

## 引 论

以我幼稚、轻蔑的方式 ,我承认有四种判断 :第一种是认知的 ,属于并通过反思和词义争执 ;第二种是运气的 ,属于并通过抓阄 ;第三种是直觉的 ,属于并通过感觉或“预感”(hunching) ;以及第四种是愚蠢的 ,属于并通过一个傻瓜 ;以同样幼稚、轻蔑的方式 ,我还认为 ,后三种判断不过是改头换面 ,这些过程的结果与那些好法官全然无关。<sup>[ 1 ]</sup>

1

伊凡·卡拉马佐夫\*说 ,如果没了上帝 ,那就什么事都能干了 ;传统法律思想家则可能说 ,如果没了法条主义(法律形式主义、正统法律推理、“法治而非人治的政府”、“法治”以及其他在崇高的法律节大加赞美的修辞) ,法官就什么事都允许干了——因此 ,一定要小心。今天法条主义还在 ,因此还不是什么事(anything)都能干。但法条主义的王国已经衰落、苍老了 ,今天 ,它主要限于常规案件 ,如今允许法官做的事很多。而本书的主要关注就是 ,对法官的这个许可究竟有多大 ,以及法官如何使用其自由。这些关注也很是及时 ,因为最高法院\*\*在最近一个年度(结束于2007年7月)令人(天真者)震惊地向右转。<sup>[ 2 ]</sup>这一转向缘于一位极端保守

---

[ 1 ] Joseph C. Hutcheson , Jr. , “ The Judgment Intuitive : The Function of the ‘ Hunch ’ in Judicial Decision , ” 14 *Cornell Law Quarterly* 274 , 275-276 ( 1929 ) .

\* 俄国作家陀思妥耶夫斯基长篇小说《卡拉马佐夫兄弟》中的人物。——译者

\*\* 美国司法制度中有两类最高法院 ,州和联邦的 ;在本书中除特别注明外 ,最高法院均为联邦最高法院。——译者

[ 2 ] Linda Greenhouse , “ In Steps Big and Small , Supreme Court Moved Right : A 5-4 Dynamic , with Kennedy as Linchpin , ” *New York Times* , July 1 , 2007 , § 1 , p. 1 .

的大法官(艾利托[ Alito ])取代了一位温和保守的大法官(奥康娜[ O'Connor ]) ,这就凸显了审判中个人的和政治的因素 ,也因此凸显了 ,在什么意义上 ,这个国家是由法官统治而不是由法律统治的问题。如果法官一变 ,法律就变了 ,那么甚至法律是什么也不清楚了。

2 讨论法官 ,特别是讨论上诉审法官 ,我感到某种程度的尴尬 ,因为我就是其中一员。传记总是比自传更可靠 ,有关猫科动物心理学原则也不会向猫咨询。与此同时 ,令我震惊的是 ,大多数人 ,包括从未担任法官的从业律师和出色法律教授〔3〕 ,甚至有些法官 ,对法官的理解都非常不现实。不现实有各种因素 ,包括不同法律职业部门会有不同视角——还包括某种程度的缺乏想象力。也还由于 ,大多数法官在谈论自己的作为时吞吞吐吐 ,甚至羞羞答答。他们趋向于复述 ,并常常相信司法过程的官方言辞(司法如何受规则的约束) ,尽管这些言辞并没有描绘他们的实际作为。〔4〕此外 ,还有这样一种感觉 ,审判与法律实务或法律教学行当完全不同 ,不干这一行 ,你就不可能理解审判。记得当年我被任命为法官的时候 ,就收到另一巡回区一位熟识的上诉法院法官的一个便笺 ,欢迎我加入“本俱乐部”。本书会略略拉开这一帘幕。

外人难以理解司法行为 ,部分是因为法官的慎思( deliberate )是隐秘的 ,尽管更准确地说 ,真正的秘密在于法官并不多慎思(我指的是 ,集体慎思)。(5) 司法慎思被夸大了。英国法官传统上就完全不慎思 ,因为这会

---

〔3〕 一个突出的例子就是我将在第10章讨论的哈佛法学教授亨利·哈特对最高法院大法官的工作程序研究 ;Henry M. Hart , Jr. , “ The Supreme Court , 1958 Term : Foreword : The Time Chart of the Justices , ” 73 *Harvard Law Review* 84 ( 1959 ) .

〔4〕 联邦地区法官罗伯特·基滕——之前是哈佛法学院的一位教授——在有关审判的专著中承认 ,法官会制定“为价值支撑的”判决。Robert E. Keeton , *Keeton on Judging in the American Legal System* 15 ( 1999 ) . 但他没有探讨这些价值的渊源。他的专著也没有“政治”或“意识形态”的索引项。

〔5〕 尽管这是比较公开的。“当我第一次来到这个法院[美国哥伦比亚特区巡回区上诉法院]时 ,我想象 ,案件会商会是反思的、精细的、分析和生动活泼的。但通常并非如此。围桌而坐 ,各位法官 ,从最资深到最新来的 ,依次表明他或她的底线 ,也许会有一个简单解说。即使意见完全不同 ,讨论也是简明扼要的。这种会商很少会改变人的观点。分派了意见撰写之后 ,一切照常。”Patricia M. Wald , “ Some Real-Life Observations about Judging , ” 26 *Indiana Law Review* 173 , 177 ( 1992 ) . 最高法院首席大法官冉奎斯特描述的最高法院会商也非常相似。请看本书第10章。

违反“口头”判决的原则,法官的一切作为都必须公开进行,这才可以监督其行为〔6〕因此,才有了那些令美国法律研究者甚或英国研究者也感困惑的、当年依次发表的司法意见。而如今,几乎所有案件决定之前,法官之间都会简单讨论,使之能合成一个单一的多数司法意见,而不是每个法官分别发表意见。 3

如果司法行为(behavior)的后果很容易就能确定,那么秘密的司法过程对理解和评价法律制度就没多大关系。如果捏捏、嗅嗅香瓜,就可以确定它熟了没有,你就不必操心法官助理心里想什么。但司法行为的后果常常比其他职业服务——例如,医疗服务——的后果更难确定和评价。你无法展示,一个法院体制的产品——其诸多决定——究竟是“好”是“坏”,无论是从后果上看还是从其他标准来看;因此,很自然,人们会问,凭什么相信这一制度设计,相信操作这一制度的法官称职又正派呢?

司法慎思之隐秘性是职业神秘化的一个例子。像法律和医学这些职业,外人很难理解和评估它们提供的关键服务。职业人喜欢这样,因为这有助于维系他们的特权地位。但他们知道,这必须克服外行人的不信任;因此,他们开发了一种神秘,不仅夸大职业的技能,而且夸大该职业的非私利。〔7〕法官一直都这么做,上千年了,也很擅长,太擅长了,以至于他们的法律同行,包括法律教授和从业律师,理解他们也有一定难度。法官已经让很多人——包括他们自身——信服了:他们用深奥的材料和技巧无私地建造了一座不为任性、政治或无知玷污的教义大厦。

然而,对我们的法律体制,就如同对我们的医疗保健体制一样,还是有相当多的不满。〔8〕和医疗保健一样,说法律太昂贵了(确实,人均费用比我们通常用来同美国比较的那些国家的法律体制都高),太多侵入私人和商业的生活,太容易出错,太不确定,或就是规模太大了(这个国家有 100

---

〔6〕 Robert J. Martineau, *Appellate Justice in England and the United States: A Comparative Analysis* 101-103 (1990).

〔7〕 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, ch. 3 (1999).

〔8〕 例如,请看 Philip K. Howard, *The Collapse of the Common Good: How America's Lawsuit Culture Undermines Our Freedom* (2001); Walter K. Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit* (1991).

- 4 万法律人)。由于这些理由,法律被认为是除诉讼各方费用外的巨大间接成本的来源之一。这些指责也许都不错,尽管本书不想测度其真假,测度起来也会特别可怕,因为测度我们法律体制的收益比测度其费用更难。法定权利,即使从未使用,也许还是有价值的选项,但如何去评估这些选项的价值?而且法律义务会震慑有害行为,但有效性如何也非常难以确定。

假定这些批评都有些道理,问题就是该责备谁。如果法官的所作所为就是适用立法机构或宪法创制者制定的规则(或是遵循当下或先前法官制定的——如果证明不适应现行条件——并及时改变了的先例),那么这种混乱(如果真是混乱的话)的责任就一定在立法者或是宪法创制者身上,或是在更一般的政治过程中。但让我们假定,立法机关确定的大多数规则还不错并且问题出在任性的法官身上,他们没有根据个案“公平”来分配目光短浅的正义,而是自己制定规则,甚或完全无视规则,并因此造成了巨大的法律不确定性。这个政策寓意,以及由此而来的改革之路,就取决于哪种说法对(也许两者都对)。而如果根本问题是,美国的政府结构以及更宽泛的美国政治文化,迫使法官制定而不只是适用法律规则,那又该怎么办?也许在批评司法者看来像是司法任性的行为,其实是法官在真诚扮演司法的重要角色,如果法官拒绝扮演这一角色,像某些法律思想家(更简短的说法是,法律形式主义)敦促的那样坚持自我限制,消极适用其他机构制定的规则,也许这个法律体制比现在还要糟。

- 5 这些答案都与司法行为的诸多问题有密切关系。举个例子:每个人都同意,合同对于市场运作至关重要,并且几乎每个人也都同意,合同的法律执行对合同有效与否很重要。合同法就是由法官(有时是私人裁判者——仲裁者,但仲裁有效与否取决于仲裁结果的可执行程度)操作的。作为普通法的一部分,合同法也是法官创造出来的。法官创造的这个法律与法官的执行方式都是慎思的行动,与商业决定以及立法机关决定一样是慎思的行动。司法制作的教义和决定的好坏,因此也许取决于法官的激励,这转而又取决于法官的认知和心理,取决于如何选任(包括自我选择)法官,以及取决于法官工作的任期和条件。与此相似,美国的反托拉斯法更多是司法决定的创造,而不是反托拉斯立法的创造:那些最重要的反托拉斯法和《权利法案》的大多数规定一样,都太简单也太含混了。因此我们应当感兴趣的是,影响法官的那些动机、约束以及其他因素是如何塑造反托拉斯法现状的。最高法院事实上就称《谢尔曼法案》是“一个

普通法的制定法〔9〕,而普通法当然是由法官,而不是由立法者,制定的。

如果法官们不过是把立法者、行政机构、宪法创制者以及其他非司法渊源(包括商事习惯)创制的明确法律规则适用于法官和陪审团不带偏见或前见确认的事实,那么法官怎么想(mentality)就没什么意思。法官也就完全可能逐步为人工智力数字化项目替代。〔10〕但即使那些热烈并仅仅相信法官应当是规则适用者和无偏见的事实发现者的法律思想家也不相信,所有甚或大多数美国法官在所有时候都是这样行为的。我们的法官有并且行使了裁量权。特别是,如果是上诉法官,哪怕只是中间层级的法官,他们也是“偶尔的立法者”。要理解他们的立法性活动,你就必须理解他们的动机、能力、选任模式、职业规范以及心理。

因此,获得一个坚实的对司法行为的理解不仅有学术意义,它也是司法改革的一柄钥匙。但它的学术意义也不小,因为与大多数工作不一样,这些非同寻常的激励和约束塑造了司法行为,特别是在美国联邦法院系统中,还因为分析这些行为可能提供一些关于处理不确定性这个更一般性题目的洞见。〔11〕就像我们医疗体制中的开支,不确定性是我们法律体制的一个显著特点,而在不确定性条件下作决策,无论是在经济学、组织理论还是在其他领域中,都是一个很值得研究的重要课题。

和其他法官撰写的关于审判的著述一样,本书受我个人司法经验——担任联邦上诉法院法官超过1/4世纪(还有七年是我所在法院的首席法官),偶尔还跑到地区法院主持主要是民事案件审理——太多的影响。但本书的写作方式是学术的,而非忏悔的。就此而言,它类似我的有关性规制的著作,否则的话,那也是一个远离法官行为研究的题目。我撰写那本书的动力是,我“迟迟才发现,除了自身的有限经验外,法官对性几乎是一无所知”,而我的目的之一就是“让法律职业界注意到[在这个

---

〔9〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705, 2720 (2007).

〔10〕 我不知道原旨主义者和其他法条主义者为什么不热情支持人工智能。

〔11〕 对此,我有不少写作,都与大灾难风险以及与美国情报系统的改革有关。请看我的著作, *Catastrophe: Risk and Response* (2004); *Preventing Surprise Attacks: Intelligence Reform in the Wake of 9/11* (2005); *Uncertain Shield: The U. S. Intelligence System in the Throes of Reform* (2006); *Countering Terrorism: Blurred Focus, Halting Steps* (2007).

问题上]有丰富的多学科文献”。〔12〕与我们社会的其他“高雅”群体一样,法官不大愿意谈论性,也不大愿意谈论审判,特别是公开谈论,无论是对同事还是对更广大的法律职业受众。这种沉默使司法行为的学术研究既有挑战性也不可或缺。

本书强调的是实证的而不是规范的分析,即法官做了什么,而不是法官应当做什么,但我还是会讨论一些规范性问题,并提出一些温和的改革措施,偶尔还会提出一些供深入研究的建议。在处理人们的慎思行动之际,实证分析和规范分析不大容易区分,因为除非他们邪恶或玩世不恭,对其行动的最好解说就不可能是他们故意触犯社会规范。如果一位法官靠抛硬币做出司法决定是错误的,那么司法行为的运气理论就不大可能正当。法官决策的根据也许会错,但他们不大可能位于该社会流行的规范和价值场域之外。

7 本书主要聚焦于联邦上诉法院法官,包括最高法院大法官(本书第三编,尽管其他各编也会讨论)。但也会讨论一下初审法官、州法院法官、与美国类似的外国法官〔13〕,以及仲裁者(私人裁判者)。

一开始我先讨论现有的一些司法行为的理论(态度理论、战略理论、组织理论、经济学理论、心理学理论、社会学理论、实用主义理论、现象学理论以及法条主义理论),讨论支持和反对各个理论的证据。有大量文献阐述了这些理论,但多数学术法律人(尽管这种状况正在改变〔14〕)以及几乎所有的法官都忽略它们。〔15〕这些理论为我的分析提供了背景知识

---

〔12〕 Richard A. Posner, *Sex and Reason* 1, 4 (1992).

〔13〕 即有独立司法部门的国家,因为许多国家都没有。例如,请看, Gretchen Helmke, *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina* (2005); *Law and Economic Development* (Hans-Bernd Schäfer and Angara V. Raja eds. 2006).

〔14〕 请看,例如, Gregory C. Sisk and Michael Heise, “Judges and Ideology: Public and Academic Debates about Statistical Measures,” 99 *Northwestern University Law Review* 743 (2005).

〔15〕 其丰富性,可以看, James L. Gibson, “From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior,” 5 *Political Behavior* 7 (1983). 正如这篇文章的发表时间显示的,这类文献已出现很多年了。法学教授之所以没注意,也许部分因为它们缺乏有助于理解或改革法律教义的寓意,另一部分则是因为它们挑战了司法非政治性的神话,而律师和法律教授在这个神话中有太多既得利益。

和支持,而我的分析大量汲取了劳动力经济学和认知情感心理学。正因为我把重点放在心理学上,导致我冠名此书《法官如何思考》而不是《司法行为》。

我的分析以及赖以展开的诸多研究都发现,法官并非道德或智识巨人(哎呀!)、先知、圣人、代言人或计算机。他们都是非常人性的工人,与其他工人一样,对其工作的劳动力市场条件会做出反应。至少美国法官并不是形式主义者或法条主义者(这是我更喜欢的术语,因为它更少歧义)。法条主义者决定案件是适用先前的规则,或在某些版本的法条主义看来,运用所谓的独特法律推理模式,例如“法律类推”。他们不立法,除了在琐细问题上(比方说,日程安排),他们不行使裁量权,不关心政策,也不在常规法律文本——主要是制定法、宪法规定和先例(权威性司法决定)——以外寻求决定新案件的指南。在法条主义者看来,法律是一个自给自足的知识与技巧领地。<sup>[16]</sup>有些法条主义者甚至怀疑先例是否是法律渊源,因为它也感染了司法的创造。

但如果法官不是法条主义者,那他们又是什么呢?也许他们只是穿着法袍的政客?经验研究的学者已发现,许多司法决定,不仅仅限于最高法院的,都受法官的政治偏好或法律之外的其他因素的强烈影响,例如法官的个人特点以及个人的和职业的经验,这些也许塑造了他的政治偏好或直接作用于他对某个案件的回应。负责任的司法体制研究者都不认为大多数司法决定是“政治”(具体含义后面解说)或个人偏好驱动的;只有最高法院的除外,当决定宪法性案件之际,它确实主要是一个政治性法院。法条主义驱动了大多数司法决定,尽管一般说来这些决定对于法律教义之发展或是对于影响社会不很重要。

但人们一定要小心,别把司法决定(或法官)分为法条主义的和政治

---

[16] “法律形式主义者强调特别法律有明晰、确定和融贯的优点,并试图严格区分立法与审判的区别。大致说来,他们可以划分为规则形式主义者和概念形式主义者两类。前者更看重确定性,强调明确规则和从严解释的意义,而后者则强调贯穿整个法律的系统 and 原则融贯性的意义。”Thomas C. Grey, “Judicial Review and Legal Pragmatism,” 38 *Wake Forest Law Review* 473, 478 (2003). 由所谓的斯格利亚学派人士组成的现代美国形式主义者,主要都是规则形式主义者。同上,页 479。“[对于斯格利亚来说],最重要的事情就是,只要可能,法律就应当表现为规则的形式。”同上,页 499。

性的两类,或是与之紧密联系,对法律和政治主张一种非黑即白的二元观。只有把“法律”等同于法条主义时,这种二元论才能成立;但这样界定法律就太狭窄了。在“理查德森诉马希案”(Richardson v. Marsh)中,斯格利亚(Scalia)大法官说:“推定陪审团遵循了法庭指示,这是一个实用主义规则,其根据并不在于这一推定绝对为真,更多在于相信,在刑事司法过程中,这个推定合乎情理地现实地迁就了州和被告的利益<sup>[17]</sup>,斯格利亚并没有超出他作为法官的恰当角色。这个司法断言,与那些让斯格利亚(宣称“法律的规则”就是“规则的律”的斯格利亚<sup>[18]</sup>)更著名的法条主义断言,同样恰当。尽管这一断言有政治寓意,却仍然恰当。如果法官——以覆水难收为由——告知陪审团别理睬法官或检察官的差错,这样能原谅法官或检察官的差错,这就对刑事被告不利,因为陪审员在考虑被告是否有罪之际,不可能把他们不应听到但已经听到的信息消除干净。”

在司法场景下,“法律”只是最广义上的一些材料,法官从这些材料中形成了他们的决定。由于这些法条主义决策材料未能得出可接受的答案,回答要求美国法官决定的一切法律问题,法官就被迫偶尔——实际上相当频繁——依赖其他一些判决渊源,包括他们自己的政治看法或政策判断乃至他们的个人特性。结果是,除了不合法条主义决策模式外,法律还充满了政治以及其他许多东西。

法官的这种决策自由是一种非自愿的自由。它是法条主义在许多案件中没法决定结果(或无法得出可忍受的结果,这个区别我后面展开)的后果,也是与之相关的很难、常常不可能验证结果是否正确——无论根据后果还是根据逻辑——的后果。这种无法以及很难或不可能,创造了一个开放的领域,在那里,法官们拥有决策裁量,有一块白板,来记录其决定,不是为“法律”所迫得出的某个具体决定。他们如何填补这一开放领域?这就是本书要处理的根本问题,尽管在这个背景中浮现出来且偶尔会走上前台的问题是,法官应当如何填补这个空白。

尽管法官在开放领域常常行使某种政治判断;但“政治的”(politi-

---

[17] 481 U. S. 200, 211 (1987).

[18] Antonin Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules,” 56 *University of Chicago Law Review* 1175 (1989).



cal)是个多义的术语,要想有用地适用于司法行为,必须精心解析。它可以是指一位法官的决定反映了他忠于某个政党。它也可以指一个法官的决定忠实反映出某个政党的纲领,但是出于信念而不是出于对党的忠诚。它还可以指一个法官的决定反映了某种始终如一的政治意识形态,或许“自由派的”或许“保守派的”,并因此同(尽管不完美)民主党或共和党的纲领关联,但这两大党也许都不拥抱这种意识形态,比方说自由至上主义(libertarianism)或社会主义。那些证明法条主义没有完整甚或近似地描述实际司法行为的经验研究文献,没有区分这些不同层次的“政治”。“政治的”甚至可以描述那些纯基于技术政策判断——即涉及为一致赞同的目标寻找最佳手段的判断——的决定,在这个意义上,政府政策的任何问题都是“政治的”。在相反的另一端,在脱离了政策考量的意义上,一个法官也许仍然是“政治的”:因为他也许像一位立法者那样,用个人魅力、狡猾、交换票以及恭维来诱使其他法官同他站在一起,尽管他的目标也许只是想得出更多的法条主义决定(他因此也许就是各种非政治场合中所谓的“一位出色的政客”)。本书第一章讨论的司法行为战略理论强调的就是这种“手段”而非“目的”意义上的政治性审判。许多立法者都没有自己的政策偏好,而只是其选民的政治掮客。但法官,除非是选举产生,并没有选民。

对“政治的”这种来来回回的说明,也许看起来已穷尽了审判中可能的非法条主义因素,其实还没开始。其他可能的要素(统称为“个人的”)包括了个人特点,或气质(在该频谱的一端是情绪化而另一端是感情超脱),这或多或少都是天生的个人性格;其他可能的要素还包括个人的背景特点,例如种族和性别,还有个人和职业的经历。这些影响审判的政治或意识形态要素本身也许就是个人因素的副产品,而并非对公共问题的知情、无私且冷静分析研究的产物。司法决策中还会有前面提到的战略考量,而这与某位法官无论是政治观点还是个人特点都不一定有关。在某个案件中,一位法官也许会加入多数法官的意见,不是因为他认同,只因为他认为公开表示异议反而会增大多数派意见的效果,因为那吸引了人们的关注(我们在第一章会看到,“异议厌恶”有助于解说合议庭组成对上诉审决定会有令人不解的效果)。制度性要素——诸如法律明确不明确、薪水和工作量以及法官的晋升结构——也都会影响司法行为。

这些政治的和个人的要素创造了一些前见(preconceptions),常常

是无意识的,法官会把它们带进一个案件。这可以解说法官何以会认为自己的决定未被政治考量感染,而中性的观察者会有不同的发现。这一解说可以让法官免受“太虚伪”的指控,却又不否认政治性审判的经验研究文献的力量。

我们会看到,对司法前见的最好理解是借助贝叶斯决策理论。<sup>\*</sup>这当然不是法官对自己思想过程的描述。而且我将使用的,可能令这本关于法官的著作的某些读者不安的术语也不只有“贝叶斯定理”;类似的还会有“偶尔立法者”以及“异议厌恶”(dissent aversion)。读者还必须做好准备迎接“撤销[司法决定]厌恶”、“意识形态漂移”(ideology drift)、“可容忍窗口”(tolerable windows)、“效用函数”、“萨特式自欺”(Sartrean bad faith)\*\*、“选项价值”、“风险厌恶”、“合乎情理的区域”、“买方独家垄断”(monopsony)、“世界主义”(cosmopolitanism)、“威权人格”、“异化”、“代理费用”、“规则实用主义”以及“受约束的实用主义”等。我并不抱歉,为这些术语,或,更一般地说,为用一套多数法官和律师都不懂的术语讨论司法思维抱歉。用法官自己使用的,有时有害的一套术语,不可能理解司法的行为。

因为行为由欲望驱动,我们就一定要考虑法官想要什么。我认为,和其他人一样,他们想要的同样是基本的善品,诸如收入、权力、名誉、尊重、自尊以及闲暇。如果法官们对这些不同善品的通常权衡很独特,那也是因为法官职务创造的激励和约束,或因为更宽泛的司法行动的语境。这个语境的一个重要组成部分就是法律的不确定性,它创造了一个开放地带,在那里正统(法条主义)分析方法得出的结论不令人满意,有时还得出不了结论,这就允许甚或规定了情感、人格、政策直觉、意识形态、政治、背景以及经历将决定一位法官的司法决定。

在这个开放地带,有诸多制度性要素会影响司法行为。其中之一是司法生涯的结构,它影响进入司法部门的人的选择和自我选择,并影响一

---

<sup>\*</sup> 贝叶斯决策理论是基于英国数学家贝叶斯(Bayes,1702—1763)创立的关于随机事件的条件概率和边缘概率定理发展起来的一种决策理论,是主观贝叶斯派归纳理论的重要组成部分。——译者

<sup>\*\*</sup> 法国著名哲学家萨特(Jean Paul Sartre,1905—1980)。存在主义哲学的核心伦理概念之一,也译作“不诚实”,大意指人在可以做出伦理选择之际,以种种社会或他人原因为理由否定并逃避自己的自由选择,以达到自我安慰和解脱。——译者

一旦加入该职业就会启动的那些激励和约束。我会比较不同类型的法官职业和不同类型的法院体系,还会考察关于修改这一职业结构的诸多建议,例如大幅提升司法薪水或限制司法任职的期限。我对联邦上诉法官(包括最高法院大法官)职业结构的分析确认了,对他们个人司法行为没有重大的外部约束(诸如薪水、晋升或卸职),并因此确认了法官的自由——即不受其“主人”(无论究竟是谁,而究竟是谁也还不太确定)为控制这些代理人所作的努力——的范围。 12

但我一定不能忽略这种可能性,即法官的这一自由受到一系列内部约束的严格限制,包括我所谓的“司法方法”。它由诸多处理不确定性和生产法条主义者认为客观决定的分析工具构成。我们会看到,这些法条主义工具,包括那些最神圣化的工具,类推和对制定法和宪法的从严解释,都很不够:首先空泛,而其次,尽管表面看来没有,其实有大量裁量因素。

我还一定不能忽略对法官的学术批评也对司法行为构成一个潜在约束,因为没有强有力的约束,这就开放了一个空间,使一些通常微弱的约束产生了重要影响。但近年来法官一般听不进学界对他们的批评,因为法律学术的改变驱使法官与法律教授在智识上渐行渐远,精英法学院的教员正变得与司法部门疏远。我的抱怨并不像人们可能认为的那样,学界对法官太挑剔了;在许多方面,他们挑剔得还不够。我的抱怨是,时下学界的司法批评对法官太不现实,无所帮助,并且事实上他们对所批评的法官没兴趣,除非恰好批评的是最高法院的大法官。

我强调美国法官有不受外部和内部约束的广泛(尽管并非完全的)自由,意思并不是说司法行为都是随机的、任性的或在党派意义上政治的。大多数法官,同大多数严肃艺术家一样,都在努力“干好工作”,但何为“好”则由该“艺术”行当的诸多标准来界定。司法的艺术包括了显著的法条主义要素,因此司法决定中突显这些要素也很恰当。但是,创新型法官会挑战司法艺术的这些已接受的标准,就像创新型艺术家会挑战他们的艺术的已接受的标准一样。因为并不存在固定的、毫无争议的艺术杰出标准,因此也没有固定的、毫无争议的司法杰出标准。在法律中,同在艺术中一样,创新者对该领域之演化有更大影响力。 13

因此,当在开放领域审判时,法官究竟做了些什么?如果他们并不是仅仅适用已有的规则,不是以一种逻辑的,或在其他方面很机械的方式,

是不是他们就没有贯彻一个始终如一的司法哲学呢？并非如此。我们会看到，诸多司法哲学（诸如“形式主义”、“原旨主义”、“文本主义”、“强化代表性理论”、“市民共和主义”或最新近的竞争者“生动自由”以及“司法世界主义”）都是对基于其他根据所作决定的理性化，或是一些修辞性武器。全都不是指导法官司法决定的政治中性的北极星。

那么，用何种术语才能最好描述多数美国法官的作为呢？读过我先前的司法行为著述的读者会预期我说，是“法律实用主义”，先把法官分成法条主义的和实用主义的，再把法条主义分类为一种实用主义战略，这就把所有法官都转换成实用主义者了。这太容易了。但实用主义确是美国司法行为的一个重要组成部分，在本书中也相当重要。人们广泛误解实用主义就是一种在审判上“怎么都行”的做法，和一些极端法律现实主义一样。非也。实用主义法官是一位受约束的实用主义者。与其他法官一样，他也被规范重重包围，规范要求他无偏私，理解法律可预测且足以指导受制于法律者（包括法官！）如何行为并正当尊重合同和制定法的文字整体性的意义。他受到约束，但活动空间并不很小，还不能排除了他至少在一种非党派意义上成为一个政治的法官。但他无需成为政治的法官，除非“政治”像我之前回顾的那样是在一种最宽泛的可能含义上，这种意义上的任何有最细微政策关切的东西都是“政治的”。一位实用主义法官会评估司法决定的后果，因为这与他理解的坚实公共政策有关。但这无需是基于人们通常理解的诸多政治理由而选择的政策。

14 一位法官可以是政治的，但不是实用主义的；一位意识形态者就不是实用主义者。大多数反对人工流产权的法官之所以反对，是因为宗教信仰，而不是因为这些权利的实用主义评估（许多支持这类权利的法官同样是为意识形态驱动）。他们对人工流产也许会提出实用主义的反驳，据此获得那些不信教的或本人宗教信仰中不包括拒绝人工流产的法官的支持。但那只是一种外观的装点。你若对一位支持生存权的反堕胎者（pro-lifer）——无论是法官还是其他人——说，人工流产的好处之一是会减少未来的犯罪率，因为长大后，那些父母“想流掉”的孩子要比父母想要的孩子更可能成为罪犯<sup>[19]</sup>，他会面色恐怖地看着你，而不会认为你

---

[19] John J. Donohue III and Steven D. Levitt, “The Impact of Legalized Abortion on Crime,” 116 *Quarterly Journal of Economics* 379 (2001).

提出了一个很有意思的实用主义观点,会增加他对人工流产后果好坏的权衡,帮助他做出决定。

当涉及美国联邦最高法院时,哪些因素影响司法行为的问题会变得最尖锐。大法官所受的工作约束比其他联邦法官更少,只有舆论的政治约束除外。舆论对大法官约束更大是因为其司法决定的能见度更高,对社会的冲击更大(这也是能见度更高的主要理由)。因此,在最高法院,特别是当其决定宪法案件时,我们会预期并发现,要例证法官是或可能是法条主义者,最难,也最不成功。因为这里通常利害关系最大,不仅因为宪法性法律处理的问题性质不同,而且因为最高法院除推翻先前决定外,很难改变宪法性法律。这也是正统法律材料提供决策指南最弱的地方。因此,在这里,我们发现有无数的关于限制司法裁量权的全盘性理论建议在相互较劲,我会在第三编考察其中几种。其中,最无望的就是追求全球的司法共识,一种世俗的自然法。司法世界主义(请不要将之同很有影响的哲学世界主义教义混为一谈)体现为最高法院日益倾向于,在诸多宪法性案件中引证外国司法决定作为权威。这样做,最高法院忽视了美国与外国在司法结构和司法观上都有深刻差别。

如果本书的全部论点只是,美国法官(与多数外国法官相比)有大量的裁量权:他们并非仅仅适用政府立法和行政部门、前辈法官、更高层级法院制定的规则,许多读者会回答说:“这不都是老一套吗?”但本书大部分都是关于,当并非只适用规则时,法官还做了些什么。这是一个努力,要为我所谓的开放领域——即法官成为立法者的领域——中的法官行为提出一种实证的决策理论解说。我论辩说,美国审判有立法特性的理由都非常深入地根植于我们的政治法律体制和我们的文化中,还没有什么可行的改革可能改变它,我还要更进一步地论辩说,我们法律体制的这一特性并不是一个很糟的东西。最错误的开始就是这样一种信念,法官信奉法条主义——司法的角色就是尽一切可能适用制定法和宪法规定的规则或运用那些让法官只注意正统法律材料而不搭理政策的分析方法——就可以让我们的制度踏上改革之路。

我希望我的这些论辩有说服力,或至少有助于更精确更全面的理解:法官是如何行为的,为什么如此行为,行为的后果可能为何,以及哪些智识工具最适合分析这些问题。