



LASS

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第九卷 2012年 苏力 主编

法律经济学专号

法官“机械司法”的博弈分析 李杰

“关系运作”究竟“运作”了什么 李玲

为什么法院不那么重要 黄韬

合同执行在中国：理论与现实 郁光华

商事租赁权物权化的经济分析 张铭化

授予法理下的公共财产保护 陈建霖、崔炯哲

“滋扰”案件权利保护的效率标准 张巍

重典之下的酒驾博弈 贾坤

诉讼还是和解：诉讼经济学研究述评 宁静波

《婚姻法解释（三）》批评 邓峰、税兵、缪因知、

李晟、艾佳慧、陈敏



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第九卷 2012年 苏力 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律和社会科学. 第9卷 / 苏力主编. —北京: 法律出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3725 - 7

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第157095号

法律和社会科学(第九卷)

苏力主编

责任编辑 董飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2012年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 19.5 字数 276千

印次 2012年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3725 - 7

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：苏 力（北京大学法学院）

常务副主编：侯 猛（对外经济贸易大学法学院）

贺 欣（香港城市大学法律学院）

执行主编：艾佳慧（南京大学法学院）

编辑委员会：

成 凡（华中科技大学法学院）

邓 峰（北京大学法学院）

高丙中（北京大学社会学系）

胡 凌（上海财经大学法学院）

李学尧（上海交通大学法学院）

凌 斌（北京大学法学院）

强世功（北京大学法学院）

刘仁文（中国社会科学院法学研究所）

刘思达（威斯康辛大学麦迪逊校区社会学系）

桑本谦（山东大学法学院）

沈 明（哈佛大学肯尼迪政府学院）

唐应茂（北京大学法学院）

赵晓力（清华大学法学院）

赵旭东（中国人民大学人类学研究所）

张芝梅（中国社会科学杂志社）

朱晓阳（北京大学社会学系）

投稿邮箱：lass@ideobook.com

本刊主页：<http://lass.ideobook.com>

本卷各篇文章中的观点均属于作者个人，
并不必然反映主办单位或其他机构、个人的观点。

论 文

法官“机械司法”的博弈分析 / 李 杰 / 1

“关系运作”究竟“运作”了什么

——解读“关系”与腐败的关系 / 李 玲 / 28

为什么法院不那么重要

——中国证券市场的一个观察 / 黄 韬 / 63

合同执行在中国:理论与现实 / 郝光华 / 111

商事租赁权物权化:一个法经济学的进路 / 张铭化 / 145

授予法理下的公共财产保护

——从新加坡经验看中国 / 陈建霖 崔炯哲 / 178

评 论

“滋扰”案件权利保护的效率标准

——对日本最高裁一则判例的探讨 / 张 巍 / 212

重典之下的酒驾博弈 / 贾 坤 / 222

诉讼还是和解:诉讼经济学研究述评 / 宁静波 / 241

《婚姻法解释(三)》批评

转轨文明、选择机制与理想家庭模式 / 邓 峰 / 258

一部法律,各自表述 / 税 兵 / 265

夫妻一方父母所赠房产如何归属 / 缪因知 / 271

转型时代的过渡策略 / 李 晟 / 278

公共政策视野的缺失及其制度风险 / 艾佳慧 / 284

从社会性别视角看婚姻法司法解释(三) / 陈 敏 / 293

编辑手记 / 302

法官“机械司法”的博弈分析

李 杰*

内容摘要:法官机械司法导致“案结事不了”是颇受司法实务界重视的一个问题。机械司法可以被视为既定司法制度框架内法官与当事人博弈的一种策略。法官会时常遇到法律规则与社会生活不相契合或法律规则不充足的问题,而现有制度禁止法官造法,又需要法官切实解决纠纷,实现案结事了。表面看来,当事人是否息诉影响着一审法官的效用,从而影响着法官是否机械司法。但通过进一步的博弈分析,发现机械司法与当事人拒绝息诉之间并无必然联系,两者之所以时常共存源于一审法官、当事人和二审之间的信息不对称,更与中国司法解决纠纷的角色定位有关。因此,仅仅追求息诉并不能实现社会秩序的安定,重要的是通过创设规则不断界定模糊的权利界限,减少因规则不足或不契合而发生的不服判案件。在司法层面即是寻求变通司法与息

* 天津市高级人民法院助理审判员,电子邮箱:bill0506@126.com。本文是我参与的中国法学会2010年部级课题“上下级法院关系改革”(课题编号:CLS-C1020)的一部分。感谢艾佳慧、天津法官学院副院长张景良法官和天津市第一中级人民法院研究室副主任谭晓辉法官对本文初稿的意见,但文中错误仍然文责自负。

诉服判的统一。

一、“机械司法”问题的提出

有这样一宗真实的案件:^①

甲公司与乙公司于2001年9月建立业务关系。双方先后签订加工定作合同8份,分别约定了交货和付款方式等条款,并约定如逾期付款,乙公司应按合同总额的日5%向甲公司支付违约金。此后,甲公司依约发货,乙公司未依约付款。甲公司起诉请求判处乙公司偿还拖欠货款共计6万元,并依约定支付违约金168万元。

对于法官而言,这似乎不是一个难办的案件。既然合同合法有效,而乙公司违反了合同,自应当承担支付货款和违约金的责任。虽然违约金的数量可能“过分高于损失”,但适当减少违约金的前提是“当事人请求”,^②而乙公司在诉讼中对违约金的计算方法和数额没有任何异议。审理该案的法官据此判决支持了甲公司的诉讼请求。但颇具戏剧性的是,在案件进入执行阶段后,由于追加了新的被执行人,新的被执行人对乙公司承担的违约金数额提出了强烈的质疑,导致案件的执行遇到很大的阻力,承办该案的法官也因此被推向“风口浪尖”。

相对于不足7万元的债务,判决承担160万元的违约金的确高了点,当事人的质疑可以理解。法官的确可能“过分”尊重当事人的“意思自治”了。可是如果不那么尊重当事人的“意思自治”,在乙公司对违约金数额不持异议的情况下,法官又该如何处理该案,特别是法律依据何在?

或许,法律依据可以通过“解释”获得。法律解释理论要求法官在解释法律的时候不能拘泥于文义,应当采用各种法律解释方法,寻求法

① 针对所要说明的问题,我对这宗真实案件的事实进行了简化的处理。

② 我国《合同法》第114条规定,“约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

律规则妥当的含义。但是当法官准备突破文义解释的藩篱时,他必须首先感到按照该法律规则的字面意思适用法律是不妥当的。这种“不妥当”的“感觉”不是运用法律解释理论的结果,而是受法律以外因素影响的结果,甚至可能仅仅来自法官个人的直觉;^①之后的法律解释,只不过是法官的这种直觉判断正当化而已。因此,问题可能不在于法官没有领会法律条文本身的“真意”——笔者甚至很难想出合同法关于违约金的有关规定还有什么本案法官没有领会的其他“真意”——而是在于他忽视甚至拒绝考虑法律之外的诸多因素,仅仅拘泥于“合同自由”原则和有关的合同法条文与理论。法官这种倾向常常被概括为“就案办案”、“忽视了裁判结果法律效果与社会效果的统一”,或一言以蔽之:“机械司法”。

但这还是不能回应前面的质疑。作出另外一种判决,部分支持甲公司的违约金主张可能看起来会更加公平,但这一判决必须有明确的制定法依据,否则就缺乏合法性的基础,这个问题可能比“机械司法”更为严重。想想实践中有多少违法裁判不是宣称为了“公平”而打着“灵活适用法律”的旗号作出的?所以,在类似本案的案件中,依法裁判有机械司法的风险,而有所变通则可能使裁判结果违反现行法律的规定。在这种情况下,机械司法与严格司法之间的界限可能是模糊的,变通司法与违法司法之间的界限可能也是模糊的。面对这种模糊的边界,法官如何选择,又是什么决定了法官的这种选择?

对这两个问题的追问为研究机械司法问题提出了新的切入点。近年来,在实务界眼中,法官机械司法俨然成为当前司法种种问题的症结。按照法院内部的一种界定,机械司法的基本特征是:“不顾社会效果,不追求案结事了,定分止争,机械地套用法律条文。其后果是造成越来越

^① 关于直觉、下意识甚至偏见等法官主观认识对司法裁判的影响,已经有很多经典论著予以阐述,如[美]霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页;[美]卡多佐:《司法的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第2页;[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第140页,等等。

多的涉诉上访,影响和谐社会的构建,影响社会的稳定”。^①为此,各级法院都在采取各种措施纠正机械司法现象,对机械司法原因和对策的研究也不少。实务界的主流认识是,机械司法是法官思想认识不到位,对“司法人民性”认识不够,对人民群众缺乏感情,或者受西方司法理念影响,片面强调司法中立性、被动性等的结果。笔者并不否认法官的认识对其司法裁判有着深刻的影响,但这并不意味着法官可以像批判法学所认为的那样总是“超越规则,自行其是”,^②法官仍然要自觉或不自觉地受到规则的约束。而后文的分析将揭示,由于中国司法的制度定位,这一点在中国更为突出,以至于“依法办案”以及“无权造法”是法院始终宣称的,也是为很多人所赞同的一种“政治正确”。由此,另外一种不那么“机械”的裁判完全可能被认定为“违法裁判”。即使法官主观上根本不相信他应当保持中立,即使他也希望能动司法,但如果他没有“能动”的“法律”依据,机械司法就是他的理性选择。^③因此,仅仅从法官内在的思想认识角度入手来分析和解决机械司法问题是不够的,更重要的是研究法官的外在行为选择以及这些选择背后的制度因素。

二、哪些案件可能“机械司法”

并不是所有的案件都存在机械司法的可能,法官也并不是在审理任何案件时都有严格司法还是变通司法的两难问题。因此首先需要将实践中纷繁复杂的案件进行某种理论上的区分,对可能出现机械司法的案件进行大致的界定,以便为进一步的分析奠定基础。

如前所述,从实践来看,机械司法的一个突出特征就是法官仅仅从

① 纪敏:“公正司法,一心为民,廉洁自律,一生平安——在全国民事审判工作座谈会上的讲话”,载《民事审判指导与参考》2007年第2集,法律出版社2007年版,第71~72页。

② Jerome Frank, *Law and Modern Mind*. Garden City: Doubleday & Co., 1963, pp. 183-199. 转引自刘星:《西方法律思想导论》,法律出版社2007年版,第64页。

③ 甚至当违法司法和变通司法模糊不清之际,我们是否希望法官如此的“能动”?

法律条文出发,按照三段论的逻辑推理过程裁判案件,拒绝对案件裁判结果的社会效果进行考量。但之所以在一些案件中,法律规则的直接适用不能“成为解决所有纠纷的‘灵丹妙药’,法律以外的因素如道德、情理也是司法过程中不可忽略的”,^①是因为这些案件所适用的规则与社会中人们普遍追求的道德、情理因素存在冲突,甚至可能相背离。从这个角度,我们将案件所适用的法律规则与社会现实的契合性作为对案件进行分类的一个维度。在这一维度上,案件所适用的法律规则与社会现实越契合,适用法律引发的法律效果与社会效果的差异就越小,法官严格执行法律越可能被接受,越不易产生机械司法。^②

需要对这一维度进一步分析。法律是一种保守的力量,是对现实生活规则的总结、确认和记录。^③一般情况下,法律规则来自社会规范,和社会规范的价值取向基本保持一致;但是,当社会处于激烈转型之中,既有的法律规则哪怕曾经为社会认可,也有可能不再适应社会现实,甚至与社会生活严重脱节。这种情况在一些法治发达国家都曾经发生过。^④而中国的情况又更为特殊。由于中国大部分的法律都是通过法律移植的方式制定的,法律规则并非脱胎于社会中的内生制度,^⑤尽管在立法

① 肖扬:“中国司法:挑战与改革”,载《人民司法》2005年第1期。

② 需要指出的是,契合性这一维度不是对抽象规则的评价,而是对规则适用到具体案件中后果的考量。虽然一个抽象规则与现实不适应,它适用到具体案件中结果糟糕的可能性很大,但即使一个规则在抽象层面与现实并不存在不适应的问题,仍不排除在某类案件的审判中,适用该规则会导致不能接受的后果,按照笔者的界定,这也属于缺乏契合性的情况。本文开头提出的案例即是如此。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第72页。

④ 20世纪,由于社会剧烈变迁,法典制定较为完善的德国、日本都发生过法律规则与社会生活相脱节的问题,关于此的论述可参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第三章;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2000年版,第五章;段匡:《日本的民法解释学》,复旦大学出版社2005年版,第四至五章,等等。

⑤ 内生制度是制度经济学的概念,这种制度是“在社会中通过一种渐进式反馈和调整的演化过程而发展起来的。”其例子包括了习惯、伦理规范、良好礼貌和商业习俗等。参见柯武刚、史漫飞:《制度经济学——社会秩序与公共政策》,商务印书馆2004年版,第65页。需要说明的是,苏力提出的“法治本土资源”其实就是制度经济学所说的内生制度规则,即社会中存在的和正在生成的社会规范。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第4~22页。

的过程中,立法机关已经越来越注意到考虑国情和照顾中国特色,但是立法与现实的脱节仍然不可避免。这种脱节不仅体现在法律规则与始终处在社会变迁中的社会现实相脱节的问题,更体现在法律规则与中国社会中已经存在的或者正在生成的“法治本土资源”相冲突,^①两者都造成法律与现实生活不相契合,造成合法与“合情”、“合理”经常处于紧张甚至对立的关系之中。

另一个分析案件的维度是法律规则的充足性。所谓法律规则充足,是指审判案件所需要的法律规则具体而且明确,不存在规则的冲突,或者即使存在冲突,运用“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”等规则可以有效地解决。所谓法律规则不充足,是指审判案件所需要的法律规则或者缺乏,存在法律漏洞;或者过于原则,不够具体;或者不够明确,存在冲突,且运用法律适用规则不能有效地解决。在这一维度上,法律规则越充足,法官的自由裁量权就越小,法官严格执法,法官严格执行法律越可能被接受,越不易产生机械司法的问题。

法律规则的不充足一直是法官们感到困扰的难题之一。中国的法官们一直对“法官造法”讳莫如深。如果不考虑个别情况下违法办案的“需要”,法官们一般都希望手头的案件有明确的法律规定,如果法律规则不足,法官们往往无所适从,这并不是说他们完全不会“解释”法律规则,而是说他们无法确定他们“解释”规则的合法性。所以,当法律规则不充足时,法官们更容易将只言片语的法律规定奉为圭臬,从而机械司法。^②

以法律规则与社会生活的契合性和法律规则的充足性作为两条坐标轴,可以建立以下一个案件类型框架的坐标图(图1)。

① 现代法律规则与中国社会的冲突是中国法律社会学研究的永恒主题,大量的文献研究了这个问题,早期的如费孝通:《乡土中国》,北京出版社2005年版,第77页。当代的如苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,特别是“变法、法治及本土资源”和“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”两文;冯象:《木腿正义》,北京大学出版社2007年版,第52~59页“秋菊的困惑和织女星文明”一文,等等。

② 这也是为什么实践中很多基层法院的法官抱怨法律规则不够具体,缺乏可操作性。

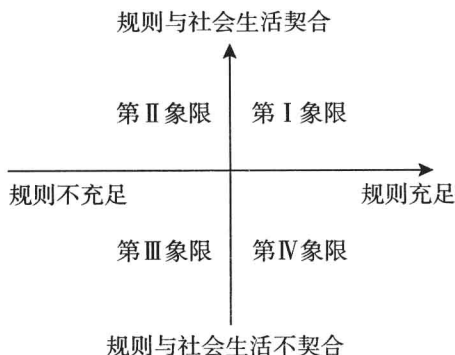


图1 案件类型框架图

其中横轴以上的案件代表了所适用的规则与社会生活相契合的案件,并且越往上,规则与社会生活的契合度越高;横轴以下的案件代表了所适用的法律规则与社会生活不相契合的案件,并且越往下,规则与社会生活契合度越低。纵轴往右的案件代表了所有法律规则充足性高的案件,并且越往右,法律规则的充足性越高,纵轴往左的案件代表法律规则充足性低的案件,且越往左,法律规则的充足性越低。

纵轴与横轴将案件分为四类。第Ⅰ象限的案件不仅规则充足,而且规则与社会生活相契合。对于这类案件,法官严格依法裁判,在实现法律效果的同时就可以实现规则所要追求的社会效果,不存在机械司法的可能性。第Ⅱ象限的案件虽然规则与社会生活较为契合,但规则太少,不能满足审判案件的需要。法官仍然面临法律漏洞需要填补,或者有法律规则的冲突问题需要解决的状况,严格适用仅有的规则不能保证案件法律效果和社会效果的统一,存在机械司法的可能性。第Ⅲ象限的案件同样是法律规则不充足的案件,而且仅有的规则还与社会生活不相适应。如果法官严格拘泥于现有的法律条文,裁判结果必将与社会现实相脱节,此类案件极易产生机械司法。第Ⅳ象限的案件是规则充足,但与社会生活不相契合的案件。和前面两个法律规则不充足的象限的案件不同,此类案件所要适用的法律规则很明确,法官的自由裁量权受到了很大的限制,法官几乎没有可变通适用法律的余地;但另一方面,现有规

则又与社会生活不相契合,如果不做变通,必然导致法律效果和社会效果的分离。相比较而言,在这类案件中,由于依法裁判的职责,法官严格按照法律条文司法的可能性最大,相应的机械司法的可能性也最大,并且法官越严格司法,也就越可能机械司法。

上述分析表明,对于第Ⅱ和第Ⅲ象限的案件,规则的不充足使信奉“法条主义”的法官也不可能做到严格遵循法律条文办事。无论法官是不是“法呆子”,他形成裁判的过程中都不可避免地体现了某种法律之外的考量和判断。^①因此,机械司法未必是信奉“法条主义”的结果。实践中大量被认定为“机械司法”的裁判并非严格遵循或者信奉了某一法律条文、法律规则,甚至法学理论。当然,这些裁判中都会存在某种“法律原则”的宣示,甚至某种法学理论话语,但是这些裁判的基础并不是“法条主义”,而是那些大而无当的所谓公平正义,法官没有考虑裁判的结果是否在法律体系内能够得到解说,而是选择“向一般原则逃逸”。^②因此,这些案件的“机械司法”可能恰恰不是过于“法条主义”,而是根本不“法条主义”。而这也意味着,对法律以外因素的考量并不能保证避免裁判的妥当性。

同时,对最后这一个象限案件的分析表明,由于依法裁判是对法官的刚性要求,法官也更容易在法律规则充足的情况下形成某种“路径依赖”,因而更容易严格按照已有的充足规则裁判案件,如果该规则与现实相契合,自然是严格司法,而一旦该规则与现实不相契合,就会导致机械司法。因此,规则的充足性对机械司法的影响更大。

综上所述,第Ⅱ、第Ⅲ和第Ⅳ象限的案件均可能导致机械司法,并且按照机械司法可能性高低进行排列,可能性最高的是第Ⅳ象限,其次是第Ⅲ象限,最后是第Ⅱ象限。

① 参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2008年版。

② 这就解释了为何加藤一郎在提出“利益衡量论”的时候一定要强调利益衡量的结果必须要在现行法律体系内得到解释。参见加藤一郎:“民法的解释与利益衡量”,梁慧星译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第78页。

三、一审法官与当事人之间的博弈模型

上述案件类型框架指出了可能出现机械司法的案件。但实践中,法官面对上述案件,机械司法并不是唯一的选择,很多法官通过变通适用法律,作出了法律效果和社会效果都不错的判决。进一步的问题就是,为什么有的法官选择机械司法,而有的不,什么影响了他们的选择?

(一) 法官司法偏好与行动

一种解释进路是,存在某些容易死抠法条的法官,这些法官认为法律规定就是一切,从而有机械司法的倾向;而另外一些法官则比较容易变通,他们会在法律规则与社会生活契合度不高的时候灵活执行法律。在现实的语境中,前一种法官经常与有法学院背景的,或者说学院派的“书生”法官联系在一起,而后者经常与没有经过较长时间正规法学教育,但社会经验丰富的经验派法官联系在一起。^①

学院派法官的确更有可能机械司法。这些法官大多较为年轻,从法学院直接进入法院,学历一般较高,但社会经验缺乏,他们在读书期间建立起了对法治的信念和情感,相信——尽管有可能过分相信法律的作用,并且他们也更擅长用法律来解决问题。这些都有可能使学院派法官更重视裁判结果的法律依据或者法理依据,甚至仅仅重视这些依据,导致机械司法。但是,经验派法官机械司法的可能性也同样存在。在前一节中,我已经论证了机械司法与信奉“法条主义”并不存在必然的关联。在面对那些法律规则不充足的案件时,由于没有经过正规的法学教育,经验性法官法学理论方面的资源有限,法律在他们的考量和判断中的作用很有限,这就增加了他们对法律以外知识的依赖,但这些知识并不能为裁判提供正当化的依据。因此,如果案件必须判决而不是通过调解的

^① 纪敏:“依法维持,慎重改判,强化调解,严格发回——在山东省人民法院‘公正司法、一心为民’经验交流会上的讲话”,载《民事审判指导与参考》2006年第3辑,法律出版社2006年版。

方式解决,他们死抠法条的可能性更大,唯有这样,他们才能确定自己的裁判是有法律依据的——尽管有时仅仅是有“法律原则”依据的。而面对同样的案件,学院派法官完全可能创造性的适用法律,从而作出一个合法且合情合理的裁判。

但这种解释进路仍然仅仅关注法官是否有机械司法的倾向,而法官有机械司法的倾向无非表明他具有机械司法的偏好,即在其他条件不变的情况下,相对于其他法官,他从机械司法中获得更大的效用;至于他是否会在具体案件中机械司法,还需要考察机械司法给他带来的成本,只有这些成本不足以抵消效用时,他才会机械司法。偏好并不等于行为,经济分析把偏好当做一个给定条件,它的关注点在于满足这种偏好的不同方法的各自的成本收益。^① 一个有机械司法偏好的法官也可能会不机械司法,反之亦然。

因此,考察法官面对一个可能存在机械司法的案件会如何行动,就需要考察当事人对他的行动可能造成什么影响,以及在这种影响下法官的效用如何变化。对此,我们可以利用博弈论这一“研究理性个体在相互依存时如何作出决策”学科,^②通过建构法官与当事人的博弈模型来分析具体案件中的法官如何在机械司法与变通司法之间进行选择。

(二) 博弈模型及分析

法律的博弈分析是法律经济分析的一个分支。在西方国家,运用博弈论对法律问题,特别是司法进行分析的成果不胜枚举,我国有关研究也已经有不少。^③ 博弈论改变了传统经济学在给定的价格参数和收入条件下对个体选择进行研究。“在博弈论里,个人效用函数不仅依赖于他自己的选择,而且依赖于他人的选择;个体的最优选择是其他人选择

① [美]理查德·波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第114页。

② [美]格若赫姆·罗珀:《博弈论导引及其应用》,柯华庆、闫静怡译,中国政法大学出版社2005年版,第1页。

③ 何远琼:“站在天平的两端——司法腐败的博弈分析”,载《中外法学》2007年第5期;吴元元:“神灵信仰、信息甄别与古代清官断案”,载《中国社会科学》2006年第6期,等等。

的函数。”^①司法过程是当事人与法官共同参与的,司法过程中当事人与法官的行为是互相影响的,他们各自的效用不仅取决于他们自己的选择,也取决于对方的选择。以下我将利用动态博弈论的理论建构一个一审法官与当事人博弈的模型,^②分析法官的机械司法问题。^③

需要对博弈模型的参与人作一界定。为了简化分析,我在这里仅仅考察一审法官与当事人之间的博弈过程,^④同时,这里对当事人既不区分原告还是被告,也不区分是否胜诉,因为当事人的身份对博弈并没有影响,而胜诉与败诉区分可以通过不息诉的收益(B_p)这一变量来分析,如果一审裁判后当事人完全胜诉,即使不息诉也不可能获得更多收益,那么 $B_p = 0$,而如果当事人没有完全胜诉,他仍然希望通过上诉等途径获得更多的收益,那么 $B_p > 0$ 。

我们假定法官与当事人都是理性人,使其效用最大化,假定博弈是完美且完全信息的,即法官和当事人了解彼此的特征、策略空间及其效用函数,^⑤法官知道他的裁判行动对当事人效用的影响,而当事人也知道他的行动对法官效用的影响。同时假定法官的偏好是中立的,即他并没有机械司法或者变通司法的偏好。假定博弈涉及的案件不属于法律规则充足,且与社会生活相契合(第 I 象限)的案件,法官有变通司法和机械司法两种策略;同时参与博弈的当事人在观察到法官的行动之后也

① 张维迎:《博弈论与信息经济学》,格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社 2004 年版,第 2 页。

② 在司法过程中,当事人和法官的行动是有先后的,而且当事人和法官无论谁先行动,后行动的一方都可以观察到另一方的行动,因此,我利用动态博弈而非静态博弈来建构模型。

③ 需要说明的是,本文以下构建的博弈模型以民商事诉讼为基础,因此分析结论是是否能够适用于刑事诉讼和行政诉讼还需要进一步的分析,本文暂且不做讨论。

④ 将博弈的一方限定为一审法官是因为一审法官不存在“原审裁判”作为思维的起点,也无须考虑自己的裁判对已经“原审”的法官的影响,他作出变通或者机械的效用函数仅仅取决于当事人的行动是息诉还是不息诉,一审法官的变通还是机械往往对案件的结果更具决定性意义,以一审法官的行动作为研究对象更有针对性。

⑤ 张维迎:《博弈论与信息经济学》,格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社 2004 年版,第 8 页。