

加利福尼亚法律评论

王健法学院编译室

二零一三年第三期

总第十三期

目录

权利的双重性：美国权利的修辞学与实践	
The Dual Lives of Rights: The Rhetoric and Practice of Rights in America	
J. Harvie Wilkinson II	16
后美国时代证券监管	
Post-American Securities Regulation	
Chris Brummer	16
高管薪酬的补偿：以看门人奖励津贴为例	
Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper Incentive Pay	
Sharon Hannes	16
“补充”《膳食补充剂健康与教育法》：国会必须通过修正《膳食补充剂健康与教育法》为食品及药物管理局投资建立更大的营养食品管理机构	
“Supplementing” the DSHEA: Congress Must Invest the FDA with Greater Regulatory Authority over Nutraceutical Manufacturers by Amending the Dietary Supplement Health and Education Act	
Rahi Azizi	16
装配线司法：操作流水线的回顾	
Assembly-Line Justice: A Review of Operation Streamline	
Joanna Jacobbi Lydgate	17
找寻统一的评判依据：通过州-联邦合作实施国家学生评估与学校绩效责任计划	
Finding a Common Yardstick: Implementing a National Student Assessment and School Accountability Plan Through State-Federal Collaboration	
Marc Pilotin	17
菲律宾退伍军人力争公正的运动：赔偿理论中的一个案例研究	
The Filipino Veterans Equity Movement: A Case Study in Reparations Theory	
Antonio Raimundo	17
关于法官如何思考，理查德·波斯纳知道什么？	
What Does Richard Posner Know About How Judges Think?	

Craig Green	18
婚姻权？	
A Right to Marry?	
Martha C. Nussbaum	18
让我们把所有的事情取消：国家可以废除婚姻制度吗？	
Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage?	
Pamela S. Karlan	18
对Martha Nussbaum “婚姻权” 的回应	
Response to Martha Nussbaum's "A Right to Marry?"	
David Novak	18
对Martha Nussbaum的回应	
Response to Martha Nussbaum	
Michael Warner	19
答辯	
Reply	
Martha C. Nussbaum	19
预防国家财政预算危机：管理财政波动问题	
Preventing State Budget Crises: Managing the Fiscal Volatility Problem	
David Gamage	19
怎样才能不依赖司法表决：误解、测量和模式	
How Not to Lie with Judicial Votes: Misconceptions, Measurement, and Models	
Daniel E. Ho & Kevin M. Quinn	19
理论的必然性	
The Inevitability of Theory	
Richard Lempert	20
高跷上的边沁：主观性与报复性司法无关联	
Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice	
Dan Markel & Chad Flanders	20
被遗忘在关塔那摩：布迈丁判决及其对奥巴马政府基地难民的启示	
Forgotten at Guantánamo: The <i>Boumediene</i> Decision and Its Implications for	

Refugees at the Base Under the Obama Administration	
Sonia R. Farber	20
后种族种族主义：奥巴马时代的种族分层格局和大规模的监禁	
Post-Racial Racism: Racial Stratification and Mass Incarceration in the Age of Obama	
Ian F. Haney López	20
最后一次为我的人际网干杯	
A Final Toast to My Network	
Philip P. Frickey	21
简介：“实践理性”和Philip P. Frickey的学说	
Introduction: “Practical Reason” and the Scholarship of Philip P. Frickey	
Daniel A. Farber	22
印度取水权、实践理性和谈判协议	
Indian Water Rights, Practical Reasoning, and Negotiated Settlements	
Robert T. Anderson	22
协调平等保护与联邦印度法	
Reconciling Equal Protection and Federal Indian Law	
Bethany R. Berger	22
法规不足和政党机构解释资产的优点	
Canon Shortfalls and the Virtues of Political Branch Interpretive Assets	
James J. Brudney	22
加利福尼亚8号提案案件：宪法目标是什么？	
The California Proposition 8 Case: What Is a Constitution For?	
William N. Eskridge, Jr.	23
堪萨斯州最后一次印度袭击：背景、殖民主义以及Philip P. Frickey对美洲印第安法的贡献	
The Last Indian Raid in Kansas: Context, Colonialism, and Philip P. Frickey’s Contributions to American Indian Law	
Sarah Krakoff	23

第二代文本主义

Second-Generation Textualism

John F. Manning 23

理论分歧：重新审视法律与政治的关系

Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics

Robert Post 23

立法不——专注于规则制定的“民主缺失”

Legislation that Isn't—Attending to Rulemaking's "Democracy Deficit"

Peter L. Strauss 24

规范和宪法解释的连续性：为Phil Frickey而著的文章

The Continuity of Statutory and Constitutional Interpretation: An Essay for Phil

Frickey

Ernest A. Young 24

充分信任和支持跨司法管辖区认可部族法庭重审的判决

Full Faith and Credit in Cross-Jurisdictional Recognition of Tribal Court Decisions

Revisited

Craig Smith 24

Philip Frickey：附说明的资料目录

Philip Frickey: An Annotated Bibliography

Leah C. Granger & Dean C. Rowan 25

Phil Frickey纪念文集：一首诗

Festschrift for Phil Frickey: A Poem

Frank Pommersheim 25

最低限度的空白

Marginal Whiteness

Camille Gear Rich 25

惩罚及刑罚的经验

Retribution and the Experience of Punishment

John Bronsteen, Christopher Buccafusco, and Jonathan S. Masur 25

对每一种权利的救济：联邦法院可以从加利福尼亚纳税人的诉讼地位中学到什么	
A Remedy for Every Right: What Federal Courts Can Learn from California's	
Taxpayer Standing	
Anne Abramowitz	26
紧跟海外风潮	
Turning Offshore Wind On	
Erica Schroeder	26
法律、战争以及时间史	
Law, War, and the History of Time	
Mary L. Dudziak	26
隐私权法再统一	
Reunifying Privacy Law	
Lior Jacob Strahilevitz	26
隐私权——一场无休止的论辩？	
Privacy—An Endless Debate?	
Spiros Simitis	27
普罗塞的隐私权法：一项利弊参半的遗产	
Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy	
Neil M. Richards & Daniel J. Solove	28
远离隐私，远离权利——通向信息管制的“系统性”理论	
Beyond Privacy, Beyond Rights—Toward a “Systems” Theory of Information	
Governance	28
Viktor Mayer-Schönberger	
回归主流的隐私侵权	
Mainstreaming Privacy Torts	
Danielle Keats Citron	29
在健康研究领域保护隐私权：个体选择的限制	
Protecting Privacy in Health Research: The Limits of Individual Choice	
Fred H. Cate	30

普罗塞的隐私权以及德国人格权：四种隐私权概念是否优于一种单一概念？	
Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?	
Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer	30
隐私侵权法：对 LGBT 原告而言不可靠的救济	
Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs	
Anita L. Allen	30
性侵罪犯的民事监管：治疗上的自相矛盾	
Sex Offender Civil Commitment: The Treatment Paradox	
Jeslyn A. Miller	31
联邦法律基础的破裂：通过更广泛的掠夺性借贷救济以及威慑缓解现今的抵押回赎危机	
Cracks in the Foundation of Federal Law: Ameliorating the Ongoing Mortgage Foreclosure Crisis Through Broader Predatory Lending Relief and Deterrence	
Katherine M. Lehe	32
我们变幻莫测的第九修正案：一篇关于未明确列举的权利以及墨守原文的不可行性的小文	
Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism	
Louis Michael Seidman	32
搜索自由	
Googling Freedom	
Anupam Chander	33
矫正战败的国家	
Fixing Failed States	
John Yoo	34
从量刑角度认识宪法权利	
Recognizing Constitutional Rights at Sentencing	
Carissa Byrne Hessick & F. Andrew Hessick	34

海洋中的遗忘：高度回流鱼类以及濒临灭绝物种法	
Left Out at Sea: Highly Migratory Fish and the Endangered Species Act	
Taiga Takahashi	35
米兰达规则的再思考：逮捕后的沉默权	
Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence	
Stephen Rushin	35
规制性法律拟制：婚姻与反婚姻	
Regulatory Fictions: On Marriage and Countermarriage	
Elizabeth F. Emens	36
为何不坚守制度核心：美国超极化民主的成因	
Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America	
Richard H. Pildes	37
美国政党两极分化的原因讨论	
Debating the Causes of Party Polarization in America	
Paul Frymer	38
Pildes 失去了什么：制宪者，投票权法案的真正影响和极端保守主义	
What Pildes Missed: The Framers, the True Impact of the Voting Rights Act, and the Far Right	
David M. Kennedy	38
解决两级分化过程中的选举和立法改革	
The Limits of Electoral and Legislative Reform in Addressing Polarization	
Nolan M. McCarty	39
美国民主中的中庸之道和前后连贯	
Moderation and Coherence in American Democracy	
Michael W. McConnell	39
可居住性的默示担保之兴衰	
The Rise and Fall of the Implied Warranty of Habitability	
David A. Super	39

重定国家研究委员会的角色：同业审查、政治工具，还是科学法庭？	
Reassessing the Role of the National Research Council: Peer Review, Political Tool, or Science Court?	
Ian Fein	40
坚持卫生保健的地方性实验：联邦主义、医疗改革和职工退休所得保障条例	
Maintaining Healthy Laboratories of Experimentation: Federalism, Health Care Reform, and ERISA	
Michael Serota & Michelle Singer	41
经验主义之上：矫正报应性司法	
Beyond Experience: Getting Retributive Justice Right	
Dan Markel & Chad Flanders & David Gray	41
司法公正的持久文化脚本	
The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion	
Terry A. Maroney	42
论竞争法中横向协议的含义	
On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law	
Louis Kaplow	43
构建可持续的捕拿许可证制度：委托私掠船如何击败索马里海盗	
Structuring a Sustainable Letters of Marque Regime: How Commissioning Privateers Can Defeat the Somali Pirates	
Todd Emerson Hutchins	43
罗宾逊公诉案：使用“无名氏”DNA逮捕证的发展和问题	
People v. Robinson: Developments and Problems in the Use of “John Doe” DNA Arrest Warrants	
Micah Sucherman	44
违宪挑战的真实与虚构	
Fact and Fiction About Facial Challenges	
Richard H. Fallon, Jr.	45
联邦主义和征税权	
Federalism and the Taxing Power	

Ruth Mason	46
帐篷城：解决美国流浪汉问题和经济适用房短缺的临时性措施	
Tent Cities: An Interim Solution to Homelessness and Affordable Housing Shortages in the United States	
Zoe Loftus-Farren	46
程序的权力：Ricci 诉 DeStefano 案中少数干预的关键作用	
The Power of Procedure: The Critical Role of Minority Intervention in the Wake of Ricci v. DeStefano	
Joanne Villanueva	47
管理控辩交易市场：从购者自慎到消费者保护	
Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection	
Stephanos Bibas	47
全球宪政演变及其思想	
The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism	
David S. Law & Mila Versteeg	48
同样是真正强奸	
Real Rape Too	
Bennett Capers	49
男性监狱：性认同、种族以及监禁	
Masculinity as Prison: Sexual Identity, Race, and Incarceration	
Russell K. Robinson	50
联邦量刑中的部落控制	
Tribal Control in Federal Sentencing	
Emily Tredeau	51
融合管辖权	
Hybridizing Jurisdiction	
Scott Dodson	52
情绪调节和司法行为	
Emotional Regulation and Judicial Behavior	
Terry A. Maroney	52

气候调节和成本效益分析限制	
Climate Regulation and the Limits of Cost-Benefit Analysis	
Jonathan S. Masur & Eric A. Posner	53
信息时代下的讨债：新科技及公正债务催收法案	
Debt Collection in the Information Age: New Technologies and the Fair Debt Collection Practices Act	
Colin Hector	54
将虚拟边界移至细胞层面：强制 DNA 检测及美国难民家庭团聚计划	
Moving the Virtual Border to the Cellular Level: Mandatory DNA Testing and the U.S. Refugee Family Reunification Program	
Emily Holland	55
重播	
Replay	
Mitchell N. Berman	56
婚姻欺诈	
Marriage Fraud	
Kerry Abrams	57
为什么政党民主需要大众民主以及大众民主需要政党	
Why Party Democrats Need Popular Democracy and Popular Democrats Need Parties	
Ethan J. Leib & Christopher S. Elmendorf	57
规则、原则和竞争执行证券法	
Rules, Principles, and the Competition to Enforce the Securities Laws	
James J. Park	58
不公平的壁垒：如何（及为什么）刑事陪审团审判率因州而异	
The Uneven Bulwark: How (and Why) Criminal Jury Trial Rates Vary by State	
T. Ward Frampton	59
饮用水及其被排除在外的群体：对加利福尼亚中央山谷的案例研究	
Drinking Water and Exclusion: A Case Study from California's Central Valley	
Camille Pannu	60
“死亡的诞生”：死胎出生证明及其法律问题	

“The Birth of Death”: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law	
Carol Sanger	60
许可之变迁：美国著名公立法学院不断发展的目标和理想	
Fiat Flux: Evolving Purposes and Ideals of the Great American Public Law School	
Christopher Edley, Jr.	61
John Yoo 的战争权力：法律评论和世界	
John Yoo’s War Powers: The Law Review and the World	
Janet Cooper Alexander	62
扩张的牧羊人：位于农村的县	
Sprawl’s Shepherd: The Rural County	
Michelle Wilde Anderson	63
女权主义法学：透视《加利福尼亚法律评论》的历史	
Feminist Legal Scholarship: A History through the Lens of the California Law Review	
Katharine T. Bartlett	63
《加利福尼亚法律评论》种族问题研究的百年回望：民权思想的结构	
Centennial Reflections on the California Law Review’s Scholarship on Race: The Structure of Civil Rights Thought	
Richard Delgado	64
围绕责任规则签订合同	
Contracting Around Liability Rules	
Mark A. Lemley	65
布雷耶大法官、卡恩教授以及受管制产业中的反垄断执行	
Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries	
Howard A. Shelanski	65
司法自制的兴衰	
The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint	
Richard A. Posner	66
曾经有过司法自制这一事物吗？	
Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint?	
Lee Epstein & William M. Landes	66

司法自制存在于什么时候？	
When Was Judicial Self-Restraint?	
Aziz Z. Huq	67
司法自制的转型	
The Transformation of Judicial Self-Restraint	
Pamela S. Karlan	68
司法至上与司法自制的结束	
Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint	
Larry D. Kramer	69
丢失的信息和找到的信息	
Information Lost and Found	
Frederic M. Bloom	69
预期并减少孟山都公司无意侵权诉讼中的不公正：建议在种子专利诉讼中引入著作权法的通知移除制度	
Anticipating and Reducing the Unfairness of Monsanto’s Inadvertent Infringement Lawsuits: A Proposal to Import Copyright Law’s Notice-and Takedown Regime into the Seed Patent Context	
Michelle Ma	70
作为家庭暴力的破坏避孕：一种法律回应	
Birth Control Sabotage as Domestic Violence: A Legal Response	
Shane M. Trawick	71
作为权与不作为权	
Rights To and Not To	
Joseph Blocher	72
网络攻击法	
The Law of Cyber-Attack	
Oona A. Hathaway, Rebecca Crootof, Philip Levitz, Haley Nix, Aileen Nowlan, William Perdue & Julia Spiegel	72
反恐主义的结构性立宪	
Structural Constitutionalism as Counterterrorism	

Aziz Z. Huq	73
强迫性债务：消费信贷在家庭暴力中的角色	
Coerced Debt: The Role of Consumer Credit in Domestic Violence	
Angela Littwin	74
伊斯兰教法和公民权——伊斯兰恐惧症是如何在美国创设了二等公民制的？	
Shariah and Citizenship—How Islamophobia Is Creating a Second-Class Citizenry in America	
Yaser Ali	74
犹太律法的阻力可如何援助宗教自由法	
How Jewish Laws of Resistance Can Aid Religious Freedom Laws	
Daniel Kazhdan	75
沃伦法院的宪法保守主义	
The Constitutional Conservatism of the Warren Court	
Justin Driver	76
婚姻不平等：同性关系、宗教豁免以及性取向歧视的产物	
Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination	
Douglas NeJaime	76
惩罚怀孕行为：种族，监禁及对怀孕囚犯的上铐行为	
Punishing Pregnancy: Race, Incarceration, and the Shackling of Pregnant Prisoners	
Priscilla A. Ocen	77
服务于刑事定罪目标的伤害可塑性	
The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals	
Avani Mehta Sood & John M. Darley	78
规制由隐式偏见引起的系统性歧视的社会污染	
Regulating the Social Pollution of Systemic Discrimination Caused by Implicit Bias	
L. Elizabeth Sarine	79
引入“滥用”：消费者保护的新升级标准	
Introducing “Abusive”: A New and Improved Standard for Consumer Protection	
Rebecca Schonberg	80

超越默示维度：技术转让中的专利、关系以及组织整合	
Transcending the Tacit Dimension: Patents, Relationships, and Organizational Integration in Technology Transfer	
Peter Lee	81
犯罪、工具和辩诉交易：对控诉内容、抗辩和审判的分析	
Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials	
Kyle Graham	82
拜文斯修订：Minneeci 诉 Pollard 一案后的宪法侵权问题	
Bivens's Revisions: Constitutional Torts after Minneeci v. Pollard	
T. Ward Frampton	82
何时判决、何时结束、何时重组：多成员审判庭判决的艺术	
When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle: The Art of Decisionmaking on a Multi-Member Court	
Diane P. Wood	83
异议、“异议者”和判决	
Dissent, "Dissentals," and Decision Making	
Marsha S. Berzon	83
多成员审判庭判决的学术研究	
The Academic Study of Decision Making on Multimember Courts	
Kevin M. Quinn	84
强奸创伤、国家和 Tracey Emin 的艺术	
Rape Trauma, the State, and the Art of Tracey Emin	
Yxta Maya Murray	84
在线无名的案例	
The Case for Online Obscurity	
Woodrow Hartzog & Frederic Stutzman	85
协商中的波拉特问题：欺诈、同意以及标准形式合同的行为法和经济学	
The Borat Problem in Negotiation: Fraud, Assent, and the Behavioral Law and Economics of Standard Form Contracts	
Russell Korobkin	86
海盗与私人安全：商业航运、蒙特勒文件以及争夺亚丁湾	

Pirates vs. Private Security: Commercial Shipping,the Montreux Document, and the Battle for the Gulf of Aden

Joel Christopher Coito 86

林肯法律中的控制：呼吁在《虚假申报法》下限制责任的默示许可理论

Reining in Lincoln's Law: A Call to Limit the Implied Certification Theory of Liability under the False Claims Act

Christopher L. Martin, Jr. 87

累进财产的追求和变革性潜能

The Ambition and Transformative Potential of Progressive Property

Ezra Rosser 89

权利的双重性：美国权利的修辞学与实践

The Dual Lives of Rights: The Rhetoric and Practice of Rights in America

J. Harvie Wilkinson II

（原文无摘要）

（2010年4月 第98卷第2期第277页以下）

后美国时代证券监管

Post-American Securities Regulation

Chris Brummer

（原文无摘要）

（2010年4月 第98卷第2期第327页以下）

高管薪酬的补偿：以看门人奖励津贴为例

Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper Incentive Pay

Sharon Hannes

20 世纪 90 年代，美国高管薪酬从现收现付制向股权制急剧转变。更重要的是，这种转变并没有伴随着公司治理中的补偿变化，以便控制依赖于股票期权创造的可预见的不正当的激励机制。（2010 年 4 月 第 98 卷第 2 期第 385 页以下）

“补充”《膳食补充剂健康与教育法》：国会必须通过修正《膳食补充剂健康与教育法》为食品及药物管理局投资建立更大的营养食品管理机构

“Supplementing” the DSHEA: Congress Must Invest the FDA with Greater

Regulatory Authority over Nutraceutical Manufacturers by Amending the Dietary
Supplement Health and Education Act

Rahi Azizi

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 98 卷第 2 期第 439 页以下）

装配线司法：操作流水线的回顾

Assembly-Line Justice: A Review of Operation Streamline

Joanna Jacobbi Lydgate

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 98 卷第 2 期第 481 页以下）

**找寻统一的评判依据：通过州-联邦合作实施
国家学生评估与学校绩效责任计划**

Finding a Common Yardstick: Implementing a National Student Assessment and
School Accountability Plan Through State-Federal Collaboration

Marc Pilotin

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 98 卷第 2 期第 545 页以下）

**菲律宾退伍军人人力争公正的运动：赔偿理论中的
一个案例研究**

The Filipino Veterans Equity Movement: A Case Study in Reparations Theory

Antonio Raimundo

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 98 卷第 2 期第 575 页以下）

关于法官如何思考，理查德·波斯纳知道什么？

What Does Richard Posner Know About How Judges Think?

Craig Green

法官不能完全按照他们的想象改革法律，这与其说是他们机构角色的产物，不如说是他们做出判决的意识领域的产物。如果法官坚持意见.....在某一个时间点上，在确定的辩论界限之外.....他们的主张.....将是“不被认可的”，因为这些观点本身是“不被认可的”。（2010年4月 第98卷第2期第625页以下）

婚姻权？

A Right to Marry?

Martha C. Nussbaum

（原文无摘要）

(2010年6月 第98卷第3期第667页以下)

让我们把所有的事情取消：国家可以废除婚姻制度吗？

Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage?

Pamela S. Karlan

（原文无摘要）

(2010年6月 第98卷第3期第697页以下)

对Martha Nussbaum“婚姻权”的回应

Response to Martha Nussbaum's "A Right to Marry?"

David Novak

（原文无摘要）

(2010年6月 第98卷第3期第709页以下)

对Martha Nussbaum的回应

Response to Martha Nussbaum

Michael Warner

(原文无摘要)

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 721 页以下)

答辯

Reply

Martha C. Nussbaum

(原文无摘要)

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 731 页以下)

预防国家财政预算危机：管理财政波动问题

Preventing State Budget Crises: Managing the Fiscal Volatility Problem

David Gamage

(原文无摘要)

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 749 页以下)

怎样才能不依赖司法表决：误解、测量和模式

How Not to Lie with Judicial Votes: Misconceptions, Measurement, and Models

Daniel E. Ho & Kevin M. Quinn

(原文无摘要)

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 813 页以下)

理论的必然性

The Inevitability of Theory

Richard Lempert

（原文无摘要）

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 877 页以下)

高跷上的边沁：主观性与报复性司法无关联

Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice

Dan Markel & Chad Flanders

（原文无摘要）

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 907 页以下)

被遗忘在关塔那摩：布迈丁判决及其 对奥巴马政府基地难民的启示

Forgotten at Guantánamo: The *Boumediene* Decision and Its Implications for
Refugees at the Base Under the Obama Administration

Sonia R. Farber

（原文无摘要）

(2010 年 6 月 第 98 卷第 3 期第 989 页以下)

后种族种族主义：奥巴马时代的种族分层格局 和大规模的监禁

Post-Racial Racism: Racial Stratification and Mass Incarceration
in the Age of Obama

Ian F. Haney López

(原文无摘要)

(2010年6月 第98卷第3期第1023页以下)

最后一次为我的人际网干杯

A Final Toast to My Network

Philip P. Frickey

教授 Philip P. Frickey 在他生命的最后一年着手写一本书，这本书记录了他面对最终诊断时心情归于平静的个人精神之旅。在被迫面对每个人都有的对死亡的恐惧时，在巨大的人际网中，他得到了来自于同事、同学、家人、朋友和医护人员的帮助，找到了一种稳定情绪的方式。虽然他已用数年来建立这个人际圈——毫不费力地使其扩大，大到包含了一流的肿瘤学家，帮他治疗特殊的恶性肿瘤——但当它包围着他，支撑着他，甚至使他开怀大笑时，他既感到震惊又被深深地触动了。他的肿瘤医生给他讲笑话并配给抗癌药物，这种方式令他爱他们。

教授 Philip P. Frickey 打算将下面的文章作为这本书的序言，而这本书最后他决定不再写了，尽管那些和他最亲近的人激励着他写。他总结他传递的首要信息是感激——太小的话题，他说，以至于无法支撑整本书。另外，他完全忙于活在当下：约会、工作、家庭、朋友、好书、棒球以及其他简单乐趣变得比巨大的书写工程更加诱人。尽管他并没有将序言草拟成独立的文章，但他的合著者兼同事 Bill Eskridge 力压使其刊入加利福尼亚法律评论的期刊以纪念 Frickey 文集。他会赞成的。如果可以的话，他会感谢加利福尼亚法律评论恩准他最后一次表达他的感激之情，向人际圈里那些陪他走过弥留之际的人们致谢。(2010年8月 第98卷第4期第1101页以下)

简介：“实践理性”和Philip P. Frickey的学说

Introduction: “Practical Reason” and the Scholarship of Philip P. Frickey

Daniel A. Farber

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1111页以下)

印度取水权、实践理性和谈判协议

Indian Water Rights, Practical Reasoning, and Negotiated Settlements

Robert T. Anderson

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1133页以下)

协调平等保护与联邦印度法

Reconciling Equal Protection and Federal Indian Law

Bethany R. Berger

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1165页以下)

法规不足和政党机构解释资产的优点

Canon Shortfalls and the Virtues of Political Branch Interpretive Assets

James J. Brudney

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1199页以下)

加利福尼亚8号提案案件：宪法目标是什么？

The California Proposition 8 Case: What Is a Constitution For?

William N. Eskridge, Jr.

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1235页以下)

堪萨斯州最后一次印度袭击：背景、殖民主义以及

Philip P. Frickey对美洲印第安法的贡献

The Last Indian Raid in Kansas: Context, Colonialism, and

Philip P. Frickey's Contributions to American Indian Law

Sarah Krakoff

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1253页以下)

第二代文本主义

Second-Generation Textualism

John F. Manning

（原文无摘要）

(2010年8月 第98卷第4期第1287页以下)

理论分歧：重新审视法律与政治的关系

Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics

Robert Post

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1319页以下)

立法不——专注于规则制定的“民主缺失”

Legislation that Isn't—Attending to Rulemaking's "Democracy Deficit"

Peter L. Strauss

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1351页以下)

规范和宪法解释的连续性：为Phil Frickey而著的文章

The Continuity of Statutory and Constitutional Interpretation:

An Essay for Phil Frickey

Ernest A. Young

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1371页以下)

充分信任和支持跨司法管辖区认可部族法庭重审的判决

Full Faith and Credit in Cross-Jurisdictional Recognition of

Tribal Court Decisions Revisited

Craig Smith

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1393页以下)

Philip Frickey: 附说明的资料目录

Philip Frickey: An Annotated Bibliography

Leah C. Granger & Dean C. Rowan

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1437页以下)

Phil Frickey纪念文集：一首诗

Festschrift for Phil Frickey: A Poem

Frank Pommersheim

(原文无摘要)

(2010年8月 第98卷第4期第1461页以下)

(黎新平 译)

(李文婷 校)

最低限度的空白

Marginal Whiteness

Camille Gear Rich

(原文无摘要)

(2010年10月 第98卷第5期第1497页以下)

惩罚及刑罚的经验

Retribution and the Experience of Punishment

John Bronsteen, Christopher Buccafusco, and Jonathan S. Masur

(原文无摘要)

(2010年10月 第98卷第5期第1463页以下)

对每一种权利的救济：联邦法院可以从加利福尼亚纳税人的 诉讼地位中学到什么

A Remedy for Every Right: What Federal Courts Can Learn from
California's Taxpayer Standing

Anne Abramowitz

（原文无摘要）

（2010 年 10 月 第 98 卷第 5 期第 1595 页以下）

紧跟海外风潮

Turning Offshore Wind On

Erica Schroeder

（原文无摘要）

（2010 年 10 月 第 98 卷第 5 期第 1631 页以下）

法律，战争以及时间史

Law, War, and the History of Time

Mary L. Dudziak

（原文无摘要）

（2010 年 10 月 第 98 卷第 5 期第 1669 页以下）

隐私权法再统一

Reunifying Privacy Law

Lior Jacob Strahilevitz

自从塞缪尔·沃伦以及路易斯·布兰代斯提出入侵隐私侵权责任的系统理论，

美国信息隐私法变得愈加支离破碎并且连贯性也越来越差。威廉·普罗塞 1960 年的文章《隐私权》，对侵权法重述产生了重要的影响，它赞同并推动这一趋势向碎片化发展，这一趋势从侵权法领域蔓延至信息隐私法的众多制定法分支。本文用两种相互联系的方式论证了信息隐私法的再统一。首先，普罗塞的碎片式隐私侵权应该被统一的隐私侵权取代，这样一种隐私侵权关注信息的私人以及公共本质，即被告实施的行为违背了现存社会规范以及被告行为涉及的社会福利的程度。第二，再统一的侵权普通法应该成为信息隐私法众多其他分支司法解释的典范，例如信息自由法的隐私条款，隐私权法，以及信息隐私权的宪法性权利。本文考查了这一再统一工程如何能被完成，为什么它是必需的，它在隐私权争议中是否和联邦最高法院的方法论指导一致。

本文的最后一部分论证了最高法院的未决案件国家航空航天局诉 Nelson 案，在推动信息隐私法回到相对一致以及统一的起源方面是一个理想的契机。Nelson 案将是最高法院 33 年中第一次直接面对这一问题：宪法是否在除第四修正案以外保护信息隐私权。因为普通法侵权诉因以及宪法性行为涉及了类似的伤害和对价，将现在有分歧的学说统一是适合的，虽然这可能只能以两者中的一种途径解决。走向统一的最为明智的方法总结来说就是，像第六巡回审判区那样，承认不存在针对信息隐私的宪法性权利，以及这些权利需要通过法律救济来维护。另一种途径就是就像大多数巡回法院那样，承认宪法性权利的存在，但是认为违宪的要件与再统一的隐私侵权类似。（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 2007 页以下）

隐私权——一场无休止的论辩？

Privacy—An Endless Debate?

Spiros Simitis

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1989 页以下）

普罗塞的隐私权法：一项利弊参半的遗产

Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy

Neil M. Richards & Daniel J. Solove

本文考查了威廉·普罗塞在塑造美国隐私侵权法发展中所遵循的复杂路径。虽然普罗塞当然地赋予隐私侵权原先缺乏的规范性以及合法性，但是他也阻碍了它的正常发展：限制了它在适应信息时代问题上的能力。他对隐私权的怀疑论，加之他对隐私侵权法的观点缺乏概念上的一致性，导致他将该法分为四个狭窄的子类并且剥夺了塑造其未来发展的指导性概念。因此，普罗塞对于隐私侵权法的贡献的是利弊参半的：他以不提供指导以及使得它不大能适应未来的新情况为代价，极大地促进了该法的发展。如果隐私侵权想要在数字时代继续保持它的活力，它必须摆脱普罗塞的概念。（2010年12月 第98卷第6期第1887页以下）

远离隐私，远离权利——通向信息管制的“系统性”理论

Beyond Privacy, Beyond Rights—Toward a “Systems” Theory of Information

Governance

Viktor Mayer-Schönberger

几十年来，我们已经重新定义了信息隐私和智力成果的概念，他们很大程度上建立在个体权利的基础上。这个方式具有明显的倾向性。它不需要一个庞大的、具有强制性的官僚机构，表面上增强了人们的自由以及自决，通过一个健康的市场保证了有效率的信息分配。正如本文中阐述的，在大西洋的任何一边，一种以权利为基础的路径都可能给我们带来集中且协调的信息管制概念。然而，这种集中的概念并不能扩展至美国以及欧洲。因为它可能会迫使我们认真审视在欧洲出现的双向信息权利结构。这类权利、其依据的路径的问题就是，在很大程度上它们在实践上是失败的。相反地，只有当信息隐私的保护建立在一个丰富且深入的信息管制中立网，它才能发挥效用。本文通过建议进行总结：着重研究信息隐私权以及版权的系统，总体上研究信息管制系统，本文还考查了，各种中立组织采

用的管理机制，可能产生比现行的以权利为基础的信息管理路径更丰富、更精确以及更为有效的策略。（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1853 页以下）

回归主流的隐私侵权

Mainstreaming Privacy Torts

Danielle Keats Citron

在 1890 年，塞缪尔·沃伦以和路易斯·布兰代斯提出了隐私侵权，70 年之后，威廉·普罗塞将其构想为四大谬误。在这两个时代，侵犯隐私主要造成某一特定类别的精神和名誉伤害，法院对那些受害者提出的精神性赔偿主张实质性证据，数字网络通过加重受害者负担改变了这一模式。因为在网络上发布侮辱性个人是没有届满期的，同样的，个体伤害也没有。易泄露数据的个人信息数据库和鼓动攻击的广告，以确切实质的财产和人身伤害方式侵犯了隐私权，现在说这些伤害是微不足道的几乎是不可能的。

不幸的是，隐私侵权法在应对这些变化上是运转不良的。普罗塞在先例和救济伤害愿望的基础上建立了现代隐私侵权体系。虽然普罗塞的路径在庭审上取得了成功，这主要归因于它融合了理论和实践，但它在概念上限缩了隐私权法寻求保护的利益。沃伦和布兰代斯将隐私权构想为保护人的个性发展使其免受有害的对外公开和被他人所接近，普罗塞则视之为针对二十世纪四种普遍活动造成的情感、名誉、财产损害。自此，法院已过分频繁地严格解释这四类隐私侵权。普罗塞对值得保护的隐私利益的概念化过于狭窄，以至于它不能包容与网络技术的有关隐私利益。因此，隐私侵权法常常不能适当地应对当代隐私权的侵害。潜在的解决路径在于充分利用普罗塞提供的——他的方法：从条文中获得帮助，专注于伤害的预防和救济——另一方面保证提出的建议是可变化的和动态的。任何对隐私权法的更新应该保护沃伦和布兰代斯认同的更广泛的利益，尤其是保护个人权利免受有害入侵以及防止个人信息的泄露。虽然易泄露信息的数据库以及特定的在线公告损害该利益，法院仍可针对这些谬误调用长期的侵权救济，而不是构想出新的潜在难以达至的隐私侵权法。他们也会考虑这样一点：在评估隐私

控告以保障法律对这些伤害重视的同时，网络也放大了这些隐私伤害（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1805 页以下）

在健康研究领域保护隐私权：个体选择的限制

Protecting Privacy in Health Research: The Limits of Individual Choice

Fred H. Cate

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1765 页以下）

普罗塞的隐私权以及德国人格权：四种隐私权概念是否优于一种单一概念？

Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?

Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1925 页以下）

隐私侵权法：对 LGBT 原告而言不可靠的救济

Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs

Anita L. Allen

女同性恋、男同性恋、雌雄共体、变性的美国人在法院通过主张隐私权来捍卫他们在尊严，平等、自治、亲密关系上的利益。在宪法舞台上，他们经历了引人注目的成功，争取到同性性行为的权利，在一些州，则获得了结婚权。一些学者认为隐私侵权法对于 LGBT 原告来说是一种潜在有效的救济。然而理论上

利的救济往往在实践上令人心灰意冷。本文中，笔者认为理论上充满希望的隐私侵权，在法庭上对 LGBT 原告来说仍是实践上的失落。为给 LGBT 原告提供真正的、持续的救济，法院需要重塑对隐私侵权的要件如何满足以及经受住辩护的理解。针对 1960 以来的判例公开发表观点的论据，暂时支持了有关隐私侵权救济功能的三个主要结论：（1）侵权隐私法并未对 LGBT 原告寻求经济上和法律上的救济发挥特别的作用；（2）隐私侵权法不能可靠地保护 LGBT 原告的综合利益，这些利益是他们在所称的“选择性披露”中所坚持的；（3）除非侮辱和歧视与 LGBT 的法律身份相关，否则法院就不能理解隐私保护是有必要保障的，因此 LGBT 人群在历史对于平等和包容的请求潜在地切断了隐私侵权法在实践上的有用性。（2010 年 12 月 第 98 卷第 6 期第 1925 页以下）

性侵罪犯的民事监管：治疗上的自相矛盾

Sex Offender Civil Commitment: The Treatment Paradox

Jeslyn A. Miller

21 个州以及联邦政府都拥有法定拘押制度，在性侵犯者在完成他们的法定刑期之后，该制度将会对他们进行后续关押。这些制度不是第二次刑事监禁判决，正是基于此他们都通过了严密的宪法审查，更确切地说，这些制度服务于以下非刑事化的目标：保护社会以及帮助对待暴力性侵罪犯。以下立法通过为治疗计划提供详尽的立法指引明确了治疗目标。

本文认为治疗制度——虽然得到了法律、立法裁决、判例法以及宪法的保证——仍然是空头支票。实际上，参与治疗反而伤害了它意欲帮助的特定罪犯。治疗的自相矛盾产生于：成功的治愈和预防复发需要一个罪犯讨论他的性幻想以及过去的犯罪经历；然而没有特权或者保密条款的保护，这些情感宣泄的承认被利用在法定拘押过程中以保障更进一步的拘押。因为刑罚的执行很大程度上依赖于治疗记录以显示罪犯仍然持续地经受着精神上反常，以及因为治疗的完成对罪犯释放的几率并未产生有利的影响，罪犯经常选择放弃治疗。治疗的阻碍因素有效地否定了：罪犯被治愈和通过治疗从牢狱中释放机会，这是一个法律预设的以及

拘押制度中具有宪法性支撑的机会。

本文追溯了性侵者法定拘押的历史，透过法律以及精神病理学探究了治疗的自相矛盾。总结来说，笔者建议法律救济会使得治疗从承诺变成现实。（2010年12月 第98卷第6期第2093页以下）

联邦法律基础的破裂：通过更广泛的掠夺性借贷救济以及威慑缓解现今的抵押回赎危机

Cracks in the Foundation of Federal Law: Ameliorating the Ongoing Mortgage Foreclosure Crisis Through Broader Predatory Lending Relief and Deterrence

Katherine M. Lehe

（原文无摘要）

（2010年12月 第98卷第6期第2049页以下）

我们变幻莫测的第九修正案：一篇关于未明确列举的权利以及墨守原文的不可行性的小文

Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism

Louis Michael Seidman

第九修正案——我们处于的无政府的讽刺的“宪法玩笑”——嘲笑学者和法官们的努力同样地使宪法更乏味以及标准化。修正案顽固地拒绝控制。对于墨守原文的不可能性，它像一个矛盾的、依照原文的界标，一个确定的、稳定的、不可避免的不确定性的实例化。如果它不存在，宪法怀疑论者将不得不把它创造出来。

本文的第一部分提出了一个关于第九修正案的原创性观点。文章认为该修正案故意留下未明确列举权利这一不确定状态。因为第九修正案，宪法并没有“否

认”或者“贬低”这些权利，但是也没有囊括或者暗含他们。该修正案为未来发展留有余地，到最后我们一直处于受宪法文本约束的地步。

第二部分认为第九修正案陈述了一个真相——我们将不得不确定它是否是原文本的一部分：无论一个文本有多包罗万象，它也不能在文本之外控制思想和承诺。这一简单的真相留下的自由宪政主义，将永久地以及不可避免地具有不确定性。最终确定的那天将永远不会来临。（2010年12月 第98卷第6期第2129页以下）

搜索自由

Googling Freedom

Anupam Chander

当通用汽车公司和通用电气公司冲进中国，为什么如此多的美国人对谷歌可能的退出欢呼雀跃？对这一谜题的答案依赖于谷歌作为一种新媒介的独特作用。电视曾把言论自由从本地的街巷推向哥伦比亚广播公司的全国平台；因特网又通过谷歌和他的同伴进一步把它推向了全球平台。言论自由理论——以及西方传媒公司——必须现在设法抓住这一媒介的影响力，进入不自由的社会。由于西方新媒体公司违背了他们对中国人民和其他独裁政权的义务，越来越多的人已经在谴责他们，但是至今仍然没人解释那些义务究竟是什么或者为什么这些公司负有这些义务。公司的社会责任理论将大部分注意力集中在全球货物供应链的危机上，却忽视了由于全球信息服务带来的一系列问题。公司义务的概念，对于世界范围内的人民来说——尤其在与实现国内股东财富最大化的类似要求相联系时——会显得特别费解。从福柯和哈贝马斯的理论以及地下新闻业的历史来看，笔者认为信息服务的提供者对于不自由的人民承担了一种特殊的责任。自由社会中存在的可能互利的交易，放到不自由的社会中就会变成引发强迫劳役的可预见性犯罪。新兴的媒体既可以帮助唱反调者表达也可以帮助完善集权主义。（2011年2月 第99卷第1期第1页以下）

矫正战败的国家

Fixing Failed States

John Yoo

战败的国家给美国国家安全以及国际和平稳定提出了最深层挑战。找出一个综合有效的途径来应对恐怖主义、侵犯人权，或者贫困和经济发展，都需要理解如何整修战败的国家。美国及其同盟国的回答仍然是相同的：重建国家控制的机制，如果幸运的话，在国界内建立运作的民主以及建立市场经济。但是许多国际法学者对于一国重建的能力持公开的怀疑——该问题不在战败的国家而是在国际关系中的作为主要行动者的主权国家。本文认为，一方面美国和联合国政策，另一方面传统的学术智慧，这两者都存在谬误。在世界上的每一寸领土上建立完全主权的规范国家而不用变更任何边界，这就不能解释为什么有些国家在最初战败。生存下来的国家都没有简单地与联合国认可的以及在二战后的几十年中在迅速增长的反殖民中成长起来的邻国结盟。从战败国家中看到主权国家替代物兴起的学者却没有实际可行的办法，该办法不依赖于一个强有力国家的政治、经济以及军事资源。离开它们，超国家的政府、托管统治的政府或者是无政府组织对于修复战败的国家发挥微弱的能力。本文认为强有力的国家可以——通过在战败国内的竞争集团，发挥促进和保障分享权力的协议的中立作用——起到帮助作用。本文将通过伊拉克战后的激增后果来阐明论题以总结全文。（2011年2月 第99卷第1期第95页以下）

从量刑角度认识宪法权利

Recognizing Constitutional Rights at Sentencing

Carissa Byrne Hessick & F. Andrew Hessick

有很多传统的量刑因素，法官将在法定刑范围内选择精确的刑罚时使用它们，这些因素同时侵犯了罪犯的宪法权利。然而，法院允许适用这些因素的时候

并没有进行传统的宪法性分析。相反地，他们拒绝了量刑因素的宪法性挑战，理由是：承认在量刑考虑中的实体宪法性限制将会与历史实践不一致，也会干扰司法部门作出合理的定刑。本文颠覆了这些说法，文章宣称这些常常被反复提及的理由，并不能成为司法部门在量刑中忽视宪法权利的依据。因此，法院应当在量刑中坚持宪法性考量，而不是因为量刑的特殊性而忽视它。随后本文针对法院在量刑中适用这些因素的而带来的问题，探究了一些可行的改进方式。（2011年2月 第99卷第1期第95页以下）

海洋中的遗忘：高度回流鱼类以及濒临灭绝物种法

Left Out at Sea: Highly Migratory Fish and the Endangered Species Act

Taiga Takahashi

在大约 2000 种受到濒危物种保护法（ESA）保护的危在旦夕的物种中，没有一种是高贵的回流鱼。虽然在过去的 50 年中，有充分的证据表明回流鱼种群中许多种群数量都在减少——这类的种群包括金枪鱼、马林鱼以及鲨鱼，但是至今没有任何珍稀回流鱼被列入保护范围。

根据目前的争议——是否在国际和国内法范畴内保护大西洋蓝鳍金枪鱼，本文试图探寻ESA对这些珍稀鱼类保护缺位的奇特原因。特别地，本文将探究：社会感知能力以及鱼类作为商品的价值如何使这样一种法律、政治制度得以永存，该制度反对根据ESA保护高度洄游鱼类。（2011年2月 第99卷第1期第179页以下）

米兰达规则的再思考：逮捕后的沉默权

Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence

Stephen Rushin

一些学者最近察觉到米兰达规则的保护正受到冲击。本质上看，米兰达规则要求执法人员在监禁讯问前使犯罪嫌疑人知晓她的宪法权利，以保障她的不自证

其罪的特权。但是今天，米兰达警告只是使人们了解到第五修正案赋予他们实际权利中很少的一部分，一部分原因在于法律原则的模糊不清。也许在逮捕后这一阶段，第五修正案本身比嫌疑人的沉默权更加模棱两可。

本文探究了监禁讯问期间沉默权的选择性使用。笔者将选择性使用定性为：在早先放弃米兰达规则的权利后，嫌疑人在问对问基础上的行使沉默权的能力。联邦和州法院在该问题上存在分歧——犯罪嫌疑人在此时是否以此方式选择性使用沉默权。然而，笔者认为，应该有一种规则允许犯罪嫌疑人依据宪法原则和公共政策考虑选择性使用沉默权。此外，笔者认为，嫌疑人应该承担在讯问期间明确使用沉默权的责任。最后，为避免由嫌疑人此类责任引发的正当程序考虑，笔者认为米兰达警告应当扩展至连接执法者和市民间的信息不对称。总结来说，笔者主张这些政策提议都会有益于执法以及全面地保护犯罪嫌疑人的宪法第五修正案权利。（2011年2月 第99卷第1期第151页以下）

规制性法律拟制：婚姻与反婚姻

Regulatory Fictions: On Marriage and Counter-marriage

Elizabeth F. Emens

目前关于婚姻的讨论吸引了很多的公众关注。学者将同性恋者是否可以结婚这一问题推进到另一问题，即同性恋者是否值得结婚。当前对婚姻现有的形式质疑可能很短暂。因此，我们应该抓住这次机会去设想我们当前婚姻制度替代性选择可能达致的最广范围——就是我所说的反婚姻制度。本文选取了两种异想天开的法律方法素材，以扩展我们对婚姻替代性选择的思考：文学的以及反同性恋法的。文学提供了一种反婚姻制度，包括爆炸式婚姻、三振出局式婚姻、血亲婚姻、可重新订立的婚姻以及申明无罪式婚姻。反同性恋法，如果我们重新设想它适用于每个人，那么它将推动我们去考虑没有婚姻或者在亲密伴侣之间不存在任何契约的世界。此外本文使我们思维的疆域开拓至反婚姻的可能性，它还展示了一些法与文学之间被忽视的密切联系，尤其是法和文学都不能充当规制创新的可能来源。（2011年2月 第99卷第1期第235页以下）

（李文婷 译）

（张望 校）

为何不坚守制度核心：美国超极化民主的成因

Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized

Democracy in America

Richard H. Pildes

我们现在的世界里，政治就是党派间的战争。过去的一代中，美国民主有一个非常典型的属性：极端的党派两极分化。我们忽视了政治冲突的激烈程度以及两大主要党派之间的根本分离，这两个党派从 19 世纪晚期开始就在塑造着这个时代。在国会，党派都变得越来越“纯净”。它们的内部变得更加统一，而党派与党派间的差别也越来越大，过去一百年中没有任何时候像现在这样。此外，两极分化并不仅仅限于执政人员。过去的一代中，还出现了一种引人注目的针对选民的意识形态和党派上的划分。美国政治治理制度的核心几乎消失了。

本文探索了这种两极分化的原因。这些原因是不是相对偶然的、短期的，所以完全可以预想极端的党派两极分化的结构变化，又可能某一特定制度的变迁方式与美国民主政治和选举制度的设计方式是相同的？还是说这些原因是根深蒂固的、结构性的，所以正确的结论应当是：无论采取什么措施试图缩小党派间极端的两极分化，它仍然会作为美国政治和民主的一种结构而在未来几年内持续存在？特别的，本文为这种两极分化提出三个潜在原因：人、历史和制度。

“人”的原因是指这样一个观点：两极分化是近期各种各样政治人物（包括总统）极其不同的个性的反映。这一观点也反映在人们在过去的数十年里对“政治家”的渴望，他们能够推动党派间在政治上的突破，为制定重大政治举措提供思想路线。“历史”则描述了这样一个观点：美国政治中大规模的历史性和改革性的力量解释了今天民主党和共和党的现代制度、连贯性以及两极分化。这一特殊的历史进程包含了 20 世纪末美国南部的一党垄断，专政开始于 1965 年《投票权法案》的颁布，在 20 世纪 90 年代最终结束，而它的毁灭还导致了两党间自南

北战争以来第一次真正的竞争。由改革引起的美国民主的戏剧性重组，对当前政党冲突的结构产生了多大影响？“制度”是指组织民主的个别结构：初选结构、改变选举区、竞选经费以及为众议院和参议院的政治领导人分配权力的内部规则。这些具体的制度特征如何成为政党两极分化的原因？又应该用怎样的方式才能使它们转变成帮助消除两极分化？

对此，本文总结出我们这个时代极端两极分化的主要原因：美国民主历史性的转变和 1965《投票权法案》引发的美国政党数量增加。因此，过去一代中的极端两极分化可能并不应该被当作是越轨的。相反，它可能是美国民主的“成熟型”结构，无论是好是坏。同样地，尽管近年来总统和改革者都在尽最大努力超越这一极端的两极分化，两极分化很有可能持续。（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期 第 273 页以下）

美国政党两极分化的原因讨论

Debating the Causes of Party Polarization in America

Paul Frymer

（原文无摘要）

（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 335 页以下）

Pildes 失去了什么：制宪者，投票权法案的真正影响 和极端保守主义

What Pildes Missed: The Framers, the True Impact of the Voting Rights Act, and the
Far Right

David M. Kennedy

（原文无摘要）

（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 351 页以下）

解决两级分化过程中的选举和立法改革

The Limits of Electoral and Legislative Reform in Addressing Polarization

Nolan M. McCarty

（原文无摘要）

（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 359 页以下）

美国民主中的中庸之道和前后连贯

Moderation and Coherence in American Democracy

Michael W. McConnell

（原文无摘要）

（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 373 页以下）

可居住性的默示担保之兴衰

The Rise and Fall of the Implied Warranty of Habitability

David A. Super

20 世纪 60 年代末，人们对贫穷问题日益增长的关注引发了两起意义深远的法律改革。其中一起改革为接受福利救济者提供了特殊的法律权利，使他们能对抗社会保险中任意而武断的资格规定以及解雇补助金。另一起改革则为低收入房客们提供了追索权，当房东没能修理房屋时，房客有权利求援。1996 年的社会福利法中止了受抚养子女家庭援助计划(AFDC)，并严厉削减其他关键项目，从而揭露出福利权改革的缺陷。很少有法学学者注意到，房客权利变革的核心——可居住性的默示担保同样失败了，并且很大一部分是因为类似的原因。

故意扣缴租金以抗议房东不修缮房屋的行为对很多住房条件不好的房客来说是不可行的：要么更明智的选择是搬到一个条件更好的地方，要么冒着更高的风险被房东报复。如果说默示担保限制了对因为其他原因而拖欠房租的低收入房

客的强制迁出，它仍然能够激励房东去修缮房屋，但是一系列含糊却有力的学说认为房客主张担保保护是不值得的。另外，改革者将实施问题留给法院，既不提供资源，也不倾向于房东与房客间的关系转变。

这些都不是不可避免的。上述学说有效限制了故意扣缴租金的担保，但它们其实是缺乏正当理由的。并且，同时代的其他法律领域中的程序创新为反应迟钝的法院提供了多种选择。

比法律原理更使人畏缩的是住宅市场的转变。在今天的市场中，更少的低收入房客住在破旧的房屋，但他们所遭受的住房问题可能产生更加严重的后果：过度拥挤的单元，离工作单位和好学校都相当遥远的地理位置，难以操纵的房租。房客权利变革政策缺少一个清晰的、统一的目标，所以它也无法成功回应这些变化。（2011年4月 第99卷第2期第389页以下）

重定国家研究委员会的角色：同业审查、政治工具， 还是科学法庭？

Reassessing the Role of the National Research Council: Peer Review,
Political Tool, or Science Court?

Ian Fein

最近几年中，国会和行政机构越来越多地依靠美国国家科学院(NRC)来平息环境管理争议。这种对规范同业审查的依赖为行政法提出了重要问题。作为国家科学院的执行机构以及美国最受尊敬的机构之一，国家科学院运用来自独立专家体系的内容一致的报告，针对科学政策问题为政府提供建议。然而，出版这些报告的专家们并不是绝对可靠的，他们在政治上也不用承担责任。进一步说，这些专家针对机构的决策采用比传统的司法审查更加严格的证据标准，并且常常会恶化，而非帮助解决潜在的政策纠纷。法律学术界只能根据极其有限的的数据点来讨论规范同业审查的优势。本文通过详细描述国家科学院所做的关于个别的环境纠纷的报告，填补了这一问题文献上的空缺。总的来说，关于克拉马斯盆地、雷耶斯角和海湾三角洲的个案研究揭示出国家科学院在这些情形中所扮演的角色：日

益增长的政治化倾向和不断降低的实用价值。从这些个案中，本文总结出几种可供选择的方式，使得未来国家科学院的规范同业审查利益最大化、成本最小化。（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 465 页以下）

坚持卫生保健的地方性实验：联邦主义、医疗改革和职工退休所得保障条例

Maintaining Healthy Laboratories of Experimentation: Federalism,
Health Care Reform, and ERISA
Michael Serota & Michelle Singer

本文展示了旧金山医疗安全条例的独创性，并阐述了为何解决卫生保健问题的地方性实验是美国为了解决国家医疗保健危机所做的持续努力中意义重大的一部分。本文接下来分析了金门大桥餐厅协会对该条例提出的法律质疑，协会认为该条例中的雇主“无论工作与否都必须支付报酬”条款被职工退休所得保障条例（“ERISA”）优先占有了。在证明了 ERISA 中的优先占有条款周围的法律体系是不确定性和歧义性的典型之后，我们认为州和地方政府有权明确知晓 ERISA 是否优先占有“无论工作与否都必须支付报酬”条款，且该问题最适合用政治方式解决。最后，本文以提议对 ERISA 进行立法上的和行政上的改革作结。（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 559 页以下）

经验主义之上：矫正报应性司法

Beyond Experience: Getting Retributive Justice Right
Dan Markel & Chad Flanders & David Gray

在量刑政策的建立中，享乐适应应占据怎样的主要地位？在早期的工作中，Bronsteen、Buccafusco 和 Masur 教授(BBM)从处罚原则可变性的心理学研究中提

取出规范性意义。他们特别讨论到，惩罚主义者和功利主义者为了避免矛盾性，都有义务考虑这样一个事实：大多数犯人在大多数情况下，都能使自己在很大程度上迅速适应监禁环境，因此他们所遭受的痛苦比我们大多数人想象的要少。他们还辩称，前科犯在重新回归社会的过程中并不能很好地适应社会，社会规划者应当将这些犯人出狱后所遭受的不幸也当作州强加于他们身上的惩罚。

在随后的文章中，我们质疑了 BBM 的论点（主要从报应性司法的角度）。BBM 和我们的观点的根本分歧就在于：是否应该根据被惩罚者主观上的负面经历来定义、裁量、调整“惩罚”（我们称这种方法为“主观主义”）？还是应该采用更具强制性的方式，或多或少从客观角度来定义和调整惩罚，这样量刑就不会仅仅根据罪犯本身经历的不同而变化。

BBM 以一篇题为《论惩罚的报应和经历》作为对我们质疑的回应。而我们的这篇文章再一次从报应性司法的角度，对他们这一回应的影响进行了评价。我们很大程度上仍然没有被他们概念上的、规范化的回应所说服，而是通过本文进一步阐述与 BBM 赞成“主观主义”的错误决定相联系的错误转变，他们将“主观主义”作为施加报应性惩罚的主要措施和理由。（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期 第 605 页以下）

司法公正的持久文化脚本

The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion

Terry A. Maroney

在当代西方的法律体系中，诸如愤怒、热爱、憎恨、悲伤、厌恶、恐惧、喜悦等情感影响司法判决的做出是永远都不合适的。一个好的法官应该感觉不到情绪，就算感觉到了，也应该把情绪放在一边。说一个法官是情绪化的简直是对他最大的侮辱，代表着他在纪律、公正和理性上的巨大失败。

坚持司法公正是一种有着不寻常的生命力和效力的文化脚本。但是这一脚本不仅在人性本质的问题上犯了错——情绪实际上不会总是趋向马虎、偏见和不合理——而且它也不像看起来那样整体统一。法学家和法官自身有时都会宣称司法

中的情绪是不可避免的，甚至是受欢迎的。但是这些异议既不能侵蚀脚本的势力，又不能成长为坚实的理论来阐述情绪与司法判决同时存在，甚至有助于司法判决。对这一隐蔽的思想文化史的细致观察向我们揭示了原因。学者和法官总是不断地被情绪的本质和价值这些最基本的问题难倒。幸运的是，历史既为我们揭示了原因，又为我们提供了解决方案。我们可以有纪律地、持续地依赖于一种崭新的、充满生命力的情绪认识论，为法官的情感创造一个区别性的空间，从而不断向前发展。（2011 年 4 月 第 99 卷第 2 期第 629 页以下）

论竞争法中横向协议的含义

On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law

Louis Kaplow

竞争法中对于价格垄断和相关横向协议的禁止是极少数没有争议的条款之一，它根植于为竞争政策提供理论基础的经济学原理，从而被人们理解接受。然而，测验表明，大众对法律中协议概念的通常理解其实是很难以实际操作中的方式阐述清楚的，它与法律原理和实践的关键概念相矛盾，且与现代卖主垄断理论的核心要素并无关联。本文探究了协议中必要条款的这些和其他特征，并提出整体反思竞争法如何解决卖主垄断问题的必要性。（2011 年 6 月 第 99 卷第 3 期第 683 页以下）

构建可持续的捕拿许可证制度：委托私掠船如何

击败索马里海盗

Structuring a Sustainable Letters of Marque Regime: How Commissioning Privateers

Can Defeat the Somali Pirates

Todd Emerson Hutchins

海盗一直是一个复杂的问题，它威胁海上安全，妨碍全球贸易。索马里海盗在庞大的金融家和谈判者网络支持下，在广阔的印度洋领域蓄意袭击船员。尽管动用了昂贵的海军干预，海盗仍不断发起袭击。全球范围内的强国都未能成功遏制海盗，因为他们都把精力放在逮捕和起诉数量相对较小的航海海盗上，而允许海盗集团在几乎免受惩罚的条件下持续运作。为了避免未来再受海盗袭击，必须针对领导海盗集团的金融家和经验丰富的核心人物，建立有效且持续的威慑制度。

本文检验了一种建立在古老方法之上的新方式——私掠船。美国宪法明确规定：国会可以通过颁发捕拿许可证，授予私人实体以国家名义进行海上战争的权利。美国政府连续世代都采用捕拿许可证制度，有效抵御了海上威胁。委托私掠船再一次被证明是拆散海盗集团斗争中的有效工具。考虑到海盗问题的分散性本质和海盗相对有限的能力，本文论证了私掠船相比部署海军力量的方法，更加符合成本效益且可持续。本文还阐明了在与国际法不冲突的国际或国内法的框架之下，为解决索马里海盗问题而重新部署私掠船制度的可行性和必要性。（2011 年 6 月 第 99 卷第 3 期第 819 页以下）

罗宾逊公诉案：使用“无名氏”DNA 逮捕证的发展和问题

People v. Robinson: Developments and Problems in the Use of “John Doe”

DNA Arrest Warrants

Micah Sucherman

加州最高法院在去年判决了罗宾逊公诉案，在这起案件中，被告因 1994 年的一起强奸事件被宣判有罪。案发现场采集到的 DNA 证据为他的罪行提供了极其清晰而有力的证明。在这个证据之外，此案还因为一个重要原因而显得不同寻常：当局在诉讼时效过了六年之后才找到罗宾逊。就在即将超过诉讼时效的前一天，逮捕证才签发，且逮捕证上没有包含罗宾逊的名字或体貌特征。确切地说，上面只有加州司法部提供的一份 DNA 信息。当局并非通过传统的警察办案程序找到罗宾逊，而是通过匹配罗宾逊第二次犯罪被逮捕所留下的 DNA 信息和逮捕

证上的 DNA 信息，从而找到真凶。

本文研究了法院处理所谓的“无名氏”DNA 逮捕证的经验、合宪性以及加州的法定效力。接着探究了加州最高法院对罗宾逊公诉案的判决，最后表明了这一判决虽然是正确的，但是在证据排除法则和诉讼时效上有所越界。（2011 年 6 月 第 99 卷第 3 期第 885 页以下）

违宪挑战的真实与虚构

Fact and Fiction About Facial Challenges

Richard H. Fallon, Jr.

美国最高法院法官时常坚持认为“违宪挑战”对制定法的合法性是且应当是很稀有的。本文在一定程度根据对最高法院六个选定的开庭期内所做的所有判决的实证性调查，揭露了这一假定在经验主义上是错误的，且存在规范性问题。在这一点上的错误认知反映出更多的困惑和误解。例如，不能认为只有很少的特别严格的宪法标准才能构成“违宪挑战”。有时甚至根据合理依据标准都能得出制定法整体无效的结论。这一传统智慧假定最高法院能够仅仅通过援引一般的“条款可分离性假设”，使得在未来的案件中，所有关于制定法无效的申请都能从有效的条款中分离出来，以此矫正制定法的违宪缺陷，这种假定也是错误的。

除了修正有关违宪挑战的传统智慧之外，本文还从相对较小数量的常被引用的案件中探索了这一误解的根源。本文开始了解释违宪挑战的成功时机的重建任务。这一解释包含三部分。第一，在违宪无效性的规则和最高法院为确认法律合宪而给出的理由的宽度间有一个至关重要的联系。第二，最高法院对条款可分离性问题时有怠慢，相应地，它在这方面的实践也需要被理解。

尽管本文促进了重要的合理化泛化，它还解释了为什么最高法院处理条款可分离性问题的方式在刚性规则中没有得到体现。第三，许多最高法院拒绝违宪挑战的判决最好被理解成违宪挑战尚未发展成熟，而非断然不能利用。（2011 年 8 月 第 99 卷第 4 期第 915 页以下）

联邦主义和征税权

Federalism and the Taxing Power

Ruth Mason

学者和法院认为，联邦政府利用其很强的消费力，支持州政府以达到联邦目标，从而使联邦政府的范围扩大到超越了宪法中列举的范围。然而，以前未受重视的是：联邦政府能够达到类似的目的——它可以管理州政府和行政相对人——尽管它很可能同时扩大征税权。本文利用消费力理论来显示征税权的扩大使用引发的类似的联邦制担忧。例如，通过排除相似政策领域内的州政府管理，联邦的税收管理可能会限制政策多样性，阻碍州与州之间、州与联邦政府之间的管制竞争。但本文还明确了税收和补助金之间的重要区别，从而表明联邦税收管理相比有条件的补助金而言，代表着对州的更小的联邦制威胁。例如，因为联邦税收激励机制既没有约束州遵守联邦政策的契约性规定，也没有花费州的立法和行政资源以制定和执行联邦政策，所以州在税收激励机制之下，比在补助金政策之下，享有更多的制定并行或相反政策的自由。（2011年8月 第99卷第4期第975页以下）

帐篷城：解决美国流浪汉问题和经济适用房短缺的

临时性措施

Tent Cities: An Interim Solution to Homelessness and Affordable Housing Shortages
in the United States

Zoe Loftus-Farren

由于近年来的经济萧条和住房危机，帐篷城再度出现在公众的视野中。尽管帐篷城和无家可归的居住者的数量在不断增多，这种露营方式仍然没有得到学术界的关注或分析。本文在美国有关住房的法律和政策都不够正式的背景下，力图对帐篷城展开讨论。为此，本文阐述了无家可归、非正式住房和帐篷城三者的背

景，探究了帐篷城为营地居民和当地政府代理人带来的利益，并考虑了与营地居民有关的道德和法律制约。本文接下来探究了政府创新性的回应：允许帐篷城生存，甚至繁荣。最后，本文为帐篷城的认可度、处理方式和改进措施提出了几点建议。帐篷城存在的复杂的社会和政治环境，以及帐篷居住者所忍受的恶劣的条件，突出了这个问题的紧迫性，以及用连贯的、有聚合力的、有同情心的方式处理营地问题的重要性。（2011 年 8 月 第 99 卷第 4 期第 1037 页以下）

程序的权力：Ricci 诉 DeStefano 案中少数干预的关键作用

The Power of Procedure: The Critical Role of Minority Intervention

in the Wake of Ricci v. DeStefano

Joanne Villanueva

联邦民事诉讼规则（“FRCP”）第 24 条（a）款（2）项允许现有当事人无法充分代表其利益的第三方当事人参与正在进行的诉讼，以保护第三方利益。本文考虑了参加诉讼作为无党派少数民族为社会正义奋斗的工具的可行性和必要性。最后，根据 1991 年的民权法案和 Ricci 诉 DeStefano 案，本文提出设想：少数干预是必要的——不仅表达少数民族的利益，从而影响“反向歧视”诉讼的结果，而且避免未来相关权利请求的丧失。（2011 年 8 月 第 99 卷第 4 期第 1083 页以下）

管理控辩交易市场：从购者自慎到消费者保护

Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection

Stephanos Bibas

Padilla 诉 Kentucky 案是美国最高法院开始管理控辩交易的转折点。数十年来，最高法院把陪审团审判作为刑事诉讼的中心环节，而把认罪答辩作为不重要的且没有效力的程序性规则。这种旧观念将审判当成一种规范，而对量刑漠不关

心，它信任法官和陪审团能够保护无辜者，划定清晰的界限，将民事诉讼和附带后果和从主体条款中排除。在 2002 年美国诉 Ruiz 案中，最高法院开始关注答辩过程本身的实际情况，但是半途而废了。直到去年的 Padilla 诉 Kentucky 案，最高法院才开始规制控辩交易的实质性算法、它随后的量刑决定、管理它的律师和相关的附带民事后果。Padilla 诉 Kentucky 案标志着大法官斯卡利亚形式主义的原旨主义的衰落，史蒂文斯大法官习惯法的渐进主义的部分胜利，以及最高法院两个现实主义前任检察官——Alito 和 Sotomayor 的兴起。为了完成 Padilla 案未尽的事业，最高法院和立法机关应当关注消费者权益保护法，即使不管理控辩交易的内容，也至少应规定其过程。（2011 年 8 月 第 99 卷第 4 期第 1117 页以下）

（应童 译）

（谢思苑 校）

全球宪政演变及其思想

The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism

David S. Law & Mila Versteeg

如今对于许多国家来说，通过正式的宪法已经是很普遍的做法了。然而，对于世界层面上这一做法的演变过程，我们在经验层面上知之甚少。宪法是民族精神及民族认同独特且典型的声明吗？或是仅在少数领域有所不同的标准化文件，以可预测的、模式化的方式加以规定？随着时间的流逝，宪法变得越来越趋同还是不同，或在他们的发展过程中没有可辨别的总模式吗？直到最近，学者们甚至仍缺乏世界各国宪法内容的经验性资料，更不用说对那些内容是否存在全球性的模式存在什么理解了。

本文首次提供了权利宪政的全球演变的经验性资料。我们对一个跨越过去六十多年的所有国家宪法中与权利相关内容的原始资料集进行分析，结果证实存在着几个全球性的宪法趋势。这些现象包括“权利蠕动”现象，在这一现象中，随

着时间的推移，宪法趋于包含越来越多的权利内容，以及“通用权利宪政”数量的增长现象，在此现象中，越来越多的国家的宪法中规定了日益增多的共同权利。

也许我们最为重要的发现是，全球各国宪法有关权利的内容的各种模式中，90%可以根据仅仅两个变量得以解释。这两个变量都以宪法的可以度量的特征为基础。第一个变量是宪法的全面性，仅仅指一部宪法包含越来越多或越来越少权利条款的趋势。第二个是宪法的思想特征。我们经验性地发现世界各国的宪法可以排列为一个单一的思想维度。在这个维度的一段，一些宪法以相对自由为特征，在他们是普通法消极自由宪法传统的缩影的意义上，更具体地说，由国家负责拘留和人身伤害的司法保护。在这个维度的另一端，一些宪法在性质上更为国家主义：他们都以灌输给国家广泛的权力和责任意识，使国家在一系列领域扮演着深远的角色为前提。对于世界上的每一部宪法，我们都予以计分用以衡量它在思想维度上的位置。这个分数产生了一个世界上各国思想维度上的排名——这属于首创。

运用这些分数，我们能够描绘全球各国宪法的思想演变过程。我们发现各国宪法趋向于将他们自身分为两个迥然不同的类别——一个在性质上强调个人自由，一个强调国家主义。在每一个类别里，宪法都变得越来越相似，但是两个类别本身却变得越发截然不同。换句话说，宪政演化的动力包括思想的融合和思想的分化。（2011年10月 第99卷第5期第1163、1164页以下）

同样是真正强奸

Real Rape Too

Bennett Capers

作为一个社会，我们一直以来对男性强奸受害者的普遍存在很大程度上持冷漠态度。在监狱环境中，我们把它作为常有的事而置于不顾，比如“应有的惩罚”或更糟糕，作为一个很少规定却广泛知晓的威慑组成部分。我们视监狱为看不见的地带、视为没有法律的地带、视为不关乎我们的地带。在监狱环境外，我们的反应也无改观。我们告诉自己男性强奸受害者是稀少的，或者可能仅仅发生在男

同性恋之间。简而言之，我们致使男性强奸受害者淡出我们的视野，或至少致使我们无法听到他们的声音。本文将促使男性强奸受害者进入我们的视野。

本文也是一篇对不公沉默与不公谈论的批评文章。这是一篇对于弥漫在法律学术界的在有关强奸论题上对于男性受害者不公沉默的批评文章。这也是一篇对于弥漫在自我防卫和挑衅案件中对于男性受害者妖魔化的不公谈论的批评文章。本文认为重构强奸作为一个性别中立的犯罪或许能够有助于强奸法律改革的拥护者结成新的同盟。它假定发表有关男性强奸受害者的事实有助于我们重新考虑强奸所造成的非常真实的伤害。并且它证明将男性受害者的现实纳入考虑对于重新思考强奸法律具有深远的影响。

写这篇文章的动机是潜在地认为强奸依据性别分类的想法存在已久。最初，这种性别分类以倾向于男人受益的方式进行：男人作为父亲、作为丈夫、也作为强奸犯。女权主义者正确地指出在这个国家传统的强奸法律中对女性存在固有的歧视。尽管包括 Catherine MacKinnon 在内的许多人仍错误地认为强奸仅仅是一种男性支配女性的机制。但真正的问题是：在主张改革的过程中，女权主义学者将他们如此批判的性别差异予以合法化并做出了贡献。作为女性处于附属关系的回应，他们又陷入另一种思维。许多强奸法律已经进行了改革并保持性别中立，但我们如何应用这些法律仍然是以性别分类的。作为结果，男性强奸受害者遭受着不公。但从更广泛的意义上来说，强奸法律遭受质疑。并且已经表明。（2011 年 10 月 第 99 卷第 5 期第 1259、1260 页以下）

男性监狱：性认同、种族以及监禁

Masculinity as Prison: Sexual Identity, Race, and Incarceration

Russell K. Robinson

洛杉矶郡的男子监狱将同性恋和变性犯人分开关押，并声称之所以这样做是为了保护他们免受性侵犯。但并不是所有的同性恋和变性犯人都资格通过许可进入 K6G 单元。变性犯人必须在检查他们的人员面前看起来为变性。同性犯人必须在一个公共场合被确认为同性恋，并且令人满意地回答一系列专门设计的用

来确认他们是否确实为同性恋的文化问题。这一政策对那些排除在外的犯人造成了伤害，包括易受侵害的异性恋和双性恋的犯人、与男性发生关系但并不接受同性恋的犯人、以及认同同性恋但并不模仿白人的、丰富的同性文化的犯人。该政策进一步伤害了那些被纳入的犯人，因为将他们定位为潜在的受害者，把他们暴露在艾滋病毒传播的高风险环境中，并且扰乱了性认同与性取向之间的关系。因此，本文对声称该政策是为了实际上保护同性恋和变性犯人的做法产生了怀疑。而且，本文也质疑监狱未能保护其他种类的容易遭受性侵犯的犯人，包括那些年轻犯人、初犯和身体残疾的犯人。监狱的政策根本上反映和强化了对男性存在问题的社会假设，包括男同性恋不是“真正男人”的想法。

本文接着认为监狱的筛选过程涉及宪法上的隐私权。监狱鼓励犯人出柜，但却未能保护他们披露的敏感的性信息或者考虑他们在监狱中出柜所带来的长久的后果。实际上，监狱要求在 K6G 单元的犯人穿上深蓝色的统一服装以表明他们的性取向，这与监狱中普通犯人的蓝色服装形成反差。尽管同性权利运动经常将公开同性恋身份视为同性恋的义务，本文阐述了这种公开身份本质的双刃性，尤其在监禁的暴力环境中。尤其对于那些黑人、拉丁人和穷人，是否公开身份应由他们自己决定。（2011 年 10 月 第 99 卷第 5 期第 1309、1310 页以下）

联邦量刑中的部落控制

Tribal Control in Federal Sentencing

Emily Tredeau

在全国许多印第安人保留区，联邦政府是唯一被授权对严重罪行提起诉讼的机构。因此美国原住民很大程度上受到冗长的联邦量刑。因为联邦政府负责这些案件，部族力量对州刑法及其政策无自主管理权。

在联邦量刑指导意见中，每一个联邦罪行具有一个罪行等级，此等级可根据具体犯罪的情况予以提高或降低。结合被告的犯罪史，最终的等级决定指导意见下的建议量刑范围。我建议印第安部族自己决定在印第安人部族所发生的罪行的罪行等级。这个提议旨在：（1）加强部族对保留项下的暴力行为的自治，因而

提供部族规制重大罪行的经验；（2）加强部族及其成员对联邦刑事起诉的认可；（3）减少印第安人及非印第安人之间因种族差异带来的量刑上的不一致。（2011年10月 第99卷第5期第1409页以下）

融合管辖权

Hybridizing Jurisdiction

Scott Dodson

联邦法院管辖权——法院的“权力”，被视为某种单独且独特的存在，运用一大堆特效将由管辖权定义为与无管辖权正相反的事物。作为结果的概念是有管辖权与无管辖权占据着相互排斥的理论和学说空间。在一最近的文章中，通过解释无管辖权的规则可以与任何甚至所有有管辖权的特性相融合，我反对将有管辖权与无管辖权进行僵硬的二分。

本文做完了这种令人不快的事。管辖权规则也可以被融合，而且以很多种方式。结果是一个远比简单但荒谬的二分法所主张的理论更加复杂的领域。

融合使当事人和法庭能够以规范地令人满意的方式调整联邦管辖权。能动司法或许重建了权力以在管辖权议题上注入公平考量。当事人主义也能减少因管辖而产生的费用。而且，在保留一个管辖权与无管辖权之间健全的、正式的区别的同时，他们之间的融合可以获得这些调整所带来的回报。结果是一个更为完全、真实和概念化的管辖权。（2011年12月 第99卷第6期第1439、1440页以下）

情绪调节和司法行为

Emotional Regulation and Judicial Behavior

Terry A. Maroney

尽管对审判的标准的描述长期以来否认那样的事实，在审理案件的时候法官也是人也会有情感体验。在后现实主义时代，承认法官在对待他们的工作的时候

存在情绪反应是可能的，然而我们的法律文化仍在坚持认为一个好的法官应该坚定地要把这些情绪上的反应放在一边。因此，我们期望法官能调节他们的情绪，要么通过防止情绪的出现的方式，要么通过排除情绪产生的影响的方式。但是我们并未对法官如何调节他们的情绪给出准确的方向。

本文提出提出了一个审判情绪调节的模式，这一模式超出一个总括的警告“将情绪放在一边”。尽管对审判情绪的法律论述研究受阻，但是对情绪调节的科学研究一直以来比较活跃。通过第一次把这些文献汇总，本文揭示我们的法律文化并未促使审判情绪得以调节，却加剧阻碍了这种情绪的调节。

一种调节审判情绪的交往模式确保能够改变这种不适应的模式。它提供了具体的工具，法官能够在他们不可避免地处于情绪状态前做实际的准备，从而在他们不得不感受到情绪时能够考虑周到地作出答复，并将这些情绪所引发的教训整合进他们的行为中。重要地是，医学界已经开始从事这样的计划用以通过医生促进情绪调节以使法官们能够胜任工作。

这种交往模式远比所有它的替代选择为优。其他情绪调节策略，比如避免接触，从根本上与法官的职责不相符合。现在所提倡的压制情绪的表达与体验这一做法，成本较大且普遍不受欢迎。压制是不现实的，它加剧认知负荷、影响记忆并且反而增加了情绪影响当我们促使那种情绪变得不透明的时候。相反地，这种审判为主的模式，将心理学上的提供的情绪调节发挥到最好。这一模式中优秀的法官已经做得很好并且使这一模式适用于所有法官。不用对情绪视而不见而是将我们要求法官调节自己情绪的粗鲁方式丢弃，我们实质上了提高了审判质量。

（2011 年 12 月 第 99 卷第 6 期第 1485、1486 页以下）

气候调节和成本效益分析限制

Climate Regulation and the Limits of Cost-Benefit Analysis

Jonathan S. Masur & Eric A. Posner

在过去两年里美国监管机构已经发布了 14 部规章，这些规章将工业活动及工业产品对全球气候的影响考虑在内。到目前为止监管活动已经提供了供将来进

行监管予以参考的先例。然而除了潜在的重要后果，几乎没有法律评论对此予以置评。本文考察了这些机构的记录并批评了他们用来计算碳排放所引发的社会成本的方法。对于成本效益分析与政治的关系，我们提出了一个更大的议题。在被广泛接受的有关人类福利的直觉意义上，最好的成本效益分析的情况是它的建议是政治中立的。但是效益分析不能够处理内在的政治性问题，包括存有争议的规范性问题。当这些问题处于主导位置时，政策制定者将不得不寻找替代方案。（2011 年 12 月 第 99 卷第 6 期第 1557 页以下）

信息时代下的讨债：新科技及公正债务催收法案

Debt Collection in the Information Age:

New Technologies and the Fair Debt Collection Practices Act

Colin Hector

收债人越来越多地运用互联网及移动技术作为债务收取过程的一部分。虽然这些技术可以给收债人和顾客等带来便利，但他们也催生了潜在的新的欺诈形式并引起了人们对隐私新的关注。大部分的问题在于我们未能更新公正债务催收法案（FDCPA）。尽管过去三十年里讨债行业发生了巨大的转变，但法律仍很大程度上是陈旧的，甚至在面对倡导将法案现代化的管理者、行业代表以及消费者时。

最近，这一状况已经发生了根本性的变化。国会授予新设立的消费者金融保护局（CFPB）对公正债务催收法案（FDCPA）享有法律制定权。这标志着我们得以有机会处理由讨债人使用新兴科技所引发的紧迫的法律问题，并且就为了保护消费者隐私以及防止被骚扰所采取的哪些措施是必要的提供了指导。在一些案件中，由新科技所引发的挑战可以通过现存的公正债务催收法案得以充分解决，但在其他一些案件中，法案的改革仍是十分急需的。

本评论概括了新科技对我们造成的挑战，分析了无法用现存的公正债务催收法案框架予以解决的存在紧张关系的领域，并建议三个领域需要予以改革。第一，“通讯”概念应该被重新予以定义，以确保公正债务催收法案的资料公开规定充分适用于新的通讯平台，该通讯平台对消费者隐私构成了威胁。第二，消费者金

融保护局应该修改公正债务催收法案以确保新的通讯科技不变成一个毫无义务约束的地带，具体通过要求新科技产生的通讯须包含必要的信息披露（一种选择性退出机制）和一个争议过程—消费者可以运用讨债人使用的用以联系消费者的同样的科技。第三，消费者金融保护局应该考虑对可能对消费者造成金融伤害的科技之运用，采取必须通过明确的书面许可的方式。（2011 年 12 月 第 99 卷第 6 期第 1601、1602 页以下）

将虚拟边界移至细胞层面：强制 DNA 检测及 美国难民家庭团聚计划

Moving the Virtual Border to the Cellular Level: Mandatory DNA Testing
and the U.S. Refugee Family Reunification Program

Emily Holland

美国应该对那些渴求与他们的家人团聚的难民们强加一个基因学上“家庭”的定义吗？本评论记录了 DNA 检测在美国难民家庭团聚（优先权三，或 P-3）计划中的诞生。本文探究了要求个人被视为享有优先权三的难民进行 DNA 测试这一新规定的开端。借鉴历史上美国移民体制下和美国法律的其他领域中的非 DNA 的法医检测，本评论分析了 DNA 检测在此方面是否会有所效果。本文质疑运用 DNA 测试来检测家庭关系是否合适或是否可行，这一过程意味着家庭成员必须在生物学上与难民申请人具有联系。

本文根据指导优先权三计划的家庭团结和重聚规范，尤其质疑了这一测试是否明智。考虑到美国已经如证券披露似的要求移民信息披露，本文认真思考了通过 DNA 测试要求难民家庭证明他们之间的关系这一做法是否谨慎和公平，并且这一做法对美国难民准入制度会产生怎样的可能存在的长期影响。最后，本评论对执行 P-3 计划中强制 DNA 测试的机构及其人员提供了建议。最终，我们应该对 DNA 测试放在多么重要和信任的位置？这一科技离形成美国的难民准入计划还有多远？正如本评论所言，教育、警告和同情对于询问至关重要。（2011 年 12 月 第 99 卷第 6 期第 1635、1636 页以下）

重播

Replay

Mitchell N. Berman

本篇论文探究了一个表面繁琐的问题：当体育赛事中使用即时回放技术来审查赛场上的裁定时，他们该使用什么样的审查标准？传统的观点是赛场上的裁定不应轻易地被更改，如果审查官员对最初裁定有任何质疑，他应该放在一边即使他认为这一裁定很有可能是错误的。实际上，随着上一次夏季国际足联世界杯裁判的集体丑闻，评论员提议不仅足球运用即时回放而且在 NFL（全美橄榄球联盟）中也运用此技术来推翻场地上的裁判，仅当无可争辩的视觉证据（IVE）表明那一裁决是错误的时候。本论文认为众所周知对 IVE 的支持忽视了反对防卫的重要的事项并可能建立在错误的前提上，本文更提供了几个具体的建议以供改良。

一个对体育赛事中即时回放最佳审查标准的冗长的研究可能看起来是无聊的。但是它却服务于一个深层次的雄心。我们正处于经济计量学家垄断下的赛场，因为法学理论家仍在赛场外观看。这是不幸的。正规的有组织的体育赛事实际上是存在法律制度的，法学理论家通过对竞技体育的紧密关注，可以从中发现很多可以教授和学习的东西。简而言之，法学理论家将从持续参与我所定义的前述“体育赛事法理学”的上述工作中受益。

作为在这个领域的初期案例研究，本篇论文所揭示的体育赛事上诉审查的问题是惊人的丰富和复杂——暗含着深远的问题：放弃、权利与公正三者之间的关系；错误与过失之间的区别；除了别的之外，还有损失规避以及忽略偏见的痕迹。但是它所展示的甚至比那更多。体育赛事法学主张体育赛事实践及其规范就如其他方式一样，可以为普通的法律制度提供经验。为了说明那一论调，本文从足球赛事的重播实践中提炼出这样一个观点以对刑事审判系统进行改革，以适应两个无罪裁决而非一个。（2011 年 12 月 第 99 卷第 6 期第 1683、1684 页以下）

婚姻欺诈

Marriage Fraud

Kerry Abrams

本文考察了一系列令人惊讶的用来确定什么构成婚姻欺诈的学说。本文首先查找了合同法领域十九世纪的传统欺诈可撤销学说，发现在家庭法中只有受害人有权选择撤销欺诈的婚姻。本文然后解释了在 20 世纪大量膨胀的公共利益与婚姻连接在一起，是如何引发在法律的各个领域新的婚姻欺诈学说的发展，将受害人这一概念从受其欺诈的配偶转移至一般大众。本文通过展示法院基于所获得的利益与个人运用婚姻得到这个利益所花去的成本两相比较从而运用不同的方法来裁定欺诈这一现象，提供给大家一个框架从而理解这些学说。此外，本文认为婚姻并不是促进公共利益并服务于特定目的的一个有效手段，换句话说，婚姻被赋予了太多它不应该具有的功能。作为对这一问题可能的回应，本文得出这样的结论，立法者可以将与公共利益相联系的婚姻的某些成分从中剥离。这将更好地促进社会利益分配的效果而不用废除婚姻制度及危害到婚姻可能带给社会的稳定性。（2012 年 2 月 第 100 卷第 1 期第 1、2 页以下）

为什么政党民主需要大众民主以及大众民主需要政党

Why Party Democrats Need Popular Democracy and Popular Democrats Need Parties

Ethan J. Leib & Christopher S. Elmendorf

通常，大众的政治力量—无论它是以直接民主形式还是其他更具创造性的尝试—参与民主或协商民主，自身主要作为一个抗衡政党权力行使的角色。然而在美国的政治环境中创设“大众民主”与“政党民主”这两个相反的概念不仅是不必要的而且是病态的：这一对抗姿态冒着政党民主思想僵化的风险，并且使大众民主与政党权力可以带给政体的实质性进步相隔绝。根据以上情况，本文通过展示一方是如何从另一方汲取长处以及一方是如何需要另一方来使民主运行的更有效率，来寻求同时充实政党民主和大众民主。一篇新的政治学著作探究了党派

在民主运作中的中心角色，并且我们将这一理论服务于本文制度设计的实际运用之中。在这一层面，我们已经卷入最近的两次政策对话之中，这一对话在政党与人民的补充视角下将会变得更加有成效。我们可以更好地实践政党民主和大众民主，如果我们开始看到他们是如何被实际上整合到一起的。（2012年2月 第100卷第1期第69页以下）

规则、原则和竞争执行证券法

Rules, Principles, and the Competition to Enforce the Securities Laws

James J. Park

尽管美国证券交易委员会（SEC）是证券法的主要执行者，但许多其他执行者在执行证券法上比较积极。一些学者认为证券法的执行权应集中行使以消除或控制存在激励因素的执行者过度执行，但另一些人主张竞争减缓美国证券交易委员会消极执行的趋向。争论以该制度是否产生了最佳的执行量为焦点。

本文通过不同的视角评估了执行权集中化之争，强调执行质量的不同，尤其是执行带来的价值观的影响及阐述。为将讨论框架化，本文在两类执行之间加以区别：规则的执行和原则的执行。规则的执行相较原则的执行成本较小且争议较少因为特定的规则倾向于反映一个行政机关的技术性要求而一般性原则反映一个宽范围的价值观。

执行者在原则执行过程中，他们的执行方法所承担的费用和争议是不同的。工业执行者有可能基于工业价值观对原则进行狭义解释。比如美国证券交易委员会这样的管理执行者或许会发现充分地实施这些原则会很困难，因为存在执行始终如一的监管政策的压力。政府价值观的执行者比如联邦检察官和州检察长鉴于社会价值乐于执行原则，但或许会因为政治雄心而过度执行。企业执行者比如集团诉讼律师最乐意进行原则执行但也倾向于为了获利而接手疑难的案件。

集中执法系统与分离执法系统之间的选择从根本上说是与证券执法相联系的一维价值观与多维价值观概念之间的选择。证券执法集中化的建议，是由希望消除反映不同价值观的执法方法可能引发的冲突所激发的。如此集中化的代价是

由不同执行者给制度带来的优势将会被消除。本文得出这样的结论，一个分离执法制度最好用认识到不同执法者具有的不同优势来论证，而非关注于是否会产生一个最佳的执行量。（2012 年 2 月 第 100 卷第 1 期第 115、116 页以下）

不公平的壁垒：如何（及为什么）刑事陪审团 审判率因州而异

The Uneven Bulwark: How (and Why) Criminal Jury Trial Rates Vary by State

T. Ward Frampton

自美国最高法院首次承认刑事陪审团的权利是“美国正义体制的基石”已有 40 年，在刑事裁决中美国陪审团审判率（相对于法官审判而言的陪审团审判的普及性）事实上在每个州的差异巨大。相当一部分学术研究通常探究了刑事审判的减少，但是这种“消失的审判”的文献已经很大程度上忽视了值得注意的州与州之间在刑事陪审团审判率上的差异。在回顾了制宪先贤们期望刑事陪审审判制度在刑事裁决中所扮演的历史性角色后，本评论分析了现存的陪审审判率数据并发现了从一个辖区到另一个辖区之间惊人的差异。本评论随后探究了这些差异的缘由的不同州的司法实践，发现通常都置陪审团审判于刑事裁决的边缘并使那些被指控有罪的人处于不利的位置。本评论最后通过对最高法院最近的庆祝陪审团审判的集中的性法学理论与现实中刑事辩护人活生生的经验相对比，呼吁对宪法第六修正案有关有陪审团保障的审判进行一个更趋实质性的理解。（2012 年 2 月 第 100 卷第 1 期第 183 页以下）

饮用水及其被排除在外的群体：对加利福尼亚 中央山谷的案例研究

Drinking Water and Exclusion: A Case Study from California's Central Valley

Camille Pannu

美国西部地区以水源之争而臭名狼藉，加利福尼亚州复杂的水源分配及管理层面的挑战是当代美国西部各州水源管理的标本。政策制定者和环保倡议者通常代表着加利福尼亚州水源匮乏中的监管问题——未能平衡不断增长的城市人口的用水需求与环境保护、农业灌溉的需求。然而，这些争论通常未考虑水源被剥夺者的问题，并且他们未能充分解决一群重要选民的关切：低收入者以及农村人口。

本评论认为着重管理却忽视了水源不均等这样一个根本特点：水区结构及其设计。利用对美国加利福尼亚中央山谷地区的案例研究，来说明这些结构性障碍是如何运作的，我认为当地水区的复杂制度使管理变得艰难，限制了选举人的参与并破坏了州所保护的环境、公平以及功利性的水利用目标。我为当地水区管理提出替代性方案的建议，目的是为了解决加利福尼亚目前水源管理制度的制约。

（2012 年 2 月 第 100 卷第 1 期第 223 页以下）

“死亡的诞生”：死胎出生证明及其法律问题

“The Birth of Death”: Stillborn Birth Certificates and the Problem for Law

Carol Sanger

维多利亚女王在今天清晨 4 点生出一个已成死胎的王子……尸体将不举行任何仪式地葬在卡塞雷斯省修道院的神殿中。当女王得知自己生出死胎的消息后，这位母亲哭泣了……

女王的儿子是死胎，《纽约时报》，1910 年 5 月 22 日

死产是一个令人困惑的事情，一个同时包含出生和死亡的生殖过程。本篇论文讨论了这种同时性的并发症，作为一种社会经验及法律问题。尽管在传统上，死产在任一层面都无足轻重，但现在已不再如此。通过产科的超声波对胎儿生命的熟知已经将死胎变为出生前家庭成员的一部分，并且这反过来导致了一个新的法律上的需求。

不满于死胎证明的发放，产出死胎的丧子父母已经成功游说全国立法机关基于最新颁布的《失踪天使法案》颁发死胎出生证明。这些法案产生了一系列复杂的问题。虽然承认那些悲伤的父母的请求存在某种形式的对他们孩子的重新认可，但认真考虑以一个更大的社团的名义颁发的证明是什么是很重要的。给那些从未生存过的婴儿颁发出生证明是如何变得像一个合理的而非古怪的立法姿态？并且重要的是，死胎出生证明对包括产前死亡，尤其是流产管理在内的其他法律领域会有重要的影响吗？

本篇论文讨论了死胎出生证明的历史、意义以及政治学范畴。认识到《失踪天使法案》或许看起来是一个充满同情的且无害的法律运用，我想考虑一个更复杂的情况。法律与在死产环境下的同情实践的关系引发了关涉法律权威效用、现代身份证明文件中法律拟制的运用、以及希望私人与公众对死亡的反映存在分界线的重要问题。（2012年2月 第100卷第1期第269、270页以下）

（祁云龙 译）

（葛依然 校）

许可之变迁：美国著名公立法学院不断发展的目标和理想

Fiat Flux: Evolving Purposes and Ideals of the Great American Public Law School

Christopher Edley, Jr.

本文描绘了美国法学院在整个二十世纪不断变化的角色，并提出了未来美国著名法学院的远景。自从伯克利法学院成立，法律职业的定义已经得到发展：从一种主导性地关注于初审法院与上诉辩护的内向型职业，发展为一种充分涉及其他律师执业形式的外向型职业。沿着上述第二种轴心，法学教育已经从一种以职

业抱负为导向的模式发展为一种更具学术导向的模式。前者关注案例分析与辩护技巧，而后者则结合了理论问题和方法论问题。本文通过分析这些趋势，表明美国著名法学院在下个世纪将会：(1) 接受一种让法学院学生做好法律外职业准备的课程；(2) 培训跨学科的社会问题解决者，以及 (3) 促成一种全新的全球法律文化的形成，这种文化将有助于国与国之间普遍地更靠近。(2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期第 313 页以下)

John Yoo 的战争权力：法律评论和世界

John Yoo's War Powers: The Law Review and the World

Janet Cooper Alexander

John Yoo 1996 年的那篇文章——《借助其他手段延续政治：对战争权力的独创性理解》——毫无疑问是《加利福尼亚法律评论》历史上曾出现过的最重要的文章之一。在那篇文章发表五年以后，Yoo 成为了布什政府反恐战争政策的首席理论家。他有关总统至上的众多理论为布什总统备受争议的政策奠定了法律基础。这些政策包括：使用刑讯逼供（或称“高级讯问”）、不确定期限的不起诉拘留、在美国境内未经授权的窃听以及宣称无论是宪法保护还是其他国内、国际法的条款均没有对恐怖嫌疑分子的待遇做出限制性规定。

但是，这种方法论以及战争权力的结论已经遭到了广泛且具有毁灭性的批评，涉及的问题很多：从证据的选择性使用到彻底误解了制宪者在构建行政权时对君主特权的否定。Yoo 的理论是基于以下这一推定：制宪者设计的目的在于复制英国政府在会议和国王之间进行的权力分配。为了得出战争中总统至上的结论（总统仅受制于国会的开支决定权和弹劾权），Yoo 忽略了宪法第一条中明确授予国会的若干战争权力，并且也忽视了或者没有考虑到杰出的国父们主张明确放弃英国模式的一致声明。

本文在讨论了对 Yoo 理论的批评之后，思考了一种有缺陷且反常的历史理论是怎样来为政府的战争行为和外交政策提供支撑的。最后，本文考察了这一理论对法律评论出版以及法律学者参与政府管理和形成国家政策的影响。(2012 年

扩张的牧羊人：位于农村的县

Sprawl's Shepherd: The Rural County

Michelle Wilde Anderson

在二战的边缘，美国开始了一场土地使用革命。在 1945 年至 1960 年之间，郊区的住宅区内建起了大约 1000 万户住宅。这些住宅区位于城市边缘的土地以及未被合并的农村土地之上，而这些农村地区还没有（如果不是已经）被开发。如果当初那些县对这些农村地区实行更严格的土地使用控制，那么我们的发展模式与现在相比会不会有所不同？对于县的土地使用规划我们知道多少？法律发展在二十世纪的城市扩张中扮演了何种角色？

我们拥有的县土地使用规划信息是有限的，但是本文基于可利用的研究成果，认为县在被动促成（如果不是主动推动的话）郊区未开发土地的发展方面发挥了重要作用。简言之，县就是扩张的牧羊人。其他因素——诸如住房需求、住房成本、消费偏爱、种族歧视、借贷实践、抵押的政府补贴以及交通网络——引发了发展郊区的建议，但是县土地使用权力和管理的本质却让那些工程项目转向了农村牧场。

本文借《加利福尼亚法律评论》创刊 100 周年之机考察了这些问题。利用本刊 1938 年发表的一篇文章，本文旨在初步了解农村和县土地使用控制的早期思想，以及对县土地使用规划已走过的历程和几十年来未达到的目标进行初步评估。（2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期第 365 页以下）

女权主义法学：透视《加利福尼亚法律评论》的历史

Feminist Legal Scholarship: A History through the

Lens of the California Law Review

Katharine T. Bartlett

本文利用《加利福尼亚法律评论》上所发表的六篇文章作为范例，描绘了女权主义法学的发展情况。这一简短的历史为我们了解以下情况打开了一个窗口：女权主义学说对性别和法律的理解做出了最大贡献。本文探寻了平等的替代性构想，以及这些构想的相矛盾的假定、理想和含义。本文描绘了一种思想框架，该思想旨在对平等原则的局限性进行补偿。这种框架包括批判性法律女权主义、不同声音理论和非从属性理论以及这些框架之间的关系。最后，本文对业已穿越法律的学科界限的女权主义法学进行了识别。本文得出数个结论，指出女权主义学说越是占据主流地位，其假定和方法就越是失去了个性。本文发现，即使女权主义法学对平等原则已经形成重要的、深刻的批评，但它们仍然致力于平等的概念研究，而这一概念不断地被人们修正与改进。本文也强调了女权激进主义的重要性及其在增强与改进女权主义法学方面的实践。（2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期 第 381 页以下）

《加利福尼亚法律评论》种族问题研究的 百年回望：民权思想的结构

Centennial Reflections on the California Law Review's Scholarship on Race:

The Structure of Civil Rights Thought

Richard Delgado

作者回顾了一百年来《加利福尼亚法律评论》在种族和民权方面的大量学术研究成果，旨在识别其大方向和轮廓。作者识别出了两种广泛的范例——种族的黑白二元划分以及自由与平等的两分——并注解道：这两者不仅在大概同一时期内出现，而且都开始占据同一领域。在描绘了这两种范例并解释了它们的起源和运作之后，作者提出了一个预言：这两者的聚合对于民权思想的未来将预示着什么。（2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期第 431 页以下）

围绕责任规则签订合同

Contracting Around Liability Rules

Mark A. Lemley

Robert Merges 在他有影响力的论文（《在责任规则内签订合同：知识产权与集体权利组织》）中举了一个例子：被授予财产权利的知识产权所有人可以并且确实以合同方式将其权利委于一纸禁令。当这些人认为对其有效的时候他们会这么做。由于 Merges 论证了财产规则与责任规则之间的一种看似重要的不对称关系，对于许多人而言结果就是加强了财产规则相对于责任规则的优先性。Merges 的证据表明：如果法官或立法机关在损害赔偿计算上出错，那么我们就摆脱不了低效率的责任规则，但是我们可以摆脱低效分配的财产规则。

Merges 在其具有开创性的文章中所运用的证据极端重要，但并不完整。是的，当事人在知识产权案件中能够围绕低效率的财产规则签订合同。但是正如笔者在本文中展示的那样，当事人也可以——而且确实——围绕低效率的责任规则签订合同。这一结果并不能证明责任规则相对于财产规则的优先性，但它确实破坏了一个用以支撑以下主张的大前提：知识产权必须由财产规则来保护。（2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期第 463 页以下）

布雷耶大法官、卡恩教授以及受管制产业中的反垄断执行

Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust

Enforcement in Regulated Industries

Howard A. Shelanski

在布雷耶大法官（Justice Breyer）进入最高法院之前的学术著作中，他对管制持怀疑态度，并且赞成将反垄断作为一种更可取的选择。在这一点上，布雷耶与阿尔弗雷德·卡恩（Alfred Kahn）教授的意见明确地一致。后者赞成撤销对航空公司和电信业的管制规定，同时倡导反垄断执行以促进那些产业内的竞争。因此，以下这种情形显得很让人意外：布雷耶大法官在 Credit Suisse 诉 Billing 一案

中写下上述意见，同时又会支持另一个案件（Verizon 诉 Trinko 一案）的判决，目的在于限制受管制产业中的反垄断执行。本文考察了 Credit Suisse 案和 Trinko 案的推理过程。接着，本文通过关注布雷耶 1987 年在《加利福尼亚法律评论》上发表的文章以及卡恩教授的附随评论，解释了根据布雷耶大法官的早期学术成果，为什么那些案件互相不矛盾而是更具可预见性。（2012 年 4 月 第 100 卷第 2 期第 487 页以下）

司法自制的兴衰

The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint

Richard A. Posner

曾是法官和法学教授的战斗口号的司法自制已经遭遇不幸。人们很少引用或者倡导司法自制。本文探寻了司法自制最有名的变体之起伏——使立法行为因违宪而无效的自制——这种自制为“赛耶学派”所提倡，该学派涵盖了詹姆斯·布拉德利·赛耶（James Bradley Thayer）以及一些自称为其追随者的有影响力的法官和法学教授。除了别的之外，本文认为该学派的优缺点被公认为是缺乏一种如何裁判宪法案件的理论。宪政理论的出现使得赛耶的主张和宪政理论这两者之间产生了一种难以处理的张力：赛耶主张，除非某一制定法明显、确实无效（这种情况极少发生），否则法官就应当维护它；而宪政理论则声称可以解惑并在所有案件中产生可证性的正确答案。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 519 页以下）

曾经有过司法自制这一事物吗？

Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint?

Lee Epstein & William M. Landes

理查德·波斯纳关于司法自制的说法意味着：信奉自制的个体大法官们将会维护法律的合宪性，即使法律违背了大法官的偏好或者意识形态。波斯纳法官认

为这种形式的自制曾经出现过但现已不存在。我们使用了一组案例资料（这些案例承认联邦法律的合宪性），考查了最高法院是否像波斯纳法官假设的那样，在 1937 年至 2009 年间产生了许多活动家（这些人更乐意去攻击法律），同时本文也考察了大法官的意识形态（而非司法自制）是否更好地解释了他们在那些挑战联邦法律合宪性案件中的投票方式。我们对本文标题中提出的问题持肯定的回答：正如波斯纳法官表明的那样，曾经确实有过司法自制这一事物但现在再也没有了。二十世纪六十年代以来被任命的大法官们在分析联邦法律合宪性时一直保持着他们的意识形态。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 557 页以下）

司法自制存在于什么时候？

When Was Judicial Self-Restraint?

Aziz Z. Huq

本文通过分析司法自制（如果有过的话）何时在联邦法院繁荣发展这一问题来回应波斯纳法官在乔登专题论文集集中的文章——《司法自制的兴衰》。本文的中心目标在于：通过神奇地搜索大量权威的以及稍次之的经验性识别策略来历史性地阐明司法激进主义的发展轨迹。经过调查，本文得出两大结论：第一，笔者发现有关司法自制历史脉络的可得数据资料出人意料地匮乏，而且我们在评价司法激进主义的历史路径时必须格外小心。第二，虽然实证记录不太完整，但是在运用不同方法论时还是会产生一些共同点。特别是，笔者认为司法激进主义的临时阵地应该比普通人设想地再更进一步地延展回美国历史。正是在美国内战的直接后果中，司法行为以一种重要的方式发生了改变。那一段战后时期在很大程度上已经退出了司法激进主义的研究，但是它应该得到比现在更多的关注。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 579 页以下）

司法自制的转型

The Transformation of Judicial Self-Restraint

Pamela S. Karlan

在乔登论文集中的那篇文章里，理查德·波斯纳法官识别出了三种形式的司法自制。接着，他主张第三种类型（该类型也称作赛耶式的司法自制，其特点是不轻易地宣告立法行为或行政行为违宪，除非其违宪性非常地明显以至于该违宪行为不会受到理性质疑）的司法自制已经消失，原因在于：宪政理论使得法官既确信宪法问题存在着正确答案，也相信他们自己完全能够识别这些问题。在这篇文章中，笔者认为赛耶式的司法自制并未消失，以此对波斯纳法官的观点作出回应。恰恰相反，赛耶式的司法自制已经从一种个人自制（即独立的法官从基本原则出发进行推理并作出裁判）转化到一种融入更为系统的宪法裁判规则的自制，而这种宪法裁判规则全面影响了当代两种最普遍的宪法诉讼形式：人身保护令申请和损害赔偿诉讼。在人身保护令案件中，联邦法院将会克制自身，不作出因为仅仅存在宪法错误而推翻州法院定罪判决的行为；只有当州法院不合理地产生了错误时，联邦法院才会进行干预。同样地，在第 1983 款和比文斯诉讼（比文斯诉讼是指，在宪法性权利受到联邦政府官员的侵犯时，为维护该权利而主张损害赔偿金的一种诉讼类型——译者注）中，有限制的豁免权学说意味着联邦法院将推断某一公职人员违反了美国宪法，但接下来无论如何都会给予这位公职人员一份判决，这是因为在基础性事件中发生之时人们曾争论过违宪性的问题。

接着，本文转向了赛耶式的司法自制与波斯纳法官在其文章中识别出的另一种类型的司法自制这两者之间存在的一种可能的张力。赛耶式的司法自制告诉法官，如果他们能够识别法律制定的任何宪法基础，那么他们就应该去维护法律。相比之下，第二种类型的司法自制则引导法官去尊重政府部门。笔者指出，现行的婚姻权益诉讼潜在地影响了这两种自制类型：法官能够（或者说应该）把一个政府已经断然否定的理由作为他维护制定法的基础吗？（2012 年 6 月 第 100 卷 第 3 期第 607 页以下）

司法至上与司法自制的结束

Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint

Larry D. Kramer

波斯纳法官典型性地对司法自制进行了发人深省的分析。但不幸的是，波斯纳把这种学说的源头归因于詹姆斯·布拉德利·赛耶（James Bradley Thayer），从而误解了概念。因为赛耶并未提出一个新的论断，而是重申了一种古老的、杰斐逊式的观念，即进行宪法解释的原始权力不在于法院而在于人民。以现代司法至上原则取代人民宪政概念——这一转变仅在二十世纪六十年代确立——这使得政治争论也发生了改变：从谁应该解释宪法变为我们应该如何解释宪法。更为重要的是，接受司法至上会使得通过不经常地或不肆虐地行使从而避免产生政治反冲的方式来保护司法权成为自制的唯一正当理由——具有讽刺意味的是，司法至上的可接受度越高，这一正当理由反而越薄弱。接下来，正如波斯纳指出的那样，如今的司法自制已经衰落到了这样一种地步：它仅仅是对立双方在宪法争论中偶尔使用的修辞工具罢了，这一点也不奇怪。就像波斯纳法官表明的那样，这种发展的罪魁祸首并不是宪法解释理论的发展，而是我们对以下观念的认同：判断一部民主宪法的持续性含义的任务最好全部交给法官。（2012年6月 第100卷第3期第621页以下）

丢失的信息和找到的信息

Information Lost and Found

Frederic M. Bloom

每一个诉讼案件的核心是信息的混合体——记录一方当事人违法行为的说明性文件、概述律师庭审策略的谨慎的备忘录、重启陪审团关键性错误的逐渐模糊的记忆。但是，管理信息的法律体系却很少为人们所理解。本文以全新、更好的视角弄清了这一体系。首先，本文初步考察了民事信息系统的五个部分——证据影响规则、自动证据开示要求、工作成果特权、无因回避法以及陪审员作证的

禁止——，并汇集了一项上述那些部分之间是如何交错重叠的全新研究。接下来，本文将上述五个部分纳入了一种创造性的规则类型学，而它建立在“有（无）效信息（错误信息）”框架之上。这种类型学描绘了我们体系最基本的任务——精确性、对抗性和程序公正。但是，本文也提出了一个重要问题：目前我们的规则所需要的和法律主体实际从事的这两者之间存在着空隙。为了有助于问题的回答，本文触及了一种尚未开发的社会科学学科：信息行为（简称 IB）这一片有益的沃土。本文运用信息行为，从新的视角阐述了我们的信息规则是如何运作的以及这些规则仍有可能不起作用的地方。同时，本文从全新视角关注并洞悉了民事诉讼中的信息本质——从一个诉讼案件的开启直到它的完全结束。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 635 页以下）

预期并减少孟山都公司无意侵权诉讼中的不公正：建议在种子专利诉讼中引入著作权法的通知移除制度

Anticipating and Reducing the Unfairness of Monsanto's Inadvertent Infringement
Lawsuits: A Proposal to Import Copyright Law's Notice-and Takedown Regime into
the Seed Patent Context

Michelle Ma

作为全球领先的农业生物科技公司，孟山都公司具有攻击性、指向农民的诉讼经常为人们所批评，这些诉讼旨在通过专利诉讼的方式来保护它所拥有的转基因种子技术。农民们担心这种诉讼会建立在“无意侵权”的基础之上，在这种情况下，当自然因素导致该公司的种子产品转移到农民土地中后，农民（特别是那些种植有机产品的农民或者是那些单纯地不愿意使用转基因种子的农民）无意地进行了种植并未获准许而使用了孟山都公司的种子专利技术。本文澄清了种子专利保护的当下现状并认为，尽管孟山都公司在法律上有权因“有意侵权”而起诉农民——此时农民故意违反了孟山都公司在其种子产品上所设的许可限制——但是，将这一权利全部扩展至无意侵权则是不公正的。孟山都公司可能针对那些仅仅是遗传漂变受害人的农民提起无意侵权之诉。为了降低这一风险，本文建议

在种子专利诉讼中引入著作权法的数字通知移除制度，从而在不剥夺孟山都公司专利权的前提下保护无意侵权人。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 691 页以下）

作为家庭暴力的破坏避孕：一种法律回应

Birth Control Sabotage as Domestic Violence: A Legal Response

Shane M. Trawick

近来一系列研究将家庭暴力与破坏避孕联系了起来，本文对此作了回应。破坏避孕是这样一种现象：男性配偶用破坏或操控避孕工具的方式迫使女方怀孕，他们企图在一段暴力关系中俘虏其女性配偶。破坏避孕表现为多种方式，包括毁坏避孕、刺破避孕套、暴力移除阴道避孕环或者宫内避孕器。破坏避孕的存在引发了两大问题：破坏避孕的受害人拥有哪些法律上的救济？我们应采取何种政策措施来限制破坏避孕的发生？法学在这些问题上明显缺乏研究，而事实上也没有关于破坏避孕和家庭暴力的交叉领域的法学研究。本文认为，第一，近来关于破坏避孕和家庭暴力相联系的研究为以下内容提供了充分的正当理由：将破坏避孕行为作为一种故意欺诈性错误陈述的侵权索赔事由。第二，本文规范地论证了：立法机关应该迅速行动起来将破坏避孕行为入罪。因为现在破坏避孕行为可以被理解成持续性家庭暴力中的一种暴力行为，所以入罪和监禁在预防进一步的虐待方面至关重要。虽然过去在法律上对破坏避孕的救济严重匮乏，但是有创造力的律师和积极的立法者应该解决这一重要问题，从而改善家庭暴力幸存者及其家庭成员的生活。（2012 年 6 月 第 100 卷第 3 期第 721 页以下）

（张望 译）

（黎新平 校）

作为权与不作为权

Rights To and Not To

Joseph Blocher

一项作为权何时及为何应包含一项不作为权？如果某人享有从事某项活动或者接受某种程序保护的權利，那么在什么情况下他或她也有不从事该活动或拒绝该程序的權利呢？本文的基本任务是阐明为什么这些问题在美国宪法中是重要的，探讨各学说和学者如何含蓄地且有时不适当地处理这些问题，同时本文还提出了规范性框架以解决这些问题。（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 761 页以下）

网络攻击法

The Law of Cyber-Attack

Oona A. Hathaway, Rebecca Crootof, Philip Levitz, Haley Nix, Aileen Nowlan,

William Perdue & Julia Spiegel

近年来网络攻击行为变得越来越普遍。网络攻击拥有关闭原子离心机、防空系统及输电网络的能力，已严重威胁到了国家安全。结果，有些人提出网络攻击应该被视作战争行为。然而网络攻击看起来一点也不像武装攻击，武装攻击传统上由战争法进行规制。本文探讨了当前的法律可被如何适用——及其适应和修改——以应对网络攻击所带来的与众不同的挑战。本文的开端阐释了何为网络攻击，随之阐述了当前的法律体对网络攻击已进行了怎样的规制，这些法律包括战争法、国际条约和国内刑法。这些回顾令我们认清以下事实：当前法律所有有效解决的潜在网络攻击只是其中十分微小的一部分。例如战争法只为解决极少数网络攻击问题提供了一项有用框架，这些网络攻击须达到武装攻击的程度或发生在连续武装冲突的背景下。本文总结出无论是国内还是国际层面都需要一项新的综合性法律框架来有效解决网络攻击问题。美国可以通过以下方式加强国内法：给予解决网络攻击问题的国内刑法以域外效力，在这些网络攻击没有达到武装攻击程

度或没有发生在连续武装冲突的背景下时，采用受限制的、国际上允许的对策来对抗网络攻击，然而应对这项挑战光靠国内改革是不够的。要得到真正有效的法律回应还必须进行国际合作。新一轮管制网络攻击的国际工作须首先订立有关该问题的协议——就网络攻击、网络犯罪和网络战争的定义达成一致。这将形成更广泛的国际合作基础——网络攻击问题中的信息共享、证据收集和刑事起诉——总之，形成一套新的网络攻击国际法。（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 817 页以下）

反恐主义的结构性立宪

Structural Constitutionalism as Counterterrorism

Aziz Z. Huq

在过去的几十年里，联邦法院的判决不断挑战着对恐怖主义的新政策回应。法官往往通过设定来源于宪法分权理论的经验推断或法则的方式，来解决那些争议中所暗含的个人权利和成文法解释问题。这些“结构性宪法推断”充当了启发式角色，对判决起到帮助性作用并从司法上绕开法律、政策和事实难题。本文挑战了这种结构性推断在反恐案例中的适用。凭借最近对政治学、政治心理学及安全问题的实证性研究，本文证明：为了二十一世纪的安全决策考虑，十八世纪的抽象分权设想并未转化成坚定且实证合理的概括。因此在对新安全措施进行司法角度的考虑时，结构性立宪无法作为启发式或捷径的基础。为了让法院达到正确传递反恐政策的合法性的程度，法官反而应该使用原理、法律解释和事实查明这类普通工具。随之产生的反恐主义法律体系将可能看起来更像是普通公法。（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 887 页以下）

强迫性债务：消费信贷在家庭暴力中的角色

Coerced Debt: The Role of Consumer Credit in Domestic Violence

Angela Littwin

在现代家庭暴力运动几十年的倡导后，现今诸如警察部门、医院和家庭法院等机构都参与了一项话题，在此话题中他们将家庭暴力视作一种社会问题，而没有否认其存在或意义——虽然这些机构的回应远非完美。除却此项意识觉醒的发展，还有一种未被意识到的家庭暴力新形式也获得了发展且有待解决：通过消费信贷滥用钱财。由于消费借贷已渗透入美国人的生活，作为施暴方的家庭成员开始利用债务作为一种实施虐待控制的手段，使得消费信贷系统成为一类不为人知的家庭暴力。这种滥用被称为强迫性债务。

强迫性债务可以分为很多种形式。其范围包括滥用者在同伴不知情的情况下以其名义使用信用卡，强迫受害者为滥用者承担债务，欺骗受害者为了整个家庭签署弃权契约。本文罗列了关于胁迫债务本质与范围的原始实证数据，还阐释了施暴方如何利用复杂的消费信贷系统，给许多家庭暴力的受害者留下数以百计或千计美元的强迫性债务。（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 951 页以下）

伊斯兰教法和公民权——伊斯兰恐惧症是如何在美国 创设了二等公民制的？

Shariah and Citizenship—How Islamophobia Is Creating
a Second-Class Citizenry in America

Yaser Ali

2010 年，Oklahoma 州通过了“拯救我们的州修正案”，成为第一个正式通过禁止“伊斯兰教法”的州。除却一个联邦法院发布了阻止实施的禁令——认定禁止“伊斯兰教法”的禁止令违背了确立宗教条款——将近二十几个州法院后来也提出了相似的措施。在此则短评中，笔者提议 Oklahoma 州立法禁止针对伊斯

兰教和穆斯林的日益增长的竭斯底里行为——这种行为创建一个有区别的二等公民制，这类公民没有资格获得民族国家中与公民权有关的特权，且此特权被认为是公民权的一项必备条件。这一问题化趋势表明这段历史将继续延展：在这段历史中，法律加强了对阿拉伯人和穆斯林的种族歧视，并且威胁要隔离且疏远该美国人口增长最快群体之一。

不幸的是，在反穆斯林和反伊斯兰教的言语背景下，我们当前对法律与社会的理解是十分有限的。虽然 9/11 后反应强烈的文献主要集中于入侵人民自由的话题，但是在伊斯兰恐惧症与对美国穆斯林基本人权的侵蚀之间存在着更深层次的颠覆性关系，此关系仍为法学学术留下了极大的探索空间。

在对美国伊斯兰恐惧症的历史进行简要回顾之后，笔者提出了一项三方临时框架，用以理解当代背景下的伊斯兰恐惧症——包括 9/11 前，9/11 袭击刚结束后，以及始于 2008 年总统选举后的时期。在第三阶段，笔者将 Oklahoma 州的拯救我们的州修正案作为一项关键性例证，用以说明一个穆斯林恐惧症的制度化版本是如何剥夺美国穆斯林的公民权，不仅作为身份这样一个术语而存在，还有其作为实际人权和政治活动的载体。随之笔者对伊斯兰教法实际规定的内容进行了概述，解释了 Oklahoma 州和全国的反伊斯兰教运动不是以对美国社会的可信威胁为基础，而是一场精心策划的以中伤美国穆斯林为目标进行恐惧传播运动的一部分。最后，笔者提供了一些还击此类歧视的政策性建议，用以改善其影响，并促使美国穆斯林主动维护他们的人权并享有美国宪法对他们保证的完整而平等的公民权。（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 1027 页以下）

犹太律法的阻力可如何援助宗教自由法

How Jewish Laws of Resistance Can Aid Religious Freedom Laws

Daniel Kazhdan

此则短评综合了当前美国宗教自由的司法判例，认为司法实践中对宗教的保护还有待加强。当前适用的宪法第一修正案、宗教自由恢复法案及宗教土地使用和法人法案没有充分考虑备受负担的宗教方观点。宗教自由法的存在以操控社会

的需求与宗教参加者的需求为目的。因此对未来任何法律的评估都应当同时考虑双方的需求。此则短评提出了一个框架，考虑到了法律对宗教加以负担的严重性，并且主张在决定是否支持一部世俗法时，负担的严重性应作为参考因素之一。

（2012 年 8 月 第 100 卷第 4 期第 1069 页以下）

沃伦法院的宪法保守主义

The Constitutional Conservatism of the Warren Court

Justin Driver

关于沃伦法院的学术争论为现代宪法蒙上了一层长期的阴影。这场争论的基本外延现在变得令人极其熟悉：自由主义法的教授们对沃伦法院抱以绝对的赞扬，而保守派则普遍予以蔑视。虽然一些自由主义者开始提出沃伦法院超越了司法行为规范的边界，但是这样的让步没有对争论的基本事项起到重新设定的作用。由于迄今为止一直明显缺少学术论文，自由主义者以此来辩称沃伦法院犯了重大的错误——在宪法解释上，不是走得太远而是走得不够远。本文通过对沃伦法院司法判例进行批判的历史背景的考量，对遗漏的视角作出了补充，即使看似合理的路径导向自由的结论，我们也能在法院所作的保守宪法判决中识别出重要的观点。笔者对沃伦法院忽视宪法保守主义的传统进行了梳理，不仅拭除了沃伦法院的神话色彩，令过去的宪法获得了更多的关注，同时也可有助于鼓舞学界对未来的宪法再次进行革新设想。（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期第 1101 页以下）

婚姻不平等：同性关系、宗教豁免以及性取向歧视的产物

Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the
Production of Sexual Orientation Discrimination

Douglas NeJaime

随着越来越多的国家考虑到了同性伴侣婚姻的识别问题，婚姻平等与宗教自

由之间的冲突问题转而获得了普遍关注。法学家在这场争论中起到了主要的作用，所呈现的学术文献突显强势风格，直指国家法律制定者，督促他们纳入一项“婚姻良知保护”机制，包括一系列婚姻平等立法中的宗教豁免。然而在同性婚姻背景下对宗教自由进行特殊仔细的检查，遮掩了冲突的本质。最关键的是表达一个人性取向时双方关系的主要角色，同性关系构成了女同性恋者和男同性恋者的身份认定，宗教在回应这样的关系时大多予以反对。婚姻仅仅是性取向身份法律的一种形式，宗教对同性婚姻的反对仅仅是对性取向平等的一部分反对。

本文对反歧视制度进行了论证，该制度保护了性取向规则下的同性关系，反对利用婚姻平等立法作为工具，破坏了当前以性取向为基础的非歧视条款。甚至宗教自由学者提出的“婚姻良知保护”误解了潜在冲突的基础——同性关系是身份的一种表达，宗教反对很大程度上与此种身份有关——这种一概而论的语言有可能破坏反歧视保护，在针对女同性恋和男同性恋时主要并非基于他（她）们的婚姻，而是普遍更为关注其同性关系。发生如下情况时事实的确如此——反歧视法越来越倾向于承认性取向该关系要件，以至于基于性取向的不被许可的歧视包括了反对同性关系的歧视。通过允许宗教机构，以及一些雇主、财产所有者和一些小型企业歧视同性伴侣而远非婚姻本身的时候，这种“婚姻良知保护”将威胁到反歧视法做出实质性进展。然而更糟糕的是，使用“婚姻良知保护”这种术语来标注歧视同性关系的例子，可能掩盖了越来越多的性取向歧视，而这类歧视正是反歧视法将着手充分解决的。（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期第 1169 页以下）

惩罚怀孕行为：种族，监禁及对怀孕囚犯的上铐行为

Punishing Pregnancy: Race, Incarceration, and the Shackling of Pregnant Prisoners

Priscilla A. Ocen

为劳动及分娩时的怀孕囚犯上铐是美国妇女刑罚机构中普遍存在的现象。本文对可解释该项行为普遍性的因素进行了调查，并提出学说创新，从而阻止这类行为的继续发生。一般来说，本文主张如果我们没有理解种族及性别的历史构成

如何在结构上运作——既鼓励又掩饰了该行为，我们就无法理解女性囚犯上铐行为为何存在。更具体地，本文提出以下主张：虽然上铐行为对现今所有种族的女性囚犯皆有影响，但是过去在以下三个背景下黑人妇女的生殖能力行为受到了打压、规制和刑罚：南方的奴隶制、罪犯租赁和用铁链拴在一起的苦役犯，这些持续存在的行为都只适用于黑人妇女。在压迫体制下对黑人妇女实行的这些规制与刑罚，增强并重现了把这些妇女当作异常的、危险的人群的成见。反过来，由于美国南方的刑罚实践大量涌现，黑人妇女占据了女性囚犯人口的主要比例，对所有女性囚犯施以严酷行为正是始于这些印象。

本文甚至断言当前关于第八修正案的司法判例——第八修正案是挑战监禁条件（例如上铐）的主要宪法工具——不足以在结构层面对抗种族歧视行为。当前的学说专注于监狱官员个人层面的主观意图，完全没有考虑种族问题如何构成机构行为的基础。相反地，本文建议对第八修正案和“正当行为的进化标准”语言进行扩大理解，该标准加强了“严酷及非正常刑罚”条款。具体来说，本文主张应当由其他宪法条文来引导正当行为的进化标准，例如第十三修正案。本文在提到这种扩大理解时将其称之为“从属路径”，借鉴了 Harlan 法官在 Plessy 诉 Ferguson 案中多次引用的分歧意见以及他对第十三修正案的低估。在做这样的解读之后，源于种族统治的驳斥机制或与该机制相关的监禁条件应当被视为“严酷及不正常的刑罚”。通过挑战结构层面的种族和性别从属问题，本文认为我们可以从单纯的愿望迈向人性正义的实现。（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期第 1239 页以下）

服务于刑事定罪目标的伤害可塑性

The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals

Avani Mehta Sood & John M. Darley

“伤害原则”意味着只有当定罪某行为对防止伤害他人具有必要性时，国家才能这样做，该原则长期处于关于道德的法律效力论战的核心。本文回顾了一系列原来的实验，调查了刑事定罪背景下伤害在心理学上的可塑性——例如人们在

限定的法律约束条文下为达到其预期目的而扩大伤害的程度。在第一项研究中，我们发现了不少场景可诱发对伤害原则的对抗，以至于即使参加者认为某行为没有对其他人引起伤害，他们也想将该行为进行定罪。随之我们在第二项研究中使用这些场景来进行以下调查：人们在被告知法律为了施以犯罪刑罚而需要一项伤害查明时，会作何反应。正如预期的，赞成“必要伤害”约束的调查对象继续进行定罪且比例相当，但是他们将对行为的伤害界定为在没有预先报告的情况下。第三项研究通过论证一个法律上的外在意识形态因素扩大了人们的伤害，包括争议问题的双方且在他们尚未意识到的情况下，这证明了伤害可塑性影响的方向性和普遍性。最后一项研究提供了该影响本质为非故意的证据，还指出了一条潜在的救济之路。这些实验揭示了主动的结果导向的伤害认知，不同于法律体系所力争的客观的认知导向的结果。我们探讨了调查结果中暗含的道德的刑事规制、宪法及刑罚和道德推理的理论。我们还进一步考虑了调查结果对法律判决的适用，这些法律判决是由非专业的和专业的审判员在两个第九巡回法庭的高调案例中作出的。我们探讨了如何潜在地减少法律判决中的主动认知问题，以此作为总结。

（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期第 1313 页以下）

规制由隐式偏见引起的系统性歧视的社会污染

Regulating the Social Pollution of Systemic Discrimination Caused by Implicit Bias

L. Elizabeth Sarine

由隐式偏见或者无意识的支持或反对某群体的偏见引发的歧视事件很难在法院中受到质疑，因为原告宣称违反平等保护条款的歧视必须证明该歧视是抱有目的的。由于我们的法律体制在遭遇系统性歧视所引起的隐式偏见时经常无法提供救济，为平等与保护的支持者应当探求防止这类系统性歧视的保护性措施。此则短评主张“社会污染”这样一个新兴术语，应当被用于分类隐式偏见引起的系统性歧视，将其正确归类为一个应当被规制的问题。首先，此则短评讨论了隐式偏见的普遍性。然后本文探讨了平等保护案例中的目的说，并对改革建议进行了研究，这些建议试图证明《民权法案》第七章区分对待案例中存在隐式歧视，而

通过这种方式来解决该证明难题是难以实行的。最后，此则短评利用环境污染来引入社会污染的概念，探讨了使用环境法规模式来规制改革建议的前景，以此来解决隐式偏见引起的系统性歧视的社会污染。（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期 第 1359 页以下）

引入“滥用”：消费者保护的新升级标准

Introducing “Abusive”: A New and Improved Standard for Consumer Protection

Rebecca Schonberg

2008 年的经济滑坡令美国消费者成为众人强烈好奇与关注的焦点。出于对这种关注的回应，国会通过了多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法案，引入了消费者金融保护的一项新标准：“滥用”。该标准不同于现存的标准，因为它认识到了消费者与借贷者之间对合同条款理解、信息获得、选择协议条款以及评估和承受风险的不平衡。在这种情况下，此标准反驳了以下说法：将金融崩溃的根源归责于消费者，却没有考虑到消费者金融产品市场的结构。

在它们被引入消费者金融保护法八十年之后，“欺诈”与“不公平”这类术语再也无法限定消费者保护的边界。现今律师与政策制定者都必须开始长期的合作以超越那些边界。本文在理解多德—弗兰克法案时，对比其立法历史与社会背景，提出了三种新“滥用”标准可适用的方式。首先该标准可以通过加强消费者对合同语言理解的方式优化消费者的选择——直接的方式或者促使贷款方更好地通知他们的消费者。其次，“滥用”标准可以给予消费者金融保护局以权力，对产品进行修改以及将最危险的产品完全撤出市场。最后，该标准可增加贷款方的义务，使其在行为时考虑消费者的利益。对这些实施途径进行探讨是创建一个消费者金融保护新框架的第一步。（2012 年 10 月 第 100 卷第 5 期第 1401 页以下）

（谢思苑 译）

（应童 校）

超越默示维度：技术转让中的专利、关系以及组织整合

Transcending the Tacit Dimension:

Patents, Relationships, and Organizational Integration in Technology Transfer

Peter Lee

作为创新和经济发展的关键驱动，产学技术转让已经吸引了大量的关注。评论家们经常指出包括专利发明和大学许可发明的“形式”技术转让具有根据市场原则进行的特点。在这个主导观念中，专利披露和“商品化”学术发明使得大学纷纷宣传并转移到了许可市场中的私人企业。

本文做出挑战，重新定义了技术转让的市场化模式。借鉴实践研究，本文展示了形式的技术转让通常需要长期的人际关系，而不是离散市场交易。本文尤其探究了默示这一在有效利用专利学术发明中的未成文明知的重要地位。市场、专利以及许可是不适合转移这种隐性知识的，也不会导致被许可方与学术发明者本身去寻求直接关系。

借鉴企业理论，本文指出这些关系经常成熟地变为组织整合的更深层次形式。这种组织整合包含教员发明家、大学以及被许可企业。通过呈现产学技术转让的描述性理论，本文声称传达隐性知识的困难鼓励了各种形式的组织整合，这种整合主要是由被许可者直接将教员发明家（和他们的隐性知识）吸收进他们的组织。从咨询安排到董事会席位，被许可者正将内部的学术人力资本用来促进大学专利发明的商业化。

从描述性转化为规范性，本文评估了产学整合的机会与缺点，并对维护学术规范的同时提高技术转让提出了建议。本文最后探究了隐性知识的含义，这主要是为技术商业化活动的专利理论和组织服务的。（2012年12月 第100卷第6期第1503页以下）

犯罪、工具和辩诉交易：对控诉内容、抗辩和审判的分析

Crimes, Widgets, and Plea Bargaining:
An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials
Kyle Graham

本文研究被指控犯罪的构成和控诉要点是如何影响控方和辩方的意愿与能力去参与到辩诉交易中的。辩诉交易的大多数主流描述忽略或者低估了认罪协商中控诉内容的重要性；事实上，一个重要的评论员就辩诉交易而言将犯罪比作工具。通过发展这种论点，本文回顾了七年中（2003 年-2009 年）的联邦判决数据，主要关注发生最多、最少的审判与多久他们被指控有关的犯罪；发生最多、最少的审判无罪的犯罪以及发生最多、最少的涉及大量变更控诉的辩诉交易的犯罪。总之，数据证明了辩诉交易的特点，以及所在的现状，一个特定的犯罪可以促进或者阻碍辩诉交易。与来源于该研究的信息相似的信息能够并且应该被认为与新犯罪的采用和现有犯罪的重新评估是相关联的。该信息将使立法机关深刻了解在辩诉交易中意欲犯罪与现行犯是如何被运用的。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1573 页以下）

拜文斯修订：Minneeci 诉 Pollard 一案后的宪法侵权问题

Bivens's Revisions: Constitutional Torts after Minneeci v. Pollard
T. Ward Frampton

本文根据最高法院最近在 Minneeci 诉 Pollard 一案中的判决考察了拜文斯学说的当前状态。作者指出，不像法院谨慎小心地“延伸”拜文斯至一个“新的环境”，Minneeci 一案代表了学说中一个微妙但重要的让步。在批评法院适用传统的为评估潜在拜文斯诉求而运用的二阶测试后，本文探究了 Minneeci 一案中法院的什么理由可能预示着拜文斯的未来。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1711 页以下）

何时判决、何时结束、 何时重组：多成员审判庭判决的艺术

When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle:
The Art of Decisionmaking on a Multi-Member Court

Diane P. Wood

本文探究了促使法官发表独立意见的工具性和规范性因素。在讨论了美国司法实践中独立写作的传统后，作者提出了一个现代法官的视角，主要以独立意见为目的并且对法官总是负责考虑究竟写附和意见还是反对意见方面进行了成本效益分析。再看第七区法院的工作，作者分析了她在过去 16 年写的三大类异议：“原则导向异议”、“程序导向异议”和“正确性中心异议”。本文最后指出，对多成员审判庭决策动态的更直接的评估可能有益于整个司法系统。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1445 页以下）

异议、“异议者”和判决

Dissent, “Dissentials,” and Decision Making

Marsha S. Berzon

伍德法官写了一篇文章，主要关于在多法官上诉陪审团中法官独立写作的外部影响。在此基础上，本文从内在探究了独立写作时如何影响上诉法院的司法判决过程的。心理学和行为经济学上的研究已经确定了各种认知偏差，这些偏差可能影响司法判决，而且经证明这些偏差可能至少部分地被有结构的“对抗合作”所抵消。借鉴这些研究，我认为上诉陪审团的独立写作时间通常有助于促进这样的合作，但是关于否认全庭复审的独立写作却不能达到此效果。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1479 页以下）

多成员审判庭判决的学术研究

The Academic Study of Decision Making on Multimember Courts

Kevin M. Quinn

在过去的十年左右，多成员审判庭判决的学术研究吸引了学术界的日益关注。本文中，我想简单讨论一下学术文献，主要关于多构件法院试图将伍德法官的个人经历联系到这一著作中。我希望这项研究不仅能让伍德法官的个人经历运用在有关司法行为的更多学术报告中，也能让生活融入到更抽象的学术工作中。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1493 页以下）

强奸创伤、国家和 Tracey Emin 的艺术

Rape Trauma, the State, and the Art of Tracey Emin

Yxta Maya Murray

检察官在强奸审判中运用强奸创伤综合症证据来解释被害者的“反直觉”行为，例如她们的迟交报告、否认强奸、回到被害现场以及缺乏情感反应。在指令和证据中，法官和专家通常将被害人的沉默描述为怯场或者创伤的结果。但是强奸创伤综合症证据的女权主义批评家指出综合症是基于不完整证据的，因为大多数强奸是不被报道的。而且，他们反对对强奸受害者和她们情绪的居高临下的、存在性别歧视的以及殖民主义的解释。

本文中，我通过研究 Tracey Emin 一案，对女权主义批评家作出了回答。Emin 是一名英语土耳其艺术家，她在 13 岁时遭受了未被报道的强奸，此前她一直通过自己的艺术形式在评论着强奸。根据法律及人文学者的工作，对其进行扩展和创新，我深刻研究了艺术——或者用俏皮话说艺术品——来研究强奸法。通过对她的艺术的研究，我提出了 Emin 对强奸反应的复杂性是如何质疑着过分简单化和令人困惑的故事的，这些故事主要涉及检察官、专家以及法官在审判中对被害人的谈论。Emin 的艺术描述，她对这个国家抱有怀疑，其中部分是基于她未能符合“真正强奸”受害者的一贯形象。她的艺术批评，包括相信世界和想象正义的大胆行为，充分洞察了强奸创伤综合症的问题。从这些洞悉中，我建议强奸法

律改革，并对美国 and 英国对于强奸案的处理方法提出宪法性挑战。（2012 年 12 月 第 100 卷第 6 期第 1631 页以下）

在线无名的案例

The Case for Online Obscurity

Woodrow Hartzog & Frederic Stutzman

在因特网中，无名信息不易被未指定接受者发现或者读懂。实证研究表明因特网使用者可能依赖其无名性而非其他来保护他们的隐私。然而，在线无名却被法官和立法者所忽视了。本文中，我们认为这种无名性是在线隐私的重要组成部分，但是它没有被法官和立法者所接受，因为它从未被充分定义或者概念化。这种概念的缺失导致了在线无名的概念过于虚幻以至于无法成为在隐私纠纷中的有益帮手。这里法官和立法者都发现任何假设个体若在因特网中能力不被约束地去发现和获取信息则会导致信息公开，因而不能保护隐私。借鉴多种学科，本文提出了一个关于在线无名的更集中、清晰和可行的定义：如果信息缺乏对发现和理解有必要的或者更多的关键因素，那么该信息则属于在线无名信息。我们定义了四项因素：（1）搜索能见度；（2）无保护的访问；（3）身份证明；（4）清晰度。这个框架能作为一项分析工具或者义务的一部分来应用。无名性也能作为一项妥协保护补救：取代强迫网站移除敏感信息，法院可以授权某种形式的无名性。最终，无名性可能组成部分协议，而只要有义务保持无名性的因特网使用者保持他们收到的信息原本的无名性，则可以进一步披露信息。（2013 年 2 月 第 101 卷第 1 期第 1 页以下）

协商中的波拉特问题： 欺诈、同意以及标准形式合同的行为法和经济学

The Borat Problem in Negotiation:

Fraud, Assent, and the Behavioral Law and Economics of Standard Form Contracts

Russell Korobkin

双方达成一个口头协议。甲方提出一个标准格式合同，乙方未阅读或者说未仔细阅读的情况下则签署了。当甲方未根据口头表示来执行，或者甲方指出签署的文件包含不同的条款，以及甲方放弃先前的表示和承诺时，乙方可以反对。当诉讼呈现这种事实模式时，我称这种太过于寻常的情况为“波拉特问题”，这是仿效 2006 年一部电影的名字。

波拉特问题存在于合同法和侵权法之间的模糊地带。本文指出学说上的不确定性以及双边机会主义的潜在规范问题已经导致法院通过各种不一致和无法令人满意的方法来应对这一问题。如果在以下情况下，案件合同的成本将会最小化：

（1）起草标准格式合同的一方当事人必须从他们的另一方那儿取得“具体同意”，以此来反驳或者否认之前的表示。（2）未起草一方必须以欺诈或者失实陈述为由在被允许挑战标准格式条款的强制性之前满足提高的证据标准。这个“波拉特解决办法”是与现有的普通法学说原则相一致的。（2013 年 2 月 第 101 卷第 1 期第 51 页以下）

海盗与私人安全： 商业航运、蒙特勒文件以及争夺亚丁湾

Pirates vs. Private Security: Commercial Shipping,
the Montreux Document, and the Battle for the Gulf of Aden

Joel Christopher Coito

索马里海盗灾难已经危及亚丁湾商业航运船只的自由运行，亚丁湾是全球贸易的一个主要渠道。用来保障商业船只的国际海军部队“大舰队”已经无法阻

止索马里海盗日益肆无忌惮的攻击，但有数百万赎金承诺的支持。本文探讨了商业航运业日益依赖私人军队和安全公司 (PMSCs) 来保护他们的船只、货物和人员免受海盗攻击。通过举出 PMSC 的部分做法，即不可避免的暴力升级和武力的过度使用，国际海事组织和其他团体强烈反对 PMSC 受雇上商业船只。本文强调推动这些担忧的事实基础并提出根据 PMSC 打击海盗的有责雇佣，PMSC 在伊拉克和阿富汗冲突中的不端行为启示了具有教育意义并确实重要的教训。

针对这种严峻形势，本文介绍了蒙特勒文件，这是 PMSCs 参与武装冲突的国际行为准则。这项文件重申并肯定了这些武装承包商和他们员工的国际人权法 (IHL) 义务。蒙特勒文件可以通过合同方法轻易地融入 PMSC 的运行中。蒙特勒文件是一项基本工具，私人安全提供者可以据此建立起屈服于法律的专业实体。本文进一步分析了蒙特勒文件虽然与陆地上的武装冲突相关，但其在反海盗行动中是否是不合适的。通过这种做法，本文调查了当前多数见解，即认为索马里海盗不是国际法下的“武装冲突”，而且不受制于旨在确认国际人权法义务的蒙特勒文件。而且 2008 年以来海盗的空前膨胀结合安理会 1851 号决议中国际人权法的明确援引，认为海盗可能在将来日益被认为是“武装冲突”。最后，本文指出即使国际人权法目前没有适用于“武装冲突”的反海盗行动，但合同法提供了一项合并国际人权法的方法，即将蒙特勒文件融入 PMSC 反海盗行动中。商业航运业会接受这种让他们 PMSC 的武力根据蒙特勒名单行动的呼吁吗？为了有效管理 PMSC 保护其资产和船员的行动，履行国际法律义务并有责地寻求亚丁湾海盗猖獗问题的解决办法，本文认为这些都必须实现。（2013 年 2 月 第 101 卷第 1 期第 173 页以下）

林肯法律中的控制：

呼吁在《虚假申报法》下限制责任的默示许可理论

Reining in Lincoln's Law: A Call to Limit
the Implied Certification Theory of Liability under the False Claims Act
Christopher L. Martin, Jr.

虚假申报法被联邦承包人广泛认为是对抗欺诈的国家卓越的民事诉讼武器。默示许可被认为是法律的最新责任理论，在此背景下，承包人如果故意提出付款给政府或者未披露其违反经政府决定要支付索赔的合同规定、法规或者法规材料的，承包人将对民事罚款和三倍赔偿负责。虽然大多数联邦上诉法院已经接受了默示许可理论，但他们仍然努力去定义承包人在不存在双方协议下的披露责任范围。在 *Mikes* 诉 *Straus* 一案中法院形成的缺席规则下，只有当承包人提交了索赔或者未披露其违反了政府已明确确认为付款条件的材料合同的、法定的或者监管的规定时才承担责任。而美国 *ex rel. Hutcheson* 诉 *Blackstone Medical* 股份有限公司一案中法院确定的更广义的缺席规则中，承包人提交了索赔或者未披露其违反材料合同的、法定的或者监管的规定时即承担责任，而不管该规定是否是一个明示付款条件。

因为这两种缺席规则的选择可能是在数亿美元的股份下决定的结果。目前迫切需要解决权威的分裂并确保联邦法院之间的一致性。本文提出美国最高法院应该解决通过认可默示许可理论和适用由 *Mikes* 案中法院确立的付款条件要求而分裂出的 *circuit* 问题。法院应该认可默示许可理论，因为虚假申报法的言辞和结构支持至少对一些未公开的合同的、法定的和监管的违规负责；国会已经强调该法案以针对政府欺诈为目标；该理论与不作为欺诈的普通法认定相一致。同时，无论是法定语言还是立法历史都准许将默示许可理论适用于警察普通的合同违反或者法规的、监管的违反。因此，法院应该采取 *Mikes* 案中付款条件的要求，这要求限制了对欺诈案件的担责。除了执行默示许可责任中的适当限制，*Mikes* 案中的规则优于 *Blackstone* 案中选择的规则，主要表现为两个方面：它提供了联邦承包商关于惩罚性反欺诈责任的合理通知，它也减少了他们履约和诉讼费用。

（2013 年 2 月 第 101 卷第 1 期第 227 页以下）

累进财产的追求和变革性潜能

The Ambition and Transformative Potential of Progressive Property

Ezra Rosser

新兴的累进财产学派庆祝并发现了其在财产的社会本质中的意义。累进财产学者抵制除外责任是物权法核心的观点，他们要求反思财产所有者和非所有者对财产以及他们彼此之间的关系。除了这些想法，累进财产学者到目前为止主要投身于除外责任和享用权问题的研究。本文提出这样的强调掩盖了种族有关的获得和分配问题，这些问题遍及美国的历史与物权法。为累进财产学者所支持的适度结构性变化未能解释这个种族的历史，并且这样做代表了物权法改变的有限构想，这也是累进财产学者应该支持的。虽然同意累进财产学派的政治与学术方向，也同意其有关除外责任和享用权的政策理由，但是我认为任何累进财产变革性项目的第一要务必然是重新获取和分配。（2013年2月 第101卷第1期第107页以下）

（葛依然 译）

（祁云龙 校）