

目 录

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ: НОВЫЕ ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ	1
КОРРУПЦИЯ КАК ЭЛЛЕМЕНТ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО КРИМИНАЛЬНОГО РЫНКА УСЛУГ: ХАРАКТЕРИСТИКА И ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ	8
ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КОРРУПЦИОННЫМ ПРЕСТУПЛЕНИЯМ В РОССИИ С ПОЗИЦИИ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ СИСТЕМНЫХ ДОКУМЕНТОВ ПРОГРАММНОГО ХАРАКТЕРА.....	13
ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ ЦИФРОВОГО ПРАВА РОССИИ	17
УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ФИНАНСОВОГО РЫНКА.....	22
ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЦИФРОВЫМ МОНОПОЛИЯМ В РОССИИ И КНР	27
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ «СТАНДАРТОВ ДОКАЗЫВАНИЯ» ДЛЯ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО ДОСУДЕБНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРТИВНЫХ СПОРОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	33
СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПНОСТИ В ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ СРЕДЕ.....	38
MODERN PROBLEMS OF CRIMINAL POLICY IN THE FIELD OF CRIME PREVENTION IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT.....	39
ТРАНСФОРМАЦИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИИ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛЬНОГО ПОТЕПЛЕНИЯ	52
ФОРМАЛИЗАЦИЯ ДОСТОВЕРНОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ.....	65
АНАЛИЗ ИЗМЕНЕНИЙ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КИТАЯ И РОССИИ (К 25-ЛЕТИЮ ДЕЙСТВИЯ УК РФ И УК КНР).....	71
ПЕРСПЕКТИВЫ ГАРМАНИЗАЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА ПРИГРАНИЧНЫХ ТЕРРИТОРИЯХ КНР И РФ	94
ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЛИЧНОЙ СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИИ И КИТАЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ.....	98
АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КОНТРОЛЯ В РОССИИ И КИТАЕ	107
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОСРЕДНИКОВ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВ НА ТОВАРНЫЕ	

ЗНАКИ НА ТОРГОВЫХ ПЛОЩАДКАХ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ (РОССИЯ И КИТАЙ).....	112
ПРАВОВОЙ СТАТУС ДЕЦЕНТРАЛИЗОВАННЫХ АВТОНОМНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ: ДОГМАТИЧЕСКОЕ РАЗМЫШЛЕНИЕ В РАКУРСЕ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ.....	125
ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ О ДЕНОНСАЦИИ КОНВЕНЦИИ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА КОРРУПЦИЮ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	129
ВЛИЯНИЕ «ЗЕЛеноЙ» СТРАТЕГИИ ЕС НА ЦИФРОВИЗАЦИЮ НАЦИОНАЛЬНОЙ ЭКОНОМИКИ И ПУТЬ РЕАГИРОВАНИЯ В КИТАЕ И РОССИИ.....	136
ОХРАНА ИСТОРИЧЕСКОЙ ПРАВДЫ КАК ЭЛЕМЕНТ НАЦИОНАЛЬНОЙ СПЕЦИФИКИ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА	145
ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ЦИФРОВЫХ ПЛАТФОРМ	150
ОБ ОДНОМ ИЗ АСПЕКТОВ ПРИНУЖДЕНИЯ, КОТОРЫЙ ПРИВОДИТ К РАССУЖДЕНИЮ О ЗАКОНЕ И СВОБОДЕ. СВОБОДА КАК ЦЕННОСТЬ В ПРАВОВЫХ КУЛЬТУРАХ КИТАЯ И РОССИИ.	160
СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА В РОССИИ И КИТАЕ.....	163
ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКИ.....	175
ОСОБЕННОСТИ ИЗЛОЖЕНИЯ НОРМ В ДОГОВОРЕ О ВЗАИМНОЙ ПОМОЩИ ПО ГРАЖДАНСКИМ И УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ МЕЖДУ КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКОЙ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ.....	181
ЮРИДИЧЕСКАЯ ГЕОГРАФИЯ КАК НОВОЕ НАПРАВЛЕНИЕ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ	187
回顾与反思：苏维埃时期广狭义罪过理论之争	191
中国生态环境保护规范体系的生成、结构及发展	207
中俄海关立法比较	221
俄罗斯宗教财产立法研究	235
斯图契卡法学与政治学说的形成与基本观点	247
«MODERN CHALLENGES OF CYBER-SOVEREIGNTY: PROSPECTS FOR RUSSIA AND CHINA».....	259
中俄法院信息化建设现状及比较研究	265
RECONCILING NATIONAL SECURITY REVIEW OVER CROSS-BORDER INVESTMENT BILATERALLY	273

《互联网企业隐私政策中共享条款的合规性考察》	308
法治规划与中国行政法治的实现	310
俄罗斯犯罪论体系原论及对我国镜鉴	313
数字政府建设政企合作法律风险的规制模式	332
LEGAL RISKS AND REGULATORY MODELS OF PPP IN DIGITAL GOVERNMENT CONSTRUCTION	352
论法律的安全价值实现路径	353
ON THE WAY TO REALIZE THE SECURITY VALUE OF LAW	366

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ: НОВЫЕ ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ

Коробеев А.И.

*заведующий кафедрой уголовного права и криминологии
Дальневосточного федерального университета,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки
Российской Федерации*

Аннотация: в статье на основе проведенного сплошного мониторинга всех изменений, внесенных в УК РФ с момента его принятия и вплоть до 1 июля 2023 г., рассмотрены основные тенденции развития современной уголовно-правовой политики России в сфере законотворчества. Проанализированы криминализационные (декриминализационные), а также пенализационные (депенализационные) процессы, выявлены определенные закономерности и новые векторы их развития.

Ключевые слова: уголовно-правовая политика, законотворчество, тенденции в сфере криминализации (декриминализации), пенализации (депенализации), общие закономерности и новые векторы их развития.

Abstract: Based on the continuous monitoring of all changes made to the Criminal Code of the Russian Federation from the moment of its adoption and up to July 1, 2023, the article examines the main trends in the development of modern criminal law policy in Russia in the field of lawmaking. Criminalization (decriminalization), as well as penalization (depenalization) processes are analyzed, certain patterns and new vectors of their development are revealed.

Keywords: criminal law policy, lawmaking, trends in the field of criminalization (decriminalization), penalization (depenalization), general patterns and new vectors of their development.

Уголовно-правовая политика России представляет собой ту часть уголовной политики, которая вырабатывает основные задачи, принципы, направления и цели уголовно-правового воздействия на преступность, а также средства их достижения, и выражается в директивных документах, нормах уголовного права, актах толкования норм и практике их применения.

Современное состояние уголовно-правовой политики России характеризуется, во-первых, отсутствием четко сформулированных и принятых на соответствующем

уровне концептуальных основ политики государства в сфере борьбы с преступностью в целом; во-вторых, наличием отдельных идей, неких векторов в развитии стратегии и тактики борьбы с преступностью, спонтанно возникающих директив, которые исходят от властных структур и весьма противоречиво и непоследовательно реализуются в реальной действительности; в-третьих, деструкцией и десистематизацией уголовного закона, которые стали результатом бесконечной череды изменений и дополнений, внесенных законодателем в Уголовный кодекс РФ¹.

Особенно наглядны изъяны уголовно-правовой политики в сфере именно законотворчества. Пороки законодательства (и не только уголовного) приобрели столь масштабный и системный характер, что породили целое направление в теории права под названием «критика законодательства». Его авторы понимают под ней «отрицательное суждение индивида, государственной или общественной организации относительно отдельных юридических норм либо их комплексов, обладающее коммуникативным характером, являющееся результатом законной, творчески поисковой познавательной-оценочной аналитической преобразующей мыслительной деятельности, осуществляемой на основе самобытных принципов, выполняющей своеобразные функции для повышения качества правовых актов в целях обеспечения достойной жизни человека»².

С целью объективной и документальной проверки разного рода гипотез и предположений, фигурирующих в юридической литературе и касающихся тенденций развития отечественной уголовно-правовой политики, нами был осуществлён сплошной мониторинг всех изменений, внесённых в УК РФ с момента его принятия в 1996 г. и вплоть до 1 июля 2023 г. Полученный материал позволил провести количественный и качественный анализ указанных изменений, а на его основе – сделать ряд примечательных выводов.

Проведенный мониторинг изменений, внесённых в УК РФ за последние 26 лет, дал возможность установить, что за весь изученный период в Уголовный кодекс России 295-ю федеральными законами были внесены 3910 поправок. Из них диспозиции подверглись изменениям 1495, санкции – 2052, примечания к статьям – 363 раза.

В результате столь бурного (и непрерывного) потока законодательных инициатив девственно нетронутых в УК РФ на сегодняшний день осталось в Общей части – 41, в Особенной части – только 5 статей (ст.ст. 284, 336, 353, 356, 358 УК РФ).

¹ Подробнее об этом см.: Полный курс уголовного права: в 10 т. Т. II. Уголовное право и уголовно-правовая политика. Уголовный закон. СПб., 2021. С. 229-234; Коробеев А.И. Уголовно-правовая политика России: от генезиса до кризиса. М., 2019. С. 234-244.

² Баранов В.М., Ремизов П.В. Критика законодательства: доктрина, практика, техника. М., 2018. С. 76.

Примечательно, что разного рода изменения уже успели коснуться и многих вновь введённых в УК норм (ст.ст. 110¹, 110², 141¹, 142¹, 145¹, 151¹, 159¹, 159², 159³, 159⁵, 159⁶, 170¹, 170², 171¹, 171², 171³, 172¹, 173¹, 173², 174¹, 185¹, 185², 185³, 185⁴, 185⁵, 185⁶, 191¹, 193¹, 199¹, 199² УК). Есть в УК РФ и нормы-рекордсмены. Так, ст. 205 УК подверглась корректировкам 17, ст. 104¹ УК – 48 раз.

В итоге Общая часть УК РФ по состоянию на 1 июля 2023 г. обновилась на 60,6%, Особенная часть – на 96,8%.

На этом фоне гораздо более предпочтительным (с точки зрения стабильности нормативных положений уголовного закона и непротиворечивости его предписаний) выглядит Уголовный кодекс Китая. За почти 25-ти летнюю историю существования УК КНР в него было внесено всего 11 поправок¹.

А теперь проанализируем на примере УК России криминализационные (декриминализационные), а также пенализационные (депенализационные) процессы, благодаря которым репрессия (в идеале) должна постоянно приводиться в соответствие с реалиями социальной действительности, адекватно отражать в себе характер и степень общественной опасности совершаемых преступлений.

Анализ осуществленных изменений действующего уголовного законодательства России позволяет установить следующую закономерность: отчетливо выраженное превалирование числа криминализованных деяний над декриминализованными: актов криминализации (полной или частичной) по состоянию на 1 июля 2023 г. насчитывается 443, актов декриминализации (полной или частичной) – всего 118.

Из приведённых сведений нетрудно убедиться, что процесс криминализации и декриминализации общественно опасных деяний носит, во-первых, противоречивый, а во-вторых, - взаимоисключающий характер. Между тем баланс и гармония между указанными процессами вполне достижимы, если принимать во внимание следующие соображения.

В результате объективного и закономерного процесса постоянного развития, изменения и совершенствования социальных структур, появления новых общественных отношений возникает необходимость в уголовно-правовой защите некоторых из них. Установлением уголовной наказуемости деяний, могущих причинить вред вновь возникающим общественным отношениям, и обеспечивается такая защита. Отмеченная тенденция является отражением принципа динамизма в уголовном праве. Он, как известно, требует постоянного учета изменений в системе

¹ Подробнее об этом см.: Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / под общей ред. Проф. А.И. Чучаева и проф. А.И. Коробеева, пер. с китайского проф. Хуан Даосю. – М.: ООО «ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА КОНТРАКТ», 2021; Гао Минсюань. Зарождение, становление и развитие, совершенствование уголовного законодательства в Китайской Народной Республике: монография / под науч. ред. Н.А. Сидоровой, И.А. Васильева, пер. с китайского проф. Пан Дунмэй –М.: Проспект, 2022.

общественных отношений и своевременного отражения их в законе.

Сказанное, разумеется, не означает, что уголовно-правовая регламентация должна простираться на все вновь возникающие общественные отношения без исключения. Ставить под защиту уголовного закона необходимо лишь наиболее важные и ценные из них и только тогда, когда такая защита не может быть обеспечена менее репрессивными средствами. Прав В.Н. Кудрявцев: «Уголовно-правовой запрет следует рассматривать как субсидиарный, - в том смысле, что наказание надо устанавливать в качестве последнего средства»¹.

На нынешнем этапе развития уголовно-правовой политики необходимость в принятии новых и расширении границ действующих уголовно-правовых норм полностью не исключена. Более того, данный процесс пока еще нужно рассматривать не как серию эпизодических мероприятий, а как определенную тенденцию. Суммируя изложенное, следует прийти к выводу, что необходимость расширения до известных пределов сферы уголовной ответственности вполне оправдана целым рядом причин: а) выявившимися на практике пробелами в уголовной наказуемости; б) появлением новых общественных отношений, нуждающихся в уголовно-правовой защите, или новых общественно опасных деяний, требующих уголовно-правовой борьбы с ними; в) международными соглашениями, в которых участвует Россия; г) укреплением гарантий защиты конституционных прав и свобод; д) целесообразностью выделения специальных составов из общих (с приданием им дополнительных криминообразующих признаков).

Очевидно, что установление уголовной наказуемости деяний при наличии упомянутых выше причин (и соблюдении всех иных условий криминализации) нельзя признать недостатком уголовного законодательства.

Вместе с тем чрезмерное увлечение криминализационными процессами приводит к появлению целого ряда «квази», «эрзац», «псевдопреступлений» и ставит правоохранительные органы в положение, когда они, образно говоря, вынуждены «стрелять из пушек по воробьям». Иногда недостаточно обоснованная криминализация признается самим законодателем неоправданной, и в дальнейшем такая скоропостижно принятая норма отменяется. Нечто подобное произошло со ст.ст. 159⁴, 173, 182, 200, 265 УК РФ. В правосознании же населения отмеченные законодательные метаморфозы могут восприниматься как разрешающий сигнал к совершению аналогичных (но еще запрещенных) деяний.

Объективности ради следует отметить, что судебная практика давно нашла «противоядие» к таким статьям, компенсируя отсутствие декриминализации

¹ Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. М., 1986. С. 108.

неприменением этих норм. По нашим подсчётам, за последние 20 лет около 15 статей Особенной части УК РФ ни разу не встречались в судебной и следственной практике России. Ещё по 31 статье судимость в среднем не превышала одного человека в год. Неприменяемые на практике нормы получили в литературе название «мертвых».

В целом УК РФ 1996 г. страдает, по нашему мнению, ярко выраженной криминализационной избыточностью. Концептуально это было обусловлено восприятием проектантами нового УК РФ идеи не «маленького и жесткого», а «большого и мягкого» Уголовного кодекса. Однако в еще большей степени дефектность действующего УК проистекает от того, что в процессе его разработки и принятия практически почти полностью была проигнорирована теория криминализации и декриминализации. Без особого риска ошибиться можно утверждать, что за исключением деяний, относящихся к так называемому «ядру преступного» (убийства, кражи, грабежи, разбои, изнасилования etc), многие новеллы вводились в УК РФ без какого бы то ни было учета всей суммы факторов, обуславливающих допустимость, возможность и целесообразность установления уголовно-правового запрета. Процесс законотворчества в этой части носил почти исключительно умозрительный характер. Особенно наглядно это видно на примере норм, «поселившихся» в главе 22 УК РФ «Преступления в сфере экономической деятельности».

В результате мы получили ситуацию, когда без радикальной ломки (и чистки) Особенной части УК РФ исправить положение невозможно. Остается, по-видимому, накапливать какое-то время опыт применения (и неприменения) в судебной практике соответствующих норм с тем, чтобы в будущем, в процессе реформирования нынешнего уголовного законодательства учесть допущенные при его проектировании ошибки и сконструировать новейший УК уже в строгом соответствии с требованиями теории криминализации и пенализации. При этом, как нам думается, есть резон вернуться к идее «маленького, но жесткого УК РФ», переведя часть ныне уголовно наказуемых деяний в разряд гражданско-правовых деликтов, дисциплинарных или административных проступков.

Анализ имеющейся количественной информации, характеризующей особенности наказуемости деяний в России, позволяет обнаружить тенденцию, суть которой сводится к примату пенализации над депенализацией. Всего, по нашим подсчётам, за период действия УК РФ 1996 г. (по состоянию на 1 июля 2023 г.) деяния пенализировались 2041 раз, актов же депенализации насчитывается 1413. Из приведённых данных видно, что количество актов усиления наказуемости (пенализации) на 30,8% превышает число актов её ослабления (депенализации).

Тенденция к ужесточению наказуемости деяний просуществовала вплоть до конца 2011 г. Благодаря мощному «вбросу» законодателем в УК РФ такого нового вида наказания, как принудительные работы, расширению сферы возможного применения обязательных и исправительных работ отмеченная выше тенденция изменилась на прямо противоположную. По состоянию на 1 января 2012 г. суммарное число актов депенализации за минувший год достигло 670, актов же пенализации насчитывалось 236.

Вместе с тем необходимо учитывать, что акты депенализации, хотя и меньшие по количеству, затрагивают тем не менее обширную сферу уголовно-правовых отношений, а потому объем уголовной репрессии в результате введения в закон и широкого применения на практике таких институтов, как условное осуждение, условно-досрочное освобождение, отсрочка исполнения приговора, иные виды освобождения от уголовной ответственности и (или) от наказания, заметно сокращается.

Так, именно в настоящий период мы наблюдаем расширение шкалы наказаний за счёт включения в неё альтернативных лишению свободы новых видов, резкое сужение сферы возможного применения лишения свободы к определённой категории лиц, совершающих преступления небольшой тяжести, введение в уголовный закон новых видов освобождения от уголовной ответственности и (или) наказания (в связи с возмещением ущерба, с назначением судебного штрафа), изменение параметров исчисления сроков наказаний и зачёта наказаний, отсрочки отбывания наказания и др.

Таковы основные количественные и качественные показатели работы российского законодателя в ходе реализации им уголовно-правовой политики в сфере пенализации (депенализации) за последнюю четверть века. Оценка этих показателей позволяет констатировать, что при всей объективно наблюдаемой хаотичности, спонтанности, разнонаправленности и бессистемности внесенных в УК РФ изменений реализация заложенных во вновь принятых законах предложений, по мнению их разработчиков, должна привести к существенному снижению судимости и сокращению числа лиц, содержащихся в местах лишения свободы (на 25-30%). Государство в силу целого ряда экономических причин неспособно обеспечить не только реальное применение всех наказаний, закреплённых в Уголовном кодексе России, но и фактическое отбывание наказания в виде лишения свободы всеми, кто к нему осужден¹.

На этом фоне не вызывает удивления тот факт, что суммарное число актов

¹См.: Макеева Н.В. Уголовная политика в условиях модернизационных и постмодернизационных процессов: сравнительно-правовой анализ // Lex Russica. 2016. № 7 (116). С. 153.

практической депенализации приближается сегодня к отметке в 300 тыс. человек в год, что можно рассматривать как стремление правоприменителя использовать заложенные в законодательстве резервы для смягчения чрезмерной остроты и широты уголовной репрессии. Это может служить косвенным подтверждением уже высказанной ранее мысли о том, что депенализация (и в законе, и на практике) на современном этапе развития отечественной уголовно-правовой политики выбрана одним из главных инструментов удержания равновесия между завышенными ожиданиями успехов в бескомпромиссной борьбе с преступностью и реальными возможностями такой борьбы.

Таким образом, если общим трендом развития уголовно-правовой политики России в сфере законотворчества является отчетливо прослеживаемая линия на расширение уголовной репрессии и перманентное ее ужесточение, то особенностью нынешнего этапа реализации уголовно-политических установок, направленных на противодействие преступности, и одновременно новым вектором развития российской уголовно-правовой политики следует признать курс на сдерживание карательных притязаний за счет включения в уголовное законодательство и широкого применения на практике разного рода видов и мер, позволяющих освобождать виновных в преступлении лиц от уголовной ответственности и (или) от наказания.

КОРРУПЦИЯ КАК ЭЛЕМЕНТ СОВРЕМЕННОГО РОССИЙСКОГО КРИМИНАЛЬНОГО РЫНКА УСЛУГ: ХАРАКТЕРИСТИКА И ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ

Репецкая А. Л.

доктор юридических наук, профессор,
заведующий отделом криминологических исследований
Института правовых исследований
Байкальского государственного университета

Современный криминальный рынок услуг имеет достаточно сложную структуру. В нем можно выделить как крупные сегменты: криминальные рынки услуг, разрешенных в гражданском обороте и услуг, запрещенных в гражданском обороте; так и более мелкие, представляющие конкретные виды услуг, размещенных в указанных выше крупных сегментах криминальных рынков.

Если проанализировать содержание видов сегментов этих рынков, то становится очевидным, что услуги, существующие для обеспечения нужд криминального рынка, являются стержневым, базовым элементом в его общей структуре. Так, например, невозможно осуществлять продолжительное время деятельность, запрещенную уголовным законом без коррупционной поддержки, при этом коррупция является одним из признаков любого криминального рынка¹, поскольку его функционирование будет существенно затруднено, если он не будет защищен от социального контроля.

Если учесть, что помимо субъектов криминального рынка, *коррупционные услуги* широко востребованы и другими потребителями, спрос на них в России является достаточно активным.

Коррупционные услуги наиболее востребованы: при заключении государственных контрактов (особенно в сфере государственных закупок); при предоставлении эксклюзивных прав (льгот, в том числе по экспорту или импорту

¹ Репецкая А.Л. Организованная преступность. Теневая экономика. Криминальный рынок. – М.:Юрлитинформ. - 2010. - С.81

продукции, налогам, лицензировании и т.п.); при организации торговли; пожарном и техническом надзоре в строительстве и при реконструкции недвижимости; эксплуатации действующих объектов инфраструктуры, в том числе транспортной; в финансовой сфере, и в некоторых других сферах.

Как средство нейтрализации всех форм социального контроля широко используются услуги представителей правоохранительной сферы. Так, например, 37% лиц, привлеченных к уголовной ответственности за коррупцию в 2023г, совершили преступления именно в этой сфере, при этом лиц, обладающих особым правовым статусом среди правоохранителей, привлеченных к уголовной ответственности за коррупционные преступления, стало на 2% больше, чем в 2022г.¹ Стоит заметить, что доля правоохранителей коррупционеров увеличилась с 2020г на 20%, так как в 2020г таковых в структуре лиц, совершивших коррупционные преступления, было только 17,7%².

Помимо указанных сфер, связанных с организационно-управленческими и контролирующими функциями государства, коррупционные услуги широко востребованы и в других сферах.

В современный период таковой, например, является сфера лесопользования³, особенно если деятельность субъектов связана с незаконным оборотом леса. Широко пользуются коррупционными услугами и лица, причастные к другим видам незаконного оборота товаров и услуг: незаконному обороту наркотиков, организации проституции, незаконной миграции⁴.

Существует даже структура коррупционных услуг классифицируемых в основном по субъекту, который такие услуги предоставляет: правительственные услуги; депутатские услуги; услуги налоговиков; судебные услуги⁵ и др.

Объемы коррупционного рынка в России велики, поскольку сам он является устойчиво развивающимся элементом криминального рынка. Так, например, в 2019 г по официальным данным Генеральной прокуратуры Российской Федерации, ущерб от коррупционных преступлений был оценен в 55,1 млрд рублей, что составляет 8,8 % от общей суммы ущерба, причиненного всеми преступлениями в стране⁶. В 2020г

¹ <https://tass.ru/interviews/19484225>

² Генеральный прокурор отчитался о коррупции в России за 2020г / <https://www.govoritnotariat.com/news/> (дата обращения: 23.01.2024)

³ Рогова Е.В., Забавко Р.А., Никонов П.В. Криминальный рынок коррупционных услуг в сфере лесопользования // Вестник Восточно-Сибирского института Министерства внутренних дел России. 2020. № 4 (95). С. 73-81.

⁴ Никонов П.А. некоторые аспекты криминального рынка коррупционных услуг в Российской Федерации // Правопорядок: история, теория, практика. - 2021. №3 (30). С.102-103.

⁵ <https://newtariffs.ru/blog/tarify-chinovnikov-na-korrupsionnye-uslugi-dlya-biznesa-v-rossii> (дата обращения: 21.12.2022г)

⁶ В Генпрокуратуре назвали сумму ущерба от коррупции в России в 2019 году // ТАСС : [сайт]. URL: <https://tass.ru/ekonomika/8111929> (дата обращения 24.04.2021).

сумма ущерба от коррупции была оценена в 58,4 млрд рублей¹. В 2021 году установленный ущерб от преступлений коррупционной направленности составил 63,9 млрд рублей². В 2022 г объем ущерба от фиксируемых коррупционных услуг заметно снизился: по итогам года сумма ущерба от коррупционных преступлений оценивалась 56,5 млрд руб³.

Снизился и коэффициент (индекс восприятия) коррупции, но совсем незначительно. Так, если в 2020 году он был равен - 30; в 2021 г снизился на единицу и составил 29; в 2022 г – 28⁴. В динамическом ряду с 1996 г по 2022 г этот индекс варьировал в пределах от 21 до 30⁵, так что наблюдаемое снижение не является значительным и скорее находится среди высоких значений.

В целом, оценивая тенденции динамики состояния коррупционных преступлений, можно говорить о достаточно устойчивом уровне развития коррупционного рынка, поскольку абсолютные показатели регистрации коррупционных преступлений варьируют в пределах от 30,8 тыс в 2020 г до 33,1 тыс в 2022 г. При этом регистрация такого ведущего коррупционного преступления как получение взятки (ст.290 УК РФ) за последние 5 лет (с 2017 по 2022 г) в абсолютных показателях увеличилась с 3 тыс преступлений (3188) до 5,5 тыс (5540)⁶ – т.е темпы прироста составили 74%.

При этом и сумма ущерба от коррупционных преступлений остается значительной, динамика его уровня является неблагоприятной, что свидетельствует о распространенности коррупционных услуг, а значит их востребованности потребителями.

Еще один интересный показатель, свидетельствующий о латентности коррупционного рынка услуг и его размерах – это доходы чиновников с неустановленным источником происхождения. Так, например, в 2022 году суды взыскали с российских чиновников более 250 млрд рублей неподтвержденных доходов. В 2023 г у коррупционеров для погашения ущерба было изъято активов и имущества более чем на 220 млрд рублей⁷.

¹ https://arb.ru/b2c/fun/ushcherb_ot_korruptsii_v_2020_godu_sostavil_58_mlrd_rub-10468372/ (дата обращения 13.01.2024)

² Генпрокурор назвал сумму ущерба от коррупции в России за год / <https://news.ru/russia/genprokuror-nazval-summu-ushherba-ot-korruptcii-v-rossii-za-god/> (дата обращения: 21 декабря 2022)

³ <https://www.gazeta.ru/social/news/2023/04/06/20152327.shtml>

⁴ Речь идет о Индексе восприятия коррупции, который измеряется от нуля (сильно коррумпированный) до 100 (очень чистый) / <https://versus.com/ru/%D1%80%D0%BE%D1%81%D1%81%D0%B8%D1%8F/corruption-perceptions-index>

⁵ См.: Индекс коррупции в России 2023 // Take-Profit.org Биржевой портал № 1. — Режим доступа: <https://take-profit.org/statistics/corruption-index/russia/> (дата обращения 13.01.2024).

⁶ Портал правовой статистики Генеральной прокуратуры РФ/ http://crimestat.ru/offenses_chart (дата обращения 13.01.2024)

⁷ <https://ren.tv/news/v-rossii/1170281-krasnov-v-2023-godu-u-korruptsionerov-iziali-bolee-220-mlrd-rublei>

Самым распространенным размером взятки в России в целом в 2021г были названы суммы в диапазоне от 10 тыс рублей до 50 тыс рублей, миллионные взятки брала незначительная часть чиновников¹.

Между тем, в отдельных регионах средний размер взяток в 2022г значительно вырос. Так, например, в Иркутской области, являющейся достаточно отдаленным от центра регионом, только за прошедший год, средний размер взятки вырос в 5,8 раз: если в 2021 году он составлял — 420 тысяч рублей, то в 2022г сумма средней взятки была равна 2,4 млн рублей².

Между тем, речь идет скорее об увеличении степени выявляемости коррупционных преступлений, а не о реальном состоянии предоставления коррупционных услуг. Улучшение результатов борьбы с коррупцией связано с несколькими факторами, основные из которых коррелируют с ситуацией, сложившейся в России в современный период.

Среди таких факторов следует отметить, прежде всего, действие санкций, наложенных на банковскую сферу страны, выразившееся в отключении систем межгосударственных расчетов (SWIFT), что затрудняет вывод незаконно полученных средств за границу, а также обналичивание денег и перевод их в криптовалюту. Неслучайно с 2022г наблюдается выявление неподтвержденных доходов в колоссальных размерах.

Кроме того, детерминантами, влияющими на улучшение выявления коррупционных преступлений является более высокий уровень контроля за коммуникациями, что затрудняет возможности общения потребителя и исполнителя коррупционных услуг; а также достаточно активная ротация кадров, особенно на региональном уровне.

Между тем, в настоящее время действуют и факторы, детерминирующие повышение латентности рынка коррупционных услуг. Прежде всего, это связано с виртуализацией данного сегмента рынка, появлением и возможностями криптовалюты, и в целом глобальной цифровизацией³.

Все перечисленное принципиально меняет механизмы как оказания коррупционных услуг, так и расчетов за них. Рынок коррупционных услуг всегда обладал максимальной латентностью. Возможность использования цифровых валют для расчетов за коррупционные услуги снижает опасность разоблачения должностных лиц, фактически до нуля. Электронный кошелек, в который

¹ Коррупция без инфляции /<https://www.kommersant.ru/doc/5326951> (дата обращения 20.05.2022)

² <https://news.mail.ru/incident/55516884/?frommail=1> (дата обращения 20.03.2023).

³ Репецкая А.Л. Современный рынок услуг, запрещенных в гражданском обороте: характеристика и детерминация // Всероссийский криминологический журнал. — 2023. — Т. 17, № 2. — С. 142.

поступают средства от не идентифицированного пользователя, покупающего такую услугу, и пароль известный только владельцу, также обеспечивает ему безопасность преступной деятельности. Представляется, что тренд на виртуализацию коррупционных услуг является реальностью ближайшего будущего¹.

Неслучайно Президент России Путин В.В. поручил силовым ведомствам (Следственному комитету, МВД, ФСБ) в рамках выполнения Национального плана противодействия коррупции каждый год до 1 марта передавать в Администрацию президента РФ сводный аналитический отчет о новых формах проявления коррупции, связанных с использованием цифровых технологий².

Все вышесказанное приводит к следующим выводам. Не смотря на появление возможностей для более эффективного противодействия российскому рынку коррупционных услуг, он благополучно развивается, приспосабливаясь к новым условиям, используя глобальную цифровизацию для ухода от социального контроля, совершенствуя способы оплаты за оказанные услуги.

Объективные обстоятельства, перечисленные выше, пока затрудняют легализацию полученных доходов, однако перевод всех операций в теневой интернет (Даркнет) может существенно затруднить работу государства по борьбе с рынком коррупционных услуг, осуществляемых на постоянной основе, в крупных размерах, а также таким потребителям как преступные сообщества и организации. На виду останется лишь низовая коррупция, с оборотом наличных средств в размерах мелкой взятки.

¹ Репецкая А.Л. Криптопреступления как следствие цифровизации преступности // Цифровые технологии в борьбе с преступностью: проблемы, состояние, тенденции / Сборник материалов 1 Всероссийской научной конференции. Москва, 2021. С.67.

² Указ Президента Российской Федерации от 16.08.2021 № 478 "О Национальном плане противодействия коррупции на 2021 - 2024 годы" п.51.

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КОРРУПЦИОННЫМ ПРЕСТУПЛЕНИЯМ В РОССИИ С ПОЗИЦИИ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ СИСТЕМНЫХ ДОКУМЕНТОВ ПРОГРАММНОГО ХАРАКТЕРА

Татьяна Борисовна Басова,

доктор юридических наук, профессор,

Юридическая школа,

Дальневосточный федеральный университет,

Россия

В конце первой четверти третьего тысячелетия человечество попало в условия глобальных потрясений, благодаря которым социальные связи и общественные процессы в планетарном масштабе характеризуются глубинными трансформациями. В этих условиях задача сохранения и упрочения национальной безопасности для любого государства на нашей планете является приоритетной. Россия – не исключение. Именно поэтому своевременным представляется принятие «Стратегии национальной безопасности Российской Федерации», утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 2 июля 2021 г. № 400¹, в которой определены национальные интересы и стратегические национальные приоритеты Российской Федерации, цели и задачи государственной политики в области обеспечения национальной безопасности и устойчивого развития Российской Федерации на долгосрочную перспективу. В этом базовом документе стратегического планирования искоренение коррупции признано национальным интересом Российской Федерации на современном этапе и констатируется: на фоне сохраняющихся в стране социально-экономических проблем растет потребность общества в усилении борьбы с ней. В целях обеспечения государственной и общественной безопасности надлежит реализовать такую задачу государственной политики, как предупреждение и пресечение преступлений коррупционной направленности.

Содержание нормативно-правовых актов, обеспечивающих противодействие коррупции в России, никогда не осталось без внимания научной общественности. Предметом научных дискуссий отечественных юристов выступает немало проблем, вытекающих из анализа содержания документов, которые нормативно обеспечивают

¹ См.: СЗ РФ. 2021 № 27 (часть II). Ст. 5351

воздействие на антикоррупционное поведение людей. Остановимся лишь на одном из современных нормативных правовых актов в сфере противодействия коррупции.

Так, для предупреждения коррупции и борьбы с ней, а также минимизации и ликвидации последствий коррупционных правонарушений принят Национальный план противодействия коррупции на 2021-2024 годы, который 16 августа 2021 г. был утвержден Указом Президента Российской Федерации № 478¹ (далее – Национальный план). Это далеко не первое важное решение руководства страны, направленное на противодействие коррупции, получившей повсеместное распространение не только в России, но и во всём мире. Ещё в 2005 г. в изданной Правительством Российской Федерации «Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006-2010 годах» было констатировано: необходимо разработать механизмы противодействия коррупции, буквально с разбивкой по годам определить мероприятия, результатом реализации которых должно стать «... снижение уровня коррупции...». В рамках осуществления намеченного в 2006 г. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию ООН против коррупции и Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию. В 2008-2009 гг. стала активно формироваться нормативно-правовая база в сфере противодействия коррупции и 31 июля 2008 г. был принят первый Национальный план противодействия коррупции², обретший новую редакцию в 2010 г. Затем ещё четырежды Президент страны издавал Национальные планы противодействия коррупции на двухлетний период.

Национальный план противодействия коррупции на 2021-2024 гг., по сути, мало чем отличается от ранее принятых подобных актов – разве что более длительным четырёхлетним сроком исполнения. Этот рамочный документ предусматривает мероприятия, для реализации которых надлежит внести соответствующие изменения в планы противодействия коррупции федеральных органов исполнительной власти. Главная идея, заложенная во всех планах противодействия коррупции, – сделать борьбу с ней эффективной, не изменилась и в новом Национальном плане. Но формула противодействия этому социальному злу теперь представлена шире: речь идет не только о «борьбе» с коррупцией, а прежде всего – о её предупреждении, а также минимизации и ликвидации последствий коррупционных правонарушений. Да и структура нового плана более развёрнута – выделено шестнадцать основных направлений (сведенных в разделы), по которым будет осуществляться его реализация государственными органами, органами местного самоуправления и

¹ Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс] // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202108160035> (дата обращения: 17.08.2021).

² См.: Национальный план противодействия коррупции: Указ Президента Российской Федерации от 31 июля 2008 г. // Российская газета. 2008. 5 августа. № 4721.

организациями.

Учитывая, что в принятой «Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» поставлено решение такой задачи государственной политики, как предупреждение и пресечение преступлений коррупционной направленности, выполнение которой обеспечит государственную и общественную безопасность, считаем необходимым выяснить, какое внимание противодействию обозначенным опаснейшим посягательствам уделено в Национальном плане противодействия коррупции. Обратимся к разделу V «Применение мер административного, уголовного и уголовно-процессуального воздействия и уголовного преследования» названного документа, который содержит четыре пронумерованных пункта (пп.16-19). Остановимся на двух из них.

В п.16 рассматриваемого документа Верховному Суду Российской Федерации в кратчайший срок – до 30 декабря 2021 г. – рекомендовано обобщить судебную практику по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях, предусмотренных главой 23 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), и доложить о результатах. Между тем не далее как два месяца тому назад высший судебный орган страны уже обобщил практику по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях, результатом чего явилось принятие Пленумом Верховного Суда РФ постановления, посвященного вопросам квалификации преступлений, предусмотренных ст. ст. 201-203 УК РФ (злоупотребление полномочиями, в том числе при выполнении гособоронзаказа, а также в связи с деятельностью частных нотариусов и аудиторов; превышение полномочий частным детективом или частным охранником)¹. Следует конечно, учитывать, что в главе 23 УК России имеются и другие преступления коррупционной направленности, которые данным постановлением не охвачены. Например, преступления, предусмотренные ст. ст. 204, 204¹, 204² УК (коммерческий подкуп, в том числе и мелкий, а также посредничество в коммерческом подкупе). Но и в отношении этих посягательств имеются достаточно «свежие» разъяснения в формате постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации², которые, как отмечено в преамбуле, обусловлены изменением законодательства, а также возникающими в судебной практике вопросами. Думается, данный акт высшего судебного органа, направленный на обеспечение надлежащего правоприменения,

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 июня 2021 г. № 21 «О некоторых вопросах судебной практики по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях (статьи 201, 201¹, 202, 203 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // Российская газета. 2021. 16 июля. № 159.

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2019 года № 59 «О внесении изменений в постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 года № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» и от 16 октября 2009 года № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Российская газета. 2019. 31 декабря. № 296.

также основан на результатах обобщения судебной практики. Правомерно возникает вопрос: если судебная практика по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях совсем недавно обобщалась, к чему это делать повторно?

Состояние уголовного законодательства в сфере противодействия преступлениям коррупционной направленности вызывает большую озабоченность, ибо интенсивность и стремительность законодательного преобразования таких посягательств заставляет усомниться в целесообразности большинства нововведений. Подобный результат закономерен – ведь зачастую процесс законодательства носит хаотичный и непродуманный характер, в нём не принимают участие эксперты-учёные, которые способны оценить, насколько предпринимаемы модернизация отвечает запросам общества и вызовам в сфере уголовно-правового противодействия коррупционным преступлениям. Именно поэтому серьёзное недоумение вызывает изложенный в пункте 18 раздела V Национального плана наказ соответствующим правоохранительным органам представить предложение о внесении в ст. 289 УК изменения, предусматривающего установление квалифицирующего нового признака.

За четверть века действия УК РФ абсолютное число регистрируемых по ст. 289 преступных фактов составило: в 1997 г. – 17; в 1998 г. – 25; в 1999 г. – 38; в 2000 г. – 43; в 2001 г. – 351; в 2002 г. – 18; в 2003 г. – 67; в 2004 г. – 44 ; в 2005 г. – 31; в 2006 г. – 49; в 2007 г. – 44; в 2008 г. – 42; в 2009 г. – 29; в 2010 г. – 19; в 2011 г. – 26; в 2012 г. – 23; в 2013 г. – 16; в 2014 г. – 17; в 2015 г. – 27; в 2016 г. – 23; в 2017 г. – 20; в 2018 г. – 28; в 2019 г. – 29; в 2020 г. – 27; в 2021 г. – 20; в 2022 г. – 17. Приведенные официальные данные уголовной статистики¹ говорят сами за себя – уголовно-правовой запрет на незаконное участие в предпринимательской деятельности практически «не работает». Тому имеется объяснение: крайне запутанная формулировка диспозиции ст. 289 УК приводит к сложностям в квалификации и доказывании данного преступления. Так может сто́ит устранить казуистический характер законодательного описания посягательства, а уж потом размышлять о целесообразности дополнения основного состава квалифицирующими признаками?

В завершение подчеркнем, что крайне неуместны пустопорожние, лишённые серьёзного значения мероприятия в столь значимом для страны системном документе программного характера, направленном на борьбу с коррупцией и на её предупреждение. Пока в антикоррупционных нормативных актах будет непрофессионализм его разработчиков, ожидать реального успеха в противодействии коррупционным преступлениям не приходится.

¹ См.: Статистические данные получены из ежегодных отчетах Главного информационного аналитического центра (ГИАЦ) Министерства внутренних дел России за период 1997-2022 гг. [Электронный ресурс] // URL: <http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/> (дата обращения: 21.08.2023)

ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ ЦИФРОВОГО ПРАВА РОССИИ

Минбалеев А. В.

*доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой информационного права и цифровых технологий Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
эксперт Российской академии наук,
г. Москва, Россия*

Ключевые вопросы:

1. Проблема понимания цифрового права России.
2. Основные регуляторы цифровой среды.
3. Основные направления развития цифрового законодательства.

Развитие информационного общества и постепенный переход России к обществу знаний форсируется процессом цифровизации, затрагивающей все сферы общественной жизни, происходящей цифровой трансформацией современного общества. Информационные и коммуникационные технологии, в том числе цифровые, оказывают существенное воздействие на развитие всех отраслей экономики и социальных сфер, сферы государственного и муниципального управления, обороны и безопасности государства, обеспечения правопорядка и становятся частью их управленческих систем.

Процессы цифровизации, протекающие в современном обществе, оказывают свое влияние и на правовую систему, право в целом. Появление норм, регулирующих отношения по поводу использования цифровых технологий, активное развитие цифровой среды, потребовавшее ее нормативное обеспечение, обусловили формирование нового правового образования – цифрового права.

Цифровое право сегодня можно рассматривать с разных позиций.

1. Прежде всего цифровое право – это система правовых норм, обеспечивающих регулирование общественных отношений в цифровой среде. С этой точки зрения цифровое право можно в какой-то мере противопоставить праву, регулирующему отношения в «оффлайн-среде» (нецифровой).
2. Цифровое право сегодня наиболее часто рассматривают в классическом

правовом институциональном аспекте как совокупность правовых норм. Причем существует несколько позиций о природе этой совокупности норм. Есть подход рассмотрения ее как комплексной отрасли права. Но об этом, конечно, пока чрезвычайно рано говорить. Поскольку фактически все цифровые отношения – это информационные отношения. Цифра – это лишь форма существования информации.

Некоторые говорят только комплексной отрасли законодательства. Фактически сегодня такое складывается. Но оно также развивается в рамках

информационного законодательства

Наиболее точными являются позиции отнесения цифрового права к информационному праву в качестве подотрасли или института. По своей значимости, бесспорно, необходимо говорить, что цифровое право рано или поздно сформируется как подотрасль информационного права. Однако в отсутствие четко сформированной системы правовых норм в этой сфере мы пока полагаем, что это институт информационного права, активно развивающийся и в будущем имеющий все предпосылки эволюционирования в подотрасль информационного права. Цифровое право сегодня – это комплексный институт права, представляющий собой совокупность правовых норм, регулирующих цифровые отношения, возникающие и реализующиеся как в собственно информационной сфере, так и различных иных сферах общественной жизни – в сфере имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, трудовых отношений, предпринимательских, управленческих, конкурентных и др.

3. Цифровое право сегодня это и актуальная учебная дисциплина и сфера научных исследований, выделение которой обусловлено необходимостью изучения процессов цифровизации и правовой природы цифровых технологий, цифровых данных и складывающихся цифровых отношений, а также обучения особенностям цифровых правоотношений широкой группы обучающихся, начиная от школьников и заканчивая специалистами в рамках непрерывного образования.

Предметом цифрового права являются цифровые отношения, то есть отношения по использованию данных в цифровом виде, а также результатов анализа данных и результатов обработки, и использования таких данных в различных сферах общественной жизни с использованием цифровых технологий.

Таким образом, цифровое право формируется сегодня как комплексный (межотраслевой) правовой институт, обеспечивающий нормативное регулирование цифровой среды и экономики данных.

Особенностью цифрового права является наличие целой системы регуляторов.

К ним относится не только нормативное правовое регулирование (цифровое

законодательство), но и нормативно-техническое регулирование (технические нормы), этическое регулирование (этические нормы). Также очень перспективно применение механизмов саморегулирования и сорегулирования. Важное значение имеют и организационные нормы, то есть локальное правовое регулирование на уровне организаций. В перспективе большую роль будут играть искусственные технико-юридические нормы, то есть нормы, разрабатываемые системами искусственного интеллекта на основе заложенных алгоритмов).

Обратимся к основным направлениям развития цифрового законодательства в России сегодня.

В первую очередь сегодня стоит вопрос о необходимости разработки и принятия базового нормативного правового акта (или несколько таких актов). Основная дискуссия здесь разворачивается в связи с принятием Цифрового (Информационного) кодекса Российской Федерации. В качестве альтернативы кодификации ряд ученых, в том числе и нам так представляется, рассматривается вариант принятия системы федеральных законов («О цифровых технологиях», «О цифровых платформах», «О цифровых сервисах и услугах», «Об использовании искусственного интеллекта», «О цифровом профиле гражданина» и др.)

Первоначально была идея создания не Цифрового, а Информационного кодекса России. Разработка его осуществлялась под руководством Илларины Лаврентьевны Бачило в секторе информационного права Института государства и права РАН.

Идея разработки и принятия Цифрового кодекса в России появилась с 2017 года. В 2023 году Правительство Российской Федерации поручило Министерству цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации (Минцифре России) разработать Цифровой кодекс России.

Какие проблемы можно выделить в связи с принятием Цифрового кодекса?

В мире сегодня Цифровой кодекс не принят ни в одном государстве. Есть проекты Цифрового кодекса в Кыргызской Республике, в Республике Азербайджан. Ведутся разработки в Республике Узбекистан.

Большинство государств считают, что цифровые процессы основаны на сквозных технологиях, которые пронизывают все сферы общественной жизни. Урегулировать их в рамках одного кодекса является ошибкой, поскольку технологии стремительно развиваются. Каким образом технологии будут использованы завтра никто не знает. Сегодня цифра, а завтра квантовая среда, послезавтра – биокибертехнологии.

К основным проблемам разработки и принятия Цифрового кодекса Российской Федерации можно отнести следующие:

1. Отсутствие базового нормативно закреплённого понятийного аппарата, который бы прошёл первичную проверку на практике.

2. Отсутствие нормативного правового регулирования ключевых процессов в цифровой среде (функционирование цифровых платформ, сервисов, оказание цифровых услуг, цифровое профилирование, использование ряда сквозных технологий).

3. Неопределённость в подходе к Цифровому кодексу как содержательно, так и с позиции степени автономности цифровой среды от государства.

4. Технические вопросы (техническое регулирование, информационно-технологическое обеспечение, технологический суверенитет и др.).

Сегодня есть несколько подходов понимания Цифрового кодекса:

1. Объектный подход.

Цифровой кодекс при таком подходе является основой для регулирования совокупности объектов цифровой среды, в том числе цифровых данных, цифровых технологий, цифровых платформ, цифровых систем, профилей.

Основная задача в этом случае – урегулировать особенности использования отдельных технологий.

2. Сервисный подход. Ключевой акцент на цифровые сервисы и услуги. В данном случае Цифровой кодекс решает задачу по регулированию отношений в сфере связи и коммуникаций.

3. Комплексный подход: правовая характеристика цифровых объектов, основные требования к цифровым платформам, сервисам, услугам, телекоммуникациям. С отсылкой к специальным законам, в которых раскрываются особенности регулирования отдельных цифровых отношений.

Данный подход предполагает, что Цифровой кодекс – это базовый документ, который контурно регулирует базовые цифровые процессы. Он предполагает принятие на его основе ряда федеральных законов..

Также важно выделить основные направления развития цифрового законодательства.

К ним относятся:

- развитие правового регулирования отношений в сфере искусственного интеллекта и нейронных сетей, а также больших данных;
- развитие правового регулирования квантовых технологий (квантовых коммуникаций, квантового компьютера и квантовых измерителей);
- обеспечение национального технологического суверенитета;
- правовое обеспечение функционирования отдельных цифровых пространств

(метавселенные, онлайн-игры, платформенные и облачные пространства)

- развитие технического регулирования всех процессов, связанных с цифровыми данными и технологиями с учетом их связи с правовым регулированием не только в России, но и в дружественных государствах;

- развитие правового обеспечения безопасности цифровых данных и безопасности цифровой среды и отдельных цифровых пространств и др.

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ФИНАНСОВОГО РЫНКА

Шевелева С. В.

Доктор юридических наук, профессор

Декан юридического факультета Юго-Западного государственного университета»

Финансовый рынок в любом государстве является определенным индикатором развития экономики страны. Не является исключением и Россия.

С 2013 г. регулятором финансового рынка является Банк России, отвечающий за надзор, регулирование и развитие всех секторов финансового рынка. Одной из целей развития финансового рынка Банк России определяет укрепление доверия непрофессиональных участников (потребителей) посредством усиления его защищенности. Немаловажную роль в этом вопросе являются средства уголовно-правовой охраны, и, следовательно, взаимодействие Банка России с правоохранительными органами.

Учитывая, что финансовый рынок представляет собой совокупность многих секторов, для определения эффективности защиты потребителей от криминальных угроз необходимо выделить наиболее уязвимые сегменты.

В условиях развития цифровых технологий, рынок финансовых услуг условно можно разделить на инновационный и традиционный. Данная терминология широко используется регулятором (Банком России).

Инновационный рынок находится на этапе становления. Регулятивное законодательство лишь формируется. Принято ряд важных федеральных законов: в 2019 г. - «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», получивший название «Закон о краудфандинге», в 2020 г. - «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», получивший название «О цифровых финансовых активах и цифровой валюте» (далее – Закон о ЦФА)». Данные законы позволили первым участникам выйти в «легальное поле» на инновационном финансовом рынке. В августе 2023 г. Россия запустила пилотный проект с цифровым рублем. Оборот ЦФА и УЦП (утилитарные цифровые права) возможен на соответствующей платформе, которая должна быть внесена Банком России в реестр таких платформ. В

настоящее время в реестре их насчитывается 81 платформа, но на постоянной основе данные технологии используют лишь 6 % участников финансового рынка¹.

Многие ученые вообще считают, что будущее за децентрализованными финансами (DeFi), которые уже сегодня бросают вызов традиционному финансовому рынку. Однако другие, считают, что DeFi не станут серьезным конкурентом.

Одновременно с ведением реестра операторов финансовых платформ Банк России публикует на своем сайте список компаний с выявленными признаками нелегального оператора инвестиционной платформы. В настоящее время их 11, одна из которых внесена уже в 2024 г. Однако, внесение в «черный список» не предполагает одновременно блокировку информации о таких платформах на всех сайтах, в том числе рекламных или информационно-аналитических, что несомненно может провоцировать неквалифицированных инвесторов на «погоню за легким и быстрым заработком». Для защиты прав потребителей на инновационном финансовом рынке Банк России делает ставку на финансовую грамотность. Так, в частности неквалифицированные инвесторы должны пройти тест для покупки сложных финансовых инструментов, и в случае положительного результата соблюдается лимит в 600 тыс. руб. в год. (48 241,2 юаней).

Но говорить об установлении режима уголовно-правовой охраны инновационного финансового рынка еще преждевременно. Во-первых, Банк России констатирует: «Рынок цифровых активов пока находится на начальном этапе развития и по объему многократно уступает рынку традиционных финансовых инструментов»². Во-вторых, «юридические правила игры» окончательно еще не определены. В-третьих, Россия, выделила отличный от регулирования традиционных финансовых инструментов путь определения правового статуса и правил обращения с ЦФА. В-четвертых, большая часть ЦФА и УЦП, выпущенные в России, обладали сходными признаками с традиционными финансовыми инструментами. В частности, они выпускались под право требования вещных прав, таких как золото, бриллианты или были привязаны к акциям конкретной компании. Например, в марте 2023 г. крупнейшая российская компания «Норникель» запустила корпоративную программу «Цифровой инвестор». Каждый сотрудник компании мог получить ЦФА minetoken, привязанные к стоимости акций компании. К концу 2023 г. были получены дивиденды в размере 915.33 руб. (73,59 юаней) за каждый minetoken. «На январь 2024 г. на платформе Атомайз состоялись 175 выпусков совокупным объемом около 17,2 млрд

¹ Развитие рынка цифровых активов в Российской Федерации. Доклад для общественных консультаций. С. 3 https://cbr.ru/Content/Document/File/141991/Consultation_Paper_07112022.pdf (дата обращения 28.01.2024)

² Развитие рынка цифровых активов в Российской Федерации. Доклад для общественных консультаций. С. 2 https://cbr.ru/Content/Document/File/141991/Consultation_Paper_07112022.pdf (дата обращения 28.01.2024)

рублей. На платформе зарегистрированы около 70 тыс. инвесторов и реализован полный жизненный цикл сделок с ЦФА, включая выпуск, первичное приобретение, обращение, продажу на вторичном рынке и погашение цифровых финансовых активов». В-пятых, инновационный финансовый рынок существует пока по принципу «инвестируй в себя», что делает сложно прогнозируемыми уголовно-правовые риски.

Что касается традиционного финансового рынка, то Банк России нелегальных участников ранжирует на 4 группы: кредиторы, профессиональные участники рынка ценных бумаг, страхователи и страховые посредники, финансовые пирамиды.

С 2020 г. регулятор ведет реестр таких нелегальных участников, и с каждым годом их количество растет. В настоящее время их насчитывается более 12000, тогда как в 2020 г. – всего 1272. Причина такого роста заключается с одной стороны в улучшении качества мониторинга, с другой – в изменении подходов нелегалов к своей деятельности: когда ставка делается на короткие проекты, чтобы успеть получить криминальную прибыль и не попасть в поле зрения правоохранительных органов. Кроме того, нелегальные игроки переместились в онлайн-пространство. Так, более 96 % финансовых пирамид, 43 % нелегальных кредиторов и 99% нелегальных участников рынка ценных бумаг осуществляли свою деятельность в социальных сетях, мессенджерах и иных интернет-проектах.

Банк России старается максимально оперативно реагировать на все изменения криминальной активности на традиционном финансовом рынке, но анализ судебной статистики по уголовным делам по преступлениям, совершаемым на традиционном финансовом рынке, свидетельствует о низкой эффективности уголовно-правовых механизмов.

Во-первых, это связано с «консервативностью» уголовного закона на фоне сверхдинамичности регулятивного законодательства. Во-вторых, имеет место ряд технико-юридических погрешностей уголовно-правовых запретов, препятствующих эффективному применению норм. В-третьих, отдельные сегменты традиционного финансового рынка оказались вне пределов внимания уголовного закона.

В частности, нормы, нацеленные на охрану рынка ценных бумаг, представлены 7 статьями в уголовном законе. При принятии Уголовного кодекса России в 1996 г. это была лишь ст. 185 УК РФ «Злоупотребления при эмиссии ценных бумаг», по которой почти за 30 лет не вынесен ни один обвинительный приговор. Позже уголовный закон был дополнен преступлениями, связанными со злостным уклонением от раскрытия информации, определенной законом (ст. 185.1 УК РФ), нарушением порядка учета прав на ценные бумаги (ст. 185.2 УК РФ), манипулированием рынком (ст. 185.3 УК РФ), воспрепятствованием осуществлению

прав владельцами ценных бумаг (ст. 185.4 УК РФ), фальсификацией документов общих собраний акционеров (ст. 185.5 УК РФ), неправомерным использованием инсайдерской информации (ст. 185.6 УК РФ). По указанным составам преступлений выносятся единичные приговоры, что не означает, что преступные посягательства не совершаются. Причина в том, что все указанные преступления нацелены на предупреждение опасных последствий, однако выявляются на стадии, когда данные последствия наступили. Учитывая, что в ряде случаев подобные действия совершаются в условиях обмана с причинением значительного ущерба, правоохранные органы предпочитают квалифицировать такую деятельность как мошенничество.

Для пресечения деятельности финансовых пирамид, в уголовный закон была внесена ст. 172.2 УК РФ «Организация деятельности по привлечению денежных средств и (или) иного имущества». Однако, обвинительных приговоров в 2019 г. – 1, в 2020 г. – 2, в 2021 г. – 0, в 2022 г. – 6, тогда как только в 2022 г. Банк России выявил 1960 проектов, работающих по принципу финансовой пирамиды. Основных причин 2: технико-юридические погрешности диспозиции данной статьи; предпочтение правоохранными органами возбуждения уголовных дел по статьях уголовного закона о хищениях.

Уголовно-правовая охрана рынка страхования сконцентрирована на охране страховщиков от преступной деятельности страхователей. Так, ст. 159.5 УК РФ предусмотрена ответственность страхователей за обман относительно наступления страхового случая либо размера страхового возмещения. Нелегальная деятельность страховщиков, т.е. деятельность без соответствующего разрешения (лицензии), попадает под действие нормы о незаконном предпринимательстве (ст. 171 УК РФ), однако случаев привлечения таких страховщиков к уголовной ответственности нами не установлено, что связано с размытостью формулировок. Более того, в уголовном законодательстве России прослеживается тенденция к детализации сфер незаконной деятельности, и сфера кредитования в отдельной уголовно-правовой норме не предусмотрена.

Под нелегальными кредиторами Банк России понимает только тех, кто без лицензии предоставляет услуги по предоставлению потребительских займов. Иными словами, речь не идет о банковском секторе. По данным Банка России: «В 2022 году значительно увеличилось количество нелегальных кредиторов, предлагавших услуги только в соцсетях и мессенджерах. Нелегалы используют сайты и группы в социальных сетях (так называемые доски объявлений) с информацией о предоставлении потребительских займов «от частных лиц» и ссылками на закрытые

Telegram-каналы и сообщества. В 2022 году наметилась тенденция снижения количества организаций, которые занимались нелегальным кредитованием под видом возвратного лизинга, — было выявлено 39 компаний против 60 годом ранее. В основном по этой схеме выдавались потребительские займы под залог транспортных средств»¹. В 2021 г. в уголовный закон была введена ст. 171.5 УК РФ «Незаконное осуществление деятельности по предоставлению потребительских кредитов (займов)», однако приговоров по указанной норме не выносилось, тогда как за незаконное предпринимательство и незаконную банковскую деятельность только в 2022 г. было осуждено 6443 человека². Проблема в технико-юридических погрешностях диспозиции: она не в полной мере соответствует регулятивному законодательству, и преступным является лишь выдача займа, тогда как дальнейшие правоотношения «должник-кредитор» остаются за пределами указанной нормы.

Общий вывод сводится к следующему: Банк России предпочитает использовать собственные ресурсы в противодействии нелегальным практикам на традиционном финансовом рынке, тогда как необходимо более тесное взаимодействие с правоохранительными органами.

¹ Противодействие нелегальной деятельности на финансовом рынке. Банк России. <https://cbr.ru/analytics/inside/2022/#highlight=нелегальных%7Сучастников%7С> (дата обращения 28.01.2024)

² Отчет о числе привлеченных к уголовной ответственности и видах уголовного наказания № 10.1. Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2022 год. Данные судебной статистики. <http://cdep.ru/index.php?id=79&item=7649> (дата обращения 28.01.2024)

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЦИФРОВЫМ МОНОПОЛИЯМ В РОССИИ И КНР

Алексеевко А. П.

Алексеевко Александр Петрович – канд. юрид. наук, доцент, председатель научной комиссии в области юриспруденции, руководитель образовательной программы «Юриспруденция с углубленным изучением китайского языка и права КНР»,

доцент кафедры коммерческого права,

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7-9; a.alekseenko@spbu.ru

Alekseenko Aleksandr Petrovich – Ph.D. (Law), associate professor, chairman of the scientific commission in the field of jurisprudence, head of the educational program “Jurisprudence with in-depth study of the Chinese language and the law of the People’s Republic of China”,

associate professor of the department of commercial law,

St. Petersburg State University, Russia, 199034, St. Petersburg,

Universitetskaya embankment, 7-9; a.alekseenko@spbu.ru

Аннотация. В статье через призму сравнительно-правового метода рассматриваются новеллы 2023 г. в Федеральном законе «О защите конкуренции», касающиеся противодействия монополистической деятельности хозяйствующим субъектом, владеющим цифровой платформой и антимонопольные положения Закона КНР «Об электронной коммерции». Автором проведен критический анализ понятия «цифровая платформа», а также сетевой эффект. На основе изучения опыта КНР предложены пути дальнейшего совершенствования российского законодательства в сфере цифровых платформ.

Abstract. Basing on the comparative legal method, this article, examines 2023 amendments to the Federal Law “On the Protection of Competition” relating to countering monopolistic activities by an economic entity that owns a digital platform and the antimonopoly provisions of the PRC Law “On Electronic Commerce”. The author has conducted a critical analysis of the concept of a digital platform, as well as the network effect. Taking into account experience of the PRC this paper proposes ways to further improve of Russian legislation in the field of digital platforms.

Ключевые слова: цифровая платформа, защита конкуренции, сетевой эффект,

монополистическая деятельность, доминирующее положение на рынке, электронная коммерция

Keywords: digital platform, protection of competition, network effect, monopolistic activity, dominant position in the market, e-commerce

В июле 2023 г. в Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» были внесены поправки, в частности, включена ст.10.1, установившая запрет на осуществление монополистической деятельности хозяйствующим субъектом, владеющим цифровой платформой, а также дополнена ст.4, в которую введены понятия «сетевой эффект» и «цифровая платформа». Появление данных норм непосредственно связано с необходимостью противодействия антиконкурентным действиям цифровых платформ (агрегаторов, платформ электронной коммерции), выражающихся в навязывании невыгодных условий продавцам и покупателям, установлении монопольно низких (высоких) цен. Как отмечается в литературе, «хотя цифровые платформы играют значительную роль в улучшении доступа к рынку для потребителей и поставщиков, существует ряд серьезных проблем при заключении сделок посредством цифровых платформ. В частности, это отсутствие прозрачности и равного доступа для всех участников рынка, например, отсутствие уведомлений об изменениях условий сделки, отказ от заключения сделки без объяснения причин и ряд иных».¹

Целью данной статьи является обзор новелл российского законодательства о цифровых платформах, а также оценка их применимости на практике с учетом опыта КНР. Для этого в этой статье будет рассмотрено в сравнительно-правовом ключе законодательство КНР и РФ, касающееся противодействию монополистической деятельности цифровых платформ. Выбор Китая для сравнения обусловлен тем, что он является одним из мировых лидеров в сфере развития электронной коммерции. Кроме того, КНР имеет богатый опыт противодействия монополистическим действиям платформ электронной коммерции.

Во-первых, рассмотрим понятие цифровой платформы, которое предложил законодатель. Согласно ст.4 Федерального закона «О защите конкуренции»² под цифровой платформой понимается программа (совокупность программ) для электронных вычислительных машин в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети "Интернет", обеспечивающая совершение сделок между продавцами и покупателями определенных товаров. Можно ли назвать данное определение удачным? Скорее всего, нет. Прежде всего, нельзя говорить о том, что

¹ Жмулина Д.А. Электронная торговля посредством цифровых платформ: тенденции и перспективы // Конкурентное право. 2023. № 4. С. 17-19.

² Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 10.07.2023) «О защите конкуренции».

платформа – лишь программа, обеспечивающая совершение сделок, так как она является формой организации деятельности. Кроме того, цифровая платформа позволяет не только совершать сделки, но и содержит инструменты для проведения расчетов, рекламы товаров (услуг), взаимодействия продавцов и покупателей. Еще одним упущением является то, что законодатель не выделил такой обязательный признак цифровой платформы, как наличие ее внутренних правил, которые во многом определяют порядок взаимодействия продавцов и покупателей друг с другом и с оператором платформы.

Для сравнения, в Китае согласно ст.2 «Антимонопольного руководства по платформенной экономике» 2021 г.¹, платформа (интернет-платформа) – форма организации коммерческой деятельности, которая за счет сетевых информационных технологий позволяет двум или более взаимозависимым субъектам взаимодействовать согласно правилам, установленным определенной системой для совместного создания ценностей. Данная дефиниция представляется более удачной. Она верно передает суть цифровой платформы как способа организации коммерческой деятельности. Однако нельзя не заметить, что такой признак, как наличие правил платформы, в рассматриваемом определении также упущен.

Установленная в ст.4 Федерального закона «О защите конкуренции» дефиниция «сетевой эффект» основывается на том, что использование конкретной цифровой платформы в виду ее ценности для продавцов и покупателей позволяет оператору такой платформы оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке, где сделки совершаются посредством цифровой платформы, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять им доступ на этот товарный рынок. При этом для того, чтобы оператор (владелец) цифровой платформы понес ответственность за совершение антиконкурентных действий за счет наличия сетевого эффекта, согласно ст.10.1 указанного выше закона, доля сделок, совершаемых между продавцами и покупателями посредством цифровой платформы превышает в стоимостном выражении 35% общего объема сделок, совершаемых на соответствующем товарном рынке; выручка хозяйствующего субъекта за последний календарный год превышает 2 млрд. рублей. Введение указанных положений в законодательство дает правоприменителям ориентиры для рассмотрения дел о совершении монополистических действий цифровыми платформами, что, безусловно, можно оценить положительно.

¹ 国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南 (Антимонопольное руководство Антимонопольной комиссии Госсовета по платформенной экономике от 07.02.2021). URL: http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content_5585764.htm (дата обращения: 20.12.2023).

Между тем, в РФ на практике дела, в которых суды анализировали наличие либо отсутствие сетевого эффекта, уже встречались и до принятия поправок в закон. Так, Арбитражный суд Московского округа, анализируя наличие монополистических действий со стороны платформы, указал, что основным барьером рынка сервисов видеохостинга является барьер, связанный с наличием на данном рынке значительных сетевых эффектов, выражающихся в необходимости привлечения на видеохостинг большого количества разных групп потребителей (потребителей контента, создателей (производителей) видеоконтента, рекламодателей и других групп). Для успешного входа на рынок и функционирования на нем необходимо обеспечить наличие большой базы пользователей сервиса, то есть преодолеть барьер сетевых эффектов и экосистем, а также осуществить значительные первоначальные капитальные вложения при длительных сроках окупаемости этих вложений, такие как проектирование, разработка и выводение на рынок полнофункционального видеохостинга, его реклама и продвижение, преодоление нормативных и культурных барьеров¹.

В другом деле суд рассматривал исковое заявление цифровой платформы, в котором оспаривалось решение Федеральной антимонопольной службы о признании заявителя нарушившим положения Закона «О защите конкуренции» путем навязывания объектам размещения, осуществляющим деятельность на территории РФ, невыгодных условий соглашения о партнерстве, которые могут приводить к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на рынке услуг агрегаторов информации об объектах размещения, а также ущемлению интересов в сфере предпринимательской деятельности. Суд указал, что сетевой эффект заключается в том, что привлекательность платформы для одной группы пользователей полностью зависит от объема другой группы, а также необходимостью значительных первоначальных капитальных вложений в проектирование, разработку и запуск на рынок полнофункционального агрегатора и его рекламы с целью привлечения средств размещения и потребителей гостиничных услуг, что затрудняет вход на указанный товарный рынок и образует труднопреодолимый барьер².

Несмотря на то, что указанные выше положения Закона РФ «О защите конкуренции» можно оценить положительно, они не позволяют в полной мере создать завершённую систему ориентиров для противодействия антиконкурентным действиям цифровых платформ. Законодательство требует дальнейшей

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.07.2023 № Ф05-14749/2023 по делу № А40-91928/2022.

² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.03.2022 № Ф05-1927/2022 по делу № А40-19473/2021.

модернизации. Для этого может быть использован опыт Китая, где вопросы антимонопольного регулирования цифровых платформ рассмотрены комплексно.

Закон КНР «Об электронной коммерции»¹ устанавливает запреты и обязанности для оператора платформы электронной коммерции, целью которых является пресечение недобросовестной конкуренции и монополистической деятельности. В соответствии со ст.22 Закон КНР «Об электронной коммерции» операторы платформ электронной коммерции, занимающие доминирующее положение на рынке благодаря своим техническим преимуществам, количеству пользователей, контролирующим возможностям соответствующей отрасли или зависимости других операторов от таких операторов электронной коммерции в транзакциях и т.п., не должны злоупотреблять своим доминирующим положением на рынке, исключать или ограничивать конкуренцию. Данная норма аналогична ст.10.1 Федерального закона «О защите конкуренции» и говорит фактически о сетевом эффекте, хотя само это понятие китайским законодателем не используется. В качестве примеров, когда китайский правоприменитель решал вопрос о наличии сетевого эффекта, можно привести дела Alibaba Group Holding² и Meituan³. В решениях по данным ситуациям антимонопольный орган указал, что, опираясь на преимущество первопроходца в выходе на рынок услуг онлайн-платформ розничной торговли, платформа накопила большое количество продавцов и потребителей, получив в результате этого большие объемы данных о транзакциях, логистике, платежах и т.д., что дает преимущества перед другими платформами, в том числе, в виде высокой степени признания у продавцов и покупателей.

Еще одним положением Закона «Об электронной коммерции», направленным на противодействие антиконкурентным действиям, является ст. 35. Согласно данной статье операторы платформы электронной коммерции не должны использовать соглашение об услугах, правила транзакций, технологии или другие средства для наложения необоснованных ограничений или условий. В литературе отмечается, что толкование термина «необоснованный» является неоднозначным, что приводит к

¹ 中华人民共和国电子商务法 (Закон КНР «Об электронной коммерции» от 31.08.2018). URL: https://www.gov.cn/xinwen/2018-08/31/content_5318220.htm (дата обращения: 08.01.2024).

² 市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚 (Государственная администрация по регулированию рынка налагает административные санкции на Alibaba Group Holding Co., Ltd. за осуществление монополии «выбери одного из двух» на рынке услуг онлайн-платформы розничной торговли в Китае) [электронный ресурс] URL: https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html (дата обращения: 10.01.2022).

³ 市场监管总局依法对美团在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚 (Государственная администрация по регулированию рынка налагает административные санкции на монополию Meituan «выбери один» на внутреннем рынке услуг онлайн-кейтеринга на вынос в Китае) [электронный ресурс] URL: https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202110/t20211008_335364.html (дата обращения: 14.01.2022).

проблемам с его эффективным применением на практике¹. Несмотря на это, наличие указанной нормы является полезным, так как позволяет бороться с политикой операторов платформ, когда продавцов вынуждают выбрать только одну платформу, отказавшись от сотрудничества с другими².

Заслуживают также внимания положения упомянутого «Антимонопольного руководства по платформенной экономике» КНР 2021 г. Данный документ содержит перечень видов злоупотреблений доминирующим положением платформы на рынке, правила определения границ рынка. Конечно, нельзя назвать данные положения полностью совершенными,³ однако само их наличие позволяет усилить противодействие антиконкурентному поведению платформ электронной коммерции, давая правоприменителям необходимый инструментарий. Особенно важным является то, какие подходы можно использовать для определения товарных границ рынка в цифровой среде.

Таким образом, в сфере противодействия монополистическим действиям цифровых платформ как РФ, так и КНР движутся в верном направлении. Однако, Россия выступает в качестве догоняющего. Поэтому при модернизации российских нормативных правовых актов следует учитывать опыт КНР, где вопросы противодействия монополистическим действиям цифровых платформ решаются в комплексе: как на уровне антимонопольного законодательства, так и посредством законодательства об электронной коммерции. Это подчеркивает необходимость принятия в РФ закона, который урегулировал бы деятельность цифровых платформ. Введенные в Закон РФ «О защите конкуренции» новеллы являются полумерами. На данный момент требуется доработка законодательства: доработка определения цифровой платформы; для отграничения от офлайн рынков рынка электронной коммерции необходимо включение в перечень понятий дефиниции «цифровой товарный рынок»; по образцу КНР следует установить запрет использовать соглашение об услугах, правила транзакций, технологии или другие средства для наложения необоснованных ограничений или условий. Заметим, что Китаю, также как и России следовало бы обратить внимание на определение цифровой платформы. Обоим государствам следует исходить из того, что платформа предоставляет не только возможность заключать сделки, но и осуществлять иное взаимодействие в соответствии с правилами платформы.

¹ 陈可,侯利阳.电子商务平台滥用相对优势地位行为的违法性辨析[J].财经问题研究,2023(09):70-80.DOI:10.19654/j.cnki.cjwtyj.2023.09.006.

² 史佳芝.电子商务平台“二选一”行为的法律适用研究[J].江苏商论,2023(03):33-35+38.DOI:10.13395/j.cnki.issn.1009-0061.2023.03.020.

³ 王先林,曹汇.数字时代平台反垄断的国家行动|平台经济领域反垄断的三个关键问题[J].探索与争鸣,2021,1(9):C.54-65.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ «СТАНДАРТОВ ДОКАЗЫВАНИЯ» ДЛЯ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО ДОСУДЕБНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРТИВНЫХ СПОРОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Васильев И.А.

*К.ю.н., доцент, доцент Кафедры теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного университета*

Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского научного фонда, проект № 24-28-00565 «Стандарты доказывания в российской правовой системе», <https://rscf.ru/project/24-28-00565/>.

Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями) (далее – Закон о спорте) в положениях ст. 36.5 наделяет общероссийские спортивные федерации¹ (далее – спортивные федерации, федерации) и профессиональные спортивные лиги создания в своей структуре органов, к компетенции которых относится урегулирование всех или отдельных категорий спортивных споров². Название данной статьи закона недвусмысленно указывает именно на досудебный порядок разрешения споров: «Досудебный порядок урегулирования споров в области физической культуры и спорта». Тем самым законодатель предоставил спортивным федерациям и лигам привилегию нормативного создания собственной системы разрешения споров, отказываясь от использования государственной системы органов судебной власти: судов общей юрисдикции и судов арбитражной юрисдикции. При этом заметим, что органы по досудебному урегулированию споров формально не являются правовым институтом, отличным от спортивных третейских судов, хотя для

¹ Термины «спортивная федерация», «спортивная ассоциация», «спортивный союз» в актах международных спортивных федераций и в российском законодательстве являются синонимами. Не существует отличий между перечисленными понятиями и в связи

² Термины «орган по досудебному урегулированию споров» и «юрисдикционный орган» в настоящей статье будут использованы как синонимы, что соответствует их правовой природе и цели и задачам деятельности.

особенностей деятельности последних закреплен отдельный комплекс норм в нашем Законе о спорте¹.

С точки зрения доктрины и практики, досудебный порядок может быть реализован в форме (1) обязательного или (2) вариативного урегулирования спортивных споров для определенных субъектов права. В связи с рассматриваемой проблематикой субъектами, в отношении которых применяется порядок, выступают физические и юридические лица, которые находятся под юрисдикцией спортивной федерации или профессиональной лиги. Понятие «юрисдикция» означает принятие в письменной форме субъектом спорта обязанности соблюдать нормы всех актов, принятых спортивной федерацией или лигой. Признание юрисдикции может осуществляться в двух формах. Во-первых, в заявочном порядке. Первый вариант: направление спортсменом или тренером заявки для участия в соревновании, включающей пункт о принятии обязанности соблюдения нормативной правовой базы организатора соревнования. Другой вариант: подписание отдельного заявления субъектом спорта, содержащего признание юрисдикции. Во-вторых, в силу вступления в трудовые правоотношения (заключение спортсменом и клубом трудового договора, включающего соответствующее условие) или гражданско-правовые отношения (заключение спортсменом и клубом договора, имеющего юридическую гражданско-правовую юридическую природу: например, договора о спортивном сотрудничестве).

Обязательность или вариативность досудебного порядка урегулирования спортивных споров зависит от нормотворческого усмотрения соответствующей общероссийской спортивной федерации либо профессиональной спортивной лиги, создающей свою нормативную правовую базу. Данную базу составляют положения и регламенты² по вопросам своей компетенции как особых видов общественных организаций. Необходимо обратить внимание на корпоративные отношения – членство общероссийских спортивных федераций в международных спортивных федераций. Это может оказывать прямое влияние на обязательность использования досудебного порядка разрешения спортивных споров. Достаточно показателен пример правового регулирования футбола. Российский футбольный союз (РФС), являющийся по статусу общероссийской спортивной федерацией-членом Международной федерации футбола (ФИФА), закрепил в своих актах обязательное досудебное урегулирование определенных категорий спортивных споров³, что

¹ Спортивным третейским судам посвящены ст.ст. 36.2, 36.3, 36.4 Федерального закона от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации».

² В настоящей статье термины «положение» и «регламент» мы объединим одним словом – «регламент».

³ См. Регламент Российского футбольного союза по статусу и переходам (трансферу) футболистов. URL: https://rfs.ru/subject/1/documents?cat_id=58 (дата обращения: 29.01.2024); Дисциплинарный регламент Российского

соответствует корпоративным обязанностям членства национальных футбольных федераций в ФИФА. Так, ФИФА в положениях ч. 3 ст. 58 своего Устава закрепила требование ко всем федерациям-членам, «... включить в свои уставы или регламенты положение о том, что запрещается передавать споры в ассоциации или споры, затрагивающие лиги, членов лиг, клубы, членов клубов, игроков, официальных лиц и других должностных лиц ассоциации, в обычные суды, если только регламент ФИФА или обязательные правовые положения не предусматривают или не оговаривают обращение в обычные суды. Вместо обращения в обычные суды должно быть предусмотрено арбитражное разбирательство»¹. Использование термина «арбитражное разбирательство» в контексте процитированной нормы включает и обязательное досудебное урегулирование споров органами в структуре национальных футбольных федераций и спортивными третейскими судами (спортивными арбитражами).

Теперь перейдем к рассмотрению титульного вопроса о стандартах доказывания, установленных для органов по досудебному урегулированию (разрешению) споров общероссийских спортивных федераций. Проанализировав регламенты федераций на предмет названной проблематики, мы вправе обратить внимание интересантов на два ключевых тезиса.

Во-первых, обратим внимание, что институт «стандарта доказывания» не поименован в положениях Закона о спорте или Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями) (далее – ГПК) в отношении процедур досудебного урегулирования (разрешения) споров, осуществляемых общероссийскими спортивными федерациями и профессиональными спортивными лигами. В целом, названный статус-кво соответствует общему подходу российского законодателя в отношении процессуальных отраслей, в которых «стандарт доказывания» буквально не фигурирует. Применительно к российской правовой системе «стандарт» может быть найден в критерии, на основе которого суд общей юрисдикции или арбитражной юрисдикции, осуществляя свободу оценку представленных доказательств, устанавливает соответствующий юридический факт. Кажется, что на сегодняшний день в качестве такого критерия для законодателя видится «внутреннее убеждение, основанное на всестороннем, полном, объективном и непосредственном

футбольного союза. URL: https://rfs.ru/subject/1/documents?cat_id=59 (дата обращения: 29.01.2024); Регламент Российского футбольного союза по этике: https://rfs.ru/subject/1/documents?cat_id=60 (дата обращения: 29.01.2024); Регламент Российского футбольного союза по деятельности футбольных агентов: https://rfs.ru/subject/1/documents?cat_id=61 (дата обращения: 29.01.2024).

¹ FIFA Statutes. URL: <https://digitalhub.fifa.com/m/505d504a8580ec63/original/FIFA-Legal-Handbook-2023-EN.pdf> (дата обращения: 29.01.2024).

исследовании имеющихся в деле доказательств»¹ судьи при оценке доказательств, закрепленное в российских процессуальных кодексах. процессе фактов, на которых будет основано решение правоприменителя. Принцип «внутреннего убеждения» для оценки судьями доказательств рассматривается российскими юристами в правовой доктрине если и не идентично «стандарту доказывания», то как своеобразный его эквивалент². Вместе с тем, «убеждение» может формироваться на основе разной совокупности фактов, зависящей как от юридических пределов участия в доказывании сторон, так и от легализованной активной роли правоприменителя. Следовательно, свобода оценки доказательств взаимосвязана со свободой сбора доказательств – осуществлением судебного следствия позволяет всесторонне, полно и объективно исследовать все обстоятельства дела вне зависимости от частноправовой или публично-правовой природы процесса.

Во-вторых, право нормотворческой инициативы общероссийских спортивных федераций, закрепленное в процитированном нами в начале настоящего материала статье Закона о спорте, означает широкое усмотрение и в установлении стандартов доказывания для различных категорий подюрисдикционных спортивных споров. В то же время, подходы федераций к определению категорий споров, для которых используется своя система разрешения споров, существенно различаются. Назовем несколько ключевых к тому оснований.

Особенности регулирования федераций предопределены, в первую очередь, индивидуальным или командным игровым характером вида спорта. Так, во втором случае между спортсменами и клубами (командами) будут существовать трудовые либо гражданско-правовые отношения, что влечет появление измерения договорных споров. Совершенно другой вопрос, считает ли федерация, развивающая командный игровой вид спорта, необходимым создать орган по урегулированию этой категории споров. Заметим, что даже в отсутствии в актах федерации норм, регулирующих трудовые отношения между спортсменами, тренерами и клубами, в Трудовом кодексе Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями) включена глава 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров», которая может выступать предметом правоприменения для органов по досудебному урегулированию споров. К примеру, установление наличия или отсутствия уважительной причины для досрочного прекращения трудового договора по инициативе одной из сторон и расчета размера причитающейся потерпевшей

¹ См., например ч. 1 ст. 67 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями).

² Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 3. С. 25-57.

стороне компенсации.

Вторая особенность регулирования федерациями досудебного порядка урегулирования касается степени детализации «стандартов доказывания». В основном, в регламентах распространены идентичным нормы об оценке арбитрами доказательств «по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном исследовании в совокупности всех обстоятельств дела»¹. С другой стороны, поскольку процедура досудебного урегулирования (разрешения) спортивных споров является частноправовой по юридической природе, даже в отсутствии указания на оценку доказательств арбитром согласно его «внутреннему убеждению», допустимо проводить аналогию закона с нормой ч. 1 ст. 67 ГПК: «суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств». Однако, возможна ситуация, когда в нормах акта спортивной федерации *de facto* будут наличествовать иные требования к оценке доказательств арбитрами соответствующего органа по досудебному урегулированию споров, без ссылки на «внутреннее убеждение».

Настоящий материал, наряду с введением в существо досудебного урегулирования спортивных споров в российском праве для иностранного исследователя, включил в себя краткие результаты первого опыта ревизии положений актов общероссийских спортивных федераций относительно оценки доказательств и требований доказанности фактов для арбитров юрисдикционных органов.

¹ См., например: ст. 9 Положения Российской автомобильной федерации об апелляционном суде. URL: <https://raf.su/download/309983fb90a9667fe83de44da8ad8cd89a4ae375> (дата обращения: 29.01.2024); ст. 52 Дисциплинарного регламента Всероссийской федерации танцевального спорта и акробатического рок-н-ролла. URL: https://fidsarr.ru/upload/iblock/78f/ha7p8itkfijntqvugwulodimvx6c6965/Distsiplinarnyy-reglament-FTSARR-_v-red.-ot-21.02.2023_.pdf (дата обращения: 29.01.2024); п. 4 ст. 24 Дисциплинарного регламента Федерации гандбола России. URL: https://rushandball.ru/Files/Documents/Дисциплинарный%20регламент_02.09.2023.pdf (дата обращения: 29.01.2024); ст. 70 Дисциплинарного регламента Федерации компьютерного спорта России. URL: <https://resf.ru/about/documentation/102/?ysclid=lrzc3mblvr648877617> (дата обращения: 29.01.2024); ст. 57.3 Положения Федерации шахмат России «О спортивных санкциях в виде спорта «шахматы». URL: https://ruchess.ru/downloads/2020/position_of_the_sports_sanctions_in_the_form_of_sports_chess.pdf (дата обращения: 29.01.2024); ст. 34 Регламента Российского футбольного союза по этике. URL: <https://hb.bizmrg.com/websiterfs/documents/1/6165ae5b6f5fd.pdf> (дата обращения: 29.01.2024); ст. 72 Дисциплинарного регламента Федерации хоккея России. URL: <https://fhr.ru/upload/iblock/eb7/Distsiplinarnyi-reglament-FKHR.pdf> (дата обращения: 29.01.2024).

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПНОСТИ В ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ СРЕДЕ

Раднаева Э. Л.

директор Института права и экономики, доцент кафедры уголовного права, процесса и криминалистики Бурятского государственного университета имени Доржи Банзарова, кандидат юридических наук, доцент
e-mail: elviraradnaeva@mail.ru

Одним из направлений развития сферы образования является повышение уровня ее защищенности, в том числе от современных угроз криминального и криминогенного характера. Трагические случаи скулшутинга, произошедшие в России в последнее десятилетие, свидетельствуют о том, что в настоящее время назрела необходимость проведения эффективной криминологической профилактики в образовательной среде. Несмотря на наличие достаточно большого количества федеральных нормативно-правовых актов, регулирующих сферу профилактики преступности в системе образования, на сегодняшний день необходимо принятие единой концепции, которая будет отражать волю государства в вопросах превенции преступной девиантности в системе образования. При этом нормативные предписания являются лишь правовым основанием для реализации тех или иных превентивных мероприятий. Наибольшее профилактическое значение будет иметь совершенствование комплекса самих предупредительных мер, реализуемых в образовательной среде. Научная и практическая значимость выработки единой концепции в указанной области общественных отношений выражается в том, что она станет основой развития и совершенствования современной уголовной политики в сфере предупреждения преступности в образовательной среде, что, несомненно, будет способствовать созданию эффективного защитного криминологического поля для системы образования в целом.

Ключевые слова: уголовная политика; образовательная среда; преступность; профилактика преступности; предупреждение преступности в сфере образования; федеральные законы; нормативно-правовые акты; обучающиеся; преступность несовершеннолетних.

MODERN PROBLEMS OF CRIMINAL POLICY IN THE FIELD OF CRIME PREVENTION IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT

Radnaeva Elvira,

Director of the Institute of Law and Economics,

head of the Department of Criminal Law and Criminology, Buryat State University,

PhD. (Candidate of Juridical Sciences), Associate Professor

One of the directions of development of the sphere of education is to increase the level of its protection, including from modern threats of a criminal and criminogenic nature. The tragic cases of schoolshooting that have occurred in Russia in the last decade indicate that there is now a need for effective criminological prevention in the educational environment. The key conclusion of the study is that, despite the presence of a sufficiently large number of federal regulatory legal acts regulating the sphere of crime prevention in the education system, today it is necessary to adopt a unified concept that will reflect the will of the state in the prevention of criminal deviance in the education system. At the same time, regulatory prescriptions are only the legal basis for the implementation of certain preventive measures. The greatest preventive value will be the improvement of the complex of preventive measures themselves implemented in the educational environment. The scientific and practical significance of developing a Unified concept in this area of public relations is expressed in the fact that it will become the basis for the development and improvement of modern criminal policy in the field of crime prevention in the educational environment, which will undoubtedly contribute to the creation of an effective protective criminological field for the education system as a whole.

Key words: criminal policy; educational environment; crime; crime prevention; crime prevention in the field of education; the Constitution of Russia; federal laws; regulatory legal acts; students; juvenile delinquency.

Роль образования в жизни общества неопределима, особенно в настоящее время в век глобализации и информационных технологий. Именно образование способствует формированию человека, развивает его личность. Можно утверждать, что посредством образования и воспитания закладывается определенный фундамент дальнейшего развития государства и общества, поскольку от уровня образованности

подростающего поколения зависит будущее страны. В современный период наше общество и государство уделяют особое внимание институту воспитания, образования и науки. Это подтверждается тем, что образовательная и научная среда сегодня находятся в состоянии реформирования.

Начавшая в 2013 году всеобщая модернизация отечественного образования — введение ФГОС, принятие Федерального закона об образовании в РФ, переход на новую систему оплаты труда — заложила новые принципы образовательных отношений и кардинально поменяла основы учебно-воспитательного процесса в современной школе. Особенно неоднозначная ситуация складывается в области школьного воспитания.

Как отмечается различными исследователями, система российского образования терпит крах, и причина тому — ряд факторов, которые в той или иной степени имеют определенный криминогенный потенциал: внедрение единого государственного экзамена, которое на корню убивает творчество со стороны учителя и ученика, бюрократизация учебного процесса, снижение ставок и при этом увеличение учебных часов, низкий уровень заработной платы и снижение престижа учительской профессии, скудная материально-техническая база, недостаточная организация системы безопасности образовательных организаций и пр.¹

Все это сказывается в первую очередь на качестве современного образования, лишает полноценного нравственного и правового воспитания подрастающего поколения. Школы и пришкольные участки все чаще превращаются в места распространения криминальных и, шире, деструктивных субкультур, раздела сфер влияния между молодежными группировками, становятся плацдармом вымогательства, буллинга, приобщения подростков к токсическим и наркотическим веществам, разврату. Перечисленные процессы объективно продуцируют криминогенные ситуации и субъективно влияют на деформацию сознания и поведения обучающихся.

Дети в таких условиях чувствуют себя уязвимыми, незащищенными, обращаются за помощью к родителям и тем более к педагогам, порой для ребенка не приемлемо в силу навязанных со стороны мнений и «понятий», а также отсутствия доверия к последним. «Эмоциональная эксклюзия» детей со стороны взрослых, наблюдаемая в последнее время в образовательных организациях, приводит к плачевным последствиям. На такой «благоприятной» почве дети становятся или субъектами или

¹ Раднаева Э.Л. Криминогенность недостатков системы образования и проблемы предупреждения преступности обучающихся // Уголовное право. Общая часть. Академический курс. В 10 т. Т.9. Уголовная ответственность несовершеннолетних / под ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Лопашенко. - М., Юрлитинформ, 2021. С. 334-335.

жертвами насилия, а также суицидального поведения, что в обоих случаях чревато не только для здоровья и развития личности, но и сохранения генофонда нации и национальной безопасности.

Одним из важнейших направлений развития сферы образования является повышение уровня ее защищенности, в том числе от угроз криминального и криминогенного характера. Акты насилия в образовательных организациях, подаваемые средствами массовой информации, в последние годы становятся обыденностью. Трагический случай скулшутинга, произошедший в мае 2021 года в Казани, когда подросток произвел массовое убийство учащихся и педагогов, и ряд других резонансных преступлений в образовательных организациях России¹, вызывающие страх среди детей, родителей и всего социума в целом, свидетельствуют о том, что в настоящее время назрела необходимость проведения эффективной криминологической профилактики девиаций в образовательной среде и образовательных отношениях. По данным Генеральной прокуратуры РФ, около 70% учащихся и студентов, совершающих преступления, относятся к категории несовершеннолетних².

Согласимся, что в XXI веке школьное насилие стало носить совершенно новое социальное наполнение. В связи с этим политика в области профилактики преступности должна быть взаимоувязана с политикой в области образования по существу. В рамках развития отечественной системы образования и в целях создания эффективного профилактического поля для образовательных отношений наиболее актуальным и важным, на наш взгляд, представляется развитие такого направления, как уголовная политика в сфере предупреждения преступности в образовательной среде.

В общем представлении уголовная политика в области предупреждения преступности в образовательной среде представляет собой деятельность тех или иных субъектов профилактики (как обладающих властными полномочиями, так и не обладающих таковыми), направленную на борьбу с преступными и иными негативными девиантными проявлениями в образовательной среде, такими, как скулшутинг, буллинг, молодежный экстремизм, коррупция в образовании и т.п. Под субъектом уголовной политики мы понимаем носителя свойств, обеспечивающих разработку и (или) реализацию положений уголовной политики, направленной на противодействие тем или иным криминальным и криминогенным явлениям.

¹ Скулшутинг. 10 трагедий в России. URL: <https://meschanin.ru/2021/10/10/skulshuting-10-tragedij-v-rossii/> (дата обращения: 22.07.2022).

² Генеральная прокуратура Российской Федерации: портал правовой статистики. URL: <http://crimestat.ru/analytics> (дата обращения: 22.07.2022).

Уголовная политика в сфере предупреждения преступности в образовательной среде является составной частью уголовной политики государства в целом. В настоящий период в нашей стране законодателем отдельно не выделяется такое направление, как борьба с преступностью именно в сфере образования, в этой связи следует заключить, что такая политика реализуется через исполнение общих правовых предписаний и норм, направленных на превенцию преступности в целом. Уголовная политика в названной области общественных отношений может быть условно разделена на несколько уровней, начиная с международного и заканчивая муниципальным уровнем.

Рассмотрим более подробно федеральный уровень реализации уголовной политики в сфере предупреждения преступности в образовательной среде. В настоящем исследовании проанализируем некоторые предписания, закрепленные в федеральных нормативно-правовых актах.

1. Конституция Российской Федерации 1993 г.

Основополагающим документом в области образовательных отношений, как и в иных областях жизнедеятельности российского общества, является Конституция России. Названный документ является базовым для построения уголовной политики страны в целом. Кроме того, принятие Конституции в 1993 году выступило ключевым шагом к развитию конституционной юстиции России.

Опираясь на ряд статей названного нормативно-правового акта, в первую очередь на статьи 2, 43, 45 и 46, исходя из данных правовых предписаний можно заключить, что уголовная политика в сфере предупреждения преступности в образовательной среде строится на стремлении государства обеспечить право граждан получить образование, которое отвечало бы требованиям криминологической безопасности. В целях развития данного постулата на федеральном уровне принят целый ряд нормативно-правовых актов, регулирующих те или иные аспекты образовательных отношений. Однако акцентируем внимание именно на тех документах, которые отражают реализуемую в стране уголовную политику в сфере предупреждения преступности в образовательной среде. Сразу отметим, что в настоящее время, к сожалению, отсутствует единый нормативно-правовой акт, регулирующий данную область общественных отношений. Кроме того, в нашей стране не принят и правовой акт об уголовной политике в целом. В этой связи о существующей уголовной политике в сфере криминальной превенции в образовательной среде можно судить по анализу совокупности правовых документов, к числу которых целесообразно отнести следующие.

2. Федеральные конституционные законы, в том числе:

1) федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 16 апреля 2022 г.) «О судебной системе Российской Федерации», закрепляющий основные принципы судебной системы, основы правового статуса судей России, порядок создания и упразднения судов, особенности обеспечения деятельности судебных органов¹. Отнесение данного акта к документам уголовной политики является необходимым, поскольку суды являются одними из ключевых субъектов уголовной политики, основным правоприменителем предписаний уголовно-правового характера;

2) федеральный конституционный закон от 6 ноября 2020 г. № 4-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации», предусматривающий положения о членах Правительства России, его полномочиях и организации деятельности². Согласно статье 23 Правительство России обладает полномочием в области борьбы с преступностью. Для этого данный орган осуществляет меры по обеспечению прав и свобод граждан, по борьбе с преступностью и другими негативными социальными явлениями, выступая субъектом уголовной политики.

3. Федеральные законы, в частности:

1) Уголовный кодекс Российской Федерации³, Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации⁴ и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации⁵, регулирующие различные вопросы, в том числе по определению того, какое деяние является преступным, по установлению видов наказания и оснований освобождения от него, по регламентации порядка привлечения лица к уголовной ответственности и правил отправления правосудия, по закреплению правового положения участников уголовно-исполнительных отношений и порядка исполнения назначенного судом уголовного наказания. В первую очередь на основании данных нормативно-правовых актов можно судить о реализуемой в стране общенациональной уголовной политике;

2) федеральный закон от 7 июня 2017 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации...», на основании которого у правоприменителя появилась возможность привлекать к уголовной ответственности тех, кто склоняет подростков к самоубийству⁶. Речь идет в первую очередь о профилактике вовлечения детей в так называемые «группы смерти» в социальных

¹ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

² СЗ РФ. 2020. № 45. Ст. 7061.

³ СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁴ СЗ РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

⁵ СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

⁶ СЗ РФ. 2017. № 24. Ст. 3489.

сетях в Интернете («Синий кит», «Тихий дом» и т.д.)¹;

3) федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ (в ред. от 11 июня 2022 г.) «Об образовании в Российской Федерации», определяющий, в частности, структуру российской системы образования, правовой статус участников образовательных отношений, основания возникновения и прекращения данных отношений, виды получаемого образования, особенности финансового обеспечения сферы образования, международное сотрудничество в данной области². При реализации уголовной политики в сфере предупреждения преступности в образовательной среде целесообразно исходить именно из правового статуса и полномочий участников образовательных отношений, закрепленных в данном нормативно-правовом акте;

4) федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ (в ред. от 1 июля 2021 г.) «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», регламентирующий вопросы классификации видов информации, негативно влияющей на детей, требования к обороту и экспертизе такой информации, правила осуществления государственного надзора в данной области отношений и ответственность за правонарушения в данной сфере³. Уголовная политика в сфере предупреждения преступности в образовательной среде затрагивает интересы в большей степени таких ее участников, как обучающиеся и работники образования. К категории обучающихся в большинстве случаев относятся именно дети, несовершеннолетние, подростки и молодежь, в связи с чем закон о защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию, является частью правовой основы действующей уголовной политики. При этом вопросам защиты интересов и прав детей посвящено немалое количество научных исследований⁴;

5) федеральный закон от 24 июля 1998 г. № 124-ФЗ (в ред. от 11 июня 2021 г.) «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации», устанавливающий основные направления обеспечения прав ребенка, полномочия органов власти в данной сфере, организационно-финансовые основы реализации данных гарантий и иное, что позволяет относить данный нормативно-правовой акт к разряду законов-принципов, на которых строится в целом уголовная политика в стране⁵;

¹ Бычкова А.М., Раднаева Э.Л. Доведение до самоубийства посредством использования Интернет-технологий: социально-психологические, криминологические и уголовно-правовые аспекты // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 1. С. 103.

² СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

³ СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 48.

⁴ Налетова М.М. Правовой механизм защиты прав детей в информационном пространстве России // Дружественное к ребенку правосудие и восстановительные технологии: материалы VII Международной научно-практической конференции в рамках Байкальской юридической декады, посвященной 90-летию БГПИ-БГУ им. Доржи Банзарова / науч. ред. Э. Л. Раднаева. — Улан-Удэ: Издательство Бурятского госуниверситета, 2022. С. 67-72

⁵ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3802.

6) федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации», являющийся основополагающим законом, регулирующим отношения, возникающие в сфере профилактики правонарушений в Российской Федерации¹. Как справедливо отмечается в научной литературе, профилактика правонарушений должна выступать приоритетной задачей современной юстиции². Названный нормативно-правовой акт устанавливает принципы профилактики правонарушений, определяет перечень субъектов и основных направлений данной профилактики;

7) федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ (в ред. от 9 ноября 2020 г.) «О безопасности», определивший основные принципы обеспечения безопасности, общие положения о международном сотрудничестве в данной области, полномочия государственных и муниципальных органов власти по данному вопросу, права и обязанности Совета Безопасности³. Статьей 4 данного нормативно-правового акта закреплено, что государственная политика в области обеспечения безопасности (в том числе криминологической безопасности образовательной среды) реализуется как органами власти, так и гражданами и их объединениями;

8) федеральный закон от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ (в ред. от 26 мая 2021 г.) «О противодействии терроризму»⁴ и федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ (в ред. от 1 июля 2021 г.) «О противодействии экстремистской деятельности»⁵, предусматривающие общие положения о понятии данных явлений, основных принципах, субъектах и направлениях противодействия им, ответственности граждан и их объединений за осуществление экстремистской и террористической деятельности, международном сотрудничестве в борьбе с данными явлениями. Терроризм и экстремизм активно проявляются в современном мире, и в сфере образования они также, к сожалению, находят свое отражение. Отечественный законодатель учитывает это, в связи с чем направляет уголовную политику в область борьбы с данными явлениями;

9) федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ (в ред. от 1 апреля 2022 г.) «О противодействии коррупции», раскрывающий представление законодателя о понятии данного явления и содержащий общие сведения о международном сотрудничестве в области противодействия коррупции, организационные основы противодействия ей, меры ее профилактики и ответственности лиц, нарушивших

¹ СЗ РФ. 2016. № 26 (Ч. I). Ст. 3851.

² Иванова А.А. Криминологическая профилактика как приоритетная задача ювенальной юстиции // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 4. С. 505.

³ СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 2.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1146.

⁵ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3031.

антикоррупционное законодательство¹. Коррупция негативно сказывается на всех сферах жизни общества. И, пожалуй, самое пагубное воздействие это негативное социально-правовое явление оказывает на институт образования. Как указывает Н.А. Лопашенко, уголовно-правовая политика в отношении коррупции важна чрезвычайно. Но первостепенной здесь должна быть политика государства по обыкновенному человеческому и правовому воспитанию подрастающих поколений².

10) федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (в ред. от 26 июля 2019 г.) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», предусмотревший принципы и порядок проведения процедуры медиации, требования к медиаторам и пределы их ответственности³. Вопросам медиации посвящен ряд научных исследований⁴. Под термином «медиация» законодатель подразумевает альтернативную процедуру урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора в целях гармонизации социальных отношений. Отнесение данного нормативно-правового акта к правовой базе, на которой строится современная уголовная политика в сфере предупреждения преступности в образовательной среде, объясняется тем, что медиативные технологии могут быть применены, кроме прочего, при разрешении конфликтов в образовательной среде. На это прямо указывают специалисты, отмечая, что образовательная среда часто является средой конфликтной и агрессивной⁵. Реализация мер по внедрению медиативных технологий доказала их эффективность на современном этапе, перспективность в работе с различными категориями детей, а также необходимость их дальнейшего развития;

11) федеральный закон от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ (в ред. от 1 октября 2019 г.) «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», закрепляющий перечень лиц, в отношении которых устанавливается административный надзор, и их правовой статус, виды административных ограничений, порядок осуществления и прекращения данного надзора⁶. Институт административного надзора, «реанимированный» в 2011 г. в России в превентивных целях, в определенной мере отражает современную уголовную политику, поскольку свидетельствует о попытках законодателя повлиять на криминальную ситуацию в

¹ СЗ РФ. 2008. № 52 (Ч. 1). Ст. 6228.

² Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М., Волтерс Клувер, 2009. С. 462.

³ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

⁴ См., например: Шиловская А.Л., Ситдикова Л.Б. Использование восстановительного правосудия в отношении несовершеннолетних в странах Европы // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 1. С. 141.

⁵ Сидорова Е.З., Сабанов А.Ю. Медиативные технологии в образовательном процессе // Электронные образовательные технологии: решения, проблемы, перспективы: сборник материалов III Международной научно-практической конференции (23-24 апр. 2019 г.). С. 209.

⁶ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2037.

стране путем своевременной профилактики;

12) и, наконец, базовый Федеральный закон от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» (в ред. от 14 июля 2022 г.)¹, определяющий основные задачи, принципы и перечень субъектов профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, категорию лиц, в отношении которых проводится индивидуальная профилактическая работа, основные направления профилактической деятельности, а также ключевые позиции относительно полномочий подразделений по делам несовершеннолетних и центров временного содержания для несовершеннолетних правонарушителей органов внутренних дел по вопросам профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних лиц.

Анализ нормативной базы и законопроектов позволяет нам заключить, что государством предпринимаются попытки регулирования сферы криминологической профилактики в условиях «активизации попыток внешних и внутренних деструктивных сил дестабилизировать обстановку в стране путем вовлечения несовершеннолетних и молодежи в противоправную деятельность, в том числе в акты хулиганства и вандализма, незаконные публичные мероприятия, умышленное уничтожение, повреждение чужого имущества, заведомо ложные сообщения о минировании зданий и сооружений...». Комитет Госдумы по госстроительству и законодательству рекомендовал принять в первом чтении законопроект об усилении уголовной ответственности за вовлечение несовершеннолетнего в совершение нескольких преступлений небольшой и средней тяжести².

Также в Государственной думе РФ рассматривается законопроект об уголовной ответственности за вовлечение несовершеннолетних в потребление табака и никотинсодержащей продукции (вейпов, кальянов, электронных сигарет и т.д.), если гражданин дважды в течение одного года получал административное наказание за аналогичное деяние (ст. 151.3)³.

В настоящее время на федеральном уровне принято большое количество самостоятельных, но не сведенных в единую систему правовых актов, регулирующих данную сферу общественных отношений. По сути, принято большое количество нормативно-правовых актов, предписаний, рекомендаций и иных документов, в той

¹ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3177.

² Законопроект № 512731-8 «О внесении изменения в статью 150 Уголовного кодекса Российской Федерации (в части уточнения уголовной ответственности за вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления)» // https://sozd.duma.gov.ru/bill/512731-8#bh_histtras

³<https://www.pnp.ru/social/v-gosdumu-vnesen-zakonoproekt-ob-otvetstvennosti-za-vovlechenie-detey-v-kurenie.html>

или иной мере отражающих вопросы превенции преступности в системе образования. Однако единого государственного представления о том, каким образом противодействовать преступности в системе образования, в настоящий период нет. Несмотря на многочисленность предписаний, единая стратегия уголовной политики (как в целом общегосударственной, так и в области профилактики криминальных явлений в образовательной среде) по-прежнему отсутствует. Каждый документ принимается отдельно друг от друга, нормативно-правовые акты в своем большинстве не корреспондируют и не являются логичным продолжением друг друга.

В стране так и не выстроена единая система мер профилактики субъектов, реализующих защиту прав и интересов детей, межведомственное взаимодействие специалистов. Руководством школ практически не осуществляется анализ причин девиантного и виктимного поведения несовершеннолетних, не ведется надлежащий учет и профилактическая работа с педагогически запущенными детьми (не случайно в комиссиях по делам несовершеннолетних по инициативе школ рассматривается только 5—8% материалов, в то время как более 30% осуждаемых несовершеннолетних являются школьниками). Более того, различные исследования поднимают проблему «социального исключения» детей и молодежи с девиантным поведением, в том числе со стороны образовательного коллектива, что во многом способствует дальнейшей криминализации личности¹.

Актуальным представляется внедрение систематического правового воспитания в образовательных организациях в целях недопущения деформации нравственного и правового сознания у детей, к которому так активно стремятся представители преступного мира. Правовое воспитание в российском обществе – важное условие создания стабильного правового порядка, а также органов, институтов и учреждений, способных обеспечить защиту и охрану от нарушений тех прав, свобод и законных интересов граждан и иных лиц, которые закреплены действующими нормами права².

Несмотря на то, что в настоящий период российская уголовная политика активно развивается, в ней по-прежнему присутствует достаточно большое количество нерешенных проблем, свидетельствующих о ее затянувшемся кризисе. На сегодняшний день необходимо принятие Единой концепции соответствующих федеральных законов, дополнение и внесение поправок в правовые акты. Необходимо привлечение ученых к криминологической экспертизе нормативно-правовых актов и

¹ Садовникова М.Н. «Скрытые» конфликты и эмоциональная эксклюзия детей. К вопросу о причинах подростковых девиаций // Медиация: теория, практика, перспективы развития // Сборник материалов научно-практической конференции, Москва, 13–14 апреля 2017 года. С. 130.

² Плескачевская Е.В., Раднаева Э.Л. Правовое просвещение как способ формирования устойчивого уважения к закону // Криминологические чтения: материалы XV Всероссийской научно-практической конференции, посвященной 75-летию Великой победы в Великой Отечественной войне / науч. ред. Э. Л. Раднаева; отв. ред. Е. В. Плескачевская. Улан-Удэ: Издательство Бурятского госуниверситета, 2020. С. 62.

участию в их разработке.

В этой связи считаем целесообразным развивать данное направление уголовной политики. По нашему мнению, подобное развитие возможно, в частности, посредством совершенствования действующих нормативно-правовых актов. Вместе с тем, нормативные предписания являются лишь правовым основанием для реализации тех или иных превентивных мероприятий. Наибольшее профилактическое значение будет иметь совершенствование комплекса самих предупредительных мер, реализуемых в образовательной среде. Их теоретическая и практическая обоснованность должна, по нашему мнению, стать предметом самостоятельного научного изыскания. Однако их совершенствование, как и совершенствование действующих нормативно-правовых предписаний, несомненно, будет способствовать созданию эффективного защитного криминологического поля для системы образования в целом.

Только создание комплексных законодательных, организационно-правовых, социально-экономических, культурных и информационных условий для защиты нравственности детей позволит преодолеть духовно-нравственный кризис подрастающего поколения, института семьи, школьного образования и всего общества в целом.

Решить сформулированные задачи под силу только образованию, поскольку история еще не придумала лучшего средства выхода из кризиса. Ценностное отношение к детям и детству действительно должно стать основанием развития воспитания в современной России и формирования современной уголовной политики в сфере предупреждения преступности в образовательной среде.

Список литературы

1.Валуйсков Н.В. Понятие новейшей уголовно-правовой политики // Статистика и экономика. 2015. № 5. С. 22-24.

2.Дуюнов В.К., Закомолдин Р.В. О приоритетах уголовно-правовой политики в связи с противодействием преступности и обеспечением национальной безопасности // В сборнике: Правовые и нравственные аспекты функционирования гражданского общества. Сборник материалов Международной научно-практической конференции, посвященной памяти заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора В.П. Малкова. В 2-х частях. 2020. С. 195–201.

3.Ендольцева А.В. Уголовная политика России и ее значение в регулировании общественных отношений в сфере борьбы с преступностью // Юристъ – Правоведь. 2018. № 2 (85). С. 103-112.

4.Мацкевич И.М. Новая уголовная политика // Российский криминологический взгляд. 2012. № 3. С. 168-182.

5.Раднаева Э.Л., Самданова Б.Б., Маркова Н.С. Современная криминальная субкультура в зеркале социологического исследования // Проблемы противодействия криминальной субкультуре: материалы Всероссийской научно-практической конференции. – М., Юриспруденция, 2018. С. 23-36.

6.Садовникова М.Н. «Скрытые» конфликты и эмоциональная эксклюзия детей. К вопросу о причинах подростковых девиаций // Медиация: теория, практика, перспективы развития // Сборник материалов научно-практической конференции, Москва, 13–14 апреля 2017 года. С. 129-135.

7.Сидорова Е.З., Босхолов С.С. Уголовная политика в сфере образования // Академический юридический журнал. 2021. Т. 22. № 3(85). С. 253-259.

8.Сидорова Е.З. Краткий обзор развития отечественного образования и раскрытие ключевых понятий теории уголовной политики в сфере предупреждения преступности в образовательной среде // Вестник Уральского юридического института МВД России. 2021. № 4 (32). С. 156–160.

9.Шиловская А.Л., Ситдикова Л.Б. Использование восстановительного правосудия в отношении несовершеннолетних в странах Европы // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 1. С. 141-151.

10.Уголовное право. Общая часть. Академический курс. В 10 т. Т.9. Уголовная ответственность несовершеннолетних / под ред. докт. юрид. наук, проф. Н.А. Лопашенко. - М., Юрлитинформ, 2021.

List of literature

1.Valuiskov N.V. The concept of the latest criminal law policy // Statistics and economics. 2015. №. 5. pp. 22-24.

2.Duyunov V.K., Zakomoldin R.V. On the priorities of criminal law policy in connection with combating crime and ensuring national security // In the collection: Legal and moral aspects of the functioning of civil society. Collection of materials of the International Scientific and Practical Conference dedicated to the memory of the Honored Scientist of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor V.P. Malkov. In 2 parts. 2020. pp. 195-201.

3.Endoltseva A.V. Criminal policy of Russia and its significance in the regulation of public relations in the field of combating crime // Jurist – Pravoved. 2018. № 2 (85). pp. 103-112.

4.Matskevich I.M. New criminal policy // Russian criminological view. 2012. №. 3. pp. 168-182.

5.Radnaeva E.L., Samdanova B.B., Markova N.S. Modern criminal subculture in the mirror of sociological research // Problems of countering the criminal subculture: materials of the All-Russian Scientific and Practical Conference. – M., Jurisprudence, 2018. pp. 23-36.

6.Sadovnikova M.N. "Hidden" conflicts and emotional exclusion of children. To the question of the causes of adolescent deviations // Mediation: theory, practice, prospects of development // Collection of materials of the scientific and practical conference, Moscow, April 13-14, 2017. pp. 129-135.

7.Sidorova E.Z., Bosholov S.S. Criminal policy in the field of education // Academic Law Journal. 2021. Vol. 22. №. 3(85). pp. 253-259.

8.Sidorova E.Z. A brief overview of the development of domestic education and the disclosure of key concepts of the theory of criminal policy in the field of crime prevention in the educational environment // Bulletin of the Ural Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2021. №. 4 (32). pp. 156-160.

9.Shilovskaya A.L., Sitdikova L.B. The use of restorative justice in relation to minors in European countries // All-Russian Criminological Journal. 2018. Vol. 12. №. 1. pp. 141-151.

10.Criminal law. A common part. Academic course. In 10 volumes. T.9. Criminal liability of minors / ed. doc. legal sciences, prof. ON THE. Lopashenko. - M., Yurlitinform, 2021.

ТРАНСФОРМАЦИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИИ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛЬНОГО ПОТЕПЛЕНИЯ

Шпаковский Ю. Г.

*профессор кафедры экологического и
природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина,
доктор юридических наук, профессор. Россия, Москва.*

Transformation of Russia's environmental legislation in the context of global warming

Yuri Grigoryevich Shpakovsky,
Professor of the Department of Environmental
and Natural Resource Law of the O.E. Kutafin
University, Doctor of Law, Professor. Russia, Moscow.

Abstract: The author of the article proceeds from the premise that the topic of climate change has long moved from an exclusively scientific agenda to a political, economic and social one. Relevant multilateral conventions, treaties and protocols within the UN have fully proved their relevance. Many States are taking a responsible approach to achieving the goals of the Paris Climate Agreement. The main task that Russia faces as a part of world civilization is to make climate change not just a challenge to modernity, but also an incentive for the transition to a new model of social structure that allows civilization to continue to exist. In this article, the author suggests looking at the climate problem in the context of the objective need to change environmental legislation. The author has shown that the task of science is to formulate the foundations for the transition to the paradigm of the ecological right mentality, as well as to discuss the priorities of scientific discourse on the right of survival and law in the context of the global environmental crisis, on the possibility of creating a development platform in the face of new political, technological and environmental challenges.

Keywords: climate, environmental legislation, Paris Agreement, green agenda, renewable energy sources, decarbonization.

Аннотация: Автор статьи исходит из посыла, что тема изменения климата давно

перешла из исключительно научной повестки в политическую, экономическую и общественную. Свою актуальность в полной мере доказали соответствующие многосторонние конвенции, договоры и протоколы в рамках ООН. Многие государства ответственно подходят к достижению целей Парижского соглашения по климату. Главная задача, которая стоит перед Россией, как части мировой цивилизации - сделать так, чтобы изменение климата стало не просто вызовом современности, но и стимулом для перехода к новой модели общественного устройства, позволяющей цивилизации продолжить существовать. В настоящей статье автор предлагает взглянуть на проблему климата в контексте объективной необходимости изменения экологического законодательства. Автор показал, что задача науки состоит в необходимости сформулировать основы перехода к парадигме экологического правового менталитета, а также к обсуждению приоритетов научного дискурса о праве выживания и праве в условиях глобального экологического кризиса, о возможности создания платформы развития в условиях новых политических, технологических и экологических вызовов.

Ключевые слова: климат, экологическое законодательство, Парижское соглашение, зеленая повестка, возобновляемые источники энергии, декарбонизация.

Today, the world is experiencing a «triple planetary crisis», including an increase in temperature, a decrease in biological diversity, as well as environmental pollution. Air, soil and water pollution undermine the human right to a clean and healthy environment.

According to UNEP, in order to successfully overcome the interrelated crises of climate, biodiversity and pollution, 8.1 trillion US dollars of total investment will be required by 2050, while by 2050 annual investments should amount to 536 billion US dollars. In such conditions, there is certainly a growing need to restructure the attitude of states to environmental protection in the context of global warming, to create an updated regulatory framework for the interaction of subjects in this area¹.

The impact of the EU Climate Doctrine, the causes and consequences of climate policy, its possible consequences for Russia, and options for solving the «climate agenda» are multifaceted and multivariate, but an assessment of options for «restructuring» the national environmental and legal system, legislative and normative framework deserves separate and special consideration.

Based on the theory of «limits of growth», on the ideology of «sustainable development», the global climate agenda is supported by public structures and the

¹ <https://finance.rambler.ru/markets/46462171-novaya-mirovaya-klimaticheskaya-povestka-kak-sposob-sderzhivaniya-rossii/> (accessed January 30– 2024).

population of different countries. However, it also turns into a tool for achieving geopolitical and economic goals.

Russian environmental legislation covers all aspects and problems of nature management and environmental protection. But reality itself puts forward new areas of legal regulation. These include requirements in the field of sustainable development and the climate agenda.

There are whole mega problematic areas of environmental relations that have long outgrown national borders and require global participation. However, the climate issue, even against the background of all other acute environmental problems, has become dominant not only in legislation, but also in economics, management, and social policy. Understanding climate problems through the prism of the «carbon footprint» poses quite new and extremely difficult questions for all branches of law, but especially for environmental law.

Using the example of the Climate Agenda, it is possible to understand exactly how the process of radical transformation of environmental law takes place. This is the part of the evolutionary process that can turn (or is already turning) into a revolutionary one, as many patterns and types of legal regulation break down. We are witnessing the «breaking down» of old branches of law and the formation of new types (types, branches, forms) of law under the influence of the Climate agenda. Although the climate, its changes, and the consequences of these changes have traditionally been the subject of environmental law to a greater extent, this is no longer a fact in the current paradigm of climate relations. It is not the environmental part of regulation that has manifested itself and is becoming more and more entrenched, but the political, economic, and energy part. But at the same time, the reason, the «driving force» of law-making is environmental safety. And this is also one of the aspects of the evolution of environmental law.

In fact, we are talking about the possibility and ability to formulate new targeted ecological and economic attitudes. For one reason or another (first of all, the real or imaginary threat of a «temperature apocalypse») environmental «accents» and the goals of legal regulation are really shifting towards the «carbon footprint», understood as a priority, urgent, global, non-alternative, economically and technologically necessary, agreed upon by all countries participating in the Paris Summit, the state of transition to «green growth». It should be noted that the carbon footprint or carbon pollution has always been present, but only now the concept called «carbon footprint» has become the center of legal transformations¹.

¹ The report of the Permanent Commission on Environmental Rights of the Presidential Council for the Development of Civil Society and Human Rights "Green Turn" // International Scientific Journal Alternative Energy and Ecology. 2020. No. 19-24 (342-347). pp. 31-157.

The declared (climate) goals require a reassessment of the priorities of environmental regulation and a revision of the criteria for environmental safety, environmental policy in general. The «climate» laws adopted in recent years show the degree of the country's involvement in the global process of «decarbonization». At the same time, one should not forget about the technological and economic consequences of full inclusion in the rules of «decarbonization». In the legal field, the emergence of the global climate agenda provides for the «internationalization» and «globalization» of environmental legislation. The globalization of environmental legislation is a promising and, apparently, inevitable path for the evolution of environmental law. But, at present, it is not only the purpose and means that are important, it is important who and by what algorithms creates new rules of legal regulation. So far, all climate rules are created according to the patterns of the European Union.

It should be clearly understood that the «climatic» and equally epidemiological, «pandemic» challenges are a test of the ability of states, communities and their associations to create new socio-economic meanings of development using legal, organizational, technological and socio-economic, scientific and educational opportunities. For Russia, the climate crisis opens up a field of opportunities to show alternatives for countries that do not share the «carbon legislation» of the European Union.

In the paradigm of the emerging new technological order, the role of law and the role of social technologies will be extremely significant. In particular, the role of environmental law, in our opinion, will increase and gradually transform into the global context of normative consolidation of environmental standards and rules. These «new» environmental and «climate» principles relate to the constitutional foundations, the laws of the natural resource (ecological) block, and the documents of the strategic planning and technological base.

Discussions about the causes of global climate change are important, but it is much more important to evaluate the latest regulatory decisions taken at the European Union level and supported by the leading countries of the world regarding the so-called «energy transition». First of all, we are talking about a purposeful and consistent change in the economic and technological development paradigm due to and under the pretext of global climate and environmental changes. In this regard, it is most important to focus not on the environmental and climate agenda (which is undoubtedly important and already being implemented), but on the broader context – the concept of national security and sustainable development.

When discussing the global climate agenda, experts and politicians focus primarily on the following points: the degree and magnitude of climate threats, the consequences of

climate change; ways and opportunities to influence climate change; the consequences for the economy, energy, and the environment of various stages of the «green course» and climate change; a set of the most effective from the point of view of global and the national agenda of measures and decisions, recommendations and prohibitions capable of stopping (reducing) negative consequences.

Despite the rather extensive and high-quality national Russian environmental legislation, the European climate doctrine forces a revision of many provisions and norms of environmental law. For example, the international legal situation and the global role of forests as additional climate regulators and CO₂ sinks, the role of the Arctic and permafrost zones, the role and importance of energy infrastructure, land resource assessment and many other parts of natural resource legislation may be revised.

At the same time, the issue of ecological and economic efficiency and acceptability for Russia of the explicit and implicit dictate of European «climate» norms and rules on partial and complete transition to renewable energy sources remains fundamentally unresolved. We can take the liberty and note that if the entire package of climate rules and laws of the European Union is adopted, not only a number of rules of the World Trade Organization may be violated, but also the international trade system may be partially destroyed¹.

The theory of adaptation of law in conditions of constant, incessant natural and man-made disasters could become the basis for decision-making in the analysis of climate change.

The organizational and legal analysis of the global «climate agenda» can be carried out from various angles, but the environmental and legal approach is clearly underestimated. In our opinion, it may include the study and solution of the following problems:

- the use of the constitutional right of citizens to a favorable environment;
- revision of concepts and principles of national (equally ecological, energy, food, etc.) security, in the context of global climatic, environmental situations;
- correction of current environmental and energy legislation taking into account climatic and environmental challenges;
- analysis and revision of the regulatory framework contained in technical regulations, standards, and other regulations that directly or indirectly affect the climate agenda.

Russia has experience in observing the carbon balance in forest and swamp ecosystems based on various methodological approaches. However, a unified system for monitoring the flows of climatically active substances and carbon stocks in forests and other ecosystems has not yet been formed at the national level, which leads to high uncertainty in estimates of absorption capacity in the whole territory of the Russian Federation.

¹ Egorova M.A., Zhavoronkova N.G., Shpakovsky Yu.G., Ponomareva D.V., Shmeleva D.V. // Climatic aspects of ecological and legal protection of forests in the Russian Federation Kutafin Law Review. 2022. T. 9. № 3. C. 415-436.

A reliable assessment of the area, state of the natural ecosystems of the Russian Federation (forests, steppes, tundra, wetlands) and their ability to absorb climatically active substances requires a variety of scientific research, including specialized observations at landfills covering ecosystems in various climatic zones. To organize the regular collection of objective data, it is necessary to integrate ground-based observations, methods and data of remote sensing of the Earth from space, and improved computational algorithms.

Along with direct observations, modern monitoring systems use high-tech components of physical and mathematical modeling, which allow assessing the flows of climatically active substances and carbon stocks in various ecosystems, as well as conducting global and regional retrospective analyses of the climatic characteristics of the atmosphere, land and oceans. Such modeling tools make it possible to fill in the missing observational data.

In order to monitor the flows of climatically active substances and carbon stocks in the territories and waters of the Russian Federation, as well as in the entire climate system, the World Ocean and the seas of the Russian Federation, it is necessary to solve the problems of optimal (representative) placement of observation sites in all major types of ecosystems and the formation of an observation program that takes into account the peculiarities of determining the flows of climatically active substances and stocks carbon in representative landscapes. The results obtained within the framework of the Federal Scientific and Technical Program in the field of environmental development of the Russian Federation and Climate Change for 2021-2030, approved by Decree of the Government of the Russian Federation No. 133 dated February 8, 2022, will contribute to solving these tasks «On approval of the Federal Scientific and technical Program in the field of environmental development of the Russian Federation and climate change for 2021-2030» and the most important innovative project of national importance «Unified National Monitoring System of climatically active substances»¹.

The aim of the project is to create and develop a Unified national monitoring System for climatically active substances through scientific, regulatory and infrastructural support for the collection, processing, analysis, storage and use of reliable and internationally recognized observable and calculated data for an objective assessment of anthropogenic and natural flows of climatically active substances on the territory of the Russian Federation, their concentrations in the atmosphere and the influence of the impact on the global and regional climate, as well as the development of a methodological framework for its subsequent use on an ongoing basis in the implementation of measures aimed at the environmental (low-carbon) transformation of sectors of the Russian economy, adaptation

¹ Shpakovskii.G. Climatic aspects of the energy transition of the Russian economy // Laws of Russia: experience, analysis, practice. No. 2 / 2023. pp.29-34.

of the economy and the population to climate change, as well as the protection of Russian approaches on international platforms.

Climate changes in the territory of the Russian Federation are also manifested in changes in the agro-climatic characteristics of heat and moisture availability of crops, an increase in the frequency and duration of large-scale heat waves, changes in the nature of precipitation, accelerated degradation of glaciers in the North Caucasus, a reduction in the duration of snow cover, a decrease in the bearing capacity of permafrost and other changes in climatic characteristics.

On average, an increase in precipitation is observed across the territory of the Russian Federation, including due to an increase in daily rainfall maxima and associated indicators of precipitation extremes. Over the past 30 years, the total annual flow of Russian rivers has increased by 200 cubic kilometers.

However, in the lowland rivers of the south of the European territory of the Russian Federation, as well as in a number of rivers of the northeast Asian territory of the Russian Federation and the basins of the Ob and Yenisei rivers, there is a decrease in annual runoff. An increase in the maximum annual water consumption and associated adverse and dangerous phenomena is typical for certain rivers of the Black Sea coast, the North Caucasus (especially the Kuban), mountainous and foothill areas of southern Western Siberia, the Eastern Sayans, and the Amur River basin.

In the foreseeable future, climatic factors will begin to have an increasingly significant impact on the labor market and employment of the population of the Russian Federation through loss of working time caused by an increase in the frequency and scale of natural hazards and a decrease in labor productivity (especially outdoors) caused by extreme weather conditions (heat, intense precipitation, including tropical and icy rains, hail, squally winds, tornadoes, smoke from forest fires, storm surges, etc.)¹.

The impact of climatic factors on the healthcare system in the territory of the Russian Federation includes the impact on the health of the population, the level of morbidity and mortality (negative effects on the course of cardiovascular, respiratory and other diseases), on the epidemiological situation (expansion of the area of spread of infectious and parasitic diseases, especially in years with warm winters), on the infrastructure of the healthcare system (the destructive effect on objects of temperature and humidity deformations, degradation of long-term (permafrost), the need for additional cooling of premises in the summer), for emergency medical care (ensuring rapid response and mobilization of material and technical means and personnel).

¹ Zhavoronkova N.G., Agafonov V.B. Trends and prospects of development of legislation in the field of ensuring climate security of the Russian Federation // Jurist. 2022. No. 9. pp. 24-27.

Climate changes affect energy production, its transmission and consumption, the balances of consumption of hot, potable, industrial water, the amount and composition of wastewater in the schemes of heat supply, water supply and sanitation of settlements. In this regard, taking into account the expected climate changes is mandatory when forecasting balances in the energy sector and housing and communal services. An increase in air temperature increases the risks in both cold and warm periods (the need for heating and air conditioning of premises will change significantly, especially in the south of the country). The increase in the number of days with extremely high temperatures and the duration of dry periods has a negative impact on the supply of process water for water supply purposes.

Shortening the duration of the heating period leads to fuel savings necessary for heating buildings, and shortening the duration of the period with negative air temperatures leads to a reduction in corrosion and an increase in the efficiency of power equipment, improved fuel delivery and storage conditions. To use these favorable climatic factors, it is necessary to minimize the excess of purchased fuel and its idle combustion at the end of the heating period. In addition, in order to use the potential to reduce thermal energy consumption in buildings, appropriate engineering support is needed (for example, the introduction of automatic control systems for coolant parameters).

An increase in precipitation, including to extreme levels, and related floods cause the destruction of existing infrastructure, including structural elements of highways and artificial road structures (bridges, culverts) and other facilities. In this regard, special attention should be paid to the relevance of hydrological calculations in the design and operation of infrastructure facilities.

Forecasting changes in temperature, humidity and other soil characteristics in conditions of long-term (permafrost) will allow us to develop rational structures of infrastructure facilities and materials with an extended service life.

Due to the expected reduction in the area of Arctic ice, easier access to offshore deposits of the continental shelf of the Russian Federation, seaports and coastal infrastructure is expected. At the same time, it is possible to increase the danger to tankers, drilling platforms, berthing facilities, roads and railways adjacent to the shore, which is associated with the formation of icebergs and increased exposure to sea waves. Flooding of coastal areas as a result of storm surges and coastal destruction can lead to the inability to use ports and related transport systems, damage terminals, logistics centers, and disrupt supply chains.

An increase in air temperature in summer and an increase in heat waves with extremely high temperatures contribute to the softening of the asphalt pavement with subsequent deformation, destruction of the roadway and the appearance of ruts (especially strongly

affects local roads). Extremely high temperatures also have a negative impact on the railway infrastructure - the rails are deformed, leading to a decrease in train speed and an increase in the risk of derailments.

As part of the implementation of the national action plan for the first stage of adaptation to climate change for the period up to 2022, approved by Decree of the Government of the Russian Federation No. 3183-r dated December 25, 2019, a climate change adaptation system is being formed on the territory of the Russian Federation, which includes national, sectoral and regional climate change adaptation plans, institutional and methodological the basis of adaptation.

As part of the assessment of climate risks at the level of economic sectors, subjects of the Russian Federation and business entities, dangerous climatic factors are identified, as well as the exposure and vulnerability of objects of influence to them. Risk assessment is carried out according to the intensity, prevalence and duration of exposure to climatic factors based on available retrospective and forecast data, taking into account possible direct and indirect damage, as well as non-economic losses.

The key source of information for assessing climate risks and economic vulnerability is the information products of the Federal Service for Hydrometeorology and Environmental Monitoring and the Federal State Statistics Service. Within the framework of sectoral adaptation plans, departmental climate risk management systems are being formed, the state information system «Automated Information Management System» of the unified State emergency prevention and Response system and its separate segment «Atlas of Hazards and Risks» of the Ministry of Civil Defense, Emergencies and Disaster Management of the Russian Federation are being developed.

The development of adaptation measures is carried out taking into account sectoral, regional and local characteristics, as well as the long-term nature of these measures, their scale and depth of impact on the population and the economy. When developing and ranking adaptation measures according to the degree of priority, the effects of their implementation are taken into account to reduce the level of risk or vulnerability of the affected objects and to take advantage of the favorable opportunities of climate change.

The Intergovernmental Panel on Climate Change estimates that the risks associated with climate change are becoming increasingly difficult to manage. In particular, there are cases of adoption of adaptation measures that lead to an increase in the vulnerability of the population, natural ecosystems and economic facilities to climate change and other negative effects (such cases are observed in many regions of the world in the implementation of engineering and planning measures in the coastal zone of seas and rivers, urban areas, agriculture and forestry, in the management of water resources). At the same time,

adaptation options are being identified in a number of sectors of the economy that are economically effective under various scenarios of climate change¹.

Since 2021, the Glasgow-Sharm el-Sheikh work programme on the global adaptation goal has been implemented. This program is aimed, among other things, at intensifying the actions of the participating countries of the Paris Agreement, signed on behalf of the Russian Federation on April 22, 2016 and adopted by Decree of the Government of the Russian Federation No. 1228 dated September 21, 2019 «On the adoption of the Paris Agreement», in the field of adaptation, as well as to improve understanding of the global adaptation goal (including methodology and adaptation performance indicators), facilitating the planning and implementation of adaptation actions at the national level.

National environmental legislation and law (including strategic planning documents) adequately and professionally reflect the global climate agenda and national interests.

For Russia, the topic of global warming has been officially recognized, the Climate Doctrine has been approved and enshrined in strategic planning documents (emissions provide for a reduction in domestic emissions by 30% from 1990 levels by 2030).

The Climate Doctrine, adopted as a strategic planning document, outlined some priorities of national policy in the development and implementation of climate policy. A huge number of economic, technological and environmental measures have been planned. But, at the same time, it is worth recognizing that the basis for such decisions were the EU's climate initiatives. Given the sanctions policy towards Russia and the severance of many international ties, many of the provisions and obligations of the Russian Federation voluntarily assumed should be reviewed.

The Russian Climate Doctrine states that when developing regional and municipal sustainable development programs, it is necessary to ensure tasks related to climate change, including the development and application of legislation of the subjects of the Russian Federation, taking into account the influence of the climatic factor on the development of territories, economic sectors and the social sphere. In our opinion, the national climate agenda should be based not on the requirements of the European Union, but on an understanding of «national interests» through the prism of technological development opportunities and the search for their own, national environmental and economic goals.

In general, national legislation is represented not only by the Climate Doctrine, but also by a number of decisions of the Russian Government in the field of greenhouse gases, carbon regulation, energy efficiency, and hydrogen energy. Numerous expert groups have prepared and continue to work on specific documents on the «carbon footprint», hydrogen energy, «zero emissions» scenarios, reduction of natural resource extraction, use of pipeline

¹ Decree of the Government of the Russian Federation No. 559-r dated March 11, 2023.

infrastructure, and the effects of climate change in the regions.

The development and implementation of green technologies in Russia will make it possible not to lose competitiveness, but to strengthen the competitive advantages of domestic business in the emerging low-carbon economy of the world, occupy new niches in the markets, and ensure the fulfillment of the UN Global Development Goals. But all these and other measures are possible only in case of a fundamental rejection of its own climate program and full agreement with the Climate Doctrine of the European Union.

Russia's climate doctrine assumes the replacement of mineral energy sources (oil, gas, coal, firewood, peat and their derivatives) with «renewable – solar, hydro, wind, tidal, hydrogen. The entire list of «renewable» energy is called «renewable energy sources», which, in addition to its undoubted advantages, has a number of disadvantages. These include, first of all, dependence on the availability of sun, wind, water, methods of energy storage (batteries) of relatively low power and the amount of total costs for their installation, maintenance, storage, and disposal of equipment. In addition, Russia's Climate Doctrine lacks the most important thing - its own, state, national view of «energy transition».

The most obvious position, «covered up» by undoubted concerns about global environmental and climate problems, is that the European Union offers the whole world trade in its technologies instead of trade in energy resources. In the context of the global «consensus» on the «energy transition», our country finds itself in the most difficult economic situation. We can say that we are in the deepest socio-economic crisis. A simple rewrite of European environmental legislation, including on the mechanism of emissions trading, tax regimes, accounting for carbon units and other regulatory measures, can simply nullify the country's economic growth opportunities¹.

The Climate Doctrine of Russia notes that when developing regional and municipal sustainable development programs, it is necessary to ensure the solution of the following tasks related to climate change:

- development and application of legislation of the subjects of the Russian Federation, taking into account the influence of the climatic factor on the development of territories, economic sectors and the social sphere;

- Development and implementation of regional systems for effective response to dangerous weather and climatic phenomena;

- Implementation of measures to mitigate anthropogenic impacts on the climate, including the introduction of technologies that reduce greenhouse gas emissions into the atmosphere.

The climate part of environmental law has become an undoubted leader in the

¹ Lakhno P.G. Energy Law of the Russian Federation: Formation and development. Moscow University Press, 2014.

international context. But without broad and non-discriminatory international cooperation, a decision on carbon neutrality is impossible in principle. And in order to effectively solve the global problem, an international consensus is needed, as a result of which a new stage in the evolution of environmental law will be laid.

The EU climate legislation has demonstrated two very important trends in the light of the concept of the evolution of environmental law.

Firstly, environmental issues are increasingly becoming important political, economic, and even technological ways to solve global problems. But, at the same time, purely «environmental» issues become only an excuse or an external attribution for solving more important security problems. Consequently, a new front of global, regional, and state confrontation has been formed. In this case, national environmental legislation also becomes an instrument of competition.

Secondly, it is the global characterization of the environmental (climate) agenda that gives a chance for the approval of environmental standards common to all countries.

It can be noted that despite the huge potential of renewable energy sources, the development of appropriate technologies in Russia is relatively difficult. This is partly due to the low cost of traditional energy resources, which is provided, among other things, through government subsidies.

Programs for the transition to renewable energy sources, as required by the EU climate standards, are quite difficult to implement in our country. We are talking about the rationality of such a technological solution for each specific country. It is worth recalling that the purpose of the transition to subsidies.

Renewable energy transition programs are «decarbonization». And in addition to solar and wind energy, there are also small nuclear, geothermal, plasma and others, which in many respects are not only more efficient, but also «more environmentally friendly» in combination of parameters.

In light of the unfolding debate on the climate agenda, it is important to pay attention to the following circumstances.

1. The role and position (importance) of environmental law is increasing, becoming global and at the same time local. Connecting environmental «national interests» and global ones through a single legal mechanism is a task of paramount importance.

2. Environmental law is becoming more complicated and modified, forcibly affecting other branches of law and other management competencies. There is a danger of loss of the integrity of the regulated object.

3. Climate regulation, in our opinion, does not have an independent object, but consideration of «climate laws» as part of environmental regulation is possible and justified.

4. The emergence of crisis, urgent, global issues in environmental law is natural and inevitable. The climate threat is only a special case of an environmental threat, but in its

globality and consequences, it seems to be a harbinger of an environmental disaster. Environmental law in the context of climate danger should be reformatted towards ensuring global environmental security.

At the same time, it is necessary to note the difficulties of a theoretical and methodological nature, the resistance of economic and political dogmas, problems of a cultural, mental, psychological nature, traditions of education and the emergence of scientific schools, business interests, assessments of the situation and risks that are already emerging.

Our task is to try to formulate the necessity and urgency of the transition to the paradigm of the ecological right-wing mentality. To discuss the priorities of the scientific discourse on the right of survival and law in the context of the global crisis, on the possibility of creating a development platform in the face of new political, technological and environmental challenges.

There is a huge amount of work to be done related to the correction of legislation, management, and preparation of a mechanism for the implementation of the plans of the Government of the Russian Federation «for a green transition». There is no doubt that this will inevitably have to be done, but rather it may be about the principles, conditions, «sizes», and mechanism of such changes. Moreover, changes in the «old» environmental legislation are a constant and continuous process, but the direction, speed, quality, and effectiveness of such changes are another matter.

List of sources used

1. The report of the Permanent Commission on Environmental Rights of the Presidential Council for the Development of Civil Society and Human Rights "Green Turn" // International Scientific Journal Alternative Energy and Ecology. 2020. No. 19-24 (342-347). pp. 31-157.

2. Lakhno P.G. Energy Law of the Russian Federation: Formation and development. Moscow University Press, 2014.

3. Zhavoronkova N.G., Agafonov V.B. Trends and prospects of development of legislation in the field of ensuring climate security of the Russian Federation // Jurist. 2022. No. 9. pp. 24-27.

4. Shpakovski I.G. Climatic aspects of the energy transition of the Russian economy // Laws of Russia: experience, analysis, practice. No. 2 / 2023. pp. 29-34.

5. Egorova M.A., Zhavoronkova N.G., Shpakovsky Yu.G., Ponomareva D.V., Shmeleva D.V. // Climatic aspects of ecological and legal protection of forests in the Russian Federation Kutafin Law Review. 2022. T. 9. № 3. C. 415-436.

ФОРМАЛИЗАЦИЯ ДОСТОВЕРНОСТИ ДАКАЗАТЕЛЬСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Сидорова Н.А.

*Санкт-Петербургский государственный университет,
доцент, кандидат юридических наук*

Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского научного фонда, проект № 24-28-00565 «Стандарты доказывания в российской правовой системе», <https://rscf.ru/project/24-28-00565/> .

1. Традиционно в соответствии со статьей 74 Уголовно-процессуального Кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) в российском уголовном процессе «доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Указанная норма четко определяет, из каких источников они могут быть получены, кроме того, закон устанавливает средства и способы получения указанной информации, а также определяет надлежащих субъектов процесса доказывания.

2. В соответствии со ст. 88 УПК РФ каждое доказательство «подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения уголовного дела». Таким образом, чтобы собранная по делу информация получила статус доказательства, она должно соответствовать четырем основным критериям – относимости, допустимости, достоверности и достаточности. Окончательная оценка доказательств происходит в судебном заседании. Итоговое решение суда по уголовному делу должно быть законным, справедливым и *обоснованным*, оно должно основываться на доказательствах, не вызывающих сомнения, на доказательствах, которые позволяют сделать категорический вывод относительно предмета судебного разбирательства (ст. 297 УПК РФ). И, в первую очередь, это относится к решениям, которыми лицо признается виновным в совершении преступления (обвинительный приговор, постановление о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим

основаниям). В соответствии со ст. 302 УПК РФ «обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств.» При этом при составлении оправдательного приговора не допускается включение в него формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного. (ст. 305 УПК РФ). В этих ситуациях действуют и общие нормы ст. 14 УПК РФ : все сомнения в доказанности обвинения, в том числе отдельных его составляющих (формы вины, степени и характера участия в совершении преступления, смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств и т.д.),. которые не могут быть устранены в порядке, установленном УПК РФ, толкуются в пользу обвиняемого; обвинительный приговор не может быть основан на предположениях. Признательные показания подсудимого, если они не подтверждены *совокупностью* других собранных по делу доказательств, не могут служить основанием для постановления обвинительного приговора. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 года № 55 «О судебном приговоре» обращает особое внимание на то, что в описательно-мотивировочной части приговора, «исходя из положений пунктов 3, 4 части 1 статьи 305, пункта 2 статьи 307 УПК РФ, надлежит дать оценку всем исследованным в судебном заседании доказательствам, как уличающим, так и оправдывающим подсудимого. При этом излагаются доказательства, на которых основаны выводы суда по вопросам, разрешаемым при постановлении приговора, и приводятся мотивы, по которым те или иные доказательства отвергнуты судом». Таким образом вопрос о достоверности собранных по делу доказательств приобретает все большее значение. Поскольку установление достоверности доказательств является одним из обязательных условий для вынесения окончательного решения по уголовному делу и соответственно определения дальнейшей судьбы подсудимого и соответственно его статуса.

3. Каждое совершенное преступление оставляет следы в той или иной степени изменяющие окружающую место преступления среду. Следы, которые могут отражаться, отпечатываться на любых материальных объектах, и следы, которые остаются в памяти очевидцев, пострадавших, потенциальных подозреваемых и иных субъектов. Именно последние следы чаще всего актуализируются в материалах уголовных дел в виде показаний свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подсудимых и других участников уголовного судопроизводства.

Зачастую именно содержание этих «идеальных» следов и их последующая процессуальная фиксация вызывают сомнения при оценке доказательств, именно на

соответствие их критерию достоверности.

4. Проблеме достоверности доказательств посвящено достаточно много работ в российской науке уголовного процесса. В содержание понятия достоверности доказательства традиционно включается требование соответствия его действительности (Балакшин В.С., Кудрявцев В.Л., Лантух Н.В., Орлов Ю.К., Соловьев А. Б. и другие)¹. При этом отдельные авторы подчеркивают, что достоверность характеризует содержательную сторону доказательства, а именно «доказательство должно соответствовать фактам, т.е. тому, что произошло в реальной действительности» (Головкин В.Л.)². Абросимов И.В. предлагает считать «достоверными доказательствами по уголовному делу ... сведения, соответствующие объективной действительности, обоснованные и подтвержденные иными собранными по делу доказательствами» и внести соответствующие изменения в УПК РФ³. Однако в УПК РФ в настоящий момент не раскрыто содержание понятия достоверности доказательств. В отличие от уголовного процесса в арбитражном процессе в соответствии со ст. 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) «Доказательство признается арбитражным судом достоверным, если в результате его проверки и исследования выясняется, что содержащиеся в нем сведения соответствуют действительности».

5. Однако ст. 75 УПК РФ прямо запрещает использовать в качестве доказательств показания свидетеля, потерпевшего, основанные на догадке, предположении, слухе, а также, если они не могут указать источник своей осведомленности. Таким образом, при отсутствии возможности проверки источника, доказательство не может быть признано достоверным. В этом можно усмотреть связь таких критериев как достоверность и допустимость. Поскольку невозможность проверки первоисточника рассматривается УПК РФ как обязательность признания информации недопустимым доказательством.

6. Достоверность информации, которую следователь и судья получают при производстве по делу как на досудебной стадии, так и в суде, зависит от ряда причин. Во-первых, от заинтересованности лица, которое дает показания. Лицо может

¹ Балакшин В.С. Соотношение допустимости доказательств с их относимостью и достоверностью // Законность. 2014. № 3. С. 8 – 14; Капустина Л.К. Соотношение допустимости и достоверности доказательств в уголовном судопроизводстве // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2019. №3(37), С.386-390; Кудрявцев В.Л., Пяшин С.А. Достоверность доказательства: некоторые проблемы оценки // Уголовное судопроизводство России и зарубежных государств: проблемы и перспективы развития. Санкт-Петербург. 2022. С.140-143; Лантух Н.В. Критерии проверки и оценки допустимости и достоверности доказательств при осуществлении уголовного преследования // Журнал правовых и экономических исследований. 2021, №2, С.85096 Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. –

М.: Проспект, 2000. С. 53-54, Соловьев А.Б. Избранные труды. М.2021.

² Курс уголовного процесса/ под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Головкин. Москва: Статут.2021. С.467.

³ Абросимов И.В. Актуальные вопросы обеспечения допустимости и достоверности доказательств в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2007. 26 с.

иметь личный материальный либо нематериальный интерес по данному делу. Например, и потерпевший, и обвиняемый заинтересован в достижении определенных, но противоположных, разнонаправленных целей. И каждый из них будет достигать свои цели доступными каждому из них средствами и способами. Если для обвиняемого дача показаний это право, и он не несет ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний (за некоторым исключением особенностей регулирования института досудебного соглашения о сотрудничестве), то для остальных участников уголовного судопроизводства дача показаний является их процессуальной обязанностью, отказ от которой влечет применение уголовно-процессуальных санкций. Исключением в этом случае является институт свидетельского иммунитета, нормы устанавливают право лица не давать показания против себя и своих близких родственников, а также в иных случаях, предусмотренных УПК РФ (ст. 51 Конституции РФ, ст. 5 УПК РФ).

Во-вторых следует понимать, что вопрос о достоверности (недостоверности) доказательства решается в процессе его оценки по всем правилам ст. 88 УПК РФ в соответствии с принципом свободы оценки доказательств. Требование достоверности не может быть предъявлено заранее к каждому конкретному доказательству в момент его получения и фиксации. Говоря о достоверности доказательства мы всегда проверяем свойства его источника, в частности информированность субъекта, наличие у него специальных знаний, которые могут помочь получить более «квалифицированную» информацию. Должны приниматься во внимание и условия формирования доказательств в момент восприятия соответствующей информации, например, состояние органов зрения, слуха, обоняние, наличие возможности тактильного восприятия ситуации, состояние наркотического или алкогольного опьянения. Кроме того, состояние здоровья в момент получения информации (наличие/отсутствие психических заболеваний или их статус в данный момент, высокая температура, прием лекарственных препаратов и прочее. Все эти факторы должны быть учтены, поскольку могут привести к определенному искажению информации в момент восприятия. Кроме того, имеют значение условия и сроки «хранения» информации у субъекта, в ходе которой также возможно искажение информации. Если у лица проблемы с запоминанием, проблемы с памятью, то есть основания полагать, что от такого лица можно получить информацию с «дефектами». Следует помнить, что человеку свойственна такая черта как естественное забывание событий и ситуаций, чем дальше от момента восприятия, тем меньший объем информации от данного лица мы можем получить, даже при наличии желания и стремления к сотрудничеству. Полная или частичная амнезия может быть связана с

получением лицом черепно-мозговых травм, различных медицинских манипуляций, приемом отдельных видов лекарств, перенесением тяжелых заболеваний.

Одним из факторов, позволяющим получить достоверные показания, является уровень профессионального мастерства следователя, который проводит допрос, создание комфортных условий для допрашиваемого, применение тактических приемов, направленных на получение информации и установление контакта с лицом. Это в полной мере относится и к стадии судебного разбирательства. Правильное тактичное проведение процессуальных действий в суде позволит обеспечить получение достоверных показаний.

7. Следует помнить, что доказывание это одна из разновидностей процесса познания, которая имеет множество особенностей. Форма, которая регулируется извне специальными нормативными актами. Требования этих актов является обязательными для всех участников и для всех стадий, для всех категорий уголовных дел. Нельзя не помнить, что выбор средств и способов познания оказывает непосредственное влияние на достоверность получения информации. УПК РФ четко фиксирует перечень источников, из которых можно получить информацию со статусом доказательство. Ст. 74 ч. 2 УПК РФ к ним относит: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы. Кроме того определен круг действий, в ходе которых допускается получение доказательств, следственные, судебные и иные процессуальные действия, которые указаны в УПК. Получать доказательства могут только установленные УПК РФ должностные лица, имеющие соответствующий процессуальный статус в силу специальной правосубъектности либо по поручению указанных лиц. И безусловно это требования специальной фиксации в установленной форме: обязательная форма – протоколирование (с расширением цифровых форм фиксации), а также ряд факультативных форм.

8. Зачастую проблемы достоверности доказательств связывают с проблемой установления истины по уголовному делу. В УПК РСФСР 1961 г. в ст. 20 был сформулирован принцип всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела с целью выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также отягчающие и смягчающие его вину обстоятельства. Несмотря на то, что в действующем УПК РФ в таком виде принцип не сформулирован, действующий закон обязывает принять все необходимые меры с целью максимально полно и достоверно установить все обстоятельства по уголовному делу. Это

подтверждает и норма ст. 389.15 УПК РФ, которая устанавливает такое основания к отмене судебного решения в апелляционной инстанции как несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой инстанции. При проверке и оценке доказательств по критерию достоверности следует использовать широкий круг возможностей, которые предоставляет УПК РФ, это анализ самих доказательств, их сопоставление с уже имеющейся информацией привлечение дополнительных независимых источников информации, получение показаний от участников, которые не имели ранее контактов между собой.

Вопрос о т.н. «согласованности» доказательств по уголовному делу является весьма дискуссионным, поскольку такая согласованность доказательств по делу может быть результатом искусственной подгонки доказательств, определенных договоренностей либо фальсификации доказательств. В этой связи изучение судебной практики позволяет говорить о наличии уголовных дел в связи с фальсификацией доказательств по уголовным делам. Так по данным Судебного Департамента при Верховном Суде РФ за 2022 год по такому составу как фальсификация доказательств по уголовному делу лицом, производящим дознание, следователем, прокурором или защитником (ст. 303 Уголовного кодекса РФ, часть 2) было привлечено к уголовной ответственности и осуждено 31 лицо, за фальсификацию доказательств по уголовному делу о тяжком или об особо тяжком преступлении, а равно фальсификация доказательств, повлекшая тяжкие последствия, было осуждено 22 лица. За дачу заведомо ложных показаний, заключения эксперта, специалиста или неправильный перевод (ст. 307 УК РФ, части 1 и 2) было осуждено 313 лиц¹.

Соответствие доказательств основным требованиям, которые предъявляются к ним законом, является необходимой гарантией вынесения законных, обоснованных и справедливых решений по уголовным делам

¹ Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции за 12 месяцев 2022 год// <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=7645>.

АНАЛИЗ ИЗМЕНЕНИЙ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КИТАЯ И РОССИИ (К 25- ЛЕТИЮ ДЕЙСТВИЯ УК РФ И УК КНР)

Маркунцов С. А.

*доктор юридических наук, доцент, профессор департамента
уголовного права, процесса и криминалистики
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»*

В настоящее время российско-китайские отношения вышли на новый, беспрецедентно высокий, уровень партнерства. «Китай поддерживает Россию в защите своих интересов, безопасности и развития», - заявил председатель КНР Си Цзиньпин в октябре 2023 г. на пресс-конференции по итогам Форума «Один пояс – один путь» в Пекине¹. «Российско-китайские отношения всеобъемлющего и стратегического партнерства находятся на беспрецедентно высоком уровне», - в ноябре констатировал президент России Владимир Путин в приветствии участникам Диалога «Партия «Единая Россия» — Коммунистическая партия Китая»².

Активное взаимодействие в различных сферах жизни общества, изучение взаимного опыта развития стали знаковыми векторами в развитии партнерства между странами в последние годы. Как выяснилось, между нашими странами много общего, но имеются и определенные различия в подходах и тенденциях развития, в т.ч. в контексте развития уголовного законодательства и права.

1. Общие и отличительные черты в историческом генезисе развития уголовного законодательства Китая и России

Основы китайского уголовного права в Средние века и Новое время были заложены Кодексами Тан (кит. Тан люй шу и) и Мин (Да Минлюй), принятыми соответственно в 653 г. и в конце XIV в.³ Без сомнения можно утверждать, что и

¹ Си Цзиньпин заявил, что Китай поддерживает Россию в защите своих интересов – официальный сайт газеты Ведомости от 18 октября 2023 г. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/news/2023/10/18/1001245-si-tszinpin-kitai-podderzhivaet-rossiyu> (дата обращения: 21.01.2024).

² Путин заявил о беспрецедентно высоком уровне отношений России и Китая – официальный сайт газеты Известия от 20 ноября 2023 г. URL: <https://iz.ru/1607922/2023-11-20/putin-zaiavil-o-bespretcedentno-vysokom-urovne-otnoshenii-rossii-i-kitaia> (дата обращения: 21.01.2024).

³ Ахметнин Н.Х. История уголовного права КНР. – М.: МЗ Пресс, 2005. С. 7.

основы русского (российского) уголовного права также были заложены в средневековый период. Если исходить из положения о том, что Древнейшая Правда или первоначальный устав Русской Правды Краткой редакции (начало XI в.) – это полностью памятник русского уголовно-обычного права. Дальнейшее ее развитие наиболее отчетливо показывает переход к «государственным» понятиям о преступлениях и наказаниях.

Однако, в дальнейшем стратегические подходы в развитии отечественного уголовного права и законодательства двух стран принципиально разошлись. Так, еще в XIX в. исследователь китайского законодательства В.С. Козлов писал: «Китайские уголовные законы сохранили и по сие время отпечаток величайшей древности... Черпая материалы для своего законодательства из опыта тысячелетий осмысленной, но замкнутой жизни, Китай не нуждался в подражаниях народам Запада...»¹. В этом отношении Российская империя в XIX в. выбрала принципиально иной подход, по существу приняв за основу своего уголовного законодательства базовые положения немецкого уголовного закона.

В XX в. уголовное законодательство России и Китая неоднократно претерпело существенные изменения. В России действовали – Уголовное уложение 1903 г., УК РСФСР 1922 г., его масштабная редакция УК РСФСР 1926 г., УК РСФСР 1960 г. В Китае – Уголовное уложение 1912 г., УК КР 1928 г., редакция УК КР 1935 г., УК КНР 1979 г.

Принятие действующего УК РФ было обусловлено комплексом политических и социально-экономических изменений, произошедших в государстве и обществе. Государственно-политический строй КНР не претерпел изменений. По мнению одних ученых, быстро меняющаяся социальная обстановка и развитие уголовного права² привели к необходимости принятия *нового Уголовного кодекса*³ (курсив наш – С.М.). По мнению других ученых, в силу многообразия источников уголовного права уголовное законодательство КНР постоянно «разбухало», становилось труднообозримым, противоречивым и коллизионным. Менялись и экономические

¹ Козлов В.С. *Китай. Гражданское и уголовное законодательство*: справка об административном и судебном устройстве областей, входящих в состав Китайской Империи, и о существующем в стране гражданском и уголовном законодательстве. – СПб.: Тип. В. Киришбаума, 1899. С. 18.

² В период 1980-1997 гг. были приняты многие уголовные законы, призванные совершенствовать Уголовный кодекс. Все эти законы можно разделить на две группы: чисто уголовные законы и законы по другим отраслям права, но содержащие уголовные нормы. Что касается законов первой категории, то Постоянный комитет Народного национального собрания принял 25 таких специальных законов... До 1997 г. были изданы 107 законов, посвященных другим проблемам регулирования общественных отношений, но содержащих нормы уголовно-правового характера (130 норм). Подробнее см.: Медведев С.Н. Уголовный кодекс Китайской народной республики 1997 года // Юридические исследования. 2013. № 2. С. 58-59. Необходимость совершенствования уголовного законодательства КНР посредством его полной кодификации послужила скорее поводом принятия нового (второго в истории коммунистического Китая) Уголовного кодекса.

³ Медведев С.Н. Уголовный кодекс Китайской народной республики 1997 года // Юридические исследования. 2013. № 2. С. 59.

реалии в стране... это потребовало внесения корректив и в уголовное законодательство. Специфика же этой процедуры заключалась в том, что законодатель КНР не пошел на глубокое реформирование УК КНР (да в этом с учетом указанных причин, по-видимому, и не было особой потребности), а ограничился лишь *переизданием прежнего УК КНР в новой редакции*¹ (курсив наш – С.М.). Таким образом, если в оценке причин принятия УК КНР 1997 г. в научной литературе нет существенных разногласий, то по вопросу о том, является ли данный кодекс редакцией УК КНР 1979 г. или самостоятельным нормативным правовым актом, высказываются различные позиции². Формально-юридически УК КНР 1997 г. является существенно измененной редакцией УК КНР 1979 г., о чем свидетельствует информация о его принятии³. Вместе с тем, с учетом масштаба фактических изменений УК КНР 1997 г., по существу, является новым уголовным кодексом.

2. Характеристика структуры и основных положений Уголовных кодексов Китая и России как объектов сравнительно-правового исследования

В структуре УК РФ и УК КНР, а также в содержании их базовых положений, безусловно, имеются отличия, но есть и сходства, отчасти обусловленные тем, что на становление и развитие китайского уголовного права и законодательства в свое время оказывало определенное влияние советское уголовное право.

Следует сразу отметить, что несмотря на то, что в УК КНР 1997 г. по сравнению с УК КНР 1979 г. были отменены некоторые идеологические положения, он остался продуктом социалистического уголовного права. В этой связи, основной задачей (по сути, целью), которая ставится перед УК КНР, является «обеспечение успешного осуществления строительства социализма» (ст. 2). Другими его задачами являются «борьба со всеми преступлениями с применением уголовного наказания в целях защиты государственной безопасности, власти народно-демократической диктатуры и социалистического строя, охраны государственной и коллективной собственности трудящихся масс, частной собственности граждан, защиты прав личности,

¹ Общая характеристика Уголовного кодекса Китая // Уголовный кодекс Китая: Сборник документов / Под ред. А.И. Коробеев, А.И. Чучаева, пер. с кит. Хуан Даосю. - М.: Инфра-М; Контракт, 2017. С. 8. Об УК КНР 1997 г. как о новой редакции УК КНР 1979 г. речь идет и в предисловии к первому изданию этого кодекса на русском языке. См.: А.И. Коробеев Предисловие // Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Пол ред. А.И. Коробеева, пер. с кит. Д.В. Вичикова. - СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. С. 3-12.

² Отметим, что в другой публикации, соавторами которой выступают А.И. Коробеев и А.И. Чучаев, уже указано, что «действующий Уголовный кодекс Китая принят 14 марта 1997 г. на 5-й сессии Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва; 1 октября 1997 г. он вступил в законную силу, *став вторым Уголовным кодексом в истории Китайской Народной Республики* (курсив наш – С.М.). Первый УК КНР, принятый в 1979 г., начавший действовать с 1 января 1980 г., представлял собой типичный образец социалистического уголовного законодательства». См.: Лун Чанхай, Коробеев А.И., Чучаев А.И. Уголовный кодекс КНР: совершенствование в процессе реализации (к 20-летию со дня принятия) // Lex Russica. 2018. № 3. С. 129.

³ Принят на второй сессии Всекитайского собрания народных представителей пятого созыва 1 июля 1979 г. Внесены изменения на пятой сессии Всекитайского собрания народных представителей восьмого созыва 14 марта 1997г. См.: Уголовный кодекс Китая: Сборник документов / Под ред. А.И. Коробеев, А.И. Чучаева, пер. с кит. Хуан Даосю. - М.: Инфра-М; Контракт, 2017. С. 35.

демократических и других прав граждан, поддержания общественного, экономического порядка»¹. Нетрудно определить приоритеты в объектах уголовно-правовой охраны следующим образом: «государство-общество-личность». Необходимо отметить, что для отечественного уголовного законодательства до УК РФ интересы государства являлись традиционным приоритетом в уголовно-правовой охране. Только действующий Уголовный кодекс РФ кардинально изменил приоритеты уголовно-правовой охраны, поставив на первое место интересы личности, и лишь затем общества и государства. В то же время следует отметить, что в ст. 2 была перестроена регламентация объектов уголовно-правовой охраны, расширен их перечень, в частности, за счет указания на частную собственность граждан.

Уголовный кодекс КНР, в отличие от Уголовного кодекса РФ, в котором выделено пять принципов уголовного законодательства, выделяет только три из них. По сути, это принципы законности (ст. 3), равенства лиц, совершивших преступление, перед законом (ст. 4) и справедливости (ст. 5). Важно отметить, что в соответствии со ст. 3 УК КНР отменяется аналогия уголовного закона, существовавшая в УК КНР 1979 г.

Уголовный кодекс КНР, как и Уголовный кодекс РФ, содержит формально-материальное определение преступления. Ст. 13 УК КНР гласит, что «все действия, наносящие вред государственному суверенитету, территориальной целостности и безопасности государства, подрывающие власть народно-демократической диктатуры, свержающие социалистический строй, нарушающие общественный и экономический порядок, посягающие на государственную или коллективную собственности трудящихся масс, на личную собственность граждан, их личные, демократические и прочие права, а также другие наносящие вред обществу деяния, за которые в законе предусмотрено уголовное наказание, являются преступлениями»². Уголовный кодекс КНР также содержит положение о малозначительном деянии. В статьях 14 и 15 УК КНР даны определения преступления, совершенного умышленно и по неосторожности, которые в УК РФ закреплены соответственно в ст. 25 и 26.

В соответствии со ст. 17 УК КНР субъектами уголовной ответственности признаются лица, достигшие 16-летнего возраста и совершившие преступление. «Лица, которым исполнилось четырнадцать лет, но не достигшие шестнадцатилетнего возраста, подлежат уголовной ответственности, если они совершили умышленное убийство, умышленное причинение вреда, повлекшее тяжкие телесные повреждения или смерть, совершили изнасилование, разбой, сбыт

¹ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Под общ. ред. А.И. Чучаева, А.И. Коробеева, пер. с кит. Хуан Даосю. 2-е изд. - М.: Контракт, 2021. С. 38.

² Там же. С. 40.

наркотиков, поджог, взрыв, распространение опасных веществ»¹. До недавнего времени в части положений, касающихся установления возраста уголовной ответственности, УК КНР и УК РФ в целом содержали схожие нормы за исключением того, что согласно ч. 2 ст. 20 УК РФ перечень преступлений, за совершение которых подлежат уголовной ответственности лица, достигшие к моменту совершения преступления четырнадцатилетнего возраста, значительно шире. С учетом изменений, внесенных в соответствии с Федеральным законом от 24 ноября 2014 г. № 370-ФЗ и Федеральным законом от 6 июля 2016 г. № 375-ФЗ, расширивших перечень преступлений, за совершение которых подлежат уголовной ответственности лица, достигшие к моменту совершения преступления четырнадцатилетнего возраста, ч. 2 ст. 20 УК РФ названы 32 таких преступления, тогда как в ч. 2 ст. 17 УК КНР перечень таких преступлений в четыре раза меньше. Вместе с тем в соответствии с Поправкой № 11 в ст. 17 УК КНР была добавлена отдельная часть следующего содержания: «Лица в возрасте от двенадцати до четырнадцати лет подлежат уголовной ответственности при санкции Верховой народной прокуратуры КНР при привлечении к уголовной ответственности за умышленное убийство, умышленное причинение вреда, совершенное особо жестоким способом, повлекшее тяжкое телесное повреждение или инвалидность, а также за совершение преступления при особо отягчающих обстоятельствах»². Согласно которой при определенных обстоятельствах установленный законом минимальный возраст уголовной ответственности индивидуально понижается с помощью специальных процедур³.

Уголовный кодекс КНР выделяет всего два обстоятельства, исключающих преступность деяния, - необходимая оборона (ст. 20) и крайняя необходимость (ст. 21). Напомним, что аналогичный перечень обстоятельств существовал в соответствии с УК РСФСР 1960 г. Согласно действующему УК РФ, помимо вышеперечисленных обстоятельств, исключающих преступность деяния, к ним также относятся причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск и исполнение приказа или распоряжения.

В качестве стадий совершения преступления УК КНР выделяет приготовление к преступлению (ст. 22) и покушение на преступление (ст. 23), также дается определение добровольного отказа (ст. 24). Однако в УК КНР, в отличие от УК РФ, не раскрывается понятие оконченного преступления.

¹ Там же. С. 41.

² Там же. С. 41.

³ Пан Дунмэй Новые направления развития уголовного законодательства в современном Китае: обзор изменений китайского уголовного законодательства // Всероссийский криминологический журнал. 2021. Т. 15. № 1. С. 116.

Новеллой УК КНР 1997 г. по сравнению с УК КНР 1979 г. и, безусловно, отличительной особенностью в сравнении с положениями УК РФ является институт корпоративных преступлений (§ 4 «Преступления, совершенные организацией» главы 2 «О преступлении» УК КНР) или уголовной ответственности юридических лиц. Интересно, что данному институту посвящены только две статьи Общей части УК КНР (ст. 30 и 31). При этом в одной статье, по сути, определяется соответствующий правовой институт. В частности, согласно ст. 30 УК КНР, «за деяние, совершенное компанией, предприятием, учреждением, органом, общественной организацией и рассматриваемое законом как совершенное организацией преступление должна наступать уголовная ответственность»¹. В другой статье закреплено положение о наказуемости юридических лиц, совершивших корпоративное преступление. В качестве наказания такому юридическому лицу назначается штраф. Достаточно широкий перечень преступлений, за которые наступает уголовная ответственность юридических лиц, предусмотрен в Особенной части УК КНР, также они могут быть установлены специальными законами. Следует отметить, что в этих случаях непосредственные руководители и другие ответственные работники несут уголовную ответственность на общих основаниях.

В отличие от УК РФ, УК КНР не содержит определения наказания и не устанавливает цели его применения. В главе 3 «О наказании» УК КНР перечислены основные виды наказаний (ст. 33) и дополнительные виды наказаний (ст. 34). К основным видам наказания относятся: надзор, арест, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы и смертная казнь. Дополнительные наказания включают денежный штраф, лишение политических прав, конфискацию имущества. Интересным представляется положение о том, что дополнительные виды наказаний могут применяться самостоятельно. Исходя из положений ст. 35 УК КНР, иностранные граждане, совершившие преступление, в качестве самостоятельного или дополнительного наказания могут быть высланы из КНР.

Интересно содержание главы 5 «Другие положения» УК КНР (ст. 90-101), в рамках которой дается юридическое толкование ряда понятий, используемых в кодексе, в частности, таких, как общественная и частная собственность, государственный служащий, тяжкие телесные повреждения и др.

Следует отметить, что если количество статей в Общей части УК КНР и УК РФ в их первоначальных редакциях было практически одинаковым (101 и 104 статьи

¹ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Под общ. ред. А.И. Чучаева, А.И. Коробеева, пер. с кит. Хуан Даосю. 2-е изд. - М.: Контракт, 2021. С. 45.

соответственно), то Особенная часть УК КНР изначально существенно превосходила Особенную часть УК РФ по данному показателю (350 и 256 статей соответственно).

Именно Особенная часть действующего УК КНР претерпела наибольшие изменения по сравнению с ранее действовавшим уголовным законодательством. Так, если Особенная часть предыдущего УК КНР 1979 г. содержала 8 глав (наиболее крупных структурных единиц кодекса), то Особенная часть действующего УК КНР 1997 г. включает 10 глав. Для сравнения, Особенная часть УК РФ включает всего 6 разделов.

Расположение глав в Особенной части УК КНР соответствует установленным приоритетам в объектах уголовно-правовой охраны – «государство-общественность». Особенная часть УК КНР открывается сравнительно небольшой гл. 1 «Преступления против государственной безопасности» (ст. 102-113), далее следует гл. 2 «Преступления против общественной безопасности» (ст. 114-139-1), затем - самая большая по количеству статей глава кодекса – гл. 3 «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистического рынка» (ст. 140-231). Далее главы расположены следующим образом: гл. 4 «Преступления против прав личности и демократических прав граждан» (ст. 232-262-2), гл. 5 «Преступления против собственности» (ст. 263-276-1), гл. 6 «Преступления против порядка управления и общественного порядка» (ст. 277-367) - вторая глава по количеству статей Особенной части УК КНР, гл. 7 «Преступления против интересов обороны страны» (ст. 368-381), гл. 8 «Коррупция и взяточничество» (ст. 382-396), гл. 9 «Должностные преступления» (ст. 397-419) и гл. 10 «Преступления военнослужащих против воинского долга» (ст. 420-451). Интересно, что в Особенной части УК КНР нет самостоятельной главы, посвященной преступлениям международного характера (как, например, в УК РФ, где существует раздел XII «Преступления против мира и безопасности человечества»).

Спецификой УК КНР является то, что он также содержит Дополнительную часть (ст. 452), в которой закреплены положения о нормативном регулировании применения Кодекса и приложений к нему, а также указанные два приложения. Приложение 1 содержит перечень правил, дополнительных постановлений и решений, принятых Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей КНР, включенных в Уголовный кодекс КНР, или уже не применяемых со дня вступления кодекса в силу, которые утрачивают силу. В приложении 2 приведен перечень дополнительных постановлений и решений, принятых Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей, касающихся административных наказаний и административных мер, которые остаются в силе, а положения об уголовной ответственности, включенные в Уголовный кодекс КНР, утратили силу со

дня его вступления в действие.

Таким образом, в структуре УК КНР и УК РФ, а также в содержании их основных положений, конечно, есть существенные различия, но есть и сходства, наличие которых отчасти объясняется тем, что становление и развитие китайского уголовного права и законодательства происходило под определенным влиянием советского уголовного права в соответствующий период.

Действующий УК РФ и УК КНР вступили в действие в 1997 г.: с 1 января и 1 октября соответственно. УК РФ вступил в действие на 9 месяцев раньше, чем УК КНР. Вместе с тем, представляется, что указанное обстоятельство (введение в действие уголовных кодексов в один год) не только не является препятствием, но выступает дополнительным фактором, способствующим проведению сравнительного анализа количественных и качественных изменений уголовного законодательства двух стран. Условное выравнивание темпорального аспекта исследования, как представляется, помогает в разрешении одной из базовых методологических проблем любого компаративистского исследования – проблемы сравнимости¹. Ограничение исследования 25-летним периодом позволяет на основе учета всех существующих (вступивших в силу) на соответствующий момент времени изменений², уже отчасти «отрефлексированных» уголовно-правовой наукой обоих государств, подвести определенную черту в оценке изменений уголовных кодексов Китая и России за четверть века их действия.

3. Сравнительная характеристика масштабов и направленности изменений норм Уголовных кодексов Китая и России

За 25 лет действия УК РФ его нормы подверглись существенной новеллизации. Изменения и дополнения в него были внесены 276 федеральными законами (по годам: 1998 - 2 федеральными законами, 1999 - 7, 2001 - 8, 2002 - 8, 2003 - 7, 2004 - 5, 2005 - 2, 2006 - 4, 2007 - 10, 2008 - 8, 2009 - 13, 2010 - 22; 2011 - 12, 2012 - 14, 2013 - 22, 2014 - 25, 2015 - 15, 2016 - 13, 2017 – 16, 2018 – 19, 2019 – 14, 2020 – 14, 2021 - 15 федеральными законами). Интересно, что за первые пятнадцать лет в УК РФ было введено 108 федеральных законов (или 39,1 % от всех законов, изменивших нормы УК РФ), а за десять лет - 168 законами, что составило 60,9 % от указанного количества законов³. Разные ученые приводят различные цифры, характеризующие

¹ Как справедливо отмечает И.Л. Честнов, «условием сравнения является некоторая относительная схожесть и различие исследуемых объектов, явлений... При исследовании отношения зависимых и независимых переменных рекомендуется выбирать объекты, схожие по большинству параметров». Подробнее см.: Сравнительное правоведение: учебное пособие / под ред. Е.Е. Амплеевой, И.Л. Честнова. - СПб.: СПбЮИ (филиал) АГП РФ, 2017. С. 22.

² Учесть все перманентно происходящие изменения российского уголовного закона объективно представляется практически невозможным.

³ За 2022 и 2023 гг. изменения и дополнения в УК РФ были внесены еще 32 федеральными законами.

«изменчивость» российского уголовного закона. В настоящее время, по оценкам А.И. Ситниковой и Г.В. Назаренко, федеральными законами в УК РФ внесено более трех тысяч изменений¹. По нашим расчетам, за 25 лет действия УК РФ изменения были внесены в 1569 статей (очевидно, что в некоторые статьи изменения вносились неоднократно)².

Некоторое время назад Лун Чанхай отмечал, что за 20 лет существования УК КНР произошли огромные изменения структуры общества, экономики, культуры и других аспектов жизни, в т.ч. трансформация криминогенной ситуации. За этот период (точнее - немногим более, чем 20 лет – С.М.) законодательный орган КНР последовательно обнародовал отдельный Уголовный закон, внес 10 поправок к Уголовному кодексу и 13 уголовных законодательных комментариев... общее количество изменений, внесенных в УК КНР за последние 20 лет, составило 180³. В конце декабря 2020 г. на 24-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей тринадцатого созыва были приняты поправки к Уголовному кодексу Китайской Народной Республики № 11, которые вступили в силу 1 марта 2021 г. В Поправках № 11 содержится 48 статей (изменения были внесены в 47 статей УК КНР – С.М.), касающихся регламентации самых различных аспектов уголовного закона⁴. Всего одиннадцатью поправками, по нашим подсчетам, изменения были внесены в 210 статей УК КНР.

Выходит, что за сопоставимый период действия уголовных кодексов российским законодателем было принято примерно в 25 (!) раз больше федеральных законов, которыми вносились изменения в УК РФ (276:11), а количество измененных статей оказалось больше в 7.5 раз (1569:210).

За рассматриваемый период 6 из указанных 276 федеральными законами, которыми были внесены изменения и дополнения в УК РФ, предусматривали введение новых статей Общей части УК РФ (ими было введено 12 новых статей: ст. 53. 1, 63.1, 72.1, 76.1, 76.2, 80.1, 82.1, 104.1-104.5 УК РФ (последние пять статей включены в УК РФ в рамках двух новых глав - 15.1 «Конфискация имущества» и 15.2

¹ Ситникова А.И., Назаренко Г.В. Мораторий на текущие изменения уголовного законодательства: pro et contra // Юридическая техника. 2023. № 17. С. 463.

² Подробнее см.: Маркунцов С.А. Новеллизация российского уголовного закона: цифры и факты (к 25-летию с начала действия Уголовного кодекса Российской Федерации): монография. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ИД «Юриспруденция», 2022. С. 78-84.

³ Лун Чанхай 20 лет Уголовному кодексу КНР: с 1997 по 2017 гг. // Социология уголовного права и реформирование уголовного законодательства: Сборник статей (материалы IV Международной научно-практической конференции «Социология уголовного права и реформирование уголовного законодательства», состоявшейся 28 сентября 2017 г.). / Под общ. ред. Е.Н. Салыгина, С.А. Маркунцова, Э.Л. Раднаевой. – М.: Юриспруденция, 2018. С. 156.

⁴ Пан Дунмэй Новые направления развития уголовного законодательства в современном Китае: обзор изменений китайского уголовного законодательства // Всероссийский криминологический журнал. 2021. Т. 15. № 1. С. 115.

«Судебный штраф»)). При этом исключено из Общей части УК РФ было всего 3 статьи (ст. 16, 52 и 77 УК РФ). 90 (или более 32 %) из 276 федеральных законов предусматривали введение новых статей Особенной части УК РФ. Так, за 25 лет действия УК РФ его Особенная часть была дополнена 128 новыми статьями (исходя из того, что изначально Особенная часть УК РФ содержала 256 статей), увеличившись ровно на 50 %, тогда как исключено из нее было только 11 (примерно 4,3 %) статей. За указанный период общее количество статей УК РФ увеличилось на 126 и составило 486 статьи, вместо 360 статей в его первоначальной редакции, т.е. прирост составил ровно 35 %¹.

Уголовный кодекс КНР изначально содержал 452 статьи, из которых 101 статья входила в состав его Общей части, Особенная часть включала в себя 350 статей и Дополнительные положения содержали 1 статью. За рассматриваемый период Общая часть УК КНР согласно Поправкам № 8 и № 9 была дополнена 2 статьями (ст.ст. 17-1 и 37-1 УК КНР), регулирующими вопросы назначения уголовного наказания лицам, достигшим 75 лет, и возможность применения запрета заниматься соответствующей профессией. Введение новых статей в Особенную часть УК КНР предусматривалось практически всеми поправками (за исключением Поправки № 2). За 25 лет действия УК КНР его Особенная часть дополнилась 51 (примерно 15 %) новой статьей (ст. 120-1-120-6, 133-1, 133-2, 134-1, 135-1, 139-1, 142-1, 162-1, 162-2, 169-1, 175-1, 177-1, 185-1, 205-1, 210-1, 219-1, 224-1, 234-1, 236-1, 244-1, 253-1, 260-1, 262-1, 262-2, 276-1, 280-1, 280-2, 284-1, 286-1, 287-1, 287-2, 291-1, 291-2, 293-1, 299-1, 307-1, 308-1, 334-1, 336-1, 342-1, 344-1, 355-1, 388-1, 390-1, 399-1, 408-1 УК КНР), тогда как исключена из нее была всего одна статья (ст. 199 УК КНР, в которой по сути был сформулирован особо квалифицированный состав некоторых видов мошеннических действий по признаку их совершения в особо крупном размере или причинения ими особо серьезного ущерба государству или народным интересам с наказанием бессрочным лишением свободы или смертной казнью, а также конфискацией имущества). Таким образом, за сопоставимый период времени в Особенную часть УК КНР было введено в абсолютном выражении в 2,5, а в относительном выражении примерно в 3 раза меньше новых статей, чем в Особенную часть УК РФ.

Применительно к Особенной части УК РФ максимальное в относительном выражении количество новых статей (т.е. по сравнению с общим числом статей, изначально содержащихся в соответствующем разделе УК РФ) было введено в раздел VIII «Преступления в сфере экономики» УК РФ - 42 статьи (или около 89 %) (в

¹ Маркунцов С.А. Новеллизация российского уголовного закона: цифры и факты (к 25-летию с начала действия Уголовного кодекса Российской Федерации): монография. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ИД «Юриспруденция», 2022. С. 85-86, 89.

первоначальной редакции раздел содержал 47 статей). Раздел IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка» УК РФ в абсолютном выражении увеличился немного больше – на 44 статьи (или около 63 %) (в первоначальной редакции раздел включал 70 статей). Раздел X «Преступления против государственной власти» УК РФ дополнился 25 (или примерно 45 %) статьями (раздел изначально содержал 56 статей), раздел VII «Преступления против личности» УК РФ – только 15 (примерно 28 %) новыми статьями (раздел изначально содержал 53 статьи), а раздел XII «Преступления против мира и безопасности человечества» УК РФ – всего 2 (25 %) статьями (в первоначальной редакции раздел включал 8 статей). Одновременно за рассматриваемый период из Особенной части УК РФ, как указывалось выше, исключено всего 11 статей. Почти половина из всех статей Особенной части УК РФ, утративших силу (5 из 11), содержалась именно в разделе VIII УК РФ (ст.ст. 159.4, 173, 182, 188, 200 УК РФ), из раздела VII УК РФ было исключено 3 статьи (ст.ст. 129, 130, 152 УК РФ), две статьи – из раздела IX УК РФ (ст. 265, 269 УК РФ) и одна статья – из раздела X УК РФ (ст. 298 УК РФ).

Распределению новелл по главам УК КНР (сферам уголовно-правового регулирования) по сравнению с УК РФ выглядит несколько более «взвешенным и пропорциональным». В частности, что больше всего в абсолютном выражении – на 17 новых статей (или примерно на 19 %) – увеличилась глава 6 «Преступления против порядка управления и общественного порядка» (изначально эта глава содержала 91 статью), большинство содержащихся запретов в рамках которой исходя из структуры УК РФ относятся к преступлениям в общественной безопасности и общественного порядка (раздел IX УК РФ). Одинаковое количество новых статей (по 11) появилось в главе 2 «Преступления против общественной безопасности» и главе 3 «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистического рынка». Однако в относительном выражении указанные главы увеличились примерно на 42 % и 12 % статей соответственно (в первоначальной редакции глава 2 содержала 26 статей, а глава 3 включала 92 статьи). Тогда как глава 5 «Преступления против собственности» УК КНР, закрепленные в рамках которой преступления исходя из структуры УК РФ очевидно относятся к преступлениям в сфере экономики (раздел VIII УК РФ), была увеличена всего на 1 статью (ст. 276-1 УК КНР). Сравнительно небольшое в абсолютном и относительном выражении количество новых статей, введенных в главы 3 и 5 УК КНР, по всей видимости обусловлено тем, что экономическая сфера в Китае изначально была подвержена очень детальному уголовно-правовому регулированию. Об этом свидетельствует, в частности, тот факт, что в первоначальной редакции глава 3 УК КНР содержала почти в 3 раза больше статей, чем начальная редакция главы 22 «Преступления в сфере

экономической деятельности» УК РФ (92 и 32 статьи соответственно). 2 статьи (ст.ст. 388-1 и 390-1 УК КНР) (или примерно 13 %) – в главу 8 «Коррупция и взяточничество» (изначально глава включала 15 статей), еще 2 статьи (ст. 399-1 и 408-1 УК КНР) (или около 9 %) – в главу 9 «Должностные преступления» (изначально глава включала 23 статьи). Отметим, что преступления, предусмотренные главами 8 и 9 УК КНР, условно можно сопоставить с преступлениями против государственной власти, закрепленными в структуре УК РФ (раздел X). На 7 статей (или примерно на 23 %) была увеличена глава 4 «Преступления против прав личности и демократических прав граждан» в первоначальной редакции глава 4 содержала 31 статью). В структуре УК РФ эти преступления относятся к преступлениям против личности (раздел VII). Таким образом, за рассматриваемый период на максимальное количество новых статей в абсолютном выражении увеличилась глава 6, а в относительном выражении - глава 2 УК КНР. Интересным представляется тот факт, что на втором месте по числу нововведенных статей в относительном выражении находится глава 4 УК КНР. По всей видимости в этой сфере жизни китайского общества за последние четверть века произошли существенные изменения, которые потребовали новеллизации уголовно-правовом регулировании соответствующих отношений. В этом отношении ученые справедливо указывают на то, что «несмотря на то, что глава о преступлениях против указанных социальных ценностей (речь о главе 4 УК КНР) стоит не на первом месте в системе Особенной части УК Китая, это не уменьшает ее потенциал»¹. Следует отметить, что единственная статья, утратившая силу в УК КНР (ст. 199), содержалась в главе 3 «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистического рынка». Более детальные данные, характеризующие обозначенный аспект новеллизации разрезе разделов Особенной части УК РФ и глав Особенной части УК КНР, представлены в таблице.

Раздел УК РФ	Количество введенных новых статей		Глава УК КНР	Количество введенных новых статей	
	в абсолютн ом выражени и	в % к изначально существовавше му числу статей		в абсолютн ом выражени и	в % к изначально существовавше му числу статей
раздел VII «Преступлени я против личности» УК РФ	15 (ст.ст. 110.1, 110.2, 116.1, 124.1, 127.1, 127.2, 128.1,	28	глава 4 «Преступления против прав личности и демократически х прав граждан»	7 (ст.ст. 234-1, 236-1, 244-1, 253-1, 260-1, 262- 1, 262-2	23

¹ См.: Лун Чанхай, Коробеев А.И., Чучаев А.И. Уголовный кодекс КНР: совершенствование в процессе реализации (к 20-летию со дня принятия) // Lex Russica. 2018. № 3. С. 135.

	138.1, 141.1, 142.1, 142.2, 144.1, 145.1, 151.1, 151.2 УК РФ)		УК КНР)				
раздел VIII «Преступления в сфере экономики» УК РФ	42 (ст.ст. 158.1, 159.1- 159.6, 170.1, 170.2, 171.1- 171.5, 172.1- 172.3, 173.1, 173.2, 174.1, 185.1- 185.6, 191.1, 193.1, 199.1- 199.4, 200.1- 200.7, 201.1, 204.1, 204.2 УК РФ)	89	глава 3 «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистическ ого рынка»	11 (ст.ст. 142-1, 162-1, 162-2, 169-1, 175-1, 177-1, 185-1, 205-1, 210-1, 224-1 УК КНР)	12		
	199.1- 199.4, 200.1- 200.7, 201.1, 204.1, 204.2 УК РФ)		глава 5 «Преступления против собственности»	1 (ст. 276- 1 УК КНР)	7		
	раздел IX «Преступления против общественно й безопасности и общественног о порядка» УК РФ		44 (ст.ст. 205.1- 205.6, 207.1, 207.2, 210.1, 212.1, 215.1- 215.4, 217.1, 217.2, 222.1, 222.2, 223.1, 226.1, 228.1- 228.4, 229.1, 230.1, 230.2, 234.1, 235.1,	63	глава 2 «Преступления против общественной безопасности»	11 (ст.ст. 120-1- 120-6, 133-1, 133-2, 134-1, 135-1, 139-1 УК КНР)	42
			228.1- 228.4, 229.1, 230.1, 230.2, 234.1, 235.1,		глава 6 «Преступления против порядка управления и общественного порядка»	17 (ст.ст. 280-1, 280-2, 284-1, 286-1, 287-1, 287-2, 291-1, 291-2, 293-1, 299-1, 307-1, 308-1,	19

	238.1, 240.1, 242.1, 242.2, 243.1- 243.4, 258.1, 263.1, 264.1, 264.2, 267.1, 271.1, 274.1 УК РФ)			334-1, 336-1, 342-1, 344-1, 355-1 УК КНР)		
	25 (ст.ст. 280.1, 280.2, 282.1- 282.3, 283.1, 284.1, 285.1- 285.4, 286.1, 291.1, 291.2, 292.1, 298.1, 314.1, 322.1- 322.3, 325.1, 327.1, 327.2, 330.1, 330.2 УК РФ)		45	глава 1 «Преступления против государственно й безопасности» глава 8 «Коррупция и взяточничество » глава 9 «Должностные преступления»	0	0
раздел X «Преступления против государственно й власти» УК РФ				2 (ст.ст. 388-1, 390-1 УК КНР)		13
				2 (ст.ст. 399-1, 408-1 УК КНР)		9
				глава 7 «Преступления против интересов обороны государства	0	0
раздел XI «Преступления против военной службы» УК РФ	0	0		глава 10 «Преступления военнослужащи х против воинского долга» -----	0	0
раздел XII «Преступления против мира и безопасности человечества»	2 (ст.ст. 354.1, 361 УК РФ)	25		-	-	-

УК РФ
ИТОГО 128 50 51 15

Сопоставление раздела VIII «Преступления в сфере экономики» УК РФ, включающего в себя главы 21 «Преступления против собственности» и 22 «Преступления в сфере экономической деятельности», с главами 3 «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистического рынка» и 5 «Преступления против собственности» УК КНР является достаточно очевидным. Тогда как сопоставление раздела X «Преступления против государственной власти» УК РФ с главами 1 «Преступления против государственной безопасности», 8 «Коррупция и взяточничество» и 9 «Должностные преступления» УК КНР, на первый взгляд, может показаться достаточно условным. Прежде всего это связано с тем, что глава 8 УК КНР, исходя из ее названия¹, содержит не только уголовно-правовые запреты взяточничества, но и иных коррупционных преступлений. Исходя из легального определения понятия коррупции в российском законодательстве² следует, что коррупционные преступления могут совершаться не только в сфере государственного управления. Так, одним из базовых коррупционных преступлений является коммерческий подкуп. Статья 204, в которой сформулирован запрет совершения соответствующего преступления, в структуре УК РФ содержится в рамках главы 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» раздела VIII. Однако, в данном случае мы исходим из российского достаточно объемного и неточного с позиции уголовного закона понятия коррупции. В соответствии с ст. 382 УК КНР: «Присвоение, хищение, получение мошенническим путем или незаконное завладение иными способами общественным имуществом государственными служащими с использованием своих служебных преимуществ расценивается как коррупция»³. Вместе с тем, анализ уголовно-правовых запретов, содержащихся в главе 8 УК КНР, показал, что подавляющее их большинство адресовано государственным служащим, т.е. они направлены на охрану основ государственной власти. Таким образом, сопоставление раздела X УК РФ с главами 1, 8 и 9 УК КНР является вполне обоснованным и оправданным. С определенной

¹ Отметим, что название этой главы в различных переводах УК КНР на русский язык звучит единообразно, безальтернативно.

² Напомним, что согласно с п. 1 ст. 1 Федерального закона «О противодействии коррупции»: «коррупция: а) злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами; б) совершение деяний, указанных в подпункте «а» настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица». См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ (ред. от 28 декабря 2017 г.) «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. № 52 (часть I) ст. 6228.

³ Подробнее см.: Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Под общ. ред. А.И. Чучаева, А.И. Коробеева, пер. с кит. Хуан Даосю. 2-е изд. - М.: Контракт, 2021. С. 186.

долей условности произведено сопоставление раздела IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка» УК РФ с главами 2 «Преступления против общественной безопасности» и 6 «Преступления против порядка управления и общественного порядка» УК КНР. Глава 6 УК КНР, действительно, закрепляет не только запреты совершения преступлений, относящиеся в структуре УК РФ к преступлениям против общественной безопасности и общественного порядка (раздел IX). Наряду с указанными запретами, содержащимися в преимущественно §§ 4-10 и отчасти § 1 указанной главы, в ней содержатся также запреты в рамках § 2 «Преступления против правосудия» (ст.ст. 305-317 УК КНР) и § 3 «Преступления против режима государственной границы» (ст.ст. 318-323 УК КНР), очевидно относящиеся в структуре УК РФ к преступлениям против государственной власти (раздел X). Признавая относительную условность сопоставления главы 6 УК КНР и раздела IX УК РФ, следует подчеркнуть, что большинство преступлений, закрепленных в рамках главы 6 УК КНР, объектом посягательства имеют общественный порядок и общественную безопасность, в структуре УК РФ соответствующие запреты включены в раздел IX УК РФ. Кстати говоря, перевод на русский язык названия главы 6 УК КНР в некоторых источниках дается как «Преступления против общественного порядка и порядка управления»¹ или «Преступления против порядка общественного управления»².

Проанализируем масштабы новеллизации УК РФ и УК КНР сквозь призму количества новых составов преступлений, или формально-юридических запретов, формально определяемых по наличию самостоятельных санкционных предписаний. Количество таких новых составов преступлений в Особой части УК РФ за 25 лет его действия выросло с 534 до 973, т.е. примерно на 83 %. Больше всего по количеству составов преступлений увеличился раздел VIII УК РФ, за обозначенный период он увеличилось более чем в 2 (точнее в 2,36) раза - со 102 до 241 состава преступления. В разделе IX УК РФ число составов преступлений увеличилось ровно в 2 раза со 160 до 320, в разделе X УК РФ – примерно в 1,75 раза со 106 до 185, в разделе XII УК РФ – в 1,6 раза с 13 до 21, в разделе VII УК РФ – немногим более чем в 1,5 раза со 105 до 160 составов преступлений. В разделе XI УК РФ количество составов преступлений (48) в обозначенный период оставалось без изменений. Применительно к УК КНР ученые отмечают, что за 20 лет существования УК криминализировано 60 новых

¹ Бизнес в Китае. Информационно-аналитический портал. URL: <http://asia-business.ru/law/law1/criminalcode/code/#6> (дата обращения: 21.01.2024).

² Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / Пол ред. А.И. Коробеева, пер. с кит. Д.В. Вичикова. - СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. С. 186.

деяний, сейчас в УК всего содержится 473 состава преступления¹. В соответствии с Поправкой 11 криминализировано еще 14 новых преступных деяний, а УК КНР увеличился еще аж на 50 составов преступлений. Следует отметить, что в уголовно-правовой доктрине Китая наряду с традиционной существует новая (системная) теория состава преступления². Вопросы понятия, структуры состава преступления активно дискутируются китайскими учеными в области уголовного права. В любом случае по показателю количества составов преступлений, содержащихся в Особенной части УК РФ, или формально-юридических запретов Особенная часть УК КНР изменилась значительно меньше, чем Особенная часть УК РФ.

Касательно реальной новеллизации УК РФ и УК КНР, то здесь необходимо отметить следующее. В УК РФ относительное количество статей, существовавших в первоначальной редакции кодекса, в которые вносились изменения или дополнения (зачастую неоднократно), составляет более 85 %. При этом если в Общей части УК РФ насчитывается 62 статьи (или около 60 % от общего числа статей, существовавших в первоначальной редакции Общей части УК РФ), в которые были внесены изменения или дополнения, то в Особенной части УК РФ - 245 статей (или 96,5 % от общего числа статей, существовавших в первоначальной редакции Особенной части УК РФ). Для сравнения, за 25 лет действия УК КНР в среднем изменения были внесены примерно в 40 % статей в сравнении с общим количеством статей в его первоначальной редакции. Из них в Общей части Уголовного кодекса Китая изменения были внесены в 22 статьи, соотношение исправленных статей составляет примерно 22 %; в его Особенной части было исправлено 160 статей, соотношение исправленных статей составляет 47 %.

4. Сравнительная характеристика динамики изменений положений Уголовных кодексов Китая и России

В целом охарактеризовав масштабы новеллизации УК РФ и УК КНР, произошедшей за сопоставимый временной период, считаем необходимым рассмотреть динамику этого процесса. Следует отметить, что этот процесс происходил неравномерно применительно как к УК РФ, так - и к УК КНР.

Законодательный орган Китая вносил поправки в Уголовный кодекс в среднем не менее одного раза в год, наиболее длинный интервал внесения изменений составил 1646 дней, наиболее короткий интервал составил всего лишь 120 дней³. При этом по

¹ Лун Чанхай, Коробеев А.И., Чучаев А.И. Уголовный кодекс КНР: совершенствование в процессе реализации (к 20-летию со дня принятия) // Lex Russica. 2018. № 3. С. 134.

² Подробнее об этом см.: Учение о составе преступления в уголовном праве России и Китая: Сравнительно-правовое исследование / Под ред. В.С. Комиссарова, А.И. Коробеева, Хе Бинсуна. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2009. С. 282-423.

³ Чжао Бинжи Обзор и перспективы китайского законодательства в области уголовного права за последние 20 лет // Правоведение Китая. 2017. № 5. С. 48.

оценкам китайских ученых, частота внесения изменений в Уголовный кодекс КНР находится на высоком уровне¹. Для сравнения: наиболее длительный период невнесения изменений в УК РФ составил 608 дней, неоднократно были ситуации, когда в один и тот же день принималось несколько федеральных законов, вносящих изменения и дополнения в УК РФ. Например, 23 апреля 2018 г. были подписаны сразу 4 федеральных закона, вносящих изменения и дополнения в УК РФ². При этом первые 3 из названных федеральных законов вступили в силу в один день – 4 мая 2018 г.

Как известно, первые изменения в УК РФ были внесены еще в 1998 г. Интересно, что изменения, внесенные Федеральным законом от 27 мая 1998 г. № 77-ФЗ «О дополнении Уголовного кодекса Российской Федерации статьей 215.1»³ (первым законом, которым были внесены изменения в УК РФ), следует отнести к результатам, если можно так выразиться, идеальной новеллизации (которая заканчивается введением или исключением уголовно-правового предписания - новой статьи или ее части). Основные показатели идеальной новеллизации УК РФ и УК КНР как раз и были представлены нами ранее в рамках данной статьи. Помимо идеальной можно выделить реальную новеллизацию, которая связана с изменением или дополнением уже существующих уголовно-правовых предписаний (в том числе применительно к Особенной части УК РФ, например, с расширением или сужением границ действия существующих уголовно-правовых запретов). Об этом виде новеллизации нами будет сказано несколько слов позже.

Средняя «скорость» идеальной новеллизации УК РФ за последние десять лет его действия выросла примерно в 3,5 раза. Если в первые пятнадцать лет (3/5 срока) действия УК РФ в него в среднем вводилось примерно по 3 новых статьи в год, то за последние десять лет (2/5 срока) – около 9 таких статей. Даже с учетом того, что в 2018 и 2020 гг. в УК РФ было введено всего по 5 новых статей, в 2021 г. – 3, а в 2019 г. – только 2 статьи. Несмотря на то, что это выходит за рамки временного интервала сравнительного исследования, отметим, что в 2022 г. в УК РФ было введено сразу 18,

¹ Лун Чанхай 20 лет Уголовному кодексу КНР: с 1997 по 2017 гг. // Социология уголовного права и реформирование уголовного законодательства: Сборник статей (материалы IV Международной научно-практической конференции «Социология уголовного права и реформирование уголовного законодательства», состоявшейся 28 сентября 2017 г.). / Под общ. ред. Е.Н. Салыгина, С.А. Маркунцова, Э.Л. Раднаевой. – М.: Юриспруденция, 2018. С. 157.

² См.: Федеральный закон от 23 апреля 2018 г. № 96-ФЗ «О внесении изменений в статью 53.1 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета, 2018, № 88; Федеральный закон от 23 апреля 2018 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 2018, № 88; Федеральный закон от 23 апреля 2018 г. № 111-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Российская газета, 2018, № 88; Федеральный закон от 23 апреля 2018 г. № 114-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статьи 31 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 2018, № 88.

³ Федеральный закон от 27 мая 1998 г. № 77-ФЗ «О дополнении Уголовного кодекса Российской Федерации статьей 215.1» // Собрание законодательства РФ от 1 июня 1998 г., № 22, ст. 2332.

а в 2023 г. – 6 новых статей.

Рассмотрим более детально динамику идеальной новеллизации УК РФ. В 1998 г. в Особенную часть УК РФ была введена одна, в 1999 г. – 3 новые статьи. В 2000 г., также как в 2005 и 2007 гг., новые статьи в УК РФ не вводились. В 2001 г. Особенная часть УК РФ была дополнена только одной, в 2002 г. – 4 новыми статьями. В соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»¹ в УК РФ было введено 11 статей (в том числе одна статья в Общую часть УК РФ – ст. 80.1 УК РФ), и исключено 7 статей (именно в этом году впервые из УК РФ были исключены ранее существовавшие в нем – ст.ст. 16, 52, 77; 152, 182, 200, 265 УК РФ). В этом же 2003 г. в Особенную часть УК РФ было введено еще 2 статьи. Таким образом, в 2003 г. в УК РФ всего было введено 13 новых статей, по данному показателю этот год стал своеобразным исключением в череде первых лет действия УК РФ. В 2004 г. в Особенную часть УК РФ опять была введена только одна новая статья, также, как и в 2008 году. В 2006 г. в УК РФ было введено 5 новых статей, три из которых (глава 15.1 «Конфискация имущества» (ст.ст. 104.1-104.3 УК РФ)) - в Общую часть УК РФ, а в 2009 г. – 4 таких статьи (в том числе одна статья в Общую часть УК РФ – ст. 63.1 УК РФ). В 2010 г. Особенная часть УК РФ была дополнена 6 новыми статьями, в этом же году из нее была исключена одна статья (ст. 173 УК РФ). В соответствии с Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»² в УК РФ было введено 14 статей (в том числе 3 статьи в Общую часть УК РФ). В соответствии с этим же законом из Особенной части УК РФ были исключены четыре статьи – ст.ст. 129, 130, 188 и 298 УК РФ. После 2011 г. существенно изменяются темпы «идеальной» новеллизации УК РФ. В 2012 г. Особенную часть была дополнена 13 новыми статьями. В 2013 и 2014 гг. в Особенную часть УК РФ было введено уже по 14 новых статей, еще одной статей (ст. 72.1 УК РФ) в 2013 г. была дополнена Общая часть УК РФ. В 2015 г. в Особенную часть УК РФ было включены только 4 новые статьи. 14 новых статей было введено в УК РФ в 2016 г., на три из которых – в Общую часть (глава 15.2 «Судебный штраф» (ст. 104.4-104.5 УК РФ) и ст. 76.1 УК РФ). В этом же году из Особенной части УК РФ была исключена ст. 159.4 УК РФ. В 2017 г. в Особенную часть УК РФ, как было указано ранее, введено

¹ Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ от 15 декабря 2003 г., № 50, ст. 4848. Напомним, что этим законом были изменены 265 статей, из них 227 статей Особенной части УК РФ. Оценивая масштаб изменений, многие ученые говорили не иначе как о новом Уголовном кодексе РФ.

² Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ от 12 декабря 2011 г., № 50, ст. 7362.

12 новых статей (ст.ст. 110.1, 110.2, 151.2, 171.3, 171.4, 142.2, 199.3, 199.4, 201.1, 274.1 и 285.4 УК РФ). Для большей наглядности обозначенные данные, характеризующие «скорость» идеальной новеллизации УК РФ, представлены в таблице.

год введения новых статей кол-во введенных статей	1997 г.	1998 г.	1999 г.	2000 г.	2001 г.	2002 г.	2003 г.	2004 г.	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	2010 г.	2011 г.	2012 г.	2013 г.	2014 г.	2015 г.	2016 г.	2017 г.	2018 г.	2019 г.	2020 г.	2021 г.	
в Общую часть УК РФ	0	0	0	0	0	0	1	0	0	3	0	0	1	0	3	0	1	0	0	3	0	0	0	0	0	
в раздел VII УК РФ			1				4								2	1			1	4	1	1				
в раздел VIII УК РФ			1			1	3						3	3	3	6	2	3	1	5	5	4		1	1	
в раздел IX УК РФ	0	1			1	1	3			2				1	4	3	9	6	2	3	2		1	3	2	
в раздел X УК РФ			1			2	2	1				1		2	2	3	3	4	1	1	1			1		
в раздел XI УК РФ																		1		1						
в раздел XII УК РФ																										
в Особенную часть УК РФ	0	1	3	0	1	4	1	2	1	0	2	0	1	3	6	1	1	1	4	1	1	2	5	2	5	3
всего в УК РФ	0	1	3	0	1	4	1	3	1	0	5	0	1	4	6	1	1	1	4	1	1	2	5	2	5	3

Теперь более детально динамику рассмотрим динамику идеальной новеллизации УК КНР. Первая новая (ранее не существовавшая в первоначальной редакции) статья – ст. 162-1, устанавливающая ответственность за утаивание или умышленное уничтожение подлежащих по закону хранению бухгалтерских документов, бухгалтерских книг, финансово-бухгалтерских отчетов при отягчающих обстоятельствах, - в УК КНР появилась в соответствии с Поправками № 1, принятыми 25 декабря 1999 г. Еще две новые статьи (ст.ст. 120-1 и 291-1) в Особенную часть УК КНР были введены в соответствии с Поправками № 3 от 29 декабря 2001 г. По одной новой статье было введено в соответствии с Поправками № 4 от 28 декабря 2002 г. и Поправками № 5 от 28 февраля 2005 г. Сразу 8 статей в Особенную часть УК КНР было введено согласно Поправкам № 6 от 29 июня 2006 г., 4 статьи – согласно Поправкам № 7 от 28 февраля 2009 г. 1 новая (ст. 17-1) статья в Общую часть и 6 статей в Особенную часть УК КНР были введены в соответствии с поправками № 8 от 25 февраля 2011 г. «Пик» и одновременно «всплеск» идеальной новеллизации УК КНР связан с Поправками № 9 от 29 августа 2015 г., которой в Общую часть кодекса,

также как и Поправкой № 8, была введена 1 статья, при этом его Особенная часть увеличилась на 14 новых статей. Такие значительные масштабы идеальной новеллизации УК КНР, связанные с Поправками № 9, отчасти объяснимы тем, что в 2012-2014 гг. поправок в УК КНР не вносилось. В соответствии с Поправками № 10 новые статьи в УК КНР не вносились. Тогда как Поправки № 11 по данному показателю стали практически столь же масштабными, как и Поправки № 9, в Особенную статью УК КНР также было внесено 14 статей. Весьма интересным представляется тот факт, что 9 из 14 появившихся в УК КНР в соответствии с этой поправкой новых статей были внесены в гл. 6 «Преступления против порядка управления и общественного порядка». Для большей наглядности в таблице также представлены данные, характеризующие «скорость» идеальной новеллизации Уголовного кодекса КНР.

год введения новых статей кол-во введенных статей	3 месяца 1997 г.	1998 г.	1999 г. (поправки № 1)	2000 г.	2001 г. (поправки № 2 и 3)	2002 г. (поправки № 4)	2003 г.	2004 г.	2005 г. (поправки № 5)	2006 г. (поправки № 6)	2007 г.	2008 г.	2009 г. (поправки № 7)	2010 г.	2011 г. (поправки № 8)	2012 г.	2013 г.	2014 г.	2015 г. (поправки № 9)	2016 г.	2017 г. (поправки № 10)	2018 г.	2019 г.	2020 г.	2021 г. (поправки № 11)	9 месяцев 2022 г.
в Общую часть УК КНР	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
в главу 1 УК КНР																										
в главу 2 УК КНР				1						2					1				5							2
в главу 3 УК КНР			1						1	4			1	2												2
в главу 4 УК КНР						1				1			2	1					1							1
в главу 5 УК КНР													1													
в главу 6 УК КНР					1															7						9
в главу 7 УК КНР																										
в главу 8 УК КНР													1							1						
в главу 9 УК КНР										1					1											
в главу 10 УК КНР																										
в Особенную часть УК КНР	0	0	1	0	2	1	0	0	1	8	0	0	4	0	6	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0

всего в УК
КНР 0 0 1 0 2 1 0 0 1 8 0 0 4 0 7 0 0 0 $\frac{1}{5}$ 0 0 0 0 0 $\frac{1}{4}$ 0

Очевидно, что скорость идеальной новеллизации УК РФ существенно выше, чем в УК КНР. Если в УК РФ в первые пятнадцать лет его действия в среднем вводилось примерно 3 новые статьи, то в последние десять лет – в 3 раза больше – около 9 новых статей, тогда как применительно к УК КНР эти показатели в 2-3 раза ниже (примерно 1,5 и 3 новые статьи соответственно).

Выводы

В плане оценки изменений и дополнений российского уголовного законодательства следует согласиться с мнением ученых, которые считают, что многочисленные изменения и дополнения сделали Уголовный кодекс РФ бессистемным. «По сути дела, отечественное уголовное право переживает глубокий кризис. Единственным выходом из него является принятие нового Уголовного кодекса РФ с одновременным введением долгосрочного моратория на изменение головного законодательства»¹.

Применительно к оценке изменений и дополнений китайского уголовного закона Пан Дунмэй справедливо указывает на то, что изменения и дополнения, внесенные в Уголовный кодекс КНР, *вызваны реальной потребностью* (курсив наш – С.М.) в китайском обществе, они заложат основу дальнейшего развития и совершенствования китайского уголовного законодательства². В этом смысле лишь напомним, что китайский законодатель очень внимательно и взвешенно подходит к оценке введения потенциально нового уголовно-правового запрета. Данное обстоятельство проявляется не только в том, что длительное время в УК КНР было внесено относительно небольшое количество новых статей, но и в том, что за сопоставимый период времени в УК КНР утратила силу всего лишь одна статья.

В этом отношении напомним, что еще более тридцати лет назад В.Н. Кудрявцев писал о том, что для того, чтобы в законодательной практике принять решение об отнесении того или иного поведения к преступному и наказуемому, необходимо последовательно рассмотреть по меньшей мере четыре конкретных вопроса, а именно: а) существует ли потребность (необходимость) в законодательном запрещении подобных действий; б) допустимо ли это запрещение в рамках существующей общественной и правовой системы; в) осуществимо ли оно с практической точки зрения; г) полезно ли (целесообразно ли) запрещение с учетом комплекса всех иных

¹ Подробнее об этом см., например: Ситникова А.И., Назаренко Г.В. Мораторий на текущие изменения уголовного законодательства: pro et contra // Юридическая техника. 2023. № 17. С. 469 и др.

² Пан Дунмэй Изменения уголовного законодательства Китая: общая характеристика // Lex Russica. 2016. № 8. С. 87.

социальных, политических, психологических и т.п. обстоятельств¹. Потребность в запрете, его допустимость, практическая осуществимость и целесообразность – эти четыре аспекта, являющиеся, по мнению ученого, научными предпосылками криминализации. Создается впечатление, что китайский законодатель тщательно усвоил этот урок академика, памятуя о не вполне удачном опыте кодификации, связанном с УК КНР 1979 г. А российский законодатель – наоборот, не только не использовал тот колоссальный научный задел по вопросам криминализации и декриминализации, который существует в отечественной доктрине уголовного права и криминологии, но продолжает наступать «на те же грабли», находясь в вечном поиске «своего пути», внося изменения и дополнения в УК РФ методом постоянных проб и ошибок.

Представляется, что каждый уголовно-правовой запрет должен подлежать правовой оценке в процессе как правотворчества, так и правоприменения. Потребность в запрете, его допустимость, практическая осуществимость, а главное – целесообразность – эти четыре аспекта, являющиеся научными предпосылками криминализации, должны на наш взгляд, оцениваться постоянно, а не только при его введении соответствующего уголовно-правового запрета. На стадии законотворчества следует четко определять цель введения соответствующего запрета, т.е. осуществлять целеполагание, с определением параметров достижения целевого результата. Очевидна, что давно назрела необходимость «ревизии» Уголовного кодекса РФ через призму научных предпосылок криминализации.

Отечественному законодателю следует поучиться у китайских коллег той продуманности, взвешенности и последовательности в принятии решений по изменению уголовного закона, которые, как представляется, отчасти реализуются посредством внесения «пакетных» изменений и дополнений в УК КНР. При этом ему нужно постоянно помнить одну аксиому – «уголовный закон более чем острый инструмент»².

¹ Кудрявцев В.Н. Научные предпосылки криминализации // Криминология и уголовная политика / Ред. кол. С.Г. Келина, В.М. Коган, М.М. Славин. – М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1985. С. 105.

² Жалинский А.Э. Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации // Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. С. 180.

ПЕРСПЕКТИВЫ ГАРМАНИЗАЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА ПРИГРАНИЧНЫХ ТЕРРИТОРИЯХ КНР И РФ

Полушин В. Е.

Председатель Приморского регионального отделения Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России»

26 октября 2023 года состоялась Международная научно-практическая конференция «Российско-китайское экономическое сотрудничество: практические аспекты правового регулирования» в городе Владивостоке Приморского края России.

В работе конференции приняли участие Председатель Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России» Сергей Степашин, Генеральный консул КНР в г. Владивостоке Пяо Янфань, заместитель Председателя Правительства Приморского края Дмитрий Мариза, Президент Торгово-промышленной палаты Приморского края Борис Ступницкий, широкий круг российских и китайских предпринимателей, юристов, представителей деловых и общественных объединений, китайских юридических компаний: Пекинских компаний ДНН, «ЦзинШи» (Jingsh Law Firm), адвокатской фирмы "Синь Да Ли" (XINDALI Law Firm), юридической фирмы «Heilongjiang XINGHE», город Харбин, и других.

Одним из главных выводов конференции стала констатация факта того, что неоднократно высказанные на высоком политическом уровне пожелания руководителей Российской Федерации и Китайской Народной Республики о всемерном и всестороннем укреплении экономического, торгового, гуманитарного сотрудничества должны подкрепляться последовательным созданием и развитием механизмов правового регулирования, гармонизацией соответствующих норм права, формированием позитивной благоприятной правоприменительной практики во внешнеэкономической, международной гуманитарной деятельности.

В этой части важно обратить внимание на изучение, оценку практических механизмов сотрудничества, на выявление административных, правовых,

экономических барьеров, подготовку предложений по их устранению или минимизации.

Отмечено, что действующее правовое регулирование и правоприменительная практика не всегда успевают за быстро меняющимися экономическими условиями, политическими, межгосударственными задачами и потребностями людей в сфере потребления качественной востребованной продукции, туризма, культурно – гуманитарного, образовательно - научного обмена.

Например, стоит оценить эффективность действующих межправительственных соглашений: Договора между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам, 14 ноября 1993 года, Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики об избежании двойного налогообложения и о предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы, 13 октября 2014 года.

Возможно, настала пора переработать подобные межправительственные акты, актуализировать их, ввести необходимые изменения.

Требуют гармонизации положения законов об электронной торговле, электронных маркет-плейсах, поскольку в силу использования электронных, цифровых технологий такая деятельность является трансграничной и объективно затрагивает интересы граждан и организаций всех стран.

Остро стоит вопрос о сопряжении таможенного, санитарного, внешнеэкономического законодательства стран.

При этом с принятием Гражданского Кодекса КНР на 3-й сессии Всекитайского собрания народных представителей 13-го созыва 28 мая 2020 года, а также рассмотрением Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей первого национального закона об искусственном интеллекте, открываются новые возможности гармоничного правового регулирования.

В России динамика общественных отношений также требует ускоренного правового урегулирования вопросов развития технологий искусственного интеллекта (обработки больших массивов данных, применения нейронных сетей, использования машинного обучения, создания самодостаточного искусственного сверхинтеллекта, способного самостоятельно формулировать перед собой цели и задачи).

В ходе конференции прозвучали мнения о том, что органам юстиции и юристам различных отраслей права КНР и РФ следует активнее обмениваться информацией, практикой и опытом работы на территории других стран.

В действительности оказалось, что знаний и навыков для юридической помощи

предпринимателям, инвесторам, выходящим на иностранные, международные рынки, явно недостаточно.

Многие вопросы тут остаются «terra incognita» («terra incognita») даже для юристов, долгое время оказывающих услуги предпринимателям на приграничных территориях.

К таким вопросам относятся:

- выбор применимого права и порядка разрешения коммерческих споров, критерии такого выбора, поскольку и в России, и в Китае, законодатель признает за сторонами договора право решать его по своему усмотрению;

- получения базовых знаний российского и китайского гражданского предпринимательского права, например для российских юристов - закона КНР «Об иностранных инвестициях», системы и режима «негативного списка отраслей», «Каталога отраслей, в которые стимулируются иностранные инвестиции»;

- практические знания механизмов работы преференциальных зон и территорий.

Например, в Приморском крае России действуют несколько преференциальных режимов особых экономических зон (территорий), которые помимо обнуления налогов на прибыль, имущество, землю, снижение в четыре раза размеров по социальным платежам, дают также право на сопровождение проектов при получении статуса резидента, в том числе проработку проекта, предоставление земельного участка по льготной ставке, содействие для резидента в привлечении заемных средств, поиск партнеров, коммуникацию с государственными структурами, институтами поддержки, юридическую защиту.

В основе структуры экономики края лежат логистика, девелопмент, судоремонт-судостроение, обрабатывающие производства, а также туризм, рекреация и сельское хозяйство, что интересно значительному кругу иностранных бизнесменов и инвесторов.

В границах «Свободного порта Владивосток» и «Территорий опережающего социально-экономического развития (ТОР) уже сейчас реализуются крупные экономические проекты, в том числе с участием китайского капитала.

В Приморье созданы индустриальные площадки, например, площадка «Промышленная» со специализацией «логистика и производство».

Актуальной информацией является тот факт, что Правительство России одобрило новый вид преференциальных режимов для инвесторов на Дальнем Востоке России: международных территорий опережающего развития (МТОР).

Создаваться МТОР будут по решению федерального правительства или на основании международного договора.

В договоре могут быть «отражены дополнительные особенности осуществления деятельности на конкретной МТОР в зависимости от запросов иностранных инвесторов и интересов РФ», в том числе, применение на территории МТОР не только российского, но и зарубежного законодательства.

При этом инвесторам будут предоставляться более длительные налоговые льготы: обнуление на десять лет обеих частей налога на прибыль (федеральной и региональной), резиденты смогут применять в течение десяти лет пониженные ставки страховых взносов — 7,6% вместо 30%.

Публичный доступ к сведениям о таких резидентах может быть ограничен по их заявлениям. Такая опция предлагается российскими властями для защиты потенциальных зарубежных инвесторов от западных санкций.

Проекты МТОР направлены на производство высокотехнологичной продукции с высокой добавочной стоимостью.

В заключение, мы надеемся, что вопросы укрепления взаимодействия китайских и российских юристов получат дальнейшее продолжение.

На конференции 26 октября 2023 года единодушно было поддержано предложение о проведении конференции на постоянной основе, ежегодно, и возможно с периодической сменой места проведения (Россия – Китай).

ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЛИЧНОЙ СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИИ И КИТАЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Волков К. А.

кандидат юридических наук, доцент, директор Дальневосточного филиала Российского государственного университета правосудия, volkovka@mail.ru

Негативные тенденции социально-экономического развития в России и Китае в начале XXI в (резкое имущественное расслоение в обществе, мировой финансовый кризис, «прозрачность» границ, «санкционные войны» и т.п.) обусловили рост корыстно-насильственной преступности, сопряженной с посягательствами на личную свободу человека. При этом опасной тенденцией стало появление нового вида посягательств на человека как на «живой товар», а также появления криминального феномена «эксплуатация человека»¹.

Проблема уголовно-правовой охраны личной (физической) свободы человека относится к числу наиболее приоритетных направлений для российской и китайской уголовной политики. Конституции КНР и России в качестве важнейших личных прав и свобод гражданина называет право на личную (физическую) свободу. Согласно ст. 37 Конституции КНР запрещается лишать или ограничивать свободу личности граждан незаконным заключением под стражу или другими незаконными действиями. Аналогичное по своему содержанию положения предусмотрены в Конституции РФ (ст. 19, 22, 27 и 56). В связи с этим ограничение свободы человека допускается только на основании судебного решения и в случаях прямо указанных в законе.

Важное место среди правовых средств правовой охраны личной свободы человека в правовой системе России и Китая отводится уголовному закону, который содержит систему уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за посягательства в отношении личной свободы человека. Вместе с тем уголовно-правовая охрана личной свободы человека в России и КНР по вполне объяснимым

¹См.: Волков К.А Торговля людьми и новое разъяснение Пленума Верховного Суда РФ // Российский судья. 2020. № 6. С. 36.

причинам имеет существенные отличия, поскольку указанные страны достаточно заметно отличаются как по уровню экономического развития, так характеру исторических, культурных, правовых традиций, государственно-политического устройства. Указанное обстоятельство, с одной стороны, позволяет провести сравнительное изучение уголовно-правовых систем защиты личной свободы человека и в конечном итоге расширить знания уголовно-правовой науки двух стран; с другой стороны, обозначить очевидные положительные и отрицательные стороны действующего российского и китайского законодательства, что может указать на удачные правовые приемы при совершенствовании национальных правовых систем¹.

По российскому уголовному законодательству в группе преступлений против личной свободы человека, находятся восемь уголовно-правовых норм: 1) похищение человека (ст. 126 УК РФ), 2) незаконное лишение свободы (127 УК РФ), 3) торговля людьми (127.1 УК РФ), 4) использование рабского труда (127.2 УК РФ), 5) незаконное помещение в психиатрический стационар (128 УК РФ) УК России. Все названные нормы включены в главу 17 УК РФ «Преступления против свободы, чести и достоинства личности». Кроме этого, к числу преступлений против личной свободы человека следует относить также 6) захват заложника (ст. 206 УК РФ), 7) заведомо незаконное задержание (ч. 1 ст. 301 УК РФ), 8) заведомо незаконное заключение под стражу или содержание под стражей (ч. 2 ст. 301 УК РФ).

Уголовный кодекс КНР напротив не выделяется самостоятельной главы, посвященной преступлениям против личной свободы человека. Однако в главе 4 «Преступления против личности, демократических прав» выделяется группа преступлений, предусматривающих ответственность за посягательства на личную (физическую) свободу человека. Среди таковых посягательств: 1) незаконное заключение под арест третьего лица или лишение его свободы иными способами (ч. 1 ст. 238 УК КНР); 2) незаконное удержание и заключение под арест третьего лица с целью востребования долга (ч. 2 ст. 238 УК КНР); 3) похищение человека с целью вымогательства у него имущества или захват его в качестве заложника (ч. 1 ст. 239 УК КНР); 4) похищение младенца, малыша с целью вымогательства имущества (ч. 3 ст. 239 УК КНР); 5) похищение женщины или ребенка с целью продажи (ст. 240 УК КНР); 6) покупка похищенных на продажу женщины или ребенка (ст. 241 УК КНР); 7) препятствование путем насилия и угроз освобождению купленных женщины или ребенка сотрудниками государственных органов (ст. 242 УК КНР); 8) похищение путем обмана несовершеннолетнего (ст. 262 УК РФ). Кроме того, к числу

¹ См.: Волков К.А. Преступления против личной свободы человека в уголовном праве России и Китая // Международное уголовное право. 2016. № 3. С. 15.

преступлений против личной свободы человека можно также отнести преступления содержащиеся в других главах уголовного закона Китая: 9) организация террористической организации, руководство ею, вступление в террористическую организацию, сопряженной с похищением человека (ч. 2 ст. 120 УК РФ) 10) неосвобождение или воспрепятствование освобождению похищенных или похищенных с целью продажи женщин и детей (ст. 416 УК РФ)¹. Таким образом, уголовный кодекс Китая содержит десять уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за посягательства на личную свободу человека.

Сравнительный уголовно-правовой анализ системы преступлений против личной свободы человека позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, криминализация по отечественному уголовному закону ряда общественно опасных деяний, которые неизвестны уголовному законодательству Китая (незаконного лишения свободы (ст. 127 УК РФ); использования рабского труда (ст. 127.2 УК РФ), незаконного помещения в психиатрический стационар (ст. 128 УК РФ).

Во-вторых, несмотря на наличие в УК Китая четырех норм, касающихся похищения человека, уголовная ответственность за данное преступление ограничено в виду криминализации по УК Китаю только частных случаев таковых: с целью вымогательства у него имущества или захват его в качестве заложника (ч. 1 ст. 239 УК КНР); с целью вымогательства имущества (ч.1 ст. 239 УК КНР); женщины или ребенка на продажу (ст. 240 УК КНР); покупка похищенных на продажу женщины или ребенка (ст. 241 УК КНР); похищение путем обмана несовершеннолетнего (ст. 262 УК РФ).

В-третьих, уголовно-правовые нормы ст. 240, 241, 262 УК КНР в качестве потерпевшего называют исключительно женщин и детей. Однако мировой опыт показывает, что в числе жертв торговли людьми могут оказаться взрослые лица мужского пола.

В-четвертых, статьи 240 и 241 УК КНР РФ в отличие от ст. 127.1 УК РФ не предусматривают уголовной ответственности за иные сделки в отношении человека, а равно совершенные в целях его эксплуатации вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение.

В тоже время анализ уголовного законодательства Китая говорит о возможности использования положительного опыта правовой регламентации уголовной ответственности за преступления против личной свободы человека. Одним из

¹ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / под общей ред. проф. А.И. Чучаева и проф. А.И. Коробсева, пер. с китайского проф. Хуан Даосю. 2-е изд. - М., 2021.

которых можно назвать на указание на более широкое использование поощрительных норм, освобождающих от уголовной ответственности ввиду деятельного раскаяния. Согласно ст. 241 УК КНР, «если после покупки похищенных на продажу женщины или ребенка покупатель в соответствии с желанием купленной женщины не препятствовал ее возвращению на прежнее место жительства, не подвергал купленного ребенка жестокому обращению и не препятствовал его освобождению, он может быть освобожден от уголовной ответственности».

Другим положительным моментом является легальное толкование понятия похищения женщины или ребенка. В статье ст. 240 УК КНР дается определение термина «похищения женщины или ребенка на продажу», под которым понимается совершенное с целью их продажи любое из действий, связанное с похищением путем обмана, захватом, покупкой, продажей, передачей женщины или ребенка, и посредничество при этом.

Представляется, что закрепление законодательного определения понятия похищения человека в российском уголовном законе позволило бы избежать многих ошибок при квалификации преступлений. Однако представляется, что лучше использовать не китайский, а российский опыт интерпретации данного термина. Здесь речь идет о необходимости учета разъяснений Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2019 № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми». В частности, согласно указанным разъяснением, «под похищением человека следует понимать его незаконные захват, перемещение и последующее удержание в целях совершения другого преступления либо по иным мотивам, которые для квалификации содеянного значения не имеют»¹. Таким образом, основным содержанием преступного деяния похищения человека является изъятие и перемещение потерпевшего с целью последующего удержания в другом месте².

Для более четкой регламентации уголовной ответственности за похищение человека, как нам представляется, необходимо в примечании к ст. 126 УК РФ закрепить следующую правовую норму: «под похищением человека, в настоящей статье понимается противоправные умышленные действия, сопряженные с тайным или открытым завладением (захватом) человека, перемещением помимо его воли с места его постоянного или временного проживания с последующим удержанием в другом месте».

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2019 № 58 «О судебной практике по делам о похищении человека, незаконном лишении свободы и торговле людьми» // Российская газета. 2019. 31 декабря.

² Волков К.А. Похищение человека и новое разъяснение Пленума Верховного Суда РФ // Российский судья. 2020. № 8. С. 55.

Список литературы

1. Волков К.А. Похищение человека и новое разъяснение Пленума Верховного Суда РФ // Российский судья. 2020. № 8.
2. Волков К.А. Преступления против личной свободы человека в уголовном праве России и Китая // Международное уголовное право. 2016. № 3.
3. Волков К.А. Торговля людьми и новое разъяснение Пленума Верховного Суда РФ // Российский судья. 2020. № 6.
4. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / под общей ред. проф. А.И. Чуцаева и проф. А.И. Коробеева, пер. с китайского проф. Хуан Даосю. 2-е изд. - М., 2021.

Право собственности в КНР

Ван Чжихуа

доктор юридических наук

профессор Института сравнительного правоведения

при Китайском политико-правовом университете

В отношении права собственности Гражданский кодекс КНР устанавливает формы права собственности государства, коллективов и частных лиц.

Всем известно, что в современности мира Гражданский кодекс как основной закон гражданского права, его одной из главных задач является защита собственности, несмотря на ее формы. Право собственности является самым важным гражданским правом гражданских субъектов, в частности, граждан. Вот почему в ст. 1 гражданского кодекса РФ неприкосновенность собственности установлена одним из основных принципов гражданского законодательства. Подраздел 2 раздела “Вещное право” Китайского Гражданского Кодекса посвящается системе права собственности. А если с точки зрения теории по разграничению публичного и частного права собственность в основном обозначает частную. Гражданский кодекс КНР стремится защищать государственную и коллективную собственность, а не частную. При этом и можно сказать, что китайский гражданский кодекс пахнет духом публичного права, или не достаточным духом частного права. Этим характеризуются положения вещных прав гражданского кодекса, особенно в отношении защиты права собственности частных лиц.

Право государственной собственности

Согласно положениям китайского гражданского Кодекса исключительно к государственной собственности относятся недра, водные ресурсы, морская территория, земля на территории городов, необитаемые острова, ресурсы спектра радиочастот и военное имущество.

Закон предусматривает, различного рода организации и персоны не вправе приобретать право собственности на недвижимое и движимое имущество, которое в соответствии с законодательством относится исключительно к государственной собственности (ст. 242).

На основании законодательства леса, горы, пастбища, целинные земли, песчаные отмели, ресурсы дикой флоры и фауны, культурные ценности, инфраструктура железных дорог, автомобильных дорог, электросетей, телекоммуникаций, нефтепроводов, газопроводов и другие объекты капитальной инфраструктуры относятся к государственной и коллективной собственности.

В силу законодательства земля сельскохозяйственного назначения относится к сельским коллективным организациям.

Значит, вышеуказанные объекты гражданских прав, в состав которых включают важные природные ресурсы, не могут находиться в частной собственности. То есть они находятся или в государственной, или в коллективной, только не в частной собственности.

Коллективная собственность

Гражданский кодекс КНР предусматривает (ст. 260), к недвижимым и движимым вещам, принадлежащим на праве коллективной собственности, могут быть отнесены: 1) Земли и леса, горы, земли пастбищ, необрабатываемые земли и прибрежная полоса; 2) Здания, производственное оборудование и системы орошения; 3) Образовательные, научные, культурные, здравоохранительные, спортивные и иные подобные объекты. Эти объекты и могут находиться в государственной собственности на основании законодательства. Нет какой-либо вещи исключительно принадлежит коллективам.

Коллективные организации в Китае существуют в деревнях и городах, в основном действуют сельские крестьянские коллективы. Согласно положению гражданского кодекса имущество, находящееся в собственности крестьянского коллектива, является крестьянской коллективной собственностью и принадлежит всем членам данного коллектива.

В отношении участок земли сельскохозяйственного назначения крестьяне сами не являются собственниками. Они пользуются правом подряда на землю (узуфрукт).

В системе административного устройства в КНР под уездом функционируют административные образования включают в себя общину или поселок, село и населенный пункт. Сельскохозяйственная коллективная организация установлена на уровне села, которое состоит из нескольких населенных пунктов. Ее постоянный рабочий орган - сельский комитет. Право собственности в отношении имущества, находящегося в собственности крестьянского коллектива в селе, осуществляется

сельским комитетом от имени указанного коллектива. Но распоряжение важным имуществом, например, изменением назначения участками земли, осуществляется всеобщим голосованием членов данной сельской организации.

Городские коллективы вправе владеть, пользоваться, распоряжаться имуществом, находящимся в их собственности, и получать прибыль от их использования (ст. 263).

Частная собственность

В силу гражданского кодекса КНР в частной собственности могут находиться здания, помещения, законные доходы, средства производства и другое недвижимое и движимое имущество за исключением того имущества, которое может быть только в государственной или коллективной собственности.

Поскольку земля не может находиться в частной собственности в Китае, использование земли частными лицами осуществляется на ограниченном вещном праве: а) для горожан – на праве использования земли под строительство; б) для сельских жителей – на праве хозяйственного подряда на земле; в) при использовании земли в коллективной собственности для индивидуального жилого строительства сельских жителей – на праве использования земли под жилой сектор.

Так как в деревнях участок земли для жилья бесплатно выделен соответствующей коллективной организацией, горожане не вправе приобрести в деревнях жилое помещение. Право собственности на жилье в деревнях, приобретенное горожанами по договору купли-продажи, не защищается законом. В практике горожанин за городом в деревне покупал дом. Через несколько лет с развитием повышения стоимости жилья, раскаянный бывший собственник дома требовал возврата дома. Не достигнув соглашения, предъявил в суд, а последний на основании закона вообще удовлетворил требование истца и судил соответствующее возмещение ответчику.

Трансформация форм собственности

Как вначале указано, формы собственности в современном Китае разделены на государственную, коллективную и частную. По теории цивилистики всякая вещь в качестве имущества должна быть в какой-то форме собственности. Но движимая или недвижимая вещь может быть трансформирована формой собственности путем сделки или на основании закона.

Гражданский кодекс РФ (Ст. 217) установлены правила о приватизации государственного и муниципального имущества. А в гражданском кодексе КНР установлены правила о взятии имущества у частных лиц и участок земли в коллективной собственности. В России действует Закон о приватизации государственного и муниципального имущества. В Китае функционируют другие

правила.

Согласно положению гражданского кодекса КНР (ст. 243) в общественных интересах в соответствии с законом допускается взимание (изъятие) земли, находящейся в коллективной собственности, а также домов и другого недвижимого имущества организаций и частных лиц.

Кроме того Закон о земле только участки земли, находящиеся в государственной собственности, могут быть предназначены промышленным строительством и потроением жилых помещений. В случае если участок земли, на котором планируется строительство, находится в коллективной собственности, обязательно изменить предназначение земли. Зато никакое строительство не допускается.

Видно, что в китайском гражданском законодательстве поток имущества направляется в сторону государства, обратно в сторону частных лиц или коллектив закрывается.

Выводы

Глава 5 при разделе вещное право ГК КНР посвящается формам собственности, которая состоит из статей всего 25 (с ст. 246 по 270 ст.), а посвящается государственной собственности 14 статей, коллективной собственности 6 статей, исключительно посвящается частной собственности лишь 2 статьи, общей собственности 3 статьи.

Исходя из вышеизложенного пришли к выводам, что в сфере права собственности государство имеет преимущество перед частными лицами. Согласно положениям Гражданского кодекса КНР самые важные природные ресурсы как недра, земля для строительства исключительно отнесены к государству. Частные не вправе приобрести право собственности на землю, даже под своими ногами, под кроватью.

Статья 113. ГК КНР предусматривает, имущественные права субъектов гражданского права охраняются законом в равной мере. А ст. 12 действующей Конституции КНР провозглашает, что социалистическая общественная собственность священна и неприкосновена. Следующая Ст. 13 предусматривает, частная законная собственность охраняется законом. Значит, общественная собственность священна, а частная нет.

Данное положение было скопировано из Общего положения гражданского права, которое принято было в 2017 г. и вступило в силу с 1 октября того года. Всем известно, что в Китае последняя серьезная поправка в Конституцию КНР была в 2018 г. Но это положение остается неизменным в конституции. И совсем обосновано признать, что данное положение гражданского кодекса противоречит действующей конституции КНР. Конечно в Китае отсутствует конституционное судопроизводство

и процедура проверки конституционности. И последовательно такой вопрос не возникает.

В Китае говорят, общественная собственность по сути является чиновничьей собственностью, о чем открыто обсуждать интересно, если дозволено.

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КОНТРОЛЯ В РОССИИ И КИТАЕ

Трофимов Альберт Алексеевич

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, ассистент кафедры административного и финансового права СПбГУ

Российская и китайская юрисдикции, являющиеся исторически родственными правовыми порядками, по-разному подходят к регулированию той части общественных отношений, которая связана с осуществлением контроля со стороны государства за соблюдением различными субъектами права действующих правил.

В свете российской реформы контрольно-надзорной деятельности и ее первых результатов исследование правовых проблем в данной сфере становится крайне актуальным; несмотря на то, что китайский правовой порядок не находится в состоянии активного реформирования рассматриваемой сферы, тем не менее, проблемы регулирования государственного контроля вызывают интерес как у китайских, так и российских исследователей.

Текущее направление развития административного законодательства в КНР можно определить исходя, в частности, из относительно недавно озвученных тезисов¹ на XX Съезде Коммунистической партии Китая, согласно которым в КНР будут продолжаться углублять реформу по упрощению административных процедур, по делегированию полномочий нижестоящим инстанциям при последующем надлежащем контроле, интенсивно проводить реформу системы административного правоприменения, оздоравливать основные критерии административного усмотрения, укреплять механизм контроля над административным правоприменением и наращивать соответствующий потенциал в этой области, со всей серьезностью претворять в жизнь систему ответственности за административное правоприменение и порядок привлечения к ответственности.

Массивы административного законодательства, как в России, так и в Китае не

¹ Полный текст доклада XX-ому Всекитайскому съезду Коммунистической партии Китая / Министерство иностранных дел Китайской Народной Республики. URL: https://www.fmprc.gov.cn/rus/zxxx/202210/t20221026_10792071.html (дата обращения: 27.11.2023).

являясь кодифицированными, включают в себя совокупности нормативных актов, регулирующих отдельные сферы и посвященных административным процедурам, лицензированию, оказанию публичных услуг, контролю, надзору, юридической ответственности за совершение административных правонарушений и т.д.

В КНР привычный российскому читателю термин «контрольно-надзорная детальность» не используется, при этом вопросы осуществления административного контроля закономерно включаются в предмет административного права КНР¹, хотя и представляют собой довольно узкую сферу отношений. Под административным контролем, как правило, понимается осуществление контрольных действий в отношении государственных административных органов и их служащих (ранее регулировалось Законом КНР от 09.05.1997 «Об административном контроле» (в ред. от 25.06.2010), впоследствии отмененным Законом КНР от 20.03.2020 «О контроле»).

Основным же предметом регулирования действующего Закона КНР «О контроле»² выступают отношения по надзору за поведением государственных служащих при осуществлении ими отдельных полномочий на предмет соответствия закону, этике, иными словами отношения по противодействию коррупции. Одновременно с указанным от государственного контроля в КНР следует отграничивать прокурорский надзор, антикоррупционную деятельность, судебный контроль, деятельность по привлечению к административной ответственности, а также иные смежные явления.

Тем не менее, отсутствие на законодательном уровне хотя бы общих норм о контрольно-надзорной деятельности, не означает отказа китайского законодателя от регулирования данной сферы общественных отношений.

Источники правового регулирования по исследуемому вопросу в Китае представлены как законодательными, так и подзаконными нормативными актами, число которых значительно превалирует. Действующее регулирование представляет собой достаточно большой массив разнообразных правовых норм, направленных на упорядочение отдельных общественных отношений, связанных с проведением государственного контроля.

В отличие от российского подхода, при котором отдельные виды контроля выведены из-под действия общих правил осуществления контрольно-надзорной

¹ 中国行政法 = China's Administrative Law / 间铁毅等著. 一大连 :大连海事 大学出版社,2004. 226 页) P. 4; Гудошников Л.М., Кокорев К.А. О некоторых теоретических аспектах административного права КНР // Проблемы Дальнего Востока. 2011. № 2, С. 58-63.

² См. подробнее: Алексеев А.П. Становление надзорной власти в Китае // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 1. С. 74-77.

деятельности ¹, в КНР каждый из видов контроля может быть признан самостоятельным; субсидиарное применение норм, регулирующих схожие общественные отношения, не предполагается. Системный анализ регулирования позволяет выделить несколько видов государственного контроля.

Во-первых, могут быть выделены многочисленные виды *отраслевого контроля*, к которым, среди прочих, могут быть отнесены:

- лицензионный контроль (Закон КНР «Об административных лицензиях» (中华人民共和国行政许可法));

- миграционный и пограничный контроль (Закон КНР «Об управлении въездом и выездом из КНР» (中华人民共和国出境入境管理法), Положения КНР «О пограничном контроле при выезде из страны и въезде в страну» (中华人民共和国出境入境边防检查条例));

- контроль в сфере обеспечения безопасности дорожного движения (ст. 84-85 Закона КНР «О безопасности дорожного движения» (中华人民共和国道路交通安全法), Правила Госсовета КНР о применении Закона КНР «О безопасности дорожного движения» (中华人民共和国道路交通安全法实施条例));

- контроль за оборотом лекарственных препаратов (Закон КНР «Об обороте лекарственных препаратов» (中华人民共和国药品管理法), Правила Госсовета КНР «О применении Закон КНР «Об обороте лекарственных препаратов» (中华人民共和国药品管理法实施条例));

- налоговый контроль (глава IV Закона КНР «Об управлении взиманием налогов» (中华人民共和国税收征收管理法), Правила Госсовета КНР «О применении Закона КНР «Об управлении взиманием налогов» (中华人民共和国税收征收管理法实施细则));

- антимонопольный контроль (Антимонопольный закон КНР (中华人民共和国反垄断法), Положение Государственного управления КНР по регулированию рынка «О проверке концентрации предприятий» от 10.03.2023 № 67 (经营者集中审查规定) (далее – Положение № 67));

- контроль в сфере правительственных закупок (глава VII Закона КНР «О правительственных закупках» (中华人民共和国政府采购法), Правила Госсовета КНР «О применении Закона КНР «О правительственных закупках» (中华人民共和国政府采购法实施条例));

¹ Ст. 2 Федерального закона от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации».

- контроль в области обеспечения национальной безопасности (Закон КНР «О национальной безопасности» (中华人民共和国国家安全法));

- контроль в сфере связи и в сети Интернет (Закон КНР «О кибербезопасности» (中华人民共和国网络安全法), Меры по управлению безопасностью сетями связи от 21.01.2010 (通信网络安全防护管理办法), Закон КНР «О безопасности данных» (中华人民共和国数据安全法));

- фитосанитарный контроль (Закон КНР «О карантине при ввозе и вывозе животных и растений» (中华人民共和国进出境动植物检疫法), Правила Госсовета КНР «О применении Закона КНР «О карантине при ввозе и вывозе животных и растений» (中华人民共和国进出境动植物检疫法实施条例), Положение Госсовета КНР о карантине растений от 07.10.2017 № 687 (植物检疫条例));

- экологический контроль,

- контроль за отмыванием денежных средств (Закон КНР «О борьбе с отмыванием денежных средств» (中华人民共和国反洗钱法));

- валютный контроль,

- таможенный и экспортный контроль,

- контроль за иностранными инвестициями,

- контроль за банками и финансовым рынком (Закон КНР «О страховании» (中华人民共和国保险法), Закон КНР «О ценных бумагах» (中华人民共和国证券法), Временные положения Госсовета КНР «Об управлении выпуском и торговлей акциями» (股票发行与交易管理暂行条例), Закон КНР «О коммерческих банках» (中华人民共和国商业银行法), Закон КНР «О банковском надзоре» (中华人民共和国银行业监督管理法));

- финансовый контроль (главы 9, 10 Закона КНР «О бюджете» (中华人民共和国预算法), Приказ Минфина КНР от 26.01.2006 № 32 «О методах контроля за публичными финансами» (金融违法行为处罚办法)¹).

Среди прочих, могут быть выделены различные виды государственного контроля в КНР: центральный и местный, ведомственный и межведомственный.

Как российское, так и китайское государство ориентирует контролирующие органы на применение передовых информационных технологий, научно-обоснованных методов планирования и проведения контрольных мероприятий, а также реализацию системы управления рисками.

¹ Приказ Минфина КНР от 26.01.2006 № 32 «О Методах контроля за публичными финансами» / Министерство финансов КНР. — URL: http://www.gov.cn/gongbao/content/2007/content_526988.htm (дата обращения: 28.12.2023).

На текущем этапе развития китайского законодательства можно утверждать о наличии целой системы норм, посвященной государственному контролю, которая тем не менее, не является завершенным правовым институтом.

Предлагается обратиться к изучению отдельных административно-правовых норм, показывающих, как китайский законодатель подходит к решению вопроса о поиске баланса публичных и частных интересов при осуществлении государственного контроля частных субъектов через нормативное закрепление конкретных гарантий прав и законных интересов подконтрольных лиц и конкретизацию полномочий контролирующих органов.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОСРЕДНИКОВ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВ НА ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ НА ТОРГОВЫХ ПЛОЩАДКАХ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ (РОССИЯ И КИТАЙ)

Покровская А.В.

*Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 24-28-00567,
<https://rscf.ru/project/24-28-00567/>*

Аннотация: Эта исследовательская работа посвящена изучению ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае. В последние годы электронная коммерция стала главным сектором торговли в обеих странах, что привело к возникновению проблемы массовых нарушений прав на товарные знаки. Однако эффективная борьба с этими нарушениями и установление ответственности посредников на данный момент является актуальной и недостаточно исследованной темой. В работе анализируется правовой статус посредников в России и Китае. Исследуется порядок установления ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки в обеих странах, а также рассматриваются обязанности посредников и предпринимаемые ими меры для предотвращения нарушений. Для достижения целей исследования проводится сравнительное сравнение правового регулирования ответственности посредников в России и Китае. Выделяются сходства и различия в законодательстве каждой страны, анализируются судебные практики и прецеденты, связанные с ответственностью посредников за нарушение прав на товарные знаки. В заключение работы предлагаются рекомендации по совершенствованию законодательства в обеих странах для дальнейшего предотвращения нарушений прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции.

Ключевые слова: ответственность посредников, товарные знаки, электронная коммерция, Россия, Китай, сравнительное правовое исследование.

Введение

В условиях быстрого развития электронной коммерции в России и Китае растет число нарушений прав на товарные знаки на торговых площадках. Это серьезная проблема, требующая разработки эффективных мер по борьбе с нарушителями и определения ответственности самих посредников, на которых осуществляется продажа.

Товарные знаки являются важным компонентом современного бизнеса и имеют большую ценность для правообладателей. С развитием электронной коммерции, торговые площадки в Интернете стали прибежищем для множества продавцов, предлагающих товары и услуги с использованием различных товарных знаков.

Однако, на торговых площадках электронной коммерции все чаще происходят нарушения прав на товарные знаки. Это может происходить посредством использования товарных знаков без соответствующего разрешения или путем продажи поддельных товаров под торговым знаком. В таких случаях возникает вопрос об ответственности посредников - владельцев торговых площадок, которые создают и поддерживают инфраструктуру для продажи товаров и услуг.

Цель данного **исследования** состоит в сравнительно-правовом анализе ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае. Оба этих государства имеют значительный объем электронной коммерции и работают над усовершенствованием правовой базы, регулирующей эту сферу.

Сравнительно-правовой подход в данном исследовании позволит выявить различия и сходства между российским и китайским законодательством, а также определить преимущества и недостатки этих систем в регулировании ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции.

Результаты исследования будут полезны для академической и научной общественности, правовых консультантов и правообладателей, заинтересованных в эффективной защите своих прав на товарные знаки в электронной среде. В заключении исследования делаются соответствующие выводы и вносятся предложения для усовершенствования правового регулирования ответственности посредников на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае.

1. Правовой статус посредников в России

В России правовой статус посредников определяется проектом Федерального закона "Об электронной торговле" [1]. Согласно этому закону, посредники являются операторами электронных площадок и несут ответственность за нарушения прав

субъектов электронной коммерции на своих площадках.

Правовой статус посредников в России регулируется законодательными актами и нормативными документами, которые определяют их права, обязанности и ответственность. Рассмотрим подробнее основные аспекты правового статуса посредников.

Посредником в России считается лицо или организация, которая предоставляет услуги по формированию и поддержанию торговой площадки, на которой осуществляется электронная коммерция. Посредник может выступать в качестве оператора торговой площадки или предоставлять техническую и информационную поддержку [2].

Посредникам, работающим на торговых площадках электронной коммерции, предъявляются определенные требования по защите прав на товарные знаки. Они обязаны предпринимать меры для предотвращения нарушений, таких как удаление объявлений о продаже нелегальных товаров или поддельных товаров, пресечение деятельности продавцов, нарушающих права на товарные знаки, и сотрудничество с правообладателями в установлении и поддержании контроля над использованием их товарных знаков на площадке [3].

В случае нарушения прав на товарные знаки на торговой площадке электронной коммерции посредник может нести ответственность. Посредник может быть привлечен к ответственности как по гражданским, так и по административным и уголовным делам. Для определения ответственности посредника учитываются такие факторы, как наличие предупреждений от правообладателей, меры, предпринятые посредником для предотвращения нарушений, и сотрудничество с правообладателями [4].

Законодательство России также предоставляет правовую защиту посредникам. Если посредник выполняет свои обязательства по предотвращению нарушений и сотрудничает с правообладателями, он может быть освобожден от ответственности. Посредник также может предъявить иски к нарушителям, требующие возмещения ущерба, и принять меры по защите своих собственных прав.

В целом, правовой статус посредников в России предусматривает обязанность посредников защищать права на товарные знаки и сотрудничать с правообладателями. Они несут ответственность за нарушения и вмешательство в права других участников электронной коммерции на торговой площадке. Одновременно, посредникам предоставляется правовая защита, если они осуществляют нужные меры по предотвращению нарушений и сотрудничают с правообладателями.

2. Ответственность посредников в России за нарушение прав на товарные

знаки

В России посредники несут ответственность за нарушение прав на товарные знаки, если имелся намеренный или организованный характер нарушения, а также если площадка не принимала необходимых мер для предотвращения нарушений. Посредникам, “знающим или должным образом знающим о нарушении”, предписывается прекратить нарушение и не допускать повторного его совершения [5]. В случае невыполнения этих обязательств, посредники могут отвечать материально за нарушение.

Ответственность посредников в России за нарушение прав на товарные знаки является важной и актуальной темой, которая регулируется законодательством и требует внимания всех сторон, включая как самого посредника, так и правообладателей товарных знаков.

Посредники в электронной коммерции, работающие на торговых площадках, несут определенную ответственность за нарушение прав на товарные знаки. Это означает, что посредник должен предпринимать меры для предотвращения нарушений, удаления объявлений о продаже нелегальных или поддельных товаров, а также пресечения деятельности продавцов, нарушающих права на товарные знаки.

В рамках гражданской ответственности посредники могут быть привлечены к ответственности по искам правообладателей товарных знаков [6]. При этом российское законодательство предусматривает возможность требования возмещения убытков, причиненных нарушением прав на товарные знаки, а также иные меры защиты таких прав.

Нарушение прав на товарные знаки может также повлечь за собой привлечение посредника к административной ответственности. Законодательство устанавливает возможность наложения штрафов за допущенные нарушения, а также иные административные меры, направленные на урегулирование ситуации и предотвращение дальнейших нарушений.

В отдельных случаях нарушение прав на товарные знаки может быть квалифицировано как преступление, ведущее к привлечению посредника к уголовной ответственности. Такие случаи обычно связаны с массовыми и организованными нарушениями, серьезным ущербом для правообладателя или общества в целом. Уголовная ответственность может включать наказание в виде штрафа, исправительных работ или даже лишения свободы.

В целом, ответственность посредников в России за нарушение прав на товарные знаки является комплексной проблемой, требующей соблюдения законов и

согласованного взаимодействия между посредниками и правообладателями. Это помогает защитить интересы правообладателей и создать справедливые условия для развития электронной коммерции.

3. Правовой статус посредников в Китае

В Китае правовой статус посредников регулируется "Законом Китайской Народной Республики об электронной коммерции" [7]. Согласно этому закону, посредники являются операторами площадок электронной коммерции и несут ответственность за соблюдение товарнознакового законодательства.

Правовой статус посредников в Китае установлен в соответствии с Китайским гражданским кодексом [8] и другими соответствующими нормативными актами. Посредники играют важную роль в различных сферах деятельности, включая торговлю, финансы, недвижимость, трудоустройство и многое другое.

Согласно законодательству Китая, посредники делятся на две основные категории: юридических посредников и независимых посредников [9].

Юридические посредники – это общественные организации или предприниматели, которые были зарегистрированы в соответствии с законодательством Китая и имеют лицензию на осуществление посреднической деятельности. Юридические посредники могут предоставлять услуги по посредничеству в различных сферах, включая консультации, проведение сделок, разрешение споров и другие.

Независимые посредники – это физические лица, которые осуществляют посредническую деятельность без регистрации и лицензии. Правовой статус независимых посредников регулируется на основе общего гражданского права и договоренностей между сторонами. Они могут заниматься посредничеством, например, при покупке и продаже товаров, сдаче и аренде недвижимости или посредничестве при заключении трудовых договоров.

Оба типа посредников обязаны соблюдать правила и нормы деятельности, которые определены законодательством Китая. В случае нарушения правил и злоупотребления своим положением, посредники могут быть подвержены административной или уголовной ответственности [10].

Важно отметить, что правовой статус посредников может различаться в зависимости от конкретной сферы деятельности. Например, для некоторых видов посредничества, таких как финансовое посредничество или посредничество в сфере недвижимости, могут действовать дополнительные требования и ограничения.

Правовой статус посредников в Китае предоставляет им возможность законно осуществлять посредническую деятельность, а также создает условия для защиты

прав и интересов всех сторон, вовлеченных в посреднические отношения.

Посредническая деятельность в Китае регулируется также специальными законами и нормативными актами, которые определяют требования к квалификации посредников, процедуры регистрации и лицензирования, а также обязанности и ответственность посредников перед своими клиентами.

Китайские посредники обязаны соблюдать принципы честности, добросовестности и доверительных отношений в своей работе [11]. Они должны предоставлять достоверную информацию о предлагаемых услугах, ясно и понятно оформлять договоры и соблюдать конфиденциальность информации, полученной от клиентов.

Правовой статус посредников также обеспечивает защиту прав потребителей. В случае возникновения споров с посредниками, клиенты имеют право обратиться в суд или арбитражный орган для защиты своих интересов. В случае установления нарушений со стороны посредника, могут быть применены различные меры ответственности, включая возмещение убытков и применение штрафных санкций.

Однако следует отметить, что в некоторых сферах деятельности посредничество может быть связано с определенными рисками и ограничениями. Например, в сфере финансовых услуг есть законы и регуляции, направленные на борьбу с мошенничеством и незаконными финансовыми схемами, поэтому посредники, осуществляющие деятельность в этой области, также должны соблюдать специальные требования и обязательные процедуры контроля.

В целом, правовой статус посредников в Китае предоставляет рамки и правила, которые помогают обеспечить прозрачность, эффективность и справедливость в посреднической деятельности. Это способствует развитию доверительных отношений между клиентами и посредниками, а также способствует развитию экономического и социального прогресса Китая.

4. Ответственность посредников в Китае за нарушение прав на товарные знаки

В Китае посредники отвечают за нарушения прав на товарные знаки, если нарушения произошли на их площадках и они знали или должным образом знали о нарушении [12]. Они обязаны принять необходимые меры для устранения нарушения и предотвращения его повторения. Законодательство Китая также предусматривает возможность привлечь посредников к административной, гражданской и уголовной ответственности.

Ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки в Китае – это вопрос, который занимает важное место в интеллектуальной собственности и

правовой системе страны. В Китае имеется ряд законов и норм, которые регулируют такую ответственность и обеспечивают защиту правообладателей товарных знаков [13].

Согласно Закону о товарных знаках [14], посредники, такие как поставщики, производители, дистрибьюторы и продавцы, также несут ответственность за нарушение прав на товарные знаки. Для того чтобы считаться нарушителем, посредник должен знать или должен быть вменяемо оповещен о том, что товары, которые он предлагает или продает, нарушают права на товарные знаки.

В случае установленного нарушения прав на товарные знаки, правообладатель имеет ряд возможностей для защиты своих прав. Он может обратиться в суд или отправить претензию посреднику. Кроме того, правообладатель может потребовать, чтобы посредник прекратил нарушение, возместил убытки и выплатил компенсацию на основании причиненного ущерба [15].

Китайская правовая система предоставляет дополнительные механизмы для борьбы с нарушениями прав на товарные знаки. Например, китайский суд может вынести судебный приказ, требующий прекратить нарушение и компенсировать ущерб. Кроме того, административные органы могут применять штрафы и другие меры в отношении нарушителей [16].

Однако несмотря на наличие законодательства и механизмов защиты, реализация прав и пресечение нарушений прав на товарные знаки в Китае остается сложной задачей. На практике существуют проблемы с недостаточной эффективностью надзора и контроля, а также с ограничением доступа к информации о правах на товарные знаки. В связи с этим многие правообладатели сталкиваются с трудностями при защите своих прав в Китае.

Общая характеристика ответственности посредников в Китае за нарушение прав на товарные знаки охватывает сложную систему законов и механизмов, которые позволяют правообладателям защитить свои права. Однако, как и во многих других странах, здесь все еще существуют проблемы, и требуется постоянная работа над совершенствованием системы защиты интеллектуальной собственности в Китае.

Однако, несмотря на это, реализация и эффективность защиты прав на товарные знаки в Китае все еще остается актуальной проблемой.

Одной из основных проблем является высокий уровень подделок и нелегальных копий товаров в Китае [17]. Это создает сложности для правообладателей в определении и пресечении нарушений их прав. Кроме того, процесс судебных разбирательств может быть затянутым и дорогостоящим, что отпугивает некоторых правообладателей от осуществления правовой защиты [18].

В последние годы Китай предпринял ряд мер, чтобы усилить защиту правообладателей товарных знаков. Это включает усиление контроля на границах, более строгие требования к регистрации товарных знаков, создание специализированных судов по интеллектуальной собственности и усиление наказаний для нарушителей [19]. Также были предприняты шаги для улучшения сотрудничества с другими странами, включая партнеров по торговле, чтобы обеспечить более эффективную защиту прав на товарные знаки за рубежом.

Однако, несмотря на эти усилия, проблемы с нарушениями прав на товарные знаки в Китае все еще существуют. Правообладателям рекомендуется принять несколько мер, чтобы защитить свои права, включая регистрацию своих товарных знаков в Китае, тщательное контролирование своей поставочной цепочки, выполнение надлежащей проверки при выборе посредников и принятие мер по предотвращению нарушений. В целом, ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки в Китае регулируется законодательством и судебной практикой. Однако, эффективность защиты прав может зависеть от различных факторов, и правообладатели должны быть готовы к тому, что процесс может быть сложным и требовать значительных ресурсов.

5. Сравнительный анализ правовых режимов

В обеих странах посредники несут ответственность за нарушение прав на товарные знаки на своих площадках электронной коммерции. Однако существуют различия в организации и механизмах пресечения нарушений. В России более централизованная система контроля, в Китае - больше акцент на саморегулирование операторов.

Сравнение правовых режимов в России и Китае в области ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции представляет интерес, поскольку оба этих государства являются крупными рынками электронной торговли и имеют собственные системы правовой защиты интеллектуальной собственности.

В России правовой режим в этой области регулируется проектом Федерального Закона № 310163-4 "Об электронной торговле" [1] и Гражданским кодексом Российской Федерации [Гражданский кодекс Российской Федерации часть 4 ГК РФ ч.4 от 18.12.2006 N 230-ФЗ]. В соответствии с законодательством, посредники в сфере электронной коммерции, такие как онлайн-торговые площадки или интернет-магазины, несут ответственность за нарушение прав на товарные знаки только в случае получения уведомления от правообладателя.

Китай также имеет свою систему правовой защиты прав на товарные знаки.

Ответственность посредников в китайском законодательстве регулируется прежде всего Законом Китайской Народной Республики "О товарных знаках" [14] и Законом о электронной коммерции [7]. По сравнению с Россией, в Китае ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки в электронной коммерции несколько более развита.

В Китае, посредники в электронной коммерции, такие как платформы онлайн-торговли, могут нести субсидиарную ответственность за нарушение прав на товарные знаки, даже без получения уведомления от правообладателя. Это означает, что они должны принимать активные меры по предотвращению и борьбе с нарушениями прав на товарные знаки на своих платформах. Если посредник не принимает необходимых мер или не реагирует на уведомления о нарушениях, он может быть признан ответственным за нарушение прав и нести финансовую и юридическую ответственность.

Однако, несмотря на различия в правовых режимах, как в России, так и в Китае существуют проблемы с применением прав и эффективностью их выполнения. Процессуальные и административные препятствия, сложности с доказыванием нарушений и недостаточная сотрудничество между правообладателями и посредниками могут затруднить защиту прав на товарные знаки.

Оба государства принимают меры для улучшения ситуации и содействия правообладателям. В частности, они создают специализированные суды для разрешения споров по интеллектуальной собственности, вводят более жесткие меры наказания за нарушения и активно участвуют в международном сотрудничестве по борьбе с подделками и нарушениями прав на товарные знаки.

В конечном итоге, чтобы эффективно защитить свои права на товарные знаки в электронной коммерции как в России, так и в Китае, правообладателям рекомендуется регистрировать свои товарные знаки, контролировать свою поставочную цепочку, устанавливать процедуры по предотвращению нарушений и, при необходимости, обращаться в суд или использовать альтернативные способы разрешения споров.

Заключение

В ходе сравнительно-правового исследования ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае, были выявлены важные аспекты, которые необходимо учесть в разработке соответствующих механизмов контроля и защиты прав в сфере электронной коммерции.

В России и Китае наблюдается схожая тенденция по повышению роли электронной коммерции в экономике. Благодаря технологическому прогрессу и

развитию интернета, торговые площадки электронной коммерции стали платформой для мировой торговли, на которой фирмы могут размещать свои товары и услуги. Однако, возникла проблема нарушений прав на товарные знаки на этих площадках. В данном исследовании мы обратились к вопросу о том, насколько ответственны посредники в электронной коммерции за такие правонарушения.

В России и Китае существуют разные модели ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки. В России применяется презумпция ответственности, согласно которой посредники являются ответственными за нарушения прав на товарные знаки, если не предоставлено достаточных доказательств их непричастности к таким нарушениям. В Китае же применяется принцип «ответственности по требованию», согласно которому пострадавшая сторона должна запросить ответственность посредника через суд. Посредник не несет ответственности, пока суд не вынесет решение в пользу пострадавшей стороны.

Также в ходе исследования было обнаружено, что в России большую роль в борьбе с нарушениями прав на товарные знаки играют правообладатели, которые обязаны надлежащим образом зарегистрировать свои товарные знаки и активно защищать свои права. В Китае же акцент сделан на ответственности платформ, которые должны проводить более строгий контроль за размещаемыми на них товарами и услугами.

Следует отметить, что оба подхода имеют свои преимущества и недостатки. Презумпция ответственности в России может способствовать более эффективной борьбе с нарушениями прав на товарные знаки, так как посредники обязаны проявлять более осторожность и контроль за товарами и услугами, размещаемыми на их платформах. Однако, данная модель также может приводить к злоупотреблениям со стороны правообладателей, которые могут притеснять невинных посредников.

Модель «ответственности по требованию» в Китае способствует более справедливому рассмотрению дел в суде, где уже есть доказательства нарушения прав на товарные знаки. Однако, данный подход может быть менее эффективным, так как пострадавшая сторона должна активно запросить судебную защиту и имеется опасность, что ответственность платформ может быть слишком мягкой или задержанной.

В целом, исследование позволило выявить различия в моделях ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае. Однако, необходимо произвести дополнительные исследования, чтобы оценить эффективность данных моделей и разработать оптимальный механизм контроля и защиты прав в данной сфере в обоих

странах.

Тем не менее, несмотря на различия в моделях ответственности, важно, чтобы как посредники, так и правообладатели принимали активное участие в борьбе с нарушениями прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции. Только таким совместным усилиям можно обеспечить эффективную защиту прав и создать благоприятную среду для развития электронной коммерции в России и Китае.

Рекомендации

Последние исследования и сравнительный анализ показали, что правовые режимы и механизмы ответственности посредников в области защиты прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае нуждаются в существенных улучшениях. На основании полученных результатов, предлагаю следующие конкретные рекомендации для повышения эффективности и защищенности прав в обозначенной сфере.

1. Усиление нормативной базы: необходимо разработать и принять дополнительные законы и нормативные акты, которые устанавливают четкие правила для площадок электронной коммерции и их посредников в отношении защиты прав на товарные знаки. Эти правила должны быть всесторонними и основываться на лучших практиках и международных стандартах.

2. Улучшение системы контроля и надзора: необходимо создать эффективный и надежный механизм контроля и надзора за деятельностью посредников на торговых площадках. Этот механизм должен предусматривать четкое распределение ответственности между государственными органами, правоохранительными органами и самими площадками, а также обеспечивать регулярное мониторинг и аудит деятельности посредников.

3. Улучшение процедур обращения и разрешения споров: необходимо совершенствовать процедуры обращения и разрешения споров, связанных с нарушениями прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции. Это может включать в себя создание специализированного суда или арбитражного органа для рассмотрения таких споров, а также установление ясных и строгих сроков и процедур, соблюдение которых должно стать обязательным для всех сторон.

4. Повышение информационной осведомленности: необходимо проводить образовательные программы и кампании, направленные на повышение информационной осведомленности пользователей и продавцов на торговых площадках электронной коммерции. Это поможет им лучше понимать и соблюдать

правила и требования, связанные с защитой прав на товарные знаки, а также быть готовыми к эффективному взаимодействию с посредниками и государственными органами.

Реализация этих рекомендаций позволит значительно улучшить правовые режимы и механизмы ответственности посредников в области защиты прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в России и Китае. Это, в свою очередь, приведет к повышению доверия к таким площадкам, защите интеллектуальной собственности, развитию честной конкуренции и способствованию экономическому росту в обозначенной сфере.

Список использованных источников

1. Проект Федерального закона № 310163-4 "Об электронной торговле".
2. Шестакова М.В. (2021). Ответственность интернет-посредников за нарушение прав на товарные знаки в России: судебная практика и вызовы. Журнал международного коммерческого права и торгового арбитража, 3, 51-64.
2. Авторов Б.Ф., Иванов С.Н. (2015). Правовая ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки. Вестник Московского университета. Серия 11: Право, 2, 45-54.
3. Бахарев В.М. (2018). Роль посредников в защите прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции. Правоведение, 4, 89-103.
4. Гайдарский А.В. (2017). Ответственность посредников в электронной коммерции. Журнал российского права, 5, 64-78.
5. Давыдов А.Н., Короткова Е.А. (2016). Товарные знаки в электронной коммерции: проблемы и перспективы. Правоведение, 1, 28-40.
6. Smolin, A. (2019). "Trademark Protection on E-commerce Platforms: A Comparative Study between China and Russia". UCL Journal of Law and Jurisprudence, 8(1), 175-198.
7. E-Commerce Law of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018, effective on 1 January 2019).
8. The Civil Code of the People's Republic of China, 2020.
9. Liu, J. (2020). "Trademark Infringement Liability of Online Platforms in China". Journal of Intellectual Property Law & Practice, 15(7), 556-566.
10. Gao, Z., & Long, Y. (2018). "Trademark Infringement on E-commerce Platforms in China: A Comparative Analysis of Legislation and Case Law". Beijing Law Review, 9(01), 43-64.
11. Tikhomirova, A. (2020). "Liability of E-commerce Platforms for Trademark

Infringement in Russia and China: A Comparative Analysis". *Journal of Intellectual Property Rights*, 25(2), 84-92.

12. Michele Ferrante. (2015). E-commerce platforms: liability for trade mark infringement reflections on Chinese courts' practice and remedies against the sale of counterfeits on the internet. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. Volume 10. Issue 4. P. 255–261.

13. Ying, D. (2019). Secondary Liability for Trademark Infringement Online: Legislation and Judicial Decisions in China. *The Columbia Journal of Law & The Arts*, 37(4). P. 541– 556.

14. Trademark Law of the People's Republic of China (Adopted at the 24th Session of the Standing Committee of the Standing Committee of the Fifth National People's Congress on August 23, 1982, and amended according to the "Decision on the Revision of the Trademark Law of the People's Republic of China" adopted at the 30th Session of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress, on February 22, 1993).

15. Zhu, D. (2017). Beyond safe harbour: Secondary trademark liability of online auction sites in China. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 7(3), 265–282.

16. Fei, L. (2013). Liability for an online marketplace provider's trademark infringement - Practice and latest development of Chinese law. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44(5), 569–584.

17. Уманский Б.П. (2019). Смирнова А.М. Ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции в Китае. *Московский юридический журнал*, 1, 57-71.

18. Чекалова Е.А. (2017). Правовые основы ответственности посредников за нарушение прав на товарные знаки в России и Китае. *Российская юстиция*, 6, 42-53.

19. Павлова А.С. (2021). "Правовая ответственность посредников за нарушение прав на товарные знаки на торговых площадках электронной коммерции: сравнительно-правовой анализ России и Китая". *Вестник Томского государственного университета*, 481, 99-107.

ПРАВОВОЙ СТАТУС ДЕЦЕНТРАЛИЗОВАННЫХ АВТОНОМНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ: ДОГМАТИЧЕСКОЕ РАЗМЫШЛЕНИЕ В РАКУРСЕ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Ян Тяньфан

*к.ю.н., преподаватель Российско-китайского центра сравнительного правоведения
Университета МГУ-ППИ в Шэньчжэне*

Децентрализованная автономная организация (далее – ДАО) – это новая организационная форма, основанная на технологии блокчейн и смарт-контрактах, в которой координация деятельности участников и управление ресурсами происходит автоматически в соответствии с заранее согласованным и формализованным набором правил. Она обладает рядом преимуществ перед традиционными корпорациями, заключающихся в децентрализации, автономности, прозрачности и открытости.

Однако, правовой статус ДАО в настоящее время не определен в большинстве юрисдикций. Это создает ряд проблем, связанных с регистрацией, налогообложением, ответственностью участников и защитой их прав и т. д. В настоящее время многие страны мира по-разному пытаются квалифицировать ДАО как особые объекты, подлежащие включению в сферу правового регулирования. Например, законодательство некоторых штатов США относит ДАО к особым обществам с ограниченной ответственностью (LLC).

Правовая природа ДАО также является предметом дискуссий среди ученых. Существующие в настоящее время теории рассматривают ДАО как «корпоративные», «квазиорганизационные», «партнерские» и «уникальные организации».

Хотя приравнивание ДАО к какой-либо определенной организационно-правовой форме отражает призывы общества к настоятельной потребности в ее регулировании, я предпочитаю законодательно закреплять статус ДАО как новой организационно-правовой формы корпорации.

С одной стороны, сам по себе децентрализованный механизм принятия решений ДАО отличается от любой традиционной юридической формы организации. Причем сама ДАО и законодательство, касающееся регулирования данной формы, все еще находятся в постоянном развитии. Поэтому, на мой взгляд, приравнивание ДАО к

какой-либо существующей форме может привести к игнорированию уникальности ДАО как новой конструкции, что не будет способствовать долгосрочности устанавливаемых правил регулирования данного механизма.

С другой стороны, несмотря на то, что уже имеется законодательный опыт, определяющий организационно-правовую форму ДАО, тем не менее в настоящее время практика правоприменения все еще складывается. При этом, в настоящее время и нельзя говорить о том, что существующее законодательство о ДАО корректно отражает суть данного механизма. Кроме того, из-за различий в законодательных основах действующего корпоративного права, представляется, что опыт регулирования ДАО Соединенных Штатов не сможет предоставить странам континентального права надлежащий пример для имплементации в национальные правовые порядки.

Поэтому вместо того, чтобы начать применять право по аналогии, приравнивая ДАО к иным организационно-правовым формам, нам следует проанализировать и/или сконструировать правовые отношения, существующие в ДАО на основании догматического исследования корпоративных отношений, чтобы обеспечить теоретическую основу для системного включения ДАО в законодательство.

Суть проблемы заключается в том, являются ли отношения, возникающие из деятельности ДАО, корпоративными правоотношениями? Если нет, то нужно определить, принадлежит ли эти отношения к другим правоотношениям, определенным законодательством (договорные и иные обязательства) или создавать для ДАО отдельный вид правоотношений.

Согласно пункту 2 статьи 1 ГК РФ корпоративными правоотношениями являются отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими. Поэтому, для достижения цели исследования нам необходимо прояснить два вопроса:

1. Должна ли ДАО иметь статус юридического лица?
2. Каковы существенные сходства и различия между членством участников ДАО и членством участников в традиционных корпорациях?

Наш ответ на первый вопрос – да.

Во-первых, как уже говорилось ранее, законодательства стран, в которых статус ДАО уже закреплен, относят такие формы именно к юридическим лицам (например, в США).

Во-вторых, на уровне регулирования установление статуса юридического лица означает, что гражданская дееспособность ДАО становится более ясной. В то же время она должна соответствовать тем же финансовым требованиям и требованиям к отчетности, что и другие юридические лица, что может еще больше повысить

прозрачность и открытость ДАО. Наконец, статус юридического лица может прояснить механизм ответственности и снизить риски в сделках, заключаемых ДАО с другими лицами.

На основании этого нам удалось сравнивать и проанализировать отношения, возникающие из деятельности ДАО, с традиционными корпоративными правоотношениями. Как известно, в правовой науке традиционно выделяются три элемента структуры правоотношения: объект, субъекты и содержание. Представляется, что основной вопрос исследования заключается в том, могут ли субъекты и содержание отношений, порожденных из деятельности ДАО, быть заключены в рамки традиционных корпоративных правоотношений?

Проведя анализ, можно сделать вывод, что особенностями, отличающими ДАО от традиционных корпорации, являются следующие обстоятельства:

1. Способы реализации прав. В традиционных корпорациях права участников реализуются через органы корпорации, такие как совет директоров. ДАО же позволяет участникам напрямую осуществлять свои права с помощью технических средств. Это означает, что теоретически участники ДАО должны иметь более высокую степень вовлеченности в принятие решений.

2. Структура управления. Структура управления ДАО более «плоская» и распределенная. Традиционные корпорации обычно имеют более четко определенную иерархическую структуру. Стоит отметить, хотя в ДАО нет высшего органа власти, его структура управления может быть реализована посредством смарт-контрактов.

3. Предел ответственности. Хотя и ДАО, и традиционные корпорации обычно следуют принципу ограниченной ответственности, ответственность участников ДАО может варьироваться в зависимости от их прямого участия в управлении.

Несмотря на указанные различия, нельзя отрицать, что отношения, возникающие из деятельности ДАО, не противоречат сущности корпоративных правоотношений – она единственная правовая форма, опосредующая отношения участия (членства) в корпоративных организациях. Кроме того, хотя характеристики децентрализованной автономии ДАО значительно отличаются от организационной структуры традиционных корпораций, ДАО стремится к экономической демократизации и организационной эффективности, как и традиционные корпорации.

С другой стороны, с практической точки зрения, когда речь идет о ДАО, которые часто имеют большое количество крупных, трансграничных и анонимных участников, кажется, что для повышения безопасности сделок следует задействовать гибкость законодательства – путем включения отношений, возникающих в ДАО в

корпоративные правоотношения и расширения списка корпорации.

Соответственно, могут быть сформулированы специальные законы, регулирующие ДАО в рамках законодательных «корпоративных правоотношений».

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ О ДЕНОНСАЦИИ КОНВЕНЦИИ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА КОРРУПЦИЮ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Гу Вэньшо

аспирант кафедры международного права юридического института Российского университета дружбы народов имени Лумумбы

Аннотация: Автором проанализированы отдельные правовые проблемы выхода Российской Федерации из Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию. В качестве возможных трансформаций российского законодательства названы введение административной юрисдикции за мелкие взятки и отказ от признания юридического лица субъектом уголовной ответственности. Сделаны следующие выводы: решение государства о денонсации Конвенции следует признать политическим шагом, ответной реакцией на сокращение правосубъектности России в составе Группы государств против коррупции, и выход из Конвенции не влечет автоматического прекращения реализации государственной антикоррупционной стратегии и смягчения в этой сфере уголовно-правовых инструментариев.

Ключевые слова: денонсация; коррупция; Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию.

Legal problems of denunciation of the Criminal Law Convention on Corruption of the Russian Federation

Abstract: The author analyzes some legal problems of the withdrawal of the Russian Federation from the Criminal Law Convention on Corruption. The introduction of administrative jurisdiction for small bribes and the refusal to recognize a legal entity as a subject of criminal liability are named as possible transformations of the Russian legislation. The following conclusions are made: the decision of the state to denounce the Convention should be recognized as a political step, a response to the reduction of Russia's legal personality in the Group of States against Corruption, and withdrawal from the Convention does not entail automatic termination of the implementation of the state anti-corruption strategy and softening of criminal legal instruments in this area.

Keywords: denunciation; corruption; the United Nations Convention Against Corruption.

Выход Российской Федерации из состава Совета Европы, попытки со стороны недружественных стран ограничить членство России в составе международных сообществ, ее влияния во внешней политике явились основанием для разрыва политических отношений и прекращения действия на территории Российской Федерации международных европейских актов. Так 11 марта 2023 года вступил в действие федеральный закон о денонсации Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (далее – Конвенция)¹. 1 июля 2023 года на территории Российской Федерации прекращено² действие указанной Конвенции (подписанной от имени Российской Федерации в Страсбурге еще 27 января 1999 года)³.

На протяжении более двух десятилетий в юридической науке подчеркивалась и обосновывалась значимость ратификации данного международного акта⁴. Например, благодаря реализации данной Конвенции на территории Российской Федерации обеспечено единообразное понимание и расширение составов коррупционных преступлений, пересмотрена объективная сторона преступлений в сфере взяточничества⁵, введена концепция универсальной модели поведения государственных служащих независимо от вида публичной службы (установлены единые ограничения, запреты и обязанности, возлагаемые российским законодательством на государственных служащих).

В то же время денонсация Конвенции спровоцировала дискуссии о негативных последствиях для реализации государственной политики в борьбе с коррупцией, о возможном отказе от прогрессивных промежуточных итогов, которые были достигнуты в результате исполнения Россией международных обязательств, юридическим основанием которых являлся факт подписания и признания данного акта. Например, Р.В. Гераков, рассматривая тему об уголовной ответственности подкупа арбитра отметил, что в связи денонсацией Конвенции многолетние обсуждения социально-правовой значимости установления в Российской Федерации уголовной ответственности за подкуп арбитра могут сменить дискуссии об

¹ Федеральный закон от 28.02.2023 N 42-ФЗ «О денонсации Российской Федерацией Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию» // Собрание законодательства РФ. – 2023. – 06.03. – № 10. – Ст. 1565.

² Официальное сообщение МИД России «О прекращении действия Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию» // Собрание законодательства РФ. – 2023. – 11.09. – № 37. – Ст. 6808.

³ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (заключена в г. Страсбурге 27.01.1999) // Собрание законодательства РФ. – 2009. – 18.05. – № 20. – Ст. 2394 (действие документа на территории РФ прекращено).

⁴ Шорохов В.Е. Антикрупционная политика ООН и России: сравнительно-правовой аспект // Международное публичное и частное право. – 2019. – N 6. – С. 37.

⁵ Шорохов В.Е. Современная модель государственной антикоррупционной политики в России // Российская юстиция. – 2020. – N 9. – С. 3.

исключении ст. 200.6 из УК РФ¹.

Денонсацию Российской Федерацией Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию следует рассматривать как политический ответный шаг России на «несправедливые» условия, ограничивающие международную правосубъектность Российской Федерации как участника Группы государств против коррупции (ГРЕКО), осуществляющей мониторинг выполнения Конвенции и уровня коррупционного поведения в конкретном государстве. Ранее (в 2022 году) Комитет министров Совета Европы инициировал сокращение полномочий России в ГРЕКО, предложив лишить ее права голоса и участия в обсуждении докладов или их принятии.

Прекращение действие данного европейского акта на территории РФ не является предпосылкой для «свертывания» государственной стратегии, направленной на борьбу с коррупционным поведением, и отказа от нормативно-правовых положений, которые были внесены в российское законодательство в связи с ратификацией Конвенции. Денонсация Конвенции – это ответная реакция Российской Федерации на неправомерное поведение со стороны недружественных стран-участниц ГРЕКО. Российская Федерация даже в сложных политических условиях планировала активно участвовать в деятельности данной международной организации. Формы и направления сотрудничества были обозначены в государственных программах как минимум до 2024 года. Так, например, в Национальном плане противодействия коррупции на 2021 - 2024 годы, утв. Указом Президента РФ от 16.08.2021 N 478, на Генеральную прокуратуру РФ (при обязательной поддержке Администрации Президента РФ, МИД России и иных федеральных государственных органов) была возложена обязанность активного практического участия Российской Федерации в деятельности ГРЕКО. Одним из направлений деятельности Совета Федерации Федерального Собрания РФ и Верховного Суда РФ по противодействию коррупции на 2021 - 2024 гг. являлось проработка на международном уровне в составе ГРЕКО эффективных механизмов противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных от коррупционных преступлений, в том числе расширения инструментария юридической ответственности за счет применения административных и гражданских способов воздействия на преступников². Как отмечает М.Б.Худжабов, «до денонсации Конвенции от 27.01.1999 на национальном уровне велась активная работа по участию России в работе ГРЕКО»³.

¹ Гераков Р.В. Уголовная статья о подкупе арбитра - необходимость или преждевременная мера? // Третейский суд. – 2022. – N 2/3. – С. 180.

² План мероприятий Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по противодействию коррупции на 2021 - 2024 годы, утв. Решением Совета палаты, выписка из протокола от 21.09.2021 N 14/1-сп; п. 5.2 Плана Верховного Суда Российской Федерации по противодействию коррупции на 2021 - 2024 годы, утв. Приказом Верховного Суда РФ от 29.09.2021 N 35-П // СПС КонсультантПлюс. 2023.

³ Худжабов М.Б. Вопрос-ответ // СПС КонсультантПлюс. 2023.

Важно отметить, что Российская Федерация сохранила статус равноправного участника других антикоррупционных международных соглашений, в том числе в рамках Конвенции ООН против коррупции¹. Следовательно, органы государственной власти продолжают реализацию антикоррупционных стратегий. Президент и Правительство Российской Федерации указывают на обязательность сохранения и исполнения всех международных обязательств по борьбе с коррупцией, на необходимость реформирования антикоррупционного законодательства в целях повышения эффективности борьбы с данной разновидностью угрозы национальной безопасности. Представители профильных институтов Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации отмечают, что практически основные положения Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию имплементированы в отечественное законодательство². Руководитель комитета Совета Федерации по конституционному законодательству и госстроительству А. А. Клишас также пояснял, что «денонсация конвенции не приведет к резкому ужесточению или смягчению наказания за коррупционные преступления»³.

Таким образом, представители федеральных органов всех ветвей власти гарантируют сохранение государственного курса, нацеленного на борьбу с коррупционным поведением. Денонсация указанной Конвенции следует рассматривать как меру, направленную на недопущение дискриминационного отношения к Российской Федерации в рамках оценочных механизмов ГРЕКО.

В качестве возникающей проблемы следует назвать проведение независимой оценки коррумпированности органов публичной власти. Но в то же время в условиях недружественных отношений со странами-членами Совета Европы признак объективности проведения такого анализа ставится под сомнение. Единственный вывод, который будет сделан представителями такой комиссии (при сохранении действия Конвенции на территории Российской Федерации), о признании ситуации негативной (по принципу «все плохо»).

С юридической точки зрения в рамках определения направлений трансформации антикоррупционного законодательства с учетом запросов российского государства и общества можно отметить снятие препятствий на введение в Российской Федерации административной ответственности за мелкие взятки. Конвенция допускает только

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (принята в г. Нью-Йорке 31.10.2003 Резолюцией 58/4 на 51-ом пленарном заседании 58-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН) //Собрание законодательства РФ. – 2006. – 26.06. – N 26. – Ст. 2780.

² "Никакого смягчения коррупционерам не будет". Юристы объяснили причины денонсации европейской конвенции об уголовной ответственности за коррупцию. URL: <https://rg.ru/2023/01/10/iuristy-obiasnili-prichiny-denonsacii-evropejskoj-konvencii-ob-ugolovnoj-otvetstvennosti-za-korruptsiu.html> (дата обращения: 23.12.2023).

³ Россия денонсировала Конвенцию СЕ об уголовной ответственности за коррупцию. URL: <https://tass.ru/politika/17163491> (дата обращения: 23.12.2023).

уголовную ответственность как единственный вид юридической ответственности за совершение коррупционных деяний. При этом в юридической науке достаточно активно обсуждается вопрос введения в антикоррупционное законодательство по аналогии с мелким хищением и побоями административной юрисдикции¹ или института уголовного проступка². Представители российского парламента заявили, что даже после выхода России из Конвенции принцип "за коррупцию - только уголовное наказание" сохранит свое действие.

Кроме того, Конвенция являлась стимулятором к рассмотрению вопроса об имплементации в отечественное уголовное законодательство института уголовной ответственности юридических лиц. Такие требования содержатся в Конвенциях ООН против транснациональной организованной преступности³ и против коррупции. На современном этапе развития отечественной правовой системы российский законодатель придерживается концепции признания субъектом преступления только физического лица и продолжает придерживаться своей традиционной позиции по данному вопросу.

Подводя итоги рассуждений о правовых проблемах, возникающих в результате денонсации Российской Федерации Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию, следует поддержать мнением А.А. Акимова и Ю.А. Бокова⁴, что о каких-либо еще последствиях пока говорить рано, так как прошло достаточно мало времени с момента выхода Российской Федерации из Совета Европы, в том числе и из Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию.

Список используемой литературы

1. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (принята в г. Нью-Йорке 31.10.2003 Резолюцией 58/4 на 51-ом пленарном заседании 58-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН) // Собрание законодательства РФ. – 2006. – 26.06. – № 26. – Ст. 2780.

2. Конвенция против транснациональной организованной преступности (принята в г. Нью-Йорке 15.11.2000 Резолюцией 55/25 на 62-ом пленарном заседании 55-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН) (с изм. от 15.11.2000) // Собрание законодательства РФ. – 2004. – 04.10. – № 40. – Ст. 3882.

¹ Решняк М.Г. Актуальные проблемы соотношения уголовно-правовых мер противодействия коррупции в частной и публичной сферах в Российской Федерации // Безопасность бизнеса. – 2021. – № 4. – С. 35.

² Гаврилов Б.Я., Крымов В.А., Шпагина Ю.В. Уголовный проступок: новые грани российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2022. – № 1. – С. 116.

³ Конвенция против транснациональной организованной преступности (принята в г. Нью-Йорке 15.11.2000 Резолюцией 55/25 на 62-ом пленарном заседании 55-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН) (с изм. от 15.11.2000) // Собрание законодательства РФ. – 2004. – 04.10. – № 40. – Ст. 3882.

⁴ Акимов А.А., Бокова Ю.А. Конституционно-правовые последствия выхода российской федерации из Совета Европы // Общество, экономика и право: вызовы современности и тенденции развития. Электронный сборник статей по материалам IV Международной научно-практической конференции. – 2023. – С. 14-18.

3. Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (заключена в г. Страсбурге 27.01.1999) // Собрание законодательства РФ. – 2009. – 18.05. – № 20. – Ст. 2394 (действие документа на территории РФ прекращено).

4. Федеральный закон от 28.02.2023 N 42-ФЗ «О денонсации Российской Федерацией Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию» // Собрание законодательства РФ. – 2023. – 06.03. – № 10. – Ст. 1565.

5. Официальное сообщение МИД России <О прекращении действия Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию> // Собрание законодательства РФ. – 2023. – 11.09. – № 37. – Ст. 6808.

6. План мероприятий Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по противодействию коррупции на 2021 - 2024 годы, утв. Решением Совета палаты, выписка из протокола от 21.09.2021 N 14/1-сп; п. 5.2 Плана Верховного Суда Российской Федерации по противодействию коррупции на 2021 - 2024 годы, утв. Приказом Верховного Суда РФ от 29.09.2021 N 35-П // СПС КонсультантПлюс. 2023.

7. Акимов А.А., Бокова Ю.А. Конституционно-правовые последствия выхода российской федерации из Совета Европы // Общество, экономика и право: вызовы современности и тенденции развития. Электронный сборник статей по материалам IV Международной научно-практической конференции. – 2023. – С. 14-18.

8. Гаврилов Б.Я., Крымов В.А., Шпагина Ю.В. Уголовный проступок: новые грани российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2022. – N 1. – С. 115 - 139.

9. Гераков Р.В. Уголовная статья о подкупе арбитра - необходимость или преждевременная мера? // Третейский суд. – 2022. – N 2/3. – С. 178 - 190.

10. Решняк М.Г. Актуальные проблемы соотношения уголовно-правовых мер противодействия коррупции в частной и публичной сферах в Российской Федерации // Безопасность бизнеса. – 2021. – N 4. – С. 34 - 38.

11. Худжатов М.Б. Вопрос-ответ // СПС КонсультантПлюс. 2023.

12. Шорохов В.Е. Антикоррупционная политика ООН и России: сравнительно-правовой аспект // Международное публичное и частное право. – 2019. – N 6. – С. 36 - 39.

13. Шорохов В.Е. Правовые основы государственной антикоррупционной политики в России // Российская юстиция. – 2019. – N 11. – С. 49 - 51.

14. Шорохов В.Е. Современная модель государственной антикоррупционной политики в России // Российская юстиция. – 2020. – N 9. – С. 2 - 4.

15."Никакого смягчения коррупционерам не будет". Юристы объяснили причины денонсации европейской конвенции об уголовной ответственности за коррупцию. URL: <https://rg.ru/2023/01/10/iuristy-obiasnili-prichiny-denonsacii-evropejskoj-konvencii-ob-ugolovnoj-otvetstvennosti-za-korruptsiu.html> (дата обращения: 23.12.2023).

16.Россия денонсировала Конвенцию СЕ об уголовной ответственности за коррупцию. URL: <https://tass.ru/politika/17163491> (дата обращения: 23.12.2023).

ВЛИЯНИЕ «ЗЕЛеноЙ» СТРАТЕГИИ ЕС НА ЦИФРОВИЗАЦИЮ НАЦИОНАЛЬНОЙ ЭКОНОМИКИ И ПУТЬ РЕАГИРОВАНИЯ В КИТАЕ И РОССИИ

Ван Гуанлун

Аспирант кафедры информационного права и цифровых технологий

Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Аннотация. Новая Европейская повестка дня в области культуры (New European Agenda for Culture) обеспечивает концептуальную поддержку «зеленой стратегии» Европейского Союза (ЕС). Европейский «зеленый» курс (ЕЗК) ставит амбициозную цель превратить ЕС в первую в мире зону с нулевым выбросом углерода в 2050 году, устанавливая ряд мер политики по продвижению «зеленых» инвестиций и финансирования, определяя стратегическое направление «зеленого» развития. Концепция экологической правовой культуры, содержащаяся в Европейском «зеленом» курсе, не только повлияет на развитие Европы, но и окажет прямое или косвенное влияние на процессы развития цифровизации экономики в Китае и России. В контексте цели углеродной нейтральности Китай и Россия должны предпринять более активные мероприятия для участия в глобальном управлении климатом в новой ситуации, содействовать энергетическому развитию зеленой экономики и цифровых технологий в своей стране и, в конечном счете, играть более позитивную роль в построении сообщества человеческой судьбы. В то же время Китай, Россия и другие страны должны укреплять сотрудничество в области зеленых технологий и цифровой экономики, а также сотрудничать с ЕС в целях содействия созданию глобальной системы устойчивого развития.

Ключевые слова: Европейский «зеленый» курс (ЕЗК), эколого-правовая культура, ESG показатели, зеленая экономика, цифровизация экономики, устойчивое развитие

1. Основное содержание «зеленой» стратегии ЕС

Европейский «зеленый» курс (ЕЗК) — это комплексная экономическая стратегия ЕС для средне- и долгосрочного устойчивого роста. Ее содержание в основном

отражается в трех аспектах: 1) выдвинуть четкие цели и конкретные задачи: во-первых, повысить требования к измерению показателей в области изменения климата: к 2030 году выбросы парниковых газов в ЕС сократятся по крайней мере на 55% по сравнению с 1990 годом, а до 2050 года Европа станет первым в мире «углеродно-нейтральным» континентом¹; во-вторых, прояснить семь ключевых задач, связанных с энергетикой, промышленностью, транспортом, строительством и биоразнообразием²; 2) разработать ряд «зеленых» политик, включая политику «зеленых» инвестиций и финансирования, политику «зеленых» финансов и налогообложения, а также политику «зеленых» технологий и талантов; 3) Европейский союз стремится стать глобальным политическим лидером в борьбе с изменением климата. Его путь к реализации основан на Парижском соглашении, интеграции Зеленого альянса в другие партнерства посредством торговой политики, установлении глобальных стандартов в глобальной цепочке стоимости, отвечающих экологическим и климатическим целям ЕС, улучшении глобальной платформы устойчивого финансирования, создании глобальной единой системы классификации, раскрытия информации, стандартов и маркировки в области изменений климата.

После глобальной вспышки эпидемии новой коронарной пневмонии ЕС продолжает активно продвигать глобальную климатическую повестку дня, такую как устойчивое финансирование, и рассматривает стратегические инвестиции в цифровую инфраструктуру, чистую энергетику, экономику замкнутого цикла и интеллектуальные транспортные системы в ЕЗК как важные элементы восстановления экономики после эпидемии³. Цифровые сети связи объединяются с цифровыми, возобновляемыми «энергетическими сетями» и цифровыми, автоматизированными «транспортными и логистическими сетями», что образует супер «Интернет вещей». Достижения цифровой экономики в области повышения производительности переместились за пределы брандмауэра виртуального мира в

¹ Председатель Европейской комиссии: К 2030 году выбросы парниковых газов в ЕС сократятся по крайней мере на 55% по сравнению с 1990 годом. <https://baijiaobao.baidu.com/s?id=1678034911269594154&wfr=spider&for=pc> (дата обращения: 14.05.2022 г.).

² Эти 7 ключевых задач включают в себя 1) **биоразнообразие**: сохранение и восстановление экосистем, поддержка роли морей и океанов в экономическом развитии — «синяя экономика»; 2) **устойчивая и умная мобильность**: сокращение выбросов от транспорта, переход на безуглеродное топливо и экологичные виды транспорта (общественный, велосипед), использование умных технологий; 3) **промышленность**: переход на принципы циклической экономики, сокращение отходов, декарбонизация энергоемких отраслей, введение пограничного углеродного налога; 4) **энергоэффективность**: развитие возобновляемых источников энергии, переход на интегрированную энергосистему; 5) **эффективное строительство**: повышение энергоэффективности зданий — реновация и новое энергоэффективное строительство; 6) **устойчивое сельское хозяйство «От фермы до стола»**: развитие органического сельского хозяйства, сокращение выбросов отходов, поддержка программ здорового питания; 7) **нулевое загрязнение**: сокращение использования вредных химических веществ. Источник: Основные положения нового Европейского зеленого курса и его значение для нашей страны. https://m.theraper.cn/baijiaobao_7878121 (дата обращения: 14.05.2022 г.).

³ Интерпретация нового «Европейского зеленого курса» и его значение для нашей страны. <http://www.doc88.com/p-86616160333787.html> (дата обращения: 14.05.2022 г.).

реальную экономику энергии, физических товаров и услуг. Таким образом, ЕС вступает на новый смелый путь создания высокотехнологичной, зеленой цифровой экономики 21 века, которая может сделать Европу самым продуктивным местом для ведения бизнеса в мире, а также самым экологически устойчивым обществом на земле¹.

2. Влияние «зеленой» стратегии ЕС на цифровизацию экономики в Китае и России

Европейская идея о зеленой цифровой экономике в настоящее время получает признание в Китае, России и других странах. В то же время реализация ЕЗК также открывает различные возможности и проблемы для Китая и России. С одной стороны, по сравнению с традиционным индустриальным режимом движущее влияние цифровой экономики на скорость экономического развития и низкоуглеродную промышленность в Китае и России нельзя игнорировать; с другой стороны, если инфраструктура цифровой экономики не будет регулироваться, возникающий в результате этого «эффект блокировки» выбросов углерода станет серьезной проблемой для Китая и России в достижении углеродной нейтральности.

1) Цифровая экономика оказывает положительное влияние на достижение углеродной нейтральности. Это в основном отражается в следующих трех аспектах:

а) Цифровая экономика может помочь сократить выбросы углекислого газа. Цифровая экономика использует данные в качестве основного элемента, а данные характеризуются непотреблением, отсутствием дефицита, совместным использованием и неисключительностью. С одной стороны, она может заменить традиционные методы производства и потребления, например, видеоконференции высокой четкости заменяют международные поездки и потребности в поездках, тем самым снижая выбросы углерода от транспортировки, с другой стороны, это может повысить эффективность энергоснабжения традиционной энергетики, значительно снизить производственные затраты и снизить степень ущерба окружающей среде. Например, в промышленной области осуществляется экологичное интеллектуальное производство и внедряется производственный режим 5S, который учитывает как высокую эффективность, так и экологичность; в области строительства используют преимущества энергосистемы с широким охватом и гибким реагированием smart grid для строительства зданий с нулевым выбросом углерода; в области транспорта интеллектуально трансформируют транспортные средства и транспортные сети, продвигают новые энергетические транспортные средства в целях сокращения выбросов углекислого газа.

¹ Видение-Общая ситуация-Международная // Экономика Тяньцзиня. 2015. № 11. С. 79.

б) Благодаря цифровой трансформации «зеленое финансирование» и «устойчивое финансирование» могут обеспечить более дешевые средства, чтобы побудить компании выбрать использование низкоуглеродных технологий и повысить эффективность зеленых финансовых услуг с помощью платформ финансовой информации и систем моделирования и прогнозирования больших данных.

3) Цифровая экономика способствует развитию рынка торговли углеродом. Цифровые технологии, такие как блокчейн, обладают такими характеристиками, как децентрализация, прозрачность, безопасность, неизменяемость и отслеживаемость информации. Цифровая трансформация рынка торговли углеродом не только обеспечит взаимосвязь распределенных разнородных устройств и информации о транзакциях, но и обеспечит эффективное взаимодействие между различными субъектами, аппаратными устройствами и торговыми системами. Она также может поддерживать создание смарт-контрактов и реализовать интегрированную разработку контрактов на торговлю углеродом, контрактов на ценообразование на углерод и контрактов на планирование выбросов углерода¹.

2) Цифровая экономика оказывает негативное влияние на достижение целей углеродной нейтральности. Цифровая экономика в основном состоит из двух частей: цифровой индустриализации и цифровизации промышленности. Первая является ведущей отраслью цифровой экономики, в то время как вторая - базовой отраслью цифровой экономики. Однако ядром обеих является цифровая инфраструктура, и последняя является основным источником высокого уровня выбросов углерода в цифровой экономике. Согласно Закону Мура, количество этих цифровых инфраструктур стремительно растет, и соответствующие выбросы углекислого газа также продемонстрируют значительную тенденцию к росту².

Во-первых, суть инфраструктуры цифровой экономики заключается в преобразовании электроэнергии в вычислительную мощность. При этом энергопотребление увеличивается с «эффектом мультипликатора», и ее неконтролируемое развитие повлияет на конечную реализацию цели углеродной нейтральности. Если взять в качестве примера Китай, то по состоянию на 2020 год Китай построил в общей сложности 4,286 миллиона стоек в центрах обработки данных, занимая первое место в мире, с более чем 1 миллионом базовых станций 5G, что составляет около 70% мирового рынка. В 2020 году они потребляли всего 201,1 миллиарда киловатт-часов электроэнергии, а общий объем выбросов углекислого газа

¹ Ван Шуо, Ван Хайжун. Исследование стратегии о здоровом развитии цифровой экономики в Китае в контексте двухуглеродной цели // Современное управление экономикой. 2022. № 44. <https://kns.cnki.net/kcms/detail/13.1356.F.20220510.1617.002.html> (дата обращения: 15.05.2022 г.).

² Там же.

достигнет 120 миллионов тонн¹.

Во-вторых, продолжающееся высокоуглеродное развитие цифровой экономики будет препятствовать процессу развития «зеленой» экономики в Китае и России. Основной целью как цифровой экономики, так и зеленой экономики является реализация экономики совместного использования для общественности в целях содействия трансформации рынка от концепции прав собственности к концепции совместного использования. Безусловно, цифровая экономика с высоким содержанием углерода будет препятствовать развитию зеленой экономики в обеих странах.

3. Путь реагирования Китая и России на «зеленую экономику» ЕС

В ответ на экономический спад, вызванный эпидемией новой короны, страны по всему миру начали вводить крупномасштабные меры экономического стимулирования. Воздействие политики экономического стимулирования обычно носит долгосрочный характер, и существует глобальный консенсус в отношении того, что «зеленое» развитие является необходимым условием долгосрочного устойчивого экономического развития. Устойчивое развитие уже давно стало общим глобальным видением, и текущие глобальные проблемы климата и окружающей среды по-прежнему актуальны. Поэтому, учитывая нынешнюю экономическую и социальную среду Китая и России, «зеленый» стимул представляется неизбежным выбором на данный момент времени.

1) Путь реализации «озеленения» в Китае и России. С момента подписания Парижского соглашения концепция «зеленого» развития, низкого уровня выбросов углерода и сокращения выбросов углерода получила широкую поддержку. 74 из 190 подписанных сторон Парижского соглашения взяли на себя обязательства по сокращению выбросов парниковых газов в соответствии с долгосрочными целями, поставленными Межправительственной группой экспертов по изменению климата (IPCC), чтобы ограничить повышение глобальной средней температуры менее чем на 2°C по сравнению с доиндустриальными временами и ограничить повышение температуры до менее чем 1,5 °C. Шестьдесят одна страна, включая Китай, Россию и Европейский союз, поставили четкие цели по сокращению выбросов углерода². Большинство стран, достигших пика выбросов углерода, установили цель углеродной нейтральности до 2050 года, в то время как Саудовская Аравия, Россия и другие крупные экспортеры нефти и газа, а также Китай и другие крупные потребители

¹ Е Жуйци, Ву Шенда и др. Потенциалы и проблемы центров обработки данных о пути к декарбонизации цифровой инфраструктуры и сокращения выбросов углерода 5G в Китае (2020-2035) [EB/OL]. (2021-07-04) . <http://www.199it.com/archives/1272811.html> (дата обращения: 16.05.2022 г.).

² Цзоу Цайнэн, Хэ Дунбо и др. Содержание и путь трансформации мировой энергетики и ее значение для углеродной нейтральности // Нефтяной журнал. 2021. № 2. С. 233-247.

нефти и газа установили цель углеродной нейтральности до 2060 года¹.

ESG — это важный нефинансовый отчет для оценки степени защиты окружающей среды и социальной ответственности предприятий. Кроме того, инвестиционные продукты, связанные с ESG, также могут обеспечить средства для реализации целей углеродной нейтральности за счет финансирования с рынка капитала в целях поддержки зеленой трансформации предприятий или исследований и разработок в области экологических технологий². Таким образом, концепция ESG является хорошим инструментом, помогающим достичь углеродной нейтральности.

В Китае и России необходимо как можно скорее разработать набор систем ESG, соответствующих национальным условиям, и активно продвигать и применять их в своей стране, то есть, путем продвижения концепции ESG компании могут обратить внимание на свои собственные оценки ESG показателей и внести свой вклад в реализацию целей углеродной нейтральности. Кроме того, из-за различных национальных условий и природных условий Китая и России в обеих странах необходимо научно и рационально формулировать стратегии внедрения в соответствии с местными условиями в процессе реализации целей углеродной нейтральности.

В качестве одного из крупнейших в мире источников выбросов парниковых газов, общий объем выбросов углекислого газа в России в 2021 году составил около 4,6% от общего объема выбросов парниковых газов в мире³. Под влиянием множества факторов, таких как трансформация мировой ископаемой энергетики и реализация соответствующих политик ЕЗК ЕС, 29 октября 2021 года Председатель Правительства РФ Михаил Мишустин своим распоряжением утвердил утвердило *Стратегию социально-экономического развития России с низким уровнем выбросов парниковых газов до 2050 года*⁴. Эта «Стратегия», являясь конкретной интерпретацией «Дорожной карты декарбонизации», ранее предложенной президентом России Владимиром Путиным, установила план высшего уровня для России по достижению ее цели углеродной нейтральности к 2060 году⁵.

Китай является крупнейшим в мире источником выбросов углерода. Согласно

¹ См.: Ма Инфэн. Система ESG в контексте двухуглеродных целей. Газета страхования Банка Китая. 15.07.2021. Стр. 8.

² Чжан Липин, Ло Цзинхуа. Исследование пути к достижению «двухуглеродных целей» в рамках концепции ESG // Теоретическое наблюдение. 2022. № 3. С. 63.

³ bp . Statistical Review of World Energy 2021[R/OL]. 2021. <https://www.bp.com/en/global/corporate/energyeconomics/statistical-review-of-world-energy.html> (дата обращения: 15 мая 2022 года).

⁴ Распоряжение от 29 октября 2021 года №3052-р. <http://government.ru/docs/43708/> (дата обращения: 15 мая 2022 года).

⁵ Дэн Мэйхан, Че Чао и др. Новые возможности для китайско-российского энергетического сотрудничества в условиях низкоуглеродной трансформации России // Международная нефтяная экономика. 2022. № 4. С. 12.

статистике «BP World Energy Statistics Yearbook», среднегодовой выбросы углекислого газа в Китае с 2011 по 2017 год составили 9,15 миллиарда тонн, в то время как Соединенные Штаты, второй по величине источник выбросов углерода, выбрасывали всего 5,58 миллиарда тонн¹. Сталкиваясь с проблемой глобального изменения климата, китайское правительство полностью признает необходимость зеленых преобразований. В сентябре 2020 года Китай предложил цель «двойного углерода» - достичь пика выбросов углерода к 2030 году и достичь углеродной нейтральности до 2060 года². 24 октября 2021 года в своем отчете о том, как достичь цели «двойного углерода», Госсовет КНР выдвинул более всеобъемлющую дорожную карту для ее достижения: во-первых, ускорить зеленую трансформацию образа жизни; во-вторых, усилить поддержку развития зеленых и низкоуглеродных отраслей промышленности; в-третьих, ускорить строительство экологически чистой и низкоуглеродной энергетической системы; в-четвертых, содействовать энергосбережению и низкоуглеродному транспорту; в-пятых, усилить содействие строительству энергосберегающих и низкоуглеродных зданий; в-шестых, активизировать исследования и разработки в области зеленых и низкоуглеродных технологий; в-седьмых, повысить способность поглощать углерод; в-восьмых, повысить уровень зеленого и низкоуглеродного развития в открытости для внешнего мира, ускорить создание системы зеленой торговли и содействовать строительству зеленого «Одного пояса и одного пути»; в-девятых, усовершенствовать стандартную систему измерений и улучшить возможности статистического мониторинга; в-десятых, совершенствовать системы инвестиционной, финансовой, налоговой, ценовой и других политик и содействовать созданию рыночных механизмов, таких как торговля правами на выбросы углерода и торговля правами на энергопотребление³.

Здесь следует отметить, что, будь то развитие экологически чистых и низкоуглеродных отраслей промышленности или усиление крупных экологически чистых и низкоуглеродных научно-технических исследований, требуется большая финансовая поддержка⁴, но государственные средства могут обеспечить только ее часть, а оставшаяся часть все еще нуждается в финансировании, поставленном рынком⁵. В этом контексте ESG может играть важную роль в финансировании на

¹ https://www.sohu.com/a/154980820_237486 (дата обращения: 15 мая 2022 года).

² Чжан Сяоси. Значение, проблемы экономического роста Китая в рамках «двухуглеродных целей» и ответные меры // Исследования в области развития. 2022. № 3. С. 35.

³ Компартия Китая и Госсовет анонсировали «Заключение о полном, точном и всестороннем осуществлении Новой концепции развития и работе по пику выбросов и нейтрализации выбросов углерода». http://www.news.cn/politics/2021-10/24/c_1127990969.htm (дата обращения: 15 мая 2022 года).

⁴ Лю Фанфан. Строительные чертежи дорожной карты для достижения «двухуглеродных целей» должны быть четкими. Газета строительных материалов Китая. 27.08.2021. Стр. 1.

⁵ Ли Дешан-юй. Создание системы оценки ESG с китайскими характеристиками. Газета: Экономический отчет 21 века. 09.09.2021. Стр. 9.

рынке капитала.

2) Путь синергетического развития «зеленой» экономики и цифровой экономики. Благодаря быстрому развитию и применению облачных вычислений, больших данных, искусственного интеллекта и Интернета вещей цифровая экономика стала движущей силой трансформации и модернизации промышленной структуры в различных странах и доминирующим фактором нового витка глобальной промышленной конкуренции. Как новая экономическая и социальная форма, цифровая экономика больше не фокусируется на невозобновляемых источниках энергии, таких как уголь и нефть. Вместо этого она объединяет данные с новыми источниками энергии и новыми материалами, что не только помогает повысить информатизацию, уровень интеллекта и эффективность распределения ресурсов всего общества, а также помогает сократить выбросы парниковых газов.

«Экологизация» и «цифровизация» — это два основных направления в пакетах экономических стимулов мира в ответ на COVID-19. Развитие экологизации представляет стремление к устойчивой экономической модели, позволяющей человеческому обществу сосуществовать в гармонии с природой; развитие цифровизации - новый виток технологических инноваций, который в настоящее время происходит в мире. Две, казалось бы, не связанные области продемонстрировали определенное сходство в политике экономического стимулирования после эпидемии. В то же время зеленая экономика и цифровая экономика также могут в определенном смысле способствовать развитию друг друга. Если зеленая экономика и цифровая экономика, включенные в политику стимулирования, могут играть синергетический эффект, они смогут максимально повысить свою роль в содействии восстановлению экономики после эпидемии¹. В «Инициативе по зеленым и низкоуглеродным действиям в цифровом пространстве», опубликованном в сентябре 2021 года на I Китайском форуме на высшем уровне по цифровой углеродной нейтральности, также предлагалось усилие взаимного продвижения и синергетического развития таких двух основных областей, как цифровая экономика и низкоуглеродная экономика².

Заключение

Таким образом, в контексте экологической правовой культуры, основанной на «Парижском соглашении», ЕЗК и концепции ESG, Китай и Россия должны выбрать путь синергетического развития цифровой экономики и зеленой экономики: с одной

¹ Цянь Лихуа, Фан Ци и др. Исследование синергии между зеленой и цифровой экономикой в рамках политики стимулирования // Исследование политики. 2020. № 12. С. 4.

² Китайский Фонд развития Интернета и Китайский союз охраны окружающей среды: «Предложение по экологичным и низкоуглеродным действиям в цифровом пространстве» [ЕВ/ОЛ].[2021-09-08]. http://www.cac.gov.cn/2021-09/07/c_1632603654736232.htm (дата обращения: 16 мая 2022 года).

стороны, зеленая экономика используется для продвижения реализации экологически чистого и низкоуглеродного устойчивого развития цифровой экономики; с другой стороны, цифровая экономика может быть использована для эффективного содействия развитию зеленой экономики¹: во-первых, цифровые технологии могут широко использоваться для получения экологической и экологической информации в целях прямой поддержки экологических и природоохранных работ; во-вторых, цифровая экономика может эффективно способствовать зеленой трансформации глобальной экономики, что в основном отражается в том факте, что цифровые технологии могут играть важную роль в повышении эффективности использования энергии и ресурсов, содействии развитию и использованию возобновляемых источников энергии, а также в повышении эффективности производства, продаж и потребления продуктов и услуг во всем обществе или снижении спроса для энергии и сырья за счет дематериализации человеческой деятельности и обменов; в-третьих, цифровые технологии также могут быть применены к зеленому финансовому бизнесу для снижения затрат на управление «зеленым» финансовым бизнесом, чтобы способствовать ориентированному на рынок развитию «зеленых» финансов в Китае и России.

¹ Цянь Лихуа, Фан Ци и др. Исследование синергии между зеленой и цифровой экономикой в рамках политики стимулирования // Исследование политики. 2020. № 12. С. 12.

ОХРАНА ИСТОРИЧЕСКОЙ ПРАВДЫ КАК ЭЛЕМЕНТ НАЦИОНАЛЬНОЙ СПЕЦИФИКИ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА

Москалев Г. Л.

*Кандидат юридических наук,
Доцент кафедры уголовного права,
заместитель директора Юридического института по науке*

Несмотря на то, что история российской государственности насчитывает более 1100 лет, современная Российская Федерация – молодая страна. В декабре 2024 года ей исполнится всего 33 года. В основе российской идентичности, равно как и отличительной особенностью любой другой нации, является национальная культура, частью которой является национальное право. Как нет двух одинаковых наций, так и нет двух одинаковых национальных правовых систем. Особенности права той или иной страны отражают национальную идентичность и помогают понять, что за люди населяют эту страну. На таких тезисах основывается культурологический подход к познанию права.

Разумеется, национальное право современных государств содержит в себе нормы, касающиеся общечеловеческих, универсальных ценностей, а равно элементы, свойственные и другим, родственным национальным правовым системам, объединяясь с ними в связи с этим в правовые семьи. В то же время можно обнаружить и особенности, характерные исключительно конкретному государству. В ходе своего взросления в качестве одной из таких особенностей Российская Федерация выработала правовую задачу по охране исторической правды.

Вопрос правовой охраны исторической правды возник в связи со вступлением в силу Закона РФ № 1-ФКЗ, в соответствии с которым в Конституцию РФ была включена статья 67.1. Часть 3 новой статьи основного закона страны провозгласила: *«Российская Федерация чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды. Умаление значения подвига народа при защите Отечества не допускается»*. Это изменение акта высшей юридической силы России впервые нормативно поставило вопрос защиты исторической правды средствами национальной правовой системы.

Во исполнение этого нового положения основного закона страны нормы, посвященные исторической правде, стали активно включать в различные правовые акты. На настоящий момент они существуют в действующих указах Президента РФ.

Качественный рост значения защиты исторической правды в политико-правовой повестке можно проиллюстрировать ее положением в новой Стратегии национальной безопасности РФ. В частности, в разделе об информационной безопасности указывается, что «по политическим причинам пользователям сети “Интернет” навязывается искаженный взгляд на исторические факты». В разделе, посвященном защите традиционных российских духовно-нравственных ценностей, культуры и исторической памяти, говорится: «Участились попытки фальсификации российской и мировой истории, искажения исторической правды и уничтожения исторической памяти». В п. 93 Стратегии задача защиты исторической правды ставится дважды в подпунктах 2 и 11. Кроме того, противодействие попыткам фальсификации истории и защита исторической правды указывается в качестве самостоятельной задачи в разделе Стратегии, посвященном стратегической стабильности и взаимовыгодному международному сотрудничеству.

Для сравнения, в ранее действовавшей Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 года лишь в одном пункте отмечалось, что «Негативное воздействие на состояние национальной безопасности в сфере культуры усиливают попытки пересмотра взглядов на историю России, её роль и место в мировой истории», а словосочетание «историческая правда» в тексте не упоминалось ни разу.

Во исполнение уже Стратегии национальной безопасности РФ был принят Указ Президента РФ «Об утверждении Основ государственной политики по сохранению и укреплению традиционных российских духовно-нравственных ценностей», в котором вопросы охраны исторической правды также закономерно нашли свое место.

Таким образом, задача по охране исторической правды и исторической памяти нашла отражение в различных нормативно-правовых актах, а ее выполнение средствами права становится предметом дальнейшей нормотворческой деятельности.

В проведенном нами исследовании было определено, что в своем конституционно-правовом смысле историческая правда – это требующая охраны от ее изменения социально значимая достоверная информация об исторических событиях, связанных с обеспечением безопасности России, главным образом, но не исключительно – с историей Великой Отечественной войны, состоящая из точно подтвержденных исторических фактов.

Основной закон устанавливает границы для охраны исторической правды, говоря о ней в контексте памяти о защитниках Отечества и подвиге народа при защите

Отечества. Таким образом, Конституция формулирует задачу по охране не вообще всех исторических фактов, а той их части, которая связана с обеспечением безопасности России. Государство берет под охрану не все, а наиболее важные общественные отношения. В части уголовно-правовой охраны такой подход отвечает сложившимся социальным основаниям криминализации, которые предполагают установление запрета исключительно тех деяний, которые причиняют вред общественным отношениям и являются в связи с этим общественно опасными.

Повышенным социальным значением без сомнений обладают события Великой Отечественной войны как одного из важнейших исторических событий, консолидирующих общество. При этом к социально значимым историческим фактам, связанным с обеспечением безопасности России (защитой Отечества), относятся не только события непосредственно военных действий. Так, в течение последних лет в России особое внимание государства и общества уделяется информации об имевших место в период Великой Отечественной войны случаях геноцида народов СССР. Убедительным свидетельством этому тезису служат данные Генеральной прокуратуры РФ, по информации которой с 2020 года по настоящее время такие факты были установлены решениями судов в 19 субъектах РФ. Данные судебные решения объективизируют, подтверждают исторические факты и, как следствие, выступают предпосылкой установления ответственности за их отрицание.

Таким образом, сложились как правовые, так и социальные основания для существования нормы об уголовной ответственности за отрицание геноцида народов СССР. К числу первых относятся нормы о необходимости охраны исторической правды. Ко вторым – способность таких действий причинять вред обществу ввиду распространения ложной информации о социально значимых исторических фактах.

На сегодняшний день Особенная часть Уголовного кодекса России не содержит самостоятельной статьи, посвященной отрицанию геноцида. Близкая по содержанию норма нашла отражение в части 1 статьи 354.1, которая, помимо прочего, запрещает отрицание фактов, установленных приговором Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси. Однако приговор Нюрнбергского трибунала в принципе не содержит понятия геноцида. Более того, в нем не могли найти отражения все преступления нацистов и их союзников. О многих из них стало известно сравнительно недавно, в результате анализа архивных материалов и археологических исследований, данные которых и были положены в основу решений судов об установлении фактов геноцида народов СССР. Таким образом, часть 1 статьи 354.1 Уголовного кодекса России в действующей редакции не распространяется на отрицание этих фактов.

Отличающимся от отрицания геноцида является его оправдание. Последнее касается не событий прошлого, а состоит в заявлениях о правильности деятельности по уничтожению национальной, этнической, расовой или религиозной группы, а равно в том, что такая деятельность нуждается в поддержке и подражании. Подобные деяния, совершенные публично, способны возбудить ненависть или вражду в отношении указанных групп. По данному основанию публичное оправдание геноцида видится однородным деянием с обоснованием и утверждением необходимости геноцида и может быть квалифицировано по статье 282 Уголовного кодекса России при наличии субъективных признаков состава этого притупления.

Еще одним пограничным с отрицанием действием являются публичные призывы к совершению геноцида. Публичные призывы к совершению геноцида как и его оправдание относятся к событиям будущего. Отсутствие уголовно-правового запрета на их совершение является пробелом в уголовном законе России. При этом обязательство криминализовать «прямое публичное подстрекательство к совершению геноцида» закреплено в Конвенции ООН «О предупреждении преступления геноцида и наказании за него» 1948 года, которая была подписана и ратифицирована СССР и действует для России в силу правопреемства.

Таким образом, действующий уголовный закон России не содержит запрета на отрицание геноцида, в том числе геноцида народов СССР в годы Великой Отечественной войны. В связи с наличием оснований криминализации такого деяния возникает необходимость установления уголовной ответственности за его совершение. В поисках оптимального пути осуществления такой криминализации следует обратиться к зарубежному опыту.

Множество примеров криминализации отрицания геноцида можно подчеркнуть в национальном уголовном законодательстве европейских странах, а также в Канаде и Израиле. При этом нормы об отрицании геноцида в этих странах имеют серьезные отличия.

Отличия в подходах к криминализации отрицания геноцида состоят в различных странах состоят в конкретизации актов геноцида, за отрицание которых устанавливается ответственность или отсутствии её таковой, а также в необходимости наличия судебного решения, признающего отрицаемый геноцида таковым.

Считаем, что нет необходимости устанавливать уголовную ответственность за отрицание любого геноцида, поскольку далеко не все такие акты, имевшие место в истории, значимы на сегодняшний день для российского общества.

Правильным стоит признать подход, криминализующий отрицание геноцида

только в случаях, когда он получил оценку в качестве такового в решении суда, в том числе национального. В связи с тем, что термин «геноцид» активно применяется во внеправовой среде (например, в журналистике, политике и т. д.), такое решение не позволяет толковать запрет чрезмерно широко и признавать преступлением отрицание действий, не признанных геноцидом в рамках судебной процедуры.

Отдельного упоминания при анализе вопроса криминализации отрицания геноцида в зарубежных странах заслуживает опыт Республики Беларусь. Особый интерес к нему связан не только с политической и географической близостью этой страны к России, но и с содержательным сходством охраняемой информации о прошлом. Отрицание геноцида белорусского народа представляет собой часть предлагаемого к криминализации в России отрицания геноцида народов СССР, что и обеспечивает содержательное сходство двух явлений. Статья 2 Закона дополняет Уголовный кодекс Беларуси новой статьей 130² «Отрицание геноцида белорусского народа», которая устанавливает уголовную ответственность за это деяние, указывая в диспозиции части 1 статьи в качестве обязательных различные варианты публичного распространения такой информации.

К достоинствам белорусского подхода к криминализации отрицания геноцида следует отнести наличие законодательно закрепленного определения геноцида белорусского народа. Недостатком следует признать отсутствие в законе указания на установленные в судебных решениях факты, составляющие этот геноцид.

Наиболее органичным способом установить запрет на совершение рассматриваемого деяния является дополнение части 1 статьи 354.1 Уголовного кодекса России, посвященной реабилитации нацизма, следующей фразой: *«Отрицание геноцида народов СССР, установленного решением российского суда...»*. Одновременно с внесением этих изменений целесообразно принятие Федерального закона «О геноциде народов СССР», в котором следует указать все установленные в судебном порядке исторические факты, получившие в России оценку в качестве геноцида народов СССР.

Таким образом, взятый государством и уже нашедший отражение в нормах Российского права специфика национальной правовой системы Российской Федерации. При этом закономерно предположить, что в рамках развития этого направления нормы, направленные на обеспечение такой охраны, будут появляться в различных отраслях Российского права, а одной из таких норм, весьма вероятно, станет запрет на отрицание геноцида народов СССР.

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ЦИФРОВЫХ ПЛАТФОРМ

Гандзий Е. В.

Аспирант МГЮА

Цифровые платформы играют все более важную роль в современном обществе, и их влияние продолжает расти. Они стали неотъемлемой частью нашей повседневной жизни, от онлайн-покупок и социальных сетей до управления финансами и системы государственного управления с использованием цифровых платформ¹. Для изучения цифровых платформ следует рассмотреть правовое регулирование в различных юрисдикциях, а именно опыт разработки модельных законов на уровне Содружества независимых государств (далее СНГ) и законодательство России, Казахстана, а также опыт Европейского союза и Китая, кроме того, стоит уделить внимание законодательным инициативам в США касательно цифровых платформ.

На уровне СНГ особое внимание уделяется вопросам регулирования информационной сферы и цифровым технологиям. Приняты следующие модельные законы, которые направлены на регулирование данной области: «О цифровом пространстве, его инфраструктуре и регулировании в государствах СНГ»², «О цифровых правах»³, а также Информационный Кодекс⁴. Стоит отметить, что перечисленные модельные законы являются рекомендательными, направленные на гармонизацию законодательства стран участников СНГ.

В России цифровые платформы регулируются базовыми законами «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁵, «О персональных данных»⁶, в сфере цифровых финансовых активов действуют законы:

¹ Полякова, Т. А. Концептуальные основания развития института доступа к информации в Российской Федерации при применении цифровых технологий / Т. А. Полякова, Г. Г. Камалова // Мониторинг правоприменения. – 2020. – № 4(37). – С. 22-27. – DOI 10.21681/2226-0692-2020-4-22-27.

² Модельный закон «О цифровом пространстве, его инфраструктуре и регулировании в государствах — участниках СНГ», принят на пятьдесят пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 55-8 от 14.04.2023)

³ Модельный закон «О цифровых правах» Принят на пятьдесят пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 55-12 от 14.04.2023)

⁴ Модельный Информационный Кодекс для государств — участников СНГ. Принят на пятьдесят четвертом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 54-12 от 28.10.2022)

⁵ Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» от 27.07.2006. № 149-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31 Ст. 3448.

⁶ Федеральный закон «О персональных данных» от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3451.

Федеральный закон «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ»¹, Федеральный закон «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы»², Федеральный закон «О национальной платежной системе»³. Как справедливо отмечает С.Г. Чубукова, на сегодняшний день в российском законодательстве формируется институт информационного посредника, к которым относятся и цифровые платформы.⁴ Кроме того, в российском законодательстве устанавливаются требования к иностранным цифровым платформам⁵.

В антимонопольном законодательстве установлены правила для платформ в п.4.1. ст.4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» закреплено понятие сетевой эффекта, в ст.10.1. упомянутого закона установлен запрет на осуществление монополистической деятельности операторам цифровой платформой при наличии в совокупности 3-х условий: наличие сетевого эффекта; доля сделок, совершаемых между продавцами и покупателями посредством цифровой платформы, превышает в стоимостном выражении 35% общего объема сделок, совершаемых на соответствующем товарном рынке; выручка такого хозяйствующего субъекта за последний календарный год превышает два миллиарда рублей.

В Казахстане имеется законодательство, регулирующее общественные отношения, связанные с платформами, так в сфере электронной торговли в законе закреплены понятия: электронных торговых площадок, которые могут делиться на специализированные т.е. на площадке реализуются товары одного класса, работ и услуг одного вида экономической деятельности, а также отдельно закон выделяет - информационно-рекламную торговую площадку. Под электронной торговой площадкой понимается – *«интернет-ресурс, обеспечивающий инфраструктуру участникам электронной торговли, в том числе заключение договоров между ними на оказание работ и услуг с использованием информационно-коммуникационных*

¹ Федеральный закон «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 02.08.2019 № 259-ФЗ // СЗ РФ. 2019. № 31. Ст. 4418; Федеральный закон «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы» от 20.07.2020 № 211-ФЗ // СЗ РФ. 2020, № 30, Ст. 4737; Федеральный Закон РФ «О занятости населения в Российской Федерации» от 19.04.1991 № 1032-1 // СЗ РФ. № 17. 1996. Ст. 1915.

² Федеральный закон «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы» от 20.07.2020 № 211-ФЗ // СЗ РФ. 2020. № 30. Ст. 4737.

³ Федеральный закон «О национальной платежной системе» от 27.06.2011 № 161-ФЗ // СЗ РФ. 2020. № 27. Ст. 3872.

⁴ Chubukova S.G. Institute of Digital Intermediaries in Law. Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL). 2022;(4):158-167. (In Russ.) <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2022.92.4.158-167>

⁵ Khimchenko A.I. On the interconnection of issues of ensuring the information sovereignty of the Russian Federation and the formation of a digital environment of trust. Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL). 2022;(4):83-91. (In Russ.) <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2022.92.4.083-091>

технологий» (ст. 1 Закона РК «О регулировании торговой деятельности»¹). Инфраструктура электронной коммерции на электронной торговой площадке включает в себя: *«1) внутренние требования электронной торговой площадки к участникам электронной торговли; 2) возможность безналичного расчета за товар, работы и услуги с использованием банковских платежных систем; 3) организацию или координацию доставки товара или услуги; 4) обеспечение взаиморасчетов между покупателем и продавцом, в том числе при возврате товара; 5) предоставление возможности совершения договора купли-продажи, договора об оказании услуг посредством информационно-коммуникационных технологий путем обмена электронными документами или электронными сообщениями»* (пп. 2-1. ст. 29-1. Закона РК «О регулировании торговой деятельности»). Кроме того, в законодательстве закреплены понятия онлайн-платформы, которая подразделяется на иностранную онлайн-платформу (критерием для отнесения является наличие ста тысяч пользователей, находящихся на территории Казахстана), закрепляются следующие обязанности: назначить своего законного представителя по взаимодействию с уполномоченным органом в области средств массовой информации (ст. 18-2 Закон РК «Об информатизации»²); установить программу для определения количества пользователей либо собственными ресурсами определять количество их пользователей; принимать меры по удалению информации, признанной кибербуллингом в отношении детей, а также запрещенной информации (ст. 41-1. Закона РК от «О связи»³). Сама онлайн-платформа это *«интернет-ресурс и (или) сервис обмена мгновенными сообщениями, предназначенные для распространения информации пользователем посредством созданной им персональной страницы путем размещения, приема и (или) передачи знаков и (или) сигналов, и (или) голосовой информации, и (или) письменного текста, и (или) изображения, и (или) звуков, и (или) сообщений конкретно определенному или неопределенному кругу лиц, за исключением интернет-ресурса и (или) сервиса обмена мгновенными сообщениями, предназначенных для предоставления финансовых услуг и электронной коммерции»* (пп. 51-1 1. ст. 1 Закон РК «Об информатизации»).

Законодательство Казахстана предусматривает различные виды платформ,

¹ Закон Республики Казахстан «О регулировании торговой деятельности» от 12 апреля 2004 года № 544-III (с изменениями и дополнениями по состоянию на 12.01.2023 г.) // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1047488& (дата обращения: 20.01.2024).

² Закон Республики Казахстан «Об информатизации»² от 24 ноября 2015 года № 418-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.01.2023 г.) // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33885902# (дата обращения: 20.01.2024).

³ Закон Республики Казахстан «О связи» от 5 июля 2004 года № 567-III (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18.11.2022 г.) // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049207#sub_id=41010000 (дата обращения: 20.01.2024).

которые созданы на основе технологии блокчейн: распределенная платформа данных; цифровая платформа по хранению и обмену обеспеченными цифровыми активами; биржа цифровых активов (п. 2, п. 5 ст. 1 Закон РК «О цифровых финансовых активах»¹). Также устанавливается правовой статус субъектов, взаимодействующих с цифровой платформой: лицо, выпускающее цифровой актив на распределенной платформе данных; лицо, осуществляющее цифровой майнинг; собственник, владелец и пользователь, обладающие доступом в информационной системе лица, выпускающего цифровой актив; юридическое лицо, в котором участники занимаются майнингом – «цифровой майнинговый пул». Под распределенной платформой данных понимается «технологическая платформа, компоненты которой связаны между собой заданными алгоритмами, размещаются на различных узлах сети, могут иметь одного или более владельцев, а также могут обладать различным уровнем тождественности данных» (пп. 39-1 ст. 1 Закон РК «Об информатизации»); цифровая платформа по хранению и обмену обеспеченными цифровыми активами – «совокупность информационно-коммуникационных технологий, построенных на основе распределенной платформы данных, реализующих определенные информационные взаимодействия и предназначенных для решения конкретных функциональных задач, предоставляющих возможность информационного обмена» (пп. 2 ст. 1 Закон РК «О цифровых финансовых активах»); биржа цифровых активов – «цифровая платформа, осуществляющая организационное и техническое обеспечение торгов, выпуска, обращения и хранения цифровых активов» (пп. 5 ст. 1 Закон РК «О цифровых финансовых активах»). Кроме того, в концепции защиты и развития конкуренции в Республике Казахстан на 2022-2026 годы обозначено проблемы, связанные с цифровыми рынками и платформами. В частности, отмечены следующие особенности: 1) антиконкурентных соглашения, в том числе с использованием компьютерных алгоритмов, когда координация деятельности вводится на основе больших данных; 2) дискриминационные и недобросовестные практики, связанные с приоритизацией собственных товаров и сервисов; 3) связывание цифровых товаров т.е. продажа товара при условии, что покупатель покупает другой товар или наложение обязательств не покупать товар другого продавца².

Опыт Европейского союза

¹ Закон Республики Казахстан от 6 февраля 2023 года № 193-VII «О цифровых активах в Республике Казахстан» (не введен в действие) // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33689356 (дата обращения: 20.01.2024).

² Об утверждении Концепции защиты и развития конкуренции в Республике Казахстан на 2022-2026 годы // Указ Президента Республики Казахстан от 22 июня 2022 года № 938 // URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2200000938/info> (дата обращения: 20.01.2024).

Касаемо законодательства Европейского Союза в области информационной безопасности цифровых платформ имеется Директива «О мерах по обеспечению высокого общего уровня кибербезопасности» (NIS 2 Directive), которая направлена на снижение угроз для сетей и информационных систем, используемых для предоставления основных услуг в ключевых секторах, а также обеспечения непрерывности предоставления таких услуг при возникновении инцидентов¹, Также в Европейском союзе имеется предложение о регулировании требований к кибербезопасности программных продуктов, известное как закон «О киберустойчивости»². Стоит отметить, что в части защиты данных распространяется Общий регламент по защите данных (GDPR) и Положение «О конфиденциальности и электронных коммуникациях» (ePrivacy Regulation)³, также имеется закон «Об управлении данными» (Data Governance Act)⁴.

В Европейском союзе, в частности недавно принят закон «О цифровых рынках»⁵ в части антимонопольного регулирования цифровых платформ, также закон «О цифровых услугах»⁶. Для целей сравнительного исследования рассмотрим Закон «О цифровых услугах». В нём предусматривается различный субъектный состав. Например, поставщики посреднических услуг («providers of intermediary services») должны предоставлять следующие услуги: (i) услуга «простой передачи информации», состоящая из передачи в сети связи информации, предоставленной получателем услуги, или предоставления доступа к сети связи; (ii) услуга «кэширования», состоящая в передаче по сети связи информации, предоставленной получателем услуги, включая автоматическое, промежуточное и временное хранение этой информации, выполняемое с единственной целью сделать более эффективной передачу информации. дальнейшая передача другим получателям по их запросу; (iii) услуга «хостинга», состоящая в хранении информации, предоставленной получателем услуги и по его запросу. Одним из подвидов поставщиков

¹ Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555> (дата обращения: 20.01.2024).

² Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020. // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0454> (дата обращения: 20.01.2024).

³ Proposal for a regulation of the European parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0454> (дата обращения: 20.01.2024).

⁴ Regulation (EU) 2022/868 of 30 May 2022 on European data governance, and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0868>

⁵ Digital Markets Act. // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925> (дата обращения: 20.01.2024).

⁶ Digital Services Act. // URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.pdf (дата обращения: 20.01.2024).

посреднических услуг является «онлайн-платформа» под которой понимают: *«поставщика услуг хостинга, который по запросу получателя услуги хранит и распространяет для всеобщего сведения информацию, за исключением случаев, когда эта деятельность является второстепенной и чисто вспомогательной функцией другой услуги или второстепенной функциональностью основной услуги и по объективным и техническим причинам не могут использоваться без этой другой услуги, а интеграция функции или функциональных возможностей в другую услугу не является средством обхода применимости настоящего Регламента.* Онлайн платформы делятся на социальные сети, онлайн маркетплейсы, также закон выделяет крупных онлайн платформ. Также в законе имеются понятия поисковой и рекомендательной системы. Кроме того, в законе устанавливается правовой режим платформы как информационной системы (ст. 23-23а). В пункте 51b преамбулы закона «О цифровых услугах» закрепляется: «темные паттерны — это практики, содержащиеся в интерфейсах онлайн платформ, с помощью которых преднамеренно или фактически существенно оказывают вред пользователю или искажают его способности делать самостоятельный выбор и информированное решение. Такие практики могут использоваться для того, чтобы заставить пользователей совершить какие-либо определенные действия либо сделать необдуманное решение, которое будет иметь негативные последствия для пользователей. Соответственно пользователь должен принимать решения свободно и осознанно, владельцам онлайн платформы запрещено проектировать интерфейс платформы, который будет манипулировать, либо в любой другой форме влиять на потребителей. Так государственный орган вправе издать акт, где устанавливается запрет на навязывание вариантов при выборе пользователем; также на практику с назойливой просьбой сделать выбор в тех случаях, когда пользователем уже его сделал, в частности путем представления всплывающего окна, которое мешает работе пользователя; запрет на ситуацию, при которой процедура отказа от подписки на какие-либо услуги сложнее, чем ее принятие.

Таким образом, в Европейском союзе выстраивается комплексное регулирование цифровых платформ, в частности устанавливается правовой статус владельца цифровой платформы, а также непосредственно правовой режим самой платформы, в запрете на недобросовестные практики при ее разработке, в доктрине известные как «темные паттерны».

Китай

Касаемо регулирования цифровых платформ в Китае, то там имеется ряд законов

в сфере персональных данных (PIPL)¹, электронной коммерции², а также специальное регулирование по рекомендательным алгоритмам.

Специальный нормативный акт, регулирующий цифровые платформы сфере электронной торговли – является Закон об электронной коммерции Китайской Народной Республики. В нем имеется понятие оператор электронной платформы («e-commerce platform operators») — это юридическое лицо, либо организации без образования юридического лица, предоставляющая торговые онлайн площадки, позволяющие осуществлять перевод денег, распространять информацию, и другие услуги для двух и более сторон, которые могут самостоятельно совершать сделки в электронной форме.

Также выделяется такой субъект как внутриплатформенный поставщик товаров или услуг («operators on platform») - лицо которое предоставляет свои услуги или продает товара с помощью электронной платформы. Оператор электронной платформы обязан проверять лицензию у внутриплатформенных поставщиков, также разработать соглашение об обслуживании и правила совершения сделок на платформе. Операторы должны устанавливать справедливые правила, не ухудшающие положение других лиц, работающих на их платформе, а именно не создавать ограничения, либо не взимать необоснованные сборы. В случае если оператор сам занимается предпринимательской деятельностью на своей платформе, он должен маркировать, выделять те товары, услуги от других предпринимателей, тем самым не вводить потребителей в заблуждение.

В сфере защиты персональных данных в КНР установлены специальные требования, к компаниям, которые оказывают услуги на интернет-платформах (internet platform services) в статье 58 Закона «О защите личной информации». Во-первых, принять организационная меры по защите информации – создать специальный отдел в компании, в который должны входить независимые эксперты, а также систему по защите персональной информации. Во-вторых, компания должна принять правовые меры: сформулировать правила платформы; стандарты обработки личной информации внутриплатформенными поставщиками товаров или услуг, где они должны установить обязанности по защите личной информации. Если они серьезно нарушают законы или подзаконные акты при обработке персональных данных, запретить внутриплатформенными поставщиками продуктов или услуг работать на платформе. Также платформа обязана соблюдать принципы открытости,

¹ Personal Information Protection Law of the People's Republic of China. // URL: <https://digichina.stanford.edu/work/translation-personal-information-protection-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-nov-1-2021/> (дата обращения: 20.01.2024).

² E-Commerce Law of the People's Republic of China. // URL: https://ipkey.eu/sites/default/files/documents/resources/PRC_E-Commerce_Law.pdf (дата обращения: 20.01.2024).

честности и справедливости. В-третьих, компания обязана регулярно выпускать отчеты о социальной ответственности защиты личной информации и принимаемых мерах по соблюдению их. В законодательстве КНР о электронной коммерции выделяются такие субъекты как оператор электронной платформы, внутриплатформенный поставщик товаров или услуг. Также области защиты персональных данных определяется правовой статус компаний, которые оказывают услуги посредством интернет-платформ.

Опыт США

На сегодняшний день в США отсутствует специальное правовое регулирование цифровых платформ на федеральном уровне, однако имеются различные законопроекты «Digital platform commission act of 2022»¹ и «Augmenting compatibility and competition by enabling service switching Act»². Исходя из анализа данного законопроекта США может перенять подход Европейского союза в части закрепления не только правого статуса оператора цифровой платформы, но и правого режима самой цифровой платформы. Платформа должна соответствовать определенным качествам: функциональной совместимостью (interoperability); переносимость данных (portability). Также предполагается создание специального надзорного органа по цифровым платформам на федеральном уровне. Концепция темных паттернов, которая закреплена в европейском законодательстве, воспринята и американскими законодателями. К примеру понятие «темные паттерны» закреплено в законодательстве о персональных данных в штате Калифорнии США, где в Калифорнийском законе о правах на неприкосновенность частной жизни установлено: «[a] темный паттерн означает пользовательский интерфейс манипулирующий или оказывающий значительное влияние на принятие самостоятельных решений пользователем, примеры более подробно определяются в данном законе». Также в законе отмечается, что согласие на обработку персональных данных, полученное при помощи использования темных паттернов, является ненадлежащим³.

Выводы

Таким образом, исторически сложилось, что в первую очередь публично-правовое регулирование цифровых платформ развивалось в сфере персональных данных, социальных сетей, затем электронных торговых площадок (платформ), следующим этапом послужило развития идеи сетевого эффекта и внедрения в законодательство антимонопольных правил регулирования цифровых платформ, и

¹ Digital Platform Commission Act of 2022. // URL: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4201/actions> (дата обращения: 20.01.2024).

² Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act. // URL: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3849> (дата обращения: 20.01.2024).

³ California privacy rights Act. // URL: <https://cpra.gtlaw.com/cpra-full-text/> (дата обращения: 10.12.2022)

крайним этапом активное развитие регулирования платформ в сфере финансовых активов.

Это отражается на примере законодательства Российской Федерации, Казахстана и КНР. Так в законодательстве Казахстана регулируются площадки в сфере электронной торговли, в частности специализированные и рекламные, онлайн-платформы, а также в сфере финансовых цифровых активах три вида платформ на основе технологии блокчейн: распределенная платформа данных, платформа по хранению и обмену обеспеченными цифровыми активами, биржа, закон закрепляет юридическое лицо – майнинговый пул. В законодательстве КНР о электронной коммерции выделяются такие субъекты как оператор электронной платформы, внутриплатформенный поставщик товаров или услуг. Также в области защиты персональных данных определяется правовой статус компаний, которые оказывают услуги посредством интернет-платформ.

Стоит отметить, в мировой практике появляются тенденции для комплексного регулирования цифровых платформ, в частности в европейском законодательстве. Следовательно, можно прийти к выводу, что публично правовой режим цифровой платформы состоит из следующих составляющих: а) правового статуса оператора цифровой платформы поскольку он обладает властным (волевым) признаком, в частности воздействовать на процессы, происходящие на платформе; б) цифровой платформы как объекта права, т.е. какие юридически правовые действия может совершать субъекты права с этим объектом. Например, проектировать веб-интерфейс платформы, определяет информационные системы, где обрабатываются данные.

В ходе исследования выявлено, при проектировании интерфейса цифровых платформ может возникнуть проблема правомерности использования недобросовестных практик – «темных паттернов» (на англ. «dark patterns») при проектировании интерфейса цифровой платформы. Важно отметить использование данной практики может повлечь ущерб пользователю платформе как в форме финансовых потерь, необдуманного раскрытия персональных данных, а также негативного влияния на психоэмоциональное состояние пользователя.

Касаемо опыта США, можно сказать, что на сегодняшний день отсутствует специальное регулирование, однако имеются тенденции в принятии комплексного закона как в Европейском союзе, тем самым закрепить статус операторов цифровых платформ, характеризующихся количественными и качественными критериями, а также требованиями к разработке и функционированию самих платформ.

В правовой статус оператора цифровой платформы входит обеспечение информационной безопасности цифровой платформы, в частности обязанность

локализовать информационные системы по обработки данных, обязанность идентифицировать пользователей платформы, проводить модерацию вредной информации и контента, распространяемого на платформе.

ОБ ОДНОМ ИЗ АСПЕКТОВ ПРИНУЖДЕНИЯ, КОТОРЫЙ ПРИВОДИТ К РАССУЖДЕНИЮ О ЗАКОНЕ И СВОБОДЕ. СВОБОДА КАК ЦЕННОСТЬ В ПРАВОВЫХ КУЛЬТУРАХ КИТАЯ И РОССИИ.

Мишина И. Д.

Доцент ЮИ Сибирского федерального университета

В юридическом сообществе обсуждается вопрос о наличии перспективы конвергенции правовых систем России и Китая. Будущее покажет, такие процессы зависят от многих факторов и требуют времени. Но обнаружение глубинных ценностей, на основе которых возможен диалог правовых культур на разных ее уровнях является необходимым условием возможности конвергенции и сотрудничества в правовой сфере.

Современная трактовка традиционных китайских «сердцевинных» ценностей представлена ЦК КПК на XVIII съезде в 2012 г., где среди прочих указаны и свобода, справедливость, честность, дружба и доброта.

Аксиология свободы наличествует и в китайской и в российской правовых культурах и правовых системах исторически и в современном научном дискурсе.

Китайский ученый Лю Цзюньнин подчеркивает, что настоящий консерватизм, позиции которого он отстаивает, охраняет свободу и свободную традицию. Источником свободы является не Запад, **а неизменная человеческая природа, утверждает он.** Современные китайцы любят свободу, к ней же стремились их предки – они выступали против деспотического правления, хотя и не пришли к демократии.

Чем шире круг свобод, предоставляемых гражданам, тем теснее связи между личностью и обществом, а также между гражданами и государством», - утверждают Ха Шуцзюй и Чжан Юепин .

А теперь обратимся к категории правового принуждения, для того, чтобы затем выйти к рассуждению о свободе в праве, также морали и религии.

Профессор М.И. Байтин определил право следующим образом: «Право — это система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений **возможностью государственного принуждения**; являются властно-официальным регулятором общественных отношений».

Google: Что такое норма права простыми словами? Норма права — это общеобязательное, формально-определенное, правило поведения, установленное или признанное (санкционированное) государством, регулирующее общественные отношения и обеспеченное возможностью государственного принуждения».

Мировая турбулентность вызывает ответную реакцию права, в том числе и в виде увеличения объема и возрастания значения властно-принудительных средств. Однако, не стоит забывать, что принуждение является обоюдоострой бритвой и применять его следует весьма осторожно, помня о его сложнейшей природе и порой пагубных последствиях.

Природа правового принуждения связана, в том числе, с формой его легитимации, с законом, Форма легитимации принуждения – закон.

Б.П. Вышеславцев, видный русский философ, юрист, труды которого еще не вполне освоены, утверждает, что **закон** в философском смысле можно понимать, как **символ любой нормативной системы ценностей**.

Закон - **любое внешнее предписание, противопоставленное свободному внутреннему нравственному императиву**. Такое понимание закона охватывает и позитивное право, и естественное право, и естественную мораль (религия, и нравственность, и право). **Закон мыслится как любая императивная норма**.

Далее автор анализирует явление, которое называет «трагедия закона». Закон называет преступления, но бессилён с ними бороться. На протяжении человеческой истории ни моральное осуждение, ни строгость законов, ни их усовершенствование, ни организация властей, ни правовое государство не уменьшают количества зла и преступлений.

Закон требует справедливости, но своей императивной формой вызывает сопротивление области бессознательного. Ни преступление, ни повиновение с необходимостью не вытекают из закона; закон автоматически не порождает ни подчинение ему, ни его нарушение.

Человек по природе свободная личность. Поэтому между императивным велением закона и решением и действием человека лежит сфера подсознательных аффектов и сфера свободы (современным языком сфера подсознательного и

бессознательного). Закон мотивирует правомерное поведение, но не является причиной правомерного, нравственного или религиозно угодного поведения. В чем же причина противодействия закону?

Закон есть рациональное правило, обращенное к сознательной воле, но не к иррациональным, бессознательным и подсознательным инстинктам и влечениям. Сознательный закон, выраженный и закрепленный в императивной форме и обращенный к воле, вызывает обратное действие в силу противодействия подсознательного (бессознательного) мира. И это противодействие тем сильнее, чем больше усилие воли, желающее исполнить императив. Психологи называют это **эффектом иррационального противоборства или эффектом обращенного усилия**.

Иррациональность включает высшие мистические переживания и низшие подсознательные влечения. Подсознательное + бессознательное – хаос (греч.), которые закон по природе не может формировать, а вызывает сопротивление.

Как преодолеть сопротивление бессознательного?

Хаос преодолевается, когда сознание приобщается к ценности (сверхсознательное). Сублимация, возведение к высшему направлено к тому, что человек считает высшей ценностью. Воображение – мощная сила, проникающая в подсознание. Подсознание питается **образами** воображения.

Нормы морали и права **не имеют образа**, нормы можно только помыслить. Именно поэтому человеку свойственно искать идеал в образах – богов, правителей, философов, героев.

В глубине бездны иррациональной свободы закон и власть бессильны. На всякий императив свободная воля может ответить неприятием самой формы закона или его преступлением. К свободе можно обратиться с призывом, приглашением. Свободное признание, заинтересованность и захваченность воображения не тождественны отношению власти и подчинения, поэтому принуждение здесь бессильно.

Выводы из сказанного разнообразны и многоплановы. В кратком выступлении их даже не перечислить. Остановимся на том, что закон и право бессильны бороться с нарушениями, закон своей формой вызывает сопротивление области бессознательного, тем большее, чем сильнее императив, обращенный к сознанию. В китайской высоконтекстной культуре рефлексия свободы и закона также присутствует, как и российской правовой мысли. Хотя свобода понимается и исследуется чаще в ее социальном измерении. В российском научном дискурсе есть давняя традиция осмысливать свободу в праве не только в социальном аспекте, но в экзистенциальном, индивидуальном, как это делает Б.П. Вышеславцев.

СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА В РОССИИ И КИТАЕ

Харитонова Юлия Сергеевна

доктор юридических наук, профессор,

*руководитель Научно-образовательного центра «Центр правовых исследований
искусственного интеллекта и цифровой экономики»,*

профессор кафедры предпринимательского права,

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова.

Технология искусственного интеллекта получила очень широкое распространение и сферы, в которых без искусственного интеллекта (ИИ) трудно обойтись, все множатся. Настоящим мы хотели бы подсветить вопросы выработки норм права в ходе правовых экспериментов по созданию регуляторики в сферах, где искусственный интеллект развивается в первую очередь.

Настоящим мы хотели бы поделиться опытом выработки экспериментальных правовых режимов, которые создаются и обсуждаются в Российской Федерации в настоящее время в отношении применения технологии искусственного интеллекта.

С принятием федерального закона от 31.07.2020 № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах», ФЗ об ЭПР) внедрение новых технологий посредством «регулятивных песочниц» стало возможным в различных сферах экономической деятельности. Экспериментальный правовой режим в сфере цифровых инноваций определен в Законе как применение в отношении участников экспериментального правового режима в течение определенного периода времени специального регулирования по направлениям разработки, апробации и внедрения цифровых инноваций.

Поскольку известно, что в Китае применяются аналогичные инструменты, то считаем необходимым обозначить только некоторые моменты характеристики экспериментальных правовых режимов в сфере так называемых цифровых инноваций. Итак, среди особенностей этого правового инструмента можно выделить распространение специального регулирования по «территориальному» характеру и в зависимости от круга лиц, «временность» его введения, а также возможность в рамках

эксперимента отказаться как от применения конкретных обязательных требований, так и от осуществления определенной разрешительной деятельности.

Сферы установления экспериментальных правовых режимов для апробации систем искусственного интеллекта. На данный момент в Российской Федерации установлен федеральный эксперимент по апробации искусственного интеллекта как такового, то есть в отрыве от конкретных систем, применяемых для решения определенных задач в отдельных сферах, только на уровне субъекта РФ – в городе федерального значения Москве. Так, был принят Федеральный закон от 24.04.2020 № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации - городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных», который установил ЭПР на пять лет с 1 июля 2020 года.

Рассматриваемый Закон имеет ряд особенностей. В частности, он закрепляет понятие искусственного интеллекта: «комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. Комплекс технологических решений включает в себя информационно-коммуникационную инфраструктуру (в том числе информационные системы, информационно-телекоммуникационные сети, иные технические средства обработки информации), программное обеспечение (в том числе в котором используются методы машинного обучения), процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений»; а также понятия «технологии искусственного интеллекта», под которыми понимаются такие технологии, что функционируют в неразрывной связи с искусственным интеллектом, и при этом в их число входят устройства с компьютерным зрением, синтезом речи, поддержкой принятия решений и предиктивными методами.

В названном законе закреплены задачи установления экспериментального правового режима, свидетельствующие о разносторонней политике госуправления в области ИИ. В число задач входит:

- 1) стимулирование правового развития в сфере регулирования систем искусственного интеллекта;
- 2) изучение процесса применения технологий искусственного интеллекта в Москве;
- 3) анализ эффективности особого регулирования по результатам

функционирования ЭПР.

Особенностью является закрепление федеральным актом полномочий высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации - города федерального значения Москвы. Указанные полномочия довольно широки, так как их перечень открыт, и они распространяются не только на разработку и внедрение систем искусственного интеллекта, но и на оборот «отдельных товаров (работ, услуг) на основе указанных технологий», что демонстрирует предпосылки для осознания «регулятивной песочницы» в качестве комплексного экономико-правового инструмента.

Важно отметить, что Закон также предусматривает создание специального реестра участников экспериментального правового режима и образование координационного совета, который принимает участие в обсуждении проектов нормативно-правовых актов, подпадающих под юридический эксперимент, а также может вносить предложения по улучшению модели специального правового режима в ходе или по результатам установленного регулирования.

К настоящему моменту экспериментальные режимы в отношении применения искусственного интеллекта более или менее сложились в отношении трех сфер:

- в сфере эксплуатации высокоавтоматизированных транспортных средств;
- в здравоохранении;
- сферу экологических и земельных правоотношений.

Правовые эксперименты в сфере эксплуатации высокоавтоматизированных транспортных средств. Высокоавтоматизированные транспортные средства предполагают использование большого количества инноваций, связанных с искусственным интеллектом, работой с большими данными, робототехникой и сенсорики, промышленным интернетом (в том числе в области автономного принятия решений), а также с отраслевыми цифровыми технологиями.

С недавних пор наиболее щепетильной темой в области транспортной инфраструктуры стала эксплуатация высокоавтоматизированных транспортных средств. В связи с этим перед законодателем возник сразу целый ряд вопросов. Самые важные из них касаются выбора отраслей правового регулирования, стадий юридического вмешательства и ответственности, наступающей вследствие использования беспилотников.

В законодательстве закреплено следующее определение высокоавтоматизированного транспортного средства – это транспортное средство, выпущенное в обращение на территории Евразийского экономического союза, допущенное к участию в дорожном движении на территории Российской Федерации, в конструкц

ию которого внесены изменения, связанные с его оснащением автоматизированной системой вождения, и не подлежащее отчуждению в период проведения эксперимента»¹.

Часть научных исследователей считает подход, представленный в нормативном акте, наиболее подходящим, так как водитель несет «обязанности по контролю движения, принятию мер по предотвращению дорожно-транспортных происшествий»².

Тем самым понятие высокоавтоматизированного транспорта раскрывается через две основные категории. Первая подразумевает участие водителя-испытателя во время эксплуатации средства передвижения, вторая, напротив, говорит о самостоятельном движении беспилотника под контролем оператора, осуществляемым дистанционно. Вполне возможно, что в будущем будет добавлена третья категория, предусматривающая замену человека-оператора искусственным интеллектом. Такой подход представляется наиболее результативным, так как он вводит системность в регулирование высокоавтоматизированной техники.

В результате ограничения транспортного законодательства во время проведения экспериментального правового режима появились следующие возможности:

1) Высокоавтоматизированный транспорт, используемый в качестве легкового такси, освобождается от нанесения соответствующих опознавательных знаков;

2) Рассматриваемое средство передвижения не подлежит обязательной сертификации или декларированию соответствия в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о техническом регулировании. При этом субъект, обеспечивающий работу беспилотников не обязан соблюдать обычные условия для поднятия уровня квалификации своих работников в транспортной сфере;

3) Не подлежит техническому осмотру введенный в эксплуатацию беспилотный транспорт в части соблюдения безопасности в связи с установкой дополнительных предметов или покрытий, ограничивающих обзорность с места водителя;

4) Не требуется подтверждать соответствие дополнительного оборудования автопилотируемого транспортного средства, прошедшего техническое обслуживание и ремонт, требованиям основных положений по допуску транспортных средств к эксплуатации;

¹ При этом «автоматизированная система вождения - программно-аппаратные средства, осуществляющие управление транспортным средством без физического воздействия со стороны водителя, с возможностью автоматического отключения при воздействии водителя на органы управления для перехода в режим ручного управления при необходимости, в том числе для предотвращения дорожно-транспортного происшествия» - Постановление Правительства РФ от 26 ноября 2018 г. № 1415.

² Бегишев И.Р. Высокоавтоматизированные транспортные средства: криминальные риски и правовые последствия // Информационное общество. 2022 № 4.

5) В отношении высокоавтоматизированного транспорта второй категории юридические лица (в будущем также – индивидуальные предприниматели), осуществляющие их эксплуатацию в рамках ЭПР не обязаны руководствоваться общими требованиями, обеспечивающими безопасность дорожного движения, в процессе организации работы водителей и оснащать такие средства передвижения тахографами;

6) Отсутствие «пилота» за рулем высокоавтоматизированного транспортного средства второй категории обусловило отказ от заполнения извещения о дорожно-транспортном происшествии без участия уполномоченных на то сотрудников полиции, а также от проверки наличия страхового полиса в рамках дорожного «полицейского» надзора;

7) Для осуществления перевозок транспортным средством второй категории не требуется путевой лист;

8) В рамках эксперимента не требуется получать разрешение на осуществление деятельности по перевозке пассажиров и багажа легковым такси;

9) Появилась возможность устанавливать дополнительные предметы или покрытия, ограничивающие обзорность с места водителя необходимых для обеспечения целей эксперимента;

Перевозка пассажиров и багажа должна осуществляться с учетом прямо закрепленных особенностей. Прослеживается ряд допущений, аналогичных нормам, рассмотренных выше, но при этом нет каких-либо серьезных ограничений для транспортировки людей и их багажа.

В результате достигнутая автономность передвижения беспилотного транспорта вызывает повышенные риски, которые в свою очередь подразумевают более пристальное внимание со стороны государства. Естественно, что такая деятельность должна сопровождаться определенными требованиями. В первую очередь необходимо получить заключение о соответствии испытуемого беспилотника. Оно выдается испытательной лабораторией, обращение в которую начинается с подготовки специальной заявки, декларации и копии документа, подтверждающего право собственности на высокоавтоматизированное средство передвижения.

Таким образом, степень правового вмешательства достаточно велика в данном случае. В качестве положительных сторон можно отметить повышенное внимание к общественной безопасности, снижение потенциальных рисков, а также недопущение злоупотребления экспериментальным правовым режимом со стороны субъектов. Однако существуют и негативные аспекты подобной зарегулированности. В первую очередь это касается экономической целесообразности: стремление государства к

«управлению» действиями участников эксперимента приводит к их скованности. Впоследствии субъект экспериментального правового режима несет большие убытки, поскольку его продукт слишком долгое время не реализовывается. Другая проблема — отсутствие конкуренции. Указанные издержки настолько высоки, что не многие организации смогут себе позволить участвовать в эксперименте.

Экспериментальное регулирование и применение технологий искусственного интеллекта в здравоохранении. Системы ИИ в «digital-медицине» вторичны по отношению к врачебным решениям и иным электронным системам. Это вызвано, в первую очередь, с общественной безопасностью, с тем, что искусственный интеллект несет множество рисков, особенно в таком принципиально важном сегменте, как жизнь и здоровье человека.

Самым перспективным направлением, которое значительно продвинется благодаря использованию нейросетей, является персонализированная медицина: «именно технологии искусственного интеллекта призваны обеспечить процесс успешного и полномасштабного внедрения персонализированной медицины, что вызвано их способностью оперативно обрабатывать объемный разнородный массив информации и выдавать результаты такого анализа, существенно сокращая временные и материальные затраты. Технологии искусственного интеллекта применяются для выявления оптимальных для больного протоколов лечения, исходя из его характеристик и контекста лечения»¹.

Российские изобретения в зависимости от их назначения предложено сортировать по следующим группам:

Анализ медицинских изображений и цифровая диагностика;

Профилактика и лечение состояний, заболеваний и осложнений;

Прочие направления².

К первой группировке эксперт относит, например, цифровые продукты на платформе «SberMedAi». В частности, «аппаратно-программный комплекс мобильной диагностики с применением искусственного интеллекта для оказания первичной медико-санитарной помощи, проведения диспансеризации в фельдшерско-акушерских пунктах и при выезде»³ под названием «Цифровой ФАП», который уже начали внедрять в медицинских организациях некоторых регионов России⁴.

¹ Крюкова Е.С., Инюшкин А.А. Интеллектуальные системы и персонализированная медицина: проблемы правового регулирования // Юрист. 2023. № 9. С. 29 - 34.

² <https://webiomed.ru/blog/obzor-rossiiskikh-sistem-iskusstvennogo-intellekta-dlia-zdravookhraneniia/?ysclid=lr26nhlif102836080>

³ <https://sbermed.ai/diagnostic-center/meditsinskoye-oborudovaniye-s-ii/fap/>.

⁴ <https://sbermed.ai/v-bryanskoj-oblasti-zarabotaet-apparatno-programmnyj-kompleks-mobilnoj-diagnostiki-tsifrovoj-fap/>.

Во вторую группу специалистом определены такие технологические решения, как «MeDiCase»¹ – онлайн-сервис, позволяющий предварительно диагностировать заболевание у пользователя на основании пройденного им опроса, с помощью нейросети. По результатам диагностики «умная» система может порекомендовать курс лечения и профилактики потенциальному пациенту, а также указать на необходимость его личного обращения в больницу или незамедлительного вызова скорой помощи.

В разряд прочих направлений входят технологии, косвенно относящиеся к здравоохранению. К примеру, «программно-аппаратный комплекс Muscles.Ai»², который считывает движения людей, чтобы подготовить для них персональный план двигательной реабилитации. Инструмент применяется и для профилактики, сигнализируя о риске получения травмы при занятии спортом.

Хотя технологии ИИ станут своего рода завершающим элементом по цифровизации различных аспектов медицинской деятельности, на данный момент их внедрение в практику сопровождается определенными опасениями, скептицизмом и ограничениями.

В России «одна из главных причин, которая сдерживает развитие ИИ в отечественной медицине, - отсутствие стандартов»³. Очевидно, что стандартизация, которая, на первый взгляд, необходима только в технической плоскости, на самом деле должна стать общеобязательной. Выработать общий практико-ориентированный подход в регулировании позволяют экспериментальные правовые режимы.

Установленный в сфере «digital»-медицины ЭПР⁴ затрагивает тему искусственного интеллекта лишь косвенно. В постановлении Правительства РФ от 09.12.2022 № 2276 закреплено: «система поддержки – это система поддержки принятия врачебных решений, программное обеспечение, являющееся медицинским изделием, осуществляющее обработку данных дистанционного наблюдения за состоянием здоровья пациентов, в том числе с применением технологий искусственного интеллекта, обеспечивающее поддержку принятия клинических решений врачами и другими медицинскими работниками». Нейротехнологии и технологии ИИ могут применяться для «снижения риска причинения вреда жизни и

¹ <https://medicase.pro/>.

² <http://www.musclesai.ru/>.

³ Рязанова С.В., Мазаев В.П., Комков А.А. Новые тенденции становления искусственного интеллекта в медицине // CardioСоматика. 2021. № 12. С. 230.

⁴ Постановление Правительства РФ от 09.12.2022 № 2276 «Об установлении экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций и утверждении Программы экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций по направлению медицинской деятельности с применением технологий сбора и обработки сведений о состоянии здоровья и диагнозов граждан в отношении реализации инициативы социально-экономического развития Российской Федерации «Персональные медицинские помощники».

здоровью пациентов», а также «риска врачебной ошибки при анализе информации, поступившей из устройств».

Таким образом, необходимо более детально проработать вопрос использования систем искусственного интеллекта как в отдельных инновационных медицинских разработках, так и в сфере здравоохранения в целом. Для решения поставленной задачи следует запустить комплекс экспериментальных правовых режимов, направленный на выработку стандартов для введения в практику новых технологических решений в зависимости от особенностей каждого конкретного «умного» медицинского инструмента. На первом этапе стандартизации регулирования можно установить обобщенные «регулятивные песочницы» по обозначенным направлениям. При этом существующие способы проверки качества медицинских изделий могут стать отличной основой для сбора данных в целях утверждения нормативов в данной области.

Экспериментальный правовой режим как способ внедрения искусственного интеллекта в сферу экологических правоотношений. Применение ИИ в различных отраслях экономики так или иначе влияет на состояние окружающей среды, причем как положительно, так и отрицательно. В соответствии с Распоряжением Правительства РФ от 08.12.2021 № 3496-р «Об утверждении стратегического направления в области цифровой трансформации отрасли экологии и природопользования» планируется, что «технология искусственного интеллекта будет использоваться в рамках развития отрасли экологии и природопользования для анализа информации мониторинга, комплексного гидрометеорологического и экологического прогнозирования опасных метеорологических явлений, пожарной опасности в лесах, автоматизации принятия решений в режиме реального времени и др.

Примеры внедрения искусственного интеллекта уже существуют в отрасли обращения с твердыми коммунальными отходами. На основании приказа Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 15.05.2017 № 234 в едином реестре российского программного обеспечения был зарегистрирован «программно-аппаратный комплекс комплексная автоматизированная система управления «Управление отходами»¹, который работает на базе ИИ. На 2019 год более пятидесяти регионов РФ уже использовали данное программное обеспечение², однако правовое регулирование в этой сфере появилось

¹ <https://reestr.digital.gov.ru/reestr/304885/>.

² <https://tass.ru/obschestvo/7194693?ysclid=lnypwxw596381728472>.

только в 2022 году¹ .

Другие способы использования искусственного интеллекта для повышения эффективности в области охраны окружающей среды, такие как учет и анализ количества выбросов и сбросов предприятий в атмосферу, водные объекты и почву, отслеживание аномалий и популяций в животном мире, совершенствование работы коммунальных служб и т.д., особенно востребованы в настоящее время, но тоже не имеют должного нормативного закрепления.

Другими значимыми примерами являются два новых сервиса, работающих на базе ИИ, которые апробируются Росреестром. Первый из них — «Умный кадастр – УМКА», который «способен распознать контуры объекта недвижимости и проверить, какие сведения о нем содержатся в ЕГРН и Государственном адресном реестре»², что необходимо для исправления ошибок в данных информационных источниках, а также оптимизации комплексного развития территорий. Второй сервис, «Цифровой помощник регистратора – ЕВА», направлен на упрощение процесса регистрации недвижимости. Преимущество сервиса заключается в том, что он функционирует самостоятельно, минимизируя потенциальный вред, связанный с человеческим фактором.

Несмотря на положительные стороны использования искусственного интеллекта, существуют пробелы в нормативно-правовом регулировании ИИ. Необходимость «адаптации нормативного регулирования в части, касающейся взаимодействия человека с искусственным интеллектом, и выработки соответствующих этических норм» закреплена в п. 48 Указа Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации». Тем не менее, в данном Указе присутствует и опасение относительно чрезмерного вмешательства государства в инновационную сферу.

Такой мягкий подход к регулированию рассматриваемых отношений критикуют эксперты. Высказана позиция, что «в ближайшие годы появится целый пласт актов национального законодательства, регулирующих отношения в сфере охраны окружающей среды с учетом растущего использования искусственного интеллекта как потенциального фактора, влияющего на загрязнение природы, и как инструмента, позволяющего реализовывать экологическую политику гораздо более эффективно, чем это делается сейчас»³ . Также говорят о том, что необходимо создание нормативно-правовой базы в сфере создания и применения систем ИИ, отвечающей

¹ Постановление Правительства РФ от 20.05.2022 № 913 «Об утверждении Положения о федеральной государственной информационной системе учета твердых коммунальных отходов».

² <https://www.garant.ru/news/1608714/?ysclid=lpjcbi7n5680739441>.

³ Филипова И.А. Искусственный интеллект и экологическое право: точки пересечения и развитие // Экологическое право. 2023. № 2. С. 19 - 22.

как экологическим, так и социально-экономическим интересам¹.

В сфере экологических правоотношений ИИ вполне можно юридически закрепить в качестве наилучшей доступной технологии, внедряемой посредством ее апробации в экспериментальном правовом режиме. Внедряя в общественный быт инновации, используемые в городских цифровых платформах на базе «Умного города», занимаясь наукой в данной сфере, изобретая новые нейротехнологии, безусловно можно решать задачи, стоящие перед городскими властями, максимально быстро и эффективно, расходуя при этом (в перспективе) все меньше и меньше ресурсов. Именно специальные правовые режимы позволяют контролировать процесс использования этих технологий, обеспечивая должную безопасность для общества.

Законодательство об охране окружающей среды предусматривает государственную поддержку деятельности по внедрению наилучших доступных технологий в виде налоговых льгот и льгот в отношении платы за негативное воздействие на окружающую среду; выделения субсидий. Кроме того, закрепление за ИИ статуса наилучшей доступной технологии позволит систематизировать сбор и обработку данных, касающихся работы искусственного интеллекта, в частности, благодаря информационно-техническим справочникам, которые носят практикоориентированный характер (пп. 11 п. 6 ст. 28.1 ФЗ «Об охране окружающей среды»). Представляется, что такой способ регулирования ИИ позволит одновременно учесть как публичные интересы, в виде организации надлежащего контроля со стороны государства и «рамочной» апробации систем искусственного интеллекта, так и частные интересы, посредством установления льгот для организаций, использующих ИИ, а также получения большого количества эмпирического опыта, необходимого для развития нейросетей. Впоследствии, этот подход приведет к тому, что искусственный интеллект получит более широкое применение, и повысится общая эффективность его использования.

Плюсы и минусы экспериментального правотворчества. В настоящий момент отношение к принятому законодательству о создании экспериментальных правовых режимов в сфере применения ИИ неоднозначное. Юридический эксперимент представляет собой ограниченную временными рамками систему правового вмешательства со стороны государства, которая осуществляется с помощью формирования специальной нормы, апробирующей различные изъятия и (или) дополнения к ординарным установлениям в целях повышения общей эффективности

¹ Егорова М.А. Современные правовые проблемы права и экологии в условиях цифровой трансформации общественных отношений, предпринимательской деятельности и глобальных климатических изменений // Предпринимательское право. 2023. № 1. С. 2 - 7.

регулирующих общественных отношений. Особенность российской практики внедрения ЭПР - ввод экспериментального правового режима по решению региональных властей. Это ведет к тому, что возникает риск излишних и нецелесообразных административных барьеров. Но, с другой стороны, экономическое развитие посредством введения новых технологий в отдельных субъектах Федерации позволит обойти стороной постоянное проявление неравенства центра и периферии. Профессор Мохов А.А. считает, что «внедрение экспериментального правового режима (режимов) необходимо для драйверов инновационной экономики в целом»¹, следовательно, существующая сфера действия ФЗ об ЭПР представляется слишком узкой.

Некоторые правоведы смотрят на юридический эксперимент как на инструмент государственной правовой политики. Специалисты отмечают, что важно «конструировать» подобные специальные правовые режимы с особенно щепетильным отношением к ним и при этом использовать весь накопленный как на практике, так и в доктрине опыт.

Профессор Губин Е.П. пишет: «право переводит на юридический язык экономические отношения, отношения экономической солидарности»². «Правотворческие и правоприменительные эксперименты в правовой жизни российского общества должны проводиться научно-обоснованно, системно, последовательно, поскольку правовой эксперимент выступает средством правовой политики, обладает всеми его признаками, относится к группе специальных средств правовой политики ..., которые призваны организовать правовую жизнь общества»³.

Для того, чтобы стать правовой, норма должна пройти определенный путь от возникновения социально-экономической ситуации до своего становления в качестве устоявшегося правила поведения. Действующий на данный момент механизм регулирования в области предпринимательской деятельности, по мнению специалистов, не в полной мере отражает надлежащую правовую действительность в сфере экономических процессов. Представляется, что именно юридический эксперимент позволит отреагировать должным образом на текущее положение в бизнес среде и подтолкнуть к тщательному практикоориентированному нормотворчеству.

Выводы. В наши дни, в условиях всепоглощающего прогресса, до сих пор

¹ Мохов А.А. Экспериментальный правовой режим как специальный правовой режим для драйверов инновационной экономики // Юрист. 2019. № 8. С. 19 – 25.

² Губин Е.П. Экономическая деятельность, экономические права и их защита в контексте соотношения права и экономики // Предпринимательское право. 2021. № 3. С. 3 - 10.

³ Панченко В.Ю., Петров А.А. Юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов – Красноярск: Центр информации, 2015. – 342 с.

остаётся нерешённым вопрос о том, как государству преуспеть в технолого-правовой гонке. Наиболее современным подходом к решению проблемы является «умное регулирование» (англ. – «smart regulation»), которое соединяет в себе «механизмы и институты, обеспечивающие качество обратных связей агентов нормотворчества и объектов регулирования»¹.

Фактически это явление подразумевает «дерегулирование», преследующее несколько целей:

1. Упростить регулирование и повысить уровень транспарентности в экономике страны;
2. Поднять конкурентоспособность отдельных субъектов рынка;
3. Обеспечить потребности граждан товарами за счёт увеличения продуктивности и эффективности в работе хозяйствующих субъектов;
4. Создать предпосылки для нового регулирования.

Представляется, что в российских реалиях применение «smart regulation», выработанное в рамках проводимых регуляторных экспериментов, станет более перспективным способом администрирования общественных отношений.

¹ Купряшин Г.Л., Сарычева Н.Н. Концепция «умного регулирования»: зарубежный опыт и возможность его применения в государственном управлении России // Вестник МГУ Серия 21. Управление (государство и общество). 2013. № 2. С. 5.

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКИ

Фицай Д.А.

Старший преподаватель

Сибирского федерального университета

В современный период в национальных законодательствах многих стран закреплены экологические права человека и гражданина. При этом на национальном уровне правовое регулирование защиты экологических прав развивается по неодинаковым траекториям.

В одних странах экологические права закреплены в основных законах государств и конкретизированы в природоохранных законодательных актах. В других государствах экологические права закреплены в природоохранном законодательстве, а в конституциях этих стран, как правило, определены общие государственные ориентиры в сфере охраны окружающей среды и природопользования.

Вместе с тем совершенствование норм природоохранного законодательства в любой стране в настоящий период времени объясняется, в том числе, необходимостью обеспечения защиты экологических прав, признаваемых за гражданами этих государств.

Решение экологических проблем, при котором первостепенной задачей выступает обеспечение защиты экологических прав, к которым относятся закрепленные в статье 42 Конституции РФ¹ право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением, актуально для российского государства, что подтверждается вносимыми в национальное экологическое законодательство изменениями.

Изменения в российском законодательстве связаны с совершенствованием основного природоохранного нормативного правового акта - Федерального закона

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.).

«Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 года №7-ФЗ¹.

В частности, за последнее десятилетие произошло следующее нормативное правовое развитие. Во-первых, восстановлен институт общественного инспектора по охране окружающей среды (статья 68 Федерального закона «Об охране окружающей среды»), которым является гражданин, изъявивший желание оказывать органам государственного надзора содействие в природоохранной деятельности на добровольной и безвозмездной основе, может осуществлять общественный контроль в области охраны окружающей среды. Вместе с тем, в отличие от гражданина, не наделенного статусом общественного экологического инспектора, последний вправе принимать меры по обеспечению сохранности вещественных доказательств на местах совершения правонарушений. Во-вторых, уточнены сведения, относящиеся к экологической информации (о состоянии и загрязнении окружающей среды, включая состояние и загрязнение атмосферного воздуха, поверхностных вод водных объектов, почв; о радиационной обстановке; о стационарных источниках, об уровне и (или) объеме или о массе выбросов, сбросов загрязняющих веществ; об обращении с отходами производства и потребления; о мероприятиях по снижению негативного воздействия на окружающую среду; о состоянии многолетней (вечной) мерзлоты, а также о мерах по предупреждению последствий деградации вечномерзлых грунтов; иные сведения, определяемые Правительством Российской Федерации).

Изменения относительно защиты прав граждан, в том числе и экологических, произошли и в гражданско-процессуальном законодательстве, в соответствии с которым допустима и коллективная защита этих прав (статья 244.20 Гражданско-процессуального кодекса РФ (далее также – ГПК РФ²). При этом защита прав группы лиц возможна, если ко дню обращения в суд к группе присоединились не менее двадцати лиц.

Внедрение института коллективных исков является эффективным инструментом для доступа к правосудию, а также расширением возможностей защиты экологических прав граждан России. Более того, интересы всей группы лиц может защищать один ее представитель, соответственно, это облегчает бремя финансовых затрат в связи с необходимостью доказывания фактов нарушения экологических прав отдельным гражданином, являющимся членом группы лиц коллективного иска. Однако, требование о присоединении не менее двадцати лиц - членов группы вызывает некоторые опасения, обусловленные неспособностью объединения заинтересованных в таком количестве лиц. Вместе с тем присоединение к группе лиц

¹ Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» // СЗРФ. 2002. № 2. Ст. 133.

² Гражданско-процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

допустимо до перехода суда к судебным прениям. Тем не менее, результативность только лишь формирующейся практики по предъявлению коллективных исков в связи с нарушением экологических прав еще предстоит оценить.

В целях обеспечения защиты прав неопределенного круга лиц на благоприятную окружающую среду, равно как и на возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью в суд вправе обратиться также прокурор (статья 45 ГПК РФ). Как правило, прокурор осуществляет свои полномочия в связи с нарушением требований законодательства в области охраны окружающей среды или природопользования. При этом основной задачей прокурора является не столько защита экологических прав граждан, сколько осуществление надзора за соблюдением и исполнением требований законодательства, в случае нарушения которого экологические права граждан требуют защиты.

Как видим, порядок защиты экологических прав граждан России в суде представляет достаточно широкие возможности осуществления их защиты как непосредственно самими субъектами права, чьи права нарушены, так и путем подачи коллективных исков и представление интересов неопределенного круга лиц органами прокуратуры.

Китайская Народная Республика, стремящаяся к титулу «экологически цивилизованного» государства призвана обеспечить баланс экономических интересов и охраны окружающей среды, в том числе в целях сокращения фактов нарушения экологических прав (далее также – права в сфере охраны окружающей среды) граждан этого государства. Общеизвестно, что экономический подъем в Китае стал одной из причин ухудшения качества окружающей среды и здоровья, причем не только граждан Китая, но и граждан отдельных восточных регионов России.

Игнорирование нормативного закрепления экологических прав граждан Китая на конституционном уровне (в частности, в Конституции КНР от 04.12.1982г.¹) обусловило развитие природоохранного законодательства этой страны. Основные изменения за последнее десятилетие коснулись реформирования Закона КНР «Об охране окружающей среды»².

Так, в статье 53 Закона КНР «Об охране окружающей среды» закреплены права граждан в сфере охраны окружающей среды: право на доступ к информации об охране окружающей среды, право на участие в охране окружающей среды право и контроля в сфере охраны окружающей среды.

¹ Конституция Китайской Народной Республики от 04.12.1982г. URL: https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/

² Закон КНР «Об охране окружающей среды» от 26 декабря 1989 года (с изменениями и дополнениями от 24 апреля 2014 года, вступившими в силу с 1 января 2015 года) (на кит. яз.).

Развитие природоохранного законодательства КНР также привело к появлению в Законе КНР «Об охране окружающей среды» норм, регламентирующих порядок раскрытия информации и участия общественности в охране окружающей среды. В китайском законодательстве установлено, что организации, непосредственно или потенциально осуществляющие загрязнение окружающей среды, могут подвергаться общественному контролю (статья 55 Закона КНР «Об охране окружающей среды»). В связи с этим декларируется, что граждане, юридические лица и другие организации имеют право как получать информацию об окружающей среде, так и сообщать обнаруженную ими информацию о загрязнении окружающей среды или нанесения ей вреда (ст.ст. 53 и 57 Закона КНР «Об охране окружающей среды»).

Таким образом, изменения, внесённые в ключевой природоохранный акт КНР направлены на совершенствование норм, регламентирующих, в том числе защиту экологических прав.

Кроме того, расширились возможности граждан по их участию в охране окружающей среды. Так, предоставлены права общественным организациям предъявлять в народные суды иски в защиту общественных интересов в сфере охраны окружающей среды (статья 58 Закона КНР «Об охране окружающей среды»).

В Китайской Народной Республике каждый гражданин имеет право осуществлять защиту принадлежащих ему прав в сфере охраны окружающей среды в общем порядке путем обращения в народные суды высшей, средней и низовой ступени Китайской Народной Республики. Порядок рассмотрения этими судами дел о защите прав граждан Китая в сфере охраны окружающей среды не отличается от защиты иных прав.

Согласно Гражданско-процессуальному закону КНР от 9 апреля 1991 года¹ (статья 55) и Закону КНР «Об охране окружающей среды» (статья 58) субъектом обращения в специализированные экологические трибуналы (далее также – суды по охране окружающей среды) в защиту общественных интересов в сфере охраны окружающей среды могут быть общественные организации, административные органы, либо органы прокуратуры Китая. Причем в числе требований, предъявляемых к общественным организациям, обращающимся в суд за защитой общественных интересов в сфере охраны окружающей среды, в Законе КНР «Об охране окружающей среды» названы следующие: они должны быть зарегистрированы в органах народного правительства уровня города с районным делением и выше; специализироваться на общественной деятельности по охране окружающей среды в течение 5-ти и более лет при условии отсутствия записей об

¹ Гражданско-процессуальный закон КНР от 9 апреля 1991 года (с изменениями и дополнениями от 27 июня 2017 года) (на кит. яз.) Режим доступа: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/83/443.html>

имеющихся правонарушениях; не должны иметь цели получения экономической выгоды в связи с предъявлением искового заявления (статья 58 Закона КНР «Об охране окружающей среды»).

В специализированных судах по охране окружающей среды рассматриваются споры по защите общественных интересов в сфере охраны окружающей среды. Однако в действующем законодательстве КНР отсутствует понятие общественных интересов, что в свою очередь, не позволяет установить их содержание и пределы, учитываемые при предъявлении требований об их защите.

По нашему мнению, общественным интересам в сфере охраны окружающей среды коррелируют неперсонафицированные потребности населения в пресечении действий, загрязняющих окружающую среду, причиняющих экологический ущерб или нарушающих интересы общества.

Китайский опыт защиты общественных интересов в сфере охраны окружающей среды общественными организациями, административными органами или органами прокуратуры в экологических судах позволяет констатировать повышение качества правосудия и прогресс в рассмотрении такой категории дел, поскольку решения принимают судьи, обладающие специальными познаниями в этой сфере. В то время как в действующем законодательстве Китая не установлено особенностей защиты экологических прав гражданами в общем порядке путем их обращения в народные суды КНР.

Рассмотрение споров в китайских судах не лишено влияния традиций, сформированных под воздействием конфуцианского учения, в соответствии с которыми преобладают нормы морали над нормами права. В народных судах также возможно использование примирительных процедур при рассмотрении любых гражданских споров. Так, согласно статье 9 Гражданско-процессуального закона КНР народный суд может проводить медиацию на основе добровольных принципов.

Кроме того, Верховный народный суд КНР опубликовал Рекомендации «По некоторым вопросам надлежащего рассмотрения гражданских дел, связанных с эпидемией нового коронавируса» от 16 апреля 2020 года №1¹, являющиеся руководством для китайских судов при рассмотрении гражданских споров после эпидемии нового коронавируса (Covid-19), в соответствии с которыми народным судам рекомендуется проводить примирение сторон и помогать сторонам в заключении мировых соглашений для разрешения споров, возникших из-за эпидемии.

Таким образом, произошедшие за последние несколько лет существенные

¹ Рекомендации Верховного народного суда КНР «По некоторым вопросам надлежащего рассмотрения гражданских дел, связанных с эпидемией нового коронавируса» от 16 апреля 2020 г. №1 // Режим доступа: https://cnlegal.ru/civil_law/china_supreme_court_covid19_civil_cases/

изменения в правовых основах, регламентирующих защиту экологических прав как граждан России, так и граждан Китая, свидетельствуют о развитии институтов защиты этих прав в правовом пространстве РФ и КНР. Накопленный опыт в сфере защиты экологических прав граждан исследуемых государств представляет интерес в связи с инкорпорацией отдельных позитивных правовых механизмов в национальные правовые системы, в том числе в целях совершенствования правотворчества в обозначенных странах.

Несмотря на неидентичные подходы в закреплении экологических прав за гражданами российского и китайского государства, и отсутствие установления экологических прав на уровне основного закона КНР, исследуемые страны в своих нормативных актах содержат достаточное количество норм, закрепляющих правовые возможности защиты этих прав.

Список использованных источников

1.Гражданско-процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

2.Гражданско-процессуальный закон КНР от 9 апреля 1991 года (с изменениями и дополнениями от 27 июня 2017 года) (на кит. яз.) Режим доступа: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/83/443.html>

3.Закон КНР «Об охране окружающей среды» от 26 декабря 1989 года (с изменениями и дополнениями от 24 апреля 2014 года, вступившими в силу с 1 января 2015 года) (на кит. яз.) // Министерство экологии и окружающей среды КНР. Режим доступа: http://fgs.mee.gov.cn/fl/201811/t20181129_676283.shtml

4.Конституция Китайской Народной Республики от 04.12.1982г. Режим доступа:https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/

5.Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.). Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007040001>

6.Рекомендации Верховного народного суда КНР «По некоторым вопросам надлежащего рассмотрения гражданских дел, связанных с эпидемией нового коронавируса» от 16 апреля 2020 г. №1 // Режим доступа: https://cnlegal.ru/civil_law/china_supreme_court_covid19_civil_cases/

7.Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» // СЗРФ. 2002. № 2. Ст. 133.

ОСОБЕННОСТИ ИЗЛОЖЕНИЯ НОРМ В ДОГОВОРЕ О ВЗАИМНОЙ ПОМОЩИ ПО ГРАЖДАНСКИМ И УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ МЕЖДУ КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКОЙ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ

Ербахаев Е.А.

докторант Китайского политико-правового университета

Когда речь заходит о подготовке проектов 2-сторонних международных договоров и их заключении, то обычно внимание уделяется только вопросу обеспечения единообразных норм права, действующих для каждой из обеих стран-участниц.

Однако мало кто задается вопросами, соответствует ли текст таких норм на государственном (официальном) языке каждой из двух стран-участниц их национальному законодательству, совпадает ли смысл текста нормы на одном и на другом языке.

Ключевые слова: договор о правовой помощи, признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений, судебные постановления, мировое соглашение, личные права.

Введение

В данной статье я хотел бы остановиться на особенностях изложения норм в Договоре между РФ и КНР о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19.06.1992 г. (далее – Договор о правовой помощи, Договор).

К особенностям изложения норм в указанном Договоре можно отнести следующее: во-первых, используемые в нем языки (китайский и русский) изначально являются первоначальными (оригинальными);

во-вторых, изложение норм права на каждом из этих языков не может быть переводом каждого из них;

в-третьих, буквальный смысл норм права на китайском и русском языках должен совпадать. В соответствии со статьей 34 указанного Договора отмечается, что «*оба текста имеют одинаковую силу*» ("两种文本具有同等效力");

в-четвертых, нормы права в указанном Договоре должны коррелировать с

нормами внутреннего законодательства. При этом, в свою очередь, должны совпадать гипотеза и диспозиция соответствующих норм внутреннего законодательства и Китая, и России.

Основная часть

Анализ Договора о правовой помощи выявил немало особенностей изложения одних и тех же норм права на китайском и русском языках, регулирующих гражданские и гражданские процессуальные правоотношения.

Среди таких особенностей я бы хотел выделить следующие.

Особенности изложения нормы, регулирующей гражданские правоотношения.

Если в статье 30 Договора о правовой помощи, изложенной на китайском языке, правильно говорится об индивидуальных правах граждан (个人权利 gèrén quánlì, Пал. гэжэнь цюаньли), то в русском тексте по неизвестным причинам термин «права граждан» обозначен как «личные права».

<p>第三十条 户籍文件及其他文件的送交 为了实施本条约, 缔约一方主管机关可根据缔约另一方通过外交途径提出的请求, 将缔约另一方提起诉讼所需的涉及缔约另一方国民的户籍登记的摘录、关于其文化程度、工龄的证明及其他有关个人权利的文件, 免费提供给缔约另一方, 不附译文。</p>	<p>Статья 30. Пересылка документов о гражданском состоянии и других документов Во исполнение настоящего Договора компетентные учреждения одной Договаривающейся Стороны по просьбам, полученным по дипломатическим каналам, бесплатно и без перевода пересылают другой Договаривающейся Стороне выписки из книг регистрации актов гражданского состояния, свидетельства об образовании, трудовом стаже и другие документы, которые касаются личных прав граждан другой Договаривающейся Стороны.</p>
---	---

Если бы специалисты, которые формулировали текст статьи 30 указанного Договора, трудились не позже времени творчества Агаркова М.М. и Флейшиц Е.А., то им, наверное, можно было назвать 个人权利 как . личные права. Юристы того времени поняли бы, что речь идет не о личных неимущественных правах (人身非财产权利), а о субъективных правах (主体权利), в том числе имущественных (财产权利), имеющий строго личный, персональный характер (хотя выражение «субъективные права» ("主体权利") уже само по себе означает принадлежность прав определенному лицу)¹.

Примечательно, что в статье 1 указанного Договора российская сторона поняла

¹ Агарков М.М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 138-149; Агарков М.М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. №№ 8-9. С. 65-70; Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // в кн.: Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2015. С. 90.

китайскую сторону и применительно к термину 人身权利 (rénshēn quánlì, пал. жэньшэнь цюаньли) правильно написала «личные права».

<p>第一条 司法保护</p> <p>一、缔约一方的国民在缔约另一方的境内,在人身和财产权利方面享有与缔约另一方国民同等的司法保护,有权在与另一方国民同等的条件下,诉诸于缔约另一方的法院和其他主管民事和刑事案件的机关,有权在这些机关提出请求或进行其他诉讼行为。</p>	<p>Статья 1. Правовая защита</p> <p>1. Граждане одной Договаривающейся Стороны пользуются на территории другой Договаривающейся Стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и граждане другой Договаривающейся Стороны. Они имеют право обращаться в суды и другие учреждения, к компетенции которых относятся гражданские и уголовные дела и могут возбуждать ходатайства и осуществлять другие процессуальные действия на тех же условиях, как и граждане другой Договаривающейся Стороны.</p>
---	--

Особенности изложения норм, регулирующих гражданские процессуальные правоотношения.

Статья 19 Договора о правовой помощи правильно изложена на китайском языке и соответствует китайскому праву.

Однако российская сторона придала норме данной статьи иной смысл.

<p>第十九条 承认与执行的法律效力</p> <p>缔约一方法院的裁决一经缔约另一方法院承认或执行,即与承认或执行裁决一方法院作出的裁决具有同等效力。</p>	<p>Статья 19. Юридическая сила признания и исполнения</p> <p>Признание или исполнение судом одной Договаривающейся Стороны решения суда другой Договаривающейся Стороны имеет такую же силу, как и признание или исполнение решения суда этой Стороны.</p>
--	---

Норма статьи 19 на китайском языке абсолютно не соответствует ее «российскому близнецу».

По мнению Костина А.А., буквальный смысл данной статьи, изложенной на китайском языке означает «*наделение иностранного судебного решения правовыми последствиями в иностранном государстве (т.е. за пределами государства вынесения), но не в самом государстве вынесения*»¹.

Соответствовать российскому процессуальному законодательству будет изложение указанной статьи на русском языке в следующем виде:

<p>第十九条 承认与执行的法律效力</p> <p>缔约一方法院的裁决一经缔约另一方法</p>	<p>Статья 19. Юридическая сила признания и исполнения</p>
--	--

¹ Костин А.А. Правовые последствия признания и (или) исполнения иностранных судебных решений согласно ст. 19 Договора о правовой помощи между Россией и Китаем 1992 г. // Российское право: образование, практика, наука. 2023. № 5. С. 27.

院承认或执行，即与承认或执行裁决一方法院作出的裁决具有同等效力。	Решения китайских народных судов, признанные или приведенные в исполнение российскими судами, и решения российских судов, признанные или приведенные в исполнение китайскими народными судами, имеют равную силу.
----------------------------------	---

В подпункте 1 пункта 1 статьи 16 Договора о правовой помощи китайская сторона правильно говорит о судебных актах (судебных постановлениях) по гражданским делам (法院的民事裁决).

Российские коллеги почему-то в российском тексте сослались на «судебные решения по гражданским делам».

<p>第十六条 应予承认与执行的裁决</p> <p>一、缔约双方应依本条约规定的条件,在各自境内承认与执行本条约生效后在缔约另一方境内作出的下列裁决,其中依裁决性质应执行者,则予以执行:</p> <p>(一) 法院的民事裁决;</p> <p>(二) 法院对刑事案件中有关损害赔偿作出的裁决;</p> <p>(三) 仲裁庭作出的裁决。</p>	<p>Статья 16. Решения, подлежащие признанию и исполнению</p> <p>1. Договаривающиеся Стороны обязаны в соответствии с положениями настоящего Договора признавать и, если это требуется по характеру решения, исполнять на своей территории следующие решения, вынесенные на территории другой Договаривающейся Стороны после вступления настоящего Договора в силу:</p> <p>1) судебные решения по гражданским делам;</p> <p>2) судебные решения о возмещении ущерба по уголовным делам;</p> <p>3) решения третейского суда.</p>
---	---

Применение указанного термина на русском языке не соответствует ни теории российского гражданского процессуального права¹, ни действовавшему на момент принятия Договора о правовой помощи ГПК РСФСР 1964 г.².

Термин 裁决 (cáijué, Пал. цайцзюэ), 法院裁决 (fǎyuàn cáijué, Пал. фаюань цайцзюэ) в российском варианте означает лишь «судебные постановления» («судебные акты») и ничто иное.

В пункте 2 статьи 16 Договора о правовой помощи говорится о таком виде судебного постановления в России как «мировое соглашение, утвержденное судом».

<p>第十六条 应予承认与执行的裁决</p> <p>二、本条约所指的“法院裁决”,在中华</p>	<p>Статья 16. Решения, подлежащие признанию и исполнению</p>
---	---

¹ Боннер А.Т. Практика изъятия строений, возведенных или приобретенных гражданами на нетрудовые доходы // Советская юстиция. 1964. № 7. С. 6-8; Трубников П.Я. Пересмотр решений в порядке судебного надзора. М., 1974. С. 18.

² В частности, статья 330 ГПК 1964 г. говорила о судебных постановлениях, к которым относятся решения, определения и постановления судов.

<p>人民共和国方面系指法院作出的判决、裁定、决定和调解书；在俄罗斯联邦方面系指法院作出的判决、裁定、决定和法院批准的和解书，以及法官就民事案件的实体所作的决定。</p>	<p>2. Термин "судебное решение", употребляемый в настоящем Договоре, означает: в Российской Федерации - решение, определение, постановление суда, мировое соглашение, утвержденное судом, а также постановление судьи, вынесенное по существу гражданского дела; в Китайской Народной Республике - вынесенное судом решение, определение, постановление и акт примирения.</p>
---	---

Между тем, в отличие от Китая, где мировое соглашение, утвержденное народным судом, является видом судебного постановления, в России нет такого вида судебного постановления, есть только «определение суда об утверждении мирового соглашения».

Заключение

По мнению Гетьман-Павловой И.В, международный договор представляет собой результат процесса согласования воли субъектов международного публичного права¹. Применительно к договорам о правовой помощи по гражданским и уголовным делам, Лунц Л.А. говорил, что одна из целей их заключения состоит в установлении единообразных норм².

Проецируя слова вышеуказанных ученых относительно характера унификации норм права на язык их изложения в 2-сторонних международных договорах, остается пожелать, чтобы в будущем гармонизации подвергались не только сами нормы права, но и их изложение в таких договорах на языках обеих стран-участниц.

Литература

1. Договор между РФ и КНР о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19.06.1992 г.
2. ГПК РСФСР 1964 г.
3. Агарков М.М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 136-162.
4. Агарков М.М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. №№ 8-9. С. 52-72.
5. Боннер А.Т. Практика изъятия строений, возведенных или приобретенных гражданами на нетрудовые доходы // Советская юстиция. 1964. № 7. С. 6-8.
6. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. Учебник. Изд. 2. М., 2009. 703 с.

¹ Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. Учебник. Изд. 2. М., 2009. С. 6.

² Лунц Л. А. О соглашениях между европейскими странами народной демократии по взаимной помощи в гражданских делах. М., 1958. С. 4.

7. Костин А.А. Правовые последствия признания и (или) исполнения иностранных судебных решений согласно ст. 19 Договора о правовой помощи между Россией и Китаем 1992 г. // Российское право: образование, практика, наука. 2023. № 5. С. 24-31.

8. Лунц Л. А. О соглашениях между европейскими странами народной демократии по взаимной помощи в гражданских делах. М., 1958. 25 с.

9. Трубников П.Я. Пересмотр решений в порядке судебного надзора. М., 1974. 240 с.

10. Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // в кн.: Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2015. 512 с.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ГЕОГРАФИЯ КАК НОВОЕ НАПРАВЛЕНИЕ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Молчаков Никита Юрьевич

Декан Международно-правового факультета,

Московский государственный институт международных отношений

Министерства иностранных дел Российской Федерации

Сравнительно-правовой подход – есть визитная карточка не только научных достижений, но и образовательного процесса на нашем факультете. Практически все юридические дисциплины, начиная от конституционного права и заканчивая предметами по отдельным институтам конкретных отраслей права, преподаются через рассмотрение зарубежного опыта, что позволяет готовить высококлассных юристов-международников, обладающих нестандартным юридическим мышлением. Отмечу, что в условиях расширения политического и экономического сотрудничества со странами мирового большинства расширяется и география юрисдикций, правовые институты которых изучают наши студенты и исследуют наши преподаватели. Достойное место среди них по целому ряду юридических дисциплин занимает и правовая система Китайской Народной Республики.

В то же время важнейшим принципом построения высшего юридического образования в Российской Федерации является его фундаментальность, поэтому в рамках подготовки юристов-международников мы уделяем особое внимание изучению юридической карты мира, что находит отражение в дисциплинах «Правовые системы современности» (1 курс бакалавриата) и «Юридическая география и сравнительное правоведение» (1 курс магистратуры). За преподавание данных дисциплин на Международно-правовом факультете МГИМО отвечает кафедра теории права и сравнительного правоведения, профессорско-преподавательский состав которой с привлечением экспертов из многих ведущих научно-образовательных центров в области права России завершает работу над первым учебником по юридической географии как отдельной дисциплине, читаемой на уровне магистратуры. Собственно юридической географии как новому направлению сравнительно-правовых исследований в России и будет посвящено мое небольшое сообщение.

На наш взгляд, сравнительное правоведение исторически формировалось как два самостоятельных, но при этом взаимосвязанных научных направления. Одно из них – это учение о применении сравнительно-правового метода в праве, второе – учение о юридической карте мира, или юридическая география. Основоположником первого я считаю британского историка Эдуарда Фримана с его работой «Сравнительная политика», второго – американского юриста Джона Вигмора и его исследование «Обзор правовых систем мира». Если же говорить о более современных представителях этих направлений, то с первым, безусловно, ассоциируются Хайн Кетц и Конрад Цвайгерт, их труд по сравнительному частному праву, а со вторым – Рене Давид и его работа «Основные правовые системы современности». Отмечу, что последняя книга была еще в 1967 году переведена на русский язык нашим известным юристом Владимиром Александровичем Тумановым, будущим председателем Конституционного Суда Российской Федерации, и оказала значительное влияние на место сравнительного правоведения в структуре подготовки юристов как в Советском Союзе, так и в современной России. Практически каждый университетский учебник по теории государства и права и тогда, и сейчас завершается разделом, в котором в рамках предложенной Рене Давидом классификации рассматриваются три основные правовые системы современности – англо-американское право, романо-германское право и мусульманское право.

Выше я абсолютно намеренно упомянул несколько общеизвестных фактов из истории юридической науки. На наш взгляд, именно критическое осмысление учения Рене Давида о правовых семьях и стало своего рода драйвером развития юридической географии как отдельного направления сравнительно-правовых исследований. *Во-первых*, доминирование в правовой системе того или иного источника права более не может выступать в качестве прочного основания для объединения тех или правовых систем в правовые семьи. Упомяну о возрастающей роли закона в странах англо-американской правовой семьи, а также о борьбе за судебское правотворчество в государствах романо-германского права. Результатом этих тенденций является гибридизация правовых систем, конвергенция внутри них начал англо-американского и континентального права. При этом в рассматриваемом контексте можно говорить не только о национальных правовых системах отдельных государств, но и о наднациональной правовой системе Европейского Союза, удачно сочетающей черты английского и континентального права. *Во-вторых*, внимательное прочтение Рене Давида свидетельствует о том, что ему так и не удалось справиться с одной задачей – найти прочные основания для типологии незападных правовых систем. Даже выделение мусульманского права в качестве особой правовой семьи нуждается в

целом ряде уточнений. Сфера его применения в странах, где ислам является господствующей религией, весьма разнообразна. Заслуживает отдельного внимания и тема взаимодействия мусульманского права с привнесенными извне нормами английского или континентального права. В завершении отмечу, что не меньшей спецификой обладает право Китая, право Японии, право различных стран Тропической Африки, что на наш взгляд, делает саму идею типологизации правовых систем всех государств несколько утопичной задачей, обладающей весьма слабым научным потенциалом.

Итак, два вышеуказанных аргумента подводят нас к выводу о том, что создание учения о юридической карте мира с использованием методологии, предложенной в свое время Рене Давидом, не представляется возможным. Теория правовых семей не может рассматриваться в качестве ключа к структурированию юридической карты современного мира. Но тогда возникает вполне резонный вопрос: что может являться предметом изучения юридической географии как отдельного направления сравнительно-правовых исследований?

Исходным тезисом здесь мы будем считать то обстоятельство, что правовая система каждого государства в силу культурного фактора и истории своего становления и развития представляет собой уникальное явление. Не зря сам Рене Давид указывал на теснейшую связь сравнительного правоведения с социологией права, а первыми компаративистами, как известно, были известнейшие представители науки истории права. Соответственно, основным элементом предмета юридической географии является изучение правовых традиций отдельных стран. Позволю привести здесь цитату из недавно вышедшего учебника по сравнительной истории права моего коллеги, профессора Дмитрия Юрьевича Полдникова, согласно которому «правовая традиция понимается как аналитическая модель современного правоведения, которая позволяет структурировать доступные из первоисточников разных цивилизаций сведения: 1) о “пользователях” и “творцах” права (т.е. об обществе в целом, его социальных группах, институтах власти и органах правосудия); 2) о принятых ими основах правовой парадигмы (включая тип правопонимания, формы права, приемы их толкования и применения); 3) о характерных институтах (позитивного) права по основным сферам регулирования». Предложенный подход «позволяет последовательно анализировать сходства и различия правовых традиций, а также изучать правовые традиции как обособленно, так и сопоставляя тот или иной элемент нескольких традиций (например, тип правопонимания или правовое регулирование отношений в сфере частного права)». Приношу свои извинения за длинную цитату, однако именно она позволяет нам четко определить первую искомую

составляющую предмета юридической географии. Это изучение правовых традиций отдельных стран, с одной стороны, с целью определения эксклюзивных черт их становления и развития, а с другой – выделение общих закономерностей этих процессов. Например, общим для понимания французской или немецкой правовой традиции является фактор влияния римского права, при этом формы его рецепции определённым образом отличаются в двух названных случаях.

Вторым же элементом предмета юридической географии следует считать рассмотрение вопроса о методах и формах взаимовлияния одних правовых традиций на другие. Данная проблематика имеет два измерения. *В первом случае* речь идет о заимствовании одними правовыми системами норм иных правопорядков, включая такие хорошо известные явления как рецепция или аккультурация, а также имплементация норм международного права в национальное право. *Во втором случае*, об особых способах осмысленной конвергенции правовых систем посредством международно-правовых механизмов, среди которых, вслед за профессором Уральского юридического университета Юрием Сергеевичем Безбородовым, мы отметим гармонизацию, унификацию и интеграцию. К сожалению, фактор времени не позволяет подробнее рассмотреть перечисленные международно-правовые методы и формы правовой конвергенции национальных правовых традиций.

Таким образом, предметом юридической географии в нашем понимании является сравнительное изучение правовых традиций отдельных стран в их становлении и развитии, а также способов их взаимовлияния и взаимодействия. Результатом же научных изысканий в рассматриваемой области юридического знания может стать создание юридического атласа современного мира, особенно в цифровом формате. Безусловно, такая задача видится весьма амбициозной, но именно она может объединить представителей науки сравнительного правоведения, представляющих различные правовые традиции и различные страны.

回顾与反思：苏维埃时期广狭义罪过理论之争

龙长海*

(内蒙古大学法学院 呼和浩特 010070)

摘要：苏维埃时期有关罪过的心理责任论与规范责任论的论战，在一定程度上影响到了我国刑法罪过理论的发展。在苏维埃建立之初，苏维埃学者便提出了罪过是有责任能力的人对其出于故意或者过失所实施的犯罪行为的心态这一罪过的定义。但苏维埃的刑法学者不满足于罪过的心理责任论，而是将评价性概念也融入到罪过的概念之中，进而罪过概念还包括了从社会主义国家利益的角度作出的政治的、道德的评价要素。苏俄学者将规范责任论看作是同唯心主义哲学密切相关的范畴，也就不可避免地被当时的苏维埃学者认为，罪过的广义说在哲学根据上已经背离了马克思主义哲学的基本立场。

关键词：罪过 心理责任论 规范责任论 唯心主义 马克思主义

我国罪过理论的发展过程中，心理责任论和规范责任论的关系始终被我国学界所关注。而我国刑法罪过理论深受苏俄刑法理论的影响。为正确理清罪过的心理责任论和规范责任论的关系，就有必要回顾苏维埃时期有关罪过的心理责任论与规范责任论的论战过程。可以说，罪过的心理责任论与规范责任论战之争，影响到了整个苏维埃刑法理论的发展，在某种程度上也影响到了当今俄罗斯刑法罪过理论的发展进程，在一定程度上也影响到了我国包括刑法罪过理论在内的刑法理论的发展。对这段历史进行研究，有助于我们揭开历史的面纱，还原论争的真相，进而促进我国刑法罪过理论的发展。

一、论争的缘起：心理责任论与规范责任论

在苏俄时期刑法理论上，心理责任论者与规范责任论者缘何发生了这场影响深远的有关罪过理论问题的大论战呢？这还需要从苏俄刑法罪过理论发展的历史说起。

尽管在苏维埃建立之初的刑事立法和刑法理论上出现了严重的刑事社会学派化的趋势，但是以皮昂特科夫斯基和特拉伊宁教授为首的一派学者，为纠正这种不良的发展趋势进行了不懈的努力。早在1925年皮昂特科夫斯基便首次提出了罪过是有责任能力的人对其出于故意或者过失所实施的犯罪行为的心态这一罪过的定义。1938全苏法学研究所集体编写的刑法总则教科书更是进一步巩固了这一概念。进而，

* 龙长海(Лун Чанхай, постдоктор юридических наук, профессор ЮИ Университета Внутренней Монголии, E-mail: longchanghai@imu.edu.cn), 法学博士、法学博士后, 内蒙古大学法学院教授、博士生导师。

“从三十年代末期至 1950 年几乎所有苏维埃刑法学家都将罪过看作是行为人对其所实施的行为所持的心理态度，表现为故意和过失”¹。

但是，这一罪过的经典定义并没能被所有的法学家所承认。1947 年出版的、供法学院使用的刑法教科书便把罪过定义为“主体对自己的行为及其后果的心理态度，同时也是对主体行为的社会评价”²。尽管在该教科书中试图将评价性概念融入到罪过之中，但是在乌捷夫斯基看来，教科书的这种努力“像从前一样，没有超出提出问题的范围”³。这种应该将罪过的心理要素与评价要素进行区分的尝试，在一系列著作中，也得到了体现。“Н·Д·杜尔曼诺夫写道‘罪过是一个与认定客观事实毫无共同之处的评价范畴，即评价该人是否是引起结果的原因，或者说，是不是该结果的制造者。’А·А·盖尔青仲认为，罪过是说明主体对其所实施的犯罪行为及结果所持的法律认定，同时也是对主体行为的社会评价。В·Г·马卡什维里将罪过确定为受到社会主义社会谴责的、某人对其所实施的社会危害行为的心理态度。”⁴

应该指出，尽管在苏俄当时的刑法学界就已经有学者不满足于罪过的心理责任论，而是将评价性概念也融入到罪过概念之中的尝试，但这还没有引起当时苏俄刑法学界的广泛争论。“В·С·乌捷夫斯基教授的《苏维埃刑法中的罪过》（1950 年），和 Т·Л·谢尔盖耶娃副教授的《苏维埃最高法院刑事案件审判实践中的有罪与罪过问题》（1950 年）两书的问世，以及苏联科学院通讯院士 А·Н·特拉伊宁的专著《苏维埃刑法中的犯罪构成》（1951 年）的再版，是引起争论的导火线。”⁵ 自此，在苏维埃刑法学界展开了一场有关罪过心理责任论和罪过的规范责任论的大论战。当然，正如我们今天所看到的那样，罪过的心理责任论在这场论战中获胜，而罪过的规范责任论“受到了极其严厉的批评，差一点被彻底清除”⁶。

早在 1946 年，特拉伊宁教授便在其《犯罪构成理论》一书中指出，苏维埃刑法科学不应将罪过的概念“局限在作为罪过形式的故意和过失之中，这些罪过形式已经在革命前的著作中进行了详细的研究——罪过，除了引进实质要素外，在将罪过看作是犯罪人对其犯罪结果的心理态度（故意和过失）的类概念的同时，还应将该心理态度看作是否定评价的根据”⁷。在特拉伊宁教授 1951 年出版的《苏维埃刑法中的犯罪构成》一书中，他指出：“罪过在社会主义刑法中以两种品格出现：具体表现为故意或者过失的作为构成要件的罪过，也就是个人对其犯罪行为及其结果的一定的心理

¹ [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 73 页。

² Уголовное право, Учебник для юридических школ, М., 1947. С. 81.

³ Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.56.

⁴ [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 73 页。

⁵ [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社 1984 年版，第 74 页。

⁶ Козлов А.П. Понятие преступления. СПб., Юрид. центр Пресс. 2004. С.559.

⁷ Трайнин А.Н. Учение о составе преступления. М., 1946. С.68.

关系。作为刑事责任根据的罪过则是指从占统治地位的社会关系的视角来看对实施的行为应该受到谴责的心理态度。”¹非常明显，特拉伊宁教授已经对罪过做了双重理解，即作为构成要件和作为刑事责任的根据。并且，作为刑事责任根据的罪过，是对人的心理状态进行阶级的、道德的评价。也就是说，评价性的范畴已经被特拉伊宁教授融入到对罪过的理解之中。但是，这已经同当时在苏俄刑法学界具有一定影响力的“犯罪构成是刑事责任的唯一根据”这一命题相违背。

对罪过进行二重化理解的典型代表人物是乌捷夫斯基教授。“将罪过解释为只是犯罪构成因素之一，并没有使B·C·乌捷夫斯基感到满意。因为，他认为，这样理解罪过是‘在苏维埃刑法中机械地重复关于罪过形式（故意和过失）的传统的资产阶级的形式心理学定义’。按照B·C·乌捷夫斯基的意见，把罪过只解释为受审人对其所实施的行为及行为后果的某种心理态度，‘并不符合在研究罪过问题上的党性要求’。”²也正是因此，乌捷夫斯基认为在苏维埃刑法中罪过这个术语应该做双重理解。一方面应该将其理解为故意和过失的类概念，在这种作为故意和过失的类概念的情况下，罪过是作为犯罪构成的主观方面而存在的。在对罪过做狭义理解的情况下，可以说没有罪过就没有犯罪。另一方面，还应该对罪过做广义的理解，即刑事责任的根据。那么何为广义的罪过呢？在乌捷夫斯基看来，“作为刑事责任根据的罪过是指苏维埃法院认为应以社会主义国家的名义对受审人作出否定的社会（道德 - 政治）评价并要求他承担刑事责任的各种情况的总和”³。构成刑事责任根据的罪过的要素有：“第一，具备说明受审人及其实施的犯罪行为、犯罪结果、实施犯罪的条件和动机的主客观情况的总和；第二，以社会主义国家的名义对所有这些情况作出否定的社会（道德 - 政治）的评价；第三，苏维埃法院确认，根据这种评价，受审人的行为导致的是刑事责任，而不是其它的（行政、纪律、民事）责任”⁴。

在上述的主张将评价性要素置入罪过的论者中，以乌捷夫斯基最为典型，并且，如上文所述，其在1950年出版的《苏维埃刑法上的罪过》一书对其为何主张应该将罪过做广义的理解有着详尽的说明，在本部分将以乌捷夫斯基的广义罪过理论为基础，对苏维埃时期的罪过的广狭义之争进行论述。

二、乌捷夫斯基提出广义罪过说的根据

那么，为什么乌捷夫斯基不满足于仅仅将罪过看作是犯罪构成要件的这一狭义理解而提出作为刑事责任根据的广义罪过说呢？可以从乌捷夫斯基所著的《苏维埃

¹Трайнин А.Н. Состав преступления по советскому уголовному праву. М., 1951. С. 128.

² [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第74页。

³Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.103.

⁴Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.103.

刑法上的罪过》一书找到乌捷夫斯基提出广义罪过理论的动因。具体而言，乌捷夫斯基提出广义罪过说的原因如下。

第一，在乌捷夫斯基看来，当时的苏俄刑法学界对罪过的评价要素研究不够深入。

当时在苏维埃刑法上占通说地位的是心理责任论。乌捷夫斯基列举了1938年全苏法学研究所编的教科书上的罪过及故意和过失的定义。在该部教科书中将罪过以及故意和过失做了如下的定义。¹

罪过是指行为人对其实施的犯罪、表现为故意和过失的心理态度。直接故意是指犯罪人预见到了自己行为的结果，并希望这种结果发生，间接故意是指预见到了自己行为的结果，但在有意识地放任造成这种结果的可能性的情况下，缺乏对预见到的结果的直接希望。过于自信是指预见到了自己行为的结果，但轻信能够避免。疏忽大意是指在可能预见并且主体应当预见到自己行为结果的情况下而没有预见到自己行为的结果。

那么，这种将罪过及作为其种类的故意和过失仅做狭义理解会产生哪些问题呢？乌捷夫斯基认为，“这种类似的概念有两个缺陷。第一，这类概念仅仅将罪过局限在作为犯罪构成的要件之一（主观方面）进行研究，而没有注意到作为刑事责任根据的罪过。第二，这种罪过、故意和过失的概念，仅仅具有形式法律的特点，仅仅局限在预见、希望要素的不同组合上，而丧失了阶级的、政治的内容。”²因此，为了弥补这两个缺陷，就必须将评价要素置入罪过概念之中。

如上文所述，尽管在乌捷夫斯基之前已经有众多作者“主张在罪过概念中引进评价要素（谴责）。但他们同时也认为，评价的对象仅限于行为人对其所实施的行为的心理态度，即故意和过失。实事求是地讲，B·C·乌捷夫斯基对上述看法并不满意，因为他们仅是提出的了主张，并没有就此展开论证，并且对评价对象的理解过于狭窄，令人难以接受。这个‘令人难以接受’就是B·C·乌捷夫斯基提出广义罪过概念的内在动因。”³乌捷夫斯基指出：“至今罪过被苏维埃刑法学家仅仅看作是犯罪构成的要件之一。这对那些将罪过看作是刑事责任的根据，但同时又将罪过归结为故意和过失的学者也是适用的。至今没有将作为刑事责任根据的更为广义的罪过和作为犯罪构成要件的、犯罪主观方面的狭义罪过进行区分。罪过、故意、过失的概念仅仅从形式心理学的视角进行了研究。而故意和过失的阶级政治内容并没有被揭示。也没

¹См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.52.

²Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.52.

³薛瑞麟：《昨天·今天：俄罗斯刑法中的罪过说》，中国政法大学出版社，2013年，第307-308页。

有将社会主义刑法上的故意和过失与资本主义刑法上的故意和过失进行区分。”¹

因此，乌捷夫斯基坚定地认为，除了对罪过做狭义的理解外，还必须对罪过做广义的、作为刑事责任根据的这种理解。在乌捷夫斯基 1948 年所作的“苏维埃社会主义刑法上的罪过”已经指出：“罪过是社会、阶级现象。罪过的概念与在社会上存在的一定规则和违反这些规则的行为不可分割。苏维埃刑法和苏维埃法院从社会主义国家利益以及社会主义国家实施的政策的角度对这些行为进行评价。有罪过的行为这是受到了否定的社会评价的行为，也就是说从社会主义道德和社会主义国家实行的政策的角度进行谴责的行为。对行为人的道德 - 政治评价不仅仅包括个人对其实施的行为和行为结果的心理态度（故意和过失），还包括表明个人的行为、实施犯罪的情况、犯罪的后果、犯罪客体的属性和意义、实施了犯罪行为的人的个性、实施犯罪行为的动机及其追求的目的等的所有的客观情况。”²这一报告后来成了乌捷夫斯基《苏维埃刑法上的罪过》一书的基础。很明显，在这一报告中，乌捷夫斯基已经明确指出，罪过还应该包括从社会主义国家利益的角度作出的政治的、道德的评价。那么，苏维埃法院在解决受审人的罪过问题时，需要对受审人的行为进行道德政治的评价，在评价时便需要一定的标准，而这种标准是什么呢？

乌捷夫斯基认为：“法院遵循的主要标准应该是源自苏维埃国家、因此，是源自苏维埃法院的本质”³。那么，苏维埃法院的本质是什么呢？对此，乌捷夫斯基引用了列宁和维辛斯基的话进行了解释。列宁指出：“在我们这里法院是无产阶级的”。维辛斯基对列宁的话解释到，“苏维埃法院是苏维埃国家的亲孩子，是新型的社会主义国家的亲骨肉。苏维埃法院是为劳动者利益，是为人民的利益服务的，这句话在直接和真理的意义上都表明苏维埃法院是人民法院。”因此，从苏维埃法院的本质来看，罪过行为首先应该是对劳动群众，对社会主义国家有罪过的行为。与包括资本主义国家在内的任何一个剥削阶级的国家中的罪过不同，对社会主义国家而言，罪过具有完全不同的道德政治属性，具有完全不同的阶级内容。⁴因此，在社会主义国家，罪过所具有的这种阶级属性变成了罪过具有的政治含义。

紧接着，乌捷夫斯基指出：“在苏维埃刑法上，罪过不仅仅具有政治属性，还具有道德性。这一点是社会主义刑法上的罪过与资本主义刑法上的罪过的实质区别之一。”⁵在资本主义国家，工人阶级的法律意识与资本主义社会的法律不相协调。对此，马克思指出：“你们无论怎样也不能迫使我们相信没有罪行的地方有罪行。你们

¹Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.51.

²Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.57 – 58.

³Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.76.

⁴Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.76 – 77.

⁵Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.78.

所能做的只能是把罪行本身变成法的行为。你们颠倒黑白、混淆是非，但是，如果你们以为这只会给你们带来好处那就错了。人民看到惩罚，但是看不到罪行，正因为他在没有罪行的地方看到有惩罚，所以在有惩罚的地方也就看不到罪行了。你们在不应该用盗窃这一范畴的场合用了这一范畴，因而在应该用这一范畴的场合就把盗窃粉饰起来了。”¹而在社会主义社会却与资本主义社会完全不同。“这里在刑事法律和法院列入罪过行为概念的内容和人民的道德观念这双方之间，没有也不可能有任何的矛盾。苏维埃立法者认为是应受道德谴责的行为，整个苏维埃人民、所有的劳动群众也会认为是违反道德的行为。”²

第二，乌捷夫斯基提出的广义罪过论有着刑事立法上的根据。

乌捷夫斯基明确指出：“刑事立法有一系列的证明立法者不仅仅将罪过看作故意和过失，而且还将其作更广义的理解（将罪过看作是刑事责任的根据）。《基本原则》（指1924年苏联及各加盟共和国刑事立法基本原则——引者注）的一系列条文和之后通过的苏俄刑法典及其它加盟共和国的刑法典的一系列条文都表明，故意和过失这两个形式法律特征根本不能穷尽罪过的所有内容”。³在乌捷夫斯基所言的一系列条款中，具体包括如下几个。

首先便是1926年苏俄刑法典有关故意和过失的规定表明存在实质要素。按照该法典第10条的规定，故意是指“预见到自己行为的结果具有危害社会的性质，而仍希望，或者有意识地放任这种结果发生”。对此，乌捷夫斯基指出，这里的故意概念没有局限于心理要素，“而是将实质特征列入到了故意的概念，该实质概念赋予了故意以阶级政治的属性，并使得社会主义刑法上的故意与资本主义刑法上的故意相区别，而这一实质特征正是预见到行为结果的社会危害性。这里所说的结果，当然是对社会主义国家有害的结果。立法者将这一实质（阶级政治的）特征列入故意的概念，便赋予了苏维埃刑法理论不局限于故意和过失的心理特征、而是揭示它们实质内容的可能性。”⁴至于1926年苏俄刑法典第10条规定的过失，同样也体现出了实质特征。按照该条的规定，过失是指：“虽然预见到自己行为的结果，而竟没有预见到，或者虽然预见到自己行为的结果，却轻率地希望避免这种结果的发生”。这在乌捷夫斯基看来，该规定也包含了过失的阶级政治内容。这是因为，按照该款的规定，过失的行为人应该预见到自己行为的结果。“按照社会主义国家的刑法典，应该的行为是符合对社会主义国家公民提出的要求的行为……在疏忽大意的情况下，法律规定了

¹ 《马克思恩格斯全集》（第一卷），人民出版社，1956年版，第139页。

² Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.79.

³ Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.60.

⁴ Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.60.

那些对社会主义国家有害的结果，也就是说，法律本身不满足于犯罪过失的心理特征，指出了犯罪过失的实质内容。因此，苏维埃刑法上的疏忽大意的过失，这不是一个形式的抽象概念，而是包含了一定的实质、阶级政治内容的概念。”¹

其次，正当防卫和紧急避险规范也表明需要对罪过做广义理解。按照 1926 年苏俄刑法典第 13 条的规定：“对于曾经实施危害社会行为的人，如果法院认为这种行为的实施，是防止对苏维埃政权和革命秩序，或者是防止对防卫人本人或他人的身体的侵害的正当防卫，而且没有超过正当防卫的范围，即完全不适用司法改造性质的社会防卫方法。某种行为的实施，是为了排除在当时情况下不能用其它手段避免的危难，如果这种行为所造成的损害比要预防的损害轻，也不适用司法改造性质的社会防卫方法。”那么，如果完全按照罪过的心理解释，这一规定能否排除行为人在正当防卫或者紧急避险的情况下的罪过心理呢？这在乌捷夫斯基看来是不可能的。他指出：“在正当防卫或紧急避险下实施的行为，在形式上是犯罪，行为人的意识中发生了一定的心理过程。该行为人预见到自己行为的结果，并希望这种结果发生，就是说他出于故意，在他的行为中具有某种犯罪构成的主观方面，即具有作为犯罪构成要件的罪过。”²如此看来，如果仅仅按照对罪过的形式心理解释，将无法否定行为人在实施行为时的罪过。那么，如何破解这一难题呢？在乌捷夫斯基看来，这恰恰出在了应该对罪过做广义的理解上。“主体行为的社会有益性，实施行为的动机，其保护利益的性质，被威胁到的损害和造成的损害之间的关系和其它情况使得不可能以社会主义国家的名义对该人进行谴责，这也排除了对该人行为进行的道德政治的否定评价，也就是说排除了承认该人的行为中有作为刑事责任根据的广义罪过的存在。”³也正是基于此，乌捷夫斯基再一次的加强了自己关于广义罪过说的论证。

再次，1926 年苏俄刑法典第 47、48 条规定了一系列加重或减轻行为人刑事责任的情况，也是乌捷夫斯基论证自己广义罪过说的依据。例如，在该法典第 47 中规定的加重处刑的情节包括“实施犯罪的目的是恢复资产阶级政权的”和“犯罪行为是在某种程度上同过去的或者现在的剥削他人劳动那一阶级的属性有联系的人实施的”。而在第 48 条中则有“犯罪的实施虽然已经超过了正当防卫的范围，但是为了防止对苏维埃政权、革命法律秩序或者防卫人本人或他人的身体和权利的侵害的”和“犯罪行为是由工人或者劳动农民实施的”之类的减轻处刑的规定。对上述的规定，在乌捷夫斯基看来，“受审人预见到了，并希望等等，也就是说在其心理上确实发生了每个故意或者过失的行为人那样的心理过程。但是，客观或者主观性质的，影响苏维埃法

¹Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.61.

²Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.63.

³Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.63.

院对受审人及其行为的道德法律评价的不同情况，使得该人的罪过变大或者变小……因此，在苏俄刑法典第 47、48 条规定的情况下，受审人具有形式心理意义上的故意，但是，在一些情况下，对受审人做的道德政治评价变得更加否定，而在另一些情况下，则变得不是那样的否定，而这正是取决于作为刑事责任根据的罪过的增强或者降低。”¹

最后，苏俄刑法对现役军人延缓执行的立法规定是乌捷夫斯基广义罪过说的另一根据。1928 年 1 月 9 日全俄中央执行委员会和人民委员会给 1926 年苏俄刑法典第 28 条增补了附则二。该附则规定：“在战争时期，对于现役军人判处剥夺自由的判决，可以依照原判法院的裁定，在军事行动结束前延缓执行，把被判刑人送往现役军队”。该附则赋予了法院在战时可以对那些被判处了剥夺自由但没有被剥夺政治权利的受审人到战争结束前延缓执行，并将该人送往现役部队的权利。对上述的延期执行的军职人员，如果他们表现出自己是苏联坚定的保卫者的话，可以根据相应的军事首长的申请，由作出原判决的法院免除上述人员的刑罚或者变更为更轻的刑罚。² 刑法典的规定和实践中的做法，便出现了一个问题，即上述犯罪人在实施犯罪时的心理状态已经成为事实，为何还能被法院免除刑罚或者减轻刑罚呢？对此，乌捷夫斯基指出：“不难发现，根据苏俄刑法典第 28 条附则二的规定，被判刑人的罪过可能被更改，而这已经不是表现为故意或者过失上的罪过。在被判刑人的行为中存在故意或者过失的事实是不能改变的。不能将之‘一笔勾销’。但是，那些构成罪过道德政治内容的东西，那些赋予法院将罪过看作刑事责任根据的东西，可以被更改和撤销。因此，取决于被判刑人为社会主义祖国赎回了自己多少的罪过，那么，该人就可以被或者完全地免除刑罚，或者减轻刑罚。”³“在这一附则中给出了一个比作为犯罪主观方面的更宽的含有实质的、道德政治内容的罪过”⁴。如此看来，苏俄 1926 年刑法典这一有关现役军人被延期执行，并根据该现役军人在部队中的表现可能被免除刑罚或者减轻刑罚的规定，成了乌捷夫斯基论证其广义的罪过学说的一论据。

第三，司法实践的经验是乌捷夫斯基提出广义罪过说的另一重要根据。

在从司法实践论证广义罪过的存在方面，乌捷夫斯基是从苏联最高院的决议和具体的判例两方面来论证的。

从苏联最高法院有关决议上看，广义罪过说是存在的。例如，1943 年 1 月 7 日苏联最高法院主席团“关于对那些已经执行了主刑、根据年龄符合征召和动员的人员

¹Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.63 – 64.

²См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.64.

³Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.64.

⁴Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.65.

提前撤销剥夺权利的程序”的决议中直接规定了对祖国的赎罪问题。在这一决议中，苏联最高法院主席团指出了对那些已经执行了主刑、但还在执行作为刑罚的补充措施的剥夺权利的人，剥夺这些人的履行军职的可能性是不合理的，更何况这些人通常自己表现出到前线为自己赎罪的意愿。也就是说，这里的罪过是犯罪人对社会主义国家的罪过，是刑事责任的根据。¹因此，这种罪过当中包含的道德政治评价，不仅仅根据行为人实施犯罪时的主观心理状态来确定，还要依据很多其它的并非证明行为人实施行为时的主观心理状态。对此，乌捷夫斯基明确指出：“当苏联最高法院谈到受审人罪过的证据时，最高法院指的不仅仅是那些证明受审人存在故意或者过失的证据，还包括那些对确定故意和过失不需要的受审人实施这些行为的证据及其它事实情况的证据，但这些证明故意和过失不需要的证据确实是对证明道德政治评价所必须的，也正是因此，可以把罪过看作是刑事责任的一般根据”²。

从苏联最高院审理的实践案例看，也表明广义罪过说的存在。例如，在苏联最高法院审理的公民德一案中，苏联最高法院认为，受审人仅仅是因为自己的妻子生病而决定临时挪用自己主管的商店 3404 卢布，并且公民德的行为，没有造成严重的后果，因此，按照刑事程序终止了公民德一案，并认为公民德的行为仅仅是违反纪律的行为。这就说明，一方面，受审人的妻子生病，另一方面，没有造成严重的后果，这些就成了法院认定公民德的行为中不存在作为刑事责任根据的罪过的理由，尽管公民德的行为中存在故意。苏联最高院在解决受审人的罪过问题时，有时被告人实施行为的一些情况也具有决定性的意义。例如，仓库管理员切尔诺夫被控告玩忽职守，但是，审判委员会认为，法院在审理罪过问题时，不应该仅仅关注切尔诺夫对自己实施行为的心理态度，也就是说表现为疏忽大意的心理态度，还要考虑到造成切尔诺夫疏忽大意的环境。正是考虑到了造成切尔诺夫疏忽大意的环境，法院没有找到对切尔诺夫的行为进行否定的道德政治评价的理由，也就是说在切尔诺夫的行为中不存在罪过，因此，切尔诺夫一案被终止。因此说，那些曾经被部分学者认为属于客观方面的、诸如环境、后果等的要素，事实上对解决受审人的刑事责任问题有着重要的，甚至是决定的意义。³

因此，根据当时苏联的审判实践，乌捷夫斯基指出：“法院在解决受审人的行为中存在或者缺少作为刑事责任一般根据的罪过时，依据的是对一系列客观、主观情况的评价。受审人存在故意或者过失，对该人的行为及其个人进行的道德政治的评价具有首要意义。不具有故意或者过失，不仅仅是作为犯罪主观方面的罪过问题不存在

¹См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.65.

²Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.68.

³См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.69 – 71.

了，而且作为刑事责任一般根据的罪过问题也不存在了。但是，作为受审人刑事责任一般根据的罪过还包括受审人实施了某一犯罪构成的行为的特征，受审人的实施行为的动机、目的，实施犯罪行为的情况，是否存在社会危害后果、以及社会危害后果的性质和大小，受审人及其个人的一些情况，受害人及其个人的一些情况，以及其它的法院认为对受审人的行为及其受审人个人的正确的社会评价有意义的其它的一些客观、主观情况。”¹

三、苏维埃学界对广义罪过说的批判

尽管乌捷夫斯基呕心沥血撰写了一部理论及实践兼具的、有关罪过问题的重要著作，但是，令他始料未及的是，这部著作非但没有为他赢得学界的赞誉，反而遭到了当时苏维埃刑法学界的大批判。这种批判有学术立场上的争论，也涉及社会主义与资本主义的意识形态之争。在这一对广义罪过说的批判过程中，苏俄学者往往将乌捷夫斯基提出的广义罪过说与当时资本主义国家盛行的规范责任论联系起来。进而，这场对以乌捷夫斯基为代表的主张将评价要素融入罪过概念之中的学者的学术批判，具有了浓厚的社会主义与资本主义意识形态斗争的火药味。也正是因此，在论及对广义罪过说的批判时，需要对广义罪过说和规范责任论进行比较。

那么，规范责任论是何时出现的呢？对此，皮昂特科夫斯基指出：“在刑法著作中出现的罪过的评价性理论同德国学者弗兰克 1907 年发表的《罪过概念的构造》一文有关”²。该文被冯军教授翻译成了汉语，只是翻译的题目是《论责任概念的构造》³。在这里，似乎我们能够感觉得到中俄两国学者对同一德文词语的翻译方法的不同。问题出在了对罪过和责任的理解上。由于本报告是研究俄罗斯刑法的罪过理论，因此，这里面使用俄语的译法。

在弗兰克时代的德国刑法上，占通说地位的还是表现为故意或过失的心理责任论。在当时，“支配性理论认为，责任的本质表现为行为人与某些存在于其人格性之外的东西的心理联系……关于责任的概念这方面与故意的概念和过失的概念这方面之间的关系，同样存在及其一致的看法。前者被视为属概念，后者被视为种概念……责任概念所包含的无非是故意和过失这些下位概念，所有其他可能对行为人的法律判断有意义的事实，尤其是各种附随情况，都存在于责任概念之外。”⁴很明显，弗兰克恰恰是针对当时的占通说的心理责任论提出的规范责任论。那么，为什么弗兰克

¹ Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.65 – 66.

² Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.324.

³ 参见[德]弗兰克著、冯军译：论责任概念的构造，载《比较刑法研究》，冯军主编，中国人民大学出版社，2007年，第129–150页。

⁴ [德]弗兰克著、冯军译：论责任概念的构造，载《比较刑法研究》，冯军主编，中国人民大学出版社，2007年，第130页。

会对当时作为通说的心理责任论提出挑战呢？这是与在心理责任论下无法解决附随状况与罪过的关系有关。例如，如果仅仅是使用心理责任论，则无法解释紧急避险问题。“在紧急避险中行动的行为人也知道自己在做什么。否认他具有通常所说的故意，是完全非逻辑的。要对这一错误负责的，并不是那些认为紧急避险排除了违法性以至于对通常状况所规定的禁令并不适用于各种紧急避险的人……我坚持认为：如果人们遵循一种——在我看来唯一正确的——理论，即在紧急避险中发现的仅仅是免责事由，那么，人们就不得不如此理解责任概念，以至于实施行为的各种关系也能够影响责任概念的存在、责任概念的指向。”¹另外，德国法院的判例，也是弗朗克提出规范责任论的重要渊源。弗朗克所讲的重要判例，就是指已经被我国学者熟知的癖马案。在该案中，“帝国法院的判决认为：过失就是‘没有满足对公共福利的注意和顾虑……而这种故意和顾虑达到了能够合理地要求行为人作出的程度’，并指出，必须权衡的是，‘能否期待被告人承担一种义务，即宁愿不服从雇主的命令和丧失其职位也不通过驾驶让他使用的马匹而有意识地制造出伤害他人身体的可能性，或者是否因为其明显的关系使被告人产生了遵守雇主命令的动机而允许他把对后者的顾虑放在其次’。”²上述案例中，犯罪行为的伴随情节，显然是独立于马车夫主观之外的事物，它们又怎么能被法院认定为马车夫主观方面的内容呢？对此，陈兴良教授指出：“客观的附随情状之所以能够决定责任之有无，是因为它对人的主观精神，具体地说是意志选择具有某种制约性。在这个意义上，期待可能性问题就是一个意志自由问题。”³因此，在从心理责任论向规范责任论转变的过程中，“期待可能性理论，始终是一种主要的推动力”⁴，并且“在这个意义上说，规范责任论与期待可能性理论，可以说是同一理论”⁵。在此后的德国刑法罪过理论的发展过程中，规范责任论取代了心理责任论，并成了通说。

那么，可以将弗朗克提出的规范责任论与乌捷夫斯基的广义罪过说进行对比，就会发现，在两个理论产生背景之间存在着很大的相同之处。我们看到，两位学者都是从紧急避险不能完全否定罪过作为论据之一，另外，都结合了司法实践，认为在司法实践中衡量行为人罪过的不仅仅是那些心理要素，还包括与心理要素相关的附随状况。

¹ [德]弗朗克著、冯军译：论责任概念的构造，载《比较刑法研究》，冯军主编，中国人民大学出版社，2007年，第132页。

² [德]弗朗克著、冯军译：论责任概念的构造，载《比较刑法研究》，冯军主编，中国人民大学出版社，2007年，第138页。

³陈兴良：期待可能性问题研究，《法律科学》2006年第3期，第77页。

⁴陈兴良：期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察，《中国法学》2008年，第88页。

⁵张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社，2007年，第194-195页。

那么，规范责任论和广义罪过说的区别之处何在呢？我们可以从乌捷夫斯基的论著看到广义罪过说的提倡者所认为的区别。乌捷夫斯基指出：“不能因为资本主义的刑法学家提到了资本主义法院的评价活动，就否定苏维埃法院的评价活动。问题首先在于从哪一个阶级的立场对受审人的行为进行评价。”“如果说资本主义刑法评价理论的哲学基础是康德哲学，而政治基础是帝国主义不可避免的反动特征的话，那么，苏维埃评价理论的政治基础是与所有影响完成从社会主义向共产主义过渡时期任务的行为作斗争中的社会主义国家的利益，而其哲学基础是在社会主义哲学、所有科学和实践中的列宁—斯大林的党性理论。”¹因此，在苏维埃政治正确的指导下，乌捷夫斯基试图从哲学基础及政治任务上将广义罪过说与规范责任论相区别。除了意识形态的不同外，乌捷夫斯基还指出了两种理论间的其它不同。“规范的新康德理论将‘评价’归入到了不取决于被证明的事实情况，也就是不取决于客观实际的、由法官恣意作出的受审人是否存在故意或者过失的判断之中。进而法律上要求的故意和过失完全变成了一种假象……在苏维埃刑法上对罪过的这种评价性理解属于作为刑事责任根据的罪过。而对受审人对自己行为的故意或者过失的心理态度的要求是不变的。苏维埃法院确定的是证明后者否定存在故意或者过失的情况。苏维埃法院在评价受审人的行为时，是与客观事实紧密相关的，不可能超出事实之外，而只能依据这些事实，并只能在事实的基础上作出自己的判断。”²非常明显，如果说广义罪过说和规范责任论存在区别的话，也只能是如乌捷夫斯基所说的意识形态上的不同了。如果抽开意识形态不谈，会发现二者之间并不存在多大的区别之处。

因此，不能否认弗朗克的规范责任论对乌捷夫斯基的影响，“因为他采用的‘实施犯罪的条件和环境’、‘罪过程度’、‘客观情况’等术语不过是‘附随情况’、‘行为人所处的状况’的俄语表述。也许更重要的是，他把罪过理解为评价范畴，即否定评价。评价其实就是一种观念性把握，也就是评价主体对评价对象的有无价值的观念判断。”³如此，再结合乌捷夫斯基早年在德国莱比锡大学受到的法学教育背景⁴，完全可以认为，乌捷夫斯基的广义罪过说是在德国弗朗克的规范责任论的影响下提出的。而苏俄时期的学者对以弗朗克提出的罪责规范论，基本上是持一种批评的态度。例如，苏维埃时期的学者利亚斯（Л я с с Н. В.）在评价弗朗克的规范责任论时明确指出：“弗朗克对罪过的广义理解，使得罪过和责任相等同，进而降低了作为犯罪独

¹Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.84, 85.

²Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М., Госюриздат. 1950. С.85 – 86.

³薛瑞麟：《昨天·今天：俄罗斯刑法中的罪过说》，中国政法大学出版社，2013年，第305页。

⁴См.: Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций. Т.1: Общая часть. М., Волтерс Клувер, 2011, С.389 - 390.

立特征的、表明犯罪主观方面的罪过的意义”¹。

既然，规范责任论和广义罪过说如果抛开如乌捷夫斯基所说的意识形态的不同外，二者将会如出一辙。那么，在乌捷夫斯基所处的社会主义与资本主义在意识形态领域进行极其残酷的斗争的年代，其所受到的大批判也就好理解了。因此，正如苏俄所指出的罪过心理理论“与资产阶级刑事古典学派大多数代表人物所持的所谓罪过的心理学定义在表面上有相似之处”²一样，对广义罪过说的批判也恰恰是源于其与资本主义的规范责任论的相似。

那么，苏俄学者是怎样评价乌捷夫斯基的罪过评价理论的呢？在苏俄学者看来，将罪过仅仅理解为一个评价性范畴，存在着众多的缺陷。如皮昂特科夫斯基指出：罪过仅仅是一个评价性的范畴——法官对人的行为的否定评价（罪过评价性理解的实质正在于此，如果只要是不玩语言游戏的话），对我们的审判实践只会造成有害的影响³。曼科夫斯基也明确指出：“将狭义的作为故意和过失的罪过概念，连同某一行为的诸客观情况一并包括在广义的罪过概念之内，就会把此种理论的倡议人导向这样的境地：第一，把罪过（法律理解为对危害社会行为的故意及过失态度之类的概念）放在次要的地位；第二，既然具备犯罪构成并不能解决有罪或罪过问题，而且犯罪构成原来只不过是犯罪的征象，于是对犯罪构成就采取了一种虚无主义的态度；第三，把包括在这个无限广泛的罪过概念之内的犯罪构成的主观方面和客观方面等量齐观；第四，把罪过和刑事责任等量齐观。这样来理解罪过，不可避免地引向‘危险状态’理论，引向罪过的取消。”⁴进而，俄罗斯学者认为“罪过的评价性理论，本身具有客观归罪（在这种意义上——有收归国有化之嫌）的所有特征，该理论会造成无罪过的责任或者在无罪过时制造罪过”⁵。在苏联学者集体撰写的《苏联刑法科学史》上，也同样对乌捷夫斯基的罪过评价理论进行了否定评价。“Б·С·乌捷夫斯基关于罪过是评价范畴（即审判员对受审人行为作出否定评断）的看法，若用以武装实际工作者，就可能对司法机关的活动产生消极影响，就可能使行为中具有具体犯罪构成的人逍遥法外，使行为中不存在犯罪构成的人被定罪判刑。”⁶

那么，为什么苏俄学者对罪过的评价性理论提出了上述如此众多的批判呢？这是因为在苏俄刑法理论中的罪过问题上，“一如既往地捍卫唯物主义路线，并避免其

¹ Лясс Н.В. Нормативная теория в современном буржуазном уголовном праве. Ленинград, 1963. С.28.

² [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第74页。

³ Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.329.

⁴ [苏]曼科夫斯基·Б·С. 苏维埃刑法中的罪过问题，载 中国人民大学刑法教研室编译：《苏维埃刑法论文选译》，中国人民大学出版社，1956年，第161页。

⁵ Назаренко Г.В. Вина в уголовном праве: Монография. Орел, 1996. С.19.

⁶ [苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第76页。

向任何的唯心主义方向摇摆而对审判和检察机关工作中的社会主义法制造成影响，这是苏维埃刑法学者的责任。因此，对罪过的评价性理论向苏维埃刑法科学的渗透，苏维埃刑法学者应该给予坚决地反击。”¹ 从这一论述中我们可以看出，罪过的评价理论之所以被苏维埃刑法学者拒绝，是因为，在他们看来，心理责任论与规范责任论是两种完全不同的理论，究其根源，它们之间的根本区别在于唯物主义与唯心主义世界观的对立。因此，这两种理论之间存在着不可调和的矛盾。正如皮昂特科夫斯基所指出的那样，心理责任论和规范责任论的本质区别在于“是否承认罪过是位于法官意识之外的、客观存在的事实，该事实应当在对案件进行司法审查的过程中确定，还是将罪过看作是一个纯粹的评价性范畴、非难、谴责，或法院作出的对任何种类的主客观情况的否定性评价。第一种观点是马克思主义的立场，社会主义的立法和整个的司法实践正是建立在该立场之上。第二种观点则是唯心主义对罪过认识的立场。”² 罪过评价理论与罪过的心理责任论的斗争，“也就是同法的理论方面尚未根除的唯物主义观点的因素作斗争。新康德主义的资产阶级法学家们，曾纠缠不清地写了许多克服心理学的罪过概念的东西。‘克服’心理学的罪过概念，实际上只不过是克服资产阶级法制的最后残余，削减确定犯罪构成对认定某人在实施犯罪中的罪过的意义而已，因为故意和过失是犯罪构成的必要特征，是犯罪构成的主观方面。所以在政治上，这就是替资产阶级法院在确定某人罪过时的非法和专横做辩解。这些反动的罪过评价理论，是帝国主义时代资产阶级法制的腐朽和瓦解的产物。”“马克思列宁主义的唯物主义的反映论，是苏维埃法院全部实际工作的基础。对罪过唯物主义理解（罪过是侦查和审判机关竭力要查明的客观真理的一个组成部分）的任何脱离，对罪过的任何唯心主义解释（罪过只是评价的范畴），都必然导致法院的裁量驾乎苏维埃法律的直接要求之上，必然会给破坏社会主义法制的现象做辩护，并为法院制作无根据的判决开辟道路。”³

在苏俄刑法学者看来，罪过的评价性理论，之所以不能被接受是因为“该理论的实质在于否定罪过作为一定事实的客观实在的属性，并将罪过的本质归结为法院对刑事被告人行为的“谴责”，归结为法院对行为人违反规范性命令的否定评价”。这一理论是以唯心主义哲学为依据所建立的“新康德哲学将‘存在’和‘应当’范畴的极

¹ Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.328.

² Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.330.

³ 毕昂特科夫斯基. 社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题，载《苏维埃刑法论文选译》，中国人民大学刑法教研室编译，中国人民大学出版社，1956年，第78、90页。

端对立，是这种罪过理论认识的前提”¹。“社会主义国家的刑法科学上的罪过立场与辩证唯物主义的原则相符合。罪过被看作是客观存在的现象，而不是那种被看作那种形而上学的、非理性的结构或者法律的杜撰。法官将罪过看作是客观实在。罪过不是产生在法官想象中的、法院的看法或者评价。”²

以唯物主义辩证法为指导的社会主义刑法理论，坚决抵制了规范责任论。这是因为苏维埃的法官绝不能对刑事被告说“我对你行为的评价就是你的罪过”³。

因此，建立在唯物主义哲学基础上的苏维埃刑法理论，就不可能采用那种在唯心主义哲学基础上发展起来的规范责任论，而是要采用以唯物主义哲学为基础的心理责任论。对此，皮昂特科夫斯基明确指出：“某人实施犯罪的罪过是实际存在的，并不以审判机关是否认定为转移”⁴。

我们完全可以说，苏俄刑法严格地以唯物主义哲学为根据，坚决地对那些非唯物主义的刑法理论进行抵制，正是因此在苏俄刑法理论上，罪过的规范责任论遭到了学者们的批判。

综上所述，我们可以得出如下结论：由于苏俄学者将规范责任论看作是同唯心主义哲学密切相关的范畴，而在苏维埃时期以乌捷夫斯基为代表的罪过的广义说在某种程度上却与规范责任论存在着极大的相似之处，这也就不可避免地被当时的苏维埃学者认为，罪过的广义说在哲学根据上已经背离了马克思主义哲学的基本立场，因而难逃被彻底否定的厄运。

四、小结：当代俄罗斯学者对上述争论的反思

这场有关罪过的广狭义之争，到今天已经过去了半个世纪，那么，当今的俄罗斯学者是如何看待乌捷夫斯基的广义罪过说的呢？

对在苏维埃刑法学界出现的对乌捷夫斯基广义罪过说的强烈批评，纳乌莫夫教授指出：“其主要原因出在了意识形态上。作者被指责照抄了资本主义法律学者的罪过的评价性理论。”⁵ 鲁聂耶夫教授认为：“乌捷夫斯基提出的有关罪过的阶级政党的评价理论，不论愿不愿意，他都是最先说出苏维埃刑法学真实状况的人之一……，乌捷夫斯基的书或多或少地反映了当时的现实，但引起了巨大的争论，他的评价理论被认为是反科学的和有害的。可以说，在用当时通说的法律形式使得血腥的斯大林制度

¹ Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.323.

² Андреев И. Очерк по уголовному праву социалистических государств. М., Юридическая литература. 1978. С. 71.

³ Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Государственное издательство юридической литературы, 1961. С.329.

⁴[苏]皮昂特科夫斯基主编：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版，第78页。

⁵Наумов А.В. Российское уголовное право:курс лекций. Т.1: Общая часть. М., Волтерс Клувер, 2011. С.390.

变得高尚的同时，对这一理论的批判却指向了乌捷夫斯基……”¹。杜巴维克认为：“严格地说，在惨痛的历史经验之外是不可能理解拒绝罪过的规范理论的原因的。罪过是规范的，这正如犯罪在整体上也是规范的一样，罪过的概念、种类和条件都在刑法上规定了。如果反对对罪过的规范理解，则会导致对包括罪过在内的规范的犯罪概念的否定。”²学者贝特科（Бытко Ю.И.）也指出：“这一理论（指罪过的规范责任论——引者注）更加公正，因为构成该理论基础的不是纯粹的表现为故意或者过失形式的心理要素，而这些心理要素却不是直接处于人的感觉器官之下。这些要素，我们只能通过实施行为的客观属性来判断。而且，罪过的评价理论是建立在每个人与生俱来便有道德的开端——关于善恶、好坏的认识。为了评价一个人行为的社会本质和社会意义，根本不需要成为心理学家、社会学家或者法学家。而这一真理恰恰是陪审员制度建立的基础。”³可以说，上述学者对以乌捷夫斯基为代表的广义罪过说持一种积极的评价态度。并且，在当今的俄罗斯刑法理论上，关于罪过问题仍然存在着心理责任论和规范责任论的争论，但心理责任论仍然是通说⁴。例如，在心理责任论的代表人物 А.И. 拉洛格教授看来“罪过是行为人对其实施的社会危害行为及其危害后果的心理关系”⁵。但是，在心理责任论占主导的同时，却存在着一种将评价性要素纳入罪过概念的倾向。例如，纳乌莫夫教授便认为：“在实施了犯罪中（作为故意和过失）的罪过是不以司法实践人员（法官、侦查人员）的意志为转移的。罪过是在侦查和法庭审理过程中属于被证明的对象。这需要对案件的证据进行评价的基础上作出。也正是因此应该承认，罪过不仅仅是法律心理范畴，还是一个评价性的范畴。”⁶因此，在罪过理解问题上，当今的俄罗斯学界在秉持将罪过看作是一个心里范畴的同时，也赞同在罪过当中含有对人实施犯罪行为时主观心理态度的否定评价。只不过这种评价，不再是绝对地将罪过理解成“责难”或者“谴责性”，而是在心理事实上的一种评价。也就是说，在当今的俄罗斯刑法学界对罪过的理解问题，更加趋于理性。正是在种理性之中，才能凸显乌捷夫斯基广义罪过说的历史价值。

¹Лунеев В.В. Предпосылки объективного вменения и принцип виновной ответственности // Государство и право. 1992. № 9.С.55.

²Дубовик О.Л. Вина в немецком уголовном праве // Правоведение. 1993.№.3.С.104.

³Бытко Ю.И. Понятия «вина»и «виновность» в нормах УК и УПК РФ//Правоведение. 2011. № 2. С.74.

⁴Козлов А.П. Понятие преступления. СПб., Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С.555.

⁵Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. СПб., Издательство «Юридический центр Пресс», 2002.С.64; Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М., ООО «Профобразование», 2001. С.14.

⁶Наумов А.В. Российское уголовное право:курс лекций. Т.1: Общая часть. М., Волтерс Клувер, 2011. С.389.

中国生态环境保护规范体系的生成、结构及发展

杨昌宇 陈桂铨

内容摘要：当前中国对生态环境保护研究以部门法学者为主，但部门法思维在一定程度上难以形成把握生态环境保护的整体性观察视角。中国生态环境保护实践中已经形成多元规范格局，传统“法律体系”概念的解释力表现出不足。这就需要寻找一个上位概念来替代“法律体系”概念，“规范体系”就是这样一个概念。从新中国成立到现在，中国生态环境规范体系的生成大致经历四个阶段，即行政主导生态环境保护期、行政法与刑法联合保护确立期、刑法与行政法联合保护强化期、多元规范体系形成及发展期。在规范体系演进上，生态环境保护经历了行政主导、法律主导、多元规范协同共治的发展过程，体现了中国特色。在规范体系构成上，当代中国生态环境保护已经形成了较为稳定的立体式规范体系：即由宪法、法律法规（主要包括行政法规范、刑法规范和民法规范等）、中国共产党和国家政策等构成的多元规范体系。当前，这一规范体系表现出三个明显趋势：一是继续完善以宪法为核心的生态环境法律规范体系，环境法典化趋势明朗；二是司法实践中不断探索富有中国特色的制度形式，环境民事公益诉讼制度、环境刑事附带民事公益诉讼制度和环境行政公益诉讼制度等有一定的代表性。三是更好推进生态环境保护国内法与国际法规范体系的对接。中国生态环境保护规范体系仍存在一些亟待解决问题：在制度设计上，生态环境法律规范体系内部的衔接与协调需要进一步改进；在立法中既要注重环境要素保护，也要考虑整体性和价值融贯性；生态环境保护司法实践中还需处理好刑法、行政法和民法的衔接等问题。在学术研究上，中国学者需要从本国法治实践成就出发，在“规范体系”意义上构建中国自主的生态环境法学理论。

关键词：规范体系；中国生态环境保护；环境宪法规范；行政法规范；刑法规范；民法规范；党和国家生态环境政策；生态环境法学理论

作者简介：杨昌宇，扬州大学法学院教授，博士生导师；陈桂铨，黑龙江大学法学院助教，俄罗斯人民友谊大学国际法专业在读博士。

引言

近代以来，中国生态环境法制建设虽然起步较晚，但却是在法治轨道上发展较快的国家。¹在中国“五位一体”总体发展格局中，生态文明建设是一个重要方面，也

¹ 比如，在法律用语上，中国发生从“环境”到“生态”再到“生态环境”的变化；在行政管理主体上，中国于2018年批准成立中华人民共和国生态环境部，新设中华人民共和国自然资源部；在立法层面上，环境法律规范体系日渐完备，生态环境保护正趋于法典化；在中国法院系统中，环境资源审判庭普遍设立。这些变化透视出中国生态环境保护在法治轨道上的快速推进。

是一个具有综合性的国家治理问题。¹当前中国法学学者多从部门法思维出发对生态环境保护问题进行研究,但在中国法治实践中,特别是“中国特色社会主义法治体系”这一概念提出后,建设“法治体系”的中国实践已经突破了原有的“法律规范—法律部门—法律体系”三阶理论结构,²对生态环境保护问题研究的部门法研究方法在一定程度上表现出局限性。部门法思维无法做到从整体性的视角透视当前生态环境保护规范体系的多元构造。2014年中国共产党十八届四中全会提出,全面推进依法治国的总目标是“建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”,中国进入到“法治体系”建设时代。但一直以来,中国“现行的法学学术体系是以我国的法律体系为基础、以苏联和西方国家的法学体系为参照而构建的,除了法理学和法史学,宪法学、行政法学、民商法学、经济法学、社会法学、环境法学、民事诉讼法学、刑法学、刑事诉讼法学等都对应着法律体系中的一个法律部门。这一学术体系,已经滞后于全面推进依法治国、建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的伟大实践。”³在国家治理实践中,法律规范、党内法规、党的政策、国家政策、社会规范是当代中国社会中客观存在的规范类型,它们在各自不同场域发挥作用。在这一背景下,中国学者认为,“法律体系”概念已经无法包容现有的规范类型,也无法满足现实社会的需求,需要对法律体系概念进行重新认识,寻找一个新的概念将所有的规范内容都包含进来,这个概念就是“规范体系”,它是从国家和社会治理的视角对各种规范内容、种类的涵括和整合。⁴

正是基于这一思路,本文尝试从中国“规范体系”视角,对生态环境保护中的规范问题进行分析。从中国生态环境保护的规范形式演进入手,对70多年来这一领域的观念变迁与制度演进进行呈现;从宪法、刑法、行政法、民法及党和国家政策等角度,对当前中国生态环境保护多元规范体系特色进行揭示;从当代中国生态环境保护的立法发展及制度创新等方面,对多元规范体系的发展趋势进行分析。

一、中国生态环境保护规范体系的生成过程

在规范层面上,中华民国时期(1911年—1949年)出现了自然资源保护管理方面的立法,在中国共产党领导的革命根据地也制定过一些自然资源保护管理规章制

¹ 2012年中国共产党的十八大报告指出,建设中国特色社会主义,总布局是经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设五位一体。

² 新中国刚刚成立时,苏联社会主义国家法制模式为中国法律体系的框架搭建提供了模板,对中国法律体系的缔造者和实践者产生深刻影响,形成了“法律规范—法律部门—法律体系”的三阶构造。这种顺着“法律规范—法律部门—法律体系”的概念序列,把法律体系视为不同部门法或法律部门的系统的看法,基本上构成了理论上的主流。”参见雷磊:《新科技时代的法学基本范畴:挑战与回应》,《中国法学》2023年第1期,第70页;张志铭:《转型中国的法律体系建构》,《中国法学》2009年第2期,第141页。

³ 张文显:《论建构中国自主法学知识体系》,《法学家》2023年第2期,第3-4页。

⁴ 参见刘作翔:《当代中国的规范体系:理论与制度结构》,载《中国社会科学》2019年第7期,第85、87页。

度。¹新中国成立 70 多年的时间里，生态环境保护规范体系的生成大致经历了四个历史阶段。

（一）行政主导生态环境保护的探索期（1949 年-1978 年）

新中国成立之初，生态环境法律保护主要是对一些自然资源进行管理和保护。²1963 年，国务院发布了中国第一个综合性的森林法规《森林保护条例》。1972 年中国参加联合国召开的第一次人类环境会议后，将生态环境保护问题进一步提上国家议程。1973 年，中国召开第一次环境保护会议，通过第一个全国性环境保护文件《关于保护和改善环境的若干规定（试行草案）》。1974 年，国务院批准《中华人民共和国防止沿海水域污染暂行规定》。1978 年《中华人民共和国宪法》第 11 条第 3 款规定：“国家保护环境和自然资源，防治污染和其他公害。”1978 年 12 月，党中央批准了国务院环境保护领导小组的《环境保护工作汇报要点》，强调绝不能走“先污染、后治理”的弯路，推动了我国环境保护事业的发展。

这一时期，在生态环境保护的规范形式上，以政策和行政法规为主。虽然保护环境写入宪法，但环境类法律规范相对较少。当时中国尚未制定刑法，对于环境类犯罪行为的惩处仅仅规定于行政性法律法规之中，保护力度不强。

（二）行政法和刑法对生态环境结合保护的形成期（1979-1997）

1979 年 9 月《中华人民共和国环境保护法（试行）》公布，试行十年后，1989 年 12 月，《中华人民共和国环境保护法》通过，标志着中国生态环境法律保护进入新阶段。这一时期，中国生态环境保护范围涵盖了森林、海洋、耕地、林地、大气、矿产、水资源、野生动物、环境噪声等一系列环境法益。³

1979 年《中华人民共和国刑法》颁布⁴，破坏生态环境行为正式入刑。刑法中虽然没有设立专章专节规定环境类犯罪，但在分则的第二章与第三章中对环境犯罪进

¹ 中华民国时期主要有《渔业法》（1929 年）、《森林法》（1932 年）、《狩猎法》（1932 年）、《土地法》（1930 年）和《水利法》（1942 年）等。中国共产党领导的革命根据地的自然资源保护管理制度如《闽西苏区山法令》（1930 年）、《晋察冀边区禁山办法》（1939 年）、《晋察冀边区垦荒单行条例》（1938 年）、《陕甘宁边区森林保护条例》（1941 年）、《晋察冀兴修农田水利条例》（1943 年）、《东北解放区森林保护暂行条例》（1949 年）等。参见汪劲：《环境法学》（第四版），北京大学出版社 2018 年版，第 39 页。

² 譬如，1950 年由政务院颁布、1951 年施行的《中华人民共和国矿业暂行条例》是我国第一部矿产资源法规，标志着国家在立法层面开始重视环境保护问题。相关的环境保护法规还有 1950 年的《关于治理淮河的决定》和《政务院规定古迹、珍贵文物、图书及稀有生物保护办法》，1952 年的《关于荆江分洪工程的决定》，1953 年的《政务院关于发动群众开展造林、育林、护林工作的指示》等。参见赵秉志：《中国环境犯罪的立法演进及其思考》，载《江海学刊》2017 年第 1 期，第 125 页。

³ 这一时期的环境保护类的法律主要有：1982 年的《中华人民共和国海洋环境保护法》；1984 年的《中华人民共和国水污染防治法》《中华人民共和国森林法》；1986 年的《中华人民共和国渔业法》；1988 年的《中华人民共和国野生动物保护法》；1987 年的《中华人民共和国大气污染防治法》；1995 年的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》；1986 年的《中华人民共和国矿产资源法》；1996 年的《中华人民共和国环境噪声污染防治法》等。在刑法学者看来，这些法律中包含了与刑法衔接的规范，被称为环境保护中的“附属刑法”。

⁴ 《中华人民共和国刑法》1979 年 7 月 1 日通过，自 1980 年 1 月 1 日起施行。

行了规定。分则第二章“危害公共安全罪”中对破坏环境的行为进行规制，第 105 条、106 条涉及到了以危险方法破坏河流、水源、森林等犯罪行为；在分则第三章“破坏社会主义经济秩序罪”项下，对破坏环境的行为进行处罚，第 128 条规定了盗伐、滥伐林木罪，第 129 条规定了非法捕捞水产品罪，第 130 条规定了非法狩猎罪。此时，虽然没有形成惩治环境类犯罪的刑法规范体系，但其后国家出台一系列法律法规都对环境类犯罪加以补充，在形式上形成对生态环境进行刑法、行政法等结合保护的状态。这一时期国家注重刑法与行政法之间的配合与协调，通过较为严厉的刑法手段对生态环境进行兜底性保护。

（三）刑法和行政法对生态环境联合保护的强化期（1997-2011）

随着中国改革开放的深化及经济和社会的发展，为遏制破坏生态环境行为，1997 年修订后的刑法开启了对破坏生态环境行为的严格保护模式。修订后的刑法在分则第六章“妨害社会管理秩序罪”项下，独立设置了第六节“破坏环境资源保护罪”，用九个条文规定了 15 项环境保护类罪名，加上其他条款，这一时期涉及生态环境保护类的犯罪罪名主要如下图所示（见图一）。

图一：1997 年《刑法》规定的环境犯罪罪名

序号	条文	罪名
1	第 151 条第 3 款	走私珍稀植物、珍稀植物制品罪
2	第 338 条	重大环境污染事故罪
3	第 339 条第 1 款	非法处置进口的固体废物罪
4	第 339 条第 2 款	擅自进口固体废物罪
5	第 340 条	非法捕捞水产品罪
6	第 341 条第 1 款	非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪
7	第 341 条第 1 款	非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪
8	第 341 条第 2 款	非法狩猎罪
9	第 342 条	非法占用耕地罪
10	第 343 条第 1 款	非法采矿罪
11	第 343 条第 2 款	破坏性采矿罪
12	第 344 条	非法采伐、毁坏珍贵树木罪
13	第 345 条第 1 款	盗伐林木罪
14	第 345 条第 2 款	滥伐林木罪
15	第 345 条第 3 款	非法收购盗伐、滥伐的林木罪
16	第 407 条	违法发放林木采伐许可证罪
17	第 408 条	环境监管失职罪
18	第 410 条	非法批准征用、占用土地罪

2002 年，第五次全国环境保护会议要求把环境保护工作上升到和发展生产力同等重要的位置。2006 年，第六次全国环境保护会议进一步强调了环境保护的重要性。中国开始在环境保护方面投入更大的精力，不仅对刑法进行了补充修订，最高人民法院和人民检察院也发布了大量司法解释，对生态环境的刑法保护模式予以完善。

1997年刑法到目前已经通过了十一个修正案，其中与生态环境保护关联密切的是2001年刑法修正案（二）、2002年刑法修正案（四）、2011年刑法修正案（八）和2020年刑法修正案（十一）。

刑法修正案（二）将1997《刑法》第342条的“非法占用耕地罪”修改为“非法占用农用地罪”，为了规制和惩戒滥用农用土地的行为，“林地等农用地”加入该条款，强化了对林木资源的保护。为了规制和惩戒滥用农用土地的行为，不再局限于只对耕地进行保护，将保护对象扩充到了林地和草地。

在2002年的《刑法修正案（四）》中，扩大了原339条走私废物的范围，不再仅仅局限于固体废物，将走私液体、气体废物的行为也作为犯罪处理；为了保护名贵植物，将“非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物及其制品罪”和“非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪”增设进了第344条“非法采伐、毁坏珍贵树木罪”中。原第344条增设非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪，非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪；原第345条增加运输盗伐、滥伐的林木的行为为犯罪，删除原条文“以盈利为目的”的主观入罪限制。

刑法修正案（八）对于环境类罪名的修改体现在两处，一是更改原338条“重大环境污染事故罪”为“污染环境罪”，在条文上取消了“向土地、水体、大气”的行为对象限制，同时取消了“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”犯罪结果限制，将严重污染环境的行为列为刑事规制对象；二是删减非法采矿罪原规定中“经责令停止开采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏的”的前置行政程序和犯罪结果的入罪限制，扩大了处罚范围。

（四）生态环境保护多元规范体系形成及发展期（2012年—现在）

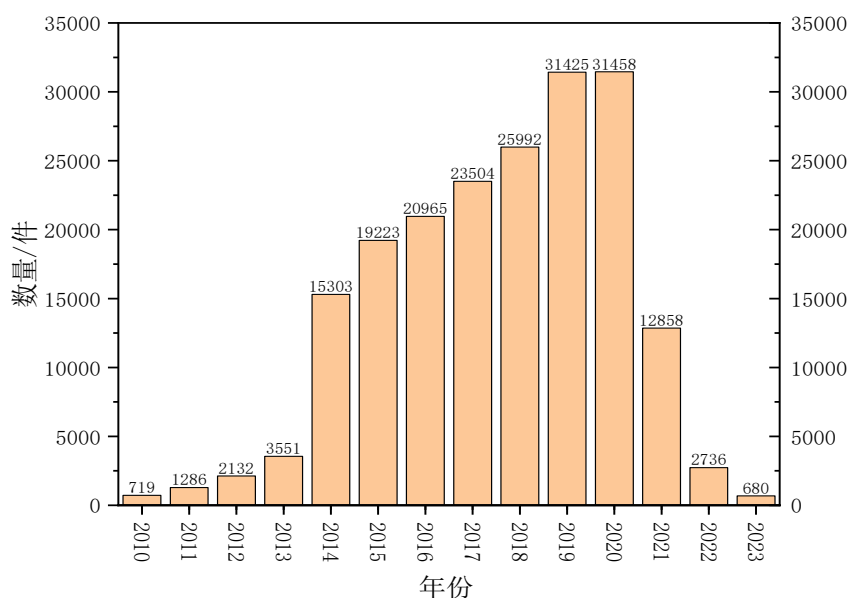
2012年中国共产党十八大召开，中国生态环境保护进入快速发展时期。中国共产党十八大报告首次提出了“努力建设美丽中国”的奋斗目标。2017年党的十九大报告指出，中国要建设的现代化是人与自然和谐共生的现代化。2018年，“生态文明”被写进了宪法。2022年中国共产党的二十大报告指出，“中国式现代化是人与自然和谐共生的现代化。”“坚持可持续发展，坚持节约优先、保护优先、自然恢复为主的方针，像保护眼睛一样保护自然和生态环境，坚定不移走生产发展、生活富裕、生态良好的文明发展道路，实现中华民族永续发展。”¹

这一时期，国家对生态环境保护积极推进，形成了生态环境保护的多元规范调整格局。对生态环境保护由侧重于刑法和行政法的联合保护向多种治理手段联合发力

¹习近平在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》，载《人民日报》2022年10月26日。

转变。从 2010 年以来“破坏环境资源保护罪”案件数量的变化上，可以从一个侧面看出多种生态环境保护治理手段发挥作用所产生的变化（见图二）。¹

（图二：破坏环境资源保护罪历年司法裁判文书数量变化图）



图二：破坏环境资源保护罪历年司法裁判文书数量

二、中国生态环境保护的多元规范体系结构

习近平总书记指出，“保护生态环境必须依靠制度、依靠法治。只有实行最严格的制度、最严密的法治，才能为生态文明建设提供可靠保障”。²自中国共产党十八大以来，生态环境保护逐步形成了具有中国特色的多元规范体系。下面重点从法律规范体系所包含的生态环境保护的宪法规范、行政法规规范、刑法规范、民法规范四个方面及中国共产党和国家的环境政策五个基本部分进行分析。

（一）宪法生态文明规范体系逐步形成

宪法在中国特色社会主义法律体系中处于核心地位，宪法生态环境规范体系建设意义重大。1982 年《宪法》第 9 条规定：“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”2018 年“生态文明”入宪法，这标志生态文明已经不再是所谓的概括性的宪法精神或原则，生态文明制度，已经与经济制度、政治制度、文化制度、社会制度一起，成为中国国家基本制度的重要组成部分。³当前，中国学术界普遍认为，中国的生态环境保

¹本表数据起止时间为 2010.1.1—2023.4.19，数据来源于北大法宝 <https://www.pkulaw.com/case?way=topGuid>，访问日期为 2023 年 11 月 7 日。

²中共中央文献研究室编：《习近平关于全面深化改革论述摘编》，中央文献出版社 2014 年版，第 104 页。

³张震：《宪法生态文明规范体系对环境法典编纂的制度化依据》，载《法学论坛》2023 年第 5 期，第 89 页。

护已经形成了以宪法环境保护条款为实质核心的体系，可称之为环境宪法规范体系，或宪法环境条款的整体性诠释体系，抑或宪法生态文明规范体系。¹ 宪法生态文明规范体系是中国生态环境多元规范体系在根本法上的依据。

2023年，中国对作为宪法相关法的《中华人民共和国立法法》进行了第二次修改，其第81条和第93条，均将原来的“环境保护”字样改为了“生态文明建设”。这一变化进一步发展和拓展了宪法生态环境规范体系。

（二）生态环境行政法规范体系初具规模

中国生态环境行政法规范在中国特色社会主义法律体系中占有重要地位。进入到21世纪，中国生态环境行政法规范的体系化建设快速发展。2002年通过了《中华人民共和国环境影响评价法》和《中华人民共和国清洁生产促进法》，2003年通过了《中华人民共和国放射性污染防治法》等法律，此后这些法律随着时代的发展大部分都进行了修正。²2014年修订《中华人民共和国环境保护法》，自2015年1月1日起施行。

近年来，中国颁布了一系列涉生态环境问题的行政类法律法规。2020年通过《中华人民共和国长江保护法》、2021年通过《中华人民共和国湿地保护法》、2022年通过《中华人民共和国黑土地保护法》和《中华人民共和国黄河保护法》、2023年通过《中华人民共和国青藏高原生态保护法》等。同时，国家还对一系列法律进行修改完善，比如《中华人民共和国海洋环境保护法》（2023年修订，2024年1月1日施行），《中华人民共和国野生动物保护法》（2022年修订，2023年5月1日起施行），《中华人民共和国噪声污染防治法》（2021年修订，2022年6月5日施行）等。

（三）生态环境民法规范体系及制度结构基本形成

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布之前，³ 2010年施行的《中华人民共和国侵权责任法》对“环境污染责任”进行了规定。2020年《民法典》颁布后，在总则和分则中都对生态环境问题予以规范。《民法典》第9条规定，“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”这被称为“绿色原则”。

《民法典》第七编“侵权责任”中第七章为“环境污染和生态破坏责任”，共7个条文，在内容上较之前有很大的不同，标志着生态环境民事法律保护制度基本形成。当前中

¹ 参见张翔：《环境宪法的新发展及其规范阐释》，载《法学家》2018年第3期；王建学：《论生态文明入宪后环境条款的整体性诠释》，载《政治与法律》2018年第9期；张震：《生态文明入宪及其体系性功能》，载《当代法学》2018年第6期。

² 《中华人民共和国环境影响评价法》于2002年10月28日通过，自2003年9月1日起施行。2016年7月2日，进行第一次修正。2018年12月29日进行第二次修正。《中华人民共和国清洁生产促进法》于2002年6月29日通过，自2003年1月1日起施行。最新修正是于2012年2月29日完成，自2012年7月1日起施行。

³ 《中华人民共和国民法典》于2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，2021年1月1日起施行。

国生态环境民事法律保护制度中，比较具有代表性的是惩罚性赔偿制度和生态环境修复责任制度。

《民法典》第 1232 条规定了环境侵权惩罚性赔偿，即“侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”。《民法典》出台之前，环境侵权惩罚性赔偿大多停留在学界的探讨当中，《民法典》的实施使之有了立法依据。中国司法实践已将惩罚性赔偿应用于环境公益诉讼之中。2022 年最高人民法院颁布《关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》，对生态环境侵权案件中的惩罚性赔偿作了进一步的规定，细化了制度要素，为环境公益诉讼适用惩罚性赔偿提供了法律支撑。

《民法典》第 1234 条确立了生态环境损害修复责任制度规范体系。早在 2015 年 6 月，最高人民法院实施的《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条就对“环境修复责任”作了规定，并要求法院在裁判“污染者”承担环境修复责任时，应同时确定其不履行环境修复义务时所承担的环境修复费用。2016 年 5 月，最高人民法院印发《关于充分发挥审判职能作用为推进生态文明建设与绿色发展提供司法服务和保障的意见》，明确提出要“落实以生态环境修复为中心的损害救济制度，统筹适用刑事、民事、行政责任，最大限度修复生态环境”。2019 年 6 月，最高人民法院实施的《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》对生态环境修复责任作了更为详细的规定，不仅在第十一条中将“修复生态环境”规定为一种独立责任方式，而且在第十二条至十五条中针对不同情形下生态环境修复责任的具体承担方式作了规定。《民法典》第 1234 条和第 1235 条专门针对生态环境损害救济作了规定，补强了有关生态环境修复责任的法律规范。

(四) 生态环境刑事法律规范体系继续完善

刑法作为中国生态环境保护最为严厉的规范方式发挥着不可替代的作用。2020 年刑法修正案(十一)通过，主要围绕资源安全、生态安全以及生物安全等方面进行修正完善。其中涉及侵犯环境资源类犯罪共 4 条规定，有 1 个条文修改原有罪名，3 个条文增添新罪。修正案第四十条“污染环境罪”删去了罪状中损害人身权和财产权的表述，把落脚点修正为“严重污染环境”上。修正案第四十一条对破坏野生动物资源犯罪主观目的作限制性规定，增加主观上“以食用为目的”的构成要件。修正案第四十二条新增破坏自然保护地罪，首次将破坏国家公园、国家级自然保护区的行为纳入刑法制裁范围。修正案第四十三条新增了非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪，这与中国加入的《生物多样性公约》和国内新颁布的《中华人民共和国生物安全法》(2020 年实施)相呼应。

刑法修正案（十一）对于环境类罪的修改将原第 338 条污染环境罪的法定刑最高刑提高到七年以上有期徒刑，自然保护区、重要江河、湖泊水域的水资源也纳入其保护范围，污染该类水源也将构成犯罪；第 341 条增设“以食用为目的的非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物”行为犯罪；原第 342 条新增一款为破坏自然保护区罪；原第 344 条增加对外来入侵物种“非法引进、释放、丢弃”行为的规制。

至此，从 1979 年环境保护正式入刑，到 1997 年刑法的修订，再到 2020 年为止经过的数次修正，中国刑法中目前共有约有 23 个与生态环境保护相关的罪名（参见图三¹）。

（图三：2020 年为止与生态环境保护相关的刑法罪名列表）

序号	条文	罪名
1	第 151 条 第 2 款	走私文物、贵金属、珍贵动物、珍贵动物制品罪
2	第 229 条	提供虚假证明文件罪
3	第 338 条	污染环境罪
4	第 339 条 第 1 款	非法处置进口的固体废物罪
5	第 339 条 第 2 款	擅自进口固体废物罪
6	第 339 条 第 3 款	走私废物罪
7	第 340 条	非法捕捞水产品罪
8	第 341 条 第 1 款	危害珍贵、濒危野生动物罪
9	第 341 条 第 2 款	非法狩猎罪
10	第 341 条 第 3 款	非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪
11	第 342 条	非法占用农用地罪
12	第 342 条之一	破坏自然保护区罪
13	第 343 条 第 1 款	非法采矿罪
14	第 343 条 第 2 款	破坏性采矿罪
15	第 344 条	危害国家重点保护植物罪
16	第 344 条之一	非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪
17	第 345 条 第 1 款	盗伐林木罪
18	第 345 条 第 2 款	滥伐林木罪
19	第 345 条 第 3 款	非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪
20	第 407 条	违法发放林木采伐许可证罪
21	第 408 条	环境监管失职罪
22	第 410 条	非法批准征收、征用、占用土地罪
23	第 410 条	非法低价出让国有土地使用权罪

（五）党和国家生态环境保护政策发挥重要作用

2018 年《中华人民共和国宪法修正案》将“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入宪法总纲第一条第二款。在生态环境保护领域，坚持中国共产党的领导成为中国生态环境保护规范体系的一大特色。在中国生态环境治理中，党和国家的环境政策成为重要的规范依据。十八大以来中国出台了一系列具有代表性的

1

环境政策（见图四）¹，这些政策对于推行生态环境法治化发展有巨大推动作用。

（图四：十八大以来具有代表性的环境政策）

发布主体	文件名称	发布时间
中共中央	《关于全面深化改革若干重大问题的决定》（包括“加快生态文明制度建设”）	2013年11月
中共中央、国务院	《关于加快推进生态文明建设的意见》	2015年4月
	《生态文明体制改革总体方案》	2015年9月
	《关于全面加强生态环境保护 坚决打好污染防治攻坚战的意见》	2018年6月
	《关于建立国土空间规划体系并监督实施的若干意见》	2019年5月
	《黄河流域生态保护和高质量发展规划纲要》	2021年10月
中共中央办公厅、国务院办公厅	《党政领导干部生态环境损害责任追究办法（试行）》	2015年8月
	《环境保护督察方案（试行）》	2015年9月
	《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》	2015年12月
	《关于设立统一规范的国家生态文明试验区的意见》	2016年8月
	《关于省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度改革试点工作的指导意见》	2016年12月
	《生态文明建设目标评价考核办法》	2016年12月
	《关于全面推行河长制的意见》	2016年12月
	《关于划定并严守生态保护红线的若干意见》	2017年2月
	《关于建立资源环境承载能力监测预警长效机制的若干意见》	2017年9月
	《国家生态文明试验区(江西)实施方案》和《国家生态文明试验区(贵州)实施方案》	2017年9月
	《生态环境损害赔偿制度改革方案》	2017年12月
	《关于深化生态环境保护综合行政执法改革的指导意见》	2018年12月
	《国家生态文明试验区（海南）实施方案》	2019年5月
	《中央生态环境保护督察工作规定》	2019年6月

¹参见陈海嵩：《中国环境法治中的政党、国家与社会》，载《法学研究》2018年第3期，第5页。本表对原文中的图表内容进行了必要的修改和补充。

	《关于建立以国家公园为主体的自然保护地体系的指导意见》	2019年 6月
	《天然林保护修复制度方案》	2019年 7月
	《关于深化生态保护补偿制度改革的意见》	2021年 9月
	《关于进一步加强生物多样性保护的意見》	2021年 10月
	《关于加强新时代水土保持工作的意见》	2023年 1月
国务院	《大气污染防治行动计划》（通称“大气十条”）	2013年 9月
	《国务院关于印发国家级自然保护区调整管理规定的通知》	2013年 12月
	《水污染防治行动计划》（通称“水十条”）	2015年 4月
	《土壤污染防治行动计划》（通称“土十条”）	2016年 5月
	《国务院关于全民所有自然资源资产有偿使用制度改革的指导意见》	2016年 12月
	《国务院关于加强滨海湿地保护严格管控围填海的通知》	2018年 7月
国务院办公厅	《关于健全生态保护补偿机制的意见》	2016年 5月
	《湿地保护修复制度方案》	2016年 11月
	《关于鼓励和支持社会资本参与生态保护修复的意见》	2021年 10月

三、中国生态环境保护规范体系的发展趋势

习近平总书记的生态文明思想强调“人与自然和谐共生”。国家重视对生态环境法律体系的建构，环境法典编纂已经列入国家立法计划。同时还注重在生态环境司法保护上进行富有中国特色的制度性创新。在统筹推进国内法治与涉外法治的理念指导下，将国内生态环境保护规范与国际生态环境保护规范进行有效对接。

（一）生态环境法律体系基本建立并走向法典化

中国正以前所未有的力度推进生态环境立法工作，生态环境法律体系基本建立。¹从法律渊源上看，已经形成了包括宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规等层级规范体系。

早在 20 世纪 80 年代，生态环境法的体系问题就已经成为中国环境法学界关注的核心问题之一。伴随着中国环境法治的发展，近年来的生态环境法典化趋势是当前

¹ 吕忠梅：《环境法治建设十年回顾与环境法典编纂前瞻》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版），2023 年第 1 期，第 19 页。

中国生态环境保护领域被高度重视的议题。《全国人大常委会 2021 年度立法工作计划》中明确提出，要研究启动包括环境法典在内的条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作。在这一背景中，中国学者在体系化思路下对本国环境法律制度进行反思，中国环境立法长期坚持的分散立法思路正在发生改变，环境法体系化发展的趋势越发明朗。¹

在理论层面上，中国研究者围绕环境法典的规范类型及体系化构造²，环境法典的责任设定、保护法益、法律关系的性质等核心问题，³环境法学的知识体系建构⁴，环境法典与宪法在规范上的对接⁵等问题讨论热烈，这将推动中国生态环境保护规范体系的进步与发展。

（二）以规范保障生态环境保护司法制度的创新

随着中国生态环境保护规范体系不断健全，司法实践也不断进行制度运行中的创新。其中环境民事公益诉讼制度、环境刑事附带民事公益诉讼制度和环境行政公益诉讼制度有一定的代表性，这些制度创新形式都以相应的规范保障为前提。

2012 年全国人大常委会通过修改《民事诉讼法》设立了环境民事公益诉讼制度。2014 年新修订的《环境保护法》对环境民事公益诉讼的起诉资格作了进一步规定。同年，最高人民法院、民政部、环境保护部下发《最高人民法院、民政部、环境保护部关于贯彻实施环境民事公益诉讼制度的通知》，对三大部门在环境民事公益诉讼中的职能分工和衔接配合做出了较为详尽的规定。2015 年最高人民法院出台了《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》，对诉讼的具体程序等问题作出详细规定，为环境民事公益诉讼设计了较为详细、具体、可操作的程序，环境民事公益诉讼制度得到基本确立。2017 年对《民事诉讼法》第 55 条进行修订，明确了检察机关可作为环境民事公益诉讼的原告，直接起诉或支持起诉。

¹ 参见刘长兴：《体系化构建：中国环境立法年度观察报告(2022)》，载《南京工业大学学报》（社会科学版）2023 年第 2 期；

² 参见刘卫先：《论我国环境法的体系化进路及其展开》，载《南京师大学报》（社会科学版）2023 年第 3 期；参见吴凯杰：《法典化背景下环境法规范的类型区分与体系归属》，载《法学》2022 年第 6 期；徐以祥：《我国环境法律规范的类型化分析》，载《吉林大学社会科学学报》2020 年第 2 期等。

³ 参见焦艳鹏：《领域型法典编纂中法律责任的设定——以生态环境法典为例》，载《法制与社会发展》2023 年第 1 期；参见焦琰：《论作为环境法学核心范畴的环境法益》，载《西北大学学报》（哲学社会科学版）2022 年第 5 期。

⁴ 参见吕忠梅：《中国自主的环境法知识体系建构初论》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2023 年第 3 期。

⁵ 参见吕忠梅：《类型化思维下的环境法典规范体系建构》，载《现代法学》2022 年第 4 期；参见张忠民：《环境法典的体系定位与规范结构》，载《法商研究》2022 年第 6 期；参见张震：《宪法生态文明规范体系对环境法典编纂的制度化依据》，载《法学论坛》2023 年第 5 期等。

2018年3月最高人民法院和最高人民检察院联合发布《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》，确立刑事附带民事公益诉讼制度，该类诉讼成为检察机关在生态环境和资源保护领域履行公益诉讼检察职能的主要形式。

在中国司法实践中还存在环境行政公益诉讼案件。在这类案件中，主要是认定行政机关违法不作为，包括未督促或者责令相关主体承担“生态修复责任”的情形。法院确认了环境违法行为人应当承担生态环境修复责任，但相应的负有监管职责的行政机关应当督促或者责令其履行，但行政机关不作为构成了“未依法履行法定职责”。法院判令行政机关“依法继续履行法定职责”，而不是直接判令相关主体承担生态环境修复责任。

（三）重视国内与国际生态环境保护规范体系的对接

习近平指出，“涉外法律制度是国家法制的重要组成部分，是涉外法治的基础”。¹中国重视统筹推进国内法治与涉外法治，在生态环境保护问题上，在一定程度上突破了中国原有的国内法与国际法的二元规范体系模式。一方面，中国积极主动缔结相应的国际条约；另一方面，不断提高自身的履约能力，促进国际条约与国内法的接轨。目前，中国已加入60多个国际环境保护公约，为使国际环境条约得以实际履行，在新修改和制定的法律中将有关的国际义务写入国内法规中，并制定了相应的配套措施。²

以气候治理为例，中国作为全球最大的发展中国家，积极参与应对气候变化全球治理。在国内温室气体减排中，中国于2007年颁布《中国应对气候变化国家方案》，这是首个发展中国家应对气候变化的国家方案。中国政府自2008年起连续四年发布《中国应对气候变化的政策与行动》，全面展示每年度中国在气候变化方面作出的努力。至2013年，中国颁布《国家适应气候变化战略》，正式将气候治理上升为国家战略目标之一。³气候问题是全球性问题，气候治理是一个国内与国际的双向互动过程。目前中国与碳减排直接相关的规范性文件有生态环境部于2021年颁布的《碳排放权登记管理规则(试行)》《碳排放权交易管理规则(试行)》和《碳排放权结算管理规则(试行)》等。最高人民法院发布的《中国环境资源审判(2019)》已经指出，下阶段司法工作重点之一是保障气候变化适应措施。

同时，大气污染公益诉讼作为一种新的司法现象，为气候变化诉讼在中国的开展

¹ 2023年11月27日，在中央政治局就加强涉外法制建设进行第十次集体学习中的讲话。

² 参见汪劲：《环境法学》（第四版），北京大学出版社2018年版，第342页。

³ 参见《统筹推进气候治理国内法治和涉外法治：内涵、进程及完善路径》，载《理论月刊》2023年第7期，第106页。

提供了重要思路。¹中国在生态环境司法保护方面的做法已经引起世界的关注，联合国环境规划署的数据库建立中国环境司法裁判专栏，收录了中国两批 20 件环境资源典型案例和 4 部环境资源审判白皮书，成为中国环境司法走向世界的重要窗口。²

结语

当前中国生态环境保护多元规范体系已经形成，制度层面不断推陈出新，但依然存在一些亟待解决的问题。一方面，在进行生态环境保护法律体系构建时，依然存在注重环境要素保护但忽略体系整合、环境立法空白与立法重叠并存情形明显、生态环境法律的价值融贯性缺失等问题。³另一方面，目前分散式的立法降低了生态环境风险调整或者预防的技术性和有效性，过于分散的生态环境风险规制格局不利于生态环境整体保护的实现，生态环境保护的立法应更注重整体性的设计等。⁴生态环境规范体系内部的衔接与协调也需要进一步改进。同时需要指出的是，在构建中国自主生态环境法学知识体系时，更应当着眼于中国法治建设的实践成就，在思维方式上破除传统法律体系三阶理论的束缚，更好提炼生态环境多元规范体系中的理论问题。

¹ 赵悦：《气候变化诉讼在中国的路径探究—基于 41 个大气污染公益诉讼案件的实证分析》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2019 年第 6 期，第 页。

²2022 年，最高人民法院向联合国环境规划署推荐第三批 10 件中国环境司法典型案例，以及 2020、2021 环境资源审判年度报告。参见最高法发布《中国环境资源审判（2022）》<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/402422.html>。2023 年 12 月 2 日访问。

³ 参见徐以祥：《论我国环境法律的体系化》，载《现代法学》2019 年第 3 期，第 84-85 页。

⁴ 参见曹明德，马腾：《风险社会中生态环境法律体系的变迁》，载《国外社会科学》2021 年第 3 期，第 61 页。

中俄海关立法比较

顾毅

前驻俄罗斯使馆海关处

一、中俄两国海关立法进程

(一) 后苏联时期俄罗斯的海关立法进程。

1. 1993 年与 2003 年两次颁布《俄罗斯联邦海关法典》。

苏联解体后，俄罗斯在向市场经济过渡之初通过了 1993 年《俄罗斯联邦海关法典》，同时还以决议、命令的形式颁布了数千条法规，但这些法律规定有的相互矛盾，有的法律解释含混不清。因此后续又通过了 2003 年《俄罗斯联邦海关法典》，其生效后解决了俄罗斯海关立法与国际标准接轨、简化和加快海关程序及减少货物流通管理中的行政因素等核心问题。总体上 2003 版海关法典受到进出口企业和海关的普遍欢迎。

После распада советского союза в начале перехода к рыночной экономике в России был принят ТК 1993 г. Его действие сопровождалось изданием нескольких тысяч подзаконных актов, что было воспринято как запутанное и избыточное правовое регулирование. Поэтому приняли впоследствии ТК РФ 2003 г., с введением которого в действие решены такие принципиально важные задачи, как приведение российского таможенного законодательства в соответствие с международными стандартами в этой сфере, упрощение и ускорение таможенных процедур, снижение административного фактора в регулировании товаропотока. В целом ТК 2003 г. получил положительные оценки участников ВЭД и должностных лиц таможенных органов.

2. 2010 年《关税同盟海关法典》生效。

俄白哈三国筹建关税同盟之初，其首要任务就是建立相关法律体系。《关税同盟海关法典》2010 年 7 月正式生效，法典规定了海关制度和税收形式、货物和运输工具的通关程序、海关机构的地位，并明确了海关与管理相对人之间的权利义务关系，是一部在实践中可以直接适用的海关事务法律规范。

В начале создания ТС первой задачей было формирование правовой базы. ТК ТС вступил в силу с 1 июля 2010 г., который определяет виды таможенных режимов и платежей, порядок таможенного оформления товаров и транспортных средств, статус

таможенных органов, регулирует правоотношения между ними и юридическими и физическими лицами, является законом прямого действия, что позволяет непосредственно применять на практике.

3. 2018 年 1 月《欧亚经济联盟海关法典》生效。

随着欧亚经济联盟的建立,《欧亚经济联盟海关法典》于 2018 年 1 月 1 日正式生效,《关税同盟海关法典》同时废止。《欧亚经济联盟海关法典》是调整联盟海关事务最主要的法律基础,不仅适用于俄罗斯联邦,也适用于亚美尼亚、白俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯等欧亚经济联盟成员国。

根据海关管理中信息技术的应用趋势,以及引进欧盟先进的海关管理经验,《欧亚经济联盟海关法典》在“电子申报”、“单一窗口”和“经认证的经营者”应用方面做出了相关规定。

С созданием ЕАЭС 1 января 2018 года вступил в силу ТК ЕАЭС, одновременно отменен ТК ТС. Основным правовым источником, регулирующим таможенные отношения, выступает ТК ЕАЭС. Его действие распространяется не только на РФ, но и на государства – члены ЕАЭС: Армения, Беларусь, Казахстан и Кыргызстан.

В соответствии с тенденциями применения информационных технологий в таможенном регулировании и внедрением передового опыта таможенного администрирования Европейского союза, ТК ЕАЭС включает соответствующие положения, направленные на применение "электронного декларирования", "единого окна" и "УЭО".

4. 2018 年 9 月出台《俄罗斯联邦海关调解法》。

《俄罗斯联邦海关调节法》于 2018 年 9 月生效,适用于作为联盟统一关境一部分的俄罗斯联邦。该法补充了《欧亚经济联盟海关法典》中未规范的海关法律关系,明确了俄罗斯与联盟在海关管理方面的所有细微差别,并对《欧亚经济联盟海关法典》中的参照性条款予以明确规定。

Федеральный закон О таможенном регулировании в РФ вступил в силу в сентябре 2018 г. и распространяет свое действие на территории РФ, как части единой таможенной территории Союза. Данный Закон включает положения о таможенных правоотношениях, не урегулированных ТК ЕАЭС, регламентирует все нюансы между Россией и союзом в сфере таможенного регулирования, и устанавливает соответствующие положения в отношении отсылочных норм, указанных в ТК ЕАЭС.

(二) 中国改革开放后的海关立法进程。

现行《海关法》自 1987 年颁布实施起,前后已历经六次修正。其中 2000 年《海关法》经历了系统大修,将 WTO 规则和 RKC 原则及制度转化为国内法,如电子申

报、海关估价、稽查、担保、AEO 制度、知识产权海关保护等，对于促进贸易便利化、助力我国外贸发展发挥了重要作用。

Действующий Закон КНР о таможене был опубликован в 1987 г, по настоящее время в него шесть раз вносились поправки, а систематическое изменение и пересмотр был в 2000 г., в результате которого правила ВТО, принципы и режимы «пересмотренного Киотской конвенции» были преобразованы во внутренние законы, такие как электронное декларирование, определение таможенной стоимости, таможенная ревизия, таможенное обеспечение, система институт УЭО, таможенная защита прав интеллектуальной собственности и т. д., которые сыграли важную роль в содействии облегчению торговли и развитию внешней торговли Китая.

1987 年 6 月，国务院批准《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》；1985 年 3 月颁布《中华人民共和国进出口关税条例》；2018 年因国家机构改革质检总局撤销，原检验检疫职能划归海关总署，增加了 4 部法律及相关行政法规。

Госсовет Китая утвердил Положение КНР об таможенных административных наказаниях в июне 1987 г; Положение КНР об импортных и экспортных таможенных пошлинах был опубликовано в марте 1985 г.; В 2018 году в результате институциональной реформы упразднено Главное государственное управление по контролю качества, инспекции и карантину с передачей функций управления касательно инспекции товаров, карантина и санитарного контроля при перемещении через таможенную границу переданы Главному таможенному управлению Китая. В связи с этим добавлено 4 закона и соответствующие административно-правовые акты.

二、中俄两国海关法律体系

（一）俄罗斯海关法律体系。

俄罗斯海关领域的立法体系由国内和国际法律文件（包括欧亚经济联盟）组成，根据其法律效力按以下顺序排列：

Система законодательства в сфере таможенного дела России представлена системой национальных и международных актов, включая акты ЕАЭС, которые расположены в следующей системе по юридической силе:

1. 《俄罗斯联邦宪法》— 确定海关事务的基础；
2. 欧亚经济联盟成立条约；
3. 其他国际法律文件，如《京都公约》；
4. 《欧亚经济联盟海关法典》— 规定货物进出联盟关境的程序、海关手续和海关制度等。
5. 《欧亚经济联盟统一关税税则》— 规定了进口关税税率；

6. 《对外经济活动统一商品编码》— 确定商品类别和编码;
 7. 欧亚经济委员会决议— 制定关税管理措施 (如关税优惠)、非关税管理措施 (如进口产品认证规则), 以及其他货物进出境规定。
 8. 《俄罗斯联邦海关调节法》— 针对俄罗斯制定了欧亚经济联盟海关法律相类似的规则;
 9. 其他联邦法律;
 10. 总统令;
 11. 俄罗斯联邦政府令
 12. 俄罗斯联邦海关署命令。
1. Конституция РФ – определяет основы таможенного дела;
 2. Договор о создании ЕАЭС;
 3. Иные международные акты (Киотская конвенция);
 4. ТК ЕАЭС – определяет порядок перемещения товаров через таможенную границу ЕАЭС, таможенные процедуры, формы таможенного контроля и др;
 5. Единый таможенный тариф ЕАЭС– устанавливает ставки ввозных таможенных пошлин;
 6. Единая товарная номенклатура ВЭД – определяет группы товаров и их кода для целей перемещения товаров и заполнения таможенной декларации;
 7. Решения Евразийской экономической комиссии – устанавливает для всех стран-членов ЕАЭС меры таможенно-тарифного регулирования (например, тарифные льготы), меры нетарифного регулирования (например, правила сертификации продукции при ввозе), и другие правила перемещения товаров;
 8. Федеральный закон «О таможенном регулировании в РФ» - для России устанавливает схожие с ТК ЕАЭС правила таможенного регулирования;
 9. Иные федеральные законы;
 10. Указы Президента;
 11. Постановления Правительства РФ;
 12. Приказы Федеральной таможенной службы России.

构成欧亚经济联盟法律基础的国际条约和超国家机构决议可直接适用于俄罗斯联邦, 也就是说, 适用这些条约和决议无需再颁布国内法令。《欧亚经济联盟海关法典》和《俄罗斯联邦海关调节法》、《俄罗斯联邦税则法》占据海关法律保障的核心位置。

Международные договоры и решения наднациональных органов, составляющие право ЕАЭС, действуют в РФ непосредственно, т. е. в которых не содержат

требований по изданию внутригосударственных актов для их применения. Центральное место в правовом обеспечении таможенного дела занимают ТК ЕАЭС, Федеральный Закон «о таможенном регулировании» и Закон «О таможенном тарифе».

(二) 中国海关法律体系。

我国对“海关法律体系”采取了国家最高权利机关、国务院和海关总署三级立法体制。以海关法为母法，以国务院制定的行政法规和海关总署制定部门规章为补充的三级海关法律体系。目前，我国海关法律体系共包括 7 部法律、23 部行政法规，以及近 200 部海关总署行政规章和约 2000 份公告。

В Китае действующая система таможенного законодательства проявляется в ее трехступенчатости, который выражается в следующем: Всекитайское собрание народных представителей и его Постоянный комитет издает основной закон в области таможенного регулирования-Закон КНР о таможне; Государственный совет вырабатывает административно-правовые акты; Главное таможенное управление разрабатывает отраслевые правила. В настоящее время система таможенного права Китая включает в себя 7 законов, 23 административно-правовые акта, а также почти 200 отраслевых правил ГТУ и около 2 000 объявлений.

(三) 中俄海关法律规范在几个维度上的比较。

Сравнительный анализ таможенного законодательства Китая и России в нескольких аспектах.

1. 适用空间。俄罗斯是欧亚经济联盟成员国，联盟基本特征之一就是统一关境内货物自由流通，实施统一进口税率，未来将实现劳动力、货币和资本的自由流动。但中国并未加入这种高度一体化的共同体或联盟组织。

1. Пространство действия закона. РФ является государством-членом ЕАЭС, одной из основных особенностей которого является свободное движение товаров в пределах единой таможенной территории, введение единой ставки ввозных пошлин, в будущее осуществляются свободное перемещение рабочей силы, услуг и капитала. Однако Китай никогда не присоединился к высоко интегрированному сообществу или союзу.

关境是指一个国家完全实施海关法律的区域。简单说，俄罗斯是关境大于国境。一方面《欧亚经济联盟海关法典》及联盟框架下的国际条约适用于联盟统一关境。另一方面，对于原产国为俄罗斯的货物或用其加工的产品，从一个联盟成员国境内出口到联盟关境以外时，根据相关国际条约规定，俄罗斯本国海关法律可在联盟相关成员国境内适用，即产生法律域外效力；

Под таможенной территорией понимается территория, где таможенное законодательство применяется в полном объеме. Проще говоря, таможенная

территория России больше, чем ее государственная. С одной стороны, ТК ЕАЭС и международные договоры в рамках Союза применяются на единой таможенной территории Союза. С другой стороны, международными договорами может быть предусмотрено применение актов законодательства РФ в сфере таможенного регулирования на территории государства - члена Союза при вывозе товаров, или продуктов их переработки, страной происхождения которых является Россией, с территории этого государства - члена Союза за пределы таможенной территории Союза. т.е. иметь экстерриториальное действие права;

与俄罗斯不同,我国是国境大于关境。《中华人民共和国海关法》适用区域是除香港、澳门、台湾等单独关税区以外的全部领土。所以,香港、澳门对我们来说可以算是“境内关外”。

В отличие от России, национальная территория Китая больше, чем таможенная. Закон КНР о таможене применяется на всей территории, за исключением отдельной таможенной территории Китая, как Гонконг, Макао и Тайвань.

2. 调整领域。

一直以來,中俄兩國海關管理職能非常接近,基本職能均為監管、徵稅、緝私、統計,以及知識產權海關保護、反恐、環境保護、口岸反洗錢等非傳統職能。但隨著2018年原質檢總局下屬的進出境檢驗檢疫機構併入海關後,增加了進出口商品檢驗、進出境動植物檢疫、國境衛生檢疫和進出口食品安全監管等全新職能。職能增加也帶來海關立法方面的巨大調整,僅從數量上說,就增加了4部法律、8部行政法規和73部行政規章。

2. Сфера правового регулирования. Функции таможенных органов Китая и России были очень близки друг к другу, основными из них являются таможенный контроль, взимание пошлин и налогов, борьба с контрабандой и введение таможенной статистики, а также нетрадиционные функции, такие как таможенная защита прав интеллектуальной собственности, борьба с терроризмом, защита окружающей среды и противодействие отмыванию денег в пограничных пунктах пропуска. Однако с объединением Управления по карантину и экспертизе ввоза-вывоза при бывшем Главном управлении по надзору за качеством, инспекции и карантину в состав ГТУ в 2018 году, добавились новые функции, такие как инспекция ввозных и вывозных товаров, карантин животных и растений при их перемещении через таможенную границу, санитарно-карантинный контроль в пунктах пропуска, а также контроль за безопасностью импортных и экспортных продуктов питания. Расширение функций также привело к значительным изменениям в таможенном законодательстве: только в количественном выражении было добавлено четыре закона, восемь

административно-правовых актов и 73 отраслевых правила.

3. 与其他领域法律分支的交叉度。海关法律关系具有复杂性。俄罗斯海关立法的一个关键特征是其很多条款由其他法律分支的规定组成。例如，报关代理人参与到海关关系中受民法调整；缴纳货物进口环节税受《俄罗斯联邦税法典》调整；违反海关规定被追究法律责任则受《俄罗斯联邦行政违法法典》和《俄罗斯联邦刑法典》调整。

而我国海关立法领域与俄罗斯相比，与其他法律分支交叉度较低。例如，《中华人民共和国行政处罚法》条款并未直接涉及海关领域，而是国务院通过颁布《海关行政处罚实施条例》《中华人民共和国进出口关税条例》等行政规章来调整相关领域的法律关系。

3.Соотношение таможенного права с другими отраслями российского права. Таможенные отношения носят комплексный характер, для их регламентации необходимы источники различной правоотраслевой принадлежности. Так, участие таможенного представителя в таможенных отношениях требует гражданско-правового регулирования, уплата налогов при ввозе товаров – регламентации с помощью положений Налогового кодекса РФ, привлечение к юридической ответственности за нарушение таможенных правил – регулирования нормами Кодекса об административных правонарушениях и Уголовного кодекса РФ.

В отличие от России, Закон КНР об административных наказаниях не затрагивают непосредственно правоотношения в области таможенного дела, а регулируют правоотношения, к привлечению юридической ответственности за нарушение таможенных правил и взиманию таможенных пошлин путем издания Госсоветом таких административно-правовых актов, как Положение КНР об таможенных административных наказаниях и Положение КНР об импортных и экспортных таможенных пошлинах.

4. 海关法律解释。

《俄罗斯联邦海关调节法》规定，所有难以消除的疑问、矛盾和含糊不清之处，按照对申报人和其他利害关系人有利的原则进行解释。我国海关法律尚无类似规定，这也与国内当公共利益与私人利益发生冲突时公共利益优先原则有所区别。

4. толкование норм таможенного права.

Федеральный закон о таможенном регулировании предусматривает, все неустранимые сомнения, противоречия и неясности в актах законодательства РФ о таможенном регулировании и иных правовых актах РФ в сфере таможенного регулирования толкуются в пользу декларанта и иных заинтересованных лиц. В настоящее время отсутствует подобного положения в таможенном законодательстве

Китая, которое также отличается от принципа приоритета общественных интересов в случае конфликта между общественными и частными интересами.

三、中俄海关立法与国际标准的对比

Сравнительный анализ таможенного законодательства Китая и России с международными стандартами

(一) 京都公约。

世界海关组织 1973 年通过的《简化和协调海关业务制度的国际公约》(简称《京都公约》)是当今世界上唯一全面规定海关业务程序标准的国际性法律文件。1999 年 6 月,海关合作理事会在布鲁塞尔又通过了《京都公约修正案议定书》。《经修订的京都公约》现有 133 个缔约方,覆盖了世界各大经济体,规定了简化和协调海关制度的核心原则,这些核心原则对于各缔约方具有强制性,理应成为各缔约方海关制度的基石。我国于 2000 年正式加入该议定书。

Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (1973) (далее – Киотская конвенция), принятая Всемирной таможенной организацией в 1973 году, является единственным на сегодняшний день международным правовым документом, в котором комплексно предусмотрены таможенные процедуры и стандарты таможенных операций. В июне 1999 года Совет таможенного сотрудничества принял в Брюсселе Протокол о внесении изменений в Киотскую конвенцию. По состоянию на текущий год участниками конвенции являются 133 государства, которые охватывают все крупные экономики мира. Конвенция предусматривает основные принципы упрощения и гармонизации таможенных процедур, которые являются обязательными для всех участников и должны стать основой их таможенного регулирования. Китай присоединилась к Протоколу в 2000 году.

(二) 京都公约核心原则在中俄海关立法中的表现差异。

Различия в выражении основных принципов Киотской конвенции в таможенном законодательстве Китая и России.

早在俄白哈关税同盟筹建阶段,其海关立法就充分参考和借鉴了相关的国际法准则和国际公约,并将其作为制定包括《关税同盟海关法典》、《俄罗斯联邦海关调解法》等海关领域国际条约和法律文件的国际法依据。

На этапе создания ТС России, Беларуси и Казахстана соответствующие нормы международного права и международные конвенции были полностью учтены в ходе формирования его правовой базы таможенного регулирования, и непосредственно использованы в качестве основы международного права при разработке международных договоров и правовых документов в таможенной сфере, в том числе

ТК ТС, ТК ЕАЭС и Закона О таможенном регулировании в РФ, которые во многом основываются на принципах названной Конвенции.

我国加入《京都公约》后积极履行国际义务，不断推进业务改革。公约有关原则及世贸组织规则融入 2000 年修订的《海关法》及各项海关法律制度，为我国成为全球第一货物贸易大国奠定了海关法制基础。但总体看，国内海关制度安排离简化协调还有进一步完善空间，许多改革创新亟待更大的立法支持。

После присоединения к Киотской конвенции Китай активно выполняет свои международные обязательства, постоянно продвигает таможенные реформы. Соответствующие принципы Киотской Конвенции и правила ВТО закреплены в Законе КНР о таможене с поправками 2000 года и других таможенных нормативно-правовых актах, что заложило основу таможенного права для превращения Китая в крупнейшую страну мира по объему торговли товарами. Однако в целом еще есть возможности для дальнейшего совершенствования таможенного законодательства с точки зрения упрощения и гармонизации, а многие инновационные реформы срочно нуждаются в законодательной поддержке.

以《经修订的京都公约》为例，与俄罗斯相比，以下核心原则在《中华人民共和国海关法》中并未得到充分体现：

Возьмем, к примеру пересмотренную Киотскую конвенцию, по сравнению с Россией, следующие основные принципы конвенции не полностью отражены в Законе КНР о таможене:

1. 透明度原则。该原则要求缔约方以透明、可预见、一致和可靠的方式实施各种海关制度；一是海关有告知义务，如货物税率应当公布；二是海关有协调沟通义务，如海关应为贸易界参与制定有关规则提供便利；三是信息的可获得性，如海关应保证相对人随时获取相关海关法律信息。

1. Принцип прозрачности требует, чтобы страны-участницы выполняли таможенные процедуры прозрачным, предсказуемым, последовательным и четком образом: во-первых, таможня обязана уведомлять, например, ставка пошлины на товары должна быть опубликована; во-вторых, таможня обязана координировать, например, таможня должна способствовать участию торгового сообщества в разработке соответствующих правил; в-третьих, доступность информации, например, таможня должна обеспечить заинтересованным лицам доступ к соответствующей таможенно-правовой информации в любое время.

透明度原则在国内《海关法》中未直接体现，只是在海关相关制度中有所表述。如《海关立法工作管理规定》第 27 条规定：“海关规章起草完毕后，可采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式征求有关单位、海关部门和行政相对人意

见。

Принцип прозрачности не отражен в Законе КНР о таможене, а только Статья 27 Положения об управлении законопроектных работ таможенных органов гласит, что после завершения разработки проекта таможенных правил могут быть запросить мнения соответствующих органов, подразделений таможни и заинтересованных лиц путем письма-запроса, симпозиума, семинара и публичного слушания.

而《俄罗斯联邦海关调节法》第10条规定：“为保障外经贸企业普遍性的重大利益，海关应负责吸收外经贸企业联合会等非营利组织，参与制定和实施海关事务领域国家政策，起草海关法律文件草案，参与金融、经济、社会和其他对外经济活动发展指标的分析，评估适用海关管理措施的有效性，以及向海关提出完善海关事务的建议”。可以说，无论是从立法层级，还是从实际规定，在俄罗斯海关法律规范中《京都公约》中的透明度原则得以充分体现。

А Статья 10 Федерального закона о таможенном регулировании в РФ предусматривает, что в целях согласования общественно значимых интересов участников ВЭД, таможня привлекают некоммерческие организации, объединяющие заинтересованных лиц, к участию в формировании и реализации государственной политики в области таможенного дела; участие в разработке проектов актов законодательства РФ о таможенном регулировании в области таможенного регулирования; участие в проведении анализа финансовых, экономических, социальных и иных показателей развития ВЭД; участие в оценке эффективности применения мер таможенного администрирования; подготовка предложений о совершенствовании таможенного дела;

Можно сказать, что принцип прозрачности, указанный в Киотской конвенции, полностью отражен в таможенном законодательстве России, как на законодательном уровне, так и в практических положениях.

2.风险管理原则。该原则要求实施海关监管时使用风险管理方法，海关监管力度应与所评估的风险水平一致。通过有选择对高风险货物进行重点监管，促进监管成本与效益的平衡。

2. Принцип управления рисками требуют применения методов управления рисками при осуществлении таможенного контроля, чтобы меры таможенного контроля соответствовали оцененному уровню риска. Баланс между выгодами и затратами от надзора обеспечивается за счет реализации принципа выборочности контроля за товарами с высоким уровнем риска.

风险管理是世界海关界所公认现代海关制度的基础。近年来，我国海关通过全面深化业务改革，风险管理已经高度融入海关监管、征税、缉私、等业务流程中，但风

险管理原则在国内《海关法》中并未体现，只是在有关规章以及改革方案和制度中有所表述。总体上看，海关风险管理制度呈现碎片化的特征，既缺少确立风险管理原则的法律规定，也缺乏全面系统的海关风险管理规章。

Управление рисками является основой современного института таможенного дела, признанной мировым таможенным сообществом. В последние годы, благодаря всестороннему углублению таможенной реформы в Китае, система управления рисками используется во всех сферах деятельности таможенных органов, такие как таможенный контроль, взимание пошлин и налог, борьба с контрабандой. Однако принцип управления рисками не закреплен в Законе КНР о таможне, только указан в соответствующих нормативных актах и программах реформ, носит фрагментарный характер, в которых отсутствуют правовые нормы, устанавливающие принципы управления рисками, а также комплексные и систематизированные правила управления таможенными рисками.

而《俄罗斯联邦海关调节法》第 54 章海关应用风险管理系统用整整一章的篇幅，对风险管理应用目的、实施流程、应用战略和战术、风险概况和风险指标信息及企业风险程度划分都做出了详细规定。

Глава 54 Федерального закона о таможенном регулировании в РФ под названием Системы управления рисками, применяемая таможенными органами предусматривает цели применения системы управления рисками; реализацию процесса управления рисками в таможенных органах; стратегию и тактику применения системы управления рисками; информация, содержащаяся в профилях и индикаторах рисков; категорирование лиц, совершающих таможенные операции.

3.信息保护原则。该原则要求海关保守商业秘密，并将商业秘密定义为不为公众知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的商业信息。

3. Принцип обеспечения информационной безопасности требует от таможенных органов защиты информации, составляющая коммерческую тайну, а также определяет коммерческую тайну как коммерческая информация, которая неизвестна общественности, имеет коммерческую ценность и подлежит соответствующим мерам по обеспечению конфиденциальности, принятым правообладателем.

国内《海关法》第 72 条要求海关工作人员不得泄露国家秘密、商业秘密和海关工作秘密，但未从正面明确规定海关保护商业秘密的义务。

Статья 72 Закона КНР о таможне предусматривает, что должностные лица таможенных органов не должны раскрывать государственную, коммерческую и таможенную служебную тайну. Однако в ней отсутствует четкое указание на

обязанность должностных лиц таможенных органов в области защиты коммерческой тайны в позитивном ключе.

《欧亚经济联盟海关法典》相关条款明确了海关工作人员保守商业秘密的义务，具体包括：海关工作人员无权出于个人目的使用商业秘密，或将其转交包括国家机构在内的第三方；禁止海关发布包含商业秘密的信息；海关鉴定过程中专家不得散布包含商业秘密的信息；海关在价格磋商过程中，以及向其他国家机构提供信息过程中需遵守保守商业秘密的相关法律。

ТК ЕАЭС предусматривает обязанность должностных лиц таможенных органов в области защиты коммерческой тайны:

не вправе разглашать, использовать в личных целях либо передавать иным лицам, в том числе государственным органам коммерческую тайну;

информация, составляющая коммерческую тайну, не размещается на официальном сайте Союза в сети Интернет;

специалисты и эксперты не должны разглашать сведения, составляющие коммерческую тайну, полученную в ходе экспертизы;

таможенные органы передают информацию государственным органам в порядке с соблюдением требований законодательства по защите коммерческой тайны;

в процессе консультаций таможенный орган и декларант могут обмениваться информацией при условии соблюдения законодательства о коммерческой тайне.

4.信息技术应用原则。该原则要求海关尽最大可能应用信息技术加强海关监管，并确定电子申报的法律地位。

4. Принцип применения информационных технологий требует от таможенных органов максимально широкого использования информационных технологий для усиления таможенного контроля, а также определения правового статуса электронного декларирования.

我国海关已实施无纸化通关多年，电子申报得到广泛应用。但只有在《海关法》第 25 条中才有一个关于电子申报法律地位的概括性表述。而在《俄罗斯联邦海关调节法》中，对电子申报程序、电子单证形式、电子单证流转、电子文件提交、电子签名的法律地位等均做出了详细规定。

Таможенная служба Китая много лет содействует введению безбумажной растаможки, достаточно широко применяется электронное декларирование товаров. Однако только в Статье 25 Закона КНР о таможене дается лишь краткое изложение о правовом статусе электронного декларирования. А Федеральный закон о таможенном регулировании в РФ конкретно предусматривает процесс электронного таможенного декларирования, форму документов в электронном виде, правило обмена

документами в электронном виде, порядок подачи документов в электронном виде и правовой статус электронной подписи.

5. 国际标准应用原则。该原则旨在消除贸易双方因采用技术标准不同而产生的障碍。主要包括货物申报格式、电子信息和旅客信息的标准化。

5. Принцип применения международных стандартов направлен на устранение препятствий, возникающих в результате внедрения различных технических стандартов в торговле. Речь идет, в частности, о стандартизации формата декларации грузов, электронной информации и информации о пассажирах.

国内《海关法》中并未体现该原则，而《俄罗斯联邦海关调节法》规定：“应推广海关事务领域公认的国际标准”；此外，对于符合国际标准的英文运输单证，提交时无需翻译成俄语。这也是海关领域与国际标准接轨的具体措施。

Данный принцип не закреплен в Законе КНР о таможене, а Федеральный закон о таможенном регулировании в РФ предусматривает, что таможенные органы внедряют прогрессивные методы таможенного администрирования, в том числе на основе общепризнанных международных стандартов в области таможенного дела; кроме того, транспортные документы могут быть представлены без перевода на русский язык, если документы составлены на английском языке, предусмотренном в качестве международного стандарта составления транспортных документов. Это также практическая мера по приближению к международным стандартам.

《中华人民共和国海关法》颁布以来，尽管历经多次修改，但都属于是微调。因此，国务院将修订《海关法》纳入了 2023 年立法工作计划。海关总署已起草完毕《海关法（修订草案征求意见稿）》，并在去年年末前完成了征求意见工作。修订草案中明确了海关工作人员保守商业秘密的义务，突出了海关信息技术应用，确定了电子申报原则，体现了风险管理的实施原则、方法和措施。

Несмотря на многочисленные поправки в Закон КНР о таможене с момента его публикации, однако большинство положений осталась неизменной. Поэтому Госсовет включил поправки в Закон КНР о таможене в план законодательной деятельности на прошлый год. ГТУ Китая разработало пересмотренный проект для комментариев, и к концу прошлого года завершило сбор замечаний. В пересмотренном проекте Закона разъясняется обязанность должностных лиц таможенных органов на защиту коммерческой тайны, закрепляется применение таможенных информационных технологий, устанавливаются принципы электронного декларирования и принципы, методы и меры управления рисками.

我们有理由相信，《海关法》本次修订，一定能够顺应国际国内形势变化，对标最高国际标准，借鉴国际规则和国际惯例，解决《海关法》与相关国际公约、条约、协

定的衔接问题, 促进国际条约与国家立法的接轨与转化, 为推进高水平制度型开放提供法律支撑。

У нас есть основания полагать, что данная поправка к Закон КНР о таможене будет соответствовать изменениям в международной и внутренней обстановке, приблизить к самым высоким международным стандартам, опираться на международные правила и международную практику, решить вопрос инкорпорации соответствующих международных конвенций, договоров и соглашений, содействовать трансформации международных договоров с национальным законодательством, а также оказывать правовую поддержку в продвижении институциональной открытости высокого уровня.

俄罗斯宗教财产立法研究

张建文^{1*}

(西南政法大学重庆 400031)

摘要: 在俄罗斯,形成了良心自由、信教自由和宗教社团立法的概念,建立了以宪法、民法、特别法以及其他规范性法律文件所构成的宗教事务立法体系。在俄罗斯有关宗教财产的立法上,着眼于对宗教组织财产的内涵和外延(类型),以及对宗教组织对宗教财产所有权的特殊性与宗教组织对宗教用途财产的使用的规范精细化地设计宗教组织的财产宗教用途的财产和礼拜用途的财产之间的差异,形成了这三种财产的不同法律定位分别从各自的内涵和外延上构筑了极具层次性的宗教财产法律结构,明确了礼拜用途的财产在民事强制执行法上的特殊法律地位。

关键词: 宗教财产; 宗教用途的财产; 礼拜用途的财产; 宗教组织; 宗教社团; 宗教团体;

一、问题的提出

俄罗斯是被公认为各国中最具宗教品格的一个国家,也成为宗教性最强的民族之一。²因此,自二十世纪九十年代开始,俄罗斯就高度重视宗教事务的立法。在俄罗斯法上,关于良心自由、信教自由和宗教社团的立法由俄罗斯联邦宪法、俄罗斯联邦民法典的相应规范,

与俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法(Федеральный закон "О свободе совести и о религиозных объединениях"),以及依照前述法律通过的俄罗斯联邦的规范性法文件(нормативные правовые акты Российской Федерации)和俄罗斯联邦主体的规范性法文件(нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации)五个法源构成³(第2条第1款)。

值得注意的是,在民法典和良心自由与宗教社团法的规范的适用关系上,二者具有精致且细微的分工,宗教组织在民事法律上的地位由民法典和良心自由与宗教社团法共同规定,而且民法典一改在其第三条中所确立的“民法典帝国主义”理念⁴,

* 张建文(1977-),男,河南邓州人,西南政法大学教授,博士生导师,法学博士。研究方向:人格权法、个人信息法学。本文为作者主持的中国人权研究会2020年度部级研究课题“中国民法典编纂与人权保护”

(批准号:CSHRS2020-20YB)。

² 王海军:《<罗斯法典>研究》,北京:北京大学出版社2014年版,第318页。

³ Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. N 125-ФЗ "О свободе совести и о религиозных объединениях" (с изменениями и дополнениями) (В редакции федеральных законов от 11.06.2021 № 169-ФЗ)。

⁴ 这是笔者借鉴民法帝国主义针对俄罗斯民法典有关民法典在民事立法体系中的至上地位和权威性所提出的观念,也就是说,从民事立法而言,民事立法体系包括了《民法典》和其他民事单行法以及包含在其他部门法中的民法规范构成,因此,《民法典》作为国家最高立法机关的立法文件,在民事立法范围内,应当被作为民事立法体系的顶峰,作为其他民事法律规范不可违背不得逾越的最高峰。

即“包含在其他联邦法律中的民法规范应当符合民法典”的规定，允许良心自由与宗教社团法和其他法律的规定优先适用而民法典的条款仅作为补充性适用，也就是说，“如果良心自由与宗教社团法和其他法律没有不同规定，则民法典的条款适用于宗教组织”¹，同时，将宗教组织的内部治理“宗教组织机关的设立方式及其权限，这些机关做成决定的程序，以及宗教组织与作为其机关成员的人之间的关系”，统统留归其章程和内部规定按照良心自由与宗教社团法进行规定，宗教组织就是按照自己的不违背法律的章程和内部规定进行活动（民法典第123条第2款）²。可以说，这种立法调整的范围分工既保障了宗教组织相对自由的内部自治，同时也有助于国家集中有限资源保障对宗教活动的外部监督。

根据俄罗斯宗教立法的规定，在俄罗斯联邦，宗教社团的底线有两个：禁止在国家权力机关、其他国家机关、国家机构和地方自治机关，军队、国家和自治市组织中进行宗教社团；禁止设立其目的和行为违背法律的宗教社团及其活动。宗教社团（*религиозные объединения*）的形式分为两种：一是宗教团体（*Религиозная группа*），另一种是宗教组织（*Религиозная организация*）³。二者的相同之处在于：都是公民的自愿结社；目的都是为了进行共同信奉和传播信仰；都具有符合该目的的相应特征，即信仰宗教（*вероисповедание*），进行礼拜、其他宗教仪式和典礼，对自己的信徒进行宗教教学和宗教培养。但是，二者也具有相当大的差异，其本质性差异在于其法律组织形式不同，宗教团体不需要进行国家登记，也不取得法人权利能力，因而不具有法人地位，在本质上属于不具有权利能力的社会团体。而宗教组织则不同，其必须按照法定的程度进行法人登记，因而取得法人地位。实际上，二者还存在其他的差异，如被依照俄罗斯联邦立法规定的程序做出不适宜在俄罗斯联邦驻留（居住）决定的外国公民或者无国籍人不得成为宗教团体的领导人（成员）⁴，宗教组织可以分为中央宗教组织和地方宗教组织⁵等，不在此赘述。

仅就财产方面的规定而言，宗教团体的财产关系相对简单，俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法，仅仅以一句话予以规定“为宗教团体活动所必要的房屋和财产由其成员提供给团体使用”（第7条第1款）⁶，因为宗教团体由于其法律组织形式即不具

¹ 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社2019年版，第91页。

² Федеральный закон от 06.04.2015 № 80-ФЗ.

³ Краткий юридический словарь/М.Е.Волосов,В.Н.Додонов,В.П.Панов;под общ.ред.проф.С.П.Щербы.-2-е изд.-М.:ИНФРА-М,2012.С.291.

⁴ Федеральный закон от 05.04.2021 № 68-ФЗ.

⁵ 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社2019年版，第91页。Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. N 125-ФЗ "О свободе совести и о религиозных объединениях" (с изменениями и дополнениями) (В редакции федеральных законов от 11.06.2021 № 169-ФЗ).

⁶ Федеральный закон от 13.07.2015 № 261-ФЗ.

有法人地位所限而不能拥有财产之所有权，故而只能由其成员提供使用而已，由此可知对于宗教团体而言，似乎没有权利从事经营活动。尽管有财产关系方面的差别，但是其有权进行礼拜、其他宗教仪式和典礼，以及对自己的信徒进行宗教教学和宗教培养（第 7 条第 3 款）。

值得注意的是，无论是宗教团体还是宗教组织，其作为宗教社团的形式，是否拥有足够的财产并不是其取得宗教社团地位的必要条件。按照俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法的规定，宗教组织均有权从事经营活动并有权按照俄罗斯联邦立法规定的程序设立自己的企业（良心自由与宗教社团法第 23 条），即使是对可以从事带来收入的活动

（经营活动）的宗教组织，也不适用俄罗斯联邦民法典第 50 条第 5 款对从事经营活动的非商业组织法人的财产的强制性要求¹，即此类非商业组织“应当拥有为从事前述活动而言所足够的财产，其市场价值不得低于为有限责任公司规定的最低数额注册资本”²，也不适用被授权以法人名义行事的人、法人的合议制机关成员以及决定法人行为的人对可能由于自己的过错（“在行使自己的权利和履行自己的义务时恶意地或者没有合理地善意地行为”）对法人造成损失时承担责任的条款（良心自由与宗教社团法第 8 条第 10 款）³。此外，作为拥有法人权利和地位的组织，宗教组织不享有改组（преобразована）为其他法律组织形式的法人（юридическое лицо другой организационно-правовой формы）（民法典第 12326 条第 3 款）。

在本文中，笔者将主要以宗教组织的财产立法作为研究和分析的对象，以俄罗斯联邦民法典、俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法、俄罗斯联邦关于将国家所有或自治市所有宗教用途财产移转给宗教组织法（以下简称“宗教财产返还法”）有关宗教财产的法律规范为基础，意图在于从比较法上更为清晰地描述和分析俄罗斯联邦关于宗教组织的财产的法律规制。此外，为了更清楚地进行比较分析，笔者同时也使用了独联体成员国良心与宗教信仰自由和宗教组织（社团）法的相关条款。俄罗斯法学界在独联体成员国示范法运动中具有很强的影响力，具体到该法而言，相对于俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法在立法的细致与设计质量上有过之而无不及，对于更好地理解 and 评价俄罗斯联邦的立法规范具有重要的参考意义⁴。

¹ Федеральный закон от 06.04.2015 № 80-ФЗ

² 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社 2019 年版，第 26 页；Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ。

³ 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社 2019 年版，第 30 页；Федеральный закон от 06.04.2015 № 80-ФЗ。

⁴ 张建文译：《独联体成员国示范民法典》，北京：法律出版社 2014 年版，“独联体示范法运动的理论与实践（代译序）”第 3 页。

二、俄罗斯法上宗教组织的财产

在俄罗斯法上，有关宗教组织的财产的基本规范，由俄罗斯联邦民法典第 12328 条和俄罗斯联邦良心自由与宗教社团法第 21 条构成，两个条款在对宗教组织的财产的法律规定上稍有不同，整体上而言，民法典的规定更为宏观且具有一般性，而良心自由与宗教社团法的规定则更为具体充实完整。

作为具有法人地位的宗教社团形式，宗教组织是其所属财产的所有权人，包括依靠自有资金取得或者建造的财产，以及（由公民或者组织）向宗教组织奉献的财产或者由宗教组织以法律规定的其他理由而取得的财产（民法典第 12328 条第 1 款）。对于宗教组织的设立人，民法典明确要求对于其移转给宗教组织所有的财产不得保留财产性权利（民法典第 12328 条第 3 款），包括会费¹，由宗教组织的独立法人地位也派生并巩固了宗教组织与其设立人在财产关系上的相互独立，即“宗教组织设立人不对这些组织的债务负责，而这些组织也不对自己设立人的债务负责”（民法典第 12328 条第 4 款）²。根据良心自由与宗教社团法第 21 条第 2 款的规定，这里所谓以法律规定的其他理由而取得的财产，包括国家移交给宗教组织所有的财产。其中，对于属于国家或者自治市所有的宗教建筑和具有附属地块的设施以及其他宗教用途财产，按照规定程序无偿移交给宗教组织³（良心自由与宗教社团法第 21 条第 3 款）。此外，该条将宗教组织取得财产的途径，从民法典的肯定性表述——“由宗教组织以法律规定的其他理由而取得的”改为消极性表述——“以其他不违背俄罗斯联邦立法的方式取得的”，对宗教组织取得财产持更为开放的态度。按照“独联体成员国良心与宗教信仰自由和宗教组织（社团）示范法”第 24 条第 1 款的表述——“任何为保障宗教组织（社团）活动所必要的动产和不动产均可为宗教组织（社团）所有”，就更为自由，例外仅限于个别不得为宗教组织所有的情形——“依照规定财产关系之国家立法不得归属于宗教组织（社团）的个别类型的财产除外”⁴。

对于可以为宗教组织所有的财产，在外延上列举性地概括为：建筑物，地块，生产性、社会性、慈善性、文化-教育性以及其他用途的设施，宗教用物品，金钱和其他为保障宗教组织活动所必要的财产，包括属于历史与文化遗迹的财产（良心自由与宗教社团法第 21 条第 1 款）。而且，宗教组织还可以在俄罗斯境外拥有财产所有

¹ 可以从《独联体成员国示范民法典》第 142 条看出这一点（张建文译：《独联体成员国示范民法典》，北京：法律出版社 2014 年版，第 43 页）。

² Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ

³ 张建文：《宗教财产立法研究》，北京：中国民主法制出版社 2014 年版，第 144 页；Федеральный закон от 30.11.2010 № 328-ФЗ.

⁴ МОДЕЛЬНЫЙ ЗАКОН О свободе совести, вероисповедания и религиозных организациях (объединениях). Принят на сорок первом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 41-22 от 28 ноября 2014 года).

权（良心自由与宗教社团法第 21 条第 4 款）。

对于宗教组织所拥有的财产的法律地位，可以区分为宗教组织的债权人不得追索的财产和宗教组织的债权人可以追索的财产。前者意味着享有立法和司法上的豁免权，属于严格意义上的宗教财产，在民事立法和民事诉讼立法上享有特殊的法律地位，也就是说，“不得依据宗教组织的债权人的债权而进行追索”，该类财产被排除在债权人可以在法院主张强制执行的民事责任财产之外，从而也意味着该财产被取消了作为自由财产的可流通性¹。

此类财产的范围与宗教组织的财产的范围相比较要较小一些，即仅局限于“礼拜用途的财产”（имуществобогослужебногоназначения）而不是“宗教用途的财产”，礼拜用途的财产本意为“侍奉神明用途的财产”，但是其具体范围民法典并没有予以明确规定，而是委诸于良心自由与宗教社团法，即“该财产的清单按照良心自由与宗教社团法规定的程序确定”（民法典第 12328 条第 2 款）。良心自由与宗教社团法第 21 条第 5 款更进一步将该类财产明确为可以是动产，也可以是不动产，但是将这种确定不能按照债权人的主张进行追索的礼拜用途的财产种类的清单确定程序，规定为“由俄罗斯联邦政府根据宗教组织的建议确定”，这种确定方式意味着宗教组织在确定不得追索的财产方面拥有的相当大的发言权²。除了礼拜用途的财产之外，原则上，都可以作为宗教组织法人的责任财产，而为宗教组织的债权人依照司法程序进行追索。

三、俄罗斯法上宗教组织所拥有财产之处分

对宗教组织作为法人所拥有的财产的处分的规制，是宗教财产立法规制的重点。

在这里，有一个非常重要的概念，即宗教用途的财产（имущество религиозного назначения），它构成了良心自由与宗教社团法有关宗教组织财产取得与处分法律规制的基础，也更是以为解决宗教财产返还的历史遗留问题为宗旨的 2010 年 11 月 30 日第 327 号联邦法律“关于将国家所有或者自治市所有的宗教用途财产移转给宗教组织法”的根基。根据该法第 2 条的规定，宗教用途的财产是指“为从事和（或）保障，包括物质保障和其他保障，宗教组织诸如做礼拜、其他宗教仪式和典礼，进行祈祷和宗教集会，宗教教学，职业宗教教育，修道院活动，慈善活动，社会服务，宗教崇拜（朝圣活动）而建造的不动产（场所、建筑物、构筑物、设施，包括俄罗斯联

¹ 张建文：“公产法视角下的宗教财产透视”，《法律科学》2012 年第 6 期，第 94 页。

² 这种做法，是否会由于宗教组织所提出的建议导致扩大了对不得追索的礼拜用途财产认定的范围，从而对债权人利益保护不公平，有待进一步探讨。

邦民间文化遗产客体（历史与文化遗迹），修道院¹，庙宇和（或）其他祭祀综合体），以及宗教用途的动产（祭祀建筑物和设施的内部装饰物品，用于礼拜和其他宗教目的的物品）”²。可见，在“宗教用途的财产”概念中，宗教用途的不动产占据了其中最核心最重要的部分。

值得说明的是，在“独联体成员国良心与宗教信仰自由和宗教组织（社团）示范法”中，“宗教用途的财产”的概念没由出现，而是将一个更具有宗教色彩的概念——“祭祀不动产（设施）（культовое здание (сооружение)）”作为该示范法的重要概念，但是从其定义——“预先指定用于礼拜、祈祷和宗教集会、宗教崇拜（朝圣活动）的场所”³来看，其在外延上与宗教用途的不动产含义大致相同，但是没有涵盖诸如传教活动、宗教教学等用途，因此，笔者认为，“宗教用途的财产”的概念更具有整体性，突出宗教用途的目的涵摄功能，更能够体现和要求维持此种宗教性目的，将宗教用途的财产简化或者缩化为宗教用途的不动产，实际上就将特别珍贵的且为宗教目的所必需的动产排除在法律调整之外，并不适当。

良心自由与宗教社团法在施行之初并无该类规定，在 2016 年 3 月 30 日的修订中引入了专门的第 211 条“对宗教组织拥有所有权之财产的处分”条款⁴，根据立法理由书的解释，“宗教组织大部分不动产法律行为，包括其他法律行为都是由其章程所规定的宗教组织的机关进行协商的。为了保障在实践中有效适用关于对这些法律行为进行协商的要求，法律草案建议在联邦法律‘良心自由与宗教社团法’的规范中规定该要求，并将不遵守该要求而实施的法律行为归入自始无效的法律行为”⁵。通过“由宗教组织的被授权的机关予以出面同意，否则自始无效”的机制来加强对宗教组织所拥有的财产的一般性管控。根据该条的规定，所谓的处分是含义较为广泛的，包括了“转让、取得、交付出租（передача в аренду）、无偿使用”，而且也将“借款合同和信贷合同”也纳入其中，要求“处分不动产的法律行为，包括旨在于转让、取得、交付出租、无偿使用，以及借款合同和信贷合同，由宗教组织在取得经宗教组织章程授权可以对此类法律行为给予书面同意的宗教组织的机关（宗教组织被授权的机关）

¹ 俄罗斯的修道院最初在功能上与西欧国家相同，即供男女修士集中静修，但是从 15 世纪以后修道院的性质逐渐发生变化，开始成为统治集团关押政敌的监狱（参看：王海军：《近代俄国司法改革史》，北京：法律出版社 2016 年版，第 234-235 页）。在宗教立法的意义上而言，这里的修道院是指传统的供修士们进行静修的宗教场所。

² Федеральный закон от 01.07.2021 № 249-ФЗ; Федеральный закон от 30 ноября 2010 года № 327-ФЗ "О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности" (Собрание законодательства Российской Федерации, 2010, № 49, ст. 6423).

³ МОДЕЛЬНЫЙ ЗАКОН О свободе совести, вероисповедания и религиозных организациях (объединениях). Принят на сорок первом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 41-22 от 28 ноября 2014 года).

⁴ Федеральный закон от 30.03.2016 № 76-ФЗ.

⁵ ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА к проекту федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

书面同意之后实施”，而且，“未经宗教组织被授权的机关同意而实施的法律行为自始无效”，“法律行为的当事人和（或）作为法律行为当事人的宗教组织进入其构成部分的中央宗教组织均可提出要求确认该法律行为无效且（或）适用法律行为无效之后果的请求”（良心自由与宗教社团法第 211 条第 1 款）。

对于礼拜用途的不动产施加更为严格限制，即严格限定其所有权的移转的方向，也就是限定能够成为礼拜用途的不动产的所有权人的范围，“处在宗教组织所有权中的礼拜用途的不动产，包括俄罗斯联邦民间文化遗产客体（历史与文化遗迹），在宗教组织章程规定的情况下，只能移转为国家所有或者自治市所有，或者移转给具有相符教派属性的宗教组织所有”（良心自由与宗教社团法第 211 条第 1 款）。

根据立法理由书的解释，规定该条款的理由在于，“由于依照 2010 年 11 月 30 日第 327 号联邦法律‘国家所有或自治市所有宗教用途财产移转给宗教组织法’所实施的礼拜用途财产移转给宗教组织所有的 进程，对于保障宗教组织按照其用途，也就是为礼拜目的而使用该财产是极其重要的。因此，在联邦法律‘良心自由与宗教社团法’中建议规定一个条款，根据该条款，宗教组织所拥有的礼拜用途的不动产，包括文化遗产客体，和特别珍贵的礼拜用途的动产只能由宗教组织移转给国家所有或者自治市所有，或者移转给相符教派归属的宗教组织所有”¹。但是，从最终的法律条文文本来看，“特别珍贵的礼拜用途的动产”没有被采纳。

值得注意的是，宗教用途的不动产在不动产立法上还享有特殊的地位。根据“俄罗斯联邦民法典第一部分实施法”第 22 条第 1 款的规定，民法典第 222 条第 4 款有关拆除违章建筑的条款不适用于依照联邦法律属于宗教用途的财产，以及被预先指定用于为宗教用途财产服务的和（或）与其构成整体的修道院、庙宇或者其他祭祀综合体的财产²，也就是说，对于即使是属于违章建筑的宗教用途的不动产，也不适用强制拆除的规定，而且根据该条第 2 款的规定，“在这些建筑物符合俄罗斯联邦政府规定的要求的情况下，宗教组织有权使用本款中指明的违章建筑。在这些违章建筑不符合前述要求的情况下，允许宗教组织在 2030 年以前使用这些违章建筑”。之所以做这种特殊的规定，理由是“宗教用途的财产，以及预先指定用于为宗教用途的财产和（或）与之构成整体的修道院、庙宇或者其他祭祀综合体的财产，体现了珍贵的价值，包括文化价值，法律草案建议对此类财产不适用依照非司法程序拆除的规

¹ ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА к проекту федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社 2019 年版，第 269 页；
Федеральный закон от 30.03.2016 № 76-ФЗ; Федеральный закон от 30 ноября 1994 года № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»(Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, № 32, ст. 330)。

则”¹。

有必要指出的是，在“独联体成员国良心与宗教信仰自由和宗教组织（社团）示范法”中，还规定了宗教组织（社团）对于祭祀不动产的优先权（该法第 25 条第 3 款）²，即“宗教组织（社团）在毗邻区域祭祀建筑物从国家所有移转为私人所有时享有优先权，但国家立法有不同规定的除外”。

由此可知，在俄罗斯有关宗教财产的立法上，三个并存的概念，即宗教组织的财产（Имущество религиозной организации）、宗教用途的财产（имущество религиозного назначения）、礼拜用途的财产（имущество богослужебного назначения）在各自的内涵和外延上并不相同，由此导致了其具有层次性的法律规制结构。

宗教组织的财产，意味着宗教组织作为法人也即作为法律主体可以享有所有权的资格，在这个意义上其与自然人作为所有权主体并无差异，而在可以拥有的财产的范围上，也毫不逊色，原则上为自然人所可享有的财产宗教组织亦可拥有，对于自然人可能不得或者不能享有的财产，宗教组织则可以享有，而且可能拥有优先权。

宗教用途的财产，意味着在宗教组织的财产的概念范围内，将宗教组织的财产区划为宗教用途的与非宗教用途的，以此确立对宗教用途的财产的特别保护（抑或者说是特别限制），一方面在宗教财产返还的意义上，宗教用途的财产构成了将由于历史原因³而处在国家所有或者自治市所有的宗教财产无偿移转给宗教组织所有或者使用的主要对象，这是界定是否构成返还对象的核心性标准，因此，构成了俄罗斯宗教财产返还的基础性概念，另一方面在宗教组织的财产的含义上，意味着宗教组织在处分此类财产时必须履行特定的实体性或者程序性要求（比如要求按照宗教组织的章程授权的机关给予书面同意等等），以此固定和维持宗教用途财产的宗教性目的使用，防止宗教用途的财产以民事法律行为的方式遁入自由流通财产从而架空和摆脱宗教用途的财产的目的性限制。

而礼拜用途的财产，其含义最为狭小，其所受到的法律保护或者说法律地位最为特殊，其构成了宗教组织的财产和宗教用途的财产的核心部分，在立法上被明确赋予了非责任财产的法律地位，也就是说不得被按照宗教组织的债权人的债权进行追索，这同时也意味着其在民事诉讼与强制执行法上被赋予了司法强制执行豁免的特殊

¹ ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА к проекту федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² МОДЕЛЬНЫЙ ЗАКОН О свободе совести, вероисповедания и религиозных организациях (объединениях). Принят на сорок первом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 41-22 от 28 ноября 2014 года).

³ 在十月革命后，旧制度的革命性改造，导致将包括宗教用途的土地和建筑物等收归国家所有（参看：王海军：《苏维埃政权下的俄罗斯司法》，北京：法律出版社 2016 年版，第 15-16 页）。

（甚至可以说是特权）地位，体现了自罗马法以来“不可交易物”¹的公物底色。

四、俄罗斯法上宗教组织对他人财产的使用

在俄罗斯法上，宗教财产的含义及其广泛，其中还包括了宗教组织对他人财产的使用。一般来说，较少把这种在所有权归属上他人而由宗教组织使用的财产作为宗教财产来看待，但是，从实现宗教组织的章程目的，也就是宗教目的来说，包括不具有法人资格的宗教团体和具有法人资格宗教组织在内的整个宗教社团，都可能使用他人的财产。

对宗教团体（Религиозная группа）而言，良心自由与宗教社团法第 7 条第 1 款明确规定，宗教团体开展活动所必要的场所和财产由其参加者提供使用，这是典型的使用他人财产用于宗教活动的情形，但是该法并没有更多地规定这种使用的细节。

对宗教组织（Религиозная организация）而言，良心自由与宗教社团法对于使用他人财产的情形要更为详细些。首先，规定了此类他人的财产可能是国有财产、自治市所有的财产等公共财产，也可能是私人的财产如公民以及社会组织和其他组织的私有财产；其次，强调了宗教组织依法使用他人财产的原则性要求，即“宗教组织有权依照俄罗斯联邦立法为自己的需求而使用国家组织、自治市组织、社会组织和其他组织以及公民所提供给宗教组织的地块、建筑物和财产”（良心自由与宗教社团法第 22 条第 1 款）；最后，对于使用属于国家所有或者自治市所有的宗教用途财产的情形，明确规定无偿性原则，即“依照规定程序将属于国家所有或者自治市所有的祭祀用不动产和设施连同属于祭祀用不同产和设施的地块和其他宗教用途财产，无偿交付宗教组织使用”（该法第 2 款）²。

在这里，需要指出的是，由于历史原因，在俄罗斯国家和自治市手中拥有着相当的属于国家所有和自治市所有（муниципальная собственность）³的财产的宗教用途财产，虽然对于此类财产“宗教财产返还法”有返还的规定，但是这种此类事情在处理上需要耗费相当时日，而且所谓的宗教财产返还，并不是全部都采用返还所有权的方式，而是根据具体的情形采取移转所有权与提供使用两种形式，这两种形式都是无偿性的。采用提供无偿使用的方式移转国家所有或者自治市所有的宗教用途财产，一般来说要符合三个条件⁴：一是该财产依照俄罗斯联邦立法不得移转出国家所有或者自

¹ 张建文：“现代公共财产观念的罗马法渊源及其对民生问题的启示”，《经济法论坛》2013 年总第 10 卷，第 59 页。

² В редакции Федерального закона от 30.11.2010 № 328-ФЗ.

³ 自治市所有权的权利主体是自治市组织（муниципальное образование），地方自治机关以自治市的名义对自治市所有的财产形式占有、使用和处分的权利。自治市组织通常包括城市或者农村的居民点，自治区，联邦直辖市的城市市区或者市内区域。参看：Краткий юридический словарь / М.Е.Волосов, В.Н.Додонов, В.П.Панов; под общ.ред.проф.С.П.Щербы.-2-е изд.-М.:ИНФРА-М,2012.С.182.

⁴ 张建文：《宗教财产立法研究》，北京：中国民主法制出版社 2014 年版，第 144 页。

治市所有；二是宗教组织自己提出要求将该财产交付无偿使用；三是该财产虽然也是处在建筑物、构筑物、设施中的场所，但不属于宗教用途的财产¹。宗教组织对他人财产的使用到底构成何种权利，俄罗斯联邦有关宗教组织财产规范并没有予以明确。从独联体成员国良心与宗教信仰自由和宗教团体示范法的规定做以参照，可以更清楚地看到这种使用，在性质上可以分为两种，一种是具有债权性质的使用权，另一种是具有物权性质的使用权（业务管理权）。

对于前者，如该示范法第 25 条第 1 款就规定，已经按照国家立法规定的程序进行了登记的宗教组织（社团）为了实现自己的章程目的，有权在合同基础上使用属于国家所有、自然人所有或者法人所有的，由他们按照国家立法规定的程序交付给宗教组织（社团）的建筑物或者其他财产。这里所谓的“在合同基础上有权使用”就意味着在这种情况下的使用权是来自合同的债权性质的使用权。对于后者，主要体现为“宗教组织（社团）依据业务管理权（право оперативного

управления）划拨给作为宗教组织的成员的宗教社区，以及修道院和修道院社区、宗教兄弟会和宗教姐妹会、宗教使团、灵魂（宗教）教育组织使用的财产”（该示范法第 25 条第 4 款）。除外，国家按照国家立法规定的程序，就具有历史-文化价值的祭祀用建筑物、其他物品的修复向宗教组织（社团）提供援助。这样属于广义上的对他人财产的使用。

对于后者，即具有物权性质的使用权——业务管理权，是俄罗斯立法上非常特殊的他物权构造。这种法律构造的他物权制度包括两种类型：经营管理权和业务管理权。二者的共同特点是，一方面，保持了所有权人对包括动产不动产等在内的相应财产的所有权，另一方面对其他的法律主体由设定了具有物权性质的他物权，以此保障此类法律主体对相应财产的稳定且获得重要保护的占有、使用以及有限的处分权能。这一点也是俄罗斯民事立法在苏维埃时代所形成的的国有企业以及国家机关对国有财产的使用的现实的基础上进一步发展而来的。值得指出的是，尽管业务管理权人和经营管理权人都拥有占有、使用和有限的处分权能，看起来类似于所有权，但事实上则并不是所有权，为了区别和标识这种类似但又不是所有权的物权性质的权利，就创设了“经营管理权”和“业务管理权”的类型。在苏维埃时代，只有经营管理权这种类型，也就是指纯粹的狭义的国有企业（此类意义上的国有企业在俄罗斯法上被称之为国家所有或者自治市所有的单一制企业）对国家划拨给它的国有财产的使用。

在当代俄罗斯民事立法上经营管理权的法律结构中，所有权人拥有依照法律设

¹ Федеральный закон от 30.11.2010 г. № 327-ФЗ.(В редакции федеральных законов от 23.06.2014 № 171-ФЗ, от 01.07.2021 № 249-ФЗ).См.: "Российская газета" от 03.12.2010 г.; Собрание законодательства Российской Федерации от 2010 г., № 49, ст. 6423; "Парламентская газета" от 10.12.2010 г.

立企业、规定其活动对象和目的以及决定其改组与清算，任命企业的负责人并监督企业依照规定的用途使用和保护属于企业的财产的完整性（类似于我国法上所谓的国有企业保值增值），也可以获得部分利润；对于经营管理权人（国有或者自治市所有的单一制企业）来说，其可以按照俄罗斯联邦民法典规定的范围，对这些财产进行占有、使用和处分，但是对于处在经营管理权中的不动产，经营管理权人没有经过所有权人的许可，是没有处分权限的，即出售、出租、抵押、作为经营性公司合伙的出资以及其他方式处分，对除此以外的其他财产，经营管理权人可以独立处分。

而业务管理权相比于我国法学界比较熟悉的经营管理权来说更为特殊，是俄罗斯民事立法在苏联解体后提出的，具有较强的生命力，不仅适用于在苏维埃时代¹，而且在当代俄罗斯也是具有极其现实意义的适用价值的，可以说是当代俄罗斯民事立法的创造。业务管理权的法律结构，不仅适用于国库企业（也就是具有更接近于机构而不是企业性质的从事生产和服务的主体），也适用于机构。在俄罗斯法上，机构的概念相当于德国法上的营造物的概念，也就是财团法人的概念。机构，根据其设立人的类型，不但包括了国家机构和自治市机构，而且还包括了私人机构²，也就是说机构作为一种法人类型，私人也是可以设立的，比如学校、医院等等，包括宗教组织法人。在我国立法上被困扰多年且至今无解的“民办非企业单位”“社会服务机构”³之类的问题，在俄罗斯法上就是通过业务管理权的方式予以解决的，也就是说，私人可以通过设立机构的方式，自己作为所有权人而将自己的财产划拨给机构，由机构按照章程或者法律规定的用途进行使用。

根据其自主权限的大小，又可以分为预算机构和自主机构，主要的差别在于其对财产的处分权限范围不同。

值得指出的是，在俄罗斯法的发展视角而言，尽管俄罗斯联邦政府在1999年第1024号决议《俄罗斯联邦国有财产管理和私有化构想》中对经营管理权持否定性态

¹ 在1990年苏俄《所有权法》第5条规定的针对企业的在内容比较广泛的“完全经营权”和针对预算机构的受到了极大限制的“业务管理权”中，实际上是在苏联社会经济急剧重组的“最紧张时刻”，该区分在后来的1991年《苏联民事立法纲要》第47条和第48条中也有规定。

² 张建文译：《俄罗斯联邦民法典（第一部分）》，武汉：华中科技大学出版社2019年版，第173页。

³ 参看：《中华人民共和国民法典》第87条、第255-256条。如在我国《民法典》中，有关事业单位和国家机关对于国家所划拨给它们的国有财产的权利的性质（第255-256条）仍然是悬而未决的，并没有明确且清晰地指出这种权利的类型和名称，尽管认为这两类权利是是物权（中国法制出版社编：《中华人民共和国民法典：实用版》，北京：中国法制出版社2020年版，第193页）。除此之外，在我国《民法典》中，狭义的纯粹意义上的国有企业的问题已经在淡出民法典的视野，特别是针对国有企业（也就是《全民所有制工业企业法》上的“国有企业”）的“经营权”的法律构造已经没有《民法典》中留下任何痕迹，然而，国有企业特别是非公司制的国有企业的存在和发展仍然是我国经济中的重要力量，《民法典》对此视而不见，显然是个不容忽视的缺憾。

度，主张应取消之¹，但是，这个想法并没有实现，反而进一步得到了应用²。

以业务管理权为基础的机构的法律构造是我们国家所没有的，也是我国民法学界所知甚少的，这种法律构造对于进一步在我国民法学理论上建立完整科学的法人类型体系，彻底解决由于法人类型体系混乱而导致而法人立法的纠结难题具有借鉴意义。

综上，对于宗教组织对他人的财产使用问题，俄罗斯宗教立法以民事立法为基础，一方面使用了债法上的“合同”法律机制解决宗教组织对他人财产的一般性使用问题，另一方面使用了物权法上的“业务管理权”的法律构造来解决需要更强使用保障与最终保留所有权的“他物权”-所有权结构下的使用难题，极具启发意义。

五、结束语

宗教财产的规制，是宗教事务立法难以避免和绕开的问题。俄罗斯宗教财产立法中，着眼于从立法方式而非行政方式³对宗教财产历史遗留问题的解决，也就是关于对由于历史原因而被国有化或者集体化的宗教财产的返还问题，由此提出了俄罗斯关于良心自由与宗教社团立法的概念。其特殊的地方在于民法典的有关法人法和物权法的相关规范构成了俄罗斯良心自由与宗教社团立法的重要基础，而不是由宗教事务单行法去解决，以此确保宗教事务立法与民法典之间的协调和一致。

同时，着眼与对宗教组织财产的内涵和外延（类型），以及对宗教组织对宗教财产所有权的特殊性与宗教组织对宗教用途财产的使用的规范。特别是，在俄罗斯有关宗教财产的立法上，三个并存的概念，即宗教组织的财产、宗教用途的财产、礼拜用途的财产分别从各自的内涵和外延上构筑了极具层次性的宗教财产法律结构。

总体而言，俄罗斯有关宗教财产的法律规制，具有以下鲜明特色：高度重视民法典的作用，以民法典为基础的民事立法承担了规定宗教组织和宗教团体的一般法律地位以及宗教财产的一般规范的作用；高度重视立法手段在解决宗教财产历史遗留问题中的作用，建立了立法进行顶层设计、行政负责具体执行与司法解决争端纠纷的多元化机制；精细化地设计宗教组织的财产、宗教用途的财产和礼拜用途的财产之间的差异，明确了礼拜用途的财产在民事强制执行法上的特殊法律地位（豁免强制执行）。

¹ Постановление от 9 сентября 1999г. N 1024 о концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации.

² 张建文译：《独联体成员国示范民法典》，北京：法律出版社 2014 年版，第 80-81 页。

³ 我国的宗教财产历史遗留问题解决主要采用的是行政主导、封闭运行的运动式解决方式（参看：张建文：《宗教财产立法研究》，北京：中国民主法制出版社 2014 年版，第 134 页），也就是说，行政终局性地主导和解决该问题，司法反而保持了消极的或者说是极其有限的介入。

斯图契卡法学与政治学说的形成与基本观点

刘秋岑¹

文章摘要: 苏维埃政权最初几年法律思想的代表人物在国家和社会的历史抉择中起到了至关重要的作用，其中彼得·伊万诺维奇·斯图契卡发挥了重要影响。斯图契卡认为，马克思列宁主义对法的解读的理论基础在于：第一，所有的法都有其阶级特征；第二，应当广泛运用革命的辩证法作为方法论；第三，物质社会的关系是解释和解读作为上层建筑的法学思想的基础。斯图契卡的法学与政治学说的发展经历了1884-1888年的形成阶段、1888-1917年的政党活动和宣传阶段、1917-1932年的成熟和实践阶段，其主要观点形成于马克思主义在苏联（沙俄）的早期传播过程之中，又结合本土的法社会学和法律实践，对苏联国家与法的理论中建立马克思列宁主义的方法论和法律原则起到了重要作用。他作为法学家的法学和政治学世界观形成的每个阶段都对政治实践发挥了积极的发展动力，他的学说直至今日仍是俄罗斯国家与法的历史、乃至现代法律科学发展的重要影响因素之一。

关键词: 斯图契卡 马克思主义 国家与法

人类文明发展历程中，因不同国家和国家内部集团之间为争夺话语权发生了数不清的战争与冲突，这些战争与冲突一方面是文明冲突的产物，另一方面以自己的脉络造就了类似历史渊源的国家相似或截然不同的历史与现实。俄罗斯在历史上曾经作为欧洲的旁观者和加入者，获得过“欧洲宪兵”等名号，也曾试图通过与普鲁士等国的联姻，接受欧洲文明的改造，曾在彼得一世、叶卡捷琳娜二世时期积极接受启蒙思想和自然法，也曾国家困顿时在人类历史上第一次高举苏维埃的红旗。作为一个世界大国，俄罗斯在东西文明之中选择、扬弃、继承、发展与徘徊，从基辅罗斯到东正教文明中心，再到欧洲的学生、资本主义的薄弱环节，其自身社会价值和社会意识的建构，体现出了本民族知识分子和社会精英在面对一次次历史抉择时的反思与重构，有着区别于欧洲文明的独特性。

一、苏联早期马克思主义的形成与本土化

在广泛接受马克思主义之前，19世纪沙俄法学界最为推崇和关注的是实证主义，并出于多种历史原因，将经验主义颂扬为法律科学的重要方法论。从实证主义者的角度来看，法学知识只不过是社会中获得的法律经验的升华。这一时期，直接法律经验

¹ 刘秋岑（1989-），女，西南政法大学人权研究院副教授，莫斯科国立大学法学博士，研究方向为比较法学、俄罗斯法、人权法学。adelelq@126.com；重庆市渝北区宝圣大道301号，401120

在法学研究中的地位被形而上学的理论所取代。法学家们不再真正关注法律的概念、类别等理论，而是将它作为服务于对法律现实的认知的辅助工具，认为主要的法律现实是适用法律的主体试图找到其关于自由和正义的问题的答案。这一思潮的影响延续到了苏联早期。

马克思恩格斯曾预言，社会主义代替资本主义应该在发达的资本主义国家首先实现，其历史前提是发达资本主义国家具有高度发达的社会生产力。而1917年前的沙皇俄国，却完全表现出了另一个极端。鉴于这一事实，1917年前后俄罗斯政治和法律思想的本土发展和演进应当被特别关注和专门解读，它正是回应上述问题的关键。

早在新经济政策时期，苏维埃法学家们就开始尝试融合马克思和恩格斯关于国家与法的基本学说与第一个经历革命的国家社会、经济和政治现实之间的现实需求，根据社会发展的不同来选择和应用不同的马克思学说。这一时期的主流法律思想体现为，如何在革命后十年这个苏维埃国家与法建设的关键时期，在马恩基本学说与社会具体实践之间取得平衡。当时的法律秩序正是以此为社会目标、以建立无产阶级的阶级国家为主要目的来建构的。时任司法人民委员部委员的斯图契卡于1921年宣布了这一立法态度，并在1928年对后革命十年中苏联国家与法的历史成就进行总结时指出，过渡时期的苏维埃法获得了国家的广泛支持，体现了国家与法的过渡时期的历史延续性和独特发展阶段。

苏维埃政权最初几年一些法学思想的代表人物在国家和社会的历史抉择中起到了至关重要的作用。国家与法的理论在苏联时期发展起来的标志之一就是国家理论的形成。1919年列宁以《国家》为题进行了一系列讲座和演说，他认为国家是一种确保一个阶级对他人统治的手段，他的理论是以马恩论述为基础、结合当时。对这一时期国家与法的理论发展做出了重大贡献的法学家包括帕叔卡尼斯、А.И.杰尼索夫（А.И.Денисов），М.П.卡列夫（М.П.Карев），等等，他们也都是优秀的马克思主义者。他们的国家理论中，很大程度上优先考虑了社会经济因素。比如将暴力视为国家与其他国家一起出现的伴随原因。比如国家起源的唯物论思想，也是苏联国家与法的理论对马克思主义的重要发展之一。除了列宁，著名法学家和政治学家普列汉诺夫也极大推动了马恩国家理论的发展。除此之外，被称为“二十世纪前四分之一俄罗斯最聪明的人物之一”¹、拉脱维亚和苏联著名法学家、政治学家和政治活动家彼得·伊万诺维奇·斯图契卡（Петр Иванович Стучка，1865-1932）也在其中发挥了重要影响。作为

¹ Блейере Д., Бутулис И., Зунда А., Странга А., Фелдманис И. История Латвии: XX век. Рига: ООО «J.L.V.», 2005.

前苏联的首任最高法院院长，他的作品很大程度上反应了苏联初期整个国家与法的理论的奠基过程、历史抉择和大体上的发展方向。斯图契卡 1888 年毕业于彼得堡大学法律系，与列宁同窗，是拉脱维亚共产党的奠基人之一、1917 年革命的领导人之一，历任《真理报》编辑（1911-1914）、彼得格勒执行委员会委员及司法人民委员部委员（1917-1918）、拉脱维亚苏维埃主席（1918-1920）、苏联最高法院院长（1923-1932）等职务，是苏联法律制度的主要奠基人之一，组织起草了 1922 年苏俄民法典，任苏联第一版《国家与法百科全书》主编，系苏联国家与法的理论的主要奠基人之一，死后葬于列宁墓旁、克里姆林宫宫墙下。

以斯图契卡为代表的早期苏维埃法学家们广泛参与了国家与法的理论建设。斯图契卡在二十世纪二十至三十年代关于国家与法学说的研究思想的转变充分体现了国家转型时期法学思想的社会性与革命性，他充分研究了马克思主义对国家与法的本质进行研究的方法论的特殊性、后革命时代的国家与法的概念，以及苏联法的社会学理论形成和发展的历史先决条件。

二、斯图契卡学说的主要发展阶段及内容

作为二十世纪初著名的马克思主义者，斯图契卡认为，马克思列宁主义对法的解读的理论基础在于：第一，所有的法都有其阶级特征；第二，应当广泛运用革命的辩证法作为方法论；第三，物质社会的关系是解释和解读作为上层建筑的法学思想的基础。¹他作为法学家最著名的理论贡献在于，他最早将法的体系构建为“社会关系的体系或秩序”，认为法应当是社会关系的直接体现和反映，这一理论最早提出于他 1919 年起草的《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法指导性原则》之中。他建构起的法的定义综合了马克思列宁主义学说和社会学方法论，并吸收了俄罗斯法社会学奠基人 С.А.穆拉姆采夫（С.А. Муромцев, 1850-1910）将法理解为社会关系体系的观点和著名宪法学家、历史学家 Н.М.科尔库诺夫（Н.М. Коркунов, 1853-1904）将法理解为区分利益的手段的观点，²将马克思主义与俄罗斯本土思想家的学说进行了适应性融合，作出了符合当时俄罗斯社会需求的改良。目前俄罗斯学界一般认为，斯图契卡的法学和政治学说是逐渐形成和建构起来的，经历了几个不同的阶段：³

第一阶段（1884-1888）是斯图契卡的大学求学时期，从沙俄时期的 1884 年他考入还圣彼得堡大学法律系开始，直到毕业后他被授予法学副博士学位（кандидат

¹ Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1964. С.58.

² Петухова А. В. Социологическая концепция права в России: историко-теоретический подход (XIX–XX вв.): автореф. дис. . канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2012. С.22.

³ Удрис Э.М. П.И. Стучка — революционер, государственный деятель, ученый // Ученые записки Латвийского государственного университета. Т. XII. Юридические науки. Вып. 1 / под ред.А. Лиесе. Рига: Советская Латвия, 1957. С. 5–22.

юридических наук，当时俄罗斯的学制与现在差距较大)。这期间他师从当时享有盛名的俄罗斯法学家 И.Е.安德烈耶夫斯基 (И.Е. Андреевский, 时任圣彼得堡大学校长)、С.А.韦德罗夫 (С.А. Ведров)、В.А.列别捷夫 (В.А. Лебедев) 等，建立起了自己完整的法学认识体系，并将其与自己的社会实践相结合。

这一时期他对以别林斯基为代表的宣扬革命民主学说的学者们产生了极大的兴趣，并阅读了大量俄罗斯和世界文学经典作品，尤其推崇普列汉诺夫，并始研究马克思和恩格斯的著作。

也正是在圣彼得堡的时期，斯图契卡与众多具有革命思想的学生建立起了密切的关系，其中包括 А.И.乌里扬诺夫 (列宁的同胞兄弟) 和后来成为拉脱维亚最著名民族诗人的 Я.К.雷尼斯等人。

这一阶段体现为斯图契卡的法学和政治学说的奠基时期，他一边大量学习和接受了革命思想以及马克思主义学说，一边高度关注沙俄的社会变革与文学思潮，形成了脱胎于本土化的理论与意识形态革命思想的基础。

第二阶段 (1888-1917) 是斯图契卡大量从事编辑工作、参与政党组建工作时期。他投身革命期刊的编辑工作，出版了大量关于马列主义法学学说的著作，并积极宣传发展马克思主义政党活动。

1888-1891 年间、1895-1897 年期间，斯图契卡与雷尼斯一起从事拉脱维亚著名民主报纸《Dienas Lapa (直译为每日传单)》的编辑工作，这份报纸后来被认为是拉脱维亚马克思主义运动 Jaunā Strāva (意为新时代) 的核心阵地。¹这一时期斯图契卡及他所参与的马克思主义活动公开反对沙皇的专制极权制度，作为波罗的海国家的代表，公开反对反对的拉脱维亚资产阶级和贵族，宣扬民主和进步，积极从事马克思主义的研究，发起号召与拉脱维亚资产阶级的意识形态斗争。1911-1914 年间，斯图契卡先后受雇于《星报 (Звезда)》和后来声名显赫的《真理报》，1917 年起担任《斗争》报的主编。

斯图契卡和他的一些著名同事如雷尼斯、罗金恩 (Фр. Розинь, 1870-1919, 拉脱维亚著名马克思主义者，革命家，社会主义民主文学运动奠基人)、道格 (П. Г. Дауге, 1869-1946, 拉脱维亚社会主义活动领袖、医学家、社会活动家) 等一同，受到了列宁创建的“解放工人阶级斗争联盟”活动的显著影响。斯图契卡是第一批在拉脱维亚传播马克思主义思想的活动家，也最早加入斗争之中。²

1904-1917 年间，斯图契卡经常在拉脱维亚组织或合法、或非法的马克思主义组

¹ Большой энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров. М.: Советская энциклопедия, 1993.с.1284.

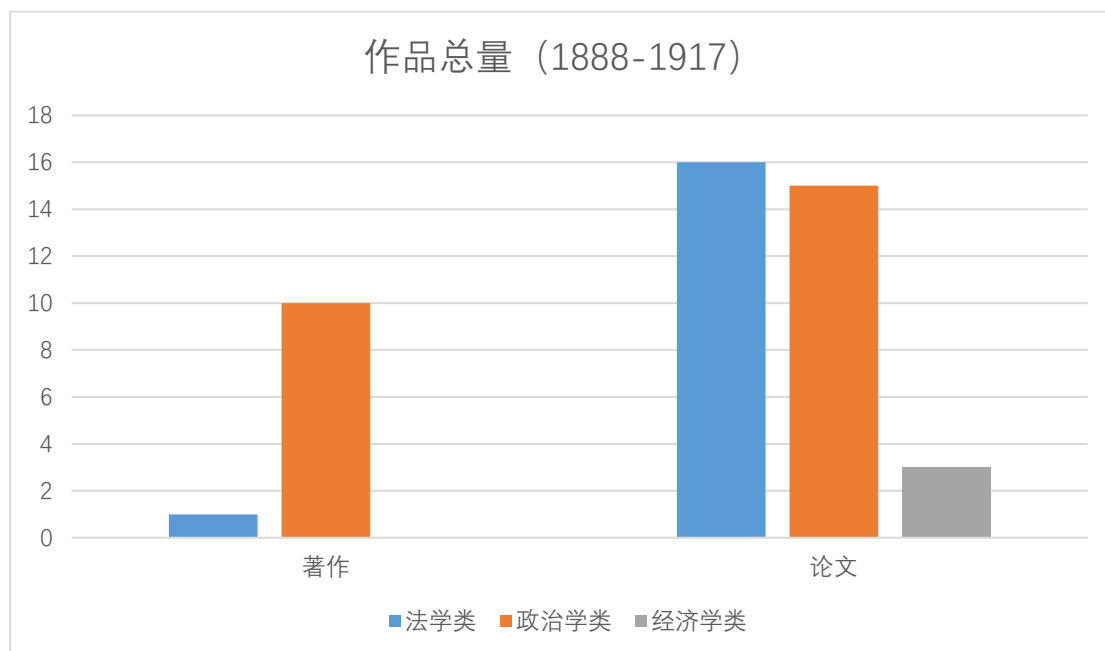
² Правовая наука и юридическая идеология России. Энциклопедический словарь биографий: в 2 т. Т. 2. (1917–1964) / отв. ред. и рук. авт. коллектива В.М. Сырых. М.: Российская академия правосудия, 2011.с.733.

织或党派集会。1904 年的某次社会民主组织非法集会上，成立了拉脱维亚社会民主工人党（ЛСДРП），当时总计约 2500 名党员，斯图契卡是主要成员之一。1905-1907 年间，斯图契卡在拉脱维亚首都里加、芬兰和圣彼得堡，作为拉脱维亚社会民主工人党中央委员会委员积极参与党的工作，组织并参与了第二次和第三次党代会，在他的积极推动下，拉脱维亚社会民主工人党以“拉脱维亚地区（或翻译为边疆区，край，后来苏联和俄罗斯的联邦主体的一种形式）社会民主党（СДЛК）”的名义加入了俄罗斯社会民主工人党（РСДРП），成为其组成部分。斯图契卡本人直接作为重要成员参与了十月革命及其后续国家建立的整个进程。

1906 年开始斯图契卡就与列宁一直保持着长期密切的沟通。之后的很长时间他都作为列宁主义的典型理论家和政治阐释人，积极影响甚至参与了列宁的诸多关于国家与法的理论、民族政策等理论建构。

这一系列政治活动对斯图契卡的学术研究产生了非常明显的影响。这一时期他作品的关注对象能够明显揭示这些影响。

图一 斯图契卡 1888-1917 年作品汇总



这一时期斯图契卡对政治学的关注度非常高，深入研究探讨了关于一系列基础的国家与法的理论。一直到今天，俄罗斯都把传统上我们所说的法理学的内容称之为国家与法的理论，它指的是关于国家产生、发展、运作和社会中的权利、本质和目的的基本法律制度的专业知识体系，是俄罗斯法学研究的基础学科。这门二级学科在俄罗斯被如此称呼的原因，在于它秉承马克思主义的观点，认为国家和法律是紧密相连的政治现象，二者相互影响作用并贯穿社会科学各学科。虽然经历了时代的变迁，但这门学科从称呼到研究方法、体系构建，都保留了大量斯图契卡时代的思想印记。苏

联时代乃至当代俄罗斯国家体制之中，关于自治地区的国家权力机关设置及活动原则、其政治自由的特征及赋权形式、罢工权等问题，都是斯图契卡当年的学术著作中所探讨、并真正被国家立法所采纳的模式。

具体而言，诸如斯图契卡这一时期的 16 篇法学论文之中，在苏联建国后被国家立法所采纳等观点包括：1.在劳工立法和打击犯罪的问题上，采纳了斯图契卡 1889 年在《教育和发展对犯罪的影响》¹中提及的降低犯罪率的有效手段是为广大民众创造受教育和参与工作的机会的观点；2.斯图契卡 1896 年在《俄罗斯工人保障相关法律》²中提及的诸多工人阶级权利保障问题被立法所采纳；3.1906 年斯图契卡所作《拉脱维亚地区与农业问题》³中提到的农村经济关系改善和农业治理等问题也被后来的立法所采纳。因历史久远，且苏联早期的很多报纸和文件保存不当，能找到的直接佐证相对不够全面。但毋庸置疑的是，作为苏联早期的重要法学家和政治家，斯图契卡的很多学术观点都真正作用于了苏联立法体系的建构和国家与法理论的发展之中，影响了苏维埃制度的形成。

斯图契卡法学与政治学学说的第三发展阶段（1917-1932）主要体现为从事国家建设工作和政治工作。1917 年革命胜利之后，斯图契卡一直担任重要国家职位，他是 1932 年于苏联最高法院院长任上过世的。这一时期他的履职生涯对他的科研工作产生了明显的影响，主要体现在，他认识到在苏联国家与法建构过程中应当完成两方面的任务，一是与资产阶级法的一般理论的意识形态进行分割，二是将马克思列宁主义的法的一般理论作为法律科学的一个分支，真正贯彻到新的苏维埃国家与法的理论的建构之中。⁴

1917 年 11 月至 1918 年 8 月，斯图契卡成为新成立的苏维埃政府司法人民委员部委员。1917-1919 年间他主要从事了立法草案的编写工作，其中包括了：1917 年人民委员部第一号法令《法院法（О суде）》⁵；1917 年《消灭等级和公民阶级划分（Об уничтожении сословий и гражданских чинов）令》⁶；1918 年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国人民法院条例（Положение о Народном суде РСФСР）》⁷；1919 年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法指导性原则（Руководящие начала по уголовному праву РСФСР）》⁸等。

¹ «Какое влияние образование и развитие оказывают на преступность» //Ежедневный листок. 1889. No 55

² «Законы в России по охране фабричных рабочих» //Ежедневный листок. 1896. No 34–37

³ «Латышский край и аграрный вопрос» //Вестник жизни. 1906. No 12

⁴ Большая Советская энциклопедия: в 30 т. Т. 25 Струнино–Тихорецк / гл. ред. А. М. Прохоров. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969.

⁵ <https://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5312/?ysclid=loffywkdw879921733>

⁶ <https://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5308/?ysclid=lofg509qpo17567902>

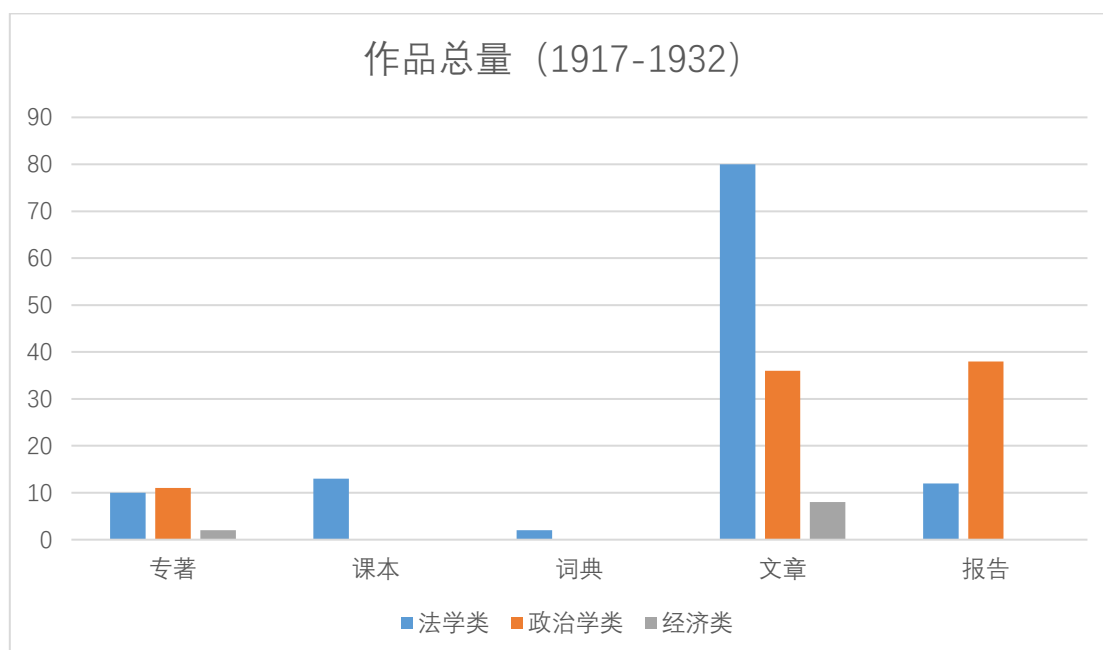
⁷ <https://constitutions.ru/?p=6707&ysclid=lofggm9xs373518809>

⁸ https://rusneb.ru/catalog/000202_000006_RuPRLIB00060590_12948/?ysclid=lofgkhnvld211726843

这些法令清楚展示了新成立的苏维埃在国家与法的建构过程中的马克思主义指导思想 and 革命本质，在整个立法工作的制定、讨论、通过和实施过程中,斯图契卡完整参与,并力图使法令能够体现法律的科学性和社会性。他在自己的作品中对这一问题进行了很多探讨,也记载了很多当时立法过程中遭遇的质疑和指责。在自己的书中他甚至提及过,为了保障立法工作的推动,他甚至借列宁的名义发表过相关学术文章。

这一时期斯图契卡的作品主要围绕着他对于社会主义法学、法制、国家、立法和司法制度的产生和发展的本质问题和形式进行的研究思考。著名作品如 1919 年发表的专著《人民法庭问题的问答 (Народный суд в вопросах и ответах)》和《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法问题的问答 (Конституция РСФСР в вопросах и ответах)》, 1919 年的文章《苏维埃宪法 (Советская конституция)》等。除此之外,他写就了大量的关于政治问题乃至经济体制问题的研究、专著、报告等。

具体作品和种类详见图二:



明显可以看出,这一时期他的作品和苏联的实际政治生活、法律制度建设和实践密切相关,这也是他的科研与实务工作相结合的成果。自 1921 以来,斯图契卡担任司法人民委员部委员,一直高度关注苏联法律人员的培训和法律知识的推广。在 1923-1932 期间他担任最高法院院长,更是写就了诸多有价值的判决、决议、庭审演讲,很多被作为苏联司法重要典籍。著名的如:《苏俄民法典的实践运用 (О практике применения Гражданского кодекса (VI съезд про- курорских, судебных и

следственных работников РСФСР)》¹；《开展群众性函授法学教育（Осуществить массовое заочное правовое образование）的演讲》²等。

斯图契卡积极将他的政治生涯与教学科研工作紧密结合，1931年，他被任命为苏联法研究院院长，他在莫斯科大学担任教授，主讲国家与法的理论系列课程³；从1922年开始，他担任共产主义科学院成员，与帕舒卡尼斯等一同组织了苏联时代国家与法的一般理论的一系列著作的出版编纂工作。重要成果如：1921年《国家学说与俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法（Учение о государстве и Конституции РСФСР）》，1927-1931年《苏维埃民法历程（Курс советского гражданского права）》三卷本等等。他在例证法的阶级属性的基础上，强调了资产阶级和马克思列宁主义法的谱系在苏联社会生活中的不同方法论、本质、表现形式、起源和发展等的主要区别，论述了苏维埃国家与法的一般理论的合法性与适用性。

1924年共产主义科学院出版的《法与国家的革命作用：法的一般学说（Революционная роль права и государства. Общее учение о праве）》作为他国家与法学说的集大成者，提到了诸如“所有的法（就其当前的语义而言）都是阶级性的概念，它将和阶级社会一起消亡。但我们现在知道，国家和法的这一“消亡”过程极尽漫长。我们不能满足于以下简单的引述：资产阶级社会正在从阶级社会过渡到社会主义和共产主义，而在这条路上，它将消亡在某个特别美好的日子里。如果我们回忆起恩格斯的话，他把“法学世界观”称为一般而言资产阶级的典型世界观，那么应当准备好，为废除这种资产阶级世界观而进行漫长的斗争，也就是说，重塑这种世界观，并在法的领域内用新的世界观取而代之”等具有特色的观点。

1925-1927年斯图契卡与帕舒卡尼斯、В.В.阿塔拉斯基（В.В. Адоратский）一起编纂了《国家与法的百科全书（Энциклопедии государства и права）》。

斯图契卡一生写就了超过百篇关于国家与法的理论的文章，重点解读了苏联时期“法学”“法律”“法的关系”“法的意识”等等内容。⁴他的政治生涯与学术生涯相辅相成，帮助他在十月革命之后将自己的学说在苏联国家与法的体系中发扬光大，对苏联早期的立法与法律科学建构产生了重要影响。后期苏联国家与法的理论一直深受他观点的潜移默化的改变。同时他将马克思主义与俄罗斯本土社会学科和苏联司法实践相结合，完成了马克思主义在这片土地上的适用。

¹ Ежедельник советской юстиции. 1929. No 9-10

² Речь на заседании Пленума Верховного Суда совместно с председателями краевых (обл.) судов РСФСР 30 июня 1931 г.//Советская юстиция. 1931. No 22

³ Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1964.с.36.

⁴ Плотник А.А. Петр Стучка и истоки советской правовой мысли, 1917-1925. Рига: Латвийский государственный университет им.П. Стучки, 1970.с.232.

三、斯图契卡学说的主要贡献及历史影响

现代俄罗斯国家与法的制度有着自己特殊的历史沿革和发展路线，而斯图契卡时期的法律制度探索和实践，是其重要的历史渊源。法律作为一种特殊的社会现象，是社会关系的调节器，它直接脱胎于社会在某个特定历史阶段的客观存在，如经济、政治、社会、文化发展水平等，并体现明显的国家意志和社会现实之间的平衡状态。法最终确立和集中体现国家政策的基本方向，而政治被称为“关于可能性的艺术（искусство возможного）”¹，体现现实政治抉择对对将来可能产生的不同影响，它直接受到社会客观规律和具体的国家意识形态的双重影响，是社会民众精神追求的具体价值指引，同时它与某一个具体的国家或民族的精神和心理状态是紧密联系的，在任何社会经济形态中发挥着塑造新的国家意识形态和价值观的作用。列宁在 1916 年《论对马克思主义的讽刺和“帝国主义经济主义”》一文中就将法律视为“一种政治措施，是一种政策。”²

革命始终是对既定社会秩序的否定，它具有深厚的社会根源，不是从一种社会力量到另一种社会力量的短暂权力转移，而是从根本上改变整个关系体系。革命可以被定义为一种新的社会经济、政治、文化制度的建构，由领导革命取得胜利的社会力量进行。在革命的条件下，当一个社会秩序被另一个社会秩序所取代时，法就面临着新的特殊历史使命，即巩固革命成果、赋予新的领导力量以整合社会各阶层的可能性。自 1917 年以来，布尔什维克的社会实践中出现了明显的社会学取向，其基础是创造性的，包括立法、劳动群众的活动，取得政权的工人阶级行使国家权力的活动等。

随着 1917 年革命的成功，俄罗斯社会经济结构最先发生变化，新生的政权开始实施一些旨在建立社会主义经济基础的政策，以适配当时的共产主义社会初始阶段。为切实执行相关经济政策，设置了配套的社会管理机构和配套的上层建筑，作为新兴无产阶级夺取国家政权的成果。无产阶级专政的政权形成，社会主义劳动制度的建设，旧的生产关系和财产关系的废除，以及新的国家意识形态和社会道德的形成等，所有这一切都需要建构一个新的苏维埃法律体系，以为社会和国家建设提供法律手段来进行规范和加以保护，来建立起社会主义的基础。

这一时期诸多著名的政治家和法学家，在苏联形成的过程中以布尔什维克主义理论，为俄罗斯（苏联）国家与法体系的形成和演变提供了理论支持。斯图契卡作为其中的代表人物，他的法学与政治学说的形成扎根于苏维埃政权的产生和完善阶段，一些主要思想在苏联法律的形成和演变过程中都发挥了重要作用。

¹ Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1967. С. 74.

² 《列宁全集》第 23 卷，第 40—41 页。

1.马克思主义的本土化和奠定“苏维埃法”的历史地位

苏联法律制度的形成基础最初是建立在马克思主义与布尔什维克意识形态形态相互交融的基础上的，这种意识形态将法视为资本主义和资产阶级社会中的有效工具，旨在配合其剥削压迫无产阶级的经济制度。任何一种外来的思想，在被接受和真正实践于国家社会建设的过程中，都需要经历与本土思想和本土需求相适应和磨合的过程，斯图契卡为代表的这一批俄罗斯（苏联）法学家们同时学习研究了俄罗斯这片土地上的法律文化以及正统马克思主义理论，并在苏联国家与法的建构过程中，依据自己的经验和理论研究，将马克思主义真正适用于具体的社会环境和国家环境之中。理论和实践的一些关键问题尤其是在苏维埃政权形成的头几个月引发了诸多关注和讨论。这一时期的焦点在于，一方面，新兴的政权需要应对以“法律虚无主义”为代表的机械和过度解读马克思主义、否认法的社会价值的思想，另一方面，需要满足当时俄罗斯社会的激进变革中对严格的法律监督制度的需求，保障在社会建构中不会出现国家与法的职能的缺位。积极组织立法工作是新政府的最初工作纲领之一。

作为公认对苏联国家与法理论奠基人之一，斯图契卡在这一时期发挥了重要作用。他认为，在最激烈的社会变革时刻，只有无知者才会“认为现在是国家消亡的时候了。……但毕竟，没有任何国家，包括无产阶级国家，没有自己的法。”¹1917年革命后斯图契卡的学术活动与他的政治活动紧密结合在了一起，并从自己的司法实践中广泛总结，得出了后期研究活动中的一些基本观点。1917年11月15日至12月1日，1918年3月18日至8月22日，斯图契卡担任司法人民委员部委员一职，并于1923年至1932年任最高法院院长。斯图契卡认为，新时期的苏维埃法、以及马克思主义法的理解体系的主要特征，在于应当体现作为过渡时期的法的、苏维埃法（无产阶级的法）的阶级特征。“我们要求公开、坦率地承认苏维埃法是一种特殊的阶级法，这种法已然发生了深刻改变，将随苏维埃国家的产生而产生，并与苏维埃国家共存亡，”²这是他在十月革命后的第十二年写下的句子，以此作为自己法学实践的总结。

在斯图契卡的理论著作中，他始终如一地发展了与苏维埃国家与法的建构相关思想，对后期苏联和俄罗斯国家与法的理论有着重大贡献。他认为不同“社会-经济结构”中诞生的不同法都有其阶级特征或阶级本质，作为上层建筑的法律需要相匹配的物质基础，也就是匹配的制度和本质。他的众多作品有着自己完整的时间链条和思维链条，以此为新的苏联（俄罗斯）法串联起了自己的概念结构，其主线关键词包括：“法的革命（революция права）”，“过渡时期的法（право переходного периода）”，

¹ Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1967. С. 466.

² 同上

“苏维埃法（советское право）”，“无产阶级法（пролетарское право）”，“革命的合法性（революционная законность）”，“革命的法律意识（революционное правосознание）”等。

2. 参与创设苏维埃早期司法制度和法院体系

在司法人民委员部任职期间，斯图契卡作为新政权关于法院的第一号法令（проект Декрета Совет Народных Комиссаров No 1 о суде）¹的起草者，将自己这一系列理论主张落实到了实践之中。在回答应该用什么取代资产阶级的（阶级）法院、以及新的苏维埃法院的本质特征是什么的问题是时，斯图契卡认为，“答案只能有一个：经选举产生的人民法院。”²1917年11月24日发布的这个一号法令标志着苏维埃司法体系的建立，它宣布废除革命前的法院、检察院及其相关机构和律师制度，建立起如列宁所要求的“革命的法院。要求法官在作出判决时，应当以革命的良知、革命的法律意识为指导，正确适用苏维埃政权的法律文件（法令、条例、决议、指示等）。以及在特殊情况下，如果没有确切法律依据，可以使用一些与新原则不矛盾的、“被推翻的旧政府颁布的法律”。正如斯图契卡在他的苏维埃法律制度形成问题的理论中，始终如一地坚持的，“我致力追求和证明的，从过去到现在，一直都是革命和革命的合法性……”“在无产阶级的革命中，革命法和革命，二者相辅相成，而绝非相互排斥。革命采取无产阶级专政的形式，而无产阶级专政正是遵照革命的合法性发展的。”适用于苏维埃司法程序中，革命的合法性可以被“描述为一个面向未来端坐的法官，他所理解的法不仅仅是历史的，同时是辩证的，代表着这个历史维度的观点。”³

同时斯图契卡也被认为是苏维埃刑法的奠基人之一，他作为《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法指导性原则（Руководящие начала по уголовному праву РСФСР）》的作者之一，对苏维埃刑法的诸多基本概念和价值观进行了定义。他起草的这份文件中，宣布了对资产阶级法的“价值”的否定，认为“应当把资产阶级的法典送交历史档案”，“建立无产阶级自己的法典”，按这样的立法思路进行了一系列规范性法律文件的创设，在立法层面巩固了相应的刑法概念体系，设立了后来苏联主要的刑法适用和执行机制。

3. 对苏维埃国家与法理论的探索

在斯图契卡的文章《苏维埃法的三个阶段（Три этапа советского права）》⁴中，他考虑到无产阶级法的发展的具体情况，提出了苏维埃法应当按照这三个主要阶段逐步进行发展演化：1.摧毁阶段，也就是所谓的“战时共产主义”，这“对所有一切

¹ <https://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5312/?ysclid=lqnd2avi4o364840019>

² Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1967. С. 235.

³ 同上，С. 482.

⁴ Стучка П.И. Три этапа Советского права / П. Стучка // Революция права. – М., 1927. – № 4. С. 3 – 8.

而言都是自然且必须的”。在这个阶段，应当“烧掉旧法典”、“堵上资产阶级司法之门”（即否定资产阶级司法的合理性，赋予新的苏维埃司法以合法性和合理性）；2.缓和阶段，开始向新经济政策过渡，并对资产阶级法进行“具有革命性的补充和保留”。这一阶段编纂了大量的部门法（法典），如劳动法典、民法典和刑法典等；3.基于新经济政策和创设苏维埃法的成果，开始新的建设社会主义阶段。

总体而言，斯图契卡的法学与政治学说的主要观点的形成于马克思主义在苏联（沙俄）的早期传播过程之中，又结合本土的法社会学和法律实践，对苏联国家与法的理论中建立马克思列宁主义的方法论和法律原则起到了重要作用。他作为法学家的法学和政治学世界观形成的每个阶段都对政治实践发挥了积极的发展动力，他的学说和理论遗产影响了苏联几代人，直至今日仍是俄罗斯国家与法的历史、乃至现代法律科学发展的重要影响因素之一。

直到今天，俄罗斯学界仍然广泛承认，斯图契卡作为正统的马克思主义者和布尔什维克主义的思想家、理论家，是苏联马克思主义法学建构的经典作者之一。

参考文献：

1. Блейере Д., Бутулис И., Зунда А., Странга А., Фелдманис И. История Латвии: XX век. Рига: ООО «J.L.V.», 2005.

2. Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латвийское государственное издательство, 1964.

3. Петухова А. В. Социологическая концепция права в России: историко-теоретический подход (XIX–XX вв.): автореф. дис. . канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2012. С.22.

4. Удрис Э.М. П.И. Стучка — революционер, государственный деятель, ученый // Ученые записки Латвийского государственного университета. Т. XII. Юридические науки. Вып. 1 / под ред. А. Лиеле. Рига: Советская Латвия, 1957. С. 5–22.

5. Большой энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров. М.: Советская энциклопедия, 1993. с.1284.

6. Правовая наука и юридическая идеология России. Энциклопедический словарь биографий: в 2 т. Т. 2. (1917–1964) / отв. ред. и рук. авт. коллектива В.М. Сырых. М.: Российская академия правосудия, 2011.с.733.

7. Большая Советская энциклопедия: в 30 т. Т. 25 Струнино–Тихорецк / гл. ред. А. М. Прохоров. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969.

8. Плотниек А.А. Петр Стучка и истоки советской правовой мысли, 1917–1925. Рига: Латвийский государственный университет им. П. Стучки, 1970. с.232.

9. Стучка П.И. Три этапа Советского права / П. Стучка // Революция права. – М., 1927. – № 4. С. 3 – 8.

«MODERN CHALLENGES OF CYBER-SOVEREIGNTY: PROSPECTS FOR RUSSIA AND CHINA»

Arimova S.A.

The main problem of the study: In the modern world, the issues of digital sovereignty are becoming more relevant and discussed. Countries are actively developing and implementing strategies and mechanisms for regulating the Internet space in accordance with their own interests. However, a number of problems arise both with the concept of digital sovereignty itself and with its practical implementation.

Purpose of the study: The purpose of this study is to analyse the effectiveness and problems of the concept of digital sovereignty based on the experience of Russia and China, as well as to develop practical recommendations for optimizing the regulation of the Internet space, taking into account the protection of human rights and freedoms.

Methodology: To achieve this goal, an analytical method was used based on a review of scientific literature, official documents and an analysis of practical experience. The current strategies and mechanisms of digital sovereignty in Russia and China were analysed.

Stages of the study:

1. An overview of the concept of digital sovereignty and its basic principles, including the example of speeches at the World Internet Conference.
2. Analysis of the practical implementation of the concept of digital sovereignty in Russia and China, taking into account the principles of national security and protection of citizens' rights.
3. Assessment of the effectiveness of measures taken within the framework of the concept of digital sovereignty on the example of the experience of Russia and China.
4. Development of practical recommendations for optimizing the regulation of the Internet space, taking into account the protection of human rights and freedoms.

Identified problems and solutions:

1. Restriction of citizens' rights and freedoms in the context of digital sovereignty:
 - Problem: Digital sovereignty strategies can lead to restrictions on citizens' rights and freedoms, especially in the case of abuse of this concept.
 - The solution: The author proposes to focus not only on the issue of introducing digital sovereignty, but also on methods of ensuring its control in such a way as to minimize the risk of serious violation of human rights and freedoms.

2. The need to define the boundaries of digital sovereignty:

- Problem: Uncertainty within the boundaries of digital sovereignty can lead to conflicts and misunderstandings between states.

- The way of solution: The author proposes the establishment of territorial boundaries of information sovereignty corresponding to the territorial boundaries of the state, for clarity and understanding in this area.

3. The lack of international legal regulation of digital sovereignty:

- Problem: The lack of international legal regulation of the concept of digital sovereignty can lead to violations of human rights and freedoms on the scale of the global community.

- The solution: The author suggests conducting a detailed analysis of the experience of countries that have successfully integrated the concept of sovereignty into their strategies, as well as developing an international document that takes into account the identified shortcomings and problems.

4. Ineffective regulation of information security and digital sovereignty:

- Problem: Insufficient regulation of information security and digital sovereignty can lead to violations of citizens' rights and an increase in cybercrime.

- The solution: The author proposes to develop clear and detailed legal norms and regulations, excluding vague formulations and general principles, as well as officially allow the use of technical means such as VPNs created at the state level and controlled by the state to ensure security with minimal interference in access to information.

In recent years, more and more experts in the field of international relations and international law have been paying attention to the issue of cyber sovereignty.

People's Daily, the biggest newspaper group in China and the paramount official newspaper of the Chinese Communist Party (CCP) proudly announced the opening of the Third World Internet Conference (WIC) in November 2016.

During his speech at the opening of the second conference, Chinese President Xi Jinping called on the world community to show respect for the independence of state control on the Internet¹. The concept of «cyber sovereignty», introduced by Xi Jinping, defines the concept of respect for various Internet governance models in individual countries and recognizes the right of a nation to independently manage the Internet.

The 2019 conference concluded with the publication of a final document entitled «Cybersecurity: Theory and Practice», which collected the main ideas put forward by the Chinese government in the context of the concept of cybersecurity.

¹ James Griffiths. Chinese President Xi Jinping: Hands off our Internet // CNN: official website. – URL: <https://edition.cnn.com/2015/12/15/asia/wuzhen-china-internet-xi-jinping/index.html> (accessed: 01.03.2024).

For the first time, the term «cyber sovereignty» or «network sovereignty» appeared in the fifth chapter of the White Paper entitled «The State of the Internet in China», released by the press service of the State Council in 2010. According to this document, China recognizes the Internet as part of the national infrastructure and asserts its sovereign right to exercise jurisdiction over it.

The basic principles of the concept of cyber sovereignty in China include:

- 1) Prohibition of undesirable influence on the information space of the country.
- 2) Transfer of Internet governance from existing bodies, including scientists and companies, to an international forum such as the United Nations. This will allow countries to prevent the negative impact of harmful ideas on their citizens and ensure international regulation of the Internet space.

The emergence of discussions around the concept of information space efficiency management has become the subject of fierce debate. Opponents of this idea argued that it contradicts the principle of openness and free access to information, can lead to the isolation of the country in the information aspect and, moreover, cause mass surveillance of citizens.

Supporters argued that the concept of cyber sovereignty would help prevent information interference in the internal affairs of the country and violation of the privacy of citizens. In their opinion, any idea, discovery or invention carries both positive and negative aspects of application. Therefore, it is not surprising that both the American and Chinese concepts have their advantages and disadvantages from the point of view of different sides.

Internet censorship, on the one hand, is seen as a positive phenomenon for the country, as it contributes to strengthening national security. On the other hand, it serves as a means of shaping public opinion and the worldview of citizens, controlling access to undesirable information from the point of view of currently accepted government policy.

In other words, the state clearly protects its information space and increases the level of national security, however, citizens, on the one hand, are deprived of the opportunity for free information exchange, but, on the other hand, they are protected from manipulation and influence on their consciousness by criminal organizations through information networks¹.

The Chinese concept of cyber sovereignty does not involve dividing the common cyberspace into separate segments but aims to form a secure «cyber community with a common destiny» in which states can manage the Internet based on the principles of equality, justice, cooperation, peace and the rule of law, without external interference².

¹ Ostapenko, G.A. Information risks of modern terror: psychological and cybernetic aspects / G.A. Ostapenko, M.E. Volkova // INFORMATION RISK MANAGEMENT AND ENSURING THE SECURITY OF INFOCOMMUNICATION SYSTEMS. – 2019. – No.1. – pp. 4-26.

² Mikhalevich, E.A. The concept of Cyber Sovereignty of the People's Republic of China: the history of development and essence / E.A. Mikhalevich // Bulletin of the Peoples' Friendship University of Russia. Series: Political Science. – 2021. – № 23(2). – Pp. 254-264.

Russian government pays attention not only to the international political aspect of digital sovereignty but also to strengthening digital borders. In the Russian Federation, the practice of digital sovereignty began in the 2000s, and the key document was the Information Security Doctrine of 2000. The main elements of digital sovereignty were the development of national search engines and social networks, and the strengthening of the digital infrastructure of the national segment of the Internet, including the creation of data storage centers and traffic exchange points. Steps have been taken to develop domestic software and hardware to reduce dependence on foreign technologies.

The national payment system has also become an important aspect of digital sovereignty. In 2016, in Russia, the concept of Internet sovereignty was recognized as a continuation and expansion of state sovereignty¹.

In December 2016, the President of Russia approved one of the key strategic documents in the field of protecting citizens, legal entities and the state from cyber threats – the Information Security Doctrine (Decree of the President of the Russian Federation No. 646 of December 5, 2016). The doctrine summarizes the main information threats, such as the propaganda of extremist ideology, the increase in computer crime in the credit and financial sphere, and others. However, it does not contain specific practical steps to solve these problems.

With the adoption of the Law on the «Sovereign Internet» in November 2019, a regulatory framework for the policy of digital sovereignty was established in Russia. This law has formed the legal basis for the centralized management of the Internet within the state borders. However, for a long time, the concept of digital sovereignty in Russia did not include control over content within the country and did not restrict access to Western digital platforms, as is done in China. However, the beginning of Russia's Special Military Operation in Ukraine and the increased tension in relations with Western countries have actualized and accelerated the development of Russia's policy in the field of digital sovereignty.

In 2022, a number of Western IT platforms were banned in Russia, which was another step in strengthening digital sovereignty. Sanctions pressure from Western countries also contributed to reducing technological dependence on Western IT companies. New domestic IT solutions such as online education platforms Stepik and Skillbox have replaced Western counterparts such as Coursera.

The history of cooperation between Russia and China in the field of international information security has a long tradition both at the bilateral and multilateral levels.

¹ Joint statement by the President of the Russian Federation and the Chairman of the People's Republic of China on cooperation in the field of information space development [Electronic resource]. June 25, 2016. URL: <http://kremlin.ru/supplement/5099> (accessed 01.08.2020).

The Russian-Chinese Cybersecurity Forum was held in Moscow in April 2016 and focused on issues of Internet regulation and protection of cyber sovereignty. At the end of the event, a call was made to resist «attempts by some countries to seize control of the Internet».

Russia's leadership in the BRICS in 2024 will highlight issues of international cooperation in the field of information security and digital sovereignty within the framework of this union.

Although some progress has been made in shaping a common approach to the international legal regulation of the principle of digital sovereignty, it is difficult to talk about the consistency of priorities in the field of digital development within the framework of the BRICS. The most consistent approach is observed in Russia and China, which are actively strengthening the state's presence in the digital sphere, taking into account security considerations¹.

Conclusion

1. The effectiveness of digital sovereignty in Russia can be assessed by examining the impact of replacing the international payment system SWIFT with the national system MIR on citizens' daily lives. Despite sanctions and disconnection from SWIFT, Russian citizens still use bank cards, indicating minimal impact on banking services. A detailed analysis of Russia's cyber security strategy is crucial, as it has helped mitigate the effects of extensive sanctions since 2022.

2. It should be emphasized that the information sphere of the state is an integral part of its structure, similar to the economic, political and social spheres. Consequently, the principle of sovereignty also applies to the information sphere by its application in other areas of State activity. The solution to the problem of defining the boundaries of digital sovereignty involves the establishment of territorial boundaries of information sovereignty corresponding to the territorial borders of the state.

3. Cyber sovereignty is a new concept in the modern world, sparking discussions and posing societal challenges. Its international legal recognition raises concerns about potential human rights violations. Rather than debating its introduction, focus should shift to methods of controlling cyber sovereignty to minimize infringement of rights. Analyzing states that have integrated sovereignty will reveal both pros and cons, informing the development of international cyber sovereignty regulations.

4. Insufficient regulation of information security and digital sovereignty can lead to rights violations, fueling cybercrime. Clear legal regulation is needed to balance rights with

¹ Ignatov, A. "Digital sovereignty" in the agenda of BRICS Unification, 2024 / A. Ignatov, E. Zinovieva // INF: The Russian Council for International Affairs: website. – URL: <https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/tsifrovoy-suverenitet-v-povestke-obedineniya-briks/> / (date of access: 03/12/2024).

information security. VPN tools offer workaround solutions to government restrictions, but complicating access can enhance cybersecurity. Installing government VPNs with registration and identification could maintain access for foreign citizens and students conducting research.

中俄法院信息化建设现状及比较研究

彭海青，戈治文，【俄】ARIMOVA SAIDA

彭海青，北京理工大学法学院教授、博士生导师

戈治文，北京理工大学法学院研究生、

【俄】ARIMOVA SAIDA，北京理工大学法学院研究生

摘要：中俄两国法院信息化建设是建设本国数字化法治发展的重要课题，旨在提升司法效率和服务质量，推动司法智能化进程。两国在法院信息化建设方面取得了一定进展，并在政策规定制定、体系层次、技术服务等方面呈现特色化发展趋势。纵观两国该领域发展样态，中俄法院信息化建设可加强国际合作，共同首先拓宽在线诉讼应用场域，持续完善在线诉讼规则，其次保障数字审判安全可靠，谨防过度依赖数字技术，最后完善智能审判算法审查公开机制，克服黑箱困境，进而推动司法体系更好地适应数字化时代的需求。

关键词：俄罗斯；法院信息化建设；在线诉讼；数字技术

一、中俄法院信息化建设建设样态分析

（一）中国法院信息化建设建设样态分析

2000年，中国法院年度收案数量已达到535万余件，到2023年，全国各级人民法院共受理超过4500万件案件。传统的线下接案司法模式已无法适应这一爆炸性增长趋势。仍存在案多人少、审理效率低下的问题。无形中损害了司法权威，导致司法公信力下降。运用人工智能加持的“人机混同”模式审理案件将改变这一状况，提高司法审判效率、控制案件质量、减少法官的判案时间，平均判案时间将缩短至45分钟。

1

在网络基础设施和业务底层方面，2016年起全面推行的人民法院电子卷宗随案同步生成和深度应用层面工作，至2023年已基本实现各级法院随案制作电子卷宗，法官基于电子卷宗开展阅卷、合议、执行等业务，有力保障审理全程留痕。并于2023年完善了个性化数据智能推荐功能、司法知识库知识体系构建、完成人工智能平台基础AI模块设计规划，面向全国法院提供法信智推、当事人画像、图文识别等智能化

¹ 高鲁嘉.人工智能时代中国司法智慧化的机遇、挑战及发展路径[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2019,(03):115-123.

服务。¹

2022 年开始，在诉讼咨询服务建设方面，全国所有法院都设立了信息化程度较高的诉讼业务大厅，可以为各方当事人提供更全面的诉讼咨询服务。所有法院都设立了诉讼服务网，为当事人、法官等提供了网上立案、案件检索、卷宗查询、电子送达、诉讼指南等业务。所有法院都开设了 12368 诉讼咨询服务热线电话，提供语音和短信服务等方式，为民众参与诉讼活动提供了方便快捷的咨询服务。

在在线诉讼建设方面，国内所有法院都已实现了在线立案、在线缴费、在线证据交换、在线庭审、电子送达等，囊括全流程的在线诉讼，推动在线诉讼进一步发展。与此同时，人民法院大力推动并推广以微信小程序为基础的人民法院在线服务，运用人脸识别、远程音视频会议、电子签名等信息技术，通过移动端即可完成立案、送达、开庭审理、证据交换、调解等在线诉讼活动，实现了手机打官司、手机办案，实现了“指尖上的诉讼”。

（二）俄罗斯法院信息化建设建设样态分析

俄罗斯于 21 世纪初即开始建设“俄罗斯联邦国家‘司法’自动化系统”，其所打造的统一数字空间几乎覆盖联邦所有近 3000 家普通法院，²该举措突破性地提高了法院的数字化水平，为后续发展提供了坚实的基础设施建设。经过完善，该设计通过内网、外网和跨部门网三大模块的构建，实现了信息的高效传递和资源共享，极大地提高了司法工作的效率和公正性。根据工作特定需求，系统下设“法律数据统计库”“裁判文书数据库”等 27 个实用性与针对性兼具的子系统。为保证司法公开、透明，俄罗斯明确提出建立公开的普通法院和仲裁法院司法文书数据库、裁判文书数据库及司法统计数据库，强化文件材料归档管理；在维护信息安全和秩序的基础上，满足社会多方主体自由访问相关数据库和案件资料传递的信息需求；并赋予社会公众对司法活动必要的监督权利。

2000 年 4 月 19 日，俄罗斯联邦最高法院首次开庭审理了被定罪者远程参与的案件。2020 年，俄罗斯联邦最高法院于对“联邦最高法院自动化信息系统”搭建完成，如今归本法院管辖的诉讼已可通过该系统进行。俄罗斯首都莫斯科市即走在技术开拓前列，为保证基层法院间的信息共享和数字办公，自 2015 年起，该市市级法院及其辖区的 30 余个区级法院全面实施“普通法院综合信息系统”计划。该系统由 12 个子系统构成，包括 8 个应用系统：1.电子案件系统；2.市地单位交互平台；3.部门之间沟通平台；4.公职人员管理部系统；5.外部群体服务系统；6.与本地刑罚执行局连

¹ 陈国、田禾.中国法院信息化发展报告（2023）[M].北京:社会科学文献出版社，2023:34.

² CM.: <https://sudrf.ru/>

接的视频监控系统;7.场地音视频播放系统;8.评估分析工具。同时为系统稳定运行,还设有4个保障系统:1.集中数据存储中心;2.数据保护程序;3.远程通信;4.基础设施服务及反病毒系统若干。¹

为了进一步推动司法实践中信息技术的发展,俄罗斯联邦正致力于“司法自动化系统”的现代化升级。在此基础上,旨在建立一个统一的俄罗斯联邦司法空间,通过举办各类活动,确保俄罗斯联邦法院、俄罗斯联邦最高法院和司法部之间的信息互动,从而形成一个高效的信息系统。这一系统将基于统一的标准和协议运行,实现信息和电信网络的高效运营,为司法体系的现代化提供坚实的技术基础。²

二、中俄法院信息化建设特色经验

(一) 政策规则制定方面

中国当前正在推行的法院信息化建设模式是国家主导型,主要由最高法院主导,全国法院共同协作进行发展。2016年7月,《国家信息化发展战略纲要》和《“十三五”国家信息化规划》将法院信息化建设作为中国信息化发展战略的一部分。³2017年7月,国务院办公厅发布了《新一代人工智能发展规划》,明确将法院信息化建设列入计划。2019年2月,《人民法院第五个五年改革纲要(2019-2023)》提出了建设中国独具特色的社会主义现代化智慧法庭及其应用系统的目标,为法院信息化建设向智能化纵深发展提供了明确的路径。⁴在2021年和2022年,最高人民法院相继出台了《人民法院信息化建设五年发展规划(2021-2025)》和《人民法院在线诉讼规则》、《人民法院在线调解规则》和《人民法院在线运行规则》等“三大在线规则”,为各类在线司法活动提供了规范和合法性,标志着中国特色互联网司法规则体系的基本建立,可见,中国对于人工智能进入司法领域持积极、开放的态度。

相比之下,俄罗斯在该领域往往持保守、谨慎的态度。俄罗斯自2001年开始,先后主要发布《2002—2006年俄罗斯司法制度发展纲要》、《2007—2011年俄罗斯司法制度发展纲要》和《2013—2024年俄罗斯司法制度发展纲要》三部纲要作为本国数字司法战略建设的主要依托,将提升司法效率、稳定技术支持、保障公民权利作为司法数字化转型的长期目标,并将加强司法权威和司法独立作为最终目标,并对法院信息化建设的具体建设作出了具体部署。⁵而2010年俄罗斯通过的《关于修订〈俄罗

¹ См.: Постановление Президиума Совета Судей РФ от 19.02.2015 г. № 439 «Концепция развития информатизации судов до 2020 года» // СПС «КонсультантПлюс».

² Smetskoj, R. E. Information technologies in legal proceedings / R. E. Smetskoj. — Text : direct // Young scientist. — 2023. — № 21 (468). — Pp. 337-339. — URL: <https://moluch.ru/archive/468/103159/> (date of access: 03/28/2024).

³ 郑海山.大数据时代建构人工智能辅助量刑系统的路径探讨[J].湘江青年法学,2018,4(01):68-87.

⁴ 邵俊.刑事诉讼信息共建共享问题研究[J].浙江工商大学学报,2019,(01):36-44.

⁵ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 27.12.2012 г.№ 1406 «Развитие судебной системы России на 2013-2024» // СПС «КонсультантПлюс».

斯联邦仲裁程序法典》的联邦法》，首次建议在仲裁程序中应用数字信息技术完成诉讼行为。除此之外，较少针对法院信息化建设发展颁布专门政策。据俄新社 2023 年 6 月消息，俄罗斯联邦数字发展部副部长在接受俄新社采访时表示，俄罗斯当局正在制定一项关于人工智能的法律，显然，俄罗斯也正以积极的姿态迎接数字司法时代的来临。

（二）技术服务方面

中国法院信息化建设的服务体系在不断丰富与完善中展现出独特的优势。通过地方试点的创新机制，法院信息化建设持续推出创新成果。与他国相比，中国的法院建设不仅仅局限于互联网的融合，而是通过互联网、移动互联网以及法院专网，构建了一个全域覆盖的智慧服务网络。中国法院信息化建设的应用服务主要体现在以下几个方面：一是高效集约，通过统一的门户和综合渠道提供多功能、集成化、一站式服务，最大程度地满足不同用户的需求，体现了法院信息化建设在线服务的便民宗旨。二是便民利民，充分利用网络服务，为公民提供便捷的居家办事方式；通过移动服务，为流动人群提供随时可用的司法资源；通过跨区域服务，为不熟悉网络操作的人群提供远程办理能力，有效减轻了群众的诉讼负担。¹三是精准智慧，利用司法大数据资源，开发智能辅助工具，如案例推送、诉讼结果预测、风险评估等，为用户提供准确可靠的参考，助力社会矛盾的减少与化解。四是互动开放，通过网上送达和信息推送等方式，向诉讼参与者公开案件信息，消除信息不透明和不对称问题，同时支持法院干警与涉诉群众的在线互动，促进无障碍交流和互信。五是共享交融，推动诉讼服务系统与其他系统及司法大数据资源的整合，支持法院内外信息的依法、及时共享，实现人民有所呼、法院有所应的良性互动，以此赢得群众的广泛认可和提升司法公信力。通过这些措施，中国法院信息化建设不仅提高了司法效率，还增强了司法公正性和透明度，为人民群众提供了更加便捷、高效的司法服务。

自 2000 年起，俄罗斯便不断向世界银行和新发展银行（即金砖国家开发银行，简称“金砖银行”，一个由金砖国家共同发起成立的国际金融机构）申请了数亿美元的贷款，旨在推动司法体系的改革。在这一过程中，信息技术的应用被赋予了重要地位。俄罗斯联邦法院利用这些贷款，着手实施了一系列信息化建设项目。具体措施包括：

1. 引入并安装庭审录音设备及其专用软件；
2. 配置视频会议所需的硬件与软件工具。
3. 部署适用于一般管辖法院及其他司法机关的信息资源远程监控系统。
4. 采购便于法院运作的移动设备。
5. 对案件和文档流程管理系统进行集成与现代化升级。
6. 建

¹ 当前，“人民法院在线服务”平台已覆盖四级法院，当事人、律师等办理诉讼事务基本实现全流程、全天候“掌上办”，当事人参与诉讼平均往返法院从近 6 次减少到只需要 1 到 2 次，甚至一次也不用跑。

立司法判决的自动化数据库。7. 构建俄罗斯联邦最高法院的信息查询系统和门户网站。8. 为最高法院访客打造信息辅助系统，并建立电子图书馆。9. 制定新的司法系统运行效率标准与评估指标；10. 对法院信息服务部门的工作人员进行信息技术方面的培训。此外，俄罗斯还基于对法院硬件和软件需求的评估，创建了涵盖法院程序人员的联邦数据库。在过去的数十年中，随着现代信息技术和通信技术在各类法院诉讼中的广泛应用，俄罗斯联邦有效解决了众多相关问题。

俄罗斯仲裁法院的信息化技术应用独具特色，其进程通过构建俄罗斯联邦仲裁法院统一自动化信息和通信系统（简称 EAICS AS RF）的概念得以实现。该系统旨在实现俄罗斯联邦最高仲裁法院日常办公流程的自动化，并逐步过渡到无纸化技术。EAICS AS RF 系统涵盖了文件登记、处理、准备、审批、存储和会计以及绩效纪律控制等一系列自动化活动，并确保了电话号码簿的维护更新。此外，“司法仲裁档案管理”软件包由三个子系统组成，分别是“法律诉讼”、“司法统计数据”和“电子交易所”，这些子系统共同构成了一个全面管理司法档案的解决方案。“司法与仲裁记录保存”软件包则是一套全面的专用软件工具，基于 Internet 技术构建，为司法记录的保存和管理提供了强大的支持。这些工具的运用，极大地提高了司法工作的效率和质量。然而，尽管取得了一定的进展，目前尚不存在一个统一的信息系统来全面跟踪法院案件的处理进程。在监控法院上诉判决的各个阶段时，仍然面临着一定的挑战。目前，仲裁法院依赖于自己的信息平台，一般管辖权法院使用另一套信息平台，而治安法官则未能完全融入其系统。¹

（三）体系层次方面

中国法院信息化建设层次体系相对较为完备。法院信息化建设体系主要包括以“五网三云”²为主体的信息基础设施、以“智审、智执、智服、智管”业务领域为体系分布的应用系统、以司法审判信息资源为核心的大数据管理和服务平台、分布于各个环节的网络安全系统和连通各类系统的可视化质效型运维管理平台。法院信息化建设业务涵盖诉讼服务、审判执行、司法管理、司法公开以及其他领域，每个业务都由一个或多个系统来支持。法院信息化建设数据资源分为审判执行、司法人事、司法行政、司法科研、外部数据分析以及信息化管理数据资源等六类主要服务。中国法院信息化建设基础设施由专有云、开放云构成，构建了法院信息化建设信息基础设施的基本架构，通过法院专网与移动专网、外部专网、互联网等网络及其之间的安全隔离交换体系将各个网络系统连接在一起。法院信息化建设的网络安全体系也基于“五

¹ Kargina S.A. The essence of electronic justice in Russia and abroad // Studentskiy. 2020. No. 14-2 (100). pp. 73-76.

² “五网”指法院专网、移动专网、涉密网、外部专网、互联网，“三云”指专有云、涉密云、开放云。

网三云"网络架构布局，为应用系统、数据资源和信息化场所提供相应的安全保护措施。法院信息化建设的运维保障体系负责监控、分析、评估整个法院信息化建设体系的运行状况，并支持各类信息系统的持续改进和提升。因此，相比于其他一些国家，中国的法院信息化建设建设具有更高的体系化水平。

目前中国智慧法院基本建成，建设了全面覆盖、移动互联、跨界融合、深度应用、透明便民、安全可控的人民法院信息化 4.0 版，实现了全业务网上办理（网络化）、全流程依法公开（阳光化）、全方位智能服务（智能化），服务人民群众、审判执行、司法管理和廉洁司法，为信息时代的世界法治文明贡献了中国智慧，提供了中国方案，智慧法院建设成果更是在新冠肺炎疫情期间大显身手，突出彰显了中国特色社会主义司法文明的体制优势、制度优势和能效优势。¹

俄罗斯法院信息化建设的法律框架涵盖了多个层面。在国际层面，俄罗斯参与的组织采纳了“软法”文件，旨在保障网络安全与个人数据保护的基础上，尽可能地简化公民与法院间的互动。这些建议中，特别值得关注的是欧洲委员会提出的法案，它们鼓励成员国确保能够通过电子途径启动司法程序，并在电子平台上执行程序性行为，以及获取案件信息等。在俄罗斯国家层面，文件《2020 年前俄罗斯法院信息化概念》为司法程序中数字技术的运用提供了关键指导。该文件的主要宗旨是推进电子司法的发展，即“在法院运用信息技术的基础上，通过电子（数字）形式实施法律规定的程序行为，涵盖法院、个人和企业之间的互动”，整体规划和实施效果值得肯定。

三、中俄法院信息化建设发展路径优化探析

（一）拓宽在线诉讼应用场域，持续完善在线诉讼规则

在推进在线诉讼的过程中，针对不熟悉计算机操作的弱势群体，中俄两国法院均加强了法律援助，以确保数字鸿沟不被扩大。同时，法院内部在审理案件时，避免信息技术形式主义的出现，不仅建设了系统，还推广了系统的实际应用。法官们通过在线方式行使法律释明权，引导当事人积极使用在线诉讼系统，以平衡当事人的当庭申辩和诉讼防御能力。在线诉讼规则的合法性基于与现行诉讼法规则的有效衔接，以适应信息时代的制度需求。首先，确认在线诉讼与实体诉讼具有同等法律效力的基础上，扩大在线诉讼的应用范围，并提升用户体验。通过加大宣传力度，提高公众对在线诉讼权威性和安全性的认可。其次，细化在线诉讼规则，研究制定专门适用于在线诉讼全过程的规则，如对直接言词原则、审判公正原则等进行扩大解释，推动简易程序和小额财产诉讼优先采用在线诉讼。

此外，根据不同案情和当事人需求，提供差异化的司法服务，满足多元化的诉讼

¹ 彭海青、庞华玲.刑事诉讼法[M].北京:法律出版社,2023:241.

需求。强化智能审判系统的安全管理，确保当事人身份信息的准确识别，让公众安心参与在线诉讼。最后，建立全国统一的争议解决网络平台，实现起诉、调解、和解、仲裁等功能的在线互联互通，高效整合网上调解、在线立案、司法确认、在线庭审等功能，实现对社会纠纷的多元化解。尽管中国最高人民法院已建立在线服务平台，但仍需解决部分法院使用各自平台导致的当事人困惑问题。

（二）保障数字审判安全可靠，谨防过度依赖数字技术

技术的本质并非完全中立，它包含了利他性、整合性、竞争性、可操作性等多种属性。在司法审判领域，中俄两国通过利用技术的利他性和整合性来加速司法过程，同时也必须警惕竞争性和可操作性可能引发的挑战。科技进步虽然改善了工作环境和生活质量，但也带来了如技术依赖、工业事故等潜在风险，成为现代社会风险的一个重要源头。因此，在推进法院信息化建设的同时，需要关注技术不确定性和法律界限的挑战，确保人工智能在司法审判中的合理、有序和适当介入。

首先，随着法院信息化建设向更高级阶段发展，应谨慎选择成熟的大数据和人工智能技术，避免为了追求创新而忽视社会风险。¹司法审判应理性地采用算法辅助判决结果预测和量刑辅助技术，确保技术成熟、算法合理，并且经过充分验证后，才可广泛应用于推广。不应仅作为表面尝试，以免浪费宝贵的技术资源。

其次，人工智能在司法领域的应用应维护司法权威，明确其辅助裁判的角色。技术应用不应逾越司法权的运行规律和本质属性，确保其始终服务于审判执行工作。例如，智能辅助系统可以简化司法资料搜索、类案检索，庭审语言识别系统可以减轻书记员的工作负担，而裁判文书的辅助生成和智能纠错功能则提高了文书撰写的效率和质量。

最后，必须充分尊重法官的主体地位。人工智能的广泛应用不应削弱法官的核心作用，它仅作为法官的辅助工具。²由于人工智能缺乏法律职业活动中的基本要素，如价值观念、道德感和情感，因此它无法取代法律专业。智能化办案辅助系统通过大数据分析为法官提供参考意见，而非替代法官的决策。人工智能在司法审判中的角色是辅助性的，它可以帮助法官克服个人认识的局限和主观随意性，但无法替代法官的直接经验、经验理性和对案件的客观评估。

（三）完善智能审判算法审查公开机制，克服黑箱困境

人工智能在司法判决中的作用定位是辅助性的，旨在通过人机协作增强法律判决的决策过程。算法并不是影响法官判决的唯一要素。随着人工智能在司法决策中的

¹ 王禄生.大数据与人工智能司法应用的话语冲突及其理论解读[J].法学论坛,2018,33(05):137-144.

² 朱奎彬,杨露,蒋罗林.大数据预测功能在“法院信息化建设”建设中的应用[J].四川警察学院学报,2018,30(02):113-120..

深度参与，计算偏差可能对裁决的公正性构成影响。这种偏差可能源于算法设计者的主观限制和外部客观因素，因此，有必要由法院的技术部门或第三方中立机构对司法人工智能算法进行审查。

与常规决策模式不同，人工智能算法采用深度学习的方法，不经过传统的数据输入、逻辑推理和检测流程，而是通过机器自我学习直接从基础信息中提炼知识。这一过程中存在一个“隐藏层”或“黑盒”，使得人们能够获得结果，却难以理解机器的内部计算逻辑。由于司法机关对这些核心技术的了解有限，无法有效监管信息技术企业和计算机工程师的工作，这为算法的不透明操作提供了空间。例如，算法可能会因设计者的非中立性而导致某些犯罪主体在犯罪预测和刑罚方面受到不公平对待。因此，建立一个公正的技术评估体系至关重要，以确保科技应用的公正性，并促进社会公正。这需要提高智能决策系统的透明度、可审查性和可解释性。司法人工智能企业应在适当时候公开其算法的源代码和相关资料，以便审查和验证。立法机构应限制算法设计，要求在算法因技术错误导致可疑结果时，程序员必须以自然语言解释算法的设计原则，并承担相应责任。这样的措施有助于确保人工智能在司法判决中的合理运用，保障算法的公平性和透明度。¹

结语

下一步，中国法院信息化建设将以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，贯彻新发展理念和构建新发展格局要求，围绕全面依法治国战略、创新驱动发展战略、网络强国战略，以全面推进审判体系和审判能力现代化为目标，坚持服务人民群众、服务审判执行、服务司法管理、服务廉洁司法，推进智能协同应用，拓展数据知识服务，构建一体云网设施，提升质效运维水平，夯实主动安全体系，加强科技创新引领，继续发展全方位智能化、全系统一体化、全业务协同化、全时空泛在化、全体系自主化的人民法院信息化 4.0 版，推动智慧法院支持多元解纷、诉讼服务、审判执行、司法管理和辅助决策能力水平实现新的跃升，构建中国特色、世界领先的互联网司法模式，创造更高水平的数字正义，为国家治理体系和治理能力现代化作出新的更大贡献。

¹ 刘雁鹏.智慧司法中的忧虑：想象、剖析与展望[J].理论与改革,2020,(03):168-181.

RECONCILING NATIONAL SECURITY REVIEW OVER CROSS-BORDER INVESTMENT BILATERALLY

Dr. WANG Yunpeng

Associate Professor, Henan University Law School

85 Minglun Street, Kaifeng, Henan Province, China, 475001

Email: yunpeng1983@126.com

Abstract: This article explores a feasible solution to mitigate the risk caused by unilateral measure to protect state essential interest it consider necessary, which is a noticeable investment policy trend with the United States and European Union adopted new rules against foreign direct investment (FDI) from 2018. The World Bank reported that global FDI shrank because investment protectionism under the name of security interests initiated by the traditional states vowing to the liberal order, such as the United States and European. Russia and China are strategic partners in curbing the United States' hegemony power and pivotal players in reshaping the international economic order. It is possible to push the international investment law towards a more transparent and predictable direction by upgrading their current 2006 Bilateral Investment Treaty. The critical step is writing into an essential exception clause suggested by the UNCTAD and making it clear in their respective domestic foreign investment law that the national security review is subject to the pre-establishment national treatment principle and the non-conforming measure in the ungraded the 2006 Treaty. The suggest is feasible because of the following reasons. First, though the member States, such as Russia and China, to a treaty with an essential security clause have obligations to exercise their right under exception rules in good faith, the WTO Panel report on *Russia-Measures Concerning Traffic* case in Transit indicated that balancing a national security interest and the state's obligation under international law is challenging. Second, both Russia and China have developed sophisticated policy design concerning the national security review, which provide a solid normative framework underpinning such bilaterally arrangement.

Key Words: Foreign Direct Investment, Bilateral Investment Treaty, National Security Review, Eurasian Economic Union, Belt and Road Initiative

1. INTRODUCTION

We are witnessing a noticeable transformation from deregulation to enhanced state surveillance over foreign investment. The principle of liberalization of capital movement has been challenged by strengthened review mechanisms against foreign direct investment

(FDI) in recent years, especially the National Security Review (NSR).¹ Many states have promulgated rules to regulate M&A deals concerning critical infrastructure, core technologies, the defense sector, sensitive business assets, or residential property. The United States revised its strict NSR by validating the *Foreign Investment Risk Review Modernization Act 2018* ("*FIRRM*").² European Union adopted a new regulation to establish a framework for screening inward FDI.³ The NSR is necessary to provide an institution to protect the State's essential security.

To ensure the flexibility of the international economic order ("IEO") and maintain a balance between State security and contracting parties' adherence to international law, GATT in 1947 provided an essential security exception clause followed by most of the global economic treaties,⁴ including those international investment agreements ("IIAs").⁵ A fundamental element of these clauses is that a State can adopt measures "it considers" necessary to protect its national security. However, unilaterally and arbitrarily applying this discretion provided by the self-judging security exception will undermine the IEO's multilateralism. E.g., the USTR's 232 investigations and its following tariffs. For international investments, the blocking effect is more pronounced. UNCTAD concluded that the amount of FDI blocked by those restrictions or regulations has accumulated to approximately \$153 billion in 2019.⁶

Proposals to re-balance capital liberalization and the regulating right for national security concerns had been initiated by some international organizations, however, with few outcomes. G20 agreed that national investment policies should establish open, non-discriminatory, transparent, and predictable investment conditions. It ensures that the host States should develop their regulating investment measures, such as NSR, transparently and embedded in an institutional framework based on the rule of law.⁷ UNCTAD proposed a reform package for IIA provisions, suggesting that the national security exception clause could improve its predictability and coherence by defining national security more

¹ UNCTAD. World Investment Report 2019. P. 83-86.

² United States Foreign Investment Risk Review Modernization Act 2018 (50 U.S.C. §1703).

³ Regulation of European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union (PE/72/2018/REV/1).

⁴ General Agreement on Tariffs and Trade (5 U.N.T.S. 194). Art. 21.

⁵ According to statistics by UNCTAD, 395 International Investment Agreements, including (IIAs) contain an "essential security exception" clause, 148 of which adopt "self-judging" terms such as "it considers" as in the GATT 21. Among those IIAs with no specific security exception clause, it is without a doubt that the member state can adopt restrictions measures towards FDI based on national security. *UNCTAD International Investment Agreements Navigator*. at <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping>, last visit on May 18th, 2023. And in fact, these IIAs without security exception clauses are mostly out of date, as UNCTAD indicated. The security exception clause with a self-judging feature and without well-defined exceptional circumstances is undermining the transparency and predictability of the international investment regime. That is why UNCTAD present its reform advice on security exception. *UNCTAD, UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (New York and Geneva: United Nations 2017). P. 36-37.

⁶ UNCTAD/WIR/2019. P. 84.

⁷ G20 Guiding Principles for Global Investment Policy-Making (adopted in G20 Hangzhou Summit 2016).

specifically or referring to the UN charter.¹ However, in practice, states still hold that national security is a self-judging issue, and the international tribunals, e.g., the Dispute Settlement Body (DSB) of WTO, lack jurisdiction to adjudicate its application.² Self-judging security exception clauses could be found easily in recently formulated IIAs, such as China-Colombia BIT (2008),³ Argentina-Qatar BIT,⁴ ASEAN-India Investment Agreement (2014),⁵ Australia-China FTA (2015),⁶ China - Korea, Republic of FTA (2015),⁷ Eurasian Economic Union - Viet Nam FTA (2015),⁸ Canada -EU CETA (2016)⁹, ASEAN-Hong Kong, China SAR Investment Agreement (2017)¹⁰ and RCEP (2020)¹¹.

To the measures taken under this clause, states tend to exclude the application of any balance-checking institution provided by national law, such as the judicial review.¹² This will induce states to apply NSR arbitrarily and biased. There have been rising concerns and application of NSR discrimination against China's outbound FDI across the Western countries, e.g., the United States, European Union, Canada, and Australia. Geopolitics and ideological confrontation precede business judgment considerations. The IEL makers, who insisted that states shall follow the principle of Washington Consensus in regulating international trade and investment, are trying to block the level playing field they created by treating the emerging markets with double and discriminate standards when these competitors wined a relatively advantageous position over them by following the rules they made. The broad national security concept and final award not subject to judicial review make the NSR a freeway that allows these states to treat FDIs unfairly in contradiction with the most-favored treatment and national treatment principles required by the IIAs.

Developing a balanced and inclusive investment regime is necessary to ensure the host state's right to regulate, and the investor's legally expected interests are protected subject to fair and predictable conditions. As UNCTAD indicated, there needs to be more certainty in developing international policy frameworks for trade and investment to support investor

¹ UNCTAD. UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime. P. 25.

² WTO. Panel Report on *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit* (WT/DS512). Para 7.102-7.104.

³ China - Colombia BIT (2008). Art 12.

⁴ Argentina - Qatar BIT (2016). Art 13.

⁵ Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India. Art.22.

⁶ Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China. Art. 16.3.

⁷ Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea. Art. 12.14.

⁸ Free Trade Agreement between the Eurasian Economic Union and its Member States of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam of the Other Part ("Eurasia-Vietnam 2015-FTA"). Art.1.9. It provide that Article XXI of GATT 1994 and Article XIV bis of GATS are incorporated into and form part of this Agreement, *mutatis mutandis*.

⁹ Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union. Art. 29.6.

¹⁰ Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations. Art. 8.

¹¹ Regional Comprehensive Economic Partnership (2020). Art.10.15.

¹² It generally provides that the decision made by the president suspend or prohibit any covered transaction is not subject to judicial review. See e.g., United States Foreign Investment and National Security Act of 2007 ("FISIA"). Sec.6(e).

confidence.¹ The case adjudicated by DSB involving Russia and Ukraine allows the international community to reconsider the national security issue in reshaping a new open and inclusive IEO. China and Russia, as emerging market economies, could make contributions to clarify the uncertainties over the changing international policy frameworks concerning NSR after WTO historically exerted jurisdiction over essential security exception issues and adjudicated whether the State applies the clause in good faith.²

This article initiates a bilateral regime proposal to improve existing NSR based on Sino-Russia's economic relationships around the FDIs. It could provide a new perspective to reconstruct the balance between state interests and multilateralism in the global governance of FDIs, with a special meaning for China and Russia as the emerging markets to make justified and reasonable reforms to the existing IIO manipulated by the developed states. To explore the normative ground of such a proposal, Part II explains the national security exception clause in the investment regimes between China and Russia established by bilateral investment treaty ("BITs") based on the treaty interpretation and case review, and Part III explores the NSR system established by national investment law and the necessity to regulate the NSR internationally. Part IV, as the conclusion, discuss briefly the strategic trust between China and Russia, which underlies the feasibility of the initiative reconciling the NSR or security law bilaterally and the two alternative pathways to formulating such a regime through a modernizing Sino-Russia BIT or a newly entered free trade agreement (FTA).

2. NATIONAL SECURITY EXCEPTION IN SINO-RUSSIA BIT

FDIs across the Sino-Russia boundary were relatively small compared to the expanding trade. According to Static in 2018, concluded by the National Bureau of Statistics of China, China was the top 1 in Russia's exporting and importing countries. Goods exporting to China amounted to \$56 billion, and importing data was \$52.2 billion. However, FDI in China from Russia amounted to only \$23.8 million in 2017 and \$56.7 million in 2018. ODI from China to Russia, up to \$1548.4 million in 2017, still needed to match the transnational trade scale and the current strategic cooperation relationship after establishing the Shanghai Cooperation Organization (SCO).³ This situation indicates that there is an excellent opportunity for investors. However, more than the outdated BIT and strengthened NSRs are needed to provide an open and predictable investment regime to protect the expectation of the investors. New investment restrictions for foreign investors were mainly

¹ UNCTAD/WIR/2019. P. 14.

² WT/DS512. Para 7.148.

³ *Blakkisrud, Helge, and Elana Wilson Rowe*. "Gateway or Garrison? Border Regions in Times of Geopolitical Crisis." In *Russia's Turn to the East: Domestic Policymaking and Regional Cooperation* (edited by *Helge Blakkisrud and Elana Wilson Rowe*) Cham: Springer International Publishing, 2018. P. 1-9. *Li, Mingjiang, and Angela Poh*. "The Indispensable Partner: Russia in China's Grand Strategy." In *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. edited by *Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo*. Cham: Springer International Publishing, 2019. P 21-39.

based on national security concerns; the discussion below will focus on the national security issue to illustrate that an inclusive and balanced investment regime shall be initiated if deepen economic cooperation is still needed for both states, whether grounded on China's Belt and Road Initiative ("BRI") or Russia dominated Eurasian Economic Union ("EAEU").

2.1 Security Exception in Sino-Russia BIT

The Sino-Russia BIT, signed in 2006, was drafted with no independent security exception clause. The main articles include clauses of definitions, the objective of promotion and protection of investment, treatment of investment, expropriation, compensation for losses, transfer of payments, subrogation, settlement of disputes, application, duration, and termination. This does not mean that China or Russia lacked the authority to enact restrictions against FDIs from the opposite party based on national security concerns. Treaty interpretation and customary law on the security issue certainly, provide legitimate ways to allow contracting parties to regulate FDI on the ground of protecting national security.

Article 3.5 of the Sino-Russia BIT provides that,

"without prejudice to the provision of the articles 4, 5, and 9 of this Agreement, the Contracting Parties may accord the treatment no more favorable than the treatment granted by the Contracting Parties following the multilateral arrangements concerning the treatment of investments in which both Contracting Parties participate."

Following this article, both parties agreed on a protocol for this agreement:

With a reference to Paragraph 5 in Article 3 of the Agreement, the Russian Federation considers the WTO General Agreement on Trade in Services (GATS) falling within the scope of multilateral arrangements concerning the treatment of investments."

With the general interpretation rule expressed by the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT), the terms of a treaty shall be interpreted in good faith by the ordinary meaning.¹ The parties express clearly that the protocol aforesaid is an integral part of the agreement. Thus, the quoted text indicates that those multilateral arrangements, such as GATS, could be considered formal legal sources in deciding what kind of treatment should be granted to FDIs governed by the Sino-Russia BIT. The phrase "falling within" implies that GATS is not the only one with this validity. Those multilateral arrangements shall, at least, include the Agreement on Trade-Related Investment Measures ("TRIMs"), the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency ("MIGA Convention"), and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), provided both the states were contracting parties to them. Therefore, the security exception incorporated in GATS and

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). Art. 39.

TRIMs could apply to the covered investment or investors under Sino-Russia BIT.

The text of security exception in TRIMs and GATS mirrors Article XXI of GATT 1947. Applying Article XXI of GATT 1947 could be an essential reference for TRIMs and GATS's counterparts. It provides that:

Nothing in this Agreement shall be construed

(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests

(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

However, ambiguities and uncertainty are inherent in this security exception provision. The GATT did not define further those critical terms, such as "consider necessary," "essential security interests," "time of war," and "emergency in international relations."¹ So does the GATS. Unlike those similar terms in GATT Article XX, e.g., "necessary," "relating to," or "exhaustible natural resources" that had been interpreted in some famous cases,² those terms in the security exception clause had no opportunity to be adjudicated before a Panel or the Appellate Body to make a constructive explanation. The usage of "it considers" in Article XXI (b) provoked debate among parties on whether the measures taken under security exception could be subject to review by a WTO panel or any other international tribunal established.³ States have tended to refrain from invoking this article to submit the dispute to the DSB. E.g., after the US adopted 232 investigations grounded on national security to levy tariffs against steel and aluminum products imported, the EU chose to complain that the measures taken by the US were in contradiction with the safeguard measures, ignoring to refer Article XXI, even though the US claimed in its communication that his measure was taken under the justification provided by the national security

¹ Peter Lindsay. *the Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure* // Duke Law Journal. 2003. Vol 52. P. 1277.

² WTO. Appellate Body Reports on China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum ("WT/DS394/AB/R"). WTO. Appellate Body Report on United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products ("WT/DS58/AB/R").

³ Roger P. Alford. *The Self-Judging WTO Security Exception* //Utah Law Review 2011. Vol.3. P. 697.

exception.¹

Avoiding a third-party adjudicator gives States appropriate flexibility to deal with sensitive national security issues. Maintaining this flexibility helps explain why the GATT drafters intentionally left the security exception clause as an ambiguous instrument. Lindsay claimed this intentionally constructive ambiguity might lead to a workable balance between national sovereignty and multilateral commitment.²

2.2 Application of the Essential Security Exception in DS 512

This constructive ambiguity became an issue in DS-512, in which the Panel historically established jurisdiction over a dispute involving the application of GATT Article XXI.³ Ukraine filed this dispute, complaining that Russia's restriction and bans on the transit of goods were inconsistent with Russia's obligation under Article V of the GATT 1994 and related commitments in Russia's Accession Protocol.⁴ In response, Russia principally grounded its arguments on Article XXI (b)(iii) to assert that the Panel lacks jurisdiction because these measures were necessary, it considers, to protect its essential security interests.⁵ Russia argued that the explicit wording of Article XXI conferred sole discretion on a Member State invoking article to determine what constituted his essential security interests and whether any action was necessary for protecting these interests,⁶ and a Member State-owned absolute right to make decisions on necessity, design, form and structure of the measure taken under Article XXI.⁷ In Russia's view, WTO, as an international economic organization to enhance trade-related cooperation among states, "is not in a position to" determine those related issues of this self-judging provision.⁸ In a word, the right to interpret Article XXI is withheld by these sovereign Member States.⁹

To the opinion expressed by Russia that the Panel lacks jurisdiction to evaluate measures taken under Article XXI,¹⁰ Ukraine argued that Article XXI was an affirmative defense subject to review by a panel to determine whether the invoking State applied it in good faith following customary rules of interpretation of public international law.¹¹ In Ukraine's view, the Panel shall adopt a two-step review to assess objectively: (i) whether the interests relating to the measure at issue can be considered as "its essential security

¹ *European Union*. Request For Consultations by The European Union (WT/DS548/1). *European Union*. Request For The Establishment Of A Panel By The European Union (WT/DS548/14). *United States*. Communication From The United States (WT/DS548/13).

² *Peter Lindsay*. the Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure // *Duke Law Journal*. 2003. Vol 52. P. 1300.

³ WT/DS512. Para 7.20.

⁴ WT/DS512. Para 7.1

⁵ WT/DS512. Para 7.2

⁶ WT/DS512. Para 7.27

⁷ WT/DS512. Para 7.28

⁸ WT/DS512. Para 7.28.

⁹ WT/DS512. Para 7.29.

¹⁰ WT/DS512. Para 7.30.

¹¹ WT/DS512. Para. 7.31, 7.33, 7.34.

interests" and (ii) whether there is a rational connection between the action taken and the protection of the essential security interests at issue.¹ Ukraine's view is an echo of the long existed concerns over the abuse of Article XXI.

However, most of the third parties in the case expressed limited support for Ukraine's position. Only Brazil used the term "affirmative defense" to define Article XXI.² Other parties, including Australia, Canada, China, the European Union, Japan, Moldova, Singapore, and Turkey, gave the same arguments that a Member State preserves, at least, a comprehensive discretion to regard his security interest and to decide subjectively the necessity of taking actions to protect it, as they, compromisingly, admitted that the Panel had jurisdiction to review Russia's invocation of Article XXI.³ The review shall objectively assess whether the invoking State was in good faith when he took the necessary measures to protect the security interests.⁴ The United States, usually opposite Russia in international affairs, surprisingly but understandably, argued in supporting Russia's view that the essential security interests at issue are "non-justiciable" because of its "self-judging" nature. However, the Panel could have jurisdiction over the dispute hereof.⁵

The Panel, defining those contentious claims as interpretive issues, insists it has the authority to review Russia's measure. At the same time, Article XXI was invoked by applying the customary rules of interpretation of public international law, specifically, those stipulated in VCLT Article 31(1). The Panel's reasoning developed into three steps.

Firstly, the Panel concluded that it could exert jurisdiction over Russia's invocation of security exception under WTO by the application of provisions of concerned provisions in DSU or customary rules concerning the international tribunal's jurisdiction if only Article XXI is not self-judging or no-justifiable to vest the invoking Member an exclusive power to decide the requirements for the application of this provision at issue.⁶

Secondly, the Panel found that invocation of Article XXI (b) must fall within the "objective" fact in its three sub-paragraphs, which mandates a non-subjective review. After giving three alternative interpretations about the text of the chapeau of Article XXI (b),⁷ the Panel rejected the maximal one by exploiting the ordinary meaning to be given to the term in light of the object and purpose of the GATT 1994 and the Marrakesh Agreement of Establishing the World Trade Organization ("WTO Agreement"), with the complementary material provided in negotiating history of Article XXI.⁸ The logical structure of the

¹ WT/DS512. Para. 7.34.

² WT/DS512. Para. 7.37.

³ WT/DS512. Para. 7.35-7.36., 7.39-7.50.

⁴ WT/DS512. Para. 7.41 and 7.43.

⁵ WT/DS512. Para. 7.51..

⁶ WT/DS512. Para 7.58.

⁷ WT/DS512. Para 7.63.

⁸ VCLT. Art. 32

provision resulted in an interpretation that the circumstances in subparagraphs (i) to (iii) are restrictive qualifying clauses, stated the Panel.¹ The subject matters therein, i.e., the "fissionable materials," "traffic in arm," or "war or other emergency in an international relationship," stipulate an alternative requiring condition that the invoking Member shall satisfy to take actions in contradiction with the obligations subject to WTO rules.² The phrase "taken in time of" in sub-paragraph (iii) severs the same function as the term "relating to" in its counterparts, denoting a "close and genuine relationship of ends and means"³ subject to objective assessment. The Panel explained, word by word,⁴ that the existence of "war" or "other emergency in an international relationship" was an objective state of objective affairs, which could not be altered by subjective "it considers." These objective factual requirements were drafted to ensure the multilateral trade's security and predictability, the WTO law's objective and purpose, allowing for only departures from obligations in "legitimate" specific circumstances.⁵ Negotiating history implied that one crucial consideration to draft such an essential security exception clause with those qualifying objective requirements, with dominating legislators were delegations from the United States, was to limit the application of this exception to real security interests, not a disguised restriction on international trade with a hidden commercial purpose.⁶

After denying the theory of "self-judging," thirdly, the Panel proceeded to discuss to what extent the invoking State could exert its discretion under security concerns⁷ after admitting that the action taken by Russia at issue was a measure "taken in time of war or other emergencies in international relations."⁸ The question to be answered was whether the conditions of the chapeau of the article at issue were satisfied. The chapeau's wording allows interpretations of whether the invoking State could subjectively decide, respectively, the existence of essential security interests or the necessity to adopt measures to protect such interests. The Panel, by defining the security interests as "interests relating to the quintessential functions of the state to protect its territory and its population from external threats and to maintain the law and public order internally,"⁹ concluded that Article XXI leaves the member states a right to define "what it considers to be its essential security interests" in particular situations. ¹⁰However, the Member states must apply this discretion in good faith, a general principle of law underpinning every treaty, including WTO

¹ WT/DS512. Para 7.65-7.66.

² WT/DS512. Para. 7.68.

³ WT/DS58/AB/R. Para 136. WT/DS394/AB/R. Para.5.90.

⁴ WT/DS512. Para 7.70-7.77

⁵ WT/DS512. Para 7.78-7.8.

⁶ WT/DS512. Para 7.83-7.100.

⁷ WT/DS512. Para 7.127-7.147.

⁸ WT/DS512. Para 7.111-7.125.

⁹ WT/DS512. Para 7.130.

¹⁰ WT/DS512. Para 7.131.

Agreements. ¹Accordingly, the Panel could review to decide whether the measure at issue meets a minimum requirement of plausibility concerning the essential security interest articulated by the invoking State. However, the Member can decide the "necessity" of the measures taken to protect the interests during the war or other emergencies of international relations. That is, whether the measures were too remote from the objective fact in XXI (b).

In words, the Panel adopted a two-step analysis to maintain the workable balance allowed by the constructive ambiguity of the security exception clause in GATT and GATS. This reasoning pattern used to be followed by panels and the Appellate Body in some cases involving the application of a general exception clause. The inherent logic is that the Member state could deviate from the obligations except the requirements provided in the sub-paragraphs and the chapeau are satisfied. The Panel in DS-512 tried to limit the abuse of security exceptions by an objective review to decide whether the subject matters in the sub-paragraphs (i) to (iii) were met. If the answer is not negative, the requirements in the chapeau are to be considered. The admittance of the Member States' autonomous right to decide there is essential security interest and the necessity to take unilateral actions, which comes from the term "*it considers*," does not mean that the Panel had no conditional right to review their subjective decision-making power. The Panel sought the general principle of good faith to find its legitimate basis to exert a minimum limitation to the extent allowed by the plausible connection between the essential security interests and the claimed *necessary* measures at issue taken by invoking Member. The flexibility of the good faith principle confers the Panel with a *perfect* institutional harbor to mitigate the constructive ambiguity inherent in the security exception provisions.

This indicated that the Panel in this historical case was rather conservative in negating thoroughly the self-judging theory raised by Russia and the United States. However, it was an intentional "two steps forward and one step back" to accept that the Member states still withhold discretion to decide the security interests and the necessity to adopt unilateral measures. The Panel, by doing so, was to claim its jurisdictional right to decide whether the situation at issue constituted a preliminary factual condition to apply the security exception and, then, to decide if the measures taken by the invoking Member met the minimum standard of proximity between the measures and the protected interests. The boundary of the power to unilaterally adopt measures was defined by an objective review grounded on universally accepted public law beyond the WTO law system and a quasi-subjective review based on the principle of good faith implied by the objective and purpose of WTO law.

Though the panel's decision has no precedent effect, the interpretation made by the Panel in DS-512 sheds some light on applying the security exception clause in IEL. On the

¹ WT/DS512. Para 7.132-7.133

one hand, it restates that the State, in principle, has a "self-judging" right to decide what constitutes security interests for him and take necessary measures. This, under Kelsen's monistic view over international law and national law,¹ grants the state a solid legitimate basis to enact national law like NSR to regulate FDIs in conformity with its obligations under treaties and customary international law. On the other hand, the interpretation makes it clear that the security exception is justifiable, which indicates that the concerns over abuse of this exception may be handled through a multilateral international tribunal, technically, the most cumbersome way of coordinating state members' standpoints internationally. So does a bilateral or regional arrangement.

The justifiable space that is permissible by the principle of good faith and the objective requirements stipulated in the security clause, e.g., sub-paragraph (iii) of GATT XXI (b), is a negotiable room allowing states to attain a balance between free movement of capital and regulating the right of those states, and more generally, free trade and national security² or multilateralism and sovereignty³. This negotiable room is subject to the NSR in State's foreign investment law, which is generally formulated with constructive ambiguity like a "self-judging" security exception clause in IIAs.

3. NSR IN NATIONAL INVESTMENT LAW

China and Russia both have NSR systems to make preliminary approval for foreign investors' M&As of enterprises of strategic importance based on security concerns.

3.1 NSR in China's Foreign Investment Law

The NSR was first introduced in China by the Anti-trust law in 2007 in response to concerns over increasing FDI's acquisitions in China, such as Carlyle's bidding for Xuzhou Construction Machinery Group Co. in 2006.⁴ To be specific, the Ministry of Commerce (MOC) and General Office of the State Council of the People's Republic of China, respectively, promulgated an implementation document in 2009⁵ and 2011, the latter of which mandated National Development and Reform Commission (NDRC) and MOC to

¹ *Hans Kelsen*. General Theory of Law and State. Transaction Publisher, 2006. P. 363-364.

² *Roger P. Alford*. The Self-Judging WTO Security Exception //Utah Law Review 2011. Vol.3. P 702.

³ *Wesley A. Cann*. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism. Yale Journal of International Law 2001. Vol 26. P 413.

⁴ The Anti-monopoly Law of the People's Republic of China. Art. 31. It stipulates that, where a foreign investor participates in the concentration of business operators by merging or acquiring a domestic enterprise or by any other means and the national security is involved, besides the examination on the concentration of business operators according to this Law, the examination on the national security shall also be conducted according to the relevant provisions of the State.

⁵ *China Minister of Commerce*. The Rules on Merger and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors (in Chinese :关于外国投资者并购境内企业的规定). Art. 12. It grants Minister of Commerce broad right to review merges or acquisitions by FDI if it may have the influence on the state economic security, e.g., to stop the deal or transfer corresponding stock ownership, assets or take other effective measures to eliminate the influence.

be responsible for the operation of the NSR against covered transactions.¹ Then, the MOC issued an implementation provision to specify the procedures of how to apply for an NSR.² Besides, the State Council issued a special regulation for NSR in Pilot Free Trade Zones, which enriched the practice of NSR concerning the covered transaction and factors to be considered in deciding whether national security interests were involved.³ During the modification process of China's Foreign Investment Law motivated by the Pilot Free Trade Zone strategy, a draft containing detailed provisions on NSR was initiated by MOC, which was made public for comments in 2015.⁴ The adopted Foreign Investment Law of the People's Republic of China (CFIL) abandons most of those provisions; however, it formally stipulates an article⁵ to establish the NSR. Together with the definition and provisions concerning national security in China's National Security Law (CNSL) enacted in 2015,⁶ the NSR provision in CFIL and those related normative documents aforementioned had established relatively well-developed rules to regulate inward FDI based on national security interests that China "considers." Generally, China's NSR shares two key characteristics with its counterparts in the United States. One is a broad definition of national security ensuring flexible discretion; the other is the final decision not subject to judicial review.

3.1.1 Broad-Defined National Security

A flexible discretion exerted by the responsible authority in NDR's operation is granted by the broadly defined national security in related laws and regulations. The NSR provision in CFIL does not provide a definition clause to clarify what constitutes a security interest concern to initiate the review. Those related provisions in CNSL serve as the guiding principle. And the specific guiding directives are provided by those listed circumstances defining the scope and content of the NSR review in regulations promulgated by MOC and the General Office of State Council.

CNSL, following the trend of New National Security in international relations,⁷

¹ *General Office of China State Council*. The Establishment of the Security Review System for Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors (in Chinese: 国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知, "2011 NSRS Notice").

² *China Minister of Commerce*. The Provisions on the Implementation of the Security Review System for Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors (in Chinese: 商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定), issued on August 25, 2011.

³ *China Minister of Commerce*. The Measures for the Pilot Program of National Security Review of Foreign Investment in Pilot Free Trade Zones (in Chinese: 自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法, "2015 NSRS Notice"), issued on April 8, 2015.

⁴ The Draft of Foreign Investment Law. Art. 48-74. A Chinese version could still be found at MOC's website: <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>.

⁵ Foreign Investment Law of the People's Republic of China. Art. 35. It provides simply that the state establishes a foreign investment security review system to conduct a security review of foreign investment that impacts or may impact the national security.

⁶ National Security Law of the People's Republic of China ("CNSL").

⁷ *Congyan Cai*. Enforcing a New National Security China's National Security Law and International Law. *Journal of East Asia and International Law* 2017. Vol.10. P. 67-70.

defines national security broadly. It states that,

*"National security" means a status in which the regime, sovereignty, unity, territorial integrity, welfare of the people, sustainable economic and social development, and other significant interests of the State are relatively not faced with any danger and not threatened internally or externally and the capability to maintain a sustained security status.*¹

The following articles set the fundamental principle for all security work in China. It is read as "Overall National Security View" [in Chinese: 总体安全观].² This principle interprets national security as an integrated part of people's security, political security, economic security, military, cultural, and social security. Subject to this principle, the authority has to consider factors beyond economic influences in reviewing a transaction initiated by a foreign investor. What may constitute concerns that could block FDI is hard to predict since the national security in CNSL is dynamic and continually evolving to cover more fields, such as global pandemics, natural disasters, energy security, cyber security, and even the people's way of life, inequality, and poverty. Comparing with the traditional national security concept focusing mainly on the military and defense field, this broadly defined national security significantly reduces legal certainty and predictability.³

To make the rules of NSR more instructional, State tends to issue directive clauses to define the scope and content of the review by listing industries and factors they consider to be related to national security interests.⁴ In the *Notice of the General Office of the State Council on the Establishment of the Security Review System for Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors* ("2011 NSRS Notice"), the scope covers those mergers and acquisition (M&A), by FDI aiming to acquire actual controlling power, of military industrial enterprises and supportive military-industrial enterprises, enterprises surrounding major and sensitive military facilities, and other entities relating to the national defense security, enterprises relating to critical agricultural products, essential energies and resources, important infrastructural facilities, critical transportation services, key technologies, manufacturing of significant equipment, etc.⁵ The M&A includes any forms of purchasing equity or assets of those enterprises aforementioned by an existing foreign company or a newly established foreign-funded company in China. It would amount to actual control if the M&A makes the foreign investors hold more than 50% of the shares, or the foreign investors could exert a material impact on the decision-making in those

¹ CNSL. Art. 2.

² CNSL. Art. 3.

³ *Congyan Cai*. Enforcing a New national Security China's National Security Law and International Law. *Journal of East Asia and International Law* 2017. Vol.10. P. 65.

⁴ 50 U. S. C. APP 2170(f). Australia Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 56-60. Australia Foreign Acquisitions and Takeovers Legislation Amendment Act 2015. Section 56-60.

⁵ 2011 NSRS Notice. Art. 1.

enterprises' general assembly of shareholders or the board of directors. However, the shares held less than 50%. And the notice also stipulates a catch-all clause applying to any other circumstance which leads to the transfer of the actual controlling power of a domestic enterprise on business decisions, financial affairs, personnel, and technologies to a foreign investor to avoid losing control by contractual arrangements other than share or assets purchasing.

This broad scope was further broadened by another notice issued by the General Office of the State Council (GOSC) in 2015. The 2015 NSRS Notice enlarged the application of NSR to any form of foreign investments, not limited to M&As, in most of the same industries and fields.¹ Accordingly, even Greenfield investments, e.g., new projects or the formation of enterprises by foreign investors in Pilot Free Trade Zones (FTZs), may have to apply for an NSR if they fall within the scope. As to the content of NSR, the 2015 NSRS Notice incorporates most of the same considerations, such as those influences brought by FDIs, on national defense security, the stable operation of the national economy, the order of basic social life, national cultural security and public morality, national cyber security and the capacity of research and development of key technologies involving national security. This notice enhanced the authority's review power by introducing two new factors. One was cyber security; the other was cultural security and public morality.

The enhancement of the review scope and content of NSR in FTZs aims to mitigate the negative influence brought by the more unrestricted investment regime adopted in FTZs, especially the fundamental institutional change of the market accession system involving FDI, which was caused by pilot policies to suspend the three law on foreign investment effective in that time,² and to adopt the pre-establishment national treatment plus negative list approach.³ These decisions made by the Standing Committee of the National People's Congress and the State Council put the approval system on the regulation and management of the FDIs to end, providing them with the right of free accession and establishment within those areas not stipulated in the Negative List issued and revised periodically by the State Council.⁴ This regime in FTZ has been seen as a symbol of China's new open economy system. However, under the Overall National Security View aforesaid, the government has to ensure a balance between de-regulating rules and enhancing national security concerns

¹ 2015 NSRS Notice. Art. 1. Note that only adding a new field relating to national security, the important information technology products and services.

² *China Standing Committee of the National People's Congress*. Authorizing the State Council to Temporarily Adjust the Relevant Administrative Approval Items Prescribed in Laws in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone (in Chinese: 全国人大常委会关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定).

³ *General Office of the China State Council*. The Special Management Measures (Negative List) for Foreign Investment Access in Pilot Free Trade Zones (in Chinese: 国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)的通知, "2015 NSRS Notice on Negative List").

⁴ In practice, the Negative List issued by the State Council shall be read with another document promulgated by MOC, the Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries (In Chinese: 外商投资产业指导目录).

over FDI. The broadened scope and content of the NSR in FTZ are intentionally designed to reconstruct the balance.

This development has increased the NSR's uncertainties after the enactment of CFIL. After its taking into effect, the foreign investment regime outside of FTZs became technically identical with those laws and regulations explicitly promulgated for these zones. The CFIL had absorbed institutional experiences applied in FTZs, e.g., pre-establishment national treatment plus negative list approach. It is still being determined whether the specially designed NAR in FTZ will be applied universally beyond special pilot zones. The regulation to implement CFIL provides any further rules about the NSR.¹

Presumed that, albeit less likely, a regulation concerning NSR in the future maintains the framework of the *2011 NSRS Notice* to limit the NSR to those M&As, the predictability still needs to be more vital for the following reasons. Firstly, the scope of the review is not limited to those industries listed. These listed industries are directive, without binding effect, to restrict the authority not to review the M&As beyond them. The Negative List could not apply as a preemptive condition to determine whether the investors need to apply for or have the authority to initiate a review even if the transaction falls outside the provisions therein. An M&A fall in the catalog encouraging foreign investment may still be required to apply for an NSR. The measures stipulated in Negative List and NSR are exceptions to the national treatment granted to international investors according to IIAs and CFIL.² However, we need help finding a provision on dealing with the co-relation between them. It may be indicated from the 2015 NSRS Negative List Notice that they are parallel systems to be applied independently for different objectives.³

Secondly, the content of the review is not limited to those factors listed. As the notion of national security evolves, the factors to be considered as related to security will be enlarged. Compared with the circumstances listed in GATT XXI (b), the review contents of national security in municipal law has been enlarged from considerations concerning military and defense or measures taken during the war and other emergencies to a more flexible range covering securities of political regime, people, military and defense, economic, financial, energy, economic, grain safety, significant technologies, and projects, cyber and cultural.⁴ This new concept of national security, referred to as the overall national security view in CNSL, is a driving force to bring more factors into review content of the

¹ Regulations for the Implementation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China (in Chinese: 中华人民共和国外商投资法实施条例). Art 40.

² CFIL. Art 4.

³ 2015 NSRS Notice on Negative List. Art 3. It provides that the special management measures related to national security, public order, public culture, financial prudence, government procurement and subsidies, special formalities and taxation that are not set out in the Negative List in Pilot Free Trade Zones shall be governed by the provisions in force.

⁴ CNSL. Art. 3, 15-34.

responsible authority. The changing status and evolving international relations will undoubtedly change a state's perception of security and bring new considerations into NSR. E.g., in China, the 2015 NSRS notice, in response to the increasing security concerns over the internet and ideology, unsurprisingly enlarges the content of security to cyber security and cultural security.

Continued evolving and enlarging scope and content of security puts NSR at risk of being abused. The authority could utilize it in a political way rather than in a legal manner.¹ *Videlicet*, the vague scope and content of the national security is convenient to be used as a disguised restriction on those everyday transactions, not on a business judgment or market decision, but for some political reasons, e.g., geopolitics or undue discrimination against foreign investor from revisionist State defined according to the theory of realism. They were taking China National Offshore Oil Corp.(CNOOC) 's failed bid of \$18.5 billion to Unocal as an example. This bid was a good deal for Unocal. CNOOC withdrew this transaction after the House of Representatives adopted a resolution claiming that American national security would be threatened.² CNOOC was not alone in that transaction abandoned for discriminated application NSR against Chinese investors.³

3.1.2 The Final Decision Subject Not to Review

Furthermore, this tendency to abuse NSR is strengthened by the decision's finality, not subject to any reconsideration procedure or judicial review. The authority responsible for deciding after an NSR is mostly the highest administrative organ in a state. In the United States, the president makes finding according to the advice given by CFIUS and takes any actions to suspend or prohibit any covered transaction that the president believes *might* threatens to impair national security. And any action the president takes based on his subjective judgment shall not be subject to judicial review.⁴ Regarding United States' FINSA, the 2011 NSRS Notice established a similar review mechanism operated by a joint ministerial meeting comprised of heads of ministers. The MOC will notify the finding of this joint meeting in writing. In this document, the finality of this decision needs to be clarified. According to the procedure, only those covered M&As may affect national security need to be particular reviewed by the joint meeting, and the joint meeting may adopt a decision to suspend or prohibit if they can reach a basic consensus or may be determined

¹ *Congyan Cai*. Enforcing a New national Security China's National Security Law and International Law. *Journal of East Asia and International Law* 2017. Vol.10. P. 72-73.

² United States Congree. H.Res. 344 (June 29, 2005). This document expresses the sense of the House of Representatives that a Chinese state-owned energy company exercising control of critical United States energy infrastructure and energy production capacity could take action that would threaten to impair the national security of the United States.

³ According to the annual report made by CFIUS, during 2015-2017, the covered transactions from China amounted to 143, account for more than 25%. See *CFIUS*. Annual Report To Congress (Report Period: CY 2016 and CY 2017).

⁴ US Foreign Investment and National Security Act of 2007 ("*FINSA*"). Sec. 6.

by the State Council if there is any major dissent.

As to the findings made by the joint meeting, related laws leave a window to apply for administrative reconsideration and administrative proceeding remedies for the covered investors. But, in practice, they never have an opportunity to enforce this right because there is no case concerning suspending or prohibiting decisions based only on national security concerns according to the information disclosed by the MOC.

An administrative reconsideration procedure could not review the decisions made by the State Council, for the State Council is the highest authority to make the final findings for this reconsideration review according to the Administrative Reconsideration Law.¹ However, it needs to clarify whether an administrative suit could review the finding, for there is no specific provision in the current Administrative Procedure Law. Article 12 of this Law enlists four matters where the court withholds no jurisdiction to review, including (1) acts made in national defenses and foreign affairs, (2) regulation and decisions with general binding force, (3) decisions of an administrative organ for its personnel, and, (4) specific administrative acts that shall, as provided for by law, be finally decided by an administrative organ.² The decision made after NSR is beyond the scope of acts concerning national defense, for the national security interests considered are not limited to the military and defense factors as mentioned before. Also, the decision cannot be regarded as matters related to foreign affairs, for this term mainly refers to matters arising from relationships between public affairs among states. The transnational M&As could amount to foreign affairs only if the home state exercise the subrogation right for the benefit of the failed foreign investors based on an existing investment guarantee arrangement or the customary right of diplomatic protection.³ Thus, the most permissible way is to apply the matter (4) to find legality for its decisions' finality. Interestingly, there is no particular provision in CNSL and Cybersecurity Law of the People's Republic of China. CFIL settled this dilemma. It provides that a decision legally made upon a security review shall be final.⁴ Therefore, any result finding, whether made by a joint meeting or by the State Council, is legally final, subject not to any further review under China's legal system.

¹ Administrative Reconsideration Law of the People's Republic of China (in Chinese: 中华人民共和国行政复议法). Art. 14.

² Administrative Procedure Law of The People's Republic of China. Art 12.

³ *James Crawford*. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th Edition. Oxford University Press, 2019. P. 611-612. As James Crawford indicated, the diplomatic protection for aliens, especially the investors, were a usually practice from middle age. But exercise of this right became restricted after World War 2. After the concepts of economic independence and political and economic principles favoring nationalization in the period 1945-1980, exhaust any remedies available in the local courts was required. And, The ILC's Articles on Diplomatic Protection reaffirm that the customary rule of exhaustion of local remedies 'as a prerequisite for the exercise of diplomatic protection'. It is more difficult where the alien is harmed by acts or omissions which are on their face a normal exercise of the competence of organs of the host state.

⁴ CFIL. Art 35.

3.1.3 Where the Uncertainty and Unpredictability Arising

In brief, China has established a well-developed NSR system based on a broadly defined national security concept beyond the traditional perception of security concerns. The responsible authority, a joint meeting organized by the National Development and Reform Commission and the MOC with other relevant departments, will review those covered transactions that negatively influence national security and decide to suspend or prohibit such transactions after a particular review. This decision is final and subject not to any further administrative and judicial review under Chinese law. Uncertainties and unpredictability result mainly from the following sources.

Firstly, the broad scope of review concerning national security makes the foreign investor uncertain whether their M&As need to apply for an NSR or are going to be reviewed. Though the notices issued by the General Office of State Council try to provide an objective directive for investors by enlisting some industries or areas, this uncertainty still exists for the listing is not exhaustive, allowing a mandatory review conducted by members of the joint meeting if they do deem it necessary even if those enlisted circumstances do not cover the transaction. This subjective discretion to decide if "necessary" undermines the certainty produced by those enlisted "objective" matters. In addition, the standard of actual controlling introduced is more flexible than the shareholding ratio standard to decide the covered transactions.

Secondly, various entities have been granted to initiate an NSR, which weakens the capability of foreign investors to predict whether there will be a review, especially while the transaction is out of the enlisted review scope. The investor could apply for an NSR if the transaction falls within the scope. Besides, according to the *2011 NSRS Notice*, the members of the joint meeting could initiate a mandatory review. The *relevant* department of the State Council, a national industrial association, an enterprise of the same profession, or an upstream or downstream enterprise also, may suggest the security review of the merger or acquisition via the Ministry of Commerce, if necessary. The notice should have provided a further explanation about who is the *relevant* department and what the members are in the joint meeting. And empowering enterprises of the same profession or upstream or downstream with a right to make suggestions on the security review may bring peer hostility into the review under cover of vaguely defined security concerns.

Thirdly, evolving and dynamic national security notions are enlarging the content of the review, enhancing flexibility and discretion in deciding whether the covered transaction affects national security interests. According to the CNSL, at least eleven national security concerns are laid down: politics, territory, military, economics, culture, society, technique, information, ecology, resource and energy, and nuclear. These concerns are tasks of all the

public organs that shall undertake to maintain national security by the law, which is higher than the regulatory document issued by the State Council, such as the *2011 NSRS Notice*. That is why the *2015 NSRS Notice* enlarged the review content after the enactment of the CNSL in 2015. Naturally, enacting the *Cyber-security Law in 2017* also brings new matters, e.g., cyber security and internet infrastructure. For the authority responsible for making an NSR, it is his statutory duty to comprehensively assess the dynamic national security concerns according to the evolving security law. Furthermore, the terminologies defining the review content are too vague, such as "influence," "the stable operation of the national economy," "the order of basic social life," or "key technologies." These ambiguous terms increase the possibility of misuse and misinterpretation by the authorities.

Fourthly, the finality of the decision grants implied legislative power to the administrative authority to the extent the flexibility the broadly defined national security allows, inducing arbitrarily applying the NSR to restrict international investment unjustifiably. CNSL provides that citizens and organizations shall have the right to criticize and suggest to authorities and file "complaints, accusations and reports" against state authorities and their staff for their wrongdoings concerning national security.¹ This public supervision system cannot be a formal checking power like a judicial review or administrative reconsideration procedure provided by law. The CFIL closes the window to seek a formal remedy in the host state's court or a higher authority. The related law and regulation provisions have built a visible cage for the administrative power in applying its review duty concerning national security. However, it left an invisible but accessible key by granting him an opportunity to leave the cage if he deems it necessary.

3.1.4 Balance between National Security Exception and Open Market

However, concluding that China will unilaterally abuse the NSR to restrict inward FDI is arbitrary. The NSR in China is an extraordinary mechanism to ensure that the authority can legally regulate the FDIs to protect essential security interests. Compared with frequently applied NSR in the United States,² China, ranked as the second biggest host state for FDIs, rarely applies NSR to block M&As, according to the information released by MOC. Unlike the Trump administration's "American First" policy to abuse NSR as a way to obstruct the expected investment activities of Chinese companies in the US³ and to abuse

¹ CNSL. Art 82.

² According to CFIUS annual reports to Congress, since the Department of the Treasury issued the Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons in 2008, among the 770 cases reviewed between 2009 and 2015, 310 cases passed on to the stage of investigation, which represents a noticeably sharp rise. The data released in 2015 shows this percentage climbing to a higher level of 46 percent. *Information Office of the State Council of the People's Republic of China. The Facts and China's Position on China-US Trade Friction*. Released on September 2018, at: http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2018/09/26/content_281476319220196.htm, last visited on May 31, 2023.

³ *Information Office of the State Council of the People's Republic of China. The Facts and China's Position on China-US Trade Friction*. P. 43-46.

the concept of "national security" for trade protectionism by conducting 232 Investigation unilaterally,¹ China pledges to Firmly supports the multilateral trading system and to actively advancing Opening-Up policy to a higher level.²

This constitutes the essential background to legislate the new CFIL in 2019. Article 1 of this law provides clearly that the purpose of CFIL is further expanding the country's opening up, vigorously boosting foreign investment, protecting the lawful rights and interests of foreign investors, regulating the administration of foreign investment, propelling the formation of a new pattern of extensively opening up, and promoting the sound development of the socialist market economy.³ The purpose defines the principle to apply the NSR. That is, maintaining the delicate balance between national security exception and open market for international investment. On the one hand, China deems that a state has a right to protect its essential security interests and has "sole discretion" to regard its security interests. On the other hand, China opposes the abuse of security exception, asserting that the invoking security exception shall be subject to a general principle of law to avoid State circumventing its legal obligation under national law and international treaties.⁴

The CNSL and related administrative law stipulate some fundamental principles infusing predictability and reasonableness into state behavior, restraining arbitrarily applying NSR. They include at least the rule of law, harmonization, international cooperation, and proportionality. The rule of law is the most basic requirement for public authorities. It requires the authorities to conduct security reviews, "abide by the Constitutional and law," "respect and protect human rights," and "protect the rights and liberty of citizens."⁵ The principle of harmonization requires that the protection of national security shall be coordinated with economic and social development.⁶ Conducting an overall arrangement of conventional and unconventional security,⁷ required by the harmonization principle, implies that the steady economic growth promoted by FDIs should be considered since it forms a necessary component of economic security interests. The principle of international cooperation emphasizes that China shall actively participate in security exchange and cooperation with foreign governments and international

¹ *Information Office of the State Council of the People's Republic of China*. The Facts and China's Position on China-US Trade Friction. P.52

² *Information Office of the State Council of the People's Republic of China*. China and the World Trade Organization. At: <http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/37868/38521/38532/Document/1632374/1632374.htm>, last visit May 31, 2023.

³ CFIL. Art. 1.

⁴ WT/DS512. Para 7.41. China refers to the principle of good faith embodied in Article 26 of VCLT to prevent abuse of Article XXI and evasion of WTO obligations. The good faith principle could infuse predictability and reasonableness into state behavior, serving as an interpretative tool for courts and tribunals and restraining legal formalism and arbitrariness. *Andrew Mitchell, M Sornarajah, and Tania Voon*. Good Faith and International Economic Law. Oxford University Press, 2015. P. 9.

⁵ CNSL. Art. 7.

⁶ CNSL. Art. 8.

⁷ CNSL. Art. 8.

organizations, which is a restatement of the win-win with-benefits philosophy advocated by China in dealing with global economic governance affairs.¹ This philosophy encourages multilaterally handling foreign affairs, such as managing international investment issues, to enhance economic interdependency rather than unilaterally circumvent obligation by invoking security exceptions. The proportionality principle requires measures taken by the relevant authorities, e.g., the restriction or prohibition after NSR, shall be proportional to the nature, extent, and scope of potential harm to national security.² If multiple measures are available, the one that minimally undermines the rights and interests of individuals shall be conducted. Proportionality is a general legal principle restraining public power in national and international law. The Law on Administrative Penalty provides that imposition of administrative penalty shall be "in correspondence with the facts, nature, and seriousness of the violations of law and damage done to society."³ In international law, the proportionality principle has been developed to determine whether a proscribed abuse has occurred, particularly on the part of a State.⁴ Generally, applying this principle typically involves a three step-inquiry: whether there is a rational and appropriate relationship between the means chosen and the ends being pursued (suitability); a test of the means chosen to determine if it curtails the right at stake more than necessary (least restrictive means); and a final weighing of all circumstances.⁵

Thus, the NSR in China, similar to the essential security exception in GATT as interpreted in Part II, also maintain a constructive ambiguity in provisions, leaving negotiable room to strike a balance between the free movement of capital and national security. The promise of supporting multilateralism and the pledge to build an open-up policy at a higher level expressed in CFIL implies that China is welcome to make an international arrangement to curb unilateralism and protectionism by restraining the abuse of security exception. This attitude was expressed in an official document submitted to WTO, within which China proclaimed that the reform should prohibit discrimination against enterprises of certain members in an investment security review.⁶ Before proposing and initiating a bilateral arrangement to enhance coordination of the security review, it is necessary to make a brief comparative study about NSR in Russia to find whether there is

¹ *Xi Jinping*. Selected Speeches in to the United Nations: September 26-28, 2015. Foreign Language Press, 2015.

² *Congyan Cai*. Enforcing a New national Security China's National Security Law and International Law. *Journal of East Asia and International Law* 2017. Vol.10. P. 81.

³ The People's Republic of China on Administrative Penalty Law. 2017 Amendment (in Chinese: 中华人民共和国行政处罚法). Art. 4.

⁴ *Charles T. Kotuby Jr. and Luke A. Sobota*. General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes. Oxford University Press, 2017. P. 108.

⁵ *Charles T. Kotuby Jr. and Luke A. Sobota*. General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes. Oxford University Press, 2017. P. 114.

⁶ MOC. China's Position Paper on WTO Reform. at <http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/201812/20181202817611.shtml>. last visit in June 1, 2023.

negotiable room.

3.2 NSR in Russia's Federal Law on Foreign Investments

NSR in Russia grounds mainly on two federal laws. One is the Federal Law on Foreign Investments (1999), which provides that federal laws could stipulate restrictive exemptions for foreign investors to protect the constitutional system, morals, health, rights and lawful interests of others, national defense, and state security.¹ Subject to this provision, Russia established its NSR by federal law in 2008 to formulate the procedure for foreign investment in business entities of strategic importance for Russian national defense and state security.

2

Compared with provisions of NSR in China, Russia adopts a more specific way to define its security concern over foreign investors to acquire its strategic importance business entities. However, it also broadly defines national security.³ In defining the scope of transactions to require preliminary approval from state security concerns, Russia adopted the same way as China by listing involved industries and explaining what kind of foreign M&As amount to covered transactions.

Under Russia's extensive approval system applied for foreign investments, any foreign investors must petition for a decision on preliminary consent for his acquisition that establishes effective *control* over the business entities of strategic importance ("strategic entities"). The threshold amount to control is established by a combination standard of direct or indirect influential power exerted by foreign investors in target corporations' decision-making, the same as in China. The criteria amount to direct control is lower. E.g., transactions by foreign states, international organizations, or organizations under their control acquire regular strategic entities, directly and indirectly taking over 25% of the total voting shares (stock) satisfies the criteria. Strategic entities that exploit subsurface areas with federal status take over 10% of the total voting shares (stock). For indirect control, the standards are more complicated. Any of the following situations may attribute to the covered transactions: having a right to appoint a sole executive body and (or) 10% or more members of a collegian executive body, absolute ability to elect 10% or more members of the boards of directors (the trustee council) or other collegian executive body, ability to block the decisions of the management bodies.⁴

¹ Russian Federal Law on Foreign Investments (1999). Unofficial translation provided by UNCTAD. Art. 4(2).

² Russian Federation. Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance for Russia National Defence and State Security ("Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance"). Enacted by the State Duma on 2nd April 2008.

³ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 3.1. Note that the threat to the national defence and state security is considered by combination of factors and conditions endangering vitally important interests of individuals, society and (or) the state.

⁴ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 3, 5.

Russia's federal law provides a long list determining what entity may be deemed strategic.¹ It contained 42 activities of strategic importance for national defense and state security. The list currently comprises 46 activities.² They encompass areas related to natural resources, defense, space and aviation activity, media and natural monopolies specified in federal law and other areas related to ideology management, such as TV, radio broadcasting over certain territories, and publishing activity.³ Compared with provisions in FINSA and the *2015 NSRS Notice*, this enumeration seems more transparent by listing nearly exhaustively all the industries that the Russian government deems necessary to protect. It is more feasible to be done for Russia's comparatively smaller economic scale.

Based on the standard of establishing control and listed activities determining those entities of strategic importance, the NSR in Russia applies to any form of transaction initiated by foreign investors that could materially change the *status quo* concerning those entities conducting listed activities, especially those enterprises that exploit subsurface areas with federal status.⁴ This indicates that one of the most important aims of NSR in Russia is to maintain its energy security, e.g., the governmental control over the exploitation and benefits of oil and gas, which is vital to balance its government budget. Russia welcomes foreign investment to the extent that these investments could help maintain stable supply and formulate a diversified demand pattern for its energy products.

The procedure of NSR in Russia follows strictly a timetable and an established administrative process centered by an authorized body and the Government Commission for Control over Foreign Investments in the Russian Federation ("the Commission") in collaboration with federal state security agencies and the Inter-agency Commission for Protecting State Secrets. According to the provisions, in theory, the review shall take up to three months from the authorized body registering the petition from the foreign investors. This period could only be extended to six months in certain exceptional circumstances.⁵ The federal law does not list these circumstances. The authorized body, currently the Federal Anti-Monopoly Service, shall administer the implementation of the NSR by registering the petition, verifying the integration of the documents, and deciding whether the covered transaction can establish control over a business entity of strategic importance. Then, the authorized body must return the petition, provided that the transaction will not establish control, or proceed with a further review by consulting the federal state security

¹ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 3.1. It provides a business entity formed in the Russian Federation and involved in at least one type of activity which is of strategic importance for national defence and state security.

² Russian Federation. Amendments to Foreign Investment Laws for Investing in Business Entities of Strategic Importance for National Defence (30 Jul 2017).

³ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 6.

⁴ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 7.

⁵ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 11.

agencies to ascertain if the transaction would endanger national defense and state security.¹ Even if the conclusion from federal security agencies is yes, the authorized body still needs to request the Inter-Agency Commission for Protecting State Secrets to find whether the petitioner's accession to the state secrets is justifiable under an international treaty. After that, the authorized body has to transfer all the petition documents, conclusions, and other materials available to him during the process to the Commission, as well as suggestions regarding preliminary approval or decision to refuse.

The Commission, headed by the Prime Minister, functioning as the authority to make the final decision of NSR, shall adopt decisions within 30 days after receiving the petition from the authorized body. It may adopt a decision to approve or refuse the transaction or specify obligations to be fulfilled by the petitioner as a condition to approve.² Unlike the ministerial Joint Meeting in China, the Commission in Russia shares more similarities with its counterpart in the United States, the CFIUS. They both are permanent administrative bodies established by national law enacted by the legislative organ of the State to formulate a collaboration of ministries deemed in close relation with national security issues. They are both under the charge of the head of the government. The Commission is led by the Prime Minister of the Russian Federation,³ and the CFIUS needs to inform the President of its suggestions and wait for him to reach a final decision to take any action against a covered transaction.⁴

Compared with China and the United States, the NSR in Russia has two key differences. First is the nearly exhaustive listing of the covered transactions to be reviewed. Those activities of strategic importance are constructing legislative interpretations of the ambiguous concept of national security. Compared with reading national security into national interest⁵ or homeland security, critical infrastructure, and critical technology, ⁶this listing of covered activities, subject to regular amendment, seems more transparent and predictable, for the foreign investor could make a more rational decision under a well-informed ground. Second, federal law allows the petitioner or the foreign investor initiating a cover transaction to challenge the decision made by the authorized body and the Commission, undermining the finality of the NSR decision.⁷ This provides the foreign investors a judicial remedy and NSR a check and balance mechanism against the executive power in review. The allowance of the Supreme Court of the Russian Federation to review the decision made by the Commission indicates that Russia's position in DS 512, holding

¹ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 10.1-10.3.

² Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art 11-12.

³ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art. 8.6.

⁴ *FINSA*. Sec. 6.

⁵ Australia Foreign Acquisitions and Takeovers Legislation Amendment Act 2015. Section 67.

⁶ *FINSA*. Sec. 2.

⁷ Procedures for Foreign Investments in Business Entities of Strategic Importance. Art.10.7, 11.7.

that an international tribunal cannot adjudicate the national security, is not an absolute state practice without any compromise.

4. Bilateral Regime to Collaborate NSR for FDIs

It may conclude that regulating the State's unilateral application of security exceptions by international law is permissible. Since Russia agreed to join the WTO, it shall predict that the DSB may exert mandatory jurisdiction over the disputes about applying those provisions, including the security exception clause. After adopting the Panel Report, Russia has yet to make any official object to the decision while the Appellate Body was still in operation. It could claim to be acquiescence by Russia and Ukraine to accept the conclusion made by the DSB. The centric principle is that the agreed international tribunal, e.g., the DSB, could exert jurisdiction over the disputes over security clauses and review the legitimacy of those unilateral acts justified by it. However, the constructive ambiguity of the security clause in international treaties, e.g., WTO, Sino-Russia BIT, or other IIAs, allows the state parties to take necessary actions, under high discretion and unilaterally, to protect their essential security interests. This does not mean that they could arbitrarily abuse this right. Compliance with municipal law cannot be an excuse to circumvent State's obligation under international law, e.g., implementing the treaty in good faith or *Pacta Sunt Servanda*. That is why the Panel in DS 512 held that the DSB could exert jurisdiction over the application of the GATT XXI. Luckily, the factual ground of DS 512 is relatively clear to fulfill those objective requirements provided in GATT Article XXI. At the same time, Russia and Ukraine fell into long-lasting tension after Russia annexed Crimea.

However, most of the disputes arose from international economic relations. It could be clearer to ascertain whether they are concerned with national security or whether those actions taken by the states under security exceptions are disguised restrictions on trade or FDIs or necessary legitimate unilateral acts. The DS-512 decisions have not eliminated the ambiguity of the application of security exception, though it reduced the uncertainty over the material interpretation and application of that clause. To the extent of the broad permissible interpretation of the good faith principle and extensive discretion of the State to decide the content and standards of its national security, there is still flexibility and ambiguity that the international tribunals cannot ascertain.

Regarding the fragment of the international investment law,¹ reliance on international "judicial" remedy to put a check balance on the abuse of NSR seems unreliable, for there is no such an "International Investment Court" like DSB to exert *de facto* mandatory jurisdiction over cases concerning security exception clause in WTO law. Those

¹ *Stephan W. Schill*, *W (h)ither fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law // European Journal of International Law 2011. Vol. 22. P. 875.*

international tribunals, e.g., the ICSID, UNCITRAL, or other *ad hoc* tribunals established to settle investment disputes arose from IIAs, could only have jurisdiction upon mutual consent expressed by an arbitration clause in the IIAs or a provisional arbitration agreement reached afterward. For those FDIIs heavily influenced by NSR, most of them have no chance to petition for an international "judicial" review of the NSR decisions subject to the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism provided by the ICSID Convention. China, the United States, and the European Union are top in international investment volumes and have yet to enter a bilateral investment treaty. Though they are all member states of the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs), the DSB needs to be more competent to adjudicate some investment cases that arise from NSR since those prohibited under TRIMs are restricted to measures such as local content requirements and trade balancing requirements.¹ The TRIMs regulate those measures taken against an established enterprise rather than the FDIIs seeking accession.

Thus, international lawmaking is a more efficient and feasible way to formulate the check balance for the security exception in the investment area rather than the international "judicial" review. Some scholars have discussed internal judicial reviews for NSR, especially after the *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States*.² They admitted that the political consideration in conducting the NSR undermined the possibility and willingness of the internal court to rule against the decision by the highest administrative organ.

4.1 Strategic Trust to Formulate a Bilateral Regime between Russia and China

As to China and Russia, a bilateral regime to collaborate NSR is feasible and appropriate in considering of well-developed Sino-Russian relationship and its importance and implication to formulate an international society of multi-polarization and multilateralization.

Firstly, the well-developed relationship between China and Russia is a solid political and economic ground for making a bilateral arrangement on the NSR. The expanded Sino-Russian Strategic Partnership ensures they can reach mutual political trust and may enter an accepted bilateral agreement on the security issue. However, it is highly political and sensitive. This mutual political trust has developed from the historical "brotherhood" between China and the Soviet Union after World War II, overcame the confrontations during the Cold War, and revived and thrived into a comprehensive strategic partnership of coordination. The stable partnership has been strengthened by many factors, such as the

¹ Agreement on Trade-Related Investment Measures (*TRIMs*). ANNEX: Illustrative List

² See *Chang Liu*, *Ralls v. CFIUS: The Long Time Coming Judicial Protection of Foreign Investors' Constitutional Rights against Government's National Security Review* // *Journal of International Business and Law* 2016. Vol. 15 (2). P. 361.

institutionalization of bilateral exchange at presidential and prime ministerial levels, complementary interests in energy and military area shared security views concerning the Asia-Pacific and central Asia, and convergent views on the international order.¹

The bilateral engagement of leadership diplomacy between Russia and China could date back to 1997 when President Jiang Zemin visited Russia and jointly issued a statement supporting a multipolar world and a new international order. During Putin's visit to China in 2004, a supplementary agreement on border demarcation ended settling the 4300-kilometer-long common boundary between China and Russia, which provided a solid ground to deepen strategic trust for Sino-Russian relations. After XI Jinping became China's leader in 2012, the bilateral presidential talking drove Sino-Russian relations into a phase. Strategic trust has been upgraded, which engaged Russia and China in a more expanded and deepened cooperation in military, trade and energy, inter-regional development, and geopolitics.² The military cooperation extended from weapon contracts to collaborated peace mission programs and joint sea naval exercises under bilateral regimes or the auspices of SCO,³ reflecting Russia and China's shared security interests. Some scholars treated the Sino-Russian relationship as a "quasi alliance" due to this "military axis" and commented that this relation is "at its highest point since the mid-1950s".⁴

Energy trade and investment also enhanced to a new level, despite the disagreement over price and the concerns about the "China threat" or "Chinese economic expansionism." The volume of energy trade between China and Russia surged to nearly 52.5 million tonnes of oil in 2016 and 38 billion cubic meters of natural gas in 2014, which made Russia the most significant oil supplier for China. Both states are benefited from this enhanced energy cooperation for avoiding solely dependence on one market.⁵ Cooperation in energy exploitation implies the grand potential for FDI's across borders. Russia began to allow Chinese companies to hold more equity over Russian upstream ventures. E.g., the Yamal Liquefied Natural Gas Project, in which the Chinese interests amount to 29.9% with CNPC (20%) and Silk Road Fund (9.9%). Inter-regional cooperation in the far-east region is another pillar underpinning the Sino-Russian partnership concerning food and agriculture security.⁶ The sub-national cooperation between China's Heilongjiang province and the Russian Far East region ("RFE") has thrived since the end of the Cold War. According to statistics from Rosstat, Chinese companies farmed over 350,000 hectares of soil in RFE. A

¹ Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo. *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. Palgrave Macmillan, 2019. P. 21-40.

² Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo. *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. Palgrave Macmillan, 2019. P. 29-33.

³ Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo. *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. Palgrave Macmillan, 2019. P.30, 87-111.

⁴ Artyom Lukin. *The Russia-China Entente and Its Future // International Politics 2020*. Vol. 58. P. 363.

⁵ Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo. *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. Palgrave Macmillan, 2019. P. 69-86.

⁶ Viktor Larin. *Russia-China Economic Relations in the 21st Century: Unrealized Potential or Predetermined Outcome? // Chinese Journal of International Review 2020*. Vol. 2(1):2050001, DOI:10.1142/S2630531320500018

jointly official plan provides a more detailed investment guideline for Chinese Companies in RFE.¹ It shows that grounded on the institutionalizing cooperation mechanism established by the regular meeting between the heads of governments,² trade and investments between Russia and China still have a great potential to grow in the area of energy resources, agriculture, forestry, fishery, transportation, and air-crafts, and vessels manufacturing.

Furthermore, these areas potentially to be new sources of international investment growth coincide with strategic importance activities subject to Russia's federal law on investment aforesaid. E.g. the energy sector, which is probably the most attractive for Chinese investments, undoubtedly falls within the provision of an exploration of natural resources. Thus, wiping out unnecessary uncertainty about the application of NSR is necessary to facilitate the growing economic bond between China and Russia.

Secondly, the formulation of a regime to collaborate NSR between Russia and China, considering their status in international politics and relations, could play as an example to enhance the world's confidence in an open and transparent multilateral IEO against the unilateralism and protectionism under-covered by the inappropriate interpretation and application of security exceptions. The United States was the principal offender in breaking the constructive balance maintained by GATT XXI unilaterally. The Trump administration claimed national security when they conducted Section 232 investigations and restricted FDI's. The abuse of security exception also provided perfect camouflage for its unilateral and hegemonic actions worldwide, e.g., the arbitrary and groundless sanction against Huawei, a Chinese high-tech corporation.

To contain US hegemonic power needs a normative and legitimate narrative grounded on international law. Its legitimacy has been discussed by the panel in DS-512, which lies in the fundamental principle of International law, *pacta sunt servanda*. As a member of a multilateral treaty, each State shall fulfill its obligation in good faith rather than abuse the interpretation right to circumvent its obligations. In its submitted argument, China also seeks the good faith principle as a reasonable and legitimate justification to restrain the State's subjective, or even arbitrary, interpretation of the security exception clause.³ It seems that Russia took a different position to claim that the trade measures taken to protect essential security interests during an international emergency are not subject to the jurisdiction of a tribunal under DSU, and the State has a high discretion to decide whether the measures are

¹ The Plan on China-Russia Cooperation and Development in the Russian Far East Region (2018-2024). at <https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC189986/>, latest visit on August 15, 2023.

² Joint Communiqué of the Thirteenth Regular Meeting between the Heads of Government of the People's Republic of China and the Russian Federation. at <http://www.lawinfochina.com>. The latest one is 24th Joint Communiqué issued Sep.18, 2020.

³ WT/DS512. para 7.41.

necessary or not. ¹However, it is unreasonable to conclude directly that Russia will take the same position as the United States concerning the GATT XXI, or security exception in IEL, to claim a self-determining right.

China and Russia have more common interests in containing the security exception clause to the extent allowed by the spirit of *pacta sunt servanda*, which requires the State to respect international law in dealing with relationships in an anarchic society. China and Russia have jointly published a series of communiqués to show their willingness and firm support of respecting the international law grounded on the principle reflected in the UN Charter and the principles enshrined in the Five Principles of Peaceful Coexistence.² They have repeatedly vowed to promote just and equitable international relations grounded on the multi-polarity and multilateralism world order rather than uni-polarity and hegemonism. China and Russia are both firmly in opposition to the practice of double standards and the imposition of unilateral coercive measures not based on international law. The security exception continuously provides a freeway for hegemony power to unilaterally and arbitrarily circumvent its obligation under international law. For Russia and China, as two strong supporters of multilateral order grounded on predictable, transparent, and non-discriminate principles, the challenge is how to turn the strategic partnership into *a normative arrangement* with binding and predictable effect, striking a balance between multilateralism and state sovereignty, also a balance between obligation under international law and right to take necessary measures to protect essential security interests.

The normative arrangement means that China and Russia shall incorporate a well-designed security exception clause in future international economic agreements. It is, in essence, a state practice to create a new rule in international law about security and international economic order. Since the UNCTAD had presented reform options concerning national security exceptions in IIAs,³ the question is which pathway is more feasible under modern international relationships.

4.2 BIT or FTA

In considering the normative arrangement between China and Russia in economic

¹ WT/DS512. para 7.28-7.30.

² The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law. At The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation's official website: https://www.mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/-/asset_publisher/6S4RuXfeYlKr/content/id/2331698, last visit on May. 20, 2023.

³ The main suggestion of UNCTAD is to improve the predictability of the application of security exception in IIAs. It provide two options. First, States may clarify the coverage of the exception by defining national security more specifically. E.g., using an illustrating list including measures taken to address a serious economic crisis situation or to maintain international peace and security, or, referring to actions taken in pursuance of States' obligations under the UN Charter or specifying that the exception covers only certain types of measures such as those relating to trafficking in arms or nuclear non-proliferation, applied in times of war or armed conflict, etc. Second, States may clarify the the standard of review that ISDS tribunals should apply to measures invoked for national security reasons. *UNCTAD, UNCTAD's Reform Package. International Investment Regime (2018 edition), P.40-42.*

relationships, there are two alternative pathways to collaborate NSR. One is to revise the existing BIT, confining the issue in the international investment domain; the other is to enter a comprehensive FTA with a more transparent and accountable security exception clause.

¹Comparing the two options, the former seems more feasible because of the following reasons:

First, China and Russia have different roadmaps for FTA though they share a similar perception of geopolitics and multipolar international order. Russia proposed to enhance economic coordination under the framework of Eurasia or the Greater Eurasian Partnership (“GEP”), including the Eurasian Economic Union member states, the Commonwealth of Independent States (“CIS”) countries, China, India, Pakistan, and Iran.² GEP, as synonymous with Russia’s east-orientation strategy, was proposed to replace its traditional strategy of Greater Europe and European integration. As a strategy with Russia as the leader, GEP has been invested with Russia’s ambition, in the global, to recast the world order from one dominated by the United States to one in which Russia is a pivotal player, playing a fundamental role in decision-making to set the rule and shape the future.³ And GEP, in the region, is to integrate rising and assertive China into Russia-axis relations and cooperation,⁴ preventing it from becoming a potential hegemon in Asia.⁵

China adopted the Belt and Road Initiative (“BRI”) stretching from China to Western Europe, including transit states and regions such as Russia, Central and Eastern Europe, the Balkans, the South Caucasus, and the Middle East. As a specific strategy for implementing the Community of Shared Destiny for Mankind ideology,⁶ BRI reflects China’s interpretation of international cooperation producing “win-win” outcomes, reshaping the global economic order via advancing cross-border trade and surging transboundary transportation infrastructure investment in developing countries.⁷ China’s patient capital, which operates differently from the Western state funding and built hydroelectric power stations, highways, ports, railways, and telecom, fills the infrastructure gaps in the developing world and establishes closer economic ties with China. China’s OFDI and RMB internationalization is accelerating while the number of BRI countries enlarges;⁸ So does

¹ *Qingjiang, Kong*. Bilateral Investment Rule-Making: Bits or Ftas with Investment Rules? // *The Journal of World Investment & Trade* 2013. VOL.14 (4). P. 638-645.

² *President of Russia*. Executive Order approving the Foreign Policy Concept of the Russian Federation.

³ *Alexander Lukin*. What the Kremlin Is Thinking: Putin's Vision for Eurasia // *Foreign Affairs* 2014. Vol. 93(4). P.85.

⁴ *Edmund Li Sheng*. Greater Eurasia Partnership and Belt and Road Initiative: The Cooperation or Containment of Atlanticism in the International System. Springer Nature Singapore, 2023. P.1-42.

⁵ *Sergey Karaganov*. The New Cold War and the Emerging Greater Eurasia // *Journal of Eurasian Studies* 2018. Vol. 9(2). P. 85-93.

⁶ *Lingliang Zeng*. Contemporary International Law and China’s Peaceful Development. Springer Nature 2021. P. 305-331.

⁷ *Lauren A. Johnston*. The Belt and Road Initiative: What Is in It for China?// *Asia & the Pacific Policy Studies* 2019. Vol 6 (1). P. 40-58.

⁸ *Chang, Le, Jing Li, Kee-Cheok Cheong, and Lim-Thye Goh*. Can Existing Theories Explain China’s Outward Foreign Direct Investment in Belt and Road Countries // *Sustainability* 2021. Vol 13 (3). P. 1389.

China's soft power to reshape the world economic order.¹ Though the official document reiterates that China's BRI relies on the established multilateral and bilateral mechanism and uses the established regional cooperation platform,² State adherence to the realistic view of international relations treats China's BRI as a challenge to maintain its leading or dominant role in the world or regional economy.

Overlapping geographic coverage of the GEP and BRI may visualize the competition between China and Russia in the Eurasia regional economic integration, causing a SINO-Russia FTA hard to reach.³ One major obstacle is Russia's securitization of the economic interest. Moscow believes that economics is security and countries need to affiliate to one or dominate at least one macro-blos of the world order to have leverage over world affairs. Russia's concern about its dependence on China will make establishing a joint playground under the framework of GEP or BRI a long journey, making reform of the current Sino-Russia BIT more feasible.

Second, it is necessary to reform the current Sino-Russia BIT for its out-of-date pattern in investment protection standards. Sino-China BIT was signed in 2006 and entered into effect in 2009. Chinese BITs had abandoned the restrictive ISDS clauses, allowing disputes, not limited to the cases concerning the amount of compensation for expropriation or nationalization, to be submitted to investor-state arbitration.⁴ After the global financial crisis, China initiated BIT negotiations with US and EU, pushing the Chinese BITs into a new era characterized by more comprehensive investment protection provisions and sophisticated procedures for investment dispute settlement.⁵ Comparing the Sino-Russia BIT with the 2012 China-Canada BIT or other Investment Chapters contained in the recent FTAs, such as the Australia-China FTA (2015), China-South Korea FTA (2015), and RCEP (2020), grand signs of progress could be found in the provisions of treatment clauses, exceptions rules, and ISDS provisions. These new IIAs, with China as a contracting party, established new protection standards for investment and investors consisting of the pre-establishment national treatment subject to transparent non-conforming measures. The 2012 China-Canada BIT provides a Minimum Standard of Treatment clause denoting relatively clear standards subject to the international customary law as a substitution of fair and

¹ Jan P. Voon and Xinpeng Xu. Impact of the Belt and Road Initiative on China's Soft Power: Preliminary Evidence // *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics* 2020. Vol. 27 (1). P.120-131.

² Michael Clarke. The Belt and Road Initiative: China's New Grand Strategy? // *Asia Policy* 2017. Iss.24. P. 71-79.

³ Jeffery Schubert and Dmitry Savkin. Dubious Economic Partnership: Why a China-Russia Free Trade Agreement Is Hard to Reach // *China Quarterly of International Strategic Studies* 2017. Vol 2(4). P. 529-547.

⁴ Cohen, Tyler, and David Schneiderman. The Political Economy of Chinese Bilateral Investment Treaty Policy // *The Chinese Journal of Comparative Law* 2017. Vol 5(1). P.110.

⁵ Congyan, Cai. China-US Bit Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications // *Journal of International Economic Law* 2009. Vol. 12(2).P.457-506. Shen, Wei. Evolution of Non-Discriminatory Standards in China's BITs in the Context of EU-China Bit Negotiations // *Chinese Journal of International Law* 2018. Vol.17 (3).P. 799-840.

equitable treatment in the Sino-China BIT. An essential security exception clause is also an integrated part of the 2012 BIT as a perfect sample of UNCTAD's reform suggestion,¹ ensuring a reasonable balance between transparency and predictability to protect investors' expectations and necessary flexibility to guarantee the host state's regulatory discretion concerning the national security interest. Considering Russia's dependence on importing goods besides energy, a more transparent and predictable investment law will attract foreign investment pouring in to fill the capital and human resources gap necessary for a domestic self-sustained economy. From experience in China, the revised national foreign investment law and upgrading model of the BITs brought a rise against the trend in the FDI inflow. According to World Investment Report 2023 by UNCTAD, FDI in China increased by 5% while global FDI declined by 12%.²

5. Conclusion

In concluding, upgrading the current Sino-Russia BIT is a feasible way to reconcile the national security review bilaterally over FDI between China and Russia. The critical step is writing into an essential exception clause, as UNCTAD suggested or illustrated by the 2012 China-Canada BIT, and clarifying that NSR should operate subject to the pre-establishment national treatment and the non-conforming measures. That is, only if the investment falls into the coverage of the non-conforming measures is there to be an NSR proceeding for it. The transparent and ratcheting negative list for FDI can play as a signal that an NSR may be on its way after the FDI gets its market access permission. The investor could incorporate the potential compliance cost of the NSR review into his business, significantly increasing the predictability of regulating policy and investment decisions. Flexibility and discretion loss caused by subjecting the NSR to the pre-establishment national treatment and the non-conforming measure in BIT, a formal source of international law, by no means will undermine a state's national security interest because it had taken such interest consideration when it made the non-conforming measure list. If an established investment expands too big, provoking the host state's security concern, such as critical facilities and materials supply chain security, the anti-monopoly law and the NSR linked to the anti-trust scrutiny could mitigate such risk. Despite that, the respondent organ for NSR could initiate an NSR

¹ The Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Article 33.5. It provides as follows: "Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Contracting Party to furnish or allow access to any information if the Contracting Party determines that the disclosure of that information is contrary to its essential security interests; or (b) to prevent a Contracting Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests: (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment, (ii) in time of war or other emergency in international relations, or (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or (c) to prevent a Contracting Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security."

² UNCTAD. World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for All, P. 3-4, 8-9.

at his discretion when he finds security concerns from the information reported periodically from the foreign-invested enterprises. Combining the international law-making via two pivotal players in world politics and economy and a well-designed national FDI management institution, such as a negative list system for market access, anti-trust review, and a foreign investment information reporting system, is beneficial to maintain a balance between State security and its adherence to international law and a balance between capital liberalization and the regulating right for national security concerns.

Reference

1. Andrew Mitchell, M Sornarajah, and Tania Voon (2015). *Good Faith and International Economic Law*. Oxford University Press.
2. Cai, C. (2017). Enforcing a New National Security? China's National Security Law and International Law. *Journal of East Asia and International Law*, 10(1). pp. 65-89.
3. Chang, L., Li, J., Cheong, K.-C., & Goh, L. T. (2021). Can Existing Theories Explain China's Outward Foreign Direct Investment in Belt and Road Countries. *Sustainability*, 13, pp.1389-1405.
4. Ding, S. (2007). Christopher Marsh, Unparalleled Reforms: China's Rise, Russia's Fall, and the Interdependence of Transition. *East Asia*, 24(1), pp. 87-89.
5. Ershova, N. (2017). Investment climate in Russia and challenges for foreign business: The case of Japanese companies. *Journal of Eurasian Studies*, 8(2), pp.151-160.
6. Feng, S. (2016). Prospects for European and Eurasian Security and China's Future Choices. *Chinese Political Science Review*, 1(4), pp. 670-684.
7. Gueldry, M., & Liang, W. (2016). China's Global Energy Diplomacy: Behavior Normalization Through Economic Interdependence or Resource Neo-mercantilism and Power Politics? *Journal of Chinese Political Science*, 21(2), pp. 217-240.
8. Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. Transaction Publisher. 2006.
9. Heinrich, A., Kusznir, J., & Pleines, H. (2002). Foreign Investment and National Interests in the Russian Oil and Gas Industry. *Post-Communist Economies*, 14(4), pp. 495-507.
10. Jo Inge Bekkevold and Bobo Lo (2019). *Sino-Russian Relations in the 21st Century*. Palgrave Macmillan.
11. Kaveshnikov, N. (2010). The issue of energy security in relations between Russia and the European Union. *European Security*, 19(4), pp. 585-605.
12. Kembayev, Z. (2017). Implementing the Silk Road Economic Belt: from the Shanghai Cooperation Organisation to the Silk Road Union? *Asia Europe Journal*, 16(1), pp. 37-50.
13. Khitakhunov, A., Mukhamediyev, B., & Pomfret, R. (2016). *Eurasian Economic*

Union: present and future perspectives. *Economic Change and Restructuring*, 50(1), pp. 59-77.

14.Korolev, A. (2018). Michał Lubina, Russia and China: A Political Marriage of Convenience – Stable and Successful. *Journal of Chinese Political Science*, 24(1), pp. 173-175.

15.Konopelko, A. (2017). Eurasian Economic Union: a challenge for EU policy towards Kazakhstan. *Asia Europe Journal*, 16(1), pp. 1-17.

16.Kuchins, A. C., & Zevelev, I. A. (2012). Russian Foreign Policy: Continuity in Change. *The Washington Quarterly*, 35(1), pp. 147-161.

17.Li, Y., & Bian, C. (2016). A new dimension of foreign investment law in China – evolution and impacts of the national security review system. *Asia Pacific Law Review*, 24(2), pp. 149-175.

18.Lindsay, P. (2003). The Ambiguity of Gatt Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? *Duke Law Journal*, 52, pp. 1277-1313.

19.Lukin, A. (2020). The Russia–China entente and its future. *International Politics*, 58(3), pp. 363-380.

20.Maximilian Mayer, *et.al.* (2018). Rethinking the Silk Road China's Belt and Road Initiative and Emerging Eurasian Relations. Palgrave Macmillan.

21.Mankoff, J. (2022). The East Wind Prevails? Russia's Response to China's Eurasian Ambitions. *Europe-Asia Studies*, 74(9), pp. 1616-1639.

22.Nikitina, M. G., Pobirchenko, V. V., Shutaieva, E. A., Karlova, A. I., & Tvaronavičienė, M. (2018). The investment component in a nation's economic security: the case of the Russian Federation. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*, 6(2), pp. 958-967.

23.Patalakh, A. (2017). Economic or Geopolitical? Explaining the Motives and Expectations of the Eurasian Economic Union's Member States. *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, 11(1), pp. 31-48.

24.Poh, A., & Li, M. (2017). A China in Transition: The Rhetoric and Substance of Chinese Foreign Policy under Xi Jinping. *Asian Security*, 13(2), pp. 84-97.

25.Qingjiang, K. (2013). Bilateral Investment Rule-Making: BITs or FTAs with Investment Rules? *The Journal of World Investment & Trade*, 14(4), pp. 638-645.

26.Roger P. Alford (2011). The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*. 3. pp. 697-759.

27.Schubert, J., & Savkin, D. (2017). Dubious Economic Partnership: Why a China-Russia Free Trade Agreement Is Hard to Reach. *China Quarterly of International Strategic Studies*, 02(04), pp. 529-547.

28. Turner, S. (2009). Russia, China and a Multipolar World Order: The Danger in the Undefined. *Asian Perspective*, 33(1), pp. 159-184.

29. Wenhua Shan, *et.al.*(2018). Normative Readings of the Belt and Road Initiative. Springer International Publishing AG.

30. ZOU Lei (2018). The Political Economy of China's Belt and Road Initiative. World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd. (in Singapore).

《互联网企业隐私政策中共享条款的合规性考察》

李延舜

河南大学法学院

提 要

不同于物质性的生产要素，数据的价值不会随着使用而减少，而是可以不断地被处理。在不断地处理过程中，数据要素价值得以最大化。数据共享正是促进数据流转的有效途径，它能有效实现拓客引流，提升企业的市场竞争力。如美团外卖与腾讯的战略联盟，使得美团外卖可以嵌入微信及 QQ 中以共享消费者个人信息，使得美团外卖更容易挖掘和分析消费者数据，并迅速实现消费者覆盖。截止 2021 年 12 月 31 日，美团外卖交易用户数为 6.9 亿，远超饿了么年度活跃用户规模的 3.72 亿；美团外卖活跃商家数量达 880 万，远超饿了么外卖商家 350 万，这一切离不开数据共享的功劳。2019 年天津市滨海新区人民法院在腾讯诉抖音不正当竞争一案的裁定书中指出：“目前已经通过微信/QQ 账号登录过抖音的村两委新用户有 2.8 亿、QQ 用户有 5250 万”。这种利用 API 进行数据共享的方式为 3 亿多痘印用户提供了便捷的登录方式，抖音俘获了大量的用户，腾讯则在数据获取、用户留存方面尝到了甜头。然而，看似是三方共赢的情境，却暗藏不可估量的数据风险。如一，各 APP 间数据流通频度和数量的增加，使得数据泄露的可能性增大，数据安全保障的难度也随之增大；如二，数据提供方和数据受让方的数据共享及数据挖掘使得消费者数据图景更具体，危及消费者隐私及其他数据权利；如三，平台型企业的数据共享可能产生数字市场反竞争效果，如欧盟《数字市场法案》第 5（2）条针对“守门人”平台的数据融合义务作了专门性规定。需明确的是。平台的限制数据融合义务以满足告知同意为主，并没有完全禁止“守门人”平台对数据融合的使用。起码，这一规定并不适用于中小平台或其他的数据处理者。

互联网企业隐私政策中含有大量的数据共享条款，这些条款蕴含着企业对用户个人数据共享的立场和态度。因此，搜集、整理、分析 APP 隐私政策中数据共享条款的工作就变得有意义。事实上，2021 年工信部曾发布《关于开展信息通信服务感知提升行动的通知》，其重点任务之一就是建立个人信息保护“双清单”，即“各相关企业应建立‘已收集个人信息清单’和‘与第三方共享个人信息清单’，并在 APP 二级菜单中展示，方便用户查询。”此规定极大推动了个人数据共享透明化的进程。

我和我的研究生赵靓靓同学选取了 30 款 APP 隐私政策，并设置了“是否有共享个人信息清单”“共享对象”“共享目的”“使用场景”“共享内容”“第三方信息处理规则”“共享信息处理方式”“同意后共享”“免责条款”“保障共享信息安全及监督第三方行为”“敏感个人信息的共享”“对未成年人数据共享的特殊处理”“对未成年人以外的敏感信息的特殊保护”“共享信息的删除”“共享信息的处理期限”“是否符合相关行业标准或认证”等 16 个考察指标，对企业数据共享行为进行了审视。目前论文正在修改完善中，但结论已显：第一，从外部特征看，16 项指标都在隐私政策文本中有所体现，这说明各热门 APP 企业在贯彻“合规性”方面取得巨大进步；第二，从文本内容看，各 APP 间的内容差距较大，形式意义大于实体，说明了企业对合规性的仍停留在外部特征而非切实保障用户的相关权利。此结论与我国部分学者的考察结果有不谋而合之处，即大多数 APP 只是将法律要求的条款机械地套用进平台隐私政策中；第三，用户的个人信息权利并未真正得到尊重，如考察发现，仅半数应用软件明确表明数据共享前将取得本人或监护人同意，甚至部分经营者为实现数据共享将“提供基本服务、实现业务目的”等置入免责条款以避免数据共享时征得消费者同意这一环节；其次，在删除权方面，半数以上的应用软件经营者并未在数据共享方面适用删除权，对共享数据的删除避而不谈；第四，经营者在制定共享内容及共享清单时为其设定的权利远多于义务。敏感个人信息共享成普遍现象，共享信息处理期限却普遍缺乏规定，以及将不合理的理由置入免责条款等都体现了这一点。存在部分应用软件对其保障数据安全的义务避之不谈，据《个保法》可知敏感个人信息包括未成年人个人信息，对未成年人信息的保护是各经营者的义务，也是保障未成年人信息安全的重中之重，但 30 款 APP 中仍有 6 款应用软件欠缺对未成年人共享信息的保护。此外，敏感个人信息共享占比达惊人的 100%，但明确承诺对未成年人以外的敏感个人信息采取去标识化、脱敏等特殊保护方式的仅 8 款应用软件；第五，各隐私政策中共享条款的完善程度与其市场化程度，跟用户量的多少并非成正向比例关系。如交易量和用户数量更多的淘宝、京东、拼多多均缺乏对个人敏感信息共享的特殊保障，而唯品会则明确指出在敏感信息的共享方面会要求第三方采取数据脱敏和加密技术，从而更好地保护用户个人信息。

综上，对隐私政策文本中共享条款的合规性考察不仅有助于隐私政策文本的完善，而更重要的，是督促各互联网企业对数据共享行为的规范。目前在数据共享（尤其是平台的数据聚集）方面仍存在法律适用上的盲区，但基本的合规性判断应是以保障数据共享安全为底线，以消费者的个人信息权利为出发点，平衡数据要素自由流通中的各方利益。

法治规划与中国行政法治的实现

陈胜强

(河南大学法学院, 2024年4月6日)

论文提要

一、法治中国建设迈入“规划”时代

2020年11月中共中央全面依法治国工作会议举行以来,中国以法治规划引领法治建设的步伐快速推进。中国先后公布了《法治中国建设规划(2020-2025年)》《法治政府建设规划(2021-2025年)》《法治社会建设规划(2020-2025年)》以及《国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,对法治建设工作作出系统安排,形成“1+2+1”的法治建设规划。与之相应,中国各省、自治区、直辖市也先后颁布了“1+2+1”法治建设规划的地方版本。这些规划的出台,标志着法治中国建设迈入了“规划”时代。

理解迈入“规划”时代的法治建设,需要从两个维度展开:(1)法治规划确立目标导向,是法治建设的“路线图”和“施工图”;(2)法治体系积极回应法治规划的目标设计,构筑法治规划实现的制度保障。

规划引领时代法治建设的工作布局,从过程角度来看,是指坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进。其中,依法治国是中国共产党领导中国人民治理国家的基本方略,依法执政是中国共产党执政的基本方式,依法行政是现代法治政府行使权力的基本准则。从目标导向来看,是指坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。其中,法治国家是法治建设的目标,法治政府是法治国家建设的重点任务和主体工程,法治社会是法治国家建设的基础。

二、法治政府是建设法治国家的重点

一个现代化国家必然是一个法治国家。有“法制”,不等于有“法治”:法制强调“一切皆有法式”;而法治是使人们服从规则治理的事业,既强调已经颁布的法律获得普遍的服从,又强调人们服从的法律本身是制定良好的法律。奴隶制时期的代表性法典--《汉谟拉比法典》和封建制时期的代表性法典--《唐律疏议》,内容都比较完备,但那时的“以法治国”不能称为“法治”。只有人民主权、基本人权、权力制约理念充分普及的时代,才有法治可言。

推进全面依法治国，法治政府要率先突破。法治政府对法治国家和法治社会建设具有示范带动作用。而且，从2004年《全面推进依法行政实施纲要》颁布以来，依法行政、建设法治政府一直是将权力纳入法治轨道的中心任务，先后得到2008年《国务院关于加强市县依法行政的决定》、2010年《国务院关于加强法治政府建设的意见》和《法治政府建设实施纲要（2015-2020年）》《法治政府建设规划（2021-2025年）》等法治规划的确认。

建设法治政府，即用法治给行政权力定规矩、划界限。它意味着：（1）依法全面履行政府职能；（2）规范行政决策程序；（3）强化对行政权力的制约和监督；（4）全面推进政务公开；（5）建立健全行政纠纷解决体系。

一个重点问题：中国法律体系。（1）从横向上看，形成宪法相关法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七大法律部门；（2）从纵向上看，大致形成“宪法——法律——行政法规——地方性法规——地方政府规章”的金字塔体系。然而，由于中国立法主体的多样性，国家最高监察机关、最高审判机关、最高检察机关都拥有一定立法权，造成法律适用的复杂性。引发出一系列问题：行政机关能否适用监察法规、司法解释？或者，监察机关、审判机关、检察机关能否适用政府规章？而且，不同类别的法律规范之间效力关系，也不能一概而论，需要结合《立法法》的法律适用规定来厘清，参见图示。

三、行政法治的具体实现：以河南省为例

行政法治的实现，既需要统一规划，更需要地方因地制宜的实践。河南版的“1+2+1”法治规划，是具体的行政法治实现的一个例证。《河南省法治政府建设实施方案（2021-2025年）》具有三个特征：遵循上位法、因地制宜、强调制度匹配。

与《河南省法治政府建设实施方案（2021-2025年）》相匹配的《法治河南（法治政府）建设考核方案》强调以法治政府建设指标体系为抓手，推进法治河南、法治政府建设。从实践意义上讲，法治政府建设指标体系具有以下功能（1）提供法治政府建设测度的科学工具；（2）推动正式制度的全面有效实施；（3）倒逼法治河南、法治政府、法治社会一体建设；（4）为分步有序推进法治中国建设提供地方经验。

河南省的法治政府建设考核方案确立“1+1+N”的考核指标，第一个“1”是指加强中国共产党的全面统一领导；第二个“1”是各级各类考核对象应当履行的共同职责，主要有三个方面：（1）完善权力监督体制机制，强化对权力的制约监督；（2）依法有效化解社会矛盾纠纷，不断促进社会公平正义；（3）提升国家机关工作人员法治思维和法治水平。“N”是指根据考核对象的性质不同，从“依法执政”“科学立法”“法治政府建设”“公正司法”“法治社会建设”五个系统进行考核。此外，还要注意

几个细节问题：（1）考核组织：职能考核与社会公众评价相结合，统一组织、分级分类考核、条块结合；（2）考核方式：日常评价、督察评价、集中评查、网络检索、实地考核、满意度调查（第三方评估、社情民意收集）；（3）考核辅助：根据奖惩通报、新闻媒体曝光、网络检索等情况，对考核对象进行加减分评定；（4）实施机制：认定机制、抄送机制、奖惩机制。

四、初步的结论

第一，新时达的法治建设要“顶层设计”和“基层探索”功能互补、功效衔接；第二，法治政府建设是法治国家建设的重点任务和主体工程，要率先突破；第三，守法即合宪，依法而为即是实施宪法。

俄罗斯犯罪论体系原论及对我国镜鉴

庞冬梅

河南大学法学院教授

内容提要：中国刑法学界一般在刑法总论探讨犯罪论体系建构问题，即定罪模式合目的性的考察与路径抉择。俄罗斯学界则通常在刑法分论探讨定罪问题，即所实施的具体社会危害行为与现行刑事立法所规定的犯罪构成之间合致性（符合性）的认定。根据俄学界通说，定罪意指利用概念、判断、推理等逻辑思维方式对所实施犯罪之法律本质的认知过程，即以演绎推理的方法论路径为依托进行判断和选择，其大前提的功能当是通过对特定犯罪的立法规定（即具体罪名的立法模式）的判断得以实现，而小前提的作用则是通过对现实中所实施行为之法律特征的判断予以发挥。相应地，定罪分为这样四个阶段：**a.** 现实行为拟对应犯罪构成（罪名）之刑法规范的确定；**b.** 特定社会危害行为具有法律意义的要件与拟适用的刑法规范所规定犯罪构成要件之间合致性（符合性）的认定，即形式违法性的查明；**c.** 以既定程序对前述合致性的认定予以固定，即须对阻却违法与责任的法定事由予以排除；**d.** 定罪的最后阶段，依既定程序对现实社会危害行为具有法律意义的要件与刑法规范所规定的特定犯罪构成要件之间的符合性予以最终确认。简言之，俄罗斯犯罪论体系构建的整体路径（定罪模式）可以概括为：行为 \Rightarrow 行为符合犯罪构成（形式违法性——指对刑法总则与分则规范的违反）的认定 \Rightarrow 实质违法性的确认（排除阻却违法与责任的法定事由） \Rightarrow 证成。与此同时，任何特定犯罪行为的定性均须以遵守作为普遍规则适用的本源性理念作为支撑，即定罪须遵循客观性、真实性、准确性、完整性四大基本原则。我国刑法学界对俄罗斯犯罪论体系（定罪机制）缺乏应有的认知，通常将德国“犯罪论体系”（构成要件符合性、违法性、有责性）与俄罗斯“犯罪构成理论体系”相提并论，并因此而将移植于苏联的中国传统犯罪构成理论体系与德、日“三阶层”犯罪论体系置于同一层面进行比较。然而，基于错误认知进行的比较研究，所得出的结论必然谬之千里。

关键词：犯罪构成理论体系；犯罪论体系；定罪模式；定罪原理

一、问题的提出

著名比较法学家勒内·达维德曾言：“对不同地区的法制进行比较，其历史同法学本身同样古老。”¹刑法学比较“不仅仅是不同国家之间刑法条文的比较，而且是思想观点的比较，由此启迪我们的思路，在比较中发现真理、论证真理并且发展真理。”²中国学界一般在刑法总论部分探讨犯罪论体系问题，即定罪模式构建合目的性的研

¹[法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第7页。

²陈兴良：《刑法哲学》（下），中国政法大学出版社2004年版，第864页。

讨。几十年以来，我国刑法学者对于域外犯罪论体系的考察与借鉴，一直各说自话，甚至关键问题的讨论也并非在同一层面予以展开。这里最值得关注的是，国内多数学者将德、日为代表的大陆法系“犯罪论体系”同移植于苏联刑法的“犯罪构成理论体系”混为一谈，并且把这两个处于不同层级的理论体系强置于同一层面进行比较法视角的“科研”与“创新”。然而，根基错乱的理论假设必然导致学界认知领域的混沌不清，其得出的结论当然会倍受质疑。基于此，各国犯罪论体系比较研究的前提，当是厘清我国刑法学语境中的“大陆法系犯罪论体系”、俄罗斯“犯罪构成理论体系”及其所归属的“犯罪论体系”（即俄刑法语境中的“定罪机制”）之内涵要旨。

（一）德国“构成要件理论”与“犯罪论体系”的内涵要旨。“Tatbestand”（犯罪构成、构成要件）这一术语，源于中世纪（16至17世纪）完全程序意义上使用的“Corpus delicti”（基础、犯罪的本质、构架、犯罪构成）。¹根据俄学者考证，Corpus delicti最初由意大利刑法学者法利那休斯(Farinacius)在其所著的《Variae quaestiones et communes opiniones》（1591年）正式引入刑法概念范畴，²是被作为“表示已被证明的犯罪事实的东西来使用的”。³18世纪末至19世纪初，因当时刑法的积极法典化和刑法分则立法体例的出现，开始赋予这一术语以刑事实体法意义。⁴德国刑法学者最先将“Corpus delicti”译成“Tatbestand”，并将其用来表示犯罪的必要客观要件的总和。⁵此后，诸多德国刑法学者开始更宽泛地解释“Tatbestand”的内容，将犯罪行为的所有必要的客观要件和主观要件都包括进来。⁶申言之，“Tatbestand”（“构成要件”或“犯罪构成”）在19世纪引入德国之后，出现如下两个学术流派：

其一，受康德哲学所主张的“内部与外部、主观与客观之间的二元对立”思想的

¹См.: Кистяковский А.Ф. *Элементарный учебник общего права*. Т. 1. Общая часть. – Киев. 1875. С. 59.

²См.: Спасович В. *Учебник уголовного права*. Т. 1. СПб., 1863. С. 89; Кругликов Л. Л. *Этапы становления учения о составе преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке...* С. 122–127.

³何秉松、科米萨拉夫、科罗别耶夫等：《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》，法律出版社2008年版，第212页。

⁴См.: Пионтковский А.А. *Курс советского уголовного права: Преступление*. В 6-ти томах: Часть общая. Т. 2 / Пионтковский А.А.; Редкол.: Пионтковский А.А., Ромашкин П.С., Чхиквадзе В.М. - М.: Наука, 1970. С. 106.

⁵认为“Tatbestand”是纯客观要件的学者，多是康德哲学的追随者，认为主观与客观是完全对立的，因此，将犯罪的主观属性完全排除在“Tatbestand”之外。参见何秉松、科米萨拉夫、科罗别耶夫等：《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》，法律出版社2008年版，第4页。

⁶德国持此种立场的代表学者是著名刑法学家贝尔纳(Berner A.F.)，他是黑格尔哲学的追随者，该哲学承认主、客观相统一的立场，因此，贝尔纳将行为的客观属性（作为、不作为）和主观属性（行为人的罪过）都归入到Tatbestand。这里需要指出的是，贝尔纳的《刑法教科书》（总论与分论）由俄国学者涅克留多夫(Неклюдов)从德文译成俄文，并于1865年在当时的俄国正式出版发行。此本教科书对俄罗斯犯罪构成理论的形成与发展产生了非常重要的影响。这也从一个侧面反映出俄犯罪构成理论坚持主、客观相统一立场的来源所在。См.: Бернер А.Ф., Прим.: Неклюдов Н.: *Учебник уголовного права. Часть общая. Части общая и особенная. С примечаниями, приложениями и дополнениями по истории русского права и законодательству положительному*. Т. 1 / Бернер А.Ф.; Прим.: Неклюдов Н. - С.-Пб.: Тип. Н. Тиблена и комп., 1865. - 940 с.

影响，形成了主、客观相分离的 Tatbestan 理论。¹当时的著名刑法学者保罗·约翰·安塞姆里特·冯·费尔巴哈深受康德哲学思想的影响，将 Tatbestan 仅界定为犯罪行为的客观要件，而把主观属性（罪过）置于犯罪构成之外，将其看作是与 Tatbestan 相并列的、追究刑事责任的独立条件。之后，德国刑法学家施鸠别尔（G. Shtubel）、贝林（E. Beling）继承和发展了费氏的犯罪构成（构成要件）学说，认为 Tatbestan（犯罪构成、构成要件）是由纯客观要素构成，将主观要素与 Tatbestan 相分离，²据此构建了我国刑法学界所熟知的“构成要件符合性、违法性和有责性”的德国三阶层犯罪论体系。在此犯罪论体系中，Tatbestan（犯罪构成、构成要件）仅指第一阶层中的客观方面要素。

其二，受黑格尔哲学内部和外部相统一的辩证法思想的影响，构建了主、客观相统一的 Tatbestan 理论。黑格尔哲学从对立统一的辩证观点出发，认为内部因素与外部因素之间、主观因素与客观因素之间，既对立又统一，从而构成一个统一整体。黑格尔哲学中“主、客观相统一”的思想逐渐为德国法学界所重视，并于 19 世纪 30 年代正式引入 Tatbestan 概念的界定范畴。³以德国刑法学家贝尔纳（A. F. Berner）、凯斯特林（R. Kestlin）为代表的黑格尔刑法学派，将 Tatbestan（犯罪构成、构成要件）界定为“主观要件与客观要件的统一整体”，⁴据此，将行为人的罪过内容纳入到犯罪构成（构成要件）学说之内。⁵

此为我国刑法语境中德国“Tatbestan”（“构成要件”或“犯罪构成”⁶）理论的术语来源与内涵。也就是说，“Tatbestan”（“构成要件”）只是所谓的德国“三阶层犯罪论体系”（构成要件符合性、违法性、有责性）中第一个阶层中“**构成要件符合性**”认定中的一个**构成要素**，而非整个逻辑判断体系。⁷

¹См.: Козлихин И.Ю. *История политических и правовых учений. Новое время: от Макиавелли до Канта. Курс лекций.* СПб., 2001. С. 337; Пионтковский А.А. *Учение Гегеля о праве и государстве и его уголовно-правовая теория.* М., 1963. С. 226.

²См.: Пионтковский А.А. *Указ. соч.* С. 226-227, его же. *Учение о преступлении.* М., 1961. С. 129; Трайнин А.Н. *Указ. соч.* С. 20; Ковале М.И. *Понятие и признаки преступления и их значения для квалификации.* Свердловск, 1977. С. 63.

³См.: Фельдштейн Г.С. *Главные течения в истории науки уголовного права России.* М., 2003. С. 445.

⁴См.: Пионтковский А.А. *Курс советского уголовного права: Преступление.* В 6-ти томах: Часть общая. Т. 2 / Пионтковский А.А.; Редкол.: Пионтковский А.А., Ромашкин П.С., Чхиквадзе В.М. - М.: Наука, 1970. С. 223.

⁵См.: Пионтковский А.А. *Курс советского уголовного права: Преступление.* В 6-ти томах: Часть общая. Т. 2 / Пионтковский А.А.; Редкол.: Пионтковский А.А., Ромашкин П.С., Чхиквадзе В.М. - М.: Наука, 1970. С. 227.

⁶中译本的德国刑法学文献也有将“Tatbestan”直接译成“犯罪构成”的，比如，李斯特的《德国刑法教科书》的中译本即认为“犯罪是符合犯罪构成的，违法的和有责的行为”。参见[德]李斯特著、施密特修订的《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 169 页。

⁷即使是在“四阶层犯罪论体系”中也是如此，比如：“由于犯罪是由行为、构成要件该当性、违法性、有责性（责任）等四要素所构成，故根据一定之原理而将此等要素组织化之成果，即称为犯罪论体系”（参见陈子平：《刑法总论》（第 2 版），台湾元照出版公司 2008 年版，第 103 页，转引自周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社 2009 年版，第 2 页），由此可见，犯罪构成（构成要件）是此说所列四要素之一的“构成要件该当性”中的“构成要件”要素。

(二) 俄罗斯刑法中的“犯罪构成理论体系”与“犯罪论体系”的实然内涵。19世纪中叶，俄国刑法学者将 Tatbestan 从德国引入到俄刑法学术语中，这个词被译成俄语“состав преступления”（苏联时期引入中国，译成“犯罪构成”）。这里应当指出的是，德国 Tatbestan 理论（犯罪构成、构成要件）的前述所列的两个分支，均由留德的俄国学者悉数引入到当时的俄罗斯帝国。但是，由于康德的主、客观相分离的“二元论”哲学思想在当时的俄国并未得到刑法学界的青睐，因此，俄多数刑法学者均以黑格尔的对立统一的辩证法思想为哲学基础，构建犯罪构成（Tatbestan）学说，即认为犯罪构成是“主观要件和客观要件的总和”。¹苏联时期刑法学的建构，是以马克思列宁主义的辩证唯物主义思想为哲学基础的，而马克思和恩格斯正是以黑格尔的辩证法为基础而创造的辩证唯物主义哲学。因此，这一时期的犯罪构成（Tatbestan）学说依然是按照主、客观相统一的路径承继发展的。苏联解体后，俄罗斯联邦刑法界延续了帝俄和苏俄时代的犯罪构成理论建构模式，即认为犯罪构成是主、客观要件的整体。²

Tatbestan 在俄罗斯刑法学说中被广义地解释为一定数量的必要客观要件与主观要件，不能增加，亦不能减少。³根据俄罗斯刑法学通说立场，犯罪构成是刑事法律所规定的并将危害行为认定为犯罪的客观要件与主观要件的总和（系统），即犯罪构成是具体犯罪在立法上的根据。目前，俄学界普遍认为，作为特定系统的犯罪是由四个同等必要的要件构成，即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面，与此同时，这四个要件项下又分别涵盖着各自特定的子要件（或子系统）。⁴此为俄罗斯刑法中的“犯罪构成理论体系”的由来及其内涵要旨。

根据俄学界普遍立场，犯罪构成(состав преступления)对定罪(квалификация преступления)具有原则性意义。俄刑法中的定罪模式，是以现实生活中实施的社会危害行为与现行刑事立法中规定的相应犯罪构成相比照，其既定程序为：第一步，通过比照所实施行为的实际情况，来确定拟适用刑法规范的范畴；第二步，若该行为符合某个特定犯罪构成，则意味着其具有形式上的违法性，即进入下阶段的判断；第三步，对具有“形式违法性”的行为进行实质性的判断，即若该行为具备某种阻却违法或责任的法定事由，则排除行为的实质违法性；若无，则进入下个阶段——生成判决。

¹См.: Бердяев Н.А. *Русская идея. Судьба России*. М., 1997. С. 63; Наумов А.В. Указ. соч. С. 19; Коробеев А.И., Лун Чанхай. *Состав преступления в доктрине уголовного права Китая и России: компаративное исследование*: монография. – Москва: Проспект, 2003. С.17.

² Коробеев А.И., Лун Чанхай. *Состав преступления в доктрине уголовного права Китая и России: компаративное исследование*: монография. – Москва: Проспект, 2003. С.18-19.

³ Коробеев А.И., Лун Чанхай. *Состав преступления в доктрине уголовного права Китая и России: компаративное исследование*: монография. – Москва: Проспект, 2003. С.7,16.

⁴См.: *Курс уголовного права. Том 2. Общая часть. Учение о преступлении* / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: ИКД "Зерцало-М", 2002. Глава VI.

由此可见，俄罗斯学界所探讨的“定罪模式”，相当于我国学界所称的狭义“犯罪论体系”，¹而犯罪构成只是此犯罪论体系（定罪）中的构成要素。

俄罗斯现行刑法第3条明确规定了法制原则（即我国刑法中的罪刑法定原则），其实质内涵当是严格遵守每一条立法规范，为此应当具备这样两个条件：其一，必须正确理解通过各本条规范的目的，并基于规范在刑法中所处位置而对规范进行准确释义；其二，必须对规范适用所应具备的一切必要的先决条件予以确认，以便使某一特定案件完全符合其规范特征。²根据俄学界立场，“法规范适用”的概念应当依次涵盖这样一系列程式：分析案件事实情况⇒选择（检索）相关规范⇒确证载有所需规范的法源文本的正确性（真实性）及其效力⇒规范释义⇒作出决定并发布载有该决定的法律文书。³在法规范适用过程中，违法行为的定性是重中之重，其承载着前述所列各项程式化的体系性功能。在刑法规范适用过程中，定罪当属“刑事法律适用的中间阶段，它是法律职业者确定犯罪事件存在之初步工作的启动者，同时也是生活与枯燥的法律公式之间的链接者。不法情状与法律条文内容之间合致性的认定，反过来又决定着刑罚的种类和相应措施的适用。”⁴因此，涵盖定罪要素在内的不法行为定性（定罪）问题的合目的性解决，是各国执法机关和刑法学界所共同面临的最重要任务。本文拟解决的核心问题，即是厘清俄罗斯犯罪论体系所内含的定罪原理，以便为我国犯罪论体系的合理构建提供些许启发和借鉴。

二、俄罗斯刑法学界关于定罪概念和定罪模式的相关论争

俄国学者对于定罪问题的研究，始于俄罗斯帝国时代，但彼时的研究并未触及该问题的实质内涵。⁵苏联时期有关定罪问题的第一本专著，是著名刑法学家盖尔采宗（А.А.Герцензон）于1947年出版的《定罪》一书。盖氏在此论著中将定罪界定为“已知具体行为与刑法所规定的某个犯罪构成的要件之间符合性的认定”；⁶彼时，另一位研究定罪理论的刑法学家库德里亚夫采夫（В.Н. Кудрявцев）院士认为，定罪是“所

¹广义的犯罪论体系，包括“犯罪概念、犯罪成立条件、犯罪的特殊形态（共犯、未完成犯罪、罪数）等。但在犯罪论体系中，最为核心的问题是犯罪成立条件……在很多情况下，对于犯罪论体系的讨论，实际上是对犯罪成立的一般条件的研讨……本书所研讨的犯罪论体系问题，主要限定在犯罪成立条件的范围内。”因此，本文将后者称之为狭义的犯罪论体系，这也是中国学界的共识。参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第2页。

²См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 1.

³См.: Ткаченко Ю. Г. *Нормы социалистического права и их применение*. М., 1955; Алексеев С. С. *Общая теория права*. Т. 2. М., 1982. С. 230.

⁴*Судопроизводство у мирового судьи по уголовным делам* / под ред. В. Н. Ткачева и Ю. А. Ляхова. Ростов на/Д, 2002. С. 205.

⁵См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 4.

⁶Герцензон А.А. *Квалификация преступлений*. М., 1947.

实施行为的要件与刑法规范所规定的犯罪构成要件之间完全相符合的认定和法律固定”，¹这里的法律固定，意指执法活动领域关于前述符合性认定在法律上的确认。

当代俄罗斯联邦刑法学界在刑法分论部分进行犯罪论体系（定罪模式）的探讨，通常将定罪（*квалификация преступлений*）界定为：所实施具体社会危害行为的构成与刑法典规范罪状规定要件所构建之犯罪构成之间相符合的认定。²这里的罪状，既指刑法分则规范，也涵盖刑法总则规范。与此同时，也有俄国学者在定罪概念的界定上，完全割裂刑法总则与分则之间的相互联系，认为“定罪是分则条文的适用，是所实施的社会危害行为的要件与刑法分则某个条文所规定特定犯罪的要件之间符合性的认定”。³但是，俄绝大多数学者指出，在定罪过程中仅适用分则规范的做法是错误的，因为各特定犯罪的构成要件既涵盖于分则规范中，同时也存在于刑法总则规范之内。在揭示定罪概念内涵时，应当特别关注的问题，是如何正确理解“刑法规范中所规定的犯罪构成要件”：首先，不能将这里的“刑法规范”等同于刑法分则条文，因为为了避免不必要的重复，分则条文通常并不规定已知犯罪构成的某些必要要件，比如刑事责任年龄、刑事责任能力以及故意或过失等主观方面内容；其次，诸如犯罪预备、犯罪未遂等故意犯罪停止形态以及共犯制度，均作为所有犯罪的通用要件集中规定于刑法总则，因此，“在对行为进行定罪时，应当准确地指出以各种不同方式对既定犯罪构成要件予以规定的总则和分则条文”。⁴申言之，俄罗斯定罪模式中“违法性”所指向的规范对象，同时包含刑法分则规范和总则规范的相关内容，并非仅指分则罪状所涵盖的构成要件。

毋庸置疑，定罪是刑法规范适用过程中的中心环节。任何科学认识的构建都不可能是空穴来风，因此，对于现实犯罪行为法律本质的认识过程（定罪）必须基于若干先决条件。正如对于国际象棋比赛的目的和规则的阐释，并非象棋比赛本身一样，为正确定罪创设必要条件也并不是定罪本身所涵盖的内容。基于此，列维兹其（Г. А. Левицкий）认为，正确定罪的前提应当包含这样三方面内容：其一，全面、完整、客观地认定案件的所有事实情况，包括犯罪事件（时间、地点、行为方式等）、被告人的主观罪过和犯罪动机、影响责任性质和程度的情况，以及体现犯罪人人身特性的情状、造成损害的性质和程度；其二，准确确定实施该行为的所有事实情状的法律意义

¹Кудрявцев В.Н. *Общая теория квалификации преступлений*, М., «Юридическая литература», 1972. С. 9.

²其俄文表述为：Квалификация преступлений - это установление соответствия состава совершенного конкретного общественно опасного деяния составу преступления, признаки которого обобщенно описаны в диспозициях норм Кодекса. См.: *Курс уголовного права в пяти томах*. Том 3. Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комисарова. М.: Зерцало, 2002.

³Пикуров Н. И. *Квалификация преступлений при бланкетной форме диспозиции уголовного закона*. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 9.

⁴Наумов А. В. *Российское уголовное право. Общая часть. Курс лекций*. М... 1999. С. 153.

和犯罪人的身份特征；其三，正确选择刑法规范并对规范内容和含义进行阐释。¹

诚然，正确定罪的先决条件（前提），应当是先于定罪过程而进行的前置活动，其中应当包括对于那些具有法律意义的犯罪实施事实情况的评估，以及寻找适当的刑法规范并阐释其内容与含义。正如库德里亚夫采夫院士所言，“对于定罪而言，首先必须正确认定案件的事实情况、阐明相应刑法规范的内涵及其法律效力等问题。在定罪过程中，这些事实情况将被反复评估和阐释。但是，我们认为，前述所列活动本身并不构成定罪过程的内容，而只是为其创造必要的前提（条件），以确保法律的正确适用”。²换言之，只有在对于正确定罪起着前提作用的前置活动结束之时，定罪过程才正式开启。

定罪是一个特定的逻辑判断过程，同时也是一个认知过程。它是基于相应的信息基础、遵循一定规律并随着时间的推移而发生的，因此，可以将定罪过程划分成若干阶段。俄学界在定罪过程划分的阶段数量及各阶段所涵盖的实质内容方面是存在争议的，其中包括六阶段说、四阶段说和三阶段说。

（1）六阶段说。库德里亚夫采夫院士将定罪过程依次划分为这样六个阶段：**a.**立案阶段（对该行为进行初步的刑事法律评价）；**b.**确定行为人为被告人阶段；**c.**审查起诉书中对于行为的定性阶段；**d.**向法院提交审查起诉书阶段；**e.**法庭审理阶段；**f.**被告人上诉或检察机关抗诉阶段。³针对库氏的前述主张，俄学界提出质疑认为，刑事诉讼过程中，虽然各个阶段呈现各自的特殊属性，但其中任何一个阶段的定罪活动均具有共同的特征和规律，因此，用刑事诉讼阶段的概念替代定罪阶段概念的做法，很难被认为是合理的。⁴

（2）四阶段说。此说的代表学者是列兹斯基（Г.А. Левицкий），他将定罪过程划分为这样四个阶段：“**a.**确定体现所实施行为和犯罪人人身特征的主、客观要件的法律意义；**b.**选择此种情形下规定相应犯罪构成的刑法规范并阐明犯罪构成要件的实质内涵（即法律解释）；**c.**确定所实施行为的要件与特定犯罪构成的要件之间具有合致性；**d.**在相应的程序文本中固定这一结论”。⁵不难发现，在列氏的定罪阶段中，不仅包含定罪过程本身，而且也涵盖着对正确定罪起着先决条件作用的前置活动。

在定罪理论方面持四阶段说的代表学者还有拉罗格教授（А.И. Рарог），他所提出的定罪模式在当代俄罗斯刑法界占通说地位。有关此说的具体内容下文详述，此不赘

¹См.: Левицкий Г. А. *Указ. раб.* С. 15–18.

²Кудрявцев В. Я. *Указ. раб.* С. 13.

³См.: Бурчак Ф. Г. *Квалификация преступлений*. Киев, 1983. С. 18.

⁴См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 13.

⁵См.: Левицкий Г. А. *Указ. раб.* С. 11.

述。

(3) 三阶段说。根据库里诺夫(Б.А. Куринов)的主张,“定罪过程由三个阶段构成:首先,揭示行为所具有的最普遍特征,即确定违法类型。在这个阶段,执法人员应当确定在该具体事件中是否有犯罪要件的存在,或者该行为仅构成一般违法。如果发现刑事法律关系的存在,即在行为人的行为中具备犯罪要件,则此时的定罪过程进入第二阶段:在该阶段,应当查明犯罪行为的种属要件,即需要确定刑法典哪一章涵盖了所涉犯罪……第三阶段需要阐明和比较行为所涉及的具体犯罪构成要件,即确定行为所触犯的刑法具体条文:是基本犯罪构成,还是具有加重责任的犯罪构成”。¹

库里诺夫对于定罪阶段的划分,显然有别于前述库德里亚夫采夫院士的主张,即没有将定罪过程与刑事诉讼阶段相混淆。然而,他提出的有关违法行为类型判断阶段(即法律关系类型的认定阶段)的划分,则未必是有根据的,因为在没有具体法规范作为参照的情况下认定法律关系类型,原则上是不可能实现的,即刑事法律关系不可能独立其规范基础而存在,而行为在缺失其类别属性的情况下也不可能被认定为犯罪。

三、俄罗斯犯罪论体系建构(定罪模式)的通说立场

以俄罗斯当代著名刑法学家拉罗格(А.И. Рарог)教授为代表的学者,²在总结历代学者定罪理论精髓的基础上,结合当代俄刑事司法实践,提出了较为合理的定罪范式,将定罪过程区分为以下四个阶段:

第一阶段:根据已知行为的特征属性,确定规定相应犯罪构成的刑法规范(范畴)。此阶段应当确定拟适用的规范是否仍然生效、是否被废除或修订,以及解决刑法溯及力等相关问题。³

第二阶段:认定特定社会危害行为具有法律意义的要件与相应刑法规范所规定的犯罪构成要件之间的合致性(符合性)。基于前述行为与特定规范之间的符合性,便可得出该刑法规范在形式上被违反的结论,即形式违法性得以证成。

第三阶段:以既定的程序形式对前述所识别的构成要件符合性予以固定。拉罗格教授指出,定罪的必要要素应当是对追究行为人刑事责任的现实可能性进行评估,并据此认定不存在任何法律障碍。申言之,定罪的第三阶段应当解决的问题,是应当查明是否存在免于刑事追诉的法定事由。这些法定事由包括:因情节显著轻微而不认为

¹Куриное Б. А. Указ. раб. С. 56-57.

²См. Есаков Г.А., Рарог А.И., Чучаев А.И., Отв. ред.: Рарог А.И.: *Настольная книга судьи по уголовным делам*. - Москва: Проспект, 2007. 576 с; *Курс уголовного права в пяти томах*. Том 3. Особенная часть / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комисарова. М.: Зерцало, 2002.

³*Российское уголовное право. Курс лекций*. Т. 111. С. 18.

是犯罪的情况（《俄罗斯联邦刑法典》第 14 条第 2 款¹）；排除行为犯罪性的情况（第 37-42 条规定的正当防卫、拘捕犯罪人造成损害、紧急避险、身体或心理受到强制、合理风险、执行命令或指令）；不可罚的犯罪中止（第 31 条²）；不可罚的犯罪预备（第 30 条第 2 款）；《俄罗斯联邦刑法典》分则某些特定条文“附注”中规定的免除刑事责任的法定情形。³如果确定存在前述所列的其中任何一种出罪的法定事由，则定罪进程终止。换言之，定罪的第三阶段的主要任务是评估已知行为的实质违法性：若存在法定事由，则出罪；若无，则进入定罪的最后一个阶段。

第四阶段：以既定的程序形式对现实社会危害行为具有法律意义的要件与刑法规范所规定的特定犯罪构成的要件之间相符合的最终确认。

根据俄学界与司法实务界的通说立场，在刑事诉讼的每个阶段，定罪模式都有其独有的特征和程序形式。换言之，作为伴随着逻辑判断之认知过程的定罪（行为定性），发生在刑事诉讼的各个阶段。在立案阶段，应当确定提起公诉所依据的现行刑法的具体条款。此阶段的定罪具有初步性、方向性和推测性，因为此时的侦查机关所掌握的据以正确定罪所需的事实情况还很少。从严格意义上讲，这还谈不上真正的定罪过程，而只是对所实施社会危害行为法律属性的初步确定。

在初步调查阶段（即我国刑事法语境中的刑事侦查和审查起诉阶段），需历经这样两次定罪流程：一是将嫌疑人确定为被告人过程中的定罪活动；二是形成和出具起诉意见书过程中的定罪活动。在确定被告人身份阶段，刑侦部门较立案阶段掌握了更为全面的犯罪实施的实际情况，他们已经收集了用以指控行为人实施犯罪的较为充分证据，因此，此时的定罪尽管仍然带有初步定罪的性质，可能会在进一步侦查过程中予以明确或修正。但此阶段定罪活动所依据的证据材料则更为充分。起诉意见书的内容，是刑侦人员和检察官根据案件调查期间确定的所有事实情况进行充分分析和论证而形成的，此时所得出的定罪结论已不再是近似的、假设性的，而是初步调查阶段所得出的最终裁判。起诉意见书所体现的定罪较之此前确定被告人身份阶段更具稳定性，同时也为审判阶段的定罪活动框定了特定范畴。

定罪的终局阶段，是法院根据法庭审判作出的有罪判决中所体现的、关于特定社

¹俄现行刑法第 14 条第 1 款规定的是犯罪概念，第 2 款规定：“行为（不作为）虽然形式上含有本法典规定的某一行为的要件，但由于情节显著轻微而不具有社会危害性的，不是犯罪”。См.: Уголовный кодекс Российской Федерации. <http://oukrf.ru/st14>. 访问日期：2022 年 9 月 27 日。

²根据俄刑法第 31 条第 2、3 款的规定，如果行为人自愿并彻底将犯罪进行到底，并且其所实施的行为不含有其他犯罪构成的，则不承担刑事责任。См.: Уголовный кодекс Российской Федерации. <http://oukrf.ru/st31>. 访问日期：2022 年 9 月 27 日。

³比如，《俄罗斯联邦刑法典》第 127-1 条“贩卖人口罪”的“附注 1”规定：“初次实施本条第 1 款或第 2 款第（1）项所规定行为的人，主动释放被害人并协助揭露所实施犯罪的，如果其行为不含有其他犯罪构成，可免除刑事责任”。См.: Уголовный кодекс Российской Федерации. <http://oukrf.ru/st127.1>. 访问日期：2022 年 9 月 27 日。

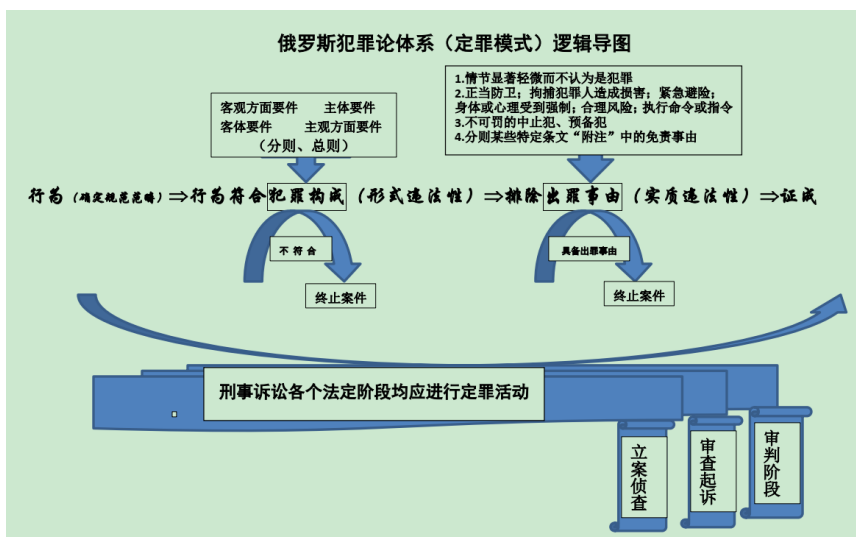
会危害行为的刑事法律评价。“法院判决书中所体现的定罪，是调查机关、检察院和法院工作的结果”，¹因此，“法院的定罪区别于之前各个阶段所进行的定罪活动，其得出的定罪结论在判决生效后具有稳定性的属性”。²换言之，在刑事案件的初步调查和法庭审理过程中得出的定罪结论，其评估过程以有罪判决的作出而结束。法院在有罪判决中的定罪结论，在其生效之后便是终局性的和无可争议的，对于政府当局和地方自治机关、公职人员和其他公民来说都具有强制属性。但是，判决生效前的法庭审理过程却并非终局性的，其所得出的定罪结论也不是最终的和不可变更的，因为根据俄刑法的规定，针对尚未生效的法院判决可以提起上诉或抗诉，只有一审判决已经生效或上诉、抗诉案件审结后作出的判决生效之时，定罪的过程方可终结。

诚然，法院判决生效之后，检察院以及被判刑人及其辩护人、法定代理人还可以通过审判监督程序提请对已决案件进行重审，并且审判监督程序有权变更判决内容，其中包括变更已知行为的定性（定罪）。但是，根据俄刑法界多数人的立场，法院通过审判监督程序所作出的刑事法律评价，不能归属于定罪的独立阶段，因为通过审判监督程序提交的告诉并不必然会启动对案件的复审程序（即这种申诉可能被拒绝），因此对判决的监督复审并不是刑事诉讼的一个强制性阶段。

综上，根据俄刑法界通说，定罪活动反复发生于刑事诉讼过程中的各个阶段，其始于刑事案件的立案阶段，历经审查起诉阶段，终结于审判阶段有罪判决的正式生效。尽管每个诉讼阶段的定罪活动都有其独有的特征和属性，但各阶段定罪活动所遵循的逻辑规律和认知模式均体现为同样的流程，即根据形式逻辑规律（这里指演绎推理），首先根据所掌握的案件事实情况在现行刑事立法规定中选择适当的刑法规范（大前提）；接下来判断所实施行为的要件特征与前述所选择刑法规范所规定的要件之间是否相符合（小前提）；如果相符合，则得出行为具有形式违法性。至此，定罪的认识过程并没有结束，而是进入到下一阶段——评估已知行为的实质违法性，即审查行为是否具备俄现行刑事立法所明文规定的排除刑事责任的法定事由；如果不具备前述所列法定事由，则得出行为构成犯罪的结论，继而判罪处刑。申言之，可以将俄刑法中的定罪模式简单概括为：行为（明确拟适用的规范）⇒行为符合犯罪构成（形式违法性：指对刑法总则与分则规范的违反）⇒实质违法性（排除刑事责任的法定事由）⇒生成判决（见下图）。

¹Кудрявцев В. Я. Указ. раб. С. 207.

²Бурчак Ф. Г. Указ. раб. С. 18.



四、俄罗斯刑法定罪模式的实现机理——定罪原则之内涵要旨

定罪理论与任何其他科学理论一样，均应以某些特定原则为基础，以确保整个认知过程的高效性和可靠性，即确定所实施社会危害行为的真正法律特征，并从刑法的角度予以评价。根据俄学界通说立场，所谓定罪原则，意指对于任何特定犯罪行为定性时所必须遵守的、作为普遍规则适用的本源性规定，涵盖客观性、真实性、准确性、完整性四大基本原则。¹

（一）客观性原则

客观性作为定罪的原则之一，其实质是根据犯罪实施的真实情况及其实际法律意义确定用以对行为进行正确定性的条件。由此得出，为了正确定罪，一方面必须确定所实施的社会危害行为的实际内容；另一方面须确定该行为所具备的实质要件，这里指具有法律意义的特征、属性。然后，正如定罪概念界定所阐述的那样，应当对表征社会危害行为法律本质的要件和具体刑法规范所规定的、用以表征特定类型犯罪特征的法律要件进行比照和确认。犯罪行为的刑事法律定性，应当建立在有关所实施社会危害行为实际内容的完整信息基础之上。必须基于这些信息厘清具有法律意义的全部事实情况，并从刑法的角度对这些情况进行评估。在此种情形下，事实(факты)源自于客观实际，而行为的法律特征(юридические признаки деяния)则源于刑法规范。

定罪理论的客观性原则，首先要求对有关犯罪行为所有情况的评估必须具备公正性、完整性和全面性的属性特征，即不仅应当对那些佐证调查内容的主要事实(通常指指控事实)进行评估，而且还必须关注那些反面情况或主要事实的其他侧面。因

¹有关定罪原则内涵的阐释参见 Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 20-31.

此，司法实践中对于拒绝满足被告人及其辩护律师所提出的核实有利于被追诉人相关证据的做法是不可接受的。¹定罪客观性实现的第二个要求，是正确选择规定已知行为责任的刑法规范，并且对其含义进行客观阐释。对此，需要对所适用的刑法规范进行正式（官方）解释和学理解释。既要援引最高司法机关的相关司法解释，也要参照类似案件的典型判例。遵循定罪客观性原则的第三个要求，是须准确且公正地对现实行为所具备的法律特征和与之相对应的立法规范所涵盖的法律要件之间的合致性（符合性）予以认定。其中，前者意指具体社会危害行为本身所固有的、通过对表征现实行为的事实数据进行逻辑分析和评估所揭示的法律特征；后者则指的是立法者所规定的、构成特定犯罪立法模式（样本）的法律要件。因此，正是犯罪行为所内含的实质内容，以及刑法针对该行为的规定范式，决定着行为自身的定性，同时这些内容和范式也正是定罪客观性原则基本内涵之所在。

（二）真实性原则

定罪的真实性原则在一定意义上可以看作是前述客观性原则的发展和结果。“为了确保定罪的真实性，首先，适用的规范必须深度符合现实、反映生活需求；其次，充分客观地认定案件的实际情况；第三，在定罪过程中不犯错误”。²刑事法律范畴内行为定性（定罪）的真实性，既是绝对的，也是相对的。定罪，在完全符合其原则和规则的情况下，刑法规范中所规定的构成要件与所认定犯罪行为的构成要件之间达到确切对应（合致性或符合性），属定罪的绝对真实。与此同时，定罪过程的相对真实，意指定罪并不体现那些尽管具有一定法律意义，但却处于犯罪构成范畴之外的大量事实情况（比如行为人的健康状况、是否单身等）。此外，定罪的相对真实性，还体现为与案件实际情况相符合的辩证性。在刑事诉讼的不同阶段，定罪范式也各不相同，但只要能够认定与基于当时积累的事实数据而得出的有关所实施犯罪的表征完全相符合，则此时的定罪就具有真实性。“随着调查进程的不断深入，进入调查人员视野的事实情况越来越多，更便于认定这些情况与特定法规范之间的符合性，从而得出行为在法律上的正确定性”。³

在刑事诉讼的各个阶段，甚至在同一诉讼阶段内，定罪内容都有可以发生变化。这并不违反定罪的真实性原则，因为定罪过程本质上就是一个动态变化的存在。“在初步调查阶段行为定性（定罪）发生变化是相当自然的现象，因为负责调查的人员随

¹比如，故意损害他人健康的被告人，在其不否认造成伤害事实的同时，提出他的伤害行为是对被害人暴力侵害行为的反击行为，并且提出对能够证实事发现场实际情况的证人进行询问的申请。如果此种情形下拒绝满足前述申请，则无论拒绝的理由如何，都会造成对定罪客观性原则的粗暴违反。

²Кудрявцев В. Н. *Теоретические основы квалификации преступлений*. М. 1963. С. 65.

³Бурчак Ф. Г. Указ. раб. С. 14.

时可能掌握大量事实情况，用以证实他之前众多推测之中某一推断的正确”。¹此类定罪发生变化的情况也可能发生于案件听证、法庭审理以及案件的上诉或抗诉阶段。如果新的定罪结论是建立在与当时所认定的犯罪行为的实际内容和法律要件完全相符合的基础之上的，就不存在违反定罪真实性原则的问题。“如果对于行为与规范之间关系的认定是正确的，便可以得出此定罪是客观真实的；若否，则定罪的结论就将是错误的”。²

特定行为具有法律意义的要件与刑法规范所规定的犯罪构成要件之间符合性的不正确认定，会导致对定罪真实性原则的技术性违反。对于真实性原则的更为严重的违反情形，则体现为执法人员依据不充足的行为定性信息而对特定行为法律性质作出结论的情况，即此结论是在没有对所实施犯罪行为具有法律意义的情况进行充分评估的情况下得出的，俄学界一般将此种定罪结论称之为对定罪真实性原则的实质违反。³

（三）准确性原则

有关定罪的准确性要求，实际上几乎所有研究此问题的俄罗斯学者都曾予以特别关注，⁴尽管之前并未正式将其上升至定罪原则的高度。犯罪行为准确性的前提，是必须对所实施社会危害行为应当适用的某条（或某几条）特定刑法规范予以严格确认。换言之，“准确定罪的前提是援引刑法分则条文……如果所援引的条文含有若干款、项，则必须明确指出该条文的相应款、项。诉讼文件中若缺少此类引证，则可以认定对已知行为的定性是不正确的”。⁵除了准确引证刑法分则条文之外，在必要的时候还应当援引“规定特定犯罪具有可罚性的预备、未遂或共犯，以及以其他方式补充和细化刑法分则规范的刑法总则相关条文（条、款、项）（此种情形下总则条文的援引只能结合分则相应条文进行）”。⁶

俄罗斯《刑事诉讼法典》的诸多条文的规定中，均明确体现定罪明确性原则的要求。然而，俄之前的司法实践中却经常违背这一原则理念。⁷此外，准确定罪，还要

¹Бурчак Ф. Г. Указ. раб. С. 17.

²Кудрявцев В.Н. *Общая теория квалификации преступлений*, М., «Юридическая литература», 1972. С. 41.

³См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 24.

⁴См.: Наумов А. В. *Российское уголовное право. Общая часть* 2-е изд. М., 1999. С. 153; Гаухман Л. Д. *Указ. раб.* С. 29, 31–34, 277; Сабитов Р. А. *Указ. раб.* С. 48; Куриное Б. А. *Указ. раб.* С. 23, 30–32; Кудрявцев В. Н. *Общая теория квалификации преступлений*. С. 9. 10 и т.д.

⁵Куриное Б. А. *Указ. раб.* С. 32.

⁶См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений : практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 10.

⁷比如，克拉斯诺亚尔斯克地区的科祖里区法院（Козульский районный суд）判处二行为人犯盗窃罪，但在裁判理由部分却没有明确指出其触犯的是俄刑法第 158 条的具体款项，并因此使该判决因不正确定罪（违反准确性原则）而被撤消。参见《俄罗斯联邦最高法院公报》1999 年，第 12 期，第 12 页。

求正确认定犯罪活动中断所处的具体停止阶段，刑事侦查机关时常违背此项要求，即他们在提交的案件材料中通常并不注明所援引的是俄刑法第 30 条的哪一具体款项（是预备、中止还是未遂？），法院因此而对相关案件进行退补侦查。¹在共同犯罪的案件中，定罪准确性原则，要求在诉讼文件中必须明确指出每个参与犯罪的行为人在犯罪实施过程中所承担的具体角色分工，²从而避免共犯量刑中畸轻畸重现象的发生。

综上所述，根据准确性原则的要求，在进行定罪的时候不仅应当准确援引分则具体规范（条、款、项），而且也要明确指出所引证的刑法总则相应规范（条、款、项）。

（四）完整性原则

俄刑法学界将完整性原则看作是正确定罪的必要前提。³遵守该原则，需要满足如下各项强制性条件：

第一，定罪时应当查明刑法分则中规定含有行为人所实施犯罪之构成要件的全部条文。这里主要指的是一行为触犯两个以上罪名的情形。⁴正如俄学者所言，“在定罪缺乏完整性，即定罪时没有适用犯罪行为实际所触犯的所有刑法规范的情况下，此时的定罪应该被认为是不正确的”。⁵

第二，定罪应当包含对于每个刑法条文所有被违反的“项”的援引。比如，以特别残忍的手段故意杀害两名怀孕妇女的行为，在定罪时应当援引俄刑法第 105 条（“故意杀人罪”）第 2 款第 4 项（“明知被害人怀孕的”）和第 5 项（“手段特别残忍的”）。若定罪涉及同一条文不同“款”规定的情况，则分两种情况处理：其一，若各款均含有独立的犯罪构成，则同时援引各款规定；⁶其二，若各款之间只是分别含有加重责

¹同上引，《公报》第 9 页。

²比如，俄罗斯联邦最高法院就曾改判过这样一个案件，即在上诉审中，俄最高法院认为一审法院对被判刑人的定罪是错误的，理由是二共犯中的其中一个共犯人并未直接参与抢劫，也没有侵入住宅，而只是为实行犯提供过交通工具和帮助掩饰、隐藏犯罪所得，因此最高院对本案帮助犯的行为进行了改判，即从一审法院所依据的《俄罗斯联邦刑法典》第 162 条第 2 款第 1、3 项改为第 33 条第 5 款（帮助犯）和第 162 条第 2 款第 3 项，而对于本案实行犯则在二审判决中排除了作为抢劫罪加重责任要件的“有预谋团伙实施”的认定。参见：《俄罗斯联邦最高法院公报》1999 年，第 7 期，第 13 页。这里需要说明的是，根据俄现行刑事立法的规定，特别共犯（团伙、有预谋团伙、有组织团伙、犯罪集团）在刑法分则中的某些罪名的罪状规定中，是以加重量刑幅度进行处罚的，并且各共犯人均认定为实行犯；只有普通共犯中的各共犯人的处罚才依照共犯处罚的一般量刑规则予以处罚。这与我国刑法中有关共犯处罚的规定是大相径庭的。

³См.: Наумов А. В. Указ. раб. С. 153; Уголовное право России. Т. 2. Особенная часть / под ред. А. Н. Игнатова и Ю. А. Красикова. С. 9; Куриное Б. А. Указ. раб. С. 22, 24, 25 и др.

⁴因俄罗斯刑法规定的罪名体系与我国刑法不同，故俄学界通说和司法实践对于吸收犯、牵连犯等普遍适用数罪并罚原则，而非我国刑法中通常适用“择一重罪处罚”。比如，在俄最高法院发布的司法典型判例中，将盗窃毒品后又保存毒品的行为认定为盗窃麻醉品罪（俄刑法第 229 条）和保存麻醉品罪（第 228 条）予以数罪并罚；将伴有抢劫等暴力行为的故意杀人行为认定为故意杀人罪与其他各罪的数罪并罚。参见《俄罗斯联邦最高法院公报》1998 年，第 7 期；《俄罗斯联邦最高法院公报》1999 年，第 4 期。

⁵Куриное Б. А. Указ. раб. С. 25.

⁶比如，俄刑法第 183 条第 1 款规定的是“非法收集商业秘密、税务秘密或银行秘密信息罪”的犯罪构成，而本条第 2-4 款规定的是另一犯罪构成（罪名）——“非法泄露或使用受托的商业秘密、税务秘密或银行秘密信息罪”。此种情形下的定罪必须援引所涉及的本条各款规定的犯罪构成（罪名）。

任构成要件或特别加重责任构成要件的，则根据规定较重法定刑的那一款予以定罪，但在所有诉讼文件的指控措词中，均应当指明行为所触犯的入罪条文相应各款规定的加重责任要件。¹

第三，如果刑法规范中规定了行为的若干选择性客观要件，则定罪时应当指明所实施犯罪行为涉及的所有要件。比如，若敲诈勒索者在其向被害人提出交付财物的不法要求时，不仅使用暴力相威胁，而且还以毁灭被害人财产相威胁，那么，在定罪时就必须依照俄刑法第 163 条第 1 款的规定，同时指出行为人实施犯罪行为时使用的前述两种威胁方式。⁽²⁾当然，根据定罪的完整性原则，这里提及的完整列举行为所涉及的所有必要要件或加重责任构成要件的要求，并非指所适用某条刑法规范中规定的所有要件，即若此规范中的要件在所实施行为中并未涉及，则不必在裁判文书中予以体现。

第四，在对犯罪行为定罪时，必须查明所涉及犯罪构成的所有必要要件，即使有些必要要件并没有被立法者直接在条文中予以具体规定，因为“无论法律中是否规定，犯罪构成的任何要件对于定罪而言，都同样重要”。³比如，《俄罗斯联邦刑法典》第 283 条规定的“泄露国家秘密罪”，⁴尽管本条并未细化规定构成本罪的罪过形式，但根据本条定罪时必须明确认定所实施行为的主观方面要件是故意还是过失。⁵同理，俄刑法第 174-1 条“自洗钱罪”的罪状中虽然没有直接规定“合法化的目的”要件，但在定罪时必须指明这一目的，其立法根据体现为二：其一，基于该条立法罪名表述中的“合法化”表述；其二，源于其相邻条文第 174 条有关他“洗钱罪”罪状中的“合法化目的”的规定。由此可见，“构成要件应当在法律中予以明确规定或者直接源于法律，并且后者需要通过对法律进行体系解释予以明确”。⁶申言之，任何情况下的“定罪都必须且充分地阐明那些根据法律规定表明特定犯罪行为法律特征的要件，

¹比如，非法侵入他人住宅盗窃数量特别巨大财物的行为，只能依照俄刑法第 158 条（“盗窃罪”）第 4 款第 2 项（“数额特别巨大的”）的规定予以定罪处罚，但此种情形下必须指明“非法侵入住宅”（本条第 2 款第 2 项）的构成要件。这里需要说明的是，俄刑法第 158 条第 1 款规定的是盗窃罪的基本犯罪构成；第 2、3 款规定具有加重责任构成要件的犯罪构成；第 4 款规定的具有特别加重责任要件之犯罪构成。此种罪状的体例安排也是俄刑法分则大多数其他罪名的立法范式。

²《俄罗斯联邦刑法典》第 163 条第 1 款规定：“敲诈勒索，即以使用暴力或以毁灭他人财产相威胁，以及以散布侮辱被害人或其亲属的材料或散布可能使被害人或其亲属的权利或合法利益受到严重损害的其他材料相威胁，要求交付其财产或财产权或实施财产性质的其他行为的……”。

³Тарарухин С. А. *Установление мотива и квалификация преступлений*. Киев, 1977. С. 55.

⁴《俄罗斯联邦刑法典》第 283 条第 1 款规定：“负责保管或因职务、工作、学习或在俄罗斯联邦立法规定的其他情况下知悉构成国家秘密的信息材料的人员泄露此种信息，致使信息为他人所占有的……”。

⁵这里需要说明的是，根据俄刑法第 24 条第 2 款的规定，“仅因过失而实施的行为，只有在分则的相应条款有专门规定时，才被认为是犯罪”。即若刑法分则罪状中没有明确规定犯罪的主观方面是过失的，则此罪既可以由故意构成，也可以由过失构成。这一点和我们国家刑法有关过失犯罪的规定正好相反：根据我国刑法第 15 条第 2 款的规定，“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”，即若法律没有规定的，只能构成故意犯罪。

⁶Кудрявцев В.Н. *Общая теория квалификации преступлений*, М., «Юридическая литература», 1972. С. 96.

并且不能遗漏其中任何一个要件”。¹

第五，定罪完整性原则的遵循，不仅包括对于行为人所违反的刑法分则所有条文的援引，也涵盖刑法总则规范的适用。根据俄学界立场，这里所说的定罪时必须适用总则规范，不仅仅指总则中有关共同犯罪和未完成犯罪的相关规定，而应当对其作广义理解，即“适用总则规范，应当理解为特定行为定罪过程中涉及到的总则所有规范……来认定、揭示具体犯罪构成的要件，尽管此情况下并不援引刑法总则的某些特定规范”。²比如，任何犯罪行为的定罪都会涉及俄刑法第 20、21、25 和 26 条有关“刑事责任年龄”、“刑事责任能力”、“犯罪故意”、“犯罪过失”的规定，但在刑事指控的措辞中并不提及这些规范，即此类总则规范在定罪中必定适用，但在法律文书中无需援引。

可见，客观性、真实性、准确性、完整性建构了俄犯罪论体系项下定罪原理的实质内涵，是定罪模式实现的内在根据。司法实践中各具体犯罪行为的定性，均须以该四项基本原则为指导，以确保定罪活动的合目的性展开与罪刑法定原则在定罪过程中的践行与坚守。

五、俄罗斯定罪模式对中国犯罪论体系建构的启示

从前述有关俄刑法中有关定罪概念的界定以及定罪模式构建原理方面的论述可以得出，定罪与犯罪构成的概念及其要件之间存在着不可分割的密切联系。犯罪构成的双重角色定位，体现于俄现行刑法第 8 条的规定，即“刑事责任的根据，是实施含有本法典所规定的犯罪构成全部要件的行为”。由此可见，犯罪构成的主要任务是构建刑事责任的根据，即只有包含犯罪构成全部要件的社会危害行为，才应为其承担刑事责任，换言之，在所实施的行为中具备犯罪构成，才依法构成刑事责任的根据。但是，因为犯罪总是很具体的，因此不可能存在为“一般犯罪”承担刑事责任，只有因某种特定犯罪行为的发生（比如，盗窃、强奸、逃税等），才能追究行为人的刑事责任。只有犯罪构成才能够成为某种特定犯罪行为定性（即定罪）的唯一工具，³而犯罪构成自身“作为模板用以对所实施的诸多行为进行多重识别，并基于此种品质而为定罪所必须”。⁴

根据俄学界通说立场，犯罪构成是刑法所规定的将社会危害行为认定为犯罪的

¹Кудрявцев В. Н. *Теоретические основы квалификации преступлений*. М. 1963. С. 105.

²Куриное Б. А. *Указ. раб.* С. 30–31.

³См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений: практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 31-32.

⁴*Судопроизводство у мирового судьи по уголовным делам*. С. 207.

客观要件和主观要件的总和。¹这里的“总和”（совокупность）并非国内学界所理解的“简单相加”，而意指“有机统一整体”（органическое единство）。²犯罪构成，对于俄刑法学界而言，是其刑法学研究领域的一个重要理论问题。与此同时，对于作为实体法律的刑法而言，则犯罪构成被视为用来认定社会危害行为的法律构造，并据此判断该行为是否构成某一刑法规范所规定之犯罪的工具（инструмент）或信息模式（информационная модель）。³犯罪构成要件，可以看作是某种犯罪本身所固有的、具有概括式法律意义的质的规定性，因此，“犯罪构成，是认定行为人实施相应犯罪所应具备的那些必要且充足的要件系统”。⁴申言之，特定犯罪构成的各要件之间，并非偶然的结合，而是一个**有机统一整体**，即缺少其中任何一个必要要件，便意味着整体犯罪构成的不复存在。虽然犯罪构成是一个统一的、不可分割的整体，但基于定罪的需要，俄学界在理论分析中将其分解为四个单独的要件系统，即分别表征犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主观方面和犯罪主体之法律特征的要件体系。⁵相应地，定罪则是法律适用主体的思维活动过程，故应当遵循形式逻辑的规律，即定罪的任务是基于演绎推理规律建构一个简单推理判断的三段论式的结论。由于犯罪构成本身是一个抽象的存在，涵盖某种犯罪的典型特征（要件），因此，相对于犯罪构成本身的判断是大前提，而对于特定具体行为的判断，则构成此逻辑判断的小前提。⁶

根据俄学界立场，上述所列犯罪构成要件只是基于法律构建的“理论方案”，是适用于各类具体犯罪行为定性的算法建构，但其并非算法本身⁷。如前所述，刑法分则条文对于相应种类犯罪的规定并不详尽，只是明确规定那些体现特定犯罪显著特

¹См.: Трайнин А. Н. *Общее учение о составе преступления*. С. 59–60; Кудрявцев В. Н. *Теоретические основы квалификации преступлений*. М., 1963. С. 78; Пионтковский А. А. *Курс советского уголовного права*. Том II. Преступление. М., 1970. С. 89; *Уголовное право России. Общая часть: учебник* / отв. ред. Б. В. Здравомыслов. М., 1996. С. 84; *Уголовное право. Общая часть* / отв. ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамова. М., 1997. С. 115; *Уголовное право. Общая и Особенная части: учебник для вузов* / под ред. Н. Г. Кадникова. С. 97; *Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник*. Изд. испр. и доп. / под ред. Л. В. Иногамовой Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чучаева. М., 2006. С. 86; Гонтарь И. Я. *Концепция состава преступления в российском уголовном праве: сложившееся понимание и перспектива дальнейшего развития* // Правоведение. 2008. № 3. С. 41–51; *Учение о составе преступления в уголовном праве России и Китая: сравнительно-правовое исследование* / под ред. В. С. Комиссарова, А. И. Коробеева, Хе Бинсуна. СПб., 2009. С. 11 и др.

²参见《俄罗斯刑法教程》：Н.Ф. 库兹涅佐娃，И.М.佳日科娃主编，黄道秀译，中国法制出版社，2002年，第178-180页。

³См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений: практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 31,32.

⁴Кудрявцев В.Н. *Общая теория квалификации преступлений*, М., «Юридическая литература», 1972. С. 60.

⁵См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений: практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 33.

⁶Князьков А.А. *Теория и практика квалификации преступлений: учебное пособие* / А. А. Князьков; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. — Ярославль: ЯрГУ, 2018. С. 9.

⁷См.: Рарог А.И. *Настольная книга судьи по квалификации преступлений: практическое пособие* / А.И. Рарог; М-во образования и науки Российской Федерации, Московская гос. юридическая акад. - Москва: Проспект, 2008. С. 34.

征的要件，而各类犯罪所共有的特征（要件）则由刑法总则予以规定¹因此，在定罪过程中，必须既考虑刑法分则条文罪状规定的法律要件（这些要件赋予特定犯罪的个性化特征），而且同样应当考虑刑法总则所规定的、在所有犯罪中反复呈现的要件。同时需要强调的是，前述“理论方案”中所列的所有要件并不都对定罪具有意义，只有那些被立法者纳入某种具体犯罪构成之内的要件，才是定罪时所必须予以查明的“信息”。²

众所周知，中国传统的犯罪构成理论移植于 20 世纪 50 年代的苏联，认为“犯罪构成是刑法所规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度而为该行为成立犯罪所必须具备的一系列主客观要件的总和”。³国内学者一般认为，“犯罪构成体系”与“犯罪论体系”这两个概念是同一的，而且我国传统的犯罪论体系指的就是移植于苏联的“四要件体系”。⁴与此同时，我国大部分刑法学者通常将德国的“犯罪论体系”与“Tatbestand”（“构成要件”或“犯罪构成”）混为一谈，即将前者（整个体系）等同于后者（体系第一阶层中的构成要素），⁵并且将德国的整个“犯罪论体系”（构成要件符合性、违法性、有责性）与俄罗斯作为定罪之工具（信息模式）的“犯罪构成理论体系”（Tatbestand）相提并论，⁶国内几十年来林林总总的刑法学论著，均用此预设的“四要件”犯罪论体系与德日“三阶层”犯罪论体系进行比较和论证。如此壮观的“百家争鸣”式的学术论争，其立论的基本事实就是错误的，因为俄罗斯（苏联）的“四要件”仅指的是“犯罪构成理论体系”的框架结构，而我国学界所认知的“犯罪论体系”则与前述所提及的俄罗斯刑法中的“定罪模式”相对应。之所以会出现此种认知偏差，其原因是多方面的。⁷基于此种认知偏差，国内学界自然而然地把中国传

¹比如，为了避免分则各条文的不必要重复，刑事责任年龄、刑事责令能力等要件均统一规定于总则部分，此外，未完成犯罪形态（俄刑法第 30 条）、共犯（第 33 条）等犯罪的修正构成要件，也规定在刑法总则。

²比如，对于行为犯而言，社会危害后果是否发生并不影响已知行为的定罪。同样，犯罪手段、时间、地点以及犯罪动机和目的，对于绑架罪的认定也无关紧要，因为这些要素均未被俄立法者作为必要要件规定在特定犯罪的构成当中。

³张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 109 页。

⁴周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社 2009 年版，第 3、17 页。

⁵比如，“在大陆法系国家，犯罪是由构成要件符合性、违法性与有责性的要素组成的”“狭义的**构成要件理论**，是指关于**构成要件**符合性与违法性、有责性的关系的理论”（参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 95、96 页）。笔者认为，前述表述中的“狭义的构成要件”，应当指的是“狭义的犯罪论体系”，正如有学者论到：“由于犯罪是由行为、构成要件该当性、违法性、有责性（责任）等四要素所构成，故根据一定之原理而将此等要素组织化之成果，即称为**犯罪论体系**”（参见陈子平：《刑法总论》（第 2 版），台湾元照出版公司 2008 年版，第 103 页，转引自周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社 2009 年版，第 2 页）。由此可见，犯罪构成（构成要件）是德国犯罪论体系构成要素之一的“构成要件该当性”中的“构成要件”要素，而非整个犯罪论体系。

⁶比如，有学者论到：“新中国成立后，刑法学直接引进了苏联的犯罪构成体系……使得一元的犯罪论体系（四要件体系）独存的局面，在很长时间内得以维持”“现在，有的学者坚决拥护源于**苏联的犯罪构成体系**；有的学者建议采用**德国、日本的三阶层犯罪论体系**……”。参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社 2010 年版，前言、第 3 页。

⁷主要原因体现为这样两个方面：其一，新中国建国初期，引入国内的苏联刑法学论著极其有限，仅包括其 20 世纪 50 年代出版的几本刑法教科书和若干论著。基于这些有限的学术资料，国内刑法界在并不全面了解俄罗斯

统的“犯罪构成理论体系”与德、日“三阶层犯罪论体系”置于同一层面进行比较，并且将正当防卫、紧急避险等正当事由排除在中国“传统的犯罪论体系”之外。此种认知路径，逻辑混乱倒显次要，其最主要的症结则是对“犯罪论体系”和“犯罪构成理论体系”二者的基本内涵存在根本性的认知错误。

结语

综上所述，俄罗斯定罪模式的实现机制，依托于客观性、真实性、准确性、完整性四大基本原则。俄罗斯犯罪论体系（定罪模式）的内涵要旨，并非只着眼于概念、推理和抽象的逻辑推演，而是基于现行刑事立法总则制度和分则罪名体系的构建特征，并且结合司法实践中案件发生的真实情况及其查明规律，在严格遵循定罪四大基本原则的基础上建构而成。此种定罪模式，既避免了司法实践中查明案件时人为割裂刑法分则和总则规范的弊端，同时也体现出定罪过程中对于主客观相统一原则的坚守。因此，此种定罪模式不仅科学，而且实用。与此同时，俄罗斯的犯罪构成理论体系只是其定罪理论（狭义犯罪论体系）的一个组成要素，并非犯罪论体系本身。如果非得进行比照，则德国刑法中的“构成要件”（“Tatbestand”）对应的当是俄罗斯刑法中的“犯罪构成”（“Tatbestand”），而与德国“犯罪论体系”（构成要件符合性、违法性、有责性）相对应的，则应当是俄罗斯刑法中的“定罪模式”[行为、行为符合犯罪构成（形式违法性判断）、实质违法性判断（排除刑事责任的法定事由）、判罪处刑]。中国传统刑法意义上的犯罪构成理论体系虽然移植于苏联，但由于国内学界对于俄刑法学理论研究存在浅尝辄止的现象，其实然意义上的犯罪论体系（定罪理论）并未真正为中国学界所认知，故出现了将并非处于同一层面的“犯罪构成理论”与“犯罪论”二者之间进行比较研究的数十年“理论争鸣”。诚然，如果认知的事实是错误的，则得出的结论当然倍受质疑。

整个犯罪论体系（定罪模式）的前提下，建构了所谓的“四要件犯罪论体系”，并且一直延用至今；其二，俄罗斯刑法中的定罪理论（狭义犯罪论体系），虽然近年来国内有的刑法学论著有所提及（比如本人于2013年出版的拙著《俄罗斯犯罪构成理论研究》第452-497页对定罪问题进行过简要介述），但未见有系统性论述，因此，并未引起学界应有关注；其三，自德日犯罪论体系引入中国以来，国内刑法学界更多地立足于“三阶层”犯罪论体系进行研究和构建中国的犯罪论体系，很少有人对俄罗斯刑法及其内含的犯罪论体系（定罪模式）进行深入研究和引进。

数字政府建设政企合作法律风险的规制模式

张 敏

河南大学法学院 河南 开封 475001

摘 要：数字政府建设政企合作的目标是公私协力实现公共给付，以数字化赋能中国式现代化。相较于传统公共服务领域，数字政府建设政企合作存在数字技术侵权、政府权威迁移、行政优益权履行不能和责任逃逸等法律风险，容易产生合作中断、非正常终止等问题，致使合作结果与目标存在差距。政府规制、自我规制和元规制等现有风险规制模式各有优劣，但在面对数字政府建设的特定适用场景时则均呈现出捉襟见肘之势，表现为风险防范不足，对互动关注不够，过于强调过程规制而缺乏结果有效性的考量。新型的结果导向型合作规制模式强调结果与目标的一致性、协商与互动、合作绩效与公共问责，对数字政府建设政企合作法律风险的规制更为妥当，并呈现为目标规制、过程规制和结果规制三层面。结果导向型风险规制模式的法律构造为：建构将公共价值嵌入算法的合作机制，并通过风险评估和公民参与程序规避侵权风险；强化信用监管、优化契约机制分别规避政府权威迁移风险和行政优益权履行不能风险，并通过风险管理程序实现；明确政企责任分担，并通过公共问责程序规避责任逃逸风险。

关键词：数字政府建设；政企合作；法律风险；风险规制；结果导向型合作规制

数字政府建设以算法、AI、大数据、区块链等信息技术为基础，普遍采取政企合作方式进行。企业搭建基础设施，提供平台、技术和服 务，政府履行公共责任，通过数字要素与行政管理的融合提升政府治理效能。但正如硬币有两面，技术资本介入公共事务管理，企业在一定程度上成为新兴治理主体，在技术赋能的同时也易引发潜在风险。数字政府建设实践中，存在政企合作中断、非正常终止等问题，导致合作结果与目标存在差距。2013 年，武汉经开区与微软及其授权的华胜公司签订《战略合作备忘录》共同开发智慧城市项目。2016 年，该项目被住建部评估为“微软提供的智慧城市规划设计及配置方案的完整性、合理性、安全性、兼容性都存在较大问题……无法达到使用目的与效果”，1.75 亿元智慧城市项目烂尾，政企双方经过长达 3 年的诉讼纠纷后，被法院判决宣告合作失败。¹政企合作一旦失败不仅违背了合作初衷，更会造成国有资产流失、公共利益受损和政府公信力弱化，损害营商环

基金项目：河南省哲学社会科学规划项目“人工智能在行政领域运用的风险防范法律问题研究”（2021BFX015）。

作者简介：张敏（1976），女，河南鹤壁人，河南大学法学院副教授，河南法治政府研究院研究员，硕士生导师，法学博士。

¹ 萧辉、侯奇江：《武汉智慧城市困局》，载《财新周刊》2019 年第 2 期，第 16-25 页。

境。基于良好初衷的合作项目为何以失败告终？五年合作期为何未能有效防控风险？数字政府建设政企合作存在哪些法律风险？如何更好规制风险以实现智慧便捷、公平普惠的政务服务？基于上述疑问，本文基于合作行政法理论与风险规制理论，探讨数字政府建设政企合作的法律风险及其规制模式更新问题，以期促进数字政府建设中数字化与法治化的融合。

一、数字政府建设政企合作的法律风险

“合作的本质是共享裁量权”¹，对享有一定裁量权的私人合作者的依赖会带来公共利益被漠视的风险。²风险是某种行为导致特定危害发生的可能性，具有不确定性。相较于基础建设、养老等传统领域，数字政府建设中政企合作的风险更具广泛性，系统性和扩散性。数字政府建设中，民营企业参与度更高且呈现扩大趋势³，公私价值冲突导致公共利益受损风险。同时，数字技术的运用更为普遍，政府对企业技术的高度依赖所致的监管难题加大了风险。数字政府建设中的政企合作主要存在数字技术侵权、政府权威迁移、行政优益权履行不能和责任逃逸等法律风险。

（一）数字技术侵权风险

数字政府建设存在法治与效能的张力，并引发了技术工具理性和人权价值理性的紧张关系，在法律约束不足时就会产生数字技术侵权风险。数字政府建设对效能提出了更高要求，强调“全面提升政府履职效能”，甚至“效能优先”。⁴数字政府建设的效能提升以 AI 技术发展为前提，强人工智能和一些算法程序通过深度学习技术自我更新迭代，可能会背离设计者的预设，出现算法权力异化与人的主体性地位弱化现象。效能至上而非人权至上可能会对人身自由权、隐私权和平等权造成侵害，甚至出现技术资本操纵数字政府侵害人权的风险。⁵与传统领域的个体权益受损不同，数字政府建设政企合作侵害的法益主要体现为数字弱势群体的平等权，以及其他市场主体的公平竞争权。

第一，数字政府合作建设存在算法歧视防范不利风险，可能侵犯数字弱势群体平

¹ [美]约翰·D.多纳休、理查德·J.泽克豪泽：《合作：激变时代的合作治理》，徐维译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 259-260 页。

² 如，兰州市政府与威立雅公司合作对市民供水，却提供了苯含量严重超标的有害水。参见社评：《兰州水污染，三月辟谣四月成真之悲》，载环球网 2014 年 4 月 12 日，<https://m.huanqiu.com/article/9CaKrnJEQEj>。

³ 有关数据显示，一些地方政府会选择国企合作建设智慧城市，但是参与数字政府建设的企业多为民营企业，尤其是像阿里巴巴、腾讯这样的头部企业。参见杨畅：《76 个智慧城市亿元大单揭秘，谁是最大赢家？》，载澎湃新闻网 2021 年 12 月 23 日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_15969829。同时，国家发改委、财政部在 2023 年 11 月份出台《关于规范实施政府与社会资本合作机制的指导意见》，要求智慧城市建设、智慧交通、智慧农业、智慧能源项目等新型基础设施领域应优先选择民营企业参与，民营企业股权占比原则上不低于 35%。

⁴ 《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》强调“全面提升政府履职效能”，江苏省 2022 年发布的《省政府关于加快统筹推进数字政府高质量建设的实施意见》提出“理念创新，效能优先”。

⁵ 参见刘权：《数字政府建设中数字化与法治化的融合》，载《当代法学》2023 年第 6 期，第 16-18 页。

等权。“当 AI 系统依赖于从人类历史活动轨迹中获取的数据做出判断时，算法歧视容易出现。”¹算法歧视的防范依赖于海量的高质量数据，以促进算法客观中立。数字政府建设的经济、技术等高成本投入与企业效益目标相冲突，企业投入不足就可能导致高质量数据缺乏而加剧算法歧视风险，进而侵犯特定群体的平等权。美国印第安纳州政府与 IBM 公司合作建立的福利资格自动化处理系统导致大量申请遭到拒绝（以下简称“福利资格自动化处理案”），失聪、失明、残疾的福利申请者所受打击最严重，被认为是“对印第安纳州贫困和工人阶层进行的一种数字分流形式，否定了他们的福利补助、正当程序、人格尊严乃至生命。”²当前我国数字政府建设还存在数字鸿沟现象，贫穷和未受教育的弱势群体因资金或技术缺乏而无法获得数字公共服务。一些数字政府服务平台未充分考虑残障人士的特殊需求，使用率较低，未能提供普惠性的公共服务。

第二，数字政府建设因数字技术的运用存在合作准入壁垒风险，可能侵犯市场主体的公平竞争权。与公共卫生、交通建设等传统领域不同，数字政府建设中政企合作投资的可替代性弱，合作关系的排他性更强。³一旦某企业介入数字政府建设，搭建了基础运营平台，该企业就对数字政府的后续运营、维护项目具有天然优势，即使其在履约过程中出现一些问题，政府因前期的巨额投资和高度技术依赖而难以撤退，无法吸纳新企业替代现有合作伙伴。因此，数字政府建设出现了超低价中标的新问题，企业通过价格战抢占市场，事实上排除了其他企业参与数字政府建设、运营与维护等一系列活动，产生政企合作准入的壁垒风险，一定程度上引致垄断风险，侵犯市场公平竞争权。⁴当政府不能与企业正常分享权力时，就有可能受制于企业，形成公权私化现象。

（二）政府权威迁移风险

数字政府建设以 AI 和大数据为基础，政府因技术依赖出现“权威迁移”⁵的风险。算法权力和行政权力并存的二元结构改变了传统政府管理的权力关系结构，平台承担了部分政府专属职能，“逐步消解和转移了政府的权力，成为社会新的权力中心。”⁶

¹ Alicia S.Niederman, *Administering Artificial Intelligence*, 93 *Southern California Law Review* 633,633 (2020).

² [美]弗吉尼亚·尤班克斯：《自动不平等：高科技如何锁定、管制和惩罚穷人》，李明倩译，商务印书馆 2021 年版，第 70 页。

³ 参见蔡聪裕：《地方数字政府建设的政企合作实践样态与运行机制——基于广东省“粤省事”平台的扎根理论研究》，《电子政务》2023 年第 3 期，第 15 页。

⁴ 在厦门市 2017 年的政务服务招标中，腾讯云以 0.01 元的象征性价格竞标成功，而其他参与投标的 4 家单位最低报价为 170 万元。本次招投标在主体、程序等方面完全合法，但是，企业以几乎白送的方式中标却引发热议，被质疑无利润空间时政务服务质量难以保证，以及对其他竞标单位不公正。杨鑫健：《1 分钱，真中标了：腾讯云拿下厦门预算 495 万政务云项目》，载澎湃新闻网 2017 年 3 月 18 日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1642208。

⁵ 许开轶、谢热远：《数字政府的技术资本侵蚀问题论析》，《政治学研究》2022 年第 4 期，第 103-114 页。

⁶ 刘金河：《权力流散：平台崛起与社会权力结构变迁》，载《探索与争鸣》2022 年第 1 期，第 128 页。

企业的信息技术嵌入政府运行机制，人力要素融入政府组织，这就减缩了作为政府“创造性的主要来源”¹的裁量空间。数字政府建设中，企业成为隐形主导者，决定项目分包、相关标准等核心问题。

政府权威的迁移使得政府对企业难以进行有效监管，企业在缺乏约束时就会怠于投入资金和技术提升服务质量，引发权力异化和企业违约风险。在“福利资格自动化处理案”中，IBM公司在2016年被印第安纳州高等法院判决实质违约。因公司违约导致合作失败，纳税人缴纳的税款被大量用于支付合同费用和诉讼费用，公共服务体系与民主程序遭到削弱。²为克服企业违约风险，国家往往通过严格的监管立法。对此，企业逐利的本性导致其采取对抗或者俘获行动，在经济人动机驱动下，某些具有寻租动机的地方政府就可能被俘获，公私合谋并最终损害公共利益。

（三）行政优益权履行不能风险

政企合作协议被认为“既存在民事合作法律关系，又存在指导与被指导的行政关系”。³这一定程度上体现了由民事合同嬗变为行政协议的混合契约说⁴，反映了行政法私法化倾向和公私法融合的趋势⁵，但是，强调合作协议的私法性或混合性不利于政企合作的法律规制。虽然政企合作协议具有私法和公法双重性质，并受合法性和合约性双重审查，但是“规制存在于公法疆域之中”⁶，凸显合作协议的公法性质更有利于法律规制和公共利益保障。基于行政协议识别要素和《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》，数字政府合作建设协议的属性应为行政协议。在传统公共服务领域的合作协议履行中，政府依法享有行政优益权，在一定条件下可单方变更、解除协议，可积极预防履约风险。与传统公共服务领域不同，数字政府合作建设面临行政优益权履行不能风险。

数字政府合作建设中，企业的算法权力具有了权力属性，一定程度上削弱了行政自主权，限制了行政优益权的行使。从权力的本质上看，权力的核心是支配力，行政优益权的行使以支配力为前提，数字政府合作建设中政府因信息技术劣势而缺乏支配力。就权力行使的特性而言，政府权力运行具有法定性和程序性，受实体法和程序法的约束，而算法权力具有复杂性和不透明性，难以受到有效约束。从权力监督角度来看，政府权力必须依法行使并接受司法监督、监察监督和社会监督，而算法权力具

¹ [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第27页。

² 参见[美]弗吉尼亚·尤班克斯：《自动不平等：高科技如何锁定、管制和惩罚穷人》，李明倩译，商务印书馆2021年版，第63-64页。

³ 马颜昕等：《数字政府：变革与法治》，中国人民大学出版社2022年版，第181页。

⁴ 参见余凌云：《论行政协议的司法审查》，载《中国法学》2020年第5期，第64页。

⁵ 参见[新西兰]迈克尔·塔格特编：《行政法的范围》，金自宁译，中国人民大学出版社2006年版，第116页。

⁶ [英]安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版，第62页。

有不可控性和难以监督性。两者相较，政企合作呈现出权力倒置风险，企业因技术优势具有支配力，政府因技术依赖缺乏行使行政优益权的动力和支配力。因此，在数字政府合作建设协议履行中，政府主要扮演协调者角色，难以有效行使行政优益权。

（四）责任逃逸风险

合作行政中政府与私主体分享决定权，可能导致责任归属不明，主体的多元化和行为过程的灵活性可能导致监督与司法审查难题。¹传统公共服务领域中的政企边界相对明晰，公共责任转移不突出。数字政府建设的数据运营授权致使政企双方在公共事务管理中的边界更为模糊。²一旦发生侵权行为，难以确定责任主体与责任比例，且双方利益诉求差异大，容易产生责任推诿和责任逃逸风险，导致公共利益受损。在“福利资格自动化案”中，德雷尔法官认为福利资格自动化处理的问题不在于IBM&ACS 联合公司未能交付合同所需内容，而在于州政府和其私营伙伴相互推诿责任，均拒绝估测或处理当地居民为该自动化系统付出的代价，损害了公众利益。³

一方面，企业责任逃逸风险。数字政府合作建设对企业侵权行为的追责仍存在法律制度障碍，导致算法溢出监管。首先，数字技术自动化决策与裁量的责任主体认定模糊。AI 尚未具有独立法律地位，AI 不能自我担责时一般应由程序设计者或算法运营者担责，但程序可能由多人开发，也可能会自我更新，AI 的侵权责任难以具体落实到个人或组织。其次，违法行为认定难。因算法黑箱的不透明，对数字企业违法行为认定、存在故意或重大过失的界定，以及违法行为与损害事实的因果关系认定均存在困难，导致追责评价和客观后果错位。⁴最后，司法追究难。法院缺乏掌握AI系统技术的专家，算法和大数据信息的获取难，信息能力缺乏或无力解释相关后果⁵，难以有效实现对算法和企业责任的司法追究，也难以通过个案裁判对算法追责并形成有效指引。

另一方面，政府责任追究难风险。数字政府多推行“区块链+政务服务”应用，区块链多中心化的特点体现为区块链应用中所有主体的地位平等，导致无单一机构可以承担法律上的责任。⁶因数据共享和数据管理的权责不清，不同行政部门的责任

¹ 参见赵宏：《合作行政与行政法的体系变革》，载姜明安主编：《行政法论丛》第17卷，法律出版社2015年版，第44页。

² 参见江小涓：《大数据时代的政府管理与服务：提升能力及应对挑战》，载《中国行政管理》2018年第9期，第6页。

³ 参见[美]弗吉尼亚·尤班克斯：《自动不平等：高科技如何锁定、管制和惩罚穷人》，李明倩译，商务印书馆2021年版，第63页。

⁴ 王怀勇、邓若翰：《算法行政：现实挑战与法律应对》，载《行政法学研究》2022年第4期，第111页。

⁵ Jose V. Fernandez, *Artificial Intelligence in Government: Risks and Challenges of Algorithmic Governance in the Administrative State*, 30 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 65, 93(2023).

⁶ 参见翟云：《走进数字政府》，国家行政学院出版社2022年版，第76页。

和权限不明晰，一旦发生数据泄露等安全事故，难以确定哪个具体部门为责任主体，产生责任追究难题。

如何在审慎包容监管政策下最大程度遏制技术扩张所致的政企合作法律风险？这是数字政府建设面临的重大挑战。对此，学界主要有三种对策研究进路。其一，强调高度关注政府自主性及其能力建设，以国家能力提升制约技术扩张。¹其二，突出法律、政策和监管工具的作用，打破私主体强化技术权力的循环。²其三，主张依托专业性力量消除供需不匹配、推动数据信息共通共享、划清政企边界、提升政府管控能力等举措，消除履约风险、传导风险和信息安全风险。³当前我国行政立法和行政执法中缺少数字化的规制⁴，通过立法难以有效约束数字技术，故此，对策研究难以有效防控数字政府建设的法律风险。而“风险的规制具有重要的规范意义，能够影响法律形态的塑造”。⁵因此，本文旨在超越对策研究的固有路径，在冷静检视现有风险规制模式的基础上，探寻更具实用价值的风险规制模式以形塑数字政府建设政企合作法律制度。

二、数字政府建设政企合作法律风险的现有规制模式检视

在公共行政背景下，风险是一个“规制性”的概念，根据风险来界定公共管理者和规制者的活动是架构公共行政的重要方式。⁶现有风险规制模式主要为以行政监管为核心的政府规制，强调市场主体自我约束的自我规制，突出市场作用先行、政府规制为保障的元规制，并呈现为“政府规制—自我规制—元规制”的发展历程。以上规制模式在处理传统的政企合作关系时各有优劣，但面对数字政府建设的特定适用场景时则均呈现出捉襟见肘之势。

（一）政府规制面临监管失灵困境

政府规制主张由特定行政机构，通过刚性标准或制定规则、监督执行等法律手段消减风险。⁷政府规制以立法规范指引和行政监管为核心手段，衡量政府规制的有效性应侧重考察这两种规制手段。当前各民主国家的数字政府建设基本采取了公私合

¹ 参见周尚君：《数字社会如何塑造国家能力》，载《法律和政治科学》2022年第1辑，社会科学文献出版社2022年版，第23页。

² 参见张凌寒：《国家数字能力建设中的公私合作》，载《法律和政治科学》2022年第1辑，社会科学文献出版社2022年版，第46页。

³ 参见姚迈新：《政企合作视阈下数字化社会治理：风险识别及其化解》，载《数字治理》2022年第8期，第38-40页；韦欣：《数字治理领域的政企合作及风险应对》，载《求索》2022年第5期，第187-188页。

⁴ 关保英：《数字化之下的给付性行政研究》，载《法律科学》2022年第6期，第73页。

⁵ [英]伊丽莎白·菲舍尔：《风险共同体之兴起及其对行政法的挑战》，载《华东政法大学学报》2012年第4期，第142页。

⁶ 参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编：《牛津规制手册》，宋华琳、李鹤、安永康、卢超译，上海三联书店2019年版，第376页。

⁷ Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p.107.

作模式，但是关于数据使用的公私合作立法却几乎空白。¹我国相关数字立法未规定数据使用的政企合作制度，而《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例》则缺乏数字政府的相关规定，导致企业对数字技术的运用缺乏有效管控措施。与政府直接给付受到权力机制的约束不同，私人企业在法律约束缺失时就会以盈利至上利用数据而产生侵权风险。政府规制因官僚体制的决策僵化与缓慢而难以满足数字经济发展所需的规制弹性、灵活性和动态性²，对于数字政府合作建设法律风险规制的立法指引不足。

那么，行政监管可否对数字政府建设政企合作风险的规制起到充分有效的作用呢？这需要就监管过程和监管结果进行双重考察。行政监管过程体现为事前许可、事中监督和事后处罚等手段的运用。近年来，告知承诺制、失信联合惩戒机制等以信用为基础的新型监管机制被纳入行政监管一定程度上促进了政府规制，但其制度运行也存在一定的风险问题，并引起学者们的担忧。³当然，这并不否认信用监管在一定条件下可以成为有效的工具。总体而言，面对数字政府合作建设的法律风险，行政监管面临过程和结果双重失灵的窘况。

第一，行政监管的过程规制难以有效防控数字政府合作建设的法律风险。首先，事前许可面临技术难题，难以有效规避侵权风险。数字政府涉及的算法、代码等复杂AI技术或系统应有严格的上市前许可。政策制定者可能缺乏开展充分科学调查所需的专业知识、资源和信息，难以做出恰当决定。其次，事中监督难以规制行政优益权履行不能风险。数字政府建设中，政府的主导性地位被削弱，很难及时发现风险并采取止损措施等风险规制手段。最后，事后处罚以“控制—命令”为特征，不适合AI嵌入公共治理的特征。数字政府建设中，AI嵌入公共治理具有去中心、开放性和不确定性等特点，AI算法的规制也不适合上下指令式、强制性的事后监管。⁴

第二，行政监管应对数字政府合作建设法律风险的结果欠佳。一方面，信息不对称导致政府监管失灵。政府因技术依赖难以准确了解数字化服务的成本、标准、履行等必要的监管信息，对规制信息的获取成本高，在政企沟通中缺乏话语权。反之，企业则可利用信息技术优势规避政府监管，甚至提前发难对抗政府监管。⁵另一方面，

¹ Thilo Gottschalk, *The Data-Laundromat: Public-Private-Partnership and Publicly Available Data in the Area of Law Enforcement*, 6 *European Data Protection Law Review* 21, 21(2020).

² 参见李洪雷：《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》，载《环球法律评论》2014年第1期，第122页。

³ 参见徐晓明：《行政许可告知承诺制风险防范制度之法治建构》，载《法学》2023年第10期，第46页；聂帅钧：《行政许可告知承诺制改革的内卷化风险及其治理》，载《宁夏社会科学》2023年第6期，第109页。

⁴ Alicia S. Niederman, *Administering Artificial Intelligence*, 93 *Southern California Law Review* 633, 638 (2020).

⁵ 澳大利亚政府拟出台监管立法《新闻媒体和数字平台强制性议价法案》，却遭到Facebook发出的限制媒体和用户获取新闻的全面封锁禁令，导致卫生和紧急服务的信息渠道被切断。参见郝亚琳：《澳通过媒体议价法案，政府同科技巨头博弈迈出第一步》，载中国网2021年2月26日，

监管能力不足导致政府难以实现有效监管。科技公司介入网络的经济门槛较低，意味着政府合作对象较多，数字领域政企合作相对较低的门槛增加了政府规制难度。而行政机关缺乏对复杂的 AI 技术进行有效监管的人才，即使拥有大数据与 AI 技术和监管能力的公务员，其学习速度也难以跟上 AI 自我更新的速度。此外，政府规制的高成本带来的财政压力实际上也削减了规制效果。

（二）自我规制难以解决规制冲突问题

随着市场经济的发展，凸显市场主体地位的自我规制得到广泛关注。英国著名规制法学家 Julia Black 认为，“自我规制是指个体规范自身行为的情形，既可以体现为企业自我规制，也可以是集体组织对自身成员和他人行为的规制。”¹自我规制主体具有较高的专业水平，其制定的规则容易被执行，且其规则制定因无需遵守严格法定程序而具有修改、完善灵活，成本低等优势，可减轻国家规制负担。数字化时代，技术是自我规制的重要手段。技术由传统的被规制对象转变为规制工具，拓展了规制理论和法治范畴，法治不仅包括以法典为核心的法律原则之治和凸显政治过程的政策之治，还包括以代码为基础的技术之治。²在新兴领域立法相对滞后时，自我规制可作为政府规制的有益补充。正如学者所言，“数字化中出现的新的法律问题也极有可能通过技术发展得以化解，而不是单纯地依靠法律制度变革来解决。”³那么，以技术为核心工具的自我规制能否有效应对数字政府合作建设中的法律风险呢？

公私合作中政企双方因价值目标和角色定位不同，存在合作收益分配不可预测等情形，在法律不完备时就会产生公共利益与私主体权益、行政权与契约自由、公权力与私权利等规制冲突问题。⁴数字政府合作建设中，数字技术可能受企业私益驱动引发算法歧视、算法滥用或误用等问题，依靠企业通过技术进行自我规制难以解决规制冲突问题，自我规制对数字政府合作建设的风险规制具有局限性。

其一，自我规制存在技术工具理性与合作公益性的价值冲突，难以规避数字技术侵权风险。数字政府合作建设旨在实现公共福祉，而企业以逐利为目的，缺失伦理价值的技术自制难以解决公益与私益的规制冲突。过度依赖企业自我规制会导致公职人员被数字技术所控制，偏离公共伦理价值，损害政府公信力。⁵况且自我规制机构可能

http://news.china.com.cn/2021-02/26/content_77250055.htm。

¹ Julia Black, *Constitutionalizing Self-Regulation*, 59 *The Modern Law Review* 24,26(1996).

² [英]罗杰·布朗斯沃德：《法律 3.0：规则、规制和技术》，毛海栋译，北京大学出版社 2023 年版，代译序第 8 页。

³ 于安：《论数字行政法——比较法视野的探讨》，载《华东政法大学学报》2022 年第 1 期，第 17 页。

⁴ 参见岳宇君：《为什么公私合作制可能会失败——“社会困境”的视角》，载《经济论坛》2020 年第 12 期，第 106-107 页。

⁵ 参见解志勇：《数字法治政府构建的四个面向及其实现》，载《比较法研究》2023 年第 1 期，第 13 页。

不愿意惩罚业内人员，也可能服务于行业或职业利益而非公共利益。¹就主观方面而言，作为被规制者的企业因成本考量而缺乏动力进行自我规制。其二，自我规制缺乏政府规制所要求的程序公开和强制执行手段，难以规避算法逃逸的责任风险。通过算法正当程序的因程序合法性可能会受到“某些算法治理体系不透明性的阻碍”²，不透明的自我规制程序难以保障公共利益的实现。

（三）元规制对合作互动关注不够

为弥补政府规制与自我规制的不足，学界提出元规制（meta-regulation）或“元风险管理”，认为规制的首要任务不再是政府通过行政监管直接规制企业行为，而是鼓励企业自行设置内部框架与风险管理体系，规制者通过间接参与实现对该体系的监督。³元规制基于国家辅助理论突出市场作用，政府市场主体自我规制不足时才介入。元规制兼具自我规制和政府规制的优点，被认为是食品安全、网约车、数字医疗等领域的一种较好规制模式。⁴

但是，元规制对于数字政府合作建设法律风险的规制亦具局限性。其一，重规范主义的程序本位，对结果有效性缺乏关注。在市场自我规制不足时，政府以法律规范为依据进行过程规制，并通过行政处罚等手段进行事后监管，对合作目的之实现与结果有效性的关注不够。其二，以被规制者的单方行为为规制核心，缺乏对政企互动的关注。数字政府建设实践中，政企双方缺乏信任与互动是产生违约风险的重要原因，其风险规制应强调政企协商，促进合作协议的履行。其三，对公私法的协同发力关注不够。在规制依据方面，政府规制以公法为前提，自我规制以私法途径展开，元规制则强调先适用私法后适用公法。后规制时代，政企合作的风险规制应突破公私法二元对立思维，充分利用公法与私法的协同发力优势以实现政企合作。

综上所述，现有风险规制方式实际上是以上三种规制模式并行的状态，以强调自我规制优先的元规制为主要规制模式。现有风险规制方式风险防范不足，难以规避数据侵权风险；缺乏对政企互动的关注，难以规避政府权威转移风险和行政优益权履行不能风险；缺少对结果有效性的考量，难以规避责任逃逸风险。数字时代，对于作为难题的技术的监管，应实现支持而非遏制有益创新、对风险进行可接受管理以及尊重

¹ 参见李洪雷：《走向衰落的自我规制——英国金融服务规制体制改革评述》，载《行政法学研究》2016年第3期，第54页。

² [英]鲁本·宾斯：《算法问责制与公共理性》，载《哲学探索》2020年第1期，第173页。

³ 国内学界对 meta-regulation 有“后设规制”“元规制”“对自我规制的规制”等不同翻译，虽然名称不一，但核心均为自我规制先行，政府对市场主体的自我规制体系进行监督实现间接规制。参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编：《牛津规制手册》，宋华琳李鹤、安永康、卢超译，上海三联书店2019年版，第150页。

⁴ 参见金健：《德国食品安全领域的元规制》，载《中德法学论坛》第15辑，第150页；马光泽：《网约车元规制：功能、合法性及其实践重塑》，载《理论月刊》2019年第8期，第93页；胡敏洁、陈明：《以元规制为基础的数字医疗法治建构》，载《中国社会科学院大学学报》2022年第6期，第66页。

基本共同体价值等三项要求。¹这就要求数字政府合作建设需要一种更具持续性的、事前的规制，最大程度消减数字技术带来的负面影响，确保企业遵循科技伦理，在考虑经济效益的同时基于公共价值平衡风险与收益以保障弱势群体的权益。²因此，在合作国家背景下，应寻求一种“相互补充、互为支持的合作式规制体制”³，突破规范主义的程序本位并强调功能主义的结果有效性。

三、数字政府建设政企合作法律风险规制的路径选择

“治理的关键是在法律允许的范围内得到有效的成果”⁴，政企合作的治理应以追求结果的有效性为宗旨。“行政过渡到民营化，则会产生结果责任，政府有责任观察市场结构的重整，并弥补过渡阶段所产生的照顾不足问题。”⁵基于算法权力兴起与异化风险的现实，以及数字技术无限发展的未来面向，数字政府建设应基于政企合作法律风险规制的独特性，引入结果导向型风险规制模式。

（一）数字政府建设政企合作法律风险规制的独特性

数字行政法和合作行政法融合所致的复杂面向使得数字政府建设政企合作风险规制具有独特性。基于风险社会、功能主义与公共服务等理论对此予以分析，以管窥引入结果导向型合作规制的必要性。

第一，基于风险社会理论，数字政府合作建设的风险规制应以风险预防为原则。风险社会理论认为，风险本身并不是危险或灾难，而是危险和灾难的可能性，现代风险具有高度的不确定性和不可预测性，人们处于“文明的火山”上，风险一旦转化为实际的灾难，其影响范围和程度都将远高于传统社会。⁶因此，风险规制应以风险预防为基本原则。数字时代的风险因“万物互联”而具有系统性和不可逆性，风险预防原则要求对风险进行积极预防。从数据利用角度考虑，企业通过公私合作介入数字政府建设，并基于运营授权掌握了海量的社会公众信息和国家机密数据，一旦企业非法利用这些信息，就会引发数据隐私侵权和国家安全风险。从财政预算角度考虑，数字政府建设动辄投入过亿元，一旦合作失败则会导致巨额经济损失。因此，数字政府合作建设法律风险的规制应以防范风险、促进合作为基本原则，而非亡羊补牢式的事后惩罚与纠纷解决。

第二，基于功能主义理论，数字政府合作建设的风险规制应以规制冲突解决为核

¹ [英]罗杰·布朗斯沃德：《法律 3.0：规则、规制和技术》，毛海栋译，北京大学出版社 2023 年版，第 30 页。

² Alicia S. Niederman, *Administering Artificial Intelligence*, 93 *Southern California Law Review* 633, 685 (2020).

³ 李洪雷：《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》，载《环球法律评论》2014 年第 1 期，第 132 页。

⁴ [美]丹尼尔·艾斯蒂著：《超国家空间中的善治：全球行政法》，法律出版社 2018 年版，第 35 页。

⁵ [德]施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 162 页。

⁶ 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2003 年版，第 1-48 页。

心。规范主义强调法律的裁判和控制功能以实现法律自治，公法中的功能主义则更关注法律的规则和便利功能，并因此而关注法律的意图和目标。¹据此，数字政府合作建设应以合作实现为要。算法权力的介入削弱了人的主体性地位，可能出现的算法权力异化使规制冲突升级，并快速、广泛地影响甚至侵犯第三人权益和公共利益。传统公私合作通常通过协议进行规制，而数字政府建设中行政优益权履行不能风险使得政企合作协议的公法规制效果减弱。因此，数字政府合作建设的风险规制应追溯到源头，重点解决规制冲突问题，把公共价值嵌入算法以促进技术向善，回归数字政府建设以人为本的价值本真。

第三，基于公共服务理论，数字政府合作建设的风险规制应对规制过程和规制结果予以双重关注。“公共服务的概念正在逐渐取代主权的概念而成为公法的基础”²，法律旨在保障公共服务的持续运营。据此，行政法应不断推进和满足公共目标而非制约行政。公益事业领域实行规制的法律要旨在于“通过使事业能够适当合理的运营，在维护消费者利益的同时，力求事业能健全发展。”³为了实现公共服务目标，应对风险进行有效规制。所有制度的规制失灵均体现为过程失灵和结果失灵，有效规制是基于过程和结果的双重规制。⁴数字政府合作建设法律风险的规制不仅应关注过程规制，更应强调规制结果的有效性。

综上所述，数字政府合作建设中的风险规制应以预防风险促进合作为目标，侧重解决规制冲突，关注规制过程和规制结果，明确双重主体责任以规避责任逃逸风险，最终实现普惠性的公共服务供给和人权保障。故此，结果导向型合作规制模式进入我们的研究视野。

（二）结果导向型合作规制的内涵与优势

以绩效为基本要素的结果导向型管理在公共行政领域已经广为流行。⁵绩效评估已经成为评价公共服务的极具影响力的方法，并推动公共服务改革。

牛津大学的 Hodges 教授深入探讨了结果导向型合作规制理论。他认为，现代社会在合作治理、规制体系和运行实践方面发生了很大变化，合作必不可少，竞争与合作中产生了冲突，其规制应强调合作的共同目的、伦理价值、可信证据、责任和监管、问题识别和解决、问责等要素。⁶风险社会的问题解决需要更多合作，但很多关系的

¹ 参见[英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆 2002 年版，第 85 页。

² [法]狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，中国法制出版社 2010 年版，第 33 页。

³ [日]植草益：《微观规制经济学》，朱绍文等译，中国发展出版社 1992 年版，第 58 页。

⁴ Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p.69-72.

⁵ 参见牛美丽、何达基：《评价结果导向型管理和预算改革面临的观念和方法上的挑战》，宋小伟译，载《公共行政评论》2014 年第 3 期，第 55 页。

⁶ Christopher Hodges, *Outcome-Based Cooperation In Communities, Business, Regulation, and Dispute Resolution*, Bloomsbury Publishing, 2022, p.4.

极化容易导致合作失败，这就需要一个新的风险规制模式，即：结果导向型合作规制。

1

结果导向型合作规制以实现预期结果为导向，强调各方在信任与共识基础上形成行为规则并开展合作以提高绩效。首先，以合作为目标要素。将政府、企业和社会的多重目标与可接受的风险相结合，所有利益相关者就目标、结果、证据指标和体系达成一致。其次，以协商和信用监管等互动机制为过程要素。强调多元主体共同协商、共同快速识别危害并防控风险。同时，以被规制者对可信度证据的提供为标准决定规制强度。最后，以公共问责为结果要素。对于公私合作，应强调合作绩效以及各方对公共社会责任的履行。²结果导向型合作规制以结果与目的一致为导向，契合数字时代的合作治理实践与行政法治发展，对数字政府建设中政企合作法律风险的规制更具妥当性。

第一，结果导向型合作规制以促进合作、实现公共利益为风险规制目标，强调公共伦理价值优先，可有效解决风险规制冲突问题。双方基于合作协同确定风险规制目标，通过协商达成共识，可预防因政府权威迁移导致的履约风险。相较于政府规制的惩罚举措，合作可实现各方主体的资源和信息互补，克服监管失灵困境。相较于自我规制的企业利益至上，合作目标与伦理价值的共识可补足公共价值。

第二，协商和信用监管等过程要素的运用体现了风险规制工具革新，契合现代法治中软法治理和信用治理的特征，可有效规避风险。结果导向型模式强调规制者与被规制者之间的协商互动，根据企业提供的可信度证据决定规制强度，对信用度低的企业监管强度大，反之亦然，利用法律激励和惩罚机制促使企业技术合规和管理自律。³该模式突破了传统风险规制中法条主义和惩罚性特征，具有软法意义上的变通式和助益式。⁴以信用为基础分级分类规制可节约成本，使政府专注于风险评估、风险监测等风险管理体系的运行，克服行政自主权被削弱的窘境，可积极应对行政优益权履行不能风险。

第三，公共责任履行的结果要素强调对预期结果的利弊因素进行判断、监测以提升合作绩效，并通过结果问责规制责任风险。对于规制者而言，通过规则发布数量、监督检查次数或罚款缴纳数额等程序要素衡量产出，要比证实投资安全、无算法歧视

¹ Christopher Hodges, *Outcome-based Cooperative Regulations*, the Regulation Review, <https://www.theregreview.org/2023/01/02/hodges-outcome-based-cooperative-regulation/>.

² Christopher Hodges, *Outcome-Based Cooperation In Communities, Business, Regulation, and Dispute Resolution*, Bloomsbury Publishing, 2022, p.336-348.

³ Christopher Hodges, *Outcome-Based Cooperation In Communities, Business, Regulation, and Dispute Resolution*, Bloomsbury Publishing, 2022, p.345-347.

⁴ 参见罗伯特·A.卡根：《规制者与规制过程》，刘毅译，载[美]奥斯汀·萨拉特编：《布莱克维尔法律与社会指南》，高鸿钧、刘毅、危文高译，北京大学出版社2011年版，第237页。

或合作绩效好等容易很多，但是，结果才是至关重要的，清晰地阐明结果将大有裨益。¹公共服务民营化要求引入更程度的可问责性，在绩效管理中强调输出举措的“可问责性”，而非输入举措和程序的可问责性。²合作协议履行过程中，若以规范问责为主导，政府就会自动使用行政处罚并严格遵守程序，疏远或不信任私营部门，导致无谈判余地甚至合作失败。当结果问责占据主导地位时，只要有利于或不妨碍实现预期结果，政府就会允许酌情偏离合同，并就产出规格和规则的解释进行谈判和讨价还价，促进合作实现。³因此，相较于以严格程序为主的过程问责，结果导向型规制对合作绩效与结果问责的倚重更负弹性，可促进企业创新能力和政企公共责任之履行。

（三）结果导向型规制模式下数字政府合作建设风险规制的总体思路

“规制作为一种当代政策工具，其核心含义在于指导或调整行为活动，以实现既定的公共政策目标。”⁴结果导向型模式以合作结果为导向，通过共同行动防控风险以实现合作目标，符合数字政府建设的公共价值。在结果导向型模式下，政企合作风险规制的总体思路体现为目标规制、过程规制和结果规制三层面。

第一，实现公众友好型规制的规制目标。社会法治国家在总体上承担国民生存照顾之义务，其行政任务与职责旨在促进和保障公共给付。服务民营化后的公共规制应将人的要素纳入规制过程，以提供普遍、持续、优质的公共服务为规制目标。⁵数字政府合作建设风险规制旨在保障公众平等获得数字公共服务，实现公众友好型规制。我国相关立法也要求数字政府建设应充分考虑老年人、残障人的需求⁶，提升数字包容性。

数字政府建设中的多元主体存在不同目标，这些目标可能存在冲突，应将伦理要素纳入目标衡量，各方主体基于伦理就多元化目标达成共识并采取共同行动。基于数字服务普惠性之需，应将公共价值融入政企合作，以道德框架弥补自我规制和政府规制的局限性。其一，将平等价值融入政企合作，规避侵权风险。政府应加强对竞标企业的科技伦理审查，选择伦理与技术皆佳的合作伙伴，预防算法歧视风险。政府还应

¹ Christopher Hodges, *Outcome-based Cooperative Regulations*, the Regulation Review, <https://www.theregview.org/2023/01/02/hodges-outcome-based-cooperative-regulation/>.

² 参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编：《牛津规制手册》，宋华琳、李鹤、安永康、卢超译，上海三联书店2019年版，第401页。

³ 参见[西班牙]萨尔瓦多·帕拉多、安妮·玛丽·雷纳斯：《公私合作关系：程序性问责与结果性问责》，马原、王伊译，载《国际行政科学评论》2021年第4期，第311-312页。

⁴ [英]科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，宋华琳校，清华大学出版社2018年版，第3页。

⁵ 参见王瑞雪：《论多元主体分担人权责任的类型与机制》，载《浙江学刊》2018年第2期，第140页。

⁶ 《中华人民共和国数据安全法》第15条规定：国家支持开发利用数据提升公共服务的智能化水平。提供智能化公共服务，应当充分考虑老年人、残疾人的需求，避免对老年人、残疾人的日常生活造成障碍；《中华人民共和国无障碍环境建设法》第33条第1款规定：音视频以及多媒体设备、移动智能终端设备、电信终端设备制造者提供的产品，应当逐步具备语音、大字等无障碍功能。

进一步规范政企合作的启动,以消除准入壁垒风险。其二,将利益价值融入政企合作,保障企业的合法权益,促进企业积极履约,规避政府权威迁移与行政优益权履行不能导致的违约风险。其三,将距离价值融入政企合作,规避责任逃逸风险。国家、社会与个人之间的距离是法治国家的重要价值,合作可能导致该距离的丧失,进而引发公私合谋风险和责任推诿风险,只有在能维持或重新设定该必要距离时,才能实现合作国家的制度优势,对此,法律必须承担创造距离并赋予其结构的任务¹,明确政企之间的权责划分。

第二,通过契约和信任的协同互动型过程规制。结果导向型合作规制强调多元主体参与,以协商促进合作,符合合作国家的去中心化规制要求。政企协同规制合作风险,以协商促进信任,通过有组织的对话、辩论讨论分歧,可取得凸显逻辑和理性权威的更审慎的结果。契约和信任是重要的风险规制工具,构成互动型规制过程的核心。政企合作协议是创制法律关系的工具,具有预期性和明确性,兼具促进合作与约束机制的功能,可作为政企合作风险的可持续、事前的规制手段。作为一种社会资本,信任即是机会也是制约机制。“信任作为一种资本积累起来,它为更大范围的行为开放了更多机会,但它必须持续地使用并得到照顾。”²基于信任共同识别风险并采取行动,可促进政企互动。维持信任可减少双方因权限不明所致的无序竞争,弥补现有法律体系对政企合作中创新制度规定与技术约束的不足,并消减因技术依赖引发的政府权威迁移和行政优益权履行不能等风险。

第三,强调可问责性的规制结果。可问责性是一种展示、解释并证明自身行为具有正当性的责任,可被分解为三个问题:谁被问责?向谁负责?就何事项负责?³数字政府建设中的政企合作承担着提供普惠性公共数字服务的社会责任。政府负有公共责任,企业因使用垄断权力这种公共特权而负有责任,企业和政府分别承担数字技术运用和数字技术管理风险防控责任,均可被问责。规制理论中将问责分为向上的、水平的和向下的可问责性。⁴向谁负责和就何事负责体现为三个方面。(1)向上的问责性。政府向财政部门就开支和收益负责、向行政复议机关和法院就行政决定负责;企业就技术的安全可控性向规制者(工信部、大数据局等监管部门)负责。(2)水平的问责性。政府向外部和内部审计者就经济价值负责,企业向第三方主体对安全标准

¹ 参见陈爱娥:《契约作为公私部门合作的行政行为形式》,载《程序正义、人权保障与司法改革:范光群教授七十华诞祝寿论文集》,元照出版公司2009年版,第319页。

² [德]尼可拉斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏等译,上海世纪出版集团2005年版,第85页。

³ 参见[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,宋华琳校,清华大学出版社2018年版,第290-291页。

⁴ 参见[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,宋华琳校,清华大学出版社2018年版,第291-292页。

负责，双方均向合作伙伴就履约负责。(3) 向下的可问责性。政企双方均向大众就服务质量、平等参与和程序价值负责。

四、结果导向型规制模式下数字政府建设政企合作风险规制的法律构造

结果导向型模式下，数字政府建设政企合作风险规制的法律构造体现为目标规制、过程规制和结果规制三个层面，并通过实体构造和程序设置予以实现。

(一) 数字政府建设政企合作风险规制的实体构造

结果导向型规制模式下，数字政府合作建设风险规制的三层面在实体法中体现为：在实现公众友好型合作目标框架下展开侵权风险规制；在合作过程中强化信用规制以规避政府权威迁移风险，优化契约规制以克服行政优益权履行不能风险；将责任逃逸风险纳入规制结果中进行考量。

第一，构建公共价值嵌入算法的合作机制。市场和市场行为的首要原则是公正，市场应公正对待消费者和参与市场竞争主体，通过伦理价值规制风险是实现公正的主要方式。¹数字政府建设中，公正价值适用于数据利用与保护、隐私安全、程序与透明度、公平补偿等风险规制的各个方面。应通过建构公共价值嵌入算法的合作机制，确立政企合作的伦理行为与相关机制，规避数字技术侵权风险。

在数字政府合作建设项目启动阶段消减规制冲突，构建将公共价值嵌入算法的合作伙伴甄选机制和合作清单制度。(1) 基于平等价值，通过科技伦理审查甄选出伦理与技术俱佳的企业。欧盟《可信 AI 的伦理指南》确定了可信 AI 的基本前提是尊重基本人权和伦理价值，以及技术安全。《人工智能北京共识》强调 AI 研发尽可能公正，减少歧视与偏差。政府应以数字技术系统是否符合可信 AI 的伦理要求为审查标准，并同时审查企业的运营效率、隐私保护与应急能力，选择技术安全性高、行动敏捷和风险小的合作伙伴。在此过程中，政府应履行公平竞争审查职责，以保障市场主体的公平竞争权。(2) 基于距离价值，通过合作清单制度明确企业介入合作的限度。对大众普遍适用的流程化服务事项允许 AI 介入，对需认知思考能力进行决策的事项制定 AI 使用负面清单，以预防技术异化所致的侵权风险。

第二，强化信用规制以规避政府权威转移风险。作为一种新型规制工具，信用监管具有弥补立法供给不足、促进执法资源有效配置、引导市场主体行为等作用，对于矫正数字政府合作建设中的权力倒置与政府权威转移具有助益。作为一种信号传递机制，信用监管可弥补政企之间的信息不对称，政府可利用和共享企业的信用信息，并通过奖惩激励机制诱导企业尽量做出适当的行为。²通过信用监管一定程度上可提

¹ Christopher Hodges, *Outcome-Based Cooperation In Communities, Business, Regulation, and Dispute Resolution*, Bloomsbury Publishing, 2022, p.347-348.

² 参见张涛：《信用规制法治化研究》，中国政法大学出版社 2023 年版，第 111-112 页。

升政府规制能力。信用监管作为规制工具并非结果导向型合作规制理论的创新，但是，结果导向型模式以结果为导向，强调基于证据的可信承诺进行分级分类管理的信用监管举措则是对规制理论的进一步发展。

在结果导向型合作规制模式下，通过对基于证据的可信承诺进行分级分类信用监管，可规避政府权威转移风险。(1) 对企业进行分级分类信用监管，通过基于证据的可信承诺提升监管实效。在数字政府合作建设中，对愿意且能够提供与合作风险相称的可信度证据的企业，证明其在技术标准、技术伦理和风险管理等方面均有较高可信度，可减轻其风险规制负担，并授予其数据共享、投资优势等益处，反之，则适用传统规制和执法机制予以监管。我国工信部对数字企业采取分阶段、稳步推进的监管方式¹，与结果导向型模式强调的分级管理相暗合，说明该模式在我国具有可行性。值得关注的是，结果导向型风险规制模式强调的基于证据的可信承诺在我国行政法理论和实践上尚未得到足够关注，这其实是应对行政许可告知承诺制等信用监管风险的重要举措。(2) 完善政府践诺守信机制，提升政府公信力以促进合作。数字政府建设项目的发起、更新和维护需政企双方可持续性的合作，政府不兑现行政允诺等信用失范行为是政企合作失败的重要原因。当企业的信赖利益受损时，若其经多次博弈不能实现利益诉求，就可能选择不合作甚至违约。因此，规范政府信用失范是政企双方形成信任、持续合作的基础。《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》要求“不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约，因违约毁约侵犯合法权益的，要承担法律和经济责任”。据此，应将政务履约和守诺纳入政府绩效评价体系，以建立政务失信记录和惩戒机制。

第三，优化契约规制以克服行政优益权履行不能风险。通过契约形成相对客观的标准，制约算法权力的无序扩张。作为行政法中柔和的调控方式，标准具有“优于刚性的调控方式”的社会效果²，标准的制定是所有规制体系中的核心要素。2021年印发的《国家基本公共服务标准》强调以标准化提升服务质量、明确权责。据此，数字政府建设应制定相关标准以促进企业合法收集、利用、开发数据。当前，除法律明确规定的国家强制性标准外，政府或企业均可制定标准。为发挥市场主体地位，各地立法鼓励行业协会、企业等牵头或参与制定数字经济标准。³但是，企业标准制定因缺

¹ 根据《工业和信息化部关于开展 APP 侵害用户权益专项整治工作的通知》要求，工信部分阶段、稳步推进 APP 侵害用户权益专项整治行动。专项行动主要分为自查自纠（APP 自行完成整改）、监督检查（工信部组织第三方检测机构进行检查，对发现问题的企业进行督促整改）、处罚处置（依法组织下架）等三个阶段。参见《关于侵害用户权益行为的 APP（第一批）通报》，载工业和信息化部官网 2019 年 12 月 19 日，https://www.miit.gov.cn/xwdt/gxdt/sjdt/art/2020/art_a68bc4b6aef9499f80a48417f00fc6bf.html。

² 关保英：《论行政法中技术标准的运用》，载《中国法学》2017 年第 5 期，第 227 页。

³ 如，《山西省数字经济促进条例》第 6 条规定：省人民政府应当推动数字经济标准体系建设。鼓励和支持行业协会、产业联盟、企业等牵头或参与制定数字经济标准，建设数字经济示范或者试点项目。

乏公众参与难以充分保障公共利益，政府因技术隔膜难以制定适当专业标准，而政企协商形成标准可兼顾技术性和民主性，成本低且专业性高，容易被接受并有效执行。更好地获取信息、建构信任恰恰是协商式规则制定过程的优势。数字政府建设的公共价值决定了标准制定应由政府主导，纳入海量数据及公众参与等因素以促进标准客观可行。2020年发布的《国家新一代人工智能标准体系建设指南》为制定数字政府建设标准提供了参考依据。

通过契约明确数据共享机制、风险防控机制和利益分配机制，降低政府对算法权力的依赖。（1）明确数据共享机制，提升政府监管能力。推进政府数据跨部门、跨层级、跨系统共享是数字政府建设的重要环节。通过政企合作协议明确数据共享机制，可消除数据壁垒，以高质量数据预防算法歧视风险，在降低政府监管难度的同时，增强政府权威，为行政优益权的行使保留弹性空间。（2）明确风险防控机制，通过互动规避风险。通过契约规定风险的预防、快速识别和共担方式，并建立长效沟通机制，通过互动增进信任，规避因沟通无效所致的违约风险。（3）明确价格调整机制，促进合作实现。政府应尊重和保障数字企业的合理利润空间，在合作协议中明确规定价格调整机制及相关程序，确保需求、技术、成本等环境发生变化时能够较灵活地作出调整。¹

第四，强调责任分担以规避责任逃逸风险。《新一代人工智能伦理规范》要求“明确利益相关者的责任，全面增强责任意识”。数字政府建设实践中，企业基于授权成为数据运营者，政企双方均是数据运营生态链上的利益相关者，均应承担责任。企业承担部分或全部执行责任，政府承担确保其依法履行的担保责任。政企责任分担可通过立法明确规定，也可通过协议约定数字化要素，如技术人员责任、算法责任等。²

国务院2017年印发的《新一代人工智能发展规划》要求建立对AI实行设计问责和应用监督并重的双层监管结构，但并未明确如何进行问责。严格来说，算法研发者和应用者对算法运用风险或实际损害均应承担责任，“即便事先已取得利益相关者的知情同意或存粹的技术缺陷也不足以阻却相关主体所应承担的算法责任。”³为规避算法责任逃逸风险，应通过立法明确数字政府建设中的算法问责机制。（1）问责主体。由政务数据主管部门会同网信、公安、保密等职能部门成立，并由算法应用专家、数字企业、用户组成的算法问责小组。（2）问责内容。主要包括数字政府平台运营是否

¹ 参见马徐格、李沁：《算法统治世界：智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社2017年版，第311页。

² 参见马颜昕、谢煌凯：《数字政府建设下政企合作责任承担机制研究》，《学习论坛》2022年第3期，第89页。

³ 孙清白：《人工智能算法的“公共性”应用风险及其二元规制》，载《行政法学研究》2020年第4期，第65页。

存在用户隐私与安全风险、歧视和偏见，是否对用户进行“标签性信息灌输”¹，是否能够合法存储和使用个人信息。（3）问责标准与责任规则。包括国家标准、行业标准和政企合作协议的约定标准。立法者须探求符合算法技术特征的责任规则，明确算法程序设计者和使用者之间的权责分工标准。²（4）责任承担方式。除传统的履约、赔偿等责任承担方式，还可使用黑名单等信用责任承担方式。

数字化时代，政府责任的丧失会削弱国家应当积极维护的人的尊严和基本权利价值。作为数字政府建设的核心主体，政府对数字公共服务给付负有更重要的责任。民营化时代的合作治理中，传统的国家履行责任转化为担保责任，且常以强化合作的方式取代行政自我给付。³政府应承担的担保责任主要包括挑选合格合作伙伴，履行协议、监管和国家赔偿等责任、以及合作难以为续时的承接责任。鉴于当前立法缺失的现状，《行政法典》编纂时应在行政组织编中明确规范政企合作中政府的监管责任与最终的担保责任。⁴

（二）数字政府建设政企合作风险规制的程序设置

结果导向型规制模式下，数字政府合作建设风险规制的三层面在程序法体现为：通过风险评估和公民参与实现目标规制；通过风险管理实现过程规制；通过算法问责与政府问责机制促进政企合作结果的有效性。

第一，通过风险评估机制和公民参与机制消减侵权风险。（1）通过风险评估机制规制侵权风险。以专业理性为基础的风险评估是有效的规制工具。美国《算法问责法案》对企业施加歧视风险评估义务，要求具有歧视因子的企业及时整改。⁵在数字政府合作建设阶段构建算法歧视评估机制，可积极预防算法侵权风险。（2）建构人机交互的应急处理机制，确保人类的风险自决权。在算法影响公众权益时，企业应提供公众参与机会，保证算法和大数据等关键要素能够体现公众利益。我国2021年发布的《新一代人工智能伦理规范》要求确保AI可控可信，人类可随时退出与AI的交互并终止AI系统的运行。为克服区块链难以修改或删除所致的侵权行为，数字政府应建立高风险解除链接系统，企业应设置算法偏差消除程序，在侵权可能发生的紧急情形下为公众设置“停止键”。⁶

¹ 徐汉明、孙逸啸：《算法媒体的权力、异化风险与规制框架》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2020年第6期，第134页。

² 参见刘佳明：《算法行政的私营化及其公法规制》，载《天津行政学院学报》2022年第5期，第92页。

³ 参见[德]施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第274页。

⁴ 参见马颜昕：《论行政法典对数字政府建设的回应》，载《现代法学》2022年第5期，第159页。

⁵ 章小杉：《人工智能算法歧视的法律规制：欧美经验与中国路径》，载《华东理工大学学报（社会科学版）》2019年第6期，第68页。

⁶ Antonio Estella, *Trust in Artificial Intelligence Analysis of the European Commission proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, 30 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 39, 57(2023).

第二，加强风险管理以规避政府权威转移、行政优益权履行不能风险。(1) 通过影响性评估决定企业参与合作的可行性并制定相应规制方案，评估内容包括数字政府建设的市场、技术、财物、法律等方面。为避免评估不客观，可引入第三方机构对竞标企业进行外部审核和整体性评估。(2) 加强科技伦理风险预警与跟踪研判，并据此调整伦理规范，对具有类行政性的算法权力进行合法约束，以实现普惠性的数字服务。

第三，通过问责机制从程序上规避责任逃逸风险。作为行使部分公共管理职能的私主体，企业负有人权保障义务¹，并承担履行合同、提供优质服务 and 损害赔偿等责任。在结果导向型规制模式下，企业责任可通过企业可问责性机制实现。(1) 向上可问责性。企业应向作为规制者的财政部门说明其如何履行基于合同的财政责任，向法院就侵权造成的损害履行赔偿责任。(2) 水平可问责性。企业应向合作伙伴（政府）负责，就履约义务予以说明并承担违约责任。在算法系统非理性且企业有过错时，政府可启动追责程序，要求企业根据过错程度承担损害赔偿责任，甚至将其纳入黑名单。² (3) 向下的可问责性。企业对大众承担技术说明与风险披露义务，应主动披露技术运用的合理性、AI 研发与使用的潜在风险，以确保公众的知情权和监督权。公众有权获得 AI 决定的说明并有申辩机会，因算法的复杂性和难以理解性，公众有权获得用普通语言而非机器代码做出的关于 AI 决定的解释。³

行政国家的基本法就是一种规训法，所有的政府行动都可以被审查，且应根据绩效评估开展业绩审查。⁴ 在结果导向型规制模式下，政府担保责任可通过政府问责性机制实现。(1) 向上可问责性，包括经济价值问责和行政决定问责。减轻财政成本是政企合作的前提和重要指引，相较于国家自建自营，国家财政负担必须在正常情形下因民间参与而获得减缓。德国 2002 年的体育馆建设案中，地方机关因公私合作建设费用为预估自建的两倍，被行政法院判决其许可决定违背预算执行经济性原则而承担国家赔偿责任。⁵ 数字政府建设中，应引入成本分析法评估合作对财政成本的影响，并据此决定是否对政府开展经济价值问责。当数字政府侵犯相对人权益时，通过行政复议或行政诉讼确定政府应承担的国家赔偿责任，在特定情况下可向数字企业追责。公私合谋等严重违法违纪行为还应纳入纪检监察和巡视工作范围。(2) 水平可问责

¹ [英]安德鲁·克拉帕姆：《非国家行为的人权义务》，陈辉萍、徐昕、季晔译，法律出版社 2013 年版，第 307 页。

² 参见王怀勇、邓若翰：《算法行政：现实挑战与法律应对》，载《行政法学研究》2022 年第 4 期，第 117 页。

³ Jose V. Fernandez, *Artificial Intelligence in Government: Risks and Challenges of Algorithmic Governance in the Administrative State*, 30 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 65, 90(2023).

⁴ 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版，第 652-653 页。

⁵ 参见詹镇荣：《行政合作法之建制与开展——以民间参与公共建设为中心》，载台湾行政法学会主编：《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》，元照出版公司 2009 年版，第 120 页。

性。政府违反信赖保护原则，不履行行政允诺时对企业负有违约责任。对此，应建立健全政府失信责任追究制度及责任倒查机制，政府因违约致使企业受损的，应承担赔偿责任。（3）向下可问责性。政府对公众负有担保责任，因其违约或疏于监管侵害公民财产权的，应承担赔偿责任和合作失败时接管服务的承接责任。

五、结语

越是复杂的风险社会，规制模式的研究就越彰显其价值。本文对数字政府合作建设的法律风险及其规制模式进行类型化研究，探讨了现有风险规制模式应对数字时代政企合作法律风险的不足，主张引入新型的结果导向型合作规制模式，并对其进行规制目标、规制过程和规制结果的三层次建构。结果导向型风险规制模式下，数字政府合作建设风险规制的法律构造体现为实体构造和程序设置两方面。就规制目标而言，应建构将公共价值嵌入算法的合作机制，并通过风险评估和公民参与程序规避侵权风险。就规制过程而言，应强化信用监管、优化契约机制分别规避政府权威迁移风险和行政优益权履行不能风险，并通过风险管理程序实现。就规制结果而言，应明确政企责任分担，并通过公共问责程序规避责任逃逸风险。结果导向型模式并不排斥传统规制模式的运用，而是一种适用于数字政府合作建设领域、强调合作结果与目标一致的更好的风险规制模式。当前，政府的主要任务在于对企业介入数字政府建设的程度、收益和风险进行适当考量，以“实现合作”这一结果为导向进行风险规制，最终实现人权保障的宪法价值，否则，我们将会陷入算法技术运用风险困局中并失去人类的裁量判断。

LEGAL RISKS AND REGULATORY MODELS OF PPP IN DIGITAL GOVERNMENT CONSTRUCTION

Zhang Min

School of Law, Henan University, Kaifeng, Henan 475001

Abstract: The goal of the public-private partnerships (PPP) in the construction of digital government is carrying out public service and promoting Chinese modernization via digitalization. Comparing to traditional public services, there are four legal risks in the construction of digital government which are the risk of digital technology infringement, transferring of governmental authority, failure to fulfill administrative priority power, and irresponsibility. These risks could easily lead to some phenomena such as interruption, and abnormal termination, which lead to a gap between the result and the purpose of PPP in the practice of digital government construction. It is difficult for traditional risk regulatory models, such as governmental regulation, self-regulation and meta-regulation to cope with the risks of PPP in the construction of digital government, the new model should be introduced under the background of cooperative administrative law. Outcome-based cooperative regulation emphasizes the consistency of result and objective, the commonality of risk identification and the classification of credit supervision, cooperation performance and public accountability, which make it to be a better risk regulation model for the legal risks of PPP in digital government construction. It can be explained in three levels of target regulation, process regulation and result regulation. Under this model, the specific risk regulatory paths of PPP in digital government are as follows: building a cooperative mechanism which input public value into the algorithm, and avoiding infringement risks by procedures of risk assessment and citizen participation; strengthening credit supervision and optimizing contract mechanism to avoid the risk of transferring of governmental authority and administrative advantage right failure to perform respectively, which can be achieved by risk management procedures; clarify the sharing of responsibilities between the government and enterprises, and avoiding the risk of responsibility evasion through public accountability procedure.

Keywords: the construction of digital government; public private partnership; legal risks; risks regulation; outcome-based cooperative regulation.

论法律的安全价值实现路径*

任瑞兴

河南大学 法学院, 河南 开封 475001

摘要: 在当今风险社会的数字时代, 法律的安全价值引人关注, 法律的安全价值实现路径值得探究。从社会结构转型、安全价值观念变迁与法律形态转变的宏观视角观察, 法律的安全价值实现路径大致可归结为三种样态: 义务本位型路径、个人本位权利型路径和社会本位权利型路径。这三种路径分别生成于压制型法律形态、自治型法律形态和回应型法律形态之中, 相应地分别体现着秩序型安全价值观、自由型安全价值观和综合型安全价值观。目前我国的法律形态正在由自治型法转向回应型法, 安全价值观念正在从自由型安全价值观转向综合型安全价值观, 法律的安全价值实现路径样态呈现为由个人本位权利型路径向社会本位权利型路径的转变过程中。针对我国法律的安全价值实现路径中存在的问题, 需要从优化综合型安全价值观念、健全回应型法律形态、调适法律的安全价值实现路径等方面加以解决。

关键词: 法律; 安全价值; 法律形态

引言

“安全问题事关各国人民的福祉, 事关世界和平与发展的崇高事业, 事关人类的前途命运。”¹“中国特色社会主义新时代, 安全在人民对美好生活的追求中分量越来越重、越来越多样化多层次, 从生命财产安全上升到安业、安居、安康、安心等各方面, 内涵外延不断拓展, 标准要求更新更高。”²在这新的时代背景下, 安全作为法律的目的价值经由人类历史长河的冲刷与洗礼愈发引人关注, 这种关注不仅体现为安全价值观念的更新、安全类型的增加、安全价值的法理论证,³而且表现为对不同领

* 任瑞兴, 法学博士, 河南大学法学院副教授。本文系司法部法治建设与法学理论研究科研项目(22SFB3001)“法治社会建设中的公民权利质量研究”阶段性成果。

¹ 《全球安全倡议概念文件》, 《人民日报》, 2023年2月22日。

² 《党的二十大报告辅导读本》编写组编著:《党的二十大报告辅导读本》, 北京: 人民出版社, 2022年, 第115页。

³ 宋晓敏:《人的安全与解放的共同体: 威尔士学派安全理论研究》, 北京: 社会科学文献出版社, 2016年; 路德, 沃克著, 张熹珂, 任勇译:《安全的文明化》, 北京: 中央编译出版社, 2019年; 余潇枫主编:《非传统安全概论》(上、下卷), 北京: 北京大学出版社, 2020年; 侯娜, 池志培:《总体国家安全观研究新探》, 北京: 中国商务出版社, 2020年; 中共中央宣传部, 中央国家安全委员会办公室编:《总体国家安全观学习纲要》, 北京: 学习出版社, 人民出版社, 2022年; 王贵松:《论法治国家的安全观》, 《清华法学》, 2021年第2期; 任瑞兴:《论法律的安全价值生成逻辑》, 《河南大学学报(社会科学版)》, 2023年第3期。

域中诸多安全类型之具体制度机制保障和具体法律实现路径的方案探讨。¹这些论证和探讨虽然为进一步分析法律的安全价值实现路径问题提供了重要的理论基础和知识资源,但其所呈现出的碎片化研究状况需要在法理层面上予以整合与提炼,从中归纳出具有整体性的法律之安全价值实现路径,从而深化法律的安全价值研究,以有助于人们的安全价值需求不断得到有效的法学理论回应和法治保障。有鉴于此,本文力图从宏观上勾勒法律的安全价值实现路径,展现法律的安全价值实现路径之整体样态,为不断完善法律的安全价值实现路径提供学理参考。

一、法律的安全价值实现路径之基本内涵与样态

法律的安全价值是指法律作为价值客体对于作为价值主体的人之安全需求的满足程度与意义呈现状态,其属于法律的一种目的价值。此处的“安全”既指消极意义上的免于匮乏和免于恐惧之状态,又指积极意义上的预防危险和防范危害之能力;²既包括免受威胁、危险及伤害意义上的基础性安全,又包括呈现自我认同连续性、信任机制达成及魂守心安意义上的品质性安全。³在一定程度上,人们的安全价值需求不断得到实现的历史也是人类法律不断演变与运行的历史。正是在这一历史过程中,法律的安全价值实现路径之基本内涵与样态得以呈现。

(一) 法律的安全价值实现路径之基本内涵

所谓法律的安全价值实现路径,是指通过法律实现人们所需求的安全价值之渠道、过程与方式。该路径是由一定社会的整体制度框架(经济、政治、文化等制度)中的法律制度运行模式所展现出来的满足人们的安全价值需求之过程式样。由此可发现,法律的安全价值实现路径至少包括社会整体制度框架、法律制度和人们的安全价值观念这三个要素。其中,法律制度仰赖社会整体制度框架的支撑,安全价值观念生成于、也内嵌于社会整体制度框架之中;同时法律制度也发挥着维护社会整体制度框架的合法性地位之功能,安全价值观念则为社会整体制度框架和法律制度提供内在的价值理念指引与正当性证成。

作为“渠道”的法律安全价值实现路径,呈现的是人们通过相对独立自治的法律系统来满足自身的安全价值诉求之整体路径选择,其蕴含着“安全源于人性,保障于法律”⁴的深层法理逻辑。这正如美国法学家罗斯科·庞德所分析的那样:“法律的哲学

¹ 惠志斌,李佳:《人工智能时代公共安全风险治理》,上海:上海社会科学院出版社,2021年;陈旭,吴险峰,龚会:《健全公共安全体制机制研究》,成都:四川大学出版社,2022年;靳文辉,陈誉:《虚拟经济安全的法律塑造》,重庆:重庆大学出版社,2022年;梁坤:《数据主权与安全:跨境电子取证》,北京:清华大学出版社,2023年;王宝珠,等:《数字空间安全与发展探索》,上海:上海人民出版社,2023年。

² 任瑞兴:《公民权利质量的意义之维》,《河南大学学报(社会科学版)》2019年第2期。

³ 安东尼·吉登斯著,田禾译:《现代性的后果》(修订版),南京:译林出版社2022年,第102页。

⁴ 单飞跃,刘思萱:《经济法安全理念的解析》,《现代法学》,2003年第1期。

思考被两种需求所左右。一方面，人们对普遍安全享有的至高之社会利益，作为一种和平与秩序利益，它指明了法律的来由，引导人们为人类行动一定程度的有序化寻求某种可靠基础，此秩序应限制官方与个人之恣意，确保一种稳定牢固的社会秩序。另一方面，那些没那么紧迫的社会利益之压力，以及将它们与普遍安全之紧迫需求相协调、并适应社会的不断变化连续达成新的妥协之需求，总是要求我们至少对社会秩序的细节进行不断调整。此种需求也一直要求我们全面检视法律内容，使它们与新的社会情势相适应。”¹作为“过程”的法律安全价值实现路径，展现的是人们通过法律制度运行来满足自身的安全价值诉求之意义转换与价值生成的具体动态场景，其诠释着“法因人而生、为人而设”和“安全是为人的，人是安全的主体，是安全的出发点和最终目的”²之安全主体性价值生成逻辑，表征着法律的安全价值生成和人的自我价值塑造之过程维度。作为“方式”的法律安全价值实现路径，显示的是人们通过法律的具体权利、义务与责任机制来满足自身的安全价值诉求之技术操作的微观实践，其演绎着客观的法律技术与主观的价值诉求之间复杂而又精细的衔接互动情景，呈现着具体的法律机制运行与具体的人之安全价值需求之间深入交融的鲜活实践。

（二）法律的安全价值实现路径之样态

根据马克思主义基本原理，不同社会形态中的经济基础决定着作为其上层建筑的不同法律形态，而不同的法律形态直接塑造了不同样态的法律安全价值实现路径。依据“强制”这个法律演变的要素在不同社会形态中所发挥的功能差别，通过分析法律与政治、国家、道德秩序的关系，法律判决中的诸多要素，以及公民在这些关系和要素中的角色，大致可提炼出三种法律形态：压制型法、自治型法和回应型法。³在农耕文明的古代社会，占据主导地位的压制型法律形态催生了义务本位型法律安全价值实现路径；在工商文明的近代社会，居统领地位的自治型法律形态促成个人本位权利型法律安全价值实现路径；在信息文明的当代社会，居主导地位的回应型法律形态推动生成社会本位权利型法律安全价值实现路径。⁴当然，这三种法律形态的划分具有理想类型的特点，虽与人类社会历史阶段大致相当，但并不严格与其吻合，也不能排除每一历史阶段均有上述三种法律形态的部分要素，只是其中一种法律形态居

¹ 罗斯科·庞德著，于柏华译：《法哲学导论》，北京：商务印书馆，2019年，第4页。

² 宋晓敏：《人的安全与解放的共同体：威尔士学派安全理论研究》，北京：社会科学文献出版社，2016年，第159页。

³ 诺内特，塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第15-18页。

⁴ 根据张文显教授的分析，“权利本位”与“义务本位”、“个人本位”与“社会本位”是两对既有区别又有联系的范畴。权利本位既可以表现为个人本位也可以表现为社会本位。“在法学中，个人本位假定社会是由彼此独立自主、处境平等的个人所组成的共同体，因而强调，法应当以维护个人的利益为基点；社会本位假定人并不是互相独立的，而是作为社会成员彼此联系（连带）的，因而强调，法应当以维护社会利益为基点。”参见张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），北京：中国政法大学出版社，2001年，第352-353页。

主导地位而已。

义务本位型法律安全价值实现路径不仅是压制型法律形态的具体表征，而且也是秩序型安全价值观的呈现方式。古代社会基本属于家元共同体，立基于自然经济之上的血缘家族纽带式社会关系格局决定了其同质性和封闭性，这使得该共同体中难以出现个体意识和权利观念。¹在古代社会的压制型法律形态中，法律乃权力的工具，秩序构成法律的主要目的，法律的合法性源自于打着国家利益的旗号防卫社会的行动，强制力出场频频而受限不足，法律附属于权力政治，民众更多的是对权力的服从。²由此，压制型法将等级身份特权及依附关系制度化，“规则对主权者的约束处于软弱无力状态”，“对权利的承认则是靠不住的”，³维护治安成为法律的首要价值。申言之，古代社会的法律安全价值主要表征为秩序型安全价值，即通过法律来维护等级社会秩序为基本目标的安全价值取向，其实现路径表现为义务本位型的法律制度安排与法律规范设计，规定不同身份等级的社会成员所须履行的职责和义务，普通民众更多的是需要履行诸多义务，享有的权利较少，而上层社会成员则拥有较多的特权，由此达到各社会成员各就其位、各得其所的秩序状态。

个人本位权利型法律安全价值实现路径生成于自治型法律形态之中，表征着自由型安全价值观。在工商文明的近代社会，工业革命、主权国家出场、个人理性觉醒、契约精神铸造等因素一起推动形成自治型法律形态。在自治型法律形态中，人们的权利意识增强，法律与政治的分化趋势日益强烈，这推动了权力分立的理论研究与实践操作，权力配置的制度逐步形成，公法与私法的界分日趋明朗，权力不断受到法律的规范与约束，法律的合法性愈来愈仰赖于程序公正，社会个体的守法意识由压制型法时期的被动服从转变为自治型法时期的自觉遵守和据理力争。⁴据此，近代社会的法律安全价值主要表征为自由型安全价值，即通过法律来维护每一个社会成员的自由和权利为基本目标的安全价值取向，其实现路径表现为个人本位权利型的法律制度安排与法律规范设计，秉持“法律面前人人平等”的法治原则，在法律上尊重和保障每一个社会成员的自由和权利，而每个成员的法律义务设定是以保障其实现自由和权利为旨归的。由此，各社会成员享有其自由与权利，同时也履行其义务与责任，从而实现其生命、财产、自由等基本价值的安全状态。当然，这种个人本位权利型法律安

¹ 张康之，张乾友：《共同体的进化》，北京：中国社会科学出版社，2012年，第23页。

² 诺内特，塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第18页。

³ 诺内特，塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第38页。

⁴ 诺内特，塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第18页。

全价值实现路径也是在主权国家框架当中确立和形成的，国家安全构成了个人安全的基本保障，¹由此个人本位权利型法律安全价值实现路径的有效性受限于主权国家安全程度及其内部的权力配置状况。但不能忘记的是，保障公民安全乃国家安全之旨归。²

社会本位权利型法律安全价值实现路径不仅直接依凭回应型法律形态，而且也呈现着综合型安全价值观（兼顾秩序型安全价值与自由型安全价值）。20世纪以来随着风险社会到来、经济发展、科技革命和社会治理模式变革，逐渐促成回应型法律初阶形态。在这种法律形态中，法律的目的由正当性转为权能构建，实体正义成为法律所追求的主要内容，法律与政治的关系被重构，两者趋于新的融合，社会个体的自由和权利需要受到其责任与义务的限制。³由此法律的安全价值主要表征为综合型安全价值，其兼顾、平衡秩序型安全价值与自由型安全价值，通过法律既维护每一个社会成员的基础性安全又促进其品质性安全，其实现路径表现为社会本位权利型的法律制度安排与法律规范设计，协调兼顾个人权利与社会公共利益。伴随着社会变迁、科技进步和法律变革，回应型法律初阶形态也在不断调整，其逐渐将形式正义与实体正义融合、提升为程序正义。⁴21世纪以来，由互联网、算法、大数据、人工智能等科技形成的信息革命，已经改变并正在继续改变着人类社会的生产方式、生活样式和法律形态，法律的信息化、智能化、数字化如火如荼，法律价值、法律关系、法律行为等法律领域剧烈变革，⁵“法律规制失灵”和“法律秩序失调”的风险陡增，⁶秩序重构、安全塑造、权利彰显已经成为回应型法律进阶形态需要承担的紧迫使命。由此社会本位权利型法律安全价值实现路径所呈现的综合型安全价值观需要从整体上重构法律价值体系，继而形成更具包容性的综合型安全价值观，并推动社会本位权利型法律安全价值实现路径不断完善。

二、我国法律的安全价值实现路径之问题及原因

我国法律的安全价值观念大体上呈现出：由秩序型安全价值观（古代中国至新中国成立初期）到自由型安全价值观（改革开放之初至总体国家安全观提出前）再到综合型安全价值观（总体国家安全观提出以来）的演变趋势；与之相应地，我国安全价值实现的法律形态大致先后经历了压制型法律形态、自治型法律形态和回应型法律

¹ 林国治：《人类安全观的演变及其伦理建构》，北京：中国社会科学出版社，2015年，第28页。

² 洪堡著，林荣远，等译：《论国家的作用》，北京：中国社会科学出版社，1998年，第59页。

³ 诺内特，塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第18页。

⁴ 季卫东：《法律程序的形式性与实质性：以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》，2006年第1期。

⁵ 马长山：《迈向数字社会的法律》，北京：法律出版社，2021年，第48-66页。

⁶ 张文显：《构建智能社会的法律秩序》，《东方法学》，2020年第5期。

形态的变迁历程；同时，我国法律的安全价值实现路径之具体样态亦可大致归结为：由义务本位型实现路径¹到个人本位权利型实现路径再到社会本位权利型实现路径的沿革脉络。整体上看，我国法律的安全价值实现路径呈现出不断进步和趋向完善的态势，但也存在着一些需要认真对待和亟待解决的问题。

（一）我国法律的安全价值观念有待优化

如前所述，法律的安全价值观念具有内在价值导向性，其制约着法律的安全价值路径之功能发挥的整体方向与效果。而在全面依法治国和深入贯彻总体国家安全观的新时代，我国法律的安全价值实现路径之功能发挥欠佳，其价值观念在自由型安全价值观与秩序型安全价值观之间徘徊，综合型安全价值观体现不足，与总体国家安全观的要求存在着差距。以人民安全为宗旨的总体国家安全观意在统合、协调秩序型安全价值观与自由型安全价值观，由此秉持综合型安全价值观，但目前我国法律的安全价值实现路径并未较好地体现这种价值观念。这在我国法治实践中具体表现为：其要么偏执于秩序型安全价值观，要么执着于自由型安全价值观。例如，有学者指出我国刑事立法因倚重安全与秩序价值保护而成为安全刑法，其偏离了以权利自由保护为旨归的自由刑法；²也有学者不无忧虑地认为，过于强调个人权利的法治观有忽视国家视角而趋向弱化大国安全保障之危险。³究其原因，这既与我国秩序型安全价值观的历史较长而自由型安全价值观成长不足有关，又与我国所面临的安全价值观之共时性难题有关。

一方面，古代中国作为农耕文明主导的历史悠久的传统社会，形成了“天、君、家、国为一体”的、“以无条件的‘忠’‘孝’为伦理纽带和安全维护手段”的秩序型安全价值观，⁴其影响深远，在价值观念上深刻塑造着我国法律的安全价值实现路径。这突出地体现为我国当前社会治理领域中“过度刑法化”，即刑法频繁而普遍地介入社会治理领域，呈现国家刑罚权扩张而公民自由受到限制和压缩的状态。⁵同时，奉行个人权利本位的自由型安全价值观自近代以来才传入我国，其成长时间不长且由于历史境遇与社会急剧转型之需而使得秩序型安全价值观得以不断出场，⁶这在客观上挤压了自由型安全价值观在我国成长的时间和空间，由此造成我国自由型安全价值观

¹ 古代中国体现的是义务本位型法律安全价值实现路径，同时也要看到新中国成立初至改革开放前受阶级斗争方式支配，在权利与义务的关系上强调义务。张文显，于宁：《当代中国法哲学研究范式的转换：从阶级斗争范式到权利本位范式》，《中国法学》，2001年第1期。

² 刘艳红：《中国刑法的发展方向：安全刑法抑或自由刑法》，《政法论坛》，2023年第2期。

³ 强世功：《迈向立法者的法理学：法律移植背景下对当代法理学的反思》，《中国社会科学》，2005年第1期。

⁴ 林国治：《人类安全观的演变及其伦理建构》，北京：中国社会科学出版社，2015年，第92页。

⁵ 何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，《中外法学》，2015年第2期。

⁶ 凌胜利，杨帆：《新中国70年国家安全观的演变：认知、内涵与应对》，《国际安全研究》，2019年第6期。

先天不足又后天发育不良。自 20 世纪 70 年代末，我国实行改革开放以来，自由型安全价值观迎来了新的生机。自此我国的工作重点由“以阶级斗争为纲”转向了以经济建设为中心的社会主义现代化建设，由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变，由此带动了广泛的社会领域的变革。这一重大的社会变革既需要深刻的思想变革又推动了深刻的思想解放，法学领域先后进行了法的本质、人治与法治、法治与法制、人权等问题的深入讨论，“权利本位论”在这场讨论中脱颖而出，其理论旨趣在于将社会个体的权利从国家权力的管控和压制中摆脱出来，摒弃国家主义和官本位的人治观念，使得个人权利获得足够的独立性和自主性，促使个人权利与国家权力之间的关系达致契合现代法治精神的状态。¹ 由此，权利本位范式逐步取代了阶级斗争范式，这极大地推动了我国自由型安全价值观的健康成长，但还比较稚嫩，其法律实现的效果才初步显现，不时还会受到资深的秩序型安全价值观的制约。

另一方面，人类已经进入风险社会的数字时代，自然风险、社会风险与数字风险叠加，传统安全问题与非传统安全问题共存并相互转化，²这导致我国同时需要面对聚焦于秩序重构、安全塑造与权利彰显的综合型安全价值观生成问题。一如前述，自由型安全价值观在我国尚显稚嫩，而秩序型安全价值观资深已久，如何在这新的社会背景下共时性地协调整合两者之间的关系，将其塑造成符合社会需要的综合型安全价值观，这是极具挑战性的任务。对此，在很大程度上，总体国家安全观的提出、发展、完善和深入贯彻就是应对这一挑战的重大安全理论创新和整体实践方案，³其为有效统筹协调秩序型安全价值观与自由型安全价值观提供了重要的理论依据和实践指南。当然，我们也需要清醒地认识到，要将稚嫩的自由型安全价值观与资深的秩序型安全价值观真正统合为综合型安全价值观，不仅要助推自由型安全价值观在我国的进一步发展，使之能与资深的秩序型安全价值观形成实质上的互动，而不被强大的后者所压制；而且也要适当调整秩序型安全价值观的强势姿态，使之可与稚嫩的自由型安全价值观形成适度的平衡。这就需要从更深层的哲理透视和法治实践中不断探索。

（二）我国安全价值实现的法律形态有待改善

当前我国安全价值实现的法律形态正在由自治型法律形态转向回应型法律形态，在这一转向过程中不仅需要健全自治型法律形态为回应型法律形态提供充足的制度资源，而且需要回应型法律形态本身从初阶提升到进阶层次，由此为综合型安全价值

¹ 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，北京：法律出版社，2006 年，第 427 页。

² 余潇枫：《跨越边界：人类安全的现实挑战与未来图景——统筹传统安全与非传统安全解析》，《国家治理》，2022 年第 Z1 期。

³ 中共中央宣传部，中央国家安全委员会办公室编：《总体国家安全观学习纲要》，北京：学习出版社，人民出版社，2022 年。

观的法律实现提供有效的制度保障。而恰在这两个方面均存在着有待改善之处。

一方面，由工具性权利观到目的性权利观的转变尚未完成，致使稚嫩的自由型安全价值观无法短期内塑造出健全的自治型法律形态，继而制约着其顺利转向回应型法律形态。时下我国社会中，受脸面文化和差序情境的影响，注重诸多关系中的自我意识，致使国人往往趋向于权利的“和谐”“平衡”维度以及工具化理解。¹这种工具性权利观不仅将权利视为自身利益诉求的工具、实现功利需要的一种手段，而且由此导致权利滥用和权利泛化而背离了权利内在的人之自由与尊严的主体性品格。这严重阻碍着权利的价值意识生成，无法达成目的性权利观。因为权利的价值意识形成，不仅仅意味着使权利满足人的某种功利需要，而且更能使该权利在人们生活的价值目的指向和价值理想样态中占据不可或缺的地位。而工具性权利观直接妨碍了权利的价值内涵在人之生活意义世界的有效呈现，由此也制约了人们基于其“价值目的和价值理想对权利之于自身生活意义世界构建的评价能力与意义赋予程度”。²工具性权利观转向目的性权利观的窘境，困扰着权利本位理念在我国法律制度中的贯彻落实，影响着自治型法律形态的价值属性塑造和体系化，继而阻滞着其向回应型法律形态的转变。

另一方面，因应风险社会和数字时代的挑战，在回应型法律初阶形态亟待向进阶形态转变、呈现综合型安全价值观的过程中，固化的法律部门划分阻碍着回应型法律形态的转变步伐，制约着风险立法结构转型。我们已经身处风险社会之中，其具有系统性和普遍性的公共风险充斥社会各个领域，非传统安全观应运而生，“风险社会对应的规范蓝图是安全，这也是风险社会的基础和动力之所在”³。由此，如何规制此种公共风险成为法律的重要任务，风险立法的需求凸显，“立法者不得超越私法自治的边界，运用公法手段来管控风险，风险立法由此呈现出公法与私法的合流之势”⁴。目前我国的风险立法尚处于公法与私法二分格局基础上的不同法律部门分散式风险立法状态，这种体现自治型法律形态的部门法之间畛域分明的逻辑导致其风险规制效果不佳，⁵亟须转向以问题为中心的公私法合作、风险整体规制的回应型法律形态，以提升公共风险治理能力、实现综合型安全价值诉求。同时，在当今数字时代，基于人工智能技术的算法权力异军突起，这种算法权力依凭数字技术逻辑不断突破现有自治型法律形态的规制，而使其呈现技术异化之势，诱发“消费者权益受损、公权力

¹ 王霞：《自我、脸面与关系：中国人的权利心理图谱》，《法制与社会发展》，2016年第6期。

² 任瑞兴：《公民权利质量的意义之维》，《河南大学学报（社会科学版）》，2019年第2期。

³ 乌尔里希·贝克著，张文杰，何博闻译：《风险社会：新的现代性之路》，北京：译林出版社，2018年，第48页。

⁴ 宋亚辉：《超越公私二分：风险领域的公私法合作理论》，北京：商务印书馆，2022年，第13页。

⁵ 宋亚辉：《风险控制的部门法思路及其超越》，《中国社会科学》，2017年第10期。

运行失范、公民权利受到侵害”¹以及数据安全风险。固守公法与私法二元划分的法律体系，已经难以有效规制算法权力异化风险。这不仅意味着自治型法律形态亟须转向回应型法律形态，而且对回应型法律初阶形态提出了嵌入数字立法而升级至回应型法律进阶形态的要求，由此满足数字社会的综合型安全价值需求。

（三）我国法律的安全价值实现路径之具体样态有待调整

上述我国法律的安全价值之观念与法律形态所存在的问题，在很大程度上决定了该路径之具体样态也存在着有待调整的空间。当前我国法律的安全价值实现路径之具体样态表征为由个人本位权利型路径与社会本位权利型路径的混合杂糅，其中较为突出的问题是法律中权利、义务与责任的规范逻辑和条文表述不够准确、自治与完整。

一方面，我国法律中权利条款在增多，但同时与之理当关联的义务和责任条款设置不足，致使权利本位的价值逻辑得不到有效的法律规范逻辑支撑。根据权利本位论，权利本位的价值逻辑决定着法律规范逻辑，法律规范逻辑应当遵循和表征权利本位的价值逻辑。具体而言：“权利的主导地位和作用存在于权利和义务的相关性之中，离开义务，权利就成了一个绝对的、单纯的‘异己’，也就失去了本位的性质”²；“权利和义务也是互为参照系的：只有以义务作为权利的参照，才能把握权利的内容和界限；同理，只有以权利作为义务的参照，才能把握义务的内容和限度。”³而在我国的一些法律中，宣示性的权利条款规定得不少，但相关联的义务和责任条款明则语焉不详甚或缺失，⁴使其缺乏可操作性，直接影响了权利的行使与救济，制约了权利本位型法律安全价值实现路径的功能发挥。究其原因，这与人们对权利本位论的认知不够深入有关，同时也与对权利价值的法律规范逻辑把握不够准确相关。与此同时，数字时代的到来“不断解构和重构着传统的权利义务设定和分配格局”，⁵这给权利本位的价值逻辑呈现及其法律规范逻辑支撑带来了挑战，也亟须做出回应。

另一方面，我国一些法律中有关权利规定的语言表述不够规范和准确，比如，权利立法名称表述不统一、不同法律权利规定之间的逻辑不连贯、“权利”与“权益”概念混用而不加区分等。⁶这在一定程度上影响着权利价值的法律规范表达，制约着法律实施的社会效果，致使权利本位型法律安全价值实现路径的功能发挥受阻。而出现这样问题的原因，主要是相关立法主体的立法规范意识不强、立法技术不精、立法能力

¹ 张凌寒：《权力之治：人工智能时代的算法规制》，上海：上海人民出版社，2021年，第50页。

² 张文显：《从义务本位到权利本位是法的发展规律》，《社会科学战线》，1990年第3期。

³ 张文显：《张文显法学文选·第3卷，权利与人权》，北京：法律出版社，2011年，第183页。

⁴ 张鹏：《中国权利性条款立法规范化研究》，北京：中国社会科学出版社，2016年，第49-50页。

⁵ 马长山：《迈向数字社会的法律》，北京：法律出版社，2021年，第60页。

⁶ 张鹏：《中国权利性条款立法规范化研究》，北京：中国社会科学出版社，2016年，第120-126页。

不足，¹亟待采取措施加以提升和解决。

三、我国法律的安全价值实现路径之完善对策

基于对我国安全价值之观念、法律形态和实现路径具体样态的问题分析，结合新时代全面依法治国和贯彻总体国家安全观的要求，笔者认为完善我国法律的安全价值实现路径至少需要采取以下三方面的对策：

（一）优化复合型安全价值观

客观而言，在总体国家安全观的指引下，我国法律的安全价值观念正处于由融合、超越秩序型安全价值观与自由型安全价值观迈向复合型安全价值观的过程当中。而这一过程的顺利推进程度取决于稚嫩的自由型安全价值观与资深的秩序型安全价值观之间关系调适的程度，从而优化复合型安全价值观，为我国法律的安全价值实现路径提供有效的价值指引。为此，做好以下两方面尤为紧要：

一方面，在调适稚嫩的自由型安全价值观与资深的秩序型安全价值观之间关系的过程中，需要秉持法律的安全价值之人民主体性逻辑。法律的安全价值之人民主体性逻辑不仅意味着人民的权利享有与安全保障是法律的安全价值之归宿，而且体现着总体国家安全观的宗旨——人民安全之内在价值导向。²这为有效衔接和融合自由型安全价值观与秩序型安全价值观提供了深层的价值原则与内在的价值通道。其一，法律的安全价值之人民主体性逻辑能够为自由型安全观提供充足的价值源泉，使其将人民安全与权利主体性不断地具体化为公民安全与权利主体性，在全面依法治国进程中提升公民权利质量，由此形成中国式的权利本位范式，从而为稚嫩的自由型安全价值观注入强大而鲜活的权利主体性力量，推动其不断发展壮大，助推其与资深的秩序型安全价值观达成动态平衡。其二，法律的安全价值之人民主体性逻辑也能够为资深的秩序型安全价值观提供整体上的价值导向，使其恪守人民安全与权利主体性的价值原则。在维护社会安全的过程中，在处理因利益问题引发的各种人民内部矛盾和社会矛盾时，我们要运用法治思维处理好维稳和维权的关系：“从人民内部和社会一般意义上说，维权是维稳的基础，维稳的实质是维权。人心安定，社会才能稳定。对涉及维权的维稳问题，首先要把群众合理合法的利益诉求解决好。单纯维稳，不解决利益问题，那是本末倒置，最后也难以稳定下来。”³由此将单纯维稳的秩序型安全价值观纳入遵守人民权利主体性逻辑的法治轨道，从而超越秩序型安全价值观与自由型安全价值观，迈向复合型安全价值观。

¹ 宋方青：《立法能力的内涵、构成与提升：以人大立法为视角》，《中外法学》，2021年第1期。

² 任瑞兴：《论法律的安全价值生成逻辑》，《河南大学学报（社会科学版）》，2023年第3期。

³ 中共中央党史和文献研究院编：《习近平关于总体国家安全观论述摘编》，北京：中央文献出版社，2018年，第134页。

另一方面，在调适稚嫩的自由型安全价值观与资深的秩序型安全价值观之间关系的过程中，需要厘清和把握安全与自由之间的关系。安全与自由的关系理解构成自由型安全价值观与秩序型安全价值观之间关系调适的基本面相。其一，安全与自由具有内在的一致性，彼此能够互动促进。安全与自由都是人的基本价值需求，其内在统一于人的整体价值需求体系中，安全给人的自由带来保障，自由给安全赋予力量和价值方向，这在自治型法律形态中典型地体现为两者的统一体——权利。“权利的存在本身对具体个人来说便意味着安全。权利不但体现主体的行为自由，而且还意味着自由具有法律保障。”“只有存在使个人权利受到普遍尊重的制度，人们才有真正的安全感。”¹其二，安全与自由之间也有张力。众所周知，权利的维护与救济需要公共权力的有力保障，公共权力的安全高效运行——国家安全与国家能力成为权利保护的后盾，同时公共权力也是个人权利的最大威胁，对公共权力的法律规制至关重要。而脱离法律规制的公共权力一味维稳的秩序型安全价值观呈现，则会威胁公民权利，使其自由难以得到保障。安全与自由的紧张关系有时体现为社会整体与个体、个体与个体之间不同主体的价值分歧和利益冲突。总体而言，安全与自由处于对立统一的关系状态，其核心问题是权利与权力的关系处理。如果说秩序型安全价值观立足于权力安全，自由型安全价值观立足于权利安全，那么综合型安全价值观则兼顾权利安全与权力安全。由此，综合型安全价值观需要在回应型法律形态中塑造出来，以应对数字时代的诸多风险，达致秩序重构、安全塑造与权利彰显的社会安全状态。

（二）健全回应型法律形态

鉴于安全与自由的紧密逻辑关系，体现综合型安全价值观的回应型法律形态需要体现自由型安全价值观的自治型法律形态之有效支撑；同时为应对风险社会数字时代的风险问题和安全诉求，回应型法律形态需要从初阶层次转向进阶层次。为此，健全回应型法律形态可从以下方面着手：

第一，实现由工具性权利观到目的性权利观的转变，充实自治型法律形态的内在价值属性和外在框架，为塑造完善的回应型法律形态提供价值滋养和制度资源。当前我国正在由中国特色社会主义法律体系建设转向中国特色社会主义法治体系建设，法律框架不断完善，权利保护的法治之形体日渐丰满，而其主体性精神并不充盈，出现了权利之“形”与权利之“神”的割裂情形。对此，一方面，法学界需要深化和拓展权利本位论的研究，使权利本位论从个人权利本位真正转向社会权利本位而成为迈向共同体的权利理论，²并关注数字时代权利的数字属性及其形态，扩展权利理论研究

¹ 彭诚信：《权利的法律本质与人的内在价值》，北京：法律出版社，2022年，第240-241页，第245页。

² 黄涛：《主体性时代的权利理论：改革开放以来中国权利理论的逻辑演进》，《法制与社会发展》，2019年第1期。

的数字空间，¹“提升其在权利之范畴思维方面的广度与深度，推动权利本位论向法治实践的应用领域转化，以提高人们在权利筹划方面的能力”²。另一方面，在发扬我国优秀传统法律文化的基础上，不断完善权利立法和发展新兴的法律部门，大力提升公民的法治主体意识、塑造公民的权利主体性精神，强化对公共权力运行的法治监督，降低权利主体的维权成本，提高侵权者的侵权成本，形成守法者受益而违法者受损的局面，使每一个公民在具体而鲜活的法律生活中体验到法治的正义价值、感受到权利所体现的人性尊严，从而摒弃工具性权利观、确立起目的性权利观。由此实现权利之“形”与权利之“神”的统一，形成更为完善的自治型法律形态，为健全回应型法律形态创造有利条件。

第二，突破固有的公法与私法区分逻辑基础上的法律部门格局，构建公法与私法融合、能整体规制风险的回应型法律形态。风险社会的风险属性及类型嬗变，数字时代的社会转型，推动着社会治理模式转变与法律变革，既有公私二元划分的自治型法律形态已经难以满足规制公共风险、实现综合型安全价值的诉求，转向基于风险领域区分的合作型、协同型风险治理与安全法治模式已刻不容缓。为此，需要在立法、执法和司法方面采取以下措施：践行全过程人民民主理念，遵循立法程序，增强广大民众的立法、执法和司法参与程度，扩大风险立法和安全立法的民意基础，充分吸纳相关领域的专家意见，加快数字立法，提高立法质量；秉持“整体政府”理念，注重行政执法资源整合与统筹协调，推动政府的数字化转型与数字化治理，提升执法部门的整体服务合力与联动协同能力；³通过数字技术赋能，推动司法角色和动能的实质性转变，使“司法机关构建同社会的良性互动机制，积极回应人民群众的司法关切，主动顺应经济社会发展的司法需求”⁴，构建回应型司法。由此逐渐完善回应型法律初级形态并向进阶形态转变，防范包括算法权力异化风险在内的诸多风险，不断满足人们的综合型安全价值需求。

（三）调适法律安全价值实现路径的具体样态

伴随着我国安全价值之观念优化、法律形态健全，其实现路径的具体样态也相应地需要调适：从个人本位权利型法律安全价值实现路径调整为社会本位权利型法律安全价值实现路径。

一方面，遵循权利本位的价值逻辑，完善权利的法律规范构造，推动数字权利的法律化，为法律的安全价值实现路径调适提供法律规范机制保障。如前所述，权利本

¹ 马长山：《数字人权的“中国图景”》，《人权》，2023年第4期。

² 任瑞兴：《论法律的安全价值生成逻辑》，《河南大学学报（社会科学版）》，2023年第3期。

³ 惠志斌，李佳：《人工智能时代公共安全风险治理》，上海：上海社会科学院出版社，2021年，第143页。

⁴ 黄文艺：《论中国式司法现代化》，《中国应用法学》，2024年第1期。

位的价值逻辑需要通过权利的法律规范逻辑来呈现。进一步而言，法律规范逻辑乃是权利价值的表达方式，其法律权利、法律义务与法律责任的具体立法条款规定与法律适用中的推理过程，不仅是权利的自由价值彰显，而且也是权利的安全价值呈现。目前无论是个人权利本位的价值逻辑还是社会权利本位的价值逻辑，都不同程度地存在法律规范逻辑的部分环节缺失，尤其是新兴数字权利的价值逻辑之法律规范更为缺乏，¹这直接制约了权利本位型法律安全价值实现路径的功能发挥。对此，根据立法原理和司法原理，我们可针对不同类型权利的立法和司法特点，运用相应的立法方法和司法方法，弥补法律规范逻辑的缺失环节抑或创立新的法律规范，形成完整而有效的法律规范构造，从而在法律规范机制上为转向社会本位权利型法律安全价值实现路径提供保障。

另一方面，改进权利的法律保障之技术，加强权利的法律表达之规范性与明确性，为法律的安全价值实现路径调适提供法律技术保障。法律概念的准确性与清晰性、法律术语的规范性与统一性、法律条款的合理性与科学性等法律技术要求，²不仅能够保障权利的法律规范逻辑之缜密性与周延性，而且能为权利保障的法律适用过程提供权威而规范的法律文本。针对目前我国立法机关的法律技术能力不强而致使权利的法律表达之规范性不足之现状，相关立法主体需要不断提升法律技术水平，自觉遵循法律技术规律，强化权利价值的法律技术表达效果，从而为法律的安全价值实现路径转向提供有力的法律技术保障。

结语

从社会结构转型、安全价值观念变迁与法律形态转变的宏观视角观察，法律的安全价值实现路径大致可归结三条：义务本位型路径、个人本位权利型路径和社会本位权利型路径。这三条路径尽管具有理想模型的特点，并不完全符合社会历史中法律的安全价值实现路径之真实样态，但其对法律的安全价值实现路径之整体勾勒，还是能够帮助我们探视和分析真实世界中法律的安全价值实现过程及其问题。当今风险社会的数字时代，我国的法律形态正在由自治型法转向回应型法，安全价值观念正在由自由型安全价值观转向复合型安全价值观，法律的安全价值实现路径样态呈现为：由个人本位权利型路径向社会本位权利型路径的转变过程中。而我国法律的安全价值实现路径问题的复杂性决定了这种路径转变的长期性。

¹ 高一飞：《数字人权规范构造的体系化展开》，《法学研究》，2023年第2期。

² 朱力宇，叶传星主编：《立法学》，北京：中国人民大学出版社，2015年，第241-247页。

ON THE WAY TO REALIZE THE SECURITY VALUE OF LAW

Ren Ruixing

In the digital age of today's risk society, the security value of law attracts people's attention, and the path to realize the security value of law is worth exploring. From the perspective of the transformation of social structure, the change of security values and the transformation of legal forms, there are three paths to realize the security value of law: the duty-based path, the individual-based right path and the social-based right path. These three paths are respectively generated in the form of repressive law, autonomous law and responsive law, accordingly, it embodies the order-based security values, freedom-based security values and comprehensive security values. At present, the legal form of China is changing from the autonomous law to the responsive law, and the security values are changing from the liberal security values to the comprehensive security values, the Way of realizing the security value of law is in the process of changing from the individual-oriented right path to the social-oriented right path. In view of the problems existing in the path of realizing the security value of China's law, it needs to be solved from the aspects of optimizing the comprehensive security value concept, perfecting the responsive legal form and adjusting the path of realizing the security value of law.