

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ  
имени М.В.ЛОМОНОСОВА

На правах рукописи

**Лю Цюэнь**

**ИСТОЧНИКИ ПРАВА КНР И РФ:  
СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ**

Специальность 12.00.01- теория и история права и государства;  
история учений о праве и государстве

**АВТОРЕФЕРАТ**

диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Москва-2018

Работа выполнена на кафедре теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

**Научный руководитель**                    -*Марченко Михаил Николаевич*  
  *доктор юридических наук, профессор*

**Официальные оппоненты**    -*Шамба Тарас Миронович*  
  *доктор юридических наук, профессор*  
  *Президент коллегии адвокатов*  
  *города Москвы «Тамир»*

  -*Сауляк Олег Петрович*  
  *доктор юридических наук, доцент*  
  *Председатель Московской коллегии*  
  *адвокатов «Юристы-профессионалы»*

  -*Стельникова Наталия Алексеевна*  
  *кандидат юридических наук,*  
  *Адвокат, член Адвокатской*  
  *палаты Московской области*

Защита диссертации состоится «22» ноября 2018г. в 16:30 часов на заседании диссертационного совета МГУ.00.00 Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова по адресу: Москва, Ленинские горы, д.1, стр.13-14, 4-й учебный корпус, Юридический факультет, ауд.536а.

E-mail: [dissovet@law.msu.ru](mailto:dissovet@law.msu.ru)

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций научной библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова (Ломоносовский просп., д. 27) и на сайте ИАС «ИСТИНА»: [http://istina.msu.ru/dissertations/...](http://istina.msu.ru/dissertations/)

Автореферат разослан «    » \_\_\_\_ 2018 г.

**Ученый секретарь**  
**диссертационного совета,**  
**доктор юридических наук**

**П.Л. Полянский**

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность темы исследования** обусловлена возможностью прояснения некоторых проблемных вопросов и тенденций развития национального права и международного права в КНР и РФ.

Исследование источников права началось вместе с возникновением права и продолжается более двух тысяч лет. Понятие источников права, их классификация и развитие традиционно считались основными проблемами в юридической науке.

Выбрав тему источников права РФ и КНР, автор стремился выделить общие черты и особенности системы источников права КНР и РФ в последнем столетии. Исследуя данную тему, необходимо обратить внимание на развитие государства и права, а также на развитие потребностей общества.

В конце XX века, как в РФ, так и в КНР, произошли важные политико-правовые реформы, которые необходимо учитывать при рассмотрении источников права. При этом необходимо исходя из того, что история развития источников права напрямую обусловлена общественным развитием и сущности изменением формы государства.

К сожалению, в современной правовой литературе КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания. В середине 80-ых годов прошлого века возникло много споров о понятии юриспруденции, и о создании современной системы права как фундамента правового государства.

До середины 70-ых годов XX в. на юридическую науку КНР сильно влияла теория государства и права Советского Союза, а в последующем—европейская и американская юриспруденция. Сравнив современную историю КНР и РФ, можно заметить много общего. Исследование источников права РФ унаследовало теорию Советского Союза, что нашло свое отражение в современном обществе. По мнению автора, сравнительный анализ источников права КНР и РФ даст возможность определить новые прогрессивные направления развития общества, государства и права.

В данной работе проанализированы вопросы, касающиеся системы источников права в КНР и РФ. В том числе такие, которые касаются

существования конфликтов между кодифицированным и обычным законодательством; сходства и различия между национальным и международным правом; места и роли каждого из них в правовой системе; социальной и юридической значимости источников права; и др.

Исследование автора призвано показать, что источники права РФ и КНР, помимо общих черт, обладают национальными особенностями. Они обусловлены многочисленными историческими, национальными и иными объективными и субъективными факторами.

**Объект исследования.** Объектом исследования являются система и классификация источников права, их социальная роль, исторические и современные проблемы и факторы, повлиявшие на развитие системы источников в КНР и РФ.

**Цель и задачи исследования.** Цель диссертационного исследования заключается в определении понятия и классификации источников права, в выявлении их особенностей и примененью к судебной практике и влияния на развитие правовой норм в КНР и РФ.

Задачи диссертационного исследования состоят в следующем:

- 1) сформулировать понятие источников прав в современной КНР и РФ;
- 2) определить виды источников права в китайской и российской правовых системах, установить их классификацию и иерархию;
- 3) исследовать иерархические особенности источников права в КНР и РФ, а также их влияние на развитие общества и государства в разные периоды их развития;
- 4) определить понятие, влияние и юридический статус нормативно-правовых актов, международных договоров, обычаев, прецедентов и правовой доктрины;
- 5) сравнить влияние, юридическую силу и статус данных источников права в КНР и РФ;
- 6) посредством выявления источников права исследовать их историческое значение и перспективы влияния на развитие КНР и РФ.

**Методология основы исследования.**

При исследовании проблемы источников права КНР и РФ были

использованы следующие методы:

1) Компаративный метод. Компаративный 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.

#### **Теоретическая основа диссертационного исследования.**

В России по сравнению с Китаем, источники права являются одной из основных тем исследования в юриспруденции. Научные разработки по этой теме разнообразны. Основная литература на русском языке – это научные статьи и монографии российских и советских юристов М.Н. Марченко, В. М. Нечаева, В. В. Лазарева, С. В. Липеня, Г. Ф. Шершеневича, Л.И. Петражицкого, Н.Г. Александрова, Б.Н. Топорнина, Е.С. Кананькиной, О. М. Родионовой, А.А. Рубанова, М.С. Студеникиной, В.Н. Жукова, и других. В России исходя из того, что особая важность для правовой теории и практики представляют собой такие вопросы, как 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 права<sup>1</sup>. В современной России понятие «источник права» аналогично понятию «форма права», рассматривается как причины и закономерности, обуславливающие возникновение и содержание права<sup>2</sup>. Форма права при этом указывает на то, «каким образом организовано и

---

<sup>1</sup> Марченко М. Н. Источники права. М., 2013. Стр. 3

<sup>2</sup> 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.

выражено вовне юридическое (нормативное) содержание, а источник - на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание»<sup>3</sup>.

Однако в РФ исследование китайских источников права весьма редки. Материалы, касающиеся современного китайского права очень малочислены.

В последние 20 лет в КНР с развитием понимания юриспруденции термин «источник права» являлся популярным объектом правовых исследований. В середине XX века правовая норма Советского Союза сильно влияла на определение китайского права.

В данной диссертации исследование источников права современного Китая относится к периоду после реформы при Дэн Сяопине в 1978 г., который 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 – равнозначные термины. Главными источниками права являются закон и международные договоры, а дополнительными источниками права являются обычное право и правовая доктрина<sup>4</sup>. Прецедент в Китае не считается официальным источником права, но он влияет на судебную практику. По мнению Сун Гохуа, источники права - это исток права, откуда оно получает свою юридическую силу, а также то, на что судья может сослаться при вынесении решения<sup>5</sup>.

#### **Нормативную основу диссертационного исследования составили:**

1) Конституция и конституционные законы КНР, законы, кодексы, нормативно-правовые акты, акты министерств, законы и административные положения автономных территорий, экономические законы специального административного района.

2) Конституция и федеральные конституционные законы РФ, федеральные

---

<sup>3</sup> Марченко М.Н. Теория государства и права. - М., 2001. – Стр. 349-350.

<sup>4</sup> 付子堂主编,《法理学初阶》.法律出版社 2009г. Стр 117.

<sup>5</sup> 孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社 1999г. Стр 257.

законы, в том числе кодексы, Указы Президента РФ и постановления Правительства РФ, а также акты министерств и ведомств.

3) Международные правовые договоры.

**Эмпирическую основу** диссертационного исследования составили материалы правоприменительной практике.

**Научная новизна исследования.**

Научная новизна диссертационной работы заключается в самом выборе о ее темы и проведении исследования источников китайского и российского права в сравнительном плане.

В последние сорок лет, после реформы в 1978 г. в КНР, в РФ исследования современных китайских источников права оказались слишком редкими, такие как и исследования источников современного российского права в Китае. Следует заметить, что у данных стран похожие история государства и права в последние столетия, но они выбрали разные пути различия в настоящее время. Поэтому сравнительный анализ источников права КНР и РФ имеет важное значение, поскольку это является основой для исторического выбора данных двух стран будущего развития.

Понятие и система источников права в КНР и РФ отличаются друг от друга не только по содержанию понятий, но также по применению в судебной практике и по юридической силе. Как у источников романо-германской правовой семьи, в РФ и КНР закон является важнейшим источником права, в то время, как прецедент не считается официальным источником права, хотя он тоже оказывает влияние на развитие современной судебной практики.

В диссертации автор обращает внимание на правовой обычай как на один из старейших источников правовой истории. И Россия, и Китай, считаются древнейшими странами в мире. У них своя история, которая сильно влияет на развитие государства и права, а обычай является ярким тому примером. В работе уделяется значительное внимание международному договору, а также различным нормативно-правовым актам, включая в Российской Федерации. В КНР как унитарном государстве, имеющем автономные территории меньшинств, имеют свои особенности актов указанных территорий в системе источников права.

### **Основные положения, выносимые на защиту:**

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

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 оказались 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 не завершён 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. Основной 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.

**Теоретическая и практическая значимость работы** 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, применение международного права в РФ будет подвержено изменениям в зависимости от внешнего курса правительства. В КНР вступил в силу Закон «Общее положение гражданского права»<sup>6</sup>, которое может стать началом создания Гражданского кодекса. Таким образом, источники права считаются важным выражением развития государства и общества, имеют важное значение для истории и будущего.

**Апробация результатов исследования.** Основные положения диссертации и полученные результаты обсуждались с участием автора на международной конференции XVIII «Актуальные проблемы гуманитарных наук в XXI веке» МГУ имени М.В. Ломоносова, а также на заседаниях различных "круглых столов" и научных кружках. Результаты авторской работы представлены публикациями в научных журналах и сборниках научных статей.

**Структура работы.** Диссертационная работа состоит из введения, трех

---

<sup>6</sup>《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.

глав, включающих в себя двенадцать параграфов, заключения и списка литературы.

### **Основное содержание работы**

**Введение** диссертации дает обоснование актуальности и степени научной разработанности тематики исследования. В введении определен объект, предмет, цель и задачи исследования, установлены методологическая основы исследования, раскрыта научная новизна, изложены основные научные положения, выносимые на защиту, охарактеризовано теоретическое и практическое значение полученных выводов, представлены сведения об их сравнении и развитии.

**Первая глава «Понятие источников права»** состоит из четырех параграфов. Она посвящена исследованию проблем терминологии, используемой в развитии государства и права, и сущности источников права. Проблема источников права является важным исследованием юриспруденции, и всегда тесно связана с теорией государства и права. Даже в наше время происходящих глобализационных процессов, источники права национальных государств ставят актуальные задачи перед международным сотрудничеством и развитием.

**Первый параграф «Общая теория понятия источников права»** раскрывает проблемы терминологического характера с позиции термина источников права в истории и развитии не только в Китае и России, но в других странах.

Новое исследование источников права (Sources of law) начинается в современном мире. Спор между естественным правом и позитивным является одной из важных проблем современной юриспруденции. После Второй мировой войны ученые начали думать о законности и силе статутного права. Безусловно, право признается государственной законодательной властью, и действует на основе государственной силы. Источники права часто считаются формой права. Они являются факторами, творящими право, и разногласия начинаются только

при решении вопроса, что должно считаться правотворящими факторами.

**Второй параграф « Понятие источников права КНР »** посвящен исследованию понятий источников права в Китае.

Источники права занимают важное место в истории юриспруденции на Западе, в то время как в Китае исследованию источников права уделялось и уделяется гораздо меньше внимания.

Термин «источники права» является одним из самых неопределенных в юриспруденции КНР. По традиционной теории, значение этого слова включает в себя происхождение, форму и соотношение содержания и формы права.

Источники права --это новый термин для китайских юристов. Этот термин появился в начале XX века, понятие пришло из японского языка времен Китайской Республики, а некоторые ученые считают, что это понятие из английского языка source of law. В начале 50-ых годов XX века в Китае была создана новая коммунистическая судебная система, похожая на систему Советского союза. Понятие источники права при этом изменилось. После реформы 1978 г. началась новая судебная реформа. В то время были громкие споры о методе создания судебной системы. Термин «источники права» играл важную роль в этом историческом процессе.

Говоря об исторических и будущих тенденциях судебной системы КНР, необходимо обратить особое внимание на изменение понятия этого источника права и его влияния на юридическую практику.

Исследование понятия источников права обусловлено возможностью прояснения этого термина в юриспруденции, а также рассмотрением вопроса о том, как источники права влияли и будут влиять на судебную практику. Чтобы определить понятие источников права КНР, надо понять юридическую практику и юридическую реформу современного Китая, 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 важнее.

В ходе развития юридической теории и практики после революции китайские юристы выделили следующие группы источников права, которые

заняли главное место в области юриспруденции:

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

2) Нормативно-правовые акты, обычное право, прецедентное право, политика, юридическое толкование, авторитетическая теория и универсальная ценность.

Одноко интересно, что для китайских судей, без сомнения, прецедентное право, авторитетическая теория и универсальная ценность не могут стать официальным критерием судебной практики. Это положение выявило важный конфликт между теорией и практикой в Китае. Юридическая теория и исследования часто обращают внимание на проблемы американской системы, но цель юридической практики—решение конкретного реального дела.

**В третьем параграфе « Понятие источников РФ »** дается теоретико-правовой анализ исследуемого понятия источников права в России.

Термин «источник права» был введен в научный оборот древнеримским мыслителем Титом Ливием, который называл Законы XII таблиц источником всего публичного и частного права.

«Тем самым подчеркивается, что помимо всего прочего идентичность формы и источника права, где форма указывает на то, как, каким образом организовано и выражено внешне юридическое (нормативное) содержание, а источник – на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание.»

На взгляд М.И. Байтина, источниками права являются «определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества. Форма показывает, каковы внешние проявления права, в каком виде оно существует и функционирует в реальной жизни. С помощью формы происходит придание государственной воле доступного и общеобязательного характера, официального доведения этой воли до исполнителей. Посредством формы право как бы получает «путевку в жизнь», приобретает юридическую силу.»

Очевидно, что в российской юридической литературе у каждого юриста свое понимание источников права (форм права). Трудно дать точное определение понятию источников права, и, безусловно, это понятие изменяется

с развитием общества и судебной системы.

**Вторая глава диссертации «Классификация и виды источников права»** посвящена классификации и видам источников права. В настоящее время в КНР исследованию источников права уделяется крайне мало внимания. По историческим причинам на современную юриспруденцию КНР оказали влияние три фактора: традиционная правовая идея Древнего Китая, теория государства и права Советского Союза, Романо-германское право. Поэтому статутное право считается важнейшим в классификации источников права.

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

В судебном процессе официальные источники права играют важнейшую роль. На судебную практику, однако, все сильнее влияют неофициальные источники права с развитием теории права и повышением квалификации юристов. В КНР и РФ распространенными неофициальными источниками права являются:

(1) Судебный прецедент, который сильно влияет на поведение судей в процессе судебной практике. Китай не принадлежит к англо-саксонской 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 особенный 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.

(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, возникают самые эффективные правовые нормы.

(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 оказывают влияние на законодательство и развитие судебной системы России. Особенно заметно было данное влияние в начале 90-ых годов после распада СССР. Они способствовали России быстро создать современную юридическую систему.

(4) Правовая доктрина также является одним из источников древнего и современного права. Конфуцианство в феодальный период в Китае являлось источником права. С развитием китайского государства и общества в стране придавалось все большее значение теории права, особенно научным трудам авторитетных правоведов, которые использовались в качестве важного источника права.

**В первом параграфе « Нормативно-правовые акты: законы и подзаконные акты. Их виды и особенность»** исследуются виды и особенности нормативно-правовых актов данных двух стран как важнейший источник права. 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 исполнении законодательства и правоприменительной деятельности судебной власти. С помощью системы законов, подзаконных актов

и иных нормативных-правовых актов государство регламентирует своё устройство, определяет границы своей власти.

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 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 котором основные ресурсы принадлежат государству).

2) Закон, принятый Собранием народных представителей КНР и его Постоянными комитетами, юридическая сила которого 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.

3) Административные законы принятые Государственным советом КНР. Административные законы и правила являются общим требованиями для Государственного совета, а точнее -- высшего административного органа при Государственном совете, в отношении осуществления закона и исполнения административных полномочий в соответствии с Конституцией, 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.

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 и местной законодательной властью в соответствии с законом о местных потребностях 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 Народного Политического Консультативного совета КНР и его постоянные комитеты провинций, автономных районов и муниципалитетов непосредственно под контролем центрального правительства, Всекитайского Собрания Народных Представителей и его постоянных комитетов крупных городов.

5) Акты министерств, принятые комитетами Госсовета КНР, Министерствами и комиссиями Государственного совета, Народным банком Китая, Ревизионной комиссией и административными органами непосредственно под агентством, а также провинциями, автономными районами и муниципалитетами.

Данные акты считаются тоже административными положениями и действуют на территории силы того, какой административный орган их принял. Народное правительство и более крупный город народного правительства нормативных документов устанавливают правила и положения. Содержание ограничивается порядком исполнения законов, административных правил, местных законов и правил и связанных с ними конкретных административных вопросов.

(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, а также 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. В Китае как унитарное государство, существует всегда конфликт между центральным правительством и местным. Однако особый административный район пользуется высокой степенью автономии, которой не обладают обычные места. Он наделен в том числе 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 этого закона. Закон, принятый Законодательным советом специального административного района, также является источником права.

Аналогично КНР статутное право является важной составной частью правовой системы РФ. В современной России термином «закон» допускается неправомерное смешение законов с неюридическими актами, сколько в том, что в должной мере не учитывается исторический характер самих юридических законов, эволюции их понятия, сущности и содержания.

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 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.

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

3) Международные договоры и соглашения РФ, подписаны уполномоченными государственными органами статья 15 Конституции РФ

4) Федеральные законы, приняты Государственной думой, одобряются Советом Федерации, подписываются Президентом РФ.

5) Акты Президента РФ (указы и распоряжения).

6) Акты Правительства РФ (постановления и распоряжения).

7) Ведомственные акты, изданные руководителями органов исполнительной власти.

**Второй параграф « Международные договоры »** посвящен статусу судебной практике и юридической силе международных договоров КНР и РФ в наше время.

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 РФ. 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 правовой системы России.

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 государства - 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.

**В третьем параграфе «Правовой обычай как источник права»** исследованы проблемы понятия, юридического статуса и судебного применения обычая как самого древнего источника права.

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 семей.

Статус неписаного права в российском законодательстве хорошо иллюстрирует статья 5 Гражданского кодекса РФ «Обычай», закрепившая, в частности, обычаи 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 обычаев – система гражданско-правовых отношений.

Традиционно все обычаи разделяются 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.

**Четвертый параграф «Прецедент как источник права»** посвящен исследованию понятия, юридического статуса и влияния на судебную практику прецедента как неофициального источника права в КНР и РФ.

В КНР судебная власть принадлежит Народному суду, а законодательная

власть принадлежит Собранию народных представителей КНР. По этой же причине в КНР прецедентное право не имеет официального статуса источника права, у судей нет права издавать законы. Так и в РФ, 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.

Очевидно, верным является мнение о принадлежности правовой системы России к романо-германской правовой семье, в которой самым важным источником права является нормативно-правовой акт, а 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 прецедент не признается источником романо-германской правовой семьи, но выступает в качестве такового фактически. Прецедент принадлежит к источникам права англо-саксонской правовой семьи, а точнее - английской, в ней он является «классическим» видом источника права.

**Пятый параграф «Правовые доктрины»** посвящен исследованию проблем понятия и современного влияния правовой доктрины как древнего источника права.

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

**Третья глава диссертации «Развитие источников права»** состоит из четырех параграфов, в которых исследуются направления развития современных источников права и их влияние на судебную практику и общество.

**Первый параграф «Развития системы законодательных актов (в конце XX - начала XXI в.в.)»** посвящен исследованию особенностей развития законодательных актов за последние 30 лет, которые в КНР и РФ являются важнейшей эпохой реформ.

В данный период правотворчества КНР и РФ доминировали следующие положения:

(1) Международный договор, признанный государством является самым слабым по юридической силе источником права в КНР. 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, если они не нарушают национального права. “Суверенитет выше прав человека” -- это основной постулат в юриспруденции Китая, для того, 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 государственным институтом. Обычно они характеризуются временные и целевые акты, выражающее волю правительства. 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. Двухтысячелетняя феодальная история Китая способствовала формированию у народа недоверия. Из-за этого в

настоящее время 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, народная идея медленно изменяется. Иными словами, самое важное для современного Китая-- это создание культа права.

Период после реформы 1978 г. подразделяется на 4 промежутка: 1978 – 1993 гг., -- переход к общественной реформе, когда государство обращало внимание на воссоздание политического режима; 1993-1998 гг., где руководящая идея законодательства тесно связана с рыночным экономическим курсом; 1998-2008 гг., -- появление новых законов и внесение поправок в действующие законы, связанные с улучшением системы источников права; 2008-2017 гг. – углубление законодательства, связанного с общей реформой в стране.

Аналогичная ситуация сложилась в РФ. В последнем десятилетии прошлого века и первом десятилетии нашего века в РФ произошел сильный социальный переход. Право активно регулирует социальные отношения и имеет релаксационный характер. Оно отражает потребности общества и определяет будущее развитие законодательства. Количество поправок и изменений нормативно-правовых актов показывает качество законодательства и частоту изменений социальной идеи.

Сравнив развитие системы законодательства КНР и РФ в последние 30 лет, заметим общие цели законодательства в переходной эпохе.

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

Во-вторых, в данный период законодательство особенно стремится к стабильности. На это указывается, в частности то, что процентное содержание поправок в нормативно-правовых актах является высоким.

С конца XX века до начала XXI века в КНР было изменено 57.26% нормативно-правовых актов. В РФ эта цифра также считается высокой, например, в первой части Гражданского кодекса РФ, в течение 30 лет было 104 изменения.

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

В-третьих, в указанный период как и раньше, законодательную деятельность существует государство. Государственная деятельность обеспечивает законодательство в переходную эпоху. Как в РФ, так и в КНР, преимущество того, что государство является главным законодателем, и в переходный период заключается в том, что государственная власть обеспечивает эффективности его реализации. Однако при этом ясно прослеживается и недостаток, который заключается в отсутствии надзора за государственным правотворчеством. В наше время борьба против такого положения является важной задачей, стоящей перед КНР и РФ.

Законодательная техника КНР и РФ развивается вместе с повышением потребностей общества, и соответственно, процесс ее развития вместе с законодательством, связанно теории и истории источников права.

**Во втором параграфе «Административный закон автономных территорий»** представлено к исследованию законодательств и о юридической силе административных законов автономных территорий Китая и России.

Как федеративное государство, РФ рассматривает закон о национальных меньшинствах как закон субъектов федерации. Согласно ст. 1 Федерального закона «О национально-культурной автономии», 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 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 государственного объединения, который считается основной государственной политикой в Конституции КНР. 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 автономией. 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 наиболее важную роль в этом процессе. В тот период были приняты 139 автономных положений и 777 отдельных положений автономного района, 75 особых и дополнительных административных законов автономных территорий.

Главное различие меньшинств КНР и РФ заключается в формах и способах определения национального меньшинства и защите прав и свобод национальных меньшинств. В РФ федеральные законы обеспечивают только национально-культурную автономию, что мало касается, в отличие от КНР политической сферы.

**В третьем параграфе «Изменение статуса обычного права»** рассмотрены проблемы юридического статуса обычного права и его влияния на развитии теории государства и права, особенно на развитии социологической идеи.

Начиная с середины 90-х в Китае постепенно, но неуклонно проводится правовая реформа. Её заявленная цель – создать в КНР правовое государство современного типа. При этом за образец приняты правовые документы стран романо-германской правовой семьи, с учетом китайской национальной законодательной традиции и обычаев, с поиском 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. В настоящее время одна из целей провозглашенной правовой реформы в КНР – развернуть законодательство лицом к конкретным гражданам, сделать его гуманнее. Это тесно связано с применением обычаев в судебной практике.

В настоящее время в судебной практике КНР опробованы и неофициально применяются методы разрешения конфликта между обычаем и статутным правом. Во-первых, это особое отношение к сложным делам в районах национальной автономии, чтобы предотвратить этнические конфликты. А 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. В данном случае обычай и статутное право идут на негласный “компромисс” .

Взаимоотношения обычая и статутного права можно представить следующим образом:

1) Обычай как дополнение к статутному праву. Так как в КНР государственная политика сильно влияет на судебную практику, статутное право внедряется в нее легче обычая. В связи с этим, чтобы избежать конфликта между традицией и современным правом, в китайской практике разрешения споров получило распространение такое явление, как судебная медиация.

2) Влияние обычаев на статутное право. 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.

Таким образом, будучи частью традиционной культуры, обычай играл важную роль в истории КНР и РФ, и всё ещё является действенным регулятором социальных отношений.

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.

В Китае ведется работа по изучению национального обычая с возможностью 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 в переходный период государства и общества.

**Четвертый параграф «Прецедентное право в судебной реформе»** направлен на решение проблемы статуса прецедентного права.

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 делах .

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.

Хотя на практике дополняя закон, тем не менее Руководящие судебные дела Верховного народного Суда не относятся к источникам права и используются только как справка-доклад о 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.

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 Китая 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.

Как было сказано выше, в КНР и РФ, как в странах романо-германской правовой семьи, прецедентное право существует в особой форме. Подчеркивая важность ряда современных подходов к исследованию прецедентного права, автор считает, что в странах романо-германского права присутствует тенденция использования опыта англо-саксонской правовой семьи и имплементации механизмов прецедентного права как перспективы развития юриспруденции в РФ и КНР.

**В заключении диссертационной работы** представлены результаты и итоги диссертационного исследования.

### **Публикации автора по теме диссертации**

**В журналах, рекомендованных Минобрнауки РФ, по соответствующим специальностям и отраслям наук на основании решения ученого совета МГУ по представлению ученых советов структурных подразделений:**

1. Лю Цюэнь Обычное право в системе источников права современного Китая// Вестник Московского Университета. Серия. 11 2017. No.4 Стр. 139-148. (0.5 п.л.)

2. Лю Цюэнь Международный договор как источник китайского права// Аграрное и земельное право. 2017. No.7(151) Стр. 72-80. (0.5 п.л.)

3. Лю Цюэнь Законодательство и практика закона автономных территорий КНР// Право и государство: теория и практика. 2017. No.9(153) Стр. 17-23. (0.5 п.л.)

4. Лю Цюэнь О международных договорах Китайской Народной Республики после 1978 года// Российское правосудие. 2018. No.4 Стр. 76-84. (0.5 п.л.)

#### **В иных журналах:**

1. Лю Цюэнь Проблема задолженности при реструктуризации предприятий// Правовой режим и общество (Legal System and Society). 2010-16 ISSN : 1009-0592. (0.5 п.л.)

2. Лю Цюэнь Исследование о правовом и патриархальном духе// Вестник партийной школы департаментов непосредственно под провинциальным комитетом Шаньси КПК (Journal of the Party School for the Departments Directly under Shanxi Provincial Committee of the CPC) 2012-05 ISSN : 1674-1676. (0.7 п.л.)

3. Лю Цюэнь. Ван Дунмэй Субъективное и объективное право в системе российского права// Вестник Чунцинского университета технологии (Journal of Chongqing University of Science and Technology (Social Sciences Edition) ) 2013-12 ISSN : 1673-1999 (0.6 п.л.)

4. Лю Цюэнь. Ван Дунмэй. Понятие Субъективного и объективного права в системе российского права// Гуанхуа правоведении (Guanghua Law Review). 2013-12. ISSN : D951.2 (0.6 п.л.)