

程序法论

黄捷 著

中南大学出版社

程 序 法 论

黄 捷 著

中南大学出版社

程序法论

黄捷 著

☐责任编辑 彭达生

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路 邮编:410083

发行科电话:0731-8876770 传真:0731-8710482

电子邮件:csucbs @ public. cs. hn. cn

☐经 销 湖南省新华书店

☐印 装 长沙市华中印刷厂

☐开 本 850×1168 1/32 ☐印张 6.75 ☐字数 168 千字

☐版 次 2003 年 7 月第 1 版 ☐2003 年 7 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 7-81061-733-8/D·060

☐定 价 16.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

前 言

法学的繁荣在于法学理论的进步和多元化，在于法学理论能够为法制实际生活提供前瞻和指引。现有法学理论在每一个具体领域都获得了长足的发展和进步，使我国现代法治比以往任何一个历史阶段都更引人注目，也更进步。

进步的法学应当更能够反映客观的法律现象和法治发展趋势。其中在法律体系和法律类别方面，笔者以为对其换一种视角进行观察，或许更能够令人感觉到全面和准确。在此基础上进行的分析对我国法治的进步可能更能产生促进作用。因此，本书由实体和程序法制分立的角度展开研究，并着重探讨程序法制的一些基本理论问题。其中较多地涉及到关于法律体系的重新认识和划分。作者在书中试图跳出已经习惯了部门法的划分和已经由现有学术组织机构和学术体系形成的比较固定、传统的模式，跳出这种已经圈定了的理论框架和惯性思维，祈求在新的思维体系内提出自己关于程序法的基本观点。

我国法学界关于我国法律体系的认识主要体现在法学基本理论的教材之中。通常认为法律体系是由一个国家的全部现行法律规范分类为不同的法律部门而形成的有机联系的整体。在我国则表现为由宪法统帅下的诸多部门法，如刑法、民商法、行政法、经济法、诉讼法、社会法等相互联系所构成的有机整体。近年来，有关探讨法律体系的文章多集中在一些部门法领域之中。一些宏观一些的学术分析也基本是沿着传统的关于法律体系的认识而进行的研究。事实上这一现有的关于法律体系等理论问题的认识在逻辑上存在着一定的模糊性，在立体性和层次性方面缺乏

分析和深化。我国该方面的学术研究有所不足，尤其是集中而又宏观地探讨法律体系并予以科学构建的学术成果尚待丰富和充实。本书作者试图立足于对法律体系的实体和程序性划分、权力和权利性划分，以及依此为基础进行的多层次法律体系框架性认识，提出自己关于程序法的若干基本问题的认识，并结合宪法、行政法、诉讼法提出一系列自己的见解，期望为法治进步添砖加瓦。鉴于作者的认识局限，书中的不足和错误在所难免，期望学界同仁及广大读者予以批评指正。

作 者

2003年4月19日

目 录

第一章 绪 论

- 第一节 程序与程序法…………… (1)
- 第二节 程序法与实体法的关系 …… (11)
- 第三节 程序法的概念、特征和作用 …… (17)
- 第四节 程序法的分类和体系 …… (27)

第二章 宪法性程序法

- 第一节 概 述 …… (35)
- 第二节 选举程序 …… (37)
- 第三节 组织程序 …… (42)
- 第四节 国家权力机关内部的工作程序 …… (46)
- 第五节 会议规则 …… (51)

第三章 宪法保障性程序法

- 第一节 概 述 …… (58)
- 第二节 国际上宪法保障性程序法概况 …… (63)
- 第三节 我国宪法保障性程序法的历史和现状 …… (66)

第四章 行政程序法

- 第一节 概 述 …… (68)
- 第二节 行政程序法的分类及意义 …… (72)
- 第三节 行政程序法律关系结构 …… (76)
- 第四节 行政内部关系程序法 …… (80)

第五节 行政相互关系程序法	(84)
---------------------	------

第六节 行政对外关系程序法	(90)
---------------------	------

第五章 行政保障性程序法

第一节 概 述	(96)
---------------	------

第二节 行政级别保障性程序法	(100)
----------------------	-------

第三节 行政监察程序	(102)
------------------	-------

第四节 行政复议程序	(105)
------------------	-------

第五节 行政保障性程序法的完善	(110)
-----------------------	-------

第六章 诉讼法的地位

第一节 诉讼法的一般问题	(114)
--------------------	-------

第二节 法律规则和法律体系的一般构架	(134)
--------------------------	-------

第三节 诉讼法的位置和作用	(151)
---------------------	-------

第七章 诉讼关系的结构形式

第一节 诉讼关系结构形式的界定	(157)
-----------------------	-------

第二节 诉讼结构的基本形式	(170)
---------------------	-------

第三节 诉讼结构的转化形式	(176)
---------------------	-------

第四节 三大诉讼结构的内在关系	(184)
-----------------------	-------

第八章 诉权与诉

第一节 诉 权	(189)
---------------	-------

第二节 诉	(196)
-------------	-------

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。”^①《辞海》把程序定义为：“按时间先后或依次安排的工作步骤。”^②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。”^③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

① 《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。”^① “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）。”^② 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

^① 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，而不可以是无序的、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”^①。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）^②。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，即守卫街亭、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的国家法律，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：

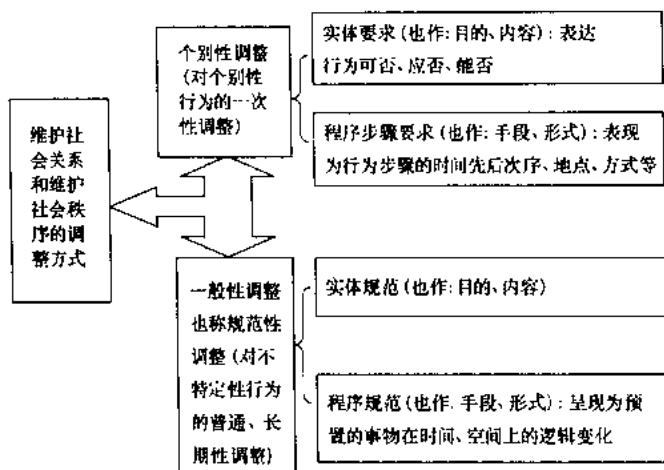


图 1-1

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