

弗吉尼亚法律评论

王健法学院编译室

二零一六年第二期

总第三十二期

目录

法理学与（其）历史	
Jurisprudence and (Its) History	
Charles Barzun and Dan Priel	5
法理学，友善的学科	
Jurisprudence, the Sociable Science	
Gerald J. Postema	6
时间意识和法理学：评论鲍斯特姆的“法理学，友善的学科”	
Time-Mindedness and Jurisprudence: A Commentary on Postema's "Jurisprudence, the Sociable Science"	
David Luban	7
法理学、历史和法律的制度质量	
Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of Law	
Nicola Lacey	9
象鼻虫和女巫：我们可以从过去责任的本质中学到什么？评论莱西的“法理学、历史和法律的制度质量”	
Of Weevils and Witches: What Can We Learn from the Ghost of Responsibility Past? A Commentary on Lacey's "Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of Law"	
Kimberly Kessler Ferzan	10
法律实证主义的路径依赖	
The Path-Dependence of Legal Positivism	
Frederick Schauer	11
法理学历史能为法理学做什么呢？评论肖尔的“法律实证主义的路径依赖”	
What Can The History of Jurisprudence Do For Jurisprudence? A Commentary on Schauer's "The Path-Dependence of Legal Positivism"	
Steven Walt	12
接近古典法律实证主义	
Toward Classical Legal Positivism	

Dan Priel	13
重新界定自然法和实证主义的分界线：对普瑞尔的《向古典法律实证主义迈进》的评论	
Redrawing the Dividing Lines Between Natural Law and Positivism(s): A Commentary on Priel's "Toward Classical Legal Positivism"	
Jeffrey A. Pojanowski	14
主权与颠覆主权	
Sovereignty and Subversion	
Alice Ristroph	15
对里斯多夫《主权与主权颠覆》一文的评论	
A Commentary on Ristroph's "Sovereignty and Subversion"	
Mark C. Murphy	16
语言的构成哲学：含义、蕴意、默示权力	
The Constitution and the Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and Implied Powers	
John Mikhail	17
偶然的启发：对米哈伊尔《语言的构建与哲学：含义、蕴意、默示权力》一文的评价	
Unintended Implications: A Commentary on Mikhail's "The Constitution and the Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and Implied Powers"	
Deborah Hellman	17
作为宪法理论的思想文化史	
Intellectual History as Constitutional Theory	
Lawrence B. Solum	19
思想史与宪法决策：对索罗《作为宪法理论的思想史》一文的评论	
Intellectual History and Constitutional Decision Making: A Commentary on Solum's "Intellectual History as Constitutional Theory"	
G. Edward White	20
马克思、法律、意识形态、法律实证主义	
Marx, Law, Ideology, Legal Positivism	

Brian Leiter	20
哲学探究和历史实践：对莱特《马克思、法律、意识形态、法律实证主义》一文的评论	
Philosophical Inquiry and Historical Practice: A Commentary on Leiter's "Marx, Law, Ideology, Legal Positivism"	
John Henry Schlegel	21
由内而外——超越法律学术中内部与外部的区别	
Inside-Out: Beyond the Internal/External Distinction in Legal Scholarship	
Charles L. Barzun	21
注意联邦法律的执行	
Taking Care of Federal Law	
Leah Litman	22
用普通法传统解读法规	
Reading Statutes in the Common Law Tradition	
Jeffrey A. Pojanowski	23
调整竞选财务法	
Aligning Campaign Finance Law	
Nicholas O. Stephanopoulos	23
重新评估司法禁止反言原则:司法完整性原理的意义	
Reassessing the Doctrine of Judicial Estoppel: The Implications of the Judicial Integrity Rationale	
Nicole C. Frazer	24
实验权和专利权的有效性:恢复最高法关于白炽灯专利案的先例	
Experimentation and Patent Validity: Restoring the Supreme Court's Incandescent Lamp Patent Precedent	
Kevin T. Richards	26
公司倒置和竞争监管分类	
Corporate Inversions and the Unbundling Of Regulatory Competition	
Eric L. Talley	27

驯服权利贷款	
Taming Title Loans	
Ryan Baasch	28
作为替罪羊的单位犯罪	
The Corporate Criminal as Scapegoat	
Brandon L. Garrett	29
建构争议集体	
Constructing Issue Classes	
Elizabeth Chamblee Burch	29
商业演讲，商业使用，知识产权困境	
Commercial Speech, Commercial Use, and the Intellectual Property Quagmire	
Jennifer E. Rothman	31
遭遇大数据：将对质条款适用于政府数据收集	
Confronting Big Data: Applying the Confrontation Clause to Government Data Collection	
Chad Squitieri	32

法理学与（其）历史

Jurisprudence and (Its) History

Charles Barzun and Dan Priel

我们很难看出法哲学家和法史学家对彼此的学术事业有多大的兴趣。许多法哲学家认为他们的任务就是澄清我们熟悉的法律概念的含义，例如“权利”、“义务”、“权力”以及“法律”本身。对于此种研究，无论是法律本身的历史还是对于法律进行哲学思考的历史，似乎都与其无关。然而，历史学家们一直提防无事实根据的理论主张，他们更喜欢坚持实际法律制度中细致入微的细节。法哲学家们的分析力图全面、抽象以及永恒，而法史学家们是对特定、具体以及有时限性的事物进行“深厚描述”。

但是表面现象会欺骗人。也许与哲学的其它领域不同，法理学是一个社会现象，至少部分是这样（如果不是全部）。法院、立法机关、司法命令以及成文法都是人类努力的结晶，包括集体和个人。只要在一些社会群体的眼中，它们所做的是有意义的，它们就仅以立法机关、法院以及之类的形式而存在。由于这个原因，至少从哈特开始，法哲学家们就认识到他们的任务是做一个“解释者”——旨在辨明或弄清法律行为者的“自我理解”。同时，法史学家们的目标也不单单是记录存在于历史上某一特定阶段的法律规则，而是要挖掘出那些实际的人——法官、律师、政治家和普通公民——赋予法律的意义。当他们这样做时，也许就会被认为是揭示了那些法哲学家们声称构成法律的“自我理解”的证据。

最终，法律的哲学和历史研究也许并不是完全不同。它们拥有共同的终极学术目标和主题，即，研究法律现象，以期对它们获得更加清晰和深入的认识。它们的主要不同之处在于达成该目标所使用的工具，以及所得结论的相对抽象性。的确，法史学家专注于历史之人的态度，而法哲学家对于现时之人的态度更感兴趣；但这仅仅表明他们关注的对象不同，而非学术事业在本质上的差异。并且，鉴于当代自我理解需要对历史之人进行解释，因此法哲学家和法史学家在学术事业上的区分愈加模糊。如果以上所述是正确的，则这两个领域最初的彼此忽视也许并不合理。由于法哲学领域的主要研究对象远离现实，因此它在许多律师、法官甚至法律学者的笔下都是神秘晦涩的。然而我们有理由认为，研究历史，会拓

宽该领域的眼界，激起雄心壮志。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 849 页以下）

法理学，友善的学科

Jurisprudence, the Sociable Science

Gerald J. Postema

在加尔文案的报告结束之时，柯克先生写到法理学是一门友善的学科，“之所以是友善的，是因为它认同其它优秀学科的原则和规则，圣俗皆可接纳。”诚然，他以这种夸张的方式所描述的是英国普通法的法理学，但是他这种说明性的注释引入了一个比较开放的适用方法，正如《法学阶梯》开篇所述“法学是人事与神事的知识。”基于中世纪对《法学汇编》开篇的解释——法理学的思想就是真正的哲学，柯克也许不经意间为英国普通法赋予了法理学的文艺复兴理想。这也许是文艺复兴时期的法学家们一种知识帝国主义的表述，与其说是准确的描述，不如说是具有浓厚的学术势利色彩。然而，正如经常发生的那样，专业往往决定表现，或者说它至少决定了文艺复兴时期法理学实践的期待和追求。法理学努力成为一门友善的学科。文艺复兴时期一名法理学的学生写到，“无论是人事还是神事，都与公民科学有关，法学家都要研究。”

这种追求既大胆又复杂。在乌尔比安的引领下，它拒绝将法理学归为纯粹的思考或单纯的实践。法理学是一门学科，关乎知识和理论理解，不仅仅是一门应用艺术或脱离理论的正规实践。它被认为是理论研究的核心，吸收无数学科的精髓，包括神学、形而上学和道德哲学等传统学科以及语言学和注释学等新兴的人文学科。然而，仍然坚决的是，它拒绝抛弃在实践领域的坚定立场。一位 15 世纪的法学家在引用了阿库修斯关于真正哲学的理念后，写到，“法理学不在于思考，而在于行动。”这位法学家以及其他文艺复兴时期的法学家并非拒绝哲学思考，而是寻求将其置于具体的人类生活和经验之中。根据这种观点，法学对于日常生活的现实维度，容纳的最为全面，渗透的最为深刻。相比之下，当哲学思考扎根于被法律所认识、理解、完善同时又丰富法律的社会生活时，它才最忠实于

其使命，最为深入地参与到人类生活。称为真正哲学的法理学，既不是平静的思考，也不是绝对的谨慎，而是理论和现实的交叉点。法理学，既非使实践服从理论，亦非使理论服从实践，而是尽自己“友好性”之最大所能将二者有机结合。

这至少是文艺复兴时期的理想和追求。然而，如果人们相信人文主义批评家，则表现通常未完全体现专业水准。例如，纪尧姆·比代曾抱怨说，如果我们根据乌尔比安所教导的将法律理解为“善良公正之艺术”，那么法学家的的工作就是在这一点上对其进行哲学化了。然而，根据这一标准，比代写到，“法学研究与原始状态相比已经有所退化。今日不再有法学专家或哲学家，只有律师。”对于柯克对普通法的赞扬，一名 20 世纪学习英国法的学生做出了相同的回应。他写到，“现代普通法已经不再‘友善’了，它厌烦了其它种类和体系的法律，也不再热切地声称与道德科学或自然理性有亲密的关系。”

这种抱怨具有较大的公正性，揭示了 19 世纪末以后普通法世界中法理学的主导实践。分析法开始表现出自觉甚至激进的“不友善”，其更加成熟且复杂的衍生学科——19 世纪末的分析法哲学，在很大程度上也是如此。在法学界，法哲学家加入了法学家的行列，但他们彼此几乎没有什么可以交流。作为一个长期参与法学研究并认识到其非凡的丰富性的人，我也愈加认识到其同样显著的无根无据。在这个自觉关注法学方法的时期，也许该是时候超越限制了，这种限制表现在对于重新确定法理学的追求以及哲学在其中的角色之方法的争论。我希望能够做出解释，因为我们的批判性关注不是一个明确的方法论原则，而是一个普遍的，但并不是一直完全自觉的心态。尽管我会对当代英美法哲学做出批判性的评论，但我的目的不是批判性的而是建设性的。为此，接下来几页中我会揭示作为一门友善的学科的法理学之理想，以及法理学作为真正哲学的追求，尽可能多的恢复我们这个幻想破灭的时代可以被挑战接纳，或者至少考虑的东西。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 869 页以下）

时间意识和法理学：评论鲍斯特姆的“法理学，友善的学科”

Time-Mindedness and Jurisprudence: A Commentary on Postema's "Jurisprudence, the Sociable Science"

David Luban

当代分析法学具有反社会、反哲学的特征，并与历史撇清关系，最终不仅误解了法理学的范围，还误解了法律的本质，杰拉尔德·鲍斯特姆教授对此进行了温和但却具有定罪性质的批判。他还对一个拥有更大追求的法理学应表现出的状态进行了优雅的重述，在其叙述的法理学中，时间和历史处于核心地位。

鲍斯特姆的基本研究结果表明，分析法学接受了奥斯丁极其狭隘的前提预设：法理学的范围（奥斯丁指的是它研究的对象）仅指“专业法律实践的核心概念——法律权利与义务、占有权、所有权、责任、过错、人、物、法律地位、目的、意志、动机、法律渊源、立法、判例、惯例等诸如此类的概念。”虽然哈特以及他的研究英美法传统的继承者们大多不认同奥斯丁把法律定义为以威胁为支撑的命令，并且他们不都是实证主义者，但是鲍斯特姆相信，他们仍认同奥斯丁有关法理学范围的狭隘理解。法理学就是专业实践中所使用的法律概念的范围，最终表现出适合作为分析哲学的工具和学术风格。从社会、经济、文化、政治和历史的角度的对法律进行的广义的理解绝大部分无法从对法理学的此种构想中找到。分析法学变得不那么友善，对于社会科学和真正哲学的追求都是如此。威尔弗里德·塞拉斯将此经典地定义为努力理解“一个事物所呈现的最终状态取决于代表该事物的术语所蕴含的最大可能含义”。鲍斯特姆甚至将法理学称为患有“哲学恐惧症”。这是很重要的一点，因为它清楚地表明鲍斯特姆的抱怨不是熟悉的现实主义，也不是法律社会要求以更加科学的事物代替法理学。鲍斯特姆之所以不接受这一观点，是因为这一观点使得批判理论观点在法律实践上的真正追求荡然无存。现实主义者希望法理学中的哲学色彩更少，而鲍斯特姆希望更多。

鲍斯特姆又对分析法学提出了另一项抱怨，与这次研讨会的主题直接相关。分析法学很大程度上忽视了法律的历史和法理学的历史——两个不同却相关的方面。它最有特色的学术风格包括作出区分、制定措辞精确的原则以及使它们经受语言和道德直觉的检验；但是鲍斯特姆反对这样一种观点，即“主要通过探究和依赖直觉而发展的哲学目前不可避免且不加批判地受到限制。更明确地说，鲍斯特姆指责分析法学将其自身的注意力限制在时间分片的法律体系上——也就是说，在某一特定时间点存在的法律体系——并且，他认为这种脱离历史的程序“几乎不能为法律和法律体系带来启发”。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101

法理学、历史和法律的制度质量

Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of Law

Nicola Lacey

正如查尔斯·巴尔赞与丹·普里尔在其为这次研讨会写的说明计划书中所提到的,法理学与历史如何彼此联结的问题会以各种不同的形式出现,并且引发一系列有趣的后续问题。然而,他们为之特别感叹的是法理学与法律思想史之间存在的平行线,那些平行线又重复出现在这些问题当中——最显著的是在法律的哲学理论与法律和法律制度发展的历史分析之间,以及为这种发展提供环境和框架的其它社会制度和环境。而且,维诺格拉多夫所追求的历史法学将历史、心理学和社会科学带进了与法哲学分析的对话之中,在其概念提出的一个世纪之后,这一学科仅仅是当代法学思想史研究中的一个脚注(在传统法学研究中的地位甚至还不及此)。

当然,原因就在于维诺格拉多夫未能完全成功地阐述其知识联结的目标,而这种联结是支持该对话可行性的基础。更一般地说,原因还在于历史分析法学与受到怀疑和过时的思想的联系,例如特定法律秩序特征与萨维尼所述的一个民族的精神内涵之间的关系。但是,无论该广泛的19世纪和20世纪早期的法律理论历史传统的弊端是什么,我们都有强大的理由认为某些重要的东西流失了,这是由于分析法学造成的其具有决定性以及持久性的边缘化,该分析法学对于其自身以及法律系谱的认真分析都没有任何用处。确实,正如杰拉尔德·鲍斯特姆在研讨会上所说的,我们仍有进一步的理由认为这种流失也暗示了对于哲学以及其对法律理论贡献的一种贫困观。

在本文中,笔者陈述了一些历史和法理学相互交叉的主要途径之后,将解释历史是否以及为何应在法理学中获得一个更加核心的地位。笔者是以对法律进行更加广泛的理解的方式来思考这个问题,认为法律具有基本的制度维度,并且是社会权力和利益的产品。既然法律是以贯穿制度安排的方式实现其自身,又由于

这些制度安排随着时间发生变化，因此制度历史对于法理学所要阐释的法律思想至关重要。而且，制度历史对于实证法学和规范法学都非常重要：理解法律和合法性构成了实现法律的道德和政治理想的前提条件。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 919 页以下）

象鼻虫和女巫：我们可以从过去责任的本质中学到什么？评 论莱西的“法理学、历史和法律的制度质量”

Of Weevils and Witches: What Can We Learn from the Ghost of Responsibility Past?
A Commentary on Lacey's "Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of
Law"

Kimberly Kessler Ferzan

尼古拉·莱西对历史和法律理论之间的关系进行了透彻的研究。我将对她文章的最后一部分进行分析，她对有关刑事责任的研究进行了批判，认为它们太过关注“其概念轮廓和道德基础”，“而非它的目的：其社会角色、意义以及功能”。莱西之后表明，“我认为，除非我们叩问责任在不同时期和不同地方的目的是什么，否则我们无法理解责任是或已经是什么。”

莱西在刑事责任所存在的制度背景下对其进行了论述，还记述了民众所持有的观念，以及刑法所服务的利益。本文是她通常研究议程的一部分，可以认为包含以下主张：刑事责任是一个建立在法律实践基础上的概念。它是一种社会、制度和功能的实践，这种实践的结果，即“责任”标签的使用，是合适的研究对象。而且，由于这种研究对象建立在实践的基础上，而实践又随着时间发生改变，因此我们对于责任的刑法概念理解也随着时间发生变化。将心理状态作为固定常数的观念似乎在人们以这种方式认定有罪之前或者人们拥有实现这种观念的制度机制之前，就在刑法实践中有先例可循，而对心理状态的详细描述进行思考，对莱西来说没有任何意义，对她来说，责任并非是“时间和空间上的一个常量”，这种认定方式“在深层次上，是与历史研究相对立的。”

这就是她所反对的。有很多理论家，包括我在内，是以哲学方式思考责任问

题。这些道德真理并不是在社会和历史上偶然发生的；它们是我们追问的永恒问题。我的研究与如今大部分案件通过辩诉交易来解决的事实（刑法实践的大部分）背道而驰，当然也与 19 世纪评估精神病的机制（责任认定历史的一部分）相分歧。

在某些方面，这是一次（无聊的）方法论争辩。我所关注的责任与她所关注的不同。然而，我利用莱西的观点在两方面对哲学方法施加压力。首先，如果一个人并不关心法律，却主张在研究刑法，这显得很奇怪。正如莱西所说，“毕竟，规范刑法理论旨在拥有一些刑法事实的基础：以论述实际存在的社会实践之隐含的规范结构。其次，如果一个人的研究不是建立在现实世界的基础上，人们会担忧他无法为现实世界作出重要贡献。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 947 页以下）

法律实证主义的路径依赖

The Path-Dependence of Legal Positivism

Frederick Schauer

作为非专业（甚至连业余也算不上）的历史学家有一个好处，就是这种非专业的身份能使人无所顾忌地把历史当作工具。我们认为自己应该研究历史，因为这会使我们成为更好的人或者是更好的决策者，而不是单单为历史本身丰富知识，虽然真正的历史学家对这种想法嗤之以鼻，但是我们其余的人仍有自由将历史应用于更多更广泛的工具目的。

历史的其中一种工具性用途表现在历史研究通常能够使我们为当前的目的而恢复过去的思想，那些过去广为流传的思想曾随着时间的流逝而消失。思想的消逝会有很多理由，当然也包括其本身的不完善，过去有价值的思想被人遗忘的最有趣的一种方式是通过知识路径依赖的机制。如果过去某一时间段的思想拥有两个有价值的点，并且如果其中一个特点变得受欢迎、显著、有趣或者重要，那么这个受欢迎、显著、有趣或重要的特点就有可能经过讨论、解释以及完善。这些解释和润色本身又会经过讨论以及进一步的解释和完善，等等，就如同树的

枝干又长出分枝，然后再是嫩枝，再是小小枝，最后是叶子。然而，就如同研究一个主枝干的小分枝会使我们忽略其它主枝干的存在，过多地关注某个主要思想的一个部分的后续解释也会导致我们忽略其它部分，这些部分的重要性正是由于刚才描述的路径依赖的过程而被人遗忘。因此笔者这里提出的路径依赖主要是一个社会学或心理学上的，而非形式上的过程。专注于思想的一个方面并不会使其它方面在逻辑或必然的意义上无法获得。但是最开始有选择性的关注确实会促进其它方面随着时间的流逝在社会学和心理学上更加模糊，从而导致其默默无闻，更难以获得，最重要的是，使用的难度加大。

法律实证主义也是如此。笔者撰写本文的目的是研究法律理论中的三个重要论题，并揭示它们是如何一度成为某种观点的一部分，而这种观点曾被理解为法律实证主义，并且与现代法律实证主义拥有一脉相承的关系。第一个问题是法律理论和法律改革之间的关系。具体来说，对法律本质的叙述也许不只是有助于人们的理解或者作出准确的描述，而是作为促进法律本身改革或者改革社会理解法律思想的方式的一种手段。

第二，法律实证主义起源于 19 世纪末（也许更早），那时其关注强制、武力以及制裁的重要性，并把它们作为法律的核心组成部分。但是，随着以法律改革为目的的法律理论的创立，对于法律强制性的强调已经被放逐到一种法理炼狱之中，其原因和结果有待进一步研究。

早期法律实证主义的第三个消失的部分是对司法决策和法官角色的强调。除少数例外，现代法律实证主义不会将司法决策理论看作是实证主义观点的一个必要或重要的组成部分。但也并不总是这样。以前，有观点认为，我们应该从法官判决时有自由偏离正式制定法的有限范围的角度，去理解司法的功能，这一观点正符合法律实证主义的核心，但是之后又消失了。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 957 页以下）

法理学历史能为法理学做什么呢？评论肖尔的“法律实证主义的路径依赖”

What Can The History of Jurisprudence Do For Jurisprudence? A Commentary on

Schauer's "The Path-Dependence of Legal Positivism"

Steven Walt

弗雷德里克·肖尔教授将具有历史影响力的实证主义法学家的观点作为一种工具来使用。他认为，他们的一些现在被忽视的观点能使我们再次对当代的实证主义进行思考：“当代实证主义的这些承诺也许能够满足他们的目的，但是，如果它们导致我们对法律现象的理解被简化，那么所得的利益将抵不上付出的成本。因此，他依赖于法学历史的更强大的工具性用途：历史可以作为一种激励措施，促进对盛行的法学假设的思考。根据肖尔的观点，在解释和捍卫法律实证主义时，法律理论工作者坚持并强调具有历史影响力的实证主义法学家的某些观点，但忽视了他们关于法律改革、裁判和制裁地点的观点。肖尔认为，这些被忽视的观点使得当代法律实证主义比其前人的经典观点更为受限，这既表现在其将哪一部份作为实证主义的核心，又表现在实证主义对其它法律理论的影响。肖尔相信，被忽视的观点——“没有被采纳的路径”——能够普遍帮助改革当前的法律理论。

我对于使用法理学历史以达成此种目的并不那么乐观。就法律实证主义和法律理论中的其它学派而言，没有被采纳的历史路径不可能改变法律理论家的观点。法律理论家可能会因为理论思考和辩论而动摇，但不会因为对前人成果的解释性见解而改变观点。我认为，法律理论的特征可能是辩论的结果，但与对法理学历史和被忽视的法学学派的思考无关。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 977 页以下）

接近古典法律实证主义

Toward Classical Legal Positivism

Dan Priel

笔者撰写本文有两个主要目的。首先，笔者希望能够纠正之前误解，所以笔者对霍布斯和边沁的研究进行了解读，试图理解他们对法律的看法，但这不是通过将法律从其它广泛的研究中分离出来，而是通过将法学研究作为更广泛的议题

中的一部分来理解。然而，本文的主要目的不是历史性质的。笔者的主要目的是为了促进当代法学辩论，并提出，大部分早期实证主义者被忽视的观点都优于大多数当代实证主义法学家的观点。这两个目的并不必然一致。人们明显感觉到，将霍布斯和边沁认为是实证主义法学家是一个历史时代的错误。法律实证主义和自然法之间的争论，其形式能够在法理学教科书中找到，然而本文所述的是一个21世纪的争论，无法在过去几个世纪中的法学讨论中发现。不只是“实证主义”这个词无法在霍布斯、边沁甚至是奥斯丁的研究中发现；连今天人们理解的“争论”也不同于他们以往所参与的。因此，在某种意义上，对于霍布斯或者边沁是否是真正的实证主义法学家或者自然法学家这一问题的过分担忧是没有意义或者是具有误导性的。

我希望研究的一个更加有意义的问题是，将霍布斯和边沁称为“实证主义法学家”在多大程度上对我们有用。我对此问题的答案包含三个互相联系的方面。首先，他们的思想与后来称为“实证主义”的观点具有明确的联系，该观点大致认为“人文科学”的研究方法在本质上与自然科学相同。其次，古典实证主义法学家对当时盛行的自然法思想的决定性突破恰巧能在霍布斯和边沁关于形而上学和自然的观点中找到。最后，在我看来，霍布斯和边沁在这方面的研究已经遗憾地被当代实证主义法学家抛弃了。尽管这三个方面都有所论述，但由于笔者在其它地方已经对第一个方面进行更加详细的讨论，因此在本文中笔者对第一方面着墨相对较少。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第4期【2015年6月】第987页以下）

（孙亚男 译）

（刘文丽 校）

重新界定自然法和实证主义的分界线：对普瑞尔的《向古典法律实证主义迈进》的评论

Redrawing the Dividing Lines Between Natural Law and Positivism(s): A

Commentary on Priel's "Toward Classical Legal Positivism"

Jeffrey A. Pojanowski

引用博斯德玛教授学术报告中的话来说，在英美法理学还未局限在概念分析中，也未将自己定位在广泛问题的对立面之时，曾是一门社会科学。正因为这样的历史，英美法理学可能再次成为社会科学。

丹·普瑞尔教授的《向古典实证主义迈进》一文借鉴了边沁和霍布斯理论，书中阐述了问题的研究历史和目前的情况，提出了更有成效的法理学理论。

文中描述了用一种更普遍的方法研究法理学的优势和前景，提出了采用此种重新发现的道路进行研究产生的具有挑战性的问题。笔者对于教授建议的解决方案并不完全赞同。尽管笔者对普瑞尔教授提出的特殊方法有些疑惑，但这丝毫不妨碍笔者对这种方法的欣赏。笔者甚至发现不同意的观点一直存在且意义非凡，这使得方法本身得到了升华。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1023 页以下）

主权与颠覆主权

Sovereignty and Subversion

Alice Ristorph

霍布斯发现在“自由至上”与“权威至上”两种说法中很难找到两全其美的道路。但这并不表明他放弃了。霍布斯作品的奇特处之一是霍布斯反对这两条截然相反的评论。当《利维坦》一书在大约 350 年前首次发表时，霍布斯的名字在上流社会变成了诨名，引发了无神论、自由论者的恐慌，最糟糕的是蔑视了已经建立起来的权威。与霍布斯同时代的人将这部作品称为“叛徒教科书”，现如今却被认为是对权力主义者以及专制政府的维护。霍布斯对权力主权需求的论述之多，令人印象深刻，长此以往，人们变不再关注他关于需要特殊权利抑制独裁的提倡。但是霍布斯的同时代者并没有忽视他作品中颠覆独裁的线索，我们也不应忽视。我们可以从霍布斯对于法律以及惩罚的描述中受益良多，法律是权威者发布的命令，人们必须遵守，惩罚是受害者有权抵抗的暴力行为。霍布斯的两种观点反映了法理学上循环往复的问题，即法律与强制的关系以及严格描述性的、不可评估的法律理论存在的可能性。

霍布斯对法律的描述，正如他对惩罚的描述一样，不适用现存的学术分类。笔者认为责任在于我们的学术分类而不在霍布斯。他既不是实证主义者也不是自然法理论家，至少不是像我们以平时分类的那样。在对惩罚的辩护上，他既不采用报应主义，也不采用后果主义。他对人际互动的描述，尤其是涉及法律和惩罚的方面，采用的是实践经验的方法，而不是那些已为人熟知的方法。另外霍布斯理论中对主权颠覆的论述比看起来对现代自有理论者更具吸引力。本文围绕有关霍布斯理论的三个问题展开：法律是什么？法律与惩罚的关系是什么？霍布斯理论对法律以及法律与惩罚关系的当代研究有什么启示？第一个问题研究霍布斯的学者们已经解决，但是霍布斯的法律理论仍然被广泛的曲解，有时甚至被研究霍布斯的学者曲解，因此有必要回归于他的主张。第二个问题受到的关注较少，可能因为抵制惩罚的权利与我们所了解的或者我们认为自己所了解的权力主义的霍布斯不一致。第三个问题受到的关注更少，因为当代法理学家很少引用边沁以及奥斯丁之前的学者观点。笔者想要表明的是霍布斯理论在多数情况下被误解了，更重要的是，笔者希望能够说服法理学家们研究霍布斯理论的真实含义。

（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1029 页以下）

对里斯多夫《主权与主权颠覆》一文的评论

A Commentary on Ristroph's "Sovereignty and Subversion"

Mark C. Murphy

爱丽丝.里斯多夫的文章中认为霍布斯对法律和惩罚的描述为一级特征，人们从描述中得到的信息，以及随后对描述适当与否的评论为二级特征。对于她关于霍布斯政治和法律理论为一级特征的观点，笔者完全赞同，她认为霍布斯的法律理论并非是对奥斯丁理论的吸收，而且霍布斯的一系列观点使其不会被认为是任何形式的法律实证主义者。笔者大体上赞同她关于霍布斯对于正当化惩罚的描述，尽管此描述产生了一些霍布斯未能完全解答的困惑，但有其独到之处。

对于她关于霍布斯法律理论的二级特征的观点，笔者不赞同。不赞同的地方有两处。第一处是我们是否应当依据描述性法理学的标准评价霍布斯对法律的论

述。里斯多夫认为不应当，笔者不同意。第二处是我们是否应当将霍布斯的政治理论作为法律前的解释性说明，以此表明霍布斯理论与自然法传统理论有些不同，里斯多夫认为应当，笔者不赞同。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1055 页以下）

语言的构成哲学：含义、蕴意、默示权力

The Constitution and the Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and
Implied Powers
John Mikhail

本文的主要目的是重新探究并阐释宪法研究的一种渐进式方法的核心文本基础，一些重要人物，诸如：威尔逊、汉密尔顿、马歇尔、两位罗斯福等，曾经对此十分关注。核心基础在于改善公共福利的默示权力。

本文的研究基于两个陌生的伙伴：公司法和哲学家保罗格莱斯。格莱斯是位普通的语言哲学家，他写了真值函项连词、秃顶的法国国王等，如此看来他似乎不像这方面的支持者。但是，笔者试图表明人们对于格莱斯有关宪法的想法理解错误。宪法授权美国政府改善公共福利的权力，格莱斯区分了语义含义和语用含义，这帮助人们理解了此宪法规定的原因。在下文中，笔者首先归纳了格莱斯语言哲学的关键点（第二部分），并简要阐述了它们与宪法的关联性（第三部分）。文章的剩余部分（第四到第六部分）采用了公司法中的一项简单的原则，根据一个合法公司被赋予实现目标的权力，解释了格莱斯对于语义和语用含义的区分如何帮助人们理解一个长期困扰着他们的问题，即宪法赋予了美国政府哪些权力？

（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1063 页以下）

偶然的启发：对米哈伊尔《语言的构建与哲学：含义、蕴意、默示权力》一文的评价

Unintended Implications: A Commentary on Mikhail's "The Constitution and the
Philosophy of Language: Entailment, Implicature, and Implied Powers"

在一篇拥有华丽辞藻的文章中，约翰·米哈伊尔认为《宪法的必要和适当条款》一文授予了国会改善公共福利的默示权力。他在文章中没有提到这种权力需要满足第一条第八款所列举的权力。当然他认为授予国会实施法律的权力对美国政府完成使命十分必要，使命之一就是改善美国人的公共福利。米哈伊尔这一有趣的观点是建立在保罗·格莱斯对语言哲学的贡献上。对格莱斯来说，语言是一项合作的事业，因此语言需要原则的指引，这一原则服务于语言特定交换目的的实现。米哈伊尔特别关注格莱斯对含义和蕴意的区分。粗略看来含义只来自于语句的语义含义，而蕴意则来自于特定语境下词语的语义和语用含义。

为了阐明格莱斯的“蕴意”，米哈伊尔关注于格莱斯列举例子的修改版本，这个例子是一封明褒实贬的介绍信。在米哈伊尔的例子中，虚构了一位教授拉里·莱西希向理查德法官推荐一位颇有前途的法官助理，信中什么也没说，只说这个学生特别有礼貌，十分守时，穿着得体。格莱斯和米哈伊尔认为这封信的蕴意是这位学生（琼斯）不怎么样。我们知道这信的含义“凭借说话者善于合作的前提……我们推断琼斯是个不厉害的学生，因为我们知道或假定推荐信应该突出被推荐人最闪亮的地方。”换句话说，“语境和假设的背景”使得琼斯守时，穿着得体的正面评价有了不同含义。

米哈伊尔用这些对语言和交流的见解来说明宪法解释。尽管米哈伊尔对《宪法的必要和适当条款》的文本分析十分精湛，但笔者认为他的分析不能体现他的意思，如果体现了，笔者认为他的努力产生了反常的结果，他努力放大的文本反而被非法化了。接下来，笔者提出了对米哈伊尔分析的三点担忧。第一，宪法不是起草者和其他人的沟通，因此格莱斯的例子是否能够有效说明宪法解释并不明确。第二，宪法的目的是什么并不明确，因而对宪法语义的解释不可能被接受。第三，米哈伊尔的文章表明宪法起草者在起草时采用了适当的战略，手段也很灵活。但是如果起草者违反了格莱斯所说的合作原则，那么承认宪法合法性的意义不禁让人质疑。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1105 页以下）

作为宪法理论的思想文化史

Intellectual History as Constitutional Theory

Lawrence B. Solum

如果思想文化史在宪法理论中扮演着某种角色，那么是什么呢？这是个复杂的问题，因为思想史和宪法理论相互作用的方式很多。两种可能性最大的情况是“宪法理论的思想文化史”和“作为宪法理论的思想文化史”。

本文是关于第二种可能性：作为宪法理论的思想文化史。本文认为思想史可作为解释宪法的理论和方法，具体来说作为宪法解释与建构的理论和方法。索尔·康奈尔教授在他近期的文章《宪法思想史的意义和理解：替代原文主义的思想史》中讨论了这种可能性。康奈尔指出宪法解释使用的语境方法论是当时大部分美国思想史学家钟爱的，这一方法论提供了一套通用的解释实践。康奈尔的研究有赖于詹姆斯·克龙彭伯格教授和大卫·霍林格教授作品以及以斯金纳教授等为代表剑桥学派的作品。

康奈尔对思想史角色的论断不甚明确，而问题最终不在于康奈尔的观点。而在于思想史能够并且应该在宪法实践中扮演的角色是什么。为了解决这一问题，笔者调查了康奈尔论文的加强版（或许有些夸张）。笔者认为思想史可作为解释宪法的理论和方法，（正如当代的历史学家克龙彭伯格及其他人所实践的那样）其可替代文本主义和原旨主义，现有宪政的形式将文本主义和原旨主义作为宪法解释的多元化的方式与方形态之一。也就是说笔者研究的是用思想史的解释方法在提取宪法文本含义方面比法官、律师以及法学者采用的方法优越。

本文第一部分通过对宪法解释和宪法评价的框架构建展开了探究。本文的第二部分通过部分思想史学家研究了语境方法论。第三部分列举了将思想史作为发现法律文本交际内容的方法的困境。第四部分将会转向思想史在宪法实践中的积极作用。最后是总结。

本文的核心焦点在于思想史在宪法解释和构建方面扮演的角色。但是，从某种程度上说，研究思想史的“语境方法论”需要与法律理论思想进行比较。出于这个原因，文本主义和原旨主义将作为比较点。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第4期【2015年6月】第1111页以下）

思想史与宪法决策：对索罗《作为宪法理论的思想史》一文的评论

Intellectual History and Constitutional Decision Making: A Commentary on Solum's
"Intellectual History as Constitutional Theory"

G. Edward White

一些法官和注释者想要在宪法判例中按照制定者的意图解释和说明宪法，劳伦斯·索罗教授在弗吉尼亚法律评论的学术论文中以及在其他地方为法官和注释者们提出了一种精细的分类法。索罗的分类法能够解决语言学中的几个重要问题，对此笔者不在文中赘述。笔者关注于索罗开篇提出的问题，即如果思想史在宪法理论中扮演着某种角色，那么这是什么样的角色？笔者对此问题的研究方法避开了索罗关注的诸多问题，而是集中于研究那些笔者认为是直击问题核心的几个。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1165 页以下）

马克思、法律、意识形态、法律实证主义

Marx, Law, Ideology, Legal Positivism

Brian Leiter

本文描述了马克思主义历史观以及他认为法律（和道德）是意识形态的观点。然后提出了问题：哪种法律理论适合解释马克思主义理论在意识形态和非意识形态领域对法律的理解。笔者认为法律实证主义，不同于其他关于法的本质的观点，它为马克思主义的历史变迁论提供了合理的法律解释。之后的事实也证实了实证主义是对法律概念唯一严谨的解释，因为它能够解释作为历史和社会科学中重要典型范例之一的法律概念。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1179 页以下）

哲学探究和历史实践：对莱特《马克思、法律、意识形态、法律实证主义》一文的评论

Philosophical Inquiry and Historical Practice: A Commentary on Leiter's "Marx, Law, Ideology, Legal Positivism"

John Henry Schlegel

意义问题是历史实践的核心，同样也是分析哲学的核心，因此举办此次会议是正确的。分析哲学家（“分析”这一限定词在现在看来是多余的）就我来说并不喜好深度描述。分析哲学家知道大部分词语和概念意义。他们只是不确定这些词和概念应该如何应用。他们不像历史学家（以及律师，笔者可以补充的）那样喜好将类比作为理解的形式。哲学活动的要点是用“是”代替“像”和“好像”。

（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2015 年 6 月】第 1197 页以下）

（吴 晶 译）

（李梦玉 校）

由内而外——超越法律学术中内部与外部的区别

Inside-Out: Beyond the Internal/External Distinction in Legal Scholarship

Charles L. Barzun

法律学术中常见的区别值得详细研究。在开始讨论原因之前，先思考一个问题：下列由法学家提出的观点有什么共同点？

侵权行为法的经济学解释将其解读为实现社会目标的工具，例如赔偿受害者或制止不合理危险行为（或二者兼有）在某种程度上是有缺陷的，因为这样无法解释法官在审理案件时援引自己意见的行为。

那些通过将法官意识形态和自身经济利益作为参考从而解释了案件结果的司法决策的历史记录并没有对法律实践的规范解释造成威胁，因为这些解释无法向法庭提供任何关于未来如何裁定案件的具体指导。

政治学者批判法学家荒谬的推论得不到答案，这是因为他们无法理解法学家措辞上的目标。

哲学家和神经系统科学家关于自由意志存在与否的争论与“所有法律体系的参与者”都没有关系，因为刑法指出人对自己的行为负有道德责任，无论该行为是否有前因后果。

律师记录历史时会忽略证据、歪曲事实以使法律实践合理合法。

这个问题其实有两个答案。第一个共同点在于，法学家将这些主张分为“内部”和“外部”解释、批评或争论。每一个个案都被视为因为没有正确地分类而存在某种特殊的分析缺陷或误导。该用“内部”分析时误用了“外部”分析，反之亦然。

然而，从更广的视角分析，上述论点都在讨论什么才算“合法的”证据或批判。这是它们拥有的第二个共同点，它们都在努力为法律划出界限。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2015 年 9 月】第 1203 页以下）

注意联邦法律的执行

Taking Care of Federal Law

Leah Litman

宪法第二条将“行政权”授予总统并指导总统“注意使法律切实执行”。这些规定是否意味着只有总统才有联邦法律的执行权？针对这个问题，最高法院的两种先例给出了互相矛盾的答案：在几个著名的三权分立案例中，最高法院认为只有总统才有联邦法律的执行权：“宪法要求民选总统监督法律的执行。”因此，最高法院认为国会不应创造允许非执行者起诉或试图维护“符合法律的公共利益”的私人诉权。

另一套案件中，最高法院认为联邦法律的执行权应该得以共享，而非被总统一人独占。

鉴于这两种先例的巨大差别，本文提出“宪法第二条是否应解读为要求仅总统一人有联邦法律的执行权？”的问题并特别指出宪法第二条并未提出总统一人执行联邦法律维护公众共享利益的要求。

通过突出常设条款中宪法第二条的起源，本文呼吁关注现有文献之外的根源。它们则证实了常设条款中“总统一人执行联邦法律维护公众共享利益”这

个重要的前提是错误的。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2015 年 9 月】第 1289 页以下）

用普通法传统解读法规

Reading Statutes in the Common Law Tradition

Jeffrey A. Pojanowski

美国法律界和法学界普遍认为普通法传统在法定解释中占重要地位。不同学派的法学家和学者都一致认为普通法与形式主义的解释方法（如文本主义）的区别是很大的，而且普通法正向一种更富创造性、更独立的方向发展。他们观点的不同之处在于普通法传统是否值得保留。充满活力且目的坚定的一方声称英美普通法传统为他们接近法定解释提供了支持，而形式主义则是对这种传统的不正当背弃。许多形式主义者回应道普通法的习惯和方式对于三权分立的当代法律制度是陈旧而有害的。他们认为法律的重心已经从法院转移到了复杂的法定管理体制，司法解释者（尤其是联邦一级的）不应再把自己看作是普通法传统的运送者。

当代关于司法解释的争论提出了一个选择：是坚持普通法传统（有创造性的司法解释）还是选择背离这个传统发展的形式主义解释呢？现今文本主义这类形式理论通常将自己与普通法传统区分开来，本文将探讨它们可以从普通法传统中得到支持这一问题。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2015 年 9 月】第 1357 页以下）

（杨文君 译）

（魏 琪 校）

调整竞选财务法

Aligning Campaign Finance Law

Nicholas O. Stephanopoulos

“你会遇到一些思想极端的人，他们手握巨资，他们甚至可以完全扭曲我们的政治”——巴拉克·奥巴马于2013年10月8日记者招待会上的发言。

这里有一些在如今的美国金钱与政治关系上的事实。在联邦一级的竞选中，2012年用于竞选的开支总计73亿美元。几乎所有的资金都来自个人捐赠，而不是公司或工会。私人约一半的捐赠大致会给特定候选人，四分之一会给政党，最后的四分之一会给政治行动委员会和超级政治行动委员会。总的来说，这些捐助者并不会代表国家。他们大都很老，是白人且为男性，当然也很有钱。他们的政治观点比一般人来说也更具极端化。大部分美国人在2012年都是温和派，但大多数捐助者或是坚定的自由派或是坚定的保守派。

然而，没有证据表明这些资金的交易纯粹是为了政治利益。以此为交换条件的交易证明是难以被察觉到的，而且试图在政治行动委员会的捐款额和政客们的选票数量的联系上做文章的研究通常只会竹篮打水一场空。但有证据表明，政客们的立场通常会不可思议地反映他们的捐赠者的偏好。国会成员的理想点——即他们所偏好的政治的唯一集合——几乎和私人捐助者的理想点拥有完全相同的双峰分布。他们看起来一点也不像占多数的中间派的理想点的分布。假设一个权力行使者为这样的情形所困，而他又要制定一些竞选资金改革方案。他会给出怎样的说辞？一种说辞就是这种改革可以防止民选官员的腐败。但是联邦最高法院最近将腐败的定义限定在钱权交易内，并且还特意注明，这类交易在当代美国并没有什么规律性可言。另一种具有可能性的说辞是这种改革可以避免由于富裕的私人(和团体)大量出资而导致选举结果的失真。但是最高法院也断然拒绝了任何政府机构想要改善“巨额集合财富的腐蚀性和扭曲性影响”的倾向。另一个说辞是这样的，改革可以均衡候选人的资源或选民的影响力。但这种平等利益被以一种更加尖锐的说辞给否决了。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第5期【2015年9月】第1499页以下）

重新评估司法禁止反言原则:司法完整性原理的意义

Reassessing the Doctrine of Judicial Estoppel: The Implications of
the Judicial Integrity Rationale

当一方“假定自己处于法律程序的某个境地，且如愿地处于这个境地，他之后可能不会，仅仅是因为他自己利益变化，而使自己再处于相反的境地。”这个学说通常称为“司法禁止反言”，它也可能被称为“事实排除”、“司法预防”或“禁止反言。”司法禁止反言是一个公平的、由法院创立的、具有自由裁量性的原则，这项原则既可以被任何一方当事人援用又可以被法官自发地援用。简单地来说，这项原则可以防止一方当事人因为自己所处境地的变化就推翻自己在先前境地中已被对方信赖的陈诉（一当事人因另一当事人之陈述产生依赖，则另一当事人不得否定其先前的陈述）。

在当一方当事人在审判的两个不同阶段声称陈述不一致时，司法禁止反言原则可能会给人们造成很大的疑惑，因为司法禁止反言原则可以“防止一当事人因另一当事人之陈述产生依赖，而另一当事人又想否定其先前的陈述的情形”。因为要是在第二程序阶段被认定为“反言”的话，那在第一程序阶段不需要它就能成为一个完整的案子。相反，它可能会采取各种形式——从一个完整的案例到一纸诉讼状再到行政机构的一言誓词。并且司法禁止反言原则所引发的问题也出现在各种不同的实际情况中，从边界争端到破产案件都有它的身影。

尽管在一百五十多年里受到一些州法院的推崇，在一百年里受到美国最高法院的认可，司法禁止反言原则从未采取一个既定的形式。自新罕布什尔州诉缅因州案的 15 多年里——最高法院禁止反言的现代判例——被下发至各州法院，各级联邦上诉法院已经改变了他们适用司法禁止反言原则的方法，但是统一的施行方法仍然没有出现。各级不同的联邦法院在审理有关司法禁止反言原则的案子时，继续就不同因素和基本原理各有所侧重。同时，分歧仍然存在，如在最高法院关于伊利铁路公司诉汤普金斯案的判决上，在某些情况下，能否要求联邦法院适用州法律中关于司法禁止反言原则的做法。

在关于联邦司法禁止反言原则的发展上，几乎不存在任何相关的文献著作——特别在涉及伊利案的原则上——自新罕布什尔州诉缅因州案后。本文试图填补这一文献空白。本文的第一部分将陈诉司法禁止反言原则的法律背景。第二部分将就各上诉法院之间适用何种形式的禁止反言原则的分歧做一定的解释。第三部分将在法律选择方法的问题上提供一个粗略的轮廓，这个问题往往与国家所面临

着的在适用禁止反言原则有关。【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2015 年 9 月】第 1543 页以下)

实验权和专利权的有效性:恢复最高法关于白炽灯专利案的 先例

Experimentation and Patent Validity: Restoring the Supreme Court's Incandescent
Lamp Patent Precedent

Kevin T. Richards

1982 年,国会赋予美国联邦巡回上诉法院专属管辖专利权上诉案件的权力。近年来,最高法院以联邦巡回法院判例与最高法院已有的先例相悖为由,推翻了该院的相关判例。在凯泽·波莫恩特国际有限公司诉泰利福公司一案中,法院驳回了联邦巡回法院作出的专利显著性的“刚性的方法”,因为这与最高法院的先例中“广阔的和灵活的方法”“不一致”。在易趣股份有限公司诉 MercExchange 公司一案中,最高法院发现,联邦巡回法院的判例有可能开了与其先例相悖的先河。在药明康德有限责任公司诉基因泰克有限责任公司一案中,最高法院以“极有可能使最高院的先例处于无用之地”为由推翻了巡回法院的判决。即使在认可判决的时候,最高法院对巡回法院的法律推理也丝毫没有放过。在比尔斯基诉卡波斯一案中,最高法院虽然支持联邦巡回法院的判决,但拒绝采用联邦巡回法院的审案方法。最高法院对联邦巡回法院的判例的密切审查似乎并没有放缓。最高法院审查了联邦巡回法院在 2013-2014 年度里所作出的 6 个判决,并且推翻了其中的 5 个判决。

本文将就另外一个、此前未被发现的联邦巡回法院的审判方法和最高法院的先例相悖的地方进行调查。一项发明要获得专利保护,申请人必须得提供一份授权的产品描述书,即该描述书能够确保该项专利的原始发明人能够利用或使用该产品。联邦巡回法院分析认为,一份产品描述书是否有授权要采用八要件来检测一项技术的原有者在没有“过度的实验”的情况下能否实验该项技术。然而在白炽灯专利中,最高法院指示,“如果一项发明的描述书太模糊和不确定,以至于

没有人可以辨别,除了由于独立实验的缘故以及该部分是描述如何构建专利设备的外,该专利无效。”简而言之:联邦巡回法院的方法允许实验权,而最高法院要求发明者完全排除实验权。

此外,白炽灯案似乎准备卷土重来。自1981年以来,该案一直未被任何法院援引,自1981年以后,它被联邦最高法院引用了14页之多,其中包括2013年里的4页。虽然当事人在鼓励移送审查中会引用此案,但没有一方意识到这其实是联邦巡回上诉法院和最高法院之间关于适用标准的分歧。这似乎尤其引人注目,因为在最高法院对白炽灯案作出判决的115年里,各级法院没有一个驳回,甚至批评该案的判决。而且,联邦最高法院持续对模仿白炽灯案进行判决的政策表示担忧。该案是专利法教科书中的一个典型案例,甚至是学者公认的“十大”专利案件之一。(【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第5期【2015年9月】第1577页以下)

(张 飞 译)

(杨文君 校)

公司倒置和竞争监管分类

Corporate Inversions and the Unbundling Of Regulatory Competition

Eric L. Talley

最近,许多卓越的上市公司都已经接受了一个值得关注的(有报道价值的)交易类型,人们称之为“税务倒置”。美国的跨国公司同外国公司合并的情形,则是最为典型的税务倒置。此种交易模式下最终浮现出来的实体一定是海外公司,并一定会用以前国内发行人的名字,在美国的证券市场保留登记。为了满足合适的税收要求,公司倒置允许国内的跨国公司最终以其域外收入的国外税收待遇取代美国国内的税收待遇——而从表面上看,国外税收待遇的实际利率要低得多。

大多数监管者和政客用警告和愤怒对税务倒置这种规避行为作出反应,他们害怕,这一趋势很有可能是大批美国跨国公司离开国内的先兆。反过来,这一反

应也刺激了各地区进行税收改革的种种需求，其范围从对税收适格标准进行定向紧缩，到在美国适用区域税收体系，到宣告（获另一种形式）对公司回流资金进行减税，到减少大部分（如果不是全部）美国公司的税率。同税收政策中的其他争论一样，人们对于做什么（或者是否一点事情都不做）仍然很少达成合意。

本文从实践和理论两个视角，对当前的税务倒置趋势（以及对该趋势的反应）进行了分析。从有利于实践的视角看来，笔者认为，税务倒置这一规避行为确实是一个考虑因素，但是对于追求倒置的公司而言，其已经遭遇的种种限制可能会自然而然地减缓这一趋势，而不需要过多的监管介入。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2015 年 10 月】第 1649 页以下）

驯服权利贷款

Taming Title Loans

Ryan Baasch

对于穷人而言，不仅得到信用很难，得到现金也近乎不可能。这一点很容易得到解释，因为穷人很少有或没有东西去担保以获得一项贷款。一个过着仅够糊口的生活的人，也就很少有可以割舍的所有物，即使是临时地割舍。以汽车为例。某人如果急需一笔现金，也不会交出很有可能是作为其唯一的交通方式的汽车，即使仅仅是短期抵押。但是这种欠款者并不是完全的不幸运。参加权利贷款：通过这些交易，借款者并不需要实际交出他的车，即便如此，借款者仍有可能获得四位数的贷款。同时，出借者通过违约事项获得保护。正是这一情况使得权利贷款对于贫困的消费者而言如此的有吸引力，对处于边缘市场的出借者而言又是如此的有利可图。

本文认为多德弗兰克华尔街改革和消费者保护法案（简称为“多德弗兰克法案”或“法案”）需要一项解决方案来应对与权利贷款有关的许多行为，而消费者金融保护局（简称为“CFPB”或“局”）颁布了一个强制行命令，从而使得该解决方案具有生命力。本文的第一部分对于权利贷款进行了概述，接着又继续分析了人们最常提起的，行业内流行的三个问题。第二部分明确了为何消费者金融

保护局是监管权利贷款的合适角色。但是第二部分不是仅仅明确消费者金融保护局是合适的监管者；而是又接着讨论了多德弗兰克法案实际上所具有的强制性，使得消费者金融保护局的监管得以解决本文所强调的那些问题。最后，本文的第三部分揭示了消费者金融保护局可能如何实施一项监管计划和执行体制，才能与其在多德弗兰克法案中获得的广泛授权相匹配。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2015 年 10 月】第 1753 页以下）

作为替罪羊的单位犯罪

The Corporate Criminal as Scapegoat

Brandon L. Garrett

美国司法部保证单位犯罪没有替罪羊，因为法律总是优先定位公司里有罪的个人。司法部的政策强调“只有在很罕见的情况下，才不需要证明个人的罪过，当罪过与单位高层人员有关时，更是如此，”即便是公司和检察官一道解决案子，也是如此。毕竟，根据适用于联邦刑事案件的雇主责任标准，当且仅当雇员构成犯罪之时，单位得被控告。正如联邦最高法院所陈述的那样，“单位得作为的唯一途径就是借助代表其作为的个人。”尽管如此，随着高姿态的批评越来越多，通常，当最大规模的单位被联邦控告时，个人则免于被控告。笔者在本文中，对于描述这些个人检控的数据进行了研究——在个人检控的情况下，如果被定罪，则更倾向于判较轻的刑罚。这些数据阐释了提起单位控告的特殊挑战。与著名评论家所争议的内容形成鲜明对比，这些数据则暗示着，提起更多的个人控诉并不足以取代单位控诉。笔者最后提出了建议性总结，即怎样提起单位控诉才能增强个人犯罪的可追究性。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 7 期【2015 年 11 月】第 1789 页以下）

建构争议集体

Constructing Issue Classes

集体诉讼不再具有功能性。1996年，民事规则咨询委员会开始着手一项谨慎的实验，用于预测集体诉讼如何能够有助于实体法的实施。但是从那时候开始，国会和法院都借助越来越严格的证明标准，对该实验进行了扭曲和缩减。现在，原告代理人不得不放弃一堆诉求，以支持其具有证明性的论点，将州法诉求运用到联邦诉因中，或者在普遍性程度相当高的层面上宣传集体证明的问题，以使法官面临一项孤注一掷的命题：证明，还是不证明。但是这些严格标准以及相应的策略是不断进化的，当事人和法院一开始错误地将重点放在集体成员彼此间的凝聚力上，从而也没有共同构建和裁定出事实上是什么使原告团结起来——是被告的行为。

非黑即白的思维模式并非没有结果。没有证明，一些诉讼——例如小股份的消费者诉求——会消失，该情况会渐渐破坏执行目标。尽管经济上可行的诉求并不会完全消失，但是大多数受害者不会提出控告这一情况，又使得实现赔偿和威慑目标的问题越来越严重。另外，原告代理人的诉讼战略是仅仅提出有潜在证明可能的诉因，这一战略同时又具有风险，使得原本具有可行性的个人受害诉求有变为不可能的风险，并使得原告冒着承受后续诉讼中不可预测的阻碍的风险。那些单独控告的原告很有可能被赶入多地区诉讼中，法官在这一情况下面临着相似的代理问题，但是对于是否缺失集体证明缺乏明确的监管职能。

本文通过两个主要的贡献改变了这一境况。首先，明确我们现存的程序环境是如何没有有效地纠正全国范围内的错误行为，明确之后，本文构造了一个统一的学说理论，该理论是有关于何时共同解决一项单一问题是有价值的。通过重新考虑杂乱的集体凝聚力的概念，将诉求和抗辩重铸为被告行为和原告的适格性。本文对证明方法进行了揭示，为法院证明集体做好准备，以解决诸如被告同一行为这种关键性问题。本文阻止了将孤注一掷的方法适用于证明之上，并对对于管辖层面上解体的监管者的司法回应进行协调。其次，本文提供了解决方法，用于解决一些法律和逻辑上困境，例如在没有共同资金存在的情况下，如何赔偿集体诉讼的律师费，通过中间上诉程序确保适当的纠错机制。协调碎片化的公共监管者和私人监管者，将具有集体问题的多地区诉讼案件发还复审，正视第七修正案复审条款所涉及的问题。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第7期【2015

商业演讲，商业使用，知识产权困境

Commercial Speech, Commercial Use, and the Intellectual Property Quagmire

Jennifer E. Rothman

第一修正案法律体系中的商业演讲理论常常遭受批评，人们将之认定为饱受争议，疑问重重，变化莫定之景。尽管该批评在宪法研究领域已经十分广泛，然而在知识产权法领域，不仅接受对于商业演讲的区别对待，而且在许多方面也确是如此作为，即并不支持比传统商业演讲理论所允许的更为宽泛的演讲地带。知识产权法中不同的主体分别对“商业”下了不同的定义，而且，即使是在知识产权法中的相同领域，对于商业性所应发挥的作用仍然有所混淆。这种差异性不仅造成了理论混淆和理论松散，还进一步指出，商业演讲和非商业演讲之间的区别是难以捕捉的，即便捕捉到，通常也难以证成。而将差异性扩展至商业使用和非商业使用之间的区别之时，该区别通常用于证明使用是否产生商业收益，则更难以以为继。迄今为止，知识产权法和知识产权研究仍然没有提供完善的框架，从而在商业性同确立权利与义务相关时，回答最为基础的问题，也缺乏基于那些因素对使用进行区分的规范性基础。本项目是解决此困境的第一步。

当前的一些争议强调了某些具有挑战性的问题，这些问题有关于我们是否应该对商业使用进行区别对待，此外，如果需要进行区别对待，又将是在何种环境下。本文的第一部分，笔者明确了正是商标，版权以及广告权法的不同方面引起了商业化的问题。本文的第二部分，笔者对于知识产权法中“商业”的含义进行了分类，并确定了“商业”的五种基本含义。在本文的第三部分，笔者考虑了使用这些不同含义的“商业”作为确定权利，责任，知识产权诉求抗辩基础的理由。最后，本文的第四部分，笔者提出了一些关于该分析内涵的初步观察，以及创造更有凝聚力的知识产权法的重要性，从而更好地明确商业性何时是重要的，何时是不重要的。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 7 期【2015 年 11 月】第 1929 页以下）

遭遇大数据：将对质条款适用于政府数据收集

Confronting Big Data: Applying the Confrontation Clause to Government Data

Collection

Chad Squitieri

你是怎样偶然发现这篇文章的？文中哪些内容对你来说是有意义的？你对那些词汇产生了质疑？你是如何快速地打出它们？你最近访问的网址？你当前的地理位置？这些都是有用的数据，可以汇总起来形成一幅信息图，一幅关于你是谁，你做过什么的信息图。

一些公司，例如谷歌，就在收集这些数据，因为这些数据可以用于模型分析，从而能够预测你将来的行为。这种预测能力是很有用的，对于销售员而言，他可以预测你何时会购买你的下一双鞋子，对于美国联邦调查局的特工而言，他可以预测你何时会实施你的下一次恐怖袭击。通过收集大量的数据，这种大量的数据通常被称之为“大数据”，预测的精确性，较之过去而言，成指数增长。除了预测你可能会做什么之外，分析大数据也得以更加详细地描绘出你已经做了什么。大数据的这种后视特征，则是本文需要阐述的重点。

政府调查员如果需要从单位，例如谷歌，获取数据，那么，他们在获得目标人员的数据之时，就需要保证数据的收集，储存和分析都是恰如其分的。这些保证就构成了对质条款下的证明声明。类似于提交可卡因样本检测结果，或者血液酒精浓度的实验室分析员，本文认为，根据第六修正案，参与到大数据收集，储存和分析的分析员必须能够对质。至少有一个联邦上诉法院与笔者持有相似观点。

通过提出现代政府监管的合宪性问题，本文对一项成形中的问题进行了探究。当代许多关于政府监管合宪性的学术讨论都集中于宪法第二条总统职能和第四修正案。而研究文献中则缺乏对于对质条款的详细讨论。本文通过研究对质条款在处理政府收集大数据时的有用性，对此空白进行了填补。

考虑到第四修正案在处理政府数据收集的能力上比较有限，对质条款的有用性变得越来越明显。每一个处理该问题的联邦上诉法院都认为，总统本身就拥有职权，在不提供担保的情况下，基于收集国外情报的目的收集数据。尽管如此，

总统收集数据的职权并没有给予政府以无拘无束的职权去在刑事程序中使用数据对抗被告。如果有人在审判中提出数据以对抗刑事被告，则需要适用对质条款，该条款所具有的检查政府监管的能力也应作为争议焦点。通过适用当前联邦最高法院的对质条款理论，就能够对政府监管作出变通性检查。

尽管如此，许多学者对于当前联邦最高法院对质条款理论的扩大适用仍持犹豫态度。本文提出了这些学者的顾虑，并解释了为何对于扩大适用当前理论的普遍异议不能适用于大数据转移。此外，联邦最高法院最近在赖利诉加利福尼亚州一案的判决中提出了其他证据，以支持将大数据作区别对待。

本文在第一部分，对大数据以及政府调查员收集大数据的法律权能进行了介绍。第二部分对当前联邦最高法院的对质条款进行了介绍。第三部分提出观点，即根据两个独立的理论，将第六修正案中的对质条款适用于大数据转移：解决碎片数据和小数据收集的理论，以及解决马赛克理论新适用的理论。第五部分用于描绘谷歌回应政府数据需求的程序，并总结到，有小部分的谷歌员工需要进行对质。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 7 期【2015 年 11 月】第 2011 页以下）

（魏 琪 译）

（张 飞 校）