

身后名和责任

伊恩·艾尔斯著；许新冉译*

摘要：这篇文章讨论了法律推进或限制个体和机构负责的方式。它从露丝·巴德·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）法官在更利于保障宪法堕胎权的时刻没有及时退休的失败中得出两点启示。首先，本文提出了包括信息托管在内的诸多方法，有助于更好地劝阻个体可能实施的贬损或抵消他们早年名誉的行动。其次，本文为“定期总统任命”改革提供了新的经验证据，以使美国最高法院更符合民主问责的要求。

关键词：退休制 法律决策 信息托管 民主问责制

* 伊恩·艾尔斯，奥斯卡·M·鲁布豪森教授，耶鲁大学法学院；许新冉，中国社会科学院大学。感谢 Eni Iljazi 和 Jacqueline Huang 提供的出色帮助，以及 Sai Prakash 和 Richard Re 的有益评论。

目录

| | |
|---------------------|-----|
| 引言 | 152 |
| 一、被玷污的身后名 | 154 |
| 二、法律能帮助改善决策吗? | 158 |
| 三、个人与民主的责任 | 163 |
| 总结 | 166 |

引言

我有些希望首席大法官约翰·罗伯茨 (John Roberts) 能以多数票否决罗伊诉韦德案 (*Roe v. Wade*)。^[1]虽然我支持宪法的选择权, 但如果该权利受限, 则 6: 3 的票数将有助于保护露丝·贝德·金斯伯格 (Ruth Bader Ginsburg) 的遗产。罗伯茨大法官愿意维护罗伊案的大部分内容, 这清楚表明, 金斯伯格法官在支持堕胎权总统任内不退休的选择, 导致最高法院取消了这项基本的宪法权利。

金斯伯格法官在过去有很多机会可以明智地卸任, 但最关键的时机是她在 2013 年 7 月与奥巴马总统在白宫共进午餐时。^[2]当时, 法官已经八十岁了, 在最高法院任职了二十年。在午餐会上, 《纽约时报》报道说, 奥巴马“没有直接提出退休的问题”, 但他确实提到了“迫在眉睫的 2014 中期选举以及民主党人可能失去对参议院的控制”。^[3]

这次午餐时, 金斯伯格法官已经躲过了两次癌症的威胁: 六十六岁时的结肠癌和四年前七十六岁时的胰腺癌。^[4]她知道 (或者应当知道), 她已时日无多, 不足以支撑到另一位支持堕胎权的总统上任。她还知道, 如果她的继任由共和党任命, 那么罗伊案将面临风险。她在奥巴马任期内不退休的决定是鲁莽的。

笔者写下这些话时并不好受, 因为我依旧崇拜金斯伯格法官。她应该为克服律师成长路上的障碍而获得荣誉; 更应该为成为诉讼律师后再度成为法官及最高院法官的成就而获得荣誉。1973 年, 她在弗朗蒂罗诉理查森案 (*Frontiero v. Richardson*) 中向最高法院提出了六个口头辩论中的第一个辩论。^[5]此案体现了金斯伯格攻击对男性不利规定的策略, 以促使男性主导的司法机构看到基于性别分类的平等保护违规行为。^[6]我建议读者停下来听听 40 岁的

[1] 参见 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 该判决被 *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 142 S. Ct. 2228 (2022) 推翻。在 *Dobbs* 案判决之前, 我起草并提交了这篇论文, 并写道: “我有些希望首席大法官约翰·罗伯茨能够投票支持多数意见, 推翻 *Roe v. Wade* 案。”

[2] Susan Dominus & Charlie Savage, *The Quiet 2013 Lunch That Could Have Altered Supreme Court History*, N.Y. TIMES (Sept. 25, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/09/25/us/politics/rbg-retirement-obama.html> [<https://perma.cc/G746-9ERJ>].

[3] 同上注。

[4] Steven Petrow, *Cancer Survivor: Don't Forget That Accolade When it Comes to Ruth Bader Ginsburg's Remarkable Life*, STAT (Sept. 22, 2020), <https://www.statnews.com/2020/09/22/ruthbader-ginsburg-remarkable-life-cancer-survivor> [<https://perma.cc/V3ZX-7JQ2>].

[5] Ruth Bader Ginsburg: A Reading List: Arguments before the Supreme Court, LIBR. AT WASH. & LEE UNIV. SCH. OF L. (Dec. 7, 2020, 4:01 PM), <https://libguides.wlu.edu/law/RBG/arguments> [<https://perma.cc/7AKJ-A8PR>].

[6] 参见上注。

金斯伯格的有力话语（位于口头辩论的第 17 分钟）。^[7]

进入最高院后，金斯伯格法官撰写了一些影响深远且令人难忘的意见。在美国诉弗吉尼亚州案（*United States v. Virginia*）中，她的多数意见推翻了弗吉尼亚军事学院只录取男性的政策，重申并强调了美国对平等进行法律保护的承诺。^[8]法庭上的前二十年里，她发布了一系列重要的指导意见，涉及内幕交易、环境诉讼资格、残疾歧视、量刑指南等多个方面。^[9]她还通过她的异议影响了法律。在 2007 年，她打破常规，在法庭上就莱德贝特诉固特异轮胎橡胶公司案（*Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*）宣读了她的反对意见。^[10]在该案中，多数决推翻了原告因工资歧视而获得的 36 万美元赔偿，原因是原告在被告作出有关她工资的最初决定后超过了 180 天提出诉讼。^[11]金斯伯格法官的异议批评了大多数人低估了工资的秘密性质：“我们认为，法院不理解或漠视妇女可能成为薪酬歧视受害者的潜在方式。”^[12]她的异议明确要求立法推翻该决定，她写道：“球现在在国会的手里……他们有责任纠正最高法院对第七条的吝啬解读。”^[13]两年后，国会回应她的提议，通过了《莉莉·莱德贝特公平薪酬法案》（*The Lilly Ledbetter Fair Pay Act*）。^[14]

既然已有了这么多成就，为什么我认为应当批评这个为我们国家做出如此巨大贡献的“女权主义偶像”呢？一个为妇女宪法权利做出大量工作的人却成了妇女失去基本宪法权利这个原因本身并非写作的充分理由。相反，我这样做有两个独立的原因。首先，金斯伯格的例子是一个警示故事，可能会帮助其他人避免在晚年因考虑不周的行为而玷污自己的遗产。法律可以推进或限制我们做出爱惜羽毛的选择。这篇文章会提供一些方法——包括信息托管——法律可以更好地劝阻个人采取可能玷污和抵消他们早年成果的行动。其次，金斯伯格法官的继任历史强调了最高法院更加民主负责的必要性，并进一步强调了“定期总统任命”改

^[7] Oral Argument at 17:00, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) (No. 71-1694), <https://www.oyez.org/cases/1972/71-1694> [<https://perma.cc/S6GL-2TB7>]. 尽管女法官在口头辩论中更可能被打断，男法官往往较少。但当天，辩护方金斯伯格受到了另一种形式的不平等对待：她是唯一没被法官提问的律师。Tonja Jacobi 和 Dylan Schweers, *Justice, Interrupted: The Effect of Gender, Ideology, and Seniority at Supreme Court Oral Arguments*, 103 VA. L. REV. 1379, 1381–82 (2017).

^[8] *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 556–58 (1996).

^[9] 例如，参见 *United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642, 647 (1997)（内幕交易）；*Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Env't Servs. (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 173–74 (2000)（环境立场）；*Olmstead v. L.C. ex rel. Zimring*, 527 U.S. 581, 587 (1999)（残疾歧视）；*Kimbrough v. United States*, 552 U.S. 85, 91 (2007)（判决指南）。

^[10] 参见 Robert Barnes, *Over Ginsburg's Dissent, Court Limits Bias Suits*, *WASH. POST* (May 30, 2007), <https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/05/29/AR2007052900740.html> [<https://perma.cc/8AHA-54PC>].

^[11] *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618, 643 (2007).

^[12] Barnes, 转引自脚注 10。

^[13] 参见 *Ledbetter*, 550 U.S. at 661 (Ginsburg, J., dissenting).

^[14] *Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5 (2009)；同时参见 *Equal Pay Act of 1963 and Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*, EEOC (Apr. 29, 2014), <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/equal-pay-act-1963-and-lilly-ledbetter-fair-pay-act-2009> [<https://perma.cc/8ZC L-4K2U>].

革的重要性。

一、被玷污的身后名

金斯伯格法官拒绝及时退休，这使得我想起了另一位英雄人物拉尔夫·纳德（Ralph Nader）。^[15]纳德对消费者保护的不懈倡导本身可能挽救了数千人的生命。他在 1965 年发表的《不安全的速度》（*Unsafe at Any Speed*）一书中，努力将危险的汽车设计置于公众视野；他招募法律学生（“纳德的突击队/Nader's Raiders”）；他创立了监督政府监管的监察组织“公民公正”（Public Citizen），使他像金斯伯格一样成为我心中 20 世纪公共服务领域的伟人。

[16]

然而，他在 2000 年选择竞选总统可能是美国在 2003 年入侵并占领伊拉克的原因。^[17]我的因果推理分为两步：首先，如果纳德没有在 2000 年参与竞选，戈尔（Gore）将赢得佛罗里达州并成为总统。^[18]其次，阿尔·戈尔不会因为虚假的大规模杀伤性武器而先入为主地入侵伊拉克。纳德在总统候选人的辩护时说，阿尔·戈尔和乔治·W·布什（George W. Bush）之间没有本质区别，^[19]但戈尔没有这个想法，即通过入侵伊拉克将萨达姆·侯赛因（Saddam Hussein）赶下台来完成第一任布什总统的未竟事业。我同意伯尼·桑德斯（Bernie Sanders）的观点，即伊拉克战争牺牲了近 5,000 名美军和 150,000 多名平民的生命，^[20]花费了超过 2

[15] 对于拉尔夫·纳德成就的讨论，可以参见 Ralph Nader, ACAD. OF ACHIEVEMENT (Feb. 9, 2022), <https://achievement.org/achiever/ralph-nader> [<https://perma.c.c/Y9QD-Y5S9>].

[16] 参见 Ralph Nader, ENCYC. BRITANNICA, <https://www.britannica.com/biography/RalphNader> [<https://perma.cc/6GYB-7XDP>]; see also RALPH NADER, UNSAFE AT ANY SPEED: THE DESIGNED-IN DANGERS OF THE AMERICAN AUTOMOBILE (1965); PUB. CITIZEN, <https://www.citizen.org/> [<https://perma.cc/72DW-AVL6>].

[17] 参见通用时间线：伊拉克战争, COUNCIL ON FOREIGN RELS., <https://www.cfr.org/timeline/iraq-war> [<https://perma.cc/2M2A-R6HK>]（讨论美国入侵伊拉克及随后的占领行为）。

[18] 参见 Michael C. Herron & Jeffrey B. Lewis, *Did Ralph Nader Spoil Al Gore's Presidential Bid? A Ballot-Level Study of Green and Reform Party Voters in the 2000 Presidential Election*, 2 Q.J. POL. SCI. 205, 206 (2007).

[19] 参见 Steven Greenhouse, *The 2000 Campaign: The Green Party; Nader, in Harlem, Attacks Gore and Bush With Gusto*, N.Y. TIMES (Nov. 7, 2000), <https://www.nytimes.com/2000/11/07/us/2000-campaign-green-party-nader-harlem-attacks-gore-bush-with-gusto.html> [<https://perma.cc/3NXP-XXAT>]（“重复他竞选活动的主题，纳德先生称戈尔先生和布什先生为“特威德尔迪和特威德尔杜姆”，并表示这两位候选人在许多问题上持有相同立场，并且都受到为他们的竞选活动提供资金的企业的影响。”）

[20] NETA C. CRAWFORD & CATHERINE LUTZ, WATSON INST. FOR INT'L & PUB. AFFS., HUMAN COST OF POST-9/11 WARS 1 (2019), <https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2019/Direct%20War%20Deaths%20COW%20Estimate%20November%202013%202019%20FINAL.pdf> [<https://perma.cc/7C4A-ZGZF>].

万亿美元，^[21]是“美国历史上最严重的外交政策失误之一”。^[22]

伊拉克战争（至少部分是由纳德的候选人资格造成的）和即将被推翻的罗伊案（至少部分是由金斯伯格在奥巴马任期内决定不退休造成的）都是糟糕选择造成的毁灭性后果。然而，从某种意义上说，罗伊案的损失更应被批判，因为它更容易预见。用侵权法的话说，这是“近因”。纳德本可以预见到因果链中的第一步，他的总统候选人资格将把选举推给布什，但9/11和向阿富汗和伊拉克派兵的动力远没有那么容易预测。相比之下，关于金斯伯格法官未能退休的因果链：她的继任会是保守派法官，后者将提供推翻罗伊案所需的第五票，已成为许多人的共识。^[23]鉴于这种可预见性，我甚至感觉似乎是金斯伯格本人投了第五票来推翻罗伊案。^[24]

对我们所有人来说，可殷鉴之处在于要确保我们在人生末期的选择不会破坏前期的成果，或者潜在地抵消甚至盖过我们早年的努力。金斯伯格和纳德的例子强调了在我们生命的尽头仔细考虑自身选择的重要性。在这个时期，我们往往有更多权力和资源造成损害。在达到职业生涯的顶峰之后，人们更容易自负，并且意识不到自己的能力何时会恶化。

我们需要特别警惕并抵制“我一个人可以解决它”的心态。^[25]虽然我们应该尊重金斯伯格法官一生中取得的巨大成就，同时，我们仍需要拉开距离，来对比分析她的贡献和其潜在

^[21] Daniel Trotta, *Iraq War Costs U.S. More Than \$2 Trillion: Study*, REUTERS (Mar. 14, 2013, 9:49 AM), <https://www.reuters.com/article/us-iraq-war-anniversary/iraq-war-costs-u-s-more-than-2-trillion-study-idUSBRE92D0PG20130314> [<https://perma.cc/9RUK-TNPB>]. 2021年发布的一项更新的研究，将伊拉克和叙利亚的情况结合在其估计中，计算出的费用为2.058万亿美元。NETA C. CRAWFORD, WATSON INST. FOR INT'L & PUB. AFFS., *THE U.S. BUDGETARY COSTS OF THE POST-9/11 WARS 3* (2021), https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2021/Costs%20of%20War_U.S.%20Budgetary%20Costs%20of%20Post9%2011%20Wars_9.1.21.pdf [<https://perma.cc/7S43-QS78>].

^[22] Adam Taylor, *Bernie Sanders Said Iraq Was 'The Worst Foreign Policy Blunder' in U.S. History. Really?*, WASH. POST (Oct. 14, 2015, 10:30 AM), <https://www.washingtonpost.com/news/world-views/wp/2015/10/14/bernie-sanders-said-iraq-was-the-worst-foreign-policy-blunder-in-u-s-history-really> [<https://perma.cc/KFD3-3VYY>] (internal quotation marks omitted). 当然，纳德决定参选并不是布什在选举团中薄弱胜利的唯一充分原因。他的候选人身份可能还产生了其他因果影响，包括布什有机会提名约翰·罗伯茨（John Robert）接替退休的首席大法官威廉·伦奎斯特（William Rehnquist），以及塞缪尔·阿利托（Samuel Alito）接替退休的奥康纳法官（Justice O'Connor）。但这些提名发生在布什总统的第二个任期，目前尚不清楚如果戈尔当选总统，伦奎斯特和奥康纳是否会退休。

^[23] 在这两种情况下，不良后果需要第三方的后续行动，这可能被视为减少金斯伯格和纳德的过错责任的因素。例如，如果参议院多数党领袖米奇·麦康奈尔（Mitch McConnell）对最高法院提名人梅里克·加兰德（Merrick Garland）给予了更公正的程序，金斯伯格决定继续留任法院的决定可能不会产生如此重大的影响。一般可参见 Robin Bradley Kar & Jason Mazzone, *The Garland Affair: What History and the Constitution Really Say About President Obama's Powers to Appoint a Replacement for Justice Scalia*, 91 N.Y.U. L. REV. ONLINE 53 (2016)（指出参议院共和党阻止加兰德提名的计划与历史传统不符）。

^[24] 从最坏的情况来看，金斯伯格最多只是导致美国几个州取消堕胎权的众多因素之一。人们（包括我自己）在事后往往有一种功能失调的倾向，只关注单一原因（“如果某个人做了那个事情就好了”），而忽视其他承担责任的人。对我们所有人来说，规范上的挑战是要记住金斯伯格和纳德所承担的责任，同时也要注意到在结果中有因果贡献的其他人的责任。

^[25] 一般可参见 Yoni Appelbaum, *I Alone Can Fix It*, ATLANTIC (July 21, 2016), <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/07/trump-rnc-speech-alone-fix-it/492557> [<https://perma.cc/6X2V-S33R>] (for quoted language).

继任者的价值（如果她在 2020 年退休）。^[26]在最后的岁月里，她的声音依然铿锵有力。在 2016 的全女性健康诊所诉海勒斯泰特案（*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*）中，金斯伯格法官辩称，一项“陷阱法案”（“对堕胎提供者的有针对性的监管”）因增加妇女选择的负担而违宪，并指出：“H.B. 2 法案真正保护妇女健康的想法是超出理性信仰的范畴，而这项法律肯定会‘使妇女更难获得堕胎服务。’”^[27]尽管她的观点令人难忘且颇具说服力，但这仅是附带意见。^[28]在那个决定性的白宫午餐后的几年里，我找不到关键的投票或意见来说明她对奥巴马提名的继任者可能采取的行为提供了实质价值。^[29]金斯伯格法官决定留任最终让“在绝望情况下的妇女”，正如她在 *Hellerstedt* 案中所说的那样，“可能会转向未经许可的非法从业者，因为没有更好的选择，这会给她们的健康和安全带来巨大风险。”这个反讽相当残酷。

[30]

关于掌权或过度留任的担忧不仅限于寡头的问题。我有一些同事，他们为了自己的利益而坚持不放弃自己的职位，这给他们的机构带来了损害。但并非是因为自私，而是他们过于自信地高估了自己当前的能力。更普遍的现象是，年长者拒绝交出他们的汽车钥匙。我曾和我 83 岁的父亲进行过痛苦的讨论，鼓励他放弃驾驶。即使他发生了多次小事故，他也不愿

[26] 金斯伯格选择更长的任职期，部分原因是为了行使作为任职时间最长的法官所授予的权力，即指定大多数意见的权力。直到金斯伯格法官八十五岁时，也就是她与奥巴马共进午餐五年后，她才首次指定了她的第一个最高法院意见。Mark Joseph Stern, *A Milestone for Ruth Bader Ginsburg*, SLATE (Apr. 18, 2018, 3:54 PM), <https://slate.com/news-and-politics/2018/04/ruth-bader-ginsburg-just-assigned-a-majority-opinion-for-the-first-time-ever.html> [<https://perma.cc/G3CB-UQ42>].

[27] *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S. Ct. 2292, 2321 (2016) (Ginsburg, J., concurring) (citing *Planned Parenthood of Wisc., Inc. v. Schimel*, 806 F.3d 908, 910 (2015)), abrogated by *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 142 S. Ct. 2228 (2022); Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health*, 126 YALE L.J.F. 149, 151 (2016).

[28] *Hellerstedt*, 136 S. Ct. at 2320–21 (Ginsburg, J., concurring).

[29] 金斯伯格晚年的其他贡献包括她在 2014 年 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* 案中的反对意见，批评“以营利为目的的公司有资格获得普遍适用法律的宗教豁免”，以及她在 9-0 决定中的多数意见，即 *Timbs v. Indiana* 案，认为宪法第八修正案禁止过度罚款适用于州和地方政府。在考虑金斯伯格晚年的贡献时，也应该考虑对她最后几年在法院发表的一些不当的权威性言论。尤为担忧的是她反复对总统候选人唐纳德·特朗普（Donald Trump）提出的批评。作为一个典型的例子，在 CNN 的采访中，她称特朗普为“骗子”，并说：“他前后不一。他说的都是脑子里突然冒出来的话。”CNN (July 13, 2016, 7:45 AM), <https://www.cnn.com/2016/07/12/politics/Justice-ruth-bader-ginsburg-donald-trump-faker> [<https://perma.cc/MFP4-WMMC>]. 如果她是一名地区或巡回法院法官，她的言论可能会使她受到违反《司法行为守则》第 5 条的惩罚，该条规定联邦法官“不应公开支持或反对公职候选人”。U.S. CTS., CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES 18 (2019), https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf [<https://perma.cc/Q39A-9E84>]; 同时参见 Michael Biesecker, *Ginsburg's Public Trump Critique Raises Ethical Quandaries*, AP NEWS (July 13, 2016), <https://apnews.com/article/960ae8299dca413d851b1186b7d098f3> [<https://perma.cc/V52M-84RV>]. 尽管她为这些言论以及对科林·卡佩尼克（Colin Kaepernick）的抗议进行轻蔑性描述而道歉，但人们可能会认为，在她的最后几年中，她有没有表现出适当的司法气质。参见 Jessica Taylor, *Ginsburg Apologizes For 'Ill-Advised' Trump Comments*, NPR (July 14, 2016, 10:44 AM), <https://www.npr.org/2016/07/14/486012897/ginsburg-apologies-for-ill-advised-trump-comments> [<https://perma.cc/5879-2G5C>]; Katie Couric, *Ruth Bader Ginsburg on Trump, Kaepernick and Her Lifelong Love of the Law*, YAHOO!NEWS (Oct. 10, 2016), <https://news.yahoo.com/ruth-bader-ginsburg-trump-kaepernick-130319350.html> [<https://perma.cc/6XEE-3ZGD>].

[30] 参见 *Hellerstedt*, 136 S. Ct. at 2321 (Ginsburg, J., concurring)（加粗为原文所有）。

放弃驾驶所带来的随意出行。但他的驾驶不合理地危及了他人的安全，所以我让他想想，如果他的驾驶导致别人受到严重伤害或死亡会发生什么。他明白了这样的事件会永远改变他的遗产：他的朋友和家人记住他的方式。

驾驶员和教师都倾向于有“虚幻的优越感”。^[31]一项研究发现，93%的美国人认为自己比平均驾驶员更好。^[32]另一项研究发现，90%的大学教授认为自己是优秀的教师。^[33]这些认知偏见在他们的能力随着年龄增长而下降时变得更加明显，并不奇怪。根据美国公路安全保险研究所的数据，实证上有相当确凿的证据表明，随着年龄增长，驾驶能力往往会下降，如下图所示：^[34]

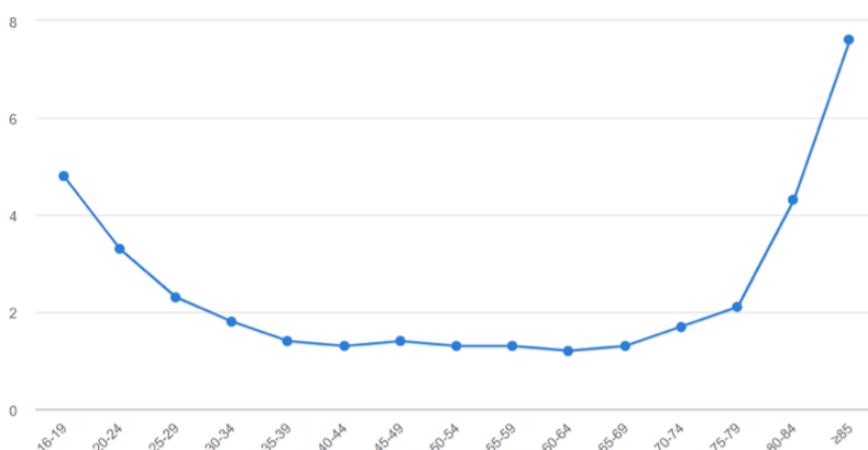


图 1: 司机年龄每行驶 1 亿英里的机动车致命肇事案数量 (2016 年 4 月 1 日至 2017 年 3 月 31 日)

虽然人们普遍认为，年轻（尤其年轻男性）司机更容易引发致命事故，^[35]但老年人有时会低估晚年驾驶能力下降的速度。人们很容易相信自己是那个例外。

^[31] 参见 Vera Hoorens, *Self-Enhancement and Superiority Biases in Social Comparison*, 4 EUR. REV. SOC. PSYCH. 113, 117 (2011) (providing an overview of illusory superiority).

^[32] Ola Svenson, *Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers?*, 47 ACTA PSYCHOLOGICA 143, 146 (1981).

^[33] K. Patricia Cross, *Not Can, But Will College Teaching Be Improved?*, 17 NEW DIRECTIONS FOR HIGHER EDUC. 1, 1 (1977).

^[34] *Fatality Facts 2020: Older People: Population and Mileage Rates*, INS. INST. FOR HIGHWAY SAFETY & HIGHWAY LOSS DATA INS. (May 2022), <https://www.iihs.org/topics/fatality-statistics/de-tail/older-people#crash-types> [<https://perma.cc/8YS3-R86H>].

^[35] 年轻男性驾驶员的过度危险性是 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 192 (1976) 案中的争议点，最高法院在此案中否决了俄克拉荷马州的一项法令，要求男性在合法饮用 3.2% 啤酒之前需年满三岁。在成功主张政府对男性的歧视触犯了《平等保护条款》三年后，金斯伯格代表美国公民自由联盟提交了一份法庭之友书，认为基于性别的分类并没有得到足够的统计证据支持，即使在相关年龄段（18-20 岁）中，男性酒后驾车被逮捕的可能性比女性高出 11 倍以上。参见上注，第 201 段（“在这个年龄组中因此罪名被逮捕的女性占 0.18%，男性占 2%。”）*Motion of American Civil Liberties Union for Leave to File Brief Amici Curiae and Brief Amicus Curiae, Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) (No. 75-628), 1976 WL 194246, at *25.

二、法律能帮助改善决策吗？

从历史中学到最明显的教训是，个人在晚年应当谨慎决策，不要以玷污自身成就的方式行事。尤其是，我们该思考，现状偏见（*status quo biases*）^[36]是否会导致我们长期待在当前的位置上。史蒂夫·莱维特（Steve Levitt，以《魔鬼经济学》（*Freakonomics*）一书而出名）发布了一项研究，在研究中，他引导 20,000 多名寻求帮助的人通过随机掷硬币来决策。^[37]如果硬币是正面的，他们被指示采取行动；如果是反面的，他们被告知不要采取行动，即保持现状。^[38]莱维特发现，那些硬币呈现正面的人比那些反面的人更有可能采取行动，并随后报告了更高水平的幸福感。^[39]换句话说：“被硬币指引着做出改变的人更有可能做出改变……并且在六个月后比那些被硬币指示保持现状的人更快乐。这一发现表明，当面临改变人生的选择时，人们可能过于谨慎。”^[40]这一结果适用于一些重要的决策，比如测试者被问及是否应该辞职或退休。^[41]

私营企业也可以减少员工待得太久而不受欢迎的趋势。以反向指导（Reverse Mentor）为例：反向指导是一种将年轻员工与资深高管匹配的制度，让资深高管“在战略（技术或）文化相关的主题上辅导他们”。^[42]这种指导的潜在好处是让资深员工看到年轻员工的能力，并确信公司可以安全地交由他们来负责。

除了这些私人或者私营预防措施，本部分也探讨了法律在多大程度上能够推进或限制这些行为失误。不同情况可能需要不同的干预措施。首先，需要考虑法律如何应对少数党派候选人（如拉尔夫·纳德）影响选举的风险。虽然法律难以直接阻止候选人参选，也不应这样做，但一些简单的干预措施可以减少这类候选人的影响。例如，2020 年，爱德华·弗利（Edward Foley）担心类似的情况可能发生“前星巴克 CEO 霍华德·舒尔茨可能作为独立候选人参选，从民主党提名人那里分流选票，导致唐纳德·特朗普总统获得连任。”^[43]弗利有力地指出，“霍华德·舒尔茨问题”的可行解决方案就是“摇摆州……在总统选举中采用排名投票制或

^[36] 译者注：“*status quo biases*”（现状偏见）指的是人们对维持现状的倾向或偏好。这种偏见使人们更倾向于选择不改变现状的选项，而不是采取新的、未知或风险较大的行动。

^[37] Steven D. Levitt, *Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness*, 88 REV. ECON. STUD. 378, 379 (2020).

^[38] 同上注，第 383 页。

^[39] 同上注，第 379-80 页。

^[40] 同上注，第 378 页。

^[41] 同上注，第 383 页，表格 1。

^[42] Jennifer Jordan & Michael Sorell, *Why Reverse Mentoring Works and How to Do It Right*, HARV. BUS. REV. (Oct. 3, 2019), <https://hbr.org/2019/10/why-reverse-mentoring-works-and-how-to-do-it-right> [<https://perma.cc/4ZX6-JKLA>].

^[43] Edward B. Foley, *Want to Fix Presidential Elections? Here's the Quickest Way*, POLITICO MAG. (May 4, 2019), <https://www.politico.com/magazine/story/2019/05/04/electoral-college-reform-2020-226792> [<https://perma.cc/ZFS8-YESN>].

传统的决胜选举制。”^[44]在任何一种排名投票或决胜选举制度下，最初表示支持纳德或舒尔茨（或 1992 年的罗斯·佩罗）的选民将有机会在两个主要政党候选人之间表达自己的偏好。在 2000 年佛罗里达州的总统选举中，尽管纳德鲁莽参选，但采用排名投票制可能会避免伊拉克战争的到来。

法律是否也可以处理金斯伯格问题，即员工选择继续工作而违背自己更好的选择？我认为答案是肯定的。首先，法律可以允许雇主规定强制退休年龄。考虑到前文的图显示老年人的驾驶风险更高，就不难理解超过 65 岁的飞行员不能获得商业飞机执照。^[45]1967 年的《就业年龄歧视法案》（*The Age Discrimination in Employment Act of 1967, ADEA*）有类似的豁免条款，允许消防员、执法人员和“真正的高管”强制退休。^[46]然而，根据修订后的法案，该法案不允许高等教育机构规定教授的强制退休年龄。^[47]

除了允许强制退休年龄外，ADEA 阻碍了雇主提供反馈的能力，而员工在考虑是否退休时可能会重视这种反馈。雇主通常需要依赖高龄员工的自我判断来做出决策。例如，奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）法官等到九十岁才退休。^[48]他“决心在身体允许或同事告诉他‘他不再那么出色’之前一直留在法庭上。”^[49]但是，如果这一策略要奏效的话，同时必须愿意向他直言这些想法，而不用担心负面后果。对于初级同事而言，让他们告诉资深前辈雄风不再是一项艰巨的任务。某种程度上，这是典型的“开不了口”。很少有人能够妥善处理这个问题，尤其是它某种程度上看起来很自私。年轻同事实际上是在要求先辈放弃一定程度的控制权，而且双方都知道退休提供了晋升空间。当 ADEA 提高了这种对话本身可能带来年龄歧视的可能后，公司组织更难促进这种沟通。

^[44] 同上注。

^[45] 49 U.S.C. § 44729(a) (2020)（一个飞行员可在多机队覆盖的行动中服役，直至年满 65 岁。）一旦一个飞行员到了六十岁，他们就必须和另一个飞行员合作；单人操作的最大年龄是 60 岁。同上，49 U.S.C. § 44729(c) (2020)。这个六十五岁的标准是由国际民用航空管理局（ICAO）制定的，后来由美国联邦航空局于 2018 年 6 月 7 日采用。FED. AVIATION ADMIN., FAIR TREATMENT OF EXPERIENCED PILOTS ACT (THE AGE 65 LAW) INFORMATION, QUESTIONS AND ANSWERS (2019), https://www.faa.gov/other_visit/aviation_industry/airline_operators/airline_safety/info/all_infos/media/age65_qa.pdf [<https://perma.cc/TK8A-D2GX>].

^[46] 29 U.S.C. § 623(j)（消防员和执法人员的豁免）；29 U.S.C. § 631(c)（善意高管或高层决策者除外）。

^[47] Age Discrimination in Employment Amendments of 1986, Pub. L. No. 99-592, 100 Stat. 3342 (1986)；另见 29 U.S.C. § 623(m)；Monica Ferrelli, *Tracing the Conception and Meaning of the Age Discrimination in Employment Act: Where Are We with Mandatory Retirement?*, 12 J. SOCIO. & SOC. WELFARE 326, 330 (1985)；NAT'L RSCH. COUNCIL, ENDING MANDATORY RETIREMENT FOR TENURED FACULTY: THE CONSEQUENCES FOR HIGHER EDUCATION 1-4 (P. Brett Hammond & Harriet P. Morgan eds., 1991)。

^[48] 参见 Theodore Voorhees, *The Resignation of Justice Holmes (Part I)*, 63 A.B.A. J. 260, 260 (1977)。

^[49] Theodore Voorhees, *The Resignation of Justice Holmes (Part II)*, 63 A.B.A. J. 426, 427 (1977)。

为了缓解这个问题，劳动雇佣法可以借鉴我们对驾照监管的方式中的一个特征。美国全部五十个州和哥伦比亚特区都有审查或重考程序，来确保道路公共安全。^[50]未通过这个程序可能会导致驾照被吊销或暂停。^[51]其中有四十六个州，执照机构可以根据家人、朋友或其他公民的举报进行审查。^[52]而在包括马里兰州和德克萨斯州在内的少数几个州，甚至可以通过匿名举报或“个人匿名举报”来触发审查。^[53]要使该体系有效，重点是被举报对象（即驾驶员）无法确定举报人的身份。交通管理局可以要求举报人向机构披露自己的身份，以防止虚假举报。例如，康涅狄格州要求第三方举报人提交书面证词以供公证，“立誓，并受到虚假陈述的处罚”，证词要能证明他们对驾驶员的个人观察。^[54]然而，最好的做法是交通管理局不向驾驶员本人透露第三方举报人的身份。

尽管如此，举报家人、朋友和同事的不适之处仍有很多，交通管理局和雇主也可以考虑采用“信息托管”机制，来促进更多、更准确的举报。信息托管是一种机制，它使个人有机会将信息存放在某个托管代理人那里，只有在预设条件满足后才会披露该信息。^[55]这类托管在各类情况下都被用过。例如，Tinder 托管了个人共同兴趣。当 Tinder 用户向右滑动时，他的兴趣[信息]被托管，并且只有在另一个人提供类似兴趣的私人报告并与之匹配时，才会被传达。^[56]信息托管可以有效地克服第一个“出头鸟”的劣势。例如，性侵受害者有时不愿意成为首个举报者。举报平台 Callisto 解决了这种心理上的不情愿因素，其允许幸存者将不当行为者的私人信息储存在平台上，并且只有在平台收到与之相匹配的、对同一肇事者的指控条款时，才会公开这些信息进行调查。^[57]

^[50] KATHY H. LOCOCO, KATHY J. SIFRIT, JANE STUTTS & LOREN STAPLIN, NAT'L HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMIN., D.O.T. H.S. 812 402, MEDICAL REVIEW PRACTICES FOR DRIVER LICENSING VOLUME 3: GUIDELINES AND PROCESSES IN THE UNITED STATES 482–90 tbl.25 (2017), https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/812402_medicalreviewdriverlicense.pdf [<https://perma.cc/NR5C-WL49>].

^[51] 同上注，第 566–70 页，表格 47。

^[52] 同上注，第 491–95 页，表格 26。

^[53] 同上注，第 517–25 页，表格 34-35。

^[54] 同上注，第 50-52 页。

^[55] 参见 Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 150 (2012).

^[56] 参见 Ian Ayres, *Meet Callisto, the Tinder-Like Platform that Aims to Fight Sexual Assault*, WASH. POST (Oct. 9, 2015), https://www.washingtonpost.com/opinions/using-game-theorytechnology-to-fight-sexual-assault/2015/10/09/f8ebd44e-6e02-11e5-aa5b-f78a98956699_story.html [<https://perma.cc/V65C-XQW7>].

^[57] 同上注。对利用信息托管打击性行为不端的可能性的广泛讨论，参见上文脚注 55, Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 150 (2012). Ayres 目前是 Callisto 董事会的成员。Callisto 校园的最初实施将在匹配后自动向学校的 Title IX 办公室披露幸存者的身份以进行调查。参见 *Mission + Vision*, CALLISTO (2022), <https://www.projectcallisto.org/about> [<https://perma.cc/5HHN-GXXG>]. 当前 Callisto 的实施在匹配后向“法律选择顾问”披露幸存者的身份信息，然后该顾问可以向幸存者提供后续建议，包括其学校进行的 Title IX 调查。同上注。

类似的举报平台可以通知员工或驾驶员他们的表现正在下降。^[58]在这种情况下，托管机制出于与性骚扰案例中同样的原因而促进举报。单个人举报时可能更担心产生敌意、报复或不信任，因为他们的报告没有得到其他人的证实。对某种行为模式的两个证据比单一的证据更有说服力，能让举报人对自己的观察更有信心和确定性。例如，看到一个朋友单次粗心驾驶可能不足以让我认为他的驾照该被吊销。但如果我知道另一个人也观察到了类似的事情，可能会更愿意发送消息。^[59]类似 Callisto 的托管机制就是这样做的。个体在知道指控只有在另个人也同意时才会被公开的前提下，更能指出一个潜在风险对象。

与一些州的驾驶执照审查程序一样，托管机制能够建立起一种保护举报人和被举报人之间匿名性，同时仍然能让接收者了解谁在举报。例如，法官可能只指定一部分书记员或其他法官，让他们就某法官是否该退休进行报告，并指定只有一定数量的人同意该判断时才匿名传递这种反馈。^[60]

然而，法律也应该关注雇主可能会设计出不恰当地迫使员工退休的环境。为了回应这种担忧，美国国会于 1990 年修改了 ADEA，增加了《老年工人福利保护法》（*Older Workers Benefit Protection Act, OWBPA*），该法案为“知情自愿”的 ADEA 索赔提供了具体要求。^[61]为了符合 OWBPA 和相关的美国平等就业机会委员会（*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*）的合规指南，一个有效的弃权必须满足下面七个因素来缓解对不当压力的担忧。^[62]具体而言，一个有效的放弃权利必须：

- （1）以清晰易懂的方式书写；
- （2）“明确提及” ADEA 所产生的权利或索赔；
- （3）书面告知员工在接受协议之前请咨询律师；
- （4）给予员工至少 21 天的时间考虑协议；^[63]
- （5）给予员工 7 天的时间撤销他或她的签名；

^[58] 这种可能性在 *Information Escrows* 一文中被简单地分析过：“例如，一位教授可能会想，他的同事是否认为他该退休了，或者他的讲座是否很无聊。”见 Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 195 (2012).

^[59] 同上注，第 161 页脚注 56（“反复发作的知识可能会使投诉人更确定……行为不当。”）

^[60] 在我最初的信息托管文章中，这种机制被称为“不安全托管”：

不安全性托管可能（1）仅报告匿名响应的随机子集，以及（2）仅在接收到最小数量的响应时报告随机子集。因此，如果一名教授向 10 名同事征求意见，那么只有在至少 5 名同事做出回应的情况下，托管服务才会报告匿名结果，并且只发送 5 份回应——从提交的回应中随机选择 5 份。同上注，第 195-96 页。

^[61] *Older Workers Benefit Protection Act*, Pub. L. No. 101-433, 104 Stat. 983 (1990)；另见 *Oubre v. Entergy Operations, Inc.*, 522 U.S. 422, 428-30 (1998)（不符合 OWBPA 的要求将导致无效弃权）。

^[62] 29 U.S.C. § 626(f)(1)-(2).

^[63] 同上注；另参见 *American Airlines, Inc. v. Cardoza-Rodriguez*, 133 F.3d 111, 117-18 (1st Cir. 1998)（发现“建议员工”肯定意味着“警告”、“警告”或“建议”）（引自 WEBSTER'S THIRD NEW WORLD INTERNATIONAL DICTIONARY 32 (1986)）。

(6) 不包括在放弃权利签署日期之后可能产生的权利和索赔；

(7) 在员工已有权益之外提供相应的报酬。^[64]

虽然 OWBPA 在为雇主和员工提供共同认可的解雇协议（包括激励性的提前退休计划）方面设计了一个良好的结构，但它并不能帮助排除经理或同事可能倾向发送的直接或托管信息以建议退休的潜在责任。尤其是第六项要求，即放弃权利不包括“放弃权利签署日期之后可能产生的索赔”，禁止资深员工放弃未来的索赔权利。^[65]根据现行法律，资深员工可以笑脸相对同事或经理的退休建议，然后转头在后来某天中提起诉讼。

美国平等就业机会委员会（EEOC）应提供更详细的指导，明确员工在收到关于其退休时间的合理建议时如何做到知情自愿地放弃 ADEA 索赔，包括采用信息托管机制的部署方式。在做出该决定时，机构可以参考信息托管在收养领域的各类应用。当被收养的子女成年后，许多人希望了解他们生物学上的父母身份。“有四十一个州已经实施了某种版本的共同利益托管，允许被收养者通过中介联系。”^[66]其中一些州假定生物学上的父母同意，“要求父母提交书面声明以防止在被收养者要求下披露身份信息。”^[67]其他州则假定不同意，因此“只有在生物学上的父母提前提交书面声明主动同意披露时，身份信息才不会被公开。”^[68]第三种州会任命“‘保密中介人’联系生物学上的父母。”^[69]“中介人会将联系信息”转发给子女，但需要在他们的生物父母得知子女已经申请并表示同意的情况下。^[70]

至少，EEOC 应该允许雇主创造一个假定不同意退休的托管机制。在这个系统下，只有员工选择主动参与该机制时，才会收到匿名的退休建议，而这些建议来自员工预先指定的一批人。雇主应该受到法律保护，因为他们建立了这个系统，并通知他们的员工可以选择参与与否。^[71]

^[64] 29 U.S.C. § 626(f)(1).

^[65] 同上注，29 U.S.C. § 626(f)(1)(C).

^[66] 参见前注 55, Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 158 (2012).

^[67] 同上注，（引自 U.S. DEP'T OF HEALTH & HUM. SERVS., ACCESS TO ADOPTION RECORDS: SUMMARY OF STATE LAWS (2009)）。

^[68] 同上注。

^[69] 同上注。

^[70] 同上注，（引自 U.S. DEP'T OF HEALTH & HUM. SERVS., ACCESS TO ADOPTION RECORDS: SUMMARY OF STATE LAWS 5, 5 n.9 (2009)）。

^[71] 法律可能会更进一步，允许类似于“机密中介”收养系统的东西，在这种系统中，员工可以得到通知，某个同事发送了一条关于退休的消息，以及他们是否同意接收这条消息。应该注意的是，“秘密中介”收养机制假定（无可辩驳地）生身父母同意中介与他们联系。人们可以想象允许亲生父母事先选择不进行这种接触，或者假定他们不想被接触，除非他们明确表示相反的兴趣。

作为耶鲁法学院的副院长，本着鼓励进步的精神，我发了一封电子邮件，通知那些教授了一门被学生评价为总体教学效率最低的课程的教授。我的一个同事要求我以后也不要给他们发这样的邮件。回想起来，我应该考虑在接收这些信息时，假设同意还是不同意更好，以及我如何允许个别教授选择加入或退出此类通知。大多数学生评估平台的一个优势是，它们创建了一种机制，让学生向他们的教授发送匿名消息——包括教授该退休了的意见——同时验证消息来自参加特定课程的学生之一。

提供一个确保匿名性的系统对于鼓励参与是很重要的。艾米莉·巴泽隆(Emily Bazelon)在评估为什么金斯伯格法官“拒绝辞职”时写道:《纽约时报》前法律编辑多萝西·萨穆尔斯(Dorothy Samuels)从2018年开始为了一本关于金斯伯格的书而进行采访。她请朋友和前法庭书记回顾2013年和2014年的事件。“我惊讶地发现,在我与很多人交谈时(包括朋友、熟人和前法庭书记),他们都认为她当时应该辞职,她的留任相当自我中心主义——这也是我的观点”,萨穆尔斯在电子邮件中告诉我。“我还惊讶地发现,当我与一些平常会坚定自己观点的人交谈时,他们不愿意在她还活着的时候公开表达他们的失望之情。”^[72]

如果这些朋友、熟人和前法庭书记可以匿名发表意见(可能通过一个信息托管机制,确保他们的退休建议只有在得到第三人支持后才会被转发),金斯伯格法官至少可以考虑她尊重之人的坦诚建议。

本部分的核心观点是,法律可以起到推进或制止行为失误的作用,这些失误显然会导致人们在工作上比社会/个人的理想任期期待得更久。我已经概述了年龄歧视法如何更好地调整,以助于机构能帮助资深员工做出更好地决策。但责任本质上是个人问题,我心目中的英雄——臭名昭著的金斯伯格法官和拉尔夫·纳德的警示故事表明,我们每个人都应该仔细考虑一个糟糕决策如何轻易地盖过一生的成就。基于这一点,我在此声明:我欢迎来自朋友、家人、同事或管理者的匿名或非匿名信息,提醒我是时候结束特定活动(包括驾驶、教学或撰写特定主题的文章)或甚至退休了。^[73]我有意并承诺不会根据这些信息提起诉讼。

即使上述内容在法律上没有约束力,但它仍然可以有效地向他人保证,我欢迎他们的建议,并且如果我通过诉讼或其他方式对收到这些信息表示不满,我估计可能会被负面评价。

三、个人与民主的责任

本文主要的观点是个人的责任。当个人在公共舞台上逗留过久时,他们未能对自己而言更长远生命负责。金斯伯格法官选择不退休,危及了她信仰的对所有美国妇女的基础性宪法权利的事业。然而,还有另一个观点,不关注个别法官的个人责任,而是关注法院本身的民主责任。金斯伯格法官可能认为,在她的退休时间点上掺入政治考量不是她的责任,法官应该相信政治进程,随着时间的推移,就会产生一个顺应民意的法院。

从这个角度来看,金斯伯格事件的第二个教训是使法院更具民主问责性的紧迫性。瑞

^[72] Emily Bazelon, *Why Ruth Bader Ginsburg Refused to Step Down*, N.Y. TIMES (Sept. 30, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/09/21/magazine/ginsburg-successor-obama.html> [<https://perma.cc/4GCX-VHST>].

^[73] 通过谷歌搜索短语“如何发送匿名邮件”,你可以找到各种各样的方法。非匿名消息可能具有更大的权重,因为它们更可能来自可信的来源。这是允许来自接收者预先指定的个人群体的匿名消息的机制保持信任和匿名的方式之一。

安·多尔夫勒和塞缪尔·莫因 (Ryan Doerfler & Samuel Moyn) 撰写了一系列文章, 提出了使最高法院更加民主化的方法。^[74]他们考虑了许多国会的干预措施, 包括剥夺管辖权、超多数规则和立法优先会议, 这些措施将削弱法院在决定特定案件时违背民意的能力。^[75]在结构层面上, 可以通过将法官任期限制为 18 年来使法院的组成更具民主问责性。

主张将法官在最高法院的有效任期限制在 18 年内的人提供了多个有力论点, 并就实现该目标的各种方式进行了充分讨论。例如, 阿基尔·阿马尔 (Akhil Amar) 提出了“18 年的 18 个论点”, 这至少隐含了增强民主问责性的理由。^[76]将这些提议以强制退休的方式制度化, 可以引导人们关注这些提议如何削弱法官的战略性退休或在最佳年限后继续任职。这些相同的提议也可以被框定为使总统能够定期任命的方式。大多数 18 年提案的核心内容是, 总统可以每两年提名一名新的法官, 这与每届新国会的开始相一致。

我们目前的制度并不能保证定期任命, 这意味着最高法院法官的政治代表性可能远远偏离总统选举所表达的民主意愿。例如, 奥巴马前总统任职八年, 任命了两名法官,^[77]而特朗

^[74] 参见 “*The Court’s Role in Our Constitutional System*”: *Hearing Before the Presidential Comm’n on the Sup. Ct. of the U.S.* 2 (June 30, 2021) (statement of Samuel Moyn). 关于所提供的所有主张的更全面的证明, 也可参见 Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 109 CALIF. L. REV. 1703, 1705–09 (2021); Samuel Moyn, *Stop Worrying About Kavanaugh, Liberals. Start Winning the Political Argument.*, WASH. POST (Aug. 8, 2018, 6:00 AM), <https://www.washingtonpost.com/news/posteverything/wp/2018/08/08/stop-worrying-about-kavanaugh-liberals-start-winning-the-political-argument> [<https://perma.cc/94XA-S9NP>]; Samuel Moyn, *Resisting the Juristocracy*, BOS. REV. (Oct. 5, 2018), <https://bostonreview.net/articles/samuel-moyn-resisting-juristocracy> [<https://perma.cc/LRK5-LCBP>]; Samuel Moyn, *The Court Is Not Your Friend*, DISSENT (Winter 2020), <https://www.dissentmagazine.org/article/the-court-is-not-your-friend> [<https://perma.cc/2CNY-ALMN>]; Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Reform the Court, But Don’t Pack It*, ATLANTIC (Aug. 8, 2020), <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/08/reform-the-court-but-dont-pack-it/614986> [<https://perma.cc/3FQW-6DSV>]; Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Making the Supreme Court Safe for Democracy*, NEW REPUBLIC (Oct. 13, 2020), <https://newrepublic.com/article/159710/supreme-court-reform-court-packing-diminish-power> [<https://perma.cc/5WQE-38CZ>]; Samuel Moyn, *Change the Court, For Good: For Starters, the Oldest Justice Should Retire While There’s a Democratic President and Senate*, N.Y. DAILY NEWS (Jan. 30, 2021, 5:30 PM), <https://www.nydailynews.com/opinion/ny-oped-change-the-court-for-good-20210130-hcqwq4nhzedtapuhxyhhuzpj4-story.html> [<https://perma.cc/3K46-LAU8>].

^[75] 参见上注及附文。

^[76] 参见 *Testimony in Support of a Congressional Statute Establishing an Eighteen-Year Limit on Active Supreme Court Service: Hearing Before the Presidential Comm’n on the Sup. Ct. of the U.S.* 5 (July 20, 2021) (Akhil Reed Amar 的声明); 另参见 Akhil Reed Amar, Episode 16: 18 Arguments for 18 Years (Apr. 28, 2021), <https://amaricasconstitution.podbean.com/e/18-for-life> [<https://perma.cc/6PU9-DZPS>]. 至于实现任期限制的手段, 学者们对不修改宪法就能实现任期限制的各种方法进行了辩论。一般可参见 PRESIDENTIAL COMM’N ON THE SUP. CT. OF THE U.S., FINAL REPORT 111–151 (2021), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/S-COTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf> [<https://perma.cc/7KF6-8AMB>] (discussing the pros and cons of term-limit proposals). 有大量关于最高法院任期限制的文献。参见诸如 REFORMING THE COURT: TERM LIMITS FOR SUPREME COURT JUSTICES (Roger C. Cramton & Paul D. Carrington, eds. 2006) (collecting essays); Judith Resnik, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, 26 CARDOZO L. REV. 579, 641 (2005); Saikrishna B. Prakash, *American’s Aristocracy*, 109 YALE L.J. 541, 568–84 (1999) (book review). 理查德·雷 (Richard Re) 最近提出的一个新机制认为, 可以通过鼓励法官作出有约束力的承诺, 在加入最高法院 18 年后退休 (并且这种承诺可以以后来被任命者作出类似承诺为条件) 来实现选入任期限制。Richard M. Re, *The Peril and Promise of SCOTUS Resignations*, 107 IOWA L. REV. ONLINE 117, 117–18 (2022).

^[77] Supreme Court Nominations (1789-Present), U.S. SENATE, <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm> [<https://perma.cc/TR7C-NNNR>].

普总统在撰写本文时已任职四年，并任命了三名法官。^[78]相比之下，在定期任命的提案下，奥巴马将会任命四名法官，而特朗普只会任命两名法官。这些提案需要考虑法官在 18 年服务期结束之前去世或结束服务，而可能需要临时任命的情况，这可能会导致法院的政治组成偏离两年一次提名本应产生的结果。^[79]但其实死亡和提前退休的风险非常小。刘易斯·鲍威尔（Lewis Powell）是最后一位在任期不足 18 年的法官，在任职 15 年零 150 天后于 1987 年退休。^[80]因而，自此问题出现以来已经过去 35 年了，随着医学的进步，这种风险的可能性会继续下降。^[81]

一些人已经描述了定期任命如何使最高法院更具民主问责性。^[82]然而，在这里，我提供了一个实证比较，即如果我们在过去有一个定期两年任命（即提名和确认）的制度，那么法院的组成可能会是什么样子。尽管反事实思考往往是主观猜测且富有争议，但它们可以提供有用的说明。在该模拟中，我假设这项改革不会改变总统选举的获胜者，并且那些总统成功让其提名者获得确认并就职。我还假设在 1987 年之前就已经完全实行了定期任命制度，这意味着 1987-89 年法院的组成将由前几年任职的总统决定（即尼克松/福特将任命三名法官，

| 国会任期 | 2023-25* | 2021-23* | 2019-21 | 2017-19 | 2015-17 | 2013-15 | 2011-13 | 2009-11 | 2007-09 | 2005-07 | 2003-05 | 2001-03 | 1999-01 | 1997-99 | 1995-97 | 1993-95 | 1991-93 | 1989-91 | 1987-89 | 平均值 | |
|-------|--|----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|------|----------|
| 事实情况 | 由民主党总统提名的大法官数量 | 3.0 | 3.0 | 3.9 | 4.1 | 4.2 | 4.0 | 4.0 | 3.0 | 2.0 | 2.0 | 2.0 | 2.0 | 2.0 | 2.0 | 1.2 | 1.4 | 2.0 | 2.1 | 2.6 | |
| | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 0.0% | |
| 反事实推测 | 每个国会任期内的提名人数 | 拜登 2 | 拜登 1 | 特朗普 2 | 特朗普 1 | 奥巴马 4 | 奥巴马 3 | 奥巴马 2 | 奥巴马 1 | 小布什 4 | 小布什 3 | 小布什 2 | 小布什 1 | 克林顿 4 | 克林顿 3 | 克林顿 2 | 克林顿 1 | 老布什 2 | 老布什 1 | 里根 4 | |
| | 由民主党总统提名并在每个国会任期内只有 1 次提名的大法官人数，以及在民主党占多数的情况下每个国会任期内只有 1 次提名的大法官人数 | 特朗普 2 | 特朗普 2 | 奥巴马 4 | 奥巴马 4 | 小布什 4 | 小布什 4 | 小布什 4 | 克林顿 4 | 克林顿 4 | 克林顿 4 | 克林顿 4 | 老布什 2 | 老布什 2 | 老布什 2 | 老布什 2 | 里根 4 | 里根 4 | 卡特 2 | 卡特 2 | 尼克松/福特 3 |
| | 如果由民主党总统提名的大法官人数更多，将会有多少名大法官在任职 | 奥巴马 4 | 奥巴马 4 | 小布什 3 | 小布什 4 | 克林顿 1 | 克林顿 2 | 克林顿 3 | 克林顿 4 | 老布什 1 | 老布什 2 | 老布什 2 | 老布什 2 | 里根 3 | 里根 4 | 里根 4 | 里根 4 | 卡特 2 | 卡特 2 | 福特 1 | 福特 2 |
| | 平均值 | 6 | 5 | 4 | 4 | 5 | 5 | 5 | 5 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 3 | 3 | 3 | 2 | 2 | 2 | 3.8 |
| | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 否 | 31.6% |
| | 是 | 是 | 是 | 否 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 是 | 否 | 否 | 84.2% |

注：2021-25 年的估计是基于没有现任大法官退休，并且拜登提名人在每个国会任期内被任命。实际服务的大法官人数是每个国会时期的平均值。

[78] 同上注。

[79] 例如，Akhil Amar 的示范法规建议：如任何现职法官在余下的现职法官总数为九名或以上时退休或离开法院，则法院不会因此出现空缺。然而，如果任何现职法官在剩余的现职法官总数少于九人时退休或离开法院，经总统提名、参议院确认和总统颁发良好行为委员会，空缺可由替代法官填补。这位替代法官可能继续在职，直到在适当时候任命一位正式法官取代，这位法官的加入将使剩余的在在职法官总数回到 9 人；但在任何情况下，任何替代法官的在职时间均不得超过 18 年。如果在任何时候有一名以上的替补法官，资历最浅的替补法官将首先被替换，资历次浅的替补法官将是下一个被替换的，依此类推。在他或她的任期结束时，替补法官可以选择以退休身份继续留在法院。参见上文脚注 76，Akhil Reed Amar 的声明，第 12-13 页。

[80] 参见 Joan Biskupic & Fred Barbash, *Retired Justice Lewis Powell Dies at 90*, WASH. POST, Aug. 26, 1998, at A1. 在 18 年任命制下，鲍威尔大法官可能会在最高法院多呆两年半，以完成他的预期任期。我们需要追溯到 40 多年前，才能找到一位在开始法院服务后至少活不到 18 年的法官——就像艾毕·福塔斯在就职仅 17 年后于 1982 年去世一样。但是参见 *The Texts of Letters and Statements Involving the Resignation of Justice Fortas*, N.Y. TIMES, May 16, 1969, at 20 (Fortas resigned three-and-a-half years after taking office in the shadow of an ethics scandal). 另参见 Linda Greenhouse, *Ex-Justice Abe Fortas Dies at 71; Shaped Historic Rulings on Rights*, N.Y. TIMES, Apr. 7, 1982, at A1.

[81] 当然，我们可能会担心大法官在任职 18 年前战略性退休，以影响法院的组成，但可以通过将替代者的任期限制在足够短的时间内来抑制这种想法。参见上文脚注 76，Akhil Reed Amar 的声明，第 9 页。

[82] 参见诸如上文脚注 76，Richard M. Re, *The Peril and Promise of SCOTUS Resignations*, 107 IOWA L. REV. ONLINE 117, 127 (2022) (“司法任期限制得到了两党的广泛支持，因为这将有助于法院正规化、民主化和非政治化。如果每届总统任期产生的司法任命数量大致相同，那么法官将更密切地反映民主趋势……”)。

卡特将任命两名法官，里根将任命四名法官)。我分析了随后 18 届国会，比较了法院的实际组成与每两年定期任命制度下的假设组成。下表格显示了分析结果：

这张表提供了一些程式化的证据，显示了法院的组成在多大程度上偏离了如果提名在总统选举方面更均衡分布的情况。如右列所总结的，在这十九个国会会期，由民主党总统提名的法官在 31.6% 的时间内占据了法院的多数（十九个会期中的五个），民主党总统提名的平均代表有 3.8 名法官。这与实际发生的情况形成了鲜明对比：在此期间从未出现过由民主党总统任命的法官占据多数的情况（实际平均代表只有 2.6 名法官）。事实上，人们需要回到 1969 年（当时阿贝·福塔斯（Abe Fortas）退休）才能找到一个由民主党提名的法官占据至少五个席位的时期。因此，对于大多数执业律师，包括我自己在内，由共和党提名的法官在我们整个生命中一直占据着法院的绝对多数。

尽管定期任命的支持者将问题定性为一项不具政治色彩的改进，应该获得两党支持，但从实证角度来看，表格显示非定期任命明显偏向于共和党。除了巩固看似永久性的多数地位外，最后一行还显示，在分析的十九个国会会期中，实际由共和党提名法官的代表性超过了定期任命所能达到的情况，占 84.2%（十九个会期中的十六个）。而且这种失真可能会变得更严重。虽然预测法院未来的组成状况并不可行（考虑未来总统选举的不确定性），但可以预测到当前由共和党提名的 6-3 多数情况可能至少会持续到几个月后开始的下一段国会会期，即使在那个时期，定期提名将产生一个由六名民主党提名的成员组成的多数派。换句话说，再过几个月，法院实际的提名组成与过去几十年定期任命（的理论组成）之间最大的偏差值就会出现。

尽管从实证角度看，当前的制度更偏好共和党提名的法官，但重要的是要看到，在定期提名下，一个 6-3 多数可能更易转变。如果所有现任法官都在达到与金斯伯格法官去世时相同年龄（87 岁）时继续任职，那么当前由共和党提名的 6-3 多数将至少持续十五年。如果在这十五年期间，共和党总统当选，目前任职年龄最大的两名共和党提名法官可能会在任期内有策略性地退休，从而大幅延长共和党的权力。相比之下，如果 2023 年开始出现一个由民主党提名的 6-3 多数，在 2024 年共和党赢得总统选举并在 2025 年和 2027 年将两名新成员任命到法院时，这个多数状况仅会维持四年，法院将重新回到由五名共和党提名的法官组成的多数派。

总结

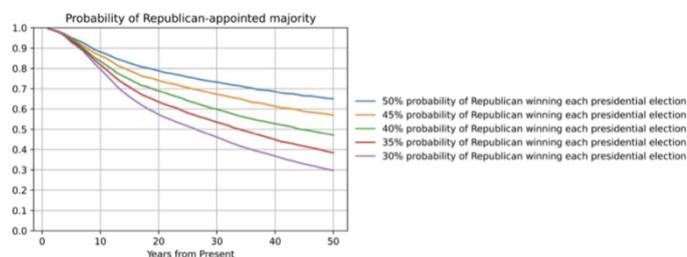
在考虑为什么共和党提名的法官在最高法院一直占据多数席位时，通过关注金斯伯格法

官和斯卡利亚法官近期的逝世，很自然地就会得出结论，共和党人更成功地利用了现有制度。如上所述，金斯伯格法官通过押注她的预期寿命，但效果并不好。参议院多数党领袖米奇·麦康奈尔（Mitch McConnell）拒绝为梅里克·加兰德（Merrick Garland）举行听证会，从而发挥了很好的作用。两位法官都在对立党派的总统任期内去世，但只有一个缺位导致了政治变化。

和党任命的法官在最高法院上保持持续影响力的另一个重要原因是，共和党任命的法官在分析期开始时占据了大多数席位，而且，不论政治立场如何，法官们有一种倾向，即在执政党与他们被提名时相同的政党掌握总统职位时退休。事实上，在这段时间里，只有三位法官在任内去世。而那些退休的法官中，近三分之二是在同一政党的总统任期内退休的。

一个政府部门持续被一个政党掌控的想法严重威胁到了我们的民主理念。在我起草这篇文章的同时，1月6日的委员会一直在就唐纳德·特朗普继续担任总统的努力举行公开听证会。我们面临着这样一个可怕的可能性，即现任副总统仅仅通过拒绝核准由反对党赢得的州的选举票，就可以有效地确保他们的党派永久掌控行政部门。执政党随后将能够选择其继任者的政治身份。这篇文章最令人不寒而栗的教训之一就是，就司法部门而言，这个结果已经触手可及。是的，金斯伯格法官在奥巴马政府之后继续留任是鲁莽的。事实上，由于当前任命程序存在民主缺陷，她决定的后果更为严重，因为即使民主党候选人在未来的选举中赢得多数票，她的错误可能会继续影响最高法院的组成。^[83]但更大的错误是，当前制度允许最高法院的组成如此明显且长期地偏离民众的意愿。

^[83] Kartikeya Kandula 和我（作者）进行了蒙特卡洛模拟，以估计未来法官的组成情况，假设：（1）在任法官在任期内不会在任职 18 年或达到 78 岁之前退休，以先到者为准，并且在同一党派的总统上台后会战略性地退休；（2）未退休的法官可能因死亡而离职（根据保险精算表中的相关年龄死亡概率）；（3）接替的法官将在 50 岁时上任（大致上是布朗·杰克逊和科尼·巴雷特法官的年龄）。Ian Ayres & Kart Kandula, *How Long is a Republican-Nominated Majority on the Supreme Court Likely to Persist?*, BALKINIZATION (July 3, 2022, 11:38 PM), <https://balkin.blogspot.com/2022/07/how-long-is-republicannominated.html> [<https://perma.cc/P4PA-9QL6>]。我们估计了共和党提名多数派在不同民主党赢得总统选举的概率下的持续时间。如下图所示，我们发现即使民主党在未来总统选举中有 70% 的胜算，共和党提名的法官占最高法院多数的情况仍可能持续 25 余年：



同上注。