

## 行政诉讼的一个新视角 ——如何将博弈论引进行政诉讼过程

罗豪才

行政诉讼行政法理论必须回应社会发展与行政法制实践的现实需要,否则就不足以科学地解释行政法制现象。传统行政法理论因其日益脱离实际而无法全面解释行政法实践,故而面临着来自实践与理论的严峻挑战。笔者以为,当理论研究陷入困境时,就应尝试着转换视角或方法。只有如此,研究思路才有可能变得开阔,学术视野才有可能因此豁然开朗。本文就是在反思传统行政诉讼理论的基础上,探讨如何将博弈论引进行政诉讼过程当中。

### 一、问题的提出

早在20世纪70年代,美国行政法教授理查德·B·斯图尔特就在《哈佛法律评论》上发表长篇论文,抨击传统行政法模式,①主张以利益代表的行政法模式取代传统模式:“一个日益增长的趋势是,行政法的功能不再是保障私人自主权,而是代之以一个政治过程,从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表”。②斯图尔特的这种理论主张,引起美国以及其他普通法国家行政法学界的高度关注和持续的争议。③但由于中国行政法发展的背景、路径和阶段与美国行政法之间存在着明显的差异,因此美国行政法学的这场争议对中国行政法学并未产生直接影响。不过,自20世纪80年代以来,由于中国行政法学界对包括行政诉讼法在内的行政法的宗旨、功能存在着不同的理解,因而断断续续地对此进行了很长时间的争论,且至今方兴未艾。

前一段时间,在议论行政诉讼功能的问题时,笔者就曾主张转换研究思路,重新选择一个新视角来考察行政诉讼的功能,以期探索确立一种新型的、更加切合实际的理论分析框架。近年来,我们一直在尝试论证构建一种确保行政主体与相对方在宪政框架下充分互动的行政法机制或交互平台的可能性,④旨在平衡公民权利与行政权力。不过,为了确保各方在这个平台上互动起来,就需要引进新的方法。在笔者看来,将博弈论引进行政诉讼过程,⑤把行政诉讼或司法审查过程视作一种由理性的当事人在行政法和司法体制组成的规则下寻求均衡的博弈过程,这可能是一个有益的思路。

众所周知,原本作为数学一个分支的博弈论,现已被广泛运用于经济学、政治学、社会学等诸多学科之中,有力地拓展了研究思路,推动着这些学科的发展。国内外法学界也尝试着将博弈论引入法学,且颇有成效。之所以如此,一个重要原因是“因为现代博弈理论为人们理解法律规则如何影响人的行为提供了非常深刻的洞察力”。⑥就行政诉讼过程而言,原告、被告以及其他诉讼参与人为了最大化自身利益,通常都会积极研究对策,预测对方的行为,并通过法律规则所提供的程序作出理性选择。理性的当事人在寻求博弈均衡的过程中有利于推动作为博弈规则的行政法制的平衡发展。不仅如此,它还有力地推动司法公正原则的全面实践,使得司法公正不限于停留在原则标准之上,而且还可以直接付诸实践。就此而言,将博弈论引进行政诉讼具有非常重要的意义,它有可能在司法审查过程中作为基础性机制而发挥传统诉讼机制所不可比拟的独特功能。

鉴于博弈论的复杂性,笔者在本文中不打算对其加以正面描述、解释,仅限于直接引进博弈论的原则来推动行政(诉讼)法机制的更新,⑦并对将博弈论引进司法审查过程所必不可少的一些前提条件加以重点探讨。这不仅直接涉及行政法权利(力)结构的调整,而且在相当程度上关乎行政法知识结构的反思与重构。

### 二、我国司法审查制度的宪政基础

宪政基础是司法审查中最根本的博弈规则,宪政影响理性选择并最终影响诉讼的均衡后果。司法审查,在我国现阶段主要指行政诉讼,即人民法院通过审理行政案件对行政主体的具体行政行为的合法性进行审查,并在一定程度上审查行政规范性文件,⑧但不包括违宪审查。

司法审查,涉及分权与制约、权力与权利关系这样两个基本的宪政问题。这两大问题,再加上价值取向,可以形成若干宪政模式。我们虽然既不赞成照搬美国式“三权鼎立”的宪政模式,也不赞成照搬其他国家的宪政模式,但并不一般地反对分权与制约原则,也同样主张要科学地处理权力与权利之间的关系。因为,“没有分权,就没有宪法”,也就没有行政法,这是公认的常理。不过,实现这个原则和调整这些关系的形式是多种多样的,它要受制于各国的现实国情与文化传统等众多因素的深刻影响。正因为如此,我们虽然大可不必效仿别国的模式,但也不拒绝人类文明的成果,不反对借鉴别国的适合我国国情的经验。

我国宪法明确规定,人民大会制度是我国的根本政治制度。它是在我国的具体历史条件下形成的,并经过半个多世纪的发展,表现出明显的中国特点和有目共睹的优势。在这个宪政基础之上,我国的司法审查制度与我国的根本政治制度相适应,具有明显的中国特色。

在现代社会,特别是在社会主义条件下,由于我们既不能将行政法所调整的行政权力与公民权利的关系看成是完全对立的对抗关系,也不能将其归结为纯粹的管理与被管理、控制与被控制的关系,而应看到其中存在合作互惠的基础、公益私益共谋发展的可能,这就意味着,将博弈论引进司法审查过程当中,构建一种合作博弈机制,不仅可能,而且必要。这有助于在建设社会主义法治国家的进程中,有力地推动我国司法审查制度走向成熟。

### 三、原告、被告法律地位平等

权力和权利的关系,从宪政上讲,权利是基础,权力源于权利,权力要保障和增进权利,执政为民,这是民主宪政的要求。虽然行政法与民法之间存在着一个显著的差异:在行政过程当中,行政主体与相对方的权利义务在每一个具体的领域中具有明显的不对等、不对称的特点,但我们不能将行政法律关系的特征简单地归结为不平等主体之间的关系。根据平衡论的观点,行政权与公民权结成相互依存、既竞争又合作的关系,任何一方都不可能无意义地孤立存在,双方主体的法律地位应是平等的,这是宪法、法律所明示的一项重要原则。之所以如此,是因为法律地位是权利义务的综合体现,行政法上双方权利义务的设置总是犬牙交错的,而非整齐划一,但在总体上应趋向平衡,双方主体的法律地位应该趋于平等。

行政主体与相对方双方法律地位的平等是博弈的要求,是当事人能自主地作出理性选择并达到均衡的前提。政府全能或无能都不会有真正意义的行政诉讼。在相对一方若处于消极的被保护、被压抑的地位的情形下,要求其自主作出理性选择,既无可能也无必要。作为一种“理想标准型博弈,其中行为人对其他行为人的选择有预见性……行政人是理性的,有预见性而且掌握博弈信息……行为人的策略是因果独立的”。<sup>⑨</sup>只有当双方地位平等时,才有可能营造一个理想的均衡的法制环境。进而,如何在宪政的基础上充分发挥双方主体的积极能动作用,同时抑制其非理性的惯性,这正是我们所探索建立的一种合作博弈机制。<sup>⑩</sup>当然,从实际情况看,由于权力(权利)结构失衡,重权力,轻权利,重实体,轻程序,仍然是当前行政法制突出的倾向,这就需要继续转变政府职能,改革行政管理方式,扩大相对方的权利,发挥非政府组织的社会治理和社会服务作用,并在制度设计上把保护公民的合法权利,限制、制约和监督行政权作为行政法制建设的重点,同时有效防治相对方滥用公民权利。当前,在社会转型时期,有必要强调,作为公共权力的组织和公务员特别要树立平等意识、民主意识、法治意识和服务意识,要正确认识行政诉讼,善待原告,增进和谐的行政管理氛围。

### 四、当事人都具有自主地作出理性选择的能力

在行政诉讼中,当事人,无论是个人还是组织,通常都会关心自己的利益,为了谋求自身利益的最大化,无不重视诉讼规则和程序,研究对策,理性地作出抉择。为了确保当事人能够作出理性选择,就需要当事人拥有充分的自主性与能动性。

在行政过程中,行政相对方只要不违反法律,不违反社会公认的道德准则,完全可以自主地处置程序性权利和实体性权利,基本上能够做到意思自治。但相形之下,行政主体的自主性却非常有限,往往局限于行政自由裁量。在现代行政管理活动中,我们不得不认可行政自由裁量权存在的必要性;否则就不利于行政职能的有效发挥和公平与效率原则的全面实施。严格的羁束行政行为,既受实体规范的约束,又受程序规则的约束,不存在裁量的余地,不存在有两种以上的合法性选择。在这种情况下,对行政主体就无博弈可言。在现代行政法制中,这样严格的羁束性的法律规定日趋减少,裁量行政行为规定比重逐渐加大,即使许多约束性规定也都含有裁量的成分。行政自由裁量盛行是现代行政法制的一大特征。不过,自由裁量不等于不受约束,只不过受约束的形式、过程、程度存在差别。在行政过程中,法律通常对计划行政、财政预算行政、促进行政以及行政指导等只作框架式的规定,行政主体享有广泛的自由裁量权,其活动主要由政策调整,总体上要承担政治责任和行政责任。受司法控制的行政自由裁量权,主要是那些直接涉及公民权利和利益的行为。对这类行政决定,行政自由裁量权不仅要受制于合法性原则,而且还要受制于合理性原则。如果行政主体行使实体性权力和程序性权力违反正当目的、反复无常、考虑无关联因素、明显不公平等,均构成滥用职权。

在行政诉讼过程中,原告和被告在法律框架内充分行使诉权,从某种意义上讲是双方在行政过程中行使自主的权利(权力)的一种延续。当然,原告和被告不但要受到旨在规范行政过程的法律原则与法律规范的约束,还要受到旨在规范、调整行政诉讼关系的法律原则和规范的约束。不过,这些法律规制不应当不恰当地制约原告和被告双方在诉讼程序的框架下充分行使自主权利(权力)。从理论上讲,行政诉讼程序法的价值模式是相对方诉讼程序性权利的集成,具有制约行政权力的功能,是平衡权利和权力关系的有效手段。但是从综合双方互动关系来看,行政诉讼程序还应被视作一个十分活跃的互动平台,具有良性的互动机制。近年来,我国庭审方式的改革、诉讼制度的调整、证据制度的发展,明显地倾向于确保程序公正价值,开始改变只重实体、轻程序的传统,逐步淡化职权主义的审理方式,充分尊重当事人的意思自治,这就为当事人在诉讼过程中进行博弈、自主抉择提供了可能。

## 五、对抗、合作和交易的平台

遵守规则,而规则必须是公平的,这是进行博弈的前提。我国现行司法体制、行政法和其他相关法律所确定的规则,尽管尚不完善,但应该说体现了公平的精神,基本符合进行博弈的平台的要求。当事人可通过起诉、应诉、法庭辩论、举证、质证、认证过程进行博弈。在这个平台上,理性的原告和被告既可以进行对抗,也可以进行合作和交易。

纠纷往往会产生对抗,这也是产生诉讼的缘由,但解决纠纷的诉讼程序不应仅仅为当事人之间的对抗过程而设计。在诉讼过程中,现代的诉讼程序还应当为原告和被告的合作提供规则和机会。这不但有利于解决纠纷,也有利于增进社会整体利益。在一定条件下,行政诉讼法还可以为当事人提供交易的平台,依照一定程序进行博弈,进行交易,基于合意,出现和解。只要不违法,不损害公共利益和他人合法权益,原告申请撤诉或放弃某项诉讼请求,法院就没有理由不予以批准。近年来,我国30%左右的行政诉讼案件是以原告撤诉的方式结案的。尽管行政诉讼法明确规定行政诉讼不适用调解,但我们不得不承认,相当多的案件事实上是通过原告和被告之间协商、调解结案的。与其允许当事人在法院的背后进行交易,还不如将这种交易置于法院的监督之下,并为其设置公平的规则和程序。在这一点上,欧美司法审查中的调解机制值得借鉴。

由于我国《行政诉讼法》有关“不适用调解”的规定是受传统行政法制观念影响的结果,因此通过这些年的审判实践,主张取消此规定的观点日益增多。我们应加强对行政诉讼上的和解制度的研究,其中包括和解的条件、性质、作用等问题,推动此制度的形成。可以设想,这一制度一旦全面确立之后,行政诉讼势必会出现新的局面,亦有利于行政关系的改善,亦可为司法公正提供一定的实证。经过博弈,就是未形成合意,双方意思得到充分的表达,各自的证据和理由得到有效的展示,可以为法院的裁判提供客观的基础。这也就在一定程度上达到了平等诉讼的目的,发挥了行政诉讼的功能。

## 六、审判独立、公正裁判和制度变革

审判独立,是一项基本的博弈规则,是维护法治和社会正义不可或缺的重要原则,是双方当事人依照法定程序和公平规则进行博弈的保证。在审判独立的基础上,法官根据法庭调查的证据、各方的陈述和其他事实,评价行政行为,适用法律作出公正判决。

审判独立,首要的是审判机构独立行使审判权,不受任何行政机关、社会团体和个人的非法干涉。要实现审判独立,当前要通过改革着重克服法院行政化、地方化等这样一些体制上的障碍。此外,作为纠纷的裁判者和仲裁者,法官应是中立的。法官中立,本是审判独立应有之意,它与审判机构独立既有联系又有区别,因为机构独立并不等于法官就会公正、不偏私、不偏袒地办案。法官中立,还要求法官在整个办案过程中,无论在利益上、态度上和形象上都应持客观中立的立场。服从宪法和法律,维护司法公正是法官的天职。法官可以在双方当事人之间发挥协调、沟通的作用,可以告知当事人诉讼风险,但不能超过法律和道德准则的要求。为了实现这些原则,对法官必须在专业上、伦理道德方面有更高的要求;而在薪俸及其他物质待遇上亦应予以从优的保证。此外,要继续改革和完善不相适应的审判机构、审级制度、审判监督制度、司法行政制度、法官选任制度等,合理运用司法资源,确保审判独立。

在审判独立的基础上,还要做到公正裁判。由于法律规则的明确性往往是相对的,而具体案情则千变万化,法律不可能绝对周延,因此如果要确保法官公正裁判,就不得不给法官留有必要的自由裁量空间,使其能够有选择、有针对性地适用法律规则并说明理由,以免机械适用法条,套用案例。司法自由裁量权的存在和运用,一个重要方面就是与行政自由裁量权相关联,都要遵循合法性原则与合理性原则。通常而言,一个行政自由裁量行为,如果被认定违法就无须涉及合理性审查问题;如果并不违法,那就得审查其合理性。我国《行政诉讼法》第5条规定,人民法院只审查具体行政行为的合法性,而对具体行政行为合理性的审查,根据《行政诉讼法》第54条规定,仅限于滥用职权和“行政处罚显失公正”。

虽然司法监督行政自由裁量,因权力分立和制约的形式、法律文化传统的不同,各国的做法以及所遵循的原则存在差别,但概而言之,合理性、比例性、利益裁量等原则和方法,已为各国广为采用,既作为行政或司法自由裁量权行使的重要依据,也是作为衡量这些自由裁量权的行使是否适当的重要标准。例如,在英美普通法系国家的司法审查中,广泛使用合理性原则,并赋予它一些特有的内涵,而欧洲大陆法系国家行政诉讼普遍采用比例原则,现在欧美各国又广泛引入利益衡量方法。有的国家把比例原则视为合理性原则的进一步延伸的形式,还有的国家则把不合理性原则(Unreasonableness)、利益衡量原则和比例原则分别作为司法审查的依据。这些年来,比例原则在世界范围的司法审查中得到广泛运用,它已经成为欧盟法院司法审查的一项基本原则。我国有些地方法院也尝试运用这一原则作为司法审查的一个依据。由于这些原则方法的实际运用具有协调性、衡平性的特点和优点,能相对公平地对待各方当事人,因而作为处理纠纷的方式、方法,可以获得良好的效果,达到合作博弈的结果。

值得强调的是,博弈应有终局,诉讼应有终审。围绕一个具体的标的,无休止地博弈,或进行马拉松式的诉讼,既浪费资源,亦使法律关系总是处于不确定状态,这样就会有损于司法制度的公信力,所以在制度设计上应加以避免。法律旨在创设一种正义的社会秩序(just social order),我国目前实行四级两审终审的审级制度,同时为了防止错案的发生,做到实事求是,有错必纠,又设置了审判监督程序以资补救。但是由于法律规定的不完善,申诉实际上可以多次,审判监督多次重复,这种制度上的瑕疵,无助于法律关系的稳定和社会秩序的安定。为此,有必要根据公平与效益这一永恒的司法主题和我国的实际,积极探索和改革我国法院的审级制度。

如前所述,行政诉讼是双方当事人进行博弈的一个平台,是解决行政争议的一种有效形式,但这绝不是博弈的惟一平台,不是解决争议的惟一形式。解决争议的方式是多样化的,从成本-效益分析的角度来看,应当鼓励和推动行政诉讼以外的其他解决争议的机制的建立与发展。相对而言,行政诉讼是一种最为正式的方式,当事人为了能够推动博弈进行,必须花费大量的时间和金钱收集和提供信息,增强自己一方讨价还价的能力。因此,行政诉讼也是一种昂贵的解决争议的方式。就社会方面而言,在最终产出的结果不存在显著差异的情况下,采取更为经济的解决争议的机制,显然对于整个资源的更优配置是有益的,并且有利于社会的稳定和谐发展。因此,在法制上讲应当推动和发展诸如行政复议制度、调解制度和行政裁判所制度,甚至可以考虑其他准政府的解决争议的方式。当然,由于自身的特点,行政诉讼仍然应当作为解决行政争议的最后手段,作为维护公平与正义的最后一道防线。

## 七、小结

最后,需要指出的是,本文属大题小作,主要旨在引起对传统行政诉讼理论与实践的反思。将博弈引进行政诉讼过程,虽然并未改变行政诉讼法的性质,更未改变行政法的性质,但这种方法的更新有助于推动行政诉讼法机制设计更趋合理。在这种新型的行政诉讼机制下,各方当事人的利益和诉求更有可能得到充分表达,更有助于协调、整合公共利益和个人利益,有助于实现综合动态平衡,有助于确保司法公正,从而有助于加速推进我国行政法治建设的进程。

### 【注释】

①②参见[美]理查德·B·斯图尔特:《美国行政法重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第196-197页,第2页。

③ See Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart: 《Administrative Law and Regulatory Policy》, pp.1185-1228(1985); Peter H. Schuck: 《Foundations of Administrative Law》, Foundation Press pp.294-301, pp.315-316(1994).

④参见罗豪才:《行政法的核心与理论模式》,《法学》2002第8期。

⑤⑥参见[美]拜尔等:《法律的博弈分析》,严旭阳等译,法律出版社1999年版,“导论”、“第一章”、“第八章”、“结论”,“导论”第1页。

⑦我们尝试着将博弈作为一种机制引入行政法,始于我与宋功德同志合写的《现代行政法学与制约、激励机制》一文。参见罗豪才、宋功德:《现代行政法学与制约、激励机制》,《中国法学》2000年第3期。

⑧根据《中华人民共和国行政诉讼法》第53条第1款的规定,人民法院审理行政案件,有权对相应规章的

合法性进行审查判断,合法的就参照适用,对不合法的规章有权拒绝适用。

⑨参见[美]保罗·魏里希等:《均衡与理论》,黄涛译,科学经济出版社2000年版,第4-34页。

⑩参见张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1996年版,第1-11页。

[11]一些国家刑事诉讼中的辩诉交易程序,似值得行政诉讼法学研究和借鉴。

[12]德国学者认为:“传统的冲突解决机制是死板的、高权性处理模式,效率不高,因此需要增加其他手段和新的冲突解决模式,如调解(mediation)”。参见[德]汉斯·J.沃尔夫等:《行政法》第1卷,高家伟译,商务印书馆2003年版,第110页。

[13]司法自由裁量权的行使过程,从某种意义上讲也可以被视作一个博弈过程,属于一种静态博弈。当事人的陈述、诉讼请求已含有对法官裁判的预测,而法庭的裁判则是对当事人诉求、陈述的一种回应。

[14]H.W.R.Wade&C.F.Forsyth,AdministrativeLaw(Oxford:ClarendonPress)7thed.,1994,pp.387-402.

[15]Ibid,p.403.

[16]SeeTELAVIUniversitystudiesinlaw(1997),vol.2,pp.131-136.

[17]参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第318页。

[18]参见[德]汉斯·J.沃尔夫等:《行政法》第1卷,高家伟译,商务印书馆2003年版,第326-333页。

【出处】《法商研究》2003年第6期

## 发表评论

用户名:	<input type="text"/>	⊙ (3 - 20个字符)
电子邮件:	<input type="text"/>	⊙
用户评论:	<input type="text"/>	⊙

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者!

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：[law-culture@163.com](mailto:law-culture@163.com)  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720