

董治良 著

 云南民族出版社

求
衡
集



求

集

江苏工业学院图书馆
藏书章

集



董治良 著

云南民族出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

求衡集 / 董治良著. —昆明: 云南民族出版社, 2007. 6
ISBN 978-7-5367-3753-2

I. 求… II. 董… III. ①法学—中国—文集②司法制度—
中国—文集 IV. D920. 0-53 D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 093915 号

书 名	求 衡 集 QIU HENG JI
责任编辑	张福言
责任校对	陈江涛
装帧设计	张福言
出版发行	云南民族出版社 (昆明市环城西路 170 号云南民族大厦 5 楼 邮编: 650032) http://www.ynbook.com ynbook@vip.163.com
印 制	云南民族印刷厂
开 本	889 mm × 1194 mm 1/32
印 张	11.75
字 数	260 千
版 次	2007 年 6 月第 1 版
印 次	2007 年 6 月第 1 次
印 数	1 ~ 2000
定 价	39.00 元
书 号	ISBN 978-7-5367-3753-2 / D·347

自序

自序

幼时，一生为老技工的父亲和不识字却深明大义的母亲常叮嘱我，如不好好学习，你只能终生靠劳作糊口。父母的教诲，是他们从人生的甘苦中所获的深切感受，也是中国传统教育中“唯有读书高”的思想在父辈身上的延续所至，却让我自小养成了朴素的勤学意识。长大了，在母校师长和单位领导的培养下，自担任县广播站业余通讯员始，形成了思考并记录下来的习惯。20多年来，笔耕不辍，将记录下来的学习心得投寄各刊物变成了铅字，其中又有很多文章是大学毕业后工作中的一些理论思考或研究心得。受云南民族出版社张福言老同学的建议和怂恿，将能找到的一部分论文汇编成册。由于文章写于不同时期，未有什么理论框架或体系的完整建构，不一定契合今天的社会发展和形势需求，只能作为一部杂思论想供参考。因其是个人思路历程的一种记录，这次汇编时未作修改，仍以发表时的原文收入书中。一方面于我有温故而知新之感，敦促自己在原来的思想认识基础上，能更深地或更好地思考和探究当前的一些理论问题及建设性工作。另一方面，保持文章的历史原样，让读者可以辩察自己在理论园地中的不足和欠缺，也期望由此能帮我在求知、求真、求实的道路上获得一些教益。国家的法制建

设是一个长期的工作和任务，从体制到理念、从实践到理论，都需要不断地探求、总结和创新。这些文章如多少能给人一些思悟和感触，也就遂愿。而将拙作命名为《求衡集》，是从文章内容和个人职业特点的因素考虑。法的精神就在于对公正、公平的价值追求，在今天的和谐社会建设中，象征着法律的天平不仅仅是佩戴在胸前的饰物和安放在办公楼墙壁上的形式，更重要的是要牢牢地矗立在我们的心中。这也是一个出版此书的初衷，借以为序。

董治良

2006年12月

目 录

目 录

第一编 司法职能论

法院工作实务	(3)
试论审判制度的沿革、现状与改革	(23)
关于弘扬社会主义法治理念的思考	(38)
党的领导是推进人民司法事业的根本保证	(54)
司法能力建设的功能解读	(63)
大力加强法院党组织执政能力建设	(69)
深入学习《决定》精神 加强执政能力建设	(72)
树立人民法院司法为民的良好形象	(79)
提高司法审判水平 确保法律有效实施	(88)

第二编 司法实践论

法院管理浅论	(95)
加强人民法庭司法建设	(116)
禁毒对策研究	(135)
切实解决“打官司难”	(139)
加强涉诉信访工作 构建稳定和谐社会	(143)
规范立案工作程序 依法推进改革创新	(149)
审判监督工作中应注意的几个问题	(153)

刑事再审程序改革的几个问题	(156)
对审判委员会制度的调查与思考	(166)
建立有效防止“超审限”和“超期羁押”的机制	(176)
准确把握党的刑事政策实质 稳步推进刑事审判制度改革	(185)
再论宽严相济的刑事政策	(209)

第三编 法学思维论

改变法制作用不足的对策	(239)
新《刑事诉讼法》实施难点分析	(245)
禁毒浅论	(251)
公平和效率关系刍议	(269)
《公司法》是建立现代企业制度的重要法律保障	(274)
农村集体组织的物权问题透析	(290)
关于制定《行政编制法》的立法思考	(297)
关于民族自治州县立法问题的几点思考	(306)
正确处理坚持党的领导和人大依法行使职权的关系	(314)
资源大省应重视知识产权保护	(320)

第四编 伦理学

论社会主义婚姻道德建设的途径	(327)
论现阶段婚姻道德评价的尺度	(333)
儒学政治伦理功能的理性解读	(338)

第五编 经济学

试论农业地租及其作用	(365)
------------------	-------

第一编 司法职能论

法院工作实务

法院工作实务，归纳起来有四个方面的内容：一是法院的历史沿革，即法院是什么？二是法院的职能，即法院做什么？三是法院的工作怎么做？四是对司法体制改革和审判方式改革的思考。通过对法院的职责、职能、历史、现实和改革趋势的明确，让社会各界特别是法院工作人员了解“神秘”的法院工作，以更好地履行宪法和法律赋予的工作职责。

一、审判机关的历史沿革

（一）法院的概念

法院就是审判机关。《辞海》的“法院”条目是这样定义的：“国家的审判机关，专政的重要工具之一。在古代和中世纪，审判权归行政机关行使，没有独立行使审判权的法院。现代与行政机关分立、独立行使审判权的法院，是在资产阶级革命（这里的资产阶级革命是指1640年开英美法系先河的英国资产阶级革命和1789年开现代大陆法系先河的法国资产阶级革命）取得胜利后，按照‘三权分立’的原则建立的。普通法院审判一般的民事案件、刑事案件和行政案件，专门法院（如军事法院、海事法院等）审判特定范围的案件。有的国家还设有

宪法法院、行政法院等。”各国法院的组织体系和名称不尽相同。我国的法院称为“人民法院”。因此引申出来的所谓“法治”，是国家通过法院这一政权机器，以强制力保证法律的施行，规范社会秩序，维护统治阶级利益的统治方法。早在古希腊时期，哲学家亚里士多德在其《政治学》一书中就论述了法治胜于人治的道理。他认为“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该本身是制定的良好的法律”。但法律的普遍服从要靠法院的严格程序运作来保证。

人民法院的职责职能来源于《宪法》授权，我国《宪法》第123条规定：“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这就是法院的历史概念和现代含义。

（二）法院、司法和审判权

如前所述，法院是国家审判机关，专司法律适用、规范社会秩序之职，其职权又称为司法权或审判权。实际上司法权来源于政治制度的设计，是政治制度中设定司法权以及规范司法权如何行使的那部分制度。因此界定司法制度的基础就是界定司法权。所谓司法权，通常的解释有四：一是审判权；二是审判加检察权；三是审判、检察加侦查权；四是执法权。但对其界定仅凭经验是不够的，还应从理论视角上进行认识。第一，司法权是从国家权力中分化出来的一种权力的形式。最早的国家权力包括私人纠纷的垄断处理权，美国法学家庞德在其《通

过法律的社会控制》一书中指出：“最早设计的法律制度，是通过要求被害人亲属放弃复仇行为和规定旨在确定事实的机械的审讯方式，来调节并最终制止私人之间的战争。”即通过审判制度的设计来确认事实，辨别是非，制止原始的同态复仇。由此国家对纠纷的处理权包括了确认事实、分清是非、进行惩处的权力。由“确认事实”发展成了今天的检察权和侦查权，由“分清是非”发展为今天的审判权，由“进行惩处”发展为今天的执行权。第二，在逻辑上，司法权是法律发展的必然结果。民商法的发展使私人之间的经济和人身纠纷需要依法裁判；刑法的发展使政府必须代表国家对危害社会的行为进行制裁，这就需要调查事实，依法审理和进行惩处；宪法的发展使各种政治权力的行使必须符合规范，这就需要进行监督。基于上述，方立新先生在其《司法独立原则评析》一文中指出：“从目前法律发展的状态来看，现代意义上充分发展的、完整形态的司法权，包括案件调查取证权、听审表决权、法律解释权、司法审查权和宪法实施监督权，已经完全不同于人们对传统司法权及其司法职能的理解，故一国司法权的具体内涵依该国法律发展的情况而定。”尽管从上述两个视角看，广义的司法权有着较为宽泛的解释，但司法权的核心应定位于审判权。这是因为：一是确认事实为的是分清是非；二是任何法律关系上所产生的诉讼都会引起审判，但不必然引起检察、侦察和惩处，如民商事案件和破产案件等。需要注意的是，上述说明不是说司法权仅仅只是审判权，之所以它还包括检察权、侦查权，是二者确定的事实构成了部分审判权的前提，而执行权则是审判权的延伸。所以严格地讲，司法权就是以裁判方式为核心，保障和监督国

家法律实施的制度化力量。但司法权和司法机关是否完全对应，取决于国家对司法制度的设计和安排，只有专门享有司法权的部门才称得上是司法机关。在英美为法院，在我国为法院和检察院。

（三）中国法院的历史沿革简述

法与私有制、阶级、国家一起产生，在人类历史上，古代国家中的行政、司法不分是世界共同经过的法的幼稚阶段。只是作为封建历史较长的中国，尽管法的概念早在春秋战国时就有现代意义的定义，周代就以礼、以德治国，形成了中华法系，但现代意义上的“法院”出现则是比西方晚了许多。如对法的解释，《管子·七法》中早就将其定为标准、规范之义。其释义为：“尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法。”《墨子·经下》则有了法的施行、适用的论述：“一法者之相与也尽类”，指的是按照同一的原则去做，必然得出同样的结论。

虽然如此，在长达两千年的封建政制历史中，中国的行政与司法是服从统一的皇权，二位一体的，即由行政长官兼署司法长官之责。只是到了近代，在西方列强的侵辱下，清朝统治集团内部的一部分具有近代思维的人痛定思痛，为维系封建统治，力主仿效列强，学习西方，变法维新，救亡图存。在“礼治”与“德治”争论中，修订法律大臣沈家本主张“法治”得到皇帝支持，占了上风，并受谕旨，将一切现行律例，包括审判制度，按照实际情况，参酌各国法律，悉心考订，委为拟议。沈家本上方宝剑在手，会同各部各省，一边修订律条，一边改

革司法制度。1906年12月改专司死刑效能的刑部为法部，掌管司法行政工作，不再兼理审判业务；改专司审判但无核准或终审权的大理寺为大理院，为最高审判机关，同时负责法律解释和审判监督工作。在地方，省设高等审判厅，州设地方审判厅，县设初级审判厅。当时的大理院（即今之最高法院）的主官不叫院长，设正卿（院长）、少卿（副院长）各1人，刑科、民科推丞（今之庭长）各1人，刑科推事（今之审判员或曰法官）19人，民科推事9人。另设都典簿、典簿、立簿、录事（相当于今之档案卷案装订、判决文书草拟的助理审判员和书记员）等职。从法官（推事）编制设置看，重刑轻民是中国法治的传统。而检察院是与法院合署的，大理院中附设总检察厅，设厅丞1人（今之检察长），检察官6人，掌民刑案件之检察事务，调度司法警察官吏。大理院中另设看守所，设所长1人、看守所官4人，即部分监狱和看守所是由法院进行管理的。全国实行四级三审制，即由县而府，而道（跨行政区域建立承接二审的道尹公署承审处），申司详院（不服二审可申请司法厅乃至中央司法部门三审或复核）。

在云南，按清廷改定司法官制要求，1910年才将行政官兼理司法的按察使司改为提法使司，在昆明庆云街的办公地点叫提法公所，下分司法、典狱两科。第一任省提法使司为秦树声，王槐荣为司法科长，张其鉴为典狱科长。

1911年10月10日辛亥革命后，12月13日由各省都督府代表联合会制定公布了《临时政府组织大纲》，在临时大总统孙中山先生领导下，3个月后制定了《中华民国临时约法》，设计建立的司法制度为：由总统和司法总长分别任命法官，组成中

中央裁判所，行使最高审判权，废除封建刑讯体罚，拟制《中央裁判所官职令》，慎选法官，即最高法院当时拟称为中央裁判所；拟制《律师法》，建立律师制度；实行公开审判、陪审和辩护制度。云南则在1912年5月由当时的省民政司司长王玉璘筹建司法机构，不过只改提法公所为高等审检厅，下设云南府地方审检厅、昆明县初级审检厅，其余复按旧制。1915年云南护国军兴起与北洋军政府断绝关系，司法制度为地方自设，变化多端。至1927年11月，国民政府为统一司法权，裁撤各省专司审判的司法厅实行院长制。到1928年1月，云南省才正式裁撤省司法厅，司法权统归最高法院云南分院，原监督推事改为主办审判官，并兼管理检察行政业务的院行政委员会主席。

基于上述，中国的审判机关命名为“法院”一词，最早见诸于1925年武汉国民政府，系从日语中翻译而来。1927年5月全国才统一审判机关名称为“法院”，各省高等审判厅也改称高等法院，县、市为地方法院，中央大理院改为最高法院。仿德国、法国司法制度，各级检察厅改称检察处，作为法院的一部分独立机构而不是独立机关附设，其经费由法院统一管理。1928年拟订《法院组织法草案》，设立立法院后制定了所谓的《六法全书》（宪法、民法、民诉法、刑法、刑诉法、行政法），奠定了民国时期的司法制度基础。至1932年11月28日《法院组织法》由司法院修订，立法院审议通过颁布，1935年7月1日起施行，设法院为地方、高等、最高三级，改“四级三审”为“三级三审”。云南高等法院自1927年11月由中央任命第一位院长王灿后，中央和地方争夺院长任命权，连1927年10月云南自行任命的控诉法院院长李延在内，历届9任，其中中央、

地方各任命4人，代理1人。下设大理、昭通、宁洱（今普洱）、腾冲、文山、曲靖、顺宁（今临沧凤庆）7个分院，但至建国前夕，县级地方法院也没有建立完毕。

（四）新中国的人民法院

社会主义新中国的法院产生于1931年江西苏区的《中华苏维埃宪法大纲》，当时苏区设立了中央最高法庭和省县各级裁判部，在各红区特别是陕甘宁边区高等审判庭时奠定了基础，形成了人民法院审判工作如“马锡五审判方式”即“两便”原则，民事纠纷调解原则，刑罚中的管制劳动处罚方式等工作制度。1948年各解放区裁判部和人民法庭统一称为人民法院。建国前的1949年2月，中央发布了《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》，提出人民司法工作应以人民的新的法律作为依据。1952年，针对建国后的政制建设要求，全国进行了司法改革运动，批判了反映剥削阶级意识的旧法观点和旧法作风，提出了人民法制的原则和制度，以1954年《宪法》和《法院组织法》通过施行为标志，社会主义法制和人民法院的四级两审制度基本建立，法治的前景光明。遗憾的是，1957年的反右扩大化倒脏水时连小孩也倒了出去，批判了一些原属马克思主义法学的原则和内容。表现在以“区分敌我”来批判“法律面前人人平等”原则，以司法行政合一批判“司法独立”，以“老爷作风”批判严格依程序法办案等，并清理出去了6000多名法学专业的“旧法人员”，代之文化偏低和法律知识欠缺的积极分子，从而以阶级斗争取代了法治追求的公正价值。特别是“文革”10年，彻底砸烂了“公检法”，以“一长

代三长”、“一员代三员”的极“左”做法否定了法治原则，造成了中国现代史上罕见的政治、经济、人权灾难。

在省內，1950年3月8日，昆明市军管会司法组开始接管旧高等法院和地方法院及看守所，成立云南省人民政府人民法院，至同年5月底始，全省当时12个专区成立法院，后改称为云南省人民法院的分院，当时的131个县市相继建立了如法政科、仲裁委、法治股等名称的司法机构，后改称为人民法院或叫司法科。1954年《宪法》颁布，司法改革结束后审判机关才真正脱离政府编制，改称云南省高级人民法院，由原来的三级五个层次（高法及其分院，省级法院及其分院，县级法院）改为四级两审终审制。

党的十一届三中全会以来，以解放思想、拨乱反正、把全党全国工作重点转移到社会主义现代化建设上来的伟大转折为起点，社会主义法治的原则重新得到了恢复发展，人民法院从1973年恢复到1979年“两法”颁布，工作走向正常化并逐步得到健全，形成了现在运转有序的司法体系。

综上所述，司法权是国家权力的重要组成部分，司法职能决定着法院的地位。而所谓司法权就是以裁判方式为核心保障和监督国家法律实施的制度化力量，严格地讲司法权就是审判权。由于司法活动的价值目标是公正，司法权的行使应当是独立的，《宪法》第123、126条规定人民法院“独立行使审判权”的法理基础所赖于斯。和美国相比，差异只在于“司法权”和“审判权”的概念含义和司法权的具体设置上。在美国，司法权就是审判权。在我国，司法权首先是审判权，同时还包括检察权。（见德全英：《中美法院维度的宏观比较与思考》，载《法