

耶 鲁 法 学 杂 志

王健法学院编译室

二零一三年第六期

总第十六期

目录

反破产

Antibankruptcy

Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen 20

第四修正案对计算机数据的扣留

Fourth Amendment Seizures of Computer Data

Orin S. Kerr 20

美国针织诉全美橄榄球联盟：重塑运动法的时机

American Needle v. NFL: An Opportunity to Reshape Sports Law

Michael A. McCann 21

战略需求还是实际需要？对管理机构颁布指导性文件的分析

Strategic or Sincere? Analyzing Agency Use of Guidance Documents

Connor N. Raso 21

中止关塔那摩的令状：第三个措施？

Suspending the Writ at Guantánamo: Take III?

Joseph Pace 22

宪法回避的起步

Constitutional Avoidance Step Zero

Anthony Vitarelli 22

合同设计中的战略性模糊：以企业收购为例

Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions

Albert Choi & George Triantis 22

合同解释的归来

Contract Interpretation Redux

Alan Schwartz & Robert E. Scott 23

签名的意义：制宪者在宪法上署名的原因和深层含义

The Significance of Signatures: Why the Framers Signed the Constitution and What They Meant by Doing So

Michael Coenen 24

构建美国：美国移民法院中的神话编造

Constructing America: Mythmaking in U.S. Immigration Courts

Margot K. Mendelson	24
通过竞选经费规则最大化公民参与：政治资金的“总量控制和排放交易”机制	
Maximizing Participation Through Campaign Finance Regulation: A Cap and Trade Mechanism for Political Money	
William J. Rinner	25
电子发现中的成本转移	
Cost-Shifting in Electronic Discovery	
Bradley T. Tennis	26
发现审计：规则模型 3.8（d）和追诉人的披露义务	
Discovery Audits: Model Rule 3.8(d) and the Prosecutor's Duty To Disclose	
Christina Parajon	26
自然的政治：气候变化、环境法和民主	
The Politics of Nature: Climate Change, Environmental Law, and Democracy	
Jedediah Purdy	26
家庭的重要	
When Family Matters	
Alafair S. Burke	27
分离家庭	
Disestablishing the Family	
Alice Ristroph & Melissa Murray	27
土地征用权的正当程序	
Eminent Domain Due Process	
D. Zachary Hudson	28
在统一商法典之下进行管理：法院应当如何解释各州的消费者保护法	
Regulating in the Shadow of the U.C.C.:How Courts Should Interpret State Consumer Protection Laws	
Henry Barkhausen	28
“住所地”在 Lyman Trumbul 公民概念中的重要性	
The Significance of Domicile in Lyman Trumbull's Conception of Citizenship	
Mark Shawhan	29
浅析“镀金时代”下的美国联邦政府及其行政法	
Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age	

Jerry L. Mashaw	29
宪法中“非自愿劳役”劳动者的合同、人种与自由	
Contract, Race, and Freedom of Labor in the Constitutional Law of “Involuntary Servitude”	
james gray pope	30
将破产纳入宪法财产权：论使用法定权利理论来废除国家主权豁免	
Bankruptcy as Constitutional Property:Using Statutory Entitlement Theory To Abrogate State Sovereign Immunity	
joseph pace	30
外国公司的免费通行证？美国证券交易委员会的评估与对抗国外发行人的私人执行	
A Free Pass for Foreign Firms? An Assessment of SEC and Private Enforcement Against Foreign Issuers	
natalya shnitser	31
通过互补实现稳定：在国际刑事法院刑事诉讼中解决事后问题	
Peace Through Complementarity:Solving the Ex Post Problem in International Criminal Court Prosecutions	
Eric S. Fish	32
涉税案件使产品法失灵：美国政府诉 Textron 案后诉讼风险评估的可发现性	
Tax Cases Make Bad Work Product Law:The Discoverability of Litigation Risk Assessments After United States v. Textron	
Jacob A. Kling	32
通过 Bayh-Dole 改革处理绿色专利的全球化僵局	
Addressing the Green Patent Global Deadlock Through Bayh-Dole Reform	
Lisa Larrimore Ouellette	32
反 Batson：与人身保护令补救措施博弈	
The Reverse-Batson: Wrestling with the Habeas Remedy	
Elina Tetelbaum	33
国家作为法定解释的实验室：方法论共识与新修改的文本主义	
The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism	
Abbe R. Gluck	33

刑法和家庭地位的再思考	
Rethinking Criminal Law and Family Status	
dan markel, ethan j. leib & jennifer m. Collins	34
分拆置业：从内而外的区域改革	
Unbundling Homeownership: Regional Reforms from the Inside Out	
nicole stelle garnett	34
正直以及公平的不一致：关于 Daniel Markovits 的《现代法律伦理学：民主时代的反对与拥护》一书的评论	
Integrity and the Incongruities of Justice: A Review of Daniel Markovits's A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age	
benjamin c. Zipursky	35
投票权法案的秘密武器：口袋触发机制的诉讼及动态的事先批准	
The Voting Rights Act's Secret Weapon: Pocket Trigger Litigation and Dynamic Preclearance	
Travis Crum	35
剥夺股东投票权：mercier 诉 Inter-Tel 案后 blasius 的未来	
Disenfranchising Shareholders: The Future of Blasius After Mercier v. Inter-Tel	
Jacob a. Kling	36
问责制，服从，Skidmore 学说	
Accountability, Deference, and the Skidmore Doctrine	
Bradley Lipton	36
Huppert 诉匹斯堡市：警方传票的争议地位	
Huppert v. City of Pittsburg: The Contested Status of Police Officers' Subpoenaed Testimony After Garcetti v. Ceballos	
Leslie Pope	37
专利法与两种文化	
Patent Law and the Two Cultures	
Peter Lee	37
慎重行使退出权：为什么管理和酬金诉讼在互惠基金中不起作用	
Taking Exit Rights Seriously: Why Governance and Fee Litigation Don't Work in Mutual Funds	
John Morley & Quinn Curtis	38

联邦检察官统一伦理规制	
Uniform Ethical Regulation of Federal Prosecutors	
Bradley T. Tennis	38
本书的解释：立法起草工作手册与法定解释	
Interpreting by the Book: Legislative Drafting Manuals and Statutory Interpretation	
BJ Ard	39
从国际惯例中撤回	
Withdrawing from International Custom	
Curtis A. Bradley & Mitu Gulati	39
立法规则、非立法性规则以及捷径的危险	
Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut	
David L. Franklin	40
反对保险解约	
Against Insurance Rescission	
Brian Barnes	41
联邦量刑法中的神经科学与制度选择	
Neuroscience and Institutional Choice in Federal Sentencing Law	
Rebecca Krauss	41
隐私，人格以及法院：信息自由法案中 7(C) 的豁免	
Privacy, Personhood, and the Courts: FOIA Exemption 7(C) in Context	
Scott A. Hartman	42
实施海牙公约中关于美国法院协议的选择：阐明识别与执行实践	
Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements in the United States: An Opportunity To Clarify Recognition and Enforcement Practice	
Caroline Edsall	42
唯一的实质性的正当程序条款	
The One and Only Substantive Due Process Clause	
Ryan C. Williams	42
致法官史提芬·雷哈特	
Tribute to Judge Stephen Reinhardt	
The Yale Law Journal	43
一个进步的梦想家：史提芬·雷哈特与修正案一	

A Progressive Visionary: Stephen Reinhardt and the First Amendment	
Erwin Chemerinsky	43
法官故事	
Judge Stories	
Heather K. Gerken	43
司法中的“奇怪对子”	
The Judicial "Odd Couple"	
Alex Kozinski	44
读懂雷哈特：构建合法道德	
Reading Reinhardt: The Work of Constructing Legal Virtue (Exempla Iustitiae)	
Judith Resnik	44
工作中的雷哈特	
Reinhardt at Work	
Benjamin I. Sachs	44
最好的宽松计划	
The Best Laid Plans	
Frederick Schauer	44
公民通知：公民联合会恢复后，社团竞选宣传的更广泛披露以及免责声明	
Citizens Informed: Broader Disclosure and Disclaimer for Corporate Electoral Advocacy in the Wake of Citizens United	
Daniel Winik	45
无限延迟移民信息：联邦与州超范围解释 8 C.F.R. § 236.6 条款	
Indefinite Detention of Immigrant Information: Federal and State Overreaching in the Interpretation of 8 C.F.R. § 236.6	
Grant Martinez	45
网络抵押品拍卖的新篇章	
Refreshing the Page on Online Collateral Auctions	
Stephen S. Gilstrap	45
合同解除与恢复的补偿	
Remedies On and Off Contract	
Richard R.W. Brooks & Alexander Stremitzer	46
比较而产生的歧视	

Discrimination by Comparison	
Suzanne B. Goldberg	46
面对选择的诱惑：法律、教育以及美国多元文化	
Confronting the Seduction of Choice: Law, Education, and American Pluralism	
Martha Minow	47
范本格调	
The bluebook blues	
Richard a.posner	47
移民法对家庭的定义：应包含因血统获得国籍的非传统家庭	
Defining Family in Immigration Law: Accounting for Nontraditional Families in	
Citizenship by Descent	
Victoria Degtyareva	48
反垄断阴影下的证券法：广泛默示豁免条例的案例	
Securities Regulation in the Shadow of the Antitrust Laws: The Case for a Broad	
Implied Immunity Doctrine	
Jacob A. Kling	48
贸易秘密法和法官与陪审团的角色变化	
Trade Secret Law and the Changing Role of Judge and Jury	
Bradley Lipton	49
对表面收入索赔的反思	
Rethinking the Facial Takings Claim	
David Zhou	49
结社性言论	
Associational Speech	
Ashutosh Bhagwat	49
机构间的权力分配	
Allocating Power Within Agencies	
Elizabeth Magill & Adrian Vermeule	50
联邦主义与分权中的多元政策	
Multiplicity in Federalism and the Separation of Powers	
Josh Chafetz	51
教师集体谈判法对学生成绩的影响：源自新墨西哥自然实验	

The Impact of Teacher Collective Bargaining Laws on Student Achievement: Evidence from a New Mexico Natural Experiment	
Benjamin A. Lindy	51
如何重新审视州法院的决定优先于联邦权利	
How To Review State Court Determinations of State Law Antecedent to Federal Rights	
E. Brantley Webb	51
对错误问题的正确解决: In re John Q. Hammons 酒店公司案后对股东控制的地位	
The Right Solution to the Wrong Problem: The Status of Controlling Shareholders After In re John Q. Hammons Hotels Inc.	
Benjamin Klein	52
对国会的第五部分限制: 通过文献三的解析与非歧视就业法案的合宪性	
Section 5 Constraints on Congress Through the Lens of Article III and the Constitutionality of the Employment Non-Discrimination Act	
Craig Konnoth	52
从反肤色主义到反巴尔干化: 一个新的种族平等案的基础性判决	
From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases	
Reva B. Siegel	52
失败是一个选项: 一个人反人为的反垄断金融监管方式	
Failure Is an Option: An Ersatz-Antitrust Approach to Financial Regulation	
Jonathan R. Macey & James P. Holdcroft, Jr.	53
手中的闪电: 印度人和投票权	
Lightning in the Hand: Indians and Voting Rights	
Pamela S. Karlan	54
布朗前后的普通学校: 民主、平等以及效率议程	
The Common School Before and After Brown: Democracy, Equality, and the Productivity Agenda	
Rosemary C. Salomone	54
在破产中租赁和贷款的经济逻辑区别	
The Economic Logic of the Lease/Loan Distinction in Bankruptcy	
Daniel Hemel	54

成交不成交？辩诉交易中无效的救济顾问帮助	
Deal or No Deal? Remedying Ineffective Assistance of Counsel During Plea Bargaining	
David A. Perez	55
“充分的披露，不玩任何花样”：在琼斯诉哈里斯案之后，提高收费的透明度的建议	
To "Make Full Disclosure and Play No Tricks": A Proposal To Enhance Fee Transparency After Jones v. Harris Associates	
Daniel S. Alterbaum	55
专利性的诱因标准	
The Inducement Standard of Patentability	
Michael Abramowicz & John F. Duffy	56
税收与资产流动性	
Taxation and Liquidity	
Yair Listokin	56
美国的“活”宪法	
America's Lived Constitution	
Akhil Reed Amar	57
正确的影响：非自执行条约和Charming Betsy 原则	
Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the Charming Betsy Canon	
Rebecca Crootof	58
第十四宪法修正案的基本法理：西北条例是权利、特权与豁免的来源	
An Organic Law Theory of the Fourteenth Amendment: The Northwest Ordinance as the Source of Rights, Privileges, and Immunities	
Matthew J. Hegreness	58
税率应该随着年龄降低吗？	
Should Tax Rates Decline with Age?	
Daniel Hemel	59
体系内法律解释：作为“法律”的方法论以及 Erie原则	
Intersystemic Statutory Interpretation: Methodology as “Law” and the <i>Erie</i> Doctrine	
Abbe R. Gluck	59
让我们的民主真正起作用：耶鲁演讲录	

Making Our Democracy Work: The Yale Lectures	
Stephen Breyer	60
在Roe诉Wade案前（后）：有关强烈反对的新问题	
Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash	
Linda greenhouse & Reva b. Siegel	60
选择胜者：奥林匹克的公民身份和全球的天赋竞赛	
Picking Winners: Olympic Citizenship and the Global Race for Talent	
Ayelet shachar	61
公开和申诉：Doe诉Reed案与匿名言论的历史	
Publius and the Petition: Doe v. Reed and the History of Anonymous Speech	
Chesa Boudin	61
波多黎各第十一宪法修正案的忧虑	
Puerto Rico's Eleventh Amendment Status Anxiety	
Adam D.Chandler	62
国家养老金赤字、经济衰退以及合同条款的当代观点	
State Pension Deficits, the Recession , and a Modern View of the Contracts Clause	
Whitney Cloud	62
法学体系的构建	
The Architecture of Jurisprudence	
Jules L. Coleman	62
侵权法中的错位	
Misalignments in Tort Law	
Ariel Porat	63
错位的原则：责任、损失以及侵权责任的本质	
The Principle of Misalignment: Duty, Damages, and the Nature of Tort Liability	
Mark A. Geistfeld	64
Richardson诉Ramirez案的“其他”方面：有关重罪犯权利剥夺的文本挑战	
The “Other” Side of <i>Richardson v. Ramirez</i> : A Textual Challenge to Felon Disenfranchisement	
Abigail M. Hinchcliff	64
针对恐怖战争的分类法律策略	
Disaggregating Legal Strategies in the War on Terror	

Micheal J.Ellis	65
被驱逐：国内与国际法的执行	
Outcasting:Enforcement in Domestic and International Law	
Oona Hathaway & Scott J. Shapiro	65
刺激与托词：无限伤害时代的有限政府	
Prods and Pleas:Limited Government in an Era of Unlimited Harm	
Benjamin Ewing & Douglas A. Kysar	66
在量刑中的确定底线框架	
Basement Framing in Sentencing	
Daniel M. Isaacs	67
反联邦党人和总统的战争权	
The anti-federalists and presidential war powers	
Cameron o.kistler	67
专利膨胀	
Patent Inflation	
Jonathan Masur	68
法内联邦主义与法律解释：医疗改革中联邦法律在各州的实施及其超越	
Intrastatutory Federalism and Statutory Interpretation : State Implementation of	
Federal Law in Health Reform and Beyond	
Abbe R. Gluck	68
集中控制与应征税单位的划定	
Common Control and the Delineation of the Taxable Entity	
Michael Aikins	69
使惩罚性赔偿与侵权责任法规范框架相协调	
Reconciling Punitive Damages with Tort Law’ Normative Framework	
Amir Nezar	70
美国的检察长：第十位法官还是积极的辩护人？	
The Solicitor General of the United States: Tenth Justice or Zealous Advocate?	
Adam D. Chandler	70
举证责任	
Burden of Proof	
Louis Kaplow	70

民主与债务	
Democracy and Debt	
Richard C. Schragger	71
破产与破产回复：半主权债务问题	
Bankruptcy, Backwards: The Problem of Quasi-Sovereign Debt	
Anna Gelpern	71
帕迪利亚诉肯塔基州：关于被告能成功主张权利的辩护会话警告之效应	
Padilla v. Kentucky: The Effect of Plea Colloquy Warnings on Defendant's Ability To Bring Successful Padilla Claims	
Danielle M. Lang	72
对选举权法的展望：从种族隔离的历史中得到的教训	
The Future of the Voting Rights Act: Lessons from the History of School (Re-)Segregation	
Frances E. Faircloth	73
什么是税收歧视？	
What is Tax Discrimination?	
Ruth Mason & Michael S. Knoll	73
所得税歧视：仍然困在不可能的迷宫中	
Income Tax Discrimination: Still Stuck in the Labyrinth of Impossibility	
Michael J. Graetz & Alvin C. Warren, Jr.	74
第 26 修正案执行权力	
The Twenty-Sixth Amendment Enforcement Power	
Eric S. Fish	74
约定俗成：认证条款和独立宣言	
"Done in Convention": The Attestation Clause and the Declaration of Independence	
Jesse Cross	75
在软件许可协议中转移责任	
Shifting the Burden in Software Licensing Agreements	
Stephen S. Gilstrap	75
权利与选举	
Rights and Votes	
Daryl J. Levinson	76

解散中的城市	
Dissolving Cities	
Michelle Wilde Anderson	76
维基解密和国家安全披露的制度框架	
WikiLeaks and the Institutional Framework for National Security Disclosures	
Patricia L. Bellia	77
选举检察官的由来	
The Origins of the Elected Prosecutor	
Michael J. Ellis	78
第 1983 节能促进阻止对智障囚犯的执行吗？	
Can Section 1983 Help To Prevent the Execution of Mentally Retarded Prisoners?	
Doug Lieb	78
选举和罪恶：刑事中剥夺公民选举权和重建修正案	
Voting and Vice: Criminal Disenfranchisement and the Reconstruction Amendments	
Richard M. Re & Christopher M. Re	79
正当程序作为权力的分立	
Due Process as Separation of Powers	
Nathan S. Chapman & Michael W. McConnell	79
委员会的选区重划：一个更好的政治缓冲？	
Redistricting Commissions: A Better Political Buffer?	
Bruce E. Cain	80
为低资讯选民划分选区	
Districting for a Low-Information Electorate	
Christopher S. Elmendorf & David Schleicher	81
失重的选票	
Weightless Votes	
Joseph Fishkin	81
识别人格：在品格证据中的新观点	
Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence	
Barrett J. Anderson	81
反海外腐败法实施中的跨国格局	
Cross-National Patterns in FCPA Enforcement	

Nicholas M. McLean	82
缺失选举权的人们：进程缓慢的选举、选区重划与剥夺公民选举权	
One Person, No Vote: Staggered Elections, Redistricting, and Disenfranchisement	
Margaret B. Weston	83
控制选择退出：变更规则的经济理论	
Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules	
Ian Ayres	83
法律援助中的随机评估：代理（提供和实际使用）如何形成区别？	
Randomized Evaluation in Legal Assistance: What Difference Does Representation (Offer and Actual Use) Make?	
D. James Greiner & Cassandra Wolos Pattanayak	84
反垄断/消费者保护悖论：彼此交战中的两个政策	
The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other	
Joshua D. Wright	85
拒绝证据展示？评估托姆布雷和伊克巴尔允许证据展示的影响力	
Locking the Doors to Discovery? Assessing the Effects of Twombly and Iqbal on Access to Discovery	
Jonah B. Gelbach	85
强制与公平？强制性仲裁的体系完善	
Mandatory and Fair? A Better System of Mandatory Arbitration	
Miles B. Farmer	86
关于合理通知的合理通知	
Fair Notice About Fair Notice	
Jeffrey A. Love	86
自由企业制度中的企业宗旨：对易趣诉纽马克案的评论	
Corporate Purposes in a Free Enterprise System: A Comment on eBay v. Newmark	
David A. Wishnick	86
竞合与法律	
Aggregation and Law	
Ariel Porat & Eric A. Posner	87
法律解释的决策理论：该规则下的立法史	
A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules	

Victoria F. Nourse	87
律师的影响有多大？辩护律师对谋杀案结果的作用	
How Much Difference Does the Lawyer Make? The Effect of Defense Counsel on Murder Case Outcomes	
James M. Anderson & Paul Heaton	88
将艺术视作商标：关于精神权利的商标概念	
The Artist as Brand: Toward a Trademark Conception of Moral Rights	
Xiyin Tang	89
不包括营业税：为疏忽消费者设计的商品税	
Sales Tax Not Included: Designing Commodity Taxes for Inattentive Consumers	
Jacob Goldin	89
跨国诉讼中的体系内法律解释	
Intersystemic Statutory Interpretation in Transnational Litigation	
Nicholas . Mclean	90
权利概念运动前的福利与权利：权利同国家的语言一样	
Welfare and Rights Before the Movement: Rights as a Language of the State	
Karen M. Tani	90
反对“自己不得成为自己案件的法官”原则：公平的界限	
Contra Nemo Iudex in Sua Causa: The Limits of Impartiality	
Adrian Vermeule	91
司法能力与宪法实质	
Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law	
Andrew B. Coan	91
防破产财政和流动性资产的供给	
Bankruptcy-Proof Finance and the Supply of Liquidity	
Nathan Goralnik	91
根据“多德-弗兰克”理论追偿：惩治金融管理人员和保持“大而不倒”	
Recoupment Under Dodd-Frank: Punishing Financial Executives and Perpetuating “Too Big To Fail”	
Joshua Mitts	93
美国民事审判的消失	
The Disappearance of Civil Trial in the United States	

John H. Langbein	93
捏造的进步：信息披露与餐厅分级	
Fudging the Nudge: Information Disclosure and Restaurant Grading	
Daniel E. Ho	94
辩诉交易和举证中的不对称和激励措施	
Asymmetries and Incentives in Plea Bargaining and Evidence Production	
Saul Levmore & Ariel Porat	94
瞄准 21 世纪的亡命之徒	
Targeting the Twenty-First-Century Outlaw	
Jane Y. Chong	95
直面克劳福德在地方法院诉华盛顿一案	
Confronting Crawford v. Washington in the Lower Courts	
Dylan O. Keenan	95
选择退出世界版权保护：默示许可原则和新闻聚合器	
Copyright Protection in an Opt-Out World: Implied License Doctrine and News Aggregators	
Monika Isia Jasiewicz	96
文本，历史和传统：第七修正案所教给我们的关于第二修正案的内容	
Text, History, and Tradition: What the Seventh Amendment Can Teach Us About the Second	
Darrell A.H. Miller	96
未经参议院投票确认，总统可以任命主要行政官员吗？	
Can the President Appoint Principal Executive Officers Without a Senate Confirmation Vote?	
Matthew C. Stephenson	97
多数派程序性阻挠议事	
The Majoritarian Filibuster	
Benjamin Eidelson	97
诉讼信息：监狱、法院和“三驾马车”模式的请愿危害	
Lawsuits as Information: Prisons, Courts, and a Troika Model of Petition Harms	
Marissa C.M. Doran	98
揭下面纱不平等：布卡禁令和欧洲人权法庭的非歧视性法院审判规程	

Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights	
Sally Pei	98
征用与宪法改变	
Commandeering and Constitutional Change	
Wesley J. Campbell	99
平行排斥	
Parallel Exclusion	
C. Scott Hemphill & Tim Wu	99
证明责任的概念重建	
Reconceptualizing the Burden of Proof	
Edward K. Cheng	100
治疗行政法的盲点：设立一个能实现州机构合作联邦主义章程的联邦普通法框架	
Curing the Blind Spot in Administrative Law: A Federal Common Law Framework for State Agencies Implementing Cooperative Federalism Statutes	
Josh Bendor & Miles Farmer	100
单纯的疏忽还是放弃？对马普思诉托马斯案后律师不端行为的评价	
Mere Negligence or Abandonment? Evaluating Claims of Attorney Misconduct After <i>Maples v. Thomas</i>	
Wendy Zorana Zupac	101
骗奸之谜和性自主权的神话	
The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy	
Jed Rubinfeld	102
恶意和诈骗：滥用财产权的管辖原则	
Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right	
Larissa Katz	102
下一代民权律师：在不同时代种族和代表的身份执行	
Next-Generation Civil Rights Lawyers: Race and Representation in the Age of Identity Performance	
Anthony V. Alfieri & Angela Onwuachi-Willig	103
交易折射下的立法：把合同程序作为强制性仲裁之外第二好的替代方法	
Lawmaking in the Shadow of the Bargain: Contract Procedure as a Second-Best	

Alternative to Mandatory Arbitration	
Charles W. Tyler	103
债务人的困境：破产法施行中的经济案例	
Debtor's Dilemma: The Economic Case for Ride-Through in the Bankruptcy Code	
Amber J. Moren	104
肾脏分配和年龄段区分的限制	
Kidney Allocation and the Limits of the Age Discrimination Act	
Benjamin Eidelson	105
民法裁判中的法律顾问	
Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions	
Steven Kochevar	105

反破产

Antibankruptcy

Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen

在美国联邦破产法第 11 章（主要关于破产保护）的案例中，典型的债权人不再是和其他人一样拥有权利要求的小玩家，而是一个不良债权的专家，不断推进她自己的议程。和十年前相比，有担保债权人甚至已经更加普遍，且有着更多的控制权。此外，金融创新大大增加了各个投资者地位的复杂度。这些转变以及其他变化所带来的结果是：法律体系现在正面临着一项挑战，这个挑战很像是把已经被打碎成块的城市街区进行组装。这个世界存在着一个“反公地问题”：所有者权益是支离破碎、互相冲突的。这与第 11 章的标准叙述有着很大矛盾——它解决了公地的悲剧，即当普通债权人分享许多分散而又相似的利益时，存在的集体诉讼问题。本文吸收了合作博弈理论的经验教训，向读者展示了这些新近的变化结合在一起是如何变得有危害。它们破坏了第 11 章的一个基本假定：联盟形成过程。（2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 648 页以下）

第四修正案对计算机数据的扣留

Fourth Amendment Seizures of Computer Data

Orin S. Kerr

什么叫为了第四修正案的目的而“扣留”计算机数据？复制数据相当于扣留吗？如果是的，那么何时相当？本文认为当无人监察或中止占有或传递的数据流时复制数据，则根据第四修正案可认为这是“扣留”。本文通过回顾第四修正案调整扣留的一般目的，并将这些功能运用于计算机的新环境，以提出上述论断。这一测验防止了政府毫无章法地复制数据，然而也遇到并回答了困扰学者们的反对意见，使得“扣留”的旧定义很难适用于这个新的计算机环境。（2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 700 页以下）

美国针织诉全美橄榄球联盟：重塑运动法的时机

American Needle v. NFL: An Opportunity to Reshape Sports Law

Michael A. McCann

在美国针织诉全美橄榄球联盟案中，最高法院将要裁决谢尔曼反托拉斯法的第一项是否管理了职业体育联盟及其独立拥有的特许权，以及管理到什么程度。这是最高法院第一次将体育联盟和它的队伍定性为单一实体，这意味着体育联盟及其队伍不能“共谋”，因为他们共享一个“法人意识”，因此即使有极其严重的反竞争行为，也不会违反第一项的规定。这种结果将与大部分美国上诉法院对有关体育联盟案件的判决背道而驰，他们基本都驳回了“单一实体”的辩护，因为各队并不经常追求共同利益。但是这种结果将与第七巡回审判区的观点相一致，它在 2008 年美国针织案中裁定全美橄榄球联盟及其队伍为了服装销售的目的而构成单一实体。

本文对美国针织案、反托拉斯法与职业体育的关系、体育联盟及其队伍的单一实体抗辩的优缺点进行了实质性分析。本文也预测了美国针织案将如何影响其他体育协会的法律策略和经营活动。

笔者不赞成最高法院将全美橄榄球联盟和其他相似的联盟定性为单一实体，而是建议国会在谢尔曼反托拉斯法的第一项之下，考虑有针对性的、和体育有关的豁免。（2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 726 页以下）

战略需求还是实际需要？

对管理机构颁布指导性文件的分析

Strategic or Sincere? Analyzing Agency Use of Guidance Documents

Connor N. Raso

本文考察了美国的管理机构是否经常以指导性文件的形式颁布政治决策，来避免颁布规定通常所要求的告知和异议等程序。法学家和新近的总统办公厅都争论过这一问题。本注解使用最新可获得的数据首次展开了大面积的分析，来探究是否管理机构真的滥用了指导性文件。本注解调查了机构领导是否：（1）有战略

地颁布指导性文件；(2) 利用指导性文件来实施意识形态政策；(3) 大范围地公布指导性文件。本注解对上述问题提供了否定的答案，并建议管理机构不要经常以指导性文件的形式颁布政治决策以避免规则制定程序。(2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 782 页以下)

中止关塔那摩的令状：第三个措施？

Suspending the Writ at Guantánamo: Take III?

Joseph Pace

(原文无摘要)

(2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 825 页以下)

宪法回避的起步

Constitutional Avoidance Step Zero

Anthony Vitarelli

(原文无摘要)

(2010 年 1 月 第 119 卷第 4 期第 837 页以下)

合同设计中的战略性模糊：以企业收购为例

Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions

Albert Choi & George Triantis

过去几年间的空前的、不曾预料到的经济和金融冲击导致合同双方当事人试图从交易中寻找合同上的逃避。然而，随着当下的经济危机对经济制度不断产生影响，对崩溃的交易的注意力将会转移到对期货交易的设计。过去契约语言文字上的模糊性加剧了纠纷，预示了昂贵的、不确定的诉讼。未来企业收购交易和其他商业合同中的当事人是否应提高契约的精确度？有很多人支持这一建议。然

而，我们缺少一个理论框架来测定模糊条款和精确条款的收益和成本。本文提供了这样一个框架以提高人们在合同中战略性使用模糊条款的意识。

传统的规则标准分析表明：当起草条款的成本超过了执行标准的预期诉讼成本，模糊条文就有了正当理由。在收购契约中，模糊的“重大不利变化”条款只有通过减少之前的起草成本才能产生利益。然而，一些“重大不利变化”的代表，如股票价格中的定量门槛、税收或会计盈余，很容易起草且修改代价很小。他们通常都是过分渲染的代表，但也因此不是完美的。

我们论证了如果能正确处理诉讼费用，它事实上可以在卖方的起诉决定中充当银幕，从而改进契约。我们也回顾了“重大不利变化”条款的三种可行目标：（1）有效激励投资者，并防范在契约订立和结算期间由卖方导致的未来意外事件；（2）允许卖方在订立契约时更好地将保密信息标志给受让人；（3）使卖方在结算时能够更好地标志保密信息，以便在中止或执行收购时提高事后有效性。本文表明，为了达到这些目标，模糊的条款可能比更精确的、成本更少的代表效果更好。

（2010 年 3 月 第 119 卷第 5 期第 848 页以下）

合同解释的归来

Contract Interpretation Redux

Alan Schwartz & Robert E. Scott

合同解释仍是厂商间合同诉讼最大且唯一的来源。部分原因在于合同解释问题比较难以解决，但它也反映出文义解释和语境解释理论的巨大分歧。尽管大部分美国法院仍继续坚守传统，用“形式主义”的方法解释合同，但也有一些法院和很多评论人倾向于美国统一商法典和二次重述中反映出的“语境”解释原则。为了管理厂商之间的协议，我们在 2003 年发表了一篇文章来陈述合同解释的形式主义理论。我们认为，尽管精确的司法解释是令人满意的，但对当事人和法院来说获得精确解释的代价太大了。因此任何社会性的、可取的解释规则都会使人们放弃精确性，因为精确性需要很高的合同订立和裁判费用。这种权衡意味着风险中立的交易当事人通常希望司法解释的证据基础有一定限制，且最重要的元素是合同本身。但重要的是，我们认为商业中的当事人在这方面的偏好是各不相同

的。因此，州采用的任何解释规则都是违约，州应当尊重特定当事人关于解释的不同表达偏好。本评论阐述并扩展了这些观点，并引起了许多反对形式主义解释的批评。我们回应了这些批评并总结出支持我们观点的经验数据。虽然许多学术评论不这么认为，但可获得的证据和普遍的司法实践都证明了有经验的当事人倾向于文义解释。有经验的商业当事人用书面的和无条件的形式明确规定义务，并愿意为此承担费用，从而使得一方当事人能依赖于书面合同所保证的权利，提高当事人在交易中投资的积极性，减少诉讼费用。采用语境解释的法院和评论人宁愿撤回当事人运用这些手段进行合同设计的能力。然而，他们不能以契约自由的名义来证明那些严重限制契约自由的规则是合法的。（2010年3月 第119卷第5期第926页以下）

签名的意义：制宪者在宪法上署名的原因和深层含义

The Significance of Signatures:

Why the Framers Signed the Constitution and What They Meant by Doing So

Michael Coenen

美国宪法上的签名通常被理解成制宪会议的结束仪式。本注解提供了另一种解释，把宪法上的签名作为批准运动的开始，紧随习惯法的复苏。本注解首先解释了签名不明确的形式是政治操纵的产物，旨在宪法的批准过程中得到支持。接下来假设了两种签名帮助得到支持的可能方式：（1）在制宪前突出可能引起公众共鸣的亮点；（2）限制签名者的能力，一旦批准的战役开始时，则使签名者与宪法保持距离。最后，本注释识别出一些方面，在其中宪法签名的“批准中心主义”解释可能会影响到现代人对文书的理解。（2010年3月 第119卷第5期第966页以下）

构建美国：美国移民法院中的神话编造

Constructing America: Mythmaking in U.S. Immigration Courts

Margot K. Mendelson

本注释认为：移民法院一直是也将继续是国家认同神话得以永存的重要地点。通过关注一系列被称为“驱逐出境”的案例，笔者考察了移民可免除被驱逐出境的实用性标准。尽管这些标准从表面上看是中立的、法定的，移民法院仍作出法律制裁并使之适合于怀旧的、理想化的、排他的美国身份形象。笔者将这一现代趋势与移民法的历史地位相联系，连接点是构造并放大身份及次级地位的叙事条款——这一方式一直在学术界被掩盖，因为学者们过分强调二十世纪中期移民政策改革所取得的公民权利上的成就。（2010年3月 第119卷第5期第1012页以下）

通过竞选经费规则最大化公民参与： 政治资金的“总量控制和排放交易”机制

Maximizing Participation Through Campaign Finance Regulation:

A Cap and Trade Mechanism for Political Money

William J. Rinner

本注解力图为一个新兴领域重新制定路线：竞选经费的学术研究和改革。尽管过去很多提议都将自由和平等奉为唯一有生命的、值得通过学术和政治手段来追求的价值理念，很少有人考虑到竞选经费的规定对公民参与的影响。那些提议将公民参与作为目标的人仍然束缚于不切实际的、弄巧成拙的平等观念。为了构造一个最大化公民参与的替代模式，本注解没有采纳以下前提：直接的政治行为如志愿活动体现了参与发挥贡献的高级形式，但同时识别出这种形式可能产生的外部性。本注解提出了一种改革的新机制：总量控制和排放交易政策，在此政策下，公民可以通过从其他捐款人处购买许可的方式，来扩大他们支持政治候选人或党派的权利。这一来源于环境经济学中管理污染问题的机制，能够作为无效的、无能的捐款限制的有效的替代方式。（2010年3月 第119卷第5期第1060页以下）

电子发现中的成本转移

Cost-Shifting in Electronic Discovery

Bradley T. Tennis

（原文无摘要）

（2010 年 3 月 第 119 卷第 5 期第 1113 页以下）

发现审计：规则模型 3.8（d）和追诉人的披露义务

Discovery Audits: Model Rule 3.8(d) and the Prosecutor's Duty To Disclose

Christina Parajon

（原文无摘要）

（2010 年 3 月 第 119 卷第 5 期第 1339 页以下）

自然的政治：气候变化、环境法和民主

The Politics of Nature: Climate Change, Environmental Law, and Democracy

Jedediah Purdy

法学家关于气候变化的争论都假定这一问题主要是由于工程动机，“环境价值”太过薄弱或含糊（或两者兼有），以至于无法激发政治行动来解决这一紧迫的危机。本文提出相反观点并给出理由。大多数有关自然资源和环境的法规，从创造国家森林和公园的法案到《禁止污染大气和水源法案》，都产生于气候变化讨论恰恰忽略了的行为：关于自然界的价值，这一价值在公民的竞争观念和国家目标中的作用，以及政府的角色和规模的民主讨论。本文追踪了这些发展中的主要部分：壮观风景的浪漫附加物的增加，合理管理资源的功利主义思想，“荒地”的法律和文化概念，以及“环境”在 20 世纪 60 年代作为公众讨论的中心装饰品的革新。本文将发生在文化背景、价值观念、社会运动、将它们带入公众讨论并最终进入立法的政治行动者上的变化与每个发展相联系。这一结果既是一套专门的研究，也大概阐述了纵观美国历史，民主社会的政治斗争创造出新的、永远有

争议的“自然”观念的方式。接下来本文展示出过去的发展是如何阐明现在的：当今的气候政策，包括市民看似反常的（甚至“无理的”）选择——接受东京的碳排放目标，如果把它们看做是长期以来关于自然的政治争论的拓展，则是很有意义的，当今的气候政策不仅仅将“利益”看做是固定的，而且通过改变公民对自身、对国家和对自然界的理解，来改变利益和价值。（2010年4月 第119卷 第6期第1122页以下）

家庭的重要

When Family Matters

Alafair S. Burke

在《特权或惩罚：刑事司法和家庭关系的挑战》一书中，Dan Markel, Jennifer Collins 和 Ethan Leib 记录了刑法基于家庭地位而对行为人的有利之处或给行为人造成的负担，以及当刑法承认家庭地位时所释放出的潜在危害，对有关刑法和家庭的著作作出了重要贡献。本文基于这三位作者的观察，在《特权或惩罚》的直接关注点之外，围绕以下两方面进行考虑：按时间顺序排列的趋势和符合成文法应用的实际，以对这三位作者的贡献做一点补充。通过区分刑法传统和当代趋势，本文既识别出对合法的家庭形式的逐渐弱化的强调，也发现了在家庭内实施刑法的不断增强的意愿，无论这个家庭是如何组成的。本文总结：在家庭内有效实施刑法通常要求刑事审判制度让步于家庭关系，不是为了促进更加完善的家庭形式，而是为了实现刑法的惩罚价值和功利主义目标。（2010年4月 第119卷 第6期第1210页以下）

分离家庭

Disestablishing the Family

Alice Ristroph & Melissa Murray

本文探究了分离家庭将会意味着什么。通过考察政教分离这一特殊理论，该

理论强调制度的多元主义和多种权力来源相互竞争的重要性，本文认为这种“教堂——国家”的关系对我们的“家庭——国家”关系有很大的借鉴意义。尽管美国宪法学说已经认可了可能被称作是“自由运作家庭”的实体权利，但现在仍然没有和家庭分离平行的原则。国家能够自由地将家庭作为家庭管理，并且鼓励或阻止某些特定的家庭关系。本文提出论据以反思现有的家庭建立制度。分离是一个冒险的且不可预知的尝试，但这种冒险很可能是通往自由的必经之路。（2010年4月 第119卷第6期第1236页以下）

土地征用权的正当程序

Eminent Domain Due Process

D. Zachary Hudson

本注解分析了土地征用学说和正当程序学术的明显割裂。紧随 *Kelo* 的步伐，许多州改革了其土地征用法律，试图确保这种征用的权力不会被滥用。这些立法无论怎样改革，至少在最低的程度，正当程序条款应当保证土地所有者收到告知，并在土地实际被征用之前，有机会对征用的合法性进行司法认定。在对现有的土地征用法律进行分类之后，本注解追踪了这些法律在司法和立法上的发展变化。并且，本注解分析了不断变化的情况带动了司法对土地征用的认知。通过考察这些事实，本注解解释了为何法院未能通过程序上的保护来控制土地征用权。在确认现代正当程序原则适用于土地征用诉讼的合理性之后，考察的重点就转向程序性正当程序需要什么。本文阐释了什么样的程序是正当的，这种程序的内容和形式应当怎样，以及在土地征用的背景下承认正当程序的权利所可能产生的效果。（2010年4月 第119卷第6期第1280页以下）

在统一商法典之下进行管理：

法院应当如何解释各州的消费者保护法

Regulating in the Shadow of the U.C.C.:

How Courts Should Interpret State Consumer Protection Laws

Henry Barkhausen

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 119 卷第 6 期第 1329 页以下）

“住所地”在 Lyman Trumbul 公民概念中的重要性

The Significance of Domicile in Lyman Trumbull's Conception of Citizenship

Mark Shawhan

（原文无摘要）

（2010 年 4 月 第 119 卷第 6 期第 1351 页以下）

（应 童 译）

（刘 禹 校）

浅析“镀金时代”下的美国联邦政府及其行政法

Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age

Jerry L. Mashaw

所谓“镀金时代”，其主要特点是私人领域的过剩以及公共领域的腐败。在这个工业化迅速发展的社会，私人资本联合着贪婪的政客无情地践踏着国家机器，使其无法满足当时不断上升的经济社会需求。直到这个时代末，也就是 1887 年国会通过《州际商业法》的时候，国家政府才得以从“不干涉主义”的意识形态中解放出来，因为“不干涉主义”几乎是与一切国家政权建设对立的。也正是因为这一原因，美国在二十世纪早期开始进入行政国家阶段，并诞生了行政法。但二者都是到了“新政宪法革命”的时候，才得以充分发展。

这段熟悉的陈述中大部分属实，但仍不尽属实。在整个后重建时代，国家能力都在稳步的构建。国会创建了多个新的部门、办事处、及纲领。而联邦公务员增长的速度比人口都要快。当时的报刊头条也与我们今天如出一辙，充斥着政党

冲突，戏剧性的政治选举以及变幻莫测的国会立法这样的内容。但是日常的政府工作还是由行政部门和办事处来负责。在广泛授权的体制下，行政人员发展了一个内容丰富的国内行政法，对于大量的行政审判和管制行动起到了引导作用。此外，在立法层面的政策创新严重依赖于当时现行行政机关的研究和建议。简而言之，如果我们更关注立法和行政的实践而非宪法的意识形态和政治修辞，我们就会发现此前行政国家的出现以及行政法的诞生也都是有其价值的。（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1362 页以下）

宪法中“非自愿劳役”劳动者的合同、人种与自由

Contract, Race, and Freedom of Labor

in the Constitutional Law of “Involuntary Servitude”

james gray pope

最高法院已经采用了一种标准来评估依据非自愿奴役条款主张的劳动权。本文提出了在 1944 年的 *Pollock 诉 Williams* 一案（此案包括法院关于解释性问题的最全面讨论）的指导性决定中找到的建议。*Pollock* 认为，如果有必要给工人提供“以下权力”，给雇主提供“以上动机”来防止“恶霸的出现或者对身体有害的工作条件”，那么主张的权利就应该得到保护。虽然这只是一个可能的标准，但它非常符合正文、历史以及案例法的修订案。虽然依据大部分案例都涉及工人人种的事实，忽略种族因素是不诚实的，然而它符合修正案原意并且比学说观点有更大的优势。本文进行了关于 *Pollock* 标准的各种劳动权的法律与哲学上正当性的讨论，包括辞职权、更换雇主权、争取心仪薪水的权利以及罢工权。（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1474 页以下）

将破产纳入宪法财产权：

论使用法定权利理论来废除国家主权豁免

Bankruptcy as Constitutional Property:

Using Statutory Entitlement Theory To Abrogate State Sovereign Immunity

joseph pace

西米诺尔部落曾经裁定条款一不可用来废除国家主权豁免。此后十年中，大量学者和法庭认为第十一项修订案阻止了国会在破产程序中提请诉讼。此后国会改变了态度，维持在卡茨一案的原判：如果一个州要批准破产法条款的话就要放弃主权豁免权。但是卡茨一案仍然留下了许多问题，包括批准这项条款的州是否会在索取赔偿金的诉讼中放弃其豁免权的辩护。而人们也有理由对卡茨一案的时效性存疑：除了在逻辑上具有严重的问题外，第十一项修正案的前例也随着法庭人员构成的变化而时起时落。仅在该案件宣布几天之后，多数派中投了第五票的奥康纳审判员就被阿里拖审判员所取代。考虑到卡茨一案有可能会被驳回或被搁置，学者与从业人员中引发了焦虑。他们坚持认为除非各州能像私人的债权人那样受制于破产法庭的判决，否则破产体制无法有效地运行。

为了防止重蹈卡茨一案的覆辙，本文提供了一个新的理论，阐明了议会如何通过第十四修正案的第五部分来援引其执法权力，去授权针对州违反破产原则的诉讼。本文借用了案例法中关于法定权利和程序性正当程序的内容，提出破产保护和社会福利、公众教育、政府就业事务一样，能够得到正当法律程序条款的认定的财产利益。由于这些财产利益由联邦政府授予，对各州具有约束力，因此任何一个州如果无视个人的破产权利，这便违反了联邦法律，构成了不依正当法律程序剥夺财产权的违宪行为。（2010年5月 第119卷第7期第1568页以下）

外国公司的免费通行证？

美国证券交易委员会的评估与对抗国外发行人的私人执行

A Free Pass for Foreign Firms?

An Assessment of SEC and Private Enforcement Against Foreign Issuers

natalya shnitser

当约束假设的支持者断定从美国除名的外国公司表示着屈从于美国严格的

公司管理体制时，这些学者普遍认为美国安全法的实行是理所当然的。本文对之前未曾探索的关于美国安全法对抗国外发行人的资料进行了实证检验。结果显示相对于国内发行人，美国境内的国外发行人不仅仅受益于更加宽松的规则，而且受益于更仁慈的公共执行机构。同时，美国法院还限制了针对国外发行人的私力执行，而且限制了公力执行的选择并使得针对美国发行人与国外发行人的公司管理体制之间的差别越来越大。（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1638 页以下）

通过互补实现稳定：

在国际刑事法院刑事诉讼中解决事后问题

Peace Through Complementarity:

Solving the Ex Post Problem in International Criminal Court Prosecutions

Eric S. Fish

（原文无摘要）

（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1703 页以下）

涉税案件使产品法失灵：

美国政府诉 **Textron** 案后诉讼风险评估的可发现性

Tax Cases Make Bad Work Product Law:

The Discoverability of Litigation Risk Assessments After United States v. Textron

Jacob A. Kling

（原文无摘要）

（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1715 页以下）

通过 **Bayh-Dole** 改革处理绿色专利的全球化僵局

Addressing the Green Patent Global Deadlock Through Bayh-Dole Reform

Lisa Larrimore Ouellette

（原文无摘要）

（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1727 页以下）

反 Batson：与人身保护令补救措施博弈

The Reverse-Batson: Wrestling with the Habeas Remedy

Elina Tetelbaum

（原文无摘要）

（2010 年 5 月 第 119 卷第 7 期第 1739 页以下）

国家作为法定解释的实验室： 方法论共识与新修改的文本主义

The States as Laboratories of Statutory Interpretation:

Methodological Consensus and the New Modified Textualism

Abbe R. Gluck

本文提供了若干州终审法院的法定解释的详细研究。有学者在过去的十年思考了“文本主义的灭亡”，法定解释规则的效用，以及法官商定一套统一的解释规则的资格。而在现实中，正是在以上这些思考过的领域，州法院已经进行了尝试。一些州法院都明确表达管理解释制度的所有法律问题。方法论先例（即向关于方法论的司法陈述给予先例效力的实践）但往往并没出现在联邦法定解释中，而是成为了一些州的法定判例法的一个普遍特征。在全国，各州立法机关制定特定的规则解释。而这些规则解释却被一些州以出人意料的程度所忽视。为防止走进文本主义的“死路”，从这些州法院的判例中产生了一个引起惊人共识的方法论。本文称此方法论为“修正的文本主义”，它是拥有文本主义的核心要素，但具更广泛的潜在号召力的理论。这些州的发展针对美国最高法院的发展展现了强

有力的反例。美国最高法院使得统一的解释分化，其拒绝将方法性陈述视为先例使得解释性共识变得似乎不可能的。他们还强调，为了法定解释消耗的所有精力，方法论本身的法律地位，无论是“法律”或低于法律仍未完全解决。（2010年6月 第119卷第8期第1750页以下）

刑法和家庭地位的再思考

Rethinking Criminal Law and Family Status

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

在我们最近出版的《特权或惩罚：刑事司法和家庭关系的挑战》一书中，我们研究并批判了一些方法。刑事司法系统用这些方法，依据家庭关系分配利益或负担给被告。在他们的评论中，Alafair Burke教授、Alice Ristroph教授和Melissa Murray教授为框架提出一系列的深思，我们为决策者提供这个框架来分析这些家庭关系的利益或负担。我们认为该框架是值得实施的，不仅是用来阐明那些我们观点核心特征中关于误解或迷惑的挑战之所在，也可以显示提出的替代者的不足之处。虽然我们赞赏和敬佩我们的批评家为推动这一重要谈话做出的努力，我们希望本文能阐明为何规范的特权或惩罚的框架能够保持这样一个结构：更有助于决策者评估在自由民主中（如我们自己的自由民主），家庭情况应当如何与刑法交叉。（2010年6月 第119卷第8期第1864页以下）

分拆置业：从内而外的区域改革

Unbundling Homeownership: Regional Reforms from the Inside Out

nicole stelle garnett

（原文无摘要）

（2010年6月 第119卷第8期第1904页以下）

正直以及公平的不一致：关于 **Daniel Markovits** 的《现代法律伦理学：民主时代的反对与拥护》一书的评论

Integrity and the Incongruities of Justice: A Review of Daniel Markovits's A Modern
Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age

benjamin c. Zipursky

（原文无摘要）

（2010 年 6 月 第 119 卷第 8 期第 1948 页以下）

投票权法案的秘密武器：

口袋触发机制的诉讼及动态的事先批准

The Voting Rights Act's Secret Weapon:

Pocket Trigger Litigation and Dynamic Preclearance

Travis Crum

继西北奥斯汀市政公用区一号条例之后，研究继续寻求补救投票权法案第 5 款的方法。本文通过对投票法案最模糊的条款：第三款的检验，提供了一个解决方案。该条款通常被称为保释机制或口袋触发机制，授权联邦法院依照事先批准，有权处置违反第十四或第十五修正案的州和政府部门。本文提出两部分论点。首先，口袋触发机制应用来减轻的西北奥斯汀市政公用区一号条例法院对覆盖式的差别待遇的焦虑。司法部和民权团体应建立极少数成功 bailins 的，通过诉讼来重新定义事先批准制度。其次，口袋触发机制为修订的 VRA 提供了一个模型。口袋的触发机制更容易从一致性和比例测试中幸存，因为它取代了过时的拥有非常合体的覆盖机制即宪法触发机制。它也回避了设计一个新的覆盖机制的政治困难。口袋触发机制有潜力来创建动态的事先批准：一个灵活的覆盖制度，采用有针对性的事先批准和失效日期。本文通过对口袋触发机制提出可能的修正，如添加效果测试或描述确定的自动触发事先批准的侵犯得出结论。（2010 年 6 月 第 119 卷第 8 期第 1992 页以下）

剥夺股东投票权：mercier 诉 Inter-Tel 案后 blasius 的未来

Disenfranchising Shareholders: The Future of Blasius After Mercier v. Inter-Tel

Jacob a. Kling

本文分析了最近特拉华州衡平法院在 Mercier 诉 Inter-Tel 公司（特拉华）一案中的决定。此案中，法院坚持反对 Blasius 挑战 Inter-Tel 董事会推迟其即将召开的特别会议的决定。此会议是为了防止股东否决与 Mitel 公司的合并。它主张 Inter-Tel 代表着将董事会干涉股东特权行为的令人信服的正当理由标准限制于涉及董事会防卫工事的判例的企图，这样的限制是被误导的，因为它忽略了与推迟一个即将表决的交易相联系的潜在代理成本。本文总结在防卫工事的外部条件下，Blasius 应该保持一个股东可以选择事前退出的默认规则。（2010 年 6 月 第 119 卷第 8 期第 2040 页以下）

问责制，服从，Skidmore 学说

Accountability, Deference, and the Skidmore Doctrine

Bradley Lipton

本文认为，当政府机构依照 Skidmore 诉 Swift & Co 公司的标准非正式地解释法规时，应该得到实质性的服从。法院推迟机构是机构比法院更政治问责非正式。法院推迟到政府机构的一个重要原因是政府机构比法院更具有政治问责性。然而，目前的法律奖学金问责反映了一种不能反映现代政治学见解的过时观点。现代政治学家强调，应以各种机制来追究政府机构官员的责任而不能仅限于形式主义的程序或直接选举民众的形式。本文相应地提供了一个创新的理由，以及适用 Skidmore 标准判例的实质主体的新批判。而且本文“提出法院应如何处理非正式机构的法规解释的模式。法院可以将他们对此类决定的处理方式与“有说服力的先例”这一熟悉的标准相比较。虽然法院应仍然受益于澄清学说，斯基德莫

尔标准大致与最近最高法院的先例是一致的。（2010 年 6 月 第 119 卷第 8 期第 2096 页以下）

Huppert 诉匹斯堡市：警方传票的争议地位

Huppert v. City of Pittsburgh: The Contested Status of Police Officers' Subpoenaed
Testimony After Garcetti v. Ceballos

Leslie Pope

（原文无摘要）

（2010 年 6 月 第 119 卷第 8 期第 2096 页以下）

专利法与两种文化

Patent Law and the Two Cultures

Peter Lee

半世纪前，笔者和物理学家 C.P.Snow 就曾发出警告：人文科学和自然科学彼此之间的理解存在着鸿沟。Snow 的“两种文化”论题与专利法特别相关，这个论题是法律和科学相交叉的领域。通过运用 Snow 的框架，本文强调非职业法官必须参与，理解，并最终对复杂的技术做出判断所产生的挑战。它首先认为，科技题材给通才法官施加了巨大的认知负担。然后探讨“认知吝啬鬼”的模式，即外行人通过此模式采用启发式教育法并推迟的专业知识，以减轻这些负担。通过借鉴此心理学模型，本文又探讨在专利学说的形式主义的独特作用。为推进联邦巡回上诉法院的信息成本理论，本文认为形式主义限制了司法与技术的融合，并使之合理化。形式主义减少了技术调查的困难，从而平衡了法律和科学的交叉。文章指出最近最高法院的专利决定的反补贴趋势。此外还从实质上缩小的专利权的范围。法院系统性地排斥形式主义规则，而青睐整体性规则。这种所谓的整体转变承诺是为增加司法与技术的融合。为了解决由此产生的认知负担，本文提供了将灵活性规则的节约品质与标准的上下文敏感度相融合的解决办法。文章结尾

探索联邦巡回上诉法院和最高法院的文化差异以及专利学说差异的涵义。(2010年10月 第120卷第1期第2页以下)

慎重行使退出权： 为什么管理和酬金诉讼在互惠基金中不起作用

Taking Exit Rights Seriously:

Why Governance and Fee Litigation Don't Work in Mutual Funds

John Morley & Quinn Curtis

共同基金的股东不同于普通公司股东，他们不出售其股份（他们从现金的发行资金中回购股份）。我们认为，这种独特的退出形式几乎完全消除了共同基金的投资者使用表决、董事会和费用责任的动机。无论是大型和复杂的投资者，还是大多数没有竞争力的共同基金市场，投资者几乎从来不会对自己的基金表现积极。我们罗列出一些意外的、有害的退出方式，会破坏表决、董事会和费用责任。退出与表决相互影响，例如，为了防止解雇经理以及防止投资人受到加费通知。退出还与费用责任相影响，导致收回去了错误的投资者，并打消投资者转移到低费率基金的念头。虽然退出权为投资者提供了一个功能强大的工具以保护他们的利益，但对于许多投资者，退出权的净效应是模糊的，因为不行使退出表现不佳基金权利的投资者不能指望其他投资者能提高资金。最终，退出权导致共同基金看起来更像是产品，而不是普通的公司。因此，无论它们现在还是将来能更有效的带来什么好处，或是低成本的可自动适用而无需投资者行为的产品式监管，或提示投资者有效地行使退出权的监管，表决、董事会和费用责任价值是有限的。

(2010年10月 第120卷第1期第84页以下)

联邦检察官统一伦理规制

Uniform Ethical Regulation of Federal Prosecutors

Bradley T. Tennis

从国家伦理规范到联邦法院采用的地方性法规以及司法部的内部政策，联邦检察官受到各种各样的伦理规范。这些道德规范的适用不相一致及其重复应用已导致监管混乱。这种混乱抑制了联邦检察官明确的道德期望的发展。为了确保联邦刑法执行的一致，法院应当采用一套统一的道德区分调控监管机构，司法部以及一个尚未创建的独立道德审查委员会以取代现有的监管框架。（2010 年 10 月第 120 卷第 1 期第 144 页以下）

本书的解释：立法起草工作手册与法定解释

Interpreting by the Book:

Legislative Drafting Manuals and Statutory Interpretation

BJ Ard

（原文无摘要）

（2010 年 10 月 第 120 卷第 1 期第 185 页以下）

从国际惯例中撤回

Withdrawing from International Custom

Curtis A. Bradley & Mitu Gulati

条约通常是以成文形式商定的，要遵守繁琐的国内承认程序。但是，国家经常有权从条约中单方撤回。相比之下，习惯上的智慧是国家永远没有法定的从国际习惯法（CIL）的非成文规定中单方撤回的权利，一项我们称之为“强制性观点”的命题。但是，为什么从条约中退出比从国际习惯法中容易是不明显的，特别是考虑到至今依然存在的条约与国际习惯法在调控范围上的重要重叠，以及条约频繁作为国际习惯法的证据使用。我们在本文中考虑了强制性观点的智慧的历史与功能可取性。我们发现有一些 18、19 世纪的国际法评论家认为国际习惯法规则有时要遵守单方撤回，至少在国家通知其意图的条件下如此。我们还发现强

制性观点在 20 世纪某个时间前并没有主导国际法评论，尽管当时有关于强制性观点如何在实践中起效的重要不确定性。而且我们注释了有理由质疑改变强制性观点的标准化基础，这样它会成为将“未开化”国家约束在一小部分西方力量解决的国家法的部分努力。评论这段经历后，我们利用关于合同法、公司法、选举法及宪法设计发展的理论，来思考是否值得将退出权限制在强制性观点预想的范围。我们总结：虽然在限制国际习惯法的退出权问题上存有争议，但很难证明强制性观点是国际习惯法如何实施的一般解释。（2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 202 页以下）

立法规则、非立法性规则以及捷径的危险

Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut

David L. Franklin

长期以来，法院都在努力区分立法规则。这些立法规则是用来约束法律影响的并且必须经过规则制定程序即通知与建议，而非立法性规则则无需通知与建议程序并且不试图限制法律影响。这种区别被称作“平淡的”、“困惑的”以及“隐蔽的”烟雾。像 John Manning, William Funk, Donald Elliott, and Jacob Gersen 这样杰出的评论家提出了解决问题的简单方法，而法院却没能采用这些方法，这恰恰成为了障碍。这些评论家敦促与其研究规则的本质与影响来决定它是否要经历通知与建议，法院不如将问题的内在发掘出来，并且探讨规则是否经历了通知与建议，来决定它是否能够依法被限制。我称这个计划为“捷径”，它能够节省司法裁决的费用。而且，它的支持者认为它并不减少行政程序的监督，因为机构经常会在事前选择将它们的规则提交到通知与建议程序，以此来保证它们事后被视为法律约束。最近，捷径的支持者如 Manning 和 Gersen 主张它们的地位通过 2001 年最高法院的 Mead 决定来得到加强。最高法院的 Mead 决定假定非立法性规则应当失去遵循 Chevron 案先例的资格。

本文不仅解释了法官反对捷径的原因，而且解释了他们这样做的明智之处。本文主张三点谨慎的正当理由：捷径不适当地保护了那些人的利益，特别是调控

的受益人，他们的利益受到松懈的或自由的机构宣告的影响；它与长期的原则处于紧张的状态，机构通过判决或规则制定，可以选择该原则来宣告新政策；并且它忽视了颁布阶段的公众监督与执行阶段的更强的司法监督之间的重要区别。我认为，Mead 决定没有将决定性的力量给予有利于捷径的争论，因为非立法性规则在实质上与实践相一致。简而言之，这些就是捷径的危险。（2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 276 页以下）

反对保险解约

Against Insurance Rescission

Brian Barnes

本文认为针对保险申请的善意错误表达的传统补救方法，对保险公司补偿过度。简而言之，解除合同允许保险人拒绝补偿主观善意但表达错误并遭受损失的人，而对于那些甚至从没填过申请的人，处于相似境地却可以得到补偿。合同法的原则并不会导致这样的结果，法院为了规避这一问题，使得保险法学说并不不那么清晰。考虑到善意错误表达背景下解除合同产生的问题，本文提出了替代的补救方法叫作“公平精算改革”。公平精算改革通过以保费所提供的一定量赔偿金来给予错误表达的被保险人，以此避免解除合同的扭曲低效。（2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 328 页以下）

联邦量刑法中的神经科学与制度选择

Neuroscience and Institutional Choice in Federal Sentencing Law

Rebecca Krauss

（原文无摘要）

（2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 367 页以下）

隐私，人格以及法院：信息自由法案中 7(C) 的豁免

Privacy, Personhood, and the Courts:

FOIA Exemption 7(C) in Context

Scott A. Hartman

(原文无摘要)

(2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 379 页以下)

实施海牙公约中关于

美国法院协议的选择：阐明识别与执行实践

Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements in
the United States: An Opportunity To Clarify Recognition and Enforcement Practice

Caroline Edsall

(原文无摘要)

(2010 年 11 月 第 120 卷第 2 期第 397 页以下)

(刘 禹 译)

(应 童 校)

唯一的实质性的正当程序条款

The One and Only Substantive Due Process Clause

Ryan C. Williams

正当程序法修正案 5 和修正案 14 所保护的权利的特性和范围是所有宪法文件中最具有争议的。争论的核心是能否把这些条款理解为仅仅保护程序性权利，如通知和参加听证的权利；或者能否把这些条款理解为也能够保护实质性权利。争论的双方都有一个小却重要的假设，就是正当程序的实质性问题应该对这两个修正案都是相同的。文章对这个假设提出了质疑，通过分别探究修正案 5 和修正案 14 的历史依据，带着这样的一个问题来研究它们起初的公共意义：各个条款

在实施时，起初的意义包含一个实质性的程序保护形式吗？1791 年修正案 5 通过，“正当程序法”以及关系密切的“国家法律”这些词语被广泛理解为指的是有关于司法程序，其中第二个可能包含了更多的语义，通常指的是现行的法律，但两者都没有能包含如今所认为的“实质性的程序正当”。1791 年至 1868 年的修正案 14 生效，正当程序的概念发生了巨大的变化，从州和联邦的司法判决，还有从那些支持与反对奴隶制的人对奴隶制扩张的合宪性讨论所表现的对正当程序的追求，都能看出巨大的变化。至 1868 年，一个被认可的实质性的正当程序形式被当时 37 个州的至少 20 个州法院接受，也被联邦法院和最高法院以及那些宪法重要条款的制定者们所接受。最后，文章总结认为这两个修正案有一个，且只有一个——修正案 14——能够真正包含一个被认可的实质性的正当程序法。（2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 408 页以下）

致法官史提芬·雷哈特

Tribute to Judge Stephen Reinhardt

The Yale Law Journal

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 514 页以下）

一个进步的梦想家：史提芬·雷哈特与修正案一

A Progressive Visionary: Stephen Reinhardt and the First Amendment

Erwin Chemerinsky

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 515 页以下）

法官故事

Judge Stories

Heather K. Gerken

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 529 页以下)

司法中的“奇怪对子”

The Judicial "Odd Couple"

Alex Kozinski

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 535 页以下)

读懂雷哈特：构建合法道德

Reading Reinhardt: The Work of Constructing Legal Virtue (Exempla Iustitiae)

Judith Resnik

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 539 页以下)

工作中的雷哈特

Reinhardt at Work

Benjamin I. Sachs

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 573 页以下)

最好的宽松计划

The Best Laid Plans

Frederick Schauer

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 586 页以下)

公民通知：公民联合会恢复后， 社团竞选宣传的更广泛披露以及免责声明

Citizens Informed: Broader Disclosure and Disclaimer
for Corporate Electoral Advocacy in the Wake of Citizens United
Daniel Winik

文章提出了对公民联合会恢复后规制社团竞选宣传的新方向。并非考察是否正确
正确的决定出公民联合会，它认为对社团竞选演讲的更广泛披露和免责条款的规
制是更符合宪法的，也比彻底禁止更有优越性。在调查州和联邦公开声明的要求
之后，文章提出一个比现行条例的范围更广的个人言论自由的法规。它认为社会
团体竞选的演讲的法规不应仅仅限于候选人宣传或者是限于对抗匿名权。（2010
年 12 月 第 120 卷第 3 期第 622 页以下）

无限延迟移民信息： 联邦与州超范围解释 8 C.F.R. § 236.6 条款

Indefinite Detention of Immigrant Information:
Federal and State Overreaching in the Interpretation of 8 C.F.R. § 236.6
Grant Martinez
（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 667 页以下）

网络抵押品拍卖的新篇章

Refreshing the Page on Online Collateral Auctions
Stephen S. Gilstrap
（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 120 卷第 3 期第 679 页以下）

合同解除与恢复的补偿

Remedies On and Off Contract

Richard R.W. Brooks & Alexander Stremitzer

近百年来，自由的允许解除并又恢复合同影响了法律的权威性，人们担心这是对贸易秩序和规范价值的一个威胁。对于这种恐慌，权威部门已经限制了随意中断合同，他们的反应往往过于激烈，并且是基于对补偿效力的错误理解。解除再恢复合同，事实上可能会让双方创造出更高效的奖励机制，从而推动合同的履行。担心合同的稳定性并不是杞人忧天，但基本的问题不是违约之后的随意解除，而是在于解除之后的赔偿、补偿问题。文章提议应当自由的终止合同，其次是限制之后的补偿。现代的改革和提议似乎是接受了相反的路线，限制合同的终止，同时，允许大量的赔偿。我们认为这些改革与建议才是对合同稳定性真正的威胁。

（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 690 页以下）

比较而产生的歧视

Discrimination by Comparison

Suzanne B. Goldberg

当代反歧视法正在陷入危机，不仅在方法论上，也在概念上。危机主要来自于司法机关对比较的依赖——他们像遭受歧视的受害者一样寻求保护——以此作为监管歧视的工具。这些比较用当代对歧视定义的理解与如今职场工作中的现实情况相对，这种深刻的错位比较，已经基本用尽了法理理论。甚至是在普通的案例之中，比较也很难被发现，尤其是如今知识型的移动经济。这种困难被各种质疑声音不断放大，那些声音还仅停留在对交叉理论、身份表现论、结构性歧视论这些第二代理论的固执认识上。法院通过将对比作为歧视的要素之一，而不是将其作为一个识别是否有歧视的启发式的工具，已经把其他的理论排除在外了。同时法院还进一步缩小了歧视的理解，忽视了从骚扰案件和传统法理中得出的重

要结论：歧视可以没有比较。除了这些缺点，比较的方法仍可适用，因为经验主义允许法院可以不对动态的现实工作情况主体分析，而直接评估歧视请求。假设身份与歧视有各自复杂的特性，但比较至多制造出一个虚假的可能性，反之，交换法在遵守司法的合法性前提下，却在现实职场中给反歧视法规提供了有意义的框架，包括骚扰案和传统法理的文本性考虑和欧洲法律所容纳的假定性比较。只有把比较法去除之后，我们才能给新的法学理论更多的空间。（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 728 页以下）

面对选择的诱惑：法律、教育以及美国多元文化

Confronting the Seduction of Choice: Law, Education, and American Pluralism

Martha Minow

择校的政策使得家长能够在众多学校中选择从而来实现孩子的义务教育，这样的择校政策从政治和法律的五次斗争中产生。这样的特色考虑到了上世纪 20 年代教育界兴起的反抗移民美国化期间形成的择校传统；考虑到了 50 年代 60 年代为了避免法定的反种族隔离而进行的“自由选择计划”；考虑了 70 年代“磁铁学校”用来推动反种族隔离，直到被最高法院叫停；考虑到了监护人为宗教教育埋单的宪法性运动；也考虑到了现在试验教会学校和其他的选择，包括一些特殊性质的学校。学校的选择体现了个人自由、市场竞争、宗教信仰自由、多元文化主义和意识形态的中立。择校的给教育增添了新的智慧，也给社会融合开辟了新的道路。但只有在社会对这个目标达成了共识，形成多种可供的选择，否则，这只会再次分裂社会，阻碍学生获得平等的机会。（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 814 页以下）

范本格调

The bluebook blues

Richard a.posner

（原文无摘要）

(2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 850 页以下)

移民法对家庭的定义： 应包含因血统获得国籍的非传统家庭

Defining Family in Immigration Law:
Accounting for Nontraditional Families in Citizenship by Descent
Victoria Degtyareva

许多移民获得美国永久居住权或者国籍是通过家庭亲属关系获得的。事实上，移民局必须不断调整决定什么是家庭构成。不幸的是，移民和国籍法案(INA)并没有什么指导。INA 对家庭有一些定义，通常都是传统的观念，传统观念假设父母关系只存在于两个人。当适用于非传统家庭，父母关系可能由三个或以上人来构成的时候，这样的假设就会造成本质性的问题。因为 INA 并不承认这样的家庭，通常也没法确定这些家庭能否像传统家庭那样有权获得移民和国民福利待遇。由于缺少这样的说明，本文提出了采用统一的家庭定义，即基于人际关系间的，而非基于生理上的关系。这个提议与现行的 INA 法案相一致，也在州家庭法获得支撑，可以为处理这样的非传统家庭案件提供有效的办法。(2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 862 页以下)

反垄断阴影下的证券法：广泛默示豁免条例的案例

Securities Regulation in the Shadow of the Antitrust Laws: The Case for a Broad
Implied Immunity Doctrine
Jacob A. Kling

文章支持了最高法院的瑞士信贷证券与 *Billing* 案中的判决。案中法院重申了证券交易市场反垄断的默示豁免权更宽泛的确定标准。文章认为，与几位评论员提出的批评恰恰相反，*Billing* 默示豁免的分析与先例一致，而且宽泛的豁免更可取的。反垄断法院可能会禁止证券市场太多的行为，强加过多的责任，甚至是

于一些有利禁止的活动。事实上，对狭隘的豁免条例的担忧不仅事后会产生威慑过度的后果，在事前估计也会导致美国证券交易所 SEC 放弃最佳的常规方法支持授权于特定的机构而取代反垄断诉讼。（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 910 页以下）

贸易秘密法和法官与陪审团的角色变化

Trade Secret Law and the Changing Role of Judge and Jury

Bradley Lipton

（原文无摘要）

（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 955 页以下）

对表面收入索赔的反思

Rethinking the Facial Takings Claim

David Zhou

（原文无摘要）

（2011 年 1 月 第 120 卷第 4 期第 967 页以下）

结社性言论

Associational Speech

Ashutosh Bhagwat

文章探究了修正案一的自由言论和修正案一里不成文的结社权。从新的一个重要视角探究了这个领域，使学术界对最高法院在此领域的方法产生了实质性的重新审视。文章分为三个部分，第一个部分探究了结社的条例根源，回顾了学术上最新的关于结社权的观点，也回顾了修正案一关于公共集会、对补偿不满而向政府请愿的条款。基于这些材料，我认为集会、请愿、结社的权利在历史上都是重要的、独立的，并且等同于修正案一中言论自由、出版自由的权利。所以，最

高法院现在将结社作为言论自由的附属权利是不正确的。基于这个结论，我又进一步阐述了修正案一的关键，就是在于言论、集会、请愿、结社的权利应该被理解为相互关联，互为强化的机制，从而推动民主自治的政府。尤其，我认为言论自由在整个系统中，关键是为了提高其他权利的实现，当然包括结社权。我把这称为结社性言论理论。第二部分探究了结社性言论理论在各个言论自由条款中的内涵，包括煽动性言论，敌意的观众言论，公共论坛条例。最后，第三部分探究了一些更大的问题，关于这理论教给了我们什么，关于言论自由的基本属性，关于修正案一的条款相互关系。它也提到了一些结社性言论理论的局限性。（2011年3月 第120卷第5期第978页以下）

机构间的权力分配

Allocating Power Within Agencies

Elizabeth Magill & Adrian Vermeule

行政法理论的标准问题包括了立法权、司法权、行政权以及各种机构之间的权力分配。这些问题通常是根据法律规定在政府的三个分支中特定分配政府权力。然而这些讨论是不完整的因为机构通常都被统一的整体对待。本文中，我们查看一个不同的问题：行政法如何在机构之间分配权力？虽然学者们有时会揭露给同行的一些机构内部信息，他们的观点有局限性并局限于特定的上下文。我们将要扩展这个观点，试图说明行政法既在横向，也在纵向分配了机构权力，也提供了结果的假设。横向看，行政法直接或者间接的决定了各机构的职业相互关系——律师、科学家、公务员、政客以及其他职业。纵向的看，行政法直接或间接的决定了各级机构的相互关系，总部、分部和一线人员。这种观点阐明了一些难懂的成熟的行政法原则、条款，包括关于 *Chenery*, *Chevron*, *Mead*, and *Accardi* 条例，也阐明了行政法规建立起来的机构的结构和程序。权利分配的内部视角既提高也批判了机构权利分配发展的正当性，也正是这样，为一个更完善的行政法指明了道路。（2011年3月 第120卷第5期第1032页以下）

联邦主义与分权中的多元政策

Multiplicity in Federalism and the Separation of Powers

Josh Chafetz

(原文无摘要)

(2011 年 3 月 第 120 卷第 5 期第 1084 页以下)

教师集体谈判法对学生成绩 的影响：源自新墨西哥自然实验

The Impact of Teacher Collective Bargaining Laws
on Student Achievement: Evidence from a New Mexico Natural Experiment

Benjamin A. Lindy

文章使用 1999 年日落条例和 2003 年新墨西哥重新授权的公共雇员的集体谈判法来评估教师集体谈判对学生成绩的影响。文章发现强制的教师谈判法提升了优等生的表现，同时减少了差生的数量。在建立这个核心实证结果后，文章探索了公立学校里教师联合会在美国教育政策导向和规范争论中的角色。(2011 年 3 月 第 120 卷第 5 期第 1130 页以下)

如何重新审视州法院的决定优先于联邦权利

How To Review

State Court Determinations of State Law Antecedent to Federal Rights

E. Brantley Webb

在 *Stop the Beach Renourishment* 营养品公司诉佛罗里达环境保护部案 130 S. Ct. 2592 (2010) 中，最高法院为了维持州财产法决定，批准了司法收入条例。多数意见终于在几十年的法学家和财产法团队的努力下获得成功，确保联邦重审州财产法决议效力优先于联邦收入索赔。这些人胜利了，就这个观念而言，也打破一个多世纪的最高法院考虑到州法院在这个问题上，多数采用一个新的标准的独

立审核先于州财产法律判决。文章考察了多数人抛弃的尊重理论传统恢复了案件。最高法院尊重州法院决定都有重要目的，至少是检查是否最高法院在政策制定上尊重州法院。文章总结道，独立重审的危害后果最终会超过产权所有人的收益；它要求最高法院重审仍然要尊重州，给州法院自由发展独特的财产法体系来应对州的各自需求和历史。（2011 年 3 月 第 120 卷第 5 期第 1192 页以下）

对错误问题的正确解决：

In re John Q. Hammons 酒店公司案后对股东控制的地位

The Right Solution to the Wrong Problem:

The Status of Controlling Shareholders After In re John Q. Hammons Hotels Inc.

Benjamin Klein

（原文无摘要）

（2011 年 3 月 第 120 卷第 5 期第 1251 页以下）

对国会的第五部分限制：

通过文献三的解析与非歧视就业法案的合宪性

Section 5 Constraints on Congress Through the Lens of Article III
and the Constitutionality of the Employment Non-Discrimination Act

Craig Konnoth

（原文无摘要）

（2011 年 3 月 第 120 卷第 5 期第 1263 页以下）

从反肤色主义到反巴尔干化：

一个新的种族平等案的基础性判决

From Colorblindness to Antibalkanization:

An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases

Reva B. Siegel

几十年来,最高法院已经在平等保护种族歧视案件严重分歧。通常来说,法官们就平等保护条款是否正确解释上产生分歧: 应该是按照一个关于个人主义的反肤色分类原则解释还是按照一个关于不平等人群的反附属原则来解释。本文从第三个角度解释了平等保护原则, 这种观点已经获得摇摆不定法官们已经投票支持, 并限制种族观念救助, 因为他们担心极端种族主义和无约束种族补救措施会产生社会分裂。文章把这种会导致社会分裂的第三种平等保护的视角叫作“反巴尔干主义”。

通过三方面视角来看平等保护原则,本文表明了肯尼迪大法官是如何以反巴尔干主义对社区学校家长诉西雅图第一社区学校案与 Ricci 诉 DeStefano 案进行评价的。肯尼迪大法官确认了那些能够推动机会平等的而表面似有种族意识的中立法(如在就业歧视法中的差别性影响索赔), 只要这些法律的执行没有侮辱种族的尊严和威胁分裂。

文章的三视角模型的平等保护主义选择方向也可能会得到发展, 也可能会受到批判。文章最后一部分对平等保护主义原则的逻辑和适用提出了质疑。那些用巴尔干主义解释平等保护主义原则的人是以有效平等的方式执行这原则的吗? 文章最后总结, 在这种精神下, 反巴尔干主义可以适用到关注少数族裔社区, 并且不与公民权利法相冲突(比如政府在逮捕嫌疑犯时考虑种族)。(2011 年 4 月第 120 卷第 6 期第 1278 页以下)

失败是一个选项: 一个人反人为的反垄断金融监管方式

Failure Is an Option: An Ersatz-Antitrust Approach to Financial Regulation

Jonathan R. Macey & James P. Holdcroft, Jr.

我们区分了一些经济问题, 在大型金融机构(银行)陷入危机之前, 银行因为政治挑战而破产。这些政治问题的发生是因为决策者希望能够预先决策, 如果在银行出现危机之后, 如何进行经济救济, 虽然他们现在是健康的。政治理论和历史经验表明, 面临不确定的资本市场的政客和高度焦虑的选民将一定会拯救那

些他们认为“太大而不能倒闭”的金融机构。这样,政府唯一可靠的方式致力于避免追求太大而不能倒闭的政策是在那些最大的金融机构变得“太大而不能倒闭”之前将他们拆分。我们定义了那些我们认为是“太大而不能倒闭的”规模。银行达到这样的规模就要被拆分。我们确定的衡量标准就是目标价值的联邦存款保险公司的存款保险基金。我们将禁止任何金融机构负债金额积累大于百分之五的目标价值基金。因而,政府可以遵循停止救助和实行允许金融机构倒闭的政策。我们认为控制经济规模与此相关的“人为的反垄断政策”可以通过大量储蓄来抵消,而前述可以通过避免将来的救助来实现。(2011年4月 第120卷第6期第1368页以下)

手中的闪电：印度人和投票权

Lightning in the Hand: Indians and Voting Rights

Pamela S. Karlan

(原文无摘要)

(2011年3月 第120卷第6期第1420页以下)

布朗前后的普通学校：民主、平等以及效率议程

The Common School Before and After Brown:
Democracy, Equality, and the Productivity Agenda

Rosemary C. Salomone

(原文无摘要)

(2011年4月 第120卷第6期第1455页以下)

在破产中租赁和贷款的经济逻辑区别

The Economic Logic of the Lease/Loan Distinction in Bankruptcy

Daniel Hemel

破产法对待出租人比有担保债权人更有利,但法律学者尚未确定差别对待两个交易类型的规范的正当理由。经济分析法学家已经取消了了租赁和贷款区别,与此同时,法院和评论家都呼吁国会完全废除这种区别。本文定义了一个租赁和贷款区别的基础——总福利的最大化——解释了为什么租赁比担保可能产生更少的无谓损失。在担保借贷中,担保贷款人和借款人可能可以将折旧的成本转移给借款人的其他债权人。通过允许破产法庭更改条担保贷款,破产法限制(但不能消除)可能在担保交易中会产生的外部折旧费。在租赁,相比之下,出租人和承租人全额折旧成本内在化。因为租赁不生成外部折旧成本,破产法不授权法院改变此类交易的条款。(2011年4月 第120卷第6期第1492页以下)

成交不成交? 辩诉交易中无效的救济顾问帮助

Deal or No Deal?

Remedying Ineffective Assistance of Counsel During Plea Bargaining

David A. Perez

如果当被告在辩诉交易中受到有缺陷的法律顾问,但随后收到一个公平的审判那会怎么样? 这个文章讨论三种不同的方法:没有补救措施,辩诉的特定履行,重审辩诉。它认为,特定履行辩诉交易违反各种司法和宪法原则,而没有任何补救的方法依赖于一个对修正案六的缺陷理解。文章引出一个概念,认为在辩诉交易中,无效的法律顾问帮助是一个犯罪过程中结构性的错误,而不是审判的错误。文章总结,唯一可行的办法就是进行重新审判。(2011年4月 第120卷第6期第1532页以下)

“充分的披露, 不玩任何花样”:

在琼斯诉哈里斯案之后, 提高收费的透明度的建议

To "Make Full Disclosure and Play No Tricks":

A Proposal To Enhance Fee Transparency After Jones v. Harris Associates

Daniel S. Alterbaum

（原文无摘要）

（2011 年 4 月 第 120 卷第 6 期第 1579 页以下）

（施 骏 译）

（李文婷 校）

专利性的诱因标准

The Inducement Standard of Patentability

Michael Abramowicz & John F. Duffy

在 Graham 诉 John Deere 公司案中，最高法院解释道：“专利法的非显著性条款意在限制专利仅授予‘除了专利诱因就不会被揭露或发明的发明创造’。”本文认为这一诱因标准在实践上被很大程度忽略，其应该充当教义性指导原则。这种方法能够为专利性提供实体经济基础，并且将专利法和现今适用经济分析以确定规制内容范围的其他许多规范性法律结合起来。本文也为诱因标准提供了一些详尽阐述，并且解释了专利商标局和法院在如何用可以管理的方法上该如何完善诱因标准。（2011 年 5 月 第 120 卷第 7 期第 1509 页以下）

税收与资产流动性

Taxation and Liquidity

Yair Listokin

资产回报的主要决定因素之一是它的资产流动性——与资产的买卖相对应。流动资产相较其他非流动资产产生的回报更低。本文表明一项所得税资产流动性与效益间的交换是由于：（1）来自非流动资产的高效益是被课税的；（2）来自流动资产的估算交易服务收入是未被课税的；（3）非流动成本仅仅有时是可减免的。因此，资产有更多流动性，在效益方面流动性的成本比其在所得税方面的损失更多，这些不对称催生了一个极大的经济实体，这个经济实体的存在很大程度上是为了创造（税收优惠的）流动性。处于流动性和产出之间的税收楔子也产生客户

效应，在该效应中低税率的纳税人（例如非盈利机构）持有非流动性资产而不是他们的流动性所需。流动性/产出的税收不对称也为联邦所得税中的基础性问题提供新的观点，例如实现要求的可取性，优惠的资本收益税率，以及企业税收。这些所得税减免或者甚至是消除前流动资金税歧视也在本文中有所涉及。（2011年5月 第120卷第7期第1682页以下）

美国的“活”宪法

America's Lived Constitution

Akhil Reed Amar

本文是即将出版的新书第三章的改编，书名为《美国的不成文宪法》，该书是2005年出版的《美国宪法：一部传记》的续篇。这本2005年的书相当详细地探究了美国成文宪法，带领读者们进入一场旅行：以序言为起始，以文本为全程，一条接着一条，一部修正案接着一部修正案。这部续篇通过探究美国宪法秩序的若干方面，带领读者进入成文宪法之外的探险，这些宪法秩序的若干方面并非在宪法文本的四个部分中明确表述。《美国的不成文宪法》的统一主题为：确实存在一些达至美国立宪主义的方法，这些方法不用取代与文本相协调的非文本解释技术和方法，却能够增益简练的文本。这部即将面市的著作的第三章——也是本文的基础——探究未明确列举权利的范围。虽然这些权利在精炼文本中从定义上看是未被明确列举的，成文宪法暗含了它们的存在，并且为从何处或如何找到这些权利提供了广阔的指引。发现这些权利最显而易见的地方之一是美国人民现实的实践与信仰中。这些“活的”权利另一来源在美国人民生活的地方：他们的家园。虽然私权体现了美国宪法法定“活的”权利最显著的例子，本文将私权的例子和判例研究从刑事程序与财产法中抽取出来，用于阐释思考未明确列举权利的一般方式的范围、权力和局限。是否潜在的（以及未明确列举的）宪法文本就是第四、第五、第六、第八、第九、或者第十四宪法修正案，或者一些它们的组合，有信心的宪法解释者适当地参与到普通美国民众的期望和实践中来，而这些普通民众追求即使在简洁文本无法精确列举这些权利的情况下仍然拥有这些特定的基本权利。（2011年5月 第120卷第7期第1734页以下）

正确的影响：非自执行条约和 **Charming Betsy** 原则

Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the Charming Betsy Canon

Rebecca Crootof

虽然非自执行条约显得很无力，但其仍在国内司法领域起着重要作用。虽然制定法允许不止一种的法律解释，法官们处于各自立场也总有众多的解释工具。其中之一就是**Charming Betsy**原则，其鼓励法官选择与美国国际义务——包括那些在非自执行条约中所表述的——相一致的模棱两可之法。本文总结认为：通过**Charming Betsy**原则给予所有条约的间接司法影响是合法有益的。（2011年5月 第120卷第7期第1784页以下）

第十四宪法修正案的基本法理：

西北条例是权利、特权与豁免的来源

An Organic Law Theory of the Fourteenth Amendment:

The Northwest Ordinance as the Source of Rights, Privileges, and Immunities

Matthew J. Hegreness

自从第十四宪法修正案在1868年批准以来，法官和学者一直在争取权利、特权以及豁免的前后一致，任何州都不应删减。然而，关于十四修正案范围的争论一直都忽视了一项重要的来源，这项来源界定了美国公民的基本公民自由。1787年的西北条例包含的一系列权利条款构成了基本法——美国的基本法。比起像权利法案那样限制联邦权力，西北条例列举了任何州都不能削减的权利。这些权利不但应该受到第十四修正案下的正当程序条款的保护，也应该给十九世纪美国人理解和使用的“特权”与“豁免”术语注入内涵。本文以编年史的方式讲述西北条例中的权利是如何传播的，通过国会的众多法案使之从西北地区传播至美国的每个角落。这些权利是三十个州的二十八部基本法绝大多数的组成部分，这三十个州至1868年共同通过第十四修正案。此外，新的州加入联邦往往需要州宪法满

足以下两个条件：它们必须是共和政体，并且和西北条例中体现的自由原则不相矛盾。但是，一旦它们取得州的地位，新的州就拥有自由改变其宪法，以及违背条例中未明确列举的基本公民权利。恰恰是因为联邦基本法中的这一缺陷，第十四修正案被签署以作出修订，恰恰是因为西北条例，我们必须更好地理解第十四修正案中保护的权利。（2011年5月 第120卷第7期第1820页以下）

税率应该随着年龄降低吗？

Should Tax Rates Decline with Age?

Daniel Hemel

（原文无摘要）

（2011年5月 第120卷第7期第1885页以下）

体系内法律解释：作为“法律”的方法论以及 Erie原则

Intersystemic Statutory Interpretation:

Methodology as “Law” and the *Erie* Doctrine

Abbe R. Gluck

是否Erie原则及其“反向Erie”镜面原则要求州和联邦法院，在他们解释彼此的法律时适用彼此的法律解释方法？出乎意料的是，法院对这一问题并无统一回答——即使州和联邦法院一致地解释彼此的法律。此外，探究Erie原则的适用反映出，有关法律解释的最为重要的法律问题之一并未得到完全解答：换句话说，是法律解释“法”的规则、单独的法律哲学、或者是介于他们之间的一些？本文认为众多联邦法院错误地对待了Erie问题，或者至少他们未意识到第一位的问题。Erie质疑弄清了一个问题：联邦法院在对待州和联邦法律的解释方法上，相较他们对待类似解释原则更加“不像法律”，这一差异无须承认或证明。联邦法院通常在解释州法律时忽视州解释原则，但是几乎总是借助其他州的方法论原则，包括合同解释的州法规、法律选择以及宪法解释。更进一步说，不像其他领域，美国最高法院甚至并不将其有关联邦法律解释原则的陈述当做“法律”，并不赋予

他们先例的效力。当这些法院解释联邦法律时，这一实践为州及下级联邦法院赋予了解释自由——这一自由促进了联邦法律的不统一，这一不统一法院一般不再其他文本中加以容忍。本文挑战了这一观念：法律解释相较其他矫正差异的决策机制是全然不同的。（2011年6月 第120卷第8期第1898页以下）

让我们的民主真正起作用：耶鲁演讲录

Making Our Democracy Work: The Yale Lectures

Stephen Breyer

（原文无摘要）

（2011年6月 第120卷第8期第1999页以下）

在Roe诉Wade案前（后）：有关强烈反对的新问题

Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash

Linda greenhouse & Reva b. Siegel

当今，许多美国人将对堕胎的激烈冲突怪罪于最高法院。他们认为，只要法院保留意见或者在裁决Roe诉Wade案上采取保守立场，国家就可以达成政治和解并避免强烈反对。我们质疑这种以法院为中心的争议表达。当人们哀悼堕胎争议来自于法院的“关停”政策，我们则将堕胎争议当做一种政策的表达——在该争议中，最高法院不是唯一或者甚至不是最重要的角色。

本文中，我们追问：在最高法院裁决Roe案前的十年，堕胎争议的逐步扩大如何引导Roe案后十年间的争议逻辑。如此，我们着重于为我们近期出版的本文历史所搜集的资料——在Roe诉Wade案之前：在最高法院管辖前形成堕胎争议的声音（2010）。我们的故事开始于这样的时期：支持堕胎合法化的共和党人比民主党人更多，天主教徒动员起来反对堕胎改革但是福音派新教徒则不是，女权主义者刚开始追求将堕胎当做一项权利。我们将展示，共和党人在1972年为理查德·尼克松组织竞选时在堕胎问题上采取了新立场，是为了将天主教徒和社会保守派从民主党阵营中拉拢过来。后Roe时代的证据表明，党派的重新调整促进了

Roe案后十年争议的形成和逐步扩大。

争议表达揭示了：寻求法院裁决权利是适得其反的，裁决时不计一切代价避免的。我们并未做好准备去完全接受这一严峻的论断，我们力求对Roe案后十年的争议动态做深入研究。理解这一段历史的代价是非常高的。（2011年6月 第120卷第8期第2028页以下）

选择胜者：奥林匹克的公民身份和全球的天赋竞赛

Picking Winners: Olympic Citizenship and the Global Race for Talent

Ayelet shachar

纵观全球，各国都在提升战略性及快速的护照授予，凭借公民身份投资在独具天赋又希望得到回报的个体身上：为了奥运新员，这意味着奖牌。随着“奥林匹克公民身份”到达顶峰，天才与公民身份交换的传播是近几十年来公民身份实践最为重要的创新之一。在这竞争涌现的环境中，各国开始意识到他们对公民资格分配的专权是一项重要的筹码。这一意识使得公民身份自身成为一种招募新员的工具。奥林匹克公民身份突显了：在形成有针对性的招募政策中——该政策旨在吸引顶尖人才，不论在科技、艺术或者体育方面——人力资本积累的经济语言日益增长的影响。在此过程中，我们对公民身份的理解正在经历剧烈的变化。本文从分析性、规范性和比较性角度探究了奥林匹克公民身份范围，指出主体与风险收益，预估这一深刻变革的国内以及国际影响，并突出了奥林匹克公民身份合法化前的黑色地带。本文设计了应对奥林匹克公民身份带来的挑战的可行新方法，包括建立跨国回应机制，其意在改善与追求国家荣誉的过程中跨国人才引进的混乱实践相关的不对称的优势和开发带来忧虑。（2011年6月 第120卷第8期第2088页以下）

公开和申诉：Doe诉Reed案与匿名言论的历史

Publius and the Petition: Doe v. Reed and the History of Anonymous Speech

Chesa Boudin

本文认为：于意在用于直接民主过程（例如：公民立法创议权投票）的申诉状上签名，应该服从公众监督和披露。它们不应该从言论自由保护允许匿名中获益。用于这些过程的签名不应当被认为是投票或者言论，而应该是立法。通过历史的、文本的以及谨慎的分析，本文区分以下两者的区别：第一宪法修正案的核心权利（可能包括在无立法意蕴的一般申诉上签名，或者是少数团体的权利）与构成规范立法过程的演说活动。（2011年6月 第120卷第8期第2140页以下）

波多黎各第十一宪法修正案的忧虑

Puerto Rico's Eleventh Amendment Status Anxiety

Adam D.Chandler

（原文无摘要）

（2011年6月 第120卷第8期第2183页以下）

国家养老金赤字、经济衰退以及合同条款的当代观点

State Pension Deficits, the Recession ,
and a Modern View of the Contracts Clause

Whitney Cloud

（原文无摘要）

（2011年6月 第120卷第8期第 2199页以下）

法学体系的构建

The Architecture of Jurisprudence

Jules L. Coleman

当今的法学被一种对分类执着的无益兴趣所主导。传统的智慧围绕这些课题展开。本文中，首先是在三章系列中，指出了在法学中这类传统智慧的两种主流

观点——一种是实体的，另一种则是方法论上的——并认为两者都是彻底错误，必须加以抛弃。相较于在不同声称上构建一个新分类法，本文抛弃了法学的学科分类，而支持以一系列的基本问题构建全新概念的法学学科。为了识别法学的基本问题并在它们的解决上取得进步，该领域上的建筑框架是必须的。从传统智慧的负担中解放出来，本文转向为法学新构建得以确立奠定坚实基础，指出法学的基本问题和这些问题解决中进步取得的方向都是可以发现的。（2011年10月 第121卷第1期第2页以下）

侵权法中的错位

Misalignments in Tort Law

Ariel Porat

在过失侵权责任法中，法院在设定注意标准时考虑的风险与赋予责任和判定损失的风险是相同的。笔者称之为“一致性原则”。本文的目标之一即为一致性原则提出例外，笔者称之为“错位”。在错位的案例中，在设定注意标准时考虑的风险与赋予责任和损失判定中的风险是不同的。本文的第二目标是在错误不能被矫正的情况下建议修改法律。然而，本文最为重要的目标是为如何评价错位及与之抗衡。本文选出并探讨了五个错位的案例。第一个案例表明法院如何设定独立于受害人收入水平的标准，但同时在判定损失中对高收入和低收入的受害人分别赔偿。第二个案例代表因果关系内在地难以证明的例子。在本案中，法院根据预见损失的规则设定标准，但是传统上，当原告遭受损害但不能证明损害是由被告过失造成的，此时不能得到赔偿。第三个案例中，法院在设定注意标准时，考虑加害人的情况从而增加或减少了风险，但是忽视了判定损失时风险的降低。在第四个案例中，法院通过考虑一般和特别的风险设定注意标准，但是拒绝为来自一般伤害的实体损失设定责任。最后，在第五个案例中，法院通过考虑加害人为他人创设的风险设定注意标准，但是不包括加害人为自己创设的风险，虽然过失的加害人同时承担了对他人和自己的风险。这五个案例中，通过消除错位，在设定注意标准和判定损害时平等考虑风险，侵权责任法的原旨会得到更好地体现。（2011年10月 第121卷第1期第82页以下）

错位的原则：责任、损失以及侵权责任的本質

The Principle of Misalignment: Duty, Damages, and the Nature of Tort Liability

Mark A. Geistfeld

当侵权规则完全一致时，损害和其他各个要素是被平等评价的。因为在责任范围内评价损害和在损害救济范围内的评价是相同的，完全一致规则给予责任人选择去通过为损害支付（等价的）赔偿，从而完全根据损害承担责任。完全一致规则体现了严格责任规则的特征，但不适用于过失责任，过失责任中部分要素由于推理原则而错位。由于完全一致规则对损害救济的依赖，其不能适用于损害无法恢复的难题，普通法类别上包含身体损害及真实有形资产。在不能恢复损害的案例中，普通法一直长期认为，预防损害比对其救济好得多，因为经济损害赔偿有其固有的缺陷。这一原则解释了侵权法适用过失责任中过错规则的原因，这一规则寻求通过强加给责任人合理的义务而防止身体上的不可恢复的损伤。为了实现这一方式，过失规则必须使各要素错位，从而禁止责任人从一般注意义务中逃逸（基于损害的更高法律价值）以作为对损害赔偿（低评估）的交换。错位原则重新调整了侵权法的解释方式，这种方式已经被领军人物忽视已久。本文决然地显示法院以一种基础低效的方式形成了过失规则，也表明了基于权利的矫正正义观点必须解释，为何合理的管理行为与对伤害的赔偿相对。基于错误的过失规则所示，解释的类型可由侵权赔偿规则决定，该规则使得责任人的赔偿义务由损害救济变为防止人身损害的费用，从而服从于构成现在违约侵权责任规则的错位过失责任规则。在充斥不可恢复损害和资源匮乏的世界，侵权责任法的若干局限都可以通过错位的过失原则的充分阐发，及其与赔偿规则的关系中得到理解。（2011年10月 第121卷第1期第 148页以下）

Richardson诉Ramirez案的“其他”方面：

有关重罪犯权利剥夺的文本挑战

The “Other” Side of *Richardson v. Ramirez*:

A Textual Challenge to Felon Disenfranchisement

Abigail M. Hinchcliff

第十四修正案的第二部分允许州在“叛乱或其他犯罪”的情况下剥夺公民的公民权，而不用减少州代表在众议院的规模。在1974年Richardson诉Ramirez案的判决中，最高法院认为第十四修正案中的该条（所谓的重罪条款）为至少是某种形式的重罪犯权利剥夺提供了“积极制裁”。虽然地方法院已以Ramirez案的宪法批准为重罪犯权利剥夺的广泛适用作出广义的理解。本文认为Ramirez案赋予的重罪犯权利剥夺仅在狭小的范围内得以适用。鉴于其他评论家已经呼吁驳回Ramirez案的判决，以及对重罪条款作非文本解释，本文着眼于Ramirez案的限度内，遵循法院的判决“文字[来自重罪条款]意在.....表达它所表述的。”该条款的“其他犯罪”的结构遵循了可见于另外三个条款中的依照句法范式，对这一构建反复适用的严谨审查反映出：“犯罪”的范围和意义已经由其先例或先前的类属界定了。重罪犯权利剥夺的合宪性被这一联系所限定，同时也应该被重新审查。（2011年10月 第121卷第1期第194页以下）

针对恐怖战争的分类法律策略

Disaggregating Legal Strategies in the War on Terror

Micheal J. Ellis

（原文无摘要）

（2011年10月 第121卷第1期第237页以下）

（李文婷 译）

（施 骏 校）

被驱逐：国内与国际法的执行

Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law

Oona Hathaway & Scott J. Shapiro

本文提供了一个我们称为“被驱逐”的新方式来理解国内法与国际法的执行。与现代国家执行他们的法律所使用的有特色的方法所不同的是，被驱逐是非暴力的：它不依靠类似警察或军队这样的运用武力维持秩序的官僚组织。相反地，被驱逐包含对违背社会协作与成员资格的利益的否定。纵观历史都有在国内法上通过被驱逐执行法律的影子——从中世纪的冰岛以及古典的宗教法律到当今的公法。在当今的国际法中它是普遍存在的，从世界贸易组织到万国邮政联盟到蒙特利尔协定书。在根本不同的主题范围里，国际法律机构使用其他的（通常是国家）来实施规则并且颇具特色地适用驱逐而不是武力。将被驱逐看成法律执行的一种形式不仅仅帮助我们意识到对于国际法的传统的批评——它没有强制力并因此是无效的且不是真正的法律——是建立在对法律强制受限制、不准确的理解的基础上的。它也让我们对国际法何时以及如何发挥作用有一个更充分的理解。（2011 年 11 月第 121 卷第 2 期第 252 页以下）

刺激与托词：无限伤害时代的有限政府

Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm

Benjamin Ewing & Douglas A. Kysar

不仅仅是政府机关之间相互制衡的体制能理想地约束集体政治行为，宪法上的权力分割也许也可以被视为是刺激与托词的一种体制，在此之下各地方政府分支及行为人能够在必要的时候彼此促进以约束集体政治行为。虽然刺激与托词与政府机关相互制衡这一设定方向相反，但他们并不是对美国政府的基础架构与原则的彻底重组。相反地，他们是有限政府的自动防故障装置：当来自一个正在改变的世界的外部压力威胁着分散管理的存续时，分权体制所固有的潜能确实也应当发挥作用。通过理解、接受他们在刺激与托词的隐藏性逻辑中的角色，法官和其他政府官员在必要的时候，能够通过阻碍它过度倾向被动的可能性来保护有限政府。

通过繁琐的气候变化诉讼的案例研究，我们调查出对优势判决的三个潜在障碍——政治问题主义，起诉权以及隐藏的优先适用，在识别刺激与托词的重要性时应当被如何评估。我们总结出，联邦和州的侵权法提供了一个重要的防护原理，

能够帮助有限政府在应对气候变化及其他引人注目的 21 世纪的威胁时维持自身存续，而此威胁的性质很大的部分是有限政府自身的功能。当没有其他的政府行为人为社会需求负责时，作为提出申诉的剩余途径，侵权行为的普通法也许是表达刺激与托词的范例式的媒介物。尽管气候变化的原告在他们的诉求的实际优势上仍然有很多的困难要面对，但法官若是在超越法院和普通法的合理领域直截了当地驳回这样的诉讼请求，他们将贬低自身在制度上的作用。他们在应该刺激与托词时会躲避以及迂回。(2011 年 11 月第 121 卷第 2 期第 350 页以下)

在量刑中的确定底线框架

Baseline Framing in Sentencing

Daniel M. Isaacs

当法官对刑事罪犯判决时，他们根据法规或指导方针做出的底线判决开始他们的分析。认知上的偏差很可能造就此类最初的底线以构造法官的思想过程，法官将会依赖引发他们分析的底线判决对相同的案件做出不同的判决。这篇文章显示出确定底线框架会在下限内导致不成比例的低量刑，在上限底线体制内导致不对称的高量刑，并导致这些科刑不成比例地集中在典型犯罪底线体制内的典型量刑周围。

为了设置最公正的判决程序，政策制定者必须考虑确定底线框架的影响。这篇文章建议想要使受认知错误曲解的判决数量最小化的政策制定者应该实施典型犯罪底线。相反地，想要错误地造成无理性惩罚的政策制定者应该实施田纳西州的类似基准底线。(2011 年 11 月第 121 卷第 2 期第 426 页以下)

反联邦党人和总统的战争权

The anti-federalists and presidential war powers

Cameron o.kistler

(原文无摘要)

(2011 年 11 月第 121 卷第 2 期第 459 页以下)

专利膨胀

Patent Inflation

Jonathan Masur

近二十几年来，专利与商标局和联邦巡回法院已经对专利系统实施了几乎完全的制度性控制。然而在最近几年他们的管理工作受到广泛的批评，很大程度上源于两件特殊的失败事件。第一，专利与商标局授予了相当数量的无效专利，这些专利导致在创新型公司身上强加了大量的费用。第二，随着时间的推移，联邦巡回法院已经稳步放松对专利性的管制规则，在更广范围的发明内认可了更多的专利。本文认为专利与商标局与联邦巡回法院之间制度上不对称的关系可全部或部分归因于此两种现代的趋势。如果一个专利申请人被专利与商标局拒绝了一项专利，她可以向联邦巡回法院上诉此项否决。然而，如果专利与商标局授予此项专利，任何其他当事方都无权上诉。相应地，专利与商标局能简单地通过授予任何联邦巡回法院可能认可的专利来避免上诉和撤销此等在经济上和声誉上都有巨大代价的事情发生。因为专利与商标局会授予几乎任何似是而非的专利，绝大部分向联邦巡回法院上诉的被否决的申请均涉及到在现行法律下不可获得专利的不断突破的发明。偶尔情况下，联邦巡回法院法官的特别支持专利的专家组会选择与专利与商标局背道而驰授予一项被专利与商标局否决的专利。联邦上诉法院的决定将产生一个新的、膨胀的先例。由于这个新的先例对其他的巡回法院法官产生影响，专利性的界限将有少许扩张。加上由于联邦巡回法院对什么可以成为专利的概念的扩张，专利与商标局将同样地扩大其自身的标准以将失误维持在一个适当范围内以及避免否决一项联邦巡回法院在上诉中可能授予专利权的专利。专利法将因此遭受自然的膨胀的压力。(2011 年 12 月第 121 卷第 3 期第 470 页以下)

法内联邦主义与法律解释：

医疗改革中联邦法律在各州的实施及其超越

Intrastatutory Federalism and Statutory Interpretation:
State Implementation of Federal Law in Health Reform and Beyond
Abbe R. Gluck

联邦法在各州的实施是司空见惯的事，但已极大地被立法法与行政法的解释主义所忽略。为各州的实施我们没有 *chevron* 案规则，没有联邦制规则，或任何其他规则，也没有任何学说问责国会将实施的责任委托给各州的决定如何影响模糊不清的法规应该如何解释。在联邦主义的理论下，各州的实施引起了一个不同的问题，也就是，究竟这个“法内联邦主义”——一个来自联邦法规内部的非正式联邦主义——是否是教条应该保护的东西。联邦主义的一般的功能性的和主权的解释在一个来自国会恩惠的联邦主义之下显得不那么相关；这种联邦主义属于法律解释的范围。

这篇论文指出，对联邦法律的各州的实施扮演了许多不同的角色，那些不同理应对法规如何解释及他们是如何来源于联邦主义的设想产生影响。有的时候各州的实施实践了类似实验的传统的联邦主义的价值，但在其他时候它似乎发挥着更加国有化的功能，比如法定保证甚至是联邦法律侵犯。这种多样性对立法原则提出挑战，因为先前的解释规则不是为产生这些差别设置的，它证明了合作式的联邦主义的宽广的范围比普遍承认的更加微妙。（2011 年 12 月第 121 卷第 3 期第 534 页以下）

集中控制与应征税单位的划定

Common Control and the Delineation of the Taxable Entity
Michael Aikins

这篇文章提出了一个应对在国有企业和跨司法管辖的征税中已经普遍存在的最令人烦恼的问题之一的解决方法：一个独立的管辖权有权征税的单位范围的划定。始于对联邦政府已经聚集集中控制的公司团体的收入以防止他们多次利用最低税收等级的观察，本文建议州肩负这些努力并因此允许联邦政府承担划定应征税单位的责任。（2011 年 12 月第 121 卷第 3 期第 624 页以下）

使惩罚性赔偿与侵权责任法规范框架相协调

Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework

Amir Nezar

由于惩罚性赔偿已经在最高法院法律体系中获得了更高的关注，对解释惩罚性赔偿以及指导其适用的原则就有了需求。矫正司法看起来很适合为侵权责任的这个领域提供指导，但不幸的是它从不令人满意地解释清惩罚性赔偿。这篇文章致力于利用侵权责任法中的道德利益来对矫正司法的缺陷做出解答。该利益使惩罚性赔偿与矫正司法在侵权责任法上一个统一的责任理论内相协调。这篇文章展示了这个统一的理论是如何为惩罚性赔偿的解释和适用增加实际价值的。

(2011 年 12 月第 121 卷第 3 期第 678 页以下)

美国的检察长：第十位法官还是积极的辩护人？

The Solicitor General of the United States: Tenth Justice or Zealous Advocate?

Adam D. Chandler

(原文无摘要)

(2011 年 12 月第 121 卷第 3 期第 725 页以下)

举证责任

Burden of Proof

Louis Kaplow

举证责任是所有审判体系的核心特征，然而它受到微量规范分析的限制。这篇文章调查了当目的是使社会福利最大化时，证据的证明力必须达到多强以分配责任。在基本设定中，在威胁福利与冷却成本之间有一个权衡，最理想的证明要求是由几乎完全不同于那些证据规则及其他传统规范的潜在优势的因素决定的。

作为结果，这些常见的举证责任规则有一些令人惊讶的属性，就像替代性标准已经提出的那样。这篇文章也考虑到怎样设置以使得举证责任与法律系统的其他特征相互影响：执法力度的决心、制裁的水平以及判决准确性的程度。它与各种各样的法律环境和执行方法形成对比，解释了适当的证明要求是如何在内容上要求不同的。提出的问题和呈现出的答案大部分在种类和结果上与那些在先前文献上的有差别。(2012 年 1 月第 121 卷第 4 期第 738 页以下)

民主与债务

Democracy and Debt

Richard C. Schragger

最近的州和市政的预算危机已经在市场参与者和政策制定者中引起了大量的恐慌；它们同样引起了学者对紧急救助或其他形式的债务免除的优点的争论。这篇论文考虑了为什么理应控制州及地方财政行为的机制在事前没有发挥作用。在 19 世纪州和市政预算危机后，各州实行了一系列宪法上的改革想要约束州和地方的财政行为。另外，在行政辖区内的债务市场和蒂伯特市场理论上应该能防止各州及市超支。然而，无论各州的财政宪法还是市场均没有防止州和地方财政困难的发生；它们甚至可能促成了那些困难。然而，现在关于紧急救助和国家破产的争论中大部分都是重复长期存在的对一般州和地方政治进程的怀疑。本论文认为这种对于当地民主决策的不信任是没有根据的，为约束财政政治所做的努力注定是失败的，对州及当地预算危机的解决方法很大程度上是一个政治问题而不是制度设置问题。(2012 年 1 月第 121 卷第 4 期第 860 页以下)

破产与破产回复：半主权债务问题

Bankruptcy, Backwards: The Problem of Quasi-Sovereign Debt

Anna Gelpern

这篇特写根据破产保护的提议考虑了半主权国家的债务问题。作为债务人来

讲，对中央政府放弃了部分但不是全部主权特权的国家面临着不同的挑战。通过破产透镜来分析这些挑战大体上是没有帮助的。国家破产为一个在理论上不明确、在经验上有争议的问题提供了一个制度上的补救方法。我建议一个不以解决方法起作用的映射问题的途径。我强调主权豁免、不灭、同等权力、宏观经济政策的含义以及半主权债务经营的民主责任。伴随着违约、财政转移和特别的重新谈判，破产是减少公共债务过剩的途径之一，但未必是国家复原的最佳途径。破产集中在协调失灵和合同责任上，两者在半主权债务中都不是特别突出。在与来自财政联邦制和主权豁免中的道德冒险的对抗中它不占有任何明显的优势。尽管如此，最近的破产提案已经开始了一次将先前明显不同的关于信用市场体制、主权债务、财政联邦制和地方政府的知识结合在一起的有益的对话。此对话将重新关注半主权债务问题。（2012 年 1 月第 121 卷第 4 期第 888 页以下）

帕迪利亚诉肯塔基州： 关于被告能成功主张权利的辩护会话警告之效应

Padilla v. Kentucky: The Effect of Plea Colloquy Warnings
on Defendant's Ability To Bring Successful Padilla Claims

Danielle M. Lang

在帕迪利亚诉肯塔基州一案中，联邦最高法院认为一个律师没有警告其非公民的当事人一个认罪答辩被驱逐出境的后果构成辩护人的有缺陷的表现，是对被告人第六修正案权利的违反。在辩护中，被告人同样受到第五修正案自我归罪特权和正当程序条款的保护，这要求法官和被告人在被告人进行有效的有罪答辩之前关于辩护——所谓的认罪谈话进行一次对话。

在许多的认罪谈话中，法官就认罪答辩的被驱逐出境的后果向被告人发出普遍的警告。自帕迪利亚案以来，大量的地方法院认为这样的法庭警告使得被告无法证明其权利受到侵害并在辩护人援助无效时取得优势，这种做法可能也是违反帕迪利亚第六修正案的。

本文指出那些裁定错误地合并了法庭在第五修正案认罪谈话中的地位与律师在第六修正案下的作用，更进一步的是，他们误读了帕迪利亚明确的指示。在

辩护中，法庭与辩方律师在我们的宪法结构下发挥着互补但是不同的作用；任何一方都不能取代另一方，法庭或律师任一方的失败造成我们系统的崩溃。通过允许认罪谈话来“治愈”第六修正案帕迪利亚式违规产生的权利侵害以限定帕迪利亚的要求是有问题的，因为第五修正案认罪谈话对刑事被告人提供了相对而言非常少的保护。因此，用认罪谈话代替辩护律师建议将实质上切除帕迪利亚案的决定。（2012 年 1 月第 121 卷第 4 期第 944 页以下）

对选举权法的展望：从种族隔离的历史中得到的教训

The Future of the Voting Rights Act:

Lessons from the History of School (Re-)Segregation

Frances E. Faircloth

（原文无摘要）

（2012 年 1 月第 121 卷第 4 期第 999 页以下）

什么是税收歧视？

What is Tax Discrimination?

Ruth Mason & Michael S. Knoll

对税收歧视的禁止已很长时间地出现在宪法、税收条约、贸易条约和其他渊源中，但是尽管有它们的普遍存在，很少有关于这样的条款如何解释的协议存在。一些评论员已经总结出税收歧视是一个不合逻辑的概念。在这篇文章中我们争论，在共同市场，像欧盟和美国，对非歧视原则最好的解释是它要求的是我们所称的“竞争中立”，防止国家在人们找工作的过程中将居民相对于非居民来讲置于一个税收诱导的竞争优势或劣势中。我们展示出，与先前的观点相反，在居民与非居民纳税人之间维持一个公平竞争的环境既不要求税率协调也不要求居民与非居民间的税收公平。我们的方法产生了简单的经验法则，在国家和法院撰写税法及评估那些法律的挑战时为其提供明确的指导。（2012 年 3 月第 121 卷第 5 期第 1014 页以下）

所得税歧视：仍然困在不可能的迷宫中

Income Tax Discrimination: Still Stuck in the Labyrinth of Impossibility

Michael J. Graetz & Alvin C. Warren, Jr.

在之前的文章中，我们已经讨论了欧洲法院依赖非歧视原则将其视为它的决定的基础不会（也不能）说服普遍接受的税收政策规范，像公平、行政能力、经济效率、生产所需的税收水平、避免双重征税、财政政策目标、国际公平等等。另外，我们认为法院不能通过在起始国家和目的国家包含不止一个成员国的税收系统的交易中要求非歧视以得到连贯的、符合逻辑的结果。我们证明了——在统一的所得税基准和利率缺失的情形下——法院已经进入了一个“不可能的迷宫”。露丝梅森和迈克尔诺尔声称已经发现了一个独立的规范标准不仅仅解决了这个困境，同时也解释了在欧洲司法法院和美国联邦最高法院存在的非歧视税收法律体系。尽管他们赞同经济效率是关于税收歧视的司法判决的指标，梅森和诺尔没有能够提供任何证据，甚至是在他们的分析所提供的有限的情形下，表明他们提出的规范将比竞争效率准则更多地减少税收连带扭曲。实际上，他们的关键的但是不切实际的设想——纳税人永不可以从一个州到另一个州地改变他们的居住地——限制了他们分析的实际范围而将其限定在一个包含跨边界的劳动者的很窄的情形里。那个分析因一个个人收入固定税率税收的不切实际的假想而受到进一步的限制。他们也没有令人信服地表明他们已经找到了理解令人困惑并前后不一致的美国和欧盟司法的关键，这并不受限于跨边界劳动者。最后，考虑到他们所说的特定税收体系是需要的情况下，通过立法或诉讼来实行他们提出的规范是不实际的。简而言之，他们提出的规范没有为走出由对国际交易税收非歧视方法产生的“不可能的迷宫”提供一条出路。（2012 年 3 月第 121 卷第 5 期第 1118 页以下）

第 26 修正案执行权力

The Twenty-Sixth Amendment Enforcement Power

Eric S. Fish

这篇笔记提出第 26 修正案不仅仅是降低了选举年龄。它同时也赋予国会推翻各州有关不成比例地使特定年龄群体负担选举权的政策，比如严格的选举人身份法及负担过重义务的海外士兵缺席选举规则。本文从修正案的文本和历史中推论，关注第 26 修正案如何与重建修正案平行，以及第 26 修正案如何在对选举权利法案的政治和法理的对抗中产生的。本文也考虑了一个更加强大的第 26 修正案如何适应现行的宪法。（2012 年 3 月第 121 卷第 5 期第 1168 页以下）

约定俗成：认证条款和独立宣言

“Done in Convention”: The Attestation Clause and the Declaration of Independence

Jesse Cross

这篇笔记对那些评论员做出了回复，他们认为认证条款最好被解读为创立者将独立宣言的精神和价值输入宪法的一种直接的方法。这种争论曲解宪法的意味比解释的意味多，因为此种争论掩盖了认证条款涉及大量的国内与国际文件的事实。在这么做的情况下，该条款在国家转型期提供了重要的合作与可持续发展的保证，给了该条款当我们在法律文书与实践的对话中读到它的时候才显现出的一种与众不同的精神。这样一个上下文的阅读显露出，尽管该宣言标志着与过去的令人激动的决裂，宪法的认证条款传递出更加细微的、远不那么激进的一系列信号。（2012 年 3 月第 121 卷第 5 期第 1236 页以下）

在软件许可协议中转移责任

Shifting the Burden in Software Licensing Agreements

Stephen S. Gilstrap

（原文无摘要）

（2012 年 3 月第 121 卷第 5 期第 1271 页以下）

（戚小乐 译）

（葛依然 校）

权利与选举

Rights and Votes

Daryl J. Levinson

本文探究了权利与选举之间的功能性相似之处、残留差异以及相互关系，权利与选举作为保护少数人（或者其他弱势群体）的工具使其免于多数人（或者其他主要社会以及政治角色）的暴政。本文从简单的观点出发，即认为在集体决策过程中弱势群体的利益能通过以下方式得以保护，即驳回将会威胁他们利益（行使权利）的特定的结果以及在决策过程中加强这些群体的权力，使其能保护自己的利益（利用选票）。本文意识到权利与选举能以此方式作为功能性的相互替代品，从而进一步提出问题，为什么或者在什么情况下，政治和宪法性角色可能更倾向于其中一者——或者两者的组合。虽然最初的焦点是宪法性法律和设计，但本文说明了权利与选举之间的类似选择也同样出现在法律、政治以及经济组织，甚至包括国际法、管理、企业、刑事司法以及劳动和就业法这些不同领域中。（2012年4月 第121卷第6期第1286页以下）

解散中的城市

Dissolving Cities

Michelle Wilde Anderson

在20世纪中，数以千计的新城市在美国出现。灰泥筑成的住宅小区在扩张，法律随之发展，这使得郊区开始形成独立的政府。这个故事很熟悉。但同时，其他的也在发生。一些较小但数量可观的城市正在消亡，关闭了他们的市政府，又重新回到对县的依靠。一些就如鬼城一般，空无一人。在这些地方，人们失去工作，家庭在痛苦挣扎；作物和工业都相继消亡了。其他死城也充满了公民的生活：

成了有人却不再有独立政府的地方。在这些城市里，政治上左翼和右翼的公民经常联盟起来去消灭他们的当地政府。

将自身视作目标，理解这些变化是有意义的。但这一往事尚未结束。空前数量的城市和公民目前正在考虑解散，以此来回应经济危机和人口流失。这种转变所形成的解散法，像在国家法令中所记录的以及在理论上所理解的那样，尚不成熟也略嫌空洞。城市在解散中的经验无从而知，这就限制了我们去判断经验所提供或者破坏的价值的的能力。如果解散成为了城市衰退的法律机制中越来越重要的部分，我们必须明白在那几十年之前这意味着什么。

消亡中的城市讲述了市政的解散。这是一篇关于法律、理论和城市历史的文章——提醒人们城市增长和当地政府破裂已经长期支配了有关城市的学术言论，它们也不可能成为我们所想象的前进动力。城市可能会消亡，它们何时消亡，这提出了有关衰落、管理、税收、种族和社区的批判性问题。（2012 年 4 月 第 121 卷第 6 期第 1364 页以下）

维基解密和国家安全披露的制度框架

WikiLeaks and the Institutional Framework for National Security Disclosures

Patricia L. Bellia

在 2010 年和 2011 年期间维基解密对美国机密文件的连续性披露招致了其 40 年前发表者决定发布五角大楼的部分文件以及美国对越南的政策机密解析历史之间的对比。这种类比对维基解密的防卫者来说是有力的武器。五角大楼文件一案中最高法院的判决标志着至少在缺少极其严重的伤害威胁时，权衡公然披露是否会泄露国家安全信息的任务落到了发布者身上，而非执行者或者法院身上。

然而，对维基解密者来说五角大楼文件一案中所得到的教训比最初出现的情况更加复杂。法院的意见掩饰了法院成员之间的实质性分歧以及若干共享假设。尤其是，在美国法律范围内的发布者权衡违背潜在刑事处罚和公认的新闻规范的背景而进行披露的潜在危害与利益的情形下，五角大楼文件一案反映了泄露国家安全信息的下游披露的制度性框架。维基解密的披露通过揭示新的挑战显示了这

一框架的不稳定性，这些挑战主要是控制泄露信息的下游披露和通过内幕连续披露的相应可能性；无媒介的中间人试图缩减这些披露的风险，以此来回应政府的施压或者其他；从源头防止和回应泄露的迫切需求。（2012 年 4 月 第 121 卷第 6 期第 1448 页以下）

选举检察官的由来

The Origins of the Elected Prosecutor

Michael J. Ellis

美国是世界上唯一一个由选民选举检察官的国家。但美国的检察官一开始并不是公选官员。在革命战争之后，大多数州给予它们的地方长官、法官或者立法者以任命检察官的权力。然而从 1832 年的密西西比开始，各州正式通过了新的宪法、法规或者修正案使得检察官成了公选官员。在 1861 年以前，联盟中将近四分之三的州选举它们的检察官。

本文是第一篇详细分析何时、如何以及为何美国国家以及地方的检察官成为了公选官员。本文揭示了公平与效率问题在很大程度上与究竟检察官是否应选举产生的争论并不相关。相反，公选检察官的支持者对使用政党任命系统的管理者和立法者做出回应。因为检察官对刑事起诉拥有自由决定权，十九世纪中叶的政治改革者坚信将检察官从党派政治中移除是很重要的许多人也希望被公选出的检察官会对他们服务的选民和当地群体更加负责。然而在检察官变为公选之后不久，检察官迅速地加入到了政治党派的行列中并由政治党派所指派。（2012 年 4 月 第 121 卷第 6 期第 1528 页以下）

第 1983 节能促进阻止对智障囚犯的执行吗？

Can Section 1983 Help To

Prevent the Execution of Mentally Retarded Prisoners?

Doug Lieb

（原文无摘要）

(2012 年 4 月 第 121 卷第 6 期第 1571 页以下)

选举和罪恶：刑事中剥夺公民选举权和重建修正案

Voting and Vice: Criminal Disenfranchisement and the Reconstruction
Amendments

Richard M. Re & Christopher M. Re

重建修正案因使数百万奴隶转变为选民而赫赫有名。然而这一平等解放的遗留物也有另一面。在争论公投法案不应该根据类似种族歧视之类的道德上不重要的情形进行歧视时，重建修正案的支持者强调了作为针对不道德行为例如犯罪的惩罚的剥夺公民选举权的合法性。正如评论员一直以来观察的那样，之前的奴隶不仅与正直的退伍军人相比，也和不道德的罪犯进行比较。平等解放和惩罚性的剥夺公民选举权之间相互支持的关系——即选举与罪恶之间——激发并形成了所有三个重建修正案。与直觉相反的是，刑事剥夺公民选举权的宪法性保证促进了美国黑人的解放。这篇总结使如何以及为何选举权在重建时期膨胀的传统理解复杂化。

刑事上剥夺公民选举权在之前被忽视的宪法历史阐释了四个当代法律争论。第一，选举和罪恶之间的联系为最高法院彻底批评宪法认可刑事上剥夺公民选举权提供了新的支持。第二，重建历史表明对刑事剥夺公民选举权的宪法性支持只涉及到严重犯罪。因此，对轻微刑事犯罪例如轻罪剥夺公民选举权可能是违宪的。第三，重建修正案的一般智力起源反驳了学者和法官近期的争论，即第十五修正案默示地撤消了第十四修正案对刑事剥夺公民选举权的认可。最后，选举和罪恶之间的历史性联系显示，重罪中的剥夺公民选举权特别免于联邦法令的规制，但并不绝对受选举权法之要求的影响。（2012年5月 第121卷第7期第1584页以下）

正当程序作为权力的分立

Due Process as Separation of Powers

Nathan S. Chapman & Michael W. McConnell

从其在宪章中的概念性起源起，法律的正当程序要求政府只能依据独立机构在法律之下制定、执行和判决的协调努力来剥夺人们的权利。原信念者讨论了究竟十五还是十四修正案被理解为需要现代“实体性正当程序”来掩盖许多美国律师和法庭理解正当程序的方式，即通过内战的革命时代来限制立法机关。他们认为正当程序是禁止立法机关直接剥夺人们的权利，尤其是既定产权，因为法院才扮演着依据已建立的一般法律来剥夺权利的角色。这一原则被用来应对经过战争前时代在各种不同的州和联邦宪法规定中不足的一般和准立法行为。然而，与一些学者的主张相反，在第十四修正案之前基本没有先例使限制自由或者财产使用的法律归于无效。因此当代诉诸于原意主义来支持现代实体性正当程序理论已经错位。然而，将正当程序理解为权力分立的特例进一步揭示了许多20世纪的关键案例，这些案例在法律正当程序的要求下并未得到充分分析。（2012年5月 第121卷第7期第1672页以下）

委员会的选区重划：一个更好的政治缓冲？

Redistricting Commissions: A Better Political Buffer?

Bruce E. Cain

选举法中的新制度主义旨在缩小法院干预在政治敏感性选举行政事项中的必要性，例如通过利用政治来解决政治的选区重划。许多人希望独立公民委员会（ICCS）能改善与划分新选区边界相关的政治。作为选区重划接近尾声的最后一轮，我就独立公民委员会（ICCS）作为有效的法院选区重划缓冲区提出一些观点。我的基本观点如下。独立公民委员会是改革的顶点，高度集中在限制隐含在立法控制选区重划中的利益冲突。虽然他们已经在很大程度上成功地实现了这一目标，但他们仍未消除不可避免的党派怀疑，这些怀疑主要与政治划界法以及委员会僵局相关的风险有关。额外的政治纯度测试以及更仔细的公民委员审查并不是解决办法。我认为独立公民委员会（ICCS）在将来应该适用新泽西的非正式仲裁制度的变种来作为减少党派风险和鼓励利益相关者之间建立联盟的一种方式。（2012年5月 第121卷第7期第1808页以下）

为低资讯选民划分选区

Districting for a Low-Information Electorate

Christopher S. Elmendorf & David Schleicher

针对选区重划的大多数评论主要关注对群体的公平，例如他们的种族、政治或者地理因素。本文强调选区重划问题的另一个方面：区域的配置如何影响低资讯选民得到响应和负责任管理的能力。我们认为对选民无知问题的关注能说明有关选区重划的长期法律学术讨论，并且揭示了一组值得我们关注、但迄今为止尚未得到关注的问题。区域设计者应该不断询问可供选择的地图如何影响代表们的当地媒体报道，以及政党精英的“品牌”策略。考虑到这些问题，我们关于改革提出了一些试验性的建议。（2012 年 5 月 第 121 卷第 7 期第 1846 页以下）

失重的选票

Weightless Votes

Joseph Fishkin

“一人一票”保护了人们或者选民吗？法院从未解决这一问题。近期的实践压倒性地支持同等数量人们的同等代表权。然而，反对者称这一方法削弱了一些选民选票的“重量”。本文探究了这可能意味着什么，并总结出在选票的“重量”中并没有一直的个人利益。本文认为一人一票原则实际上有其他含义：保护多数群体的政治力量。鉴于这一结论，本文的最后一部分探究了这一原则所保护的多数群体应该包括在生活在一个管辖区域内的所有人，还是只有达到选举年龄的公民。（2012 年 5 月 第 121 卷第 7 期第 1888 页以下）

识别人格：在品格证据中的新观点

Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence

Barrett J. Anderson

法院由于人格能潜在地使陪审团产生偏见从而历史性地规范了审判中人格的使用。为了规范这一类型的证据，法院必须能够识别什么是什么不是品格证据，但是过去尝试在证据法中定义人格的做法不尽人意。本文为帮助法院解开这一古老的谜题提出了一个新的框架。通过结合心理学研究考虑法律学说并利用法定解释中的常用工具，本文主张品格证据必须有两方面供联邦证据规则中的品格计划所规制：爱好和品行。接着本文在联邦规则制度下揭示了每个方面的要素，分析了从真实案例中得到的几个证据的例子以此来说明法院应如何适用所提出的框架，并在最后通过讨论有关品格证据的这一新观点的更广泛影响来做出总结。（2012年5月 第121卷第7期第1912页以下）

反海外腐败法实施中的跨国格局

Cross-National Patterns in FCPA Enforcement

Nicholas M. McLean

本文在反海外腐败法（FCPA）之下对美国的强制措施实施了实证检视，以此来探究与美国国际反贿赂执法有关的跨国格局。我调查了反海外腐败法执行的一系列可能的决定性因素，包括美国对外直接投资（FDI）水平上的差异，腐败水平的跨国差异，国外与美国合作的监管与执法水平以及美国外交政策利益。我发现更高水平的美国对外直接投资以及更高水平的腐败与反海外腐败法的加强实施显著相关，这是合作执行的双边结构的表现。相反，其他变量——包括东道主和美国之间外交政策定位的水平——似乎与反海外腐败法执行中的变化没有关联。而且，我发现一个国家反海外腐败法案例数量的跨国变化比起清廉的广泛使用措施与腐败的实际记录经验（作为跨国调查方法的措施）更加密切相关。最后，我运用了过去执法行为中的数据来对有关美国对外直接投资方面的“反海外腐败法执法行动强度”进行跨国衡量，我认为可以运用这一指数来衡量反海外腐败法的国家风险。（2012年5月 第121卷第7期第1970页以下）

缺失选举权的人们：
进程缓慢的选举、选区重划与剥夺公民选举权

One Person, No Vote:
Staggered Elections, Redistricting, and Disenfranchisement
Margaret B. Weston
(原文无摘要)

(2012 年 5 月 第 121 卷第 7 期第 2013 页以下)

控制选择退出：变更规则的经济理论

Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules
Ian Ayres

每当一个规则是可收缩的，法律必须建立新规则来规制当事人如何就违约的法律处理达成合意。迄今为止，合同法理论家尚未对如何设置“变更规则”（该规则是为代替违约情况而建立的必要且充分条件）形成令人满意的理论。本文认为何时设定变更规则，有效率的立法者应该考虑变更的成本、各种误差的成本以及变更会对其他规则产生负外部性的可能性。违背最小化变更的交易成本来设立变更规则有两大原因。第一，本文以最小化当事人错误（尤其是非起草人错误）与第三方错误（尤其是司法错误）的成本是最为重要的为前提。它提出了各种变更干预措施——包括“训练与测试”变更规则、“清晰规定”变更规则、“获准通过”变更规则以及“要求思考”变更规则——这些可能被用来减少变更错误。第二，当保护订约人自身的外部性问题或者专断问题不足以证明一个成熟的强制性规则时，立法者可能有时会实施阻碍变更规则的做法，即阻止订约者们订立法律不允许的规定。阻止变更规则产生了“准强制性”规则或者“僵化违约”规则的中间状态，它们能控制但无法消除外部性和专断问题。交易成本最小化的这两项偏差通常可以由第三类变更规则来有效补足——本文称为“变更惩罚”——惩罚使用不允许的变更方法的一个或者两个订约人。变更惩罚能将订约人的变更尝试引导向更好地减少误差或者更好控制外部性问题或专断问题的途径。更明确地将变

更规则理论化为法律的一个不同类别能引起明显的法律问题，这些问题在很大程度上被忽略并促进了关于如何最好地控制选择退出的更加防御性的选择。
(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2032 页以下)

法律援助中的随机评估： 代理（提供和实际使用）如何形成区别？

Randomized Evaluation in Legal Assistance:
What Difference Does Representation (Offer and Actual Use) Make?
D. James Greiner & Cassandra Wolos Pattanayak

我们报告了法律援助项目的第一系列随机评估的结果。这一系列评估的目的是衡量代理的提供和实际使用的效果，虽然在我们在此报告的第一项研究中就建设性地衡量出实际使用的实际效果是不可能的。第一项评估的结果是出人意料的，我们要提防过度泛化和概括不足。

尤其是，代理的提供是来自法律学院诊所，其在行政上诉中对有关有资格领取失业福利的国家行政法官（ALJs）的初步裁决提供高质量的和备受尊重的援助。这些上诉其实又是小型审理。我们的随机评估发现从诊所中的代理提供者对失业索赔者在他们的“上诉”中获胜的可能性在统计上没有显著的影响，但是这些提供者平均能拖延诉讼大概两周。代理（来自于任何来源）的实际使用也拖延了诉讼的进行；我们在有关原告获胜的可能性上的代理（来自于任何来源）的实际使用效果未达成明确的结论。铭记法律学校诊所提供代理的高质量且受人尊重的性质，我们探究了对我们结果的三个可能解释，每一个对法律服务的交付都有重要启示。

我们也回顾了之前的定量研究，试图衡量代理的效果。我们发现，除了相隔超过三十年的两项随机研究结果，这部文献几乎未对法律代理的提供或实际使用的效果提供可信的量化信息。最后，我们讨论了在关于提供法律援助的随机研究中的优缺点和未来展望。(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2118 页以下)

反垄断/消费者保护悖论：彼此交战中的两个政策

The Antitrust/Consumer Protection Paradox:

Two Policies at War with Each Other

Joshua D. Wright

反垄断和消费者保护法之间的潜在互补性——共同地，“消费者法”——众所周知。新建立的消费者金融保护局（CFPB）的崛起预示着消费者法的知识基础设施中的裂痕，这威胁了面向两部法律发展的消费者福利。本文讲述了该裂痕所创造出现的悖论：消费者法的自我交战。消费者金融保护局对消费者保护的行为方法拒绝显示性偏好——消费者选择和经济福利之间的核心经济联系以及隐藏在反垄断法之下的民族选择方法的基础成分。本文分析了隐藏在不合逻辑的消费者法的潜在崛起之下的经济、法律和政治制度，并且很遗憾地总结出有理由相信形成反垄断和消费者保护的发展的知识裂痕将在一段时间内继续延续。（2012年6月 第121卷第8期第2216页以下）

拒绝证据展示？

评估托姆布雷和伊克巴尔允许证据展示的影响力

Locking the Doors to Discovery?

Assessing the Effects of Twombly and Iqbal on Access to Discovery

Jonah B. Gelbach

许多评论者认为最高法院的托姆布雷和伊克巴尔的观点剥夺了通往民事审判的道路。但是之前仅关注第12条b款第6项许可率的实证研究未能捕捉这些案例的完整效果，因为他们没有对当事人选择做出说明——当事人行为中的变化在认定标准里能预期有下述的变化。在本文中，我说明了当事人选择是如何渐渐破坏简单许可率比较的实证有用性的。然后我运用了当事人行为的一个概念模型，这一模型让我得到了对托姆布雷/伊克巴尔影响的调节比例，也说明了如何从联邦司法中心所作的近期调查数据中针对这一比例估计一个下限。我的实证结果显示，根据问题中诉讼的性质，托姆布雷和伊克巴尔至少在15%至21%的案

例中从负面影响了原告，这些案例在后伊克巴尔数据窗口中面对着第 12 条 b 款第 6 项的请求。再根据诉讼的性质，这些数据代表了在后伊克巴尔数据窗口中案例的四分之一至五分之二未能对请求进行证据展示。(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2270 页以下)

强制与公平？强制性仲裁的体系完善

Mandatory and Fair? A Better System of Mandatory Arbitration

Miles B. Farmer

本文提出了在强制性仲裁中解决系统性偏差问题的一系列改革。直到现在，强制性仲裁学说仍高度集中在实践的利与弊上而非改善这一形式的争议解决办法上。本文通过显示制度保护如何在强制性仲裁中既保护公平又保护效率来试图改变争论。我认为执行的最佳方式是创建一个行动的原因，使政府检察官能对雇佣他们的仲裁提供者和企业提起诉讼，对他们的系统偏见施加罚款。这种诉讼的威胁，结合强制性数据披露，将激励自我调控协商并导致更公平的实践。因为在这个体系下个人不能对他们特定的仲裁决定上诉，强制性仲裁效率的核心优势将被保护。(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2346 页以下)

关于合理通知的合理通知

Fair Notice About Fair Notice

Jeffrey A. Love

(原文无摘要)

(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2395 页以下)

自由企业制度中的企业宗旨：对易趣诉纽马克案的评论

Corporate Purposes in a Free Enterprise System:

A Comment on eBay v. Newmark

David A. Wishnick

(原文无摘要)

(2012 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 2405 页以下)

(葛依然 译)

(戚小乐 校)

竞合与法律

Aggregation and Law

Ariel Porat & Eric A. Posner

如果原告提出两项主张，每个主张成立的可能性是 40%，此时原告通常会承受败诉的后果，即使这些主张是基于相互独立的事实且至少有一个主张成立的可能性是 64%。如果原告提出两个相互独立的主张，任何一个主张都无法断言诉讼所涉的不当行为足以使其获得赔偿，此时原告通常要承受败诉的后果，即使这些主张联合起来可以充分的证明诉讼所涉的不当行为足以使其获得赔偿。因此，一般情况下，法庭拒绝涉入我们所说的事实竞合（上述第一种情况）和规范竞合（上述第二种情况），我们认同的其他竞合形式也是一样。然而，在公法和私法上，在此规则外却出现了大量的例外情况。尤其值得注意的是，在公法中，只要其中一项涉及涉及宗教信仰的自由运用，混合权利学说就允许法庭竞合这两项薄弱的宪法性权利要求。在私法中，某些侵权和合同的学说也允许竞合。我们批判法庭对于竞合采取的不一致方法，并且提出法庭应当或不当允许竞合的具体条件。

(2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 2 页及以下)

法律解释的决策理论：该规则下的立法史

A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules

Victoria F. Nourse

我们已经有了民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法而没有立法程序法。这

种缺失在法律解释方面产生了严重的后果。本文认为运用国会制定的简单规则能够转化法律解释领域的问题。考察该领域的典型案例，从 Holy Trinity 案到 Bock Laundry 案，从 Weber 案到 Public Citizen 案，本文描述了许多法学生研究的案例是如何被安排的更便于管理的，通过运用国会程序的知识这一问题在某些情况下是非常简单的。不再需要将立法史的考察始终视为探索其他知识的必要条件。

将其称为法律解释的决策理论。它是立足于国会在实际上是如何作决定的，因此它是一个实证理论。更准确的说，标准文本有利于防止法官盲目的搜寻相关的信息或混乱的履行职责以实施国会的决定，包括国会自身的决策方法。它也有利于减少立法诱因操作规则或参与策略性行为诱导的特殊法律解释。（2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 70 页及以下）

律师的影响有多大？辩护律师对谋杀案结果的作用

How Much Difference Does the Lawyer Make?

The Effect of Defense Counsel on Murder Case Outcomes

James M. Anderson & Paul Heaton

在费城，五分之一的贫穷的谋杀案被告会被随机分配公设辩护人作为其辩护，而其余的被告则接受法庭指定的私人律师。我们利用这种随机分配来考量辩护律师是如何影响谋杀案件的结果的。相比指定的私人律师，在费城，公设辩护人将委托人谋杀案的定罪率降低了 19%，委托人被判决无期徒刑的可能性降低了 62%。另外在总体上还将被告预期被判决的监禁执行时间减少了 24%。我们发现被告被判决指控罪名的总体数量并没有差别。当我们适用过去研究的方法，即不利用随机分配来研究律师的作用，我们发现了更多的适度可估计的影响，它体现了被告的排序是影响过去研究的一项重要且复杂的因素。为了探寻造成案件结果不同可能的解释，我们采访了法官以及被指派的公设辩护人和私人律师。被采访者认为在费城各种各样的制度因素减少了被委派的私人律师准备案件的可能性，公设辩护人也是一样。为被告分配不同类型的律师对案件结果造成的巨大差异，引发了刑事司法系统充分性和公平性的重要问题。（2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 154 页及以下）

将艺术视作商标：关于精神权利的商标概念

The Artist as Brand: Toward a Trademark Conception of Moral Rights

Xiyin Tang

1990 年的《视觉艺术家权利法案》(VARA) 有争议地确认了艺术家的精神权利, 以保护他们的作品不被修改或歪曲, 以及防止其他人在他们没有创造的作品上标注他们的姓名。然而精神权利屡次受到批判, 认为其与美国知识产权法的传统经济架构是相对立的。Henry Hansmann 和 Marina Santilli 一直认为精神权利是可以被证明具有经济性的, 因为它们是为了维护艺术家金钱上的利益。与此相反, 本文认为《视觉艺术家权利法案》同样有利于购买和观望的公众, 尤其是在这个工厂制造或协助生产艺术作品的时代。特别的是, 像商标法那样, 精神权利可以减少搜索成本, 确保源识别的真实性, 并提高艺术品市场的效率。商标法与精神权利的比较表明, 《视觉艺术家权利法案》设立的权利制度在美国法律中既不是唯一的也不是前所未有的, 它是具有高度经济性的。因此, 本文希望重塑关于精神权利的讨论, 使其远离传统人格和反商业化的观点, 加强其直到今天的修辞性! (2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 218 页及以下)

不包括营业税：为疏忽消费者设计的商品税

Sales Tax Not Included: Designing Commodity Taxes for Inattentive Consumers

Jacob Goldin

一系列新的研究表明, 税收的显著性深深的影响着纳税人的行为: 一项税种其特征越显著——即商品的税后价格越突出——纳税人作出的回应就越明显。不管有意与否, 决策者在作出关于税务显著的决策时, 每征收一种新的税种, 其决策背后规范的影响仍然没有得到很好的理解。这篇文章为政策制定者如何操作税务显著性以提高效率提供了新的指导方针。需要特别指出的是, 我描述了怎样组合高、低税务显著性来进行征税以提高消费者福利及进一步实现其他社会目标。

(2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 258 页及以下)

跨国诉讼中的体系内法律解释

Intersystemic Statutory Interpretation in Transnational Litigation

Nicholas . Mclean

(原文无摘要)

(2012 年 10 月第 122 卷第 1 期第 303 页及以下)

权利概念运动前的福利与权利：权利同国家的语言一样

Welfare and Rights Before the Movement: Rights as a Language of the State

Karen M. Tani

在“政府援助”的讨论中，“权利”的出现就如同一个危险：当“福利”转变为“权利”后，政策制定者就会失去灵活性，纳税人遭受损失，穷人失去工作的动力。跳脱这个讨论来理解如何、何时以及为什么美国人开始在权利的意义上来讨论公共福利。本文通过审查 19 世纪 30 年代和 19 世纪 40 年代在联邦社会福利官僚主义内权利概念的崛起来解答这些问题。这些话语几乎不会在司法和立法记录文件上以及法律史查询基础的原始资料上看到，但却在先前未查明的行政记录文件上得到了充分的证明。利用这些文件，本文阐述了“福利权”概念是如何通过联邦、州及地方政府行政渠道渗入到全国各个社区的。

传统观念认为“福利权”概念产生的时间是 19 世纪 60 年代，但这与本文的观点是矛盾的。本文揭示了早在 1935 年一些美国政府官员就在福利待遇交流方面谨慎且坚持的使用了权利概念。除了对主要的理论进行挑战外，本文还确认了权利语言的一个研究方面，通过丰富的“权利对话”的文学讨论及对权利要求者使用权利语言的评判。与此相反，本文认为权利语言起源于政府也被用于政府目的。特别的是，联邦管理人员将权利语言作为行政工具使用以此来解决棘手的联邦及行政能力问题，贫穷救济的责任也从当地转移到州和国家。因此，本文不仅丰富了关于权利概念在当代社会福利改革中所扮演的角色的讨论，同时也提出了关于

行政官员行政能力和限制联邦权力的独到见解。(2012 年 11 月第 122 卷第 2 期第 314 页及以下)

反对“自己不得成为自己案件的法官”原则：

公平的界限

Contra Nemo Iudex in Sua Causa: The Limits of Impartiality

Adrian Vermeule

“自己不得成为自己案件的法官”这句格言经常被最高法院在各种环境下援用，它被认为是自然正义原则与宪政主义的基本原理。我认为该原则是具有误导性的片面真理。某些情况下，公法规则制定者应当设计符合该原则下公正价值的相关制度。而在其他情况下，他们不用设计也不应到设计。在很多情形下，公法赋予了行政官员及行政机构因其本身的特权、权力或法律权威而拥有的裁判权。行政官员和机构有权决定自己的成员并给予报酬，且就他们自己的管辖权设定权限并可以裁定和惩罚违反他们所制定的规则的行为。

我试图阐述规则制定者明显背离、推翻该原则的一般条件。在某些情况下，一个案件中并没有公正的官员和机构进行裁判，所以此时不管是否有决策权限，某人或其他人必须做自己案件的法官。在其他情况下，即使遵循该原则是可行的，这样做的结果也是弊大于利。一般来说，往往只有在权衡公平与一个或几个相竞争的因素如专业知识的利益、自治与独立的价值、官员和机构的积极性及其活动水平等后才会这样做。

一项被提议的制度或对模糊宪法原则的解释与实践永远都不能被充分的证明是违反“自己不得成为自己案件的法官”原则的，必须充分的考量这一冲突是否可以避免，如果是可以避免的，则需要考虑避免该冲突在整体上是好还是坏。(2012 年 11 月第 122 卷第 2 期第 384 页及以下)

司法能力与宪法实质

Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law

Andrew B. Coan

众所周知，法院只能解决一小部分由美国政府引起的宪法问题。但为什么法院的能力要受到这样的限制呢？且这种限制是如何影响宪法实质的呢？本文阐述了一个双重的论点，第一，对司法能力的约束是综合考量司法结构的等级划分和普遍认同的司法规范的结果；第二，在某些重要的宪法领域，这些限制给法院造成了巨大的压力，使其采用锋芒毕露的分类规则或服从于政治进程，或两者兼而有之。这些争论大多都是积极的，且具有重要的规范性含义。特别的是，对于司法能力的限制为法院在宪法性问题上服从于政治进程提出了一项新的前所未有的理由。能力限制有助于解释法院挑战政治主体的无奈，以及减少而非排除反对者已是如此的困难。由于这些及以外的原因，司法能力应当处于宪法理论问题讨论议事日程的中心位置。（2012 年 11 月第 122 卷第 2 期第 422 页及以下）

防破产财政和流动性资产的供给

Bankruptcy-Proof Finance and the Supply of Liquidity

Nathan Goralnik

2008 年的金融危机已经引起了对于以回购协议及其派生产品为目的的“破产避风港”制度的普遍批判，其允许破产企业的交易对手在破产程序外实施合同。新兴的共识认为这些规定促进了如雷曼兄弟一样的麻烦企业的资本运作，且应当被缩减以使那些能够买得起这些破产企业的公司从它们的交易对手那里获得更大的保护。与此相反，本文认为将“避风港”压低到标准水平的提议仅能为已经破产的公司提供很少的救济，而这些公司实质性的影响了市场的效率和稳定。揭露这些有破产风险的合同会导致与他们在金融市场起到的价值功能不相称。向企业投资者提供类似于被保险的银行存款的流动资产库，可以通过这些工具提供资金浮动再循环，这是基于对金融系统的风险认知的。过去金融危机的经验表明，一个更为有效的方法是可以给处于恐慌中的受损企业所需要的紧急流动资金，而不是他们一旦破产就仅停留在他们的义务上。（2012 年第 11 月第 122 卷第 2 期第 460 页及以下）

根据“多德-弗兰克”理论追偿： 惩治金融管理人员和保持“大而不倒”

Recoupment Under Dodd-Frank:
Punishing Financial Executives and Perpetuating “Too Big To Fail”

Joshua Mitts

(原文无摘要)

(2012 年 11 月第 122 卷第 2 期第 507 页及以下)

美国民事审判的消失

The Disappearance of Civil Trial in the United States

John H. Langbein

20 世纪 30 年代以来，联邦法院中以审判方式了结的民事案件的比例已经从 20% 下降到了 2% 以下，而该比例在州法院已经下降到了 1% 以下。本文考察了民事审判的历史以解释为什么民事审判在存在了如此之久的时间后却迅速的消失了。

对于诉讼当事人，民事诉讼有两个相联系的功能：调查事实和裁决纠纷。一项制度能够越好的调查、澄清事实，就越有利于促进争议的解决，并降低对法院裁判的需要。英美普通法在历史上缺乏对调查功能的重视。本文阐述了陪审团制度在构建程序及限制法院调查事实方面的作用。诉状是诉前程序中最为重要的部分，其重要的功能就是将案件集中为一个单一的要解决的问题以控制陪审团仅对该问题作出决定。原先的诉前程序使得法庭有机会调查事实问题。随着时间的推移，衡平法院陪审团采用了新的技术使得诉讼当事人可以在裁判之前获得证人证言和书面证据。1938 年民事诉讼联邦规则体现的普通法与衡平法的融合将这一技术引入了合并后的程序，并且扩大了他们的适用。对联邦规则的签名改革是为了将审前程序由答辩转变为调查。一个新的民事诉讼制度诞生了，其以搜查书面证据及双方当事人和证人宣誓后的证言为中心。相关的制度创新例如审前会议和

简易审判也提高了法庭调查事实的替代性。这一新的诉讼制度克服了普通法诉讼程序的调查缺陷，使得很对案件无需法庭审理即可解决。审前程序成为了非法庭审理程序。（2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 522 页及以下）

捏造的进步：信息披露与餐厅分级

Fudging the Nudge: Information Disclosure and Restaurant Grading

Daniel E. Ho

最有发展前景的管理制度之一包含了“目的性”披露：在作出决策时，简化了的信息披露推动了各方共同发展。它的典型代表就是餐厅环境卫生的分级。原则上，一个有效率的等级证书（A、B 或 C）能够使消费者以及受到适当刺激的餐厅老板降低食源性疾病的风险。然而，关于餐厅分级效力的实证证据是稀缺的。本文通过对 10 个行政辖区其中重点是圣地亚哥和纽约超过 700000 个餐厅的卫生进行检查，填补了实证证据的空白。我们阐述了这一管理制度的设计与实施，尽管分级制度具有巨大的发展前景，但实践过程中也凸显了严重的缺陷：行政辖区发布的信息中捏造的成分大大的多于推动进步的真实性。在圣地亚哥，分级膨胀盛行，几乎所有的餐厅都得到了 A 级证书。在纽约，卫生检查几乎没有体现实质一致性，一个好的分数并不意味着过了一段时间以后仍然保持着餐厅清洁。不出所料，2010 年纽约分级制度的实施并没有明显的减少食源性疾病的发生。也许更为糟糕的是，这一系统不当的转移了检查资源使其脱离了针对高度的健康危险的检查而去解决分级争端。这些结果不仅对食品安全也对信息披露的制度设计有相当大的影响。（2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 574 页及以下）

辩诉交易和举证中的不对称和激励措施

Asymmetries and Incentives in Plea Bargaining and Evidence Production

Saul Levmore & Ariel Porat

法律规定严格限制向事实目击者支付报酬，但政府往往可以提供辩诉交易或

其他非金钱的诱惑措施以鼓励证人提供证言。这种不对称性像是一个谜题，且在刑法中大多数的不对称性是有利于被告的。但在解决实物证据的问题时，却不存在这种不对称性。本文的目的之一就是理解“金钱与非金钱的报酬之间”“证人证言与实物证据之间”以及“控辩双方支付报酬之间”的区别或不对称性。另一个目的是为法律如何更好的鼓励举证并在放宽禁止支付报酬的规则下有效的减少犯罪提供建议。（2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 690 页及以下）

瞄准 21 世纪的亡命之徒

Targeting the Twenty-First-Century Outlaw

Jane Y. Chong

本文旨在利用法外程序来为政府的有针对性的杀害管理制度提供合理的解释。这并没有与美国的正当程序的相矛盾。在英国普通法上，对逍遥法外者的规定已经存在了数个世纪，在美国直到 1975 年它才被允许运用致命因素制裁重刑逃亡犯。由于法外之徒拒绝进行法律程序，这就为对其使用致命暴力提供了理由，当然程序的选择有必要通过基本的保护措施予以保护，例如收费和通知。本文认为，这些原则在 21 世纪应当有所更新以服务于政府有针对性的杀害美国公民的行为，限制对其的司法审查。（2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 724 页及以下）

直面克劳福德在地方法院诉华盛顿一案

Confronting Crawford v. Washington in the Lower Courts

Dylan O. Keenan

克劳福德诉华盛顿案无疑是过去十年最有意义的刑事判决。批判者认为“克劳福德线”是一种混乱的学说，其会导致地方法院作出任意且不可预测的判决。对于这种批判我阐述了地方法院关于后克劳福德对抗条款的一次大规模经验性分析的结果。该结果表明在克劳福德案中法院认定一项陈述声明是否可作为证言使用主要强调两点：一是国家行为者的出席，二是受害者的出席。与传统观点

相反，我认为这些结果并不是模糊或相互矛盾的，而是与克劳福德案的原因以及对抗条款的根本目的相一致的。（2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 782 页及以下）

选择退出世界版权保护：默示许可原则和新闻聚合器

Copyright Protection in an Opt-Out World:
Implied License Doctrine and News Aggregators

Monika Isia Jasiewicz

(原文无摘要)

(2012 年 12 月第 122 卷第 3 期第 837 页及以下)

(陈 丽 译)

(茹 翼 校)

文本，历史和传统：

第七修正案所教给我们的关于第二修正案的内容

Text, History, and Tradition:
What the Seventh Amendment Can Teach Us About the Second
Darrell A.H. Miller

在哥伦比亚特区诉赫勒案和麦克唐纳诉芝加哥案中，最高法院对下级法院提出了看似不可调和的要求。通过评估历史上第二修正案的声明，避免平衡，并保留尽可能多的规则。到目前为止，下级法院仍未想出一个能同时满足所有这三个条件的检验方法。糟糕的是，新出现的缺席判决、中间审查，是许多法官和学者认为极其可操作的检验。

本文认为，法庭可以仿照高等法院的第七修正案，尤其是第七修正案的“历史检验”来帮助他们做出对第二修正案的检验。这个历史检验主要依靠根据文本、历史和传统作出的推论来确定所有实践或规则是否符合宪法。但这个历史检验足以应对二十一世纪司法系统的要求。就其本身而言，它提供了有价值的见解，但其本身也有着一系列问题，例如那些法官和学者尽力实现持有并携带武器的权

利。(2013 年 1 月 第 122 卷第 4 期第 852 页以下)

未经参议院投票确认，总统可以任命主要行政官员吗？

Can the President Appoint Principal
Executive Officers Without a Senate Confirmation Vote?
Matthew C. Stephenson

人们普遍认为，宪法规定参议院投票确认由联邦提名的主要行政机构的人员。本文认为，与此相反，当总统提名一个人到主要行政分支机构时，参议院未在合理期限内对提名作出行动的，可以并且应当被解释为参议院对该项建议的默许和对该项任命的同意。在此理解上，尽管参议院可以一直保留其宪法性的一致同意要求来反对一个被提名人，但不管怎样参议院不能通过不对被提名人进行投票的权宜之计来无限期的保留其同意。尽管这个提议听起来很激进，并且势必会颠覆一直以来的设想，本文认为，对任命条款的此种解读并不会与宪法文本、结构或历史相抵触。本文进一步认为，至少在某些情况下，通过宪法将参议院的不作为解读为对该项任命的默示同意，从参议院共同掌权的规范恶化和对总统提名迅速作出行动的观点来说将会有令人满意的结果。(2013 年 1 月 第 122 卷第 4 期第 940 页以下)

多数派程序性阻挠议事

The Majoritarian Filibuster
Benjamin Eidelson

对参议院程序性阻挠议事的争论以其明显的利益冲突和少数服从多数原则为中心。因为在有限的参议院中多数人常常仅代表一少部分的美国人，然而许多阻挠议事并非与少数服从多数原则完全不一致。通过关注这种“多数人程序性阻挠议事”，本文旨在使传统争论形式瓦解，并为潜在的妥协开创一个新空间。本文报导了关于近期阻挠议事行为中议员的多数派和反多数派角色的第一项实证

研究。这些数据显示，在过去的十年中有一半的议会，成功阻挠议事的行为中少数派通常比他们战胜的多数派代表更多的人民。因此，是否维持该阻挠议事的选择不能简化为一个在少数服从多数原则和少数人权利之间的选择。在探索多数派和反多数派阻挠议事的分布和其他利益的规模后，本文建议，仅通过降低五分之一的议员投票即终结讨论的门槛将更好地起作用，从而改变多数派和与此截然相反的反多数派阻挠议事间的平衡，而不是通过完全废除程序性阻挠议事。（2013 年 1 月 第 122 卷第 4 期第 980 页以下）

诉讼信息：监狱、法院和“三驾马车”模式的请愿危害

Lawsuits as Information: Prisons, Courts, and a Troika Model of Petition Harms

Marissa C.M.Doran

本文讨论的是如何调节恢复违反囚犯无形的宪法权利的实践，例如第一修正案规定的身体受到损害时的请愿权利。它认为，将先前的监狱诉讼改革法案中的身体损害要求应用于违规请愿是违宪的，因为它肆意地削弱了囚犯进入法庭的权利，并且，这样做，将使对刑事诉讼当事人的报复持续下去。本文概述了作为三驾马车的违规请愿危害的理论描述，包括对原告的、对公众的以及对法院机构的不同危害。它利用该种描述来干预关于请愿权利本质的学说争论，并阐明当前的第一修正案学说中监狱条款中以及监狱条款之外的缺点。（2013 年 1 月 第 122 卷第 4 期第 1024 页以下）

揭下面纱不平等：

布卡禁令和欧洲人权法庭的非歧视性法院审判规程

Unveiling Inequality: Burqa Bans and

Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights

Sally Pei

（原文无摘要）

（2013 年 1 月 第 122 卷第 4 期第 1089 页以下）

征用与宪法改变

Commandeering and Constitutional Change

Wesley J. Campbell

从联邦法院的联邦制变革来看，普伦特兹诉美利坚合众国案认为联邦征用州行政人员是“与我们双重主权国家说的宪法制度根本矛盾的”。普伦特兹案绝大多数是历史证据的讨论，然而，与建国时代的观点是相反的。在是否批准的讨论中，亚历山大·汉密尔顿等联邦党人是同意征用的，但他们并不是寻求政府权力的扩张。恰恰与此相反，屈从于州权力的联邦党人主张刚刚拒绝一项大陆税款税是因为包括汉密尔顿在内的其他人坚持雇佣联邦税务员而不是征用州税务员。反过来，这项征用权力是反联邦党制度议程的整体方面，因为它使联邦使用州或地方官员成为可能，这样可以保证对联邦法律的实施有更强的地方控制，并且避免膨胀的联邦行政机构的需要。这种优先顺序在第一次国会中继续存在，反联邦党人是对联邦征用州政府和司法官员的权力持最激烈反抗的人之一。具有讽刺意味的是，联邦党人是最先播下反征用主义学说的种子的，尽管这从背景上来说是可以理解的。结合最近暴露的来源和新解释，本文旨在重点修正我们对建国时代联邦征用州官员态度的理解。此外，本文解释了为什么早期国会通常避免使用州官员以及该习惯如何与转移政治优先权相结合迅速侵蚀曾经坚实的支持征用合宪性的共识。（2013年3月 第122卷第5期第1104页以下）

平行排斥

Parallel Exclusion

C. Scott Hemphill & Tim Wu

长期以来，学者和法院一直争论“平行定价”，即同一市场中的各个公司均采用同样的价格，是否应被认定为违反了反垄断法。但是那样做相对而言就会产生对“平行排斥”重要性的忽视，由不同公司从事的行为，限制或减缓了想要

成为市场新成员的人。平行排斥值得较大关注，因为它比提高平行定价更加有害。设置一个高价使该领域向更多新成员开放，并且可能对他们有更大的吸引力。与此相反，对新成员的平行排斥行为既促进了价格提高，又延缓了创新。创新减少对经济有重大长远意义。此外，平行排斥的管理体制可能比提高平行定价的管理体制更稳定。基本的游戏理论分析表明，致使价格提高容易瓦解的原因不能如此强有力地应用于平行排斥。的确，在某些情况下，维持一个排斥体制是对任何一个排斥者而言均占优势的战略。在这种情况下，瓦解的可能性甚至更低，产生一个潜在的无限的平行排斥系统。本文建议把平行排斥视作垄断的一种形式，使其受到现存判例法的严格限制，包括垄断势力，反竞争效应以及缺乏足够竞争力的理由。本文还解释了为什么平行排斥是对合并政策的正当考虑，以及为什么这种未经任何对其反竞争效应的评估就机械地谴责这种必然的联合抵制行为的政策是不好的。（2013 年 3 月 第 122 卷第 5 期第 1182 页以下）

证明责任的概念重建

Reconceptualizing the Burden of Proof

Edward K. Cheng

传统意义上将这项优势标准描述为一个以 0.5 为临界值的绝对概率。本文认为这种对证明责任的绝对描述是错误的。本文重建了把临界值标准作为一个概率比例这一概念，并且展示了如何结合概率性理论的证据这样做来消除许多传统问题，而不是专注于一个绝对临界值。使用概率比例消除了所谓的同时发生悖论，并且在贝叶斯角度下开发出的比例测试进一步解释了蓝色巴士问题以及其它周边统计证据的难题。通过将证明的概率性理论与最近对诱导模式（即对最佳解释的推论）的批判主张相协调，本文为当前证据学说的争议双方架起了一座桥梁。（2013 年 3 月 第 122 卷第 5 期第 1254 页以下）

治疗行政法的盲点：设立一个

能实现州机构合作联邦主义章程的联邦普通法框架

Curing the Blind Spot in Administrative Law: A Federal Common Law
Framework for State Agencies Implementing Cooperative Federalism Statutes
Josh Bendor & Miles Farmer

本文探讨了州或联邦的行政法的原则是否应当依照合作联邦主义章程对挑战州机构的行政诉讼进行管理，尽管合作联邦主义章程得到了普遍适用，法院和学者都未给予这个问题足够的关注。这种忽视就转变成为了说理不足并且不一致的司法裁决。我们表明，这个问题就是受金贝尔食品框架恰当管理的联邦普通法的一种，它认为联邦普通法应当以州法律作为其实质来源，除非这么做会与联邦政策产生重大冲突。（2013 年 3 月 第 122 卷第 5 期第 1280 页以下）

单纯的疏忽还是放弃？

对马普思诉托马斯案后律师不端行为的评价

Mere Negligence or Abandonment?

Evaluating Claims of Attorney Misconduct After *Maples v. Thomas*

Wendy Zorana Zupac

在最近一段时间，最高法院试图为那些由疏忽大意的律师代理的人身权请愿者开创救济措施。本文探索了法院在这些案件中使用的分析，并且应用了一个新奇的描写模式来解释法院应如何运用两种不同的分析模式，即性能模式和关系模式，来检测律师的行为。二十多年前，最高法院曾在科尔曼诉汤普森案中采用了一个死板的关系模型，其坚持认为人身权请愿者受其律师的行为和疏忽的约束，因为其律师是该请愿人的“代理人”。前段时间，在马普思诉托马斯案中，最高法院重申代理人原则在人身权案件中的应用，但是为被其律师所“放弃”的委托人创设了一个例外情形。本文探索了这种“放弃”的例外情形的潜在范围，并且认为联邦人身保护法院应当借鉴从民事诉讼案例中得到的原则并且用一种灵活的方法来判定委托人是否已实际上被其律师所“放弃”。（2013 年 3 月 第 122 卷第 5 期第 1328 页以下）

骗奸之谜和性自主权的神话

The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy

Jed Rubenfeld

“骗奸”在美国刑法中几乎是受到普遍排斥的。但是如果是未经被害人同意发生性关系，如一些法院，州立法还有学者所说的那样，那么应当将这种因欺骗手段而发生的性关系认定为强奸。因为根据法院在一百多年的审判活动中援用的强奸罪以外的几乎每个领域的法律来看，一个在欺骗中取得的同意完全等于没有同意。此外，排斥骗奸不利于维护如今被视为强奸法核心原则，甚至被作为一项宪法权利的性自主权。本文反对性自主权的观念并反对将强奸理解为未经同意发生性关系。本文认为，通过将强奸与违背一个人基本权利的自我所有权的奴隶和折磨相比较，可以获得一种更好的理解。这种对强奸的意见可以解释对于骗奸的排斥，虽然当前被认为不能，但它同时也表明，强奸法备受诟病的强迫要求可能不是如此有害的。（2013年4月 第122卷第6期第1372页以下）

恶意和诈骗：滥用财产权的管辖原则

Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right

Larissa Katz

这篇文章提出了构成滥用财产权原则的概念性的和规范的基础。我认为，当所有权人对一件事物的决策仅仅是为了产生损害，那么该所有权人就滥用了其权利。无论这种损害本身是最终目的（恶意），还是一种为了获得将来可能的甚至更有价值的结果的手段（诈骗），均是如此。理论家们试图通过将效用最大化或强制功效的形式来解释那些关于恶意的限制。但是这些理论假定只是假设了所有权人自由的重要外部限制，并且仍然没有解释与诈骗有关的限制。

我认为那些所有者身份的政治基础是其内在限制。所有者授予权利来回答我所说的基本问题，即什么构成一个对事物有价值的使用。这个权力要求克服一对问题：自然状态的理解和协调问题。我们都有兴趣来协调事物的使用（为了避免

浪费和冲突)，但是我们每一个人都面临克制将自己对该基本问题的答案强加在他人之上的道德义务。私人所有权制度克服了这种困境，但其政治基础也引起了合法性的约束。所有者有权对事物作出决策，但这种权力并不能扩大至利用某种资源来满足恶意或者是为获得某些长远结果的手段。这些并不是对基本问题的答案，而仅仅是为了控制他人利用自己所有者的地位所做出的努力。当所有者用这种方法超越他们的授权，他们就会滥用权利。（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1444 页以下）

下一代民权律师：在不同时代种族和代表的身份执行

Next-Generation Civil Rights Lawyers:

Race and Representation in the Age of Identity Performance

Anthony V. Alfieri & Angela Onwuachi-Willig

这篇书评评论的是两本重要的新书：一本是肯尼斯·马克教授所著的《代表种族：民权律师的创作》，另一本是德文·卡巴多教授和米图·古拉提教授所著的《白人代理？反思种族歧视下的美国种族》，并且利用他们的洞察力探索了下一代民权律师面临的挑战，还为下一代民权律师提供了如何克服这些困难的建议。总的来说，这篇书评强调了一个无论过去还是现在黑人民权律师这个角色中都存在的一个相似点：两代律师均需要通过成为黑人种族的代表并且获得白人种族的接受来执行其身份。其次，这篇书评通过突出早期的黑人民权律师和现在以及以后的民权律师遭遇的挑战的不同展现了作为个人，团体和群体代表的黑人民权律师的执行随着时间的流逝变得越来越复杂。最后，这篇书评为下一代民权律师提供了朝着更具有实验性的积极的方向来关注当今社会如何理解种族的复杂性以及如今种族歧视实践的复杂性，以此用来改变民权法的学习和实践的战略建议。（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1484 页以下）

交易折射下的立法：把合同程序作为 强制性仲裁之外第二好的替代方法

Lawmaking in the Shadow of the Bargain:
Contract Procedure as a Second-Best Alternative to Mandatory Arbitration
Charles W. Tyler

在消费和就业仲裁中，公司有比在法庭上更多的自由来选择争议解决程序。具体而言，公司可以通过订立合约，要求他们的顾客和雇员放弃提交某种形式的证据，进行某种形式的发现，对终审裁判提起上诉和加入某个阶级的权利。因为这些程序条款对公司很有吸引力，他们常常要求顾客和雇员将争议提交至仲裁庭而不是向法庭起诉。后果就是，消费和仲裁争议将比原来没有强制性仲裁程序时更少的出现在法庭之上，防止法院提交重要公共产品。许多评论家提出了各种大规模的限制强制性仲裁范围的司法改革。然而这些建议大部分没有得到政治上的牵制力。鉴于大规模司法改革的缺失，这篇文章认为在法庭上实施更多的程序选择可能是除了强制性仲裁之外的第二好的替代方法。允许当事人在法庭上享有与其在仲裁中拥有的相同的程序选项，可以影响公司使其同意其顾客和雇员将争议提交法院，法院得以因此在重要的公共产品发生变化时发挥好其作用。（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1560 页以下）

债务人的困境：破产法施行中的经济案例

Debtor's Dilemma:
The Economic Case for Ride-Through in the Bankruptcy Code
Amber J. Moren

随着 2005 年破产法的修订，依据第七章，债务人能够在破产之后保留担保资产，例如一辆汽车，其面临至少五项选择权。破产法允许债务人履行该资产，再次确认债务或者转换至第十三章规定的事项。反之，债权人只能同意容忍其不实际控制抵押物，而让该资产由债务人实际占有。在某些情况下，破产法院可处以一种俗称“秘密施行”的有约束力的无追索权债务安排。

本文采用经济框架的结构来展现这些保留选项为何没有达到第七章规定的政治目标：给债务人一个“新开始”，充分保护有担保债权人的利益，并在全中国施行统一的破产法。在阐明现状的不足之后，本文认为，对正在施行中的法律制

定一个法令，作为 2005 年以前五个巡回法院可用的选择权的后续，能够更好地符合破产法中的原则与政策。（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1594 页以下）

肾脏分配和年龄段区分的限制

Kidney Allocation and the Limits of the Age Discrimination Act

Benjamin Eidelson

（原文无摘要）

（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1635 页以下）

民法裁判中的法律顾问

Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions

Steven Kochevar

（原文无摘要）

（2013 年 4 月 第 122 卷第 6 期第 1653 页以下）

（茹 翼 译）

（陈 丽 校）