

# THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES

A Theoretical and Empirical Study  
of Rational Choice

## 法官如何行为

理性选择的理论和  
经验研究

李·爱泼斯坦 威廉·M. 兰德斯 | 著  
理查德·A. 波斯纳

黄 韬 | 译

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES

A Theoretical and Empirical Study  
of Rational Choice

## 法官如何行为

理性选择的理论和  
经验研究

李·爱泼斯坦 威廉·M. 兰德斯 | 著  
理查德·A. 波斯纳

黄 韬 | 译

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法官如何行为:理性选择的理论和经验研究 / (美)  
李·爱泼斯坦, (美)威廉·M. 兰德斯, (美)理查德·波斯纳  
著; 黄韬译. —北京: 法律出版社, 2016. 8

书名原文: The Behavior of Federal Judges: A  
Theoretical & Empirical Study of Rational Choice

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9770 - 1

I. ①法… II. ①李…②威…③理…④黄… III.  
①法官—工作—美国 IV. ①D971.262

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 171272 号

©法律出版社·中国

策划编辑/吕丽丽

责任编辑/吕丽丽

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

责任校对/杜进

印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/市场研发部

经销/新华书店

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

版本/2017 年 3 月第 1 版

印张/31.25 字数/470 千

印次/2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071010/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9770 - 1

定价:95.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice  
by Lee Epstein, William M. Landes and Richard A. Posner  
Copyright ©2013 the President and Fellows of Harvard College  
Published by arrangement with Harvard University Press  
through Bardón-Chinese Media Agency

Simplified Chinese translation copyright © 2017 Law Press  
ALL RIGHTS RESERVED

---

《法官如何行为：理性选择的理论和经验研究》英文原版于2013年出版，中文版由哈佛大学出版社授权法律出版社翻译出版。版权所有，翻印必究。

著作权合同登记号  
图字：01-2014-0174

我常常说,如果你可以量度你所说的问题并且用数字来表达的话,那么可以说你把这个问题搞懂了;但是如果你不能量度你所说的问题,不能用数字来表达的话,那么可以说你所掌握的知识是有限的,还不能令人满意,尽管这可以看作是初步获得的知识,但是无论如何你还没有让思想进入科学的状态。

——开尔文男爵威廉姆·汤姆森:《度量的电学单位》(1883年5月3日),载开尔文:《物质宪章》[《大众讲座和演说》(第1卷),第73~74页(1889年)(着重部分为原文所加)]

对于法律的理性研究工作来说,现在当红的可能是那些熟稔于白纸黑字的人,但未来一定是属于那些精通统计学和经济学的人。

——O. W. 霍姆斯:《法律的道路》,载《哈佛法律评论》第10卷第457页起,第469页(1897年)。

## 中文版序言

值此《法官如何行为》一书的中译本出版之际,我很乐意为这本由政治学家李·爱泼斯坦、经济学家威廉·M. 兰德斯与我共同合作完成的著作撰写序言。这本书是基于法律、经济学和政治学的进路对美国法官所作的研究。尽管在美国的法律体系中,法官扮演了核心的角色(较之其他的法律体系更是如此),但是法官的行为,尤其是影响法官行为决策的因素并没有很好地被律师、法学教授甚至法官自身所理解。部分原因在于,在我们的体制下,法官被允许以神秘的方式存在,而大多数法官也的确非常神秘。<sup>①</sup> 为了理解他们的行为,我们因此必须采用间接的方式。

社会科学家(尤其是政治学家,另外还有经济学家、心理学家以及越来越多的精通社会科学知识的法律学术界人士)开始使用更为复杂的理论概念和量化工具来洞悉司法者的自利取向,超越法官对自身行为有限的理解,进而把对司法行为的研究建立在了科学的基础之上。这一现象产生于半个多世纪之前并在近几十年间得到了强化。然而,这些研究却并不为法律界所很好地了解,以至于许多传统法律学者发展出了一套并不符合实际,却有着十分强大影响力的关于法官行为的理论,并且,这套理论得到了法官群体的支持。在他们的理论中,对名利的追求以及意识形态在司法决策中并不产生影响;与此同时,某些社会科学家和新闻记者则持有另一种对立的观点,即法官只不过是穿着长袍的政客,这一观念同样也是不符合实际的。

本书将借助于劳动经济学的概念,把法官模型化为某个劳动力市场(即司法劳动力市场)的参与者,进而反驳法律条文主义者对该模型的批评。我们将会解释之所以要把一个法官看成是劳动力市场的参与者,是因为法官和其他类型的劳动者一样,会受到成本和收益的激励和约束。这里

---

<sup>①</sup> 当然,这一定是有例外的。比如,可以参见 William Domnarski, *Federal Judges Revealed* (2009),这项研究是基于大量联邦地区法院和联邦上诉法院法官的口述历史而完成的。

的成本和收益既有货币的因素也有非货币的因素,不过主要是后者。非货币的成本包括付出的努力、外界的批评、同事关系的紧张等,而非货币的收益则有闲暇、来自他人的尊重、社会影响力、自我表现、名声(也就是成为公众人物)、被任命为更高层级法院法官的机会。法官的约束还会来源于职业规范和制度规则、公众的预期以及“生产函数”(production function)。“生产函数”指的是劳动者在工作中使用的工具和方法以及如何使用这些工具和方法。

本书第二章回顾了和我们这一关于法官的模型相关的经验研究的历史,并将其分为四个维度,分别是:关于单一个体决策的研究(法官的意识形态、生活经历、个性特征等因素对他表决行为的影响);关于同事和其他群体影响的研究(例如陪审团的结构、异议规避以及首席法官对判决书撰写工作的分配);关于审级影响的研究(较低层级法院和较高层级法院之间的关系);关于司法部门与政府其他分支之间关系的研究。

本书第三章至第五章列出了针对联邦法院体系三个主要层级(美国联邦最高法院、联邦上诉法院以及联邦地方法院)中的法官的研究发现。我们比较关注的一个问题是,不同层级法官在进行决策时,意识形态因素和法律条文分析因素的相对权重关系。不过,我们还会量度一些尽管看起来比较俗气,但在我们看来却非常重要的影响法官行为的因素,比如惰怠(包括但不限于对闲暇的追求),这可以从我们关于司法激励和约束的劳动经济学模型中推导出来。

在对联邦司法体系的所有三个层级进行了考查之后,我们将探究与组织理论中“例外管理”(management by exception)概念相关的选择效应(select effect)。在例外管理活动中,那些简单的问题在决策层级的最低端就可以被解决掉了,而只有那些最为复杂的问题要留待最高决策层级去解决。就联邦司法体系而言,这就意味着,当案件的审理层级逐步由地区法院上升至最高法院的时候,意识形态在司法决策中扮演的角色就越来越重要。

我们也将关注联邦最高法院和联邦上诉法院法官发表不同意见的现象。我们所要强调的是“避免发表不同意见”现象的存在以及它的重要性。这一现象指的是一些法官会不大愿意公开地表达不同意见,即便他们不认同同事们的决定。我们发现,法官避免分歧出现的现象显著地存在于联邦上诉法院层面,但是在联邦最高法院层面,这一现象并不明显。我们把这

种差异一方面归因于审理上诉案件法庭的人数规模,另一方面的原因则是工作量,因为联邦最高法院的工作量相对较轻。我们的研究表明,法庭的组成和司法工作量成为影响法官发表不同意见行为的成本和收益的因素。

在许多职业领域中,对职位晋升的渴望是一个非常重要的激励因素。联邦地区法官经常(但不必然)有机会到联邦上诉法院任职,而联邦上诉法院法官则很少(尽管也会有)有机会晋升为联邦最高法院大法官。我们要检验的是,法官是否会因为心存职位晋升的渴望而改变他们的行为以增大晋升的可能性。换句话说,他们是否会为了被任命为较高层级法院的法官而成为“海选竞争者”(auditioner)。一方面通过比较联邦上诉法院法官正属于可能获得晋升的人选范围之内时的行为与他们在随着年龄增大之后晋升机会减少时的行为,另一方面通过比较他们与那些从未有机会获得晋升的联邦上诉法院法官的行为,结果发现那些可能的海选竞争者确实会为了增大被提名为联邦最高法院大法官的机会而改变他们的行为(这是在平均意义上的结果,并不是每个个例都是如此)。这就很好地说明了利己主义在法官效用函数中的角色地位。

我们希望本书能在以下几个方面对法官行为的研究作出贡献。其一,我们以实证的方式提出并检验了一个法官行为理论,这个理论比起传统的法条主义理论或者主流的政治学理论都要更加符合现实状况。其二,我们更正了美国联邦最高法院数据库(覆盖了1946年至2010年这一期间)以及美国联邦上诉法院数据库(覆盖了1925年至2002年这一期间)中关于联邦最高法院和联邦上诉法院裁决的意识形态分类的错误。其三,我们大量使用了回归分析的方法,而不只是简单相关分析,这是因为我们的模型预期影响法官行为的变量并非是单一的,因此需要通过回归分析来区分每一个单独变量所产生的影响。

此外,我们的分析范围比现有大多数的研究要来得广泛,这与我们这一法官行为模型的全面性是相关的。以往的研究几乎都是关注于联邦最高法院大法官个体的表决情况或者案件的裁判结果;在某些时候也关注联邦上诉法院的问题。我们的研究也会检验与上述法院法官表决行为相关的假设,不过同时我们也研究联邦地区法院的法官行为。并且,我们对于法官行为的观察视角还会延伸至司法意见书的篇幅长度、被引用的情况、不同意见的发表以及联邦最高法院大法官在言词辩论环节的发问等。例如,我们假设存在以下情况:联邦地区法院法官的决策行为反映了他们对

闲暇的偏好,反映了他们更希望收获好的名声,而不是影响公共政策。为了检验这一假设,我们观察了联邦地区法院法官所作的 4000 项驳回动议的裁决。这些都是初审法官们最常作出的裁决,但在很大程度上被社会科学家们忽略了。(要知道,Ph. D. 项目中并不包含关于民事诉讼程序的知识!)

理查德·A. 波斯纳

2016 年 11 月 5 日

# 目 录

引论 / 1

研究技术介绍 / 15

第一章 法官行为的现实主义理论 / 22

第二章 以往的经验研究文献 / 60

第三章 联邦最高法院 / 97

第四章 联邦上诉法院 / 153

第五章 联邦地区法院和选择效应 / 211

第六章 发表不同意见和避免发表不同意见 / 265

第七章 言词辩论程序中对律师的发问 / 319

第八章 海选竞争者 / 353

结论 未来研究的展望 / 407

致谢 / 427

索引 / 429

译后记:司法改革能为法官做什么及其他 / 464

## 图 目 录

- 图 0.1 线性回归 / 16
- 图 2.1 美国联邦最高法院处理的案件中有至少一份不同意见书的案件比例(1801—2010 开庭期) / 63
- 图 2.2 普里切特制作的美国联邦最高法院自由主义 - 保守主义表决统一连续体 / 64
- 图 2.3 美国联邦上诉法院法官的意识形态与其表决行为的关系 / 76
- 图 3.1 联邦最高法院的一致意见裁决(1946—2009 开庭期) / 125
- 图 4.1 联邦上诉法院法官在获得提名年度的投票总次数 / 155
- 图 4.2 联邦上诉法院的保守主义投票比例(1995—2008) / 193
- 图 4.3 推翻联邦地区法院自由主义裁决与推翻联邦地区法院保守主义裁决的比率与司法巡回区中 *Rs* 人数比例之间的关系(1995—2008) / 198
- 图 6.1 联邦最高法院的不同意见和协同意见(1950—2010 开庭期) / 277
- 图 6.2 第五和第十一巡回上诉法院中不同意见数量与以实体裁判审理终结的案件数的比率(1971—2007) / 307
- 图 6.3 第五和第十一巡回上诉法院的案件数量(1971—2007) / 308
- 图 7.1 发问的次数和发问中包含的单词数量(1979—2009 开庭期) / 326

图 7.2 向申请方和答辩方发问数量的分布情况(1979—2009 开庭期) / 330

图 7.3 向申请方和答辩方发问中所包含单词总数的分布情况(1979—2009 开庭期) / 330

图 7.4 向案件双方发问的平均单词数量(区分不同的胜诉方, 1979—2009 开庭期) / 331

图 7.5 向案件双方发问的平均次数(区分不同的胜诉方, 1979—2009 开庭期) / 332

图 7.6 向答辩方和申请方发问的平均次数(区分大法官投票支持答辩方或申请方这两种情况, 2004—2009 开庭期) / 349

图 8.1 不同年代里联邦法官获得提名时的平均年龄 / 362

图 8.2 联邦最高法院大法官在获得提名时的平均年龄(1788—2010) / 362

## 表 目 录

- 表 1.1 大法官每年参加非司法活动的平均次数(2002—2009) / 35
- 表 1.2 大法官所参加的各种类型公众活动的次数(2002—2009) / 36
- 表 1.3 在不同年份中大法官参加各项公众活动的次数(2002—2009) / 36
- 表 3.1 联邦最高法院大法官在非一致意见裁决案件中的投票数量(1937—2009 开庭期) / 102
- 表 3.2 44 位联邦最高法院大法官在非一致意见裁决案件中保守主义投票的比例(按照最保守主义到最不保守主义的顺序排列,1937—2009 开庭期) / 104
- 表 3.3 意识形态量度方法的相关性矩阵 / 107
- 表 3.4 分别按照三种量度方法对联邦最高法院大法官排序(从最保守主义到最不保守主义,1937—2009 开庭期) / 107
- 表 3.5 以案件类别划分的和以提名大法官任职的总统所属党派划分的非一致意见裁决案件中的保守主义投票比例(1937—2009 开庭期) / 111
- 表 3.6 以案件类别划分的和以法官意识形态划分的非一致意见裁决案件中的保守主义投票比例(1937—2009 开庭期) / 113
- 表 3.7 关于联邦最高法院意识形态偏离的回归分析(1953—2008 开庭期) / 119

表 3.8 联邦上诉法院法官职位被提名人的平均年龄(从艾森豪威尔到奥巴马) / 121

表 3.9 联邦最高法院正式变更先例的裁决(1946—2009 开庭期) / 127

表 3.10 对一致意见裁决进行的回归分析中的变量说明(1946—2009 开庭期) / 129

表 3.11 联邦最高法院出现一致意见裁决概率的 Logit 分析(1946—2009 开庭期) / 132

表 3.12 各细分案件类型中一致意见裁决的比例 / 134

表 3.13 一致意见裁决的意识形态立场的 Logit 分析(1946—2009 开庭期) / 136

表 3.14 最近任命的大法官的投票情况(从苏特开始,但排除卡根) / 138

表 3.15 对联邦最高法院非一致意见裁决进行回归分析中的变量的定义及平均值 / 139

表 3.16 联邦最高法院非一致意见裁决的回归分析(1946—2009 开庭期) / 140

表 3.17 联邦最高法院群体效应的回归分析(大法官特有模型和固定效应模型,1946—2009 开庭期) / 149

表 4.1 联邦上诉法院法官投票(1925—2002) / 157

表 4.2 基于案件主题和意识形态立场分类的 538 个联邦上诉法院法官的投票情况(1925—2002) / 159

表 4.3 不同党派总统提名任职的 538 位联邦上诉法院法官的保守主义意识形态(C)、自由主义意识形态(L)和混合意识

形态(*M*)投票的比例(1925—2002) / 160

表 4.4 基于提名法官的总统分类的 538 位联邦上诉法院法官的  
保守主义意识形态(*C*)、自由主义意识形态(*L*)和混合意  
识形态(*M*)投票的比例(1925—2002) / 161

表 4.5 不同案件种类和参议员礼遇得分量度的不同意识形态的  
法官的保守主义投票比例(1925—2002) / 164

表 4.6 关于联邦上诉法院投票行为的回归分析中的变量描述及  
其平均值 / 166

表 4.7 对联邦上诉法院投票行为的回归分析(1925—2002) / 168

表 4.8 关于联邦上诉法院投票行为的回归分析(1960—2002) / 171

表 4.9 法官投票的司法巡回区效应 / 175

表 4.10 不同参议员礼遇得分水平和不同法庭组成结构条件下的  
联邦上诉法院法官的投票情况(桑斯坦数据库,1995—  
2008) / 176

表 4.11 杨的法官事后意识形态排序与爱泼斯坦 - 兰德斯 - 波斯  
纳的法官事前意识形态排序之间的关联 / 180

表 4.12 杨的法官事后意识形态排序、爱泼斯坦 - 兰德斯 - 波斯  
纳的法官事前意识形态排序以及提名法官的总统所属党  
派 / 181

表 4.13 联邦最高法院和联邦上诉法院的意识形态化投票情况比较 / 183

表 4.14 反映推翻原审裁决效应和法庭组成效应的我们关于法官  
事前意识形态的排序与实际投票情况的关系(桑斯坦数  
据库,1995—2008) / 184

表 4.15 现任的联邦上诉法院法官投票行为的回归分析 / 187

表 4. 16 不同主题领域的案件及其投票的分布情况( 桑斯坦数据库,1995—2008) / 191

表 4. 17 不同司法巡回区中审理案件的法庭的组成结构分布情况  
(1995—2008) / 194

表 4. 18 不同的法庭组成结构和不同意识形态倾向的联邦地区法院  
裁决条件下的联邦上诉法院法官投票情况(1995—  
2008) / 195

表 4. 19 联邦上诉法院法官投出保守主义一票概率的 Logit 回归  
分析(1995—2008) / 200

表 4. 20 由 12 位法官组成的联邦上诉法院中  $R_s$  和  $D_s$  人数的变  
化而产生的效应 / 203

表 5. 1 不同的案件处理方式、行使法官提名权的总统所属的不同  
党派以及案件裁决的不同意识形态条件下的联邦地区法院  
裁决数量情况( 桑斯坦数据库,1995—2008) / 216

表 5. 2 不同意识形态倾向的联邦地区法院裁决条件下的联邦上  
诉法院法官投票情况( 桑斯坦数据库,1995—2008) / 218

表 5. 3 在部分主题领域的案件中,联邦上诉法官和联邦地区法院  
法官中的  $R$  和  $D$  的保守主义投票的比例( 桑斯坦数据库,  
1995—2008) / 219

表 5. 4 联邦地区法院法官和联邦上诉法院法官的保守主义投票  
比例( 桑斯坦数据库,1995—2008) / 221

表 5. 5 关于联邦地区法院的回归分析中的变量定义及其平均值 / 222

表 5. 6 联邦地区法院作出保守主义裁决概率的 Logit 回归分析  
( 桑斯坦数据库,1995—2008) / 223

- 表 5.7 不同主题领域的案件中联邦地区法院法官中的  $R$  和  $D$  所裁决的案件被推翻的比率(桑斯坦数据库,1995—2008) / 226
- 表 5.8 不同司法巡回区中由共和党总统和民主党总统提名任职的联邦地区法院法官所裁决案件被推翻的比率 / 227
- 表 5.9 联邦地区法院裁决的不同意识形态立场以及提名联邦地区法院法官的总统所隶属的不同党派条件下的案件被推翻的比率(桑斯坦数据库,1995—2008) / 229
- 表 5.10 联邦地区法院裁决被推翻的 Logit 回归分析(桑斯坦数据库,1995—2008) / 230
- 表 5.11 联邦地区法院法官裁决驳回案件情况的 Logit 回归分析(2006.5—2010.6) / 237
- 表 5.12 混合法庭中的联邦上诉法院法官的保守主义投票的 Logit 回归分析 / 242
- 表 5.13 针对同样的案件, $R_s$  和  $D_s$  的投票情况(桑斯坦数据库,1995—2008) / 246
- 表 5.14 关于联邦上诉法院尊重联邦地区法院裁判行为的程度对联邦地区法院法官中的  $R$  与  $D$  两者作出保守主义裁决的概率之比影响的回归分析 / 249
- 表 5.15 突破量刑指南的下限进行量刑和突破量刑指南的上限进行量刑的比例(2000—2010 财政年度) / 251
- 表 5.16 关于刑事案件中超出联邦量刑指南下限或上限进行量刑的比例的回归分析(2000—2010) / 253
- 表 5.17 共和党总统和民主党总统所提名任职的联邦地区法院法官所作的监禁刑与缓刑裁决(2006—2011 财政年度) / 259