



Shenhua Sifa Gaige Yu Xingzheng Falü
Shiyong Wenti Yanjiu

深化司法改革 与行政法律适用问题研究

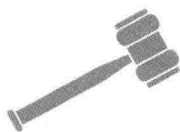
——湖南省法院系统第十四届理论研讨会论文集

湖南省高级人民法院研究室 编



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

湖南·长沙



Shenhua Sifa Gaige Yu Xingzheng Fa
Shiyong Wenti Yanjiu

深化司法改革 与行政法律适用问题研究

——湖南省法院系统第十四届理论研讨会论文集

湖南省高级人民法院研究室 编



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

湖南·长沙

图书在版编目(CIP)数据

深化司法改革与行政法律适用问题研究:湖南省法院系统第十四届理论研讨会论文集/湖南省高级人民法院研究室编.

--长沙:中南大学出版社,2017.7

ISBN 978-7-5487-2811-5

I. ①深… II. ①湖… III. ①司法制度—体制改革—中国—学术会议—文集 ②行政法—法律适用—中国—学术会议—文集

IV. ①D926-53 ②D922.105-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第125432号

深化司法改革与行政法律适用问题研究
——湖南省法院系统第十四届理论研讨会论文集

湖南省高级人民法院研究室 编

□责任编辑 沈常阳 郑 伟

□责任印制 易红卫

□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:0731-88876770

传真:0731-88710482

□印 装 长沙印通印刷有限公司

□开 本 720×1000 1/16 □印张 39 □字数 778千字

□版 次 2017年7月第1版 □2017年7月第1次印刷

□书 号 ISBN 978-7-5487-2811-5

□定 价 118.00元

图书出现印装问题,请与经销商调换

编辑说明

法治是经济社会发展的保障，是维护社会公平正义的抓手，是形成制度自信的要义。2016年是《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》实施元年，是司法改革的攻坚阶段，是推进中国法治建设的重要节点。为进一步弘扬法治精神、推进法治湖南建设，为人民法院司法体制改革、审判和执行工作提供理论支持，湖南省高级人民法院于2016年4月以“深化司法改革与行政审判实践研究”作为湖南法院系统第十四届学术讨论会主题，面向全省法院发布了论文征集通知，组织全省法院的法官坚持从实际出发，深入调查研究，围绕“司法改革”“行政审判实践研究”等热点问题进行了广泛的理论研究。

征文通知发布后，各级法院积极响应，踊跃参与，不少法院还以本主题举办了辖区的学术研讨会。本次征文共收到论文1100多篇，为了将优秀论文推选出来，我们制定了严格的评审标准和评审程序，邀请专家对所有论文进行初评和匿名复评、终评，共评选出获奖优秀论文115篇，其中一等奖12篇，二等奖20篇，三等奖36篇，优秀奖47篇。限于篇幅，本书只收集了一、二等奖及部分三等奖的文章，对于没能入选本书的作者，在此表示歉意和谢意。另外要说明的是，本书有些论文的作者单位、职务已经发生变化，本书标明的是作者写作时的单位、职务。

本书的作者主要是来自湖南法院系统的各级法官，他们大多处在审判工作一线，既具有丰富的实践经验，又有着较深的理论思考。本书的论文对司法体制改革与司法规律、行政法律适用的诸多理论与实务问题进行了研究，对近年来司法实践中的新情况、新问题进行了探讨，提出了不少有益的对策和建议，展现了他

们的司法智慧，饱含了他们对于司法事业的热爱，也表达着他们对于司法改革美好前景的期盼。当然，书中有些论文的观点还值得商榷，有些论述还有待深化，有些文章对于实际操作的指导性还有待进一步加强。

希望本书的出版能为全省法院审判理论研究和实务工作提供一定的参考，能为全省法院工作的发展和司法改革提供智力支持，为全面推进依法治国作出湖南法院的应有贡献。

在本书付梓之际，谨向为本书的出版付出辛勤劳动的各位领导、评委和编辑人员表示感谢。

由于水平有限，编选工作定有疏漏之处，恳请批评指正。

目 录

深化司法改革研究

“额外”法官协助办案模式中国化的逻辑与路径

——兼论未来法官之分类构想 张 欣(3)

司法改革背景下行政审判职权的分化与整合

——以当前“一千多支”的管辖现状为视角 罗梓榆(22)

司法改革背景下法官离职倾向及关键性因素考察

——基于 H 省 311 份法官调查问卷之 SPSS 统计分析 刘 菁(38)

协同论视野下行政案件相对集中管辖改革之审视与完善

..... 李雨林 赵 明(56)

行政拘留程序中律师有限度参与的制度设计 郭 飞 刘学丰(73)

“大少审，大家事”：少年家事审判从普通化到专业化

——人民法院内设机构改革不容忽略的维度 钟玺波 何小彦(87)

繁案精写：让证据“说出”真相

——民事一审判决书事实查明部分书写模式新构 ... 何文哲 许云莉(103)

跨区划行民交叉案件管辖权冲突的解决

——基于行诉法第 18 条第 2 款及第 61 条第 1 款的分析 张飞律(116)

行政审判实践研究

公开与保密之间：论国家考试信息的司法认定路径重构

——从高考答卷被保密谈起 曹 敏(131)

规范性文件审查结论的理性证立

——兼论规范性文件制定机关出庭机制构建 龙 徽(143)

从行政到司法：论我国死因确认司法化的理论基础与路径构建

——由“雷洋”事件引发的思考 廖宏伟 郭 飞 周亚平(158)

行政协议第三人效力适用规则之维度把握 龚 卉(173)

公私合作背景下行政优益权司法认定的变革与重构

——以 155 份裁判文书为样本 王国旭(185)

“公物命名”争议司法审查探析 欧阳灏 张 平(200)

反思与重构：论行政诉讼证明标准的类型化构建

——以 255 份裁判文书为研究样本 罗重海 禹楚丹 石瑞婷(217)

认真对待瑕疵：论行政行为适用法律乱象的司法审查

——以 256 份行政裁判文书为样本的分析 李欢如 李辉品(234)

科技创新在秩序行政中的适用空间

——论“网约车”利益博弈与司法救济路径之破解 ... 王再忠 黄美容(249)

网络平台中立行为行政责任的司法认定

——兼论对当前司法民刑两极回应模式的检讨 张文友 黄美容(265)

冲突与融合：违背职权法定的行政协议之司法修正 王再忠(280)

在规制与自由之间：行政补救判决的透视与完善

——以原告诉讼请求的引入为视角 刘君瑜 肖 慧(292)

反思与重构：论我国行政诉讼暂时权利保护之进路探究

——以 442 份判决书和 H 省 Y 市法院的实践为样本
..... 胡剑涛 王彦平 禹楚丹(307)

在尊重与制衡之间

——试论对定密行为的司法监控 钟 真(321)

权利救济与裁判补漏：公共企事业单位信息公开之司法审查

——兼论《政府信息公开条例》第三十七条的理解与适用 彭丁云(332)

行政民事侵权责任的量责规范化

——以过错与原因力作为变量构建 戴 果(346)

行政庭审争议焦点制度的探究与规制

——以庭审中心主义为研究视角 梁成文(360)

法律规制与路径探寻：特许经营权提前收回之非制度化隐忧与化解

..... 刘 菁(372)

拒绝抑或谨慎

——论重作判决的未来之路 壮晓阳 周小晖(387)

行政滥诉案件审理的逻辑断层与修正

——围绕“诉权何以论证为滥用”展开 童赞辉 彭祁琰(401)

行政处罚“加处罚款”司法审查标准的反思与重构

——基于中部某省 557 件相关案件的实证分析 王月波(416)

行政诉讼暂时权利保护制度的完善

——以权利救济的实效性为讨论核心 罗水平 程 湘(427)

确认无效诉讼起诉期限实证研究

——以 2010—2016 年 249 篇裁判文书为样本 曹淑伟(441)

试论政府特许经营协议无效的司法审查

——基于 322 份裁判文书的分析 黄 姝(455)

国家赔偿法实施研究

艰难与希望：合规疫苗国家赔偿责任之构建

——以风险分担理论为视角 李雨林 宁 佳(467)

风险规制与司法救济：论公共警告国家赔偿责任的落实

——以食品安全为视角 戴 果(481)

国家赔偿中赔礼道歉制度的法社会学考察

——一种受害人中心主义视角下的模式选择 王新龙(494)

刑事诉讼法实施研究

论文化抗辩在刑事司法适用之实证分析

——以少数民族地区某基层法院办理的案件为视角
..... 刘东利 陆银清(509)

扩张与缩限：刑事判决既判力的范围厘定

——以共同犯罪分案审理前案对后案的影响为视角 徐 娟(522)

民事诉讼与环境司法保护研究

民事证明标准二元模式研究

——基于“排除合理怀疑”证明标准引发的思考 黄武将(539)

环境公益诉讼损害赔偿量化标准之构建

——以 70 件环境公益诉讼案件为样本 谌香菊(553)

不可量物环境侵权证明责任的实践乱象与出路

——以 60 份判决书为样本的分析 王学斌(568)

诉讼证据制度问题与强制执行疑难问题研究

隐形的痕迹：语言证据运用机制之探索…………… 梁成文(585)

如何延续：论继续履行判决执行的逻辑断层与修正

——基于 768 份裁判文书的实证分析 …………… 肖 慧(599)

深化司法改革研究

“额外”法官协助办案模式中国化的逻辑与路径

——兼论未来法官之分类构想

张欣*

引言

法官员额制是实现法院人员正规化、专业化、职业化的前提,是优化法院审判职能配置的重要手段。如最高人民法院院长周强所言:“建立法官员额制,就是要实现人员分类管理,让优秀法官资源集中到审判一线,建立以法官为中心、以服务审判工作为重心的法院人员配置模式。”^①但该制度在试行中遭遇到的阻力必须引起我们的思考,该制度在与司法现状的契合、与配套制度的衔接、与制度理念方面是否存在偏差,以及如何在改革中破除阻力,理顺关系,实现与司法现状无缝对接,会影响该制度建设的成败。本文试从员额外法官参与办案,以充实法官群体,缓解案件压力,为员额法官的精英化提供支撑与辅助的角度进行探讨,以期对司法改革提供管窥之见。

一、法官员额制试行的实然困境与理念偏差

要回答法官员额制为何遭遇阻力这个问题,就必须先深入检视法官员额制与司法现实的契合及其制度理念问题。

(一) 检视与反思:法官员额制功能与司法资源需求的错位对接

近年来,我国每年收案数呈百万级数增长,尤其是2015年立案登记制实行以来,收案数的增幅明显大于前三年。而结案数增长幅度远不及收案数,2015年结案数较2014年甚至有所降低,这说明法官增速不及案件增速,法官负荷已达饱和

* 湖南省益阳市赫山区人民法院刑一庭审判员。

① 周强,推进法官员额制改革 让优秀法官人才充实到审判一线[N],人民日报,2015-7-26(4)。

状态(见图1)。



图1 2012年至2015年全国法院收结案数变化

在案多人少矛盾日益突出、司法资源严重匮乏的情况下,法官员额制以员额为审判权限分界点,仅赋予入额法官审判权,从理念上、制度上“解除”了员额外法官的审判权,这在一定程度上加剧了案多人少的矛盾。

从现任法官中划出员额后,原来在审判一线、拥有完整审判权的部分审判员或助理审判员一夜之间脱下法袍,成为法官助理,导致法官数量骤减,同时使未入额法官的职业尊荣感受挫。加之入额法官集中于审判权的行使,使更多事务性工作落到未入额法官身上,未入额法官的工作量有增无减。而且,基于员额身份的区别,其待遇相比员额法官来说偏低。^①在职业尊荣感受挫、工作量增加、待遇难遂其愿的情况下,希望未入额法官更加高效地辅助员额法官完成工作的期待可能会落空。

从需求结构上看,法官精英化与金字塔形的司法需求不符。当前,我国基层法院完成了全国法院89.28%的审判任务^②,且基层法院简易程序适用率为83.2%^③,案件较为简单,讲究快审快结,而非精英化的“法理辨析”。也就是说,在有效辅助力量分担数量繁多的简易案件的前提下,员额法官方能集中心力研究疑难复杂案件,而非重复简单的劳动。

(二)理念变革:由“法官中心主义”迈向“当事人本位主义”

法院员额制是对原有法官人群所做的切割,通过限缩法官人数以实现“法官

① 如多地员额法官待遇提升50%,未入额法官待遇仅提升20%。

② 黄兆麟:《入案并重分权制衡》[EB/OL],中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2012/06/id/520992.shtml>, 2012-6-6, 2016-8-9。

③ 上海市高级人民法院2013年公布的数据。

精英化”，这可能有些过于重视法官因素，而没有兼顾当事人多元化的司法需求，在实践中应以解决当事人司法需求为出发点逐步实现精英化。脱离司法需求追求“法官精英化”可能无异于建造“空中楼阁”。因此，应回归“当事人本位主义”，即以当事人的司法需求为导向，以需定岗、以岗定人。具体来说，不同的案件类型决定了对不同审判力量的需求，应以专业化需求定额职业法官，而非专业化需求则以扩充员额外审判力量、扩大审判辅助职能予以满足。此外，要重新厘定概念，确认“法官精英化”为“员额法官精英化”，而非所有法官精英化。

（三）法官分类设想：从员额内到员额外

要建立与多元化司法需求相适应的人员分类结构，在有限的司法资源条件下优化法官职能配置；需转变理念，紧扣“员额法官精英化”这条主线，避免采用当前与多元化司法需求有所“隔阂”的单一法官类型模式，另辟员额外法官系统作为补充，形成层次分明、优势互补的多元法官体系。本文试图打破员额制的藩篱，最大限度地挖掘员额外法官的价值，探讨员额外法官作为法官助理与法官协作办案的模式，以及作为“候补法官”和“资深法官”的单独办案模式（见图2），以期形成层次丰富、功能多元的法官体系，从而应对案多人少的矛盾，解除法官员额制试行的实然困境，这也是对我国未来法官分类的大胆设想。

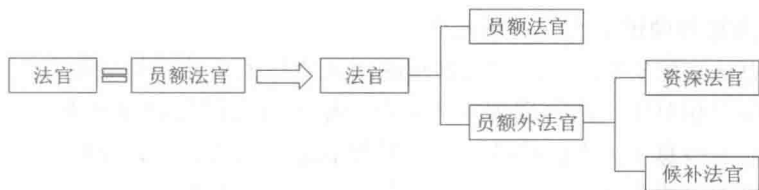


图2 法官分类设想

在该设想下，构建从法官助理到“候补法官”、员额法官、“资深法官”的法官成长机制（见图3）。员额法官作为法官体系的核心，是法官精英化的主体。“候补法官”与“资深法官”是对员额法官的补充，均为员额外法官，不占据法官编制。其中，“候补法官”产生于法官助理，系员额法官“储备库”。“资深法官”则由员额法官退休出额后准入。

如前文所说，员额外法官办案仅是一种设想，在国内可能有部分法院根据实际情形正在试行，但尚无制度先例，故学习域外相对成熟的制度与实践经验十分必要。

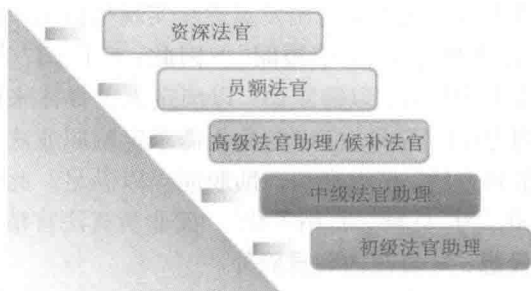


图3 法官成长机制图示

二、紧密型团体的协助办案模式

现阶段，未入额法官的主要出路为法官助理，在与员额法官组成的团队中辅助员额法官办案，是其参与办案的主要模式。能否与员额法官团结协作以达到“1+1>2”的效果是能否实现其价值最大化的关键。

（一）法官与助理间合作关系松散

在试点法院的实践中，法官与助理的团队协作关系并非想象中那么和谐。如年轻法官搭配相对年长法官助理或者在资历相当的法官与助理组成的团队中，法官助理可能消极怠工，法官单打独斗，叫苦不迭。其实，通过分析二者的博弈关系不难得出现阶段为何会形成一种结构松散、效率平平的团队关系。法官助理积极工作的收益预设是从工作中获得间接审判经验，而来自未入额法官的法官助理对此早已驾轻就熟，因此该价值设定对其吸引力不大。我国未建立起法官助理工作责任机制与考核机制，其消极怠工的责任与风险承担者是法官。换言之，是否积极工作对法官助理来说关系不大，在收益确定的情形下，为使自身利益最大化，法官助理可能倾向于选择付出更少的工作方式，也就是选择应付式甚至推诿式的工作方式。再加上前文所述的法官助理待遇与工作量不成正比等因素影响，其工作情绪会更加低落，结果必然是产生效率平平的团队。

（二）美国大法官助理制度

1. 追根溯源——从单打独斗到团体作战

美国大法官建制时案件数量少，大法官单打独斗、包揽全职。随着案件负荷增大，大法官精力渐显捉襟见肘之态。为解决案多人少的矛盾，1882年，大法官哈瑞斯·格雷（Horace Gray）自费聘任一名私人秘书，开创了法官助理制度的先河。时至今日，大法官与助理间基于信任关系形成了紧密合作的团队模式（见表1）。

表1 美国联邦最高法院大法官助理角色与职能演变^①

制度建构时期	角色	重要结构确立	功能与参与程度
1882—1918 年	私人秘书	大法官自费	行政工作
1919—1941 年	研究助理	公费提供	研究助理工作
1942—1969 年	助理大法官	人数倍增；系不受理案件的主要建议者；提供实体意见与参与裁判决定；大法官助理间的互动影响形成	言辞辩论争点提示、撰写受理与否建议报告、意见书草拟
1970 年至今	“魔法师的门徒”	人数持续增加到三至四位，大法官助理位置炙手可热；大法官助理参与案件受理制度确立	撰写受理审查报告、撰写意见书

2. 人事来源——以信任关系为纽带

大法官选任助理主要途径有二：一是从特定法学院毕业生中聘用。以 2013 年为例，9 位大法官中有 6 位毕业于哈佛大学，3 位毕业于耶鲁大学。9 位大法官（每位大法官有 4 名助理）有 7 位至少选择了 1 名来自其自身毕业院校的毕业生为助理。^② 结合表 2，在 2003 年 10 月至 2013 年 10 月的庭期中，342 名大法官助理中以哈佛大学（101 人）、耶鲁大学（89 人）毕业生为最多，占助理总人数的 55.6%。从二者间的正相关关系中，不难看出大法官在选任助理时倾向于从其本身毕业的学校中选取。这不仅仅是对其学识能力的考量（均为精英法学院校毕业生），更多是基于一种信任，这也使大法官与母校建立起良性互动关系。“有些大法官会交由即将离职的助理或历任助理工会接替助理人选的过滤。”^③ 这种接替制度则形成“学长学弟或学姐学妹”之间经验传承的现象^④，亦有助于每年助理接替过程中的工作交接。

^① Artemus Ward & David L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices: 100 Years Of Law Clerks At The UNITED STATES SUPREME COURT* 23 (2006).

^② 该数据来自维基百科。

^③ WARD & WEIDEN, *supra* note 28, at 71.

^④ WARD & WEIDEN, *supra* note 28, at 75.