

# ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ



## 中俄法学

№ 2 / 2018

ЕЖЕГОДНИК



# ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

---

中俄法学

№ 2 / 2018  
ЕЖЕГОДНИК

## Редакционный совет

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

<b>Исаев Игорь Андреевич</b>	заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
<b>Лун Чанхай</b>	проректор Маньчжурского института Университета Внутренней Монголии, доктор юридических наук, доцент (по согласованию)
<b>Лю Хунянь</b>	профессор Института права Академии общественных наук Китая, доктор юридических наук (по согласованию)
<b>Радько Тимофей Николаевич</b>	профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
<b>Рарог Алексей Иванович</b>	доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
<b>Рассолов Илья Михайлович</b>	и.о. заведующего кафедрой информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент
<b>Ха Шуцзюй</b>	заместитель директора Юридического института Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, профессор
<b>Ху Дун</b>	директор Юридического института Хэнаньского университета (КНР), доктор юридических наук, профессор (по согласованию)
<b>Цай Цзюнь</b>	директор Юридического института Хэнаньского университета (КНР), доктор юридических наук, профессор (по согласованию)
<b>Чжан Цзяньвэнь</b>	начальник Центра по изучению российского права Юго-Западного политического и правового университета (SWUPL), доктор юридических наук, профессор
<b>Ян Чаньюй</b>	начальник Центра по изучению теории права и развития верховенства права Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, профессор (по согласованию)
<b>Салия Марианна Романовна</b>	ответственный секретарь журнала, эксперт отдела научно-издательской политики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

## Содержание

Слово к читателям .....	7
Меморандум .....	11

### **ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В РОССИИ И КИТАЕ**

Университетское образование в современном мире .....	22
Юридические вузы России .....	25
Долгая дорога на Олимп .....	30
Юридическое образование в Китае .....	34
<i>Пан Дунмэй.</i> История создания и современный облик Юридического института Хэнаньского университета .....	39

### **ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА БЕЗ ГРАНИЦ**

#### **Государственное строительство и право**

<i>Ян Чаньюй.</i> Сильные и слабые стороны поправок 2015 года в Закон о законотворчестве Китайской Народной Республики .....	41
<i>Воронов А. М.</i> Правовая доктрина современной России: проблемы и перспективы .....	45
<i>Мелехин А. В.</i> Некоторые проблемы повышения эффективности действия законодательства в современной России .....	49

#### **История государства и права**

<i>Салтыкова С. А.</i> Первые конституционные акты Советского государства: этапы перехода от революционной демократии к партийной бюрократии .....	54
--	----

#### **Финансовое и банковское право**

<i>Ефимова Л. Г.</i> Исторические предпосылки формирования науки банковского права в России .....	62
<i>Чэнь Яньцзин.</i> Существует ли четвертый тип системы капитала: переосмысление классификации корпоративных систем капитала .....	76

#### **Уголовное право**

<i>Лю Ся.</i> Исследование правовых основ китайской кампании по борьбе с бандитизмом. ....	85
<i>Лю Шуан, Ван Венна.</i> О совершенствовании законодательства об уголовной ответственности за вождение в нетрезвом состоянии. ....	91

## Криминалистика

- Комиссарова Я. В.* Общие положения тактики  
собирания вещественных доказательств ..... 102

## Уголовный процесс

- Ян Цзинь-ке.* Столетняя эволюция и философско-методологические  
основы немецкой системы уголовного наказания ..... 105
- Чжэн Минсюнь.* Опыт Китая в совершенствовании механизма  
профилактики случаев предъявления необоснованных обвинений ..... 111

## Трудовое право

- Крылов К. Д.* Научные подходы к правовым исследованиям  
взаимодействия труда и социальной защиты  
при организации международных спортивных мероприятий ..... 116

## Экологическая безопасность

- Шпаковский Ю. Г.* Современные проблемы реформирования  
государственной деятельности по защите населения  
и территорий от чрезвычайных ситуаций ..... 120
- Ли Яньянь.* Ответственность за нарушение правил  
использования генетически модифицированных организмов ..... 128

## Гражданское право

- Долинская В. В.* Проблемы определения финансовых сделок,  
финансовых услуг, финансовых инструментов  
и финансовых продуктов в России и за рубежом ..... 133

## Земельное право

- Ведышева Н. О.* Предоставление земельных участков  
из государственной и муниципальной собственности многодетным  
семьям на примере отдельных субъектов Российской Федерации ..... 137

## Гражданский процесс

- Ха Шуцзюй.* Режим возвращения гражданских дел  
для дальнейшего исследования ..... 142

## Судебная система

- Мишакова Н. В.* Судебное право в современной  
России: состояние и перспективы ..... 146

## Права человека

- Белхароев Х. У.* Права человека на качественное  
питание как основа стратегии продовольственной  
безопасности Российской Федерации ..... 149

## Противодействие преступности

<i>Цай Цзюнь.</i> Совершенствование уголовной политики Китая в отношении организованной преступности: на основе толкования положений Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности .....	155
---	-----

## Конкурентное право

<i>Лоу Бинлу, Чжу Лин.</i> Исследование правовой системы дополнительных структурных требований к концентрации предприятий в Китае .....	162
---	-----

## Образовательная среда

<i>Чжэн Цзинью.</i> Научный подход к разработке системы учебных программ для профессиональных юристов .....	169
---	-----

## Слово к читателям

Дорогие друзья!

От имени Редакционного совета сердечно приветствую читателей научного журнала «Юридическая наука в Китае и России» — ежегодного издания, специализирующегося на актуальных проблемах правовой науки наших стран. Вышел в свет второй номер ежегодника, который даст возможность читателям не только узнать о проблемах различных отраслей права в России и Китае, но и познакомиться с ведущими юридическими вузами.

В современных условиях в рамках процесса международной интеграции перед юридической наукой ставится ряд задач, связанных с необходимостью исследования особенностей правовых систем ведущих стран мира, возможностей использования имплементации ведущих международных юридических практик и изучения направлений сотрудничества в данной сфере.

Для России и Китая это имеет особое значение и предопределяется природой и логикой исторической эволюции наших стран. По мере развития науки, культуры, новых технологий, совершенствования производственных процессов и образования правовые системы все более «переплетаются» и сближаются. Повышенное внимание российских и китайских ученых к изучению наших правовых систем вызвано и тем, что Российская Федерация и Китайская Народная Республика — соседи и имеют давние социальные, культурные и экономические связи.

Для российских исследователей изучение правовой системы Китайской Народной Республики имеет важное значение. Это связано с тем,



что при реформировании государства и общества в Китае были сохранены и успешно адаптированы к современным условиям достижения в правовой сфере предыдущих лет; преемственность во всех государственных сферах позволила Китаю стать одной из самых динамично развивающихся стран. Эффективность функционирования системы государственной власти Китая заложена в структуре и содержании его правовой системы.

Кроме того, как показал мировой опыт, близость правовых систем создает более выгодные ситуации для сотрудничества в иных сферах. Данное обстоя-

тельство открывает для России и Китая широкие возможности и перспективы.

Образование и в России, и в Китае является одной из приоритетных сфер развития. Растет понимание того, что это одно из условий экономического процветания и повышения уровня жизни населения.

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Хэнаньский университет Китая подписали Меморандум о сотрудничестве в сфере обмена научной информацией, проведения совместных конференций и семинаров, обмена преподавателями и студентами и т.п.

Роль ежегодного научного журнала «Юридическая наука в Китае и России» объективно должна возрастать при реализации общего стремления наших университетов совместно развивать академическое издание — китайско-российское юридическое обозрение.

*Проректор по научной работе  
Московского государственного  
юридического университета  
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук, профессор  
В. Н. Синюков*

Dear friends!

On behalf of the editorial Board, I cordially welcome the readers of the scientific journal «Legal science in China and Russia» – an annual publication specializing in topical and important problems of legal science in our countries. The second issue of the Yearbook was published, which will enable readers not only to learn about the problems of various branches of law in Russia and China, but also to get acquainted with the leading law schools.

In modern conditions, within the framework of the international integration process, the legal science is faced with a number of tasks related to the need to study the features of the legal systems of the leading countries of the world, the possibilities of using the implementation of the leading international legal practices and the study of areas of cooperation in this field.

For Russia and China, this is of particular importance and is predetermined by the nature and logic of the historical evolution of our countries. With the development of science, culture, new technologies, improvement of production processes and education legal systems are increasingly «intertwined» with each other and closer. The increased attention of Russian and Chinese scientists to the study of our legal systems is also due to the fact that the Russian Federation and the people's Republic of China are neighbors and have long-standing social, cultural and economic ties.

For Russian researchers, the study of the legal system of the people's Republic of China is

important. This is due to the fact that the reform of the state and society in China have been preserved and successfully adapted to the modern conditions of achievements in the legal sphere of previous years. Continuity in all spheres of government has allowed China to become one of the most dynamically developed countries. The effectiveness of the system of state power lies in the structure and content of its legal system.

In addition, world experience has shown that countries with similar legal systems are in a more favorable situation, which will allow them to enter the group of countries leading the civilizational process on the planet. This circumstance opens wide opportunities and prospects for Russia and China.

Education for both Russia and China is one of the priority areas of development. There is a growing understanding that this is one of the conditions for economic prosperity and improving the living standards of the population.

Moscow state law University named after O. E. Kutafin (MSLA) and Henan University of China signed a Memorandum of cooperation in the field of exchange of scientific information, joint conferences and seminars, exchange of teachers and students, etc.

The role of the annual scientific journal «Legal science in China and Russia» objectively increases, realizing the common desire of our universities to jointly develop the academic journal of the Chinese-Russian legal review.

*Vice-rector for research  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
Doctor of law, Professor  
V. N. Sinyukov*

## Слово к читателям

Китай, как и Россия, находится на этапе перехода от общества с плановой экономикой к обществу с рыночной экономикой. На китайские законы глубокое влияние оказали советские законы, так как теория правовой системы Китая во многом опиралась на правовую систему Советского Союза. Как правопреемник юридических прав и обязанностей Советского Союза Россия также придерживается правовой доктрины Советского Союза на уровне теории права и юридической техники.

Однако закон является продуктом социальной политики. В Китае и России сложились несколько разные подходы к формированию правовых механизмов социальных реформ и, соответственно, теории правовой системы и практической юриспруденции.

Хотя правовые системы Китая и России имеют во многом аналогичные переходные характеристики, однако российская правовая система существенно отличается от китайской. На современном этапе, исходя из особого статуса двух стран в мире (Россия и Китай являются государствами — членами БРИКС и ШОС), проведение сравнительного исследования теорий правовых систем Китая и России имеет большое теоретическое и практическое значение.

Российская правовая теория не только имеет целостную теоретическую системную основу, но и глубоко исследует теоретические вопросы конкретных проблем. Вышеупомянутые характеристики отражают некоторые различия в правовых теориях Китая и России, но в большинстве случаев они являются лишь различиями в путях и способах достижения цели, а сама цель, которая при этом ставится, одинаковая — достижение справедливости.

По одному и тому же вопросу, согласно судебной логике обеих стран, часто можно прийти к сходному или даже одинаковому выводу. Поэтому российская теория права является важным научным ориентиром для развития китайской теории права, а сравнительное изучение китайской и российской правовых теорий на высоком научном уровне является важным способом и средством повышения уровня теоретических



исследований китайской и российской юриспруденции.

Ежегодник «Юридическая наука в Китае и России» посвящен сравнительному изучению китайской и российской правовых теорий. Основной вклад в него внесли рукописи работ известных ученых, посвятивших свою деятельность сравнительному исследованию китайской и российской правовых теорий. С момента издания данного юридического журнала китайско-российское правовое обозрение получило широкое признание ученых Китая и России и стало

важной академической дискуссионной площадкой для сравнительных исследований китайской и российской теорий юриспруденции.

В 2018 г. Хэнаньский университет Китая и Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) подписали Меморандум о сотрудничестве между двумя университетами, на этой основе и реализовано общее стремление двух университетов совместно создать академический журнал китайско-российского юридического обозрения. В конце старого года и начале нового года многие ученые с нетерпением ждали выхода в свет очередного выпуска ежегодника «Юридическая наука в Китае и России», что свидетельствует о том, что академические исследования в области юриспруденции в Хэнаньском университете и Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) официально вступили в стадию предметного сотрудничества. Надеюсь, что Юридический институт Хэнаньского университета и Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) смогут совместно содействовать развитию правовых исследований и внести свой вклад в развитие китайской и российской правовой научной мысли.

В заключение от имени Юридического института Хэнаньского университета хотел бы выразить искреннюю благодарность всем членам редакционного совета и сотрудникам ежегодника «Юридическая наука в Китае и России», а также рассчитываю на всесторонний обмен и сотрудничество между Хэнаньским университетом и Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в других областях.

*Директор Юридического института  
Хэнаньского университета  
Цай Цзюнь*

## 卷首语

中国与俄罗斯同属于从计划经济转向市场经济社会的转型国家,现代中国法律亦深受苏联法的影响,法律体系理论即脱胎于苏联,而作为苏联法律上权利义务承继者的俄罗斯,在法律理论技术层面亦秉承苏联法学理论学说。但法律是社会政策的产物,中俄在社会改革思路、指导思想和方向目标上大相径庭,反映在法律体系的理论和实践上也必然存在巨大差异。中俄两国法律体系虽同具转型“特色”,但与“中国特色”亦有很大的不同。基于两国现阶段在世界上所处的特殊地位(同为金砖四国、上合组织成员国),对中俄两国的法律体系理论进行比较研究具有十分重要的理论价值和实践意义。

俄罗斯法学理论不仅具有完整、系统的理论体系,而且对具体问题的理论探索也颇为深邃。虽然基于“特色”的原因,中俄两国的法学理论存在一些差异,但是这些差异在大多数问题上只是路径和方式的不同,其中要表达的价值目标是相同的,即实现正义。同一问题,按照各自的司法逻辑往往可以得出相近乃至相同的结论。因此,引荐俄罗斯法学理论是发展中国法

学理论的重要学术参考素材,进行高水平的中俄法学理论比较研究是提升中俄两国法学理论研究水平的重要途径和手段。

《中俄法学》聚焦于中俄法学理论比较研究,稿源主要来自致力于中俄法学理论比较研究的知名学者的约稿和自由投稿,自创刊以来已得到中俄两国学者的广泛认可并迅速成为中俄法学理论比较研究的重要学术交流平台。2018年,中国河南大学与俄罗斯莫斯科国立法律大学签订了两校校际间的合作备忘录,并在此基础上实现了两校之间合作创办《中俄法学》学术年刊的共同愿望。正值旧年末、新年初,新一期的《中俄法学》在众多学者的殷切期待中出版了,这标志着河南大学与莫斯科国立法律大学之间的学术研究正式进入实质合作阶段。希冀河南大学法学院与莫斯科国立法律大学齐心协力,共同推进中俄法学理论比较研究的发展,为中俄法学学术研究贡献自己的一份力量。

最后,我谨代表河南大学法学院对《中俄法学》编辑部全体人员的辛勤付出表示衷心感谢,也期待河南大学与莫斯科国立法律大学可以在更多领域开展全面交流与合作。

蔡军 河南大学法学院院长.



МЕМОРАНДУМ О ВЗАИМОПОНИМАНИИ  
МЕЖДУ  
МОСКОВСКИМ ГОСУДАРСТВЕННЫМ ЮРИДИЧЕСКИМ  
УНИВЕРСИТЕТОМ ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)  
И ХЭНАНЬСКИМ УНИВЕРСИТЕТОМ

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), имея адрес в г. Москва, 123995, ул. Садовая-Кудринская д. 9, Российская Федерация (далее - Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)) с одной стороны; а также Хэнаньский университет, имея адрес в г. Кэфун, 475001, ул. Минлунь 85, КНР, с другой стороны, стремясь к установлению отношений сотрудничества между двумя учреждениями на взаимовыгодной основе, договорились о том, что:

1. Эти два учреждения, именуемые в дальнейшем «Стороны» стремятся содействовать друг другу в следующем:

- обмен информацией и материалами, представляющими взаимный интерес;
- совместные научные и образовательные проекты;
- совместные конференции и семинары;
- обмен между двумя учреждениями преподавателями и научными сотрудниками, а также приглашенными исследователями;
- обмен между двумя учреждениями студентами, магистрантами и аспирантами;
- иные направления сотрудничества, о которых совместно договорятся Стороны.

2. Настоящий Меморандум может быть изменён или дополнен по соглашению между Сторонами. Поправки и дополнения будут оформлены в виде отдельных приложений к Меморандуму.

3. Стороны посредством проведения консультаций и переговоров определяют конкретные области и особенности взаимодействия в рамках настоящего Меморандума. По специальному запросу одной

из сторон могут быть проведены консультации в целях рассмотрения особенностей действия Меморандума.

4. Реализация конкретных программ в рамках перечисленных в пункте 1 направлений сотрудничества, в том числе предполагающих финансовые вложения, согласовывается Сторонами в форме Дополнительных соглашений, подписываемых уполномоченными представителями сторон и являющихся неотъемлемыми частями настоящего Меморандума.

5. В случае возникновения обстоятельств, препятствующих стороне своевременно исполнить принятые по настоящему Меморандуму обязательства, при том что данные обстоятельства находятся вне ее прямого контроля, указанная сторона освобождается от исполнения обязательств на период действия данных обстоятельств. В случае возникновения подобных обстоятельств задержки, невозможности или затруднения исполнения обязательств, соответствующая сторона обязана незамедлительно сообщить другой стороне о характере указанных обстоятельств и предполагаемой продолжительности их действия.

6. Если иное прямо не предусмотрено настоящим Меморандумом, ни одно из его положений не наделяет какую бы то ни было третью сторону специальными правами, включая право требования исполнения положений настоящего Меморандума.

7. Меморандум вступает в силу с даты подписания и действует в течение пяти (5) лет. Срок действия Меморандума автоматически продлевается на последующие пятилетние периоды, если ни одна из Сторон в письменной форме за три (3) месяца до истечения очередного периода его действия не предупредит другую Сторону о

его расторжении.

8. Любая Сторона может отказаться от исполнения настоящего Меморандума, предварительно направив письменное уведомление другой Стороне за шесть (6) месяцев до предполагаемой даты расторжения Меморандума.

9. По вопросам, не урегулированным настоящим Меморандумом, или проблемам, которые возникают в ходе исполнения Меморандума, Стороны обязуются воздерживаться от односторонних действий, а также проводить консультации по взаимоприемлемым решениям.

10. Меморандум составлен на русском, английском и китайском языках в двух экземплярах на каждом языке, имеющих одинаковую юридическую силу, по одному для каждой из Сторон.

**От имени:**

Федерального государственного  
бюджетного образовательного  
учреждения высшего  
образования «Московский  
государственный юридический  
университет имени  
О.Е. Кутафина (МГЮА)»



\_\_\_\_\_  
Ректор,  
Профессор В.В. Блажеев  
Дата \_\_\_\_\_

**От имени:**

Хэнаньского университета



\_\_\_\_\_  
Проректор,  
Профессор Сунь Цзюньцзянь  
Дата \_\_\_\_\_



# 河南大学 与莫斯科国立法律大学 协议备忘录

河南大学 ( 地址 : 中国河南省开封市明伦街 85 号 , 邮编 475001 )  
与莫斯科国立法律大学 ( 地址 : 俄罗斯联邦莫斯科库德林斯卡娅大街  
9 号 , 邮编 : 123995 ) 在互利协作基础上建立合作关系 , 双方协议如  
下 :

1. 两校 ( 以下称为“缔约双方” ) 致力于以下几个方面的合作 :
  - 互换共同旨趣的信息、资料 ;
  - 开展合作科研与教育合作项目 ;
  - 联合召开学术会议与座谈会 ;
  - 两校互派教师、科研人员以及客座研究员 ;
  - 国际学生交流项目 ;
  - 缔约双方共同合意的其他合作形式。
2. 本协议可以根据缔约双方的协议予以修订。修订内容将以本协议  
的单独附件形式予以体现。
3. 缔约双方应通过协商决定本协议框架内的具体领域和合作细节 ,  
并应任何一方要求及时磋商 , 以审查本协议的履行情况。
4. 本协议第 1 款所列具体合作项目的施行及其所涉及资金投入问题  
应由缔约双方授权代表签署补充协议的方式达成合意 , 补充协议是本  
协议不可分割的组成部分。
5. 如果一方在超出其合理直接控制的情形下 , 被迫推迟履行本协议  
中的义务或者履行受阻 , 那么该方在此情形持续过程中得以免责。一  
方因此推迟履行或者履行受阻的 , 应当立即通知对方其实质原因和预  
计延迟或受阻时间。

6. 除另有约定外，本协议不得授权任何第三方以特权，包括履行本协议任何条款的权利。
7. 本协议自签订之日起生效，有效期为五（5）年。如果本协议任何一方在本协议期满前 3 个月内没有以书面形式向另一方提出解除合同的通知，则本协议的有效期自动延至下一个五年期。
8. 经以书面形式提前六个月通知对方后，任何一方均可终止本协议。
9. 对于本协议未尽事宜，或者本协议履行过程中出现的问题，缔约双方不得擅自采取行动，而应当通过谈判、协商的方式做出双方均可接受的决定。
10. 本协议以英文、俄文和中文书就，每种文字一式两份，双方各执一份，均具有同等效力。

中方：


副校长孙君健教授

日期\_\_\_\_\_

俄方

  
莫斯科国立法律大学

校长 V.V. 博拉热耶夫教授

日期\_\_\_\_\_



MEMORANDUM OF AGREEMENT  
BETWEEN  
KUTAFIN MOSCOW STATE LAW  
UNIVERSITY (MSAL)  
AND  
HENAN UNIVERSITY

**Kutafin Moscow State Law University (MSAL)**, having address at Sadovaya-Kudrinskaya str. 9, 123995, Moscow, Russian Federation (hereinafter referred to Kutafin Moscow State Law University (MSAL)) of the one part;

and

**Henan University**, having address at Ming Lun Street 85, Kaifeng, Henan, China, 475001, of the other part, are seeking to establish collaborative relations between the two institutions to promote friendship and to cooperate in a mutually beneficial association, have agreed that:

1. The two institutions, hereinafter referred to as «Parties» shall seek to explore:

- exchange of information and materials that are of mutual interest;
- mutual scientific and educational projects;
- mutual conferences and seminars;
- exchange between the two institutions of: academic and research staff, visiting scholars;
- international students exchange programme;
- other areas of cooperation, which the Parties may jointly arrange.

2. This Memorandum of Agreement may be amended or supplemented by agreement between the Parties. Amendments or supplements will be appended as annexes.

3. The two institutions shall decide through consultation the specific areas and details of co-operation within the framework of this Memorandum of Agreement, and shall consult from time to time at the request of each institution for the purpose of reviewing the operation of this Memorandum of Agreement.

4. Realization of particular programs within the areas of cooperation

listed in paragraph 1, including those involving investments, should be agreed by the two institutions in the form of additional agreements, which shall be signed by authorized representatives of the Parties and shall be integral parts of this Memorandum of Agreement.

5. In the event that a party be de layed, prevented or hindered from or in performing any of its obligations in this Memorandum of Agreement by any circumstances beyond its reasonable and direct control, that party shall be excused from that performance for as long as such circumstances reasonably persist. Should a party be so delayed, prevented or impeded, it shall promptly inform the other party of the nature of the relevant cause and of the expected duration of the delay or impediment.

6. Except as otherwise expressly provided for herein, nothing in this Memorandum of Agreement shall confer or otherwise purport to confer on any third party any benefit or right to enforce any term of this Memorandum of Agreement.

7. This Memorandum of Agreement shall take effect on and from the date of execution of this Memorandum of Agreement and shall continue to be effective for a period of five (5) years. The effect of this Memorandum of Agreement is automatically extended for further periods of five (5) years, where no Party notifies in writing the other Party of its termination three (3) months before the end of the ongoing 5-year period.

8. Either institution may terminate this Memorandum of Agreement by giving six (6) months' notice in writing to the other institution.

9. For matters not covered by this Memorandum of Agreement, or for problems that arise during the course of the Memorandum of Agreement, both parties undertake to refrain from unilateral action and to consult and negotiate mutually acceptable decisions.

10. The Memorandum of Agreement is made in English, Russian and Chinese languages in duplicate in each language, having an identical validity, one for each Party.

**Signed on behalf of:**

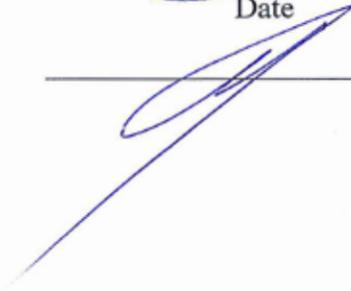
Kutafin Moscow State Law  
University (MSAL)

Henan University

  
\_\_\_\_\_  
Rector  
Professor M.V. Blazheev

Date

\_\_\_\_\_



  
\_\_\_\_\_  
Vice President  
Professor Sun Junjian

Date

\_\_\_\_\_

# ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В РОССИИ И КИТАЕ

## Университетское образование в современном мире

Учись так, как будто тебе суждено жить вечно;  
живи так, как будто ты должен умереть завтра.

*Эдмунд Абингдонский*

Трудно сейчас представить, но в эпоху Средневековья именно университеты были важнейшим, а порой единственным источником информации. Любая информация обладает скрытой властью. Власть университетов и университетской науки была исключительно сильной.

Чтобы правильно оценить сегодняшнее положение дел, дать ответы на вопросы, касающиеся будущего университетского образования нужно помнить истоки появления университетов.

Прообразы университетов появились еще в древности, но история собственно университетского образования в Европе насчитывает около тысячи лет. Появление университета — и как идеи, и как формы ее конкретной реализации — связана с определенным этапом развития человечества, с радикальными изменениями характера общественного производства. Количество накопленного знания стало так велико, что возник вопрос не только о его пополнении, но и о разумном отборе и упорядочении.

В полной мере в это время впервые были осознаны универсальность знания и его значение для развития общества. Поэтому именно тогда встала задача научиться сохранять и приумножать добытые знания, найти действенный, устойчивый и надежный способ передачи знаний от одного поколения к другому. Для ее выполнения и стали создаваться университеты.

Университет (от лат. слова «universitas» — совокупность) — это высшее учебное заведение,

в котором происходит не только обучение универсальному знанию, но и проводятся научные исследования, развиваются культура, производство новых знаний, а также ближайшая социокультурная среда. На наш взгляд, такие особенности университета складываются с самого начала его формирования в европейской культуре XI—XII вв.

У истоков современного университетского образования лежат две противоположные тенденции: одна — нацеленность на получение и тиражирование знаний; другая — стремление получить практическую высококласную профессиональную подготовку. Эти две тенденции дали начало двум основным теориям университетского образования: теории либерального и теории утилитарного образования.

Сторонники либерального образования считали, что оно должно быть направлено на потребности отдельной личности, а не общества в целом. Их противники, утилитаристы, прежде всего подчеркивали полезность образования для общества. Согласно их точке зрения, система образования должна быть доступна всем, решать насущные социальные проблемы. Но утилитаристы впадали в другую крайность: в стремлении получить прагматическую профессиональную подготовку они отрицали развитие через образование внутреннего мира отдельной личности. Возникнув под влиянием общества, университеты, в свою очередь, стали изменять структуру породившего их социума, обогащая ее и усложняя, влияя на развитие европейской науки, культуры и образования.

Несмотря на то, что первые университеты воспринимались современниками как светские монастыри, оторванные от реальной жизни, алма-матер (от лат. *alma mater*, букв. «кормящая, благодетельная мать») — старинное неформальное студенческое название учебных заведений (университетов, которые изначально давали в основном теологическое и философское образование) как организаций, питающих духовно, во все времена принимали довольно активное участие в общественной жизни. Университет всегда порождал вольнодумцев и возмутителей спо-





койствия. Постепенно образование приобретало свою популярность в обществе. Уже выпускники первых факультетов (искусств, юридического, богословского, медицинского) помогали решать основные государственные задачи: участвовали в управлении государством, обеспечивали развитие духовной жизни общества. Несмотря на засилье религиозной догматики, университеты способствовали развитию наук. Регулярные дискуссии, проводившиеся в университетах, развивали мышление, дисциплинировали его.

С организационной точки зрения средневековые университеты были вполне самостоятельны во многих первостепенных вопросах университетской жизни: они сами присваивали ученые степени, приглашали для чтения лекций профессоров и т.д. Автономия сразу стала одним из основополагающих принципов жизнедеятельности европейских университетов. Постепенно главным университетским предназначением стали научное объяснение мира и передача знаний следующим поколениям.

Значение университетов как интеллектуальных центров общества было столь велико, что вокруг них со временем вырастали целые города. Тем самым университеты определяли облик европейского культурного ландшафта.

В XVIII в. — в эпоху Просвещения — в жизни европейских университетов произошли важные события. Был провозглашен и постепенно завоевал свои права принцип свободы научного исследования. Наряду с этим, происходили глубокие изменения форм преподавания. Постепенно появились академические свободы: свобода преподавания и обучения. Задачей преподавателя стал самостоятельный поиск истины и приучение студентов к такой же работе.

В XIX в. под влиянием реформ Вильгельма фон Гумбольдта в Пруссии возникает идеальная, классическая модель университета. Формирование новой модели происходит одновременно с подъемом национальных стремлений и повышением значения государства. Ученые получали от власти беспрецедентные институциональные возможности, государство обязывало университеты

поддерживать национальную культуру, помогать в формировании национальных символов, личности граждан. В основе новой модели университета лежала его зависимость от общества и культуры, которые определяли форму, задачи, функции университета, предъявляя к нему определенные требования. Гумбольдт понимал университет как элитарное высшее учебное заведение, где происходит синтез образования и науки при условии университетской автономии, включающей полную академическую свободу. Новый университет стал выполнять три функции, выступая одновременно профессиональным, культурным и исследовательским институтом. Классическая, идеальная «гумбольдтская» модель университета на несколько десятилетий, вплоть до середины XX в., определила развитие высшего университетского образования.

История российских университетов ведет отсчет с века Просвещения. Университеты в России создавались в условиях, когда европейские университеты насчитывали уже несколько веков исторического развития. Творчески используя опыт Европы, Россия смогла пройти аналогичный путь становления университетского образования за более сжатые сроки.

Процессы, происходившие в университетах Европы, нашли свое отражение в ходе становления и развития российских университетов. С момента основания они воплотили в себе черты классической модели университета, главным в которой является синтез науки и образования при условии университетской автономии, включающей полную академическую свободу.

Рождение и становление российских университетов пришлось на время бурного развития науки, роста ее престижа в общественном сознании. Опираясь на опыт европейских университетов, знания их профессоров, творчески сопрягая все это с традициями отечественного образования, университеты в России не просто успешно решили те задачи, которые ставились перед ними при создании. Уже в скором времени они превратились в крупнейшие центры образования, науки и культуры, стали играть важнейшую,





далеко выходящую за пределы научно-образовательной деятельности роль в жизни общества и государства.

Важнейшая миссия университета — передача знаний новым поколениям. При этом в разные исторические периоды перед университетом стояли разные задачи, обусловленные потребностями развития общества в то время. Одновременно менялись и приоритеты академической политики университетов.

Сегодняшний облик университета и система образования значительно отличаются от той, которая была сто лет назад. Это естественно. Новые вызовы времени задают пути развития образования. Вместе с тем процессы, происходящие в современном мире, — глобализация; построение экономики, основанной на знаниях; формирование информационного общества — выдвигают на первый план проблемы, которые оказываются во многом общими для университетов разных стран.

По мнению академика В. А. Садовниченко, ректора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, «Образование — важнейшее, определяющее условие успешного развития общества, залог его экономического процветания и политической стабильности. Это — аксиома. С ней никто не спорит. Представления о том, каким должно быть современное образование, какие задачи оно должно решать, формируются в контексте конкретных географических и социально-исторических условий. При этом взгляды на цели и задачи образования могут быть различны у разных слоев



населения, профессиональных и социальных групп»<sup>1</sup>.

Российские университеты переживают сейчас особенно ответственный период. Реформирование системы образования в нашей стране стало частью государственной политики. Правильно сформулировать цели современного университетского образования, понять, насколько существующая система образования соответствует им, что необходимо сохранить, от чего следует отказаться, а что привнести нового — важнейшие задачи всего университетского сообщества. При их решении важная роль отводится сотрудничеству между ведущими университетами мира.

Кроме того, задачи инновационного развития экономики России выдвигают особые требования к сохранению конкурентоспособности российской системы образования.

По мнению Президента Российской Федерации В. В. Путина, «сегодня федеральные университеты задают тот уровень, к которому должна стремиться вся система высшего образования, чтобы выпускники всех российских вузов могли успешно начать карьеру, реализовать свой потенциал»<sup>2</sup>.

Можно констатировать, что в современных условиях высшее университетское образование является важнейшей сферой государственной жизни и главным фактором развития интеллектуального потенциала страны, международной конкурентоспособности, а также фундаментальным условием осуществления гражданских, политических, экономических и культурных прав человека.

<sup>1</sup> Садовничий В. А. Университет XXI века. Размышления об университетском образовании // Экономика и управление. 2006. № 2.

<sup>2</sup> Телемост Президента РФ с ведущими высшими учебными заведениями страны. 25 января 2018 г.

## Юридические вузы России

**Ю**риспруденция — одна из тех наук, которую постигают на протяжении всей жизни. Поскольку законодательство постоянно меняется и дополняется, юрист должен уметь быстро находить и запоминать нюансы правовых норм, чтобы уметь оперировать полученными знаниями. Главное — иметь к этому истинное призвание и быть готовым к долгому и упорному труду.

Качество юридического образования является социальным показателем и определяется как соответствие системы юридического образования актуальным потребностям гражданского общества и личности, получающей юридическое образование.

С начала 90-х гг. XX в. в Российской Федерации осуществляется кардинальное преобразование экономической, социальной и политической сфер жизни общества, которое сопровождается всеобъемлющей реформой правовой системы, в том числе законодательства, правотворческих и правоохранительных органов, механизмов и средств реализации и обеспечения права. Эффективность преобразований в правовой сфере, их соответствие задачам, стоящим перед российским обществом и государством, непосредственно зависят от уровня правовой культуры современного российского общества, где ключевое значение всегда имели и имеют правовая культура страны юристов, состояние и возможности их профессионального правосознания.

Право — такой феномен общественной жизни, который формируется и функционирует благодаря сознанию и воле людей. Поэтому уровень развитости любой правовой системы во многом предопределяется правосознанием людей, ее профессионально создающих.

Главным, основным, базовым источником профессионального правового сознания в современном цивилизованном обществе является высшее профессиональное юридическое образование. Оно, с одной стороны, является частью правовой культуры общества, выполняющей особые функции; аккумулирует в себе правовую культуру общества и передает ее от одного поколения профессиональных юристов к другому. В этом аспекте юридическое образование выступает как форма воспроизводства профессиональной правовой культуры и подчиняется закономерностям развития и функционирования правовой системы общества.

Три пути ведут к знанию: путь размышления — это путь самый благородный, путь подражания — это путь самый легкий и путь опыта — это путь самый горький.

*Конфуций*

С другой стороны, высшее юридическое образование является частью системы высшего профессионального образования страны. Оно имеет свои содержательные элементы в виде стандартов, образовательных программ и других документов; реализуется в различных формах специализированными социальными институтами — высшими учебными заведениями. В этом аспекте высшее юридическое образование выступает как часть образовательной культуры общества и подчиняется закономерностям функционирования и развития системы образования.

Главным фактором, обеспечивающим высокий уровень юридического образования, является, несомненно, наличие квалифицированного профессорско-преподавательского состава.



Многие молодые люди стремятся получить хорошее юридическое образование, чтобы стать специалистами и найти достойную работу. Первый шаг на пути к этому — поступление в лучший юридический вуз России. Вот только выбор не так просто сделать.

Не один год тройку вузов-лидеров в области юридического образования составляют: Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД России и Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина.

К числу престижных вузов России и их юридических факультетов относятся:

- Санкт-Петербургский государственный университет;
- Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации;

- НИУ «Высшая школа экономики»;
- Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя;
- Российский университет дружбы народов;
- Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова;
- Всероссийский государственный университет юстиции;
- Саратовская государственная юридическая академия;
- Уральский государственный юридический университет и многие другие.

**Юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (МГУ)** — один из трех старейших факультетов Университета. Ученые факультета реализуют масштабную программу научно-исследовательских работ в различных областях юридической науки, вносят ощутимый вклад в совершенствование российского законодательства, осуществляют научное консультирование различных государственных и международных органов по правовым вопросам, принимают участие в разработке законопроектов.



Юридический факультет является признанным центром подготовки высококвалифицированных правоведов. Это старейший в Московском университете факультет, ведущий свое начало с момента основания Университета в 1755 г.

Юридический факультет МГУ — ведущее учебное и научное юридическое заведение. На укрепление лидерства факультета направлены усилия научно-педагогического коллектива, включающего как признанных руководителей ведущих научных юридических школ, членов Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, аналогичных советов при других органах государственной власти России и ее субъектов, так и молодых преподавателей — выпускников аспирантуры факультета.

Юридический факультет располагает необходимыми условиями для подготовки квалифицированных юристов по специальности «Юриспруденция». Преподавание ведут более 60 профессоров, докторов юридических наук, более 100 доцентов,



кандидатов юридических наук. Для чтения отдельных курсов привлекаются известные ученые и практические работники научных и государственных учреждений.

Ученые факультета осуществляют широкую программу научно-исследовательских работ в различных областях юридической науки, активно участвуют в совершенствовании российского законодательства, научном консультировании государственных органов и международных организаций.

Юридический факультет имеет свидетельство № 1 о прохождении общественной аккредитации в Ассоциации юристов России.

Кроме того, юридический факультет неизменно занимает высшие строки в наиболее престижных общенациональных рейтингах, оценивающих качество образовательных услуг, объемы научной работы, влияние на принимаемые государственно-властные решения. Факультет лидирует в Национальном рейтинге университетов по категории «Юриспруденция». Также он занимает первое место в рейтинге по числу партнеров юридических фирм, окончивших факультет, а также в рейтинге вузов по количеству выпускников, нанятых юридическими фирмами.

В новом учебном корпусе, где располагается факультет, имеются современные учебные аудитории, компьютерные классы, лингафонные кабинеты, зал судебных заседаний, библиотечно-информационный центр, музей, шахматный клуб, криминалистический центр. Учебные аудитории факультета оснащаются мультимедийным оборудованием, в том числе компьютерами с доступом к сети Интернет, справочным правовым ресурсам, уникальными методическими материалами преподавателей факультета.

**Юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета** — одна из старейших в России школ юристов, а также один из крупнейших научно-исследовательских центров Российской Федерации.

Факультет занимает здание женской гимназии на 22-й линии Васильевского острова, а также несколько малых корпусов — на 6-й линии, 23-й линии, Большом проспекте Васильевского острова.



Идея создания юридического факультета Санкт-Петербургского университета принадлежит Петру Великому. В январе 1724 г. император издал Указ об учреждении в Санкт-Петербурге Академии и Университета — «собрания ученых людей, которые наукам высоким, яко Теологии и Юриспруденции (Прав искусства), Медицины и Философии, сиречь до какого состояния оные ныне дошли, младых людей обучают».

Первые профессора права и студенты были набраны в Германии; русское студенчество еще надо было подготовить в специально учрежденной при Университете гимназии.

С середины XVIII в. Университет стал испытывать серьезные материальные трудности, образовательный процесс продолжался с трудом.

В 1786 г. Университет при Академии и гимназия при Университете были объединены в училище для учителей, что означало утрату прежнего статуса.

Санкт-Петербургский университет возродился 8 февраля 1819 г. по Указу Александра I. Из 24 сту-

дентов первого набора 13 обучались философии и юриспруденции, это направление подготовки заняло лидерское положение в Университете. Здесь преподавали лучшие правоведы, которые в начале 1820-х гг. подверглись преследованиям за свои убеждения и свободомыслие и были вынуждены покинуть Университет. Кадровый потенциал был восстановлен только к 1840-м гг.

Санкт-Петербургская правовая школа восприняла идеи либеральных реформ 1860-х гг. и стала оплотом свободы науки, творчества, мысли. К сожалению, поступательное развитие было нарушено Первой мировой войной и двумя революциями.

В советский период юридический факультет не раз претерпевал реорганизации, и в том виде, в котором существует сегодня, был восстановлен в 1944 г. За прошедшее время юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета сумел прочно занять лидирующее положение в юридическом мире.

**Московский государственный институт международных отношений (МГИМО)** — один из ведущих российских вузов, готовящий специалистов по 18 направлениям: международные отношения, зарубежное регионоведение, экономи-



ка, юриспруденция, журналистика, политология, реклама и связи с общественностью, социология, менеджмент, торговое дело, экология и природопользование, государственное и муниципальное управление, финансы и кредит, лингвистика, пе-



дагогическое образование, психология, управление персоналом, бизнес-информатика.

В структуру Университета входят два кампуса, десять факультетов и три института. В 2017 г. в МГИМО обучалось около 7 000 студентов из России, стран СНГ и дальнего зарубежья.

В 2010 г. Университет официально занесен в Книгу рекордов Гиннеса как вуз с преподаванием самого большого количества государственных иностранных языков (53 иностранных языка). Университет также входит в состав престижной Ассоциации профессиональных школ международных отношений (Association of Professional Schools of International Affairs).

**Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя** — это крупнейший в стране вуз для подготовки специалистов для органов внутренних дел. На сегодняшний день в нем на 12 факультетах (включая факультеты заочного обучения и подготовки иностранных специалистов) и 35 кафедрах изучается более 500 дисциплин. Филиалы находятся в Рязани и Твери.



**Правовой факультет Российского университета дружбы народов** — был одним из первых, открывшихся в нем в 1960 г. Сначала на факультете изучалось только международная юриспруденция, так как кадры предназначались для работы в иностранных государствах. Но уже в 1980 г. появилась специальность «правоведение». В 2014 г. факультет был реорганизован в отдельный Юридический институт.



**Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова** — это первый экономический вуз страны с огромным списком филиалов по России и дальнему зарубежью, осуществляет юридическое образование на факультете экономики и права, основанном в 1945 г. и объединенном с общеэкономическим в 2016 г.



Гражданско-правовая программа (бакалавриат) обеспечивает квалифицированную подготовку юристов, способных решать юридические вопросы и обеспечивать сопровождение договоров. Ряд обязательных предметов преподаются на английском языке, что очень важно для дальнейшей работы в консалтинговых и международных компаниях.

**Всероссийский государственный университет юстиции** — это узкоспециализированный профильный вуз, который готовит сотрудников правоохранительных органов (всего более 20 тыс. студентов). На пяти факультетах и 15 кафедрах учатся специалисты по многим образовательным программам.

Список ведущих вузов России достаточно объемный, а каждый университет имеет свою историю создания, свои достоинства и традиции. Но можно с уверенностью сказать, что большинство высших учебных заведений нашей страны располагают значительным научным, образовательным, кадровым и ресурсным потенциалом для полноценного выхода на международную арену.





## Долгая дорога на «Олимп»<sup>1</sup>

«Я знаю только то, что ничего не знаю (*ἐνοῖδα ὅτι οὐδὲν οἶδα*)», — сказал как-то себе человек, и совсем неважно, был это Сократ или Демокрит, было ли это в IV или V в. до н.э., важно то, что ощутилась жажда знаний, потом пришло понимание того, что утолить эту жажду можно лишь плодом долгих лет учения. Учение должно иметь системность, которая, безусловно, является результатом размышлений, анализа, труда, накапливаемого из поколения в поколение и передаваемого таким же образом.

Все всегда с чего-то начинается. Однако порой очень трудно рассмотреть этот путь сквозь толщу времени и многочисленных событий.

У Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) длинная история. Она началась в самом начале 30-х гг. прошлого столетия. В документах тех лет упоминаются Высшие юридические курсы при Московском институте советского права Наркомюста РСФСР, с 29 апреля 1937 г. окончательно определен статус института: Всесоюзный юридический заочный институт. Трудности того времени сказались на местоположении формирующегося центра юридического образования. Преподавательские кадры и в 1950-е, и в 1960-е гг. формировались преимущественно из двух социальных групп. Первую составляли ветераны войны (в значительной части — инвалиды войны) и работники правоохранительных и силовых органов.



В 1960-е гг. ВЮЗИ становится настоящей «империей». Поставленная перед высшей школой задача массовой подготовки профессиональных кадров делала именно форму заочного обучения наиболее актуальной. Нехватка педагогических кадров на местах, где к преподавательской работе привлекались чаще всего практические работни-



ки, потребовала от преподавателей центрального аппарата ВЮЗИ дополнительных усилий: частые командировки в отдаленные учебно-консультативные пункты (УКП), нередко сразу в несколько из них (например, северо-западный куст — Вологда — Киров или приволжский куст — Куйбышев — Волгоград) создавали особый режим работы. Другая главная особенность педагогической практики тех лет — это сосредоточенность на подготовке учебно-методических материалов. Единая учебная программа требовала единой методики преподавания для всей развернутой и многочисленной сети образовательных пунктов. Своевременное обеспечение многочисленных пунктов учебной литературой и методичками было важной задачей.

Одной из важнейших задач Института всегда оставалась подготовка научно-педагогических кадров не только для ВЮЗИ, но и для учебных, научных и других государственных учреждений страны.

В эти годы особенно активной становится деятельность аспирантуры. Многие кандидаты и доктора наук, вышедшие из стен ВЮЗИ, и в настоящее время занимают видные места в научном мире, госаппарате, бизнесе и т.д. Научно-исследовательская деятельность преподавателей ВЮЗИ была основой для подготовки высококачественных учебных курсов и учебников, которые издавались редакционно-издательским отделом ВЮЗИ. Многие из этих учебных курсов стали классическими и составили базу для дальнейшего развития отдельных юридических научных специализаций.

С приходом в 1987 г. в ВЮЗИ в качестве ректора Олега Емельяновича Кутафина меняется стратегический курс развития Института. Его переименовали в Московский юридический институт (МЮИ) в 1990 г., что имело как определенный

<sup>1</sup> Материал подготовлен с использованием интернет-ресурса, также использованы фрагменты статьи: *Исаев И. А.* 85 лет: от ВЮЗИ к Московскому государственному юридическому университету имени О.Е. Кутафина (МГЮА) // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 9.

тактический смысл (были установлены более тесные связи Института с московскими властями, одним из результатов этого стало приобретение Институту прекрасного помещения в центре Москвы), так и стратегический смысл — поменялась ориентация самого процесса подготовки студентов. Вместо распыленной сети периферийных УВП со слабой материальной базой и дефицитом преподавателей-специалистов МЮИ сформировал сильное очное отделение, начавшее подготовку студентов по стандартам классических юридических факультетов. Экстенсивная политика сменилась интенсивной политикой подготовки научно-практических кадров.



Более интенсивной становится учебная нагрузка на преподавателей Института. Большое внимание уделяется воспитательной работе со студентами. Стали организовываться студенческие кружки, конференции, радиопередачи, издаваться студенческие газеты и т.п. В эти же годы значительно расширились международные связи с университетами Европы, в которые направлялись лучшие студенты МЮИ (первые стажировки преподавателей начались еще в 1970-е гг.). В сложной политической ситуации августа 1991 г. и октября 1993 г., когда тревожные события разворачивались вблизи институтских стен, студенчество и руководство МЮИ (МГЮА) проявили здравый смысл. Учебный процесс в Институте, невзирая на политическое давление и агитацию, продолжался в рабочем ритме. Переименование Института в Академию (МГЮА) в 1993 г. проходило на фоне возрастающего авторитета вуза, по рейтингу занимающего одно из первых мест в стране. Востребованность его выпускников в значительной мере объяснялась тем, что преподавателям МГЮА удавалось прививать студентам навыки и давать конкретные знания, столь необходимые для профессиональной практики. Такая практико-ориентированная подготовка всегда была и остается одним из специфических качеств стиля преподавания МГЮА.

В 1990-е гг. в связи с изменением социально-политической ситуации в стране возросла роль юридической науки, особенно таких ее отраслей,

как государственное (конституционное) право, хозяйственное (предпринимательское) право, муниципальное, гражданское право. Ученые Академии стали широко привлекаться к экспертной деятельности в высших органах власти и управления страны.



Драгоценный опыт, накопленный за долгие годы работы, прекрасно сочетается с новыми методами преподавания и современным техническим обеспечением. В отличие от многих вузов и факультетов, долгие годы сохраняющих свой неизменный статус (или с изменением социально-политической ситуации вовсе исчезнувших с образовательного горизонта), ВЮЗИ — МЮИ — МГЮА — Университет менял свою форму и содержание, учитывая изменяющийся характер условий и требований, предъявляемых жизнью к юридическому образованию.



Сегодня Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина — единственный вуз, который предоставляет большое количество бюджетных мест как в магистратуре, так и в бакалавриате. В нем идет подготовка юристов по разным направлениям.



Несмотря на большое количество мест, поступить в Университет не просто, так как средний балл по одному экзамену составляет ежегодно более 80 баллов.

Вуз, который имеет свою большую историю, имеет и свои традиции. Но есть определенные вызовы времени. И если вуз хочет быть постоянно востребованным, быть в тренде, то необходимо на эти вызовы соответствующим образом отвечать. В МГЮА разработана современная стратегия развития вуза, одним из этапов которой явилось то, что, во-первых, вуз стал университетом, а во-вторых, в интересах дальнейшего роста идет совершенствование образовательной деятельности и специализация практически по всем направлениям юриспруденции — причем не только классическим, по кафедрам, как специализируется классический университет, но и по основным юридическим сферам, востребованным практикой.

В Университете появились такие направления, как энергетическое, банковское, спортивное право и др. Эти направления юридической деятельности предполагают комплексную подготовку юриста, комплексное изучение дисциплин, специализацию в определенной юридической сфере.

В Университете сегодня реализуется новая образовательная программа «Правовое обеспечение национальной безопасности» — достаточно интересная программа, которая ориентирована на подготовку юристов именно для силовых структур. По сути, это будут юристы совершенно другого уровня подготовки с хорошей подготовкой не только в традиционно сильном уголовно-правовом блоке дисциплин, но и в области гражданского права.

Новаторство, профессионализм, высокая требовательность — в этом жизнеспособность и разумность нашего вуза. И вместе с этим в сущности нового Университета сохранились все те положительные и обнадеживающие качества, которые складывались долгие годы. Вуз по-прежнему остается флагманом в сфере юридического образования, университетом, который умело сочетает академическую научную традицию с рационализмом



и прагматичностью практико-ориентированной подготовки кадров.

Университет прошел большой и славный путь, насыщенный значимыми событиями и яркими свершениями, и сегодня мы по праву можем гордиться лучшими страницами истории Университета, его авторитетными научными школами, выдающимися преподавателями и учеными, внесшими существенный вклад в развитие образования и юридической науки. Здесь рождались новые научные школы. Здесь учились и работали ведущие ученые-юристы страны.

Развитие юридического образования идет по пути профилизации. В связи с этим в Университете развиваются поистине уникальные направления (корпоративное, конкурентное, медицинское, энергетическое, спортивное право), создаются новые институты, в которых обучаются студенты (Институт бизнес права, Институт современного прикладного права, Институт судебных экспертиз и др.), аналогов которым нет не только в нашей стране, но и за рубежом. За время своей деятельности Университет подготовил и выпустил свыше 180 000 специалистов с высшим юридическим образованием. Университет гордится своими выпускниками, среди которых много известных, заслуженных юристов и выдающихся ученых.

В разные годы в Университете работали видные отечественные правоведы: академик РАН, лауреат Президентской премии, сопредседатель Ассоциации юристов России Олег Кутафин, ака-



демик РАН, лауреат Государственной премии СССР Владимир Кудрявцев, профессора Анатолий Венгеров, Марк Гурвич, Борис Здравомыслов, Юрий Козлов, Полина Лупинская, Валентин Мартемьянов, Степан Митричев, Владимир Рясенцев, Валентина Толкунова, Зиновий Черниловский, Мария Шакарян, Антон Васильев и др.

Сегодня учебный процесс и научно-исследовательскую работу в Университете обеспечивают 14 институтов, 3 филиала. В Университете действует более 20 научных школ и направлений. Профессорско-преподавательский состав насчитывает свыше 890 преподавателей, не менее 180 докторов и 520 кандидатов наук, 30 заслуженных юристов Российской Федерации, 13 заслуженных деятелей науки Российской Федерации, более 70

почетных работников высшего профессионального образования Российской Федерации.

В Университете обучается одновременно около 13 000 студентов, проходят подготовку свыше 400 аспирантов и соискателей, 350 иностранных граждан. Процесс обучения студентов в соответствии с требованиями настоящего времени находится в постоянном развитии.

Сегодня Университет первый не только в мечтах каждого абитуриента, но и в планах любого работодателя. Высокое качество образования, активная научная и исследовательская деятельность, динамичное развитие, опытные преподаватели и одаренные выпускники — вот тот бесценный капитал, которым по праву может гордиться Университет.

## Юридическое образование в Китае

Для правовой культуры Китая характерно традиционное преобладание норм морали над нормами права в регулировании любых вопросов общественной жизни, включая самые важные. Согласно идеям конфуцианства на переднем плане должны находиться воспитание и убеждение, а не власть и принуждение.



Вложение в собственное образование — одна из самых выгодных инвестиций. Китай — одна из немногих стран, которая тратит свой основной бюджет на развитие и поддержание сферы образования в стране. Преимущественно все университеты Китая — государственные, предоставляющие прекрасное современное оборудование и различные программы для студентов. Многие университеты установили дружеские отношения с университетами-партнерами разных стран, предоставляя студентам стажировку за рубежом, практику в международных компаниях, а также гранты на обучение в университетах Китая.

Юрист в Китае — одна из самых популярных профессий.



В Китае существует три вида юридических факультетов: в классических университетах, в политехнических университетах, в специально-профессиональных университетах. Целью юридического образования является не только приобретение знаний, но и воспитание необходимых моральных качеств. Студенты изучают правовую систему Китая и других стран, в которых в дальнейшем смогут получить работу при изучении иностранного языка.

Самые известные университеты Китая:

- Пекинский университет (Peking University);
- Китайский народный университет (Renmin University of China);
- Китайский политико-юридический университет;
- Хэнаньский университет (Henan University);
- Хэйлунцзянский университет (Heilongjiang University);
- Китайский университет Гонконга (The Chinese University of Hong Kong);
- Гонконгский университет Шуе Янь (Hong Kong Shue Yan);
- Цзилиньский университет (Jilin University).

**Хэнаньский университет** (международное название — Henan University) основан в 1912 г. и расположен в Кайфэне, известном историче-



ском городе, который был столицей Китая во времена семи династий.

Первоначальное название — Подготовительная школа для обучения в Европе и Америке. В то время данная школа, наряду с подготовительной школой Цинхуа для обучения в Европе и Америке (ныне — Университет Цинхуа), и школой Наньян (ныне — Шанхайский университет транспорта и Сианьский университет транспорта) пользовались одинаковой известностью, став тремя крупными университетами Китая по подготовке к обучению за рубежом. Затем данная школа была переименована в Чжунчжоуский университет (1923 г.), Чжуншаньский государственный университет (1927 г.), Хэнаньский провинциальный университет (1930 г.), Хэнаньский государственный университет (1942 г.). В конце 40-х гг. XX в. в Университете уже насчитывалось 6 институтов (институт гуманитарных наук, естественных наук, институт права, агрономический, медицинский и юридический институты). С 1984 г. он стал называться Хэнаньским университетом. В 2000 г. Хэнаньский университет объединил также Кайфэнские педагогический и медицинский институты. В октябре 2008 г. было заключено соглашение между Хэнаньским правительством и Министер-



ством образования КНР о совместном построении Хэнаньского университета.

В настоящее время Хэнаньский университет — это комплексный университет с 12 направлениями обучения. Он установил дружеские отношения более чем со 120 университетами более чем в 40 странах и стал членом Всемирной ассоциации университетов и Ассоциации университетов стран Азии и Тихого океана. Хэнаньский университет теперь имеет 33 института, 97 программ для бакалавров, 43 программы магистратуры, 20 докторантурных дисциплин.

Более 100 лет со дня своего основания Хэнаньский университет придерживается своего девиза «明德新民, 止于至善» («Проиллюстрировать прославленную добродетель, изменить людей и достичь высшего совершенства»).

В Хэнаньском университете более 4 300 сотрудников. Среди них 14 академиков и более 1 700



профессоров и доцентов. В настоящее время здесь обучается более 50 000 студентов, из них около 10 000 аспирантов, порядка 500 иностранных студентов.

Библиотека Хэнаньского университета насчитывает 5 200 000 экземпляров книг, а также более 7 000 000 электронных книг. Университет располагает более чем 30 национальными и провинциальными исследовательскими учебными платформами. Он имеет 3 кампуса общей площадью 2 200 000 квадратных метров и площадью помещений 1 470 000 квадратных метров. Современный архитектурный комплекс на кампусе Minglun является ключевым объектом культурного наследия под защитой государства.

Хэнаньский университет нацелен на то, чтобы стать научно-исследовательским университетом мирового уровня со своей спецификой, учитывать основные стратегические и экономические потребности страны, быть в авангарде развития мировой науки и техники, достичь всестороннего совершенствования подготовки кадров, укрепления конкурентоспособности.

Через 100 лет взлетов, падений, поворотов, Хэнаньский университет с уверенностью и надеждой движется вперед, чтобы стать ведущим университетом Китая.

**Хэйлунцзянский университет** (黑龙江大学, *Hēilóngjiāng Dàxué*) — университет, расположенный в городе Харбин провинции Хэйлунцзян.





*Хэйлунцзянский университет является комплексным вузом и занимает одно из ведущих мест в провинции по уровню образования.*

Хэйлунцзянский университет основан в 1941 г. в г. Яньань на Северо-Западе Китая, относится к первым китайским вузам, которые были созданы Коммунистической партией Китая (КПК) для подготовки специалистов по русскому языку. Первоначально он назывался Третьим филиалом Китайского народного антияпонского военно-политического университета; потом изменил свое название, стал именоваться Школой русского языка при Военном совете Центрального комитета Коммунистической партии Китая (ЦК КПК). Яньаньский институт иностранных языков в 1946 г. переведен в г. Харбин. В 1958 г. Университет был расширен, в этом же году изменил свое название на Хэйлунцзянский университет; в 2012 г. признан ведущим вузом, созданным совместно с Министерством просвещения Китая и правительством провинции Хэйлунцзян.

Хэйлунцзянский университет выделяется комплексным подходом к научным исследованиям. В нем ведется обучение по 11 отраслям знаний, по 79 специальностям основного курса; по 199 специальностям имеется квота на ученую степень магистра, по 54 дисциплинам — квота на ученую степень доктора наук. Имеется семь Центров постдокторских мобильных исследований и три Центра постдокторских исследований по прикладным наукам. В Университете учится более 34 тыс. студентов, преподавательский состав вуза насчитывает 3 100 сотрудников, среди них: 767 научных руководителей магистров, 984 преподавателя с высшим ученым званием, среди которых лауреат Премии Путина, награжденный премьерами КНР и Российской Федерации; пять преподавателей получили «Медаль Пушкина». В рейтинге китайских вузов по научным достижениям Хэйлунцзянский университет занимает 6-е место по отрасли знаний «иностраный язык и литература», 10-е место — по отрасли «философия», 21-е место — по отрасли «юриспруденция», 26-е место — по отрасли «китайская филология и литература», 29-е место — по отрасли «химия».

По своему научному потенциалу вуз в течение многих лет непрерывно входит в сотню ключевых вузов Китая.

Хэйлунцзянский университет выделяется спецификой подготовки кадров высшего уровня, которые хорошо знают русский язык во многих областях, в связи с чем он известен как «колыбель подготовки специалистов по русскому языку» и «база преподавания русского языка». Хэйлунцзянский университет раньше других вузов Китая начал сотрудничать с вузами СССР, уделяя особое внимание обмену и сотрудничеству между Университетом и российскими вузами; раньше других китайских вузов он создал систему подготовки специалистов по русскому языку — основному курсу в китайском народном образовании, первым стал осуществлять подготовку бакалавров, магистров, докторантов по специальности «русский язык», первым создал всестороннюю платформу международного обмена и сотрудничества с российскими вузами в области высшего образования.

В настоящее время в Хэйлунцзянском университете работает Китайско-российский центр инновационного взаимодействия и гуманитарного сотрудничества, действуют Научно-исследовательский центр русской филологии и культуры при Министерстве просвещения, Институт России при ШОС (Шанхайская организация сотрудничества), Институт Конфуция, Центр распространения китайского языка в России при Министерстве просвещения на Северо-Востоке Китая, Исследовательский институт российской юриспруденции и др.

Существует всесторонняя система совместных научных исследований и подготовки кадров при сотрудничестве с российскими вузами: Совместная китайско-российская химическая лаборатория катализа Хэйлунцзянского университета и Института катализа имени Г. К. Борескова (Новосибирское отделение РАН); Совместная китайско-российская оптоволоконная лаборатория, созданная при сотрудничестве с Дальневосточным отделением РАН; Информационный



центр китайско-российского научно-технического сотрудничества.

С момента основания Хэйлунцзянского университета прошло 73 года, из его стен вышло более 30 дипломатических представителей и послов, более 100 ведущих политиков и выдающихся военачальников, а также тысячи высококвалифицированных специалистов в различных областях, хорошо знающих русский язык. В последние годы в вузе с государственными визитами побывали: Председатель Государственной Думы II и III созывов Геннадий Селезнев, вице-премьер в 2004—2011 гг. Александр Жуков, посол России в Китае в 2005—2013 гг. Сергей Разов и др. Председатель Государственной Думы VI созыва Сергей Нарышкин специально посетил Хэйлунцзянский университет и выступил в нем с речью.

Хэйлунцзянский университет поддерживает тесные деловые связи с Московским государственным университетом имени М.В. Ломоносова, Санкт-Петербургским государственным университетом, Российской академией наук, Дальневосточным федеральным университетом и другими образовательными и научно-исследовательскими учреждениями России. Благодаря плодотворному сотрудничеству Хэйлунцзянский университет получил широкое признание российских деятелей и организаций. В целом результатом взаимодействия Хэйлунцзянского университета с российскими вузами стало то, что на Севере Китая Хэйлунцзянский университет



в различных областях является важной базой образовательного сотрудничества, научного обмена, совместных научных исследований, культурного обмена. Университет внес огромный вклад в укрепление дружбы между КНР и Россией, в развитие стратегического партнерства и взаимодействия Китайской Народной Республики и Российской Федерации в новом веке.

В Юридическом институте, входящем в состав Хэйлунцзянского университета, 66 штатных сотрудников, более 2 300 студентов. Юридический институт имеет право присвоения научных степеней магистров и докторов первой степени в области юридических наук. Кроме того, он располагает Центром постдокторских мобильных исследований в сфере юриспруденции, Институтом развития правопорядка, Институтом законодательства РФ, Исследовательским центром по правам интеллектуальной собственности и другими учреждениями. В частности, Юридический институт включает в себя ведущие исследовательские базы, касающиеся теории права и гражданского и коммерческого права. В Институте созданы 10 кафедр: юриспруденции, юридической истории, Конституции и административного закона, уголовного права, гражданского права, экономического права, процессуального права, экологического права и др. Юридическая комплексная лаборатория, судебный центр, центр юридической



поддержки и другие базовые подразделения для обучения входят в структуру Юридического института. Периодический журнал «Северное правоведение» обрел популярность во всем Китае.

В исследованиях по юриспруденции, особенно в преподавании и исследовании российского законодательства, Хэйлунцзянский университет занимает первое место в Китае. Институт изучения российского права при Хэйлунцзянском университете издал более 10 учебных пособий и опубликовал не менее 70 научных статей. Преподаватели Института открыли курс «Очерки российского права», в том числе на русском языке. В результате этого сформировалась специфика Юридического института Хэйлунцзянского университета среди прочих китайских университетов. Юридический



институт и Институт права Китайской Академии общественных наук совместно провели пять научных конференций, посвященных российскому праву, издав «Сборник российского права».

В настоящее время в связи с образованием Китайско-российского центра инновационного

взаимодействия и гуманитарного сотрудничества Юридический институт пригласил более 30 юристов для реализации научных проектов («Исследование гражданского и коммерческого права на основе стратегического сотрудничества между КНР и Российской Федерацией» и «Сравнительное исследование деликтного права Китая и России»), перевода и исследования российских кодексов, изучения правового обеспечения китайско-российского развития в областях финансовых операций и торговли, гарантий китайско-российского научно-технического сотрудничества, а также интеллектуальной собственности и культуры двух стран. Более того, Юридическому институту предстоит приложить максимум усилий для выпуска высококачественных монографий, осуществления переводов, создания докладов и научных статей с целью углубления и расширения исследования российского права в Китае.

## История создания и современный облик Юридического института Хэнаньского университета An introduction to the law school of henan university

Пан Дунмэй,

профессор Юридического института Хэнаньского университета КНР,  
заведующий Центром китайско-российского сравнительного правоведения  
при Хэнаньском университете, доктор юридических наук

Pan Dongmei,

Professor of the faculty of Law of Henan University of China,  
Head of the Center of Sino-Russian comparative law  
in the field of Henan University, Doctor of law

© Пан Дунмэй, 2019

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.039-040

Юридический институт Хэнаньского университета был основан в 1912 г. Сейчас в Институте работают 73 преподавателя, 14 из них — профессора, 44 преподавателя имеют ученые степени. Первым директором Департамента образования провинции Хэнань являлся господин Ву Цзумоу, известный ученый, пользующийся высоким авторитетом в академических кругах. Господин Ву является автором учебника по национальному планированию для «Одиннадцатого пятилетнего плана» и «Двенадцатого пятилетнего плана», изданного тиражом более 6 млн томов. Первый декан юридической школы, профессор Чэнь Цзинлян, является известным историком права в Китае, особенно в области исследований правовой системы в династии Сун.

Действующий декан Юридического института — профессор Цай Цзюнь, криминолог, эксперт уголовного права Китая. Он выбран в качестве одного из первых «100 выдающихся талантов гуманитарных наук» в провинции Хэнань и академического лидера, назначенного Департаментом образования провинции Хэнань. Он также является исполнительным директором Хэнаньского «правового общества», директором Китайского научно-исследовательского института уголовного права, главным редактором юридического журнала, директором Научно-исследовательского института юридического образования, директором Научно-исследовательского института криминологии и др.

Юридический институт всегда был привержен идеям процветания общества, прогресса демократии и верховенства права, придерживаясь своего девиза: «法天立极, 会通中西» («Уважать законную власть; интегрировать Китай и мир»).

The Law School of Henan University originated from Henan Law School in 1907. It was renamed Henan Law School in 1912, Law School of 5<sup>th</sup> Sun Yat-Sen National University in 1929, and Law School of Henan National University in 1942. In 1985, the Department of Law was restored and started to recruit students. And then the Department of Law was reorganized into the Law School in 1996.

The Law School has been granted in 2012 a national education base for outstanding legal talents, a national practice base for legal education and a provincial training base for legal talents on foreign affairs. It is approved to be the first-level key discipline in Henan Province, with a bachelor's degree program, two kinds of master's degree programs (Master of Laws, Juris Master) and a doctoral degree program jointly with the School of History and Culture. The school has 7 research institutes (centers or bases),

a provincial excellent course, a provincial model course of bilingual teaching, a provincial top teaching team and a pilot project of professional comprehensive reform. There are more than 800 undergraduate students and over 200 graduate students.





There are 73 faculty members including 65 full-time teachers. 14 of them are professors, accounting for 21,5 %, while 25 associate professors account for 38,5 %. 44 teachers have doctor's degrees, accounting for 67,7 %. The first director of the Department, Mr. Wu Zumou is a well-known educator in China and enjoys high prestige in academia. He is awarded the honor of «National Expert with Outstanding Contribution» by the State Council and enjoys a special allowance from the State Council. The book «A General Introduction to Jurisprudence» edited by Mr. Wu is a national planning textbook for the «Eleventh Five-Year Plan» and «Twelfth Five-Year Plan» with a circulation of over 6 000 000 volumes. The first dean of the Law School, Professor Chen Jingliang, is a famous historian of law in China, especially in research of the legal system in the Song Dynasty. The former dean, Professor Wu Zeyong, is an influential and young scholar of procedural law in China. He has won the Fok Ying-Tong Fund for Young Teacher, the German Humboldt Scholarship, the honor of the first «Top Ten Young and Middle-aged Jurists in Henan Province» (No. 1), etc.



The incumbent dean of the Law School is Professor Cai Jun. He is a young criminologist and an expert of criminal law in China. He is selected as one of the first «100 Outstanding Talents of Social Sciences» in Henan Province, and an academic leader appointed by the Education Department of Henan Province. He also serves as an executive director of the Henan Law Society, a director of the China Criminal Law Research Institute, a director of the China Law Jour-

nal Research Institute, a director of the China Law Education Research Institute, a director of the China Criminology Research Institute, etc. Professor Cai Jun is awarded the title of «Outstanding Young and Middle-aged Jurist» in Henan Province in 2016.

Professor Lou Binglu is the secretary of the Party committee of the Law School. He is a famous expert in economic law in Henan Province. He is also an executive director of the Henan Law Society, a director of the China Economic Law Research Institute, a director of the China Law Education Research Institute, the chairman of the Henan Legal Consultation Association, the executive vice president of the Henan Economic Law Research Institute, etc.

The Law School has a strong academic atmosphere and prominent achievement in research. There have been 20 projects financed by the National Social Science Funds and 31 projects approved as provincial or ministerial-level major projects by the Ministry of Education and so on. The project funding amounts to 7.095 million yuan. Teachers in the school have won 37 awards in research, including 12 of provincial or ministerial level and 25 of bureau-level. 158 papers have been published in the core periodicals such as those in CSSCI. Most of the papers were published in the CLSCI source journals of law. And 5 of them were published in «Chinese Journal of Law» and «China Legal Science», ranking the top in Henan Province. The school also pays attention to foreign academic exchanges. In the past five years, the school has hosted more than 40 international or domestic conferences. Over 130 lectures have been given by noted scholars from home and abroad invited to the school.

The Law School has always been committed to the prosperity of society and the progress of democracy and rule of law, adhering to its motto of «法天立极, 会通中西 (to respect for legal authority; to integrate China and the world)». The school has cultivated many legal talents for the country and made great achievements. The glory comes from years of accumulation and the joint efforts of faculty and students. And the school will strive to create a more brilliant future.

## Государственное строительство и право

### 《中华人民共和国立法法》2015年修正的进步与不足 Сильные и слабые стороны поправок 2015 года в Закон о законотворчестве Китайской Народной Республики Successes and shortcomings of the 2015 amendments to the «Legislative law of the people's Republic of China»

Ян Чаньюй,

профессор Университета Янчжоу  
225000, КНР, провинция Цзянсу, г. Янчжоу

Yang Chen Yu,

Professor of Yangzhou University

© Ян Чаньюй, 2019

摘要：2015年春《中华人民共和国立法法》（简称《立法法》）进行了较大幅度的修改，这是自2000年此法颁布实施15年来第一次大的修改。《立法法》在现行中国特色社会主义法律体系中居核心基础地位，对建立统一中国立法体制意义非凡。修正后的《立法法》明确了最高国家权力机关的专属立法权、保障人民参与立法过程、完善立法的论证和评估制度、扩大地方立法主体范围、对部门规章和地方政府规章调整事项进行限制、完善立法审查监督机制、加强对最高司法机关司法解释的规范等方面进行了较大幅度的修改。此次修改不可能解决中国当前立法体制中的所有矛盾和问题，这也决定其仍具有面向未来的开放性。

关键词：《中华人民共和国立法法》 立法体制 社会主义法治国家

项目信息：国家社科基金项目《俄罗斯法治进程中政治与宗教两种核心文化因素的影响力研究》编号15BFX029；黑龙江省哲学社会科学基金项目《俄罗斯法治进程中的核心文化因素研究》·编号12D094。

**Аннотация.** Весной 2015 г. в Закон о законотворчестве в КНР (Закон) впервые за 15 лет с момента его принятия в 2000 г. были внесены существенные поправки. Закон занимает центральное место в существующей социалистической правовой системе с китайской спецификой и имеет большое значение для создания единой китайской законодательной системы. Пересмотренный Закон четко определяет исключительные законодательные полномочия высших органов государственной власти, обеспечивает участие граждан в законодательном процессе, совершенствует систему обсуждения и оценки законодательства, расширяет полномочия местных законодательных органов, вводит ограничения для регулирования ведомственных и местных органов власти, совершенствует механизм законодательного контроля и надзора, закрепляет правила судебного толкования для высших судебных органов. Принятые поправки не могут разрешить все противоречия и проблемы в современной законодательной системе Китая, некоторые проблемы остаются нерешенными.

**Ключевые слова:** Закон о законотворчестве в Китайской Народной Республике, законодательная система социалистического правового государства.

**Annotation.** In the spring of 2015, the law of the people's Republic of China (the «law act») was substantially amended for the first time in 15 years since its adoption in 2000. Legislative law is Central to the existing socialist legal system with Chinese characteristics and is of great importance for the establishment of a unified Chinese legislative system. The revised legislative act clearly defines the exclusive legislative powers of the highest organs of state power, ensures the participation of the population in the legislative process, improves the system of argumentation and evaluation of legislation, expands the scope of local legislative bodies, introduces restrictions on issues related to the regulation of departmental and local authorities, improves the mechanism of Legislative review and supervision, and strengthens the rules governing the judicial interpretation of the highest judicial bodies. This change cannot solve all the contradictions and problems in China's current legislative system, and it also determines that it is still open to the future.

**Keywords:** the legislative law of the people's Republic of China, the legislative system of the socialist legal state.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.041-044

### 一、中国《立法法》的演化及其此次修改的动因

《立法法》制定颁布于2000年，当时中国改革开放在过去的20年时间里（从1979年中国改革开放开始），为适应社会发展与转型的需要，制定了大量的法律、法规，但由于缺乏统一的立法制度，法律、法规之间的冲突甚为普遍。中国法治发展道路一直以政府推进型法制建设为主导，此时，为统一中国立法的基本制度，立法法出台充分考虑到了中国现实与历史传统的双重影响。一是要解决当时立法领域的诸多问题，二是要与中国自身的成文法传统相衔接。“中国立法要走向现代化，要与国际立法制度的主流接轨，要与自身的成文法传统相衔接，要避免立法中有过多的不确定因素、或然性因素、甚至‘黑箱’因素发生不应有的作用，需要完善成文立法制度，制定和实施比较系统和集中地反映现代立法规律、适合现代立法需要的成文立法制度。”<sup>1</sup>由此，在世界范围内都很少见的立法法在中国颁布了。《立法法》确立了立法权限、立法程序、法律解释、立法监督等一系列制度，对立法活动形成有效的规制。但当时由于立法理论欠缺、立法借鉴不足，过分偏重立法权限和程序、偏重于立法制度建置而忽略了立法技术等原因，使这部立法留下诸多遗憾。

2011年3月10日，中国最高国家权力机关宣布中国特色社会主义法律体系已经形成<sup>2</sup>。当前中国法律体系由七个主要法律部门构成，即宪法及其相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。立法法属于宪法及其相关法部门，是一部重要的宪法性法律，在中国法律体系中居基础地位，被誉为“法中之法”。随着中国特色社会主义法律体系的形成，法律有无的矛盾在中国社会得到基本解决。2014年中国共产党提出了全面推进依法治国的总目标：“建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”。<sup>3</sup>在国家治理层面，中国进入到“法治体系”的构建时期。“法治体系”与“法律体系”一字之差，却表达了中国法治国家发展导向的变化，开启了中国法治进程中对“良法善治”追求的新时代。在中国古代，法律一直被奉为治国之重器，在西方古希腊时期，亚里士多德就已经提出良法的理念。在当下中国，从治国者到普通民众越来越多的人都认识到，有良法才有善治。由此可见，《立法法》修改有两个原生动力，一是中国共产党治国理念的推动，二是中国法治发展的内在需求。中国特色社会主义法律体系建成后，法律体系内部的自恰性成为突出问题，正是本着对“良法善治”理念的追求，在统一立法体制目标的指导下对《立法法》进行修改。

### 二、2015年《立法法》修正后的主要变化

2015年3月15日，《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》在全国人民代表大会第三次会议上正式表决通过。这是中国立法法颁布15年来的首次修改，修改内容共达46项，与以往相比，主要变化表现在以下方面：

#### （一）进一步明确最高国家权力机关在立法中的主导作用

我国宪法明确将国家立法权授予了最高国家权力机关，由最高国家权力机关主导国家立法。国家立法权由全国人大和全国人大常委会行使，行政立法和地方立法均从属于国家立法，不能超越和违背国家立法（《宪法》第57、58条）。据此，修正后《立法法》明确了下述四个方面：一是明确规定全国人大及其常委会加强对立法工作的组织协调，充分发挥其在立法工作中的主导作用（第51条）；二是对全国人大及其常委会的专属立法权事项进一步明确、细化，如对非国有财产的征收、征用，特别确定“税收法定”原则（第8条）；三是确定全国人大有关专门委员会、常委会工作机构应当参

<sup>1</sup> 周旺生：《论立法法与其历史环境——关于立法法研究的一个方法论问题》，《法学论坛》，2001年第5期，第11页。

<sup>2</sup> 吴邦国：《全国人民代表大会常务委员会工作报告--2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》，《全国人大常委会公报》2011年第4期，第5页。

<sup>3</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，《中国法学》2014年第6期，第5页。

与有关方面的法律草案的起草工作（第53条）；四是全国人大常委会通过立法规划、年度立法计划等形式，加强对立法工作的统筹安排。（第52条）。

#### （二）还权于民，保障人民对立法参与的广度和深度

我国宪法规定，中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务（《宪法》第2条）。为了在立法领域贯彻落实宪法的这一原则，修正后的《立法法》，确立立法公开原则（第5条）、加强和保障人大常委会审议法律案过程中增加人大代表的参与程度（第16条、第28条）、应当举行立法听证会保障各方积极参与（第36条）、行政法规在起草过程中应当广泛听取各方意见（第67条）、法律和行政法规等草案，除不予公布的以外，均应当向社会公布，征求意见（第37、67条）

#### （三）完善立法论证和评估制度

修正后的《立法法》特别加强了对立法的可行性评价、立法前评估和立法后评估。法律案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的，应当召开论证会，听取有关专家、部门和全国人大代表等方面的意见（第36条）；对拟提请人大常委会审议通过的法律案，在法律委员会提出审议结果报告前，常委会工作机构可以对法律草案中主要制度规范的可行性、法律出台时机、法律实施的社会效果和可能出现的问题进行评估（第39条）；全国人大有关的专门委员会、常委会工作机构可以组织对有关法律或者法律中有关规定进行立法后评估（第63条）。

#### （四）扩大地方立法主体的范围

修正后《立法法》，较大幅度扩大了地方立法主体的范围：将有权制定地方性法规的主体从省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的“较大的市”的人大和人大常委会，扩大到省、自治区、直辖市以及所有设区的市（从修法前的49个市扩大到修法后的284个市）和自治州（全国共30个自治州）的人大和人大常委会（第72条）。

#### （五）加大对部门规章和地方政府规章调整事项的限制

在现行立法实践中，国务院各部门制定的部门规章和地方各级人民政府制定的政府规章存在着“任性”限制公民权利、自由和扩大自身权力、权利的现象，屡遭人诟病。修改后的《立法法》规定，部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责（第80条）；对地方政府规章，修正后的《立法法》规定，设区的市、自治州的人民政府制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

#### （六）完善立法备案审查制度

我国宪法明确规定，国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。为了保障宪法确立的法制统一原则的有效实现，备案审查制度尤为重要，它有助于全面地了解我国的立法情况，加强对立法的监督。修正后的《立法法》将第五章的标题修正为“适用与备案审查”，新增了“审查”二字，明确了审查作为备案的后续行为。修正后的《立法法》也一改过去对规范性文件被动审查的局面，新法中要求有关的专门委员会和常务委员会工作机构可以对报送备案的规范性文件进行主动审查。有关机关需将审查、研究情况向国家机关、社会团体、企业事业组织及公民反馈，并向社会公开。

#### （七）加强对最高司法机关司法解释的规范

修正后的《立法法》专门增加一条规定：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第四十五条第二款规定情况的，应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案”。“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案”。“最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关，不得作出具体应用法律的解释”（第104条）。《立法法》新增这样的规定，是为了规范和限制最高人民法院、最高人民检察院的司法解释权。多年以来，最高人民法院和最高人民检察院（特别是前者）发布了大量的司法解释。有些解释常常是在进行立法或修改立法，构成了对人大常委会立法解释权的侵越。修改后的《立法法》设定了界线，司法解释越权的现象将受到有效制约。

### 三、面向未来的《立法法》：成就与不足

《立法法》此次修改对于改进和完善我国的现行立法，增进了中国立法的民主性、科学性和规范性，从整体上促进了统一立法体制形成。基本解决了中国当前立法层面存在的两个突出问题：一是通过扩大立法主体的范围，缓解了中国社会立法需求增加而立法供给不足的矛盾；二是规范立法活动，将有效克服乱立法、滥立法、违法立法、越权立法的问题，改进立法监督机制并加大立法监督力度。修正后《立法法》强调人民代表大会在立法体制中发挥的主导作用，扭转过去行政主导立法的局面；赋予设区的市地方立法权，扩权的同时也明确划定了地方立法权行使的边界；规范了国务院各部委规章和地方政府规章的制定权；规范了最高司法机关的司法解释权；严格控制和规范授权



立法，划清授权立法边界，避免“一揽子授权”和“无限期授权”；完善立法的审查监督制度，实行主动审查与被动审查相结合，加强对规范性文件的备案审查力度。<sup>4</sup>

同时也应当看到，此次修改不能完全解决我国当前立法中的所有矛盾和问题，总的说来尚存一些突出的问题：比如，多元立法主体与单一制国家体制间存在矛盾尚需继续理顺。特别需要指出的是，修正后《立法法》扩大了地方立法权主体的范围，新赋予235个设区的市地方立法权，使得享有立法权主体的数量骤然增加。中国是一个单一制体制的国家，多元的立法主体的增加，无疑会令人担忧这种多元的立法主体与单一制的国家体制之间将产生紧张关系。“中国的立法体制应当在统一性和多样性这两个同样值得追求的极端之间保持一种必要的张力，寻找黄金分割点”。<sup>5</sup>对“黄金分割点”的寻求实际上是一个中央立法权与地方立法权博弈的过程。再如，对规范性法律文件的监督审查制度尚不完整。修正后《立法法》对行政法规、地方性法规、自治条例与单行条例、国务院各部委规章和地方政府规章、最高人民法院和最高人民检察院的司法解释的合宪性审查都做了相应的规范，但对于法律的合宪性审查的内容在修改后的《立法法》中没有提及。在我国，法律是除宪法以外通行于全国的效力最高规范性文件，一切法律的规定也不得违反宪法的内容。法律关涉的事项众多，从国家的主权、国家机关的组织、民族区域自治制度到经济与科教文卫体等事项，对于法律的合宪性审查也就显得尤为重要。<sup>6</sup>等等。目前，中国统一的社会主义立法体制已经确立并趋于完善，但在中国法治进程中，《立法法》仍然承担着面向未来的使命。

<sup>4</sup> 刘莘、覃慧：《论我国“法制统一”的保障体系—评修正后<立法法>的有关规定》，《江苏社会科学》2015年第4期，第168页。

<sup>5</sup> 苏力：《当代中国的中央与地方分权—重读毛泽东<论十大关系>第五节》，《中国社会科学》，2004年第2期，第42页。

<sup>6</sup> 刘莘、覃慧：《论我国“法制统一”的保障体系—评修正后<立法法>的有关规定》，《江苏社会科学》2015年第4期，第169页。

# Правовая доктрина современной России: проблемы и перспективы

## The legal doctrine of modern Russia: problems and prospects

А. М. Воронов

доктор юридических наук, профессор,  
главный научный сотрудник сектора административного права и процесса  
Института государства и права РАН, эксперт Российской академии наук

A. M. Voronov,

Doctor of jurisprudence, Professor,  
Chief researcher of the sector of administrative law and process  
of Institute of the state and right of RAS, expert of the Russian Academy of Sciences

© А. М. Воронов, 2019

**Аннотация.** На основе изучения достаточно большого массива нормативных правовых актов и иных источников осуществлен анализ законодательной регламентации административно-правовой доктрины современной России. Подведены некоторые итоги модернизации фундаментальных положений теории административного права в контексте Конституции РФ. На основе анализа теории и практики деятельности публичной администрации автором предлагается статуйрование правового института «государственное администрирование», нового перспективного направления развития науки административного права.

**Ключевые слова:** Конституция РФ, правовое регулирование, административно-правовая доктрина, правовой институт, публичное администрирование, сервисные отношения.

**Abstract.** On the basis of studying of rather big array of regulations and other sources, the analysis of a legislative regulation of the administrative legal doctrine of modern Russia is carried out. Some results of modernization of fundamental provisions of the theory of administrative law in the context of the Constitution of the Russian Federation are summed up. On the basis of the analysis of the theory and practice of activity of public administration by the author the statuirovaniye of legal institute «state administration», the new perspective direction of development of science of administrative law is offered.

**Keywords:** Constitution of the Russian Federation, legal regulation, administrative legal doctrine, legal institute, public administration, service relations.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.045-048

Оправной точкой современной российской государственности стало принятие в 1993 г. Конституции РФ, согласно которой Россия встала на путь построения правового, социального, демократического государства. Уместно отметить, что после принятия Основного закона не все радикальные, коренные изменения правовой системы России получили должную теоретико-правовую оценку и реализацию. В настоящее время развитие науки административного права обусловлено необходимостью проведения новых исследований по модернизации и наполнению актуальным содержанием их концепций с учетом современных реалий развития российской государственности, а именно — факторов построения правового, демократического государства, где личность, ее права и свободы являются приоритетными. При этом подходе построение сервисного социального государства задает новый импульс совершенство-

вания и развития форм и методов государственного администрирования.

Современное развитие науки административного права, по нашему мнению, базируется на идее о том, что государство и общество не только взаимодействуют между собой, но и обслуживают друг друга (служат друг другу). Поэтому совершенствование административного права идет путем придания ему все более четких организационно-правовых форм, развития и совершенствования административных процедур.

Обращаясь к правовой доктрине современной России, уместно отметить, что термин «администрирование» прочно вошел в теорию и практику деятельности публичной администрации.

Достигнуто многое, однако проблем имеется еще больше. Это в первую очередь касается доктринальных положений права современной России, многие из которых не нашли своего выражения

в нормативных правовых актах. Также уместно отметить, что до сих пор страна живет по законам того государства, которого уже нет. На наш взгляд сегодня, а точнее еще вчера, требовалась модернизация доктринальных правовых положений с учетом реалий сегодняшнего дня, а именно: выстраивание и формирование архитектуры социального правового демократического государства.

По авторитетному мнению мэтра административно-правовой науки профессора Ю. А. Тихомирова, «наука должна идти впереди законодателя, отвечая на вопрос, на который еще нет ответа». Он констатирует, что административное право на сегодняшний день «танцует сольный танец, то есть само по себе развивается, выстраивая порой какие-то химерные классификации, при этом топчась на месте. А оно должно влиять на законодательство. Административное право должно пронизать своим содержанием все отрасли права, входя в регуляцию других отраслей»<sup>1</sup>.

Следует согласиться с авторитетным мнением уважаемого профессора в том, что современная наука административного права находится в аморфном состоянии и зачастую носит постфактумный характер, смысл которого заключается якобы «в научном комментировании» уже принятых законодательных актов. Представляется, что наука должна идти впереди, определяя при этом юридическую базу для совершенствования правового регулирования происходящих в стране демократических процессов.

Особенно это касается, как уже отмечалось, административного права, которое «должно быть коренным в тройке, уносящей вперед правовую доктрину»<sup>2</sup>.

Как нами отмечалось ранее, в теорию и практику деятельности публичной администрации современной России прочно вошел термин «администрирование», употребляемый в контексте различных социально-интегрированных институтов, а также практики правовой регламентации: таможенное администрирование, налоговое администрирование, судебное администрирование, администрирование миграционных процессов, правовое администрирование экономики и т.д.

Данный правовой феномен изучают представители различных отраслей права: финансового, налогового, бюджетного права, а также экономики, социологии, но только не ученые-административисты, представители административно-правовой науки. И это очень прискорбно, так как феномен администрирования имеет именно

административно-правовую природу, однако при этом он трактуется с различных позиций: в контексте управления, совершенствования какой-либо деятельности, либо совершенствования правового регулирования социально интегрированных институтов, либо в контексте контрольно-надзорной и иной деятельности государственной, а точнее, публичной администрации.

До сих пор предпринимаются лишь робкие попытки со стороны представителей административно-правовой науки с целью определить сущность и раскрыть содержание данного правового института, сформулировать понятие и определить принципы, формы и методы данного вида деятельности публичной администрации. При таком подходе перед представителями административного права стоит очень серьезная и кропотливая работа по статуйрованию данного правового института, который существенно дополняет предмет административного права большим блоком реординарных (сервисных) отношений, возникающих по инициативе физических и юридических лиц.

Существующая доктрина права определяет административное право как управленческое право, регулирующее правоотношения в сфере государственного управления, а также охраны общественного порядка и обеспечения национальной безопасности. Нами предлагается дополнить предмет современного административного права блоком сервисных отношений, а точнее отношениями реординации, по оказанию публичных услуг гражданам по их инициативе, а также по восстановлению законных прав и свобод человека и гражданина, нарушенных неправомерными действиями должностных лиц публичной администрации.

Таким образом, предмет современного административного права составляет органически увязанная триада, объединяющая:

- во-первых, правоотношения возникающие в сфере реализации управленческой функции государственного администрирования, обеспечивающей поступательное социально-экономическое развитие нашей страны;
- во-вторых, правоотношения в сфере охраны общественного порядка и обеспечения безопасности личности, общества и государства в целом. Бесспорно, без сохранения суверенитета российской государственности не может быть и речи о реализации сервисных функций по оказанию публичных услуг как физическим, так юридическим лицам;

<sup>1</sup> Материалы Международной научно-практической конференции «Лазаревские чтения» на тему: «Государственный контроль и надзор как способы обеспечения законности в сфере экономической деятельности: теория и практика», посвященной 100-летию со дня рождения известного ученого-административиста Елены Викторовны Шориной, соратника и коллеги Б. М. Лазарева (25 октября 2018 г., Институт государства и права РАН).

<sup>2</sup> Материалы Международной научно-практической конференции «Лазаревские чтения» на тему: «Государственный контроль и надзор как способы обеспечения законности в сфере экономической деятельности: теория и практика».

— в-третьих, правоотношения, возникающие именно в сфере оказания публичных услуг (отношения реординации), которые, как нами отмечалось ранее, возникают по инициативе простого обывателя и обращены в сторону властных структур, обязанных согласно Федеральному закону от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»<sup>3</sup> и иным программным документам в обязательном порядке предоставлять таковые. Данные положения закрепили основные направления совершенствования государственных услуг. К числу последних относятся создание и развитие сети МФЦ, разработка и принятие административных регламентов органов государственной власти и местного самоуправления, организация межведомственного электронного взаимодействия, создание Федерального реестра государственных и муниципальных услуг, внедрение системы оценки качества государственных услуг и многое другое.

Здесь также не стоит забывать о Федеральном законе от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственном-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>4</sup>, который предусматривает передачу некоторых государственных функций (так называемый аутсорсинг) для реализации негосударственными коммерческими организациями.

В данном контексте также уместно отметить участие институтов гражданского общества в содействии государственной администрации в мероприятиях по охране общественного порядка и обеспечению общественной безопасности. Среди прочих можно выделить негосударственные общественные объединения правоохранительной направленности — частные охранные фирмы, службы безопасности предприятий и учреждений, а также добровольные народные дружины и иные общественные организации, оказывающие содействие правоохранительным органам.

При таком подходе административное право нормативно определяет публичное администрирование во всех сферах жизнедеятельности, а именно: социально-культурной, финансово-экономической, административно-политической и иных сферах; устанавливает административный порядок и соответствующий правовой режим, за нарушение которого и предусматривается ответственность; т.е. оно исследует все, что происходит в сфере государственного администрирования. Административное право в определенных пределах и в конкретном объеме регламентирует

в правовых установлениях порядок и процедуру администрирования.

Также следует отметить, что административное право изучает правоотношения, возникающие в области администрирования, и в качестве главного объекта изучения имеет публичное администрирование и все отношения, связанные в том числе с управлением.

Законодатель уже сегодня предпринимает конкретные, хотя и робкие шаги в статуйровании правового института государственного администрирования, закрепляя при этом реординарные отношения, возникающие при оказании гражданам при их обращении в государственные органы сервисных услуг во всех сферах жизнедеятельности.

Аргументируем свою позицию на примере нормативного правового регулирования деятельности Федеральной таможенной службы, весь объем полномочий которой закреплен в постановлении Правительства РФ от 16.09.2013 № 809. Представляет несомненный интерес раздел III Стратегии развития таможенной службы Российской Федерации до 2020 года<sup>5</sup>, где указывается, что в современных условиях таможенная служба Российской Федерации как часть экономической системы государства выступает как социально-экономический институт, где таможенная деятельность проявляется как особая форма услуги. Одним из факторов достижения стратегической цели таможенной службы Российской Федерации в части содействия международной торговле является качественное предоставление государственных услуг в области таможенного дела участникам внешнеэкономической деятельности. Совершенствование системы государственных услуг, предоставляемых участникам внешнеэкономической деятельности, нацелено на расширение их спектра, повышение качества и доступности при внешней их простоте, оперативности и надежности.

Как представляется, данные положения являются предопределяющими для всего исследования, так как идут в контексте выдвинутой автором концепции развития административного права в части расширения его предмета и включения в него не только отношений в сфере государственного управления и обеспечения безопасности нашего государства, но и реординарных (сервисных) отношений, возникающих по инициативе простого гражданина либо институтов гражданского общества. Это сервисные отношения по оказанию государственных услуг населению.

В развитие данного тезиса следует констатировать, что уже сегодня должны измениться взаимоотношения государства и гражданина, где

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4350.

<sup>5</sup> Распоряжение Правительства РФ от 28.12.2012 № 2575-р [ред. от 10.02.2018] «О Стратегии развития таможенной службы Российской Федерации до 2020 года» // СЗ РФ. 2013. № 2. Ст. 109.

государству должна быть отведена функция своеобразного «сервисного центра» по предоставлению государственных услуг, обслуживанию интересов человека и гражданина, а административному праву — функция юридического обеспечения такой деятельности.

Сегодня кардинально изменившиеся взгляды на роль и значение административного права сопровождаются переоценкой его предмета. С учетом рассмотренных нами позиций представляется, что предмет административного права сегодня гораздо шире:

- во-первых, к нему прежде всего должны относиться отношения в сфере защиты прав человека и гражданина, удовлетворения его потребностей во всех сферах жизнедеятельности, прежде всего юридическими средствами;
- во-вторых, к нему также относятся не только отношения государственного администрирования, но и совокупность других управленческих отношений, образующих отношения в сфере публичного администрирования;
- в-третьих, в предмет административного права входят отношения, которые возникают по инициативе субъектов, не имеющих властных полномочий при их обращении в органы государственной администрации (отношения реординации), которые в дальнейшем могут получить название «сервисных» отношений, отношений публичных или административных услуг либо административных обязательств;
- в-четвертых, кроме управленческих, в него входят отношения, возникающие при осуществлении правосудия в форме административного судопроизводства. Это отношения ответственности государственной администрации (субъектов властных полномочий) за неправомерные деяния, ущемляющие права граждан;
- в-пятых, в него входят правоотношения, возникающие за нарушение гражданами установленных правил — отношения административной ответственности;
- в-шестых, отношения в сфере обеспечения безопасности личности и всего гражданского общества в целом.

Таким образом, на основании изложенных положений предмет административного права становится более широким и выходит за пределы государственного управления<sup>6</sup>.

Важно обратить внимание, что среди приоритетов на первом месте стоит обеспечение прав

и свобод российских граждан. Это заставляет переосмыслить и роль гражданского общества в системе национальной безопасности России, которое призвано артикулировать и доносить до государственных структур его интересы. При таком подходе построение сервисного социального государства задает новый импульс совершенствования и развития новых форм и методов государственного администрирования.

Также не стоит забывать и совершенствовать существующий механизм государственного управления. Наоборот, современная наука должна вобрать в себя все рациональное и ценное, доставшееся нам от прежнего строя социально-экономического развития российской государственности и на основе этих парадигм модернизировать и развивать науку административного права современной России.

Резюмируя вышеизложенное, представляется целесообразным сделать некоторые умозаключения.

Доктрина современного права нуждается в совершенствовании и модернизации с учетом современных реалий построения социального, правового, демократического государства, фундаментальные постулаты которого прописаны в Основном законе нашей страны, при этом следует особо подчеркнуть, что необходимо учитывать положительный опыт правового регулирования, наработанный ранее.

Предмет современного административного права, как нам представляется, синтезирован в органически увязанную триаду, объединяющую три больших блока правоотношений: отношения, возникающие в связи с реализацией управленческой функции государственного администрирования; отношения в сфере охраны общественного порядка и обеспечения национальной безопасности; отношения, возникающие в сфере оказания публичных услуг, так называемые сервисные отношения. Помимо прочего, сюда также входят отношения в сфере восстановления прав и свобод как физических, так и юридических лиц, нарушенных противоправными действиями должностных лиц публичной администрации.

Представляется целесообразным в развитие предмета административного права современной России статуйирование правового института «государственное администрирование» как одного из новых, перспективных направлений административно-правовой науки.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Воронов А. М. К предмету административного права современной России // Административное право и процесс. — 2017. — № 8. — С. 6—12.

<sup>6</sup> Подробнее см.: Воронов А. М. К предмету административного права современной России // Административное право и процесс. 2017. № 8. С. 6—12.

# Некоторые проблемы повышения эффективности действия законодательства в современной России

## Some problems of improving the efficiency of action legislation in modern Russia

А. В. Мелехин,

доктор юридических наук, профессор,  
профессор кафедры государственного строительства и права  
Университета прокуратуры Российской Федерации

V. Melekhin,

Doctor of law, Professor,  
Professor of the Department of state construction and law  
at the University prosecutors of the Russian Federation

© А. В. Мелехин, 2019

**Аннотация.** В рамках общей характеристики состояния российского законодательства рассматриваются факторы, оказывающие прямое или косвенное воздействие на ее качество. Отмечаются следующие ее недостатки: недостаточная системность; встречающееся отсутствие логической завершенности регулируемых общественных отношений; отсутствие должного прагматизма в отстаивании интересов государства; недостаточное качество отдельных нормативных актов.

**Ключевые слова:** Конституция РФ, правовая система Российской Федерации, законодательство, федеральное законодательство, законодательство субъектов РФ, законодательный процесс, правоприменительный процесс, нормы материального права, нормы процессуального права, эффективность правоприменения, государственное управление, социально-экономический рост.

**Abstract.** As part of the general characteristics of the state of Russian legislation, factors that have a direct or indirect impact on its quality are considered. The following disadvantages are noted: lack of consistency; the lack of logical consistency in regulated public relations; lack of due pragmatism in upholding the interests of the state; not enough quality of individual regulations.

**Keywords:** the Constitution of the Russian Federation, the legal system of the Russian Federation, legislation, federal legislation, legislation of the constituent entities of the Russian Federation, the legislative process, law enforcement process, substantive law norms of procedural law, law enforcement effectiveness, public administration, social and economic growth.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.049-053

Сначала следует напомнить, что в теории права под системой законодательства принято понимать совокупность нормативных правовых актов различной юридической силы, которые, исходя из необходимости решения стоящих перед государством задач, обладают согласованностью действий и внутренним единством<sup>1</sup>. Система законодательства выступает как результат, следствие систематизации, а также как органическое свойство законодательства.

Мировой опыт свидетельствует о том, что с наибольшей долей вероятности следует конста-

тировать: в мире нет государств, законодательство которых следует считать идеальным. К качеству и системности законодательства предъявляются претензии и в государствах со стабильно развивающейся экономикой. Например, будучи кандидатом в президенты США от Республиканской партии, Дональд Трамп в ходе ведения успешно для него завершившейся предвыборной кампании (ноябрь 2016 г.) высказывался о том, что следует отменить каждый десятый федеральный нормативный акт, действующий в стране. Он считал необходимым упростить законодательство,

<sup>1</sup> См.: Корельский В. М., Перевалов В. Д. Теория государства и права. М.: Инфра-М; Норма, 1997. С. 318; Мухомов Р. Т. Теория государства и права. М., 2001. С. 328.

касающееся ведения бизнеса в США, чтобы стимулировать предпринимательскую активность, так как чрезмерное регулирование экономики обходится стране в 2 трлн долл. в год.

Система законодательства, как и система права, носит объективный характер. Ее содержание в конечном счете определяется не только материальными и социальными условиями жизни общества. Одними из основных здесь являются характеристики сущности самого государства и задачи, которые оно решает на конкретном этапе исторического развития, а также роль мирового сообщества. Общая система законодательства выступает не только как результат, следствие систематизации, но и как органическое свойство законодательства.

Особенностью формирования законодательства РФ, позволившей ему достичь достаточно высокой степени системности, является то, что оно создается на базе ранее принятых концепций, отражающих роль и место России в мировом сообществе, а также собственный и международный опыт в этой сфере. Например, для того, чтобы вступить во Всемирную торговую организацию (ВТО) Россия должна была привести свое законодательство в соответствие с требованиями этой организации. Для этого требовалось принять заново или внести соответствующие изменения почти в 60 нормативных правовых актов.

В 2016 г. ученые и эксперты Санкт-Петербургского государственного университета, изучив 36 тыс. законодательных актов Северо-Западного округа, пришли к выводу о том, что в каждом третьем из них имеются лазейки для проявления фактов коррупции. Простое несоблюдение законодателями правил русского языка, о котором ученые и практики на протяжении длительного времени не устают предупреждать российских законодателей, приводит к реальной возможности весьма вольного трактования чиновниками смысла текста в свою, нередко корыстную пользу.

Нормы законодательства с учетом системной взаимозависимости отражают разные уровни внутрисистемных связей. Их юридическая сила характеризует внутреннюю соотносимость не только нормативных правовых актов, но и создаваемой при этом системы специальных субъектов реализации и объема их полномочий.

В основе системы законодательства лежит нормативный правовой акт, оформляющий решение полномочного органа государства. Юридическая сила нормативного акта определяется тем, в какую внешнюю форму он облечен — форму закона или какого-либо подзаконного акта. Система за-

конодательных актов представляет собой иерархию по признаку внешней формы. В основе этой системы лежит иерархически важный акт — Конституция государства.

Органы местного самоуправления в Российской Федерации в соответствии с конституционными и законодательными положениями не входят в систему органов государственной власти. Несмотря на это, принимаемые ими правовые решения признаются нормативными правовыми актами. Федеральным законом определен порядок ведения федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов<sup>2</sup>, который «состоит из регистров муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации». Ведение этого реестра «осуществляется уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в порядке, установленном Правительством Российской Федерации».

Система законодательства государства находится в постоянном развитии, при этом оно должно всегда оставаться внутренне согласованным и логически завершенным. Это достигается с помощью систематизации. Системность законодательства специалистами рассматривается не только как один из основных факторов повышения его качества и результативности воздействия на регулирование общественных отношений, но и как показатель качества законотворческой работы Федерального Собрания РФ. Сохраняющиеся на протяжении длительного времени общие нарекания в отношении качества системы законодательства по-прежнему сводятся к следующим: бессистемность, внутренняя противоречивость, излишняя множественность нормативных правовых актов<sup>3</sup>.

Изменения, происходящие в системе законодательства, обусловлены целым комплексом разнообразных факторов объективного и субъективного свойства. Не последнюю роль среди них играет трансформация системы права под влиянием процессов интеграции, дифференциации, а также расширения или сужения сферы правового регулирования. Изменения системы обычного и чрезвычайного законодательства можно наблюдать, хотя и в разных объемах, во всех трех ее структурных образованиях: иерархической, федеративной и отраслевой.

Объективные трудности, возникшие после распада СССР в формировании новой российской государственности в условиях крайне неоднородного общества и непростых экономических дисбалансов, оказывали и продолжают оказывать негативное влияние на достижение целей

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 08.11.2007 № 260-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с организацией и ведением регистра муниципальных нормативных правовых актов» // Российская газета. 14.11.2007.

<sup>3</sup> Системность законодательства как фактор повышения его качества // Государство и право. 2002. № 8. С. 5—15.

оптимального государственного и общественного развития. Их наличие не позволило в полной мере реализовать планировавшиеся в 80—90-х гг. XX столетия социально-экономические изменения. По мнению специалистов<sup>4</sup>, в России «целостной и ориентированной на будущее модели развития не сложилось». Это обстоятельство также негативным образом сказывается на формировании качественной и стабильной системы российского законодательства.

Следует констатировать, что действующее законодательство Российской Федерации пока еще не в полной мере способно эффективно защищать интересы государства от ухода бизнеса из-под российской юрисдикции и от бегства капиталов за границу. Оно также не всегда направлено на создание благоприятного климата для инвестиций в российскую экономику. Создается впечатление, что законодатели иногда просто опасаются обидеть бизнес своим прагматичным подходом к регламентации соответствующих правовых отношений. Видимо, и этим можно объяснить периодическое и весьма болезненно воспринимаемое населением «внезапное» возникновение различного рода пирамид — финансовых, банковских, строительных, туристических и иных.

Активную позицию в вопросах совершенствования российского законодательства занимает Конституционный Суд РФ. Им обобщены основные дефекты нормотворчества (пробельность регулирования, неопределенность регулирования, несогласованность регулирования), выявленные им на протяжении 2013—2015 гг. при разрешении дел о конституционности соответствующего нормативного регулирования<sup>5</sup>.

В Российской Федерации по сравнению с СССР значительно увеличилось количество кодексов. Это общемировая тенденция. Например, по инициативе ООН сейчас активно обсуждается необходимость принятия национальных потребительских кодексов, в том числе и в Российской Федерации. Такой кодекс должен стать эффективной заменой Закона РФ «О защите прав потребителей»<sup>6</sup>. В качестве положительного примера ООН рекомендует рассмотреть правотворческий опыт Бразилии, где уже более 20 лет такой кодекс эффективно действует.

Отметим имеющую давние корни такую проблему, как предлагаемые пути совершенствования КоАП РФ посредством разделения его на два кодекса — административный и административно-процессуальный. В ряде государств — членов СНГ подобное разделение произошло<sup>7</sup>, некоторые решили сохранить и использовать опыт СССР и Российской Федерации<sup>8</sup>. Представляется, что в большей степени это теоретический спор по поводу формы и содержания. Например, как свидетельствуют опыт и мнение практических работников, правоприменителю не очень-то и принципиальна эта проблема. Ему важно совсем другое — какова эффективность правового воздействия на правонарушителя посредством применения КоАП РФ.

Наиболее важным является решение другой проблемы — гармонизации КоАП РФ с другими отраслевыми кодексами — таможенным, налоговым и бюджетным. В них очень широко используются отсылочные нормы права, которые, по содержанию являясь охранительными, часто не имеют логически завершенной формы. Имеется в виду отсутствие (или «потеря») санкций.

Специалистами отмечается, что происходящие изменения в российском законодательстве не синхронизированы с изменениями, происходящими в экономической, финансовой, бюджетной, социальной и иных сферах общественной жизни. Как правило, государство опаздывает с формированием правовой инфраструктуры. Это негативно отражается на эффективности функционирования государственно-правового механизма, вызывая законные нарекания граждан. От этого государство несет не только имиджевые, но и чисто экономические потери в форме недополученной прибыли, предназначенной формировать доходную часть бюджетов различных уровней.

Следует отметить, что эффективность реализации одних функций государства зависит от успешности реализации других его функций. Например, правоохранительная функция государства с учетом социальных причин, лежащих в основе совершаемых правонарушений, дополняется успешностью реализации социальной и экономической функций, призванных формировать среду обитания субъектов права.

<sup>4</sup> См., например: Лукьянов Ф. Чувство глубокого неудовлетворения // Российская газета. 19.11.2014.

<sup>5</sup> См.: Информация «Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2013—2015 годов)» (одобрена решением Конституционного Суда РФ от 23.06.2016) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> См.: Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 05.05.2014).

<sup>7</sup> См., например: Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях с учетом изменений и дополнений, внесенных Законами Республики Беларусь. Введен в действие с 01.03.2007 Законом Республики Беларусь от 31.12.2006 № 208-З.

<sup>8</sup> См., например: Кодекс Украины об административных правонарушениях от 07.12.1984 № 8073-Х, введенный в действие с 01.06.1985 постановлением Верховного Совета Украинской ССР от 07.12.1984 № 8074-Х; Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях», вступивший в действие 30.01.2001; Кодекс Республики Таджикистан об административных правонарушениях, введенный в действие с 01.04.2009.

Развитие рассматриваемых систем представляет собой сложный диалектический процесс, в котором подчас сталкиваются противоположные тенденции. Любое государство постоянно стремится с учетом динамизма развития общественных отношений к повышению эффективности правового регулирования. В данном контексте предлагается характеристику традиционной и новой парадигм понимания эффективности правового регулирования рассматривать как результат целенаправленной деятельности субъектов в правовом поле<sup>9</sup>. При этом следует учитывать диалектическую связь между качественными и количественными данными, на основании которых правовое воздействие может считаться эффективным.

Изменения, происходящие в системе законодательства, обусловлены целым комплексом разнообразных факторов объективного и субъективного свойства. Не последнюю роль среди них играет трансформация системы права под влиянием процессов интеграции, дифференциации, а также расширения или сужения сферы правового регулирования.

Подобные процессы происходят не только в национальной системе законодательства, но и в развитии норм международного права. Они также принимаются и наполняются соответствующим содержанием как ответная реакция мирового сообщества на новые вызовы устоявшемуся международному правопорядку.

Например, международное право не было готово к адекватной реакции на масштабные проявления международного терроризма, начинающие свой отчет с 11.09.2001 (одновременное проведение нескольких террористических актов на территории США, повлекших за собой многочисленные человеческие жертвы и разрушения). Прежде всего это проявилось в отсутствии нормативно определенных правоприменительных процедур, определяющих подсудность рассмотрения таких уголовных дел; юридическую квалификацию деяний; полномочия субъектов правоприменения; сроки рассмотрения дел, условия и место содержания обвиняемых.

Современному российскому законодательству в целом, и административному, может быть, в большей степени, присуще следующее обстоятельство, объясняющее просто «стахановские» рекорды по ежегодному принятию федеральных

законов — это недостаточная проработанность формулируемых законодательных положений, стремление решить проблемы, носящие оперативный характер в ущерб решению стратегических задач.

Например, в июне 2014 г. Государственная Дума шестого созыва завершила очередную весеннюю сессию, отработав ровно половину срока своих полномочий. За это время в течение 2012 г. было подписано Президентом России 334 федеральных закона, в 2013 г. — 448 и в первом полугодии 2014 г. — 199<sup>10</sup>. При этом если «в первом созыве Государственной Думы в КоАП РФ было внесено лишь 5 поправок, то с начала работы шестого созыва — более 400... На каждом заседании Комитета по законодательству от 60 до 70 % вопросов связано с изменениями в Кодексе об административных правонарушениях»<sup>11</sup>.

В этой связи специалистами справедливо отмечается, что количественные критерии формирования нового законодательства не приводят к положительным изменениям. Кроме того, в стремлении создания государственно-правового механизма реализации законодательных положений наблюдается процесс наращивания количества издаваемых подзаконных нормативных правовых актов, вносящих дополнительную путаницу в вопросы правового регулирования. Это влечет за собой случаи нарушения иерархии в системе российского законодательства. В Англии нормотворческая активность парламента характеризуется не количеством, а качеством и составляет всего 10—12 законов в год.

В Российской Федерации действует примерно 4 500 федеральных законов, из которых только 25 % имеют свой обособленный предмет регулирования общественных отношений, а остальная масса — это поправки к действующим законам<sup>12</sup>.

Качество российского законодательства, предназначенного регулировать повседневную деятельность бизнеса, также пока оставляет желать лучшего<sup>13</sup>. Законодатель еще не нашел «золотой середины» в прагматизме регулирования складывающихся между государством и бизнесом правоотношений.

Характеризуя национальную систему законодательства, отметим ее тесную взаимосвязь с экономикой. Перед Россией стоит главная задача, поставленная Президентом РФ в его послании Федеральному Собранию 01.03.2018 и Указе от

<sup>9</sup> См., например: Эффективность правового регулирования : монография / под ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М. : Проспект, 2017. 308 с.

<sup>10</sup> См.: Чуракова О. Госдума завершила весеннюю сессию, отработав ровно половину своего срока // Vedomosti.ru. 07.07.2014.

<sup>11</sup> См.: Агеев А. А. О необходимости совершенствования законодательства об административных правонарушениях // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2014. № 2. С. 10.

<sup>12</sup> См.: Никишин А. Закон о законах может быть полезным // Парламентская газета. 2012. 16—22 ноября.

<sup>13</sup> См.: Как снизить вред от нормотворчества // Vedomosti.ru. 28.03.2014.

07.05.2018, — ускоренный социально-экономический рост на период до 2024 г., а затем — продолжение этого ускорения до 2030 г.

Это весьма дерзкие и трудновыполнимые государственные задачи. По мнению академика А. Аганбегяна, финансовая сфера в современной России является самой отсталой из крупных социально-экономических показателей. В подтверждение сказанному он приводит следующие весьма неутешительные показатели<sup>14</sup>. По международному рейтингу по развитию финансового рынка Россия занимает 107-е место в мире, уступая не только 25 развитым странам мира, но и 80 странам с развивающейся экономикой и переходной экономикой. В 2—3 раза уровень монетизации в России ниже по сравнению с большинством других стран. Ценовая доступность финансовых услуг в России на 94-м месте в мире, возможность получения венчурного капитала — на 89-м, финансирование локальных производителей — на 90-м; в целом возможность получения финансовых услуг — на 101-м месте, а легкость получения финансирования — на 110-м. По регулированию фондовых бирж Россия на 112-м месте в мире, а по устойчивости банков — даже на 121-м.

Кроме того, в 2018 г. Россия заняла далеко не почетное 89-е место и в рейтинге верховенства права (в 2016 г. — 86-е место), который составляется раз в два года международной независимой организацией World Justice Project<sup>15</sup>.

По авторитетному мнению другого экономиста, члена-корреспондента РАН Руслана Гринберга, «российский бизнес уже понял, что на годы вперед лишился доступа к финансовой инфраструктуре Запада, но пока не осознал, что может найти ей замену на Востоке»<sup>16</sup>.

Еще один известный российский экономист Яков Миркин обращает внимание на следующую

особенность — на каждое падение производства и финансовых рынков за границей Российская Федерация отвечает «с еще большим размахом. В 2009 г. в разгар мирового кризиса реальный ВВП упал в России на 7,8 процента, в США — на 2,5, в Великобритании — на 4,2, в Еврозоне — на 4,5, в Бразилии — только на 0,1 процента. А Китай и Индия и в ус не дули, росли со скоростью 8—9 процентов в год»<sup>17</sup>.

Подводя итоги изложенному, отметим, что к общим тенденциям формирования эффективной системы законодательства РФ необходимо отнести следующие:

1. Устойчивая тенденция по приведению всего массива законодательства РФ в строгое соответствие с требованием норм Конституции РФ.
2. Принятие последовательных мер, направленных на приведение норм законодательства субъектов РФ в соответствие с требованиями, изложенными в федеральном законодательстве Российской Федерации.
3. Формирование новых отраслей и комплексов законодательства, соответствующих задачам, стоящих перед Российской Федерацией. Этот процесс носит постоянный характер.
4. Наполнение новым содержанием действующего законодательства РФ.
5. Среди тенденций законотворчества в сфере федеративных отношений по-прежнему сохраняются недостаточно высокий уровень реализации некоторых нормативных правовых актов, их необеспеченность ресурсным наполнением.
6. Обязательным условием формирования эффективно действующей системы законодательства является осуществление этого процесса параллельно с учетом развития политики, экономики, идеологии, культуры и других сфер общественного развития.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Административное право Российской Федерации : учебник / под ред. А. В. Мелехина. — М. : Юстиция, 2016. — 624 с.
2. Доклады Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2010—2016 годы.
3. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право : учебное пособие. — 2-е изд. — М. : Проспект, 2017. — 459 с.
4. Мелехин А. В. Теория государства и права : учебник. — М. : Юстиция, 2019. — 326 с.
5. Мигачев Ю. И., Попов Л. Л., Тихомиров С. В. Административное право Российской Федерации : учебник для академического бакалавриата / под ред. Л. Л. Попова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2017. — 396 с.

<sup>14</sup> См.: Аганбегян А. Необходим финансовый форсаж (Самое слабое место в финансировании России — это инвестиции в основной и человеческий капитал) // Российская газета. 28.11.2018. № 253.

<sup>15</sup> См.: Россия уступила Белоруссии и Украине в рейтинге верховенства права // Lenta.Ru. 04.02.2018. URL: <https://news.mail.ru/politics/32447179/>.

<sup>16</sup> См.: Гринберг Р. Деньги найдутся на Востоке // Российская газета. 07.11.2018. № 249.

<sup>17</sup> Российская газета. 13.11.2018. № 254.

## Первые конституционные акты Советского государства: этапы перехода от революционной демократии к партийной бюрократии The first constitutional acts of the Soviet state: the stages of transition from revolutionary democracy to party bureaucracy

С. А. Салтыкова,

кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права  
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

S. A. Saltikova,

PhD in Law, Associate Professor of the Department of the History  
of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© С. А. Салтыкова, 2019

**Аннотация.** В статье рассматриваются этапы становления советской государственности в 1917—1918 гг., исследуются нормы и институты первых конституционных актов советской власти, формирующие основы народовластия. Одновременно предпринята попытка выявить на этом фоне строительства Республики Советов развитие механизма перехода власти от народа — к государству, а в государстве — к партии большевиков, монополизировавших исполнительную и законодательную власть в стране.

Основное внимание уделяется деятельности II и III Всероссийских съездов советов, Конституции РСФСР 1918 г. II Съезд советов только фактически установил новую форму правления — Республику Советов (до созыва Учредительного собрания). В ходе роспуска Учредительного собрания в стране совершился государственный переворот. III Съезд советов уже законодательно закрепил Республику Советов как форму правления и федерацию национальных республик — как форму государственного устройства. Конституция РСФСР 1918 г. окончательно определила организацию власти в центре и на местах.

В статье исследуются не только законодательное становление, но и деятельность центральных государственных органов страны (Съезда советов, ВЦИК, СНК), органов местного управления, усиление контроля над советской системой партийных органов.

**Ключевые слова:** республика, советы, народ, декрет, Конституция, партия.

**Abstract.** The article examines the stages of the establishment of Soviet statehood in 1917 — 1918, studies the norms and institutions of the first constitutional acts of Soviet power that form the basis of democracy. At the same time, an attempt was made to identify, on this background, the construction of the Republic of Soviets the development of a mechanism for the transfer of power from the people to the state, and in the state to the Bolshevik party that monopolized the executive and legislative power in the country. The focus is on the activities of the II and III All-Russian Congresses of the Soviets, the Constitution of the RSFSR of 1918. The II Congress of Soviets only actually established a new form of government — the Republic of Soviets (before the Constituent Assembly was convened). During the dissolution of the Constituent Assembly in the country, a coup d'état took place. The Third Congress of Soviets has already enshrined in law the Republic of Soviets — as a form of government, and a federation of national republics — as a form of government. The Constitution of the RSFSR of 1918 finally determined the organization of power in the center and in the provinces.

The article examines not only the legislative formation, but also the activities of the central state bodies of the country (the Congress of Soviets, the All-Russian Central Executive Committee, the Council of People's Commissars), local governments, and increased control over the Soviet system of party organs.

**Keywords:** republic, councils, people, decree, constitution, party.

Реализация политико-правовой доктрины «слова» старого государства и формирование институтов советской власти начинаются с принятия ряда актов 1917—1918 гг.: в первую очередь — это законодательные акты II и III Всероссийских съездов Советов и, конечно, Конституция РСФСР 1918 г.

Но уже на данных этапах конституционного строительства, когда решались фундаментальные проблемы внешней политики, определялись основные принципы и направления социальной, экономической и государственной политики, постепенно формировался и проявлялся механизм перехода власти в руки партии большевиков во главе с В. И. Лениным. Задача настоящего исследования — выявить основы данного механизма замены народовластия партийной диктатурой.

Революция есть по преимуществу власть множественности над государственным единством, в какой бы форме оно ни выражалось. В ней именно расплавляются те спайки, которые соединяли множественность элементов в стойкие формы государственности... Но этот распад в силу присущего общественному телу инстинкта жизни вызывает реакцию *собираения* множественности в то или иное органическое целое, чтобы избежать гибели... Соединение в целое происходит уже не по заранее намеченному плану, а до известной степени случайно, чтобы только сохранить жизнь. Как и все в революции, он происходит не внутренне свободно, а внешне *насильственно*. Это насильственное стягивание, являясь как бы второй половиной революционного процесса, создает ту или иную форму государственного деспотизма. Революционизм, анархия и деспотизм — это три порыва в жизни общественных организмов, которые при всем своем внешнем несходстве внутренне между собою связаны и непосредственно порождают друг друга.

С. А. Аскольдов<sup>1</sup>

**II Всероссийский съезд Советов рабочих и солдатских депутатов** оформил победу вооруженного восстания в Петрограде, провозгласил переход власти в центре и на местах советам. Съезд избрал новый состав Всероссийского центрального исполнительного комитета (ВЦИК) и сформировал Совет народных комиссаров (СНК), ставший правительством России. Кроме того, были приняты правовые акты, имевшие кон-

ституционное, основополагающее значение для рождавшейся Советской Республики.

Однако некоторые положения, сформулированные в декретах Съезда, были в своих действиях рассчитаны на определенный срок — «до созыва Учредительного собрания».

Например, в *обращениях Съезда «К гражданам России»* и «Рабочим, солдатам и крестьянам», говорилось о том, что «Временное правительство низложено», вся власть на местах перешла к советам рабочих, солдатских и крестьянских депутатов. Декларировалось, что высший орган власти — Всероссийский съезд советов. Но среди ближайших задач советской власти указывалась задача созыва Учредительного собрания<sup>2</sup>.

*Декрет «О мире»* II съезда Советов провозгласил основные принципы внешней политики Советского государства. Всем воюющим народам и их правительствам предлагалось немедленно начать переговоры о справедливом демократическом мире — без «аннексий» (насильственного присоединения к большому и сильному государству малой или слабой народности) и без «контрибуций». Также указывались отмена тайной дипломатии и опубликование секретных договоров, заключенных Временным правительством. Декрет стал первым конституционным актом советского правительства, в котором декларировалось право наций на самоопределение<sup>3</sup>.

Развитие принципов межнациональных отношений происходило также в таких важных конституционных актах, как Декларация прав народов России от 2 ноября 1917 г. и Обращение СНК от 3 декабря 1917 г. «Ко всем трудящимся мусульманам России и Востока». В этих документах признавались равенство и суверенитет народов России, право на свободное самоопределение вплоть до отделения и создания самостоятельных государств. Отменялись все национальные и национально-религиозные привилегии и ограничения; декларировалось свободное развитие национальных меньшинств и этнических групп.

Декрет «О мире» и указанные законодательные акты советского правительства стали юридическим основанием выхода наций из состава бывшей Российской империи и создания независимых национальных государств буржуазно-демократического или советского типа.

*Декрет «О земле»* II Съезда советов закреплял основы новой экономической системы страны. Источниками Декрета стали эсеровская аграрная программа и проект аграрного закона — «Наказа о земле», разработанного партией эсеров на базе

<sup>1</sup> Аскольдов С. А. Религиозный смысл русской революции // Из глубины : сборник статей о русской революции. М., 1990. С. 21—22, 25—26.

<sup>2</sup> Кушнир А. Г. Одиннадцатый век русской государственности. История русского государства в документах, материалах и комментариях : учебное пособие. М., 1999. Т. 2. С. 205.

<sup>3</sup> Хрестоматия по истории государства и права России / сост. Ю. П. Титов. М., 2012. С. 302.

242 местных крестьянских наказов, поступивших в земельные комитеты.

Основным положением Декрета стала конфискация помещичьей, удельной, монастырской и церковной земель и передача их в распоряжение волостных земельных комитетов или уездных советов крестьянских депутатов — *«впредь до Учредительного собрания»*. Право частной собственности на землю отменялось: какие-либо сделки с землей запрещались; вся земля (в том числе и крестьянская) отчуждалась безвозмездно и обращалась во «всемирное достояние и пользование всех трудящихся на ней» (поступала в общенародный земельный фонд). Таким образом, в Декрете устанавливалась государственная собственность на землю. Право пользования землей получили все граждане (без различия пола), обрабатывающие землю своим трудом или в товариществе<sup>4</sup>.

Таким образом, формально Декрет «О земле» являлся временным — до окончательного решения аграрного вопроса (как и вопроса о власти) Учредительным собранием. Но фактически производилась «социализация» земли.

*Временное рабочее и крестьянское правительство* (СНК) также было сформировано II Съездом советов для управления страной до созыва Учредительного собрания.

Заведование отраслями управления поручалось специальным комиссиям — народным комиссариатам. СНК являлся коллегией председателей этих комиссий — народных комиссаров. Председатель СНК — В. И. Ульянов (Ленин) и все народные комиссары (А. И. Рыков, А. Г. Шляпников, В. А. Овсенко (Антонов), Н. В. Крыленко, П. Е. Дыбенко, В. П. Ногин, А. В. Луначарский, И. В. Джугашвили (Сталин) и др.) были членами РСДРП(б)<sup>5</sup>.

Контроль над деятельностью СНК, право по замене отдельных членов правительства или всего его состава поручались Всероссийскому съезду советов рабочих и солдатских депутатов (высшему органу государственной власти) и его Центральному исполнительному комитету.

Таким образом, II Съезд советов только конституировал, но не регламентировал положение и деятельность высших государственных учреждений страны (данный вопрос был решен III Съездом советов — в резолюции «О федеральных учреждениях»). Совнарком был создан как «временное» рабочее и крестьянское правительство, но на III Съезде слово «временное» было исключено, и правительство стало называться «Рабочим и крестьянским правительством Российской Советской Республики»). Законодательное оформление СНК

получил в Конституции РСФСР 1918 г. как высший исполнительно-распорядительный орган с правом издавать декреты, имеющие силу закона.

Фактически была установлена новая форма правления — *Республика советов*. Но юридически II съезд означал только *завершение эпохи «двоевластия»*: была образована новая временная власть (до созыва Учредительного собрания) — Всероссийский съезд советов рабочих и солдатских депутатов.

В перерывах между сессиями Всероссийского съезда советов высшим органом власти в стране был Всероссийский центральный исполнительный комитет. В начале своего существования ВЦИК был постоянно действующим органом. Пленарные заседания проходили не реже одного раза в две недели. Заседания в узком составе созывались по мере надобности, по инициативе партийных фракций или по требованию группы членов ВЦИК (не менее 10 человек).

12 ноября 1917 г. было принято *постановление ВЦИК*, подтверждавшее подконтрольность Совету народных комиссаров Всероссийскому центральному исполнительному комитету. Вместе с тем ВЦИК предоставил СНК право издания, в неотложных случаях, необходимых декретов, без предварительного обсуждения во ВЦИК. Таким образом, новое советское правительство — СНК (состоявшее исключительно из большевиков во главе с В. И. Лениным) — получило *законодательную власть* («до созыва Учредительного собрания»). После роспуска Учредительного собрания практика все более увеличивала централизацию власти в руках СНК<sup>6</sup>.

ВЦИК утверждал декреты СНК, если они имели общегосударственное значение (для сравнения: с октября 1917 г. до июля 1918 г. ВЦИК принял более 100 декретов, постановлений и других актов; СНК принял около 600 правовых актов)<sup>7</sup>.

Заседания СНК проходили ежедневно. С декабря 1917 г. стали созываться совещания заместителей народных комиссаров — малый Совнарком, который в январе 1918 г. был превращен в постоянно действующую комиссию СНК.

Законодательная деятельность СНК часто подвергалась критике со стороны оппозиции: левые эсеры (в декабре 1917 г. представители партии эсеров вошли в состав правительства) и представители других партий настаивали на ограничении этой функции СНК и усилении контроля над ней со стороны ВЦИК.

Однако законодательная власть Совнаркома сохранялась и позднее была подтверждена Конституцией РСФСР 1918 г.

<sup>4</sup> Хрестоматия по истории государства и права России. С. 304.

<sup>5</sup> Съезды Советов в документах. 1917—1922. М., 1959. Т. 1. С. 14—15.

<sup>6</sup> Верт Н. История Советского государства. 1900—1991 гг. М., 1992. С. 109.

<sup>7</sup> Исаев И. А. История государства и права России. М., 2007. С. 560—561.

Кроме того, после подписания в марте 1918 г. Брестского мира с Германией левые эсеры в знак протеста вышли из правительства, и оно вновь (как и на II Съезде советов) стало однопартийным, т.е. большевистским.

Политические партии, не принимавшие участия в работе II Съезда советов (меньшевики и правые эсеры), негативно отнеслись к начавшимся преобразованиям. Правые партии ушли в подполье, отдельные политические группы обратились к террору. Временное правительство после его свержения в измененном составе продолжало свое существование в подполье, поддерживая деятельность антибольшевистских организаций.

В октябре 1917 г. был образован Всероссийский комитет спасения родины и революции, объявивший себя временным правительством, но попытка Комитета захватить власть в стране была подавлена. Поход на Петроград отряда под руководством Керенского и Краснова также был разбит красновардейцами. Неудачной стала и попытка Всероссийского исполнительного комитета союза железнодорожников («Викжеля») создать «однородное социалистическое правительство» из представителей партий большевиков, меньшевиков, эсеров и т.п.<sup>8</sup>

Но основную угрозу для новой власти представляло *Учредительное собрание*, к которому вели страну либеральные и социалистические партии с марта 1917 г. (Манифест великого князя Михаила Александровича, Декларация Временного правительства). Как было отмечено, даже II Съезд советов, декларировавший себя высшей властью в стране, сохранил идею созыва Учредительного собрания.

Судьбу Учредительного собрания во многом предопределили итоги выборов, состоявшихся 12 ноября 1917 г.: большинство мест получили представители партий левого центра (эсеры — 52 % и меньшевики — 2 %), кадеты получили 5 % голосов избирателей, большевики — 25 %. Таким образом, партия большевиков, которая фактически пришла к власти на II Съезде советов, проиграла выборы в Учредительное собрание<sup>9</sup>.

В конце ноября СНК принял решение отложить открытие Учредительного собрания, но это вызвало недовольство со стороны социалистической оппозиции, более того — был сформирован Союз защиты Учредительного собрания. В Петрограде прошли демонстрации с требованиями «Вся власть — Учредительному собранию».

В качестве ответа оппозиционному движению партия кадетов была объявлена «врагом народа» и лишена права участвовать в Учредительном собрании. А в «Тезисах об Учредительном собрании»

В. И. Ленин указал, что идея созыва Собрания стала кадетской, контрреволюционной, его поддержка приравнивалась к государственной измене.

Накануне открытия Учредительного собрания 3 января 1918 г. ВЦИК принял Декрет, в котором указывалось, что вся власть принадлежит советам и советским учреждениям. Всякая попытка какого бы то ни было учреждения присвоить функции государственной власти признавалась контрреволюционным действием, которое должно подавляться СНК всеми средствами, вплоть до применения вооруженной силы.

Таким образом, Декрет от 3 января 1918 г. нарушил конституционные принципы II Съезда советов.

5 января 1918 г. в Таврическом дворце Петрограда открылось Учредительное собрание. Председатель ВЦИК Я. М. Свердлов зачитал депутатам собрания Декларацию прав трудящегося и эксплуатируемого народа (программный документ партии большевиков), в которой указывались основные цели партии: Республика советов, диктатура пролетариата и т.п. Большинство депутатов отказались обсуждать Декларацию, и большевистская фракция покинула заседание Учредительного собрания.

На повестку дня были поставлены вопросы о верности союзникам и продолжении войны, подготовке аграрной реформы земельными комитетами, организации государственной власти. Осуждались действия революционных партий по захвату власти<sup>10</sup>. В конце дня красновардейский караул предложил депутатам закрыть заседание и покинуть зал Таврического дворца.

6 января 1918 г. был опубликован Декрет ВЦИК «О роспуске Учредительного собрания», в котором указывалось, что буржуазный парламентаризм несовместим с задачами осуществления социализма. Не общенародные, а классовые учреждения — советы должны стать основой нового государственного строя.

Таким образом, 5—6 января 1918 г. в стране совершился *государственный переворот*.

Правительственные войска разогнали в Петрограде демонстрацию, организованную в поддержку Учредительного собрания. Однако массовой поддержки «буржуазного парламента» в Республике советов не было.

Самый большой парадокс в судьбе России и русской революции в том, что либеральные идеи, идеи права, как и идеи социального реформизма, оказались в России утопическими. Большевизм же оказался наименее утопическим и наиболее реалистическим, наиболее

<sup>8</sup> Верт Н. Указ. соч. С. 111.

<sup>9</sup> Карр Э. История советской России. М., 1990. Кн. 1. Т. 1 и 2 : Большевистская революция. 1917—1923. С. 512.

<sup>10</sup> Исаев И. А. Указ. соч. С. 558.

соответствующим всей ситуации, как она сложилась в России в 1917 году, и наиболее верным некоторым исконным русским традициям и русским исканиям универсальной социальной правды, понятой максималистически...

Н. А. Бердяев<sup>11</sup>

**III Всероссийский съезд рабочих и солдатских депутатов** открылся 10 января 1918 г. (через несколько дней после роспуска Учредительного собрания), а 13 января произошло его объединение со Съездом крестьянских депутатов.

Необходимо отметить, что до III Съезда параллельно с советами рабочих и солдатских депутатов существовала система советов крестьянских депутатов, находившихся под сильным политическим влиянием партии эсеров. В ноябре 1917 г. состоялся Чрезвычайный Всероссийский съезд советов крестьянских депутатов, принявший решение об объединении с советами рабочих и солдатских депутатов. Тогда же состоялось объединенное заседание ВЦИК, Петроградского совета рабочих и солдатских депутатов и Чрезвычайного Всероссийского съезда крестьянских депутатов (формирование политического блока большевиков и левых эсеров привело к разрыву последних с правыми эсерами).

На III Съезде была юридически оформлена победа Советской Республики и партии большевиков (большинство голосов на Съезде принадлежало РСДРП (б)). Документы III Съезда во многом повторяли законодательство II съезда, но уже без ссылки на Учредительное собрание.

Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа стала важнейшим конституционным актом Советского государства, программным документом партии большевиков (отвергнутым Учредительным собранием), основой (I разделом) Конституции РСФСР 1918 г.

Декларация содержала первый в советской истории основной конституционный принцип: Россия объявлялась Республикой советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов. Вся власть в центре и на местах принадлежала советам (ст. 1 Декларации).

Впервые был законодательно закреплен федеративный принцип государственного устройства Советского государства: Советская Российская Республика учреждалась на основе свободного союза свободных наций как федерация советских национальных республик (ст. 2 Декларации). Однако III Съезд советов ограничился «установлением коренных начал федерации» советских республик России, предоставляя трудящимся каждой нации принять самостоятельное решение

на своем советском съезде: желают ли они и на каких основах участвовать в федеральном правительстве.

Указывались основные задачи Советского государства в переходный от капитализма к социализму период: уничтожение эксплуатации, ликвидация деления общества на классы, беспощадное подавление сопротивления эксплуататоров, установление социалистической организации общества и победа социализма во всех странах.

Декларация закрепила первые шаги Советского государства — основы социализма в экономике: социализацию земли, отмену частной собственности на землю; принцип уравнительного землепользования. Подтверждались положения некоторых законодательных актов, принятых в ноябре — декабре 1917 г.: о рабочем контроле на производстве, о создании Высшего совета народного хозяйства (ВСНХ), о национализации банков и о ликвидации дореволюционных правительственных займов.

Вводилась всеобщая трудовая повинность «в целях уничтожения паразитических слоев общества и организации хозяйства». Декларировались вооружение трудящихся, создание социалистической Красной Армии и полное разоружение имущих классов. В развитие данной нормы Декларации был принят Декрет ВЦИК от 29 мая 1918 г. «О введении всеобщей воинской обязательной повинности» и Декрет СНК от 15 января 1918 г. «О создании рабоче-крестьянской Красной Армии» из трудящихся, не моложе 18 лет (формировалась по принципу добровольности).

Подтверждались принципы Декрета «О мире»: равноправие наций, мир без аннексий и контрибуций, разрыв тайных договоров<sup>12</sup>.

Резолюция III Съезда советов «О федеральных учреждениях Российской Республики» определила структуру высших органов власти и управления в РСФСР и их взаимоотношения с местными органами власти на базе принципа демократического централизма.

Российская Социалистическая Советская Республика (необходимо отметить, что впервые в законе указан термин «социалистическая») учреждалась на основе добровольного союза народов России как федерация советских республик этих народов.

Высший орган власти федерации — Всероссийский Съезд советов рабочих, солдатских, крестьянских и казачьих депутатов (созывался раз в три месяца). Съезд советов избирал Всероссийский центральный исполнительный комитет — высший орган власти в период между съездами.

Правительство федерации — Совет народных комиссаров. Избирался и смещался в целом и по

<sup>11</sup> Бердяев Н. А. Истоки и смысл русского коммунизма. М., 1990. С. 93.

<sup>12</sup> Кушнир А. Г. Указ. соч. С. 221—225.

частям, съездом или ВЦИК. Способ участия советских республик, отдельных областей в федеральном правительстве, разграничение сферы деятельности федеральных и областных учреждений определялись ВЦИК и ЦИК этих республик при их образовании.

Все местные дела решались местными советами. Высшие советы регулировали отношения между низшими советами и решали возникающие между ними разногласия (в декабре 1917 г. было принято Обращение НКВД к советам рабочих, солдатских, крестьянских и батрацких депутатов «Об организации местного самоуправления», по которому все прежние органы местного самоуправления заменялись соответствующими областными, губернскими, уездными, районными и волостными советами).

Закон «О социализации земли» III Съезда советов был основан на Декрете «О земле» II Съезда советов, но уже не содержал ссылку на Учредительное собрание. Отменялась частная собственность на землю, недра, воды, леса и живые силы природы. Земля перешла в пользование трудового народа. Декларировалось, что право пользования принадлежит лишь тем, кто обрабатывает землю собственным трудом. Оно не может быть ограничено. Указывалось, что необходимо развивать коллективные хозяйства за счет хозяйств единоличных в целях перехода к социалистическому хозяйству. Ставилась задача содействовать общей обработке земли, давая преимущество трудовому (коммунному, артельному и кооперативному) хозяйствам перед единоличным<sup>13</sup>.

Таким образом, III Съезд советов законодательно закрепил республику советов — как форму правления и федерацию национальных республик — как форму государственного устройства. Документы, принятые на Съезде, стали основой *первой Конституции РСФСР* (решение о ее разработке также было принято Съездом).

3 июля 1918 г. проект Конституции был опубликован в «Известиях ВЦИК» и представлен ЦК партии большевиков (в марте 1918 г. партия приняла название РКП(б)).

4 июля 1918 г. начал работу V Всероссийский съезд советов, на первом заседании которого была образована Комиссия для рассмотрения проекта во главе с В. И. Лениным. В проект в качестве составной части вошла Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа. Кроме того, проект был дополнен статьями о правах и обязанностях граждан, внесены существенные изменения в избирательное право.

10 июля 1918 г. V Всероссийский съезд советов принял первую советскую Конституцию и избрал новый состав ВЦИК, в основном — большевист-

ский (после столкновений между большевиками и левыми эсерами, произошедших в некоторых регионах России, делегаты эсеров стали отзываться из местных и центральных представительных органов, а руководство партии подверглось аресту накануне V Съезда)<sup>14</sup>.

Срок действия Конституции устанавливался на период «перехода от капитализма к социализму». На данном переходном этапе ставилась задача установления диктатуры городского и сельского пролетариата и беднейшего крестьянства в виде «мощной Всероссийской Советской власти в целях полного подавления буржуазии, уничтожения эксплуатации человека человеком и водворения социализма» (ст. 9 Конституции).

Государственное устройство РСФСР носило федеративный характер, субъектами Федерации были национальные республики.

Форма правления — республика советов.

Развитие центрального аппарата власти и управления основывалось на идее о недопустимости разделения властей в государственном аппарате «пролетарской диктатуры» и необходимости их слияния в одной «работающей корпорации».

Высшим органом власти Конституция провозглашала Всероссийский съезд советов рабочих, крестьянских, красноармейских и казачьих депутатов. Съезд решал все вопросы общегосударственного значения. Его исключительному ведению подлежали два вопроса: установление, дополнение и изменение основных начал Конституции и ратификация мирных договоров. Съезд собирался не реже двух раз в год.

В период между съездами почти все функции высшей власти выполнял Всероссийский центральный исполнительный комитет, избираемый съездом и ответственный перед ним. По Конституции, ВЦИК действовал постоянно, но с 1919 г. он собирался уже раз в 2 месяца (далее — 3 сессии в год). В Конституции был указан также Президиум ВЦИК как технический, вспомогательный орган, но постепенно его права расширялись, и он начал издавать собственные нормативные акты в порядке управления. С 1919 г. в перерывах между сессиями ВЦИК он как бы замещал его. Президиум получил право отменять постановления СНК и издавать в порядке управления необходимые постановления от имени ВЦИК.

ВЦИК формировал Совет народных комиссаров — правительство РСФСР. Все решения правительства докладывались ВЦИК, который мог отменить или приостановить любое из них.

Совнарком как орган управления в то же время обладал законодательной властью: он мог издавать декреты и распоряжения в области го-

<sup>13</sup> Хрестоматия. С. 325—327.

<sup>14</sup> Чистяков О. И. Конституция РСФСР 1918 г. М., 2003. С. 16.

сударственного управления, носившие общеобязательный характер. Наиболее значимые из них утверждались ВЦИК. СНК состоял из народных комиссаров, которые возглавляли отраслевые народные комиссариаты. В Конституции учреждались 18 народных комиссариатов, сочетавших принципы коллегиальности и единоначалия: возглавляя комиссариаты, народные комиссары обладали правом принимать единоличные решения (являлись членами СНК); но народные комиссары являлись председателями коллегий наркоматов, члены которых утверждались СНК и могли обжаловать любое решение наркома, не приостанавливая его исполнения. Наркомы и коллегии были ответственны как перед СНК, так и перед ВЦИК<sup>15</sup>.

Таким образом, по Конституции, *законодательную власть в РСФСР осуществляли три высших органа: Всероссийский съезд советов, ВЦИК и СНК (одна «работающая корпорация»).*

На практике деятельность центральных государственных органов осуществлялась под контролем партийных органов. Партийным решениям придавалось значение законодательных актов (например, Декларация трудящегося и эксплуатируемого народа — программа партии большевиков, ставшая законом на III Съезде советов и основой первой советской Конституции), все чаще стали приниматься совместные постановления правительственных и руководящих партийных органов по наиболее значимым вопросам.

Конституция РСФСР 1918 г. также определяла организацию власти на местах (областные, губернские, уездные и волостные съезды советов (среднее звено), формировавшие свои исполнительные комитеты). В городах и селениях (нижнее звено) создавались городские и сельские советы.

Местные советы проводили в жизнь все постановления высших органов власти, осуществляли меры по поднятию культурного и хозяйственного уровня соответствующей административно-территориальной единицы, решали все вопросы местного значения. Местные советы избирали исполнительные комитеты, которые осуществляли власть на местах в период между сессиями советов.

Необходимо отметить, что система власти на местах в целом сложилась за период с октября 1917 г. по февраль 1918 г., когда советы стали повсеместно брать власть на местах мирным или вооруженным путем. Советы создавали свои исполнительные органы (отделы, секции, комиссии, комиссариаты), революционные суды, осуществляли реквизиционную деятельность, формировали вооруженные отряды и т.п. Первая попытка унифицировать практику местного советского строительства была предпринята в Обращении

и Инструкции местным советам, принятых Народным комиссариатом внутренних дел (НКВД) в декабре 1917 г. В этих документах формулировались основы механизма местного самоуправления, права и обязанности местных советов.

Опорой советской власти в деревне стали волостные и сельские комитеты бедноты, которые действовали в единении с рабочими продовольственными отрядами, направляемыми из города в деревню, изымали «излишки хлеба», проводили перераспределение земли между крестьянами. Комбеды контролировали работу местных советов, могли распускать их, назначать новые выборы или заменять их, принимая на себя их функции.

Подобными чрезвычайными мерами (комбеды, продотряды) власть оказывала давление на советы, ограничивая их автономию и усиливая свой контроль над ними. Вместе с тем острота классовой борьбы переносилась из городов в деревню, «гегемон революции» — пролетариат противопоставлялся более консервативному и инертному крестьянству<sup>16</sup>.

Заметное влияние на систему местных органов также оказывал быстро укреплявшийся партийный аппарат.

Необходимо отметить, что результаты перевыборов советов, проходивших в мае — июне 1918 г., оказались неблагоприятными для большевиков: большое число мест в советах получили представители оппозиции — меньшевики и эсеры. Кроме того, весной 1918 г. наметилась серьезная конфронтация между советами и рабочими: во многих городах образовывались альтернативные организации — «рабочие советы», «рабочие конференции», «собрания рабочих представителей» и т.п., не связанные с политическими партиями и свободные от контроля большевиков.

В июне 1918 г. ВЦИК принял специальное постановление «Об исключении из состава ВЦИК и местных советов представителей контрреволюционных партий эсеров (центра и правых) и меньшевиков». Местным советам предписывалось отозвать всех меньшевистских и эсеровских депутатов и произвести перевыборы до созыва V Съезда советов. В итоге независимые от советов рабочие организации были ликвидированы. Происходила тотальная большевизация местных советов.

В целом исследование этапов формирования советской государственной системы, отдельных законодательных актов и практики советского строительства позволяют выявить основные принципы и тенденции данного процесса.

Развитие центрального аппарата власти и управления основывалось на идее о недопусти-

<sup>15</sup> Хрестоматия. С. 328 — 336.

<sup>16</sup> Исаев И. А. Указ соч. С. 564.

мости разделения властей в государственном аппарате «пролетарской диктатуры».

В развитии государственного аппарата советской России *власть постепенно переходила от общества — к государству*: сессии съезда стали проводиться все реже, приобретали более символический характер; также и ВЦИК не стал постоянно действующим органом (с 1919 г. собирался раз в 2 месяца), потерял право аннули-

ровать «срочные» декреты СНК. А в государстве *власть все более переходила к партии большевиков*, монополизировавших исполнительную и законодательную власть: постоянно действующими органами стали только Президиум ВЦИК (в 1918 г. ВЦИК исключил из своего состава представителей партий эсеров и меньшевиков) и большевистский Совет народных комиссаров — правительство страны.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аскольдов С. А. Религиозный смысл русской революции // Из глубины : сборник статей о русской революции. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1990.
2. Бердяев Н. А. Истоки и смысл русского коммунизма. — М., 1990.
3. Верт Н. История Советского государства. 1900 — 1991 г. / пер. с фр. — М. : Прогресс, 1992.
4. Исаев И. А. История государства и права России : учебник. — М. : Юрист, 2007.
5. Исаев И. А., Захаров В. В., Ларина О. Г., Салтыкова С. А. Эволюция права и правовых институтов в истории российской государственности. — М. : Проспект, 2012.
6. Карр Э. История советской России / пер. с англ. — М. : Прогресс, 1990. — Кн. 1. — Т. 1 и 2 : Большевицкая революция. 1917 — 1923.
7. Кукушкин Ю. С., Чистяков О. И. Очерк истории Советской Конституции. — М. : Политиздат, 1987.
8. Кушнир А. Г. Одиннадцатый век русской государственности. История русского государства в документах, материалах и комментариях : учеб. пособие. — М. : Рипол классик, 1999. — Т. 2.
9. Портнов В. П., Славин М. М. Становление правосудия Советской России (1917—1922). — М. : Наука, 1990.
10. Российское законодательство X—XX вв. — М. : Юрид. лит., 1994. — Т. 9.
11. Семигин Г. Ю. Российские политико-правовые доктрины / отв. ред. Н. М. Золотухина, И. А. Исаев. — М. : Мысль, 2005.
12. Хрестоматия по истории государства и права России / сост. Ю. П. Титов. — М., 2012.
13. Чистяков О. И. Конституция РСФСР 1918 г. — М. : Зерцало, 2003.

## Исторические предпосылки формирования науки банковского права в России Historical background of the formation of the science of banking law in Russia

Л. Г. Ефимова,

доктор юридических наук, профессор,  
заведующий кафедрой банковского права  
Московского государственного юридического  
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

L. G. Efimova,

Doctor of Law Sciences, Professor,  
Head of the Department of banking rights  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Л. Г. Ефимова, 2019

**Аннотация.** В настоящей работе автором исследуются исторические предпосылки появления в Российской Федерации науки банковского права, которая характеризуется как сравнительно молодая комплексная отрасль права. В частности, в исторической ретроспективе показаны причины появления в российской правовой науке тех или иных идей, послуживших основой для формирования основных теоретических взглядов представителей науки банковского права в современной России. При этом исследованы две группы причин в досоветский, советский и в постсоветский период развития России. Эти причины, во-первых, связаны с состоянием экономики России в определенный исторический период и, во-вторых, с состоянием нормативного регулирования банковской деятельности. Соответственно этому изменяются взгляды авторов на основные проблемы банковского права и на возможность признания банковского права отдельным направлением правовой науки.

В работе сделан обзор теоретических концепций основоположников банковского права: Г. Ф. Шершеневича, М. М. Агаркова, Р. О. Халфиной, И. С. Гуревича, С. Н. Ландкофа, М. Л. Когана, Е. А. Флейшиц. Кроме того, проанализированы взгляды современных исследователей: Л. Г. Ефимовой, О. М. Олейник, Л. А. Новоселовой, Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина, О. Н. Горбуновой, Т. Э. Рождественской, А. Г. Гузнова, Я. А. Гейвандова, Н. Ю. Ерпылевой, В. В. Витрянского и др. Все имеющиеся точки зрения на место банковского права в системе отраслей российского права можно условно разделить на три группы. Согласно мнению одних авторов, банковское право является отраслью законодательства, которая объединяет разнообразные нормативные акты, регулирующие банковскую деятельность нормами гражданского, финансового, административного и уголовного права. Другие авторы, составляющие большинство исследователей этой проблемы, делают вывод о том, что банковское право имеет все признаки самостоятельной отрасли права, либо осторожно оговариваются, что банковское право постепенно формируется как отрасль права, однако ее окончательное формирование еще не завершено. Третья группа исследователей придерживается мнения о том, что банковское право является подотраслью другой отрасли права: предпринимательского или финансового.

**Ключевые слова:** банковское право, история банковского права, наука банковского права.

**Abstract.** In the real work as the author historical prerequisites of emergence in the Russian Federation of science of the bank right which is characterized are investigated as the relatively young complex industry is right. In particular, in a historical retrospective the emergence reasons in the Russian legal science of these or those ideas which formed a basis for formation of the main theoretical views of representatives of science of the bank right in modern Russia are shown. Two groups of the reasons in pre-Soviet, Soviet and during the Post-Soviet period of development of Russia are investigated. These reasons, first, are connected with state of the economy of Russia during a certain historical period, and,

secondly, with a condition of standard regulation of bank activity. According to it views of authors of the main problems of the bank right and of a possibility of recognition of the bank right the separate direction of legal science change.

In work the review of theoretical concepts of founders of the bank right is made: G. F. Shershenovich, M. M. Agarkov, R. O. Halfina, I. S. Gurevicha, S. N. Landkof, M. L. Kogan, E. A. Fleyshits, Besides, views of modern researchers are analysed: L. G. Yefimova, O. M. Olynik, L. A. Novoselova, D. G. Alekseeva, S. V. Pykhtin, O. N. Gorbunovoy, T. E. Christmas, A. G. Guznov, Ya. A. Geyvandov, N. Yu. Erpyleva, V. V. Vitryansky and others.

All available points of view to the place of the bank right in the system of the industries of Russian law can be shared into three groups conditionally. According to opinion of some authors, the bank right is the industry of the legislation which unites the various regulations regulating bank activity by norms of civil, financial, administrative and criminal law. Other authors making most of researchers of this problem draw a conclusion that the bank right has all signs of the independent industry of the right, or carefully make a reservation that the bank right is gradually formed as the industry is right, however its final formation is not completed yet. The third group of researchers holds the opinion that the bank right is subsector of other industry of the right: enterprise right or financial right.

**Keywords:** bank right, history of the bank right, science of the bank right.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.062-075

Российское банковское право стало формироваться лишь в начале 90-х гг. XX в. Именно поэтому теория банковского права еще до конца не разработана, находится в процессе становления. Доктрина банковского права отличается перегруженностью и чрезмерной многочисленностью разнообразных, порой взаимоисключающих точек зрения на принципиальные основы банковского права. Это своего рода «болезнь роста» — нормальное явление для становления доктрины.

Одним из наиболее спорных вопросов российской теории банковского права является проблема определения места банковского права в системе отраслей российского права.

В отличие от российской доктрины, которая рассматривает банковское право в качестве единого самостоятельного правового образования (отрасль права, отрасль законодательства или подотрасль права), в германской правовой науке, например, принято разграничивать банковское право на банковское публичное право и банковское договорное право<sup>1</sup>. Эта идея была частично воспринята некоторыми российскими исследователями<sup>2</sup>.

Интересно, что в иных правовых порядках эта проблема практически не обсуждается. Так, на-

пример, во французской доктрине банковского права отсутствует проблема определения места банковского права в системе отраслей права. Некоторые из авторов не указывают, что представляет собой «банковское право» как правовое явление<sup>3</sup>. Другие, например, К. Гавальда и Ж. Стуффле, пишут, что «банковское право состоит из правил, определяющих статус учреждений, которые занимаются “торговлей деньгами”». Таким образом, это “право профессии”. Все правовые особенности банковского права непосредственно вытекают из профессии банкира, общий и частный инструментарий которой непосредственно определяется политическими, экономическими и технологическими изменениями общественной жизни»<sup>4</sup>.

Швейцарские источники по банковскому праву не содержат никакого материала, который позволил бы сделать вывод о том, какой позиции придерживаются швейцарские исследователи относительно места и роли банковского права в системе отраслей права Швейцарии. Например, первая часть книги Карло Ломбардини «Банковское право Швейцарии» называется «Федеральный закон о банках». Первая глава посвящена сфере применения этого закона, а вторая анализирует понятие банка. Таким образом, аналогичный спор, суще-

<sup>1</sup> Лауе К. Гражданско-правовая ответственность банков в расчетных правоотношениях по законодательству Германии и Российской Федерации. Сравнительно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. наук. М., 2016. С. 30. См. также: Она же. Гражданско-правовая ответственность банков в расчетных правоотношениях по законодательству Германии и Российской Федерации: сравнительно-правовой аспект : монография / под ред. Л. Г. Ефимовой. М. : Проспект, 2017. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г. Публичное банковское право Т. : учебник для магистров. М. : Проспект, 2016.

<sup>3</sup> Neau-Leduc Ph. Droit bancaire. 4-e éd. Paris : Dalloz, 2010.

<sup>4</sup> Gavalda Ch., Stoufflet J. Droit bancaire Institutions Comptes Opérations Services 8 éd. par J Stoufflet. Paris, Litec. 2010. P. 1.

ствующий в российской доктрине банковского права<sup>5</sup>, безразличен для швейцарских юристов.

Напротив, в российских источниках по банковскому праву имеется обширная палитра мнений на роль и место банковского права в системе отраслей российского права, причины которой можно объяснить историей возникновения и развития идей, концепций и теорий, которые послужили основой для формирования науки банковского права в Российской Федерации современного периода.

Первые нормативные акты, регулирующие банковскую деятельность, появились на территории России достаточно давно. Например, Дворянский заемный банк, который считается первым банком в России, был учрежден еще по Указу Елизаветы Петровны от 13 мая 1754 г., опубликованному 23 июня 1754 г.

Однако наука банковского права как система научных знаний о правовом регулировании банковской деятельности<sup>6</sup> зародилась на территории нашего государства значительно позднее. Допустимо выделить следующие этапы развития науки банковского права:

- 1) досоветский период — XIX в. — 1917 г., который характеризуется появлением отдельных работ, посвященных некоторым проблемам правового регулирования банковской деятельности;
- 2) советский период — 1917—1990 гг., который характеризуется увеличением количества научных исследований в области правового регулирования банковской деятельности;
- 3) постсоветский период становления и развития науки банковского права — 1991 г. — настоящее время.

Приведенная периодизация науки банковского права основана на представлении, согласно которому исторические изменения в обществе

находят непосредственное закрепление и в законодательстве, и в правовой науке<sup>7</sup>.

**Досоветский период развития науки банковского права.** Первые работы по проблемам правового регулирования банковской деятельности, изданные в *досоветский период*, принадлежат различным ученым, которые специализировались главным образом в области гражданского или торгового права. Это объяснимо, поскольку банковские сделки всегда являлись частью гражданского и торгового оборота.

Например, профессором Казанского и Московского университетов, депутатом I Государственной думы, русским юристом, цивилистом Габриэлем Феликсовичем Шершеневичем был написан «Курс торгового права», в котором специальная глава была посвящена отдельным видам банковских сделок<sup>8</sup>. Аналогичным образом банковские операции были описаны Г. Ф. Шершеневичем в «Учебнике торгового права», где он рассматривал их как разновидность торговых сделок<sup>9</sup>.

В работах дореволюционных исследователей уже можно обнаружить не только цивилистические, но также отдельные публично-правовые исследования. Так, в работе Л. Н. Яснопольского «Государственный банк» было высказано предложение о создании независимого, самостоятельного банка, не подчиненного ни отдельным министерствам, ни Совету министров, а высший надзор за ним было предложено передать Государственной думе, которая, кроме того, должна была назначать высших лиц банковской администрации<sup>10</sup>.

**Советский период развития науки банковского права.** Исследования по банковскому праву *советского периода* не были однородными, поскольку авторские взгляды менялись в зависимости от состояния экономики нашего государства. Можно выделить следующие этапы развития финансово-кредитной системы СССР: 1) с 1917 по

<sup>5</sup> Обзор точек зрения см.: Банковское право : учебник для бакалавров / под ред. Л. Г. Ефимовой и Д. Г. Алексеевой. М. : Проспект, 2014. С. 8—10.

<sup>6</sup> В литературе под правовой наукой, в частности наукой гражданского права, понимается деятельность по изучению «закономерности гражданско-правового регулирования имущественных и личных неимущественных отношений социалистического общества и формулирует добытые знания в виде понятий, категорий, теорий и идей» (Советское гражданское право. Ч. 1 / отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. Л., 1982. С. 37 (автор главы — Ю. К. Толстой)). В современной литературе наука гражданского права понимается как единство трех аспектов: «как: а) система научных знаний о правовом регулировании имущественных и личных неимущественных отношений; б) теоретическая деятельность субъектов, направленная на познание закономерностей развития частноправовых явлений; в) социальный институт, объединяющих ученых, научные школы, исследовательские организации, решающий задачи исследования права, обеспечивающего частный интерес, способного удовлетворять интересы предпринимателей, граждан и их коллективов» (Филиппова С. Ю. Наука гражданского права как объект цивилистического исследования : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017. С. 13—14).

<sup>7</sup> Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 79.

<sup>8</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. 4-е изд. , СПб. : Издание Бр. Башмаковых, 1908. 624 с. (гл. VII).

<sup>9</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. 9-е изд. [2-е посмертн. изд.]. М. : Московское научное издательство, 1910. 373 с. (§ 6 Введения).

<sup>10</sup> Яснопольский Л. Н. Государственный банк // Вопросы государственного хозяйства и бюджетного права. Вып. 1. СПб., 1907. С. 233, 134.

1921 г.; 2) с 1922 по 1932 г.; 3) с 1933 по 1990 г. Сообразно указанным периодам не только изменялось правовое регулирование банковской деятельности, менялись и взгляды ученых, которые его изучали.

Период с 1917 по 1921 г. характеризуется отсутствием товарно-денежных отношений, что непосредственно сказалось на состоянии правового регулирования банковской деятельности. Согласно Декрету от 14 декабря 1917 г. «О национализации банков»<sup>11</sup> все акционерные банки страны были слиты с Государственным банком, а банковское дело было объявлено монополией государства. Функции национализированных банков были возложены на Народный банк РСФСР, который 19 января 1920 г. был ликвидирован. Активы и пассивы Народного банка были переданы Центральному бюджетно-расчетному управлению, которое должно было постепенно ликвидировать пассивы и активы по перешедшим к нему операциям. Учитывая отсутствие серьезного правового регулирования банковской деятельности, в связи со сворачиванием банковского дела, в течение 1917—1920 гг. отмечается практически полное отсутствие работ по правовому регулированию банковской деятельности.

С переходом к новой экономической политике (нэпу) в 1921 г. и в связи с оживлением товарно-денежных отношений стала ощущаться потребность в организации банковской системы, отвечающей потребностям торгового оборота. Постановлением IV ВЦИК от 12 октября 1921 г. «в целях способствования развитию промышленности, сельского хозяйства и товарооборота, а также в целях концентрации денежных оборотов» был учрежден Государственный банк РСФСР<sup>12</sup>, а в 1929 г. утвержден его устав<sup>13</sup>. Одновременно стала складываться банковская система СССР. Постановлением ЦИК и СНК СССР от 15 июня 1927 г. «О принципах построения кредитной системы» Госбанку СССР отводилась центральное место в системе кредитных организаций и было предоставлено право оперативного руководства и контроля за деятельностью всех банков стра-

ны<sup>14</sup>. Другие банки являлись в чистом виде коммерческими предприятиями, осуществляющими банковские операции, их отношения с клиентурой регулировались гражданским правом. Банки могли быть государственными, смешанными и частными. Вся банковская система, включая Госбанк СССР, находилась под надзором Наркомфина СССР, НКФ союзных республик и местных финансовых органов<sup>15</sup>. Постановлением ВЦИК от 11 ноября 1922 г. был принят Гражданский кодекс РСФСР, введенный в действие с 1 января 1923 г. ГК РСФСР 1922 г. не предусматривал специального правового регулирования для банковских операций и сделок. В известных пределах правовое регулирование банковского кредитования могло осуществляться ст. 208—219 о договоре займа ГК РФ 1922 г. Остальные банковские операции регулировались подзаконными нормативными актами и договорами.

В указанный период вновь появился интерес к изучению банковского права. Первым комплексным исследованием в рассматриваемый исторический период стала работа профессора М. М. Агаркова «Основы банковского права» (курс лекций) 1929 г. В этой работе впервые речь пошла о банковском праве как об учебной дисциплине и как о науке.

В своей работе профессор М. М. Агарков не только рассмотрел отдельные виды банковских операций, как это было сделано в работе Г. Ф. Шершеневича, он изучил весь комплекс отношений, возникающих в банковской деятельности. В частности, М. М. Агарковым рассмотрены следующие вопросы банковского права: предмет и источники банковского права; правовое положение кредитных учреждений; кредитная система СССР; общие положения о банковских сделках; пассивные операции, включая денежные вклады и их виды; активные операции, включая открытие кредита, понятие и юридическую природу учета; срочные ссуды, целевые ссуды, гарантийный, акцептный и рамбурсный кредиты; залог, право удержания, зачет; операции по содействию платежам и др.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства РСФСР [СУ РСФСР]. 1917. № 10. Ст. 150.

<sup>12</sup> СУ РСФСР. 1921. № 75. Ст. 615.

<sup>13</sup> Собрание законов и распоряжений рабоче-крестьянского правительства Союза Советских Социалистических Республик [СЗ СССР]. 1929. № 38. Ст. 333.

<sup>14</sup> СЗ СССР. 1927. № 35. Ст. 364.

<sup>15</sup> В соответствии с постановлением СТО от 10 ноября 1922 г. «О порядке утверждения уставов и надзора за деятельностью кредитных учреждений» Наркомфин РСФСР осуществлял надзор за деятельностью кредитных учреждений путем регистрации всех кредитных учреждений, контроля периодических отчетов и балансов, производства фактических обследований и ревизий, назначения в случае необходимости в состав правления кредитного учреждения представителя от НКФ для ближайшего наблюдения за его деятельностью. Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 76. Ст. 943.

<sup>16</sup> См. Агарков М. М. Основы банковского права : курс лекций. М. : Госфиниздат, 1929 ; Он же. Проблема законодательного регулирования банковских операций [К вопросу о Кредитном уставе СССР] / Ин-т экономич. исследований НКФ СССР. М. : Финансовое издательство, 1926.

В своих работах М. М. Агарков заложил основы теории банковского права и основы теории тех гражданско-правовых договорных типов, которые применяются в банковской деятельности в условиях рыночной экономики.

В частности, им были высказаны следующие идеи:

- о том, что правовой особенностью Госбанка СССР, присущей ему в указанный период, является его двойственная юридическая природа. С одной стороны, он был государственным учреждением, входящим в состав Народного комиссариата финансов СССР, обладающим рядом административных полномочий в отношении иных банков, а с другой — он представлял собой предприятие, состоящее на хозяйственном расчете и обладающее собственной, независимой от казны юридической личностью<sup>17</sup>;
- о том, что срочный вклад следует рассматривать как договор займа, а вклад до востребования — как иррегулярную поклажу;
- о том, что перевод не является договором в пользу третьего лица, а представляет собой договор об исполнении третьему лицу<sup>18</sup>. Кроме того, по его мнению, большинство банковских переводов довольно близко подходят к содержащейся в законе конструкции договора комиссии<sup>19</sup>. Таким образом, М. М. Агарков исходил из договорной природы расчетных операций, но полагал, что договор о переводе является самостоятельным договором, для регулирования которого нормы о договоре комиссии могут применяться только по аналогии;
- о правовой природе сальдо контокоррентного счета, которое является результатом зачета. Одновременно он отметил спорный характер иной точки зрения о том, что требование по сальдо заменяет собой все требования, занесенные на единый счет, т.е. новирует их<sup>20</sup>.

Научная деятельность М. М. Агаркова периода нэпа сделала его самым ярким, но не единственным исследователем правового регулирования

банковской деятельности. Имеются отдельные работы иных исследователей. Например, известна работа С. Н. Ландкофа «Чек и жироприказ», в которой он высказал мнение о том, что платежное поручение следует рассматривать как разновидность договора поручения<sup>21</sup>.

Исследовательскую деятельность правоведов периода нэпа можно назвать «ренессансом» банковского права, наступившим после периода военного коммунизма. Однако этот «ренессанс» длился недолго и был прерван с окончанием нэпа. В финансовой сфере это проявилось в проведении кредитной реформы.

В постановлении СНК СССР от 20 марта 1931 г. «Об изменениях в системе кредитования, укреплении кредитной работы и обеспечении хозяйственного расчета»<sup>22</sup> предусматривалось, что кредитная реформа, оставаясь на почве хозяйственного расчета, должна обеспечивать контроль рублем за выполнением хозяйственных планов и за ходом накоплений в обобщественном секторе народного хозяйства. Осуществление контроля рублем было возложено на банки. В статье 6 Конституции СССР 1936 г. снова была провозглашена государственная монополия на банковское дело. Все банки стали государственными<sup>23</sup>.

Правовое регулирование банковской деятельности постепенно стало осуществляться постановлениями Правительства СССР (СНК СССР, Совета министров СССР) или совместными постановлениями Правительства и высшего партийного органа (ЦК ВКП(б), ЦК КПСС), а также актами государственных спецбанков, правовое положение которых в этот период постепенно выравнивалось: после кредитной реформы роль Госбанка СССР как главного банка страны стала постепенно снижаться. С 1961 г. государственные спецбанки стали непосредственно подчиняться Совету министров СССР, а не Министерству финансов СССР, как было ранее<sup>24</sup>.

Принятый 11 июня 1964 г. Гражданский кодекс РСФСР<sup>25</sup> по-прежнему не регулировал банковские договоры, за исключением договора займа

<sup>17</sup> Агарков С. С. Основы банковского права : курс лекций. С. 19.

<sup>18</sup> Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М. : Бек, 1994. С. 140.

<sup>19</sup> Агарков М. М. Указ. соч. Учение о ценных бумагах. С. 138.

<sup>20</sup> Агарков М. М. Основы банковского права : курс лекций. С. 58—60.

<sup>21</sup> Ландкоф С. Н. Чек и жироприказ. Харьков, 1931. С. 25.

<sup>22</sup> СЗ СССР. 1931. № 18. Ст. 166.

<sup>23</sup> В мае 1932 г. в системе Наркомфина СССР были организованы специальные банки: Сельскохозяйственный банк (Сельхозбанк), Банк финансирования коммунального хозяйства и жилищного строительства (Цекомбанк) и Банк финансирования капитального строительства, промышленности, транспорта и связи (Промбанк), преобразованный из Банка долгосрочного кредитования промышленности и электрохозяйства. Госбанк СССР и спецбанки являлись одновременно органами государственного управления и хозяйственными организациями, юридическими лицами, занимающимися хозяйственной деятельностью.

<sup>24</sup> В апреле 1959 г. банки долгосрочных вложений были упразднены, а их функции были переданы Промбанку СССР, переименованному во Всесоюзный банк финансирования капитальных вложений (Стройбанк СССР).

<sup>25</sup> Вступил в силу с 1 октября 1964 г.

(ст. 269—274 ГК РСФСР), который мог применяться в качестве юридической формы банковского кредита. Правовое регулирование банковской деятельности по-прежнему осуществлялось на подзаконном уровне: постановлениями ЦК КПСС и Совета министров СССР, постановлениями Совета министров СССР и актами государственных банков. Учитывая, что спецбанки выполняли отдельные функции союзных министерств, то они издавали нормативные акты, обязательные для обслуживаемой ими клиентуры, которая была жестко закреплена за каждым из спецбанков<sup>26</sup>.

Отдельные нормативные акты государственных спецбанков публиковались в Бюллетене нормативных актов министерств и ведомств СССР<sup>27</sup>. Однако такие нормативные акты составляли лишь очень незначительную часть от общего массива актов спецбанков. Большинство нормативных актов государственных спецбанков публиковались в виде сборников нормативных актов соответствующего банка с грифом «Для служебного пользования», которые рассылались по специальному списку.

Именно недоступность нормативных актов, регулирующих банковскую деятельность, для большинства потенциальных исследователей была серьезным сдерживающим фактором развития науки в советский период после кредитной реформы. Поэтому работы в области проблем правового регулирования банковской деятельности были написаны в основном либо практическими юристами, которые работали непосредственно в банковской системе, либо профессиональными научными работниками.

Среди работ юристов-практиков советского периода после кредитной реформы наиболее из-

вестными являются работы М. Л. Когана, который долгое время работал начальником юридического отдела Госбанка СССР. Работы указанного автора носили в основном прикладной характер<sup>28</sup>.

В период, наступивший после кредитной реформы, и вплоть до начала экономической перестройки, все работы исследователей по проблемам правового регулирования банковской деятельности можно разделить по двум направлениям, отражавшим их основные идеи: 1) административно-правовое и 2) гражданско-правовое или хозяйственно-правовое направление.

По мнению И. С. Гуревича, сторонника административно-правового направления, банковские сделки являются «комплексными институтами», порождающими комплексные правоотношения. Невозможно отграничить ту часть отношений, которая регулируется нормами гражданского права, от той части, которая регулируется нормами административного права. Они образуют не механическую смесь, а химическое соединение<sup>29</sup>. Он также высказался за признание банковского права подотраслью финансового права<sup>30</sup>.

Л. В. Бричко классифицировала все административные права Госбанка СССР на 5 групп<sup>31</sup>, а также высказалась против признания договорной природы правоотношения сторон по расчетному счету, которое, по ее мнению, возникает непосредственно из закона<sup>32</sup>.

Представители гражданско-правового направления, с одной стороны, не могли не признать, что в компетенции государственных спецбанков имеется комплекс административных прав. Так, Р. О. Халфина<sup>33</sup> также выделяла административные функции Госбанка СССР (организационная, нормотворческая и функция защиты оборота).

<sup>26</sup> С 1961 г. правовое положение Госбанка СССР и Стройбанка СССР стало практически одинаковым. Различие между указанными банками могло проводиться исключительно с учетом их специализации. Госбанк СССР осуществлял краткосрочное кредитование и расчеты по основной деятельности промышленных предприятий и организаций, а Стройбанк СССР — финансирование, долгосрочное кредитование капитального строительства и расчеты в указанной отрасли.

<sup>27</sup> См., например: Правила Госбанка СССР № 1 «О кредитовании материальных запасов и производственных затрат», сообщенные письмом Госбанка СССР от 30 октября 1987 г. // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1988. № 6. С. 11.

<sup>28</sup> См.: Коган М. Л. Кредитование Госбанком колхозов в новых условиях // Советское государство и право. 1967. № 6. С. 76 — 86; Он же. Ответственность Госбанка и его клиентов за нарушение правил совершения расчетных операций // Хозяйство и право. 1979. № 11. С. 80—84; Он же. Новый Устав Госбанка СССР // Деньги и кредит. 1981. № 5. С. 13—21; Он же. Правоотношения между Госбанком и объединениями // Советское государство и право. 1974. № 1. С. 58—66; Он же. Кредит и расчеты (Комментарий ст. 18. Закона о предприятии) // Хозяйство и право. 1988. № 3. С. 9—17.

<sup>29</sup> Гуревич И. С. Очерк советского банковского права. Л., 1952. С. 16; Коган М. Л. Предприятие и банк: операции и сделки, права и обязанности. М., 1993. С. 26.

<sup>30</sup> Гуревич И. Очерки советского банковского права. Л., 1959. С. 19.

<sup>31</sup> Бричко Л. В. Правовые основы деятельности Государственного банка СССР как расчетного центра страны: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 4.

<sup>32</sup> Бричко Л. В. Правовые основы деятельности Государственного банка СССР как расчетного центра страны. С. 5. См. также: Бричко Л. В. Законодательство о расчетах в народном хозяйстве СССР. М.: Юрид. лит., 1977. 104 с.

<sup>33</sup> См. Халфина Р. О. Правовое положение Государственного банка СССР // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1947. № 1. С. 8.

С другой стороны, указанные исследователи усиленно работали над развитием теории банковских договоров и опубликовали значительное количество работ, посвященных детальному исследованию отдельных банковских операций.

Например, по мнению Е. А. Флейшиц, договор расчетного счета представляет собой сложную совокупность самостоятельных договоров (договора хранения, займа, поручения и комиссии), объединяемых расчетным счетом<sup>34</sup>. Другая группа авторов отстаивала точку зрения, что договор расчетного счета является самостоятельным гражданско-правовым договором<sup>35</sup>.

Е. А. Флейшиц придерживалась взгляда, что банковский вклад является разновидностью договора займа. Однако она признавала его своеобразие. «Договор вклада... сохраняет две черты договора займа: 1) сумма “займа” поступает в распоряжение “заемщика” и 2) заемщик обязан вернуть сумму “займа” по законному требованию “займодавца”»<sup>36</sup>.

В советский период была развернута дискуссия о правовой природе договора банковской ссуды. Одни авторы рассматривали его как разновидность договора займа<sup>37</sup>, однако признавали его своеобразие. Так, Е. А. Флейшиц писала, что договор банковской ссуды является своеобразной разновидностью договора займа, которая сходна с договором займа лишь в одном: тот и другой обязывают должника к возврату поступившей в его распоряжение денежной суммы<sup>38</sup>. Другие исследователи, напротив, доказывали, что договор краткосрочной ссуды следует считать самостоятельным договором<sup>39</sup>. Указанные авторы объясняли свою позицию главным образом особой ролью банка — органа государственного управления и хозяйствующего субъекта.

**Постсоветский период формирования науки банковского права.** Предвестником новой реформы банковской системы послужило издание постановления ЦК КПСС и Совета министров СССР от 17 июля 1987 г. № 821 «О совершенствовании системы банков в стране и усилении их воз-

действия на повышение эффективности экономики<sup>40</sup>. В соответствии с указанным постановлением на базе трех государственных банков — Госбанка СССР, Внешторгбанка СССР и Стройбанка СССР было образовано шесть банков: Госбанк СССР, Промстройбанк СССР, Внешторгбанк СССР, Агропромбанк СССР, Жилсоцбанк СССР и Сберегательный банк СССР. Первоначально вся клиентура была распределена между этими банками<sup>41</sup>. Впоследствии было издано постановление Совета министров СССР от 31 марта 1989 г. № 280 «О переводе государственных специализированных банков СССР на полный хозяйственных расчет и самофинансирование». Им было провозглашено право клиента на выбор банка для своего кредитно-расчетного обслуживания. Все государственные банки подчинялись непосредственно Совету министров СССР. 26 мая 1988 г. был принят Закон СССР «О кооперации в СССР»<sup>42</sup>, предусматривающий возможность создания кооперативных банков. Таким образом, появились предпосылки для появления кредитных организаций рыночного типа.

Современная банковская система России начала складываться в связи с вступлением в силу Закона РФ от 2 декабря 1990 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и Закона РФ от 2 декабря 1990 г. «О банках и банковской деятельности».

В результате издания этих законов кредитные организации были в основном освобождены от выполнения не свойственных им государственных функций. Они стали коммерческими юридическими лицами, которые профессионально занимаются банковской деятельностью. Указанные законы заложили правовые основы для появления государственного надзора за деятельностью кредитных организаций.

В начале 90-х гг. XX в. началась масштабная реформа гражданского права, в результате которой с 1 марта 1996 г. вступила в силу вторая часть ГК РФ. Впервые в отечественной истории правовое регулирование наиболее важных банковских до-

<sup>34</sup> Флейшиц Е. А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 80.

<sup>35</sup> Шкундин З. И. О юридической природе расчетного счета // Советское государство и право. 1950. № 5. С. 40—41; Компанец Е. С., Полонский Э. Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 208—210; Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 702; Поленина С. В. Правовые формы иногородних расчетов между социалистическими организациями: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953. С. 8—9.

<sup>36</sup> Флейшиц Е. А. Указ. соч. С. 84.

<sup>37</sup> Вильнянский С. И. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. Харьков, 1955. С. 43; Флейшиц Е. А. Указ. соч. С. 213—218.

<sup>38</sup> Флейшиц Е. А. Указ. соч. С. 218.

<sup>39</sup> Гуревич И. С. Очерки советского банковского права. С. 40—55. Компанец Е. С., Полонский Э. Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 75; Куник Я. А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С. 118.

<sup>40</sup> Собрание постановлений СССР. 1987. № 37. Ст. 121.

<sup>41</sup> См.: письмо Госбанка СССР от 13 октября 1987 г. № 1020 «О плане счетов бухгалтерского учета в банках СССР».

<sup>42</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

говоров стало осуществляться на законодательном уровне.

Согласно новому законодательству подзаконные нормативные акты Банка России подлежали государственной регистрации в порядке, установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. Было предусмотрено, что нормативные акты Банка России вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования<sup>43</sup>.

В результате указанных преобразований нормативные акты, регулирующие банковскую деятельность, стали доступными для изучения и научного обобщения, гриф секретности был снят. Новая роль банков в рыночной экономике породила энтузиазм исследователей. Появились многочисленные публикации, в которых банковские правоотношения изучались с разных сторон.

Именно поэтому с начала 1990-х гг. начинается период формирования и бурного развития банковского права как науки об особенностях правового регулирования банковской деятельности в условиях рыночных отношений.

В рассматриваемый период наука банковского права развивалась в рамках двух направлений, которые зародились еще в советский период: 1) публично-правовое и 2) частноправовое направление науки банковского права.

Между идеями сторонников публично-правового и частноправового крыла банковского права всегда существовало некоторое противостояние, которое проявилось в актуализации проблемы, поставленной еще И. С. Гуревичем. Так, был возрожден научный спор о роли и месте банковского права среди отраслей права.

Все имеющиеся точки зрения по указанному вопросу можно условно разделить на три группы. Согласно мнению одних авторов, банковское право является отраслью законодательства, ко-

торая объединяет разнообразные нормативные акты, регулирующие банковскую деятельность нормами гражданского, финансового, административного и уголовного права<sup>44</sup>, что говорит о банковском праве как о комплексном формировании в системе российского права<sup>45</sup>.

Другие авторы, составляющие большинство исследователей этой проблемы, делают вывод о том, что банковское право имеет все признаки самостоятельной отрасли права<sup>46</sup>, либо осторожно оговаривают, что банковское право постепенно формируется как отрасль права, однако ее окончательное формирование еще не завершено<sup>47</sup>.

Третья группа исследователей придерживается мнения о том, что банковское право является подотраслью другой отрасли права: предпринимательского права<sup>48</sup> или финансового права<sup>49</sup>. Причем интересно, что сторонники признания банковского права частью предпринимательского права и сторонники финансово-правовой природы банковского права приводят, по сути, одинаковые аргументы. Эти исследователи полагают, что любые банковские правоотношения, включая правоотношения по кредитованию, приему вкладов, ведению счетов и расчетам всегда содержат публично-правовые элементы, поскольку являются объектом мощного государственного регулирования, обеспечивающего в первую очередь публичные интересы<sup>50</sup>.

Следует отметить, что между позицией исследователей, полагающих, что банковское право является отраслью законодательства, и тех из них, которые считают банковское право самостоятельной отраслью права, нет неразрешимых противоречий. Исследуя систему советского права, С. С. Алексеев сделал вывод, что комплексная отрасль законодательства обязательно должна выражать вонне комплексную отрасль права<sup>51</sup>.

Наряду с рассмотренной выше проблемой определения места банковского права среди от-

<sup>43</sup> См.: Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». Ст. 7 // СЗ. 2002. № 28. Ст. 2790.

<sup>44</sup> Ефимова Л. Г. Банковское право. М., 1994. С. 4.

<sup>45</sup> Тарасенко О. А., Хоменко Е. Г. Банковское право : учебник. М. : Проспект, 2012. С. 13 (автор § 1 гл. 1 — Е. Г. Хоменко).

<sup>46</sup> Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций. М., 1997. С. 33 ; Братко А. Г. Центральный банк в банковской системе России. М., 2001. С. 167 ; Он же. Банковское право России : учебное пособие. М., 2003. С. 27 ; Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под общ. ред. Б. Н. Топорнина. М. : Юристъ, 2002. С. 17—22 ; Банковское право. Субъекты банковской системы и требования к их деятельности : учебник и практикум для магистратуры / под ред. Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина. М. : Юрайт, 2016. С. 31.

<sup>47</sup> Правовая позиция по указанному вопросу была изменена. См.: Ефимова Л. Г. Банковское право. М. : Статут, 2010. Т. 1 : Банковская система Российской Федерации. С. 11.

<sup>48</sup> Курбатов А. Я. Банковское право России : учебник. М. : Юрайт, 2009. С. 24.

<sup>49</sup> Горбунова О. Н. Выделять банковское право в отдельную отрасль права пока рано // Юридический мир. 1998. № 8 ; Прошунин М. М. Банковское право : учебник / под ред. С. В. Запольского. М., 2010. С. 14—15.

<sup>50</sup> Олейник О. М. Указ. соч. С. 28 ; Прошунин М. М. Банковское право : учебник / под ред. С. В. Запольского. М., 2010. С. 14—15.

<sup>51</sup> См.: Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. С. 224.

раслей российского права, исследователями разрабатываются отдельные направления банковского права. В частности, в рассматриваемый период авторы выпускают большое количество учебной литературы по курсу банковского права<sup>52</sup>.

Исследователи открывают отдельные специальные направления банковского права: международное банковское право (Н. Ю. Ерпылева)<sup>53</sup>; зарубежное банковское право (Л. Г. Ефимова, О. М. Иванов, К. Лауе, Г. В. Петрова, Е. Ю. Гаряева, А. А. Ситник, И. Гехтер Хубер, П. Бажанов, И. Е. Михеева, А. А. Вишневский)<sup>54</sup>, в том числе европейское банковское право<sup>55</sup>; кредитное право (О. М. Иванов)<sup>56</sup>; эмиссионное право (Л. Л. Арзуманова)<sup>57</sup>.

Постепенно разрабатывалась теория банковского права, а также возникали различные школы банковского права, которые по-прежнему формировались вокруг сложившихся ранее основных направлений исследований: частноправового и

публично-правового направления науки банковского права<sup>58</sup>.

Частноправовое направление в науке банковского права разрабатывается несколькими научными юридическими школами.

В Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) развитием частноправового направления банковского права занимается кафедра банковского права. Заведующий кафедрой банковского права, доктор юридических наук, профессор Л. Г. Ефимова в ряде своих работ разработала и обосновала вещно-обязательственную теорию безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг<sup>59</sup>; определила правовую природу перевода денежных средств как юридической фикции традиции наличных денежных знаков<sup>60</sup>; разработала теорию расчетных сделок<sup>61</sup>; разработала общую теорию договоров об организации безналичных расчетов<sup>62</sup>, впервые

<sup>52</sup> См.: Ефимова Л. Г. Банковское право : учебное и практическое пособие. М. : Бек, 1994 ; Олейник О. М. Указ. соч. ; Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В., Хоменко Е. Г. Банковское право : учебное пособие. 4-е изд. — М. : Норма ; Инфра-М, 2010. 736 с. ; Банковское право : учебник / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. 2-е изд. М. : Юрайт, 2010 ; Банковское право Российской Федерации. Особенная часть : в 2 т. : учебник / отв. ред. Г. А. Тосунян. М., 2001. Т. 1 ; Банковское право Российской Федерации : учебное пособие / О. В. Болтинова, Е. Ю. Грачева, Т. Э. Рождественская, Е. Г. Хоменко ; отв. ред. Е. Ю. Грачева. М. : Норма, 2008. 384 с. ; Банковское право Российской Федерации. Особенная часть : в 2 т. : учебник / отв. ред. Г. А. Тосунян. М., 2002. Т. 2 ; Белов В. А. Банковское право России. Теория, законодательство, практика. М., 2000 ; Банковское право Российской Федерации : учебник для магистратуры / Л. Л. Арзуманова, О. В. Болтинова, О. Ю. Бубнова [и др.] ; под ред. Е. Ю. Грачевой. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма ; Инфра-М, 2016 ; Банковское право : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / Д. Г. Алексеева [и др.] ; под ред. Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2017 ; Банковское право : учебник для бакалавров / Д. Г. Алексеева, Л. Г. Ефимова [и др.] ; под ред. Л. Г. Ефимовой, Д. Г. Алексеевой. М. : Проспект, 2015. 320 с. ; Курбатов А. Я. Банковское право России : учебник. М. : Юрайт, 2009 ; Ефимова Л. Г. Банковское право. М. : Статут, 2010. Т. 1 : Банковская система Российской Федерации ; Белов В. А. Банковское право России. Теория, законодательство, практика : юридические очерки. М. : ЮрИнфоР, 2000 ; Вишневский А. А. Банковское право : краткий курс лекций. 2-е изд. М. : Статут, 2004.

<sup>53</sup> Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право : учебное пособие. М. : Форум — Инфра-М, 1998.

<sup>54</sup> Зарубежное банковское право (банковское право Европейского Союза, Франции, Швейцарии, Германии, США, КНР, Великобритании) : монография / отв. ред. Л. Г. Ефимова. М. : Проспект, 2016 ; Вишневский А. А. Банковское право Англии. М. : Статут, 2000.

<sup>55</sup> Вишневский А. А. Банковское право Европейского Союза : учебное пособие. М. : Статут, 2000 ; Право Европейского Союза : учебник и практикум. Ч. 1. 2-е изд. М. : Юрайт, 2018 (автор гл. 11 — Л. Г. Ефимова).

<sup>56</sup> Иванов О. М., Щербакова М. А. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О потребительском кредите (займе)». М., 2014.

<sup>57</sup> Арзуманова Л. Л. Безналичное денежное обращение в Российской Федерации как элемент эмиссионного права // Lex Russica. 2012. № 5. С. 1022—1047.

<sup>58</sup> Интересно, что в германской доктрине банковское право подразделяется на банковское публичное право и банковское договорное право. См. Лауе К. Гражданско-правовая ответственность банков в расчетных правоотношениях по законодательству Германии и Российской Федерации (сравнительно-правовой аспект). М. : Проспект, 2017.

<sup>59</sup> Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика : монография. М. : НИМП, 2001.

<sup>60</sup> Ефимова Л. Г. Об ответственности по договору банковского счета // Бизнес и банки. 1996. № 39 ; Она же. Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право. 1997. № 1—2 ; Она же. Банковские сделки: право и практика. М. : НИМП, 2001. С. 236.

<sup>61</sup> См.: Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. ; Она же. Спорные вопросы теории безналичных расчетов // Цивилист. 2010. № 2, 3 ; Она же. Отдельные проблемы теории безналичных расчетов // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 2. С. 28—57 ; Она же. Договор о выдаче и использовании банковской карты и договор эквайринга в системе договоров об организации безналичных расчетов : монография. Серия «Банковские сделки». М. : Проспект, 2017.

<sup>62</sup> См.: Ефимова Л. Г. Понятие и виды договоров на организацию безналичных расчетов // Цивилист. 2011. № 1, 2, 3 ; Она же. Договор о выдаче и использовании банковской карты и договор эквайринга в системе договоров об орга-

в российской правовой науке предложила общую теорию рамочного договора<sup>63</sup>. Л. Г. Ефимовой был написан первый учебник по банковскому праву постперестроечного периода<sup>64</sup>.

Заместитель заведующего кафедрой банковского права, кандидат юридических наук И. Е. Михеева определила процессуальное положение нескольких банков-ответчиков, участвующих в осуществлении расчетной банковской операции, как альтернативных ответчиков<sup>65</sup>.

Заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета, доктор юридических наук, профессор Л. А. Новоселова доказала денежную правовую природу расчетных обязательств<sup>66</sup>, поддержала ответственную теорию безналичных денежных средств<sup>67</sup>, высказалась за признание расчетных правоотношений самостоятельными правоотношениями, не сводимыми к известным гражданско-правовым обязательствам<sup>68</sup>, сделала вывод о том, что договор финансирования под

уступку денежного требования не является самостоятельным договорным типом<sup>69</sup>, определила биткойн в качестве особого вида обязательственного права, в котором праву каждого владельца биткойна корреспондируют обязанности всех остальных участников соответствующей расчетной системы, закрепленные правилами ее функционирования<sup>70</sup>.

В Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова работы в области частного банковского права принадлежат доценту кафедры предпринимательского права юридического факультета, кандидату юридических наук Е. Б. Лаутс. Исследователь работает в области антикризисного регулирования рынка банковских услуг<sup>71</sup>, несостоятельности (банкротства) банков<sup>72</sup>, а также изучает деятельность отдельных субъектов банковской системы<sup>73</sup>. В указанных работах Е. Б. Лаутс сформулировала понятие и признаки субъектов банковской системы; пред-

---

низации безналичных расчетов ; *Она же*. Договоры банковского вклада и банковского счета. Серия «Банковские сделки». М. : Проспект, 2018.

<sup>63</sup> Ефимова Л. Г. Рамочные договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг // *Законы России*. 2006. № 7 ; *Она же*. Рамочные (организационные) договоры : монография. М. : Волтерс Клувер, 2006.

<sup>64</sup> Ефимова Л. Г. Банковское право. М. : Бек, 1994.

<sup>65</sup> При предъявлении требований одновременно к двум банкам: банку плательщика и к банку, привлеченному к исполнению, — при расчетах платежными поручениями указанные банки будут являться альтернативными ответчиками, поскольку только за счет одного из них предъявленное требование может быть удовлетворено. См.: Михеева И. Е. Альтернативные ответчики в спорах, возникающих из банковских правоотношений // *Вестник Российской правовой академии*. 2005. № 2. С. 44—47 ; *Она же*. Особенности участия банков в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

<sup>66</sup> Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. 2-е изд. М. : Статут, 2003. С. 155—162.

<sup>67</sup> Например, она писала, что «безналичные средства могут быть объектом только обязательственных прав, но не вещных». См.: Новоселова Л. О правовой природе средств на банковских счетах // *Хозяйство и право*. 1996. № 7. С. 86.

<sup>68</sup> Новоселова Л. А. Проблемы гражданско-правового регулирования расчетных отношений : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 81—82, 84—85.

<sup>69</sup> Аргументацию см.: Новоселова Л. А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М. : Статут, 2004. С. 354—355.

<sup>70</sup> Новоселова Л. А. О правовой природе биткойна // *Хозяйство и право*. 2017. № 9.

<sup>71</sup> Правовые аспекты антикризисного регулирования рынка банковских услуг и институт банкротства кредитных организаций : монография. М. : Юстицинформ, 2018. 412 с. ; Лаутс Е. Б. Рынок банковских услуг: правовое обеспечение стабильности : монография. М. : ВолтерсКлувер, 2008. 312 с. ; *Она же*. Антикризисное законодательство и законодательство в сфере государственного регулирования предпринимательской деятельности // *Юрист*. 2017. № 15. С. 4—10 ; *Она же*. Новые банковские технологии и антикризисное регулирование рынка банковских услуг // *Банковское право*. 2017. № 4. С. 36—44 ; *Она же*. Соотношение банковского и антикризисного регулирования рынка банковских услуг в новых экономических условиях // *Право и бизнес. Приложение к журналу «Предпринимательское право»*. 2016 № 2 ; *Она же*. Правовые аспекты финансового оздоровления банков в современных экономических условиях // *Юридическая работа в кредитной организации*. 2015. № 2. С. 95—105.

<sup>72</sup> Лаутс Е. Б. Деловая репутация и несостоятельность (банкротство) банка: правовые аспекты взаимодействия // *Предпринимательское право*. 2017. № 4. С. 56—65 ; *Она же*. Особенности участия Банка России в предупреждении банкротства банков // *Закон*. 2017. № 12. С. 124—131 ; *Она же*. Правовое регулирование предупреждения несостоятельности (банкротства) банков (лекция в рамках учебного курса «Предпринимательское право») // *Право и бизнес. Приложение к журналу «Предпринимательское право»*. 2017. № 4. С. 41—58 ; *Она же*. Снижение собственных средств (капитала) банка и меры по предупреждению банкротства: правовые аспекты взаимодействия // *Банковское право*. 2017. № 6. С. 39—46.

<sup>73</sup> Лаутс Е. Б. Правовое положение банковских групп и системно значимых кредитных организаций в банковской системе // *Банковское право*. 2016. № 2 ; Белицкая А. В., Лаутс Е. Б. Правовые границы финансового рынка //

ложила авторское определение рынка банковских услуг; определила понятие, признаки и состав антикризисного законодательства на рынке банковских услуг; определила место кредитных организаций на рынке финансовых услуг; сформулировала авторское определение института банкротства кредитных организаций и его правовые особенности.

Доктор юридических наук, профессор В. В. Витрянский обосновал, что проценты за неисполнение денежного обязательства являются самостоятельной формой гражданско-правовой ответственности по денежным обязательствам, применяемой лишь в денежных обязательствах<sup>74</sup>, а проценты, подлежащие выплате кредитору при несвоевременном возврате взятых в займы денежных средств (ст. 811 ГК РФ) являются частным случаем применения ст. 395 ГК РФ<sup>75</sup>. В своих ранних работах В. В. Витрянский отрицал наличие у банка каких-либо денежных обязательств перед владельцем банковского счета. Суть его обязанностей заключается в исполнении для клиента банковских операций и услуг<sup>76</sup>. Другим сторонником неденежной природы расчетных правоотношений является С. В. Сарбаш<sup>77</sup>. Однако в более поздней работе В. В. Витрянский изменил свою позицию и признал денежный характер обязательства банка по договору банковского счета<sup>78</sup>. Однако В. В. Витрянский остается противником сделочной природы расчетных банковских операций, рассматривая их как действия банка по исполнению обязательства, вытекающего из договора банковского счета, в том числе и при

возложении указанного исполнения на привлеченные банки<sup>79</sup>. Он обосновывал признание договора банковского счета в качестве публично-договора<sup>80</sup>. Анализируя ранее действовавшее законодательство о расчетах аккредитивами, В. В. Витрянский отрицал факт наличия обязательства (и, как следствие — ответственности за его нарушение) у банка — эмитента аккредитива непосредственно перед бенефициаром (получателем средств)<sup>81</sup>.

Н. Ю. Ерпылева, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного публичного и частного права факультета права НИУ «Высшая школа экономики» заложила основы международного частного банковского права<sup>82</sup>.

Публично-правовое направление в науке банковского права разрабатывается кафедрой финансового права и кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), а также Сектором финансового и банковского права Института государства и права Российской академии наук.

Профессором кафедры финансового права Университета имени О.Е. Кутафина, доктором юридических наук Т.Э. Рождественской и профессором кафедры финансового права Университета имени О.Е. Кутафина, доктором юридических наук А. Г. Гузновым написан ряд работ, посвященных публичному банковскому праву и финансово-правовому регулированию финансового рынка<sup>83</sup>. В этих работах указанные авторы

Хозяйство и право. 2016. № 11. С. 90—100 ; *Лаутс Е. Б.* Преимущества и недостатки введения в законодательство запрета для банков осуществлять инвестирование и иные виды предпринимательской деятельности // Вестник Московского университета. Серия 11 : Право. 2016. № 2 ; *Она же.* Действия Банка России в условиях финансово-экономических санкций // Юридическая работа в кредитной организации. 2015. № 1. С. 22—32.

<sup>74</sup> *Витрянский В.* Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. 1997. № 8. С. 72—73.

<sup>75</sup> *Витрянский В.* Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. 1997. № 8. С. 71.

<sup>76</sup> *Витрянский В.* Ответственность банков по договору банковского счета // Закон. 1997. С. 21 ; *Он же.* Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. 1997. № 8. С. 72.

<sup>77</sup> *Сарбаш С. В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. М. : Статут, 1999. С. 180.

<sup>78</sup> *Брагинский С. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 5 : в 2 т. М. : Статут, 2006. Т. 2. С. 456.

<sup>79</sup> *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 448.

<sup>80</sup> *Олейник О. М.* Основы банковского права : курс лекций. С. 246 ; *Суханов Е. А.* Банковский счет. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая : текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 459—460.

<sup>81</sup> *Витрянский В. В.* Договор купли-продажи и его отдельные виды. М. : Статут, 1999. С. 64—65.

<sup>82</sup> *Ерпылева Н. Ю.* Указ. соч.

<sup>83</sup> *Рождественская Т. Э.* Правовой механизм реализации Базельских принципов банковского надзора в Российской Федерации : монография. М. : Юркомпани, 2011 ; *Она же.* Банковский надзор в Российской Федерации: теоретико-правовые основы : монография. М. : Юркомпани, 2012 ; *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г.* Финансово-правовое регулирование банковской деятельности : монография. М. : Проспект, 2016 ; *Они же.* Организации финансового рынка и финансово-правовые механизмы урегулирования их несостоятельности : монография. М. : Норма ; Инфра-М, 2016 ; *Они же.* Публично-правовое регулирование финансового рынка в Российской Федерации : монография. М. : Юрайт, 2017 ; *Они же.* Публичное банковское право : учебник для магистров. М. : Проспект, 2016 ; *Они же.* Банковское право. Публично-правовое регулирование : учебник и практикум для бакалавриата и

впервые в науке российского финансового права обосновали разделение публичного банковского права и частного банковского права. Кроме того, они обосновали необходимость публично-правового и частноправового регулирования финансового рынка, сформулировали цели и принципы публично-правового регулирования, разработали концепцию применения мер принуждения к финансовым организациям, обосновали необходимость применения профессионального суждения при проведении риск-ориентированного надзора в финансовой сфере.

Руководителем сектора финансового и банковского права ИГП РАН, членом-корреспондентом Российской академии наук, заслуженным деятелем науки РФ, доктором юридических наук, профессором Г. А. Тосуняном разработаны правовые основы управления банковской системой Российской Федерации в рыночных условиях<sup>84</sup>, обоснована идея о том, что Банк России является федеральным органом государственной власти, который не входит в систему федеральных органов законодательной, исполнительной и судебной власти. Компетенция Банка России по управлению банковской системой названа автором «четвертой властью»<sup>85</sup>. Тосуняном обосновывается также самостоятельность банковского права как отрасли права<sup>86</sup>.

Профессор кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина доктором юридических наук Е. Г. Хоменко разработала финансово-правовую теорию функционирования национальной платежной системы в России, выявила ее строение и определила принципы деятельности; сделала вывод о том, что теория национальной платежной системы входит в качестве составной части в теорию финансового и банковского права<sup>87</sup>.

Известны работы профессора кафедры банковского права и финансово-правовых дисциплин юридического факультета имени М. М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, доктора юридических наук, профессора Я. А. Гейвандова в области правового статуса Банка России<sup>88</sup>, правовых вопросов денежного обращения<sup>89</sup>, правового регулирования денежно-кредитной системы<sup>90</sup> и т.п.

Профессором кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина доктором юридических наук Д. Г. Алексеевой впервые в науке финансового права разработана правовая концепция банковской безопасности как неотъемлемой функции суверенного государства, выделены ее основные элементы, рассмотрены

---

магистратуры. М. : Юрайт, 2016 ; *Они же*. Регулирование, контроль и надзор на финансовом рынке в Российской Федерации : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2017 ; *Они же*. Банковский надзор в Российской Федерации : учебное пособие для магистратуры. М. : Норма ; Инфра-М, 2018 ; *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г., Шамраев А. В.* Банковское право для экономистов : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2016 ; *Они же*. Банковское право. Частно-правовое регулирование : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2016 ; *Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г., Ситник А. А.* Страховой надзор в Российской Федерации : учебное пособие для магистратуры. М. : Норма ; Инфра-М, 2018 ; *Они же*. Финансовый надзор в национальной платежной системе Российской Федерации : учебное пособие для магистратуры. М. : Норма ; Инфра-М, 2018.

<sup>84</sup> Тосунян Г. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы М. : Академия народного хозяйства при Правительстве РФ ; Дело Лтд., 1995.

<sup>85</sup> Тосунян Г. А., Викулин А. Ю. К вопросу о статусе Банка России // Деньги и кредит. 1998. № 9. С. 10—13.

<sup>86</sup> Тосунян Г. А., Викулин А. В., Экмалян А. М. О необходимости внесения дополнений в паспорт специальностей научных работников // Банковское право. 2017. № 6 С. 16 ; Тосунян Г. А. Актуальные проблемы банковского и смежного законодательства. Вып. 1. М. : Олимп-Бизнес, 2011. 304 с.

<sup>87</sup> См., например: Хоменко Е. Г. Финансово-правовое регулирование создания и функционирования национальной платежной системы России : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017 ; *Она же*. Финансово-правовое регулирование создания и функционирования национальной платежной системы России : монография. М. : Проспект, 2017 ; *Она же*. Платежные системы как элементы национальной платежной системы России и их классификация // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2017. № 1 (29) ; *Она же*. Инфраструктура национальной платежной системы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 8 ; Хоменко Е. Г., Тарасенко О. А. Национальная платежная система Российской Федерации и ее элементы : монография. М. : Проспект, 2016. 176 с.

<sup>88</sup> См. Гейвандов Я. А. Центральный Банк Российской Федерации: юридический статус, организация, функции, полномочия : учебное пособие для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов. М. : Изд-во Московского независимого института международного права, 1997.

<sup>89</sup> Гейвандов Я. А. Денежно-кредитная система: актуальные правовые проблемы государственного регулирования // Государство и право. 2014. № 5. С. 43—53 ; *Он же*. Государственное регулирование денежной и кредитной сферы в России: некоторые проблемы и перспективы // Государство и право. 2000. № 11. С. 38—48.

<sup>90</sup> Гейвандов Я. А. Национальная денежно-кредитная система: стратегия государственного регулирования и существующие правовые угрозы // Государство и право. 2016. № 9. С. 25—35.

мировые тенденции совершенствования законодательства в сфере банковской безопасности, раскрыты теоретические основы банковского мониторинга<sup>91</sup>. И. Е. Михеева и Д. Г. Алексеева работают над механизмом имплементации «партнерского» банкинга в российскую правовую среду<sup>92</sup>.

Доцентом кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина, кандидатом юридических наук С. В. Пыхтиным разработана теория банковских лицензионных правоотношений, исследованы вопросы правовой природы выдачи, приостановления действия, аннулирования и

отзыва лицензии на осуществление банковских операций<sup>93</sup>. Пыхтиным обоснован теоретический подход к определению количественного и качественного состава субъектов современной банковской системы<sup>94</sup>, доказано, что распространенная в судебной практике и разъяснениях высших судов точка зрения, согласно которой кредитные организации обладают специальной правоспособностью, не отвечает потребностям банковского оборота и не основана на нормах действующего банковского законодательства<sup>95</sup>.

История банковского права продолжается, и *nemo omnia potest scire*.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агарков С. С.* Основы банковского права : курс лекций. — М. : Госфиниздат, 1929.
2. *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М., 1975.
3. *Алексеева Д. Г., Михеева И. Е.* Правовые проблемы имплементации исламского банкинга в России // *Право и экономика*. — 2017. — № 7. — С. 72—79.
4. *Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В., Хоменко Е. Г.* Банковское право : учебное пособие. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма ; Инфра-М, 2010. — 736 с.
5. Банковское право Российской Федерации. Особенная часть : учебник : в 2 т. / отв. ред. Г. А. Тосунян. — М., 2001, 2002.
6. Банковское право Российской Федерации : учебник для магистратуры / Л. Л. Арзуманова, О. В. Болтинова, О. Ю. Бубнова [и др.] ; под ред. Е. Ю. Грачевой. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма ; Инфра-М, 2016.
7. Банковское право Российской Федерации : учебное пособие / О. В. Болтинова, Е. Ю. Грачева, Т. Э. Рождественская, Е. Г. Хоменко ; отв. ред. Е. Ю. Грачева. — М. : Норма, 2008. — 384 с.
8. Банковское право. Субъекты банковской системы и требования к их деятельности : учебник и практикум для магистратуры / под ред. Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина. — М. : Юрайт, 2016.
9. Банковское право : учебник / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2010.
10. Банковское право : учебник для бакалавров / Д. Г. Алексеева, Л. Г. Ефимова [и др.] ; под ред. Л. Г. Ефимовой, Д. Г. Алексеевой. — М. : Проспект, 2015. — 320 с.
11. Банковское право : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / Д. Г. Алексеева [и др.] ; под ред. Д. Г. Алексеевой, С. В. Пыхтина. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2017.
12. *Белов В. А.* Банковское право России. Теория, законодательство, практика. — М., 2000.
13. *Братко А. Г.* Центральный банк в банковской системе России. — М., 2001.

<sup>91</sup> *Алексеева Д. Г.* Теоретические основы банковской безопасности (российский и зарубежный опыт) : монография. М. : Анкил, 2010 ; *Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В.* Правовые основы обеспечения финансовой устойчивости кредитных организаций : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2018. 90 с. ; Банковское право : учебник для бакалавров / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Г. Алексеева. М. : Проспект, 2014 (§ 1, 2, 4, 5, 7, 8 гл. 6 ; гл. 11, § 1 гл. 12).

<sup>92</sup> *Алексеева Д. Г.* Правовые особенности совершенствования российского законодательства в целях развития инструментов партнерского банкинга // *Актуальные проблемы российского права*. 2017. № 3 (76). С. 108—115 ; *Алексеева Д. Г., Михеева И. Е.* Правовые проблемы имплементации исламского банкинга в России // *Право и экономика*. 2017. № 7. С. 72—79 ; *Хаззар М. Э., Михеева И. Е., Алексеева Д. Г.* Правовые особенности этического (исламского) банкинга (на примере договора мурабаха) // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2018. Вып. 39. С. 134—145.

<sup>93</sup> *Пыхтин С. В.* Лицензирование банковской деятельности в Российской Федерации. М. : Юриспруденция, 2005. 160 с.

<sup>94</sup> Банковское право : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2016 ; Банковское право. Субъекты банковской системы и требования к их деятельности : учебник / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2016.

<sup>95</sup> *Пыхтин С. В.* Правоспособность кредитной организации: теория и практика // *Хозяйство и право*. 2012. № 7. С. 83—91.

14. Братко А. Г. Банковское право России : учебное пособие. — М., 2003.
15. Бричко Л. В. Правовые основы деятельности Государственного банка СССР как расчетного центра страны : автореф. ... дис. канд. юрид наук. — М., 1966.
16. Бричко Л. В. Законодательство о расчетах в народном хозяйстве СССР. — М. : Юрид. лит., 1977. — 104 с.
17. Вильнянский С. И. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. — Харьков, 1955.
18. Вишневский А. А. Банковское право : краткий курс лекций. — 2-е изд. — М. : Статут, 2004.
19. Гейвандов Я. А. Центральный банк Российской Федерации: юридический статус, организация, функции, полномочия : учебное пособие. — М. : Изд-во Московского независимого института международного права, 1997.
20. Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право : учебное пособие. М. : Форум ; Инфра-М, 1998.
21. Ефимова Л. Г. Банковское право : учебное и практическое пособие. — М. : Бек, 1994.
22. Ефимова Л. Г. Банковское право. — М. : Статут, 2010. — Т. 1 : Банковская система Российской Федерации.
23. Иоффе О. С. Обязательственное право. — М., 1975.
24. Курбатов А. Я. Банковское право России : учебник. — М. : Юрайт ; Высшее образование, 2009.

## Существует ли четвертый тип системы капитала: переосмысление классификации корпоративных систем капитала Is there fourth type of capital system: rethinking the classification of corporate capital systems

Чэнь Яньцзин,

доцент, кандидат юридических наук,  
юридический факультет, Хэйлунцзянский университет  
150000, КНР, провинция Хэйлунцзян, г. Харбин,

Chen Yanjing,

Associate Professor, PhD in Law,  
Law School, Heilongjiang University 150000, Heilongjiang Province,  
China (Harbin, Heilongjiang Province, P. R. )

© Чэнь Яньцзин, 2019

**Аннотация.** В 2013 г. Китай внес изменения в законодательство о компаниях, в результате чего была создана новая система капитала, которая не совсем совпадает с системой легального капитала в Германии или с уставным капиталом в англо-американских странах. Ученые в Китае спорят друг с другом о классификации нового капитала среди трех систем капитала, в традиционной категории, которые являются правовой, разрешенной и компромиссной системой капитала. Некоторые утверждают, что китайский новый капитал по-прежнему является законным капиталом, а некоторые утверждают, что это компромиссный капитал. Однако эти усилия бесполезны, и они используют неправильный логический подход. Они всегда меняют традиционное определение каждой системы капитала, чтобы сделать новый капитал Китая подходящим для той, которую они утверждали. Новый капитал по Закону о компаниях Китая является новым, и он не принадлежит к какому-либо типу существующей системы капитала во всем мире, потому что категория системы капитала — это индуктивное следствие, которое является лишь описанием типичного законодательства современных развитых стран и не является дедуктивным, основанным на замкнутом логическом цикле. Более важная академическая дилемма заключается в том, что подобные противоречия не имеют теоретического и практического значения. Категория системы капитала находится на конечной ветви корпоративной теории, и ни одна теория или институт не опирается на нее. Это только теоретический вывод. Кроме того, этот спор не имеет никакого отношения к юридической практике. Запуск, регистрация компании, даже если речь идет о споре компании, никогда не будут рассматривать категорию системы капитала, предлагаемую законом о компаниях.

**Ключевые слова:** китайское корпоративное право, новая система капитала, споры, юридический капитал, уставный капитал, компромиссный капитал, формальная логика, индукция, дедукция, теоретическая функция категории.

**Abstract.** In 2013, China modified its Company Law, and the modification created a new capital system, which is not exactly the same as legal capital system in the Germany or the authorized capital in the Anglo-American countries. Scholars in China debates with each other on the classification of the new capital among the three capital systems, in the traditional category, which are legal, authorized and compromise capital system. Some argue that the Chinese new capital is still legal capital, and some claim it's compromise capital. However, that endeavor is useless and they take a wrong logic approach. They always change the traditional definition of each capital system in order to make the new capital of China being fit for one they argued. The new capital of China Company Law is a new one, and it does not belong to any type of existed capital system all over the world. Because the category of capital system is inductive consequence, which is just a description of the typical modern developed countries legislation and is not a deductive one based on a closed logical loop. So there is no logical reason we must classify the Chinese new capital into one of them. And more important

*academic dilemma is that such controversy has no theoretical and practical meanings. The category of the capital system is on the end branch of corporate theory, and no theory or institution bases on it. It is only a theoretical analyzing conclusion, without any reasoning or inference following. Furthermore, this controversy has no contribution on legal practice. The running, registering of company, even judging of the company dispute did, does, will never consider the category of capital system offered by the Company Law. Recognition of the legislation innovation is pragmatic and struggling on the theoretical problem is helpless.*

**Keywords:** Chinese Company Law, New Capital System, Controversy, Legal Capital, Authorized Capital, Compromise Capital, Formal Logic, Induction, Deduction, Theoretical Function of Category.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.076-084

Capital system always plays an important role in the business company law in the Civil Law countries. In the Chinese company law' academic language, there are three types of capital system all over the world and the old Chinese Company Law is one of them. However, in the year of 2013, China modified its Company Law and offered a new capital system, which lead to a controversy about the category of the new capital system. Some argued that the new system belonged to the legal capital and some argued compromise capital system. Until now, there is no common sense on the category. But is it necessary or reasonable to classify the new system into one of the three? Can't we be the forth one? This essay will discuss the Chinese capital system in Company Law and try to resolve the problem of category. The part I will introduce the modification of Chinese Company Law in 2013, making the reader to understand the background of controversy. The part II will illuminate the three types of capital system under the Chinese company law academic language. The part III will show the controversy of Chinese capital classification and demonstrate the error of their arguments. The part IV will rethink the classification of corporate capital systems and argue that the classification of corporate capital systems is unreasonable and the Chinese new one does not belong to any of the existed three capital system. And the last part is the conclusion.

## I. Modification of Chinese Company Law in 2013

In the end of 2013, NPC of China modified Company Law on the system of capital. Basically, the modification happened in four aspects:

Firstly, it cancelled the minimum proportion of initial contribution and prolonged the period of the contribution. The last edition of Chinese Company Law was promulgated in 2005, and the Article 26 of 2005 Company Law required: the registered capital of a limited liability company shall be the total amount of capital contributions subscribed to by all the shareholders registered in the company

registration authority. The amount of the initial capital contributions made by all shareholders shall not be less than 20 % of the registered capital, nor less than the statutory minimum amount of registered capital, the margin shall be paid off by the shareholders within 2 years from the day when the company is established; for an investment company, it may be paid off within 5 years. This kind of capital system belonged to the legal capital system, which had the example of Germany. Although this article allowed the investors paid off all their capital in 2 or 5 years, there also are many restrictions on it, such as the initial capital contributions proportion and the limitation of time.

But the Article 26 of 2013 Company Law says that: The registered capital of a limited liability company shall be the amount of capital contributions subscribed for by all its shareholders as registered with the company registration authority.

The modification cancelled the requirement of period of real contribution of capital, which means that theoretically shareholders can promise their contribution in an infinitely period. Nowadays, in the electronic registration system of Administration for Industry & Commerce, the maximum of years for the margin payment are 99 years.

Secondly, it cancelled the minimum of registered capital of both kinds of companies. In China, there are two types of companies, which are the limited liability company and the joint stock limited company. Here a significant legal diversity must be showed. The Chinese limited liability company is deferent from the LLCs in USA. According to Article 3 of Company Law, in the case of a limited liability company in China, a shareholder is liable to the company to the extent of amount of the shareholders' capital contribution. A limited liability company is liable for the debts of the company with all its assets. This is not an exact definition of a limited liability company. But it is more close to the closed corporation or closely held corporation in America. And the limited liability company ("LLC") is a hybrid form of business entity that combines the liability shield of a corporation with the federal tax classification of a partnership. A creature of state law, each LLC is organized under an

LLC statute that creates the company, gives it a legal existence separate from its owner or owners (called “members”), shields those members from partner-like vicarious liability for the entity’s obligations, and governs the company’s structure, management, and operations (subject in most respects to the members’ “operating agreement”). The essence of an LLC is the coexistence of partnership tax status with corporate-like limited liability<sup>1</sup>. In the 2005 Company Law, the minimum of registered capital of the limited liability company was 30,000 RMB, and the minimum of the joint stock limited company was 5 million RMB. The solo company<sup>2</sup> required minimum of 100,000 RMB as its registered capital. The modification cancelled all these requirements, which means that shareholders can register a company by only one RMB, even without money. The background was that the Chinese government was practicing its policy of entrepreneurship of all citizens, trying to encourage the economy. Originally, difference between two classifications of companies is not very clear. Some joint stock limited companies, especially the unlisted companies, is not much different from the limited liability companies. So a part of Chinese scholars called them closely held companies as in Anglo-American countries. After the modification, both the requirement of registered capital disappeared, which results that the difference became vaguer between the two types of companies.

Thirdly, it simplified the registered items and documents. The old company law required that all the capital must be verified by the legal verification institutions and the shareholders must submit the verification certificate when applying the company registration in the Article 29 of 2005 Company Law. But the new Company Law does not require the shareholders paid-in the capital when registering the company instead of subscription, and the license of company will not show the paid-in capital. The 2013 Company Law cancelled the verification certificate, which simplifies the procedure and requirement of documents.

Fourthly, it cancelled the minimum proportion of monetary contribution. The 2005 Company Law required the 30 % minimum proportion of monetary contribution, which means that the contribution in kind cannot be more than 70 % of all the capital. Article 27 of 2005 Company Law state that: A shareholder may make capital contribution in currency, in kind or intellectual property right, land use right or other non-monetary properties that

may be assessed on the basis of currency and may be transferred according to law, excluding the properties that shall not be treated as capital contributions according to any law or administrative regulation. The value of non-monetary properties as capital contribution shall be assessed and verified, which shall not be overvalued or under-valued. If any law or administrative regulation prescribes the value assessment, such law or administrative regulation should be followed. The amount of the capital contributions in currency paid by all the shareholders should be not less that 30 % of the registered capital of the limited liability company. This was restriction on company finance and would obstruct the establishment of company, especially the high tech company. The 2013 Company Law cancelled this requirement. Nowadays, even a company registered by totally un-monetary contribution is lawful.

Scholars had different appraisal on the modification. Some argued that the modification had not been consulted and was radical. And the reformation caused the worries of safety of transaction and creditor protection. The first was that when the minimum of capital is canceled, whether the one-dollar company will appear and the company tends to make fraud. The second is that whether the false contribution will be easy<sup>3</sup>. Scholars answered these questions. “There was no evidence showing that the one-dollar company tends to make fraud.” Whether a company does fraud transaction is decided by the comprehensive circumstance, including the cost of fraud, credit system of the society, insolvency law, etc. It is not effective for us to solve the fraud problem by registered capital. And the false contribution is not necessary in the new capital system. Supporters argued that the new capital system was more effective than the old one in the extent of creditor protection<sup>4</sup>. Although most criticism focused on the radicalness of 2013 modification, the professor from Peking University pointed its conservation: In some sense, the purpose of 2013 modification of Company Law was to encourage the entrepreneurship and stimulate the market, which caused the deviation of reformation of capital system. The modification payed more attention on the relief of regulation, and ignored the fact that the corporate autonomy and business rationality also need growing process. As a result, the Company Law does not guide the paid of capital, does not offer the rules of calling up of capital and liability for breaching of contract, even confuses the capital publicity and administration<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Daniel S. Kleinberger, *Agency, Partnerships, and LLCs*. 3<sup>rd</sup> ed. Aspen Publishers ; Wolters Kluwer, 2008. P. 455—456.

<sup>2</sup> The solo company means the company has only one shareholder.

<sup>3</sup> Shi Tiantao. *Explanation and Analysis of Company Capital System* // Tsinghua University Law Journal. 2014 (5). P. 137.

<sup>4</sup> Huang Hui. *Legitimacy of Reformation of Capital: Economic Analysis on the Basis of Creditor Protection* // China Legal Science. 2015 (6).

<sup>5</sup> Liu Yan. *Logic and Path of Reformation of Corporate Capital: On the Approach of Business Practice* // Chinese Journal of Law. 2014 (5). P. 51.

Scholars also pointed out that the modification might cause some new problems in the context of Company Law. The more challenging question is the capital deficiency's influence on piecing the corporate veil and liability of shareholders' contribution. In the theory of piecing the corporate veil, capital deficiency is an important reason of piecing. If piecing the corporate veil is easy to apply, the cancelling of minimum capital will give more risk to shareholders who abuse the corporate personality and limited liability of bearing the liability of corporate jointly instead of escaping the liability<sup>6</sup>. Piercing the corporate veil (PCV), also called disregarding the corporate personality, was regulated in the Article 20 of Company Law: If a shareholder of the company abuses the independent status of the company legal person and the limited liability of shareholders to evade debts and seriously harms the interests of the creditors of the company, it shall bear joint and several liabilities for the debts of the company. PCV is a case law rule in the Anglo-American law system countries, but it became statute law in China in 2005. The capital deficiency is one of the reasons of piercing the corporate veil. But the court seldom pierces the corporate veil only on the fact of capital deficiency, so the worry above will not really happen in the future.

The politics mechanism decides that the legislation will never change only because of the criticism of scholars in China, especially on the occasion of one or two years after the latest modification. So the scholars' more important staff is to interpret the new rules and to prevent the bad influence of the modification instead of criticizing it.

## II. Three types of capital system

No matter what scholars appraised the modification, it became legal rules in China. The modification changed the capital system in China, but the question is that the new capital system is what kind of. Theoretically, scholars classify the capital system all over the world into three types, which are legal, authorized, and compromise capital system.

### A. Legal Capital

The legal capital system, also named identified capital or paid-in capital, means that when the company is formed, all the promoters need to pay or promise to pay all the capital, which is popular in the

civil law countries. The essence of legal capital system is to maintain a fixed amount of capital as the basis for determination of company and the protection of creditors<sup>7</sup>. It imposes minimum amounts of capital for the formation of companies, excludes certain assets like future services from being used as shareholder contribution, requires cumbersome procedures for contribution in-kind and severely restricts the distribution of dividends and corporate stock repurchase. This burdens not only the formation of companies, but also the raising of capital through the issuance of new shares with significant costs<sup>8</sup>. Typical legal capital system exists in Germany. Before the company registers in the business registration bureau, promoters must pay their consideration of stock. If it is money, they need to pay a minimum of quarter par value of stocks; if it is premium of issue, they need to pay all premiums<sup>9</sup>. All of the other European Union Member States adhere to the legal capital doctrine. In part, the European Union has imposed this doctrine by adopting the Second Council Directive of December 13, 1976 (Second Directive). The Second Directive imposes limits on minimum capital, contributions, distributions to shareholders, and increase or reductions in capital. However, many Member States go beyond the Second Directive's legal capital rules, providing for a stricter regime intended to better protect creditors<sup>10</sup>.

Under the legal capital, the law always requires the confirmation, maintenance and invariability of capital, named three principles of capital.

The confirmation of capital means that when the company is established, the registered capital must be fixed and demonstrated. And the fixed registered capital will show the property ability of the company to public. But nowadays Chinese Company Law allows installment payment of contribution, so we cannot find a perfect provisional example for this principle.

Maintenance of capital should be understood in the sense of protecting the corporate asset in the scope of initial capital from the shareholders' infringement<sup>11</sup>. In the specific rules, the Article 166 of Company Law says:

"When companies distribute their after-tax profits for a given year, they shall allocate 10 % of profits to their statutory common reserve. Companies shall no longer be required to make allocations to their statutory common reserve once the aggregate amount of such reserve exceeds 50 % of their registered capital.

<sup>6</sup> Zhao Xudong. Capital Legal Liability under the Reformation of Capital System: Rational Interpretation of Modification of Company Law // Chinese Journal of Law. 2014 (5). P. 20.

<sup>7</sup> Deng Feng. Common Corporate Law. Renmin University of China Press, 2009. P. 316.

<sup>8</sup> Kübler F. A Shifting Paradigm of European Company Law? // 11 Colum. J. Eur. L. 219 (2005).

<sup>9</sup> Raiser Thomas, Rudiger Veil. Recht der Kapital-gesellschaften / translated by Gao Xujun. Law Press China, 2005. P. 91.

<sup>10</sup> Enriques L., Jonathan R. Macey, Creditors versus Capital Formation: the Case Against the European Legal Capital Rules, 86 // Cornell L. Rev. 1165 (2001).

<sup>11</sup> Hueck/Windbichler, oHG. München / Chinese translated by Yinsheng. Law Press China, 2010. P. 366.

If a company's statutory common reserve is insufficient to make up its losses of the previous years, such losses shall be made up from the profit for the current year prior to making allocations to the statutory common reserve pursuant to the preceding paragraph.

Companies may, if so resolved by the board of shareholders or the general meeting, make allocations to the discretionary common reserve from their after-tax profits after making allocations to the statutory common reserve from the after-tax profits.

A company's after-tax profits remaining after it has made up its losses and made allocations to its common reserve shall be distributed, in the case of a limited liability company, according to Article 35 hereof and, in the case of a company limited by shares, in proportion to the shareholdings of its shareholders, unless the articles of association of the company limited by shares stipulate that the profits shall not be distributed in proportion to the shareholdings.

If the board of shareholders, general meeting or board of directors violates the preceding paragraph by distributing profits to shareholders before the company has made up its losses and made allocations to the statutory common reserve, the profit distributed in violation of regulations shall be returned to the company by the shareholders.

Companies that hold the shares of their own company shall not be entitled to profit distribution."

The illegal distribution is prohibited and if it happened, the shareholders must return the allocations as unjust enrichment. However, the right to claim the return belongs to the company, so we can imagine that nobody will execute the claim except for the creditors. Under the Chinese Company Law, there is no such provision to offer the creditors' right to claim. Maybe the rule of Piercing the Corporate Veil (PCV) can offer an approach to creditors. Here the creditors can argue that the illegal allocation is a kind of abuse and the shareholders should bear the joint and several liabilities with the company. In 2011, the Supreme Peoples' Court promulgated the Provisions on Certain Issues Concerning the Application of the Company Law ( ), which regulated that if the shareholders withdraw his/her contribution by any other means without going through statutory procedures, it is a conduct of withdrawing contribution and creditors have the right to require the shareholders who withdraw his/her contribution be additionally liable, to the extent of the principle and interests of the contribution withdrawn.

The invariability of capital means that without going through the statutory procedure, the company cannot change its registered capital, especially reduce it. The Chapter 9 of Company Law regulates the change of registered capital. The Article 177 says:

When a company needs to reduce its registered capital, it shall prepare a balance sheet and a schedule of property.

The company shall notify its creditors within a period of 10 days commencing from the date on which the resolution to reduce the registered capital is passed and, within 30 days, make newspaper announcement of the reduction. Such creditors shall, within a period of 30 days commencing from the date of receipt of the written notification, or within a period of 45 days commencing from the date of the announcement for those who do not receive the written notification, have the right to claim full repayment or require the provision of a corresponding guarantee from the company.

If the company does not follow the rule, the consequence will be void or voidable of reducing capital, which means that the shareholder who has the company repurchasing his or her shares will return the contribution in the extent of reduction.

#### ***B. The Authorized Capital***

The authorized capital system is used by the common law countries in modern time. It means that the company law does not require the minimum of registered capital, and the article or the assembly of shareholders can authorize the board of directors of issuing equities anytime. There is no limitation on the board's power of issuing equities by the article or the assembly, except for the concept of authorized capital which is just the maximum of issuance. This kind of capital typically exists in the England and USA. In most American states, the capital is not heavily considered in the process of incorporation, and only the authorized stock should be written in the article, which specify the total number of shares of stock the corporation can issue. If the corporation will be able to issue different types (classes) of stock, the articles specify the rights of each class. In many jurisdictions, the articles also specify something called "par value" for the stock<sup>12</sup>. And the capital system is not as important as it is in the legal capital. It is interesting that it was also legal capital before the authorized capital was adopted in the America when the U. S. Model Business Corporation Act abolished the concept of legal capital as a useless device. So the difference between legal and authorized capital is not an evidence of diversity of Civil Law and Common Law.

#### ***C. The Compromise Capital***

The compromise capital system is that the articles of incorporation or the assembly authorizes the board of issuing stocks, but the amount, proportion, time, term, procedure and extent of stocks are limited especially. Under the compromise capital, the assembly of shareholders can decide the total amount of the stock issue, even authorize the pre-emptive right of issuing new stocks. And the board

<sup>12</sup> Franklin A. Gevurtz, Corporation Law. Thompson Reuters, 2010. P. 55.

of directors can only decide the issue in the extent of authorization. Most Chinese scholars argue that this capital system exists in Japan.

We can compare the function of three types of capital by three approaches. The first approach is the interest of shareholders. On the approach of interest of shareholders, the standards of judging the capital system are cost of formation of company, regulation of return on investment and channel of quit. On the aspect of cost of formation, legal capital, compromise capital and authorized capital are in a line of decreasing progressively. On the aspect of regulation of return on investment, legal, compromise and authorized capital are looser and looser one by one. On the aspect of channel of quit, legal, compromise and authorized capital are wider progressively. The second approach is the interest of company, and the standard is autonomy for which the legislation leaves the company business judgment. The legal capital is the strictest, and the compromise is freer, and the authorized capital system is the freest one. The third approach is creditor protection. The standard is which one gives the creditor most powerful protection. In different institutional regulation, the authorized capital system can realize the function of protecting the creditor best<sup>13</sup>. And scholars pointed early that the legal capital doctrine was a costly and inefficient way to protect creditors. First, the legal capital doctrine unjustifiably burdens companies (and hence investors and the efficient functioning of the entire equity market) by making their financial structures inflexible, burdening them with cumbersome procedures, and forcing them to pay for useless expert reports and legal advice. It also burdens society with the out-of-pocket expenses and opportunity costs of having judges enforce this complex set of rules. In addition, the legal capital laws (of Europe) do not significantly benefit creditors, and in certain cases, may even harm certain creditors. Creditors have more efficient means of protecting their interests. Voluntary creditors, however weak they may be, can contract to protect themselves against asset diversion. Furthermore, society and find more efficient and less costly ways to protect involuntary creditors—such as piercing the veil of misbehaving close corporations<sup>14</sup>. So the Chinese reformation maybe considered as a kind of alleviation of legal capital.

### III. The controversy of Chinese capital classification

The modification happened in 2013 and was valid in 2014. The NPC modification of Company Law in 2013 was so suddenly that scholars did not participant the demonstration, and was dominated by central government, which was very different from the legal modification before. So the modification did not bind by company law scholars' existed viewpoints, and chose a new capital system, instead of restricted by the three types of capitals. Then, a controversy appeared in the Chinese academic circle. Typically, there are four viewpoints on the category of Chinese new capital system.

It is still the legal capital system. The new Company Law and Regulations of Governing the Registration of Companies still keep the legal concept of "registered capital", which should be registered in the registration authority and published in the license as a way of publicity. In the new capital system, the number of registered capital can be any amount in the articles of association. And after the publicity it becomes the liability of shareholders which cannot be exempted unless under the procedure of capital reduction. Comparing to the authorized capital system, the registered capital is not the maximum of shareholders authorizing the board to issue, but the all registered capital has been issued when the establishment happened<sup>15</sup>. However, the requirement of paid-in before the foundation of company in the legal capital system does not exist, so it does not accord with the traditional legal capital.

B. It is the "partial" authorized capital system, for it does not authorize the board to issue shares<sup>16</sup>.

C. It is compromise authorized capital system in the situation of establishment of limited liability company and sponsorship of joint stock limited company, and it is complete authorized capital system in the situation of one-person limited liability company and establishment of joint stock limited company by public stock offering<sup>17</sup>. No matter the authorized capital or the compromise capital, there must be a key factor that the board of directors has the authorization from the articles of incorporation or assembly of issuing stocks. But in the Chinese new capital system, the board does not have any power of issuance at all. Namely, there is no authorization.

<sup>13</sup> *Fu Qiong*. Comparing the Three Capital System and Choice of Chinese Capital System. Study on Law and Business, 2004 (1). P. 3—5.

<sup>14</sup> *Enriques L., Jonathan R.* Op. cit.

<sup>15</sup> *Gan Peizhong*. Company Capital System's Subversive Reformation's Defect of Circumstance and Logic and their Remedial Measure // Journal of Science, Technology and Law. 2014 (3). P. 506.

<sup>16</sup> *Wang Jun, Huang Hai*. Research on the Practice of the Chinese Capital System Reformation // Law and Society. 2014 (7). P. 37.

<sup>17</sup> *Wu Boya*. Research on the Protection of Creditors under the Reformation of Capital System // Legality Vision. 2014 (12). P. 84.

D. It is subscription capital system<sup>18</sup>. This means shareholders or promoters can subscribe the capital regulated in the article of association. If the article requires shareholders' subscription by one-time, shareholders or promoters must subscribe one-time off. If the article requires subscription by installment, they can subscribe by installment<sup>19</sup>. However, Lv Laiming, Professor of Beijing Technology and Business University, argued that the subscription capital system was a kind of legal capital system. Scholar argued that definition of the modification as a change from paid capital to the subscription capital system is not exact. The 2005 Company Law had allowed the subscription of capital, and the registered capital need not to be paid when the company is founded. But the 2005 Company Law restricted the subscription in many aspects, including the initial paid proportion, minimum capital, and the period of subscription. The modification just canceled the restriction, changing the subscription with restriction into a subscription without restriction<sup>20</sup>.

In the academic conference and law reviews, Chinese scholars debate with each other since the modification of law. Until now the debate is keeping. They cannot reach an agreement on the type of Chinese capital system. The supporters of each type do the same thing that adjust the definition of their capital, because they found that it is not easy to put Chinese capital system into any one of the three types. The endeavor trying to do so is not perfect although they have done their best. For example, the supporter of legal capital acclaimed that the paid-in before formation of company is not necessary part of legal capital, and the fix of registered capital is the conclusive part of capital. At the same time, the Chinese capital system does not allow the authorization, so it cannot be authorized capital. However, the latter reasoning is not logical. There is not a logical rule that if one country's capital does not belong to authorized, it must be legal capital.

#### IV. Rethinking of the classification of corporate capital systems

Here, my question is: are there only three types of capital system all over the world? And the Chinese capital system must belong to one of them?

As we know, the three types of capital system are induced from the typical western developed countries. That means, they are not the theorem of

capitals. As an independent country, if it wants to copy one of them, it can choose one as its capital requirement, but if it wants to create a totally new capital system, it can ignore the three types. They are just the typical samples of capitals instead of the compulsory choice for every country in the world.

Here we can find a pathetic phenomenon in the Chinese legal academic. Historically, Chinese legal theory was influenced by the Germany deeply, especially the traditional *begriffs jurisprudence*. Scholars used to induce conception from conception mathematically, ignoring the reality of legal practice. In the beginning of 20<sup>th</sup> century, China started its legal modernization, while the German law was so popular in the world and influenced the Chinese legislation in a large extent. After the foundation of People's Republic of China, the legislation combined the tradition of Republic of China and laws of the Soviet Union, and the latter one was the shadow of Germany and Swiss civil laws, although they had totally different political goals. Most of company law scholars in China, who have the discourse power, have an academic background of civil law. When they analyze the company law, they regularly use the *begriffs jurisprudence* approach to reach a conclusion. Categorization is a frequently used tool by Chinese scholars to develop their illustration. Sometimes the categorization is necessary, but it is not omnipotent, especially on the occasion that the subsets cannot cover all the field of the concept. Sometimes, concept is not closed but open. Consequently, the reasoning therein if one is not A, it must be B is wrong. In the context of capital system, the category of legal, authorized and compromised capital is an enumeration of famous capital in the developed countries company law, which is not the total subsets of the concept capital system. There is not a doctrine that any legislation of all more than two hundreds of countries in this planet must choose one of them. So we cannot conclude that if Chinese new capital system is not legal, it must the authorized or compromised capital system.

In fact, the difference between legal capital and authorized is a history choice instead of diversity. In other words, the legal capital existed in American for a long time. Legal restrictions on dividend payments date to the earliest days of American business corporations. In one of the earliest cases, *Wood v. Dummer*, Justice Story stated that shareholder contributions constituted a "trust fund for the payment of all the debts of the corporation". As originally

<sup>18</sup> *Du Jun*. Company Capital System's Principle, Evolution and Judicial Challenge // Journal of Law Application. 2014 (11). P. 2 ; *Ding Haihu, Li Xinting*. Judicial Reply of Reformation of Company Capital System // Journal of Law Application. 2014 (11). P. 30 ; *Liu Kaixiang, Zhang Qijia*. The Legislative Changes and Problems Solving of the Corporate Capital System in China // Journal of Henan University of Economics and Law. 2014 (5). P. 28.

<sup>19</sup> *Shi Tiantao*. Explanation and Analysis of Company Capital System // Tsinghua University Law Journal. 2014 (5). P. 132.

<sup>20</sup> *Zhao Xudong*. Capital Legal Liability under the Reformation of Capital System: Rational Interpretation of Modification of Company Law // Chinese Journal of Law. 2014 (5). P. 21.

conceived, the “trust fund” theory of legal capital simply prevented shareholders from withdrawing the assets they had contributed to the corporation until its creditors had been paid. This was thought to protect creditors by minimizing the risk of business failure and by minimizing creditors’ losses if the business failed.

The use of par value greatly complicated the trust fund theory of legal capital. Par value developed into a legal minimum of what a shareholder ought to pay for the stock. This meant that issues regarding shareholder contributions to the corporation rather than corporate distributions to shareholders exerted the primary influence over the development of legal capital doctrines.

Legal scholars have generally praised the trend away from using legal capital to restrict dividends, and they have harshly criticized the use of legal capital notions such as stated capital and earned surplus to restrict payment of cash dividends. One of the leading commentators on legal capital concluded that the real issue is not whether to abandon legal capital as means of restricting dividends, but rather what to replace it with. The critics contend that legal capital is, at best, a meaningless doctrine that fails to benefit any corporate stakeholders while it imposes significant transaction costs on corporate management and shareholders. In the words of one scholar, legal capital “has ceased to perform any real function”.

Modern legal scholarship has generally criticized this concept because legal capital fails to achieve what its critics contend is the concept’s only goal, to protect creditors from shareholders. With the advent of de minimis or nominal par values, stated capital no longer represents the collective contributions of the initial shareholders, and par value itself has become an arbitrary number bearing no connection to the value of the assets contributed by shareholders. Legal capital also has little connection to any other assets that will actually be distributed to the shareholders or creditors. Not only does legal capital fail to protect creditors, it also imposes significant costs on corporations. Critics have also maintained that use of legal capital as a restriction on dividends has spawned enormous legal uncertainty and complexity. Legal capital has also contributed a great deal of complexity and uncertainty to the issue of dividends. All of these criticisms share a common theme, legal capital has no economic consequences because it fails to protect creditors<sup>21</sup>. So the American state company law abandoned the legal capital and adopted the authorized capital in 1980s.

Except the formal logic defect of present controversy, more serious problem is that such controversy has no any real meaning at all, neither theoretically nor practically. The category of the capital system is on the end branch of corporate theory, which means that no theory or institution bases on it. It is only a theoretical analyzing conclusion, without any reasoning or inference following. Furthermore, this controversy has no contribution on legal practice. The running, registering of company, even judging of the company dispute did, does, will never consider the category of capital system offered by the Company Law. Of course, someone may criticize the pragmatic approach of comment above. But any theoretical controversy should have real function, even the metaphysical research asks the ultimate question of the world or our human being. The category of capital system is only functional on the observational method. It should never be a tool or restriction of analyzing the current content of the law. If we cannot put the present institution into any existed category, we should admit that a new category appears, instead of endeavoring to change the definition of exist category and then put the new one in.

## V. Conclusion

The Chinese new capital system is neither the legal capital nor the authorized capital. It is a unique new capital system. The endeavor of classifying the Chinese capital into any existed type will be failed. If there is any theoretical or practical function of such classification, maybe we can adjust the strict definition of legal capital or authorized capital. However, the classification does not solve any problem at all. The phenomenon reflects the unconfident of Chinese academy. We are proficient to learn the foreign legal institution and theory, but not good at creation of them. In the process of making civil code, the Chinese scholars also face a dilemma of choice of unification or separation of civil law and commercial law. Nobody tries to find third way to define the relationship between civil law and commercial law, exactly the same as company capital system. All of them are trapped in the three capital systems. It is time to give up such kind of academic conversation without any theoretical promotion or practical function.

<sup>21</sup> *Craig A. Peterson, Norman W. Hawker, Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions // 31 Akron L. Rev. 175 (1997).*

## BIBLIOGRAPHY

1. *Clark R. C.* Corporate Law. — Little, Brown and Company, 1986.
2. *Davies P. L.* Gower and Davies' Principle of Modern Company Law. — 7th ed. — Sweet & Maxwell, 2003.  
*Kleinberger D. S.* Agency, Partnerships, and LLCs. — 3d ed. — Aspen Publishers ; Wolters Kluwer, 2008.
3. *Deng Feng.* Common Corporate Law. — Renmin University of China Press, 2009.
4. *Gevurtz F. A.* Corporation Law. — Thompson Reuters, 2010.
5. *Hamilton R. W.* The Law of Corporation, In a Nutshell. — 6th ed. — West Publishing Co., 2011.
6. *Palmiter A. R.* Corporations. — 6th ed. — Aspen Publishers, 2009.
7. *Shi Tiantao.* On Corporate Law. — Law Press China, 2006.

## 中国扫黑除恶专项斗争的法治内涵研究

### Исследование правовых основ китайской кампании по борьбе с бандитизмом

#### Study on legal connotation of the China's campaign against gang-related crimes (Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001)

刘夏<sup>1</sup>

Лю Ся<sup>2</sup>,

доктор юридических наук, доцент  
Юридического института Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн,  
р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Liu Xia<sup>3</sup>,

© Лю Ся, 2019

**摘要:** 以“专项斗争”形式开展的扫黑除恶专项斗争具有弥补常态化治理的不足、切实满足群众的安全需求、巩固党和政府的有效领导等优势。但是，运动式治理模式基于其自身特征存在一定的法治风险与隐忧，会直接影响其实施效果。因此，必须将该斗争严格限定在法治的轨道上，运用法治思维与法治手段为这场斗争的胜利奠定坚实的基础。具体而言，需要做到以下五点：第一，避免斗争的政治化与扩大化、党政机关以政治理由干涉司法机关办案；第二，严守刑法谦抑原则，避免扩大涉黑涉恶行为的犯罪范围；第三，贯彻宽严相济的刑事政策，根据作用、地位、分工等对黑恶分子进行区别对待；第四，明确定罪量刑标准，避免司法机关“陷入个案式能动司法”陷阱；第五，注重程序正义，充分发挥律师作用，保障犯罪嫌疑人的诉讼权利。

**关键词:** 扫黑除恶 运动式治理 参加黑社会性质组织罪 宽严相济

**Аннотация.** С начала 2018 г. по всему Китаю проводится кампания по борьбе с преступлениями, связанными с бандитизмом, которая вызвала большие социальные последствия и дала очень положительные результаты. Мы считаем, что кампания против преступлений, связанных с бандитизмом, проводимая в форме «специальной операции», имеет положительные последствия для нормализации управления, эффективного удовлетворения потребностей населения в области обеспечения безопасности и укрепления эффективного руководства партии и правительства. Однако такая модель управления сопряжена со следующими возможными рисками: отклонением от основного принципа верховенства права в силу особенностей самой модели, что непосредственно скажется на возможности ее имплементации. Чтобы избежать этих рисков, Китай должен проводить кампанию по борьбе с бандитизмом в строгом соблюдении закона и использовать правосознание и правовые методы для того, чтобы обеспечить прочную основу для победы в этой кампании.

В частности, должны быть достигнуты следующие цели: во-первых, мы должны избежать политизации и экспансии этой кампании. Партийные и правительственные органы не могут вмешиваться в деятельность судебной власти по политическим причинам. Во-вторых, необходимо придерживаться принципа ограничения уголовного права и не допускать

<sup>1</sup> 作者简介：刘夏，男，河南大学法学院副教授，法学博士。通信地址：河南省开封市明伦街85号河南大学法学院，邮编475001。电话15736895566。邮箱liuxialaw@163.com。

<sup>2</sup> Лю Ся родился в 1986 г. в городе Кайфэн провинции Хэнань.

<sup>3</sup> Liu Xia (1986- ), male, born in Kaifeng City in Henan Province, Doctor of Law, Associate professor of the School of Law in Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province.

произвольного расширения сферы применения наказания за бандитизм. В-третьих, в сфере уголовного наказания необходимо проводить политику сочетания наказания со снисхождением и по-разному относиться к членам банд в зависимости от выполняемой ими роли, их статуса. В-четвертых, необходимо дать четкое определение понятия «преступление», чтобы судебные органы не попали в ловушку концепции «принятия судебного решения в каждом конкретном деле». Наконец, следует обратить особое внимание на соблюдение правовой процедуры, в полной мере задействовать адвокатов для защиты прав подозреваемых в совершении уголовных преступлений.

**Ключевые слова:** кампания против преступлений, связанных с бандами, стиль управления, опирающийся на кампании, преступление вовлечения в преступную синдикатную группу, смягчение уголовной политики, снисхождение.

**Abstract.** Since the beginning of 2018, the special campaign against gang-related crimes has been carried out in depth throughout China, which has aroused tremendous social repercussions and produced very positive results. We believe that the campaign against gang-related crimes carried out in the form of “special struggle” has the advantages of making up for the normalization of governance, effectively meeting the security needs of the masses, and consolidating the effective leadership of the party and the government. However, this governance model has possible risks such as deviating the basic position of rule of law based on its own characteristics, which will directly affect its implementation effect. To avoid these risks, China must strictly limit the campaign against gang-related crimes to into the track governed by law, and use the legal thinking and law methods to provide a solid foundation for the victory of this campaign.

Specifically, the following aspects should be achieved: first, we should avoid the politicization and expansion of the campaign. Party and government organs cannot intervene with the judicial authority for political reasons. Second, we must adhere to the principle of restraining criminal law, and we cannot arbitrarily expand the scope of punishment for gang-related crimes. Third, we should implement the criminal policy of combining punishment with leniency, and treat the members of gangs differently according to their roles, status and division of labor. Fourth, we should clearly determine the standard of crime, to avoid the judicial authorities from entering the specific “Case-type Judicial Activism” trap. Finally, we should emphasize procedural justice, give full play to the role of defense lawyers and guarantee the rights of criminal suspects.

**Keywords:** campaign against Gang-related Crimes; Campaign-style Governance; Crime of Involving in Criminal Syndicate Group; Temper Criminal Policy with Mercy.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.085-090

018年年初，中共中央、国务院发出了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》（以下简称《通知》）。此后，扫黑除恶专项斗争在全中国范围内如火如荼地开展起来，在社会上引起了巨大的反响，并产生了非常积极的效果。毫无疑问，扫黑除恶专项斗争对保障人民的安居乐业、社会的安定有序与国家的长治久安具有十分重要的意义，也得到了广大人民群众的一致拥护。但值得思考的是：这场斗争与传统意义上的“严打”斗争有无相似之处？这种轰轰烈烈的运动式执法，会不会对中国法治建设造成冲击？如何准确厘清政治与法律的界限，以充分发挥司法机关在这场斗争中的作用？下面，笔者将以专项斗争这一治理模式为切入点，对扫黑除恶专项斗争的法治内涵展开论述。

### 一、扫黑除恶专项斗争模式的时代意义

所谓“专项斗争”，是指针对社会中突出问题或矛盾采取的集中打击行为，具有统一性、针对性与时效性等特征。以“专项斗争”为代表的运动式治理方式是中国社会治理的常用手段，在历史上也曾发挥了非常重要的作用。不过，理论界从未停止过对运动式治理的质疑与反思。而本次扫黑除恶专项斗争也是以运动式治理的模式进行的，这就难免引发人们对其科学性与正当性的质疑，甚至直接将其等同于饱受诟病的“严打”专项斗争。<sup>4</sup>笔者认为，在当今的中国社会，运动式治理有其不可替代性，在存在问题的同时也具有非常明显的优势，因此一直受到政府的青睐。运动式治理与常态化治理是互为补充的关系，只有二者进行有机结合，才能同时起到治标与治本的效果。对于病人而言，只让其今后加强锻炼而不及时进行医治，自然无法使其康复，反而会加重病情。只有先下猛药赶走病魔，才能考虑后续的强身健体。社会也是如此，既要通过运动式治理在短时间内解决问题，也应通过建

<sup>4</sup> 参见戴小强：《论“扫黑除恶专项斗争”的特征及其法治要求》，《北京警察学院学报》2018年第2期。

立长效机制从源头上解决问题，绝不能一概否认运动式治理的合理性，真正值得诟病的是只依靠运动式治理。笔者认为，采用运动式治理的方式开展扫黑除恶专项斗争，主要具有以下意义与优势：

第一，运动式治理能够有效利用资源，弥补常态化治理的不足。运动式治理针对的都是长期积累下来的重大社会问题，常规手段难以奏效或者无法在短时间内起到立竿见影的效果。当这些问题大规模、大面积蔓延、并引发强烈的社会反响时，再按部就班、循序渐进地处理已经无济于事，此时就必须动用运动式治理这剂“猛药”。<sup>5</sup>此外，运动式治理可以有效地集中人力、物力与财力，重点解决某一问题，能够克服各自为战、效率低下的弊端。每一次运动式治理的号召，都是发动社会大众共同参与的“征集令”。<sup>6</sup>即使在资源相对丰富的当下，也只有合理高效地配置资源，“把好钢用在刀刃上”，才能事半功倍，起到“花小钱办大事”的成效。扫黑除恶专项斗争也不例外，运动式治理的集中、统一与高效性显露无疑。扫黑除恶专项斗争也不例外，运动式治理的集中、统一与高效性显露无疑。例如，仅在斗争刚开始的1月25日至2月1日这一周内，河南省就调动上万名警力，打掉涉黑团伙3个、涉恶团伙118个，抓获涉黑涉恶犯罪嫌疑人1481人，破获各类案件837起，查封、冻结、扣押涉案资产612.6万元。<sup>7</sup>斗争开始12天内，陕西警方也已打掉黑恶团伙202个，抓获黑恶犯罪涉案人员1426名，破获黑恶犯罪案件532起，查封、冻结、扣押涉案资产921万余元。<sup>8</sup>若非采取运动式治理的方式，很难有如此之大的力度与效果。

第二，运动式治理能够切实满足群众的安全需求。当前，中国虽已步入发展的重要战略机遇期，但也处于社会矛盾凸显期和刑事犯罪高发期，<sup>9</sup>安全已成为民众关注的重要问题。通过运动式治理的方式开展扫黑除恶专项斗争，能够有效满足国民对安全的渴望，亦可以向其展示国家积极对民众负责的姿态，从而赢得国民对国家的支持。<sup>10</sup>黑恶势力多次进行违法犯罪活动，严重破坏经济、社会生活秩序，危害人民群众的生命和财产安全，严重损害人民群众的安全感与幸福感。而恢复安全感的最佳途径，恐怕就是铺天盖地的宣传、突飞猛进的数字、呼啸而过的警车以及接连落网的犯罪嫌疑人了。集中治理的声势越大，民众的安全感也就越强；反过来，持续性的长期治理就难以给民众心中留下如此深刻的印象。这就决定了治理行动绝不能“低调”，而应尽可能营造出一种浩大的声势。事实上，在每一次运动式治理中，加强舆论导向、形成强大的舆论声势都是非常重要的环节。

第三，运动式治理能够巩固党和政府的有效领导。正如有学者所言，每次大规模的运动式治理都在相当程度上恢复了执政党与政府的合法性权威形象，强化了国家暴力的象征性资本，确保了政治秩序合法性的长期延续。每一次专项斗争就是一次巩固与强化国家政治秩序合法性基础的仪式与操练，因此成为中国国家权力重要的合法化机制之一。<sup>11</sup>在运动式治理过程中，国家通过广泛的舆论宣传，加强人们对国家权力的感知与认识，使人民群众自觉接受领导并加入到斗争当中，从而承认公权力的权威。此外，扫黑除恶专项斗争主要针对的是严重刑事犯罪分子和社会治安混乱的重点与难点地区，而这些领域恰恰是国家权力的软肋，是国家权力极度虚弱的空间。以中国广袤的农村地区为例，有些黑恶势力以“村民自治”为由把持基层政权、操纵破坏基层换届选举，甚至使中央政府在一定程度上丧失了有效的政治管制能力。这种非法控制使基层政权产生了危机，是动摇国本的大事，国家绝无坐视不管之理。从这个角度来说，党中央和国务院通过开展扫黑除恶专项斗争，能够在全国范围内有效填补这些区域的“权力真空”，进一步树立与维护自身的合法性权威。

## 二、扫黑除恶专项斗争模式的法治风险

尽管具有上述优势，运动式治理模式基于其自身特征存在一定的法治风险与隐忧，会直接影响其实施效果：第一，专项斗争都具有一定的期限，无法建立起长效机制。虽能够通过“下猛药”的方式在短时间内起到较好效果，却难以从根本上解决问题。正如药虽能治病，却不应常吃，通过短期的、集中式和强制性的运动式治理只能实现眼前目标，要想真正实现长治久安，还必须依靠常态化的综合治理模式。但是，由于专项斗争具有见效快的特点，可能会使政府产生“依赖”心理，将其作为治理手段的优先选择，而忽视治理机制的长效性与系统性。试想，如果政府在为期三年的扫黑除恶专项斗争中仅注重运动式治理而忽视常态化机制的建立，即使取得了丰硕的成果，但由于治标不治本，势必会随着黑恶势力的死灰复燃而陷入反复治理的恶性循环。

第二，运动式治理有演变为过往那种以人划线、上挂下联、层层检查、人人过关的政治运动或者群众运动模式之嫌。运动式治理方式在起源上与政治有着千丝万缕的关联，政治动员是运动式治理构成逻辑上的组成部分。<sup>12</sup>但是，政治是激情的，法律是理性的；政治是激进的，法律是保守的。在现代法治社会，政治与法律之间是一种既相互排斥、又相互利用的“欲拒还迎”的关系。如果仅将法

<sup>5</sup> 参见丁轶：《权利保障中的“组织失败”与“路径依赖”》，《法学评论》2016年第2期。

<sup>6</sup> 参见午光言：《督促拐卖案买方自首是“多此一举”吗》，《新京报》2015年9月3日，A2版。

<sup>7</sup> 参见李丽静：《河南首轮扫黑除恶专项斗争收网 抓获犯罪嫌疑人1481人》，[http://www.xinhuanet.com/legal/2018-02/07/c\\_1122382083.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2018-02/07/c_1122382083.htm)，2018年4月10日访问。

<sup>8</sup> 参见龚仕建：《陕西破获黑恶犯罪案件五百余起》，《人民日报》2018年2月7日，第11版。

<sup>9</sup> 参见彭新林：《扫黑除恶专项斗争的时代意义和法治内涵》，《紫光阁》2018年第3期。

<sup>10</sup> 参见何荣功：《预防刑法的扩张及其限度》，《法学研究》2017年第4期。

<sup>11</sup> 参见唐皇凤：《常态社会与运动式治理》，《开放时代》2007年第3期。

<sup>12</sup> 参见黄科：《运动式治理：基于国内研究文献的述评》，《中国行政管理》2013年第10期。

律作为达成目的的手段，政治权力在漠视法律的同时也难以建立自身的普遍有效性。<sup>13</sup>实践中，政治动员式的社会治理方式以超越法律规范和组织体系为特征，可能会降低现实生活中法律控制的效力，破坏法律控制优先于行政控制的正当关系。因此，扫黑除恶专项斗争不应是“政治斗争”或“阶级斗争”，必须限定在一定的框架内，而不能漫无边际、肆无忌惮地演变为喧嚣的政治狂欢。

第三，运动式治理更多体现出人治思维而非法治思维，往往依靠权力或权威自上而下的推动，而缺少制度化、持续性的约束。一旦国家的重视程度发生变化或关注焦点发生转移，专项斗争就有中断甚至终止的危险。此外，为了积极响应上级号召，追求专项斗争的效果，相关机构势必会格外重视自己手中的权力。毫无疑问，任何权力都有被滥用的风险。而在专项斗争的大背景下，这种权力滥用可能会基于扫黑除恶目的的正当性而披上合法化的外衣，使政府通过司法程序公然侵犯公民的个人权利，是一种值得警惕的现象。

为最大限度地控制扫黑除恶专项斗争的风险、避免权力的任性，最佳途径就是将其关在法治的笼子内，以免运动式治理沦为事前疏于管理的遮羞布与事后矫枉过正的借口。《通知》中明确规定，“政法各机关……既坚持严厉打击各类黑恶势力违法犯罪，又坚持严格依法办案，确保办案质量和办案效率的统一，确保政治效果、法律效果和社会效果的统一”，为扫黑除恶专项斗争奠定了法治基调。因此，不被公众感情所左右，不在政治运动中迷失，在法治框架内开展扫黑除恶专项斗争，才是决定这场斗争成败的关键要素。

### 三、扫黑除恶专项斗争的法治原则

扫黑除恶专项斗争必须严格限定在法治的轨道上，以司法的冷静限制行政的激情。党委和政府应当把控好扫黑除恶专项斗争的大方向，严格避免实践中的“异化”现象；监察机关与行政机关应当克制盲目的冲动，依法谨慎地行使手中的权力，扎实做好前期取证工作；人民法院则应当依法独立审理黑恶势力犯罪案件，纠正违法行政行为，维护当事人合法权益。通过各方的紧密配合，共同为扫黑除恶专项斗争划定法治的框架，确保政治效果、法律效果与社会效果的统一。具体而言，应当做到以下几方面：

#### （一）避免斗争的政治化与扩大化

扫黑除恶专项斗争不是政治斗争或权力斗争，其出发点与最终归宿是人民而非政绩，绝不能出于一己私利而随意扩大斗争的范围，将成果作为邀功的资本。在这个意义上，不考虑实际地强行分配扫黑除恶专项斗争指标、只重数量不重质量、将普通共同犯罪人为拔高成黑恶势力等激进做法既违背了犯罪的基本规律，也容易酿成冤假错案。为造声势、震慑黑恶势力而大规模“公捕”“公判”的做法可能符合政治上的宣传需要，却明显有悖于法治的精神，应当予以摒弃。虽不否认犯罪黑数的存在，但黑社会性质组织的重要特征表现为非法控制，如果通过扫黑除恶，发现某地存在多个黑社会性质组织，要么表明该地的基层政权形同虚设，要么就是通过政法机关人为“制造”了这些涉黑组织。此外，“打早打小”也不意味着对尚处于低级形态的犯罪组织可以不加区分地一律按照黑恶势力处理。恰恰相反，如果坚持打早打小，很多共同犯罪在尚未发展到高级形态时就已经被打掉了，又何谈构成黑社会性质组织？仅仅三五个人如何在一定区域或行业内形成非法控制或重大影响，严重扰乱经济、社会生活秩序？因此，党政机关不能以“政治正确”“政治挂帅”的权威姿态随意干涉扫黑除恶专项斗争，人为设置办案数量作为考核指标；司法机关也不能仅出于政治上的服从而抛弃法治思维、让渡自身权力。各方应当坚持实事求是的原则，强化证据意识，确保对黑恶势力打得准、打得稳、打得实，能够经得起历史的检验。

#### （二）严守刑法谦抑原则

谦抑主义是刑法的基本原则，也是扫黑除恶专项斗争中需要恪守的基本准则之一。作为一项系统工程，扫黑除恶需要综合运用政治、法律、经济、行政等手段，在紧紧依靠群众的前提下坚持综合治理、齐抓共管，标本兼治、源头治理，仅凭刑法无力、也不可能起到良好的效果，更不能以刑法作为维护政治权威的武器。因此，我们应当摒弃刑法工具主义、万能主义的迷思，只有在行政、民事或其他方式无能为力时才发动刑法，将其作为扫黑除恶的最后一道防线。例如，要把村民自治领域涉黑涉恶问题与村委会成员工作作风简单粗暴、普通工作失误、一般性侵害村民利益行为等问题区别对待。<sup>14</sup>情节轻微危害不大的，应当以引导、纠正、整改为主，不应轻易认定为犯罪，更不能因为农村普遍存在的宗族关系而认定为涉黑涉恶，以防止扫黑除恶简单化、扩大化。再如，行为人非法注册、经营“讨债公司”，替他人从事有偿讨债业务的，也应区分不同情形。尽管公司具有较为严密的章程与层级式的组织结构，经济实力也较为雄厚，但在追讨合法债务的过程中并未采取暴力、限制自由等手段，而是采取静坐、谈判等“非暴力”方式的，仍应以行政处罚手段为主，对公司予以取缔，对行为人进行治安处罚。只有采取殴打、辱骂、恐吓等过激手段、造成严重后果的，才有必要适用刑法。当然，严守谦抑原则绝不意味着刑法的处罚范围越小越好，而是越合理越好。对构成犯罪的黑恶分子理应适用刑法，而不能藉“谦抑”之名姑息纵容。

<sup>13</sup> 参见伍德志：《欲拒还迎：政治与法律关系的社会系统论分析》，《法律科学》2012年第2期。

<sup>14</sup> 参见《民政部基层政权和社区建设司负责人就贯彻落实中共中央、国务院<关于开展扫黑除恶专项斗争的通知>有关工作答记者问》，《中国社会报》2018年5月3日第1版。

实践中值得注意是黑社会性质组织参加者的认定问题。两高两部联合发布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称《意见》）第5条规定：“没有加入黑社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与黑社会性质组织违法犯罪活动的，不应认定为‘参加黑社会性质组织’。”这一规定容易引发困惑：这些主体如果参与黑社会性质组织违法犯罪活动的，是否就应当认定为“参加黑社会性质组织”呢？在法律适用中存在一刀切的情况，即对于涉黑企业雇佣的保安、内勤等员工，平时正常工作，在一次冲突中接到老板指示，赴斗殴现场造势或动手的，也认定为“参加”黑社会性质组织。笔者对此持反对态度。所谓参加，就意味着要接受黑社会性质组织的领导和管理。但是，接受黑社会性质组织开办的公司、企业、社团的领导与管理，却并不意味着接受黑社会性质组织的领导与管理；受公司的纪律约束也不意味着受黑社会性质组织的纪律约束。行为人在涉黑企业中工作，其初衷可能只是谋一份工作，作为养家糊口的饭碗，并未从事违法犯罪活动。某日被老板临时召集赶到某地后，可能才意识到要从事违法犯罪活动。对于这类人而言，他们主观上没有加入黑社会性质组织的明确意图，客观上也不直接受犯罪组织领导和管理，系被纠集、雇佣、收买、威逼、蒙蔽而为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持或服务。他们平时并不参与黑社会性质组织活动，对组织人员、结构、分工等基本上一无所知，偶尔被临时召集参与违法犯罪活动，最多属于黑社会性质的外围人员，主观恶性与社会危害性都不大。出于防止扩大打击面的考虑，即使其实施了违法犯罪活动，也难以认定为“参加”了黑社会性质组织，直接按照所犯罪行定罪量刑即可。当然，如果他们此后继续、甚至反复多次地参与该组织的非法活动，则可能转化为“参加者”甚至“积极参加者”。

### （三）贯彻宽严相济的刑事政策

宽严相济是中国的基本刑事政策，在扫黑除恶专项斗争中也具有非常重要的指导意义。扫黑除恶处理的只是人民的内部矛盾，黑恶势力违法犯罪分子不应被视为“敌人”，更不能不区分情节地一律作为从严惩处的对象。过去“严打”斗争的经验早已表明：一味从严惩处是对刑法的过度迷恋，不但违反了罪责刑相适应原则，甚至还会引发不良的社会影响。正如贝卡里亚所言，当怜悯感开始在公众心中超越了其他感情时，立法者就应当对刑罚的强度做出限制。<sup>15</sup>远离大众观念、违背公众感情的判决只会导致其法律效果与社会效果背道而驰。当前，在对黑社会性质组织犯罪案件的一片严打声中，司法者更应具有超然的认识，不能不分案件性质一概予以严打，也不能在严打之中抹煞从宽，<sup>16</sup>而应结合行为人的犯罪情节和预防必要性进行综合考量，当宽则宽，当严则严。对于黑社会性质的组织者、领导者、骨干成员及其“保护伞”，无疑应当依法从严惩处，而对于犯罪情节较轻的其他参加人员、被胁迫参加人员则应当依法从宽处罚。对于恶势力犯罪的参与者，也应根据其共同犯罪中的地位、作用与分工予以区别对待。

此外，还需要注意限期自首问题。2018年2月2日，两高两部联合发布了《关于依法严厉打击黑恶势力违法犯罪的通告》（以下简称《通告》）。《通告》第1条明确规定：“自本通告发布之日起至2018年3月1日，主动投案自首、如实供述自己罪行的，可以依法从轻或者减轻处罚。在此规定期限内拒不投案自首、继续为非作恶的，将依法从严惩处。”不可否认该制度对节约司法资源、强化社会稳定的积极作用。但从法理上说，这一规定却存在严重缺陷，释放出对黑恶势力分子一味从严打击的信号，兹简述如下：

首先，《通告》规定的自首后果为“从轻或者减轻处罚”，与刑法规定不符。根据刑法第67条，自首的法律后果包括从轻处罚、减轻处罚与免除处罚这三种情况。《通告》将免除处罚排除在限期自首的法律效果，意味着对自首者正当权利的剥夺，其中的理由耐人寻味。其次，拒不自首的法律后果于法无据。根据《通告》，在规定期限内拒不自首的，将依法从严惩处，但我们找不到“不投案自首就要从严”的任何法律依据。从法理上说，这一做法也属于间接处罚。最后，限期自首的激励机制不足，尤其容易与“期后自首”的法律后果相矛盾。毫无疑问，刑法的效力要高于《通告》，因此即使行为人未在期限内自首，但只要在期后自首的，无疑也应当从宽处罚，不过是从宽处罚与从严处罚的调和。通过对比限期自首与期后自首，不难看出二者在法律后果上没有本质区别，会导致行为人在限期内自首的动力严重不足。

因此，《通告》更像是一个阶段性政治运动的产物，缺乏立法的新意、谨慎性和司法的可操作性。它似乎在昭示着：黑恶势力犯罪分子的罪行都较为严重，国家为了给你们提供一个改过自新的机会，特在一定时期内给予自首从轻、减轻处罚的优待。如未抓住该机会及时自首，后果自负，甚至还要面临更为严厉的惩罚。但事实上，自首从宽绝不是一种所谓的“恩赐”，而是犯罪人所理应享有的合法权利。相应的，不自首也绝非对行为人竟然放弃“恩赐”、进而从严惩处的理由，而是理性人的自然选择。黑恶势力犯罪分子也是普通的个人，在刑法上应当一视同仁，不应带有色眼镜，进行区别对待。这种呵斥其限期自首的通告虽然在短时间内能起到较好的效果，但从整个法治进程的长期视角来看，不应得到提倡。

### （四）明确定罪量刑的标准

在以行政化手段为主的运动式治理进程中，司法机关往往容易受到行政激情的侵扰。而在运动式执法风暴中，有的基层司法甚至沦为行政执法的一部分，理性不足而激情有余，其中一个重要的原

<sup>15</sup> 参见[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国方正出版社2004年版，第61页。

<sup>16</sup> 参见康均心：《从打黑除恶到扫黑除恶》，《河南警察学院学报》2018年第1期。

因就是对定罪量刑标准的把握失去分寸。而标准越模糊，其他力量介入的可能性也就越大；标准越明确，以专业知识构筑的壁垒就越牢不可破。由此观之，由最高司法机关联合出台明确、具体、清晰的司法解释，将会在很大程度上避免各地司法机关误入具体的“个案式能动司法”陷阱，从整体上确立起合乎法治规则的能动司法政策，在微观上尽量减少运动式治理可能造成的法治损耗。<sup>17</sup>从这个角度来看，《意见》的出台具有十分重要的意义。《意见》对黑社会性质组织犯罪、恶势力、恶势力犯罪集团、利用“软暴力”实施的犯罪等行为的认定与量刑问题作出了较为明确、系统的规定，为实务操作树立了参考与借鉴的标杆。整体而言，该司法解释解决了大量实践中难以确定的模糊问题，为司法机关在法治框架内科学合理地处理黑恶势力犯罪案件提供了有力保障。

#### （五）注重程序正义，保障犯罪嫌疑人的诉讼权利

《通知》强调，要主动适应以审判为中心的刑事诉讼制度改革，切实把好案件事实关、证据关、程序关和法律适用关，严禁刑讯逼供，防止冤假错案，确保把每一起案件都办成铁案。该规定明显对程序的价值与作用给予了高度重视。在以往的运动式治理过程中，存在司法机关基于“从重从快”的心理，简化诉讼程序、限制犯罪嫌疑人正当权利的情形，最终酿成了诸如呼格吉勒图案的悲剧。血淋淋的事实告诉我们，刑事诉讼法不仅是司法机关的授权书，更是犯罪嫌疑人的“小宪法”。一旦程序正义被玷污，就只能结出毒树之果，苦涩的滋味由国家与犯罪嫌疑人共同品尝。而在保障犯罪嫌疑人诉讼权利的过程中，律师发挥着不可替代的作用。任何机关都要依法保障律师的各项诉讼权利，为律师履行辩护代理职责提供便利，而不能将律师视为自己工作的绊脚石，通过增设请示报告等不必要程序的方式为其套上各种无形的“枷锁”，以各种理由阻碍律师阅卷、会见等工作，进而影响案件的正常办理。只有律师的职责得到了充分发挥，黑恶势力犯罪案件才能真正办成铁案。

#### 四、余论：政治的归政治，法律的归法律

扫黑除恶既是一个政治问题，也是一个法律问题。我们对此应当有准确认识，政治的归政治，法律的归法律。在扫黑除恶专项斗争的政策方针、整体部署、分工合作、态度立场等问题上，应当坚定政治信念，紧密与党中央保持高度一致，把这场斗争作为一项重大政治任务抓紧抓好；而在执法、司法等具体工作的开展中，则应厘清法律与政策的界限，坚持严格依法办案，用法治思维与法治手段为这场斗争的胜利奠定坚实的基础。切记不能以政治任务的方式去解决法律问题，打着法律程序的旗号去实现党同伐异的政治逻辑。否则，就会导致政治权力恣意扩展到社会的任何领域，把人变成政治动物或政治符号，<sup>18</sup>在喧嚣的政治狂欢后留下一地鸡毛。

### 参考文献：

1. 丁轶：《权利保障中的“组织失败”与“路径依赖”》，《法学评论》2016年第2期
2. 彭新林：《扫黑除恶的时代意义和法治内涵》，《紫光阁》2018年第3期。
3. 伍德志：《欲拒还迎：政治与法律关系的社会系统论分析》，《法律科学》2012年第2期。
4. 康均心：《从打黑除恶到扫黑除恶》，《河南警察学院学报》2018年第1期。
5. 黄科：《运动式治理：基于国内研究文献的述评》，《中国行政管理》2013年第10期。

<sup>17</sup> 参见傅达林：《司法解释让网络扫黄避免运动式治理》，《法制日报》2010年2月5日，第3版。

<sup>18</sup> 参见高全喜：《政治的归政治，社会的归社会，法律的归法律》// URL: <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=15428>, 2018-4-22访问。

## 醉驾型危险驾驶罪的反思与完善

О совершенствовании законодательства об уголовной ответственности  
за вождение в нетрезвом состоянии  
Reflection and Improvement of the Crime of Drunk Driving刘霜 王文娜<sup>1</sup>  
(河南大学 法学院 河南 开封475001)

Лю Шуан,

кандидат юридических наук, профессор уголовного права,  
директор Центра европейских правовых исследований  
Юридического института Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн,  
р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Ван Венна,

ассистент Центра европейских правовых исследований,  
Юридического института Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн,  
р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85Liu Shuang, Wang Wenna<sup>2</sup>

Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001

© Лю Шуан, Ван Венна, 2019

**摘要:** 随着风险社会的到来和我国劳动教养制度的废除, 诸多轻罪入刑, 我国刑法规定罪刑结构面临重大变革。轻罪入刑后引发了一系列消极后果, 最为典型的的就是醉驾入刑。醉驾入刑虽然实现了社会效果和法治效果的统一, 但也带来了一系列的问题: 第一, 立法层面问题。大量轻罪入刑, 犯罪圈扩大、犯罪门槛降低会对我国现有刑法体系造成冲击。第二, 司法层面问题。大量司法资源被占用。通过实证调研得出四组数据, 说明我国每年以危险驾驶罪代表的轻罪案件数量急剧增加, 挤占大量司法资源, 严重影响司法效率。第三, 社会层面问题。一旦犯罪人被贴上“犯罪标签”, 一方面不利于犯罪人再次回归社会, 再犯率大幅度提升; 另一方面, “犯罪标签”将会对犯罪人家属及其家庭成员产生“株连效应”。为了有效解决以醉驾型危险驾驶罪为代表的轻罪刑事责任的消极后果, 提出相应的对策建议: 应将重罪与轻罪进行区别对待, 实现犯罪化和非犯罪化的均衡, 将犯罪圈控制在合理的范围之内; 刑法总则应当增设轻罪前科消灭制度, 以消除犯罪标签引发的消极后果, 从而实现法治的良好运行。

**关键词:** 醉驾 危险驾驶罪 犯罪标签 轻罪 前科消灭

**Аннотация.** В связи с развитием общества риска и упразднением системы трудового образования в Китае многие проступки были внесены в Уголовный кодекс, а структура преступлений и наказаний сильно изменилась. Это вызвало ряд негативных последствий. Наиболее типичным деянием является вождение в нетрезвом виде, прописанное в Уголовном кодексе как преступление. Благодаря этому новому положению удалось достичь единства социального и правового воздействия, однако оно также порождает ряд проблем. Во-первых, на законодательном уровне в Уголовном кодексе прописано очень много новых деяний, что увеличит число преступлений и внесет существенные изменения в уголовно-правовую систему. Во-вторых, на судебном уровне требуется привлечение существенных ресурсов судебной системы. В результате проведенного исследования получены четыре группы данных. Эти

<sup>1</sup> 作者简介: 刘霜 (1976), 女, 河南南阳人, 中意刑法学双博士, 河南大学法学院教授, 河南大学欧洲法律研究中心主任, 研究方向为中国刑法和比较刑法。王文娜 (1991), 女, 河南周口人, 河南大学欧洲法律研究中心研究助理。

<sup>2</sup> Liu Shuang, PhD, professor of criminal law, the director of European Law Research Center of Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province. Wang Wenna, assistant of European Law Research Center of Henan University.

данные свидетельствуют о том, что число мелких правонарушений в Китае с каждым годом резко возрастает, а ресурсы судебной системы сокращаются, что серьезно сказывается на эффективности судебной системы. В-третьих, на социальном уровне как только правонарушитель признается «преступником», его возвращение в общество существенно затрудняется и уровень рецидивной преступности значительно увеличивается. С другой стороны, навешивание ярлыка преступника имеет негативные последствия для семьи преступника в целом и каждого члена его семьи в частности. Для эффективного преодоления негативных последствий такого правонарушения, как вождение в нетрезвом виде, автор предлагает следующее: уголовные преступления и проступки должны наказываться по-разному, необходимо сбалансировать криминализацию и декриминализацию, а преступления необходимо контролировать в разумных пределах. Система снятия судимости должна быть построена таким образом, чтобы ликвидировать негативные последствия и обеспечить надлежащее функционирование закона.

**Ключевые слова:** вождение в нетрезвом виде, опасное вождение, ярлык преступника, проступок.

**Abstract.** *With the advent of the risk society and the abolition of the labor education system in China, many misdemeanors have been prescribed in Criminal Code, and the structure of crimes and penalty changed greatly. A series of negative consequences have been triggered. The most typical phenomenon is the behavior of drunk driving is prescribed in the criminal code as the crime. Although this new provision has achieved the unity of social and legal effect, it also brings a series of problems. Firstly, at the legislative level, so many new misdemeanors are prescribed in the criminal code, which will expand the range of crimes and shake the existing criminal law system. Secondly, at the judicial level, many judicial resources are occupied. Four sets of data are obtained by actual investigation. These data indicated that the number of misdemeanor in China has increased sharply every year, and a large amount of judicial resources have been squeezed, which seriously affects judicial efficiency. Thirdly, at the social level, once the offender is labeled as «criminal», it means that the offender will be difficult to return to the society, and the recidivism rate will be greatly added. On the other hand, the «crime label» will have a «chain negative effect» on the offender's family and family members. In order to effectively solve the negative consequences of the misdemeanor represented by the crime of drunk driving, the corresponding suggestions are proposed as follow: felony and misdemeanors should be punished differently, the balance of criminalization and non-criminalization should be realized, and the crimes should be controlled within the reasonable range. The system of extermination of the criminal record should be constructed in order to eliminate negative consequences caused and to achieve the good operation of law.*

**Keywords:** drunk driving crime of dangerous driving criminal label misdemeanor.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.091-101

### 一、问题的提出

随着风险社会的到来和我国劳动教养制度的废除,诸多轻罪入刑,我国刑法规定罪刑结构面临重大变革。轻罪入刑后会引发除了刑事责任外的一系列消极后果,具体体现为:国家工作人员要被开除公职;中共党员要被开除党籍;严重的犯罪标签;前科株连效应等等。由此引发了笔者的深度思考:其一,既然我国罪刑模式已经发生了重大变革,对于重罪刑事责任引发的消极影响,能否也要求轻罪承担同样的消极后果?以危险驾驶罪为例,其法定最高刑仅为拘役,酒驾是其中最轻的法定情形,如果要求醉酒型危险驾驶罪犯罪人承担与故意杀人罪犯罪人一样的刑事责任消极后果,显然不合情理。其二,我国刑法能否专门设置关于轻罪刑事责任的特殊规定,与重罪区别对待,以更好地体现刑罚的教育功能和预防效果?其三,我国犯罪圈日益扩大,与之相对应的刑法退出机制是否也应有所强调?

本文拟从醉酒型危险驾驶罪入手,通过实证调研方式,分析研判该罪的社会效果、法律效果,重点关注该罪引发的消极后果,以期对我国轻罪刑事责任消极后果的消除提出相应的对策建议。

### 二、醉酒型危险驾驶罪的立法沿革

#### (一) 97刑法未做规定,对醉驾行为采取行政处罚方式

随着社会经济的快速发展和城市生活节奏的不断加快,汽车等交通工具进入千家万户,成为人民生活的必需品,但随之而来的后果就是,醉酒驾驶造成的交通事故日益增多。我国1997年刑法并未规定危险驾驶罪,对于由于醉酒驾驶机动车引发的违法行为,采取行政处罚的方式。《治安管理处罚法》第15条规定,对于醉酒的人违反治安管理的,应当给予处罚。具体处以何种处罚,《治安管理处罚法》并未进行明确的规定。2011年新修订的《道路交通安全法》第91条对于醉酒驾驶机动车

车的行为做出了明确规定。由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；5年内不得重新取得机动车驾驶证。<sup>3</sup>笔者认为，对于醉酒驾驶机动车的行为如果仅仅采取行政处罚方式，治标不治本，无法从根本上遏制醉驾行为，也不能很好地发挥法律的震慑作用。

## （二）《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪，醉驾行为入刑处拘役

为依法严惩醉酒驾车行为，2009年9月8日最高人民法院印发《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》指出，行为人醉酒驾车发生二次或者二次以上冲撞，具有危害公共安全故意造成重大伤亡的，应以危险方法危害公共安全罪定罪，典型的案例就是孙伟铭案<sup>4</sup>。张伟铭案引起舆论一片哗然，社会各界要求醉驾入刑的呼声不断高涨。对于醉驾行为，最高可以危险方法危害公共安全罪判处死刑，但对于轻微的醉驾行为仍然适用行政处罚的方式进行规制，现有处理方式跨度太大，难以做到罚当其罪，罪刑相适应。

我国刑事立法及时回应民众呼声，2011年5月1日正式实施的《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪，“在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：（一）追逐驾驶，情节严重的；（二）醉酒驾驶机动车的。”这是立法机关从刑事立法的层面上加大了对醉酒驾驶行为的惩处力度，遏制了大量交通事故的发生，有利于迫使人们养成“开车不喝酒，喝酒不开车”的良好习惯。

为了促进新法的顺利实施，2011年9月，公安部下发《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》（以下简称《公安部指导意见》），规定“要从严掌握立案标准，对经检验驾驶人血液酒精含量达到醉酒驾驶机动车标准的，一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查”。这一指导意见的出台意味着要严惩醉驾行为，只要达到立案标准，一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查。

然而，无论是《刑法修正案（八）》还是《公安部指导意见》都未对醉酒驾驶的相关概念以及量刑情节作出明确规定，导致各地适用标准不一，判处的结果大相径庭。为了解决上述问题，2013年12月18日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。《意见》规定“在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上的，属于醉酒驾驶机动车，依照刑法第133条第1款的规定，以危险驾驶罪定罪处罚”，同时对“道路、机动车”范围进行规定，明确定罪量刑的情节以及程序问题。《意见》进一步细化了醉驾型危险驾驶罪的法律适用标准，有利于司法实务部门统一适用。

## （三）《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》：醉驾不必一律入刑

自从2011年《刑法修正案（八）》将“醉驾行为”纳入刑法以来，对于“醉驾”是否一律入刑，理论界以及实务部门存在“一律入刑”和“不必一律入刑”两种立场。

支持“一律入刑”的学者认为，醉驾没有情节的限制，属于抽象危险犯，只要存在行为人在道路上醉酒驾驶机动车的行为，就应构成犯罪。<sup>5</sup>“醉驾一律入刑”迎合了民众的需求，在当时持肯定的态度的学者占据了绝大多数。

也有不少学者支持“醉驾不应一律入刑”的观点，例如，赵秉志教授认为，醉驾的情形多种多样，不同情形的醉驾，其社会危害性也各不相同，对醉驾不应一律入罪。<sup>6</sup>2011年5月10日，时任最高人民法院副院长的张军在重庆召开的全国法院刑事审判工作座谈会上指出，各地人民法院要正确把握危险驾驶罪的构成要件，应当慎重稳妥地追究醉驾人的刑事责任，不应仅从文意理解《中华人民共和国刑法修正案（八）》的规定，认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的，就一律构成刑事犯罪，要与修改后的《中华人民共和国道路交通安全法》相衔接，对于情节显著轻微，危害不大的，可以不入罪。<sup>7</sup>也就是说，“醉驾不应一律入刑”，应区别对待。张军的上述观点引起理论界和实务界的广泛关注和讨论，这与之前“醉驾一律入刑”的观点形成鲜明的对比。对此公安部 and 人民检察院发出了与最高人员法院截然相反的声音，对醉驾行为一经查实，一律立案，一律起诉，即坚持“醉驾一律入刑”的立场。

随后针对学者提出的“醉驾是否一律入刑”的争议，2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》终结了这一争议，该《量刑指导意见》第3条规定：“对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。这是最高人

<sup>3</sup> 饮酒后驾驶机动车的，处暂扣6个月机动车驾驶证，并处1000元以上2000元以下罚款。因饮酒后驾驶机动车被处罚，再次饮酒后驾驶机动车的，处10日以下拘留，并处1000元以上2000元以下罚款，吊销机动车驾驶证。醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；5年内不得重新取得机动车驾驶证。饮酒后驾驶营运机动车的，处15日拘留，并处5000元罚款，吊销机动车驾驶证，5年内不得重新取得机动车驾驶证。醉酒驾驶营运机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；10年内不得重新取得机动车驾驶证，重新取得机动车驾驶证后，不得驾驶营运机动车。饮酒后或者醉酒驾驶机动车发生重大交通事故，终生不得重新取得机动车驾驶证。

<sup>4</sup> 孙伟铭，男，四川广安县人。因其于2008年底，无证醉酒驾车，造成四死一重伤的惨案，最终以“构成以危险方法危害公共安全罪”判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。他也是国内首位因无证醉酒驾车肇事而获最高刑罚者，因此引起国内广泛关注。

<sup>5</sup> 转引自杨柳，《醉驾定罪依据论》，载《法商研究》2018年第1期，第51页。

<sup>6</sup> 赵秉志、袁彬：《“醉驾入刑”热点问题探讨》，载《刑法论丛》2011年第3卷，第174页。

<sup>7</sup> 凤凰网：最高人民法院副院长张军 正确把握危险驾驶罪构成条件，[http://news.ifeng.com/gundong/detail\\_2011\\_05/10/6298827\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/gundong/detail_2011_05/10/6298827_0.shtml)，2018年5月26日访问。

民法院自“醉驾”入刑以来，首次以司法解释的形式肯定了“醉驾不必一律入刑”。对该意见的出台，有学者认为，《量刑指导意见（二）》为“醉驾”出罪提供了法律依据<sup>8</sup>。该意见的出台终结了“醉驾是否一律入刑”的争论。

### 三、醉驾型危险驾驶罪的实践效果

为了准确地反映“醉驾”入刑的实践效果，笔者登录中国裁判文书网、北大法意平台以及最高人民法院司法数据研究院，输入“醉酒”、“危险驾驶罪”等关键词，时间段2011年5月1日至2017年12月31日。通过具体数据展现自醉驾入刑以来危险驾驶罪的实践效果，以期对我国刑事立法提出参考建议。

#### （一）醉驾型危险驾驶罪的实证调研分析报告

##### 1. 醉驾型危险驾驶的案发数量

为了准确的反映危险驾驶罪对醉酒的规制效果，笔者登录中国裁判文书网，关键词输入“危险驾驶罪”和“醉酒”，时间段的选取是从2011年5月1日到2017年12月31日止。

据中国裁判文书网的数据显示，2011年至2017年，全国各级法院收受的危险驾驶案的数量分别为942件、6399件、27071件、116434件、84736件、165985件和183786件。<sup>9</sup>与此同时，2011年至2017年醉驾型危险驾驶案的数量分别为937件、6315件、26687件、113234件、78978件、149853件和160637件。<sup>10</sup>根据以上数据，我们做出了图表1和图表2。

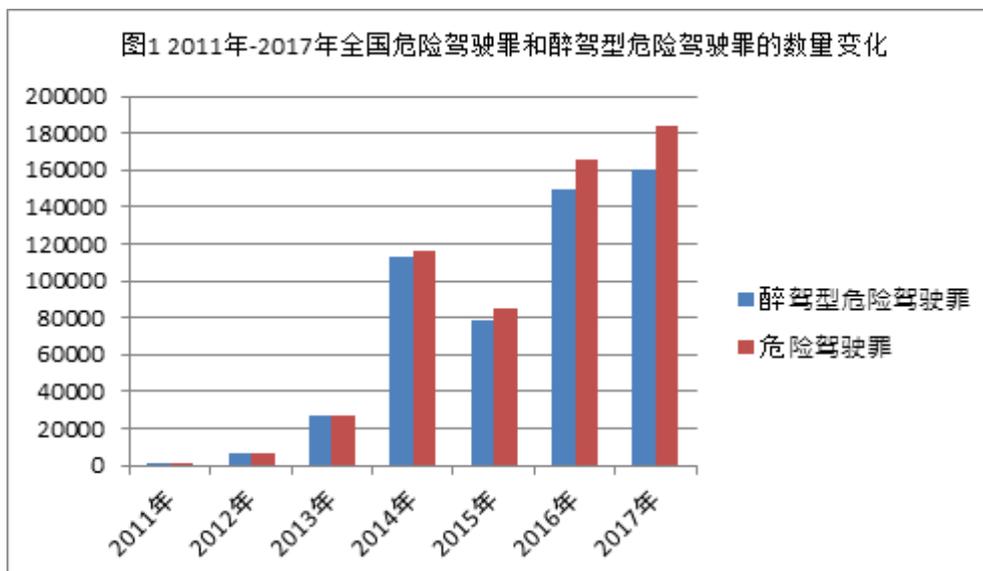
根据上述数据，我们可以得出如下结论：

（1）全国各级法院收受的危险驾驶案的数量逐年上升，从最初的942件上升到2017年的183768件。仅仅2017年一年时间，全国法院就受理危险驾驶罪的案件达到18万件。数量增长之快令人惊讶。众所周知，危险驾驶罪最高刑才可判拘役6个月，一年审理18万件是否挤占大量司法资源，数据更具有说服力。

（2）醉驾占危险驾驶罪的绝对多数，八年时间绝大多数占90%以上。2011年占99.47%，2017年比例有所下降，但是仍然占87.40%。（详见图表2）

（3）醉驾占危险驾驶罪的比例在不断下降。从2011年的99.47%下降为2017年的87.40%。下降原因一方面是由于醉驾行为确实减少，还有一个原因就是我国刑事立法修改，补充了两种危险驾驶罪的情形，所占的基数变大，由此醉驾型危险驾驶罪所占比例也相应减少。（详见图表2）

图表1 2011年-2017年我国危险驾驶罪和醉驾型危险驾驶罪的数量对比图

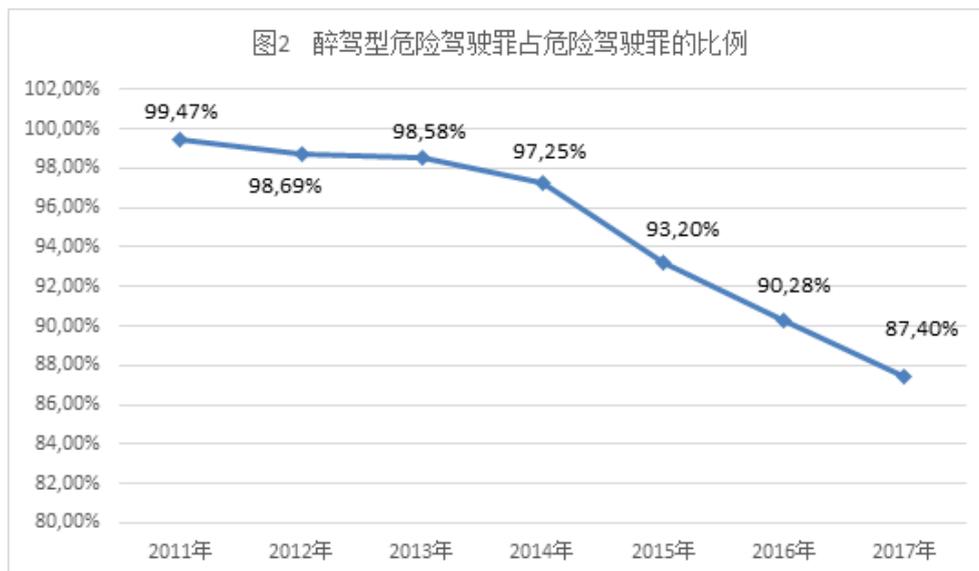


图表2 2011年-2017年醉驾型危险驾驶罪占危险驾驶罪的比例趋势图

<sup>8</sup> 杨柳：《醉驾出罪依据论》，载《法商研究》，2018年第1期。

<sup>9</sup> 中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=TZC2DPZC&guid=0d381791-35da-9c3db5ef-e92223a17be3&conditions=searchWord+QWJS+++E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA>，2018年6月1日最后访问。

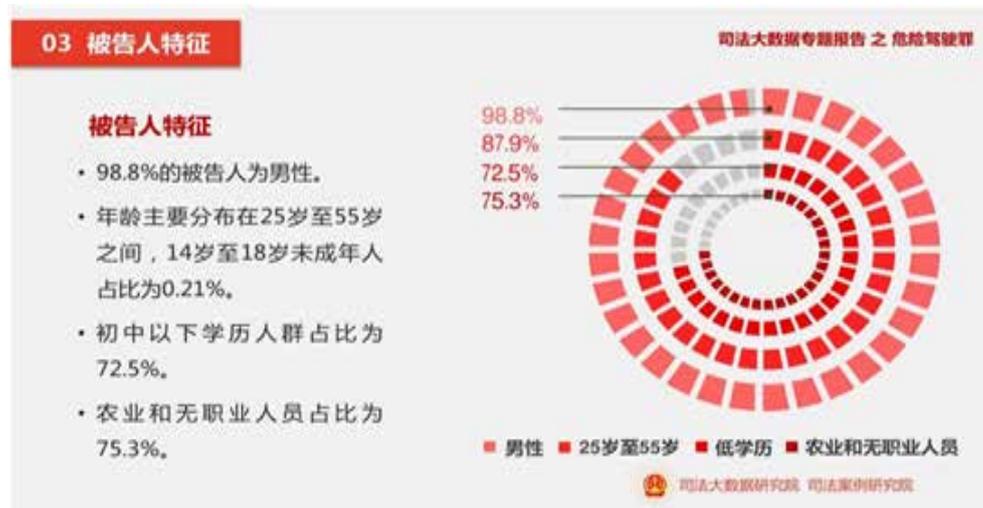
<sup>10</sup> 中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=0acdb635-594b-a30c812d-d152b1706769&conditions=searchWord+QWJS+++E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA%20%E9%86%89%E9%85%92>，2018年6月1日最后访问。



### 2. 被告人基本情况

从图表3、图表4和图表5可以看出，目前涉嫌危险驾驶罪的人员基本为男性，占98.8%，而女性不到2%；涉嫌人员主要集中在25岁至55岁之间，这一阶段的为案件高发人群，而14岁至18岁未成年人只有0.21%；涉嫌危险驾驶案的人员一般学历不高，其中初中以下学历人群占比为72.5%，多数是农民和无职业人员，高达75.3%，而摩托车和轿车发生事故的几率高于其他类型的机动车辆，分别占47.37%、35.61%。<sup>11</sup>

图表3 涉嫌醉驾型危险驾驶罪被告人基本情况



<sup>11</sup> 最高人民法院网：司法大数据专题报告之危险驾驶罪：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-63162.html>，2018年5月16日访问。

图表4 涉嫌醉驾型危险驾驶罪被告人特征



根据图表3和图表4的数据，我们可以分析得出如下结论：

- (1) 涉嫌醉驾的人员大部分为男性。究其原因，男性主要是社会活动的参加者，中国是酒文化传统影响比较大的国家，人际交往过程中，酒是必不可少的。
- (2) 涉嫌人员主要集中在25岁至55岁之间，这一阶段的为案件高发人群，而14岁至18岁未成年人只有0.21%。
- (3) 涉嫌人员普遍学历较低，初中以下学历的占比率为72.5%。就职业分布来看，农民和无职业人员占比为75.3%。高学历人群和有正式职业者相对而言占比较小。
- (4) 涉嫌醉驾的人员的职业分布为农民、无职业人员、务工人员为最多还有私营个体人员、职员以及工人。国家工作人员与学生占比例不高。

图表5危险驾驶案机动车类型所占的比例



根据图表5的数据，我们可以分析得出如下结论：危险驾驶罪案件涉案机动车类型中，主要以轿车和摩托车为主，其中轿车比例最高，占47.37%。摩托车比例在其次，占35.61%。客车占12.69%。三轮摩托车占2.09%，卡车仅占0.17%。

3. 各法院所在省市案件数分布（分别为图表6、图表7）

为了准确了解醉驾案件在全国省市的地域分布情况，笔者登录法意科技平台，通过输入“危险驾驶罪”以及“醉酒”关键词，对数据进筛选，符合条件的案件总数为22322件。<sup>12</sup>其中浙江省、河南省以及山东省占据前三位。

<sup>12</sup> 法意科技平台，<http://www.lawyee.com/>。

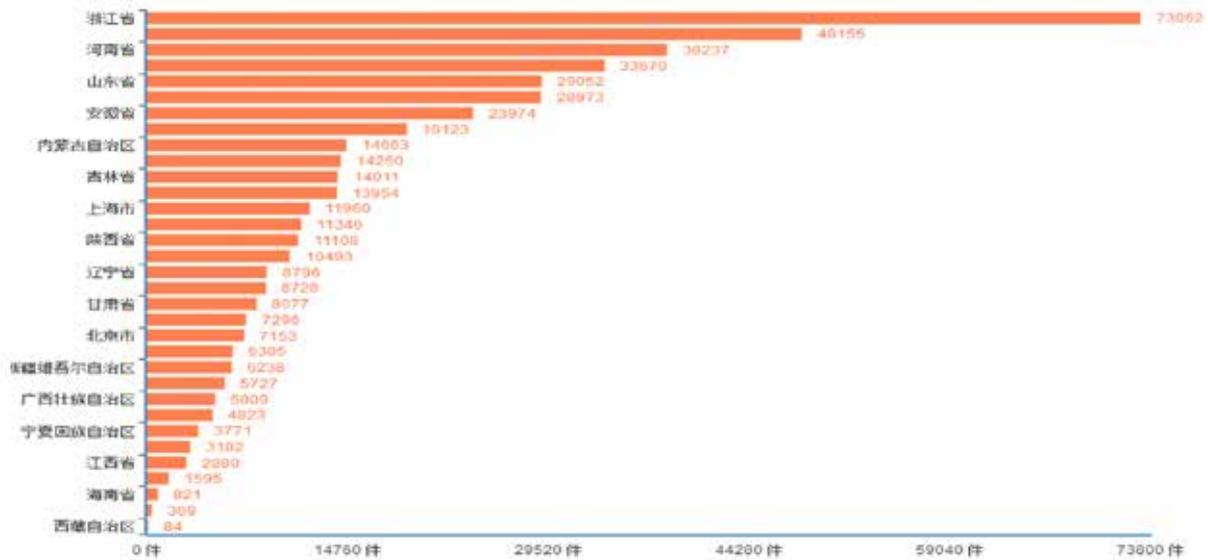
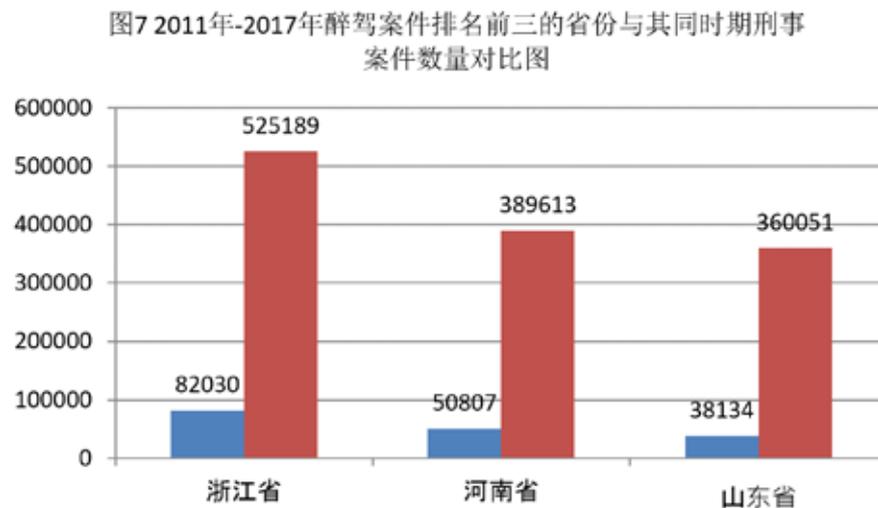
图表6 涉嫌醉驾案件地域分布情况<sup>13</sup>


图7 2011年-2017年醉驾案件排名前三的省份与其同时期刑事案件数量对比图



根据图表6和图表7的数据，经过分析得出如下结论：

(1) 根据中国裁判文书网的数据显示，2011年至2017年，浙江省、河南省以及山东省醉驾型危险驾驶案的数量分别为82030件、50807件以及38134件。<sup>14</sup>同时，2011年-2017年浙江省、河南省以及山东省刑事案件的数量分别为525189件、389613件以及360051件。<sup>15</sup>

(2) 通过图表7的数据分析可知，浙江省醉驾型危险驾驶罪占同时期刑事案件的比例为15.62%，河南省占13.04%，山东省占10.59%。排名前三的省份，醉驾型危险驾驶罪的数量占据同时期刑事案件的占比很高，三省的占比均达到了10%以上。法官大量时间用于审理以危险驾驶罪为代表的轻罪案件，势必会严重挤占刑事案件的司法资源。

<sup>13</sup> 法意科技平台数据和裁判文书网所取得的数据有不同，该平台做出的解释是：造成缺失样本的原因为法院合并、变更造成不能和标准的法院进行匹配导致提取缺失所致。

<sup>14</sup> 中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=ac22871f-dd40-837a605e-666fa320902d&conditions=searchWord+QWJS+++E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9-99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA%20%E9%86%89%E9%85%92&conditions=searchWord++CPRQ++E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20TO%202017-12-31>，2018年6月1日最后访问。

<sup>15</sup> 中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=JEFRXFMV&guid=5d988e29-04a7-167862c4-18a727860a1e&conditions=searchWord+1+AJLX+++E6%A1%88%E4%BB%B6%E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20TO%202017-12-31>，2018年6月1日最后访问。

## (二) 醉驾入刑的积极效果

醉驾入刑, 实现了法治效果和社会效果的统一, 有效地发挥了刑罚的震慑和威慑作用。具体表现在两个方面:

### 1. 醉驾入刑有效地遏制了醉酒驾驶的行为

从公安部公布的统计数据来看, 醉驾入刑后社会效果非常显著。2011年5月1日至2013年5月1日, 全国公安机关共查处酒后驾驶87.1万起, 同比下降39.3%, 其中, 醉酒驾驶机动车12.2万起, 同比下降42.7%, 酒后驾驶和醉酒驾驶行为总量大幅下降。<sup>16</sup>醉驾入刑5周年(2011至2016), 据公安部交管局的的数据显示, 全国公安机关查处饮酒后驾驶机动车与法律实施前5年环比下降34%, 其中查处醉酒驾车的案件环比下降了38%。<sup>17</sup>由此可见, 我国刑法规定危险驾驶罪后, 在治理醉驾行为以及酒后驾驶机动车违法行为方面效果显著。

### 2. 醉驾入刑有效降低交通事故发生概率

近几年来, 随着社会经济的快速发展, 汽车等交通工具日益进入千家万户, 汽车的保有量持续呈快速增长的趋势。据公安部统计, 截止2017年底, 全国机动车保有量达3.10亿辆, 其中汽车2.17亿辆, 机动车驾驶人达3.85亿人。<sup>18</sup>因此, 在机动车和驾驶人不断增长的趋势下, 案件的数量必然会呈现增长的态势。但是, 自从刑法规定醉驾型危险驾驶罪之后, 该罪的数量不但没有上升反而呈现下降的趋势, 通过图表2可知, 醉驾型危险驾驶罪占危险驾驶罪的比例每年呈递减的趋势, 这表明醉驾入刑取得了良好的社会效果和法律效果, 有效遏制了酒驾醉驾违法犯罪多发的势头, 同时也降低了不必要的交通事故的发生。

## (三) 醉驾入刑的消极后果

上述实证研究的结果表明, 自从危险驾驶罪纳入刑法以来, 醉驾问题得到了有效的遏制, 我国市民文明驾驶的习惯有所改善。“喝酒不开车, 开车不喝酒”的观念逐渐深入人心, 这是无法否认的事实。但任何事物都不可能是尽善尽美的, 尤其是一部新法的实施要经得住实践的检验, 醉驾型危险驾驶罪在司法运用过程中出现的问题更值得我们深入思考。笔者将从以下几个方面进行深入分析。

### 1. 以危险驾驶罪为代表的轻微罪案件挤占大量司法资源

笔者拟通过四组真实数据来说明这一问题。虽然这些数据来源不同, 但是都反映同一问题, 即危险驾驶罪案件大量挤占司法资源, 占用法官过多时间来处理这类轻微案件。

#### (1) 第一组数据: 中国裁判文书网2011-2017年危险驾驶罪判决书的数量

笔者登录中国裁判文书网, 关键词输入“判决书”, 案件类型输入“刑事案件”时间选取2011年5月1日至2017年12月31日, 共检索到判决书数量3875504件<sup>19</sup>; 关键词输入“判决书”、“危险驾驶罪”, 案件类型输入“刑事案件”。同时, 为了保证样本的统一性, 选取同样的时间段, 共检索到判决数量608508件<sup>20</sup>, 由数据分析可知, 危险驾驶罪所占的比例高达15.70%。

#### (2) 第二组数据: 广州市检察机关受理的危险驾驶罪的案件数量

2018年两会期间, 全国人大代表、广东省广州市人大常委会主任陈建华接受记者采访, 其提供的数据显示, 2011年5月至2017年10月, 广州市检察机关共受理危险驾驶案件14.5万件, 其中提起公诉的有14.2万件, 起诉率高达98.01%。<sup>21</sup>

#### (3) 2011-2013年全国判处危险驾驶罪的被告人数量

据最高人民法院胡云腾大法官在2014年中国刑法年会上透露, 自2011年《刑法修正案(八)》颁布生效以后, 截至2013年年底, 全国每年判处危险驾驶罪的被告人平均高达10万人左右。<sup>22</sup>醉驾占危险驾驶罪的比例虽然有所下降, 但仍然高达87%以上(数据可参见图表2)。

#### (4) 2012-2017年全国法院审结的危险驾驶罪案件

<sup>16</sup> 公安部交管局: “醉驾入刑两周年治理成效显著”, [http://www.gov.cn/gzdt/2013-05/02/content\\_2394368.htm](http://www.gov.cn/gzdt/2013-05/02/content_2394368.htm), 2018年5月17日访问。

<sup>17</sup> 新浪新闻: “醉驾入刑这些年”, <http://news.sina.com.cn/c/2018-01-02/doc-ifyqinzs7919168.shtml>, 2018年5月17日访问。

<sup>18</sup> 公安部交管局: “2017年全国机动车和驾驶人保持高位增长”, <http://www.mps.gov.cn/n2255040/n4908728/c5977158/content.html>, 2018年5月31日最后访问。

<sup>19</sup> 中国裁判文书网: <http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=09fc7af6-3f31-7e63399f-4638781fe699&conditions=searchWord+1+AJLX++E6%A1%88E4%BB%B6E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91E4%BA%8B%E6%A1%88E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20%20TO%20%202017-12-31&conditions=searchWord+QWJS+++E5%85%A8E6%96%87E6%A3%80E7%B4%A2:%E5%88%A4%E5%86%B3%E4%B9%A6>, 2018年6月1日最后访问。

<sup>20</sup> 中国裁判文书网: <http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=09ad35ae-9d69-18e14ca0-4cedd4419b2f&conditions=searchWord+1+AJLX++E6%A1%88E4%BB%B6E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91E4%BA%8B%E6%A1%88E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20%20TO%20%202017-12-31&conditions=searchWord+QWJS+++E5%85%A8E6%96%87E6%A3%80E7%B4%A2:%E5%88%A4%E5%86%B3%E4%B9%A6%20E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6E7%BD%AA>, 2018年6月1日最后访问。

<sup>21</sup> 陈建华代表: 《建议将部分醉驾案纳入附条件不起诉范围》, 载《检察日报》, 2018年3月17日第7版。

<sup>22</sup> 姜涛: 《比例原则与刑罚积极主义的克制》, 载《学术前沿》2016年第8期, 第92页。

根据2018年最高人民法院的工作报告,过去五年,全国法院审结危险驾驶犯罪69.4万件。其中,绝大部分危险驾驶案件是醉驾案件。<sup>23</sup>这只是危险驾驶罪一个罪名的案件数量,如果加上其他轻微犯罪,案件数量所占全部刑事案件的比例可想而知。

通过以上四组数据可知,我国是以重罪为主要核心的刑罚体系,与之相配套的司法系统也是重罪模式。随着社会的发展,在我国轻罪不断增长的前提下,如果对于重罪以及轻罪不区别的适用统一模式,不仅会导致大量轻微犯罪受到的处罚过于严厉,还会严重浪费大量的司法资源,也就意味着适用于重罪的司法资源会大打折扣,同时也会加剧我国目前法院系统“案多人少”的矛盾。

## 2. 将导致犯罪圈进一步扩大

一般认为,“犯罪圈”是国家通过刑法的制定和修改对需要追究刑事责任的犯罪行为所划定的范围。2013年我国废除了劳动教养制度,劳教对象分流,大量轻罪进入刑法调整范畴,尤以醉驾型危险驾驶罪为代表。我国刑法入罪门槛降低,犯罪圈进一步扩大。刑法学界针对“犯罪圈”的扩大是否已经超越合理的界限,存在着肯定论和否定论两种不同的观点。

肯定论者认为,我国刑法犯罪圈的扩大,使刑罚宽缓化符合当今我国刑法发展的必然趋势,并不违背刑法的谦抑性理念。<sup>24</sup>还有学者认为,“虽然1997年《刑法》通过后,我国的犯罪圈有所扩大,但与英美国家相比,我国仍属于小犯罪圈的行列”。<sup>25</sup>否定论者认为,刑法是保护公民的最后一道防卫线,只有穷尽其他手段无法解决时才能发挥刑法的功能。何荣功教授对“过度刑法化”提出批判<sup>26</sup>,刘艳红教授认为,“我国今后的刑法调控的范围应该停止扩张,拒绝犯罪化,适当实行犯罪行为的非犯罪化”。<sup>27</sup>

大量轻罪入刑,犯罪圈扩大,会对我国现有刑法体系造成冲击,单一重罪模式已经不再适应现有刑法发展的速度。刑法介入早期化、法益保护前置化等问题应当引起刑法学者的重视。笔者认为,只有实现犯罪化和非犯罪化的均衡,对于重罪与轻罪进行区别对待,才能使犯罪圈处于合理的范围之内,从而实现法治地良好运行。

## 3. “犯罪标签”带来的消极后果

犯罪标签理论(labeling theory)<sup>28</sup>,又称之为社会反应理论,属于犯罪学范畴。该理论认为,犯罪或越轨行为不是行为本身的特质,而是社会对该行为做出标定或反应的结果。<sup>29</sup>

“犯罪标签”是司法机关对“犯罪人”进行定罪处罚后,由于其犯罪行为对其身份的影响而遭受与正常人不公平的待遇。一旦被贴上“犯罪标签”后,不仅使刑满释放人员很难融入社会,甚至会自暴自弃,有可能产生继续犯罪。我国刑法总则中未规定类似于西方国家的前科消灭制度,尤其对于以醉驾型危险驾驶罪为代表轻罪案件的犯罪人以及家属的生活产生很大的影响。

### (1) “犯罪标签”对犯罪人的影响

“犯罪标签”在我国立法中主要是通过通过对“犯罪前科”产生的不利后果呈现出来的,最大的消极后果就是不利于犯罪人重新回归社会。《刑法》第100条前科报告制度规定:依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。有前科的人,一般伴有各种资格的限制、甚至资格的停止。具体表现如下:

其一,公职人员如果由于醉驾而受到刑事处罚,会面临双开的严重后果。<sup>30</sup>中共党员还要接受党纪政纪处分。<sup>31</sup>《行政机关公务员处分条例》第17条第二款规定,行政机关公务员依法被判处刑罚的,给予开除处分。《事业单位工作人员处分暂行规定》第22条规定,“事业单位工作人员被依法判处刑罚的,给予降低岗位等级或者撤职以上处分。其中,被依法判处有期徒刑以上刑罚的,给予开除处分。”“行政机关任命的事业单位工作人员,被依法判处刑罚的,给予开除处分。”

其二,中共党员由于醉驾受到刑事处罚,还要接受党纪政纪处分。<sup>32</sup>党员干部触犯刑律的要给予党纪处分。《中国共产党章程》第38条第二款规定:“严重触犯刑律的党员必须开除党籍。”《行政机关公务员处分条例》第33条第一款规定,“具有以下三种情形之一的,应当开除党籍:因故意犯

<sup>23</sup> 搜狐网:人大代表:醉驾案件挤占大量司法资源 建议符合一定条件案件可不起诉, [http://www.sohu.com/a/225294342\\_313745](http://www.sohu.com/a/225294342_313745), 2018年5月31日最后访问。

<sup>24</sup> 卢建平,刘传稿:《法治语境下犯罪化的未来趋势》,载《政治与法律》,2017年第4期。

<sup>25</sup> 刘强:《我国适当扩大犯罪圈的必要性及思路》,载《青少年犯罪问题》,2014年第5期,第25页。

<sup>26</sup> 何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》,2015年第2期。

<sup>27</sup> 刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》,2011年第11期。

<sup>28</sup> Larry J Siegel: *Criminology*. Thomson Wadsworth, 2009, p. 214.

<sup>29</sup> 转引自李明琪,杨磐:《犯罪学标签理论的应然走向》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》,2012年第3期,第133页。

<sup>30</sup> 搜狐新闻:“2018新规:法官、公务员、教师等喝酒开车可直接开除!” [http://www.sohu.com/a/225809377\\_100132164](http://www.sohu.com/a/225809377_100132164).2018年4月21日访问。

<sup>31</sup> 中国纪检监察报:“醉酒驾车被判处刑罚 应如何给予党纪政纪处分”, [http://www.zgjicb.cn/content/2016-03/09/content\\_28356.htm](http://www.zgjicb.cn/content/2016-03/09/content_28356.htm).2018年4月21日访问。

<sup>32</sup> 中国纪检监察报:“醉酒驾车被判处刑罚 应如何给予党纪政纪处分”, [http://www.zgjicb.cn/content/2016-03/09/content\\_28356.htm](http://www.zgjicb.cn/content/2016-03/09/content_28356.htm).2018年4月21日访问。

罪被依法判处刑法规定的主刑（含宣告缓刑）的；被单处或者附加剥夺政治权利的；因过失犯罪，被依法判处三年以上（不含三年）有期徒刑的。”

笔者认为，危险驾驶罪是抽象危险犯。只要行为人在道路上醉酒驾驶机动车，即被认定为危险驾驶罪，并不要求发生危害结果。醉驾犯罪人的人身危险性小，且实践中大部分案件情节比较轻微，因此醉驾型危险驾驶罪是轻罪的典型代表。但如果对于轻罪犯罪人也要承受与重罪犯罪人一样的“犯罪标签”后果，非常不利于犯罪人回归社会，不利于刑罚教育刑功能的实现，而且有可能导致其他人对“犯罪人”避而远之，增加了犯罪人再社会化的难度，极有可能加深犯罪人对社会的仇视心理，不利于保障“犯罪人”的人权。

#### (2) “犯罪标签”对犯罪人家庭成员的影响

“犯罪标签”对犯罪人家属及其家庭成员可能产生株连效应。前科株连效应是指犯罪人的犯罪记录导致其近亲属和其他家庭成员由于法律法规的规定而受到规范性的株连评价，进而导致特定的权利遭到限制、特定的资格遭到剥夺的情况。<sup>33</sup>笔者认为，犯罪前科是为了预防犯罪人再次犯罪而对其设定的制度，这是社会大众都可以接受和认可的，然而由于某个特定主体的犯罪行为导致其近亲属和其他家庭成员某些资格的限制或者剥夺，是对其他人员的权利资格的剥夺和歧视，不利于刑法人权保障功能的实现。在中国，犯罪前科株连效应普遍的存在，这是我国在构建以醉驾型危险驾驶罪为代表的轻罪制度过程中的障碍。

犯罪前科株连效应严重影响轻罪犯罪人子女的入学、就业等。《公安机关人民警察录用办法》第6条规定，“有下列情形的，不得报考人民警察：……(五)直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的；”该规定直接剥夺相关权利人考试的资格。即使有些未被剥夺考试的资格，也会通过限制其他条件进而剥夺其权利。比如，在公务员面试考试中，政审是必不可缺少的环节，要对几代人有无犯罪记录进行审查。如果近亲属有犯罪记录，报考者就会被剥夺资格，从而失去考试乃至就业的机会。此外，在入党、入伍等过程中都要对其家庭成员等进行有无犯罪记录进行政治审查。于志刚教授就认为，政审这种“合法”预防或者控制的背后，其实是在做“有罪推定”，是对未然之罪或者“莫须有”之罪施加资格剥夺、权利限制甚至处罚。<sup>34</sup>笔者认为，这种规定与无罪推定原则是背道而驰的，是对犯罪人子女权利的间接侵犯，同时严重违反了刑法面前人人平等的原则。

犯罪前科株连效应将严重影响犯罪人及其亲属的生活。犯罪前科株连效应不仅仅体现在对于犯罪人工作的影响上，也同样严重影响犯罪人的日常生活。不仅犯罪人本人被排斥，而且其家庭成员也会被社会大众另眼看待。中国古代是“家族”本位，“株连”政策深入人心。俗语称“近朱者赤，近墨者黑”，或是“上梁不正，下梁歪”、“有其父，必有其子”等，强调的就是家庭影响力的作用，认为犯罪分子教育出来的孩子就是“犯罪人”。

笔者认为，犯罪前科株连效应严重忽略了个体独立的行为。犯罪人实施犯罪行为，其人格尊严和某些资格受到否定评价，是出于惩罚的目的，而且也是报应主义刑罚观要求使然。然而，前科株连效应却把犯罪成本延伸至犯罪人的亲属，这与我国宪法提倡的公平原则是不相符合的。一方面，犯罪人亲属对被害人有着自责心理，另一方面，还要承受来自社会大众的非难，严重影响其生活。醉驾型危险驾驶罪是我国法定刑中最轻的一个罪名，我国尚未建立轻罪模式体系，拘役6个月却要适用重罪模式的刑罚后果。这不仅对于犯罪人极其严格，同样对于其家属也是不公平的。笔者认为，对于所有的犯罪不加区别的适用重法体系模式，不仅达不到预防犯罪的目的，反而有可能激励潜在的“犯罪人”触犯更严重的罪名。

#### 四、对轻罪制度的反思与完善

##### (一) 短期方案：修改刑法分则第133条之一

笔者认为，既然危险驾驶罪是轻罪的典型代表，为了不伤筋动骨，可按照我国刑法规定终身监禁的做法，仅对刑法分则单个罪名做出特殊规定。这样有利于维护刑法的稳定性，也有利于消除轻罪的消极后果。具体方法是在刑法第133条之一增加一款，“行为人犯危险驾驶罪的，适用前科消灭制度。”

##### (二) 长期方案：《刑法》总则中规定轻罪前科消灭制度

由于醉驾型危险驾驶罪是轻罪的代表，对于该罪的反思也就意味着对于轻罪也应修改完善。轻罪行为人的危险性小，犯罪情节轻微，如果没有相应的制度规定在经过一定的法定期间之后将其消灭，将会使受刑罚处罚的人承担过于严苛的负担，并且严重影响他们复归社会，世界上大部分国家的刑法中都规定了前科消灭制度。因此，笔者认为，在我国轻罪不断扩大的情况下，有必要在刑法中引入前科消灭制度，用以消除我国轻罪入刑的消极影响。

##### 1. 我国应当建立轻微刑事犯罪的前科消灭制度

前科消灭制度是指“犯罪人”受到有罪宣告<sup>35</sup>或刑罚执行完毕，在满足一定的法定条件之后，经过法定的程序被注销其有罪宣告或刑罚处罚的犯罪记录，恢复其正常法律身份的制度。前科消灭包括两方面的内容，既包括单纯的被宣告有罪，也包括被判处一定的刑罚处罚。

前科消灭制度作为一项法律制度被大部分国家所吸纳，作为其刑罚体系的一项内容。《日本刑法典》第三十四条之二第1款定：监禁以上的刑罚已经执行完毕或者被免除执行的人，经过十年，未被

<sup>33</sup> 于志刚：《前科株连效应的刑法学思考》，载《法商研究》，2011年第1期，第150页。

<sup>34</sup> 于志刚：《前科株连效应的刑法学思考》，载《法商研究》，2011年第1期，第158页。

<sup>35</sup> 这里的“有罪宣告”既包括人民检察院作出的相对不起诉，也包括人民法院作出的免于刑事处罚以及缓刑执行。

判处有期徒刑以上刑罚的，刑罚宣告丧失效力。罚金以下的刑罚已经执行完毕或者被免除执行的人，经过五年，未被判处有期徒刑以上刑罚的，亦同。第2款规定：被宣告免除刑罚的人，在宣告确定后，经过二年，未被罚金以上刑罚的，免除刑罚的宣告丧失效力。<sup>36</sup>所谓，“被判处有期徒刑以上刑罚”，指其刑罚的宣告已经确定的情况。<sup>37</sup>《俄罗斯联邦刑法典》第86条规定了在下列情况下前科消灭：（1）被判缓刑的人，考验期届满；（2）被判处比剥夺自由更轻刑种的人，服刑期满后过1年；（3）因轻罪或中等严重的犯罪被判处剥夺自由的人，服刑期满后过3年；（4）因严重犯罪而被判处剥夺自由的人，服刑期满后过6年；（5）因特别严重的犯罪被判处剥夺自由的人，服刑期满后过8年。<sup>38</sup>《法国刑法典》虽未规定前科，但其规定了类似于前科消灭法律效果的复权制度。所谓的“复权”，是使根据刑罚宣告丧失的资格或权利恢复给其丧失者，使精神的负担减轻，意图促进社会复归的制度。<sup>39</sup>

笔者认为，我国应当建立轻微刑事犯罪的前科消灭制度。我国《刑事诉讼法》第275条规定了适用于未成年人犯罪的犯罪记录封存制度，这是我国立法改革中的重大进步，但是犯罪记录封存制度不仅范围过于狭窄，也不能达到“彻底消灭”前科犯罪记录的效果。笔者认为，前科消灭制度应当扩大适用于轻罪。而对于危害行为较大的犯罪行为以及累犯、惯犯等应当被排除在该制度之外。刑法是最为严厉的法律，刑罚的功能在于惩罚犯罪与保障人权，法律在发挥其最大地保障人权的同时，必须兼顾惩罚犯罪的功能。

## 2. 前科消灭制度的适用条件

前科消灭制度的适用条件包括形式要件和是实质要件。形式要件是指前科消灭要经过法定的期间，实质的要件是指“犯罪人”在法定期间的表现情况。笔者认为，轻罪的前科消灭制度的适用条件是首先设定一定的法定期间，在法定期间，“犯罪人”必须遵守相关的规定，即表现良好，没有再犯罪的可能性，没有对所在社区造成重大不良的影响。法定期间届满，则前科消灭，犯罪记录不得再留存。

构建轻罪前科消灭制度有效地兼顾了惩罚犯罪与保障人权的刑法目的。一方面有助于发挥了刑罚的严厉性，起到了警示作用，为我国建立轻罪制度消除了不利后果；另一方面，对于那些由于“一失足”的“犯罪人”顺利回归社会提供了制度保障，真正实现了刑法也是“犯罪人”的大宪章的功能。同时，前科消灭制度的建立契合了宽严相济的刑事政策，既体现了法律“严”的一面，又体现了其“宽”的一面，符合了我国转型时期的法治改革的要求。

<sup>36</sup> 《日本刑法典》，张明楷译，《法律出版社》2006年版（第2版），第19页。

<sup>37</sup> 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，《武汉大学出版社》2002年版，第954页。

<sup>38</sup> 《俄罗斯联邦刑法典》，黄道秀译，《中国法制出版社》2004年版，第38-39页。

<sup>39</sup> 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，《武汉大学出版社》2002年版，第947页。

## Общие положения тактики собирания вещественных доказательств General provisions of tactics of gathering physical evidence

Я. В. Комиссарова,

доцент кафедры криминалистики  
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
кандидат юридических наук, доцент

Y. V. Komissarova

PhD, docent,  
Associate Professor of the Criminalistics Department  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Я. В. Комиссарова, 2019

**Аннотация.** Человеческая деятельность, в том числе преступная, представляет собой сложную динамичную систему. Стремление получить желаемое (предмет потребности) побуждает человека действовать, мотивирует его преступную активность. Руководствуясь представлениями о результате, которого он намерен достичь, злоумышленник выбирает способ совершения преступления. Реализуя преступный замысел, субъект действует в конкретной обстановке, совершая множество операций. Взаимодействуя со средой, он вносит в нее изменения — оставляет следы. Изучая эти изменения, лица, ведущие расследование, получают информацию о событии преступления, позволяющую установить и изобличить преступника. Вот почему понятие следа является одним из наиболее значимых в криминалистике. С учетом деления доказательств на личные и вещественные в статье обобщены и в краткой форме изложены основные правила обнаружения, фиксации, изъятия материально-фиксированных следов, имеющих значение для уголовного дела.

**Ключевые слова:** материальные следы, вещественные доказательства, собирание доказательств, уголовный процесс, криминалистика.

**Abstract.** Human activity, including criminal activity, is a complex and dynamic system. The desire to get what you want (the object of need) encourages a person to act, motivates his criminal activity. Guided by the idea of the result that he intends to achieve, the attacker chooses the method of committing the crime. Realizing the criminal plan, the subject acts in a specific situation, performing a variety of operations. Interacting with the environment, it makes changes to it-leaves traces. By studying these changes, the persons conducting the investigation receive information about the event of the crime, which allows to identify and expose the offender. That's why the concept of trace is one of the most important in criminology. Taking into account the division of evidence into personal and material, the article summarizes and summarizes the basic rules for the detection, fixation, removal of material-fixed traces relevant to the criminal case.

**Keywords:** material traces, material evidence, collection of evidence, criminal procedure, criminalistics.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.102-104

В широком смысле слова следы — это любые изменения, связанные с событием преступления, отражающие его сущность и специфику. Единый источник происхождения обуславливает информационное единство следов: каждый след несет часть информации, а совокупность следов — всю информацию о преступлении и лицах, его совершивших.

В зависимости от условий получения информации о событии преступления различают три группы следов. Материально-фиксированные следы доступны для непосредственного восприятия всеми участниками судопроизводства. Так называемые знаковые следы для непосредственного восприятия недоступны, но могут быть изучены независимо от волеизъявления участников уго-

ловного процесса. Идеальные следы не только недоступны для непосредственного восприятия, их изучение невозможно без согласия и участия человека — «носителя» идеальных следов.

Материально фиксированные следы (следы-предметы, следы-вещества, следы-отображения) являются ценным источником криминалистически значимой информации и могут стать вещественными доказательствами по делу.

В соответствии со ст. 81 Уголовно-процессуального кодекса РФ (УПК РФ) вещественными доказательствами признаются любые предметы:

- 1) которые служили орудиями, оборудованием или иными средствами совершения преступления или сохранили на себе следы преступления;
- 2) на которые были направлены преступные действия, в том числе деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления;
- 3) иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела.

Объекты, имеющие значение для дела, могут быть получены: в ходе производства следственных и других процессуальных действий от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность; от иных юридических лиц; от участников процесса, в частности защитника; от физических лиц, не участвующих в деле. Особый порядок установлен для получения вещественных доказательств в рамках международного сотрудничества России с другими странами в сфере уголовного судопроизводства.

В уголовном судопроизводстве доказывание охватывает деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств. В свою очередь, собирание доказательств представляет собой самостоятельный многоэтапный процесс, структуру которого ученые — процессуалисты и криминалисты видят по-разному.

В литературе по уголовно-процессуальному праву обычно выделяют этапы поиска, получения и фиксации доказательств. Поисковые действия в этом случае характеризуются обобщенно — как работа с источниками информации, осуществляемая процессуальным и непроцессуальным путем (например, осмотр места происшествия и обращение к населению через средства массовой информации). Получение доказательств рассматривается через призму ст. 86 «Собирание доказательств» и ст. 75 «Недопустимые доказательства» УПК РФ. Фиксация ассоциируется исключительно с процессуальным оформлением доказательств.

Криминалисты при собирании доказательств акцентируют внимание на действиях по обнаружению, фиксации, изъятию и исследованию объектов, имеющих значение для дела.

Такого рода объекты могут быть легкодоступны для непосредственного восприятия, как, например, нож или пистолет, оставленные преступником возле тела жертвы. Восприятие материальных следов преступления участниками судопроизводства может быть затруднено. Например, в силу того, что они являются слабо видимыми (брызги крови на многоцветном ковре с мелким рисунком) или их концентрация невелика (яд в стакане с жидкостью, которую пил погибший; посторонний запах на фоне гнилостных изменений трупа и т.п.). По своей природе криминалистически значимая информация изначально может быть недоступна для восприятия человеком посредством органов чувств. Характерный пример — звук за пределами диапазона частот, которые способны слышать люди.

Материальные следы могут оказаться «невидимыми» не только в силу особенностей слеодообразующего и следовоспринимающего объекта, как бесцветный след пальца руки на бумаге, но и по причине сокрытия кем-либо. Например, если преступник для незаконного хранения огнестрельного оружия оборудовал в квартире тайник.

Таким образом, «поиск» потенциальных вещественных доказательств с точки зрения криминалистики представляет собой цепочку разнообразных действий и операций по выявлению материальных объектов — носителей криминалистически значимой информации.

Работа с каждой группой следов (запаховые, биологического происхождения, транспортных средств, применения огнестрельного оружия и т.д.) имеет свою специфику. В ряде случаев обнаружение интересующих следствие объектов без использования технико-криминалистических средств затруднено либо невозможно. Однако есть несколько общих правил, которые следует соблюдать, чтобы впоследствии можно было признать объект вещественным доказательством:

- при производстве следственных действий нельзя перемещать объекты, пока они не будут описаны в протоколе и сфотографированы (при необходимости);
- следователь должен работать в перчатках и следить за тем, чтобы не оставить на объектах своих следов (в том числе биологического происхождения, например при кашле);
- лицам, участвующим в производстве следственного действия (прежде всего понятым), надо разъяснить недопустимость передвижения по территории без разрешения следователя и прикосновения к любым объектам.

Недостаточно выявить тот или иной след, необходимо его зафиксировать и изъять. Для обнаружения, фиксации и изъятия объектов целесообразно пригласить специалиста.

Объекты, которые могут иметь значение для дела (в том числе объекты-следоносители) жела-

тельно изымать в натуре. Когда это невозможно или есть основания полагать, что следы по тем или иным причинам могут изменить свой первоначальный вид, изготавливают копии. Характерный пример — изготовление слепков объемных следов ног, оставленных преступником на влажном песке.

С учетом изложенных криминалистических правил работы с материальными следами вещественные доказательства по источнику происхождения принято делить на первоначальные и производные.

Основной способ фиксации криминалистически значимой информации предусмотрен УПК РФ — описание объектов и всех совершенных с ними манипуляций в протоколе.

Дополнительными способами фиксации материальных следов являются: графическая (например, составление схемы взаиморасположения объектов на месте происшествия); предметная (изготовление слепков с объемных следов ног в снегу); наглядно-образная (фотографирование).

В протоколе указываются:

- характеристика участка местности, здания, сооружения, помещения, где были обнаружены объекты, — потенциальные вещественные доказательства. Наименование и общее описание каждого предмета, на котором были обнаружены следы;
- вид и общая характеристика выявленных следов (форма, размер, наличие выраженных особенностей); их количество и расположение относительно друг друга и неподвижных ориентиров (расстояния следует измерять точно);
- приемы и средства, применявшиеся при обнаружении, фиксации и изъятии объектов;
- способ упаковки изымаемых объектов и пояснительные надписи на ней.

Все объекты должны быть упакованы таким образом, чтобы избежать их повреждения (повреждения имеющихся на них следов) и обеспечить сохранность на весь период производства по делу либо до передачи в распоряжение эксперта.

Согласно ч. 8 ст. 166 УПК РФ к протоколу прилагаются фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы допроса, кассеты видеозаписи, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов, выполненные при производстве следственного действия, а также электронные носители информации, полученной или скопированной с других электронных носителей информации в ходе производства следственного действия.

При производстве по уголовному делу признанию объекта вещественным доказательством может предшествовать его экспертное исследование.

Судебная экспертиза — основная форма использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве. Порядок производства судебных экспертиз регламентирован Федеральным законом от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

Экспертиза материально фиксированных следов назначается для решения:

- а) диагностических задач по установлению состава, структуры, свойств и состояния объектов, а также причин их изменения в связи с совершенным преступлением (примером может служить дактилоскопическая экспертиза следов пальцев рук, изъятых с места происшествия, назначаемая в целях решения вопроса об их пригодности для идентификации личности);
- б) идентификационных задач по установлению тождества исследуемого объекта самому себе на основе изучения его отображений (например, идентификация огнестрельного оружия по стреляным пулям и гильзам).

За исключением случаев, перечисленных в ст. 196 УПК РФ, когда назначение экспертизы обязательно, следователь самостоятельно решает, какие экспертизы необходимо провести по делу. Он также определяет последовательность проведения экспертиз разных видов, выбирает экспертное учреждение или лицо, которым будет поручено производство экспертизы.

В соответствии с ч. 1 ст. 14 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» на руководителя государственного судебно-экспертного учреждения возлагается обязанность по получению постановления или определения о назначении судебной экспертизы поручить ее производство конкретному эксперту или комиссии экспертов данного учреждения, которые обладают специальными знаниями в объеме, требуемом для ответов на поставленные вопросы. Таким образом, руководитель государственного судебно-экспертного учреждения может оказать содействие следствию в ситуации, когда следователь не смог правильно определить перечень экспертиз, которые надо провести, чтобы ответить на все вопросы.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Криминалистика : учебник / Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма ; Инфра-М, 2018. — 928 с.
2. Криминалистические средства и методы собирания доказательств : учебное пособие для бакалавров / О. В. Волохова, Н. Н. Егоров [и др.] ; ред. Е. П. Ищенко. — М. : Проспект, 2017. — 288 с.
3. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. — М. : Юрист, 2009. — 175 с.

## 德国犯罪论体系的百年流变及其哲学方法论根基 Столетняя эволюция и философско-методологические основы немецкой системы уголовного наказания Hundred-year evolution and the philosophical methodology basis of the german criminal penalty system

杨金科<sup>1</sup>

(河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

Ян Цзинь-ке<sup>2</sup>,

доктор юридических наук, преподаватель Юридического института Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн,  
р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Yang Jin-ke<sup>3</sup>

Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001

© Ян Цзинь-ке, 2019

**摘要:** 德国犯罪论体系百年来先后经过了古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的行为论犯罪论体系、新古典目的综合犯罪论体系以及目的理性的犯罪论体系几个阶段, 而其背后的哲学思想分别是受实证主义哲学、新康德主义哲学、存在主义哲学以及新康德主义和新黑格尔主义哲学的影响, 但从方法论的角度看主要是一元论与二元论之争。二元论秉持事实与价值二分, 实然推不出应然, 规范只能由规范导出的基本观点来推导犯罪论体系; 一元论认为存在之中包含秩序, 实然与应然浑然一体, 事实也能导出规范的出发点来演绎犯罪论体系。这也证实了“犯罪理论在二十世纪的发展, 绝不是一个单纯的刑法内部讨论的结果, 而是有着哲学和思想史的发展背景的”。

**关键词:** 德国 犯罪论体系 哲学 一元论 二元论

**Аннотация.** Немецкая система уголовного наказания прошла в своем развитии пять этапов: этап классической теории уголовного права, этап новой классической теории уголовного права, этап новой классической объективной комплексной теории уголовного права, этап окончательного оформления социального учения о деянии (*Handlungslehre*), этап целенаправленной рациональной (функциональной) криминальной теории. Основные философские направления: позитивистская философия, новая философия Канта, философия существования наряду с новой философией Канта и новой философией Гегеля. Но в контексте методологии мы в основном имеем дело с противостоянием между монизмом (онтология) и дуализмом (деонтология). Дуализм отстаивает дихотомию между фактами и ценностями, реальное естественное не может привести к должному. Дуализм говорит о существовании двух непреодолимых и разнородных начал в основе понимания природы преступного. Монизм не признает существования установленного порядка, реального и должного, говорит о возможности интерпретации норм. Исследование также подтверждает мнение о том, что теория преступлений в XX в. — это не просто результат дискуссий в рамках Уголовного кодекса, это система философских суждений и интеллектуальных размышлений.

**Ключевые слова:** Германия, система уголовного наказания, философия, монизм, дуализм.

<sup>1</sup> **作者简介:** 杨金科 (1982—), 男, 河南许昌人, 法学博士, 河南大学法学院讲师, 研究方向: 犯罪心理学。

<sup>2</sup> Ян Цзинь-ке родился в 1982 г. в г. Сюйчан провинции Хэнань.

<sup>3</sup> Yang Jinke (1982- ), male, born in Xuchang City in Henan Province, Doctor of Law, Lecturer of the School of Law in Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province.

**Abstract.** *The German criminal penalty system has been through five phases, which are classical criminal theory, new classical criminal theory, new classical objective comprehensive criminal theory, die finale Handlungslehre criminal theory, purposive rational (functional) criminal theory. The philosophy current of thoughts are the positive philosophy, new philosophy of Kant, philosophy of existence, along with the new philosophy of Kant and the new philosophy of Hegel. Though the perspective of methodology, it is mainly the dispute between monism (ontology) and dualism (deontology). Dualism uphold the dichotomy between facts and values, real natural can not push to ought, regulate exported only by the specification to derive the basic viewpoints of crime on the system; Monism considered exists included order, real and ought is seamless, the fact that the starting point can be exported to the interpretation of norms criminal system. It also confirms “the theory of the crime in the twentieth century, not a mere result of discussions within the Criminal Code, but has the development of philosophy and intellectual history background.”*

**Keywords:** *Germany Criminal Penalty System Philosophy Monism Dualism.*

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.105-110

目前在我国，犯罪论体系的构建亦即犯罪构成论的构建问题，又成为热议的话题，这其中德国的犯罪论体系则是公认的最重要的参照模式。加强对犯罪论体系哲学基础的研究，对于把握犯罪论体系的全貌和发展规律，促进完善我国的犯罪构成理论具有重要意义。<sup>4</sup>德国到了20世纪已经是世界最大刑法学输出国，所以谈当代刑法理论的发展，其实就是德国刑法理论的发展，说德国就是说世界，谈世界就是谈德国。<sup>5</sup>因此，了解德国的刑法理论对于处于后进刑法理论的我国有着积极的借鉴意义，尤其是我国正在讨论或维持或改造或推翻“四要件”犯罪论体系的当下了解德国的犯罪论更是如此。

所谓犯罪论指的是关于犯罪成立条件的理论，因而犯罪论体系是将成立犯罪的各种构成要素加以组织化、有序化排列，并对犯罪成立与否进行合理化功能性判断的知识系统。<sup>6</sup>自1906年，贝林（Beling）发表《犯罪论》一书，标志着古典犯罪论体系的建立，经过一百年的演变，德国的犯罪论体系先后经过新古典犯罪论体系、目的行为论的犯罪论体系、新古典目的综合犯罪论体系以及目的理性（功能性）的犯罪论体系几个阶段，影响上述体系背后的哲学思潮分别是实证主义哲学、新康德主义哲学、存在主义哲学以及新康德主义和新黑格尔主义哲学，从方法论的角度看主要是一元论（存在论）与二元论（规范论）之争。本文尝试对这一演变过程及其背后的哲学方法论根基作一分析。

#### 一、古典犯罪论体系及实证主义哲学

古典犯罪论体系创立于1906年，其标志性事件是贝林的《犯罪论》一书的出版，该书正式提出和构建了构成要件该当性、违法性和有责性的三阶层体系，由于此前的1881年，李斯特（Liszt）已经在其第一版的教科书中区分违法性和有责性，因此，学界一般称该体系为贝林—李斯特体系。该体系主要有以下特点：

第一，古典犯罪论体系是刑法理论史上第一个成形的犯罪阶层体系。它是将犯罪的成立条件区分为构成要件该当性、违法性和有责性三个要件，逐一递进来进行认定犯罪。的行为阶<sup>7</sup>如若前一阶层不符合则犯罪认定就此终止；如若前一阶层符合才能进行下一阶层的认定。这一思想既符合了司法认定的顺序规律，也符合效率原则<sup>8</sup>。同时，这一思想一经产生即产生了巨大影响，成为此后大部分大陆法系国家广泛接受的思想。

第二，古典犯罪论体系首先将犯罪区分为犯罪的主观面和客观面，其中有责性属于犯罪的主观面，构成要件和违法性属于犯罪的客观面。构成要件是纯客观的、记述的、价值中立的，违法性是消极的判断，违法性上采宾丁（Binding）的形式违法性说，不承认超法规的违法性阻却事由，违法性的本质采法益侵害说；责任阶层采心理责任论，故意和过失仅仅是罪责形式或罪责种类、责任能力被视为罪责的先决条件，紧急避险被视为阻却罪责事由。

第三，古典犯罪论体系在行为论上采用因果行为论，李斯特认为：“所谓行为，是对外界的有意的举动，更正确地说，是由有意的举动使外界变更，即（作为结果）引起变更或者没有妨碍变更。”<sup>9</sup>这是先于刑法的行为概念，也是日本学者所说的作为犯罪概念基底的“裸的行为”。<sup>10</sup>但是行为还不是一个独立的阶层。

古典犯罪论体系的创立是和当时所盛行的实证主义哲学密不可分的。而实证主义哲学的产生和近代自然科学的发展影响很大。众所周知，近代以来自然科学取得了很大的成就，尤其是19世纪建立起来的被恩格斯成为的自然科学的三大发现——细胞学说、使生物进化和能量守恒和转化定律得

<sup>4</sup> 杨志国：《德国犯罪体系演变的现代西方哲学思潮背景》，《政治与法律》，2010年第7期。

<sup>5</sup> 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法治出版社2005年版，第4页。

<sup>6</sup> 周光权著：《刑法总论》（第二版），中国人民大学出版社2007年版，第53页。

<sup>7</sup> 陈家林：《外国刑法总论》，中国人民公安大学出版社2009年版，第124页。

<sup>8</sup> 采用这种结构和顺序的详细理由可参考[日]西田典之著，刘明祥、王绍武译：《日本刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第44-45页。

<sup>9</sup> [日]大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第108-109页。

<sup>10</sup> [日]大塚仁著，冯军译：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社1993年版，第26页。

人类对世界的认识更近了一步。与自然科学的巨大进步相对应的是以经验主义为基础的科学主义和实证主义的崛起。其代表人物是英国哲学家穆勒 (Mill) 与法国哲学家孔德 (Comte)，他们要求哲学和社会科学学习自然科学实证的，可以验证的方法，以描述经验事实为内容，以获得实用效果为目的，从而建立一种排除形而上学、可以获得知识确切性和可靠性的哲学。<sup>11</sup>

一般认为，孔德创立了社会学，实际上，在孔德的语境中，社会学是广义的，它指的就是我们今天所说的社会科学，实证主义本质上就是用自然科学的方法研究社会科学把社会现象当做社会事实进行研究。在实证主义的影响下，当时刑法学家们试图将所有的法律概念都归结为在自然科学上可以清楚地查明阐述的经验性事实。因此，自然会得出下列结论：第一，古典犯罪论体系在行为论上采用因果行为论，才会出现李斯特将诽谤罪定义为符合构成要件的、违法并有责的空气振动而对被害人神经系统所导致的精神变化；<sup>12</sup>第二，因果关系的概念成为（外界现象的）构成要件的关键点，<sup>13</sup>行为与结果之间的因果关系的判断标准是条件说（亦称等价说）；第三，故意和过失亦是如此，它们只是主观心理事实，从而把责任限定为主观上可以被查明的对象，因此责任论上采用心理责任论。最后，法官对行为、构成要件符合性、有责性的判断，仅仅需要是否存在的事实性判断，而勿需价值性判断。这其中唯一的例外是在违法性的判断上，仍然需要价值的判断。

可是，实证主义影响下的体系自创立之日起就存在问题：第一，逻辑上不自洽。实证主义要求完全贯彻事实判断，排斥一切价值判断，但是古典犯罪论体系在违法性判断上不可避免的仍然要进行价值判断，这在逻辑体系上是矛盾的；第二，无法解释故意与过失的责任不同。按照古典体系，故意与过失都是心理事实，因而它们是同时因果机械作用下的产物，由此推理下去，如果过意结果犯和过失结果犯的结果相同时，理应承担同样的罪责，这显然和故意的有责性重于过失的有责性的做法不符合，难以自圆其说。这表明古典犯罪论体系依据的理论根据有问题，此后，迈耶 (Mayer) 发现构成要件也具有规范性的一面，指出了所谓规范性构成要件要素，证明了构成要件绝不可能成为价值中立性要件。<sup>14</sup>费舍尔 (Fischer) 首先发现主观违法要素，海格勒 (Hegler)、迈耶、绍尔 (Sauer)、麦茨格 (Mezger) 也分别提出主观违法要素理论。<sup>15</sup>今天，德国刑法学已经普遍认可了主观方面不法元素的存在。<sup>16</sup>构成要件是纯客观的观念也逐渐打破了，古典犯罪论体系的时代也就终结了。

## 二、新古典犯罪论体系及新康德主义哲学

20世纪30年代前后，迈耶 (Mayer)、麦兹格 (Mezger) 等人对古典犯罪论体系进行改造，批判了其自然主义、实证主义的方法论，把新康德主义的认识论引入刑法方法论之中，根据刑法自身的目的和价值观重新理解和评价古典犯罪论体系。因此，被称之为新古典犯罪论体系。该体系在维持古典犯罪论体系基本框架的前提下对古典论的相应部分都做了一定的修正。

第一，行为论上由因果行为论逐步走向社会行为论。施密特 (Schmidt) 提出：“所谓行为，是指向社会性外界的有意的态度，严密地说，是有意的态度引起的外界的变更，不问该变更是由作为引起的还是不作为引起的”。<sup>17</sup>

第二，构成要件阶层上，发现主观的违法要素与规范的构成要件要素、构成要件与违法性不再是无关系的、构成要件也不再是客观的、价值中立的。

第三，违法性阶层上，受实质违法性理论的影响承认超法规的阻却违法事由。

第四，有责性阶层上，弗兰克 (Frank) 提出规范的责任论取代了心理责任论，期待可能性理论形成，无期待可能性成为超法规的阻却责任事由。

导致上述新古典犯罪论体系出现取代古典犯罪论体系背后的哲学根基是新康德主义哲学。新康德主义有多个流派，其共同特征是标榜“回到康德”，实质是企图按照现代哲学精神重新解读康德，其中的西南德意志学派<sup>18</sup>对刑法学有着重大影响，其代表人物是文德尔班 (Windelband)、李凯尔特 (Rickert) 和拉斯克 (Lask) 等人。他们把事实世界和价值世界进行区分，这两个世界都不是实在的、客观的世界。事实世界只是属于主体的表象，价值世界也只是主体的一种公设。自然科学是研究事实世界的科学，属于事实知识；而社会历史科学（文化科学）研究价值世界，属于价值知识。他们区分二者并不是强调自然科学与社会历史科学的研究对象的不同，他们认为“经验科学的性质是自然

<sup>11</sup> 叶秀山、王树人总主编：《西方哲学史》（学术版）第七卷（上），江苏人民出版社2004年版，第6页。

<sup>12</sup> 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第27页。

<sup>13</sup> [德]许迺曼著，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，新学林出版股份有限公司2006年版，第266页。

<sup>14</sup> [韩]李在祥著，韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社2005年版，第91页。

<sup>15</sup> [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第381-382页。

<sup>16</sup> [德]约翰内斯·韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社2005年版，第81页。

<sup>17</sup> [日]大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第109页。

<sup>18</sup> 因其活动中心是位于德国西南部的巴登州得名西南德意志学派或巴登学派；因其早期活动中心在弗莱堡学又称为弗莱堡学派；因其后期活动中心在海德堡大学，故又称海德堡学派；还由于它着重先验心理和价值问题的研究，有时还被称为先验心理学或价值哲学。

研究和历史研究所共有的，也就是说，二者都以经验、感觉事实作为出发点，从逻辑上说就是作为推论的前提”，<sup>19</sup>也就是说二者有相同的物质基础即客观现实，但是客观的现实是不理性的，这种不理性必须经由概念的形成方法予以克服，现实的世界本身并没有秩序和理性，必须透过在它之外的主体才能赋予它秩序和理性，换言之，并没有独立于主体之外、超越人的意识之外的客观现实，因为所有的认识都是透过主体对客体认识的结果。<sup>20</sup>但是二者又有着根本的区别就是方法论上的认识方式不同。自然科学是用普遍化的方法来寻求自然的规律，因而形成了共同的概念和法则，社会历史科学则是用个别化的方法，也就是对特殊的具体的事件进行描述的方法，把过去的某一事件再现于当前的观念中，因此不可能达到普遍化。由此，自然科学是价值中立的，而社会历史科学是价值关涉的。所以，价值体系的形成过程和物的本身是不相关的，价值只能从价值当中形成，不能从客观现实中形成，“价值思考和实然思考是独立的、各自在自身的范围内同时并存的，这就是二元方法论的本质”。<sup>21</sup>

按照新康德主义的思路既然有事实世界和价值世界两个世界，犯罪事实对应于事实世界，犯罪论体系就应当对应于价值世界，因此，就会相应地得出以下的结论：第一，在行为论上，纯粹自然意义上的因果行为论不可取，后来逐步被具有价值判断性质的社会行为论所取代；第二，构成要件必然不可能纯粹价值中立的，这正和迈耶、麦兹格等人发现的主观违法要素和规范构成要件要素相吻合；第三，违法性的本质不能是形式违法性论而必然是包含价值判断的实质违法性论；第四，关于有责性，心理责任论关于故意和过失仅仅是心理事实的看法也必然会淘汰。弗兰克指出：“罪责是行为人在违反义务的意志形成上所存在的非难可能性，即使是在有故意或过失的情况下，罪责亦非具有必然性，因为还有附随情状的通常性关系到罪责的有无及大小”。<sup>22</sup>按照弗兰克的规范责任论形成了全新的有责性阶层：责任能力、罪责形式、附随情状的通常性。这里的附随情状的通常性不是对主观心理的描述，而是对客观情况的规范判断，从而打破了刑法学上“违法是客观的、责任是主观的”这一既定观念。在此基础上，弗兰克进一步提出，罪责的本质不是行为人的心理事实，而是行为人的非难可能性。<sup>23</sup>

### 三、基尔学派与整体考察方法

自1930年代到1945年的一段时期是德国历史上黑暗的一页，以希特勒为代表的纳粹党人掌握了政权，纳粹主义思想要求立法和司法作出符合纳粹主义需要的相应改变，以基尔大学的一批年轻学者为代表组成了所谓的基尔学派，迎合了这一要求，为纳粹主义摇旗呐喊，这其中的刑法学者是达姆（Dahm）和沙夫施泰恩（Schaffstein）。他们自认为是国家社会主义在刑法学中的开路先锋和魏玛时期自由的基本立场的反对者，意图克服康德体系的分裂思想的完整思考方法、与被视为刑法的软骨头的减轻罪责理由斗争。<sup>24</sup>理所当然，纳粹统治国家不容许在法律和道德之间存有区分。而这意味着：纳粹主义的价值观，<sup>25</sup>刑法实质违法性理论高度政治化，“健全的国民情感”成为实质违法性标准。沙夫施泰恩提出违法的本质不是法益侵害而是义务违反的理论，达姆则将犯罪视为对公民共同体背叛和不忠诚。

基尔学派是以非合理主义为根基采用整体考察方法的理论体系，但本节不打算对其着墨过多。因为，为了替代新康德主义，整体主义理论采用“全体的考察方法”，最终，将刑法归结为非合理主义，从而否定了刑法学自身的特性。<sup>26</sup>从这种意义上来说，非合理主义体系并不具备现代世界所普遍奉行的法治主义的精神，它除了佐证哲学可以影响和支配刑法学之外，在犯罪论研究中不具有其积极的价值。这个整体的考察方法最后几乎导向非理性主义和宿命论，并因而使得刑法学失去存在的价值。<sup>27</sup>

### 四、目的行为论的犯罪论体系

目的行为论的犯罪论体系建立者之桂冠无疑当属于韦尔策尔（Welzel），该体系的基础是目的行为论，韦尔策尔于1931年提出目的行为论，“二战”之后成为支配性的犯罪论体系，它直接促使犯罪论体系发生了巨变，其特征主要有以下几点：

第一，行为论上采用目的行为论，韦尔策尔认为：“受目的确立的意思支配的实在意义的统一体是刑法上的行为，行为成为一个独立的阶层。”<sup>28</sup>

<sup>19</sup> [德]文德尔班：《历史与自然科学》，洪谦主编：《西方现代资产阶级哲学论著选辑》，商务印书馆1964年版，第58页。

<sup>20</sup> 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法治出版社2005年版，第126页。

<sup>21</sup> [德]拉德布鲁赫著，王朴译：《法哲学》，法律出版社2005年版，第8页。

<sup>22</sup> [德]弗兰克：《论责任概念的构造》，冯军主编：《比较刑法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第130页。

<sup>23</sup> [德]弗兰克：《论责任概念的构造》，冯军主编：《比较刑法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第131页。

<sup>24</sup> [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第258页。

<sup>25</sup> [德]福格尔：《纳粹主义对刑法的影响》，陈兴良主编：《刑事法评论》第24卷2010年版，第300页。

<sup>26</sup> [德]贝恩德·许内曼编：《现代刑法体系的基本问题》，成文堂1990年版，第20页。

<sup>27</sup> [德]许迺曼著，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，新学林出版股份有限公司2006年版，第276页。

第二，构成要件阶层明确承认主观的构成要件。目的犯中的目的、表现犯中的态度、倾向犯中的倾向成为特殊的主观构成要件；故意既是责任要素，同时作为构成要件被定位为一般主观构成要件；过失也发生变化，客观注意义务成为构成要件，行为人欠缺注意的可非难性属于责任。

第三，在违法性阶层，提出“人的不法”，将违法性的本质不仅仅定位于法益侵害还包括规范违反即采二元的行为无价值说。

第四，在责任阶层上，违法性认识从故意中分离出来成为与故意、过失并列的责任要素，故意与过失既是构成要件要素又是责任要素。

目的行为论的犯罪论体系是韦尔策尔依据现存论为哲学根基批判新康德主义和实证主义的过程中提出和建立起来的。罗克辛教授也指出了这一点，他提到：韦尔策尔的目的性行为理论是建立在哲学的现象学和本体论理论之上的这种理论认为应当根据行为的存在特征，建立一个对立法者来说已经预先规定的物本逻辑结构的体系。<sup>29</sup>所谓物本逻辑的结构，指的是人类学的常态，这个常态是先于法而存在，为法所不能改变的，并且因此应该为立法者所重视，所以它是刑法体系自然的基石，而刑法体系是先于法的规制而存在的。<sup>30</sup>简单地讲就是，所谓客观现实的存在并不是无理性的一团混乱，而是内含着秩序，刑法只是对对既有的现实存在进行描述而已，从现实的存在就可以导出刑法规范，这就是与新康德主义方法二元论相对应的方法一元论。根据上述理论，韦尔策尔对犯罪论体系进行了革命性的改造就有了充分性的理由：第一，韦尔策尔犯罪论体系最核心的部分就是他的目的行为论，他认为“行为的目的性是刑法基本的物本逻辑结构”。<sup>31</sup>因此，在行为论上采用目的行为论就是顺理成章的了；第二，既然先于构成要件的行为包含着意思这配的目的，那么构成要件行为必然不是纯客观的，主观的构成要件要素和行为就是密不可分的了，目的犯中的目的、表现犯中的态度、倾向犯中的倾向以及故意归属于构成要件阶层就水到渠成了；第三，韦尔策尔的理论进一步证实了实质违法性理论，违法性必须和行为无价值以及人的不法相联系。

### 五、现代新古典的犯罪论体系

现代新古典犯罪论体系也被称之为新古典目的综合犯罪论体系，事实上是新古典体系与目的行为论体系的组合。“这种组合通常是这样表现的，人们拒绝把目的性行为理论当做行为理论，但是，接受了其中最重要的体系性结论：把故意转移到主观性的行为构成之中。”<sup>32</sup>

总体而言，现代新古典犯罪论体系在行为论上否定了目的行为论，学者们多采用社会行为论，但也有学者采用因果行为论、消极行为论等行为理论。在构成要件论上，现代新古典犯罪论体系肯定了构成要件的故意，承认故意和主观的违法要素对违法性的加重机能。在违法性理论中，肯定行为无价值论。在责任论中，故意的一部分留在了责任领域，而没有采用故意都属于构成要件的观点；违法性认识的可能性也属于责任。<sup>33</sup>现代新古典犯罪论体系维持并发展了新古典犯罪论体系对不法和责任的实体性理解，“不法是对构成行为的无价值评价，相反，罪责是对行为人的无价值评价。”<sup>34</sup>

因此，该体系与目的行为论的犯罪论体系的主要不同就是在行为论上，拒绝目的行为论。其实质上是一种行为无价值与结果无价值并存的二元论体系，得到了德、日不少学者的赞同，并成为理论上的通说。不过也有学者批评说，“这种体系是以刑法的行为规范的侧面为犯罪论建构的出发点，因此理论上作为行为无价值的犯罪论体系能够一以贯之，但如果仔细考虑结果无价值的话，它仅仅起到处罚条件的作用。承认并存的通说，是在理论与刑事政策的妥当性的狭隘空间内保持危险的平衡。”<sup>35</sup>

### 六、目的理性（功能性）犯罪论体系

在德国，新古典目的综合犯罪论体系居于通说地位，但是近年来也出现了若干犯罪论体系。这其中目的理性（功能性）犯罪论体系影响较大，已经越来越成为有力的学说。目的理性（功能性）犯罪论体系系罗克辛（Roxin）教授创立，它具有以下特征：

第一，在行为论上，罗克辛教授承认独立的行为阶层<sup>36</sup>，提出人格行为论。他将行为定义为：行为首先是能够归于作为心理和精神的动作中心的自然人的一切。<sup>37</sup>

第二，在构成要件上，罗克辛最重要的贡献是完成客观归责理论。客观归责理论和实质违法性理论同属20世纪以来刑法学思潮，乃至法学思潮实质化运动中的一环。<sup>38</sup>因此，客观归责理论是为构成

<sup>28</sup> [日]大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第111页。

<sup>29</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第123页。

<sup>30</sup> [德]许迺曼著，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，新学林出版股份有限公司2006年版，第277页。

<sup>31</sup> [德]许迺曼著，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，新学林出版股份有限公司2006年版，第277页。

<sup>32</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第123页。

<sup>33</sup> 转引自陈家林著：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社2009年版，第128页。

<sup>34</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第125页。

<sup>35</sup> 转引自陈家林著：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社2009年版，第128页。

<sup>36</sup> 罗克辛早期是反对行为单独作为一个阶层的，后来改变了看法。

<sup>37</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第160页。

要件提供一个实质化的标准。刑法学者一般将实行行为定义为符合刑法分则的构成要件行为，但具体构成要件行为是什么却没有一个实质的判断标准，而罗克辛教授将构成要件行为定义为：制造法不容许的风险。如果所制造的风险没有在构成要件结果中实现，而法律上仍有处罚的规定，行为人对制造了法不容许的风险负责，这就是未遂犯。如果制造的风险在构成要件结果中实现了，行为人对这种构成要件结果负责，这就是既遂犯。<sup>39</sup>

第三，在违法性上，由于罗克辛教授的客观归责理论对阻却客观归责事由的认定较广，所以，罗克辛的违法阻却事由范围较窄。

第四，在有责性上，罗克辛教授引入刑事政策的需要，增加了预防必要性的因素。成立有责性的条件被罗克辛称为负责（或译为责任），它包括责任能力、不法意识以及行为的正常情况等。

罗克辛教授的犯罪论体系是建立在新康德主义和新黑格尔主义的基础之上的，其表现为以下两个方面：首先，基于新康德主义的规范论立场反对韦尔策尔的存在论立场，也就是仍从方法二元论的角度认为存在推不出规范，价值体系只能从另一个价值体系中推导出来。罗克辛教授对新康德主义还做了一定的改造，“在文化价值上有点含糊的新康德主义的方向被一种特别的刑法上的体系性标准代替了，这就是：现代刑罚目的理论的刑事政策性基础”。<sup>40</sup>为了刑罚预防目的的实现，罗克辛教授的体系打破了应罚性和需罚性的区分，在犯罪论体系中合并考虑应罚性和需罚性，同时将刑事惩罚的特殊或一般预防必要性补充到有责性阶层形成新的责任阶层。其次，基于新黑格尔主义的思考完善了客观归责理论。客观归责理论回归到黑格尔学派，将结果当作行为人的作品而归责给行为人的归责思想，并且认为行为并不是纯粹的因果流程，而只有通过故意才能给予事实有界限的轮廓。亦即，通过故意才能确定犯罪事实的范围，确定用来归责的行为人的归责事实和范围。<sup>41</sup>

## 七、结论

“犯罪理论在二十世纪的发展，绝不是一个单纯的刑法内部讨论的结果，而是有着哲学和思想史的发展背景的”，<sup>42</sup>德国犯罪论体系的百年流变也确实证明了这一点，古典犯罪论体系以实证主义哲学背景，新古典犯罪论体系以新康德主义为思想基础，目的行为论的犯罪论体系是存在主义的反映，新古典目的体系的哲学基调仍然是新康德主义，目的理性主义则是新康德主义和新黑格尔主义再实践。事实上，除了以上哲学思潮，当代其他的哲学思潮（如哲学诠释学和分析哲学）也对刑法学有影响，但是它们主要存在于法律方法论领域，对犯罪论体系领域的影响较小。从方法论的角度看，百年犯罪论体系之争主要是新康德主义的方法二元论与存在主义的方法一元论的主战场。二元论秉持事实与价值二分，实然推不出应然，规范只能由规范导出的基本观点来推导犯罪论体系；一元论认为存在之中包含秩序，实然与应然浑然一体，事实也能导出规范的出发点来演绎犯罪论体系。二者都对德国犯罪论体系的发展作出了卓越贡献，使得德国的犯罪论体系这个“刑法学的钻石”光芒遍及世界各地。

## 参考文献：

1. [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版。
2. [德]许迺曼著，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，新学林出版股份有限公司2006年版。
3. 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法治出版社2005年版。
4. [日]大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版。
5. [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年。
6. 杨志国：《德国犯罪体系演变的现代西方哲学思潮背景》，《政治与法律》，2010年第7期。
7. 陈家林著：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社2009年版。
8. 周光权著：《刑法总论》（第二版），中国人民大学出版社2007年版。

<sup>38</sup> 许玉秀著：《主观与客观之间》，法律出版社2005年版，第208页。

<sup>39</sup> 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法治出版社2005年版，第92页。

<sup>40</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第124页。

<sup>41</sup> 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法治出版社2005年版，第143页。

<sup>42</sup> [德]克劳斯·罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第123页。

中国健全冤假错案防范机制的经验与启示  
Опыт Китая в совершенствовании механизма профилактики случаев  
предъявления необоснованных обвинений  
Experience and enlightenment of China on improving prevention mechanism  
of wrongly-charged cases

郑铭勋<sup>1</sup>

( 河南大学 法学院 · 河南 开封 475001 )

Чжэн Минсунь<sup>2</sup>,

научный сотрудник Института по борьбе с преступностью и уголовной политике  
Юридического института Хэнаньского университета,  
заместитель директора Департамента надзора Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн,  
р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Zheng Mingxun<sup>3</sup>

Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001

© Чжэн Минсунь, 2019

**摘要:** 刑事冤假错案的发生, 不仅侵害了当事人的合法权益, 还严重损害了司法公信力。本文深入剖析冤假错案形成的原因, 主要包括传统司法理念影响、舆情民意的不当干预、非法证据的运用、监督制约机制的缺失、律师辩护职能的虚化、考评机制不科学等多方面因素。为保障司法公正的实现, 提高司法公信力, 结合中国近年来防范冤假错案的有益经验, 应在加快转变司法理念、确保依法独立办案、健全证据运用机制、完善监督制约机制、强化辩护保障机制、建立科学的考评机制和追责机制等方面, 进一步健全冤假错案防范机制。

**关键词:** 冤假错案 司法理念 防范机制

**Аннотация.** *Случаи предъявления необоснованных обвинений не только ущемляют законные права и интересы сторон, но и наносят серьезный ущерб репутации судебной системы. В статье дается глубокий анализ причин предъявления необоснованных обвинений, включая влияние традиционных судебных концепций, ненадлежащее вмешательство общественного мнения, использование незаконных доказательств, отсутствие механизма надзора и контроля, ограниченность защитной функции адвоката, ненаучный механизм оценки и др. В целях обеспечения осуществления судебного правосудия и улучшения репутации судебной системы, с учетом полезного опыта Китая в предотвращении случаев предъявления необоснованных обвинений в последние годы, нужно обеспечить дальнейшее совершенствование механизма предупреждения предъявления необоснованных обвинений, скорейшее преобразование судебной концепции, беспристрастное рассмотрение дел в рамках закона, улучшение доказательств за счет совершенствования надзора и контроля, укрепление механизма судебной защиты и создание механизмов научной оценки и подотчетности.*

**Ключевые слова:** необоснованные обвинения, судебная концепция, превентивный механизм.

**Abstract.** *Wrongly-charged cases not only infringe the legitimate rights and interests of the parties, but also seriously damage the judicial credibility. This paper deeply analyzes the causes of wrongly-charged*

<sup>1</sup> **作者简介:** 郑铭勋, 河南大学监察处副处长、犯罪控制与刑事政策研究所研究员。

<sup>2</sup> Чжэн Минсунь родился в 1979 г., г. Кайфэн, провинция Хэнань.

<sup>3</sup> Zheng Mingxun, Male, born in 1979, Kaifeng, Henan Province, Researcher at the Crime Control and Criminal Policy Institute of Henan University Deputy Director at Supervision Department of Henan University. No. 85, Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng, Henan University School of Law.

cases, which including the influence of traditional judicial concepts, the improper interference of public opinion, the use of illegal evidence, the lack of supervision and control mechanism, the deficiency of lawyer's defense function, the unscientific evaluation mechanism, and other factor. In order to ensure the realization of judicial justice and to improve the judicial credibility, and considering China's useful experience in preventing wrongful-charged cases in recent years, we should further improve the prevention mechanism for wrongly-charged cases by speeding up the transformation of the judicial concept, insuring the independent handling of cases within the framework of the law, improving the evidence using mechanism, perfecting the supervision and control mechanism, strengthening the defense guarantee mechanism, and establishing a scientific evaluation mechanism and accountability mechanism.

**Keywords:** wrongly-charged cases; judicial concept; prevention mechanism

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.111-115

近年来,刑事冤假错案不断被发现并得到纠正。从余祥林案、赵作海案,到聂树斌案等一系列冤假错案,备受社会各界关注。这些案件的发生,不仅侵害了当事人的合法权益,还严重损害了司法公信力。基于此,习近平总书记先后指示:“要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”,“要坚守防止冤假错案的底线”。中国公安司法机关经过不断的反思、研讨、探索和实践,在防范与纠正冤假错案方面进行了很多有益的尝试和努力,积累了丰富的成功经验。为有效避免冤假错案的发生,保障司法公正的实现,提高司法公信力,本文在深入剖析冤假错案产生原因的基础上,结合中国在防范冤假错案方面的有益尝试,进一步探讨不断健全冤假错案的防范机制。

### 一、冤假错案形成的主要原因剖析

审视近年来全国陆续出现的冤假错案,不难发现,任何一起冤假错案的形成都不是偶然的,而是多种因素合力作用的结果。只有深入剖析并正确认识形成冤假错案的深层次原因,才能从根源上有效遏制、防范其发生,并在发现后及时予以纠正。

#### (一) 传统司法理念的影响

理念,是行为的先导。没有正确的司法理念,自然会导致错误的执法司法行为。中国以往的司法实践中,“重打击轻保护”、“重实体轻程序”乃至“有罪推定”、“疑罪从轻”等传统司法理念,长期影响着刑事案件的处理,甚至在不少办案人员的理念中,始终将打击犯罪放在首位。有的认为,只要实体正确,程序的瑕疵或错误可以原谅和忽视。也正是受这种错误理念的影响,以往侦查人员办案中刑讯逼供现象较为严重。而具有侦查监督职能的检察机关,也往往容忍这种程序不公行为。殊不知,任何程序的偏差,都有可能导向错误结果的发生。同时,受“有罪推定”及“疑罪从轻”思想影响,有相当数量的案件在无充分证据证明犯罪嫌疑人犯罪的情况下,被检察机关存疑起诉,被法院做出了留有余地的判决,继而造成了诸多冤假错案的发生。

#### (二) 舆情民意的不当干预

刑事案件特别是重大刑事案件,容易引发社会公众的高度关注。实践中,舆情民意可能有推动冤案昭雪的作用,但有时也会影响刑事案件的公正处理。如,有些案件还未侦破,就会听到一些“严惩凶手”、“杀人偿命”等非理性的声音,加之有的媒体缺乏规制的非理性报道,往往会给办案人员形成强大的舆论压力。此外,公检法机关客观上还面临着被害人家属缠访闹访压力,党政部门出于维稳和公众舆论压力对个别案件过问与协调的情况也时有发生。这些都会干扰司法权的独立行使,可能促使办案机关在证据不足的情况下作出批准逮捕、提起公诉以及有罪判决的决定,从而可能导致冤假错案的发生。

#### (三) 非法证据的运用

从很多冤假错案都可以发现,侦查阶段非法取证几乎是导致冤假错案产生的直接原因。长期以来,办案人员重口供、轻客观证据。口供,被称为“证据之王”。口供除具有取得的直接便利性特点外,还可以为侦查人员提供作案动机、作案手段、有无犯罪同伙、作案工具下落等十分丰富的破案信息。因此,刑讯逼供作为有效获取口供的重要手段就成了侦查人员破案的一条捷径。据调查,刑事案件呈现高比例有罪供述状态与审前刑讯逼供有很大关系。<sup>4</sup>在公安机关取得嫌疑人的口供后,没有进行证据的收集就进行了案件的结案处理。<sup>5</sup>检察机关虽然有对证据进行审查把关的职能,但不少案件中明知案件证据不确实或存在非法取证的情况,却依然没有进行证据的再收集而提起公诉;法院虽然负有通过庭审对刑事案件证据是否确实充分、事实是否确定无疑、侦查起诉程序是否合法等内容进行审查的职责,但庭审形式化导致法院没有条件也没有能力对关键证据进行有效的质证,

<sup>4</sup> 熊秋红.冤案防范与权力保障[J].法学论坛,2010,(04).

<sup>5</sup> 周平.遏制刑事“冤假错案”顶层设计的法治思考[J].中国刑事法杂志,2013,(10).

从而导致了可能存在的非法证据难以被过滤和排除。因此，侦查机关的非法取证、检法机关对证据审查过滤不严，导致非法证据无法排除而得以运用，也已成为酿成冤假错案的重要原因。

#### （四）监督制约机制的缺失

中国刑事诉讼法明确规定，公检法机关分工负责、互相配合、相互制约。然而在不少地方，基于目前的司法体制等因素的影响，公检法之间都是配合充分、监督不力，致使问题案件被起诉、审判。目前，侦查机关所采取的强制措施和适用的侦查手段，除逮捕需要检察机关批准外，其他都是可以自行决定的，而侦查收集的证据对案件事实的认定发挥着决定性作用。虽然，检察机关可以对侦查活动进行监督，但多是通过审查批捕、审查起诉等事后方式进行，往往流于形式，难以发挥制约作用。在司法实践中，由于侦查活动的封闭性、秘密性以及检察机关监督的滞后性，使得检察机关发现侦查行为违法的能力受限，进而导致对侦查环节的监督不力。法院通过审判活动审查案件证据和事实，发挥着对冤假错案的过滤阻截作用。然而在实践中，法院的审查和纠错功能发挥不足。如，对于一些大案或疑难案件，地方政法委和领导往往要求公检法机关联合办案并从中“协调”，导致法院审查案件顾虑重重，不敢也不愿深入进行实质审查。由此可见，刑事诉讼过程中监督制约的缺失或流于形式，大大增加了冤假错案发生的风险。

#### （五）律师辩护职能的虚化

基于保障人权的要求，刑事诉讼法规定，犯罪嫌疑人在第一次讯问或被采取强制措施之日起，可以聘请律师作为辩护人。辩护律师由于具有特殊的诉讼地位，其在履行职责过程中极易发现犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻的事实或证据，有助于公检法机关准确全面地认定案件事实并作出公正裁判。但是长期以来，律师参加刑事诉讼活动的空间仍然受到限制，律师辩护的作用更是十分有限。<sup>6</sup> 在侦查阶段，辩护律师为嫌疑人开展的各项工作均受到制约，更没有调查取证权；在起诉和审判阶段，辩护律师在行使诉讼权利过程中往往受到各种限制，其辩护意见往往被忽略而得不到采纳。赵作海案中，辩护律师亦提出定罪证据存在严重缺陷，被告人遭受刑讯逼供等辩护意见，但在诉讼过程中办案机关不予理睬。<sup>7</sup> 在司法实践中，刑事诉讼中的控方处于绝对优势的地位，进一步造成了律师辩护职能遭到虚化。更有甚者，辩护律师在大部分情况下都很难充分行使法律赋予其享有的诉讼权利，以维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，继而难以起到防止冤假错案发生的作用。

#### （六）考评机制不科学

一直以来，以破案率、起诉率、有罪判决率为主要指标的考评奖惩机制，往往使公检法办案人员急功近利，但却忽视了刑事诉讼的客观规律，重结果不重过程，重形式不重内容，重数量不重质量，难以真实全面地反映办案的质量与水平，这也是导致冤假错案的一个重要原因。在相当长的一段时期内，上级办案机关对下级办案机关考评奖惩的主要标准是看能否如期完成办案任务和指标。虽然，破案率等指标在一定程度上能够促使侦查人员积极侦查破案，但是过分追求破案率等不合理指标，必然导致程序上出现问题，进而造成冤假错案。对于检察机关而言，起诉率等考评标准虽有一定的激励作用，但同样会产生一定的负面效应，案件一旦被批捕、被起诉，就要求法院一定要判决被告人有罪。对于那些如期破案、突出完成办案任务和指标的办案人员，即使违反法定程序办案，往往也不会受到责任追究，甚至还会受到表彰和嘉奖。不合理的考评奖惩机制，使得办案人员过分追求有罪结果，而忽视了嫌疑人、被告人的权益保障。这必然为冤假错案的产生埋下伏笔。

### 二、健全冤假错案防范机制的对策建议

冤假错案，绝不是一个偶然的社会法律现象。只要冤假错案存在的社会条件还在发生作用，那么冤假错案便不可避免。<sup>8</sup> 只有在深入研究分析冤假错案形成原因的基础上，把握防范其发生的一般规律，并从理念、制度等方面，不断健全冤假错案的防范机制，才能逐步减少或避免冤假错案的发生。近年来，中国在防范冤假错案方面作出了极大的努力并取得了明显成效。随着2013年新刑事诉讼法的实施，中央政法委于2013年8月出台了《关于切实防止冤假错案的规定》，公安部发布了《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》，最高人民检察院出台了《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》，最高人民法院制定了《关于建立健全防范冤假错案工作机制的意见》。各地公安司法机关按照中央政法委的规定和上级部门意见要求，在不断总结防范冤假错案的有益经验基础上，努力转变司法观念，积极推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，努力确保司法独立，完善证据收集与运用，强化法律监督与制约，保障辩护权保障，实现庭审实质化，为进一步防范冤假错案的发生进行了积极探索。结合中国相关法律规定和实践经验，笔者认为应进一步从以下方面着手，健全冤假错案的防范机制。

#### （一）加快转变司法理念

<sup>6</sup> 田文昌. 冤假错案的五大成因[J]. 中外法学, 2015, (03).

<sup>7</sup> 陈永生. 冤案的成因与制度防范——以赵作海案件为样本的分析[J]. 政法论坛, 2011, (06).

<sup>8</sup> 郑少三. 构建防范冤假错案综合体系[J]. 法制资讯, 2014, (12).

冤假错案产生的根源，在于错误司法理念的影响。防范冤假错案，办案人员司法理念的转变至关重要。随着新刑事诉讼法的实施和司法改革的不断推进，尊重和保障人权作为刑事诉讼的任务得以确立，并有一系列具体的制度和程序予以保障，程序公正的重要性也逐渐得到办案人员的认可。但是司法理念的转变不是一蹴而就的，需要一个长期的过程，目前重实体轻程序的现象依然存在，这就预示着防范冤假错案的道路任重而道远。<sup>9</sup>这就要求在司法实践中，公检法机关办案人员进一步加快转变司法理念，真正做到程序公正与实体公正并重。通过正当的诉讼程序，充分保障诉讼参与人尤其是犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。同时，办案人员必须牢固树立无罪推定、疑罪从无的现代司法理念，并将其贯穿到侦查、起诉、审判等各个环节。最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》就明确规定：定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不得降格作出“留有余地”的判决。我国的司法实践也充分证明：坚持无罪推定理念，当证据不足或存在矛盾不足以认定被告人有罪时，作出有利于被告人的判决，是防范冤假错案的关键。

## （二）确保依法独立办案

司法独立是司法公正实现的前提与基础。按照中央提出的司法机关去行政化、去地方化和人财物统归省管的改革方针和要求，我国的司法体制和工作机制改革将不断推进。这在一定程度上，对司法机关排除地方不当干预、依法独立办案起到了积极作用。但是实践中，仍然存在着司法机关难以依法独立行使职权的情况。因此，应当继续推进司法体制、工作机制和司法责任制的不断改革和完善，努力做到谁办案谁负责，并落实领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度，从而切实保障司法机关依法独立办案、公正行使职权。同时，应当建立和完善舆情民意应对机制，对重大复杂疑难案件或公众反响较强烈的案件，做好正面舆论引导，加强对舆情民意的动态监测和分析，理性应对负面舆情民意造成的影响和压力，并坚持办案原则和法律底线，严防因舆论民意的不当影响而导致冤假错案发生。

## （三）健全证据运用机制

证据，是认定刑事案件事实的基础和定罪量刑的依据。证据裁判原则要求认定案件事实，必须以证据为根据，并且应当依照法定程序审查、认定证据。任何冤假错案归根到底都是在证据的收集、审查、认定上出了问题，因此，要把防止冤假错案的重心放在证据上。<sup>10</sup> 侦查机关通过一系列的侦查活动收集的证据，是认定案件事实的前提。但长期以来，其以获取犯罪嫌疑人人口供作为案件突破口的“由供到证”的传统侦查模式极易诱发刑讯逼供等非法取证行为。这就要求侦查机关不断转变侦查模式，拓宽侦查手段，巧妙运用侦查谋略，充分发挥现代科技手段在侦查取证中的作用。为此，侦查机关要严格按照法律规定的程序和方法收集证据，坚决杜绝非法取证。公安部《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》明确要求：要进一步强化证据意识，既注重收集有罪、罪重的证据，也注重收集无罪、罪轻的证据，防止因证据收集不全面、不充分导致冤假错案发生；要健全完善证据的固定、保管、移送制度，确保证据的真实性、合法性和证明力；要进一步完善证据审查判断标准，细化非法证据排除规则，明确非法证据的类型、表现形式、排除方法和有关要求，对证据之间存在矛盾的，要严格全面地进行审查分析。检察机关在审查批捕、审查起诉等环节，应当对侦查机关移送的证据材料进行严格审查，对非法证据坚决排除，贯彻“疑罪从无”的要求。法院庭审是案件认定的核心环节，也是调查事实和证据查疑纠错的最后防线。随着以审判为中心的诉讼制度改革不断推进，有必要进一步实现庭审的实质化，切实做到认定案件事实证据都经当庭出示、辨认、质证，严把证据关、事实关，严格执行非法证据排除规定和法定证明标准，充分发挥法院审判对证据查疑纠错方面的功能。

## （四）完善监督制约机制

如前所述，冤假错案的产生归根结底在于侦查阶段，因此必须加强对侦查活动的监督，建立健全完备的监督制约机制，才能更好地防范冤假错案。侦查监督具有防止违法侦查、过滤错案的功能作用。<sup>11</sup> 以往对侦查行为的监督，主要是检察机关的事后监督，监督往往流于形式、效果不佳。只有确立全方位的侦查监督机制和司法审查机制，涵盖整个侦查过程，既有证据搜集中的程序监督，也有强制措施执行过程的监督；既有实体方面的监督，也有法律适用的监督，才能有效保障诉讼程序与实体的公正。同时，检察机关要完善适时介入侦查引导机制，进一步明确检察机关侦查阶段介入引导的任务、案件范围、具体时间、方式途径、效力等内容，保障侦查机关依法侦查、规范取证，及时纠正侦查过程的违法行为，防范冤假错案的发生。检察机关除了充分发挥自身法律监督职能外，更应加强人民监督员制度建设，强化对检察工作的有效监督。继续推进以审判为中心的诉讼制度改革，需要彻底改变以往以侦查为中心的诉讼机制，真正形成以审判为中心的诉讼新形态，以便发挥审判对证据和事实认定的决定性作用。此外，为了使公检法机关的诉讼活动得到有效的监督，相关部门还应该建立更为广泛的社会监督机制，增强诉讼信息的透明度和公开度，除法律规定

<sup>9</sup> 苏道敬、梁天平. 刑事冤假错案的成因与防范机制研究[J]. 延边党校学报, 2015, (02).

<sup>10</sup> 朱孝清. 冤假错案的原因和对策[J]. 中国刑事法杂志, 2014, (02).

<sup>11</sup> 王方. 论冤假错案的成因与防范路径[J]. 云南大学学报(法学版), 2013, (06).

不允许公开的外，办案的依据、程序和终结性法律文书等均需明确予以公开，以接受人民群众的监督。最高人民法院《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》要求人民法院生效裁判文书应在中国裁判文书网上予以公布，主动接受人民群众的评判，以公开促公正，就是最大限度地实现了司法公平正义的有益探索。

### （五）强化辩护保障机制

刑事辩护制度，有助于查明案件事实、实现程序正义，是防止和纠正刑事错案最重要的一项制度设计。<sup>12</sup>想要使辩护在诉讼过程中发挥防范冤假错案的功效，公检法机关还需要进一步强化对犯罪嫌疑人、被告人辩护权利的保障机制。首先，立法应当全面赋予侦查阶段律师辩护权。尽管现行刑事诉讼法赋予律师侦查阶段辩护人的身份，但仅规定了律师会见、通信和了解案情等有限的诉讼权利。司法实践中，很多冤假错案都是从侦查阶段就造成的，这在很大程度上与律师在侦查阶段参与的有限性密切相关。只有全面赋予侦查阶段律师包括询问在场权、调查取证等在内完整的诉讼权利，才能更好地保障犯罪嫌疑人的合法权益。其次，应当保障律师辩护权利的充分行使。新刑事诉讼法及律师法的实施，极大地强化了律师在刑事诉讼中的地位 and 权利，但在司法实践中仍然一定程度上存在着限制律师行使依法享有的辩护权利的情况。这就要求公检法机关及其办案人员必须转变观念，充分认识并发挥辩护律师在准确、全面认定证据查明事实防范冤假错案中的作用，切实保障律师在侦查、起诉、审判等诉讼阶段依法享有的各项诉讼权利，充分听取律师的辩护意见，并注重律师的证据辩护和程序辩护，重视多维证据的收集与运用。对辩护律师提出的无罪、罪轻的证据，办案机关应当及时收集；对辩护律师提出的异议或疑点以及无罪或罪轻的辩护意见，应当作出合理解释，不能证伪的异议或疑点以及确有道理的辩护意见应予以采纳。

### （六）建立科学的考评机制和追责机制

科学的考评机制的保证办案人员公正办理案件的基础，严格的追责机制的强化办案人员司法责任的制约。首先，公安司法机关应以追求司法公正和案件质量为目标，积极推进案件管理机制改革，探索建立更加符合刑事诉讼规律的考评奖励机制。公安部《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》明确规定：进一步规范考评奖惩，推动形成正确的执法绩效观。要严格执行中央政法委、公安部关于建立健全执法办案考评机制的有关文件精神，进一步健全完善执法办案考评标准，不提不切实际的“口号”和工作要求，不得以不科学、不合理的破案率、批捕率、起诉率、退查率等指标搞排名通报，严禁下达“刑事拘留数”、“发案数”、“破案率”、“退查率”等不科学、不合理考评指标，积极引导广大民警既要多办案，更要办好案，坚决防止广大民警因办案指标和“限时破案”压力而刑讯逼供、办错案、办假案；对在考评年度内发生冤假错案的，年度执法质量考评结果直接确定为不达标。其次，不断改革完善法官检察官办案责任制。通过完善办案组织形式，进一步明确各层级的办案责任，建立办案质量终身负责制。同时，还应当继续改革完善案件管理和工作考评机制。统一案件管理口径，强化对案件的流程监控和质量管理，认真落实确保办案质量的措施。最后，建立合理的错案责任追究机制。最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》明确要求，建立健全审判人员权责一致的办案责任制。审判人员依法履行职责，不受追究。审判人员办理案件违反审判工作纪律或者徇私枉法的，依照有关审判工作纪律和法律的规定追究责任。最高人民检察院《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》也明确规定，深化检察官办案责任制改革，建立健全办案质量终身负责制。然而，在司法实践中，实务部门基本上缺乏对错案概念的准确界定和科学认定。<sup>13</sup>因此，有必要按照中央政法委《关于切实防止冤假错案的规定》的要求，进一步统一明确冤假错案的具体标准和范围、纠错启动主体和程序以及责任形式，全面建立健全冤假错案的责任追究机制。

### 参考文献：

- [1]熊秋红.冤案防范与权力保障[J].法学论坛,2010,(04).
- [2]王方.论冤假错案的成因与防范路径[J].云南大学学报(法学版),2013,(06).
- [3]孙国祥.刑事辩护制度与错案预防[J].人民检察,2006,(18).
- [4]朱孝清.冤假错案的原因和对策[J].中国刑事法杂志,2014,(02).
- [5]苏道敬、梁天平.刑事冤假错案的成因与防范机制研究[J].延边党校学报,2015,(02).
- [6]陈永生.冤案的成因与制度防范——以赵作海案件为样本的分析[J].政法论坛,2011,(06).
- [7]田文昌.冤假错案的五大成因[J].中外法学,2015,(03).
- [8]周平.遏制刑事“冤假错案”顶层设计的法治思考[J].中国刑事法杂志,2013,(10).
- [9]樊崇义、刘文化.客观与理性:刑事错案责任追究制度的理念[J].建构安徽大学学报(哲学社会科学版),2015,(04).

<sup>12</sup> 孙国祥.刑事辩护制度与错案预防[J].人民检察,2006,(18).

<sup>13</sup> 樊崇义、刘文化.客观与理性:刑事错案责任追究制度的理念[J].建构安徽大学学报(哲学社会科学版),2015,(04).

## Научные подходы к правовым исследованиям взаимодействия труда и социальной защиты при организации международных спортивных мероприятий

### Scientific approaches to legal research of interaction labor and social protection in the organization international sporting events

К. Д. Крылов,  
доктор юридических наук,  
профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

К. D. Krylov,  
Professor of the Labour Law and Social Security Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Chairman of the Moscow society for labour law and social security law, Honorary lawyer of Moscow

© К. Д. Крылов, 2019

**Аннотация.** В статье освещаются основные вопросы научно-практической конференции «Достойный труд, социальная защита и право в сфере футбола (общее, особенное и специальное)», которая была проведена в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА). На конференции было предложено рассматривать сферу футбола как глобальный инновационный кластер правовых инициатив достойного труда, социальной защиты, предотвращения рисков и разрешения споров при подготовке и проведении массовых спортивных мероприятий. Проведение чемпионатов мира и олимпиад регламентируется на международном, государственном, социально-партнерском и локальном уровнях. Опыт, действующие нормы и перспективы регламентации развития футбола (и спорта в целом) ориентируют на обобщение и осуществление в различных странах исследований (мониторинга) правовых новаций в регулировании деятельности лиц и структур, участвующих в подготовке и проведении международных спортивных мероприятий.

С учетом практики проведения международных соревнований законодательство должно совершенствоваться для установления достойных условий труда работников, как занятых в сфере профессионального спорта и спорта высших достижений, так и в других сферах, в которых происходит содействие организации и проведению массовых спортивных мероприятий. Статья отражает ряд предложений по научному исследованию правовых мер, принимаемых при проведении международных спортивных мероприятий и предлагаемых для дальнейшего совершенствования правового регулирования в сфере труда и социального обеспечения. Современные научные подходы должны способствовать разработке и принятию новых актов Международной организации труда, которые должны будут способствовать осуществлению и защите прав человека в сфере спорта.

**Ключевые слова:** достойный труд, социальная защита, трудовое право, право социального обеспечения, спортивное право, сфера футбола.

**Abstract.** The article highlights the main issues of scientific and practical conference “Decent work, social protection and law in football (General, special and special)”, which was held at the University named after O. E. Kutafin (MSLA). At the conference, it was proposed to consider the sphere of football as a global innovation cluster of legal initiatives of decent work, social protection, risk prevention and dispute resolution in the preparation and conduct of mass sports events. The holding of world Championships and Olympiads is regulated at the international, state, social-partner and local levels. Experience, current norms and prospects of regulation of football (and sports in General) are focused on the generalization and implementation in different countries of research (monitoring) of legal

*innovations in the regulation of the activities of persons and entities involved in the preparation and conduct of significant international sports competitions.*

*Taking into account the practice of international competitions, the legislation should be improved to establish decent working conditions for workers engaged in professional sports and high-performance sports, as well as in other various fields in which the organization and conduct of mass sports events is promoted.*

*The article reflects a number of proposals for scientific research of legal measures taken during international sports events and proposed for further improvement of legal regulation in the field of labor and social security. Modern scientific approaches should contribute to the development and adoption of new acts of the International labour organization, which should contribute to the implementation and protection of human rights in the field of sports.*

**Keywords:** *decent work, social protection, labor law, social security law, sports law, football.*

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.116-119

В Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в период проведения Чемпионата мира по футболу состоялась научно-практическая конференция «Достойный труд, социальная защита и право в сфере футбола (общее, особенное и специальное)». Она была организована при содействии представителей Группы технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро Международной организации труда (МОТ) для стран Восточной Европы и Центральной Азии, Международного союза юристов, Ассоциации юристов России, Российского футбольного союза, Московского общества трудового права и права социального обеспечения.

В конференции участвовали представители международных структур, государственных органов, спортивных организаций, профсоюзных и иных общественных объединений, научных и учебных учреждений, СМИ.

Конференцию открыли ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), председатель Ассоциации юристов России В. В. Блажеев и председатель Международного союза юристов А. А. Требков.

Приветствия к участникам конференции поступили из Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания РФ.

Лео Сиббел, главный специалист Бюро МОТ по международным трудовым нормам, подробно рассказал о различных направлениях деятельности МОТ по участию в крупных спортивных мероприятиях и перспективах нормотворчества в продвижении к будущему сферы труда.

На конференции выступили ученые — специалисты в области трудового права и права социального обеспечения, доктора юридических наук Н. Л. Лютов, Г. С. Скачкова, Т. А. Сошникова, Э. Г. Тучкова, С. Ю. Чуча, ведущие специалисты в области спортивного права профессор С. В. Алексеев, доцент Д. И. Рогачев, старший научный сотрудник Т. Е. Мельник, один из наиболее извест-

ных представителей финансового права профессор Н. М. Артемов, крупнейший специалист по государственной миграционной политике профессор В. А. Волох, руководители профсоюзных юридических служб Москвы и России А. Ф. Вальковой и Ю. И. Пелешенко, молодые исследователи А. Ю. Гусев, Н. В. Демидов, Н. Н. Кислякова, К. К. Краулин, Е. О. Кудряшов, другие начинающие исследователи, выступившие и представившие свои материалы наряду с известными учеными и практиками. Зарубежные ученые приняли участие в проведении конференции в заочной форме.

На конференции было предложено рассмотреть опыт и перспективы развития сферы футбола как глобального инновационного кластера правовых инициатив достойного труда, социальной защиты, предотвращения рисков и разрешения споров при подготовке и проведении массовых мероприятий, регламентируемых на международном, государственном, социально-партнерском и локальном уровнях.

С учетом практики проведения международных соревнований законодательство должно совершенствоваться для установления достойных условий труда работников — занятых как в сфере профессионального спорта и спорта высших достижений, так и в других сферах, в которых происходит содействие организации и проведению массовых спортивных мероприятий.

При обсуждении основных проблем участники конференции обратили внимание на итоги и перспективы правовой политики государства и социальных партнеров по продвижению достойного труда и социальной защиты в сфере спорта, и особенно — футбола. Были выделены актуальные вопросы правового регулирования труда и социального обеспечения в спорте, общее и особенное в трудовых отношениях и социальной защите права на достойный труд футболистов. Указано на необходимость обеспечения социальной справедливости в данной сфере, преодоления недостаточной социальной защищенности

спортсменов, дальнейшей разработки правовых основ деятельности спортивных арбитров. Особое внимание было обращено на трудовые отношения и социальную защиту при создании, реорганизации и прекращении деятельности (банкротстве) футбольных клубов, возможные последствия банкротства футбольного клуба для трудового договора со спортсменом. Отмечена роль участия профсоюзов в защите прав и интересов спортсменов. Выражено мнение, что с участием социальных партнеров должен развиваться институт гарантий и компенсаций профессиональных рисков спортсменов.

На конференции указывалось, что в стране и в мире значительно расширяется правовая основа регулирования развития спорта. В России принят Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (с последующими изменениями), в Трудовой кодекс РФ была введена специальная глава — 54.1, установившая особенности регулирования труда спортсменов и тренеров. Наряду с особыми положениями, содержащимися в этих законах, в 2013 г. в Трудовой кодекс РФ была введена специальная статья временного действия 351.2, которая определила, что до 01.01.2019 особенности регулирования труда лиц, трудовая деятельность которых связана с подготовкой и проведением в Российской Федерации Чемпионата мира по футболу FIFA 2018 г. и Кубка конфедераций FIFA 2017 г., устанавливаются Федеральным законом 07.06.2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup>.

Эти особенности в данном Законе касаются, во-первых, осуществления иностранными гражданами и лицами без гражданства трудовой деятельности (ст. 9) и деятельности в качестве волонтеров на территории Российской Федерации в связи с осуществлением указанных мероприятий (ст. 10), во-вторых, труда всех работников, трудовая деятельность которых связана с осуществлением этих мероприятий (ст. 11).

Согласно указанному Закону для всех таких работников может быть установлен ненормированный рабочий день, введен особый порядок работы и оплаты труда в ночное время, привлечения к работе и оплаты труда в выходные и нерабочие праздничные дни, компенсирования сверхурочной работы, указана особая очередность предоставления оплачиваемых отпусков. Эти особенности могут устанавливаться коллективным договором, локальным нормативным актом, трудовым договором. При этом указано, что в отношении

данных работников требования отдельных общих статей Трудового кодекса РФ (ст. 113, 152, 153, 154) не применяются в период проведения спортивного соревнования и иных мероприятий, установленных Оргкомитетом «Россия-2018», а также в периоды за 10 дней до и 10 дней после этих мероприятий.

Перечень таких организаций был определен данным Законом и постановлением Правительства РФ, принятым с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (постановление Правительства РФ от 20.06.2013 № 518 (с последующими изменениями) «О Программе подготовки к проведению в 2018 году в Российской Федерации Чемпионата мира по футболу»).

Указанные отступления от общих правовых норм могут быть предметом научного исследования, которое целесообразно провести в различных регионах страны и в рамках которого следовало бы сделать соответствующее обобщение на основе сравнительно-правового анализа, что было предложено в выступлениях участников конференции.

Для разработки общих и специальных мер социальной защиты рекомендовано авторитетным ученым в области права социального обеспечения провести научный анализ проекта закона, который в настоящее время предлагается Правительством РФ по осуществлению пенсионной реформы, намечаемой в России. Такой анализ должен быть проведен с учетом общественного мнения, международных норм и зарубежного опыта в отношении общих норм и особенностей их проявления применительно, в частности, к профессиональным спортсменам.

В связи с введением особых норм в период подготовки и проведения Чемпионата мира по футболу весьма интересно были освещены основные направления государственной миграционной политики и некоторые вопросы участия иностранных граждан в развитии инфраструктуры спорта.

Обращено внимание также на международные аспекты нормативного регулирования в сфере спорта, регламентацию прав и обязательств в спорте, проблему сверххранного вовлечения малолетних детей в занятия спортом, предотвращение насилия и домогательств, проблемы рассмотрения индивидуальных трудовых споров в сфере футбола, зарубежный опыт рассмотрения споров в футболе, роль специализированных органов, трудовых судов и судов общей юрисдикции в урегулировании трудовых отношений между спортсменами и футбольными клубами.

На конференции отмечалось, что с более четких правовых позиций следует рассматривать и решать проблемы борьбы с коррупцией, допингом, а также преступностью среди футбольных фанатов.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2013. № 23. Ст. 2866.

Некоторый обзор деятельности СМИ по освещению крупных спортивных мероприятий в различных странах позволил привлечь внимание к проявлениям психологического давления СМИ и фанатов на спортсменов, тренеров и судей, правовое недопущение которого является одним из факторов обеспечения достойного труда в сфере спорта.

Конференция способствовала определению перспектив взаимодействия юридических сообществ с наукой и практикой в правовом содействии государству и социальным партнерам в их деятельности по дальнейшему развитию массового спорта.

Участникам конференции была предоставлена обширная научная и учебная литература, посвященная актуальным проблемам трудового права и особенностям регулирования труда отдельных категорий работников, становлению и развитию спортивного права и его подотраслей, в том числе, как особо отмечалось, футбольного права.

Конференция положила начало изучению и обобщению практики введения временных специальных норм в трудовое законодательство в связи с проведением крупных спортивных мероприятий. Ориентирами конференции стали решения Международной организации труда по вопросам прав человека и спорта.

Конференция стала стартом проведения подобных конференций в других городах, в которых проводились игры Чемпионата мира по футболу и иные особо значимые спортивные мероприятия. Специальные нормы, касающиеся сферы футбола, предложено рассматривать в контексте особых норм, регламентирующих развитие спорта, с учетом общих норм трудового законодательства и права социального обеспечения.

Такое научное обобщение может осуществляться в очной и в заочной форме. Оно может стать предметом совместных исследований ученых Китая и России с учетом накопленного в двух странах опыта организации и проведения международных массовых спортивных соревнований и их правовой регламентации. Практика установления специальных норм в национальных системах законодательства, будучи научно обобщенной, могла бы способствовать разработке и принятию новых актов Международной организации труда, а именно тех, которые касаются особенностей труда и социальной защиты в сфере спорта. Такие акты, как и соответствующие научные исследования, должны служить реализации, развитию и защите прав человека при проведении как небольших, так и глобальных спортивных соревнований.

## Современные проблемы реформирования государственной деятельности по защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций Modern problems of reforming the state protection of population and territories from emergency situations

Ю. Г. Шпаковский,

доктор юридических наук,  
профессор кафедры экологического  
и природоресурсного права  
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Y. G. Shpakovski,

Doctor of Law,  
Professor, of the Department of environmental  
and natural resource law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Ю. Г. Шпаковский, 2019

**Аннотация.** В статье рассматриваются современные проблемы совершенствования государственного управления в области защиты от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера. Автор проблему совершенствования государственного управления рассматривает в контексте реформирования единой государственной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (РСЧС). Выделены этапы становления системы в 80—90-х гг. прошлого столетия. Показано, что постановлением ЦК КПСС и Совета министров СССР от 30 июля 1987 г. № 886-213 на гражданскую оборону дополнительно были возложены задачи по защите населения от последствий аварий, катастроф и стихийных бедствий и проведению аварийно-спасательных и других неотложных работ, а в 1990 г. постановлением Совета министров СССР от 15 декабря 1990 г. № 1282 была создана Государственная общесоюзная система по предупреждению и действиям в чрезвычайных ситуациях. В статье показана трансформация целей и задач РСЧС в соответствии с Федеральным законом «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера». Обоснованы направления совершенствования организационной и правовой составляющей развития системы.

**Ключевые слова:** чрезвычайные ситуации, безопасность, защита населения, государственное управление, предупреждение, ликвидация последствий аварий, катастрофы.

**Abstract.** The article deals with the modern problems of improving public administration in the field of protection from emergency situations of natural and man-made. The author considers the problem of improving public administration in the context of reforming the unified state system of prevention and liquidation of emergency situations (RSChS). Stages of formation of a system in the 80-90th years of last century are allocated. It is shown that the resolution of the Central Committee of the CPSU and Council of ministers of the USSR of July 30, 1987 No. 886-213 to civil defense in addition assigned tasks of protection of the population against consequences of accidents, accidents and natural disasters and carrying out rescue and other urgent works, and in 1990, the resolution of Council of ministers of the USSR of December 15, 1990 No. 1282 created the State all-union system according to prevention and actions in emergency situations. Transformation of the purposes and tasks of RSChS in compliance with the Federal law «About Protection of the Population and Territories against Emergency Situa-

tions of Natural and Technogenic Character» is shown in article. The directions of improvement of an organizational and legal component of development of a system are proved.

**Keywords:** emergency situations, safety, protection of the population, public administration, prevention, mitigation of consequences of accidents, accidents.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.120-127

**И**ntenсивное развитие экономики вызвало появление техногенно-природных опасностей, являющихся принципиально новыми или медленно развивающимися процессами, активизированными хозяйственной деятельностью человека, — наведенная сейсмичность, подтопление, опускание поверхности земли и др. С новыми, нетрадиционными видами опасностей приходится сталкиваться в информационной сфере, расширился спектр заболеваний человека и животных, все чаще используются террористические методы как средство достижения определенных (для террористов) целей<sup>1</sup>.

Считается, что первопричиной большинства негативных процессов в природе и обществе явилась антропогенная деятельность, не сумевшая создать техносферу и механизмы управления необходимого качества как по отношению к человеку, так и по отношению к природе.

Создавая техносферу, человек стремился к повышению комфортности среды обитания, к росту коммуникабельности, к обеспечению защиты от негативных воздействий. Однако результат во многом не оправдал надежды людей. Уровень природных, техногенно-природных и техногенных опасностей постоянно растет

В XXI в. стала очевидной невозможность защитить человечество от надвигающейся антропоэкологической катастрофы без изменения формы развития. Сложилась ситуация, когда транслируемый в будущее традиционный тип развития существенно умножал различные опасности, а защита от них становилась все менее эффективной<sup>2</sup>.

Государственное управление в области защиты от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера формируется и осуществляется не в социальном вакууме. Это происходит в конкретных политических, социально-экономических, культурно-исторических, природно-экологических условиях конкретной страны.

Практика показала, что глубокие корни многих чрезвычайных ситуаций лежат в сфере противоречий интересов личности, общества и государства. В силу специфики исторического развития

нашего государства его интересы, как правило, всегда ставились выше интересов личности.

Ведомственный монополизм привел к неконтролируемому и непродуманному развитию отраслей промышленности, наносящих порой невосполнимый ущерб окружающей природной среде, здоровью граждан, сельскому хозяйству.

В любом случае этот процесс — составная часть государственной политики, субъектами и одновременно объектами которой выступают: крупные политические партии, социальные слои, финансово-промышленные группы, обладающие различными, зачастую противоположными интересами. Это означает, что цели и задачи рассматриваемых стратегий, средства достижения целей производны от целей, задач и средств реализации государственной политики в целом и являются ареной столкновения противоречивых социальных интересов.

Идеальное правовое федеративное государство при формировании своей политики обязано учитывать интересы субъектов различных социальных групп, оппозиционных политических партий, профсоюзов и т.д., которые оказывают значительное влияние на выбор целей государственной политики.

Мировая общественность забила тревогу по поводу негативных социально-экологических последствий развития техники, в частности ядерной энергетики и химической индустрии. В Западной Европе сформировались движения в защиту окружающей среды, например «Гринпис». Массовые выступления этого движения во многом повлияли на действия правительств ряда европейских государств по пересмотру социальных приоритетов развития.

Защита от чрезвычайных ситуаций, являясь защитой от различного рода бедствий, угрожающих жизни, здоровью людей, состоянию окружающей природной среды, условиям жизнедеятельности населения, материальным ценностям каждого человека, рассматривается как важнейшая социальная функция государства, реализующая комплекс организационных, технических, правовых и экономических мер, направленных на

<sup>1</sup> Основы защиты населения и территорий в кризисных ситуациях / Ю. Л. Воробьев [и др.]. М. : Деловой экспресс, 2006.

<sup>2</sup> Стратегические риски России: оценка и прогноз / МЧС России ; под общ. ред. Ю. Л. Воробьева. Деловой экспресс, 2005.

снижение риска возникновения чрезвычайных ситуаций, снижение материальных потерь в случае их возникновения, а также на обеспечение постоянной готовности органов управления, сил и средств к их ликвидации. При этом масштабы потенциальных чрезвычайных ситуаций, требуемые силы и средства для их предупреждения и ликвидации свидетельствуют, что реализация этой функции возможна только при условии функционирования в стране эффективной системы государственного управления в рассматриваемой области.

Следует заметить, что система государственного управления защитой от чрезвычайных ситуаций или система защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций, формирование которой осуществляется в нашей стране уже более 30 лет, имеет особенности по сравнению с аналогичными системами развитых государств. Ее формирование и развитие предполагает учет не только типичного, универсального, что должно быть присуще общемировой практике в рассматриваемой области в развитых странах, но и того особенного и уникального, что объективно присуще нашему государству в силу национально-исторических особенностей. По нашему мнению, система защиты от чрезвычайных ситуаций может строиться и развиваться, только опираясь на собственную российскую культуру, традиции и обычаи, взгляды и установки, идеалы и ценности.

Начало активного формирования в нашей стране целостной системы защиты от чрезвычайных ситуаций связано с аварией на Чернобыльской АЭС в 1986 г. Возрастающие социальные функции обеспечения безопасности и защиты населения в условиях чрезвычайных ситуаций мирного времени диктовали необходимость нового подхода к определению статуса системы государственного управления в области защиты от чрезвычайных ситуаций.

В 80-е гг. прошлого столетия деятельность по прогнозированию и предупреждению природных и техногенных чрезвычайных ситуаций осуществлялась в рамках отраслевых министерств, надзорных и природоохранных ведомств. Эта деятельность не координировалась Советом министров СССР и не носила общегосударственного характера. В условиях происходящей в те годы в стране перестройки, нарастания кризисных явлений в экономике, провозглашения суверенитета союзными республиками и их противостояния центру состояние этой важной деятельности, ориентированной на работу в условиях командно-административной системы, можно было характеризовать как системный кризис.

Впервые проработка вопроса о создании в СССР государственной системы по предупреждению и действиям в чрезвычайных ситуациях мирного времени была начата в 1987 г. Поста-

новлением ЦК КПСС и Совета министров СССР от 30 июля 1987 г. № 886-213 на гражданскую оборону СССР дополнительно были возложены задачи по защите населения от последствий аварий, катастроф и стихийных бедствий и проведению аварийно-спасательных и других неотложных работ. Важным решением было создание постоянно действующих чрезвычайных комиссий при советах министров союзных и автономных республик, исполкомах краевых и областных советов народных депутатов. При возникновении чрезвычайных ситуаций на данные комиссии возлагалась ответственность за организацию проведения спасательных и других неотложных работ в зонах бедствия. В 1988 г. постоянные чрезвычайные комиссии были созданы и во многих городах, районах.

В то же время работа комиссий не носила постоянного характера, а в основном начиналась с угрозой и возникновением аварии или стихийного бедствия. Исключение составляла противоэпидемическая комиссия при Минздраве СССР, которая имела постоянный состав и систематически рассматривала вопросы, связанные с эпидемической обстановкой в стране.

Анализ организации управления при ликвидации чрезвычайных ситуаций, имевших место в 1980-е гг., наглядно подтвердил также вывод о том, что наделение постоянно действующих чрезвычайных комиссий только административно-распорядительными функциями при чрезвычайных ситуациях уже оказалось недостаточным. Требовалось расширение полномочий в области организационно-плановой, координационной, контрольной и нормативно-методической деятельности по предупреждению и заблаговременной подготовке к локализации и ликвидации чрезвычайных ситуаций. Ощущалась необходимость также в более четкой регламентации взаимоотношений и разделении функций постоянно действующих чрезвычайных комиссий и штабов гражданской обороны соответствующих уровней.

Таким образом, объективно обнаружилась потребность в расширении функций постоянно действующих чрезвычайных комиссий. Однако такое расширение функций комиссий фактически изменяло бы установленный для них чрезвычайный статус, превращало их в особый постоянно действующий орган функционального управления при советах министров союзных республик или при исполкомах советов народных депутатов соответствующего уровня.

Обнаружившаяся тенденция к расширению межведомственных функций постоянно действующих чрезвычайных комиссий должна была в конечном счете привести к образованию соответствующих органов в структуре государственного управления в центре и на местах, что и подтвердилось в дальнейшем.

Уроки армянской трагедии (разрушительного землетрясения), произошедшей в декабре 1988 г., показали необходимость кардинальных перемен в рассматриваемой области, форсировали решение проблемы создания системы управления действиями в чрезвычайных ситуациях и подняли эту проблему на высокий уровень государственного приоритета.

В связи с этим, а также в целях повышения эффективности деятельности по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций постановлением Совета министров СССР от 5 июля 1989 г. № 537 была образована Государственная комиссия Совета министров СССР по чрезвычайным ситуациям и развернута работа по созданию общесоюзной системы по предупреждению и действиям в чрезвычайных ситуациях.

Постановлением Совета министров СССР от 15 декабря 1990 г. № 1282 была создана Государственная общесоюзная система по предупреждению и действиям в чрезвычайных ситуациях. Система была предназначена для предупреждения чрезвычайных ситуаций, а в случае их возникновения — для обеспечения безопасности населения и уменьшения ущерба народному хозяйству. На систему были возложены следующие задачи:

- проведение на территории страны единой государственной политики, предусматривающей комплекс экономических и правовых мер по защите жизни и здоровья людей, материальных и культурных ценностей, природной среды при чрезвычайных ситуациях, разработка и осуществление в этих целях общесоюзных и межреспубликанских долгосрочных целевых программ, организация проведения научных исследований и опытно-конструкторских работ;
- обеспечение надежного функционирования общегосударственной системы наблюдения и контроля за состоянием природной среды и потенциально опасных объектов, прогнозирование возможности возникновения различного рода бедствий, заблаговременное выявление потенциально опасных объектов (районов); принятие необходимых мер по реконструкции или закрытию производств, не отвечающих предъявляемым требованиям безопасности их работы; обеспечение устойчивости работы объектов и отраслей народного хозяйства, систем жизнеобеспечения населения; создание специальных резервов материально-технических средств, медицинского оборудования и препаратов, продовольствия и др.;
- обеспечение высокой готовности органов управления, сил и средств системы к действиям в чрезвычайных ситуациях: быстрое реагирование, включая оценку характера, масштабов и возможных последствий проис-

шедших событий, оперативное оповещение соответствующих органов власти и управления и населения об угрозе и фактах возникновения чрезвычайных ситуаций; своевременное выдвижение сил и средств в районы бедствия;

- проведение поисково-спасательных, аварийно-восстановительных и других неотложных работ по ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций;
- организация сотрудничества с зарубежными странами и международными организациями и оказания взаимной помощи по вопросам предупреждения чрезвычайных ситуаций и ликвидации их последствий.

Однако политические процессы, происходившие в тот период в стране, тормозили развитие системы.

Поиску эффективной формы государственного управления защитой от чрезвычайных ситуаций способствовала обозначившаяся в те годы самостоятельность в принятии решений стратегического характера руководством РСФСР. Президиумом Верховного совета РСФСР в июле 1990 г. (постановление от 17 июля 1990 г. № 114-1) было принято решение о целесообразности образования Российского корпуса спасателей. Во исполнение этого решения постановлением Совета министров РСФСР от 27 декабря 1990 г. № 606 был образован Российский корпус спасателей (на правах Государственного комитета РСФСР), а 18 декабря 1991 г. был образован Государственный комитет при Президенте РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий. С 1992 г. в нашей стране начались активные работы по формированию Российской системы предупреждения и действий в чрезвычайных ситуациях, созданной постановлением Правительства РФ от 18 апреля 1992 г. № 261.

В 1994 г. был принят Федеральный закон «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера», который определил цель и задачи единой государственной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций (РСЧС).

В настоящее время, как и любая саморазвивающаяся система, РСЧС решает три группы взаимосвязанных задач: целеполагания, механизма реализации поставленной цели и их корректировки, используя действие обратных связей в данной системе. Согласно ст. 4 Федерального закона «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» решение первой из перечисленных групп задач осуществляется путем разработки и реализации правовых и экономических норм по обеспечению защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций. Примерами такого нормирования являются: строительные нормы

и правила, декларации о промышленной безопасности и т.п.<sup>3</sup>

Организация самой РСЧС отвечает двум принципам: полноты охвата территорий, функций и уровней управления, которую и можно назвать комплексностью; и иерархичности, сочетающей централизованную координацию планирования мер по противодействию чрезвычайным ситуациям с наращиванием «снизу вверх» усилий по реализации этих мер. В соответствии с первым из указанных принципов рассматриваемая система строится по территориально-функциональному признаку и включает базовые подсистемы: территориальные и функциональные<sup>4</sup>.

По нашей оценке, в общей сложности в состав РСЧС должны входить свыше 3 000 территориальных подсистем и звеньев, в том числе территориальные подсистемы субъектов РФ, более 1 000 — в крупных городах, свыше 2 200 — в малых городах, остальные — в поселках городского типа.

Функциональные подсистемы выполняют более 20 различных задач (функций). Эти подсистемы и задачи могут быть объединены в три группы: мониторинга (наблюдения и контроля); противодействия (подготовки, реагирования и ликвидации чрезвычайных ситуаций); обеспечения (материально-технического, финансового и т.д.).

По мнению академика РАН Б. Н. Порфирьева, их анализ со всей очевидностью демонстрирует приоритет функций противодействия чрезвычайным ситуациям, на которые приходится примерно половина общего количества функциональных подсистем РСЧС и выполняемых ими задач. Доля подсистем, выполняющих функции мониторинга и обеспечения, примерно одинакова и составляет, соответственно, около  $1/4$  для каждой, однако в объеме решаемых ими задач доминируют наблюдение и контроль за обстановкой, тогда как вопросы обеспечения (прежде всего подготовки и реагирования) занимают более скромное место<sup>5</sup>.

Более детальный анализ характера функций, выполняемых каждой из названных выше трех групп функциональных подсистем, показывает, что подсистемы мониторинга и противодействия чрезвычайным ситуациям ориентированы прежде всего на предупреждение и ликвидацию техногенных аварий и катастроф. На них приходится

более  $2/3$  подсистем, осуществляющих в составе РСЧС функции наблюдения и контроля за обстановкой (остальное приходится на чрезвычайные ситуации природного характера). Аналогичный показатель в отношении чрезвычайных ситуаций на объектах «вторичного» сектора экономики (промышленность, энергетика, строительство) среди подсистем противодействия указанным ситуациям составляет более  $2/5$ , тогда как для объектов «первичного» (сельское и лесное хозяйство, рыболовство) и «третичного» (транспорт, связь, информатика, сфера коммунально-бытовых услуг и т.п.) секторов — примерно по  $1/2$ <sup>6</sup>.

В то же время среди подсистем обеспечения приоритет принадлежит материально-техническому и финансовому обеспечению (соответственно, немногим более  $1/3$  и  $1/4$  от их общего количества в данной группе подсистем). Доля подсистем информационной, организационной и транспортной поддержки мер по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций составляет чуть более  $1/10$  каждая.

Такая структура функциональных подсистем РСЧС и выполняемых ими задач, во-первых, отвечает объективным потребностям России в сфере обеспечения безопасности населения и территорий при чрезвычайных ситуациях природного и техногенного характера, основная часть которых, а также числа их жертв и экономического ущерба в стране обуславливается промышленными авариями и бедствиями. При этом сказанное, разумеется, справедливо лишь без учета социально-политических чрезвычайных ситуаций (которые законодательно исключены из сферы компетенции РСЧС).

Во-вторых, она отражает сохраняющийся адаптационный и рефлексивный характер РСЧС, в которой основное место пока принадлежит реагированию на чрезвычайные ситуации и их ликвидации. В последние годы ситуация постепенно начинает изменяться в сторону усиления упреждающего и программно-целевого подходов к организации и функционированию РСЧС.

Рассмотренные принципы, задачи и структура организации РСЧС дают общую характеристику этой системы. Что же касается ее реальных возможностей и деятельности по предупреждению и ликвидации аварий, бедствий, катастроф, то они определяются далеко не только описанной

<sup>3</sup> Романова О. А., Ершова И. В., Шпаковский Ю. Г. Природоресурсное законодательство в условиях модернизации экономики России: современные проблемы развития : монография / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова. М. : Норма ; Инфра-М, 2016.

<sup>4</sup> Постановление Правительства РФ от 30 декабря 2003 г. № 794 «О единой государственной системе предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций».

<sup>5</sup> Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Правовое обеспечение экологической безопасности в условиях экономической интеграции Российской Федерации : монография. М. : Проспект, 2016. 160 с.

<sup>6</sup> Оценка экологической опасности и прогноз экономического ущерба от аварийных ситуаций на промышленных предприятиях // Проблемы прогнозирования. 2017. № 6.

выше общей схемой. Огромное влияние на нее оказывают в первую очередь социально-экономические условия функционирования РСЧС, а также специфические условия и обстоятельства конкретной чрезвычайной ситуации, прежде всего управленческих решений (верных или ошибочных, своевременных или запоздалых).

На сегодняшний день в стране сформирована правовая основа дальнейшего совершенствования РСЧС, включающая следующие нормативные правовые акты:

- Стратегия национальной безопасности Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683);
- Стратегия экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года (утв. Указом Президента РФ от 19 апреля 2017 г. № 176);
- Доктрина информационной безопасности Российской Федерации (Утв. Указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646);
- Федеральный закон от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»;
- Стратегия экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года (утв. Указом Президента РФ от 13 мая 2017 г. № 208);
- Транспортная стратегия Российской Федерации на период до 2030 года (утв. Распоряжением Правительства РФ от 22 ноября 2008 г. № 1734-р);
- Концепция общественной безопасности в Российской Федерации (утв. Президентом РФ 14 ноября 2013 г. № Пр-2685);
- Энергетическая стратегия России на период до 2030 года (утв. распоряжением Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 1715-р);
- Основы государственной политики Российской Федерации в области защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций на период до 2030 года (утв. Указом Президента РФ от 11 января 2018 г. № 12) и др.

По нашему мнению, следует выделить следующие направления совершенствования организационной и правовой составляющей развития рассматриваемой системы.

*Первое.* Анализ деятельности РСЧС на современном этапе показал, что дальнейшее развитие федеральной составляющей системы не дает должного эффекта. Необходимо перенос центра тяжести на территориальный уровень — преимущественное развитие этой составляющей.

*Второе.* Опыт практической деятельности РСЧС показывает, что к настоящему времени в Российской Федерации создана и функционирует определенная совокупность аварийно-спа-

сательных формирований различной территориальной и ведомственной принадлежности, предназначенных для решения задач по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций различной природы возникновения и обеспечения пожарной безопасности. Существующий на сегодняшний день уровень координации деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления и организаций в рассматриваемой сфере обеспечения безопасности личности, общества и государства не отвечает характеру и масштабам современных угроз.

По нашему мнению, основными причинами указанного несоответствия являются ведомственная разобщенность созданных аварийно-спасательных сил, различный уровень их профессиональной подготовки, и, как следствие названных причин, отсутствие налаженных схем их взаимодействия при решении задач предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и пожаров.

Например, причиной увеличения количества и масштаб лесных пожаров, величины ущерба от них является несвоевременность введения режима чрезвычайной ситуации. Законодательством предусмотрено привлечение МЧС России к тушению лесных пожаров только в случае объявления режима чрезвычайной ситуации и угрозы населенным пунктам и объектам экономики<sup>7</sup>. Но отсутствие своевременных решений местных органов власти об объявлении чрезвычайной ситуации не позволяет привлекать необходимые силы и средства МЧС России.

В то же время принятый на сегодняшний день организационно-правовой механизм тушения лесных пожаров входит в противоречие с принятым механизмом предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций.

Согласно Положению о РСЧС (постановление Правительства РФ от 30 декабря 2003 г. № 794) эта система объединяет органы управления, силы и средства федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления и организаций, в полномочия которых входит решение вопросов в области защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций, и осуществляет свою деятельность в целях выполнения задач, предусмотренных Федеральным законом от 21 декабря 1994 № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера».

Данный Федеральный закон определяет чрезвычайную ситуацию как обстановку на определенной территории, сложившуюся в результате аварии, опасного природного явления, катастрофы, стихийного или иного бедствия, которые мо-

<sup>7</sup> Шпаковский Ю. Г. Современные проблемы правового регулирования охраны лесов от пожаров // Lex Russica. 2018. № 1 (134). С. 43—56.

гут повлечь или повлекли за собой человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности людей. Следовательно, лесные пожары также являются чрезвычайными ситуациями и входят в компетенцию деятельности РСЧС.

Координационными органами РСЧС на всех уровнях являются комиссии по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и обеспечению пожарной безопасности. На федеральном уровне — это Правительственная комиссия по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и обеспечению пожарной безопасности, комиссии по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и обеспечению пожарной безопасности федеральных органов исполнительной власти и уполномоченных организаций, имеющих функциональные подсистемы единой системы.

В этой связи функции по координации всех сил и средств тушения лесных пожаров должны возлагаться на координационные органы РСЧС, а деятельность федерального штаба по координации деятельности по тушению лесных пожаров, а также соответствующих штабов в федеральных округах должна координироваться Правительственной комиссией по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и обеспечению пожарной безопасности.

Это позволит снять все проблемные вопросы взаимодействия МЧС России с Минприроды России и Рослесхозом, в том числе оперативный обмен информацией в области охраны лесов от пожаров. Кроме того, в рамках РСЧС оперативно могут быть привлечены силы и средства не только МЧС России, но и других федеральных органов исполнительной власти (Минобороны России, МВД России и др.).

*Третье.* Следует также заметить, что с развитием технического прогресса появляются новые, не известные ранее угрозы для населения, окружающей среды. Ученые и практики пришли к выводу, что последствия техногенных аварий становятся сопоставимы по своим масштабам с последствиями боевых действий, а условия проведения аварийно-спасательных работ мало чем отличаются от условий ликвидации последствий применения современного оружия.

Серьезной проблемой для совершенствования деятельности РСЧС стали террористические угрозы, прежде всего акты технологического терроризма. Технологический (техногенный, промышленный) терроризм является одним из самых наукоемких видов преступлений.

Предупреждение террористических актов — это задача спецслужб, а вот спасение пострадавшего населения, локализация очагов опасности, минимизация ущерба объектам промышленности и социальной сферы — задача РСЧС. Это объективно требует для взаимодействия системы со многими структурами, не входящими в РСЧС:

— согласовать общие подходы по разработке планов действий сил, привлекаемых к ликвидации последствий террористических актов, разработать единые методы оценки степени угроз и возможных последствий терактов;

— установить единые степени готовности для сил, привлекаемых для противодействия террористическим актам, и порядок действий при объявлении соответствующей степени готовности;

— более четко определить сферу ответственности руководителя работ по ликвидации последствий террористических актов с учетом положений ст. 14 Федерального закона «Об аварийно-спасательных службах и статусе спасателей» и ст. 6 и 12 Федерального закона «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера».

*Четвертое.* В послании Президента РФ Федеральному Собранию в 2014 г. сказано: «Мы добьемся успеха, если сами заработаем свое благополучие и процветание, а не будем уповать на удачное стечение обстоятельств или внешнюю конъюнктуру. Если справимся с неорганизованностью и безответственностью, с привычкой закапывать в бумагах исполнение принятых решений».

Любая система будет только тогда развиваться, когда она востребована обществом ежедневно. Во главу развития системы должен быть поставлен тезис о необходимости удовлетворения потребностей человека и общества в обеспечении защиты от бедствий и катастроф в изменяющемся мире. При этом важен комплексный подход к обеспечению безопасности жизнедеятельности населения: междисциплинарный — в научном плане, эффективный — в экономическом, гуманистический — в социальном, межведомственный — в организационном<sup>8</sup>.

В качестве основополагающих целей развития следует определить: снижение риска возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; сокращение количества погибших и пострадавших при чрезвычайных ситуациях; предотвращение экономического ущерба от аварий, катастроф и стихийных бедствий. Цели не новы для системы, но их реализация должна

<sup>8</sup> См. например: Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Энергетическая безопасность в системе национальной безопасности России // Право и безопасность. 2012. № 1 (41); Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Экологическая безопасность в системе стратегического планирования Российской Федерации // Lex Russica. 2016. № 6 (115). С. 170—183.

быть построена на принципиально новых подходах, стратегических задачах. В качестве такой стратегической задачи следует определить: обеспечение устойчивого социально-экономического развития Российской Федерации при приемлемом уровне безопасности жизнедеятельности населения в чрезвычайных ситуациях.

Эта стратегическая задача может быть успешно достигнута только при внедрении риск-ори-

ентированного подхода<sup>9</sup> при организации и осуществлении государственного надзора в области защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера; совершенствовании нормативной правовой базы в области защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций на федеральном, региональном и муниципальном уровнях, с учетом документов стратегического планирования.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Безопасность жизнедеятельности. Безопасность в чрезвычайных ситуациях природного и техногенного характера. — М. : Высшая школа, 2013. — 592 с.
2. Безопасность России. Правовые, социально-экономические и научно-технические аспекты. — М., 2012. — Т. 2 : Безопасность и защищенность критически важных объектов : в 2 ч. Ч. 1 : Знание. — 896 с.
3. Безопасность России. Энергетическая безопасность (ТЭК и государство) / Международный гуманитарный фонд «Знание». — М., 2013. — 304 с.
4. Структурно-инвестиционная политика в целях обеспечения экономического роста в России : монография / под науч. ред. В. В. Ивантера. — М. : Научный консультант, 2017. — 196 с.
5. Харченко С. Г., Ананьева Р. В. О необходимости дифференциации понятий «безопасность» и «национальная безопасность». — 17-е изд., перераб. — М. : Просвещение, 2012. — 992 с.

<sup>9</sup> Постановление Правительства РФ от 17 августа 2016 г. № 806 «О применении риск-ориентированного подхода при организации отдельных видов государственного контроля (надзора) и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации».

中国转基因生物侵权责任法律问题研究  
Ответственность за нарушение правил использования  
генетически модифицированных организмов  
Responsibility for violation of rules of use  
of genetically modified organisms

李艳岩

Ли Яньян,

кандидат юридических наук, доцент,  
Юридический институт Хэйлуцзянского университета  
150080, КНР, провинция Хэйлуцзян, г. Харбин

Li Yangyang,

PhD in law, the faculty of law sciences,  
Associate Professor of Heilongjiang University

© Ли Яньян, 2019

**摘要:** 随着中国现代生物技术的发展,有关转基因生物及其产品对人体健康及生态环境可能造成负面影响的相关新闻和实例屡见不鲜。本文以转基因生物及其产品侵权责任为切入点,分析目前中国转基因生物侵权现象时有发生、但并无正规解决途径及渠道的原因。指出中国转基因生物安全法律专门立法的不足、现有立法对涉及转基因生物问题规定的粗疏是导致大部分侵权现象不了了之的根源。建议制定专门转基因生物法律规范、在现有其他法律中增设专门性规定,完善损害赔偿制度和外部监管制度。

**关键词:** 转基因生物; 侵权责任; 救济制度。

**Аннотация.** Стремительное развитие биотехнологий и расширение сфер их применения приводит к тому, что законодательная база не успевает за этим прогрессом. Принятие нормативных правовых актов на уровне государства — явление позитивное, но тем не менее не решающее всех проблем. В статье рассмотрены проблемы, связанные с охраной окружающей среды и правами граждан.

**Ключевые слова:** генетически модифицированные организмы, право граждан, окружающая среда.

**Annotation.** The rapid development of biotechnologies and the expansion of the range of areas where they are used, leads to the fact that the legislative framework does not keep pace with this progress. The adoption of normative legal acts at the level of the state is a positive thing, but still does not solve all the problems. The article describes the problems associated with environmental protection and the rights of citizens.

**Keywords:** genetically modified organisms, citizens' right, environment.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.128-132

作为目前世界上转基因技术及成果较为先进、转基因进口贸易较为突出的发展中国家,中国现代基因工程技术虽起步较晚,但发展势头迅猛,由此引发的转基因生物及其产品损害事件层出不穷,反映出中国快速发展的转基因技术与相对滞后的法律保障之间的不平衡性,中国有关转基因生物安全的相关立法亟待完善。由转基因生物引发的安全问题既是社会问题,也是法律问题,从法律层面考量,该问题的解决依赖于专门立法的制定实施,中国目前现有立法的空缺为这一问题的研究提供了广阔的空间。

## 一、转基因生物侵权基本理论

### (一) 转基因生物侵权的概念

侵权行为,是指因不法行为致使他人合法权益受损,依照法律规定,对所造成的损害应当负赔偿责任的行为。<sup>1</sup>关于侵权行为的性质,学术理论界一直众说纷纭:一些学者认为,侵权行为是指侵害他人民事权益的作为和不作为;也有相当一部分学者,以一般侵权责任构成要件说为基础和依据,认为侵权行为是指有责任能力的主体违反法律规定,以自身的行为给被侵权人以及社会造成某种损害的过错行为。在新兴的转基因生物致损领域,因现代生物科学技术存在着不确定性、有待探讨性等因素,导致目前学界对有关转基因生物及其产品侵权致损行为的性质认定等显现出了盲目性及不确定性等特征,但有一点可以认定,即根据现代基因工程技术发展的初衷可将转基因生物及其产品侵权责任主观上的“不法性”或“违法性”予以排除。基于以上对有关一般侵权行为的分析和转基因生物自身的特征,可以明确转基因生物侵权是指转基因生物及其产品在生产、流通、销售等各个阶段,相关责任人因其产品因素给该产品使用人的人身或财产及其生态环境造成一定损害,并应承担赔偿责任的行为。<sup>2</sup>

### (二) 转基因生物侵权致损形态

转基因生物致损主要体现在对生态环境和人体健康的危害方面,具体而言,因转基因生物引发的人身、财产权益的减少或灭失及对周遭环境所产生的不良释放表现如下:

#### 1. 转基因食品 and 消费者知情权的关系

消费者知情权,是指消费者有权对所购买的产品、服务的相关信息依法享有一定的获取、知悉。<sup>3</sup>随着转基因生物及其产品被大规模的开发利用,社会公众特别是消费者对经商业化种植和繁殖的转基因食品的安全性疑虑重重,虽然多数消费者的怀疑和抵制并没有科学依据,但其合理的知情诉求与转基因食品信息披露之间的矛盾不无存在。由于转基因食品的安全性尚无定论,尽管目前世界各国普遍采取了标识制度,仍无法对转基因食品可能引发的潜伏性危害予以预防和控制。从此层面来讲,知情是消费者做出选择的前提,消费者在经营者不履行转基因食品标识义务的情况下,作出违背真实意思的选择,则经营者的承担义务理应包括对因消费者相信或默认了经营者欺诈或含有欺诈成分的信息致使其作出非真实意思选择支出的相应赔偿,换言之,由于经营者未全面履行标识义务导致消费者在不知情的条件下作出错误购买的意思表示,即可认定侵权损害事实的成立,消费者即有权要求经营者承担损失。<sup>4</sup>

#### 2. 转基因生物和环境、财产及人身权益的关系

一般说来,环境侵权是指因产业活动或者其他人为原因导致自然生态环境的破坏或污染,并因而对他人的财产权、环境权益或者公共财产造成损害或有造成损害之虞的事实。<sup>5</sup>整个地球生物圈活力保持的关键点在于自然界中生物遗传资源的丰富性,因生物资源有其自身的发展规律,短时期内人们无法对其性状的优劣进行衡量和取舍,也无法预知该种生物资源虽在短期内能够满足人类某种客观利益,但不能因此肯定其对自然进化正常秩序的任意改变和破坏。近些年来,因生物多样性、转基因生物及其产品的广泛普及,由此引发的不当环境释放、因外源基因逃逸所致的多种生态连锁反应屡见不鲜。转基因生物导致的基因污染,包括对自然生态系统产生的不利影响、对生态系统安全和社会公共利益造成的损害、对他人环境、财产及人身权益造成的损害等。

### (三) 转基因生物侵权的归责原则

目前,国内外侵权法上存在的归责原则主要有:过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则。<sup>6</sup>综合分析这几种归责原则来看,过错责任原则以侵权人存在过错为前提,由于转基因生物是基因工程技术的衍生品,现代科学技术的不确定性大大增加了此类生物及其产品对环境、人类健康致损形态及表现的模糊性,即便相关责任人履行法定义务或主观上不存在任何过错,该类现代生物产品也有侵犯人类健康、污染环境之可能,在此种情况下,若适用过错责任原则,则对因转基因生物所引发的侵权责任问题得不到有效、合理的解决;公平责任,意味着损失由侵权人与被侵权人公平分担,然在转基因生物侵权这一特殊领域,由于现代生物工程技术的强大性、颠覆性与传统农业制品、广大转基因产品使用人对该类产品认知的匮乏性、该产品致损形态的潜伏性、缓慢性之间存在巨大差异,决定了该原则的不可适用性。

这样看来,由于转基因产品侵权损害的特殊性,在相关责任认定方面,应遵循借鉴传统侵权理论的同时、凸显此类侵权损害特殊性的原则,通过举证责任倒置和无过错责任的适当适用,合理公平地解决由此产生的权益纠纷。

<sup>1</sup> 王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第120页。

<sup>2</sup> 郭娟娟:“转基因产品的侵权责任问题研究”,大连海事大学2014年硕士学位论文,第2页。

<sup>3</sup> 王保树:《经济法原理》,社会科学文献出版社2003年版,第196—199页。

<sup>4</sup> 戴忠喜:《转基因食品标识与消费者知情权保护研究》,载《中国工商管理研究》2004年第1期,第40—43页。

<sup>5</sup> 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第13页。

<sup>6</sup> 郭娟娟:“转基因产品的侵权责任问题研究”,大连海事大学2014年硕士学位论文,第4页。

#### （四）转基因生物侵权因果关系认定

从广义上来讲，法律意义上的因果关系是指一种情形的产生系因另一种情形所引发。<sup>7</sup>在侵权责任认定上对因果关系的判断，则一般遵循谁主张、谁举证的原则，即由权益受到损害的被侵权人举出证据证明侵权行为的存在、并导致自身权利受损的事实，也即损害与行为之间存在因果关系。由一般侵权责任因果关系可推出，转基因生物侵权责任的因果关系是指转基因产品侵权行为与转基因产品侵权损害后果之间的引起与被引起的关系。由于转基因生物侵权损害具有科学不确定性、潜伏性、缓慢性等特征，在认定转基因生物侵权责任过程中，如果一味照搬一般侵权责任因果关系中的“谁主张、谁举证”理论，则对于转基因产品使用人，也即广大消费者而言显失公平，原因在于，在该侵权责任因果关系中，受害人因对所使用的转基因产品了解甚少、且无法预知由其引发的损害的发生，如果由受害人举证证明转基因产品生产者和使用者生产或经营的产品对其人身健康等权益造成了损害，则受害人很可能因客观不利情况等由此承担举证不能的败诉风险，这对转基因生物引发的损害的风险预警防控及侵权损害发生后求偿途径的延伸，显然是不利的，因此，在因果关系的认定上应当适用举证责任倒置原则。<sup>8</sup>

### 二、中国转基因生物侵权立法现状及存在的问题

#### （一）中国转基因生物侵权的立法现状

与发达国家相比，中国的转基因生物安全立法却起步较晚，目前中国转基因生物安全法律体系主要包括中国缔结或参加的转基因生物安全国际条约、法律中有关转基因生物安全的条款、国务院制定的转基因生物安全行政法规、国务院有关部门制定的转基因生物安全行政规章和地方政府主管部门制定的规范性文件。中国生物安全的研究和实践与生物技术的发展之间缺乏一定的衔接点，因此转基因生物安全立法过程中“以外促内”的情况不可避免：国内立法中的许多基本原则和制度，如《基因工程安全管理办法》、《农业生物基因工程安全管理实施办法》、《农业转基因生物安全管理条例》、《农业转基因生物安全评价管理办法》、《农业转基因生物进口安全管理办法》、《农业转基因生物安全标识管理办法》、《进出境转基因产品检验检疫管理办法》、《农产品质量安全法》、《促进生物产业加快发展的若干政策》等行政法律规范，并非基于中国在转基因生物安全监管中所积累的经验，而是结合国内国际实际情况对国际条约和外国立法加以引进、移植和转化的结果。

目前中国有关转基因生物侵权责任的立法少之又少，仅散见于《民法通则》、《侵权责任法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》和《环境保护法》等法律条文中，但这些法律其中的内容并未直接涉及转基因产品侵权及权益保护问题。值得注意的是于2014年4月24日修订并于2015年1月1日施行的新《环境保护法》对因污染环境和破坏生态造成损害，依照《侵权责任法》相关规定承担侵权责任之规定，体现了新法对相关问题的态度。

#### （二）中国转基因生物侵权法律存在的问题

##### 1. 中国缺乏综合性转基因生物安全立法

1993年12月24日，国家科学技术委员会制定的《基因工程安全管理办法》是中国第一部有关生物安全管理的立法，其作为其他转基因生物安全立法范本和依据的地位曾不可撼动。但该办法主要规范封闭状态下的转基因生物利用，几乎不涉及有关转基因生物及其产品的市场化行为，且该规范的很多规定过于原则，缺乏可操作性，客观上并未真正有效实施。随着中国农业转基因作物和转基因饲养动物的发展，以及转基因产品的大量进口，立法层面虽已陆续出台了《农业转基因生物安全管理条例》等相关行政法规、部门规章，但其在管理的对象和范围上的局限性日益明显。

##### 2. 现有法律的相关规定过于粗糙

中国现有法律有关转基因生物及其产品的规定过于粗糙。在涉及转基因生物及其产品致损领域，转基因生物侵权致损与一般产品致损在本质上是否一致？是否适用相同的侵权认定理论？与传统侵权相比，转基因生物侵权所涉及的举证及因果关系应当如何认定？确定因转基因生物所引发的侵权损害，其赔偿责任如何承担及分配？等一系列问题，在中国现有的转基因生物安全的法律条文及具体规范性文件中均找不到相关的确切规定。由此不免产生这样的问题：即一种转基因生物及其制品或含有转基因成分的产品在投入市场、已经进入销售经营阶段过程中，该产品的正常渠道使用人即消费者在不知其系转基因食品的情况下购买使用、并由此产生一定程度的损害，则该损害赔偿承担责任主体、责任认定、数额计算等所有问题因缺乏相应的法律规范而致搁浅，一则不能保证消费者正常权益的维护和行使，二则增加广大产品使用者对该类产品自身安全性的质疑和顾虑，对于发展转基因技术、强烈推进转基因生物及其产品普及及占领市场的广大生产商、经营者及本国政府而言，无疑要面对更多的质疑声和负面的压力。

##### 3. 缺乏与损害赔偿相关的法律规定

<sup>7</sup> [荷]施皮尔：《侵权法的统一：因果关系》，易继明等译，法律出版社2009年版，第85页。

<sup>8</sup> 郭娟娟：“转基因产品的侵权责任问题研究”，大连海事大学2014硕士学位论文第18—19页。

由于中国目前并无转基因生物及其产品侵权致损的相关赔偿规定,导致因转基因生物及其产品所引发的不同程度的人体健康和生态环境的损害,因无此方面的具体法律规定,无法对因果关系、规则原则及赔偿数额等方面作详尽的认定,处理转基因生物损害赔偿问题的主要法律只能依照民法和环境法中对损害赔偿的规定。实践中往往导致因现有法律对相关责任认定、赔偿问题承担等规定的模糊不清,大多数因转基因生物及其产品所引发的具体侵权事例最终不了了之。这也是一旦发生转基因生物及其产品致损的情况,则会陷入无法获得救济途径的境地的根本原因。这样一来,对于转基因生物及其产品造成的生命健康、财产、环境等损害,只因没有相关的赔偿制度和预防措施,则放任转基因生物侵权的肆意扩大和蔓延,冲击传统农产品市场的同时,对一般侵权责任损害赔偿的救济制度的挑战可见一斑。“无救济就无权利”,<sup>9</sup>就中国目前转基因生物损害赔偿制度而言,救济制度层面仍存有的空缺,是不得不面临的主要问题。

### (三) 中国转基因生物侵权缺乏行之有效的监管机制

由于中国目前转基因生物侵权立法方面仍存有欠缺、亟待完善,与之相关联的监管机制在法律上的体现也并不明显,具体表现为缺乏统一、系统性的管理。

中国在面对转基因生物安全监管的问题上一直秉承由科技、农业、卫生等国家下属职能部门分头牵管、分别进行的原则,由各部门制定相应的行政规章对专门问题进行管理,缺乏统一的领导、规划和部署。然而这种看上去互相分工合作的管理模式仍存在相关政府部门之间协调配合松散、具体部门监管不力、监管能力有空缺等诸多问题,各部门虽均为政府要害职能部门,但面对新兴的现代转基因生物技术,在具体监管方面难免出现职权交叉、重叠或缺漏的情况,这就不难理解各部门协调困难、矛盾重重又寻找不到解决问题症结的关键原因所在。

中国有关此问题的应急处理、预防监管措施及规定尚处在探索阶段,目前转基因生物安全监管领域所体现的由各部门分头进行的模式管理俨然不能满足日益跟进的高端生物技术的迅猛发展需要,表现在生物侵权方面,则要求对涉及转基因生物侵权的各方面进行专门系统的监管,而目前现有监管制度和体系覆盖范围的狭窄、管理手段和措施的落后及调整对象和环节的盲目严重制约转基因生物安全问题的解决。

## 三、转基因生物侵权责任法律完善建议

### (一) 完善转基因生物侵权立法体系

#### 1. 制定统一的转基因生物安全法

针对中国现有立法规定在对待转基因生物侵权方面所表现出的弱点和空缺,应当构建全面、系统、协调的转基因生物安全制度体系和监管框架,制定一部统一的转基因生物安全法,作为转基因生物安全问题领域最基本、最原则性的立法性范本规范,对涉及现代生物技术、转基因生物安全等问题做专门性、系统性规定,填补中国有关现代新兴生物技术立法领域的空白。

需要特殊说明的是,针对因转基因生物引发的特殊侵权问题,有必要在新增设的转基因生物安全法中对涉及转基因生物侵权的相关问题作专门性的章节性规定,具体定义转基因生物侵权的内涵、因果关系的认定、归责原则的适用及损害赔偿的具体计算方法等问题。采用此种立法模式一方面可以对涉及转基因生物安全的问题作出全面的规定,解决中国现代生物技术立法跟不上科学技术迅猛演进步伐的难题,摆脱在理论、实践操作过程中所遇到的转基因生物安全问题无法可依的困境;另一方面针对时下盛行的有关转基因生物侵权致损普遍存在的现象作出专门具体规定,有利于具体实践问题的解决。

#### 2. 更新现有其他法律中相关规定

在现有的规定转基因生物侵权的相关法律中,如《环境保护法》中,对有关转基因生物安全监管、转基因生物侵权致损等一系列内容加以扩充规定,这种后天增设的方式较另立他法的模式更为简便,结合中国实际情况,将转基因生物安全的相关专门性规定融合到其他部门法当中。

转基因生物侵权与一般民事侵权相比,在诉讼过程中将面临客观举证不能、进而承担败诉风险的问题,一般侵权理论中所要求的“过错”及“侵害性或违法性”很难得到证实,原因在于转基因生物及相关技术在研发生产过程中无过错可言,其初衷是向上的,这进一步导致侵权过错的认定及归责原则的适用上的特殊性。因此主张在《侵权责任法》增加“转基因生物侵权责任”专章,对转基因生物侵权所涉及的一般性规定、责任构成和责任方式、责任主体规定、特殊情形规定等作相应规范。

### (二) 完善转基因生物侵权的损害赔偿制度

所谓的侵权责任方式,即指行为人实施了侵权行为,依法应当承担民事责任的具体形式和类别。转基因生物侵权系特殊侵权类别,其责任认定应适用无过错责任。既然认定了侵权责任承担方式,也即确立了侵权责任构成要件的前提。根据传统《侵权责任法》有关侵权责任方式的具体规定,对比转基因生物所引发的侵权这一新兴特殊侵权类型,笔者认为,转基因侵权责任的构成转基因产品的生产行为、转基因产品造成损害后果、行为和损害之间存在着因果关系三个方面。

<sup>9</sup> 这是一句古老的谚语,旨在说明如果受侵犯的权益得不到有效地救济,那么规定的再完备的法律上的权益都是一纸空文。

损害赔偿方式应当包括事前预防和事后补救两种方式。事前预防性质的责任承担方式，能充分保证消费者对此类产品有确切的知情权，对可能由该产品引发的潜在现实威胁有主观上的认识；事后补救则能对被侵害人的损害予以补偿。此外，由转基因生物引发的侵犯人体健康或环境污染的情况，要求责任人恢复原状较一般民事侵权实施起来相对困难，原因在于由于转基因生物致损的特殊性，往往决定其造成损害的不可逆转性，那么要求责任人将损害消除回复到权益未受侵犯之前的状态，这种直接赔偿性质的方式，在实践过程中不易实施；因此针对实践过程中出现的恢复原状已属不可能的情况，受害人可针对人身、财产损害请求金钱性质的赔偿损失，具体赔偿数额办法可参照《侵权责任法》的相关规定。

### （三）完善转基因生物侵权监管机制

针对中国转基因生物安全多部门管理的缺陷，建议建立联合协作机制，如建立相关部门组成的转基因生物安全领导小组，明确职责分工，加强组织保障和技术支撑；成立转基因生物安全专家咨询组，强化转基因检测机构建设，为监管工作提供技术支撑。

在监管过程中实行“全过程管理制度”，从源头开始，严格规范市场准入程序，对于不符合我国有关转基因进口规范的相关产品不予准入放行，对于可正常进行进出口贸易的相关产品应要求明确注明产品成分标识，严禁任何含有可致进口国消费者生命健康及生态环境受损的转基因成分产品流入正常交易市场，威胁公众及生态安全。主管部门应继续贯彻实行许可证制度，通过行政手段对转基因技术研发、产品市场投放进行直接的行政控制和审批。对于已进入流通阶段的相关生物及其产品，在经营过程中其致损因素逐渐的显现，并形成一定气候造成了相关权益的受损，那么有理由对此类转基因生物及其产品可能造成或已然造成人身、财产、生态环境损害的负面效应予以约束和制止。及时召回有严重损害可能性的相关生物及产品，并实行较之以往更严格的许可及标识制度，充分保证消费者完全知悉、意思自治。

由于现代基因工程技术的逐渐普及深入，越来越多的转基因产品涌入公众消费视野领域，其覆盖范围的延展性、表现形式的潜伏性、影响程度的深入性决定了由此引发的权益侵害，在一定程度上所体现出的集体性权益的特征，因此，通过立法建立沟通交流机制鼓励公众参与监督，充分利用多种媒体，广泛宣传转基因生物技术发展、法律法规和安全管理细则，让社会公众有一个客观和科学的认识，同时提高安全和法律意识，积极参与安全监控工作，规范自身行为。

## Проблемы определения финансовых сделок, финансовых услуг, финансовых инструментов и финансовых продуктов в России и за рубежом Definition problems financial transactions, financial services, financial instruments and financial products in Russia and abroad

В. В. Долинская,

доктор юридических наук, профессор,  
профессор кафедры гражданского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ

V. V. Dolinskaya,

Doctor of jurisprudence, Professor,  
Professor Professor of the Department of civil law  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),  
member of Scientific and advisory council at the Supreme Court of the Russian Federation

© В. В. Долинская, 2019

**Аннотация.** Проведен анализ понятий «финансовые сделки», «финансовые услуги», «финансовые продукты» и «финансовые инструменты» по праву России, Китая, Сингапура и Японии. Высказаны предположения об их отраслевой характеристике. Сделан вывод об актуальности унификации понятийного аппарата.

**Ключевые слова:** объекты прав, оказание услуг, финансовые инструменты, финансовые продукты, финансовые сделки, финансовые услуги.

**Abstract.** The analysis of the concepts «financial transactions», «financial services», «financial products» and «financial instruments» by the right of Russia, China, Singapore and Japan is carried out. Are suggested about their branch characteristic. The conclusion is drawn on relevance of unification of a conceptual framework.

**Keywords:** objects of the rights; rendering services; financial instruments; financial products; financial transactions; financial services.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.133-136

В законодательстве многих стран закрепляются термины «финансовые услуги», «финансовые продукты», «финансовые инструменты». В 2012 г. создан первый международный финансовый арбитраж — Центр по разрешению международных финансовых споров, в 2013 г. — Международная организация по защите прав потребителей финансовых услуг (International Financial Consumer Protection Organization, FinCoNet). Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении

изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup> получил неофициальное название Закон о финансовых сделках<sup>2</sup>. 31 мая 2018 г. глава Центрального банка РФ Э. Набиуллина на конференции страховщиков депозитов пообещала, что российский Центробанк выпустит прототип маркетплейса финансовых услуг<sup>3</sup>.

Проблемы возникают в связи с различным определением понятий в сфере финансов и заме-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4761.

<sup>2</sup> См.: Долинская В. В. Новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации о финансовых сделках: обзор основных положений // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 6.

<sup>3</sup> См.: Банк России анонсировал «магазин на диване», где будут продавать финансовые услуги // URL: <https://news.gambler.ru/money/39991758-bank-rossii-anonsiroval-magazin-na-divane-gde-budut-prodat-finansovye-uslugi/> (дата обращения: 31.05.2018).

ной среди объектов гражданских прав услуг на оказание услуг (ст. 128 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ))<sup>4</sup>.

В России определение финансовой услуги дано в ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>5</sup>: «...финансовая услуга — банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц». Если концовка определения позволяет выделить специальный субъектный состав — финансовую организацию — и связь с таким объектом, как денежные средства, то начало страдает перечислением и вносит путаницу, так как, например, согласно ст. 7 Федерального закона от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»<sup>6</sup> лизингодатель (совсем не обязательно финансовая организация) оказывает по договору лизинга услуги любого рода, связанные с реализацией этого договора.

Определения финансового инструмента содержатся в ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»<sup>7</sup> и в Международном стандарте финансовой отчетности (IAS) 32 «Финансовые инструменты: представление», введенном в действие на территории Российской Федерации приказом Министерства финансов России от 28 декабря 2015 г. № 217н<sup>8</sup>. В первом происходит его отождествление с ценной бумагой (т.е. независимо от того, обращается ли она на рынке капиталов?) или договором, подразумевающим оплату денежными средствами (т.е. и договор розничной купли-продажи?); во втором — с договором, в результате которого возникает финансовый актив у одной организации и финансовое обязательство или долевой инструмент — у другой (т.е. речь идет о денежных средствах и ограничении субъектного состава).

Определение финансовых сделок отсутствует в международном праве, международной практике (например, в деятельности Международной организации по защите прав потребителей финансовых услуг — FinCoNet) и российском законодательстве.

Внесенные так называемым Законом о финансовых сделках изменения и дополнения можно условно разделить на три непропорциональные части:

- 1) внесенные в часть первую ГК:
  - о залоге;
  - об обеспечительном платеже;
  - о перемене лиц в обязательстве;
  - о понятии и условиях договора;
- 2) внесенные в часть вторую ГК:
  - о займе;
  - о кредите;
  - о финансировании под уступку денежного требования;
  - о банковском вкладе;
  - о банковском счете;
  - о расчетах;
  - об условном депонировании;
- 3) внесенные в иные законы:
  - в Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»<sup>9</sup>;
  - в Федеральный закон от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях»<sup>10</sup>;
  - в Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»<sup>11</sup>;
  - в Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>12</sup>;
  - в Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»<sup>13</sup>.

<sup>4</sup> См. подробнее: Долинская В.В., Моргунова Е.А., Шевченко О. М. Гражданское право: Объекты прав : учебное пособие для бакалавров / науч. ред. В. Л. Слесарев. Серия «Гражданское право». М. : Проспект, 2017 ; Ермакова Е. П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах : монография. М. : Юрлитинформ, 2015.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434 (с изм.).

<sup>6</sup> СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394 (с изм.).

<sup>7</sup> СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918 (с изм.).

<sup>8</sup> URL: <http://www.minfin.ru/> 09.02.2016. См. также: Международный стандарт финансовой отчетности (IAS) 39 «Финансовые инструменты: признание и оценка», введенный в действие на территории Российской Федерации приказом Минфина России от 28 декабря 2015 г. № 217н // URL: <http://www.minfin.ru/> (с изм.); Международный стандарт финансовой отчетности (IFRS) 9 «Финансовые инструменты», введенный в действие на территории Российской Федерации приказом Минфина России от 27.06.2016 № 98н (с изм.) // URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

<sup>9</sup> Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1990. № 27. Ст. 357.

<sup>10</sup> СЗ РФ. 1998. № 13. Ст. 1463.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

Вычленив общую характеристику всех новелл ГК РФ в так называемом Законе о финансовых сделках весьма затруднительно.

В связи с ростом политического и экономического авторитета государств Азиатско-тихоокеанского региона (АТР), а также тем фактом, что Сингапурский Центр по разрешению споров в сфере финансовой индустрии (FIDReC) уже занял 2-е место (после американского агентства Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)) среди организаций, предоставляющих услуги арбитража и медиации финансовых споров, обратимся к опыту стран АТР.

В статье 28.1 японского Закона 2006 г. «О финансовых инструментах и фондовых биржах» (Financial Instruments and Exchange Law)<sup>14</sup> (а Япония в 2017 г. заняла 9-е место в рейтинге Всемирного экономического форума — «Global Competitiveness Report 2017—2018»<sup>15</sup> и, по мнению экспертов, занимает 2-е место в мире по капитализации после США<sup>16</sup>) перечислены следующие виды финансовых услуг (с отсылкой к п. 8 ст. 2 того же Закона), которые могут быть переданы в назначенную организацию по альтернативному разрешению финансовых споров: 1) купля-продажа ценных бумаг, рыночные операции с производными финансовыми инструментами или операции с иностранной валютой по деривативам; 2) брокерские и клиринговые операции с ценными бумагами; 3) посреднические, брокерские или агентские услуги по купле-продаже ценных бумаг, рыночные сделки по деривативам или операции с иностранной валютой по производным инструментам; 4) посредничество, брокерское или агентское обслуживание для проведения следующих операций: (а) покупка и продажа ценных бумаг, или рыночные сделки с производными инструментами на валютном рынке финансовых инструментов; (б) покупка и продажа ценных бумаг или сделок с иностранными валютами по деривативам на иностранном рынке финансовых инструментов; 5) внебиржевые производные операции или посредничество, внебиржевые брокерские услуги или агентские услуги; 6) андеррайтинг ценных бумаг; 7) вторичное распределение ценных бумаг или эксклюзивное предложение на продажу; 8) покупка и продажа ценных бумаг че-

рез посредников, брокерские или агентские организации с использованием электронной системы обработки данных; 9) предоставление устной или письменной консультации (за исключением газет, журналов, книг или любого другого письменного труда, который предлагается для продажи многим неуказанным лицам) или любой другой формы совета об инвестициях или предоставление инвестиционных консультаций по ценным бумагам лицом, осуществляющим деятельность на рынке финансовых инструментов; 10) принятие депозитов (денег, ценных бумаг или сертификатов от клиентов), передача облигаций и т.д. в ответ на открытие счета для осуществления перевода облигаций и т.д. То есть речь идет о передаче в собственность и связанных с нею услугах (включая консультационные), денежных средств, ценных бумаг и трансформируемых в них активов.

Сингапурское Положение 2009 г. «О защите прав потребителей, регулирующее предоставление финансовых продуктов и услуг» (Consumer Protection (Fair Trading) (Regulated Financial Products and Services) Regulations 2009)<sup>17</sup> выделяет относящиеся к компетенции Валютно-финансового управления Сингапура (Monetary Authority of Singapore — MAS) «финансовые услуги» («financial services») и «финансовые продукты» («financial products»). В число последних входят любые договоренности, сделки и контракты, предоставляемые любым лицом или финансовой организацией, контролируемые MAS, а это коммерческие и торговые банки, посредники, пункты обмена валюты и перевода денежных средств, рынки капитала, страховые компании и страховые брокеры, финансовые компании, трастовые компании, финансовые консультанты<sup>18</sup>. Список таких лиц и организаций размещается на ежедневно обновляемом сайте Валютно-финансового управления Сингапура MAS — Financial Institution Directory. Types of Institutions <http://www.mas.gov.sg/singapore-financial-centre/types-of-institutions.aspx>.

В 2014 г. известный центр международного коммерческого арбитража — CIETAC (Китайская международная комиссия по экономическому и торговому арбитражу) расширил сферу своей компетенции за счет разработки и принятия арбитражного регламента по разрешению финансовых

<sup>14</sup> Редакция 2006 г. Закона от 13.04.1948 № 25 // URL: [www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail\\_download/?ff=09&id=2355](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_download/?ff=09&id=2355).

<sup>15</sup> См.: 10 самых конкурентоспособных экономик мира // Вести.ру. 27.09.2017. URL: <https://news.rambler.ru/economics/38006024-10-samyh-konkurentosposobnyh-ekonomik-mira/>.

<sup>16</sup> См.: Сивцов А. Фондовый рынок Японии и его основные индексы // Ester. Первый биржевой сервис. 01.09.2016. URL: <http://www.esterholdings.com/ru/2016/09/01/fondovyyj-rynok-yaponii-i-ego-osnovnye-indeksy-aleksandr-sivtsov/#>.

<sup>17</sup> Consumer Protection (Fair Trading) Act (Cap. 52A) (CPFTA) 2003 // URL: <http://statutes.agc.gov.sg/a>. См. также: Consumer Protection (Fair Trading) (Regulated Financial Products and Services) Regulations 2009 // URL: <http://statutes.agc.gov.sg/a>.

<sup>18</sup> О сходном институте в России см.: Хмелева Т. И. Профессиональная деятельность граждан на рынке ценных бумаг // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 3.

споров — «China International Economic and Trade Arbitration Commission Financial Disputes Arbitration Rules» (принят в ноябре 2014 г., вступил в силу с 1 января 2015 г.<sup>19</sup>). В соответствии со ст. 2 этого Регламента термин «финансовые операции» относится к сделкам, возникающим между финансовыми учреждениями «*inter se*» или между финансовыми учреждениями и другими физическими или юридическими лицами на рынках валюты, капиталов, золота или страхования, которые связаны с обменом валюты как внутри страны, так и за рубежом, а также с иными финансовыми инструментами и документами, деноминированными как в национальной, так и в иностранной валюте, включая (но не ограничиваясь ими): 1) кредиты; 2) депозитные сертификаты; 3) гарантии; 4) аккредитивы; 5) договорные инструменты; 6) операции с фондами; 7) облигации; 8) покупку и перевод иностранной валюты; 9) факторинг; 11) соглашения о возмещении расходов между банками; а также 11) ценные бумаги и фьючерсы.

Даже этот краткий обзор свидетельствует об отсутствии единства в трактовке понятий «финансовые сделки», «финансовые услуги», «финансовые инструменты» и «финансовые продукты».

Упор делается на характеристику объекта (как правило, связь с денежными средствами, капиталом), реже — на сферу экономических, хозяйственных отношений, иногда — на субъектный состав.

Отношения по поводу этих объектов регулируются различными отраслями права — гражданским, инвестиционным, налоговым, финансовым и т.д. Они пересекаются с категориями денежных обязательств, банковских сделок, ценных бумаг. К ним можно отнести инвестиции в негосударственные пенсионные фонды; управление денежными средствами и (или) ценными бумагами доверителя; деривативы и т.п.

Глобализация международных инвестиций и торговли делает актуальной задачу унификации понятийного аппарата.

<sup>19</sup> China International Economic and Trade Arbitration Commission Financial Disputes Arbitration Rules (Revised and Adopted by the China Council for the Promotion of International Trade // China Chamber of International Commerce on November 4, 2014. Effective as from January 1, 2015.) // URL: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=108&l=en>.

## Предоставление земельных участков из государственной и муниципальной собственности многодетным семьям на примере отдельных субъектов Российской Федерации Provision of land plots from state and municipal property to large families on the example of individual Russian Federation subject

Н. О. Ведышева,

доцент кафедры экологического и природоресурсного права  
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

N. O. Vedysheva,

Associate Professor Department of Environmental and Natural Resources Law,  
Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Н. О. Ведышева, 2019

**Аннотация.** В статье рассматриваются основания постановки на учет семей, имеющих трех и более детей, для бесплатного предоставления земельного участка из государственной или муниципальной собственности для индивидуального жилищного строительства, личного подсобного хозяйства, садоводства, огородничества, дачного строительства, установленные законодательством отдельных субъектов РФ, порядок предоставления таких земельных участков, необходимость регулирования на федеральном уровне требований к формируемому перечню земельных участков в части экологической составляющей, обеспеченности инженерной и социальной инфраструктурой.

**Ключевые слова:** многодетная семья, земельные участки, законодательство субъектов РФ, индивидуальное жилищное строительство, личное подсобное хозяйство.

**Abstract.** The article discusses the grounds for registering families with three or more children for the free provision of land from state or municipal property for individual housing construction, personal subsidiary farming, gardening, gardening, country construction, established by the legislation of individual constituent entities of the Russian Federation, the procedure for granting of such land plots, the need for regulation at the federal level of the requirements for the formed list of land x plots in terms of the environmental component, provision of engineering and social infrastructure.

**Keywords:** large family, land plots, legislation of constituent entities of the Russian Federation, individual housing construction, personal subsidiary farming.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.137-141

Вопросам поддержки семей, нуждающихся в улучшении жилищных условий, посвящено немало работ<sup>1</sup>. В рамках данной статьи хотелось бы остановиться на вопросах, связанных с проблемами реализации на практике положений Земельного кодекса РФ, касающихся предостав-

ления семьям, имеющим трех и более детей, бесплатных земельных участков из государственной и муниципальной собственности.

Согласно Государственному докладу о положении детей и семей, имеющих детей, в Российской Федерации за 2016 г., за год 320,3 тыс. граждан,

<sup>1</sup> См.: Многодетная семья: права и гарантии по законодательству Российской Федерации и города Москвы : монография / под ред. О. В. Ефимовой, А. В. Звонарева. Саратов : Саратовский источник, 2017. 214 с. ; Гарантии прав ребенка — безопасность детства : сборник научных трудов / отв. ред. О. В. Ефимова, А. В. Звонарев. М. : Книгодел, 2018. 224 с. ; Воронина Н. П. Правовое регулирование предоставления земельных участков многодетным семьям: региональный аспект // Хроноэкономика. 2018. № 3 (11). С. 29—35.

имеющих трех и более детей, подали заявления на предоставление земельного участка. Органами государственной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления было предоставлено 92,3 тыс. земельных участков. С этой целью 43 субъектам РФ переданы полномочия Российской Федерации по управлению и распоряжению 280 земельными участками общей площадью 10 825 га, что позволит обеспечить жильем не менее 78 тыс. семей. (Для сравнения: в 2013 г. только 37 субъектам РФ были переданы полномочия по управлению и распоряжению 187 земельными участками общей площадью 7 тыс. га, что позволило обеспечить земельными участками более 55 тыс. многодетных семей.) Органами государственной власти 30 субъектов РФ выполнены мероприятия по образованию 25 347 земельных участков, из них 15 534 земельного участка в 19 субъектах РФ предоставлены гражданам, имеющим трех и более детей, в соответствии с п. 6 ст. 39.5 Земельного кодекса РФ.

С 1 марта 2015 г. органами государственной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления с согласия многодетных семей взамен земельного участка последним могут быть предоставлены иные меры социальной поддержки по обеспечению жилыми помещениями. В некоторых субъектах РФ было предусмотрено предоставление единовременной социальной выплаты на приобретение (строительство) жилья. Также предоставлялась социальная выплата на уплату первоначального взноса по ипотечному жилищному кредиту на приобретение жилого помещения, на погашение ипотечного кредита и др. Такими мерами воспользовалось 3 279 многодетных семей.

По состоянию на 01.01.2017 Агентство ипотечного жилищного кредитования провело аукционы по 60 земельным участкам общей площадью 1 218,6 га в 28 субъектах РФ, в том числе: по 21 земельному участку общей площадью 226,6 га для комплексного освоения в целях строительства жилья экономкласса; 39 земельным участкам общей площадью 992 га для комплексного освоения в целях строительства в минимально требуемом объеме жилья экономкласса<sup>2</sup>.

Земельные участки для рассматриваемой категории предоставляются в собственность однократно. Согласно ст. 39.2 Земельного кодекса РФ предоставление земельных участков, которые находятся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется исполнительным органом государственной власти или органом местного самоуправления в пределах их компетенции в соответствии со ст. 9—11 Земельного кодекса РФ. Случаи и порядок предоставления устанавливаются органами государственной власти субъектов РФ.

До 01.03.2015 действовала ст. 28 Земельного кодекса РФ, предусматривающая в абз. 2 п. 2, введенном Федеральным законом от 14.06.2011 № 138-ФЗ, право граждан, имеющих трех и более детей, приобрести бесплатно, в том числе для индивидуального жилищного строительства, без торгов и предварительного согласования мест размещения объектов находящиеся в государственной или муниципальной собственности земельные участки в случаях и порядке, которые установлены законами субъектов РФ. С 01.03.2015 в связи с вступлением в силу Федерального закона от 23.06.2014 № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» действует ст. 39.5 Земельного кодекса РФ, содержащая перечень случаев предоставления земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, гражданину или юридическому лицу в собственность бесплатно на основании решения уполномоченного органа, одним из которых является предоставление земельного участка гражданам, имеющим трех и более детей, в случае и в порядке, установленных органами государственной власти субъектов РФ. В соответствии с п. 2 ст. 39.19 ЗК РФ, если иное не предусмотрено федеральными законами, порядок постановки граждан на учет в качестве лиц, имеющих право на предоставление земельных участков в собственность бесплатно по основаниям, указанным в п. 6 и 7 ст. 39.5, порядок снятия граждан с данного учета, порядок предоставления гражданам земельных участков в собственность бесплатно, основания для отказа в данном предоставлении, предельные размеры земельных участков, предоставляемых этим гражданам, устанавливаются законами субъектов РФ. Таким образом, Земельный кодекс Российской Федерации наделяет законодателя субъекта РФ полномочием определять случаи бесплатного предоставления земельных участков в собственность, порядок постановки граждан на учет в качестве лиц, имеющих право на предоставление земельных участков в собственность бесплатно, порядок и основания снятия граждан с данного учета.

Ранее приказом Министерства регионального развития РФ<sup>3</sup> от 09.09.2013 № 372 были утверждены Методические рекомендации субъектам Российской Федерации по порядку и случаям бесплатного предоставления земельных участков гражданам, имеющим трех и более детей. Целью данных Рекомендаций являлось оказание методической помощи субъектам РФ в целях *единообразного* нормативного правового регулирования предоставления земельных участков

<sup>2</sup> URL: <http://www.rosmintrud.ru>.

<sup>3</sup> В настоящее время упразднено Указом Президента РФ от 08.09.2014 № 612, его функции переданы другим министерствам.

указанной категории семей, включая создание необходимой инфраструктуры на этих участках при поддержке субъектов РФ и муниципальных образований. В качестве общих оснований для предоставления земельных участков гражданам, имеющим трех и более детей, субъектам РФ рекомендовалось в своих законах установить следующие условия:

- граждане, имеющие трех и более детей (в том числе усыновленных (удочеренных), или один из родителей в неполной семье, имеющий трех и более детей, приняты на учет по месту жительства в целях получения земельного участка для садоводства, огородничества или дачного строительства, индивидуального жилищного строительства или ведения личного подсобного хозяйства;
- таким гражданам ранее бесплатно не предоставлялись земельные участки из государственной или муниципальной собственности;
- иные условия, например, такие как проживание граждан на территории субъекта РФ в течение определенного времени до подачи заявления о постановке на учет в целях предоставления земельного участка или дата рождения в семье третьего ребенка, начиная с которой граждане принимаются на учет в целях предоставления земельного участка, и др.

Дополнительные условия устанавливаются законами субъектов РФ исходя из сложившейся в них социально-экономической и демографической ситуации. Также субъекты РФ своими законами могли предусмотреть предоставление земельного участка не только по месту их постановки на учет, но и на территории других муниципальных образований субъекта РФ или на территории других субъектов РФ, но только при желании этих граждан. Кроме того, при отборе земельных участков рекомендовалось использовать такие критерии, как транспортная доступность, удовлетворительная экологическая обстановка, наличие или сроки строительства объектов инженерной инфраструктуры, расходы на подключение, наличие объектов социальной инфраструктуры и т.д. Рекомендовалось закрепить полномочия органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления в данной сфере. Указанные рекомендации не распространялись на города федерального значения.

Анализируя законы субъектов РФ в сфере предоставления земельных участков многодетным семьям, следует обратить внимание на понятие такой семьи. В большинстве субъектов РФ это родители (либо одинокий родитель), имеющие трех и более несовершеннолетних детей, в отдельных

субъектах РФ к ним относят и детей, обучающихся в образовательном учреждении по очной форме обучения или проходящих военную службу в Вооруженных Силах РФ, до достижения ими 23 лет. Кроме того, законы одних субъектов РФ устанавливают совместное проживание родителей и детей, других — нет. Так, Закон Чувашской Республики от 01.04.2011 № 10 (ред. от 27.10.2016) «О предоставлении земельных участков многодетным семьям в Чувашской Республике» под многодетной семьей признает семью, воспитывающую трех и более детей *в возрасте до 18 лет*, к членам которой относятся совместно проживающие супруги (одинокий родитель), их (его) дети (в том числе усыновленные, удочеренные, пасынки, падчерицы), а также опекуны (попечители) и дети, находящиеся под опекой (попечительством), *все члены* которой являются гражданами Российской Федерации, постоянно или преимущественно проживающими на территории Чувашской Республики. Не учитываются в составе семьи, например, дети, отбывающие наказание в местах лишения свободы по приговору суда, вступившему в законную силу, или дети, вступившие в брак до достижения возраста 18 лет<sup>4</sup>.

Закон Московской области от 01.06.2011 № 73/2011-ОЗ (ред. от 04.05.2018) «О бесплатном предоставлении земельных участков многодетным семьям в Московской области»<sup>5</sup> под многодетной семьей понимает лиц, состоящих в зарегистрированном браке, либо матерей (отцов), не состоящих в зарегистрированном браке, имеющих троих и более детей *в возрасте до 18 лет, проживающих совместно с ними* (в том числе усыновленных, пасынков и падчериц).

Закон Нижегородской области от 01.12.2011 № 168-З (ред. от 31.05.2017) «О предоставлении земельных участков многодетным семьям в собственности бесплатно на территории Нижегородской области» учитывает в составе многодетной семьи детей, в том числе усыновленных, пасынков, падчериц, не достигших возраста *18 лет*; детей, обучающихся по очной форме обучения в организациях, осуществляющих образовательную деятельность, до достижения ими возраста *23 лет*; детей, проходящих военную службу по призыву или альтернативную гражданскую службу в соответствии с законодательством РФ, до достижения ими возраста *23 лет*; *детей-инвалидов без ограничения возраста*<sup>6</sup>.

Иногда семья сталкивается с такой проблемой: при постановке на учет в уполномоченном органе возраст детей соответствует законодательно определенному, а в момент предоставления земельного участка — достигает установленного

<sup>4</sup> Собрание законодательства Чувашской Республики. 2011. № 4. Ст. 269.

<sup>5</sup> Ежедневные новости. Подмосковье. 04.06.2011. № 98.

<sup>6</sup> Правовая среда. 03.12.2011. № 135 (1400) (приложение к газете «Нижегородские новости». 03.12.2011. № 222 [4834]).

законом возраста, при котором семья не учитывается как льготная категория граждан. В законе Чувашской Республики закреплено, что достижение ребенком (детьми) 18-летнего возраста после постановки на учет многодетной семьи, имеющей право на предоставление земельного участка в собственность бесплатно, не является основанием для снятия многодетной семьи с такого учета (исключения ее из реестра). Многодетная семья, состоящая на учете в Нижегородской области, также сохраняет право на бесплатное предоставление земельного участка независимо от возраста детей на момент фактического предоставления земельного участка.

Аналогичный подход принят в законодательстве Ленинградской и Астраханской областей. В законе Самарской области от 11.03.2005 № 94-ГД «О земле» предусмотрено, что граждане не снимаются с учета в течение трех лет с момента достижения старшим ребенком установленного возраста<sup>7</sup>. Представляется необходимым закрепить такое положение во всех законах субъектов РФ, чтобы исключить порочную практику, складывающуюся в отдельных субъектах РФ. В отдельных регионах дополнительно устанавливается ценз оседлости. Например, в Московской области родители либо одинокая мать (одинокый отец), усыновители, отчим (мачеха), с которыми совместно проживают трое и более детей, должны иметь место жительства на территории Московской области *не менее 5 лет*. В Нижегородской области до момента подачи заявления о бесплатном предоставлении земельного участка необходимо постоянное проживание родителей либо единственного родителя многодетной семьи на территории Нижегородской области *не менее 5 лет* (под постоянным проживанием понимается наличие постоянной регистрации по месту жительства на территории Нижегородской области).

Исходя из социально-экономического развития региона, территориального планирования, наличия свободных земель, устанавливаются разные предельные размеры земельных участков. Например, в Чувашской Республике предельные размеры для индивидуального жилищного строительства — от 0,05 до 0,10 га; для дачного строительства — 0,05 до 0,10 га; для ведения личного подсобного хозяйства — 0,10—0,15 га (приусадебный земельный участок), 0,6—1,0 га (полевой земельный участок). В Московской области предельный минимальный размер земельного участка, предоставляемого бесплатно многодетным семьям, составляет 0,10 га, а максимальный — 0,15 га. В случае, если размер земельного участка меньше предельного минимального размера и при этом предоставлено письменное согласие заявителя на получение такого земельного участка, то размер земельно-

го участка считается предельным минимальным. Далее пошел законодатель Нижегородской области, он предусмотрел разный подход к семьям имеющим от трех до пяти детей и имеющим шестерых и более. Так, для первой группы установлены предельные размеры для индивидуального жилищного строительства от 0,06 до 0,15 га; для второй — от 0,10 до 0,30 га; для садоводства или огородничества установлены одинаковые для двух групп размеры: от 0,02 до 0,15 га; для дачного хозяйства — от 0,10 до 0,25 га; для ведения личного подсобного хозяйства — от 0,02 до 0,50 га.

Законодательством субъектов РФ устанавливается и разный подход к формированию перечня земельных участков и порядку их предоставления. Например, во исполнении Закона Чувашской Республики «О предоставлении земельных участков многодетным семьям в Чувашской Республике» (применяется к правоотношениям, возникающим в связи с рождением (усыновлением) ребенка (детей) до 31.12.2018 включительно) постановлениями Администрации г. Чебоксары от 16.08.2018 № 1479 (ред. от 06.11.2018) и от 23.08.2018 № 1539 утверждены административные регламенты предоставления муниципальных услуг, предоставления земельных участков многодетным семьям и постановки на учет многодетных семей, имеющих право на предоставление земельных участков в собственность бесплатно, соответственно. Перечни земельных участков включают их местоположение, адрес, кадастровые номера, площадь и вид разрешенного использования земельного участка (иных характеристик нет).

Орган местного самоуправления в пятидневный срок со дня утверждения Перечня земельных участков направляет согласно очередности земельного участка в Перечне земельных участков письменное уведомление с предложением о предоставлении конкретного земельного участка многодетной семье в собственность бесплатно согласно очередности многодетных семей, включенных в Реестр. В течение одного месяца после получения уведомления с предложением о предоставлении конкретного земельного участка в собственность бесплатно гражданин принимает решение. В случае если многодетная семья отказалась от предложенного земельного участка или не представила письменное заявление в установленный срок, данный земельный участок предлагается другим многодетным семьям, включенным в Реестр, в порядке очередности. При этом многодетной семье, отказавшейся от предложенного земельного участка или не представившей письменное заявление в установленный срок, присваивается новый порядковый номер учета в конце Реестра.

Право на бесплатное предоставление земельных участков в Московской области имеют мно-

<sup>7</sup> Закон Самарской области от 11.03.2005 № 94-ГД «О земле» // Волжская коммуна. 2005. № 44.

годетные семьи, которые отвечают *одновременно* следующим условиям на дату подачи заявления: члены многодетной семьи являются гражданами Российской Федерации; проживают не менее 5 лет на данной территории; трое и более детей многодетной семьи не достигли возраста 18 лет и имеют место жительства на территории Московской области; члены многодетной семьи не имеют земельного участка площадью 0,06 га и более в собственности, на праве пожизненного наследуемого владения или постоянного (бессрочного) пользования на территории Московской области; члены многодетной семьи не являются собственниками жилых домов (строений) на территории Московской области; члены многодетной семьи не производили отчуждение, а также раздел принадлежащих им на праве собственности земельных участков площадью 0,06 га и более со дня вступления в силу Закона Московской области. Органы местного самоуправления муниципальных районов и городских округов Московской области ежегодно не позднее *первого февраля* текущего года утверждают перечень земель и (или) земельных участков для предоставления многодетным семьям, в котором указываются местоположение земель и (или) земельных участков, их площадь, кадастровые номера (при наличии). Вопрос о характеристиках земельного участка, о транспортной доступности, об объектах инфраструктуры и иных факторах никак не отражен.

В Нижегородской области уполномоченные органы ежегодно в срок до 1 марта текущего года формируют и утверждают перечни земельных участков соответственно из земель, находящихся в государственной собственности Нижегородской области или муниципальной собственности, а также из земель, государственная собственность на которые не разграничена, предназначенные для бесплатного предоставления многодетным семьям в собственность для индивидуального жилищного строительства, для ведения личного подсобного хозяйства, дачного хозяйства, садоводства или огородничества. Включение земельных участков, предназначенных для индивидуального жилищного строительства, в Перечень осуществляется *при условии их обеспечения инженерной инфраструктурой* применительно к условиям соответствующего населенного пункта Нижегородской области либо *при условии, что на*

*обеспечение инженерной инфраструктурой этих земельных участков предусмотрено финансирование на текущий финансовый год.* Предоставление многодетным семьям земельных участков осуществляется из числа земельных участков, включенных в Перечни, путем проведения *жеребьевки* в порядке очередности с учетом количества сформированных земельных участков. При наличии в Перечне только одного сформированного земельного участка жеребьевка не проводится и земельный участок предлагается многодетной семье в порядке очередности. В случае отказа многодетной семьи от участка он предлагается следующей в очереди многодетной семье.

Заслуживает внимания постановление администрации г. Дзержинска Нижегородской области от 18.10.2016 № 3797 «Об утверждении Положения о комиссии, определяющей наличие недостатков, влекущих невозможность строительства на земельных участках, предоставленных в аренду многодетным семьям и отдельным категориям граждан на территории городского округа город Дзержинск», в котором предусмотрен механизм оценки таких критериев, как рельеф, уровень грунтовых вод, уровень закарстованности территории, состояние окружающей среды, состояние почв, характеристики земельного участка (размеры, конфигурация), наличие на земельном участке зон с особыми условиями использования. Если выявятся недостатки, влекущие невозможность строительства дома, это будет являться основанием для внеочередного предоставления многодетной семье земельного участка для индивидуального жилищного строительства из утвержденного Перечня.

Если обратить внимание на судебную практику регионов, то можно констатировать, что зачастую земельные участки не обеспечены инженерно-технической инфраструктурой: газовыми, электрическими сетями, водопроводом, канализацией. Гражданам приходится отказываться от таких земельных участков и становиться в конец очереди, которая может подойти, когда возраст детей будет превышать льготный, или закончатся свободные земельные участки, или закон субъекта ограничит срок действия.

Представляется необходимым закрепить требования к формируемым участкам на федеральном законодательном уровне, а не в виде Методических рекомендаций.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Многодетная семья: права и гарантии по законодательству Российской Федерации и города Москвы : монография / под ред. О. В. Ефимовой, А. В. Звонарева. — Саратов : Саратовский источник, 2017. — 214 с.
2. Гарантии прав ребенка — безопасность детства : сборник научных трудов / отв. ред. О. В. Ефимова, А. В. Звонарев. — М. : Книгодел, 2018. — 224 с.
3. Воронина Н. П. Правовое регулирование предоставления земельных участков многодетным семьям: региональный аспект // Хроноэкономика. — 2018. — № 3 (11). — С. 29—35.

## 论中国民事发回重审制度

### Режим возвращения гражданских дел для дальнейшего исследования<sup>1</sup> Recall mode civil affairs for further investigation

哈书菊

Ха Шуцзюй,

доктор юридических наук, профессор,  
Юридический институт Хэйлуцзянского университета  
150080, КНР, провинция Хэйлуцзян, г. Харбин

Ha Sugoï,

Doctor of Law, the faculty of law,  
Professor of science, Heilongjiang University

© Ха Шуцзюй, 2019

**摘要:** 民事发回重审制度是在民事上诉或者再审程序中因出现法定情形将案件发回到原一审法院重新审理的制度。该制度有利于维护当事人审级利益，合理配置上下级法院的职能，制衡上下级法院权力的行使。中国民事发回重审制度立法的宽泛和模糊是导致制度运行不畅的内在原因，“权力本位”思想的作祟是制度在操作中产生种种问题的外在因素。因此，完善民事发回重审制度应当围绕着两条主线：保障当事人诉讼权利和革除“权力本位”的司法观。从诉讼效率价值出发，规范发回重审的范围，根据民事诉讼解决私权的属性，应当在立法中赋予当事人更多的程序选择权。

**关键词:** 民事 发回重审 权力制约 权利保障

**Аннотация.** Статья посвящена анализу проводимой в стране правовой реформы, которая предполагает совершенствование правовой системы страны, повышение качества нормативных правовых актов, усиление надзора за судебной деятельностью, реализацию принципа справедливости. В качестве важного аспекта процедуры рассмотрения гражданского иска необходимо также реформировать режим возвращения гражданских дел для дальнейшего расследования.

**Ключевые слова:** дальнейшее исследование, возвращение дел, гражданские дела, судебный процесс.

**Annotation.** The article is devoted to the analysis of the legal reform carried out in the country, which involves the improvement of the legal regime of the country, the improvement of legal acts, the strengthening of supervision of judicial activity, the implementation of the principle of justice. As an important aspect of the civil action, the regime for the return of civil cases to further investigation also requires reform.

**Keywords:** additional investigation, return of cases, civil cases, judicial procedure.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.142-145

中国共产党十八大明确指出，必须完善司法管理体制和司法权力运行机制，规范司法行为，加强对司法活动的监督，实现公平正义。民事发回重审制度作为民事诉讼中的一项重要制度，属于司法改革目标的内容之一。该制度的有效运行有助于维护当事人实体权利和正当程序权利。中国民事发回重审制度虽几经修改完善，但时至今日，仍是理论界与实务界热讨问题。

<sup>1</sup> Статья подготовлена по проекту Хэйлуцзянского философского, социального и научного планирования «Доклады по исследованию режима возвращения к направлению дел для дальнейшего исследования» (12В076).

## 一、民事发回重审制度的历时性审视

1982年中国第一部《民事诉讼法（试行）》颁布以来，历经3次修改，发回重审制度日趋完善，并在民事诉讼中形成了相对独立的制度内容，对整个民事诉讼程序运行有着现实指导意义。

### （一）2013年前的中国发回重审制度

1982年《民事诉讼法（试行）》中关于发回重审制度，限定了发回重审仅在事实认定错误和出现程序性瑕疵时适用，审理程序适用一审程序，裁判后当事人不服可以上诉。审判组织形式是合议庭。1991年正式颁布的《民事诉讼法》对发回重审制度做出调整，将发回重审的条件区分为实体欠缺型发回重审和程序欠缺型发回重审。随后，1992年最高人民法院又颁布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，对属于违反法定程序可能影响判决的情形进行列举式规定，减少了法官因自由裁量过当而滥用发回重审，增加了对一审法院遗漏诉讼请求或者诉讼参加人，以及一审判决不准离婚，二审认为应当判离案件的发回重审的适用。1999年《最高人民法院关于严格执行公开审判制度的若干规定》对公开审理的问题作出了规定，对在一审程序中应公开审理而没有公开的案件，在进入二审程序后，二审法院应当裁定撤销原判，发回重审，发回的案件应适用公开审理程序。同时，增加了违反法定程序的事由，在发回重审制度中体现了审判公开的原则。2002年最高人民法院颁布的《关于人民法院对民事案件发回重审和指令再审有关问题的规定》指出，二审人民法院以“事实不清，证据不足”为由发回原审人民法院重审的，只能发回重审一次。原审人民法院重审后当事人再次上诉，二审法院仍认为判决有错误的，应当查清事实后依法改判，不得再次发回重审。这一规定限定了因认定事实问题而引起的发回重审只能发回一次，但对因程序瑕疵而引起的发回重审并没有进行次数限制，这造成了日后司法实务中仍存在多次发回重审的情况。

2007年《民事诉讼法》对发回重审制度没有做出修改，但在2008年最高人民法院发布的《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》中，对发回重审案件的举证时限等问题作出了相应规定。对于存在严重程序瑕疵的发回案件，经当事人同意可以不再指定举证期限，但在遗漏诉讼参加人时，则应当指定必要的举证期限。这也是出于对当事人的处分权和辩论权等诉讼权利与诉讼效益的双重考虑。

### （二）2013年后发回重审新变化

2013年《民事诉讼法》对发回重审的条件进行了限定性修改，第170条<sup>2</sup>将发回重审的条件限定于“认定基本事实不清”和“原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序”两大情形下，并规定了发回重审的次数以一次为限。在2015年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下称新《民诉解释》）第325条<sup>3</sup>规定中，细化了因程序性瑕疵发回重审的情形。这些发回重审适用规定的修改，可以有效地防止法官肆意将案件多次发回，正所谓迟来的正义非正义。《民诉解释》第329条<sup>4</sup>赋予双方当事人的合意选择权更体现了司法对当事人意愿的尊重。总体上来看，新法修改后有关发回重审制度的亮点在于：

首先，更符合中国对第一、二审关系的定位。纵观各国民事诉讼法立法实践，第一审和第二审的关系定位主要分为复审主义、事后审主义和续审主义三种。复审主义相当于第二次第一审程序；事后审主义只能对第一审的判决是否妥当进行审查，当事人不能再提出新的证据和主张；续审主义是前两者的折中，允许当事人提出新的诉讼材料，以第一审的结果为前提继续审理。通说认为，现行的《民事诉讼法》所确立的第一审和第二审程序的关系为续审主义。《民事诉讼法》对发回重审的限制性规定，明确了第二审法院负有继续查证案件事实的责任，通过第二审庭审调查对上诉人上诉请求的有关事实及法律适用进行重新举证、辩论、质证，以弥补一审程序中事实认定存在的问题。其次，减少了发回重审裁判方式的扩大化适用。对原判决违反法定程序的案件是否发回，应当顾及其对实体判决结果的影响程度。此次修改大大削减了二审法官在决定发回重审上的自由裁量权，避免了发回重审被无谓的适用。另外，新法也维护了当事人的审级利益。由于第二审法院也负有在第一审审判的基础上继续查证案件事实的任务，发回重审裁判方式的设置应限于维护当事人的审级利益，防止案件未经正当的一审审理直接适用第二审程序而终结，维护当事人的实际利益和其他诉讼权益。“当事人可以提出新攻击或防御方法，重审法院不受第一审判决的羁束，仍可以作出更不利于上诉人的裁决。”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> 《民事诉讼法》第170条：“……（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。”

<sup>3</sup> 《民诉解释》第325条：“下列情形，可以认定为民事诉讼法第一百七十条第一款第四项规定的严重违反法定程序：（一）审判组织的组成不合法的；（二）应当回避的审判人员未回避的；（三）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼的；（四）违法剥夺当事人辩论权利的。”

<sup>4</sup> 《民诉解释》第329条：“一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解；调解不成的，发回重审。”“双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。”

<sup>5</sup> 陈荣宗、林庆苗. 民事诉讼法[M]. 三民书局, 2000年. 第709页.

## 二、反思中国民事发回重审制度

现行《民事诉讼法》对发回重审事由的修改中删除了证据不足和可能影响公正判决的字眼。立法者意识到发回重审事由的限定应当明确，故对其作了限定性修改，但仍然存在发回重审因规范不够详实而被任意适用的困境。

### (一) “认定事实不清”规定过于模糊，缺乏可操作性

对于现行《民事诉讼法》第170条发回重审的规定，虽然新《民诉解释》明确列举了违反法定程序发回重审的情形，但对“基本事实不清”认定方式和界限却没有明确规定，使得认定案件是否适用发回重审的难度加大，实践中容易产生各地区审判不一，法官自由裁量适用混乱的僵局。“事实不清”属于主观判断，不同法官对事实的判定总会掺入其主观因素，认识分歧在所难免，所以要保证对“事实清楚”与否做出统一判断相当困难。案件被证明到什么程度算是基本事实清楚，这些都是过于宽泛和含糊的规定。此外，由于事实认定过程中总是包含着举证责任的承担，若当事人和法院都已穷尽相关举证责任，仍不能认定事实真伪时，是否属于认定事实不清，法律并没有具体规定。若将其认定为事实不清则被纳入了发回重审的行列，否则，便不能适用发回重审。由此可见，若不对事实认定方法加以区分，很可能使发回重审适用扩大，同时也违反民事诉讼证据规则。

### (二) 漠视当事人的诉讼主体地位

现行法律将二审法院适用发回重审还是依法改判的选择权归属于二审法院，这是对当事人诉讼主体地位的一种漠视，根据《民事诉讼法》第170条的规定，对于原审认定事实不清的案件，最终是发回重审还是依法改判，都是由法官自由裁量的。“在理论上既可能出现发回重审适用的极端化，或是过度采用或是尽量不适用。”<sup>6</sup>这不仅直接造成发回重审和改判的比例失调，还间接地使上下级法院职能分配失去平衡。发回重审中当事人作为程序的主体，应当享有实体法和程序法上的双重处分权，对诉讼程序中的依法享有的利益同样拥有处分权，而审级利益就是当事人可以选择放弃的一种程序性利益。因为案件一旦被发回后的整个诉讼周期便会被拉长，诉讼当事人会在衡量诉讼公正与诉讼效益之间做出取舍，或者说会寻求一个最佳结合，甚至为了能早日结束诉讼缠身而与实体的正当利益妥协。当事人主体地位应得到重视。需要指出的是，新《民诉解释》第329条规定离婚案件中一审判决不准离婚，二审认为应当判决离婚的，在调解不成的情况下，不必一定发回重审，而是赋予了当事人选择权，根据当事人合意可以请求二审法院直接作出裁判。这是发回重审制度尊重当事人合意的典型规则。

遗憾的是，新法仍然没有增设超裁或漏裁情形下，当事人申请原审法院补充判决的请求权。发回重审意味着原来已经经过一审法院查清审理的案件也要连同一起重新审理，一审案件审理期限重新计算。这些对于诉讼当事人来说，既不经济也不利益的。当事人往往会因为害怕案件被拖入一种马拉松式的长跑漩涡中，而对一审法院的超裁或漏裁情形视而不见。

### (三) 发回重审过程中监督制约机制的缺失

制度的建立需要相应配套机制的协调，才能发挥其应有作用。目前中国民事发回重审制度仍没有设立相应制约监督机制。对二审法院发回重审的决定是否合法或合理的监管属于空白状态。在对发回重审案件程序的适用问题上，仅规定了另行组成合议庭和不适用简易程序。关于当事人可获得哪些救济、一审如何进行审理、如何形成判决均没有相关的规定。因为没有实质性监督制约的内容，原一审法院在接受案件后的随意性较大，很可能作出非实质性的变更判决，当事人便再次上诉，如此往返于一审二审法院之间，不仅有损司法权威而且增加当事人的讼累。可以说，中国民事发回重审制度监督机制并不完善。

## 三、完善中国民事发回重审制度的路径

一项制度的建立必须有相应的价值理念为依托，失去该支撑便是无本之木。换言之，该制度的存在和适用一定为达到某种预期效果和目标。

### (一) 民事发回重审制度应遵循的指导理念

**首先，要充分保障当事人的诉讼权利。**发回重审制度有利于维护当事人的审级利益。这是出于对当事人审级利益、辩论权、处分权等诉讼权利保护的考虑。同时，当事人作为民事诉讼中的核心主体，应赋予当事人更多的程序选择机会，允许当事人根据争讼的实体利益和系争外利益的取舍和判断，决定选择哪一程序或审理方式，这在保障公民权利的同时又增加了司法信赖度。现代诉讼制度的设计和运行，在致力于保护当事人基本权利和维持其诉讼主体地位的同时，更要对涉及到诉讼主体权利、承担责任、履行义务等规范时，应当让当事人有充分表达自己观点和意见的机会。**其次，要赋予当事人合意选择权。**在程序的选择上要充分尊重当事人的合意，赋予当事人合意选择权。事实上，很多当事人比较在意能否获得预期判决结果，只要实体权利能够得到保障，他们就不会在程序问题上纠缠。正所谓“一审诉讼程序有重大之瑕疵，二审法院可废弃原判决，并可将事件发回原

<sup>6</sup> 聂叙昌. 对民事诉讼发回重审制度的法律思考[J]. 人民司法, 2005, (8).

审法院，但如两造合意由第二审法院就该事件为裁判者，应即自为判决。”<sup>7</sup>另外，要增设申请补充判决权。中国现行法律规定，对原审法院遗漏诉讼请求的，二审法院先行调解，调解不成的发回重审。这违背了诉讼效率与公正的价值理念。因此，可以在法律规定中设计有关补充裁判的条款。当一审法院遗漏当事人诉讼请求时，可以由当事人合意请求一审法院单就超裁或漏裁的情形作出补充判决，无需将整个案件发回重审，以此来保障当事人利益，节约诉讼成本。

### （二）民事发回重审适用操作的规范化

《民事诉讼法》规定对认定事实不清的案件或改判或发回重审。“事实不清”的认定不当会导致案件发回重审的扩大化适用。在诉讼中，事实是需要通过证据加以证明的<sup>8</sup>。《民事诉讼法》明确了事实问题包括认定事实错误和认定事实不清两种。现代司法理念中的事实不清，主要是针对法院因自身问题，对那些应当调取的证据没有进行必要的调查，造成证据缺失所产生的事实不清。法院调查取证的范围存在于两个方面：一是依当事人申请，法院应当调查的证据；二是法律规定法院应当依职权调查的证据。因而，司法规范上的认定“事实不清”也主要是两种情况，一种是当事人申请人民法院调查，人民法院应当调查而没有调查或调查的不够彻底。因部分证据没有穷尽导致案件无法认定，当属“事实不清”。若涉及案件认定的证据都已进行了必要的取证，仍无法认定事实的真伪，则不属于“事实不清”。另一种是法官应当依职权调查和考虑的事实，而没有依职权调查和考虑，致使该事实存在证据漏洞，属于事实不清。根据举证规则，应当由当事人举证或者当事人申请法官调查的证据，当事人没有进行自行举证或申请的，由此所造成的证据漏洞，不属于这里所说的事实不清，法官不承担事实不清的责任，故也不存在适用发回重审的可能。法院应当根据已有证据作出由举证一方承担不利后果的裁判。法院对自身应依法调取的证据进行了必要调查，事实仍无法认定的也不属于事实不清，法院应当依据举证规则作出裁判。

### （三）建立发回重审的配套协调机制

首先，要建立发回重审的法院可以是其他法院的制度。中国现行法律对发回重审案件的处理方式是交由原审法院重新审理。没有规定发交原审法院同级的其他法院审理的特别情形。这样单一的发回重审模式不可避免会产生诸多弊端：一方面，会造成当事人对原审法院的不信任，给纠纷解决带来一定的难度；另一方面，让原审法院推翻自己所作的判决，再次作出具有实质性变动裁决的可能并不大。这也是发回重审案件改判率低的一个重要原因。为了解决这两方面的弊端，中国应当建立发回和发交双重法院审理模式。发交重审相对于发回重审而言，解决了当事人因惧怕被重审法院报复而作出更不利裁决的后顾之忧，并且当出现外来综合因素制约原审法院独立作出审判裁决时，将案件交由原审法院同级的其他法院审理更是对原审法院的拯救。

其次，应当建立对发回重审裁定的救济评价制度。“人们对通过对权利行使获得的结果加以正视并接受，这种权利的行使及其结果就可以称之为具有正当性或正统性。”<sup>9</sup>中国民事诉讼法只规定了对不予受理、驳回起诉、管辖权异议三种裁定可以进行上诉。对于发回重审的裁定，当事人并无寻求救济的权利和机会。发回重审裁定的适用，对当事人的实体利益与程序利益，乃至诉讼外利益密不可分。如果对发回重审不服又无从寻求救济，当事人就会不接受重新审理后的裁判结果。诚然，给予当事人这项救济权利，仍然可能产生请求被驳回的后果，但法律已经给了诉讼权利人一种救济机会，在整个救济程序中法院会对案件发回理由和依据再次说明和告知，当事人在诉讼心理上也会获得更多的缓和，该项救济权利的设定只是为当事人实现实体权利创造一种可能。法谚有云“没有救济就没有权利”，法律赋予公民一定权利，就应设定其在被侵犯时所能获得救济的手段。否则，该项权利形同虚设。上诉法院将案件不当的发回重新审理，相当于拒绝二审终审判决而将案件置于多一次一审程序，诉讼权利人的裁判请求权也被变相剥夺。故从保护当事人诉权这一角度来说，建立发回重审的救济评价制度显得尤为必要。

民事诉讼发回重审主要是二审法院对上诉案件审理后的一种裁决方式，也是上级法院审判监督的一种机制。从民事诉讼发回重审制度设计的初衷来讲，该制度是为了监督一审法院的审判，维护当事人的合法权益，提升裁判的公平性、正当性、合理性。因此，其对维护当事人审级利益，促进上下级法院职能分工和法律适用的统一，加强法院系统之间的相互制衡和约束有着不可小觑的作用。

<sup>7</sup> 林家祺、刘俊麟. 民事诉讼法[M]. 台湾书泉出版社, 2007年. 第599页.

<sup>8</sup> 薛波. 元照英美法词典[M]. 法律出版社, 2003年. 第525页.

<sup>9</sup> [日]谷口安平. 程序的正义与诉讼. 王亚新、刘荣军译. 中国政法大学出版社, 1996年. 第10页.

## Судебное право в современной России: состояние и перспективы The judiciary in modern Russia: state and prospects

Н. В. Мишакова,

преподаватель кафедры организации судебной  
и прокурорско-следственной деятельности  
Московского государственного юридического  
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

N. V. Mishakova,

Lecturer of the Department  
of the Organization of Judicial and Prosecutorial  
and Investigative Activities  
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Н. В. Мишакова, 2019

**Аннотация.** В статье анализируются существующие научные концепции о судебном праве и формулируются перспективы его выделения в качестве самостоятельного направления юридической науки. Автор исследует различные этапы формулирования отечественных научных концепций о судебном праве начиная с XIX в., а также приводятся мнения известных ученых. В статье изложены некоторые позиции исследователей о структуре и признаках судебного права, характеризуется природа и содержание рассматриваемой правовой категории. В заключение автором предлагается собственное теоретическое понимание судебного права как объекта научного исследования и видение дальнейшего развития данного явления.  
**Ключевые слова:** судебное право, судебная деятельность, судья, судопроизводство, принципы судопроизводства, судебный процесс, отрасли права.

**Abstract.** The article analyzes the existing scientific concepts of judicial law and formulates the prospects of its allocation as an independent direction of legal science. The author investigates various stages of the formulation of domestic scientific concepts of judicial law, since the XIX century, as well as the opinions of well-known scientists in this field. The article presents some positions of researchers on the structure and features of judicial law, as well as characterizes the nature and content of the legal category. In conclusion, the author proposes his own theoretical understanding of judicial law as an object of scientific research and vision of the further development of this phenomenon.

**Keywords:** judiciary, judicial activism, judge, judicature, judicial principles, judicial process, law.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.146-148

Научные исследования по вопросам организации судебной власти имеют широкий диапазон направлений, в том числе поставленные перед исследователями вопросы подвергаются рассмотрению с общепроцессуальных позиций, в основу которых положена идея судебного права.

В современной правовой науке концепция судебного права продолжает обсуждаться и оставаться актуальной, в том числе в свете проектов единого процессуального кодекса России. Рассмотрим подробнее существующие в российской науке концепции по судебному праву.

Теоретическую платформу по концепции судебного права составили труды отечественных правоведов XIX — начала XX в. Е. В. Васьковского, И. В. Михайловского, Н. Н. Рогозина, В. А. Рязановского, И. Я. Фойницкого.

В трудах указанных авторов сделаны первые попытки рассмотреть судебное право в системе публичного права и обосновать существование судебного права как науки.

Например, по мнению И. Я. Фойницкого, между различными видами судопроизводства существует тесная связь: по строению, форме.

Существенными элементами всех видов судопроизводства являются суд и стороны, а наличие этих органов порождает особые приемы процессуального исследования. Указанные общие элементы в совокупности составляют систему судебного права, что позволяет осуществлять судебную защиту<sup>1</sup>.

И. В. Михайловский высказывал идею о необходимости формирования особой науки, посвященной изучению органа государственной власти, осуществляющего судебные функции<sup>2</sup>. Судебный процесс, по его мнению, всегда предполагает спор о праве. Итоговое решение суда касается применения права.

Во второй половине XX в. ученые-юристы Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников, А. П. Гуськов, Н. Г. Муратова, А. С. Пиголкин неоднократно обсуждали сущность судебного права и его перспективы в российской юридической науке. Так, в январе 1944 г. в Институте права Академии наук СССР с докладом «О единстве судебного права и его соотношении с материальным правом» выступил М. С. Строгович. Выступление вызвало бурную дискуссию, но в итоге преобладающей стала позиция сторонников судебного права.

Н. Н. Полянский считал, что «гражданский и уголовный процесс — самостоятельные дисциплины в пределах одной науки — процессуального права, входящей, в свою очередь, в состав науки судебного права. Успешная разработка общих для уголовного и гражданских процессов понятий, принципов и институтов требует совместных усилий для учитывания связующих звеньев. По мнению ученого, к судебному праву следует относить судопростройство, гражданский и уголовный процессы, криминалистику»<sup>3</sup>.

Вышедшая в 1981 г. работа о конституционных основах правосудия в СССР содержала в своей основе перспективную идею судебного права. Ее авторы попытались обрисовать принципы правосудия как руководящие начала всякой судебной деятельности, независимо от различий в предмете и методе правового регулирования<sup>4</sup>.

В 1983 г. коллективом авторов были обобщены теоретический материал и проблемные аспекты судебного права и обосновано научное положение о том, что судебное право — это сложная комплексная отрасль права, включающая судопростройство, уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право<sup>5</sup>.

В комплексной работе, посвященной теоретическим аспектам судебного права, ее автор Э. М. Мурадян отмечает, что «судебное (или общепроцессуальное) право исторически появилось раньше процессуального отраслевого. Его основной российский источник — «Судебник»»<sup>6</sup>. По мнению ученого, судебное право является суперотраслью, образуемой всеми процессуальными отраслями, при этом оставляется в стороне судопростройство.

Ю. М. Гайдидей высказал точку зрения о том, что «судебное право — это часть публичного права, включающая в себя общие положения процессуальных и материальных отраслей права, положения которых применимы в процессе отправления правосудия»<sup>7</sup>.

В работе А. П. Гуськовой и Н. Г. Муратовой обоснована позиция о том, что судебное право есть одна из составляющих публичного права, где основным и неперенным субъектом которой является судебная власть<sup>8</sup>.

Критерием объединения отраслей права, пишут авторы, выступает такой признак, как непосредственная деятельность суда, т.е. правосудие, которое осуществляется в порядке конституционного, гражданского, арбитражного, административного и уголовного процесса. Судебное право понимается авторами как основанный на праве судебный процесс. Образующими (составляющими) судебного права являются все процессуальные отрасли права, оставляя в стороне судопростройство, которое в определенной мере оказывает свое организационно-правовое влияние, но составной частью этого права быть не может. Авторы монографии солидарны с позицией Э. М. Мурадяна, которая отождествляла судебное право с такими же составляющими, без судопроцессуальных положений.

<sup>1</sup> Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства СПб., 1996. Т. 1. С. 4, 8, 56.

<sup>2</sup> Михайловский И. В. Судебное право как самостоятельная судебная наука: к вопросу о системе юридических наук // Право: еженедельная юридическая газета. 1908. № 32.

<sup>3</sup> Вопросы теории советского уголовного процесса / под ред. Д. С. Карева. М., 1956. С. 228.

<sup>4</sup> Конституционные основы правосудия в СССР / А. М. Ларин, А. А. Мельников, И. Л. Петрухин, В. М. Савицкий [и др.]; под ред. В. М. Савицкого. М.: Наука, 1981. 360 с.

<sup>5</sup> Проблемы судебного права / Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников. М.: Наука, 1983. 223 с.

<sup>6</sup> Мурадян Э. М. Судебное право. СПб.: Юрид. центр-Пресс, 2007. С. 43.

<sup>7</sup> Малько А. В., Семикин Д. С., Гайдидей Ю. М. Судебная система и судебная политика в современной России: проблемы теории и практики. М., 2014. С. 66.

<sup>8</sup> Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства. М.: Юрист, 2005. С. 17.

Приводимая концепция судебного права направлена на создание как науки судебного права, так и судебного права как комплексной отрасли права на основе унификации тех положений, которые объединяют вышеобозначенные ее характерные черты. При этом авторы считают, что не требуется принимать кодекс о судебном праве.

По их мнению, «существует необходимость в создании федерального конституционного закона “Основы правосудия”, где были бы рассмотрены все вопросы взаимосвязи всех видов судопроизводства, принципиальные начала правосудия и судебного контроля, а также определена система всех судебных решений и механизм их исполнения. В этом законе необходимо выделить не только комплексное процессуальное право, но включить в него и те вопросы судоустройства, которые непосредственно относятся к судебному процессу»<sup>9</sup>.

Иной точки зрения придерживается Т. А. Владыкина. По ее мнению, судебное право не может являться отраслью права, так как не имеет собственных предмета и метода правового регулирования, поскольку отсутствует совокупность общественных отношений, принципиально отличающихся от уголовно-процессуальных, гражданско-процессуальных, иных процессуальных отношений. Системный уровень массива законодательства о реализации, организации судебной власти — содержит ли он нормы и институты самостоятельной отрасли права или это комплексный компонент системы законодательства?

Отвечая на этот вопрос, Т. А. Владыкина делает вывод о том, «что судебное право — это не отрасль права, а классификационное подразделение в системе правовых наук (в виде систематизации научного материала) и в системе законодательства»<sup>10</sup>.

Интересной представляется позиция Е. Н. Киминчижи о том, что судебное право — это комплексное нормативное образование, требующее кодификации основ судебного законодательства. Для судебного права интересны только те положения процессуального права, которые развивают смысл судебного законодательства — об организации и функции судебной власти, так как процессуальная сторона судебного права возникает в тесной взаимосвязи с формами и методами проявления судебной власти: правосудием, конституционным контролем, контролем за законностью и обоснованностью арестов и задержания<sup>11</sup>.

С этой точкой зрения можно согласиться только отчасти. Положения об организационно-структурной функции судебного права больше относятся к предмету судебной деятельности, поскольку такое содержание является юридической формой реализации судебной деятельности.

Учитывая вышеизложенное, полагаем, что назрела необходимость выработки и нормативного закрепления ряда определенных принципов, которые бы стали базовой платформой для формирования в современной России новой отрасли права — судебного права как совокупности норм и правил, в том числе процессуальных, регулирующих деятельность суда в процессе отправления правосудия.

К числу таких руководящих начал, отклонение от которых недопустимо, следует отнести следующие принципы: принцип независимости судебной власти, принцип осуществления правосудия только судом, принцип законности и справедливости, принцип непосредственности судебного разбирательства, принцип гласности, принцип обязательности судебных актов, принцип состязательности и равноправия сторон судопроизводства при активной роли суда. Такой перечень не является окончательным и требует осмысления с научной-практической позиции.

Вместе с тем принцип честности и неподкупности сформулировать в правовую норму достаточно сложно, поэтому сегодня положения о таких принципах существуют в Российской Федерации в основном как доктринальная основа справедливого и независимого правосудия.

Исследование научной юридической литературы, сравнительно-правовой анализ процессуального законодательства и законодательства об организации судебной системы, обобщение судебной практики позволяют сделать вывод, что в настоящее время судебное право подвергается осмыслению как разноплановое определение: как наука или научное измерение; как отрасль права или комплексная отрасль права; свод законодательства либо правовая категория.

Думается, что концептуальные подходы к судебному праву будут продолжать оставаться актуальными до формирования судебного права как новой отрасли права, имеющей свой предмет общественных отношений, свои принципы, свои методы правового регулирования и свою методологию.

<sup>9</sup> Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Указ. соч. С. 18.

<sup>10</sup> Владыкина Т. А. Судебное право как научное измерение судебной власти : монография. Екатеринбург, 2014. С. 24, 33.

<sup>11</sup> Киминчижи Е. Н. К вопросу о самостоятельности судебного права как науки и отрасли законодательства. Белгород : Константа, 2006. С. 35, 39, 44.

## Права человека на качественное питание как основа стратегии продовольственной безопасности Российской Федерации Human rights to quality food as the basis of the food security strategy of the Russian Federation

Х. У. Белхароев,

кандидат юридических наук, доцент,  
заместитель директора федерального государственного  
унитарного предприятия «Оборонпромэкология»  
Министерства обороны России

H. M. Belkharoev,

PhD in law, Associate Professor,  
Deputy Director of the Federal state  
unitary enterprise «Oboronpromecology»  
of the Ministry of Defense

© Х. У. Белхароев, 2019

**Аннотация.** В статье исследуются отечественный и зарубежный опыт обеспечения продовольственной безопасности. Проводится сравнительный анализ между Российской Федерацией и европейскими странами, США и Канадой. Изучается опыт правового обеспечения сферы качества и безопасности продовольственных товаров в Китайской Народной Республике, рассматриваются Закон «О пищевой гигиене» и Госстандарт «Качество и безопасность сельхозпродукции. Требования к безопасности аквапродукции».

Обосновано, что для решения обозначенных проблем рекомендуются меры по совершенствованию законодательства. В первую очередь следует принять Федеральный закон «О продовольственной безопасности Российской Федерации», доработать федеральные законы «О качестве и безопасности пищевых продуктов» и «О развитии сельского хозяйства». С учетом жизненно важных интересов личности, общества и государства в сфере продовольственной безопасности и угроз этим интересам данные меры явились бы важным аргументом в пользу скорейшего улучшения качества государственного управления в сфере обеспечения продовольственной безопасности.

**Ключевые слова:** продовольственная безопасность, национальная безопасность, аквапродукция, сельское хозяйство.

**Abstract.** The article examines the domestic and foreign experience of food security. A comparative analysis between the Russian Federation and European countries, the United States and Canada. Studying the experience of legal support of the sphere of quality and safety of food products in the people's Republic of China, the Law "on food hygiene" and the state standard "Quality and safety of agricultural products. The security requirements of Aqua products».

It is proved that to solve these problems it is recommended to take measures to improve the legislation. First of all, to adopt the Federal law "on food security of the Russian Federation", to finalize the Federal laws "on the quality and safety of food products" and "on the development of agriculture". Taking into account the vital interests of the individual, society and the state in the field of food security and threats to these interests, these measures would be an important argument in favor of early improvement.

**Keywords:** food security, national security, Aqua products, agriculture.

Только живая свежая пища  
может сделать человека способным  
воспринимать и понимать истину.  
*Пифагор*

Каждый человек обладает правом на питание просто в силу своего рождения. Человек ничего не должен делать для того, чтобы «заслужить» это право; право на питание является неотъемлемым правом. Государства, придерживающиеся положений Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, объективно являются ответственными за то, чтобы все люди, проживающие в пределах их национальных границ, имели возможность реализовать это право<sup>1</sup>.

Проблема обеспечения продовольственной безопасности характеризуется тем, что мировое товарное производство продовольствия все более концентрируется в странах «золотого миллиарда» во главе с США, которые, естественно, будут стремиться использовать свое доминирующее положение на рынке продовольствия для достижения собственных политических, экономических и военных целей.

По мнению И. Г. Галикеевой, «международная концентрация аграрного производства будет способствовать влиянию на регулирование агропромышленного комплекса в целом»<sup>2</sup>.

В сравнении с европейскими странами, США и Канадой состояние продовольственной безопасности России уступает по многим позициям. Отечественное сельскохозяйственное производство резко уменьшилось. За 90-е гг. прошлого века площадь пахотных земель уменьшилась, значительная часть пашни была выведена из сельскохозяйственного оборота, а часть превратилась в залежи. Кроме того, значительно увеличилась площадь неиспользуемых пахотных земель. Продолжается сокращение поголовья крупного рогатого скота в хозяйствах всех категорий. Простаивают или работают не на полную мощность большинство птицефабрик страны<sup>3</sup>.

По мнению Е. Ю. Чмыхало, «предположения, что после введения рыночных отношений (частной собственности) использование зе-

мельных ресурсов будет более рациональным, не оправдались. Процесс сокращения площадей земель сельскохозяйственного значения продолжается, ухудшаются плодородные свойства земли. В некоторых регионах уровень негативного воздействия превышен в разы, существует угроза истощения земель: 21 % — эрозия почв; 44 % — эрозийно опасны; 20 % — засоление земель; 19 % — переувлажнение и заболачивание земель; 50 % — деградация сенокосов и пастбищ; 20 % — земли сельскохозяйственного назначения вообще не используются<sup>4</sup> (более 40 млн гектаров)».

В своем ежегодном послании Федеральному Собранию Президент РФ В. В. Путин говорил о необходимости ввода в сельскохозяйственный оборот простаивающих земель, которые исчисляются миллионами гектаров. Земли, находящиеся в собственности крупных землевладельцев, попросту превратились в залежи, учитывая минимальную налоговую нагрузку, они являются активами для последующей выгодной продажи или перевода в другую категорию земель. Особенно это касается земель, которые находятся вблизи крупных населенных пунктов<sup>5</sup>.

Конечно, Россия никогда не отличалась высокими показателями в сельскохозяйственной области. Российская империя действительно занимала ряд лет первое место в мире по экспорту хлеба, но вывозила она его за счет недоедания собственного населения, для поддержания торгового баланса в международной торговле. В это время Россия производила зерна на душу населения меньше, чем Канада в 4 раза, Аргентина — в 3 раза, США — в 2 раза. По численности же крупного рогатого скота, лошадей и свиней Россия уступала США в 5 раз<sup>6</sup>. Соответственно, уступала и по производству молока и масла.

Н. В. Муратов отмечает, что «производство молочных продуктов лимитировано надоями, которые составляют на 1 корову в год: 9 500 кг —

<sup>1</sup> Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН 16 декабря 1966 г.

<sup>2</sup> См.: Галикеева И. Г. Развитие российского аграрного права с учетом норм международного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 1999. С. 17.

<sup>3</sup> См.: Российский статистический ежегодник. 2004 : стат. сб. / Росстат. М., 2004. С. 438 ; Российский статистический ежегодник. 2011 : стат. сб. / Росстат. М., 2011. С. 327 ; Российский статистический ежегодник. 2015 : стат. сб. / Росстат. М., 2015. С. 407; Российский статистический ежегодник. 2017 : стат. сб. / Росстат. М., 2017. С. 373.

<sup>4</sup> См.: Чмыхало Е. Ю. Правовая охрана сельскохозяйственных угодий : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 3.

<sup>5</sup> См.: Послание Президента Российской Федерации В. В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации от 4 декабря 2015 г // Российская газета. 2015. 4 декабря.

<sup>6</sup> См.: Государственная деятельность П. А. Столыпина. М. : Изд-во МГУ, 1994. С. 28.

США; 11 500 кг — Израиль; 7 500 кг — ЕС; 4 600 кг — Россия»<sup>7</sup>.

По мнению А. А. Айтпаевой, «в США земледелие ориентировано на обеспечение животноводства стабильной кормовой базой. Производство кормов на протяжении длительного периода превышало их реальную потребность, в итоге отрасли стали развиваться пропорционально»<sup>8</sup>.

Российская Федерация относится к странам, обеспеченным достаточными водными ресурсами (более 20 % мировых запасов пресной воды). Мелиоративный комплекс является составной частью большого водохозяйственного комплекса, площадь мелиорированных сельскохозяйственных угодий достигает в Китае 44,4 %, США — 39,9 %, Индии — 35,9 %, Российской Федерации — 7,9 %. На имеющейся по сравнению с другими странами небольшой доле мелиорированных систем, амортизация которых достигает 70 %, в нашей стране производится весь рис, 20 % кормов и 50 % овощей. С уменьшением финансовой поддержки аграрного сектора сократилось финансирование мелиорированных систем, в итоге площадь мелиорируемых земель уменьшилась в 2012 г. до 9,1 млн га. Для сравнения: в 1990 г. она составляла 11,5 млн га. В собственности у государства находятся 58,4 % мелиоративных объектов, а 34,7 % вообще являются бесхозными<sup>9</sup>.

Состояние сельского хозяйства страны вызывает обоснованную тревогу, поскольку оно не может обеспечить даже нынешний низкий платежеспособный спрос населения. При росте доходов населения уровень производства сельскохозяйственной продукции и продовольствия станет еще большим ограничителем в улучшении ситуации на продовольственном рынке. Соответственно, неоправданно возрастет в результате импорт продовольствия, что таит угрозу не только продовольственной, но и национальной безопасности в целом.

В своем исследовании В. К. Минтусов отмечает, что «в 2000—2015 гг. в доле импорта продовольствия наиболее острая ситуация наблюдается по мясопродуктам и мясу, молоку, ягодам и фруктам.

Зависимость по этим позициям очень высока и достигает 70 % в доле импорта»<sup>10</sup>.

В связи с особой чувствительностью к импорту аграрного сектора экономики внешнеэкономическая политика государства в области АПК должна быть постоянно направлена на поддержку отечественного рынка сельскохозяйственной продукции и продовольствия. В целях формирования конкурентоспособного и стабильного развивающегося аграрного комплекса нужна селективная политика защиты эффективно развивающихся отечественных аграрно-промышленных предприятий.

По мнению Г. Ф. Ручкиной, «агропромышленный комплекс поставляет сырье для медицины, легкой промышленности, косметологии, автомобилестроения (шерсть, хлопок, кожа животных и т.д.). Соответственно, аграрная сфера социально значима и требует постоянного внимания государства в виде финансовой поддержки и своевременного совершенствования правовой базы»<sup>11</sup>.

В упоминавшемся выше ежегодном послании Президент РФ В. В. Путин говорил о необходимости развития отечественных технологий производства, переработки, хранения сельскохозяйственной продукции, формирования отечественного племенного и посевного фонда, по которому мы отстаем и очень уязвимы.

По мнению В. В. Толстопятова, обратившего внимание на «редкое использование понятия “аграрная политика”», «аграрная сфера — системообразующая, она не ограничивается производством сельскохозяйственной продукции, это и переработка, транспортировка, торговля и т.д.»<sup>12</sup>.

В целом по стране уменьшилось даже общее энергетическое содержание суточного пищевого рациона. Особенно необходимо учитывать калорийность питания при формировании качественного состава пищевого рациона. Резкое падение уровня доходов населения привело к падению спроса и потребления белковосодержащих продуктов питания. Переориентация населения страны на менее дорогие продукты питания естественно влияет на качество питания.

<sup>7</sup> См.: Муратов Н. В. Обеспечение продовольственной безопасности России в условиях негативного внешнеэкономического воздействия : дис. ... канд. экон. наук. М., 2016. С. 76.

<sup>8</sup> См.: Айтпаева А. А. Научное обоснование прогнозных сценариев обеспечения региональной продовольственной безопасности : монография. М., 2016. С. 16.

<sup>9</sup> См.: постановление Правительства РФ от 12.10.2013 № 922 «О федеральной целевой программе “Развитие мелиорации земель сельскохозяйственного назначения России на 2014—2020 годы”» (ред. от 18.07.2015) // СЗ РФ. 2013. № 43. Ст. 5554.

<sup>10</sup> См.: Минтусов В. К. Направления совершенствования регулирования импорта продовольствия в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2016. С. 18.

<sup>11</sup> См.: Ручкина Г. Ф., Матвеева Н. А. О некоторых проблемах правового регулирования предпринимательской деятельности в сельском хозяйстве Российской Федерации (опыт сопредельных государств) // Международное публичное и частное право. М., 2013. № 5. С. 38.

<sup>12</sup> См.: Толстопятов В. В. Аграрная правовая политика в условиях рыночной экономики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008. С. 13.

По мнению Н. В. Муратова, «в настоящее время в рационе питания населения в нашей стране доля продуктов, поступающих по импорту, составляет около 40 %»<sup>13</sup>.

Резко сократилось потребление продуктов животного происхождения. Потребление на душу населения мяса и мясопродуктов (в переводе на мясо) уменьшилось с 75 кг в 1990 г. до 50 кг (на 33 %), молока и молочных продуктов — с 386 до 215 кг (на 45 %), рыбы и рыбопродуктов — с 20,3 до 9,9 кг (на 51 %) и яиц — с 297 до 222 шт. (на 25 %). В общей калорийности суточного рациона питания удельный вес продуктов животного происхождения снизился с 35,9 % в 1990 г. до 25—26 %. В целом потребление мяса сократилось в 1,8 раза, молока — в 1,7 раза<sup>14</sup>.

По мнению Н. В. Муратова, «с началом 1990-х гг. энергетическая ценность питания населения в нашей стране снизилась. В общей продовольственной корзине сократилось потребление мясопродуктов и мяса — на 31—33 %, молочных продуктов и молока — на 32—36 %, рыбной продукции и рыбы — на 42—45 %, овощей — на 38—42 %»<sup>15</sup>.

Резко усилилась дифференциация по разным группам населения, что является неизбежным результатом неоправданно глубокой дифференциации и даже поляризации доходов. Наиболее осязаемым, практически понятным и доступным для использования является сравнение доходов и внутренних ресурсов производства сельскохозяйственной продукции домохозяйств, с учетом установленного прожиточного минимума. Важным основанием для оценки обеспечения населения продовольствием является прожиточный минимум, который служит практическим направлением и ориентиром государства в политике по социальному обеспечению малоимущей части населения<sup>16</sup>.

В своем исследовании Н. В. Муратов отмечает, что «по оценке Изборского клуба<sup>17</sup>, 3 % населения России испытывают голод, 17 % хронически недоедает, 40—45 % сельского населения находится за чертой бедности, 170—180 тыс. человек погибает

от отравления, вызванного недоброкачественными продуктами питания и голода. 60—70 % затрат семейного бюджета приходится на продукты питания. Во многом это следствие неэффективной системы регулирования государственной поддержки отраслей АПК»<sup>18</sup>.

По результатам проведенного Институтом питания РАМН обследования о состоянии питания и здоровья в бедных семьях, население всех возрастных групп имеет отклонение от современных норм здорового питания, выражающиеся в недостаточном потреблении молока и молочных продуктов, мяса и мясопродуктов, рыбы и рыбопродуктов, овощей, фруктов и растительного масла.

По мнению А. А. Айтпаевой, «расходы у россиян на питание составляют 50 % семейного заработка, у некоторых категорий граждан — более 60 %. Качественное и сбалансированное питание в соответствии с физиологическими потребностями доступно лишь ограниченной группе населения — 10—20 %. Произошедший спад в производстве продукции, особенно животноводства, не позволяет агропромышленному комплексу наладить полноценное обеспечение продовольствием отечественного производства»<sup>19</sup>.

В своем исследовании Н. И. Шагайда и В. Я. Узун отмечают, что «21 % семей в России тратят 83,9 % доходов семейного бюджета на приобретение продовольствия»<sup>20</sup>.

Остро стоит и вопрос обеспечения качества и безопасности продовольствия, который регулируется Федеральным законом от 02.01.2000 № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов»<sup>21</sup>. Основой Закона является повышение ответственности изготовителей, поставщиков и продавцов продукции, а также юридических и физических лиц, занятых в сфере производства и оборота пищевых продуктов, за безопасность поставляемой продукции.

В данном случае интересен опыт Китайской Народной Республики в регулировании сферы качества и безопасности пищевых продуктов и пищевой гигиены. Закон КНР «О пищевой гигиене» устанавливает требования по надзору за соблю-

<sup>13</sup> См.: Муратов Н. В. Обеспечение продовольственной безопасности России в условиях негативного внешнеэкономического воздействия : дис. ... канд. экон. наук. С. 4.

<sup>14</sup> См.: Емельянов А. М. Об итогах исследований по проекту «Анализ обеспечения продовольствием населения России» : сб. докладов конференции. М., 2002. С. 119.

<sup>15</sup> См.: Муратов Н. В. Обеспечение продовольственной безопасности России в условиях негативного внешнеэкономического воздействия : автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2016. С. 4.

<sup>16</sup> См.: Емельянов А. М. Указ. соч. С. 122.

<sup>17</sup> См.: Отечественные эксперты, изучающие внутреннюю и внешнюю политику России.

<sup>18</sup> См.: Муратов Н. В. Обеспечение продовольственной безопасности России в условиях негативного внешнеэкономического воздействия : автореф. дис. ... канд. экон. наук. С. 17—18.

<sup>19</sup> См.: Айтпаева А. А. Указ. соч. С. 4.

<sup>20</sup> См.: Шагайда Н. И., Узун В. Я. Продовольственная безопасность в России: мониторинг, тенденции и угрозы : монография. М., 2015. С. 50.

<sup>21</sup> СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 150.

дением всех регламентов пищевой гигиены при производстве и распространении пищевой продукции на территории КНР. Производимая продукция должна содержать питательные вещества, соответствующие потребностям организма, иметь надлежащий запах, цвет, вкус и должна соответствовать всем требованиям в части токсичности. Помещение, в котором производится и хранится пищевая продукция, должно отвечать всем требованиям санитарных норм, находиться в чистоте, в помещении необходимо постоянно осуществлять борьбу со всеми насекомыми и грызунами. Закон регулирует все виды пищевых добавок, посуды, упаковок, помещений, дезинфицирующих средств и прочих принадлежностей, особенно поощряется общественный контроль, осуществляемый отдельными лицами и общественными организациями. Ответственным органом в Государственном Совете, осуществляющим контроль за соблюдением всех норм, заложенных в Законе, является Министерство здравоохранения КНР<sup>22</sup>.

Для выполнения всех требований указанного Закона в Китайской Народной Республике утвержден Госстандарт «Качество и безопасность сельхозпродукции». Госстандарт регулирует все виды проверок пищевой и аквапродукции на определение мышьяка, свинца, меди, кадмия, ртути, фтора<sup>23</sup> и т.д.

Важным параметром, отражающим продовольственную безопасность, является закладка продовольственного сырья и пищевой продукции отечественного производства с гарантированным запасом качества для государственных нужд.

Существующая действенная система контроля, за качеством в Росрезерве позволяет также обеспечить сохранность стратегических и оперативных запасов при длительном хранении.

Но, несмотря на эти меры, в целом произошло ухудшение качества как отечественной, так и импортной продукции. Тем не менее качество отечественной продукции, как правило, выше, чем импортной, а потребительские цены ниже. В своем послании 2015 г. Президент РФ В. В. Путин отметил, что «продукция, производимая в нашей стране, должна соответствовать стандартам международного уровня. Необходимо стимулировать конкурентоспособные производства, нам необходимы компании, способные не только насытить внутренний рынок качественной продукцией,

отвечающей всем требованиям потребителя, но также необходимо завоевать мировые рынки».

Особую угрозу для здоровья людей представляет разгул на рынке фальсифицированных продуктов питания, качество которых вообще не контролируется. Эти продукты практически всегда содержат вредные для здоровья человека вещества. От потребления только поддельной вино-водочной продукции в стране ежегодно умирают десятки тысяч человек<sup>24</sup>.

По мнению И. А. Анторопенко, «пассивность или активность правоприменения стимулирует или сдерживает правонарушение, состояние потребительского рынка во многом зависит от качества принимаемых законов»<sup>25</sup>.

В современном мире в рамках концепции глобализации эти наши внутренние проблемы в продовольственной сфере мало волнуют западные страны, основные производители продовольствия в мире продолжают оказывать на нас давление по всем каналам.

Требования, предъявляемые к России, сводятся в основном:

- к снижению или полной отмене пошлин на ряд товаров;
- допуску иностранных компаний на рынок услуг;
- отказу государства от финансовой поддержки экспорта сельскохозяйственной продукции при дотировании аграрного комплекса;
- сокращению субсидирования отдельных отраслей;
- отказу от экспортных пошлин; упрощению норм и процедур, связанных с техническими барьерами в торговле.

Внешнеэкономическая политика Российской Федерации в аграрной сфере должна быть сосредоточена на защите отечественного товаропроизводителя и национальных интересов во всех сферах экономики. В большей степени развитие агропромышленного комплекса России зависит от внутренней аграрной политики, на современном этапе развития аграрной отрасли нужно уделять внимание как крупным агрохолдингам, так и мелким фермерским хозяйствам, одновременно налаживая сбыт произведенной продукции.

Президент России в послании Федеральному Собранию 2015 г. указывает, что необходимо сконцентрировать ресурсы на оказании поддержки эффективным хозяйствам, которые в своей де-

<sup>22</sup> См.: Закон КНР от 30.10.1995 № 59 «О пищевой гигиене» // URL:<http://www.fsvps.ru/fsvps-docs/ru/usefulinf/files/knr-1.pdf> (дата обращения: 21.10.2015).

<sup>23</sup> URL:<http://www.fsvps.ru/fsvps-docs/ru/usefulinf/files/knr-3.pdf> (дата обращения: 25.10.2015).

<sup>24</sup> См.: Российский статистический ежегодник. 2010 : стат. сб. / Росстат. М., 2010. С. 110 ; Российский статистический ежегодник. 2011. С. 99 ; Российский статистический ежегодник. 2015. С. 92 ; Российский статистический ежегодник. 2017. С. 98.

<sup>25</sup> См.: Анторопенко И. А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений в сфере потребительского рынка : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2004. С. 19.

тельности демонстрируют конкретный результат (независимо от того, мелкие, средние или крупные это хозяйства).

Обеспечение продовольствием населения страны зависит от производства продуктов питания, функционирования и эффективности продовольственного рынка как на федеральном, так и на межрегиональном и региональном уровне.

По мнению А. Д. Аминовой, «экономическая деятельность сельскохозяйственных предприятий является необходимой частью поддержания производства продуктов питания и основой социальной политики на селе»<sup>26</sup>.

Обеспечение продовольственной безопасности является необходимым условием жизнедеятельности населения, стабильности в обществе и ключевым фактором общественной безопасности. Нормальная жизнедеятельность населения возможна только при обеспечении продовольственной независимости страны. В настоящее время проблема продовольственной безопасности является наиболее сложной, требующей безотлагательного решения. Для обеспечения продовольственной безопасности Российской Федерации необходимо создать условия для производства внутри страны

базовых видов продуктов питания, уделяя особое внимание производству зерновых и развитию животноводства.

Проводимые реформы слабо ориентированы на улучшение продовольственного обеспечения людей, на повышение уровня и качества их жизни. Все это требует корректирования экономических реформ и усиления их социальной ориентации, в том числе и в продовольственной сфере.

Принятие мер по совершенствованию действующего продовольственного законодательства явилось бы важным фактором укрепления доверия отечественных производителей и потребителей продовольственной продукции к государственной власти. В первую очередь речь идет о внесении изменений в Федеральные законы «О развитии сельского хозяйства» и «О качестве и безопасности пищевых продуктов». С учетом жизненно важных интересов личности, общества и государства в сфере продовольственной безопасности и угроз этим интересам данные меры явились бы важным аргументом в пользу скорейшего улучшения качества государственного управления в сфере обеспечения продовольственной безопасности.

<sup>26</sup> См.: Аминова А. Д. Правовое регулирование финансовой деятельности сельскохозяйственных коммерческих организаций в условиях рынка : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Саратов, 2005. С. 11.

## 我国反有组织犯罪刑事政策的反思与重构

——基于对《联合国打击跨国有组织犯罪公约》立法精神的解读

### Совершенствование уголовной политики Китая в отношении организованной преступности: на основе толкования Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности

Reflection and reconstruction of China's criminal policy against organized crime: based on the interpretation of the legislative spirit of U.N. convention against transnational organized crime

蔡军<sup>1</sup>

(河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

Цай Цзюнь<sup>2</sup>,

доктор юридических наук, профессор,  
директор Юридического института Хэнаньского университета  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн, р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Cai Jun<sup>3</sup>

School of Law, Henan University, Kaifeng 475001, Henan, China

© Цай Цзюнь, 2019

**摘要:** 建国以来,我国反有组织犯罪历经镇压与宽大相结合的刑事政策、惩办与宽大相结合的刑事政策、严打的刑事政策以及宽严相济的刑事政策四个阶段。然而,这种总体上“严”字当头的刑事策略在反有组织犯罪的实践中效果并不明显。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》关于打击跨国有组织犯罪的系列规定,展现出极其鲜明的刑事政策精神:人权保障优先、兼顾平衡;打防并举、重视预防;基于对世界范围内有组织犯罪样态的多样化特征而确立了广义的有组织犯罪概念。当前,我国在反有组织犯罪的政策观念上存在一定问题:控制犯罪与保障人权观念定位不清;重打击轻预防,仍将刑罚作为处理有组织犯罪的唯一手段;立法上采用狭义的犯罪概念;厉而不严,未能全面犯罪化。因此,应当确立以下刑事政策:既要强化社会防卫又要兼顾人权保障,打防并举、打防并重,确立广义有组织犯罪概念,将有组织犯罪作为区别于一般共同犯罪的特殊犯罪类型。

**关键词:** 有组织犯罪;《联合国打击跨国有组织犯罪公约》;刑事政策

**Аннотация.** С момента своего основания Китай стал свидетелем четырех этапов корректировки уголовной политики в отношении организованной преступности: политики сочетания подавления со снисхождением, политики сочетания наказания со снисхождением, политики сурового наказания и политики сочетания снисхождения с суровым наказанием. Однако в практике борьбы с организованной преступностью результативность стратегии, ориентированной на строгость, неочевидна. Положения Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности демонстрируют особый дух уголовной политики: относительное равновесие приоритетов в области защиты прав человека; содействие как борьбе с преступностью, так и ее предупреждению при одновременном уделении большего внимания предупреждению преступлений; разработка концепции организованной преступности в широком смысле на основе разнообразных характеристик организованной преступности,

<sup>1</sup> 作者简介: 蔡军(1973-),河南新县人,河南大学法学院教授,法学博士,研究方向:刑法学。

<sup>2</sup> Цай Цзюнь родился в 1973 г. в городе Синьсянь провинции Хэнань.

<sup>3</sup> Cai Jun (1973-), male, born in Xinxian City in Henan Province, Doctor of Law, Professor of the School of Law in Henan University, Dean of the School of Law in Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province.

принятых во всем мире. В настоящее время существуют определенные проблемы в нашей концепции борьбы с организованной преступностью: определение основного направления борьбы с преступностью и защиты прав человека; придание большей важности борьбе с преступностью, а не ее профилактике; применение уголовного наказания как единственного средства для борьбы с организованной преступностью; применение узкой уголовной концепции в законодательстве. В этой связи следует разработать следующую уголовную политику: укрепление как социальной защиты, так и защиты прав человека, придание равного значения борьбе с преступностью и ее предупреждению, а также разработка понятия организованной преступности в широком смысле и ее рассмотрение в качестве особого вида преступности, отличного от обычной преступности и подразумевающего совершение преступлений в сговоре.

**Ключевые слова:** организованная преступность, Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности, уголовная политика.

**Abstract.** Since its founding, China has witnessed four stages of criminal policy adjustment against organized crime: the policy of combining suppression with leniency, the policy of combining punishment with leniency, the policy of severe punishment, and the policy of combining leniency with severe punishment. However, the effect of this sternness-oriented strategy is not so obvious in the practice against organized crime. The provisions of U.N. Convention Against Transnational Organized Crime demonstrates a distinctive spirit of criminal policy: combining priority for human rights protection with a relative balance; promoting both crime fighting and prevention while attaching greater importance to prevention; establishing the concept of organized crime in a broad sense based on diversified characteristics of organized crimes worldwide. At present, there are certain problems in our policy concept against organized crime: unclear orientation of controlling crime and protecting human rights; attaching greater importance to crime fighting than prevention, and taking criminal penalty as the only means to deal with organized crime; adopting narrow criminal concept in legislation; stern but not strict, not fully criminalized. Therefore, the following criminal policy should be established: strengthening both social defense and human rights protection, attaching equal importance to crime fighting and prevention, and establishing the concept of organized crime in a broad sense and regarding it as a special crime type different from general joint crime.

**Keywords:** organized crime; U.N. Convention Against Transnational Organized Crime; criminal policy.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.155-161

## 一、我国当前反有组织犯罪的刑事政策考察

### (一) 我国“打黑除恶”刑事政策之变迁

在不同的历史时期，我国打击有组织犯罪的刑事政策主要有以下几种：

1. 镇压与宽大相结合的刑事政策。新中国成立初期，中国共产党依据“镇压与宽大相结合”的刑事政策，在争取一切可以争取的旧中国帮会组织和帮会分子的同时，对于依赖于国民党而又不悔改的反动帮会和黑社会恶势力采取坚决打击和镇压。通过几年的扫荡和清匪反霸、镇压反革命、肃毒禁娼等运动，中国大陆的黑社会势力基本被彻底清除、肃清。<sup>4</sup>

2. 惩办与宽大相结合的刑事政策。随着建国后社会主义改造的基本完成，“镇压与宽大相结合”的表述已经与社会形势的发展不相符合，中央提出以“惩办与宽大相结合”的刑事政策替代“镇压与宽大相结合”的提法，并在1956年予以确定下来，其内容也被概括为“首恶必办，胁从不问，坦白从宽，抗拒从严，立功折罪，立大功受奖”。20世纪70年代末，我国大陆的犯罪团伙开始涌现，在中央决定实施“严打”以前（1983年），该刑事政策是这一时期我国“打黑除恶”的基本政策。

3. “严打”的刑事政策。进入改革开放初期，鉴于社会治安的持续恶化，从1983年开始，中央决定在全国范围内开展严厉打击严重刑事犯罪分子的斗争。基于当时同严重犯罪作斗争的需要，党和国家提出了依法“从重从快”打击犯罪的指导方针，中国的基本刑事政策随之作出重大调整，“惩办与宽大相结合”的刑事政策被“严打”刑事政策所取代，其标志是1983年8月25日中共中央作出的《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》。可以说，从1983年开始，我国进入了长达20余年的“严打”时期。“严打”的刑事政策也当然地成为这一时期我国打击和治理黑社会性质组织犯罪及其他犯罪集团、恶势力的基本政策。

<sup>4</sup> 何秉松：《中国有组织犯罪研究》（第一卷），群众出版社2009年版，第76-95页。

4. “宽严相济”的刑事政策。2006年，“宽严相济”刑事政策取代“严打”的刑事政策，其基本地位被正式确立。“宽严相济”刑事政策的提出被认为是对我国实施20余年“严打”刑事政策深深反思的结果，是对“惩办与宽大相结合”刑事政策的继承和发展。在随后几年，我国在进行的“打黑除恶”专项斗争中基本上秉承了“宽严相济”的政策要求。比如，在2006年12月通过的最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》和2010年2月8日最高人民法院发布了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中，都对在惩治黑社会性质组织犯罪司法活动中如何贯彻“宽严相济”刑事政策问题作出了明确的规定。

## （二）我国当前反有组织犯罪刑事政策之评析

抛开20世纪80年代以前的刑事政策不论，自改革开放时期犯罪团伙、恶势力及黑社会性质组织出现以后，我国打击严重刑事犯罪的刑事策略有较大波动：1983年以前，坚持“惩办与宽大相结合”的刑事政策；1983年到2005年，始终强调严厉打击刑事犯罪的“严打”刑事政策；2006年至今，提出并积极贯彻“宽严相济”的刑事政策。就这三种刑事政策的内涵而言，“严打”政策蕴含着强烈的犯罪化和重刑化观念，因而必然在打击和治理黑社会性质组织犯罪等有组织犯罪的立法和司法上体现明显的犯罪化和重刑化倾向。换句话说，“严打”的刑事政策更多地片面体现了“惩办与宽大相结合”刑事政策中“惩办”或“严”的一面。“宽严相济”刑事政策虽然继承了“惩办与宽大相结合”刑事政策的基本精髓，但是二者仍有较大差异：“宽严相济”刑事政策不仅更强调和侧重于刑事政策中“宽”的一面，而且也更加强调宽松刑事政策与严格刑事政策之间的“相济”即协调运作；<sup>5</sup>“宽严相济”刑事政策中的“严”，包含了严密法网、严厉惩治、严肃执法之意，因而与单纯的“严打”有着较大区别。<sup>6</sup>

然而，纵观改革开放以来近30年的“打黑除恶”斗争的实践，我国打击和治理有组织犯罪的基本策略仍是“严”字当头。客观来讲，由于黑社会组织犯罪等有组织犯罪具有严重的社会危害性，不仅对普通民众的生活构成严重的威胁，而且甚至对合法政权造成根本性危害，对其进行严厉打击已成为世界各国及联合国的共识。但是，30年来的实践证明，对黑社会性质组织犯罪一味地、不加区分地从严惩处，似乎并不能有效地遏制和预防此类犯罪，其危害与演化并未因每次“严打”和专项斗争而减弱和停止。同时，在司法实践中的严惩，也造成了人们对当前刑事政策“厉而不严”、侵犯人权和罪刑失衡等损害法治的质疑与指责。

## 二、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》之立法精神解读

为了应对国际社会打击跨国有组织犯罪的需要，2000年11月15日第55届联合国大会正式通过了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（以下简称《公约》），为打击和预防跨国有组织犯罪规定了一系列的措施。《公约》关于打击跨国有组织犯罪的系列规定，展现出极其鲜明的刑事政策精神。

### （一）人权保障优先、兼顾平衡的刑事政策

从联合国的发展史来看，在打击、惩处犯罪的同时优先保障人权，早已成为联合国规范性文件的不变选择。这一刑事政策观念在《公约》中也体现的较为明显，贯穿于《公约》的始终。例如，根据《公约》第11条规定，在起诉、判决和制裁的全过程中，“各缔约国均应根据其本国法律并在适当考虑到被告方权利的情况下采取适当措施，力求确保所规定的与审判或上诉前释放的裁决有关的条件考虑到确保被告人在其后的刑事诉讼中出庭的需要”<sup>7</sup>；《公约》第16条规定：“在对任何人就本条所适用的犯罪进行诉讼时，应确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国法律所提供的一切权利和保障”。<sup>8</sup>《公约》第18条规定，在一缔约国境内羁押或服刑的人如果被要求到另一缔约国进行辨认、作证或提供其他协助，须该人在知情后自愿表示同意后予以移送……同时，（除非移送的缔约国同意）该人在此前的作为、不作为或定罪都不得在所前往的国家境内受到起诉、羁押、处罚或对其人身自由实行任何其他限制。<sup>9</sup>在《公约》中类似规定还有许多，其主要是表达了一种刑事政策理念——将被告人作为当事人而平等看待，给予其合法的应有的权利。

### （二）打防并举、重视预防的刑事政策

《公约》规定在对跨国有组织犯罪进行严厉打击和惩处的同时，对有组织犯罪的预防也极为注重，将其视为控制有组织犯罪的基础。例如，《公约》不仅在第1条宗旨中明确规定预防和打击跨国有组织犯罪，而且还规定了预防跨国有组织犯罪的一系列措施，诸如建立公共记录、国家记录、剥夺资格等，其中不仅有刑罚措施，还有非刑罚措施，以达到有效预防跨国有组织犯罪的目的，这就大大强化了国际刑法预防犯罪的功能。同时，《公约》专设预防条款，要求各缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国有组织犯罪的国家项目，并制订这方面的政策和实施方案。例如，《公约》

<sup>5</sup> 赵秉志：《和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻》，《吉林大学社会科学学报》2008年第1期。

<sup>6</sup> 赵秉志：《宽严相济刑事政策及其贯彻的基本问题》，《人民检察》2009年第17期。

<sup>7</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第11条。

<sup>8</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第16条。

<sup>9</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第18条。

要求各缔约国加强执法部门与私营实体的合作，促进有关公私实体和职业团体制定廉政规章和行为准则，防止犯罪集团参与公共项目招标投标及骗取补助，防止犯罪集团利用法人进行犯罪活动，努力减少有组织犯罪集团进入合法市场的机会。

同时，《公约》重视多种措施的整合运用，没有将刑罚作为处理有组织犯罪的唯一手段，而是为打击和预防有组织犯罪规定了一系列措施。这些措施不仅有刑罚的，还有非刑罚的；不仅有刑事的，还有行政的、经济的、社会的以及教育的多种手段。这些综合的、“多元整合”的措施构成了一个全面监控的、多层次、多维度、多方位的预防和打击跨国有组织犯罪的综合法律体系<sup>10</sup>，大大强化了国际刑法预防有组织犯罪的功能。

### （三）基于对世界范围内有组织犯罪样态的多样化特征而确立了广义的有组织犯罪概念

在和有组织犯罪作斗争的过程中，人们已经逐渐认识到有组织犯罪并非仅存在一种模式——传统的黑手党型有组织犯罪，而是呈现出形态的多样化：不仅存在大规模的等级森严的组织，而且还有大量结构松散、具有高度灵活性和应变性的团伙及其他有组织集团；不仅存在以暴力、恐吓、行贿等非法手段牟利的犯罪组织，而且还有更多的依赖对合法手段的非法操控、手段日趋智能化、高科技化的犯罪组织。<sup>11</sup>基于对有组织犯罪现象的此种认知，《公约》在界定有组织犯罪概念的时候，无论在组织规模、组织化程度方面，还是在组织行为特征方面，所确立的是一个在某种意义上可称为最低限度的有组织犯罪概念。《公约》第2条规定：“有组织犯罪集团系指三人或多人所组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据本《公约》确立的犯罪以直接或间接获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团。”

（四）针对有组织犯罪的严重危害和不同于一般共同犯罪的特殊生成发展规律而采取了“既严又厉”、“方便追诉”和“区别对待”的刑事政策

首先，《公约》在有组织犯罪的立法上实施全面犯罪化，以严密刑事法网。在确定广义的“有组织犯罪集团”的概念后，《公约》将犯罪化的矛头指向以牟利为目的的“有组织犯罪集团”，并且要求将参加犯罪组织、洗钱、腐败和妨害司法四类相关行为规定为犯罪，予以全面打击。其次，《公约》采取严厉的刑事制裁措施，要求“各缔约国均应使根据公约第5条、第6条、第8条和第23条确立的犯罪受到与其严重性相当的制裁”，“为因本公约所涵盖的犯罪起诉某人而行使本国法律规定的法律裁量权时，各缔约国均应努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效，并适当考虑到震慑此种犯罪的必要性。”<sup>12</sup>同时，《公约》还规定，“为预防和打击跨国有组织犯罪，各缔约国均可采取比该公约的规定更为严格或严厉的措施”<sup>13</sup>。再次，为了提高对有组织犯罪侦办、审判的司法效率，《公约》规定了“特殊侦查手段”以全力侦破案件。最后，出于分化瓦解有组织犯罪并方便追诉的考虑，《公约》第26条要求各缔约国均应采取适当措施，鼓励参与或曾参与有组织犯罪集团的个人为主管当局的侦查和取证提供有用信息，为主管当局提供可能有助于剥夺有组织犯罪集团的资源或犯罪所得的切实而具体的帮助；对于在公约所涵盖的任何犯罪侦查或起诉中提供了实质性配合的被指控者，各缔约国均应考虑规定在适当情况下减轻处罚的可能性；对于本公约所涵盖的犯罪侦查或起诉中予以实质配合者，各缔约国应考虑根据其本国法律基本原则规定允许免于起诉的可能性，同时应对此类人员提供保护。<sup>14</sup>

### 三、对我国反有组织犯罪刑事政策的反思

梳理改革开放以后30多年的“打黑除恶”斗争，并结合对《公约》立法精神的解读，我们越来越强烈的意识到我国在有组织犯罪的观念上存在偏差，并由此导致了刑事立法、司法的困境，亟需对我国反有组织犯罪刑事政策观作出检讨。具体而言，笔者认为我国当前反有组织犯罪刑事政策存在以下几个方面问题：

#### （一）控制犯罪与保障人权观念定位不清

必须承认，长期以来，控制犯罪一直是我国刑事立法、司法的重要目标，在现阶段有着举足轻重的地位。当这贯穿于控制有组织犯罪的立法、司法实践中时，“严打”的刑事政策自20世纪80年代以来就成为我国打击有组织犯罪的基本策略。即使在2006年以后“宽严相济”刑事政策观念逐渐为各界所认可的情况下，对有组织犯罪的严惩仍然是我国反有组织犯罪刑事政策的主要倾向，我国数十年来锲而不舍地开展各种运动式的“严打”（如“打黑除恶”专项斗争）即为明证。然而，正是在这种以“严厉”为主调的运动式“打黑除恶”斗争中，出于追求短期政绩的要求或者其他目的，在立法上过分降低黑社会性质组织犯罪的成立标准、司法中人为拔高各种犯罪团伙的入罪要素的情况时有发生。个别司法机关不去认真地调研我国有组织犯罪的实际面貌，不去关心、关注“打黑除恶”

<sup>10</sup> 杨宇冠、张凯：《聚合国际司法力量惩治跨国犯罪之全球法律框架——〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉评介》，《信阳师范学院学报》2005年第1期。

<sup>11</sup> 正是由于此种原因，尽管国际社会做出过种种努力试图为有组织犯罪界定一个能为大家广泛认可的统一概念，但是都以失败而告终。

<sup>12</sup> 参见《公约》第11条。

<sup>13</sup> 参见《公约》第34条。

<sup>14</sup> 参见《公约》第26条。

中的人权保障问题，片面追求司法中“从重、从快、从严”，从而引起了“打黑”为“黑打”的质疑。究其原因，在打击和惩治有组织犯罪过程中控制犯罪与保障人权观念定位不清即为根源。可以肯定，以牺牲个人权利与自由为代价来保护社会整体利益与维护社会秩序，其最终效果并不明显。

### （二）重打击轻预防，仍将刑罚作为处理有组织犯罪的唯一手段

刑事政策的基本含义是指打击和预防犯罪的对策<sup>15</sup>，因此打击和预防是刑事政策的两个基本内容，相辅相成，不可偏废。如前文所述，《公约》就将有组织犯罪的预防放在相当重要的地位。但是，对于犯罪的预防，我国的主流犯罪观念是寄希望于刑罚的威吓作用，在某些时候刑罚甚至被当成控制犯罪的唯一手段。作为公认的最为严重的犯罪之一，对于有组织犯罪危害性的忌惮致使国家无暇顾及预防，只想尽早、尽快将之消灭，所以我国对有组织犯罪的预防相对说来没有予以重视。“偏重打击、轻视预防”的结果是立法上仍欠缺控制有组织犯罪的综合法律机制<sup>16</sup>，司法上控制有组织犯罪的思路不明、措施不当。因此，我国虽然在立法上将黑社会性质组织犯罪规定了严厉的刑罚，实践中接二连三地开展“打黑除恶”运动，但是控制有组织犯罪的实际效果不显著，我国有组织犯罪仍处于各种形态并存、低级形态不断向高级形态演变、社会危害性不断增强的现状之中。

### （三）立法上采用狭义的犯罪概念

分析刑法关于黑社会性质组织的规定可以看出，立法上我国对有组织犯罪采取的实际是狭义的犯罪概念。立法上采用狭义的犯罪概念会产生一系列问题：首先它与当今主流的当代型刑事政策观念不符合，也与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的基本精神不一致，致使《公约》无法在国内法中得到切实贯彻执行；其次，它会导致我国在反有组织犯罪中陷入立法、司法困境。如采取狭义的犯罪概念，致使参加、组织和领导非典型的犯罪组织无法入罪，不利于“打早打小”的反有组织犯罪战略的实施，容易“养虎为患”；再次，狭义的概念不利于有组织犯罪的预防，违背治理有组织犯罪“宜早不宜迟”原则。其实，立法上狭义概念的秉持，是源于理论上对我国有组织犯罪所持狭隘而刻板的犯罪观念。这种脸谱化的犯罪认识严重脱离了我国现阶段有组织犯罪存在的基本样态，是落后的、不科学的观念的产物。实践证明，对于我国有组织犯罪认识上的严重滞后，必然阻碍刑事立法的跟进，同时导致法律运行与现实有组织犯罪实际状况的严重不对称性。

### （四）厉而不严，未能全面犯罪化

罪刑的配置不外有四种组合，即不严不厉、又严又厉、严而不厉和厉而不严。<sup>17</sup>其中，严是指刑事法网严密，刑事责任严格；厉是指刑罚苛厉，刑罚过重。<sup>18</sup>根据理论上对刑法结构的四种分类，我国现行惩治有组织犯罪的刑事政策实为“厉而不严”型刑法结构。与域外各国刑法以及联合国公约的规定相比较<sup>19</sup>，我国惩治黑社会性质组织犯罪及其他黑社会犯罪的刑罚不可谓不重；历年来持续不断地开展的“严打”和“打黑除恶”专项斗争表明我国“打黑”不可谓不“厉”<sup>20</sup>。然而，在强调和贯彻“厉”的同时，我国立法和司法却丧失了“严”的要求，铸就了当前反有组织犯罪“厉而不严”的状态。就“不严”而言，主要体现在三个方面：其一，由于在犯罪观念上存在对有组织犯罪的模式化偏见，我国立法上并无有组织犯罪的概念，仅仅规定了黑社会性质组织犯罪和黑社会犯罪的惩治规范。这种立法决定了我国在立法对策上只盯住成熟的有组织犯罪，导致刑法上入罪的标准过高，给我国有组织犯罪的打防带来了重重困难。其二，我国立法将黑社会性质组织犯罪规定了严格的成立要件，一方面使得不具有上述条件的组织无法被认定为黑社会性质组织，从而无法被入罪承担刑事责任；另一方面使得犯罪组织所实施的一般违法行为、轻微的犯罪行为往往只能追究较轻的刑事责任甚至是不能追究刑事责任，从而导致了法律对于这些犯罪的纵容而致其肆意地滋生蔓延。其三，有组织犯罪是一个复杂问题，需要刑事实体法与程序法、立法与司法、刑事预防与社会预防相配合，各部门、各单位、各机构通力合作，紧密配合，调动一切政治、经济的、行政的、法律的、文化的手段对有组织犯罪实施防控。然而，从我国目前来看，这一多角度、多层面、多视

<sup>15</sup> 赵秉志、杨诚主编：《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉与中国的贯彻研究》，北京师范大学出版社2009年版，第29页。

<sup>16</sup> 虽然我国针对国内治安形势已经形成了比较成熟的“社会治安综合治理”方针，但是针对特殊犯罪类型的有组织犯罪尚未建立综合预防机制。

<sup>17</sup> 储槐植：《再说刑事一体化》，《法学》2004年第3期。

<sup>18</sup> 储槐植：《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，《北京大学学报》1989年第6期。

<sup>19</sup> 如意大利刑法典规定了有组织犯罪：“当事人或3人以上为实施犯罪的目的而结成集团时，对发起、建立或组织该集团的，仅因此行为，处以3年至7年有期徒刑。对于仅参加上述集团的行为，处以1年至5年有期徒刑。对于犯罪集团的首领，处以为发起人规定的刑罚。”1982年，意大利刑法典增加了“黑手党型集团”的规定，即“参加由3人或3人以上组成的黑手党型集团的，处以3年至6年有期徒刑。发起、领导或组织上述集团的，仅因此行为，处以4年至9年有期徒刑。”如果黑手党型集团拥有武装，还可能处以4年至15年有期徒刑。

<sup>20</sup> 2006年12月发布的《最高人民法院人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》中指出，对于黑社会性质组织犯罪，必须“从重从快”打击。

角的综合治理长效机制尚未建立。除上述三点之外，我国刑法对有组织犯罪的下游犯罪和伴生犯罪等关联行为的规定还不完善、合理，法网欠缺严密。

#### 四、我国反有组织犯罪刑事政策的重构

基于上述对我国反有组织犯罪刑事政策的检讨，同时借鉴《公约》的立法精神，可以比较清晰而又合目的地引导出我国在组织和实施反有组织犯罪活动时，应当确立以下具体的刑事政策。

##### （一）既要强化社会防卫，又要兼顾人权保障

不可否认，在犯罪控制实践中，防卫社会和保障人权两种价值观不可避免地会发生冲突，二者之间如何协调或者选择已经成为刑事法制现代化过程中的一大难题。但是总的来讲，注意保持保障人权与防卫社会之间的平衡，是现代法治国家在考量与犯罪作斗争过程中可以采取的方式、手段和选择打击力度时应遵循的普适性原则。

具体到反有组织犯罪而言，由于其是通过暴力、威胁等手段攫取社会财富、漠视社会秩序、对抗国家法律，置平等、公平于不顾，那么其存在和发展就足以严重危及社会整体利益和多数人的基本权利。实践证明，这种犯罪形式很难依靠个体或社会组织的自我防备进行预防，只有借助于国家的合法暴力才能予以有效打击。因而，控制有组织犯罪就是当务之急，在价值观念层面就需要充分考虑社会防卫的现实需要。<sup>21</sup>自20世纪80年代以来，我国对有组织犯罪奉行的“严打”政策有其合理性、现实性的一面，不能一味地批判。但是，如果过分强调刑法防卫社会的功能，必然会造成人权保障功能的虚化。控制有组织犯罪不是用武装斗争式的方式解决问题，而是用法律手段文明地治疗社会痼疾。既然用法律手段解决问题，就得遵循法律的基本原理，充分保障和维护包括犯罪人、被害人、证人等多元主体在内的全体公民的基本权利，在法治的范围内通过建立长效机制来依法打击和预防有组织犯罪，避免在司法实践中从一个极端走向另一个极端。

##### （二）打防并举，打防并重

当前，我国在反有组织犯罪方面重打击而轻预防，“严打”等“周期性模式”始终伴随着我国近30年来的“打黑除恶”的司法实践，而且这种运动式的打击策略并没有取得预设的效果，有组织犯罪未能得到根本的控制。其实，根据域外各主要国家治理有组织犯罪的实践经验和联合国公约的倡导，在惩治有组织犯罪时，不应只着眼于事后惩罚，而应从偏重打击逐渐过渡到预防和打击并重、以预防为本的轨道上来。打击有组织犯罪可以稳定局面，预防有组织犯罪可以巩固成果；以打促防，以防固打，打防并举，统一于解决有组织犯罪的需要，共同目标是遏制、减少有组织犯罪。

“打防并举，打防并重”是我国在应对有组织犯罪时所应确立的刑事政策观念之一，在此观念指导下制定刑事对策时，《公约》的立法精神可资借鉴<sup>22</sup>。《公约》采取刑事、金融、行政等多种措施控制有组织犯罪，将控制跨国有组织犯罪的国际合作从传统的单一的国际刑事合作发展为刑事、行政、金融多重合作机制，形成了控制跨国犯罪的国际合作的综合法律机制。有鉴于此，我国在具体刑事对策上，应除了运用刑事措施之外，更需综合运用金融、行政等多种措施，多管齐下，以促成效。

##### （三）基于本土特点，确立广义有组织犯罪概念

纵观世界各国反有组织犯罪的司法实践，发现有组织犯罪观念上的落后，对于理论发展和实践进步的制约是根本性的。就我国而言，目前所持的狭隘而刻板的有组织犯罪观念，是严重脱离有组织犯罪样态多样化这一普遍实际的：作为这一观念立法表现形式的“黑社会性质组织罪”承袭了传统的有组织犯罪的狭义概念，使刑法的锋芒被局限于应对典型的有组织犯罪或有组织犯罪比较高级的形态，放弃了对有组织犯罪初级形态和中级形态应有的强力反应，这与有组织犯罪自身的演变规律及其刑法应有效遏止有组织犯罪成长壮大的宗旨是明显相悖的。

从国际范围来看，确立富有弹性的有组织犯罪概念，以适应其多变性和存在样态的多样性，已成为普遍的立法趋势。这除了前述美国的实践经验外，无论是其后的《联合国打击跨国组织犯罪公约》还是区域性的欧盟反有组织犯罪立法及至最新的《俄罗斯刑法典》，都体现了广义有组织犯罪概念的特点。<sup>23</sup>结合我国的国情看，我国现阶段的有组织犯罪在组织形式和活动方式上均呈现出低级与高级、简单与复杂、明显暴力与软暴力、“合法”并存的多样化趋势。立足于我国有组织犯罪的实际样态，应尽早确立广义的有组织犯罪概念，确保刑事法律的触角得以向前延伸至有组织犯罪集团的形成期，既是未来构筑惩治有组织犯罪法律体系的基础和根本所在，也是反映惩治有组织犯罪演变规律的“打早打小”专门刑事政策在立法上的必然要求。

<sup>21</sup> 对有组织犯罪的社会防卫思想在美国、德国等国家以及联合国公约中体现得比较明显。特别是指导各缔约国刑事立法的《联合国打击跨国组织犯罪公约》进一步强化了预防跨国组织犯罪的功能，凸显了社会防卫的刑事政策需要。

<sup>22</sup> 例如，《公约》有关防止有组织犯罪集团对法人作不正当利用的规定具有创新性，同时《公约》明确规定各缔约国应努力促进犯罪集团的犯罪人重新融入社会的规定具有极强的指导性，《公约》的其他诸如洗钱犯罪、贿赂犯罪的规定也极具预防价值。

<sup>23</sup> 赵秉志、杨诚主编：《〈联合国打击跨国组织犯罪公约〉与中国的贯彻研究》，北京师范大学出版社2009年版，第34页。

(四) 科学认识有组织犯罪的事实危害，将其作为区别于一般共同犯罪的特殊犯罪形态

在理论和实务中，人们一般将有组织犯罪视作共同犯罪之一种，将其归入普通共同犯罪或犯罪集团之列，在认定犯罪和裁量、执行刑罚时，自觉不自觉地运用共同犯罪的基本原理和刑法规定来规制有组织犯罪及其成员。本来，将有组织犯罪在本质上归属于共同犯罪并没有错误，但是错误的是仅仅将有组织犯罪视作一般的共同犯罪或者普通的犯罪集团。

由于未能科学地认识到有组织犯罪的特殊危害，致使在刑事政策观念上我们至今也只是将有组织犯罪视为目前需要重点治理的众多严重犯罪乃至一般共同犯罪之一，对因其所具有的特殊社会危害性而需要采取特别对策予以强力反击的紧迫性和必要性仍然欠缺深刻的理性认识。这种在对策观念上抹杀有组织犯罪所具有的巨大综合社会危害而将其混同于严重个人犯罪的概念化认识倾向，即使在当下有关宽严相济刑事政策的解读和贯彻中，也仍然表现得十分清楚。因此，在刑事政策观念上，亟需不断深化对有组织犯罪社会危害性特征的认识和分析，将有组织犯罪与一般共同犯罪或普通犯罪集团区别开来，将其视为一种特殊的共同犯罪形态。只有这样，我们才能切实增强反有组织犯罪活动的内在动力，有针对性地完善和构建反有组织犯罪的刑事法律机制，合理地追究有组织犯罪人的刑事责任。

### 参考文献：

- [1] 何秉松：《中国有组织犯罪研究》（第一卷），群众出版社2009年版。
- [2] 赵秉志：《和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻》，《吉林大学社会科学学报》2008年第1期。
- [3] 杨宇冠、张凯：《聚合国际司法力量惩治跨国犯罪之全球法律框架——〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉评介》，《信阳师范学院学报》2005年第1期。
- [4] 赵秉志、杨诚主编：《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉与中国的贯彻研究》，北京师范大学出版社2009年版。
- [5] 储槐植：《再说刑事一体化》，《法学》2004年第3期。
- [6] 储槐植：《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，《北京大学学报》1989年第6期。
- [7] 赵秉志：《宽严相济刑事政策及其贯彻的基本问题》，《人民检察》2009年第17期。

## 我国经营者集中附加结构性条件批准法律制度研究 Исследование правовой системы дополнительных структурных требований к концентрации предприятий в Китае Research on the legal system of additional structural requirements for concentration of undertakings in China

娄丙录 朱琳<sup>1</sup>

(河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

Лоу Бинлу,

магистр права,

профессор Юридического института Хэнаньского университета,

директор библиотеки Хэнаньского университета

475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн, р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Чжу Линь<sup>2</sup>,

аспирантка Юридического института Хэнаньского университета

475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн, р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Lou Binglu & Zhu Lin<sup>3</sup>

Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001

© Лоу Бинлу, Чжу Линь, 2019

**摘要:** 我国《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》中关于经营者集中附加结构性条件的部分条款存在待剥离资产选择标准不明确、购买方资格认定标准过于原则、交割前剥离规则缺乏可操作性等问题，应将具有竞争性和商业价值性、能够消除限制竞争问题明确为待剥离资产的选择标准，将购买方资格认定标准中购买方独立于集中方、具有维持并经营待剥离资产的意愿和能力的考量标准进行细化，对交割前剥离规则进一步完善。

**关键词:** 经营者集中；结构性条件；待剥离资产；适格购买方；交割前剥离

**Аннотация.** Концентрация предприятий необходима и важна для их развития. Но это приведет или может привести к ограничению конкуренции. Поэтому страны и регионы регулируют концентрацию предприятий с помощью законодательства, часть которого носит вспомогательный характер. Дополнительные ограничительные требования в отношении концентрации предприятий являются важной системой контроля ex ante. В Положениях о дополнительных ограничительных требованиях в отношении концентрации предприятий (для экспериментального применения) Китая имеются некоторые проблемы. Например, неясны критерии отбора активов, подлежащих изъятию; слишком кратки и абстрактны критерии квалификации покупателей; неэффективны правила передачи имущества во владение перед поставкой. Конкурентоспособность, коммерческая ценность и способность устранить ограничения конкуренции — это критерии отбора активов, подлежащих передаче. Квалификация покупателя должна быть более конкретной при рассмотрении его

<sup>1</sup> 作者简介：娄丙录，男，汉族，河南新乡人，河南大学法学院教授，经济法学科带头人，主要研究方向：市场规制法；朱琳，女，河南开封人，河南大学法学院经济法专业硕士研究生，研究方向：市场规制法。

<sup>2</sup> Лоу Бинлу родился в 1963 г. в г. Синьсян провинции Хэнань, Чжу Линь родилась в 1988 г. в городе Кайфэн провинции Хэнань.

<sup>3</sup> Lou Binglu (1963- ), male, born in Xinxiang City in Henan Province, Master of Law, Professor of the School of Law in Henan University, Director of the Library in Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province. ZHU Lin (1988- ), female, born in Kaifeng City in Henan Province, graduate student of Henan University Law School.

независимости от концентрирующей стороны и готовности и способности управлять активами, подлежащими изъятию. Правила передачи во владение перед поставкой также нуждаются в дальнейшем совершенствовании.

**Ключевые слова:** концентрация предприятий, структурные условия, активы, подлежащие изъятию, правомочный покупатель, очистка перед поставкой.

**Abstract.** Concentration of undertakings is necessary and important for enterprise development. But it would produce or might have the effect of restricting competition. Therefore, countries and regions have regulated the concentration of undertakings through legislation, some of which is referential. Additional restrictive requirements for the concentration of undertakings are the important system for ex ante control. There are some problems in the “Provisions on the Additional Restrictive Requirements for the Concentration of Undertakings (for Trial Implementation)” in China. For example, the criteria for selection of assets to be stripped are not clear; the criteria for qualification of purchasers are too brief and abstract; the rules for stripping before delivery are lack of operability. Being competitive, commercial valuable and able to eliminate restriction of competition should be defined as the selection criteria for the assets to be stripped. The qualification of purchaser should be more specific in examining its independence from the concentration party and the willingness and ability to manage the assets to be stripped. The rules for stripping before delivery also need further improvement.

**Keywords:** concentration of undertakings; structural conditions; assets to be stripped; eligible purchaser; stripping before delivery.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.162-168

## 一、概述

经营者集中是企业发展的主要方式之一，但法律对具有或者可能具有限制竞争效果的经营者集中予以控制。世界各国对经营者集中均有规定，<sup>4</sup>而法律规制的主要手段则表现为审查经营者集中行为。经营者集中附加限制性条件批准是一种事前控制的救济制度。各国对附条件批准有不同分类，<sup>5</sup>对结构性救济也未有明确定义，<sup>6</sup>但是，经营者集中附加结构性条件批准往往是指在反垄断审查过程中，集中方通过资产剥离，在相关市场创造新的竞争者或者增强现有市场竞争者的竞争力、维持相关市场持续有效竞争、削弱经营者集中具有或者可能具有的反竞争效果。可见，反垄断执法机构应与申报方就结构性条件的具体内容进行协商，并达到维持相关市场持续有效竞争的目的。否则，集中应被禁止。

截至2015年12月31日，我国商务部公布的26起附条件批准经营者集中案件中，有14起附加结构性条件批准经营者集中案件，反映出资产剥离是我国经营者集中附加结构性条件批准的重要手段，以及我国就该制度的大胆探索和积极运用。但我国现行相关法律制度立法层次较低、法条较少，相关规定仍较原则，缺乏配套制度和操作指南，因此，应在以往研究成果的基础上，借鉴美欧在待剥离资产选择标准、购买方资格认定标准以及适格购买方的确定等方面的成功经验，加强该问题的研究，以进一步推进我国相关法律制度的完善。

## 二、美欧相关制度评述

### (一) 待剥离资产选择标准

待剥离资产范围的选择是影响经营者附加结构性条件集中能否成功实施的重要因素之一，但如何选择待剥离资产，各国标准并不同一。

#### 1、美国待剥离资产选择标准

美国联邦贸易委员 (Federal Trade Commission, 以下简称FTC) 选择待剥离资产的标准是衡量其是否具有可存活性，即待剥离资产应具有已经自主运营的独立业务部门，至少集中方应证明待剥离资产已具有独立运营所需的所有必要要素或者存在潜在购买方愿意购买。<sup>7</sup>美国司法部 (Department of Justice, 以下简称DOJ) 对待剥离资产的选择标准与FTC稍有不同，DOJ认为待剥离资产应具有在

<sup>4</sup> 我国《反垄断法》中使用“经营者集中”的概念主要来自于欧盟 (concentration of undertakings)，美国及其他国家则采用企业合并 (Merger)。虽然各国使用称谓不同，但实质均是指经营者在市场经济活动中形成某种程度的结合。

<sup>5</sup> 我国限制性条件包括结构性条件、行为性条件、综合性条件。美国实行二分法，即结构性救济和行为性救济。欧盟则有四分法，即剥离救济、开放救济、长期排他合同的改变和其他非剥离救济。

<sup>6</sup> 如美国司法部认为结构性救济措施通常涉及集中经营者有形资产的出售，或者要求集中后的经营者通过出售或授权知识产权创造新的竞争者。我国结构性条件主要是指剥离参与集中的经营者的部分资产或业务。

<sup>7</sup> Remedies Negotiating, US Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, para.6

相关市场独立运营的全部要素，包括有形资产和无形资产，并实现经营者集中控制制度法律目标，使购买方在获得该待剥离资产后可以在相关市场独立运营并形成有效竞争。<sup>8</sup>

尽管反垄断执法机构在审查待剥离资产时要求其具有独立性、有效性、可售性、可存活性，但在剥离实践中，仍难以避免因某种因素导致待剥离资产的不确定性而造成剥离失败。这种失败可能由于待剥离资产缺乏吸引力、相关市场缺乏潜在买家、剥离义务人消极履行剥离义务、或者剥离期限届满等不确定因素引起。因此，在特殊情况下，<sup>9</sup>反垄断执法机构可以要求集中方企业在首选方案的基础上提出备选方案，即“皇冠宝石条款”（“Crown Jewel”）。备选方案应具有更高价值，可以是一项与原方案完全不同的其他资产，也可以是在原方案基础上增加额外的资产。

FTC在《资产剥离程序研究》中提出“如果集中方不能成功的按期完成剥离，就必须转让皇冠宝石资产”，<sup>10</sup>但DOJ在《合并救济指南》中并不认可皇冠宝石条款，认为首先，皇冠宝石条款的设立意味着在设计首选方案时存有不完善之问题，即该待剥离资产并不能达到独立性、有效性、可售性、可存活性等标准。其次，皇冠宝石条款使购买方有机会操纵市场价格。毋庸置疑，DOJ的上述担忧是现实存在的，然而，面对实际执法过程中日益复杂的资产剥离案件，DOJ也会偶尔适用皇冠宝石条款，但对此规则仍持从严、审慎态度。

## 2、欧盟待剥离资产选择标准

欧盟的待剥离资产选择标准更为严谨，除要求待剥离资产具有独立性、可售性、可存活性之外，还要求该资产的出售能够达到消除或者减弱该项集中带来的不良影响的目的。欧盟在反垄断法律机制中也有美国皇冠宝石条款的类似规定，并称之为“替代性剥离承诺”，要求集中方提交备选的资产剥离方案，当集中方没有在规定时间内完成初始剥离方案时，应执行备选方案。<sup>11</sup>

## （二）购买方资格认定标准

寻找合适的购买方，是促成待剥离资产成功剥离的重要环节，由于不同的购买方在资金实力、经营资源、行业经验等方面存在差异，选择最合适的购买方更有助于待剥离资产的存活和独立运营，以实现增强购买方企业竞争力、恢复相关市场有效竞争的目的。但各国和地区对适购买方资格标准的确定，也因其经济发展水平、法律传统的差异而不同。

### 1、美国对购买方资格认定标准的规定

FTC认为，第三方买家必须是在获得剥离资产后能够维持或恢复市场竞争，即具有财力和动力来获得并有效运营这些资产，在市场上维持或恢复竞争的能力。<sup>12</sup>DOJ认为，潜在购买方不仅应具有独立运营待剥离资产的资本和能力，还应具有长久经营待剥离资产、进入相关市场形成有效竞争的意愿，并且购买方购入待剥离资产行为本身不得引发新的竞争损害。<sup>13</sup>

### 2、欧盟对购买方资格认定标准的规定

欧盟规定合格的第三方买家应满足下列条件：一是资产受让的第三方独立于集中方，并且与之没有关联；二是资产受让应当拥有必要资源并证实具有相关经验，有动机和能力在相关市场积极参与竞争，发展剥离业务；三是拟定的第三方买家对业务的并购，既不得产生新的竞争问题，也不得引起延迟承诺实施的风险，因而拟定的第三方买家必须获得相关管制机构对其并购的必要批准。<sup>14</sup>此外，欧盟还在实践中积累了丰富的操作经验，并制定了严格的程序。

## （三）适格购买方的确定

通常情况下，集中方应在反垄断执法机构确定的期限内寻找购买方，并与其签订资产转让协议。该做法一般适用于待剥离资产存活性及可售性较稳定、对潜在购买方依赖性较弱、无需对经营资质或企业性质有特殊要求、易于找到潜在购买方的案件。但是，由于反垄断执法机构对经营者集中已附条件批准，集中方可以先行实施集中，这样，资产剥离便没有了保障。而买家先行和先行修正制度则为顺利完成资产剥离提供了支持。

1、买家先行（Up front buyer），又称买方先行、先前购买者等，是指在反垄断执法机构对经营者集中案件进行竞争关注之后、作出决定之前，集中方自主选择购买方提交反垄断执法机构审核，签订资产转让协议。然而美欧对该制度的态度与做法也有不同。

<sup>8</sup> Antitrust Division Police Guide to Merger Remedies, US Department of Justice, June 2011, para.8

<sup>9</sup> 这种特殊情况即是指当存在特定风险导致拟剥离的资产包不能被迅速出售，并且时间压力和其他环境因素使得在合并救济程序早期就达成一个完全的解决方案非常困难，皇冠宝石规则才可能被选择。参见韩伟：《美国、欧盟反垄断法中的皇冠宝石规则及启示》，载《经济纵横》2012年第11期。

<sup>10</sup> Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, A Study of the Commission's Divestiture Process, 1999, para.31

<sup>11</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation, (EC) No .139/2004 and under Commission Regulation (EC), No 802/2004 (2008/C 267/01), para.48.

<sup>12</sup> Remedies Negotiating, US Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, para.9.

<sup>13</sup> Antitrust Division Police Guide to Merger Remedies, US Department of Justice, June 2011, paras.28-29.

<sup>14</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation, (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC), No 802/2004 (2008/C 267/01), para.48.

在买家先行规则下, FTC要求集中方首先确定具体的适格购买方, 提交反垄断执法机构审查合格, 签订资产出售协议, 并最终将该资产剥离内容写入决定。而DOJ在逐步认可该规则后认为, 其延长了经营者集中反垄断审查周期, 存在潜在购买方故意压低待剥离资产市场价格, 损害集中方经济利益的风险。然而, 在实际执法过程中, 市场的瞬息万变以及资产剥离失败的高风险, 使DOJ逐渐承认买家先行规则并予以适用。

相较美国对买家先行的规定, 欧盟的买家先行只需集中方作出承诺, 而无须确定具体购买方即可获得反垄断执法机构的集中批准决定。<sup>15</sup>这既缩短了审查期限, 又对成功完成资产剥离提供了保障。但是, 由于这种做法在决定作出时集中方并未确定适格购买方并与其签订资产出售协议, 反垄断执法机构仍需在决定作出后对该项经营者集中进行长期的审查和监督。此外, 欧盟在《关于救济措施通告》中对买家先行规则的适用情形进行了补充。<sup>16</sup>买家先行规则适用于完成资产剥离存在风险的案件, 该规则有利于激励集中方积极寻找适格购买方, 尽早签订资产转让协议, 以兑现其承诺后实施集中。

2、先行修正 (Fix it first), 又称定资先行、先行矫正等, 是指在反垄断执法机构对经营者集中案件进行竞争关注之后、作出决定之前, 集中方对集中交易内容进行修正, 消除反竞争效果。DOJ认为, 集中方提交的先行修正方案应当足以消除反垄断执法机构的竞争关注, 反垄断机构一旦认可集中方提交的先行修正方案, 将停止反垄断审查, 但保留向法院提起诉讼的权利。此外, 除非集中方与购买方能够事先签订一份时限协议及和解协议, 如果当事人不能按照事先协议及时履行先行修正义务, DOJ可以随时将和解协议提交法院, 强制当事人履行义务。

欧盟的先行修正是在认可当事人自行找到待剥离资产买方并签订有约束力的出售协议后, 对经营者集中附条件批准。<sup>17</sup>因此, 有学者认为, DOJ的做法是执法机构基于对当事人自我救济的认可而停止进一步干预, 是一种消极救济, 欧盟的做法则是将当事人的自我救济纳入正式的执法程序之中, 是一种积极救济。<sup>18</sup>先行修正制度一般适用于潜在购买方较有限、对潜在购买方有特殊要求或者待剥离资产不能独立运营需要特殊资产维持活性的案件中, 在足以消除竞争关注的基础上, 该制度给予集中方极大的灵活性和自主性, 集中方可以自行寻找潜在购买方并灵活确定适合购买方的资产剥离方案, 这既有利于维持待剥离资产的竞争力、增强待剥离资产的可售性, 又节约反垄断执法资源。

笔者认为, 无论是买家先行还是先行修正, 都非完美无缺。在具体的实践中仍然存在一定潜在风险, 如集中方在完成集中后回购剥离资产的行为是否要再次接受反垄断审查等问题仍然需要进一步研究, 本文在此不作赘述。

### 三、我国经营者集中附加结构性条件批准法律制度的现状

我国《反垄断法》自2008年实施以来, 相关配套制度陆续出台, 初步形成了我国经营者集中附加限制性条件批准制度的法律框架, 2009年商务部在《经营者集中审查办法》中对附条件批准经营者集中的种类、提出、修改和监督等进行原则性规定, 2010年商务部出台的《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)在我国又首次就经营者集中附加结构性条件批准制度作出规定, 对规范相关执法实践具有重大意义。然而, 《暂行规定》仅有的13个条文无法将经营者集中附加结构性条件批准的相关规定予以具体、明确, 在实际执法过程中缺乏可操作性和执行力, 无法应对相对复杂的经营者集中案件。2014年商务部出台《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》(以下简称《试行规定》), 《暂行规定》随之废止。《试行规定》共分6章32条, 对限制性条件的确定、实施、监督、变更和解除等方面规则进行分章规定, 与《暂行规定》相比, 其规则得到了明显细化。《试行规定》的具体规则在一定程度上借鉴了美欧相关制度经验, 在很大程度上弥补了我国现行经营者集中附加结构性条件批准法律制度的法律漏洞, 并与其他现行规章制度的契合度得到了一定程度的提升, 但在待剥离资产选择标准、购买方资格认定标准以及交割前剥离规则等方面仍存在不足之处。

<sup>15</sup> 欧盟在《关于救济措施的通告》中对买家先行规则进行如下规定: 由于待剥离资产是业务一部分, 剥离是否成功很大程度上取决于买家的身份, 在这种情况下, 集中方只有作出如下承诺, 委员会才会批准交易: 在委员会认可当事人找到的待剥离资产买家, 及其与之签署的有约束力的资产转让协议之前, 当事人不会完成集中交易。

<sup>16</sup> 适用情形主要有以下两种: 第一, 业务剥离存在困难和障碍的案件, 第二, 剥离过渡期内待剥离资产的竞争性和可销售性存在风险的案件。参见Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation(EC)No. 139/2004 and under, Commission Regulation (EC)No. 802/2004,[2008], paras. 54-55.

<sup>17</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation(EC)No 139/2004 and under, Commission Regulation (EC)No. 802/2004,[2008],para.50.

<sup>18</sup> 韩伟:《经营者集中附条件法律问题研究》, 法律出版社2013年版, 第117页。

### (一) 待剥离资产选择标准不明确

据《试行规定》第4条,<sup>19</sup>待剥离资产包括有形资产、无形资产以及维持业务运营的人力资源、客户信息等所必要的资产,确保第三方在接受待剥离资产后可以不依赖于集中方而独立运营并形成有效竞争,提高剥离资产的活性以及资产剥离的成功率。

《试行规定》第7条<sup>20</sup>指出申报方提出的附条件建议应当具有有效性、可行性和及时性,然而,具体到附加结构性条件批准经营者集中,该条文明显过于原则,对如何评估附条件建议中待剥离资产的有效性、可行性和及时性,以及何为评估标准等方面没有作出明确规定,明显缺乏可操作性。因此,应明确待剥离资产选择标准,为反垄断执法提供具体的法律依据。

此外,我国首次就“皇冠剥离”<sup>21</sup>规则作出规定,备选方案应当认真推敲,以确保其可行性。与美欧反垄断法律制度中所专指的“皇冠宝石”资产相类似的是,备选方案中可以包括有形资产、知识产权等无形资产或相关权益。该条款的设定为集中方顺利完成首选剥离资产的交割提供了保障,对集中方具有较强震慑力,有助于激励集中方积极寻找购买方,签署资产出售协议交割待剥离资产,以避免首选方案失败而实施备选方案给企业自身带来更大损失。但是,相较美欧制度,《试行规定》中对何种情况需要集中方提交备选方案,备选方案的执行程序,以及备选方案的评估标准并未明确,使在实际执法过程中缺乏依据,仍待进一步完善。

### 购买方资格认定标准过于原则

《试行规定》第11条<sup>22</sup>对剥离业务购买方的资格标准作了原则性规定,但并未进一步细化,如何确定潜在购买方是否具备“独立性”、“拥有必要资源和能力”、“具有维持剥离业务参与竞争的意愿”,对于“独立性”标准如何把握,对“必要的资源和能力”标准是否需要设定金额标准或者规模标准,对“具有维持剥离业务参与竞争的意愿”标准如何客观评价,《试行规定》并无细则可供参考。

### 交割前剥离规则缺乏可操作性

《试行规定》并未完全照搬美欧制度中买家先行或先行修正措施,而是确立了交割前剥离<sup>23</sup>规则。其适应情形如下:第一,待剥离资产的竞争性和可售性存在较大风险,需集中方积极寻找潜在购买方,压缩剥离时限,尽早完成资产剥离,以维持待剥离资产的活性及可售性。第二,剥离资产的维持及运营对潜在购买方有特殊要求,即只有满足必要条件的购买方才能在购入该资产后维持其正常运营,恢复相关市场有效竞争,并消除不良影响。第三,第三方对剥离业务主张权利,即待剥离资产的权属存在来自集中方之外其他第三方的争议,在这种情况下,商务部也会要求集中方在实施集中前寻找买方签订出售协议。虽然交割前剥离规则适用上述三种情况,但过于原则性的规定在实践中也存在难以操作的问题。此外,由于这种做法在决定作出时集中方并未确定适格购买方并与之签订资产出售协议,在决定作出后反垄断执法机构仍需对该项经营者集中进行长期的审查和监督。

### 四、我国经营者集中附加结构性条件批准法律制度的完善建议

针对我国经营者集中附加结构性条件批准法律制度存在的上述问题,笔者认为应当从以下几个方面完善:

#### (一) 明确待剥离资产选择标准

通过对美欧相关规定的描述不难看出,待剥离资产的范围不易过大或过小,应以消除该经营者集中产生或可能产生的反竞争效果为限。待剥离资产范围过大,将影响集中方企业自身的发展;如果待剥离资产范围过小,一方面,待剥离资产是否完整,是否包含待剥离资产独立运营所需的所有必要要素,将直接关系到能否吸引潜在买家签订合同并促使资产剥离的顺利进行,另一方面,资产剥

<sup>19</sup> 《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第4条:剥离业务,是指经营者在相关市场开展有效竞争所需要的所有要素,包括剥离义务人的有形资产、无形资产、股权、关键人员以及客户协议或供应协议等权益。剥离业务可以是参与集中经营者的子公司、分支机构或者业务部门。

<sup>20</sup> 《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第7条:申报方在定期限内提出附条件建议的,商务部应与申报方进行协商,对附条件建议的有效性、可行性和及时性进行评估,并将评估结果通知申报方。申报方提出的附条件建议首选方案存在无法实施的风险的,商务部可以在审查决定中要求申报方在首选方案基础上提出备选方案。

<sup>21</sup> 《商务部反垄断局负责人关于《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》的解读》中将《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第7条申报方提出的附条件建议首选方案存在无法实施的风险的,商务部可以在审查决定中要求申报方在首选方案基础上提出备选方案称为“皇冠剥离”。

<sup>22</sup> 《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第11条:采取自行剥离的,剥离义务人应在审查决定规定的期限内寻找买方。剥离业务的买方应当符合下列要求:(一)独立于参与集中的经营者;(二)拥有必要的资源、能力并有意愿使用剥离业务参与市场竞争;(三)取得其他监管机构的批准;(四)不得向参与集中的经营者融资购买剥离业务;(五)商务部根据具体案件情况提出的其他要求。买方已有或者能够从其他途径获得的生产要素应当与剥离业务相匹配,买方有权请求商务部对剥离资产的范围进行必要的调整。

<sup>23</sup> 《商务部反垄断局负责人关于《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》的解读》中将《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第14条称为交割前剥离,即在特定情况下,当剥离的有效性和可行性存在不确定性时,在商务部作出审查决定之前或者集中交易交割前,商务部可以要求申报方提前找到买方并与之签订出售协议草案。

离完成后能否切实增强购买方在相关领域的竞争力、真正起到恢复市场竞争的效果,这也是问题之一。因此,在选择待剥离资产时,反垄断执法机构应与集中方进行商谈,<sup>24</sup>以抵消经营者集中可能引起的竞争损害为原则确定待剥离资产的具体内容。

#### 1、待剥离资产应具有竞争性和商业价值

待剥离资产应是集中方正常运营中的资产或业务,不能是闲置、淘汰、废弃的资产或业务,其应当具有与未剥离资产同样的商业价值和竞争力,只有这样才能足以吸引潜在购买方购买。大多情况下,待剥离资产为有形资产,可以作价评估或者通过询价、竞价的方式成功剥离。但当待剥离资产为无形资产时,如何评价该无形资产对集中方在相关市场的竞争影响则为一个技术性问题,且该无形资产的剥离究竟是所有权的一次性剥离还是使用权的授权剥离,也需要执法者根据日益完善的法律制度去适用和考量。

#### 2、资产剥离应能消除经营者集中带来的限制竞争问题

附条件批准经营者集中主要是对经营者集中进行控制,目的是既消除经营者集中可能产生的限制竞争效果,又不妨碍参与经营者集中可以带来的收益。<sup>25</sup>因此,待剥离资产的选择以抵消经营者集中可能引起的竞争损害为目的和限度,待剥离资产应是和经营者集中导致或者可能导致反竞争效果具有关联性的资产,该资产的剥离,将有助于削弱反竞争影响。或者,该资产剥离可以在相关市场创造新的竞争者,增加市场竞争者数量,增强市场中现有竞争者的竞争力,发挥维持相关市场上充分有效的竞争格局的作用。

#### (二) 严格购买方资格认定标准

资产剥离是对经营者集中损害竞争的一种救济措施,只有找适格的购买方才能保障资产剥离的顺利进行,才有可能达到恢复市场有效竞争的救济目标。因此,只有符合必要条件的潜在购买方才可能成为最终的适格购买者,对集中方企业提交的潜在购买方,应当从以下几个方面进行考量:

#### 1、购买方应独立于集中方

从前文分析可知,《试行规定》对于潜在购买方的独立标准过于笼统,实践中资质参差不齐的潜在购买方一旦进入剥离程序,会增加反垄断执法机构的审查成本,并且不利于待剥离资产的成功剥离及其剥离后的有效运行。故笔者认为可以参考美欧经验进一步完善我国的购买方资格认定标准,从两方面来考察潜在购买方的独立性:首先,应评估购买方法律人格的独立性,反垄断执法机构应要求潜在购买者是依法注册登记并且与集中方无关联或者无同一控股股东的企业。其次,应评估其经济利益的独立性,反垄断执法机构应考虑潜在购买方与集中方是否存在契约关系、非投资者的核心管理人员的兼任以及是否曾共同参与实施垄断协议等。<sup>26</sup>由于购买方购入待剥离资产往往出于其经济利益、企业发展的考虑,而反垄断执法机构则意在通过剥离集中方资产起到维持市场有效竞争的目的,只有切断购买方与集中方可能存在的合作可能,确保购买方将会成为相关市场中集中方的竞争者,有助于反垄断执法机构与购买方在资产剥离这一进程中达成共识。

#### 购买方应具有维持并经营待剥离资产进入相关市场的意愿

对于潜在购买方是否具有维持剥离业务参与竞争的意愿,反垄断执法机构应根据潜在购买者的运营计划以及其先前的市场行为予以判断。运营计划应详细、周全,对待剥离资产购入后的经营风险、资源配置等应有较为翔实、可行的运营方案。笔者认为,潜在购买方应具有实际的长期经营意愿,避免投机倒把、短期投资,给待剥离资产的存活性和竞争性带来不确定因素,背离资产剥离的主旨。此外,潜在购买方应为相关市场的既存竞争者,或者已有计划或准备进入相关市场、并具有进入相关市场能力的企业,以此说明其具有长期经营该待剥离资产、投入相关市场形成竞争的意图,确保潜在购买者在购入待剥离资产后能够独立运营待剥离资产参与相关市场竞争。

#### 3、潜在购买方应具有维持并经营待剥离资产的能力

笔者认为,潜在购买方的经营能力表现在资金、经验、人力、技术等多方面。不仅待剥离资产的购入需要大量资金,购入后待剥离资产的运转、经营更需要大量人力、物力的投入,因此,潜在购买方具有良好的运营状况和优良的资金储备,对待剥离资产的顺利交割和存活具有重要的保障作用。与此同时,相关的行业经验和技术支持对于待剥离资产的存活和健康持续发展也具有重要作用。因此,反垄断执法机构可根据潜在购买方的银行账户信息、资金状况、资产与负债情况进行评估,判断其是否具有必要的资金、是否为正常经营运转的企业。根据潜在购买方以往的融资途径、方式、规模以及融资成功率、信用指数等信息权衡其融资能力。根据其以往是否有从事相关行业的经验以及其是否具有经营相关行业的人力配备、技术支持等评估其是否具有经营能力。

#### (三) 进一步完善交割前剥离规则

《试行规定》第14条规定了交割前剥离规则适用的三种情况,该规则类似于欧盟买家先行规则,需要集中方承诺在确定购买方并签订出售协议之前不实施集中。我国现阶段执法力量与监督力量薄

<sup>24</sup> 资产剥离在初始与主导属性上具有较强任意性,从很多国家和地区的实践来看,除了当事人作出剥离相关资产或其他类型的承诺外,反垄断执法机构一般无权主动对具体的经营者集中案件强加任何条件或义务以批准该集中。参见丁茂中:《论资产剥离在反垄断法中的运行轨制》,载《广东社会科学》2012年第2期。

<sup>25</sup> 商务部反垄断局负责人关于《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》的解读, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/j/201412/20141200835988.shtml>, 2015年6月访问。

<sup>26</sup> 丁茂中:《经营者集中控制制度中资产剥离的合适购买者问题研究》,载《安徽大学法学评论》2012年第2辑。

弱，对承诺的执行进行监督仍需要大量执法力量的投入，结合我国反垄断审查执法实践，交割前剥离可以借鉴美国买家先行的制度经验，要求集中方首先确定具体购买方，反垄断执法机构审查合格，并签订资产出售协议后，批准集中，并将该购买方及资产出售协议体现在最终决定中。集中方与反垄断执法机构在附条件批准经营者集中的期限问题上表现出一种持续的张力<sup>27</sup>，该做法虽然可能延长了反垄断审查时间，推迟了经营者集中实施时间，集中方只有找到确定购买方并签署资产出售协议后才能批准集中，也变相增加了潜在购买方与集中方谈判的资本。但是，该规则可以使资产剥离具有更大的确定性，提高资产剥离成功率，节省批准决定作出后反垄断执法机构后续审查和监督成本。

## 五、结语

《试行规定》的出台从很大程度上弥补了我国在反垄断法律制度中关于经营者集中规制措施方面的不足，尤其在我国经营者集中附加结构性条件批准法律创新方面有重大突破。但《试行规定》仅在部门规章层面上作出了探索，而要构建经营者集中附加结构性条件批准法律制度的长效机制，仍然需要在上位法中予以明确，通过法律的形式提高其制度的权威性。因此，在借鉴美欧反垄断经验及制度的同时，结合我国反垄断执法实践，创造出一条适合我国国情的经营者集中附加结构性条件批准法律制度将是一个极具价值的研究课题。

## 参考文献

### 著作类

- 1、韩伟：《经营者集中附条件法律问题研究》，法律出版社2013年版。
- 2、丁茂中：《经营者集中控制制度中的资产剥离问题研究》，上海社会科学院出版社2013年版。
- 3、丁茂中、倪振峰：《竞争法实务》，中国法制出版社2012年版。
- 4、吴振国、刘新宇：《企业合并反垄断审查制度之理论与实践》，法律出版社2012年版。
- 5、韩立余：《经营者集中救济制度》，高等教育出版社2011年版。
- 6、王晓晔：《反垄断实施中的重大问题》，社会科学文献出版社2010年版。

### 论文类

- 1、陆军：《先行修正和买家前置规则比较研究》，载《中外法学》2015年第1期。
- 2、刘武朝，时建中：《论经营者集中反垄断审查中的监督受托人——欧美经验及借鉴》，载《河北法学》2014年第5期。
- 3、袁日新：《互联网产业经营者集中救济的适用》，载《河北法学》2014年第1期。
- 4、刘武朝：《论经营者集中附限制性条件执行争议的仲裁适用》，载《河北法学》2013年第10期。
- 5、王炳：《论经营者集中附条件许可制度的适用衡量——以比例原则为视角》，载《经济法研究》第11卷，张守文主编，北京大学出版社2013年版。
- 6、尚明：《商务部反垄断工作五年回顾和展望》，载《中国价格监督检查》2013年第9期。
- 7、孙晋：《企业纵向合并的竞争法分析》，载《武汉大学学报》2012年3月。
- 8、韩伟：《美国、欧盟反垄断法中的皇冠宝石规则及启示》，载《经济纵横》2012年第11期。
- 9、丁茂中：《经营者集中控制制度中资产剥离的合适购买者问题研究》，载《安徽大学法学评论》2012年第2辑。
- 10、丁茂中：《论资产剥离在反垄断法中的运行轨制》，载《广东社会科学》2012年第2期。
- 11、袁日新：《经营者集中救济设计的考量因素——基于欧美立法和执法经验的分析》，载《经济法论丛》2012年第1期。

### 其他类

- 1、商务部公告2013年第20号 关于附加限制性条件批准嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司经营者集中反垄断审查决定的公告，<http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201304/20130400091299.shtml>，2015年10月20日访问。
- 2、商务部反垄断局负责人关于《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》的解读，<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/j/201412/20141200835988.shtml>，2015年6月访问。
- 3、Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation(EC)No 139/2004 and under, Commission Regulation (EC)No. 802/2004,[2008].
- 4、Remedies Negotiating, US Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission.
- 5、Antitrust Division Police Guide to Merger Remedies, US Department of Justice, June 2011.
- 6、Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, A Study of the Commission's Divestiture Process,1999.

<sup>27</sup> 由于经营者集中涉及企业的商业机会和经济利益，集中方由于自身利益需求希望尽快获得审批，而反垄断执法机构由于信息不对称和执法资源局限以及执法环境不确定等因素希望有足够的实际资源。参见袁日新：《经营者集中救济设计的考量因素——基于欧美立法和执法经验的分析》，载《经济法论丛》2012年第1期。

## 论教育培养复合型法律职业人才的专业课程体系 Научный подход к разработке системы учебных программ для профессиональных юристов On the curriculum for compound legal professional

郑金玉<sup>1</sup>

(河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

Чжэн Цзиньюэ<sup>2</sup>

доктор юридических наук, доцент,  
вице-президент Юридического института Хэнаньского университета,  
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кайфэн, р-н Шуньхэ, ул. Минглун, д. 85

Zheng Jinyu<sup>3</sup>

Henan University School of Law, Kaifeng, Henan 475001

© Чжэн Цзиньюэ, 2019

**基金项目:** 2017年度国家社科基金项目“诉的合法性审查制度研究”(项目批准号17BFX179)。  
**摘要:** 科学的课程体系是人才培养的基本依托。法学专业核心课、第二专业基础课、复合课以及实践课是教育培养复合型法律职业人才专业课程体系中不可或缺的构成要素。前二者是培养复合人才的基础,而高质量的复合课程是体现该类人才培养实质的关键要素,实践教学则是把专业知识与特定职业相结合的重要媒介。教学中要注重这四类课程教学目标、教学内容、学分比例、开课顺序等方面相互协调、相互配合的关系,注重打牢复合人才的专业基础,强化其复合课程学习的完整性和应用性,重视专门领域法律职业在实践教学中的引导作用。此外,作为实践教学重要环节的毕业论文,也是深化复合人才教育培养的重要切入点,应当充实其内涵,强化应用性、学术性和创新性等方面的要求。

**关键词:** 课程体系; 复合人才; 法律职业人才; 卓越法律人才培养计划

**Аннотация.** Научная учебная программа является основой для обучения студентов — будущих профессиональных юристов. Мы можем принять модель, согласно которой право является предметом специализации для подготовки профессиональных юристов широкого профиля. Профессиональная учебная программа подготовки юристов включает в себя основные правовые курсы первого уровня, базовые курсы второго уровня, курсы широкого профиля и практические курсы, которые являются неотъемлемой частью учебной программы. Первые два курса являются основой для обучения студентов-юристов и подготовки юристов широкого профиля, высококачественные комплексные курсы являются ключевыми и воплощают суть подготовки юристов, а практические курсы являются важным средством для объединения профессиональных знаний с конкретной профессиональной деятельностью. Необходимо уделять больше внимания координации учебных целей, содержанию, зачетным единицам и тому, как четыре учебных курса взаимосвязаны и взаимодействуют. Уделяя больше внимания учреждениям, работающим со студентами и готовящим юристов, мы можем сократить привилегии, имеющиеся у студентов — будущих юристов. Выбор второстепенных предметов должен осуществляться на профессиональной основе и в то же время являться способом ограничения при подготовке юристов. Мы не должны слишком увеличивать бре-

<sup>1</sup> **作者简介:** 郑金玉(1974—),男,河南固始人,法学博士,河南大学法学院副教授,研究方向:民事诉讼法学。

<sup>2</sup> Чжэн Цзиньюэ родился в 1974 г. в городе Гуши провинции Хэнань.

<sup>3</sup> Zheng Jinyu (1974- ), male, born in Gushi City in Henan Province, Doctor of Law, Associate professor of the School of Law in Henan University, Vice President of the School of Law in Henan University. Address: School of Law, Henan University, 85 Minglun Street, Shunhe District, Kaifeng City, Henan Province.

мя, связанное с подготовкой новых юридических кадров. Следует подчеркнуть целостность и применимость комплексных курсов, которые являются основными курсами для подготовки юридических кадров. Кроме того, являясь важным звеном в практике преподавания, дипломная работа является важным элементом повышения качества обучения юристов. Выпускная квалификационная работа должна ужесточить требования к абитуриентам, профессорско-преподавательскому составу и использованию инноваций в образовании.

**Ключевые слова:** учебная программа, юридические кадры, юрист-профессионал, качественный план подготовки юридических кадров.

**Abstract.** *The scientific curriculum is the basis for talents training. We can adopt the model of minor-ing with law major for training compound legal professional. The core courses of law major, the basic courses of second major, the compound courses and practical courses are the indispensable elements for compound legal professional's professional curriculum. The former two are the foundation for cultivating the compound talents, and the high quality compound courses are the key and embody the essence for training compound legal professional, and the practical courses are important medium for combining professional knowledge with a particular profession. We should pay more attention to the coordination of teaching objectives, contents, credits and order between these four kinds of courses. While paying more attention to the foundation of the legal compound talents, we can reduce the credits for compound talent properly. Minor should be based on the professional basis and take this as the limit at the same time. We should not increase the burden of compound talents too much. The integrity and applicability of the compound courses which are core courses for cultivating compound talent should be emphasized. In addition, as an important link in practice teaching, graduation thesis is an important breakthrough point for deepening the education of compound talents. It should be enriched connotation and strengthen the requirements of application, academic and innovation.*

**Keywords:** curriculum; compound talent; legal professional; the excellent legal talent training plan.

DOI: 10.17803/2587-9723.2018.2.169-174

### 一、卓越法律才教育培养计划的实施情况

为推动我国法学教育改革，改变法学人才培养不能满足社会对法律职业人才需求的局面，2011年，教育部、中央政法委联合发布了《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》（以下简称“卓越法律人才计划”），正式实施卓越法律人才教育培养计划。该项计划采用分类培养机制，教育培养应用型、复合型法律职业人才，同时培养涉外法律人才。当前，我国国家层面实施的“卓越法律人才计划”已满5年，<sup>3</sup>教育部遴选的58家首批“应用型、复合型法律职业人才教育培养基地”也已于2017年底报送了第一个建设周期的建设报告。5年来，“卓越法律人才计划”很好地发挥了法学教育改革的引领作用，我国法学类专业教育已经形成在素质教育和专业教育基础上开展职业教育的格局。<sup>[1]</sup>

就应用型法律职业人才的教育培养情况而言，多数高校在“卓越法律人才计划”的引领下达成了共识，各个基地积极改革专业课程体系，增设应用性的法律职业能力实训课程，加强案例研讨和实践教学，强化法律思维能力训练，实施“双千”计划，探索“高校—实务部门联合培养”机制等，大体上形成了比较稳定的应用人才教育培养模式。基于新时代对创新人才的需求，多数高校对教育复合型法律职业人才的必要性有比较充分的认识，同时在人才培养实践中也作出了富有成效的努力。但值得注意的是，与应用型法律职业人才教育培养情况形成反差，人们对复合型法律职业人才教育培养机制的认识还存在很大的差异。复合人才是应用人才之外的另外一种人才类型，<sup>4</sup>其培养目标、教育标准差别很大，应当适用相对独立的一套（准确说应是多套）教育培养方案分类培养。然而，部分高校将其与应用人才甚至涉外法律人才混同培养，<sup>[2][3][4]</sup>忽视了复合人才的特性，低估了其培养难度。

<sup>3</sup> “卓越法律人才计划”规定，计划实施周期为10年，分期实施。首期为5年，计划自2011年至2015年，但实际实施期限自2013年初开始至2017年底结束。

<sup>4</sup> 同为“法律职业人才”，应用型与复合型甚至涉外人才的教育培养某些基本内容是相通的，比如，高度重视法律职业伦理教育，强化法律专业知识“学以致用”，加强实践教学，重视法律思维能力训练和职业能力培养等方面，各类人才教育培养的要求是一致的。但在笔者看来，应用型法律职业人才更偏向国内法律职业的基础性、应用性教育，可以仅以国内的主要法律职业为导向，不必过分强调跨学科（专业）培养人才。而复合型是应用型的拓展，强调某些高度专业化领域法律职业人才的培养。此类人才的例子，比如具备工科基础、服务专利技术的法律职业人才，熟悉现代电子商务、精通互联网经济的法律职业人才。复合型法律职业人才属于高端法律人才，需要增加第二专业基本元素，强调法学与其他（某一个）专业的高度“复合”，进一步强调“专门领域”的法律职业教育，“复合”是这类人才的基本特征。涉外法律人才可以视为在应用、复合基础上强化外语教学，突出国际规则、外国法律规范的学习，培养的人才能够处理涉外性的法律事务。涉外人才是应用人才的延伸，当然也可以是复合人才的延伸。从应用到复合，再到涉

## 二、复合型法律职业人才培养中存在的问题

优化课程体系是教育培养卓越法律人才工作的关键，<sup>[5]</sup>然而，以课程体系为主要观测点，可以发现当前我国复合型法律职业人才培养工作依然存在一定的问题。

首先，缺乏切实可行的培养模式。当前，多数高校采用了“主辅修双学位”“第二学位”“本硕贯穿”“双专业交叉”等模式培养复合型法律职业人才。<sup>[6]</sup>这些模式切入点不同，但总体上都体现了复合型法律职业人才“厚基础、宽口径”的要求，拓宽了学生专业学习的路径。然而，这些常见模式多数只能为学生提供两个学科专业知识的学习机会，而从事专门领域的法律职业所需的知识、能力只能指望学生自我复合，人才培养与相应的专门化法律职业结合不够，教育效果差别很大。探索切实可行、富有有效的教育模式，深化人才培养效果，是当前复合人才培养工作的重点，而这又需要把握此类人才的实质，恰当设置培养目标和课程体系，重点把握人才“复合”效果，充分体现法律职业人才的“卓越”标准。

其次，复合人才学业负担过重。我国人文社科专业的本科生学制实际上多是四年，很少有学生愿意为某些专业学习的需要而延长学制。现有第二学位、主辅修等制度通常要求学生修完两个专业差不多全部的核心课程，很少关照学生实际、减少非特别必要的课程学习，导致学生学业负担很重。现实中，相当多的一部分学生因学业负担过重而放弃第二专业、复合课程的学习，即使部分学生勉强修完，学习效果也不理想。某些学生陷入法学与其他专业“两边都能沾、两边都不达标”的尴尬境地。关照多数学生的学业现实，科学设置课程体系，注重人才培养效果，不显著增加学业负担，是必须考虑的现实问题。

再次，专业课程的体系化不够。当前，不少院校把复合型法律职业人才作为一个总方向，并没有设定可供选择的（多个）具体方向，甚至没有为复合型法律职业人才制定独立的培养方案。人才培养缺乏科学的培养方案统领，课程设置缺乏系统性，学生的课程选择就会有较强的随意性。多数学生辅修其他专业课程呈现东一榔头西一棒槌的局面，看上去是多学科复合，实际上根本就没有打通其他学科的专业基础，甚至法学专业课程的学习效果也受到严重影响，后续发展乏力。复合人才的培养，需要以科学的培养方案为依托，更需要以体系化的专业课程为支撑，为其后续发展打下扎实的专业基础。

第四，两学科（专业）知识难以真正复合，“两张皮”现象严重。复合人才的教育培养强调两个以上学科的专业交叉、知识融合，然而，各个学科或专业的基础理论自成体系，对应的职业领域也有独立的文化、知识和技能的内部传承，由此带来的是每个学科都有一定的封闭性。而在当前多数学校采用的复合人才培养模式中，更常见的是两个专业课程的简单叠加，缺少核心的复合课程，两个学科的知识完全没有相通、融合的途径。虽然开发能够打通两个学科、形成两个专业知识融合的复合课程有很大的难度，但这是体现复合人才培养工作实质的关键课程，必须高度重视并着力解决。

第五，实践教学不深入，人才培养的职业导向不明确。复合型法律职业人才突出强调了高度专业化的法律职业导向，人才教育培养的针对性很强，相应的实践教学要与对应的法律职业深度结合。比如，在培养未来服务于医疗卫生行业的复合型法律职业人才中，师生需要掌握大量的医疗事故纠纷案例，了解医院运行规律，熟悉医疗卫生行业的管理制度等。培养未来服务于建筑、工程的专门法律人才，师生应能够深入学习建筑工程设计、工程造价、施工、监理的基本操作，熟悉工程招投标实务等。复合人才培养必须与服务于相应行业的法律专业人士深度合作，强化实践教学的针对性和深度，以切实引导相关方向复合人才的职业取向。然而，从事专门化法律实务的工作人群很小，且封闭性强，高校与其联系并不畅通，导致教师和学生对法律实务的熟悉程度远不如通常的应用人才，学生的职业取向也不明确。

### 三、复合型法律职业人才专业基础课程的设置

本科阶段不可能全面完成复合型法律职业人才的教育培养任务。造就两个专业的基础知识，为其后期发展打下关键性的专业基础，应作为本科阶段培养复合人才的主要任务。除通常的人文素养外，法学专业知识的学习应作为培养复合型法律职业人才的根本，而第二专业的基础知识应作为其基本条件。

首先，法学专业课程设置。无论什么类型法律职业人才的教育培养，法学课程的学习都是根本。仅就通常的法学专业基础课程、核心课程和选修课程而言，复合人才应与应用人才的培养目标大体相同，具体的教学要求只能提高而不能降低。法学专业基础课、核心课、选修课应当同时强化知识的应用教学，培养学生的法律思维，知识力求学以致用。学生应能够运用法律知识分析解答案例，能够应对日常生活中的多数案件的处理，能够帮助法官、律师等起草法律文书，具有文献（法律规范）检索、梳理能力。然而，考虑学生辅修第二专业课程需要较多的时间，应尽可能减少不必要的法学专业课程。当前，教育部法学教育指导委员会建议的课程体系中，法学专业核心课程采取“10+X”分类设置的模式，<sup>5</sup>这就给复合型法律职业人才教育适度调整核心课程提供了依据。当然，法学核心课程可消减学分有限，而法学专业选修课可以消减的空间稍多一些。与应用人才相比，复合人才

外人才，可以视为是逐步递进与拔高（应用人才也可以直接向涉外人才递进）的关系。鉴于人才教育培养的现实性，本科阶段人才培养不必在应用基础上强调复合和涉外要素的全面到位，而可以在应用、复合、涉外三个方面有选择性的偏重，以降低人才培养的难度。在这种意义上讲，“应用型法律职业人才”“复合型法律职业人才”和“涉外法律人才”可以视为各自独立的人才类型。

的法学专业课总学分应当可以减少20分左右。减少的法学专业课程可以通过复合课程进行弥补，即某些专业复合课程可以涵盖其教学内容。

其次，第二专业基础课程设置。如前所述，辅修第二专业课程是复合人才培养的重点，也是体现复合人才教育培养特点的主要指标之一。复合型法律职业人才的教育培养必须有独立的培养方案。考虑学习效果和学业负担等现实问题，复合人才通常相对完整地辅修一个专业基础课即可，培养方案可以设置多个辅修专业供学生选择。设计这样的培养方案，很多综合性院校具备明显的优势。综合院校的专业齐全，可以满足学生学习多数专业的需求。从某种角度讲，具有工科传统的院校培养一般法学人才不一定有明显的优势，而良好的工科人才培养条件，则可以为培养相应领域的复合型法律职业人才提供了优良的环境。比如，建筑工程专业较强的院校的法学院系，有可能具备培养未来服务于建筑行业法律职业人才的条件。甚至可以说，对于某些尚未形成自己人才培养特色的法学院，培养某些类别的复合型法律职业人才有可能形成特色。学生一旦选定某复合方向，应当按照相关专业专家建议的课程体系学习。考虑复合人才后期发展需求和当前学习的现实性，第二专业的课程应以最为基础的课程为主体，学习要求以大体上能够打通相关专业基础为准，更多的应用性、拓展性知识，留待此类人才后期在执业过程中根据需要自行学习。由此，复合人才辅修相关专业可以仅限于基础课，而多数其他核心课程、选修课程可以考虑暂时放弃学习。笔者所在高校的复合型法律职业人才培养方案为学生确定了六个复合方向，每个方向审定的辅修专业课程30分左右，其中包括20分左右的基础课程，10分左右的选修课程。即便这样，培养复合人才的总学分（包括复合课程等）也明显超出了教育一般应用人才培养方案的总学分要求。

在复合人才两专业叠加的模式中，除法学专业本科生辅修第二专业外，也有其他专业学生向法学专业延伸、辅修和复合的模式，最为常见的就是其他专业本科生辅修法学第二学位。然而，当前不少院校法学院开办的“双学位”班管理粗放，学生在自己院系也很难获得相应学分的消减，学业负担偏重。由此，其他专业的本科生向法学方向复合，需要学校出台更加有效的激励措施，打破专业壁垒，打通学生跨专业选课学习的通道，赋予法学院系协调两专业课程学习的权限。如果法学第二学位也以培养复合型法律职业人才为最终目标，学生若打算以“法律”为职业的话，那么，其法律专业的学习和职业训练还应当摆到更为突出的位置。辅修法学第二学位的学生未能较好完成的法学专业学习和训练，后期应设法予以弥补，本科毕业后考取法律硕士（非法学）研究生继续深造，就是一个不错的选择。

#### 四、复合型法律职业人才专业复合课程的设置

复合课程是打通两个专业的课程依托，是教育复合人才的课程核心，也是培养复合人才的主阵地。然而，我们必须注意的是，部分高校类似课程的讲授只能泛泛而谈、浮光掠影，这直接影响了人才培养的质量以及培养目标的实现。<sup>[7]</sup>复合课程具体科目的安排，一方面要考虑相关方向的核心内容，另一方面也要考虑当前社会的需求；要考虑一定的覆盖面，也要考虑实用性。在笔者看来，各个复合方向应设置不少于10学分的应用性很强的复合课程，比如，经济、金融、会计方向（以及其他以服务市场经济为导向）的复合型法律职业人才，应当把财税法理论与实务、公司法理论与实务、金融法理论与实务作为复合课程的核心，其他诸如保险法、票据法、证券法、破产法的理论与实务，都是复合课程的典型代表。学生应当根据自己以后职业发展意向选择5门左右、10个以上学分的复合课程深入学习。

此类课程的教学内容和教学要求尤显重要。虽然多数法学院系都能开设诸如公司法、金融法、破产法之类的课程，但在普通的法学专业中，此类课程仅为一般的专业选修课，学习要求并不高。但是，这类课程对复合人才来讲至关重要，教学内容绝不能仅仅限于理论，实务以及与实务衔接的操作性知识都是教学重点。很显然，此类课程的学分设置也要高于通常方案。教学过程中要突出强调法学学科和其他学科之间的相互渗透、交叉和融合，同时要以相应行业的执业过程为向导，教学内容逐步覆盖相应的业务范围，教学效果力争能够达到知识复合、能力复合、思维复合的目的。以破产法理论与实务为例，该类课程的基础教学要求学生务必要打下牢固的理论基础和知识体系，在此基础上，该门课程的后期教学更要密切结合实务。具体来讲，破产清算部分应要求学生大体掌握清算要点、清算过程，能够综合运用法律与会计知识大体操作破产清算业务；在破产重整部分，学生应当能够综合运用企业管理、公司运行常识和破产管理的基本知识，大致掌握企业破产重整方案设计和执行步骤。也就是说，破产法理论与实务课程应要求学生能够全方位掌握破产法知识，能够以律师和会计师的眼光审视破产业务，大体上了解、掌握以至操作破产业务，教学中需要综合运用法学、管理学等学科知识，突出强调实务操作。

复合课程开课的时间不宜过早，学生的法学专业基础、核心课程多数已经修完，第二专业基础课程的学习也大体完成，之后再逐步开设复合课程。比如，大二下学期开设相对比较基础的，大三、大四逐步过渡到带有一定专题性质、且操作性很强的复合课程。教育培养复合人才的师资和教

<sup>5</sup> 参见教育部2018年4月发布的《本科法学专业教学质量国家标准》。其中“10”指法学专业学生必须完成的10门专业必修课，包括：法理学、宪法学、中国法律史、刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政法与行政诉讼法、国际法和法律职业伦理。“X”指各院校根据办学特色开设的其他专业必修课，包括：经济法、知识产权法、商法、国际私法、国际经济法、环境资源法、劳动与社会保障法、证据法和税法，“X”选择设置门数原则上不低于五门。

学团队, 将成为高校能否成功培养此类人才的关键因素。<sup>[8]</sup>高校应组建能够从事复合课程基础理论教学的团队, 教师设计课程内容, 并承担基础理论知识的系统传授, 再辅以实务专家从事相关实务知识传授和思维训练, 系统讲授实务操作等, 专业教师和实务专家联合授课就能较好地完成复合课程的教学任务。

### 五、复合型法律职业人才实践课程的设置

实践教学是当前法学教育改革重点强化的内容,<sup>6</sup>按照“卓越法律人才计划”的要求, 应用型、复合型法律职业人才的实践课程学分不低于总学分的15%。<sup>7</sup>在笔者看来, 较为基础的实践教学要求具有一定的共通性, 应用人才的部分实践、实训课程可以适用于复合人才的教育培养。以笔者所在高校为例, 法学专业校内的实训课程中, 以培养学生法律思维、案例分析和研讨能力为主的刑方案例研讨课、民方案例研讨课, 均要求复合人才修学。这些课程高度强调学生的参与, 在教师的引导下, 学生课前准备、课堂讨论、当堂训练, 课后完成案例分析的作业, 以达到训练法律思维的目的。而另外一门比较基础的实训课程——法律文书写作, 以训练学生文书起草和实际动手操作能力为主, 复合人才同样要修学。文书写作重在实践, 而非文书格式之类的知识教学, 从最简单的法律叙事开始学会客观、准确描述法律事实, 同时体验(原告、被告、法官)立场的选择, 并能够结合法律要件加工提炼事实, 逐步掌握法言法语的运用。文书写作同时要教会学生检索法律规范的技能, 结合具体案例学会事实认定中的证据论证、规范论证等基本技能。学生应无例外地起草3万字以上的多种文书, 部分内容当堂训练, 手写为主, 部分内容课后研究, 起草内容使用计算机输入、排版, 力争能够制作形式和内容都比较规范的文书。

除部分基础性的训练课程外, 复合人才培养应重点把握特色实践课。在笔者看来, 其实践课程须把握两个方面内容: 一是复合课程的应用教学, 二是独立的专门领域的实践教学。第一个方面的内容应由从事复合课程教学的教师或实务专家把握, 而第二个方面则应当专门安排, 注重结合相关行业开设独立的实践课程。复合人才的实践教学不必过分关注其全面性, 而应高度重视其实习、实践内容的深度。低年级学生可以采用假期体验式的专业律师事务所实习, 高年级学生应强调参与式实践, 以初步训练专门化的法律职业能力。后期实习可以考虑要求学生以实习助理的身份加入专业化的法律职业团队, 安排3至6个月的时间参与具体业务的处理, 相关实习岗位要设定恰当的实习目标, 制定精细的实习方案。

### 六、复合型法律职业人才教育培养的深化

毕业论文是大学专业课程体系中的重要组成部分, 也是实践教学的重要环节。论文创作通常通过描述事实、解释现象、分析问题、预测趋势、再到解决方案等环节, 训练学生形成一定的学术眼界和研究能力。在笔者看来, 毕业论文创作在复合型法律职业人才教育培养中具有较好的拔高、提升作用, 应将其作为本科阶段深化复合人才教育培养的重要途径。然而, 当前不少院校法学专业本科生的毕业论文创作存在浅尝辄止的现象, 甚至出现教师不重视、学生应付的情况。复合人才培养过程中应切实改变这一局面, 把毕业论文创作作为学生发现、研究、解决某些专门性法律问题的重要机会, 学会以学术眼光观察和解决现实问题的方法, 并作为了解社会和相关法律职业的重要途径。复合人才班的学生应当结合自己选择的复合方向选题, 关注自己有意从事的法律职业要求和行业发展趋势, 选择实践性问题进行论文创作, 突出应用性。论文创作过程中, 学生应尽力参与实践, 切实培养发现问题、分析问题和解决问题的能力, 同时深化实践能力和复合能力的培养。本科毕业论文可以培养学生根据工作需要研究与解决问题的能力, 但不必过分强调深度, 学生能够真正动手梳理问题就好, 哪怕是案例梳理和分析类的论文, 对培养学生应用能力都是有积极意义的。毕业论文创作应严格过程管理, 从选题到资料获取、调研, 再到论文大纲的确定、问题解决方案的形成, 以及写作、修改等都应严格要求。教师还应重视学术规范和学术伦理的要求, 把良好的学术品质转化为学生未来职业生涯中的职业道德。

### 结语

总体上来讲, 法学专业核心课、第二专业基础课, 以及带有显著特色的专业复合课、实践课, 都是复合型法律职业人才教育培养过程中需要重点把握的专业课程主体部分。认识和理解这些课程体系

<sup>6</sup> “实践性”是实践教学的本质。来自实务界对此教学环节的观察和思考不同于法学教育界。实务界人士认为法学专业人才的长期发展潜力更为重要, 而这关键还在于专业基础的牢固程度。职业能力真正养成需要深度参与, 在入职之初略显重要, 但一般的职业技能通常也就三五年就可以“精通”。他们强调, 高校培养法律职业人才重视实践教学无可厚非, 但绝不能以实践教学为由头荒废专业基础知识和基础理论的学习, 否则就是本末倒置。

<sup>7</sup> 强化实践教学的目的是引导法学专业人才能够做到“学以致用”, 其关键还是“职业”意识的引导。实践教学的目的、内容、模式, 特别是教学效果的监控受“实践基地”影响很大, 不少院校法学专业实践教学特别是基地教学仍显粗放, 学生实习多以体验为主, 真正的职业能力训练力度很不够。在笔者看来, 15%学分的实践课程, 应当有半数甚至再多一点的学分放在校内, 重点培养学生的法律思维能力、案例分析和处理能力, 以及常规法律文书的起草能力等。高校对校外基地的实践教学效果难以把握和监控, 法学人才的实践教学不能完全依赖校外基地。校内、校外的实习实训相互配合, 应是当前法学实践教学的主导方向。

并不太难，但难在落实，难在教学效果和人才培养效果的明显提升。培养单位应当加大此类人才教育培养的投入，加大小班教学、导师制等个性化教学改革的力度，不断提升人才培养效果。与此同时，我们还应当清楚，复合型法律职业人才成长路线较长，人才培养不能急于求成，本科阶段重在铸就其未来发展的专业基础。高校应当引导学生认清未来职业发展的前景和方向，培养职业眼光，让他们清楚当前和以后知识学习、能力培养的重点，高度重视自主学习意识，重点培养其自主学习能力，以促使复合人才从业以后也能通过自主学习在知识、能力、思维等方面不断提升复合水平。

### 参考文献：

- [1] 教育部. 本科法学专业教学质量国家标准, 2018-4.
- [2] 利明. 卓越法律人才培养的思考[J]. 中国高等教育, 2013(12).
- [3] 蒋后强, 章晓明. 应用型、复合型卓越法律人才培养的理论与实践——以西南政法大学为例[J]. 西南政法大学学报, 2015(1).
- [4] 茂辉, 陈锦红. 应用型复合型卓越法律人才培养方案研究[J]. 大学教育科学, 2015(2).
- [5] 肖北庚. 课程体系优化: 应用型复合型法律人才培养之关键[J]. 湖南师范大学教育科学学报, 2013(4).
- [6] 周佑勇. 构建“交叉、团队与实务”三位一体的复合型法律人才培养模式[J]. 法学教育研究, 2013(2).
- [7] 汪丽青, 张新华, 杨自根. 医事法律复合型人才培养模式的探索与践行[J]. 中国卫生事业管理, 2010(8).
- [8] 索清辉. 高等教育跨学科复合课程设置实证研究[J]. 中国大学教学, 2013(9).

При использовании опубликованных в ежегоднике материалов  
ссылка на «Юридическую науку в Китае и России» обязательна.  
Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.  
Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

**Юридическая наука в Китае и России**  
Ежегодник  
№ 2/2018

Периодическое печатное издание, журнал.  
Издается с 2017 года, выходит 1 раз в год.

Учредитель:

Московский государственный юридический  
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Издатель:

Московский государственный юридический  
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,  
информационных технологий и массовых коммуникаций:

ПИ № ФС 77-66562 от 21.07.2016.

Основные языки журнала: русский, китайский, английский.

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2019

Входит в электронную библиотеку EBSCO.

Адрес редакции: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Тел.: (499) 244-88-88 (доб. 556).

Редактор *Л. А. Мункуева*

Корректор *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков*

Объем: 00,00 усл. печ. л., формат 60×84/8. Подписано в печать \_\_\_\_ .00.2019

Гарнитура «Charter». Печать цифровая.

Бумага офсетная. Тираж 200 экз.

Отпечатано в Издательском центре  
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

