

芝加哥法律评论

王健法学院编译室

二零一四年第三期

总第二十一期

目录

侵权集团	
Tortfest	
J. Shahar Dillbary	7
诉讼泛滥时的裁判	
Judging the Flood of Litigation	
Marin K. Levy	7
合宪性分类	
Unbundling Constitutionality	
Richard Primus	8
当逐步推进失败：默认下滑	
When Nudges Fail: Slippery Defaults	
Lauren E. Willis	8
站在流通量提供者立场上的破产法	
Bankruptcy Law as a Liquidity Provider	
Kenneth Ayotte & David A. Skeel Jr	9
怀疑先例	
Impeaching Precedent	
Charles L. Barzun	10
团队中的著作权	
Copyright in Teams	
Anthony J. Casey & Andres Sawicki	10
体制内还是体制外？	
Inside or Outside the System?	
Eric A. Posner & Adrian Vermeule	11
奖励的崛起与惩罚的衰落	
The Rise of Carrots and the Decline of Sticks	
Gerrit De Geest & Giuseppe Dari-Mattiacci	12
合同注意事项的心理学	
The Psychology of Contract Precautions	

David A. Hoffman & Tess Wilkinson-Ryan	13
转化中的财产损失	
Property Lost in Translation	
Abraham Bell & Gideon Parchomovsky	13
列举权力判例的层层审查	
Tiers of Scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence	
Aziz Z. Huq	14
成文法与非成文法之间相互作用的州模式与联邦模式	
State and Federal Models of the Interaction between Statutes and Unwritten Law	
Caleb Nelson	15
我们选举的例外主义	
Our Electoral Exceptionalism	
Nicholas O. Stephanopoulos	16
推翻顾问意见	
Reverse Advisory Opinions	
Neal Devins & Saikrishna B. Prakash	17
选举产生的法官与法定解释	
Elected Judges and Statutory Interpretation	
Aaron-Andrew P. Bruhl & Ethan J. Leib	17
移民法中的授权	
Delegation in Immigration Law	
Adam B. Cox & Eric A. Posner	18
如果宗教不具有特殊性呢？	
What If Religion Is Not Special?	
Micah Schwartzman	18
奥威尔的扶手椅	
Orwell's Armchair	
Derek E. Bambauer	19
修正的比较过失制度中的陪审团否弃权	
Jury Nullification in Modified Comparative Negligence Regimes	
Eli K. Best & John J. Donohue III	20
分配污染	

Allocating Pollution	
Arden Rowell	20
何种科学？ 谁的科学？ 如何科学化？ 规则能塑造环境法	
Which Science? Whose Science? How Scientific? Disciplines Can Shape Environmental Law	
Eric Biber	20
起诉法院	
Suing Courts	
Frederic Bloom & Christopher Serkin	21
集体背后： 伴随 AT&T Mobility 诉 Concepcion 一案的集体诉讼	
After Class: Aggregate Litigation in the Wake of AT&T Mobility v Concepcion	
Myriam Gilles & Gary Friedman	22
州破产	
States of Bankruptcy	
David A. Skeel Jr	23
财政联邦主义、 政治意愿与地方破产的策略性运用	
Fiscal Federalism, Political Will, and Strategic Use of Municipal Bankruptcy	
Clayton P. Gillette	23
著作权的非对称不确定性	
Copyright's Asymmetric Uncertainty	
Steven J. Horowitz	24
陪审团否决权的重建与转变	
Reconstruction and the Transformation of Jury Nullification	
Jonathan Bressler	25
对抗宪政主流	
Against Constitutional Mainstreaming	
Bertrall L. Ross II	26
重新评估标准化保单	
Reevaluating Standardized Insurance Policies	
Daniel Schwarcz	26
债权人交易以及美国破产法的优先保留权	
The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11	

Anthony J. Casey	27
随机性与第四宪法修正案	
Randomization and the Fourth Amendment	
Bernard E. Harcourt & Tracey L. Meares	28
通过私法获得公众联合地位：约束当地政府	
Public Entrenchment through Private Law: Binding Local Governments	
Christopher Serkin	28
自然主义刑罚的现实性	
Some Realism about Punishment Naturalism	
Donald Braman Dan M. Kahan & David A. Hoffman	29
法律中的决胜局	
On Law's Tiebreakers	
Adam M. Samaha	30
将传统作为证明合法性的理由：以异性婚姻为例	
Tradition as Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage	
Kim Forde-Mazrui	30
外国人侵权法规及国际法	
The Alien Tort Statute and the Law of Nations	
Anthony J. Bellia Jr & Bradford R. Clark	31
因种族改变选举区和为党利重划选区的再思考	
Reconsidering Racial and Partisan Gerrymandering	
Adam B. Cox & Richard T. Holden	32
公司集团中的战略责任	
Strategic Liability in the Corporate Group	
Richard Squire	33
预防裁定	
Preventive Adjudication	
Samuel L. Bray	34
回顾默多克案件：推翻州法院判决是在回避宪法	
Reconsidering Murdock: State-Law Reversals as Constitutional Avoidance	
Jonathan F. Mitchell	35
人生保护令和(非)授权	

Habeas and (Non-)Delegation	
Paul Diller	35
与可行性分析	
Against Feasibility Analysis	
Jonathan S. Masur & Eric A. Posner	36
私有化的虚假	
Privatization's Pretensions	
Jon D. Michaels	37
司法合法性的政治根源:解释持久孤立案件的有效性	
The Political Roots of Judicial Legitimacy: Explaining the Enduring Validity of the Insular Cases	
Krishanti Vignarajah	37
崩溃:美国最高法院如何破坏量刑法律以及补救	
Debacle: How the Supreme Court Has Mangled American Sentencing Law and How It Might Yet Be Mended	
Frank O. Bowman	38
通过《美国法典》第 1983 节规制私有化政府	
Regulating Privatized Government through § 1983	
Richard Frankel	39
保姆式公司	
The Nanny Corporation	
M. Todd Henderson	40
行政国家的危机管理: 9.11 事件和 2008 年金融危机	
Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008	
Eric A. Posner & Adrian Vermeule	41
拘捕条款	
The Captures Clause	
Ingrid Wuerth	42
通知与评议司法决策	
Notice-and-Comment Judicial Decisionmaking	
Michael Abramowicz & Thomas B. Colby	43

幸福与惩罚	
Happiness and Punishment	
John Bronsteen, Christopher Buccafusco & Jonathan Masur	43
行政机构蔑视国会	
Executive Branch Contempt of Congress	
Josh Chafetz	44
远在天边近在眼前？行政国家的时机和透明度	
Hiding in Plain Sight? Timing and Transparency in the Administrative State	
Jacob E. Gersen & Anne Joseph O’Connell	44
解释理论分歧	
Explaining Theoretical Disagreement	
Brian Leiter	45
私人征用	
Private Takings	
Abraham Bell	46
“保卫”国家：法律、政治和联邦安全局的组织，1939-1953	
"Securing" the Nation: Law, Politics, and Organization at the Federal Security Agency, 1939–1953	
Mariano-Florentino Cuéllar	47
知识产权中的请求权	
Claiming Intellectual Property	
Jeanne C. Fromer	48
消极歧视：何种时刻可以付很少的薪酬？	
Passive Discrimination: When Does It Make Sense to Pay Too Little?	
Jonah Gelbach, Jonathan Klick, & Lesley Wexler	49
司法审查的现代化使命	
The Modernizing Mission of Judicial Review	
David Strauss	50
诉讼风险中的市场	
A Market in Litigation Risk	
Jonathan T. Molot	51

侵权集团

Tortfest

J. Shahar Dillbary

本文认为涉及多个侵权行为人的集团侵权可以增加福利。文章首先研究了“责任弱化”这一已因其在事故简化中所扮演的角色而备受谴责的现象的作用。按著作所说，在受害者受到经常性侵害时采用替代性保护的情形下，责任弱化导致了低效预防水平，从而会产生更加恶劣的事件。本文的观点与该著作所不同，认为该种责任弱化将会增加福利。即使是在责任弱化被公开抨击的特殊时期也是如此。本文还进一步揭示，一个不受社会欢迎并将产生责任的行为随着侵权行为人数量的增长将会变得令人满意。换句话说，这表明在某些情形下，一项若由单个侵权行为人事实将会受到谴责的行为可能会在由多个人施行时符合社会期望。本文分析了在何种情形下这种令人满意的“侵权集团”将产生，并对该著作产生了重要意义。在调查了侵权集团对当事人防范和活跃程度的影响之后，本文检视了有可能会刺激鼓励当事人在某些情况下加入不道德行为群体或者与他人联合发起一个侵权集团的机制。得到的结果是，可以增加社会福利。（2013年夏季第80卷第3期第954页以下）

诉讼泛滥时的裁判

Judging the Flood of Litigation

Marin K. Levy

最高法院已经开始越来越相信这一特殊的说法：它应当避免作出可能会“打开诉讼水闸”的决定。尽管被频繁提起，但至今仍没有任何关于“水闸论”确切涵义的学术研究，甚至都没有任何关于其规范基础的讨论。本文针对这两个问题，证明了“水闸论”首次被提出时所涉范围及其惊人的变化，同时揭露了其时而摇摇欲坠的基础。依靠从大量广泛的问题领域得到的彻底的案件研究，本文认为，“水闸论”主要用于保护三个机构：政府协调部门、州法院以及联邦法院本身。在前两个机构中，独立的宪法原则和学说支持法院对避免泛滥的期望，包括三权

分立和联邦制，给这类说法提供了合法的初步印象。然而，对最后一个机构而言，法院已经单独依靠“水闸论”来保护其自身以及联邦司法其余部门免受其所认为的过多的工作量，从而产生了关于分权以及法院可以采取的以确保其行使司法权的措施难题。通过对反对以法院为中心的“水闸论”的推测的论证，假定法院应当让低级法院依靠替代性机制，例如程序规则和案件管理技术来处理新主张而不是关闭法院大门完全避开它们，本文做出了总结。（2013年夏季第80卷第3期第1008页以下）

合宪性分类

Unbundling Constitutionality

Richard Primus

宪法理论引起了一个关于宪法地位的各种来源的持久争论，也就是，能够满足作为宪法原则的某种原则的标准。本文认为，在所有规则之中没有哪一个标准特征单独被美国人视作宪法来对待，因此将合宪性想成必要条件的地位是错误的。将合宪性想成是各分支的集合这种模式更好：与宪法相关的不同属性在任何宪法规则中都有可能会出现，也可能不会出现。分析人员应经常将其注意力更多地放在与宪法相关的独立实质性内容之上，而不是宪法地位本身的问题。（2013年夏季第80卷第3期第1080页以下）

当逐步推进失败：默认下滑

When Nudges Fail: Slippery Defaults

Lauren E. Willis

受“自动登记”在提高养老金的固定供款计划参与度中取得成功的鼓舞，政策制定者已经在其他各种环境中采取了类似的政策默认，从支票账户透支覆盖范围到第三者代为保管的家庭抵押贷款。互联网隐私看起来将成为下一个舞台。但到底会有多么广泛的适用将取决于在养老金环境中取得的成果。从其他环境中得

到的证据指出了该种方法的两个问题：按照法律正在实施的默认并不总是牢固的，并且退出的那个人可能是那些将从该种默认中受益最多的人。通过研究消费者支票账户透支覆盖范围这种新的默认，可以显示公司可以有组织地破坏任何本来有可能会对使默认变得牢固起作用的机制。比如默认养老金和默认透支，在将默认的使用当做政策工具时有四个边界条件是显而易见的，政策默认在以下情况下不会牢固：（1）有动机的公司反对他们；（2）这些公司可以利用消费者；（3）消费者认为决策环境很混乱；（4）消费者的选择是不确定的。由于宪法和制度的约束，对自由意志-家长主义类的政府监管是不太可能有能力超越这些限制的。因此，政策默认倾向于在公司有动机或打算将消费者排除在默认之外时保护个人的计划不可能生效，除非有实质性的监管同时存在。此外，当有动机的公司反对时，即使是更加普遍的“逐步推进”同样有可能也是如此。（2013年夏季第80卷第3期第1157页以下）

站在流通量提供者立场上的破产法

Bankruptcy Law as a Liquidity Provider

Kenneth Ayotte & David A. Skeel Jr

由于近期金融危机的开始，流动性问题已经被视为众多破产或面临破产的公司背后的原因，从2008年的贝尔斯登和雷曼兄弟到近期的柯达。本文发展了企业破产的主流标准理论——即债权人协调理论，从而将流通量提供者这一破产中的角色包括进去。债权人协调理论认为，破产法应仅限于解决由于多个无法协调的债权人而造成的问题，但却几乎完全集中于债权人运营的问题。笔者认为，导致流动性不足的两个众所周知的问题，即债务过剩和逆选择问题，统一也是由于多个债权人协调问题引发的。因此，破产法应当解决这些问题才是正当的，而不是债权人运营问题。

有了这样的认知，笔者认为许多现有的破产规则，包括拥有控制权的债务人融资、出售自由和清除留置权，以及强制贷款在内，都可以被看做是针对债务过剩问题、逆选择问题或二者兼而有之的提供流动性规则。然而，通过破产来解决流通性问题会造成损失，例如延期交割倾向的风险。笔者建议法官在裁判时应运

用经验法则来权衡这些规则的利与弊。笔者同样将其理论与金融机构破产的使用相联系，在金融机构的破产中流动性担忧更为突出。（2013年秋季第80卷第4期第1559页以下）

怀疑先例

Impeaching Precedent

Charles L. Barzun

本文是关于法律论据的性质和范围的论述。本文思考了这样一个问题：法院在决定一个其先前裁判之一的判例的影响力时，是否应当将能够表明裁决是基于不当动机做出的或者说是迫于政治压力的结果的历史证据纳入考虑。在法院普遍依靠判例作为法律渊源的普通法体系中，这个问题显然具有重大实践意义和理论意义。但法院和学者们至今仍未提出这个问题，更不要说对此给出一个满意的答案了。相反，他们认为这种解释是历史论据，而非法律论据，也就是一种更适合于法律评论而非法院法律适用的东西。

本文直接向该种假说发起挑战。引用几个仅有的最高法院法官或律师此前所争论的例子，已经通过向其展示他们基于“法外”的考量来力争打破法院判例，笔者认为，该种使用历史资料，或者说使用我所提出的术语——怀疑过去的裁判的努力，是一种合理且潜在有用的用来评估一项裁判中的判例影响力的方法。尽管各种政策理由可能会支持将该种论据排除在司法辩论之外，于是笔者考虑了几个这样的反对意见并解释了为什么其中没有一个是特别有说服力的。只要提出的论据是合理的，那么不仅是法院应当更加善于接受去怀疑论据，还有，至少在宪法领域的范围内，法院和学者或许都应当拓宽他们关于宪政史是如何对宪法理论产生影响的认识。（2013年秋季第80卷第4期第1626页以下）

团队中的著作权

Copyright in Teams

Anthony J. Casey & Andres Sawicki

许多人共同工作才产生了卡萨布兰卡。但是一个人单独工作才独立创作了喧哗与骚动。几乎所有的电影都需要大型合作才能产生，然而却没有哪一部伟大的小说是依靠团队工作完成的。为什么协同创作作品的频繁和成功在不同的艺术形式上会不一样呢？

答案很大程度上在于知识产权法与公司原理的交集部分。该领域现有的分析往往侧重于专利法，并且几乎仅仅注意公司的财产所有权理论。目前缺乏对协同创作的组织原理的含义及其与著作权法的交集的研究。为了填补这一空白，我们期待团队生产及道德风险理论能够用来理解著作权法是如何能够促进或阻碍协同创作作品产生的。不同于现有的法律理论仅着眼于创新产品是如何与互补资产一体化的，笔者探讨了创新产品本身是如何产生的。这种分析重新阐明了著作权法不广为人知的特色，包括其派生作品的权利，共同创作的作品的的所有权机构，以及职务创作学说。（2013年秋季第80卷第4期第1684页以下）

体制内还是体制外？

Inside or Outside the System?

Eric A. Posner & Adrian Vermeule

在关于公法的文献的典型模式中，一份诉讼文书的事实认定部分往往借鉴政治学、经济学以及其它学科，其所提出的对处于法律体制中的相关当事人动机的解释是极其悲观的。然而，在该诉讼文书的适用规范部分，其所给出的该当事人只需要提供公益服务的建议却是积极的。

当分析者对法律体制下的当事人动机做出前后矛盾的设定，在外部性视角和内部性视角之间模棱两可时，一个内/外谬误就产生了。通过将其与经济学文献中“确定性悖论”相联系以及引出其对公法理论的含义，我们识别了该谬误。（2013年秋季第80卷第4期第1744页以下）

（茹翼译）

（刘禹校）

奖励的崛起与惩罚的衰落

The Rise of Carrots and the Decline of Sticks

Gerrit De Geest & Giuseppe Dari-Mattiacci

现代法律系统有一个显著的趋势，越来越多地使用奖励。这种趋势不仅仅可以从法律系统看到，而且在例如父母教养方式、社会控制机制，甚至法学院的教学方式中都可以看到。尽管乍一看，惩罚是引导人们遵守法律规范或社会规范更高效的方式，因为它们的目的不是应用（从而降低交易成本及风险），而且几乎不会引起预料之外的分配扭曲。那我们要怎样解释广泛使用奖励的现象呢？

本文论述了在两种情况下奖励的优越性。第一种情况是立法者面临的规范问题，这些问题意味着立法者不知道能对每个公民有怎样的期待（例如，立法者不知道哪个公民应当在音乐创作上花费时间，应该援救哪部分沉船货物）。在这些情况下，惩罚可能会处罚不遵守规则的公民，也有可能产生无用的交易成本和风险，以及不希望看到的财产变化。

第二种情况是立法者需要一些公民付出比其他公民明显更多的努力。我们将定株排除危险条款适用于这个问题。例如在这种情况下，当立法者要求一些家庭将家人送去参军或要求征用一些家庭的土地来建设高速公路。此类情况下，惩罚会引起明显的意外的分配扭曲（人为地使负担重的人负担更多），而奖励措施则优越很多。

总体上，我们的研究结果预测，社会中劳动专业化和分化程度越高，奖励适用越多。但他们同样预测，社会环境的复杂程度越高，应用奖励措施越频繁。应用的范围包括专利、行政征收、合同奖金、抢救义务、裁决、对合同当事人信息披露、濒危物种法案、军事动机、奴役、卫生政策和父母教养。（2013年冬季第80卷第1期第341页以下）

合同注意事项的心理学

The Psychology of Contract Precautions

此项研究验证了一个直觉：在合同成立以前与在合同一旦形成之后，双方当事人努力达成合意的程度是不一样的。笔者主张自我保护行为的最重要的决定性因素之一就是要约人认为自身处于要约中还是处于生效的合同关系。这种转变会影响预防措施的采用，即便是自我保护的代价与利益已没有实际意义的情况：缔约的时刻就是判断采用预防措施的代价与利益的参考点。我们提供了三项调查问卷的研究结果，在当事人认识到将要履行的合同还未履行终结的情况下，调查问卷的受访者表示他们更可能通过主张违约赔偿条款，购买担保或货比三家来保证最好的交易方式来保护自身利益。我们探讨了针对这种现象的相互冲突的解释，包括期待理论和认知冲突理论。最后，我们探究了关于工作公开、修正以及禁止反言的学说影响。（2013年冬季第80卷第1期第395页以下）

转化中的财产损失

Property Lost in Translation

Abraham Bell & Gideon Parchomovsky

世界上充满了与国家财产法并存的地方化的非标准财产制度。本文首次对地方财产制度现象以及地方财产权利转化所必然产生的困难进行了全面的观察。

本文没有调查世界上众多的地方财产制度，而是探究了地方财产制度与国家财产制度间相互作用共同特征。所有的地方财产制度均要求转化成本符合其周围更广泛的财产制度。转化成本是由不兼容以及信息和执行费用产生的。本文聚焦了转化成本并探究了地方制度向更大的国家制度靠拢时的压力以及使地方财产制度保持不同的特征。此外，文章还介绍了国家对地方财产保护制度的保护（例如挪威对本土萨米人财产权的保护）有时可能会降低转化成本，但也会因国家法律植入不当造成地方制度效用的降低。理解地方财产制度对于理解财产本质属性有重要影响。财产法体系和其他法律体系类似，有着更多的追随者和更大的效用。因此，利用网络效应经济学的理念对于理解财产制度至关重要。另一项从分析中得出的潜在理念就在公共财产理论中：研究公地悲剧共同诉讼的解决

措施时必须要考虑转化成本。(2013年春季第80卷第2期第515页以下)

列举权力判例的层层审查

Tiers of Scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence

Aziz Z. Huq

本文界定并分析了最高法院关于国会列举权力的判例中最近出现的“层层审查”制度。该调查是由最高法院最近做出的关于联邦医疗保健法的裁决引起的，该裁决证明了国家立法机构的选举权在联邦宪法第一条规定的多种文本来源中，会给联邦法律是否违宪带来巨大的、决定性的结论。之所以这样是因为最高法院不仅从实质性上界定了各项权力的不同范围，而且应用不同的标准对联邦宪法第一条列举的立法权力进行了审查，也审查了宪法其他条款的规定。审查标准的变化同时导致了实证理由和国会要求手段-目的合理性分配中的共时与历时震荡。这项在立法合理性和经验主义证据的司法要求中观察得出的异质性，与列举权力实质范围大小的问题有明显的区别。

本文的贡献在于首次全面介绍了关于列举权力案件中审查标准的学说程式的变化。说明了目前对列举权力的层层审查，然后评价了其在列举权力案件中的使用。通过借鉴政治学学术成果、社会选择理论以及公共选择理论，论证了法院适用层层审查对司法和立法动机和行为造成的有害影响。本文对法院通过列举权力来校准司法审查差异的现象给出了六个潜在的合理解释。仔细检查了分层审查的每个合理解释之后，笔者发现每个合理解释都是需要的。同时由于其产生的消极外部性，因此，对列举权力层层审查的实践缺少了任何令人信服的规范性理由。放弃兴起的层层审查方式，取而代之的是因循守旧的方法审查列举权力。本文建议联邦法院降低法官和民选官员战略行为的机会。被提议学说的再形成将澄清当前的模糊，但一直重要的还是公法领域。(2013年春季第80卷第2期第575页以下)

成文法与非成文法之间相互作用的

州模式与联邦模式

State and Federal Models of the Interaction between Statutes and Unwritten Law

Caleb Nelson

本文主张现代法院阅读各联邦法规来涵盖更多的法律问题，而不是用措辞相同的州法规来覆盖。在执行法规过程中会遇到很多法规没有规定的问题。在州法规对这些问题没有规定的情况下，法院经常推定这些问题超出了法律的范围，因此要从各州的普通法来寻找答复。但是如果联邦法规在这些问题上没有规定，法院往往表现出这种答复应归咎于法规本身。

作为这个争议的例证，本文研究了法院如何决定诉讼行为地法律是否越界管辖。州法院需要决定其州法规对某事件的管辖是否越界时，它们通常适用一套整体法律选择的学说，即他们认为的法律规定之外运作。与此相反，当联邦法律没有特别解决其越界适用问题时，法院适用解释规则即反对治外法权的推定，对法规引入必要的区分。

相似的例子有很多。在一系列不同背景下，那些被认为处于特定州法律范围之外的一般法律问题（而且法院可以因此通过不成文法处理的法律问题），被推定为属于联邦法律调整范围之内（其结果是，法院依据法律解释规则处理这些问题）。为了解释这个模式，文章提出了实践中的问题，这个问题来源于 **Erie** 铁路公司诉 **Tompkins** 案：依据现代学说，一种帮助联邦法官避免接受州法院对产生原因与联邦法律实施有关问题意见的方法，是解释法律条文本身来涵盖这些问题。

将一般法律问题强加到每个联邦法律范围的结果有赖于法院所采用的解释性技术。法规的解释规则引导法院给法规以针对这些问题的答案，达到这样的程度，联邦模式就能产生州模式所不能显著不同的结果。如果法院隐含地将不成文法的一般原则纳入到解释单独的联邦法规中，那些区别就会消失。不过即便如此，通过这些原则运作所在的机制仍然会产生微妙的效果。（2013年春季第80卷第2期第657页以下）

我们选举的例外主义

Our Electoral Exceptionalism

Nicholas O. Stephanopoulos

相对而言，选举法存在盲点。该领域的学者几乎没有关注过其他国家如何构建他们的选举制度，更不用说从国外可以吸取的经验。本文通过首次有体系的分析全世界重划选区的实践，填补了这个空白。文章首先将选区规划分为三个选举构成要件：机构、标准以及少数代表。对于每一个组成要件，文章阐述了美国及国外使用的方法，引入了新的概念上的框架来对不同政策进行分类，挑战了美国例外的模式。

首先，可以依据政治化程度和司法化程度对更改选举区机构进行分类。美国是这两种方式的局外人，因为其依赖选举机构而非独立的委员会，而且其法院格外地活跃。不幸的是，美国方式被认为更多的与党派偏见有关，与选举的关系较少，并且降低了公众对选举制度的信心。

其次，重划选区标准可依据追求更多的异质性还是同质性进行评估。一般来说美国的大部分标准（例如相同人口、遵守选举法案以及追求政治优势）是多样化的。相比之下，几乎所有的外国标准（例如遵守政策分支、遵守公共利益以及考虑地形因素）都是同质性的。更青睐同质性标准的原因是这种标准可以提升选举参与度、更高的代表性同时降低立法偏激。

最后，少数代表模式可依据他们所获益的地理上集中的群体以及他们用来分配立法影响的方法的明确性来进行分类。美国在依靠仅帮助集中群体的盲从机制这方面也是独一无二的。盲从机制也帮助分散的群体，特别是具有有限的、累积的或优先选举规则的成员多样化地区，盲从机制通常更优越，因为它们以只付出一小部分社会与法律成本得来的少数派代表带来了更高的水平。（2013年春季第80卷第2期第769页以下）

推翻顾问意见

Reverse Advisory Opinions

Neal Devins & Saikrishna B. Prakash

联邦法院正越来越多地向行政机构和其他团体征求法律意见。联邦法官只是单纯认为他们可以向任何人寻求法律意见而没有说明任何正当理由。这些行为需要更深入的审查。第一，我们认为联邦法院缺乏向案件当事人或其他人强征法律建议的权力。首先，联邦法院不能征求国会或总统的意见，以为联邦宪法第三条没有授权法院这样的权力。事实上，这样的权力与各机构所享有的独立和平等相冲突。法院也不能强迫当事人提供法律论据，因为这样的权力与当事人在诉讼中享有的自治不一致。法院不能再要求当事人提交诉状之外，对于目前没有任何限制的提议行为，缺乏合法性是决定性的。法院可以征求法学教授或国家枪支协会的建议；处理特定的法律问题。其次，一般来说，联邦法院甚至缺乏要求非当事人法律意见的权力。最高法院征求司法部副部长意见的行为自始至终都是不合法的。法院甚至会向美国前任司法部副部长咨询法律是什么的问题。我们认为这种咨询法律意见的权力是不符合美国联邦宪法第三条体系的，而是符合询问者享有更大余地的私法体系和国会委员会。联邦法院只有在认为一方当事人拒绝处理相关法律问题时才可以向非当事人咨询法律意见，并且法院可以要求非当事人提出不利的主张。（2013年春季第80卷第2期第859页以下）

（刘禹译）

（茹翼校）

选举产生的法官与法定解释

Elected Judges and Statutory Interpretation

Aaron-Andrew P. Bruhl & Ethan J. Leib

本文考虑了司法选举方法中的差异是否会影响法官进行法定解释的方式。法院和学者们并未对该问题给予太多的持续关注，但根据任命的法官（例如联邦法官）和选举产生的法官（例如许多州法官）都应该以相同的方式来解释法定文本，大多数人可能将选用“统一模式”。对于统一模式有很多要说——我们为其提供了首次系统化辩护。但本文也试图对其他更有争议但也貌似合理的相反观点找出最好的理由：即选举产生的法官和任命的法官实际上应当以不同的方式解释法

规。我们解释并维护这一观点，而且探究了这一观点的含义与限制。我们确定了情况的不同类型，在这些情况下解释性分歧的论证是最有力的。我们也展示了解释性分歧的可能性是如何阐明与司法联邦主义和行政行为的司法审查相关的几个具体的理论问题的。（2012年秋季第79卷第4期第1215页以下）

移民法中的授权

Delegation in Immigration Law

Adam B. Cox & Eric A. Posner

移民法既保护了移民者，又规制了移民者到达后的行为。以上两种行为都是信息密集的，因为移民者的“类型”以及移民者到达后的行为通常是一种私密信息的形式，这些信息无法立即被政府官员所知晓。为了克服这一信息问题，国家政府可以把保护和监管职能授权出去。例如，美国移民法将大量权力授权给私人实体——例如雇佣者和家庭——也授权给五十个州。从政府的角度看，授权有利也有弊。在利的方面上，官员通常能非常容易就得知移民者的类型与活动的信息，能够轻易地监控他们。在弊的方面上，官员的偏好通常与国家政府的偏好不相符合。国家政府能通过鼓励官员做出与政府利益相一致的行为来改善这些弊端。明确了授权的优劣就理清了长期以来关于雇佣者、家庭和州在美国移民法中所扮演的角色的争论。（2012年秋季第79卷第4期第1285页以下）

如果宗教不具有特殊性呢？

What If Religion Is Not Special?

Micah Schwartzman

在宗教比起世俗的伦理道德观是否保证了特殊待遇这一问题上，第一修正案中的宗教条款的主要根据未能产生一个一致的且在道德上引人注目的地位。本文集中在两个核心问题，即法律是否必须具有一个世俗的目的以及宗教豁免是否是宪法强制，从而否定了现存的在理论上不一致或者在实质上有错误的理论。如果

宗教无法保证特殊待遇，那么提问我们应当以何种态度对待宪法文本是非常重要的。在宪法解释的原始理论之下，宗教条款应当被视为在道德上是令人遗憾的。而基于非原始理论，可能存在把道德一致的可能性考虑进去的文本解释。不管怎样，否定宗教是特殊的这一理念需要重新评价我们对宗教条款的理解。（2012年秋季第79卷第4期第1351页以下）

奥威尔的扶手椅

Orwell's Armchair

Derek E. Bambauer

美国早已开始审查网络内容。无视传统的学术智慧即最高法院判例禁止网络内容审查，联邦和州政府越来越多利用间接法来介入网络资料的“软”屏蔽。本文评价了这些方法并提出一个备受争议的主张：例如《防止互联网威胁经济创造力以及知识产权侵权法案》和网络盗版防治法普遍比间接限制更可取。其介绍了五种审查策略的分类：直接控制、委托中间人为代表、缴费、伪装以及诱导。接着，本文提出三个核心要求。第一，只有一个策略——委托中间人为代表——是明显受现行法律所限制的。政府保留采用其他方法的相当大的自由，并且也已经如此实施了。第二，本文采用了以基于过程的方法来论证间接审查策略相较于直接审查策略合法性较低。最后，本文建议如果美国决定实施网络内容审查必须采用专门立法，并该法规的关键的要件为合法性且目标是以事先规制原则进行审查。本文最后评估了软网络内容审查是如何影响现行学术争论的，即关于在塑造网络信息中州的地位的争论，并发表了关于政府在平衡信息中的潜力的令人怀疑的论述。（2012年夏季第79卷第3期第863页以下）

修正的比较过失制度中的陪审团否弃权

Jury Nullification in Modified Comparative Negligence Regimes

Eli K. Best & John J. Donohue III

本文分析了将近一千件过失诉讼中的陪审团判决，以此来判断修正比较过失司法管辖中过失所占的比例的陪审团是否与纯比较过失司法管辖中的陪审团并不相同。我们发现在修正比较过失司法管辖中的陪审团明显不可能发现原告的过失已经超过 50%。陪审团操纵的这一证据强化了纯比较过失的案例，我们认为这些案例从理论和政策上讲是较多的。（2012 年夏季第 79 卷第 3 期第 945 页以下）

分配污染

Allocating Pollution

Arden Rowell

法律经常通过使用“曝光分配”或者操纵污染如何在特定人群中得以分配被用以减少或者甚至消除污染产生的危害。和许多污染物一样，每当显现的污染物和伤害之间的关系是不成比例的时候，使用曝光分配的时机则出现了。对这些污染物来说，即使当减少污染排放的总数或者曝光的总数是不可能时，曝光分配仍显示出减小污染产生危害的可能性。通过确定改变曝光分配能改善健康并拯救生命的情况，本文确定了管理曝光分配来将由污染产生的危害最小化的法律策略。（2012 年夏季第 79 卷第 3 期第 985 页以下）

何种科学？谁的科学？如何科学化？规则能塑造环境法

Which Science? Whose Science? How Scientific?

Disciplines Can Shape Environmental Law

Eric Biber

环境法基本依赖于由环境科学形成的信息生产。然而，考虑到在科学表层之下隐藏的由机构、利益团体和政客做出的价值选择和权衡，环境科学中无可避免的不确定性意味着这些政策将必然与科学相互交织。学者们和决策者们一直在努力解决这一“科学神秘”。通过仔细检查环境法中科学规则的多样性，本文对这

一潜在挑战提出了一种新的方法。每个科学规则都形成了自己的观点，这些观点在某种程度上是基于价值，这些观点也形成了他们所产生的信息。理解这种方式，法律和科学的交叉就被大大简化了。我们能依靠那些产生相关信息的规则，归纳出科学和政策将如何互相影响的，而不是为了每个重要的个人决定而区分科学和政策。我们也能将科学规则理解为任何监管或管理系统的设计所必备的要件。例如，特定规则可能在法律或者制度结构中是专有的，以此来帮助促进特定的政策目标；我们可以将决策过程与干扰那些目标实现的规则相分离；或者，我们可以平衡多个规则来减少干扰政策制定的规则盲点的风险。（2012年春季第79卷第2期第471页以下）

起诉法院

Suing Courts

Frederic Bloom & Christopher Serkin

本文支持一种司法问责的令人意外的新机制：起诉法院。法院问责的当前模式几乎完全集中在纠正法律错误上。针对法院的起诉将专注于其他方面——通过法律救济的方式，对那些遭受法律改良性变更的沉重负担的人提供转变救济。这些起诉可能一开始是不可能的。但起诉法院在概念上和机制上是合理的，当避免由现代规则造成的许多障碍时，它是缓和法律变更的一种工具。本文第一次完整地解释了如何、何地以及为何起诉法院可能运作起来——在司法制度承受的范围内，也可能在范围外。本文显示了起诉法院如何能够同时约束法官和解放法官。而且本文又对所有相关者做出了一个令人意想不到的承诺——对受影响方的有限希望以及对做出法律变更的法院的新的问责制度。（2012年春季第79卷第2期第553页以下）

集体背后：

伴随 AT&T Mobility 诉 Concepcion 一案的集体诉讼

After Class: Aggregate Litigation in the Wake of AT&T Mobility v Conception
Myriam Gilles & Gary Friedman

集体诉讼正处于困境中。近年来法院提高了规制受害方的证明标准并为消费者集体诉讼创建了新的起诉要求。最近，在沃尔玛诉 Dukes 一案中，最高法院对第 23 条第 a 款规则的共同条件做出了高度限制性的新解释。但这一解释相较于法院于 2011 年四月在 AT&T Mobility 诉 Conception 一案中做出的判决就显得苍白无力，后者清楚地验证了包含自动放弃集体诉讼的仲裁条款。Conception 案的精确范围保证了案件判决的严密性。我们的分析认为，继 Conception 案后，一些原告在特定情况下将能够成功挑战集体弃权。而且，新的消费者金融保护局——如果其不会胎死于怀有敌意的国会助产士的手上——很有可能会在金融服务领域消除一些集体诉讼弃权情况。但大多集体诉讼案件将不会在集体诉讼弃权的即将到来的海啸中幸存。而且当大量消费者保护、反垄断、劳务关系以及其他案件被卷入其中，问题随之产生：什么或者谁能够填补产生的执行缺口？

而且在此，我们希望能看到在过去几十年中由集体诉讼律师假设的“私人检察长”角色给新世界让位，在这个世界中州检察长前所未有地利用他们的国家监护人的权力。与由集体诉讼弃权和严格的集体诉讼资格原则造成的威胁相不同，总检察长现在在纯消费者、反垄断、工时以及其他案件中代表了公民的利益，而这些案件长期以来是主要的私人集体诉讼实践。而且，为了应对复杂案件，资金不足的总检察长办公室将启用私人集体诉讼律师，这些律师在发起、调查和起诉的集体案件中获得了专业的知识。当然，这里也存在政治风险——考虑到这一模式依赖于不确定性酬金安排——但是当国家的总检察长开始在复杂、高价的案件（这些案件很可能对国家财政做出有用的贡献）中占据领导地位时，这也存在实质性政治利益——也救济了消费者和雇员的损失，否则这些人在后 conception 案的世界里就没有了追索权。（2012 年春季第 79 卷第 2 期第 623 页以下）

州破产

States of Bankruptcy

David A. Skeel Jr

在过去几年中，许多州的经济状况已处于危险地位，以至于一些评论者预测一个或者更多的州可能会拖欠债务。随着危机的持续，一个不太可能的词语溜进了这些对话：破产。国会应当对各州提供破产的选择吗？或者破产是错误的吗？本文的目标是通过利用当前能获得的所有理论、经验和历史工具来谨慎地审查这一问题。这一讨论是讨论破产的“特例”而非一种“一方面，另一方面”的评价。但这一讨论试图能绝对公正并得到一些结论，成熟的公众和学界讨论可能发现这些结论是令人惊喜。本文展开如下。第一部分简略地形成了州破产的理论基础。第二部分探究了州破产制度的六个关键好处。接着第三部分对六种主要反对意见进行论述，并对每一种反对意见进行细致的分析。分析完对 1975 年纽约城市危机的回应以及各州地方市政监督委员会颁布的一些法案，第四部分集中在替代更一般的破产法规的类似联邦监管的可能性。虽然破产看似整体上更好些，但如果在国家危机出现之前国会未能执行破产法，监管策略将带来同样的好处。（2012 年春季第 79 卷第 2 期第 677 页以下）

（葛依然 译）

（李文婷 校）

财政联邦主义、政治意愿与地方破产的策略性运用

Fiscal Federalism, Political Will, and Strategic Use of

Municipal Bankruptcy

Clayton P. Gillette

市政当局在财政压力下可能会试图寻求依据破产法第 9 条来调整债务，这或许是因为他们确实资金匮乏，也可能是因为他们缺乏接受资源调整困境的政治意愿。进入破产程序的当地市政机构对当地财政事务不再保有行政职权。然而，选择进入破产程序对其他市政当局以及更多层级的中央政府都可能产生重要的影响。这种外在延伸效应导致中央政府考虑为受困的市政机构提供紧急财政援助。为了避免产生道德风险问题，中央政府通常都会对当地政府机构施加严苛的限制来作为紧急财政援助的条件。这种针对受困市政机构的双重解救体制——紧急财

政援助和破产——允许当地行政机构依据破产法第九条对中央政府提出议案并施加费用，除非中央政府修正紧急财政援助的条件。本文中，笔者建议允许破产法院采取资源调整措施，一方面可以中和当地机构的策略性行为，此外也可以鼓励当地机构以更符合财政联邦主义原则的方式内化政府活动的成本。（2012年冬季第79卷第1期第283页以下）

著作权的非对称不确定性

Copyright's Asymmetric Uncertainty

Steven J. Horowitz

传统观点认为著作权法中迷漫的不确定性是难以容忍的，因为它会抑制表达——版权作品合法的使用者会由于倾轧而来的责任而弃权。这一论断是正确的但是理由却是错误的。这一论断基于惯常却未经证明的假定，即面临责任的使用者都是规避风险型。但是有关不确定下决策制定的权威观点表明，潜在损失的面对者事实上是风险追随者，然而潜在获利的面对者则是风险规避者。按照这种风险趋向的非对称性观点，著作权不确定性的非对称性分配——显而易见的是，这对使用者而言是晦涩的，对著作权持有者而言则是清晰明了的——在保障版权所有者的机制下也提升了邻接权的使用。使用者由于邻接权条款模糊了侵权的界限而低估了越界的风险，版权所有者则高估了他们的法定权利，因为他们在面对作品被使用的危险时能得到可预见的潜在救济的可靠保障。简而言之，这一体系通过自身有关不确定性的非对称性分配，有效地利用了风险选择的不对称性。然而，完善的经济考量并不总是带来优良的法律。法治的理念也用非对称的方式作出清晰的评估：在法律规定惩罚的情况下，必须予以最多的提醒，法律授予权益时提醒则减至最少。即使著作权的非对称不确定性确实最大限度地保障了言论自由，但迫使使用者以社会公益为名承担不确定性的责任则彰显了对使用者自治权的蔑视，而这与法治并不一致。（2012年冬季第79卷第1期第333页以下）

陪审团否决权的重建与转变

Reconstruction and the Transformation of Jury Nullification

Jonathan Bressler

一个多世纪以前，最高法院援引南北战争前的司法先例认为陪审团无“拒绝”权——也就是说，无权拒绝适用法院提供的法律。但是如今，在评价刑事陪审团审判的宪法性权利时，最高法院强调原旨主义，按照建国时期对陪审团审判权的界限来理解现在的界限。基于最高法院的这一法理依据，学者和一些联邦法院法官近来总结认为：由于建国时期的法官拥有拒绝权，这项权利高于十九世纪法官享有的否决权，因此这项权利应得以修复。但是支持修复这一权利的原旨主义者忽略了一个重要的宪法性时刻：重建。第十四宪法修正案从根本上改变了宪法性刑事诉讼，这一过程中联邦政府与地方政府以及联邦法院法官与地方法院法官之间的关系也随之改变了。

本文第（1）部分回应了近来出现的这些评论家的共识，他们认为最高法院对陪审团拒绝的否决难以从原旨主义以及历史角度印证，第（2）部分为第十四修正案制定者、修订者、最初解释者以及最初执行者有关陪审团的看法提供了新证据，该证据与传统视角相区分：重建大会倾向于授权陪审团。经发现，重建大会并未将第十四修正案理解为与陪审否决权这一历史性权利相冲突，甚至将其理解为陪审团审判的一般性权利。相反地，共和重建者将陪审团否决权与新的宪法性权利并不相容，相当于对先前同盟州以及犹他州域的保护。在联邦陪审法最重要的变革中，共和重建者支持立法将南方地区和魔门教刑事陪审团中的可能的拒绝者清除出去——即使是一些坚信联邦刑事法规违宪的下任陪审员。

因此，重建大会通过第十四修正案和强制性立法，可能为十九世纪司法先例禁止陪审团否决权提供宪法性基础。虽然没有一个单独的论述可以明确掌握“原义，”但这一重建时期的历史为宪法刑事程序的当代困境提供了全新的原义理解。

（2011年秋季第78卷第4期第1133页以下）

对抗宪政主流

Against Constitutional Mainstreaming

Bertrall L. Ross II

法院在疑难案件中解释法律。法律常常是模棱两可的，一项制定法不可能预见该法未来所有的适用情形。在处理疑难案件时，最高法院的优先选择往往是价值解释而不是法律文本解释，价值解释侧重基于近来的宪法理念进行理解。在这一过程中，法院拒绝适用与近来制定法中体现的价值更为一致的解释方案。这是宪政主流——通过法院选择自身的价值偏好、排除立宪多数派偏向的价值取向，从而在解释实践中重塑法律。

除了为法院处理疑难案件提供新颖的解释框架外，本文还作出两项规范性贡献。首先是对宪政主流的批评。本文挑战了这一流行观点：在面对疑难案件适用法律解释时，宪法性规范应产生基础性影响。笔者认为法院不应卷入这一宪政主流中，因为它潜在地降低了法律文本解释的中心原则：法律至上。本文第二个规范性贡献是为宪政主流提供替代性方案。笔者认为在疑难案件中，法院应当优先适用反映在近期制定法上的价值而不是强调宪政理念的价值。这些不断演进的以法律本身为基础的价值相较于司法实践上强调宪法规范，更可能反映出不断演进的民主倾向。（2011年秋季第78卷第4期第1203页以下）

重新评估标准化保单

Reevaluating Standardized Insurance Policies

Daniel Schwarcz

本文经验性地戳穿这一普遍观点：房屋保单并不因不同的保险公司而有所区别。事实上，保险公司的房产保险在众多重要的保单条款上却是截然不同的。这些实质多数性的偏离导致依据推定行业标准的承保范围的限缩，虽然这其中部分偏离扩大了承保范围。虽然保单条款存在这些实质性的区别，但即使是事先知晓并警觉的消费者目前也不能基于承保范围区别的基础上对保险公司进行比较选择。本文评述了众多监管性的司法选择，以应对房屋保险市场透明化的缺乏。最后，本文通过思考为规范性理论的有关发现以及标准化的格式合同的效率提供更

广阔的理论启发从而作出总结。(2011年秋季第78卷第4期第1263页以下)

债权人交易以及美国破产法的优先保留权

The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11

Anthony J. Casey

依据破产法第11章进行的公司重组建立在绝对优先原则的基础上，这就要求在次位债权人得到赔付前，优先债权人优先得到全额赔付。通常的法律和经济理解是绝对优先权不可避免地“与债权人交易”相随。这一模式告诉我们重组的选择权体系必须在最大化破产资产期待利益的同时，尊重非破产性的合同权利。常理是，绝对优先权向合同的妥协是保护债权人非破产性合同权利的唯一途径。

但是如果这一常理是错误的呢？对公司债务结构进行仔细审视显示这的确是错误的。次位债权人的问题债务依赖于债务人公司的剩余价值。债务的偿付视公司的未来价值而定：次位债务人得到的未来价值超过优先债权人债权的表面价值。众所周知的是，这项权利相当于对公司资产的赎回权。但是破产法第11章通过使所有未来可能价值向现存价值妥协的方式，破坏了赎回选择权的价值。

因此，绝对优先权排除了次位债务人的非破产性合同权利，同时也为优先债权人创造了随运营企业价值而产生的新权利。本文考虑了优先权机制的潜在替代性方案，以同时保护次位债权人的赎回选择权价值以及优先债务人的非破产性合同权利。这一机制——笔者称之为优先保留权机制——显示出其可以保障所有债权人的非破产性合同权利并将破产中的可期待资产价值最大化。(2011年夏季第78卷第3期第759页以下)

随机性与第四宪法修正案

Randomization and the Fourth Amendment

Bernard E. Harcourt & Tracey L. Meares

随机抽样调查通常以第四宪法修正案中合理性的绝对对立面出现。在大多数

法学家看来,随机调查违背了第四宪法修正案中有效调查的核心实质要求——也就是个别化怀疑。我们对此并不赞同。本文中,我们主张随机调查应当作为合理调查的特例。“个别化”怀疑的概念是被误导的;当代政策中的大多数怀疑都是群体导向的而不是针对特定个人。按照概念进行随机调查伴随着一定程度的怀疑。我们坚持,宪法性问题不应引出与不存疑的政策调查相对的怀疑性问题,而应引出与调查项目相关的怀疑程度和项目的公平性问题。根本而言,我们推崇随机性恰好达到值得怀疑的基本程度的新范式,这一新范式对个人保护(通过确保在最低限度的怀疑)和公平对待(通过赋予适当的警察自由裁量权)都有所裨益,而我们希望通过第四修正案使这两项不同的价值都得到保护。(2011年夏季第78卷第3期第809页以下)

通过私法获得公众联合地位: 约束当地政府

Public Entrenchment through Private Law: Binding Local Governments

Christopher Serkin

公众联合反对条例防止政府通过不受欢迎的立法,并保障以后的政府可以依据之后公众的政策选择重新审议该政策选择。然而,政府——尤其是地方政府——能愈发娴熟地运用诸如合同法、财产运输法之类的私法机制将之前相关的承诺兑现。同时,近年来法院和各州立法机关降低了公众联合的核心途径,例如土地征收过程中,通常允许政府从上一届政府手中取得政策制定权。这些改变跨时期地威胁到民主权力的转向。本文为公共巩固通过私法和个人权利以及根植于法律中的核心性民意反抗保护设定了一种类型学保障机制。接下来本文为评估民众关心的问题设定了一种框架,该框架将日益降低的灵活性成本与日益增加的信赖利益进行对比。按照该框架来看,近来法律中的变化显得尤其问题重重,从对征用的限制到不动产使用权的增加,以及地方财政的创造性形式(例如,销售资产而不是承担债务)。(2011年夏季第78卷第3期第879页以下)

(李文婷 译)

(葛依然 校)

自然主义刑罚的现实性

Some Realism about Punishment Naturalism

Donald Braman Dan M. Kahan & David A. Hoffman

本文对逐渐突起的自然主义刑罚的主张提出批评——在该理念下，有关犯罪和刑罚的大多数形式的高度细微的直觉被广泛分享，不断发展的心理学中的一种特殊的形式最能够解释此种一致的观念。尽管自然主义刑罚的核心主张非常有吸引力并且很大程度上依靠的是直觉，但是它们被一系列广泛而深入的研究否定，并且本身存在大量逻辑上的错误。自然主义刑罚最明显的缺陷是：在不法行为的构成要件以及如何认定给定的一种行为是不法行为这两个问题上存在着极大的分歧，而自然主义刑罚对此种分歧却缺乏一项经验主义的研究。但是除此之外，自然主义刑罚还存在一个同样致命的缺陷：它没有能够为个人借以评估犯罪和刑罚的社会及认知机制提供一个可信的解释，而是做出了一些明显错误的解释，或者是一些非常模糊以至于无法进行检验的解释。与之形成对比，我们描述了一个替代的方法——现实主义刑罚，其通过心理学和人类学发展形成了法律现实主义的核心思想。我们认为，刑罚现实主义为关于刑法的共识和分歧提供了一个更加完整的解释，并为社会及认知机制提供了一个更加详细、更加可信的解释，此两种机制驱使人们在给定的行为是否应当被赞扬或被惩罚以及应当受到怎样的赞扬或惩罚这两个问题上或赞同或反对别人的观点。这两种经验主义解释之间的差别也导致了两者在——“那些想要使社会福利和公众对法律的满意度均达到最大化是如何处理犯罪和刑罚问题”——这个问题上形成了截然不同的观点。真正的不幸是表面的平静或是等待其离开。——克利福德·格尔茨（2010年秋季第77卷第4期第1531页以下）

法律中的决胜局

On Law's Tiebreakers

Adam M. Samaha

决策者惯常使用决胜局。现成的例子是足球比赛中的点球致胜以及副主席在参议院中平局投票时的决胜票。但是我们对此概念缺乏一个精确的理解，同时对决胜局的运用也缺乏一个规范的理论。本文将决胜局严格定义为一种用词上较粗陋的决策规则，然后证明了决胜局决策结构的正当性。考虑到在某些情形下打成平局是令人无法忍受的，本文提议了一些方法以防止平局的出现或是设计出合理的决胜局。对后者而言，在一个用词粗劣的决策规则中运用随机变量、道德相关的变量以及重复计算的变量时需要作出权衡。最后，本文将其概念上及规范上的经验教训运用到三个问题上：积极行为规划的最佳设计，解释法律文本的适当的方法以及判决的核心功能。与其他有关美国法院任务的主流理论相比，收尾部分将法律和判决评价为社会生活其他方面的一个大型的决胜局。阻止诉讼的产生。不管何时，只要你能够做到，就说服你的邻居作出妥协。永远不要挑起诉讼。如果一个人发起了诉讼，那么很难找到比他更坏的人了。——亚伯拉罕·林肯

如果现在实验者正在实验中，而他所处的实验系统要求他非此即彼地做出决定，之后又要求他不能反复无常，为了达到这个目的，系统必须在他发觉自己的思想陷入此种疑惑或平衡时提供给他一个决定问题的规则。——弗莱明·詹姆斯

他们身处属于他们的时代中，他们对他们这个时代的基准规范做出回应——隐藏在深处的时代精神。——劳伦斯·弗里德曼（2010年秋季第77卷第4期第1661页以下）

将传统作为证明合法性的理由：以异性婚姻为例

Tradition as Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage

Kim Forde-Mazrui

全国范围内关于同性婚姻的争论的一个中心论点就是保持传统的重要性。此类争论在针对同性婚姻禁令的宪法性诉讼中同样突出。此类禁令的反对者声称：用传统来为此类禁令辩护不是正当的理由，而传统婚姻的捍卫者则声称传统不仅仅是正当的辩护理由，事实上，更重要的是它能够承担更加严苛的司法审查。本文聚焦于异性婚姻的法律限制，从平等保护的角度，评估传统的正当性。本文提出了两个要点：第一，总结得出一国在维护传统方面的利益——包括异性婚姻的传

统一极有可能在法律层面上足以应付平等保护条款下基础审查的最低标准。第二，本文认为在被要求证明缺乏平等保护基础的法律的正当性的时候，法院仍然应当对传统保持怀疑的态度传统会展现出一些固有的特点，或者是会表现出怀疑的迹象。那些特征包括传统的推测功能，修辞的吸引力以及可操作性。此外，若某法律包含了从过去的普遍的社会反对到如今的公众的实际容忍的这样一种文化的转变，当传统被用来证明这些法律的正当性时其就尤其值得怀疑。在此类情形下，传统也许被当成一种合宜的辩护理由，以证明人们与这部分人群划清界限的正当性。本文主张，对于禁止同性婚姻的禁令，法院应该认定这些法律无效，除非在经过了仔细的审查之后法院确信这些法律是由正当利益而不是由以传统为基础的利益所主导的。（2011年冬季第78卷第1期第281页以下）

外国人侵权法规及国际法

The Alien Tort Statute and the Law of Nations

Anthony J. Bellia Jr & Bradford R. Clark

一直以来法院和学者都努力想要界定外国人侵权法规（就是所说的ATS）的初始含义。外国人侵权法规颁布于1789年，其规定“地区法院……应当……在一个外国人仅仅因违反国际法或是美国的一项条约而提出侵权诉讼的情形下审查所有的原因。”该法规实行了将近两个世纪。在19世纪80年代，低层联邦法院开始扩张性地解读此法规以允许外国公民因发生在美国境外的违反现代国际习惯法的事项而对其他外国公民提起诉讼。在2004年，最高法院采用了一个更加限缩的方法。为了贯彻第一次大陆会议的宗旨，法院裁定国会只赋予了联邦法院针对小部分外国人诉讼案件的司法管辖权“与黑石集团初始的三个[刑事]犯罪相一致[违反了国际法]：违反安全行为，侵害大使的权利以及侵害著权。”本文认为不管是低层联邦法院最初支持的扩张的方法还是最高法院后来采用的更加限缩的方法，都没能完全抓住外国人侵权法规的初始含义及目的。1789年，美国是一个避免与其他国家发生冲突的弱小的国家。各个国家都有责任纠正本国公民违反国际法的行为或者是针对其他国家或其公民的行为——从最严重的犯罪（比如说那些针对大使的犯罪）到更普通的犯罪（比如说针对外国公民私人的暴

力犯罪)。如果一个国家未能纠正此类暴力行为，那么它就是有责任的，同时也给了其他国家发动战争的理由。在独立战争之后，国会不能够依靠各州去补偿外国人（尤其是英国人）因美国人所遭受的伤害。因此，第一次大陆会议颁布了外国人侵权法规，将其视为旨在纠正美国公民违反国际法行为的民事及刑事方式之一。外国人侵权法规赋予联邦法院相应的司法管辖权，使其有权管辖外国公民对美国公民提起的针对个人或个人财产的故意侵权诉讼案件。当时，不管是侵权行为本身还是未能纠正此类侵权行为，都违反了“国际法”。然后该法规运用这些条款为美国创造了一个自动执行的方法以避免对其公民不当行为的军事报复。然而，不管是外国人侵权法规或第三条都没有赋予联邦法院对外国人之间的侵权诉讼的司法管辖权。确实，联邦法院对此类案件——因发生在他国领域内的行为导致的外国人与外国人之间的诉讼——至少一个系列的判决将使得美国处于可能与外国发生冲突的危险境地，而这与法规的宗旨相违背。尽管外国人侵权法规的重要性也许从未真正被发现过，其初始含义在历史文本中表现得相对比较明显：外国人侵权法规限制联邦法院对由外国人提起的针对美国公民诉讼的司法管辖权，但是广泛地包含了对外国人人身或个人财产的任何故意的侵权。（2011年春季第78卷第2期第445页以下）

因种族改变选举区和为党利重划选区的再思考

Reconsidering Racial and Partisan Gerrymandering

Adam B. Cox & Richard T. Holden

近年来，学者对因党利重划选区和因种族重新划分选区之间的关系已经形成一致意见。对包含大部分少数民族选民的地区做出规划，是选举权利法案的要求，而这被认为是帮助了那些地区的少数民族选民但是更广泛地伤害了民主党。本文认为此熟悉的主张基于一个关于主张重新划区者如何才能最佳地为了党派利益操纵选区的错误的假设——一个以所有的选民都能够被当成是民主党或者是共和党为基础理念的假设。为了达到这一假设，并承认选民都具有不同的意识形态类型，我们强调一个事实，即：最佳的为党利重新划分选区策略与在文献中普遍提及的打包拆分策略存在很大的差异。理解此最佳策略导致了第二个观点，即：

通常认为选举权利法案限制了共和党而不是民主党的党派野心。我们通过讨论一些关于选举权利法案未来的发展以及下一轮的十年一次的选区重划得出结论。
(2011年春季第78卷第2期第553页以下)

企业集团中的战略责任

Strategic Liability in the Corporate Group

Richard Squire

典型的大公司自身分为很多的子公司，但随后通过让子公司与母公司之间相互担保彼此重大债务来消除责任承担的障碍。之前的公司集团的学术理论无法解释其缘由。主流理论认为子公司的存在使债权人评估风险变得更加容易，因为它们使每个债权人能够在更广泛的企业范围内实现离散资产贷款。但任何这样的效能将被担保所削弱，这在附属子公司边界之间转移信用风险。本文认为子公司和集团内部担保的集合反映了被称为寻求相关性的股东机会主义的一种类型。因为在典型的公司集团中实体的破产风险很高，集团内部的担保为集团的股东提供了一种单向赌注。担保降低了被担保债务的利率，从而使股东收益颇丰，只要集团一直保有偿付能力。而如果集团没有偿付能力而触发担保责任，股东须没有任何例外地承担保证责任，其股权也会被全部清空。担保人稀释了集团非债权人的回收率。此种责任与利益的分离使得公司成立了过多的子公司以及担保的过度使用，从而渐渐破坏了透明度，使得破产程序复杂化并导致了其他的一些扭曲现象。目前的欺诈转移主义学说坚决主张那些担保是最有可能被滥用的。以风险关联性为基础的学说改革将阻止担保的过度使用，并将减少破产法院对实质性合并的争议性救济的依赖。(2011年春季第78卷第2期第605页以下)

(戚小乐 译)

(施 骏 校)

预防裁定

Preventive Adjudication

Samuel L. Bray

本文定义、证明和解释了被很大程度上忽视了的但十分重要的一类案件——本文中被称为“预防裁定”案件。在这类案件中,法院的意见对双方当事人没有任何“命令”约束,这些意见是为了避免未来的伤害,而不是对过去损害的救济。尽管在法学文献中人们很少关注这些,但预防裁定贯穿于整个法律。它会出现在对遗嘱案件、专利案件、不合宪的模糊不清的法律的宣判裁决之中;会出现在对父权,女权的诉求之中;会出现在对失踪人员宣布死亡的请求之中;会出现在边界争端以及对所有权确权的案件之中。本文解释了什么是预防裁定,以及它应该如何使用。预防裁定是直观上很有吸引力的,因为它能帮助人们避免伤害,明晰法律。虽然预防裁定是合理的,但提前裁定案件而非等待补救裁定也有一些缺点。本文不仅陈述了预防裁定的优点,也介绍了关键的限制原则。一个限制原则是行政和错误成本;另一个是适当折扣原则(也就是说,考虑未来事件的不确定性)。

人们会因为各种不确定性而对此打些折扣,通常会对法律引起的不确定性充分的考虑。但是对法律引起的不确定性对关于人类行为不可避免的的基本问题时往往考虑不足,如合法生育、国籍、婚姻状况、或死亡。对产权的不确定性如何破坏首先拥有产权规则的基本原则考虑不足(比如鼓励高效的投资和收集所有权人信息)。简而言之,当准备考虑不够的时候,预防裁定尤其有价值。本文还展示了该预防裁定规范性理解可以转化为在美国法院的实际应用。在美国的法律体系有两种方式确定哪些案件应由预防决定裁定:有时他们依靠司法自由裁量权决定预防裁定是否合适每种情况(“零散分类”);有时他们指定类别的情况下,预防裁定(“整体排序”)是可用的。这两种方法的分析在州法院表明,整体分类在州法院常见但在联邦法院不常见,联系的实际的预防裁决审判的案件中,它是无可非议的。(2010年夏季第77卷第3期第1275页以下)

回顾默多克案件:推翻州法院判决是在回避宪法

Reconsidering Murdock: State-Law Reversals as Constitutional Avoidance

Jonathan F. Mitchell

1874年,最高法院在多默克诉孟菲斯判决称,即使是提出有关联邦法律诉求的案件,联邦最高法院对于各州最高法院对本州法律的解释它没有“管辖权”。之后法官已经放弃了这个看似固定的规则,他们现在对缺乏“公平而实质性”或“足够”理论支持的某些情况下会审查并推翻州法院对州法律解释,法官希望推行联邦权利对抗州法律。然而法官们仍然是在多默克案件引发的观念下行动,他们认为哪怕是想要推翻州最高法院的基于州法律的判决,认为这是一种为了逃避适用联邦法律的方法,他们也是没有权力的。

本文挑战最高法院这种不愿意撤销州法院判决的区别分类。首先,没有法规或宪法条款阻止联邦最高法院仅仅基于州法律理由推翻州最高法院的判决,只要案件中提出了一种似是而非的基于联邦法律的索赔诉求足以满足第三条款和 28 USC § 1257。第二,联邦最高法院拒绝考虑这样的推翻与常说的除非迫不得已避免适用联邦宪法问题相矛盾。当州最高法院提出州法律的争议解释时,同时也产生了困难的宪法问题,默多克体制要求法官二选一:允许这样州法院的判决,或基于联邦宪法理由推翻判决。当法官不愿确认州最高法院的判决,这错误的选择题逼迫他们不得不提出不必要、经常有争议的联邦宪法声明。

这些多默克案引发的州宪法声明往往为推翻州判决付出了高昂的代价。他们产生了全国性的合宪的判决,如果法官的意见最终被证明存在错误的话,这将会大大增加了法院判决的错误成本。此外,这些特别的宪法判决,最高法院通过增加联邦宪法条文,创造了对抗不利的州法院判决,这被认为对今后的法院的判决成本将是重大威胁。最高法院可以基于州法律最低程度地选择性推翻某些州最高法院裁决来缓解或避免这些危害,这将减轻默多克制度强加于联邦宪法原则的巨大压力。(2010年夏季第77卷第3期第1335页以下)

人生保护令和(非)授权

Habeas and (Non-)Delegation

Paul Diller

尽管宪法中止条款明确提到的人身保护令状,但是它并不要求国会在习惯法的形式上明确这一令状。相反,中止条款一直被理解为允许国会将令状替换为另

一个程序,只要有一个适当的有效的的人身保护令的替代作为救济。从中止条款功能来看,国会可能会将对负责执行人身保护令审查行为委托授权给第三条款法院以外的另一个实体,只要替代过程允许被拘人员公正有效地挑战质疑对他的拘留行为的合法性。因为,人身保护令的核心就是涉及对随意行政拘留的检查。然而,本文认为,人身保护令的任何非第三条款法院委托授权的实体机构审查功能必须符合非授权机构原则的规定。用于挑战行政拘留行政责任的授权设计程序,将会破坏中止条款本身的目的。

在 *Boumediene* 诉 *Bush* 案件中,最高法院对之前的中止条款的功能性法理提出了质疑。尤其是最高法院对任何人身保护令的替代品,不完全依赖第三条款法院的行为。本文批评了最高法院在 *Boumediene* 案中的的方法,显示了这个方法是如何威胁法院之前已经接受了的的中止条款的功能性意见。与此同时,本文解释了如何以及为什么对非授权机构的担忧是合理的。尤其,通过过度依赖行政设计,即战斗状态评估法庭,国会代替人身保护令委托权力过度的行政机关来执行人身保护令审查功能。因此,国会试图通过 2006 年军事审判委员会法案违反条款以及非授权原则,来消除人们接触关塔那摩囚犯法令的可能。一个决定更多的是基于非授权性而不是基于 *Boumediene* 案件多数人意见的中止条款的专有性,将会给行政机关将来设计一个拘留恐怖嫌犯制度带来更多的随意性。(2010 年春季第 77 卷第 2 期第 585 页以下)

与可行性分析

Against Feasibility Analysis

Jonathan S. Masur & Eric A. Posner

可行性分析是评估政府规定的一种方法,已成为替代成本效益分析的主要办法。尽管监管机构已经使用可行性分析(在某些情况下称为“技术型”分析)比成本效益分析时间更长久,但是可行性分析不那么受到学术界的关注。然而近年来,成本效益分析的批评者提出可行性分析是一个更好的选择。我们通过揭示可行性分析结构及其规范的前提,进行了深入的讨论,然后对它们进行了批评。我们的陈述建立在两个可行性分析的案例,一个关于美国职业安全与健康管理局

OSHA, 另一个关于环境保护署 EPA。我们发现了可行性分析会导致不足和过度规范, 而且我们认为它缺乏一个规范的理由, 不应该在地方政府的监管中适用。
(2010 年春季第 77 卷第 2 期第 657 页以下)

私有化的虚假

Privatization's Pretensions

Jon D. Michaels

几十年来, 政策制定者一直习惯性的、表面上的、排他性的私有化政府责任, 目的是为公众提供相同的产品和提供更有效的服务。越来越明显的是, 这些政策制定者也做了一些改变: 据称他们正在使用一些技术程序从实质上改变他们中立的政策管理。它正在运作: 这些私有化“工作区”可以直接改变公共教育, 医疗, 和社会福利项目内容, 监管执法结果和规则制定的程序, 以及追踪警察和国家安全行动的动态。工作区通过提供外包机构的方式实现不同的政策目标的方法——技术私有化, 难以合法化或更难以切实实现。简而言之, 他们强化执行机关。它们使总统、州长、市长行使更大的单边政策自由裁量权, 付出的代价是立法者, 法院, 继任政府和人民。虽然私有化在学术上很多争论, 双方都给予了这个变革和潜在违法的做法足够的重视。本文正面解决了工作区问题。具体地说, 本文找寻到了政府签订行政合同时工作区结构失败过程; 开发解决方案的总体概念框架和工作区类型; 规定了分析和监管干预协议。(2010 年夏季第 77 卷第 2 期第 717 页以下)

司法合法性的政治根源: 解释持久孤立案件的有效性

The Political Roots of Judicial Legitimacy:

Explaining the Enduring Validity of the Insular Cases

Krishanti Vignarajah

1898 年美西战争结束时, 美国控制了三个新的领地: 波多黎各、关岛、和菲

律宾。这些岛屿的政治命运在美国产生了激烈的争论，许多人想知道一个国家身份已经被否决的殖民地，仅仅在一个世纪之后是如何获得独立的，并且自己管理国家。尽管美国的扩张问题受到了巨大的政治和公众关注，最高法院的一系列判决，统称为孤立案件，才解决了旷日持久的政治纠纷。宪法史上最引人注目的一幕是法院的干预使得混乱的全国性辩论终结，并且影响了国际事务和外交协议等那些法院不该干预的事项，但这并未引发公众强烈反对，亦未损害了法院的信誉。孤立案件本身保持了良好的法律效果。

本文试图理解为什么会有如此情况，具体地说，这篇文章的目的是要理解分裂的，政治性的问题被转化为司法审查的过程，这一过程是如何批准决策本身的，以及政治机构可以在除验证之外的其他有疑问的司法诉讼中扮演何种角色。首先，有相当多的证据显示，作为一个描述性的问题，最高法院决定孤立案件之前，政治机构采取了一系列措施授权并促进司法机构考虑的本质也是政治的问题。其次，本文认为，作为一个规范性的问题，孤立案件说明了政治机构可以通过提前同意司法的介入，同意法院证明某些问题，从而正确验证最高法院的决定。

虽然这个过程的特性难以精确的分类，但可以辨别出为合法的司法审查奠定基础的五个元素。(1) 否定自己的权威来解决争端，(2) 公开邀请法院调解争议，(3) 支持司法决议的效力，(4) 在法律和宪法的条款中提出政治问题，(5) 提议与法律无关的因素，可以弥补传统标准的缺失，通行的机关帮助政治问题转换成司法问题。正是这种“同意和验证”的过程，解释和证明了最高法院在孤立案件中干预的正当性。更广泛地说，这篇文章表明，淡忘孤立案件的历史背景揭示了一个重要的，未知的、潜在的司法合法性来源：政府机关。（2010年夏季第77卷第2期第781页以下）

崩溃：美国最高法院如何破坏量刑法律以及补救

Debacle: How the Supreme Court Has Mangled American Sentencing Law and
How It Might Yet Be Mended

Frank O. Bowman

本文认为，自从1986年McMillan诉宾夕法尼亚州，2004至2005年Blakely

诉华盛顿州，进而在美国诉 Booker 案件，并继续在俄勒冈州诉 Ice 等案件中显示，最高法院第六修正案关于陪审权案件的条文，是一个巨大的司法失败。首先，法院未能提供一个逻辑上的一致性，基于宪法回答基本问题关于什么限制了宪法在刑事司法系统中发挥功能性作用。它未能认识到认定，宣判，惩罚犯罪将会影响第五和第六修正案陪审团条款以及第十四修正案的正当程序条款，并扭曲了陪审团条款成为难以理解的逻辑结构。

其次，法院的合宪而不良行为实际效果是损坏通常是有益的结构化量刑行为，其结果对实质性和程序性改进量刑公正的可能是有利的。即使是最广受欢迎的案例的结果，联邦量刑的指导转型成一个咨询性系统，证明了具体审查是一个喜忧参半的结果。法院已经使得宪法不是一个指导，而是一个障碍，一个理想的刑事司法系统的权力分散机构。本文提供了所有意见的一个综合分析，从 McMillan-Apprendi-Blakely-Booker-Ice 这些案件判决，考虑他们案件中的宪法对联邦和州判决推理及其实际的影响系统。分析是建立在仔细解剖法院第六修正案量刑判决瑕疵，开发一种宪法性分析，结合第六修正案和正当程序原则，建议一种更连贯的理论和较为理想的实际的合宪量刑法学。（2010 年冬季第 77 卷第 1 期第 367 页以下）

（施 骏 译）

（戚小乐 校）

通过《美国法典》第 1983 节规制私有化政府

Regulating Privatized Government through § 1983

Richard Frankel

随着政府越来越多的将传统公共职能委托给私人盈利实体来行使，联邦民权法令，《美国法典》第 1983 节第 42 条的规定有可能在私人实体承担公共责任时鼓励他们尊重宪法性权利上发挥重要的作用。然而，一种最普遍的观点破坏了此种可能性，该观点仅仅因为最高法院已经裁定地方自治性实体可以作为雇主责任原则的例外，则认为受制于《美国法典》第 1983 节规定的私人实体应该免于适用传统的雇主责任原则。将私人实体作为豁免对象会产生重大的影响，这不仅是

因为政府职能私有化的日益发展，也因为雇主责任原则往往对充分实现侵权责任法的威慑及补偿目标至关重要。

本文考察了关于私人实体如何行为和政府机构如何行为之间的差异，并主张此种差异证明了将雇主责任原则强加于《美国法典》第 1983 节规定下的私人实体被告是正当的，即使该节规定下的公共实体仍然是雇主责任原则的例外。首先，最高法院对自治实体免除适用雇主责任原则的理论对公共实体来说是特有的，这并不能成为私人实体免于适用雇主责任原则的理由。此外，作为一个政策问题，事实上利益刺激下的私人实体可能比负有选择性义务的公共实体更多回应侵权责任的激励机制，并更少回应其他非金融的约束条件，这表明雇主责任原则相较于制止公共不正当行为可能更适合于制止私人不当行为。因此将雇主责任原则适用于私人实体有助于确保在私人实体接受履行重要的公共职能时，并不减少重要的宪法价值。（2009 年秋季卷第 76 卷第 4 期第 1449 页及以下）

保姆式公司

The Nanny Corporation

M. Todd Henderson

公共领域中的个人，例如公司中的员工和管辖区内的公民，希望公共领域的管理者对非该公共领域的人实行家长式统治，因为这会降低参与到该公共领域的成本。保姆式国家和保姆式公司越来越多的对这种需求做出回应。这两者可以被认为是在“保姆主义市场”中竞相角逐以向需要它的个人传递保姆主义的理念。在一个由其他人支付补偿的世界，保姆主义是不可避免的，继而问题就变为这两个保姆规则来源中的哪一个是“保姆主义”更有效的供给者，是“保姆式国家”还是“保姆式公司”？本文阐述了“保姆式公司”优于“保姆式国家”等类似物的众多原因。例如，企业政策从劳动力市场中受到更多的即时反馈，这就减少了企业政策的过度延伸且有助于解决信息问题，其解决方式可能降低决策成本和错误成本的总和。

然而，现在仍没有理论能够证明国家或公司在对相关行为上施加“保姆式限制条件”上总是更胜一筹。因此，我们可能期待当利用保姆规则对公司有效时，

则由公司提供保姆规则，这样说是因为可以更好的监控、降低代理成本等等，但当效力水平一定而政府提供保姆规则的成本更低时，公司则不需要这样做。然而，问题是政府规则包括政府规章、管理条例、法规、宪法规定和判例法，这可能会降低市场效率。本文做了一个公司保姆主义的案例研究并展现出在缺乏支持保姆式国家的正当理由下，政府法规是如何受到偏见的。(2009年秋季卷第76卷第4期第1517页及以下)

行政国家的危机管理：9.11事件和2008年金融危机

Crisis Governance in the Administrative State:

9/11 and the Financial Meltdown of 2008

Eric A. Posner & Adrian Vermeule

本文对比了9.11事件和2008年金融危机后的危机管理和紧急立法的情况。我们认为这两起事件在轮廓上大体相似，但在具体细节上有很大的不同，我们试图阐明这两起事件的异同。首先，在两起事件中广泛的政治进程的运作而非法律或宪法限制创造了一个相似的危机管理的模式，该模式下国会授权给行政机关更大的以前没有的权力。我们认为对该模式最好的解释是参考由卡尔·施密特提出的行政国家中的立法重视理论，其与标准的麦迪逊观点截然不同。其次，在政治危机广泛的约束条件下，布什政府宣称9.11事件后其权力比在金融危机时更具有攻击性。我们拒绝基于法律差异提出的相互矛盾的解释，我们认为这种差异归因于2001年至2008年期间布什政府受大众欢迎度和可信度的降低以及金融管理上突出且分裂分配的影响。(2009年秋季卷第76卷第4期第1613页及以下)

拘捕条款

The Captures Clause

Ingrid Wuerth

美国宪法中的拘捕条款赋予了国会“制定关于占领土地和水资源的规则”的

权力。最近很多法院、学者、政治家及其他人引用该条款支持一些互相矛盾的观点，这些观点与国会发起战争及控诉战争的权力范围有关某些主张或假设认为拘捕条款赋予了国会逮捕和居留公民的权力，然而其他人推论认为这一权力只能适用于财产问题。同样的，那些从广义角度理解国会权力的人将拘捕条款理解为赋予国会一种一般权力以决定什么可以被查获或什么人可以被逮捕，这二者被看做引起冲突的手段以及战争控诉的衡量标准。也有人主张该拘捕条款仅仅赋予国会作出裁定以及对被私人武装船只劫持的财产进行分割的权力。这些原因中的很多仅依赖最初的历史，然而没有人去考察拘捕条款的任何细节。

本文则考察了拘捕条款的细节，文章通过考察大不列颠和殖民地海事文件、著名的国际法文件、美国独立战争和十三州联邦宪法以及美国宪法的起草文件与批准批准来追踪拘捕的含义。结果是“拘捕条款”在美国宪法中的最终文字表达可以用很多美国独立战争之前的方法而被合理的理解，但它可能并不包括决定何物或何人可以被逮捕的权力。大陆会议以一种显著不同的方式使用了“拘捕”这一词语，其明确了何种货物（而不是何人）可以被公共或私人船只逮捕。这也是对宪法文本最好的解读。

拘捕条款阐释了一个微小但却在宪法历史中意义重大的领域，因为“拘捕”在整个十八世纪都是极其重要的。它还清楚的表面了缉拿敌船许可证和报复性拘捕证、宣战书以及总司令条款的含义。与很多人关于这些条款的观点相反，缉拿敌船许可证和报复性拘捕证条款仅仅赋予了国会许可私人船只进行捕获的权力，即“拘捕条款”赋予了国会决定何种财产可以被公共武装势力和私人武装势力捕获的权力。反过来，这至少从相对广义的角度支持了对宣战条款的广义解读，因为它赋予了国会与发起战争密切相关的权力。这也意味着至少某些战争策略的问题是在国会权力范围内的，从而缩小了总司令可能的权力范围。然而，最后对拘捕条款仔细的考察也阐明了宪法中战争权力分配的差异及重叠。（2009年秋季卷第76卷第4期第1683页及以下）

通知与评议司法决策

Notice-and-Comment Judicial Decisionmaking

Michael Abramowicz & Thomas B. Colby

行政机关通常会运用一个“通知和评议”的程序允许公众对提出的规则文本作出回应。法律文献并没有对一个类似的程序是否有助于司法部门的工作加以考虑。本文认为类似的程序对司法部门的工作是有帮助的。在判决起草开始后最终的司法判决作出前诉讼当事人和第三方都没有机会对司法意见作出自己的评议。因此，司法意见中往往含有错误且经常产生广泛的、不可预料的负面影响。“通知和评议”的制度可以缓解这些问题，且可以帮助约束法官遵循法律规则并完善司法程序的正当性。（2009年夏季卷第76卷第3期第965页及以下）

幸福与惩罚

Happiness and Punishment

John Bronsteen, Christopher Buccafusco & Jonathan Masur

本文进一步将人类幸福行为心理学中的某些新发现应用到法律中一些已深入分析的问题中。当一个国家在决定如何惩罚刑事罪犯时，至少有一个重要的考虑就是任何给定的惩罚可能造成的伤害数量/程度。例如，向那些犯了较轻的严重罪行的罪犯施加更大的伤害或是施加的惩罚反而提升了残忍程度，这些惩罚都是不可取的。我们的刑罚制度对不同犯罪的惩罚主要是通过调整罚金刑的大小和监禁刑的长短，但是关于人类适应性的新发现质疑了该制度所依赖的假设。具体说来，人们可以很好的适应财富的消极减少，甚至可以适应很多监禁生活的特征，但他们不能很好的适应公布监狱生活的典型情形，例如失业、疾病及社会关系的损失。因此，调整罚金的多少或监禁时间的长短不会改变刑罚施加的线性伤害的总和。这两种刑罚强弱的巨大不同并不必然导致个别罪犯承受的伤害存在巨大的不同（例如，在一些罚金刑的情况下，或其他情形）。这个结果不仅与报应及功利主义惩罚理论有关，也与刑事司法实践有关。鉴于适应性变化产生的挑战，刑罚的新方案对实现比例原则是必要的。（2009年夏季卷第76卷第3期第1037页及以下）

行政机构蔑视国会

Executive Branch Contempt of Congress

Josh Chafetz

在前白宫顾问哈里特·迈尔斯和白宫办公厅主任约书亚·博尔顿拒绝接受国会委员会因调查解雇美国律师所出具的传票后，美国众议院于 2008 年投票认定他们是在蔑视国会。之后众议院选择了一项新颖的方式来强制执行被拒绝的传票：它向法院提出一种确认迈尔斯和博尔顿的行为是在蔑视国会的联邦确认之诉，并请求发布一条禁令要求他们接受国会出具的传票。地方法院作出了支持众议院请求的裁定，尽管这一裁定随后被制止执行且双方达成了妥协。

本文考察了源于行政机构官员蔑视国会议事程序的诸多问题。简要描述迈尔斯一案后，本文考察了英美法中针对行政官员蔑视行为的立法发展历程。其表明蔑视权力在王权和国会及王权和殖民地美国立法机关的权力斗争中扮演着重要的角色，且这一重要角色一直持续到早期的州立法阶段。然后本文追踪了国会利用蔑视权力对抗行政机构官员的行为，其中包括两起被司法界和学术评论界普遍忽视的案件，在这两起案件中国会委派了一名武装士兵逮捕行政机构官员。

接下来，本文利用前文所说的历史情况来考虑当今如何处理行政机构蔑视国会的案件。文章指出英美立法机关一直以来都利用一系列的政治手段以执行他们的蔑视调查结果并且他们直到二十世纪晚期才求助于法院解决此类争端。本文认为通过法院解决此类争端对美国政治体制有很大的伤害因此，本文的结论是：国会在迈尔斯纠纷中错误地寻求了司法解决且法院错误地认为该类争议是可以被法院裁决的。（2009 年夏季卷第 76 卷第 3 期第 1083 页及以下）

远在天边近在眼前？行政国家的时机和透明度

Hiding in Plain Sight? Timing and Transparency in the Administrative State

Jacob E. Gersen & Anne Joseph O'Connell

法律问题和政治问题中机构的传闻证据隐匿坏消息的情况是非常普遍的。行政系统经常被指责在假期或周末等公众注意力在别处时宣布有争议性的政策。我

们认为这一传统观点是错误的，或至少是明显不全面的。传统观点充斥着理论漏洞且没有系统的实验性证据支持它。在批判大量的传统机关隐匿坏消息后，我们主张并捍卫一项修订了的行政法中的战略时机理论我们认为时机决策很少影响决策的可预见性但会抬高监控的成本并响应利益集团和立法联盟的要求。行政机关选择何时宣布政策决定的自由裁量权甚至能使行政机关影响利益集团监控管理的进程，从而必须考虑他们的利益倾向。我们评议传统观点以及提出修订后的理论都运用了二十五年的实验性证据。然后我们阐述了其对行政法原则及行政系统的制度设计的影响。（2009年夏季卷第76卷第3期第1157页及以下）

解释理论分歧

Explaining Theoretical Disagreement

Brian Leiter

近来，斯科特·夏皮罗认为罗纳德·德沃金在《法律帝国》一书中提出了一项反对法律实证主义的新异议，但实证主义法学派并没有对此进行充分的回应。反意见认为：实证主义法学派对德沃金所提出的有关法的理论分歧的异议没有充分的解释，即“法的基础”的异议或实证主义法学派所称的法效力的标准。我同意夏皮罗的观点即这一批判是新颖的，但我并不认为这一异议没有被充分回应。实证论无法对保留理论分歧的“表面价值”作出解释，因为关于法效力的标准这一可理解的争论仅仅是一个经验性或“选择人数”的问题，也就是说，其只是一个关于法官会做什么的问题以及有多少法官会这样做的问题（因为它是裁判人员的实践以及他们对实际应用的态度，这些应用根据实证主义法学家修订了法效力的标准）。

然而，实证论对理论分歧有两个另外的解释，它们是通过解释消除而不是保留“表面价值”分歧。根据实证主义法学派的观点，理论分歧包括两类，一是：不真诚的，在某种意义上各方有意或无意的去试图改变法律——正如德沃金所说，他们试图说明“法律应当是什么”而不是“法律是什么”，二是：仅仅基于错误由于争论的各方真诚的认为有一个关于法的基础是什么的事实存在，因此在他们意见不同的情况下得出“法律是什么”的结论，但他们是错误的，因为实际

上在此情况下并没有关于“法的基础”的事实，准确的说是由于裁判人员中没有统一的实践行为，这就无法构成针对此问题上的识别规则。

本文探讨了“诡诈理论”和“误差理论”的理论分歧，并特别留心关注了在紧要关头选择竞争性解释理论时理论上急需解决的问题（例如，简单的方法论的保守主义）。文章还根据当时的作出判决的具体历史环境着重叙述了里格斯诉帕尔默案最好的解释以及在同时代案件中里格斯案法官的其他观点。（2009年夏季卷第76卷第3期第1215页及以下）

（陈丽译）

（应童校）

私人征用

Private Takings

Abraham Bell

土地征用权，或征用的权力，通常被认为是政府权力的精髓。因此可以预料的是，学者习惯于以这样一种假设为基础进行操作：土地征用权仅仅是政府对于所提供的公共物品所享有的所有权。这种假设导致对法院去除“公共使用”要求的普遍批评，也导致了这样一个咒语的反复出现：政府不能简单地为了给予B而从A处夺取某物。

本文中，笔者论证了这种征用的概念是十分狭隘的。从运行角度来看，如果不是名义上，土地征用权仅仅是另一种财产安排，并且就其本身而言，它甚至排除了国家行为而适用私有财产的法律。确实，私人征用——非政府人员进行的征用——在我们的法律体系中有着坚实的基础。另外，政府征用的正当性同样也很好地适用于私人征用。承认私人征用的重要性和合法性产生出两个主要的请求权。第一，笔者认为相比公共征用而言，私人征用应当成为实现同样目标的更优手段。第二，笔者论证出将私人征用作为一个重要类别有助于阐释征用法律的特有问题——不只是宪法上所要求的对征用和征用后的“公共使用”进行“合理补偿”，还包括对征用前的原有使用。

明确了这些请求权之后，笔者认为有希望形成一部完整的关于征用的法律，

既包括私人征用，也包括公共征用。在理论范围内，本文通过在财产和责任混合规则之下定义征用，将征用的范围限制在更广的权利理论范围内。本文主张在规范意义上将私人征用机制纳入一般被视为传统财产法律和规章的领域范围内。（2009年春季第76卷第2期第517页以下）

“保卫”国家： 法律、政治和联邦安全局的组织，1939-1953

"Securing" the Nation: Law, Politics,
and Organization at the Federal Security Agency, 1939–1953
Mariano-Florentino Cuéllar

美国的公法深受两个重要动态的影响，这两种动态还影响着公民和他们的政府之间的关系：行政部门是如何定义国家安全的，以及政治家是如何竞争以确保对大量公共组织的控制权的，这些公共组织是政府实施法律的渠道。本文通过调查美国联邦安全局（US Federal Security Agency，以下简称 FSA）被人遗忘的历史，从分权、组织理论以及美国政治发展研究的角度分析了这些动态的相关性。

1939年，罗斯福总统克服了巨大的政治障碍，将广泛的法律责任集中到 FSA 内。在这之后不久，FSA 承担起社会安全、教育、药品管理、食物供应的保护、民防组织的准备、为战争相关的产业提供人力、帮助日本和美国重新定位、禁止卖淫嫖娼的法律执行、生物武器研究等责任。1953年，FSA 成立了美国最重要的官僚机构之一：美国卫生教育暨福利部。但人们对白宫如何努力创建 FSA 以及它这样做的原因知之甚少，也不了解为何 FSA 在二战前和二战后都广泛融合国内监管和国防职责，更不知道这种创建对委托给 FSA 的法律授权有何作用。

本文的分析揭露了：在二战开始的前夜，白宫试图提高在组织环境中的监管能力，使之与局里的运作更加一致，力图通过改组来实现对 FSA 多个法定管辖领域内的更大控制。接下来运用这种控制公然推广“安全”的广义概念，这一概念有希望能更彻底地保护对行政机构有重大意义的国内项目。并且通过提出国内安全运作与国际安全运作的模糊的差异，行政机构在新政立法联盟削弱的时机，扩大对自己签署的一些项目的支持。实际上，FSA 对法律运作的混合体现了行政

机构对“安全”这一概念的野心，使这个概念足够灵活，能涵盖通常分散在社会公益服务、经济安全、健康管理、地缘战略国防等领域中的法律责任。

流行的法律和组织理论故意强调设计的官僚政治的失败或纯象征性的位置攫取，这些动态阐明了该理论的局限性。这些动态还展现出公共机构设计、分权、以及作为政府责任类别的一种的“安全”所固有的模糊定义之间的历史性关联。最近对国家安全感兴趣的高峰正为重塑国内监管提供相似的机遇。（2009年春季第76卷第2期第587页以下）

知识产权中的请求权

Claiming Intellectual Property

Jeanne C. Fromer

本文从专利法和版权法影响创新的角度，探究了的法律中的请求权制度。本文首先提出了一个二分法：请求权可以是广泛的或局限的，可以根据特性或根据样本。专利法主要采用了广泛请求权制度，要求专利权人在许可专利的时候明确表达他们发明的界限，通常需要列出发明的必要技术特征。版权法虽未明示，但实际上采用了根据样本的局限请求权制度，要求专利权人明确表达的只有一组被保护作品中的典型作品——也就是说，有版权的作品本身是固定在有形形式中的。版权保护接下来延伸到根据样本之外，扩展到实质上相似的作品，即在将来的侵权诉讼个案中才会被列举出的一组作品。尽管专利法典型的根据特性的广泛请求权和版权法典型的根据样本的局限请求权有所不同，但在实践中，专利和版权的请求权都是多样化的，因为它们还依赖于其他形式的请求权。本文探究了何种形式的请求权推动了知识产权最首要而本质的目标：“促进科学进步和人文科学的发展，在一定期限内保护作者对作品、发明者对发明的专有权。”本文还考察了不同种类请求权的诸多影响，包括对起草请求权的成本、通知公众被保护对象的效力、可保护性的确定、一组被保护作品的范围、基于后发展的科技而形成的作品的可保护性。基于激励创新的目标，笔者建议专利法应当增加类似于版权法中的请求权要素，即局限请求权和根据样本的请求权。版权法中的请求权显得更加复杂。尽管现在的请求权方式存在瑕疵，这意味着根据特性的主要请求权

可能使最佳选择，但版权体系中的各个部分却为不采用这种选择提供了重要理由，这些理由包括：依据宪法第一修正案的要求，在保护表达而不保护思想间有明确的界限；社会对描述艺术作品版权保护有其观点；创作受版权保护的作品并非难事。（2009年春季第76卷第2期第719页以下）

消极歧视：何种时刻可以付很少的薪酬？

Passive Discrimination: When Does It Make Sense to Pay Too Little?

Jonah Gelbach, Jonathan Klick, & Lesley Wexler

经济学者很久以来都认可雇主有能力构建福利套餐，以诱导工人自己选择或放弃工作。比如，鼓励启用那些有很高价值但几乎难以察觉的特性（如耐心）的人才，雇主可能因为耐心的员工更有可能比其他员工具有更大价值而给予福利。通过提供薪酬——有高度价值的福利但相对较低的工资——雇主能够吸引有良好品质的员工而阻止其他人申请或接受这份工作。虽然经济学理论通常以价值中性词语看待这种自我选择，带有偏见的雇主可能会利用这一机制，基于决定聘用时法律禁止雇主所考虑的显著特征，阻止应聘者。只要各个群体系统化地对不同的雇佣条款和条件各有倾向，雇主就能够将分类引入招聘和接受雇佣阶段，达到期望的分离结果，监管部门除非在福利套餐中明确要求一致性，否则很难阻止该结果的发生。

针对这一现象，我们发展出一个形式化模型，并对此进行直观的讨论。我们提供了若干典型例证来说明一个有偏见的雇主如何利用偏见的与性获得歧视性的结果。这些机制包括工资和福利套餐如：（1）高退休金，低工资；（2）提成形式的工资；（3）星期天休假政策；（4）免学费。我们还注意到有些雇主即便没有对员工进行分类的意图，或想要寻求一个非歧视性的特性，最终仍得到一个劳动力分离的结果。

最后，我们总结出现行的联邦反歧视法律不足以解决有意或无意的消极歧视问题。差别对待和差别效果的结构框架都不适于解决这种形式的结构性歧视。消极歧视便利了而非阻碍了雇员的选择，因此其本身可能并不应被视作歧视，即使它导致了工作中的分离，或它意味着拥有被保护特性但没能进行自我分类的员工

可能最不喜欢报酬的形式和他们所得到的附加福利。我们最后以讨论可能改善消极歧视的司法和立法途径作结。（2009年春季第76卷第2期第797页以下）

司法审查的现代化使命

The Modernizing Mission of Judicial Review

David Strauss

宪法解释，正如人们通常对它的构想一样，是面向过去的——面向过去的文书、面向历史、面向先例、面向传统——试图限制政治上的大多数。然而在过去的二十五年左右，出现了一种新的宪法途径。这种途径可能被称为现代化途径，它试图从公众观点中预测未来趋势而非从过去吸取经验教训；并且一个现代化的法院会在发现自己错误估计了公众观点时做出让步，而非力压政治上的大多数。这种现代化的途径成为了近来最高法院在多方面工作的特色，包括且尤其是第八修正案的残酷刑罚，以及平等保护条款所施加的对性别歧视的限制。可能最有趣的是，过去四十年里的实质性正当程序判决都是现代化的判决，人们总是错误地将它与新政前的实质性正当程序判决相提并论，其实它们并不相同。

现代化在很多方面都是一个有吸引力的途径。此外，它也保持着更好调解司法审查与民主之间关系的希望。但现代化也产生了一些严重的问题。比如有关机构适格性的问题——预测公众观念的趋势更像是政治家的工作，而非法院的职责——尽管呈现在眼前的反对意见可能会较少一些。也许更重要的反对意见是：现代化会扭曲政治程序，导致法院太过积极地去适应它们所认为的公众意见需求，而牺牲了有原则的、公正的法院形象。（2009年春季第76卷第2期第859页以下）

诉讼风险中的市场

A Market in Litigation Risk

Jonathan T. Molot

为什么人们讨厌诉讼呢？美国公司尤为讨厌，它们抱怨诉讼耗费金钱、消耗时间、且不可预测。但这些都不是诉讼的突出特点。当公司推出新产品或开辟新的业务线，它们所要经历的过程也与诉讼一样费时、费钱、有风险。但公司仍会在研发产品和市场研究上投入时间和金钱，并承担产品失败、付出努力却遭受损失的风险。

诉讼使人怯步、诉讼风险区别于其他风险的原因在于：诉讼当事人没有适当途径来应对诉讼风险。商业中几乎所有的其他风险都能通过市场而缓解或消除。如果一家公司独自从事一个新的业务线的成本太高或风险太大，它可以寻找一家更大的合作伙伴开始进行合资企业，或者以债务或股权的形式，通过公共或私人市场为该项目筹集资本。另外，公司不仅通过资本市场缓解了商业风险，还转让出一些它们并不想承担的风险。航空公司如果不想自己的年利润总额随油价而波动，可以运用套购合约将这一风险转让给其他人。同样的，农民可以通过期货市场和保险政策消除风险，以确保他的年收入不会因为粮食价格的波动或灾难性的火灾而受到影响。然而，诉讼风险却并非如此，一家遭到起诉的公司往往无法摆脱这种风险。保险公司不会为已经起诉的诉讼提供事后保险政策，也没有一个市场能让诉讼当事人卖掉他们的诉讼风险。法律职业者、保险业、资本市场都没有找到降低诉讼风险的方法。

本文着重强调了这种风险管理失败的成本，并试图构建降低当事人的诉讼风险的机制。此外，为了为法律风险发展新市场，本文概述了律师作为市场参与者的新角色。一些律师不再为有法律问题的当事人工作，而是为投资基金、投资银行或投资法律风险并从中获利的保险公司工作。确实，一旦离开他们作为风险负担的当事人的代理人这一传统角色，律师甚至可能为自己的利益，运用他们的技能进行法律风险的交易——作为当事人而不是代理人。律师不仅能够通过服务客户来裨益诉讼当事人和整个社会，也可以通过做法律风险的交易达到这一目的。

（2009年冬季第76卷第1期第367页以下）

（应童译）

（陈丽校）