

Collected Works of Richard A. Posner

波斯纳文丛

www.docriver.com
搜索商家 巨力电子书

各行其是

法学与司法

DIVERGENT PATHS

The Academy and the Judiciary

Collected Works of Richard A. Posner

波斯纳文丛

各行其是

法学与司法

DIVERGENT PATHS

The Academy and the Judiciary

〔美〕理查德·波斯纳 / 著

Richard A. Posner

苏力 邱遥堃 / 译



中国政法大学出版社

2017·北京

DIVERGENT PATHS: The Academy and the Judiciary
by Richard A. Posner
Copyright © 2016 by the President and Fellows of Harvard College
Published by arrangement with Harvard University Press
through Bardonia-Chinese Media Agency
Simplified Chinese translation copyright © 2017
by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd.
ALL RIGHTS RESERVED
版权登记号: 图字 01-2016-5491 号

图书在版编目 (CIP) 数据

各行其是: 法学与司法/ (美) 理查德·波斯纳著; 苏力, 邱遥堃译. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 4

ISBN 978-7-5620-7148-8

I. ①各… II. ①理… ②苏… ③邱… III. ①法学—研究②司法—研究 IV. ①D90②D916

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第313224号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908583 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 21
字 数 300 千字
版 次 2017 年 4 月第 1 版
印 次 2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价 59.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

给夏琳

译 序

本书是近年来波斯纳继《法官如何思考》和《波斯纳法官司法反思录》，对美国司法制度特点、弊端以及可能的改革与完善思考的第三本著作。^{〔1〕}这三本书构成了波斯纳有关当代美国司法制度研究的三部曲；会同他的其他有关司法和法官行为的著作，^{〔2〕}这将大大丰富学人对于美国联邦司法体制的社会科学的理解。其中重要的还不只是波斯纳作为联邦上诉法官参与性观察的司法视角，而且还有他作为司法管理者——他曾有7年担任了美国联邦第七巡回区的首席法官，同时，法官还必须管理自己的法官助理和秘书——的视角，以及他作为社会科学家的研究者的视角。而这三者的混合会带来独一无二的，因此是无可替代的，理解和平衡。

在我看来，这部著作集中关注的最重要的且与中国当下经验有关的问题是，尽管美国司法有一些显然的甚至众所周知的制度弱点和缺点，为什么美国法学界提不出有效或恰当，甚或相关的改革建议。事实上，美国顶

〔1〕 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008; *Reflections On Judging*, Cambridge: Harvard University Press, 2013. 这两本书的中译本由北京大学出版社分别出版于2009年和2014年。

〔2〕 波斯纳的其他有关美国司法和法官的著作有，Richard A. Posner, *The Federal Courts, Crisis and Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1985; *The Federal Courts, Challenge and Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1996; 以及同他人合作的，Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013. 中国政法大学出版社2002年出版了波斯纳1996年版的《联邦法院：挑战与改革》中译本。

尖法学院的学者们甚至根本就不关心司法制度的这类问题，而常常更关心大而无当的宪法理论。波斯纳的回答就是本书的题目：在今天的美国，司法界与法学界太“各行其是”了。这两个曾经休戚相关、相互依赖的行当如今渐行渐远，很难理解对方，也很难听懂对方了。波斯纳具体分析了司法界和法学界的这种隔膜发生的原因和后果。针对这些问题，他也提出了一些并不高大上、务实可行的改革建议。即便如此，我的预判是，这些建议很难落实，很难生效，很难真正沟通两者。其中最重要的原因之一是，当年曾高度依赖法官司法实践的法学研究者如今有了自己新的学术受众，有了一个新的学术消费市场，不限于，但往往就是，在法学人的圈子之间。法学人的学术事实上已不大依赖法官的司法实践了，自然也就不大在意法官和司法的体制性需求了。

为什么会与中国当下有关——甚至相当贴切——呢？因为当今中国的法学同样未能，甚至基本无法，为中国法院系统的改革和发展——而不是作为个体的法官——提供急需的知识。尽管总体说来，中国的法官和法院还很愿意（或是装作很愿意？）倾听法学人的声音，也经常召集各种专题会议，听取一些法学人的改革建议；而另一方面，许多“入仕”的或预备“入仕”的中国法学人看上去也很关心法院和法官，时常评论一些热点案件或事件，重复着司法/法官独立、程序正义、法官职业化专业化以及其他一些不可能更加正确的法治意识形态，但在我看来，两者的关注点缺乏交集，事实上，常常是“两股道上跑的车，走的不是一条路”。最突出的表现为，司法改革的一些措施，看起来也大致符合了法学人的一些建议，但往往不大可行，行不通，甚至完全变味——被用来谋求其他利益。许多纸面上的司法制度的“进步”，获得了一些紧抱书本或名人名言的法学人的赞美，但只要稍稍洞悉其中机关，就知道很难会有实在的制度收益，但为此支付的各类成本非常大。至少自1990年代初的民事案件抗辩制改革以来，司法制度改革收效不大或甚微的情况一直在加剧。

二十多年前，中国的法院系统面对的重要问题之一——尽管从来不是

唯一，也未必是最重要的——是法官学历不高，专业训练和职业知识不足。就此而言，法学界生产的大量广义的法教义学知识，无论是有关实体法或是有关程序法，有关法律论证、推理和解释，对当时的法院系统整体看来还是颇为及时的。但即便在那时，中国法院系统所需要的知识也并不只是法教义学的知识。因为自改革开放以来，为了应对社会变化带来的种种案件压力和社会需求，中国的司法制度，各级法院甚至各个法院的内部组织结构就一直处在变化之中，即便当时还没有提出和启动司法改革。1990年初民诉法修改以及由此引发的抗辩制改革就是典型例证之一。注意，这一改革看似是程序法的，诉诸的理由或许是程序法的甚或“坐堂办案”这种理念，但真正推动其发生并确立的却是中国社会的变革。^{〔3〕}要理解和有效实践这一制度需要的主要不是法学的尤其不是法教义学知识，而是与法律和司法领域内非教义问题直接间接相关的知识，主要是一些政治学、社会学、经济学和管理学的知识甚或常识。

但由于中国法学院，作为制度和体制，一直更关心法学的知识，如今甚至更关注法教义学知识，这当然是有理由的。没有理由的是它一直不关注、不了解也不愿了解这些非法学的知识。由此导致的一个重大弊端是，中国法学人现有的知识储备基本无法回答，有别于法官面对的、法院系统面对的难题。几次司法改革的五年纲要，在我看来，基本上未有显著或实在的成效，甚至加剧了一些问题。想想第一个《五年改革纲要》^{〔4〕}后中西部地区特别是基层法官的流失，想想缺乏实际效果的法官交流和轮岗制度，想想理论上追求的从下级人民法院的优秀法官中选任以及从律师和高层次的法律人才中选任法官的制度，想想近乎完全违背初衷的法官助理制度。

新近的一些改革也遭遇了同样的问题，甚至就在改革推进的过程中。

〔3〕 苏力：“关于对抗制的几点法理学和法律社会学思考”，载《法学研究》1995年第4期。

〔4〕 《人民法院五年改革纲要》（1999年10月20日 法发〔1999〕28号）。

我举两个例子。

例证之一是立案登记制改革。一个社会设立法院自然是希望法院来解决纠纷。但这并不意味着法院有能力解决一切纠纷。一般说来，法院只适合，通常也只能依据法律规则或司法先例来解决有关校正正义的问题，即个案的纠纷。但社会中常常有些纠纷，乍看起来是有关校正正义的个案，隐含的却是分配正义的规则问题。

例如，农村外嫁女能否继承父母遗产？从相关法律文本来看，显然可以，这也符合新中国确立和坚持的男女平等的公共政策。只是在中国农村社会，由于外嫁女事实上，不能和不便，不承担赡养父母的责任，以及传统的大宗财产都是不动产且无法货币化，由此演化确立的农耕社会的普遍规范或民间法是女儿不继承家庭财产。但如今中国社会变化巨大，遗产货币化不但可能而且常常成为现实，加上征地拆迁的经济补偿，遗产继承就成为中国农耕社会的现实可能，有关遗产继承的诉讼出现且日渐增加。但法官很难应对。因为这类诉讼实际要求的是废除农耕社会长期遵循的普遍规则，尽管很有道理，也符合法律和公共政策，但这样的司法判决往往会催生家庭内部围绕财产继承的矛盾和纠纷，并且会进一步促进这类案件的供给。这就令法院处于一个非常尴尬的位置，它从理论上的纠纷解决者变成了纠纷激化者和纠纷促成者。当然，这一点不应成为法院拒绝受理这类案件的理由。但这确实是司法改革的一个难题。更重要的是，这类案件，无论结果如何，至少都有一方当事人可能将怨气转向法院。如何可能让人民群众在这样的司法个案中感受到公平正义？

由此可以看出，在任何社会，最大量的纠纷一定是通过立法（包括习惯法）、行政这类政治行动，通过仲裁、调解、互惠甚至相互忍让等社会机制，以及在现代工商社会通过保险这类市场机制，予以回应的，不可能指望法院来大包大揽。法院只是正义的最后一道防线，最后一道，并不是最正义的防线，也不是最坚强的防线。

因此，仅仅抽象地理解法院的功能是解决纠纷，就显然不够。一定要

在社会格局和政治体系中来了解和理解法院适合以及能够接受和处理什么样的纠纷。这不仅涉及立法、行政和司法的政治学知识，还涉及市场、社会和政府的政治社会学知识，也还涉及对当代中国社会变迁和社会规范的社会学、经济学的理解，以及基于所有这些理解之上法官的恰当应对和长袖善舞。仅仅有便民诉讼的强烈意愿，无论出于为人民服务的理念还是进一步改革的政绩，都不可能从根本上改变这一基本格局，任何大动作的影响都只可能是边际性的，换言之，大致只能是“换汤不换药”。这就是为什么虽更名为立案登记制，^{〔5〕}最终实际收获的就一定还是某种形式的事实上的立案审查/审核制。^{〔6〕}

另一例子是法学界常常严厉批评，中国法院也一直声称或承诺要予以改革的，科层化的行政管理体制，希望建立符合审判工作规律的体制。因此，有了法院“扁平化”管理的制度设计。这种批评抽象来看确有道理，眼下强调“让审理者裁判，由裁判者负责”的法官责任制设计看起来也很有针对性，但由于缺乏其他学科的知识，因此无论是批评者还是改革者事实上都有意无意忽略了科层制发生的原理，不理解科层制所应对的中国法院系统和中国法官普遍存在的问题。新的扁平化制度设计在我看来，很不现实。我预言，不用五年，科层制就可能以各种方式重现于法院的江湖。

中国司法要面对的一个最重大的社会制约就是人口众多、密集，因此许多法院都面对超量的案件。因此，中国大多数地区的各个法院都有众多法官，其数量远远超过美国联邦系统的任何一个法院。事实上，许多法院，如浦东法院、朝阳法院和海淀法院各自拥有的法官数量就超过了美国联邦法院系统的全部法官（625名）！从管理学上看，一旦一个法院内法官的数量多了，内部若没有协调统一机制，即便都依据统一的法律或都遵

〔5〕 最高人民法院：《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》，2015年4月15日发布，2015年5月1日生效。

〔6〕 《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》（2015年4月13日最高人民法院审判委员会第1647次会议通过）。

循先例，各自独立裁判的法官或分别组成的合议庭也常常会对类似案件作出不同的判决。这并不是理论推断，美国学者的经验研究就发现，联邦第九巡回区法院的法官人数最多（28人），无法全员听审，内部没有有效的统一协调机制，因此该法院的判决在某些方面最为反复无常。^{〔7〕}同一法院内的不同法官判决分歧会令普通民众疑惑，有损司法的公信力。在当今中国，由于法院内法官人数太多，这个问题对法院权威的潜在威胁就更大。而在许多学人看来不符合审判工作规律——其实只是不符合美国法院和法官审判模型——的科层化就成了应对这个问题的制度措施之一。这不是说科层化管理一定就好，它确实会侵蚀法官的一些独立判断。但问题是，如同韦伯曾经指出的，当众多专业职业人士共同从事一项受规则约束的事业之际，科层化是一个减少差错、保证规则统一的组织制度措施，事实上是法治的保证。^{〔8〕}在这一分析下，就不存在某种始终如一更符合审判工作的规律这样一个本质主义的制度选项，只能选择一种在计算了所有成本（包括风险）、收益之后的理性的制度。

法院系统中科层化管理体制的发生也还与众多法官的社会心理需求有关。和所有人一样，法官也需要某种晋升机制来自我确认，这不仅意味着自己的工作获得了社会和体制的承认，有时甚至也需要借此来向同学、家人或熟人来“炫耀”。这没啥丢人的，因为有了这种感受，人才可能会有幸福感，也才会努力工作。因此，法院系统一定需要一种科层来满足法官的这种内在需求，激励法官努力工作。而且这种科层等级制至少对于一些法官来说必须是相当实在的（往往是具体职务，即具体能管某些人和事），不能只是些符号的（如按工作年份的统一晋升一级，无论是法官级别、干部级别或工资级别）。

〔7〕 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 412-415.

〔8〕 关于科层化的官僚制之优点的讨论，参见，Max Weber, *Economy and Society*, ed. by Guenther Roth and Claus Wittich, Cambridge: University of California Press, 1978, pp. 217-223, 956-963.

如果这一点不错，那么我们就能够理解，中国的法院系统其实是在改革开放之后甚至是在司法体制改革启动之后变得越来越科层化的。如今每个法院内都有的常务副院长和相当于副院长级别的（审委会）专职委员这两个稳定层级都是改革开放以来出现的；即便在庭长之间，也有了细微的层级区别，参加审委会的庭长的层级就要高于不参加审委会的庭长的层级。也因此可以理解，法院内部如今分设了如此多的庭（从刑一庭到刑n庭，从民一庭到民n庭，以及其他法庭）、更多的办公室（办公室、政研室、审管办）以及其他支持性的行政机构。我们也还会有透视和理解知识产权法院、最高法院巡回法庭的另一视角或另一可能。这些科层化的制度和机构设置，仅有一部分与法律的专业分工相关，法院领导，甚至几乎所有法官，都知道其重要功能就是有了更多“位置”能安排人，也便于法官流动到政法之外的系统任职。学人若仅仅批评这些制度或机构设置不符合审判工作的规律，是“饱汉不知饿汉饥”，不知法院和法官面对的现实问题。也是不理解深刻的人性，即奥威尔当年辛辣指出的“所有动物一律平等，但有些动物更平等”〔9〕——人类之所以如此追求平等其实就是试图掩盖，却掩盖不了人类追求的区别，包括优越。

因此，司法改革如果消除了这些层级差别，也许会收效于一时（源自大幅统一提高法官的工资和级别），却不可能抹去基于人的基本心理（人性）衍生出来的等级需求。一个没有实在的晋升激励的体制更可能令该体制内的人缺乏工作激情。这一点大致是普世的。事实上，为许多中国法学人赞扬甚或憧憬的美国联邦法院体系就是这样一个系统，绝大多数中国法学人身处的校园也是这样的一个系统。在波斯纳法官笔下，由于不仅没有基于业绩的晋升，甚至几乎就没有晋升的可能，美国联邦法官已变得越来越懒，他们也同样更关心权力的行使——判决投票，却不关心判决理由、论证和判决书写作，只有极个别热爱写作的法官如波斯纳本人还亲自动笔

〔9〕 George Orwell, *Animal Farm*, London: Penguin Books, 1989, p. 90.

撰写判决书，其他法官最多也就是简单编辑一下由法官助理起草的判决书稿，然后毫不犹豫地署上自己的大名；他们还要求越来越多的法官助理，并且与他们的实际承担工作量大小不一致，甚至是相反的（联邦地区法官工作量最大，但助理最少；最高法院法官工作量最小，但助理最多）。不仅如此，当空闲多了，法官们甚至会用更多时间内斗，挑他人判决书的刺，直至鸡蛋里面挑骨头，这也就解说了为什么联邦最高法院的法官最愿意提出异议或并存意见书。在大学校园里，除了极少数例外，无论教学还是学术写作最努力最勤奋的通常都是“青椒”，讲师或副教授，最缺乏学术科研动力的往往是教授，尤其是临近退休的教授。

如果这一逻辑是真的，那么当下的司法改革就必须准备接受这些肯定会出现的后果。或是应对，包括重建时下试图消除的某些科层制度。这会不会是折腾？

只是信手拈来的两个例子，虽信手，却不是随意。但我真正的问题是，尽管如此显然，为什么中国法学界没有谁来指出或展示这些潜在的风险？这表明，中国法学人与法官，各行其是，也是当下的现实。尽管在中国与在波斯纳笔下的美国原因不完全相同，但至少部分都源自法律人不了解不关心法院系统的实际需求，不了解司法改革中的法院的需求。这意味着，除了其他外，中国的法学研究以及司法改革都还需要超越法律、超越法学，需要基于社会和法院的需求来关注和掌握其他一些社会科学知识。

其实，这些知识在任何层面上都离我们不远，甚至离法学院很近。走出北大法学院科研楼，右手就是北大光华管理学院，多走几步就是经济学院，身后则是政府管理学院。在图书市场或网络上，管理学、社会学、政治学和经济学的知识资源也随处可见。甚至，只要对生活足够敏感，不过分拘泥于专业、法律的教条和法治意识形态，我们的日常生活经验也会告诉我们一些（即便不会很多）与法院体制改革或发生有关的知识。

必须清楚意识到，任何学科都不会仅仅因其内部自治和圆融，就可能有足够的生命力。不关注法院系统面对的问题的法学，最终一定会失去法

院的青睐。就犹如当年的经院哲学一样，非常精致，甚或恰恰因其太精致，却最终被废弃了。“专家没有灵魂”，^[10]这一命题太多被理解为批评专家的个人良知，而在我看来，这其实更多是对现代社会中“只埋头拉车不抬头看路”的知识生产的一种社会评判。

我说了，波斯纳在此书中的种种建议甚至未必能解决美国的问题，因此更不可能有效回应中国的问题，但此书提出的问题，以及波斯纳切入问题的视角和展开的分析还是应当引发中国法学人的关注，调整自己研究的问题和研究问题的方式，研究问题所用的学术理论资源和资料的。但我更期望，这本书能引发中国各级法院的至少一部分法官，无论在审判、管理还是政策研究岗位上，特别是司法改革的规划者和推行者，某种程度的关注，不但适度地调整其知识需求和储备，更能把自己长期身在中国法院这座山中的观察和经验，即便是很不入眼的经验，全都纳入一种社会科学的系统思考和分析。这不仅会改善中国的司法，更可能促进和拓展中国的法学。

但愿不是只是停留于希望。

苏力

2016年国庆日于北大法学院陈明楼516室

[10] [德] 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，于晓、陈维纲译，生活·读书·新知三联书店1987年版，第143页。

序

ix 1981年12月，42岁的我就任美国联邦第七巡回区（其管辖包括伊利诺伊、印第安纳以及威斯康辛三州）上诉法院法官，我之前没有任何司法经验，只是1962年这一年度给联邦最高法院布伦南大法官当了一年法官助理，但我当时就没想到要向我的新同事了解一下如何当联邦上诉法官。我有自己的主意，有些还挺异端，如亲自写司法意见，同时一如既往像全职学人那样全力研究并写作。但我没太多在意其他法官的做法，也没太多在意整个联邦法院系统。

多年之后，事实上是三十年后，我读了道森（David Dorsen）撰写的弗兰德利（Henry Friendly）法官传的初稿，后来又读了该书的正版（我为该书写了前言），^[1]我的看法变了。我和弗兰德利交往颇深，知道他是位伟大的法官，但在读了有关他的技能和贡献的这本书后，我就想尽我所能去模仿他。有鉴于此，我决定把更多时间用于司法，用于学术研究的少点。这样一来，我发现自己之前高看了法官特别是联邦法院的角色和表现。我把太多东西视为理所当然。我没看到时下司法文化中的一些陈腐——法官总爱重复一些真实性很令人怀疑的说法，仅因为此前有人这么说过；他们缺乏好奇心和想象力；缺乏清晰坦率（candor）的表达；并且事实感很弱。由于在美国社会，科学技术日益重要，许多联邦案件的技术复杂程度增加

[1] David M. Dorsen, *Henry Friendly: Greatest Judge of His Era* (2012).

了，就更加重了这些欠缺。^[2]应对复杂性已成为法院部门的一个重大挑战。

无论公共制度还是私人制度 (institutions)，外部人和内部人看，就不一样。在外部人看来，这些机构安详恬淡——自信且滴水不漏。但打造这一外观的内部人 (对其中的许多事) 心里更明白；因为所有制度机构，或大或小，都有麻烦。联邦法院系统也不例外。差不多两千年了，为吓唬行外人，法官一直努力且颇为成功地戴上了自我美化的光环，掩饰了他们的失败和不足。我是内部人，知道如何拽下这片幕布，我还认为这样做实际上会有助于这一制度。我没打算过度批评。我们的联邦法院系统无疑有其优点。例如，极少数除外，法官们完成了实现“校正正义”这一亚里士多德式的义务，这一义务常被误解为确保不公行为的受害人获得赔偿，但校正正义的意思其实就是指无偏私 (impartiality)，在联邦法官的誓言中，这就是法官判决案件时将“对事不对人” (without respect to persons) (也就是说，不考虑当事人或律师的社会地位或其他无论讨人喜欢还是令人讨厌的个人特点)。这些法官对日常诉讼应对得当。还有一些杰出的联邦法官对美国法贡献重大。

但也有不为人知的另一面。我认为，我们这些法官本可以做得更好，防范直感 (hunch)、意识形态以及其他各类个人经验——以及因此而来的强烈情感和深层信仰——过度影响我们的司法决定。[我说“过度”是因为，我主要会在第二章论辩，人的思想情感因素在司法决策中起作用不只是无可避免，而且合理合法 (legitimate)。] 另一麻烦是，我们这些法官对案子常常了解不够，乃至无法明智地判案，就因为我们知道的常常就只是律师告诉我们的那些，但这非常不够。当我们对某案了解不多因此无法明智判案之际，我们必然会后撤到我们“觉得”此案如何，而这种感觉可能把我们引入歧途。我们还过于固守抗辩制，过于消极，沉溺于陈腐传统，

[2] 这是我的《波斯纳法官司法反思录》[*Reflections on Judging* (2013)] 一书的主题之一。

不敢变革，（我们当中还有些人）还为此洋洋自得。

因此，司法职业中有不少值得批评，因此也有不少改善的空间。但这些改善来自何处呢？对于我这位先前的法学教授来说，一个可能是法学院。有关司法，法学教授写的东西还真不少，也主要有关联邦法院。但问题是，这些写作对司法究竟了解多少，助益多少。仅就时下而言，我认为不很多。对法学教授（相对于法官），我没打算套用博汉（Brendan Behan）对电影批评家的评论：“都是些后宫太监，都知道如何做，每天也亲眼看见，但就是自己做不了”；但有些法官会认为这个比喻很贴切。法官们承认法学教授就法律教义的写作挺启发人，却又会说，这些教授对司法决定的批评大多愚钝，因为他们不理解法官工作的约束条件。特别是，这些教授完全不理解，当面对呈堂案件（这里假定此案属于该法官的管辖范围），法官即便不清楚应如何决定，也不得不决定此案这一事实的寓意。法官没法等候灵感的来访，构思论文的法学教授则可以候着。

xii 法官对法学教授的这一批评当然对法官有利。但在法律职业的这两个分支之间确实有道沟，这道沟还在扩大。本书目的就是要解说并记录两者的各行其是，确定在哪些地带联邦司法的表现欠缺，并解说法学院能做什么予以补救，或更现实点说，来缓解这些欠缺。我因此既批评司法——说到底，批评我所谓的“陈腐司法文化”，也批评学界的努力太不够，没能弥补司法的这些欠缺。

这个问题也不是被人忽视了，只是它未得到应得的持久关注。我希望，如果我的分析讨论有差错——不完整则是肯定的——本书也能激励他人更深入地探讨。本书在另一意义上也不完整，这就是它仅限于联邦司法，而联邦司法处理的案件数仅占美国法院立案的全部案件数的10%，其问题也远不如各州和地方法院的问题严重。此外，我暗中把自己的关注仅限于顶尖法学院，因此限于顶尖法学生，因为他们更可能成为联邦法官助理和顶尖的联邦从业律师。就像联邦法院的麻烦不像其他美国法院的问题那么严重一样，美国顶尖法学院及其学生、研究生的问题也不像非顶尖法

学院及其学生、研究生的问题那么严重；后一类法学院正在萎缩，它们的毕业生越来越难找到好的法律工作，这影响到招生。但对非联邦的司法以及非顶尖法学界的状况我了解不多，没法就这些问题得心应手地写作；而且，如果写了，也会因试图包纳太多太大的美国司法制度而令本书冗长笨拙，还不如就考察这一小块。

简单说说本书的结构。引论解说法学与司法两界的分歧。第一编关注司法的欠缺，我也希望法学界在其文献、教学和司法继续教育（法官教育，有别于法学生教育）中予以更多关注。第二编是我的具体建议，有关学界可能做些什么来缓解这些欠缺。 xiii

就有关法律的著作而言，本书篇幅不大，但涵盖面颇大，因此我把一些资料做成了附录，对读者或许有益。附录有四：附录1（附于引论之后）补充说明引论中提到的有关法学院教员构成变化的数据——喜好理论的法学教授挤走了有实务背景和兴趣的法学教授。附录2（附于第二章后）讨论一个典型案例，法官只看诉讼摘要和记录，不从其他地方寻求理解案件的线索。附录3（也附于第二章后）考察了相关但更严肃的一个问题：在法官可随时改变那些功能已明显失调的做法时，他们还趋于恪守这些做法。附录4（附于第二编最后一章，即第六章后）是一份备忘录，列数了第一编提出的一系列联邦司法的麻烦，以及我在第二编的建议，有关法学学术研究何以可能提供至少是某些解决办法。

我的这一研究得感谢很多人的帮助。我感谢切尔顿（Adam Chilton）、金斯伯格（Tom Ginsburg）、哈钦森（Dennis Hutchinson）、列维（Marin Levy）、穆林斯（Anne Mullins）、里夫斯（Richard Revesz）、斯东（Geoffrey Stone）、斯特拉列维茨（Lior Strahilevitz）和伍德（Diane Wood）同我讨论本书的全部主题或部分主题。感谢哈钦森（Hutchinson）、列维（Levy）、穆林斯（Mullins）、斯特拉列维茨（Strahilevitz）和斯东（Stone），以及阿伦森（Michael Aronson）、卡林顿（Paul Carrington）、钱（Colleen Chien）、多姆纳斯基（William Domnarski）、德里斯科尔（Sean

xiv Driscoll)、艾斯曼 (Steven Eisman)、埃伯斯顿 (Lee Epstein)、菲茨帕特里克 (Collins Fitzpatrick)、弗里德曼 (Barry Friedman)、戈尔丁 (Jacob Goldin)、戈尔曼 (Tom Gorman)、格林沃尔德 (David Greenwald)、古拉提 (Mitu Gulati)、赫斯曼 (Robert Hochman)、卡林 (John Karin)、雷特 (Brian Leiter)、马舒尔 (Jonathan Masur)、麦康奈尔 (Michael McConnell)、皮索尔 (Larry Piersol)、夏琳·波斯纳 (Charlene Posner)、埃里克·波斯纳 (Eric Posner)、施努尔 (Mary Schnoor)、西格尔 (Eric Segall)、温特 (Steven Winter) 以及哈佛大学出版社聘请的两位匿名评审人, 谢谢他们对早期书稿的评论和评审。斯特拉列维茨 (Strahilevitz) 教授对书稿作了两轮广泛且令我收获很大的评论, 我特别感谢, 同样值得致谢的还有斯东 (Stone) 教授广泛和深入的评论, 西格尔 (Segall) 和温特 (Winter) 两位教授的细致审稿和有益评论。最后, 我还要感谢阿加沃尔 (Rajan Aggarwal)、弗兰普顿 (Kali Frampton)、戈德斯坦 (Adina Goldstein)、贾汗季 (Samuel Jahangir)、肯斯托维奇 (Michael Kenstowicz)、李 (Xingxing Li)、卢珀 (Max Looper)、苏斯卡 (David Suska) 和吴 (Patrick Wu) 所做的研究助理和引证核实, 没有他们的工作, 本书完成会大大延迟。在吴先生的辅助下, 弗兰普顿 (Frampton) 女士编制了附录 1。

目 录

译 序 | 1

序 | 10

引 论：法学与司法的拧巴 | 1

附录 1：今非昔比——法学界格局的时代变迁 | 38

第一编 现代联邦法院的问题

第一章 结构扭曲 | 47

第二章 程序缺陷 | 58

附录 2：没意思的司法裁判——一个个案研究 | 146

附录 3：监外看管的悲剧 | 150

第三章 管理缺陷 | 168

第二编 学术的补救？

第四章 学术文献 | 199

第五章 法学院课程 | 225

第六章 法官继续教育 | 259

附录4：司法问题和学术解决的可能方案之列表 | 271

结 语 | 277

后 记 | 289

索 引 | 304

译后记 | 314

引 论

法学与司法的拧巴

你这声讨的威力将如同风一样，
对最高的山峰的打击最为猛烈；
这将成为你获得荣誉的不小的理由。

——《神曲·天堂篇》 xvii, ll. 133-135*

虽同一职业，就因相互无所谓，就分为两枝。

——哈钦森 (Dennis J. Hutchinson)

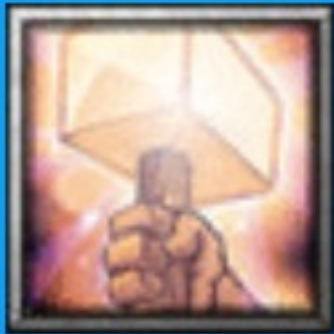
不久前，我问一位律师朋友，一位非常成功的诉讼律师 [盛德国际律师事务所的赫斯曼 (Robert Hochman)，他之前是我的法官助理，后来是布雷耶大法官的助理]，如果有位潜在客户问他：“请你代表我出庭的这场 [预想或真实的] 诉讼，我的获胜几率如何？”他会如何回答。他说自己会回答如下：“应对该提问的方式是将所有法律技巧都放一边，然后问：如果将该争议提交一位未受法律训练的聪明人，只用他的道德直觉裁决，他对此案的处理会赞同你呢，还是你的对家？建议的处理方案也许在某些法律技术问题——制定法的语言，先例，你都有些什么——上有麻烦，但我们完全可能绕开这些障碍。”（他的另一种说法是：该律师的“立场应当是，即便不允许诉诸传统法

1

* 田德望先生的译文。——译者注

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



律材料，他仍会胜出的立场”。)

2 我认为这是正确的 (right) 处理方式。大多数法官是以整体和直觉方式评审案件的，得出个初步结论，然后严格用技术性法律分析该结论。但法官们意识到自己是这样工作的吗？法学教授知道法官是这样工作的吗？法学教授是否会努力让学生理解法官如何判决案件？他们是否为学生做好了这种准备，成为一位法官助理？这就是本书会集中关注的一类问题。

法律职业有三个分支都与法院体制的运作有关，也影响法院的运作。其一当然是法院系统自身。其二是从业于法庭的律师。其三是法律学界——法学院。在法律教育和法律研究上，法学界对于法院系统很重要，但我要论辩说，还没达到它应当达到的重要程度。今天的教授都忽略了法院，联邦最高法院除外，但联邦最高法院却是最不可能在意学界批评的法院，尽管它或许是最需改革的法院，我会在本书许多地方都提到这一点。

在这一职业的三个分支以外的许多法律人，例如那些在立法机关服务或工作的法律人，也与法院有关，但我会忽略他们，就为压缩本书的篇幅。我主要关注联邦上诉法院和联邦最高法院，偶尔才会提到作为初审法院的地区法院。我最熟悉的是上诉法院（位于地区法院和联邦最高法院之间的这一层级），我在其中之一担任法官已经 34 年了，尽管我也不时自愿去初审法院处理初审，以此来直接熟悉初审法院，并通过听审源自初审法院判决的上诉来间接熟悉初审法院。对州法院我知之不多，主要都来自各州公民间的诉讼案、破产案以及联邦法院的补充管辖，这要求联邦法官就州法争点作出决定。但本书不讨论州法院。

3 法学界对法院有直接和间接的影响。法学院为未来的法官和将出庭从业的未来律师提供最初的法律训练，这也是他们唯一的正式法律训练。联邦法官培训中心 (The Federal Judicial Center) 是联邦法院系统的臂膀之一，也搞些法官培训，主要培训地区法官。该中心不是学术机构，但就我讨论的它的研究和训练角色（请看第六章）而言，它还很像学术机构。法学界也为法院系统提供了一些教授：我就是个例子，时下联邦最高法院有 4 位大法官也是，

尽管出任大法官之前他们全都离开了学界，卡根（Elena Kagan）出任了总检察长，其他3位则就任联邦上诉法院法官。[第5位大法官，肯尼迪（Anthony Kennedy），就职联邦最高法院之前，曾在一所法学院兼职任教多年。]

法学教授当然不只教书。他们是教师，也是学者，他们分析法院判决，还常常持异议。他们也抨击或捍卫一些司法理论，时下理论的两端，一端是初衷论（originalism）或其他形式主义进路，另一端是法律实用主义；他们也倡导一些法律改革，既有实体法的也有程序法的。法学院教员们在法律之外培养了更多其他领域的但与法律相关的知识，包括经济学、心理学、统计学、计算机科学、历史、哲学、生物学以及文学。他们让自己的知识可以为律师和法官以及法学生所用，以书和文章的形式，有时则通过包括法官继续教育在内的法律继续教育项目。部分因为富有捐款人对法学院以及其他高等教育机构的影响日益增大，在今天的法学院，非法律的教学和学术产出的着重点是在一些社会科学领域，如与商业直接关联的经济学（以及经济学的分支之一，金融学，如今几乎被认为是个独立领域）。法学院的一些毕业生已成为公司法或其他商事法领域内收入丰厚的从业者，有些人甚至凭自身实力成了大商人。

学界为法官提供法官助理，他们通常刚从法学院毕业，聘期仅一年，但也有不少联邦法官有一位甚至更多长任（career）法官助理，还有些法官会从从业律师中而不是从毕业新生中雇用一年期的法官助理。大多数法官严重依赖助理，不仅是法律检索，而且是撰写法官的司法意见；实际上，如今还亲自撰写——有别于修改（有时修改甚多）法官助理的司法意见初稿——司法意见书的联邦法官数量可能不超过10位。但有些法官，主要加工助理的初稿，有时也亲自撰写司法意见。

就帮助撰写司法意见初稿而言，联邦法官依赖的还不只是自己的助理。每个联邦上诉法院都另有一群法官助理，通常称为“专职律师”（staff attorneys），他们的雇主不是法官，而是法院行政管理者；不分派给具体法官（特别事由除外），他们主要处理各种动议和本人上诉（即原告自己上诉，没有律师代理）。他们还可能处理某些法官商讨后认为不太难或不太重要因此没必要

上法庭辩论的案件。在我所在的法院，我设想其他上诉法院也会如此，这些专职律师就大量动议向法官提出建议，准备备忘录供合议庭审理某案的法官们分享，有些案件尽管有口头辩论，但争点单一且通常很简单，助理们就会以合议庭备忘录为根据起草处置令。然而，还有些无口头辩论的案件由法官助理来处理，而不由专职律师处理，这些案件通常是起初认为足够疑难或足够重要，因此认为有必要口头辩论，但后来筛选案件的法官组将之剔除了，或是原定听审此案的法官在看了诉讼摘要或合议庭备忘录后认为不值当口头辩论因此将之剔除了。

尽管并不直接，法学界在法院系统中扮演的角色还很大。它训练了法官的未来助理。由于法学教授既是教师，也是学者，法学院对法律教义也提供了透彻的批评（critique）。[我是在古典意义上使用“批评”一词的，即严密的分析；如今通常把批评被等同于“批判”（criticism），批评这个词就给废了。] 例如，法律经济学分析，这个由法学教授和经济学家联手创建，如今在法学院定居的工程，就令不少法律领域焕然一新，不只是反托拉斯法以及其他经济规制领域，尽管在这些领域效果最为重大。^[1] 这都是些初次适用经济学的领域 [值得注意的例外是，18 世纪下半叶边沁对刑法的功利分析，以及 1920 至 1940 年代黑尔（Robert Lee Hale）在不少法律领域也用过经济学，颇有意思，但大都被人遗忘了]。

但就其与司法的关系而言，学界的作用本应更大些，部分因为如今学界的影响不如从前了，我 8 年前出版的《法官如何思考》一书的第八章（“法官并非法律教授”）中就指出过这一点。但我并非指出这一点的第一人；这一荣誉应归于爱德华兹（Harry Edwards）法官。^[2] 由于法学教授如今日益交叉学科了，这必然促使法学教授日益专门化，一个间接后果是，作为教师和学者的教授，提供给法官的有用信息和洞见都更少了，还可能令法学生对法院

[1] 关于这一派生学科的范围，参见，*Research Handbook on Economic Models of Law* (Thomas J. Micheli and Matthew J. Baker eds. 2013)，以及我的，*Economic Analysis of Law* (9th ed. 2014)。

[2] 参见，Harry T. Edwards, “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession”, 91 *Michigan Law Review* 34, 48-50 (1992)。爱德华兹当时是哥伦比亚特区上诉法院法官。

的理解比先前也少了。无论是在其教学还是在其学术研究中，法学教授们还未能完全承认和关注，我在此后各章描述的联邦司法的种种欠缺。

这不是什么新见解或新关注。本书的创新之处是，在第一编，对法院系统的欠缺予以更全面的解说，以及在第二编，努力建设性提议改革法学教育和学术研究，这才能给法院系统某些需要的帮助。

严密分析法律教义是法学院的传统强项，如今却因法学院日益看重交叉学科而正在衰落。特别被忽略的是法官的严密分析，他们适用教义于新案件。法学院的趋势是把法官视为黑箱，放进去的是证据和论点，最后出来个决定，但似乎没人知道，也没准备告诉人们，这期间到底发生了什么。吸引许多法学教授的只有联邦最高法院大法官，但这种吸引力与最高法院的质量甚或重要性全然无关。这也许能解说为什么大多数法学教授不愿批评司法判决，也回避公开批评在世法官，更一般地，还回避批评时下的司法过程；另一个理由也许是担心法官报复学术批评者，不从他们学校雇法官助理了，拒绝到该校讲演，或拒绝在该院举办模拟审判。

不错，在课堂上，在书刊中，在法庭之友辩护状中，以及在日益增多的博客中，法律教授也会很快表态他们不赞同某个具体司法决定，不赞同某些具体法律教义和方法，有时还表态不赞同一贯生产这类决定或诉诸这类教义的法官等。这种批评可能是隐含的，隐含了分歧，但所以隐含也可能是想避免引发关注，特别当分歧是在法律人之间，在律师和法官之间，或是在法官之间。这其中的道理在于美国法律的抗辩性质。美国法的基石就是分歧和争论，就如同职业竞赛的基石是对手一样。无论一般公众，还是政客（他们对司法感兴趣，但理由更多与政客的政治目的有关，而不是法官任免的质量），都不关心法学教授与法官的分歧。

更奇怪的是，法官也不关心这种分歧。也有理由。^{〔3〕}已经说过的理由之

〔3〕 我在《法官如何思考》（2008）第八章“法官并非法律教授”，特别是第204-219页，以及更晚近的《波斯纳法官司法反思录》（2013）第337-344页，进一步讨论了本章以及本书其他地方涉及的一些问题，不只是法官与法学教授的世界观分歧（这是本章引论的主题），还有司法的其他缺陷，以及法学界如何行动起来，做些什么来予以缓解。

一就是法学教授的批评都有意不希望太冲。另一理由是大多数联邦法官都是通事型法官，而大多数法学人则是有所专长，并为专长者写作，首先是为遴选聘任委员会成员写作，然后是为他们的具体法律领域内的其他学人写作，
8 但也有人是为，或只是为，专长该领域的从业律师写作的。^[4]由于任何法律个案一定属于某具体法律领域（有时则可能属于多个领域），也许看来，法官也会了解专长学人的批评。但如果学人没兴趣同法官交流——如果他们认为法官根本就不会关心他们，他们因此只能从其他地方找知音——或是无法有效交流（就因为他们不知道法官究竟能理解且能听进去多少），那么法官就不了解专长学人的批评。随着法学界的扩展，在1998到2008年之间，法学院教员平均数量增加了40%，不想花时间同法官努力交流（因没多大成功的指望）的法学教授在同行中能找到足够多听众。^[5]法学院教师队伍的扩展还导致了法学院课程更多样以及教师队伍更专业化，这就进一步扩大了学界与司法——专长者与通事者——之间的分歧。

这个过程是达尔文式的。在自然界，每种生物种类都必须找到自己的微环境，至关重要是包括它可能找到并食用且不会有其他物种与之有摧毁性竞争的食物。在学界，各类教授也必须找到自己的微环境，能避开其他各类教授的摧毁性竞争。税务教授有自己的微环境，合同法教授也有，大家都有。所谓“服务列表”（list serve）——通常是学界人士的电子邮件列表，如，就
9 税务教授而言，都对税法感兴趣——大大增加了法学共同体的数量及其成员。列表用户成了网友，组成一个重要学术圈（subgroup），在整个学术生态中创

[4] 也有些例外，主要是破产法官、美国税务法院法官以及联邦巡回区上诉法院法官。我还得说，破产和税务法院法官，会同治安法官（magistrate judges，这其实是辅助性的地区法官）和行政法官以及联邦行政机构的其他司法官员一起，虽也是有职有权的（responsible）联邦司法官员，却不是依据美国宪法有关司法的第3条任命的法官。依据这一条，联邦法官任职终生，必须由总统任命，并经参议院确认。只有联邦最高法院大法官、上诉法院法官（居间的上诉法官）以及地区法官（初审法官）是依据宪法第3条任命的。

[5] “Law School Faculties 40% Larger Than 10 Years Ago”, *National Jurist*, March 9, 2010, www.nationaljurist.com/content/law-school-faculties-40-larger-10-years-ago. 这也许有点令人误解，因为一部分增加是给法学院图书馆工作人员和其他行政人员分派了一些兼职教学任务。但就如后面附录1显示的，顶尖法学院全职教员长时段的增长非常大，大大超过了学生数量的增长。

造出一个微环境。他们需要同外人——如法官——交流，就像松鼠吃干果也要学会吃蒲公英一样；但这个学术微环境已最大程度地降低了他们的交流需求。

阻碍教授同法官交流的还不只是法学教授数量以我上面提及的方式增多；还有现代法学教授的背景和职业目标的改变，尽管这种改变与法学院教授数量增多有关联。1960至1970年代法律经济学出现和发展了，与之并行的其他法学交叉学科文献也出现和发展了，如批判法学、法律哲学、女权法学、批判种族法学、法律社会学以及法律与文学，这之后，学术性法律日益吸引了其他学科的一些“难民”，包括经济学、哲学、心理学、历史、文学、种族或性别研究以及日渐增多的生物学、物理学、金融学和电子工程学（包括计算机科学）。在所有这些学科领域，要想获得一个学术职位，竞争都很激烈，除经济学、金融学以及工程学是重要例外，其余大多数还工资都很低。这些学科“难民”，无论是否有更高学位，大多自然会从自己最早选择的学科获取知识并以此为基础教书和写作。事实上，他们常常对传统法学探求的问题和方法几乎没兴趣。就这样，法学院成了这些壮志未酬的哲学家、史学家或其他学家的安全港。

我提到的这些领域也不新潮，因此这就有了个谜，为什么自1960年代以来，这些学科的信徒强行转进到法学圈来了。我猜理由是，这些学科推进太

10

快，从业导向的传统法律学术则不这样。

这一观察与本书的一个主题有关，这就是所有法律职业分支的成员都有种倾向，走一步都会回头看看，法律人和法官就好像是倒着行走的，目光总盯着那些正从地平线上消失的东西。“初衷论”只是最极端地体现了这一信念，即每个新案件都受制于往日做的某些事，无论是某类法令或是某司法先例。法律没有历史进步（progressivity）这一点为其他学科的从业者入侵法学提供了太多空间。这种入侵转而催生了传统法学教授的不安，激发了一种智识上傲娇（intellectual pretension）的法学院教员文化。我们如今看到的就是法学院教员聘用上的“学位神化”（Ph. Deification）。

随着学术性法律——即喜欢理论——的智识性产出增长，尤其在顶尖法学院（其实用定义就是在《美国新闻与世界报道》中排名顶尖的法学院，因

此也吸引了最优秀的学生)，智识真假或有用没用且不说，结果之一是，许多且常常是最耀眼的那些法学教授，常常都没啥法律实务经验。从其他学科研究生毕业后，他们进入法学院，然后是一年法官助理或许是两三个一年期法官助理，在这些助理后，或许有两三年研究员或教员经历，就成了待聘终生教职的法学教师。这些“法律与xx”学术共同体的成员对法律职业的从业认同很羸弱，因此，他们很难向学生传递关于这个法律体制究竟如何运作的感受，也很难创作法官看得懂且有所受益的文献。鉴于学界通常就以“我不懂
11 的，就不是知识”闻名，这些热爱理论的学者还可能嘲笑那些有丰富法律实务经验的法学院教学岗的申请人。据说某所顶尖法学院的人事招聘委员会就曾拒绝一位有这样背景的申请人，并说“他会毁了理论”。

职业人士——无论哪个职业——都爱说行话，也就是摆弄专业术语。法律本非如此，但如今它深陷术语的泥潭，其程度令人吃惊。法官当然懂法律术语，只是如今这些学科交叉的法学教授使用的大量术语都是从其他学科进口的，这就让法官读者磕磕碰碰。更甚的是，法官了解常规法律教义文献的渠道也被堵上了，因为教义类文献过去一直主要发表在由学生编辑的法律评论。法律评论的学生编辑没能力评估学术文献，他们就有种很不好的倾向，更喜欢接受脚注密密麻麻的鸿篇巨制——他们总趋于要求作者增加更多脚注。作者当然也会服从，因为他们希望自己的文章得以发表。法律人自古以来的特点之一就是，一句话能说清，也要说三遍，法学生则在方法上保守。这些法学新手通常能对付的也就是些规范法学的（canonical）东西。如果发表出来的法学文献啰嗦、矫情（pretentious）、不明觉厉（obscuranist），学生编辑认为这样才雄辩，大多数作者也会如此看齐。只是法官没耐心长途跋涉，趟过这些脚注丛生的泥潭。

确实，时下写博客的法学人数量不断增加，他们的博客要比他们的学术著述和论文好懂。但我的印象是法官并不大在意法律博客。理由之一是许多法官太年长，不习惯网络文化。还有就是，法律博客通常集中关注一些具体案件，某特定案件与法官面对的案件有可能相关，但概率太低。法官必须阅

读大量与自己案件直接有关材料，他们觉得没时间研究和分析那些只有未来才会与自家案件有关的司法意见。法院使用网络资源本来就很不¹²够，但比起作为法律分析的资源（尽管还有很多在线的法律分析资源）而言，法院更少用网络获取与某些社会活动和机构有关的真实信息，更少用来为诉讼提供背景材料。

以往大多数法学教授都更认同法律职业界，而不是学界，那时他们也认为，也很有理由这么认为，自己的主要受众是律师和法官。但随着法学院扩张，学术性法律竞争日益激烈，学科交叉增加，法学人的关注点变了。确实，有些法学院还在努力为法官提供继续教育，常常针对某具体领域举办短期讨论班（通常为¹³期数日），比方说，反垄断或法律经济学分析之类的，事实上这类题目似乎也最受这类短训班欢迎。但参加这类短训的联邦法官大多什么案子都审，是通事型法官，由于他们很可能不常碰到自己参加的某具体短训班的专题，他们也就很容易忘了短训班上的所学。这样一来，对某些法官来说，这种短训班就很琐碎或讨厌，没真学到些什么。

随着越来越多的法官不再读学术著作和论文，这些著作和论文也就让法官越来越看不懂了。学者的目标变了，越来越想让其他学者为自家点赞。他的世界就只是他的研究领域，也只剩下学者，没有一般的法律职业人士。他教的学生是明天的法律人，但他的研究写作不是为了明天的法律人。在当今顶尖法学院的教师队伍中，占支配地位的，都有一堆学位。

在司法与学界渐行渐远时，看上去也许起某种缓解作用的是，有不少法官，先前并非学人，还在法学院兼职（part-time）教书。但我同一些学生（他们在不同法学院都上过一些曾是学者的法官的课）交谈，了解到这些法官的授课仍然同他们出任法官之前一样，而且部分由于是兼职教学，他们与全职教员也几乎没啥互动。我是法官，也在法学院兼职教书（之前是全职教授），我的经验也是如此，后来我才把我兼职教学的重点转向了法官行为。¹³

回到法学院教员的扩充，这个因素导致了司法与学界疏远。教员扩充反映了法学院数量增加，也反映出师生比增大。法学院会尽一切努力来提升其在《美国新闻与世界报道》中的排名，该杂志也总把师生比和藏书量视为排名加分

因素，尽管这些因素与法学教育质量几乎无关（藏书量实际全然无关）。〔6〕

法学院数量增加降低了法学毕业生的平均质量，相应地，也降低了联邦法院从业律师的平均质量。并且，法学院教员数量增长的结果是，来自其他竞争更激烈或收入不高的学科领域的、我称之为“难民”的法学院教员数量增加了，他们对实际司法过程没兴趣，也没能力对司法过程有所贡献，甚或不能帮助打造自家学生成为未来的法官助理和诉讼律师。在经济上，法学教授数量的这种本质上盲目的扩展很好理解，源自如今凸显于几乎所有美国机构——包括名义上的“非盈利”机构——的无情竞争；但随着律所招人下降了，法学教员的扩张就同法学院入学人数减少迎头相撞了。

还有个因素令学界与司法的关系更复杂了，这就是联邦法官。终生任职，无需正当化其权威，这些传统的保护伞令联邦法官比大多数官员（从事国家安全工作的除外）更保守。〔7〕例如，在法庭辩论后的商讨中，法官就刚刚听审的案件讨论结果并投票（只是临时投票，但之后鲜有变化），究竟如何，他们都保守秘密。（不允许法官助理和其他工作人员出席商讨，但法官有时会对自己的助理透露商讨中的审议考量，还不只是商讨的决定。）这与白宫总统会议就形成了鲜明反差，总统会议名义上是私密的，甚至秘密的，但出席的不只是高官，还有白宫中层工作人员，他们频繁地愿意，甚至急于把会议内容透露给诸如伍德沃德（Bob Woodward）这样的有影响的新闻记者。

职业界最标准化的防身密器就是神秘（mystery）；他们不希望自己服务的个人或机构一眼就能看穿自己。外科医生或从业律师也如此，但法官尤甚，就因为他们从来也不发愁客户——他们也没客户。司法意见是公开的，但如今各层级联邦法院的大多数司法意见都，我说过，出自法官助理之手，并因

〔6〕 参见，Sam Flanigan and Robert Morse, “Methodology: 2016 Best Law School Rankings—Find Out How U. S. News Ranks Law Schools”, March 9, 2015, www.usnews.com/education/best-graduate-schools/top-law-schools/articles/2014/03/10/methodology-2015-best-law-schools-rankings? page = 2.

〔7〕 有些显著例外，如第一巡回区的科芬法官。参见，Frank M. Coffin, *On Appeal: Courts, Lawyering, and Judging* 213-217 (1994)，和第九巡回区的古德温法官。参见 Stephen L. Wasby, “Goodwin on Judging”, 93 *Oregon Law Review Online* 1 (2014). 科芬已去世，古德温已退休。

此成为法官与公众间的一道屏风。此外，也不管是谁的手笔，这些司法意见都是些修辞性陈述，就没打算展开一目了然的交流，无论是分析还是结果都可能涉及上诉庭甚或全院法官间的妥协，结果是关注点很模糊。上诉审意见的读者因此可能很难猜测司法意见的名义作者究竟怎么想的——什么因素触动了她或他，此案的真正症结究竟何在。法官很少公开谈论自己的司法意见，他们几乎都要求自家助理永远保密（否则，惩罚是你就别想在这一行待了）在助理期间获得的有关法院内部的任何消息。（“这里发生的事就在这待着”。）

法官的具体担心是，由于外行很难理解法官决定的根据，由于当缺少强有力分析或经验工具时法官常常必须依赖自己的直感甚或偏见来决定自己的司法投票，以及由于政府各部门之间从来都有相互倾轧的倾向，也许会有人认为法官的权力行使不负责任。对于人们的这种关切，英国法院的回应是不许法官深思熟虑，不许雇用工作人员，不许设立图书资料室。履职时法官的一切行为必须公开。这就是所谓的“口头”原则。美国法院的回应则相反，由此则催生了人们对美国司法的不信任。

提供有关法官之信息的并不只是司法意见书，或参议院确认听证期间法官的口头评论。有相当多的学术文献，无论理论的还是经验的，主要汲取了经济学、政治科学以及认知心理学，分析了法官的行为。关注点是推动和引导法官行为的激励因素和约束条件、意识形态和认知因素，以及其他要素。^{〔8〕}还

16

〔8〕 这类文献很多；最早至少可以追溯到卡多佐的 *The Nature of the Judicial Process* (1921)，这也是现实主义法学以及后来的批判法学的首要关注，至今仍获得学术关注，着重点在于影响法官行为的政治或意识形态信仰。有关这类文献的一个粗浅概括，参见，Lawrence Baum, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (2006)；Frank B. Cross, “Decisionmaking in the U. S. Circuit Courts of Appeals”, 91 *California Law Review* 1459 (2003)；Frank B. Cross and Emerson H. Tiller, “Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals”, 107 *Yale Law Journal* 2155 (1998)；Tracey E. George, “Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U. S. Courts of Appeals”, 58 *Ohio State Law Journal* 1635 (1997)；Pablo T. Spiller and Rafael Gely, “Congressional Control of Judicial Independence: The Determinants of U. S. Supreme Court Labor-Relations Decision, 1949-1988”, 23 *RAND Journal of Economics* 463 (1992)。对这类文献的最完整概述，参见，Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (2013)。用给定法官的司法意见被引数测度法官在其圈内影响大小的文献之一，参见，William M. Landes, Lawrence Lessig, and Michael E. Solimine, “Judicial Influence: A Citation Analysis of