

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Лю Цюэнь

Источники права КНР и РФ—сравнительный анализ

12.00.01 – теория и история права и государства; истории учений о
праве и государстве

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Марченко М.Н.

Москва – 2018

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава I Понятие источников права	13
1. Общая теория источников права	13
2. Понятие источников права КНР	20
3. Понятие источников права РФ	30
Глава II Классификация и виды источников права	36
1. Нормативно-правовые акты, законы и подзаконные акты. Их виды и особенность	42
2. Международные правовые договоры	75
3. Правовой обычай как источник права	95
4. Прецедент как источник права	102
5. Правовые доктрины	105
Глава III Развитие системы источников права	106
1. Развитие системы законодательных актов (в конце XX - начала XXI в.в.)	106
2. Административный закон автономных территорий	118
3. Изменение статуса обычного права	135
4. Прецедентное право в судебной реформе	149
Заключение	158
Список литературы	162

Введение

Настоящая диссертационная работа посвящена сравнительному анализу источников права России и Китая.

Россия и Китай это две страны со своим историческим и культурным наследием. В России философское течение славянофилов возникло в XIX столетии в Российской империи. В Китае легенды, возникновение которых историки относят к третьему тысячелетию до нашей эры донесли до нас имена первых трёх властителей и пяти императоров Китая. В данных двух странах сформировалось своё собственное понимание права. В связи с этим, существует разное восприятие проблемы источников права. В Древнем Китае. Хотя термин Юриспруденция появился гораздо позже, уже 2,500 лет назад в своих книгах известные идеологи начали изучать политический режим, значение права и создали полную систему управления государством.

В Китае юриспруденцию можно разделить на две части: традиционная китайская и «заимствованная» юриспруденция, которая возникла в результате влияния американской и европейской науки. Китайская юриспруденция возникала на основе традиционной китайской философии. В VII—VI вв. до нашей эры некоторые китайские философы стремились объяснить мир, исходя из непосредственного движения природы. В этот период в китайской философии господствует культ Неба и неизвестной Воли, которая определяется ходом движения звёзд и закономерностями естественных процессов. Люди верили в то, что естественный ход вещей «задаёт» историю государств и народов и право тоже принадлежит к всеобщему детерминированному процессу развития. Исследование источников права началось вместе с возникновением права и продолжается более двух тысяч лет. Понятие источников права, их классификация и развитие в наше время всегда считались основными проблемами в юридической науке.

Выбрав тему источников права РФ и КНР, автор стремился выделить общее и особенное в системе источников права КНР и РФ в последнем столетии. Исследуя данную тему, по мнению диссертации необходимо обращать внимание на развитие государства и права, а также на развитие и потребности общества.

В конце XX века, как в РФ, так и в КНР, произошли важные реформы во всех сферах жизни общества. Произошедшие изменения в обществе повлияли на право и его источники. Поэтому понимание роли каждого из видов источников права в обществе является важным для дальнейшего развития правовой системы и общества.

К сожалению, в современной правовой литературе КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания. В середине 80-ых годов прошлого века возникало много споров о понятии юриспруденции, и по поводу исторической причины острая задача для юристов—это создание современной системы правового государства.

На юридическую науку КНР сильно повлияла теория государства и права Советского Союза до середины 70-ых годов XX в., а в последующем, до настоящего момента, — европейская и американская юриспруденция.

Исследование источников права в России было актуальным в советский период и остаётся таковым до настоящего момента. Современная теория права в России строится на фундаментальных научных исследованиях советского периода. Несмотря на это, проблема источников права требует осмысления в контексте современного общества. Сравнительный анализ источников права КНР и РФ позволит не только выявить особенное в каждой из стран, но также спрогнозировать модель дальнейшего развития права и общества.

Важно повлияла на развитие источников права КНР реформа в 1978 г. при Дэн Сяопину. Официально считают, что это начало современного судебного создания. До этой реформы согласно мнению некоторых китайских ученых в КНР даже не было

современного источника права. Только после 1978 г. в КНР наступила новая эпоха, в которой не руководители играли важнейшую роль, а вместо него—право. В КНР это изменение называется “управления человека к управлению права”¹. Данная реформа не только изменила исследование источников права КНР, но и самую их основную идею. Поэтому считается реформа 1978 года занимает важное место в историческом и будущем развитии источников права КНР.

Как в РФ, так и в КНР существует своя сложная и особенная история развития теории государства и права, в которой государство и право всегда играли главную роль. Поэтому без изучения изменений статуса государства трудно понимать сегодняшние источники права КНР. В настоящее время в РФ, к сожалению, отсутствуют исследования источников права КНР после 90-ых годов прошлого года.

Актуальность исследования обусловлена необходимостью выявления общностей и особенностей источников права, а также их основных признаков в России и Китае.

Настоящее исследование, как представляется, позволит прояснить некоторые проблемные вопросы и тенденций развития права в КНР и в РФ. В частности вопросы о том, какая система источников права существует в современном праве КНР и РФ, в том числе, какое место занимают международное право и национальное право, какие существуют конфликты между кодифицированными обычным правом, какие сходства и различия между национальным и международным правом, какие источники права применяются в судебной практике, и считаются наиболее важными.

Исследование автора призвано показать, что источники права РФ и КНР обладают национальными специфическими признаками. Хотя в наше время в этих двух странах пока не создан полный и идеальный демократический режим государства и права, но,

¹ 从人治到法治, 付子堂主编,《法理学进阶》.法律出版社 2009г. Стр 203.

несомненно, исследования в этой сфере быстро развиваются и совершенствуются благодаря юридической практики.

При исследовании проблемы источников права КНР и РФ были использованы следующие методы:

1) Сравнительный метод. Сравнительный метод исследования, посредством сравнения различных правовых документов, различных учебников по юриспруденции и теорий об источниках права в РФ и КНР, позволяет выявить особенность развития источников права.

2) Институциональный метод. Институциональный метод помогает выяснить организационную структуру законов, а также влияние теории и практики на развитие современного права.

3) Структурно-функциональный метод. Структурно-функциональный метод применялся для изучения источников права путем анализа структуры законов, и особенно для изучения соотношения источников и форм права.

4) Историко-типологический метод. Историко-типологический метод позволяет исследователю рассмотреть типы в развитии источников права.

В силу отсутствия исследований источников права современного Китая, в диссертации главная методология является русскими.

В России источники права являются одной из основных тем исследования в юриспруденции. Основная литература на русском языке – это научные статьи и монографии российских и советских юристов В. М. Нечаева, В. В. Лазарева, С. В. Липеня, М.Н. Марченко, Г. Ф. Шершеневича, Л.И. Петражицкого, Н.Г. Александрова, Б.Н. Топорнина, Е.С. Кананыкиной, О. М. Родионовой, А.А. Рубанова, М.С. Студеникиной, В.Н. Жукова, и других. Особая важность для правовой теории и практики при этом представляют вопросы понятия источников права, их структуры и содержания, соотношения источников права с формами права, вопросы классификации источников права и их системно-иерархического построения, вопросы юридической природы различных источников права и

характера их соотношения с другими источниками права¹. Исторический термин «источник права» нередко употребляется в значении «правовой памятник». В современной России понятие «источник права» аналогично понятию «форма права», рассматривается как причины и закономерности, обуславливающие возникновение и содержание права². Форма права указывает на то, «каким образом организовано и выражено вовне юридическое (нормативное) содержание, а источник - на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание»³.

В российской юридической науке до настоящего времени не было предпринято масштабного исследования китайских источников права. Современное китайское право является мало изученным.

В последние 20 лет в КНР с развитием юридической науки термин «источник права» становится объектом правовых исследований. В данной диссертации исследование источников права современного Китая относится к периоду после реформы при Дэн Сяопин в 1978 г., которая имеет важное значение для китайцев как распад СССР для русских. Основная литература на китайском языке представлена научными статьями и монографиями китайских юристов Фу Цзытан(付子堂), Сун Гохуа(孙国华), Го Даохуэй (郭道晖), Хэ Вэйфан (贺卫方), Фэй Сяотун (费孝通), Ли Буюнь (李步云), Гао Цицай (高其才), Чжоу Вэншэн (周旺生), Шэнь Цзунлинь (沈宗灵), Чжу Сули(朱苏力), Чжо Цзюань(卓泽渊), Чжан Вэньсянь(张文显), и других. В Китае источники права и формы права рассматриваются как равнозначные термины. Главными источниками права являются закон и международные договоры; дополнительными источниками права являются обычное право и правовая доктрина⁴. Прецедент в Китае не считается официальным

¹ Марченко М. Н. Источники права. М., 2013. Стр. 3

² Нерсесянц В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. - М.,1992. С. 286; Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). - М., 2005. - Стр. 44.

³ Марченко М.Н. Теория государства и права. - М., 2001. - Стр. 349-350.

⁴付子堂主编,《法理学初阶》.法律出版社 2009г. Стр 117.

источником права, но он влияет на судебную практику. На взгляд Сун Гоуа, источники права—это исток права, откуда оно получает свою юридическую силу, а также то, на что судья может сослаться при вынесении решения.¹

В юридической науке КНР приводится мало исследований современного российского права. У данных стран сходная история государства и права в последние столетие, но они выбрали разные будущее в настоящее время. Поэтому сравнительный анализ источников права КНР и РФ имеет важное значение для того, чтобы понять исторический выбор данных двух стран и их будущее развитие.

Понятие и система источников права в КНР и РФ отличаются друг от друга не только по содержанию понятий, но также значимости и юридической силе. Следует однако заметить, как в РФ и в КНР закон является важнейшим источником права, а прецедент не считается официальным источником, хотя он тоже учитывается в процессе вынесения судебных решений.

В диссертации автор обращает внимание на правовой обычай как результат закрепления повторяющегося поведения. И Россия, и Китай, считаются древнейшими странами в мире. У них своя характерная история, которая сильно влияет на развитие государства и права, а обычай – это их отражение.

Место международного права в классификации источников права тоже считается важным признаком развития общества. РФ как федеративное государство, в своих источниках права выделяет особенное место нормативно-правовым актам субъектов федерации. А КНР как унитарное государство, имеющее автономные территории в местах проживания меньшинств, таких актов не имеет.

Важная разница между исследованиями источников права КНР и РФ состоит также в том, что в КНР источники права традиционно разделяются на две части²: а) официальные источники права, которые

¹孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 1999г. Стр 257.

²付子堂主编：法理学高阶.高等教育出版社，2008. Стр 323.

государством признаются и прямо применяются в судебной практике, как нормативные-правовые акты, акты толкования Верховного народного суда и Верховной народной прокуратуры КНР и т.д.; б) неофициальные источники права, которые не признаются государством, но влияют на судей в судебной практике, как обычаи, правовая доктрина(включается в себя социальная правовая идея) и т.д.

Теоретическая и практическая значимость работы состоит в том, что она имеет одинаково важное значение для развития правового государства в РФ и КНР. Как гласит китайская правовая поговорка: Теория права существует не в системе государственного права, а в обществе (法之理在法外). Известно, что источники права постоянно изменяются вместе с обществом. В 2017 г, РФ заморозила участие в Европейском Суде по правам человека, в силу чего применение международного права в РФ будет подвержено изменениям с изменением внешнего курса правительства. В КНР, вступил в силу закон под названием Общее положение гражданского права¹, который может стать началом создания Кодекса гражданского права.

Таким образом, источники права считаются важным выражением развития государства и общества, имеют важное значение для истории и будущего.

Объектом исследования настоящей диссертации являются система и классификация источников права, их социальная роль, исторические и современные проблемы и факторы, повлиявшие на развитие системы источников права.

Предметом диссертационного исследования являются совокупность нормативно-правовых актов, международные договоры, обычаи и прецеденты и правовые доктрины КНР и РФ.

Основные положения, выносимые на защиту:

1) Положения, касающиеся общего и особенного в источниках права КНР и РФ, их причины и следствии.

¹中华人民共和国民法总则, принят 15 марта 2017 г. Собранием народных представителей КНР, 1 октября 2017 г. действует в силу.

Общая характеристика источников права КНР и РФ является как формой выраженности легализированных норм, которая позволяет ознакомиться с ними большому кругу лиц, а также, в зависимости от конкретной ситуации, применить их. Выражение права одновременно является сферой его непосредственного зарождения. Помимо терминологии, характеристика источников права должна содержать ведомости об их видах, которых на сегодняшний день довольно много. Правовой обычай, нормативно-правовые акты государственного органа, судебный прецедент, договор и общие принципы права считаются основными предметами исследования источников права КНР и РФ.

В настоящее время в КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания. Историческим причинам на современную правовую науку КНР оказали влияние три фактора: традиционная правовая идея Древнего Китая, теория государства и права Советского Союза, романо-германское право. Помимо вышеназванных, источниками права КНР также признаются нормы морали и концепции справедливости.

Аналогично романо-германской правовой семье, в КНР и РФ в системе источников права играет важнейшую роль статутное право. Однако, по историческим причинам процесс создания завершенной правовой системы в данных странах незавершен до настоящего времени.

Сразу заметим, что в КНР и РФ современные источники права аналогичны, особенно в их классификации, в которой нормативно-правовые акты, законы и подзаконные акты имеют абсолютный авторитет в системе источников права по своей юридической силе. В КНР выделяются следующие отрасли права: конституционное право, гражданское, уголовное, процессуальное, социальное, административное и экономическое право. Основным принцип такого деления источников права исходит от советского права: в СССР и в РФ источники права делятся на отрасли права -- конституционное, гражданское, уголовное, процессуальное, административное,

финансовое, земельное и трудовое право, а в основу деления положен опыт европейских стран.

2) Особенности видов источников права и классификация КНР и РФ. В связи с созданием правового государства классификация источников права, особенно классификация статутного права КНР и РФ, развивается с каждым годом. 2017 г. является важным годом в истории государства и права в КНР и РФ. В КНР в 2017 г. приняты Общие положения гражданского права, которые имеют статус Гражданского кодекса, а РФ заморозила участие в Европейском Суде по правам человека, и актуальная редакция Гражданского кодекса Российской Федерации с изменениями вступила в силу 6 августа 2017 г. Это показывает, что классификация источников права изменяется с развитием государства и изменением направления политического курса.

3) Особенности и влияние развития источников права на изменение общества, в том числе влияние законодательства на общество в переходный период. В конце XX века в КНР и РФ проводились реформы в социальной, экономической и политической сферах. Законодательство играло важную роль в проведении реформы и сильно влияло на развитие социальной идеи и самого общества. Например, в КНР принято считать, что период после реформы 1978 г. подразделяется на 4 этапа: 1978 – 1993 гг.-- переход к общественной реформе, когда государство обращало внимание на воссоздание политического режима; 1993-1998 гг.-- руководящая идея законодательства КНР была тесно связана с экономическим курсом (примеры представлены в таблицах 2-6 этой работы). В этот период рыночная экономика играла важнейшую роль в развитии законодательства; в 1998-2008 гг.— появились новые законы, главная работа законодателей была – внесение поправок в действующие законы, главное направление – улучшение системы источников права; в 2008-2017 гг. законодательство развивается по пути углубления реформ. Заметим, что если законодательство стремится к стабильности, то и общество развивается стабильно. В указанный

период государственное административное принуждение обеспечивает соблюдение законодательства в переходный период. После реформы 1978 г. КНР оказалась в аналогичной ситуации, как РФ после распада СССР -- потребовалось создание новой системы законодательства.

4) Тенденция развития правовой системы КНР и РФ. Реформа в 1978 г. для КНР считается важной исторической точкой аналогично распаду СССР для РФ- это возможность сравнительного анализа источников права данных двух стран. Оба они являются одними из древних стран мира, у них аналогичная история, конец XX века - начало XXI века считается переходной эпохой для КНР и РФ. В наше время в КНР и РФ уже была создана современная правовая система, но конечно, она развивается и изменяется с каждым днем. При рассмотрении источников права КНР и РФ, основной акцент автор делает на статус и роль источников права данных стран. Правовая система возникает в процессе исторического развития и формируется под влиянием особенностей каждой цивилизации. В наше время вместе с глобализацией развивается теория источников права, основной тенденцией их развития является их взаимное влияние и интеграция.

Основные положения диссертации и полученные результаты обсуждались с участием автора на конференции XVIII международных ученых гуманитарных факультетов “Актуальные проблемы гуманитарных наук в XXI веке” МГУ им. М.В. Ломоносова, на различных круглых столах и научных кружках, представлены публикациями в научных журналах и сборниках научных статей.

Диссертационная работа состоит из введения, трех глав, заключения и списка литературы.

Глава I. ПОНЯТИЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

1. Общая теория источников права

Проблема источников права является важным объектом исследования в юриспруденции и всегда была тесно связана с теорией государства и права. Даже при условии наличия происходящих в настоящее время в мире глобализационных процессов, проблемы определения источников права национальных государств представляют собой актуальные задачи в рамках международного сотрудничества и развития.

В литературных источниках Китая господствует мнение о том, что признаками возникновения государства является появление армии, тюрьмы и суда¹.

Близкое соотношение государства и права является таковым с момента их возникновения.

Интересным представляется тот факт, что в древности и в Европе, и на Востоке юриспруденция являлась разделом философии. Так, Аристотеля, как и многих известных философов древности, принято считать не только философами и мыслителями, но и юристами.

Многими учеными периода Римского государства считается вершиной человеческой цивилизации и политического режима, в котором демократия и вера в правовое государство развиваются сообразно развитию философии. Несмотря на такой "темный" период истории, как эпоха средневековья в Европе, традиции демократии сохраняются в европейских странах и в настоящее время, тогда как в Китае после создания единого централизованного государства вера в право уже угасла, уступив место вере в авторитет и во власть императора. Об этом свидетельствуют следующие слова английского политика: "Самый бедный человек может в своей хижине бросить вызов силам короны. Она может быть хрупкой, ее крыша может

¹付子堂主编,《法理学初阶》.法律出版社 2009. Стр 7.

шататься, ветер может дуть сквозь нее, шторм может войти, дождь может войти, но король Англии не может войти" (The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter. -- William Pitt). Этому утверждению можно противопоставить китайскую пословицу о том, что вся земля под небом принадлежит императору, так ему принадлежат и все люди на земле (普天之下莫非王土, 率土之滨莫非王臣)¹.

В Древней Греции не существовало понятия *Источников права* по причине отсутствия в период демократического законодательства и демократического правосудия необходимости в применении при разрешении судебных дел судебных правил.

В период быстрого развития юриспруденции в Древнем Риме юристы обратили внимание на необходимость определения источников права. Латинское словосочетание *fons juris* является самым древним определением термина Источники права. В римском праве термин *fons juris* означал, что, во-первых, в источниках права содержатся нормы, которые судья может избрать в качестве определенного стандарта при рассмотрении судебных дел, а, во-вторых, то, что источники права разрешают вопрос о том, что из себя представляет статутное право, а что - обычное.

В средневековой Европе уже сложилась обширная практика использования источников права. В тот период времени этот процесс наряду с ростом и развитием западной правовой системы сочетал в себе потребности народа, мудрость и силу судьи как правоприменителя. В настоящее время, когда рационализм играет основную роль, законодательная система стала предвестником правового государства, а кодификация - основной тенденцией современной правовой системы. С укреплением идей правового государства позитивное право стало его основой, поэтому в

¹ 《诗经·小雅·谷风之什·北山》

законодательной практике понятие источников права стало источниками материалов для правоприменителя, порождая постепенную трансформацию самого понятия источников права.

Для формирования понимания этого важного термина и его роли в развитии юриспруденции и судебной практики в России и Китае, необходимо проанализировать источники права с точки зрения их последовательного развития.

Со времен эпохи Просвещения главными юридическими школами даны свои определения понятию Источников права.

Школа естественного права (Natural law) является самой старой юридической школой в истории западной цивилизации. Хотя такие представители этой школы, как Гуго Гроций, Джон Локк, Руссо, Монтескье, редко освещали в своих работах понятие источников права, они давали однозначный ответ на вопрос о том, что собой представляет верховенство права (The rule of law).

Во-первых, они полагали, что право делится на две части: естественное право и позитивное, действующее право (positive law), действующее в том числе как статутное право, сила которого происходит от естественного права. Основополагающим для школы естественного права является постулат о верховенстве естественного права и недопустимости его нарушения действующим правом. Представители школы естественного права полагают, что в процессе отправления правосудия судьи должны не только устанавливать возможность применения действующего права в качестве источника права, но и определять, подлежат ли обстоятельства конкретного дела стандартизированным нормам естественного права. В философской системе естественного права часто происходит пересечение понятий права и морали, что именуется *перекрыванием предложений* (overlap thesis) ¹. На основе этого понятия в естественном праве принято считать, что мораль является руководящей идеей права.

¹John Finnis.:Natural Law and Natural Right/ Oxford University Press, USA, 1980-03-20 P 23.

Образовавшаяся в Германии школа Исторической юриспруденции (German Historical School) получила большую известность в первой половине XIX века и в настоящее время является важной правовой школой в юридической науке. Фридрих Савиньи в своей книге¹ рассказывает об источниках права как национальном духе, утверждая, что источники права одновременно включают в себя не только причины создания правовой системы, но и обстоятельства, сообразно которым образовывались конкретные правила в рамках правовой системы. Он считает, что настоящий источник права -- это только национальный дух, который представляет собой результат исторической традиции, сформированный временем, а не продукт человеческого разума. В целом, источники права являются продуктом внутренней и беззвучной силы, право развивается сообразно историческому процессу по правилам общества и истории, а не создается с помощью формальных рациональных законодательных средств -- такой взгляд хорошо объясняется тем, как развивается и действует обычное право и правовая традиция.

Ученые из школы Аналитической юриспруденции (Analytical school of law) в своей научной и учебной литературе рассматривают суть права в качестве разновидности юридического позитивизма, который представляет собой своеобразный синтез догматической юриспруденции, позитивистской философии и юридической лингвистики.

По мнению Кельзена, с одной стороны источники права являются источником эффективности права, а с другой само право является источником права. Кельзен, анализируя влияние на законодательный процесс норм морали, политических принципов, правовых доктрин и взглядов известных юристов, приходит к выводу о том, что эти источники не имеют никакой обязательной силы, не являются правовыми нормами или их конкретным содержанием. С

¹Фридрих Карл фон Савиньи: Система современного римского права: в 8 т. Т. I

точки зрения правового порядка возможно обращение законодательного органа к определенным моральным установкам, политическим принципам или правовым доктринам, для создания действительных источников права. Поэтому мораль, политические принципы, правовые доктрины и взгляды известных юристов представляют собой материалы для создания источников права.

Ученые из школы Социологической юриспруденции (Sociology of law) изучают взаимодействие института права с другими социальными институтами. В сферу научных интересов представителей этой школы входит изучение динамики, генезиса, структуры правовых норм, их социальная обусловленность и роль в обществе. Социология права тесно связана с социальной инженерией, криминологией и антропологией права. Так, Кларк в своей работе проводит разделение между источниками авторитета и содержанием источников права.¹ Он задает 3 вопроса - об источниках наделения правовых норм обязательной силой, об определении конкретного содержания спорных актов, и, в случае придания авторитета нормам государством, о происхождении руководящей идеи закона, а так же о способе ознакомления рядовых граждан с нормами закона². Роско Паунд (Roscoe Pound) считает, что есть 2 главных вопроса об источниках права - о том, как и что формулирует содержание права, каким образом источники права получают, а также о том, что - источники права или форма права - являются основой, с помощью которой суд разрешает судебное дело и адвокат выстраивает позицию в судебном процессе.³

В юридической науке определение соотношения понятий государства и права имеет важное значение, является основой государственного права. Государство и право возникают одновременно в силу сообразных причин. Их зарождение и развитие являются основой разложения родового общества, поскольку

¹ David S. Clark: Introduction to the law of the United States. 2001г.

² Roscoe Pound: Outlines of Lectures on Jurisprudence. 1914г.

³ Roscoe Pound: The Spirit of the Common Law. 1921г.

цивилизационные процессы изменяют направление развития общества.

В настоящее время главные модели соотношения государства и права считаются следующими:

1) этатическая модель, которая в политико-идеологической практике советского времени безраздельно контролировала гражданское общество;

2) либеральная модель, в которой право выше государства;

3) прагматичная модель, в которой государство создает право и тесно связано с ним.

В современном мире начинается новый этап исследования источников права (Sources of law). Существующий на протяжении продолжительного периода времени спор между естественным правом и нормативизмом является одной из самых важных проблем в современной юриспруденции. После Второй мировой войны ученые начали думать о законности и обоснованности придания большого значения нормам статутного права. Безусловно, право признается государственной законодательной властью, и действует на основе государственной силы. Одновременно с этим возникает вопрос о правомерности наделения государством законной силой права, существовавшего, например, в период правления нацистов. Применительно к данной проблеме Дворкин¹ полагает, что зависимость юридической силы от моральных правил является существенной особенностью, которая в основном вытекает из присущего закону права, тогда как по мнению Харта² отсутствуют какие-либо доказательства наличия у моральных факторов юридического значения. Инклюзивный позитивизм (inclusive positivism) порождает взгляды об органичном влиянии моральных установок на правоприменение и законодательство. Как полагает Джозеф Рац³, некоторые общественные принципы являются

¹ Ronald M. Dworkin: Law's Empire. Harvard: Harvard University Press, 1986.

² Hart H.L.A (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. 71 Harvard Law Review 593.

³ Joseph Raz. The Authority of Law. Oxford: Clarendon press, 1979.

официально признанными правовыми принципами (rule of recognition), а моральный фактор в законодательном процессе не применим.

Соотношение морали и права представляется соотношением обычного права и права статутного. Безусловно, статутное право считается важнейшим источником права в Романо-германской правовой семье, тогда как в Англосаксонской такой ролью обладает правовой прецедент.

По мере исторического развития юридической науки в целом и понятия источников права в частности создается такое важное понятие, как *Правовая семья*, которую формируют типы правовых систем. Правовая семья – это совокупность национальных правовых систем, выделенная на основе общности их отличительных признаков и черт¹. Существующие в современной России правовые доктрины выделяют следующие правовые семьи: романо-германскую, англосаксонскую, мусульманскую, правовую семью стран Дальнего Востока и др.

Но ввиду сложных исторических процессов, схожих для РФ и КНР, представляется затруднительным определение принадлежности правовых систем этих стран какой-либо определенной правовой семье. В китайской и российской литературе считается, что правовые системы РФ и КНР соответствуют правовым системам романо-германской правовой семьи, в которой статутному праву отведено главенствующее положение. Теперь и в КНР, и в РФ, судебный прецедент не является официальным источником права, но вместе с тем сообразно различным глобализационным тенденциям всё большее число государств обращают внимание на влияние прецедентного права на судебную практику.

Таким образом, источники права зачастую считаются формой права. Они являются факторами, творящими право, при установлении которых разногласия начинаются только в процессе решения вопроса

¹ Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. Саратов, 1994. стр 166

о том, что необходимо принимать в качестве правотворящих факторов¹.

2. Понятие источника права КНР

Проблема источников права занимает важное место в истории юриспруденции на Западе, однако в Китае исследований данного понятия существует мало.

Термин Источники права - один из самых неопределенных в юридической науке КНР. Традиционно значение этого слова включает в себя происхождение, форму и соотношение содержания и формы права.

Понятие Источников права является относительно новым для китайских правоприменителей. Этот термин появился в начале XX века, при этом часть учёных полагают, что он образован из японского языка времен Китайской Республики, тогда как некоторые ученые считают, что корень этого понятия происходит из английского языка (source of law). В начале 50-ых годов XX века в Китае была создана новая коммунистическая судебная система, похожая на систему, существовавшую в Советском союзе, понятие источников права также претерпевало изменения. После реформы 1978 года началась новая судебная реформа, послужившая причиной возникновения споры о методе создания судебной системы. Термин источников права играл в этом историческом процессе важную роль.

Говоря об исторических и будущих тенденциях судебной системы КНР, необходимо обратить особое внимание на трансформацию этого термина и его роль в юридической практике.

Необходимость исследования понятия источников права обусловлена возможностью прояснения этого термина в юриспруденции, а также решением вопроса о том, как источники

¹ Марченко М. Н. Источники права. М., 2013. Стр 43.

права влияли и будут влиять на судебную практику и тенденции развития национального государства в современном мире.

Чтобы определить понятие источников права КНР, надо понять юридическую практику и юридическую реформу в современном Китае, придерживаясь плюралистической позиции. При судебном переходе в наше время конфликт между национальным обычным правом и современным правом встает все острее с развитием общества, статус исследования источников права становится все важнее.

В Древнем Китае в начале формирования юриспруденции при отсутствии четкого разграничения между различными отраслями права государство играло только роль защитника и роль управляющего жертвоприношением (国之大事，唯祭与祀) .

Для Древнего Китая являлось традиционным тесное переплетение политического (властного) и правового (регулирующего) начал, нашедшее самое разнообразное воплощение. В древнекитайском языке существовало три схожих понятия, обозначающих явления юридического характера: право и государственная судебная система (法), законы (律) и наказание (刑), имевшие одинаковое значение. Самыми известными идеологами в доконфуцианском Китае были Янь Ин (晏婴/Yan Ying) из царства Ци и Цзы Чань (子产 /Zi Chan) из царства Чжэн, являвшиеся одновременно и философами, и юристами. Цзы Чань считался автором первого китайского статутного права, написанного на жертвенном треножнике Дин.

В период до империи (династии) Цинь, которая является первой единой империей на территории Китая (221 до нашей эры — 206 до нашей эры), юриспруденция не имела определяющего значения в системе государственной идеологии по причине того, что судебная власть считалась частью административной власти, принадлежащей чиновникам местного самоуправления. Самыми известными юристами этого периода являются Хань Фэй (韩非, пригл. 325-250гг. до нашей эры), ведущий идеолог древнекитайских легистов,

отстаивавший преимущества деспотической формы правления, и Шон Ян (商鞅 , 390-338 гг. до нашей эры) , один из основоположников легизма, философ политического учения, противного учениям даосизма и конфуцианства, осуществивший самую важную судебную реформу в истории Китая и оказавший поддержку империи Цинь при создании единой государственной власти.

После распада династии Цинь, при правлении императора Уди (汉武帝, 156 - 87 гг. до нашей эры), конфуцианский философ Дун Чжуншу (董仲舒 , 179—104 гг. до нашей эры), приближенный советника императора Уди, добился изгнания из правительства приверженцев конкурирующих идеологий и провозглашения конфуцианства в качестве господствующей доктрины Ханьской державы. После уничтожения других теорий конфуцианство стало государственной идеологией для управления государством и создания законов. К его заслугам принято относить основание императорской школы для чиновников, в которой была разработана теория и практика кэцзюя (科举). Таким образом, в политике Древнего Китая философия является теорией, управляющей государством, как юриспруденция.

Юриспруденция Древнего Китая характеризуется, во-первых, отсутствием четкого разделения права на отрасли гражданского и уголовного (民刑不分). В одной империи обычно существовал единый кодекс, объединявший положения как гражданского, так и уголовного права. При этом уголовное право было важнее гражданского. Во-вторых, государство поддерживало развитие уголовного права и игнорировало гражданское (重刑轻民) . Этим было обусловлено позднее появление в Китае гражданского общества (лишь в начале XX века) и низкое положение людей, занимающихся торговлей, в системе социальной иерархии. В-третьих, право считалось инструментом императора для управления народом (治民之具), при этом уважение к праву в обществе отсутствовало. Жители Китая были убеждены в том, что главенствующую роль в жизни

каждого занимала Воля Неба. При этом её значение предполагалось выше значения императора, поскольку таковая действовала от имени справедливости. Система же права считалась явлением временным и зависящим от воли господствующих классов.

Указанные особенности считаются основной причиной существования в стране феодальной системы вплоть до начала XX века, когда в 1912 году была создана Китайская Республика. При отсутствии веры в право развитие юриспруденции в Китае представилось затруднительным.

В Древнем Китае статутное право носило только уголовный и административный характер, а так же к таковому относились указы императора, но не источники норма гражданского права, как в настоящее время.

В определенный период времени обычное право обладало большим значением в общественной жизни. В Древнем Китае существовали значительные различия между городом и деревней. Существуют основания утверждать, что власть правительства действовала исключительно в городах, тогда как в деревнях главенствовала власть семьи и традиции (宗祠¹). Китайский социолог и политический деятель Фэй Сяотун называет систему права Древнего Китая китайским *From the Soil*, что хорошо иллюстрирует систему права и общества Китая. Земледелие являлось основой экономики Древнего Китая и создавало особенный строй: для совместной культивации земельных угодий и противостояния природным катаклизмам, родственникам необходимо было объединяться для преодоления стихийных бедствий и достижения успеха в земледелии. В таких деревнях из-за плохой транспортной системы людям зачастую не были известны закон и император, управление деревнями осуществляли старейшие жители, обладающие необходимым авторитетом и достаточными познаниями, что и являлось обычным правом в Китае.

¹ Chinese kin, lineage or sometimes rendered as clan, is a patrilineal and patrilocal group of related Chinese people with a common surname sharing a common ancestor and, in many cases, an ancestral home.

По этой причине традиция и обычное право в Китае до настоящего времени обладают значительной степенью влияния на общество, что периодически порождает конфликты между традиционным и современным правом.

В XX веке в Китае сложились исследования современной юриспруденции и юриспруденции эпохи Просвещения.

В Китае до начала XX века закончилась феодальная империя, и до сих пор, даже в начале XXI века, на территории КНР идет судебная реформа, важной задачей которой является создание веры в право, а не в административный авторитет. В стране с пятитысячелетней историей, где традиции и правовые обычаи оказывают значительное влияние на национальную культуру и идеологию, перед законодателем стоит непростая задача по разрешению конфликта между статутным и обычным правом. Наличием этого фактора объясняется более медленное по сравнению с экономикой развитие в Китае юриспруденции как науки.

В начале XX века, позаимствовав идеи западной юриспруденции, китайскими юристами начато создание современной судебной системы. В тот период до начала войны с Японией (1937 -1945 гг., является частью Второй мировой войны), в сфере права был достигнут ряд важных результатов - закреплено уважение к частной собственности, создана современная судебная система, включающая в себя систему судов и прокуратуру, промульгированы 6 Кодексов и Конституция, а также законы в области гражданского, гражданско-процессуального, уголовного и уголовно-процессуального, а так же административного права. Впервые на территории Китая был принят современный Кодекс (Шесть законов), основанный на принципе разделения отраслей права и отражавший традиционный характер ряда правовых норм.

С точки зрения морфологии китайского языка, термин Источник права появился в начале XX века в переводных трудах по

юриспруденции. Во времена Китайской Республики¹ была широко известна книга "Теория правой формы"², согласно которой источники права представляли собой форму права. Также в тот период было опубликовано немало научных статей, посвященных пониманию источников права.

Цю Ханьбином заимствована идея J. Salmond, полагавшего, что источники права являются причиной происхождения права³.

По мнению Оу Ян, источники права - это понятие, тесно связанное с происхождением права⁴.

Между тем, понятие источников права имеет двойственный характер. В нем отразились следующие начала:

1) Японская теория источников права. Например, Лю Чуню перевёл японскую книгу "Общая юридическая теория" Ода Ван, согласно которой источники права являются властью права или существующими юридическими правилами⁵. Ли Да переведена книга "Программа Юриспруденции" Hozumi Shigeto, в соответствии с которой источниками права являются естественное право и реальное право, наследственное право и национальное право, правовые обычаи и кодексы, прецедентное право и статутное право⁶.

2) Западная теория. Лэй Пэйхун переводил труд американского судьи Паунда, в котором источники права отождествлялись с методами и главной идеей, с помощью которых право было создано и увековечено⁷.

В начале XX века в Китае стремительно происходили различные изменения. Так, в 1911 году создана Китайская Республика, чем ознаменовано завершение существования пятитысячелетней феодальной империи. Для создания надежной правовой системы политики и юристы во многом ориентировались на Запад и США, в

¹Китайская Республика, 1911-1949г была центральным правительством Китая, теперь часто используется название Тайвань.

²李火斤:《法形论》,公慎书局 1922г.

³邱汉平:《法学通论》,商务印书馆 1935г,стр 95.

⁴欧阳(奚谷):《法学通论》,上海法学编译社 1947г,стр 140.

⁵[日]织田万:《法学通论》第1卷,刘崇佑译,商务印书馆 1913г,стр 43.

⁶[日]穗积重远:《法理学大纲》,李鹤鸣译,中国政法大学出版社 2005г,стр 114.

⁷[美]庞德:《法学肆言》,雷沛鸿译,商务印书馆 1930г,стр 95.

связи с чем возникли противоречия между традиционным китайским правом и правом зарубежным.

Прошло почти 20 лет с момента появления в Китае термина "источники права", и в настоящее время значение этого понятия сблизилось с его пониманием в рамках европейской теории. В 60-90 гг. XX века китайскими юристами с русского языка переведены теория источников права и теория государства и права. Самым существенным отличием между западной и китайской теорией является наличие прецедентного и обычного права.

Несмотря на отсутствие по настоящее время в правовой системе КНР единого понятия источников права, большинство юристов выражают согласие с тем, что термин Источники права неразрывно связан с именем Цицерона, впервые использовавшим понятие *fons juris*. В ходе исторического развития, особенно в последние 50 лет, понимание источников права имело достаточно важное значение при выборе в качестве вектора развития идей коммунизма и национализма, для создания в КНР понятной гражданам системы законодательства и правосудия. Таким образом, понимание источников права оказывает помощь при создании и функционировании судебной системы.

В теории государства и права КНР, особенно в 80-ых годах XX века, не существовало единообразного понимания источников права. В настоящее время самым популярным определением спорного понятия в учебниках по юриспруденции является форма права, включающая в себя нормативно-правовые акты, прецедент, являющийся в Китае неофициальным источником права, оказывающим влияние на судебную практику, международные договоры, а также такие дополнительные источники права, как правовые обычаи и научная юридическая доктрина.¹

Из работы Сун Гогуана следует, что источники права - это первопричина возникновения права, то, чем оно наделено

¹付子堂主编,《法理学初阶》.法律出版社 2009г.Стр 117.

юридической силой, а также то, на что судья опирается при вынесении решения.¹

Источники права являются письменными материалами, признанными государством и правительством, подтвержденными математической логикой и защищенными государственной властью².

Источники права как единство истоков и формы права, представляют собой внешнее выражение (форму) закона, имеющую значение при разрешении дел в суде и юридическую силу³.

Тенденциями развития источников права в КНР является⁴, во-первых, развитие статутного права, пришедшего в систему источников права взамен правового обычая, являвшегося в древнем Китае национальной традицией и социальной идеей и не подходящего в полной мере современному обществу, а, во-вторых, увеличение количества видов источников права сообразно развитию цивилизации.

В ходе развития юридической теории и практики после революции китайскими юристами выделены следующие группы источников права, играющие основную роль в правовой системе:

1) Обычное право, прецедентное право, статутное право, правовые договоры и юриспруденция⁵.

2) Нормативно-правовые акты, обычное право, прецедентное право, политика, юридическая доктрина, теория авторитета и универсальная ценность⁶.

Но интересно, что для китайских судей, без сомнения, прецедентное право, авторитетная теория и универсальная ценность не являются официальным критерием в практике судебного правоприменения. Данным аспектом выявлен важный конфликт между теорией и практикой в Китае. В теории права нередко

¹孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 1999г. Стр 257.

²张光博主编：《法理学》，吉林人民出版社 1996г. Стр 103.

³张文显主编：《法理学》，法律出版社 1999г. Стр 197.

⁴付子堂主编，《法理学初阶》.法律出版社 2009г.Стр 118-119.

⁵葛洪义.探索与对话：法理学导论[M].济南：山东人民出版社，2000г, стр 102.

⁶朱景文.法理学教学参考书[M].北京：中国人民大学出版社，2004г, стр 78.

обращается внимание на проблемы американской системы, тогда как целью юридической практики является разрешение конкретного дела.

В реалиях современного Китая требуется поведение, соответствующее существующему общественному строю. Для разрешения конфликта между доктриной и практикой, учёными создан новый стандарт источников права. Структура источников права разделяется на следующие две части.

Содержание источников права - это неофициальная форма права, которая может оказывать влияние на решение судей при отправлении ими правосудия. Подчас с этим понятием отождествляют фактор влияния общественности, имеющий основополагающее значение в классификации источников права - обычай и судебный прецедент, но не признаваемый официальной формой права. Правовой обычай и судебный прецедент не являются формой права, но отражают его содержание, и при логическом анализе не могут занимать равное положение со статутным правом и политикой.

Необходимо отметить, что хотя правовые обычаи не являются официальной формой права в Китае, они всё равно имеют важное значение. В Древнем Китае существовали официальные общественные организации, система которых похожа на сегодняшний арбитражный орган. Данный орган состоял из знатных и авторитетных людей общества, разрешал споры с применением обычая.

В завершении процесса рассмотрения термина Источников права в контексте судебной практики, теории права и существующих доктрин, можно прийти к следующим выводам.

Под формой права в КНР обычно понимаются официальные источники права - нормативно-правовые акты, наделённые законной силой.

Сообразно развитию теории государства и права, изменяется и понимание соотношения государства и права в Китае.

Развитие понятия источников права в Китае делится на следующие этапы:

Первый этап (1912 г. - 1949 г.).

В Китайской Республике (теперь на Тайване) создана капиталистическая система.

Главным кодексом этого этапа явились "Шесть законов"¹, в который входят Конституция, Гражданское и Уголовное право, Гражданское процессуальное право, Уголовное процессуальное право, Административное право. В данный период времени в Китае наряду с Гражданским правом появились и другие отрасли права, тогда как ранее в феодальную эпоху существовало правовое регулирование только в административном и уголовном праве. В древнем Китае статутное право характеризуется существованием в государстве единого кодекса, содержащего нормы административного, гражданского и уголовного права. По причине неразвитой экономики и отсутствию необходимости в управлении бизнесом гражданское право не обладало существенным значением. Начиная с этого этапа государством гражданскому праву придается большее значение.

В соотношении государства и права на этом этапе очевидны характерные черты капитализма, о чём свидетельствует отражение в Конституции положений о режиме разделения властей, верховенстве права над государством, наличии у каждого гражданина избирательного права. Причиной невозможности построения в период Китайской Республики правового государства послужила война с Японией.

Второй этап (с 1949 г. по настоящее время)

После создания Китайской Народной Республики государство является социалистическим.

Народная демократическая диктатура² считается самой важной особенностью в соотношении государства и права и сочетает в себе два аспекта. Во-первых, демократия как власть народа существует

¹ 《六法全书》，中华民国法典 <http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2009/01/id/867316.shtml>

² 人民民主专政，《中华人民共和国宪法》第2条

для сторонников государства и существующего в нём режима, а; во-вторых, диктатура направлена против врагов государства.

Известно, что с 1949 г. до 1982 г. в Китае было 4 Конституции.

Изменения, вносимые в Конституцию, обусловлены политическими причинами. Содержание Конституции тесно связано с таким политическим учением как ленинизм, учением Мао Цзэдуна, теорией Дэн Сяопина и учением о «тройственном представительстве».

В последние 20 лет Конституция была дополнена нормами о защите частной собственности и прав человека, принципом законности управления государством, социалистического государства, управляемого на основании закона¹. Классовый подход оказал влияние на изменения, внесенные в Конституцию.

В настоящее время в разных странах существуют различные источники права, среди которых основными являются нормативные правовые акты, прецедент и т.д.

Страны англосаксонской правовой семьи, в которых основополагающим фактором при разрешении спора в суде является судебный прецедент. Судья, принимая во внимание, что каждое дело является особенным, в начале определяет характерные обстоятельства дела, а после - избирает необходимый правовой акт. Поэтому в странах этой правовой семьи превалирует уважение к процессуальной справедливости.

3. Понятие источников права РФ

Проблема понимания сущности источников права возникает в процессе развития общества и государства.

Термин источник права введен в научный оборот древнеримским мыслителем Титом Ливием, полагавшим Законы XII таблиц источником всего публичного и частного права (*fons omnis publici privatique juris*)².

¹依法治国，建设社会主义法治国家。2004年宪法修正案。

² Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. - М., 2004. - С. 17.

В начале XX века известный юрист И.В. Михайловский в своей работе говорил об отсутствии единообразия в понимании этого термина и наличии в связи с этим многочисленных споров.¹

В 40-ых годах XX века в России такие споры ещё продолжались. Так, часть правоведов придерживалась мнения о том, что под источниками права следует понимать способ придания государственной власти общеобязательной силы². С другой стороны, их оппоненты источником права считали диктатуру рабочего класса, то есть, советскую власть в целом³.

В своей работе « Все было навсегда, пока этого не было: последнее советское поколение »⁴ американский профессор политологии Алексей Юрчак, повествуя о периоде существования СССР, отмечал бытующую в 80-ых годах XX века веру советских граждан в незыблемость существовавшего, пусть и не идеального, политического режима, и последующую неопределенность, с которой им пришлось столкнуться после распада Союза. Таким образом, американским политологом на основе детального изучения исторических фактов становления правового государства в период распада СССР показан конфликт между окостеневшим политическим режимом и общественным сознанием.

Едва ли в мире найдутся люди, понимающие политический режим Советского Союза лучше граждан Китая, даже не смотря на то, что после реформы 1978 года в Китае был избран путь постепенного перехода.

Общественное устройство Советского Союза много сложнее дуалистического общества, в связи с чем неверным будет утверждать, что в вопросах соотношения государства и права Советский Союз характеризуется лишь следующими противопоставлениями - гнет-

¹ И.В. Михайловский Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. Стр 237.

² С.А. Голунский М.С. Строгович Теория государства и права. М., 1940 г. Стр 173.

³ Гражданский процесс: учебник для юридических высших учебных заведений. М., 1946 г. Стр 15.

⁴ Alexei Yurchak: Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation, Princeton University Press, 2015.

восстание, централизация-свобода, государство-народ, официальная культура-народная культура, ложь-истина.

Алексей Юрчак к особенностям режима Советского Союза относит следующие характеристики¹:

1) С 50-ых годов прошлого века нормализуется политическая идеология (normalization). На каждом собрании и в каждом документе звучат одинаковые политические лозунги, однако люди в них, возможно, не верят.

2) Простые люди не участвуют в политической жизни (deterritorialized).

3) Конфликт современности продолжался до распада СССР и значительно влиял на соотношение государства и права. Граждане слабое принимали участия в происходящих в государстве политических процессах, а вектор развития общества и государства устанавливался политическим авторитетом.

Политический режим современной России создан на основе принципов разделения демократии и власти. Влияние государства на право выражается в том, что государственно-властными структурами осуществляются создание, претворение в жизнь и совершенствование правовых норм в сочетании с обеспечением охраны общества от правонарушителей. Указанное свидетельствует о безграничном влиянии государства на право - от его создания до внедрения в общественную жизнь, в связи с чем представляется обоснованным утверждение о том, что государство, продвигая право в социум, накладывает на стороны общественных отношений определенные обязательства для исключения возможности использования противоправных подходов в достижении общественно значимых результатов.

Между тем, существуют определенные ограничения в воздействии государства на право. Таковые обусловлены возможностями государства обеспечивать действие права в реалиях

¹Alexei Yurchak: Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation, Princeton University Press, 2015. Стр 21-45.

существующего общественного устройства и регулятивным потенциалом самого права. Является недопустимым как использование права в противоречии с его истинным назначением, так и переоценивание возможностей государства, что способно привести к идеализации существующих правовых средств и, в конечном итоге, к обесцениванию социального права. Вектором деятельности государства должно быть проведение эффективной, научно обоснованной политики в области юриспруденции, поскольку это позволит использовать доступный правовой инструментарий в интересах общества с максимальной эффективностью. В современных условиях наблюдается следующая закономерность: чем точнее право отражает объективные потребности общественного развития, тем в большей мере оно связывает государство, при этом деятельность государства не подавляется, а рационализируется в интересах общества в целом и отдельной личности в частности.

Нормальное функционирование государства в соответствии со его историческим предназначением возможно исключительно в том случае, если его деятельность будет регулироваться правом, что является непреходящим общим началом для любого правового государства. В триаде «индивид — общество — государство» отражаются основополагающие нормы и предписания права. Равнозначность указанных элементов есть условие обеспечения правовой справедливости.

Ещё И. Кант под правовым государством понимал государственную власть, целью функционирования которой является право, что в современных условиях означает, что государство может действовать свободно, лишь будучи связанным правом.

Некоторые правоведы Китая полагают, что взаимосвязи государства и права присущ особый характер, поскольку основополагающим принципом правового государства является признание верховенства права над государством, безусловное подчинение всех его организационных структур закону. Действительно, нельзя не признать, что в правовом государстве

деятельность государственных органов и должностных лиц урегулирована правом, а центром связки «государство — право» является человек.

Отсутствие правового аспекта в отношениях между государством и личностью в конечном итоге оборачивается против самой личности, затрагивая права человека и его свободу, в связи с чем в правовом государстве краеугольным камнем является не исключительно господство права само по себе, но и то, в какой степени обеспечивается прогрессивное и гармоничное развитие личности, расширение границ её свободы. В случае, если ценность права и обусловлена связью с государством, то это имеет значение лишь в той мере, в какой само государство служит интересам человека.

В условиях современного российского правового государства, где понятия «источник права» и «форма права» отождествляются, под формой права следует понимать системную внутреннюю организацию права, которая отражает идею той или иной правовой нормы для восприятия всеми участниками правовых и общественных отношений.

Бытует мнение о том, что в юридической литературе отсутствует точное определение термина источники права, поскольку часть правоведов под данным термином понимает деятельность государства по созданию правовых предписаний, а часть - результаты такой деятельности.

В теории государства и права различают юридические, материальные и идеальные источники права. Когда мы говорим об источниках права, то зачастую имеем в виду типичные.

Нормативным общеобязательным характером обладают типичные источники права, среди которых можно назвать Конституцию, федеральные конституционные законы, федеральные законы и законы субъектов РФ, международные акты, подзаконные акты и другие нормативно-правовые акты.

Судебный прецедент и правовой обычай отнесены к нетипичным источникам права, которые хотя и не закреплены в нормативно-правовых актах, однако играют немалую роль в процессе отправления правосудия в РФ.

По мнению Марченко М.Н., считающего формой права способ организации и выражения воле юридического (нормативного) содержания, под источниками права следует понимать то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание.

Байтин М.И. полагает, что источниками права являются определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества, а формой - внешнее проявление права, при помощи которого оно существует и функционирует. Форма права наделяет государственную волю доступным и общеобязательным характером, служит формой официального доведения этой воли до правоприменителей.

В формально-юридическом смысле под термином источники права понимаются специальные юридические конструкции, позволяющие воспринимать их в качестве таковых и непосредственно функционировать в роли норм, наделенных государством обязательной силой.

Такой подход позволяет определить способ формирования и закрепления правовых норм, порядок их доведения до общества и практического использования потенциальными правоприменителями, непосредственную область правового регулирования и конкретный вид общественных отношений, попадающих под их действие. Алексеев С.С., отмечая, что указанный процесс является механизмом перевода требований общественных тенденций в собственно юридические нормы¹, под источниками права понимает исходящий от государства или признанный им официально способ выражения (оформления) и закрепления нормы права как идеи о должном или

¹Алексеев С.С. Право: азбука - теория - философия. Опыт комплексного исследования. - М.: Статут, 1999. С. 250.

допустимом в объективном смысле¹, то, где содержится норма права², объективное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов³.

Таким образом, указанное позволяет сделать вывод о том, что в российской юридической литературе не существует единого понимания различными правоведами термина источники права (форма права), в связи с чем представляется затруднительным точное определение данного понятия. Между тем, нельзя не отметить, что данное понятие трансформируется с развитием общества и судебной системы.

Глава II Классификация и виды источников права

В связи с созданием правового государства классификация источников права, особенно классификация статутного права КНР и РФ развивается с каждым годом. 2017 г. является важным годом в истории государства и права в КНР и РФ. В КНР в этом году приняты Общие положения гражданского права, которые имеют статус Гражданского кодекса, а РФ заморозила участие в Европейском Суде по правам человека, и новая редакция Гражданского Кодекса РФ с изменениями вступила в силу 06 августа 2017 г. Это показывает, что классификация источников права изменяется с развитием государства и изменением направления политического курса.

В настоящее время в КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания. По историческим причинам на современную юриспруденцию КНР влияют три фактора: традиционная правовая идея Древнего Китая, теория государства и права Советского Союза, Романо-германское право. Поэтому

¹ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 76.

² Денисов С.А., Смирнов П.П. Теория государства и права: Конспект авторских лекций. - Тюмень, 2000. - С.52.

³ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. - М.:Юриспруденция, 2000. - С. 402.

статутное право считается важнейшим в классификации источников права.

Правовая доктрина играет определенную роль в процессе законодательства, но оказывает мало влияния на судебную практику. В то время как в КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания, в РФ наблюдается обратная ситуация. Исследование источников права является основой юриспруденции и имеет развитие в юридической научной литературе РФ.

В современном Китае популярно суждение, что источники права в основном относятся к формальному источнику права, который наделяется обязательной юридической силой законодательной властью государства.

Таким образом, статутное право имеет абсолютный приоритет в системе источников права КНР по историческим причинам и в силу особенностей законодательной техники. Безусловно, первоочередное применение статутного права в судебной практике станет обязательным для судей, особенно в развивающемся государстве, в котором несколько лет назад большинство юристов не имели высшего юридического образования.

Система источников права в основном относится к применениям официальных источников права. Однако независимо от того, являются ли источники официальными, в юридической литературе и решениях судей КНР неофициальные источники права, также, как прецедент, правовая доктрина и правовой обычай, также влияют на судебный процесс, хотя и не считаются официальными источниками права.

Прямым источником права является закон, принятый компетентным органом в соответствии с установленными законом процедурами и выраженный в нормативных документах, включая конституцию, законы, административные положения, правила и положения министров, местные законы и правила, нормы национальной автономии, односторонние положения и международные договоры.

В КНР виды источников права подразделяются по следующим критериям¹:

(1) По формам изложения законов источники права могут быть писаными и неписаными.

(2) По взаимосвязям между формами и регулируемым общественными отношениями источники права бывают прямыми источниками права, такими, как статутное право, административные положения и другие правила, прямо закрепленные в нормативно-правовом акте, и косвенными источниками права, такими, как правовая доктрина и т.д.

(3) По процессуальному критерию источники права являются официальным правом, которое принято государственным органом, и неофициальным источником права, который прямо не используется в судебном процессе. Официальные источники права прямо применяются судьями в судебной практике, такие, как нормативно-правовые акты, толкование Верховного народного суда и Верховной народной прокуратуры КНР и т.д.; неофициальные источники права не действуют в судебной практике, но влияют на судей и социальную правовую идею, такие, как обычаи, правовая доктрина и т.д.

(4) По иерархии в системе источников права источники права бывают основными источниками права, такие как Конституция, кодексы, и вторичными источниками права, как, к примеру, дополнительные местные административные правила.

Таким образом, в КНР статутное право считается главным источником права.

В РФ также принято считать, что главными источниками права являются нормативно-правовые акты².

В судебном процессе официальные источники права играют важнейшую роль. На судебную практику, однако, все сильнее влияют неофициальные источники права с развитием теории права и

¹ 付子堂主编：法理学高阶.高等教育出版社，2008.Стр 322-341.

² Марченко М. Н., Дерябина Е. М.// Основы права. М., 2016. С. 16.

повышением квалификации юристов. В КНР и РФ распространены неофициальными источниками права являются:

(1) Судебный прецедент, который влияет на поведение судей в процессе судебного рассмотрения. Китай не принадлежит к англосаксонской правовой семье, и в Китае не существует официального прецедентного права. Однако типичные прецеденты, выбранные, подтвержденные и обнародованные высшей судебной властью Китая, оказали определенное влияние на закон. Это составная часть права, которую образуют судебные прецеденты, в отличие от статутного права. Судебный прецедент является самым важным источником права в англо-саксонской правовой семье, и, на взгляд автора, это неофициальный источник права в системе источников права РФ. Стать источником российского права он сможет только тогда, когда идет речь о судебных актах, не столько создающих или изменяющих правоприменительную практику, сколько влияющих на содержание правовых норм в уже действующих законах.

Принято считать, что Российская Федерация близко стоит к романо-германской правовой семье, для которой характерна главенствующая роль статутного права в системе источников права.

(2) Обычай является источником права, который существует независимо от правовой культуры в любой стране. Многие нормы права происходят из обычая. Законодательный орган может формировать нормы права в соответствии с обычаем. Судебная система часто использует определенные правила из своего национального обычая. Обычай играет важную историческую роль в системе источников права.

Правовой обычай в РФ – это правила поведения, сложившиеся и широко применяемые в определенной сфере жизнедеятельности человека, прямо не предусмотренные законодательством Российской Федерации. Их применение может быть санкционировано нормативными актами как международного, так и внутригосударственного характера.

Правовой обычай является древнейшим источником права. Из правила, порожденного обычаем и оформленного юридически, получаются весьма эффективные правовые нормы.

Согласно ст. 5 ГК РФ¹, Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Так, на территории Российской Федерации действуют обычаи морского порта (ст. 3 Федерального закона от 08.11.2007 № 261-ФЗ "О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации"), семейные обычаи (ст. 58 СК РФ предусматривает, что имя ребенку дается по соглашению родителей, отчество присваивается по имени отца, если иное не предусмотрено законом или национальным обычаем) и т.д.

(3) Международные договоры являются важным источником права в современном мире. Россия является участницей более двадцати тысяч действующих международных договоров. Международные договоры образуют правовую основу межгосударственных отношений, содействуют поддержанию всеобщего мира и безопасности, развитию международного сотрудничества в соответствии с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций.

Международные договоры сильно влияют на законодательство и развитие судебной системы России, особенно заметно было данное влияние в начале 90-ых годов после распада СССР. Они помогли России быстро создать современную юридическую систему.

В системе источников права России международные договоры занимают особенное место. Законодательство Российской Федерации не может идти вразрез с положениями международных договоров,

¹ "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 23.05.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 03.06.2018)
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/585de80c7025af76bccaf43322ef6bc8f2817fd/

которые подписала Российская Федерация. Такой статус вытекает из ст. 15 Конституции РФ.

Принято считать, что для защиты прав и свобод человека, для обеспечения законных интересов государства международные договоры имеют важное значение. Поэтому в некоторых сферах международные договоры обладают большей юридической силой, чем отдельные нормы российского права. В зависимости от того, на каком уровне заключается международный договор, выделяют следующие типы договоров: межгосударственные (заключенные от имени Российской Федерации), межправительственные (от имени правительства), межведомственные (от имени федеральных органов исполнительной власти). Такое деление имеет практическое значение и предопределяет порядок внесения предложений о заключении международных договоров и принятия решений об их подписании. Президентом принимаются решения о подписании наиболее важных межгосударственных договоров.

В КНР принято считать, что международные договоры касаются двусторонних и многосторонних договоров и соглашений, заключенных нашей страной с зарубежными странами. В зависимости от формы участия, подписания, присоединения к ним и их признания, международные договоры могут также именоваться соглашениями, протоколами, уставами, пактами, и т.д. Содержание этих документов совпадает с внутренним законодательством, за исключением случаев, когда Китай заявляет о своих оговорках, и, следовательно, это также является источником права КНР.

(4) Правовая доктрина также является одним из источников древнего и современного права. Конфуцианство в феодальный период в Китае являлось источником права. С развитием государства и общества следует придавать большое значение теории права, особенно научным трудам авторитетных правоведов, и использовать ее в качестве важного источника права.

Помимо вышеназванных, источниками права КНР также признаются в актах некоторые нормы морали и традиции

справедливости. На эти источники права обращает особое внимание школа естественного права, и многие из них не только рассматривают эти факторы как источники самых важных прав, но даже рассматривают их непосредственно как юридические формы. Несмотря на то, что на историю развития Китайского права школа естественного права влияла гораздо меньше европейской юриспруденции, современное развитие Китайского права принимает во внимание многие идеи данной школы. Согласно китайской культурной традиции, нормы морали и связанные с ними понятия справедливости стали источником права Китая с древних времен.

Однако, безусловно, как в КНР, так и в РФ нормативно-правовые акты являются важнейшими источниками права.

1. Нормативно-правовые акты, законы и подзаконные акты. Их виды и особенности

Нормативно-правовые акты связаны с основой государства, они обеспечивают социальную стабильность и государственную безопасность. В современном мире без нормативно-правовых актов государство не может управлять деятельностью предприятий и поведением граждан. Государственная воля реализуется в законодательстве и правоприменительной деятельности судебной власти. С помощью системы законов, подзаконных актов и иных правовых актов государство регламентирует своё устройство, определяет границы своей власти.

В своей работе «О духе законов» Ш. Монтескье писал, что законы должны находиться «в тесном соответствии со свойствами народа» и «должны соответствовать физическим свойствам страны, ее климату, -- качествам почвы, ее положению, размерам, -- образу жизни ее народов – земледельцев, охотников или пастухов, -- степени свободы, допускаемой устройством государства, религии населения,

его склонностям, богатству, численности, торговле, нравам и обычаям...»¹

В КНР и РФ система нормативно-правовых актов значительно различается, и объясняется это различие в первую очередь тем, что КНР является унитарным государством, в котором центральное правительство управляет целым государством, а РФ - федеративное государство, в котором субъекты федерации обладают определённой юридической и политической самостоятельностью в рамках федерации.

Затрагивая вопросы нормативно-правовых актов, следует отметить их особенности. Согласно ст. 8,9 Закона о законодательстве КНР², следующие вопросы могут быть урегулированы только на уровне закона:

(а) вопросы национального суверенитета;

(б) производство, организация и полномочия Собрания народных представителей КНР и местных собраний народных представителей различных ступеней, народных правительств, народных судов и народных прокуратур всех уровней;

(в) система национальных автономных территорий, система специального административного района и массовая автономия деревень;

(г) преступления и наказания;

(д) лишение политических прав граждан, принудительные меры и наказания, ограничивающие личную свободу;

(е) установление типов налогов, установление налоговых ставок и базовой системы налогообложения для сбора и администрирования налогов;

(ж) сбор и реквизиция негосударственного имущества;

(з) гражданская базовая система;

¹ Монтескье Ш. О духе законов// История политических и правовых учений. Хрестоматия. Ч. 1/ сост. В.В]. Ячевский. Изданство Воронежского государственного университета. 2000 г. С. 403-404.

² 中华人民共和国立法法, принят

(и) основы экономической системы и базовая система финансов, таможи и внешней торговли;

(к) судебная и арбитражная система;

(л) другие вопросы, которые должны быть приняты Национальным народным конгрессом и его Постоянным комитетом.

В тех случаях, когда в ст. 8 названного Закона не предусмотрено, Собрание народных представителей КНР и его Постоянный комитет имеют право принять решение, разрешающее Государственному совету формулировать административные регламенты по некоторым из этих вопросов в соответствии с фактическими потребностями. Штрафы, лишение граждан политических прав, принудительные меры и наказания, ограничивающие личную свободу, за исключением судебной системы.

Представляется, что нормативно-правовые акты как источники права КНР выстраиваются иерархическим следующим образом:

1) Конституция КНР, принятая Собранием народных представителей КНР, и **конституционные законы**. Конституция является основополагающим законом, разработанным Собранием народных представителей в соответствии со специальными процедурами. Конституция является основным принципом, отражающим волю и интересы правящего класса, определяет государственную и социальную систему и имеет наивысшую юридическую силу. Его основная функция - ограничить и сбалансировать государственную власть, защитить гражданские права. Конституция является основным законом нашей страны, имеет высокий правовой статус и юридическую силу в нашей правовой системе. Это важнейший источник права в иерархии источников права нашей страны. Конституция состоит из двух основных частей. Одна - «Конституция Китайской Народной Республики». Вторая – другие вспомогательные конституционные документы, включающие Органические законы главных государственных органов, Избирательный закон, Закон Китайской Народной Республики об этнической региональной автономии, Основной закон Специального

административного района, Закон о гражданстве, Закон о флагах, Закон о эмблеме, Закон о защите гражданских прав и другие конституционно-правовые документы.

В течение 30 лет, с 1949 г., когда была установлена Китайская Народная Республика, и до 1978 г., когда была реформа Дэн Сяопина, в стране была временная конституция «Общей программы Китайской народной политической консультативной конференции» (1949-1953 гг.)¹ и три Конституции (1954 г., 1975 г. и 1978 г.).

В 1982 г. была принята действующая Конституция Китайской Народной Республики, а также некоторые законы, на содержание которых сильное влияние оказала идеология коммунизма. История данных 30 лет Китая похожа на историю СССР: партия играла решающую роль в государстве, политика стояла выше права. Юриспруденция следовала и являлась исследованием Марксизма; мало кто обращал внимания на традиционную правовую теорию Древнего Китая.

Национальная юриспруденция современной Китайской Народной Республики появилась очень поздно, после реформы в 1978 г. Данная реформа, которую провел Дэн Сяопин, сильно изменила Китай, особенно в идеологической и экономической сферах. Многие юристы считают, что после неё началась новая эпоха юриспруденции. В последние 30 лет после реформы в 1978 г. в Китае 4 раза вносились изменения в Конституцию. В ней были закреплены основные принципы современной юриспруденции, такие как правовое государство (1999 г.) и права человека (2004 г.).

В Китае Конституция как источник современного права в основном относится к существующей Конституции, которая была разработана в 1982 году и пересматривалась в 1988, 1993 и 1999 годах. Конституция имеет наивысший правовой статус в правовой системе Китая, что в основном отражается в конституционном толковании и надзоре:

¹ 中国人民政治协商会议共同纲领, принята 29 сентября 1949 г. Народным политическим консультативным советом КНР, действовала в силу 1949-1953 гг.

(а) Конституция предусматривает, что ответственность за толкование и контроль за исполнением Конституции несёт Постоянный комитет Собрания народных представителей. В КНР не существует Конституционного суда, ответственность за соблюдение Конституции возложена на Постоянный комитет Собрания народных представителей.

(б) Собрание народных представителей КНР имеет право изменять или отменять несоответствующие Конституции решения Постоянного комитета Собрания народных представителей.

(в) Постоянный комитет Собрания народных представителей КНР имеет право контролировать работу Государственного совета КНР, Центральной военной комиссии, Верховного народного суда и Верховной народной прокуратуры, а также отменять административные положения, решения и распоряжения, сформулированные Государственным советом, которые противоречат Конституции и законам и вызывают права провинций, автономных районов и муниципалитетов непосредственно в Центральном правительстве. Местные законы, постановления и резолюции, сформулированные НКП и его постоянными комитетами, которые противоречат Конституции, законам и административным нормам.

В поправках к Конституции 1999 года содержится положение, относимое китайскими правоведами к изменениям Конституции «системного» характера. Самым важным дополнением является ст. 5, в соответствии с которой в КНР закрепляется принцип правового, социалистического государства, управляемого на основании закона (建设社会主义法治国家). Остальные поправки имели в основном идеологическое либо экономическое содержание. В частности, были внесены изменения в общие положения, касающиеся экономической системы, коллективных сельских индивидуальных хозяйств, а также переработано положение Конституции, касающееся поддержания социалистического порядка и государственной безопасности.

Последний раз изменения были внесены в 2004 г., в котором неприкосновенность частной собственности была прописана в Конституции. Хотя этот процесс происходил позже, чем в европейских странах, но, тем не менее, в Китае создается вера в право.

Действующая Конституция КНР состоит из 138 статей, разделенных на 4 главы, включающие в себя основные принципы Конституции, права и обязанности граждан, систему государственных органов, положения о государственном флаге, эмблемах и столице. В качестве общих руководящих принципов Конституции КНР можно назвать следующие четыре принципа, которые заключаются в том, чтобы:

- (а) придерживаться социалистического пути;
- (б) поддерживать демократическую диктатуру народа¹;
- (в) придерживаться руководства Коммунистической партии Китая;
- (г) поддерживать марксизм-ленинизм и идеи Мао Цзэдуна.

Конституция КНР провозглашает, что основной задачей страны является стремление к социалистической модернизации. Согласно ст. 1 Конституции КНР: *Китайская Народная Республика является социалистическим государством демократической диктатуры народа, руководимым рабочим классом и основанным на союзе рабочих и крестьян. Социалистический строй является основным строем Китайской Народной Республики. Запрещается любым организациям или частным лицам подрывать социалистический строй.*

Государственная власть принадлежит народу в соответствии со ст. 2 Конституции КНР. Органы государственной власти представлены Собранием народных представителей КНР и местными собраниями народных представителей различных уровней.

Принцип демократического централизма² считается основным принципом в системе государственных органов. Члены Собрания

¹ Ст. 1 Конституция КНР, 人民民主专政, People's democratic dictatorship

² 民主集中制, ст. 3 действующая Конституция КНР.

народных представителей КНР и местных собраний народных представителей различных уровней избираются путем непрямых выборов и ответственны перед народом, подотчетны народу.

В ст. 4 Конституции КНР говорится о системе автономных территорий, где проживают национальные меньшинства. Как и РФ, КНР является многонациональной страной. Согласно ст. 4 Конституции КНР все национальности равноправны. Государство гарантирует законные права и интересы национальных меньшинств, поддерживает и развивает принципы равенства, солидарности и взаимопомощи всех этнических групп. Дискриминация, притеснение любой этнической группы, действия, которые подрывают национальное единство и создают этнический раскол, запрещены.

В районах компактного проживания национальных меньшинств создается национальная автономия. Создаются органы самоуправления, осуществляются автономные права. Районы национальной автономии являются неотъемлемой частью Китайской Народной Республики. Все нации КНР имеют право использовать и развивать свои собственные языки и письменности, поддерживать или реформировать свои собственные обычаи.

Согласно ст. 5 Конституция КНР реализует принцип управления страной в соответствии с законом и строит *Правовое государство*, в котором закон имеет высший статус в общественной и политической жизни. Государство обеспечивает единство и соблюдение социалистической правовой системы.

Согласно ст. ст. 7-10 Конституции КНР государственная собственность занимает главное место в экономической сфере. На территории КНР природные ресурсы, такие как минеральные ресурсы, водные ресурсы, леса, горы, луга, пустыни и целинные земли, принадлежат государству и всем народам этого государства. Государство гарантирует рациональное использование природных ресурсов и защищает ценные виды животных и растений. Любая организация или физическое лицо не в праве посягать или уничтожать природные ресурсы любыми способами. Земля города

принадлежит государству. Земля в сельских районах и пригородах городов относится к коллективной собственности, за исключением земли, принадлежащей государству в соответствии с законом. Усадьбы и частные участки также находятся в коллективном владении. Однако согласно ст. 15 Конституции КНР государство переходит на социалистическую рыночную экономику.

До сих пор китайские юристы считают, что право, в особенности публичное право, рассматривается в тесной связи с властными полномочиями. Принято считать, что законодательная техника Конституция КНР является особенностью политики. Такой взгляд связан с традиционной юриспруденцией Китая, в котором феодальный строй сохранялся на протяжении более чем 2000 лет. Китайская юриспруденция развивается во взаимосвязи с политическим режимом и экономикой, и избирает путь развития, соответствующий национальной традиции.

В Конституции закреплены принципы управления государством. Конституционные законы дополняют основную систему управления государством. Они приведены в таблице ниже:

Таблица 1¹

Название	Дата принятия	Изменения
Конституция КНР	4 декабря 1982 г.	1988 г., 1993 г., 1999 г., 2004 г.
Закон о выборах Собрания народных представителей и местных собраний народных представителей различных уровней КНР	4 июля 1979 г.	1982 г., 1986 г., 1995 г., 2004 г., 2010 г.
Закон об организации местных собраний народных представителей различных уровней и местных правительств КНР	4 июля 1979 г.	1982 г., 1986 г., 1995 г., 2004 г., 2010 г.

¹ Законы публикуются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

Закон об организации народных судов КНР	5 июля 1979 г.	1983 г., 1986 г., 2006 г.
Закон об организации народных прокуратур КНР	5 июля 1979 г.	1983 г.
Закон о гражданстве КНР	10 сентября 1980 г.	
Закон об организации Государственного совета КНР	10 декабря 1982 г.	
Закон об организации Собрания народных представителей КНР	10 декабря 1982 г.	
Положение о прямых выборах Собрания народных представителей ниже уровня округа КНР (правовой документ)	5 марта 1983 г.	
Закон о национальной региональной автономии КНР	31 мая 1984 г.	2001 г.
Решение о создании морских судов в приморских городах КНР (правовой документ)	14 ноября 1984 г.	
Решение о дипломатических привилегиях и иммунитетах КНР	5 сентября 1986 г.	
Закон о собраниях, уличных шествиях и демонстрациях КНР	31 октября 1989 г.	2009 г.
Закон об организации домовых жилищных комитетов в городах КНР	26 декабря 1989 г.	
Основной закон Особого административного района Гонконга КНР	4 апреля 1990 г.	
Закон о государственном флаге КНР	28 июня 1990 г.	2009 г.
Решение о консульских привилегиях и иммунитетах КНР (правовой документ)	30 октября 1990 г.	
Закон о процессе заключения международного договора КНР	28 декабря 1990 г.	
Закон об эмблеме КНР	2 марта 1991 г.	2009 г.

Закон о морской территории и прилежащей зоне КНР	25 февраля 1992 г.	
Закон о представителях Собрания народных представителей и местных собраний народных представителей различных уровней КНР	3 апреля 1992 г.	2010 г.
Основной закон Особого административного района Макао КНР	31 марта 1993 г.	
Закон о государственных компенсациях КНР	12 мая 1994 г.	2010 г., 2012 г.
Закон о прокурорах КНР	28 февраля 1995 г.	2001 г., 2017 г.
Закон о судьях КНР	28 февраля 1995 г.	2001 г., 2017 г.
Закон о чрезвычайном положении КНР	1 марта 1996 г.	
Закон о размещении армии в Особом административном районе Гонконга	30 декабря 1996 г.	
Закон об исключительной экономической зоне и континентальном шельфе КНР	26 июня 1998 г.	
Закон об организации комитетов сельского населения КНР	4 ноября 1998 г.	2010 г.
Закон о размещении армии в Особом административном районе Макао	28 июня 1999 г.	
Закон о законодательстве КНР	15 марта 2000 г.	2015 г.
Закон о борьбе с сепаратизмом государства	14 марта 2005 г.	
Закон КНР об освобождении от принудительных мер в отношении иностранного центрального банка	25 октября 2005 г.	
Закон о контроле Собрания местных народных представителей различных уровней КНР	27 августа 2006 г.	
Закон о безопасности государства КНР	1 июля 2015 г.	
Закон о государственном гимне КНР	1 сентября 2017 г.	

Таким образом, Конституция и конституционные законы регулируют основные стороны общественной жизни и системы управления государством. Они закрепляют в КНР систему выборов (включая прямые и непрямые выборы) и экономики (свободный рынок, при этом основные ресурсы принадлежат государству).

2) **Закон**, принимается Собранием народных представителей КНР и его Постоянными комитетами. Юридическая сила обычного закона ниже только Конституции. Законы подразделяются на две категории: *основное право и общее право* (неосновное право, специальное право). Основное право - это обобщающий термин, включающий в себя нормативно-правовые документы, принятые Собранием народных представителей КНР, регулирующие универсальные общественные отношения, такие как отношения в сфере уголовного права, гражданского, процессуального, отношения в системе государственных органов. Общее право - это нормативные документы, принятые Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР, для внесения изменений в конкретные социальные отношений или в их отдельные аспекты. Сфера охвата общего права меньше, чем основного, содержание нормативно-правовых актов более конкретно. К примеру, Закон о товарных знаках и Закон о защите культурных реликвий. Законы КНР разделяются на основные и общие.

В соответствии со ст. 7 Закона о законодательстве КНР¹ Собрание народных представителей КНР и его Постоянные комитеты осуществляют полномочия государственного законодателя. Собрание народных представителей имеет право формулировать и вносить поправки в уголовные, гражданские, и другие основные законы. Постоянный комитет Собрания народных представителей КНР имеет право формулировать и вносить поправки в иные законы, помимо законов, принятых Собранием народных представителей КНР. В период, когда Собрание народных представителей КНР не

¹ 中华人民共和国立法法, принят 15 марта 2015 г. Собранием народных представителей КНР, с изменениями.

заседает, Постоянный комитет Собрания народных представителей КНР имеет право дополнять и исправлять законы, принятые Собранием народных представителей КНР, не изменяя при этом основные принципы права.

Основное право включает в себя Гражданские законы, Уголовный кодекс КНР, Процессуальный гражданский и уголовный кодекс, Закон о судебной организации и т.д.

Гражданский закон является основой гражданского общества и важным источником права в каждой стране. В КНР нет Гражданского кодекса. Система гражданского права состоит из Общих положений Гражданского права¹ и Основных положений Гражданского права² () КНР, Наследственного закона КНР³, Народного банкового права КНР⁴ и т.д..

Соотношение Общих положений Гражданского права и Основных положений Гражданского права КНР выражается в том, что Общие положения гражданского права КНР являются первой частью будущего Гражданского кодекса КНР. По поводу того, чтобы беречь законодательный ресурс, в новых Общих положениях гражданского права не охватывается все содержание бывших Основных положений гражданского права. В силу того, после вступления в силу Общих принципов гражданского права бывшие Основные положения гражданского права не сразу потеряют силу, а будут отменены после того, как будет завершена классификация нового Гражданского кодекса. Это означает, что с 1 октября 2017 г. в КНР временно действуют два гражданского закона. До отмены Основных положений гражданского права в случае коллизии между двумя гражданскими законами действуют новые Общие положения гражданского права.

¹ 中华人民共和国民法通则, принят 27 августа 2009 г. Собранием народных представителей КНР, с изменениями.

² 中华人民共和国民法总则, принят 15 марта 2017 г. Собранием народных представителей КНР, 1 октября 2017 г. действует в силу.

³ 中华人民共和国继承法, принят 10 апреля 1985 г. Собранием народных представителей КНР.

⁴ 中华人民共和国银行法, принят 27 декабря 2003 г. Постепенным комитетом Собрания народных представителей КНР.

После создания КНР в 1949 г. четыре раза начиналась подготовка кодификации гражданского кодекса: в 1954 г., 1962 г., 1979 г. и 2001 г. Первая и вторая редакции были отменены по различным причинам. Третья была отменена в 1979 г., как только вступил в новый период реформ, по поводу отсутствия общественной правовой идеи Гражданского кодекса недоступна, чтобы побыстрее формулировали стандарт в общественной и экономической жизни, классификация гражданского кодекса была прекращена, вместо этого были приняты Наследственный закон 1985 г., Общие правила гражданского права 1986 г., Закон о поручительстве¹ 1995 г. и Закон о договорах² 1999 г.. Из названных нормативно-правовых актов и состоит временно действующая система гражданского права КНР³. В 2001 г. на Девятом съезде Постоянного комитета Собрания народных представителей КНР была организована разработка «Гражданского кодекса Китайской Народной Республики (проект)». Однако проект не был принят, и, по-прежнему, применяются отдельные законы для регулирования гражданских правоотношений. На 10-ом Собрании народных представителей КНР в 2003 г. были сформулированы Закон о вещном праве,⁴ вступивший в силу в 2007 г., Закон о деликтной ответственности,⁵ вступивший в силу в 2009 г. и Закон о применениях иностранных гражданских отношений,⁶ вступивший в силу в 2010 г..

Таким образом, до сих пор в КНР пока не существует Гражданского кодекса. При этом, принцип единства гражданского и торгового права, создание Торгового кодекса как в США вовсе не представляется возможным по поводу отсутствия торговой традиции.

Главными источниками правового регулирования гражданских правоотношений КНР являются Общие положения Гражданского

¹ 中华人民共和国担保法, принят 30 июня 1995 г. Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР.

² 中华人民共和国合同法, принят 15 марта 1999 г. Собранием народных представителей КНР.

³ 转型中的司法改革与改革中的司法转型: 胡云腾; 袁春湘; 法律科学(西北政法大学学报),2009-03.

⁴ 中华人民共和国物权法, принят 16 марта 2007 г. Собранием народных представителей КНР.

⁵ 中华人民共和国侵权责任法, принят 26 декабря 2009 г. Собранием народных представителей КНР.

⁶ Law of Law Application of Foreign Civil Relations, 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法, принят 28 октября 2010 г. Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР.

права и Основные положения Гражданского права КНР; Наследственный закон КНР; Народное банковское право КНР, Закон о коммерческих банках¹; Закон о поручительстве; Закон о договорах; Закон о вещном праве; Закон о деликтной ответственности и др.

Источники гражданского права КНР:

Таблица 2²

Название	Дата принятия	Изменения
Закон о браке КНР	1 мая 1950 г.	Отмен 1 января 1981 г.
Закон о совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом КНР	8 июля 1979 г.	1990 г., 2001 г., 2016 г., 2017 г.
Закон о браке КНР	10 сентября 1980 г.	Вместо старого Закона о браке
Закон о товарных знаках КНР	23 августа 1982 г.	1993 г., 2001 г., 2013 г.
Закон о патентах КНР	12 марта 1984 г.	1992 г., 2000 г., 2008 г.
Закон о наследовании КНР	10 апреля 1985 г.	
Основные положения гражданского права КНР	12 апреля 1986 г.	2009 г.
Закон о предприятиях с иностранным капиталом КНР	12 апреля 1986 г.	2000 г., 2016 г.
Закон о промышленных предприятиях общенародной собственности КНР	13 апреля 1988 г.	2009 г.
Закон о предприятиях китайского и иностранного производственного сотрудничества КНР	13 апреля 1988 г.	2000 г., 2016 г.
Закон об авторском праве КНР	7 сентября 1990 г.	2001 г., 2010 г.

¹中华人民共和国商业银行法, принят 10 сентября 1995 г. Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР.

² Законы публикуются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

Закон об адаптации КНР	29 декабря 1991 г.	1998 г.
Закон о морской торговле КНР	7 ноября 1992 г.	
Закон о борьбе с нечестной конкуренцией КНР	2 сентября 1993 г.	2017 г.
Закон о защите прав и интересов потребителей КНР	31 октября 1993 г.	2009 г., 2013 г.
Закон корпоративный КНР	29 декабря 1993 г.	1999 г., 2004 г., 2005 г., 2013 г.
Закон о коммерческих банках КНР	10 мая 1995 г.	2003 г., 2015 г.
Закон о векселях КНР	10 мая 1995 г.	2004 г.
Закон о страховании КНР	30 июня 1995 г.	2002 г., 2009 г., 2014 г., 2015 г.,
Закон об аукционах КНР	5 июля 1996 г.	2004 г., 2015 г.
Закон о предприятиях товариществ КНР	23 февраля 1997 г.	2006 г.
Закон о ценных бумагах КНР	29 декабря 1998 г.	2004 г., 2005 г., 2013 г., 2014 г.
Закон о договорах КНР	15 марта 1999 г.	Вместо Закона об экономических договорах 1981 г., Закона об экономических договорах с иностранными партнерами 1985 г. и Закона о технологических договорах 1987 г.
Закон об индивидуальных предприятиях на личном капитале КНР	30 августа 1999 г.	
Закон о торгах и тендерах КНР	30 августа 1999 г.	

Закон о посредничестве КНР	28 апреля 2001 г.	
Закон о подрядах на землю в сельской местности КНР	29 августа 2002 г.	
Закон об инвестиционном фонде ценных бумаг КНР	28 октября 2003 г.	2012 г.
Закон об электронной подписи КНР	28 августа 2004 г.	2015 г.
Закон о банкротстве предприятий КНР	27 августа 2006 г.	
Закон о вещном праве КНР	16 марта 2007 г.	
Основные положения гражданского права КНР	15 марта 2017 г.	Первая глава будущего Гражданского кодекса

При отсутствии Гражданского кодекса система гражданского права обычно считается сложной и неупорядоченной. Таблица ясно показывает, что классификацией гражданского права КНР требуется развитие общества. Почти все гражданские законы Китая принимались после реформы при Дэн Сяопине в 1978 г. Особенно начиная с 80-ых годов вместе с экономической реформой было принято много важных законов в отрасли коммерческого права. Законодательный пик пришелся на 90-е годы XX века, когда в КНР было разрешено вводить иностранный капитал, судебная практика требовалась высшей технологией гражданского права.

Для управления государством важное значение имеет Уголовный кодекс. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики был принят Пятым Собранием народных представителей КНР 1 июля 1979 г. Был опубликован 6 июля 1979 г. по приказу № 5 Председателя Постоянного комитета Собрания народных представителей КНР, и вступил в силу 1 марта 1980 г.

В 1980-2017 гг. в Уголовный кодекс было внесено десять изменений, последний раз - 4 ноября 2017 г. Китайские юристы часто

отмечают, что действующий Уголовный кодекс похож на уголовное право Советского Союза¹. В целях наказания преступлений и защиты людей Уголовный кодекс был введен в соответствии с Конституцией, с учетом практического опыта и складывающихся условий в борьбе с преступностью.

Согласно ст. 2 действующего Уголовного кодекса КНР задача Уголовного закона Китайской Народной Республики состоит в том, чтобы бороться со всеми преступными деяниями путем применения санкций в целях защиты национальной безопасности, защиты народной демократической диктатуры и социалистической системы, защиты государственной собственности и коллективной собственности, принадлежащей трудящимся массам, защиты частной собственности, принадлежащей гражданам, защиты личных прав граждан, их демократических прав, поддержки общественного порядка, экономической стабильности и прогресса социалистического строительства.

Систему уголовного права КНР можно представить таблицей:

Таблица 3²

Название	Дата принятия	Изменения
Уголовный кодекс КНР	6 июля 1979 г.	1997 г., 1999 г., 2001 г., 2002 г., 2005 г., 2006 г., 2009 г., 2011 г., 2015 г., 2017г.
Решение Постоянного комитета Собрания народных представителей КНР о наказании валютных мошенников, уклонение от иностранной валюты и незаконной торговли иностранной валютой	29 декабря 1998 г.	

¹ 法治迈向方法的时代——2010年度中国法律方法论研究学术报告;焦宝乾,陈金钊;山东大学学报(哲学社会科学版),2011-02.

² Законы публикуются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

По поводу раннего создания кодекса в отрасли уголовного права система является ясной. Однако с 1979 г. по 2017 г. Уголовный кодекс был изменен 10 раз, и хотя текст Уголовного кодекса, принятого в 1979 г. не отменен, фактически уже действует новый кодекс. Исправления кодекса обусловлены изменениями общества.

Помимо вышеназванных отраслей права, в КНР важными отраслями права являются процессуальное право, социальное право и экономическое право¹.

Система процессуального права:

Таблица 4²

Название	Дата принятия	Изменения
Уголовно-процессуальный кодекс КНР	7 июля 1979 г.	1996 г., 2012 г.
Решение об осуществлении уголовной юрисдикции в отношении преступлений, указанных в международных договорах, заключенных КНР (правовой документ)	23 июня 1987 г.	
Административно-процессуальный кодекс КНР	4 апреля 1989 г.	2014 г., 2017 г.
Гражданско-процессуальный кодекс КНР	9 апреля 1991 г.	2007 г., 2012., 2017 г.
Закон об арбитраже КНР	31 августа 1994 г.	2017 г.
Специальный процессуальный закон о морском судопроизводстве КНР	25 декабря 1999 г.	
Закон об экстрадиции КНР	28 декабря 2000 г.	

Отрасль социального права характеризуется тем, что регулируют общественные отношения, такие как экономическое планирование,

¹ 付子堂主编:《法理学高阶》.高等教育出版社, 2008. Стр. 214-236.

² Законы публикуются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

охрана окружающей среды, занятость, социальное обеспечение и т.д.¹. Это самостоятельная отрасль права, которая тесно связана с отраслями частного и публичного права.

Система социального права:

Таблица 5²

Название	Дата принятия	Изменения
Закон о гарантиях для инвалидов КНР	28 декабря 1990 г.	2008 г.
Закон об защите несовершеннолетних КНР	4 сентября 1991 г.	2006 г., 2012 г.
Закон об охране прав и интересов женщин КНР	3 апреля 1992 г.	2005 г.
Закон о профсоюзах КНР	3 апреля 1992 г.	2001 г.
Закон о безопасности в шахтах КНР	7 ноября 1992 г.	
Закон о Красном кресте КНР	31 октября 1993 г.	2017 г.
Трудовой закон КНР	5 июля 1994 г.	2009 г.
Закон о гарантиях прав и интересов престарелых КНР	29 августа 1996 г.	2012 г., 2015 г.
Закон о пожертвованиях на благотворительные цели КНР	28 июня 1999 г.	
Закон о предупреждении правонарушений среди несовершеннолетних КНР	28 июня 1999 г.	2012 г.
Закон о профилактике и лечении профессиональных заболеваний КНР	27 октября 2001 г.	2011 г., 2016 г., 2017 г.
Закон о безопасности на производстве КНР	29 июня 2002 г.	2009 г.
Закон о трудовом контракте КНР	29 июня 2007 г.	2012 г.
Закон о содействии занятости КНР	30 августа 2007 г.	2015 г.
Закон о посредничестве в трудовых спорах и арбитраже КНР	29 декабря 2007 г.	

¹ 付子堂主编:《法理学高阶》.高等教育出版社, 2008. Стр. 227.

² Законы публикуются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

Закон о борьбе с домашним насилием КНР	27 декабря 2015 г.	
Закон о публичной библиотеке КНР	4 ноября 2017 г.	

Широко известно, что в КНР действует принцип единства гражданского и коммерческого права. При этом существуют различные мнения в отношении выделения экономического права в отдельную отрасль. Некоторые китайские юристы даже считают, что отрасли экономического права не существует, что она является частью административного права. Исходя из взгляда, сформулированного в учебнике *Юриспруденция*¹, экономическое право является отраслью права, которая регулирует отношения в процессе общественного производства, в котором участвуют все субъекты экономического отношения.

Экономическое права КНР определяется как:

- (1) общий термин для экономических законов и правил;
- (2) регулятор корректировки экономических отношений;
- (3) корректировщик ряда экономических отношений.

Система экономического права, состоит из следующих актов:

Таблица 6²

Название	Дата принятия	Изменения
Закон о личном подоходном налоге КНР	10 сентября 1980 г.	1993 г., 1999 г., 2005 г., 2007., 2011 г.
Закон о безопасности морского сообщения КНР	2 сентября 1983 г.	2016 г.
Закон о статистике КНР	8 декабря 1983 г.	1996 г., 2009 г.
Закон о лесе КНР	20 сентября 1984 г.	1998 г., 2009 г.

¹付子堂主编:《法理学高阶》.高等教育出版社, 2008. Стр. 214-236.

² Законы собираются на сайте правительства КНР www.npc.gov.cn

Закон о счетоводстве КНР	21 января 1985 г.	1993 г., 1999 г., 2017 г.
Закон о травянистой степени КНР	18 июня 1985 г.	2002 г., 2009 г., 2013 г.
Закон о метрологии КНР	6 сентября 1985 г.	2009 г., 2013 г., 2015 г.
Закон о рыболовстве КНР	20 января 1986 г.	2000 г., 2004 г., 2009 г., 2013 г.
Закон об ископаемых ресурсах КНР	19 марта 1986 г.	1996 г.
Закон об управлении землей КНР	25 июня 1986 г.	1988 г., 1998 г., 2004 г.
Закон о почтовой службе КНР	2 декабря 1986 г.	2009 г., 2012 г., 2015 г.
Закон о воде КНР	21 января 1988 г.	2002 г., 2016 г.
Закон о стандартизированном методе КНР	29 декабря 1988 г.	2017 г.
Закон о контроле за импортируемыми и экспортируемыми товарами КНР	21 февраля 1989 г.	2002 г., 2013 г.
Закон о железных дорогах КНР	7 сентября 1990 г.	2009 г., 2015 г.
Закон о водоохране и защите почвы КНР	29 июня 1991 г.	2010 г.
Закон о монополии на производство табачных изделий КНР	29 июня 1991 г.	2009 г., 2013 г., 2015 г.
Закон о регулировании налогообложения КНР	4 сентября 1992 г.	1995 г., 2001 г., 2013 г., 2015 г.
Закон о качестве продукции КНР	22 февраля 1993 г.	2000 г.
Закон об агрономии КНР	2 июля 1993 г.	2002 г., 2009 г., 2012 г.
Закон о зарегистрированном бухгалтере КНР	31 октября 1993 г.	
Решение о временных правилах налогообложения, применимых к	29 декабря 1993 г.	

предприятиям с иностранным капиталом и иностранным предприятиям, в отношении налогов на добавленную стоимость, налогов на потребление, бизнес-налогов КНР		
Закон о защите тайваньского капитала КНР	5 марта 1994 г.	2016 г.
Закон о бюджете КНР	22 марта 1994 г.	2014 г.
Закон о внешней торговле КНР	12 мая 1994 г.	2004 г., 2016 г.
Закон об аудите КНР	31 августа 1994 г.	2006 г.
Закон о рекламе КНР	27 октября 1994 г.	2015 г.
Закон о народном банке КНР	18 марта 1995 г.	2003 г.
Закон о гражданской авиации КНР	30 октября 1995 г.	2015 г., 2016 г., 2017 г.
Закон об электроэнергетике КНР	28 декабря 1995 г.	2009 г., 2015 г.
Угольный закон КНР	29 августа 1996 г.	2009 г., 2011 г., 2013 г., 2016 г.
Закон об автодорогах КНР	3 июля 1997 г.	1999 г., 2004 г., 2016 г., 2017 г.
Закон об экономном использовании природных ресурсов КНР	1 ноября 1997 г.	2007 г., 2016 г.
Закон о правительственных закупках КНР	29 июня 2002 г.	2014 г.
Закон о содействии средним и малым предприятиям КНР	29 июня 2002 г.	2017 г.
Закон о регенеративных энергоносителях КНР	28 февраля 2005 г.	2009 г.
Закон о борьбе с отмыванием незаконно полученных денег КНР	31 октября 2006 г.	
Закон о налоге на доход предприятия КНР	16 марта 2007 г.	2017 г.
Антимонополистический закон КНР	30 августа 2007 г.	

Многие законы из приведенного списка являются нетипичными для современной системы источников права, как к примеру, Закон об экономном использовании природных ресурсов, Закон о правительственных закупках, Закон о борьбе с отмыванием незаконно полученных денег и т.д

Разделение на отрасли права и система источников права КНР указывают на то, что:

во-первых, законодательство пассивно реагирует на потребности общества. Законодательный пик пришелся на 90-ые годы прошлого века, когда в КНР проходила социальная реформа. Изменения общества сильно влияли на законодательство. До этого времени создание правового государства шло очень медленно. В наше время новые законы появляются гораздо реже, чем 20 лет назад.

Во-вторых, сложившаяся практика принятия законодательных изменений обусловлена не только законодательной техникой, но и развитием судебной практики. Законы, мало используемые в судебной практике обычно также мало подлежат изменениям. Без применения трудно заметить в тексте законов пробелы регулирования. Как следствие, Уголовный кодекс КНР претерпел много изменений. Он считается важным источником права для развития государства и часто применяется в судебной практике.

3) **Административные законы** принятые Государственным советом КНР. Административные законы и правила являются общим требованиями для Государственного совета, высшего административного органа при Государственном совете, в отношении осуществления закона и исполнения административных полномочий в соответствии с Конституцией и законами и нормативными документами, сформулированными в соответствии с особым разрешением Народного Политического Консультативного совета КНР. Их правовой статус и юридическая сила уступают только конституции и законам, однако они стоят в иерархии источников права выше местных законов и нормативных документов.

Административные законы регулируют только административные отношения. Их подразделяют на общие административные законы, содержащие основные принципы, руководящие принципы и политика государственного управления, статус, полномочия государственных органов и их уполномоченных лиц, назначение, увольнение, вознаграждение и ответственность сотрудников государственных органов, а также реформирующие соответствующие административные системы и повышающие эффективность работы административных органов; и особенные административные законы, к примеру, в сфере образования, здравоохранения, статистики, почты, финансов, таможни, персонала, земли, транспорта и т.д. ¹

В КНР Административного кодекса не существует. Главными законами являются: Закон об административном наказании КНР, Закон о народной полиции КНР, Закон о тюрьме КНР, Закон об адвокате КНР, Закон об обязательном образовании КНР и др.

4) **Местные правовые акты**, принятые Местным советом и его постоянными комитетами. Местные законы и нормативные акты – это нормативные документы, созданные местными народными конгрессами и их постоянными комитетами, а также местной законодательной властью в соответствии с законом о потребностях местных дел и реализации законов и административных норм в соответствии с фактическими условиями в регионе.

Конгрессы местных жителей и их постоянные комитеты, которые имеют право формулировать местные законы и постановления, включают в себя НКП и его постоянные комитеты провинций, автономных районов и муниципалитетов непосредственно под центральным правительством, ВСНП и его постоянных комитетов крупных городов. Крупный город означает город, в котором расположено народное правительство провинции или автономного района, или город, в котором находится особая

¹付子堂主编:《法理学高阶》.高等教育出版社, 2008. Стр. 221.

экономическая зона, и более крупный город, утвержденный Государственным советом. Местные законы и правила действуют только в пределах юрисдикции.

Для решения местных проблем в провинциях, в столицах провинций и в особенных городах¹, существуют свои местные акты, распространяющиеся только на эти территории.

На данный момент в Китае 4 Города центрального подчинения: Пекин, Шанхай (с 1949 г.), Тяньцзинь (с 1949г.) , Чунцин (с 1997 г.).

В 1982 г. Всекитайское собрание народных представителей приняло документ о создании 18 Особенных городов: Цзилинь, Далянь, Датун, Уси, Баотоу, Нинбо, Сучжоу, Циндао и т.д. Согласно этому документу особенные города имеют часть законодательства из верховного законодательства, и, помимо этого, могут принимать местные административные акты.

Кроме городов центрального подчинения и особенных городов, в Китае есть несколько Автономных Районов, к примеру, Нинся-Хуэйский автономный Район, Тибетский автономный район, Внутренний Монгольский автономный район, Синьцзян-Уйгурский автономный район. У автономных районов политический статус схож со статусом провинции, однако предоставляет больше автономии в сфере политики, культуры и экономики.

У трех Специальных административных районах наибольшая автономия: Гонконг, Аомэнь, Тайвань. В Тайване пока не действует китайское право.

У Специального административного района своя конституция, которая называется Маленькой конституцией. Однако Китайская конституция обладает наивысшим статусом.

В принципе местные правовые нормы действуют только на территории Местного совета, которым приняты эти нормы. Но при коллизии сила норм зависит от статуса административного совета.

¹ 直辖市, по -английски Direct-controlled municipality

5) **Акты министерств**, принимаемые комитетами Госсовета КНР. Министерства и комиссии Государственный совет, Государственный банк Китая, Ревизионные комиссии и правительства провинции, автономного района имеют права устанавливать нормативные документы как административное права, но отличие от административного права, что данные акты действуют только в территории своей административной силы, и решают конкретные административные вопросы, которые в Административном Законе КНР не определяются. В принципе акты министерств действуют по определенному сроку.

(6) **Законы и административные положения автономных территорий**. Согласно положениям Конституции и Закона о региональной национальной автономии, народные съезды этнических автономных районов имеют право формулировать правила и отдельные положения в соответствии с политическими, экономическими и культурными особенностями местных этнических групп. Его область применения - этнические автономные области.

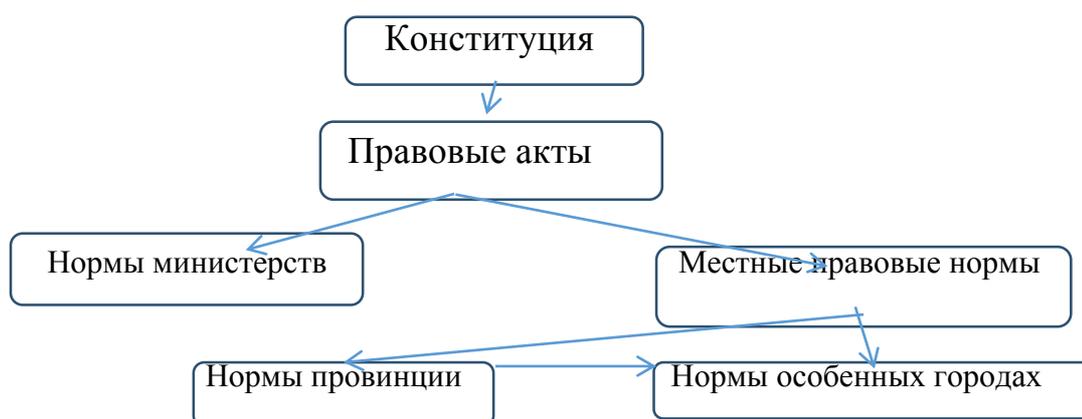
(7) **Экономические законы специального административного района** (Гонконг, Макао). Конституция предусматривает, что «государство может при необходимости создать специальный административный район». Специальный административный район обладает административной и законодательной властью и независимой судебной властью в соответствии с положениями Конституции и законов. Отношения между специальными экономическими зонами и Центральным правительством - это отношения между центральным правительством и центральным правительством.

Однако особый административный район пользуется высокой степенью автономии, которой не обладают обычные районы. В том числе он наделен законодательной властью в соответствии с Основным законом Специального административного района Гонконг, установленным НКП. Формы различных видов права в специальных административных районах являются частью

китайского закона и являются особой формой нашего закона. Закон, принятый Законодательным советом специального административного района, также является источником права.

Таким образом, схематично силу источников права КНР можно изобразить так:

Таблица 7



Аналогично КНР статутное право является важнейшим источником права в РФ.

Согласно взглядам российского юриста А.Д. Грановского, в конце XIX – начале XX века в России закон определяется как «общее правило, устанавливаемое Верховной Властью»¹, закрепляющее некоторые однородные отношения и помогающее решениям судебной и административной практики в конкретных случаях. В тот же период российский юрист Г.Ф. Шершеневич писал в своей работе, что закон есть «норма права, общее правило, рассчитанное на неограниченное число случаев»², установленное государственной властью.

В начале XX века известный юрист Е.Н. Трубецкой определил закон как «норма, установленная высшим, в пределах каждой данной

¹ Грановского А.Д. Начала русского государственного права. Соч. СПб., 1901 г. Т. 7. С. 10.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учебник пособие (по изданию 1910-1912 гг.). Т. 2. Вып. 2-4. М., 1995 г. С 15.

правовой организации, правовым авторитетом»¹, а в общем смысле закон считается всякой юридической нормой, полученной от государства внешний авторитет.

В настоящее время в РФ принято считать, что закон является «нормативным актом, принятым высшим представительным органом государственной власти с соблюдением установленной Конституцией процедуры либо в порядке референдума»². Как и в КНР, в РФ «традиционное» определение закона: закон *выражает общую государственную волю*³.

Таким образом, в современной России признаками закона являются:

- а) нормативность и общеобязательность,
- б) особый порядок принятия, изменения и отмены,
- в) непосредственное выражение государственной воли,
- г) опосредование наиболее важных общественных отношений,
- д) первичный характер содержащихся в законе норм,
- е) преследование стратегических целей, интересов и задач,
- ж) обладание высшей юридической силой по отношению ко всем иным источникам права⁴

Речь идет о правовой системе РФ. В современной юридической литературе принято считать, что российские системные отношения теперь считаются между однопорядковыми законами, как конституционными, обычными и др⁵. Системно-иерархические связи нормативно-правовых актов обусловлены федеративным характером формы государственного устройства⁶.

Рассмотрим подробнее каждый из источников права РФ.

1) Конституция РФ, принята на референдуме. Безусловно, это основной и наивысший источник права в государстве. Законы и иные

¹ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права (издано по запискам студентов. Киев, 1906). СПб., 1998 г., С. 88-89.

² Юридическая энциклопедия/ под ред. Б.Н. Топорнина. М., 2001. С. 317.

³ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. М., 2008. С. 282.

⁴ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. М., 2008. С. 283.

⁵ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. М., 2008. С. 291.

⁶ Толстик В.А. Иерархия источников права: автореф. Дис. ... доктор юридических наук. Н. Новгород, 2002 г. С. 17-19.

правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ. Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. На основе этого конституционного положения судам следует оценивать содержание закона, регулирующего рассматриваемые судом правоотношения, и применять Конституцию РФ во всех необходимых случаях. Такого положения в КНР никогда не было, Конституцию КНР прямо не применяют при рассмотрении судебного дела.

В 1990 -- 1991 гг. произошел распад Советского Союза. Все республики, включая российскую Советскую Социалистическую Республику, приняли Декларацию национального суверенитета. 12 июня 1990 года была принята Декларация о государственном суверенитете РСФСР Съездом народных депутатов республики. Впервые на основе изложенных в нем принципов, в том числе принципа разделения властей, была поставлена задача создать новую Конституцию. Конституция РФ была принята референдумом 12 декабря 1993 г., вступила в силу 25 декабря данного года. Конституция имеет высшую юридическую силу и закрепляет основы конституционного строя России, структуру государства, администрацию, представительство, систему местной автономии, формирование судебной системы, права человека и гражданские свободы.

Конституция РФ состоит из Преамбулы и двух разделов, всего 146 статей. В Преамбуле Конституции провозглашается, что РФ является многонациональной федерацией, закрепляются права и свободы человека, гражданский мир и согласие, незыблемость демократии и гуманистический дух.

Первый раздел включает в себя 9 глав, 137 статей¹, и закрепляет политические, правовые, социальные и экономические основы, федеративное устройство, основные права и свободы личности,

¹ Конституция Российской Федерации, принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. с поправками.

статус органов публичной власти, порядок пересмотра Конституции и принятия поправок к ней. Во втором разделе содержатся заключительные и переходные положения.

В действующей Конституции есть важные отличия от советской Конституции. К примеру: 1) передача земельных и минеральных ресурсов государства в собственность народов, которые проживают на соответствующей территории (ст. 11 Конституции СССР 1978 г.); 2) в Конституции СССР закреплено понятие справедливой оплаты труда (с оплатой труда в соответствии с его количеством и качеством), в Конституции РФ — вознаграждение за труд не ниже МРОТ и запрет дискриминации; 3) Российская Федерация стала симметричной федерацией, в которой у каждой республики, каждого края, каждой области и города федерального значения, автономного округа и автономной области одинаковые полномочия (пункт 4 статьи 5, пункт 2 статьи 72, пункт 1 раздела второго).

Республики, которые входят в Российскую Федерацию, имеют право на своей территории устанавливать свой государственный язык, в отличие от иных субъектов России [12]. В период 1992—1993 гг. компетенция республик, областей, краев, городов федерального значения, автономных округов и области различалась (см. главы 8, 9, 91 Конституции 1978 года). В советское время в период 1918—1992 гг. субъектами Российской Федерации (РСФСР) были национальные образования (республики).

Действующая Конституция РФ создала новую систему ценностей, соответствующую времени. Общепризнанные принципы международного права, права и свободы человека являются достижениями современной цивилизации. Признание их считается пристраиванием России к европейской цивилизации.

Система юридической силы в Конституции РФ



Конституции и Уставы субъектов РФ. В них определяются особенности развития регионального законодательства. В системе источников российского права они играют важную роль. Такие Уставы и Конституции имеют высшую юридическую силу по отношению к иным нормативно-правовым актам субъекта РФ и действуют на территории данного субъекта РФ. Принимаемые законы и иные нормативно-правовые акты субъекта федерации не могут противоречить Конституции субъекта РФ.

На данный момент в РФ 22 Конституции и 61 Устав субъектов Российской Федерации¹.

Как федеративное государство Российская Федерация занимает первое место в мире по территории, шестое место по объёму ВВП по ППС и девятое место по численности населения. В составе РФ 85 равноправных субъектов федерации, в том числе 22 республики, 9 краёв, 46 областей, 4 автономных округа, 1 автономная область, 3 города федерального значения². Конституция или Устав субъекта РФ является основным законом субъекта Российской Федерации, принятым в соответствии с Конституцией РФ и устанавливающим систему органов государственной власти субъекта РФ,

¹ Материалы публикуются на официальном сайте Конституции Российской Федерации <http://constitution.garant.ru/region/>

² Материалы публикуются на официальном сайте Правительства Российской Федерации <http://government.ru>

административно-территориальное устройство, принципы местного самоуправления, экономические и финансовые основы данного субъекта РФ, и регулирующим ряд иных вопросов, отнесенных Конституцией РФ к ведению субъекта РФ.

Конституции и Уставы субъектов Российской Федерации характеризуются следующими признаками:

1) Конституция или Устав субъекта Российской Федерации является основным законом субъекта Российской Федерации, который занимает важнейшее место в иерархии нормативно-правовых актов субъекта (юридическая сила ниже Конституции Российской Федерации), и иные законы субъекта Российской Федерации не могут им противоречить;

2) Конституция или Устав субъекта Российской Федерации не могут противоречить Конституции Российской Федерации. Они регулируют отношения, возникающие на территории данного субъекта Российской Федерации.

Например, Устав города Севастополь был принят Законодательным Собранием города Севастополя 11 апреля 2014 г.¹ Это самый поздний по дате принятия Устав субъекта РФ. Устав города Севастополь определяет: 1) статус города Севастополь; 2) провозглашает защиту прав и свобод человека и гражданина на территории города Севастополь; 3) устанавливает систему органов власти города Севастополь и их полномочия; 4) закрепляет правовые основы решения вопросов, которые находятся в ведении субъекта Российской Федерации с целью обеспечения всестороннего развития города Севастополя.

2) Законы РФ о поправках к Конституции, принятые Федеральным собранием в порядке, предусмотренном для федеральных конституционных законов, и при наличии одобрения 2/3 субъектов РФ. Федеральные конституционные законы РФ, принятые Федеральным собранием.

¹ http://constitution.garant.ru/region/ustav_sevastopol/

Законы РФ о поправках к Конституции принимаются на основе положений Конституции Российской Федерации 1993 г. в порядке, предусмотренном главой 9 Конституции.¹

Согласно статье 65 Конституции РФ, изменение наименования субъекта Российской Федерации в тексте Конституции осуществляется на основании Указа Президента России о приведении наименования субъекта Российской Федерации в тексте Конституции Российской Федерации в соответствие с решением субъекта Российской Федерации².

Изменение субъектного состава Российской Федерации, осуществляется согласно федеральному конституционному закону о принятии в Российскую Федерацию и образовании в её составе нового субъекта Российской Федерации, об изменении конституционно-правового статуса субъекта Российской Федерации, который должен содержать указание о включении соответствующих изменений или дополнений в статью 65 Конституции России (ст. 137 Конституции РФ).

Согласно ст. 134 Конституции РФ предложения о поправках и пересмотре положений Конституции РФ могут вносить Президент, Государственная дума, Совет Федерации, Правительство РФ, законодательные органы субъектов РФ и группа численностью не менее одной пятой членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы.

Таблица 9

Классификация законов и подзаконных актов РФ (по юридической силе)

Конституция РФ, принята по итогам референдума

¹ Постановление Конституционного суда РФ от 31 октября 1995 года № 12-П «По делу о толковании статьи 136 Конституции РФ» // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 45. — Ст. 4408.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1995 года № 15-П «По делу о толковании части 2 статьи 137 Конституции Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 49. — Ст. 4868.

<p>ФКЗ (федеральные конституционные законы) о поправках к Конституции, приняты Федеральным собранием в порядке, предусмотренном для федеральных конституционных законов, и при наличии одобрения 2/3 субъектов РФ.</p> <p>Федеральные конституционные законы РФ, приняты Федеральным собранием</p>
<p>Международные договоры и соглашения РФ, подписаны уполномоченными государственными органами статья 15 Конституции РФ</p>
<p>Федеральные законы, приняты Государственной думой, одобрены Советом Федерации, подписаны Президентом РФ</p>
<p>Акты Президента РФ (указы и распоряжения)</p>
<p>Акты Правительства РФ (постановления и распоряжения)</p>
<p>Ведомственные акты, подписаны руководителями органов исполнительной власти</p>

2. Международные договоры

Международное право является совокупностью норм, регулирующих отношения между государствами и другими субъектами международных отношений¹. В современное время международное право развивается вместе с международным сотрудничеством, и международный договор является важным источником права во всех странах, которые участвуют в международных экономических и культурных отношениях.

Разумеется, как важный источник права и инструмент регулирования отношений международного сообщества, международный договор является порождением современной западной цивилизации.

Международное право стало частью китайской правовой системы после 1840-х годов. После подписания «Нанкинского

¹ См.: Марченко М. Н., Дерябина Е. М.// Основы права. М., 2016. С. 320.

договора» в 1842 году в период по сентябрь 1949 года Китай подписал с западными державами более тысячи неравных договоров, что привело к большим финансовым потерям. С создания КНР в 1949 г. и до реформ Дэн Сяопина в 1978 г. внешняя политика являлась независимой и мирной. Новое государство отказалось от неравных договоров, которые подписало прежнее правительство¹.

Как известно, в тот период существовала биполярная система мироустройства: отношения между двумя сверхдержавами – СССР и США – были напряженными. Теория международного права Китая полностью основывается на советской, придает большое значение защите национального суверенитета. Английский ученый Акквист (Akehurst, M.) в своей работе писал: «Когда мы говорим о коммунистическом государственном праве, прежде всего имеем в виду советских ученых. Китайские ученые всегда следовали советской мысли, хотя в Китае исследований о международном праве было мало». В частности, в 1957-1979 гг. в китайских университетах не было специальности международного права. Такая ситуация отрицательно сказывалась на развитии общества. В этот период КНР приняла общепринятые принципы и нормы международного права и начала признавать обязательную силу и роль международного права, выдвинула пять принципов мирного сосуществования в качестве основных принципов заключения и соблюдения договоров. Сохранение суверенитета государства стало важнейшей дипломатической целью в тот период.

После реформы 1978 г. и до нашего времени КНР признавая, что поддержание и реализация национальных интересов требует защиты международного права, начала участвовать в международных отношениях во многих областях. В 1980-х годах началось применение международного договора, но по ограниченному кругу вопросов, а в 1990-х годах – более активное. На 16-ом Национальном конгрессе Коммунистической партии Китая впервые было заявлено,

¹ См.: 魏明杰 / 中国与国际条约六十年. 国际观察. 2010. N.1.

что целью государства является защита общих интересов всего человечества. С укреплением национальной силы, интересы Китая в международных отношениях меняются. Целью государства в настоящее время является не только поддержание национальной безопасности, создание выгодных международных правил и экономическое развитие – Китай также акцентирует внимание на защите основных прав человека, решении глобальных проблем, в частности – загрязнения окружающей среды и распространения ядерного оружия и терроризма. Все это требует от Китая активного участия в международном сотрудничестве для достижения своих собственных интересов.

Как и во многих странах мира, Венская конвенция о праве международных договоров¹ считается важнейшим источником международного права КНР. 3 сентября 1997 г. КНР сдала на хранение свой документ о присоединении и сформулировала оговорки к ст. 66, а также заявила о незаконности и недействительности участия в этой конвенции Тайваня от 27 апреля 1970 г. Данная конвенция вступила в силу на территории КНР с 3 октября 1997 г.

Хотя Конституция КНР пока не определяет статус международного договора в национальной системе права, фактически в последние годы международный договор играет большую роль в судебной практике. По состоянию на конец 2014 года существовало 9 многосторонних международных договоров по общим вопросам международного права, 36 многосторонних договоров по правам человека, 17 многосторонних договоров по вопросам культуры, 58 многосторонних договоров о международной торговле, 72 многосторонних договоров о морской авиации и связи, 35 многосторонних договоров о полярных регионах морского рыболовства, 19 многосторонних договоров о контроле над вооружением, 5 многосторонних договоров по международному

¹ Vienna Convention on the Law of Treaty от 23 мая 1969 г., вступила в силу 27 января 1980 г.

частному праву, 10 многосторонних договоров по борьбе с терроризмом, 11 по иным вопросам, в общей сложности около 267¹. Китай стал важным участником международных отношений именно через участие в международных договорах.

В России термин «международное право» использовался с середины XIX в. В конце XIX в. в Российской империи общество стремительно развивалось, и страна играла одну из важнейших ролей в международных отношениях. В связи с угрозой войны в Европе международное право также развивалось. Война не запрещена международным правом, но все более популярными становятся идеи международно-правового регулирования, ограничения вооружений и внедрения в международные отношения правил и механизмов мирного урегулирования разногласий. В этих условиях теория юриста-международника и дипломата Ф. Мартенса становится популярна и в России. В своей работе Ф. Мартенс написал, что международные отношения необходимо изучать не изолированно, а в их естественной связи с правовой системой отдельных государств и разнообразными, как духовными, так и экономическими интересами общества². После Октябрьской революции в 1917 г. в системе российского права получил практическую реализацию принцип самоопределения народов. Однако в тот период цель международного права в России состояла в том, чтобы укрепить советскую власть, а не только способствовать развитию международных отношений.

В настоящее время одно из сформулированных Мартенсом положений, которое называется оговорка Мартенса, считается одним из наиболее важных положений международного гуманитарного права. После революции 1917 г. были приняты первые декреты советской власти – в частности, Декрет о мире, в котором война объявляется преступлением против человечества. Однако советские

¹ Материалы собираются на сайте Министерства иностранных дел КНР. <http://www.mfa.gov.cn/web/>

² См.: Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов (по изданию 1904 г.) М., 1996. С 267.

юристы не признавали общепризнанные принципы международного права. До 1950-х гг. в российской науке международно-правовая наука на долгое время утратила свою независимость, была подчинена государству и господствовавшей коммунистической идеологии¹.

В РФ вопрос о международном договоре как источнике российского национального права встал с начала 1990-ых годов, со времени принятия в 1993 г. действующей Конституции РФ². Впервые в Конституции России был определен характер и статус взаимосвязи международной и национальной правовых систем. После принятия данной нормы на территории РФ общепризнанные принципы международного права и международные договоры считаются составной частью системы источников права.

Международный договор вместе с общепризнанными принципами и нормами международного права является также важной частью правовой системы КНР. В отличие от РФ, в действующей Конституции КНР не определен статус международных договоров, но их ограниченный приоритет перед нормами национального права установлен в соответствии с положениями некоторых законов.

В китайской юридической литературе была воспринята теория соотношения национального и международного права, которая называется дуалистической. Согласно данной теории, нормы национального права существуют параллельно с нормами международного права. Согласно монистической теории, нормы международного права как бы встраиваются в правовую систему данного государства³ - в российской науке международного права господствует монистическая теория. В КНР «дуализм» означает, что международное право имеет свою область применения и не вступает в конфликт с судебной практикой. Не секрет, что до судебной

¹ См.: Тункин Г.И. // Теория международного прав. М., 2000. С 75-84.

² См.: Усенко Е.Т. // Соотношение и взаимодействие международного и национального права и российской Конституции. Московский журнал международного права. 1995. N.2.

³ 徐锦堂/关于国际条约国内适用的几个问题. J. 国际法研. 2014 No 3.

реформы китайское общество развивалось отдельно от остального мира.

Международное частное право, которое регулирует гражданско-правовые отношения, до 80-ых гг. XX в. не рассматривалось китайской юридической наукой. С 90-ых гг. XX в. вместе с развитием общества китайские юристы обращают внимание не только на международное публичное право, но и на частное. Исследование сущности и статуса международных договоров стало важной частью юридической науки.

Международное публичное право регулирует отношения между государствами и определяет права и обязанности государства, а нарушение норм международного права влечет за собой международную ответственность, предусмотренную международным договором, который подписало правительство.

Национальное право регулирует внутригосударственные отношения, определяет права и обязанности государства и граждан. Авторитет национального права обеспечивается государственным принуждением. В правовой системе КНР недостаточно четко урегулирован вопрос соотношения международного и национального права, при этом стоит помнить, что международное и национальное право могут противоречить друг другу.

Согласно нормам Конституции КНР¹, правом подписания международного договора обладают: Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей, который принимает решение о ратификации и денонсации договоров и важных соглашений, заключенных с иностранными государствами (пункт 14 ст. 67).

Председатель Китайской Народной Республики представляет Китайскую Народную Республику, занимается государственными делами, принимает дипломатических представителей иностранных государств, на основании решений Постоянного комитета

¹ Конституция КНР, принята 4 декабря 1982 г. на 5-й сессии Собрания народных представителей КНР 5-го созыва.

Всекитайского собрания народных представителей направляет и отзывает полномочных представителей в иностранных государствах, ратифицирует и денонсирует договоры и важные соглашения, заключенные с иностранными государствами (ст. 81).

Государственный совет управляет делами в сфере внешних сношений, заключает договоры и соглашения с иностранными государствами (пункт 9 ст. 89).

Согласно Конституции КНР и Закону о заключении международных договоров, правом заключать международные договоры обладают Постоянный комитет Собрания народных представителей КНР, Государственный совет КНР и министерства центрального правительства. Однако подписывается договор всегда от имени КНР. В принципе, договоры, которые подписали разные субъекты, равны перед Конституцией, однако согласно Приказам о Руководящих судебных делах Верховного народного Суда КНР¹, в судебной практике юридическая сила международного договора, который подписан Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР, аналогична юридической силе законов из третьей группы. Юридическая сила такого договора выше, чем юридическая сила административных актов четвертой группы и международного договора, заключенного Государственным советом КНР или министерствами центрального правительства. Юридическая сила международного договора, заключенного Государственным советом КНР, выше, чем юридическая сила положений автономных областей и муниципалитетов, принятых Собранием народных представителей и их Постоянными комитетами на уровне провинций. Договор, подписанный министерствами центрального правительства, обладает наименьшей юридической силой.

Речь идет о фактическом статусе международного договора. На данный момент в отраслях китайского права существуют отдельные правила применения международного договора, которые не

¹ Приказом о Руководящих судебных делах, издаст Верховный народный Суд КНР с 2011 г.

противоречат друг другу. В текстах основных законов содержатся следующие правила.

Во-первых, положения некоторых законов признают приоритет международного договора. Ст. 142 Общих положений гражданского права КНР¹ уточняет: «В случаях коллизии между положениями гражданского права и международными договорами, применяются положения международных договоров, кроме случаев, когда положения законов КНР содержат специальные оговорки или договор нарушает положения актов высшей юридической силы. Если в законах КНР и в международных договорах, которые ратифицированы КНР, не обнаружено соответствующего акта, применяется международный обычай». Аналогичную норму формулирует статья 36 Наследственного кодекса КНР²: «В случаях, если существует международный договор или соглашение, которое подписано КНР, применяется данный договор или соглашение». Согласно ст. 259, ст. 260 и ст. 262 Гражданского процессуального кодекса³ на территории КНР в процессе разбирательства гражданского дела, касающегося иностранцев, судопроизводство ведется на китайском языке. В случаях коллизии между положениями национального гражданского права и международными договорами, применяются положения международных договоров, кроме случаев, когда КНР заявляет оговорки или договор нарушает положения актов высшей юридической силы. Аналогичные нормы можно обнаружить в более чем 30 законах. Такие положения китайские юристы называют *ограниченным приоритетом*.

Во-вторых, существует дополнительное законодательство и трансформирующее законодательство о международных договорах. В соответствующих положениях некоторых правил и административных актов не определяется статус международного договора и порядок его применения. Например, Положение о

¹ Общих положений гражданского права КНР, принят Собранием народных представителей КНР 12 апреля 1986 г., действующее гражданское право.

² Наследственный кодекс КНР, принят Собранием народных представителей КНР 10 апреля 1985 г.

³ Гражданский процессуальный кодекс, принят Собранием народных представителей КНР 9 апреля 1991 г.

дипломатических привилегиях и иммунитете¹ и Положение о привилегиях и иммунитете², в которых не установлен статус международного договора, в то же время принимаются новые положения по смыслу договора, подписанного КНР.

Действующие в настоящее время законы и нормативные положения КНР способствуют участию государства в международных отношениях. С развитием общества КНР играет все более важную роль на международной арене, и в связи с этим требуется более обстоятельно урегулировать вопрос о соотношении международного и национального права.

Правовая система РФ непосредственно связана с федеративным государственным устройством. Источниками права РФ являются Конституция, федеральные конституционные законы, федеральные законы, указы Президента РФ, постановления и распоряжения Правительства РФ, ведомственные акты федеральных органов исполнительной власти, конституции субъектов РФ, законы субъектов РФ, акты органов исполнительной власти субъектов РФ, акты органов местного самоуправления. К источникам права относятся международные договоры и соглашения, если они были в установленном порядке ратифицированы³.

Как и в других странах мира, Конституция РФ имеет высшую юридическую силу на территории РФ, а значит – все иные источники права должны ей соответствовать. Согласно части 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Данная норма может толковаться и толкуется исключительно в контексте части 1 ст. 15, где сказано о том, что Конституция РФ имеет высшую

¹ Положение о дипломатических привилегиях и иммунитете КНР, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 5 сентября 1986 г.

² Положение о привилегиях и иммунитете КНР, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 30 октября 1990 г.

³ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. М., 2008.

юридическую силу. То есть международные договоры, принципы и нормы не имеют приоритета перед Конституцией РФ¹.

В 1994 г. Администрация Президента РФ так прокомментировала положения Конституции: «Согласно части четвертой статьи 15 Конституции РФ, правила международных договоров обладают приоритетом по отношению к противоречащим им правилам внутренних законов. Это означает, что в случае обнаружения противоречия между международным договором и законом правоприменительные органы должны руководствоваться не правилами закона, а нормами, содержащимися в международном договоре. Он, таким образом, обладает приоритетом в отношении любых законов, как федеральных, так и законов субъектов Федерации, принятых до заключения договора или после этого. В то же время из части четвертой статьи 15 вытекает, что договоры обладают приоритетом только в отношении законов и не могут превалировать над положениями самой Конституции Российской Федерации».

Приведем основные положения федеральных законов РФ относительно статуса международных договоров. П. 1 ст. 7 Гражданского кодекса РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации»; п. 2 ст. 7 Гражданского кодекса РФ: «Международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора».

¹ Конституция Российской Федерации" (принята всенародным голосованием 12.12.1993), ст.15
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/

Ч. 2 ст. 1 Уголовного кодекса РФ: «Настоящий кодекс основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права». Ч. 2 ст. 1 Гражданского процессуального кодекса РФ: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом, применяются правила международного договора». Ч. 4 ст. 11 Гражданского процессуального кодекса РФ: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом, суд при разрешении гражданского дела применяет правила международного договора». Согласно ч. 3 ст. 1 Уголовно-процессуального кодекса РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное законодательство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора». И в ч. 1 ст. 2 Уголовно-процессуального кодекса РФ: «Производство по уголовному делу на территории Российской Федерации независимо от места совершения преступления ведется в соответствии с настоящим Кодексом, если международным договором Российской Федерации не установлено иное». Согласно ст. 3 О прокуратуре Российской Федерации¹: «Организация и порядок деятельности прокуратуры Российской Федерации и полномочия прокуроров определяются Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами, международными договорами Российской Федерации».

¹ Федеральный закон от 17.01.1992 г. № 2202-1.

Многочисленные вышеприведенные положения нормативно-правовых актов РФ свидетельствуют о важной роли международных договоров в системе источников права РФ.

Чтобы четко показать разницу в статусе международных договоров в правовой системе КНР и РФ, приведем таблицу.

Таблица 10

Сравнение статуса международных договоров в правовой системе КНР и РФ		
Конституция КНР, принята высшим органом власти государства		Конституция РФ, принята по итогам референдума
Основные законы, приняты Собранием народных представителей КНР		Законы РФ о поправках к Конституции, приняты Федеральным собранием в порядке, предусмотренном для федеральных конституционных законов, и при наличии одобрения 2/3 субъектов РФ. Федеральные конституционные законы РФ, приняты Федеральным собранием
Общие законы, приняты Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР	Международные договоры, подписаны Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР	Международные договоры и соглашения РФ, подписаны уполномоченными государственными органами
Административные акты, приняты Государственным	Международные договоры, подписаны	Федеральные законы РФ, приняты Государственной думой, одобрены

советом КНР как центральным правительством	Государственным советом КНР	Советом Федерации, подписаны Президентом РФ
Положения автономных областей и муниципалитетов, приняты Собранием народных представителей и их Постоянными комитетами на уровне провинций	Международные договоры, приняты министерствами центрального правительства	Акты Президента РФ
Административные правила		Акты Правительства РФ
		Ведомственные акты, подписаны главами органов власти

Таким образом, статус международных договоров в РФ определяется Конституцией, в соответствии с которой нормы международного права обладают приоритетом в случаях коллизии с национальными законами, а в случае коллизий с Конституцией приоритет имеет последняя.

В КНР иная ситуация. В Конституции КНР не содержится положений о международных договорах – эти положения закреплены в основных законах, и в соответствии с ними нормы международного права обладают ограниченным приоритетом в судебной практике.

Применение международных договоров (execution of treaties) может осуществляться в форме исполнения договоров (performance of treaties), осуществления договоров (implementation of treaties) или соблюдения договоров (observance of treaties).

В Венской конвенции о праве международных договоров объясняется разница между данными терминами¹. Применение международных договоров в стране означает, что в данном государстве посредством законодательных, административных, судебных и иных мер реализуются все предусмотренные договором положения.

Применение международных договоров является процессом реализации прав и обязанностей государства и граждан, на территории государств, которые заключили договор: судебная власть и соответствующий административный орган принимают меры, предусмотренные договором. Применение международного договора связано с порядком его применения, его действием во времени и пространстве и т. д. Как правило, в международных договорах содержатся четкие положения о порядке и сроках вступления их в силу. Если прямое указание отсутствует, то договор вступает в силу в тот момент, когда к нему присоединяется государство-участник, и утрачивает силу вследствие аннулирования договора или других причин.

Территорией действия договора является территория государства-участника или договаривающегося государства согласно ст. 29 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой предусматривается, что «если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то договор обязателен для каждого участника в отношении всей его территории».

В процессе определения юридической силы важно учитывать форму применения международных договоров. Чтобы добросовестно выполнять условия договора в различных странах существуют специальные формы его применения, призванные гармонизировать нормы национального права и международных договоров, такие как оговорка и альтернативная норма в национальном законодательстве. В настоящее время международные договоры, заключенные

¹Vienna Convention on the Law of Treaty 23 мая 1969 г., вступила в силу 27 января 1980 г.

государствами, становятся частью национальной правовой системы посредством имплементации или ратификации.

Имплементация означает, что международный договор становится частью национальной правовой системы посредством принятия закона, дублирующего нормы международного договора. Например, в Великобритании у Короля есть право заключить договор, но законодательная власть принадлежит Парламенту. Договор, заключенный Королем Великобритании, не вступает в силу до принятия соответствующего акта Парламентом.

Ратификация отличается от инкорпорации тем, что международный договор вступает в силу после принятия акта о его ратификации, то есть одобрения. Так, согласно пункту 2 ст. 6 Конституции США: «Настоящая Конституция и законы Соединенных Штатов, изданные во исполнение Конституции, равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены властью Соединенных Штатов, являются высшими законами страны, и судьи в каждом штате обязаны их применять, даже если в Конституции и законах какого-либо штата встречаются противоречащие положения»¹. В США требуется соблюдение четырех условий: цель договора и намерение контрагента, наличие соответствующих внутренних процедур для прямого применения договора, орган применения и реальность договора². В Китае наибольшее распространение имеет ратификация, имплементация же применяется в редких случаях.

Касаясь вопросов применения международных договоров в судебной практике КНР, следует отметить, что международные договоры в КНР имеют ту же юридическую силу, что и закон. Согласно Конституции КНР и Закону о заключении международных договоров³, процесс вступления в силу международного договора

¹ Конституция Соединенных Штатов Америки.

² Rebecca Crootoof, *Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties And The Charming Betsy Canon*, Yale Law Journal, May, 2011.

³ Закон об заключении международных договоров КНР, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 28 декабря 1990 г.

следующий: Государственный совет КНР заключает международный договор, Постоянный комитет Собрания народных представителей принимает решение о ратификации или аннулировании договора, а Председатель КНР ратифицирует или аннулирует договор по решению Постоянного комитета Собрания народных представителей.

В октябре 1990 г. представитель КНР в Комитете Организации Объединенных Наций против пыток в своем дополнительном докладе об осуществлении Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹ высказал такое мнение о применении международного договора: «Согласно китайскому законодательству, международные договоры и соглашения, заключенные Китаем или к которым он присоединился, подлежат утверждению верховным органом государственной власти. КНР будет нести соответствующие обязательства по договору, который подписала, и в соответствии с законом. При заключении или присоединении к международному договору всегда необходимо помнить о необходимости координации международных договоров и национального права. При коллизии признается приоритет договора, кроме случаев, когда положения КНР содержат оговорки или договор нарушает положения актов высшей юридической силы.

В наше время в судебной практике КНР применение международных договоров широко распространено. В процессе разбирательства судебного дела, касающегося иностранных лиц, перед судами стоит важная проблема, касающаяся юридической силы международных договоров на территории КНР. Обычно в случаях, связанных с гражданскими и коммерческими международными договорами, при отсутствии соответствующих положений законодательства и судебных толкований, судья применяет положения международных договоров в соответствии с общими принципами международного права, а также путем

¹ The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 12 декабря 1986 г. КНР подписала, действовала 4 октября 1988 г.

непосредственного обращения к некоторым основным международным договорам. С 2003 г. Верховный народный суд КНР издал более 20 судебных толкований в соответствии с соответствующими правовыми положениями и необходимостью судебной практики, указав на необходимость прямого применения более чем 20 международных договоров. Применение международных договоров в судебной практике КНР обогатило судебную практику.

Академия общественных наук КНР, рассматривая проблемы применения международных договоров, обращает внимание на следующие негативные моменты.

Первое. Непосредственное применение международных договоров в судебном процессе приведет к ослаблению суверенитета внутри государства. С развитием международной экономики и торговли усиливаются государственное вмешательство и контроль экономической деятельности. При экономической глобализации это регулирование выражается в форме переговоров для достижения соглашения и заключения международных договоров, которые устанавливают права и обязанности сторон в области гражданского оборота. Субъектами оборота являются физические лица, юридические лица и международные организации. Цель судебной власти — защита прав граждан и обеспечение государственной стабильности. Некоторые юристы считают, что применение международного права противоречит этой цели и ведет к ослаблению государственного суверенитета.

Второе. Непосредственное применение международных договоров в судебном процессе приведет к нарушению надлежащего функционирования судебной власти государства. Ответственность по международному договору возлагается на государство, но судебная практика КНР характеризуется тем, что ответственность за исполнение приговора по делу возлагается на судебную ветвь власти — исполнительное бюро народного суда КНР, исполнение решения которым в принудительном порядке вызывает некоторые

затруднения. В РФ аналогичной ситуации не существует благодаря Закону о судебных приставах от 21 июля 1997 г. и Закону об исполнительном производстве от 21 июля 1997 г. В Китае распространено мнение, что в сложных судебных делах, касающихся иностранных лиц, с целью защиты авторитета народного суда и недопущения неисполнения судебного приговора, административная власть должна участвовать в процессе применения международного договора.

Третье. Непосредственное применение международных договоров в судебном процессе может привести к незаконности решения по делу. В современных международных договорах часто находят отражение некоторые процессуальные требования, которые противоречат национальным процессуальным правилам, не способствуют правильному применению внутренней судебной системы и осуществлению судебной власти, особенно в КНР, которая принадлежит к особой правовой семье. Нередко бывает, что договор, содержащий уголовно-процессуальные нормы, нарушает положения актов высшей юридической силы национального права, коллизия между национальным и международным правом достигает наибольшей остроты в области процессуального права. Это обстоятельство существенно подрывает авторитет международного договора.

При рассмотрении взглядов некоторых китайских юристов о вредности применения международных договоров, следует учитывать, что общепризнанные принципы и нормы международного права зачастую восполняют пробелы правового регулирования в национальных законах (особенно это касается законодательства 90-х гг.). Китайские правоведы по-новому ставят вопрос об иерархии правовых актов и содержащихся в них правовых норм по их юридической силе. Однако вместе с развитием общества, применение международных договоров должно отвечать современным тенденциям в развитии международных отношений.

В современном обществе широко распространена идея о возрастающей роли международных договоров, и мировое сообщество трансформируется под влиянием технологического прогресса, что непосредственно отражается на облике современного государства.

Гражданство является одним из ключевых факторов развития личности. В то же время усиливается процесс регионализации международных отношений. С развитием общемирового информационного пространства возникают новые конфликты между крупными государствами. Политическое влияние и статус в международных механизмах является важным критерием оценки авторитета государства.

Следует обратить внимание на исследования в сфере судебной практики. Чтобы найти баланс между надлежащей реализацией и необходимостью соответствия международных договоров национальному праву КНР, необходимо урегулировать вопрос соотношения международного и национального права.

В судебной практике сложились следующие правила: 1) приоритет договора возможен лишь в том случае, если в правоотношениях имеет место иностранный элемент. Международные договоры действуют на территории КНР как источник права на основании того, что они включены в национальную правовую систему в соответствии с законодательством. 2) применение международных договоров в судебных делах с участием иностранных лиц должно основываться на положениях национального закона, которым предусмотрено применение положений международных договоров, в случае отсутствия правового регулирования того или иного вопроса в национальном праве КНР и в случае коллизии между национальным правом и международным. 3) применение международных договоров возможно лишь после того, как он вступил в законную силу и был опубликован в порядке, установленном Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР. 4) судья имеет право

отказать в применении международного договора в случае его недействительности.

Важным принципом в процессе применения договора является принцип единства толкования¹, который сформулировал судья США Маршалл Джон. По мнению автора, данный принцип подходит КНР и РФ. Это означает, что если существует более двух толкований национального права, следует выбирать то, которое максимально соответствует положениям международного права.

Эта новая теория сильно влияет на деятельность Верховного народного суда КНР по толкованию. В 2002 г. данный принцип появился в ст. 9 «Положения по некоторым вопросам, касающимся судебного разбирательства по административным делам в международной торговле» Верховного народного суда. Народный суд в ходе рассмотрения дела, когда по тому или иному вопросу существует более двух разумных толкований, исходит из того, что следует выбирать вариант толкования, соответствующий положениям международных договоров, заключенных Китайской Народной Республикой, кроме случаев, когда законы КНР содержат оговорки или договор нарушает положения актов высшей юридической силы. Это помогает судьям применять право по своему усмотрению, при этом способствуя единому пониманию международных договоров.

В текущей судебной практике КНР и РФ применение международных договоров широко распространено в области частного права, главным образом – в вопросах гражданского и коммерческого права. В сфере публичного права широко применяются международные договоры по вопросам, связанным с международными морскими конвенциями. Определение принципов применения международных договоров способствует восполнению пробелов в национальном законодательстве, а также участию КНР в международных отношениях, справедливому и разумному

¹ Charming Betsy, впервые сформулировал судья США Маршалл Джон в правовом прецеденте Foster v. Neilson, 27 U. S. (2 Pet.) 253 (1829).

урегулированию международных споров. При этом об интересах государства также не следует забывать в процессе применения международных договоров.

3. Правовой обычай как источник права

Правовой обычай считается самым древним источником права в мире и сильно влияет на развитие истории права.

Обычай – это «стереотипный способ поведения, который воспроизводится в определенном обществе или социальной группе и является привычным для их членов»¹.

В Китае он тоже считался и считается исторически сложившимся правилом поведения, вошедшим в привычку в определенном сообществе людей или на определенной территории и являющимся там общепринятой нормой². Эти нормы формируют менталитет членов сообщества и передаются из поколения в поколение. Подобные правила регулировали жизнь человеческих сообществ с момента их возникновения. С зарождением и развитием государства устоявшиеся и проверенные временем обычаи становились основанием уже государственного законодательства и закреплялись в писаных правовых нормах.

В силу специфических особенностей устройства китайского общества, упомянутых выше, у государства практически не возникало необходимости в регулировании гражданских отношений (в отличие от ситуации, например, в Средиземноморье, где древние государства были компактными, население – мобильным, а общественная жизнь была сосредоточена в городах). Поэтому китайское законодательство традиционно ограничивалось выработкой норм публичного права, выражавших волю и интересы государства и господствующего класса. Область же частного права на протяжении тысячелетий регулировалась местным обычаем, при

¹ Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 925.

² 桑本谦. 法治及其社会资源 J. 现代法学, 2006 (1).

этом вопрос об унификации и правовом закреплении этих неписаных правил даже не ставился: империя была обширна, расстояния огромны, коммуникации весьма затруднены, а условия жизни в различных регионах сильно различались – в таких условиях правовая унификация просто не имела смысла.

Правовой обычай представляет собой санкционированное государством (в прямой или косвенной форме) правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения. Принято считать, что правовой обычай исторически является древнейшим источником права в большинстве правовых семей¹.

Русский либеральный юрист Г. Ф. Шершеневич, изучавший еще на рубеже XIX–XX веков соотношение обычая, правового обычая и статутного права, полагал, что обычай, претендующий на включение в законодательную норму, должен отвечать следующим требованиям. Во-первых, он должен содержать нормы, которые основаны «на правовом убеждении» и проявляются «в более или менее частом применении»; во-вторых – не противоречить разумности; в-третьих – «не нарушать добрых нравов» и «не иметь в своем основании заблуждения».

Разница между обычаем и правовым обычаем обусловлена государственным признанием последнего. Безусловно, любые обычаи, как и традиции влияют на развитие общества в целом и юриспруденции в частности. Но правовой обычай – это один из официально признанных государством источников права.

Принято считать, что правовой обычай возникает на переходном этапе от догосударственной, первобытно-общинной, организации общества к созданию государственной структуры².

С точки зрения социологии права развитие и усложнение законодательства всегда идет параллельно с развитием и

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т.-2-е изд., перераб. и доп.- Москва: Проспект, 2015 г. С. 511

² Там же, С. 510

усложнением структуры общества и является его следствием. Только общество, не имеющее государственности, может обойтись без статутного права – роль регулятора в нем всегда выполняет обычай, который впоследствии становится основой государственного законодательства. Поэтому можно предположить, что по мере изменений в традиционном жизненном укладе Китая, которые уже происходят в связи с экономическими преобразованиями в жизни сельскохозяйственных регионов и имущественным расслоением в обществе, процесс правовой кодификации обычая все равно не минует китайское законодательство.

Если взглянуть на проблему с точки зрения сравнительного правоведения, то и в странах англо-саксонской правовой семьи, где ведущую роль играет вроде бы прецедент, именно обычай можно считать основой возникновения прецедентного права, так как решающее значение судебного прецедента явилось в некотором смысле отражением и историческим результатом применения обычного права. К примеру, в Единый торговый кодекс США (UCC) оперативно вносятся поправки в связи с появлением новых бизнес-инструментов и, соответственно, новыми нюансами отношений – новыми обычаями – в области торговли; а в англо-саксонском гражданском праве обычное право узаконено в качестве одного из источников.

Россия имеет длинную историю обычного права.

Развитие правового обычая в России характеризуется следующими признаками¹:

1) обычаи складываются стихийно в процессе общественной практики представляют собой правило общественного поведения. 2) обычаи считаются результатом длительного, многократного и частого повторения одними и теми же лицами (или группами лиц). 3) обычаи считаются неправовыми социальными нормами, связанными с общественной психологией. 4) ни в одной стране не бывает

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т.-2-е изд., перераб. и доп.- Москва: Проспект, 2015 г. С. 512-513.

государственного принуждения к обычаю, обычаи применяются в силу естественной потребности человека и выработанной привычки.

На взгляд Гумпловича, «Само собою разумеется, что держащий в своих руках власть еще легче и скорее осваивается с милой привычкой господствовать. И вот со временем проявление этой приятной привычки представляется ему как нечто зиждущееся на высшем порядке вещей и установленное самим Богом.»¹

В китайской и русской литературе при обсуждении особенностей развития правового государства в новом Китае дискутируется вопрос, может ли в современных условиях и насколько успешно национальный обычай Китая, с древних времен заменявший в стране частное право, стать полноправным источником нового государственного (статутного) права КНР. По мнению юристов, на Западе правовое государство успешно развилось потому, что правовой обычай, правоприменительная практика и статутное право принадлежат к единому понятийному и логическому пространству, между ними нет четкой границы и существенных противоречий.² В Китае же, где правовые документы западного образца начали создаваться недавно (в первой трети XX века), а их прототипы заимствованы извне – в основном ими стали законодательные акты стран романо-германской правовой семьи, – заложение основ правового государства (в его западном понимании) затруднено и производится осторожно, небольшими шажками, так как между национальным обычаем и молодым статутным правом лежит мировоззренческая пропасть.

Причины этой ситуации обсуждались в литературе многократно. Главная из них заключена в особенностях исторически сложившейся правовой культуры Китая. Если в Европе обычай был закреплен в качестве узаконенного государством обычного права еще в древности и впоследствии именно эти правовые документы легли в основу развития западной правовой системы вплоть до наших дней, то в

¹ Гумплович. Л. Указ. Соч. С. 349.

² См.: 桑本谦. 法治及其社会资源 J. 现代法学, 2006 (1)

императорском Китае ратифицированной системы законодательства в области регулирования гражданских отношений так и не было создано. В сельскохозяйственном Китае, с его абсолютно немобильным населением, где все жители даже крупного крестьянского поселения связаны родственными узами, в таком регулировании не было необходимости вплоть до XX века, давшего толчок развитию городов и индустриализации. Все гражданские вопросы традиционно решались по-семейному – для этого хватало авторитета старших членов деревенской общины (они же старейшины семьи), руководствовавшихся при вынесении решений моральными нормами и религиозными предписаниями.

С другой стороны, государственная система правосудия и официальное законодательство (кодексы) регулировали преимущественно административные и уголовные вопросы, поэтому в массе крестьянского населения вызывали опасение и недоверие: система наказаний в них была специально разработана с целью устрашения потенциальных нарушителей. Это настороженное отношение к государственному законодательству сохраняется в некоторых отдаленных регионах Китая и по сей день, особенно у старшего поколения.

Если правовой порядок в странах Запада уже несколько столетий поддерживается благодаря конституциям, витиеватому избирательному праву и более или менее детально проработанному гражданскому праву, то в Китае с незапамятных времен порядок обеспечивался иначе. Причем как бы с двух сторон – «снизу», на местах, обычаем и семейным управлением, властью старейшин и религиозными моральными догматами, а осуществление власти «сверху» гарантировалось тем, что все назначаемые на должности чиновники обязаны были сдать государственные экзамены, в том числе на доскональное знание не слишком обширного и редко менявшегося кодекса законов (в основном уголовных и административных), что давало им право занять определенную должность на определенный срок. Далее такой управленец

отправлялся на место несения службы, где осуществлял как исполнительную, так и судебную власть в пределах своей компетенции и сообразуясь с общими принципами справедливости (в ее конфуцианском понимании). То есть технология управления обширной империей была удивительно проста и незатейлива; ничего похожего на зародившиеся в Европе еще столетия назад управленческие науки, включая политологию и научные аспекты юриспруденции, не появлялось в Китае вплоть до середины XX века; и приходится признать, что традиция такого управления тоже сказалась на современной ситуации в законодательстве.

Сложилась ситуация, когда в предельном смысле можно говорить о разделении правового пространства на две части внутри одной страны: на молодое статутное право Китая, которое успешно регулирует и предопределяет административные и уголовные вопросы, коммуникации и связь, финансы, промышленность и торговлю, вопросы глобального развития страны, образование и идеологию. В области гражданских, семейных, имущественных отношений и прочих вопросов частного права его позиции неоспоримы в городах, где традиционный жизненный уклад уже сильно модифицирован, хотя и не совсем забыт. В сельской же местности (а там все еще проживает большинство населения КНР) традиции и обычаи по-прежнему сильны (в «глубинке» авторитет местного обычая зачастую выше, чем у официального источника права) и при рассмотрении гражданских дел могут оказать решающее влияние на конкретные судебные решения. Эта ситуация особенно характерна для бедных экономически отсталых регионов и территорий, где проживают национальные меньшинства.

Такая ситуация создает дополнительные сложности в осуществлении судебной (и не только) власти в сельских регионах, так как в связи с экономическим расслоением на селе частные корыстные интересы некоторых быстро разбогатевших членов общины создают дополнительные риски злоупотреблений и коррупции, закамуфлированные при этом местными обычаями.

В государствах с развитым законодательством статус обычая в системе права различается от страны к стране. В странах англосаксонской правовой семьи обычай занимает более заметное место, чем в странах романо-германского правового семьи. Например, в статье 1 Швейцарского гражданского кодекса указано: «В случае отсутствия соответствующих норм в законе судья обязан принимать решение в соответствии с обычным правом. Если и в нем необходимая норма отсутствует, то судья должен действовать, как если бы он был законодателем, следуя при этом господствующей доктрине и традиции» (дословно: 1. The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision. 2. In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator.)

В Гражданском кодексе Италии обычай указан как официальный источник права. Особенно влиятелен обычай как источник в области коммерческого права. Заметим также, что и в сфере международного права общие неписанные нормы международных отношений, основанные на принципах равенства и суверенитета, играют существенную роль.

Статус неписаного права в российском законодательстве хорошо иллюстрирует статья 5 Гражданского кодекса РФ «Обычай», закрепившая обычай в качестве источника права. При этом оговаривается, что обычай применяется в ситуации, не предусмотренной законом; не может противоречить заключенному сторонами договору либо законодательству; может иметь как письменное, так и устное закрепление; сфера применения, в частности, обычаев делового оборота – предпринимательская деятельность.

Традиционно все обычаи разделяют на три группы, характеризуя их как прогрессивные, консервативные и реакционные (например, принцип талиона). Государство санкционирует лишь те обычаи,

которые не противоречат проводимой им политике, а также сложившимся нравственным основам образа жизни.

4. Прецедент как источник права

Прецедент, как источник права, появился в Древнем Риме. Но понятие прецедентного права (Case Law) стало известно в Англии со времен Средневековья.

Правовой прецедент, как источник права, используется с давних времен. В Древнем Риме в качестве него выступало устное заявление (эдикт) либо решение по определенным вопросам преторов и магистратов. Сначала эти акты имели силу только для самих магистратов, которые их принимали, и действовали на протяжении установленного срока пребывания у власти, который обычно составлял год. Однако многие самые удачные для господствующего рабовладельческого класса положения повторялись в других эдиктах. В результате, со временем они приобретали устойчивый характер.

В соответствии со сложившейся иерархией прецедентов решения, которые приняты вышестоящими судами (к примеру, Палатой лордов в Уэльсе и Англии), считаются обязательными для нижестоящих судов при рассмотрении аналогичных дел. Если между законодательством и прецедентом существует противоречие, то, чаще всего, используется норма закона. Судебный прецедент, как источник права, занимает особое место в системах некоторых стран, особенно в странах англо-саксонской правовой семьи, в которой он является основой системы источников права. В некоторых странах романо-германской семьи (например, во Франции) его используют для восполнения пробелов в законодательной системе как дополнение к статутному праву.

Понятие прецедента, равно как и любого другого источника права и, прежде всего, нормативно-правового акта, является весьма сложным и многогранным, в значительной степени зависящим от

исторических, социальных, политических и иных традиций и специфических условий существования конкретной правовой среды.¹

Впрочем, в противовес таким положительным чертам прецедентного права, как гибкость, часто указывают на его жесткую связь с решениями, вынесенными судьями прошлого по сходным делам, и невозможность отступить от них даже в ущерб справедливости и целесообразности.²

Основная идея прецедентного права состоит в том, что писаное право не было и не будет полным и целостным, а законодатели дают часть законодательной власти судьям, которые непосредственно разрешают судебное дело на практике. Как сказал американский судья Холмс (Oliver Wendell Holmes) :«Жизнь права основывается не на логике, а на опыте». («The life of law doesn't lie in logic, but experience»). Уважение и применение опыта судей - это важная идея прецедентного права.

Без сомнения, в настоящее время Китайское право, в основном, является статутным, основным и главным источником права в Китае остается нормативно-правовой акт (статут).

Западные юристы относят китайскую правовую семью к коммунистической семье, но китайские юристы считают, что в Китае особенная «китайская» правовая система, которая является отдельной ветвью романо-германской правовой семьи. Как и во всех странах романо-германской правовой семьи, в Китае законодательные акты находятся на главенствующем месте в системе источников права. Судьи считаются исполнителями законов, и у них нет права решать судебное дело по своему усмотрению, ввиду авторитета законодательной власти.

В КНР судебная власть принадлежит Народному суду, а законодательная власть принадлежит Собранию народных представителей КНР. По этой же причине в КНР прецедентное право

¹См.: Марченко М. Н. //Проблемы общей теории государства и права. М., 2015. С. 443.

²См.: В.В.Лазарев: С.В.Липень //Теория государства и права» М., 1999. С.310.

не имеет официального статуса источника права, у судей нет права издавать законы.

После распада СССР в России была проведена длительная судебная реформа, одновременно законодатели создали новую правовую систему. Однако прецедент, как источник права, в современной России официально отсутствует.

В российском праве прецедент не считается официальным источником права. Российские законодатели не принимают данную законотворческую практику. Судьи должны разрешать дела, основываясь строго на законах и иных нормативно-правовых актах. Только в случаях, когда в законе нет четких формулировок, судья может принимать решения, исходя из их толкования. В результате может возникнуть «двойственность» судебных решений.

Прежде всего, очевидно верным является мнение о принадлежности правовой системы России к романо-германской правовой семье¹, в которой самым важным источником права является нормативно-правовой акт, прецедент не признается источником права. При этом, у России была особенная история развития, которая отличается от западной. В то время, когда в России началось создание современной правовой системы, в странах, на которые Россия ориентируется, судебная реформа давно уже закончилась, и судебная практика данных стран ясно показывала всему миру достоинство и недостаток своей судебной системы. Российские юристы считают, что формально прецедент не признается источником романо-германской правовой семьи, но выступает в качестве такового фактически². Прецедент принадлежит к источникам права англо-саксонской правовой семьи. В ней он является «классическим» видом источника права.

¹См: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 112-115.

²См: Марченко М. Н. //Источники права, М., 2013. С. 389.

5. Правовые доктрины

Правовые доктрины являются древним источником права, особенно в Римском праве и в праве Средневековья, когда богословская доктрина была обеспечена авторитетом традиции.

В принципе, правовая доктрина бывает двух видов: официальная доктрина, которая создается на наднациональном или национальном уровне; научная доктрина, которая создается в университетах и иных научных организациях.

В современное время в англосаксонской правовой семье правовая доктрина и «разум» занимают видное место¹. Однако в романо-германской правовой семье правовая доктрина уже утратила своё правовое значение.

Аналогично романо-германской правовой семье, в КНР и РФ правовая доктрина не признается в качестве официального источника права. Она влияет только на законодательный процесс, представляя собой акты толкования законодательства, компетентные научные труды и т.д. Правовая доктрина косвенно помогает работе государственных органов и должностных лиц, применяющих нормы права, но прямо не воздействует на судебную практику.

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т.-2-е изд., перераб. и доп.- Москва: Проспект, 2015 г. С. 605.

Глава III Развитие источников права

Источники права указывают в любом государстве не только на классификацию нормативно-правовых актов, но и на степень общественного развития и изменения социальной идеи, особенно в переходной эпохе.

Определение и классификация источников права является важной частью государственной политики. Особенно в процессе реформы общества и государства развитие источников права играет более важную роль, чем в мирное время. Следует отметить, что процесс развития источников права является ценностной категорией правового государства.

Источники права КНР и РФ представляют собою обширную тему для размышлений. Подчеркивая важность процесса развития источников права в переходный период, автор рассказывает его на примере развития законодательства, системы законов автономных территорий, обычного права и прецедентного права.

По мере изменения государства и общества, источники права данных двух стран быстро развиваются в последние 30 лет. Особенно в КНР, после реформы в 1978 г. система источников права сильно изменяется и отличается от бывшей системы древнего китайского права.

1. Развитие системы законодательных актов (в конце XX - начале XXI в.в.)

Несомненно, период с конца XX века до начала XXI века является важнейшей эпохой реформ в КНР и РФ. В указанное время представляется весьма важным обратить особое внимание на систему законодательства данных стран, в особенности на его видоизменение и пополнение источниками права.

Прочитав материалы на официальных сайтах КНР и РФ¹, сразу заметим, что система законодательства сильно изменилась за последние 30 лет. В РФ за эти 30 лет произошло изменение политического режима и формы правления, а в КНР главная реформа была в экономической сфере—с плановой экономики к социалистической рыночной экономике. В последние 30 лет в КНР была проведена и правовая реформа применительно к современному режиму.

Теория государства и права хорошо выражает социальную идею. Соотношение государства и права КНР в определенной степени похоже на советское. В этом соотношении государство является продуктом классовой борьбы и обеспечивает господство определенного класса.

В 90-ые годы XX века в китайской литературе было принято считать, что основными различиями теории государства и права КНР по сравнению с западными странами являются следующие:²

(1) Находится в самой низкой правовой степени международный договор, признающий государством. Международный договор, применяемый на территории КНР, не может нарушать национальное право. Законы КНР считаются закрытыми, не изменяемыми международным правом. В силу их особой правовой природы, Китай признал многие международные договоры, но если они не нарушают национального права. “Суверенитет выше права человека”-- это основное положение юриспруденции Китая, направленная на то, чтобы максимально защитить государственные интересы и найти баланс между национальным и международным правом.

(2) Политика и административное нормотворчество играют важную роль в судебной практике, которые считаются временными. В классификации форм права важное место заняло административное законоположение, принятое Госсоветом КНР и местным

¹ Материалы законодательства РФ публикуются на сайте Минюста РФ <http://minjust.ru/ru/nko/fz>
Материалы законодательства КНР публикуются на сайте Министерства иностранных дел КНР.

<http://www.mfa.gov.cn/web/>

²转型中国的法律体系建构; 张志铭:《中国法学》, 2009年第2期。

государством. Процесс их принятия проще и быстрее, чем у законов. Административное законоположение имеет большое влияние в судебной практике. Подчас это доказывается тем, что исполнительная власть оказывает большое влияние на судебную практику.

(3) Конфликт между статутным правом и традиционным обычным правом сильно влияет на судебную практику. Длительная феодальная история Китая создала особенную идею этого народа, в том числе не отражено веры в право Из-за этого термин “Правовое Государство” является новым для людей необразованных.

В истории Китая не было дворянства, как в России, но класс чиновников имел больше прав, чем простые люди. До сих пор народный характер данной страны характеризуется культом государственной власти. Хотя в Китае и была создана современная правовая система, но народное отношение к праву медленно изменяется. Иными словами, самое важное для современного Китая - это создание культа права.

Многие китайские юристы считают, что основная проблема юриспруденции Китая XX века-- это конфликт между государством и правом.

После создания КНР в 1949 г., по примеру советской модели, китайские юристы создали новую правовую систему. В тот период между правом и политикой была тесная взаимосвязь. Если ранее субъектом, создающим формальные нормы, был император, то теперь ему на смену пришла Коммунистическая партия Китая (КПК), политическая воля которой и стала материальным источником права.

С 50-ых по 70-е гг. XX века на юридических факультетах китайских университетов начали масштабно переводить советские юридические учебники и монографии и непосредственно их использовать. Учебник “Теория государства и права” представляет собой конкретное проявление юриспруденции в данном социологическом контексте. Согласно теории марксизма, базис общества -- это производственные отношения, определяемые

уровнем развития производительных сил, в основе которых лежит определенная форма собственности. Над базисом возвышается политическая и юридическая надстройка -- определенные формы общественного сознания. Государство и право -- части надстройки, они имеют классовую природу, так как выражают волю и интерес господствующего класса, право подчиняется государству и является инструментом классовой борьбы.

Воззрения изменились в 1978 г. после начала реформы, и юристы начали обсуждения в газетах и журналах вопросы сути и статуса права. Размышления об отношении между государством и правом считалось и считается символом судебной реформы современного Китая.

Перед современной китайской юриспруденцией, созданной на основе теории марксизма, стояла следующая главная проблема: государство и право, кто имеет “наивысшую власть” ?

Действующая Конституция Китайской Народной Республики была принята в 1982 г., и в течение последующих 30 лет четыре раза в нее были внесены изменения, в 1988 г., 1993 г., 1999 г. и 2004 г. Процесс политических изменений проявляется в изменении отношений между государством и правом.

Поправки к Конституции в 1988 г. касались разрешения экономических вопросов таких, как частная хозяйственная деятельность и право пользования землей. Поправки в 1993 г. подчеркнули режим многопартийного сотрудничества и политической системы консультаций. Поправки в 1999 г. добавили в Конституцию принцип правового государства. Поправки в 2004 г. касались прав человека и защиты частной собственности от государственного вмешательства.

Кроме вышеназванных, Генеральным Секретарем Ху Цзиньтао в 2007 г. в Китае был введен принцип верховенства Конституции и других законов, закрепляющих принцип правового государства. Однако становление такого государства невозможно без сознательного исполнения всеми гражданами, государственными

органами и общественными организациями норм законодательства, направленных на формирование правового государства.

Таким образом, юриспруденция КНР развивается вместе с судебной реформой, в процессе которой право получило относительно самостоятельное место по отношению к государству и стало играть более важную роль, чем раньше.

Хотя политическая сфера КНР характеризуется коммунистическим направлением развития, в экономической сфере существуют свободный рынок, смешанная собственность, частный капитал и свободная международная торговля, как в Западных странах.

Государственная система КНР не является просто коммунистической, а коммунистической с китайской спецификой. Это означает, что КНР определяет свой собственный путь развития, учитывая опыт, но не копируя другие страны.

Данные теории сильно влияют на законодательство. Принято считать, что период после реформы 1978 г. подразделяется на 4 промежутка¹: 1978 – 1993 гг., переход к общественной реформе, когда государство обращало внимание на воссоздание политического режима; 1993-1998 гг., руководящая идея законодательства тесно связана с экономическим курсом (пример в таблицах 2-6 этой работы). В этот период классификация рыночной экономики играла важнейшую роль в законодательстве; 1998-2008 гг., новые законы появлялись медленно, главная работа законодателей—поправки законов, главное направление – улучшение системы источников права; 2008-2017 гг., законодательство ведет к общей реформе углубления.

Таблица 11 ²

Классификация действующих законов КНР и их поправки

¹立法与改革：以法律修改为重心的考察；付子堂，胡夏枫：《法学研究》，2014年第6期。

² Материалы публикуются на официальном сайте Базы китайских нормативных актов:
<http://search.chinalaw.gov.cn>

Количество Отрасли права	Действующие акты	Поправки	Раз изменения	Процентное содержание поправок (%)
Конституционное право	39	17	33	43.59
Гражданское и коммерческое право	33	20	35	60.61
Административное право	77	44	66	57.14
Экономическое право	60	39	73	65.00
Социальное право	21	13	18	61.90
Уголовное право	1	1	10	100.00
Процессуальное Право	10	4	6	40.00
Всего	241	138	241	57.26

Данная таблица ясно отражает развитие законодательства в настоящее время в КНР.

Безусловно, в РФ на законодательство конца XX- начала XXI вв. сильно влияет социальная реформа после распада СССР. Система законодательства РФ в этот период является огромной проблемой.

В последнем десятилетии прошлого века и первом десятилетии нашего века в РФ произошли огромные социальные изменения. Право активно регулирует социальные отношения и имеет релаксационный характер. Он отражает потребности общества и определяет будущее развитие законодательства. Количество поправок и изменений нормативно-правовых актов показывает качество законодательства и частоту изменений социальной идеи.

Конституция РФ была принята 12 декабря 1993 года всенародным голосованием. При правлении Бориса Николаевича Ельцина до 2000 г. в силу стоящих тогда перед государством задач и

по экономическим причинам в Конституцию РФ не вносилось серьезных поправок. В 1996 г., 2001 г., 2004 г., 2005 г. и 2006 г. были внесены поправки, связанные с изменением субъектного состава федерации.

В 2008 г. Президент РФ Дмитрий Анатольевич Медведев предложил внести в Конституцию РФ ряд поправок об изменении срока президентских полномочий с 4 до 6 лет, и Госдумы с 4 до 5 лет. Данные поправки были ратифицированы нижней палатой парламента, и вступили в силу с 31 декабря 2008 года.

В 2013 г. Президент РФ Владимир Владимирович Путин внес в Госдуму законопроект о поправке к Конституции РФ об объединении Высшего арбитражного суда РФ и Верховного суда РФ, а также о расширении полномочий Президента РФ по назначению прокуроров. Данные поправки были приняты и вступили в силу 6 февраля 2014 года.

21 июля 2014 года была принята поправка к Конституции РФ, которая позволяет Президенту РФ вводить в состав Совета Федерации до 10% назначенных представителей.

Речь идет также о Гражданском кодексе РФ, который был принят (первая часть) Государственной думой 21 октября 1994 г.

18 июля 2008 г. Президент РФ подписал Указ № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации». Данный нормативно-правовой акт положил начало реформы Гражданского кодекса РФ.

Главные цели внесения изменений в Гражданский кодекс РФ следующие¹:

- 1) отражение опыта, полученного в результате применения норм права в судебной практике и их толкования судом;
- 2) развитие основных принципов гражданского законодательства РФ, стремление к достижению нового уровня развития рыночных отношений;

¹ Указ Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 года N 1108 г. Москва О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации

- 3) сближение Гражданского кодекса РФ с правилами регулирования гражданских отношений в праве Европейского союза;
- 4) поддержание единообразия гражданско-правовых отношений в государствах Содружества Независимых Государств;
- 5) обеспечение стабильности гражданского законодательства РФ.
- Изменения Гражданского кодекса РФ характеризуются стремлением к сближению с общими принципами, действующими в Европе.

Аналогично КНР, действующие федеральные законы РФ и их поправки также претерпевают существенные изменения в переходный период.

По поводу отсутствия точной информации всех изменений законов РФ, автор только показывает статистику изменений Конституции и Гражданского кодекса РФ.

Таблица 12 ¹

Статистик изменений действующей Конституции и
Гражданского кодекса РФ

Название	День принята	Количество изменений
Конституция Российской Федерации	принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ)	4
Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) N51-ФЗ	От 30.11.1994 (ред. от 29.12.2017)	104

¹ Материалы публикуются на сайте http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/

Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) N14-ФЗ	От 26.01.1996 (ред. от 05.12.2017)	64
Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) N146-ФЗ	От 26.11.2001 (ред. от 28.03.2017)	38
Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) N 230-ФЗ	18.12.2006 (ред. от 01.07.2017) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01. 2018)	20

Таблица 13¹

Список изменяющих документов Гражданского кодекса
(первой части)

(в ред. Федеральных законов от 20.02.1996 N 18-ФЗ, от 12.08.1996 N 111-ФЗ, от 08.07.1999 N 138-ФЗ, от 16.04.2001 N 45-ФЗ, от 15.05.2001 N 54-ФЗ, от 21.03.2002 N 31-ФЗ, от 14.11.2002 N 161-ФЗ, от 26.11.2002 N 152-ФЗ, от 10.01.2003 N 15-ФЗ, от 23.12.2003 N 182-ФЗ, от 29.06.2004 N 58-ФЗ, от 29.07.2004 N 97-ФЗ, от 29.12.2004 N 192-ФЗ, от 30.12.2004 N 213-ФЗ, от 30.12.2004 N 217-ФЗ, от 02.07.2005 N 83-ФЗ, от 21.07.2005 N 109-ФЗ, от 03.01.2006 N 6-ФЗ, от 10.01.2006 N 18-ФЗ, от 03.06.2006 N 73-ФЗ, от 30.06.2006 N 93-ФЗ, от 27.07.2006 N 138-ФЗ, от 03.11.2006 N 175-ФЗ, от 04.12.2006 N 201-ФЗ, от 18.12.2006 N 231-ФЗ, от 18.12.2006 N 232-ФЗ, от 29.12.2006 N 258-ФЗ, от 05.02.2007 N 13-ФЗ, от 26.06.2007 N 118-ФЗ, от 19.07.2007 N 197-ФЗ, от 02.10.2007 N 225-ФЗ, от 01.12.2007 N 318-ФЗ, от 06.12.2007 N 333-ФЗ, от 24.04.2008 N 49-ФЗ, от 13.05.2008 N 68-ФЗ, от 14.07.2008 N 118-ФЗ, от 22.07.2008 N 141-ФЗ, от 23.07.2008 N 160-ФЗ, от 30.12.2008 N 306-ФЗ, от 30.12.2008 N 311-ФЗ, от 30.12.2008 N 312-ФЗ, от 30.12.2008 N 315-ФЗ, от 09.02.2009 N 7-ФЗ, от 29.06.2009 N 132-ФЗ, от

¹ Материалы публикуются на сайте http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/

17.07.2009 N 145-ФЗ, от 27.12.2009 N 352-ФЗ, от 08.05.2010 N 83-ФЗ, от 27.07.2010 N 194-ФЗ, от 07.02.2011 N 4-ФЗ, от 06.04.2011 N 65-ФЗ, от 28.11.2011 N 337-ФЗ, от 30.11.2011 N 363-ФЗ, от 06.12.2011 N 393-ФЗ, от 06.12.2011 N 405-ФЗ, от 03.12.2012 N 231-ФЗ, от 03.12.2012 N 240-ФЗ, от 29.12.2012 N 282-ФЗ, от 30.12.2012 N 302-ФЗ, от 11.02.2013 N 8-ФЗ, от 07.05.2013 N 100-ФЗ, от 28.06.2013 N 134-ФЗ, от 02.07.2013 N 142-ФЗ, от 02.07.2013 N 167-ФЗ, от 23.07.2013 N 245-ФЗ, от 02.11.2013 N 302-ФЗ, от 21.12.2013 N 367-ФЗ, от 12.03.2014 N 35-ФЗ, от 05.05.2014 N 99-ФЗ, от 05.05.2014 N 129-ФЗ, от 23.06.2014 N 171-ФЗ, от 22.10.2014 N 315-ФЗ, от 31.12.2014 N 499-ФЗ, от 08.03.2015 N 42-ФЗ, от 06.04.2015 N 80-ФЗ, от 23.05.2015 N 133-ФЗ, от 29.06.2015 N 154-ФЗ, от 29.06.2015 N 186-ФЗ, от 29.06.2015 N 209-ФЗ, от 29.06.2015 N 210-ФЗ, от 13.07.2015 N 216-ФЗ, от 13.07.2015 N 258-ФЗ, от 13.07.2015 N 268-ФЗ, от 30.12.2015 N 457-ФЗ, от 31.01.2016 N 7-ФЗ, от 30.03.2016 N 79-ФЗ, от 23.05.2016 N 146-ФЗ, от 03.07.2016 N 236-ФЗ, от 03.07.2016 N 315-ФЗ, от 03.07.2016 N 332-ФЗ, от 03.07.2016 N 333-ФЗ, от 03.07.2016 N 354-ФЗ, от 28.12.2016 N 497-ФЗ, от 07.02.2017 N 12-ФЗ, от 28.03.2017 N 39-ФЗ, от 26.07.2017 N 199-ФЗ, от 29.07.2017 N 259-ФЗ, от 05.12.2017 N 379-ФЗ, от 29.12.2017 N 459-ФЗ,

с изм., внесенными Федеральными законами

от 17.05.2007 N 82-ФЗ (в ред. от 29.12.2010), от 24.07.2008 N 161-ФЗ, от 13.10.2008 N 173-ФЗ (ред. от 21.07.2014), от 18.07.2009 N 181-ФЗ,

Постановлениями Конституционного Суда РФ от 27.06.2012 N 15-П, от 22.06.2017 N 16-П)

Конституционный суд РФ играет важную роль в жизни российского общества и государства. В КНР аналогичного органа не существует. Он защищает авторитет Конституции и активно действует в государственно-правовой и политической жизни. В КНР пока не было обзора нарушений Конституции. Любой закон получает

жизнь и авторитет только в практике, в его применении. Наличие конституционного суда укрепляет статус Конституции РФ.

Согласно пункту 3 ст. 125 Конституции РФ Конституционный суд РФ состоит из 19 судей, которые решают споры о компетенции между органами государственной власти РФ, между органами государственной власти субъектов РФ и между высшими государственными органами субъектов РФ.

Согласно пункт. 2 ст. 125 Конституции РФ Конституционный суд РФ по запросам государственных органов РФ, таких как Совета Федерации, Государственной Думы, Президента РФ, одной пятой членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы, Верховного Суда РФ, Правительства РФ и т.д., разрешает дела о соответствии Конституции РФ, как международных договоров РФ, которые не вступили в силу, федеральных законов, нормативных актов государственных органов и субъектов РФ.

Согласно пункт. 5 ст. 125 Конституции РФ Конституционный суд РФ имеет право давать толкование Конституции по запросу определенных государственных органов, таких как Совета Федерации, Государственной думы, Президента, Правительства РФ и т.д.

Важная функция Конституционного суда РФ заключается в том, что он полномочен разрешить дело о нарушении свобод граждан и конституционных прав.

С момента создания Конституционного суда РФ в 1991 г. и до настоящего времени, прошли уже десятки лет. Конституционный суд РФ играет важную роль в судебной и политической реформе России, им было рассмотрено много известных дел.

В 1993 г. Конституционный суд РФ вынес заключение о неконституционности действий президента Ельцина, на основе которого Верховный Совет принял решение о прекращении полномочий президента Ельцина. После этого был проведен первый референдум в истории Российской Федерации.

В 1998 г. Конституционный суд РФ вынес определение, касающееся ограничения сроков президентских полномочий.

В 2015 г. Конституционный суд РФ определил порядок имплементации правовых позиций, касающихся исполнения решений Европейского суда по правам человека в РФ. Процедура определена тем, что после вынесения решения ЕСПЧ, примененное в деле, нарушает права заявителя, последний подает в суд первой инстанции на пересмотр своего дела. Конституционный суд РФ имеет право отрицать толкование ЕСПЧ, если оно противоречит Конституции РФ.

В 2017 г. Конституционный суд РФ принял решение о запрете Правительству РФ выплачивать компенсацию по решению международного суда по делу ЮКОСа. Это решение стало прецедентным в истории Европы.

Из этого следует, что Конституционный суд РФ имеет важное значение в переходный период государства и законодательства.

Таким образом, сравнив развитие системы законодательства КНР и РФ за последние 30 лет, отметим общие цели законодательства в переходную эпоху:

Во-первых, данное развитие отражает ценности и цели законодателей. Поправки нормативных актов показывают потребности общества, экономическая реформа играет главную роль. Переход к рыночной экономике является важной целью в одно время в КНР и РФ. Помимо экономической реформы, важными целями этого периода являются защита прав человека, охрана окружающей среды и формировании правового государства.

Во-вторых, законодательство стремится к стабильности. Из таблиц 11 и 12 следует, что процентное содержание поправок в нормативно-правовых актах является высоким. С конца XX века до начала XXI века в КНР 57.26% нормативно-правовых актов было изменено. В РФ цифра изменений федеральных законов является тоже огромной. Например в первую часть Гражданского кодекса РФ в течение 30 лет внесено 104 изменения.

В обоих государствах статутное право считается важнейшим источником в классификации источников права, а стабильность является важной характеристикой статутного права.

В-третьих, в указанный период законодательным процессом руководит государство. Государственное принуждение обеспечивает соблюдение законодательства в переходный период.

После реформы 1978 г. КНР оказалось в аналогичной ситуации,¹ как РФ после распада СССР— в КНР потребовалось создание новой системы законодательства.

Государство является главным законодателем. Преимущество такого законодательного режима заключается в том, что государственная власть обеспечивает эффективности законодательства. Однако и недостаток ясно прослеживается — отсутствует надзор за государственным поведением. В наше время борьба против декомпозиции является важной задачей, стоящей перед КНР и РФ.

2. Административный закон автономных территорий

КНР и РФ являются многонациональными государствами. Административный закон автономных территорий в данных государствах считается важным политическим принципом.

Как федеративное государство, РФ создает закон о национальных меньшинствах как закон субъектов федерации. Согласно ст. 1 Федерального закона «О национально-культурной автономии»², Национально-культурная автономия в РФ является формой национально-культурного самоопределения и объединением граждан РФ, относящих себя к определенной этнической общности, находящейся в ситуации национального меньшинства на соответствующей территории, на основе их добровольной самоорганизации в целях самостоятельного решения вопросов

¹立法与改革：以法律修改为重心的考察；付子堂，胡夏枫：《法学研究》，2014年第6期。

² Федеральный закон «О национально-культурной автономии» от 17 июня 1996 г. N 74-ФЗ

сохранения самобытности, развития языка, образования, национальной культуры, укрепления единства российской нации, гармонизации межэтнических отношений, содействия межрелигиозному диалогу, а также осуществления деятельности, направленной на социальную и культурную адаптацию и интеграцию мигрантов. Национально-культурная автономия является видом общественного объединения. Организационно-правовой формой национально-культурной автономии является общественная организация.

В КНР национальная районная автономия считается воплощением принципа централизации и децентрализации в конституционной системе и воплощением принципа децентрализации в распределении центральной и местной власти. Она требует разделения власти между центром и автономными районами. Автономные территории в рамках своей области обладают полной автономией¹.

В современном международном сообществе практика местной автономии распространена в восточных и западных странах, причем как в федерациях, так и в унитарных государствах. Несмотря на некоторые различия характеристик местных автономий различных стран, основным фактором развития местной автономии международного сообщества является местная автономия².

Характерной чертой национальной автономии КНР является то, что в ее содержание включаются определенные полномочия в вопросах политической жизни, в сфере правосудия, и – главным образом – в области культуры и экономики. Национальная автономия существует строго в рамках государства. Национальная районная автономия является важнейшим политическим инструментом, который регулирует межнациональные отношения в КНР. Особенности статуса данных автономий следующие.

¹杨海坤、金亮新：《中央与地方关系法治化问题刍议》，译林出版社，2007年。

² European charter of local self-government.

Во-первых, автономные территории КНР обладают частью законодательной и исполнительной власти, которая делегируется им центральными органами государственной власти. Но в отличие от субъектов федерации, у автономных территорий нет права выхода из состава федерации;

Во-вторых, создание автономных территорий основывается на том, какие территории заселены этническими меньшинствами. Только этнические меньшинства, проживающие в определенной области, могут создать национальную автономию;

В-третьих, цель создания национальных районных автономий — это защита прав меньшинств. Меньшинства всегда пользуются правом на жизнь и развитие нации, при условии, что их реализация не ущемляет прав других народов. У всех меньшинств в КНР равные права.¹

Аналогично РФ, КНР является многонациональной страной. Особую важность для страны представляет вопрос межнациональных отношений. Чтобы защитить равные права всех народов, административное деление КНР устроено по основному принципу их заселенности тем или иным этносом.

В настоящее время в Китае официально насчитывается 56 национальностей, из них ханьцы составляют 92 % населения страны, остальные народы являются национальными меньшинствами. Из признанных 55 этнических меньшинств 44 имеют автономные территории, обладающие автономией в законодательной, административной и судебной сфере. Площадь всех автономных территорий занимает около 64% всей территории страны², которая разделена на три административных подразделения:

1. Автономный район (自治区), административный уровень как провинция. На сентябрь 2017 г. их насчитывалось 5;

2. Автономные округа (自治州), административный уровень как округ. На сентябрь 2017 г. их насчитывалось 30;

¹ Юй Цун: Применение закона о законотворчестве в автономных территориях. / Журнал исследование местного законодательства, 2017-15.

² Regional Autonomy for Ethnic Minorities in China

3. Автономные уезды (自治县) и хошуны(自治旗, особенное название в языке нации Монголки) административный уровень как уезд. На сентябрь 2017 г. их насчитывалось 120.

В соответствии со ст. 75 Закона о Законодательстве КНР¹, Собрание народных представителей автономных территорий имеет право принимать местные административные законы и отдельные положения по политическим, экономическим и культурным вопросам. Как важный источник права КНР, закон автономных территорий подразделяется на 4 типа:

Во-первых, автономное положение и отдельное положение, которые приняты Собранием народных представителей автономной территории. Местные административные законы и отдельные положения автономного района действуют после того, как одобрены Собранием народных представителей КНР. Местные административные законы и отдельные положения автономного округа и уезда действуют после того, как одобрены Собранием народных представителей автономного района или провинции.

Во-вторых, альтернативная (变通规定) местная норма и дополнительная местная норма, которая разработана автономным правительством и принята Собранием народных представителей автономной территории.

Закон автономных территорий должен соответствовать следующим требованиям: не нарушать основных принципов законов и административных норм; не нарушать Конституцию и Закон о национальной районной автономии КНР²; не нарушать особенных положений об автономных территориях закрепленных в Административных законах.

В начале своего создания Китайская Коммунистическая Партия получила от Коммунистического интернационала программу национального самоопределения. В июле 1922 г. Второй съезд КПК в

¹ Закон о законодательстве КНР, принят Собранием Народных Представителей КНР 15 марта 2000 г.

²中华人民共和国民族区域自治法, принят Постоянным Комитетом Собрания Народных Представителей 31 мая 1984 г.

декларации собрания декларировал положение о самоопределении, автономии, демократического автономного государства и создания федеративной республики для решения национальных проблем. В 1928 г. на шестом съезде КПК объявила свою задачу: «единство Китая, национальное самоопределение»¹.

Но в процессе революции стало ясно, что бывшая программа не подходила обществу Китая. В статье «О новой стадии» Мао Цзэдун представил концепцию изменения национальной политики КПК с федеративного государства к национальной районной автономии. Впервые в «Общей программе Китайской народной политической консультативной конференции»² признали систему национальной районной автономии, которую разработал известный политик Ли Вихан.

В октябре 1949 г. в соответствии с Общей программой Китайской народной политической консультативной конференции был создан Государственный комитет национальных дел КНР (State Ethnic Affairs Commission), призванный защищать режим национальной районной автономии. К сфере его компетенции было отнесено: национальная идентификация (ethnic classification), признание национального состава, создание автономных территорий, выдача материальной помощи, защита прав меньшинств, согласование этнических отношений.

В 1952 г. было принято «Осуществление программы национальной районной автономии КНР», в котором было установлено создание автономной территории, состав правительства автономного района и права автономной территории.

В Конституции КНР 1954-1975 гг. национальная районная автономия стала основным государственным принципом и основным политическим режимом. Уланьфу (китайский политический деятель, руководитель автономного района Внутренняя Монголия) и Нгапо Нгаванг Джигме (тибетский военный и государственный деятель)

¹中共中央统战部. 民族问题文献汇编 [Z]. 北京: 中共中央党校出版社, 1991: 86.

²中国人民政治协商会议共同纲领, временная Конституция Китая 1949–1953 гг.

руководили разработкой Закона о национальной районной автономии КНР.

В восьмидесятых годах XX века в связи с принятием действующей Конституции КНР (1982 г.) и Закона о национальной районной автономии КНР (1984 г.) режим национальной районной автономии получил более детальное правовое регулирование. Развитие экономики играло основную роль в этом процессе. В тот период были приняты 139 автономных положений и 777 отдельных положений автономного района, 75 особенных и дополнительных административных законов автономных территорий¹.

После второго пересмотра Закона о национальной районной автономии КНР в 2001 г., национальная районная автономия КНР характеризуется следующим²:

(1) Законодательная власть. Собрание народных представителей автономных территорий имеет право принимать местные административные законы и отдельные положения по политическим, экономическим и культурным вопросам.

(2) Право на применение альтернативных местных норм, которые могут изменять государственный закон. Органы автономной власти имеют право изменить постановления, решения, распоряжения и указы высших государственных органов, которые противоречат традициям и обычаям меньшинств.

(3) Право на использование национального языка. В процессе общественного управления органы автономной власти имеют право использования один или несколько национальных языков.

(4) Право на создание общественных вооруженных сил, таких как местная народная полиция. Органы автономной власти имеют право организовывать местные общественные вооруженные силы в соответствии с военной системой государства и фактическими потребностями местности при поддержке Государственного Совета КНР. В ст. 120 Конституции КНР указано: «В случае необходимости

¹陈文琼, 论少数民族自治地方的科学立法/经济与社会发展,2012-06.

² Закон о национальной районной автономии КНР (2001 г.)

органы самоуправления в районах национальной автономии могут в рамках государственной системы военного строительства формировать с санкции Государственного совета отряды общественной безопасности для охраны общественного порядка в районах национальной автономии».

(5) Право на самостоятельное развитие экономики. Под руководством государства органы автономной власти самостоятельно управляют местными экономическими делами, планируют развитие экономики в соответствии с местными особенностями и потребностями, регулируют производственные отношения, реформируют режим управления экономикой, определяют права собственности на землю и права на пользование пастбищами, лесами и т. д.

(6) Право на торговую деятельность. Органы автономной власти в соответствии с государственными правилами имеют право заниматься внешнеэкономическими и торговыми делами, одобренные Государственным советом КНР, могут открывать внешнеторговые порты. Органы автономной власти в некоторых аспектах внешнеэкономической и торговой деятельности получают от государства льготный режим.

(7) Право на финансовое управление. Все финансовые доходы, принадлежащие автономным территориям в соответствии с государственной финансовой системой, используются автономно органами автономной власти.

(8) Право на самостоятельное развитие культуры и образования. Органы автономной власти могут по своему плану развивать национальное образование, организовывать различные школы, определять местное планирование образования, школьные условия, школьную систему, школьную форму, содержание преподавания, преподавание языка и методы регистрации.

В 2011 г. Государственный комитет национальных дел КНР заявил о «Программе системы национального права 2011-2015 гг.», в которой была закреплена идея защиты прав меньшинств.

Подчеркивая важность ряда современных подходов к развитию прав меньшинств КНР, следует констатировать, что автономия народа является одной из важнейших политических идей 20 века.

Как и РФ, КНР обладает огромной территорией и, как следствие, довольно сложной системой межнациональных отношений, но федеративная форма не подходит КНР по историческим причинам. Однако действующий режим автономных территорий, который дает правительствам автономных территорий право на управление, аналогичен федеративным государствам в сфере законодательства и администрации. История доказывает, что такой режим наиболее оптимален для КНР.

Форма государственного устройства КНР является унитарной, что предполагает единое законодательство и политическую систему. Местное законодательство подчиняется центральному, в полном соответствии с основными принципами построения унитарного государства. Поэтому общий принцип законодательства в автономных территориях не должен противоречить Конституции и закону, и главная цель законодательства в автономных территориях — выполнение экономического плана, главное содержание — соблюдение традиции меньшинства¹.

Основные принципы законодательства автономных территорий следующие:

Во-первых, принцип единства государства и борьба против национального разделения. Во введении Конституции КНР отмечается: "Китайская Народная Республика – единое многонациональное государство, созданное общими усилиями народов различных национальностей всей страны." В ст. 4 Конституции КНР указано: "Все национальности в Китайской Народной Республике равноправны. Государство гарантирует законные права и интересы всех национальных меньшинств, охраняет и развивает отношения равенства, сплоченности и

¹ Программа системой национального права КНР 2010-2015 гг., принят Государственным советом КНР 20-ого июня 2010 г.

взаимопомощи всех национальностей. Запрещаются дискриминация и гнет в отношении любой национальности, запрещаются действия, направленные на подрыв сплоченности между национальностями и их раскол. Государство, учитывая особенности и нужды национальных меньшинств, помогает районам национальных меньшинств в ускорении темпов экономического и культурного развития. В районах компактного проживания национальных меньшинств осуществляется национальная автономия. Создаются органы самоуправления, осуществляются автономные права. Районы национальной автономии являются неотъемлемой частью Китайской Народной Республики. Каждая национальность пользуется свободой использования и развития своего языка и письменности, свободой сохранения или изменения своих нравов и обычаев." Режим автономных территорий развивается на основе единого государства вместе с ростом национальной культуры и экономики меньшинств.

Во-вторых, принцип унификации государственной правовой системы и законодательства автономных территорий. В ст. 5 Конституции КНР указано: "Государство обеспечивает единство и соблюдение социалистической законности. Никакие законы, административные положения и местные положения не должны противоречить Конституции." Законодательство автономных территорий должно соответствовать Конституции.

В случае необходимости действуют альтернативные или дополнительные местные нормы. Как правило, в этом случае речь идет о гражданском и семейном праве. Например, в КНР минимальный возраст вступления в брак составляет 22 года для мужчин и 20 лет для женщин, но по традиции некоторых меньшинств такой возраст считается неподходящим. В провинции Синьцзян (уйгурский народ), Внутренней Монголии (монгольский народ), Тибете (тибетский народ), Нинся (Хуэй народ), автономном районе Гуанси (Чжуан народ) и некоторых автономных территориях минимальный возраст вступления в брак для мужчин составляет 20

лет, для женщин – 18 лет¹. Однако эти положения применяются только к меньшинствам и не распространяются на ханьцев, проживающих в этом районе.

В-третьих, принцип обеспечения развития культуры и экономики меньшинств. Ситуация в КНР на данный момент такова, что народ хань имеет преимущества в сфере экономики, населения и культуры по историческим причинам. Отношение к культуре меньшинств обуславливается не конкуренцией с ханьцами, а защитой и распространением важного нематериального культурного наследия. Законодательство автономных территорий призвано развивать меньшинства в экономическом и культурном плане.

В то время как КНР в экономическом строительстве достигла значительных успехов к началу 21 века, некоторые автономные территории, тем не менее, можно охарактеризовать как бедные и отсталые. Несбалансированное экономическое развитие серьезно повлияло на единство и стабильность страны. Перед КНР в настоящий момент стоит важнейшая задача – общее развитие и общее процветание.

В-четвертых, принцип обеспечения равных прав меньшинств. Местная автономия в международном сообществе обычно бывает двух типов: одна - автономия «жителей», а другая - автономия автономной группы (автономного органа)². В КНР – автономия народа, не зависит от места жительства, пола и вероисповедания. В настоящий момент в Китае насчитывается 56 национальностей, и часто в одной этнической автономной области проживает более десятка народов. Между различными меньшинствами существуют большие различия в сфере экономического развития и культурного уровня. В процессе законодательного регулирования важно учитывать национальное единство, взаимопомощь и общее развитие национальных автономных районов. В рамках законодательства,

¹中华人民共和国婚姻法, принят Собранием народных представителей КНР в 2005 г.

²蔡秀卿:《地方自治法理论》,台北:学林文化事业有限公司,2003 г.

отражающего равенство всех этнических групп, учитываются общие интересы всех национальностей.

В последние годы в КНР произошло несколько национальных конфликтов, таких как: насильственное выступление 14 марта 2008 г. в Тибетском автономном регионе и насильственное преступление 5 июля 2009 г. в Синьцзян-Уйгурском автономном районе. После данных выступлений в китайской и зарубежной литературе возникают сомнения о закономерности режима автономных территорий КНР.

Говоря о распространении экстремального национализма, заметим, что вместе с общественным развитием с конца XX века межнациональные конфликты наиболее острую форму приобрели на Ближнем Востоке и в Средней Азии. Религия играет важную роль в данных районах.

Регулирование религиозных вопросов в законе автономных территорий КНР имеет важное значение и сильно влияет на стабильность межнациональных отношений. Как светское государство, КНР признает принцип свободы вероисповедания и разделения церкви и государства. Ст. 36 Конституции КНР гласит: «Граждане Китайской Народной Республики имеют свободу вероисповедания. Никакие государственные органы, общественные организации и частные лица не могут принудить граждан исповедовать или не исповедовать религию, не могут дискриминировать граждан за исповедание или неисповедание религии. Государство охраняет нормальное отправление религиозной деятельности. Никто не может использовать религию для нарушения общественного порядка, нанесения вреда здоровью граждан и в ущерб государственной системе образования. Религиозные организации и религиозные дела свободны от иностранного контроля».

В КНР насчитывается 5 конфессий: буддизм, даосизм, ислам, католицизм, христианство. В том числе тибетский буддизм, характерный для Тибетского автономного района и части

Автономного района Внутренней Монголии, а в Синьцзян-Уйгурском автономном районе и Нинся-Хуэйском автономном районе главная религия – ислам.

Особо следует отметить, что главным религиозным положением в Синьцзян-Уйгурском автономном районе является Положение о религиозных делах в Синьцзян-Уйгурском автономном районе, которое принято Постепенным комитетом Собрания народных представителей Синьцзян-Уйгурского автономного района 28 ноября 2014 г. В данном положении закрепляется защита свободы вероисповедания (ст. 1 и ст. 3); защита прав церкви, религиозных групп и народов, исповедующих ту или иную религию (ст. 5); а также положения о противодействии преступлениям на религиозной почве и религиозному терроризму (ст. 4).

В своей долгой пятитысячелетней истории Китай всегда был светской страной, церковь редко влияла на общество. Но вместе с развитием средств массовой информации и транспортной инфраструктуры, иностранные религии (китайская традиционная религия - даосизм) все чаще проникают в сознание китайского народа. На протяжении всей истории развития КНР центральное правительство стремится к достижению разумного баланса в вопросах религии.

Кроме того, альтернативная и дополнительная норма являются важной характеристикой законодательства автономных территорий КНР. Если рассмотреть все альтернативные нормы, принятые за период с 1980 по 2015 г., то вывод можно сделать следующий: наибольший процент здесь составляют нормы брачно-семейного права, а также гражданского и избирательного, наименьший – нормы уголовного права¹.

Процессуальное право обычно изменяет в государственных законах применимое время закона, область применения и юридический контент. Норма, которая имеет высокую силу, в

¹宋龙: 自治区自治立法报批制度研究. 政法论坛, 2016-03.

материальном праве характеризуется изменениями в избирательном законе, законе о землепользовании, брачном законе, законе о наследовании, законе об образовании, административных положениях о наркотиках и планировании семьи и других. Например, административное положение о наркотиках и планировании семьи действовало с 1982 по 2016 гг.: в некоторых автономных территориях действовала альтернативная норма, согласно которой в семьях меньшинств разрешалось иметь второго ребенка, а в семьях ханьцев — лишь одного.

Альтернативная норма в процессуальном праве характеризуется изменениями в уголовном и гражданском процессуальном праве, например, Решение о продлении сроков по сложным уголовным делам в удаленных областях в связи с транспортной недоступностью¹ в Автономном районе Внутренней Монголии.

В законодательном процессе автономных территорий играет важнейшую роль система одобрения альтернативных норм. В ст. 116 Конституции КНР указано: «Органы самоуправления в районах национальной автономии ведают делами образования, науки, культуры, здравоохранения, физкультуры и спорта, собирают и охраняют национальные памятники культуры, добиваются развития национальной культуры и способствуют ее процветанию». В ст. 19 Закона о национальной районной автономии КНР отмечается: «Автономное положение и отдельное положение автономных территорий действуют после одобрения Постепенного комитета Собрания народных представителей КНР». Это же законодательная база автономных территорий.

Безусловно, в законодательном процессе система одобрения направлена на поддержание баланса между центральным и местным правительством, высшим государственным органом и подчиненным. Но в этой системе имеет место и ряд негативных моментов:

¹ 《关于在交通十分不便的边远旗延长对重大复杂刑事案件办案期限的决定》， принят Собранием народных представителей Автономного района Внутренней Монголии в 1998 г.

Во-первых, эта система существенно ограничивает права законодательной автономии в национальных районах. В процессе определения основных принципов законодательства автономных территорий важно учитывать, что положения «не противоречат основным принципам Конституции и законам» и «в соответствии с местными этническими политическими, экономическими и культурными особенностями» уже ограничивают свободу законодательного регулирования национальных автономий. В процессе одобрения в Собрании народных представителей существует множество вариантов того, как Постепенный комитет Собрания народных представителей будет трактовать политические, экономические и культурные особенности и социальное развитие национальной автономной области.

Во-вторых, система одобрения на практике не предоставляет право решающего голоса автономным законодательным органам. Автономная законодательная власть обладает следующими полномочиями в отношении законопроекта: редакционные полномочия, право на обсуждение проекта, право решающего голоса по проекту и право принятия.

Специальная система одобрения в автономных территориях КНР отделяет право решающего голоса от законодательной власти автономии, поэтому называется системой одобрения до законодательного процесса. Иными словами, автономная законодательная власть вправе лишь предложить государственному Совету народных представителей принять тот или иной законопроект. В обычном процессе законодательства при разработке общих местных законов они принимаются местным Собранием народных представителей и его Постоянным комитетом как законодательной властью, после чего факт принятия закона доводится до сведения государственного Собрания народных представителей и его Постоянного комитета, специального одобрения которых не требуется.

Такая система одобрения после законодательного процесса не требует процедуры проверки законности принятого местного закона. Представляется оптимальным заменить систему одобрения до законодательного процесса системой одобрения после законодательного процесса, чтобы улучшить эффективность деятельности автономных законодательных органов и повысить статус местного Собрания народных представителей. Автономные положения и отдельные положения основываются на автономии национального района, поэтому переход к системе одобрения после законодательного процесса не противоречит Конституции.

В-третьих, сложная процедура принятия законов автономных территорий приводит к снижению законодательной эффективности. Оформление закона автономных территорий происходит посредством различных законодательных процедур, в которых содержится ряд высоких законодательных издержек, таких как расследование и изучение, подготовка персонала организации, комментарии к тексту, изменение процедур. А в автономных районах местные Собрания народных представителей обычно ничего не изменяют. Закон автономных территорий часто оказывается временным и срочным. Например, такими являются местное положение о туристских ресурсах, о регулировании аграрно-производственных отношений, о регулировании срочного конфликта и т.д. Сложный процесс принятия закона автономных территорий сильно препятствует эффективной работе автономии. Поэтому в законодательной деятельности вопрос о том, как оптимизировать эффективность законодательства, является одним из ключевых.

В-четвертых, законодательство автономных территорий должно отвечать особенностям той местности, в которой оно будет действовать. Из-за различий в уровне экономического и социального развития разных национальных районов, местное законодательство должно соответствовать уровню экономического и социального развития в регионе и уровню социального прогресса в соответствии с основными потребностями народа. Большинство автономных

территорий КНР являются экономически отсталыми, поэтому экономическое развитие является для них приоритетом. Законодательство данных районов должно учитывать общий уровень развития экономики и основные тенденции экономического развития, а также различные факторы, такие как структуру промышленности, богатство ресурсами и экологическую среду.

В РФ, такие, как и в КНР, национальное меньшинство в РФ определяется как этническая группа, которая проживает на определенной территории государства, имеет гражданство данного государства и свою особенную национальность и национальное сознание¹. На взгляд Польского учёного Владислава Чаплинского, «Национальное меньшинство — это национальная группа, консолидированная и живущая в одном из регионов государства (из чего вытекает её естественное стремление к получению автономии), характеризующаяся сформировавшимся ощущением внутреннего единства и, вместе с тем, стремящаяся сохранить свои специфические черты — язык, культуру и т. д.»².

В современной России правовое определение меньшинства не отражено в правовых актах. Однако его правовое регулирование содержится в международных документах о защите прав человека, как например, в ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах, а также в ст. 71, 72 Конституции РФ.

История национально-культурной автономии РФ развивается вместе с признанием «коллективных» прав³. Как важный источник правового регулирования национально-культурной автономии Федеральный закон «О национально-культурной автономии» оказывает существенное влияние на межнациональные отношения и действует в разных сферах, он предусматривает следующее: 1)

¹ См: Тематический каталог для тренеров и преподавателей по правам человека., <http://humanrts.umn.edu/russian/Rhreindex.html>

² К вопросу об этнических меньшинствах, Владислав Чаплинский. <https://web.archive.org/web/20080229070259/http://www.edu-kost.kz/union/hist/news/2.doc>

³ Напсо М.Б. «Этнические» коллективные и индивидуальные права: выбор между правами народов и культурными правами индивида. Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008.

обеспечение развития этнокультурных прав этнических общностей; 2) регулирование правовых отношений между федерацией и этнической общностью, вне зависимости от наличия административно-территориальной единицы. Федеральный закон «О национально-культурной автономии» впервые определяет правовой статус этнической общности на территории РФ и защищает их интерес об основных правах в жизни.

Важным источником национально-культурной автономии РФ считаются также «Основы законодательства Российской Федерации о культуре»¹, ст. 32 которых устанавливает обязанность государственной власти и управления содействовать созданию альтернативных организаций культуры, предприятий, ассоциаций, творческих союзов, гильдий и иных культурных объединений.

Главным пробелом Федерального закона «О национально-культурной автономии» считается отсутствие ясного определения термина «национальное меньшинство».

Прежде всего, в РФ защита меньшинства начинается с признания его правового статуса в нормативных законах. Важная проблема о защите прав меньшинства обусловлена территориальным делением государства и местным самоуправлением. В РФ эти проблемы не определены в Конституции. Политика территориального деления помогает развитию политических, экономических и культурных прав национального или языкового меньшинства в определенной области, в которой эти меньшинства проживут и собирают. На данный момент в РФ отсутствует нормативный акт, который бы комплексно регулировал права и обязанности национальных меньшинств и защищал их правовой статус. Главным источником права о правовом статусе национальных меньшинств в РФ считается международный правовой договор.

В Конституции РФ отдельная глава (глава 8, ст. 130-133) регулирует местное самоуправление, но согласно пункт 1 ст. 131

¹ «Основы законодательства Российской Федерации о культуре» от 9 октября 1992 г. № 3612-1, с изменениями по состоянию на 29 декабря 2006 г.

Конституции РФ, местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций. Структура органов местного самоуправления определяется населением самостоятельно. Данная статья действует не на основе национального меньшинства.

Таким образом, главное различие меньшинств КНР и РФ заключается в определении национального меньшинства и защите прав и свобод национальных меньшинств. В РФ федеральные законы обеспечивает только национально-культурную автономию, что мало касается политической сферы.

3. Изменение статуса обычного права

Обычное право в таких древнейших странах мира как КНР и РФ, безусловно, считается важным источником в классификации источников права.

В юридической науке изучение статуса обычая в системе источников права традиционно считается необходимым и важным, к тому же современные исследования подтверждают, что в правовой системе Древнего Китая обычаю отводилась важнейшая роль в области регулирования гражданских правоотношений; поэтому любой исследователь истории права Китая не может обойти вниманием этот вопрос.

Надо также учитывать, что история Китая последнего столетия представляла собой череду политических кризисов, заканчивавшихся резкой сменой направления развития страны и активным насаждением очередной новой идеологии. В результате китайцы уже на протяжении четырех-пяти поколений живут в обстановке непрерывных перемен во всех сферах жизни. Причем все эти политические, административные и идейные метания так или иначе оставляли на теле общества «шрамы» – будь то остатки новоизобретенных управленческих структур, изменения в

законодательстве или просто поколение чиновников с характерным для определенного периода менталитетом (например, большинство из поколения ушедших в армию подростков времен «культурной революции» сейчас занимают мелкие административные должности, что, по мнению наблюдателей, весьма сказывается на их методах управления). В таких условиях традиционный сельский уклад представляется рядовому китайцу скорее гарантией стабильности и справедливого устоявшегося порядка, а вовсе не воплощением косности и рудиментом исторического прошлого, от которых стоило бы отказаться во имя прогресса.

На эту не афишируемую ситуацию конкуренции обычая и новых государственных норм частного права накладывается в настоящее время еще и стремительное развитие китайского общества, изменение его структуры, спровоцированное процессами модернизации экономики.

Начиная с середины 90-х в Китае неторопливо, но неуклонно проводится правовая реформа. Её заявленная цель – создать в КНР правовое государство современного типа. За образец приняты правовые документы стран романо-германской правовой семьи, но оговаривается необходимость учитывать национальную законодательную традицию и обычай, то есть ведется поиск своего особого пути в этой области. Понятно, что укоренившийся в правовом поле и менталитете обычай не может не влиять как на темпы реформ в законодательстве, так и на их направление.

При всем этом обычай в китайской юриспруденции не признан источником права и не приобрел статус правового обычая. Но иногда в законодательном процессе местный обычай применяют в нормативных актах. Официально он не может быть применен в судопроизводстве. И вокруг перспектив его признания и применения ведутся давние научные споры, выдвигаются как аргументы “за” , так и “против” . Предметом обсуждения является это двойственное и противоречивое положение обычая в законодательстве и судопроизводстве современного Китая.

В Китае как в древности, так и сейчас принято считать, что право – это прежде всего и главным образом инструмент государственного строительства и обеспечения единства – единой государственной цели, ведущей национальной идеи. Если рассматривать вопрос с исторической точки зрения, то в эпоху, когда правительство провозгласило основной целью развитие экономики и укрепление обороноспособности государства, право явилось мощным инструментом проводимой политики; в период, когда ключевым смыслом политики считалась классовая борьба, право было орудием классовой диктатуры. Если же первоочередными задачами становятся социальная модернизация и строительство национального государства, право снова должно стать ведущим инструментом их решения.

С другой стороны, одна из целей провозглашенной правовой реформы – развернуть законодательство лицом к конкретным гражданам, сделать его человечнее (что никогда не было присуще ему исторически). В Китае процесс законотворчества сейчас направлен на то, чтобы учесть интересы всех членов общества, чтобы в любом споре интересы сторон могли быть максимально удовлетворены. И здесь мы тоже сталкиваемся с ситуацией, когда местный обычай не учитывать невозможно: он обязательно будет влиять на судебное решение, хотя и не является правовым обычаем, то есть признанным источником права. Такое положение дел многим китайским ученым-юристам видится совершенно недопустимым – хотя бы с моральной точки зрения, так как в этой ситуации приходится выбирать из двух зол: либо соблюсти максимальную справедливость решения, но при этом обойти закон и негласно руководствоваться обычаем, либо решать дело по закону, но так и не достичь решения, которое будет признано сторонами справедливым. На сегодняшний день это противоречие пока не разрешено.

В наше время одна из целей провозглашенной правовой реформы в КНР – развернуть законодательство лицом к конкретным гражданам, сделать его гуманнее.

Обычаи в обществе Древнего Китая имели особый статус в связи с особенностями правовой системы Древнего Китая и характеризуются следующим: во-первых, здесь традиционно не существовало разделения права на гражданское и уголовное (民刑不分) – напротив, обычно действовал единый кодекс, включавший нормы как гражданского, так и уголовного права, причем основным содержанием кодекса были именно статьи уголовного права в ущерб гражданскому; во-вторых, государство традиционно поддерживало развитие уголовного права и игнорировало гражданское (重刑轻民), в связи с этим в обществе Древнего Китая место частного права занимал обычай. В старом китайском статутном праве мало норм, касающихся долговых расчетов, отношений собственности и тому подобных «житейских» дел – в регулировании отношений между гражданами государство практически не участвовало. Известный китайский ученый Цай Юаньпэй¹ отмечает, что само слово «право» в Китае вплоть до XX века означало именно уголовное право, а частное право именовалось обычаем.

Этот традиционно односторонний, в некотором смысле унитарный – только «сверху» – подход к правотворчеству в Китае, по-видимому, тоже затрудняет процесс правовой кодификации обычая и признания его источником права. Западное статутное право плюралистично с точки зрения его источников, в западной правовой системе обычай институционально может стать обычным правом. В Китае право является унитарным – происходящим лишь из законодательства государства, взявшего к тому же за исходный образец не органичное для страны римское право. Новое законодательство призвано в большей мере отразить стремление к построению правового государства западного образца, чем заботиться об удобстве правоприменения, то есть существует на уровне правовых концепций. И эта особенность роднит его с древней

¹蔡元培, 1868-1940, китайский государственный деятель, ученый, переводчик и педагог; министр просвещения Китайской республики, основатель и первый президент Академии Синика (Academia Sinica), ректор Пекинского университета

традицией китайского государственного законодательства, когда законы внедрялись только «сверху» в интересах господствующего класса и национального управления. Правовая культура такого типа распространена в странах Азии и называется культурой публичного права, или культурой уголовного права. Так как отсутствие частного права затрудняет общественные отношения и хозяйственные операции, гражданские отношения в таких странах издавна регулирует обычай, заполняя собой брешь в государственном законодательстве.

В истории государства и права Китая местный обычай имел возможность принятия в законодательстве и влияния на судебную практику. Даже до настоящего времени в автономных территориях обычай тоже считается неофициальным источником права и играет важную роль в судебную практику.

В Китае на протяжении его истории сложилось великое множество обычаев в области частного права. Из них лишь малая часть преобразовалась в нормы права, остальные пока не вошли в законодательство, но в реальности они влияют на судебные решения.

История развития обычного права Китая тесно связано с историей развития китайского законодательства, которую с 1949 года до сегодняшнего дня можно разделить на два периода.

В период 1949–1978 годов китайские юристы в процессе законотворчества многое позаимствовали из основных правовых документов Советского Союза. К примеру, в статье 53 «Общей программы Китайской народной политической консультативной конференции»¹, принятой 12.09.1949, формально закреплена норма: «Каждое из национальных меньшинств имеет право хранить или изменять свои обычаи и религиозные верования». С другой стороны, поскольку идеологической целью нового руководства было разрушение старого режима и создание нового коммунистического

1 《中国人民政治协商会议共同纲领》， временная Конституция Китая 1949–1953 гг.

общества, следование традиции считалось признаком идейного консерватизма. Таким образом, статус правового обычая на деле был слаб в силу политических причин.

В период после реформы 1978 года, которую провел Дэн Сяопин¹, отношение законодательства к национальным обычаям смягчилось.

Пункт 4 статьи 4 Конституции КНР 1982 года (действующая Конституция) гласит: «Каждое из национальных меньшинств имеет право использовать и развивать свой язык и письменность, имеет право хранить или изменять свои обычаи». В статье 10 действующего Закона о региональной национальной автономии² указано: «Органы самоуправления региона национальной автономии обеспечивают право использовать и развивать свой язык и письменность, право хранить или изменять свои обычаи для каждого народа в своем регионе». Статья 20 действующего Закона о народной полиции³ обязует сотрудников полиции уважать обычаи народа и учитывать этот момент при несении службы. Статья 52 действующего Закона о тюрьмах⁴ обязует сотрудников тюремных учреждений учитывать в своей работе обычаи национального меньшинства, к которому может принадлежать преступник. Данные акты принадлежат области публичного права и касаются статуса национальных меньшинств.

В настоящий момент в Китае нет действующего единого гражданского кодекса; юридические нормы, касающиеся возможности применения правового обычая, фрагментарны, разбросаны по различным нормативным актам и занимают в них относительно скромное положение. Например, статья 151 «Общих положений гражданского права КНР»⁵ предусматривает: «Собрание народных представителей региона национальной автономии,

¹ 邓小平, китайский политик и реформатор, деятель Коммунистической партии Китая.

² 《中华人民共和国民族区域自治法》, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 28 февраля 2001 г.

³ 《中华人民共和国人民警察法》, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 28 февраля 1995 г.

⁴ 《中华人民共和国监狱法》, принят Постоянным комитетом Собрания народных представителей КНР 29 декабря 1994 г.

⁵ 《中华人民共和国民法通则》, принят Собранием народных представителей КНР 12 апреля 1986 г., действующее гражданское право КНР.

учитывая местные этнические особенности, имеет право в соответствии с принципами данного закона сформулировать адаптированные нормы или дополнительные положения». Аналогичную норму формулирует статья 35 Наследственного права КНР¹. А статья 142 «Общих положений гражданского права КНР» уточняет: «Если в законах Китайской Народной Республики и в международных договорах, которые приняты Китайской Народной Республикой, не обнаружено соответствующего акта, применяется международный обычай».

В процессе исследования статуса правового обычая в системе источников права современного Китая важно учитывать уже обсуждавшуюся основную цель современного китайского законодательства: признавая в приведенных выше статьях обычай официальным источником права, законодательство вновь озабочено регулированием вопроса из сферы публичного права – национального равноправия, а не занимается вопросами удобства правоприменения в гражданских правоотношениях. Это не удивительно: общеизвестно, что Китай – это многонациональное государство, где 90% населения составляет народность хань.

Однако изменения, уже десятилетия идущие в структуре китайского общества, выявили конфликт между новым статутным правом и традицией, которая возникла в обществе ввиду ставшего привычным отсутствия частного права. Серьезным препятствием на пути к созданию правового государства в Китае стало непонимание и неприятие населением новых норм статутного права, так как они противоречат исторически сложившимся обычаям. На основании этого многие китайские ученые призывают внимательнее изучить национальную традицию и обычай и ратуют за признание обычая в качестве подлинного источника права.

В 40-х годах XX века Фэй Сяотун (费孝通, китайский антрополог, социолог, политический деятель) описал в своей книге пример

¹ 《中华人民共和国继承法》， принят Собранием народных представителей КНР 10 апреля 1985 г.

конфликта между статутным правом и обычаем в сельской местности: житель деревни имел внебрачные сексуальные отношения с замужней женщиной, был при этом пойман и избит её мужем. После чего потерпевший обратился в суд и преуспел – согласно новому на тот момент китайскому закону мужа женщины бросили в тюрьму, в то время как традиционно, согласно обычаю, его должны были оправдать: с точки зрения жителей той местности, он поступил как положено. Последствия этого судебного решения были неблагоприятными – жители деревни вступили в конфликт с судебной властью. Эта история хорошо иллюстрирует противоречие между государственным правом и устоявшимся местным обычаем.

С той поры прошло 70 лет, но и сейчас в китайской деревне не преодолены разногласия между государственным правом и традиционным обычаем, так как местный обычай часто противоречит нормам статутного права как в области уголовного права, так и особенно в области гражданского права.

Одной из причин сохранения этого противоречия является традиционный общественный уклад Китая. В КНР, в отличие от стран Запада, где население сосредоточено в городах и отличается мобильностью, сельские жители составляют большинство; деревня оказывает сильное влияние на процессы в обществе. В течение 5000 лет в Китае земледелие играло важнейшую роль в жизни людей. Земля считалась и считается главным богатством человека – это верно как для крестьянина, так и для представителя господствующего класса. Поэтому людям не свойственно переезжать с места на место без исключительно серьезных причин, таких как революция или война. В китайской деревне зачастую все жители носят одну фамилию и связаны кровным родством. В селениях побольше его жители, даже не родственники, знают друг о друге всё. Люди десятилетиями живут бок о бок, у них общие трудности, общие успехи, существуют устоявшиеся традиции взаимопомощи и разрешения споров, есть определенная иерархия, навыки коллективизма и традиции самоуправления.

Описанный традиционный жизненный уклад привел к тому, что сельский китайский обычай в области регулирования гражданских правоотношений имеет ряд логичных обусловленных им особенностей, свойственных, кстати, не только обычаям Китая – скорее в целом характерный для сельских регионов на определенной степени общественного развития.

Во-первых, он в основном регулирует права мужчин: во многих сельских регионах Китая женщины по традиции не имеют права наследования и одновременно не несут обязанности алиментации. Согласно же Наследственному праву КНР мужчины и женщины имеют равные права и обязанности. Эта гендерная двойственность местного обычая является сегодня основной точкой разногласия между обычаем и статутным правом.

Во-вторых, в области кредита и долга обычай разрешает должнику расплачиваться домашним скотом, семейным имуществом, в некоторых регионах даже землей и жилищем, в том числе недостроенным. По статутному праву источники выплаты долга ограничены только имуществом должника; имущество семьи и прочее вышеперечисленное затронуто быть не может.

Третья особенность несоответствия местного обычая статутному праву характерна для уголовного права и острее проявляется в отдаленных сельских регионах. Её мы проиллюстрировали выше рассказом Фэй Сяотуна: в сельской местности отношение общества к некоторым преступлениям, таким как, например, изнасилование и прелюбодеяние, вступает в противоречие с нормами статутного права, требованием ареста и суда преступника. Согласно обычаю информация о подобных событиях не должна выходить за пределы деревни (то есть семьи) и участники происшествия не желают публично решать такие вопросы в суде.

В настоящее время в судебной практике КНР опробованы и неофициально применяются методы разрешения конфликта между обычаем и статутным правом: во-первых, это особенное отношение к сложным делам в районах национальной автономии, чтобы

предотвратить этнические конфликты; во-вторых, в судебном процессе судья может решить дело фактически по обычаю, учитывая в решении, что данный обычай законодательно не признан, и обосновывая его как-то иначе, то есть в данном случае обычай и статутное право идут на негласный компромисс.

В Китае, как развивающейся стране, конфликты в обществе оказывают сильное влияние на законодательную и судебную власть. Важно учитывать, что долгая история Китая выработала многочисленные традиции в обществе. Проводимая сегодня в Китае правовая реформа призвана в том числе и преодолеть конфликт между традиционным и новым правовым мышлением. Хотя законодательство в официальной системе источников права пока не уделяет должного внимания правовому обычаю, в судебной практике он играет важную роль.

Взаимоотношения обычая и статутного права можно представить следующим образом:

1) Обычай как дополнение к статутному праву

Обычай может успешно дополнять закон в том смысле, что он точнее и конкретнее закона регулирует общественные отношения, мало затронутые статутным правом. Например, в разделе Семейного права КНР, регулирующем систему алиментации, установлено, что обязанность по выплате алиментов несет родственник по прямой линии, а его супруг (супруга) обязан только помогать, но не несет прямой обязанности по выплате алиментов. По обычаю же родственники по прямой линии и их супруги вместе несут обязанность алиментации. Это значительно снижает нагрузку на государственные финансы, что имеет большое значение для Китая как развивающейся страны.

Так как в КНР государственная политика сильно влияет на судебную практику, статутное право внедряется в нее легче обычая. В связи с этим, чтобы обойти конфликт между традицией и

современным правом, в китайской практике разрешения споров получило распространение такое явление, как судебная медиация ¹.

Судебная медиация является важной формой в гражданском процессуальном процессе. Она возникла в истории судебной практики и на нее сильно влияла традиционная мысль-- отказ от правосудия(厌讼, the sentiment of detesting lawsuit). В летописи Древнего Китая запись о судебной медиации впервые появилась во времена правления династии Цинь. После реформы гражданского процессуального права в 1993 г. судебная медиация снова стала играть важную роль в судебной практике.

Судебные посредники стараются не доводить дело до суда, а разрешить его в досудебном порядке. В силу этого они не подчиняются процессуальному законодательству и имеют возможность руководствоваться в своей деятельности обычаями той местности, где произошел разрешаемый конфликт.

Институт правового посредничества, или альтернативного разрешения споров, имеет в Китае давнюю и поддерживаемую государством традицию. Конечно, в уголовном судебном процессе медиация систематически не применяется; зато с успехом используется при разрешении трудовых споров, служебных и семейных конфликтов, споров физических и юридических лиц с банками и страховыми компаниями, земельных споров, споров о наследстве, алиментах и долгах и других конфликтов в области частного права. Тем же путем возникает возможность разрешить и некоторые мелкие уголовные дела, закрыв их в досудебном порядке. По некоторым данным, в Китае действует несколько миллионов медиаторов и около миллиона посреднических комитетов. В целом за год их усилиями в досудебном порядке разрешается несколько миллионов разнообразных споров.

Судебная медиация – самый яркий пример того, как обычай может дополнить статутное право.

¹司法调解, alternative dispute resolution

2) Влияние обычаев на статутное право

Китайская правовая реформа нацелена на то, чтобы привести законодательство Китая в соответствие с правовой системой стран романо-германской правовой семьи, где статутное право занимает важнейшее место в системе источников права. Особенность этой семьи в том, что она выстроена в соответствии с законами логики, в ней существует строгая иерархия источников права, применяется общая для системы терминология и система понятий, а законодательство носит кодифицированный характер. Содержание документов этой системы стремится предусмотреть все возможные варианты.

Но практика показывает, что рациональное правоприменение ограничено: законодательно предусмотреть все нюансы не получается, и в действительности оказывается, что рациональный подход не всемогущ. Ведь цель судебной деятельности не победа в судебном споре, а максимально эффективное его разрешение, удовлетворяющее все стороны. Поэтому обычай работает в обществе как дополнение статутного права, но одновременно руководящая идея статутного права регулирует применение обычая. Хотя обычаи возникли в ходе истории, они не развиваются вместе с обществом. Сейчас, в период социалистических реформ в современном Китае, многие обычаи видятся нелепыми и отсталыми. Перед законодателями и судьями Китая стоит серьезная задача разумно использовать обычаи в законодательстве и судебной практике, чтобы достичь эффективности судопроизводства и справедливости в судебных решениях.

Чтобы соблюсти баланс между справедливостью и эффективностью, законодателям и судьям Китая следует в процессе тщательной разработки и применения норм статутного права не забывать и о традиционных обычаях. При таком подходе статутное право станет регулятором применения обычая и не позволит применять обычное право без ограничений, наложенных современным правовым государством.

Далее речь пойдет о применении правового обычая в современной России.

На этой древней территории были две направления, получившие от Древнего Рима правовую традицию, и от СССР неполный правовой опыт. Мировая история показывает, что обычай играет важную роль в стране, у которой историческая правовая традиция сильно влияет на развитие теории государства и права; и в обществе, которое развивается в начале регулирования складывающихся общественных отношений, где национальное право пока не создается¹.

Чтобы стать действующим обычаем, требуется его повторение и закрепление в качестве общественных правил и норм поведения в сознании общества и индивидов. Обычай станет правовым обычаем, если он упорядочивает общественные отношения по принципу формального равенства субъектов, наделенных взаимными правами и обязанностями².

Как древнейший источник права, в РФ обычай передает традиции из поколения в поколение, содержит ментальные правовые традиции от древней религии и морали, регулирует современную жизнь в сегодняшней России. Главная разница с китайским обычаем заключается в том что религиозное значение, обязательность и консервативность имеет важное место в современном российском обычае. В современном применении российского обычного права ментальность определяется и базируется³.

На взгляд Б.А. Кистяковского, главной проблемой в применении российского права является отсутствие единства, и отличается оно от общих правил в мире тем, что «основной признак всякого обычного права – единообразное применение»⁴. Русская правовая ментальность

¹ Russia's Legal Transitions: Marxist Theory, Neoclassical Economics and the Rule of Law. Simon Deakin, John Hamilton; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 42/2015 .70.

² Лаптева Л.Е. Некоторые вопросы методологии историко- правовых исследований// Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007. N.6. С. 43.

³ Свечникова Л.Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук)// Государство и право. 1998. №9. С.98.

⁴ Кистяковский Б.А. В защиту права// Интеллигенция. Власть. Народ. М., 1993. С. 155.

тесно связана с традицией, мифами, религией, моралью, обычаями и обыкновением, характеризует особенности правоприменения. Как написала Свечникова Л.Г. в своей работе¹, на Западе в наше время обычное право повсеместно вытесняется законом, а в РФ традиционная правовая система действует на ментальном уровне. Теперь в РФ правовая ментальность обычая проявляется во многих правовых действиях, особенно в применении международного права.

Известные исторические русские источники права, как «Русская правда», Судебники, Соборное Уложение 1649 года, влияют на современные правовые акты. В российской правовой системе обычное право понимается как «фактически сложившиеся в течение длительного времени правила регулирования поведения людей (общественных отношений), которые официально признаны (санкционированы государством) в качестве общеобязательных норм права»².

В конце XX века в РФ в условиях сильных социальных изменений и перехода от коммунизма к капитализму обычаи играли важную роль в социальном переходе. Когда обостряются общественные отношения, обычай имеет возможность определять и регулировать отношения различных нормативных установок. В данном обществе существует противоречие между обычаем и законом, особенно в плане норм позитивной морали и прослеживается стремление законодателя. Согласно взгляду Свечниковой Л.Г., попытки искоренить обычай в России не получают видимого результата. Это показывает место обычая в российском обществе.

В действующих правовых актах в сфере гражданского права закреплен законный статус обычного права.

Примеры закрепления обычного права как источника права также можно найти в Кодексе торгового мореплавания РФ. Согласно

¹ Свечникова Л.Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук)// Государство и право. 1998. №9. С.98.

² Нарсеянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. М., 1999. С.400.

ст. 130 Кодекса торгового мореплавания РФ, срок, в течение которого перевозчик предоставляет судно для погрузки груза и держит его под погрузкой груза без дополнительных к фрахту платежей (сталийное время), определяется соглашением сторон, при отсутствии такого соглашения — сроками, обычно принятыми в порту погрузки.

Применение обычного права распространено в сфере делового права и международного права. Обычное право РФ независимо от его признания государством действовало при переходе на «рыночные рельсы».

Таким образом, будучи частью традиционной культуры, обычай играл важную роль в истории КНР и РФ, и всё ещё является действенным регулятором социальной жизни. Философы и социологи признают важность правового обычая в организации социального взаимодействия. А законодательство, будучи нацелено на создание современного правового государства и делая упор на развитие и главенство статутного права, уже не склонно игнорировать обычай как возможный источник права. Ведется работа по изучению национального обычая, есть возможность использования его так или иначе в рамках правового поля, и эти процессы позволяют предположить, что поиски в этом направлении принесут свои плоды и благоприятно скажутся на ходе правовой реформы в КНР и РФ, особенно при переходе государства и общества.

4. Прецедентное право в судебной реформе

В процессе проведения судебной реформы КНР в последние 10 лет всё большее внимание законодателей уделяется прецедентному праву. С целью удовлетворения потребности правовой справедливости, а также нахождения баланса между дискреционными полномочиями судей и авторитетом законодательной власти была введена важная новация судебной реформы КНР, в результате которой с 2010 г. Верховный народный

Суд КНР собирает спорные судебные дела по всей стране и издает Приказы о Руководящих судебных делах¹.

Руководящие судебные дела, включаемые в Приказ Верховного Народного Суда, должны отвечать следующим условиям:

- 1) приговор должен вступить в силу;
- 2) дело должно иметь значимые правовые и социальные положения, которые можно перевести в инструктивные требования.

В 2016 г. был опубликован 12-й Приказ о Руководящих судебных делах, включивший в себя разъяснения по следующим вопросам: о спорах по контрактам финансового кредита, о спорах по нарушению товарного знака и недобросовестной конкуренции, о делах с применением административного штрафа и др. Этот юридический документ с китайской спецификой имеет сходные черты с судебным прецедентом, но и обладает определенными отличительными чертами.

26 ноября 2010 г. Верховный Народный Суд КНР издал «Приказ Верховного народного суда о Руководящих судебных делах»² с целью разрешения проблемы отсутствия единообразия судебной практики. Несмотря на обязанность судьи разрешать дело в соответствии с собственными убеждениями, нередко это становится недостижимым ввиду социального и административного давления на судей. В целях обеспечения правовой справедливости Верховный Народный Суд КНР собирает типовые примеры разрешения дел по всей стране и издает эти дела в качестве образца для судей и юристов.

Содержание Руководящего судебного дела, входящего в Приказ, состоит из пяти частей: основные положения решения, применяемые нормативно-правовые акты, основные обстоятельства дела, резолютивная часть приговора и мотивы решения. Причем основные обстоятельства дела, резолютивная часть приговора и мотивы решения берутся непосредственно из решений судов различных

¹ Руководящие судебные дела, изданы Верховным народным судом КНР с 2010 г./指导性案例，最高人民法院

² 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，最高人民法院

инстанций, а основные положения решения пишут судьи Верховного суда.

Это дополняет закон, тем не менее Руководящие судебные дела Верховного народного Суда не относятся к источникам права и используются только как справка-доклад в судебной практике.

К настоящему времени Верховный народный Суд КНР издал 12 Приказов о Руководящих судебных делах с 20 декабря 2010 г. по 5 июня 2016 г., в которых содержатся положения, касающиеся следующих вопросов китайской судебной практики: дела о защите интеллектуальной собственности, об интернет-мошенничестве, о частном кредитовании и о трансграничных инвестиционных и торговых спорах.

Издание Приказов о Руководящих судебных делах Верховного Народного Суда полезно не только для работы судей и юристов, но и для развития законодательства, так как в современном мире общество и технологии развиваются непрерывно, а законодательство не успевает изменяться столь же быстро.

До 2016 г. Верховный Народный Суд издал 44 Руководящих судебных дела, которые можно разделить на 2 вида:

1) образцовые судебные дела, которые вычлняют из судебной практики всей страны и используют в качестве примера для судий всех инстанций.

2) формулирующие судебные дела, которые истолковывают нормативно-правовые акты, применяемые в данном решении.

Стоит отметить, что более 80% Руководящих судебных дел (37) относятся к первому виду, ко второму виду - 2 дела, к третьему - 5 дел. Все уголовные дела относятся ко второму виду, а все дела третьего вида - это гражданско-правовые споры. Это деление отвечает практическим вызовам, встающим перед судами. В уголовно-правовых делах обстоятельства оказываются сложнее, чем предполагали законодатели, создавая норму права, и, чтобы справедливо разрешить уголовное дело, судьям нужно правильное толкование определенных нормативно-правовых актов. В

гражданско-правовых спорах положение сильно изменяется с каждым годом. В то же время для нормального гражданского оборота необходимы стабильность и предсказуемость, что, в свою очередь, повышает авторитет права. Данное противоречие успешно разрешается путем издания Руководящих судебных дел.

Рассмотрим вопрос о юридической силе и статусе Руководящих судебных дел. Не подлежит никакому сомнению, что сила Руководящих судебных дел происходит от Верховного Народного Суда КНР, они воздействуют на судебную практику, но влияние Руководящих судебных дел на судебную практику не столь высоко, как планировали законодатели.

С момента опубликования первых Руководящих судебных дел юристы анализируют их статус и считают, что:

1) Признание Руководящих судебных дел в качестве источника права затруднительно. В настоящий момент основу их правовой природы составляет их включение в приказы Верховного Народного Суда, а не в официальных законах. В 2005 г. во Втором пятилетнем Плане реформы Народного суда¹ можно найти положения, в соответствии с которыми необходимо проработать на законодательном уровне режим Руководящих судебных дел. Тем не менее, вплоть до 2017 г. законодательная власть так и не приняла соответствующих законов.

2) 26 ноября 2010 г. в Установлении о работе Руководящих дел²: Народные суды всех инстанций должны следовать Руководящим судебным делам Верховного суда. Но вопрос, насколько применимо в данном контексте слово «должны» без принуждения государственной власти, вызывает активные дискуссии среди китайских юристов.

Некоторые китайские юристы согласны с тем, что сила Руководящих судебных дел основывается на обычном праве. Но с этой точкой зрения автор не согласен по следующим причинам: во-

¹ 《人民法院第二个五年改革纲要》， издал Верховный народный суд КНР.

² 《关于案例指导工作的规定》， издал Верховный народный суд КНР.

первых, обычное право существует в системе источников права КНР как нетипичный источник. Во-вторых, обычное право действует только в отраслях частного права и неприменимо в отрасли уголовного права.

Таким образом, Руководящие судебные дела действуют в судебной практике КНР аналогично прецедентному праву, но их статус пока не ясен. Суды принимают его как неофициальный источник права. Но для того, чтобы получить официальное признание, орган, издающий Руководящие судебные дела - Верховный народный суд и его Судебный комитет, должен получить соответствующие правотворческие полномочия от законодательной власти.

В наше время в РФ судьи часто вынуждены обращаться к законодателям с какой-то правотворческой инициативой. В судебной практике имеется возможность толковать законодательство на уровне высших инстанций, но создавать предписания для новых отношений трудно. Прецедентное право дает судьям право на создание более совершенной судебной системы, нежели основанной на текстах законов, даже несмотря на тот факт, что, по мнению некоторых юристов, это нарушает разделение властей. В процессе законотворчества судья стремится снизить противоречия между практикой и законодательством. Именно судьи лучше всего знакомы с актуальными проблемами развития общества, а также с тем, какие правовые недостатки необходимо срочно решать.

Для применения прецедентного права в судебной практике требуются следующие условия:

1) нижестоящие судебные инстанции в своих решениях обязаны строго следовать прецедентам высших судебных инстанций.

2) нормативный характер прецедента основывается на общих нормах и зарождающихся правовых принципах.

3) общеобязательный характер прецедента как для судов, так и для всех иных государственных органов.

4) решения высших судебных инстанций должны приниматься в соответствии с похожими принципами.

В настоящее время всё больше юристов считает правильным признание прецедента в качестве источника права. Это тенденция по обновлению системы источников права распространилась по многим странам романо-германской правовой семьи: не только в России, но даже во Франции, в Швеции и т.д. Судебная практика отлично доказывает, что подобная новелла по наделению судей большим количеством самостоятельных прав в решении судебного дела положительно отражается на судебной системе.

Как было сказано выше, в КНР и РФ, как в странах романо-германской правовой семьи, прецедентное право существует в особой форме. Например, в РФ в случае отсутствия ясной и четко сформулированной нормы закона по определенному вопросу, достаточно найти похожее дело и взглянуть на акты высших судебных инстанции.

В этом проявляется современная тенденция развития правовых семей - их взаимодействие и взаимодополнение.

В КНР и РФ главным источником права является нормативно-правовой акт. Но по сравнению с прецедентным правом, можно выделить серьезные недостатки статутного права: «вязкость» законодательства, сложность правового исправления, ограниченность текста закона. Все это отражается на развитии общества и экономики, особенно в наше время, когда всё изменяется с каждым днем. Помимо этого, ввиду того, что у каждого судьи может быть свое понимание закона, часто бывают случаи, когда при сходных обстоятельствах дела в разных судах разрешаются по-разному. Это подрывает авторитет права.

Решения не производят закона (*judgments never produce law*) - основной принцип романо-германской правовой семьи. Хотя с развитием технологий правовые споры усложнились во много раз, правовая культура прецедентного права не нашла широкого признания в данных странах.

Как дополнение к статутному праву, прецедентное право неофициально существует в КНР и РФ, но способ этого существования разный.

В западных странах давно сложилась традиция, что судья - это элита общества. С введением режима пожизненного судейства, а также судебного иммунитета судьи стали уважаемыми людьми, а профессия стала престижной. Но в КНР из-за исторических особенностей ряд судей был молодым и необразованным. При таких условиях сложно создать авторитет судебной власти, расширить её полномочия и ввести систему прецедентного права.

Руководящие судебные дела являются компромиссом между необходимостью развития юстиции и существующими условиями.

Как в КНР, так и в РФ существующая судебная система нуждается в создании системы прецедентного права, хотя в доктрине всё ещё не решен вопрос о его статусе и законности.

В России система прецедентного права похожа на английскую, так как судья низшей инстанции принимает решение в соответствии с решением высшей инстанции. Главная разница в том, что в России прецедент применяется только в случае отсутствия точного положения закона, а в английском праве нет сильной традиции статутного права и прецедентное право является главным источником права. Система английского права опирается на серьезную догматику и работы высокопрофессиональных юристов, являющихся результатом мощной исторической традиции и сильной педагогической подготовки, которые трудно взрастить в развивающихся странах, таких как РФ и КНР.

В процессе анализа прецедентного права, особенно в странах англо-саксонского права, важно учитывать недостатки прецедентного права:

1) Прецедентное право США и Великобритании появляется в результате длительного и прогрессивного исторического процесса и характеризуется стабильностью и систематизацией. В США прецедентное право является главным инструментом сдерживания

судебной власти по отношению к исполнительной власти. В системе источников права данных стран прецедентное право обладает серьезным авторитетом на основе веры в разум юристов. А в РФ и КНР отсутствуют такие общественные основы, как в США и Великобритании, поэтому прецедентное право, как дополнение статутного права, не сможет занимать высокое место в системе источников права.

2) Прецедентное право, основанное на большом количестве судебных дел, требует от судьи ознакомления с текстами закона и решениями высшей инстанции. По сравнению со статутным правом прецедентное право является бессистемным, юристам трудно находить необходимый прецедент в материалах так быстро, как они находят положение закона в кодексе. Гениальное различие (*distinguishing technique*) очень сложное. Профессия юристов будет постепенно усложняться.

3) Прецедент, соответствующий обстоятельствам дела, может быть не единственным. В таком случае у судьи будет право выбора применить любой прецедент. Таким образом нарушается единство правоприменительной практики.

Следует заметить, что создание системы прецедентного права в РФ и КНР необходимо по определенным причинам. Прежде всего, нужно решить следующие проблемы:

1) Источник силы прецедентного права. В настоящее время и в РФ, и в КНР прецедентное право считается нетипичным источником права. Его статус в системе источников права официально не закреплён в законе. Для того чтобы получить законный статус источника права, нужно определить понятие и истоки прецедентного права.

2) Авторитет прецедентного права. В рассматриваемых двух странах закон не определяет правовые последствия нарушения прецедента. Прецедент действует в судебной практике без принуждающей силы государственной власти.

3) Квалифицированные и опытные специалисты. Выше отмечалось, что квалифицированные специалисты являются важным базовым условием развития прецедентного права. Особенно в настоящее время, в период судебной реформы в РФ и КНР, подготовка высококвалифицированных юристов - важнейшая задача.

Подчеркивая важность ряда современных подходов к исследованию прецедентного права, автор считает, что в странах романо-германского права присутствует тенденция перенятия опыта англо-саксонской правовой семьи и имплементации механизмов прецедентного права как перспективы развития юриспруденции в РФ и КНР.

Заключение

Реформа в 1978 г. для КНР считается важной исторической точкой аналогично распаду СССР для РФ- это же возможность сравнительного анализа источников права данных двух стран. Оба они являются одними из древних стран мира, у них аналогичная история, и конец XX века- начало XXI века считается переходной эпохой для КНР и РФ. В течение 30 лет в данных двух странах сильно изменялись не только источники права, но и государство и общество. В КНР считают, что источники права не только определяются тем, какие из них действуют в судебном процессе, но и показываются тем, что степень развития правового государства. Известно, что в Китае три тысячи лет феодальной истории, в истории государства и права Китая руководитель и государство играли главнейшую роль. Демократия является новой социальной идеей, которая входила в Китай в конце XIX века- начале XX века. В наше время источники права КНР считаются символом и важным процессам, чтобы создать авторитет правового государства¹.

Аналогично романо-германской правовой семье, в КНР и РФ в системе источников права играет важнейшую роль статутное право. Но по историческим причинам создание полной правовой системы в данных странах не окончено.

Сразу заметим, что в КНР и РФ современные источники права аналогичны, особенно в их классификации, в которой нормативно-правовые акты, законы и подзаконные акты имеют абсолютный авторитет в системе источников права по своей юридической силе. В КНР выделяются следующие отрасли права: конституционное право, гражданское, уголовное, процессуальное, социальное, административное и экономическое. Основной принцип такое разделения происходит от Советского права. В основу деления отраслей права в РФ был положен опыт европейской страны.

¹ 转型中国的法律体系建构; 张志铭: 《中国法学》, 2009 年第 2 期。

Ценности и направления развития законодательства данных стран стали резко изменяться особенно после 90-ых годов прошлого века.

Правовая доктрина влияет на законодательный процесс в КНР и РФ, но отличается, в частности, от стран англосаксонской правовой семьи тем, что она почти не оказывает воздействия на судебную практику.

В сравнении с источниками права современной России, китайские источники отличаются тем, что:

Во-первых, прецедентное право получает законный статус как Руководящие судебные дела Верховного народного суда КНР с 2010 г. Прецедентное право считается характеристикой и главным источником права англосаксонской правовой семьи. Руководящие судебные дела Верховного народного суда КНР иллюстрируют тенденцию перенятия опыта англо-саксонской правовой семьи и имплементации механизмов прецедентного права как перспективы развития юриспруденции.

Во-вторых, законодательство автономных территорий КНР является независимым и полным. В современном международном сообществе практика местной автономии распространена в восточных и западных странах, причем как в федерациях, так и в унитарных государствах. Как важный источник права, активно регулирующий современные межнациональные отношения в КНР, закон автономных территорий КНР, в том числе законодательный режим, альтернативная и дополнительная норма и система одобрения, характеризует Китай как правовое государство. Данный режим показывается другой возможностью для РФ, что относится к межнациональным отношениям.

В-третьих, уровень законодательной техники КНР считается невысоким. В реформе законодательства РФ принимают участие высокопрофессиональные юристы. Но в КНР по историческим причинам в законодательном процессе в конце прошлого века юристы участия не принимали. Подготовка профессиональных

юристов является важной проблемой, стоящей перед судебной реформой КНР. Континуальности юридического обучения обращает внимание КНР. При этом в РФ юридическое образование сблизилось с Европейским, переняло Болонский процесс. Изменения нормативно-правовых актов КНР в последнем десятилетии прошлого века и первом десятилетии этого века характеризуется тем, что законодательство позитивно решает общественные конфликты и отвечает потребностям общества, а не планирует будущее правило.

В-четвертых, правовое толкование действует на судебную практику как дополнительный источник права. Общество КНР быстро развивается с конца прошлого века, но при этом изменения законодательства не решают новые проблемы особенно в экономической сфере. Толкование Верховного народного суда и Верховной народной прокуратуры КНР воздействует на практику как восполняя пробелы регулирования нормативно-правовых актов. Данный режим в одно время защищает стабильность статутного права и решает конфликт между потребностями общества и законодательства.

Источники права РФ имеют свои особенности в отличие от китайских:

Во-первых, Конституционный суд играет важную роль в правовой жизни. В КНР аналогичного органа не существует. Он защищает авторитет Конституции и активно воздействует на государственную политическую жизнь. В КНР пока не было обзора нарушений Конституции. Любой закон получает жизнь и авторитет только в практике, в правоприменении. Режим Конституционного суда обеспечивает улучшение Конституции РФ.

Во-вторых, статус и применение международных договоров сильно влияют на национальное законодательство. Как важный источник права и инструмент регулирования отношений международного сообщества, международный договор является порождением современной западной цивилизации. После принятия Конституции РФ в 1993 г. на территории РФ общепризнанные

принципы международного права и международные договоры считаются составной частью системы источников права, имеют преимущество перед национальными законами.

В-третьих, защита прав человека и политических прав граждан осуществляется более полно, чем в КНР. Эта основная идея связана с современной западной цивилизацией. Референдум играет важную роль даже до принятия действующей Конституции РФ. Прямые выборы считаются характеристикой западной цивилизации. В РФ уже был создан целостный политический режим, хотя в нем и присутствуют определенные недостатки. КНР еще не достигла такого развитого политического режима.

При рассмотрении источников права КНР и РФ, основной акцент автор сделал на статусе и роли источников права данных стран. При этом автор исходя из того, что правовая система возникает в процессе исторического развития и формируется под влиянием особенностей каждой цивилизации. В настоящее время вместе с глобализацией развивается теория источников права, основной тенденцией их развития является их взаимное влияние и интеграция.

Список литературы

Литература и периодические издания:

1. Алексеева Л.Б. Судебная власть в правовом государстве. М., 1991.
2. Александров Н.Г. Понятие источника права/ ВИЮН, ученые труды, 1946, Вып. 8.
3. Ансон С. Договорное право. М., 1984.
4. Анфалов Алексей Анатольевич//Влияние судебной реформы 1864 года на модернизацию российского общества второй половины XIX — начала XX веков; Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Социально-гуманитарные науки, № 1 -2013.
5. Болгова Ольга Станиславовна ОСНОВНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА. 2009
6. БОНДАРЬ Николай Семенович Конституционное правосудие и развитие конституционной юриспруденции в России, Журнал российского права № 10 -2011.
7. БУХАРЕВ АНТОН ВИКТОРОВИЧ, //Обеспечение открытости и прозрачности деятельности судебной системы на современном этапе судебной реформы. Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова, № 3 / том 21 / 2015.
8. Васильева Татьяна Анатольевна ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА КАК ИСТОЧНИКА ПРАВА. 2010
9. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. — М.: Международные отношения, 2004.
10. Галковская Наталья Георгиевна Результаты реформы упрощенного производства в арбитражном процессе;, Вестник Томского государственного университета, № 382 - 2014.
11. Голунский С.А. Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940 г.

12. Грановского А.Д. Начала русского государственного права. Соч. СПб., 1901 г. Т. 7.
13. Графский В.Г.: "Всеобщая история права и государства". М., "Норма", 2000 г.
14. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998.
15. Даурова Татьяна Григорьевна, Юридическая техника, № 9 / 2015.
16. Дерябина Екатерина Семеновна // Конституционное реформирование системы государственного управления в СССР (конец 80-х начало 90-х Г. Г. ХХ века); Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал, № 4 - 2013.
17. Жуков В.Н. Философия и социология права: опыт плюралистического подхода. М., 2013.
18. Жуков В.Н. Государство. Право. Власть: философия и социология. М., 2015.
19. Захарцев Сергей Николаевич, Архипова Н. О. // Судебная реформа в РФ: результаты, проблемы и перспективы, Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики, № 2 / 2009.
20. Камалова Галина Тимофеевна, // Предпосылки проведения советской судебной реформы 1922 года, Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право, № 3-2014.
21. Кананыкина Е.С. Философские традиции анализа источников(форм) права// Право и политика, 2004, № 10.
22. Кельзен Г. Чистое учение о праве/ История политических и правовых учений. Хрестоматия/ М., 2000.
23. Кистяковский Б.А. В защиту права// Интеллигенция. Власть. Народ. М., 1993. С. 155.

24. Климшина Наталья Владимировна /Эффективность судебной системы в период судебной реформы в России;, Вестник Омского университета. Серия «Право», № 4 / 2011.
25. Кони А. Ф. Судебная реформа и суд присяжных. Юриспруденция, № 4 / том 20 / 2010.
26. Кочетыгова, Надежда Ивановна. Правовой обычай как источник права России: на примере этнического правового обычая : автореферат дис. ... кандидата юридических наук : 12.00.01 / Ин-т государства и права РАН. - Москва, 2007
27. Крашенинникова Н.А.: "История права Востока: курс лекций". М., РОУ, 1994 г.
28. Кузнецов Виктор Николаевич, О РЕФОРМЕ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ, Евразийская адвокатура, № 5 (6) / 2013.
29. Куликов Александр Викторович Судебная реформа не завершена?, Куликов Никита Александрович; Вестник Бурятского государственного университета, № 2 / 2014.
30. Лазарев В.В.: Липень С.В. /Теория государства и права» М., 1999.
31. Лаптева Л.Е. Некоторые вопросы методологии историко-правовых исследований// Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2007. N.6. С. 43.
32. Мархгейм М. В., Тонков Е. Е.//СУДЕБНАЯ РЕФОРМА В РОССИИ: ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ И МОДЕРНИЗАЦИЯ;, Журнал Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. № 16 (187) / том 29 / 2014.
33. Марченко М. Н. Источники права. М., 2013.
34. Марченко М. Н. Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т.-2-е изд., перераб. и доп.- Москва: Проспект, 2015 г.
35. Марченко М. Н. Судебный прецедент. Журнал российского права. № 6-2006
36. Марченко М. Н. Теория государства и права. М., 2001.

37. Марченко М. Н., Дерябина Е. М. // Основы права. М., 2016.
38. Мирошник Светлана Валентиновна ИСТОЧНИК ПРАВА И ФОРМА ПРАВА: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ. Проблемы в российском законодательстве. 2013-5.
39. Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914.
40. Москвич Л. Н./Методологические основы судебной реформы в Украине; Проблеми законності, № 117 / 2011.
41. Напсо М.Б. «Этнические» коллективные и индивидуальные права: выбор между правами народов и культурными правами индивида. Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008.
42. Нечаев В. М. Источники права // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона : в 86 т. (82 т. и 4 доп.). — СПб., 1890—1907.
43. Овсепян Ж. И. Источники российского конституционного права/ «Северно-Кавказский юридический вестник», 2003. № 1.
44. Переломов Л.С.: "Конфуцианство и легизм в политической истории Китая". М., 1981 г.
45. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909.
46. Родионова О. М. Развитие научных представлений об источниках права (на примере источников гражданского права)// Правоведение. 2005. № 3.
47. Рубанов А.А. Понятие источников права как проявление метафоричности юридического сознания// Судебная практика как источник права. М., 1997.
48. Свечникова Л.Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук)// Государство и право. 1998. №9. С.98.
49. Соломатин Е. Н., Формирование советской адвокатуры в условиях судебной реформы 1922-1930-е гг. Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки, № 2-1 / 2009

50. Студеникина М.С. Некоторые аспекты проблемы источников права в Российской Федерации// Проблемы законотворчества в Российской Федерации. Труды ИЗИСП. 1993. Вып. 53.
51. Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития// Судебная практика как источник права. М., 2000.
52. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права (издано по запискам студентов. Киев, 1906). СПб., 1998 г., С. 88-89.
53. Ульянов Александр Юрьевич//Конституционно-правовое положение и перспективы развития Российской прокуратуры, Вестник Томского государственного университета. Право. № 4 (10) - 2013.
54. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: В двух томах. Москва: Издание бр. Башмаковых, 1910.

Литература на иностранных языках:

1. Ли Хоцзинь: «О правовой форме », издательство Гун Шэнь, 1922 года.
李火斤 :《法形论》, 公慎书局 1922.
2. Цю Хэнпинг: «Общая теория права», Коммерческое издательство 1935 года.
邱汉平 :《法学通论》, 商务印书馆 1935.
3. Ойян: «Общая теория права», Шанхайское юридическое издательство, 1947 года.
欧阳 (奚谷) :《法学通论》, 上海法学编译社 1947.
4. [日] 织田万 :《法学通论》第 1 卷, 刘崇佑译, 商务印书馆 1913.
5. Ода Ван (Япония): «Общая теория права», том 1, переведенная Лю Чонгью, Коммерческое издательство, 1913 года.
[日] 穗积重远 :《法理学大纲》, 李鹤鸣译, 中国政法大学出版社 2005.
6. Фу Цзытан: «Юриспруденция», том 1. Правовое издательство, 2009 года.
付子堂主编, 《法理学初阶》.法律出版社 2009.
7. Фу Цзытан: «Юриспруденция», том 3. Правовое издательство, 2009 года.

- 付子堂主编：《法理学高阶》.高等教育出版社，2008.
8. Сун Гохуа, Чжу Цзинвэнь, «Юриспруденция», Издательство Китайского народного университета, 1999 года.
孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 1999.
9. Чжан Гуанбо: «Юриспруденция», Народное издательство Цзилинь, 1996 года.
张光博主编：《法理学》，吉林人民出版社 1996.
10. Чжан Вэньсянь: «Юриспруденция», Правовое издательство, 1999 года.
张文显主编：《法理学》，法律出版社 1999.
11. Чжоу Вэншэн: Повторное исследование источников права.
Журнал сравнительного правоведения, 2005-04.
周旺生：《重新研究法的渊源》，《比较法研究》2005.04.
12. Гэ Хуни: «Исследование и диалог: Введение в юриспруденцию».
Народное издательство Шаньдун, 2000 года.
葛洪义.探索与对话：法理学导论.济南：山东人民出版社, 2000.
13. Санг Бенкиан: Управление права и общественные ресурсы.
Журнал современного права, 2006-01.
桑本谦 . 法治及其社会资源 . 现代法学, 2006 (1) .
14. Фэй Сяотун: «Из почвы Китая». Издательство Чжунхуа, 1985 года.
费孝通, 乡土中国, М., 1985.
15. Программа реформы Народного суда КНР во втором пятилетии, издал Верховный народный суд КНР.
《人民法院第二个五年改革纲要》，最高法院发行。
<https://www.chinacourt.org/law/detail/2015/02/id/148096.shtml>
16. Положения о судебной работе в правовой практике, издал Верховный народный суд КНР.
《关于案例指导工作的规定》，最高法院发行。
<https://www.chinacourt.org/law/detail/2015/12/id/148615.shtml>
17. Фэн Вэншэн: «Исследование о стандарте в судебных делах»,
Вестник Цинхуа Университета, серия право, 2011-03.
冯文生：《审判案例指导中的“参照”问题研究》，载《清华法学》2011 年第 3 期

18. Донг Вэй, Хэ Сяотун: Техническая дискуссия о руководящих делах Верховного суда КНР в правоприменении. Журнал правоведения, 2008-11.
董皞;贺晓翊《指导性案例在统一法律适用中的技术探讨》, 载《法学》2008年第11期。
19. Ху Юнтенг, Юань Чуньсян: Судебная реформа в переходный период и трансформация судебной системы в реформе. Вестник Северо-западного университета политологии и права, 2009-03.
转型中的司法改革与改革中的司法转型: 胡云腾; 袁春湘; 法律科学(西北政法大学学报), 2009-03.
20. Гу Аньлян: Главные проблемы судебной реформы КНР в переходный период. Журнал политологии и права, 2001-04.
论我国司法制度的转型——我国司法改革的主要问题 谷安梁; 政法论坛, 2001-04.
21. Фан Чун: О судебной реформе в РФ. Журнал исследований о России, середине Азии и востоке Европы, 2007-02.
论俄罗斯的司法改革; 范纯; 俄罗斯中亚东欧研究, 2007-02.
22. Сунь Сяоя: Главные задачи в китайской судебной реформе. Вестник Сучжоу университета, серия право, 2014-01.
法治转型及其中国式任务: 孙笑侠; 苏州大学学报(法学版), 2014-01.
23. Се Баохун: Влияние правового толкования на судебную реформу-примеры в 6 толкования 1994-2002. Журнал правового режима и общественного развития, 2005-04.
司法解释对社会转型的反映——以 1994-2002 年予以废止的六批司法解释为对象; 谢宝红; 法制与社会发展, 2005-04.
24. Цзяо Баоган, Чэнь Цзинью: Направление развития юриспруденции в 2010 году. Вестник Шантон университета, серия общественная наука, 2011-02.
法治迈向方法的时代——2010 年度中国法律方法论研究学术报告; 焦宝乾, 陈金钊; 山东大学学报(哲学社会科学版), 2011-02.
25. Цзян Гохуа: Судебные ценности в переходный период КНР. Журнал Юридических исследований, 2014-01.

- 转型中国的司法价值观 ; 江国华 ; 法学研究,2014-01.
- 26.Цянь Хундао, Ван Чжаося: О судебной реформе КНР. Журнал Китайской общественной науки, 2015-05.
论中国法治评估的转型 ; 钱弘道,王朝霞 ; 中国社会科学,2015-05.
- 27.Сюй Синь, Лу Жунжун: Годовой отчет по судебной реформе Китая (2009). Журнал политологии и права, 2010-03.
中国司法改革年度报告(2009) ; 徐昕, 卢荣荣 :《政法论坛》, 2010 年第 3 期.
- 28.Сюй Синь, Лу Жунжун, Хуан Яньхао: Годовой отчет по судебной реформе Китая (2011). Журнал политологии и права, 2012-03.
中国司法改革年度报告(2011) ; 徐昕, 卢荣荣, 黄艳好 :《政法论坛》, 2012 年第 3 期.
- 29.Сюй Синь, Хуан Яньхао, Лу Жунжун: Годовой отчет по судебной реформе Китая (2012). Журнал политологии и права, 2013-03.
中国司法改革年度报告(2012) ; 徐昕, 黄艳好, 卢荣荣 :《政法论坛》,2013 年第 3 期.
- 30.Сюй Синь, Хуан Яньхао, Ван Сяотан: Годовой отчет по судебной реформе Китая (2013). Журнал политологии и права, 2014-03.
中国司法改革年度报告(2013) ; 徐昕, 黄艳好, 汪小棠 :《政法论坛》, 2014 年第 3 期.
- 31.Ли Сюпин: Исследование о правовой идее Си Цзиньпин. Журнал нового запада, 2016-21.
习近平法治思想研究综述 ; 李秀平 :《新西部》, 2016 年第 21 期.
- 32.Чжан Цзянь: Между правом и обществом—беседа о судебной и общественной реформе КНР. Вестник Восточного университета технологии, серия общественная наука, 2009-04.
在法律与社会之间——“转型中国法律与社会”国际学术研讨会会议综述 ; 张建 :《华东理工大学学报(社会科学版)》,2009 年第 4 期.
- 33.Чжан Минсин: О судебной реформе в переходе общества. Журнал политологии и права, 2009-03.
社会转型中的法律变革探讨——“社会转型与法律变革”国际学术研讨会综述 ; 张明新 :《政法论坛》, 2009 年第 3 期

34. Дэн Цинпин: Правоведение и общественный переход в последние годы. Вестник Китайского университета политологии и права, 2013-06.
“近代法律与社会转型”学术研讨会综述；邓庆平：《中国政法大学学报》，2013年第6期。
35. Чэнь Гуанчжун, Лонг Зонгжи: О дальнейшем развитии судебной реформы. Журнал Китайского правоведения, 2013-04.
关于深化司法改革若干问题的思考；陈光中，龙宗智：《中国法学》，2013年第4期。
36. Ся Цзиньвэнь: Проблемы и их решения судебной реформы КНР—анализ о народном суде. Журнал Китайского правоведения, 2010-01.
当代中国的司法改革:成就、问题与出路——以人民法院为中心的分析；夏锦文：《中国法学》，2010年第1期。
37. Ляо И: Равновесная модель высшего уровня судебной реформы в переходном Китае. Журнал правового режима и общественного развития, 2014-04.
转型中国司法改革顶层设计的均衡模型；廖奕：《法制与社会发展》，2014年第4期。
38. Чэнь Гуанчжун, Вэй Сяона: О реформе модернизации судебной системы Китая. Журнал Китайского правоведения, 2015-01.
论我国司法体制的现代化改革；陈光中，魏晓娜：《中国法学》，2015年第1期。
39. Вэй Минджи: Китай и международные договоры в последние 60 лет. Журнал международного наблюдения, 2010-01.
魏明杰 / 中国与国际条约六十年. 国际观察. 2010. N.1.
40. Чжан Вэньсянь: Теория и практика Народного суда в судебных делах. Журнал правового режима и общественного развития, 2009-03.
人民法院司法改革的基本理论与实践进程；张文显：《法制与社会发展》，2009年第3期。

41. Сюй Цзиньтань: Проблемы правоприменения международного права в Китае. Журнал исследования международного права, 2014-03.
徐锦堂/关于国际条约国内适用的几个问题.J.国际法研.2014 No 3.
42. Фу Цзытан: Общественные программы и правоведение в современном Китае. Журнал современного правоведения, 2003-18.
转型时期中国的法律与社会论纲 ; 付子堂 : 《现代法学》, 2003 年第 18 期。
43. Чжан Цзяньфэн, Ю Фэй: Анализ о судебной реформе в СНГ—управление права. Журнал юриста, 2006-04.
前苏东国家的法律转型初探:法治的勃兴 ; 詹剑峰, 俞飞 : 《法学家》, 2006 年第 4 期。
44. Хэ Цюн: Защита и развитие западной национальной культуры. Журнал теории и нашего времени, 2004-05.
何琼 : 西部民族文化保护与开发。《理论与当代》, 2004 年第 5 期。
45. Ян Хайкун, Джин Лянсинь: Об правовом отношении между центром и местами. Издательство Илин, 2007 года.
杨海坤、金亮新 : 《中央与地方关系法治化问题刍议》, 译林出版社, 2007 年。
46. Чжан Чжимин: Правовая система современного Китая. Журнал китайского правоведения, 2009-02.
转型中国的法律体系建构 ; 张志铭 : 《中国法学》, 2009 年第 2 期。
47. Фу Цзытан, Ху Сяфэн: Законодательство и реформа: исследование пересмотра законодательства. Журнал исследования правоведения, 2014-06.
立法与改革 : 以法律修改为重心的考察 ; 付子堂, 胡夏枫 : 《法学研究》, 2014 年第 6 期。
48. Ли Сюэю: Трансформационное общество и моральный вакуум: юридическая профессия и ее развития в современном Китае. Журнал китайского правоведения, 2012-03.

- 转型社会与道德真空:司法改革中的法律职业蓝图 ;李学尧 :《中国法学》,2012 年第 3 期。
49. Сюэ Сяоцзянь: Конституция КНР 1982 г.—основа современного общества. Журнал китайского правоведения, 2012-04.
中国社会转型的法律基石:1982 年宪法的历史地位 ;薛小建 :《中国法学》, 2012 年第 4 期。
50. Отдел Объединенного фронта КПК (United Front Work Department): Документальный фильм по национальным проблемам. Издательство центрального института КПК, 1991 года.
中共中央统战部. 民族问题文献汇编 [Z]. 北京: 中共中央党校出版社, 1991
51. Чэнь Вэньцунь: Законодательство автономных районов меньшинств. Журнал экономики и общественного развития, 2012-06.
陈文琼, 论少数民族自治地方的科学立法 J . 经济与社会发展,2012-06.
52. Цай Хюцин: Теория о местной автономии. Издательство культуры предприятия Сиелин (Тайбэй), 2003 года.
蔡秀卿:地方自治法理论, М.台北:学林文化事业有限公司,2003.
53. Сун Лон: Исследование системы утверждения законодательства на автономных территориях. Журнал политологии и права, 2016-03.
宋龙: 自治区自治立法报批制度研究. 政法论坛, 2016-03.
54. Bryan A. Garner : black's law dictionary, Thomson West; Aspatore Books; 10th Revised edition, 2014.
55. Alexei Yurchak: Everything Was Forever, Until It Was No More: The Last Soviet Generation, Princeton University Press, 2015.
56. Regional Autonomy for Ethnic Minorities in China.
57. Economic and Social Reform Action Plan 2012-2015-- Seven Pillars for Implementing Economic and Social Reform in Lebanon
58. Legal Efforts for Social Reform through the Indian Supreme Court
Avani Mehta Sood

59. Legal Transitions: Some Welfarist Remarks; MATTHEW D. ADLER, JOURNAL OF CONTEMPORARY LEGAL ISSUES, [VOL. 13: 5, 2003]
60. Beware of Legal Transitions: A Presumptive Vote for the Reliance Interest; Richard A. Epstein. Journal of Contemporary Legal Issues 69 (2003)
61. Legal Reform in the Xi Jinping Era, Carl Minzner, Fordham University School of Law. 20 Asia Pol. 4 (2015)
62. Labor Flexibility, Legal Reform and Economic Development; Alvaro Santos Georgetown University Law Center. 50 Va. J. Int'l L. 43-106 (2009).
63. Twenty Years of Russian Legal Reform; William Pomeranz Deputy Director, Kennan Institute, Woodrow Wilson Center,
64. Russia's Legal Transitions: Marxist Theory, Neoclassical Economics and the Rule of Law. Simon Deakin, John Hamilton; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 42/2015 .
65. Roscoe Pound: The Spirit of the Common Law. M., 1921.
66. Roscoe Pound: An Introduction to the Philosophy of Law. M., 1922.