

加利福尼亚法律评论

王健法学院编译室

二零一五年第一期

总第二十六期

财产宪法	
Property' s Constitution	8
从独立到政治的金融监管	
From Independence to Politics in Financial Regulation	8
法律和地方激进主义:揭开钱伯斯诉密西西比的公民权利史	
Law and Local Activism: Uncovering the Civil Rights History of Chambers v. Mississippi	10
新奥尔良刑事法庭的经费和利益间的财政冲突	
Financial Conflicts of Interest and the Funding of New Orleans' s Criminal Courts	10
公民配偶	
Citizen Spouse	11
实际上的移民法庭	
De Facto Immigration Courts	12
审判中的受托人理论	
A Fiduciary Theory of Judging	12
无罪中断: 在猥亵儿童法的庇护下对父亲身份进行重构	
Innocence Interrupted: Reconstructing Fatherhood in the Shadow of Child Molestation Law	13
为何条约能够取消州的主权豁免权: 将中央弗吉尼亚社区学院诉卡茨案适用于条约权力分析	
Why Treaties Can Abrogate State Sovereign Immunity: Applying Central Virginia Community College v. Katz to the Treaty Power	13
身体与政府机关: 跨性别者的法律性别分类和因婚移民	
Bodies and Bureaucracy: Legal Sex Classification and Marriage-Based Immigration for Trans* People	14
虚假的宪法	
Sham Constitutions	15
合同性质的过失性虚假陈述	
Negligent Misrepresentation as Contract	16

移民、庇护和公民资格：一个更加全局性的方法	
Immigration, Asylum, and Citizenship: A More Holistic Approach	17
在网络战争时代下利用诉诸战争权理论	
Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare	18
唤醒沉睡的巨人：第六条款的行政执行与确保运输规划平等性的新路线	
Rousing the Sleeping Giant: Administrative Enforcement of Title VI and New Routes to Equity in Transit Planning	18
宪法权案中社会事实的上诉评论	
Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases	19
粘性斜坡	
Sticky Slopes	20
股权的新前沿：印第安人地区的破产管理	
Equity's New Frontier: Receiverships in Indian Country	21
公平住房法下财产价值保护的种族维度	
Racial Dimensions of Property Value Protection Under the Fair Housing Act	21
知识产权规则和中层原则	
Intellectual Property Doctrine and Mid-level Principles	22
基础和原则的回归：答 Blankfein-Tabachnick 教授问	
Foundations and Principles Redux: A Reply to Professor Blankfein-Tabachnick	23
超越独特性：重构部落法院的管辖权	
Beyond Uniqueness: Reimagining Tribal Courts' Jurisdiction	24
民主与持续不信任：平等保护与司法政治理念的演变	
Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics	25
清算所的过度自信	
Clearinghouse Overconfidence	26
甘地和版权实用主义	
Gandhi and Copyright Pragmatism	27
“除非它被证明是必要的”：使用水利息以防止州际水事纠纷中的不当得利	

“Unless and Until It Proves To Be Necessary” : Applying Water Interest To Prevent Unjust Enrichment in Interstate Water Disputes	28
一个原信念者将会如何理解“腐败”的含义	
What an Originalist Would Understand “Corruption” to Mean	29
腐败的诱惑	
Corruption Temptation	30
“依赖腐败”是不是美国竞选资金问题的解决方案?	
Is “Dependence Corruption” the Solution to America’s Campaign Finance Problems?	31
回应凯因教授和查尔斯教授	
A Reply to Professors Cain and Charles	32
利用律师费转移来促进合理使用和公平许可	
Using Fee Shifting to Promote Fair Use and Fair Licensing	32
婚前：婚外认可及其与婚姻关系未经考证的历史	
Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage	33
招募恐怖主义举报人：移民鼓励和 S-6 签证的问题	
Recruiting Terrorism Informants: The Problems with Immigration Incentives and the S-6 Visa	34
土著民族和人权的法规范创生运动	
Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights	35
过度罚款条款的复兴	
Reviving the Excessive Fines Clause	36
商标法利用谷歌捷径	
The Google Shortcut to Trademark Law	37
人体生物产品的征用	
The Taking of Human Biological Products	37
公民、居民和国家	
Citizens, Residents, and the Body Politic	38

临时宪法	
Temporary Constitutions	38
不可继承性	
Indescendibility	39
人权倒退	
Human Rights Backsliding	40
雇主不道德行径的特殊合理化：用事后证据辩护的危害	
An Ad Hoc Rationalization of Employer Wrongdoing: The Dangers of the After-Acquired Evidence Defense	40
无人机和琼斯：数字时代的第四修正案和警察的自由裁量权	
Drones and Jones: The Fourth Amendment and Police Discretion in the Digital Age	41
和谐法律关系和冲突法律关系	
Smooth and Bumpy Laws	42
安吉拉·哈里斯：普通人，老师，学者	
Angela Harris: The Person, the Teacher, the Schola	43
安吉拉·哈里斯和男性种族政治学：特雷沃恩·马丁、乔治·齐默尔曼以及渴望清白的困境	
Angela Harris and the Racial Politics of Masculinity: Trayvon Martin, George Zimmerman, and the Dilemmas of Desiring Whiteness	43
我是抑或不是：论种族和本质主义在安吉拉·哈里斯女权主义法律理论中的体现	
I Am/I Am Not: On Angela Harris' s Race and Essentialism in Feminist Legal Theory	44
《胎儿保护法》：道德恐慌及宪法前线	
Fetal Protection Laws: Moral Panic and the New Constitutional Battlefield	45
穿过错综复杂的政治棘丛：论党派不公正划分选区的可诉性	
Finding a Path Through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering' s Justiciability	46
骗取权利和法的实用性：既美国诉温莎案后分析同性婚姻的法律和哲学框架	
Juggling Rights and Utility: A Legal and Philosophical Framework for Analyzing	

Same-Sex Marriage in the Wake of <i>United States v. Windsor</i>	47
论美国和欧盟的个人信息协调	
Reconciling Personal Information in the United States and European Union	48
信息过量：如何不去考虑有关隐私和第四修正案	
Too Much Information: How Not to Think About Privacy and the Fourth Amendment	49
种族成见的地理因素：谢尔比县之后选举权利法案预检制度的证据和含义	
The Geography of Racial Stereotyping: Evidence and Implications for VRA	
Preclearance After Shelby County	49
帝国的公民：波多黎各，地位和宪法性转变	
Citizens of Empire: Puerto Rico, Status, and Constitutional Change	50
取消种族？赋予多种族身份的人平等的保护	
Undoing Race? Reconciling Multiracial Identity with Equal Protection	51
为复仇色情片受害者伸张正义：用法理来战胜复仇色情片网站运营商的民事豁免主张	
Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites	52
例外情形的平等？恢复劳伦斯案的核心裁决	
Equality with Exceptions? Recovering <i>Lawrence</i> ' s Central Holding	53
量化的限制	
The Limits of Quantification	53
量化监管收益	
Quantifying Regulatory Benefits	54
质量控制：对 Sunstein 教授的回答	
Quality Control: A Reply to Professor Sunstein	55
绝命毒师？监管盈亏平衡分析法的不安境况	
Breaking Bad? The Uneasy Case for Regulatory Breakeven Analysis	55
灭亡预言纪事：Kiobel 案之后美国人权诉讼的未来	
Chronicle of a Death Foretold: The Future of U.S. Human Rights Litigation Post-Kiobel	56

博彩自治权？ 一项关于在保留部落自治权的同时保护工人权利的请求	
Gaming Sovereignty? A Plea for Protecting Worker’ s Rights While Preserving Tribal Sovereignty	57
饥饿的秃鹫： NML 资本公司诉阿根廷共和国以及不良债务资金问题的解决之道	
Starving the Vultures: NML Capital v. Republic of Argentina and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds	58
调整性伤害： 陌生人、亲密者以及社会制度改革	
Regulating Sexual Harm: Strangers, Intimates, and Social Institutional Reform	59

财产宪法

Property' s Constitution

James Y. Stern*

作为一个法学理论问题，财产定义长期存在的争议呈现了一个宪法上的特殊问题。正当程序条款和征收条款确立了一个仅在财产处于危险情况下才可主张的个人权利。然而解释宪法财产学说的判例从没有明确的给出一个前后一致的有关财产的普遍观点，在某些情况下已经得出了和其意义相反的结论。最值得注意的是，个人权利授予形式规定的政府福利，被认为是基于正当程序的财产，而非基于征收理论的财产。判例承认了这种冲突但并未试图去解释。

本文提供了一种方式将宪法中混乱的财产条款整理出一个秩序。它表明如何在所有重要的宪法财产学说中采用单一的财产定义，而避免发生许多人似乎害怕的灾难性结果。本文一开始认为财产最好被理解为在运用特殊条款方法上采取某种法律控制措施的权利，该控制以其他人为代价。接着本文认为法律权利是一种私有财产，然而法庭和评论员在政府福利下的法律权利一文中有效的援引财产——所谓的新财产——他们错误的认为文章中的财产是接受者有接受权利的商品，而非接受的法律权利。本文表明法律权利是一种政府完全不希望其存在的东西。因此，法律权利的主体是唯一一种财产权利，即产权政府能够终止而不在其他方面给予相等的财产权。本文进一步认为当人们主张财产权(一种剥夺)遭到拒绝的时候，应当申请正当程序保护，当财产权利从一方转移到另一方的时候征收保护应当起点作用。结合这些观察，本文得出结论：在对人的法律权利方面不论是终止新财产权还是旧财产权都应当启动正当程序而不是征收程序。这种分析赋予了宪法学说近来缺乏的理论层面的连贯性。为了帮助理论家更清楚的认识财产法的核心结构，本文也揭示了作为普遍问题的财产权的本质特点。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2013 年 4 月】第 277 页以下）

从独立到政治的金融监管

From Independence to Politics in Financial Regulation

独立机构长期支配着金融监管的机构结构。但是在 2007-2008 年危机之后，本文认为，独立机构范式正在经受攻击。为了更彻底地监管金融机构以及更深入地应对未来的失败，美国和其他工业化国家重新设计了金融监管的框架模式。2008 年后的法律将权力分配给选举官员和他们的直属被任命者，而非独立官僚。

为了证明这种全球性的范式转变，本文调查了 15 个关键的与国际银行业相关的司法管辖权法律：美国，英国，法国，德国，日本，西班牙，瑞士，比利时，爱尔兰，意大利，丹麦，加拿大，澳大利亚，墨西哥以及南韩。该分析表明了选举官员在银行业上的影响力显著增加。政治家的新权利不仅延伸至紧急情况，而且延伸至金融机构的监管实施。现在，政治家们掌管革新的制度安排，特别是包含先存独立机构的监督管理委员会形式。在这些委员会中，多数的必备条件和否决权使得这些政治家被称作最终决策制定者。本文揭示了范例转变是由 2007-2008 的危机和长期趋势这两个特殊因素相互作用所导致的。包括投资银行，保险公司，储蓄银行在内的在不同地方从事金融活动的机构瓦解了，让人感觉独立的监管阶级已经失败了。结合市场自我调节能力的破灭以及在过去范例下被大加破坏的自信，关注监管的胜利果实。在过去的两百年间，美国人越来越依赖金融系统在养老金储蓄，住房贷款及其他投资方面的运用。政治家们不能在像过去那样远离金融监管了。从规范的立场来看，政治家们大力干涉金融监管和扩大总统控制独立机构的需求有关。学者们一直认为总统的批准权将会增加责任以及增加艰难选择的正当性，例如银行保释金。然而，本文想警告过多的政治干涉也许会危机金融的稳定。选举战略的制定能够影响政治家的保释金选择，就像在选举临近的时候在位者可能会对发生的剧变特别敏感。政治家们也承受着思想偏激组织的压力，他们经常表达对金融系统的极度不信任。在这种政治环境狭隘，金融机构可能会更密集的去游说政治家们。这样一来，金融灾难的风险可能会随着与金融系统的安全无关这一考虑而定。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2013 年 4 月】第 327 页以下）

法律和地方激进主义： 揭开钱伯斯诉密西西比的公民权利史

Law and Local Activism:

Uncovering the Civil Rights History of Chambers v. Mississippi

Emily Prifogle*

数不清的学者已经考查和讨论了钱伯斯诉密西西比在包括强制正当程序地方方的重要性，承认传闻，第三方犯罪证据，虚假供述，种族评价的传闻和目睹，道德层面上的合理裁决等多方方的重要性。与此相反，这篇评论试图发掘来自密西西比州农村社区的被告对权利的抗争成为美国最高法院判决钱伯斯案的基础。在表面上，这个案子无关于或不涉及公民权利运动。然而，然而本评论揭示出地方公民权利的积极分子在密西西比州的伍德维尔为平等权利采取武装，直接经济行动，激进主义描述 1969 年 6 月 14 日仓促发生的事件是以杀死伍德维尔的黑人警察亚伦·兰伯特为特征的。本文通过提出两个相互关联的权利请求得出结论：狭义上讲——它发生在担保权和地方现实的空白地带——法律皆无处不在。国家诉讼影响着地方运动和白人反对派之间的条款变化，通过地方法律的实施而产生的微调整不断地作用于民主权利活动的压制。同时，对黑人社区的法律保护有空白之处，作为回应，它们组成了法律之外的自我防御组织，以此来支持抵制权以及保护黑人社区。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2013 年 4 月】第 445 页以下）

新奥尔良刑事法庭的经费和利益间的财政冲突

Financial Conflicts of Interest and
the Funding of New Orleans' s Criminal Courts

Micah West*

州和地方政府预算的减少加大了刑事法庭的财政压力。许多州依靠犯罪被告

人的费用来帮忙资助他们的刑事司法体系。这篇评论突出了新奥尔良成人刑事法庭在罚款、费和成本上引发的宪法和政治上的担忧。新奥尔良的刑事法庭在财政上依赖于强加在犯罪被告人的罚款，费和成本(共同的“财政评估”)来支付执法成本。这一依靠可能会产生经济利益冲突，即对公正的法官来说违背了被告人的正当程序权。这篇评论提出了几个建议用于改革成人刑事法庭的资金结构，包括废除司法支出费用，将法庭费用同财政评估分离开来，强化法庭体系，为贫困的被告减免费用。这些改革将能更好的保护公民的宪法权利，保护司法独立，加强地方民主和管理。(【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2013 年 4 月】第 521 页以下)

公民配偶

Citizen Spouse

Kerry Abrams*

婚姻和公民权相互之间有着复杂的关系，婚姻通常是一种主要方式，一个人通过主张合法利益和履行法律义务而依法使用并证明其身份。本文考察了一个婚姻-公民权的典型事例的历史——永久居住地法则的派生物——并运用这一历史思考婚姻和公民权的关系是如何随着时间变化和发展的。永久居住地法则通过法律的实施将女方的居住地以及它的州公民权所承载的一切权利和义务同她丈夫的居住地联系在了一起。这忽略了她的实际居住地以及她主观上忠诚于哪一州。如今的永久居住地保持中肯，因为许多州依旧用它来决定已婚人士的州公民权，或者作为已婚女士的驳回推定，或者适用于配偶双方，并通过假定他们将各自视单一住所为他们的家来连接他们的居住地。永久居住地的历史和近期的应用表明这些推定并不能准确的反映众多不同于配偶居住地的已婚人士的偏好。本文认为永久居住地阐明了不假思索的取消婚姻和公民权的危险性。(【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2013 年 4 月】第 407 页以下)

实际上的移民法庭

De Facto Immigration Courts

Stephen Lee*

在帕迪利亚诉肯塔基州一案中，最高法院承认了非公民被告人有权得到律师就提议的认罪协议下所产生的任何移民结果通知告诉的权利，在建立这个重要的权利时，法庭认识到一个残酷的事实：在许多情况下，非公民逃避迁移的唯一重要的时机出现在上阶段的刑事程序中。本文描绘了一个领域的含义，在这个领域中刑事法庭(特别是州层面的)实际上起着移民法庭的作用。本文打算做三件事情。首先，本文展示出当地的检察官在移民法庭实际上是扮演着看门人的角色，这一点法庭是认同的，也是包含在帕迪利亚以及其他案例中的。其次，本文解释了检察官能够行使他们的守卫权去避开或者完全置联邦移民实施优先权而不顾。最后，本文考察了国会和法庭是如何适应这一新生的现实。(【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 553 页以下)

审判中的受托人理论

A Fiduciary Theory of Judging

Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota*

几个世纪以来，法律理论家和政治哲学家都没能找到一个统一的审判理论来解释法官所拥有的多样化，有时又冲突的职责。本文揭示了法律是如何通过支配信托关系来对这一古老的职业作出一种新的阐述，因此对司法机关的本质也作出了新的阐述。本文首先探究在美国的政治思想及美国宪法的框架中长期被忽视的，但又深深嵌入法官作为受托人这一框架的历史起源。然后解释了审判的受托人理论何以能够深刻洞察在民主政治中成为一个法官的意义，同时为解决一系列由争议的与司法行为相关的法律问题提供实践指导，例如以及最高法院的司法伦理，州司法选举中的竞选捐献以及宪法解释中公共建议的角色。(【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 699 页以下)

(刘文丽 译)

(魏 琪 校)

无罪中断：在猥亵儿童法的庇护下对父亲身份进行重构

Innocence Interrupted: Reconstructing Fatherhood

in the Shadow of Child Molestation Law

Camille Gear Rich

本文表明，由于猥亵儿童法被正式划归为刑事法规，而法律决策者正不断地使用该法规范父母对孩子普通、亲密的照料行为，因此刑法应被认为是父母抚养法。本文又进一步表明，负责解释这些广泛的猥亵儿童法的法律决策者将如何以重新列举传统的性别分工式父母抚养规范的方式解释这些法律。这些问题在我称之为父母亲密照料行为的案件中尤其明显，在那些案件中父亲接管亲密的照料和看护任务，而这些任务传统上是母亲负主要责任。本文通过表明以下内容记述了这些问题：今天影响广泛而深远的猥亵儿童法规定的调查是如何邀请甚至是要求法官、陪审团、检察官以及许多其他法律决策者依赖具有文化常识意义的性别分工观念来解决涉及父亲实施看似普通亲密的照料行为的猥亵儿童案件。本文猜想，法律决策者解释适用于父母亲密照料案件中的猥亵儿童法律时，是遵照传统的性别分工观念，因为猥亵儿童法律的核心——性伤害的概念已经完全进入理论化。本文思考了女权主义法律理论在这个理论化问题中发挥的作用，扫除了未来关于此问题的女权主义理论化的障碍，并为了父亲这个身份能有更好的行为和经历，查证了当前性伤害这个理论化概念的实质结果。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 609 页以下）

为何条约能够取消州的主权豁免权：将中央弗吉尼亚社区学院诉卡茨案适用于条约权力分析

Why Treaties Can Abrogate State Sovereign Immunity: Applying Central Virginia

Community College v. Katz to the Treaty Power

Philip Tassin

个人可以因为州政府侵害其基于条约的权利而在联邦法院起诉它们吗？很久以来，对于该问题的答案似乎是否定的。根据最高法院的规定，只有在议会按照美国宪法第十四条修正案第五款的规定合理使用其权力，取消州的主权豁免权时，才可以直接对州政府提起诉讼。但是，在对 2006 年中央弗吉尼亚社区学院诉卡茨案（Central Virginia Community College v. Katz）的判决中，最高法院在看似无法逾越的障碍——州主权豁免权上打开了一个小小的突破口。在卡茨案中，法院判决，根据联邦破产法，州的主权豁免并不禁止对州政府提起私人诉讼。为了达成这个判决，法院认为，所涉破产立法是否是议会根据第五条款合理行使权力的结果并不重要。事实上，法院认为，州政府仅通过认可宪法，就在基于联邦破产法提起的私人诉讼方面放弃了其主权豁免权。目前，基于宪法中所暗示的州主权豁免权的取消，卡茨案是唯一一次维护私人对州政府提起诉讼的权利。然而，该案的论证部分也同样适用破产案件以外的情形。本文将卡茨案的分析框架应用于对条约权力的分析。在考虑了制宪会议的历史背景、制宪者对条约权力的理解以及条约权力在美国联邦系统中的运行之后，本文最终认为，仅通过认可宪法，州政府就在基于条约提起的私人诉讼方面放弃了其主权豁免权。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 755 页以下）

身体与政府机关：跨性别者的法律性别分类和因婚移民

Bodies and Bureaucracy: Legal Sex Classification
and Marriage-Based Immigration for Trans* People

Olga Tomchin

在美国大部分司法管辖区内，出生证上的性别标记是由婴儿生殖器外观所决定的，这种标记形成了一种可反驳的法律性别推定，需要特定的证据（但也是广泛变化的）加以否决。对于跨性别者，这些性别承认的要求通常是不合逻辑、前

后矛盾并且难以达到的。因此，大多数跨性别者的身份文件上最终显示的是矛盾的性别标记。这种在婴儿出生时设定其法律性别的制度直接损害了最弱势人群的利益并且不公平地分配了人生机遇。美国当前规范跨性别者因婚移民的规则为研究美国性别分类的主导方法之不足提供了有价值的案例。在考察跨性别者（和同性恋者）由于法律性别分类和规范的部分原因而遭受的许多其它伤害时，这一点尤其真实。美国规范跨性别者因婚移民的规则的主要缺点表明，解决问题的唯一方法就是完全消除“性别”这一法律分类。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 813 页以下）

虚假的宪法

Sham Constitutions

David S. Law & Mila Versteeg

人们常说，宪法只是一层羊皮纸，其本身无法限制国家权力或保证对人民权利的尊重。然而，关于国家缺失宪法保障的程度在国际和经验主义层面上，仍鲜为人知。本文以经验主义的角度考证了过去三十年间全球不遵从宪法的普遍性及严重性，并按照几个实质性的类别选择出违宪最严重的国家或“虚假的宪法”。

我们得出的数据是关于世界宪法中与权利相关的内容，通过将该数据与实际人权保护的量化指标相匹配，我们计算出了数值分数用以评估国家违反宪法中所承诺的权力的程度，或相反地，国家超出宪法所含内容维护更多权利的程度。然后，根据国家宪法发挥作用的程度——“表现不合格”或“表现极佳”，用这些分数对国家进行排名。每个国家的表现还要在三个子类别下进行进一步分析，这三个子类别分别为，人格完整权、公民和政治自由以及社会经济和群体权利。

国家表现的分数揭示了在宪法遵守方面诸多的世界趋势。一般来说，社会经济和群体权利或多或少，其得到维护的程度要比其它两类权利低，但是各类别间这种权利维护的差距正在缩小。而且，一个国家对一种权利类别的维护与其对其它权利类别的维护并无密切相关性。相对较少的国家在维护其宪法中的积极权利或消极权利方面会表现得极其失败。同时，在实践中，对特定权利维护的程

度存在着相当大的差距，对酷刑禁令的遵守比例为 12%，而对禁止死刑的遵守则为 100%。

宪法的遵守也呈现出明显的地域性。亚非国家趋向于在宪法中承诺许多不同的权利，但是他们履行这些自我施加的义务的程度各有差异，极其不同，结果就是这两大洲成为世界上“虚假宪法”最多的地方。而且，即使控制了像财富和人口规模这样的变量，这些区域格局也持续存在。

最后，本文通过数据分析得出大量变量，预测出国家在宪法保障方面表现不佳的程度。在过去的几十年里，当一部宪法中只包含社会经济权利时，不会得到有效的遵守，但是现在已经完全不同。财富和人口强大的国家相对来说更可能去维护宪法权利，然而深受内战困扰，承诺大量权利的国家往往表现得差强人意。而且，司法审查的存在和人权条约的批准在数据上与对宪法权利尊重的提高都毫无关系。同样地，我们也没有发现任何证据，表明明显限制各种权利范围的宪法条款会影响那些权利得到维护的程度。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2013 年 8 月】第 863 页以下）

合同性质的过失性虚假陈述

Negligent Misrepresentation as Contract

Mark P. Gergen

美国以及普通法其它地区的主流观点是把针对过失性虚假陈述的索赔归入侵权诉讼的范畴，而本文将挑战这一观点。笔者认为，针对过失性虚假陈述的索赔最好理解为一项类似于“允诺禁反言”的合同求偿权，因为二者都要求相对方的合理信赖。该主流观点是合同经典理论和合同本质上为私法的这种理想化所带来的一项不幸的副产品。之所以说把过失性虚假陈述归入侵权行为是不幸的，这是因为现代过失侵权行为，其核心是由过失导致损害的责任原则，它的增加会带来一种风险，即过失性虚假陈述侵权行为将归入一般的过失侵权行为。将过失性虚假陈述归入过失侵权行为将抹除过失性虚假陈述的重要特点。然而，把它划归为合同求偿权将会保留这些特点，同时会巩固现代合同法中的大量积极趋势。

为了证实这一观点，本文追溯了从十九世纪中叶到现在，对有关合同、侵权和过失法律的著名理论的辩论。对这些辩论进行长期而广泛的研究之后，笔者发现了一个突出的现象，集中于特定领域的理论家往往会有所疏忽。在每个领域中，说明领域核心问题的最佳理论在解释该领域边缘问题时表现得差强人意。合同经典理论在现代化的演变，如基于承诺的理论，完美地解释了合同法的核心问题。类似地，有关过失损害责任的过失理论杰出地解释了过失法律的核心问题。然而，这两种理论都没有解释各自法律领域的边缘问题。合同中的基于承诺理论太过狭隘闭塞。它们倾向于将合同领域精简为只有私法的完美小圈子。过失原则太过宽泛和开放，它抹除了普通法的丰富品性，这没有任何帮助作用。将过失性虚假陈述作为合同问题对待将反对这两种倾向。它会扩充合同的领域并限缩过失原则的范围。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 4 期【2013 年 8 月】第 953 页以下）

移民、庇护和公民资格：一个更加全局性的方法

Immigration, Asylum, and Citizenship: A More Holistic Approach

Julian Lim

尽管移民法、难民法和公民资格之间存在着明显的重叠，法律学者还是倾向于将他们分解开来，单独研究。本文通过呈现一段不为人知的历史——潘兴的中国难民，将难民法与移民法和公民资格更紧密地联系起来，这段历史讲述的是，在 1917 年，尽管有排华法案对移民的限制，522 名墨西哥北部的中国难民还是得到了进入美国的资格，并在 1921 年被赋予留在美国并将其作为永久的法律居所的权利。

对这个历史案例进行研究后，本文首先表明，如果移民法中起初没有排外条款——尤其是基于种族的排外，那么难民法就不会存在。然后，本文证实了移民法和难民法共同作用，为非美国公民建立了可以认为是“二等公民”的地位，凭借该地位，经美国承认的难民所占据的是法律和社会的边缘空间。也就是说，根据难民法，这些难民属于美国，但同时，根据排外的移民法，他们又不属于美

国。本文将移民法、难民法和公民资格以及“属于”的概念并列起来，针对这些法律体系和本应是“后种族”的美国社会提出了一个更加全局性的方法，认为通过潘兴的中国难民一案阐述的移民/难民动态关系在决定谁属于这个国家以及21世纪将会如何仍会继续涉及种族的因素。（【美】《加利福尼亚法律评论》第101卷第4期【2013年8月】第1013页以下）

在网络战争时代下利用诉诸战争权理论

Navigating *Jus Ad Bellum* in the Age of Cyber Warfare

Reese Nguyen

过去十年里，网络袭击的毁灭性潜力明显突出，相对应地，网络空间也成为相冲突的民族国家的新战场。然而，诉诸战争权——规范合法使用武力的国际法体系——对网络袭击的合法性以及一次袭击在什么情况下能成为对方可以合理诉诸对应武力的战争行为，几乎没有提供任何指引。本文提出了一种新的分析框架来解决该问题，首先，本文澄清了其它文献中对网络袭击定义上的歧义，提出了一个新的定义，强调计算机网络是袭击的工具而非目标。本文研究了影响武力使用的分析并推动了对可能的分析框架进行评估的技术上的概念和考量。然后，本文讨论了诉诸战争权的支配性标准并对在这些标准下评价网络袭击的主导方法进行批判。本文脱离了传统的、公认的调查模式，借助网络安全研究，提出了一个以信息物理系统为核心的框架，解决正义战争法律下的网络袭击问题。（【美】《加利福尼亚法律评论》第101卷第4期【2013年8月】第1079页以下）

唤醒沉睡的巨人：第六条款的行政执行 与确保运输规划平等性的新路线

Rousing the Sleeping Giant: Administrative Enforcement of

Title VI and New Routes to Equity in Transit Planning

Jerett Yan

从霍默·普莱西（Homer Plessy）到罗莎·帕克斯（Rosa Parks），民权运动的核心一直是乘坐公共交通工具的权利。尽管法律上的隔离在很大程度上是这个国家的过去遗留下的痕迹，但是倡议者们仍在努力将民权理论应用于今天所存在的更为细微且普遍的交通不平等上面。在追求交通平等的奋斗中，对 1964 年民权法案第六条款的行政执行有可能为此打开一个新的局面。本文以联邦运输管理处（Federal Transit Administration）对第六条款的指导意见为出发点，研究了当前指导意见的创新点和弊端，并为联邦运输管理处和其它行政机构提出了新的措施，以确保运输规划决议是以对所涉群体最为公平的方式作出。（【美】《加利福尼亚评论》第 101 卷第 4 期【2013 年 8 月】第 1131 页以下）

（孙亚男 译）

（施 骏 校）

宪法权案中社会事实的上诉评论

Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases

Caitlin E. Borgmann

对于上诉法院是否可以或者必须服从审判法院对于宪法权利案件中社会事实的判决，或者何时可以或者必须服从审判法院对于宪法权利案件中社会事实的判决，学者同法院之间有很大的困惑。最高法院对该问题从未直接判决过，但确实对此顺便提及过一次。为学者所提倡，并被许多巡回法院作为有法律约束力所采用的一个共同的推测就是联邦民事程序规则 52（a）（6）中谦恭的“明显错误”标准并不适用于社会事实。本文对此推测提出质疑。规则文本中并未支持这一结论。此外，除了在某些极易识别的情况下，该结论对于上诉法院服从审判法院的社会事实判决才有意义。当法律因违背宪法权利而受到质疑时，联邦法官审判比上诉程序更为适于去审查社会事实。当关键的社会事实被审判记录漏掉，在审判层面进一步社会调查的需要通常是有效且合适的。既然，一个法院对于社会事实的判决能够决定宪法权利要求成功与否，因此对于上诉法院和审判法院在宪法权案的事实调查中的角色和相应的权威获得一个更为清楚的理解是至关重要的本

文整理了审判法院在宪法权利文本中的事实调查中存在的关于上诉意见的规则和先例的混乱之处。之后，本文提出了一个框架，用于评估上诉法院是否应该或何时应该服从审判法院在宪法权利案件中的社会事实调查。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1185 页以下）

粘性斜坡

Sticky Slopes

David Schraub

法律文学充满了关于声名狼藉的滑坡效应的情况，在该情况下，政策的转变对于更远的道路，可能是更有争议性的改革或措施，起到了润滑作用。粘性斜坡的思想很少被讨论。粘性斜坡表明社会运动胜利阻碍了未来的政策目标，而不是使之成为可能。他们不是使斜坡更加润滑，实际上，是使之更为粘着。尽管粘性斜坡理论缺乏学者的关注，但是粘性斜坡争论在法律争论中一次又一次显现出来，尤其集中在少数人权利领域。在他们一旦获得政治权力就减少对于边缘群体以法律保护的情况下，正式法学理论便会创造粘性斜坡。通俗来讲，粘性斜坡也可通过反冲，通过转变了最初目的法律争论，通过社会筋疲力尽地尝试，去不怎么有效地处理不平等问题。

专注于粘性斜坡理论之所以重要，我认为有三个原因。第一，从长期社会运动战略来讲，意识到粘性斜坡理论的前景是很重要的。社会运动在追求一连串的相关政治结局，他们想要仔细地选择他们的策略，以便最大限度地降低他们过去的成就可能反噬他们的程度。第二，粘性斜坡理论有时并不会发挥真正的连接作用，而是作为其他更不能容忍的辩护的面具。撕下粘性斜坡逻辑的假面具，能够强迫法律政策制定者更加明确他们所做决定的原理和含义。第三，粘性斜坡揭示在先胜利者自己如何在社会运动想要变成他们想要的结局这一含义上设置了社会矛盾和争议。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1249 页以下）

股权的新前沿：印第安人地区的破产管理

Equity's New Frontier: Receiverships in Indian Country

Ziwei Hu

南加州 Coachella 山谷是这个国家最贫穷的地区。它靠近富人区的 Riverside 县，处美国和墨西哥边境，由于该县依赖农业产业，需要大量收入要求低的农民，他们往往拥有复杂的移民状态。历史、政治和社会经济因素的混合限制了这些农场工人在 Coachella 山谷对可负担住房的选择，并已产生大量非法房车停车场，广大印第安地区令人震惊的居住状态在整个 Riverside 县引发了人们的担忧。部落主权使这些停车场处于保护该地居民的健康、安全和福利的地方法律以及预防状态的支配范围之外。因此，这些停车场都仅受联邦法院的管辖。在美国诉杜罗郡案件中，一位联邦法官任命了一位管理人，以监督杜罗郡——最大的停车场之一的紧急基础设施的改善。破产管理可以说是法院最强大和最直接的公平权力，因为它剥夺了一方当事人的财产权，赋予只对法院负责的第三方对涉案财产的控制权。法院指定接管人的行为是为杜罗郡的居民提供安全的搬迁地点的关键因素，这需要通过县，国家和私人房屋开发商共同努力。本文探讨这一突破性案件对在 Coachella 山谷印第安人村其他房车停车场的的影响。最终结论是，杜罗郡破产制度是法院的公平权力的必要和合法的扩展，并且并且该制度可以成为一项有效的措施，即能救济印第安地区其它房车停车场的紧急住房问题，也可以激励地方政府官员努力为这些停车场的居民提供体面、安全和经济的住房选择。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1387 页以下）

公平住房法下财产价值保护的种族维度

Racial Dimensions of Property Value Protection Under the Fair Housing Act

Swati Prakash

公平住房法案通过近五十年后，种族为基础的居住隔离仍然相当持久，经济

福利也存在显著种族差异。本文认为，持久性种族隔离的诱因之一是少数族裔和白人业主获取财产价值法律保护上的差异。在历史上，像有效区划这样的当地土地使用法规，是作为合法的“种族中立”手段以取代将“不受欢迎的人”隔离于白人中产阶级居民区之外的明确的以种族为基础的手段美国国会于 1968 年颁布了公平住房法案以对抗这种根深蒂固的歧视形式，帮助实现“真正的综合和平衡的生活模式。”

但在实践中，许多解释这个民权法规的联邦法院都将自己视为中产阶级和白人家庭财产利益的监护人，过度保护这些家庭免于由政府促进统一的努力所带来的对其财产价值的潜在威胁。与此同时，这些法院对低收入和少数族裔家庭财产价值由于“环境隔离”和再开发造成的折旧和贬值的保护明显不足。对司法处理中的差异进行仔细观察，将揭示出一个关键的偏见：人们无条件接受一种观念，即低收入和少数族裔家庭的存在很可能导致财产价值损失。为了超越这种零和游戏，即中产阶级和白人居民的财产利益与低收入和少数族裔的财产利益互相对抗，法院必须终止法律的双重标准，正是那些双重标准允许残留危害和不平等利益继续累积到今天。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1437 页以下）

知识产权规则和中层原则

Intellectual Property Doctrine and Mid-level Principles

David H. Blankfein-Tabachnick

近期知产学术研究认为掌握知产复杂的规则和理论需要理解中层原则，中层原则号称是知识产权的制定法的组成部分。一些学术研究宣称中层原则运用了深层次的基本哲学原理，从而成为连接知产理论和实践的桥梁。他们坚信像均衡、稳定、尊严、效率这类中层原则可解释、预测、判定知产案件。学术研究成果还认为知产规则、案例结果以及法律法规都蕴含中层原则。继而，这些学术研究认为中层原则与大量冲突的基本财产权利是相互贯通的，无论是右翼经济学上的洛克式自由主义还是左翼经济学上罗宾斯式平均主义都是如此。其结果是知识产权

法的产生，知产法可通过表面上冲突的基本财产理论来统一时间和制定法。本文认为有关支持产权（知识产权）大一统的说法，即便这是具有革命性的提法，也是站不住脚的。本文分析了知产方面的经典案例包括有关 DNA 专利性的案例，得出的结论是中层原则并未在知产制定法中有详细的体现，因此不能用于解释和预测案件结果。另外，中层原则与大量重要的“基本”财产权利是相互冲突的，从而引发的问题是这些原则是否具有辩护力。不同的基本理论，不管其能否使财富和总净值最大化或是使富裕水平起点最高化，都会在知产案件中产生大量不同的结果，这一点是与 Robert P. Merges 教授的观点相悖的。据此，本文研究表明但凡将中层原则和最大化分配理论结合在一起的理论都是难以持续发展的。全面了解知产、知产理论尤其是知产的法律规则和实践不能也不应该包含中层原则，被理解为与各种相互矛盾的基本原则一致的中层原则。本文反而认为裁定知产案件时，法院通常需要运用前瞻性的基本原则，不管法院的目的是为了实用功效还是分配公平。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1315 页以下）

基础和原则的回归：答 Blankfein-Tabachnick 教授问

Foundations and Principles Redux: A Reply to Professor Blankfein-Tabachnick

Robert P. Merges

本文是回应 David H. Blankfein-Tabachnick (B-T) 教授对我《论证知识产权正当性》(JIP) (2011) 一书的评论。在 JIP 一书中，我将知产法分为三个层次：基础理论、中层理论和特定的规则和制度。最底层的是知产基础理论正当性，从根本上阐释了一个社会必然会建立知产制度的原因。在 JIP 一书中，我解释了为什么实用主义这一知产领域传统的领头者不能成为可存活的基础。在洛克、康德、罗尔斯等人的见解的基础之上，我提倡一种偏义务上的基础理论作为替代。同时，我知道我大部分的同事并不赞同我对实用主义的质疑，他们仍然将其视为知产法的根基。另外，一些学者十分赞成建立在像传统宗教戒律等基础上的替代性基础理论。鉴于这些不同意见，在 JIP 中我转向了我所谓的“中层原则”的研究。这

些是知产判例法和政策讨论中常见的主题和修辞。我讨论了四种原则（均衡、效率、稳定或公有领域扩大、尊严），它们与个色各异的基础承诺是一以贯之的。这四大原则成为通用语言，既有助于促使多元的基础承诺存在，又有助于基本政策层面的分析讨论。中层原则便利了坚定的实用主义者，知产法塔木德理论的拥护者等之间的沟通。最后，JIP 一书中的分析结构顶层是特定条例、规则和制度，这是知产领域的常见的表面特征。

B-T 对 JIP 一书有两点意见。首先认为中层原则独立于基础承诺是错误的观点。再者他指出我的中层原则的见解并不完全正确，因为它们不能充分解释具体的案件结果，他给出了几则这样的例子。

对于第一点，我认为 B-T 误解了我对于知产法的义务性的说理（解说）。尤其是他认为罗尔斯的分配公平理论与洛克和康德的产权理论是不可调和的，对此我不赞同。正如我在 JIP 一书中谈到的那样，可行的知产保护途径（以洛克和康德的理论为基础）最好是在公平的制度结构之内，并且这一制度结构为坚持原始罗宾斯主义的理性代理人所认同。对于第二点，B-T 误解了中层原则的角色定位。它们不是能够操控个案结果的超级规则，而是渗透在知产领域的概念性的原则，维系着各种分散且互异的规则和实践。我指出与这些原则相似的元素存在于 B-T 在评论中给出的几则案例中。并且我也对如何思考中层原则在知产法中的定位做了些许的阐释。从经验角度来说，它们是贯穿于知产案件和政策讨论中的一些普通的说法和修辞。但是从理性角度来看，它们可看做是与罗尔斯后期理论相一致的产物。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 5 期【2013 年 10 月】第 1361 页以下）

超越独特性：重构部落法院的管辖权

Beyond Uniqueness: Reimagining Tribal Courts' Jurisdiction

Katherine Florey

关于部落地位的问题，如果存在一点，让最高法院强调了几十年，甚至数百年，则是有关部落是完全独一无二的政治实体的问题。这在一定程度上是合理的。

与其他政府不同，部落曾遭受过殖民征服的痛苦历史，这段历史使得某些区别对待有绝对的正当性。但是，近来的发展表明，对于许多部落而言，独特性有其不利之处。在过去的几十年里，最高法院着手将部落对于非成员的民事司法管辖权几乎完全废除。根据现行法律，部落几乎没有权力允许非成员被拉进部落法庭中，即使非成员与部落有重要联系，主动以个人利益作为保留。因此，部落的独特性也开始包括部落无法单独对非成员行使管辖权，尽管现实中，人们和贸易可以在部落和非部落土地之间自由流通。

这是一个错误。部落法院的管辖权与广义上的属人管辖权之间有很多共同之处，但是法院未能认识到此共性限制，因而使其分析失真。确实并不存在很好的理由，来解释为什么无法调整当前的属人管辖权理论使其涵盖有关部落法院管辖权的各种问题。即使承认法院意见的各种前提的情况下，也是如此。例如，这种想法，即在大多数情况下，非成员在部落法庭上辩护，本来就是繁重的。属人管辖权原则非常适于解决往往复杂并以涉及印第安部落的现代争议为特征的事实模式。因为最小联系分析允许法院细致地，灵活地观察被告和部落之间的联系程度。由于这些原因，本文认为，限制部落法院对于非会员的管辖权，应被重新定性为对属人管辖的限制。这样既能协调部落法院与联邦和州法院的管辖权，又能更好的平衡各部落与非成员被告人之间的正当利益。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1499 页以下）

民主与持续不信任：平等保护与司法政治理念的演变

Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial
Conception of Politics

Bertrall L. Ross II

在过去的五十年里，有关平等保护条款的司法解释已经发生了重大转变。曾怀疑过孤立而隔绝之少数的民主损失的最高法院，现在正密切审视着自己的民主胜利。曾经积极构建包含有少数民族和其他少数派的民主进程的法院，现在将少数派代表视为政治进程中完全不相关的存在。曾经顺从于国会权力的行使，以增

强少数派平等保护权利的法院，现在却鲜给国会留下回旋余地。

如何解释这些变化？一个简单的解释是，最高法院只是变得更加保守。但是这种保守主义的基础是什么？笔者在本文中认为，最高法院自身不断发展的政治理念，是平等保护内涵改变的基础。过去，法院透过多元化理论的镜头来看待政治，该理论的关键缺陷是，具有使少数派在政治上被边缘化的风险。这种认识已经让位给一个公共选择概念，即法院假定这些相同的少数派有过多的政治影响力。从本质上说，民主政治的司法不信任的一种形式代替了另一种。

我认为有两个主要来源造成了这种持续不信任：对于少数派在政治上的立场所持的越来越保守观点，排斥多元化理论，支持公共选择理论作为政治运行最为准确描述的，保守的法律运动。通过识别重要的规范性问题，笔者总结到，该由宪法学者提出的理论，通过提供民权倡导的指示，试图影响平等保护条款的司法解释。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1565 页以下）

清算所的过度自信

Clearinghouse Overconfidence

Mark J. Roe

应对 2008-2009 年金融危机的监管反应，集中在加深危机的复杂金融工具。出现这样一个共识，即这些高风险的金融工具应该通过安全且强大的清算所来移动，该清算所将成为应对系统性风险的壁垒。在存在强有力的清算所的情况下，美国国际集团（AIG），雷曼兄弟，以及储备初级基金在金融危机期间的失败所带来的毁灭性影响可能会有所软化或消解。通过多德 - 弗兰克华尔街改革法案，国会责成监管者构建清算所。这些高风险的金融工具将通过该清算所进行交易和结算。清算所可以减少财务风险，降低蔓延的机率，并在本地的金融问题成为经济系统的危机之前予以制止。

但是清算所作为保护壁垒，在应对金融危机蔓延，金融恐慌和系统性风险方面，比通常设想的要弱。他们很可能是无法保护经济免受如 2008-2009 年的经济

危机一般的财政压力。尽管他们在平时是高效的金融平台，但是他们对于减少危机时期的系统性风险却没什么用。他们通常并不能减少金融公司的破产将导致其他公司破产这一定向的核心风险，而是将亏损风险转移给他人。所内交易者之间风险的主要减少主要是通过将这种风险推到其他地方来实现的，这些地方往往是系统性危险点的。因此，金融危机蔓延能够回避清算所堡垒并击垮其他核心金融机构。更糟的是，清算所不可能轻易处理在 2008-2009 年折磨经济的主要压力，而是很可能传播和放大它们，而对于美国国会认定的多德 - 弗兰克类型的财政压力只能是影响不大。我们在不确定清算所对于系统性风险的影响方向之时，为新清算所增加了其他弱点，如因太大而不能倒闭的机构所具有的弱点，成员有关牵制清算所风险的积极性比公众更弱的机构所具有的弱点，不易管控的机构所具有的弱点。

正确评估包含系统性风险的清算所的价值，其风险是很大的。就像一个可以被侵犯之敌回避的强大军事堡垒所激发的过度自信，在清算所内起决定作用的过度自信蒙蔽了监管者，使其相信，通过构建清算所，他们已经比之未构建之前，更多地阻止了蔓延和系统性风险的问题。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1641 页以下）

甘地和版权实用主义

Gandhi and Copyright Pragmatism

Shyamkrishna Balganes

圣雄甘地因其自由和非暴力的想法而享誉世界各地，这一思想是他在印度的自由斗争中所使用的，并取得了巨大成功。作为一个思想家，他被普遍认为是一个道德理想主义者：心态上反对功利主义，并对市场机制有深深怀疑。然而，当他作为一个作家，编辑和出版商，从事于著作权法，他经常发誓放弃他理想主义的抽象思维，转而支持律师般的实用主义。甘地有关于版权法的思想，以对版权法和其冲突规范目标的细致理解为特征，并随着他从事版权法周围的经济和政治环境发生的改变，随着时间的推移，显示出了一个合理的，前后相关的，递增的

转变。在这里面，我们看到了甘地的思想维度，该维度从他所受的普通法训练中传达出来，因而，被忽视了很久。本文追溯了甘地版权观念的发展，以表明他是如何预期出几个，仍是今天版权战争主题的中心争辩，并表明他是如何发展出一种，处理各种版权问题，最好被描述为“版权实用主义”的方法的。本文通过揭示法律实用主义和哲学实用主义之间的独特的相似性，通过着眼于它的各种成本，收益和规范目标，检验它的成效，以表明版权实用主义本身作为一种法律制度，特别适用于版权。随后，本文拆解了版权实用主义所需要的分析招式，以显示它是如何给未来版权的思维和改革上了重要的一课。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1705 页以下）

“除非它被证明是必要的”：使用水利息以防止州际水事纠纷中的不当得利

“Unless and Until It Proves To Be Necessary”: Applying Water Interest To Prevent Unjust Enrichment in Interstate Water Disputes

Chad O. Dorr

佩科斯河流经东部新墨西哥州和德克萨斯州西部的干旱地区，是生命之水。在其流域沿岸，农民用它进行灌溉，社区用它作为饮用水和用它进行休养生息。二十世纪以来，佩科斯河不能满足对它提出的所有需要，那些依赖其水域的人们之间所产生的定期纠纷粉墨登场。各州为了寻求预测其于佩科斯河上各自份额的措施，进行协商，美国国会于 1949 年批准了佩科斯河协定。尽管存在此双方协议，纠纷仍在继续。作为上游州，新墨西哥州能够控制河流所有的地表水，直到它流到得克萨斯州。得克萨斯州声称新墨西哥州所取远远超过了其份额，并最终诉诸法庭，美国最高法院行使其原始管辖权。

在他的前任退休之后，法院指定了一个特别专家去审理证据，确定责任，并计算损失的程度（如果有的话），特别专家查尔斯·迈耶斯发现，近四十年间。新墨西哥州因未能提供累计 340100 英亩*英尺深的水，而违反了该协定。他在报告中并不没有将水赤字转化为经济赔偿，而是建议法院命令偿还实物，或偿还金

钱。法院同意，并作出判决支持得克萨斯州的主张，授权用水偿还。

特别专家也认识到，如果损害可以用特定物偿还，那么，要求水利息也是适当的。他建议，法院判定“水利息”——判决后利息的新版本，以防止新墨西哥州的拖延还款。当法院批准用特定物进行损害赔偿时，在脚注里草率地处理水利息问题，并认为，“除非它被证明是必要”之时判定水利息，才是具有说服力的。然而，因为对于指导何时以及如何申请水利息原则概述的概念没有不批准，所以法院为实则放任了潜在的巨大责任。

随着稀缺自然资源的竞争加剧，当事人越来越多地寻求法院在特定物偿还中适用“水利息”。本文对法院在脚注中处理的问题进行了分析。它本文探究了水利息的正当性，发现在偿还增加额外的水并不必然能够对原告进行充分补偿。然而，由于上游一方是水的信托方，有更高的义务去保护下游邻居的财产，那么法院应考虑返还性救济措施，以防止上游州的不当得利。本文认为，利息是赔偿的必要组成部分，因而，水利息是特定物救济的合理组成部分。随后，本文对判定水利息的实际含义进行了探究，通过对美国诉特拉基，卡森灌溉区董事会一案的研究，明确了正确适用水利息的指导方针。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 101 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1763 页以下）

（魏琪译）

（刘文丽校）

一个原信念者将会如何理解“腐败”的含义

What an Originalist Would Understand “Corruption” to Mean

Lawrence Lessig

“怎么样”与“是这样”一样重要。美国国会“腐败”是个老生常谈的问题。但是，如果我们要对腐败的机构进行改革，关键在于说明其是如何腐败的。从哪种意义上来讲？根据什么含义？因为什么原因？

美国国会在任何传统（即使限制）语感上都不会腐败。国会不会充满犯罪。其成员也不是寻求贿赂或利用他们的职业影响力获取私人利益。从这一点上来

讲，像丹尼斯汤普森所提出的，我们的国会在此机构的历史上是最不可能腐败的国会。这些并不是让公共福利向私人利益妥协的恶劣精神。该机构不会腐败因为其被一群腐败的个人所充斥着。

反而国会在机构层面是腐败的。我们可以假定该机构中的个人都是无辜的；他们已经允许发展的经济影响力不是无辜的。国会成员当然最终要对其允许发展的影响力负责。但是，负责与腐败之间是有区别的：酒保可能会对酒鬼的事故负责；这并不会使她喝醉。

并且，这就是这篇简短的文章的目的：为了看出一个机构即使其成员不腐败但是该机构是如何腐败的。我将此观点建立在布伦南森特在研讨会上的演讲上，2013年一月份在加州大学伯克利分校法学院出席此次研讨会是我的荣幸。但是演讲不是（或者不应当是）文章。所以，这篇文章出自这次演讲，但是超越了这次演讲。尤其是专家瑞克哈森对选举法慷慨和细致的批评丰富了这篇文章。我借此机会在这篇文章中也对他做出了更细致的回应。

我断言，“腐败”-我称之为“依赖腐败”-理应很容易被原信念者发现。实际上，就像这篇文章所坚持的，只有一个非原信念者会否认这一点。如果事实是正确的话，就会使原信念者对最高法院关于“腐败”这一词语的范围的观点更加令人费解，正如它也使得传统的改革者不舒服。（【美】《加利福尼亚法律评论》第102卷第1期【2014年2月】第1页以下）

腐败的诱惑

Corruption Temptation

Guy-Uriel E. Charles

作为对劳伦斯莱斯格乔得教授讲座的回应，我提议，腐败并不是思考莱斯格教授希望我们所去思考的问题的恰当的概念工具。我认为，莱斯格教授真正的关注点在于，对绝大多数市民来说，财富对资金运动中的政治参与呈现为一种显著的障碍。莱斯格教授应当直接讨论财富的问题。我以腐败的诱惑应当受限制的三

点理由结尾。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 25 页以下）

“依赖腐败”是不是美国竞选资金问题的解决方案？

Is “Dependence Corruption” the Solution to America’s Campaign Finance Problems?

Bruce E. Cain

美国竞选资金的监管最近状况欠佳。国会不作为、监管失效和宪法限制的结合久而久之造成无人想要且很多人谴责的现状。总统选举的公共财政实际上是废弃了，而超级政治行动委员会和其他形式的独立支出却在增长。

501(c)(4) 非盈利披露规则有很多漏洞，使得企业等若作出这样的选择的话就会向政治行动委员隐藏纸币出资。联邦最高法院已经通过其裁定有效的阻止了全面的政治资金改革。此改革已经提出了独立支出和个人支出的禁令，1 将公共财政限制在可选方案内，2 放宽评议性广告的范围，3 允许企业使用其财政资金资助独立运动而不受数目限制，4 就像列宁所说的“怎么办”，5 劳伦斯莱斯格教授在他的乔得研讨会文章《一个原信念者会如何理解“腐败”的含义》中认为答案是用原信念者的逻辑将政治资金问题重新构造为“依赖腐败”。这种观点到底对不对？我有我的疑问，下文中我会解释。莱斯格教授尝试通过教义的针眼，试图说服法院重新考虑其已获得准许的、极其狭隘的政治资金改革建设。他想要扩大巴克利诉法雷奥实质腐败的逻辑。6 但是避开奥斯汀诉密歇根商会平等的基本原理，7 该原理在联合公民诉联邦选举委员会中被颠覆。8 这是一项艰巨的任务，并且他将“依赖腐败”嵌入原信念论证中使得该项任务更加艰难。

在这篇简短的评论中，我将会从政治科学的视角验证这种方法的优点，并提出一个可替代的方式来考虑同样的问题。莱斯格的原意图解释取决于太多有争议的反事实假设，这些假设是关于创建人如何看待他们从未想象过的状况和政治实践的。

此外，宪法的目的仅是直接的人民主权的观点忽视了以地理位置为基础的选举团和美国参议院的选举。尽管如此，我必须留给宪法学者来决定他的故事是不

是足够合理能够使法院信服。9 我的焦点在于依赖腐败是否是监管政治资金的正确方法。正如我将要解释的，我更倾向于认为问题是民主的缺失导致的，当前宪法约束的情况下，解决问题需要持续努力向所有的选举者开放参与通道，修复破损的披露制度，并保护当前的拥挤收费系统。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 37 页以下）

回应凯因教授和查尔斯教授

A Reply to Professors Cain and Charles

Lawrence Lessig

（原文无摘要）

（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 49 页以下）

利用律师费转移来促进合理使用和公平许可

Using Fee Shifting to Promote Fair Use and Fair Licensing

Peter S. Menell & Ben Depoorter

合理使用原则力求促进版权作品的社会最优化利用。然而，作为一种实践，像纪录片导演和许多当代音乐家一样的累积创作者们经常不愿意依靠合理使用原则，因为该原则内在的不确定性，版权作品潜在的补救措施，以及实际上无法获得有效的预检权利。此外，版权拥有者根据现有法律没有响应累积创作者的调查的义务。因此，在专业的创意社群中有句老话就是“如果有疑问，那就删除它”。

这篇文章提出了一个小说的机制，为事先批准的作品提供一个有限的、成本效益高的过程，促进版权作品累积使用的公平谈判，并减少累积创作者暴露在依赖版权最低减让标准和/或合理使用标准之下的内在风险。在该机制下，累积创作者有权为在项目中使用权材料问题的解决做一个正式的报价。如果版权拥有者没有对报价作出回应，累积创作者将会被暂时限制使用该作品，通过支付结算额作为履约保证。

如果版权拥有者拒绝所提出的许可费和侵权费用，版权拥有者将承担累积创作者的诉讼费用，如果（1）法院判决材料使用是合理使用，或者（2）法院判决合理使用原则无法适用但是累积创作者解决问题的报价（提出的许可费用）超过了法院判决的适当的损害赔偿。在前一种情况下，履约保证金被返还给累积创作者。在后一种情况下，版权拥有者从履约保证金中获得侵权赔偿，并且余数返还给了累积创作者。

我们合理使用费用转移的提议鼓励了版权拥有者认真对待解决问题的出价，围绕合理使用原则内在的不确定性进行协商。这么做的话，这种机制保护了累积创作者的依赖成本，减少了交易成本，并阻挡抵抗行为。总的来说，我们的机制可以通过在后续作品中增加版权内容的使用来丰富文化成果，为累积的创造培育市场并为版权拥有者潜在的作品提供合理的补偿。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 53 页以下）

婚前：婚外认可及其与婚姻关系未经考证的历史

Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition
and Its Relationship to Marriage

Douglas NeJaime

作为美国最高法院在美国诉温莎案中的判决的结果，很明显，同性恋运动的目的就在于保护婚姻。但是主张同性恋和结婚之间的关系并不是一直这么明确的。实际上，在该运动 20 世纪 90 年代就开始明确要求允许结婚之前，主要的倡导者参与了一场关于是否可以结婚的激烈讨论。

这场讨论超越了仅仅战略上的分歧，反而关注于婚姻角色和其与同性恋权利的意识形态差异，多样性和性自由。这些反对的声音将矛头指向了婚姻，促使运动一直追求包括同居伴侣关系在内的婚外的权利和认可，成为每个人都可以的偏离结婚的方式。对如今结婚平等主张的批评指向了其历史，其历史是一个遗失的可替代的并且值得再利用的过去。他们认为，如今以婚姻为中心的运动将这种关系引导到传统的形式和他们无法适应的婚姻模式的边缘。这些批评主张运动倡导

者应该恢复他们之前的立脚点而不是继续走这条路，，在婚外包含家庭和性行为的多元模式。

这篇文章对构成如今关于同性恋婚姻角色争论的假设提出了疑问。它是通过揭露婚姻的中心性来做的，甚至在同性恋主张完全在婚外工作和建立婚外的社会制度的期间。通过对加利福尼亚 20 世纪 80 年代到 20 世纪 90 年代同居伴侣工作的案例研究，这篇文章认为婚外和婚姻之间的关系是对话式的。婚姻形成了同性恋的婚外认可，并且同性恋反过来又形成了婚姻。

为了获得对婚外权利和利益的支持，主张者假设同性关系像婚姻一样并建立关于婚姻的同居伴侣关系，因此再登记-而不是抵抗-婚姻的中心性。然而，与此同时，这种婚外主张促成了婚姻的一种优越的模式，以成人的浪漫关系，互相的精神支持和经济的相互依赖为特征-可以包含同性夫妇的婚姻模式。

回顾同性恋主张的早期阶段揭示了当前以婚姻为中心的运动。通过揭露婚姻如何让同性恋主张停留在婚外认可，案例研究证明了规避婚姻法规的困难，从而对同性恋主张中推动远离婚姻的标准且规范的索赔提出了疑问。并通过说明婚外空间里倡导者们如何在婚外空间内具体化婚姻的意义，揭示了婚外主张是如何为如今的婚姻平等法律体系建立基础的。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 87 页以下）

招募恐怖主义举报人：移民鼓励和 S-6 签证的问题

Recruiting Terrorism Informants:

The Problems with Immigration Incentives and the S-6 Visa

Emily Stabile

自从美国联邦调查局公布了 911 事件，针对恐怖主义建立了一个预防立场，对情报工作的需求见涨。该机构已经转向加强利用移民法来招募额外的告密者。利用移民后果的威胁--尤其是驱逐出境--来找出恐怖主义情报，为情报收集过程和告密者提出新的问题。

以这种方式招募没有与外国恐怖主义组织建立联系的举报人有极大的动力伪造信息以将他们的合同履行结束并避免被驱逐出境。通过移民法招募举报人还比通过金钱奖励或减少量刑的方式招募提供了更少的保护。

此外，美国联邦调查委员会的招募策略鼓励了种族和宗教分析，离间了穆斯林和中东地区群体。尽管国会特地为了在恐怖主义调查研究中吸引告密者的合作而创设了 S-6 签证级别，但是签证很少被使用，因为其自身对举报人有严格的资格要求。为了法律成功实施 S-6 签证程序和鼓励对举报人的信任和合作，需要立法上的改革。强调事先与恐怖主义组织要有关联的 S-6 签证程序，提高了 S-6 签证的有效性，降低了签证使用的障碍，可以产生更加可靠且可行的反恐情报，对公民自由和举报者本身提供更好的保护。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 235 页以下）

土著民族和人权的法规范创生运动

Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights

Kristen A. Carpenter & Angela R. Riley

随着全世界范围内的土著民族已经积极的参与到人权运动中去，曾经被作为皇权和征服的工具而开展的国际法，其范围已经改变了。国际人权法作为土著民族向国家索赔的基础甚至影响了土著民非殖民化和复兴的内部进程。由越来越多的像 2007 年联合国土著人民权利宣言（UNDRIP）一样处于萌芽期的人权文书的授权，土著民族正在接受一个全球性的“人权文化”，从个人自由到集体自决、财产和文化的平等的权利。

因此，这篇文章确定并提出了大量我们认为是空前但明显可见的现象：部落、国家和国际法律体系中土著民族的权利清单当前的状态反应了一系列动态的、双向加强的情况的集合。我们认为，国际人权的出现和后殖民理论中的范式转移的交集，引发了原住民权利的“法规范创生运动”。

通过将当地规范和价值融入他们的主张，土著民族已经努力维护他们在人权运动中的话语权并确实影响了人权运动。土著民族现今使用由当地经验形成的人

权法律和语言，不仅仅参与国家而且还作为部落管理中内部改革的工具。在我们看来，这就是土著权利的法规范创生运动——人权概念和实践都有潜力变得更加广阔的时刻，并且反应了全球个人和民族如今生存和想要生存的方式。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 1 期【2014 年 2 月】第 173 页以下）

（沈纯霞 译）

（戚小乐 校）

过度罚款条款的复兴

Reviving the Excessive Fines Clause

Beth A. Colgan

数以百万计的美国成年人和儿童因刑事犯罪和少年犯罪经济制裁而产生的债务受尽折磨。对于那些无力支付债务的，结果将是严厉且持久的，包括监禁，取消公共福利和持续的贫穷。最高法院因而得出结论，这些问题许多存在于第八修正案的过度罚款条款的范围之外。在解释该条款时，法院依照一组有限的历史资料，将“罚款”定义限制为专门支付给政府的惩罚性制裁，并定义“过度”为主要或完全是指犯罪的严重性和罚款的金额的比例过问题。

虽然本文认同法院认为历史与宪法相关的观点，但它通过首次对殖民时期和美国早期法条和法院关于罚金的记载进行详细的分析，挑战了法院对历史的有限使用。这个强大的历史分析通过显示与法院那些限制相矛盾的显著证据，证明了法院使用历史，公布历史的“真理”，以限制条款的范围是错误的。本文使用历史记录，以找出有关条款的含义，评估历史证据的质量从而回答这些问题，然后根据其价值再结合当代公平惩罚的理解来考虑证据。根据该结果的解释，本文阐明的历史证据会支持对“罚款”的如下理解，即为了应对公共犯罪行为而对一切经济价值的剥夺。“过度”将通过考虑了犯罪行为和罪犯特点的比例问题的广泛理解进行衡量，以及罚款对个体的影响进行评估。所获得的解释更加忠实地反映了历史和它的局限性，拓宽了条款的范围，提供更大的个人保护。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 277 页以下）

商标法利用谷歌捷径

The Google Shortcut to Trademark Law

Lisa Larrimore Ouellette

商标显著性——消费者将商标作为识别特定来源的程度，是评估商标是否应受保护及保护范围的关键事实。但显著性是在实践中是难以评价的：“固有显著性”的评估是非常主观的，调查的证据是昂贵的，不可靠的，而“取得显著性”的其他措施，如广告花费，并无法替代消费者认知。不过，现在有一个简单的方法来确定消费者是否将某一字词与某种产品联系起来：谷歌。通过对商标案件和当时的搜索结果的研究，笔者认为，谷歌可以大致捕获测试商标的显著性方法：如果一个商标是强大的，无论是固有显著性或商业性强，那么许多该商标热门的搜索结果将与来源标识关联。不同商标搜索结果之间的重叠程度可以作为评价不同商标混淆程度的参考。在案件中谷歌和法庭产生分歧，笔者认为，谷歌能更准确地反映消费者如何看待一个商标。法院对线下的商标纠纷并不重视网上的搜索结果。但在这种情况下，关键的事实问题取决于群众的智慧，使谷歌的“算法权威”高度可行。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 351 页以下）

人体生物产品的征用

The Taking of Human Biological Products

Samantak Ghosh

尽管近来最高法院判定人类基因专利无效，但是数以千计的其他人体生物产品的专利仍然可以执行。尽管这些专利并不涵盖我们的体内产品，但是只要人们将其从身体里分离并把它们从体内提取出来的那一刻，专利持有人便拥有排他性

的权利。这引起了复杂的法律和伦理问题。谁拥有被切除的部分身体？被切除的本人，或是拥有这些专利的第三人？如果切除的身体部分属于本人，那么国家通过专利转让这些身体的材料产权给第三方是否构成了征用？一些学者和法院讨论专利是否应以“私有财产”受征用条款的保护，本文认为，在某些情况下，专利本身可能构成征用。专利法历来是根据涵盖所有自然产品的统一理论来考虑人体生物制品专利。但本文表明，从人体分离出来自然产品专利带来征收条款其他牵连问题。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 511 页以下）

公民、居民和国家

Citizens, Residents, and the Body Politic

Paul David Meyer

一个多世纪以来，法院和政策制定者将公民描述为政治共同体的必要标志，确定谁在什么条件下参与民主制度。州和联邦对非公民投票的禁令仍然未受质疑，并且免于公众的争议或学者监督。然而，最近公民和投票权的法理可能会为合法永久居民提起的授予公民权和选举权之诉打开理论的大门，这些合法永久居民就是那些拥有国家最大的选举权和诉权的非公民。本文为非公民选举权讨论提供了两方面的支持。首先，它提供了一种新的描述框架，论述了最高法院对公民、公民权、合法永久居民在政治共同体的特殊地位以及平行发展。其次，本文提出了一个规范性的论点，既响应根深蒂固坚持完全禁止的理由，也概述了合法永久居民有限的投票权制度。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 465 页以下）

临时宪法

Temporary Constitutions

Ozan O. Varol

宪法的普遍观念通常认为宪法即使不是永久,但也应当是刚性和长期持久的文件。本文以说明性和规范性的理由来挑战主流的观点,通过首次对临时宪法进行系统性的研究,探索他们的优势,以及他们的成本,并提供优化使用的方法。临时宪法或临时性宪法条款,如本文所定义,限制了其自身的期限,在到期日期时失效,除非通过法定修宪程序重新制定。虽然临时宪法还在探索和论证中,但其有一个广泛的历史渊源和宪政所忽视的好处。临时宪法可以减少持久固定宪法的规范所带来的相关错误成本,并通过允许宪法起草者考虑有关宪法选择实证效果的更多且质量更高的信息来推进宪法设计的渐进性和实验性。使用临时宪法还可以在制宪时刻减少主导性的认知偏见,通过降低参与谈判及达成合宪性交易的决策成本,来推动宪法设计者中的共识。

最后,临时宪政可以通过缓解“死亡之手”的问题来回应对长期宪法的核心批判,该问题是指宪法缔造者通过确立固定规范约束后代的能力。但是临时宪法也可能因破坏宪法的稳定性和设计效率或通过在设计过程中注入不同类型的认知偏差而引发自身的成本问题。本文分析了这些损失,提供了一些将其降低至最小的方法,研究临时宪法的优势和缺点,对比其他的宪法设计,旨在简化宪法刚性或持久性,包括“依照法律”条款,修改门槛降低和宪法的模糊性。【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 409 页以下)

(施 骏 译)

(孙亚男 校)

不可继承性

Indescendibility

David Horton

据称,财产性权利中最重要的部分之一就是死后财产的转移。本文探讨了不适用此规则的客体和权利。不可继承性,即不能通过遗嘱、遗赠或者法定继承等形式转移财产,潜伏在法律体系中,例如阻碍继承特权的宪法条款,阻止被继承

人遗赠身体重要器官的法律，原告生前的请求权不可继承的古老而又模糊的规则，以及一些琐碎物品像季票、大奖章形的出租汽车执照牌、里程积分、社交媒体账户。本文首先明确了支撑这些不同规则的公共政策。本文将之较于市场不能让与（即财产可以分发但不能销售现象）的相关问题，得出的结论是不可继承制具有特定的客体。禁止死后转移可避免行政花费和公示问题。继而，依据这些理论本文提议变革身体器官、诉由以及依据合同不可继承事项的继承制度。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 3 期【2014 年 6 月】第 543 页以下）

人权倒退

Human Rights Backsliding

Andrew T. Guzman & Katerina Linos

人权提倡者和国际律师视国际协议和其他国际规范为改善世界人权的重要工具。不同于这种观念，本文认为国际人权规范并不是唯一的途径。有些国家人权保护状况欠佳，一些规范能够促使他们进行改善，但这些规范同时也对表现良好的国家造成不良影响。这种不良影响导致我们所说的“人权倒退”，即表现良好的国家倾向于削弱本国已推行或本打算推行的人权保障行动。

倒退理论是个新说法，因此我们通过几个现实的例子来进行介绍。为了尽可能详尽的描述该理论、理论假设及其后果，我们提供了倒退的形式化模型。然后我们再解释为什么了解人权倒退可以解释国家令人迷惑的行为。最后，我们探索了倒退理论对国际协议设计的若干影响。我们还为致力于改善国际人权保护的倡导者设想了一些策略。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 3 期【2014 年 6 月】第 603 页以下）

雇主不道德行径的特殊合理化：用事后证据辩护的危害

An Ad Hoc Rationalization of Employer Wrongdoing:

The Dangers of the After-Acquired Evidence Defense

Joseph Spadola

本文从政策和规则层面对“事后证据”（AAE)辩护进行了全面批判。此种辩护允许雇主披露雇员过去不为人知的错误行为，从而逃避对工作场所发生错误行为的责任。此种辩护违背了法律体系的基本愿景，即平等对待每位诉讼当事人无论他们过去做过什么或是性格如何。这种辩护危害了许多政策，例如推动攻击性证据公式、阻碍了雇员索赔、在审判中形成影响公平的偏见以及对少数地位低下人群造成巨大的影响。此种辩护合法化的基础契约、平等和经济，但这些都经不起仔细推敲。过去 AAE 研究都只关注于联邦反歧视法，只有 Sachin Pandya 教授的一篇近期文章是个重大例外。以这篇文章为基础，本文明确反对将 AAE 辩护适用于所有的员工索赔案中。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 3 期【2014 年 6 月】第 691 页以下）

无人机和琼斯：数字时代的第四修正案和警察的自由裁量权

Drones and Jones: The Fourth Amendment and Police Discretion in the Digital Age

Andrew B. Talai

执法机构已开始配备无人机用于国内监管活动，并不受宪法审查。实际上，国会最迟将于 2015 年 9 月 30 日下令在国家领空建立全面的无人机系统。但是美国宪法第四修正案是否将无人机监管视为不合理的搜查？根据传统先例这个问题很难回答，正因为规则上的不一致才有了本文的核心问题：在数字监视蔓延和隐私权受限的时代第四修正案扮演着何种角色？在过去的几十年，联邦最高法院将第四修正的权利范围限制在不透明的隐私领域。最高院将规则搞得一团糟并致力于避免包含技术程序的复杂纠纷。2012 年美国诉琼斯一案，就是最近一个关于此类现象的案例。在本案中，法院恢复了对第四修正案搜索的普通法侵入测试在起草之时的代理身份，即“已存隐私程度”的代理人，法院的这一做法是自相矛盾的。

本文反而赞同一种“多元化”的方式去理解第四修正案搜索。第四修正案搜索除了保护隐私和财产外还可以组织任何过度侵犯个人自由的搜索。本文提供了以无人机执法实际记录为证的事实基础，并探索了在自由社会由无人机监管所引发的隐形担忧——警察的自由裁量权不受拘束。本文还描述了无人机监管技术和现存第四修正案法律体系之间的紧张态势，这揭示了目前搜索调查方式存在缺陷，包括侵入测试、隐私合理期待测试和马赛克理论。法院对于第四修正案权利的限缩解释并未考虑相关的个人自由事项，并且无视公然滥用权力的政府行为，这并非因为政府行为不具有规范价值，而是因为法院过度关注于“隐私”。本文建议要更加全面的了解第四修正案搜索。第四修正案应被概念化为保护保护（至少有）隐私利益、财产利益和个人自由。由此，本文基于 Tracey Maclin 的作品，运用全景敞视主义研究建立一种结构以平衡无人机监管的愿景与权力滥用之威胁，途径是阻止通过监管多度限制移动自由的搜索。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 3 期【2014 年 6 月】第 729 页以下）

和谐法律关系和冲突法律关系

Smooth and Bumpy Laws

Adam J. Kolber

行为中的些许不同可能导致迥异的法律结果。某人若在伤害他人的行为中被认定有些许过失就要赔偿数百万美元。倘若这人谨慎些就一分都不用赔。与之类似的是若某人的自卫行为被认定有些许过失，那么他可能要有几年牢狱之灾。倘若此人谨慎些，那么他就不会牵扯任何的刑事责任。尽管法律语言晦涩难懂，但文字未必有如此震撼的效果。我们可以在一定限度内调整损害赔偿金和刑期。

法律输入和输出之间有种“和谐”的关系，输入的渐变会导致输出的渐变。上文的例子不是和谐关系而是“冲突”关系：输入的渐变有时会对输出带来戏剧化的影响，但有时又毫无影响。法律充满这些冲突关系并制造了难以证明的断点。

本文中我讨论了和谐和冲突法律关系的相关优势并解释了选择输入-输出关系不同于选择规则 and 标准。我认为和谐和冲突制造的“舍入误差”要小于冲突关

系，因为和谐关系更接近于我们的基本道德规范。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 3 期【2014 年 6 月】第 655 页以下）

（吴 晶 译）

（陈 丽 校）

安吉拉·哈里斯：普通人，老师，学者

Angela Harris: The Person, the Teacher, the Scholar

Michele Goodwin

安吉拉·哈里斯富有说服力的写明了其将自己界定为普通人、老师和学者之间的创造性关系。她探讨了无论是在课堂上，还是在会议上，亦或是在一篇文章里被要求与广大观众分享个人生活经历时依然保持私人身份的众多挑战。她仔细思考了法律教学特权凌驾于情感之上的各种方式，困惑于这种动态的方式是否会阻碍了创新观念的交流，以及是否会低估了那些可激励关怀倡导者的乐趣。此外，她还讨论了身份政治同巩固不平等关系的结构性力量之间的辩证逻辑。安吉拉认为无论后现代怀疑批判种族理论学者如何回避法律实用性实际上造成的变化，他们必须充当务实的现代主义者去努力对抗不公正的现象。在上述所有的讨论中，安吉拉论证了创造力、坦率、勇气和同情的力量，激励我们每一个人奉献自身以创造一个不同的世界。（【美】《加利福尼亚法学评论》第 102 卷第 4 期【2014 年 8 月】第 1015 页以下）

安吉拉·哈里斯和男性种族政治学：特雷沃恩·马丁、 乔治·齐默尔曼以及渴望清白的困境

Angela Harris and the Racial Politics of Masculinity: Trayvon Martin, George
Zimmerman, and the Dilemmas of Desiring Whiteness
Camille Gear Rich

这个纪念论文集将特雷沃恩·马丁争论作为一个契机来反思安吉拉·哈里斯学说的深刻见解，该学说论述了种族、男性及刑法之间的相互关系。通过研究哈里斯对批判种族理论、男性理论及女权主义法学理论所作出的贡献后，本文提炼了一部分哈里斯的独到见解，归纳为“男性理论研究工具包”，学者们可以利用该“工具包”反复进行哈里斯在她的作品中所要求的对种族和性别的细致分析。哈里斯的学说提醒我们刑法为男子气概的表现创造了很多机会，且种族理论一直在理解这些男子气概的表现上发挥着重要的作用。特雷沃恩·马丁争论等现象进一步告诉我们：我们必须承认在当代社会中流体方法造成了白人男子同少数民族男子间独特的紧张关系，因为他们都试图要求明确男性气概的种族定义。本文得出结论认为哈里斯的见解在今天比她的作品在最初发表时更具有价值，且她提出的框架结构仍然是利用男性理论分析当代种族和性别冲突的最好方法。

（【美】《加利福尼亚法学评论》第 102 卷第 4 期【2014 年 8 月】第 1207 页以下）

我是抑或不是：论种族和本质主义在安吉拉·哈里斯女权主义法律理论中的体现

I Am/I Am Not: On Angela Harris's Race and Essentialism in Feminist Legal Theory

Mary Anne Franks

1990 年, 安吉拉·哈里斯写了一篇文章, 审视了女权主义法律理论的局限性。25 年后, 哈里斯在《论种族和本质主义在女权主义法律理论中的体现》这一文中的见解和诘问反响依旧。无论是学术界内还是学术界外, 关于性别, 种族和团结的高谈阔论从未偃旗息鼓, 足以看出哈里斯理论的影响力。近年来, 这些话题在诸如 Twitter 和 Facebook 等社交论坛上引起了广泛关注, 引发各种口水战。远非微不足道, 这些谈话的强度和持久度表明群众政治意识和社会意识正向积极的方向扩张。哈里斯的作

品为当代人女权主义的本质与实际现状深刻而具洞察力的反思提供了十分重要的参考。

（【美】《加利福尼亚法学评论》第 102 卷第 4 期【2014 年 8 月】第 1053 页以下）

《胎儿保护法》：道德恐慌及宪法前线

Fetal Protection Laws: Moral Panic and the New Constitutional Battlefield

Michele Goodwin

如今，州立法规已经愈加成为影响低收入孕妇群体权益最主要的手段，这些法律规范影响着她们的自主权，隐私权及自由。在阿拉巴马州，佛罗里达州，印第安纳州，爱荷华州，密西西比州，新墨西哥州，南卡罗来纳、德克萨斯州、犹他州和威斯康辛州，逮捕，强迫孕妇卧床休息，强制孕妇实施剖腹产以及囚禁孕妇等等现象，只是对孕妇公民权利侵犯的冰山一角。最近这一时期对孕产妇的法律规范整顿重塑了医生和警察与被指控违反《胎儿保护法》的孕妇 (fpl)之间的关系；激发(有时甚至需要) 医疗部门在治疗孕妇时违反保密协议；鼓励他们有选择性起诉贫困妇女,尤其是有色种族妇女；并且引起不当的司法遵从医学权威而不是法律。

本文有三个主要观点。首先，作者认为医生通过践踏公认的医患关系预期，不履行对孕期病患隐私保密的义务。其次，尽管各州政府通过制定保护主义政策，惩罚性国家干预政策，主要目的是促进胎儿健康，但这些政策也与这一目标相抵触并且间接损害胎儿健康。最后，本文认为联邦保护主义法规有违宪法的将怀孕妇女线置于不平等的公民地位，不公平的否认他们基本人权和其他公民合法权益。（【美】《加利福尼亚法学评论》第 102 卷第 4 期【2014 年 8 月】第 781 页以下）

穿过错综复杂的政治棘丛：

论党派不公正划分选区的可诉性

Finding a Path Through the Political Thicket: In Defense of Partisan

Gerrymandering's Justiciability

Easha Anand

1986年,美国最高法院宣布党派不公正划分选区违宪;2004年,最高法院宣布它不具可诉性。自此之后,学者围绕党派选区划分不公的具体危害,合理的司法干预,将合法的选区重划方案不违宪化的可行性等方面做出激烈的辩论。

本文在文献综述中首次引用了1986年至2004年判决的40件案例,当下级法院,试图遵循最高法院的方向击倒违宪的弄虚作假,精心制作各种测试来区分合法和非法的选区重划方案。它发掘了判例法在服务于反驳大法官Antonin Scalia的两个支持其不可诉性的论据。首先,此评论认为,远离大法官史格里亚所描述的混乱的扩散标准,学者提出的各种测试,最高法院大法官及下级法院包含内部分析一致性。这评论模型可能测试三个轴的宇宙重划选区的阶段检查,过度的党派之争的尺度,以及前两个触发条件得到实现所需的诊断框架。这样做,这一评论试图穿过政治灌木丛,将党派划分限定在三个独立的司法判决中。其次,这篇评论这样回应史格里亚大法官的观点,尽管标准被广泛宣传,但没有公正地可管理的标准存在。利用一个可能的党派划分测试在许多基于地理位置信息,公正的,监督测试在这个评论的分类学,这一评论表明任何批评测试的言论同样可以针对传统平等保护条款(EPC)。这一评论驳斥了其可诉性,认为史格里亚大法官的党派地区歧视,表明代替一个单变量测试的可管理性,可诉性实际上是一个关于可管理性和被伤害的严重程度之间的平衡测试。坦言这第二标准将导致一个更加公平、透明的可诉性法律体系。(【美】《加利福尼亚法学评论》第102卷第4期【2014年8月】第917页以下)

骗取权利和法的实用性:既美国诉温莎案后分析同性婚 姻的法律和哲学框架

Juggling Rights and Utility: A Legal and Philosophical Framework for Analyzing
Same-Sex Marriage in the Wake of United States v. Windsor
Chris Bower

2013年6月,大法官安东尼·肯尼迪在美国诉温莎案中发表的大多数意见,驳斥了对“剥夺公民的平等自由”的婚姻保护法案的违宪性进行辩护的观点。这些意见并不是仅仅运用了最高法院传统的详细审查层级框架,肯尼迪法官的正当程序和平等保护分析还权衡了多种因素:即在利益攸关时自由权益的重要意义、根据相同的法律处于同等地位的个体被区别对待的程度、法的目的和影响中敌意的存在或政治上不受欢迎阶层的道德反对,以及政府作出的政策理由的合法性和效力。肯尼迪法官在温莎案中运用的方法包含了对重要的正当程序和平等保护的考量,这些都是传统的详细审查层级框架无法涵盖的。然而,他的整体分析仍然缺乏清晰且精准的对未来类似的案例有效且必要的指导,尤其是关于政府禁止同性婚姻的合法性的解释。

如果肯尼迪法官微妙且综合的方法是为了克服某些弊端,那么就需要额外的案例意见来提供一种详细的、连贯的且可复制的方法。他的评论阐述了一项基本的概念框架,即法院可以参与到温莎案中提倡的权衡类型中去,同时避免决策的疏漏。通过运用哲学和规范经济学中称之为“道德约束成本——效益分析”的方法,肯尼迪法官提出的概念框架更为清晰的平衡了在同性婚姻争论中功利主义者及义务论主义者各方面的疑虑。将上述概念框架进一步适用于政府禁止同性婚姻的政策中,其论证了为什么此类禁令应当被公开宣布违宪:即使是站在赞成同性婚姻的反对者的角度上,所谓的同性婚姻的成本并不足以推翻同性恋者个人应当享有的正当程序和平等保护利益。(【美】《加利福尼亚法学评论》第102卷第4期【2014年8月】第971页以下)

论美国和欧盟的个人信息协调

Reconciling Personal Information in the United States and European Union

Paul M. Schwartz & Daniel Solove

美国和欧盟的保护隐私权法分歧巨大。从最基本的层面来看，他们所依赖的哲学基础不同：在美国，保护隐私权法侧重于弥补消费者的损害及平衡隐私和高效的商业贸易之间的利益。在欧盟，隐私权被认为是可以胜过其他利益的一项基本权利。甚至在决定何种信息应该被规则涵盖的基本门槛线上，美国和欧盟都存在着显著差异。个人信息的存在——通常被称为“个人可识别信息”（PII）——引发保护隐私权法的适用。美国和欧盟对保护隐私权法中“个人可识别信息”这一基本术语的定义完全不同。美国处理包含多重且不一致的“个人识别信息”的定义时范围往往非常狭窄。欧盟定义“个人识别信息”的方法包含了对个人所有可识别的信息，这一定义可以非常的广泛和模糊。欧美在这方面的分歧是根深蒂固的，这一分歧影响着现存的政策机制允许信息数据流通的稳定性。本文中，我们提出了一种过渡“个人可识别信息”差异的方法。我们认为对“个人可识别信息”概念的分层方法（我们称之为“个人可识别信息”2.0版）相较于美国和欧盟目前适用的方法，是一种定义“个人识别信息”更为优越的方法。我们还认为“个人可识别信息”2.0版同美国和欧盟的保护隐私权法机制下所依赖的不同的法哲学基础是一致的。根据“个人可识别信息”2.0版，当数据引用一个确定的人或当数据被确定时存在重大风险时，应当适用所有的公平信息处理条例

（FIPs）。当数据仅仅是可识别时，只有部分公平信息处理条例应当适用，当数据被识别仅存在很小的风险时，公平信息处理条例则不需要被适用。我们论证了“个人可识别信息”2.0版如何促进美国和欧盟保护隐私权法目标的实现，以及“个人可识别信息”2.0版如何同欧美所依赖的不同的法哲学基础保持一致。因此“个人可识别信息”2.0版为美国同欧美保护隐私权法当前的缺口提供了过渡的解决方法。（【美】《加利福尼亚法学评论》第102卷第4期【2014年8月】第877页以下）

（陈 丽 译）

信息过量：如何不去考虑有关隐私和第四修正案

Too Much Information: How Not to Think About Privacy and the Fourth
Amendment

David Alan Sklansky

现今的第四修正案法律承载了过多的信息：不仅仅是在数字化信息的爆炸式增长引发的对搜查、扣押的传统规则的反思的层面上而言，更重要的是在这样一个层面上而言，即：对数据流的专注已经导致了对隐私的重要范围的忽视。毫无疑问，对个人信息的控制具有很重要的价值，它唯一受到社交媒体的崛起、技术性监测的扩散以及大数据时代的到来的威胁。但是控制信息的隐私的减少已经让人更加难以理智地考虑政府搜索引发的独有的威胁，同时它也部分导致了关于第四修正案应当与隐私分离的毫无根据的认知越演越烈，因为隐私的概念是毫无意义的，因为隐私已消亡或正在消亡，或者因为对隐私的主要的威胁很大程度上与由法律强制引起的主要危险互不相关。通过对植根于尊重庇护领域的隐私的理解，搜查扣押法律将更好地提供服务，并且也会更好地了解隐私与覆盖、退避和个人主权之间长期存在的关联关系。这种隐私的替代性观念——作为避难所的隐私，也应当注意到隐私的相关性质，隐私和礼貌之间的联系以及侵犯隐私对肇事者以及受害人的影响。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1069 页以下）

种族成见的地理因素：谢尔比县之后选举权利法案预检制度的证据和含义

The Geography of Racial Stereotyping: Evidence and Implications for VRA
Preclearance After Shelby County

最高法院在 2013 年 *Shelby County 诉 Holder* 一案中有效地禁止了选举权利法案中的预检制度。法院认为，决定管辖权受预检限制的覆盖范围规则在当前条件下还不足以立足。本文提出了一个有关覆盖范围的新的、合法防御性的方法，该方法基于州之间在公民投票年龄比例上的差异，有的公民赞成关于少数民族的负面成见而因此投票。新的覆盖范围规则也能够解释种族性的两极化投票以及少数人口的规模，但是，出于宪法性原因，选民的主观歧视是基本标准。我们论证了种族成见、极端化投票以及人口规模的标准将产生相似的覆盖范围，至少对美国黑人而言是这样的，并且，讽刺的是，我们展现了新模式下的覆盖范围会配合“过时”的规则之下的历史覆盖范围，而后者已被谢尔比县认定为无效。新近发展的统计方法使得新的覆盖范围规则能够被进一步地细化，其基础是在诸如市、县一级的子地理单位内部对种族成见的判断。我们建议国会以州级的结果为基础建立覆盖范围的失责处理规则，并委托权威向行政机构作出州级覆盖范围的承诺（包括更新覆盖范围规则的其他责任）最后，我们表明，如果国会不采取行动，法院可以使用我们的成果在一些州内去重新建立覆盖范围，相比于可能是合法的而言，加入了更广泛的违宪后的“承担损失”补救措施。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1123 页以下）

帝国的公民：波多黎各，地位和宪法性转变

Citizens of Empire: Puerto Rico, Status, and Constitutional Change

Sam Erman

本文提出了一种新的描述方式来说明帝国统治是如何开始受宪法限制的。当美国在 1898 年至 1899 年通过吞并波多黎各和菲律宾以蓄意地实现向帝国的转变时，许多法学家都认为宪法会自动地将这些岛屿视为初期政府、将他们的居民视为美国公民，并为其提供完全的宪法保护。三十年后，这种扩张性的观点不再是主流。与标准描述相反的是，此种重大转变既不迅速，也不是单方面司法行动的

结果。为了理解超越司法制度的动态性的延伸，本研究考察了通过在华盛顿的第一代表 Federico Degetau y González, 为波多黎各人赢得美国公民身份所作出的尝试。Degetau 意识到宪法意义并不完全属于法院的管辖领域，所以他将对美国公民身份的诉求诉至管理者、立法者以及总统面前。官方通过让步回避该问题。当 Degetau 寻求其作为公民的权利时，他们都基于其他理由授予其权利。由于官方在不认可非公民的美国侨民的可能性上作出了设想，减少了随公民身份的确认而产生的权利，因此美国公民身份的意义被改变了。那种新奇的思想，诸如美国大陆上永远不会出现各个州以及美国人民不享有完全的宪法权利，成为了传统的智慧，并且最终，类似的学说在今天依然具有约束力。这表明随着法官以及行政人员和民选官员参与进一个迭代的过程，他们部署了具有创造性的模糊不清的形式以管理宪法和帝国之间的显著冲突。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1181 页以下）

取消种族？赋予多种族身份的人平等的保护

Undoing Race? Reconciling Multiracial Identity with Equal Protection

Lauren Sudeall Lucas

近年来，美国多种族人的数量大幅增加并仍在持续增长，他们中很多人以不同的方式来定义自己的种族身份。这一人口变化导致了一项为多种族人寻求独特的种族地位的运动的出现。该多种族运动有别于其他以种族为基础的运动，它主要是由身份驱动的，而不是对政治、社会或经济平等的追求。主要与国家创造的种族分类有关的平等保护主义将如何或应当如何与多种族主义融合，这一点不是很清楚。同样不清楚的是，它将如何使个人身份的承认，与解决以种群为基础的种族歧视、从属地位的持续的需要这两者达到最佳的调和状态。在本文中，笔者探讨了多种族主义的潜在影响——尤其是多种族身份，关于平等保护原则下的种族分类的未来。作为其分类的框架，本文运用了两种理论以解释平等保护的意涵：反从属与反分类。仅仅从多种族身份的视角看，对这两种方法的共同的规范性理解被扭曲了。尽管反从属经常被视为更有利于与根深蒂固的种族等级作战的团

体，它也许会促进对多种族的个人的独特的伤害，因为他们寻求开创一个与传统定义的种族类别不同的种族身份。尽管反分类被进步论者看成是有害于追求真正的种族平等，它也许为种族自我认同政策以及独特的多种族身份的承认贡献了更多的支持。因此，一个迫在眉睫的危险是，反分类倡导者希望拆除根植于种族的传统观念中的框架结构是否可以利用多种族主义以“取消”种族，并一并破坏种族分类的使用。为了回应那种可能性，本文主张，尽管法律和身份不可避免地关联并互相影响，它们也是为了不同的目的，不应当不恰当地与多种族主义的情境混为一谈。身份的构建最终是一个非常个人的努力，尽管法律认同也许是身份的一部分，在种族的领域内，法律在防止种族从属地位方面发挥更强大的功能。在可能的情况下，法律应当容纳想要明确自身种族身份的多种族的个人，但是，只要它相对于现实而言仍有抱负，个人对种族的理解不应当被利用或被操纵来破坏种族分类对于抵制社会种族歧视的作用。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1243 页以下）

为复仇色情片受害者伸张正义：用法理来战胜复仇色情片网站运营商的民事豁免主张

Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil
Immunity by Operators of Revenge Porn Websites

Zak Franklin

复仇色情片的概念是指未经个人同意，在网络上散布其裸照，通常是前男友会做出该行为。这些照片通常会与社交媒体个人档案，受害者的家庭住址以及雇主相关联。复仇色情片的受害者已“失去工作，被迫转学，改变姓名并遭受现实生活中的跟踪和骚扰。”法学评论几乎一致地得出结论：对于复仇色情片网站运营者而言，其在网站上散布的令人感到羞辱的内容所引起的大部分民事责任都是被豁免的。这一结论源自于 1996 年《通讯规范法》第 230 款规定的感知适应性，其经常被网站运营者用来作为网站承载内容的免责事由。然而，还没有任何法院以 230 款对复仇色情片网站运营者的豁免作出裁定。本文提出并评估了两种可能

的论据，供作为原告的复仇色情片受害人增加砝码以防止第 230 条阻碍其诉求。这两种论据力求使法院相信复仇色情片网站就是第 230 款中的信息内容的提供者，即使羞辱性的图片是由第三方上传的。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1303 页以下）

例外情形的平等？恢复劳伦斯案的核心裁决

Equality with Exceptions? Recovering Lawrence's Central Holding

Anna K. Christensen

最高法院宣布 Lawrence 诉 Texas 案裁定后十一年来，州法院并未一直遵守该裁定隐含的对仅仅以意图为基础制定的法律的违背。依靠法院对不涉及未成年人的案件裁决的明确限制，“那些可能受伤的人或被胁迫的人或是处于其同意不易被拒绝的关系中的人”，公众行为，卖淫，政府对同性关系的确认，以及与同性恋生活方式不同的做法——所谓的劳伦斯例外情形——许多州已经继续对警察行为使用过时的反同性性行为法律，这些警察行为在他们看来在道德上是应受谴责的。本文考查了州法院对劳伦斯例外情形的解释和适用，主张各州通过维持对属于例外情形范围的行为的歧视性的起诉与惩罚体制，与劳伦斯案核心的反歧视逻辑以及法院早期在 Romer 诉 Evans 案中的裁决发生冲突。笔者的分析不仅仅针对属于劳伦斯例外情形范围的法律是否在性取向的基础上差别对待，而且也包括它们是否招致或使基于性别和种族的歧视成为可能。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 5 期【2014 年 10 月】第 1337 页以下）

（戚小乐 译）

（茹 翼 校）

量化的限制

The Limits of Quantification

Cass R. Sunstein

无论是国家政策还是日常生活，对收益和成本进行量化的难题都是一种常态。大多数时候，我们无法对潜在行动过程的收益，或是成本，或二者兼有进行量化，尽管如此，我们仍必须决定是否以及如何继续。根据现行的行政命令，各机构通常都会被要求对收益和成本进行量化，并（在法律允许的范围内）表明前者与后者是相一致的。不过，各机构同时也被允许考虑一些难以量化或者不可能进行量化的因素，例如人的尊严与公正，以及同样可以考虑的还有因现有知识的局限性而无法进行量化的因素。当不可能量化之时，各机构应当采用“盈亏平衡分析法”，通过该分析他们可以探知，为了使收益与成本相符，他们应获取多高的不可量化的收益。盈亏平衡分析法可以通过如下三种不同的方式进行使用和潜在的规制。（1）各机构有时能够确定下限和上限，无论是通过点估计还是通过对预期价值的评估。（2）各机构通常能够通过探索相关价值已被分配（例如用于寿命统计）的比较案例来取得进展。（3）当各机构无法确定下限或上限，以及无法获得有帮助的比较时，盈亏平衡分析法要求各机构确定缺失的是什么信息，并且详细说明在何种条件下收益会与成本相符（“有条件的相符”）。无法否认，在极少数情况下，正如个人一般，监管机构也可能要“挑”或者“选”。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1369 页以下）

量化监管收益

Quantifying Regulatory Benefits

Richard L.Revesz

本文提出了三个原则性观点。首先，它表明了当监管收益未被量化时，对增加成本收益分析构成而言，盈亏平衡分析法是一种行之有效的方法。尤其是，盈亏平衡分析法有时能将司法敌意转向利用未被量化的收益作为王牌。但这是一个次好的方法，因为事实上，将收益进行量化可以为监管程序提供更多有用的信息。其次，本文认为，“可量化”和“不可量化”收益的范畴并非是一成不变的。“未量化”收益仅仅指尚未被量化的收益。在过去的几十年里，曾被认为无法量化的

收益的重要范畴随后已被量化：对当前监管而言两个最重大的目标就是“统计寿命价值”（VSL）和“碳排放社会成本”（SCC）。第三，本文揭示了联邦政府已经在为收益重要范畴的量化提供资源方面扮演了重要角色，应被视作为该范畴未来成果的催化剂。这样看来，国会最近威胁要削减社会科学类科研经费确实是一个令人担忧的发展。结果是，除非从监管收益的实际量化上转移视线和资源，推动盈亏平衡分析法才会是一种有益的进路。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1423 页以下）

质量控制：对 Sunstein 教授的回应

Quality Control: A Reply to Professor Sunstein

Lisa Heinzerling

除非成本-收益分析能够为监管收益的非量化和非货币化找到空间，否则在处理明显无法进行量化和货币化层面的社会问题时，它整个系统将和政府行为背道而驰。在伯克利举办的 2013 年布伦南中心 Jorde 研讨会上提出的，由法学教授 Cass R. Sunstein 所著的《量化的限制》一文中，他寻求了一种跳出该困境的方法。然而，他有意无意信奉的该种解决方案——一个对例如人类尊严这样的定性收益的有意义的认定，对监管收益量化和货币化的加倍努力，以及盈亏平衡分析法——并不符合标准。盈亏平衡分析法的适用条件过于苛刻，因而不是 Sunstein 教授所寻找的那种中性工具。将质的价值，例如尊严，运用到成本-收益模式中，既在法律上无据，也易引起概念混淆。将之前未被货币化的监管收益，例如预防监狱强奸，进行货币化需要对即将面临的问题完全进行重新定义。量化的限制依然严峻，破坏性阐明成本-收益分析可以在代理规则评估中扮演一视同仁的角色。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1457 页以下）

绝命毒师？监管盈亏平衡分析法的不安境况

Breaking Bad? The Uneasy Case for Regulatory Breakeven Analysis

Daniel A. Farber

监管收益通常难以被量化，因为其涉及市场交易中所没有的损失，或是说因为该种损害的可能性还未被充分认识。盈亏平衡分析法提供了一个貌似可行的解决该问题的方法。但这并非灵丹妙药。它可能会阻却决策的合理性，尤其是在疑难案件中。另外一些方法可能具有更大的优势。因此，盈亏平衡分析法的论证仍有待检验。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1469 页以下）

灭亡预言纪事：Kiobel 案之后美国人权诉讼的未来

Chronicle of a Death Foretold:

The Future of U.S. Human Rights Litigation Post-Kiobel

Roxanna Altholz

三十年来，《外国人侵权法》已赋予美国法院对于在国外犯下的侵犯人权的罪行的民事管辖权，为一小部分受害者赢得了适度的正义。2013 年 4 月最高法院在 Kiobel 诉荷兰皇家石油一案中限制《外国人侵权法》域外管辖范围的裁决使得专家们宣称人权诉讼在美国已经灭亡了。这一观点夸大了外国人侵权之诉对于人权受害者的价值，而忽略了其他法律策略的可用性。

本文为了受侵害人权行为影响最大的受害者们的利益，探索了 Kiobel 案的影响，并确定了主张者们应如何最优地使用美国现行法律救济来维护受害者权利的策略。首先，从以受害者为中心的观点出发定义了一个用来评估美国法律策略重要性的指标。该指标基于与受害者权利相关的国际标准：获得真相、正义和赔偿的权利。

其次，本文列举了在美国可行的多个追究犯罪者在国外犯下侵犯人权罪行的责任的法律策略。即使是在最高法院做出 Kiobel 案的裁决之后，美国仍然是世界上唯一的允许非本国受害者对在异国他乡所遭受的侵犯人权行为而向另一非

本国犯罪者提出民事诉讼的国家。美国法院对国际犯罪同样具有域外管辖权，例如灭绝种族罪、战争罪、酷刑，以及征募童兵。依据犯罪受害者权利的立法，遭受上述罪行的外国受害者拥有刑事诉讼参与权。美国移民局也撤销了被发现违反移民法居住在美国的上百名反人权犯罪者的归化权并将其驱逐出境。

第三，本文的视角超越了仅仅存在的这些形式机会，转而探索了可获得的法律机制如何才能促进受害者行使权利。本文运用一种以受害人为中心的度量标准对关于人权诉讼目标的种种模糊不清及未经证实的阐述进行了详细分析，并确定了在美国通过法律宣传促进受害者行使获得真相、正义和赔偿的权利的具体机会。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1495 页以下）

博彩自治权？一项关于在保留部落自治权的同时 保护工人权利的请求

Gaming Sovereignty? A Plea for Protecting Worker's Rights

While Preserving Tribal Sovereignty

Jomathan Guss

遍及印第安国家的部落所属博彩公司已然成为经济发展中越来越流行的工具。作为该产业成长的一个偶然性结果，许多非部落成员如今以客人或员工的身份接触到部落博彩事业。结果，部落博彩公司已成为现代社会和经济背景下争夺部落自治权的斗争中至关重要的连结。事实上，围绕这些实体的法律框架强调了蕴含在当今联邦印第安人法管理体制中的主要紧张关系，即经常迫使部落政府在二者之间进行选择，一方面是维持绝对的主权自治，另一方面是提供经济发展的模式，例如博彩业。州和联邦当局均在部落博彩公司通常复杂的劳工关系管理结构中发挥了作用。这意味着非部落成员可以在部落法及部落法院之外解决劳动就业争端——该情形被部落视为对其部落自治权的侵犯。尽管如此，劳工拥护者们认为情况若相反则会使得部落雇主赋予其劳动者们公平、充分保护的动机不足。

本文通过提出一个积极的方案，试图解决部落自治权和劳工权利之间的紧张

关系。具体而言，该方法寻求通过加强部落劳动和就业法以及替代性纠纷解决系统，来分流部落法院中的劳动和就业纠纷。该积极的方法代表了部落自治权的第三条道路，即就像其他民族国家一样，部落也面临着全球化的危机，可以站在一个强势地位操作全球及本土权力网，而非游离在此之外。通过建立一个强大的部落内部权力来保护劳动与就业权利，以及赋予部落通过以传统或文明为基础的争端解决实践来解决纠纷的机会，该积极的方法同样可以使劳动者受益。该方法与明显反劳动者的姿态形成了鲜明对比，一些部落近期已经接受，通过了保障就业权的法律并依法与法律中的不利变化进行斗争。虽然该积极的方法有一个重大的缺陷，即其抑制了部落自治权的部分传统元素，然而其主要的优势在于其实用主义，它可以与近期联邦印第安法律体系中的变化共存，而非与其相抵触。该方法同样还能为经济发展与部落自治成功地和平共处提供一幅蓝图。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1623 页以下）

饥饿的秃鹫：NWL 资本公司诉阿根廷共和国 以及不良债务资金问题的解决之道

Starving the Vultures: NML Capital v. Republic of Argentina
and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds

John Muse-Fisher

主权国家，与个人和公司一样，需要承担债务。然而，与个人及公司不同的是，主权国家不会死亡且不能宣告破产。因此，一个国家在面临严重的金融风暴时进行债务重组的能力成为其国内经济乃至全球整体经济能否平稳运行的关键因素。

面临违约之时，大多数主权债权人乐意与主权国家合作来进行债务重组。然而，通常被称为“秃鹫基金”的不良债务基金指的是在二级债务市场上以折扣价收购主权债券，而后对该主权国家提起诉讼，要求高达债券全部价值的判决或和解。自 2002 年拖欠一千亿美金之时起该不良债务基金就一直困扰着阿根廷政府。尽管有 93% 的阿根廷债券持有者接受债务重组，但仍有一小部分拒不同意者选择

通过诉讼来收回其债券的全部价值。阿根廷已穷尽其上诉，秃鹫基金已在美国取得了他们有权获得超过十亿美元的判决。截至 2014 年 8 月，阿根廷一直拒绝支付秃鹫基金，已经进入了技术性违约。

本文追踪了 NWL 资本公司诉阿根廷共和国一案，并探讨了针对秃鹫基金问题可能的制度、法规及司法手段。此外，本文试图证明，支撑第二巡回法院赞成地方法院判决的决定的理由，换句话说，即该判决不会破坏未来的债务重组努力，是基于一种错误的前提，即认为当今普遍被利用的集体行动条款（CACs）将防止秃鹫基金日后的冒充。相反，在 NWL 资本公司一案之后，最近集体行动条款在主权债券工具中的扩散将会真正妨碍未来的重组努力，因为债券持有者的合理利益将促使他们对重组的尝试袖手旁观，并可能会提起诉讼来获取更多。秃鹫基金问题凸显了对法律规则的绝对服从和对发展中国家、半发达国家和发达国家等经济福利的道德忧虑之间的紧张关系。这种情况表明在严格坚持法治，进而促进大部分徒劳且有害的不良债务基金行为和改变规则以帮助阿根廷及其人民脱离潜在的严重经济损害，从而可以提升不负责任的主权行为并按照法律承担法院判决的重要义务之间存在混乱的灰色地带。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1671 页以下）

调整性伤害：陌生人、亲密者以及社会制度改革

Regulating Sexual Harm: Strangers, Intimates, and Social Institutional Reform

Allegra M. McLeod

对性伤害的刑法规制在美国受到深奥的病理学的折磨。尽管在法律出台之前性伤害就早已经以各种形式出现了一一从暴力强奸，到露阴癖，到一个年长的孩子对一个年幼孩子的性接触，美国现行刑事规章制度对上述广泛范围的行为的回应却是完全一样的。所有被定此罪名的人均被称为“性侵者”，并且大部分遭受到登记，社区告示，和住所限制，以及其他制裁措施。这些措施意图通过公布身份和限制对受害者而言假定为陌生人的这些人的居住机会防止进一步的刑事性伤害犯罪。但是，即使实施了这些致使其无家可归或失业的措施，性虐待仍然普

遍且在学校、监狱、军队和家庭密友之间显然被低估了。因此，一时之间，美国犯罪监管政权构建了一个特别宽泛的可能做坏事的人群范畴，以一种被误导的方式强迫该群体，而忽略了被性掠夺或攻击的最普遍的弱点。本文认为，与其致力于现行刑法规则框架，另一种可供选择的社会制度改革框架可以更有意义且存在较少问题地解决性伤害的普遍形式。这种替代性框架将在很大程度上与定罪后声称预防的刑法规制相分离，而是着眼于制度上的、结构上的以及社会上的将有可能产生性侵犯或性虐待的动态。（【美】《加利福尼亚法律评论》第 102 卷第 6 期【2014 年 12 月】第 1553 页以下）

（茹 翼 译）

（沈纯霞 校）