

哥 伦 比 亚 法 律 评 论

王健法学院编译室

二零一四年第五期

总第二十三期

目录

性别刻板印象对妇女来说是不利的吗？反歧视法和工作与家庭之间冲突的再思考	
Are Gender Stereotypes Bad for Women ? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-family Conflict	
Julie C. Suk	12
回归基础：Daubert案后法院对机构动物实验的处理	
Back to Basics: Court's Treatment of Agency Animal Studies After Daubert	
Amanda Hungerford	12
恶魔还是市场开辟者？对非执业实体的实证分析	
Trolls or Market-makers? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities	
Sannu K. Shrestha	13
在实体与程序之间：在对质条款的范围内国家利益所扮演的角色	
Between Substance and Procedure: A Role for States' Interests in the Scope of the Confrontation Clause	
Jennifer B. Sokoler	13
卡夫卡：兼具律师身份的作家	
Kafka :the Writer As Lawyer	
Richard A. Posner	14
诉讼治理机制：认真对待问责	
Litigation Governance: Taking Accountability Seriously	
John C. Coffee, Jr.*	15
最高法院，人身保护令，反恐战争：法律与政治科学的论述	
The Supreme Court, Habeas Corpus, And The War On Terror: An Essay On Law And Political Science	
Richard H. Fallon, Jr.*	15
明确陈述规则和宪法	
Clear Statement Rules And The Constitution	
John F. Manning*	16

立法权的分配	
The Disposing Power Of The Legislature	
Thomas W. Merrill*	17
将普通行政法作为宪法性普通法	
Ordinary Administrative Law As Constitutional Common Law	
Gillian E. Metzger*	17
BOUMEDIENE 诉 BUSH 案之后的人身保护令中止条款	
The Habeas Corpus Suspension Clause After Boumediene V. Bush	
Gerald L. Neuman*	18
拘留、反恐战争以及联邦法院——以纪念亨利·莫纳汉	
Detention, The War On Terror, And The Federal Courts An Essay In Honor Of Henry Monaghan	
Judith Resnik*	19
定位创新：技术、组织结构与金融契约的内生性	
Locating Innovation :the Endogeneity of Technology ,Organizational Structure ,and Financial Contracting	
Ronald J. Gilson	20
认罪协议解释中口头证据的使用	
The Use of Parol Evidence in Interpretation of Plea Agreements	
Tina M. Woehr	20
最狭隘的民族主义：鉴于波多黎各政治进程的失败而反思司法纵容不平等待遇的行为	
A Most Insular Minority:Reconsidering Judicial Deference to Unequal Treatment in Light of Puerto Rico’s Political Process Failure	
Adriel I. Cepeda Derieux	21
最高效力条款文本主义	
Supremacy Clause Textualism	
Henry Paul Monaghan	21
直接民主理论与单一主题规则	
A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule	
Robert D. Cooter &Michael D. Gilbert	22

罗姆人教育现状报告：从奴隶制到种族隔离到超越种族隔离	
Report on Roma Education Today: From Slavery to Segregation and Beyond	
Jack Greenberg	23
宪法刑事程序中的权利转换与救济失衡	
Right Translation and Remedial Disequilibrium in Constitutional Criminal Procedure	
Jennifer E. Laurin	24
拯救Buckley：构建稳定的竞选资助框架	
Saving Buckley: Creating a Stable Campaign Finance Framework	
J. Robert Abraham	25
从Bonannos案到Bin Ladens案：Reves运营或管理测试及诉恐怖组织资金提供者的RICO民事诉讼可行性	
From the Bonannos to the Bin Ladens: the Reves Operation or Management Test and the Viability of Civil RICO Suits against Financial Supporters of Terrorism	
Adam B. Weiss	25
权力规则	
Power Rules	
Samuel L. Bray	26
创伤轨迹：堕胎的身体和精神创伤之讨论	
The Trajectory of Trauma: Bodies and Minds of Abortion Discourse	
Jeannie Suk	27
初步协议与干涉侵权的融合	
Integrating Preliminary Agreements into the Interference Torts	
Jesse Max Creed	28
模型重塑：在州宪法中保护失败赔偿，比照毕文斯法案	
Remaking the Mold: Pursuing Failure-To-Protect Claims under State Constitutions Via Analogous Bivens actions	
Helen Gugel	28
迷人的Skinner案：结婚权的历史及其相关政治学	
Sexing Skinner: History and the Politics of the Right to Marry	
Ariela R. Dubler	29

交错：在理论、实践及学说中正式合同和非正式合同的相互作用	
Braiding:The Interaction Of Formal And Informal Contracting In Theory, Practice, And Doctrine	
Ronald J. Gilson,* Charles F. Sabel** & Robert E. Scott***	30
法律顾问办公室的遵循先例	
Stare Decisis In The Office Of Legal Counsel	
Trevor W. Morrison*	31
使之同床异梦：在处罚雇主的执法中争取与非法劳工合作	
Making Strange Bedfellows:Enlisting The Cooperation Of Undocumented Employees In The Enforcement Of Employer Sanctions	
Farhang Heydari*	31
攻击性武器？对州立专利中州主权豁免这一“利剑”的实证分析	
An Offensive Weapon?: An Empirical Analysis Of The “Sword” Of State Sovereign Immunity In Sstate-owned Patents	
Tejas N. Narechania*	32
对“事后补救措施”证据的经济分析——传统的，行为的以及政治的	
The Economics—Conventional, Behavioral, And Political—Of “Subsequent Remedial Measures” Evidence	
Dan M. Kahan*	33
法律上有罪，规范无罪，以及衡平法赋予的不予起诉决定	
Legal Guilty, Normative Innocence, And The Equitable Decision Not To Prosecute	
Josh Bowers*	34
作为准则而非先例的雪佛龙：对于在部门尊重案件中是什么激发了司法积极性的一项实证研究	
Chevron As A Canon, Not A Precedent: An Empirical Study Of What Motivates Justices In Agency Deference Cases	
Connor N. Raso* and William N. Eskridge, Jr.**	35
言论并不廉价：第一修正案是否使征信机构的错误方法论免受规制	
Talk That Isn’t Cheap:Does The First Amendment Protect Credit Rating Agencies’ Faulty Methodologies From Regulation?	

Caleb Deats*	36
基地组织的终结? 反思反恐战争在法律上的终结	
The End Of AL QAEDA? Rethinking The Legal End Of The War On Terror	
Adam Klein*	36
黑板丛林: 行为不良, 废止种族歧视, 以及布朗案中的文化政治	
Blackboard Jungle: Delinquency, Desegregation, And The Cultural Politics Of Brown	
Anders Walker*	37
打开公平住房之门:通过《美国法案》第 42 款第 1983 条来实施对公平住房法的肯定性进一步规定	
Opening Doors To Fair Housing: Enforcing The Affirmatively Further Provision Of The Fair Housing Act Through 42 U.S.C. § 1983	
Michelle Ghaznavi Collins*	38
调节一夫多妻制:亲密, 违规处理规则以及协商的平等	
Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules,And Bargaining For Equality	
Adrienne D. Davis*	38
美国法院歧视条约?平等、二元性及非自动执行	
Do U.S. Courts Discriminate Against Treaties?:Equivalence, Duality, And Non-self-execution	
David H. Moore	39
外国私人顾问的豁免:新的系统性风险控制架构中存在的潜在漏洞	
The “Foreign Private Adviser” ExemptionX: A Potential Gap In The New Systemic Risk Regulatory Architecture	
Michael I. Overmyer	40
作为平民宪政主义的司法选举	
Judicial Elections As Popular Constitutionalism	
David E. Pozen	41
填补空白?非废止条款与同化犯罪法	
Filling The Gap? Non-abrogation Provisions And The Assimilative Crimes Act	
Nikhil Bhagat	41

刺激及民法权利	
Stimulus And Civil Rights	
Olatunde C.A. Johnson	42
披着狼皮的羊:在集团诉讼公平法案下移除国父诉讼	
Sheep In Wolves’ Clothing: Removing Parens Patriae Suits Under The Class Action Fairness Act	
Alexander Lemann	43
联邦制和联邦政府机构改革	
Federalism And Federal Agency Reform	
Gillian E. Metzger	43
部分专利	
Partial Patents	
Gideon Parchomovsky* and Michael Mattioli**	44
放松行政调查	
Disentangling Administrative Searches	
Eve Brensike Primus*	45
概括分析原意主义	
Profiling Originalism	
Jamal Greene,* Nathaniel Persily** & Stephen Ansolabehere***	45
席尔瓦-特雷维诺后涉及反公德行为犯罪的分类方法	
The Categorical Approach For Crimes Involving Moral Turpitude After Silva-Trevino	
Pooja R. Dadhania*	46
“热点新闻”: 新闻报道中财产权的不朽神话	
“Hot News” : The Enduring Myth Of Property In News	
Shyamkrishna Balganesh*	46
美国宪法第九修正案作为一般解释规则	
The Ninth Amendment As A Rule Of Construction	
Ryan C. Williams*	47
搜罗赫林案: 借贷和集资学说中的经验教训	
Trawling For Herring: Lessons In Doctrinal Borrowing And Convergence	

Jennifer E. Laurin*	48
“法律不负责任的范围如此巨大”？依赖律师建议的上级命令国防和诚实信用	
“So Vast An Area Of Legal Irresponsibility”？The Superior Orders Defense And Good Faith Reliance On Advice Of Counsel	
Mark W.S. Hobel*	49
商业目的同宪法目的一样：以国际专利诉讼的视角再评朝日公司案	
Commercial purpose as constitutional purpose: Reevaluating asahi through the lens of International patent litigation	
Matthew R. Huppert*	49
机构间相互作用之设想	
The Design of Agency Interactions	
Keith Bradley	50
多得-弗兰克法案通过后的系统性风险：应急资金和监督之外的管理策略制定	
Systemic Risk After Dodd-Frank: Contingent Capital and the Need for Regulatory Strategies Beyond Oversight	
John C. Coffee, Jr.	51
对购买住房的公民美德之再评价	
Reassessing The Citizen Virtues of Homeownership	
Stephanie M. Stern	52
结社自由的优势地位：投票权法案第五条款和政治党派的代表分配	
The Ascendancy of Associational Freedoms: Section 5 of the Voting Rights Act and Political Party Delegate Allocation	
Neta Levanon	53
行政法中的第三条款、机构裁决及上诉审查模式的起源	
Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law	
Thomas W. Merrill	53
合理侵入	
Fair Trespass	

Ben Depoorter	54
解除法律约束：为签署 11(c)(1)(C) 辩诉协议的罪犯重新架构修改判决的可行性 Unbinding the Bound: Reframing the Availability of Sentence Modifications for Offenders Who Entered into 11(c)(1)(C) Plea Agreements	
Joshua D. Asher	55
第七编保护同狱犯人：捍卫美国监狱中民事权利的模式方法 Title VII Protections for Inmates: A Model Approach for Safeguarding Civil Rights in America’s Prisons	
Jackson Taylor Kirklin	56
成为最高权威：司法至上的联邦基础 Becoming Supreme: The Federal Foundation Of Judicial Supremacy	
Barry Friedman & Erin F. Delaney	56
最佳实用技术标准 The Best Available Technology Standard	
Lital Helman and Gideon Parchomovsky	57
反思关于善意购买的法律规则 Rethinking The Laws Of Good Faith Purchase	
Alan Schwartz and Robert E. Scott	58
为州法案指明方向：特许学校和 1983 年宪法修正案 Charting A Course To State Action:Charter Schools And § 1983	
Maren Hulden	59
对恐怖分子适用米兰达警告？：对公共安全抗辩的实证分析 Mirandizing Terrorists? An Empirical Analysis Of The Public Safety Exception	
Joanna Wright	59
百分之二的问题 The One Percent Problem	
Kevin M. Stack	
Michael P. Vandenberg	60
不方便法院原则和外国判决的执行 Forum Non Conveniens And The Enforcement Of Foreign Judgments	

Christopher A. Whytock	
Cassandra Burke Robertson	61
冬后和解：联邦法院预先禁令的标准	
Reconciliation After Winter: The Standard For Preliminary Injunctions In Federal Courts	
Bethany M. Bates	62
解密重新裁决：地方法院一定要复审未向治安法官提出的异议吗？	
Deciphering De Novo Determinations: Must District Courts Review Objections Not Raised Before A Magistrate Judge?	
Kevin Koller	62
解决有限豁免的困境：对一般损害的宪法性侵权要求	
Resolving The Qualified Immunity Dilemma: Constitutional Tort Claims For Nominal Damages	
James E. Pfander	63
战略外溢	
Strategic Spillovers	
By: Daniel B. Kelly	64
行政法中的顺从和对话	
Deference and Dialogue in Administrative Law	
Emily Hammond Mezell	65
管理道德风险：合同案例	
Managing Moral Risk: The Case of Contract	
Aditi Bagchi	65
进退两难：审查品牌与延迟药物专利诉讼判决的一般激励	
The Stay Dilemma: Examining Brand and Generic Incentives for Delaying the Resolution of Pharmaceutical Patent Litigation	
Michael R. Herman	66
挑战拘押：为什么移民被拘押者比“敌方战斗人员”受到更少的法律程序保护，以及他们值得更多保护	
Challenging Detention: Why Immigrant Detainees Receive Less Process Than	

“Enemy Combatants” And Why They Deserve More	
Faiza W. Sayed	67
婚姻作为一种惩罚	
Marriage as Punishment	
Melissa Murray	67
破产中的事务一致性和新金融	
Transaction Consistency and the New Finance in Bankruptcy	
David A. Skeel, Jr. & Thomas H. Jackson	68
阻止国际贿赂：当公共执法和私人执法抵触时	
Deterring Global Bribery: Where Public and Private Enforcement Collide	
Rashna Bhojwani	69
五等同于三？从公民房屋保护第三修正案看征用条款	
Does Five Equal Three? Reading the Takings Clause in Light of the Third Amendment’s Protection of Houses	
Thomas G. Sprankling	70

性别刻板印象对妇女来说是不利的吗？ 反歧视法和工作与家庭之间冲突的再思考

Are Gender Stereotypes Bad for Women ?

Rethinking Antidiscrimination Law and Work-family Conflict

Julie C. Suk

在美国，工作和家庭责任之间的冲突始终是妇女在工作场合中获得平等地位的一个重要障碍。很多时事评论员不无羡慕地表示，大多数欧洲国家没能赋予妇女法定的带薪休产假的权利，而美国的实践就与此不同。本文认为，美国协调工作和家庭冲突的潜在可能性正在逐渐被反歧视法的优势地位所破坏。用以反对家长式作风和性别陈规定性观念的美国反歧视法的独有模式，已经促使家庭和医疗休假成为一个单独的法律制度。但是今天，由于成本问题以及出于对滥用病假的担忧，将生育等同视为生病排除了大量的产假的可能性，导致了产假的严重不足以及病假很容易地被滥用。为了揭露此美国式的特质，本文展开了对成功地协调工作与家庭的欧洲模式的彻底全面的比较分析。与美国模式相反，欧洲国家的法律对妇女是家长式作风，以保护妇女与其孩子的特殊关系。以法国和瑞典为例，生育被给予了特殊的、大量的保护，而数量稍少的病假是分开管理的。本文批评了美国的反歧视方式和欧洲的性别意识方式来综合合成新的方式以重新调整美国对家庭和医疗休假的法律框架。(2010年1月第110卷第1期第1页以下)

回归基础：Daubert案后法院对机构动物实验的处理

Back to Basics: Court's Treatment of Agency Animal Studies After Daubert

Amanda Hungerford

长期以来，联邦机构一直依赖动物实验来确定，至少是初步确定，某一特定物质是否具有致癌性。重要的问题是：这些实验是否应被法庭所采纳？十七年前Daubert案为法院回答该问题提供了一个框架，并且这个答案在大多数情况下都

是“不可被采纳”。然而，一些法院已经在机构与法院间发生冲突的地方开创了一个例外。当机构（尤其是环境保护机构）依赖动物实验以指明某物质具有“致癌性”，法庭会承认这些研究，但是如果该实验是由某私人当事方作出的，那么法庭将不会承认。本文认为此种方式是错误的。环境保护机构的动物实验准则既没有赋予动物实验Daubert案要求的可靠性，也没有赋予其相关性，因此，他们的标准也不应用来承认难以被采纳的研究。此外，本文鼓励法院在决定机构动物实验在将来是否将会被承认时回归到Daubert案的路径。（2010年1月第110卷第1期第70页以下）

恶魔还是市场开辟者？对非执业实体的实证分析

Trolls or Market-makers? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities

Sannu K. Shrestha

非执业实体指的是很少或者从不实施其专利，而是着眼于赚取许可费的企业。非执业实体可能已经取得自身发明的专利权或是从其他发明人那里购得专利。在过去的几年里非执业实体一直是很多论辩的主题。批评这些企业的人将他们标志为“专利恶魔”，并声称他们使用不稳定的、模糊不清的专利来吸取过高的许可费，或是很轻易而草率地对产品制造商提起侵权诉讼。另一方面，非执业实体和他们的支持者们宣称这些企业通过向独立发明人提供资金以及为技术信息的交易创造一个有效率的市场的方式增强了创新和竞争。本文使用了来自美国专利商标局（PTO）的专利数据以及斯坦福大学法学院知识产权诉讼信息中心（IPLC）的侵权诉讼信息来对关于非执业实体的一些争论进行测试，并用这些数据和信息来确定这些企业究竟是有益于创新还是损害创新。（2010年1月第110卷第1期第114页以下）

在实体与程序之间：

在对质条款的范围内国家利益所扮演的角色

Between Substance and Procedure: A Role for States' Interests
in the Scope of the Confrontation Clause

Jennifer B. Sokoler

本文考虑了国家法规建立刑事被告人必须履行的程序的合宪性，该程序的建立是为了维护其第六修正案的权利以对抗准备将法医报告引入针对其的证据的实验室分析员。这些法规--即俗称的“通知与需求”法规--依据最高法院在最近的Melendez-Diaz 诉Massachusetts一案的裁决，已经变得越来越重要，该裁决指出：为了将实验室报告引入证据，检控方必须保证筹划该报告的技术人员在法庭质证时在场。在最近的一系列案件中此观点非常普遍，这种观点起源于Crawford 诉华盛顿案，此案解释了对质条款，要求法院在裁决某特定的陈述是否触发了被告人的对质权时适用明确的准则而不是更加灵活的“可靠性”标准。关键的是，理论分析推动着法院在Melendez-Diaz案的裁决意见中没有允许法院将它的裁决对国家法医实验室和刑事司法系统产生的重大影响考虑进去。本文以Melendez-Diaz案的判决附随意见为基础认为至少有一些通知与需求法规具有合宪性，主张法院在评估这些法规的合法性时应当将国家的利益考虑进去。最后，本文敦促法院承认实体与程序之间的重要关联，并建立一个框架用来确定哪一种国家强加的程序在未经允许的情况下削弱了首先在Crawford案中确立的并在最近Melendez-Diaz案中得到确认的强劲的对质权。（2010年1月第110卷第1期第161页以下）

卡夫卡：兼具律师身份的作家

Kafka :the Writer As Lawyer

Richard A. Posner

（原文无摘要）

（2010年1月第110卷第1期第207页以下）

（戚小乐 译）

（沈纯霞 校）

诉讼治理机制：认真对待问责

Litigation Governance: Taking Accountability Seriously

John C. Coffee, Jr.*

欧洲和美国正在重新考虑他们集合诉讼的方法。在美国，集体诉讼早已开展，围绕使用经济刺激来调整集体诉讼律师利益与集体利益的商业模式。但是，越来越多的潜在的集体成员更愿意选择退出，这表明美国模式的优势可能被夸大了。相比之下，欧洲一直抵制美国的商业模式，如今欧洲对美国模式的某些元素是否应该予以采用来保证正义产生了争议，即撤回集体诉讼，风险代理费，以及费用分配的“美国规则”。因为法律移植很少考虑这些，关于集合诉讼，本文提供一种与欧洲传统一致的“非商业模式”作为替代。更少的依托经济刺激，它的目的是设计一个集体诉讼的原告代表作为一个真正的“守门人”，承诺其声誉资本，以确保其忠实表现集体成员意志。实际上，这种模式结合了美国“公共利益”诉讼与现有的欧洲集体诉讼的各方面实践。审视美国和欧洲的做法之间的差异，本文认为这些差异都不应当模糊的禁止，而功能性替代品，包括一个选择集体诉讼和第三方的基金，可以进行改造从而产生大致类似的结果。虽然两个系统可能在赔偿方面相似，本文认为，最终的问题是该司法管辖对司法部长拟授权和支持的程度，以威慑其追求盈利目的。（2010年3月第110卷第2期第288页以下）

最高法院，人身保护令，反恐战争：

法律与政治科学的论述

The Supreme Court, Habeas Corpus, And The War On Terror:

An Essay On Law And Political Science

Richard H. Fallon, Jr.*

本文旨在阐明最高法院的人身保护令的案件，在 2008 年 *Boumediene* 诉 *Bush* 案件中所作出的反恐的判决，布什通过最近的政治学文献得出三个主张来补充传统的法律分析。首先第一个主张，宪法的司法审查的空间受民意支持，由于国会和总统的容忍而被“政治性建构”了。与此相一致的主张，最高法院主要采取的是对国家反恐战争的边缘政策，但在 911 事件之后，认识到政治气候不断变化以及紧急恐怖威胁感减弱，这种主张愈发强烈。其次，布什在“重建总统”上的失败，他努力说服公众和法院接受宪法性的主张即以广阔，单边和不容司法审查的行政权力来打击恐怖威胁。第三，最高法院是“他们”，而不是“它”，其反恐战争的裁决往往体现于中立大法官观点的机会主导地位，未来的决定也很可能会有所反映出。由于肯尼迪法官投下了决定性的一票打破了案件投票的平衡，因而新兴理论都存在着他鲜明的特点。然而在国家安全问题方面，通过司法原则最终解决争议的可能性比解决宪法性法律争议的可能性小。如若反恐战争显著变得更可怕，将会输光所有赌注。这至少是不可避免的，并且可能是可取的，即法治的理想应该在一些节点得到体现（并不是无限制的），甚至就我们的传统所高举的作为自由的终极保障的人身保护令。（2010 年 3 月第 110 卷第 2 期第 352 页以下）

明确陈述规则和宪法

Clear Statement Rules And The Constitution

John F. Manning*

近年来，最高法院已经愈发频繁地以宪法所启发的明确陈述规则来补充传统马布里式司法审查。这些法定制度准则有两个显著特点。首先，他们对国会征收澄清税，坚持认为国会立法想获得某种法定结果，会威胁司法明确的宪法价值时应当是称述明确的，如联邦制，无溯及力原则或法治制度。其次，因为法院已经承认，明确陈述原则能够适用即使结果避免这样的规则也不会违反宪法。举例来说，虽然法院认为，事后禁止条款仅在刑事方面禁止溯及既往（等等），法院也可以用该条款来获得一个更为普遍的价值来说明民事案件中无溯及力原则明确

称述规则的正当性。

本文认为，这种明确陈述规则前提是存在错误，宪法包含独立的价值，可以有意义地识别并从该法院得出了他们的条款的具体条款分别执行独立的价值。事实上，宪法代表了一个“妥协的集合”，体现的不只是抽象的目的或价值，而且还限制和界定了这些价值的范围和内容。如果刑法事后条款禁止溯及既往，它违反了民法内容中根据价值协议定价原则。这种担忧，即明确陈述规则从具体的宪法方法及一般的宪法性终端——适用中抽象出了明确陈述规则，而且，哪怕是有人认为大多数的宪法性法律都能正确从法官创造的执行原则中找到。这种原则往往自身定义了执行宪法的具体办法，不仅是模糊的宪法适用，常常会激活明确陈述规则。（2010年3月第110卷第2期第399页以下）

立法权的分配

The Disposing Power Of The Legislature

Thomas W. Merrill*

我们所理解的宪法，包括已经出现了一段时间的普通法盛行的原则。这样的原则之一是立法机关的处置权，可以理解为只有立法机构有权安排，发布，分配不同社会机构之间执行法律的权力。这篇文章说明了在刑事，民事和行政法律的处置权力的逐渐出现，并为立法机构为何能够拥有这样适当的排他权力提供了一些原因解释。处置权的另一个含义是另一种类型普通法，法院有权由宪法来预测法律，但应符合法律的修订，正如教授亨利·莫纳汉在1975年哈佛法律评论开创性的前言中所述，实际上可能在众多的应用中都是违宪的。（2010年3月第110卷第2期第452页以下）

将普通行政法作为宪法性普通法

Ordinary Administrative Law As Constitutional Common Law

Gillian E. Metzger*

亨利·莫纳汉有句名言：很多宪法解释利用了他所谓的宪法性普通法，教义和规定是受宪法的启发，但不是宪法所要求的，并可以由国会改变或保留。本文认为，相当数量的一般行政法有资格作为宪法性的普通法：宪法关注的问题也渗透在行政法核心学说和要求，然而国会享有广泛的权力，以改变一般行政法即使是涉及宪法的方面。然而，一般行政法中的宪法性特征很少被法院认可。这种缺乏承认的一个显著的例子是 2009 年的一个判决，FCC 诉福克斯电视台公司，在该案中，最高法院坚持认为，一个机构的行为是否是“武断和反复无常”，与是否违宪是分离独立的问题。

认识宪法和普通行政法之间的相互关系是很重要的，无论是对宪法性普通法的合法性讨论，或是对行政机关可以在我们的宪法秩序方面发挥的作用的适当评价。对宪法普通法许多抨击的背后是认为宪法具有狭窄和确定的范围。然而，在行政法背景下普通法律与宪法之间的交织关系，表明上述观点是错误的。此外，寻求通过普通行政法强制执行宪法规范，结合宪法原则比分割两者更好，而且很有可能会对政治部门的决策特权更少的干预。更好的批判不是在多大程度上宪法浮于行政内容表面，而是随之而来缺乏透明度的问题。（2010 年 3 月第 110 卷第 2 期第 479 页以下）

BOUMEDIENE 诉 BUSH 案之后的 人身保护令中止条款

The Habeas Corpus Suspension Clause After Boumediene V. Bush

Gerald L. Neuman*

在为关塔那摩湾海军基地的军事囚犯的人身保护权利辩护的过程中，最高法院有机会来解决一系列关于宪法的人身保护令中止条款的含义。在这篇文章中，纽曼教授更宽泛地审查了法院对美国民事和刑事案件中人身保护法的解释。中止条款确保了对任何公民或外国人非法拘留的司法救济的稳定持久的最低内容。审查的必要宪法范围部分原因是由历史查询，部分原因由工具平衡测试确定的。审

查行政拘留应当适用更严格的标准，但条款可能还要求对司法拘留进行一些检查。法院的进一步分析表明，如今中止条款最好被理解为积极强制联邦补救措施，而不是仅仅保护国家救济免受联邦干预。本文探讨了这一观点的结果，最近争议的是，在美国，司法权是否可以审查驱逐外国人决议的效力，从而说明了法院的新的平衡方式不确定的操作。（2010年3月第110卷第2期第537页以下）

拘留、反恐战争以及联邦法院——以纪念亨利·莫纳汉

Detention, The War On Terror, And The Federal Courts

An Essay In Honor Of Henry Monaghan

Judith Resnik*

2004年至2009年间，在911事件之后，美国最高法院无数次地依靠人身保护令保护被拘的公民和外国人。各种诉求也被划入911相关决定，例如“战争”的案件；“关塔那摩监狱”的案件；“酷刑”的案件；反常的程序文件不公平；联邦审前羁押的异常情况；亦或是众多的挑战法院权威的司法拒绝以及令人失望的预防性拘留狭窄的程序性救济。此外，人们可以说，恐怖主义的苗头引发了规范性的问题，这些相关的约束与其他原因截然不同。

但是，无论是911拘留所带来的问题或是所产生法律都是舶来品。相反，它们是对政府试图维持和平与安全政策决定的一系列连续的司法应对，因此，不会使一些人担心可能造成严重的伤害。在911的环境之下，官员们应对有犯罪威胁的人群以及威胁边境管理的人群。对此，超过200万的人被关押在美国，有25,000人隔离在“超大”建筑单独监禁。相反，在过去的几十年中，法院已经解决或对关押的时间和条件的不合法性提出异议，并且美国国会曾多次寻求构建或限制关押者可能会采取的诉求法院的路径。因此，911事件的决定就是典型的亨利·莫纳汉所称为的联邦法院内的“永恒”的问题关于法院的这个宪法秩序的作用。人们常常看到，“外国”法对美国法律理念有很多影响，以及由法院作出的独特贡献，法院必须独立运作，并视所有主体尊严平等，工作机会平等。但对于法院有限的作用是明晰的，即使判决能够构建一些关押的指标，人的尊严的保护

仍取决于各级和各部门官员互动的多样化。(2010年3月第110卷第2期第579页以下)

(施 骏 译)

(吴 晶 校)

定位创新：技术、组织结构与金融契约的内生性

Locating Innovation :the Endogeneity of Technology ,
Organizational Structure ,and Financial Contracting

Ronald J. Gilson

关于创新的“定位”我们还有很多不了解：对于某特定的创新来说，与创新相关联的技术的整合；创新企业的规模和组织机构以及支持创新的金融契约。本文认为应当同时确立这三个指标，并通过四个创新活动的案例讨论了三者之间的相互作用，这四个创新活动定位的特点是追求在一个知名的公司、一个处于早期阶段的更小的公司之间或者是在两者的结合中进行折中。本文首先考虑了一个知名公司在决定是保持雇员的创新力还是允许雇员通过开发产品来追求创新时所面临的困境。文章接下来列举了知名公司与处于早期阶段的公司之间一个差异非常大的关系：小公司“颠覆性”创新的发展取代了该产业内的主流公司。然后本文考虑了知名公司如何利用产品开发市场为工具将特定的创新外包发展为技术竞争。最后，本文考察了知名公司与处于早期阶段的公司之间定位的一种创新形式：大型制药公司与小型生物技术公司之间合资的模式。(2010年4月第110卷第3期第885页以下)

认罪协议解释中口头证据的使用

The Use of Parol Evidence in Interpretation of Plea Agreements

Tina M. Woehr

(原文无摘要)

(2010年4月第110卷第3期第840页以下)

最狭隘的民族主义：鉴于波多黎各政治进程的失败 而反思司法纵容不平等待遇的行为

A Most Insular Minority: Reconsidering Judicial Deference to Unequal Treatment
in Light of Puerto Rico's Political Process Failure

Adriel I. Cepeda Derieux

目前波多黎各与美国两者之间关系的宪法轮廓很大程度上由领土合并原则进行定义，并于十九世纪末二十世纪初在最高法院的海岛案件中得到发展。正如通常解释地那样，领土合并原则指出，作为未合并的领土，出于一些目的而不是其他目的，波多黎各岛是美国的一部分。因此，居住在波多黎各的美国公民仅仅享有“基本”宪法保护。本文聚焦于领土合并原则与现代平等保护原则以及司法审查之间的交叉重合。谈到这个问题，最高法院已经予以解释：依照宪法领土条款对领土行使其绝对权力的国会也许对待波多黎各岛会不同于其他州，只要其行为有合理的基础即可。本文主张：遵循领土合并原则的逻辑去理解国会对待波多黎各岛的有差别的态度是一种错误指引，不管该原则是否被用来使波多黎各作为未合并的领土的地位得以具体化，或者是作出推断，即实际上波多黎各已经并入美国。然后本文提出假定：为了挑战立法对居住在波多黎各的美国公民的表面歧视，法院应当聚焦于对波多黎各剥夺公民权立法的情况适用严格审查标准。(2010年4月第110卷第3期第797页以下)

最高效力条款文本主义

Supremacy Clause Textualism

Henry Paul Monaghan

不管在法定解释“大战”中处于何种地位，原旨主义驱动下的文本主义已经被假定为在宪法解释中发挥越来越显著的作用，至少在学界是这样的情况。本文聚焦于这样一种形式，即“最高效力条款文本主义”；也就是，最近文本主义者关于第六条最高效力条款含义的主张。本文描述了两类这样的主张。第一，Bradford Clark教授在重要的文章中指出该条款“处于我们的宪法结构的中心”，并且“认识到只有美国的宪法、法律和条约才是这片领土内的最高法律”。只有借助那几个可列举的模式才能实现对别的管理性的州法律的替代，法律仅仅指的是国会颁布的法令。其后果是联邦普通法（目前被普遍理解为此概念）以及行政立法是不合法的，至少当通过原始理解进行衡量时是这样的情形。第二，本文描述了真正的最高效力条款文本主义者的主张。包括Amar、Lawson和Paulsen教授在内的几个著名的学者指出“宪法”是“最高效力法律”，并提倡对几乎所有的与原旨理解驱动下的文本主义不符的司法先例的予以拒绝。本文详细地考察了最高效力条款文本主义者有争议的历史上的主张，尤其是在排除该条款国家主义基础时让其扮演实质上保护国家的角色。然后转向了最高效力条款文本主义的本质问题，诸如它不能解释行政立法，以及联邦普通法现在以我们的宪法秩序为特征。文章接下来描述了最初的立法者的内心世界--一个现在已经消失了的世界--以及其对于自然法的理解。最后，本文挑战了那些最高效力条款文本主义者--真正的基要主义者--他们会否认先例在我们的宪法体系中所具有的权威属性。在此过程中，本文对任何形式的不管是理论上的还是实践中的原旨主义/文本主义能够间接地为我们的宪法审判实践提供充分的解释提出质疑。（2010年4月第110卷第3期第731页以下）

直接民主理论与单一主题规则

A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule

Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert

许多国家的公民用直接民主来让法律规制一切事物，从饮料瓶、马肉到反歧视行动和同性婚姻。直接民主是否能将公民从腐败的立法者手中解救出来？或者

是，它是否削弱了有胜任资格的代表人而授权一个无知的群体？这些极端思想经常会因为一个州宪法条款--单一主题规则在法庭上发生碰撞，该规则将投票方案限定在一个主题上。反对者们可以通过让法庭相信某方案包含两个主题（比如说，婚姻和同性伴侣关系）而使其无效，而拥护者们可以通过证明它只包含一个主题（比如说，同性结合）来获取优势。尽管存在数以百计的案例，法官和学者们还是没有办法精确地定义“主题”。其结果与诉讼结果不一致，是对司法能动主义的指责，并呼吁废除单一主题规则。逻辑和语言不能精准地定义“主题”。相反，从公民偏好和民主政治进程中才能提炼出该定义。在大多数选民的心目中议题的可分性意味着分别投票的义务，而不可分性意味着允许合并投票。当原告主张某投票方案包含两个主题时，法院应当就大多数选民支持第一部分是否取决于第二部分是否成为法律的问题进行询问。如果答案是否定的，那么大多数选民可以就各个部分分别作出选择。因此，法院应当发现投票方案包含两个方面的主题。相反地，如果答案是肯定的，那么大多数选民需要同时就两个部分作出决定，并且法院应当发现投票方案包含一个主题。正如直接民主最初设置的目的一样，民主进程测试增加了公民的选择，并保留了立法机关将议题捆绑结合在一起的排他性权力。（2010年4月第110卷第3期第687页以下）

（戚小乐 译）

（沈纯霞 校）

罗姆人教育现状报告：从奴隶制到种族隔离到超越种族隔离

Report on Roma Education Today: From Slavery to Segregation and Beyond

Jack Greenberg

纵观历史，东欧罗姆人与美国黑人走过相似的道路。19世纪中期，在历经了数个世纪的奴隶制后，两者几乎同步获得了解放。随后，他们又经历了数年苦难时光，遭受歧视，生活贫苦，住房恶劣，身体羸弱，教育隔离。然而，二战期间，他们的道路发生分歧。大约150万罗姆人在大屠杀中被纳粹及其同伙谋杀。战后美国爆发了民权运动，并从法律上废除了种族隔离制，但罗姆人却处在苏联

统治之下。罗姆人有工作、房子和社保，但是却不能在在现代济中发挥作用。1989年柏林墙被推倒，罗姆人仍深陷在东欧政体中。罗马教育还是被隔离的并且是一种低等教育，而受教育是脱离此等深渊的必要途径。

因为我是Brown诉教育局案的律师之一，同时也是全国有色人种协进会法律辩护基金会的负责人，我上诉了多起取消学校种族隔离案。2003年，罗姆领导人发动了取消学校种族隔离的立法运动，并邀请我到东欧。自此我致力于揭露当地学校种族隔离的实际情况。

欧盟及各国政府已经通过了多部禁止种族隔离的法律并提供补助促进消除种族隔离。欧洲人权法院及各国法院已经有些审判认定学校实行种族隔离是非法的。然而，并没有任何欧洲或是国家审判机构及行政机构命令停止学校种族隔离，也没有机构处理白人群飞的现象，这成为一种主要的逃避方式。相反，他们只在不协调不受限制的城市进行纠正行动。

这不仅仅是欧洲及各国政府缺乏主动性的问题，罗姆民主权利运动也未曾开展。但是希望还是存在的。我看到一些学校—甚至街区—正采取初步行动终止种族隔离。一些政府的举措也能促进进一步融合。罗姆一些聪明的年轻人，对官位有抱负的年轻人冒险从事了政治工作。在一些开始取消种族隔离的社区罗姆人申请进入融合学校的数量超出了额度。基金会、欧共体，其他国家以及经济必要性，这一切都迫使取消种族隔离。初步行动的成功促使进一步积极措施的实施。在报告，我报道了我对罗姆学校种族隔离现状的调查结果，提出了如何促进该地区融合的措施。（2010年5月第110卷第4期第919页以下）

宪法刑事程序中的权利转换与救济失衡

Right Translation and Remedial Disequilibrium in Constitutional Criminal Procedure

Jennifer E. Laurin

人们都知道刑事程序性权利既是个人宪法权利的保障也是行为调控准则，落实程序性权利指导着刑事审判者的行为。宪法上的刑事程序具有调控性和动态性，它来自于刑事与民事诉讼。最终刑事程序权利在双重救济体制中得到了成型

和确定。然而，需要注意的是刑事救济体制与民事救济体制中的刑事程序权利并不一致。民事法庭重塑了刑事程序教条作为替代，旨在构建新的法律实施的行为准则，且这些准则能够变通，更加宽宥。

本文主张这种重塑行为并非偶然，而且也不仅仅作为塑造宪法信条的救济角色——这个角色会被带入复杂救济情形，即对一种权利的裁定超越救济的范围。本文借鉴宪法实施学术理论中新兴的几种观点，提供了大量关于刑事程序中跨救济领域裁定所遇问题的描述。本文特别关注无原则无逻辑的方式如何破坏宪法刑事程序的调控力。本文提倡并运用了“权利转化”框架以改善上述缺陷。刑事程序中的权利转换包含特殊的救济变化及系统变化，因此本文中的裁定模式允诺能够阐明其他跨救济领域的宪法裁定。（2010年5月第110卷第4期第1002页以下）

拯救Buckley：构建稳定的竞选资助框架

Saving Buckley: Creating a Stable Campaign Finance Framework

J. Robert Abraham

1976年Buckley诉Valeo案提出了赞助支出差异说，这对构建竞选资助框架具有里程碑意义。如今，下级法院向独立支出委员会提出资助限制的合宪性，并且一些委员会已经采用了教条方法，这直接威胁到Buckley案存废效力。本文向独立支出委员会建议一种替代方法，即构建稳定的关于巴克利竞选资助的法律体系。这种方法会给未来的改革者提供清晰的宪法规则，让他们能灵活有效的解决竞选资助问题。（2010年5月第110卷第4期第1078页以下）

从Bonannos案到Bin Ladens案：Reves运营或管理测试及诉恐怖组织资金提供者的RICO民事诉讼可行性

From the Bonannos to the Bin Ladens: the Reves Operation or Management Test and the Viability of Civil RICO Suits against Financial Supporters of Terrorism

Adam B. Weiss

在 *Reves* 诉安永国际会计事务所一案中最高法院明确阐明了“运营还是管理”的试验，鉴于此试验，本文叙说了建立以 RICO (敲诈勒索类犯罪及反腐败法案) 法案来起诉为恐怖组织提供资金的行为的期望性及可行性，这类民事诉讼中原告是私人而被告是建立国际恐怖组织的人。民事 RICO 有可能成为反恐战争中的有力武器。首先，RICO 民诉可作为附加方式，因其可阻碍恐怖分子融资。私人原告（通常是私人律师）可以帮助瓦解恐怖分子融资，同时他们自己也有可能获得失去的财产。然而，这些诉讼给受害人带了可不仅仅是财产返还。RICO 本质是独一无二且引人共鸣的，这使得它成为一种特殊的途径将恐怖活动的资助者与其助纣为虐的组织紧密的联系在一起。

本文开篇探究了各法院对RICO的态度，及*Reves* 诉 *Ernst & Young*案中运营或管理测试的发展。最初法院惧怕阐明RICO的范围，随后下级法院阐明了划分RICO范围的标准。接下来本文转向*Reves*案应用及其后来者子尝试运用民事RICO诉国际恐怖主义资助者。随后文章分析了联邦各法院对于运营或管理事宜的先例，特别是那些被告，被融资恐怖组织控告的被告，可被概念化为RICO企业或是命令下的运营，以此论证上述案例索赔的可行性。最后文章进行了总结，即不予此类索赔既与最高法院的先例相悖也偏离了立法目的。不予赔偿也是下级法院的惯用做法，下级法院一直坚持过度限制民事RICO的范围。对于诉恐怖主义资金提供者的RICO民诉案有些新的司法回应，本文并不认同其观点。本文鼓励法院参考运营或管理测试，并联系特定的情形及反恐战争面临的挑战。（2010年5月第110卷第4期第1123页以下）

权力规则

Power Rules

Samuel L. Bray

本文提供了统一框架以了解法律如何保护弱势群体免受强权者的伤害。法律方式之一是处罚强权者，一旦她伤害了弱势者。这种方法被称为“伤害规则”。

但是有时候法律不再注重对伤害的惩罚，转而对制造伤害的强权进行规制。反映了此种转变的法律规则称之为“权力规则”；这些规则清楚的重塑了强权与弱势之间的根本关系。权力规则下法律可调整一些伤害规则不能直接调节的情形。甚至伤害规则能调整的情形，权力规则也可作为其补充或者改变其调整效力。但是权力规则也有弊端：太过宽泛，权力规则只鼓励表达性的法律制定，扩大执行的自由裁量权。权力规则的概念帮助说明适用法律规则的模式，尤其是在交易、竞争、暴力、说服及一定身份下的行为（如受托人身份）。这一概念也阐释了折衷思维，法律制定者在抉择如何保护弱者时的折衷思维。（2010年5月第110卷第4期第1172页以下）

创伤轨迹：堕胎的身体和精神创伤之讨论

The Trajectory of Trauma: Bodies and Minds of Abortion Discourse

Jeannie Suk

对于创伤事件带来的情感痛苦，法律上有什么规定吗？妇女堕胎后的精神创伤最近取得了宪法依据。本文探究了这一前沿的创伤说。我认为关于堕胎创伤的法律语言源于心理创伤理念，这些理念随着女权主义的兴起在法律中屡见不鲜。在Gonzales诉Carhart案中，最高法院认为有些妇女在堕胎之后“后悔”引发“严重的沮丧和自尊丧失感”，这一观点引发激烈的批判，因为妇女由于自己的决定受到心理创伤而得到保护，这种做法是重述家长主义，与现代的平等主义思想不符。我认为有篇文章很重要，一篇新颖突出的堕胎后悔话语的文章，是法律上接受心理创伤说。心理创伤说自1970年以来，随着女权法律思想及改革的成熟，其势头不断壮大。堕胎创伤理论并没有破败或是无端的消失，而是在当时不断的开展了法律讨论：女权主义提及女性身体创伤以及性行为创伤。这一智慧的文章对法律体系中关于妇女心理痛苦的话语意义非凡。Roe诉Wade案发生后，当代法律对于妇女权益说有所发展，如果将妇女心理创伤的想法置于其中，人们便会更加熟悉。（2010年6月第110卷第5期第1193页以下）

初步协议与干涉侵权的融合

Integrating Preliminary Agreements into the Interference Torts

Jesse Max Creed

初步协议已成为繁琐谈判中的重要手段，用来对付那些国情复杂，形势紊乱的国家。现代法院已将初步协议认定为合约订立中间阶段，并明确协议双方的行为责任。但是，法院同时也限制了违约责任，这一举措是为了保护承诺人的信赖利益而非最终交易带来的经济期望值。另外，现代法院将干涉侵权行为分为两大类：一类是针对已经订立的合同，另一类是针对预期的合同。这一做法能置诱导者“特权”于竞争之中，因为“特权”在没有合同的情况下更为强大。然而，两分法引起传统合同法中谈判与合约的对立，因而，现代法院又增设了一个中间类别以容纳初步协议。作为订立合同的中间阶段，初步协议一经签订即代表现有合同而非潜在合同，这否定了干涉侵权行为的二元分类。本文采用历史分析、法律分析以及政策分析，旨在探究如何整合初步协议与干涉侵权行为。本文综合了合同法与侵权原则的基础上提议将干涉侵权赔偿改为信赖赔偿，以弥补承诺人因基于对初步协议的信赖所做出的支出。本文还提议在任意的雇佣关系中，最终交易的期望损失赔偿应仅限于这一方，即能够证明是由独立的违法干预造成，像侵权行为、法定违法行为、违规行为。从独立侵权责任角度来看，仅由干涉引起的违约行为说证明了责任扩大的合理性。（2010年6月第110卷第5期第1193页以下）

模型重塑：在州宪法中保护失败赔偿，比照毕文斯法案

Remaking the Mold: Pursuing Failure-To-Protect Claims

under State Constitutions Via Analogous Bivens actions

Helen Gugel

在某个州，如果在孩子的父亲有过虐待孩子的记录并且该州儿童福利机构有

让孩子脱离父亲监护的特权，但该机构却没有任何作为，那么儿童福利机构要因此对孩子的伤害负部分责吗？如果一个人违反限制性规定，绑架自己的三个孩子，而警察没有及时作出回应，给了罪犯充分的时间拿到了一把枪，那么警察在法律上也是射杀及死亡的共犯吗？这两个问题分别来自“DeShaney诉温尼贝戈郡服务部门”及“城堡石镇诉冈萨雷斯”，最高法院决定不管是联邦宪法还是联邦法规都不能规定积极义务去保护个人不受伤害。

然而，最高法院拒绝强加给联邦政府积极义务的举措并不涵盖各个州。最后，本文认为在保护失败的诉讼案中，各州宪法最好支持州政府有责性。具体描述这一点，首先，它认为有保护义务的法理已经淡出了联邦法律，另外，应当支持独立的州纠正这个议题。本文还比照州宪法条文中毕文斯索赔来论证可行性，各州社会福利机构在明知个人将要受到第三方暴力对待而无所作为，该机构要对其行为负责的可行性。本文的结论是各州政府比联邦政府更乐意规定保护义务，而且事实上，州政府也是此类权利的最佳来源。（2010年6月第110卷第5期第1294页以下）

迷人的Skinner案：结婚权的历史及其相关政治学

Sexing Skinner: History and the Politics of the Right to Marry

Ariela R. Dubler

关于宪法规定的结婚权的意义及范围引发了公众的热议，这是因为政治学提倡扩大结婚权。本文采用新的视角探讨这一问题，即再回顾Skinner诉俄克拉荷马州一案。在1942年，最高法院驳回了某一州的优生优育法，首次清楚表明宪法规定的结婚权。理由是Skinner案发生时公众一直在讨论婚姻关系、生育及性自由。文中Skinner案不仅是对优生优育法律的正面反对，也更加维护了了宪法条文中关于婚姻、性及生育的规定。

本文认为关于Skinner有权结婚反映了某一历史时期，当时婚姻只是性行为正当化的工具——一个“婚姻排他性”政权体制。与之相反的是，如今的宪政社会是一个“性关系多元化”时代，在这个时代未婚的情人关系同样受到宪法保护。

最后，关于同性夫妻权利的案子不断增多，同时这些案例也给法院提供了不同的路径去界定当代结婚权的范围，并且结婚权的意义会随着法院采用判例的不同而有所变化。（2010年6月第110卷第5期第1348页以下）

（吴 晶 译）

（施 骏 校）

交错：在理论、实践及学说中 正式合同和非正式合同的相互作用

Braiding: The Interaction Of Formal And Informal Contracting

In Theory, Practice, And Doctrine

Ronald J. Gilson,* Charles F. Sabel** & Robert E. Scott***

本文研究了正式的和非正式的合同实施二者之间的关系。传统文献将这两种战略视作不同的现象。相比之下，有一部富有实验性的著作认为，是否是正式合同的引入与国家强制一起将非正式合同的操作“踢出局”。这两类文献均过于狭隘地仅仅着眼于正式合同如何为当事人采取实质性行为创造动机，同时假定非正式（合同）的实施依赖于先前存在的信任程度。因此，当前的学术研究忽视了正式的和非正式的合同机制之间描述当前实践中合同特征的关系。当事人通过正式和非正式相结合的机制订立合同来回应越来越大的不确定性——笔者将此称之为一种“交错”——该方法允许任何一方评估另一方在发生无法预见的情形时仍然能够继续合作并有效回应的处置和能力。当事人各方均对交换其共同行为中进展和前景信息的正式合同达成一致意见，并且，正是这种信息共享机制将合同中的正式和非正式元素与内在信任“交错”在一起。笔者认为，低水平的强制与这些“交错”的合同补充中正式（合同）的规则结构相关，而不是排挤依赖于信任程度提高的非正式机制。笔者检视了以增加不确定性为特征的各种情形下的交错现象。在每一个情形中，法院似乎已经通过使用低力度制裁来保护正式合同的初步准备工作来治理这种交错现象。这种手法允许潜在合作者探索并发展其关系，但它并未对双方继续进行某一特定计划施加强制性义务。尽管交错性合同中包含

有适度强制的智慧，然而，强调当代真诚谈判义务的法院常常更倾向于扩大法律制裁。通过阐述法院如何才能对正式的和非正式的合同综合管理体制成功的关键，即交错战略做出最佳支持，笔者对本文进行了总结。（2010年10月 第110卷第6期第1377页以下）

法律顾问办公室的遵循先例

Stare Decisis In The Office Of Legal Counsel

Trevor W. Morrison*

在行政部门内的法律解释近几年已经引起越来越广泛的关注，其中很大一部分集中于司法部门的法律顾问办公室（OLC）。作为行政部门内法律建议最为显著集中的来源，法律顾问办公室同样还受到不当的政治化命令的困扰——尤其是与各种关于“反恐战争”的问题相关时。然而，目前还没有任何将法律顾问办公室所扮演的角色视作为驱使司法部门内部作出政治上和意识形态上倾向性——遵循先例的主要机构之一的考量。本文提供了对法律顾问办公室遵循先例的角色最为持久的叙述性和规范性审查。从叙述性来说，本文分析了从卡特政府开始直到奥巴马政府执政第一年为期的法律顾问办公室所有公开可获取的法律意见。这些数据表明，法律顾问办公室很少公然违背其先前的观点，但是否决行政实体大部分均受到此类意见影响的明示请求确实对该种违背的一个好的预示。从规范性来说，本文考量了相对于其先前意见而言，法律顾问办公室是否应当采用类似于遵循先例的规则，并且，如果这样，那么在什么情形下对那些先例的违背才能被证明是合法的。本文认为，遵循先例在法律顾问办公室中有合法之处，但是法律顾问办公室在行政部门中所处的位置使其既要受到应当与先例保持一致的重要性的影响，又要受到在什么情形下才能违背它们的影响。（2010年10月 第110卷第6期第1448页以下）

使之同床异梦：在处罚雇主的执法中争取与非法劳工合作

Making Strange Bedfellows: Enlisting The Cooperation
Of Undocumented Employees In The Enforcement Of Employer Sanctions

Farhang Heydari*

传统智慧使然,为了控制非法移民,法律规定应当惩罚雇佣非法劳工的雇主。尽管应运而生的雇主处罚法已有几十年的历史,但毫无争议的是,其如何有效实施仍然难以捉摸。事实上,美国移民局往往更多地关注移民的个体,而非一直盯着雇主。然而,随着最近移民政策成为国民关注的前沿问题,出现了要求重新关注本国最严重的违例雇主的呼吁。但在多年执法不严之后,移民局在有效改变其策略方面已然处于弱势。为了帮助推进执法,本文论证了一个在很大程度上避免移民执法的提议:将非法劳工视作为合作方与其进行接洽,而非将其当作目标。尽管类似的做法在其他刑事和民事情形下很常见,在移民领域的协作安排是一个相对较新的现象。本文评估了本国移民法中现有协作的特点,并得出结论,若要使协作成为一个有意义的现实,需要集中的立法响应。(2010年10月第110卷第6期第1526页以下)

攻击性武器? 对州立专利中
州主权豁免这一“利剑”的实证分析

An Offensive Weapon?: An Empirical Analysis Of
The “Sword” Of State Sovereign Immunity In State-owned Patents

Tejas N. Narechania*

1999年,最高法院援引州主权豁免,以推翻专利商标法中旨在使各州对侵犯上述知识产权负责的规定。上述判决引发了一系列的批评,包括宣称主权豁免使得各州在行使州立专利权时享有不公平的优势。尤其是,批评者们提出了两个对州立专利权所有人而言有不公平优势的理由。首先,他们宣称各州可以顺利地操纵诉讼。其次,他们宣称各州在面临获取大量专利的质疑时将使用其豁免权或者迫使私有当事人进入特许安排。然而,一项以私立和公立大学为关注样本的实

证研究表明，上述指控可能并不完全正确。州立大学，作为专利所有权人，相比其私有相对人而言，似乎并不是更成功的诉讼当事人。同样地，州立大学似乎也没有积极地收集弱专利。然而，有一项实验性证据表明，州立大学对其专利的认证颁发越来越具有扩张性。州主权豁免的批评者们认为，该种扩张性的认证颁发行为将迫使私有当事人在毁灭性的损害赔偿诉讼和昂贵的特许安排之间进行选择，从而提高创新的总体成本。为了解决这个问题，市场解决方案和法律解决方案均已被提出。对上述解决方案的一项调查显示，一项旨在要求各州通过放弃其对确认之诉的豁免权而选择加入联邦专利系统的新立法规章，才是最有可能充分解决扩张性州专利侵权所带来的问题之道。（2010年10月 第110卷第6期 第1574页以下）

对“事后补救措施”证据的经济分析

——传统的，行为的以及政治的

The Economics—Conventional, Behavioral, And Political

—Of “Subsequent Remedial Measures” Evidence

Dan M. Kahan*

对证据法的经济分析近些年来呈激增趋势。本文尤其批评了因其中一条规则而增长的经济合理性：对“事后补救措施”证据的禁止意味着在意外发生之前并未采取充分的预防措施。该规则传统的经济防御措施——允许事后补救措施证据阻止当事人采取依据过去经济发展情形分析的措施来防止意外的再次发生——忽视了其消极影响，即禁止事后补救措施证据才是事先预防的诱因。行为经济学基本原理——事实发现者将因“事后聪明偏向”而高估事后补救措施证据——而没有衡量当该证据被采纳时不当的强加责任风险与该证据被排除时不当的不负责任的风险。与其绝对禁止，经济分析更支持具体案件具体评估，即事后补救措施证据是否被采纳应当根据案件中剩余证据的证明力来决定。广为评论员们所关注的禁止事后补救措施的实施不均事实上可以据此进行抗辩。本文总结认为，绝对禁止的学术防御措施，反映出一个明显非实证的（并且必然保守的）经济分析

风格，即通过表明其可以使现存法律规则合理化来寻求获得赞成。该种形式的法律和经济非常不适合证据分析，因为通过他们在关于世界如何运行中所形成的大众信仰的影响，加剧了不良证据规则保持下去的趋势。（2010年10月 第110卷 第6期第1616页以下）

法律上有罪，规范无罪，以及衡平法赋予的不予起诉决定

Legal Guilty, Normative Innocence, And The Equitable Decision Not To Prosecute

Josh Bowers*

起诉自由裁量权并没有统一标准，相反，检察官会根据三个方面的理由来考虑是不予起诉还是进行起诉：法律原因，行政原因，以及衡平法原因。人们普遍认为检察官是最适合来评估这些原因的。因此，检察官被授予几乎不受约束的起诉自由裁量权。仔细来说，当检察官因衡平法而不予起诉或进行起诉时，他们行使其特权而不受抑制。只要符合其他同等条件这是完全可以抗辩的。检察官是最能胜任行使衡平法所赋予的自由裁量权的人物。

这一问题几乎从来没有被质疑过或是严密分析过。反之，判例法和评论家们仅根据不容质疑的理解，即检察官最清楚法律依据和优先战略，来证明现行制度设计是合法的。事实上，许多存在的原因令人相信检察官并不适合于考虑潜在控告的规范性依据。首先，职业检察官未能充分地对案件进行个别处理，反而是将其混入法律框之中。其次，职业检察官对制度的关注优先于衡平法个别内容。尤其是，在常识判断起主要作用，案情明确的情况下，检察官最不能胜任充分考虑衡平法的角色。具体而言，在轻微犯罪案件中，绝对按照扩张的成文法执行既不可取也不可能，并且因此，对衡平法所赋予自由裁量权的有规则运用才符合保证和期望。

简单来说，轻微犯罪执法应当开启衡平法所赋予的自由裁量权对相关被指责的所带来的影响的审慎评估。相反，法律上有罪，往往是次要的（或者说，无论如何，是假定的）。这样一来，正如笔者提供的新数据所帮助表明的那样，简单的法律案件可能会产生困难的规范问题，而检察官并没有知道答案的特别要求。

(2010 年 11 月 第 110 卷第 7 期第 1655 页以下)

作为准则而非先例的雪佛龙：对于在部门尊重案件中 是什么激发了司法积极性的一项实证研究

Chevron As A Canon, Not A Precedent: An Empirical Study Of

What Motivates Justices In Agency Deference Cases

Connor N. Raso* and William N. Eskridge, Jr.**

法律学者和法学家们相信联邦法官常常尊重部门对法规的解释。争论的焦点在于法官何时应当尊重以及法官应当如何教条主义地使尊重管理体制得以运转，也许就像遵循先例那样。

然而，那些关于尊重的规范性辩论是建立在未经严格测试的假设之上的。检视自 1984 年至 2006 年间部门解释开始发挥作用的最高法院所有案件，笔者经实证研究发现，法官一般不赋予尊重管理体制的判例任何接近于遵从先例的影响，但在较多的尊重管理体制背后的政策确实对最高法院层面而言有明显的影响。

笔者还发现司法意识形态影响法官对尊重管理体制的适用。作为记述性事项，笔者发现尊重管理体制更像是法定解释的准则，偶尔适用但是会带来更深层次的司法贡献，就像是有约束力的先例那样，有约束力地被运用，辨别，或否决。

作为规范性事项，本研究为简化最高法院尊重管理体制的连续统一和具有法院以法定解释准则形式作出的尊重判决这一特征的提议提供了实证支持，当然也不是像有权享有遵循先例的判例那样的影响。更广泛来说，该实证分析引起了对将方法论主张（例如雪佛龙）当作有权享有遵循先例的判例来对待的学术提议的怀疑，无论是在智慧上还是在可行性方面。

通过笔者研究中的数据支持，这种怀疑论一个法律学上的原因在于，法定解释方法论（包括尊重）具有固有的临时性并且应当根据每一个法律案件的情形进行调整，而不受先前生效的规则所束缚。换句话说，对部门解释的司法尊重是这样一个问题，即明线规则未必会比饱和文本标准产生更多的预测可能性以及法官的类似法律行为。（2010 年 11 月 第 110 卷第 7 期第 1727 页以下）

言论并不廉价：

第一修正案是否使征信机构的错误方法论免受规制

Talk That Isn't Cheap: Does The First Amendment Protect
Credit Rating Agencies' Faulty Methodologies From Regulation?

Caleb Deats*

2010年，多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法案批准了前所未有的征信机构方法论规则并且创设了一个管理机构私人责任的新标准。然而，在该法案通过前不到一年，在阿布扎比商业银行诉摩根士丹利公司一案中重申了信用等级评定机构在“典型情况下”受到强大的宪法第一修正案的保护，即使它否认该种保护仅限于机构“向选定的投资人群宣传其评级”。如何将这些政府平行分支机构的行动组合在一起？具体来说，第一修正案所赋予国会的监管信用等级评定机构权能的界限在哪里，以及这些界限如何影响多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法？上述问题的给出与信用等级评定机构在2008年陷入经济危机中的角色尤其相关。本文认为——给予相关先例，信用等级评定产业的发展，以及应用于该产业的规则——法院应当驳回在阿布扎比案中略述的测试，并且反之，分析作为商业言论的特定的，不确定的评级。该分析为信用等级评定机构提供了一种有限保护形式，容纳了第一修正案所关注的信息自由流动，但仍允许国会监管机构的方法论并且提出了一个责任标准来阻止错误行为。在商业言论框架下进行分析，多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法案与第一修正案是一致的。（2010年11月 第110卷第7期第1818页以下）

基地组织的终结？反思反恐战争在法律上的终结

The End Of AL QAEDA? Rethinking The Legal End Of The War On Terror

Adam Klein*

正值反恐战争接近其第二个十年之际，2001年《军事武力使用授权书》的开放性引发了该冲突何时、以及如何才能结束的法律问题。该冲突的不确定性已引发了对军事力量将无限期地被持续运用的恐惧——在最高法院布迈丁诉布什案中受到密切注意的预期。法律学者们的主流观点认为在现存判例下，《军事武力使用授权书》和与之相伴的军事力量将持续无限期有效，直到执政党官方宣布冲突已经结束。本文认为，这种二元的、冲突终止的“开/关”模式并不适用于与快速发动、无组织的恐怖袭击相对抗的战争。与众多法律学者关于“恐怖主义”依靠的统一观念不同，恐怖袭击的性质和结构在反恐怖主义共同体中备受争议。部分分析者认为，针对美国的恐怖袭击主要出自基地位于巴基斯坦民族地区的分级组织“核心”基地组织；其余的，认为来自于一个由本土恐怖分子自主引导的分散的“无领导的圣战”。本文利用这一争论，再加上最近对恐怖分子团体如何终结的历史研究分析，作为一个视角对基地组织袭击的无组织性和逐步发展性是如何渐渐破坏主流的反恐战争法律上终结的开/关模式的进行了论证。通过建议构建一个更加恰当的关于如何以及何时反恐战争，以及与之对抗的法律授权会走向尽头的法律模式原则，本文作了总结。（2010年11月 第110卷第7期第1865页以下）

黑板丛林：行为不良，废止种族歧视， 以及布朗案中的文化政治

Blackboard Jungle: Delinquency, Desegregation, And The Cultural Politics Of Brown
Anders Walker*

1955年，米高梅电影公司发行了一部备受争议的关于青少年行为不良的电影，名为黑板丛林。佐治亚州州长欧内斯特·范迪瓦随后使用该电影来暗示即将发生在南部学校的对布朗诉教育委员会判决的强制执行，标志着一个更大的旨在明确有力地表达南部地区种族上的中立、文明将由反抗走向统一的运动的开端。

以黑板丛林作为出发点，本文叙述了在本世纪中叶时关于行为不良和废止种族歧视的演说中的交叉点，展示了民权团体和类似种族隔离主义者均是如何从

流行文化和发展心理学中获益来推进其宪法会议议程的。(2010年11月第110卷第7期第1911页以下)

(茹翼译)

(刘文丽校)

打开公平住房之门:通过《美国法案》第42款第1983条 来实施对公平住房法的肯定性进一步规定

Opening Doors To Fair Housing: Enforcing The Affirmatively

Further Provision Of The Fair Housing Act Through 42 U.S.C. § 1983

Michelle Ghaznavi Collins*

本文分析了第1983条之于公平住房法的肯定性进一步规定的可执行性，它要求房屋和城市发展部在其住房建设规划中促进非歧视、住房一体化以及平等获得住房补贴。根据规定，这项义务也延伸到地方政府和接受联邦住房公积金的公共住房管理部门。最高法院在 *Gonzaga University v. Doe* 案中的意见明确提出对以国会创制私人执行权的意图为基础的第1983条的可执行性的严格考验，而地方法院对于违反第3608条e款第5项时是否能够执行第1983条的解释前后不一致。本文认为尽管地方法院间有差异，第3608条e款第5项赋予个人在联邦资助的公共房屋计划中平等获得公平的、综合性的住房权利，按第1983条的规定仍然能够对地方政府和公共住房管理部门进行强制执行。(2010年12月第110卷第8期第2135页以下)

调节一夫多妻制:亲密，违规处理规则以及协商的平等

Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, And Bargaining For Equality

Adrienne D. Davis*

大多数法律学家已经接近一夫多妻制的两种方式之一，一些人把它看做是宗教宪法问题或者私人权利。其他人则在一夫多妻制所产生的竞争影响的基础上争论在妇女的从属地位到民主问题的范围内的合法化。本文把注意力从合宪化和非刑事化的争论转移到一系列新的问题上：一夫多妻制是否并且如何得到有效的认可和调控，并且与现代社会规范相一致。本文先描述不同的利益相关者和评论家在一夫多妻制度上的争论；然后反驳在同性恋婚姻和一夫多妻制之间的类推，将什么是一夫多妻制在法律上的与众不同以及它的多样性作为一个失误进行争论。不同于同性恋婚姻，它是对坚持两人结婚模式典型想象，婚姻的多重性既加重了亲密沟通的成本，又在其他几个方面使其变得复杂，包括提出关于如何协商并分配婚姻中的权力。接下来文章声称其他法律制度已经解决了一夫多妻制的核心难题：以多重合作伙伴，正在进行的出入口，生死攸关的经济以及个人风险为特征确保公平和建立连贯的基准行为，它转向商业合伙法提出一些适合婚姻多重性的实验性违规处理规则，由此解决了一夫多妻制所产生的一些成本和权力之间不一致。文章最后通过在异性婚姻之外展示如何将爱和承诺理论化从而使我们看清了对亲密关系的认可、废除和私有化。（2010年12月第110卷第8期第1955页以下）

美国法院歧视条约？平等、二元性及非自动执行

Do U.S. Courts Discriminate Against Treaties?:

Equivalence, Duality, And Non-self-execution

David H. Moore

尽管最高条款中包含条约，但在美国法院中只有自动生效的条约才能立即执行。最近，最高法院在 *Medell'in* 诉得克萨斯州案的判决中给予了同等确认，在这个判决中，最高法院采用了广义的非自动执行概念。大多数外交关系法律学者寻求限制非自动执行的发生。他们声称，除了其他原因，非自动执行还违反了授予宪法、法规和条约同等效力的最高条款，少数学者则通过各种辩论来回应非自动执行原则并不歧视条约，宪法并不要求相等，条约的双重性——即，第一是外

交事务的法律文件；第二是国内法，证明了差别待遇的合理性。

本文引进了一种有利于非自动执行的广义概念的新论点。本文不仅仅强调条约所特有的二元性，还强调了宪法和法规的二元性。然而他们的主要作用不仅体现在国内法上，同时还体现在外交关系上，特别是当他们适用在域外的時候。最高法院关于宪法和法规域外适用的最新指南允许对最高法律的所有三种来源在其领域内的二次应用进行司法待遇上的及时比较。在更广义的非自动执行的概念下沿着新的轴线进行比较揭示出条约的效力优先于法规。由此新的分析也推进了非自动执行的辩论。该比较同样对与条约国内地位相关的其他问题有着重要的意义。(2010年12月第110卷第8期第2228页以下)

外国私人顾问的豁免：新的系统性风险 控制架构中存在的潜在漏洞

The “Foreign Private Adviser” ExemptionX:

A Potential Gap In The New Systemic Risk Regulatory Architecture

Michael I. Overmyer

自从1988年长期资本经营的崩溃以来，政策制定者普遍认为对冲基金增添了美国经济的系统风险。多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法案通过授权监管当局加强对对冲基金审慎监管来解决此风险。监管者及时、准确的识别应当受到监管的资金的能力对于这一权利的有效行使是至关重要的。多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法案要求美国的对冲基金经理人通过在美证券交易监督委员会登记来对他们自己管理的基金进行自我识别。相比之下，外国的对冲基金经理人在其基金不超过美国投资者阈值或代表美国投资者运营的资金量的情况下则不需要登记。结果，为了完成保护美国经济免受系统风险危害的法定责任，监管者必须自己去识别哪个外国基金对美国经济造成了危害。公众信息的范围和质量以及国际合作潜在的不可靠性都使得美国监管者不大可能准确、恰当、有效地识别这类基金。由于外国对冲基金经理人免于登记，因此减弱了美国监管者管理系统风险的能力。为了填补这一漏洞，达到美国资产持有门槛以及对美国的出借

人负有义务的外国对冲基金经理人都应当向美国证券交易监督委员会注册登记。虽然限制多德·弗兰克华尔街改革和消费者保护法案中的外国私人顾问豁免的时机已经过去,但是导致自我识别的另类方案却存在于美国证券交易监督委员会提出的大额交易报告系统规则中。(2010年12月第110卷第8期第2185页以下)

作为平民宪政主义的司法选举

Judicial Elections As Popular Constitutionalism

David E. Pozen

最近,美国法律理论最重要的发展之一就是对于大众宪政主义的新兴兴趣。美国法律制度最重要的特征之一就是州法官的普选,即每一年由哪些法官来解决数以千计的州和联邦的宪法问题,通过普选产生。虽然有大量的著作涉及这两个话题,但是学术上却很少触及。几乎没有人根据大众宪政主义来评价司法选举,反之亦然。

本文将进行那样的思想实验,旨在展示,将司法选举概念化为大众宪政主义的工具,会丰富我们对这二者的理解。大众宪政主义的规范性理论能够提供一套新的强有力的论据来支持和反对司法选举。而研究州选举法官的经验对厘清理论上的一些缺陷有帮助,一些方法中的逻辑也能证明自我破坏。思想实验也可能是更广泛的兴趣。在详尽说明司法选举和大众宪政主义的联系方面,本文旨在更概括地阐明尚待发掘的宪政建设,民主的代表性,法学以及州法院的理论和实践之间的联系(或紧张)。(2010年12月第110卷第8期第2047页以下)

填补空白?非废止条款与同化犯罪法

Filling The Gap? Non-abrogation Provisions And The Assimilative Crimes Act

Nikhil Bhagat

联邦飞地——州自然领土内的区域,其主权却属于联邦政府——是联邦法院

专属管辖区域。同样，州刑法通常在那里不适用。同化法使得联邦能够在某些情况下在内飞地将州刑法同化。同化法只能适用于争议行为不被另一部现存的国会法律规定为其他犯罪的情形，制定的国会标准已经被完成的联邦法规以及规章所保留。在刘易斯诉美国案中，最高法院宣布国会的意图是是否用现存国会制定法来覆盖特别犯罪法的基础。

本文意在探讨规定某行为犯罪以及可能禁止在同化法下进行同化的国会制定规章以及刑法规章在附有不废除条款——一个宣布相关的刑法规章不能废除任何州或联邦法律的监管规定——时法院应该怎样查明国会的意图。其结论是为了确定联邦刑事法律是否能够在同化犯罪法下排除州法律的同化，法院应该适用行政法学的一般原则，特别是“雪佛龙原则”，给予不废除条款特别的尊重以最终反映颁布机构，也就是国会的明确意图。（2011年1月第111卷第1期第77页以下）

刺激及民法权利

Stimulus And Civil Rights

Olatunde C.A. Johnson

联邦的支出延续了种族之间的不平等，不仅仅通过明确的排斥，而且通过立法决定及支出项目的制度设计。吸取罗斯福新政和战后社会计划的教训，本文提供的联邦支出具体特征的报告突出了联邦支出在构建种族安排上的重要性。本文认为联邦支出计划由于规模庞大与构建种族不平等有关，他们在新方案上的创新，基础设施的支出以及在这些计划上的决定都是根据是否利用了州及各地的显著包容性规范而做出。探索这些功能与理解现在的刺激有关。刺激的主要方面确立了促进种族不平等的资金和方案结构，这延缓了州及各地而不是推进了明确的公民权利规则和规范，而错过重要的机会进行创新以促进种族包容和公平。

然而，本文认为即使有这些刺激，刺激也使得民间社会团体有机会通过运用刺激促进最后种族的包容和平等来学习新政和战后计划的经验。事实上，这篇文章表明，巨大的刺激正在产生一系列新的法律和监管机构以促进联邦支出的透明

度并进行问责。本文表明，这些干预措施为阻断通过联邦支出延续的不平等以及利用刺激来促进种族包容的机制提供了保证。(2011年1月第111卷第1期第154页以下)

披着狼皮的羊:在集团诉讼公平法案下移除国父诉讼

Sheep In Wolves' Clothing: Removing

Parens Patriae Suits Under The Class Action Fairness Act

Alexander Lemann

本文检查了集团诉讼公平法案在移除国父诉讼后的适用性。集团诉讼公平法案扩大了联邦管辖权的多样性从而使得最小多样化的集团诉讼也包括在内，同时也去掉了在州法院进行大多数集团诉讼的规则。尽管集团诉讼公平法案并未提及国父诉讼，他们与集团诉讼内在的相似性提出了关于是否能够把他们也移入到联邦法院。第五巡回在路易斯安那依据告发的考德威尔诉全州保险公司案中认为真正的利益方—那些他们受到损害形成国家亲权立场的基础—可以被当做在集团诉讼公平法案下以移除为目的的人。本文阐述了集团诉讼公平法案的术语和目标以及国父立场的概念，并且认为第五巡回的做法应当被废除。允许在集团诉讼公平法案工作下移除国父诉讼是违背法案目标的，也是不被其用语所支持的，也是对第十一修正案所载入的联邦主义的违背。(2011年1月第111卷第1期第121页以下)

联邦制和联邦政府机构改革

Federalism And Federal Agency Reform

Gillian E. Metzger

本文评估了2008到2009年间的三个主要的州法优先于联邦法的判决——*Altria Group, Inc. v. Good*, *Wyeth v. Levine*, and *Cuomo v. Clearing House Ass'n*,

因为其与各州在国家行政管理中扮演的角色相关联。文章认为判决主要集中适用了州的法律和优先权分析以改善联邦管理和管辖，防止联邦机构的失败。联邦制明显影响了决议的落成，但其更多是作为改善联邦机构能力的机制而非本身值得追寻的原则。

然而作为提高联邦行政管理的机制的州法律的决定框架和优先适用分析，在立场上与司法惯例形成了鲜明对比，在优先使用和行政管理法的文本中，最高法院反驳了适用州法的努力以及法院挑战联邦警察局的表现。而本文探究了联邦机构改革的直接和间接努力的差别能否解释这种不一致的法律做法，但是最终直接-间接的区别也未能如愿。接着本文考虑了反之由法院分配给各州在监管联邦机构中特殊角色的可能性。虽然这种解释尚有潜力，但是本文认为迄今为止联邦法院还未能证明这种做法是正当的。（2011年1月第111卷第1期第1页以下）

（刘文丽 译）

（茹 翼 校）

部分专利

Partial Patents

Gideon Parchomovsky* and Michael Mattioli**

本文提议了一种完善专利制度运作的方法。与大多数现存的改革提案不同，它们着重于分析美国专利商标局和联邦巡回法院及其运用的程序，而本文的提议在本质上是概念性的。文章介绍了两种新的知识产权形态，即“准专利”和“部分专利”。这两种新形态均旨在通过增加新发明和研究信息的应用及实用性来降低传统专利的社会成本。按照本文界定的含义，“准专利”仅能有助于对抗发明人的直接商业竞争者，而不能对抗其他人。部分专利具有同传统专利一样的范围，但是给予它们授权的条件在于申请人同意公开与要求被保护的发明相关的所有研究信息。这两种新形态对于传统专利制度是补充性的而非替代性的。它们利用最低限度的行政成本与大多数现存的改革提案相配套更好的完善专利制度。总之，“准专利”和“部分专利”可以降低传统专利制度中后续发明者的成本，因

此为更多发明创造开辟路径。(2011年3月第111卷第2期第208页及以下)

放松行政调查

Disentangling Administrative Searches

Eve Brensike Primus*

任何一个受过国际边境检查的人、被机场的金属探测器扫描过的人或者为聘任公职人员而经过药检的人都经历过行政调查。自9月11日以后，政府越来越多的援用行政调查的除外情形以证明增多的检查点、空前的地铁检查和大量的窃听装置的正当性。随着科学和技术的进步，行政调查的频率和范围只会增加和扩大。因此，系统的阐述行政调查原则的边界和具体要求具有重要意义。然而，众所周知规制行政调查的规则是不明确的。本文试图重新将焦点放在行政调查上，并主张目前行政调查法律中存在大量的“破坏现象”的原因可以追溯至联邦最高法院将两种不同的调查形式并入一种“原则性例外”，即对给定地域内或涉及某一特殊活动的任何人、任何地点或任何事件的“法网式调查”以及针对个人的“特殊族群调查”，其被认为降低了对隐私权保护的期望。“法网式”调查最先开始，随后出现了“特殊族群调查”。政府试图通过行政调查的分类来协调这两种不同的调查方式，但其逐渐丧失了在任何一种调查方式上规定具有意义的限制因素的能力。为了将这一领域的法律清晰化并说明其意义，本文建议我们放松这两类行政调查。(2011年3月第111卷第2期第255页及以下)

概括分析原意主义

Profiling Originalism

Jamal Greene,* Nathaniel Persily** & Stephen Ansolabehere***

原意主义是一项综合了法律话语和政治话语的主题，人们不仅仅在法律审查的知识中援用它，在大众传媒和公众讨论中原意主义也经常被援用。本文第一次

阐述了关于原意主义的公众态度的实证研究。为了更好的理解那些自认为是原意主义学者的人口学特征、政治倾向、法律观及文化观，本文研究分析了最初的和现存的调查数据。最后我们得出的结论是：关注法治、支持政治保守的立场和对道德传统主义及道德自由主义的文化倾向都是判断原意主义个人偏好的重要预测因素。本文的分析表明原意主义不仅仅是作为一个关于宪法解释的法律命题在进行传播，同时也是作为一个政治产物和文化表达习语在传播。（2011年3月第111卷第2期第356页及以下）

席尔瓦-特雷维诺后涉及反公德行为犯罪的分类方法

The Categorical Approach For Crimes Involving Moral Turpitude After Silva-Trevino

Pooja R. Dadhanian*

涉及反公德行为犯罪的定罪，可能会导致严厉的移民处罚，例如对非美国公民来说，将会被驱逐出境。认定一个犯罪是否为涉及反公德行为犯罪取决于该反公德行为是否包含其固有因素。因此，行政裁定者和联邦法院运用以犯罪因素为焦点的分类方法来判断其是否是涉及反公德行为犯罪。虽然这种分类方法在巡回法院中已得到了进一步发展，但其通常仍分为两个步骤，它们关注的焦点均是判断具有符合定罪的条件，而不是该非美国公民的行为。2008年美国司法部长席尔瓦-特雷维诺为该分类方法增加了第三个步骤：允许审判员考虑那些被宣判有罪的非美国公民的行为。本文通过重点分析该分类方法前两个步骤的变化以及美国司法部长提出的第三个步骤，发现在席尔瓦-特雷维诺提出第三个步骤后巡回法院中的分歧逐渐扩大。最后，本文并不认同席尔瓦-特雷维诺提出的第三步，并且明确了审判员必须采取统一的分类方法以防止非美国公民被错误地驱逐出境，同时保证移民法在全国范围内的一致适用。（2011年3月第111卷第2期第313页及以下）

“热点新闻”：新闻报道中财产权的不朽神话

“Hot News” : The Enduring Myth Of Property In News

Shyamkrishna Balganesh*

“热点新闻”规则是指针对滥用时效性事实信息的诉讼理由，国家法律支持新闻报道的提供者对抗直接竞争者实施的免费搭便车的行为。联邦最高法院对国际通讯社诉美联社一案的判决中全部的衍生观点认为该规则可以使新闻采集者防止他们的直接竞争者投机取巧的利用他们通过努力收集和发布的实时新闻。在过去的几年里，不同种类的新闻采集者已经越来越多的利用这一规则，相信该规则可以创造并保护新闻报道中的所有者权益。本文认为这种信赖误解了“热点新闻”规则的真正基础及其独特的分析体系。“热点新闻”规则发源于两个不同的普通法概念的综合，即不正当竞争和不当得利，它主要关注解决新闻采集市场的集体行动问题。由于新闻采集工作需要巨大的经济开支，其实践的可持续性取决于报纸行业内彼此间不同方式的合作。鉴于上述的认识，“热点新闻”作为一种机制进行运作，通过这一机制保留了鼓励个人竞争者加入新闻采集合作和分享筹备安排的激励措施，这提高了他们个人和集体的盈利能力，同时维护了事实新闻的公共性（如：公共领域）。因此，“热点新闻”规则试图通过一项基于利益的责任框架来保持新闻采集者之间竞争平衡的关系，在这个过程中，它强调了一种与新闻报道中固有的财产理念极其不同的分配基线。认清这一差异及其意义对“热点规则”的继续适用至关重要，同时也阐明了它作为新闻产业内一项新的收入来源的内在不合适性。（2011年4月第111卷第3期第419页及以下）

美国宪法第九修正案作为一般解释规则

The Ninth Amendment As A Rule Of Construction

Ryan C. Williams*

在过去的二十年里，我们看到了大量的讨论恢复美国宪法第九修正案最初含义的学术成果。这些学术成果几乎都将重点放在考察美国第九修正案中提到的“人民保留的其他权利”的最初含义上。讨论过这一问题的学者倾向于按照一定

的假设进行研究，这一假设是一旦得到正确的认定，这些“其他”权利有资格获得同法律给予列举的宪法权利的相同的保护水平。本文通过论证不管美国宪法第九修正案提及的“被人民保留”的权利的最初含义是什么，第九修正案本身没有强制要求对这些权利给予同宪法性权利等同或相类似的保护，进而对上述假设提出质疑。相反，美国宪法第九修正案的最初含义不过是规定了一项针对特殊形式宪法论点的详细且精准的解释规则。

重新关注宪法第九修正案规定的解释规则有助于识别违反了该修正案解释要求的宪法论点，尤其是那些基于利用宪法中已列举的权利来缩小“其他权利”的范围的论点。本文列举了一些与多样化问题相关的此类论点的例子，如关于死刑问题、仇恨言论问题以及政府主权豁免问题的论点，通过适当的理解宪法第九修正案的解释规则此类论点可能看似合理的被排除在界限之外。一些论点试图在其他法律文本内或文本外来源中为具有司法强制性的“未列举”的宪法性权利寻求依据，本文认为宪法第九修正案与这些论点可能具有持续的相关性。（2011年4月第111卷第3期第498页及以下）

搜罗赫林案：借贷和集资学说中的经验教训

Trawling For Herring: Lessons In Doctrinal Borrowing And Convergence

Jennifer E. Laurin*

2009年联邦最高法院对赫林诉美国一案的判决引起了关于可责性基础框架的来源、意图和内涵的批评与困惑，这一可责性基础框架的宣布是为了美国第四修正案中的证据排除规则。本文认为宪法性侵权学说对于证据排除规则体系形成的影响大都未经过研究，在这一条件下，赫林案的判决也许会得到更好的理解。借贷和集资相互作用的过程推动了上述影响的产生——前者是当法院运用有限豁免理论来界定证据排除规则的善意例外时的一项经过深思熟虑的策略；后者是初始借款逐渐产生的影响，从善意例外，最终到证据排他规则的其他方面，其从宪法侵权学说中得出并与宪法侵权学说相符。

本文明确并追踪分析了推动证据排除规则法律体系中借贷和集资学说的合

适性、历史偶然性和裁判实用主义，这在很大程度上加快了收缩救济范围的议事日程。文章中的分析有助于更深刻的理解赫林案产生的可能后果、刑事诉讼和宪法救济领域内以及更广泛的法律内借贷学说发展的影响。这篇文章对于借贷和集资形成的实质法律标准和法律价值，尤其是宪法救济体系带来的风险，提供了一项重要的警示。(2011年4月第111卷第3期670页及以下)

“法律不负责任的范围如此巨大”？ 依赖律师建议的上级命令国防和诚实信用

“So Vast An Area Of Legal Irresponsibility” ? The Superior Orders Defense And
Good Faith Reliance On Advice Of Counsel

Mark W.S. Hobel*

本文认为现代的上级命令国防是评估美国潜在的刑事责任的最具相关性和合理性的范例。声称自己在适用询问技术之前是被政府律师团授权和提议的询问人很可能已经构成了刑讯逼供。然而，近几年的美国法律，如2005年颁布的《拘禁者待遇法》中的大部分重要章节，构成了对上级命令国防的扩展规定，它将适用于询问者，且它不仅完全使参与到审讯的政府官员和政府机关免于适用，也破坏了新出现的关于上级命令国防的国际法律规范。

文章的第一部分探讨了在国际法中现代上级命令国防的发展，一般是将其并入国内军事法，包括《军事审判统一法典》。第二部分分析了近年来的美国法律与实践，认为其可能脱离了上级命令国防的国际法律标准。第三部分提议了一些可以将美国的法律实践恢复到符合国际标准，与此同时促进其良性发展的方法。(2011年4月第111卷第3期第574页及以下)

商业目的同宪法目的一样： 以国际专利诉讼的视角再评朝日公司案

Commercial purpose as constitutional purpose: Reevaluating asahi
through the lens of International patent litigation

Matthew R. Huppert*

属人主义管辖权的贸易流理论假定非本地居民的被告可能被强迫加入法庭诉讼，并产生一个对其不利的判决，但她同该法庭诉讼唯一的关系仅是间接的商业联系。联邦最高法院已经意识到“贸易流”理论在一系列案件中应用的正确性，其中最近的是 1987 年的朝日金属工业有限公司诉高等法院一案。然而，朝日公司所在地的法院内部分裂出两种多数观点，分别由欧·康纳法官和布伦南法官主导，这些观点明确表达了在“贸易流”理论下被告必须具备何种程度的联系才能确定适用属人管辖权的不同标准。随着朝日公司的分裂，低级法院在“适当的宪法基础”这一问题上产生分歧，它是用来判断在“贸易流”背景下法院何时可以适用属人管辖权。一个联邦巡回上诉法院已经决定不在朝日公司案中产生的不同标准间作出选择。该联邦巡回上诉法院也有一套独特的管辖权体系：它的上诉管辖权是依据案件主题而不是案件发生地来确定的，且它对专利诉讼具有排他的上诉管辖权。鉴于专利诉讼成本的日益增加和不断变化，国会授权该联邦巡回上诉法院将专利法标准化，但本文认为该法院应当在朝日公司案中已确定的两个标准中作出选择。分析了围绕“贸易流”理论的历史问题、理论问题及政治问题和国际专利诉讼后，本文得出的结论是朝日公司案中布伦南法官的标准在专利诉讼环境下最为合适。(2011 年 4 月第 111 卷第 3 期 624 页及以下)

(陈 丽 译)

(孙亚男 校)

机构间相互作用之设想

The Design of Agency Interactions

Keith Bradley

行政法学界倾向于认为各机构间应该相互独立，其只受控于议会、总统和法

院。同时，学界认为行政权力的结构化，即将权力的行使分配至许多的机构和部门，是一种人为设置或只是议会控制权力的机制。这篇文章认为机构间的相互作用作为行政结构的一部分与责任划分同等重要。文章提出了一种特殊的作用形式，这里将其称为“基于规则的界面”，与传统的期望相反，这是为总统控制行政权而特别设计的机制。文章提出了一种行政管理中的复杂性理论，该理论指出基于规则的界面为协调规制特定种类的复杂管理问题提供了系统性的帮助，这些复杂管理问题被称为“正交利益问题”。对于这类问题，传统的总统控制显得力量极弱，如果对机构间责任进行划分，再加上创建基于规则的作用界面，则有助于增强总统控制此类问题的能力。一旦将行政权力的整体结构，包括其作用界面考虑在内，这种结构就会看起来像是总统和议会商讨的结果，而不只是限制行政行为的工具。（2011年5月第111卷第4期第745页以下）

多得-弗兰克法案通过后的系统性风险：应急资金和监督之外的管理策略制定

Systemic Risk After Dodd-Frank: Contingent Capital and the Need for Regulatory Strategies Beyond Oversight

John C. Coffee, Jr.

由于金融机构增加利润最快、最简单的方式就是增加融资，所以管理者和具有系统重要性的金融机构在风险和融资问题上会存在持久性的紧张关系。许多人认为2008年金融危机的爆发是由于不完善的行政赔偿制度诱导金融机构增加融资，承担过度风险。然而这种说法引发了一个问题，即为何这种赔偿制度还在沿用。越来越多证据表明，投资者赞成适用这种制度以促使经理人承担更高的融资风险。因此，投资者的压力就成为导致具有系统重要性的金融机构失败的一个因素。

那么，我们可以做些什么来阻止这种失败的发生呢？多得-弗兰克法案的重点是放在预防控制和管理监督上面，但是这篇文章认为，金融监管的政治经济学理论表明了管理监督力量（调节正弦曲线）最终一定会松懈。而且，多得-弗兰

克法案大大削弱了金融监管者给予受损金融机构资金援助的能力，很大程度上迫使它们接受现状，在联邦储蓄保险公司的主持下进行清算。然而在美国和欧洲，金融监管者是否真正具有迫使金融机构进行清算的政治意愿仍值得怀疑。

如果要终止资金援助，那么在依靠管理者的智慧之外，必须有其他措施加以代替。因为金融机构本身就是脆弱的，其清算危机也是可以预见的，所以这篇文章提出了一种“自救”措施来代替之前的做法。顾名思义，该措施就是在“应急资金”制度下，在预定的时刻，将主要金融机构的大部分债券转化为股票。然而，与之前对于应急资金的提议不同，此种转化将会建立在不断渐进、递增的基础上，而且债券会转化为重要的、不可转化的优先股权，享有累积股息和投票权。此种设计的意图有三点：（1）以一种阻止承担额外风险的方式稀释股权（2）形成一个具有投票权的优先股股东阶层，他们将会是理性的风险厌恶者，能够抵挡因融资增加和风险承担而形成的普遍股东压力（3）通过替代性地构建一种更加渐进式的改变，以避免“全有或全无”的转变，因后者会导致政治上的阻力和官僚主义的优柔寡断。（2011年5月第111卷第4期第795页以下）

对购买住房的公民美德之再评价

Reassessing The Citizen Virtues of Homeownership

Stephanie M. Stern

财产法中主导性的观念是，公民拥有住房能够使其在政治上和城市生活中更加投入，从而为当地社区（以及国家民主）做出贡献。这种观念成为了极具影响力的财产及土地使用理论的基础，并论证了能够促进购房及扩大购房影响力的住房政策的合理性。

这篇文章质疑了购买住房的“公民美德”，主张现有证据已揭示出了比普遍观念更加保守、有针对性的公民影响。文章探索了由住房引起的公民效应下的心理、历史及经济因素。一些因素不仅阐明了房屋所有者和租户在特定的公民活动中有类似表现的原因，同时也说明了“对租金上涨的担心会限制租户对当地社区的贡献”，这一说法并非普遍正确的原因。文章提出了一些能够促进购房的潜在

政策。(2011年5月第111卷第4期第890页以下)

结社自由的优势地位：

投票权法案第五条款和政治党派的代表分配

The Ascendancy of Associational Freedoms: Section 5 of the Voting Rights Act
and Political Party Delegate Allocation

Neta Levanon

投票权法案是联邦立法中具有开创性、史无前例的一部分，其寻求提升重建修正案中固有价值。为了达成这一目标，其中一个条款，即第五条款规定了禁止特定的州或政党未经联邦政府批准而改变投票程序，或称为“预先审查”。虽然最高法院发现至少在一种情况下对某一政党征收登记费用主要受制于预先审查，然而司法对于政党做出的何种程度的改变需要进行预先审查并未予以规定。这篇笔记认为州政党改变分配代表的提名程序的方式应该在投票权对投票稀释的预先审查范围之外。笔记也特别指出了两种并行的法律趋势，一种是对第一修正案的结社自由案件，另一种是第五条款的少数群体权利案件，最高法院越来越多地强调政党的结社自由，并逐渐地减少对第五条款规定范围的扩大性干预。因此，本文认为政党的结社自由应优先于改变州政党代表分配模式而带来的对少数群体权利的潜在影响，因这种改变仅被认为稀释了少数群体投票权，而非排除其初始投票权。(2011年5月第111卷第4期第848页以下)

行政法中的第三条款、机构裁决及上诉审查模式的起源

Article III, Agency Adjudication, and the Origins of
the Appellate Review Model of Administrative Law

Thomas W. Merrill

美国行政法是建立在审查法院和相关机构关系的概念的基础之上，这些机构往往是以民事诉讼中上诉法院和审判法院之间的关系为模型。这种上诉审查模式的起源很少为人所知，它并不一定是行政法的必要基础，但是却有着深远的影响。这篇文章详细介绍了 1906 年以后上诉审查模式的兴起，当时这种模式是美国最高法院为应对政治危机而做出的简单应对，该政治危机是由于对美国州际商界委员会决议进行激进的司法审查而引起的。这种简陋的模式一建立，议会就签署文件批准通过了，当时一位叫约翰·迪克森的学者还撰写了一本劝导性的书籍大肆吹捧该模式的优点。因此，到了 20 世纪 20 年代，上诉审查模式就已经根深蒂固了，并最终适用于所有的行政法律。一旦新政来临，行政国家扩张，行政机构就会越来越广泛地参与案件的判决，而上诉审查模式的提前通过帮助解释了为何美国最高法院从来不认真处理由上述情况引发的第三条款的问题。同时它也帮助阐释了相对于其它法律系统，司法制度之所以在美国行政政策的发展中发挥如此大作用的原因。（2011 年 6 月第 111 卷第 5 期第 939 页以下）

合理侵入

Fair Trespass

Ben Depoorter

非法入侵法一般都是相对简单直接的规定，保护土地所有者免受入侵者的伺机侵入。尽管这种有关非法入侵法的传统观点在学界中广受支持，但其仍缺乏经验和分析基础。事实上，非法侵入纠纷中所涉利益通常不止是私人土地所有者的利益，其也影响着广泛的社会利益，如信息的自由流通、公共安全与健康及类似的问题。

这篇文章则试图将这些观察与一个更接近实际的理论联系起来。为了达到这个目的，这篇文章阐述了新的理论框架，以决定排除财产所有者权利的限度。文章采纳了版权法中的合理使用原则，将“合理侵入”的概念引入到财产法的规定中。法院在判决非法侵入纠纷时，应考量以下因素：（1）非法侵入的性质和特征；（2）受保护财产的性质；（3）非法侵入的次数和程度；（4）非法侵入对所有者

财产利益的影响。

此种主张主要有两点优势。第一，这种具有创新性的理论更加仔细地衡量了可得的社会利益与不可得的财产所有者利益之间的关系。第二，该主张为法院判决侵入纠纷提供了一个更加连贯一致的情形，以取代在现有的零散的特别情形下追责侵入行为的情况。该理论通过形成评估侵入索赔的平衡性测试，意图在一个更加清楚、具有可预见性的框架基础上来保护财产所有者的权利，并同时保障可得的社会利益。（2011年6月第111卷第5期第1090页以下）

解除法律约束：为签署 11(c)(1)(C) 辩诉协议的 罪犯重新架构修改判决的可行性

Unbinding the Bound: Reframing the Availability of Sentence Modifications for
Offenders Who Entered into 11(c)(1)(C) Plea Agreements

Joshua D. Asher

2008年，经过几年的争论，美国量刑委员会终于修改了适用于打击毒品犯罪的量刑指南。因此，根据旧的量刑指南被判决有罪的被告可以要求依据新的修正案修改他们的有罪判决。然而，要让法院批准此类动议，被告必须符合《美国法典》第18编第3582(c)(2)的规定，即“在被告已被判处的监禁期限是基于随后经量刑委员会降低的量刑幅度”时，才会允许修改判决。法院对于已经提出所谓“有约束力的请求”及“量刑的讨价还价”的被告能否从修改后的量刑指南中受益，意见不一。许多巡回法院认为，由于此种辩诉交易将判决约束至所辩诉的刑期，判决并不是基于量刑指南，因此被告的刑期并不会减少。这篇笔记提出，该规则本身就否定此种变动，并错误解释了相关的成文法，低估了量刑指南对转移法官量刑自由裁量权的影响，同时削弱了量刑委员会的政策力量。法院不应该适用自相矛盾的规则，然而，发现这一点并不意味着任何进行有约束力的辩诉交易的被告会符合减刑的判决要求。笔记结尾处提出了几个供法院考虑的因素，以评估被告的判决是否是基于为满足第3582(c)(2)要求而修改的指南。（2011年6月第111卷第5期第1004页以下）

第七编保护同狱犯人：捍卫美国监狱中民事权利的模式方法

Title VII Protections for Inmates: A Model Approach for Safeguarding Civil Rights in
America's Prisons

Jackson Taylor Kirklin

1964年美国公民权利法案通过以后，对于这项强力保护职工的法案是否适用于美国社会中最大的劳动群体之一：监狱犯人，法院的意见不一。联邦法院的意见尽管很多，却无法解决这个问题。这篇文章研究了法院对于第七编监狱犯人权利规定的分歧，提出了旨在促进监狱犯人根据第七编内容提出请求的模型。文章第一部分阐述了美国监狱劳动系统的发展及第七编保护职工内容对于美国社会的重要性。第二部分研究了巡回法院对于第七编保护监狱犯人的分歧。第十巡回法院禁止犯人根据第七编提出诉求，而第九巡回法院及其它法院则允许犯人提出相关诉求。第三部分认为第十巡回法院否定此类职工保护是采用了有缺陷的不全面的分析方法，作者驳斥了该种分析方法，并提出联邦法院应该以事实为中心，详尽地研究调查监狱设施和犯人之间的关系，再决定二者之间是否存在真正的雇佣关系。最后，第三部分提出了一个更为全面的分析方法以指导法院决定监狱犯人是否应受第七编的保护。（2011年6月第111卷第6期第1048页以下）

（孙亚男 译）

（陈 丽 校）

成为最高权威：司法至上的联邦基础

Becoming Supreme: The Federal Foundation Of Judicial Supremacy

Barry Friedman & Erin F. Delaney

如何使司法权获得广泛认同是一个长期困扰不同领域学者的问题。尤其是在解释什么是司法至上的问题上，虽然有许多理论，但都存在些许不足。通过在美

国最高法院的背景下考虑这个问题的答案，我们证明了联邦制在提高和维持司法至上中都能够起到重要作用。在中央集权制下，拥有司法审查权的司法系统经常会与管理部門意见不一致，并且对管理部門鲜有帮助。相反，在联邦制下，司法系统能够为中央政府抑制异常行为提供重要支持。由此，最高法院高于州和地方政府的垂直控制权最终变成对国家政府协调部門有司法声明约束力的横向控制权。本研究课题兼具理论性和历史性，阐述了垂直控制权向横向控制权的转变机制，并且详细叙述了该转变机制在美国如何发生。（2011年10月第111卷第6期第1137页以下）

最佳实用技术标准

The Best Available Technology Standard

Lital Helman and Gideon Parchomovsky

在未来几年，虚拟主机空间的版权责任将会成为互联网发展的一个关键因素。依据他们设计的不同，形成虚拟主机责任的法律规则能够阻碍或者增进互联网作为表达媒介的发展。因此，采用最佳责任体制是至关重要的事情。

本文提议在虚拟主机对用户上传的非法内容承担版权责任的问题上作出一个彻底的改变。笔者主要的论点是，虚拟主机的责任应该受到“最佳实用技术”原则的支配。即，依据该原则，若虚拟主机使用了适用于市场的最佳过滤技术，则其应承担的版权侵权责任将得到豁免。

笔者提出的责任机制的正式通过，将会给现存机制提供许多核心优势。第一点，它将会为虚拟主机提供其继续运行和发展所需要的确定性。第二点，它将会促使版权人更好地，更为稳定地行使其版权，并且将会以更为低的成本实现该权利实施。第三点，它将会刺激过滤技术在市场上的竞争，并引起实施技术的持续改善。第四点，它将会显著地减少针对网站运营商版权侵权的诉讼率和相关审判成本。

随后，笔者进一步论证，我们所建构的分析框架不仅能够较好地着手处理虚拟主机的责任，还能较好地着手处理那些文件共享者及可能的网络服务提供者的

责任。(2011年10月第111卷第6期第1194页以下)

反思关于善意购买的法律规则

Rethinking The Laws Of Good Faith Purchase

Alan Schwartz and Robert E. Scott

本文对规制善意购买赃物的不同理论进行了比较经济分析。我们认为，先前的一些论述误解了该问题。如果所有权人面临着财物灭失，她将会采取最佳的预防措施去阻止盗窃发生。同时，如果购买者面临着财物灭失，他也将会对其卖方的权利进行最为仔细的调查。尽管如此，所有者和购买者不会同时都面临全部财物灭失。本文介绍了一个不能被最优有效方式解决的双边道德风险问题。尽管如此，主要商业国家的法律规则的效率却比其本可能有的效率低，对于当前美国法而言更是如此：在美国，所有权人总是能够重新获得被窃财物，而该情况减少了所有权人采取最佳预防措施的动力。反过来，因为所有权人可能从未发现那些货物的购买者，该购买者仅仅对其卖方的权利进行次优的检验。我们建议，所有权人只有满足在社会最佳预防水平（我们认为是可行的）上设置的过失标准，才应该被允许重新获得财物。该方法在保持所有权人搜寻被窃财物的有效动力的同时也将会提高她采取预防措施的动力。既然所有权人的搜寻与购买者的调查互为补充，那么我们的建议就不会改变购买者调查的动力。另外，按照当前的法律规则，自愿舍弃其商品的所有权人不能从善意购买者手中取回商品。该规则减少了所有权人搜寻的动机，从而也减少了买方进行调查的动机。因此，我们提出了应当普遍适用于所有权人的一种过失标准。我们认为，对所有权人的代理人的过失所作的类规则性的详细规定能够很好地满足反对模糊过失标准观点的可验证性。对于主要商业管辖权中的善意购买规则所进行的比较分析展现了当前对所有权人和购买者区别处理的混乱情况。鉴于目前许多被窃财物跨越国界，适用于解决善意购买问题的一般性方案，将会进一步减少对于赃物的需求，减少策略诉讼的发生率并增强社会福利。(2011年10月第111卷第6期第1332页以下)

为州法案指明方向：特许学校和 1983 年宪法修正案

Charting A Course To State Action: Charter Schools And § 1983

Maren Hulden

特许学校正在快速成长并经历着激烈的公共教育改革。关于他们的争辩大多数集中在他们的学生录取政策，对特需生的食宿安排以及公共空间利用上。对于其中一些问题，如果将它们具体化为一种实质违宪，则学生和家可能希望能够依据 1983 年宪法修正案第 42 条对学校提起诉讼——即允许原告对任何他们认为在“依据州法律而运作”时侵犯自己宪法权利的一方提起诉讼。尽管特许学校是公立性质的，但是最近，第九巡回法庭在一个老师提起的与 1983 年宪法修正案有关的正当程序的诉讼中，认定一个亚利桑那州的特许学校不是一个“州行为体”，从而认定其不是“依据州法律而运作”。第九巡回法庭是第一个呼吁正面应对有关特许学校是否符合 1983 年宪法修正案宗旨的州行为体问题的联邦上诉法院。但是它的观点与地区法院的已有判决相矛盾。判决发现，在很多宪法诉讼中其他州的特许学校也被认为是州行为体。本文分析了在 1983 年宪法修正案的宗旨下，特许学校是否应当被认为是州行为体，并且认为法院应当适用联邦最高法院的州法案原则以发现特许学校在大多数学生和家提起的诉讼中被认定为州行为体，但是在雇员提起的诉讼中却不然。（2011 年 10 月第 111 卷第 6 期第 1244 页以下）

对恐怖分子适用米兰达警告？：

对公共安全抗辩的实证分析

Mirandizing Terrorists? An Empirical Analysis Of The Public Safety Exception

Joanna Wright

夸尔斯公共安全抗辩（PSE）免除了关于米兰达证据排除规则的声明，承认

了在回应意图保障公共安全的审讯中作出的非米兰达声明。最近，立法者、倡导者和学者已经开始质疑夸尔斯公共安全抗辩适用于恐怖分子审讯这一特殊挑战的能力，并且正在呼吁在立法中对恐怖分子嫌疑人的有关米兰达警告的宪法权利进行修改或直接排除。在概括总结这些激烈措施的必要性之前，本文建议对司法中夸尔斯公共安全抗辩的真正适用进行一个合理的、有根据的评估，并尽可能多地从过去的判例法和对于法院怎样利用 PSE 的精确估计中学习。该分析检验了夸尔斯公共安全抗辩实际上是否能够肩负起恐怖分子审讯的特别挑战。本文对夸尔斯公共安全抗辩进行了实证研究，并对每个州和联邦法院明确主张夸尔斯公共安全抗辩合理适用的意见进行了系统地分类，通过不同的指标和变量过滤出有关恐怖分子的审讯观点。最终，本文总结到，夸尔斯公共安全抗辩是一种具有事实敏感性，能够恰当地处理恐怖分子审讯这一独特挑战的策略，该策略适用广泛，因为法院掌握了其延展性。本文第一部分用于追踪导致夸尔斯公共安全抗辩的自白规则的理论演进。第二部分介绍了对一整套夸尔斯判例法所做的实证检验的结果。第三部分对个人观点进行准确描述，即描述夸尔斯公共安全抗辩所展现出的优势，尤其是与辩论相关的优势。总之，数据和分析显示，米兰达警告加上实施夸尔斯公共安全抗辩授权规则足以审问有恐怖分子嫌疑的人。（2011 年 10 月第 111 卷第 6 期第 1296 页以下）

百分之一的问题

The One Percent Problem

Kevin M. Stack

Michael P. Vandenbergh

当事人经常以他们对问题只出很小一部分力的借口来寻求法规豁免。这些“百分之一的观点”并非天生受质疑：它足以排除出力相对小的人。这些观点在某种程度上也获得了广泛的承认，因为他们利用认知的偏差引导人们无视小的价值。但是，当一个法规问题只能通过规制出力小的当事人才能被解决时，再接受百分之一的观点就可能导致我们称之为百分之一的问题。本文表明，这一关于法

规的一般性问题尤其对气候变化政策带来了不利的影响：全球性的气候变化问题允许许多碳排放来源进行百分之一抗辩，但是如果没有这些来源的参与，气候问题就不可能得到解决。紧接着，本文提出了美国的气候政策的缺陷，该缺陷是强调气候改变中的百分之一问题的重大障碍。特别是当前国会立法和拨款都没有合理地计算这一行为的排放结果也没有坚持排放预算。而这两者都是必要的。国会很早就控制联邦赤字中通过要求成本披露和预算弥补来应对百分之一问题。要求国会披露因立法而产生的碳排放量，将会使国会平等对待碳成本和财政成本，并使得国会碳排放披露的责任与那些已经适用于联邦机构和许多工业来源的责任相一致。采用作为预先预算承诺战略的最后手段的碳账单到期即付规则，将会直接限制百分之一抗辩所使用的分析滑动。(2011年11月第111卷第7期第1385页以下)

不方便法院原则和外国判决的执行

Forum Non Conveniens And The Enforcement Of Foreign Judgments

Christopher A. Whytock

Cassandra Burke Robertson

当原告在美国提起跨国诉讼，被告通常会提交有关不方便法院原则的要求来驳回诉讼以支持在外国法院进行诉讼。正如不方便法院原则要求的那样，被告抗辩道，外国有适格的替代法院比美国法院给适合审理该诉讼。

尽管如此，许多被告经历了“法院挑选者的懊悔”，尽管他们获得了自己想要的，一个支持国外法律体系的驳回诉讼，该国外体系可能比美国体系更有利于被告，但是他们却面临着未料想到的有利于原告的结果，包括不利于他们的实体判决。当该情况发生时，被告可能会抗辩道，外国的司法制度有缺陷，应该阻止执行该判决。该项抗辩与被告之前的不方便法院抗辩好像是不一致的，因为之前的抗辩认为同样的外国司法制度是适格的也是更为合适的。

本文表明，在当前的理论下，这些貌似矛盾的其实一点都不矛盾。不方便法院理论中关于外国司法制度适格性的标准是很宽松的，它关注原告，并进行事前

审查。但是判决执行理论的标准却相对严格，它关注被告，并进行事后审查。因此同样的外国司法制度可能足以进行不方便法院的诉讼驳回，但却不符合执行确定的外国判决的要求。

尽管如此，这些不同的标准会产生跨国性的诉诸司法的空白，原告可能会同时否认美国法院的介入以及依赖于外国法院判决的救济。本文认为这一空白应该得到弥补并建议通过学理性改变以实现其目标。（2011年11月第111卷第7期第1444页以下）

冬后和解：联邦法院预先禁令的标准

Reconciliation After Winter: The Standard For
Preliminary Injunctions In Federal Courts

Bethany M. Bates

预先禁令是联邦法院使用最为广泛并经常使用的救济措施之一，并且法院习惯使用四要素检验法来决定是否授予预先禁令。尽管如此，巡回法院对于“浮动计算”检验的效力仍有分歧，预审法院通过该检验衡量各要素之间的强度并允许对是非曲直进行严肃质疑以满足成功方面的可能性。

在最近有关预先禁令适当性的判决中（*Winter v. Natural Resources Defense Council*），联邦最高法院并未评论浮动计算检验法是否可行，因而进一步加深了巡回上诉法院之间的分歧。本文对该分歧进行了分析，关注各巡回法院在何种程度上平衡四个要素，在何种程度上他们需要就案情表明成功的可能性。本文认为在 *Winter* 案后，法院应该能够继受浮动计算分析。该分析允许突出表现的一个要素去弥补相对弱势的其他要素，并允许对是非曲直进行严肃质疑以满足成功方面的可能性。（2011年11月第111卷第7期第1522页以下）

解密重新裁决：地方法院一定要

复审未向治安法官提出的异议吗？

Deciphering De Novo Determinations: Must District Courts Review Objections
Not Raised Before A Magistrate Judge?

Kevin Koller

治安法官在联邦司法体系中扮演着重要的角色。但是根据法官法第一条，治安法官无权得到第三条所提供的终身制和不能削减报酬的保护。因此，为了避免宪法性的权力分离问题，联邦最高法院强调地方法院法官必须保留对治安法官的监控权。联邦治安法官法允许地方法院法官下放实权给治安法官，但法案同时规定在治安法官的报告被提出异议时，地方法院法官要对该异议部分重新作出决定。尽管如此，关于地方法院法官是否必须审理当事人并未提出但却有可能向治安法官提出的争议的问题，各巡回法院之间的分歧进一步加深。尽管许多巡回法院认为地方法院对于是否审理新的争议享有自由裁量权，第四巡回法院将法规解释为地方法院法官必须审理任何争议。本文追踪巡回法院分歧的发展，该发展对离群的第四巡回法院诉讼的影响以及混合方法的发展。本文支持第九巡回法院采用的混合方法，该方法给予地方法院法官广泛的自由裁量权但同时又需要那些法官行使实际的自由裁量权去决定是否审理新的争议。（2011年11月第111卷第7期第1557页以下）

解决有限豁免的困境：对一般损害的宪法性侵权要求

Resolving The Qualified Immunity Dilemma:
Constitutional Tort Claims For Nominal Damages

James E. Pfander

依据当前的法律，政府官员在因宪法性侵权而以个人身份被提起诉讼时，享有有限的责任豁免，除非该行为明显违反了制定法。该“明确法律规定”的要求产生了著名的“战斗序列”分歧。一法院可以基于不存在制定法而驳回诉讼，而不用阐明法律规范。法院有段时间为了得到更明确的结果，曾试图指引下级法院

先说明被声称违反的宪法性权利，然后再考虑已确立该权利的法律规范是否明确。尽管如此，在 2009 年 *Pearson v. Callahan* 的判决中，法院改变了路线。通过恢复下级法院在法律不确定的基础上驳回诉讼的自由裁量权，法院重新点燃了宪法性停滞的讨论。

本文认为，应该允许在仅仅追求一般损害赔偿的情况下，利用宪法性侵权请求去避免有限豁免抗辩。该一般性的赔偿要求拥有复杂的系谱，它不仅是类似确权之诉的普通法，同时也是宪法性违法的救济。因为他们没有威胁强加个人责任给官方的被告，那么一般性的赔偿要求就不应该引起有限豁免抗辩。诉讼当事人若仅仅追求一般性救济，就能够有把握在案件中证明其宪法性权利，以防因法律不确定性可能会导致的驳回诉讼。该机制可能会消除有限豁免分歧，在不用威胁官员在依据未确定的法律提起的诉讼中承担责任的同时，促进维持宪法性法律的活力这一公认的利益。（2011 年 11 月第 111 卷第 7 期第 1601 页以下）

（魏琪译）

（沈纯霞校）

战略外溢

Strategic Spillovers

By: Daniel B. Kelly

外部性传统的问题是众所周知的：当事人经常产生危害，这种危害是作为一种使用个人财产的无意识的附产品存在的。这篇文章调查了当事人故意产生危害的情况，以便在交换控制权时汲取报酬。这种“战略外溢效应”已经受到了些许相应的注意，但是问题确实长期存在的。从芝加哥的“制服稳定的骗局”到中国的“污染的企业家”，当事人参与到产生外部性的活动中，否则他们不会承担或者增加他们参与到这种活动中产生的伤害的级别，其目的是通过交易或者补贴来获利。这篇文章调查了战略外溢效应的成本，被威胁去参与到这些外溢效应的环境可能是可靠的以及消除危害的潜在解决方式，或者至少是通过外部性来缓和此种形式的机会主义。（2011 年 12 月第 111 卷第 8 期第 1641 页以下）

行政法中的顺从和对话

Deference and Dialogue in Administrative Law

Emily Hammond Mezell

行政法中的一个未经鉴定的现象是连环诉讼——也就是说，法院的质疑和案件发回不断循环数载。除了很明显的——这些案子是昂贵且费时的——他们也提出了关于法庭和机构各自的角色定位问题。比如说，当机构在连续的案件发回重审中采取了相同的角色定位，我们会关心司法重审是否会起作用。但是，当法庭重审很难处理时，我们担心他们在篡夺专家级公共机构的管辖地位。本文第一个对连环诉讼展开调查，并探索此类诉讼为行政法提供了什么深刻的理解。这些分析显示这些案件均是进行深度对话的；法院和机构有效的参与了一次关于不断的重审和案件发回的有启迪意义的谈话。反过来说，这种对连环诉讼的对话性观察有助于在强调重审、救济和机构行为相互作用的许多问题特征时，阐明法院和机构的不同角色。在这些特征中，最重要的是对话性案例模仿最小合理性重审的趋势，这种趋势预示着对法院和机构间权力平衡的破坏。考虑到这种缺陷和其他的缺陷，这篇文章同时提供了理论性思考和具体建议来加强法院与机构之间的对话。（2011年12月第111卷第8期第1723页以下）

管理道德风险：合同案例

Managing Moral Risk: The Case of Contract

Aditi Bagchi

道德运气的概念描述的是我们行为的道德特征是如何看似取决于我们自身控制力之外的因素。道德运气的含义已经在刑法和侵权法中被广泛探究，但是在合同法中并没有道德运气方面的著作。这篇文章写的是合同法对于研究道德运气来讲是一个尤其有启发性的领域，因为它突出强调了道德运气不仅仅是一个有待

解决、否认或忽略的难题。我们期望道德运气就是管理我们的道德风险，当我们考虑到我们的行为有可能会对他人造成严重的伤害，为此我们可能要负道德责任，进而相应的调整我们的行为。道德风险不仅仅存在于合同订立阶段，并且后来，当一方当事人必须决定是否违约或者是否满足修改合同的请求时也是存在的。当事人之间协商这种风险，不仅仅通过限制他们对他人造成的伤害的共同背景制度的方式，还通过将物质利益和道德利益结合在一起的合同法本身的规定的方式。（2011年12月第111卷第8期第1879页以下）

进退两难：审查品牌与延迟药物专利诉讼判决的一般激励

The Stay Dilemma: Examining Brand and Generic Incentives for
Delaying the Resolution of Pharmaceutical Patent Litigation

Michael R. Herman

药品价格竞争及专利回复法通过奖励首个申请仿制药独占权的人 180 天的市场独占权来鼓励一般的药物公司挑战原厂药专利，这种奖励往往都价值数百万。挑战一项专利通常会引来专利品牌公司提出专利侵权纠纷。作为对越来越多的仿制药独占权的回应，创制药品专利公司已经采取了一个“长久的”战略——为每个药品申请多种专利，以期待非专利药物公司无法成功的仿制所有的专利，并且只要其中一个专利持续有效就可以防止一般的侵权。这种长久性不可避免的导致了专利各有优势。无专利的普通公司对这种策略也做出了响应，它们通过仅仅对药物相对弱势的专利进行仿制，然后申请暂缓随后的专利侵权纠纷诉讼直到强势的专利期满。这种期满通常是未来的几年后。无专利的普通公司寻求这种暂缓因为一个早期的胜诉将会授予一个他们无法使用专利的独占权期间，因为强势的专利能继续防止一般的侵权。专利品牌公司也应该喜欢这种暂缓，因为通过延迟非专利药物的独占权期间，这种暂缓也会从根本上延迟全面的竞争。然而在三分之二的案件中，专利权公司反对这种暂缓行动。法院对是否授予行动持不同意见，但是还没有处理这种暂缓引发的反竞争的结果。这篇文章探索了这些案例，暂缓周围的管理背景和经济激励，并得出结论这种暂缓应该被拒绝。（2011年12

挑战拘押：为什么移民被拘押者比“敌方战斗人员”受到更少的法律程序保护，以及他们值得更多保护

Challenging Detention: Why Immigrant Detainees Receive Less Process Than
“Enemy Combatants” And Why They Deserve More

Faiza W. Sayed

国家对“反恐战争”的关注导致法律文献关注于审查在关塔那摩湾的美国海军基地上所谓“敌方战斗人员”的行政拘留问题。尤其是专业学者和法院一直在积极讨论为关塔那摩湾被拘留者所提供的用来质疑其拘留的法律程序的充分性。与此同时，我国从事实上国家起源时就开始实行的一种行政拘留的形式也受到了一点关注，这种行政拘留相比于关塔那摩的拘留影响了更多的人。关塔那摩湾的拘留是针对待搬迁行动期间的移民的。尽管移民与国籍法授权拘留特定的有犯罪前科的移民者，但是关于移民者质疑这种拘留的程序很少提及。并且，除了这些相似点，这两种形式的拘留——关塔那摩湾的“敌方战斗人员”的行政拘留和针对待搬迁期间的移民的行政拘留——还没有比较过。这篇文章通过比较两组被拘留者得到的质疑其拘留的程序来填补这个空白。然后，这篇文章在比较的基础上，讨论了移民拘留值得更多的对抗不正确拘留的程序保护，并且提出了从移民挑战改革到强制拘留的方式。（2011 年 12 月第 111 卷第 8 期第 1833 页以下）

婚姻作为一种惩罚

Marriage as Punishment

Melissa Murray

演讲中往往会把婚姻描述成无数的公共利益和私人利益的来源：幸福，陪伴，经济安全，甚至身体健康。我们的法律论述将结婚的权利归为一种使用权以补充这一观点，这种权利的运用是一种自治和自由意愿。然而，仔细观察一下婚姻的去，可以看出它是一个更加复杂的描述。婚姻曾被用来——并且很重要的是一直被用来作为——如上所诉——强加的性规则。

直到二十世纪中叶，婚姻一直在诱惑犯罪中起着重要作用。十九世纪，在美国大多数地区颁布的诱惑法令根据“婚姻的承诺”条款惩罚“被引诱并且与以前拥有纯洁品格的未结婚妇女发生性关系”的人。诱惑法令按照惯例规定了一个因此类犯罪而起诉的障碍。被告仅仅需要与受害人结婚，就可以避免触犯这个罪。然而，结婚不仅仅被作为起诉的障碍。它也被理解为此种犯罪的一种处罚。正如这种禁止促进了犯人惩罚和改造的内在化，婚姻所附带的法律和社会责任赋予被告和受害人一个新身份，使得他们从性犯罪变为合法。

将婚姻作为惩罚的历史为当代对婚姻的讨论提供了重要的视角。它揭露了我们当前对婚姻的讨论的方式是天真且不完备的，强调了婚姻的很多属性，而不是将婚姻轻描淡写为性规则的限制。

从这段历史的角度来看，我们当代对结婚权利的法律体系可以被重新解读，来揭露持续加强婚姻和结婚权利规则的滥用。更重要的是，这段历史揭露出国家对性方面事宜的监管一直在不断的努力，依赖婚姻法和刑法作为两个至关重要的领域来规范和监管性方面的事宜。

出于这种考虑，最近为结婚平等所做的斗争似乎过度狭隘了。尽管婚姻平等是重要的，这段历史强调了在为存在于国家监管领域的性解放定义和预留空间时的同样重要的利益。（2012年1月第112卷第1期第1页以下）

破产中的事务一致性和新金融

Transaction Consistency and the New Finance in Bankruptcy

David A. Skeel, Jr. & Thomas H. Jackson

学者以及衍生交易行业都能全力探索出这样一个问题，即如果衍生交易和回购协议从大量的破产主要条款中的豁免权被取消，那么它们的处置方式会如何转变。这篇文章试图填补这个鸿沟，提出一个更加普遍的关于“事务一致性”重要性的理论——就是说，类似的事务得到平等的待遇——在破产中。事务一致性对回购协议的影响将会受到限制，因为回购协议会作为破产登记而自动终止，并因此无法被债务人恢复。衍生交易处于危险之中，但是非债务人的撤销权会降低很多不利影响。然而，特殊待遇不该被简单的取消。考虑到这些合同的不同态度，本文章认为回购协议的债权人应该能够及时卖出一些抵押物，对衍生交易的自动冻结应该被限制在三天之内。这篇文章同样也解释了事务一致性如何与多德弗兰克法案相结合，并且使得多德弗兰克的解决规则在大多数案件中变得没有必要。（2012年1月第112卷第1期第152页以下）

阻止国际贿赂：当公共执法和私人执法抵触时

Detering Global Bribery: Where Public and Private Enforcement Collide

Rashna Bhojwani

国际团体越来越关注阻止国际贿赂的问题。1977年的海外反腐败法（FCPA）作为主导的公共执法机制，而国际仲裁法庭起着主要的私人执法机制的作用，拒绝执行因给付贿赂而获得的契约。尽管这两种执法机制有着共同的阻止贿赂的目标，但是他们两者之间的重叠会有碍该目标的实现。具体来说，这种重叠发生在私人公司在外国做生意，为了获得与外国政府或者个人的合同而贿赂的情况下。美国的执法机构会指控此类私人公司违反海外反腐败法，对公司行为做一个广泛的政府调查，并可能做一个调解书。然而，一个海外反腐败法调解书使得合同双方当事人获得了贿赂的具体证据，该证据在涉嫌违规的情形下可利用该证据使得合同无效了。违反海外反腐败法为代价追求国际合同双方当事人之间的平衡对违反者来说构成了一个额外的处罚。本文提出两种执法之间的重叠在以下两个方面阻碍了海外反腐败法的目标的实现：第一，违反海外反腐败法的公司受到了比原来预期的公共执法机构更加严重的处罚，减少了公司自愿公开他们不端

行为的动力;第二,违反海外反腐败法增加了合同双方当事人的报酬,而他们同时也是贿赂的接收者。为了减少私人结果对海外反腐败法阻止国际贿赂目标的影响范围,本文提出了两个方向的解决方案。由于对私人的多次司法执法,司法部应当补偿对违法公司的严重处罚,仲裁法庭应当采取温和的措施使通过贿赂达成的合同无效。(2012年1月第112卷第1期第66页以下)

五等同于三?从公民房屋保护第三修正案看征用条款

Does Five Equal Three? Reading the Takings Clause
in Light of the Third Amendment's Protection of Houses

Thomas G. Sprankling

最高法院在凯洛诉新伦敦市案中的5-4决定开辟了新的天地,裁决指出:根据第五修正案的征用条款,没收业主自住的房屋作为促进经济发展计划的一部分是一种“公共使用”而进行的征用。凯洛的很多评论还明确地阐释了一个以宪法为基础的基本原理,以解释为什么房屋应当从依法征用中得到特别的保护。本文提出第三修正案对房屋的关注为房屋和征用条款中包含的其他“私人财产”的区分提供了宪法基础。修正案规定“军人在和平时期的时候不可以在没有得到屋主的同意下入驻任何房屋;在战争时期也不可以,但是以法律规定的方式入驻的除外。”该修正案与此征用条款之间有着历史以及文本上的联系。

这些联系表明法官在裁决政府对业主自用房屋的没收是否是为了“公共使用”时,应当适用一种类似于肯尼迪大法官在凯洛案中提出的“有意义”的审查标准的更为严格的审查条件。(2012年1月第112卷第1期第112页以下)

(沈纯霞 译)

(戚小乐 校)