

【解牛集】— 刊於〈信報〉，2018年10月8日

## 從大法官組成推算商業訴訟風險

黃昊

香港科大商學院會計學系副教授

美國總統特朗普於7月上旬提名華盛頓特區上訴法院法官卡瓦諾（Brett Kavanaugh），接替於退休7月底退休的甘迺迪（Anthony Kennedy），成為美國九位最高法院大法官中的一員。然而，他提名這位跟共和黨關係密切的法官，不僅遭受民主黨人質疑，在當前中期選舉期間，提名是否「合適」，民主黨議員更在參議院中採取「拖延」手法，圖阻止提名獲得確認，事件不光牽涉兩黨激烈的政治博弈，箇中更關乎美國社會內保守和自由意識形態氛圍的變化；亦牽動一些商業訴訟的結果，事件背後的微妙變化，實在很值得分析。

就民主共和兩黨對卡瓦諾任命進行博弈期間，卡瓦諾遭三名女性指控企圖性侵，其中兩人分別為加州帕羅奧圖大學臨床心理學教授福特（Christine Blasey Ford）、以及卡瓦諾前耶魯大學同學米雷斯（Deborah Ramirez），二人分別指控受到他「性侵」、「性騷擾」，使特朗普此番提名，出現一波三折。

### 卡瓦諾深陷性侵醜聞

9月27日，美國參議院司法委員會召開聽證會，聽取福特教授的指控及卡瓦諾作供。福特實牙實指卡瓦諾後，便有尚未決定是否支持卡瓦諾的共和黨參議員提出要等待聯邦調查局結果。因為共和黨在參議院只有微弱多數，幾乎需要每個本黨參議員的投票，總統特朗普即指示聯邦調查局重新調查卡瓦諾的背景，限期一周內完成。事件的始末，筆者不擬於本文贅述；至於聯邦調查局的調查報告結果如何，也不會影響本文的分析，因為筆者的著墨點，是通過對美國最高法院大法官今次的提名，觀察美國社會一些不為人注意、卻又十分重要的政治和商業行為變化。

很清楚，美國社會的統治構成，是按三權分立原則確立，國家政府由三個分支組成，即立法機構（The Legislative Branch）、行政機構（The Executive Branch）和司法機構（The Judicial Branch）。立法機構的代表是美國國會，由參眾兩院組成；行政機構的代表是美國總統；司法機構的代表則為最高法院。

### 司法機構的三級組織

看深一層，聯邦法院由三層法院構成，自上而下分別是——最高法院（**The Supreme Court**），上訴巡迴法院（**Courts of Appeals**），和地方法院（**District Courts**）。上級法院和下級法院之間沒有管理關係。下級法院獨立於上級法院運作。上下級法院只有上訴的關係。可以說，最高法院不僅是聯邦法院的最高層級法院，也是整個美國法院系統的最高法院，對聯邦法有最高的解釋權。法院由九位大法官（**Justice**）組成；而總統對大法官的提名，必須得到國會通過。

雖然大法官由總統提名，但為了確保法治的獨立性和中立性，大法官提名獲參議院通過確認後，基本上屬於終身制，在任直至退休或辭世為止。在三權分立的原則下，國會可以對大法官進行彈劾，但絕少出現這種情況，包括彈劾巡迴法院法官。因此可以說，雖然三級法院的法官，都需要總統提名，但成為大法官或法官後，他們基本上可按法律的原則辦事，不為總統的意見所左右。

## 大法官提名政治化

最高法院大法官的任命，過去政治化色彩沒有當前那麼濃烈。獲總統提名的大法官候選人，雖然多跟總統自己或總統所屬黨派的政治理念、意識形態相近。譬如，屬共和黨的特朗普總統，他提名傾向共和黨並帶濃厚保守意識形態色彩的卡瓦諾出任大法官，其實是「常態」的選擇。一如民主黨總統會提名傾向自由主義意識形態的大法官候選人一樣。

美國最高法院由 9 名大法官組成，現在的 8 人中維持保守派 4 人、自由派 4 人的格局，而今年 7 月底退休的甘迺迪大法官，雖然由共和黨的總統提名就任，但其立場卻經常在保守與自由派之間徘徊，使最高法院能夠維持長達約 30 年的微妙平衡。

記得 2016 年，當最高法院大法官斯卡利亞（**Antonin Scalia**）去世時，時任美國總統、民主黨的奧巴馬（**Barack Obama**）便曾試圖提名自由派大法官加蘭（**Merrick Garland**）填補其空缺，卻遭當時在野共和黨激烈反對。很顯然，奧巴馬當時的意圖，是通過此一提名，去奠定自由派在未來幾十年在聯邦最高法院的優勢，這企圖無疑為共和黨人所洞悉，提名最終「胎死腹中」。

如今特朗普提名卡瓦諾，遭民主黨千方百計阻撓，情況跟當年類似，只不過雙方如今改變了攻防的位置。事實上，奧巴馬在任時，不理會共和黨人的反對，於 2010 年強行通過「奧巴馬醫保法案」（**Obamacare**），令兩黨的隙嫌和矛盾激化。在其後國會中期選舉上，民主黨失去參中兩院多數的優勢，以致奧巴馬政府其後的施政飽受制肘，甚至在任最後一年提名加蘭，即遭當年參議院共和黨領袖麥康

納 (Mitch McConnell) 以「選舉年不宜認證大法官提名」為由，成功杯葛了他的提名。

## 關鍵的「第 5 者」

由於目前共和黨控制了參議院，民主黨無法杯葛特朗普對卡瓦諾的提名，只能靠在議會上拖延確認，同時打「民意牌」來加以阻撓。與此同時，有民主黨人指出，特朗普目前正就「通俄門」遭特別檢察官穆勒 (Robert Mueller) 調查，若一旦進入法律程式，他是否清白，最終可能要由最高法院來裁定，在這種情況下，大法官的組成成分相當關鍵，因而此刻不宜提名最高法院法官，以避免日後的裁決瓜田李下。

正如前文所述，退休的甘迺迪大法官，雖然是由共和黨的總統提名任命，但他的立場和理念，經常在保守與自由派之間徘徊，維持一定的平衡性。然而，如今卡瓦諾的保守立場十分明顯，一旦上任為大法官，勢必打破目前格局，成為裁決關鍵的「第 5 者」。

很顯然，大法官上任後，除非遭眾議院 2/3 票數彈劾，否則將終身任職。換言之，即使總統能夠連任，最多任職 8 年。但到他退休下野，他提名的大法官卻依然在十年、甚至幾十年之後仍可能在位，持續發揮其影響力，影響可以十分深遠。從這個角度看，最高法院大法官的組成和變化，現任總統在國會所通過的法案，當他離任後，有可能在最高法院的訴訟中被推翻。譬如，保守的大法官組成結構，不排除有可能對個人墮胎的合法性，重在訴訟中，重新闡釋立法的原意而加以修改，甚至遭推翻。

## 闡釋彈性留下法律爭議

事實上，普通法的法律條文雖然強調「一般性」和「明確性」。但「明確性」並非指著眼於「支離破碎」條文字眼，因為社會不斷發展，法律條文必須留下一定的彈性，以免需要不斷改動，因此，法律條文所留下的闡釋彈性，非黑即白的裁決「灰色地帶」，為法律的爭辯留下空間。

有社會科學的實証研究發現，無論美國的最高法院、上訴巡迴法院以至地方法院，法官的裁決，同其出身、意識形態的理念立場相關。不光在民權等問題上如此，甚至牽涉商業訴訟的裁決也一樣。

筆者做過一個實証研究，探討公司被成功起訴和罪成的機率。以証券欺詐的集體訴訟為例，起訴的其中一個標準，是被告方的行為「故意」。2007 年，最高法院

在Tellabs Inc 訴. Makor Issues & Rights Ltd.一案中，對於「故意」的「充分推論」含義做了闡釋，指出在考慮原告對被告關於「故意」的指控是否充分時，法院必須綜合各種因素進行比較評估；法院不能只考慮原告提出的推論，還必須考慮從被指控的事實本身中，可以做出的其他合理推論。

### 事前訴訟風險可推敲

一般而言，筆者的研究發現，若法官為自由派，會傾向支持股民，公司被控告的個案會增加，而且遭起訴後，案件獲得撤消的機會較微，而庭外和解的金額也會增加；若為保守派則傾向支持公司（見〈聯邦法官意識形態：事前訴訟風險的新量度 • Federal Judge Ideology: A New Measure of Ex-Ante Litigation Risk 一文〉）。

再看政府在徵稅，公司在很多情況下可以「合法避稅」，但一牽涉法律，便有法律條文闡釋的彈性，到底是否合法，視乎法官對法例的闡釋而作出裁決。不少公司利用法律的闡釋彈性，盡量通過避稅行為來增加盈利，究竟這些避稅交易是否合法，法官的裁決角色當然非常之具關鍵。

若為自由派法官，在這種案件中，法律的闡釋會傾向有利國家的一方，增加國家的稅收，使公司增加敗訴的機會；而保守派（主張減稅）的法官，則傾向有利於公司的法律闡釋，公司勝訴的機會較大。因此，如果法院內法官組成的結構，是保守的法官佔多數，則企業會進行「踩鋼線」，加大「合法避稅」的行為。

可以說，雖然目前特朗普對卡瓦諾的大法官任命充滿政治化色彩，但大法官提名和委任確認背後，對美國社會內保守和自由意識形態氛圍的跌宕起伏，此消彼長，同牽動一些商業訴訟裁決結果的微妙變化，影響其實相當深遠。

〔本文由科大商學院傳訊部筆錄，黃昊教授口述及整理定稿〕