



刘艳红
◎ 主编

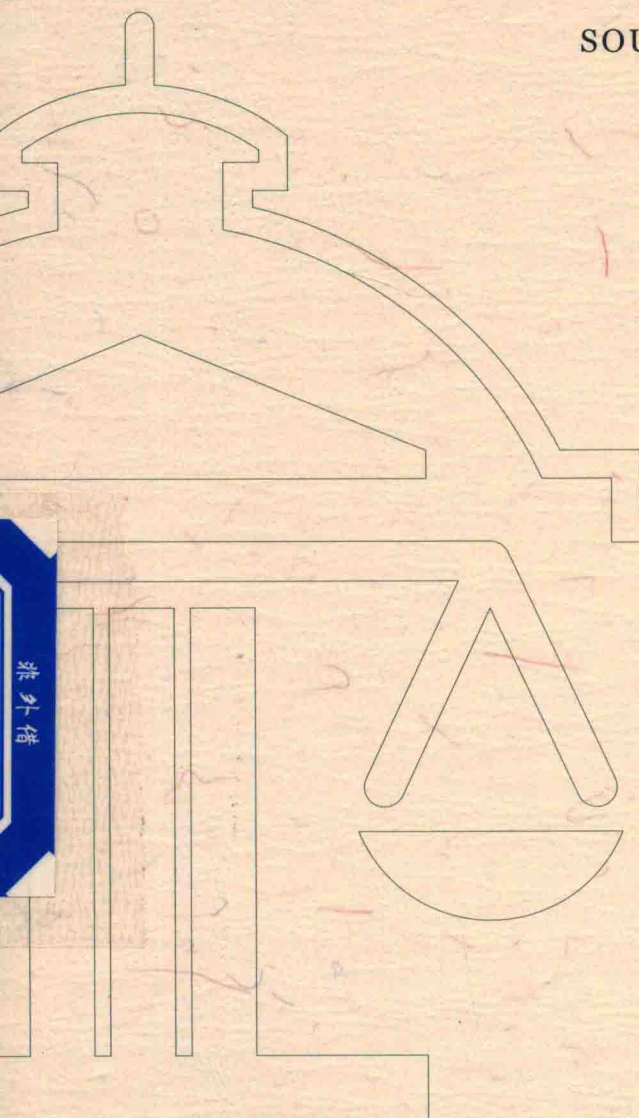
2019 年

秋季卷

总第16卷

SOUTHEAST
LAW
REVIEW

东南法学



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

卷外卷



刘艳红
◎ 主编

2019年

秋季卷

总第16卷

SOUTHEAST
LAW
REVIEW

东南法学



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

东南法学. 2019 年. 秋季卷: 总第 16 卷 / 刘艳红主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2020. 1
ISBN 978 - 7 - 5201 - 5936 - 4

I. ①东… II. ①刘… III. ①法学 - 文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 004754 号

东南法学 2019 年秋季卷(总第 16 卷)

主 编 / 刘艳红

出 版 人 / 谢寿光

组稿编辑 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱

文稿编辑 / 张春玲

出 版 / 社会科学文献出版社·集刊分社(010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 19.75 字 数: 275 千字

版 次 / 2020 年 1 月第 1 版 2020 年 1 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 5936 - 4

定 价 / 98.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

目 录

理论前沿

苏联民事诉讼理论与立法对中国的影响 李 浩 / 003

困境及路径选择

——以微信“抢红包”聚赌为切入点 刘期湘 宋 凡 / 023

姓名登记条例学者建议稿及理由 刘练军 / 046

政府对公益法律服务的有效应对与作为 石文龙 / 077

医事法专论

临床研究、人体实验与德国法 [日] 甲斐克则 著 高 翔 译 / 095

替代诊疗方案的说明义务

——日本最高裁判所相关案例考察 夏 芸 / 109

患者“治疗机会丧失”的法律问题

——以急救车接错他人导致患者死亡案为例 张 广 / 125

法学争鸣

人治与礼治：区别及其借鉴 马 岭 / 141

迈向行政法理：中国行政法史研究与教学基本问题刍议 吴 欢 / 153

大数据背景下我国犯罪形势考察与应对

——以涉计算机数据网络犯罪为视角 闻志强 何晓莹 / 178

青年法苑

机动车年检应当先处理交通事故和违法 郑 琳 / 199

占有保护主体论之检讨 杨兴岳 / 212

行政公益诉讼证明责任的分配规则 丁金钰 熊樟林 / 223

域外法制

南非约束力事先裁定的电子化申请与发布系统介绍 虞青松 / 245

法典编纂、外国法的影响与比较法：以希腊和以色列

为个案的考察〔以〕巴勃罗·勒纳 著 唐 超 译 / 268

姓氏与名称变更法 李成浩 译 / 308

理论前沿

苏联民事诉讼理论与立法对中国的影响

李 浩*

摘 要 新中国成立初期以及 1978 年至 1982 年前后，是苏联的民事诉讼理论、立法对中国产生重大影响的时期。新中国成立初期民事诉讼法学的教学，几乎是从苏联引进的。苏联学者关于诉权、关于国家干预、关于客观真实的学说，曾对中国民事诉讼法学的相关理论有过深刻的影响。1982 年制定的新中国第一部民事诉讼法，无论是在立法理念还是在结构、原则、程序上，都有不少地方借鉴、学习了《苏俄民事诉讼法典》。上述现象的出现，既具有历史的必然性，又具有现实的合理性。

关键词 民事诉讼 理论与立法 苏联 对中国的影响

苏联作为世界上第一个社会主义国家，在十月革命后所建立的政治、经济、法律制度为在其之后建立的社会主义国家提供了可资借鉴的经验，甚至可以说提供了至少其主要部分可以复制的样本。苏联所建立的法律制度不仅对东欧社会主义国家产生了巨大的影响，而且也对包括中国在内的亚洲社会主义国家产生了重大的影响。诚如张卫平教授所言：“我国的民事诉讼理论曾受到苏联民事诉讼理论的影响，形成了与当时政治、经济社会观念相适应的民事诉讼理论，在继承的意

* 李浩，南京师范大学法学院教授，中国法治现代化研究院研究员。

义上,也可以说我国的民事诉讼理论体系就是苏联民事诉讼理论的体系。”^① 本文拟从民事诉讼制度的角度回顾这段历史。

一 历史的选择

从新中国成立初期一直到1957年以及从1978年至20世纪80年代中后期^②,我国民事诉讼法学理论以及民事诉讼的立法深受苏联的影响,甚至可以说,在相当程度上学习、借鉴、参照了苏联。

(一) 新中国成立初期

新中国成立前后,根据中国领导人的要求,苏联派出数百名专家援助中国的建设事业。^③ 在所选派的专家中,也包括法律方面的专家。法律方面的专家除了在中央国家机关和企业担任法律顾问之外,主要是担任老师,援助新中国的法学教育。中国人民大学法律系是新中国成立后设立的第一所正规的高等法学教育机构,来华从事教育工作的苏联法学专家大多数在中国人民大学工作,只有少量专家在北京政法学院任教。^④ 据老一辈民诉法学者江伟教授回忆,“人大的民事诉讼法学最早是学习苏俄民事诉讼法,所有的课程最先是由苏联老师给中国老师讲,中国老师再把苏联版的民事诉讼法教给学生。当时我们国家和其他西方国家没有建立外交关系,在民事诉讼法这一领域完全没有学习材料,

① 张卫平:《我国民事诉讼法理论的体系建构》,《法商研究》2018年第5期。

② 1957年7月开始反右派斗争后直至“文化大革命”结束,中国的法治建设基本上处于停滞状态。民事诉讼法的立法、民事诉讼法学的教学与研究也处于停滞状态。1978年12月党的十一届三中全会召开后,中国进入改革开放的历史新时期,新中国第一部民事诉讼法就是在这时期制定的,20世纪80年代中后期,中国开始进行民事审判方式的改革,从那以后,中国的民事诉讼法较多借鉴、吸收西方元素。

③ 参见沈志华《对在华苏联专家问题的历史考察:基本状况及政策变化》,《当代中国史研究》2002年第1期。

④ 参见唐仕春《建国初期来华苏联法学专家的群体考察》,《环球法律评论》2010年第5期。

因此只有学苏联，这是当时的客观实际”。^①新中国成立初期，我国组建了北京政法学院、西南政法学院、华东政法学院、中南政法学院、西北政法学院五所政法类专门学校，“各高等法律院校虽然也开设了民事诉讼法学课程，但学生们使用的教材也是未经任何改编而直接从苏联照搬过来的，课堂上教授的内容绝大部分是苏联民事诉讼法学理论……”^②

新中国成立初期，我国翻译了一批民事诉讼法学的教科书和著作，这些论著大都是苏联学者的作品。其中教材为《苏维埃民事诉讼》（阿布拉莫夫著，中国人民大学出版社，1954）、《苏维埃民事诉讼》（克列曼著，法律出版社，1957）、《诉讼当事人的辩解（苏维埃民事诉讼中的证据）》（学术专著有库雷辽夫著，中国人民大学出版社，1952）、《诉权》（顾尔维奇，中国人民大学出版社，1958）、《苏维埃民事诉讼中证据理论的基本问题》（克林曼著，西南政法学院诉讼法教研室翻印，原出版者、出版时间不详）等。

上述现象的出现，有深刻的历史原因。共同的意识形态和政治制度，决定了作为世界上第一个社会主义国家的苏联所建立的包括民事诉讼在内的各项法律制度必然会对在其后建立的各社会主义国家产生重大影响和示范效应，作为新兴社会主义国家中国也不可能脱离这种影响。

同时，新中国的成立意味着与国民党政府旧法统的决裂，新中国成立前夕，中共中央于1949年2月22日发布了《中共中央关于废除国民党的〈六法全书〉与确定解放区的司法原则的指示》^③，后来又针对国民党留下的旧司法制度进行了改革。“1952年的司法改革，要把所有旧法人员从新中国的司法系

① 江伟：《人大法学院民法六十年》，<http://news.sina.com.cn/o/2010-03-03/082817157810s.shtml>，最后访问日期：2019年7月27日。

② 常怡、田平安、黄宣、李祖军：《新中国民事诉讼法学五十年回顾与展望》，《现代法学》1999年第6期。

③ 国民党的六法有狭义和广义之分，狭义是指宪法、刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法、商法六部法典，广义则是指以这六部法典为核心的国民党政府制定的所有法律。

统中清理出去,包括在院校当中教授国民党法律的那些法学教授,即要把只懂‘六法全书’旧法的教授悉数清理干净。所以,1952年司法改革对法学教育带来的影响,就是重组中国的法学教育。旧法人员清理走了,但我们又没有自己的法学教师。”^①具体到民事诉讼法的教学而言,国民党政府时期的民事诉讼法理论和民事诉讼法教材自然不能再用,但同时,新中国成立之初还未准备好自己的民事诉讼理论,尽管在新中国成立前,中国共产党早已在部分区域建立了自己的政权并尝试创设彰显红色政权特色的包括民事诉讼制度在内的司法制度。^②为了迅速填补废除旧法统之后留下来的巨大的理论和制度的空缺,借鉴苏联的理论和制度可以说是唯一的选择,也是一种现实的选择。

虽然苏联的民事诉讼法学未必符合新中国民事诉讼的实际情况,但客观地说,当时采用的苏联教材——阿布拉莫夫著的《苏维埃民事诉讼》——也是苏联最新的教材。这本教材经苏联司法部学校管理局审查后确定为苏联的法律学校的教科书(国家法学书籍出版局,莫斯科,1952)。^③该教材分为21章,内容包括苏维埃民事诉讼法的概念、渊源和体系,苏维埃民事诉讼的基本原则,苏维埃民事诉讼的历史,苏维埃民事诉讼权利主体及其诉讼行为,当事人,第三人,诉讼代理人,主管与管辖,诉,诉讼证据,诉讼费用与诉讼罚金,案件的准备与审判员的其他准备活动,公开审判,法院裁判,民事诉讼中的特别程序,离婚程序,对法院判决和局部裁定的声明不服,对法院判决和裁定的合法

① 徐显明、黄进、潘剑锋、韩大元、申卫星:《改革开放四十年的中国法学教育》,《中国法律评论》2018年第3期。

② 抗日战争时期,在革命根据地陕甘宁边区创设的马锡五审判方式就彰显了诉讼制度中的中国特色。一般认为,该审判方式的主要特点在于:(1)一切从实际出发,实事求是,客观、全面、深入地进行调查研究,反对主观主义的审判作风;(2)认真贯彻群众路线,依靠群众,实行审判与调解相结合,司法干部与人民群众共同断案;(3)坚持原则,忠于职守,严格依法办事,廉洁奉公,以身作则,对下级干部进行言传身教;(4)实行简便民利的诉讼手续。参见张希坡《马锡五审判方式》,法律出版社,1983,第41—54页。

③ 我国法学教材一度实行的由司法部法学教材编辑部编审后确定为高等学校规划教材的做法或许是借鉴了苏联的这一做法。

性之审判监督,以新发现的事实为根据的法院判决再审,执行程序等。即使用今天的眼光看,这部教材也相当完整地阐释了现代民事诉讼的基本制度和基本程序。^①

(二) 1978年12月—20世纪80年代中后期

之所以将考察的时间确定为这一时期,是由于从1957年下半年开始,“左倾”思潮日益盛行、泛滥,尚处于起步阶段的新中国法治建设随之进入了停滞、倒退时期。这不仅严重影响了新中国民事诉讼立法,而且也对新中国民事诉讼法学教育造成了毁灭性的破坏。“在1958—1966年大专院校中完全取消了民事诉讼法课程,有的只在婚姻法中讲婚姻诉讼、人民调解和爱国公约,因此,民事诉讼专业人才的培养也处于停滞状态。”^②

如果说1958—1965年法治建设和法学教育处于停滞状态,那么到了“文化大革命”期间,新中国的法治建设和法学教育可谓经历了毁灭性的破坏。在“文化大革命”期间,那些已经颁布的为数不多的法律被抛在一边,正常的社会管理秩序全面崩塌,立法、行政执法、司法各项工作处于停滞状态,包括政法院校在内的各类学校全部停课。

1976年10月,“四人帮”被粉碎。1977年10月,党的第十一次代表大会召开,在这次党代会上,党中央正式宣布“文化大革命”结束。1978年12月,党的十一届三中全会在北京召开。正是在这次会议上,中国共产党实现了重大的历史转折,作出了改革开放的重大决策,提出了健全社会主义民主和加强社会主义法制。随着“文化大革命”结束后对该次灾难性事件的历史反思的不断深入,法治的重要性越来越得到社会各方面的认同。在这一背景下,中国开始

① 参见C. H. 阿布拉莫夫《苏维埃民事诉讼(上)》,中国人民大学审判法教研室译,法律出版社,1956;C. H. 阿布拉莫夫《苏维埃民事诉讼(下)》,中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社,1954。

② 常怡、田平安、黄宣、李祖军:《新中国民事诉讼法学五十年回顾与展望》,《现代法学》1999年第6期。

走向法治。

“文化大革命”结束后，中央决定首先要制定七部法律，不过其中程序法只有刑事诉讼法。刑事诉讼法先于民事诉讼法制定在当时的历史背景下是必然的，但既然刑事诉讼法已经颁布，民事诉讼法的制定也就为期不远了。事实上，1979年9月，全国人大常委会的法制委员会就成立了民事诉讼法起草小组，开始起草新中国第一部民事诉讼法。经过两年多时间，这部法律草案被制定出来。^①

立法需要借鉴域外的法律。从当时翻译的域外法律看，主要有《苏联和各加盟共和国民事诉讼纲要》《苏俄民事诉讼法典》《罗马尼亚民事诉讼法典》《匈牙利民事诉讼法典》《蒙古民事诉讼法典》《法国民民事诉讼法典》《日本民事诉讼法典》《英国证据法》。

1978年，我国的法学教育开始恢复。出于法学教育，尤其是研究生教育的需要，我国又开始翻译、出版域外的民事诉讼法学教材和著作。这一时期公开发行的民事诉讼法方面的教材是《苏维埃民事诉讼》（多勃罗沃里斯基等著，法律出版社，1985），《经互会成员国民民事诉讼的基本原则》（涅瓦伊著，法律出版社，1980），《匈牙利人民共和国民事诉讼法》（涅瓦伊、雷瓦伊著，法律出版社，1983），《美国民事诉讼》（B. K. 普钦斯基著，法律出版社，1983）。还有一些政法院系的内部出版物，如《外国民事诉讼法分解资料》（中国人民大学法律系民法教研室，1982），《德意志民主共和国民事诉讼》（克利纳等著，西南政法学院诉讼法教研室印，时间未注明），《波兰人民共和国民事诉讼》（沙弗丘克、文格列克著，徐冀鲁译，西南政法学院法律系诉讼法教研室，1982），《捷克斯洛伐克社会主义共和国民事诉讼》（施太格尔舍著，李衍译，西南政法学院法律系诉讼法教研室，1982），《苏联民事诉讼中的证据和证明》

^① 参见刘家兴《民事诉讼法教程》，北京大学出版社，1982，第21页。

(特列乌什科夫著,李衍译,西南政法学院诉讼法教研室、翻译室印,时间未注明),《美国民事诉讼程序概论》(米尔顿·德·格林著,上海大学文学院法律系译,法律出版社,1988)。

不难看出,在上述域外的法律、教科书和专著中,绝大多数是苏联和东欧社会主义国家的。

二 对新中国民事诉讼理论的影响

苏联的民事诉讼理论、学说对中国民事诉讼的理论和学说曾经具有非常大的影响力,这种影响存在于诸多方面,本文仅就其中一些重要方面做些整理和分析。

(一) 关于诉与诉权的理论

诉与诉权是民事诉讼制度的基本理论问题。苏联学者关于诉与诉权的学说对中国学者曾产生过非常大的影响。按照苏联学者的理解,民事诉讼中的诉具有双重属性,可以区分为程序意义上的诉和实体意义上的诉。即“诉是一个统一的概念,但是,它具有两方面的意义,向法院请求保护权利,构成诉的诉讼法方面的意义,它与具有实体法意义的原告人对于被告人的请求权是相联系的”。^①相应地,苏联学者也认为,诉权应当从民事实体法和民事程序法两个视角去分析和界定。“实体法意义上的诉权就是提起以审判的方法强制实现由民事法律关系中所生请求的权能。……程序意义上的诉权或起诉权是因主体民事权利或受法律保护的利益受到侵犯或发生争执时,向法院请求保护的一种权利。”^②顾尔维奇还专门写了一本研究诉权的著作,在这本著作中详细分析了诉

^① 克列曼:《苏维埃民事诉讼》,王之相、王增润译,法律出版社,1957,第196页。

^② C. H. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼(上)》,中国人民大学审判法教研室译,法律出版社,1956,第199页。

权概念的历史、起诉权（程序意义上的诉权）、实质意义上的诉权、积极认定诉讼资格意义上的诉权。这本著作也被翻译成中文于1958年由中国人民大学出版社出版，对当时中国学者学习民事诉讼法以及改革开放初期中国的民事诉讼法学研究产生了重大影响。^①

苏联学者提出的双重诉权说对中国民事诉讼法学的发展曾产生过重大影响。当时我国学者在教科书中凡是论及这一问题的，采用的都是双重诉权的观点。如江伟教授认为，诉有双重含义，与之相适应，诉权也有两种含义，即是程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。^② 常怡教授、刘家兴教授在编写的民事诉讼法教科书中采用的同样是双重诉权说。^③ 1983年，由柴发邦教授主持编写的高等学校法学教材《民事诉讼法教程》出版，这本教材采用的也是双重诉权说。该教材指出，程序意义上的诉权，是法院在起诉与受理阶段面临的问题，如果查明当事人起诉时具有程序意义上的诉权，法院就应当受理诉讼，否则就不应当受理，即使错误受理了，也应当结束诉讼程序。至于是否具有实体意义上的诉权，则要到受理后的审理中，在全案终结时才能确定。^④

当然，对于双重诉权说，也有人提出质疑，尚在西南政法学院读研究生的顾培东以初生牛犊不怕虎的精神对双重诉权说提出了批判，他主张对诉权应当从以下两方面把握：第一，诉权是一项程序权利，不包含实体意义上的权利；第二，诉权是一项程序权利，但同实体权利又有必然的联系。^⑤

（二）关于处分原则、辩论原则与国家干预

在德国、日本等西方国家的民事诉讼中，处分原则和辩论原则被认为是反

① 西南政法学院于1985年2月翻印了这本著作，作为研究生教学的材料。

② 江伟编著《民事诉讼法学》，文化艺术出版社，1986，第133页。

③ 参见常怡主编《民事诉讼法教程》，重庆出版社，1982，第116—118页；刘家兴《民事诉讼法教程》，北京大学出版社，1982，第122—125页。

④ 参见柴发邦主编《民事诉讼法教程》，法律出版社，1983，第191页。

⑤ 参见顾培东《诉权辨析》，《西北政法学院学报》1983年第1期。

映民事诉讼特征的一项重要原则。

处分原则，是指当事人有权对诉讼标的进行处分，也就是有权决定是否向法院提起诉讼，向谁提起诉讼，提出什么样的诉讼请求，提起诉讼后是否变更诉讼请求，是否撤回诉讼或者放弃诉讼请求，是否与对方当事人和解、接受调解，有权决定是否提起上诉，是否提起再审之诉，是否申请强制执行，等。德、日等西方国家的处分原则，是从民法的私法自治原理中合乎逻辑地引出的一项适用于民事诉讼的原则，即“当事人的这种处分自由是与对私权的处分权相对应的（私法自治）。如果诉讼法要在诉讼中夺走当事人的这种自由，就会与私法自治产生矛盾”。^①

辩论原则是与“调查原则”或“职权探知原则”相对称的一项诉讼原则。在德国民事诉讼法学理论中，由于该原则主要关涉事实和证据材料的提出，又被称为“提出原则”，即“人们将法院收集材料称为调查原则或者追问原则，将当事人收集材料称为辩论原则或者提出原则”。^② 根据德国、日本学者的解释，辩论原则具有三项内容：其一是只允许法院将其裁判建立在当事人提供的事实的基础上，不存在法院对案件事实主动阐明；其二是对当事人已经提出的事实是否需要收集证据，取决于当事人的行为，当事人存在争议的事实才需要收集证据材料，无争议的事实或当事人在诉讼中承认的事实，法院可以直接将其视为真实的并作为裁判的依据；其三是证明争议事实的证据材料原则上也要由当事人提供。^③

《苏俄民事诉讼法典》并未规定处分原则和辩论原则，但苏联的民事诉讼

① 罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法（上）》，李大雪译，中国法制出版社，2008，第522页。

② 罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法（上）》，李大雪译，中国法制出版社，2008，第524页。

③ 参见奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》（第27版），周翠译，法律出版社，2003，第124—125页；新堂幸司《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社，2008，第305—311页。

理论是把这两项原则作为民事诉讼法的基本原则来看待的,当然,是经过重大改造的处分原则与辩论原则。苏联学者认为,在苏维埃民事诉讼中,当事人的处分权是与国家对民事诉讼的干预紧密地结合起来的,即“应该认为,苏维埃民事诉讼中的处分原则就是当事人在法律范围内有处分诉讼客体(主观民事权利)和对于诉讼客体的审判保护手段(诉讼权利)的自由,这种自由是和国家为了对于国家本身和劳动者进行民事法律关系的正当保护而实行对民事法律关系的干预相结合的”。^①

在苏联学者看来,“处分原则就是当事人有权处分自己的实体权利和诉讼权利,检察长有权参加诉讼,同时,法院有权监督当事人处分权利的情形,以便发现真实和保护真正的权利”。^② 具体而言,“国家对民事法律关系的干预意味着:第一,法院对当事人的各项处分进行监督;第二,法院的自由,即法院不受当事人的处分和他们请求范围的约束;第三,国家机关(法院、检察机关以及其他)、工会组织和个别公民有权以自己的名义使用审判保护的诉讼手段来保护不是自己的,而是依法委托由他们保护的他人的主体民事权利”。^③

苏联学者也把辩论原则视为苏维埃民事诉讼的基本原则之一。不过,在苏联学者看来,该项原则“指的就是:双方当事人有权处理证据,有权向法院引证作为他们请求和答辩基础的某些实际情况。辩论原则是和下列的规定相结合的:检察长要积极参加证明案件的情况;法院有权不局限于双方当事人所提出的法律事实,并且可以调查对案件具有重大意义的其他事实,法院有权要求双方当事人提出补充证据和自行收集证据。双方当事人的权利和法院的权力的

① C. H. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼(上)》,中国人民大学审判法教研室译,法律出版社,1956,第52页。

② 克列曼:《苏维埃民事诉讼》,王之相、王增润译,法律出版社,1957,第70页。

③ C. H. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼(上)》,中国人民大学审判法教研室译,法律出版社,1956,第52—53页。