



社会思想译丛 丛书主编 / 沈明



Decision Making in the U.S. Courts of Appeals

美国联邦上诉法院 的裁判之道

[美] 弗兰克·克罗斯 / 著 曹 斐 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

*Decision Making
in the U.S. Courts of Appeals*

美国联邦上诉法院 的裁判之道

[美] 弗兰克·克罗斯 / 著 曹 斐 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字: 01 - 2008 - 5134

图书在版编目(CIP)数据

美国联邦上诉法院的裁判之道/(美) 克罗斯(Cross, F.) 著; 曹斐译. —北京: 北京大学出版社, 2011. 6

(社会思想译丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18938 - 2

I. ①美… II. ①克… ②曹… III. ①审判 - 研究 - 美国 IV. ①D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 095874 号

DECISION MAKING IN THE U. S. COURTS OF APPEALS by Frank Cross, was originally published in English by Stanford University Press.

© 2007 By the Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University. All rights reserved.

This translation is published by arrangement with Stanford University Press, www. sup. org.

书 名: 美国联邦上诉法院的裁判之道

著作责任者: [美] 弗兰克·克罗斯 著 曹 斐 译

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18938 - 2/D · 2853

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 18.5 印张 251 千字

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

“社会思想译丛”弁言

二十世纪的中国在经济、政治、文化等多个社会维度上全面融入了全球化的世界进程。承继百多年前学界前辈开创的未竟事业,在跨越千禧年的世纪之交,我们对于西学的译介和研习进入了一个空前繁荣的时代。西方理论话语充斥于大学讲堂、学术会场以及与之相伴的论文、专著、教科书。如果暂且略去翻译质量问题不论的话,那么西书引介的数量貌似构成了一笔蔚为可观的文化积累。在这一历史背景之下,“社会思想译丛”或为锦上一草,自然无可彰扬。

编者囿于自身的术业专攻,选择以法学以及相关交叉学科研究著作作为丛书的起点,并期待能够将主题逐步拓展至更为广阔的社会思想领域。冀望以此累积若干有益的思想资源,推动社会科学的交叉研究及其与人文学科的良性互动,在可能的程度上超越学术分科壁垒;并服务于大学文科教育尤其是青年学子,他们肩负着提升汉语学术水平和学术声誉的艰巨任务。鲁迅先生当年关于青年少读或不读中国书的主张,至今仍有其现实意义。当然,丛书对法政研究的侧重还有一层现实原因:我们生活在一个政治上依然年轻的国度。

独上西楼是为了在历经衣带渐宽的憔悴之后达至灯火阑珊的境界。中国知识界的西学翻译作业历百年起伏坎坷竟而重又复兴,这对中华学术而言,是幸,抑或不幸,仍为人们殊少反思的问题。诚如冯象先生所言:百年学术,今日最愧对先贤。在“成果”、“课题”如此繁盛的时代,不才之辈尚可译译。惟愿孜孜介绍之劳作少一点误人子弟的危险,以免那愧对先贤的族类再愧对子孙。“百年孤独”的民族由此可望与她的文化复兴重逢。

目 录

前 言	1
第一章 政治意识形态之于巡回法院裁判	11
第二章 法律之于巡回法院裁判	43
第三章 法官背景之于巡回法院裁判	75
第四章 其他机构之于巡回法院裁判	103
第五章 诉讼当事人之于巡回法院裁判	136
第六章 法官小组效应之于巡回法院裁判	165
第七章 门槛性程序规则效应之于巡回法院裁判	198
第八章 巡回法院裁判与先例效应	223
尾 声	253
索 引	257
译后记	283

前 言

本书讨论的是联邦巡回上诉法院的裁判以及围绕裁判的各方见解。上诉法院在司法体系中承上启下,位于初审法院和最高法院之间,有权审查初审法院的判决和部分行政机构的决定,主要审查法律的运用。美国现有十二个根据地理位置划分的基本上诉司法区(例如,第一巡回司法区包括马萨诸塞州,缅因州,新罕布什尔州,波多黎各,以及罗得岛),加上新设立的联邦巡回司法区,由此确定各法院的管辖权。当有人就下级法院的判决提出上诉,一般交由三人组成的法官小组进行审理,决定确认或者撤销判决。有些案件可能会经过“全院会审”(en banc,意指法官席)程序,让巡回法院的所有法官齐聚一堂裁决案件,但这种情况较为少见。大部分的判决都由三人法官小组作出。

大多数新闻报道以及学术研究都把目光聚焦在美国联邦最高法院上,但是,巡回法院却在美国法律的制定和执行方面发挥了更为突出的作用。最高法院目前每年审理的案件只有 75 件,国民面对的绝大部分法律疑难问题都无法被提上议程,遑论解决。相反,巡回法院每年要解决超过 5 万起案件。这些判决须遵循该地区巡回法院的先例,通常也会相应影响该区域以外法律的适用。如果其他地区巡回法

院亦赞同,那实际上便在全国范围内奠定了一项法律秩序;如果其他法院拒绝引用,就会滋生法院间的分歧,导致该项法律制度的未决,以及区域性适用差异。任何一种情况下,巡回法院均为公民设立了基本的法律准则。对于大多数诉讼当事人来说,巡回法院是可以诉诸的最后手段。只有不到 15% 的判决最后会上诉到最高法院,而最终得到最高法院受理的甚至不足 2%。

因此,大部分时间里,是巡回法院在创造美国的法律。最高法院至多不过是可见的冰山一角,而巡回法院却是深藏不露的冰山本尊。目前,巡回法院扮演着美国司法系统中最主要的法律决策者的角色。虽然地区法院作为初审法院,在审理争议的绝对数量上远远超过巡回法院。然而,地区法院的判决严重依赖具体事实,司法影响毕竟受限,并且,也不大可能形成具有重大意义的先例规则从而创制法律。对比而言,巡回法院几乎总是通过判决来定义法律,形成先例,用以约束该巡回区下辖的多个州。这些判决也常被巡回区以外的其他州法院,甚至最高法院,作为具有说服力的判例加以援引。诚然,就单个案件而言,最高法院的判决当然要比对应的巡回法院判决重要,但是,最高法院受理的诉讼案件数量极为有限,只好将大部分美国法律留给巡回法院定义。

尽管巡回法院作用重大,业内人士却对其研究甚少。无论是法学院学者还是政治学家,投在最高法院上的时间和精力,远比全国所有巡回法院加起来所受到的关注还要多。虽然也有一些关于巡回法院的著作出版,其中亦包含极具价值的分析,却没有一个作者能够将某个主题探讨到学者研究最高法院那般细致。本书意在调整这种失衡,却也仅是朝该方向努力的一小步而已。

数 据

我借助了大量对公众开放的数据来分析巡回法院的判决。本书主要依据两个极其重要的数据库,其一为美国联邦上诉法院数据库(United

States Courts of Appeals Database,下文简称为上诉法院数据库),开发人是南加州大学的唐纳德·宋戈(Donald Songer),为美国国家科学基金会(NSF)资助的课题成果;其二是一个关于法官背景的数据库——美国联邦上诉法院法官个人信息数据库(Database on the Attributes of United States Appeals Courts Judges,下文简称为法官信息数据库),也是NSF的另一个资助项目,由加里·祖克(Gary Zuk)、黛博拉·J.巴洛(Deborah J. Barrow)以及杰拉德·格里斯基(Gerald S. Gryski)共同开发完成。这两个数据库结合起来,很容易就可以检测相关司法因素对于判决的影响。另外,我也从其他资源寻求资料以补强现有数据库。在此特别感谢埃默里大学的迈克尔·加尔斯(Micheal Giles),他教给我对法官意识形态进行量化的复杂方法;还有杜克大学法学院的巴拉克·里奇曼(Barak Richman),他为我提供了长期以来国会方面努力维系意识形态之间平衡的资料。将所有这些资料融会贯通,还能衍生出更多新数据。有时候,为了验证新提出的假说,在现有变量的基础之上,通过变量之间的运算,就会得到更多的变量。另一些情形下,还必须考虑数据库内许多判决的附属信息,例如它们作为先例被援引的情况。

上诉法院数据库容量十分庞大。汇集了从1925年到1992年间上诉法院的运行状况,平均每个巡回区每年至少收录有15件案例,共计18000多起案例。这些数据主要通过两种方式归类:每位法官的个人表决,或是法官小组的全体决定。我将在全书中贯穿使用这两种方式。对于数据库中的每一个案件,都会借助各种变量进行量化。这些变量包括,判决结果的意识形态倾向(自由或保守),对下级法院判决的态度(撤销或确认),被审案件的类型(例如刑事案件,民事纠纷,经济监管等),参与案件的当事人性质,以及案件涉及的一些法律问题。对于上述变量,本书也会尽数引用,用以解释我的每一处分析。

法官信息数据库对每位巡回法院法官的个人信息提供了详细的清单。种族、性别、宗教信仰、委其上任的总统的身份、就职于巡回法院之前的职业履历等因素皆陈列其中。有了这些数据,就可以在以上信息变量

以及上诉法院数据库的各项判决变量之间进行实证研究,找出信息变量对判决变量的影响。

即便就目前而言,上诉法院数据库已是研究巡回法院的黄金资源,其现有数据仍不可避免地存在局限。上诉法院数据库只是呈现了已然公布的巡回法院判决,没能涉及尚未公开的部分(而这部分的数量比官方已经公布的还要多)。已经公开的法官见解,其代表性虽也颇有争议,但有学者发现未公开的见解似乎更为复杂并难以在法律上说清楚^[1],或者实际意义不足。^[2] 不管公开发表的法官见解能否无懈可击地代表全部巡回法院判决的总集,这些意见却是最具决定性的。公布的法官见解从根本上奠定了司法先例的基础,进一步构成了美国法律。然而,读者需要时刻铭记于心的是,本书所有的研究统统暗含一个前提——纳入视野的只有公开的巡回法院判决,未公开的法官见解不在详细考虑之列。

本书资料翔实,富含对巡回法院判决和司法见解的大量分析。从方法论上说,我使用的研究方法并不复杂,只是基本统计(basic statistics)和回归分析(regression)的标准方法。我将试图使本书呈现和阐释分析结论的方式适合普通大众,包括从未受过专业统计学训练的读者。至于统计的显著性(significance),我一般参考0.05的标准。这一标准表明,测得变量之间的联系纯属巧合而毫无意义的可能性小于1/20。但是,一旦分析的数量增多,至少其中有一小部分仍会归因于偶然。因此,只有不断通过多种方法进行分析检验,才可以确定某一个结论。此外,即便某两个变量之间的关系具有统计显著性,读者也不必大做文章,因为显著性不过揭示了变量之间的相关性(correlation),它本身并不能说明这种相关性的实质重要程度。关联性(association)的量值(magnitude)也必须予

[1] See Susan Olson, "Studying Federal District Courts Through Published Cases: A Research Note," 15 *Justice System Journal* 782 (1992).

[2] See Evan J. Ringquist & Craig E. Emmert, "Judicial Policymaking in Published and Unpublished Decisions: The Case of Environmental Civil Litigation," 52 *Political Research Quarterly* 7 (1999).

以考虑。

上诉法院数据库规模浩大,拥有成千上万的案件和法官表决。样本庞大也为理解研究成果提供了可能。在这样一个具有 N 起案件的大规模数据库 (large- N database) 中,显著而有统计学意义的关联性,即便再小,也容易被察觉出来。^[3] 所以对于统计显著性的说明虽然有意义,却没有 5 什么实际影响。相应的,要充分理解巡回法院裁判之道中变量关联的奥义,在解读回归分析的时候,就必须注意研究得到的相关系数 (coefficient),以及提示整个模型方差大小的 R^2 参数,包括所有自变量在其中所起到的作用。

读者们大概注意到了,许多 R^2 参数的数值会相对很小,通常为 0.10 甚至更低。^[4] R^2 数值小意味着,特定等式中的单个变量,并不能解释大部分巡回法院判决。从某种程度上说, R^2 数值小也是上诉法院数据库这样大容量样本的独特之处。尽管这些判决已经量化成为数目惊人的独立变量,但要对几万起案件的事实都一一予以细致描述从而编写变量,实际上是不可能的。同时,也不可能将案件运用到的实体法律规则还原成统计学上的变量,此亦为限制现有模型解释力的潜在因素之一。

此外,还有一些相关因素无法实现客观表述。举例来说,可以把判决结果定性为自由的或保守的,却不能确定该判决到底有多自由或者多保守。自由的和极端自由的判决结果之间无法得到适当划分。量化方式在案件事实面前也会捉襟见肘。比如法院作出的判决会被认定为自由的,可能仅仅因为替代方案极端保守,保守到连保守派法官都无法接受。这不可避免地会在量化设定上产生一些不准确,也将在相关章节中具体探

[3] N 代表在每一个特定统计学分析中所涉及的案件数量(通常为法官个人表决或是小组决议)。统计显著性由 p 值表示。该值代表了一个特定结果并非随机出现的可能性。一般说来,如果某个变量关联由偶然性造成的可能性不超过 5%,就认为该关联具有统计显著性(也有将 1% 或 10% 作为显著性的标准)。

[4] R^2 是一个统计学上的标准,表示在某个特定的回归分析中,因变量(通常为判决结果)确实肯定地可归因于自变量的差异程度。它基本从实质上揭示了自变量对于因变量的整体解释力。

讨。设定误差 (specification error) 一般会导致实际存在的关系被低估。因此,通常认为,关联性和相关 R^2 参数的指标,对待测变量间实际存在的的关系而言,是底线甚至是低估。上诉法院数据库囊括了从日常琐案到大案要案各种类型的案件材料。如果一个变量只能解释 10%,甚至低至 1% 的判决结果,这一部分子集中的案件数也足以对现实世界产生巨大影响。即便效应值 (effect size) 不大,也会意义非凡。^[5] 正如我们在最高法院审理“布什诉戈尔案”(Bush v. Gore)中所看到的那样,一个单独的法官见解可能对现实世界产生怎样举足轻重的后果。

6 上诉法院数据库、法官信息数据库和其他数据结合起来,共同构成了本书所有分析的基础。我也从许多其他方面对上诉法院数据库作了补充。有些时候,根据数据库中已有的变量,计算出新的变量。譬如,我新设了一个变量,表示受到巡回法院审查的判决的意识形态倾向。还有些情况下,我会从其他来源借来变量添入现有数据库。比如说,在上诉法院数据库中,每名法官都会被标明意识形态立场,最高法院的法官也会被备注上意识形态立场,还有不同时期的各位国会委员,更是写明了意识形态立场。但这些意识形态倾向的范围并不总是一致的。为使该范围以及研究结果更易读懂,我使用了一系列从高到低的数值以表明意识形态倾向的程度,数值大的代表观念上更倾向于自由主义,而数值小的(甚至存在负数)则表示保守主义。因此,如果回归分析中,相关系数前出现负号,则可认定该关联属保守性质,反之,正向关联则意味着自由性关联。

对裁判之道的研究

前人在研究中已经就巡回法院裁判所涉因素提出了各种理论,本书也将一一予以介绍评析。这些理论主要包括:意识形态化裁判理论,策略

[5] D. A. Prentice & D. T. Miller, "When Small Effects Are Impressive," 112 *Psychological Bulletin* 160 (1992).

性裁判理论,诉讼当事人选择效应理论,等等。研究者在提出以上理论的时候,通常会自己收集数据,建立规模较小的数据库,集中将某一时期的案件或者某一特定类型的案件作为样本,对理论加以实证检验。在每一章的开头,我会对相关司法裁判理论的基本原理进行概括性介绍,并简要说明研究现状。

然而,几乎没有一个理论曾被置于像上诉法院数据库这般规模的大样本库中进行检验。本书正是以严格的量化方式和全面广泛的样本数据对上述理论进行研究的首次尝试。使用定量的实证手段推进司法裁判的研究,本身具有一定的内在缺陷,因为不可能将每个判决涉及到的所有相关因素一网打尽,全部计算在内。不过,这种分析方式颠覆了以往依赖于单个例证和简单假设的研究方法,提供了对理论进行严格验证的途径,具有重要的意义和较高的价值。本书便是借助该分析方式而将研究和盘托出,先是借用传统变量用以预测司法裁判趋势,然后通过增加其他变量或对样本案件群组进一步提炼,进而推敲以上分析。

7

本书开头首先会思考司法裁判决策中的意识形态理论,或说政治性理论。这也是对裁判之道进行实证研究的传统方法,多为政治学者从中获取政治性解释所用。现有的绝大部分研究都证明了,意识形态是作出司法裁判的决定因素之一,不过这些研究很少从巡回法院的角度来展开分析。第一章首先肯定学界的研究现状,即意识形态会对判决结果产生影响,并且该影响具有统计学意义。较为保守的总统委任的法官,其在任期之内也会一直作出较为保守的裁判。但我同时发现,这种影响因审理时间和案件类型的不同,会有很大差异。所以在第一章中,也会开始探索意识形态这一因素的性质,尤其注意相对极端的意识形态在司法裁判中的作用。

第二章主要介绍法律因素在上诉判决中所扮演的角色。法律的角色一直不为学界研究所重视,这可能与很难通过设计变量并对其赋值来加以量化大有关系。在此,我引入程序性法律规则作为衡量法律影响的一个进路。例如,上诉案件的某些审查标准需要巡回法院遵从下级法院的

判决,而我发现,当法官面对这种程序性规定的时候,他们确实更加遵从下级法院的判决。实际上,作为判决的决定因素之一,遵从法律规定对判决结果的影响程度要远大于意识形态对于司法裁判的影响(当然意识形态也并不是完全没有影响)。这一重大发现基本缺失于此前的量化研究之中。实体性法律规定在定量研究中更加难以操作,但它在裁判中可能也会起到一定作用。法官对程序法的遵从性研究表明,在定量分析中纳入上述变量十分必要。

8 第三章里,我将引入有关法官背景的变量,包括巡回法院法官的种族、性别、宗教信仰、之前的生活经历,等等。至于这些法官信息对判决的影响,现有研究得出的结论是,它们一般不会对结果起作用。我对法官的种族、性别、职业背景、美国律师协会(ABA)对专业资质等级的评估以及净资产等进行了分析,并将法官意识形态作为控制变量,后者以任命该法官的总统的意识形态表示。研究表明,来自法官背景方面的影响确实相对较小,尽管女性或者少数族裔的法官在刑事案件中更容易偏向自由主义立场。研究中还有一项有意思的新发现,即净资产越多的法官,越可能作出保守倾向的裁判。

第四章将注意转向其他机构和可能存在的司法策略对裁判过程的影响。大量研究声称,法官在裁判中会受到其他机构的压力。因为一旦这些机构与法官判决意见相左,判决就可能面临被推翻的危险,甚至司法部门也要接受惩罚。对巡回法院的法官来说,首当其冲的外界影响便是最高法院。如果当事人对上诉法院的判决不服,可能会上诉到最高法院。根据这一理论,可以推知,巡回法院的法官会策略性地调整判决结果,以与同时期最高法院的意识形态偏好保持一致。第四章最重要的结论是,巡回法院法官并没有刻意追随同时期的最高法院,而只是对前一任最高法院表现出的意识形态有所响应。这一结论对上诉法院的法律性裁判模型提供了独立的支持,而研究涉及对实体性法律规定的量化方法,被公认为不够精确。在此,我也考查了法官判决会顾及该巡回法院整体形象而进行相应调整的可能性,并且找出潜在的策略性迎合的身影,以及对于

最近巡回法院意识形态倾向的响应。但并没有证据显示法院会附和国会的价值偏好,或者受制于国会撤销判决的威胁。总体来说,策略性调整显然不是巡回法院判决中的决定因素,尽管国会中的保守派议员也许会施加些许压力。

第五章着重分析诉讼当事人在判决过程中的影响力。法官并非完全全的自主决策者,他们只能对呈递到法庭上的案件进行宣判。这就留给诉讼当事人的策略性操作以广阔空间,他们可以精心挑选上诉案件送去审查,继而影响裁判结果。本章的研究证明,某些类型的当事人,尤其是州政府或联邦政府,在上诉法院层级的赢面确实远远超过其他当事人。不过,要确定地辨别诉讼当事人在其中的影响,必须对已知可能影响巡回法院判决的其他变量进行控制。虽然在现有数据的基础上推进该项研究十分困难,不过,通过对某些法律领域进行的研究,还是会发现,诉讼当事人对判决结果的左右不如意识形态因素以及法律因素的作用大。

第六章考查的是巡回法院法官小组成员之间的互动影响,即法官小组效应。传统社会科学理论认为,判决一般依据法官小组中的中间成员意见作出。如果意识形态是中心要素,那么最终判决便是由小组中政治态度折中的成员作出,相对而言其他成员的偏好则无甚关联。然而,心理学研究显示,人们很容易被其他人影响,并且已经有一些研究指出,巡回法院法官在判决过程中确实会受到来自审理同一案件的同事的影响。这种同僚效应显示出至少与法官个人意见程度相当的影响力。

第七章转而探索法律规则。现有研究基本上将司法附属信息作为判决的决定要素,对法律本身的作用则有所忽略。第二章已经提到,法律在某些判决中起着重要作用,而第七章意在解说法律如何起作用。上诉人必须符合立法上某些门槛级别的要求,比如管辖规则和上诉标准,才能让其案件接受法官审理。对涉及这些门槛性程序规则的案例予以分析,会发现法律上最基本的要求也会对判决结果造成很大影响。这一因素独立于法官观念倾向,并且同表现出的意识形态结果具有系统性的因果关系。

第八章斜插至法学研究的一个新领域,即检测某个特定判决成为先

例后产生的效果。一个判决本身虽然解决的是当事人双方之间的争端,但是该判决引申出的见解会设定法律基调,指导该巡回法院今后的审判决策,甚至影响其他法院的审判。如此一来,法官见解成为先例以后,就会对判决进程施以强有力的影响。本章探讨不同的先例在影响力上的差异。哪些类型的判决最容易产生先例、意识形态对先例有什么影响,还有一些别的因素,如公布的见解意见书的长度等,也都会纳入评估之中。

10 本书将会提出一些引人注目的新观点(在肯定现有研究成果的基础之上)。本书支持意识形态会左右判决结果的通说,但其发挥作用也要受到诸多条件的束缚。另外,其他因素如法官背景、法官小组的其他成员,当然也包括法律,都会在判决进程中发生影响。法律规则在其中所起的作用比法官意识形态更具决定性。本书中的许多结论自然也只是初步而探索性的。权作抛砖引玉,期待开辟对上诉法院判决和见解进行细致分析的崭新局面。

本人是一名法学教授,并不是科班出身的政治学者。我的研究兴趣与研究司法政策的社会科学家十分相近,而我本身也与社会科学家们过从甚密,工作往来频繁。囿于自身经历,本书中的统计学分析也许不会特别精确严密。希望我的专业背景和研究兴趣可为研究提供一种多学科的视角,帮助法学家和政治学者互相理解,从而达成共识。

第一章 政治意识形态之于巡回法院裁判

本书以检验法官的政治倾向在巡回法院判决结果中所起的作用作为研究的起点。将起点设在意识形态这里,似乎有悖常理,毕竟法官被认为是依据法律断案,并且不受政治影响的。不过,包括法官在内的裁判者,在平息争端的时候,究竟是依据中立的法律原则,还是执行他们自己的政治意愿,哲学家们也为此争论了几千年。法学界有一场规模浩大的智识运动,通常被称作法律现实主义(legal realism),便支持司法裁判带有的政治属性。社会科学学者运用实证主义方法研究司法裁判之道,也将注意力集中于法官的政治意识形态之上,即所谓的司法裁判的态度倾向模型(attitudinal model)。实际上,“在大学院校的某些角落里,……这已经成为社会学上广为承认的确定事实,即法律规定对裁判结果几乎毫无影响。”^[1]而政治学者甚至嘲讽法官依法断案的传统理论为“毫无意义,……不经大脑”,不理性的,或者“只不过是一门跟基础写作、巫术或者指画法

11

[1] Howard Gillman, "What's Law Got To Do With It? Judicial Behavioralists Test the 'Legal Model' of Judicial Decisionmaking," 26 *Law & Social Inquiry* 465, 466 (2001).

- 12 相类似的无用学科罢了”。〔2〕也因此,对法官政治倾向的分析便为本书探索巡回法院裁判之道划下了一道起跑线。

法官旨在解决当事人双方的纠纷。如果根本没有法律存在,那么司法裁判大概就会沦为纯粹意识形态化的过程。法律缺省,法官只需审查核对争议涉及的事实情况,作出他们自认为公平的裁决。法官对判决结果公平性或正义性的掂量也要视其个人的意识形态倾向而定。假设有一起案件,涉及大机构与单个消费者之间的合同纠纷。如果法官在意识形态上倾向于自由市场和契约协商,就可能严格按照合同条款规定逐字执行。如果法官在意识形态上偏好保护弱者,就不大可能支持显失公平的合同条款。所以,案件结果如何,有赖于由谁来审理案件。然而,在现今时代的美国,法官们并非在脱离法律的环境下审理案件。制定法、判例法以及其他法律资料均可适用于此类合同纠纷案件。因此,在考虑根据意识形态断案的同时,必须考虑上述法律的影响。

在司法裁判过程中,法官政治倾向或称意识形态的作用通常会与法律并置。就这点而论,常常遭到诘难。传统观点认为,判决要依据法律作出,法官理所当然会调取自认为合适的法律资源以得出审判结论,对此,下一章将予以详细探讨。如果法官在判决时不依据法律资源,反而如同不存在国家制定的法律一般行事,将自己的意识形态偏好掺杂到判决过程中来,就会造成意识形态化的裁判。法官本应当依法断案,不应将意识形态倾向简单施加于判决结果。不过,人们在现实中是否能够做到他们本该做到的事,却是不能贸然相信的。个人的目的和动机应当同时纳入考虑。相对于其他职业来说,法官受到的外部激励确实要少得多。联邦法院法官不可能通过更努力或更令人满意的工作来提升薪水。终身任职,还有其他司法独立的保障机制,意味着法官基本不用担心丢掉工作,也不必因为自己作出的判决承担任何不良影响。在这种情况下,我们可

〔2〕 Frank B. Cross, "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance," 92 *Northwestern University Law Review* 251 (1997).