



教育部百所重点研究基地
中国政法大学诉讼法学研究院

第15卷

诉讼法学研究

Procedural Law Research

卞建林 主编

- 我国诉讼法学的未来走向 / 本刊编辑部
- 西方刑事侦讯构造：传统的理论与现代的探索 / 牟军
- 论量刑调查报告 / 高一飞
- 中国证据立法的理想与现实 / 吴丹红
- 表达自由权与公正审判权的平衡：以美国刑事诉讼为视角 / 张吉喜
- 行政诉讼“私法模式”之反思
——兼论公益行政诉讼的引入 / 李大勇
- 注视历史之眼
——读《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》 / 李敏

中国检察出版社



教育部百所重点研究基地
中国政法大学诉讼法学研究院

第15卷

诉讼法学研究

Procedural Law Research

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法学研究. 第15卷/卞建林主编. —北京: 中国
检察出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5102-0140-0

I. 诉… II. 卞… III. 诉讼法-法的理论-研究
IV. D915.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 148057 号

诉讼法学研究 (第十五卷)

主编 卞建林

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河鑫鑫科达彩色印刷包装有限公司

开 本: 720mm×960mm 16开

印 张: 26.5印张

字 数: 411千字

版 次: 2009年9月第一版 2009年9月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0140-0

定 价: 52.00元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

诉讼法学研究

(第十五卷)

顾 问	陈光中	樊崇义	杨荣馨			
主 任	卞建林					
副 主 任	顾永忠	杨宇冠				
编 委	卞建林	陈桂明	顾永忠	高家伟	何 兵	
	刘 玫	马怀德	宋朝武	肖建华	王万华	
	吴宏耀	薛刚凌	杨宇冠			
主 编	卞建林					
副 主 编	高家伟	肖建华	吴宏耀（常务）			
学术编辑	李婵媛	李嘉娜	石 岩	陈 雷		

主编絮语

经过编辑部工作人员半年来的共同努力，多方组稿，层层把关，尤其是承蒙中国检察出版社鼎力相助，本卷终于可以付梓了，主编内心充满欣喜和感激之情。

“诉讼法学三十年”是本刊编辑部为本卷专设的特色栏目，是本卷的第一大看点。谭秋桂教授、高家伟教授和我分别对三大诉讼法学在改革开放三十年来的发展做了简要总结。本刊编辑部在此基础上借题发挥，描绘了我国诉讼法学未来发展的七大趋势，包括哲理化、宪法化、司法化、契约化、专题化、多元化和本土化。这种说法未必准确，观点也不全面，只是本刊编辑部的一家之言，但有助于我们把握诉讼法学作为一个整体法学学科的内在关联性。近三十年来，三大诉讼法学随着自己理论体系的日臻完善、学科队伍的壮大，日益走向了独立发展的道路，成为三个相对独立的法学学科。表面上看，诉讼法学作为一个整体法学学科的内在关联性似乎正在消失。但实际的情况可能正好相反，恰恰是三大诉讼的独立发展显示出了诉讼法学作为一个整体学科的完整性和系统性，尤其是显示出将三大诉讼法学以及新型诉讼法学作为一个统一、完整、系统的学科群进行重新整合的必要性。诉讼法学就是诉讼法学，它绝不是三大诉讼法学的简单组合，而是由一系列超越三大诉讼法学的内在固有普遍规律和一般原理所组成的诉讼法学理论体系。这一理论体系体现着三大诉讼法学的共同性，是将三大诉讼法学联结在一起、组成一个完整法学学科群的纽带和桥梁。本书所阐述的哲理化、宪法化、司法化等理论，是编辑部寻求诉讼法学学科群重构的一种初步的、大胆的尝试，还不成熟。但是，诉讼法学作为一个单独的法学理论体系是独立于三大诉讼法学各自的理论体系的，绝非三大诉讼法学理论的简单相加，这一点却是不难想见的。谁忽视了这套独立理论体系，谁就不懂得“诉讼法学”这个法学术语的真正意义。三大诉讼法学越是走向分立，就越是呈现出作为一个完整学科在更高的理论层次上进行重新整合的必要性。作为一个历史悠久的法学

学科群,三大诉讼法学和新型诉讼法学应当在诉讼法学一般原理作为围栏所划定的学科领地里,在共同的诉讼法学哲理的基石之上,所建构的一个相互关联、相辅相成的法学学科体系里。按照这个视角考察,我们可以明显地发现,学界有关三大诉讼共同原理的研究还显得非常薄弱,原因在于三大诉讼法学各自为政有余,协同作战不足,忽视了三大诉讼共同原理的研究。另外,从建构诉讼法学学科体系的角度来看,三大诉讼的制度框架不能很好地适应新型法律纠纷,在理论和实践上都需要积极探索新型争端解决机制和诉讼类型。这两个方面都是诉讼法学理论发展的新的增长点之所在。本刊编辑部殷切地期望读者能够认识到这一点并产生共鸣。

“证据法与诉讼原理”部分刊载了四篇很有分量的学术论文,是本卷的第二大看点。文章所研究的都是目前学界和实务界共同关注的前沿问题,很有助于读者把握当前证据法学和三大诉讼法学学科发展的动态。吴丹红博士在《中国证据立法的理想与现实》一文中认为,近些年来,中国证据制度的改革曾试图在“法典化”的道路上有所作为,但无功而返;地方性证据规定的纷纷出台,继而使这场改革呈现出无序的状态。最高人民法院试图寻求司法解释规范证据规则的中间道路,但理想和现实的差距使这种努力异常艰难。中国证据立法不能急于求成,应当在进行学术积累、学科建设和研究司法实践的基础上从长计议。

封利强博士在《论我国证据法学理论体系的重构——以证明法律关系为中心》一文中认为,当前学界对于证据法学自身的理论体系问题没有给予足够的关注。从世界范围来看,证据法学研究的基本走向是从“以证据为中心”走向“以证明为中心”。证明是一种由举证主体、质证主体、认证主体以及其他相关主体共同实施的多方法律行为。证明的基本构造形态是三方组合。证明法律关系是指事实裁判者、证明当事人和其他证明参与人,在确定案件事实的过程中,通过举证、质证和认证等活动而形成的各种社会关系的总和。证明法律关系是与实体法律关系、程序法律关系相并列的第三类法律关系。我们应当以证明法律关系为中心,通过明确证据法学的学科属性,调整证据法学教材的篇章结构,重新划定证据法学的研究对象,并构建完整的证明规则,以重构我国传统的证据法学理论体系。

黄娟副教授在《当事人诉讼义务研究——以民事诉讼为中心》

一文中认为，民事诉讼可以看成是多人行动的一个联合体，在这个联合体当中存在着一种公共秩序需求，这种公共秩序需求通过一定的民事诉讼规则反映在诉讼过程当中，对各方主体在诉讼中的行动构成约束力，由此成为当事人诉讼义务之本原所在。并且，当事人诉讼义务在观念上体现为诉讼情境下的一种“应当”，它指向一种期待中的、观念意义上的行为模式，标示的是当事人在诉讼中的“行为底线”。合理利用诉讼程序和促进诉讼是当事人诉讼义务的行为诉求，当事人诉讼义务也就在此基础上产生。

李大勇讲师在《行政诉讼“私法模式”之反思——兼论公益诉讼的引入》一文中认为，行政诉讼法作为公法诉讼的一种类型在理论界似乎已成定论。但由于当下中国诸多因素的限制，在司法实践当中却存在“私法”模式的巨大空间。文章在此基础上分析了行政诉讼的政治功能与法治使命，迫使现有原告资格的设置作出重大改善。在现有行政诉讼法规定的基础上，通过行政诉讼原告的类型化引入公益诉讼，使行政诉讼的公法属性名至实归。

“诉讼专论”部分刊载了五篇高质量的学术论文，是本卷的第三大看点。张吉喜讲师的《表达自由权与公正审判权的平衡：以美国刑事诉讼为视角》一文着重探讨了表达自由权与公正审判权这两个基本权利之间的平衡关系，认为在众多主体的表达自由权与被告人的公正审判权的关系上，至今在美国联邦系统，形成统一规则的只有法官、律师、媒体和一般民众的表达自由权与被告人的公正审判权之间的关系。在美国联邦系统，对法官表达自由的限制最为严格，法官不仅不得公开地发表可能影响案件结果或损害案件公正性的言论，而且也不得非公开地发表可能严重影响公正审判的言论。对于律师表达自由的限制次之，只有在律师的言论对被告人的公正审判权造成“有损害审判程序的实质可能性”时，才能够限制律师的表达自由权。对媒体和一般民众的表达自由的限制最为宽松，适用的是“明显且即刻的危险”标准，即只有在媒体和一般民众言论对被告人的公正审判权造成“明显且即刻的危险”时，才能够限制他们的表达自由权。

牟军教授撰写的《西方刑事侦讯构造：传统的理论与现代的探索》一文认为，将西方刑事侦讯构造作为一种诉讼构造看待是不能成立的。从两大法系刑事侦讯构造主体要素及其相互关系来看，其欠缺诉讼构造的基本特征，表现在诉讼构造的形式化特征不具备、

诉讼的功能和价值并未体现、诉讼的功能和价值并未体现、控辩双方具有典型的不平衡性四个方面。作者认为,西方刑事侦讯构造尚欠缺行政化的某些重要特征,将其界定为一种行政性构造形态是草率的,因为西方刑事侦讯构造不具备行政化的线性构造特征,侦讯者对应讯者不具有典型的权力压制关系,侦讯活动运作方式的非行政化,在法律规范和自由裁量方面刑事侦讯行为也与行政行为不同。因此,从西方刑事侦讯具体方式的程序性特征、侦讯法律规范的模式化、侦讯活动的程序性抑制和程序性结果等方面来看,将西方刑事侦讯构造界定为一种程序性构造是适当的,这种构造形态作为对西方刑事侦查整体构造的一种表述形式也是适宜的。

林喜芬的《论侦查程序中的讯问技术及其合法化进路》一文认为各国刑事侦查实践中主要存在着身体导向型与心理导向型两种讯问技术,而“心理导向”的讯问技术是现代刑事侦查中讯问权力运作模式的基本面向与发展趋势。在域外,确保侦查讯问合法性的制度基准是口供任意性,并辅以相应的程序保障机制。在我国的讯问实践中,由于正式制度机制的规范不尽合理,再加上以效率性绩效考核为核心的非正式制度机制的影响,侦查人员存在主观上倾向使用合法性讯问策略,而客观上必须使用非法性讯问策略的行为悖论。为实现我国侦查讯问模式的现代转型,应采取制度上设置任意性基准和纪律上重视质量性目标考核的双重进路。

杜闻讲师在《环境侵权诉讼若干问题研究》一文中认为,环境污染事件属于民事实体法所规定的民事侵权纠纷的范畴,然而其具有许多同一般侵权事件不同的个性特点,表现在当事人范围、诉讼客体、举证责任的分配、证明标准的适用等方面。

刘飞副教授在《行政诉讼受案范围之立法模式、确定标准与排除范围——中德比较分析》一文中认为,对于行政诉讼受案范围,尽管中德两国宪法上的相关规定具有一定的共通性,但是在法律层面上的具体规定却不同。我国行政诉讼受案范围限于侵犯公民人身权、财产权的具体行政行为,而德国行政诉讼受案范围不仅不以行政活动的具体方式为限,也不以行政活动所涉及的权利种类为限,其确定受案范围的标准为“非宪法性公法争议”,原则上行政机关履行行政职权的所有活动都在受案范围之内。德国行政诉讼受案范围的立法模式、确定标准和排除范围的确定给我们提供了一个有益的参考。相比较而言,我国行政诉讼法把大量行政争议直接排除在司

法救济范围之外的做法是没有合理依据的。

“司法改革”是本卷专门开辟的一个专栏，刊登了三篇实践针对性很强的学术论文。韩波副教授在《审判委员会运作机制改革的心理分析》一文中分析了审判委员会委员、提交审议者的心理类型，认为审判委员会运作机制审理化的改革似乎要全面实现审判委员会的预期功能，但并未关注作为制度运行基础的制度运行者的心理因素。如前所述，审判委员会成员的复杂心理状态与提交审议者的不健全心理因素相结合，实际上只有审判委员会的智力支持功能可以大体实现。彭海青副教授在《我国合议庭评议表决制度功能缺失的省思——以〈最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定〉为中心》一文中认为，合议庭评议表决制度具有充分发挥集体智慧、形成裁判结果的功能。为实现评议表决制度的上述功能，各国法律规范一般确立了全体参与、秘密评议，地位平等、独立表决，多数决定、异议保留等规则。我国合议庭评议表决制度在这些规则的确立方面有所欠缺，导致功能缺失。我国构建完善的评议表决制度，应当从其自身制度与相关制度的并行调整两方面着手。李建伟副教授和杜瑶在《司法权介入公司纠纷的另一种途径——公司非讼司法程序基本问题研究》一文中分析了我国司法实践紧密联系的适用非讼司法程序的几种公司纠纷事件，认为我国民事诉讼法没有明确提出非讼司法程序概念，但客观上存在适用非讼司法程序解决民商事纠纷的制度需求，尤其在公司纠纷的解决领域。非讼司法程序的制度优势，如能够迅速解决纠纷，具有预防性，耗费司法资源和当事人的成本较低，根据情势变更可以将原先的裁判撤销或变更等，使得我国引入公司非讼司法程序都有其必要性和可行性。

“诉讼实务”部分刊载了两篇实践针对性很强的论文，是本卷的第四大看点。高一飞教授在《论量刑调查报告》一文中认为，量刑调查报告在西方国家有160多年的历史，我国开始于1989年，现在，已经有十多个地方法院实施这一制度。其理论基础是刑罚个别化理论、教育刑理论和罪犯人权理论。在我国实施这一制度的前提是量刑程序与定罪程序分离，调查对象应当适用于可能判处所有刑罚的、所有未成年和成年被告人。从调查的主体来看，应当由社区矫正机构进行量刑调查。从调查的内容来看，应当包括个人情况、犯罪情节、犯罪前后表现、行为人的性格特征、家庭背景、教育环境、社区环境、帮教条件8个方面。为了法官无须解读冗长的文字

就可以直接获得所需的信息,调查报告应当简短化和表格化,形成“量刑调查表”。江西省婺源县人民检察院认罪案件程序改革课题组的《构建认罪案件简便程序——以“两简”程序的实证研究展开》一文对江西省婺源县2005年至2007年执行刑事诉讼简易程序和普通程序简化审情况进行了实证分析。文章认为,适用诉讼简易程序、普通程序简化审提高了庭审效率,符合被告人的客观诉求,有利于被告人回归社会,但也存在不容轻忽的问题,如审判时间并未明显减少,对被告人权利保护不够,与审前程序相脱节等。婺源县人民检察院将诉讼简易程序、普通程序简化审延伸到侦查、起诉阶段的改革实践,取得较大成效。构建一种在犯罪嫌疑人自愿认罪的前提下,司法机关简化办案流程、降低证据标准的简便诉讼制度。

“外国诉讼制度”部分刊登了四篇有关日本、法国和意大利的刑事诉讼法和证据法方面的论文,具有较高的资料价值。

“博士生论坛”部分刊载了李嘉娜讲师撰写的《论国家赔偿诉讼中举证责任的分配规则》,对我国《国家赔偿法》的完善和修改提出了自己的观点。

“诉讼法史”部分刊载了吴萃讲师的《程序法视野下清代状式条例》,认为封建社会的律例虽是诸法合体、实体与程序不分的体例,但其中并不乏程序方面的条款。文章进而从历史的角度考察宋代的《词诉约束》、明清时期的《状式条例》,并分析其中的程序属性,在此基础上进一步将清代的《状式条例》与现行程序法的相关规定进行比较,从而为现行程序法相关条款的演进路径提供新的视野。

“读书”部分刊载了李敏的《注视历史之眼——读〈清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践〉》,作者认为在我们一直努力地在诉讼法学理论各个领域向前突进的时候,或许“退回”“乃是最积极的进取”,回过头看看历史上诉讼案件的真实样态,这或许是阅读黄宗智教授《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》的特殊意义。

相对于2007年全面改版以来的《诉讼法学研究》的第12卷至第14卷而言,本卷明显突出了理论的前沿性和实践的针对性。一方面加重有关学界关注的诉讼原理前沿问题的学术论文,另一方面加重有关当前司法实务界特别关注的焦点问题的调研报告和专题论文。

衷心地希望编辑部和出版社全体同人的努力能够得到读者的肯定。若如此，对编辑部和出版社全体同人而言，读者们的些许嘉言将胜于一切物质的酬劳。

卞建林

2009年6月25日于北京

目 录

主编絮语	1
------	---

诉讼法学三十年	1
---------	---

我国诉讼法学的未来走向/本刊编辑部	1
刑事诉讼法学三十年的发展/卞建林	8
民事诉讼法学三十年的发展/谭秋桂	38
行政诉讼法学三十年的发展/高家伟	49

证据法与诉讼原理	65
----------	----

中国证据立法的理想与现实/吴丹红	65
论我国证据法学理论体系的重构	
——以证明法律关系为中心/封利强	82
当事人诉讼义务研究	
——以民事诉讼为中心/黄娟	114
行政诉讼“私法模式”之反思	
——兼论公益行政诉讼的引入/李大勇	127

诉讼专论	148
------	-----

表达自由权与公正审判权的平衡：以美国刑事	
诉讼为视角/张吉喜	148
西方刑事侦讯构造：传统的理论与现代的探索/牟军	167
论侦查程序中的讯问技术及其合法化进路/林喜芬	191

环境侵权诉讼若干问题研究/杜 闻	215
行政诉讼受案范围之立法模式、确定标准与排除范围 ——中德比较分析/刘 飞	237

司法改革 255

审判委员会运作机制改革的心理分析/韩 波	255
我国合议庭评议表决制度功能缺失的省思 ——以《最高人民法院关于人民法院合议庭 工作的若干规定》为中心/彭海青	267
司法权介入公司纠纷的另一种途径 ——公司非讼司法程序基本问题研究/李建伟 杜 瑶	279

诉讼实务 298

论量刑调查报告/高一飞	298
构建认罪案件简便程序 ——以“两简”程序的实证研究展开/ 江西省婺源县人民检察院认罪案件程序改革课题组	314

外国诉讼制度 332

日本死刑程序控制评介/罗海敏	332
法国未成年人刑事司法制度改革：弱化其特殊性？/ [法] 西尔维·西马蒙蒂 著 施鹏鹏 译	340
意大利民事诉讼法中的口头和书面证据/ [意] Paolo Biavati 著 李 鑫 王进喜 译	354
达马斯卡教授的刑事证据法思想/ [意] 恩尼奥·阿莫迪奥 著 陈 汉 译	366

博士生论坛 372

论国家赔偿诉讼中举证责任的分配规则/李嘉娜	372
-----------------------	-----

诉讼法史

379

程序法视野下清代状式条例/吴 萃

379

读 书

392

注视历史之眼

——读《清代的法律、社会与文化：民法的
表达与实践》/李 敏

392

● 诉讼法学三十年

我国诉讼法学的未来走向

本刊编辑部

当今世界，全球化、民主化、信息化的浪潮此起彼伏，如何把握诉讼法学的时代变奏，一直是法学界关注的重要问题。社会生活纷繁复杂、瞬息万变，新兴领域不断出现，社会对公权力的依赖性有增无减，传统侵权问题尚未有效解决，而新类型、高智能、信息化的违法犯罪问题却日益严重，公民对国家保障其合法权益的呼声越来越高涨，全球民主化、法治化的进程也给司法机关造成了很大的压力。这就要求我们的法学研究者以及审判人员未来一段时期内，在观念、视野、知识、素质等方面要经历一个大的飞跃。所有这些都决定了，在未来相当长的历史时期内，我国诉讼制度发展、诉讼法学研究都会相当活跃，从诉讼法学作为一个完整的法学学科体系来看，所呈现出来的趋势有：

一、哲理化

所谓哲理化，是指我国诉讼法学的研究水平从诉讼法律规范的注释、诉讼法律实践材料的整体向深层次的、具有普遍指导意义的诉讼法学基本原理稳步推进。“部门法学哲理化是我国法学走向理性和成熟的标志，是我国法学研究和法学教育发展的必然走向。”^①

这方面的标志性成果是樊崇义教授主持的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“诉讼原理研究”的成果，分为《诉讼原

^① 高家伟：“部门法学的哲理化走向”，载《人民法院报》“理论与实践周刊”2005年1月26日。

理》(樊崇义主编)、《刑事诉讼原理》(宋英辉主编)、《民事诉讼原理》(杨荣馨主编)、《行政诉讼原理》(马怀德主编)四本,由法律出版社于2003年出版。这四本书将三大诉讼法学作为一个整体学科对待,由学界的精英带领后起之秀,以系统、整体、全局的眼光,对三大诉讼各自的特殊原理,以及三大诉讼共通的原理,有选择地进行了深入的研究。随后,于2004年12月由中国政法大学诉讼法学研究院牵头,在博鳌举行了教育部八大法学重点研究基地主任联席会议,提出了“部门法学哲理化研究”的课题。^①

可以看出,任何部门法学发展的一个路径是:随着研究的日益深入,必然走向超越自身的范围,从个别上升到一般,触及理论法学甚或法哲学的神经,诉讼法学研究也不例外。实际上,这是诉讼法学走向成熟的一个标志。

当然,哲理化并非是将哲学、法理学中的范畴、方法或原理生搬硬套进诉讼法学之中,更不是用它来消除各学科之间的基本划分,而是用哲理化来提升诉讼法学的理论层次,同时在法理学、法哲学与诉讼法学之间搭建共通、共享、共荣的知识体系。

二、宪法化

宪法是国家的根本大法,是我国整个法律体系的“领头羊”。三大诉讼法都是宪法的实施法。从宪法主要规范国家权力与公民权利的角度来说,三大诉讼法作为调整司法权与公民权利的法律部门离宪法很近。因此,对诉讼法的原理研究,不能局限于所实施的实体法,即刑法、民法和行政法,而是应当进一步上升到宪法的高度,在宪政框架内考察三大诉讼制度的地位、属性、功能和原理。

在宪法化趋势方面,行政诉讼法比较突出。正如有学者所言,“在法院的三大诉讼中,行政诉讼自始至终发挥着这样一种功能:揭示宪法的平民化地位,将‘民告官’定义为近距离地触摸宪法”^②。由此可见,尽管行政诉讼制度来源于宪法,但如果没有行政诉讼制度作为重要保障,宪法和行政法中关于规范、调整行政权力与公民权利关系的原则和制度就会落空,即使是具有最高法律效力的宪法

^① 这次会议的最终成果是樊崇义教授主编的《部门法学哲理化研究》由中国人民公安大学出版社于2007年出版。

^② 戴建志:“行政诉讼就是近距离地触摸宪法”,载《人民司法》2002年第9期。

也难免陷入“徒法不足以自行”的尴尬。尤其是在违宪审查或宪法诉讼机制尚不健全和存在争议的情况下,^① 理应发挥行政诉讼离宪法最近的功能和价值,通过挖掘行政诉讼制度中有限的司法审查权,在现行行政诉讼制度框架内进行有限的带有违宪审查性质的诉讼,即借行政诉讼之“壳”推进宪法诉讼,让宪法诉讼在行政诉讼体制内萌芽、生长直至开花、结果。

刑事诉讼中的宪法性问题一直受到学界的关注,其中尤其是无罪推定问题、沉默权问题、侦查权、公诉权和审判权的配置问题,近年来受到关注最多的是司法体制改革问题。民事诉讼法学界近年来关注的一个热点问题是诉权入宪,在宪法的层面确立民事诉权,探讨民事诉讼的宪法保护机制。

可以看出,宪法性是三大诉讼法的本质属性,三大诉讼法承担的任务远不止在本部门法内实施部门实体法,而且要考虑如何实施宪法的问题;与此相应,三大诉讼法学理论也要有长远的战略眼光和宽阔的视野,把诉讼制度放到整个国家宪政和法制进程中来思考和把握,研究诉讼法作为宪法实施法的特殊规律和机制。

三、司法化

所谓司法化,是指三大诉讼作为一个完整司法制度的整体,所涉及的一般性、共同原理问题,受到学界和实务界近年来的高度关注。三大诉讼在学科上的分离并没有影响将它们作为一个学科整体进行研究,而三大诉讼制度的特殊性并不妨碍它们作为我国司法制度组成部分的整体性。

三大诉讼制度都是司法制度的重要组成部分,从制度本身的价值和功能来说,本质上就是司法的,不存在司法化的问题。但相对于我国的司法实践来说,则另当别论。诉讼法的司法属性具体包含哪些内容,司法具有哪些本质性的标准,具体诉讼制度的设计如何体现司法的一般原理和本质属性,受到学界近年来的关注。^②

在我国,由于传统上“中国法学研究中存在的一个重大缺陷就

① 结合国际上违宪审查的经验和制度,学术界认为我国违宪审查制度可在人大宪法委员会审查、普通法院审查和专门机构审查(比如宪法法院)三种模式中选择,但观点不一。

② 例如陈光中教授主编的《中国司法制度的基础理论研究》由北京大学出版社于2005年出版。