

# 第一章 绪 论

什么是程序？什么是程序法？在我国现有的法学理论论述中似乎是并不难理解的东西。但是，它们又的确是非常含糊和不易弄懂的东西。因为长期以来，我们大多数人是把程序法和诉讼法混为一谈的。显然，这是一个极大的误会。程序法完全应当有它自身更宽广的天地和更严密的体系，以及更高、更重要的地位。

## 第一节 程序与程序法

认识程序法不得不先由程序开始，而认识程序又不得不从人们现有的经验和认识中来进行归纳和考察。我国《现代汉语词典》中把程序定义为：“事情进行的先后次序。”<sup>①</sup>《辞海》把程序定义为：“按时间先后或依次安排的工作步骤。”<sup>②</sup>来自法学视角直接回答什么是程序这一问题的论述至今不是很多。但是在各种法学著述中回答什么是程序法却有许多大同小异的文字和答案。具有代表性的观点认为：“凡规定实现实体法有关诉讼手续的法律为程序法，又称诉讼法，如民事诉讼法、刑事诉讼法等。”<sup>③</sup>类似的观点还有：“对于实体法来说，诉讼法是程序法，其任务是从诉讼程序方面保证实体法的正确实施，保证整个诉讼

《现代汉语词典》，商务印书馆 2002 年版，第 163 页。

② 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 1999 年版，第 2116 页。

③ 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 80 页。

过程的方向和内容符合无产阶级和广大人民群众意志和要求。”<sup>①</sup> “凡是具体规定人们的权利和义务关系的法律为实体法（如刑法、民法）；凡是规定使人们的权利和义务得以实施所需的程序或手续的法律，称为程序法（如刑事诉讼法、民事诉讼法等）。”<sup>②</sup> 这种把程序法和诉讼法等同起来的观点多年来为我国法学界所承认，并由此确立了以这种观点为基础的法学研究格局。比如我国各级法学团体中只有其中的“诉讼法学研究会”开展有关“程序法”的研究，而“诉讼法学研究会”的学术研究其主体内容又仅限于“诉讼法”的范围。这种格局导致了我国长期以来程序法制理论相对薄弱，而且必然地约束着实践的进步。至今，我国程序法制不发达早就是一个不争的事实。那么究竟如何认识程序和程序法，这一点已成为我们不得不深思的一个问题。它有可能会涉及到我们对有关法理学中一些基本问题的重新思考。

## 一、程序

由前述引用的关于程序的定义可以看出，程序是一个描述事物状态的概念，并且是一个描述事物动态及其序列的概念。其中第二个定义把程序仅仅视为“工作步骤”，显然不甚准确。因为程序还可以用以表现客观世界依次运动的状态。“工作步骤”的说法强调了程序用来说明人类行为的意义，但又限制了程序本身所能代表的内容。一般意义上来说，程序所包容的含义应当具有这样一些特征：

### （一）依附性

程序必须是一定事物主体的活动。分析程序不可能脱离一定的主体，即凡程序皆与一定的主体相联系，脱离主体的程序是空

沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社 1984 年版，第 271 页。

② 沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社 1984 年版，第 37 页。

中楼阁。因而程序不可以独立存在。

### （二）次序性

程序必须是时间上先后依次发生的事物主体的动态过程，而不能是无序的、杂乱的，或者随意停止和变动的。

### （三）预置性与确定性

程序应当是预先设置清楚的动态过程，或者是可以被认识到的确定的动态过程。如果程序所表示的事物运动是随机发生的，或者主要是由偶然因素所制约出现的，那么它除非是已经发生了的过程，否则，则不能称之为程序。

### （四）阶段性和连续性

程序只能相对一定的时间过程才能加以考察，并且它也不能脱离相应的空间。这里的时间过程通常表现为不同的时间阶段，故而具有阶段性；这些不同的时间阶段之间是相互衔接的，而不是有间隔或跳跃的。

前文已述及作为程序所依附的事物主体并不限于人类的社会行为。像自然领域中呈现出的春、夏、秋、冬的依次更替，月亮的圆缺重复和昼夜的无穷轮回，同样可以被认为是程序性的。人们的社会行为中依时间先后编排，依一定方向导入的行为也是程序性的。所以程序所能表示的领域应当是比较广泛的。

程序的对应概念应当是实体，然而实体的含义具有更丰富的内容。实体首先是一个哲学中的概念，“通常指具体的事物和现象中常住不变的东西”<sup>①</sup>。在西方哲学史上，一般指事物的不变的基本元素，它与具体变化的事物和现象不同，在一切变化的情况下都会保留下来。唯物主义者把它作为物质（如德谟克利特的原子）。唯心主义者把它作为精神（如柏拉图的理念）<sup>②</sup>。由此我

① 《简明社会科学辞典》，上海辞书出版社 1982 年版，第 685 页。

② 《简明社会科学辞典》，上海辞书出版社 1982 年版，第 685 页。

们可以知晓实体实际上是哲学在回答世界的本质如何时产生的概念，它是用来说明世界究竟是什么的结论性的认定。这一概念用于其他领域往往用来表示事物本身的根本性质和内容。实体一般也是在静态的意义上对世界和事物的认识，人们通常在考察“实体”时，是穿过并摒弃了其繁杂的外在形式与现象及其变化运动的干扰而进行的。这对我们后面分析和认识人类社会的法律规范或许会有启迪作用。在考察世界本质是什么的同时，哲学同样也提出了世界的现象如何，以及世界的本质以什么样的方式存在的问题。比如，世界是静止的，还是运动的；是孤立的，还是相互联系的；是可知的，还是不可知的，等等。这些便是哲学在动态的意义上回答世界的状况如何的论题。对于这一问题的回答当然也存在有无数的争论和分歧，马克思主义的唯物辩证法学说对此以及前一论题无疑具有最科学的论断，其内容在此不用赘言。

根据哲学所研究的两个不同的问题（实质上是一个问题，也是人们世界观中所存在的最基本的问题），我们可以知道对世界的本质及其存在的状态的回答构成了不同哲学体系的基石，它也是任何哲学体系无法回避的一个问题的两个方面。在回答什么是世界的实体的时候，分化出了唯物主义和唯心主义两大派别，又在回答世界状态如何的时候，分化出了形而上学和辩证法的对立。这些都已成为具备哲学常识的人所熟悉。那么我们所要关注的是这里面是否存在有“程序”？笔者以为，不同的哲学派别在回答世界的状态如何、怎么样这一问题的时候，它实际上就是在谈与世界实体所对应的“程序”。虽然“程序”这一词极少出现在哲学著作之中，但它必然地和实体构成了一个对立统一的关系，有实体，便必然有其时间上的“程序”。尤其是当马克思主义的辩证唯物主义哲学为人们所接受并产生指导意义后，我们在看待这一问题时，便自然地看到了正确的答案：世界是物质的；物质是运动的，发展的，普遍联系的，可以被人类认识的；物质的运

动是有规律的，等等。这里所说的规律，实际上也就是确定状态下的“程序”。它客观地存在于世界之中。

哲学学说对世界宏观上的探讨同样可以用来指导我们对人类社会中的行为的考察。在人类社会中，最普遍、最一般的现象当数人类的行为，对此我们同样可以从不同的角度，由不同的出发点予以探讨和考察（事实也是如此，并从而产生出不同的人文学科）。但是，同样无法回避的是，我们也必须回答两个问题（实质上同样是一个问题的两个方面），一是人的行为本身的性质是什么的问题；另一是人的行为的状况，或者说是行为的方式如何的问题。第一个问题，我们可以说是属于实体性的问题；第二个问题，便是与程序密不可分的问题了。由此可见，程序在广义上的涵义应该是与“实体”相对应的概念，它是表现世界状况如何的特定性的概念，是事物在时间范畴中的动态逻辑排列。

程序如果仅仅用来作为描述人类行为的概念，其指向是明确的，它通常表示人们做事的先后步骤和行为的先后秩序。这里同样值得强调的是：人们无论做任何事情，从事任何行为，其客观上必然地存在着我们前文已论及的一个基本问题的两个方面，即一是行为的性质问题（合理性），二是行为的具体形式（程序性）问题。它们这种对立统一的关系不会因我们缺乏注意而不重要和不存在。因此，行为的具体形式构成了程序的基本意义，它表现了行为主体在时间上的先后动态的变化。与自然界不同的是，这种时间上先后动态的变化在自然领域乃至全部客观世界中是由内在的规律所支配和决定的，而人的行为因其主观能动性的变化和差异可以存在着各种不同的动态变化方式，也就是说，可以有很多不同的“程序”。不同的“程序”可能会产生不同的结果，运用什么样的“程序”得到的结果才是公正的，或者能够得到普遍的承认？反之，得到什么样的结果才是公正的，或能得到普遍的承认？差异颇多。所以在行动中选择和确定什么样的“程序”便

成为必要，成为人们社会活动的重要内容之一，构成了社会调整的重要组成部分。而那些通过特定方式被选择用来指导人们从事特定活动的方法、步骤及其萌生的规则，便构成了人类行为规范中的程序性规范。当然，那些指导人们判断从事特定活动的正确性、合理性的观念及其规则则在另一个角度构成了实体性规范。这些规范分别表现在人类社会的风俗习惯、伦理道德、法律法规和宗教教义等等之中。其中法律规范更是以其特有的方式表现出了实体与程序二者之间的差异和密切联系。

## 二、程序规范

程序规范和其他的社会行为规范一样是人类社会对社会关系进行调整的重要工具，是行为规则的重要组成部分。

由于人们对自身行为的两方面问题的提出与回答，便产生了对于自身行为的调整，也包括单个个人对他人行为的影响；既包括一定的社会权威主体对特定个人及其特定行为的调整，也包括社会权威主体对全体社会成员的一般行为的调整。调整人们的行为是人类社会能够组合起来并维持下去的重要手段，是人类社会的活动组织和正常秩序得以保持的必要前提。通常认为适用特定的行为方式，对特定的、具体的个体及其具体情况，以解决特定的、具体的问题为目的而对人们行为给予的一次性调整为个别性调整。而针对较广泛的社会主体和他们的一般情况，以确定行为规则的形式，使他们的行为受到可以无限重复的多次调整的调整方式被称为规范性调整。然而这里的每一种调整又都包括有实体性调整和程序性调整。例如，著名的历史小说《三国演义》中的诸葛亮斩马谲的故事中，诸葛亮命令马谲守卫街亭，同时告诉了他守卫的办法和安营的注意事项。马谲因为刚愎自用没有按诸葛亮指示的办法安营驻军，屯兵于一山坡之上，结果被司马懿包围全歼，街亭失守。诸葛亮几乎全军覆灭，只好以唱“空城计”险

退敌兵，最后挥泪把素有交情而不遵军令的马谡斩首以肃军纪。这里诸葛亮给马谡所下达的军令中，就存在着两个方面，一是实体问题，即守卫卫亭、阻击敌人。这是个性质问题，是守不守的问题。二是程序问题，即如何守卫的问题。这其中当然包括有很多具体的程序细节，有一部分属于常识性和没必要强调的步骤。诸葛亮下命令时便没必要把部队如何集结、粮草如何供应、兵马如何行军等做特殊专项安排，而只对其中有关键意义的屯兵地点和守卫方针做了布置。这一典故便是以确定行为方式的办法对行为给予的一次性个别调整。其中的实体和程序问题，换个角度，我们也常称之为目的和手段、内容和形式等。但是，我们以实体和程序的概念予之称谓显然与其他称谓的内涵有所不同。因为程序应当是比手段和形式更确切、更明晰的概念，并且其时间上还有其秩序性及步骤的排列上还有其阶段性、连续性，其中较关键的步骤更是以其确定性不可更改和变动。在规范性调整的方式中，例如：我国第六届全国人大常委会第十七次会议通过的《中华人民共和国治安管理处罚条例》，作为维护社会秩序和公共安全国家法律，同样包括了两方面的内容，一方面其规定了什么是“违反治安管理行为和处罚”（第三章），另一方面其又规定了“裁决和执行”（第四章）。第一方面的规定是实体性的，由实体性规范构成；第二方面的规定则是程序性的，由程序性规范构成。实体性规范对行为的调整是静态的，以其内容的明确性质预示行为的法律结果，对行为产生内在的拘束和影响；程序性规范对行为的调整则是动态的，以设定清晰的每一步骤的连续实施用来寻求某一行为的直接法律后果。因此我们仅仅注意到对行为进行调整的特殊和一般、个别和共同的关系，也即个别调整和规范调整的关系是不全面的，而必须同时也注意到调整方式的内在结构方面的区别和联系。尤其是在规范性调整中，如果我们只注意到实体问题，而忽略程序问题，那么实体的“静止”属性和程序

上的随意性会最终使得该规范形同虚设，没有意义；反之仅设定程序，而不确定实体，那么程序也将失去运动的基础和标准。此二者应当对应地并存才可构成完整的调整机制实现调整行为的使命。其结构见图：

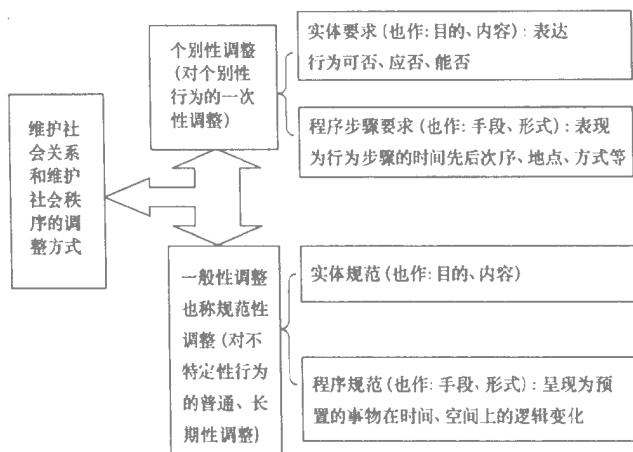


图 1-1

程序及程序规范从另一个角度上说，也是技术性的。它更多地是在生活中被看作是达到目的的手段及内容的表现形式。通常，人们生活中行为的“程序”比较随意，属于自由程序，别人和社会都不干预。但在下列两种情况下却必须遵循特定的程序：一是在处理人与自然以及与主体主观世界对应具有自然属性的其他客观事物之间的关系的时候，人必须在认识自然规律的前提下，确定合理的程序。二是在处理人与人的社会关系时，已经有来自权威主体关于程序方面的指令或已有公共社会程序规范的存在。第一种情况所产生的通常也就是我们大家所称的技术问题，这种情况下，如不遵从其规律性的内在要求，任意行为，必会失去正确性而遭受自然力的报复，因此必须遵循。在技术问题基础

上所产生的技术规范本身主要也是由程序规范组成，其遵行的保障力量除有赖于规范所代表的社会或国家力量之外，还有赖于自然客观的规律。第二种情况则是社会和国家在人类长期共同生产劳动经验基础上，对逐步形成的或固定化的社会行为模式、程序的确认与总结。这种确认与总结是在一般意义上更深入一步的确认总结，它是在使人们预先知道什么是对和错、什么是正当和不正当行为的基础上更进一步使人们预先知道对的和正当的行为应当如何进行，错的和不正当的行为应当如何校正和避免。也就是说设定了对应的行为程序用以判定人们行为在动态过程中的正当与否。相对于正当的目的和目标来说，它便也是一项“技术”，一项处理人们社会关系方面被普遍承认和采用的“技术”，一旦不予遵循则可能会失去其结果的正当价值和意义。

综上所述，我们可以这样来认识程序规范，它是存在于人类社会中那些用以指导、警示、告诫人们在进行某种具体行为时的具体方式、方法的规则，包括指示人们应当在什么时间、什么地点、以什么样的步骤开展相应的活动和必须由什么样的主体来开展该项活动等。

### 三、程序法

程序规范是人们行为规范中的一部分，它的产生和完善与其他行为规范一样，都经历了一个由自发到自觉、由个别到一般、由统一到分化、由简单到复杂、由低级到高级的发展过程，并且在人类社会逐步形成的各个不同层次的行为规范体系（如：道德规范、宗教规范、团体或家族规范、政策规范、法律规范等）中占有重要地位。

程序规范以法律的形式表现出来，是国家实现社会一般调整的重要手段，可以认为它是程序性的法律规范或者说是法律性质的程序规范。它的产生和实体性的法律规范的产生轨迹是一致

的，并且共同经历了一个长期发展的过程。

程序规范以法律的形式表现出来，即应称之为“程序法”，而区别于“实体法”。它着重于对人们行为方式、行为节奏、步骤、环节及其过程等进行预置性设计、规范和调整，是所有用以规范人们行为步骤及行为方式、行为方法的法律规范的总和。

在上述意义上，程序法并不仅仅表现为诉讼法。因为诉讼法仅仅只是用来规范国家诉讼机制如何运作以及对立的当事人双方如何开展诉讼活动的法律规范。它所适用的空间是有限的，其时间过程也只能是在特定的结构和结构主体的互动中，以特定争议为演进内容的过程。虽然这种“演进”使诉讼法拥有了无可替代的“程序法”地位，但是它并不能和有广泛外延的程序法之间划等号。程序法也并不仅仅是指诉讼法。程序法当然地还包括其他有关设置、调整人们行为方式、方法的法律规范，具体在我国已表现出来的有：《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国国家赔偿法》（第二章第三节、第三章第三节）、《中华人民共和国治安管理处罚条例》（第四章）、《中华人民共和国企业破产法》（试行）、《中华人民共和国仲裁法》、《中华人民共和国专利法》（第三章、第四章、第五章、第六章）、《中华人民共和国居民身份证条例》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《中华人民共和国行政监察法》、《中华人民共和国逮捕拘留条例》等。其他以行政法规和地方法规形式表现出来的程序性法律文件和程序性规范则更是无可计数。比如《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《国家能源交通重点建设基金征集办法》、《国营企业实行劳动合同制暂行规定》、《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》、《国营企业职工待业保险暂行规定》、《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》、《工厂安全卫生规程》、《特别重大事故调查程序暂行规定》、《企业职工伤亡事故报告和处理规定》、《行政复议条

例》、《国家公务员暂行条例》等等，都毫无例外地属于我们所要论及的程序法范畴。

## 第二节 程序法与实体法的关系

长期以来，我国法学对程序法与实体法的关系问题一直停留在较浅显的认识阶段。其表现为我国的法学基础理论学科，建立了庞大的以实体法为基础的理论体系，相对地忽略或轻视了对程序法的研究和尊重，实践中也更多地表现出了对程序法的轻慢和忽视。在社会价值观体系中表现出对实用主义的推崇，其结果是把程序及程序规则视为“形式主义”和“教条”而予以蔑视，程序法也自然只居于“助法”、“保障法”的地位，而无独立价值。这些认识极大地束缚了程序法的发展和进步。因而有必要予以重新检视，而正确认识程序法与实体法之间所应有的内在联系，正是检视这一问题的有效方式。

### 一、程序法和实体法的对应性是法制体系完整性的必要要求

由前文所论及的实体与程序的对应关系必然地决定了实体规范与程序规范之间、实体法和程序法之间的对应关系。凡法律规则作为调控人们行为的工具，设定人们的行为方式，并由正义观念、价值观念指衍生生出对人们行为的约束，无不均由判定人们行为的可行与否着眼。对“可行”者提供保障，对“不可行”者予以惩戒，由此而生出权利、义务之说。对设定如此权利、义务的法律，也便冠之实体法之名。然而仅仅如此，并不能尽法律调整行为的全部功用，权利义务由设立到实现均存在一个方式、方法、步骤的问题，并且其一旦遭破坏或失衡，需有保障和恢复平衡的机制，权利义务的实现也需要具体的操作过程，所以实体法

仅仅只起到了法的一半作用。它的静态存在只为社会提供了遵行的模式和法律后果的预置。而真正的权利义务的实现（包括直接实现和后继实现）则仅有法律（实体法）的预设和宣示是不够的，它必须具有程序上的引导和行动。这种引导和行动有时可能并不限于一种方式，也可能有的并不直接要求采用何种形式，而赋予主体一定的选择自由。但是它依旧需要自主确定相应的步骤和程序，脱离了相应程序机制的实体权利义务，永远都是不可能真正存在的。实体法规范设定的权利、义务的程序体现，通常表现为两个层次；第一个层次是对权利、义务的直接实现性质的程序。这一程序在立法上形成之后，往往直接表现为用于直接设定某一类乃至某一项工作的特定方式、方法和步骤，也可以说是表现为直接设定权利、义务主体享有权利和承担义务的具体形式和必然步骤。第二个层次的程序则并不直接服务于实现实体权利、义务，而是后继性的，表现为当实体权利、义务实现遭到妨碍或遇到阻力和纷争时，提供排除阻碍、平息纷争的机制。这一机制的存在，为实体权利、义务的实现，实质上也就是实体法的价值的实现提供了第二层次保障。我们社会中所存在的诉讼机制、仲裁机制等便属于这一类程序。在这一点上，把诉讼法称之为保障法、助法也不失准确。

由上可知，实体法与程序法的对应性同样表现为两个层次：

第一个层次是实体法与程序法的直接对应。即实体法设定权利、义务，程序法规范这些权利、义务的实现方法与步骤。在立法实践中，它表现在诸如：立法权力（实体）和议事规则（程序）之间，行政职权（实体）和行政工作方法、行政决策程序等（程序）之间，合同权利义务（实体）和合同履行方式、时间、地点（程序）之间，公民的民主权利（实体）和公民民主权利的实施规则（程序）之间等。这种对应应在立法中并没有自觉列明，某些实体法中的权利、义务在程序法中的对应可能仍是空白。这

暴露了我们长期忽略程序法制的弊端，也可能有一部分实体权利义务的本质属性决定了其程序上的相对自由存在而不需规范。但是实体与程序本质上的对应性，以及我国今后依法治国的内在要求，必然促使程序法制迅速完善和加强，使任何在实体法中设定了的权利、义务获得相应的程序保障。

第二个层次是实体法与程序法在附载条件上的对应。即实体法设定的权利、义务没能够通过相应的程序与方式获得直接实现，遭到了破坏和侵害，这种遭受侵害的实体权利、义务关系，需要恢复和校正，需要另一种动态机制来修补和平衡，于是就出现了后继性的程序法与之对应。这种程序法并不直接设定某一义务的承担或某一具体权利的实现办法。而只是把某一类及某一项权利遭受损害后的恢复问题列入机制之中，从而确定如何对破坏了的权利、义务关系进行弥补和修复。这种弥补与修复往往通过对违反实体性法定义务的主体进行惩戒或追究责任义务来实现。因此，惩戒违法主体的条件、标准、步骤、方法等便成为该类程序机制的基本内容。我们过去常常所论及的诉讼法，乃至该意义上的“程序法”都是由这个意义上切入和展开的。我们可以把它称为保障程序法。由上我们可以用图 1-2 来表示实体法与程序法的对应性质。

## 二、实体法是程序机制的历史结果

历史上，最早的法制，或许并不是以实体法设定权利、义务的方式表现出来的，而呈现在历史视野中的最早的法制实际上是程序性质的机制运行以及运行的规则。在周长龄所著《法律的起源》一书中介绍了古希腊学者普罗泰哥拉对法律起源的认识，即他从“人是万物的尺度”这一命题出发认为，法律是相互作用着

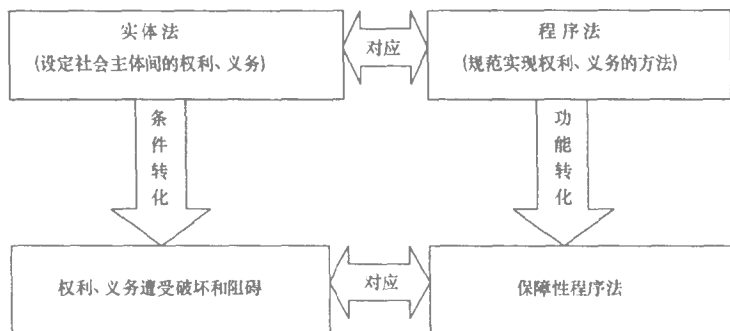


图 1-2

的人们，为了不致在相互的冲突中共同毁灭而共同创造出来的<sup>①</sup>。古罗马思想家马尔库斯、土利乌斯、西塞罗则认为，法律既不是来自世俗人们的思想，也不是来自各个民族传统的习俗，更不是来自国家的制定和认可，法律是从自然产生的，自然法来自神的理性，人定法源于自然法<sup>②</sup>。另外，还大量存在着各种纷纭不同的法律起源学说。但是无论哪种学说，都无可否认的是，法律规则的出现必然不会是一蹴而就，而是表现为一个过程，该过程也必然是运动的、变化的、能生成结果的。

在诉讼的意义上，“诉讼的实际结果由于诉讼程序或具体过程的差异可以有极大的不同。于是，从这个角度出发，就出现了另一种思想，认为程序法并不是助法，而是具有实体内容形成作用的法的重要领域。实体法上所规定的权利义务如果不经过具体的判决就只不过是一种主张或‘权利义务的假象’，只是在一定程序过程产生出来的确定性判决中，权利义务才得以实现真正意

① 周长龄著：《法律的起源》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 21 页。

② 周长龄著：《法律的起源》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 29 页。

义上的实体化或实定化'<sup>①</sup>。

“即使从关于实体法与程序法关系的传统观点出发来看，今天的实体法放弃了法律完美无缺的神话，而更多地信赖于程序过程中法官的判断，这一点也已经是不可争的事实。”<sup>②</sup> 这种程序中产生实体法的现象并非始自今日。原始社会没有实体法的观念，共同体的代表诉诸某种超自然的力量来解决纠纷的所谓审判就是依靠程序。即使对这种原始状态存而不论，只要回溯到英美法和大陆法历史的早期阶段就可以发现只有程序而不存在实体法观念的现象。早期英国法采取诉讼方式的程序活动，具有特定事实关系的案件通过特定诉讼方式处理。如果由于社会变化或其他情况发生了原有诉讼方式不适应的问题，就创造并引入新的诉讼方式。以我们今天的眼光来看，诉讼方式的追加其实就是创制新的实体法和新的权利。另一方面，作为大陆法起源之一的罗马法中同样可以看到类似的现象。用一句话来表达这些现象就是：程序是实体之母，或程序法是实体法之母。

### 三、任何实体法不可能脱离程序机制而存在，任何程序法也都不可能脱离实体内容而运行

此命题是前文已述及的程序法与实体法内在对应性要求的必然结果。然而，内在的对应要求，在实践中并不都反映在现行的法制之中。在一定社会范畴内，有时实体法的设定早已存在，而程序机制则仅仅依自然生成，立法空无，亦可运行。但此运行必然是在不自觉的状态中，遵循程序。也有时，在实体正义不知为

（日）谷口安平著，王亚新、刘荣军译：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 6～7 页。

<sup>②</sup> （日）谷口安平著，王亚新、刘荣军译：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 7 页。

何物，缺乏应有的标准和尺度时，法律形式可能表现出来的仅仅是程序。社会主体只要依照该程序要求遵行，则无论其结果如何不确定，则必然是正义的结果。当然，它仍然以实体上的当否为基础。这里包含有社会的多元性带给法制建设的复杂的逻辑结果，但也存在有我们思想认识上的偏差与误导。当实体法的内容率先存在的时候，它所产生的昭示、规范、警戒作用是明确的。其设定的权利，往往也由权利主体自由设置“程序”而行使，义务则由义务主体依法定或约定或权利主体要求的“程序”而履行。又因这一对应表现在不同的社会关系范围内，其产生的内在要求存在着程度上的差异，必然反映为程序立法的必要性是否存在的问题。通常，民事关系范围内，实体法设立的权利、义务因其民事性质而并不存在普遍的直接对应的程序立法。权利的行使与义务的承担更多地取决于民事主体自身的程序运作。只有当民事实体权利义务关系受到破坏的附载条件存在时，才需法律强力的保护。因而出现了民事诉讼、民事诉讼法以及仲裁制度等社会机制和法律。公共权力系统对内或对外的关系中，因其所享权力的被授予性质，而不可能对权力拥有完整的处分权能，但其对权力的自主处置和对运作程序的自由抉择，会产生各种不同的实体结果。因此，擅权和滥用权力的弊端会因此而盛行。对其加以限制，从立法上加以约束，以使其只能在特定的程序中使用其被授予的权力，在理论上和实践中都成为紧迫的要求。而这一部分的程序立法，将构成与其实体法中享有的权利或权力，承担的义务或责任的直接对应。同时，在这部分关系中，第二层次的对应，也存在着紧迫的法制要求。如行政法与行政诉讼的对应，构成了一般意义上对行政关系上出现的纠纷的调控机制。但更多的，如宪法实体意义中的权利义务遭损害条件下，目前在我国便缺乏相应的程序法保障。

总之，实体法与程序法的内在对应要求和现实不可分的特

性，并没能够充分地表现在现有的立法实践中。它们或多或少地处于一种失衡状态，尤其是在我国，这种状态更加突出。二者之间的平衡和对应往往在一定程度上代表着一个国家法治程度的好坏和法治水平的高低。凡是对二者关系协调得比较好，尤其是特别重视程序法制的国度里，通常拥有一个较民主先进的法治社会；凡是对二者协调得不太好的国度里，则往往言及的法治，只能够成为一种美好的理想和追求的目标。

### 第三节 程序法的概念、特征和作用

我们否认了程序法和诉讼法混同的观点，认为这种观点不科学地限定了程序法本来的内涵。对此，已有不少学者予以认同，并在新的意义上从不同的角度给出了何谓程序法的回答。对此，各有仁智之见。笔者在此也愿就自己一孔之见，论及程序法及其特征。

#### 一、程序法的概念

我们在第一节中曾论及程序法是对程序规范的法律化表现，即把程序规范以法律的形式表现出来。这种表述显然只在于说明程序规范和程序法的联系，并没有准确地回答何谓程序法的问题。至于程序法拥有什么样的内在规定性和外在形式更没有涉及。这也是我们将要在下一步逐步论及的内容。何谓程序法？有学者认为：“程序法是有关人们设定、调整及实施权利义务的时序、方法、步骤的法律规范的总称。”<sup>①</sup>也有的学者并没有直接回答这一问题，而在间接的意义上给予了充分的论证，如有学者论述：“毫无疑问，诉讼法，包括刑事诉讼法、民事诉讼法和行

张令杰：《程序法的几个基本问题》，《法学研究》1994年第5期，第31页。