

耶 鲁 法 律 杂 志

王健法学院编译室

二零一五年第四期

总第二十九期

目录

城市无计划	
City Unplanning	
David Schleicher	13
反思联邦土地征用权	
Rethinking the Federal Eminent Domain Power	
William Baude	13
斯尔托斯演讲：行为经济学和家长主义	
The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism	
Cass R. Sunstein	14
排他性的持续与专利权的限制	
The Continuum of Excludability and the Limits of Patents	
Amy Kapczynski & Talha Syed	15
牧师例外应否适用于功能而非个人	
Should the Ministerial Exception Apply to Functions, Not Persons?	
Jed Glickstein	16
如何衡量宪法性时刻？利用算法主题建模评估布鲁斯·阿克曼之宪法变化理论	
How Do You Measure a Constitutional Moment? Using Algorithmic Topic Modeling To Evaluate Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Change	
Daniel Taylor Young	16
解释步骤零：作为“规则”的方法论限制	
Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as “Law”	
Andrew Tutt	17
创业企业融资法案与中等收入投资者：它为何远远不够	
The JOBS Act and Middle-Income Investors: Why It Doesn't Go Far Enough	
James J. Williamson	17
为何吉迪恩案无法修正家庭法	
Why Civil Gideon Won't Fix Family Law	
Rebecca Aviel	18

吉迪恩例外论	
Gideon Exceptionalism?	
John H. Blume & Sheri Lynn Johnson	18
吉迪恩诉温莱特案之后 50 年里的挑战和阻力	
Fifty Years of Defiance and Resistance After Gideon v. Wainwright	
Stephen B. Bright & Sia M. Sanneh	19
穷人败诉：吉迪恩案和权利的批判	
Poor People Lose: Gideon and the Critique of Rights	
Paul D. Butler	20
庆祝“无意义的”发现：要改善法律服务需采用以证据为基础的策略	
Celebrating the “Null” Finding: Evidence-Based Strategies for Improving Access to Legal Services	
Jeanne Charn	20
种族和差强人意的律师援助权	
Race and the Disappointing Right to Counsel	
Gabriel J. Chin	21
参与、平等与民事律师援助权：国内法和国际法之中的经验之谈	
Participation, Equality, and the Civil Right to Counsel: Lessons from Domestic and International Law	
Martha F. Davis	22
吉迪恩案的迁移运用	
Gideon’s Migration	
Ingrid V. Eagly	23
在更广泛的刑事司法改革议程中寻求贫困人群辩护危机解决之道	
Searching for Solutions to the Indigent Defense Crisis in the Broader Criminal Justice Reform Agenda	
吉迪恩之友：为何检察官极少保护被告的权利？	
Gideon’s Amici: Why Do Prosecutors So Rarely Defend the Rights of the Accused?	
Bruce A. Green	24

评价吉迪恩案的财富：我们可以负担价值几何的正义？	
Valuing Gideon’s Gold: How Much Justice Can We Afford?	
M. Clara Garcia Hernandez & Carole J. Powell	25
在美国上诉法院中调查“吉迪恩案的遗产”	
Investigating Gideon’s Legacy in the U.S. Courts of Appeals	
Emily Hughes	25
为合法的永久居民构建的移民吉迪恩规则	
An Immigration Gideon for Lawful Permanent Residents	
Kevin R. Johnson	26
关塔那摩的吉迪恩规则	
Gideon at Guantánamo	
Neal Kumar Katyal	27
马丁内斯之后律师有效协助的实施	
Enforcing Effective Assistance After Martinez	
Nancy J. King	27
吉迪恩规则的法律保护功能	
Gideon’s Law-Protective Function	
Nancy Leong	28
吉迪恩规则的阴影	
Gideon’s Shadow	
Justin F. Marceau	28
关塔那摩的吉迪恩规则：民主羁押与专横羁押	
Gideon at Guantánamo: Democratic and Despotic Detention	
Hope Metcalf & Judith Resnik	29
对手的恐惧：运用吉迪恩规则限制被告援引对抗程序	
Fear of Adversariness : Using Gideon To Restrict Defendants’ Invocation of Adversary Procedures	
Pamela R. Metzger	29
审讯时代的联邦公共辩护	
Federal Public Defense in an Age of Inquisition	

David E. Patton	30
马丁内斯诉赖安案后有效的审判律师制度：关注州诉讼程序的妥善性	
Effective Trial Counsel After Martinez v. Ryan: Focusing on the Adequacy of State Procedures	
Eve Brensike Primus	31
公设辩护律师分类中隐含的种族偏见	
Implicit Racial Bias in Public Defender Triage	
L. Song Richardson & Phillip Atiba Goff	32
辩诉交易中有效律师协助权	
Effective Plea Bargaining Counsel	
Jenny Roberts	32
吉迪恩规则的教训	
Lessons from Gideon	
Erwin Chemerinsky	33
五十年的吉迪恩规则：政治意愿的问题	
Gideon at Fifty: A Problem of Political Will	
Carol S. Steiker	34
强制性判刑：及种族差异：评估起诉人所扮演的角色及布克所带来的影响	
Mandatory Sentencing and Racial Disparity: Assessing the Role of Prosecutors and the Effects of Booker	
Sonja B. Starr & M. Marit Rehavi	35
枪支地方主义	
Firearm Localism	
Joseph Blocher	36
不被问津的工会：没有集体谈判的政治	
The Unbundled Union: Politics Without Collective Bargaining	
Benjamin I. Sachs	36
最高法院的特别陪审团	
Special Juries in the Supreme Court	
Lochlan F. Shelfer	37

法定解释中不存在政治问题: 兹沃托夫斯基诉克林顿案的暗含之意	
There's No Such Thing as a Political Question of Statutory Interpretation: The Implications of <i>Zivotofsky v. Clinton</i>	
Chris Michel	38
极权主义国家与解释革命: 行政国家, 司法及 1890-1950 立法史的崛起	
Leviathan and Interpretive Revolution: The Administrative State, the Judiciary, and the Rise of Legislative History, 1890-1950	
Nicholas R. Parrillo	38
将公民联合并作为新闻出版条款案例重议	
Reconsidering <i>Citizens United</i> as a Press Clause Case	
Michael W. McConnell	39
共犯责任中的犯罪意图: 帮助意图	
The Mens Rea of Accomplice Liability: Supporting Intentions	
Sherif Girgis	39
第一修正案中解决不受商标保护的药品制造商侵权责任的方法	
A First Amendment Approach to Generic Drug Manufacturer Tort Liability	
Connor Sullivan	40
欧盟委员会数据保护总规则: 朝向数据隐私保护的财产制度	
The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy	
Jacob M. Victor	40
专利法中解读与构建的区别	
The Interpretation-Construction Distinction in Patent Law	
Tun-Jen Chiang & Lawrence B. Solum	41
作为诉讼捍卫者的机构	
Agencies as Litigation Gatekeepers	
David Freeman Engstrom	41
上、下和综合: 论普华规则下性交偏好的直观观点对性行为主张的意义	
Tops, Bottoms, and Versatiles: What Straight Views of Penetrative Preferences Could Mean for Sexuality Claims Under <i>Price Waterhouse v. Hopkins</i>	

Ian Ayres & Richard Luedeman	42
为什么要保护宗教自由	
Why Protect Religious Freedom?	
Michael W. McConnell	43
税收案例：关于创新政策的比较方法	
The Case for Tax: A Comparative Approach to Innovation Policy	
Shaun P. Mahaffy	43
冰块保金：破产法第 11 章破产过程中的价格分配	
Ice Cube Bonds: Allocating the Price of Process in Chapter 11 Bankruptcy	
Melissa B. Jacoby & Edward J. Janger	44
股东投票权之演进：所有权和消费权分离	
The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption	44
Henry Hansmann & Mariana Pargendler	
报复性起诉行为：起诉裁量权与辩诉交易的过去与未来	
Vindicating Vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and Future	
Doug Lieb	45
动机为何重要：重构法律激励的排挤效应	
Why Motives Matter: Reframing the Crowding Out Effect of Legal Incentives	
Emad H. Atiq	46
新最小城市	
The New Minimal Cities	
Michelle Wilde Anderson	47
基金和基金管理人的分离：信托公司的结构和管理理论	
The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation	
John Morley	47
法律的道德影响理论	
The Moral Impact Theory of Law	

Mark Greenberg	48
审前羁押和监视权	
Pretrial Detention and the Right to Be Monitored	
Samuel R. Wiseman	49
停止忽视政治恩惠和短缺：选举法和选民服务	
Stop Ignoring Pork and Potholes: Election Law and Constituent Service	
Joshua Bone	50
针对拦截搜身的违法严重性模式	
An Offense-Severity Model for Stop-and-Frisks	
David Keenan & Tina M. Thomas	50
人人公开携带武器：赫勒案与 19 世纪的第二修正案	
Open Carry for All: Heller and Our Nineteenth-Century Second Amendment	
Jonathan Meltzer	51
管制性取向改变疗法：加利福尼亚的方法，它的局限性和潜在的替代性方案	
Regulating Sexual Orientation Change Efforts: The California Approach, Its Limitations, and Potential Alternatives	
Jacob M. Victor	52
需要更正：陆军军事记录委员会辜负了患有创伤后精神障碍症的老兵	
In Need of Correction: How the Army Board for Correction of Military Records Is Failing Veterans with PTSD	
Rebecca Izzo	52
让责任与罪行相符：对性罪犯适用比例性审查	
Let the Burden Fit the Crime: Extending Proportionality Review to Sex Offenders	
Erin Miller	53
威胁发动战争的权力	
The Power to Threaten War	
Matthew C. Waxman	53
5 票对 4 票：何以简单多数能左右法庭？	
Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?	
Jeremy Waldron	54

联邦制的新民族主义:概述	
Federalism as the New Nationalism: An Overview	
Heather K. Gerken	55
由主权和程序到管理与政治: 美国联邦制的未来	
From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism	
Jessica Bulman-Pozen	55
忠实的反对派	
The Loyal Opposition	
Heather K. Gerken	56
我们的联邦制 (国家)	
Our [National] Federalism	
Abbe R. Gluck	56
条文一的影子权力	
The Shadow Powers of Article I	
Alison L. LaCroix	57
联邦制中的谈判冲突: 制度及大众视角	
Negotiating Conflict Through Federalism: Institutional and Popular Perspectives	
Cristina M. Rodríguez	58
地区政府成本收益分析中尊严的价值	
Dignity as a Value in Agency Cost-Benefit Analysis	
Rachel Bayefsky	59
国际刑法中的提前释放	
Early Release in International Criminal Law	
Jonathan H. Choi	59
杠杆收购的事前审查	
Ex Ante Review of Leveraged Buyouts	
Laura Femino	60
无辜的外方? 莫里森, 维拉尔以及交易法在域外的适用	
Innocent Abroad? Morrison, Vilar, and the Extraterritorial Application of the	

Exchange Act	
Daniel E. Herz-Roiphe	60
非法的边界：国籍血统主义与家庭、种族和国家的法制建设	
Illegitimate Borders: Jus Sanguinis Citizenship and the Legal Construction of Family, Race, and Nation	
Kristin A. Collins	61
合法性与联邦刑事执行权	
Legitimacy and Federal Criminal Enforcement Power	
Lauren M. Ouziel	61
承诺年龄	
The Age of Consent	
Philip C. Bobbitt	62
上诉案件中的公正审判	
Judging Justice on Appeal	
Marin K. Levy	62
司法部举报案件中诉讼费用的增长：启示和建议	
The Growth of Litigation Finance in DOJ Whistleblower Suits: Implications and Recommendations	
Mathew Andrews	63
减少廉价的平等：在设计法律规则时应当结合公平与效率	
Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency	
Zachary Liscow	63
LR 事件后的家庭暴力庇护	
Domestic Violence Asylum After Matter of L-R-	
Jessica Marsden	63
打败黑水公司：用国内立法执行国际私营军事公司行为准则	
Beating Blackwater: Using Domestic Legislation to Enforce the International Code of Conduct for Private Military Companies	
Reema Shah	64

我们人民：每个人	
We the People: Each and Every One	
Randy E. Barnett	64
反动辞令与自由的法律界	
Reactionary Rhetoric and Liberal Legal Academia	
Justin Driver	65
人民主权论与美国宪法：阿克曼研究中的冲突	
Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program	
Sanford Levinson	66
新汉密尔顿主义的诱惑	
The Neo-Hamiltonian Temptation	
David A. Strauss	67
自上而下看民权标准	
The Civil Rights Canon: Above and Below	
Tomiko Brown-Nagin	67
改变风向：记人民对于法律和社会运动的审慎	
Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements	
Lani Guinier & Gerald Torres	68
保护阴影下的民权	
Protecting Civil Rights in the Shadows	
David A. Super	69
普救论与公民权利（记谢尔比案后的投票权变革）	
Universalism and Civil Rights (with Notes on Voting Rights After Shelby)	
Samuel R. Bagenstos	70
不同的层面	
Separate Spheres	
Cary Franklin	70
阿克曼的《民权革命》与当代美国种族政治	

Ackerman' s Civil Rights Revolution and Modern American Racial Politics	
Rogers M. Smith	71
美国民权运动（“二次重建”）后对权利的重新思考	
Rethinking Rights After the Second Reconstruction	
Richard Thompson Ford	71
自我斗争的革命？保留从韦伯到里奇时代的就业偏好	
A Revolution at War with Itself? Preserving Employment Preferences from Weber to Ricci	
Sophia Z. Lee	72
我们已走过民权革命阶段了吗？	
Have We Moved Beyond the Civil Rights Revolution?	
John D. Skrentny	73
尊重的关键在于平等保护	
Equal Protection in the Key of Respect	
Deborah Hellman	74
阿克曼与布朗案	
Ackerman' s Brown	
Randall L. Kennedy	74
反歧视原则和同性婚姻	
The Anti-Humiliation Principle and Same-Sex Marriage	
Kenji Yoshino	75
非学校性宪法	
De-Schooling Constitutional Law	
Bruce Ackerman	75
自救和分权	
Self-Help and the Separation of Powers	
David E. Pozen	76
犯罪未遂	
Criminal Attempts	
Gideon Yaffe	76

19 世纪早期纽黑文市抵押贷款机构的兴起

The Rise of Institutional Mortgage Lending in Early Nineteenth-Century

New Haven

77

Steven J. Kochevar

证券交易委员会“罚款处罚呼声高”但是他们到底说了什么？对 SEC 新实施方案的批评性分析

SEC "Monetary Penalties Speak Very Loudly," But What Do They Say? A Critical Analysis of the SEC's New Enforcement Approach

Sonia A. Steinway

77

康赛普希文后的契约：从州法院获得的教训

Contract After Conception: Some Lessons from the State Courts

James Dawson

78

城市无计划

City Unplanning

David Schleicher

研究土地利用的政治经济学者们，试图阐明一个世界，在这个世界中，繁华的郊区因使用分区制而限制了自身的发展，而大城市，因为受到开发商的政治影响，却得以无限制的壮大。但是，随着定居大城市的需求增加，许多国家的特大城市已经大幅度地限制其自身发展。尽管，开发商在城市政治中仍具有重要影响，但是，在许多城市中，我们已经很难看到为防止价格飞涨，而充分增加住房供应量的情况。本文试图讲述一个大城市土地利用的故事，来对此改变进行阐明，在那些大城市中，法律制度居于中心，对土地利用的决策进行管控。在缺乏强有力的地方政治主体的情况下，土地利用法规定了地方立法机关的投票程序，该法决定着循环选择中的政策结果。区划授权标准法制定了一个特殊程序，该程序优待当地居民反对新建大楼的强烈偏好。由于区划图的修正案是逐一进行考虑的，这使得工程和社区之间很难达成妥协。立法者可能会允许建设一些大楼，而不是处处禁止，但是立法者最为关心的是，他们的区域是否会受到新发展所带来的负外部性冲击。由于不同社区的区划变化之间缺乏协约联系，因此，各个立法者都会努力阻止那些会对他们的社区产生影响的区划修正案。

本文通过考察几种立法程序改革形式，总结到，国会为了通过国际贸易条约，假意采取程序变革。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1670 页以下）

反思联邦土地征用权

Rethinking the Federal Eminent Domain Power

William Baude

宪法中的重要法条规定，联邦政府有权通过土地征用权征用土地。尽管如此，对于该条的现代性理解与宪法的历史含义还是大相径庭。

从建国到南北战争时期，联邦政府仅在哥伦比亚地区和北方领土内具有土地征用权，而不是在全国范围内具有此权力。政治家和法官（包括在最高法院的两个判决中）反复否认此种权力的存在，当联邦政府确实需要征用土地的时候，政府是依靠州政府的合作以达成此目的。在这一时期，人们拒绝从国会列举的权力中或者从必要条款中推断出联邦土地征用权，因为人们将此权力视为一个伟大权力，这种权力太重要了而不能任意推断。他们也拒绝从征用条款中推断出此权力，因为征用条款并未打算将国会的权力扩展出地区和领域的范围。

除征用权之外，伟大神力的概念，在案之后越来越具有重大作用。在该案中，首席法官罗伯特援引伟大权力理论以认定必要条款不能证明个人授权的合法性。虽然他对于伟大权力理论的使用值得推敲，但是伟大权力思想可能对许多其他的法律领域有正当地影响，例如征用，主权豁免，征兵，印刷自由。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1738 页以下）

斯尔托斯演讲：行为经济学和家长主义

The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism

Cass R. Sunstein

越来越多的证据表明，人们在某些背景下，基于特定原因，不是根据自身的利益作出选择的，即使是在高风险的情况下。许多国家的政策制定者，包括美国 and 英国，已经利用这一证据去预示监管措施和选择架构。结果行为和相关结果都提升了某种可能性，即对人类错误的理解可能为家长主义开放了巨大空间（因此引起了对约翰·斯图尔特·米尔著名的“损害原则”的质疑）。这种错误可以认为是市场行为失灵，它们是市场失灵这一标准说法的重要补充。为纠正市场行为失灵所采取的行为，有时可以证明是合理的，即使该结果行为是家长式的。尽管不能在界限之外对强硬的家长主义形式进行规制，但是行为告知规则的一般原则——其首要规则——即，市场行为失灵的恰当回应通常由劝说构成，这些轻推通

常表现为披露，警告和过错规则的形式。有些学者把自治规则作为反对家长主义的理由，但是最为强有力的反对理由是具有福利主义特征的。官方行为可能无法尊重异质性，可能会减少学习和自助行为，可能会受到来自自我营利的私人团体的压力（公共行为选择的问题），可能会犯一般人会犯的同样的错误。在家长主义是可选择的情况下，反对意见，尽管貌似可信，但因其抽象性而无甚用处；这些反对理由依赖于经验假设，这些假设在特定背景下可能站不住脚。但是，通过改善选择架构，还是有许多改进人类福祉的机会。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1862 页以下）

排他性的持续与专利权的限制

The Continuum of Excludability and the Limits of Patents

Amy Kapczynski & Talha Syed

在知识产权领域，通常将专利制度理解为最有效的创新政策。该制度表面上的优势是具有分配性：作为一种财产权形式，专利担当着市场标志和潜在创新者之前的沟通者，表面上对发明投资进行指导，使之具有最大的社会价值。现存的账目表明，实际上，因为，例如交易成本，以及专利权期限和范围的限制，专利促进社会价值的标志可能为其所稀释。尽管如此，笔者在本文中提出了关于传统分配账目的另一问题。专利所依靠的专用权机制，即排他性，不对称地运用在各种不同的信息商品上。尽管学者已经注意到，专利体系无法创造那些价值很难从消费者市场中拨出的商品，但是这一事实不仅在字面上未被充分理解，也没有涉及到公认的专利合理性。通过列举健康背景下的具体例子，笔者表明，与其他种类相比，某些种类的信息商品将更难加以排除。重要的是，指望排他性的减轻与社会价值相一致是毫无道理的。分析指出专利本身就能具有扭曲效果，该效果源于排他性权利的结构特征。与稀释问题不同，非排他性的不对称问题不能通过扩大专利范围和延长专利期限来解决。因为排他性具有变异性，主要表现在信息中存在的一系列财产权利，即使正式完善，甚至增加传统的交易成本，也会为不同种类的信息商品创造不对称的需求。本文提出了一个重要的新理由，用以证明专

利替代方案，例如政府拨款的合理性，并使我们对于如何分配这些拨款有了新的见解。本文也强化了运用比较制度方法制定创新政策的需要，也强化了将专利可能具有的未被认可的含义，例如隐私和言论自由的价值，并入我们当前讨论的需要。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1900 页以下）

牧师例外应否适用于功能而非个人

Should the Ministerial Exception Apply to Functions, Not Persons?

Jed Glickstein

在 Hosanna-Tabor 福音信义会和学校诉均等就业机会委员会一案中，联邦最高法院确认了下级法院一段时间以来的做法：第一修正案禁止将就业歧视规则适用于教堂和牧师之间的关系。然而，尽管案很重要，但是称之为牧师例外的规则仍未有定论。一方面，为了实现规则，将谁视为牧师仍不清楚。这一基础问题的答案可能较之其呈现的要复杂得多。到目前为止，法院和评论者都已认为牧师的地位是二元的。某个雇员，他或者是牧师（在此情况下，第一修正案完全禁止其诉讼），或者不是（在此情况下，其诉讼进程与其他人的诉讼进程一样）。这一思考方式对于简单的案件而言可能有意义，但是在下级法院已经贴好牧师标签的大多数情况下，这一想法则很难适用。据此，本文提出了一个替代性框架，该框架更为紧密地把握作为牧师例外基础的功能性考量。简而言之，本文认为，一个修正的例外——该例外适用于牧师的功能，而非适用于作为牧师的人员——更好地平衡第一修正案所要求的重视反歧视和宗教自由。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1964 页以下）

如何衡量宪法性时刻？利用算法主题建模评估布鲁斯·阿克曼之宪法变化理论

How Do You Measure a Constitutional Moment? Using Algorithmic Topic Modeling
To Evaluate Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Change

Daniel Taylor Young

布鲁斯·阿克曼认为，当对于宪法重要性的质疑引起了畸高水平的持续性的普遍关注之时，宪法中的重要改变可以发生在第五条修改程序的规定之外。本文提出了一个用以评估该主张的新实证策略，并将第五修正案批准时的争论作为其判例进行使用。本文将称为无监督主题模型的统计方法适用于数据集，该数据集包括从 1866 年到 1884 年间出版的美国报纸中搜集的超过 19000 页资料。这一具有创新性的方法论技术阐明了这一时期宪法性的话语结构。本文为某一观念提供了实证支持，该观念认为在批准争论阶段，宪法问题凸显，然后随着国家恢复到正常政治阶段，又逐渐退却。这些发现于其更为易受攻击之处，支持了阿克曼有关宪法变化的周期理论。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 1990 页以下）

解释步骤零：作为“规则”的方法论限制

Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as “Law”

Andrew Tutt

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 2055 页以下）

创业企业融资法案与中等收入投资者：它为何远远不够

The JOBS Act and Middle-Income Investors: Why It Doesn’t Go Far Enough

James J. Williamson

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 7 期【2013 年 3 月】第 2069 页以下）

（魏琪译）

（张飞校）

为何吉迪恩案无法修正家庭法

Why Civil Gideon Won't Fix Family Law

Rebecca Aviel

本文解释了在一心一意认可“父母权利和人身自由同等重要”的命题之外，我们为什么还要慎重考虑“完全支持将民事律师援助制度的概念引入家庭法”这一提议。这两种利益的同等重要性并不意味着监护权纠纷案件应当走像刑事案件一样的程序。在区分这两个范畴时，我们明显需要在两者的社会性，情感性和结构性上作比较。为了保证家庭法趋向公平正义，我们要设计正当的监护纠纷解决体制；这个体制需要在承认分离父母诉讼权的特殊地位的同时，在特殊时刻尊重宪法中的重大利益原则。将追求民事律师援助权作为一场独立的改革，不足以应对这样的挑战。因为这种制度更倾向于在解决监护权纠纷争端时发挥律师的主导性作用，而越来越多的证据表明，这样的框架对具有家庭亲属关系的当事人来说是弊大于利的。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2106 页以下）

吉迪恩例外论

Gideon Exceptionalism?

John H. Blume & Sheri Lynn Johnson

吉迪恩诉温莱特案在美国司法历史中的非凡地位是无可置疑的，但在思索它的独特性的时候，我们要想想“美国例外论”，以及它的提倡者们为什么会赋予这个词大相径庭的含义。不管是美言相加，还是大放厥词，吉迪恩案都过于独特了。正如我们在文中提出的，在世界刑事诉讼程序领域，吉迪恩案就像是“山巅上的光辉之城”，同时在某种程度上也是一个骗局。我们首先会讨论这个判例本身所具有的独特性，然后会陈述在沃伦法院所有的刑事诉讼判例中为什么仅有它能够沿用至今。接下来我们会讨论吉迪恩案消极的一面。其中，我们首先会揭露无效的律师援助制度是怎么被用来粉饰吉迪恩案“光辉之城”的假象的；然后指

出对于贫困的被告者来说，被惯常的拒绝调查和专业协助是怎么样进一步削弱吉迪恩所应有的允诺的。我们认为，仅仅只靠律师的存在，是不能成为拯救 21 世纪刑事司法系统弊病的一剂灵丹妙药。除非最高法院能够秉承《第六条修正案》的精神，为贫困的当事人提供高水平的代表律师，并且采取措施，要求各州在为贫困的被告们提供微不足道的调查和专业咨询服务之外有所表示，要不然吉迪恩案中所确立的仍只会是一纸空谈。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2126 页以下）

吉迪恩诉温莱特案之后 50 年里的挑战和阻力

Fifty Years of Defiance and Resistance After *Gideon v. Wainwright*

Stephen B. Bright & Sia M. Sanneh

在 1963 年裁决吉迪恩诉温特莱案时，高法院宣布在公正的刑事司法审判中，获得律师权是“基本的也是必要的”，并且认为，在当事人请不起律师时，必须为他们提供律师援助，以保证“法律面前人人平等”。在以后的判决中，法院裁决任何可能被剥夺自由的穷人都必须拥有一名律师，“以便被告可以知晓他在做什么；以便他能够意识到可能面临的牢狱之灾；以便它能够被检举方公平对待”。本文认为，即使在 50 年后的今天，这项权利任然没有实现。美国的刑事司法制度并不是真正对抗的，因为检察官拥有广泛的，不受制衡的权力，因此刑事案件的结果很少或根本不会受到辩护方的影响。政府未能给予辩护系统以充分的财政支持；很多法官默许或接受不合格的辩护，并且最高法院拒绝当事人要求提供合格辩护的请求，取而代之的是，采用一种隐藏和延续着不合格辩护的“有效辩护”制度，在此种体制中，贫困，而不是公正，决定着审判的最终结果。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2150 页以下）

穷人败诉：吉迪恩案和权利的批判

Poor People Lose: *Gideon* and the Critique of Rights

Paul D. Butler

与吉迪恩案之前相比，吉迪恩案之后，低收入者更有可能被起诉和监禁。穷苦大众在美国刑事司法中败诉不仅仅因为他们没有得到有效的辩护，还因为他们只是执法者、司法者、立法者有选择的目标。批评权意味着权利是不确定和退化的。吉迪恩案更加印证了这一特性：它不仅没有改善穷苦大众的法律困境，在某些方面甚至还加重了他们的困境，而且吉迪恩案还为这种现状的存在提供了一定的合法性。即使完全实施吉迪恩案中确立的为贫穷的当事人提供律师援助的制度，也不会改善美国刑事司法体系中收入低下的当事人败诉的局面。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2176 页以下）

庆祝“无意义的”发现：要改善法律服务需采用以证据为基础的策略

Celebrating the “Null” Finding: Evidence-Based Strategies for Improving Access to Legal Services
Jeanne Charn

最近的实证研究对得到律师援助的诉讼当事人的诉讼活动进展的是否比只能得到一些建议和有限法律援助的当事人顺利进行了测试。2/3 的研究得出了一些无意义的结论——有律师援助和诉讼团队帮助的当事人的诉讼进展程度和没有律师援助的当事人没有多大区别。在本文中，笔者提议我们应该为这样的发现表示庆祝。笔者并不怀疑在某些案件或大多数案件中，专业的律师援助是很有必要的。但是我们应该尽可能减少程序的复杂性和其他繁琐环节，以便当事人能够实行自助行为。我们应该以自主授权的当事人能够自我或通过有限的法律援助解决日常法律问题的程度来衡量这种改善的法律服务渠道。“淡化律师”——这一被当事人广泛接受的创新服务表明，在日常法律实践中建立以当事人为中心和以当事人为主导的法律服务交付体系是可行的，而且它已经在进行当中了。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2206 页以下）

种族和差强人意的律师援助权

Race and the Disappointing Right to Counsel

Gabriel J. Chin

刑事司法系统的批评者者注意到吉迪恩诉温莱特案中的司法承诺仍未实现。他们谴责，对于贫困的被告来说，辩护人不合格，同时对在刑事审判中的种族歧视也有所诟病。有些评论家们希望提供合格的辩护来补救刑事司法体系中辩护人水平参差不齐所带来的混乱局面。本文对高质量的律师团队能够显著解决这些问题的论断还是持怀疑态度的。

最高法院在决定采用律师援助制度时，有两个主要目的：首先，最高法院想防止无辜者被平白定罪。可以明确的是这一目标并没有完全实现。吉迪恩案后，最高法院在审判中继续认可无罪诉求的重要性，这就造成了在诉讼对抗领域更倾向于辩护，甚至在陪审团调查研究阶段，当事人就开始要求律师辩护权。

最高法院的第二个目的就是，在刑事司法过程中保护非洲裔美国人不受种族隔离制度的影响。但是，正如在鲍威尔诉阿拉巴马州一案中所做的一样，最高法院只是在暗中追求着这样的结果——试图间接把案子当作种族歧视来处理，但却并不敢借着种族歧视的名头。这种“小心翼翼”着实令人惊讶。吉迪恩案并不标志着种族歧视从刑事司法体系中彻底清除的开始，吉迪恩案后，最高法院已经不能把种族歧视视为一个辩护的理由了；只要对那些有色人种的指控事实是有罪的，不管你宣称立法执法上有歧视，还是在审判实践方面有歧视，这些基本上都无法改变定罪的事实。

吉迪恩案后，犯人中种族失调比例上升。吉迪恩案并没有解决这个问题，反而还可能使问题更加恶化。从某种意义上来说，吉迪恩案提高了穷人们所能获得的律师援助的质量，白人当事人的辩护律师可以在调查、起诉和审判中获得有利的自由裁量权，而黑人当事人的辩护律师却不能得到。综上，种族差异所带来的问题只通过间接地增加律师的数量和质量是不能解决的。相反，解决之道在于明令禁止审判中的种族歧视，以及更少的犯罪，更少的逮捕和更少的起诉。【美】

参与、平等与民事律师援助权：国内法和国际法之中的经验之谈

Participation, Equality, and the Civil Right to Counsel: Lessons from Domestic and International Law

Martha F. Davis

国内想通过对吉迪恩诉温特莱案的片面解读来建立民事律师援助权的努力收效甚微。相比之下，从国际法学中总结出来的“公民参与权”与“平等手段原则”的概念却在美国州法院或联邦法院日益产生共鸣，这也为国内民事律师援助权的发展开辟了新的道路。首先，作为正义的人权，公民参与权在民事个体因为缺乏律师而不能完全参与民事司法的过程时，突出了民主价值观的利害关系。其次，平等手段原则的概念专注于民主失真的源头——不平等性，并且为可能接受的程序保护设置了底线。强化对参与权与宪法正当程序条款中平等权的考虑，会使法院在诸如抵押贷款止赎或保险注销之类的案件中，对有着广泛阶级基础影响的无民事律师制度进行反思。不像延缓诉讼进程产生不稳定因素，并有可能会影响诉讼胜诉与否的个案审查，美国法院通过民事参与权与平等手段的角度来审视民事律师援助权，这在很大程度上能缓解除了个案影响之外的有着阶级基础的程序不平等的影响。这种方法是建立在民主价值观而不是社会需求之上的，而且并没有忽视吉迪恩案的教训，却因被冠以“专注于自由利益”的头衔而使它本身的用意黯然失色。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2260 页以下）

吉迪恩案的迁移运用

Gideon's Migration

Ingrid V. Eagly

在过去的 50 年里，移民法反对借鉴吉迪恩诉温特莱案中所确立的为穷人提供律师援助制度。但是现如今，吉迪恩案的迁移运用使得这种阻力让步了。在日常的司法实践中，以往依照吉迪恩案一样指派的刑事辩护律师，现在被指派为因移民而被控告的当事人辩护，在认罪辩护协议方面就“移民合法论”方面和检察方协议，为犯有非法移民罪的当事人辩护。在移民诉讼程序中为穷人指派辩护律师的正规机制已经建立起来了，但是在宪法和法律法规完善方面，以及加大政府财政支持方面还需要加大势头。

从刑事辩护的角度来看，刑事律师援助权的迁移，从广度和深度上引发了对移民援助制度的质疑，因为移民诉讼本因属于自我辩护的范畴；从移民法律服务角度来看，对刑事律师援助权概念的引入也引发了对移民辩护人体系合理范围 and 设计的思考。本文并不是为这些具有挑战性的问题提供解决之道，而在于为从刑事系统中实现律师援助权所得到的经验再进一步的迁移提供一个框架。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2282 页以下）

在更广泛的刑事司法改革议程中寻求贫困人群辩护危机解决之道

Searching for Solutions to the Indigent Defense Crisis in the Broader Criminal
Justice Reform Agenda

Roger A. Fairfax, Jr.

当我们纪念吉迪恩诉温特莱案 50 周年之际，几乎普遍的评价都是，我们的贫困人群辩护体系太过于缺乏资源，难以实现这个具有里程碑意义的判决；这个体系仍需要改革。同时，财政需要和道德愤怒已经引发了人们对这个既过分依赖监禁又导致刑事司法管理低效的过时政策的历史性反思。本文认为，在贫困人群辩护改革议程和更加广泛的刑事司法改革议程之间存在着某种协同增效效应，这种效应能够以一种低成本的，以证据为基础的创新方式来减少犯罪和重犯，并且还能够对公共安全有所巩固。我们将贫困人群辩护改革整合融入这种新兴的“犯罪

智能化”的改革运动之中，不仅是想制定更好的刑事司法改革政策，也是为了重申宪法价值对吉迪恩案的认可。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2316 页以下）

吉迪恩之友：为何检察官极少保护被告的权利？

Gideon's Amici: Why Do Prosecutors So Rarely Defend the Rights of the Accused?

Bruce A. Green

吉迪恩诉温特莱案中，在沃尔特·弗德里克·蒙代尔和爱德华·麦科马克的倡议领导下，23 个州检察长加入法庭之友，并就刑事被告人递交的辩诉建议，向最高法院请愿，敦促最高法院认可贫困的诉讼当事人享有第六修正案中规定的权利，并且在重罪案件中为他们指派律师。此例以后绝无再有了。虽然此后通过法院申请法庭之友的案件显著增加，包括在刑事案件中，但是检察官很少向最高法院提交法庭之友的辩诉建议来支持刑事被告人的程序性权利，而且也绝对不会像在吉迪恩案中那样兴师动众了。美国大众对吉迪恩案特殊地位的支持也点明了获得律师辩护权这一权利的特殊性质——律师辩护权在公正审判和避免误判中起着基础性作用，并且在吉迪恩案被质疑的时候，大多数州还是通过以州法律的形式来认可这项权利。尽管吉迪恩案极具特殊性，但在最近的最高法院刑事案件审理中，进步的检察官同样认可这种有争议的程序性权利。本文对其他学者从哲学原因、实践原因和政治原因上来解释检察官在法院审理时不愿为被告辩护进行辨析，并且认为这些依据并不完全令人信服。本文认为，要想符合追求正义的职责，检察官需要通过时不时地为被告人充当最高法院之友，在促进刑事程序公平上发挥更加重大的作用。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2336 页以下）

评价吉迪恩案的财富：我们可以负担价值几何的正义？

Valuing Gideon's Gold: How Much Justice Can We Afford?

本文中，我们将探讨吉迪恩案对德克萨斯州的艾尔帕索市社区的影响。虽然艾尔帕索市试图应对吉迪恩案所带来的挑战，但由于缺乏足够的资源条件，使得吉迪恩案中的承诺难以充分兑现。我们将从我们贫困人群辩护体制改革的源头着眼，并对政府机关是否能为当事人提供有效律师援助的后续能力进行检验。

本文将详述我们在应对两个重大挑战时的过程。第一个挑战包括我们如何提高审判率、我们如何不愿接受审前答辩、我们如何对作为当事人最大利益指示器的处理措施、案件结果和律师技能进行检测的；第二个挑战是我们如何帮助患有精神疾病或智力有缺陷的当事人，在面对微弱的辩护援助资源以及在心理健康咨询和社会福利完全缺失的情况下，如何尽力保障这些特殊人群应有的程序性和基本公平。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2358 页以下）

在美国上诉法院中调查“吉迪恩案的遗产”

Investigating Gideon's Legacy in the U.S. Courts of Appeals

Emily Hughes

本文通过对实际上被称作已判刑罪犯的“救命稻草”的联邦上诉法院的调查，试图探究吉迪恩案所遗留下的法律遗产。文章第一部分主要着重于美国上诉法院的法官们以及他们的工作量，表明极少的联邦上诉法院的法官们有刑事辩护方面的经验，尽管他们处理的半数案件包括刑事案件和刑事上诉案件。文章的第二部分认为，在一个大兴牢狱的年代，法官拥有刑事辩护经验是极为重要的，因为对这方面经验的缺乏会影响他们对罪犯罪行以及对刑事上诉案件的性质的最终评定。本文呼吁对联邦上诉法院的法官们是否先前具有刑事辩护或起诉方面的经验进行进一步调查，这有可能会对他们刑事定罪的性质有所影响。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2376 页以下）

（张 飞 译）

（邱凯乾 校）

为合法的永久居民构建的移民吉迪恩规则

An Immigration Gideon for Lawful Permanent Residents

Kevin R. Johnson

在评价吉迪恩诉温赖特案对后世的遗赠时，关键在于牢记最高法院的判决是基于第六修正案规定的应当为刑事案件的被告人提供律师这一权利作出的。在美国法律中，刑事被告人可利用的权利与民事诉讼人的更大的限制保护之间有着明显的区分。本文研究的是特殊种类的民事案件即移民案件中的律师帮助权，这类案件涉及的生命及自由利益与刑事诉讼中关系到生死存亡的重要利益是相似的。本文坚持主张传统的正当程序分析，包括最高法院先前扩大的针对合法的永久居民的宪法保护，都要求保障合法的永久居民的律师，非公民群体更可能享有并保持强有力的法定权利以及与美国深厚的社会关系。临时的游客以及非法移民通常缺乏这一重要的法定权益以及社会联系。美国移民法律及执行有了现代化发展，包括过去十年间急剧增加的、由美国政府提起的移送管辖诉讼，美国国会施加于司法审查机构的限制，以及在移民执行方面的种族区别对待，都使得保障合法的永久居民的代表权比以前更有必要。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2394 页以下）

关塔那摩的吉迪恩规则

Gideon at Guantánamo

Neal Kumar Katyal

律师帮助权与审判战争罪行的需要之间维持着一种不稳定的关系。根据笔者为关塔那摩一个在押犯提供辩护的个人经历，笔者阐明了吉迪恩规则是如何为关塔那摩的律师帮助权设置了一条底线。不论宪法上是否要求，吉迪恩规则最终构建了辩护律师代表当事人的方式。与政治和军事领导者的期望相违背的是，民法

专家和军队律师都积极地挑战了军事审判体系的法定性。同时紧张关系也由此产生，因为致力于一个特定的目标（例如攻击关塔那摩的审讯体系）的律师有时被要求帮助体系的合法化，特别是涉及到决定是否提出抗辩以帮助合法化关塔那摩实施中的不稳定的审讯体系。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2416 页以下）

马丁内斯之后律师有效协助的实施

Enforcing Effective Assistance After Martinez

Nancy J. King

本文认为，法院致力于扩张马丁内斯诉赖安案中对辩护律师无效协助的人身保护令审查的努力，对于州刑事案件中不论是律师有效协助权的强制执行，还是有能力的事实陈述的规定，都没有太大的影响。根据人身保护权诉讼的统计数据及新兴的判例法，本文首先阐明了为什么马丁内斯不太可能导致更多的联邦人身保护令补助的救济。接着，本文展示了关于联邦定罪后审查的新的实证信息，例如案件卷宗、律师、听证会以及救济率；马丁内斯之后的判决书以及各州的轶事报告，从而解释为什么即使联邦人身保护令补助增加了，州法院和立法机关仍不能以爽快的联邦附属审查为回应。本文得出结论：为确保有效协助的法律条文实施，更需要的是提供可供选择的方式，而非判决后的逐案审查。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2428 页以下）

吉迪恩规则的法律保护功能

Gideon's Law-Protective Function

Nancy Leong

吉迪恩诉温赖特案通过赋予贫困被告人拥有代理人的权利从而极大的影响了这一群体的权利。但是吉迪恩规则也有另外的连锁性的影响。除了保护了特定

审判中的个体被告的权利，吉迪恩规则通过确保法院所提出的法律原则从而保护了法律发展的完整性，而这些原则正是合法对抗程序的产物。然而法律保护并非吉迪恩规则结果的明确阐述，裁判书的论理以及相关的历史背景都与对司法造法的整体性的关注共鸣。而且对于随后的案例的审查揭示了在法律形态中指定律师的影响。律师的保障对法院的司法造法有着极大的好处，而且，实际上，这些利益为贫困被告律师帮助权的规定提供了独立且充分的理由说明。吉迪恩规则可选择的基本原理为扩张律师帮助权到某些引起与目前刑事案件的同等相关的民事案件提供了一个正当的理由。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2460 页以下）

吉迪恩规则的阴影

Gideon's Shadow

Justin F. Marceau

即使是在宪法保护已饱和的诉讼领域，律师帮助权也被认为是一个举世无双的权利。但是因为这个高尚的、卓越的权利地位，律师帮助权对另一个次重要的刑事程序性权利造成了阴影。本文详细说明了吉迪恩权利矛盾的一方面，该权利的重要性容易削弱别的权利，或者至少为限制其他非吉迪恩权利提供了正当性。本文分析了作为限制其他权利而适用的律师帮助权的司法和学术实践。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2482 页以下）

关塔那摩的吉迪恩规则：民主羁押与专横羁押

Gideon at Guantánamo: Democratic and Despotic Detention

Hope Metcalf & Judith Resnik

吉迪恩诉温赖特案的一个规制是，它造成美国政府将关塔那摩湾的 9/11 事件被羁押者与所有局外人隔离开的努力在理论上以及法律上都不能成立。吉迪恩

规则与米兰达诉亚利桑那州案都是几十年来发展的民主故事的一部分，与极权主义政权不同，该规则坚持认为，美国有宪法义务给个人配备第三方律师以抑制如果不预防就将有的胁迫。吉迪恩规则与米兰达规则都对个人对抗国家时的尊严与国家诉讼程序正当性之间的关系进行了界定。所有的判决都意味着法院有权采取强制执行。若都依靠律师作为审讯的见证人以及代讼人，而且强加这些义务在他们身上，那么当有必要时，政府应当对律师给予奖助金。

9/11 之后的时代，吉迪恩规则与米兰达规则之间的界限的冲突说明了真正的危险为何：期望是否依然是认为对于个人的羁押及审讯，甚至辱骂可能称得上民主程序从而体现宪法承诺，即所有人都是权利的享有者，都不能被放弃以及屈从于不受公共监督的国家权力。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2504 页以下）

对手的恐惧：运用吉迪恩规则限制被告援引对抗程序

Fear of Adversariness : Using Gideon To Restrict Defendants' Invocation of
Adversary Procedures
Pamela R. Metzger

50 年前，吉迪恩规则承诺给任何太穷以至于无法负担律师的被告人一个律师以维护他们的宪法权利。但是吉迪恩规则也承诺了更多事情。从小方面说，吉迪恩规则承诺保护个体被告；从大方面说，吉迪恩规则承诺保护我们的宪法性刑事诉讼的体系。有关吉迪恩规则对穷人的承诺未得到实现的话题已经写了很多，但是本文写的是吉迪恩规则对整个体系承诺的失信。

因为公设辩护人的积极帮助，吉迪恩规则应该已经形成了能有力地保护对抗式审判程序的核心结构的诉讼程序。然而，法院已经将吉迪恩规则转变为被告实际上对重要的第六修正案权利的放弃。因此，律师，而不是当事人控制着对抗程序的援引与运用。而且，即使这些第六修正案的权利仍然在被告独有的控制中，当律师排除了基本权利的运用时，被告人寻求救济的资格也被剥夺了。因此，吉迪恩规则逐渐成为这个现状的实施者，成为不断磨损第六修正案对抗权利的执行

中的重要部分。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2550 页以下）

审讯时代的联邦公共辩护

Federal Public Defense in an Age of Inquisition

David E. Patton

本文探究的是今天的联邦刑事被告所经的程序是否比吉迪恩诉温赖特案判决的 1963 年更公平。本文得出的结论是：在许多情况下他们并没有受到更公平的程序，实际上，他们受到的比以前更糟糕。即使吉迪恩规则与 1964 年的刑事审判法案已经毫无疑问地提高了联邦法院律师的质量以及利用的可能性，但从那时开始已经对刑事司法体系的对抗程序造成了特别的损害，而正是这一程序才使得律师如此有价值。量刑的轻重，以及对此轻重的控制都是由检察官，而不是法官或陪审团掌控，而且，高比例的审前羁押已经极大地限制了被告挑战政府版本的事实以及法律的能力。本文简略地描述了 1963 年存在的联邦的刑事实践，并且通过论述纽约联邦公共辩护办公室的当前实践来阐明已经发生的转换。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2578 页以下）

马丁内斯诉赖安案后有效的审判律师制度：关注州诉讼程序的妥善性

Effective Trial Counsel After Martinez v. Ryan: Focusing on the Adequacy of State Procedures

Eve Brensike Primus

众所周知，过多的案件数量，有限的资金以及缺乏训练有素的、遍及全国的贫困被告的辩护分配系统，这些导致了吉迪恩诉温赖特案的承诺很大程度上未得到实现。评论家不同意吉迪恩规则焕发生命力是件好事。国家刑事案件的联邦人

身保护令审查能够促进目前阻碍州囚犯移送至联邦法院的程序障碍的改革,但是许多人对这一看法并不抱希望。但最近最高法院对运用联邦人身保护令解决州刑事案件中不起作用的律师问题重新燃起了兴趣。去年,在马丁内斯诉赖安案中,最高法院依据公平原则对于联邦人身保护令审查的程序性障碍视若无睹,并且允许州刑事被告在联邦法院提起审判律师无效协助的索赔。

果然,对于最高法院最近允许国家刑事被告根据案情提出审判律师无效协助的索赔的尝试,许多地方法院是抗拒的。但是这场斗争远未结束。最高法院最近决定扩张因审判律师无效协助而导致的国家刑事被告程序上未到庭的索赔的理由,但地方法院采取了将其限制性解释的方法,笔者在用资料证明这一点之后,提出被告手中仍有重要的牌可用。这张牌就是充分性的理念。因为地方法院试图重新定性州程序,以避免最近最高法院的判决向州刑事被告的审判律师无效协助的索赔敞开联邦的大门,他们不小心将自己置于挑战州刑事程序充分性的位置上了。笔者会说明这个转变是意义重大的,因为原因与充分说理在影响国家行为方面有重要区别。原因通常是对被告个人而言的,充足性挑战则一般用于揭示州程序中的系统性失误。因此,充足性挑战更能刺激州程序的改变。(【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2604 页以下)

公设辩护律师分类中隐含的种族偏见

Implicit Racial Bias in Public Defender Triage

L. Song Richardson & Phillip Atiba Goff

尽管有吉迪恩规则的承诺,为贫穷的被告提供引导的律师仍然是难处理的问题,很大部分是因为国家公设律师办公室常常工作过度以及资金不足。面对巨大的案件数量以及不充分的资源,公设律师必须进行分类,决定哪些案件值得关注哪些案件不需要。即使学者们已经认识到设立做出这些困难决断的标准的需要,但他们仍没有注意到无意识的偏见可能影响到这些决定。笔者怀疑无意识的偏见会影响公设律师做出的决定是有理由的,因为针对烙印群体以及犯罪有世代形成的种族的刻板印象。本文呼吁法律学者以及实践者认真考虑隐含的偏见会怎样影

响辩护权利的配给，并且提出防范这些无意识力量影响的方法。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2626 页以下）

辩诉交易中有效律师协助权

Effective Plea Bargaining Counsel

Jenny Roberts

50 年前，克拉伦斯·厄尔·吉迪恩需要一个有效的审判律师。最高法院同意了吉迪恩提出的第六修正案保证他在审讯中有律师帮助权的主张。最近，加林·弗莱以及安东尼·库珀也需要有效的代理人。这两个人和吉迪恩不同的是，他们想要认罪，因此需要有效的辩诉交易律师。但是，他们的律师没能有效地代表他们，最高法院仍做出了对弗莱与库珀有利的判决，因为认识到本案定罪 95% 都是基于被告的有罪申辩，而不是审讯。

如果协商是完全由辩诉交易构成的体系的决定性阶段，那么是否存在辩诉交易中的律师协助权这一宪法性权利？如果有，那么定义该权利的轮廓是否有可能做到？这个有效交易者的权利的概念看起来是激进的，而且明显充满了困难，迫切需要大量关注。

在本文，笔者认为，法院关于密苏里州诉弗莱案、拉菲诉库珀案的概括性陈述以及 2010 年帕迪拉诉肯塔基州的判决都认为辩护律师在辩诉交易的协商中起着关键作用，强有力的支持了辩诉交易中有效律师协助的权利。与其他判断无效协助的要求一样，任何关于有效交易的权利也都应当按照律师是否遵照了现行的职业规范来判断。本文讨论了大量的符合其概念定义的职业标准，这些标准如下：当公诉方寻求辩诉交易的协商，辩护律师应当积极作为；当公诉方没有这么做的时候，辩护律师则应当主动发起上述协商。

反对辩诉交易成为宪法规定的观点宣称，协商是暗中实施的微妙的同谋关系，难以捕捉其确定的标准，而且规定交易会未来的此类诉讼打开闸门。但是实际上，这些怀疑都可以处理，而且赋予有效律师宪法权利的意义的需要比他们更有价值。毕竟，刑事司法体系大部分由辩诉交易组成，如果有效律师协助不包

括在辩诉协商过程中的有效性，那么什么才是有效的律师协助呢？（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2650 页以下）

吉迪恩规则的教训

Lessons from Gideon

Erwin Chemerinsky

为什么吉迪恩规则的承诺大多没能实现？从中又可以得到什么经验教训呢？吉迪恩规则对于国家政府来说是个无资金支持的命令，要求他们提供钱财从而保证可能面临徒刑的所有刑事被告都有有能力的律师帮助。吉迪恩规则没能成功的提供任何强制执行机制来保证充足的资金，而且随后的案例也没能做到。吉迪恩规则也没能认识到提供一个律师是不够的，它必须是一个有能力的律师。最高法院让下面的事实变得难以证明：对于那些无法负担一个律师的人来说，无效的法律援助通常使其负担着无能的律师，而且被置于无法补救的境地。简言之，实现吉迪恩规则的承诺需要金钱的投入，而法院没有任何办法来确保资金的充足。

只要是针对穷人的福利项目，不论它是在刑事、民事、还是移民案件，都会使得律师协助的资金提供变得不确定。只有在有强制执行机制来保证充足资金及有能力的律师的提供的情况下，律师帮助权才有意义。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2676 页以下）

五十年的吉迪恩规则：政治意愿的问题

Gideon at Fifty: A Problem of Political Will

Carol S. Steiker

尽管在这个具有重大意义的周年中庆祝承诺给予贫困刑事被告人代表权的吉迪恩规则是适宜的，但是注意到以下一点十分重要：吉迪恩规则传统的一部分

会成为实现这个承诺的法律限制。在保证刑事案件中穷人有适格的代理人的斗争中，法律有着最为权威的作用，这取决于他形成以及引导政治意愿的能力，并将产生制度变迁。决定性的问题是探究法律是怎样帮助掌控着贫穷者的辩护服务的财力、组织以及行政机构的政治行动者们作为的，实体刑法分配资源的形式，促进制度变迁，以便修理在许多司法管辖区都是失败的贫穷辩护的体系。尽管并没有高招，仍有种种辅助战略可以贯彻实行。这些策略包括：努力进行立法改变以限制实体刑法的范围；促进联邦以及州法院的诉讼体制改革的成功；寻求美国司法界监督者及如律师协会等协会的支持；招募私人辩护律师以及专门从事刑事辩护的非政府组织以设立更高的实践规范；推进联邦政府在促进州贫穷辩护改革中的参与度；促进社会企业家精神以促成解决贫穷辩护危机的创新方案；利用媒体教育及促进公众的强大力量，以及法学学术界更加定向的教育及激励下一代律师，从而解决这个紧迫的问题。（【美】《耶鲁法学杂志》第 122 卷第 8 期【2013 年 6 月】第 2694 页以下）

（李梦玉 译）

（刘文丽 校）

强制性判刑：及种族差异：评估起诉人所扮演的角色及布克所带来的影响

Mandatory Sentencing and Racial Disparity: Assessing the Role of Prosecutors
and the Effects of Booker

Sonja B. Starr & M. Marit Rehavi

本文给出了有关美国诉布克案影响的新实证证据，这一实证证据使得种族差异的联邦刑事案件的法定量刑标准有所松动。现存的有关量刑不一致的实证著作中存在着两大缺陷。首先，研究仅仅是孤立地关注量刑，支配“推定量刑”或由任意指控、辩诉交易以及事实调查等引起的类似措施。在这些早期程序中的任何不一致都必须排除在所产生的量刑差距评估之外。我们的研究证实这一排除现象：量刑前的事实认定有着实质性的量刑不一致结果。其次，现存研究已经运用了宽松的因果关系干预方法但却不能摆脱相关事件和趋势下量刑法律改变所带来的

影响，例如布克。相反，我们使用的用来追踪案件从逮捕到量刑的数据集得以使我们能够评估布克案在指控，辩诉交易，事实认定，还有量刑上的影响。我们通过严苛的断点回归设计来摆脱背景趋势。与其他研究相反(特别是，最近富有戏剧性的美国量刑委员会的要求)，我们认为并没有证据表明自布克案以来种族差异有所增加，因为布克案还更少了些。未经解释的种族差异仍在持续，但似乎并未增加司法自由裁量权的扩张。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 1 期【2013 年 10 月】第 2 页以下)

枪支地方主义

Firearm Localism

Joseph Blocher

第二修正案的学说已经在很大程度上变成了实践的框架，正如法院试图决定哪种“武器”是受到宪法保护的一样，哪些人能够持有和携带它们，以及那些武器和人们受到何种方式的管制。但是目前正在发展中的法律制度有待解释这一套潜在的重要界限:即城市用来限制它们自己的。在农村，枪支犯罪和枪支管控相对缺乏，枪支文化非常盛行。相反，在城市，暴力持枪犯罪率相对较高，娱乐用枪的机会则几乎没有。从殖民统治下的波士顿到 19 世纪的汤姆斯通，再到现代的纽约城，枪支始终都受到城市愈来愈严格的管控——一定程度的地理变化，使得相关的其他宪法权利很难被发现。本文认为第二修正案的学说以及在各州优先于联邦法律的学说有能力并且应当体现这些在城市和农村枪支使用和管控方面所长期存在的、可察觉到的区别。这样做将会使得枪支管控的止步不前的争论迎来新的发展可能，保护农村枪支文化的同时放手城市去解决枪支暴力犯罪，并维护美国长期存在的枪支地方主义传统。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 1 期【2013 年 10 月】第 82 页以下)

不被问津的工会:没有集体谈判的政治

The Unbundled Union: Politics Without Collective Bargaining

Benjamin I. Sachs

美国的公共政策对富人模糊的回应,包括一直以来对竞选资金管控这一问题的答复,都是非常令人不满意的。然而,政治学的学生很久之前便认识到了,政治影响不仅来自于财富而且来自于组织,它是一种面向所有收入群体开放的政治权力形式。因此,本文认为,对于竞选资金管控来说,一种有可能的选择方案是穷人和中产阶级用来促进政治组织的法律干预。迄今为止,同类型中最重要的法律干预就数劳动法了,并且工会也已经成为此类组织中的中心媒介。但是工会作为一种政治组织媒介有着根本的缺陷:工会将政治组织与具有高度竞争形式的经济组织——集体谈判——捆绑到了一起。结果,集体谈判的反对派阻碍了工会作为低收入和中等收入群体的政治组织媒介而发挥其能力。本文提议劳动法不再束缚工会,从而允许雇员出于政治目的,而非仅仅出于集体谈判的经济目的来组建工会。这样做将会对来自限制集体谈判的,解放政治组织的努力产生即刻影响,这一结果也能够有效的减轻代表性的不平等。本文确信法律改革对于促成不受捆绑的“政治工会”来说是必不可少的。本文结论是通过展望文中提及的工会的未来,并且建议一种旨在促进那些收入群体的政治组织建设的广义上的改革机制。而对于那些收入群体来说,目前的代表地位不平等确实是一个问题。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 1 期【2013 年 10 月】第 148 页以下)

最高法院的特别陪审团

Special Juries in the Supreme Court

Lochlan F. Shaffer

第十七条修正案授权联邦法院的陪审团办理普通法所规定的案件。目前,联邦最高法院仅仅在一件已经报道的案件中已经主持过一场陪审,即 1794 年的乔治亚州诉布莱斯福德案。最高法院陪审团的前景使得该案件充满了乐趣。然而,布莱斯福德更出名的是它在法官决定法律和事实权力上的挑衅语言。然而,该审判大部分是自然而成的。本文审阅了该案件的现存文件并且认为最高法院所采用

的陪审团是曼斯菲尔德勋爵传统下的商人组成的特别陪审团。这一结论让人们对最高法院是如何在第十七你修正案有所要求的情况下，在未来的案件商定陪审团审判有了更多的了解。进一步来说，本文的调查结果也为更好的理解首席法官杰伊所说的话，即陪审团在决定法律和事实方面的权力，提供了来龙去脉。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 1 期【2013 年 10 月】第 208 页以下）

法定解释中不存在政治问题：兹沃托夫斯基诉克林顿案的 暗含之意

There's No Such Thing as a Political Question of Statutory Interpretation: The
Implications of *Zivotofsky v. Clinton*

Chris Michel

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 1 期【2013 年 10 月】第 254 页以下）

（刘文丽 译）

（李梦玉 校）

极权主义国家与解释革命：行政国家，司法及 1890-1950 立 法史的崛起

Leviathan and Interpretive Revolution: The Administrative State, the Judiciary, and
the Rise of Legislative History, 1890-1950

Nicholas R. Parrillo

一代人以前，对于联邦法官来说借助立法史来解释成文法是稀松平常并且毫无争议的。但是自 20 世纪 80 年代以来，斯卡利亚大法官发起的文本主义运动极力主张将立法史从司法体系中脱离出去。作为结果的文本主义者和其反对者之间的争论——这一争论支配了法定解释整整一代人的时间——除非我们弄清楚立法史在一开始是如何成为解释的常用工具，否则我们不能真正的理解。学术著

作并未给出上述问题的答案，其关注的是如何使对立法史的依赖作为一个理论问题被许可(在 1892 年的三一教堂案中)，而非如何使其变得正规、惯常，并且被预期为司法及法律工作者的实践问题。规范化问题是关键，因为立法史一直以来被认为较其他解释资料更为困难，成本也更昂贵。什么样的法官和律师会使得人们认为的棘手的原始资料的运用惯常化?利用新的数据引用和档案研究，本文揭示出立法史的司法运用是在大约 1940 年时突然变成惯例的。推动司法上立法史的主力是新近扩张的新政时期的行政国家。凭借其前所未有的人力及与国会的亲密关系(这一亲密关系意指国会议员要依靠代理人员来帮助其起草法案及书写立法史)，行政国家是美国历史上第一个有能力系统研究并对立法的论述做摘要，并将其大批量的简明、清晰的提供给法官的机构。通过在 1940 年引入立法史，法官开始占有只有行政机构才能有特权制作和使用的原始资料——这也是法官们充分认可代理为中心治理方式的完整发展。至少从起源来说，立法史是一种集权的解释工具。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 2 期【2013 年 11 月】第 266 页以下)

将公民联合并作为新闻出版条款案例重议

Reconsidering Citizens United as a Press Clause Case

Michael W. McConnell

多数派及持有异议的少数派在分析公民联合中的主要缺陷 在于他们将此问题当做是一个言论自由案件而非出版自由案件。书写和传播批评公职机关候选人的记录片的权利是公司集团所享有的出版自由权的核心。政府惩罚媒体公司对此类纪录片的传播是不合宪的，因此，同样可以得出的是，除非出版自由仅能由官方媒体来行使，否则惩罚诸如公民联合之类的非媒体公司对记录片的传播同样是不符合宪法规定的。先例、历史及语用学均不同意使得出版自由受到如此限制的思想观点。因此，公民联合案判决结果的正确性几乎无可争议。无可争议的是，纽约时报一类的公司可以在竞选期间发表社论，其他执行出版功能的公司，即使并非传统新闻媒体业的一部分，同样有这个权利。虽然基于新闻出版条款形成的

裁决并不意味着任何有关竞选捐款宪法学说的改变,但这一判决也并非构成出版自由的实践。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 2 期【2013 年 1 月】第 412 页以下)

共犯责任中的犯罪意图:帮助意图

The Mens Rea of Accomplice Liability: Supporting Intentions

Sherif Girgis

一个人只要其帮助犯罪者或者影响了犯罪者,并且带着所要求的犯罪意图这样做了,共犯责任就会使他对其从未犯过的罪承担刑事责任。仅仅是犯罪意图应为何物这一争论就持续了超过一个世纪的时间。本文中我整理出了三大主要观点,并且发现了它们均有不足之处。我建议先抛开帮助者对于犯罪者实施犯罪的精神状态是最重要的这一普遍假设,虽然这一假设很少受到人们的质疑。转而去考虑他对于犯罪者行为目的的态度:依照此观点,在下述两种情形下,帮助犯是共犯。(a)如果他意欲确保主犯形成并实施其犯罪计划(b)并不希望或期待该计划失败。这一标准能够更好的证明承担共犯责任是合法的。这样也能够更精确的辨认出应当为犯罪者的真正犯罪承担罪责的帮助犯。并且这种同等的罪责也是在一个迫切惩罚并完全选择这样做的体系中,使从犯和主犯承担同等责任的最好——或许也是唯一最佳的——准则。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 2 期【2013 年 11 月】第 460 页以下)

第一修正案中解决不受商标保护的药品制造商侵权责任的 方法

A First Amendment Approach to Generic Drug Manufacturer Tort Liability

Connor Sullivan

(原文无摘要)

(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 2 期【2013 年 11 月】第 495 页以下)

欧盟委员会数据保护总规则：朝向数据隐私保护的财产制度

The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for
Protecting Data Privacy

Jacob M. Victor

(原文无摘要)

(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 2 期【2013 年 11 月】第 513 页以下)

(刘文丽 译)

(李梦玉 校)

专利法中解读与构建的区别

The Interpretation-Construction Distinction in Patent Law

Tun-Jen Chiang & Lawrence B. Solum

现今人们认为专利法存在的最大问题就是专利申请语言模糊不清。语言的模糊性被认为可能会引起极大的专利权利的不确定性。因此，学者和法官们致力于开发更好的语言工具，用于帮助法院理解专利权利要求书。

本文中我们解释了为什么这一论断从根本上是错误的。权利要求并不总是模糊的，语言模糊性也并非现今专利法不确定性的主因。我们将会解释专利权利不确定的真正原因，以及关于语言模糊性的错误论断是如何导致文献偏离正轨的，又是什么能使我们回到正轨解决不确定的问题。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 3 期【2013 年 12 月】第 530 页以下)

作为诉讼捍卫者的机构

Agencies as Litigation Gatekeepers

当代法治国家面临的主要挑战之一是使繁多、重叠、且相互依赖的公权力与私权利实施机制合理化、协调化。近年来，为达成此目的，授予行政机构诉讼捍卫者职权的呼声高涨，这一授权覆盖多个法治领域包括环境保护、人权以及反垄断和证券。据说，机构可运用自身的专业技能、以纵观的视角来衡量成本和利益，并决定私人诉讼权利是否有存在的必要。或者，代理机构应当被授予在个案中评价诉讼的权力，阻止不好的案件，帮助好的案件，并因此可以有效利用已有的私权利实施权限，从而保存稀缺的公共资源用于他图。然而虽然此呼声高涨，像机构的捍卫者职权是否应当或如何用于实践的少数派理论及证明，仍然能存在。机构经常被援用但还不成理论，本文致力于通过对此进行系统化的描述以填补理论和实践的鸿沟。借助于机构行为理论和现存的关于捍卫者机制的实证分析，本文简要列举了一系列法治情境下支持和反对授予机构诉讼捍卫者职权的情况。本文阐述了一些基础的设计原则，政策制定者可用这些原则衡量竞争模式或者决定机构捍卫行为是否行得通。成果不止于此。剖析代理机构捍卫行为让我们重新思考机构在最富成效的法治制度下所扮演的角色，而在最高院对沃尔玛诉杜克斯做出判决后，就业歧视管理体制修订的条件似乎成熟了。另外，本文对大量关于“诉讼改革”的文献做出了新的贡献，并重新确定了关于最佳法治设计学术讨论的方向。本文探究了行政和诉讼愈加模糊的界限，从而重新定位了政府自身的轮廓和目的。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 3 期【2013 年 12 月】第 616 页以下）

上、下和综合：论普华规则下性交偏好的直观观点对性行为主张的意义

Tops, Bottoms, and Versatiles: What Straight Views of Penetrative Preferences
Could Mean for Sexuality Claims Under Price Waterhousev

Ian Ayres & Richard Luedeman

本文报道了 800 多名异性恋者对具有不同性活动的同性恋者的看法。我们将受调查者进行随机分配，并让其知晓同性恋三种特征之一，特征的分类仅依据性交偏好的不同：上（偏爱做主动方）、下（偏爱做被动方）以及综合（两者皆可）。总的看来，异性恋者对综合型表现出了明显的反感，其次是下，相比之下更能接受上的偏好。我们阐释了异性恋者对性交偏好与性别定式保持一致者不甚反感的原因。基于调查结果，我们重新审视了多个法院采用的概念，即普华性定式规则不能用于性行为主张，因为这会使性取向向保守方向发展，而国会已经选择承认同性恋。结果表明对同性恋的恐惧是性别使然，但恐惧并非完全针对所有的男同性恋者或者完全基于性向的不同。我们进一步考虑了接受调查者最反感综合特征人的原因，途径是区分“反对派”性别违反者和“中间派”性别违反者。最后，我们讨论了我们的调查结论对法律上和社会上广泛发生的同性恋、双性恋以及变性者运动的启示。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 3 期【2013 年 12 月】第 714 页以下）

为什么要保护宗教自由

Why Protect Religious Freedom?

Michael W. McConnell

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 3 期【2013 年 12 月】第 770 页以下）

税收案例：关于创新政策的比较方法

The Case for Tax: A Comparative Approach to Innovation Policy

Shaun P. Mahaffy

联邦政府发布了一系列指示鼓励创新，包括专利、税收、花费等。但是法学学者忽视了这一系列指示如何协调的问题。在本文中，作者认为税收减免可用于改善专利法导致的低效现象。缩小大力度的税收减免适用范围可以以相对较低的

成本激励小型企业和新兴行业。作者认为比较式的分析指令应当是创新学者的必备工具。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 3 期【2013 年 12 月】第 812 页以下）

（吴 晶 译）

（吴莉莉 校）

冰块保金：破产法第 11 章破产过程中的价格分配

Ice Cube Bonds: Allocating the Price of Process in Chapter 11 Bankruptcy

Melissa B. Jacoby & Edward J. Janger

在克莱斯勒公司依据《破产法》第 11 章提出破产申请一案中，法院判决证明将公司快速出售给菲亚特是合理的，因为债权人每天损失达到 1 亿美元。经常有人提出一种主张，即，在公司提出破产申请后不久，公司就成为了一块不断融化的冰，这一主张证明了根据《破产法》第 363 条（b）款快速出售公司的合理性。本文提出了一个政策性问题：这种速度及其所伴随的过程简化是故障还是特色？快速销售持续经营中的公司，是最大程度地增加破产财产的价值，还是促进了现任管理者，资深债权人与潜在购买者之间的勾结交易？答案是，两者都有。在法庭和当事人对于公司价值和迟延成本有很好了解的情况下，将销售进行区分就很重要了，在这种情况下，利用信息不对称锁定有利交易。为了实现这一分类，减少利用交易影响的投机行为，笔者试图将放弃过程中增加的风险分配给销售受益者，而不是给破产的财团。笔者主张在销售的时候留出一笔储备金——冰块保金，谨防在销售结束后，出现与破产财产价值和破产方案的优先顺序有关的潜在争议。在保留《破产法》所考虑的协商机会和破产宣告机会的情况下，该方法保留了 363 条规定的快速销售，并将其作为一种有用方法，用以确定复杂资产和价值最大化中的产权。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 4 期【2014 年 1 月】第 862 页以下）

股东投票权之演进：所有权和消费权分离

The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and
Consumption

Henry Hansmann & Mariana Pargendler

19 世纪，现代商业公司在世界范围内迅速普及并实现标准化。然而，这种早期的公司形式在许多重要方面不同于当今的公司形式。最为明显地是，他们通常不会采取作为现今惯例的一股一票规则，而是采取限制投票制，该体制相对于大股东而言，对小股东更为有利。近年来，法学家和经济学家都试图对这一体制进行阐明，这一体制作为投资者保护的粗略形式，在投资者保护法相对薄弱的时期，能够保护小股东免受控股股东的剥削。

与此相反，我们认为，在通常情况下，限制投票规则不仅可以用来保护投资一方的股东，还可以用来保护消费一方的股东。采取这一规则的公司通常是提供重要基础性服务的地方垄断公司，例如交通，银行，以及保险。使用这些服务的地方商人，农民，土地所有者则是该公司的主要股东。通常他们购买股票并非期待于获利，而是为了资助集体财产。限制股东投票确保了公司服务的控制权不会落入垄断者和竞争者之手。实际上，公司在很大程度上，具有消费者合作性的特征。本文将对 19 世纪的越权原则所具有的独特重要性作出阐述。

虽然，当今的法律和经济学者不断地关注所有权和控制权的分离，但是先前在 19 世纪末已经实现的所有权和消费权分离，也是另一个基本的，但常为人所忽略的，商业公司的历史转折点。通过理解这一转变，不仅可以解释历史实践，还可以解释有关偏离一股一票制的当代争论。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 4 期【2014 年 1 月】第 948 页以下）

报复性起诉行为：起诉裁量权与辩诉交易的过去与未来

Vindicating Vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and
Future

Doug Lieb

本文对于报复性起诉理论的去和未来的可能走向进行了探究，这一理论禁止通过行使法律权利对刑事被告人进行报复。本文对该理论的偶然起源提供了新的历史性解释。本文认为报复性概念的复苏可能与当前的一些理论创新和争议有关，这些理论创新和争议是围绕着起诉裁量权与强制辩诉交易展开的。规则禁止控方对于被告人行使其审判权的行为故意进行惩罚，这一规则可能允许对于起诉裁量权进行实质性限制，但是应采用一种尊重而非破坏审判权的方式对其进行限制。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 4 期【2014 年 1 月】第 1014 页以下）

动机为何重要：重构法律激励的排挤效应

Why Motives Matter: Reframing the Crowding Out Effect of Legal Incentives

Emad H. Atiq

通常，迎合其创造动机的法律规则和规章制度才具有合理性。本文探究了有关动机的重要事实，但该事实常为人所误解，即，它们经常排挤掉自然动机，该动机使得公民不得不从事具有社会价值的行为，例如，公民责任感，自我激励，以及宽厚待人。因为在某些情况下，动机会产生相反的结果，——当对法律制裁的恐惧和对资金奖励的渴望代替了其他的动机形式的时候，实际产生的具有社会价值的行为比管理者试图激发的具有社会价值的行为还少得多。所以长期以来，动机的排挤效应都是个问题。与此相反，在探究对于行为结果的影响之外，笔者还探究了法律动机对于动机心理学的影响是否在某些情况下，存在固有的缺点。笔者表明，排挤效应的规范性重构，该效应重视存在于高动机中的固有价值，有助于对各种法律现象产生新的见解，包括知识产权合同侵权的学说规则，法律改革的过失理论，该重构影响着以规则为基础的法律指导和以标准为基础的法律指导之间的选择，影响着法律的战略使用，这种战略使用可以改善公民形成互负法律责任概念的方法。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 4 期【2014 年 1 月】第 1070 页以下）

（魏 琪 译）

（张 飞 校）

新最小城市

The New Minimal Cities

Michelle Wilde Anderson

在 2007 年至 2013 年间，28 个城市的当局政府宣布破产或者进入破产管理状态以处理财政亏空。为了削减成本并转移收入、抵偿债务，这些城市采取了大幅度的财政紧缩措施——不知不觉形成了一次对衰落的城市公共部门的试验，这些城市已经被家庭贫困和机制退化掏空了。最终，这些削减措施也引发了一个问题，如同在城市街道方面那般明显，该问题在破产法上愈发凸显：即使未向债权人履行义务，城市还是否有可能不再削减公共服务，出售公共财产？

本文仔细研究了破产城市——它们的居民，自然和社会条件，它们的债务以及政府。从表面上看，文章探索了地方对财政危机的适应性。展开来看，本文探讨了一个法律问题，即：一个城市能为其当前居民保留多少的收入份额呢？这个潜在问题必须由市长、州长、国家和地方立法、破产法官以及国家委派的财产管理人决定。债权人拥有合同和法律判决，可以量化一个城市对他们要承担的义务，而居民则不同，他们不能向城市收入提出现金索赔。破产法本身对这一具有挑战性的问题没有提供任何指引——它只是规定将某些当前开支用于维护“健康与福利”（这个概念所引发的的问题已超过它所能回答的）本文研究了居民的利益，为决策者和公众呈现出具有启发性的方法，帮助他们思考，当城市面临债务违约的风险时，哪些才是必要的公共开支。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1118 页以下）

基金和资金管理人的分离：信托公司的结构和管理理论

The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and

Regulation

John Morley

本文针对信托公司与普通公司的区别提出了一个宽泛的理论，当中涉及如何理解和控制这些公司。一个核心的主张是，投资基金（例如，共有基金，对冲基金，私募基金以及其它各种基金）并不是通过其持有的财产，而是通过其独特的组织结构被区分出来的，该结构将投资资产和管理资产分成拥有不同所有者的不同实体。在这一结构中，投资资产属于“基金”，然而管理资产属于“管理公司”。这种机构以一种相当矛盾的方式在使信托公司的投资者受益：它限制投资者控制其资产经理人并与其分享利益和责任的权力。因为大多数投资基金共通的某些特点使这些限制更有效率，所以投资者接受这些限制。那些特点包括替代控制权的强大的投资者退出权，以及鼓励管理者同时操作多种基金的范围和规模经济。这一结论阐明了合同签订和监管的许多关键领域的问题，驳斥了怀疑论者的主张，他们认为基金投资者如果能自己直接雇佣资产经理人，效果会更好。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1228 页以下）

法律的道德影响理论

The Moral Impact Theory of Law

Mark Greenberg

笔者提出了一种新的观点，它将替代一直主导法律思维的两大法律观点。我的观点创新性地描述了法制机构的行为如何使法律成为其本身，相应地，对于如何解释法律文本也作出了新的阐释。笔者认为，法律义务是道德义务的一个特定子集。法制机构——立法机关、法院、行政机构——采取措施改变我们的道德义务。它们是通过改变道德上相关的事实和情境来达到这个效果，例如，改变人们的期待，提供新的选择，或者在特定的项目上赋予人民代表的祝福。粗略来说，笔者认为，最终产生的道德义务就是法律义务。笔者将这种观点称为道德影响理论，因为此观点认为法律就是法制机构相关行为产生的道德影响。笔者在文中详

细阐述并提炼该理论，说明了它对法律解释的影响，同时也对重要的反对意见作出了回应。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1288 页以下）

审前羁押和监视权

Pretrial Detention and the Right to Be Monitored

Samuel R. Wiseman

近年来，虽然为了防止危险而进行拘留的措施引起了广泛关注，然而，由于一直以来对保释金制度的普遍依赖，大量没有危险性但身无分文的被告被羁押，以确保他们能在庭审时到场。

本文提出了两个相关的观点。首先，在近期，为了解决潜逃问题，电子监控将会成为保释金制度的优选替代方式。与之前减少审前羁押率的提议相比，电子监控有潜力既降低逃跑率（通过轻而易举地定位被告的位置），又减少政府开支（通过减少公费羁押的被告数量）。

其次，尽管电子监控对被告和政府都具有潜在的利益，但它不可能通过立法或行政措施加以适用。为了实现有意义的变革，最大的希望就是宪法第十八修正案对过度羁押的禁止。然而，为了实现这一目标，法院不得不首次提出一套有关“过度性”的意义重大的理论，以测试政府的审前目标与为了完成目标而采用的手段之间的匹配程度。本文开始了此项研究，认为修正案的文本、目的以及历史都支持这一要求，即所选手段至少实质上不能超过所必要的负担。根据这一标准，保释金制度导致的结果是普遍的拘留，但效能和款项节约并没有相应地增加，面对技术性替代手段的限制逐渐放开，保释金制度难以继续维持。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1344 页以下）

停止忽视政治恩惠和短缺：选举法和选民服务

Stop Ignoring Pork and Potholes: Election Law and Constituent Service

Joshua Bone

本文要解决的问题是选举法中持续存在的空白——学者和法官都未将选民服务问题纳入其理论与方法中。笔者认为，选民服务活动既是代表权的重要方面，也是对规范政治进程的法律制度的回应。古典选举法提议法院应该干预政治进程以确保政治竞争，笔者首先研究了这一提议对选民服务的影响。然后，笔者探究了如何使投票权法更好地保护少数民族聚居地区居民的选民服务利益。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1406 页以下）

针对拦截搜身的违法严重性模式

An Offense-Severity Model for Stop-and-Frisks

David Keenan & Tina M. Thomas

学界越来越多的人都在批评最高法院有关第四修正案的判例缺乏比例分析，本文也就此问题展开研究。然而，我们并非只是为当前的法律学说而感到遗憾，我们提供了一个实用的标准，供州和联邦法院用决定对行人拦截搜身的可行范围。具体来说，我们建议法院采用一种违法严重性的模式来区分轻微违法行为（如违章横穿马路、公然酗酒以及简单的侵权行为）和更加严重的犯罪。两个州的最高法院——马塞诸塞州和华盛顿州——已经适用了我们的部分方法，进行拦截搜身时，将非犯罪行为 and 犯罪活动区分开来。也就是说，在那两个州，警察不会仅仅基于怀疑有非刑事犯罪行为而进行拦截搜身。本文进一步对轻微犯罪行为的拦截搜身提出一种可反驳的推定。为了推翻这个推定，告发者将承担举证责任，证

明执行公务的人有理由相信该可疑罪行对公共安全造成了紧迫的威胁。根据宪法第四修正案及其相应的州法律，违法行为严重性模式可以作为评估警察行为的准则，在提倡这一模式的过程中，本文致力于促进对该模式的效用进行广泛的讨论。

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1448 页以下）

人人公开携带武器：赫勒案与 19 世纪的第二修正案

Open Carry for All: Heller and Our Nineteenth-Century Second Amendment

Jonathan Meltzer

在哥伦比亚特区诉赫勒和麦克唐纳诉芝加哥市的案子发生之后，为了定义宪法第二修正案的范围，急需解决的最重要的前沿问题就是在居所之外携带武器的权利。下级法院并不认同解决这一问题的正确方法，以及如何解读最高法院的判例和确定第二修正案所保护的權利范围。当然，他们已经得出了截然不同的结论。本文认为，赫勒案和麦克唐纳案的发生，毫无疑问会使法院在审查携带武器的权利问题时要进行一次历史性的分析。此次历史性的审查——由原始材料、方法论以及赫勒案的逻辑指引——得出了两个重要的结论：（1）第二修正案保证了在居所之外携带武器的权利；（2）它只保证了公开携带的权利。虽然最高法院调查的大部分历史都未表明人们对携带权的早期的理解，但是最高院查阅的一组原始材料明确说明了携带权的问题——战前州最高法院的案件——表明法律只保护公开携带武器的权利。这一结论还未在学界得到普及，它与枪支管制和枪支权利的提倡者表明的观点都不同。提倡枪支管制的学者认为人们没有在居所之外携带枪支的权利。提倡枪支权利的学者认为州可以在公共携带和秘密携带之间任选其一，只要有一个权利得到保证即可。尽管这些结论对 21 世纪的美国人来说更加切合实际，但是任何一个都与赫勒案的方法以及其依赖的原始材料相矛盾。相反，忠实地解读赫勒案需要在宪法上保护公开携带武器的权利，并且，说来也怪，还需要我们持有 19 世纪的武器携带权的观念。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1486 页以下）

管制性取向改变疗法：加利福尼亚的方法，它的局限性和潜在的替代性方案

Regulating Sexual Orientation Change Efforts: The California Approach, Its
Limitations, and Potential Alternatives

Jacob M. Victor

加利福尼亚成为第一个禁止心理治疗师对未成年人进行“性取向改变疗法”(SOCE)的州，这种方法也称为矫正疗法。本文认为，尽管立法有着令人赞赏的目标，但是加利福尼亚州的管制策略也许并不一定会为其它试图限制 SOCE 的州提供一个最好的模式。加利福尼亚的方法在几个方面都是有问题的：它强化了性认同这个核心概念；它尤其适用于第一修正案的问题；通过加入历史上普遍的反同性恋描述，它有可能产生政治上的强烈反应。笔者认为另一种方法会减少 SOCE 治疗者带来的影响，就是运用当前的州法律，禁止医师对其治疗效果做出欺骗性承诺。由于人们普遍认为 SOCE 没有效果，挑战 SOCE 的实践者运用州的反欺骗法可能会得到与完全禁止 SOCE 相类似的结果。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1532 页以下)

需要更正：陆军军事记录委员会辜负了患有创伤后精神障碍症的老兵

In Need of Correction: How the Army Board for Correction of Military Records Is
Failing Veterans with PTSD

Rebecca Izzo

(原文无摘要)

(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1587 页以下)

让责任与罪行相符：对性罪犯适用比例性审查

Let the Burden Fit the Crime: Extending Proportionality Review to Sex Offenders

Erin Miller

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 5 期【2014 年 3 月】第 1607 页以下）

（孙亚楠 译）

（杨文君 校）

威胁发动战争的权力

The Power to Threaten War

Matthew C. Waxman

当下的战争权学说过于关注总统在国外进行军事行动的权力以及此种权力被国会限制的程度。这些学说忽视了此种法定权力被分配于威胁动用军事力量或发起战争，即使是威胁——用以压制或威慑敌人并安抚盟友的威胁——也是美国政府发挥其军事力量一个至关重要的方式。本文填补了学说空白，利用最新的政治学和历史学成果，为塑造了美国安全政策的现代总统权力学说构造了更为丰满，更为精确的解释。

总统使用武力威胁的实践范围不断膨胀，这基本符合战争权由国会易手总统的规范历史叙事。确实，将武力威胁加入那一叙事中可能暗示了在战争与和平权方面的转变要比通常认为的更具戏剧性。但是，本文认为，相对于法律辩论的通常设想而言，该辩论与塑造战略决策的战争权有关——国会的影响力通过不同的方式——运行地更为稳健。反过来，这种国会影响力机制能够提高武力威胁的效能。

通过关注武力威胁及其公信力需求的争论，本文对许多与政策优势和风险有

关的正统观念提出了质疑，这些正统观念是伴随着法定战争权的各种分配而来的。本文并不给出一个最优的政策方案，而是给出如下结论，宪法上的战争权的分配是——且应该是——因地缘政治和战略上情况的不同而不同。事实上，在战争与和平权方面，总统的权力和国会的权力要实现真实有效的平衡，必然取决于假设和政策选择的转变，这些假设和政策选择与如何最好地保障美国利益免受潜在的威胁有关。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1626 页以下）

5 票对 4 票：何以简单多数能左右法庭？

Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?

Jeremy Waldron

法院，如美国最高法院，通过投票来做出关涉权力的重大决定，并且这一决定通常由简单多数做出。但这并未充分反映法院做出多数意见（多数决）的原理。很少有学者讨论这一问题，并且只有少数的论文提出了在司法环境中多数决的替代方案。所以，法官基于多数决做出裁判的正当性何在？在民主的语境中，多数决通常基于如下三个论点中任意一个获得论证：（1）作为一种决策程序它是有效率的；（2）它是获得最佳客观决定的一种方式；或者（3）它是尊重政治平等原则的一种方式。但是，在作出司法决策的情况下，很难看出这些论点如何真正地对多数决进行了解释或论证。关于论点（1），其他有效率的程序也是可行的：我们想知道为何应该重视这种效率。关于论点（2），对于美国最高法院在裁判时所采用的简单多数这一多数决种类，并不能很好地运用有关多数决的认知观点进行解释。最后，关于论点（3），很难从政治平等或政治公平的论点来解释非选举产生的法官与普通公民以及他们的代表之间形成的对比。通过对这些可能性的描述，本文认为，至少，司法机关的捍卫者在他们对民主多数主义的谴责上应更具试探性。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1692 页以下）

联邦制的新民族主义:概述

Federalism as the New Nationalism: An Overview

Heather K. Gerken

(原文无摘要)

【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1888 页以下)

由主权和程序到管理与政治：美国联邦制的未来

From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of
American Federalism

Jessica Bulman-Pozen

二元联邦制一经宣布死亡，爱德华·考文（Edward Corwin）便怀疑州是否能够“作为迄今为止民主情感，动力和行动的重要组成部分被保存下来。”联邦制文化给出了肯定的答案。因为不愿抛弃二元联邦制对州自治及特别利益做出的贡献，学者们提出新的方式来保护州与联邦分离的模式。而当下，州与联邦政府比起分离来更显得相互整合。州在联邦的法律框架下成了共同管理者和共同立法者；他们与行政部门并肩实施联邦法律，与国会一起起草法律。失去了行动的自主权，州政府多样化地、有竞争地引进联邦法律，依据个别的联邦法条来调整自己州对抗其他州。州也在州内外代表美国参与全国性的政治辩论。他们促进民主党与共和党之间的竞争，为全国联网通过直接民主改进其机构提供舞台。我们应该将现下的美国联邦制理解为我们民族多样性的一种表现而不是把目光聚集在州自治和特别利益上。这一需要并不导致我们对考文的问题做出否定回答：恰恰因为州是联邦政府的组成，而非相互独立的主权国，他们继续扮演着“民主情感，动力和行动”的重要组成部分。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1920 页以下）

忠实的反对派

The Loyal Opposition

Heather K. Gerken

忠实的反对派这一短语在美国的辩论中不常用，因为（我们认为）我们欠缺允许少数派参与管理的制度结构。在这一观点下，我们找到了我们自己的方式从而在建立忠诚的同时允许异议，但这是一种权利本位而非制度本位的策略。我们从权利出发来建立忠诚的反对派，而多元化是我们成功的措施。

这一描述不只是错误的，它还不及我们对外宣称的那般吸引人。过分狭隘的关注权利及一些真实但令人厌恶的历史会导致我们支持一些浅薄甚至苍白无力的一体化愿景。这也导致我们采取应该授权却涉及很少权力的民主立法措施。

这些对于专业学者，尤其那些民族主义阵营的学者们，应该不是什么新鲜事了。民族主义者知道我们欠忠实的反对派很多。他们只是不能告诉我们“很多”到底为何。更糟的是，他们将我们确实给与民主的局外人的“很多”贬低为联邦制。联邦制和权利如相互咬合的齿轮，带动民主前进。对于民族主义者来说，在充当批评者抱怨国家权利和政治，同时抛出有关联邦制过时的抱怨已经显得过于容易了。忠实的反对派认为应将分权理解为国家特色，因而，他们可以公平地要求民族主义者提出一些更好的观点。过度使用生硬的术语所带来的问题是，民族主义者要么行动，要么闭嘴。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1958 页以下）

我们的联邦制（国家）

Our [National] Federalism

Abbe R. Gluck

“联邦制国家”最好地描述了当下州与联邦权力分配的模式，但它是一个没有原则的联邦制。联邦制现今主要来自于国会——通过它赋予州在联邦框架中主要角色的决定来保证州在法治时代中持续的相关性。结果，各州许多极为重要的

主权行为现在要以联邦制定法的施行为依据，但是我们并无法律来使这些主权行为得以实行。联邦制国家是：国家主义和联邦主义——两者同时存在且相互内涵——其完全由联邦政府产生。不同于传统联邦制，它既不是一个不变的存在也不是一种应得的权利，它更像联邦法律制定的一种特色。但它也不具有一般国家主义的特点，因为它将实验，多样化和州历史观——典型的“联邦主义”价值——包括进国家法律中。即使法律不认可，州也保有自主权。州可以通过州的法律，任命新的州政府官员，在州法院审理州法案件，这些都是州落实联邦制定法的部分工作，但是却以许多方式自主地完成了。Chevorn 的学说给与州更多政策制定的自由裁量权、管辖权规则，这些可以使得更多的案件留在州法院，而法律选择机制要求州的审查标准和行政程序法应该符合州立法机关制定的法律，借以实现联邦法律在各州的具体落实——与之不同，我们的学说则相对混乱，法院也没有将这些问题当作联邦制的问题。本文将国会作为联邦制的主要来源，并将国家主义重新安置其中。最后，本文收集了 15 个尚未解决的学术问题，这些问题反映了现代联邦制在法律领域的复杂性和重要性。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1996 页以下）

条文一的影子权力

The Shadow Powers of Article I

Alison L. LaCroix

最近，解释美国联邦制含义的争论点，由贸易条款转向两个文本上无足轻重实质上却很重要的条款：必要和适当条款，在较小程度上，也即公共福利条款。本文对此进行了讨论。近 12 年来，这些无足轻重、结构上不明确的联邦权力——笔者称他们为“影子权力”——其重要性日益凸显。由冈萨雷斯诉赖奇一案 (2005) 开始，紧接着通过全美独立企业联盟诉西贝利厄斯一案 (2012)，最高法的联邦主义法学理论由其审查国会贸易权范围——反映在第十修正案中——的经典模式，转变成了审查许可国会进行贸易管理的实质性理由。自相矛盾的是，对影子权力分析的增长趋向于缩小国会被许可的管理权。影子权力分析的创新在

于使得法院似乎越来越愿意——即使有争论——在条文一固有的权力，如贸易权与条文一附加的权力，如必要和适当权之间画的界限变得清晰。影子权力的行使能够帮助法院在其联邦主义分析中进行推理，同时保持其承诺一个表面上静止的基线狭窄的贸易权。影子权力分析的增长使得联邦主义的轮廓图——在含糊的宪法文本、未经充分证明便被推翻的先例以及对基本案件的体系理解中掩盖真正的（并且可能是有益的）原则上的变化——变得模糊不清。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 2044 页以下）

联邦制中的谈判冲突：制度及大众视角

Negotiating Conflict Through Federalism: Institutional and Popular Perspectives

Cristina M. Rodríguez

我国联邦体系的轮廓仍在磋商中，政府在追求自己议程的同时也在划定彼此之间的利益与权力。为了使我们的机构能管理这一动态效益，我们必须了解这一体系所能产生的价值。但是这一价值不存在单独的概念，因为任一联邦与州之关系的优点与成本，在任何联邦制争论中基于联邦，州，甚至地方性等不同，视角会有所不同，而这些视角都有自己的优点。没有哪一种概念会完全符合人们的认知。通过考虑联邦制何以建立起多种标准以及近年来有关移民、婚姻平等、药物政策和医疗卫生改革等的社会辩论，笔者试图在本文中回答一个问题，即为何从这些视角来看联邦制是好的。笔者聚焦于每一辩论中都必不可少的行政管理和判决执行，以便明确产生大部分联邦工作的可自由支配的范围。笔者认为这一体系的价值为所有的参与者所共有，其开创的在大小差异中进行磋商的框架支配了政府内磋商关系。除此特点外，笔者还强调许多机构拥有法律制定权，这一权力能够使存在交叉的政治共同体进行整合，同时在共识消亡或证明是令人困惑之时，保护有价值的分歧。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 2094 页以下）

地区政府成本收益分析中尊严的价值

Dignity as a Value in Agency Cost-Benefit Analysis

Rachel Bayefsky

2011 年，奥巴马总统签发了关于成本收益分析（CBA）第 13565 号行政命令，该命令授权地区政府在确定试行条例的成本与收益时将“人类尊严”考虑进去。本文认为，将尊严包括进成本收益分析，强调了不同的成本收益分析概念之间选择上的重要性：其一以获得货币为尊严，其二将尊严纳入非货币形式。本文分析了成本收益分析中包括尊严的多种可能方式，并借此阐明货币化与非货币化成本收益分析在选择上存在的风险。

本文接着讨论了成本收益分析能够且必然包括以非货币化形式呈现的尊严。为了达到这一目的，地区政府应该接受“定性特殊性”，其要求从定性方面阐明在一特定监管环境中重要考量的本质和重要性。本文认为，定性特殊性可以使地区政府更加透明地评价政府管理的积极和消极后果，同时促进公众在政府管理影响的相关方面参与对尊严本质的定义。出于对定性特殊性是不确定的且无法制约行政裁量批评的回应，本文主张定性特殊性仅仅提供了实际可能的确定性；这一方法倾向于表现为确定数额的货币化，但无法包括复杂而延展的尊严的本质。

（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1732 页以下）

国际刑法中的提前释放

Early Release in International Criminal Law

Jonathan H. Choi

现代国际法院提出了罪犯在服刑满 2/3 以后可以无条件提前释放的假定，这一假定降低了透明度且与国际刑法的目的背道而驰。这一原则可以追溯到与国内假释规则所做的错误类比。因此，笔者提出基于罪犯情况改变的替代方法，并且列举了法院在今后做出提前释放决定的标准。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1784 页以下）

杠杆收购的事前审查

Ex Ante Review of Leveraged Buyouts

Laura Femino

在现行破产法下，杠杆收购（LBO）使得被兼并公司破产，资本不足，或者无法偿还其债务，其后可能避免其构成欺诈性转让。这一制度，为了保护其债权人，需要在其被兼并，以及在其长时间遭遇许多实体问题，程序问题以及政策问题困扰后，进行一次事后比较评估。本文提出了一种可行性方案来代替推定的欺诈性转让诉讼：由中立的第三方评价人对杠杆收购进行事前审查。这一方案改善了现行制度中许多固有的不足之处。（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1830 页以下）

无辜的外方？莫里森，维拉尔以及交易法在域外的适用

Innocent Abroad? Morrison, Vilar, and the Extraterritorial Application of the
Exchange Act

Daniel E. Herz-Roiphe

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法律评论》第 123 卷第 6 期【2014 年 4 月】第 1875 页以下）

（邱凯乾 译）

（魏 琪 校）

非法的边界：国籍血统主义与家庭、种族和国家的法制建设

Illegitimate Borders: Jus Sanguinis Citizenship and the Legal Construction of
Family, Race, and Nation

Kristin A. Collins

在美国境外出生，但父母是美国人的孩子，其国籍状态由一系列复杂的法规进行规制。当这类孩子的父母并没有结婚时，若能够轻易辨别母亲的美国公民身份，则法规限制国籍在父亲和孩子间转移。关于这类法律适当性与合宪性的争论，大都集中在对父母各自角色的传统的性别理解或者是“真正的区别”的反映程度上。基于广泛的档案研究，本文论证了，在以性别和婚姻为基础的国际继受法，即国籍血统主义的发展中，一个重要却被忽视的原因：政府认为需要强制执行种族反移民政策，这也是美国国籍法在近 150 年来的核心部分。本文描绘的性别、种族和家庭法与国籍法的复杂的交互作用表明，如同争议所说，以性别为基础的国籍血统主义并不是美国国籍法在生物学上不可避免的要素，而是政府执行种族反移民政策的重要结果。这样的历史背景也表明，现在对以性别为基础的国籍法的挑战不仅仅来自法规的合宪性，也是来自关于国籍、家庭、性别和种族问题的论证。它虽然经常被掩盖在现代国籍争论中，但持续地改变着关于国籍的实践和政治活动。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2134 页以下）

合法性与联邦刑事执行权

Legitimacy and Federal Criminal Enforcement Power

Lauren M. Ouziel

刑事联邦制的一个显著特征是州和联邦法院在案件审理结果上的极大差异。在其他条件不变的情况下，向联邦法院起诉要求更高的定罪可能性和处罚。但是，这些差异为何会存在？传统解释归因于主权国家的法律规则、案源和诉讼事件表的不同。尽管有效，但这样的解释忽视了联邦刑事权的无形来源：合法性。通过几十年实证研究的提炼，“合法性”指在公民认为法律和权威是公平的时，他们就会遵守法律并尊重、配合法律权威。联邦刑事司法系统的合法性研究在极大程度上丰富了我们联邦刑事执行权来源的理解。此外，提炼这些来源时，揭示出了令人惊讶且有违直觉的方面：要在地方系统中效仿联邦合法性来源，我们需要

将刑事司法更加地方化。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2236 页以下）

承诺年龄

The Age of Consent

Philip C. Bobbitt

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2333 页以下）

上诉案件中的公正审判

Judging Justice on Appeal

Marin K. Levy

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2386 页以下）

司法部举报案件中诉讼费用的增长：启示和建议

The Growth of Litigation Finance in DOJ Whistleblower Suits: Implications and Recommendations

Mathew Andrews

尽管学者确认了从人身伤害到证券欺诈案件中诉讼费用的增长，但他们均未调查近期举报案件中替代诉讼费用的增长。从某种程度来讲，《虚假举报法》使法律的权力私有化。对冲基金、金融机构参与举报的行为，严重影响了检查系统。本文将指出这些影响。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2422 页以下）

减少廉价的平等：在设计法律规则时应当结合公平与效率

Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate
Equity as Well as Efficiency

Zachary Liscow

本文为理解政策制定者应当使用公平知悉的法律规则而不是税法进行再分配提供了一个框架。首先，基于本文涉及的原因，政策制定者应当选择最有效的方式减少收入的不平等，这可能涉及将法律权利分配给穷人。其次，在税收系统需要为再分配做出调整的基础上，法律规则有时需要对无收入人群负责。【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2477 页以下）

LR 事件后的家庭暴力庇护

Domestic Violence Asylum After Matter of L-R-

Jessica Marsden

从严重家庭暴力中逃脱的女性在美国寻求庇护的历史至少已经有二十年了。然而，法律系统始终不愿理解家庭暴力的发生是“由于”性别，或者将家庭暴力的受害者视为应当得到庇护的人。即使在 LR 事件中，国土安全部表示支持某些家庭暴力庇护请求，此后仍然没有有约束力的法律先例支持这类请求。首先，本文将论证女权主义理论和社会学证据提出了一个令人信服的情况：家庭暴力的发生是“由于”性别，因此家庭暴力的受害者将作为“特殊社会群体”中妇女的一员有资格获得庇护。接着，本文批判了现存的家庭暴力庇护请求的法律框架的薄弱性，并且提出了一种新颖的监管改革方案使这类请求有牢固的基础。监管改革方案明确包含家庭暴力庇护，不仅为庇护寻求者提供了有意义的救济，也是美国对妇女人权作出承诺的重要的标志性声明。【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2512 页以下）

打败黑水公司：用国内立法执行国际私营军事公司行为准则

Beating Blackwater: Using Domestic Legislation to Enforce the International Code of
Conduct for Private Military Companies

Reema Shah

(原文无摘要)

(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 7 期【2014 年 5 月】第 2558 页以下)

(吴莉莉 译)

(吴 晶 校)

我们人民：每个人

We the People: Each and Every One

Randy E. Barnett

布鲁斯·阿克曼在他的三卷本著作《我们人民》中详细介绍了社会运动是如何改变宪法性法律的，并且对“人民主权论”、“民众一致”、“高级法”以及“高级立法”做出了标准解读。在本文中，笔者探究了这些解读并发现它们极其缺乏理论支撑并且存在严重问题。阿克曼对宪法修正案非正式程序的理解反映出保护民众权力的正规程序的重要性。他在不考虑大多数和绝大多数统治所引发的规范性问题的基础上假设出一个人民主权论集合概念。大多数或绝大多数人统治并非合宪性问题的解决之道，这个问题需要一个标准化的解决方案。笔者发现了一种个人主义概念，这种概念对成文宪法的目标（包括为保护每个有主权的人的权利制定修正案的重要性）进行了解释，得出了从根本上不同的几个结论，它可以成为人民主权论集体概念或者多数主义概念的替代品。最后，在附言中，笔者回应了阿克曼教授对此文的评论。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2576 页)

反动辞令与自由的法律界

Reactionary Rhetoric and Liberal Legal Academia

Justin Driver

在庆祝 1964 年民权法颁布 50 周年纪念之际，不得不重提主流批评家当时反对民权法的争论，而现在它已成为法律神圣不可侵犯的一部分。当今知名的法律学术研究似乎误解了主流反对派的本意，认为他们采取了非常激进的形式（事实上并没有）。根据对有影响力的人在 20 世纪 60 年代发表的有关民权法的言论来分析，可以明显看出他们的言论都遵循一定的模式。主流批评家从不正面对抗法律，反之，他们借用三个标准论点作为支撑，这三个论点是阿尔伯特·赫希曼教授在《反动之辞令》中提出的对“倒错、无益、危险”的多方面试探。除了证明赫希曼的分类学是如何阐释对民权法的主流反对意见之外，本文还探讨了现代法律界对《反动之辞令》不够重视的问题。之所以这样做是因为赫希曼所提出的论点现今频繁地出现在原以为不会出现的地方：自由主义的宪法学教授的学术成就中。左倾的法学学者经常针对最高法院备受瞩目的判决意见提出修订建议，声称那些判决有负面影响，最终对一些成就无益，甚至产生危害。法学学者也有前瞻性地运用了此类反动辞令，就一些危险提出了警告，这些危险可能会伴随未来做出进步的司法裁决的努力。考虑到提倡自由主义的法学教授普遍发出反动言论，设法解释其当前占据优势的原因以及发现对其普遍使用可能引起的不良后果，都是非常重要的。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2616 页）

人民主权论与美国宪法：阿克曼研究中的冲突

Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program

Sanford Levinson

《我们人民》是布鲁斯·阿克曼的三卷本著作系列的名字。这个名字也正展示了阿克曼对于人民主权的信奉，并欣然接受民主内涵作为美国立宪制度的主旨。但“人民主权论”有很多重概念，更不必说“民主”了，阿克曼的整个学说中存在着这种冲突，冲突的焦点在于他更倾向于这其中的哪一种。尽管美国宪法是以“我们人民”的名义写就（和批准）的，但它同时也采用了“代议民主制”的理论，这种理论是特意为最大程度地减小“民众”直接参与国家级政治决策而设计的。代表们会在举办讨论会（亦或没有讨论会）后以民众的名义作出决策，但民众却不能自由选举这些代表。可以将其与美国州宪法做一对比，几乎所有州宪法都至少包含了某些方面的直接民主，许多州都通过公民立法倡议权和复议权鼓励民众积极参与政务管理，加州就是最典型的例子。所以笔者提出一个显而易见的问题：阿克曼仅仅是满足于国家宪法的限制（必须接受现有宪法，得不到自己期望的宪法），还是他已经欣然接受了美国宪法中有关人民主权论的难懂的实例，而放弃了那些不仅在理论上而且在许多州（和其他国家）的实践中都适用的更为强健的形式了呢？（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2644 页）

新汉密尔顿主义的诱惑

The Neo-Hamiltonian Temptation

David A. Strauss

布鲁斯·阿克曼的权威著作《我们人民：民权革命》认为宪法性法律发展背后的中坚力量不是法院而是人民，从 20 世纪 60 年代当选负责民权法的官员身上即可看出。然而，阿克曼教授强调，若宪法的解释应该反映出民众的实际决策，而非用富有创造力的解释去影响民众的决策，那么留给司法审查的空间就不明朗了。阿克曼向我们展示出反对黑人种族隔离的普遍共识终于形成了，但宪法性法律中许多由法院建立的固定原则并没有这种共识的支撑。审理布朗诉教育委员会一案时，并没有这种支持它的共识存在。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2676 页）

自上而下看民权标准

The Civil Rights Canon: Above and Below

Tomiko Brown-Nagin

本文以自下而上的民权运动的宪法历史为基础，对《我们人民：民权革命》中提出的标准加以补充和强化。像阿克曼教授的著作一样，本文包含了人民主权的概念：主权是社会运动追寻宪法变革的有力资源。然而，本文扩展了民权时代的宪法视角里“谁”和“什么”的概念，超越了《我们人民》中作者重点强调的公众人物和反种族歧视法规。阿克曼的民权标准出自官场——林登·约翰逊（第三十六任美国总统）、休伯特·汉弗莱（美国政治家，曾任明尼苏达州联邦参议员，第38任副总统）、埃弗雷特·迪克森（美国政治家）——和民权运动的代表人物马丁路德金，以及反种族歧视法规下的《民权法》、《选举权法》和《公平住房法》中都包含此标准。笔者认为A·菲利普·伦道夫、贝亚德·若斯汀、艾拉·贝克以及学生非暴力协调委员会的新废奴主义者都是草根阶层的代言人和经济平等的支持者，同时他们也是民权时代标准的建立者。

这些先锋人物大多是民主党的批评者，他们促使马丁路德金和联邦官员们将经济公民这一概念纳入新的宪法视角下的平等当中。在“向贫困宣战”的核心政策——《机会均等法》中，民权运动中的这个因素部分实现了它的经济目标。这些激进主义者对民权时代立法机关和法院缺少正式权利问题的改进做出了贡献，并督促各州和当地人民落实（批准）国家民权议程中与地方相关的部分。由于这个激进主义与当地社区和当地问题有关，所以这些激进主义者给人民主权论中最真实的含义赋予了人性。

如此响应号召且有组织的公民、“我们人民”中的基本元素“我们”被当做政治影响而排除在外，揭示了被奉为圣典的《我们人民》中的两个概念性缺陷。一是在宪法最初起草和批准时，有一些人拒绝完整的公民身份、走出权力走廊之外，《我们人民》拒绝给这些人话语权、议题设定权以及历史地位；二是《我们人民》中的历史并不完善，导致对民权立宪的描述有误。《我们人民》认为“高

级立法”是政治捐客的副产品，这些政治捐客能利用制度上的权利并能通过获得选举的多数票取得大家对“平等”含义的一致同意。若要更准确地描述民权立宪且取得普遍认同的解释就该摒弃古今对于“平等”的含义的争论。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2698 页）

改变风向：记人民对于法律和社会运动的审慎

Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements

Lani Guinier & Gerald Torres

笔者受 2011 年耶鲁法学院吉尼尔和托雷斯教授所授法律与社会运动这门课程的启发写下本文。本文也记叙了许多与布鲁斯·阿克曼关于他的书而展开的讨论，此书正在本次讨论会中接受评估。我们基本认同阿克曼教授的课题，认同他对新宪法标准所做的阐释，他还分析了社会运动的立法潜力影响力，这一影响力一直倍受忽视，我们对这一部分进行了补充。法律变迁形成了阿克曼教授著作的核心，我们重点关注了对法律变迁至关重要的那些社会运动。我们坚定地主张民权时代的社会运动是法律之源这一观点，同时认为这些运动深刻地影响了以法规和最高法院判例为代表的正式的法律变迁，从而使阿克曼教授阐释的宪法时刻如此有说服力。为了让论据更充分，我们论证了社会运动是怎样使一些法律结论成为必然。法庭解释现有的种族判例的方式和回应宪法理解（以民权运动和社会平等运动中非精英活动者为代表）的方式在 20 世纪 50 至 60 年代已达到了全盛时期。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2740 页）

保护阴影下的民权

Protecting Civil Rights in the Shadows

David A. Super

除了罗斯福新政和民权时代这些伟大的宪政时刻外，美国人民也解决了多数

主义者政治中一些相对不太突出的问题。这种次要的大众化的立宪制度解决了许多重要的政府构架问题，对于弱势群体也至关重要，他们力图落实和发展在伟大的宪政时刻取得的成就。

两党制给这些群体提供了三种选择。在一个党派的核心选区里当一名摇摆不定的选民，或者争取把党派之争外的道德需要设立为他们的关注点，并由各党派一些主流政治家来领导。发挥核心选区或者摇摆不定人群的影响力，要求获得许多弱势群体所缺少的一致、交流以及群体认同等。替换的宪政路线通常是指把群体的目的简化为最本质的目标，这种最本质的目标，作为道德需求，在不同政治派别中能获得普遍接纳。

自 20 世纪 60 年代起，以经济情况调查结果为基础的公共福利政策一直在党派主张的“福利权”和次要宪法“抵抗贫困”主题之间左右为难。1996 年福利法的颁布宣告了党派政治关于福利权的最终失败。低收入人群由此依赖次要宪政，在与政党脱离关系后，和死刑废除主义者以及其他人士走上了相同的道路。

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2806 页）

普救论与公民权利（记谢尔比案后的投票权变革）

Universalism and Civil Rights (with Notes on Voting Rights After Shelby)

Samuel R. Bagenstos

最高法院终审谢尔比县诉持有人一案后，投票权活动家提出了一系列立法建议。一些人建议除了采取措施解决基于人种或种族划分的投票歧视问题外，更应该取消某些存在问题的惯例，这些惯例给正常投票带来了沉重的负担。这些建议是普救论主义者提出的，相对于只保护被歧视的人群来说，他们更倾向于为每个人提供同样的保护。布鲁斯·阿克曼指出，投票权活动家面临的都是相似的问题，他们中的一些人选择了用普救说的方式来解决这些问题，即取消人头税。

普救论主义者的回应有许多可用的优势：既在战术上保证了对提升公民权益法规的政治支持、扩大了其司法实施，又在实质上狠狠地打击了导致不平等的体制，还意味深长地强调了各族人民之间的共性。但是它们在这三个方面也都有缺

点。尽管学者们在具体的建议中已经指出了民权普遍性的一些优势和劣势，但目前仍没有人试图全面综合分析这些问题。本文即是对此问题的尝试。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2838 页）

不同的层面

Separate Spheres

Cary Franklin

本文旨在探究美国民权运动（“二次重建”）时里程碑式的法律变迁留下的多样的遗产，或者称之为未完成的成就。它是布鲁斯·阿克曼《我们人民》系列丛书第三卷《民权革命》的主旨之一。这本书罗列了 20 世纪 60 年代至 70 年代初期所有的宪法变革，既列出了成功也列出了不足。阿克曼认为这些限制是注定的：美国民权运动（“二次重建”）中里程碑式的法规并没有致力于处理（或者说）反对不同社会背景下的歧视，从而也无法为现今解决这些问题提供一个平台。本文为观察美国民权运动（“二次重建”）中的立法成就提供了一个不同的视角。“多层面影响”——歧视在社会各个层面的累积效应已演变成了棘手的社会问题，而现今的法律未能更正这个问题，甚至没有认识到这个问题。但这些限制并不是民权时代宪法变革所固有的。笔者认为对多层面影响的关注促进了当时许多重点法规和法律判决的形成，这些法规和判决成为了发展 21 世纪对不同层面歧视的形成的法律理解的基础。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2878 页）

阿克曼的《民权革命》与当代美国种族政治

Ackerman's Civil Rights Revolution and Modern American Racial Politics

Rogers M. Smith

布鲁斯·阿克曼的《民权革命》是一部具有标志性意义的著作，它记录了

20 世纪 60 年代重要的民权法规（主要包括 1964 年颁布的民权法、1965 年颁布的选举权法以及 1968 年颁布的公平住房法）是如何实际地通过不同方式（许多看似种族中立，一些则具有种族意识）以求在生活中的方方面面达到平等。阿克曼坚称采用不同的策略去解决不同的问题需要坚持布朗诉教育委员会案体现出的“反欺凌”原则，同时要将其与“反抗压迫”原则区分开来，他认为“反抗压迫”原则试图用一个通用的解决方法处理多变的种族不平等问题，但这两个观点并没有很强的说服力。他的研究框架专注于一小部分主角的贡献，模糊了在这个时代的民权法规中表现出来的观点和目标的范围。尽管如此，他的分析或多或少对于跟踪今天民权问题的发展提供了一些有用的东西。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2906 页）

美国民权运动（“二次重建”）后对权利的重新思考

Rethinking Rights After the Second Reconstruction

Richard Thompson Ford

民权法案在对抗公然的偏执和歧视方面取得了显著成效，但是对于抵制类似微妙的、成惯例的歧视这些现今社会不公的主要来源时就显得没那么有效了。权利可以保护自己不受政府或者强大的民间组织的压迫这种夸张的想法正慢慢让政府在体制改革上分心并且误入歧途，而体制改革才是实现真正的社会公平所必须的。事实上“歧视”的概念是很模糊且又充满争议的，对于当代民权问题的争论并不只是基于“是否真正出现了歧视”这样的实际问题，更是基于“什么行为被称为歧视”这样的本质上的标准性问题。“歧视”这个概念本身已经成为怎样平衡个人权利、公平对待和雇主决策权、个人言论自由权之间的关系这个思想斗争中的占位符。我们应该抛弃关于“歧视”的无法解决的概念性争论，转而关注雇主应尽义务的范围，让雇主在做决策或制定政策时避免不必要地伤及被忽视的或是受非难的人群。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2942 页）

自我斗争的革命？保留从韦伯到里奇时代的就业偏好

A Revolution at War with Itself? Preserving Employment Preferences from Weber to

Ricci

Sophia Z. Lee

布鲁斯·阿克曼在《民权革命》中提到了宪政改革，其中有两个方面是相互冲突的。这种冲突对阿克曼的解释和他提出的宪法变革的广泛理论都产生了影响。阿克曼创造了一个引人注目的定义：他用“反对政府行为”（私人行动者的目标）和“数字政府”（用统计学来定义和补救违反民权法的行为）这两个术语来定义民权革命。他们要求普通民众和政府官员都能意识到宪法平等的原则并且允许联邦政府“在现实世界中真正实现平等”。在阿克曼的研究框架中，民权革命的特征相继显现、甚至同时出现，推动了当时出现在选举、就业和教育方面的显著变化。但本文指出，至少在就业歧视问题上，反政府行动很快便成为大众政府的威胁。在 20 世纪 70 年代，一旦采用数值方法阻止、平息、矫正就业歧视，法院就会收到诉讼，声称这些方式违反了现有法律法规。这也正是政府最终帮助决定了数值方法在新的就业歧视制度下的可行性的原因。阿克曼的解释中关于“大众政府”和“反国家行动”之间的冲突也引出了关于民权革命的内容和可行性的问题。他们同时强调了提炼阿克曼理论的重要性，重点关注他对团结、综合以及司法背叛的定义。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 2964 页）

我们已走过民权革命阶段了吗？

Have We Moved Beyond the Civil Rights Revolution?

John D. Skrentny

布鲁斯·阿克曼对于民权革命的描述强调了人民主权论和三权分立作为宪政意义基础的重要性。依此观点，几位重要的代表人物，包括马丁路德金，林登

约翰逊及其子小林登约翰逊在消除以种族歧视为基础的“制度化羞辱”时起到了领导作用。但他的观点又该如何解释当今美国就业人权的现状呢？本文探索了“种族现实主义”在美国雇佣关系中的兴起，在此种关系中雇主将种族视为员工身份的最典型最重要的组成部分。这些雇主认为种族差异会影响团体的效益。这种观点有两个衍生体：一是种族技能，即认为不同种族的员工有不同的技能；二是种族信号，即雇主认为不同种族的员工会给顾客和公众发出不同的信号。笔者分别从高技术水平和低技术水平的私人雇佣和公职雇佣等多方面探究了种族现实主义的运用和主张，尽管此问题突出，但它缺乏代表人物、缺乏法定基准、几乎没有法庭授权、会对除白人外的种族造成伤害且从未在公众场合或审议庭上进行过讨论，所以笔者认为种族现实主义与阿克曼的观点背道而驰。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 3002 页）

（杨文君 译）

（孙亚楠 校）

尊重的关键在于平等保护

Equal Protection in the Key of Respect

Deborah Hellman

本文挑战了阿克曼教授三个相关的观点，这些观点是关于首席大法官沃伦在布朗诉教育委员会案中，基于他对种族隔离这一制度上的歧视的认识所表现出的智慧。阿克曼认为，布朗案将学校种族隔离的错误归因于歧视黑人学校的孩子（描述性的观点），布朗案的特殊贡献在很大程度上被忽视了（思想史的观点），布朗案和民事权利立法的基础都是：种族隔离具有歧视性因此违反平等保护原则（规范性观点）。本文认为，尽管这些观点都有可取之处，但是每个都有重大缺陷。

本文论述的重点是规范性观点。笔者认为，阿克曼教授大致是正确的：种族歧视的核心错误是关于尊重的认可，避免诋毁和贬低。但是，歧视的概念并不全是导致种族隔离和其他违反平等保护的歧视。在提炼阿克曼教授关于歧视的概念之后，笔者认为掌握非法歧视的主要情况是不可能的。此外，笔者认为，即使是

修正后的歧视的概念也不能囊括造成种族歧视问题的原因。继续说明笔者的观点,非法歧视是表达了诋毁的行为,或者某人或此人的有权代理人作出上述行为。将权力纳入考虑范围,能够给出那些反对种族隔离并且未受到歧视的人们权利受到侵犯的原因。最后,笔者发现本人的观点将处理法律和政策中种族歧视缺少清晰且具有标志性意义的问题。笔者提供一个对之前观点修正的途径:开始描绘以尊重为基础的解释将如何处理这类情况。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 3036 页以下)

阿克曼与布朗案

Ackerman's Brown

Randall L. Kennedy

本文认为,除修正主义精神外,阿克曼教授在《我们人:民事权利革命》中,对布朗诉教育委员会案的评价是常见的。阿克曼赞扬布朗案是“二十世纪最伟大的司法观点”。但是,最高法院在布朗案中并没有为以实施法律上的种族隔离为目的的白人至上主义提供一个公正的解释。美国宪法中关于种族关系规定的缺失被认为是种族歧视。(【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 3063 页以下)

反歧视原则和同性婚姻

The Anti-Humiliation Principle and Same-Sex Marriage

Kenji Yoshino

布鲁斯·阿克曼在民事权利革命方面的作品认为,第二次复兴主要关注制度化的歧视的概念。阿克曼猛烈抨击了,在现代民事权利法律体系中,除了与同性婚姻相关的法律,我们已经远离了“反歧视原则”。尽管笔者同意阿克曼的观点,也相信对同性恋权利法律的进一步观察,将从两个方面进一步阐明他的分析。笔

者首先认为，在同性恋权利环境中的反歧视原则实际上已经超越了同性婚姻的讨论。其次，笔者主张这一法律体系也表明了阿克曼描述的建立反歧视原则的机制也需要支持补充。以佩里诉施瓦辛格案为例，笔者认为，对民事权利的更好利用，对法院辨别制度化的歧视的存在有着重要意义。（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 3076 页以下）

非学校性宪法

De-Schooling Constitutional Law

Bruce Ackerman

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 123 卷第 8 期【2014 年 6 月】第 3104 页以下）

（吴莉莉 译）

（吴 晶 校）

自救和分权

Self-Help and the Separation of Powers

David E. Pozen

法律中遍布自救规则。规则规定了法律主体试图治愈或避免自身行为导致的可以感知的错误，而无需经过调解过程。在紧急情况下，这些规则允许主体采取国际律师称之为的对抗措施的手段——如果不是为了救助目的，这一行为大则会被禁止。对抗措施不可避免，极其重要。对抗措施也与错误、滥用以及逐步增加的复仇周期密切相关。法律体制规制对抗措施面临的最大的挑战就是如何辨别的问题。

美国宪法是如何应对这一挑战的？本文认为一系列非书面的准法律规则形成了并限制报复以及美国政府部门的合作。本文探索了自救规定如何与公共国际法中已有的管理原则保持一致。透过自助视角重新预想政府内部冲突，我们对分权的关键点有了新的描述。本文关注了宪法对抗措施的理论 and 实践，旨在表明我

们可以预先提出关于立法障碍和议长的冒险主义的辩论，并且我们可以在分支领域内外发展更多样的宪法辩论模式。（【美】《耶鲁法学杂志》第 124 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 2 页以下）

犯罪未遂

Criminal Attempts

Gideon Yaffe

犯罪未遂的直观想法隐藏于犯罪未遂判决的复杂性和混淆性中。本文描述了犯罪未遂的基础，为法院提供了它极其需要的、关于精确判断犯罪未遂行为的指导。本文关注了犯罪未遂判决中三个众所周知的问题，这些问题一直困扰着法院和评论员：细化教唆和未遂的界限；明确在“不可能”未遂的情形下仍然构成犯罪；确定犯罪未遂中放弃责任与量刑之间的相关性。本文提出了具体的规则建议用于判决三种未遂；这些建议暗含于犯罪未遂的概念框架中。（【美】《耶鲁法学杂志》第 124 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 92 页以下）

19 世纪早期纽黑文市抵押贷款机构的兴起

The Rise of Institutional Mortgage Lending in Early Nineteenth-Century

New Haven

Steven J. Kochevar

本文研究了当地金融发展的一个案例，重点强调了当地政治机构在促进经济增长中的作用。本文采用了原始的初步研究的方法研究了 19 世纪早期发生在康乃狄克州纽黑文市的抵押贷款案件。在 1837 年以前，贷款机构最初是向城市的社会精英和经济能人贷款。但在 1837 年市场发生了转变：贷款机构突然开始向没有较高财富和社会地位的非精英人士大量贷款。本文认为这次转变部分是由纽黑文镇自身向外贷款所致，该镇在联邦政府和州政府的支持下建立了一项城镇储

蓄基金。作为第一个向大量个人贷款的抵押权人，该镇扩大了城市抵押贷款市场，并促进了自身经济的发展。（【美】《耶鲁法学杂志》第 124 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 158 页以下）

证券交易委员会“罚款处罚呼声高”但是他们到底说了什么？对 SEC 新实施方案的批评性分析

SEC "Monetary Penalties Speak Very Loudly," But What Do They Say? A Critical Analysis of the SEC's New Enforcement Approach

Sonia A. Steinway

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 124 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 209 页以下）

康赛普希文后的契约：从州法院获得的教训

Contract After Concepcion: Some Lessons from the State Courts

James Dawson

（原文无摘要）

（【美】《耶鲁法学杂志》第 124 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 233 页以下）

（吴 晶 译）

（吴莉莉 校）

