

Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период)



П.Н. Дудин

Центр изучения государства и права стран Восточной Азии Восточно-Сибирского государственного университета технологий и управления, кандидат политических наук. Адрес: 670018, Российская Федерация, Улан-Удэ, ул. Ключевская, 40 «В»/1. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



А.И. Цыреторов

Доцент, кафедра уголовного процесса Восточно-Сибирского института МВД, кандидат юридических наук. Адрес: 664074, Российская Федерация, Иркутск, ул. Лермонтова, 110. E-mail: alex.tsi@mail.ru



Аннотация

Авторы на основе не публиковавшихся ранее на русском языке материалов изучают процесс формирования гражданского права как самостоятельной отрасли права Китая, особое внимание уделяя началу XX в., когда правовая система страны вступила в период модернизации. Обозначенный период характеризуется отсутствием нормативно-правового материала, регулирующего имущественные и личные неимущественные общественные отношения, составляющие основу гражданского права, и активной деятельностью Верховного суда Китайской Республики. Его председатели, получившие высшее юридическое образование, посредством опоры на общие принципы права, применения правовых обычаев, толкования старого Цинского законодательства и доктринальной интерпретации проектов законов сумели создать уникальную правоприменительную практику. В рамках правовой системы, заимствующей основную часть правовых позиций и конструкций из романо-германской правовой семьи, судебная практика, не будучи формально объявленной в качестве источника права, фактически заняла в иерархии источников главенствующее положение на полтора десятка лет, до принятия в 1929–1931 гг. первого и единственного Гражданского кодекса Китая. Такая ситуация стала возможной в связи с тем, что руководство империи Цин, долгое время старавшееся держать страну в международной изоляции, в итоге было вынуждено не только открыть иностранцам города и порты, но и пойти на фактически полное заимствование правовых норм из права европейского, преимущественно немецкого, французского, бельгийского и т.д. Однако слепое копирование правовых норм не дало должного результата, а политическая борьба, развернувшаяся после упразднения монархии, и отмена прежнего законодательства создали юридический вакуум, который необходимо было заполнять судебным органам и другим правоприменителям. Это позволило Верховному суду Китая не только обеспечивать единообразие судебной практики, но и стать правотворческим органом, адаптируя сложившиеся ранее правовые нормы к потребностям современной действительности. Верховный суд обобщил и систематизировал собственные решения за первые семь лет деятельности, с 1912

по 1918 гг., опубликовав их в виде сборника тезисов. В статье подчеркивается, что исследования источников права Китая периода 1912–1949 гг. является одним из условий приращения нового знания, понимания правовых традиций и подходов к решению проблем и регулированию общественных отношений, характерных для современного китайского общества.



Ключевые слова

Верховный суд, Китайская Республика, судебная практика, судебный прецедент, принципы права, источник права, систематизация законодательства, правовая доктрина

Для цитирования: Дудин П.Н., Цыреторов А.И. Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 237–253.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.237.253

Введение

Актуальность заявленной темы обусловлена прежде всего тем, что в настоящее время Китай является крупнейшим торговым партнером России, обе страны заинтересованы в развитии сотрудничества в ряде отраслей, на первое место выходит гражданское и торговое (или коммерческое) право. После окончания «культурной революции», нацеленной на противодействие возможной «реставрации капитализма» и «борьбу с внутренним и внешним ревизионизмом», начиная с 1978–1979 гг. КНР постепенно открывается миру. Это же происходит в юриспруденции: постепенно воссоздаются юридические факультеты, в научный оборот возвращаются западные теории права, а работы немецких ученых Савиньи, Вольфа и британского ученого Морриса оказывают большое влияние на развитие гражданского, предпринимательского и международного частного права (так, в 1979 г. вступил в силу Закон КНР о предприятиях с иностранными инвестициями) [Цзоу Лунмэй, 2014: 89].

В настоящее время в КНР проходит реформа кодификации гражданского законодательства [Ербахаев Е.А., 2018: 81–99], что требует от российской юридической науки не только пристального внимания к текущим правотворческим событиям в этой стране. Знание и понимание правоприменителя требуют глубокого изучения истории данной отрасли права, поскольку без этого вряд ли можно полноценно осуществлять анализ текущей ситуации и прогноз развития правового регулирования отдельных общественных отношений, в которые вступают граждане России, наши коммерческие и некоммерческие организации и органы государственной власти с китайскими контрагентами. Кодификация гражданского права в этой стране осуществляется вторично: до

этого в 1929–1931 гг. центральное правительство Китая не без участия деятелей российской юридической науки добилось принятия Гражданского кодекса, состоявшего из пяти частей (книг), которые были переведены на русский язык редакционной комиссией под руководством выдающегося российского ученого-юриста, выпускника МГУ В.А. Рязановского. В настоящее время Российское государство нуждается в подобных научных изысканиях и ожидает от отечественной юридической науки адекватного ответа.

Правовая система Китая уникальна: она вобрала в себя элементы традиционного права, базирующегося главным образом на философии конфуцианства, романо-германской правовой семьи и, безусловно, советского права. Особое место в ней всегда занимали нормы гражданского права, которые не были определяющими, но именно они породили ряд правовых (и правоприменительных) конструкций, которые на протяжении последних 100 лет вызывают интерес иностранных правоведов и являются объектом исследования настоящей статьи. Поэтому предметом статьи являются трансформация и развитие гражданского права Китая в период с провозглашения Республики до принятия Гражданского кодекса, а также определение места практики Верховного суда Китая в обозначенный период в системе его источников.

1. Генезис гражданского права имперского Китая

В западной науке среди исследователей истории и генезиса китайского гражданского права, а вместе с ним — и гражданского процесса, ведущая роль принадлежит русским юристам — деятелям Харбинского эмигрантского сообщества, которые трудились как над изучением материального права, так и над вступившими в тот же период на путь обособления нормами гражданского процессуального права. Ведущая роль принадлежит преподавателям юридического факультета Харбина: Н.О. Прищепенко [Прищепенко Н.О., 1931: 260–267], В.А. Рязановскому [Рязановский В.А., 1926], Г.К. Гинсу [Гинс Г.К., 1931, 235–238], Г.Г. Авенариусу [Авенариус Г.Г., 1922: 131–146] и И.С. Горшенину [Горшенин И.С., 1928: 1-7]. Однако имеющийся научный материал, во-первых, фрагментарен и отражает только интересы отдельных исследователей, что не позволяет комплексно взглянуть на систему гражданского права и гражданского процесса Китая в первой половине XX в.; во-вторых, отечественными юристами до сих пор не затрагивался вопрос глубокого изучения источников китайского права, места и роли каждого из них в общей системе китайского права. Это обусловило необходимость написания нашей работы, призванной открыть научную дискуссию.

Также важно отметить, что правовая система Китая до середины XX в. не выделяла в отдельную отрасль семейное право, подвергая данные общественные отношения регулированию вкуче с гражданскими. Так, брачно-семейные

отношения регулировал даже Гражданский кодекс Китайской Республики¹, поэтому в настоящей статье мы придерживаемся этого отнесения.

История устойчивой систематизации китайского законодательства, когда появилась возможность вести речь о сложившихся правовых институтах, начинается в VII в. В уголовном законодательстве династии Тан (618–907 гг.) имелись отдельные гражданские институты, которые не были самостоятельными и сочетались с уголовными запретами. Так, цзюань 5 Уголовных установлений защищал имущество китайских подданных², цзюань 6 упоминал о родственных связях и родственных отношениях³, весь раздел 4 (цзюани 12–14) был посвящен семье и браку, некоторому недвижимому имуществу (полям и кладбищам), отдельным сторонам частной жизни общинного быта, а также наказаниям за нарушение принятых установлений⁴. Защиту скота и другого имущества обеспечивал цзюань 19⁵, жизни и здоровья — частично цзюани 17, 18, 21, 22, 23⁶, а чести и достоинства — частично тот же цзюань 23⁷. Цзюань 26 обеспечивал гарантии залоговых и долговых обязательств⁸, запрещал использование свободных подданных в качестве рабов⁹ и затрагивал некоторые иные гражданские институты. С этого времени все китайское законодательство вбирало в основу традиции, структуру и основной набор институтов Танского права.

Е.И. Кычанов, анализируя институты гражданского права — собственность, залог и иные обязательственные правоотношения, брак и семью, усыновление и наследование [Кычанов Е.И., 1986: 171–227] Танского периода и эпохи династии Сун (960–1279 гг.), обращался к законодательству империи Западное Ся, в котором также исследовал институты вещного права и права собственности, залог и обязательственные права, находки, а также брачно-семейные отношения¹⁰. В эпоху династии Мин (1368–1644 гг.) гражданско-правовые нормы в основной своей массе соответствовали более ранним

¹ Гражданский Кодекс Китайской Республики. Книга четвертая: Семья (опубликована 26.12.19 года К.Р. (1930 г.), введена в действие 5.05. 20 года К.Р. (1931 г.). Пер. с кит. Харбин, 1934. 31 с.

² Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 1–8. Введ., пер., коммент. В.М. Рыбакова. СПб., 1999. С. 225–226.

³ Там же. С. 271–273.

⁴ Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 9–16. СПб., 2001. С. 108–192.

⁵ Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 17–25. СПб., 2005. С. 88–146.

⁶ Там же. С. 23–59, 147–241, 243–246.

⁷ Там же. С. 241–243.

⁸ Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 26–30. СПб., 2008. С. 24–28.

⁹ Там же. С. 28–31.

¹⁰ Измененный и заново утвержденный кодекс девиза царствования Небесное процветание (1149—1169). Пер., исслед. и примеч. Е.И. Кычанова. В 4-х кн. Кн. 1. Исследование. М., 1988. С. 179–316.

периодам. Например, разделы о браке не только предполагали систему наказаний за нарушение этих норм, но и частично включали в себя нормы материального права, а также регламентировали процедурные вопросы вступления в брак¹¹ и некоторые связанные с этим вопросы.

Брачно-семейные отношения присутствовали в качестве первостепенных в Уложении династии Цин (Да Цин Луи Ли, Свод законов Великой династии Цин), которое в 1778–1779 гг. перевел на русский язык и опубликовал А.Л. Леонтьев под названием «Китайское уложение»¹². Помимо обозначенных выше норм в императорском законодательстве присутствовали нормы торгового права¹³, а также охранительные нормы в отношении жизни и здоровья, чести и достоинства и др. На английский язык Цинское уложение было переведено в 1810 г. Д. Стэнтоном [Staunton G., 1810] и впоследствии частично переведено на русский язык С.В. Козловым, указывавшим, что раздел 2 посвящен гражданским законам, в числе которых назывались нормы наследственного и торгового права, права собственности, брачно-семейных отношений и др. [Козлов С.В., 1899: 23-30]. Таким образом, посредством беглого анализа норм императорского законодательства периода 618–1912 гг. можно констатировать, что право Китая до Синьхайской революции не было структурировано по отраслевому принципу, упор делался на нормы уголовного права, а иные правовые отношения подвергались регулированию в границах соответствующих уголовных установлений.

На закате своего правления династия Цин предприняла попытки модернизировать правовую систему страны, создать благоприятные условия для развития рыночных институтов. Началась подготовка проектов Гражданского кодекса, который так и не был принят, но зато в 1904 г. удалось утвердить Торговое уложение [Ван Чжихуа, 2015: 85-96], которое имело большое значение для развития торгового права уже республиканского Китая. По замечанию В.Е. Варавенко, «ключевой особенностью становления китайского гражданского права в конце XIX — начале XX вв. была необходимость реформирования правовой системы, обусловленная преимущественно внешнеэкономическими и внешнеполитическими факторами: поражением в опиумных войнах, кабальными договорами с колониальными державами, слабым уровнем развития национальной экономики» [Варавенко В.Е., 2012: 177]. Таким образом, внутривнутриполитические условия совпали с ситуацией на международной арене, а положительный опыт Японии, которая за 40 лет сделала рывок от

¹¹ Законы Великой династии Мин со сводным комментарием и приложением постановлений: в 2-х ч. Пер. с кит.; исслед., примеч. и прилож. Н. П. Свистуновой. М., 2002. Ч. 2. С. 128–142.

¹² Китайское уложение: [в двух частях] / перевел сокращенно на Русский язык коллегии Иностранных дел майорского ранга Секретарь Алексей Леонтьев. СПб., 1778. Ч. 1. С. 94–108, 114–119, 140–160.

¹³ Там же. С. 193–203.

отсталой и замкнутой страны к статусу великой державы, заставил руководство империи Цин искать и правовые инструменты модернизации.

2. Источники гражданского права Китая в период становления республиканских институтов

Установление в Китае республики в 1912 г. открыло новые перспективы развития правовой системы. В.А. Рязановский отмечал, что Да Цин Луй Ли утратил юридическую силу в уголовной части в связи с принятием временного Уголовного уложения в 1912 г., но сохранял ее в гражданских правоотношениях, для подкрепления чего Верховный суд дал соответствующее разъяснение: «До опубликования гражданского кодекса китайской республики, законы династии Цинов остаются в силе, кроме тех которые отменены или противоречат новому государственному строю» [Рязановский В.А., 1926: 3-4] (*стилистика и пунктуация сохранены. — Авт.*). Таким образом, в качестве основного источника гражданского права в Китайской Республике продолжал действовать свод законов империи Цин.

Однако беспокойная внутривластная обстановка, центробежные выступления в центральных и южных провинциях в 1915–1916 гг., а затем попытки реставрации монархии летом 1917 г., многочисленные столкновения между милитаристскими группировками создали препятствия на этом пути. Одновременно с неразберихой в государственной системе наблюдается аналогичная ситуация в области права.

В числе других источников китайского гражданского права В.А. Рязановский называл законы (общенациональные и провинциальные); правовой обычай, признаваемый в качестве такового решением Верховного суда Китая; принципы права [Рязановский В.А., 1926: 7–9]. Однако сам же автор признавал еще один источник — практику Верховного суда Китайской республики, а за этим органом — правотворческие функции, говоря, что китайское право того времени представляло собой право переходного периода [Рязановский В.А., 1926: 5]. С одной стороны, оно подвергалось интерпретации высшим судебным органом страны, который восполнял правовые пробелы и ликвидировал правовые коллизии в связи с тем, что этого не могли сделать иные источники права. С другой стороны, на судебные решения оказывал существенное влияние проект Гражданского кодекса, разработанный Министерством юстиции (на русский язык была переведена только часть проекта)¹⁴. Проект не был принят в качестве нормативного правового акта,

¹⁴ Проект Гражданского Уложения Китайской Республики. Кн. первая. Положения общие. Харбин, 1927; Проект Гражданского Уложения Китайской Республики. Кн. Вторая. Обязательства. Пер. с кит. К.В. Успенского под ред. В.А. Рязановского. Харбин, 1927.

но активно использовался Верховным судом Китая для заполнения пробелов в праве и таким образом стал практически самостоятельным источником права в качестве правовой доктрины.

3. Практика Верховного суда Китайской Республики и принципы права как источники гражданского права

Несмотря на ряд исследований изменений, происходивших в правовой системе в рассматриваемый период истории Китая в работах преподавателей юридического факультета в Харбине и наших современников, мы, к сожалению, не находим анализа имевшего место в истории Китая (фактического) прецедентного права. Более того, даже в научной литературе можно встретить оговорки, являющиеся результатом незнания отдельных правовых памятников Китая. Так, В.В. Богатырев и Т.В. Степанова указывают, что «на протяжении всей многовековой истории Китая судебный прецедент практически не использовался в суде в качестве аргумента в пользу судебного решения. Можно с уверенностью сказать, что института судебного прецедента в качестве источника права в Древнем, Средневековом и современном Китае не существовало и не существует» [Богатырев В.В., Степанова Т.В., 2011: 61]. Поэтому одна из задач настоящей статьи — дать на фоне изучения источников китайского гражданского права в предкодификационный период общую характеристику уникальному правоприменительному механизму, сформированному Верховным судом Китая и в современной отечественной юридической науке до настоящего времени не исследованному.

Ярчайшим свидетельством того, что в Китае в рассматриваемый период судебная практика выступала в качестве полноценного источника права, является «Собрание кратких изложений судебной практики Верховного суда Китайской республики по гражданским и коммерческим делам», составленное и частично опубликованное на английском языке в 1920 г. китайским юристом и последним послом Китайской республики в Великобритании Тяньси Чэном (известен и как Т.Ф. [Futting] Чэн) [Cheng F.T., 1920: 36, 39]. Существенный вклад в изучение этого вопроса внес крупный исследователь Китая Ж. Эскарра, систематизировавший и издавший на французском языке в 1924 г. судебные решения в более развернутом формате [Escarra J., 1924].

Переходя к рассмотрению собственно судебной практики, отметим, что Верховный суд как учреждение возник в последние годы правления императора Гуансюя (1875–1908 гг.), считающегося основоположником модернизации Китая. Придя на смену Палате по уголовным делам, являвшейся высшей судебной инстанцией Империи, Верховная судебная палата в 1906 г. получила юрисдикцию не только в области уголовного, но и гражданского

судопроизводства. Это можно считать переломным моментом не только в системе правосудия Китая, но и в целом в системе правоприменения. Палата состояла из 25 человек и делилась на две камеры: по уголовным и гражданским делам. Палата была высшей судебной инстанцией страны, имеющей право на пересмотр не только судебных решений, но и отдельных нормативных правовых актов, чем она отличалась от Палаты по уголовным делам более раннего периода.

После провозглашения Республики правительство в Пекине преобразовало Верховную судебную палату в Судебную палату и сохранило за ней статус высшего судебного органа при придании Министерству юстиции статуса высшего юрисдикционного органа в административных делах. В статьях 48–52 Временной Конституции Китайской республики (1912) говорилось, что Верховный суд (в тексте акта — Судебная палата) формируется из числа судей, каждый из которых назначается временным президентом и министром юстиции¹⁵. В Конституции 1914 г. право назначать судей было закреплено исключительно за президентом¹⁶. В 1919 г. был принят Закон «Об организации судебной власти в Китайской республике»¹⁷, которым устанавливалась судебная система, определялись категории судов, судебные округа и т.д.

В 1927 г. националистическое правительство партии Гоминьдан совершило так называемый «Северный поход», в результате чего Пекин перестал быть столицей, и все государственные учреждения, включая органы высшей судебной власти, были переведены в Нанкин. Судебная палата 5 ноября 1927 г. была переименована в Верховный суд, первым председателем которого стал Юй Юнцзяо, а затем — Лин Сиань. Последний из 11-ти (фактически — 12-ти) председателей Судебной палаты Яо Чжэнь сложил полномочия в июне 1928 г. (он бежал в японскую концессию в Тяньцзине, где умер в 1935 г.), а высший судебный орган Китайской республики открыл новую страницу своей истории.

Обратимся теперь к содержанию нормативной базы, позволившей судебной практике занять положенное ей место в среде источников китайского гражданского права. Судебная палата (далее — Верховный суд) действовала в качестве высшей апелляционной инстанции, а ст. 35 Закона «Об организации судебной власти в Китайской республике» определяла, что Верховный суд может объединять (обобщать) толкования тех или иных правовых норм [закона], но не может давать распоряжения [нижестоящим судам и] судьям

¹⁵ The Provisional Constitution of the Republic of China. The American Journal of International Law, 1912, vol. 6, July, pp. 153–154.

¹⁶ The constitutional compact, i.e., the amended provisional constitution of the Republic of China promulgated May 1, 1914. S. L., 1914. P. 9.

¹⁷ Law of the organization of the judiciary of the Chinese republic. Peking, 1919. 42 p.

в отношении того, как им следует выносить решение или вести дела. Фактически на Верховный суд возлагалась функция обеспечения единства толкования законодательства.

Статья 202 Регламента Верховного суда (1919) детализировала данное положение, установив, что Верховный суд вправе: а) разъяснять неопределенные пункты [того или иного закона]; б) исправлять в интересах государства любое ошибочное толкование любых положений закона или подзаконного акта, которое могло быть дано любым государственным органом или чиновником.

Таким образом, с одной стороны, Верховному суду запрещалось давать распоряжения нижестоящим судам и судьям. С другой стороны, данные этому государственному органу полномочия исправлять любые ошибочные толкования закона способствовали приведению судебной практики к единообразию. Результаты интерпретационной деятельности Верховного суда выступали в качестве ориентира для нижестоящих судебных органов. Фактический запрет на указания судьям, как им следует выносить решение или вести дела, ни в коей мере не помешал сформировать признанную в качестве источника права богатую судебную практику.

В практике Верховный суд исходил из того, что в отсутствие прецедентных условий дело должно рассматриваться в соответствии с общими правовыми принципами (дело № 122–1915¹⁸) [Escarra J., 1924: 1]. Не задаваясь целью детального анализа практики Верховного Суда Республики, остановимся на наиболее интересных, знаковых, по нашему мнению, положениях.

Во многом Верховный суд опирался на законодательство династии Цин в части, не противоречащей потребностям нового государственного строя, в первую очередь, на Да Цин Луй Ли. Так, в практике по вопросам наследования Верховный суд, вторил положениям Да Цин Луй Ли в части равного разделения имущества лица между всеми его сыновьями (1198–1914) [Escarra J., 1924: 4]. Наряду с этим в судебной практике в вопросах наследования делался акцент на необходимости учета культа предков (1247–1916) [Escarra J., 1924: 363].

Кроме того, в судебной практике нашел подтверждение запрет на покупку или продажу замужних женщин (656–1916) [Escarra J., 1924: 93], покупку или продажу женщины в целях их использования как главной жены или сожительницы покупателя (427–1918) [Escarra J., 1924: 94]. Ничего нового Верховный суд этим не внес, так как запрет на куплю-продажу людей был введен при династии Цин в 1909 г.

¹⁸ Здесь и далее приводится нумерация рассмотренных дел, присутствующая в «Собрании кратких изложений судебной практики Верховного суда Китайского Республики».

Отметим, что вместе с гуманными положениями законодательства Цин в судебную практику «перекочевало» немало патриархальных по характеру норм: так, было определено (863–1918) [Escarra J., 1924: 10], что женщина в браке не может иметь отдельного домицилия (постоянного места проживания) и обязана проживать со своим мужем (1514–1915) [Escarra J., 1924: 10]. Собственная практика Верховного суда также склоняла чашу весов в пользу мужчины. Так, если на момент развода по взаимному согласию супруги не составили соглашения об опеке над детьми, то по общему правилу данная опека вверялась отцу (269–1914) [Escarra J., 1924: 327–328].

Однако деятельность Суда не ограничивалась дублированием законодательства династии Цин и тиражированием судебной практики, основанной на нем. Несмотря на сохранение многих элементов патриархальности, в ряде вопросов Верховный суд сделал прогрессивные шаги, решив ряд назревших социально-экономических потребностей в правовом регулировании. Например, широким толкованием права, по сути, Суд разрешил развод в случае невозможности счастливой совместной жизни супругов (несходство характеров) (922–1917) [Escarra J., 1924: 303]. Также был разрешен развод, если поддержание дальнейшей супружеской жизни становилось невозможным или вследствие серьезного ущерба, причиненного жене мужем, например, в случае клеветы мужем на жену о ее распутстве (717–1916) [Escarra J., 1924: 321]. В отсутствие законодательного регулирования статуса ценных бумаг на предъявителя Верховный суд определил их содержание и условия признания ничтожными (565–1917) [Escarra J., 1924: 172]. Правовой статус юридических лиц отличался спецификой и заслуживает, по нашему мнению, отдельного рассмотрения.

В целом произошел принципиальный сдвиг, переход к иному пониманию правовой природы гражданской ответственности. Если ранее граница между гражданско-правовой и уголовной ответственностью была размыта, и любая ответственность за какой-либо ущерб рассматривалась в первую очередь через призму уголовного права, то Верховный суд в своей практике стал разграничивать формы вины: «умысел», «серьезная ошибка», «небрежность», «небольшая ошибка», стал оперировать ранее неизвестными китайскому праву категориями: «непреодолимая сила», «риск», «непредвиденный случай» и т.д. (ст. 866, 541, 542, 545).

При отсутствии в законодательстве норм, регулирующих алиментные обязательства, Верховный суд, основываясь на общих принципах права, максимально возможно для своего времени детально и при этом по современным меркам справедливо урегулировал данный вопрос: были определены получатели и плательщики алиментов, основания и способы исполнения алиментных обязательств (ст. 1334–1380) [Escarra J., 1924: 344–350]. Например,

было определено, что, если развод супругов назначен ввиду нарушений со стороны мужа, то он обязан уплатить жене оговоренное алиментное пособие (1470–1915). В качестве китайской специфики в данной сфере можно назвать алиментные обязательства членов клана (874–1914) [Escarra J., 1924: 347].

Как пример специфического понимания справедливости можно обозначить решение Верховного суда, возложившее на лицо, которое наняло на работу девочку из бедной семьи, обязанность жениться на девушке по достижении последней 25 лет в случае ее несостоятельности, отсутствия семьи (в том числе близких родственников) и ее безбрачия (776–1918) [Escarra J., 1924: 119–120].

4. Влияние традиций и обычаев в области гражданского права на практику Верховного суда Китайской Республики

Как отмечалось, видное место в жизни Китая занимали традиции и обычаи, что, разумеется, не могло игнорироваться практикой Верховного суда. Так, не отказываясь от традиционного института сожительниц (своего рода второстепенных жен), Верховный суд определил порядок установления подобного рода отношений, уточнив правовой статус сожительниц (186–1918) [Escarra J., 1924: 271].

Некоторые решения Верховного суда базировались на обычаях, хотя и архаичных по содержанию, но широко практикуемых отдельными слоями населения. Например, в соответствии с широко распространенным в среде крестьян обычаем считалась, что девушка входит в семью назначенного супруга еще до брака при условии, что она провела детство и проживала в семье последнего. Основываясь на данном обычае, суд на случай смерти назначенного супруга постановил, что, если связь между девушкой и семьей покойного назначенного супруга не была прервана, то в дальнейшем, после возвращения девушки в родную семью, именно родители ее покойного назначенного супруга в первую очередь дают согласие на новый брак, который она заключает (297–1918) [Escarra J., 1924: 293].

Также существовали обычаи, закрепляющие привилегированное положение отдельных лиц: в провинции Гири (совр. Цзилинь, считалась домом династии Цин), существовал правовой обычай, в силу которого земельные собственники признавали некоторых маньчжуров в качестве сюзеренов их земельных наделов. Как следствие, многие маньчжуры приобрели право получать доход с земель, в отношении которых признавался их сюзеренитет. Возделывание земельных угодий обеспечивалось в ту эпоху благодаря защите маньчжурами собственников земель, и это сохранилось после падения

династии Цин. В связи с этим Верховный суд счел несправедливым лишить маньчжуров приобретенных ими прав ввиду того, что «соблюдение данных прав не противоречит ни общественному порядку, ни государственным интересам» (845–1914) [Escarra J., 1924: 6].

Закономерен вопрос: почему в ряде случаев Верховный суд в своей деятельности не продвигал прогрессивные западные институты, а опирался на нормы прошлого? О. Эрлих в работе «Основоположение социологии права» отмечает, что «базовые институты цивилизованных обществ согласуются между собой в основных положениях» [Эрлих О., 2011: 592]. Автор пишет: «...куда бы мы ни поехали, мы найдем там брак, семейный союз, владение, договоры, наследование. В той мере, в которой создавшее то или иное правовое предложение (*нормативные предписания*. — Авт.) общество схоже с теми обществами, которые переняли данное предложение, само это предложение оказывается применимым к перенявшим его обществам» [Эрлих О., 2011: 592]. Мы не можем в полной мере согласиться с мнением О. Эрлиха, поскольку в его основе лежит обобщение, ушедшее в крайность. Действительно, институт брака универсален, но его детализация, в частности, в китайской культуре настолько отлична от западноевропейского, что не позволила бы даже механистически использовать в полной мере опыт последнего на том этапе общественного развития. Тем более мы должны осознавать, что характер правовой системы и развитие права во многом определяются качествами общества и уровнем его развития. Например, институт сожительниц никак не вписывался в западноевропейское понимание института семьи.

Безусловно, трансплантация новых правовых институтов должна быть плавной, главным образом потому что право, являясь частью социальной действительности, применимо лишь настолько, насколько его предписания смогут восприниматься обществом. Чересчур интенсивная трансформация общественной жизни, полный отказ от патриархальных порядков и пережитков феодализма, не совсем справедливых, но устоявшихся в течение значительного промежутка времени, вызывает у общества отторжение. Правовые решения, которые не учитывали бы реалии или не могли быть адаптированы под них, не нашли бы понимания в китайском обществе. Поэтому любой шаг в данном вопросе должен быть взвешенным, осторожным, соотношенным с «духом времени». В конечном счете система права любого государства должна в большей степени отражать уровень общественного развития, а не быть результатом произвольного нормативного конструирования. Подход, отражающий уровень общественного развития, отвечает социальным ожиданиям или, другими словами, позволяет обеспечить справедливость исходя из системы социальных реалий. Осознание данного факта вынудило Верховный суд в некоторых вопросах оставить в силе и придать правовой характер

хотя и откровенно архаичным и несправедливым (по современным меркам), но устоявшимся на протяжении веков обычаям.

Оценивая проделанную высшей судебной инстанцией Китая работу, председатель Верховного суда Яо Чэн говорит следующее: «После установления Республики деятельность Верховного суда стала строго соответствовать букве закона. Если же имело место что-либо не соответствующее или противоречащее современному сознанию, то это исправлялось в той мере, в которой было возможным с помощью толкования, а при полном отсутствии законодательства по данному вопросу, после учета всех реалий страны и общих принципов права, создавался прецедент (case law)» [Escarra J., 1924: iii].

Подобное правотворчество Верховного суда можно рассматривать в русле социологического подхода к правоприменению, а именно теории свободного права, зародившейся в Европе в конце XIX в. и крайне популярной в начале XX в. Эта теория констатировала связанность права с другими явлениями, его развитие под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости правоприменителя. Так, С.А. Муромцев, сторонник этой теории, сформулировал идею, что «жизнь права» несравненно шире юридических норм, и правоприменитель, прежде всего суд, не должен быть слепым орудием законов, часто очень несовершенных и противоречивых, а иногда и вовсе отрицающих право, понимаемое как высшая справедливость [Корнев А.В., 2016: 33–34]. Право в интерпретации автора — не только нормы положительного закона, но и судебная практика.

Таким образом, костяком данной теории является не только отрицание исключительного значения «писаного права», но и «признание наряду с последним, а иногда и вместо него различных незаконных критериев, которые и объединяются понятием «свободное право»» [Липень С.В., 2013: 18]. Эта концепция вовлекла в орбиту процесса правоприменения внепозитивные факторы, связанные с уровнем развития общественного сознания и вопросами справедливости.

Заключение

История Китая наглядно демонстрирует, что для развития правовой системы в начале XX в. применительно к гражданскому праву страна не только заимствовала отдельные правовые институты и правоприменительные инструменты у европейских держав, но успешно адаптировала их под собственную правовую действительность. Во-вторых, при модернизации, которая присутствовала на завершающем этапе существования империи Цин и в период становления республиканского строя, не происходит однозначного и окончательного отказа от многовековых законодательных и правовых

традиций, но наблюдается их преобразование с учетом общественных потребностей. В-третьих, следуя курсом формирования правовой системы в рамках континентальной правовой семьи, правоприменитель не исключал и отступлений от ее классических канонов, когда это было необходимо для заполнения пробела или преодоления коллизии. В-четвертых, хотя судебного прецедента в его традиционном понимании в Китайской Республике не сложилось, допустимо оговорить о его своеобразной разновидности, требующей дальнейшего изучения и научного обсуждения. Наконец, в-пятых, трудно переоценить роль Верховного суда в модернизации правовой системы. Именно этот орган посредством профессионального использования имеющихся в его распоряжении возможностей и инструментов в виде прежнего (во многом архаичного) и нового (во многом несовершенного и механистического) законодательства, собственных (весьма размытых и оттого широких) полномочий, а также правовых обычаев внедрил ряд прогрессивных, ранее не известных праву Китая институтов. Признавая невозможность немедленного отказа от многих устарелых норм, Верховный суд учитывал положительный правотворческий опыт зарубежных стран, внедряя те институты, которые на текущем этапе развития могли бы разрешить спор, урегулировать отдельные общественные отношения и не нарушили бы хрупкое равновесие, в котором нуждалось китайское общество.



Библиография

Авенариус Г.Г. Суды и процессуальные нормы в Китае // Вестник Азии. 1922. № 48. С. 131–146.

Ван Чжи-хуа. Столетие торгового законодательства Китая (1904–2004 гг.) // Государство и право. 2015. № 9. С. 85–96.

Варавенко В.Е. Особенности реформирования гражданского законодательства КНР (на примере источников договорного права) / Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы II международной научно-практической конференции. Уфа: Евразийский исследовательский институт проблем права, 2012. С. 176–179.

Гинс Г.К. Гражданский кодекс Китая и торговое право // Вестник китайского права. 1931. Сборник 1. С. 235–238.

Горшенин И.С. Земельная аренда в Маньчжурии // Вестник Маньчжурии. 1928. № 7. С. 1–7.

Ербахаяев Е. А. Место новых основных положений гражданского права КНР в системе гражданского законодательства // Eurasia: statum et legem (Евразия: государство и право). 2018. № 9. С. 81–99.

Кардозо Б. Природа судейской деятельности. Пер. с англ. М.: Статут, 2017. 112 с.

Козлов С.В. Китай. Гражданское и уголовное законодательство. СПб.: Типография В. Киршбаума, 1899. 96 с.

Корнев А.В. Толкование права в контексте различных типов правопонимания // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 33–34.

Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права (VII–XIII вв.). М.: Наука, 1986. 264 с.

Липень С.В. Идеи правотворчества и правореализации в политико-правовой мысли России XIX — начала XX в.: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2013. 52 с.

Богатырев В.В., Степанова Т.В. Особенности правовой системы современного Китая. Владимир: ВЮИ ФСИН, 2011. 132 с.

Прищепенко Н.О. Новый Гражданский кодекс Китая как источник права // Известия Юридического факультета в Харбине. 1931. Т. IX. С. 260–267.

Рязановский В.А. Современное Гражданское право Китая. Вып. 1. Очерк действующего китайского гражданского права. Харбин: Заря, 1926. 196 с.

Цзоу Лун-мэй. Международное частное право в Китае: новое развитие // Eurasia: statum et legem (Евразия: государство и право). 2014. № 2-3. С. 89–91.

Эрлих О. Основоположение социологии права. Пер. с нем. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 592 с.

Cheng F. (1920) *The Chinese Supreme Court Decisions (First translation relating to general principles of civil law and to commercial law)*. Peking, 85 p.

Escarra J. (1924) *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la cour supreme de la republique de chine en matiere civile et commerciale 1912–1918*. Changhai, Mission Catholique, 528 p.

Staunton G. (1810) *Ta Tsing Leu Lee; being the Fundamental Laws, and a selection from the supplementary statutes, of the Penal Code of China*. London: Cadell and Davies, 651 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

Formation of Civil Law in China in 1912–1929



Pavel Dudin

Center for the Study of State and Law of East Asian Countries, East Siberian State University of Technology and Management, Candidate of Political Sciences. Address: 40 Kluchevskaya Str., Ulan-Ude 670018, Russian Federation. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



Alexey Tsyretorov

Associate Professor, Criminal Procedure Department, East Siberian Institute, Ministry of Internal Affairs, Candidate of Juridical Sciences. Address: 110 Lermontov Str., Irkutsk 664074, Russian Federation. E-mail: alex.tsi@mail.ru



Abstract

In the article, the authors based on unpublished earlier in Russian language materials, study the process of civil law formation as an independent branch of law in China, paying special attention to the beginning of the 20th century, when the Chinese legal system entered the modernization period. That period is characterized by the existence of a phenomenon of the absence of regulatory and legal material that regulates property and personal non-property social relations that form the basis of civil law, with the activities

of the Supreme Court of the Republic of China. The court's presidents, having received a brilliant legal education, by relying on general principles of law, applying established legal customs, interpreting the old Qing legislation and doctrinal interpretation of draft laws, managed to create a unique law enforcement practice. In the framework of the legal system that takes most of the legal positions and constructions from the Roman-German legal family, the judicial precedent, without being formally declared as a source of law, actually took the predominant position in the hierarchy of sources for a decade and a half before it was adopted in 1929-1931, the first and only civil code of China. This situation became possible due to the fact that the leadership of the Qing Empire, long trying to keep the country in international isolation, as a result, was forced not only to open cities and ports for foreigners but also to actually take full advantage of the European right, mostly German, French and Belgian, etc. However, blind copying of legal norms did not give the desired result, and the political struggle after the abolition of the monarchy and the abrogation of the previous legislation created a legal vacuum that needed to be filled in by the judiciary and other law enforcement agencies. That allowed the Supreme Court of China not only to ensure the uniformity of judicial practice but also to become a law-making body, adapting the existing legal norms to the needs of contemporary reality. The Supreme Court summarized and systematized its own decisions for the first 7 years of activity, from 1912 to 1918, publishing them in the form of a collection of abstracts. In 1920 the collection was partially translated into English, and in 1924, into French. In 1923 it was supplemented with new jurisprudence and translated into Russian, but not published. And, despite the fact that the legal system of the PRC does not consider itself to any extent the successor of the legal system of the Republic of China, the study of the sources of law of the period 1912–1949 is a prerequisite for the fulfillment of the main function of any science — the growth of new knowledge, and in relation to legal science — understanding of legal traditions and approaches to solving problems and regulating social relations, which are also characteristic of modern Chinese society.



Keywords

Supreme Court; Republic of China; arbitrage practice; judicial precedent; principles of law; source of law; systematization of legislation; legal doctrine.

For citation: Dudin P.N., Tsyretorov A.I. (2019) Formation of Civil Law in China in 1912–1929. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 237–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.237.253



References

Avenarius G.G. (1922) Courts and Procedural Norms in China. *Vestnik Azii*, no 48, pp. 131–146 (in Russian)

Bogatyrev V.V., Stepanova T.V. (2011) *Chinese modern legal system*. Vladimir: Yuridical Institute Press, 132 p. (in Russian)

Cheng F. (1920) *The Chinese Supreme Court Decisions*. Peking: no publisher, 85 p.

Erlikh O. (2011) *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Saint Petersburg: University Press, 592 p. (in Russian)

Erbakhaev E.A. (2018) New Main Norms in the Chinese Civil Legislation. *Euroasia: statum et legem*, no 9, pp. 81–99 (in Russian)

- Escarra J. (1924) *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la cour supreme de la republique de chine en matiere civile et commerciale 1912–1918*. Chang-hai, Mission Catholique, 528 p.
- Gins G.K. (1931) Chinese civil code and trade law. *Vestnik kitayskogo prava*, issue 1, pp. 235–238 (in Russian)
- Gorshenin I.S. (1928) Land lease in Manchuria. *Vestnik Man'chzhurii*, no 7, pp. 1–7 (in Russian)
- Kardozo B. (2017) Nature of Judicial Process. Moscow: Statut, 112 p. (in Russian)
- Kozlov S.V. (1899) China. Civil and criminal legislation. Saint Petersburg: Kirshbaium, 96 p. (in Russian)
- Kornev A.V. (2016) Interpretation of law in the context of various concepts. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 33–34. (in Russian)
- Kychanov E.I. (1986) *Medieval Chinese law*. Moscow: Nauka, 264 p. (in Russian)
- Lipen' S.V. (2013) Ideas of Law-Making in Russian Legal Thought: 19th and early 20th Centuries. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 52 p. (in Russian)
- Prishchepenko N.O. (1931) New Chinese civil code. *Izvestiya Yuridicheskogo fakul'teta v Kharbine*, issue 9, pp. 260–267 (in Russian).
- Ryazanovskiy V.A. (1926) Modern Chinese civil law. Kharbin: Zarya, 196 + 109 p. (in Russian)
- Staunton G. (1810) *Ta Tsing Leu Lee; being the Fundamental Laws, and a selection from the supplementary statutes, of the Penal Code of China*. London: Cadell & Davies, 651 p.
- Tszou Lun mey. (2014) International private law in China: new development. *Eurasia: statum et legem (Evraziya: gosudarstvo i pravo)*, no 2–3, pp. 89–91 (in Russian)
- Van Chzhi-khua (2015) Chinese trade legislation (1904–2004). *Gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 85–96; no 10, pp. 102–106 (in Russian)
- Varavenko V.E. (2012) Transforming common law institutes in Chinese contract law. Chinese legislation reform. *Aktual'nye problemy sovershenstvovaniya zakonodatel'stva i pravoprimereniya: materialy mezhdunarodnoy konferentsii. Grazhdansko-pravovye problemy*. Ufa: no publisher, pp. 176–179 (in Russian)