

<<法官如何思考>>

图书基本信息

书名：<<法官如何思考>>

13位ISBN编号：9789861202990

10位ISBN编号：9861202994

出版时间：20101011

出版时间：商周出版

作者：理查·波斯纳(Richard A. Posner)

页数：512

译者：李忠谦

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

## 前言

專文推薦 在世界與法律之間迴旋思考 帥嘉寶 台北高等行政法院法官 法官工作的甘苦與難處，終究只能留給自己體會，難與圈外人分享，因為它向來都被視為圈內的祕密，既不足為外人道，也沒有任何傳統或誘因，能促使法官願意把這份經驗放在公眾的舞台前供人評論解析。

司法案件乍看之下，就像一場球賽，兩造訴訟當事人（或者他們的訴訟代理人）才是競技的主角、眾人目光的焦點，社會輿論則是在場欣賞的觀眾，大多事不關己，漫不經心，抱著放鬆的心情入場，欣賞著競技者的表演與情感，裁判只是為讓比賽能順利進行的背景妝點，而且裁決本身不能違背觀眾的常識。

相對而言，表面看來（實際並非如此），裁判者不是選手，既無需先天的秉賦，也無排名的壓力，工作內容固定，收入穩定，而且觀眾本來即不關心比賽規則，又何需惹人討厭。

所以裁判者本身通常沒有修改規則，讓比賽更加有趣的誘因，選手才有此誘因。

然而再好的譬喻仍然是一種類比，總有失真之處，法官畢竟不是娛樂賽事中的裁判，他的工作成果是有後座力的，會對社會結構的後續變遷走向產生一定的影響力，法官意識到自己隱含的價值，不可能不關心規則的合理性，更會在意判決結果是否能真正有效公平地把問題解決。

那麼當他遇見難處時，為何不向外尋求奧援？

為何不分享難得的經驗，而要保持職業上祕密呢？

答案可能出在制度上，制度又影響觀念，以致法官在描述自己面臨的困境時，甚至缺乏描述困境的工具。

法官是人，理性而自利，除了理想，亦有著人的欲望與期待，其出於自利之心，固然關注自己在工作上的成就，希望贏得名聲與敬重，但也同樣基於自利之心，希望有好的金錢報酬，較輕鬆的工作負擔，並且在升遷上受到公平的待遇。

如果制度的設計無法讓這兩組誘因相協調，反而讓這兩組誘因相衝突，法官對自身工作價值的關心程度當然會受到壓抑，這是成本問題，當誠實的成本愈高，就愈沒有人願意誠實。

其次，法律的學習向來重視「應然」面，總是強調世界應該如何，卻每每在不經意中忽略了世界的實然面貌，而法官又是法律人中的法律人，受此思維模式影響最深。

因此當法官發現應然層次的某些要求，在日常的工作中難以完全貫徹時（例如判決形成的評議過程），其反應往往是「不要想太多」，以免深求反感，自尋煩惱。

更何況要合理化現狀，說明在給定的社會條件限制下，現狀是理想的最佳實踐，也要有實證上的論述基礎，這些都需要法律以外的專業知識來剖析及呈現（例如心理學、經濟學或組織理論），這裡涉及的是工具，法官打算認識的世界，並不是世界的表面，更不是世界的現狀，而是要知道隱藏在表面背後的結構與支持條件，以便預測裁判對未來的可能影響，這個目標要達成，就需要其他社會科學的支援，法官同樣需要這種訓練。

其實法官在工作中，最困難的部分不在法律適用，而在事實認定。

立法者眼中的一點，在執法者眼中，恆放大為線段，如果說立法者是用望遠鏡在做通案規畫，執法者則必須用顯微鏡來處理個案。

在個案之前，沒有任何法律是完整而不需解釋的，法官對法律的認識也永遠是不足的，只有在對個案事實有了足夠的認識以後，法官對法律的意旨才會有真正的體會。

這正是法律涵攝過程中所談及的：「從法律到事實，再由事實回法律，案件中的法律與事實就在一來一往中，不斷被深化。

」就以債券的利息計算為例（稅捐爭訟案件稱其為「債券之溢折價攤銷」議題），法律人與會計人會有爭議，是因為他們看待債券的眼光不同，法律人把債券想成一筆現金加上到期利息，合起來是個完整的「蘋果」，但在會計人眼中，當債券的利息依票面約定而固定，將來每日就有固定的現金會流入，這些未來的現金再用今日的市場利率「折現」為今日的現金，這一筆一筆現金的加總即是債券的價格，因此會計人看待債券是一串「葡萄」，而且隨著時間的經過，愈接近債券清償日，葡萄顆數會愈少，債券利息就會隨著時日，因為葡萄自枝子上陸續掉落而產生，到底立法者立法時用什麼樣的實證眼光看待債券，就是解釋債券利息要如何計算的重要參考座標。

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

但法官的工作仍然受到法律的節制，特別是在大陸法系的國家中，法官原則上必須依實證法做成裁判，就算是實證法沒有規定，而要求法院進行漏洞填充的情況下，法官還是要以現有的實證法作為參考點，依循法律體系的要求，去類推適用最近似的實證法規定或貫穿實證法上的法理，去解決問題，因此台灣的法官理論上說來，並不會在個案中憑空立法，還是受到實證法或實證法背後法理的約制，如同身上綁了一根繩索，繩索另一端則連結到實證法上，法官在個案中的決定是受繩索長度半徑的拘束，不過即便如此，約束法官的繩索本身仍有彈性，而且其彈性大小，一定程度上取決於法官的選擇。

法官如果願意思考，迴旋半徑會變得比較大。

以上所述，基本上已可算是法官工作的素描，大體上勾勒出其黑白外貌，但對構圖的完整呈現而言，似乎還缺一些色彩與背景，補上去可讓圖像更為逼真與完整，那就是法官身處之外在環境，包括社會輿論、司法行政與法律學術，它們對法官工作的回應，有可能形成激勵法官的動力，但大部分情形卻成為法官壓力的來源。

當然壓力並非全是壞事，其與激勵之間，往往也可透過法官主觀情境的調整而相互置換。

例如學術界對裁判書類的評析，只能算是角色上的分工，法官在制作裁判書的當下，不僅有時間的壓力，又必須定睛於當事人提出的對立論點與素材，視野在不知不覺間就被限制了，學界則有時間上的餘裕，從整個規範體系出發，觀照到法官所未思及的部分，兩者間本來即可有良性的互動，只要雙方明瞭彼此間在角色上的分工即可。

而現今「荒溪型」的社會輿論，絕大時間都不會關注法官枯燥無味的工作，只在機緣湊巧之際，才突然對司法提出漫天蓋地的控訴，但控訴內容常缺乏理論上的縱深，難以持久，所以輿論對法官的影響，長期來看也是有限的。

因此真正對法官工作有直接影響的外在環境，主要還是來自司法行政的監督，這個部分若從實證的角度觀察，讓人感到非常有趣，是國內最值得研究的部分。

本來監督者與受監督者應該是對立的，受監督者受到「審判獨立」的保障，監督者則應竭盡所能地想辦法，在審判獨立的底線下，避免因為「審判獨立」原則而形成「道德風險」，讓受國家雇用的法官努力工作，在這樣的角色對立基礎下，雙方必須認真探究「審判獨立」的邊界，承認「資訊不對稱」的現實，再引入賽局理論，去處理獨立與監督間的利益衝突，並且雙方都要對賽局的勝負負責。

但觀察今日台灣的司法行政，卻顯然不是如此，而另有一番面貌，問題之所以有趣，正在於此。

其間之道理固然不容細說，但有件事情卻是重要的，那就是我們是否要承認，法官在一定程度上也有「自利之心」？

政治經濟學對「民主決策與效率機制」的某些論點，值得司法行政部門去細細體會。

事實上法官的工作生涯就是如此，身上綁著法律的繩索，在給定的現實條件下，透過一個個的案例，不斷在世界與法律之間來回思考，這個過程的細緻呈現，即是這本書的核心。

作者Richard A. Posner，擔任美國聯邦法官，在法律經濟學的領域素享盛名，而其見識之廣度，又使本書論點超越了法律經濟學的層次，對法官所思所行有著全面性的觀察，所使用觀察的方法，則保持作者向來著作的一貫特徵，即是以實證的因果去解釋法官行為，其題材或方法對我們的司法環境而言，都是新穎的，值得參考，希望能誘發國內這方面的研究，讓司法改革能在實證基礎下形成真正的共識與方向，不再重蹈「漫漫長夜，反覆循環，人言言殊，東支西絀」的迷宮困境。

專文序 當法官不再用頭腦時，就是司法墮落的開始 陳瑞仁 新竹地檢署檢察官 當法官不再用頭腦時，就是司法墮落的開始。

在還沒看這本書之前，我就有此想法，看了這本書後，我更加確信我是對的。

二〇一〇年我國接續發生性侵孩童是否違反被害人意願，以及陳哲男司法黃牛案輕判與李文忠選舉誹謗重判是否妥當的爭議，人們當然相當好奇，法官到底在想些什麼？

作者理察·波斯納（Richard A. Posner）以美國聯邦上訴法院法官的觀點來寫這本書，對我國恰好比較貼切。

因為在美國，如果是一審法院，大部分的案件有罪無罪及勝訴敗訴是由陪審團來決定，一審法官在想什麼反而不如上訴審重要（美國二審法院無陪審團，所有案件均由法官判決）。

波斯納首先指出，惟法主義（legalism，或譯為「守法主義」，一般稱之為legal formalism，「法律

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

格式主義」)應是法官思索的開始。

法官有時會遵守此範圍,不跨越法條的界限,但有時為了解決問題,會跳脫文字,進入「創造法律」的空間(採「實用主義」[pragmatism]的法官就常如此做)。

問題是,一旦脫離了條文,就無規則可循,這種裁量空間到底是受何種力量所控制?

法官是否會趁此做政治判斷?

其他如個人特質、出身背景、種族、性別是否亦屬於「非法律因素」?

從作者第一章的簡介,我們可以知道法律學者在解釋法官行為時,除前述兩種主義外,另有七種重要理論。

第一個是態度理論(attitudinal theory),用中文來講,其實就是「黨性理論」,也就是共和黨提名的法官較傾向保守主義(例如反對社會福利立法),民主黨提名者則傾向自由主義(例如贊成社會福利立法)。

第二個是策略理論(strategic theory),此理論將「黨性」的影響力做一些修正,即法官在審理「

社會?目案件」時,會順著當時之民意風向球而下決定,而對「非?

目案件」,則仍以黨性為依歸。

第三個是社會理論(sociological theory),此理論是從合議庭(通常為三位法官)的「評議」下手,認為觀察法官應以「小團體」做著眼點,也就是合議庭的全體庭員(而非個別法官)的特性,且必須注意到持反對意見的法官對判決之影響力。

第四個是心理理論(psychological theory),此理論基本上認為法官僅憑非理性的衝動與認知錯覺而行事,與下述之經濟理論是相對的。

第五個是經濟理論(economic theory),此理論認法官是理性的,但會在「生活品質」與「案件處理」上做「合不合經濟效益」的私利考量,所以有時候會逼迫當事人棄權或和解,以便早日結案。

第六個是組織理論(organizational theory),此理論認為應從法官個人與法官所屬組織(含該組織的首長)間之互動來做觀察,亦即,組織(本人)會想盡辦法將其與法官(本人之代理人)間之意見歧異壓到最低,但法官卻會在司法獨立的大纛下抗拒配合。

此理論甚至認為「判例的拘束力」其實就是「組織」想控制「法官」所設計出的司法制度。

第七個是現象理論(phenomenological theory),此理論強調每位法官的內化過程,即雖然法官往往對外宣稱是遵守惟法主義,但其實他們是將真正想法(通常是實用主義)潛隱不語。

(實用主義是以行動與經驗來替代抽象原則的邏輯推衍,從現實面去解決問題,較缺少「神性」與「專業性」,當然較不受人民尊敬。

反之,惟法主義則對外宣稱嚴守法律原則與邏輯,較能展現依法判決的表象,當然亦較能贏得外界的尊重,所以除了一些赫赫有名的法官外,少有法官願意承認自己是實用主義者。

) 作者認為以上九種理論各有所偏,而以本書提出其個人見解,精簡言之:法官是政治性的,而且其判決常會受種族、性別、個性、經驗等個人因素之影響(第一章與第十章)。

當然,大部分的案件確實是單純適用法律,在處理這些案件時,法官們都是「惟法主義」,但有些案件,法官會成為「偶然的立法者」(第三章與第四章),這時,如何使他成為一個「好法官」呢?

一般企業主對勞工所使用的胡蘿蔔與棒子之控制方式,是不足以對付法官的(第二章)。

法官的外控幾乎等於零(第五章),其中法律學者對判決的批判,已愈來愈不受法官們重視(第八章),若欲改善外控,惟有「改採任期制並大幅提高待遇」(第六章)。

故讓判決不是隨機無常的是內控,此內控最重要者是「自我肯定與法界的肯定」以及「判決的內部(法官群體)滿意度」,而通常能獲得此種肯定的大多是自稱「惟法主義」的法官,但他們其實都有「先入為主」的現象,骨子裡都是「實用主義者」(第七章),實用主義在判決過程中是無法避免的,且惟有採實用主義法官的判決,才比較有可能獲得一致性(第九章)。

法官見解的一致性在最高法院更是舉步維艱,不論是推行所謂的全面性憲法理論或引進外國判例與學說,都是枉然(第十章至第十二章)。

作者的結論是:應放棄用「惟法主義」來做美國司法改革的想法,採實用主義才是正途。

頂多對實用主義做一些改善及配套措施,包括吸引更多優秀的人才來擔任法官、由學術界發展出能正確

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

評鑑法官表現的模式，並在法學院教導學生們如何務實有效地提供資訊給法官，以幫助他做決定。

當然，並非每一個人都會同意波斯納的看法，不過這本書所討論的議題與理論，在我國其實有有趣的對比。

例如「二一〇〇全民開講」與「三立大話新聞」裡面的名嘴們，大概都是「態度理論」與「組織理論」的信徒：將法官分為「藍色」與「綠色」，或將一頓北海漁村的餐聚解讀為「司法暗樁的閱兵大典」。

陳長文律師直斥我國法官為「恐龍法官」，似乎是採「心理理論」。

部分平面媒體社論高度贊揚公開評議內容（依內規本應保密）的高院法官，好像又是從「社會理論」來觀察合議庭。

這些褒貶當然都是想讓我國司法更進步，但似乎都是有點「下重鹹」，故意偏執一方說重話（雖然這是進行社會改革的必要手段）。

那我國法官到底是如何思考呢？

「好法官」如何思考，我還不夠格說清楚，但「壞法官」如何思考，我倒是可以說一些。

我個人覺得我國當前的法官，與國外的法官一樣，在接到一般案件（非具高度政治敏感性案件）時，大都是傾向「如何能迅速結案」，也就是在「思考如何能減少思考」。

這種心理因素下，被告自白（在民事案件是雙方當事人和解或撤回起訴），成了法官的最愛。

但當被告否認犯行（或原被告針鋒相對不願讓步），而有利不利證據又互相衝突時，法官的態度就是關鍵所在。

「壞法官」對「發現事實」缺乏熱情，會藉由指揮訴訟縮小調查範圍，將事實簡化到能夠套進去其預設的結論。

高明的刑庭「壞法官」，有時更會濫用證據排除法則，將「不利於被告」的人證或物證排除掉（例如以違法搜索為由排除掉扣案凶刀的證據能力，或以違法取供為由排除某段證詞的證據能力），如此一來，證據衝突消失，無罪判決就好寫多了。

另一策略是「分割與征服」（divide and conquer），將所有證據割裂為數十項，每一項都不足以證明被告犯罪（但其實綜合判斷時仍能證明被告犯罪），無罪判決也是很好寫。

請注意，「壞法官」這麼做絕大部分不是因為拿了當事人紅包，而只是純粹偷懶。

我國刑事訴訟制度在民國九十一年採行所謂「改良式當事人主義」之後，某些法官好像以為法官真的只是「純粹聽訟」，每個問題都是「請雙方當事人（檢辯）表示意見」，然後在兩者間做一選擇，而忘了法官仍須自己思考是否有第三個較好的答案。

各位讀者可以想像一下，本來應是問答題的題目，若將之簡化為選擇題、甚至是非題，豈不容易交卷？

接下來是「具有高度政治敏感度」的案件（是否屬此類案件有時不是法官自己判斷，而是外界貼上標籤使之成為政治敏感案件，這是司法悲哀之一）。

很可惜，至今我看到的「好法官」碰到這類案件時，大部分都成了「壞法官」。

但他們並不是耍了前面那些「偷吃步」的手段，而是犯了「看著媒體辦案」的錯誤，這種錯誤與「看著媒體治國」一樣，令人搖頭嘆息。

二十世紀中葉以來，我國司法（包含檢察官）一直在對抗政治勢力的不當介入，這幾年政治干預已近乎絕跡，但「媚世」卻成了當前司法獨立最大的危機，當一位法官抵抗不了媒體的掌聲與噓聲時，就無司法獨立可言。

法官的思索若是跟著報紙的社論，我們何需法院？

我國法官並非民選，都是職業法官，基本上屬大陸法系，法官並不創法，但有些案件法官仍有相當大的裁量空間與解釋空間（例如「特別費」到底是不是「實質補貼」；性侵被害人在「有說不」與「沒有說不」間是否有另一種「不曉得要說不」的空間）。

這時美國的實用主義可否運用在我國，即值得我們深思。

在無政治敏感度的案件（例如性侵案件），我們應該可以大膽鼓勵我國的法官採實用主義，讓司法靈活一些，成為社會創造力的來源之一。

但在高度政治敏感案件，我本人就沒這麼篤定，在我國藍綠對立異常嚴重的國情下，實用主義很有可

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

能會將司法捲進政治黑洞。

固守「惟法主義」雖然會被譏為「法匠」（波斯納稱之為legalist，好像比較好聽），但司法之所以會成為社會安定的基石，就是因為它保守，有些工作留給立法院可能比較適宜。

不過，如果連立法院也是紋風不動時（或依然是「黨性堅強」時），司法應否跳進火坑呢？

這個問題可能就让讀者們細細品味波斯納的著作後再自己給答案吧！

專文推薦 法官，你的名字是聖人、勞工或恐龍？

葉俊榮 台大法律學院教授 法官常做出大快人心的判決，讓人有正義總算實現的寬慰。

但報章雜誌上也常報導「不食人間煙火」的法官，他們所作出的判決與社會一般的期待有嚴重落差。

一般民眾或許常有這樣的疑問：法官面對一個案件，到底是如何思考的？

他們跟「我們」一般人，想法與思路有沒有不一樣？

最近因為女童性侵輕判爭議，引發了「白玫瑰」集體向「恐龍法官」嗆聲，更加深了民眾與法官的鴻溝。

理查·波斯納（Richard A. Posner）以其深厚的法理基礎與審判經驗所寫的《法官如何思考》（How Judges Think）一書，對法官審判的內在論證與外在環境，作深入淺出的分析，應該有助於一般民眾理解法官審判的內心世界，也提供了法院與社會對話的基礎。

恐龍法官\*\* 二〇一〇年九月，高雄地方法院法官審理一位六歲女童被抱在被告大腿上性侵的案件，由於沒有女童反抗的證據，法官因此輕判被告三年兩個月的刑責，引起社會的驚愕和憤怒。輿論中開始出現權大但反應遲鈍的「恐龍法官」稱謂，野火在媒體迅速燃燒，引發民眾對法官的質疑聲浪。

八天中有十五萬人連署要求開除法官，讓恐龍法官下台，社會團體和民間更號召民眾走上街頭，用白玫瑰為象徵，呼籲各界抵制恐龍法官。

民眾指摘法官脫離社會現實，對受害者毫無同情心。

民眾不懂的是，法官怎會做出這麼不近人情判決，究竟法官在想什麼？

面對批評，高雄地方法院庭長強調承審法官絕非輕判，參考最高法院兩件性侵幼童判決，都採相同見解。

法官也很遺憾地表示相關立法並不周全，必須修改刑法才能解決，於是司法院向「應負責任的」法務部提議修法，規定若受害者為七歲以下，則不管加害人有無徵得幼童同意，都適用七年以上的「加重強制性交罪」。

最後，最高法院刑庭會議決議，作出審理性侵七歲以下兒童的案件，適用七年以上重刑規定的統一見解。

然而，問題真的是出在法律嗎？

修法或者最高法院刑庭會議決議，各級法官就會一律適用相同的標準作判決嗎？

這樣的判決又是否是社會所期待的？

為什麼判決總是不一致\*\* 如果透過法律作出更明確的規定，我們似乎應該期待在相同的法律及判例下，法官應該會做出一致，或至少是類似的判決，但事實並非總是如此。

一九九七年宋七力以合成照片假造神蹟詐騙的案件，在地方法院一審判決依常業詐欺罪判刑七年，但二〇〇三年的二審卻判決無罪。

前總統府副秘書長陳哲男被控司法黃牛等案，在一審和二審分別判處十二年 and 九年。

最高法院發回高院審理後，二〇〇九年高院更一審演出大逆轉，改依詐欺取財罪將陳哲男的刑期從九年大幅縮減成七個月。

大家不懂，如果法官都是依法審判，同一個案件的判決何以在一審有罪、二審無罪，何以同一案件的刑期有如此大的差異？

大家也很難認同，基於類似的事實，某些法院判決重刑，而某些法院卻輕判，甚至認定無罪。

陳哲男輕判案做成後，報導說合議庭的法官因為不滿審判長的作風而請辭或請調，引起外界諸多揣想。

法官的意見如何受到合議庭其他法官的影響？

審判長在其中的作用又是如何？

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

雪上加霜的是，許多司法弊案被一一揭露，法官收受賄賂而被調查起訴的新聞屢屢成為報紙頭條。法官受到政治的不當干預、收受賄賂、法官隨便亂判等說法甚囂塵上，衝擊長久以來逐漸累積的司法威信。

司法院院長為此下台，大家又開始討論法學教育有多失敗，總統則說要設立廉政署遏止司法歪風。

面對這些批評和質疑，法官除了扛著司法獨立的大旗，不理會外界批評之外，經常有兩種回應。一種是將責任推給法律，雙手一攤，無辜地表示這是法律規定，我們只是依法審判，法律不改我們也莫可奈何。

這樣的說法無法說服大眾。

在大眾的眼中，有太多的證據顯示，即是同樣的事實和法律，法院的判決經常不一致。

司法界的另一種回應，則是以專業自居，強調法院審判有一定的邏輯與專業，法院有先例、有專業的法律解釋和適用法學方法，不是外人可以置喙的。

這樣的說法如同在法院外築起層層高牆，讓一般人無法接近、認識法院。

法官也因此像是與社會隔離的一群「怪人」，以自己堅持卻為外界所不解的邏輯運作，時常被認為「沒有人性」、「與社會脫節」，成為大家眼中的恐龍法官。

傳統法學界堅持守法主義，強調法官嚴格依法審判，卻無視於現實運作以及形式運用法條的不切實際。

批判者質疑法官根本沒有原則，只是憑自己意識型態、偏好和政治利益任意判案，罔顧當事人利益，根本不信任司法。

在昧於現實與極端不信任之間，「法官到底怎樣思考？」

這個問題不只引起大眾困惑，也直接關係到司法的運作與存在的正當性。

然而這個問題，法律人和一般人一樣無從回答。

法律系只有教學生認識法律以及解釋法律，教授學者多專注於理論與制度的介紹，對於法官如何思考的問題既不了解也不關心；真正從事審判工作的法官，即使知道自己怎樣想，也因為時間能力限制或者礙於同事情誼，無法對法官的思考提出較為客觀的論述。

沒有人可以清楚地告訴我們，法官究竟如何做出判決。

然而，沸沸揚揚的司法改革，如果沒有根本弄清楚法官怎樣做決定，而將焦點注意在法律裁量空間限縮、法官人格檢驗、道德教育和廉政署的設立，結果可能是緣木求魚、事倍功半，甚至只是增加困擾而已。

法律實用主義\*\* 理察·波斯納，美國第七上訴巡迴法院的法官兼芝加哥大學法學院的教授，以其深厚的學理和豐富的實務經驗，嘗試在《法官如何思考》這本書回答這樣困難的問題。

波斯納認為，研究法官行為的既有理論都不完整，真正可以形容法官思考審判過程的，是法律實用主義。

他認為，法官其實並沒有恪守法主義，不僅因為審判過程交互影響的因素多元複雜，也因為嚴守法律邏輯的作法在許多案件中根本不可能。

他認為所有法官都是政治的，但這並不是意味法官恣意判案，或者是完全不受到法律的拘束。

波斯納形容法官是「受限制的實用主義者」，他們會將判決的後果納入考量，也會受到各種非法律因素的影響，但有各種內在與外在的限制。

法官偶爾確實如守法主義所形容的樣子在判案，但是那並不是司法的必然，而是因為整體考量後的結果。

波斯納首先回顧對司法行為研究的九種理論，包括態度理論、策略理論、社會學、經濟學等，並且摒除了其中七種。

只留下實用主義以及守法主義，作為本書核心的爭論。

波斯納很務實地將法官視為在勞動市場中的勞工，在供給與需求之間付出勞力，以此建構司法行為的基本模型。

他認為法官不是守法主義者，在審判過程中，個人政治偏好、學經歷、偏見及黨派傾向、任命者、政治局勢等各種因素，都會影響法官思考，卻沒有一個因素真正完全決定法官的思考路徑。

法官不是政治不沾鍋，也非穿著法袍的政客。

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

作一個好法官\*\* 波斯納認為法官的思考，不斷受到內在與外在限制。

「作一個好法官」的自我期許以及同儕壓力，往往構成司法行為的內在限制，得以避免過度個人偏執。法官的外在限制，則包括升遷、名譽、政治攻擊等等。

出人意料的，波斯納認為這些外在限制效果有限，只有「司法獨立」是有效的。

維持司法獨立的吸引力使得法官得以遠離可能以個人利益而犧牲司法獨立的各種誘惑。

最後波斯納將焦點集中在美國最高法院，將政治、憲政主義以及全球化都納入分析討論範圍。

最高法院必須處理社會高度爭議的議題，並且適用模糊的憲法規定，這使得法官們必須考量判決的政治後果，而不僅僅是引用法條或作規範邏輯推演。

波斯納試圖以最高法院的例子，說服我們法官不是像一般人所想像的，總是依據法律，嚴格推敲法律文字來做決定，也不是擲骰子或任由直覺恣意判斷。

在守法與恣意之間，法官是在內外的限制下務實思考而做出判決。

波斯納指出：「法官並非道德或智識的巨人、先知、祭司、代言人或計算器。

他們是富有人性的勞工。

」他強調，這並不是要求法官政治化，因為即使不是實用主義者，法官也可以是政治的。

在堅持守法主義捍衛司法卻無視於現實，以及強調法官恣意判案而無法信任的兩種極端之間，波斯納嘗試走出中間的路。

他一方面誠實地描述司法的現實以及侷限，坦言法官都是政治的，以實用主義駁斥守法主義的迷思與不切實際。

另一方面他的「實用主義」，也回應法官「應該」怎樣做決定，以及其正當性的問題。

法官不應該硬是套用法律而罔顧判決的政治後果，也不應該成為完全的政客。

誠實面對\*\* 影響法官思考的因素太多太複雜了，波斯納的研究也無法面對所有這些因素。

他以美國法院以及最高法院為基礎發展出來的理論，是否可以描述其他國家法院的審判實際，也留下許多進一步檢驗與反思的空間。

以台灣的情境來說吧！

台灣的法官是用考試制度選取的，許多法官從很年輕就開始擔任法官，司法官訓練所也理所當然地對這些剛從學校畢業、平均年齡二十七歲的「準法官」們施以「訓練」。

這與美國聯邦法院法官大都在社會上多所歷練的形象是大相逕庭的。

然而，作者以對美國法院的觀察，誠實面對法官的侷限與守法主義的不切實際，卻足以提供我們更清楚而實際的視野，去看到法官的人性，以及影響法官決定的各種動機與內外限制。

如此，我們也才有可能在社會不信任與司法不令人信服的守法主義論述中，穿透敷衍而膚淺的司法改革口號，看到進步與革新的曙光。

波斯納說：「最荒謬的虛假曙光，是相信只要司法能承諾奉行守法主義——認為法官的角色就是應用成文法與憲法定下的規則，還有應用分析性方法，讓法官只注意正統法律素材，不與政策打交道——就能撥亂反正。

」我們不一定要同意波斯納在本書中的每一個論點，但不應該盲目於他的誠實態度，尤其是面對司法改革課題的熱情與智識所散發出的光彩。

## <<法官如何思考>>

### 内容概要

法官非得是終身職嗎？

高薪資能夠讓法官更清廉嗎？

法官的判決是為了實現社會正義，但我們要的是媚俗的法官？

或者恐龍法官？

又如何評鑑並淘汰不適任的法官呢？

美國著名法學家波斯納法官，深入分析法官在審理訴訟時的思考。

波斯納認為，當傳統的法律材料足以讓法官發現事實並引用既有法條時，他們會直接那麼作，那是法律推理的部分。

但是在沒有判例可循的案件裡，傳統的方法不夠用了，法官就得靠自己，以經驗、情緒、潛意識的道德觀在茫茫大海裡領航。

在這個情況下，他們已經是立法者的角色了，儘管有內在和外在的限制，例如執業倫理、相關同事的意見、上級法院的審查，以及行政部門的干預。

在扮演立法者的角色時，不免會有政治傾向，就此而言，大部分的美國法官都是實用主義者，總是向前看且以政策為考量，顧及判決結果的短期和長期的影響。

作者要闡述的不是法官如何思考，而是法官應該如何思考。

對於正在推動法官法修訂以及法官審理品質的提升的台灣，《法官如何思考》的出版應該有助於司法界省思。

## <<法官如何思考>>

### 作者簡介

理查德·波斯納，1939年出生於紐約市，以優異成績畢業於耶魯大學英文系以及哈佛大學法學院，是美國當代最卓越的法學家。

他在學期間曾擔任《哈佛法學評論》（Harvard Law Review）的主編，之後陸續任職聯邦最高法院大法官助理，以及司法部檢察總長的助理，二十九歲時就成為史丹福大學法學院副教授，1993-2000擔任美國聯邦第七巡迴上訴法院院長，至今已榮獲耶魯等多所大學的榮譽博士，目前是芝加哥大學法學院資深教授。

波斯納法官學識淵博、才氣縱橫，被喻為法學界的莫札特。

他不僅是「法律與文學」運動的先驅，同時也帶領芝加哥大學的法律經濟分析學派，成立《法學研究期刊》（Journal of Legal Studies），鼓勵法律的經濟分析，因而帶動美國法學界過去二十年來最重要的一場革命。

此外，波斯納法官著述甚豐，深受推崇，著作超過四十本、上百篇論文、超過一千五百篇的司法意見書（親筆撰寫，不假助理之手），涵蓋多項領域，跨及法理學、刑法的經濟分析、智慧財產權、勞工法、法律與文學以及性別研究等等。

作品被翻譯成中文版包括：《法律與文學》（Law and Literature）、《老年、社會、法律經濟學》（Aging and Old Age）、《性與理性》（Sex and reason）、《道德和法律理論的疑問》（The Problematics of Moral and Legal Theory）、《超越法律論》（Overcoming Law）、《法理學問題》（The problems of Jurisprudence）、《正義/司法的經濟學》（The Economics of Justice）。

波斯納法官對美國法學理論界及實務界的貢獻既深且廣，堪稱美國當代最具影響力的法學巨擘。

## &lt;&lt;法官如何思考&gt;&gt;

## 章节摘录

法官如何思考？

外人之所以難以了解法官行為，有部分是因為法官評議必須祕密為之，雖然更正確的說法，是他們幾乎不評議（這兒我指的是合議審判），而這件事才是真正的祕密。

法官評議被捧上了天。

傳統上，英國法官不做任何評議，因為那樣違反了「言詞」（orality）原則，意即法官所做的每一件事都必須是公開的，如此一來，他們的行為才能被監督；而那些法官逐一表述的意見不僅難倒了美國法學院的學生，或許連英國的學生也感到困擾。

如今幾乎所有案件在判決作成前都會進行簡要的討論，使法官個別的意見匯聚成一個的多數意見。

假如法官的行為可以輕易地被左右，那麼審判程序的保密對於理解和評價法律體系就沒有多大影響。

如果只是擠壓或嗅聞一顆甜瓜就可以判別它熟了沒有，你就不必擔心賣瓜的人心裡頭在想些什麼。

然而，法官行為的結果經常比其他專業服務的結果更難判定或論斷，好比說醫學領域。

判決是法院體系的產品，而許多判決不論從結果或其他尺度來看，都無法被標定為「好」或「壞」，因此人們很自然地會問：我們是否能夠信賴這種制度的設計，並相信負責運作這套系統的法官才德兼備？

法官評議不公開正是專業神祕化的一個例子。

諸如法律和醫學等專業，提供眾人必要的服務，但這些服務卻是外人難以理解和評斷的。

專業人士喜歡這種情況，因為這有助於維持他們的特權地位。

但是他們也清楚，他們必須克服門外漢的不信任感，於是他們發展出一種神祕性，藉以誇大這種專業的技能，並且極力塑造他們公正無私的形象。

數千年來，法官一直這麼做，因此他們變得相當擅長此道，從而形成一種不透明性，甚至連包括法學教授和執業律師在內的法界同行也摸不清他們的底細。

法官說服許多人——包括他們自己——相信，他們運用深奧的工具與技術，無私地建立起一套原則體系，不受任意、政治或無知所損害。

然而，大眾對於我們的司法體系頗有微詞，一如不滿我們的醫療體系。

跟醫療一樣，司法被認為太昂貴（美國司法體系的人均成本肯定遠高於其他經常被拿來比較的國家）、過分干涉私人與商業生活、容易出錯、太含糊籠統，還有太過龐大（這個國家有上百萬名律師）。基於這些理由，有人主張，對訴訟當事人而言，除了訴訟花費外，前述那些都是巨額間接成本的來源。

這些指控或許是真的，雖然評價它們的真實性不在本書的規畫中，而特別令人氣餒的是，評斷我們司法體系的好處遠比推估它的開銷困難得多。

法律權利即便從未被施行，可能還是有價值的選項，只是該如何評價那樣的選項呢？

而法律義務能嚇阻有害行為的發生，但是「多有效」卻很難確定。

假設這些批評有其價值，則問題在於：該怪誰好？

如果法官的所有作為都是遵循立法者或制憲者訂立的規則行事（或者遵循現任或昔日法官所做的判例，而這些判例若經證明不適用於當前情勢，則可以及時改變），那麼造成這個困境（假如它是個困境）的責任必須歸咎於立法者或制憲者，或者更廣義地說，必須歸咎於政治過程（political process）。

然而，假設立法機關訂立的大部分規則是合宜的，問題出在不受拘束的法官身上——那些杜撰自己的規則，或者全然漠視規則的法官，只顧著按照每個案件的「公平合理」實現目光短淺的正義，因而創造出巨大的法律不確定性。

此一政策意涵及其改革之道，將取決於哪一種解釋是正確的（兩種都可能是正確的）。

況且，假使根本的問題在於美國政府結構及美國政治文化迫使法官不得只是依法行事呢？

司法制度評論家眼中的不受拘束，可能其實是某個關鍵司法角色的善意表現，因此倘若法官拒絕扮演這樣的角色，而是如同某些法律思想家要求的（更簡短的說法是「守法主義者」），堅持將自己限縮於被動行使在別處擬定的規則，那麼這個司法體系有可能變得更糟。

<<法官如何思考>>

&hellip;&hellip;

## <<法官如何思考>>

### 媒体关注与评论

台北高等行政法院法官帥嘉寶 台大經濟系教授熊秉元 台大法律系教授葉俊榮 知名檢察官陳瑞仁 專文推薦 對法官所思所行有著全面性的觀察，所使用觀察的方法，則保持作者向來著作的一貫特徵，即是以實證的因果去解釋法官行為，其題材或方法對我們的司法環境而言，都是新穎的，值得參考，希望能誘發國內這方面的研究，讓司法改革能在實證基礎下形成真正的共識與方向，不再重蹈「漫漫長夜，反覆循環，人言言殊，東支西絀」的迷宮困境。

——台北高等行政法院法官 帥嘉寶

<<法官如何思考>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>