

# 波士頓法律評論

王健法学院编译室

二零一三年第八期

总第十八期

# 目录

强烈反对政策：宪法性诉讼如何促进美国婚姻平等	
Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States	
William N. Eskridge Jr	18
用税收应对执行费用问题	
A Tax Response To The Executive Pay Problem	
David I. Walker	18
住房危机余波下的新形式主义	
New Formalism In The Aftermath Of The Housing Crisis	
Nestor M. Davidson	18
集体诉讼，强调共有性和正义的倒退	
Class Actions, Heightened Commonality, And Declining Access To Justice	
A. Benjamin Spencer	19
诉讼信仰	
Litigating Religion	
Michael A. Helfand	20
重新划区的诉讼和民主规划的授权	
Redistricting Litigation And The Delegation Of Democratic Design	
Lisa Marshall Manheim	20
利益均衡和国际回避	
Interest Balancing And International Abstention	
Gaspard Curioni	21
名字有什么价值？知识产权领域归属价值的试验性测试	
What'S A Name Worth?: Experimental Tests Of The Value Of Attribution In Intellectual Property	
Christopher Jon Sprigman, Christopher Buccafusco & Zachary Burns	22
法律与人性：两种企图	
Law And Humanities: Two Attempts	

Peter Brooks	23
自由主义者的错误神义论	
Liberalism’S Errant Theodicy	
Michael C. Dorf	23
有序的自由：对MICHAEL DORF的回应	
Ordered Liberty: Response To Michael Dorf	
James E. Fleming & Linda C. Mcclain	24
颇具攻击性的贩卖毒品罪：在美国及英国将程序正义理论应用于毒品定罪	
Offensive Drug Offenses: Applying Procedural Justice Theory To Drug Sentencing In The United States And United Kingdom	
Alexandra B. Bonneau	24
在规章年代暂停宣布职务	
Recess Appointments In The Age Of Regulation	
Jonathan Turley	24
扩大专利法用户之诉的例外	
Expanding Patent Law’S Customer Suit Exception	
Brian J. Love & James C. Yoon	25
违背 DNA：反思科学无罪证明时代中陪审团的角色	
Defying Dna: Rethinking The Role Of The Jury In An Age Of Scientific Proof Of Innocence	
Andrea Roth	26
控制军备竞赛：移动健康应用和机构处理方式	
The Regulatory Arms Race: Mobile-Health Applications And Agency Posturing	
Daniel F. Schulke	26
调整转售：REDIGI 公司，版税以及电子二级市场	
Rebalancing At Resale: Redigi, Royalties, And The Digital Secondary Market	
Theodore Serra	27
陷入无尽的难题：独立企业全国联合会诉Sebelius案中的医疗补助和高压政治	
Plunging into Endless Difficulties: Medicaid and Coercion in National Federation of Independent Business V. Sebelius	

Nicole Huberfeld, Elizabeth Weeks Leonard, Kevin Outterson	28
未成形的刺破面纱制度	
Veil-Piercing Unbound	
Peter B. OH	28
知识产权领域迫在眉睫的iPRIZE革命	
the Impending iPRIZE Revolution in Intellectual Property Law	
Saul Levmore	29
瞄准重罪领域	
Taking Aim at Felony Possession	
Alexander C. Barrett	29
联邦的“诚信服务”权：马萨诸塞州对公共腐败的起诉	
the Commonwealth’s Right to “Honest Services”: Prosecuting Public Corruption in Massachusetts	
Jared B. Cohen	30
“缓出” FCPA 快捷支付的例外	
“Easing out” the FCPA Facilitation Payment Exception	
Emily N. Strauss	31
超越身份：通往平等的反歧视法路径的局限性	
Beyond Identities: the Limits of an Antidiscrimination Approach to Equality	
Martha Albertson Fineman	31
弃权的反向思考	
Reverse Abstention	
Samuel P. Jordan	32
具备结婚能力的年龄：对青少年婚姻民事认可的反思	
the Age of Marital Capacity: Reconsidering Civil Recognition of Adolescent Marriage	
Vivian E. Hamilton	32
难以置信的收缩对抗条款	
the Incredible Shrinking Confrontation Clause	
Jeffrey Bellin	33
当雪佛龙预见杨斯顿：国家安全与行政国家	
Chevron Meets Youngstown: National Security and the Administrative State	
Joseph Landau	34

漠不关心、干预与免疫缺陷：美国监狱中缺乏艾滋病毒/艾滋病医疗的影响与意义	
Indifference, Interruption, and Immunodeficiency: the Impact and Implications of Inadequate HIV/AIDS Care in U.S. Prisons	
Amber M. Charles	35
从对风角项目持续地方反对的角度再议有关海上风电产业的宏观思考	
Revisiting Federalism Concerns in the Offshore Wind Energy Industry in Light of Continued Local Opposition to the Cape Wind Project	
Timothy H. Powell	36
统计明知的解构	
Statistical Knowledge Deconstructed	
Kenneth W. Simons	36
新型司法尊重	
The New Judicial Deference	
Kim Lane Scheppelle	38
最高法院与刑事执法风险的监管	
The Supreme Court And The Regulation Of Risk In Criminal Law Enforcement	
Jonathan Remy Nash	38
死刑地理学及其分支	
The Geography Of The Death Penalty And Its Ramifications	
Robert J. Smith	38
详述一种新的付款拘束：券商的最大化利益标准	
Defining A New Punctilio Of An Honor: The Best Interest Standard For Broker-Dealers	
Nicholas S. Di Lorenzo	39
展示校风：为什么大学的配色方案和象征不能得到商标保护	
Showing Your School Spirit: Why University Color Schemes And Indicia Do Not Deserve Trademark Protection	
Stephanie Frank	39
呼叫最高法院：在押人员的使用电话的宪法权利	
Calling The Supreme Court: Prisoners' Constitutional Right To Telephone Use	
Peter R. Shults	40

制定权利	
Making Rights	
Nancy Leong	40
电子商务的国家税款的更理想途径	
A Better Way Forward For State Taxation Of E-Commerce	
David Gamage& Devin J. Heckman	41
国内法，美国的权力，国外争端：通过 Morrison 诉澳大利亚国民银行案深入理解国家法律的域外效力	
State Law, U.S. Power, Foreign Disputes: Understanding The Extraterritorial Effects Of State Law In The Wake Of Morrison V. National Australia Bank	
Katherine Florey	41
选择惩罚	
Choosing Punishment	
Miriam H. Baer	41
“冲突的法规”之争与涉税诉讼的司法尊重	
The Fight Over “Fighting Regs” And Judicial Deference In Tax Litigation	
Leandra Lederman	42
自由企业基金诉 PCAOB 案：重大的案件却造就了恶法	
Free Enterprise Fund V. Pcaob: In Which A Great Case Makes Bad Law	
Patrick Jiang	43
时间，地点以及更多问题：私人财产权以及依据 DNA 法案实施的连续扣押	
Questions Of Time, Place, And Mo(O)Re: Personal Property Rights And Continued Seizure Under The Dna Act	
Natalie Logan	43
慈善捐款的税收减免的隐藏限制：慈善捐款税收减免的导言	
The Hidden Limits Of The Charitable Deduction: An Introduction To Hypersalience	
Lilian V. Faulhaber	43
必要且适当的条款以及其法律先例	
The Necessary And Proper Clause And Its Legal Antecedents	
John F. Manning	44
Quon 案后的短信管制：旧法适用于新技术	
Compulsion Of Text Messages After Quon: Applying Old Law To New Technology	

Fred Kemper	44
一些随笔：关塔那摩海湾以外人身拘留保护法的扩展实施	
Some Holds Barred: Extending Executive Detention Habeas Law Beyond Guantanamo Bay	
Ashley E. Siegel	44
侵权的就业歧视	
Tortifying Employment Discrimination	
Charles A. Sullivan	45
强大的买方与合并执行	
Powerful Buyers And Merger Enforcement	
John B. Kirkwood	46
警方身份确认	
Policing Identity	
Wayne A. Logan	46
面对单人袭击的狼群战术：适用法律执行与刑事诉讼回应独狼恐怖主义的威胁	
Confronting The One-Man Wolf Pack: Adapting Law Enforcement And Prosecution Responses To The Threat Of Lone Wolf Terrorism	
Beau D. Barnes	47
投资一项集中的网络安全基础设施：为什么“黑客行动主义”能够并且应该影响网络安全改革	
Investing In A Centralized Cybersecurity Infrastructure: Why “Hacktivism” Can And Should Influence Cybersecurity Reform	
Brian B. Kelly	48
立法机关和行政冗余	
Legislative Organization And Administrative Redundancy	
Michael Doran	48
Palsgraf 的隐藏遗产：微观世界中的现代责任法	
The Hidden Legacy Of Palsgraf: Modern Duty Law In Microcosm	
W. Jonathan Cardi	49
对立法程序的司法审查的令人费解的抵抗	
The Puzzling Resistance To Judicial Review Of The Legislative Process	
Ittai Bar-Siman-Tov	50

公共法庭	
Public Forum 2.0	
Lyrissa Lidsky	50
宪法决策中的个人权利、司法尊重以及行政法规范	
Individual Rights, Judicial Deference, And Administrative Law Norms In Constitutional Decision Making	
Eric Berger	51
在没有法规的情况下监管你的病史：对电子医疗记录适用的私人监管框架	
Regulating Your Medical History Without Regulations: A Private Regulatory Framework To Electronic Health Record Adoption	
Jonathon H. Roth	51
将被告置于蛇穴：对原告提出的证据进行国家制造危险分析	
Throwing The Defendant Into The Snake Pit: Applying A State-Created Danger Analysis To Prosecutorial Fabrication Of Evidence	
Veronica Zhang	52
媒介与仇恨言论：为我们的信息时代培养数字公民	
Intermediaries And Hate Speech: Fostering Digital Citizenship For Our Information Age	
Danielle Keats Citron & Helen Norton	52
性与公民权的简史：在FLORES-VILLAR诉UNITED STATES一案中历史学家作为非当事人的意见陈述	
A Short History Of Sex And Citizenship: The Historians' Amicus Brief In Flores-Villar V. United States	
Kristin A. Collins	53
道德权利：限量版	
Moral Rights: Limited Edition	
Lior Zemer	53
所有的政治都是地方政治：纽约州中的州先占以及市内性犯罪者的居住限制	
All Politics Is Local: State Preemption And Municipal Sex Offender Residency Restrictions In New York State	
Caitlin J. Monjeau	53
妥善处理重罪谋杀	



Making The Best Of Felony Murder	
Guyora Binder	53
投票站启动（PPP）效应：在教堂（或者其他地方）投票是否是违宪的？	
The Polling Place Priming (Ppp) Effect: Is Voting In Churches (Or Anywhere Else) Unconstitutional?	
Jeremy A. Blumenthal & Terry L. Turnipseed	54
机会平等与慈善税收补贴	
Equality Of Opportunity And The Charitable Tax Subsidies	
Miranda Perry Fleischer	55
盗窃 DNA：认识非合意性基因结合与测试的犯罪	
Dna Theft: Recognizing The Crime Of Nonconsensual Genetic Collection And Testing	
Elizabeth E. Joh	56
特拉华州不可推卸的责任	
Delaware’S Non-Waivable Duties	
Lyman Johnson	57
汤普森法官与上诉法院确认过程	
Judge Thompson And The Appellate Court Confirmation Process	
Carl Tobias	57
围绕任命条款立法	
Legislating Around The Appointments Clause	
Matthew Hunter	57
检测证明理论： Elendez-Diaz 诉 Massachusetts 一案对国家层面上刑事诉讼与程序的影响	
Testing The Testimonial Doctrine: The Impact Of Melendez-Diaz V. Massachusetts On Statelevel Criminal Prosecutions And Procedure	
Valerie J. Silverman	57
MELVILLE M. BIGELOW：美国历史法学说中波士顿大学的被忽视的倡导者	
Melville M. Bigelow: Boston University’s Neglected Pioneer Of Historical Legal Scholarship In America	
David M. Rabban	58
在法律和经济学上超越个人主义	

Beyond Individualism In Law And Economics	
Robert Ahdieh	58
共同诉讼：社会、道德和法律义务	
Litigating Together: Social, Moral, And Legal Obligations	
Elizabeth Chamblee Burch	59
国会无法解决长期的问题	
Congress'S Inability To Solve Standing Problems	
Heather Elliott	59
土地使用争端解决问题的结构性障碍	
Structural Obstacles To Settlement Of Land Use Disputes	
Stewart E. Sterk	60
面向行政的代表理论	
Toward A Representational Theory Of The Executive	
Victoria F. Nourse & John P. Figura	61
通过直接民主规制堕胎：所有人的自由对抗大多数人的道德准则	
Regulating Abortion Through Direct Democracy: The Liberty Of All Versus The Moral Code Of A Majority	
Molly E. Carter	61
规制腐败：分析在当前反海外腐败法执行中的不确定性	
Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty In Current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement	
Lauren Giudice	61
对不利推断的不利推断：重构司法地位作为对诉讼当事人篡改证据的回应	
Adverse Inferences about Adverse Inferences: Restructuring Juridical Roles for Responding to Evidence Tampering by Parties to Litigation	
Dale A. Nance	61
自主权复兴：刑事被告人掌控案件的权利	
Resurrecting Autonomy:the Criminal Defendant's Right to Control the Case	
Erica J. Hashimoto	62
管理繁殖技术：时机掌握，不确定性以及捐赠人的匿名性	
Regulating Reproductive Technologies: Timing,Uncertainty,and Donor Anonymity	
Gaia Bernstein	63

将责任规则应用到 METATAG 案件中以及网络商标侵权的其它实例：怎样做到“没有损害就没有侵权”？

Applying Liability Rules to Metatag Cases and Other Instances of Trademark Infringement on the Internet:How to Get to “No Harm,No Foul”?

Daniel Devoe 64

人们来来往往，但是 ROE 坚持住了：为什么 ROE 诉 WADE 案不会被推翻？

Men Come and Go,but Roe Abides: Why ROE V. WADE Will not be Overruled?

Anthony Dutra 64

解释的规则：与它们相一致的数量能帮助彻底搞清楚有关程序的调查吗？

Interpretive Rules:Can Amount of Deference Accorded them Offer Insight into the Procedural Iniquity?

Thomas J. Fraser 65

所有人是否必须分担？针对最近复杂的诈骗受害案件中以公平之名实行的强制分担的一项调查

Should Owners Have to Share?an Examination of Forced Sharing in the Name of Fairness in Recent Multiple Fraud Victim Cases

Claire Seaton Rosa 65

国际引渡，不追究规则及国家主权问题

International Extradition,the Rule of Noninquiry,and the Problem of Sovereignty

John T. Parry 65

付费参与是否推动了公共养老金管理机构积极参与到证券集团诉讼中？一项实证主义研究

Is “Pay-to-Play”Driving Public Pension Fund Activism in Securities Class Actions?an Empirical Study

David H. Webber 66

棒球的道德危险：法律，经济和指定击球员规则

Baseball’s Moral Hazard:Law,Economics, and the Designated Hitter Rule

Dustin E. Buehler& Steve P. Calandrillo 66

两个国家，一个网络：对比美国和英国对色情淫秽的法律手段

Two Nations,One Web:Comparative Legal Approaches to Pornographic Obscenity by the United States and the United Kingdom

William T. Goldberg 67

基本著作权：思想的复杂性和观点共享的变化	
Elemental Copyright: the Complexity of Ideas and the Alchemy of Mind-share	
Todd Marabella	67
RICCI 案是否预示着一个新的差别影响？	
Does Ricci Herald a New Disparate Impact?	
Joseph A. Seiner & Benjamin N. Gutman	68
刑罚究竟有无重大意义？告知陪审团定罪后果的一项指示	
Is Punishment Relevant After All? a Prescription for Informing Juries of the Consequences of Conviction	
Jeffrey Bellin	68
商标合理使用改革法案	
The Trademark Fair Use Reform Act	
William Mcgeveran	69
最高法院对诉讼的抨击：为什么以及如何对健康法有益？	
The Supreme Court’s Assault on Litigation: Why(and how)it Might be Good for health Law	
Abigail R. Moncrieff	70
灰色地带：将有益于受益人规则运用到信托投资政策中	
Shades of Gary:Applying the Benefit-thebeneficiaries Rule to Trust Investment Directives	
Jeffrey A. Cooper	71
对“明智选择计划”的联邦管制：使在包装上标记营养成分制度服从美国食品药品监督管理局和联邦贸易委员会的共同管理	
Federal Regulation of the “smart choices program”:Subjecting Front-of package Nutrition Labeling Schemes to Concurrent Regulation by the FDA and the FTC	
Chelsea M. Childs	71
陷入困境：联邦国家居民获得州教育的权利	
Caught in the Crossfire:the Right of Federal Land Residents to a State Education	
Daphne Putka	72
处于停滞状态的行动自由？为了洲际旅行的基本权利的建立	
Freedom of Movement at a Standstill? Toward the Establishment of a Fundamental Right to Intrastate Travel	

Kathryn E. Wilhelm	72
金融监管的重新建构	
Reframing Financial Regulation	
Charles K. Whitehead	72
法律术语和专利普通法	
Legal Forms and the Common Law of Patents	
Craig Allen Nard	73
实质性标准和诚信机构	
Substantive Canons and Faithful Agency	
Amy Coney Barrett	73
依照先例的投票悖论	
The Precedent-Based Voting Paradox	
David S. Cohen	73
终于自由了！反从属和第十三修正案	
Free at Last! Anti-Subordination and the Thirteenth Amendment	
Rebecca E. Zietlow	74
国会未能凭借初等教育和高等教育法案实施平等保护	
The Congressional Failure to Enforce Equal Protection Through the Elementary and Secondary Education Act	
Derek W. Black	75
伦勃朗燃烧？反垄断法的限制财产授予者直接投资的权力	
Burn the Rembrandt? Trust Law's Limits on the Settlor's Power to Direct Investments	
John H. Langbein	75
传播责任：调查 DSHEA 和棒球类固醇丑闻之间的关系	
Spreading the Blame: Examining the Relationship Between DSHEA and the Baseball Steroids Scandal	
Andrew L. T. Green	75
埃文斯顿的遗产：一个处方——解决医院的两级竞争而合并的反垄断分析	
Evanston's Legacy: A Prescription for Addressing Two-Stage Competition in Hospital Merger Antitrust Analysis	
Erica L. Rice	76
合同中私立救济的理论	
A Theory of Self-Help Remedies in Contract	

Mark P. Gergen	76
州最高法院的撤销、异议和易变性:管辖权来源的集中性	
Reversal, Dissent, and Variability in State Supreme Courts: The Centrality of Jurisdictional Source	
Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller	76
非选择: 理解职工优先认股权折扣的缺乏	
The Non-Option: Understanding the Dearth of Discounted Employee Stock Options	
David I. Walker	77
惩罚的比较性质	
The Comparative Nature of Punishment	
Adam Kolber	77
阴影破产制度	
The Shadow Bankruptcy System	
Jonathan C. Lipson	78
解决三种环形分割法: 为什么第四修正案否定无权司机出租	
Resolving a Three-Way Circuit Split: Why Unauthorized Rental Drivers Should Be Denied Fourth Amendment Standing	
Darren M. Goldman	79
门的背后: 婚姻隐私的无效审判和跨越历史的权利	
Behind Closed Doors: Impotence Trials and the Trans-Historical Right to Marital Privacy	
Stephanie B. Hoffman	79
联邦制对 Adam walsh 法案的挑战	
Federalism Challenges to the Adam Walsh Act	
Robin Morse	79
政治讲坛: 税收优惠, 实质负担, 机构性自由运转	
Politics at the Pulpit: Tax Benefits, Substantial Burdens, and Institutional Free Exercise	
Lloyd Hitoshi Mayer	80
太阳能权利	
Solar Rights	
Sara C. Bronin	80

严格领土权能否终结软件专利收费	
Does Strict Territoriality Toll the End of Software Patents?	
Jim Ernstmeyer	81
再平衡公平与效率:1983 法案中间接禁止反言侵略性用途	
Rebalancing Fairness and Efficiency: The Offensive Use of Collateral Estoppel in § 1983 Actions	
Joshua M. D. Segal	81
分手困难:捍卫婚姻法的州, 迁徙的同性结婚、离婚, 和一个实用的财产分割解决方案	
Breaking Up Is Hard to Do: Mini-DOMA States, Migratory Same-Sex Marriage, Divorce, and a Practical Solution to Property Division	
John M. Yarwood	82
为何只有不良行为可以作为量刑的考虑因素?	
Why Are Only Bad Acts Good Sentencing Factors?	
Carissa Byrne Hessick	82
空头支票: 财产授予人的意图、统一信托法和信托投资法的未来	
Empty Promises: Settlor's Intent, The Uniform Trust Code, and the Future of Trust Investment Law	
Jeffrey A. Cooper	83
用不熄的火焰烧光谷壳: 有关对诉状的司法权, 两种学说的交叉能教会我们什么	
Burn Up the Chaff with Unquenchable Fire: What Two Doctrinal Intersections Can Teach Us About Judicial Power Over Pleadings	
Lonny S. Hoffman	84
谢弗林共识	
Chevron's Consensus	
Evan J. Criddle	84
惩罚家庭状况	
Punishing Family Status	
Jennifer M. Collins, Ethan J. Leib & Dan Markel	85
避免错误定罪的责任: 检察官管制中的思维实验	
The Duty to Avoid Wrongful Convictions: A Thought Experiment in the Regulation of Prosecutors	

Fred C. Zacharias & Bruce A. Green	85
网络中的民事权利	
Cyber Civil Rights	
Danielle Keats Citron	86
专利损害赔偿方式的改革及专利法的形式	
Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law	
David W. Opderbeck	87
在 Chevron and Brand X 时代对美国全国劳工关系委员会立法的司法控制	
Judicial Control of the National Labor Relations Board's Lawmaking in the Age of Chevron and Brand X	
Michael C. Harper	88
携带枪支但不能使用的权利？自卫性武力规则和非致命性武器渐增的效力	
A Right to Bear Firearms but Not to Use Them? Defensive Force Rules and the Increasing Effectiveness of Non-Lethal Weapons	
Paul H. Robinson	88
购者自慎：管辖规则、Bowles 诉 Russell 案和对司法制度的依赖	
Caveat Emptor: Jurisdictional Rules, Bowles v. Russell, and Reliance on Our Judicial System	
David S. Kantrowitz	89
“重建尼罗河”：行政报告、国际人权诉讼和政治问题排除原则	
“The Nile Reconstituted”：Executive Statements, International Human Rights Litigation, and the Political Question Doctrine	
Thomas R. Sutcliffe	89
运输通信	
Transporting Communications	
Susan P. Crawford	89
对抗强迫倾听的第一修正案的权利	
The First Amendment Right Against Compelled Listening	
Caroline Mala Corbin	90
神的悖论	
The God Paradox	
Joshua A. T. Fairfield	90



在局外人中缠绕: Gonzales 诉 Carhart 案以及对堕胎法表面挑战的终结	
Reeling in the Outlier: Gonzales v. Carhart and the End of Facial Challenges to Abortion Statutes	
Jill Hamers	91
探寻减轻国际卫生工作者移民的不良影响的法律框架	
Exploring Legal Frameworks to Mitigate the Negative Effects of International Health-Worker Migration	
Margaret Bomba	91
联邦补助金与州政府的决定	
Federal Grants, State Decisions	
Brian Galle	91
压制格鲁特诉 BOLLINGER 案的扩张可能性: 参与社区学校的家长诉西雅图第一学区案	
Stifling The Potential Of Grutter V. Bollinger: Parents Involved In Community Schools V. Seattle School District No. 1	
Michelle Adams	92
对于企业治理还有哪些重要事项?以银行监督为例	
What Else Matters For Corporate Governance? : The Case Of Bank Monitoring	
Joanna M. Shepherd, Frederick Tungand Albert H. Yoon	93
修订《电子通信隐私法》: 当频繁收到垃圾邮件时第四修正案的保护将发挥作用	
Amend The Ecpa: Fourth Amendment Protection Erodes As E-Mails Get Dusty	
Achal Oza	94
作为新闻记者的博客撰写人: 扩大证明书的权限	
Bloggers As Newsmen: Expanding The Testimonial Privilege	
Anne M. Macrander	94
政府言论的评估: 识别信息表达的来源	
The Measure Of Government Speech: Identifying Expression'S Source	
Helen Norton	94
振兴城市: 市政财政危机的法律救济	
Reviving Cities: Legal Remedies To Municipal Financial Crises	
Omer Kimhi	95
作者作为管家的“有限次数”	

The Author As Steward “For Limited Times”	
Roberta Rosenthal Kwall	96
迷失在翻译文化中：日本动漫、精神权利及市场阻碍	
“Lost In Translation”: Anime, Moral Rights, And Market Failure	
Joshua M. Daniels	96
言论自由框架：缓解外交事务权力和第一修正案中的自由之间的紧张关系	
The Liberty-Speech Framework: Resolving The Tension Between Foreign Affairs Power And First Amendment Freedoms	
Christiaan Highsmith	96
司法伦理学规则对司法公正的认知有影响吗？	
Do Judicial Ethics Canons Affect Perceptions Of Judicial Impartiality?	
Benjamin B. Strawn	97
气候变化和濒危物种法案：构建通往无模拟未来的桥梁	
Climate Change And The Endangered Species Act: Building Bridges To The No-Analog Future	
J.B. Ruhl	97
我们应该赋予联邦巡回法官更高的薪酬吗？	
Should We Pay Federal Circuit Judges More?	
Scott Baker	98
搜查和扣押法律中的因果关联	
Causal Relevance In The Law Of Search And Seizure	
Eric A. Johnson	99
有趣的生育权在联邦制下的未来	
The Intriguing Federalist Future Of Reproductive Rights	
Scott A. Moss& Douglas M. Raines	99
卫生法院？	
Health Courts?	
Philip G. Peters, Jr.	100
摇摇欲坠的框架：陪审团对巴特森世界的追求	
The Framework Comes Crumbling Down: Jury Quest In A Batson World	
James R. Gadwood	101

## 强烈反对政策：宪法性诉讼如何促进美国婚姻平等

Backlash Politics: How Constitutional  
Litigation Has Advanced Marriage Equality  
In The United States

William N. Eskridge Jr

（原文无摘要）

（2013 年 3 月 第 93 卷第 2 期第 275 页以下）

## 用税收应对执行费用问题

A Tax Response To The Executive Pay Problem

David I. Walker

（原文无摘要）

（2013 年 3 月 第 93 卷第 2 期第 325 页以下）

## 住房危机余波下的新形式主义

New Formalism In The Aftermath Of The Housing Crisis

Nestor M. Davidson

住房危机的痕迹遗留在随后产生的法律危机中。自 2007 年全国住宅区市场开始暴跌之后，取消抵押品赎回权以及与房屋相关的破产掀起了大波浪，并且六年之后几乎不曾减轻。因为面对该余波的法律制度，法院越来越多地承认借款人请求权，即出借人及其他有权参与抵押按揭的人没有按照与保障和转让其抵押利益相关的要求进行。

这些案子，关注了问题的各个方面，例如约束力，利益的真正当事人，任务链，抵押票据的流通性以及几乎在抵押困境的解决之道的每个方面中都有的类似信号更新手续。

这种住房危机余波下的新形式主义代表着讽刺的某些东西回归了法律体系。从按揭的最早期历史开始，出借人就有调用法律的清晰、锐利边缘的倾向，而在困境中的借款人常常为了自制诉诸于平等。后危机判例法因此倒置了贷方形式主义和借方灵活性之间的历史价值。

在此理解之上，本文做出了一个规范且理论的断言。从规范上来说，当学者大部分信奉新形式主义因其具有可说明性，这种一致忽略了该倾向的潜在消极后果。从长远来看，出借人拥有比顾客更多的资源来处理按揭困境诉讼的技术方面，并且关注于正式要求可能会转移对深入真实且有结构的问题的回应，危机中的这些问题历经五年多大部分仍没有解决。公平来说，从理论展望，该新形式主义阐明了在法律假定确定性和公平的灵活性之间常年存在的紧张感。新兴法律体系强调了财产的偶然性，因此，再一次，虽具有讽刺意义，仍需加强关于财产的多元概念，即使是在锋芒毕露的形式主义的严酷考验之下。（2013年3月第93卷第2期第389页以下）

## 集体诉讼，强调共有性和正义的倒退

Class Actions, Heightened Commonality,

And Declining Access To Justice

A. Benjamin Spencer

想要被证明是联邦民事诉讼法第23条规定的集体的前提是：该集体存在法律或事实上的共有问题。尽管这种“共有”要求迄今为止被认为是十分容易满足的，在Wal-Mart商店，股份有限公司诉Dukes案中，高等法院通过附加一个义务，即是否可以视作集体的“中心”争点是共同损害和共同争端，赋予了该要求新的生机。关于23条共有要求的该种解读不仅没有法律条文的支撑，而且对该共有的历史解读在集体诉讼和合并诉讼条文中也都存在不一致。法院关于加强共有标准的强有力的论点可通过结合Dukes案中有争议的差别待遇主张的法律依据，支配地位和共有的合并，以及法院显然倾向于对程序规则进行缩小解释来促进增长来进行解释。尽管Dukes案法院提高共有标准的不幸后果将成为从来无法

想象的集体资格的生动挑战，本文敦促法院反对强调共有性，并以按照语言真意和共有问题要求的历史的方式来解读第 23 条。（2013 年 3 月 第 93 卷第 2 期第 441 页以下）

## 诉讼信仰

Litigating Religion

Michael A. Helfand

本文讨论了当事人如何解决反对信仰理论和实践的争端——也就是，人们怎么诉讼信仰。在现行宪法性理论下，诉讼信仰通常是两种类型的信仰机构的任务：第一，信仰仲裁庭，其决定受仲裁学说的保护；第二，信仰法庭，其决定受信仰条款保护。这些机构扮演该种角色受到了口头攻击，很大程度上是因为信仰条款现在被理解为是用来禁止法院解决信仰问题的。按照实际情况来说，该“信仰问题”学说是被解读为禁止法院诉讼信仰。

考虑到选择当事人诉讼信仰时所拥有的，使当前框架中的间隙更加突出。随着案件数量的不断增长，没有信仰机构被授权对原告寻求解决主张反对信仰问题时的案件作出裁决，信仰仲裁庭不可以，信仰法院也不可以。结果就是，禁止法院诉讼信仰创立了一个裁判空白，个人无法得到正义保护。事实上，本文主张，该判决空白是基于植入最高法院第一修正案法律体系的一个错误，其错误地解释了信仰条款以致于禁止法院解决信仰问题。反之，信仰条款应被解释为要求法院尊重其他信仰机构。然而，当没有其他信仰机构准备好来解决信仰争端时，法院应当来解决，同时作为宪法性理论和明智稳妥的政策的一种方法，在诉讼信仰中扮演更积极的角色。（2013 年 3 月 第 93 卷第 2 期第 493 页以下）

## 重新划区的诉讼和民主规划的授权

Redistricting Litigation And  
The Delegation Of Democratic Design

Lisa Marshall Manheim

重划选区界限的权力就是规划选择权的权力。因此任何被授权重新划区的权威都被赋予极大的重要性。尽管在国家的任一管辖范围中，重新划区的权力已经被授予对很大程度上逃离学术关注参与的行为者的不同收集。他们普通到会被忽略：他们是重新划区的诉讼参与人。这些行为者在进程中的参与形成一个惊人的重新划区形式。尽管这些诉讼参与人中的大部分不是挑选的、指定的或者是经整个选区通过任何方式审查的，他们是以深思熟虑和政治上的后果的方式授权来影响选取界限；通过不提供集团诉讼保护或其它防御措施影响无党派人士的权利；以及开拓一个程序管理体制，由于选举周期的时间压力，在赋予诉讼参与人重大影响来促进其自身议程的方法上变得反常。这些特征反映了一个不是经过深思熟虑的规划发展而成的管理体制，而是通过司法干预的偶然影响。本文通过揭露为公开承认的重新划区诉讼参与人的权力回应了在文献中一直存在的缺口。其鉴别了参与者提出的关于重新划区过程的结果、效率和合理性的担忧，并通过目标改革讨论作出总结。这些改革，包括制度调整意味着减少对诉讼参与人的依赖，程序改革意味着给无党派人士更大发言权。（2013年3月 第93卷第2期第563页以下）

## 利益均衡和国际回避

Interest Balancing And International Abstention

Gaspard Curioni

国际平行诉讼被期待着像跨国诉讼增长那样越来越频繁以与全球化现象保持一致。作为对重叠诉讼的代价和搅乱战术的回应，美国法院已经改善了其国内司法管辖权学说并将之适用于国际环境中。近几年受到重大关注的一个学说就是国际回避，美国法院据此拒绝对国外法院待决诉讼的案件行使司法管辖权。该学说的大部分还不确定，相当重要的原因是最高法院它还没有处理好放弃支持外国法院判决的正当理由以及该种回避应当采取的形式。在一些罕见的情况下，巡回

审判降低国际回避的地位，但在其他时候更加注重国际礼让。同时，从欧洲适用异地未决诉讼原则的经验中寻找线索，一些评论家已呼吁采用赞成回避的假设。然而，被提议的该假定规则并不能充分保护美国的主权利益，因为其缺少了不同国家法院之间的必不可少的相互信任。本文认为，充分考虑到礼让和美国司法管辖利益二者，因此，利益均衡的方法是国际回避学说的最佳折中。（2013年3月第93卷第2期第621页以下）

## 名字有什么价值？知识产权领域

### 归属价值的试验性测试

What'S A Name Worth?: Experimental Tests Of  
The Value Of Attribution In Intellectual Property

Christopher Jon Sprigman, Christopher Buccafusco & Zachary Burns

尽管相当多的调查显示发明者价值归属就是以一项成果的创造者命名，美国知识产权（IP）法不为绝大多数发明者提供归属的权利。然而，在大西洋的另一端，许多欧洲国家至少从他们的版权法上赋予发明者更强大的归属权。乍一看似乎美国错了，欧洲人在向发明者提供他们所重视的权利方面做出了更好的政策选择。但通过本文中下述解释的理由会发现，事实要复杂得多。

本文描述了一系列首次尝试从数量上赋予发明者归属权的价值的实验。在之前的研究中，我们已发现知识产权发明者从属于“创造性影响”，这导致了他们实质上对他们的成果赋予了比新古典经济学理论所预测的更高的价值。本文描述的前两个实验提出了一个可以减少“创造性影响”的方法：发明者为了获得他们成果的归属权会乐于牺牲重大经济报酬。发明者归属权的价值提出了一个问题：美国知识产权法是否应当重构来赋予发明者以默示的归属权。

此处描述的第三个也是最重要的实验对赋予发明者该种默示权利的价值产生怀疑，因为发明者归属价值并不依赖于法律规则是否赋予其原初法定权利的地位。当发明者被赋予默示归属权时，将比归属权不是默认选项时更重视信用达四倍之多。我们的发现清楚地表明，获得发明者价值归属的预期可以使交易更有效

率。同时自相矛盾的是，我们的发现建议在重构美国法律之前要小心谨慎，因为它并没有为大多数发明者提供归属权。的确，也有可能，在我们描绘的情形下，赋予发明者默认归属权将导致交易效率更低。

最后，我们的发现对所有权理论有比知识产权法或归属权更宽广的影响。第三个实验表明乐于将默认法律权利作为其权利原始补充的一部分的当事人将倾向于像其他形式的原始权利一样对待该法律权利，然后像新古典经济学理论所预测的那样高估它。这对怎样有效地在任何情形下构筑默示条款提出了一个原则。在其他条件相同的情况下，一个有效的构筑默示条款应将原始法律权利赋予不太可能过分重视该权利的一方，或者说，如果估价过高在所难免，无论该原始权利置于何处，尽可能赋予较少地过分重视的当事人。（2013年3月 第93卷第2期第1389页以下）

## 法律与人性：两种企图

Law And Humanities: Two Attempts

Peter Brooks

这两篇讲稿于2012年9月10日和11日作为波士顿大学的法律著名演讲丛书的一部分首次登载。在这里，通过最小限度的修正，他们以两个相关领域的论文的形式出现，讨论了独特观点，但共同受到我们对法律的理解和方法如何被从文学学习中抽离出的课程所改变这一常用题材的制约。（2013年3月 第93卷第2期第1437页以下）

## 自由主义者的错误神义论

Liberalism's Errant Theodicy

Michael C. Dorf

（原文无摘要）

（2013年3月 第93卷第2期第1469页以下）



## 有序的自由：对MICHAEL DORF的回应

Ordered Liberty: Response To Michael Dorf

James E. Fleming & Linda C. McClain

(原文无摘要)

(2013年3月 第93卷第2期第1481页以下)

## 颇具攻击性的贩卖毒品罪：在美国及英国

### 将程序正义理论应用于毒品定罪

Offensive Drug Offenses: Applying Procedural Justice Theory To Drug

Sentencing In The United States And United Kingdom

Alexandra B. Bonneau

(原文无摘要)

(2013年3月 第93卷第2期第1485页以下)

## 在规章年代暂停宣布职务

Recess Appointments In The Age Of Regulation

Jonathan Turley

Bob Curtin:通过这种方式事情在明天甚至今天晚上就可以分割，那样不是更好吗？

Fred C. Dobbs:那样更有利于你，不是吗？

Curtin:为什么我比你更有利？

Dobbs:这样你可以从后面指向我，悄悄靠近并从背后射击我。

Curtin:好吧，那我先走。

Dobbs:然后在山径上等着伏击我?

Curtin:如果我想杀了你那我为什么不此时在这里立刻就做?

Dobbs:我来告诉你为什么。因为你是耶拉。当我眼睛直视你的时候你没有足够的勇气扣动扳机。

Curtin:如果你是那么想的,除了每天晚上把你绑起来之外就别无他法了。

Dobbs:我告诉你,我们打个小赌,我赌你会比我早睡觉。

(2013年10月第93卷第5期第1523页以下)

## 扩大专利法用户之诉的例外

Expanding Patent Law'S Customer Suit Exception

Brian J. Love & James C. Yoon

近些年来,主要因损价值损害而提出的专利诉讼显著增加。未参与研发的专利持有者,例如 Innovatio, ArrivalStar, Lodsys, PACid 以及其他许多专利持有者已经对专利侵权人提起成千上万的诉讼,这样的诉讼案件一般勉强接受低于成本甚至是轻微辩护的结果。像这样的诉讼绝大多数以各个经销商和所谓产品的终端用户为目标,而不是被控产品的原始制造商。更多的个体被告意味着更多的律师、更多的发现,因此,会有更多的充实结算金额的诉讼费用。为了帮助解决该问题,笔者建议复兴并扩张一个遗忘的被称为“用户之诉例外”的专利法规则。当该规则的要求被满足时,法院可延缓针对“用户”被告提起的专利之诉,推迟对专利权所有人和被控技术的制造商之间的诉讼结果的决定。这样做大幅度减少了专利所有权人强征诉讼费用的能力,更进一步来说,将防御的缰绳交给在诉讼中能更好应对挑战并珍视专利权的一方。不幸的是,案例法中适用的这种例外随着时间流逝已经变得越来越刻板,结果就是,延缓用户之诉的试验现在非常难以满足。本文探究了用户之诉例外的历史与变革,解释了该学说现在很少被援引和适用的原因,并建议法院应当更常延缓用户之诉来促进诉讼结果反映的是所维护的专利价值,而非诉讼费用。(2013年10月第93卷第5期第1605页以下)

## 违背 DNA：反思科学无罪证明时代中陪审团的角色

Defying Dna: Rethinking The Role Of The Jury

In An Age Of Scientific Proof Of Innocence

Andrea Roth

在 1946 年，当陪审团要求查理卓别林抚养一个根据明确的血液测试显然不是他的孩子后，公众的愤怒爆发了。半个世纪之后，陪审团又再次反抗显然确实的无罪证据，基于供认或目击者而认定刑事被告人有罪，不管可以证明无罪的 DNA 测试结果。有人也许期待该种案件的法官会以该证据在法律上不充分而直接赦免，因为任何理性陪审员都不能在存在合理怀疑时判决有罪为理由。然而目前还没有发生。相反，当陪审团基于证据证明形成一个有罪的实质确信时，法院听从他们的，无论是否薄弱，即使是会被高度引人注目的无罪证据所反驳。在本文中，笔者认为违背 DNA 的有罪裁决独特地颠覆了在该听从理论中潜在的三种假设。第一，陪审团尤其擅长决定可信性，并且公众也这么认为。第二，那种作为陪审团职权的保留可信性通过避免机械审判维持了体系合法。第三，合理怀疑标准应当更关注于陪审团对有罪的实质确信而不是单单取决于证据的数量和质量。在解释了为什么遵循规则为不正义的之后，我提议大量法律应作出改变，在证据难以确信有罪时免除定罪，这样同样确保了法不在认知基础上附加科学或者不当干涉陪审团作为社会发言者及良知代表的角色。（2013 年 10 月 第 93 卷第 5 期 第 1643 页以下）

## 控制军备竞赛：移动健康应用和机构处理方式

The Regulatory Arms Race: Mobile-Health

Applications And Agency Posturing

Daniel F. Schulke

移动健康应用很大程度上不受联邦政府管制。这些应用对于降低照顾慢性病患者成本有巨大的潜力。这在农村地区表现得尤为真实，移动健康应用可以促进病患参与并提高护理质量。尽管这些应用对转变和提高病人护理有作用，不受约束的应用仍有可能伤害病患或者不小心泄露应予保护的健康信息。美国食品药品监督管理局已明确肯定会将一些移动健康应用作为医疗设备进行管辖。然而，美国食品药品监督管理局缺少管理数据安全和设备互操作性的经验，国家健康 IT 协调办公室却有着实质性的经验。本文探究了几种管理移动健康应用的框架及其各自的优点和缺点。本文通过提出两个独立的移动健康应用管理框架及对不同框架负责的不同机构来作出总结。最后，美国食品药品监督管理局应运用其权威来调节移动健康应用临床的安全性和有效性，因为其给病患带来了巨大的健康风险。数据安全和更低的互操作性是保障病人的重要考虑因素，在国家健康 IT 协调办公室监督之下的秘密监管操作应对该领域的执行保护承担最终责任。（2013 年 10 月 第 93 卷第 5 期第 1699 页以下）

## 调整转售：REDIGI 公司，版税以及电子二级市场

Rebalancing At Resale: Redigi, Royalties,

And The Digital Secondary Market

Theodore Serra

本文探讨了蕴含在电子工作零售中与 REDIGI 公司诉讼背景相违背的各种法律与政策考虑，它考虑了初级销售例外的历史和变革，著作权法中的规则，传统上允许合法获得复制品所有者在没有事先寻求著作权所有人的允许时转售。本文分析了由法院和评论家得出的关于电子转售的冲突结论。例如，审理 REDIGI 的法庭，干脆认为电子转售是不允许的，在某种程度上是因为初次销售例外不适用于电子产物。而另一方面，部分学者，坚持认为电子转售根据公共政策和习惯法先例明显是允许的。本文认为该两种观点都是不充分的，本文总结出：经初级买卖例外授权的二级市场继续在电子世界中发挥重要作用，这必须维持。为了这么做，国会必须重新平衡版权所有者和消费者之间的利益，也就是说，在全社会，

通过修改版权法案来将转售版税纳入其中。该种电子环境给版权所有者带来了独一无二的风险，转售版税可以弥补那些风险以及补偿版权所有者对电子产品的持续利用。本文接着提出了适用于该转售版税体制的模式，同时注意了视觉艺术语境中所提议的和现存的转售版税，以及对当前声像电子作品版税进行评估和收集。本文总结道：电子转售版税，作为保护二级市场和扩大初级销售例外使其包含电子产品的长远目标的一部分，有效且公平地平衡了版权所有者新颖且合情合理的考虑和消费者摒弃不欲之财产这一传统且重要的能力，尽管财产是虚拟的。

(2013年10月 第93卷第5期第1753页以下)

(茹翼译)

(李文婷校)

## 陷入无尽的难题：独立企业全国联合会 诉Sebelius案中的医疗补助和高压政治

Plunging into Endless Difficulties: Medicaid and Coercion  
in National Federation of Independent Business V. Sebelius  
Nicole Huberfeld, Elizabeth Weeks Leonard, Kevin Outterson

(原文无摘要)

(2013年1月 第93卷第1期第1页以下)

## 未成形的刺破面纱制度

Veil-Piercing Unbound

Peter B. OH

刺破面纱制度是一种公平的救济。这种简单的意识已经消失很久了。这种起初作为公司债权人接触股东个人资产的办法，日益转变为原则性黑洞。法院对这一无规则因素的广泛适用，使得该制度由于潜在危害而逐渐萎缩，这种危害产生的排他、无原则性、不可预计的结果对于企业家、诉讼当事人以及学者们都是相似的。

刺破面纱制度被误用是因为它被误解了。将刺破面纱制度视为限制法人能力的例外这一传统方法，只有在后者缺乏法人能力时才有可能具有正当理由，同时这一方法基于不同类型的债权人诉请、法人以及股东而不同。只有在诉请不能对抗被告公司时，寻求来自股东的派生性救济的情形才会出现。因此刺破面纱制度作为第二位的救济，与法人能力和理性的受限相分离。

为了弥补刺破面纱制度的缺陷，公司法必须超越自身作出审视。几个世纪以来，赔偿法带有明显的推定信托的性质，该公平救济从富足且无理据的一方取回之前被侵占的财产。本文新颖地重构刺破面纱制度，将该制度看做推定信托，并证明了该制度对证据充分的法人可以产生更为一致的、有效的影响。（2013年1月 第93卷第1期第89页以下）

## 知识产权领域迫在眉睫的iPRIZE革命

the Impending iPRIZE Revolution in Intellectual Property Law

Saul Levmore

随着经济日益被服务与创意主导，知识产权法应该如何转变呢？本文解释了在上世纪或近两个世纪以来，为何推动财产权范围的扩大的利益群体和其他力量在创意主导型经济下被重构了。这次重构设定了奖励——包括补助、补贴以及各种契约承诺——相较财产权来说是更具可能性并更具吸引力的激励手段。该理论预测，相较于专利，补贴及它奖励的应用量的增加。这些奖励可能属于事前类型，它们在激励措施前被提供，这些奖励也可能属于事后的类型，它们被用于奖励成绩也以鼓励为未来预期产出作出贡献的改革者。讨论从专利法转移到版权，从机器、制药到饱受困扰的新闻采集业，由于数码传递的低成本 iPrize 革命似乎更加迫切与猛烈。（2013年1月 第93卷第1期第139页以下）

## 瞄准重罪领域

Taking Aim at Felony Possession

Alexander C. Barrett

最高法院在2008年哥伦比亚特区诉 Heller案中首次强调：美国宪法第二修正案保障个人持有和携带武器的权利。一直存在争议的枪支管制讨论在Heller案和伴随此案产生的低等法院的规则中确定下来。政府管制枪支最广为人知的手段是通过重罪禁止枪支持有。在联邦层面，美国法典第18编第922节第g条第1款（18 U.S.C. § 922(g)(1)）规定：根据州或联邦法律拥有枪支为重罪的话，即为重罪。虽然这无疑是值得称道的目标，但是922节第g条第1款禁止枪支持有的方式几乎所有都是非暴力获罪，此外这也增加了未来危险的几率。在Helle案对个人为自卫拥有武器的权利的明确来看，法律的大幅度转向可能引发宪法性问题。简而言之，非暴力获罪似乎至少有强有力的理由——扩大法律的适用范围。

在法院针对Heller案判决作出声明后，大量暴力犯和其他根据第922节第g条第1款应定为重罪的犯人，寻求在法律侵犯他们宪法第二修正案权利的层面上挑战先前的信念。一些下级法院这些挑战已经影响了部分判决，表面上反对这些挑战，但已经意识到非暴力犯罪作为施加型挑战可能更好。其他人则持这样的立场：所有的重罪都可以通过宪法禁止持有枪支而加以防范。

本文考察了下级联邦法院中发生的诉讼。文章按年份梳理了法院细化宪法第二修正案主张的评价标准。本文随后解释了为何由非暴力犯罪引发的对第922节第g条第1款的挑战，相较于下级法院采取的分类方法更值得关注。最后，本文详细分析了Heller案的观点，为通过非暴力犯罪禁止枪支持有寻找历史的及目的与手段的理据。在这方面，本文总结认为施加型挑战成功可能性的完全释放并不依赖 Heller案，当法律适用于非暴力重罪时，现今支持法律的证明力还相当弱。本文建议将法律对非暴力犯罪适用的思考留待合适的案例实践并由政府承担证明法律合宪性的任务，而法院应当参照第一、第四和第七巡回法院的先例。（2013年1月 第93卷第1期第163页以下）

## 联邦的“诚信服务”权：马萨诸塞州对公共腐败的起诉

the Commonwealth's Right to "Honest Services":

Prosecuting Public Corruption in Massachusetts

Jared B. Cohen

马萨诸塞州的政客发现他们在联邦力图打击公共腐败的十字线上反复。但是就最高法院对Skilling诉美国案作出的著名判决看，判决腐败的州议员以及其他公务员触犯所谓的“诚信服务”欺诈罪——这是起诉公务员辜负民众信任的长期、优先使用的策略——可能不再像其曾经那么简单。本文考查了联邦反腐败法的结构，认为其足以解决困扰马萨诸塞州的此种政治腐败问题，并严正强调了对诚信服务法整体演进评价。本文基于重要理据但同时也承认其局限性，在此基础上本文总结认为：正如马萨诸塞州与第一巡回法庭实践中适用的，诚信服务欺诈条款作为对抗政治腐败的手段仍然是实用与有效的。因为很难相信更加健全的刑事制裁手段具有事实上的必要性或者能进一步提升反腐败的成效，本文建议未来的任何改革都应该着重改变法律形式，以更好地反映法律作为反腐败手段真实的目的和功能。以上方法可以促进利益透明化以及刑罚典中的平等告知义务、提升公信力并彰显了对抗公共腐败的象征性承诺而不是通过当今诚信服务条款模糊一般的表述迂回前进。（2013年1月 第93卷第1期第201页以下）

## “缓出” FCPA 快捷支付的例外

“Easing out” the FCPA Facilitation Payment Exception

Emily N. Strauss

（原文无摘要）

（2013年1月 第93卷第1期第235页以下）

## 超越身份：通往平等的反歧视法路径的局限性

Beyond Identities: the Limits of an Antidiscrimination Approach to Equality

Martha Albertson Fineman

（原文无摘要）

（2013年12月 第92卷第6期第1713页以下）



## 弃权的反向思考

Reverse Abstention

Samuel P. Jordan

州法院每天都会对基于联邦或友好州的法律提出的主张作出判决。虽然可适用的宪法条款是不同的，但是最高法院对这些诉讼请求加以概念化限制的方式却具有显著相似性。本文的目标之一就是梳理这些相似处，为法院的司法联邦主义方式提供总结性描述。但是，更为宏大的目标并不是描述法院的方式，而是替代现有的方式。当前对区别对待和干预的过分强调给州法院施加了负担和莫须有的义务。更为灵活的司法联邦主义方式是必须的，本文通过发展一种新的分析框架为达成这一目标上奠定坚实的基础，这种新框架着重关注了损害。当州法院未充分尊重法律作出判决时，损害就发生了。此外，在别无选择的情况下同一法院对案件拒绝受理时，损害也会产生。任一损害都不应得到包容。但是当州法院决绝作出判决，并且拒绝作出判决的方式对法律正确并不产生任何损害时，弃权是应该被容忍的，甚至也许是可以赞成的。（2013年12月 第92卷第6期第1771页以下）

## 具备结婚能力的年龄：对青少年婚姻民事认可的反思

the Age of Marital Capacity:

Reconsidering Civil Recognition of Adolescent Marriage

Vivian E. Hamilton

数十年来结婚年龄一直是对婚姻失败最强有力并最明确的预测。青春期中期结婚的夫妇几乎有80%的可能性离婚，随着结婚年龄的延后离婚率稳步下降。结婚年龄推迟至25岁左右离婚的可能性相较而言低30%。结婚年龄在21岁或者低于21岁的女性——十分之一的美国女性在该年龄段结婚——相较21岁后结婚的女性，她们的身心健康状况更为糟糕、学历水平收入水平更低。离婚后，她们和他们的孩子相较于未婚妈妈和未婚宝宝将会承受更巨大的经济贫困和经济不稳定，因为单亲妈妈们在市场工作和教育方面投入的更多。

虽然早婚的社会成本是非常高昂的，但国家的政策却忽略了当下成千上

万已婚的或离异的年轻人，也忽视了考虑早婚的人群。对早婚及其规范的综合分析却是缺位的，本文便承担起这一使命。

本文认为文化和结构性转型的历史综合作用同时改变着社会功能和当代婚姻的意义，延长了成年人的发展阶段。催生了新概念“结婚能力”的产生以取代当前法律中合意的概念，在当代婚姻状况下合意的概念已然不够充分。新概念考虑到青少年以及新兴成年人理解并意愿结婚的认知能力，也考虑到他们的心理不成熟且尚未完全具备维持现代婚姻的能力。

初婚的平均年龄正在提高，反映出社会逐渐适应于这些文化和结构性转型。但是，法律改变却滞后了。即使法律只是家庭形成的结构性影响因素之一，但是法律变化带来的结婚年龄与当今社会状况相一致，将会对早婚带来的个人压力的缓解、社会成本的降低带来深远影响。（2013年12月 第92卷第6期第1817页以下）

## 难以置信的收缩对抗条款

the Incredible Shrinking Confrontation Clause

Jeffrey Bellin

最高法院近来就对抗条款法理解释上的急剧转向使学者们辗转于诸多冲突情绪：喜悦、绝望、否定以及或许很快嘲讽着接受了。绝大多数评论家为俄亥俄州诉Roberts案确立的内在矛盾的框架的终止欢呼，然而他们的热情随着法院对Davis诉华盛顿州以及Bryant诉密歇根州的判决而大幅消减，因为该判决暴露出法律发展过程中产生的缺陷并急剧地打压了刚复兴的对抗性权利。

近来学界正努力通过扩展“证明性”陈述——法院现已将其看作有关对抗条款唯一证据形式——的学理定义以复兴其理论研究。本文意在另辟蹊径以达成相似的目标。本文承认法院的关注对象，承认法院的“证明性”陈述的有效性，将不可避免地带来开学术发展。本文并非意将对抗性权利的范围扩展至“非证明性”传闻证据，相反地本文认为宪法局限性——尽管界定并不那么严格——也在对抗性条款的政策、原文以及历史的意义为这一类型的证据提供理据。本文随后详细论述最高法院如何能够（与以上历史性、文本性和政策性论述保持一致）将准

用非证明性传闻证据的局限性融入其新理论。

“在所有刑事诉讼中，被告享有与对其不利的证人对质的权利。”

——美国联邦宪法第六修

正案

“我不知道为什么一个人拥有与指控他的证人对质的宪法性权利，如果在对其的缺席审判中存在单纯的口头声明，也可以作为有效证据。”

——首席大法官约翰·马

歇尔（2013年12月 第92卷第6期第1865页以下）

## 当雪佛龙预见杨斯顿：国家安全与行政国家

Chevron Meets Youngstown: National Security and the Administrative State

Joseph Landau

近年来，有关国家安全和行政法交集部分的学术研究大批涌现。这一研究的许多拥护者高度“有力”地赞扬了雪佛龙公司在紧急状态下对总统命令的尊重。这些雪佛龙拥护者相信政府在获取信息、在司法审查中很少被问责方面具有技术性优势，他们推崇国家安全方面的行政中心论。相反地，其他学者在雪佛龙公司与国家安全的关系上存在争议。这些批评雪佛龙公司的学者认为国家安全事务中应该存在司法干预。两方阵营都批评了最高法院在9·11后进一步向行政权屈从：雪佛龙公司的支持者认为法院没有给予总统足够的尊重，而反对者则认为法院没有为个人自由划定界限。但是，双方都对杰克逊法官在近来国家安全案件判决中扮演的角色不甚满意。杨斯顿案使得国会立法——并非是行政权力或个人权利——在个体自由对抗行政权力的案件中成文中心焦点。后9·11时代的最高法院，在杰克逊法官的带领下已经通过将缺乏一致政策支持国会政策问题发回重审，从而促进对国会立法司法审查权的行使。这种双分支理论的支配为国家安全政策的司法审查奠定重要的法治基础，这一点是雪佛龙事件的支持者和反对者所忽视的。（2013年12月 第92卷第6期第1917页以下）

# 漠不关心、干预与免疫缺陷：美国监狱中缺乏艾滋病毒 /艾滋病医疗的影响与意义

Indifference, Interruption, and Immunodeficiency: the Impact and Implications  
of Inadequate HIV/AIDS Care in U.S. Prisons

Amber M. Charles

自1980年艾滋病毒/艾滋病被发现以来，仅仅在美国就有约50万感染者，疾病预防控制中心的报告显示目前有超100万公民感染艾滋病毒/艾滋病。虽然疾病的医疗已经取得实质性进步，但是艾滋病毒/艾滋病仍然是不可治愈的，三分之一的感染者仍然在短短一年内从人体免疫力缺损病毒（HIV）的初期感染者变为艾滋病毒携带者/艾滋病病人。此外，感染的速率迅速影响特定的社会人群，尤其是少数族裔、静脉注射吸毒者以及社会经济底层。相同的风险危及到另一人群：囚犯。事实上，艾滋病毒/艾滋病在这类人群中的增长速度是一般人群的3.5倍。这种高感染率使我们注意到美国的“毒品战争”在监狱人群中的扩张作用，监禁者中静脉注射吸毒者比例很高，实施警务程序通常只针对低收入人群。这也说明了监狱医疗作为成功艾滋病毒/艾滋病治疗点的公共卫生干预措施的重要性。

本文考查了监狱艾滋病毒/艾滋病医疗的法律意义。意识到呈阳性的个人一旦入狱，通常不能得到充分和持续的艾滋病毒/艾滋病医疗，本文认为法院考虑不充分医疗的索赔，错在广泛地排斥了囚犯在宪法第八修正案下的权利，该权利由Estelle诉Gamble案阐发为“刻意冷漠”的标准。通过对Estelle案后其他案件的考查，本文认为：对重病治疗需要的刻意冷漠，可以通过对明显必然风险的忽视表现出来。在此基础上，本文认为对艾滋病毒/艾滋病的广泛社会、文化认知，以及监狱行政官员对该疾病及其对健康影响（从近三十年对阳性囚犯的照料的经验来看）的清晰认知，足以证明危险的明显性与监狱中的艾滋病毒/艾滋病医疗存在联系。此外，从领先的监狱医疗认证机构明确的治疗指南指出，照顾的相应标准是监狱管理者应熟记于心的。因此，本文总结认为囚犯的不充分医疗索赔权应该在Estelle案下得到保护。（2013年12月 第92卷第6期第1979页以下）

# 从对风角项目持续地方反对的角度 再议有关海上风电产业的宏观思考

Revisiting Federalism Concerns in the Offshore Wind Energy Industry in Light  
of Continued Local Opposition to the Cape Wind Project

Timothy H. Powell

近年来在美国，开发海上风电项目的兴趣大大增加。一个旨在在Nantucket Sound湾的潜水水域开发海上风电设备的项目被提出（该项目现在被称为“风角”），该项目近来已经得到其继续进行所需要的联邦、州及地方的批准。这些批准仅仅经过十年的论战就达成了，论战的争点围绕错综复杂且不断变化的管理体制展开，此外来自地方民间团体的私人立法也挑战着批准过程中的每一步。与当前管理体制有关的高成本和延误，如果不加以改造将很有可能阻碍未来美国风电项目的发展。本文为当前联邦管理下的管理体制和风角项目的历史变迁提供梗概，与此同时本文着重列举了近来强烈地方反对的两个例子。本文认为假定海上风电项目优势与成本是地方固有属性，许可制应当被引入从而给沿海州以管理其海上风力资源的基础规制权。对于项目所在地的当地管理，以及州之间有关海上风电发展的竞争，将会导致我国海上风电资源更为有效地分配、避免风角的现行管理体制带来的成本和延误。（2013年12月 第92卷第6期第2023页以下）

（李文婷 译）

（茹 翼 校）

## 统计明知的解构

Statistical Knowledge Deconstructed

Kenneth W. Simons

法律总是能够将个人明知或意识到某人的行为会伤害到特定的受害者与统计学上的明知或意识到某人的单个行为或多个行为有很高的统计概率将会伤害一大类潜在受害者中的一人或多人相区分。（将某人驾车通过路口时意识到自己可能会撞到人行道上的行人与某人管理一项自己坚信会造成工人受伤的大型建

设项目相比较)根据侵权法和刑法学说,通常很难证明一个人在行为时其主观是否明知并且如果不能证明主观明知,在行为时主观具有统计学上的明知,则更具有有责性。然而这种区别很难解释与抗辩。

本文最先对这个普遍存在而又受到低估的问题进行系统分析,为个人明知与统计学上的明知间的区分提出一个合格的理由。通常情况下,主观是个人明知的行为比主观是统计明知的行为更应当受到惩罚,而且主观是统计明知的行为经常根本不会受到惩罚。扩大一个行为或重复一系列行为的空间或时间范围,有时会导致行为人具有统计上的明知,但这种范围上的扩大,通常情况下不会提高适当归咎行为人有责性的标准。两个不变的可责性原则:“行为累计可责性不变”以及“风险承担累计可责性不变”使得这个观点正式化。

为什么主观是个人明知的行为更具有有责性呢?一部分原因是特别严格原则(SSP)。它是一项义务论原则,认为行为人高度可责,认为行为人的行为,在行为人故意向受害人施加严重伤害的高度集中风险时,很难证明其合法性。适用特别严格原则更难证明以下行为的合法性:(a)为拯救5名乘客的生命,明知可能会导致人行道上的行人丧命而快速驾车驶向医院,(b)为拯救一名乘客的生命,明知可能会提高使行人丧命20%的可能性而快速驾车驶向医院。

该分析有许多重大的影响但也应具备以下条件:

- 尽管有恒定的可责原则的存在,但如果行为人过失或不正当的重复或扩大其行为,则这种重复行为有时会显示出一种新的可责性:对道德和法律规范的蔑视。因此,主张刑罚主义者可以真正的支持对累犯处以罚金。

- 在极少数情况下,行为人仅具有统计上的明知但其行为极其不合理,则该行为人的有责性可以比照具有个人明知的行为人。

- 如果行为人对一项有计划的行为进行成本效益分析并且因此而在统计上明知此行为会导致严重损害,其继续行为的决定本身在此种明知的情况下并不能表明该行为不合理或行为人要为此继续行为承担责任。

- 一个法律体系是正当的,即使其中的行为人知道由于统计的缘故会导致惩罚无辜。

- 并不能用对“可识别受害人”的所谓更高责任来解释主观是个人明知的行为的更高有责性,除非该责任是特别严格责任的原始版本。(2012年1月第92卷第1期第1页以下)

## 新型司法尊重

The New Judicial Deference

Kim Lane Scheppele

(原文无摘要)

(2012年1月 第92卷第1期第89页以下)

## 最高法院与刑事执法风险的监管

The Supreme Court And The Regulation Of Risk

In Criminal Law Enforcement

Jonathan Remy Nash

刑事执法引发了很多风险监管的问题。然而针对这些问题的司法处理唯独不够严格。本文认真地研究了在刑事法律执行的背景下最高法院对风险监管范例的适用。文章主要关注以下两项设定：警方不再不顾逃亡者生命安全而对其进行高速追击以及对职业罪犯的定罪量刑。本文提出了法院的努力还不充分的原因并提出了一个更加普遍的问题：在刑法背景下，由司法机关进行官方风险分析的安排是否得当？（2012年1月 第92卷第1期第171页以下）

## 死刑地理学及其分支

The Geography Of The Death Penalty And Its Ramifications

Robert J. Smith

(原文无摘要)

(2012年1月 第92卷第1期第227页以下)

详述一种新的付款拘束：券商的最大化利益标准

Defining A New Punctilio Of An Honor:  
The Best Interest Standard For Broker-Dealers  
Nicholas S. Di Lorenzo

为应对最近的财政危机，Dodd-Frank 华尔街改革与保护消费者法案要求证券交易委员会进行为期 6 个月的研究，并向国会递交适用于券商和投资顾问的现行注意标准效力的报告。根据这项研究，证券交易委员会得到授权，能够制定新的规则来管理券商在向零售业客户提供关于私人证券投资建议时的义务。与之前证券交易委员会主席 Mary Schapiro 的声明以及银行改革方案一样，该法案遇到了强烈的反对，证券交易委员会幕僚建议委员会协调券商与投资顾问之间的关系。

但是，仅凭提高信托责任不可能产生 Dodd-Frank 法案想要的改变。由于证券交易委员会的解释，1940 年的投资顾问法案最近提出了投资顾问以客户最大利益为目标的标准。虽然具体要求对此标准做出了详细说明，但此标准依然模糊，因此，作者提出了两部分的建议，以此来支持一个健全的最大利益标准的发展。首先，适用于券商的最大利益标准应该依据与之类似的信托法概念，并且不能将其适用于投资顾问。其次，证券交易委员会在行使权力时应当遵守 Dodd-Frank 法案，从而排除为了支持发展健全的法律规则所需的透明度而在客户的合同中强制适用仲裁协议的可能。笔者提出的建议不仅仅能通过减少投资专业人士与客户间冲突的方式来实现 Dodd-Frank 法案策略目标，而且这些建议比其他的代替方案成本更低、更加实用。（2012 年 1 月 第 92 卷第 1 期第 291 页以下）

展示校风：为什么大学的配色方案和象征  
不能得到商标保护

Showing Your School Spirit: Why University  
Color Schemes And Indicia Do Not  
Deserve Trademark Protection

Stephanie Frank

（原文无摘要）



(2012 年 1 月 第 92 卷第 1 期第 329 页以下)

## 呼叫最高法院：在押人员的使用电话的宪法权利

Calling The Supreme Court:  
Prisoners' Constitutional Right To Telephone Use

Peter R. Shults

(原文无摘要)

(2012 年 1 月 第 92 卷第 1 期第 369 页以下)

## 制定权利

Making Rights

Nancy Leong

法院通过对案例的判决来制定宪法权利。本文考虑了进行这种宪法权利制定所需要的条件。理想条件下，宪法权利制定应当在多元的救济、事实、程序背景中同时进行。而现实中，许多权利却令人失望的仅局限于一种背景下。这种情形给宪法权利制定的努力带来了消极的结果。

本文作为一篇关于权利制定的案例研究，对美国宪法第四修正案做出了全面的、大量的、优质的分析。文章呈现了记载着 2005 年至 2009 年间联邦上诉法院受理的全部关于美国宪法第四修正案权利制定实例的原始资料集。该资料集显示有关美国宪法第四修正案学说大部分领域的诉讼要么涉及排除证据的听证，要么涉及关于金钱赔偿的民事诉讼，虽然理论上这两种救济途径对每个违法行为都适用，但很少会同时涉及二者。文章通过发展对第十四修正案学说（侦查停止、防卫过度、非法拘禁）三个领域全面的、以先例为基准的解释，阐释了这种现象是如何侵害权利的。

这项原始分析为更广义的结论奠定了基础：在一元化背景下，权利制定会被该背景的特性所扭曲。任何一种背景都是以其他背景为代价，强调特定的利益和环境，当权利是在一元背景下制定时，那些利益和环境就会使权利随着时间的推

移而畸形。相反，多元背景下制定的权利更丰富、更平衡、更全面。权利中规定的一元或多元的诉讼背景会对权利的实质产生影响。通过研究这些权利，本文显示出这种现象不仅仅局限于美国宪法第四修正案中。

文章认为我们不应该将背景视为不可避免的。如果有太多或太少的权利制定发生在特定的背景中，法官与立法者能够并且应该通过在希望的背景下增加救济的可行性的方法以及减少其他诉讼障碍的方法来改变权利制定的比率。有大量的学术文献记载了救济的可行性对特定背景中诉讼比率的影响，但是却没有一部文献提出如果我们认为校正救济方式能够对权利制定的努力带来好处，那么我们就应该这样做。因此本文开始了这样的工程：设想我们应该如何有意的建构救济措施来更好的实施权利制定。（2012年3月 第92卷第2期第405页以下）

## 电子商务的国家税款的更理想途径

A Better Way Forward For State Taxation Of E-Commerce

David Gamage & Devin J. Heckman

（原文无摘要）

（2012年3月 第92卷第2期第483页以下）

## 国内法，美国的权力，国外争端：通过 Morrison 诉澳大利亚国民银行案深入理解国家法律的域外效力

State Law, U.S. Power, Foreign Disputes: Understanding The Extraterritorial Effects Of State Law In The Wake Of Morrison V. National Australia Bank

Katherine Florey

（原文无摘要）

（2012年3月 第92卷第2期第535页以下）

## 选择惩罚

Choosing Punishment

Miriam H. Baer

本文提出两项建议。首先，对决策层来说惩罚比管理更容易。国家性的惩罚比管理更容易得到公共与政策支持。本文说明的“惩罚”包括任何惩罚性动机的政府诉讼或应诉。

其次，这种对惩罚的倾向并不是特别健康。毫无疑问，当政府利用报应或传播公共道德谴责时，有许多合理的理由来支持政府。而且，似乎根除深深印在我们 DNA 中的报复动机是不可能的。但我们在实施惩罚所消耗的资源很有可能可以用在别的地方。更糟糕的是，由于过于强调惩罚，我们可能会渐渐破坏并排挤非惩罚性的、调整性的方法。而这些方法更适合避免惨痛结果的发生。因此我们有理由担忧惩罚对所有政府机构的影响，而不仅仅是对刑事司法系统的影响。

本文通过专注于公司管理规则与政策来展开研究。文章开篇解释了政府行为选择报复作为回应的原因，并推理了那些回应对主导公司管理法的法律制度可能产生的影响。文章还介绍了规范性观点。虽然惩罚带来了一些好处，但长期以来，会使社会恶化。文章最后总结了进一步调查的建议。（2012年3月 第92卷 第2期第577页以下）

## “冲突的法规”之争与涉税诉讼的司法尊重

The Fight Over “Fighting Regs” And Judicial Deference In Tax Litigation

Leandra Lederman

法院通常会在一定程度上听从机构对法规的解释。这种情况是否应该为冲突的法规（这些法规是由某机构在相关诉讼进行的过程中颁布的）做出改变呢？美国财政部已经很多次颁布这样的法规，最显著的要属2011年美国最高法院在梅奥医学教育与研究基金会诉美国政府案中做出的决定以及最近法院的一系列上诉案件，这些案件在 *Home Concrete & Supply, LLC v. United States* 中都颁发了复审令。

为了解决如何对待冲突的法规以及其他起诉导向的税收指导，本文首先分析了关于对税务权威普遍司法尊重的法律，厘清了令人困惑的税收特定历史问题。

文章研究了在诉讼进行中颁布规则的背景。文章解释了 2011 年梅奥案的决定之后，依据著名的 Chevron 案而适用于所有依照行政程序要求颁布的财政法规。文章进一步认为依据 Skidmore 诉 Swift 公司案、美国政府诉 Mead 公司案以及梅奥案的判例，税务法规（即美国国家税务局颁布的官方指导）应当得到尊重。文章建议在相关诉讼过程中颁布的法规和规则应得到可适用程度的尊重（Chevron 或 Skidmore），但是尊重调查要考虑到追溯效力以及指导时间所引发的意外问题。

（2012 年 3 月 第 92 卷第 2 期第 643 页以下）

## **自由企业基金诉 PCAOB 案：重大的案件却造就了恶法**

Free Enterprise Fund V. Pcaob: In Which A Great Case Makes Bad Law

Patrick Jiang

（原文无摘要）

（2012 年 3 月 第 92 卷第 2 期第 701 页以下）

## **时间，地点以及更多问题：私人财产权以及依据**

### **DNA 法案实施的连续扣押**

Questions Of Time, Place, And Mo(O)Re: Personal  
Property Rights And Continued Seizure Under The Dna Act

Natalie Logan

（原文无摘要）

（2012 年 3 月 第 92 卷第 2 期第 733 页以下）

## **慈善捐款的税收减免的隐藏限制：**

### **慈善捐款税收减免的导言**

The Hidden Limits Of The Charitable  
Deduction: An Introduction To Hypersalience

Lilian V. Faulhaber

(原文无摘要)

(2012年7月 第92卷第4期第1307页以下)

## 必要且适当的条款以及其法律先例

The Necessary And Proper Clause And Its Legal Antecedents

John F. Manning

(原文无摘要)

(2012年7月 第92卷第4期第1349页以下)

## Quon 案后的短信管制：旧法适用于新技术

Compulsion Of Text Messages After Quon:

Applying Old Law To New Technology

Fred Kemper

(原文无摘要)

(2012年7月 第92卷第4期第1381页以下)

## 一些随笔：关塔那摩海湾以外人身 拘留保护法的扩展实施

Some Holds Barred: Extending Executive  
Detention Habeas Law Beyond Guantanamo Bay

Ashley E. Siegel

(原文无摘要)

(2012年7月 第92卷第4期第1405页以下)

## 侵权的就业歧视

Tortifying Employment Discrimination

虽然第十二编经常被描述成为“法定侵权”，但这个标签直到现在才主要具有隐喻的含义。但是在 *Staub 诉 Proctor 医院案* 中，最高法院在将侵权法中的概念与反歧视法令相融和的进程中迈出重要的一步。虽然 *Staub* 因为“猫爪”（或称为附属偏见）的赔偿责任决定而受到一定的关注，但此案将因两点原因而具有更加广泛的重要意义。

第一，法院明确在法定歧视案件中适用侵权法中“故意”的定义，因此引发了什么是“故意歧视”这个问题的开端。本文认为，与其扩大“歧视性故意”这个概念的范围（*Staub* 开始羞于这样做，但这确实给原告增加了另一个负担：法律责任），不如决策者现在就设定要求同时具备不法的动机以及引起“阻碍就业行为”或相信此行为基本能够发生的主观愿望。第二，这一点可能更重要，*Staub* 首次将近因这个概念从其原来的过失法领域引入到反歧视背景下。这样的植入非常引人注目，因为在本案之前解决案件问题，近因并非必需的。加入近因要件的唯一目的就是限制不能满足全部因果关系的法律责任，并且限制用人单位的法律责任会被追溯到法院在联邦成文法的其他领域做法。在那些领域中，法院不仅将近因适用于故意行为（这种法院从原理上借用的现象对于侵权法是基本陌生的），而且法院还采用了更为苛刻的近因要求。与其只看原告或伤害的可预见性（这是过失领域的主要方法），法院不如表达一种政策导向的观点：以适用传统侵权学说的名义，允许适用严格法律责任。

探讨这些问题后，本文认为在歧视领域，*Staub* 案的近因部署是有意的设立一个台阶，通过裁决“认知性偏见”并非直接导致阻碍就业行为，为后续缩小第十二编及其他歧视性法规的适用范围做出努力。还有一个关于第十二编是否阻碍了由此类偏见造成的就业行为的激烈争论，*Staub* 案可能意味着法庭通过提议仅仅有意识的偏见才能够直接引起阻碍就业行为来解决矛盾。（2012年10月 第92卷第5期第1431页以下）

## 强大的买方与合并执行

Powerful Buyers And Merger Enforcement

John B. Kirkwood

虽然像沃尔玛和泰森食品这样强大的买家占据了美国经济的重要地位，但反垄断法依然注重于卖家的行为。甚至买家的合并受到挑战时，这些情况通常依据一个单独的原理：合并会创造出一个主导性的买家（或一群买家）利用弱小的供应商。但是最有实力的买家以自身的实力来面对供应商，在这样的情况下，买家会发挥抗衡的力量，这种力量也是反竞争的。然而，买方通过合并，运用抗衡的力量来减少竞争是不能通过政府指导方针、主要论文或者判例法来解决的。

本文对买家实力在合并执行中的作用做了全面的分析。文章定义了买家实力的类型，描述了它们竞争性效果并评论了一系列的证据。文章还讨论了传统的买家合并方法，建议做出修改以更好的反映买家实力的真实动力。最重要的是文章建议法院以及执行机构暂停那些提升反竞争抗衡力的合并。因为许多提升这种力量的买家联合是有好处的，文章又区分了 10 种情况。在这些情况中增强抗衡力的合并会导致竞争的减少以及消费者、供应商或社会的福利的减少。（2012 年 10 月 第 92 卷第 5 期第 1485 页以下）

## 警方身份确认

Policing Identity

Wayne A. Logan

长期以来，身份确认在警务工作中扮演着重要的角色。了解个人的身份不仅可以为警方提供犯罪嫌疑人的经历，还可以提供其行为的信息。但是迄今，由于政府数据库变得更加完善更加强大，曾经假想的缺陷也在变得更加明显，而这这却未受到学术界的持续关注。简言之，身份证据一直并将继续遭受鉴定的危机，而这正是本文力图补救的。本文首先通过历史的角度研究警方识别个人身份的方法：从 19 世纪测量身体，记录身体特征到今天复杂的生物学鉴别器。正如这段历史昭示，美国司法系统没有跟上不断变化发展的步伐而且没有对身份证明加以必要的限制。本文指出了该缺点，并提出了补救措施，着眼于两个为解决的中心问题：（1）是否以及如何对收集、保存、使用合法取得的身份证据加以限制，特

别是 DNA 证据，(2) 警方依法保管身份证据是否应受到限制。在此过程中，文章为法院提供了其急需的分析框架，来寻求社会管控的需要与个体公民自由的平衡。(2012 年 10 月 第 92 卷第 5 期第 1561 页以下)

## 面对单人袭击的狼群战术：适用法律执行与刑事诉讼 回应独狼恐怖主义的威胁

Confronting The One-Man Wolf Pack: Adapting Law Enforcement And Prosecution  
Responses To The Threat Of Lone Wolf Terrorism  
Beau D. Barnes

最近几年，一种新型的恐怖威胁在浮现：“独狼”。独狼对当前应对恐怖分子的法律执行与刑事诉讼方法提出了挑战。因为这些个人十分激进，在没有明显彼此接触的情况下单独行动。当前可行的法律执行机构以及公诉人集中研究恐怖组织交流过程中会产生的弱点和倾向。这是应对恐怖主义的一种“预防性”方法，但不适用于单兵作战的恐怖分子。

但是本文认为独狼们没有受到过专业训练、单打独斗、装备简陋，打击的对象也相对不十分重要，所以没有对美国造成威胁。事实上，正是这个特点使得独狼难以减轻独狼所产生的危害。因此严厉的政策回应是不必要的，而且根据对“国家安全”这个概念的适当理解，最终还会产生不良后果。因为独狼彼此分隔，没有一套现成可行的政策可能带来显著的效果。即使这样能够完全消灭独狼恐怖分子，但这种效果无法弥补在有限资源的分配和对公民自由的必要侵害两方面中造成的不可避免的高昂代价。(2012 年 10 月 第 92 卷第 5 期第 1613 页以下)

## 投资一项集中的网络安全基础设施：为什么“黑客行动主义”能够并且应该影响网络安全改革

Investing In A Centralized Cybersecurity  
Infrastructure: Why “Hacktivism” Can And



## Should Influence Cybersecurity Reform

Brian B. Kelly

本文建议国会起草网络安全改革立法并与奥巴马 2011 年 5 月网络安全立法提议保持一致，而不是与众议院共和党 2011 年 10 月专责小组提议一致。前者强调依照国土安全部集中制定法规，更准确解释网络空间威胁的性质，包括黑客行动主义组织例如网络黑客集体匿名组织在过去几年中成为网络空间中最突出的组织。本文提倡国会在起草网络安全立法时明确对匿名组织作出说明，因为这样做会带来一系列期待以外政策目标。

在达成这些结论的过程中，本文详细探讨了黑客、黑客行动主义、匿名组织的历史。另外，文章简明调查了当前网络空间法律保护机制。最后，本文提倡包涵任何网络安全立法改革中的一些关键因素，无论国会是否选择国土安全部中心模式。（2012 年 10 月 第 92 卷第 5 期第 1663 页以下）

（刘 禹 译）

（葛依然 校）

## 立法机关和行政冗余

Legislative Organization And Administrative Redundancy

Michael Doran

国会定期会为冗余的行政项目制定法律。例如：地面运输就有超过100个联邦项目，有82个项目是为了保证教师素质，80个项目是为了促进国内经济发展，47个项目是为了提供就业和职业培训服务。近期备受瞩目的立法——例如金融行业的改革措施和医疗改革措施——在并未废除现存的旨在相同政策目标的项目基础上又增加了新的项目。先前的学术分析一般均未考虑国会为何仍在继续形成冗余的问题。本文通过理论和制度分析解决了这一问题。

本文首先构造了一个组织理论，该理论把行政项目的冗余归因于国会委员会制度。特别是，本文描述了现存委员会制度的两个关键组成部分——分散的司法权和议会特权——系统地偏向于支持冗余的立法结果。建立在从政治科学的角度

对国会委员会所进行的主要理论解释基础上,本文接着提出对冗余这一趋势进行成本效益分析。从分析中可以看出冗余使得立法者增加了有利于选民和利益集团的分配,但冗余也与信息效率的理想追求所相关。而且,推进冗余的制度结构混合了影响。

因而,本文描述并分析了权衡这些分配成本和信息收益的特定制度改革。一个方法将使更多立法决策受制于外部咨询流程,例如过去经常关闭不需要的军事设施。而第二个和更多有希望的方法将保护现存的委员会司法权,但也将相应缩减委员会的议会特权,因而促进了项目设计中的冗余但缩减了项目实施中的冗余。(2011年12月第91卷第6期第1815页及以下)

## **Palsgraf 的隐藏遗产：微观世界中的现代责任法**

The Hidden Legacy Of Palsgraf: Modern Duty Law In Microcosm

W. Jonathan Cardi

在Palsgraf一案中Cardozo法官和Andrews法官之间争论的要素是规范化的:

(1) 什么是责任的实质——是相关的还是以行为为中心的? (2) 被告的可预见性是责任探究还是直接原因的一个方面? (3) 法院还是法官是可预见性的适当仲裁者? 在这些问题上判例法的彻底探究揭示了我们大多数人在法律学校中学到的知识和在现代法院中真正实施的实践之间的巨大差别。对Palsgraf一案今天典型化的紧密关注也导致了对责任法进行了无价的鸟瞰,这是一个充斥着不一致和矛盾的区域,比起我们所期待从侵权案例中的所得到的典型普通法原则,它与宪法具有更多的相似性。本文将原则和理论相融合。自从1953年普罗赛法官对Palsgraf一案进行再论以来,这是第一次对Palsgraf一案进行的综合考察,也是对当今法院责任之“含义”的自下而上的调查。本文最重要的发现如下: (1) 大多数法院并未受到Cardozo法官关于责任的相关观点的影响——取而代之,法院几乎在关于责任的观点上是一致的,责任的核心是尽管法院不同意相关因素,但它仍是多因素的政策分析。(2) Cardozo法官在责任与直接原因中关于被告可预见性方面赢得了压倒性的胜利——该事实否定了法律学校课堂以及侵权的重述(第三)中关于Palsgraf一案的普遍的处理办法——尽管Cardozo的命令,即可预

见性可被明确断定，仍未被广泛适用。（3）离奇的是，多数法院豆浆责任可预见性的决定权交给法官。这一最终发现对隐藏的紧张关系进行了重要的洞察，这一紧张关系至少从83年前Palsgraf一案被判决时起就在法院的过失法学中燃烧起来。（2011年12月第91卷第6期第1873页及以下）

## 对立法程序的司法审查的令人费解的抵抗

The Puzzling Resistance To Judicial Review Of The Legislative Process

Ittai Bar-Siman-Tov

法院是否应该有权审查立法制定程序和驳回有悖于程序性立法需求所制定的法规？这一观点仍备受争议。尽管实质的司法审查已被确立下来，并且经常被是理所当然的，但许多法官和学者完全反对立法程序的司法审查。本文怀疑这种广泛流传的观点，并为立法程序的司法审查建立了案例分析。

本文主张，在宪政理论中对实质司法审查的一些讽刺性的争论以及在马伯里诉麦迪逊案中的争论实际上在适用于立法程序的司法审查时更具有说服力。而且，本文主张由司法审查的主要批评者所提出的一些争论实际上可能在充分论证有关立法程序的司法审查的争论中被适用。因此，与美国宪法和理论中的正统观念相反，本文认为制定程序的司法审查是同样重要的，并且实际上比实质司法审查更加无可非议。（2011年12月第91卷第6期第1895页及以下）

## 公共法庭

Public Forum 2.0

Lyrissa Lidsky

（原文无摘要）

（2011年12月第91卷第6期第1975页及以下）

## 宪法决策中的个人权利、司法尊重以及行政法规范

Individual Rights, Judicial Deference,  
And Administrative Law Norms In Constitutional Decision Making  
Eric Berger

行政机关在美国政府中扮演着很重要的角色，因此不足为奇，他们的行动有时会威胁个人权利。除了这一威胁外，决定宪法性个人权利是否被侵犯的法院经常忽视行政行动的事实和本质。取而代之的是，在声称侵犯了个人权利的许多不同案件中，最高法院却转而顺从政府，也未询问行政机关或者更直接负责的政治代表是否对所声称的权利侵害有责。即使在法院认可这些区别时，它的处理办法仍是不一致且尚未完备的。

本文认为，当决定一个机关是否侵犯了实质的个人权利时，法院应该更一致并仔细地考虑行政裁量的本质。不能将行政和立法行为随意地混为一谈，决定这类案例的法院应当明确相关的宪法行为人。当行为人是一个机构时，法院应当利用行政法规范来审查该机构是否值得尊重。这种方法能帮助法院避免其有时在个人权利案例中提供给机构的不合理的尊重，而且能鼓励坚持宪法，并确保对声称的宪法性侵害做出独立的司法评价。（2011年12月第91卷第6期第2029页及以下）

**在没有法规的情况下监管你的病史：  
对电子医疗记录适用的私人监管框架**

Regulating Your Medical History Without Regulations:  
A Private Regulatory Framework To Electronic Health Record Adoption

Jonathon H. Roth

（原文无摘要）

（2011年12月第91卷第6期第2103页及以下）

**将被告置于蛇穴：**

## 对原告提出的证据进行国家制造危险分析

Throwing The Defendant Into The Snake Pit: Applying  
A State-Created Danger Analysis To Prosecutorial Fabrication Of Evidence

Veronica Zhang

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第6期第2131页及以下)

## 媒介与仇恨言论：为我们的信息时代培养数字公民

Intermediaries And Hate Speech:

Fostering Digital Citizenship For Our Information Age

Danielle Keats Citron & Helen Norton

不再局限于网络的孤立角落，网络仇恨现在主要出现在流行的社会性媒体网站上。例如，尽管Youtube视频网站已经托管了名为类似“如何杀死奇卡诺人”、“将同性恋处死”以及“杀死穆斯林败类”这样的视频，但脸谱网上的群体“扼杀犹太人之日”在该网站形成的几天内就获得了成千上万个朋友。网络仇恨的主流化形成了公众期待网络用语的棘手可能性。

网络媒介能自由地并有影响地抓住网络仇恨历史的这一决定性时刻。我们相信基于媒介、周全并细致的方法能够培养文明有活力的网络用语。我们极力主张媒介可以通过适用易懂并透明的政策来帮助解决网络仇恨问题，这些政策教育使用者们关于他们作为数字公民的权利与责任。媒介的选择包括通过回应反动言论和授权社区成员的方式来挑战仇恨言论，以此来执行数字公民权的规范。（2011年12月第91卷第4期第1435页及以下）

## 性与公民权的简史：在FLORES-VILLAR诉UNITED STATES一案中历史学家作为非当事人的意见陈述

A Short History Of Sex And Citizenship:

The Historians' Amicus Brief In Flores-Villar V. United States

Kristin A. Collins

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第4期第1485页及以下)

## 道德权利：限量版

Moral Rights: Limited Edition

Lior Zemer

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第4期第1519页及以下)

## 所有的政治都是地方政治：

### 纽约州中的州先占以及市内性犯罪者的居住限制

All Politics Is Local: State Preemption And

Municipal Sex Offender Residency Restrictions In New York State

Caitlin J. Monjeau

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第4期第1569页及以下)

## 妥善处理重罪谋杀

Making The Best Of Felony Murder

Guyora Binder

虽然重罪谋杀被学者们认为是非理性的，但重罪谋杀原则仍然是我们法律的一部分。因此刑法理论显示重罪谋杀原则如何才能被最好地充分论证以及在其合理原则内受到限制是非常重要的。为了这个目的，本文寻求通过确定一个正义原则来妥善处理美国重罪谋杀法律，这一正义原则能尽可能地解释现存法律，并为修订其他法律提供标准。本文通过研究，把伤害归咎于是受到行为人的目的及其

期望的影响的道德直觉，提出了一个双重责任原则，该原则证明在独立的罪恶目的驱使之下过失杀人从而归为谋杀责任的不构成本罪。回顾一系列近期重罪谋杀规则，其揭示了危险的重罪限制、可预见的因果关系需求以及共谋标准。另外，大多数司法管辖区通过列举重罪、因果关系标准以及吸收限制来要求极恶的动机。而且，重罪谋杀法在大多数司法管辖区或多或少符合了双重责任原则。这一现象充分地验证了该原则，以保证其作为一项重要的标准。不过许多重罪谋杀法在某些方面仍达不到原则的要求，本文指出了在每个司法管辖区所需的改革。更重要的是，本文论证了原则与先例，即律师与立法者需要提倡这些改革。（2011年12月第91卷第2期第403页及以下）

## 投票站启动（PPP）效应：

### 在教堂（或者其他地方）投票是否是违宪的？

The Polling Place Priming (Ppp) Effect:

Is Voting In Churches (Or Anywhere Else) Unconstitutional?

Jeremy A. Blumenthal & Terry L. Turnipseed

一本实质性的社会科学文献描述了在行为、决策、选择、态度与情感上情境线索的作用。而且，近期发现描述了公民投票的场所——市政厅、消防站、学校、教堂、图书馆——能通过启动特定的概念、价值与观点来影响公民的投票，这些概念、价值与观点推动选民做出某一特定的选择。更重要的是，该效应——我们称之为“投票站启动”效应或者“PPP效应”——推动选民做出某一可预测的选择；也就是说，这导致了个人决策上的系统且非随机的偏差。例如，学校位置激活了在先教育的概念与规范，从而导致选民尤为支持教育，将更多纳税人的钱分配给教育。在教堂内投票激活了保守的基督教价值观，例如反堕胎规范，从而导致选民支持表达出类似价值观的保守候选人。

我们在此讨论PPP效应的法律与政策影响，强调在教堂内投票具有合宪性的特殊问题。然后我们将这些发现与投票程序中的类似异议结合起来。我们提出教堂异议与这些其他类似纠纷——以及法院对这些异议所做的回应——未能充分考虑在公民决策上的影响的无意识性本质，也未能保证对第一修正案以及平等保

护法律体系的反思。着眼于关于堕胎权的近期学说，我们提出了一个解决基于这些应考虑无意识性影响的异议的貌似合理的方法。然后通过论述这之间的联系，从而要求缺席或者方便投票，并将论述与近期减少或者完全消除投票站使用的进程相结合。我们最后扩大了我们的论述、确定了其他PPP效应可能会有重大意义的法律和政策环境并提出了可能解决这些可能性的实证研究。

在2004年秋，其中一名作者首先在教堂内投票。这是非常方便的，因为路德教堂离他家只两条街的距离。当作者走进房间去投票时，他注意到了几个十字架、圣经、赞美诗集、布道坛以及散落着的宗教物品。在排队等候后——在等待时一直在观察周围情况——最后他走进了投票室做出各种行为，一些是针对候选人的，一些是针对投票的。他是否收到了周围环境的影响？他不这么认为，但是谁知道呢。在他走进教堂停车场，经过一个大型华丽的教堂大门、从多个宗教符号旁走过，最后走进了包含大量宗教物品的投票室后，他做出了投票决定。作者对自己说：不，他当然不受影响。对他来说可能是对的——至少在他的意识里是这样的。但他没有意识到的是他可能完全被称为启动的确凿的心理作用在无意识层面上所影响。几年以后，在回顾了在这一点上大量的心理研究，作者总结出人口中重要的大部分在教堂内投票时受到了无意识层面的影响。如我们将讨论的那样，这代表了教会与国家的分离具有违宪性的交叉。确实，什么能够比投票更基本地代表国家意志？什么能更基本地代表教会？教堂吗？（2011年12月第91卷第2期第561页及以下）

## 机会平等与慈善税收补贴

Equality Of Opportunity And The Charitable Tax Subsidies

Miranda Perry Fleischer

美国人拥护机会平等的概念，认为它保护了自由与中立的承诺。除了我们社会中机会平等原则的重要性，大多数援引这一概念的法律学说未能解决由政治哲学文献所提出的复杂问题，例如“什么平等”争论。而且，关于慈善税收补贴的近期学说过分强调了效益以及损害分配正义的多元化，从而导致了实质性规范差



距。例如，什么组织应该被补贴？是否应该要求慈善机构去帮助穷人？是扣除还是信贷可取？

本文为了洞察这些问题仔细研究了机会平等哲学文献。这些细微差别经常为普遍持有的直觉提供严谨的哲学支持。例如物质资源事前平等的基本说法证实了慈善领域为经济上贫穷的人充分参与我们的社会而提供机会方面做得并不足够。其他见解似乎是有悖常理的：解决人才共享与昂贵品味的问题的更广义的资源平等意味着我们继续补贴精英文化机构，例如歌剧院，但不要求他们向穷人提供免费或者折扣服务。（2011年12月第91卷第2期第601页及以下）

## 盗窃 DNA：认识非合意性基因结合与测试的犯罪

Dna Theft: Recognizing The Crime Of  
Nonconsensual Genetic Collection And Testing

Elizabeth E. Joh

将基因信息丢弃的现状：你所去的任何地方使用过的咖啡杯以及吸过的香烟，这些都是无关紧要的。然而，当第三方将你日常生活中留下的基因信息碎片恢复时，问题就产生了。这些第三方可能是警察，对他们收集这类证据权力的监管并不明确。

不仅仅警察对你的基因信息感兴趣。好奇的粉丝，犯人的第三方以及敲诈者可能也希望从公众人物与私人的DNA中获取基因信息，而且未经同意就收集和分析这种基因信息是惊人易做的。盗窃DNA简单得只要将使用过的废弃物通过网络发送给公司，然后通过邮件等待分析结果。快速的网上调查揭示了很多公司提供“秘密的”或者“谨慎的”DNA测试。以低廉的价格直接向消费者提供基因测验公司的快速扩散意味着对盗窃DNA的技术与诱因的存在。

然而，在几乎每一个美国司法管辖区中，盗窃DNA并不是一种犯罪。相反，对其他人的DNA未经合意的收集与分析几乎不受法律的限制。本文揭示了盗窃DNA时如何对基因隐私造成严重的威胁的，以及为何其值得考虑作为一种独特的犯罪行为。（2011年12月第91卷第2期第665页及以下）

## 特拉华州不可推卸的责任

Delaware'S Non-Waivable Duties

Lyman Johnson

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第2期第701页及以下)

## 汤普森法官与上诉法院确认过程

Judge Thompson And The Appellate Court Confirmation Process

Carl Tobias

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第2期第727页及以下)

## 围绕任命条款立法

Legislating Around The Appointments Clause

Matthew Hunter

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第2期第753页及以下)

## 检测证明理论：**Elendez-Diaz** 诉 **Massachusetts**

### 一案对国家层面上刑事诉讼与程序的影响

Testing The Testimonial Doctrine: The Impact Of Melendez-Diaz V.  
Massachusetts On Statelevel Criminal Prosecutions And Procedure

Valerie J. Silverman

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第2期第789页及以下)

## **MELVILLE M. BIGELOW:**

### **美国历史法学说中波士顿大学的被忽视的倡导者**

Melville M. Bigelow: Boston University' S

Neglected Pioneer Of Historical Legal Scholarship In America

David M. Rabban

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第1期第1页及以下)

### **在法律和经济学上超越个人主义**

Beyond Individualism In Law And Economics

Robert Ahdieh

法律与经济学的研究是建立在两大支柱上的。第一是个人理性的常见假设。第二相对不常见，是方法论上个人主义的原则。经过过去20年，法律与经济学在很大程度上已经内化了理性假设的行为批评。相反，该领域未能领会其越来越质疑方法论上个人主义的意义。社会规范塑造了个人选择，网络的外部性非常强大，合作是最重要的目标或者信息是价值的相当决定因素，面向个人的分析方法所忽略的至少与它所揭示的一样多。在其他潜在的扭曲中，同意的标记可能获得比它们应得更多的重视，法律与规范的进化可能得不到重视，信息、知识、甚至是金融市场的规制可能是有瑕疵的。至于转向一个对理性更仔细的方法，方法论上个人主义限制的关注可能导致我们享有更丰富的法律与经济。（2011年12月第91卷第1期第43页及以下）

### **共同诉讼：社会、道德和法律义务**

Litigating Together: Social, Moral, And Legal Obligations

Elizabeth Chamblee Burch

在后集体诉讼公平法案世界中，现代的集体侵权的集体诉讼正在消失。确实，通过原告律师事务所之间的合同来进行多区诉讼和私人集合是新型的集体侵权开拓者。但“非集体集合”出了点问题。这些新的程序比起集体诉讼包括了一个根本不同的动态：原告拥有姓名、相貌以及一些与个人利害深深相关的东西。他们的诉求在经济上是独立可行的，这使他们期待能够自主地控制他们的诉讼。然而，他们通过熟悉的集体的努力来构建被告的责任。他们从个人与集体的角度提起诉讼。

近期的学说忽略了这一个人之间的维度。相反它要么集中在宣扬个人自主的美德，要么集中在为最大化社会福利而简化大规模的诉讼。两个方法都未能解决由个人维度所引起的特有问題：诱惑原告坚持诉求，破坏要求近乎一致的解决办法，但仍然与其努力相偏离，以及诉讼中的小集体，他们的成员为集体的损害争夺资源和诉讼优势。据此，本文有两个主要目的：一个用于判断，一个用于规定。判断的是：处理非集体集合的近期程序未达到目标。过程不仅是自治的实践或者为执行实质性法律的拐杖。程序可以作为将原告聚集在一起的一种手段，将它们的个人故事插入一个集体叙述，理解作为集体叙述的意义，共同推理应该做的事，并共同追求这一目标。而且规定就是集体诉讼。（2011年12月第91卷第1期第87页及以下）

## 国会无法解决长期的问题

Congress' S Inability To Solve Standing Problems

Heather Elliott

对最高法院限制第三条资格原则的一些批评——知道法院不太可能改变过程——认为国会可以采取措旆来扩大诉讼资格。然而学者们都未系统地检测国会在授予资格过程中的选择。本文填补了这一空白，描述了国会的权力比以前认为的更有限。

国会有三种选择来扩大资格。第一，国会可能执行在第三条之下定义了实际伤害、因果关系和赔偿的法规，而且为特定类原告设立资格。但是如果法院发现这类法规违宪，则这一方法将会失败，而且法院越来越坚持其作为宪政意义的唯

一仲裁者的角色（如商业条款和第十四修正案下的案例中揭露的那样），它将否决国会通过立法发现来创建资格的努力。

第二，批评者们认为国会为胜利的原告提供赏金，在宪法要求的诉讼中给予他们具体的股权。法院认为在特定情况下这些赏金符合第三条的规定；然而，将赏金扩大到各种各样的情况是不可能符合第三条要求的。这种扩大也可能干扰总统第二条的权力，即“注意使法律切实执行”，并提出严重的实际问题。

第三，国会可能创建一个或者更多的第一条法庭来庭审特定的诉讼，例如第一条税务法庭。通过定义的第三条资格原则不适用与这类主体。而且，将这类法庭置于行政部门中将减轻注意条款下的担忧。但这一方法可能产生其他宪法问题，例如司法权力的不当代表团，并具有尚未注意到的广泛的实际问题。

在分析了这三个选择后，我总结，国会本质上是无法进行这些措施的。国会拥有权力解决资格的问题，但实践这一权力的实际问题确定法院比国会更能解决资格问题。更糟糕的是，国会扩大资格的努力可能促使法院施加更严格的资格要求，从而恶化这些努力原本打算改善的问题。（2011年12月第91卷第1期第159页及以下）

## 土地使用争端解决问题的结构性障碍

Structural Obstacles To Settlement Of Land Use Disputes

Stewart E. Sterk

（原文无摘要）

（2011年12月第91卷第1期第227页及以下）

## 面向行政的代表理论

Toward A Representational Theory Of The Executive

Victoria F. Nourse & John P. Figura

（原文无摘要）

（2011年12月第91卷第1期第273页及以下）

## 通过直接民主规制堕胎：

### 所有人的自由对抗大多数人的道德准则

Regulating Abortion Through Direct Democracy:  
The Liberty Of All Versus The Moral Code Of A Majority

Molly E. Carter

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第1期第305页及以下)

## 规制腐败：分析在当前反海外腐败法执行中的不确定性

Regulating Corruption: Analyzing Uncertainty  
In Current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement

Lauren Giudice

(原文无摘要)

(2011年12月第91卷第1期第347页及以下)

(葛依然 译)

(刘 禹 校)

## 对不利推断的不利推断：

### 重构司法地位作为对诉讼当事人篡改证据的回应

Adverse Inferences about Adverse Inferences: Restructuring Juridical Roles for  
Responding to Evidence Tampering by Parties to Litigation

Dale A. Nance

至少两个世纪以来，英美法院通过允许一方向陪审团主张他们在判定案件的是非曲直时应该针对有罪方作出一个不利的推断来对当事人篡改证据的行为作出回应。本文认为，此种推断的运用以及诱导作出此种推断的原因理应彻底清除，不仅是因为此种推断会导致含糊不清以及有产生偏见的风险，更重要的是因为它

们反映并导致规则的混乱，在这些规则中陪审团参与到原告有关证据的保存、准备、挑选的审前行为的管理中。此种管理可能是司法部门的工作，因为他们有充足的工具，以现代化的可获得的显示证据鼓励机制--诸如争点排除和单独的金钱奖励的形式来达到这个目的。如果没有被要求的话，司法部门应该被鼓励去替代陪审团作出不利推断时的可供选择的工具。“法律通过肯定一个提供证据缺失的假设以阻挡抢夺者、破坏者并阻挠其极其邪恶的目的，并因此借助犯罪者如此有信心地运用到保持错误的特有方式来击败他。” – *Pomeroy v. Benton* “证明必须依赖证据而不是依赖没有证据。” – *Stocker v. Boston & Maine Railroad* (2010年6月第90卷第3期第1089页以下)

## 自主权复兴：刑事被告人掌控案件的权利

Resurrecting Autonomy: the Criminal Defendant's Right to Control the Case

Erica J. Hashimoto

在 *Faretta v. California* 一案中，最高法院提高了自主权的价值—刑事被告人作出并掌控抗辩的利益。然而，在过去的35年中，法院对此种利益的热情已经耗尽了，评论者们批评法院给予了被告人对其自身案件的任何掌控措施。因而，基层法院越来越多地将控制权由被告人转移到他们的律师手中。根据此种转变，本文在自主权价值的基础上重新评估了自主权利益。此种重新检查确认了 *Faretta* 是正确的，最高法院应当恢复刑事被告人掌控其自身案件的宪法性利益。权利法案的历史和内容都证明了制定者们试图保护被告人对他们自身案件的控制权。此外刑事司法体系的合法性依赖这样一个原则：社会不能在最初没有决定此被告人有罪的情形下，在刑事过程中通过削弱或否定其自主权去惩罚被告人。因为那样一个过程势必处于一个有罪裁决之前，所以政府不能在刑事诉讼的进程中通过法律手段剥夺被告人的自主权。法院和评论家们对自主权利益的不安源于三个相互关联的论据：(1) 相比于当事人而言，律师做出的决定更有可能得出最佳的结果；(2) 被告人通过允许由律师，特别是法庭指定的律师作代表来放弃他们的自主权利；(3) 自主权利会对智力上有障碍的被告人不利。然而这些论据中的每一个都有关键性的缺点。首先，有观点认为律师应该在刑事案件中被委托做出所有的

决定因为他们的法律水平使他们有资格比缺乏经验支撑的被告人更能明智地做出选择，此种家长主义的理念与有重大影响最高法院的先例是不一致的，并且过于狭窄地定义了“最好的”结果。第二，认为被告人通过接受代理人而放弃他们的自主权利益的论据忽略了一个事实，即被告人需要保留对他们自身案件的一些控制，因为缺乏资金支撑的辩护体系为律师打破他们对当事人的忠诚义务创造了强有力的诱因。最后，对于智力有障碍的被告人会把任一自主权利益利用到他们自身损害的担忧应当通过一个专门指向智力有障碍的被告人的精确的规则来处理，而不是通过否定所有被告人的权利。（2010年6月第90卷第3期第1147页以下）

## 管理繁殖技术：

### 时机掌握，不确定性以及捐赠人的匿名性

Regulating Reproductive Technologies:

Timing, Uncertainty, and Donor Anonymity

Gaia Bernstein

在人工繁殖技术的管理中已经出现两大全球趋势：在管理人工繁殖技术的实践中全面广泛制度管理方法的运用以及禁止匿名配型捐赠人。本文使用了 Naomi Cahn 发表的提倡综合方法的运用和禁止匿名的《测试试管家庭》一书，可将其作为一个透镜，通过它来评定这些监管趋势对美国的合适性。首先，本文论述了法律和科技理论的两个方面——时机掌握和不确定——来评价运用综合管理方法的有效性。本文认为虽然对一项新科技的过迟的管制也许会因为社会规范的防御性而导致执行障碍，当这些技术有中间人管理时，正如人工繁殖技术一样，其所受的阻碍能有所缓解。然后本文在围绕新科技的使用减少不确定性方面在两个终极目标之间作出区分：减轻禁止一项新科技的运用的可能性以及保护已经使用一项广泛运用的科技的个人使其免受意外的法律环境的干扰。它认为人工繁殖技术运用综合管理方法将缓解不确定性的后一类型。其次，本文调查了在配型捐赠人的有效性上禁止配型捐赠人匿名的影响以及随之发生的依赖于捐赠者 ART 技术的社会运用。本文分析了来自禁止匿名的三个典型的区域的数据：瑞典、维多



利亚（澳大利亚）和英国。结果显示这些地区遭受配型捐赠者严重不足的困扰，并强调了减轻这些不足所作出的努力导致了对平等义务的侵蚀以及对商品化的妨碍。因此，本文警告美国不要禁止匿名配型捐赠。（2010年6月第90卷第3期第1189页以下）

## 将责任规则应用到 METATAG 案件中以及网络商标侵权的其它实例：怎样做到“没有损害就没有侵权”？

Applying Liability Rules to Metatag Cases  
and Other Instances of Trademark Infringement  
on the Internet:How to Get to “No Harm,No Foul”?

Daniel Devoe

（原文无摘要）

（2010年6月第90卷第3期第1221页以下）

## 人们来来往往，但是 ROE 坚持住了： 为什么 ROE 诉 WADE 案不会被推翻？

Men Come and Go,but Roe Abides:  
Why ROE V. WADE Will not be Overruled?

Anthony Dutra

（原文无摘要）

（2010年6月第90卷第3期第1261页以下）

## 解释的规则：与它们相一致的数量 能帮助彻底搞清楚有关程序的调查吗？

Interpretive Rules:Can Amount of Deference  
Accorded them Offer Insight into the Procedural Inquiry?

Thomas J. Fraser

(原文无摘要)

(2010年6月第90卷第3期第1303页以下)

## 所有人是否必须分担？针对最近复杂的诈骗 受害案件中以公平之名实行的强制分担的一项调查

Should Owners Have to Share?an Examination of Forced Sharing  
in the Name of Fairness in Recent Multiple Fraud Victim Cases

Claire Seaton Rosa

如果真正所有人的物品仍然存在于违法者的资产中，以土地、动产、银行存款或银行资金的形式，将它们还给真正所有人明显是公正的。(2010年6月第90卷第3期第1330页以下)

## 国际引渡，不追究规则及国家主权问题

International Extradition,the Rule of Noninquiry,and the Problem of Sovereignty

John T. Parry

(原文无摘要)

(2010年10月第90卷第5期第1973页以下)

## 付费参与是否推动了公共养老金管理机构 积极参与到证券集团诉讼中？一项实证主义研究

Is “Pay-to-Play”Driving Public Pension Fund Activism  
in Securities Class Actions?an Empirical Study

David H. Webber

最近出现的公共养老金管理机构在证券集团诉讼中频繁地作为首席原告的现象已经引发这样一个推断：养老金管理机构的诉讼行为是由“付费参与”

推动的。付费参与宣称政客们推动了公共养老金管理机构作为首席原告的高比率；据称政客们引导机构进行有价证券集团诉讼作为对原告律师对他们的竞选活动作出贡献的回报。本文对 111 个这样的机构的从 2003 年到 2006 年的有价证券诉讼活动进行了一个综合的分析。本文的三个调查结果对付费参与理论提出质疑：包括：（1）政客和政治控制与担任首席原告没有什么关联；（2）受益的董事会成员以及完全由受益人控制董事会与此类担任行为有明确的关联；（3）一个养老金管理机构 资金缺乏的程度与担任首席原告有确定的关联，特别是在机构是由受益人控制时。这个证据证明是受益的董事会成员（不是政客）推动了这些案件，因为他们必须保证基金的经济保持稳固的状态。本文根据先前将此类董事会成员与在公司中占有相同股份的公司经理进行的比较的基础上分析了这些成员在有价证券集团诉讼中所起的重要作用。本文也没有找到对联盟推动受益的董事会成员获得首席原告地位这一理论的支撑，并提供了证据证明政客们对担任首席原告的抵抗与政客的大本营所受商业影响的程度有关。（2010 年 10 月第 90 卷第 5 期第 2032 页以下）

## 棒球的道德危险：法律，经济和指定击球员规则

Baseball's Moral Hazard: Law, Economics,  
and the Designated Hitter Rule

Dustin E. Buehler & Steve P. Calandrillo

没有话题比指定击球员规则更能在棒球迷中引发分歧了，该规则允许球队在投掷者掷球后指定一名运动员击球。这个规则增加了击球手的数量，有人认为这个影响是“道德危险”的结果，承认为风险投保的人更有可能参与到危险行为中。因为美国联盟的投掷者们不用球棒击球，据说他们不会被冒险的高额代价所震慑，也就是内部的投掷者，在他们下一次的击球中得到惩罚。本文使用一个法律与经济的方法推断出：指定击球员规则产生了一些道德危险，但本文发现最近该运动的机构的变化已经很大程度上减轻了此影响。而且，该规则的好处，包括增加的进攻方法和出席人数，有可能在美国联盟中超过其代价。然而，由于球迷偏好上的差异，国家联合会中的情况并非如此。因此，当前的混合体系（美国联盟

允许指定击球员而国家联合会不允许)最佳地满足了球迷的偏好,使社会福利最大化。(2010年10月第90卷第5期第2084页以下)

## 两个国家,一个网络:

### 对比美国和英国对色情淫秽的法律手段

Two Nations,One Web:Comparative Legal Approaches to Pornographic  
Obscenity by the United States and the United Kingdom

William T. Goldberg

(原文无摘要)

(2010年10月第90卷第5期第2121页以下)

## 基本著作权:思想的复杂性和观点共享的变化

Elemental Copyright:

the Complexity of Ideas and the Alchemy of Mind-share

Todd Marabella

(原文无摘要)

(2010年10月第90卷第5期第2149页以下)

## RICCI 案是否预示着一个新的差别影响?

Does Ricci Herald a New Disparate Impact?

Joseph A. Seiner & Benjamin N. Gutman

联邦法律始终禁止雇主故意的歧视,不仅仅如此,而且也禁止对未成年人无意识的差别对待的做法。在最近最高法院对 Ricci 诉 DeStefano 案的裁决的最后一段有隐含意义的话也许暗示着此差别影响原则的彻底转变。RICCI 案,一个关于消防队员公务员考试的诉讼,作为一个有关有意识歧视案件而受到广泛的关注。我们认为此主张也可以被解读为为面临差别影响主张的雇主提供一个新的积

极的抗辩。在 RICCI 案之前，差别影响是完全的无过错原则。如果一个雇主的雇佣行为有不合法的差别影响，那么他是有责任的，即使雇主并不知道该影响或不是有意使他的职工遭受违法的做法。诉讼的焦点并不在于雇主的主观状态，而在于雇佣行为方面。然而，如果在认真阅读 RICCI 案后再提出的抗辩被认真对待的话，大量的差别影响案件也许会转向关注发生有挑战性的诉讼时雇主知道些什么。如果雇主发现没有理由认为该做法将产生违法的差别影响，他也许能免除对过去行为的责任。这将是一个戏剧性的发展，如果被接受的话将会为此领域的法律开启一个全新的方向。本文从语法上分析了 RICCI 案的语言以表明它是如何指向一个新的积极的抗辩的。我们对这样的一个抗辩对雇主、雇员以及更主要地是差别影响理论的重要性作出解释。我们也调查并评论了 RICCI 案的不限于此处讨论的新抗辩范围的可替代读物。最后，我们总结出：尽管 RICCI 案可能预示着对差别影响的新的看法，对最高法院令人困惑的裁决能够作出不同的解释将会把更深一层的诉讼区分出来。现在所讲的是部门能够参与到有意识的歧视中以避免他们将会因为差别影响而被起诉的担忧。为什么用另一种方式它就不起作用？为什么他们不说：我们已经做好准备容忍差别影响因为，如果不这样做的话，如果我们采取手段去避免它，我们将会因有意识的歧视而被起诉？这个观点处于明显的困境中——我是说，它把两条路都切断了。——首席法官 John Roberts（2010 年 12 月第 90 卷第 6 期第 2181 页以下）

## 刑罚究竟有无重大意义？

### 告知陪审团定罪后果的一项指示

Is Punishment Relevant After All?

a Prescription for Informing Juries of the Consequences of Conviction

Jeffrey Bellin

美国陪审团，曾经被认为是“矫正现实法律施行的伟大产物”，在现代遭受了大量的挫折。结果是大部分陪审员都在刑事司法系统中成为了旁观者，每年都依靠日益严苛的刑罚来监禁成千上万的罪犯。绝大多数案件是在不经审判的情况下决定的，即使是当审判进行时，陪审员们只是负责找出对法律上认定有罪有用

的事实。除了这个限定的任务外，从法律的角度看，陪审员不需要关心定罪及随后的刑罚是否是合理或公正的。伴随着严苛程度的增加以及强制定罪的政治制度，陪审团作用的缩减已经导致了一个不仅仅容忍、同时也鼓励非正义的体系产生。一个犯了相对轻罪的被告人也许会被定罪并被判处一个漫长的监禁期限，而这并没有任何中立的角色（法官或陪审团）决定刑罚是与罪行相适应的。多年来，改革者主张应当用新的法定权利或宪法性权利来改变此种不平等，将会保证无论何时一个异常严苛的刑罚都是建立在一个有罪裁决的基础上的，而且陪审员也了解这一情况。陪审员可以不管有罪证明而运用公平正义的规范来投票表决宣判无罪，或者至少是坚定地坚持起诉的举证责任。改革者主张的核心已成为一个广泛接受的假设（由占绝对优势比重的判例法证实）：现行的法律框架并不允许被告人告知陪审团有关的判决条款。本文质疑该假设，提出一个有关相关性的新理论，该理论允许相当数量的被告人在审讯中提出适当的判刑条款而不对现存的制定法或宪法性法律作出任何改变。此类证据的承认将直接影响相关的审讯。刑罚证据的广泛引进，与陪审团可能持有的对该证据的反对反应相一致，能够改变有关这个国家的严苛法律的逐渐激烈的争论的表达方式以及陪审团适当的时候所起的合适的作用。（2010年12月第90卷第6期第2223页以下）

## 商标合理使用改革法案

The Trademark Fair Use Reform Act

William Mcgeveran

扫除对商标名称和标志中排他性商标权利的使用可能会防止竞争、妨碍自由表达，包括虚假描述、评论、政治演讲、拙劣的模仿和比较的广告。有些纠纷导致了诉讼。更经常发生的是。演讲人屈从于诉讼威胁，甚至是当他们所面临的法律诉求的实质内容是相当没有攻击性的时候。就像在作者先前的著作中已经证实的一样，现有的商标合理使用原则不单单是快速且低成本地结束诉讼的抗辩，许多被告人无力承担延长诉讼所产生的费用。观察员已提出多种商标合理使用的改良措施，但是本文集中关注商标法的决策体系以及减轻它繁重影响的方法。分析描述了关于管理成本与违法代价、规制和标准、辩护原则的设计的理论著作和学

说著作。在此基础上，本文认为对商标合理使用的改革应该强调管理成本地减少以及对言论责任的错误裁决的风险；应当支持在关于更加复杂的依据过去经济发展情形分析的标准方面排除事前规则；应该力求从令人困惑的初步可能的判决中对合理使用进行单独考察。然后本文提出了对商品确定使用的绝对安全的避难所作为一个核心的改革，以其他更宽泛的针对违反表见使用的假设作为补充。补充的内容中表达了想要发起关于此种抗辩的讨论的意思。传统上商标法已避开了其本身的例外情形。它的设计本身很大程度上假设了避免消费者混淆是必要的，即使有高昂的管理成本和不可预测的结果。然而，本文认为商标法能在不引起消费者混淆的可能性疯长的前提下减少管理成本、提高对言论自由的保护。尽管只靠安全避难所并不能解决包含竞争或言论利益的每一个案件，但至少它们防止了简单的案件造成骇人的影响。更主要的是此分析论证了绝对的抗辩在商标纠纷的判决中应发挥更加重要的作用。（2010年12月第90卷第3期第2267页以下）

## 最高法院对诉讼的抨击：

### 为什么以及如何对健康法有益？

The Supreme Court's Assault on Litigation:  
Why(and how)it Might be Good for health Law  
Abigail R. Moncrieff

近年来，最高法院已经在许多法律制度中限制或废除了个人起诉权利，这引起了法学界的气愤。这个趋势，虽然可以肯定它不局限于健康法，但是它已经在此领域产生重要影响；法院的裁决已经在至少三个重要的卫生保健的法律制度内排除了私人的强制机制：公共医疗补助机制、雇主资助的保险和医疗设备。除了法院，另外还有一个类似的趋势，就是州议会已在医疗治疗不当立法中增加了非经济的、惩罚性的损害赔偿，削弱了这些州侵权体系的威慑作用。本文建议废除私人起诉权的趋势应当被评价为管理权限从州司法法院向联邦行政机关的一种转移，而不应被评价为法律强制的废除（以及法律调整空白的产物）。然后本文提出此种转移对卫生保健来讲可能是明智的，假设特定的市场失灵而使政府管理干预变得合法。在所有的四个故事中，联邦行政管理很自然地接管管理工作，

并且联邦行政管理者有能力比法院做得更好。因此本文强烈主张实现再分配而不是撤销再分配—巩固联邦行政的管理权威以及进一步削弱州司法强制权力。

(2010年12月第90卷第6期第2323页以下)

### **灰色地带：**

## **将有益于受益人规则运用到信托投资政策中**

Shades of Gary:Applying the Benefit-thebeneficiaries  
Rule to Trust Investment Directives

Jeffrey A. Cooper

(原文无摘要)

(2010年12月第90卷第6期第2383页以下)

## **对“明智选择计划”的联邦管制：使 在包装上标记营养成分制度服从**

### **美国食品药品监督管理局和联邦贸易委员会的共同管理**

Federal Regulation of the “smart choices program”:Subjecting Front-of package  
Nutrition Labeling Schemes to Concurrent Regulation by the FDA and the FTC

Chelsea M. Childs

(原文无摘要)

(2010年12月第90卷第6期第2403页以下)

## **陷入困境：联邦国家居民获得州教育的权利**

Caught in the Crossfire:the Right of Federal Land Residents to a State Education

Daphne Putka

(原文无摘要)

(2010年12月第90卷第6期第2427页以下)



## 处于停滞状态的行动自由？ 为了洲际旅行的基本权利的建立

Freedom of Movement at a Standstill?

Toward the Establishment of a Fundamental Right to Intrastate Travel

Kathryn E. Wilhelm

(原文无摘要)

(2010年12月第90卷第6期第2461页以下)

## 金融监管的重新建构

Reframing Financial Regulation

Charles K. Whitehead

如今的金融监管框架在很大程度上是根据传统业务分类而形成的。然而,在过去的三十年,金融市场已开始绕过这些类别。主要的变化在于传统的中间机构和新产业所带来产品和服务的融合,以及将融资和风险承担从传统的中间商转到资本市场。结果就是老问题在现行监管制度下重新出现(但是已经远远超过),以及现在如何可以管控和转移资本风险和金融风险反应的变化所产生的新问题。

在这篇文章中,我开始评估当前美国金融监管方法,根据最近的金融体系的变化,并提供初步解决监管改革方法的建议。金融监管必须关注监管中想要解决主要问题——有关金融稳定性和风险负担——不考虑固定类别、中介机构、商业模式,或功能。然而,这样做需要前瞻性的市场评估,一种不同的方法,来源于当今金融监管为特色的反应过程。(2010年2月第90卷第1期第1页以下)

## 法律术语和专利普通法

Legal Forms and the Common Law of Patents

Craig Allen Nard

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第51页以下)

## 实质性标准和诚信机构

Substantive Canons and Faithful Agency

Amy Coney Barrett

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第109页以下)

## 依照先例的投票悖论

The Precedent-Based Voting Paradox

David S. Cohen

当一个案件的结果恰恰与案件中个别争点相反时,投票的悖论会出现。例如,八个大法官认为一个法律条款在正当程序条款下是合宪的,而五位法官认为根据征用条款该法条是合宪的。然而,因为一个法官认为法令违反了正当程序条款,四个大法官认为法令违反了征用条款,法庭大多数认为法律是违宪的。学者们回顾发现在最高法院二十多年的历史中大约有20例投票悖论。

在本文中,主要基于社会选择理论,我描述和模拟了一个之前没有解决的特定种类的投票悖论,——依照先例的投票悖论。与前所述投票悖论不同,学者们已指出至少有两个问题提交给法院,依照先例投前所述的投票悖论中学者们指出有必要向法院提交至少两个问题,与之不同的是,当看起来只有一个争议被提交给法院时,依照先例的投票悖论就会出现。正如我在这篇文章,因为是否推翻先例的问题几乎总是会潜伏在一个问题的背景下,所以几乎所有的案件都会导致法院的投票悖论。除了介绍和建模这些依先例投票悖论,文为有关最高法院投票悖论正在成长的学术理论做出了四个很有新意的贡献。首先,随着依先例投票悖论被理解接受,最高法院中投票悖论比之前更加频繁地发生。本文还列举了在最高法院历史上的十一个依照先例投票悖论。第二,因为依照先例投票悖论,本文认为,

有人为了避免投票悖论而主张将法院的投票规则从对结果的投票转向对争点的投票,但此种转变不会解决问题,因为即使是单一的问题也可以导致依照先例投票悖论。第三,本文展示了法官可以使用依照先例投票悖论操纵投票模式来达到他们想要的结果。最后,本文认为律师应该考虑依照先例投票悖论来简述案例和用更多的论据推翻先例。(2010年2月第90卷第1期第183页以下)

## 终于自由了!反从属和第十三修正案

Free at Last! Anti-Subordination and the Thirteenth Amendment

Rebecca E. Zietlow

尽管在美国人心中自由具有强大的象征,但是二十世纪后期对公民权利的理解中自由在很大程度上是缺失的,而是基于平等保护条款和正式平等的承诺。有色人种和每一个种族的女性地位已经在平等保护模式下有了显著提高,但他们仍然在几乎所有经济指数落后于白人和男性。本文主张平等的另一种模式:反从属模式,它使得决策者关注和补救那些导致社会不平等的实质条件。这个模式也可以在另一个重建修正案第十三修正案中被找到,它赋予国会救济种族和经济从属,为了进一步解决我们的社会边缘人群的归属感。本文认为第十三修正案的废奴主义者根源为了帮助理解它的潜在内涵,并分析了国会颁布和执行这个修正案的讨论。当执行第十三修正案时,国会已经对平等采用了一个反从属方法,弥补种族歧视和工人的经济从属。讨论和立法本身为二十一世纪国会重塑“平等”和“自由”的意义创造一个先例,制定更多的措施,有效地解决有色人种,妇女和各个种族的工人的相互关联的从属关系。(2010年2月第90卷第1期第255页以下)

## 国会未能凭借初等教育和高等教育法案实施平等保护

The Congressional Failure to

Enforce Equal Protection Through the Elementary and Secondary Education Act

Derek W. Black

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第313页以下)

伦勃朗燃烧?反垄断法的限制财产授与者  
直接投资的权力

Burn the Rembrandt? Trust Law's Limits on the  
Settlor's Power to Direct Investments

John H. Langbein

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第375页以下)

传播责任:调查 DSHEA 和棒球类固醇丑闻之间的关系

Spreading the Blame:  
Examining the Relationship Between DSHEA and the Baseball Steroids Scandal

Andrew L. T. Green

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第399页以下)

埃文斯顿的遗产:一个处方  
——解决医院的两级竞争而合并的反垄断分析

Evanston's Legacy: A Prescription for Addressing Two-Stage Competition in  
Hospital Merger Antitrust Analysis

Erica L. Rice

(原文无摘要)

(2010年2月 第90卷第1期第431页以下)

合同中私立救济的理论

## A Theory of Self-Help Remedies in Contract

Mark P. Gergen

(原文无摘要)

(2009年12月 第89卷第5期第1397页以下)

## 州最高法院的撤销、异议和易变性： 管辖权来源的集中性

Reversal, Dissent, and Variability in State Supreme Courts:

The Centrality of Jurisdictional Source

Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller

最高法院(SSC)运用了权力两个主要来源:规定性强制管辖权和自由裁量管辖权。本文评估了2003年7055例州最高法院判例决定是否为第一个有关管辖权来源和州最高法院行为之间的关系全面研究提供资料。大约一半的案例可自由裁量的,一半是强制性的。管辖权的来源是与州最高法院几个重要方面的行为息息相关的。合计州法院案例,法院推翻了51.6%的可自由支配的管辖权的情况下,相比推翻的规定性案例只有28.1%。管辖权源也影响了反对率:26.7%的自由裁量案件引起至少一个反对意见,而强制性管辖案件的案例只有18.8%。

引人注目的州际间的不同情况也表现了强制和自由裁量的区别。州最高法院自由裁量管辖案件推翻率在德克萨斯州的88%到俄亥俄州只有31%。在有实质强制管辖权的法院中,推翻比率从亚利桑那州的68%变化到佛罗里达州的13%及德克萨斯州刑事上诉法院的9%。这些结果与阐述州和案例类别影响的模式相一致。令人惊讶的是,在控制了州和案例类别之后,自由裁量案件的判决意见比强制性案件的法院意见短。证据表明,州最高法院的研究结果,异议模式,司法政策偏好,和其他特征应该考虑管辖权的来源。(2009年12月 第89卷第5期第1451页以下)

## 非选择：理解职工优先认股权折扣的缺乏

## The Non-Option: Understanding the Dearth of Discounted Employee Stock Options

David I. Walker

美国公司对税务和会计处理有关补偿安排高度敏感。五十多年来,国会税收作家和会计行业指出打折或“货币”员工股票认购权,允许认购权行使价格低于公平市场价值的股票,尤其是相对于没有折扣的认股权的不利的区别对待。

如今我们没有观察到打折的认股权,而是关注到了第二好的薪酬解决方案,同时对美国上市公司的员工授予股票和不打折认股权。如果有能力消除障碍,明确打折以这种方式,本文探讨了折扣和无折扣认股权之间的区别管制是否有意。歧视明确折扣认股的规则的立法合理性是微弱的,反映出股权补偿的折扣和无折扣的两种观念。事实上,认股权设计是一个连续体。相比之下,本文提出了一个新颖的税收政策理由迫使企业将长期存在的以金钱为基础的激励性薪酬安排转变为对股票和非折扣认股权的消极承认。简而言之,这样排除了毫无根据的扩张认股权税收优惠折扣以至严重折扣认购股票。(2009年12月第89卷第5期第1505页以下)

## 惩罚的比较性质

The Comparative Nature of Punishment

Adam Kolber

在侵权法和合同法中,我们通过审查和原告最初的情况对比之下他在遭受伤害之后的状态来计算被告对原告造成的损害。但是,当我们考虑量刑时,我们通常忽视犯罪者的基础情况。我们将犯人在同等情况下被监禁相同的时间视为他们受到了平等的惩罚,即使监禁并没有平等改变他们的情况(除非他们开始在完全相同的情况下)。我们改变罪犯的犯罪情况程度,决定惩罚的严重性。相对地,我们计算一些惩罚的严重性,如罚款。罚款特定金额,相对于他的最初财富基础,改变罪犯的财富状态。我们从未用罚款来平衡犯罪者的净资产,但我们确实使用监狱来均衡的监狱囚犯的自由。当我们认识到惩罚的比较性质,我们看到,通过让两

个同等应受谴责的罪犯在监狱监禁相同的时间,基础情况较好的罪犯有可能比基本情况较差的罪犯所受的刑罚更重。我们必须考虑基线的差异,否则我们将无法证明我们故意实施的一些酷处理措施的合法性。如果我们坚持这两个罪犯相同时间的监禁,我们不能证明这样做的理由是按比例惩罚。(2009年12月第89卷第5期第1565页以下)

## 阴影破产制度

The Shadow Bankruptcy System

Jonathan C. Lipson

本文披露并探讨了阴影破产制度。“阴影破产”描述了私人投资者(如对冲基金、私人股本基金和投资银行)越来越多地发挥重组作用解决陷入困境的企业,美国破产法第11章,主要为拯救陷入困境的公司法律制度。像“阴影银行”制度的命名一样,阴影破产繁荣并促进不透明和不公开性,可能不当地刺激。阴影破产利用监管漏洞隐藏私人投资者的身份和动机,增加了不确定性和复杂性,并由此增加了重组陷入困境企业谈判的成本;通过为了零星利益的两败俱伤的争斗将司法资源负担到重组债务人身上;它依赖于复杂的、多方面的对冲策略,可以有效架空债务人的重组努力,导致资产价值降低,过早清算那些可能可行的公司对那些可能可行公司的过早清算。阴影破产从而威胁了国会制定第十一章法案的基本意愿:保持持续经营,通过协商重组工作。本文提出了一种新颖的基于市场的解决方案,通过“立场性披露解决许多阴影破产问题。”“立场性信息披露要求私人投资者在陷入困境的公司揭示物质性权利,反对或影响陷入困境的企业(包括债券、股票和衍生品)实时在线平台。本文还建议其他补救措施以及为进一步研究提供指导。(2009年12月第89卷第5期第1609页以下)

## 解决三种环形分割法:

### 为什么第四修正案否定无权司机出租

Resolving a Three-Way Circuit Split: Why Unauthorized Rental Drivers  
Should Be Denied Fourth Amendment Standing

Darren M. Goldman

(原文无摘要)

(2009年12月 第89卷第5期第1687页以下)

**门的背后：婚姻隐私的无效审判和跨越历史的权利**

Behind Closed Doors:

Impotence Trials and the Trans-Historical Right to Marital Privacy

Stephanie B. Hoffman

(原文无摘要)

(2009年12月 第89卷第5期第1725页以下)

**联邦制对 Adam walsh 法案的挑战**

Federalism Challenges to the Adam Walsh Act

Robin Morse

(原文无摘要)

(2009年12月 第89卷第5期第1753页以下)

**政治讲坛：税收优惠，实质负担，机构性自由运转**

Politics at the Pulpit:

Tax Benefits, Substantial Burdens, and Institutional Free Exercise

Lloyd Hitoshi Mayer

五十多年前，国会颁布一项禁令，禁止政治活动干预一切慈善团体，包括教堂和其他敬拜堂，作为接受可免税贡献的条件。然而，国税局从未因为所谓的通过来自讲坛的政治评论造成的对禁令的违反而将任何一个礼拜堂诉至法院，至少部分原因是担心这样做的合宪性。这个决定是令人惊讶的，因为对信仰自由条款判例



法的一次仔细的审查,具有里程碑意义的就业部诉史密斯案决定前后都显示——几乎可以肯定此禁令将构成一个宪法性的挑战。然而,现在相关法律格局的两个变化可能会将平衡转向在教义内容上寻求挑战禁令的礼拜堂,并产生对联邦政府新的担忧,尽管美国国税局开始更积极地调查涉嫌违规的行为。第一个变化是国会 1993 年制定的宗教自由恢复法案(“RFRA”),法案编纂了由最高法院在史密斯案前自由信仰条款案件中确认的很少采用的实质负担、严格审查分析。虽然不再适用州和地方的法律,RFRA 仍然适用于联邦法律,包括禁止性法律。第二个变化是法院和学者越来越多支持保护宪法权利的制度性方法,尤其是在宗教组织方面。这种方法表明,礼拜堂挑战禁令可能会成功论证,对他们的成员谈论宗教信仰是自由的一个必要方面的问题,所以府不能,无论是依据宪法还是 RFRA,通过承认一个长期存在的税收利益状态而阻止此类演讲。(2009 年 10 月 第 89 卷第 4 期第 1131 页以下)

## 太阳能权利

Solar Rights

Sara C. Bronin

获得、利用太阳的光线的权利——太阳能权利是非常有价值。这些权利可以决定个人是否和如何利用太阳的光,温暖,或能量,他们可以产生重大的经济影响。因此,至少两千年来,人们一直试图公平和高效地分配太阳能的权利。

在美国,分配利用太阳能权利的尝试没有达到预设目标。二十五年前,许多美国法律学者讨论这个缺陷。他们一致认为,国家缺乏一个连贯完整的法律框架对待太阳能的权利,尤其是太阳能集热器技术的出现,可以将太阳能转换成热能,化学或电能。这些学者提出一些法律制度,他们认为这些法律制度能阐明太阳能权利、促进增加太阳能集热器使用。有关太阳能权利的讨论自开始以来没有什么变化。尽管一些地区已经尝试了学者们的建议,改革尚未全面展开,太阳能权利在很少的地方得到保障。尽管众多的技术进步减少了太阳能集热器的成本,但是目前我国只有百分之一的能源来自太阳,而这至少有一部分是由混乱的法律制度所引起的。在这种背景下,本文旨在重振、重新关注有关利用太阳能权利的学术争论。

本文首先解释了为什么太阳能权利对个人和整个国家都有价值。然后分析可以分配太阳能的三种方法: 物主之间的协议, 政府许可系统或分区, 以及立法导致的法院分配。尽管本文分析了权利的追求者和可能负担方对现行法律的担忧, 它并不能完全解决太阳能的权利问题。相反, 这篇文章为一个次要的部分—现代光线提供平台, , 同时在科罗拉多大学法律评论发表。(2009年10月 第89卷第4期 第1217页以下)

## 严格领土权能否终结软件专利收费

Does Strict Territoriality Toll the End of Software Patents?

Jim Ernstmeyer

(原文无摘要)

(2009年10月 第89卷第4期第1267页以下)

## 再平衡公平与效率:

### 1983 法案中间接禁止反言侵略性用途

Rebalancing Fairness and Efficiency:

The Offensive Use of Collateral Estoppel in § 1983 Actions

Joshua M. D. Segal

(原文无摘要)

(2009年10月 第89卷第4期第1305页以下)

## 分手困难: 捍卫婚姻法的州, 迁徙的同性结婚、离婚, 和一个实用的财产分割解决方案

Breaking Up Is Hard to Do: Mini-DOMA States, Migratory Same-Sex  
Marriage, Divorce, and a Practical Solution to Property Division

John M. Yarwood

(原文无摘要)

(2009年10月 第89卷第4期第1355页以下)

(施 骏 译)

(戚小乐 校)

## 为何只有不良行为可以作为量刑的考虑因素？

Why Are Only Bad Acts Good Sentencing Factors?

Carissa Byrne Hessick

在刑事罪犯的判决中，一些信息比罪犯以前的犯罪历史起着更重要的作用。美国司法实践通常将犯罪人先前的不良行为作为加重处罚的因素。与之相反的是，很少有判决以犯罪人先前的善行——比如光荣的兵役或慈善工作——作为减轻刑罚的依据。本文探讨了加重刑罚的因素和减轻刑罚的因素之间的潜在关联。鉴于绝大多数人都认为先前不良行为应当加重刑罚，本文探究了是否有一个原则性的理由来说明判决中不能将先前的善行作为减轻刑罚的因素。(2008年12月 第88卷第5期第1109页以下)

## 空头支票：财产授予人的意图、 统一信托法和信托投资法的未来

Empty Promises: Settlor's Intent, The Uniform Trust Code,  
and the Future of Trust Investment Law

Jeffrey A. Cooper

许多信托的文件都包含有具体的投资管理指令，比如命令受托人保有某一特定的投资。然而，历史上的信托投资法赞扬了财产授予人施加这种限制的意图，一些财产授予人甚至阅读统一信托法(UTC)以编纂一个截然不同的规则。在这一新兴的规则之下，某一信托投资限制条件的可执行性取决于审慎与效率的客观概念，而不顾及财产授予者的主观意图。

尽管统一信托法现已成为接近一半的州的法律，但这一潜在的革命性变化却被学界所忽略。研究该主题文献并不多，但都强调了新兴规则的潜在利益，预测出它将会使信托受益人从不合理的投资限制中解放出来，并使信托投资资源得到最大效率的利用。然而，这些文献对新兴规则给未来信托财产授予者带来的影响缺少批判分析。本文填补了这一空白，揭露了新兴规则所能产生的一系列不良后果，并揭露出它将刺激信托财产授予者避开产生不良影响的条款，从而削弱信托法律。

从这个角度看，新兴的“使受益人受益”的规则并不能产生它所期望的影响，并且它对信托受益人的承诺也将被证明是空头支票。就其本身而言，若发展一些人认为可能没那么有野心的法律规则——帮助那些犯了错误或没能预料到环境改变的财产授予者的受益人，但对于财产授予者故意且处心积虑地损害受益人的经济权利的情形则不提供任何帮助，那么信托投资法会更好发挥作用。信托投资法无法对后一种情形提供有意义的救济。它也不应当试图提供救济而毁了自己。（2008年12月 第88卷第5期第1165页以下）

## 用不熄的火焰烧光谷壳：有关对诉状的司法权，两种学说的交叉能教会我们什么

Burn Up the Chaff with Unquenchable Fire: What Two Doctrinal Intersections  
Can Teach Us About Judicial Power Over Pleadings

Lonny S. Hoffman

（原文无摘要）

（2008年12月 第88卷第5期第1217页以下）

## 谢弗林共识

Chevron's Consensus

Evan J. Criddle

近二十五年的时间，联邦法院都遵循了行政机关根据著名的“谢弗林原则”所作的法定解释。尽管“谢弗林原则”有着广泛的吸引力，它的理论基础仍有待探究。法官和学者争论了“谢弗林原则”是否依赖于以下理论：国会授权、行政专业知识、行政分支的政治响应和责任、行政机构审议的合理性、对国家监管一致性的忧虑，以及固有的行政权力。本文通过分析“谢弗林原则”并不排他性的依赖于这些相互矛盾的基本原理中的任何一项，向长期以来饱受争议的条款发起挑战。与此相反，“谢弗林原则”在几个主要理论之间形成一个实际的共识，这些理论没有一个能被合理认为是多余的。通过接受法定解释中的多元主义和实用智慧，“谢弗林原则”对当代法律和政治理论的分裂作出了经久不衰的回应。

在美国诉 Mead 公司案中，最高法院似乎抛弃了“谢弗林原则”所形成的共识，而支持以国会授权理论作为“谢弗林原则”的基石。据大家所说，Mead 案在巡回法院传播了混乱和不一致。然而批评 Mead 案的人们却没能发现，最高法院事实上是利用国会授权理论来维持“谢弗林共识”：当行政机关的决策过程符合所有主导的尊重先例的基本原理时，最高法院即可适用“谢弗林原则”。相反地，若任何一个基本原则没有被满足，则最高法院依据剩余的 Skidmore 测试法来评价行政机关的法定解释。

现在可以解除 Mead 案授权理论的谣言了，并明确重建谢弗林的多元主义共识，以此作为“谢弗林尊重”的决定性测试法。通过坦率地重申“谢弗林共识”，最高法院阐释了谢弗林适用的范围，并在法定解释中加强司法透明度和责任制。（2008 年 12 月 第 88 卷第 5 期第 1271 页以下）

## 惩罚家庭状况

### Punishing Family Status

Jennifer M. Collins, Ethan J. Leib & Dan Markel

本文着重分析两个基本的但有待探究的问题：州何时利用或何时应当利用刑事司法这一工具来根据个人的家庭状况而给其施加责任？本文通过展现渗透到刑事司法制度的共同组成一系列“家庭关系责任”的种种法律，或根据个人的家庭状况而施加惩罚的法律，在第一部分解答了第一个问题。本文所着重关注的七

个责任是：未能进行救援的懈怠责任、父母责任法、血亲相奸、重婚、通奸、拒付子女抚养费和拒付父母赡养费。

第二部分为规范评定家庭关系责任建立了框架。我们首先考察了这些法律是怎样被正确理解为“责任”的。接下来进行综合考虑和情境分析，以揭示隐含在大多数家庭关系责任之下的一般模式，即他们都倾向于促进自愿的看护关系。我们试图解释为何这一基本原理是有指导意义的，它对刑事司法制度之下家庭关系责任的制度设计有着普遍的吸引力，该刑事司法制度致力于我们所说的“自由的极简主义”。我们通过清晰阐述依附于刑事司法制度中家庭关系责任的批判性审查的轮廓和基础，为第二部分作出总结。

最后，有些条款对家庭状况持中立态度，但仍有能力促进并维护自愿看护关系，我们在第三部分就运用计划中的框架来考察：这些条款中的责任在何种条件之下应当被驳回、保留或改写。（2008年12月 第88卷第5期第1327页以下）

## 避免错误定罪的责任：检察官管制中的思维实验

The Duty to Avoid Wrongful Convictions:

A Thought Experiment in the Regulation of Prosecutors

Fred C. Zacharias & Bruce A. Green

本文探究了律师惩戒程序在避免因公诉人的行为导致错误定罪中所可能扮演的角色。检察官若没有能够尽到合理的注意义务，以防止无辜者被定罪，则会因不称职而受到惩罚，本文探寻了这一制度可能产生的或好或坏的影响。这一探究为思考检察官训练程序的性质、检察官的工作、防止错误定罪的挑战及检察管制的复杂性等问题提供了一种新的方法。

本文论证了将律师能力规则解释为对检察官疏忽的包含似乎是有理的，并分析出这么做的许多潜在利益。但本文也识别并分析了可能提出的规范上的和制度上的重要反对意见。本文总结出：运用上述建议的能力规则将会引发严重的问题，这些问题是惩戒检察官以进行管制时所固有的。

有人认为惩戒管理者办法不足或缺乏意愿是导致历史上未充分利用惩戒检察官以进行管制的原因，但上述分析表明这只是原因之一。本文对惩戒程序的固

有缺陷分析表明：有必要加倍重视替代性的管理程序。它包括目前因检察官豁免原则被排除的民事责任和更有力的内部管理。（2009年2月第89卷第1期第1页以下）

## 网络中的民事权利

Cyber Civil Rights

Danielle Keats Citron

社交网站和博客正越来越多地为匿名的网络群体攻击妇女、有色人种和其他传统上处于弱势阶级的成员提供温床。这些有害群体对个人进行诽谤、暴力威胁或利用高科技进行攻击，使受害人保持沉默，并随即破坏他们的隐私。受害者下线或利用假名来防止未来的攻击，致使网络对话变得贫瘠，并被剥夺了因与活跃的在线状态相关的社交和经济机会。攻击者操控搜索引擎向雇员和顾客传播他们的谎言和威胁，创造出能使名誉扫地的电子版的“血色信”。

现今的网络攻击群体更新了匿名暴徒的历史，他们聚集到一起伤害和征服易受攻击的人们。社会科学文献分析了放大危险群体行为的情形和倾向于平息这种行为的情形。不幸的是，网络 2.0 技术增加了暴民的行为。我们没有理由期待对易受攻击的个体施加的恐吓行为能够进行自我修正，因此法律必须对此作出回应。

一般的刑事法规和侵权法律禁止暴民大部分的破坏性行为，但是他们所造成的伤害同样应当被理解为是对民事权利的侵犯，并按照侵犯民事权利的相关法律处理。民事诉讼可以延伸到其他手段无法解决的社会伤害，并在谴责网络暴民行为中扮演至关重要的情感性角色。当攻击包含诽谤、真实的威胁、故意施加精神损害、技术妨害或滥用偏见的动机以妨碍受害者的就业机会时，制止这些攻击就不违反第一修正案原则。与此相反，它有利于保护有活力的网络对话，并发扬平等政治、平等社会和平等经济的文化。（2009年2月第89卷第1期第61页以下）

## 专利损害赔偿方式的改革及专利法的形式

Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law

David W. Opderbeck

专利法的形式正在发生改变。令人惊奇的是，专利法中最显著的变化之一根植于专利侵权中有关损害赔偿计算的深奥知识。现在摆在国会面前的改革提案被大多数拥有丰富技术的企业激烈争论，它要求法院比对现有技术，梳理被提出权利要求的发明的“经济价值”，彻底改变专利许可的形式。本文从经验上和理论上对这种通过不合法的损害赔偿改造专利法的尝试作出回应。

损害赔偿改革提案的支持者引用了经验主义的证据，即专利判决的数量正变得过于巨大。本文回顾了现有的经验主义文献，并利用法院行政办公室的专利判决数据，对此作出了原始研究。本文回顾的文献和展现的原始数据表明：改革支持者引用的经验主义论证大部分都是错位的。

本文还考察了专利侵权救济结构的理论基础。通过讨论一系列最近的最高法院意见，本文发现专利法似乎正在从财产规则向救济的责任规则转变。

最后，本文考察了现有的专利改革讨论中所忽视的一个关键因素：需求的价格弹性。并提出理论模型以论证为何改革中的尝试应当集中于向专利损害赔偿的恢复原状模型转变。（2009年2月 第89卷第1期第127页以下）

## 在 Chevronand Brand X 时代

### 对美国全国劳工关系委员会立法的司法控制

Judicial Control of the National Labor Relations Board's

Lawmaking in the Age of Chevronand Brand X

Michael C. Harper

（原文无摘要）

（2009年2月 第89卷第1期第189页以下）

## 携带枪支但不能使用的权利？



## 自卫性武力规则和非致命性武器渐增的效力

A Right to Bear Firearms but Not to Use Them? Defensive Force Rules and the Increasing Effectiveness of Non-Lethal Weapons

Paul H. Robinson

在目前的美国法律之下，非致命性武器在效力和实用性上的改进可能越来越多地损害用枪支自卫的权利，因为使用枪支进行自卫的选择逐渐成为一项超过必要限度的武力自卫选择。讽刺的是，最高法院在哥伦比亚特区诉海勒案中对第二修正案的解释所带来的最实际的影响就是：它使限制使用非致命性武器的法令无效，并因此从根本上损害了使用枪支的权利。

尽管有人可能会担心使用自卫性武力的权利正被这些发展所侵蚀，但真正值得忧虑的事却恰恰相反：技术发展连同现行法律可能会促进非致命性武器“牛仔”的文化，其中在今天不适用武力的情况下，非致命性武力将获得批准。（2009年2月 第89卷第1期第251页以下）

## 购者自慎：管辖规则、Bowles

### 诉 Russell 案和对司法制度的依赖

Caveat Emptor: Jurisdictional Rules,  
Bowles v. Russell, and Reliance on Our Judicial System

David S. Kantrowitz

（原文无摘要）

（2009年2月 第89卷第1期第265页以下）

## “再建尼罗河”：行政报告、

### 国际人权诉讼和政治问题排除原则

“The Nile Reconstituted”: Executive Statements, International Human Rights  
Litigation, and the Political Question Doctrine

Thomas R. Sutcliffe

(原文无摘要)

(2009年2月 第89卷第1期第296页以下)

## 运输通信

Transporting Communications

Susan P. Crawford

康卡斯特处境是对不断增加的私人控制基础通信功能的接入渠道的最新发展，它引起了国家对管理通信政策的注意。本文中，Crawford 教授认为：联邦通信委员会对康卡斯特的特殊处理揭露出现行通讯法本质上的不连贯性。在追踪了美国历史上对待电报和电话的非歧视原则之后，Crawford 教授认为，管制的技巧和轻信的法院导致我们忘记了对基础通信网络的私人歧视性控制从未被接受。与此同时，因私人对基础服务的控制不断扩大而引起的公众骚动已经到达了一定的程度，致使美国将创制通信法律结构摆在第一位置。Crawford 教授呼吁进行改革，以恢复基本非歧视性通信的角色，这也是美国通信立法者们想要的结果。光纤装置的开放获取应当成为规则。获取非智能的、不透光的和便宜的光纤的渠道若能普遍存在，将会为非歧视性运输提供本质的核心。(2009年6月 第89卷第3期 第871页以下)

## 对抗强迫倾听的第一修正案的权利

The First Amendment Right Against Compelled Listening

Caroline Mala Corbin

本文论证了一项新的第一修正案的权利：对抗强迫倾听的权利。言论自由的法学理论——已经被认可为发言权、倾听权和对抗强迫演说的权利——如果没有对抗强迫倾听的权利就是不完整的。作为言论自由权利基础的价值标准同样也指向了这一权利。此外，无论一个人将言论自由条款的初衷设想为创造自由思想的

市场、加强参与民主或促进个人自治，上述主张都适用。本文开篇检验了如下做法：通过受制而走不开的听众学说，为不情愿的倾听者提供保护，这种学说平衡了个人演说家沟通交流的权利与倾听者的隐私权、平等权、投票权。本文接下来论证了保护被强迫的听众是以言论自由价值为基础的，并探究了划分言论自由权利与强迫倾听的界限的两种合理途径。本文通过将这一新权利运用于政府托管的堕胎咨询和多元化培训作出总结。（2009年6月 第89卷第3期第939页以下）

## 神的悖论

The God Paradox

Joshua A. T. Fairfield

经营虚拟世界的公司——自称为“游戏之神”——对他们所创造的环境和使用这个环境的人有重大的控制权。游戏之神坚信他们必须保持对创造物和创造物的使用者的所有权和控制权。在一些案例中，控制权对确保虚拟世界的艺术完整性是必要的。然而在另一些案例中，游戏之神因为惧怕法律责任而维护控制权。后一种方式将会产生反效果。这就是“神的悖论”：游戏之神为了避免法律责任而保持的控制越多，最后将承担的责任也越多。本文详细说明了现在游戏之神所施加的控制种类，这种控制是如何能够并将要增加责任承担的风险，以及解决该问题的几个有效措施。（2009年6月 第89卷第3期第1017页以下）

## 在局外人中缠绕：

### **Gonzales 诉 Carhart 案以及对堕胎法表面挑战的终结**

Reeling in the Outlier: Gonzales v. Carhart

and the End of Facial Challenges to Abortion Statutes

Jill Hamers

（原文无摘要）

（2009年6月 第89卷第3期第1069页以下）

## 探寻减轻国际卫生工作者移民的不良影响的法律框架

Exploring Legal Frameworks to  
Mitigate the Negative Effects of International Health-Worker Migration

Margaret Bomba

(原文无摘要)

(2009年6月 第89卷第3期第1103页以下)

(应童译)

(陈丽校)

## 联邦补助金与州政府的决定

Federal Grants, State Decisions

Brian Galle

筹集和使用资金的权力是所有可列举的国会权力中最具有基础性和扩张性的权力之一，这尤其体现在国会决定对那些渴望获得资金的人附加条件的时候。对这种“附条件使用”的现代一致观点是：“不受限制的使用会威胁到我们联邦主义的多样性及问责制目标”。因此，几乎所有的评论员都直接或间接地支持法官对“附条件使用”设定的限制条件。我认为这些说法很大程度上是建立在一系列未经审查的假设上的，这些假设与政治动机、预算状况以及其他的对那些必须决定是否接受联邦补助金的州行政官员的激励措施相关。

因此本文试图对州政府接受联邦补助金的决定中的政治经济性进行真正的深入研究。需要特别指出的是，我将重点放在州行政官员为了保持多样性及问责制特有的激励措施上，尽管这些激励措施是出于州行政官员自身利益的原因。例如，向外来者征收隐蔽税或出口税的机会一定程度上鼓励了州政府官员作出拒绝可能会降低州自主性的联邦补助金的决定，我论证并模拟了这一过程的发生方式。我也仔细审查了能够得到的关于州政府实际财政情况的实验性证据，得出的结论是这些州当中没有任何一个州陷入了如此急迫的财政窘境以至于它们可能不得不接受联邦补助金。总而言之，我认为当下的一致观点误解了对有条件的联

邦补助金进行限制的需要。因此，目前几乎没有证据支持对州政府自由选择接受联邦补助金的决定进行司法干涉。(2008年10月第88卷第4期第875页及以下)

## 压制格鲁特诉 BOLLINGER 案的扩张可能性： 参与社区学校的家长诉西雅图第一学区案

Stifling The Potential Of Grutter V. Bollinger: Parents Involved In Community  
Schools V. Seattle School District No. 1

Michelle Adams

桑德拉·戴·奥康纳法官非常惊讶地发现如果关于种族差异性的期望是主张消除种族隔离主义的、具有前瞻性的、乐观的、民主强化主义以及非补救性的，该期望就是令人信服的。她在格鲁特诉 Bollingerhad 一案中持有的观点为纠正歧视行动法案及一般社会大众提供了改革可能性。在格鲁特案中，奥康纳大法官对政府为促进“公共利益”的发展而利用种族偏好的行为适用了一项严格审查制度。这一创新立即引起了如下的问题：即在格鲁特案中明确的多样性基本原理（以及相伴而生的对严格审查制度的不严格适用）能够被用于其他那些传统上对种族偏好持更大怀疑态度的法院审理的案件吗？如果可以的话，格鲁特案至少得到了纠正歧视行动原则的两个典型案例的支撑：即里士满诉 J.A.Croson 公司案和 Adarand 构造器股份有限公司诉佩纳案。而且一些下级联邦法院的确对格鲁特案进行了广泛的解释，这就允许了那些法院作出维持政府利用种族偏好行为的决定，在这种情况下对严格审查制度的不完全遵从很有可能导致这些决定的无效。此时法院决定的扩张性及不受限制的可能性就得不到维持。参与社区学校的家长诉西雅图第一学区案压制了格鲁特案的扩张可能性。然而，因为肯尼迪法官的附和意见适当的节制了家长对社区学校重要事务的参与，格鲁特案的扩张潜力并没有被完全的摧毁。由于肯尼迪法官的意见，格鲁特案的改革潜力只是被暂时的淹没而没有被消除，它现在等待着一个更加赞同该判例的法院再一次认可它。(2008年10月第88卷第4期第937页及以下)

## 对于企业治理还有哪些重要事项?以银行监督为例

What Else Matters For Corporate Governance? : The Case Of Bank Monitoring

Joanna M. Shepherd, Frederick Tungand Albert H. Yoon

本文解决了一个至关重要但却被低估了的问题即除了公司法,对于企业治理还有哪些重要的事项呢?我们支持了一个新颖的观点即企业治理绝不能仅包含公司法。研究公司法人的学者们几乎仅仅关注控制管理人员代理成本的公司法机制。然而,我们主张合同当事人在合约中同与其订立合同的公司一样也试图控制代理成本。需要特别指出的是,我们假设银行通过贷款来监督借贷的公司,从而为了股东的利益提升企业价值。

我们审查了1990年至2004年间的一千家以上的国营企业以检测银行监督的价值。我们的研究方法以现有的与企业治理相关的实证性研究为基础,在此之上增加了关于银行贷款存在率的数据以及它们与自由现金流、治理指数和个人公司治理条款的相互作用的数据。我们发现证据表明的结果符合我们的假设即银行监督提升了企业价值,尤其是那些代理成本很高的企业。银行监督可以为公司治理提供一项额外机制。

我们的调查结果对管理设计和公司治理都具有重要的启示。银行监督可以在经济上产生积极的间接影响,这些积极影响是以前规则设计对银行放款、债权人权利以及贷款的操作和信用衍生品市场的影响中没有考虑到的。影响银行放款和银行监督的法律规定可能间接和无意的影响到公司价值,其中一个重要因素是考虑到国营公司中银行债务的普遍性。我们发现若干管理区域值得我们的关注。同理,未来对企业治理的实证研究应当说明银行治理的效果,且进一步调查其提升公司价值的潜力。(2008年10月第88卷第4期第991页及以下)

## 修订《电子通信隐私法》:

### 当频繁收到垃圾邮件时第四修正案的保护将发挥作用

Amend The Ecpa: Fourth Amendment Protection Erodes As E-Mails Get Dusty

Achal Oza

(原文无摘要)

(2008年10月第88卷第4期第1043页及以下)

## 作为新闻记者的博客撰写人：扩大证明书的权限

Bloggers As Newsmen: Expanding The Testimonial Privilege

Anne M. Macrander

(原文无摘要)

(2008年10月第88卷第4期第1075页及以下)

## 政府言论的评估：识别信息表达的来源

The Measure Of Government Speech: Identifying Expression'S Source

Helen Norton

国家和其他政府机构越来越多的援引政府言论来抵御私人政党团体对第一修正案的质疑，这些私人政党团体力图改变或参与政府所主张的其自身的观点。这些争论包括他们对同一言论持有的相互矛盾的主张：私人政党团体坚持认为对一事件采取的某一种表达方式反映了（或应该可以反映出）她自身的观点，然而公共实体主张如同自己的言论一样，表达言论的人有能力去控制言论的内容。

为了给这些问题的解决提供一个框架，本文首先审查了支持将政府言论从第一修正案的严格审查制度中抽离出来的观点在理论上及实践上的理由。它解释了政府言论在促进自我治理方面的优点，前提是只要这些言论仍然受制于政府问责制的检查例如请愿和投票。本文还探讨了进行社会科学研究的机构，它阐述了一项信息的来源是如何产生效力的，且特别关注了作为某一特殊观点的信息来源或感知来源的政府角色。

本文强调当某一言论的政府来源显而易见时其言论是具有最高价值和最低危险性的，紧接着本文提出力图主张政府言论防御的公共实体必须证明受质疑的政府观点在起源上是正式的（例如，当政府授权通知时政府明确表明这项言论是其自身作出的）和功能性的（例如，在言论发布时旁观者获知理解该言论是由政府作出的）。这种双重要求通过识别政府必须揭露其向公众的表达选择中的两个

时间点最大程度上放大了有意义的可信性评估和政治问责的期望，这两个时间点是：当政府决定表达某一观点时和当政府实际上表达了这一观点时。此外，本文通过借鉴其他领域的相关经验审查各种各样的信息特征或来源线索，这些信息特征或来源线索可能反映出一项信息是发源于政府还是私人。这些不仅包括对信息来源迹象的表达而且包括不那么直接的标志，如信息发出时的物理位置或者旁观者基于过去的实践而拥有的期望。本文接着将这一框架结构适用于几个经常被提出的质疑，探讨了在各种背景下可能掩盖或揭露一项信息政府来源的具体特征。（2008年6月第88卷第3期第587页及以下）

## 振兴城市：市政财政危机的法律救济

Reviving Cities: Legal Remedies To Municipal Financial Crises

Omer Kimhi

地方性的财政危机不是可以忽略的现象。在过去的三十年里，显著数量的国家城市承受着严重的财政压力，一些像纽约、费城、迈阿密等重要的大城市爆发了全面的财政危机，这些城市的政府没有足够财力以负担基本公共服务的经费。在文章中，我论述了多年来发展成熟的法律救济措施以解决地方性政府资不抵债的问题，其中包括债权人权利救济，《破产法》的第九章及国家财政局的相关问题，本文还阐述了每一项救济措施的逻辑性和局限性。我的分析表明，国家财政局是应对地方性财政危机最有效的措施。本文综合运用了理论论点及实际案例，阐述了这项救济措施的优势并解释了该救济措施如何在立法上被成功实施。通过利用北卡罗来纳州的个案研究，我论述了这种立法可以改善地方财政的健康状况并促进定期存款利率的巨大提高。（2008年6月第88卷第3期第633页及以下）

## 作者作为管家的“有限次数”

The Author As Steward “For Limited Times”

Roberta Rosenthal Kwall

（原文无摘要）



(2008 年 6 月第 88 卷第 3 期第 685 页及以下)

## 迷失在翻译文化中：日本动漫、精神权利及市场阻碍

“Lost In Translation”: Anime, Moral Rights, And Market Failure

Joshua M. Daniels

(原文无摘要)

(2008 年 6 月第 88 卷第 3 期第 709 页及以下)

## 言论自由框架：缓解外交事务权力和第一修正案中的自由之间的紧张关系

The Liberty-Speech Framework: Resolving

The Tension Between Foreign Affairs Power And First Amendment Freedoms

Christiaan Highsmith

(原文无摘要)

(2008 年 6 月第 88 卷第 3 期第 745 页及以下)

## 司法伦理学规则对司法公正的认知有影响吗？

Do Judicial Ethics Canons

Affect Perceptions Of Judicial Impartiality?

Benjamin B. Strawn

(原文无摘要)

(2008 年 6 月第 88 卷第 3 期第 781 页及以下)

## 气候变化和濒危物种法案：构建通往无模拟未来的桥梁

Climate Change And The Endangered Species Act:

Building Bridges To The No-Analog Future

J.B. Ruhl

本文探讨了全球气候变化向濒危物种法案(ESA)及它的主要行政管理机关——美国鱼类及野生动物服务局(FWS)提出的挑战。气候变化将重新调整生态系统,并对基于现有的知识和模型的气候预测提出挑战,通过主要的和次要的生态效应及人类适应气候变化的效果对物种构成威胁。即使假设对温室气体排放进行全球范围内的管理可以产生一个更加稳定的气候变化机制,它将不同于最近的历史上的气候变化机制,即使在濒危物种法案的人为干涉下很多物种还是可能无法在过渡时期幸存下来。然而很多其他物种可以通过集中应用濒危物种法案提供的援助而活下来。

本文提出了一项政策方针旨在实现这一目标。文章首先介绍了美国鱼类和野生动物管理局面临的气候变化的挑战并解释了在最高法院做出马萨诸塞州诉环境保护局的裁决后,美国鱼类和野生动物保护局必须做出回应的原因。文章第一部分探讨了气候变化可能导致的生态后果,对这种生态后果我们没有进行模拟,但提出了濒危物种可能会遭受的一种威胁类型。第二部分探讨了气候变化施加给美国鱼类和野生动物保护局在作出政策决定时的压力,因为气候变化导致面临严重濒危的物种数量不断上升。第三部分系统地探究了濒危物种法案的相关规定以鉴别美国鱼类和野生动物保护局在作出决策时拥有的政策裁量权的范围。接下来的第四部分向美国鱼类和野生动物保护局提出了一个计划即利用濒危动物法案为受环境变化威胁的物种搭建一座从环境变化过渡时期至无模拟未来的桥梁。更有意义的是,我提议濒危动物法案不应仅仅用于管理温室气体排放,而应该注重于为那些在环境变化过渡时期有机会幸存的物种建立保护措施并在未来的环境机制中建立一项可行的种群保护措施。尤其需要说明的是,濒危物种法案可以帮助确保人类对气候变化的适应不会妨碍其他物种同样很好的适应气候变化。

(2008年2月第88卷第1期第1页及以下)

## 我们应该赋予联邦巡回法官更高的薪酬吗?

Should We Pay Federal Circuit Judges More?

Scott Baker

根据首席大法官约翰·罗伯茨的观点，联邦司法部面临的最困难的问题是法官的工资过低。很多其他的联邦法院法官、美国律师协会及高校法学院院长都同约翰·罗伯茨法官持有相同的观点，即法官的低薪资导致了很多最具有资格的候选人放弃了考虑加入联邦法官行列的想法。本文探讨了法官薪酬对联邦巡回法院的工作绩效产生的影响。我利用对于大多数巡回法院法官而言仅次于最好的赚钱机会——参与区域律师事务所合伙——的变化的考察以决定法官低薪资的影响。当赋予高薪酬时，法官加入法官行列对比次好的赚钱机会的职业只是放弃了很少的资金。而当赋予低薪资时，法官加入法官行列则要放弃大笔资金。对比拥有不同薪酬的法官的工作绩效，我们能够得出关于高薪酬可能产生的影响的预测。本文发现法官的低薪资对争议案件中选票的性质、争议案件处理的速度、引用其他巡回法官权威判决的频率，或者是引用法院权衡引用观点的强度都不会造成影响。然而，本文发现低薪资导致了对某一案件的判决中仅有较少的不同意见。尽管这一影响在统计数据上表现显著，但在实践中却是微不足道的。简言之，本文认为司法薪酬在很大程度上与巡回法院法官的工作绩效是不相关的。（2008年2月第88卷第1期第63页及以下）

## 搜查和扣押法律中的因果关联

Causal Relevance In The Law Of Search And Seizure

Eric A. Johnson

（原文无摘要）

（2008年2月第88卷第1期第113页及以下）

## 有趣的生育权在联邦制下的未来

The Intriguing Federalist Future Of Reproductive Rights

Scott A. Moss & Douglas M. Raines

罗伊诉韦德案影响的减弱激发了人们对限制联邦宪法上的堕胎权的再次努力，堕胎权拥护者力争保留这一权利的策略的严重弊端将会表现的越来越明显。在日益冷漠的联邦最高法院下，持续依靠罗伊案的影响很可能导致失败。甚至堕胎权的支持者也已经开始因为罗伊案中较弱的法律推理来批评该案的判决，认为该判决在联邦堕胎法学体系的末期已经难以提供救济。此外，尽管堕胎权中自主性和性别平等的观点有助于完善保护罗伊隐私的理由，但这些观点需要推翻大量的先例，因此它们在联邦立法中只能被有限的战略性应用。

本文批判性地评估了依赖于各州宪法新兴的堕胎权策略。因为罗伊案发生在堕胎权论战的早期，那时关于堕胎权仅有很少的州宪法上的法理依据，在州宪法中也很少写到堕胎权，且没有关于州法院对用自主性和性别平等代替保护罗伊隐私原理的学术研究。不同于其他论述堕胎权的文章（这些文章忽略了各州的法律）和论述州法律的文章（这些文章忽略了堕胎权），本文将要深入研究各州的宪法以分析两者的交集。

相较于联邦宪法，许多州的宪法或是在文本上更加广泛或是在证据上表明了更广泛的意图以保护自主性或性别平等，甚至即使州宪法和联邦宪法的规定是相同的，各州也同样可以将这些规定解释的更加宽泛。事实上，鉴于罗伊案影响衰退时堕胎权拥护者面临的情形，这些争论已经在那些联邦权利衰落而州更广泛的统治保存这些权利的地方取得了一定的成功。此外，由于州宪法往往比联邦法律规定的更松散，基于自主性和性别平等的观点不大可能要求推翻先前的判例。

当然，支持堕胎权的州宪法论证会面临一些重要的反对意见：如它们仅能提供有限的保护，且在狭隘理解宪法的州或者坚持严格解释宪法的法院会难以得到适用，并且在大多数州堕胎权仅仅是暗示的（而不是明确的文本表示），从而导致了司法约束的争论，即强制实施该暗示的权利是不民主的。然而，即使是有瑕疵的州诉讼策略对那些堕胎权拥护者而言也可能是最好的选择，他们需要接受强大的罗伊案体制已经是过去时的事实。此外，司法克制观点对联邦的裁决比对州的裁决更具有说服力，因为在大多数州，选民保留了对他们的法官判决和宪法文本的控制，即使是博学的评论员也经常会忽略州与联邦的区别。

这种向各州的转变会是联邦主义的巨大进步，但它是以一种非典型的方式进行的。首先，遵循先例的一个重要原因就是坚持对先前判例的信赖，然而各州新的法律体系将要保留原先被联邦法保护的权利。其次，敦促新州法制定的堕胎权

支持者说明了联邦主义意识形态上的不确定性——虽然其被普遍接受但被不准确的认为是一种保守观念。第三，从联邦向各州的转变会导致联邦主义的轻微退步，各州的作用将不在于作为民主政治实验的发源地，而仅仅是对民主政治的问题进行补救，其只能在审查符合宪法的堕胎法的联邦经验之后取代衰退的联邦体制。

总而言之，本文旨在预测制定关于堕胎的州宪法的可能性，并成为州宪法关于堕胎权规定的一部分，在州宪法中对堕胎加以规定似乎越来越有可能且因其是诉讼策略和宪法原理的双重问题而显得特别有趣。（2008年2月第88卷第1期第175页及以下）

## 卫生法院？

Health Courts?

Philip G. Peters, Jr.

本文第一次详细评论了公共利益学派和哈佛大学公共卫生学院提出的在专业卫生法院做出最终判决前用裁决来取代医疗玩忽职守行为的陪审团审判的建议。我认为可能由当前卫生法院建议产生的适度利益远远比有偏见和过渡延伸的风险更加匹配，这种风险在这些法院同样存在。这项计划中缺少的是原则的变化，这种变化最有可能改善病患安全与医院企事业单位责任之间关系。没有企业责任的话，卫生法院建议就不大可能实现其病患安全目标，其结果导致在医院同行组成的陪审团作出判决前，无法向病人提供充足的补偿金以弥补他们的权利遭受的损失。（2008年2月第88卷第1期第227页及以下）

## 摇摇欲坠的框架：陪审团对巴特森世界的追求

The Framework Comes Crumbling Down:

Jury Quest In A Batson World

James R. Gadwood

在律师中有一个关于英国和美国陪审团审判的不同点的笑话：在英国，审判一旦开始陪审团的选择就结束了；在美国，审判已经结束。”（2008年2月第88卷第1期第291页及以下）

（陈 丽 译）

（应 童 校）