency has correspondence with real currency and property value. In summary, currency-type virtual property has the possibility of management, transfer possibility and value, and can be evaluated as property in the sense of criminal law, which of course belongs to the category of «virtual property».

(3) Virtual property of objects should be distinguished. Virtual property of objects includes two categories, namely virtual objects with property value and virtual objects without property value. This «property value» mainly refers to the correspondence with real property, such as game skins purchased by players with a certain amount of money. Virtual objects with property value can be used as the object of property crimes, while virtual objects without property value do not fall into the category of «virtual property of objects» and cannot be used as the object of property crimes.

Virtual goods with property value. Virtual goods with property value are corresponding to real currency, that is, they can be exchanged and traded with real currency, which belong to the category of «virtual property» and can be evaluated as property in the sense of criminal law. Virtual goods purchased by network users with legal tender, virtual currency or exchanged in accordance with a certain proportion can be regarded as virtual currency.

Not only the virtual goods obtained by paying consideration have property value, as long as they have correspondence with real money, they can be evaluated as «virtual property». For example, in *Dungeons and Warriors*, the advanced game equipment can be obtained in the following ways: by «fighting monsters»; by combining many small equipment; by purchasing with legal tender; by gifts from friends. Ouyang Ben-qi believes that virtual property in online games is the code written by game developers. The virtual property dropped by players fighting monsters is not «created» by players. Players do not have property rights to virtual property, and virtual property certainly does not have property value.¹⁰

Zhang Ming-kai believes that online users can not only use different equipment and skins in the game to meet their spiritual needs, but also improve their experience and level and upgrade their game equip-

ment by «fighting monsters».¹¹ The author believes that players obtain advanced game equipment by «fighting monsters». Although they do not pay consideration, they spend a lot of time and energy. The virtual goods can be transferred in the trading market, have correspondence with real money, and still have property value.

Virtual objects without property value. Such virtual objects are virtual objects designed and generated by game developers and not yet sold, as well as ordinary virtual objects that can be obtained by network users without investing money through specific game mechanisms. First, virtual objects designed and generated by network operators can be continuously obtained through technical means. The virtual objects are just a kind of code, which have no property value and can only be protected as data.

When a crime actor takes advantage of the loopholes of the network game platform to steal the virtual objects designed and generated by the network game platform, he should be punished as a computer crime. Second, ordinary virtual objects given free by network operators or obtained by network users through special mechanisms such as «fighting monsters» and passing levels, have no property value. For example, the gun that can be obtained without recharged points in the «Peace Elite» and the Maserati skin that can be obtained only after recharged a large number of points through a lottery, the former belongs to virtual objects without property value, while the latter belongs to virtual objects with property value. Virtual objects set by network operators to be obtainable or deliberately destroyed each other mean that the virtual objects have no property attributes and should not be included in the category of «virtual property of goods». For example, the stealing of vegetables in QQ farm. Virtual goods without property value should not be identified as «virtual property of goods», but can be protected as data.

3. Criminal Protection Paths for Virtual Property

Virtual property has both data attributes and property attributes. The illegal acquisition of virtual property should be recognized as a property crime according to the property attributes of virtual property; according to the data attributes of virtual property, it should be recognized as a crime of illegal acquisition of computer information system data. It is limited to adopt a data protection path for virtual property according to the physical attributes of virtual property, and a property protection path should be adopted according to the essential attributes of virtual property.

¹⁰ See: Ouyang Ben-qi. The Protection of Virtual Property in Criminal Law [J] // Political Science and Law. 2019 (9). P. 43.

¹¹ See: Zhang Ming-kai. Criminal Law (Part 2). Beijing : Law Press, 2021. P. 1218.

3.1. Limitations of the data protection path

The Research Opinions of the Supreme People's Court on the Question of How to Qualify the Profits from Illegal Sales of Game Coins Stolen by Using Computers Clearly point out that the legal attribute of virtual property is data of computer information system, virtual property is essentially electromagnetic record data, not property in the sense of criminal law, and only the data attribute of virtual property is recognized. As the property stored in the form of electronic data on computer hardware media such as hard disk, the data attribute of virtual property is physical attribute. However, there are certain limitations in identifying the illegal acquisition of virtual property as the crime of illegal acquisition of computer information system data according to the physical attribute of virtual property.

After the crime of illegally obtaining data of computer information system was added in the *Amendment to the Criminal Law (VII)* in 2009, the court tended to regulate the behavior of illegally obtaining virtual property by the crime of illegally obtaining data of computer information system, but the procuratorate and the defense had different opinions on the qualitative determination of the behavior of illegally obtaining virtual property. First, in the case of Yang Guo-hui's illegally obtaining data of computer information system, Yang Guo-hui used the loopholes in the recharge system of the Apple client mobile games «Big Master» and «Renjiang» developed and operated by Beijing Play Crab Technology Co, and recharged the above two game accounts of others repeatedly without actually paying money.¹²

The prosecution filed a public prosecution for the crime of destroying computer information system; the defense denied the charges on the grounds that the defendant only invaded the computer system operated by the victim unit and did not destroy the data of computer information system; the plaintiff in the incidental civil action believed that the defendant's behavior belonged to the theft of secretly stealing other people's property, and should be investigated for criminal responsibility for the crime of theft. The court adopted the defense's view that the data of computer information system illegally obtained by the defendant was only a virtual service, not real property and its market value could not be calculated, and then denied that the defendant's behavior constituted the crime of theft, which had certain limitations.

Second, in the case of Hong Wei-feng's illegal access to computer information system data, Hong Wei-feng used the «platinum remote control software» purchased online to steal the account and password

registered by Gong in the game center of Cixi City, and steal the «silver» of more than 980 million in Gong's account.¹³ The prosecution prosecuted the case for theft, and the defense denied the case on the grounds that the virtual property was a debt rather than a property right, and the value of the virtual property could not be determined. The court believed that players could obtain virtual property by purchasing or investing time and energy in online upgrading, and the value of the latter property could not be determined. The evidence on file in this case could not prove that Gong's virtual property was obtained by purchasing, and convict Gong of illegal acquisition of computer information system data. In judicial adjudication, the illegal access to virtual property is usually regulated by the property crime because of the unclear attributes of virtual property and the difficulty in determining its value.

By analyzing the above judgment, the following limitations exist in the judicial adjudication of regulating the illegal acquisition of virtual property with computer crimes: first, the attributes of virtual property are multiple, and the property attribute cannot be denied by the data attribute of virtual property. There is still controversy between the theoretical and practical circles on the legal attributes of virtual property. Virtual property belongs to the property right, creditor's right, intellectual property or new property right in the sense of civil law, which does not affect the evaluation of virtual property as property in the sense of criminal law; second, from the perspective of legal interest protection, the criminal law stipulates that the crime of illegally acquiring computer information system data in the chapter of disturbing public order, and the illegal acquisition of virtual property will cause losses to the victim's property, infringing on private legal interests, so it is more reasonable to treat it as a crime of property infringement; third, there are limitations in opposing the illegal acquisition of virtual property with property crimes on the grounds that the value of virtual property is difficult to determine.

With the increasing types of virtual property, the value of virtual property urgently needs to determine the value determination standard of virtual property combined with the specific situation in judicial practice, so as to solve the problem of determining the amount of illegal acquisition of virtual property. Fourth, obtaining virtual property through a computer is only one of the means, and the case of illegally obtaining virtual property without using a computer cannot be handled by computer crime. Fifth, the crime actor's illegal obtaining of virtual property will not cause harm to the computer system or even make it unable to operate.¹⁴ For example, if the first party

¹² See: (2016) *Jin Xing Chu*No. 1084 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: 20 April 2023].

¹³ See: (2010) *Yongci Xing Chu* No. 1544 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: 20 April 2023].

¹⁴ See: Yao Wan-qin. Doctrinal Analysis of the Qualitative Behavior of Theft of Network Virtual Property [J] // *Contemporary Law Review*. 2017 (4). P. 80.

steals the second party's Tiktok account and brushes gifts for himself, the number of Tiktok coins in the second party's account decreases, but the second party can reset the password by the bound mobile phone number to find the account, which will not affect the normal operation of Tiktok.

In conclusion, the illegal acquisition of virtual property is limited to be defined as the crime of illegal acquisition of computer information system data according to data attributes. It is more appropriate to treat the illegal acquisition of virtual property as the crime of stealing, fraud and other property invasion crimes according to the means of the actor.

3.2. Rationality of the property protection path

Although virtual property is named with the word virtual, it is still a property in nature, and the property attribute is the essential attribute of virtual property. Therefore, it is more reasonable to identify the illegal acquisition of virtual property as a property crime according to the essential attribute of virtual property. In practice, the illegal acquisition of virtual property is regarded as a property crime in many cases: in the Ye Mian fraud case, Ye Mian pretended to be an intermediary and forged false transfer records to obtain Zhao Yang-jun's trust and cheated her into a street basketball game account. The People's Court of Fengman District, Jilin City, Jilin Province, ruled that the case constituted a fraud.¹⁵ In the Liu Bao-lei theft case, Liu Bao-lei used the anchor account obtained during the broadcasting, and sent the yellow diamond brush from Wang 1, Song and other accounts to his account in the form of live broadcasting when the anchor was not ready. The People's Court of Lanshan District, Linyi City, Shandong Province, ruled that the case constituted a theft.¹⁶ In the Liu and Gu theft case, Liu privately logged into the Kuaishou accounts of Chen, Wang 1, Wang 2, and Wang 3, and stole the Kuaibi in the Kuaishou accounts of Liu, Chen, Wang 1, Wang 2, and Wang 3, by sending gifts to his own Kuaishou account and the defendant Gu's Kuaishou account live, the People's Court of Zhenxing District, Dandong City, Liaoning Province, ruled that the case constituted a theft.¹⁷

The behavior of illegally obtaining virtual property is more reasonable to be treated as property crime:

First, before the issuance of the Amendment to the Criminal Law (VII), in the case of Zeng Zhi-feng and Yang Yi-nan, known as the first case of virtual property, Zeng Zhifeng and Yang Yinan stole QQ accounts and sold them for profit by breaking the password protection information of others' QQ accounts. Nansha District Procuratorate prosecuted the crime

of theft, and Nansha District Court considered QQ accounts as a code of communication tools, similar to email, so it denied that virtual property had property attributes, and judged Zeng Zhifeng and Yang Yinan to constitute the crime of infringing upon the freedom of communication.¹⁸ There are two opinions on whether QQ accounts have property attributes:

(1) one positive view thinks that QQ accounts have property attributes and can be the object of property crimes. QQ users have the possibility of managing, transferring and property value of QQ accounts, which conform to the general characteristics of property. QQ accounts are the product of the development of digital society, and property in the sense of criminal law cannot be limited to the enumeration provisions of the provisions, but should conform to social development and be expanded to explain within the scope of reasonable and legal;

(2) the other negative view thinks that QQ accounts are property in the sense of civil law, not property in the sense of criminal law, and cannot be the object of property crimes. There is a great controversy on whether QQ account has value and how to calculate its value, and explaining QQ account as the object of property crime is analogical explanation. The author thinks that, from the perspective of adhering to the consistency of criminal law and civil law, the property attribute of virtual property cannot be completely denied because of the existence or non-existence of virtual property value and the calculation standard, and there is a great controversy on whether QQ account has value and how to calculate its value, and explaining QQ account as the object of property crime is analogical explanation. The author thinks that, from the perspective of adhering to the consistency of criminal law and civil law, the property attribute of virtual property cannot be completely denied because of the existence or non-existence of virtual property value and the calculation standard, and it is necessary to explain virtual property according to the essence of criminal doctrine. As account type virtual property, ordinary QQ account is essentially personal information and does not have property value. After the crime of illegally obtaining data of computer information system is added in the Amendment to the Criminal Law (VII), it is more reasonable to take ordinary QQ account as data protection.

Second, in Meng Dong's theft case, Meng Dong used hacking technology to steal the account and password of Maoli Company to log in the online recharge system of Tencent and Netease, and He Likang broke into the online recharge system to steal Q coins and game point cards, and Meng Dong sold the stolen

¹⁵ See: (2021) Ji Xing Chu No. 278 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: 20 April 2023).

¹⁶ See: (2021) Lu Xing Chu No. 1132 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: 20 April 2023).

¹⁷ See: (2021) Liao Xing Chu No. 272 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: 20 April 2023).

¹⁸ See: *Chen Xing-liang and Zhang Jun*. The People's Court Criminal Guidance Case Judgment Digest (Vol. 2). Beijing: Peking University Press, 2013. P. 730.

virtual property at a low price. The People's Court of Huangpu District, Shanghai considered that Q coins and game point cards were virtual currencies and tickets issued by Tencent and NetEase online, and were virtual property in the network environment. Q coins and game point cards were virtual property obtained by Maoli Company with consideration payment, and had property value. Maoli Company had property rights over virtual property, which should be protected by criminal law. This case punished the illegal acquisition of virtual property as theft, provided guidance for similar cases in judicial practice, and had guiding significance for regulating the illegal acquisition of virtual property as property infringement crime.

Third, in the case of Shen Xiaohang's duty encroachment, the People's Court of Shanghai Pudong New Area considered that the essence of «Yuanbao» was the electromagnetic record in the computer game program. Shen Xiaohang took advantage of his position to increase the number of game coins for others, and was identified as the crime of illegally obtaining data of the computer information system. The Shanghai No. 1 Intermediate People's Court changed the sentence to the crime of duty encroachment. The reasons are as follows:

(1) the property stipulated in Chinese law is not limited to physical objects. The game coins exist in the game system in the form of electromagnetism, although they are incorporeal, they can still be included in the concept of property mentioned above;

(2) the game operator has the possibility of managing game coins;

(3) the game coins have the possibility of transfer, each game coin system exists independently, and the actor can exclude the possession of others and establish a new possession relationship;

(4) the game coins condense the human, material and financial resources invested by the operator, and have value;

(5) it is not appropriate to deny the property attribute of the game coins controlled by the operator on the grounds of replicability.¹⁹ In this case, the first instance court judged that it constituted the crime

of illegally obtaining data of computer information system. The second instance court changed the judgment to the crime of theft on the grounds that game coins, which are virtual property, conform to the characteristics of property and can be used as the object of property infringement crime. It is reasonable to convict and punish the behavior of illegally obtaining virtual property according to the essential attributes of virtual property.

In conclusion, virtual property is not essentially different from property in the traditional sense of criminal law. The behavior of the actor obtaining the password of others' account by illegal means and transferring or selling the virtual property in others' account is in line with the criminal constitution of property crime and should be punished as property crime.

Conclusion

Virtual property is the product of digital society. With the popularity of concepts such as Bitcoin, blockchain, and metaverse in social life, the importance of virtual property is further highlighted, and it has become the object of criminal profit. The criminal law protection of virtual property should be paid attention to by the academic and practical circles. The data attribute of virtual property is the core difference between virtual property and property in the traditional sense, but virtual property with management possibility, transfer possibility, and property value is still property in essence.

The interpretation of virtual property as property does not exceed the national prediction possibility, and is in line with the principle of legality of crime and punishment. The act of illegally obtaining virtual property damages the property interests of the victim, and infringes upon the private legal interests of citizens to a certain extent. It is limited to define it as computer crime, and it is more appropriate to treat it as property crime such as theft and fraud according to the means of the actor.

REFERENCE

1. *Zhang Yi-ran*. On Concept Limitation of Virtual Property and Reconstruction of Criminal Law Protection Path: From the Perspective of the Data's Triple Right System [J] // Journal of Hunan University of Science and Technology (Social Science Edition). — 2021 (2).
2. *Chen Xing-liang*. The Criminal Attribute of Virtual Property and Its Protection Method [J] // China Legal Science. — 2017 (2).
3. *Lin Shan-tian*. On Criminal Law (Part 1). — Beijing : Peking University Press, 2012.
4. *Jiang Bo*. A Study on Judicial Protection of Virtual Property. — Beijing : Peking University Press, 2015.
5. *Zhang Ming-kai*. The Nature of Illegal Acquisition of Virtual Property [J] // Law Science. — 2015 (3).

¹⁹ See: (2020) Hu Xing Zhong No. 519 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: 20 April 2023].

6. *Yao Wan-qin*. Doctrinal Analysis of the Qualitative Behavior of Theft of Network Virtual Property [J] // Contemporary Law Review. — 2017 (4).
7. *Chen Xing-liang and Zhang Jun*. The People's Court Criminal Guidance Case Judgment Digest (Vol. 2). — Beijing : Peking University Press, 2013.
8. *Ye Liang-fang*. Data or Property: Qualitative Analysis of illegally Acquiring Virtual Currencies Cases [J] // China Journal of Applied Jurisprudence. — 2023 (3).
9. *Gao Yan-dong, He Zi-han*. Resolutions to the Dilemma of Criminal Law Protection of Virtual Property in the Perspective of Digital Assets [J] // Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences). — 2022 (12).
10. *Gao Yandong, Li Shihan*. On the Extended Interpretation of Property in Property Crimes in the Digital Age: Taking Data Services as an Example [J] // Jilin University Journal Social Sciences Edition. — 2020 (9).
11. *Meng Lu*. On The Criminal Protection of the Network Virtual Property: from the Perspective of the Modesty of Criminal Law [J] // Law Science Magazine. — 2017 (11).
12. *Zhang Chun-li*. Criminal Law Attribute and Protection Path of Virtual Currency [J] // Zhejiang Social Sciences. — 2022 (11).
13. *Yang Dong*. The Criminal Law Protection on Metaverse Crypto Assets [J] // Journal of National Prosecutors College. — 2022 (6).
14. *Xu Ling-bo*. A Critique of the Dominant Paradigm in Discussion of Protected Legal Interests in Crimes against Property [J] // Peking University Law Journal. — 2018 (1).
15. *Hi Hong, Chen shao-qing*. On the Property Interests of Property Crimes [J] // SJTU Law Review. — 2022 (6).
16. *Guo Zhi-long*. On the Three-Tiered Order in the Criminal Determination of Virtual Currency Infringement — From Judicial Order, Legal Order to Digital Economy Order [J] // Political Science and Law. — 2023 (5).

Обзор и перспективы реформы уголовно-правового комплаенса на китайских предприятиях

Review and Prospects of Criminal Compliance Reform in Chinese Enterprises

Шан Хаовен,

доцент и научный руководитель докторантуры
юридического факультета
и Научно-исследовательского института уголовного права
Пекинского педагогического университета,
г. Пекин, Китай
e-mail: pangdongmei71@163.com

Лу Цзыи,

аспирант юридического факультета
Пекинского педагогического университета,
г. Пекин, Китай
e-mail: pangdongmei71@163.com

Shang Haowen,

Associate Professor and Doctoral Supervisor
at the School of Law and Criminal Law Science Research Institute
of Beijing Normal University,
Beijing, China
e-mail: pangdongmei71@163.com

Lou Ziyi,

Graduate student at the School of Law, Beijing Normal University,
Beijing, China
e-mail: pangdongmei71@163.com

© Шан Хаовен, Лу Цзыи, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.096-107

Аннотация. В Китае проведена реформа уголовного законодательства, направленная на совершенствование корпоративного управления и решение проблем, связанных с ростом внутренней корпоративной преступности и повышенным риском внешних санкций. Анализ показал, что работа по указанному реформированию уголовного законодательства привела к созданию диверсифицированной модели стимулирования соблюдения уголовного законодательства, механизма увязки исполнения и наказания с совместным надзором, а также различных стандартов надзора и инспекций. Однако реформа также выявила проблемы в регулируемой сфере. Например, модель стимулирования соблюдения уголовного законодательства не имеет должной научной основы и является недостаточно обязательной, механизм увязки исполнения и наказания недостаточно отлажен и прозрачен, а стандарты надзора и инспекции слишком неоднозначны.

Проводя реформу корпоративного уголовно-правового комплаенса, мы должны следовать логике предотвращения корпоративных нарушений, в полной мере реализуя концепцию совместного управления и сосредоточиваясь на реформировании корпоративной бизнес-модели и внутренней структуры. В будущем следует локализовать механизм стимулирования соблюдения уголовного законодательства в сфере корпоративного комплаенса, усилить взаимное признание результатов рассмотрения дел в рамках комплаенса и установить двойной стандарт для разработки планов комплаенса и приемочных проверок.

Ключевые слова: уголовно-правовой комплаенс, совместное управление, стимулы в уголовном законодательстве, программы комплаенса, взаимодействие исполнения и наказания.

Abstract. To promote good corporate governance and to cope with the complex situation of rising internal corporate crime and increased risk of external sanctions, China has carried out corporate criminal compliance reform. Through a general review, it can be found that the criminal compliance reform work of enterprises has established a diversified criminal incentive model, a mechanism for linking execution and punishment with joint supervision, and different supervision and inspection standards. However, it has also encountered controversial problems. For example, the criminal incentive model lacks a reasonable basis and is insufficiently binding, the mechanism for linking the execution and punishment is insufficiently smooth and transparent, and the supervision and inspection standards are too ambiguous. In carrying out the reform of corporate criminal compliance, we should follow the logic of preventing corporate violations, giving full play to the concept of collaborative governance, and focusing on the compliance reform of the corporate business model and internal structure. In the future, we should localize the criminal incentive mechanism for corporate compliance, strengthen the mutual recognition of the results of case processing in compliance, and set up a dual standard for the formulation of compliance plans and acceptance inspections.

Keywords: criminal compliance; collaborative governance; criminal incentives; compliance programs; execution-penalty interface

In recent years, foreign compliance concepts and related systems have received extensive attention in China's theoretical and practical circles due to their unique corporate governance functions. The introduction of the concept of criminal compliance has made the criminal liability of enterprises associated with the issue of compliant operation, and the compliance mechanism driven by criminal incentives has become an important means for enterprises to prevent the occurrence of illegal behavior and reduce legal risks.

On the whole, the reform of corporate criminal compliance in China, although relatively late compared to that in Western countries, has developed rapidly. In the pilot work, each procuratorate flexibly explored options according to the different conditions of the cases and accumulated much experience, and the reform work achieved excellent results. Of course, constrained by lack of experience, norms and other factors, some controversial issues also appeared in the process of the pilot reform. At present, the reform of corporate criminal compliance has entered a critical period of comprehensive advancement in China, so it is necessary to review the institutional achievements and problems in the reform process as a whole and to look forward to the path of deepening the reform of corporate criminal compliance in China in the future on the basis of the clear logic of the reform.

I. A Holistic Review of Corporate Criminal Compliance Reform Efforts

At a time when it is emphasized that the rule of law should be adhered to in all respects and that the construction of China under the rule of law should be promoted, the pilot work of criminal compliance

reform for enterprises is of great significance. The exploration of criminal compliance reform is not only based on the domestic implementation of the «Six Stabilizers and Six Guarantees» policy and the requirement to curb corporate crime in order to improve the modern enterprise system with Chinese characteristics but also an objective need for enterprises to build up a compliance mechanism to counteract the risk of external sanctions. At present, China's criminal compliance reform has achieved a series of institutional results.

(i) Core mechanisms: diversified criminal incentive models

According to the annual work report of the Supreme People's Procuratorate, since the launch of the pilot enterprise compliance reform in 2020, the procuratorial organs have handled 5,150 enterprise compliance cases, and 1,498 enterprises and 3,051 responsible persons have avoided criminal sanctions and regained a new life due to criminal compliance.¹ In the course of the pilot reform, some classic cases with both legal and social effects have emerged. To date, the Supreme Prosecutor has released four batches of 20 typical cases of enterprise compliance reform pilots, and various localities have interpreted and publicized cases of typical significance in their prosecutorial work. Examining compliance cases in practice from a macroscopic perspective, it can be found that the mode of granting criminal incentives in China presents a state of diversified coexistence, specifically including the following three kinds.

1. «Discretionary non-prosecution + prosecutorial recommendation» model

The first batch of reform pilot typical cases includes the «Xintai City J company and other construction

¹ See: *Report on the Work of the Supreme People's Procuratorate (First Session of the 14th National People's Congress, Zhang Jun March 7, 2023)*, on the official website of the Supreme People's Procuratorate // URL: https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317_608767.shtml, June 27, 2023 (accessed: on June 27, 2023).

enterprises collusive bidding series of cases». In these cases, the procuratorial organs conducted their own supplementary investigation and on-site visit investigation of J company and six other companies and made a decision not to prosecute. Moreover, it is recommended that the administrative department punish enterprises and required the enterprises involved in the case to carry out compliance building.

This case is a typical example of this model, and its basic operation logic is as follows: the procuratorial authorities first identify the real situation of the case and combine it with the actual situation of the enterprise's development prospect, make a discretionary non-prosecution decision within the framework of the existing provisions of the Criminal Procedure Law, and then request the enterprises involved to carry out compliance construction and the competent departments to impose corresponding administrative penalties by the procuratorial recommendations.

Under this model, the procuratorial authorities are more concerned with whether the enterprise's management system and internal structure meet the compliance requirements for crime prevention rather than simply pursuing the outcome of the case. If problems are found in the enterprise's governance system, the enterprise is urged to take compliance measures by means of prosecutorial recommendations, which are made at the same time as the decision not to prosecute.

This is essentially a situation in which «the enterprise implements a compliance program in exchange for the relative non-prosecution of the situation, which makes non-prosecution a major incentive for the enterprise to establish a compliance system.»² The shortcoming of this model is that even though the prosecutorial recommendation can form a certain binding force on enterprises by informing administrative authorities, self-regulatory organizations, and reporting to the National People's Congress, the Discipline Inspection Commission, and other subjects, reflecting the value of collaborative governance, its coercive power is still slightly insufficient compared to other incentives for criminal compliance.

Enterprises may, after receiving a decision not to prosecute, engage in formal «pseudocompliance» or even «noncompliance», continuing to retain space for the growth of illegal and criminal behavior.

2. «Deferred prosecution + compliance rectification» (conditional non-prosecution) model

The conditional non-prosecution model of China's corporate criminal compliance reform has achieved some of the important results. This model is attributed to the pilot work of the mainstream form of criminal incentives given to enterprises and represents the

next stage of the work of the procuratorial organ's focus. In the first batch of typical cases, 'Zhangjiagang L Company, Zhang Moujia and other environmental pollution cases', and in the second batch of typical cases, 'Yinan County, Shandong Y Company, Yao Maoming City and other collusion bidding cases' and other typical cases show the model of conditional non-prosecution.

The logic of this model lies in the following: first, the procuratorial authorities carry out a comprehensive review and assessment based on factors such as whether the enterprise pleads guilty and admits punishment, its ability and willingness to carry out compliance rectification, and the facts of the crime to decide whether or not to give the enterprise the opportunity to carry out compliance construction.

Second, on the basis of the decision to carry out compliance supervision procedures, the enterprise involved in the case signs a supervision agreement with the procuratorial authorities. The fulfillment of the regulatory agreement by the enterprise is the key to the subsequent decision by the procuratorial authorities to prosecute or not. Again, the procuratorial authorities, within the framework of the existing review and prosecution period, set a certain compliance supervision period.

During the supervision period, the relevant compliance supervisor makes regular reports to the procuratorial authorities on the enterprises' rectification situation. Finally, before the expiration of the examination period, the procuratorial authorities review the fulfillment of the compliance agreement and ultimately make a decision not to prosecute if it passes the acceptance assessment, or vice versa. In fact, the United States of America's pretrial transfer agreement, the United Kingdom's deferred prosecution system and China's conditional non-prosecution model have the same flavor, belonging to the Western experience in our country's «classic reproduction».

This mode of conditional non-prosecution, through deferring prosecution and allowing the entity's results to determine the final non-prosecution, acts as a double incentive for the enterprise to carry out compliance measures. This can effectively dismantle the undesirable mechanism of induced crime and prevent the «ripple effect» caused by other social problems.

However, this model cannot always be applied. First, the scope of application of cases in the current system of conditional non-prosecution does not include enterprise compliance cases, so the current application of this model lacks normative legitimacy. Second, the compliance rectification of enterprises in this model is actually a kind of *ex post facto* compliance. Some scholars have pointed out that *ex post facto* compliance can affect liability but cannot

² See: *Chen Ruihua*. Compliance Incentive Models in Criminal Proceedings // *China Law Journal* Vol. 6. No. 6. 2020. P. 225—244.

block the illegality of the behavior itself. In criminal law that does not take compliance rectification as the sentencing circumstance or illegal deterrent reason, the procuratorate's «conditional non-prosecution» of felonies is suspected of overstepping the principle of the law of crime and punishment.³

3. «Prosecution + Sentencing Recommendation» model

When an enterprise fails to pass the acceptance assessment of compliance rectification, the procuratorial authorities file a public prosecution with the court but generally make a sentencing recommendation based on a guilty plea. In practice, there have also been cases where the procuratorial authorities, after recognizing the enterprise's development prospects, social contributions and conditions for compliance rectification, still filed a public prosecution with the court due to the more serious circumstances of the enterprise's criminal conduct and, at the same time, made a sentencing recommendation. This model was adopted in the first batch of typical cases of the Supreme Prosecutor's Office in the case of «Shanghai Company A, Company B and Guan Moumou's Case of Unauthorized VAT Special Invoice». From the viewpoint of the pilot reform, the procuratorial authorities in this model are also not «handling cases for the sake of handling cases».

Even if the enterprises involved in the case are prosecuted or have carried out compliance rectification before prosecution, the procuratorial authorities still carry out continuous supervision and attention to the compliance construction work of the enterprises involved in the case through procuratorial recommendations and other tools. The prosecuting authorities likewise continue to supervise the compliance building work of the enterprises involved through tools such as prosecutorial recommendations. From this point of view, this model is conducive to ensuring that enterprises complete their «decriminalization reform» as much as possible.

(ii) Multidimensional dispute resolution: a mechanism for the convergence of enforcement and criminal justice in the context of joint supervision and control

At present, most types of corporate crimes in China are administrative crimes. Based on the premise

that the establishment of a criminal offence for administrative offenders requires the constitution of an administrative offence as a basic prerequisite, the reform of corporate criminal compliance inevitably involves cooperation between the administrative authorities and the judiciary. Officials from the Supreme Prosecutor's Office have pointed out that the study of corporate compliance incentives should include both criminal and administrative incentives and that the two incentives must be combined.⁴

In the situation in the pilot enterprise criminal compliance reform, the current construction of the mechanism for the convergence of execution and punishment is mainly reflected in the following three stages.

1. Compliance initiation phase

From the viewpoint of the working practice of enterprise criminal compliance reform, the basis for the procuratorial authorities to decide whether to carry out compliance work depends largely on field visits, investigations and related reviews, in which the procuratorial authorities usually listen to the opinions of the administrative authorities on the business situation and development prospects of the enterprise and decide whether to give the enterprise the opportunity to carry out compliance and rectification in conjunction with the other facts of the case, and the mechanism of convergence between the execution of punishment and execution has been presented in this context. The mechanism of convergence between execution and punishment is also presented here. However, some scholars have pointed out that pressure from the local party and government departments is likely to lead to the dilemma of «selective law enforcement» in this phase of the convergence mechanism. In this situation, some enterprises that do not have the conditions for compliance are given the opportunity to rectify the situation, while those that do have the conditions for compliance are excluded, which ultimately affects the credibility of the pilot reform work.⁵

2. Assessment and acceptance phase

In the process of compliance rectification by enterprises, the judicial authorities cannot do without the help of administrative authorities. According to the provisions of the Guidelines on Third-Party Supervision and Assessment, the management committee of the third-party mechanism for coordinating the formulation of acceptance criteria for compliance inspection and assessment is actually formed by the

³ See: Liu Yanhong, *The Criminal Law Doctrinal Roots of Corporate Compliance Non-Prosecution Reform* // *Chinese Journal of Criminal Law*. Vol. 1. No. 1. 2022. P. 107—123.

⁴ See: *Compliance Building and Crime Governance Summit Held in Beijing, in Rule of Law* // URL: <http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20210623/Article09002GN.htm> [accessed: June 27, 2023].

⁵ See: Li Yuhua and Li Huachen. *The Starting Conditions of the Compliance Nonprosecution Examination Procedure — Taking the Supreme Prosecutor's Typical Case of Corporate Compliance as a Sample* // *Journal of the University of Science and Technology of Beijing : Social Science Edition*. 2022. No. 5. P. 563—570.

Supreme Prosecutor in conjunction with other administrative organs, such as the State-owned Assets Supervision and Administration Commission (SASAC), the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation.

Moreover, the third-party mechanism's management committee and the mechanism of joint meetings in the pilot areas are set up by the local People's Procuratorates, the finance departments, the Federation of Industry and Commerce and other administrative organs. In addition, in accordance with the requirements of the Administrative Measures for the Selection of Professionals for the Third-Party Supervision and Evaluation Mechanism for Compliance of Enterprises Involved in Cases (for Trial Implementation), persons with specialized knowledge in governmental departments may be selected and identified as professionals of the third-party mechanism or may participate in the third-party organization and its work on the basis of invitations and assignments.

3. Follow-up penalty phase

It should be made clear that the fact that an enterprise has passed a compliance assessment and acceptance means that it is no longer criminally liable, but it does not mean that it is also exempt from administrative liability. Regardless of the compliance model adopted by the judiciary, it usually issues a procuratorial recommendation to the administrative authorities after granting criminal incentives to the enterprise, requesting that the enterprise in question be subjected to administrative penalties and thus realizing the connection between the criminal and administrative mechanisms.

Under special circumstances, the procuratorial authorities also issue procuratorial recommendations on industry governance issues, with a view to achieving the effect of «dealing with one case and governing one area» through typical cases. For example, in the second batch of typical cases, in the case of the smuggling of ordinary goods by Shenzhen X Company, the procuratorial authorities made recommendations to the Customs Department on regulatory loopholes, underreporting of prices and other general problems in the industry, which were eventually adopted.

(iii) The dimension of effectiveness: very different standards of regulatory scrutiny

To prevent the occurrence of «paper compliance» and «false compliance» by enterprises involved in cases, the procuratorial authorities have paid particular attention to the supervision and inspection criteria for compliance programs in the pilot reform work. Of course, although the central authorities and various

localities have explored the formulation of compliance plans, the assessment and acceptance of the effectiveness of corrective actions, and the duration of inspections, the elements of the specific standards are still vague, and no uniform practice has been developed.

1. Compliance program development and acceptance issues

As early as 2018, China successively issued normative documents such as the Guidelines for Compliance Management of Central Enterprises (for Trial Implementation), the Guidelines for Compliance Management of Enterprises' Overseas Operations, and the Guidelines for Compliance Management Systems, which were initially designed to provide normative guidance for enterprises to formulate compliance programs and establish compliance mechanisms to prevent the risk of transnational sanction. In terms of their characteristics, some scholars have pointed out that the documents at this time only reflect the color of industry advocacy and do not have a mandatory effect, nor do they promote the construction of corporate compliance programs through criminal incentives.⁶

By the middle stage of the reform pilot, the People's Procuratorates of the pilot localities had clarified the important role of the compliance program through a series of judicial cases, so that the fulfillment of the compliance program by the enterprises involved in the case had become an important reference for criminal incentives, such as non-prosecution of compliance and sentencing recommendations.

Article 29 of the Implementing Rules of the Guidelines for Third Party Supervision and Evaluation states that when reviewing compliance plans, third party organizations should focus on the feasibility of completing the plan, its operability and its effectiveness in preventing already suspected or similar illegal and criminal acts, covering the weaknesses and obvious loopholes of the enterprise in the area of compliance, and addressing other underlying matters that need attention for review.

The Central Nine Article 5 of the Measures for Compliance Construction, Evaluation and Review of Enterprises Involved in Cases (for Trial Implementation) (hereinafter referred to as the Measures (for Trial Implementation)) issued by the Central Government and the ministries and commissions points out that «a special compliance program should be able to effectively prevent the recurrence of the same or similar illegal and criminal acts». However, in general, the provisions of the document on the compliance program are still general. The question of what specific elements should be included in a compliance program requires further study by the academic community.

⁶ See: Zhang Zhong and Li Yino. Exploration of Criminal Compliance Programs for Enterprises in China // Jiangxi Social Science. No. 1. 2023. P. 74–82.

The issue of acceptance criteria is in fact closely related to the compliance program, and the two are «two sides of the same coin», with the compliance program focusing on «access» and acceptance and rectification focusing on «exit». In the pilot reform work, according to the provisions of Article 14 of the Measures (for Trial Implementation), the third-party organization usually pays attention to the following issues when carrying out acceptance: the disposition of illegal and criminal acts; the reasonableness of the configuration of the compliance management body and organizational personnel; the construction of the compliance mechanism and the status of guarantee; the operation of the monitoring, reporting, investigation, processing and compliance performance evaluation mechanisms; the formation of a culture of compliance and the mechanism of continuous rectification.

Article 15 also puts forward the requirements of «special compliance» and «differentiated compliance» based on the characteristics of the industry and different types of enterprises. According to the situation in practice, the effectiveness standard of compliance and rectification, which has gained more consensus, can be expressed as «achieving the substantive effect of preventing enterprises from committing crimes again».⁷

2. The question of the duration of the mission

According to the explicit requirements in the Guidelines on Third-Party Supervisory Assessment, the third-party organization must determine the duration of the compliance visit, and the enterprises involved in the case have to carry out compliance rectification and undergo inspection and assessment within the inspection period. Therefore, the issue of the inspection period is directly related to the fulfillment of the enterprise's compliance program and the extent of the enterprise's rehabilitation by decriminalization and ultimately affects the outcome of the entity's treatment. In the current pilot reform, the compliance inspection period is usually set at the stage of examination and prosecution.

However, according to the current law, the procuratorial authorities should make a decision on whether to prosecute or not within one month, which can be extended for fifteen days in major and complex cases, so compliance inspection encounters obstacles at the normative level. In practice, the procuratorial authorities in the pilot areas are seeking «the longest possible inspection period in the gaps of the criminal procedure» to create time conditions for effective

compliance supervision within the framework of the legal provisions.⁸

Examining the typical cases issued by the Supreme Prosecutor's Office, the period for compliance rectification was set at three months in most cases and one year in some cases. From the perspective of normative documents, the pilot locations also set unique inspection periods according to their own work practices.

For example, Liaoning Province has set an inspection period of 3—5 months in accordance with the Opinions of the Liaoning Provincial People's Procuratorate and Ten Other Organs on the Establishment of a Compliance Inspection System for Crime-Related Enterprises, while Ningbo City, Zhejiang Province, has set an inspection period of 6-12 months through the Opinions on the Establishment of a Compliance Inspection System for Crime-Related Enterprises, etc. It should be noted that although the procuratorial authorities have already extended the period of compliance inspection as much as possible by returning the case for remedial investigation and recommending the suspension of the trial, etc., the period of compliance inspection set up in the pilot reform in our country is still relatively short from the point of view of comparative law. At present, China's compliance rectification affects the large enterprises as well as small and micro private enterprises, but with the deepening of the reform, there will be more and more large enterprises with complex governance structures and complex causes of crime will be included in the applicable objects of compliance rectification. At present, the compliance inspection period of 3 months to 1 year can not guarantee the complete rectification of the enterprise, and there is no basis for setting a long period of inspection. In this regard, the practical and theoretical communities should carry out further research and propose countermeasures to ensure the legality of the compliance inspection period.

II. Contingent logic for the development of corporate criminal compliance reforms

In the practice of reforming corporate criminal compliance, on the one hand, individual procuratorial organs have been afraid to liberalize their criminal compliance work. On the other hand, the handling of individual cases is «contrary to the original intent of corporate criminal compliance and has not realized its due social value.»⁹ Therefore, it is necessary to rationalize the logic of corporate criminal compliance reform pilots.

⁷ See: *Li Lanying*. Entry and Acceptance Criteria for Criminal Compliance Review of Enterprises Involved in Cases // Politics and Law Series. No. 2. 2023. P. 100—112.

⁸ See: *Chen Ruihua*. Research on Corporate Compliance Non-Prosecution System // Chinese Journal of Criminal Law. Vol. 1. No. 1. 2021. P. 78—96.

⁹ See: *Fu Chuanjun*. Three Fundamental Issues of Criminal Compliance of Enterprises in China // Journal of Fujian Police College. No. 2. 2023. P. 74—83.

(i) Preventing corporate offenses as a core orientation

One of the basic requirements for the normal functioning of the modern enterprise system is that enterprises be able to consciously comply with the law. However, according to the logic of the market economy, it is unrealistic to expect enterprises to consciously abide by the law without the aid of any external system. The reason is that the market economy objectively leads market subjects to be profit-seeking and competitive. Given these characteristics and the diversified interests and values of the subjects, it is not possible for different enterprises to evaluate their interests in the same way, and it is entirely possible for enterprises to violate the law in order to pursue their interests.

Therefore, preventing enterprises from violating the law is the core orientation that must be adhered to in the pilot work of criminal compliance reform. On the one hand, criminal compliance has a stronger preventive nature than the traditional compliance model. Traditional corporate compliance favors bearing civil and administrative liability to promote the construction of a corporate compliance system, but its effectiveness in preventing illegal and criminal behavior is not satisfactory, failing to effectively meet the expectations of the public.¹⁰

Therefore, the future pilot work of corporate criminal compliance reform should explore more diversified criminal incentives to promote corporate compliance and prevent illegal and criminal behavior. On the other hand, it is also necessary to promote the updating of criminal law concepts as soon as possible with criminal compliance reform. At present, China's criminal law lacks a preventive mechanism for corporate crimes, and its deterrent effect is insufficient. Specifically, the provisions of articles 30 and 31 of the current Criminal Law are still based on the traditional deterrent and retribution functions of punishment, without focusing on the guidance and incentive functions for enterprises.

In fact, from the experience of long-term judicial practice, the lack of enterprise management system and internal organizational structure may be the incentive to commit crimes. The legislative method that only pays attention to punishment and ignores transformation has been unable to meet the actual needs of corporate governance: if the business model that induces corporate crime is not reorganized, even if the enterprise is sentenced to a severe penalty, it is difficult to guarantee its future compliance with the

law; without fundamental changes in the organizational structure within the enterprise, it is difficult to prevent the recurrence of illegal and criminal acts even if new managers are replaced.

It can be seen that the future criminal compliance reform must guide the concept of corporate crime governance from «punishment» to «prevention,» and strive to help enterprises identify and effectively avoid illegal and criminal acts in a timely manner, so as to enhance the effectiveness of corporate crime governance from the perspective of prevention. Without fundamental changes to the internal organizational structure of the enterprise, it is difficult to prevent the recurrence of illegal and criminal acts even if managers are replaced.¹¹

It can be seen that future criminal compliance reforms must guide the concept of corporate crime management from a «punitive» to a «preventive» transformation, strive to help enterprises identify and effectively prevent criminal behavior in a timely manner and enhance the effectiveness of corporate crime management from a preventive perspective.

(ii) Full utilization of the concept of collaborative governance

The governance of modern society has entered a new stage of development. With the advent of the risk society, various social problems have ceased to be characterized by the point-like distribution of the past but are spread over a large area in various fields, affecting all parties, and no one can remain removed from the situation. Moreover, the causes of social problems are the result of a variety of superimposed and interacting factors.¹²

This also means that the practice of relying only on a single subject to resolve conflicts can no longer achieve effective governance and alleviate social conflicts. The causes of corporate crime are not limited to a single factor. In fact, the development characteristics of the market economy, the overall management system and internal organizational structure of the enterprise, the defects of the governance method, operators' weak awareness of the rule of law, and other factors are important reasons for the occurrence of corporate crime. In the face of corporate crime, if the enterprise as a party is excluded from the scope of the main body of governance, it will not only pay high governance costs but also present insufficiently effective governance.

Therefore, criminal compliance reform work must give full play to the concept of coordinated governance, absorb the participation of more subjects and

¹⁰ See: *Kailin Chen*. Exploring the Operation Logic of Criminal Compliance and Localization Progress // Liaoning Public Security and Judicial Management Cadre College Journal. No. 2. 2023. P. 15—21.

¹¹ See: *Chen Ruihua*. Effective Governance of Unit Crimes — Theoretical Analysis of Major Unit Crime Cases Handled in Separate Cases // Journal of East China University of Political Science and Law. No. 6. 2022. P. 6—22.

¹² See: *Jiang Bixin and Wang Hongxia*. On the Modern Social Governance Pattern — The Implications, Foundations and Keys of Co-Construction and Sharing // Journal of Laws. Vol. 2. 2019. P. 52—60+140.

achieve effective articulation. In the short term, the focus should be on improving the criminal compliance mechanism for the convergence of execution and punishment. At present, the reform pilot's new two-system model of «procuratorial recommendation» and «conditional non-prosecution» represents the concept of coordinated governance in the field of crime governance.

As an example of the procuratorial recommendation model, if the enterprise in question refuses to rectify the situation without justifiable reasons or if the rectification is not in place, according to the provisions of Article 25 of the «Provisions on the Work of Procuratorial Recommendations of the People's Procuratorate», the procuratorial organ can report the case to the higher-level people's procuratorate, notify the self-regulatory organization of the industry to which the enterprise in question belongs or the administrative department in charge of the case, and even report to the Party committee at same level, the government, the National People's Congress, and disciplinary inspection and supervisory organs, if necessary.

This multibody participation can produce intangible coercive force on the enterprises involved in the case, effectively curbing «noncompliance» and «false compliance». For the mode of conditional non-prosecution, the focus of the procuratorial authorities is not on the pursuit of «punishment» and «retribution» but on the primary goal of crime prevention and the criminal incentive to promote the establishment of an effective compliance system. Through consultation with the enterprises involved in the case and the «intermediate tool» of conditional non-prosecution, the procuratorial authorities have realized the extension of their functions, and in the stage of reviewing and prosecuting, they have fulfilled the function of crime prevention that should be realized only in the stage of execution of penalties, which highlights the concept of «building and sharing» of collaborative governance. This highlights the concept of coordinated governance.

(iii) Focusing on the compliance reform of the business model and internal structure of enterprises

At present, administrative offenders are the hardest hit by the criminal risk of enterprises. This is because, compared with traditional natural offenders, the social hazards of administrative offenders are not very intuitive, and a large number of enterprises frequently «step on mines» due to their profit-seeking

nature and ignorance of legal provisions. In the complex business field, many business activities engaged in by enterprises are actually risky activities that constantly travel between illegal and legal. The risk of violating criminal law can drag enterprises into the abyss of crime at any time.

Once a company commits a crime, it will be subject to the criminal sanction of «stigmatization» of the brand, and its future development will probably come to an end. Based on the «ripple effect», criminal sanctions on enterprises have consequences for employees, customers, partners and other subjects, intensifying social conflicts and affecting the stability of economic development.¹³

In short, the risk of criminal law brings the expansion of administrative crime and the consequences of the ripple effect, so that the traditional sense of ignoring prevention and the general emphasis on conscientious compliance with the law of the integrated business model is difficult to maintain. In this context, China's future enterprise criminal compliance reform must pay more attention to promoting the enterprise to realize the business model of compliance transformation so that it can carry out self-inspection, self-investigation and even active notification of the work with the help of the compliance management system to reduce the probability of violating criminal law or striving for leniency of the judicial organs.

Another focus of attention for future corporate criminal compliance reform should be on the governance structure of enterprises. The «director-supervisor» type of corporate governance structure currently prevailing in China is not satisfactory in terms of crime prevention. Some scholars have pointed out that due to the backwardness of the pattern, discourse and thinking caused by historical conditions, the power of China's companies is held not by the directors and executives but by the controlling shareholders or actual controllers, the degree of power separation is insufficient, and the level of organization is relatively low.¹⁴

This has led to the functional alienation of the corporate governance structure and the lack of checks and balances and supervision of the exercise of power by the controlling shareholders and actual controllers, which has provided the soil for the creation of corporate crimes. For example, the crime regarding the controlling shareholders and related parties in the case of Cody Dairy was due to a certain extent to the lack of constraints on the exercise of power and nontransparency in its internal decision-making procedures, which led to violations of guarantees, the

¹³ See: *Chen Ruihua*. Eight Controversial Issues in Corporate Compliance Non-Prosecution Reform // *China Law Review* 2021. No. 4. P. 1–29.

¹⁴ See: *Deng Feng*. The Origin of Corporate Compliance and the Institutional Limitations in China // *Comparative Law Studies*. Vol. 1. No. 1. 2020. P. 34–45.

¹⁵ See: *SEC Notifies 20 Typical Illegal Cases in 2021, Financial Falsification Becomes 'Hardest Hit', on People's Daily Online* // URL: <http://finance.people.com.cn/n1/2022/0402/c1004-32390776.html> (accessed: June 26, 2023).

misappropriation of funds and other illegal acts.¹⁵ Current criminal compliance reforms have made it an important acceptance indicator whether an enterprise has implemented the «top-level commitment principle» and adjusted its internal governance structure to achieve «decriminalization», and changes in the governance structure have become an important aspect of the enterprise system for correcting mistakes.¹⁶

As the reform continues, it is even possible to consider adding the role of chief compliance officer to the traditional power structure of «directors, supervisors and senior management» of an enterprise to incorporate the concept of compliance into the day-to-day operation of the enterprise by changing the internal structure.

III. The Future Outlook for Corporate Criminal Compliance Reform Efforts

On the basis of an overall examination of the institutional achievements and controversial issues in China's current corporate criminal compliance reform efforts and a clear understanding of the contingent logic that should be followed in future corporate criminal compliance reform efforts, we can look forward to promoting the establishment of a corporate criminal compliance system that meets the actual national conditions and has Chinese characteristics.

(i) Localization of criminal incentives for compliance

As mentioned above, the corporate criminal compliance system has been imported into China. Therefore, it must be localized and adjusted according to the actual situation in China; otherwise, the reform of corporate criminal compliance will lose the vitality of sustainable development. Western countries have long adhered to the «spare the enterprise, severely punish the responsible person» compliance system,¹⁷ but this concept is not in line with the actual situation of China's corporate crime.

The main body of China's enterprise crime is small and micro private enterprises; their internal governance structure is not sound, and the family culture makes the phenomenon of personal and corporate personality very serious. In this case, entrepreneurs and the fate of the enterprise are actually tied to an individual, which is a general copy of the «severe punishment of the responsible person» concept. The

ultimate result is that the entrepreneur's jailing is the same as the announcement of the «death penalty» for the enterprise's development prospects, and criminal compliance and the original intention and value logic of criminal compliance reform are undermined.

Therefore, most of the procuratorial organs in the pilot enterprise compliance reform have been implementing the double non-prosecution practice of «sparing not only the enterprise but also the responsible person» in accordance with the reality of our country. In the four batches of 20 typical cases, there were 13 cases in which dual non-prosecution was applied. However, there are views that the concept of «double release» adopted in China has deviated from the desired track, and the compliance system has become a tool for responsible persons to evade criminal sanctions.¹⁸

Through the examination of individual cases, we can find that this question is not unreasonable. The third batch of typical cases regarding «Wang Moumou leakage of insider information, Jin Moumou insider trading case» presented the situation of allowing «personal illness and letting the enterprise take medicine». In this case, the enterprise did not commit a crime, and Wang Moumou was involved in enterprise production and management activities that were not closely related to personal criminal behavior. This case was a simple natural person's crime, but the result of the case was that the enterprise carried out criminal compliance work, and Wang obtained the sentencing proposal of lenient punishment with the help of compliance results, and the legitimacy of the compliance system was questioned.

Based on the above reasons, it is necessary for China to adopt a process-oriented way of thinking to localize criminal incentives for compliance. Specifically:

(1) the responsibility of natural persons and enterprises should be separated, and the separation of the responsibility of natural persons and enterprises is a prerequisite for the construction of a binary mechanism. Theory and practice have adopted a «unit of one subject relationship theory» approach, which holds that the premise of pursuing individual responsibility is that the unit constitutes a crime. However, this concept neither makes a reasonable explanation of the basis for natural persons to bear the responsibility of unit crimes from the perspective of self-responsibility for crimes, nor can it explain the judicial interpretation provision of natural persons' criminal responsibility when the unit involved is revoked.¹⁹

¹⁶ See: *Chen Ruihua*. The Role of Compliance Advisors in Effective Compliance Rectification // Journal of Zhejiang Gongshang University. Vol. 6. No. 6. 2022. P. 35—50.

¹⁷ See: *Li Yong*. The Dualized Model of Unit and Responsible Person in Compliance of Case-Related Enterprises // China Prosecutor. No. 12. 2022. P. 31—35.

¹⁸ See: *Feng Weiguo and Fang Tao*. The Realistic Dilemma of the Localization of Corporate Criminal Compliance and the Path to Resolving It // Henan Social Science. No. 6. 2022. P. 52—62.

¹⁹ See: *Xie Zhidong*. Criminal Liability Basis, Morphological Structure and Legislative Amendments of Unit Crimes in the Context of Corporate Compliance // Guizhou University Journal (Social Science Edition). No. 3. 2023. P. 34—43.

In fact, although the basis of criminal liability of enterprises is an old doctrinal question, from the utilitarian point of view of curbing corporate crime and preventing the ripple effect, the basis of criminal liability of enterprises and natural persons can be completely different. The basis of criminal liability of enterprises lies in the existence of its internal management system and organizational structure that may induce crime, with defects, while the natural person is guilty of a psychological bent to commit harmful acts.

(2) Moreover, the incentive for leniency in compliance should be limited to enterprises and natural persons whose criminal behavior is closely related to defects in the structure and system of the enterprise. In other words, there is no natural justification for natural persons to receive compliance incentives. The fundamental idea of compliance is to remodel the problematic systems and structures of the enterprise so that only natural persons who have committed criminal offenses due to deficiencies in the institutional structure of the enterprise can receive compliance incentives. For example, for an enterprise with a bribery culture and a lack of regulatory sanctioning mechanisms, compliance incentives can be applied to employees who pay bribes to key personnel to facilitate corporate cooperation.

(3) A mechanism should be established to separate cases between enterprises and natural persons. After a case occurs, it is first necessary to examine whether the unit has committed a criminal act. If the answer is negative, it is sufficient to deal only with the case of crimes committed by natural persons; if the applicable scope of the compliance case is satisfied, the case is divided between the enterprise and the natural person. For units suspected of committing a crime and in a position to rectify the situation, the compliance procedure can be initiated in accordance with the law, while for natural persons, the link between the commission of a crime and the lack of corporate compliance mechanisms can be used to determine whether natural persons are allowed to borrow the fruits of the incentives for corporate criminal compliance. For natural persons who cannot be given incentives for criminal compliance, attempts can be made to use the system of leniency in pleading guilty and accepting punishment to encourage a decision not to prosecute or to treat them leniently. In this way, a balance can be achieved to a certain extent between «preventing natural persons from using criminal compliance to evade sanctions and saving the enterprise as much as possible».

(ii) Enhancing mutual recognition of case outcomes in compliance development

Compliance governance cannot be limited to criminal incentives alone but should also include admin-

istrative incentives, which is an inevitable requirement for implementing the concept of collaborative governance. «Administrative regulators often use administrative settlements and other methods in the process of urging enterprises to construct compliance programs.»²⁰

In China, a typical example of an administrative settlement system appears in the securities industry. In 2021, the State Council published the Measures for the Implementation of the Party Commitment System for Administrative Law Enforcement in Securities and Futures, which made relevant provisions on matters relating to the securities industry's work on administrative settlements. According to the provisions of the document, the parties may sign an administrative settlement agreement with the administrative authorities in exchange for leniency from the administrative authorities, and the measures that the parties undertake include correcting the suspected violations, compensating for the losses, eliminating the damages or adverse impacts, and paying the commitment money, among others.

Unfortunately, the document does not provide for matters related to the reorganization of the system structure, and our administrative settlement system has not been raised to the height of compliance. With the deepening of the reform, China can try to create a new type of administrative incentive mechanism through the administrative settlement system and promote mutual recognition with the judiciary. On the occasion of administrative offenses, the Notice on the Opinions on Strengthening the Convergence of Administrative Law Enforcement and Criminal Justice made the following provision: «Administrative law enforcement agencies have already made a decision on administrative penalties when transferring a case; the decision on administrative penalties should be copied to the public security organs and the People's Procuratorate together.»

Therefore, it is likely that the administrative organ will be able to impose an administrative penalty for the current violation of the law before it is referred for prosecution. In this regard, the administrative authorities can try to reach a settlement agreement with the enterprise involved in the case that can reduce or waive the administrative penalty, and the signing and fulfillment of the administrative settlement agreement can become the basis for the procuratorial authorities to subsequently decide whether or not to carry out the compliance procedure. Thanks to the encouragement of administrative incentives, the enterprise will also have a high level of motivation to carry out the criminal compliance measures.

In addition, it is necessary to recognize the results of criminal compliance efforts stipulated by the administrative authorities. In practice, the following situation often occurs: the enterprise makes great

²⁰ See: *Cui Yongdong*. Corporate Compliance from the Perspective of Legal Incentives // Rule of Law Research. Vol. 1. No. 1. 2023. P. 123–132.

efforts to engage in compliance and finally receives the decision of non-prosecution. To preserve the enterprise's hope of survival, the procuratorial organs choose to practice the «strict control and generous love» concept. After the prosecutorial recommendations are given, the administrative authorities then stipulate harsh administrative penalties that «punish the enterprise to death», regardless of the enterprise's original intention of compliance.

Some scholars said in an interview that «an enterprise cannot easily achieve corporate compliance rectification measures but was exempted from prosecution. Then, the administrative organs approached the door and said that the fine would be no less than 4 million. The boss thought it would be better to sit in jail for a year and pay the fine of 300,000, so he found the prosecutor and said that he would not rectify the situation and asked to accept the criminal punishment. The prosecutor was also very frustrated.»²¹

The defects of the results of the execution and criminal treatment have not been reasonably articulated. Therefore, the procuratorial organs can, in the procuratorial recommendations to the administrative organs, explain to the administrative organs how to carry out the original intention and philosophy of criminal compliance and suggest that the administrative organs take measures to mitigate punishment. Of course, based on the «soft law» nature of the administrative recommendations, there may also be individual administrative organs in practice that establish a rigid mechanism for their effective constraints. In-depth research must be continued in conjunction with the actual reform and development.

(iii) Establishment of binary criteria for compliance program development and acceptance visits

At present, most of the pilot reforms in China are based on ex post facto compliance. On the one hand, the main purpose of ex post facto compliance is to completely eliminate the factors that may induce crimes within the enterprise, so the setting of effective evaluation standards for such ex post facto compliance should emphasize the functional value of discipline and correction. On the other hand, with the development of the times, compliance has outgrown the «classical definition», and the most important aspect of modern enterprise compliance is the construction of enterprise culture.²²

Therefore, when carrying out the formulation and acceptance inspection of compliance programs, it is necessary to pay attention to the above two factors

at the same time and set up a binary standard. This is very beneficial to the transformation of the enterprise business model and internal structure and coincides more with the criminal compliance reform of the logic of contingency.

According to this logic, when evaluating the compliance program and the actual rectification situation of the enterprise, the focus should be on whether the implementation of the compliance program can play a disciplinary and corrective role for the enterprise, as well as whether it can support the development of a culture of compliance for the enterprise. In detail, when reviewing the formulation of the compliance program and carrying out the rectification and acceptance work in the future, the reviewing authority must focus on the following questions.

First, can the legal interests infringed upon by the criminal acts of the enterprise be restored through the implementation of the compliance program? What is the final effect of remedial restoration?

Second, can the management system and organizational structure of the enterprise involved in the case, which may have induced the crime, be reorganized through the compliance plan? Has the compliance work rectified the management system and organizational structure of the enterprise and eliminated the breeding ground for crimes?

Third, is the compliance program committed to building a good corporate culture? How effective has it been? Is there a mechanism in place to ensure the long-term sustainability of the corporate culture? How effective is this mechanism?

IV. Concluding remarks

In recent years, the pilot work of corporate criminal compliance reform has been steadily advancing and gaining momentum. Scholars in both theoretical and practical circles have studied and summarized a large number of institutional results using classic cases of compliance as a blueprint. Admittedly, China's criminal compliance reform started later than that of Western countries, but with the full implementation of the reform work and the increasing implementation efforts, we can foresee that a criminal compliance system, which is in line with the actual national conditions and has Chinese characteristics but is scientifically complete, will be established in the near future, and the modernization of the national governance system and governance capacity will be further promoted.

²¹ See: *Jiang Anjie*. How to Deepen the Path of Corporate Compliance Reform Experts and Scholars Suggest as Such // *Rule of Law Daily*. August 10. 2022. P. 9.

²² See: *Li Yong*. The Direction and Path of Legalization of Corporate Compliance in China // *Journal of Guizhou University* (Social Science Edition). No. 3. 2023. P. 60—71.

REFERENCES

1. Report on the Work of the Supreme People's Procuratorate (First Session of the 14th National People's Congress, Zhang Jun March 7, 2023) // The official website of the Supreme People's Procuratorate. — URL: https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317_608767.shtml, June 27, 2023 [accessed: June 27, 2023].
2. *Chen Ruihua*. Compliance Incentive Models in Criminal Proceedings // *China Law Journal*. — 2020. — Vol. 6. — No 6. — P. 225—244.
3. *Liu Yanhong*. The Criminal Law Doctrinal Roots of Corporate Compliance Non-Prosecution Reform // *Chinese Journal of Criminal Law*. 2022. — Vol. 1. — No. 1. — P. 107—123.
4. Compliance Building and Crime Governance Summit Held in Beijing // *Rule of Law*. — URL: <http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20210623/Articel09002GN.htm> [accessed: June 27, 2023].
5. *Li Yuhua and Li Huachen*. The Starting Conditions of the Compliance Non-prosecution Examination Procedure — Taking the Supreme Prosecutor's Typical Case of Corporate Compliance as a Sample // *Journal of the University of Science and Technology of Beijing (Social Science Edition)*. — 2022. — No. 5. — P. 563—570.
6. *Zhang Zhong and Li Yino*. Exploration of Criminal Compliance Programs for Enterprises in China // *Jiangxi Social Science*. — 2023. — No. 1. — P. 74—82.
7. *Li Lanying*. Entry and Acceptance Criteria for Criminal Compliance Review of Enterprises Involved in Cases // *Politics and Law Series*. — 2023. — No. 2. — P. 100—112.
8. *Chen Ruihua*. Research on Corporate Compliance Non-Prosecution System // *Chinese Journal of Criminal Law*. — 2021. — Vol. 1. — No. 1. — P. 78—96.
9. *Fu Chuanjun*. Three Fundamental Issues of Criminal Compliance of Enterprises in China // *Journal of Fujian Police College*. — 2023. — No. 2. — P. 74—83.
10. *Kailin Chen*. Exploring the Operation Logic of Criminal Compliance and Localization Progress // *Liaoning Public Security and Judicial Management Cadre College Journal*. — 2023. — No. 2. — P. 15—21.
11. *Chen Ruihua*. Effective Governance of Unit Crimes — Theoretical Analysis of Major Unit Crime Cases Handled in Separate Cases // *Journal of East China University of Political Science and Law*. — 2022. — No. 6. — P. 6—22.
12. *Jiang Bixin and Wang Hongxia*. On the Modern Social Governance Pattern — The Implications, Foundations and Keys of Co-Construction and Sharing // *Journal of Laws*. — 2019. — Vol. 2. — P. 52—60+140.
13. *Chen Ruihua*. Eight Controversial Issues in Corporate Compliance Non-Prosecution Reform // *China Law Review*. — 2021. — No. 4. — P. 1—29.
14. *Deng Feng*. The Origin of Corporate Compliance and the Institutional Limitations in China // *Comparative Law Studies*. — 2020. — Vol. 1. — No. 1. — P. 34—45.
15. SEC Notifies 20 Typical Illegal Cases in 2021. Financial Falsification Becomes 'Hardest Hit' // *People's Daily Online*. — URL: <http://finance.people.com.cn/n1/2022/0402/c1004-32390776.html> [accessed: June 26, 2023].
16. *Chen Ruihua*. The Role of Compliance Advisors in Effective Compliance Rectification // *Journal of Zhejiang Gongshang University*. — 2022. — Vol. 6. — No. 6. — P. 35—50.
17. *Li Yong*. The Dualized Model of Unit and Responsible Person in Compliance of Case-Related Enterprises // *China Prosecutor*. — 2022. — No. 12. — P. 31—35.
18. *Feng Weiguo and Fang Tao*. The Realistic Dilemma of the Localization of Corporate Criminal Compliance and the Path to Resolving It // *Henan Social Science*. — 2022. — No. 6. — P. 52—62.
19. *Xie Zhidong*. Criminal Liability Basis, Morphological Structure and Legislative Amendments of Unit Crimes in the Context of Corporate Compliance // *Guizhou University Journal (Social Science Edition)*. — 2023. — No. 3. — P. 34—43.
20. *Cui Yongdong*. Corporate Compliance from the Perspective of Legal Incentives // *Rule of Law Research*. — 2023. — Vol. 1. — No. 1. — P. 123—132.
21. *Jiang Anjie*. How to Deepen the Path of Corporate Compliance Reform Experts and Scholars Suggest as Such // *Rule of Law Daily*. — August 10, 2022.
22. *Li Yong*. The Direction and Path of Legalization of Corporate Compliance in China // *Journal of Guizhou University (Social Science Edition)*. — 2023. — No. 3. — P. 60—71.

Бремя доказывания в отношении имущества, связанного с бандитизмом: прекращение преследования и регулирование

The Burden of Proof on Gang-related Property: Defunctionalization and Regulation

Яо Сянь-сен,
доцент юридического факультета
Хэнаньского университета
(исследовательские интересы: судебное право),
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: yaoyuan120455@163.com

Чжан Яо-юань,
научный сотрудник, Институт борьбы с преступностью
и уголовной политики
юридического факультета Хэнаньского университета,
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: yaoyuan120455@163.com

Yao Xian-sen,
Associate Professor of Henan University Law School,
(research interests: litigation law),
Kaifeng, Henan, China
e-mail: yaoyuan120455@163.com

Zhang Yao-yuan,
Research Fellow at the Institute of Crime Control and Criminal Policy,
School of Henan University,
Kaifeng, Henan, China
e-mail: yaoyuan120455@163.com

© Яо Сянь-сен, Чжан Яо-юань, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.108-117

Аннотация. Закон о борьбе с организованной преступностью устанавливает систему доказательств в части имущества, связанного с бандитизмом. Однако из-за недостатков системы доказывания и распределения бремени доказывания формируется неблагоприятная для обвиняемых тенденция в части конфискации. Дефункционализация бремени доказывания проявляется как дефункционализация содержания и функции бремени доказывания. Правила уголовной презумпции, инверсия бремени доказывания, перенос бремени доказывания и другие схемы распределения бремени доказывания не могут решить эту проблему. В соответствии со ст. 45 (3) Закона Китая о борьбе с организованной преступностью государственное обвинение должно нести бремя доказывания в отношении имущества, связанного с бандитизмом, умеренно снижать требования к доказательствам. При этом ответчик участвует в выявлении имущества, связанного с бандитизмом, в целях определения легитимности такого имущества.

Ключевые слова: Закон о борьбе с организованной преступностью, имущество, связанное с бандитизмом, дефункционализация бремени доказывания; обязательство ответчика.

Abstract. Anti-Organized Crime Law establishes the proof system of gang-related property. However, due to the abstraction of the proof system and the disagreement of the distribution of the burden of proof, the proof system has the risk of blurring the burden of gang-related property, and forms a tendency of confiscation that is unfavorable to the accused. The defunctionalization of the burden of proof is manifested as the defunctionalization of the main body, the content and the function of the burden of proof. In view of the problem, criminal presumption rules, inversion of burden of proof, transfer of burden of proof and other distribution schemes of burden of proof cannot solve the problem.

In accordance with Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law, the public prosecution should bear the burden of proof on gang-related property, moderately reduce the evidentiary requirements and proof standards of the prosecution's allegations to ease the prosecution's difficulty in proving, thus negate the vanity of the burden of proof. At the same time, the defendant bears the obligation to clarify the case of gang-related property, and participates in the identification of gang-related property, so as to realize the legitimacy identification of the nature of the gang-related property.

Keywords: *Anti-organized crime law, Gang-related property, Defunctionalization of the burden of proof is blurred; Defendant's obligation.*

In judicial practice, there is a widespread problem of void proof of gang-related property. In the proving of gang-related property, the burden of proof in criminal litigation fail to play an effective regulatory function and are actually in a state of formalization. The voiding of burden of proof is actually a representation of the wanton expansion of the state's confiscation power, which is extremely detrimental to the protection of the legal property rights and interests of the accused. In view of the fact that the burden of proof on gang-related property is actually failed in judicial practice, some scholars advocate that based on the difficulty of the public prosecution to prove, there is an urgent need to recover the stolen property and avoid losses, and the burden of proof is inverted¹ or the legal presumption rule² is set. Some scholars advocate that the burden of proof is balanced between the defense and the prosecution,³ and the burden of proof transfer mechanism is set with conditions. Some scholars insist that the public prosecution bears the burden of proof, but moderately reduces the standard of proof of the public prosecution from the perspective of power control and the protection of the defendant's property rights. These views intend to solve the problem of void proof of gang-related property, but there are differences in the extent to which the burden of proof of the public prosecution is reduced, whether the defendant bears the burden of proof and the extent of the burden of proof, which is not enough to effectively guide judicial practice. It is necessary to analyze the burden of proof with the specific provisions of Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law.

1. The main manifestation of the fuzziness of the burden of proof on gang-related property

The formalized burden of proof on gang-related property mainly refers to the substantive failure

of the traditional distribution rules of criminal burden of proof in the role of gang-related property proof, and the public prosecution does not bear the judgment risk that the fact of the elements is unclear. The specific performance is that the prosecution is insufficient in the charge of property related to the crime, the evidence conditions and standards of proof are defective. When there is doubt about the nature of the property, the defendant often bears the adverse consequences. The judge fails to strictly follow the rules of burden of proof, but makes vague and general determinations and makes non-substantive judgments.

1.1. The main body of the burden of proof on gang-related property is blurred

The public prosecution does not bear the burden of proof on gang-related property, which is specifically manifested as the lack of charges related to gang-related property. Compared with the charges of conviction and sentencing brought by the public prosecution, there are obvious deficiencies in the charges of gang-related property, which often fail to meet the legal evidence conditions and standards of proof, and there are many cases of insufficient charges of gang-related property and abuse of public prosecution power. The evaluation of the charge of gang-related property needs to be carried out from the two aspects of evidence conditions and proof standards.

In terms of the evidence conditions, there are often insufficient evidence, generalized accusations and excessive reliance on subjective evidence. The current situation of insufficient evidence for charges of gang-related property includes the huge amount of gang-related property itself, long time span and complex legal relationship, which makes it impractical and impossible to collect and verify evidence item by item, as well as the limitations of objective conditions such as limited judicial resources and excessive difficulty in proving gang-related property. It is also related to the pretrial procedure in which the case handling organs lay particular emphasis on the collection of

¹ See: *Li Hai-ying, Fu Yi*. Distinguish and Dispose the Property Involved in Underworld and Organized Crimes in China: A Reference from Unexplained Wealth Laws in Australia [J] // *Social Science Journal of Jili University*. 2021 (6). P. 158.

² See: *Xu Dai*. Analysis on the Path of Improving the Property Disposal Procedure Related to the Gang Crimes. [J] // *Journal of National Prosecutors College*. 2021 (2). P. 106.

³ See: *Yao Xian-sen*. On the Proof System of Gang-related Illegal Property. [J] // *Review of Politics and Law*. 2022 (5). P. 143.

evidence for conviction and sentencing. In the limited judicial resources and short case handling period, the case handling organs can only lay particular emphasis on the collection of evidence that can prove the «organizational characteristics», «economic characteristics», «behavioral characteristics» and «harmful characteristics» of the crime. And pay less attention to the collection of evidence related to gang-related property,⁴ so as to make general charges on the confiscated, seized and frozen property involved.

In terms of the standard level of charges related to gang-related property, because of the lack of evidence, illegal charges related to gang-related property are difficult to meet the standard of clear facts. Only on the basis of a certain amount, type and corroborating relationship of evidences, and Gang-related property had been found out and met the prosecution conditions, the public prosecution organ can bring charges. The charging standard of the public prosecution organ is the result of the subjective evaluation of evidence, so the formation of the charging standard cannot be separated from the support of evidence. However, under the current situation of incomplete collection, insufficient quantity, and weak corroboration relationship between subjective evidence and evidence, the prosecution fails to form inner conviction of illegality of gang-related property in essence.

1.2. The content of the burden of proof on gang-related property is blurred

The essence of the burden of proof is that when the authenticity of an important factual claim cannot be determined, the party who bears the burden of proof for the factual claim will suffer an unfavorable judgment. In the disposal of gang-related property, there is a practice that doubts are not conducive to the defendant, and when the nature of gang-related property is in an uncertain state, the gang-related property will also be confiscated, which shows that the traditional rules of distribution of criminal burden of proof in the proof of gang-related property have a substantive failure, and the burden of losing the lawsuit has shifted.

In judicial practice, there is a widespread phenomenon that when the nature of the property is doubtful, the property is still ruled as illegal income and confiscated. The judge determines the illegality of the property or suspends the judgment

on the property according to the low standard of heart and evidence, both of which are unfavorable to the defendant. First, on the premise that the prosecution's allegations of gang-related property were insufficient, the defender raised reasonable questions and provided corresponding clues to the allegations of gang-related property, so that the proof of part gang-related property has not reached the level of beyond reasonable doubt. But in order to achieve the punishment purpose, the judge actually relaxed the standard of heart evidence and lowered the standard of proof of gang-related property.⁵

Second, the suspension of the judgment on gang-related property is manifested as follows: the judgment does not mention the disposal of the property involved, that is «no prosecution and no judgment»; The judgment listed the amount and valuation of the property charged by the public prosecution, but did not carry out the final judgment, that is «lawsuit but no judgment»;⁶ The judgment made a judgment on the disposal of part gang-related property, but did not mention the disposal of the remaining property, that is «partial judgment». The judgment methods of «no lawsuit, no judgment», «lawsuit but no judgment» and «partial judgment» make the disposal result of all or part of the gang-related property suspended, and the gang-related property is still in the state of being sealed, seized and frozen, which will not only damage the legitimate property rights of the defendants and interested parties, and the property is in an unstable state.

1.3. The function of the burden of proof on gang-related property is blurred

In the disposition of the property involved in the triad crime, the judgment of the property involved in the triad has some non-substantive judgment problems, such as the deficiency of proof and cross-examination, the lack of reasoning for the illegality determination, the simple summary of the property judgment, and even no mention of the disposition of the property involved in the judgment. This kind of non-substantive judgment reflects the function of the burden of proof is blurred.

In the court trial process, there is a widespread phenomenon of false evidence and cross-examination of the nature gang-related property,⁷ which leads to the dynamic level of the property judgment presented a non-substantive state; From the perspective of

⁴ See: *Xue Wen-chao*. Difficult problems of property disposal involved in triad organized crime [J] // Legal Forum. 2019 (1). P. 44.

⁵ See: *Cai Jun*. Research on the norms of property disposal involved in Organized crime [J] // Jiangxi Social Sciences. 2022 (2). P. 95.

⁶ See: *Li Hai-ying*. Distinguish and Dispose the Property Involved in Underworld and Organized Crimes in China: A Reference from Unexplained Wealth Laws in Australia [J] // Social Science Journal of Jili University. 2021 (6). P. 150.

⁷ See: *Li Ying*. An Empirical Research on Property Disposal Procedures in Mafia-involved Cases-Taking Part of Property Disposal Procedures in Mafia-involved Cases in ABC and D Province as Analysis Samples [J] // Journal of Shandong Police College. 2019 (5). P. 30.

litigation jurisprudence, only sufficient evidence and cross-examination by both sides of the prosecution and defense, the judge can form inner conviction and then make a substantive judgment. Otherwise, it will violate the requirements of procedural justice and leave the fair and reasonable procedure. Even if the court makes a correct judgment on the defendant's behavior, it will not be impartial.⁸

The illegality determination lacks reasoning, the simple summary of the property judgment, and even the disposition of the property involved is not mentioned in the judgment. This is the non-substantive judgment at the static level. In 2015, the Supreme People's Court issued several Provisions on the Execution of Property-Related Parts of Criminal Adjudication as an important document regulating the adjudication of property involved in criminal cases, and its article 6 has required: «As the basis for the execution of criminal punishment, the content of the judgment should be clear and specific, and meet the requirements of enforceability», but in judicial practice, the court's judgment on gang-related property is more vague, similar expressions are «the property and proceeds collected by the triad organization headed by xx and the criminals who organize, lead and participate in the triad organization. As well as the tools used to commit crimes, shall be recovered and confiscated according to law «and» the rest of the property shall be handled by the organs of seizure, seizure and freezing according to law ».

2. The reason why the burden of proof on gang-related property is blurred

Due to the complexity of the gang-related property itself, the limited case handling resources and the case handling thinking that attaches particular importance to conviction and sentencing, the criminal prosecution party will try its best to break free from the shackles of the distribution rules of criminal burden of proof in the disposal of gang-related property, aiming to exchange the small resources and energy input for the confiscation of gang-related property as large as possible, and the judge fails to play a substantive role in restricting the trial. This leads to the criminal burden of proof on gang-related property in a state of emptiness.

2.1. The Anti-Organized Crime Law does not specify the distribution of the burden of proof

Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law uses the normative terms of «evidence», «proof» and «explanation», which shows that lawmakers insist on the identification and judgment of the facts related

to gang-related property within the framework of evidence proof. Its rules are created from the aspects of evidence conditions, proof standards, property descriptions, etc., forming a gradual and spiraling simplified identification mechanism for gang-related property facts. However, due to the generality and fuzziness of legislative terms, the Settings of the burden of proof are not detailed, which undoubtedly has the risk of causing confusion in judicial application.

Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law adopts the normative term «the defendant cannot explain the legal source of the property», which is the direct cause of the dispute over the distribution of the burden of proof. It is not clear whether the public prosecution organ needs to bear the burden of proof, and what kind of obligation or responsibility the defendant needs to bear in the proof of the gang-related property. In criminal proceedings, the defendant enjoys the right to criminal defense, can plead innocence, sentencing circumstances and the law of the legality of the property involved, and can be defended in any criminal case, these are self-evident, but the Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law, highlights that «the defendant cannot explain the legal source of the property», Even as one of the preconditions for the confiscation of gang-related property, this is obviously different from the declaration of the defendant's right to defense, has been unable to explain the legal source of the property that is confiscated of the adverse consequences of the implication, but the legislation and clarify the substance of the term.

It is not clear that the defendant is required to state whether it is the defendant's right or obligation, and that the defendant cannot state whether it is accompanied by adverse consequences. If it is improperly applied, it will result in the alienation phenomenon of the defendant being confiscated if the defendant cannot explain. In the absence of evidence of illegality of the property, the judicial organ requires the defendant to explain the legality of the property, which makes the burden of proof of gang-related property to the extreme of only testing whether the defendant can explain the legal source. This is undoubtedly contrary to the original intention of legislation and the principle of equality between prosecution and defense.

2.2. Improper introduction of criminal presumption theory

In the disposal of gang-related property, it is necessary to achieve the criminal justice goal of «cutting off the blood» and «hitting the bottom of the money», but it must also follow the basic value requirements of equality of prosecution and defense and power restriction. In judicial practice, there is already neglect of the verification, proof and cross-

⁸ See: *Chen Rui-hua*. Principles of Criminal Trial. Beijing : Peking University Press, 2003. P. 32.

examination gang-related property, and the proof gang-related property is neglected in the litigation procedure, and the problem of irregular disposal of the gang-related property is extremely serious. If there is no restriction rule, the direct introduction of the presumption rule or the inversion of the burden of proof will not only lead to the disposal of the gang-related property to follow the administrative procedure, but also lead to the failure of the Anti-Organized Crime Law, which clearly stipulates that the trial process should conduct court investigation and debate on the property involved. Therefore, the disposal of gang-related property should still be included in the scope of judicial proof, moderately reduce the burden of proof of the public prosecution organ, and balance the relationship between the confiscation of illegal income and the protection of legitimate property rights.

On the one hand, in view of the advantages of the presumption rule in simplified proof, some scholars believe that the legal presumption rule can be restrictively in the confiscation of gang-related property. Compared with the logical inference from evidence to facts, presumption follows the thinking process from fact to fact. Presumption is not a logical connection based on correlation, and its essential feature is to create a legal relationship between the basic facts and the assumed facts,⁹ rather than a logical proof relationship.

When the basic facts are proved, the presumed facts are regarded as proven. Some scholars create a specific legal relationship between the irrational behavior of criminal suspects and defendants, the facts of life and consumption and the illegality gang-related property, and believe that the illegality gang-related property can be determined through the basic facts. For example, if the case handling organ has no direct evidence to prove the nature of the property, it can prove the basic facts such as the income and living status of the criminal suspect or defendant from indirect evidence, and prove that the relevant property is not the legal income of the criminal suspect or defendant from the perspective of «high probability», and finally form a judicial presumption of fact.¹⁰

The public prosecution organs can also from the perpetrator's lifestyle, expenditure and possession of

legally acquired property is inconsistent or concealed transfer of property and other aspects of evidence to prove that the perpetrator's property can not be legal income, and then it is presumed to belong to the illegal income.¹¹

On the other hand, some scholars advocate that through the legal inversion of the burden of proof, the objective burden of proof to prove the legality gang-related property is assigned to the defendant. The reversal of burden of proof means that the burden of proof in criminal cases is generally borne by the public prosecution or the party making a specific fact claim. However, in some cases the law may also stipulate that the burden of proof is borne by the defense or the opposite party making a specific fact claim.¹²

The burden of proof of the public prosecution can be reduced by shifting the burden of proof in legal forms. Australia's «Serious and Organized Crime (Unexplainable Wealth) Act 2009» stipulates the «unexplainable wealth system». The connotation of this system is that the property involved in the case is presumed to be illegal in advance, and the defendant proves the legality of his property. This approach has achieved remarkable results in combating organized crime and recovering stolen goods. Accordingly, scholars advocate the introduction of the inversion of burden of proof rule in the disposal of the gang-related property in China, defining the property whose nature is still difficult to be ascertained after the prosecution authorities take financial investigation means as «property of unknown nature». For this part of property, the inversion of burden of proof rule is applied, and the defendant bears the burden of proof for the property elements of unknown nature and unrelated to the elements of the crime.¹³

2.3. The transfer of the burden of proof with conditions has inherent limitations

Based on the consideration of moderately reducing the burden of proof of the prosecution party and not excessively expanding the burden of proof of the criminal defendant, some scholars put forward a conditional transfer scheme of the burden of proof, arguing that the prosecution party must fulfill and realize certain preconditions in order to transfer the burden of proof of the legality of part of the property to the defendant,¹⁴ and then limit the scope of the burden

⁹ Zhang Bao-sheng. Presumption is the interruption of proof process [J] // Chinese Journal of Law. 2009 (5). P. 175.

¹⁰ Mo Hong-xian, Li Zhan-zhou, Wang Su-zhi. Key points of interpretation and application of Anti-Organized Crime Law. Beijing : Law Press, 2022. P. 140.

¹¹ See: Xu Dai. Analysis on the Path of Improving the Property Disposal Procedure Related to the Gang Crimes [J] // Journal of National Prosecutors College. 2021 (2). P. 105.

¹² See: He Jia-hong. My View on the distribution of burden of Proof in Criminal Proceedings [J] // Political Science and Law. 2002 (3). P. 72.

¹³ See: Li Hai-ying, Fu Yi. Distinguish and Dispose the Property Involved in Underworld and Organized Crimes in China: A Reference from Unexplained Wealth Laws in Australia [J] // Social Science Journal of Jili University. 2021(6). P. 158.

¹⁴ See: Yao Xian-sen. On the Proof System of Gang-related Illegal Property [J] // Review of Politics and Law. 2022 (5). P. 143.

of proof of the defendant. Compared with the scheme that adapts to the vacuity of the burden of proof of the gang-related property, the conditional transfer of the burden of proof limits the vacuity of the burden of proof to a certain extent, but the ambiguity about what kind of burden of proof the defendant needs to bear is the inherent deficiency of this theory.

First of all, in order to transfer the burden of proof, the «conditional transfer» can limit the public prosecution's false burden of proof to a certain extent, but it is difficult to implement the condition. Transferring the burden of proof reduces the objectivity obligation of the public prosecution, and makes it easier to accuse the illegal property. But at the same time, it should not be ignored that in the current judicial practice, there are many deficiencies in the allegations of gang-related property itself, such as lack of evidence and proof standards.

If the burden of proof is transferred unconditionally, it will easily lead to generalization of the illegal charges of gang-related property by the public prosecution, that is, without actual verification, the sealed, seized and frozen gang-related property will be accused as illegal property. Excessive increase of the defendant's responsibility to prove the legality of gang-related property. Therefore, scholars put forward the «conditions» for transferring the burden of proof, that is the prosecution must meet the corresponding evidence and proof standards for the illegal charges of gang-related property, before the burden of proof of the legality of part of the gang-related property can be transferred to the defendant.

Secondly, after transferring the burden of proof of the legality of part of the gang-related property to the defendant, it will be easier for the prosecutor to charge the illegality of the gang-related property, which lowers the standard of the charge and allows the possibility of mistakes in some of the gang-related property charges. In criminal proceedings of a more «public interest nature», the principle of substantive truth requires state organs to pursue crimes within their functions and powers, and to clarify the truth of criminal facts, and strive to do nothing wrong.¹⁵

Furthermore, prosecutors must fulfill their objectivity obligation, which requires prosecutors to collect not only the evidence against the defendant, but also the evidence in favor of the defendant, and integrate the evidence on the record. If necessary, appeal or request an acquittal for the benefit of the defendant.¹⁶ Specifically, in the proof of gang-related property, prosecutors originally bear the objective obligation to distinguish between legal property and illegal property, and the illegality of their gang-related property charges should be excluded from the legal property, but through the transfer of the burden

of proof, the burden of proof of the legality of part of the gang-related property is transferred to the defendant, which will lower the prosecutor's standard for illegal charges of gang-related property, and it is easy to appear false accusations.

Finally, the distribution rule of criminal burden of proof established by the principle of «presumption of innocence» is the foundation of criminal procedure law, reflecting the state's respect for and protection of the criminal accused, and not to break through the distribution rule of criminal burden of proof. If the public prosecution brings charges of property recovery unfavorable to the defendant, the public prosecution should bear the burden of proof. First, from the nature of the charge of recovery of gang-related, the public prosecution organ on behalf of the state to recover the property involved in the litigation request, the purpose is to realize the «right of state forfeiture». On behalf of the state, the legal charges against the criminal pursuer are unfavorable.¹⁷ Second, in the comparison of litigation capacity, the prosecution has far more proof ability and litigation resources than the accused. Generally, for the gang-related, the defendant has personal experience, it is easier to explain the legal source of the property, but it cannot be ignored that gang-related spans a long time and has a large number, and the defendant also has objective difficulties in proving its legality.

3. The regulation of the fictitious burden of proof of gang-related property

In the distribution of the burden of proof, we should not only consider the balance of litigation forces of both prosecution and defense, but also pay attention to the particularity of the factual proof of property. From two aspects of primary equality and corrective equality, Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law, examines the allocation of the burden of proof for the property involved in gangland and its wrong risk distribution.

3.1. Accurately grasp the allocation mechanism of the burden of proof in Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law

Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law sets three basic conditions for the identification of illegal property, namely: the facts of conviction and sentencing have been ascertained, there is evidence to prove that the property obtained by the defendant during the crime is highly likely to be illegal gains and its fruits and benefits, and the defendant cannot explain the legal source of the property. These three basic conditions have a progressive relationship in

¹⁵ Lin Yu-xiong. Strict Proof and Criminal Evidence. Beijing : Law Press, 2008. P. 168.

¹⁶ See: Long Zong-zhi. Issues Concerning Burden of Proof in Criminal Cases [J] // Modern Law Science. 2008 (4). P. 110.

¹⁷ See: Chen Rui-hua. The Type and Validity of the Criminal Action [J] // Legal Forum. 2019 (4). P. 54.

logic, the first is «the facts of conviction and sentencing have been found out», which not only indicates that the nature of the underworld organized crime has been established, but also means that the facts of the property involved in the underworld have been independent of the facts of conviction and sentencing, and need to be different from the procedure of conviction and sentencing, for separate identification.

Secondly, there is «evidence to prove» and «highly likely» two normative statements, which belong to the evidence conditions and standard conditions of proof for the public prosecution organ to bring illegal charges involving property, different from the conviction facts need to meet the «evidence is true, sufficient» evidence standard and «beyond reasonable doubt» proof standard. Finally, «the defendant can not explain the legal source of property», the defendant can not explain the legal source of property as the basic condition of illegality of property, obviously different from the basic obligation of the defendant in criminal proceedings without declaration, there is a prominent emphasis on the significance of the defendant to explain the legal source of property.

To classify the constituent elements of substantive law, and on this basis, divide the burden of proof, «classification of legal elements» (normative classification) has become a pillar theory in the academic circle of civil procedure law, and is widely used in civil judicial judgment, but whether the normative classification can be applied to the distribution of criminal burden of proof, there are two controversial views: negative and positive. The main viewpoint of the negative theory is that civil litigation pursues the principle of equal confrontation between the parties, and it is difficult to realize the equality between the prosecution and the defense in the substantive sense in criminal litigation,¹⁸ so it is not appropriate to use the standard classification theory to assign the burden of proof. And the affirmative claim that the essence of the burden of proof is a judgment method that is unclear about the truth or fallibility of the case, and does not need to consider the litigation forces of both parties. Secondly, the classification of legal elements is different from the classification method of legal elements.

Criminal litigation can still apply the classification of legal elements to analyze the distribution of the burden of proof, but it is necessary to explore an independent classification method of legal elements.¹⁹ Although the proof procedure is attached to the proceedings against persons, it does not involve the facts of conviction and sentencing, and focuses more on the judgment of the legal nature and ownership of the rights and interests of the gang-related property. It is a

typical «criminal action against the object», and then the proof mechanism of civil litigation can be applied.²⁰

The recovery of gang-related property initiated by the public prosecution has both criminal and civil attributes, and the proof mechanism of civil litigation is adopted in the proof mechanism, which means that in the analysis of the proof responsibility of gang-related property, there is no need to explore an independent and new classification method of legal elements, and it can be applied by analogy according to the existing «standard classification theory».

With the help of the standard classification theory, it can be concluded that the burden of proof of the gang-related property is still borne by the public prosecution. According to the «normative classification theory», that is, if the parties want to apply the legal norms favorable to themselves, they must fully clarify the preconditions of the legal norms, otherwise they will bear the adverse consequences of not applying the legal norms favorable to their own parties. The determination of illegality of property involved in gangland needs to meet the following requirements:

The facts of conviction and sentencing have been found out and there is evidence to prove that the property obtained by the defendant during the crime is highly likely to belong to the illegal income and its fruits, income and the defendant can not explain the legal source of the property. These are the prerequisites for the public prosecution organ to apply the confiscation norm in favor of its own side, and the public prosecution must bear the burden of proof for the application of the favorable norm.

To sum up, paragraph 3 of Article 45 of the Anti-Organized Crime Law still insists on the principle that the burden of proof is still borne by the public prosecution organ on behalf of the state, positively negates the phenomenon of the burden of proof in judicial practice, and also provides new ideas and positions for the theoretical circle to disagree on the burden of proof of gang-related property. Although this article stipulates that «the defendant cannot explain the legal source of the property», ostensibly adding the adverse consequences of the defendant failing to explain the legal source of the property, it does not change the traditional rules of distribution of criminal burden of proof, but only takes it as a constituent element of the norm of paragraph 3 of Article 45 of the Anti-Organized Crime Law.

3.2. Insist that the public prosecution bear the burden of proof of gang-related property

Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law determines the burden of proof for the public party to bear the property involved in triad crimes, which is

¹⁸ Long Zong-zhi. The Idea, System and Method of Evidence Law. Beijing : Law Press, 2008. P. 260.

¹⁹ See: Sun Yuan. Classification of Elements to Law and the Distribution of the Criminal Burden of Proof [J] // The Jurist. 2010 (6). P. 105.

²⁰ Chen Rui-hua. Primary Research on the Criminal Action in Rem [J] // China Legal Science. 2019 (1). P. 216.

a proper choice based on the public party's litigation ability and litigation responsibilities. It adheres to the traditional rules of distribution of criminal burden of proof, and moderately reduces the burden of proof of the public party by lowering the conditions of evidence and standards of proof.

First of all, the public prosecution has procedural convenience and functional advantages in obtaining evidence related to gang-related property. Due to the strong social harm, large scope of influence, large number of people involved, and complex cases, the public prosecution organs often take the initiative to intervene in criminal investigations according to their functions and powers, and the early intervention rate of the public prosecution organs is very high. Take the data of the procuratorate organs in Shanxi Province from 2018 to 2020 as an example. The early intervention rate of procuratorate organs in all gang-related cases and major crime-related cases reached 100 %, and the early intervention rate of crime-related cases reached 95.3 %.

By intervening in the criminal investigation stage in advance, the public prosecution organs can support, assist and supervise the investigation organs in ascertaining the criminal facts, and guide the investigation organs to collect and fix evidence legally and comprehensively in accordance with the requirements of the trial. Therefore, when a gang-related case enters the criminal procedure, the public prosecution organs can exercise a series of public prosecution functions with the «power of public prosecution» as the core, so as to realize the comprehensive ascertain of the gang-related property .

Secondly, assigning the burden of proof to the public prosecution party not only makes up the core of the disposal procedure of the gang-related property, but also forces the public prosecution organ to actively perform the functions of public prosecution and legal supervision, and strengthens the standardized disposal of the gang-related property in the pre-trial procedure. Before the promulgation of the Anti-Organized Crime Law, judicial practice had already shown a trend of attaching equal importance to criminal crimes from conviction and sentencing to conviction and sentencing and disposal of gang-related property.

However, the insufficient supply of the burden of proof for the disposal of gang-related property resulted in the deficiency of different procedures for the traditional burden of proof in criminal cases, and the lack of clear legal provisions on whether the standard of proof could be lowered. The promulgation of the comprehensive «*Guiding Opinions on Several Issues concerning the Handling of Criminal Cases of Mafia Forces*» to the special «*Opinions on Several Issues concerning the disposal of Property in Criminal Cases of Mafia Forces*» shows that more attention has been paid to the gang-related property.

However, the opinions on property disposal focus on clarifying the scope of property disposal and the

subject of disposal responsibility, and also create a system of custody, trusteeship, estimation and equivalent property confiscation, but the burden of proof and the standard of proof for the disposal of property involved in gang-related crimes are insufficient.

Finally, in Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law, the normative terms «proved by evidence» and «highly likely» are adopted, which alleviates the difficulties of the prosecution in proving gang-related property in terms of evidence and proof standards. On the one hand, in terms of the evidence conditions for charges involving criminal property, the second trial draft of the Anti-Organized Crime Law adopts the term «there is sufficient evidence to prove», «enough» is higher than «there», obviously, in terms of the amount of evidence, but compared with «sure and sufficient», «enough» is lower. From the slight changes in legislative terminology. It can be seen that the three words «have», «enough», «indeed, sufficient» represent the requirements of the three levels of evidence. Article 45 (3) of the Anti-organized Crime Law finally adopted the minimum level of evidence requirement, that is, «there is evidence». The legislation did not set a higher amount of evidence requirement for the public prosecution organ, it relaxed the requirement of the charge of gang-related property in the evidence level.

3.3. The defendant only bears part of the obligation to explain the legality of gang-related property

The Anti-Organized Crime Law assigns the burden of proof to the public prosecution, negates the phenomenon of the void of the burden of proof in judicial practice, and clearly limits the evidence conditions and standards of the public prosecution organs in criminal litigation against objects centered on the disposal of gang-related property. However, the defendant is not without task and pressure in the identification of the gang-related property. The public prosecution organ can make the judge form temporary proof of the illegality of the gang-related property with low evidence and proof standards. In this regard, the defendant must actively explain the legal source of gang-related property to shake the judge's temporary proof and avoid the damage of its legitimate property rights and interests.

This explanation of the legal source of property, in fact, belongs to the defendant to bear the legal property of the case to clarify the obligation. The setting of the obligation to disclose cases also reflects the correction of primary equality by corrective equality, and appropriately balances the tasks of both the prosecution and the defense in the identification of gang-related property, so as to achieve the goal of attaching equal importance to the confiscation of illegal property and the protection of defendants' legitimate property rights and interests.

First of all, the obligation to explain a case aims to solve the problem of proof in cases where evidence is biased by giving a party who does not have the burden of proof an obligation to explain. The obligation to explain the case is the litigation obligation imposed on the party who does not have the burden of proof. According to the definition of Taiwan scholars, the obligation to explain the case of the party who does not have the burden of proof refers to: When the party bearing the burden of proof is unable to specifically state its claims or the subject of evidence and the method of evidence, the other party has the obligation to state the relevant facts, present evidentiary materials and endure the investigation.²¹

This kind of obligation is also called by some scholars as «obligation of positive denial of claims» or «transfer of concrete responsibility», which is the «legal necessity» imposed on the parties to prove their claims through special provisions under the framework of subjective burden of proof, focusing on the parties' specific litigation evidence. It does not change the distribution of burden of proof and emphasizes the burden of proof of the party who does not bear the burden of proof, which is more stable and operable than presumption, inversion of burden of proof, conditional transfer of burden of proof.

Secondly, in the proof of the gang-related property, the introduction of the case to clarify the obligation to define the «defendant can not explain the legal source of the property» legislative terms, in line with the distribution rule that insists that the public prosecution bear the burden of proof, imposed on the defendant to cooperate in the obligation of legislative intent. The public prosecution organ bears the burden of proof while the defendant does not bear the burden of proof, but this does not mean that the defendant can «lie flat» by negative evidence and negative denial in the procedure of identifying the nature of gang-related property.

Article 45 (3) of the Anti-Organized Crime Law uses the phrase «the defendant can't explain the legal source of the property» to actually urge the defendant to put forward the claim of the legality of part of the gang-related property, provide the opportunity to cross-examine and debate its claim of legitimate property rights, and provide the final procedural guarantee for the confiscation of the gang-related property. And the use of the term is also to make the defendant bear a heavier obligation to explain, to avoid the defendant's negative evidence to delay the litigation process, and then realize the principle of equality correction, which is actually to make the defendant in the cross-examination of gang-related property to put forward the «gang-related property legality claim» of the obligation to explain.

Finally, the introduction of the obligation to explain the case, can explain the legislative phrase»

the defendant cannot explain the legal source of the property» and impose the requirement of explaining the legal source of the property on the defendant who does not have the burden of proof. In the proof of the nature of the gang-related property, there exists the situation that evidence — information is biased. Generally speaking, property matters belong to the most secret matters of the individual citizen, only the citizen himself can and easily provide the best answer to the property condition, so there is often a problem of information bias in the proof of the property nature.

Specifically, in the underworld organization crimes, its crime cycle is long, the members of the organization are numerous, and the criminal behavior is diversified, which leads to the extensive and large number of involved property sources that need to be sealed, seized and frozen in the handling of the crime. However, the source, nature and other matters of personal property belong to the most secret matters in the private life of individuals, and the public prosecution is at the periphery of the disputed matters, and can only directly or indirectly prove the nature of the disputed property from the outside through bank statements, payment, consumption vouchers, various property rights certificates or witness testimony and other evidence with traces of property transfer. The result of its determination may have the risk of error.

Epilogue

As a basic human right, protecting the legal property rights of the criminal accused is to protect the human rights of the accused. The effective proof of the nature and ownership of the gang-related property is related to the accurate application of physical disposal measures such as return, confiscation and recovery. In Underworld and Organized Crimes, due to the absence of the theory of burden of proof, the proof and judgment of gang-related property are often fictitious, and the legitimacy of the disposal measures of gang-related property is criticized. It is necessary to insist that the public prosecution bear the burden of proof, at the same time, more emphasis should be placed on the defendant to participate in the identification of the property nature through explanation, and properly handle the relationship between the defendant's property description and the prosecution party's responsibility to find out the facts.

As a typical criminal action against property, the action against property is different from the action against person, and the proof method of the action against person cannot be copied in the action against property. The configuration of the proof method of the action against property should be deepened by combining the theory of action against property.

²¹ Wu Ze-yong. The obligation of parties who do not bear the burden of proof to explain their cases [J] // Peking University Law Journal. 2018 (5). P. 1361.

REFERENCE

1. *Li Hai-ying, Fu Yi*. Distinguish and Dispose the Property Involved in Underworld and Organized Crimes in China: A Reference from Unexplained Wealth Laws in Australia [J] // *Social Science Journal of Jilin University*. — 2021 (6).
2. *Xu Dai*. Analysis on the Path of Improving the Property Disposal Procedure Related to the Gang Crimes [J] // *Journal of National Prosecutors College*. — 2021 (2).
3. *Yao Xian-sen*. On the Proof System of Gang-related Illegal Property [J] // *Review of Politics and Law*. — 2022 (5).
4. *Xue Wen-chao*. Difficult problems of property disposal involved in triad organized crime [J] // *Legal Forum*. — 2019 (1).
5. *Cai Jun*. Research on the norms of property disposal involved in Organized crime [J] // *Jiangxi Social Sciences*. — 2022 (2).
6. *Li Ying*. An Empirical Research on Property Disposal Procedures in Mafia-involved Cases-Taking Part of Property Disposal Procedures in Mafia-involved Cases in ABC and D Province as Analysis Samples [J] // *Journal of Shandong Police College*. — 2019 (5).
7. *Chen Rui-hua*. Principles of Criminal Trial. — Beijing : Peking University Press, 2003.
8. *Zhang Bao-sheng*. Presumption is the interruption of proof process [J] // *Chinese Journal of Law*. — 2009 (5).
9. *Mo Hong-xian, Li Zhan-zhou, Wang Su-zhi*. Key points of interpretation and application of Anti-Organized Crime Law. — Beijing : Law Press, 2022.
10. *He Jia-hong*. My View on the distribution of burden of Proof in Criminal Proceedings [J] // *Political Science and Law*. — 2002 (3).
11. *Lin Yu-xiong*. Strict Proof and Criminal Evidence. — Beijing : Law Press, 2008.
12. *Long Zong-zhi*. Issues Concerning Burden of Proof in Criminal Cases [J] // *Modern Law Science*. — 2008 (4).
13. *Sun Yuan*. Classification of Elements to Law and the Distribution of the Criminal Burden of Proof [J] // *The Jurist*. — 2010 (6).
14. *Chen Ru-ihua*. Primary Research on the Criminal Action in Rem [J] // *China Legal Science*. — 2019 (1).
15. *Wu Ze-yong*. The obligation of parties who do not bear the burden of proof to explain their cases [J] // *Peking University Law Journal*. — 2018 (5).

Правовое регулирование промышленного и аграрного сектора экономики

Правовое обеспечение трансформации сельского хозяйства России и Китая Legal support for the transformation of agriculture in Russia and China

Наталья Павловна Воронина,
доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Россия
e-mail: nvoroninamgufa@yandex.ru

Natalia P. Voronina,
Dr. Sci. (Law),
Professor of Department of Environmental
and Natural Resources Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Moscow, Russia
e-mail: nvoroninamgufa@yandex.ru

© Воронина Н. П., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.118-129

Аннотация. Современные глобальные экономические, экологические и социальные проблемы требуют поиска их новых решений. Сельское хозяйство — один из важнейших секторов экономик России и Китая. В настоящее время можно видеть процессы трансформации организации и осуществления сельскохозяйственной деятельности. В настоящей статье проведен анализ правового обеспечения процессов технологической, цифровой и зеленой сельскохозяйственной трансформации и перехода к модели эколого-ориентированного сельского хозяйства, позволяющей одновременно как решать экологические проблемы, так и обеспечивать собственную продовольственную безопасность и осуществлять экспорт сельскохозяйственной продукции. Обозначены общие тенденции развития сельского хозяйства на современном этапе. Сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования и стратегического планирования осуществления сельскохозяйственной деятельности.

Ключевые слова: Россия, Китай, сельское хозяйство, правовое обеспечение, трансформация.

Abstract. Modern global economic, environmental and social problems determine the search for their new solutions. Agriculture is one of the most important sectors of the economies of Russia and China. Currently, one can see the processes of transformation of the organization and implementation of agricultural activities. This article analyzes the legal support for the processes of technological, digital and «green» agricultural transformation and the transition to a model of environmentally-oriented agriculture, which allows simultaneously solving both environmental problems and ensuring one's own food security and exporting agricultural products. The general trends in the development of agriculture at the present stage are outlined. Proposals have been formulated to improve the legal regulation of agricultural activities.

Keywords: Russia, China, agriculture, legal support, transformation.

Российская Федерация и Китайская Народная Республика — члены БРИКС. Развитие этого интеграционного сообщества в свете современ-

ных геополитических вызовов получает новый импульс на основе как многосторонних, так и двусторонних соглашений. Стратегическое пар-

тнерство между Россией и Китаем должно развиваться, в том числе и в сфере оборота сельскохозяйственной продукции. Обе страны объединяет экспортно ориентированная модель сельского хозяйства, а также его трансформация под влиянием экономических, экологических и социальных факторов. В 2022 г. экспорт российской сельскохозяйственной продукции в КНР увеличился в стоимостном выражении на 44 %. Основные виды продукции, поставленные в Китай: рапсовое масло, мясо птицы, говядина, соевые бобы, овес, семена льна, мед, льняное и рапсовое масло, рыба и морепродукты¹. Можно видеть и рост импорта из Китая в Россию — в 2022 г. он увеличился на 12,8 %².

В России АПК является одним из важных секторов экономики. В 2022 г. сельское хозяйство показало значительный рост — 10,2 %. По основным показателям в нашей стране обеспечивается продовольственная безопасность. Так, в 2022 г.³ было произведено 160 % зерна, 200 % масложировой продукции, 100 % сахара, 100 % мяса, 84 % молока, 94,3 % картофеля, 89,2 % овощей, 44 % фруктов⁴. Между тем у российского сельского хозяйства есть и проблемы: зависимость от импортных семян, сельскохозяйственной техники, нарушение логистики и др.⁵ На решение этих проблем, а также на определение механизмов обеспечения продовольственной безопасности направлен ряд документов стратегического планирования.

Прежде всего это Доктрина продовольственной безопасности Российской Федерации⁶ (далее — Доктрина). В ней обозначены понятия

продовольственной безопасности и продовольственной независимости, сформулированы национальные интересы и задачи в сфере продовольственной безопасности, определены основные направления государственной политики, механизмы и организационные основы. Доктрина реализуется посредством ряда документов стратегирования⁷. Их анализ свидетельствует, что в России государственная аграрная политика юридически оформлена, определены ее принципы, цели, задачи, направления. Основной лейтмотив последних лет — импортозамещение. Это процесс в экономике, при котором страна изготавливает продукцию посредством производителей из своего государства, из собственного сырья⁸.

Многие эксперты относят начало процессов импортозамещения в сельском хозяйстве к 2014 г.⁹ Но, на наш взгляд, сельскохозяйственное импортозамещение осуществляется с 2012 г. Уже в Государственной программе развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия на 2013—2020 годы, утвержденной постановлением Правительства РФ в 2012 г., «предусматривалось импортозамещение мяса крупного рогатого скота, молочных продуктов, овощеводства и плодородства в качестве второго уровня приоритетов государственной политики»¹⁰. Но на первом этапе импортозамещение не имело комплексной правовой и стратегической основы. Конкретные меры по развитию отечественного сельскохозяйственного производства стали предусматриваться значительно позднее.

¹ URL: <https://tass.ru/ekonomika/17004021> (дата обращения: 23.08.2023).

² См.: *Шабыкова М. А.* Товарооборот РФ и КНР в период санкций в 2022 году // *Культура и безопасность*. 2023. № 1. С. 89.

³ По сравнению с показателями Доктрины продовольственной безопасности 2020 года.

⁴ URL: <https://rg.ru/2023/02/26/prodovolstviem-sebia-obespechili.html> (дата обращения: 23.08.2023).

⁵ См.: *Воронина Н. П.* Стратегическое планирование обеспечения продовольственной безопасности // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2022. № 5. С. 68—69.

⁶ Указ Президента РФ от 21 января 2020 г. № 20 // *Официальный интернет-портал правовой информации*. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 21.01.2020.

⁷ См., в частности: *Стратегия развития агропромышленного и рыбохозяйственного комплексов Российской Федерации на период до 2030 года* // *Официальный интернет-портал правовой информации*. URL: <http://pravo.gov.ru>, 12.09.2022; *Государственная программа развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия* // *СЗ РФ*. 2012. № 32. Ст. 4549; *паспорт государственной программы (комплексной программы) РФ «Государственная программа развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия»*, утв. Правительством РФ 24.12.2022 № ММ-П11-22479 // СПС «КонсультантПлюс»; *Федеральная научно-техническая программа развития сельского хозяйства на 2017—2030 годы* // *Официальный интернет-портал правовой информации*. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 30.08.2017; *Концепция развития аграрной науки и научного обеспечения АПК России до 2025 года* // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ См.: *Цветкова П. И., Дубова Ю. И.* Импортозамещение в пищевой промышленности России в условиях санкций // *Вестник Челябинского государственного университета*. 2021. № 3 (449). Экономические науки. Вып. 72. С. 258.

⁹ *Цветкова П. И., Дубова Ю. И.* Указ. соч. С. 259.

¹⁰ См.: *Воронина Н. П.* Правовое обеспечение продовольственной безопасности в России в условиях санкций // *Право в условиях санкций: монография / под общ. ред. М. В. Мажориной, Б. А. Шахназарова*. М.: Проспект, 2023. С. 379—397.

В настоящее время документы стратегического планирования предусматривают меры по переходу к новой модели осуществления сельскохозяйственной деятельности, для которой характерны не только экспорт первичной сельскохозяйственной продукции, но и ее глубокая переработка, технологическое обновление сельского хозяйства, использование низкоуглеродных технологий. Решение последней задачи обуславливает зеленую трансформацию сельского хозяйства России.

Построение модели зеленого сельского хозяйства в Российской Федерации прежде всего должно ориентироваться на достижение национальных интересов, среди которых развитие человеческого потенциала; повышение качества жизни и благосостояния граждан; устойчивое развитие российской экономики на новой технологической основе; охрана окружающей среды; сохранение природных ресурсов и рациональное природопользование; адаптация к изменениям климата (п. 25 Стратегии национальной безопасности¹¹). Это обуславливает коренной пересмотр организации сельскохозяйственной деятельности в части экологического состояния используемых природных ресурсов, технологий, удобрений и т.д.

Следовательно, необходимо создание высокотехнологичных производств; повышение производительности труда путем цифровизации, использования технологий искусственного интеллекта, создания высокотехнологичных рабочих мест; интенсивное технологическое обновление сельского хозяйства; преодоление критической зависимости от импорта в области племенного дела, селекции, семеноводства и аквакультуры (рыбоводства).

Все это требует модернизации системы управления сельским хозяйством, основанной на управлении климатическими, агроэкологическими, ветеринарными, техногенными, экономическими, социальными и внешнеполитическими рисками. То есть можно говорить об инновационном пути развития сельского хозяйства. В части построения эколого-ориентированного сельского хозяйства необходимо соотносить меры по охране окружающей среды с концепцией зеленой экономики.

В литературе не сложился единый взгляд на сущность зеленой экономики. Отчасти это объясняется тем, что в документах стратегического планирования нет четкого определения зеленой экономики и ее инструментов.

Часть ученых понимают под зеленой экономикой исключительно зеленую энергетику и переход к ВИЭ¹², другие рассматривают зеленую экономику более широко, включая в нее механизмы и инструменты решения большинства экологических проблем, поскольку «негативное воздействие на окружающую среду хозяйственной деятельности является гораздо более разнообразным»¹³.

Не решен вопрос соотношения зеленой экономики и устойчивого развития. В литературе сформированы различные точки зрения, но нам близко понимание зеленой экономики как основы устойчивого развития¹⁴, при этом под последним понимаются не только экономические, но и экологические, и социальные интересы (хотя довольно часто в российских документах стратегического планирования под устойчивым развитием понимается именно экономический рост).

Относительно сельского хозяйства необходимо говорить о модели зеленого сельского хозяйства, переход к которому осуществляется путем зеленой трансформации. Зеленая трансформация сельского хозяйства — это применение при осуществлении сельскохозяйственной деятельности инновационных технологий, позволяющих минимизировать негативное воздействие на окружающую среду, включая снижение объема выбросов углекислого газа, их поглощение и депонирование, обеспечить рациональное использование природных ресурсов, восстановление качества почв, сохранение биоразнообразия, переработку и дальнейшее использование отходов при достижении показателей продовольственной безопасности как на глобальном, так и национальном уровнях¹⁵. Зеленая трансформация позволяет перейти от экстенсивного сельского хозяйства к зеленому сельскому хозяйству. При этом, на наш взгляд, зеленое сельское хозяйство — это как инновационные методы осуществления сельскохо-

¹¹ Указ Президента РФ от 2 июля 2021 г. № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 27 (ч. II). Ст. 5351.

¹² См.: Новикова Е. В. Концептуальные основы правового регулирования «зеленой» экономики в России // Экологическое право. 2020. № 5. С. 3—10; Она же. Эколого-правовое регулирование на этапе развития зеленой экономики в России // Экологическое право. 2020. № 4. С. 9—16; Она же. Зеленая экономика и зеленое право: мировые тенденции // Экологическое право. 2020. № 3. С. 13—19.

¹³ Редникова Т. В. Зеленое сельское хозяйство как отрасль зеленой экономики: проблемы оценки комплексного воздействия на окружающую среду // Сельское хозяйство. 2022. № 4. С. 37—45.

¹⁴ См.: Зеленая экономика и цели устойчивого развития для России: коллективная монография / под науч. ред. С. Н. Бобылева, П. А. Кирюшина, О. В. Кудрявцевой. М.: Экономический факультет МГУ имени М.В.Ломоносова, 2019. С. 13.

¹⁵ См.: Воронина Н. П. «Зеленое» сельское хозяйство // Развитие экологического законодательства и опыт правового регулирования «зеленой» экономики в России и Европейском союзе: монография / А. В. Белицкая, Н. П. Воронина, М. А. Егорова [и др.]. М.: Проспект, 2023. С. 37—52.

зяйственной деятельности, так и традиционные способы ведения сельского хозяйства, но при условии соблюдения экологических требований.

Правительство РФ 14 июля 2021 г. определило несколько направлений устойчивого (в том числе и зеленого) развития¹⁶. Сельское хозяйство — одно из них, поэтому при осуществлении сельскохозяйственной деятельности необходим учет таких целей, как сохранение, охрана или улучшение состояния окружающей среды; снижение выбросов и сбросов загрязняющих веществ и их предотвращение; сокращение выбросов парниковых газов; повышение эффективности использования ресурсов.

Постановлением Правительства РФ от 21 сентября 2021 г. № 1587 утверждены критерии проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития в Российской Федерации и требования к системе верификации проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития¹⁷. Так, в сельском хозяйстве таксономия зеленых проектов включает в себя закупку минеральных удобрений, позволяющих повысить эффективность усвоения питательных компонентов и сокращающих поступление вредных веществ в почву и грунтовые воды, парниковых газов; создание и модернизацию ирригационной инфраструктуры для орошения сельскохозяйственных земель; создание и модернизацию инфраструктуры использования сточных вод; технологии нулевой обработки сельскохозяйственных земель; сельскохозяйственное земледелие на деградированных землях; технологии в животноводстве, позволяющие снизить выделения метана при пищеварительном процессе крупного рогатого скота; технологии по снижению загрязняющих веществ диффузного стока с сельскохозяйственных земель.

Таксономия адаптационных проектов в сельском хозяйстве включает: создание и модернизацию инфраструктуры хранения и переработки сельскохозяйственной продукции, позволяющей снизить выбросы CO₂ не менее чем на 20 %; создание и модернизацию инфраструктуры складирования и длительного хранения навоза; производство и закупку сельскохозяйственной техники; химическую мелиорацию кислых и засоленных сельскохозяйственных земель с применением фосфогипса или извести.

Эти нормативные акты на первый взгляд направлены на регулирование инвестиционной деятельности и лишь опосредованно на экологизацию сельского хозяйства. Но без инвестиций невозможно решение экологических проблем. Отмечается, что «реализация ЦУР в значительной мере зависит от участия бизнеса. ОЭСР выделяет следующие направления вовлечения бизнеса в деятельность по достижению ЦУР (устойчивое развитие сельского хозяйства и обеспечение продовольственной безопасности — это ЦУР № 2): прямые иностранные инвестиции, комбинированное финансирование, концепция официальной поддержки в интересах устойчивого развития, инвестиции социальной направленности, ответственное ведение бизнеса»¹⁸. Зеленое финансирование — это инструмент зеленой экономики, направленный на решение климатической проблемы как одной из основных глобальных проблем современности.

Меры по адаптации природных систем, населения и отраслей экономики к изменениям климата предусмотрены в постановлении Правительства РФ от 8 февраля 2022 г. № 133, утвердившем Федеральную научно-техническую программу в области экологического развития Российской Федерации и климатических изменений на 2021—2030 годы¹⁹. В ней отмечено, что нужны системные адаптационные меры с учетом специфики региона и отрасли, позволяющие обеспечить экологическое и климатическое обслуживание сельского хозяйства; оптимизацию климатически обусловленных решений в части стратегического планирования адаптации к климатическим изменениям сельского хозяйства; выработку решений в части безопасности сельского хозяйства на территориях распространения многолетней мерзлоты; разработку рекомендаций по принятию решений в инвестиционной политике.

Резюмируя, можно сказать, что за последнее десятилетие в России принято значительное число нормативных правовых актов и документов стратегического планирования, направленных на внедрение модели зеленой экономики, в том числе и в сельском хозяйстве. Но четкой концепции зеленой экономики в российском законодательстве нет. Можно видеть разрозненность положений документов стратегического планиро-

¹⁶ Распоряжение Правительства РФ от 14 июля 2021 г. № 1912-р «Об утверждении целей и основных направлений устойчивого (в том числе зеленого) развития Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 30. Ст. 5814.

¹⁷ Постановление Правительства РФ от 21 сентября 2021 г. № 1587 «Об утверждении критериев проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития в Российской Федерации и требований к системе верификации проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития в Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>, 24.09.2021.

¹⁸ Зеленая экономика и цели устойчивого развития для России. С. 90.

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 8 февраля 2022 г. № 133 «Об утверждении Федеральной научно-технической программы в области экологического развития Российской Федерации и климатических изменений на 2021—2030 годы» // СЗ РФ. 2022. № 8. Ст. 1151.

вания. Полагаем, что необходим единый документ стратегического планирования в сфере зеленой экономики. Но особенности отдельных видов хозяйственной деятельности обуславливают отраслевой подход при переходе к зеленой экономике. И сельское хозяйство не составляет исключения. В Российской Федерации документом стратегического планирования построения зеленого сельского хозяйства должен быть отраслевой документ стратегирования, который концептуально позволит сформировать стратегическую основу развития эколого-ориентированного сельского хозяйства, включая адаптацию к климатическим изменениям; сохранение, защиту и улучшение природных ресурсов; социальное благополучие сельских жителей; повышение устойчивости к внешним воздействиям; механизмы ответственного и эффективного управления.

В настоящее время в сельском хозяйстве России осуществляется и цифровая трансформация. Как отмечает Генеральный директор ФАО Цюй Дунъюй, «цифровое сельское хозяйство обладает огромным потенциалом для содействия преобразованию агропродовольственных систем и развитию сельских районов»²⁰.

В Указе Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»²¹ в качестве национальных целей предусматривается обеспечение ускоренного внедрения цифровых технологий, создание в АПК высокопроизводительного экспортно ориентированного сектора на основе, современных технологий.

Основной документ стратегического планирования построения цифровой экономики во всех ее отраслях — Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации», паспорт которой был утвержден 4 июня 2019 г.²²

С 2019 г. в России реализуется ведомственный проект «Цифровое сельское хозяйство»²³. Планируемый результат — построение цифрового сельского хозяйства, основанного на современных способах производства сельскохозяйственной продукции с использованием цифровых технологий, позволяющих обеспечить рост произво-

дительности труда и снижение затрат производства²⁴.

Распоряжением Правительства РФ от 29 декабря 2021 г. № 3971-р утверждены Стратегические направления в области цифровой трансформации отраслей агропромышленного и рыбохозяйственного комплексов Российской Федерации на период до 2030 года²⁵. В них обозначены цели цифровой трансформации АПК: достижение «цифровой зрелости» в сфере сельского хозяйства, продовольственная безопасность, повышение эффективности агропроизводственных процессов, расширение сбыта, повышение цифровой грамотности работников. Конкретные мероприятия по цифровизации сельского хозяйства указаны в Ведомственной программе цифровой трансформации 2022—2024, утвержденной Минсельхозом России в 2022 г.²⁶

Аналогичные задачи по зеленой и цифровой трансформации стоят и перед сельским хозяйством КНР.

Китай — крупный сельскохозяйственный товаропроизводитель. Там производится более половины свинины, треть садоводческой продукции, риса и хлопка и почти пятая часть пшеницы, кукурузы и птицы в мире. На долю сельского хозяйства КНР приходится 12,6 % ВВП страны. Основные приоритеты АПК Китая: сельское хозяйство, сельские районы и проблемы фермеров. Перед государством стоит ряд задач: борьба с бедностью, улучшение инфраструктуры и услуг в сельских районах, увеличение доходов крестьян²⁷.

Осуществляемая аграрная реформа в Китае потребовала преобразования «системы государственного регулирования сельского хозяйства в части расширения использования косвенных экономических инструментов финансово-бюджетной, кредитной, ценовой, налоговой и внешнеторговой политики»²⁸. Еще в 2016 г. были определены такие задачи, как регулирование процессов переселения крестьян в города, увеличение доходов сельских жителей, диверсификация сельскохозяйственной деятельности, охрана земель сельскохозяйственного назначения, внедрение инноваций, совершенствование системы

²⁰ ФАО. URL: <https://www.fao.org/newsroom/detail/baku-conference-on-digital-technologies/ru> [дата обращения: 14.05.2022].

²¹ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 07.05.2018.

²² СПС «КонсультантПлюс».

²³ Ведомственный проект «Цифровое сельское хозяйство»: официальное издание. М.: Росинформагротех, 2019. С. 4.

²⁴ Ведомственный проект «Цифровое сельское хозяйство»: официальное издание. С. 5.

²⁵ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>, 31.12.2021.

²⁶ СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ См.: Сальникова О. В., Рожкова Л. В. Основные направления развития агропромышленного комплекса стран БРИКС // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. 2020. № 4 (56). С. 161.

²⁸ Черкасова О. В. Некоторые аспекты современной аграрной политики в Китае // Тенденции и перспективы развития. Ежегодник. Вып. 13, ч. 1 / отв. ред. В. И. Герасимов. М.: ИНИОН РАН, 2018. С. 441.

сельскохозяйственного кредитования и страхования, улучшение сельской инфраструктуры. В этой стране основной особенностью сельского хозяйства является обеспечение продовольственной безопасности страны в условиях растущей перенаселенности и снижения обеспечения земельными ресурсами.

По итогам реализации документов 13-й пятилетки (2016—2020) в сельском хозяйстве были достигнуты определенные результаты: уровень самообеспечения продовольствием страны сохраняется на уровне более 95 %; произошло удвоение душевого размера дохода; решена задача ликвидации абсолютной бедности в деревне; расширена и укреплена сельская инфраструктура; улучшились состояние окружающей среды и условия быта в сельской местности²⁹. Это позволяет отдельным ученым резюмировать, что в КНР сформирован «совершенно новый аграрный сектор экономики, который обеспечил решение всех экономических, социальных, политических и продовольственных проблем»³⁰.

В сельской местности создаются новые малые предприятия и сельские кооперативы. Это результат реформирования кооперативной системы, направленного на активизацию деятельности кооперативов³¹. Оно включает в себя создание платформ электронной торговли, позволяющих обеспечить финансирование сельского хозяйства и улучшить связь членов сельскохозяйственных кооперативов с клиентами³².

С 2014 г. Alibaba Group в сотрудничестве с Правительством КНР реализует программу Rural Taobao, позволяющую сельским жителям получить доступ к товарам и услугам, производителям сельскохозяйственной продукции получать

больше прибыли, используя электронные площадки. Выделяется несколько направлений данной программы: «1) создание сети услуг электронной коммерции в округах и деревнях; 2) улучшение логистических связей для деревень за счет «двухэтапной доставки» транспортных пакетов из уездных центров в деревни; 3) обеспечение подготовки кадров в области электронной коммерции и содействие развитию предпринимательства; 4) развитие сельских финансовых услуг через дочернюю финансовую компанию Alibaba»³³.

Цифровизация — один из основных инструментов модернизации китайского сельского хозяйства. На ее развитие направлено около 60 % стартапов, созданных в Азии³⁴. Однако по сравнению с другими сферами экономики КНР цифровизация сельского хозяйства идет крайне медленно. Несмотря на то, что эта страна является одной из самых «цифровых» азиатских стран, сельское хозяйство охвачено цифровизацией всего на 7 %³⁵. Одна из причин — малые формы хозяйствования (в сельской местности это 59 % сельскохозяйственных товаропроизводителей³⁶), они не могут позволить себе «технологии интернета вещей» из-за высокой стоимости и отсутствия квалифицированных работников. На наш взгляд, необходима интеграция малых форм хозяйствования в виде сельскохозяйственных кооперативов, осуществляющих совместное использование цифровых технологий. В частности, только в 2018 г. в КНР насчитывалось 2 783 местных снабженческо-сбытовых кооперативов³⁷, которые при реализации внутригосударственных стратегий «Интернет Плюс» и «Интернет вещей» в рамках проекта «Один пояс — один путь» создали более 1,5 тыс. организаций электронной торговли.

²⁹ См.: Бони Л. Д. Курс на модернизацию сельского хозяйства, деревни — главная задача аграрной политики КПК в 14-й пятилетке // Социально-экономические итоги 13-й пятилетки КНР (2016—2020 гг.) и задачи 14-й пятилетки (2021—2025 гг.): статьи Ежегодной научной конференции Центра экономических и социальных исследований Китая Института Дальнего Востока РАН, Москва, 21 апреля 2021 г. М.: Институт Дальнего Востока Российской академии наук, 2021. С. 25.

³⁰ См.: Голубков М. А. Концепция продовольственной безопасности АСЕАН в условиях процесса формирования Экономического сообщества // Российский внешнеэкономический вестник. 2016. № 4. С. 18—19.

³¹ См.: Воронина Н. П. Юридические модели сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае // Юридическая наука в Китае и России: ежегодник. 2022. № 5. С. 8—19.

³² См.: 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.

³³ Иншаков А. А. Роль кооперативов в преодолении сельской бедности (мировой опыт) // Экономика и управление: проблемы, решения. 2020. № 9. Т. 1. С. 148—149; Воронина Н. П. Сельскохозяйственная кооперация в странах Азии: цифровая трансформация правового регулирования и стратегического планирования в условиях глобальных вызовов // Юрист. 2022. № 9. С. 39.

³⁴ Карелина Е. А. Потенциал стратегий цифровизации компаний развивающихся стран в фокусе формирования и развития глобальных цифровых платформ // Modern Economy Success. 2022. № 1. С. 152.

³⁵ См.: Джан Л., Чен С. Цифровая экономика Китая: возможности и риски // Вестник международных организаций: образование, наука, новая экономика. 2019. Т. 14. № 2. С. 283.

³⁶ Новикова Н. Ю. Зарубежный опыт развития малых форм хозяйствования АПК // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyy-opyt-razvitiya-malyh-form-hozyaystvovaniya-apk/viewer> (дата обращения: 01.07.2022).

³⁷ Долгих О. С., Вахнина Т. Н., Башкатова В. Я. Указ. соч. С. 53.

Осуществляется профессиональная подготовка крестьян. В Китае ее организуют сами сельскохозяйственные кооперативы³⁸. Проходят научные исследования, которые «показывают, что использование цифровых технологий и электронных платформ эффективно используются в борьбе с нищетой в сельских районах путем улучшения качества сельскохозяйственной продукции, расширения онлайн-рынков сбыта сельскохозяйственной продукции, создания рабочих мест в сельской местности»³⁹.

В сельском хозяйстве цифровые технологии применяются в точечном земледелии, при внесении удобрений, орошении, контроле за защитой растений. Их высокая стоимость требует государственной поддержки, поэтому в КНР предприятия освобождаются от уплаты налогов, если сферой их интересов являются инновации и новые производства⁴⁰.

Новый этап в развитии сельского хозяйства Китая связан с переходом этой страны на модель зеленого сельского хозяйства, основанного на достижении углеродной нейтральности и применении ресурсосберегающих технологий. Это ответ Китая на экологические проблемы, в том числе климатические.

Отдельные элементы ресурсосберегающего сельского хозяйства в КНР стали внедряться еще в 50-е гг. прошлого века, но пристальное внимание на применение ресурсосберегающих сельскохозяйственных технологий государство обратило только в XXI в.

Специалисты выделяют четыре этапа перехода Китая на ресурсосберегающее сельское хозяйство. Первый этап охватывает 1950—1990 гг., в течение которых в качестве эксперимента проводился беспашотный посев пшеницы в отдельных регионах страны. Затем эти технологии были применены к посевам кукурузы. Однако широкого применения среди крестьян они не получили.

Второй этап (1991—2001 гг.) характеризуется процессами интеграции ресурсосберегающей обработки почвы с агрономическим обслуживанием. Были разработаны китайские сельскохозяйственные машины, позволяющие осуществлять ресурсосберегающую обработку почвы.

В течение третьего этапа (2002—2008 гг.) были нормативно определены основы реализации ресурсосберегающего земледелия, характеристики реализации проекта ресурсосберегающего сельского хозяйства, особенности осуществления

мониторинга эффективности реализации ресурсосберегающего сельского хозяйства, технологии ресурсосберегающего сельского хозяйства. В 2005 г. был опубликован Центральный документ № 1, в котором до 2012 г. были определены направления по реформированию традиционной обработки почвы и переходу к ресурсосберегающему земледелию.

В настоящее время осуществляется четвертый этап, который начался с 2009 г. В этом году была утверждена Национальная программа развития ресурсосберегающего сельского хозяйства до 2015 г. С 2014 г. осуществляется субсидирование рыхления почв и приобретения сельскохозяйственных машин по нулевой обработке земли. В 2020 г. утвержден План действий по ресурсосберегающему земледелию черноземов в Северо-Восточном Китае (2020—2025 гг.). Планируется, что к 2025 г. площадь пашни, обрабатываемой при помощи ресурсосберегающих технологий, должна достичь 9,33 млн га⁴¹.

В настоящее время нормативную основу перехода к ресурсосберегающему сельскому хозяйству в Китае составляет ряд нормативных правовых актов, в том числе Закон КНР «О сохранении черноземов», принятый в 2022 г., План действий по сохранению сельского хозяйства черноземов Северо-Восточного Китая (2020—2025 гг.), План реализации Национального проекта по сохранению черноземов (2021—2025 гг.)⁴². При их разработке учитывались положения следующих документов стратегического планирования: Решение о дальнейшем усилении контроля и предотвращения опустынивания (2005), Решение Государственного совета об усилении земельного регулирования (2004), Программа действий по устойчивому развитию Китая в начале XXI века (2003), Решение о механизации и сельскохозяйственного машиностроения (2010), Политика и действия Китая по решению проблемы изменения климата (2021), Национальная программа водосбережения в сельском хозяйстве (2012—2020), Национальный план модернизации сельского хозяйства (2016—2020), Национальная программа по изменению климата (2014—2020).

Также составной частью системы стратегирования являются акты министерств КНР (Министерства сельского хозяйства и сельских территорий, Министерства науки и технологий, Министерства финансов, Министерства природных ресурсов): Национальный план по контролю и

³⁸ См.: Иншаков А. А. Указ. соч. С. 148.

³⁹ См.: Иншаков А. А. Указ. соч. С. 148.

⁴⁰ См.: Кусаинов Х. Х., Хусаинов Б. М. Экономические аспекты цифровизации сельского хозяйства Казахстана // *Central Asian Economic Review*. 2020. № 3. С. 194.

⁴¹ He J. & Jiang S. 2023. Conservation agriculture in China: innovations, investment opportunities and challenges. FAO Investment Centre Country Highlights No. 19. Rome, FAO. P. 5—9.

⁴² He J. & Jiang S. Op. cit.

предотвращению опустынивания (2011—2020), Национальная программа строительства ресурсосберегающего сельского хозяйства (2009—2015), Национальный план устойчивого развития сельского хозяйства (2015—2030), Рекомендации по ускорению развития сельскохозяйственной экономики замкнутого цикла (2016)⁴³.

Нормативное регулирование перехода к ресурсосберегающему сельскому хозяйству осуществляется не только на общегосударственном уровне, но и на уровне отдельных провинций.

Такая модель осуществления сельскохозяйственной деятельности коррелируется с общегосударственной политикой по переходу к низкоуглеродной экономике, которая включает три сферы: переработку отходов, использование зеленых технологий, использование возобновляемых источников энергии. По отдельным оценкам, углеродный пик будет достигнут к 2030 г., углеродная нейтральность — к 2060 г. Поэтому государственная экологическая политика определяется с учетом этой тенденции. Одновременно сформулированы и приоритеты государственной аграрной политики: модернизация сельского хозяйства; модернизация деревни; углубление сельских реформ⁴⁴.

При этом в сфере обеспечения продовольственной безопасности существуют две угрозы: небольшой размер земельных участков и дефицит земельных и водных ресурсов. Это обуславливает необходимость перехода к инновационному ведению сельского хозяйства, основанному на решении экологических проблем. Сформированная долгосрочная экологическая политика, направленная на экологическую трансформацию Китая, в котором, с одной стороны, наблюдается стремительный экономический рост и, как следствие, увеличение антропогенной нагрузки на окружающую среду, но с другой стороны, осуществляются активные действия по ее снижению. В российской литературе такая ситуация охарактеризована как «китайское экологическое чудо»⁴⁵.

В настоящее время цели экологической трансформации определяются в 14-м Плате пятилетки экономического и социального развития КНР и Целях долгосрочного развития КНР до 2035 г. Среди них: ускорение зеленой трансформации, повышение эффективности использования ресурсов, активное развитие зеленой экономики, содействие зеленой трансформации развития сельского хозяйства, усиление охраны окружающей среды

и управление сельскохозяйственным производством. Зеленая трансформация сельского хозяйства направлена на его устойчивое развитие, рост доходов фермеров, защиту окружающей среды, обеспечение производства экологически чистой сельскохозяйственной продукции⁴⁶.

Реализация мер государственной политики привела к тому, что по многим видам сельскохозяйственной продукции КНР стала экспортером. Особенность экспорта сельскохозяйственной продукции состоит в том, что он довольно жестко регулируется государством. Экспорт осуществляется в рамках проекта «Один пояс — один путь» и нацелен на решение ряда проблем, в том числе и экологической⁴⁷.

Экологизация сельского хозяйства должна привести к производству экологически безопасной продукции, поскольку одна из претензий к импортируемой из Китая сельскохозяйственной продукции — ее неэкологичность. Также среди причин, препятствующих развитию экспорта сельскохозяйственной продукции, — использование старого оборудования, не позволяющего осуществлять утилизацию отходов сельскохозяйственного производства, чрезмерное применение пестицидов и агрохимикатов, низкие экологические стандарты⁴⁸.

Решение проблем экспорта сельскохозяйственной продукции обуславливает трансформацию системы государственного управления Китая. Определен комплекс инструментов, среди них зеленые государственные закупки, государственный контроль за качеством экспортируемой продукции (в 2015 г. в Закон КНР о безопасности пищевой продукции были внесены соответствующие изменения), электронные торговые площадки, экологическая стандартизация. Также поставлена общегосударственная задача создания китайского бренда сельскохозяйственной продукции.

Все это присуще и Российской Федерации. Например, еще в Послании Президента России Федеральному Собранию РФ на 2019 г. было отмечено, что необходимо «создать защищенный бренд отечественной чистой, «зеленой» продукции, он должен подтверждать, что в ее производстве используются только безопасные для здоровья человека технологии, заслужить гарантии высокого качества и на внутреннем, и на внешнем рынке»⁴⁹. Сформирована правовая основа производства экологически чистой продукции⁵⁰.

⁴³ He J. & Jiang S. Op. cit. С. 13.

⁴⁴ См.: Бони Л. Д. Указ. соч. С. 26.

⁴⁵ См.: Спиридонов Д. В. Китайское экологическое чудо // Юридическая наука в Китае и России. 2021. № 4. С. 146—150.

⁴⁶ He J. & Jiang S. Op. cit. P. 37.

⁴⁷ См.: Черкасова О. В., Волков С. Г. Особенности развития агропродовольственного экспорта Китая в современных условиях // Экономика, труд, управление в сельском хозяйстве. 2020. № 12 (69). С. 22.

⁴⁸ См.: Черкасова О. В., Волков С. Г. Указ. соч. С. 24.

Определены направления стратегического развития органического сельского хозяйства — 4 июля 2023 г. Правительство РФ утвердило Стратегию развития производства органической продукции в Российской Федерации до 2030 года⁵¹.

Согласно Стратегии органической продукции ее производство позволяет минимизировать негативное воздействие на окружающую среду. Это обеспечивается путем «предотвращения загрязнения поверхностных и подземных вод, повышения качества воды в загрязненных водных объектах, восстановления водных экосистем; эффективного использования природных ресурсов; предотвращения деградации земель и почв; внедрения инновационных и экологически чистых технологий, развития экологически безопасных производств; развития системы эффективного обращения с отходами производства и потребления, создания индустрии утилизации, в том числе повторно-го применения таких отходов; строительства и модернизации очистных сооружений, а также внедрения технологий, направленных на снижение объема или массы выбросов загрязняющих веществ в атмосферный воздух и сбросов загрязняющих веществ в водные объекты; проведения мероприятий по предотвращению и ликвидации негативных экологических последствий; осуществления эффективных мер по сохранению и рациональному использованию природных ресурсов, в том числе лесных, охотничьих и водных биологических ресурсов, по сохранению экологического потенциала лесов»⁵².

В Стратегии органической продукции отмечена роль органического сельского хозяйства в реализации нескольких ЦУР, а именно Цели № 17, которая предусматривает обеспечение перехода к рациональным моделям потребления и производства, а также Цели № 15, согласно которой необходимы защита и восстановление экосистем суши и содействие их рациональному использованию, рациональное лесопользование, борьба с опусты-

ниванием, прекращение и обращение вспять процесса деградации земель и прекращение процесса утраты биологического разнообразия.

Определены три сценария развития органического сельского хозяйства — базовый, консервативный, оптимистический, из них за основу взят базовый сценарий. Поставлена задача — увеличить экспорт российской органической продукции. Потенциальный потребитель — КНР.

Органическое сельское хозяйство — это быстрорастущий сектор китайского сельского хозяйства. По отдельным оценкам, китайский рынок органической продукции к 2024 г. составит 13 млрд долларов⁵³. Причины увеличения потребности в органической продукции — социально-экономический рост, модернизация и индустриализация сельскохозяйственного производства. Разработан китайский стандарт органической продукции, ориентированный на зарубежные рынки. В КНР органическое сельское хозяйство осуществляется в трех формах: «1) крупные сельскохозяйственные организации арендуют земельные участки у фермеров и выращивают органическую продукцию; 2) с разрешения местных органов власти крупные сельскохозяйственные организации заключают с фермерами контракт на производство органической продукции; 3) фермеры создают ассоциацию для крупномасштабного производства органической продукции»⁵⁴. Производство органической продукции (в основном это молоко) ориентировано в большей степени на внешние рынки, хотя можно видеть и рост внутреннего спроса на органическую продукцию. С 2020 г. органическое сельское хозяйство интегрировано в развитие сельских территорий.

Аналогичный подход можно видеть и в России. Так, в Стратегии устойчивого развития сельских территорий Российской Федерации на период до 2030 года⁵⁵ предусматривается, что «органическое сельское хозяйство является одной из потенциальных точек роста для сельских поселений». Оно

⁴⁹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 20 февраля 2019 г. // Российская газета. 2019. 21 февр.

⁵⁰ Приняты Федеральный закон от 3 августа 2018 г. № 280-ФЗ «Об органической продукции и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (Российская газета. 2018. 6 авг.), Федеральный закон от 11 июня 2021 г. № 159-ФЗ «О сельскохозяйственной продукции, сырье и продовольствии с улучшенными характеристиками» (Российская газета. 2021. 17 июня), подзаконные нормативные правовые акты, ГОСТы.

⁵¹ Распоряжение Правительства РФ от 4 июля 2023 г. № 1788-р «Об утверждении Стратегии развития производства органической продукции в Российской Федерации до 2030 года» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>, 17.07.2023.

⁵² Стратегия органической продукции. Раздел I.

⁵³ Китайский рынок органических продуктов питания, 2024 // URL: <https://rosorganic.ru/news/the-chinese-market-is-organic-foods.html> (дата обращения: 24.08.2023).

⁵⁴ Галкин Д. Г. Модель развития органического сельского хозяйства Китая // Экономика и бизнес: теория и практика. 2023. № 5-1 (99). С. 108.

⁵⁵ Распоряжение Правительства РФ от 2 февраля 2015 г. № 151-р «Об утверждении Стратегии устойчивого развития сельских территорий Российской Федерации на период до 2030 года» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 06.02.2015.

«позволит повторно ввести в оборот неиспользуемые посевные площади, обеспечить занятость сельского населения, сформировать мнение о России как поставщике экологически чистой продукции, обеспечить внутренний продовольственный рынок отечественной продукцией высокого качества»⁵⁶. Развитие органического сельского хозяйства связано с агротуризмом⁵⁷ и сельской кооперацией, при этом кооперация рассматривается и в широком⁵⁸, и узком смыслах⁵⁹.

Осуществление сельского туризма характерно и для КНР, где он признается драйвером развития сельских территорий. Правовую основу развития сельского туризма составляют Решение Центрального комитета Коммунистической партии Китая (ЦК КПК) 2008 г. о реформировании и развитии сельских районов, которое «придало новый импульс укреплению сельских институтов, развитию современного сельского хозяйства, содействию культурному развитию и социальному прогрессу в сельских районах, комплексному развитию городских и сельских районов за счет развития сельского туризма»⁶⁰, уведомление Национального управления туризма и Министерства сельского хозяйства КНР об активном содействии развитию национального сельского туризма (2007), документ № 1 Центрального правительства «О реализации новой концепции развития и ускорении модернизации сельского хозяйства для достижения всестороннего благосостояния» (2016), План развития сельского туризма в документах на 14-ю пятилетку и др.

Для китайской модели сельского туризма характерно существование сельскохозяйственных кооперативов, занимающихся развитием сельского туризма, что приносит пользу каждому домохозяйству, а также пропагандирует местные обычаи. Исследователи выделяют четыре этапа в

становлении и развитии сельского туризма, при этом современный этап начался с 2016 г. Сегодня осуществляется несколько видов аграрного туризма: отдых на сельских курортах, участие в сельскохозяйственных работах, этнические туры, гастрономические туры, рыболовные туры, посещение высокотехнологичных китайских ферм по производству аквакультуры⁶¹. Государство поддерживает развитие аграрного туризма. В России сельский туризм также признан в 2021 г. направлением государственной поддержки в сфере развития сельского хозяйства⁶².

Подводя итоги, можно сказать, что для сельского хозяйства России и Китая характерны общие тенденции.

- во-первых, обеспечение собственной продовольственной безопасности, и по основным показателям данные страны обеспечивают свою продовольственную независимость;
- во-вторых, развитие экспорта сельскохозяйственной продукции, в том числе и органической. Это обуславливает необходимость правового регулирования и стратегического планирования органического сельского хозяйства, мер его государственной поддержки;
- в-третьих, устойчивое развитие сельских территорий, инструментами обеспечения которого являются органическое сельское хозяйство, сельский туризм, сельская кооперация;
- в-четвертых, процессы цифровой трансформации сельского хозяйства, охватывающие как производство, так и сбыт сельскохозяйственной продукции;
- в-пятых, зеленая трансформация сельскохозяйственной деятельности, позволяющая перейти к зеленому сельскому хозяйству как ресурсосберегающему виду сельского хозяйства, направленному на решение экологических про-

⁵⁶ Воронина Н. П. Сельскохозяйственная кооперация как механизм обеспечения продовольственной безопасности в системе национальных приоритетов России : монография. М. : Проспект, 2022. С. 37.

⁵⁷ См.: Токарева Е. В., Антамошкина Е. Н. Агрпромышленный туризм как перспективное направление развития сельских территорий в регионах России // Туризм: право и экономика. 2022. № 1. С. 18—21.

⁵⁸ В широком смысле сельская кооперация — это интеграция крупных и малых сельскохозяйственных товаропроизводителей в форме кластеров (см.: Кундиус В. А., Галкин Д. Г. Основные направления кластеризации органического сельского хозяйства России на принципах кооперации // Фундаментальные и прикладные исследования кооперативного сектора экономики. 2022. № 3. С. 46—54).

⁵⁹ В узком смысле сельская кооперация — создание малыми формами хозяйствования сельскохозяйственных кооперативов либо заключение ими договора о совместной сельскохозяйственной деятельности (см.: Воронина Н. П. Производство и экспорт органической продукции как стратегическая задача российского государства // Аграрное и земельное право. 2019. № 6. С. 36—37).

⁶⁰ Морозов Д. В., Се Ц. Опыт развития сельского туризма в Китае // Агрэотуризм в период современных вызовов: национальный опыт : материалы XII Национальной научно-практической конференции с международным участием. Минск, 25 ноября 2021 года. Минск : Белорусский государственный университет, 2021. С. 92.

⁶¹ См.: Оришев А. Б., Тарасенко В. Н. Аграрный туризм в Китае // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2019. № 1-1. С. 125—133.

⁶² Федеральный закон от 2 июля 2021 г. № 318-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» и статью 7 Федерального закона «О развитии сельского хозяйства» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>, 02.07.2021.

блем, в том числе и климатической. При этом должны применяться не только инновационные технологии, но и традиционные способы ведения сельского хозяйства (при условии выполнения экологических требований).

Таким образом, российское и китайское сельское хозяйство находится в процессе технологической, цифровой, зеленой трансформации, направленной на переход к новой модели осуществления сельскохозяйственной деятельности, для которой характерны глубокая переработка сельскохозяйственной продукции, технологическое обновление сельского хозяйства, использо-

вание ресурсосберегающих и низкоуглеродных технологий, что соответствует концепции устойчивого развития.

Современные проблемы сельского хозяйства обуславливают необходимость модернизации правового регулирования и стратегического планирования осуществления сельскохозяйственной деятельности, учитывающей как существенные изменения модели производства сельскохозяйственной продукции, так и преобразования системы управления сельским хозяйством и направленной на обеспечение экологической и продовольственной безопасности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бони Л. Д. Курс на модернизацию сельского хозяйства, деревни — главная задача аграрной политики КПК в 14-й пятилетке // Социально-экономические итоги 13-й пятилетки КНР (2016—2020 гг.) и задачи 14-й пятилетки (2021—2025 гг.) : статьи Ежегодной научной конференции Центра экономических и социальных исследований Китая Института Дальнего Востока РАН, Москва, 21 апреля 2021 г. — М. : Институт Дальнего Востока Российской академии наук, 2021.
2. Воронина Н. П. «Зеленое» сельское хозяйство // Развитие экологического законодательства и опыт правового регулирования «зеленой» экономики в России и Европейском союзе : монография / А. В. Белицкая, Н. П. Воронина, М. А. Егорова [и др.]. — М. : Проспект, 2023. — С. 37—52.
3. Воронина Н. П. Правовое обеспечение продовольственной безопасности в России в условиях санкций // Право в условиях санкций : монография / под общ. ред. М. В. Мажориной, Б. А. Шахназарова. — М. : Проспект, 2023. — С. 379—397.
4. Воронина Н. П. Производство и экспорт органической продукции как стратегическая задача российского государства // Аграрное и земельное право. — 2019. — № 6. — С. 36—37.
5. Воронина Н. П. Сельскохозяйственная кооперация в странах Азии: цифровая трансформация правового регулирования и стратегического планирования в условиях глобальных вызовов // Юрист. — 2022. — № 9.
6. Воронина Н. П. Сельскохозяйственная кооперация как механизм обеспечения продовольственной безопасности в системе национальных приоритетов России : монография. М. : Проспект, 2022.
7. Воронина Н. П. Стратегическое планирование обеспечения продовольственной безопасности // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2022. — № 5. — С. 68—69.
8. Воронина Н. П. Юридические модели сельскохозяйственной кредитной кооперации в России и Китае // Юридическая наука в Китае и России : ежегодник. — 2022. — № 5. — С. 8—19.
9. Галкин Д. Г. Модель развития органического сельского хозяйства Китая // Экономика и бизнес: теория и практика. — 2023. — № 5-1 (99).
10. Голубков М. А. Концепция продовольственной безопасности АСЕАН в условиях процесса формирования Экономического сообщества // Российский внешнеэкономический вестник. — 2016. — № 4.
11. Джан Л., Чен С. Цифровая экономика Китая: возможности и риски // Вестник международных организаций: образование, наука, новая экономика. — 2019. — Т. 14. — № 2.
12. 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.
13. Зеленая экономика и цели устойчивого развития для России: колл. монография / под науч. ред. С. Н. Бобылева, П. А. Кирюшина, О. В. Кудрявцевой. — М. : Экономический факультет МГУ имени М.В.Ломоносова, 2019.
14. Иншаков А. А. Роль кооперативов в преодолении сельской бедности (мировой опыт) // Экономика и управление: проблемы, решения. — 2020. — № 9. — Т. 1.
15. Игнатьева И. А. Понятие «зеленая экономика» в документах стратегического планирования // Сельское хозяйство. — 2023. — № 1. — С. 1—13.
16. Карелина Е. А. Потенциал стратегий цифровизации компаний развивающихся стран в фокусе формирования и развития глобальных цифровых платформ // Modern Economy Success. — 2022. — № 1.
17. Кундиус В. А., Галкин Д. Г. Основные направления кластеризации органического сельского хозяйства России на принципах кооперации // Фундаментальные и прикладные исследования кооперативного сектора экономики. — 2022. — № 3. — С. 46—54.

18. *Кусаинов Х. Х., Хусаинов Б. М.* Экономические аспекты цифровизации сельского хозяйства Казахстана // *Central Asian Economic Review*. — 2020. — № 3.
19. *Морозов Д. В., Се Ц.* Опыт развития сельского туризма в Китае // *Агротуризм в период современных вызовов: национальный опыт : материалы XII Национальной научно-практической конференции с международным участием*. Минск, 25 ноября 2021 года. — Минск : Белорусский государственный университет, 2021.
20. *Неменущая Л. А.* Цифровые технологии в фитопатологии // *Инновации в сельском хозяйстве*. — 2019. — № 1. — С. 215—221.
21. *Новикова Е. В.* Зеленая экономика и зеленое право: мировые тенденции // *Экологическое право*. — 2020. — № 3. — С. 13—19.
22. *Новикова Е. В.* Концептуальные основы правового регулирования «зеленой» экономики в России // *Экологическое право*. — 2020. — № 5. — С. 3—10.
23. *Новикова Е. В.* Эколого-правовое регулирование на этапе развития зеленой экономики в России // *Экологическое право*. — 2020. — № 4. — С. 9—16.
24. *Новикова Н. Ю.* Зарубежный опыт развития малых форм хозяйствования АПК // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/zarubezhnyu-opyt-razvitiya-malyh-form-hozyaystvovaniya-apk/viewer> (дата обращения: 01.07.2022).
25. *Оришев А. Б., Тарасенко В. Н.* Аграрный туризм в Китае // *Вестник Алтайской академии экономики и права*. — 2019. — № 1-1. — С. 125—133.
26. *Редникова Т. В.* Зеленое сельское хозяйство как отрасль зеленой экономики: проблемы оценки комплексного воздействия на окружающую среду // *Сельское хозяйство*. 2022. № 4. С. 37—45.
27. *Сальникова О. В., Рожкова Л. В.* Основные направления развития агропромышленного комплекса стран БРИКС // *Известия высших учебных заведений. — Поволжский регион. — Общественные науки*. — 2020. — № 4 (56).
28. *Соболев А. В., Пахомов В. М., Рыкалин А. С.* Сельскохозяйственные кооперативы: институциональный и региональный подтекст // *Научно-теоретический журнал*. — 2020. — № 1. — С. 90—100.
29. *Спирidonов Д. В.* Китайское экологическое чудо // *Юридическая наука в Китае и России : ежегодник*. — 2021. — № 4. — С. 146—150.
30. *Тойлыбаев Н. С.* Цифровизация сельскохозяйственного производства — основа его роста // *Аграрная наука — сельскохозяйственному производству Сибири, Монголии, Казахстана, Беларуси и Болгарии : сборник докладов XVIII Международной научно-технической конференции*. — Минск, 2020. С. 439—442.
31. *Токарева Е. В., Антамошкина Е. Н.* Агропромышленный туризм как перспективное направление развития сельских территорий в регионах России // *Туризм: право и экономика*. — 2022. — № 1. — С. 18—21.
32. *Ханатов Т. С.* Особенности внедрения цифровизации стран Центральной Азии // *Актуальные вопросы современной экономики*. — 2021. — № 2. — С. 294—299.
33. *Цветкова П. И., Дубова Ю. И.* Импортзамещение в пищевой промышленности России в условиях санкций // *Вестник Челябинского государственного университета*. — 2021. — № 3 (449). — Экономические науки. — Вып. 72.
34. *Черкасова О. В.* Некоторые аспекты современной аграрной политики в Китае // *Тенденции и перспективы развития : ежегодник*. — Вып. 13, ч. 1 / отв. ред. В. И. Герасимов. — М. : ИНИОН РАН, 2018.
35. *Черкасова О. В., Волков С. Г.* Особенности развития агропродовольственного экспорта Китая в современных условиях // *Экономика, труд, управление в сельском хозяйстве*. — 2020. — № 12 (69).
36. *Шабыкова М. А.* Товарооборот РФ и КНР в период санкций в 2022 году // *Культура и безопасность*. — 2023. — № 1.
37. *He J. & Jiang S.* 2023. Conservation agriculture in China: innovations, investment opportunities and challenges. — *FAO Investment Centre Country Highlights No. 19*. — Rome, FAO.

Современные тенденции развития законодательства об иностранных инвестициях в стратегические отрасли экономики

Current trends in the development of legislation on foreign investment in strategic sectors of the economy

Олеся Владимировна Мильчакова,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры конкурентного права
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
начальник Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России, г. Москва, Россия
e-mail: ovmilchakova@msal.ru

Olesya V. Milchakova,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Competition Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Head of the Foreign Investment Control Department of the FAS Russia,
Moscow, Russia
e-mail: ovmilchakova@msal.ru

© Мильчакова О. В., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.130-134

Аннотация. В статье рассматриваются некоторые актуальные вопросы эволюционного развития правовых норм об иностранных инвестициях в отрасли экономики, которые являются стратегически значимыми для государства. Отмечается, что в течение 15 лет с момента своего формирования законодательство в данной области интенсивно совершенствуется и в процессе своего развития, несмотря на отдельные точечные корректировки по смягчению административного регулирования, в целом характеризуется усилением контроля иностранного участия в стратегических секторах российской экономики. При этом увеличены количество областей экономической деятельности, иностранные инвестиции в которые подлежат государственному контролю, круг лиц, на которых распространяются меры ограничительного характера по инвестированию в стратегические отрасли экономики, а также виды сделок иностранных инвесторов, подлежащих обязательной предварительной notiфикации органами государственной власти. Данные тенденции предопределены национальными приоритетами государства на определенном этапе, необходимостью обеспечения экономического суверенитета и недопущения угроз для обороны страны и (или) безопасности государства в условиях международной политической и экономической нестабильности.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, безопасность государства, отрасли экономики, имеющие стратегическое значение для государства, Правительственная комиссия.

Abstract. The article deals with some topical issues of the evolutionary development of legal norms on foreign investment in sectors of the economy that are strategically important for the state. It is noted that for 15 years since its formation, the legislation in this area has been intensively improved and in the process of its development, despite some point adjustments to ease administrative regulation, it is generally characterized by increased control of foreign participation in the strategic sectors of the Russian economy. At the same time, the number of areas of economic activity in which foreign investments are subject to state control, the circle of persons subject to restrictive measures for investing in strategic sectors of the economy, as well as the types of transactions of foreign investors subject to mandatory prior notification by state authorities have been increased. These trends are predetermined by the national priorities of the state at a certain stage, the need to ensure economic sovereignty and prevent threats to the country's defense and (or) state security in the face of international political and economic instability.

Keywords: foreign investment, security of the state, sectors of the economy of strategic importance for the state, Government Commission.

В Российской Федерации, как и во многих зарубежных странах, установлен особый правовой режим иностранного инвестирования в отдельные сферы экономической деятельности, которые имеют принципиальное значение для обеспечения национальной военной, экономической, энергетической и иных видов безопасности.

Особенностью данного правового режима является установление запретов и ограничений влияния иностранных лиц на стабильность деятельности организаций, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства. Целью этих ограничений является недопущение совершения в отсутствие должного государственного надзора сделок, которые приводят или могут привести к установлению контроля над стратегическим обществом иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор. Достижению данной цели служит разрешительный порядок совершения указанных сделок, предполагающий обязательность их предварительного согласования с уполномоченным органом¹ — федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на выполнение функций по контролю иностранных инвестиций (ФАС России), и Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — Правительственная комиссия).

Правовую основу регламентации участия иностранного капитала в имеющие для государства стратегическое значение сферы экономической деятельности составляют Федеральный закон «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»² (далее — Закон № 57-ФЗ) и ст. 6 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»³ (далее — Закон № 160-ФЗ).

В Законе № 57-ФЗ раскрываются допустимые условия получения иностранным инвестором и группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, активов хозяйствующих субъектов, осуществляющих хотя бы один из 51 вида деятельности, указанного в ст. 6 закона (производство вооружения, авиационной техники, оказание услуг в портах, аэропортах, радио-, телевидения и др.), и (или) право осуществлять такие виды

деятельности в соответствии с имеющейся у них лицензией, аккредитацией, договором.

По общему правилу иностранные государства, международные организации и лица, находящиеся под их контролем («публичные» инвесторы), а также иные иностранные организации, не представившие сведения в ФАС России о своих контролируемых лицах, бенефициарных владельцах, выгодоприобретателях:

- а) не вправе контролировать (прямо, косвенно) деятельность стратегического общества и владеть 25 % и более его основных производственных средств;
- б) обязаны согласовать с Правительственной комиссией сделку по приобретению права распоряжаться (прямо, косвенно) более чем 25 % акций (долей) стратегического общества (но для общества, осуществляющего пользование участком недр федерального значения, организации, действующей в сфере рыболовства, — свыше 5 %), а также возможности блокировать решения органов управления указанного общества. Иные «частные» иностранные инвесторы, которые раскрыли ФАС России сведения о своих контролируемых лицах, бенефициарных владельцах, выгодоприобретателях, вправе приобрести:

- 1) без предварительного согласования (с условием неустановления контроля над обществом) — право распоряжаться (прямо, косвенно) не более чем 50 % от общего количества голосов, приходящихся на акции (доли) стратегического общества (но до менее чем 25 % — для общества, осуществляющего пользование участком недр федерального значения, организации, действующей в сфере рыболовства), а также менее чем 25 % его основных производственных средств;
- 2) с согласования Правительственной комиссии — право распоряжаться (прямо или косвенно) более чем 50 % голосов от общего количества голосов, приходящихся на акции (доли) стратегического общества (для общества, осуществляющего пользование участком недр федерального значения, организации, действующей в сфере рыболовства — 25 % и более), другие права, влекущие установление контроля над ним, а также 25 % и более его основных производственных средств.

В свою очередь, в Законе № 160-ФЗ (ст. 6) установлены:

¹ См.: определение Конституционного Суда РФ от 29.09.2011 № 1108-О-0; постановление Конституционного Суда РФ от 30.03.2023 № 12-П // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ [ред. от 28.04.2023] «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

³ Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ [ред. от 29.12.2022] «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

- 1) обязанность «публичного» инвестора обратиться с ходатайством о согласовании приобретения прав распоряжаться (прямо, косвенно) свыше 25 % голосов от общего количества голосов, приходящихся на акции (доли) российской организации, возможности блокировать решения ее органов управления;
- 2) возможность вынесения на заседание Правительственной комиссией по решению ее председателя сделки, не подлежащей обязательному согласованию по Закону № 57-ФЗ, для ее оценки и рассмотрения вопроса о наличии или отсутствии возможности по ее согласованию.

В динамике развития и модернизации законодательства в рассматриваемой области представляется обоснованным выделить следующие этапы.

2008 г. характеризуется формированием комплексного регулирования допуска иностранного участия в стратегические отрасли экономики. С принятием Закона № 57-ФЗ были регламентированы: виды деятельности, при осуществлении которых общество признается стратегическим; категории сделок, подлежащих предварительному согласованию; этапы и сроки анализа и одобрения сделок; принцип ничтожности сделок, совершенных с несоблюдением закона; правила лишения иностранных акционеров их корпоративных прав; административная ответственность; объем полномочий контролирующих инвестиции органов власти.

Также в Закон № 160-ФЗ (ст. 6) внесены дополнения об обязанности «публичного» инвестора согласовывать сделки по приобретению более 25 % акций (долей) российской организации и иной возможности блокировать решения ее органов управления.

В **2011 г.** проведена либерализация законодательства путем изъятия из-под контроля сделок международных финансовых организаций, созданных на основании международных договоров, в которых участвует или с которыми заключила такие договоры Российская Федерация, а также сделок иностранных юридических лиц, которые находятся под контролем Российской Федерации, граждан и налоговых резидентов Российской Федерации.

Кроме того, из сферы контроля изъяты: сделки по приобретению до менее чем 25 % акций (долей) организации, осуществляющей геологоразведку, добычу полезных ископаемых на участке недр федерального значения (до этого не требовалось согласования на приобретение менее чем 10 %); сделки по приобретению активов банков, имеющих лицензию в области криптографии, в уставных капиталах которых отсутствует доля (вклад) Российской Федерации.

В **2014 г.** сферы государственного контроля вложения иностранного капитала в стратегические сектора экономики существенно расширены

путем распространения норм Закона № 57-ФЗ в отношении сделок: по заключению корпоративных соглашений; граждан России, имеющих также иностранное гражданство; по приобретению от 25 % производственных средств стратегического общества; по осуществлению каких-либо иных действий по установлению иностранным лицом контроля над обществом.

Также из-под действия Закона № 57-ФЗ в 2014 г. изъяты сделки иностранных организаций, контролируемых субъектом РФ, а также приобретение активов организаций, производящих продукты питания или эксплуатирующих не в рамках основной деятельности в гражданском секторе экономики радиационные источники (обществ, которые используют стоматологическое оборудование, аппараты для рентгенографии, приборы для досмотра вещей и др.), а также в отношении организации, осуществляющей геологоразведку и добычу полезных ископаемых на участке недр федерального значения, при соблюдении условия о сохранении над этой организацией контроля (более 50 %) за Российской Федерацией.

В **2017 г.** в рамках направленности государственной политики по деофшоризации экономики введены дополнительные ограничения для инвестиций через офшорные юрисдикции, для которых приобретение более 25 % акций (долей) стратегического общества стало возможным только при условии получения согласия Правительственной комиссии на осуществление сделки. Одновременно введен запрет на установление инвестором, в структуре владения которого имеются офшорные компании, контроля над стратегическим обществом, и обозначены последствия непредставления в ФАС России информации о приобретении миноритарных пакетов акций (долей) стратегических обществ (от 5 %).

В этом же году введено положение, в соответствии с которым председатель Правительственной комиссии имеет право вынести на ее рассмотрение ту или иную сделку иностранного инвестора, если это необходимо для цели обеспечения государственной безопасности.

В **2018 г.** смягчены запреты и ограничения для инвестиций, осуществляемых через офшорные юрисдикции, путем введения принципа «раскрытия информации о структуре владения», в соответствии с которым допускается установление с предварительного согласия Правительственной комиссии контроля над стратегическим обществом иностранным инвестором, в структуре владения которого присутствует офшорная компания, при условии предварительного представления таким инвестором информации о его контролирующих лицах, бенефициарных владельцах и выгодоприобретателях в ФАС России. Для приобретения «частным» инвестором, «раскрывшим структуру владения», свыше 25 %

акций (долей) стратегического общества (при условии неустановления в результате совершения сделки контроля над ним по иным основаниям) введено правило об отсутствии необходимости получения согласия уполномоченных органов в рамках Закона № 57-ФЗ.

В целях недопущения причинения ущерба стратегическому обществу в связи с возможным соблюдением инвестором санкционных мер, определяемых государством его юрисдикции, увеличен перечень обязательств поведенческого и материально-технического характера, которые могут быть возложены Правительственной комиссией на инвестора для выполнения им в период владения акциями (долями) стратегического общества (обеспечение осуществления обществом стратегического вида деятельности, сохранение объемов производства и поставок продукции; внедрение инновационных технологий, локализация на территории РФ производства деталей и комплектующих и др.).

В 2020 г. установлены ограничения на дополнительное приобретение акций (долей) стратегических обществ в случае передачи иностранным инвестором уже имеющегося объема прав в отношении стратегического общества на временной основе иным лицам.

В марте 2021 г. устранены административные барьеры для инвестиций в открытые, нестратегические сферы экономики, обремененные незначительным «смежным» стратегическим активом (1 % от «основного» актива) в виде объекта водоснабжения, водоотведения, лаборатории, имеющей лицензию в области возбудителей инфекционных заболеваний (характерно для сфер сельского хозяйства, строительства, целлюлозно-бумажной промышленности, производства косметики и парфюмерии): отменен запрет на установление контроля «публичного» инвестора над обществом, действующим в указанных условиях, и введена упрощенная процедура согласования сделки в отношении такого общества для «частного» иностранного инвестора с возможностью согласования сделки ФАС России и последующим уведомлением Правительственной комиссии.

В июле 2021 г. в рамках усиления контроля присутствия иностранных лиц в рыбодобывающей отрасли снижен неконтролируемый «порог» участия иностранного инвестора, группы лиц в уставных капиталах рыбодобывающих обществ до менее чем 25 % (ранее не требовало согласования приобретения до 50 %).

В феврале 2022 г. упрощен порядок согласования сделок при восстановлении контроля

над стратегическим обществом, утраченного после 17.03.2014, при условии регистрации иностранной компании, через которую ранее осуществлялся контроль над таким обществом, в качестве международной компании в порядке редомициляции на территории специальных административных районов Российской Федерации: возможность согласования сделки ФАС России без вынесения ее на рассмотрение Правительственной комиссии.

В период с апреля по декабрь 2022 г. расширена сфера государственного контроля иностранных инвестиций путем дополнения перечня видов деятельности, признаваемых стратегическими (перевозки морским транспортом, рыболовство, оценка уязвимости объектов топливно-энергетического комплекса и др.), а также распространения норм Закона № 57-ФЗ на сделки по приобретению активов стратегических обществ юридическими и физическими лицами, признанными иностранными агентами.

В 2023 г. получение обществом, находящимся под контролем какого-либо иностранного инвестора или группы лиц с участием иностранного инвестора, лицензии, аккредитации, необходимых для выполнения стратегических видов деятельности, как и сделки граждан России, имеющих вид на жительство в иностранном государстве, отнесены к сфере контроля в рамках Закона № 57-ФЗ.

Также уточнены процедуры принятия решения о рассмотрении Правительственной комиссией сделки иностранного инвестора на основании Закона № 160-ФЗ (ст. 6).

Кроме того, детализированы последствия нарушения Закона № 57-ФЗ в части взыскания в судебном порядке в доход государства акций (долей) стратегического общества, его производственных средств и доходов, которые были получены недобросовестным инвестором в течение незаконного владения активами общества. Также закреплено право стратегического общества взыскать с иностранного инвестора причиненные им обществу убытки (включая упущенную выгоду), вред, причиненный имуществу общества.

Анализируя последовательность развития правовых норм об иностранных инвестициях в стратегических секторах экономики, следует отметить, что за 15 лет действия, несмотря на сохранение количества статей в Законе № 57-ФЗ и Законе № 160-ФЗ, их содержательное наполнение значительно увеличилось. Это отвечает общим тенденциям развития российского законодательства в части значительного расширения сферы правового регулирования, повышения интенсивности правового регулирования⁴, инфляции

⁴ Барзилова И. С. Проблемы развития современного российского законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 4 (44). С. 94.

правовой материи в развитии отраслей законодательства⁵.

При этом эволюция законодательства в рассматриваемой области, несмотря на отдельные точечные корректировки по смягчению административного регулирования, в целом характеризуется последовательным усилением контроля иностранного участия в стратегических сферах экономики с

учетом национальных приоритетов государства на определенном этапе. Данные тенденции предопределены Стратегией национальной безопасности Российской Федерации⁶, целями защиты экономического суверенитета государства, недопущения угроз для обороны страны и (или) безопасности государства в условиях международной политической и экономической нестабильности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Барзилова И. С. Проблемы развития современного российского законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 4 (44). — С. 94—102.
2. Головина А. А. Актуальные тенденции развития системы российского законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 4 (44). — С. 103—104.
3. Ершова И. В., Петраков А. Ю. Инвестиционное право : учебник. — М. : Проспект, 2021. — 304 с.
4. Марченко М. Н. Тенденции развития права в современном мире : учебное пособие. — М. : Проспект, 2021. — 376 с.

⁵ Головина А. А. Актуальные тенденции развития системы российского законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 4 (44). С. 103—104.

⁶ Указ Президента РФ от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 27 (ч. II). Ст. 5351.



Экологическая безопасность

О праве малых островных государств на получение компенсации за потери и ущерб, связанные с последствиями изменения климата On the liability of small island States to compensate for loss and damage associated with climate change impacts

Чжан Цзяюй,

магистрант кафедры международного права
юридического факультета Хэнаньского университета,
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: 3044874951@qq.com

Ван Юньпэн,

доцент кафедры международного права юридического факультета
Хэнаньского университета
(основные направления исследований:
международное экономическое право,
международное право в области изменения климата),
Кайфэн, Хэнань, Китай
e-mail: 3044874951@qq.com

Zhang Jiayu,

Master student of International Law of Henan
University Law School, head of 2021,
Kaifeng, Henan, China
e-mail: 3044874951@qq.com

Wang Yunpeng,

Associate professor, Department of International Law,
master tutor of Law School, Henan University
(main research fields: International Economic Law,
International Climate Change Law),
Kaifeng, Henan, China
e-mail: 3044874951@qq.com

© Чжан Цзяюй, Ван Юньпэн, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.135-144

Аннотация. *Малые островные государства могут подвергнуться серьезной угрозе при изменении климата из-за повышения уровня моря при таянии ледников.*

В настоящее время международное сообщество достигло определенного консенсуса в оценке потерь и ущерба в результате изменения климата, но концепция и характер таких потерь и ущерба четко не определены.

Ученые придерживаются разных взглядов на определение ответственности за ущерб, причиненный в результате изменения климата. Анализ составляющих ущерба, причиненного в результате изменения климата, показывает, что его не следует путать с «трансграничным ущербом», а ответственность субъектов за результаты ущерба не должны быть карательной ответственностью. Скорее, следует установить «особую ответственность», отличную от традиционной ответственности и ответственности государства.

На практике трудности определения ответственности за ущерб, причиненный изменением климата, связаны с тем, что ряд договоров об изменении климата, в частности Рамочная

конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата, не содержат четкую правовую основу для установления компенсации, определения предмета ответственности, механизма деятельности климатического фонда. Международному сообществу следует уточнить правовую основу потерь и ущерба, вызванных изменением климата, используя при этом другие нормы международного права, обычного международного права и Конвенции по климату, дополняющих друг друга.

Кроме того, в этой сфере следует уточнить определение ответственных сторон, усилить обязательные механизмы реализации ответственности, расширить источники финансирования, в том числе для малых островных государств. Основные вкладчики и сумма взносов должны быть уточнены, а международное сотрудничество в области компенсации убытков и ущерба, причиненных изменением климата в малых островных государствах, должно осуществляться более согласованно.

Ключевые слова: малые островные государства, изменение климата, потери и ущерб, механизмы компенсации.

Abstract. *Small island States are one of the main victims of climate change and, owing to their low sea level, are greatly threatened by sea-level rise and glacier melting as a result of climate change. At present, although the international community has reached a certain consensus on loss and damage due to climate change, the concept and nature of loss and damage due to climate change have not been clearly defined. Academics have different views on the determination of liability for damage caused by loss due to climate change.*

The characteristics of damage caused by loss due to climate change and the proof of liability show that it should not be simply confused with «transboundary damage», and the responsibility and liability of the actors for the results of the damage should not be punitive liability, but should be defined as a liability that is different from traditional State responsibility and liability. Rather, it should be defined as a «special liability» distinct from traditional State responsibility and liability.

The practical dilemma in realizing liability for damages for losses caused by climate change lies in the fact that a series of climate change treaties, such as the United Nations Framework Convention on Climate Change, have not clarified the legal basis for compensation, the difficulty in identifying the subject of liability, the lack of a mandatory mechanism, and the insufficiency of the climate fund mechanism. The international community should clarify the legal basis for climate change-induced losses and damages, while utilizing other rules of international law, customary international law and the Climate Convention to complement each other.

In addition, the identification of the responsible parties should be clarified, mandatory mechanisms for the realization of liability should be increased, the sources of climate funds should be broadened, the distribution of climate funds in small island States should be improved, the main contributors and the amount of contributions should be clarified, and international cooperation in compensating for the losses and damages caused by climate change in small island States should be carried out in a concerted manner.

Keywords: *small island states, climate change, loss and damage, compensation mechanisms.*

As one of the most valued issues, in addition to natural factors, the historical activities of developed countries have an unshirkable responsibility for climate change.¹ Developed countries emit large amounts of greenhouse gases such as carbon dioxide in the process of industrialization, leading to a series of damage results such as rising global temperatures, melting glaciers and sea level growth. The loss and damage brought about by climate change has become one of the serious problems threatening the survival of human beings. It not only has a huge impact on natural resources and biodiversity, but also poses a great threat to national security and international

stability. Among them, climate change affects small island states (hereinafter referred to as small island states) seriously, as the least economically developed small island countries bear most of the losses and damage caused by climate change, and some small island countries even face the risk of flooding; in addition, small island countries are located in frequent natural disasters, climate change will also increase the frequency of natural disasters, affect the economic development of small island countries. Developed countries develop industrial economies but only resource-poor small island states, a result clearly not consistent with climate justice. However, based on

¹ He Zhipeng, Ma Wenfei. Practical exploration and future development of climate change damage relief [J] // Journal of Gansu University of Political Science and Law, 2019 (04): 86—100.

the damage results, whether the small island states can require developed countries to give compensation, whether there is a basis of international law, and how the current situation and predicament of the compensation, need for academic discussion and legal clarity.

1. Dispute over the nature of liability for damage caused by climate change

Damage caused by climate change is an important issue in the international climate negotiations. As early as 2007, the 13th session of the United Nations framework convention on climate change of the party conference reached the Bali action plan, appeared «loss and damage associated with climate change impacts», and currently involves the small island states loss and damage of international conventions or conference documents are for loss and damage measures, did not clear definition of loss damage caused by climate change. By clarifying the four characteristics of loss and damage caused by small island states caused by climate change, Zhang Chenyang believes that the nature of liability for loss and damage to small island states caused by climate change is not compensation liability but special compensation liability.²

Lin Canling believes that the liability for damage due to climate change is an independent form of responsibility, and in the absence of the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Kyoto Protocol and the Paris Agreement, it is extremely difficult to prove a country for violating the obligations under the Convention; moreover, the major emissions of greenhouse gases represented by the United States refuse to ratify the Kyoto Protocol; the Convention is far from the realistic requirements for relief for damage caused by climate change.

Liability for damage caused by climate change must be resolved in other ways. The subject of greenhouse gas emission shall bear the responsibility of international law, in the form of compensation, intended to provide special loss for the public interest to reflect the fairness of law; in addition to the traditional state responsibility and cross-boundary liability, called «liability for damage caused by climate change».³

Gong Yu believes that climate change damage essentially belongs to the «cross-boundary damage» in the sense of international law, but it is also

a special damage that is different from the general cross-boundary damage. From harmful behavior and damage consequences should exist a physical link (excluding economic, trade, financial activities caused by unphysical damage), damage must be caused by human activities (excluding pure «disaster» damage), damage must be enough to trigger the severity of legal liability (excluding minor damage) and damage consequences must transcend national boundaries (excluding non-cross-border damage) the four elements, climate change damage can be incorporated into the category of cross-border damage. In addition to the commonality of general transboundary damage, climate change damage also has its own particularity. The damage caused by climate change should be defined as a «special transboundary damage», and the state compensation liability should be applied.⁴

It can be seen that there is no unified standard for the definition of the nature of the damage caused by climate change in small island countries. There is also a great dispute over the compensation liability for the damage caused by climate change, and different views and positions also have some rationality and limitations.⁵ For the national compensation liability, the developed countries generally implement the resistance, there are great difficulties in practice. Developed countries recognize the historical responsibility for excessive emission of greenhouse gases during industrial times, but do not regard such responsibility as liability for compensation. Meanwhile, the Paris Agreement is stated in the Decision 1 / CP. The loss damage section in 21 (paragraphs 48—52) clearly states that the loss damage clause (article 9 of the Paris Agreement) does not involve any liability or compensation, nor does it provide a basis for any liability or compensation.⁶

Therefore, it is difficult to establish the liability for damage caused by climate change, and it is of great difficulty to claim compensation in both law and practice. Compensation liability is more applicable to the liability attribute of loss and damage caused by climate change in small island countries.

2. The standard basis for establishing the compensation liability

The establishment of compensation liability also needs the normative basis, and the small island states need

² Zhang Chenyang. The International Study on the Loss and Damage of Small Island States due to climate change [J] // The Pacific Journal. 2017. 25(09):11—23. DOI:10.14015/j.cnki.1004-8049.2017.9.002.

³ Lin Canling. Liability for damage caused by climate change [J] // Journal of China University of Political Science and Law. 2016. (06):74—82+161.

⁴ Gong Yu. State responsibility for climate change damage: Unreal or realistic [J] // Modern Law. 2012. 34 (04):151—162.

⁵ Cheng Yu. Rules of International Law on climate change [J] // The Pacific Journal. 2016. 24 (11):12—22. DOI:10.14015/j.cnki.1004—8049.2016.11.002.

⁶ Chen Minpeng, Zhang Yucheng, Li Bo, etc. Interpretation and countermeasures to the adaptation and loss of damage content of the Paris Agreement [J] // Progress in Climate Change. 2016. 12 (03):251—257.

legal and moral support to recover for the damage caused by climate change; that is, the normative basis of compensation liability can be based on both the legal basis and the moral basis of corrective justice.

2.1. The legal basis for the compensation for the small island state

2.1.1. The United Nations Framework Convention on Climate Change

The United Nations Framework Convention on Climate Change ("UNFCCC") is an important international treaty signed by nearly 200 countries around the world to coordinate the international actions on climate change. UNFCCC There is no specific provision on the loss and damage caused by climate change, but it establishes the core principle of «common but differentiated principle» (CBDR). CBDR principle reflects the developed countries and developing countries in industrial development, emissions of greenhouse gases, environmental protection and maintenance of sustainable development of unbalanced, unequal status, is for developing countries and small island countries in environmental issues of a kind of compensation, but also to the balance of historical responsibility and superior position of developed countries.

The realization of CBDR principle is mainly reflected in two aspects: first, developed countries should assume greater responsibility, including emission reduction and financial and technical support; second, developing countries should take different measures to deal with the loss and damage of climate change losses according to their national conditions and economic development conditions. Compensation liability may arise from the main breach of the developed countries; however, the small island states need to prove that the developed countries fail to meet their emission reduction obligations. However, the UNFCCC does not specify clear reduction obligations in developed countries; as a fulfillment agreement of the Convention, the Kyoto Protocol establishes mandatory quantitative reduction obligations in developed countries.

2.1.2. The Kyoto Protocol

The Kyoto Protocol, which came into force in 2005, specifies the types, schedules and quotas to reduce greenhouse gas emissions in major developed countries. The agreement follows the «principle of common but differentiated responsibilities» formulated by the United Nations Framework Convention on Climate Change, and requires developed countries, historically a major greenhouse gas emitter, to take specific measures to limit greenhouse gas emissions, while developing countries do not assume legally binding greenhouse gas restrictions. The Bali Climate Conference in December 2007 established the Bali Roadmap, which set a clear agenda for key issues in

international negotiations on climate change. The Bali Roadmap establishes a dual-track negotiation mechanism.

On the one hand, developed countries signing the Kyoto Protocol should commit to substantial quantitative emission reduction targets after 2012; on the other hand, developing countries and developed countries that have not signed the Kyoto Protocol should take further measures against climate change under the United Nations Framework Convention on Climate Change. In November 2013, the Warsaw Climate Conference once again recognized that they should contribute to support developing countries in their response to climate change, reached a preliminary agreement on the compensation mechanism for damage, and established the Warsaw mechanism for damage. Although the Kyoto Protocol specifies the quantitative emission reduction obligations of developed countries; the small islands still need to consider the rules of the Paris Agreement.

2.1.3. The Paris Agreement

Article 8 of the Paris Agreement provides that Parties recognize the importance of avoiding, minimizing and addressing losses and damage related to climate change (including extreme climate events and delayed adverse effects, as well as the role of sustainable development in reducing damage and damage. The Paris Agreement clearly states that all parties should, through international cooperation, strengthen capacity building and coordination of the inevitable and existing losses and damage caused by climate change to developing countries. In addition, the Paris Agreement addresses the establishment of a «mechanism for loss, damage and damage to climate change», under which parties can coordinate cooperation, share information and knowledge, and provide specific support and assistance to regions with the largest impact of climate change, including finance, technology and capacity building.

2.1.4. The polluter-pay principle

The principle of polluter payment, known as the principle of polluter payment, user compensation, developer protection and recovery of destroyer, is the basic principle to determining the responsibility for the harmful consequences and adverse effects of environmental pollution and damage. The polluter pays principle, first proposed by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in 1972, has been evolving for more than 40 years and has been endorsed by most sovereign state and international legislation, such as the Kyoto Protocol and the Rio Declaration on Environment and Development. Article 13 of the Rio Declaration on Environment and Development recognizes and emphasizes the principle of polluter payment. Although the Declaration stipulates «compensation for environmental damage», the principle itself provides compensation

for users, and the provisions in fact indicate that the State should be liable for the environmental damage caused by it. The principle of polluter payment has become a basic principle in the field of international environmental governance and should belong to the category of legally binding international customary law.

2.2. The moral basis for the small island state: the principle of corrective justice

"Corrective justice" is substantial equality, and equality requires the victim to get the same compensation. The main reason of climate change is that greenhouse gas emissions is too large, developed countries in the past in the process of industrialization of greenhouse gas emissions far more than developing countries and small island countries, and atmospheric resources are public resources, is not the appendage of developed countries, developed countries in the process of industrialization, small island countries in the climate change, is obviously unfair. The small island states receives respect for the natural environment and human rights. Small island states depend on the survival and development of the surrounding oceans and ecosystems. Climate change destroys the natural system, leading to sea level rise and ocean acidification, and inevitably affects the livelihood and health of residents of small island countries. The rising sea level will even lead to the inundation of island countries, endangering the life safety of residents. Developed countries should bear the historical responsibility, in addition to the legal rigid provisions, but also the moral direction.

However, the domestic academic circle has not yet defined the time of «history», and the «history» in historical responsibility is not completely the «history» referred to by the historical principle. It is unfair to the subject of historical emission to classify the time of contemporary people.⁷ The period when developed countries take historical responsibility should be that when developed countries overexcessive greenhouse gases and developing countries' greenhouse gas emissions do not exceed their emissions. In posner, westbach, Li Zhi, zhang of climate change justice, in 2005 developing countries emissions than developed countries is not much less, so at least before 2005 developed countries for excessive emissions of greenhouse gases should bear historical responsibility, after 2005 due to greenhouse gas emissions of climate change, according to the fair principle of climate justice.⁸

3. The reality of the realization of compensation responsibility dilemma

Although the compensation liability for losses and damages caused by climate change is supported by the legal and moral basis, it is also an important part of international negotiations. Developed countries should provide financial and technical support to developing countries according to the convention and historical responsibility. However, the realization of the compensation liability still has a practical dilemma in practice.

3.1. The ambiguity of the rights and responsibilities in the climate Convention

Treaties such as the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Kyoto Protocol and the Paris Agreement have played a positive role in addressing climate change governance. However, none of the treaty makes a clear statement of the responsibility for the loss and damage caused by climate change.

The United Nations framework convention on climate change according to the principle of «common but differentiated responsibility», the developed countries and developing countries the obligations and obligations procedures, require developed countries as large greenhouse gas emissions, take concrete measures to limit greenhouse gas emissions, and provide funds to the developing countries to pay the cost of their obligations under the convention. Developing countries, on the other hand, only undertake the obligation to provide national lists of greenhouse gas sources and sinks, formulate and implement plans containing measures on greenhouse gas sources and sinks, and do not undertake legally binding control obligations. U NFCCC Although established a mechanism to developing countries to provide funds and technology to fulfill the convention obligations, but the ultimate goal of the mechanism is to reduce greenhouse gas emissions, reduce the harm of human activities to the climate system, reduce climate change, enhance the ecosystem adaptability to climate change, to ensure food production and sustainable economic development, is not to the countries damaged by climate change.⁹ Moreover, the Convention does not stipulate specific obligations for individual parties or provide for an implementation mechanism. In this sense, the Convention lacks the legal binding force.

⁷ Yao Xiaona, Tang Tian. Discuss the historical responsibility in climate justice — the definition, rationality and limit of historical responsibility [J] // Yuejiang Academic Journal. 2018. 10 (04):46—55+144. DOI:10.13878/j.cnki.yjxk.20180820.014.

⁸ Posner Westbach. Justice of Climate Change, translated by Li Zhi, Zhang Jian. Beijing : Social Sciences Academic Press, 2011. P. 127.

⁹ The provisions of the United Nations framework convention on climate change in article 2: «This convention and the conference of the parties may pass any relevant legal documents of the ultimate goal is to reduce greenhouse gas

For the first time, the Kyoto Protocol imposes restrictions on greenhouse gas emissions in the form of regulations, but the treaty does not provide for a clear liability for the damage caused by climate change. So small island states should not be liable for violations by developed countries of mandatory greenhouse gas emissions under the Kyoto Protocol. In addition, as the United States, climate change is cumulative, climate change damage most should be historical responsibility, they do not deny emissions, also admit historical responsibility, but claims to the understanding of greenhouse gas emissions does not foresee the damage, and the Kyoto protocol is the regulation of the international gas emissions, rather than retroactive, therefore can not claim the developed countries damage compensation liability.

The Paris agreement is the second legally binding climate agreement after the Kyoto protocol, for 2020 global action on climate change, which illustrates the importance of climate change loss damage, and stressed that the parties should, on the basis of cooperation and provide convenience, including as appropriate through the Warsaw international mechanism, in the loss and damage involved in understanding, action and support.¹⁰ However, throughout the full text of the Paris Agreement, there is no regulation on the liability for damage caused by climate change, which cannot be the basis for small island states to seek compensation.

The formation of the climate change treaty on the basis of the negotiations between countries, greenhouse gas emissions often more can grasp the negotiations, power for their own national interests, on the responsibility for climate change, therefore, can be seen from the climate change treaty legal basis is still very weak, it is difficult to small island climate change damage compensation provide the legal basis.

3.2. Difficulties in identifying the subject of responsibility

When small island states seek relief under the Climate Change Convention, one of the ways they can take is to request States parties to fulfill their treaty obligations. If the state violates its obligations under international law, corresponding state responsibilities will arise. However, not only does the climate convention fail to provide a clear legal basis as men-

tioned above, but it is also very difficult to identify the subject of responsibility.¹¹

And for the identification of the subject of responsibility, which countries should bear this kind of compensation responsibility, whether to bear the obligation to prevent the consequences of such damage? If anything, which countries have such obligations, there is a gap in the international regulations on losses and damage caused by climate change. Similarly, how to define the victim country is also one of the difficulties. The negative impacts of climate change are also uneven to different small island countries, while those with little impact on climate change and the least able to cope with climate change have the biggest negative impacts. Can these countries claim compensation for their land, property, health damage and their potential casualties? If possible, to what extent can compensation be requested? It's hard to determine.

3.3. The lack of the mandatory mechanism for realizing the responsibility

Although the Kyoto Protocol and the Paris Agreement stipulate the responsibilities and obligations of all parties, the provisions are mainly based on the principle of voluntariness and there is no clear mandatory mechanism to ensure the fulfillment of responsibilities. At present, the climate mechanism of the United Nations is mostly «bottom-up» mode, coupled with the negative resistance of the United States and other major greenhouse gas emissions, which makes the «top-down» coercive mechanism suffer from multiple obstacles at the practical level. Undoubtedly, the «bottom-up» model has strong flexibility and more diverse political power, which can promote the signing and implementation of climate conventions to some extent. At the same time, this model adapts to the national conditions, political conditions and development prospects of all countries in the world, and attracts more countries to sign climate conventions, because this model can maintain the differences in the negotiations, recognize the favorable clauses for its own country, and retain the unfavorable clauses. However, in practice, the actual effect of the implementation of the Convention is not ideal. There is no mandatory mechanism restriction, and many major countries do not abide

emissions, reduce the harm of human activities to the climate system, reduce climate change, enhance the ecosystem adaptability to climate change, to ensure that food production and economic sustainable development.»

¹⁰ Article 8 of the Paris Agreement: «1. The Parties recognize the importance of avoiding, mitigating and addressing losses and damage related to climate change (including extreme climate events and delayed adverse effects, as well as the role of sustainable development in reducing loss and damage. 2. The leadership and guidance of the Conference of the Parties as the party to the Paris Agreement and strengthened by the decision of the Conference of the Parties as the Conference of the Parties to the Paris Agreement. 3. The Parties should, on the basis of cooperation and facilitation, including through the Warsaw International Mechanism, enhance understanding, action and support for the losses and damage involved.»

¹¹ *Lin Canling*. Liability for damage caused by climate change [J] // *Journal of China University of Political Science and Law*. 2016. No. 56 (06):74—82+161.

by the responsibilities and obligations stipulated in the Convention.

3.4. The inadequacy of the climate Fund and the mechanism

There is no doubt about the importance of funding to combat climate change. For small island states, financial support is equivalent to resisting and eliminating the adverse effects of climate change, and climate funds can improve their ability to prevent climate change. For now, the climate fund has more difficulties.

First, there is an insufficient funding source. Although COP 27 first proposed the establishment of the «climate change loss and damage fund», how to establish the contributing countries and how to define the amount of contribution are one of the difficulties that affect the operation of the climate fund. If developed countries are required to contribute capital, is it regulated by international law, or is it out of international morality?

Second, the adverse effects of climate change on countries increasingly serious, small island countries due of its own vulnerability, the demand for climate fund is also more and more high, climate change loss damage has made the small island state economy, in the Indian Ocean small islands developing countries suffered more than 50 climate disasters, causing more than \$17 billion losses, huge economic amount makes small island nation embarrassed, increasingly dependent on the climate fund.¹²

Finally, the allocation of funds is not flexible enough. The funding allocation process of the Climate Fund is inflexible to adapt to the needs and characteristics of different developing countries. In addition, there are restrictions and conditions on the allocation of the climate funds to really play their due role.

4. The perfect path of the compensation responsibility realization mechanism

4.1. Clarify the legal basis for losses and damage caused by climate change

4.1.1. Supplement to the contents of the Convention to the extent feasible

As mentioned above, although the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol have played a positive role in climate change prevention and control, the Paris Agreement explains the importance of climate change damage,

but they do not clearly state how to pursue accountability and how small island states claim compensation. The Warsaw International Mechanism proposes to help particularly vulnerable developing countries meet their obligations under the United Nations Convention on Climate Change, but has not formulated specific measures to deal with the losses and damage caused by climate change. The negotiation process of the above Convention, both the appeal of the International Union of Small States and the report of the Conference of the Parties, make separate recommendations, such as a risk-sharing mechanism and compensation for losses and damage, none of which is covered in the Convention.¹³ In the course of future negotiations, States parties or international organizations may, in accordance with the rules of international law, supplement the contents of the Convention to clarify the legal basis for compensation for damage caused by climate change in small island states.

4.1.2. Use other rules of international law and customary international law and climate conventions

For example, the United Nations Convention on the Law of the Sea stipulates the principles of the maritime rights and interests of small island states and the protection of the Marine environment, including the rights of small island states to enjoy exclusive economic zones, continental shelf and other maritime rights and interests, and the right to protect and manage the Marine environment in these regions.¹⁴ In addition to the intangible economic and political losses, the most important damage to the small island countries caused by climate change is the damage to the territory, biodiversity and the Marine environment. Therefore, other rules of international law can be used to complement the shortcomings of climate conventions.

4.2. Increase the compulsory mechanism to realize the compensation liability

International climate governance is a typical collective action problem, and the current climate action is not enough to deal with the huge climate crisis facing mankind. The «bottom-up» model lacks insufficient political leadership, the parties have no binding regulation, and no substantial progress in solving climate issues, including climate damage. At the same time, «loss and damage» and «compensation liability» must be closely linked with the compulsory obligation. For the first time, the Kyoto Protocol forcibly restricts greenhouse gas emissions in the form

¹² Nella Canales, Aaron Atteridge, Annie Stuesson. Climate Finance for the Indian Ocean and African Small Island. Developing States [R]. Stockholm : Stockholm Environment Institute, 2017.

¹³ Zhang Chenyang. Definition of loss and damage to small island states caused by climate change [D]. China University of Political Science and Law, 2017.

¹⁴ Parts IV, V and VI of the United Nations Convention on the Law of the Sea clearly specify the state of islands, the exclusive economic zone and the continental shelf.

of regulations. The Paris Agreement stipulates the issue of the loss and damage caused by climate change, but the treaty does not provide mandatory liability for the loss and damage caused by climate change. The climate convention could add a «monitoring and assessment mechanism», impose procedural sanctions on countries that emit greenhouse gases in excess of their share, and require countries that emit excessive emissions to be liable for compensation to ensure the strict fulfillment of compensation liability for damage caused by climate change.

4.3. Clarifying the identification of the responsibility subject

At present, the international community has not reached an agreement on the liability for compensation for damage caused by climate change. According to the characteristics of the loss and damage caused by climate change, the compensation liability should be jointly borne by multiple subjects.

4.3.1. Developed countries

Developed countries, as the main parties responsible for climate change, should assume more responsibilities and obligations, including providing compensation for losses and damage caused by climate change. First, economic activity and generated greenhouse gas emissions in developed countries are one of the leading causes of climate change. These countries dominate the global economy, and over the past few decades, their economic development model has largely relied on high-carbon emissions of industries and energy sources, leading to far more greenhouse gas emissions than developing countries. Second, developed countries with rich economic resources and technologies can more easily cope with the impact of climate change. In contrast, climate change victims such as small island countries have made it difficult to effectively cope with the impact of climate change due to their own economic constraints and insufficient technical conditions. Finally, the principle of «common but differentiated responsibilities» in the UN Framework Convention on Climate Change indicates that both developed and developing countries have different responsibilities and obligations to address climate change. In addition, the Paris Agreement stresses that climate change has a special impact on small island countries and needs special attention, and that developed countries should provide financial and technical support for losses and damage caused by climate change. Although some scholars believe that the more responsibilities and obligations of developed countries are due to moral considerations, it is also based on the provisions and principles of international law and the United Nations Framework Convention on Climate Change.

4.3.2. Developing countries

While developing countries have relatively little responsibility for climate change, they also need to contribute to tackling climate change. There are some developing countries in relatively developed countries, their economic activities and the greenhouse gas emissions are relatively high, and the international community on the climate change loss damage responsibility main body did not agree, simply to the developed countries is not feasible, developing countries also need to bear certain responsibility and obligations. For example, some developing countries can help climate change victims such as small island countries cope with losses and damage by providing financial and technical support. At the same time, developing countries can reduce the impact of climate change by reducing greenhouse gas emissions and strengthening environmental protection. Developing countries have lighter responsibilities and obligations than developed countries, but they are equally critical for global cooperation and coordination on climate change.

4.3.3. Private enterprises

The reason for discussing the subject of state responsibility alone is that private enterprises also play an important role in climate change. As the economic activities of some private enterprises may lead to a series of environmental problems such as greenhouse gas emissions, the responsibility of the private sector cannot be mixed with the national responsibility, and the private sector should also bear some responsibility for the losses and damage caused by climate change.

4.3.4. Victims of climate change

The damage and damage caused by climate change mainly affect climate change victims such as small island countries, coastal cities and mountainous areas. Therefore, they should be the main beneficiaries of compensation for damage caused by climate change.

4.4. Improve the climate fund mechanism

4.4.1. Expand climate funding sources

The Global Climate Fund is facing the danger of insufficient funds. Relying solely on traditional funding sources such as donations from developed countries and private entities cannot meet the current needs of tackling climate change, and cannot meet the financial needs of small island countries to achieve compensation for losses and damage caused by climate change. It is therefore necessary to consider adding new sources of funding to supplement the climate fund, and the international carbon tax is one possible approach.¹⁵ The EU, the first economy to impose «carbon tariffs»,

¹⁵ Wang Hongpeng, Mo Jianjian. Research on the countermeasures of climate change damage compensation dilemma in small island countries [J] // Journal of China Cadre Academy of Environmental Management. 2016. 26 (05): 7–10.

claims the EU carbon Border Regulation Mechanism (CBAM) as another milestone in driving carbon reduction. The international community can learn from the positive role of the EU's carbon tariffs and set up special international institutions around the world to levy carbon taxes according to a unified tax rate. Climate benefits brought by this kind of behavior will be considerable, through economic means to tax the use of fossil fuels embodies the principle of «polluter pay», environmental polluter will no longer will damage the environment cost externalization, the cost of environmental pollution will reduce the use of fossil fuels, to slow climate change. Moreover, the income from the international carbon tax is huge, and it is essential for the international carbon tax to apply the global income to address changes. Therefore, it is likely to become a new source of fund funds and will further meet the financial needs of small island states to address the loss and damage caused by climate change.¹⁶

4.4.2. Improve the allocation of climate funds in small island countries

Given that the current Climate Fund does not dictate how to allocate small island states, multiple measures are necessary to improve the distribution model of the fund in small island states. First, more attention should be paid to the particularities of small island states. Small island countries usually face the special effects of climate change, such as sea level rise, storms and floods, so more attention and support are needed for these special situations. The Climate Fund should provide more special funds to the small island states to deal with these special situations. Secondly, it is necessary to strengthen the voice of small island states in the operation of the climate fund, and propose the compensation of the climate change on the loss and damage caused by climate change.

4.4.3. Clarify the subject and amount of investment of the Climate Fund

The Climate Fund should be funded by countries and regions around the world, including developed and developing countries. Developed countries should contribute more money to help developing countries cope with climate change. At the same time, developing countries should also assume certain responsibil-

ities and obligations to contribute appropriate funds to jointly cope with the challenges brought about by climate change. In addition, the international community can invite other investors such as enterprises and citizens to participate in the climate Fund contribution. The amount of contribution of the Climate Fund should be determined according to the actual situation of different countries and regions. In addition, the international community can also provide more financial and technical support to countries and regions with relatively less investment by means of capital allocation and international cooperation, so as to achieve fairness and rationality on a global scale.

Conclusion

Small island states suffer from the damage caused by climate change due to their own vulnerability. How to effectively remedy and compensate for the damage caused by climate change is also the focus of discussion in previous climate conferences. The problems facing small island states are not only environmental, but also economic, social and cultural issues. Therefore, the compensation for the damage caused by climate change in small island countries requires the joint efforts of countries and regions around the world. The international community should recognize the seriousness and urgency of the problems faced by small island states, which require a joint response of countries and regions around the world. Establish a compensation mechanism for losses and damage caused by climate change to help small island countries cope with the impact of climate change, and strengthen cooperation and coordination with small island states, so as to provide strong support and guarantee for small island states to cope with the challenges brought about by climate change. The small island country civilization originated on the ocean and is an important part of the world civilization. If the small island country civilization sinks under the sea, it will certainly become the regret of the world civilization. Finally, it is believed that climate justice will be realized, and the damage caused by climate change in small island countries will be effectively relieved and compensated.

REFERENCE

1. *Lin Canling*. International Environmental Law (revised edition). — People's Publishing House, 2011.
2. *Tian Danyu*. Research on the International Fund Mechanism for Responding Climate Change. — China University of Political Science and Law Press, 2015.
3. *James and Watts*. Auburn Sea International Law, translated by Wang Tiya, [etc.]. — Encyclopedia of China Press, 1995.

¹⁶ *Jiang Jiashuo*. Study on the relief of loss and damage caused by climate change in small Island countries [D]. Fuzhou University, 2020. DOI:10.27022/d.cnki.gfzhu.2020.000608.

4. *Posner Weesach: Justice of Climate Change, translated by Li Zhi and Zhang Jian.* — Beijing : Social Sciences Academic Press, 2011.
5. *Susan Maxwell. Successful practice of climate change adaptation science and policy [M].* Qu Jiansheng [et al.]. — Beijing : Science Press, 2017.
6. *Xu Jian. The expansion of international environmental law in the context of global governance [M].* — Beijing : Intellectual Property Press, 2014.
7. *China Clean Development Mechanism Fund Management Center. Climate Change Financing [M].* — Beijing : Economic Science Press, 2011.
8. *Chen Yuanxin. Research on the international carbon tax system in the perspective of global environmental justice [M].* — Beijing : China University of Political Science and Law Press, 2017.
9. *Zhang Huanbo, et al. The Paris Agreement: a global milestone in tackling climate change [M].* — Beijing : China Economic Press, 2017.
10. *Tian Yudan. The International Research on the Funding Mechanism for Responding to Climate Change [M].* — Beijing : China University of Political Science and Law Press, 2015.
11. *Zhang Liping, Zhang Miao. Environmental hazards science [M].* — Beijing : Science Press, 2008.
12. *Chen Yanhong. Carbon tax issues under the multilateral trading system [M].* — Beijing : Social Sciences Academic Press, 2016.
13. *Zhou Ke. Environmental legal thinking on tackling climate change [M].* — Beijing : Intellectual Property Press, 2014.
14. *Tang Yingxia. International Climate Change governance: System and Path [M].* Tianjin: Nankai University Press, 2015.
15. *Tian Miao seedlings. On the national liability for the loss and damage of climate change [J] // Social Science in Henan Province.* 2023. 31 (03):79—86.
16. *Lin Canling. Compensation liability for losses and damages caused by climate change // Journal of China University of Political Science and Law.* — 2016. — No. 6.
17. *Jiang Xiaoyi, Qin Tianbao. A brief analysis of the compensation for cross-border damage caused by climate change, published in the Learning Forum.* — 2012. — No. 11.
18. *He Xiaojia et al. Enlightenment of the International Mechanism for China on the Loss and harm of Climate Change, published in China's Population // Resources and Environment.* — 2014. — No. 5.
19. *Cao Yabin. The Union of Small Island States in the Global Climate Negotiation [J] // Modern International Relations.* — 2011. — (08): 39—43+51.
20. *Wang Suchun, Xu Feng. Climate justice: What is possible, what Principles [J] // Jiang Hai Academic Journal.* — 2011. — (03):130—135.
21. *Gong Yu. State responsibility for climate change damage: Unreal or realistic [J] // Modern Law.* — 2012. — 34 (04):151—162.
22. *Li Liangcai. Research on damage compensation and national liability for climate change [J] // Northeast Asia Forum.* — 2012. — 21 (01): 50—61.
23. *Zheng Yan, Liang Fan. The principle of climate fairness and the construction of the international climate system [J] // World Economy and Politics.* — 2011. — (06):69—90+158—159.
24. *Marbo. International law challenges to small island states and response — «China-Small Island States» cooperation outlook [J] // Studies on International Law.* — 2018. — (06):46—60.
25. *Zhang Chenyang. The International Study on the Loss and Damage of Small Island States due to climate change [J] // Pacific Journal.* — 2017. — 25 (09):11—23.
26. *Wu Weimo, Liu Shiquan, Zhao Rudong, Wu Jiaping. Climate change challenges and coping strategies for SIDS — Take the Republic of Seychelles as an example [J] // Science and Technology Bulletin.* — 2016. — 32 (04): 48—54+58.
27. *Gong Yu. Form of liability for trans-boundary damage [J] // Journal of International Economic Law.* — 2012. — 19 (01): 234—258.
28. *Wang Qi. Analysis of climate change loss and damage relief path under the perspective of climate justice [J] // Chinese population, Resources and rings Environment.* — 2016. — 26 (12):31—38.
29. *Cheng Yu. Rules of International Law on climate change [J] // Pacific Journal.* — 2016. — 24 (11):12—22.
30. *Liu Shuguang, Yin Peng, Duan Perry. International research progress on the impact of sea level rise on islands and its countermeasures [J] // Resource Development and Market.* — 2017. — 33 (08): 958—962+1025.
31. *Liu Changsong. The dispute between the «right to development» and the «right to survival» in the climate negotiation — Also on the climate equity between the small island countries and the least developed countries [J] // Developmental Research.* — 2016 (03):17—20.
32. *Chen Xiao. Defending the egalitarian principles of climate justice — and reviewing Posner's International Pareto Theory [J] // Academic intercourse stream.* — 2018. — (01):54—60.

Правовые аспекты проблемы утилизации электронных отходов в России и Китае

Legal aspects of the problem of electronic waste disposal in Russia and China

Ян Сергеевич Казатенков,

соискатель кафедры экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Россия
e-mail: 89778110825@mail.ru

Yan S. Kazatenkov,

applicant of the Department environmental and natural resource law,
Moscow State Law University (MSAL),
Moscow, Russia
e-mail: 89778110825@mail.ru

© Казатенков Я. С., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.145-150

Аннотация. Проблема утилизации постоянно увеличивающегося объема электронных отходов сегодня актуальна для большинства государств мира. Чрезвычайно высокий потенциал данного вида отходов в части нанесения экологического ущерба заставляет правительства искать новые способы и технологии для сбора, переработки и утилизации электронного мусора. И в России, и в Китае законодательство, регулирующее обращение с электронными отходами, бурно развивается в последние годы. При этом основные проблемы в данной сфере в нашей стране связаны с недостатком необходимых производственных мощностей для переработки устаревшей техники, а также отсутствием эффективной системы сбора электронных отходов. В свою очередь, в Китае переработка электронных устройств для вторичного использования их компонентов является отдельной индустрией, регулирование которой сопряжено с определенными трудностями.

Ключевые слова: электронные отходы, утилизация, переработка, электронные устройства, химические элементы, полигоны электронных отходов, окружающая среда, повторное использование.

Abstract. The problem of recycling the ever-increasing volume of electronic waste is relevant today for most countries of the world. The extremely high potential of this type of waste to cause environmental damage, forces governments to look for new ways and technologies for the collection, processing and disposal of electronic waste. Russia and China are states in which legislation regulating the handling of electronic waste has been developing rapidly in recent years. At the same time, the main problem in our country can be called the lack of necessary production facilities for the processing of obsolete equipment, as well as the lack of an effective system for collecting used electronic devices. In turn, in China, the recycling of electronic devices for the secondary use of their components is an entire industry, the regulation of which is fraught with certain difficulties.

Keywords: electronic waste, recycling, electronic devices, chemical elements, electronic waste landfills, environment, reuse.

Постоянно увеличивающиеся объемы электронных отходов сегодня представляют серьезнейшую проблему для многих государств мира. Главная опасность электронного мусора заключается в том, что содержащиеся в них металлы и химические соединения при попадании на обычные мусорные полигоны проникают в почву,

грунтовые воды и атмосферу, нанося значительный урон экологии.

Наибольший в мире объем электронных отходов сегодня образуется в Китае, где ежегодно необходима переработка и утилизация более чем 10 млн т электронного мусора. При этом нужно отметить, что по расчетам на одного человека

у Китая один из самых низких в мире объемов электронных отходов среди крупнейших экономик мира — около 7,2 кг в год. В США, Германии, Франции и Австралии данный показатель находится на уровне 21—22 кг в год, в Великобритании — около 25 кг в год, а в «лидирующей» в данном мировом рейтинге Норвегии — более 27 кг в год. Тем не менее проблема переработки электронных отходов в Китае сегодня чрезвычайно актуальна.

Законодательство Китая об электронных отходах начало бурно развиваться в начале 2010-х гг. Так, в 2011 г. был подписан Указ о сборе и переработке отходов электрического и электронного оборудования¹, который установил внутренние стандарты для компаний, участвующих в обращении электронных отходов. Документ регламентировал минимальные годовые мощности для предприятий, официально производящих переработку электронных отходов. Кроме того, новое законодательство потребовало, чтобы весь производственный процесс утилизации электронного мусора сопровождался мерами по предотвращению загрязнения окружающей среды с помощью специальных очистных сооружений.

В 2012 г. в Китае была введена заимствованная у стран Евросоюза Система расширенной ответственности производителя (EPR), которая возлагает на производителей электроники ответственность за сбор и отправку на переработку вышедшего из строя оборудования². Новый механизм обязал производителей осуществлять экологически безопасное обращение со своими продуктами после окончания срока их службы или выхода из строя. Соответствующие поправки были внесены и в налоговую систему, что расширило систему отчислений для производителей электронных устройств с целью обеспечения финансирования процессов переработки.

Однако на протяжении многих лет основной проблемой отходов в Китае оставался ввоз электронного мусора из стран Европы и Северной Америки — классическая ситуация, когда западные страны решают проблемы собственной экологической безопасности за счет других, менее состоятельных, стран.

Так, например, Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза 2012/19/

ЕС от 04.07.2012 «Об отходах электрического и электронного оборудования»³ (Waste Electrical and Electronic Equipment Directive) устанавливает нормы и требования к сбору и переработке всех типов электронных устройств. Помимо этого, обращение электронных отходов регулируется Директивой ЕС 2011/65/EU RoHS⁴ (Restriction of Hazardous Substances).

«Хитрость» этих документов заключается в том, что его составители фактически запретили переработку или хранение на действующих мусороперерабатывающих предприятиях электронных отходов, содержащих свинец, ртуть, кадмий, хром, бифенилы, дифенилы и другие опасные соединения. То есть, по сути, все отработанные электронные устройства должны быть удалены с территории ЕС. Сходные законы об электронных отходах действуют и в США, как на федеральном уровне, так и на уровне законодательства штатов.

Таким образом, государствам Европы и Америки гораздо выгоднее (и правильнее в правовом аспекте) экспортировать собственные электронные отходы в страны Азии и Африки, чем вкладывать миллиарды долларов в строительство современных заводов, которые обеспечили бы экологическую переработку электронного мусора.

Особенно актуальной эта проблема стала именно для Китая, куда до 2017 г. ввозилось около 70 % всего мирового объема экспортируемых электронных отходов, а их объем (около 35 млн т) значительно превышал объем, образующийся внутри страны. Это привело к появлению огромных свалок старой электроники, так как переработать такое колоссальное количество электронных отходов просто невозможно. Так, печальную известность приобрела крупнейшая в мире свалка электронных отходов Гуйю, куда на протяжении многих лет свозилась отработанная техника со всего мира. Независимые исследования показывают, что содержание здесь свинца, меди и смертельно опасных диоксинов в почве превышает предельно допустимые концентрации в сотни раз. Вода в радиусе нескольких десятков километров от свалки непригодна для питья, а 80 % работников полигона страдают от неврологических, легочных или кожных заболеваний⁵.

Еще один регион — Тайчжоу в китайской провинции Чжэцзян — также является крупным

¹ Lu Chenyu; Zhang Lin; Zhong Yongguang; Ren Wanxia; Tobias Mario; Mu Zhilin; Ma Zhixiao; Geng Yong; Xue Bing (2015). An overview of e-waste management in China // Journal of Material Cycles and Waste Management. 17 (1): 1–12.

² Cao Jian; Lu Bo; Chen Yangyang; Zhang Xuemei; Zhai Guangshu; Zhou Gengui; Jiang Boxin; Schnoor Jerald L. (2016). Extended producer responsibility system in China improves e-waste recycling: Government policies, enterprise, and public awareness // Renewable and Sustainable Energy Reviews. 62: 882–894.

³ Official Journal of the European Union. 2012. № L 197. P. 38.

⁴ Директива № 2011/65/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «Об ограничении использования определенных опасных веществ в электрическом и электронном оборудовании (новая редакция)» // Official Journal of the European Union. № L 174. 01.07.2011.

⁵ China's notorious e-waste dumping ground cleaner but poorer // South China Morning Post. Retrieved 2017-09-28.

центром переработки электронных отходов и одновременно огромной свалкой электронного мусора. В почвах региона высокое содержание токсичных соединений и тяжелых металлов, которые через воды и почву попадают в сельскохозяйственные культуры (прежде всего рис), а впоследствии — в организм местных жителей.

Возникает резонный вопрос о целесообразности политики Китая по накоплению импортированного электронного мусора, столь пагубного для экологии государства. Однако нужно понимать, что огромное количество электронных отходов привело к возникновению в местах их скопления и производств по переработке отходов прежде всего в виде извлечения ценных компонентов (золото, серебро, платина, медь, редкоземельные металлы и др.), пригодных для перепродажи и вторичного использования.

Таким образом, образовалась целая индустрия по переработке старых электронных устройств, в рамках которой значительное число небольших китайских компаний занимаются извлечением наиболее ценных компонентов с плат выбрасываемых устройств, таких как накопители данных, центральные и графические процессоры и даже мелкие конденсаторы и резисторы. После этого извлеченные материалы идут на продажу — в лучшем случае после тестов на работоспособность и с пометкой «б/у», в худшем же — продаются как совершенно новые без всяких проверок. Именно этим объясняется своего рода «лотерея» при покупке дешевых китайских устройств от неизвестных производителей⁶.

Однако, несмотря на усилия, прилагаемые китайскими властями для выстраивания эффективной и безопасной системы переработки и утилизации электронных отходов, в неформальном секторе обращения с электронным мусором по-прежнему применяются примитивные производственные процессы без использования каких-либо гарантий безопасности для окружающей среды и работников. В большинстве случаев практикуется разборка электронных отходов и зачистка металлов в открытой ванне с кислотой или нагревание и сжигание проводов и кабелей. Такая деятельность вызывает высокий уровень загрязнения окружающей среды вблизи площадок переработки отходов и мест их хранения.

В январе 2018 г. китайское правительство (как и в ряде других азиатских государств) ввело полный запрет на ввоз электронных отходов на территорию страны. Однако созданные за долгие

годы гигантские свалки электронного мусора никуда не исчезли, а на их экологичную переработку потребуется не одно десятилетие.

В России проблемы ввоза электронных отходов из других государств не существует. Однако проблемы, связанные с утилизацией электронного мусора, образующегося внутри страны, также невероятно актуальны. В последние несколько лет ежегодный объем электронных отходов в расчете на одного человека держится на отметке 11—12 кг, что превышает среднемировой показатель (около 7,4 кг), но значительно уступает выше приведенным нами показателям в ведущих государствах Запада⁷.

Большую часть объема образующихся электронных отходов сегодня составляет бытовая техника (около 2/3 всего электронного мусора), климатическое и холодильное оборудование (более 20 %). Мобильные электронные устройства и офисная техника занимают примерно 10 % от общего объема, однако в них содержатся наиболее токсичные вещества (например, бромированные антипирены), которые могут образовывать опасные канцерогены, разрушающие здоровье человека.

Основной проблемой в нашей стране сегодня остается отсутствие эффективных федеральных мер поддержки для компаний, занимающихся сбором и переработкой электронных отходов. В ее основе должны лежать система мотивации бизнеса на заказ качественной услуги переработки и утилизации электронного мусора, осуществляемых безопасными для экологии способами. По словам директора Ассоциации «СКО Электроника-утилизация» В. Бондарева, увеличению объемов переработки электронного мусора будет способствовать «финансирование федеральных, региональных и муниципальных программ по централизованному сбору электронных отходов у населения, а также компенсация затрат и ставок по кредитам для компаний-переработчиков»⁸. Таким образом, становится очевидным, что эти процессы требуют заинтересованного участия всех сторон: производителей, потребителей, органов власти.

Однако, помимо сбора электронных отходов, вопрос переработки упирается в недостаток производственных мощностей — проблему, которая характерна для всей отрасли обращения с мусором в стране. Запущенная в 2017 г. «мусорная» реформа, по данным экспертов, пока еще очень далека от стоящих перед ней задач. По оценке

⁶ Казатенков Я. С. Понятие «электронные отходы» и правовые основы обращения с электронными отходами в Российской Федерации // Право и государство: теория и практика. 2023. № 5 [221].

⁷ В России увеличился процент переработки электронных отходов // URL: <https://ecosphere.press/2023/09/26/v-rossii-velichilsya-procent-pererabotki-elektronnyh-othodov/?ysclid=lp0yooahhg710207969> [дата обращения: 08.11.2023].

⁸ Официальный сайт «Ассоциация СКО «Электроника-утилизация». URL: <https://e-epg.ru/about?ysclid=lp0yn081ij208029514> [дата обращения: 08.11.2023].

Минприроды, недостаток суммарных мощностей для сортировки и переработки твердых бытовых отходов составляет порядка 30 млн т⁹. Подобный дефицит приводит к тому, что сегодня в России перерабатывается лишь около 10 % производимого мусора — крайне низкий результат для развитого государства. Весь остальной объем отходов просто свозится на мусорные полигоны. В стратегии экологической безопасности также указывается, что площадь объектов размещения отходов в стране составляет около 4 млн га, и эта территория ежегодно увеличивается на 300—400 тыс. га¹⁰. Не случайно Н. Г. Жаворонкова и Ю. Г. Шпаковский называют ситуацию с отходами в России критической¹¹.

Подобная картина наблюдается и в рассматриваемой нами сфере. Доля перерабатываемых экологичным путем электронных отходов в России едва ли превышает 10 % из ежегодно образующихся 1,5 млн т¹². Однако опасность электронного мусора, гниющего на обычных свалках, во много раз превышает вред, наносимый обычными бытовыми отходами.

И все же в сфере обращения электронных отходов в стране сегодня можно констатировать положительную динамику сразу по нескольким направлениям.

1. *Улучшение осознанного отношения населения к сдаче электронных отходов на утилизацию.* Статистика показывает, что объем собранного электронного мусора в стране в период с 2019 по 2023 г. увеличился более чем в 2,5 раза. Этому способствуют и усилия производителей электроники. Так, только число магазинов сети «М.Видео — Эльдorado», принимающих устаревшую технику на переработку, выросло до более чем 800.

2. *Вовлечение новых производственных мощностей по переработке.* Самое важное в данной ситуации — то, что в 2022 г. почти 100 % собранной техники прошли последующую переработку на лицензированных предприятиях (в 2019 г. этот показатель составлял менее 70 %) ¹³. В августе

2023 г. мощности предприятий в сегменте отработанной электронной техники в России достигли 500 тыс. т. Количество самих предприятий увеличилось по сравнению с данными 2019 г. с 80 до 350. Среди них можно в первую очередь выделить такие, как:

- АО «Щелковский завод вторичных драгоценных металлов»;
- ООО «Россконтакт» в г. Касимов;
- корпорация «Экополис» с заводами полного цикла глубокой переработки электронных отходов в Москве и Орловской области;
- АО «Уральский завод вторичных металлов» в Миассе;
- АО «Уралэлектромедь» в г. Верхняя Пышма;
- АО «Екатеринбургский завод обработки цветных металлов»;
- ОАО «Красцветмет» в Красноярске;
- завод по переработке отработанных батареек и аккумуляторов «Мегаполисресурс» в Челябинске.

3. *Рост доли вторичного сырья в производстве новой продукции.* Китайская модель максимального использования ценных компонентов электронного оборудования повторно, полностью оправдана с экономической точки зрения в любом государстве. Так, согласно исследованиям Агентства по охране окружающей среды США, из 1 млн отработанных мобильных телефонов можно с помощью глубокой переработки извлечь 15 кг палладия, 34 кг золота, 350 кг серебра, почти 16 т меди, а также пластик, стекло и другие компоненты¹⁴. С учетом того, что число только мобильных телефонов, попадающих на свалки ежегодно, исчисляется миллиардами штук, очевидность глубокой переработки отходов была оценена и на уровне органов власти.

Так, с 01.09.2023 в России вступил в силу приказ Минприроды РФ¹⁵, который устанавливает, что из любого электронного прибора, попавшего на утилизацию, должно быть извлечено не менее 85 % компонентов, пригодных для вторичного использования. На современных предприятиях,

⁹ В Минприроды рассказали, сколько заводов по переработке мусора не хватает в России // URL: https://senainform.ru/news/v_minprirody_rasskazali_skolko_zavodov_po_pererabotke_musora_ne_khvataet_v_rossii/?ysclid=lozv6w49yh616859340 (дата обращения: 10.11.2023).

¹⁰ Указ Президента РФ от 19.04.2017 № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2546.

¹¹ Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Диффузия экологических прав: конституционно-правовой аспект // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 9 (61).

¹² URL: <https://rg.ru/2022/11/30/reg-szfo/pochemu-pererabatyvaetsia-lish-10-20-procentov-elektronnogo-musora.html> (дата обращения: 13.11.2023).

¹³ Исследование М.Видео — Эльдorado: переработка электронных отходов в РФ с 2019 года выросла в 3,5 раза // URL: <https://www.mvideoeldorado.ru/ru/akcioneram-i-investoram/novosti/detail/3035> (дата обращения: 13.11.2023).

¹⁴ URL: <https://www.isri.org/recycled-commodities/electronics> (дата обращения: 10.11.2023).

¹⁵ Приказ Минприроды России от 04.04.2023 № 173 «О внесении изменений в Требования при обращении с группами однородных отходов I—V классов опасности, утвержденные приказом Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации от 11 июня 2021 г. № 399» // СПС «КонсультантПлюс».

работающих с электронными отходами, сегодня используются многоступенчатые системы сортировки и фильтрации отходов, после чего отсортированная продукция отправляется на заводы черной и цветной металлургии, стекольной промышленности, изготовителям изделий из пластмассы. Затем остатки отработанной техники разбираются вручную, полученные элементы накапливаются в специальных контейнерах, где сырье измельчается и фракционируется в сите сверхтонкого рассева, а затем многократно просеивается и сепарируется несколькими различными методами для окончательной утилизации¹⁶.

Параллельно совершенствуется и законодательство, ужесточая порядок обращения с отходами, представляющими опасность для здоровья граждан и экологии страны.

С 01.01.2021 вступил в силу законодательный запрет на захоронение отходов электронного и электрического оборудования (ОЭЭО). Данное положение регламентировано распоряжением Правительства РФ от 25.07.2017 № 1589-р, вносятся поправки в Федеральный закон «Об отходах производства и потребления»¹⁷, утвержден перечень видов соответствующих отходов, в состав которых входят компоненты, запрещенные к захоронению из-за экологической опасности, например ртуть, хром, мышьяк, кадмий, свинец, бром, фреоны и т.д.

С 01.03.2022 вступил в силу приказ Минприроды России¹⁸, который обязует юридических лиц передавать бытовую и офисную технику, а также другое электронное оборудование, утратившее потребительские свойства, на переработку и утилизацию лицензированным операторам либо в пункты приема электронных отходов.

Данные правовые меры стали логичной предпосылкой введения описанного выше норматива о минимальном уровне переработки электронных отходов. Однако запреты и санкции в отношении физических лиц в России пока не приняты, в отличие от многих других государств мира. Например, в странах Центральной и Северной Европы (Германии, Бельгии, Скандинавских странах и др.) на протяжении многих лет действуют крупные штрафы за оставление отработанной электронной техники в неположенных местах или выбрасывание

ее в мусорные контейнеры общего пользования. Во всех крупных городах Китая (Пекин, Шанхай, Гуанчжоу, Ханчжоу) также действуют штрафы для граждан, игнорирующих требования об обязательной сортировке отходов. Такой подход сопровождается активной эколого-просветительской работой с населением — специальные брошюры и плакаты об опасности электронных отходов можно найти в учебных, медицинских, торговых и государственных учреждениях.

Учитывая по большей части безответственное отношение к сортировке отходов со стороны населения в России, следует согласиться с точкой зрения Ю. Г. Шпаковского, который подчеркивает, что экологическая безопасность может быть достигнута с помощью набора обязательных правил, которые оформляются в виде законодательного акта¹⁹. Однако важнейшей частью эффективной работы таких законодательных актов станет повышение экологической культуры граждан, разъяснение им опасности неотсортированных электронных отходов, а также экологической и экономической выгоды от их переработки.

Вызывают безусловный интерес и проекты Китая в рамках программы «Город без отходов». Первая подобная программа, уникальная в мировом масштабе, реализуется в городской агломерации Чунцин, включающей в себя более 30 населенных пунктов общей площадью около 2 000 квадратных километров²⁰. Проект, над которым в течение нескольких лет работали 18 национальных ведомств и министерств Китая, предполагает максимальное использование зеленых технологий, а также законодательно установленную обязательную сортировку твердых бытовых отходов. Особое внимание уделено электронному мусору, который будет отправляться на переработку в 100 %-ном объеме сразу же после прекращения использования устаревших или вышедших из строя устройств.

Подобные проекты необходимы и в России. Разумеется, переформатировать жизнь в уже построенных городах с полной инфраструктурой (особенно в мегаполисах) будет очень сложно. Главной задачей в данном случае представляется формирование у жителей особой экологической культуры, основанной на понимании того, что проблема отходов, в том числе электронных отхо-

¹⁶ Казатенков Я. С. Утилизация электронных отходов: текущее состояние и перспективы развития // Право и государство: теория и практика. 2023. № 7 (223). С. 115—120.

¹⁷ Распоряжение Правительства РФ от 25.07.2017 № 1589-р «Об утверждении перечня видов отходов производства и потребления, в состав которых входят полезные компоненты, захоронение которых запрещается» // СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5107.

¹⁸ Приказ Минприроды России от 11.06.2021 № 399 «Об утверждении требований при обращении с группами однородных отходов I—V классов опасности» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Шпаковский Ю. Г., Евтушенко В. И. Современные проблемы экологической миграции: правовой анализ // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 10. С. 168—175.

²⁰ В Китае строят «города без отходов» // URL: <https://argumenti.ru/world/2023/08/852049?ysclid=lp0znx8rsg551309949> (дата обращения: 09.11.2023).

дов, может и должна быть решена. И такие шаги постепенно предпринимаются. Так, с февраля 2022 г. в Подмоскovie действуют несколько десятков так называемых «мегабаков», куда можно сгрузить бытовую технику и прочие электронные отходы. Кроме того, в Москве запущен экспериментальный сервис «Вывоз ненужных вещей», в рамках которого у потребителей специальная служба забирает ненужную бытовую технику, в том числе крупногабаритную.

Подводя итог, нужно отметить, что ситуация с переработкой и утилизацией электронных отходов в России сегодня остается крайне непростой. Ежегодно сотни тысяч тонн устаревшего и вышедшего из строя электронного оборудования попадают на мусорные полигоны без всякой переработки, ухудшая экологическую обстановку во многих регионах.

Основными проблемами сегодня остаются: низкая экологическая культура населения и без-

ответственность предпринимательского сектора, отсутствие эффективных стимулов для переработки и утилизации электронного мусора со стороны государства, неорганизованная система сбора электронных отходов, критическая нехватка производственных мощностей для переработки устройств, содержащих как опасные химические элементы, так и ценное вторсырье.

Решение проблемы электронного мусора должно носить комплексный характер. Но, как показывает практика других стран, например Китая, необходимыми условиями являются поддержка и внимание государственной власти ко всем аспектам проблемы. Ужесточение ответственности за нарушение законодательства и обязательное введение расширенной ответственности производителя должно сопровождаться грамотной работой правового, экономического и просветительского характера со всеми участниками системы обращения электронных отходов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. В Китае строят «города без отходов» // URL: <https://argumenti.ru/world/2023/08/852049?ysclid=lp0zxn8rsg551309949> (дата обращения: 09.11.2023).
2. В Минприроды рассказали, сколько заводов по переработке мусора не хватает в России // URL: https://senainform.ru/news/v_minprirody_rasskazali_skolko_zavodov_po_pererabotke_musora_ne_khvataet_v_rossii/?ysclid=lozv6w49yh616859340 (дата обращения: 10.11.2023).
3. В России увеличился процент переработки электронных отходов // URL: <https://ecosphere.press/2023/09/26/v-rossii-uvlechilsya-procent-pererabotki-elektronnyh-othodov/?ysclid=lp0yooahhg710207969> (дата обращения: 08.11.2023).
4. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Диффузия экологических прав: конституционно-правовой аспект // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 9 (61).
5. Исследование М.Видео — Эльдorado: переработка электронных отходов в РФ с 2019 года выросла в 3,5 раза // URL: <https://www.mvideoeldorado.ru/ru/akcioneram-i-investoram/novosti/detail/3035> (дата обращения: 13.11.2023).
6. Казатенков Я. С. Понятие «электронные отходы» и правовые основы обращения с электронными отходами в Российской Федерации // Право и государство: теория и практика. — 2023. — № 5 (221).
7. Казатенков Я. С. Утилизация электронных отходов: текущее состояние и перспективы развития // Право и государство: теория и практика. — 2023. — № 7 (223). — С. 115—120.
8. Шпаковский Ю. Г., Евтушенко В. И. Современные проблемы экологической миграции: правовой анализ // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — № 10. — С. 168—175.
9. Cao Jian, Lu Bo, Chen Yangyang, Zhang Xuemei, Zhai Guangshu, Zhou Gengui, Jiang Boxin, Schnoor Jerald L. (2016). Extended producer responsibility system in China improves e-waste recycling: Government policies, enterprise, and public awareness // Renewable and Sustainable Energy Reviews. 62: 882—894.
10. Lu Chenyu, Zhang Lin, Zhong Yongguang, Ren Wanxia, Tobias Mario, Mu Zhilin, Ma Zhixiao, Geng Yong, Xue Bing (2015). An overview of e-waste management in China // Journal of Material Cycles and Waste Management. 17 (1): 1—12.



Информационные технологии и право

К вопросу о правовом регулировании технологий глубокого синтеза в Китае On the Issue of Legal Regulation of Deep Synthesis Technologies in China

Анна Валерьевна Яковлева,
доктор экономических наук, профессор
Российского государственного педагогического университета имени А. И. Герцена,
г. Санкт-Петербург, Россия
e-mail: yeiff@mail.ru

Юрий Григорьевич Шпаковский,
профессор кафедры экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук, профессор,
г. Москва, Россия
e-mail: jgshpakovskij@msal.ru

Anna V. Yakovleva,
Professor, A. I. Herzen State Pedagogical University of Russia,
Dr. Sci. (Econ.),
St. Petersburg, Russia
e-mail: yeiff@mail.ru

Yuri G. Shpakovsky,
Professor, Department of Environmental and Natural Resource Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Dr. Sci. (Law), Professor,
Moscow, Russia
e-mail: jgshpakovskij@msal.ru

© Яковлева А. В., Шпаковский Ю. Г., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.151-155

Аннотация. В мире, который становится все более цифровым, с одной стороны, стремительное развитие технологий глубокого синтеза искусственного интеллекта облегчило жизнь, а с другой стороны, неправильное его использование может привести к огромным рискам и существенному вреду. Это может нанести ущерб личным и имущественным правам, таким как портретные права и репутация отдельных лиц и компаний. Это также может представлять огромную угрозу общественному порядку, национальной политической стабильности и безопасности. В этой связи особую актуальность приобретает вопрос о закреплении услуг глубокого синтеза на законодательном уровне.

Ключевые слова: искусственный интеллект; технологии глубокого синтеза; правосубъектность; электронное лицо; правовой статус искусственного интеллекта.

Abstract. In a world that is becoming increasingly digital, the rapid development of technologies for deep synthesis of artificial intelligence, on the one hand, has made life easier, and on the other hand, their misuse can lead to huge risks and significant harm. This can damage personal and property rights, such as portrait rights and the reputation of individuals and companies. It can also pose a huge threat to public order, national political stability and security. In this regard, the issue of securing deep synthesis services at the legislative level is of particular relevance.

Keywords: artificial intelligence; deep synthesis technologies; legal personality; electronic person; legal status of artificial intelligence.

В последние годы стремительное развитие получила технология глубокого синтеза, имеющая широкий спектр применения. Глубокий синтез определяется как использование технологий, включая глубокое обучение и дополненную реальность, для генерации текста, изображений, аудио и видео для создания виртуальных сцен. Одним из самых известных применений технологии является глубокая подделка, когда синтетические носители используются для замены лица или голоса одного человека на другого.

С развитием технологий глубокую подделку становится все труднее обнаружить. Она используется для распространения фейковых новостей, совершения финансовых махинаций и других правонарушений. Глубокие подделки представляют собой компиляцию искусственных изображений и аудио, объединенных алгоритмами машинного обучения для распространения дезинформации и замены внешности, голоса реального человека или того и другого на аналогичные искусственные подобию или голоса. Она может создавать людей, которых не существует, и подделывать реальных людей, говорящих и делающих то, чего они не говорили и не делали.

Термин *deerfake* возник в 2017 г., когда анонимный пользователь Reddit назвал себя *Deerfakes*. Технология *Deerfake* в настоящее время используется в целях как мошенничества и мистификации, манипулирования выборами, социальной инженерии, автоматизированных дезинформационных атак, кражи личных данных и др.

Сегодня технологии глубокого синтеза в мире нашли широкое применение для генерации и редактирования текста, создания музыки, синтеза человеческих голосов (например, для сочинения стихов и текстов песен от имени людей), для автоматического создания аккомпанементной музыки и синтезированных певческих голосов, а также для генерации, замены лиц и манипулирования лицами, для создания спецэффектов в фильмах или создания видеороликов с людьми, которые выглядят реальными, для генерации изображений, улучшения изображений и т.д.

Например, приложение *FacePlay*, получившее широкую известность в 2021 г., требует от поль-

зователей только загрузить фотографию лица для создания изображений и видео персонажей в различной одежде, в различных сценах. В целом мы можем говорить о том, что технология глубокого синтеза значительно обогащает информационный контент виртуального цифрового пространства, предоставляя возможность более разнообразного коммуникационного поведения, она может широко применяться в области кино и телевидения, средств массовой информации, образования и т.д., она также может реализовывать такие функции, как создание специальных эффектов, площадок метавселенной и учебных виртуальных симуляций¹.

Однако необходимо отметить, что по мере развития технологии глубокого синтеза происходит рост числа злоумышленников, которые используют ее для производства, копирования, публикации, распространения незаконной и недобросовестной информации². Например, в 2023 г. гражданин Китая был обманут и перевел 4,3 миллиона юаней (около 612 000 долларов США), после видеочата с кем-то, выдававшим себя за его друга, с помощью технологии подмены лиц на базе искусственного интеллекта³. Безусловно, такого рода действия злоумышленников вызывают обеспокоенность по поводу потенциального вреда технологий глубокого синтеза.

С целью предотвращения и устранения рисков безопасности, а также для содействия здоровому развитию услуг глубокого синтеза и повышения уровня регулятивных возможностей в конце 2022 г. Администрация киберпространства Китая (*Cyberspace Administration of China — CAC*), Министерство промышленности и информационных технологий и Министерство общественной безопасности совместно издали Положение об администрировании службы глубокого синтеза информации в сети Интернет (далее — Положение глубокого синтеза), которое вступило в силу с 10.01.2023⁴. Указанный документ направлен на усиление всестороннего комплексного управления информационными услугами Интернета, продвижение основных социалистических ценностей, защиту национальной безопасности и социальных общественных интересов, а также защиту законных прав и интересов граждан, юридических лиц и иных организаций (ст. 1)⁵.

¹ 专家解读. 规范深度合成服务 营造风清气正的网络空间. 12.12.2022. URL: <https://www.cagd.gov.cn/v/2022/12/2243.html> [дата обращения: 10.10.2023].

² ИИ под контролем : Как Китай будет регулировать технологии искусственного интеллекта. 14.12.2022 // URL: <https://overclockers.ru/blog/amv212/show/81091/ii-pod-kontrolem-kak-kitaj-budet-regulirovat-tehnologii-iskusstvennogo-intellekta> [дата обращения: 10.10.2023].

³ AI-Deep Synthesis Regulations and Legal Challenges: Recent Face Swap Fraud Cases in China. 27.07.2023 // URL: <https://hsfnotes.com/tmt/2023/07/27/ai-deep-synthesis-regulations-and-legal-challenges-recent-face-swap-fraud-cases-in-china/> [дата обращения: 10.10.2023].

⁴ 互联网信息服务深度合成管理规定. 11.12.2022 // URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949354811.htm [дата обращения: 10.10.2023].

⁵ 国家互联网信息办公室等三部门发布《互联网信息服务深度合成管理规定》. 11.12.2022 // URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949318230.htm [дата обращения: 10.10.2023].

В статье 23 Положения глубокого синтеза обозначен ряд понятий. Первое понятие относится непосредственно к технологии глубокого синтеза — это технология, которая использует алгоритмы генеративного синтеза, такие как глубокое обучение и виртуальная реальность, для создания текста, изображений, аудио, видео, виртуальных сцен и другой сетевой информации, в том числе:

- технологии создания или редактирования текстового контента, такие как создание глав, преобразование стиля текста, диалог из вопросов и ответов, и т.д.;
- преобразование текста в речь, преобразование голоса, редактирование атрибутов голоса и другие технологии для создания или редактирования голосового контента;
- технологии создания или редактирования неречевого контента, такие как создание музыки и редактирование фонового звука;
- генерацию лиц, замену лиц, редактирование атрибутов персонажей, манипулирование лицами, манипулирование позами и другие технологии для создания или редактирования биометрических функций на изображениях и видеоконтенте;
- создание изображений, улучшение изображений, восстановление изображений и другие технологии, которые генерируют или редактируют небюметрические особенности изображений и видеоконтента;
- трехмерную реконструкцию, цифровое моделирование и другие технологии для создания или редактирования цифровых персонажей и виртуальных сцен⁶.

Второе понятие — поставщики услуг глубокого синтеза — это организации и частные лица, которые предоставляют услуги глубокого синтеза.

Третье понятие — пользователи службы глубокого синтеза — это организации и частные лица, которые используют службы глубокого синтеза для производства, копирования, публикации и распространения информации⁷.

Положение глубокого синтеза разделено на пять глав, объединяющих 25 статей, которые строят систему надзора за безопасностью услуг глубокого синтеза из общих принципов, общих положений, спецификаций управления технологиями данных, надзора и проверки, юридических обязанностей, дополнительных положений и т.д.

Эти правила распространяются на тех, кто применяет технологию глубокого синтеза для предоставления информационных услуг Интернета на

территории Китайской Народной Республики. Они направлены на обеспечение безопасности информационного контента Интернета, особенно безопасности новостной информации. Правила предъявляют четкие требования к поставщикам услуг глубокого синтеза.

Во-первых, поставщики услуг глубокого синтеза должны выполнить основные обязанности по информационной безопасности, усилить управление контентом глубокого синтеза и внедрить технические или ручные методы для проверки входных данных и результатов синтеза пользователей услуг глубокого синтеза.

Во-вторых, ввиду особенностей содержания информации глубокого синтеза, поставщики услуг должны создать и усовершенствовать механизм опровержения слухов, а также создать удобные входы для жалоб пользователей, а также жалоб и сообщений общественности. В-третьих, поставщики услуг глубокого синтеза должны выполнять требования к использованию услуг. Управленческие обязанности пользователей включают проведение реальной аутентификации личности, обеспечение использования пользователями услуг глубокого синтеза под своими настоящими именами и побуждение пользователей услуг к выполнению требований по защите личной информации⁸.

Следует отметить: несмотря на то, что быстрое развитие технологии глубокого синтеза открыло захватывающие возможности для развития цифровой эпохи, оно также принесло беспокойство и огромные риски, связанные в том числе с разрушением доверия людей в цифровом обществе, поскольку становится все труднее отличить реальный контент от фейкового. Это разрушение доверия будет иметь глубокие последствия в различных областях, таких как распространение новостей и повседневное социальное взаимодействие. В этой связи вопрос о закреплении услуг глубокого синтеза на законодательном уровне приобретает особую актуальность. Услуги глубокого синтеза стали первым типом алгоритмических услуг, который был специально законодательно закреплён в управлении алгоритмами в КНР.

Таким образом, Китай в числе первых установил законодательное регулирование так называемых синтетических медиа и шире — генеративного контента, или попросту дипфейков с целью повышения качества информационных услуг ради «продвижения базовых ценностей социализма».

Появление четкого правового регулирования свидетельствует, что администрация киберпро-

⁶ 互联网信息服务深度合成管理规定. 11.12.2022 // URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949354811.htm [дата обращения: 10.10.2023].

⁷ 互联网信息服务深度合成管理规定.

⁸ 互联网信息服务深度合成管理规定. 11.12.2022 // URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949354811.htm [дата обращения: 10.10.2023]; 专家解读. 规范深度合成服务 营造风清气正的网络空间. 12.12.2022 // URL: <https://www.cagd.gov.cn/v/2022/12/2243.html> [дата обращения: 10.10.2023].

странства Китая намерена регулировать контент, созданный искусственным интеллектом, с помощью нового пакета нормативных актов, который вступил в силу 10.01.2023. Пока данные нормы носят исключительно рекомендательный характер. Речь идет о популярных чат-ботах с ИИ, таких как ChatGPT, произведениях искусства, созданных с помощью искусственного интеллекта, многочисленных методах использования AI в здравоохранении и всех формах искусственного интеллекта в целом.

Следует заметить, что САС отвечает за реализацию государственной политики в области развития Интернета в Китае. Многие из положений, изложенных в рассматриваемом документе, являются факторами, которые вызывают беспокойство во всем мире, поскольку ИИ начинает приобретать все большую популярность и становится мейнстримом⁹. Среди наиболее часто задаваемых вопросов — кто будет получать вознаграждение за искусство, созданное ИИ, или как ИИ может быть беспристрастным, когда ему предоставляются наборы данных, предоставленные людьми?

В своем заявлении САС называет «глубоким синтезом» технологию, которая генерирует текст, изображения, произведения искусства, закадровый голос или видеоролики о жизни людей. «Технология глубокого синтеза относится к использованию глубокого обучения, виртуальной реальности и других алгоритмов генеративного синтеза для создания текста, изображений, аудио, видео, виртуальных сцен и другой сетевой информации», — говорится на сайте агентства в интерпретации Google Voice. Свод правил является превентивной мерой, чтобы убедиться в отсутствии этических аспектов или нарушения авторских прав — постоянной проблемы во всем мире, которую часто упоминают, когда создатели используют системы искусственного интеллекта.

Несмотря на то, что в последние годы технология глубокого синтеза стремительно развивается, отвечая потребностям пользователей и улучшая их опыт, некоторые злоумышленники используют ее для производства, копирования, публикации, распространения незаконной и недобросовестной информации¹⁰.

Согласно правилам, лица, использующие ИИ для создания произведений, должны пометить контент как созданный ИИ. В документе говорится, что авторы должны добавлять идентификаторы к своим работам, если при их создании

использовалась какая-либо форма искусственного интеллекта. Такие идентификаторы или метки должны быть включены и использоваться для любых сгенерированных ИИ произведений, лиц, голосов, а также каких-либо изменений, внесенных с помощью ИИ.

САС подчеркивает, что, если операторы услуг предоставляют перечисленные сервисы глубокого синтеза, которые могут вызвать путаницу или неправильную идентификацию среди общественности, они должны сделать видимые метки в соответствующих местах и областях информационного контента, созданного или отредактированного, а также напоминать общественности о ситуации с глубоким синтезом.

Кроме того, агентство намерено обязать пользователей регистрироваться, если они используют ИИ, что позволит исключить анонимность для ИИ-контента внутри страны. Люди, которые хотят создавать работы с использованием ИИ, должны будут зарегистрироваться и подтвердить свою личность с помощью номера телефона, документов или другой формы аутентификации¹¹.

Пользователи должны будут предоставить «информацию для проверки подлинности реальной личности». Контент, созданный с помощью ИИ, не может быть создан под псевдонимом или вымышленным именем. Поставщики услуг глубокого синтеза должны на законных основаниях проводить аутентификацию реальной идентификационной информации для пользователей услуг глубокого синтеза.

САС считает необходимым проведение проверки алгоритмов, используемых в системах искусственного интеллекта, а также соблюдение запрета на распространение негативной информации с использованием возможностей искусственного интеллекта. Поставщики услуг глубокого синтеза и службы технической поддержки должны ужесточить контроль над техническим управлением, периодически анализируя, оценивая и проверяя механизмы генерации синтетических алгоритмов.

В заключение следует заметить, что в ближайшем будущем, по всей видимости, многие страны пойдут по китайскому пути. Дипфейки уже превратились в серьезную проблему и потенциально представляют страшную опасность для человечества. Так, например, считает Ли Кайфу — знаковая фигура в области искусственного интеллекта, а для Китая — вообще личность легендарная.

⁹ ИИ под контролем : Как Китай будет регулировать технологии искусственного интеллекта.

¹⁰ Чернущ Н. Ю., Юйпэн Сунь. Проблемы защиты персональных данных в России и Китае: сравнительно-правовой анализ // Юридическая наука и практика. 2023. Т. 19. № 3. С. 69—77.

¹¹ ИИ под контролем : Как Китай будет регулировать технологии искусственного интеллекта.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. ИИ под контролем : Как Китай будет регулировать технологии искусственного интеллекта. — 2022.12.14 // URL: <https://overclockers.ru/blog/amv212/show/81091/ii-pod-kontrolem-kak-kitaj-budet-regulirovat-tehnologii-iskusstvennogo-intellekta> (дата обращения: 10.10.2023).
2. Чернусь Н. Ю., Юйпэн Сунь. Проблемы защиты персональных данных в России и Китае: сравнительно-правовой анализ // Юридическая наука и практика. — 2023. — Т. 19. — № 3. — С. 69—77.
3. Яковлева А. В. К вопросу о сотрудничестве в сфере обеспечения информационной безопасности, кибербезопасности (правовой аспект) // Проблемы экономики и юридической практики. — 2020. — Т. 16. — № 6. — С. 139—147.
4. Яковлева А. В. Проблемы правового обеспечения в становлении института кибергигиены // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2023. — № 2. — С. 62—70. — DOI: 10.17803/2311-5998.2023.102.2.062-070.
5. Яковлева А. В. Существует ли баланс нормативно-правовых положений в области защиты персональных данных и блокчейн технологии (на примере анализа Закона о защите персональной информации Китайской Народной Республики) // Проблемы экономики и юридической практики. — 2023. — Т. 19. — № 4. — С. 14—22. — EDN: XUWTUG.
6. AI-Deep Synthesis Regulations and Legal Challenges: Recent Face Swap Fraud Cases in China. — 2023.07.27 // URL: <https://hsfnotes.com/tmt/2023/07/27/ai-deep-synthesis-regulations-and-legal-challenges-recent-face-swap-fraud-cases-in-china/> (дата обращения: 10.10.2023).
7. 国家互联网信息办公室等三部门发布《互联网信息服务深度合成管理规定》. — 2022.12.11. — URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949318230.htm (дата обращения: 10.10.2023).
8. 应对新型深度合成技术诈骗. — 2022.07.14 // URL: http://www.news.cn/globe/2023-07/14/c_1310731748.htm (дата обращения: 10.10.2023).
9. 互联网信息服务深度合成管理规定 — 2022.12.11 // URL: http://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949354811.htm (дата обращения: 10.10.2023).
10. 张凌寒.深度合成治理的逻辑更新与体系迭代 — ChatGPT等生成型人工智能治理的中国路径 — 2023.16.08 // URL: <http://www.fxwxw.org.cn/dyna/content.php?id=25451> (дата обращения: 10.10.2023).
11. 专家解读. 规范深度合成服务 营造风清气正的网络空间. — 2022.12.12 // URL: <https://www.cagd.gov.cn/v/2022/12/2243.html> (дата обращения: 10.10.2023).

Ограничение правила «уведомления и удаления», применяемого в отношении новых сетевых сервисов

The Limitation and Outlet of «Notice-and-Takedown» Rule Applied in New Network Service

Ван Я-Пен,
научный сотрудник Научно-исследовательского института интеллектуальной собственности,
Колледж интеллектуальной собственности,
Хэнаньский университет,
Кайфэн, провинция Хэнань, Китай
e-mail: fxywyp@163.com

Wang Ya-Peng,
Researcher of Intellectual Property Research Institute,
College of Intellectual Property, Henan University, Law School,
Kaifeng, Henan Province, China
e-mail : fxywyp@163.com

© Ван Я-Пен, 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.156-163

Аннотация. В век стремительного развития интернет-технологий и инноваций в бизнес-модели быстро развиваются новые сетевые сервисы, такие как небольшая программная платформа и облачный сервер в Китае. Однако в судебной практике существует множество проблем, нарушающих обязательство Notice-and-Takedown в новой сетевой службе. Правильное понимание и гибкое применение правила Notice-and-Takedown является необходимым для новых торговых услуг онлайн-платформы в соответствии с Законом о деликтной ответственности. Чтобы сбалансировать интересы провайдеров интернет-услуг и правообладателей, правовое позиционирование правила Notice-and-Takedown должно быть четко определено в законе, чтобы правильно применять его в качестве оговорки об освобождении. В то же время при нарушении прав в Интернете необходимые меры, которые должны принимать интернет-провайдеры, должны быть правильно определены в соответствии с конкретными обстоятельствами. В частности, правило Notice-and-Takedown может быть применено к новой сетевой услуге путем уточнения атрибута отказа от ответственности, принятия «уведомления о передаче» и требования к новому поставщику сетевых услуг раскрывать информацию конкретных разработчиков, когда это необходимо.

Ключевые слова: правило Notice-and-Takedown, новые сетевые услуги, оговорка об ограничении ответственности, необходимые меры.

Abstract. With the rapid development of Internet technology and business model innovation, new network services such as the small program platform and cloud server in our country develop rapidly. However, there are many problems in the judicial practice of the platform that violates the «Notice-and-Takedown» obligation in the new network service. The correct understanding and flexible application of the «Notice-and-Takedown» rule is the necessary meaning of the new online service platform trading services in accordance with the Tort Liability Law of the People's. In order to balance the interests between Internet service providers and right holders, the legal positioning of «Notice-and-Takedown» rule should be clearly defined in the application of law, so as to correctly apply it as an exemption clause.

At the same time, when Internet infringement cases occur, the «necessary measures» that Internet service providers should take should be properly determined according to the specific circumstances. Specifically, the application of the «Notice-and-Takedown» rule to the new network service can be solved by clarifying the disclaimer attribute of the «Notice-and-Takedown» rule, taking the «transfer notice» as an implementable necessary measure and requiring the new network service provider to disclose the information of specific developers when necessary.

Keywords: «Notice-and-Takedown» Rule; New Network Services; Disclaimer Clause; Necessary Measures

Relying on the rapid iterative upgrading of Internet technology and the innovative development of business models, the development momentum of new network services such as small program platforms and cloud servers has mushroomed. The emergence of new network services makes people's life more convenient, but it also brings new legal problems. In judicial practice, how to apply the Notice-and-Takedown rule under the background of new network services has brought a severe test. In the practice of solving this frequent phenomenon, the «Notice-and-Takedown» and «notice-and-take necessary measures» stipulated in Article 36 of China's Tort Liability Law are important rules that not only safeguard the legitimate rights and interests of Internet platforms and healthy development, but also take into account the due value of intellectual property protection in the case of new network services, which better balance the interests of all parties. And promote the healthy development of the Internet service industry. However, because the technology and service of the Internet service platform are different from the ordinary service, there are many problems in the applicable rules for the liability of Internet intellectual property infringement cases in judicial practice. Among them, the most prominent problem is that China currently has no clearly defined legal rules to deal with the frequent phenomenon of intellectual property infringement in the context of new network services. In judicial practice, it is not clear whether new network service providers can apply the provisions of «Notice-and-Takedown». Thus, the academic and practical circles have aroused widespread concern and debate on the small program platform case and the cloud server case. If the specific rules applicable to new network services in Internet intellectual property infringement cases cannot be accurately defined, it will lead to the legitimate rights and interests of right holders cannot be reasonably protected, hinder the service experience of Internet users, make it difficult to achieve Internet intellectual property protection, and hinder the healthy development of new network service industry.

1. The practical dilemma and legal analysis of the application of the «Notice-and-Takedown» rule for new network services

Based on the rapid development and continuous iterative upgrading of the Internet, many new changes

have taken place in the types of new network service platforms, both in terms of technology and services, which will inevitably lead to many problems in the application of relevant liability rules in judicial practice for new Internet intellectual property infringement cases. In the judicial practice of intellectual property infringement cases under the background of new Internet services, there are differences on the identification of the legal attributes of new Internet services, whether new Internet services can be the eligible subject of the «Notice-and-Takedown» rule and how to apply it.

1.1. The legal characterization of new Internet service providers

The academic circle has not reached a consensus on the concept of «Internet service provider», which is still in the stage of extensive discussion. The legislative interpretation of Tort Liability Law holds that it includes two categories: network technology service provider and network content provider.¹ Some scholars believe that it should be divided into different types based on the ability of network service providers to identify and control content.² China's «Regulations on the Protection of Information Network Communication» with article 20 to 24 of the four provisions of the network service providers according to the provision of different services are divided into four categories, specifically for automatic access, automatic transmission services and automatic storage services, information storage space services and search, link services. However, with the innovative development and iterative upgrading of Internet technology, the service style provided by network service providers has exploded, and the scope of service has also been extended to various industries. Therefore, the four categories of services stipulated in the Regulations on Information Network Communication are difficult to include such new network services with «novelty» in the technical field and service mode. Among them, the most representative is the small program platform and cloud server service that have caused a lot of controversy and discussion in the academic and practical circles.

For example, in the «WeChat Mini Program case», the first instance judgment was based on the fact that the mini program developer provided a web page structure and access service, which was considered to be similar to automatic access and automatic transmission services.³

However, this kind of simple analogy to judge the new network service may be inappropriate. According

¹ See: *Wang Sheng-Ming*. The interpretation and legislative background of tort Liability Law of the People's Republic of China [M]. Beijing : People's Court Press, 2010. P. 180.

² See: *Si Xiao*. On the Setting of Service Providers' Duty of Care in Intellectual Property [J] // Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law). 2018 [1]. P. 78—88.

³ See: Hangzhou Internet Court [2018] Zhejiang 0192 Civil Trial No. 7184 Civil Judgment. The first instance judgment of «WeChat mini program case» has a detailed analysis. URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> (accessed: August 30, 2023).

to the characteristics of the service provided by the new network service platform in this case, its service model can also be classified as link service. Taking the «WeChat Mini Program case» as an example, in terms of the technology and service relationship between the new network service platform and the WeChat mini program platform service in this case, its essence is more similar and appropriate to the linked service, so it is reasonable to apply the necessary measures of «shielding» or «disconnecting» stipulated in Article 36 of the Tort Liability Law to achieve the purpose of exemption.

Another example is the «Alibaba Cloud Server case,»⁴ after trial, the court of second instance finally found that the cloud server rental service provider belongs to the «network service provider» stipulated in Article 36 of the Tort Liability Law, rather than one of the four categories of services stipulated in the Regulations on the Protection of Information Network Communication, so it should be regulated by the Tort Liability Law. It is not subject to the Regulation on the Protection of Information Network Communication.

The author believes that the judgment made by the court based on the actual situation and special circumstances of the new network services in each case is correct. Taking the «Alibaba Cloud Server case» as an example, the author believes that it has the characteristics of both access services and equipment suppliers, so the cloud server rental service provider will not review and control the information in the application of the specific operators under it in their daily operations.⁵ Therefore, the court finally identified the cloud server as a new type of network service provider with reasonable grounds, which should be subject to the provisions of Article 36 of the Tort Liability Law.

1.2. Whether the «Notice-and-Takedown» rule can be applied to new network services

With the rapid iteration and upgrading of Internet technology and the rapid innovation and development of business service models, the development momentum of new network services such as small program platforms and cloud servers with great characteristics has mushroomed. At the same time, there are also many problems in the application of law in judicial practice, such as whether the «Notice-and-Takedown» rule can be applied to the new network service? What is the scope and type of «Internet service provider» in Article 36 of the Tort Liability

Law? Does it include new types of Internet service providers? This is the primary issue that needs to be resolved urgently in new network service cases such as the small program case and the cloud server case.

The «Regulations on the Protection of Information Network Communication» divides network service providers into automatic storage services, information storage space services, automatic access, automatic transmission services, and search and link services according to the different services provided, and stipulates the responsibility of network service providers and the necessary measures of «safe haven exemption», which belongs to the «main legislation» mode. It should be noted that although the application of the «main legislation» model to judge has its advantages, but its inherent drawbacks in the new network service infringement field is more obvious.⁶

On the one hand, the academic circle has not yet formed a unified view on the concept of «Internet service provider», which is an open concept that has not been widely defined. Some scholars divide it into two categories: network technology service provider and network content provider. Some of them are divided into different types based on the ability of network service providers to identify and control content.⁷

And with the rapid iteration and upgrading of Internet technology and the innovative development of business service models, a variety of new network services have sprung up. Because of the large number and different styles, it is difficult to cover all the four types of service subject stipulated in the Regulation on the Protection of Information Network Communication, and the limitations of such an enumeration legislative model will be highlighted. On the other hand, the Regulation on the Protection of Information Network Communication has a lower legal status than the Tort Liability Law, which is reflected in the WeChat mini program case. Hangzhou Internet Court gave a clear explanation that Article 36 of the Tort Liability Law, as a general provision for adjusting civil torts in the Internet field, does not limit the scope and type of network service providers. Adjust all infringements that occur on the Internet.⁸

Imagine if in practice there is a new type of network service infringement dispute case, but the new network service provider does not belong to the four types of service subject of the Information Network Communication Protection Regulation, then what tort liability clause should be applied at this time? If the new network service provider is not a qualified

⁴ Ledong Excellence v. Alibaba Cloud copyright infringement case. Beijing Intellectual Property Court (2017) Beijing 73 Civil Final Case No. 1194 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/> [accessed: August 28, 2023].

⁵ See: *Bi Wen-Xuan*. Qualitative and Liability Construction of New Network Service Providers — Also commented on the case of Alibaba Cloud Server [J] // *Electronics Intellectual Property*. 2020 [2]. P. 80.

⁶ See: *Li Yang, Chen Shuo*. Re-review of «Notice-and-Takedown» Rule [J] // *Intellectual Property*. 2020 [1]. P. 25—38.

⁷ See: *Wang Qian*. Copyright Protection in the Network Environment [M]. Beijing : Law Press China, 2011. P. 251.

⁸ See: Hangzhou Intermediate People's Court of Zhejiang Province (2019) Zhejiang 01 Civil Final Judgment No. 4268 // URL: <https://wenshu.court.gov.cn> [accessed: August 29, 2023].

subject of the «Notice-and-Takedown» rule, then is it contrary to the purpose of the Tort Liability Law? From the Alibaba Cloud case, the court of second instance gave a clear answer, that is, although the cloud server rental service does not belong to any of the existing classification of network service providers, from the form of law and objective consideration, «other network technology service providers» can also apply the «Notice-and-Takedown» rule stipulated in article 36 of the Tort Liability Law to protect their legitimate rights and interests. And not only limited to storage, search link service providers.

Finally, the court applies Article 36 of the Tort Liability Law to determine the liability of the cloud server. In the WeChat mini program case, the Hangzhou Internet Court explained that the WeChat mini program service did not fall within the scope of the four types of service subjects stipulated in the Regulations on the Protection of Information Network Transmission, so the provisions of Article 36 of the Tort Liability Law were finally applied to determine whether the «new network service provider» was an «accomplice» of Internet infringement. It is not difficult to see that the choice of the application path of Article 36 of the Tort Liability Law, which is at a higher legal level, is facing a difficult situation.

1.3. How does the «Notice-and-Takedown» rule apply to new online services

In China's laws and regulations on the «Notice-and-Takedown» procedure, the Internet service provider should «immediately delete or disconnect» after receiving the notice, which is easy to give the public the impression that the application of the «Notice-and-Takedown» rule is based on the premise that the Internet service provider can implement «positioning and clearing». ⁹ The deletion, shielding, disconnection, etc. provided for in Article 36 of the Tort Liability Law are not all the necessary measures for the Internet platform to escape liability, that is, after the Internet platform is effectively notified by the right holder, the necessary measures it should take are not limited to the above practices. For example, in the Alibaba Cloud case, the court pointed out that according to the Regulations on the Protection of Information Network Communication and the Tort Liability Law and other legal provisions, combined with judicial and industry practice, the necessary measures can be divided into two categories: the first type is the measures that can prevent the infringement in time, including deletion, shielding, disconnecting links, etc. ¹⁰

The second category is the network service provider based on the type of rights or their own special

nature, it does not need to and can not be exempted by taking measures such as deletion, but can take other measures to achieve the conditions of exemption, such as notification. ¹¹ Another legal application problem faced by new network service infringement cases is that when the new network service platform receives an effective notice from the right holder, what measures should be taken to achieve the purpose of exemption?

The rapid development of science and technology and the innovation of business models produce new network services, and legal rules cannot and should not immediately revise specific services for each new network service, which is not in line with the stability of the law, so the best solution is to interpret existing rules to adjust and regulate such new problems. In terms of the current legal provisions, it remains to be clarified whether the «Notice-and-Takedown» rule is applicable in judicial practice and how to use it to adjust the legal relationship of new network services. For example, the WeChat mini program case and Alibaba Cloud Server case adopted different judgment methods and trial results, which directly reflects the complexity of such problems, which also reflects from the side that the application of the «Notice-and-Takedown» rule still needs in-depth research.

2. The legal positioning and theoretical interpretation of the «Notice-and-Takedown» rule

In the current theoretical discussion and judicial practice, the disputes surrounding the application of the «Notice-and-Takedown» clause involve the following specific issues, including the legal positioning of the «Notice-and-Takedown» rule, the understanding of the platform to take necessary measures, and the difference between «necessary measures» and «stop infringement». The core reason for these disputes lies in the vague understanding of the «Notice-and-Takedown» rule.

2.1. The legal positioning of the «Notice-and-Takedown» rule

According to the available historical data, the «safe haven» system first appeared in the United States. From the development of relevant cases in the United States, the legislative process of the Digital Millennium Copyright Act and its provisions, it can be seen that the purpose of providing «safe harbor» for Internet service providers is to clarify the standard of possible infringement liability of Internet service

⁹ See: *Hou Nan-Zhu*. Application of «Notice and Takedown» Rule to New Types of Network Services — Illustrated by the case of Alibaba Cloud and WeChat Mini Programs [D]. Shanghai Jiao Tong University, 2020. P. 18.

¹⁰ See: *Li Yang, Chen Shuo*. Re-review of «Notice-and-Takedown» Rule [J] // Intellectual Property. 2020 [1]. P. 25—38.

¹¹ See: *Wu Han-Dong*. Tort Liability for Indirect Infringement of Copyright in the Internet according to Article 36 of the Tort Law PRC. [J] // China Legal Science. 2011 [2]. P. 38—47.

providers, so as to make the liability risk more predictable, and to appropriately limit the liability of Internet service providers, so that their liability burden is not too heavy.¹²

The «safe haven» rule and the «Notice-and-Takedown» rule are both exempt clauses. The Digital Millennium Copyright Act of the United States stipulates that if the network service provider acts in accordance with the measures and conditions stipulated in the «safe haven» rule, then the network service platform is of course not liable for network infringement. China's «Notice-and-Takedown» rule is rooted in the «safe harbor» rule transplanted from the product, its purpose is to promote and regulate the healthy development of the Internet industry.

However, the Chinese legislature has not made clear whether the provision of the Internet service provider violating the «Notice-and-Takedown» rule is directly recognized as infringement or according to the provisions of the Tort Liability Law. Compared with the exemption of restrained and neutral behavior of Internet service providers in the United States, the expression of the «Notice-and-Takedown» rule in China is more similar to the liability clause from the perspective of the interpretation of the text.¹³

In practice, the court gradually breaks the limit of the disclaimer of the «Notice-and-Takedown» rule, which makes Internet service providers bear quite strict liability for network tort. To sum up, in the process of invoking the «safe harbor» rule, there is some deviation in the legal application of the «Notice-and-Takedown» rule in our country, so that the provision cannot play the role of «safe harbor» exemption in judicial practice.

2.2. The comparison between «Notice-and-Takedown» and «Notice plus taking necessary measures»

From «Notice-and-Takedown» to «Notice and take necessary measures», from the perspective of dispute resolution, it is more like a «non-litigation» measure, which is essentially a self-relief attribute. From the relevant laws that have been introduced in China, it is not difficult to see that the «Regulations on the Protection of Information Network Transmission Right», «Tort Liability Law» and «Electronic Commerce Law» on the framework of Internet infringement provisions, and then the relevant provisions and descriptions of «Notice-and-Takedown» to «notice and taking necessary measures». Whether it is the «Notice-and-Take-

down» rule, the degree of neutrality or perfection of this disclaimer clause system is different.¹⁴

In the Regulations on the Protection of the Right of Information Network Transmission, the network service platform is a neutral party, aiming to balance the interests of the right holder, the network service platform and its service objects. At that time, the judicial authorities have yet to determine who is the right holder and who is the infringer, so the Internet service providers could not «blindly» deal with the situation, let alone show favoritism.

This is conducive to balancing the interests of both the network service object and the right holder, and also reflects that the «Notice-and-Takedown» rule is a self-saving measure. However, from the «Notice-and-Takedown» stipulated in the «Information Network transmission right Protection Regulations» and «notice and take necessary measures» stipulated in the «Electronic Commerce Law», we can see that China's rules on Internet infringement exemption clauses and measures are relatively unequal.

Comparatively speaking, the legal level of the Tort Liability Law is higher than that of the Regulations on the Protection of the Right of Information Network Communication and the Law of Electronic Commerce. However, the provisions of its exemption clauses only provide for «notice» and «taking necessary measures», and do not include the self-relief measures such as anti-notice and recovery provided for in the Regulations on the Protection of the right of Information Network Communication and the Law of Electronic Commerce. So that the system has yet to supplement corresponding measures to improve its unbalanced legal system.

2.3. The difference between «necessary measures» and «stopping infringement»

«Notice-and-Takedown» is different from «disconnect», «delete», «shield» and other measures taken after judging infringement in judicial judgment, it is a relatively independent private relief procedure. Considering that measures such as «disconnection», «deletion» and «shielding» can be self-relief measures stipulated in the disclaimer clause of «Notice-and-Takedown» or «Notice and taking necessary measures», and can also be a way of bearing civil liability in judicial practice.

Therefore, in judicial practice, self-relief measures such as «Notice-and-Takedown» and «notice plus necessary measures» should be distinguished from civil liability «stopping infringement» methods.

¹² See: *Xue Hong*. A review of copyright infringement liability of Internet service providers [J] // Science Technology and Law Chinese-English. 2000 [1]. P. 57.

¹³ See: *Kong Xiang-Jun*. Application of «Internet Article» to New Types of Network Service — From «Notice-and-Takedown» Rule to «Notice and Taking Necessary Measures»[J] // Journal of Political Science and Law. 2020 [1]. P. 52—66.

¹⁴ See: *Wang Jie*. New Interpretation on Hosting ISPs' Duty of Care [J] // Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law). 2020 [3]. P. 103.

It is precisely because «Notice-and-Takedown» and «notice plus necessary measures» are different from the «disconnection», «delete», «shielding» and other measures taken after the judgment of infringement in judicial judgment, in fact, it is a self-relief system in the network infringement liability, so this self-relief mode can quickly and efficiently solve the disputes between the network service provider and the network user and the infringer. «Notice-and-Takedown» and «notice-and-take necessary measures» make the right holder and the dispute infringer to the network service provider as a bridge to fight, in order to achieve the purpose of self-relief and then escape liability. Among them, «delete» or «necessary measures» are the specific forms of self-relief, not legal responsibility, but related to the legal responsibility that may occur later.¹⁵

This is different from the civil liability bearing methods in judicial practice. «Deletion», «disconnection» or «shielding» are the specific ways of liability bearing when the network service provider constitutes an infringement in judicial trial. These are the specific measures for the infringer to stop the infringement, and the premise is that the court judges constitute an infringement, rather than self-relief measures.

3. Explore the way out of the application of the «Notice-and-Takedown» rule for new network services

The unification of private right protection and private right restriction is the foundation of maintaining the balance of intellectual property system, and the basis of this balance should be fully reflected in every development detail of intellectual property law. In the face of the development of «Notice-and-Takedown» and the loss of original functions, it is necessary to timely improve and correct guidance in the follow-up system design, gradually restore and improve the operating environment of intellectual property, so as to realize the healthy and orderly development of the social economy, and return to the original intention of the «Notice-and-Takedown» rule.

3.1. Clarify the disclaimer attribute of the «Notice-and-Takedown» rule

The basic framework of the «safe harbor» system design is that different types of network service providers are provided with different exemption requirements and obligations according to different network information content editing and control capabilities and different service natures.¹⁶

Therefore, in order to correctly apply and achieve the effect of exemption in judicial practice, we must first clearly identify the «safe haven» rule as an exemption clause belonging to a self-relief measure. This will further clarify the responsibility of network service providers, network service providers in dealing with complex network infringement events require a high degree of predictability, so that it can achieve the conditions of immunity, but also reduce the burden of responsibility of network service providers.

The design of the «safe haven» system in China's relevant laws is due to the consideration of the technological characteristics of the rapid innovation and development of network technology and the continuous promotion of the stable and orderly development of the network service industry with great development potential. Through legal provisions, the scope of network service providers do not bear responsibility and the self-relief conditions that can be exempted from legal liability. To provide a safe harbor for Internet service providers to evade their responsibilities.

Therefore, China's legislation should re-examine the essential attribute of the «Notice-and-Takedown» rule, absorb and invoke its exemption attribute, and accurately apply its legal attribute in judicial practice to reduce the heavy network infringement liability borne by the network service platform, and then promote the rapid, steady and healthy development of network services. Therefore, it should be clear that «safe harbor» is a disclaimer clause, and any network service provider who takes necessary measures according to the law will enter the safe harbor and will not bear tort liability.

3.2. «Transfer of notice» as an enforceable necessary measure

In its interpretation of the Tort Liability Law, the Civil Law Office of the National People's Congress Legal Work Committee proposed to include the «notice-acceptation-notification» channel into the necessary measures. According to this, Internet service providers should take measures consistent with their service technology and management level after receiving the notice from the right holder. If these necessary measures are beyond the level of its service technology and management, or will have a serious impact on the network service provider itself and others, the network service provider can take «notification transfer» measures to provide a solution for the right holder.

This approach not only helps the right holders to safeguard their legitimate interests, but also enables the stable and healthy development of the Internet

¹⁵ See: *Kong Xiang-Jun*. Application of «Internet Article» to New Types of Network Service — From «Notice-and-Takedown» Rule to «Notice and Taking Necessary Measures» [J] // *Journal of Political Science and Law*. 2020 [1]. P. 52—66.

¹⁶ See: *Feng Shu-Jie*. The Determination of Trademark Infringement Responsibility of Internet Service Provider: Study on Interpretation and Application of Article 36 of Tort Liability Law [J] // *Intellectual Property*. 2015 [5]. P. 10—19.

service providers. Taking into account the technological characteristics of rapid innovation and development and iterative upgrading of network technology, the modes and quantities of network infringements have also increased dramatically, and the scope of application of the «Notice-and-Takedown» rule has also been expanding, which makes it difficult for new network service providers to accurately identify network infringements when they occur.

Therefore, in order to prevent network service providers from being in a dilemma and alleviate the pressure of infringement liability they face, it is very necessary to identify «notification transfer» as one of the necessary measures that new network service providers can take. In practice, it is also more conducive to safeguarding the legitimate rights and interests of the right holder. Because in addition to patent rights, which are difficult to judge and professional, there are some infringement acts that are difficult to identify and judge. Such as infringement of trade secrets, because this type of infringement is very hidden, identification and judgment is very difficult; The infringement of the right of reputation is difficult to judge the truth of the facts.¹⁷

Therefore, it is difficult for the new network service providers to accurately «locate and remove» the passive notification, and may even cause the abuse of the deletion measures.¹⁸ The application of «transfer notice» makes the network service provider not to take deletion measures due to the limitation of its technical service and management level, but to notify the suspected infringer in the way of «transfer notice» and then make other appropriate decisions according to its feedback information, so that this dilemma can be solved.

3.3. When necessary, the new network service provider may be required to disclose the information of the specific developer

With the development of network technology and network service industry, there are anonymous registered users in network communication and it is impossible to find out the real identity information, so the right holder cannot contact the suspected infringer directly to solve the infringement dispute, so the «Notice-and-Takedown» rule «came into being» and was established. The Supreme People's Court issued the Interpretation on Several Issues concerning the Application of Law in the Trial of Cases Involving Computer Network Copyright Disputes, which has relevant provisions on the publication of information of computer network infringer.

If the intellectual property right holder, upon finding that the infringer has infringed its intellectual property rights, proposes to the network service provider to publish the relevant registration information of the infringer in order to investigate the infringement liability of the perpetrator, the network service provider shall provide it to the right holder after the examination and verification, and shall bear the corresponding infringement liability in accordance with the law if it refuses to provide it without justifiable reasons.

In the case that the platform is nested or the technical characteristics make the infringement relatively complex and difficult to distinguish, if the right holder finds the infringement of the infringer to complain to the network service provider, then based on the principle of proportionality, the network service provider in addition to the choice of notification to the accused infringer, When necessary, the Internet service provider may also provide the information of the alleged infringer upon the application of the intellectual property right holder. The right holder directly issues a notice to the specific developers publicly disclosed by the new network service providers to protect their rights.¹⁹

In order to skip the first-level network service provider, that is, the intermediary, the right holder can directly contact the specific developer of the small program to solve the dispute, which greatly improves the efficiency of protecting the rights of network infringement cases.

Therefore, the author believes that in order to effectively protect the legitimate rights and interests of the right holder and reduce the litigation burden of the right holder, the new network service provider can be required to disclose the information of the specific developer of the infringement nested program when necessary, so that the right holder can skip the intermediary and directly face off with the specific developer of the small program, which is conducive to the rapid settlement of disputes, greatly improve the efficiency of rights protection, and prevent the expansion of damage consequences.

Conclusion

With the rapid development of Internet technology and network service industry, the technologies and ways of information network communication and network service are also new, and the infringement styles are also diversified, which brings a severe test to how to use network infringement rules in judicial practice. The understanding and application of legal rules cannot be divorced from the practical judicial

¹⁷ See: *Yang Li-Xing*. Intellectual Property Tort Liability Rules in the Field of E-Commerce [J] // *Modern Law Science*. 2019 [4]. P. 78.

¹⁸ See: *Feng Xiao-Qing*. Value Composition of Intellectual Property [J] // *China Legal Science*. 2007 [1]. P. 70.

¹⁹ *Bi Wen-Xuan*. Qualitative and Liability Construction of New Network Service Providers — Also commented on the case of Alibaba Cloud Server [J] // *Electronics Intellectual Property*. 2020 [2]. P. 85.

practice. In the face of the technical characteristics of the rapid innovation and development of network technology and the iterative upgrading, the practice should sort out the new network service infringement dispute cases in detail, pay attention to the hierarchical order of special law and general law in the application of law, and clarify the internal logic and legal application relationship between priority application and supplementary application.

With the progress of China's legislative technology, the «Notice-and-Takedown» rule in the «Regulations on the Protection of Information Network Communication» has also gradually developed, which is reflected in the «notice and take necessary measures» rule stipulated in the relevant provisions of the «Tort Liability Law» and the «E-commerce Law». «Network service provider» has been listed as the eligible subject of Article 36 of the Tort Liability Law, and the new network service provider can «notify and take necessary measures» to avoid the risk of tort liability. In addition to «notification transfer», the Tort Liability

Law has also made corresponding flexible expansion in the scope of necessary measures.

This is more conducive to the flexible application of the «Notice-and-Takedown» rule, so that the network service industry can develop in a more stable and orderly way. At the same time, judicial practice should also consider the specific behavior of the new Internet service providers, the characteristics of the new infringement and the necessary measures adapted to the new Internet service providers themselves, combined with the role of law in adjusting social relations and the characteristics of network infringement disputes, and consider the need for balance of interests of all parties on the basis of appropriate legal interpretation and proportionality principle. And then reasonably apply the «Notice-and-Takedown» rule, so that the network service providers can smoothly enter the harbor to avoid the risk of network infringement liability, and promote the healthy, orderly and long-term development of the network service industry.

REFERENCE

1. *Wang Sheng-Ming*. The interpretation and legislative background of tort Liability Law of the People's Republic of China. — Beijing : People's Court Press, 2010.
2. *Si Xiao*. On the Setting of Service Providers' Duty of Care in Intellectual Property // Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law). — 2018 [1].
3. Hangzhou Internet Court. [2018] Zhejiang 0192 Civil Trial No. 7184 Civil Judgment // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/>.
4. *Bi Wen-Xuan*. Qualitative and Liability Construction of New Network Service Providers — Also commented on the case of Alibaba Cloud Server // Electronics Intellectual Property. — 2020 [2].
5. *Li Yang, Chen Shuo*. Re-review of «Notice-and-Takedown» Rule // Intellectual Property. — 2020 [1].
6. *Wang Qian*. Copyright Protection in the Network Environment. — Beijing : Law Press China, 2011.
7. Hangzhou Intermediate People's Court of Zhejiang Province [2019]. — Zhejiang 01 Civil Final Judgment No. 4268. — URL: <https://wenshu.court.gov.cn/>.
8. *Hou Nan-Zhu*. Application of «Notice and Takedown» Rule to New Types of Network Services — Illustrated by the case of Alibaba Cloud and WeChat Mini Programs [D]. — Shanghai Jiao Tong University, 2020.
9. *Wu Han-Dong*. Tort Liability for Indirect Infringement of Copyright in the Internet according to Article 36 of the Tort Law PRC // China Legal Science. — 2011 [2].
10. *Xue Hong*. A review of copyright infringement liability of Internet service providers [J] // Science Technology and Law Chinese-English. — 2000 [1].
11. *Kong Xiang-Jun*. Application of «Internet Article» to New Types of Network Service — From «Notice-and-Takedown» Rule to «Notice and Taking Necessary Measures» // Journal of Political Science and Law. — 2020 [1].
12. *Wang Jie*. New Interpretation on Hosting ISPs' Duty of Care // Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law). — 2020 [3].
13. *Feng Shu-Jie*. The Determination of Trademark Infringement Responsibility of Internet Service Provider: Study on Interpretation and Application of Article 36 of Tort Liability Law // Intellectual Property. 2015 [5].
14. *Yang Li-Xing*. Intellectual Property Tort Liability Rules in the Field of E-Commerce // Modern Law Science. — 2019 [4].
15. *Feng Xiao-Qing*. Value Composition of Intellectual Property // China Legal Science. — 2007 [1].

Репродуктивные права граждан в правовых системах России и Китая

Сурогатное материнство: мировой опыт и практика правового регулирования Surrogate Motherhood: World Experience and Practice of Legal Regulation

Нина Сергеевна Ищенко,
доцент кафедры общественного здоровья
и здравоохранения с курсом ФПКП,
кандидат юридических наук, доцент,
Гомельский государственный медицинский университет,
руководитель белорусского отделения
Международной славянской правовой академии,
профессор,
г. Гомель, Белоруссия
e-mail: jgshpakovskij@dmsal.ru

Nina S. Ishchenko,
Associate Professor of the Department
of Public Health and health care with the course of FPKP,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor
of Gomel State Medical University,
Head of the Belarusian branch
of International Slavic Law Academy, professor,
Gomel, Belarus
e-mail: jgshpakovskij@dmsal.ru

© Ищенко Н. С., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.164-171

Аннотация. В статье исследуются вопросы репродуктивных технологий как на национальном, так и на международном уровне; позитивные и негативные аспекты деятельности в данной сфере. Описываются 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, репродуктивные технологии, репродуктивные права, 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 positions in the course of biotechnologically mediated 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, reproductive technologies, reproductive rights, embryo cryopreservation, gametes, embryo transfer, medical secrecy.

Как и любая сфера общественной жизни, сурrogатное материнство должно быть законодательно урегулировано. Сегодня сурrogатное материнство применяется на основе договора сурrogатного материнства. Услугой сурrogатной матери может воспользоваться только женщина, для которой вынашивание и рождение ребенка по медицинским показаниям физиологически невозможны либо связаны с риском для ее жизни и (или) жизни ее ребенка. Для оплодотворения яйцеклетки генетической матери могут быть использованы сперматозоиды ее супруга либо донорские сперматозоиды (в отношении пациентки, не состоящей в браке, — только сперматозоиды анонимного донора).

Для оплодотворения донорской яйцеклетки могут быть использованы только сперматозоиды супруга женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой. Перечень медицинских показаний и медицинских противопоказаний к сурrogатному материнству, порядок проведения медицинского осмотра сурrogатной матери, генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, а также супругов генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, определяются Министерством здравоохранения.

Договор сурrogатного материнства заключается между сурrogатной матерью и генетической матерью или женщиной, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению. Лица, состоящие в браке, заключают договор сурrogатного материнства с письменного согласия своих супругов. Существенными условиями договора сурrogатного материнства являются:

- оказание одной женщиной (сурrogатной матерью) другой женщине (генетической матери или женщине, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой) услуги по вынашиванию и рождению ребенка (детей), зачатого (зачатых) с участием яйцеклетки (яйцеклеток), изъятых (изъятых) из организма генетической матери, или донорской яйцеклетки (яйцеклеток);
- количество эмбрионов, которые будут перенесены в матку сурrogатной матери;
- указание организации (организаций) здравоохранения, в которой (которых) будут происходить соединение сперматозоида (сперматозоидов) и яйцеклетки (яйцеклеток), изъятых (изъятых) из организма генетической матери, или донорской яйцеклетки (яйцеклеток), перенос данного эмбриона (эмбрионов) в матку сурrogатной матери, наблюдение за течением ее беременности и роды;
- обязанность сурrogатной матери выполнять все предписания лечащего врача и представлять генетической матери или женщине, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, и ее

- супругу информацию о состоянии своего здоровья и состоянии здоровья вынашиваемого ребенка (детей);
- место проживания сурrogатной матери в период вынашивания ребенка (детей);
- обязанность сурrogатной матери передать генетической матери или женщине, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, ребенка (детей) после его (их) рождения и срок, в течение которого должна быть произведена указанная передача;
- обязанность генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, принять от сурrogатной матери ребенка (детей) после его (их) рождения и срок, в течение которого должен быть принят ребенок (дети);
- стоимость услуги, оказываемой сурrogатной матерью по договору сурrogатного материнства (за исключением случаев, когда договор сурrogатного материнства заключен на безвозмездной основе);
- порядок возмещения расходов на медицинское обслуживание, питание, проживание сурrogатной матери в период вынашивания, родов и в послеродовой период.

Договор сурrogатного материнства может быть заключен на безвозмездной основе в случаях, когда сурrogатная мать является родственницей генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, либо родственницей супруга генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой.

Сурrogатной матерью может быть женщина в возрасте от 20 до 35 лет, состоящая в браке и имеющая ребенка, если иные требования к ее возрасту и семейному положению не установлены Законом о вспомогательных репродуктивных технологиях (ВРТ), не имеющая медицинских противопоказаний к сурrogатному материнству, которая на момент заключения договора сурrogатного материнства: не признавалась судом недееспособной или ограниченно дееспособной; не лишалась судом родительских прав и не была ограничена в них; не отстранялась от обязанностей опекуна, попечителя за ненадлежащее выполнение возложенных на нее обязанностей; не является бывшим усыновителем (удочерителем), если усыновление (удочерение) отменено судом по ее вине; не осуждалась за совершение тяжкого, особо тяжкого преступления против человека; не является подозреваемой или обвиняемой по уголовному делу.

Сурrogатной матерью может быть женщина в возрасте от 20 до 49 лет при условии, что она является: родственницей генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, либо родственницей супруга генетиче-

ской матери или супруга женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, а также состоит в браке и имеет несовершеннолетнего ребенка; родственницей генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, либо родственницей супруга генетической матери или супруга женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, а также имеет совершеннолетнего ребенка и не имеет несовершеннолетнего ребенка.

Суррогатная мать не может одновременно быть донором яйцеклетки (яйцеклеток) в отношении женщины, заключившей с ней договор суррогатного материнства. Суррогатная мать *имеет право*:

- на обеспечение условий, необходимых для проживания;
- обеспечение условий, необходимых для вынашивания ребенка (детей);
- оказание услуг по договору суррогатного материнства на возмездной основе, а в случаях, предусмотренных Законом о ВРТ, — и на безвозмездной основе;
- возмещение расходов на медицинское обслуживание, питание, проживание в период вынашивания, родов и в послеродовой период, если иное не предусмотрено договором суррогатного материнства;
- государственные пособия, назначаемые в соответствии с законодательством;
- иные права, предусмотренные договором суррогатного материнства.

Суррогатная мать *обязана*:

- представить женщине, заключившей с ней договор суррогатного материнства, и ее супругу информацию о результатах медицинского осмотра, а также информацию о состоянии здоровья своего ребенка;
- проходить медицинский осмотр в сроки, определенные лечащим врачом;
- выполнять все предписания лечащего врача и представлять женщине, заключившей с ней договор суррогатного материнства, и ее супругу информацию о состоянии своего здоровья и состоянии здоровья вынашиваемого ребенка (детей);
- передать женщине, заключившей с ней договор суррогатного материнства, ребенка (детей) после его (их) рождения в срок, предусмотренный договором суррогатного материнства;
- хранить в тайне сведения о заключении договора суррогатного материнства и о лицах, заключивших такой договор;

— выполнять иные обязанности, предусмотренные договором суррогатного материнства.

Необходимым условием применения *искусственной инсеминации (ИИ)* является письменное заявление пациентки (если пациентка состоит в браке, также письменное согласие ее супруга). Для ИИ могут быть использованы сперматозоиды супруга пациентки или донорские сперматозоиды (в отношении пациентки, не состоящей в браке, — только сперматозоиды анонимного донора).

Сперматозоиды супруга пациентки могут быть использованы без их криоконсервации и прохождения карантинного периода. При ИИ пациентка, состоящая в браке, может использовать донорские сперматозоиды лишь в том случае, если сперматозоиды ее супруга не могут быть использованы по состоянию его репродуктивного здоровья. Организации здравоохранения вправе в порядке, определенном законодательством, осуществлять международное сотрудничество с организациями иностранных государств, имеющими регистры (банки, базы) доноров половых клеток, в целях использования половых клеток, содержащихся в таких регистрах (банках, базах), при применении ВРТ в Республике Беларусь.

Нарушение законодательства о ВРТ влечет за собой ответственность в соответствии с законодательными актами.

ВОЗ трактует ВРТ как состояние полного физического, умственного и социального благополучия, а не просто отсутствие болезней или недугов во всех вопросах, касающихся репродуктивной системы, ее функций и процессов. Последнее условие подразумевает право мужчин и женщин быть информированными и иметь доступ к безопасным, эффективным и приемлемым методам планирования семьи по их выбору, равно как и к иным методам регулирования деторождения по их выбору, не противоречащим закону, а также право иметь доступ к соответствующим услугам в сфере охраны здоровья, которые позволили бы женщинам благополучно пройти через этап беременности и родов и предоставили бы супружеским парам наилучший шанс родить *здорового младенца*¹. Таким образом, ВРТ направлены на охрану и поддержание репродуктивного здоровья граждан, с тем чтобы они могли иметь генетически родного ребенка.

Исследуемые методы репродуктивной медицины носят вспомогательный характер. Толковый словарь русского языка определяет слово «вспомогательный» как «подсобный, дополнительный»², что делает акцент на исключительности применения подобных методов, их дополнительном по

¹ 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).

² URL: <http://www.ozhegov.org/words/4413.shtml> (дата обращения: 02.05.2022).

отношению к процессу естественного зачатия и (или) рождения ребенка характере, т.е. использовании в случае наличия проблемы бесплодия. ВОЗ трактует бесплодие как неспособность сексуально активной, не использующей контрацепцию пары зачать ребенка в течение одного года³. В конце 2016 г. в СМИ появилась информация о возможном внесении изменений в данное определение: бесплодными предлагают признавать также тех, у кого нет сексуальных отношений или партнера, с которым можно завести ребенка⁴.

Таким образом, лицо вправе рассчитывать на продолжение своего рода независимо от того, есть у него партнер или нет. В связи с этим неплохо было бы внести соответствующие коррективы как на международном, так и на национальном уровнях. Специфический характер методов ВРТ проявляется в их вспомогательной роли по отношению к процессу не только зачатия и (или) рождения ребенка (т.е. в медицинской составляющей), но и обретения лицом (лицами), прибегнувшим (прибегнувшими) к методам ВРТ, родительских прав и обязанностей.

По общему правилу правоотношения между родителями и детьми основываются на происхождении ребенка. Если при естественном рождении основанием для обретения правового статуса родителя служит сам факт появления на свет ребенка, то в отношениях в сфере применения ВРТ (в частности, когда еще одним субъектом выступает третье лицо — суррогатная мать либо донор генетического материала) используются правовые фикции⁵.

С момента рождения ребенка может возникнуть ситуация правовой неопределенности: кто признается отцом и матерью ребенка, какие права и обязанности родители и ребенок имеют по отношению друг к другу? Белорусский законодатель в отношениях в сфере суррогатного материнства исходит из того, что матерью ребенка, рожденного суррогатной матерью, признается женщина, заключившая с последней договор суррогатного материнства; в свою очередь, отцом ребенка, рожденного суррогатной матерью, признается супруг женщины, заключившей с суррогатной матерью договор суррогатного материнства

(ч. 5 ст. 52 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее — КоБС))⁶.

При рождении ребенка, зачатого с помощью генетического материала донора, установление материнства и отцовства происходит иначе: женщина, родившая ребенка, зачатого из яйцеклетки другой женщины, признается его матерью (за исключением случаев суррогатного материнства); отцом ребенка признается супруг женщины, давший свое согласие на применение к ней методов ВРТ (ч. 1, 4 ст. 52 КоБС).

Таким образом, в отличие от рождения ребенка естественным путем для надления лица статусом родителя в отношениях в сфере суррогатного материнства одного факта рождения ребенка недостаточно: вынашивает и рождает ребенка суррогатная мать, однако юридических прав на него она не имеет. Подход белорусского законодателя в данном вопросе значительно отличается от иных взглядов, закрепляющих презумпцию материнства женщины, родившей ребенка, согласно которому для получения статуса родителей потенциальным родителям необходимо согласие на это суррогатной матери⁷.

Подобный подход представляется нам весьма спорным, поскольку в этом случае отсутствует защищенность прав супругов, воспользовавшихся услугами суррогатной матери, что противоречит самой сути и предназначению данного метода ВРТ. На порядок обретения родительских прав и обязанностей в рассматриваемых отношениях не влияет и то, кто предоставил генетический материал: при рождении ребенка с использованием донорской яйцеклетки либо спермы донора генетического материала не вправе претендовать на признание его (ее) родителем рожденного ребенка (ч. 2 ст. 52 КоБС).

Полагаем, что логика законодателя в правовом регулировании данных вопросов сводится к максимальному соблюдению интересов тех лиц, которые желают стать родителями, а не вступают в правоотношения в сфере применения ВРТ по иным причинам (стремление помочь бездетной паре родить ребенка, получить денежное вознаграждение за подобную помощь и т.д.). Наличие заболеваний, влекущих за собой невозможность

³ 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).

⁴ 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).

⁵ Юрашевич Н. М., Ильина Е. В. Семейно-правовые фикции, регламентирующие использование репродуктивных технологий в Республике Беларусь, Российской Федерации и Республике Казахстан // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 09.07.1999 № 278-З с изм. и доп. // URL: <https://etalonline.by/document/?regnum=hk9900278> (дата обращения: 02.05.2022).

⁷ См., например: Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»; Journal of the Belarusian State University. Law. 2017. No. 3. P. 52—59.

самостоятельного зачатия и (или) рождения здорового ребенка, существование генетических нарушений у лиц, обращающихся за применением ВРТ, а также желание повысить эффективность применяемых методов предопределяют появление новых видов вспомогательной репродукции.

В мировой практике используется более десяти различных видов ВРТ: ЭКО и последующий перенос эмбриона в полость матки; инъекция сперматозоида в цитоплазму ооцита (далее — ИКСИ); рассечение оболочки эмбриона (хетчинг); криоконсервация спермы, ооцитов и эмбрионов, ткани яичника; донорство спермы, ооцитов и эмбрионов; суррогатное материнство; предимплантационная генетическая диагностика; получение сперматозоидов для ИКСИ; искусственная инсеминация обогащенной спермой мужа или донора; клонирование.

Согласно ст. 3 Закона РБ о ВРТ вспомогательные репродуктивные технологии включают в себя лишь ЭКО, суррогатное материнство и искусственную инсеминацию. Анализ услуг, оказываемых центрами вспомогательной репродуктивной медицины Республики Беларусь, позволяет сделать вывод о применении в нашей стране и иных видов ВРТ, несмотря на отсутствие их правового регулирования (ИКСИ, хетчинг и др.)⁸.

Российский законодатель в приказе Министерства здравоохранения РФ от 30.08.2012 № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» к ВРТ, помимо названных в белорусском законодательстве, относит также ИКСИ (при наличии показаний — хетчинг), криоконсервацию половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов, транспортировку половых клеток и (или) тканей репродуктивных органов⁹.

В приказе Министерства здравоохранения Российской Федерации от 31.07.2020 № 803н «Порядок использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказания и ограничения к их применению»¹⁰ устанавливаются правила использования ВРТ на территории Российской Федерации, а также противопоказания и ограничения к применению. Поясняется, что ВРТ представляют собой методы лечения бесплодия, при применении которых отдельные или все этапы зачатия и раннего развития эмбрионов осуществляются вне материнского организма (в том числе с использованием донорских и (или) криоконсервированных половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов,

а также суррогатного материнства). Медицинская помощь с использованием ВРТ оказывается в рамках первичной специализированной медико-санитарной помощи и специализированной медицинской помощи. Оказание медицинской помощи с использованием ВРТ проводится на основе информированного добровольного согласия гражданина или его законного представителя на медицинское вмешательство по форме, предусмотренной приложением № 13 к рассматриваемому приказу. Медицинская помощь с использованием ВРТ оказывается медицинскими организациями (структурными подразделениями), имеющими лицензию на осуществление медицинской деятельности, предусматривающей выполнение работ (оказание услуг) по акушерству и гинекологии (использованию вспомогательных репродуктивных технологий) в соответствии с приложениями № 1—3 к настоящему Порядку. Медицинская помощь с использованием ИИ, а также обследование женщин для оказания медицинской помощи с использованием ВРТ осуществляется (проводится) медицинскими организациями (структурными подразделениями), имеющими лицензию на осуществление медицинской деятельности, предусматривающую выполнение работ (оказание услуг) по акушерству и гинекологии (за исключением использования ВРТ и искусственного прерывания беременности) и акушерству и гинекологии (использованию ВРТ). Обследование мужчин (мужа, мужчины, не состоящего в браке с женщиной, давшего совместно с женщиной информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство на применение ВРТ, проводится медицинскими организациями, имеющими лицензию на осуществление медицинской деятельности, предусматривающую выполнение работ (оказание услуг) по урологии.

Полагаем, что в целях установления более полного и комплексного регулирования отношений в сфере репродуктивной медицины перечисленные методы вспомогательной репродукции должны регулироваться Законом о ВРТ. Медикализованный характер данных методов нашел отражение в определении ВРТ. Статья 1 Закона РБ о ВРТ рассматривает вспомогательные репродуктивные технологии как метод оказания медицинской помощи. Вместе с тем такое определение ВРТ представляется весьма широким.

В статье 1 Закона РБ от 18.06.1993 № 2435-ХП «О здравоохранении» (далее — Закон о здравоохранении) медицинская помощь определяется как «комплекс медицинских услуг, направленных на

⁸ См.: Эмбрио. Центр вспомогательной репродукции // URL: <http://www.embryo.by/ru/services/begin/> (дата обращения: 10.05.2022); ЭКО. Центр репродуктивной медицины // URL: <http://ecocenter.by> (дата обращения: 10.05.2022); Ева. Клиника женского здоровья // URL: <http://evaclinic.by/eco.html> (дата обращения: 10.05.2022).

⁹ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ СПС «КонсультантПлюс».

сохранение, укрепление и восстановление здоровья пациента, включающий медицинскую профилактику, диагностику, лечение, медицинскую реабилитацию и протезирование, осуществляемый медицинскими работниками». Под медицинской услугой понимаются медицинское вмешательство либо комплекс медицинских вмешательств, а также иные действия, выполняемые при оказании медицинской помощи.

Таким образом, понятие медицинской помощи является более широким по отношению к термину «медицинские услуги». Применение ВРТ ставит своей целью преодоление проблемы бесплодия у пациента (пациентов) и предусматривает выполнение не только самой процедуры, но и сопутствующих действий, например по обследованию и осмотру лица, обратившегося за применением подобных методов. Полагаем, что в определении ВРТ должна найти отражение цель применения рассматриваемых методов, чтобы дефиниция непосредственно ограничивала круг субъектов, имеющих право прибегнуть к методам вспомогательной репродукции.

Указание в качестве цели ВРТ лечения бесплодия представляется не совсем корректным. Абзац 7 ч. 1 ст. 1 Закона о здравоохранении определяет лечение как комплекс медицинских услуг, направленных на устранение заболевания у пациента. Применение методов вспомогательной репродукции предопределяется наличием бесплодия у лица (лиц), которое может быть как относительным (причины заболевания могут быть устранены путем квалифицированного медицинского лечения), так и абсолютным (например, в случае отсутствия матки, деформации полости или шейки матки при врожденных пороках развития или в результате заболеваний и т.д., что объективно делает невозможным зачатие, вынашивание и (или) рождение ребенка). Применение ВРТ не устраняет саму проблему бесплодия (т.е. естественное зачатие не станет реальным), а делает возможным появление ребенка иным путем (например, с помощью услуг сурrogатной матери). Учитывая это, полагаем целесообразным определять ВРТ как метод преодоления бесплодия.

Законодательство зарубежных государств также различается в охвате этапов проведения

процедур по применению ВРТ, что находит отражение в существующих определениях этого понятия. Так, в Республике Казахстан и Российской Федерации этапами применения ВРТ выступают зачатие и раннее развитие эмбриона¹¹, в то время как подход белорусского законодателя допускает альтернативу. Этапами применения ВРТ признаются зачатие и (или) развитие эмбриона, что предоставляет более широкие возможности по применению вспомогательных репродуктивных технологий вне организма лица, обратившегося за применением ВРТ. Считаем целесообразным внести соответствующее изменение в ст. 1 Закона о ВРТ, изложив определение ВРТ в следующей редакции:

«Вспомогательные репродуктивные технологии — методы преодоления бесплодия, при которых отдельные либо все этапы зачатия и (или) раннего развития эмбриона (эмбрионов) до переноса его (их) в матку осуществляются в лабораторных условиях».

Применительно к ВРТ в научных исследованиях используются два подхода: *медикизованный* и *фамиллизированный*¹².

Первый из них при формулировке понятия ВРТ делает акцент на медицинской составляющей, определяя его как способ лечения бесплодия. Данный подход обуславливает применение методов репродуктивной медицины лишь в отношении лиц, которые не могут зачать и (или) родить ребенка естественным путем. Как отмечается в литературе, использование ВРТ направлено на коррекцию естественной репродуктивной деятельности человека, которая заключается в терапии бесплодия либо предупреждении рождения детей с наследственной патологией, т.е. может применяться лишь в отношении женщин либо гетеросексуальных пар¹³.

Медикизованный подход является доминирующим в странах постсоветской модели правового регулирования отношений, возникающих при применении ВРТ, где они рассматриваются как «медицинские технологии» (Закон Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека»¹⁴); «методы терапии бесплодия» (приказ и.о. министра здравоохранения Республики Казахстан «Об утверждении

¹¹ См.: приказ и.о. министра здравоохранения Республики Казахстан от 30.10.2009 № 627, с изм. и доп. от 30.03.2011 «Об утверждении Правил проведения вспомогательных репродуктивных методов и технологий» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530589#pos=4;-268 (дата обращения: 17.04.2022); Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹² 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).

¹³ Дикова И. А. К вопросу о субъектах правоотношений в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий // Юрист. 2008. № 11. С. 46—51.

¹⁴ Закон Республики Армения от 11.12.2002 «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus> (дата обращения: 20.04.2022).

Правил проведения вспомогательных репродуктивных методов и технологий»); «методы лечения бесплодия» (ч. 1 ст. 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

Второй подход к определению ВРТ, именуемый «фамилизированным», является более широким в понимании сущности используемых методов. Основное внимание уделяется применению ВРТ не как составляющей медицинской помощи, а в качестве реализации субъективных прав личности: права на здоровье, права на создание семьи и реализацию репродуктивных прав. Данный подход получил распространение в связи с развитием правоотношений в сфере репродуктивной деятельности человека, с появлением новых методов преодоления бесплодия, когда специалисты заговорили о перспективе формирования четвертого поколения прав человека, связанного с сохранением репродуктивного здоровья нации¹⁵.

Применение ВРТ в контексте этого подхода позволяет реализовать право на создание семьи не только лицам, которые состоят в браке и не имеют возможности естественным способом родить ребенка, но и тем, у кого есть желание стать родителями независимо от медицинских показаний. Фамилизированный подход в определении ВРТ в случае законодательного закрепления, как справедливо отмечается в юридической литературе, может привести к их использованию лицами, состоящими в однополых союзах, а также одинокими мужчинами, желающими реализовать свое право на создание семьи¹⁶.

Таким образом, в национальном законодательстве (ст. 6 Закона РБ о ВРТ) доступ к применению методов ВРТ ограничен объективной невозможностью пары либо одинокой женщины иметь ребенка. Представляется необходимым глубокое изучение как на национальном, так и на международном уровне высказываемого в науке утверждения о том, что за каждым человеком должно быть признано право свободного доступа к репродуктивным технологиям независимо от наличия или отсутствия медицинских показаний¹⁷.

Ряд экспертов полагают, что обращение к методам ВРТ должно рассматриваться как исключительная мера в отношении процесса деторожде-

ния, а не правило, позволяющее любому лицу воспользоваться услугами репродуктивной медицины по причине отсутствия полового партнера либо нежелания рожать ребенка самостоятельно. Признавая прогрессивность фамилизированного подхода и его распространенность в зарубежных странах, считаем целесообразным сохранить существующий в Республике Беларусь медиализированный подход к правовому регулированию ВРТ. На наш взгляд, в силу исключительного характера подобных процедур (применения данных методов лишь в отношении лиц, не имеющих возможности самостоятельно зачать и (или) родить ребенка естественным путем) и с учетом традиционного понимания семьи расширение круга субъектов, которые могут прибегнуть к помощи репродуктивной медицины, не является целесообразным.

Таким образом, ВРТ не всегда направлены на лечение бесплодия (например, при абсолютном бесплодии). С нашей точки зрения, они являются методами преодоления бесплодия, что должно найти отражение в определении ВРТ, содержащемся в Законе РБ «О вспомогательных репродуктивных технологиях». Законодательство Республики Беларусь к ВРТ относит ЭКО, суррогатное материнство, искусственную инсеминацию, оставляя вне поля правового регулирования иные медицинские виды данных технологий.

С учетом анализа рынка медицинских услуг в сфере репродуктивной медицины полагаем необходимым предусмотреть в Законе о ВРТ возможность применения следующих методов: ИКСИ, преимплантационной диагностики, расщепления оболочки эмбриона (хетчинга), интрацитоплазматической инъекции морфологически нормального сперматозоида (ИМСИ).

Несмотря на тенденцию постепенного перехода к фамилизированному определению ВРТ, для Беларуси видится приемлемым сохранение существующего медиализированного подхода ввиду доминирования в национальном законодательстве традиционного понимания семьи, необходимости обеспечения вспомогательного, исключительного характера применяемых методов и, как следствие, допуска к ВРТ лишь определенной категории субъектов.

¹⁵ 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).

¹⁶ Пурге А. Р. Правовое регулирование суррогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Душанбе, 2015. С. 22.

¹⁷ Пурге А. Р. Указ. соч. С. 24.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. В Украине впервые родился ребенок «от трех родителей» // URL: <https://health.unian.net/country/1728282-reproduktologi-zaavavili-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. 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].
5. Кравцов Р. В., Караваева Е. И. Биомедицинские технологии: вопросы правового регулирования и ответственности // Сиб. юрид. вестн. — 2005. — № 3. — С. 7—12.
6. Кручинина Н. В. Роль науки в защите от криминальных рисков вспомогательных репродуктивных технологий // Технологии XXI века в юриспруденции : сб. мат. науч.- практ. конф. (Екатеринбург, 21 мая 2021 г.) / отв. ред. Д. В. Бахтеев. — Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2021. — С. 187—190.
7. Кручинина Н. В. Юридическая ответственность за злоупотребления и преступления в сфере искусственной репродукции человека // Lex russica. — 2019. — № 6 (151). — С. 48—51.
8. Основы социальной концепции Русской православной церкви // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html> [дата обращения: 04.05.2022].
9. Пурге А. Р. Правовое регулирование сурогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — Душанбе, 2015.
10. 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].
11. 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].
12. Юрашевич Н. М., Ильина Е. В. Семейно-правовые фикции, регламентирующие использование репродуктивных технологий в Республике Беларусь, Российской Федерации и Республике Казахстан // СПС «КонсультантПлюс».
13. 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].
14. 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].
15. Kefalas A. Chypre. l'île ou on peut choisir le sexe de son future bèbè // Le Figaro. — 2019. 2 juil.
16. 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].
17. Multiple definitions of infertility // URL: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/multiple-definitions/en/> [дата обращения: 25.05.2022].

Современные коммуникационные проблемы научного общения

Перспективы использования AR- и VR-технологий при обучении Legal English в вузах России и Китая Prospects of using AR and VR technologies in teaching Legal English at universities in Russia and China

Виктория Владимировна Пикалова,
кандидат филологических наук, доцент, доцент кафедры юридического перевода
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия
e-mail: pikalova-viktoriya@yandex.ru

Victoria V. Pikalova,
Cand. Sci. (Philology), Associate Professor
of the Legal Translation Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Moscow, Russia
e-mail: pikalova-viktoriya@yandex.ru

© Пикалова В. В., 2023

DOI: 10.17803/2587-9723.2023.6.172-176

Аннотация. Социальный запрос общества на молодых специалистов с умениями быстро создавать продукт на иностранном языке и сразу участвовать в деятельности на иностранном языке может быть отчасти удовлетворен в ближайшем будущем благодаря применению в образовательной парадигме вузов методов иммерсивного обучения с использованием технологий дополненной (Augmented Reality, AR) и виртуальной (Virtual Reality, VR) реальностей. Есть все основания говорить о том, что иммерсивные методы могут стать основными в многочисленных мировых образовательных тенденциях, поскольку обладают неоспоримыми преимуществами. В статье автор подробно анализирует функции технологий дополненной и виртуальной реальностей при обучении иностранному языку, обращается к существующему опыту использования таких технологий в России и Китае.

Ключевые слова: метод, цифровая технология, иммерсивное обучение, дополненная реальность, виртуальная реальность, образовательная среда, профессиональная иноязычная компетенция, юридический английский язык, высшее образование.

Abstract. Social demand for graduates with the ability to create a product in a foreign language and participate immediately in activities in a foreign language can be partially satisfied by the usage of immersive learning methods in the paradigm of higher education. Augmented Reality (AR) and Virtual Reality (VR) are popular immersive reality technologies that can be used within such methods. There are reasons to believe that thanks to their advantages immersive methods can become mainstream in the numerous global educational trends. In the article, the author analyzes the functions of augmented and virtual reality technologies in teaching a foreign language, and refers to the existing experience of using such technologies in Russia and China.

Keywords: method, digital technology, immersive learning, virtual reality, augmented reality, educational environment, professional communicative competence, Legal English, higher education.

Современный этап развития языкового образования во всем мире связан с применением в процессе преподавания цифровых (e-learning) технологий, таких как технологии дистанционного обучения (distance learning), смешанного обучения (blended learning), гибридного обучения (hybrid learning), мобильного обучения (m-learning), массовых открытых онлайн-курсов (MOOC-learning).

Как известно, технология в обучении — это совокупность оптимальных способов и приемов для достижения поставленной цели за короткий промежуток времени с минимальными умственными, физическими и материальными затратами. Технологии используются в рамках методов, обусловленных тем или иным подходом к обучению.

В настоящее время ведущим подходом в обучении иностранным языкам и в России, и в Китае является компетентностно-деятельностный подход как наиболее прогрессивный и отвечающий современному запросу общества на специалистов, которые умеют создавать, применять и участвовать в деятельности на иностранном языке. Внутри такого подхода существует огромное количество методов и приемов, уже обусловленных общественно-культурными, педагогическими, лингводидактическими и учебно-локальными факторами каждой из стран.

Несмотря на такое внутреннее разнообразие методической системы, преподаватели вузов России и Китая особенно остро ощущают, что виртуально-информационная реальность меняет отношение студентов к процессу обучения на всей образовательно-профессиональной траектории, и поэтому находятся в поиске новых методов подачи растущей в геометрической прогрессии теоретической и практической информации. В решении этой задачи отчасти им может помочь иммерсивное обучение, которое, как нам кажется, в ближайшем будущем станет основным в многочисленных образовательных тенденциях.

Иммерсивное обучение — это метод использования искусственной или смоделированной среды, благодаря которой учащиеся полностью погружаются в процесс обучения. У данного метода есть неоспоримые преимущества:

- во-первых, эффект присутствия и целенаправленного погружения. Будучи на 100 % интерактивным, иммерсивное обучение устраняет отвлекающие факторы и с помощью визуализаций позволяет целиком и полностью вовлечь обучаемых в образовательный процесс. Безусловно, это обеспечивает продуктивность и эффективность результатов обучения при оптимизации самого процесса;
- во-вторых, реализация принципа связи теории с практикой и развитие эмоционального интеллекта. С помощью технологии иммерсивного обучения можно воплотить в жизнь

абстрактные учебные сценарии, тем самым делая реальной очень важную, но трудную задачу воссоздания взаимодействий в обществе;

- в-третьих, повышение мотивации. Связь знания с реальным опытом, но в более безопасной среде — бесценное звено в образовательном процессе, которое позволяет, к тому же, в разы повысить мотивационную составляющую образовательного процесса;

- в-четвертых, индивидуализация обучения. Виртуальные модели позволяют обучающимся учиться в своем темпе, проходя управляемые тренировки неопределенное количество раз;
- в-пятых, реализация принципа эффективного удержания большого объема информации.

Информация, которую обучающиеся получают в процессе стандартного обучения, усваивается зачастую в недостаточном объеме. Для более качественных результатов новые знания должны не просто передаваться и получаться мозгом, а прочно там удерживаться. И давно известно, что самый лучший способ сохранить информацию в мозге — это заставить его работать с ней. Поскольку иммерсивное обучение требует 100%-ного включения всех мыслительных функций — понимания, целеполагания, целевыполнения и рефлексии, то удержание информации в оперативной памяти происходит не автоматически, а в результате процесса ее обработки — обдумывания, поиска вариантов, исследования проблем.

Реализация иммерсивного обучения происходит с помощью виртуальной реальности (Virtual Reality), дополненной реальности (Augmented Reality) и смешанной реальности (Mixed Reality).

VR-технология позволяет с помощью специализированных устройств погрузить человека в сконструированный искусственный мир, передаваемый ему через ощущения: зрение, слух, осязание. Человек может взаимодействовать с этой средой, например, выполнять конкретные задачи.

Технология дополненной реальности — AR позволяет интегрировать информацию с объектами реального мира в форму текста, компьютерной графики, аудио и иных представлений в режиме реального времени. Информация предоставляется пользователю с использованием очков или шлемов дополненной реальности (HMD) или иной формы проецирования графики для человека (например, смартфона).

Смешанная реальность (MR) — это комбинация дополненной реальности и виртуальной реальности, которая позволяет цифровым и физическим объектам сосуществовать и взаимодействовать в режиме реального времени.

Следует отметить, что сегодня Китай является одним из лидеров по внедрению таких технологий в образовании. Развитие AR- и VR-технологий происходит в Китае в условиях мощной государственной поддержки. Несколько лет назад в Китае

был разработан стратегический план под названием «Сделано в Китае 2025», согласно которому к 2025 г. КНР планирует стать мировым лидером в высокотехнологичных отраслях, включая индустрию виртуальной реальности. С 2018 г. Министерство образования Китая успешно решает задачу информатизации образования путем объединения усилий правительства, промышленности и бизнеса, научных кругов, исследовательских лабораторий и образовательных учреждений. Современные университеты меняют свою модель образования с традиционной системы на эвристическую интерактивную модель образования, внедряя технологии VR/AR и искусственного интеллекта в образовательный сегмент. Также в Китае реализуется глобальная программа по исследованию влияния виртуальной реальности на академическую деятельность.

В Китае существует крупный рынок VR в образовании, на который крупнейшие национальные компании-поставщики обучающего контента, такие как Growlib, Mengke VR, HEIVR и другие, поставляют большое количество образовательного программного обеспечения и контента высочайшего уровня (тренажеры, AI-лаборатории, 3D-локации, интегрированные сервисы распознавания речи и программы по исправлению ошибок, виртуальные лаборатории для экспериментов, VR-музеи, библиотеки с 3D-моделями, панорамы/видео 360, анимированные квесты и т.д.), что позволяет преподавателю либо сразу приступить к их использованию, либо самостоятельно создать контент в зависимости от своих педагогических целей. Студенты, в свою очередь, могут разрабатывать собственный VR-контент, а система управления позволяет контролировать этот процесс.

Примечательно, что студия с белорусскими корнями Abelana VR уже несколько лет разрабатывает образовательные приложения в виртуальной реальности, по которым занимаются американские школьники. VR-продукты в основном создаются для точных наук и предназначены как для преподавателей, так и для учеников. Существует несколько сценариев урока с использованием технологии. В VR-классе ученики могут находиться либо сами, либо с учителем. Также VR-обучение идеально подходит для удаленного образования: независимо от местоположения обучающихся и преподавателя, все встречаются в одном пространстве в виртуальной реальности.

Уже сегодня с помощью VR-классов можно создавать полноценные учебные пособия и осуществлять качественную образовательную деятельность.

VR-технологии активно разрабатывают и применяют в общеобразовательных школах Объединенных Арабских Эмиратов, в Румынии. Компания ATiStudios выпустила для платформы Google Daydream программу Mondly VR, которая позво-

ляет людям общаться с виртуальными персонажами на 30 разных языках (с функцией распознавания речи), предлагая мгновенное погружение в спроектированную речевую ситуацию (например, разговор в гостинице, оформление заказа на продукт), обратную связь о произношении, диалоги, которые обогащают словарный запас обучающихся, и интерактивные сценарии, которые делают изучение языков интересным и легким.

В Российской Федерации эта методика находится в стадии теоретического осмысления и практических экспериментов. Имеются программы Московского института открытого образования, разработки Департамента информационных технологий г. Москвы и Дальневосточного федерального университета, например, VR-пособия «Виртуальные образовательные путешествия для учителей и школьников», «Цифровой атлас персональной анатомии человека».

Примеры применения образовательных технологий дополненной и виртуальной реальностей при обучении студентов неязыковых специальностей иноязычному общению в вузах практически отсутствуют, за исключением кафедры иностранных языков Тульского государственного университета, которая использует различные существующие приложения с элементами AR, не предназначенными для образовательных целей, в преподавательской практике.

Несмотря на такой скромный опыт применения образовательных технологий дополненной и виртуальной реальностей в этой области, нам бы хотелось проанализировать перспективы их внедрения в процесс обучения юридическому английскому.

Владение Legal English является в настоящее время одним из самых востребованных навыков при построении карьеры юриста. Современный правовой или юридический английский основан на общем английском языке, но тем не менее содержит ряд трудных особенностей, связанных с терминологией и языковыми структурами, запоминание и применение которых вызывает сложности. Правовые понятия, выраженные в терминах, имеют абстрактный характер и для прочного усвоения требуют развитого теоретического и логического видов мышления. 3D-визуализация с помощью AR- и VR-технологий позволяет обобщать и комбинировать правовую информацию, которая собирается на уровне чувств, и устанавливать ее связь с окружающим миром. Эта взаимосвязанность позволяет обучающимся легче и быстрее заучивать иноязычные специальные термины и обороты речи для профессионального общения.

При изучении отдельных отраслей права с помощью VR/AR технологий можно разрабатывать модели правовых ситуаций. Например, в теме деликтного права можно разработать модели си-

туаций на каждый из видов деликта (например, trespass, invasion of privacy, defamation, slip and fall accidents, car accidents, pedestrian accidents, legal malpractice), где обучающийся сможет примерить на себя роль консультирующего юриста, пострадавшего клиента, представителя истца или ответчика, судьи, рассматривающего дело по существу и выносящего решение на основании норм материального права и юридических фактов.

Благодаря иммерсивному обучению становится возможным воссоздание ситуации присутствия в различных объектах за границей. Например, при изучении судебной системы Великобритании обучающиеся могут пройти по залам Верховного суда Великобритании, Судебных Иннов, посетить красивейшее здание Высокого суда.

Технологии VR/AR позволяют погрузить обучающегося в заданную событийную среду, например, в проведение переговоров с целью заключения договора аренды (Lease agreement). Тогда на практике будут отработаны и терминология, и грамматика, и различные виды анализа договоров (и на соответствие законодательству, и на выгодность для сторон). Независимо от сложности сценария, обучающийся все равно будет решать поставленные задачи, при этом не выходя из своей зоны комфорта. Но самое важное и ценное в такого рода виртуальном моделировании — это фундаментальное значение внутренней реакции на то, что переживает обучающийся в моменте для формирования и последующего извлечения воспоминаний.

Такой психологически сложный этап трудоустройства, как собеседование, можно попробовать пройти самому и получить бесценный практический опыт, а не ограничиться теоретическим изучением этого процесса или в лучшем случае просмотром видео с подробной инструкцией и практическими советами «профессионалов».

Применять AR/VR-приложения можно для изучения культурологических и исторических особенностей развития системы общего права, видеовизуализируя этапы становления системы правосудия в Англии, начиная с эпохи Вильяма Завоевателя. Подачу материала в виртуальной и дополненной реальности можно совместить с другим трендом в образовании — геймификацией и вовлечь обучающихся в процесс отправления правосудия в Англии XII в. (став одним из разъездных судей).

Изучение кейсов как групповое обучение, когда представители разных сторон обсуждают документы по делу и связанные с ними правовые вопросы, представляют аргументы, тоже выходит на новый уровень. Ощущение присутствия в комнате для переговоров в официальной обстановке, «ожившие правовые документы», с которыми можно взаимодействовать и тут же видеть результат своего опыта, гораздо эффективнее классиче-

ских упражнений по грамматике, лексике, говорению и аудированию вместе взятых, когда нужно просто сидеть и выполнять технические действия. Традиционно скучные приемы отработки лексики и грамматики становятся интересными, потому что обучающийся превращается из наблюдателя в действующее лицо.

Использовать дополненную реальность можно и в рамках проектных заданий, которые направлены на развитие компетенций soft-skills и максимальное вовлечение в процесс обучения каждого. Например, в проектной работе по подготовке правового сопровождения стартапов у обучающихся появляется возможность визуализировать результаты работы по коллективному проекту, включив в него графические, звуковые, видеофайлы, дополнив 3D-графикой, тем самым превратив научно-учебную работу в интерактивный творческий «спектакль».

Обучение устному юридическому переводу с помощью VR- и AR-технологии также может выйти на новый уровень оптимизации процесса.

Таким образом, VR- и AR-технологии в образовательной деятельности представляют собой особое цифровое пространство, в котором обучающиеся могут получать информацию, осуществлять взаимодействие, а также реализовывать инновационные проекты и другие элементы научно-учебной деятельности.

На рынке существуют компании по созданию AR/VR-приложений. Но для создания подобных приложений необходимо разрабатывать контент, который напрямую связан как с учебными программами по юридическому английскому, так и с дополнительными материалами специализированных курсов по изучению новейших отраслей права.

Таким образом, назревает потребность в создании обучающих приложений по английскому языку в сфере профессиональной деятельности (юриспруденции), которые несомненно интенсифицируют и оптимизируют процесс овладения языком профессионального общения.

Внедрение VR/AR в образовательный сегмент преподавания иностранного языка для профессионального общения может обеспечить устойчивую связь теории с практикой, повысить интерес к изучаемому материалу, самообучению, оптимизировать временные затраты на усвоение большого количества информации.

Безусловно, работа по созданию AR- и VR-материалов непростая (от генерации идеи и написания технического задания до релиза). Но потенциал использования таких технологий при изучении иностранного юридического языка в условиях учебного заведения безграничен, а результаты будут способны удовлетворить уровнем своей эффективности даже самых требовательных педагогов.

Самым же ценным, на наш взгляд, в применении этих технологий является преодоление разрыва между профессиональными теоретическими знаниями и практическими навыками владения иноязычной профессиональной коммуникацией. Использование виртуальной реальности на постоянной основе в учебном процессе станет большим прорывом в новых способах подачи об-

разовательного языкового материала и отработки практических навыков устной речи социокультурной и профессиональной направленности. Виртуальная реальность постепенно переходит из разряда игровой деятельности в разряд практико-ориентированной образовательной коммуникации, превращая каждого обучающегося из объекта получения знаний в субъект обучения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Иванова З. И.* Учебные материалы с дополненной реальностью в высшем профессиональном образовании // Балтийский гуманитарный журнал. — 2021. — Т. 10. — № 1 (34). — С. 130—134.
2. *Коннова З. И., Семенова Г. В.* Технологии дополненной и виртуальной реальности: инновации в обучении иностранным языкам в вузе // Научный результат. Педагогика и психология образования. — 2021. — Т. 7. — № 3. — С. 53—67.
3. *Соколов Д. В.* Цифровизация науки и образования // Управление наукой: теория и практика. — 2020. — Т. 2. — № 3. — С. 274—277.
4. *Стариченко Б. Е.* Пять тезисов о цифровизации образования // Стратегические ориентиры современного образования. — 2020. — С. 287—290.
5. *Цибиков В. А.* О направлениях реализации в Китае национального плана «Цифровизация образования 2.0» // Тенденции развития электронного образования в России и за рубежом. — 2020. — С. 193—196.
6. *Чжан Л.* Цифровые технологии в университетах Китая // Современные образовательные технологии в подготовке специалистов для минерально-сырьевого комплекса. — 2021. — С. 587—590.

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
№ 6/2023

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), 2023

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: 20,00 усл. печ. л., формат 60×84/8. Подписано в печать 16.02.2024

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

