

密歇根法律评论

王健法学院编译室

二零一四年第二期

总第二十期

目录

在机构优先购买权之中	
Inside Agency Preemption	8
保护清白者的刑事制裁	
Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent Ehud Guttel & Doron Teichman	
Catherine M. Sharkey	8
论严格责任犯罪：在一个意志自由的道德世界中维护犯罪意图的道德架构	
On Strict Liability Crimes: Preserving a Moral Framework for Criminal Intent in an Intent-Free Moral World	
W. Robert Thomas	9
《联邦咨询委员会法》之下公正平衡的可诉性：为了审议程序方法	
The Justiciability of Fair Balance under the Federal Advisory Committee Act: Toward a Deliberative Process Approach	
Daniel E. Walters	10
唯一发明者的谜团	
The Myth of the Sole Inventor	
Mark A. Lemley	10
监管的问题	
The Problem of Policing	
Rachel A. Harmon	11
抛弃北达科他州的附带意见：对三层式分配体系的严格审查的论证	
Discarding the North Dakota Dictum: An Argument for Strict Scrutiny of the Three-Tier Distribution System	
Amy Murphy	12
解决滥用标准制定程序：反垄断立法	
Antitrust Rulemaking as a Solution to Abuse of the Standard-Setting Process	
Adam Speegle	13
意识形态的“整体下跌”？对联邦法院确立宗教条款决定的实证研究	
Ideology “All The Way Down”? An Empirical Study Of Establishment Clause Decisions In The Federal Courts	
Gregory C. Sisk & Michael Heise	13

情景化的社会制度：作为对解释与政策工程的限制的响应的制度化	
Contextualizing Regimes: Institutionalization As A Response To The Limits Of Interpretation And Policy Engineering	
Charles F. Sabel & William H. Simon	14
假意允诺：无监护权审讯中的米兰达警告	
Empty Promises: MIRANDA Warnings in Noncustodial Interrogations	
Aurora Maoz	15
除去欺骗体系：虚假的原告和不诚实的合并原则	
De-frauding the System: Sham Plaintiffs and the Fraudulent Joinder Doctrine	
Matthew C. Monahan	15
对确定目标和予以拘留的功能研究	
A Functional Approach To Targeting And Detention	
Monica Hakimi	16
（保持你）同性婚姻的宪法性权利	
The Constitutional Right To (Keep Your) Same-Sex Marriage	
Steve Sanders	17
一直以来被最多引用的法律评论文章	
The Most-Cited Law Review Articles Of All Time	
Fred R. Shapiro & Michelle Pearce	17
评估携带武器的职业犯罪法案中的可分性	
Assessing Divisibility in the Armed Career Criminal Act	
Ted Koehler	18
有问题的授权：第三条对心理健康治疗决定的限制	
Dubious Delegation: Article III Limits on Mental Health Treatment Decisions	
Adam Teitelbaum	19
遵循先例与法治：一个层次分明的路径	
Stare Decisis and the Rule of Law: A layered Approach	
Jeremy Waldron	19
惩罚性损害赔偿的财政经济学理论	
a Financial Economic Theory of Punitive Damages	
Robert J. Rhee	20
联邦反窃听法在对抗无线窃听方面保护能力的局限性	

Limits of the Federal Wiretap Act's Ability to Protect Against Wi-Fi Sniffing	
Mani Potnuru	21
反非法集资法	
The Law of Ponzi Payouts	
Spencer A. Winters	21
信息托管	
Information Escrows	
Spencer A. Winters	22
管理外包：保险如何降低道德风险	
Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard	
Omri Ben-Shahar & Kyle D. Logue	22
通过著作权侵权集体诉讼打击 BT 盗版案件	
The Case Against Combating BitTorrent Piracy Through Mass John Doe Copyright Infringement Lawsuits	
Sean B. Karunaratne	23
涂鸦博物馆：保护他人私人财产上无授权艺术创作的宪法第一修正案依据	
Graffiti Museum: A First Amendment Argument for Protecting Uncommissioned Art on Private Property	
Margaret L. Mettler	24
第四修正案的镶嵌理论	
The Mosaic Theory of the Fourth Amendment	
Orin S. Kerr	24
解释规章	
Interpreting Regulations	
Kevin M. Stack	25
网络攻击和秘密行动法规：努力为攻击性的网络操作构建一个国内的法律体制	
Cyberattacks and the Covert Action Statute: Toward a Domestic Legal Framework for Offensive Cyberoperations	
Aaron P. Brecher	26
巴塞尔协议 III 流动性覆盖率和金融稳定	
The Basel III Liquidity Coverage Ratio and Financial Stability	
Andrew W. Hartlage	27

刑事正义体系中的隐私政治：信息披露，第四修正案和制定法强制执行的豁免	
The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions	
Erin Murphy	27
有价证券集体诉讼和破产公司	
Securities Class Actions and Bankrupt Companies	
James J. Park	28
危机中的商业言论：危机怀孕中心规制及商业言论的定义	
Commercial Speech in Crisis: Crisis Pregnancy Center Regulations and Definitions of Commercial Speech	
Kathryn E. Gilbert	29
州法院和联邦法院中缺乏律师在场的部落法院认罪：个人权利与部落自治的对峙	
Uncounseled Tribal Court Guilty Pleas in State and Federal Courts: Individual Rights Versus Tribal Self-Governance	
Christiana M. Martenson	29
联邦法优先原则及冲突协调	
Preemption and Choice-Of-Law Coordination	
Erin O'Hara O'Connor & Larry E. Ribstein	30
可转让合同的法人	
Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts	
Kenneth Ayotte & Henry Hansmann	31
警察、公民还是两者皆是？Garcetti 诉 Ceballos 案的例外	
Policeman, Citizen, or Both? A Civilian Analogue Exception to Garcetti v. Ceballos	
Caroline A. Flynn	32
不再邪恶：对建立无偏见谷歌搜索的建议	
Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search	
Joshua G. Hazan	32
法院调查员特权的反思	
Rethinking Reporter's Privilege	
RonNell Andersen Jones	33
身份的预期价值	
Standing's Expected Value	

Jonathan Remy Nash	34
死刑审判过程中律师对减刑证据陈述的掌握	
Counsel's Control over the Presentation of Mitigating Evidence During Capital Sentencing	
James Michael Blakemore	34
执法人员与抵押物自助收取：国家行为的方式	
Law-Enforcement Officers and Self-Help Repossession: A State-Action Approach	
Aaron Loterstein	35
界定腐败和宪法化民主	
Defining Corruption And Constitutionalizing Democracy	
Deborah Hellman	35
不完整的遗嘱	
Incomplete Wills	
Adam J. Hirsch	36
佩里诉新罕布什尔州案后固定目击证人辨认证据的模式	
A Model For Fixing Identification Evidence After Perry V. New Hampshire	
Robert Couch	37
控辩交易和保释听证会时辩护律师的权利	
Plea Bargaining and the Right to Counsel at Bail Hearings	
Charlie Gerstein	37
可分性分析中的制定法上的相互依赖	
Statutory Interdependence in Severability Analysis	
Rachel J. Ezzell	38
优先原则与文本解释	
Preemption And Textualism	
Daniel J. Meltzer	39
资本市场，管理债权人行为的公司法方法	
A Capital Market, Corporate Law Approach To Creditor Conduct	
Mark J. Roe Federico Cenzi Venezze	39
后加希提案时代的告密者制度改革之先声	
Pro-whistleblower Reform in the Post-Garcetti Era	
Julian W. Kleinbrodt	41

利用国家征收权遏制抵押贷款缩水的合宪性	
The Constitutionality of Using Eminent Domain to Condemn Underwater Mortgage Loans	
Katharine Roller	41
外交立法	
Legislative Diplomacy	
Ryan M. Scoville	42
合宪的调整刑罚	
Constitutionally Tailoring Punishment	
Richard A. Bierschbach and Stephanos Bibas	43
故意违反米兰达规则的合法性:两阶段国家安全审讯是如何破坏米兰达规则并破坏第五修正案的保护	
The Legality of Deliberate Miranda Violations: How Two-Step National Security Interrogations Undermine Miranda and Destabilize Fifth Amendment Protections	
Lee Ross Crain	43
我们可以量化公平合理吗?确定如何满足《第六修正案》的相对典型要求	
Can We Calculate Fairness and Reasonableness? Determining What Satisfies the Fair Cross-Section Requirement of the Sixth Amendment	
Colleen P. Fitzharris	44
远超战场和基地组织:反恐法律体系结构的不稳定性	
Beyond the Battlefield, Beyond Al Qaeda:The Destabilizing Legal Architecture of Counterterrorism	
Robert M. Chesney	44
就业法和社会公平	
Employment Law and Social Equality	
Samuel R. Bagenstos	45
一个难以置信的积极防御标准	
An Implausible Standard for Affirmative Defenses	
Stephen Mayer	46
错位的虚假:为什么当虚构年龄法规适用于儿童网络合同时需要进行重新解释	
Misplaced Misrepresentations: Why Misrepresentation-of-Age Statutes Must Be Reinterpreted as They Apply to Children's Online Contracts	

Michelle A. Sargent	47
体系结构选择的效果比较研究：医疗费用危机的行为法经济学解决之道	
Comparative Effectiveness Research as Choice Architecture: The Behavioral Law and Economics Solution to the Health Care Cost Crisis	
Russell Korobkin	47
司法独立和社会福利	
Judicial Independence and Social Welfare	
Michael D. Gilbert	48
似是而非的悖论与实践形式：理论与实践中的休会任命条款	
Plausible Absurdities and Practical Formalities: The Recess Appointments Clause in Theory and Practice	
David Frisof	49
通过以孩子为中心的方法来评估高冲突监护权纠纷中的异化请求权	
Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation in High-Conflict Custody Disputes	
Allison M. Nichole	50
房产交换：针对止赎危机的战略性破产解决之道	
House Swaps: A Strategic Bankruptcy Solution to the Foreclosure Crisis	
Lynn M. LoPucki	50
对私人获取法律的控制：错综复杂的联邦监管私人标准的使用	
Private Control Over Access to the Law: The Perplexing Federal Regulatory Use of Private Standards	
Nina A. Mendelson	51
对互联网时代独立陪审员调查的回应：积极规则，消极规则以及外部机制	
Responding to Independent Juror Research in the Internet Age: Positive Rules, Negative Rules, and Outside Mechanisms	
Robbie Manhas	52
休斯顿：我们有一个（责任）问题	
Houston, We Have a (Liability) Problem	
Justin Silver	53

在机构优先购买权之中

Inside Agency Preemption

Catherine M. Sharkey

优先购买权机制正发生着微妙的转变，它是联邦法律取代州法律时有决定作用的原则。过去，国会是最主要的角色，法院和评论人几乎专门关注于法定指令中的精确用词，以作为意图取代州法律的线索。联邦机构即使不是被忽略的角色，也只不过是配角。但是 21 世纪见证了角色的互换。联邦机构现在在法律解释中担任主要角色。美国最高法院已经意识到联邦机构在优先购买权纠纷中的优势——这种优势是总统办公厅的改变无法抑制的。

本文直面行政立法程序所带来的深远影响，该程序是联邦机构在优先购买权领域内中的优势所导致的。优先购买权纠纷中既得利益的利害关系人，如州政府组织、州检察长、面向消费者和面向业务的组织、私人诉讼当事人，可以继续忽视联邦机构自负后果的优先购买权的立法程序。正如本文进一步阐述的，这些程序里里外外都可以被大量调查。本文选取了五个主要的联邦机构，他们管理着各种领域如卫生安全、银行、环境，从这种优先购买立法程序“内部”的独特视角出发，初探联邦机构对《奥巴马总统关于优先购买权的备忘录》的回应和为了确保符合指导优先购买权立法的联邦行政命令 13132 中的相关条款所作的努力。

凭借联邦机构实践中的经验主义基础，本文讨论了改革的可能性，包括一个新奇的首席检察官的优先购买权通知条款和对新提出的内部监督程序进行外部审查的计划。首要目的指导着具体的改革方法：（1）在机构内部创建一个“中心”，以在优先购买权立法的危急关头考虑联邦制的价值，并确保代表州管理利益的合适人选参与立法过程；（2）建立内部机构体系，与外部监督相结合，以监管支持优先购买权的经验和事实判断。

本文关于机构优先购买权的探讨为优先购买的未来道路绘制了蓝图。（2012 年 2 月第 110 卷第 4 期第 521 页以下）

保护清白者的刑事制裁

Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent

在刑事程序的正式规则之下，在所有刑事案件中，事实发现者需要适用统一的证明标准。然而，实验研究以及真实经验表明，事实发现者通常为了定罪而调整证据门槛，以符合可适用的制裁的严厉程度。相等的事物中，制裁越严厉，事实发现者为了定罪所适用的证据标准也就越高。基于这一视角，本文引进了一种刑事处罚的新范式——该范式着重于设计处罚，以降低未经证实的定罪所带来的风险。通过设定足够强度的强制处罚，法律制度能够诱导事实发现者只在足够的可靠证据证明被告罪行时进行定罪。本文将这一理论框架运用于三个具体的有错误定罪的高风险的情景之下：未完成形态犯罪、刑事沉默权和对累犯的处罚。本文揭示出一个与处罚的证明功能相适应的制裁制度，能够保护清白的被告免受未经证实的定罪，同时服从既有威慑力又有惩罚力的规定。（2012 年 2 月第 110 卷第 4 期第 597 页以下）

论严格责任犯罪：

在一个意志自由的道德世界中维护犯罪意图的道德架构

On Strict Liability Crimes: Preserving a Moral Framework
for Criminal Intent in an Intent-Free Moral World

W. Robert Thomas

法律一直以来都认可反对形式严格责任的推论。本文将这一推论定位于有关意图的角色和刑事处罚的独特本质的道德直觉。两个来源——州立法机关的最新法律和道德哲学的最新发展——对反对刑事严格责任的推论造成了明显挑战。本文为一个哲学问题提供了解决方案，该问题体现出法院是如何处理立法问题的。首先，本文认为传说中的哲学问题源于刑事法律与道德之间的错误关系。其次，本文概括出更微妙的道德架构，既能适应近来哲学领域的思考，又保护了道德理论和反对刑事严格责任推论的刑事法律间的一致性。最后，本文考虑了道德架构的轮廓如何使司法工作适应并限制新的刑事严格责任法律。（2012 年 2 月第 110 卷第 4 期第 647 页以下）

《联邦咨询委员会法》之下公正平衡的可诉性： 为了审议程序方法

The Justiciability of Fair Balance under the Federal Advisory Committee Act:
Toward a Deliberative Process Approach
Daniel E. Walters

《联邦咨询委员会法》要求咨询委员会“对于所代表的一方和功能的实现要公正地加以平衡”，这一要求通常被认为不符合《行政程序管理条例》，或者符合但受制于更高的司法审查。这些方法源于传说中法院没有能力从法条中辨认出有意义的监管代表平衡的法律标准。因此，尽管在现代管理的州中联邦咨询委员会普遍存在，《联邦咨询委员会法》对制度性缺陷最为重要的大量限制，如委员会“捕捉”或控制，基本都没有派上用场。

本文认为应对《联邦咨询委员会法》的公正平衡条款重新解读，使得该条款具有可诉性。不同于将这一条款理解为寻求不同利益的定量的代表平衡——并因此要求法院作出政策决定——本文主张该条款的内容允许我们做另一种解读，我将其称之为“审议程序”解读。在这种解读中，法院可以判定委员会的记录是否公开了所有与委员会应考虑的问题有关的观点。这种审查类似于法院在其他行政法律背景下的审查，故没有可信论据证明该条款因缺乏有意义的标准，从而是不可审查的。我认为这种“审议程序”解读可以提高咨询的产出，并确保这一政府的“第五分支”仍处于公共控制之下。（2012年2月第110卷第4期第677页以下）

唯一发明者的谜团

The Myth of the Sole Inventor
Mark A. Lemley

专利法的理论是基于这样一种观念：天才一人可以解决专家所不能解决的问

题，并且天才只有受到适当激励时才会这么做。然而这种天才发明者的说法仍很大程度上是个谜团。对数百个重要新技术的调查显示：几乎所有技术都是被两个或两个以上独立研究的团队同时发明的或几乎同时发明的。发明很大程度上表现出是一个社会现象，而非个人努力。这一结论是对传统专利法理论的真正挑战。主要的专利法理论似乎并不能解释我们实际执行法律的方式。

也许问题并不在于我们现行的专利法，而在于现在的专利理论。然而替代现在专利法理论的最佳选择并没有多好。前景理论——在此理论下我们将专利提早给公司以使它能够控制研究和开发——在这个思想都悬而未决的世界中意义不大，并且很有可能被许多发明者在同一时间偶然发现。假定我们给予专利是为了鼓励产品发展而非发明的商品化理论似乎是基于这样一个相关联的历史事实：大多数第一个发明者都被证明是差劲的商人，他们通过行使权利而使发明不再延迟施行。

如果现在专利法的形式被保存，我们需要其他的正当理由来为同时的发明授予专利。笔者提出另一种可能理论：专利权鼓励专利竞赛，而这事实上很有可能是件好事。仅靠专利竞赛并不能使专利体系正当化，但它比现有的理论都更能解释专利在实践中的运作。（2012 年 3 月第 110 卷第 5 期第 709 页以下）

监管的问题

The Problem of Policing

Rachel A. Harmon

监管的法律问题在于如何管控警察权来允许官员执行法律但同时保护个人自由，并最小化警察施加的社会成本。法院和评论者大多数将监管的问题仅仅看做是防止违反宪法权利的限制，将其解决方案视为这些权利的公正定义和执行。然而仅靠宪法和法院并不足以管理警察。宪法不保护宪法门槛之下的重要利益，也不能有效处理法律执行活动的分配影响。司法既不能充分评价法律执行的实践，也不能预测警察行为。监管的问题从根本上来说就是管理的问题——这一事实被当代学者所忽略了。尽管学者们批评传统的范例，但他们仍继续在此框架内研究。

本文中，笔者为学者们研究监管提出了一个新议程，不是关注宪法如何限制警察，而是法律与公共政策如何管理警察。第一，学者们应当评估监管实践以判断他们产生了什么危害、什么实践是极其有害的、什么影响到效力。这些要求对确保监管的利益大于成本是很重要的。第二，学者们应当探究所有“警察法律”——管理警察和警察局的互相作用的联邦、州、地方法律之网。比如说现在，法院解释第 1983 条和排他的规则来鼓励警察行为的变化，然而公务员法、劳资谈判法、联邦和州就业歧视法都同时反对这种改革，而这种现象被学术界忽视了。第三，学者们应当分析非司法性的地方、州、联邦机构为管理制度做出贡献的能力和动机，这种制度能够明智地选择并有效地提升监管的最佳效果。该提议为超越宪法上的刑事程序向法律制度转化提供道路，使得该法律制度的监管既提高效率又保护个人自由。（2012 年 3 月第 110 卷第 5 期第 761 页以下）

抛弃北达科他州的附带意见： 对三层式分配体系的严格审查的论证

Discarding the North Dakota Dictum: An Argument
for Strict Scrutiny of the Three-Tier Distribution System

Amy Murphy

在 *Granholt v. Heald* 案中，最高法院认为：在潜在的商业条款之下，州应当平等对待州内和州外的酒精饮料，并为州的酒精类法律设定较高的审查标准。然而在附带意见中，最高法院承认三层式分配体系——对酒精饮料的批发商和零售商施加实体存在的要求的制度——“毋庸置疑是合法的”。尽管体系中的实体存在要求应当引发严格审查，低级法院已经对 *Granholt* 案的附带意见施加了特别关注，拒绝将三层式分配体系受制于 *Granholt* 案较高的审查标准。本文认为附带意见应当被抛弃，并且法院应当谨慎审查三层式分配体系。在 *Granholt* 案较高的审查标准之下，三层式分配体系将会变成违宪的。（2012 年 3 月第 110 卷第 5 期第 819 页以下）

解决滥用标准制定程序：反垄断立法

Antitrust Rulemaking as a Solution to Abuse of the Standard-Setting Process

Adam Speegle

虽然许多人认可科技在现代生活中的关键作用，但很少有人领会标准在这一成功中的作用。比如，像现代笔记本电脑一样流行的设备可能被超过 500 个互操作性标准统治着，管理着从 U 盘到内存芯片的每一件事。为了便于适用这一标准，企业越来越多地转向标准制定组织。这些组织由产业中的成员组成，该产业同意遵守组织的法则，这些法则通常注重专利公开和合理授权等主题。然而，当标准被采用后，若成员违反法则，则会产生问题。当成员宣称其专利违反组织的法则，则成员参与到被称作“专利阻滞”的过程中。私人诉讼和公益诉讼都关注于限制这一实践，但现有的制度仍是不完美的。本文认为解决现在专利阻滞问题的最好方式需要联邦贸易委员会公布反垄断规则。这一方式将传统的执行优势与机构立法的好处相结合。（2012 年 3 月第 110 卷第 5 期第 847 页以下）

（应 童 译）

（葛依然 校）

意识形态的“整体下跌”？

对联邦法院确立宗教条款决定的实证研究

Ideology “All The Way Down”?

An Empirical Study Of Establishment Clause Decisions In The Federal Courts

Gregory C. Sisk & Michael Heise

作为我们正在进行的对下级联邦法院宗教自由决定的实证研究的一部分，我们研究了从 1996 年至 2005 年由联邦上诉法院和地区法院法官规定的确立宗教条款。不管确立宗教条款是作为政治与道德推理融入宪法性判断的集成而得以欢庆，还是作为法官们正被激励去发扬他们的政治态度的现实而被忽视，还是作为对梦寐以求的理想（中立且公正的判断）的违背而被弃用，在确立宗教条款决定中政治因素最为有力，这是不可否认且十分重要的。在联邦法院的教会与国家案

例的背景下，该条款显得更多的是意识形态的下跌。

任命总统的党派与公共空间得分的选择性意识形态变量是非常重要的，也对案例结果影响巨大。保持其他变量不变，支持民主的法官预计以 57.3% 的比例支持确立宗教条款，而面对支持共和主义的法官，该条款成功的预计可能性则下跌至 25.4%。因此，要求确立宗教条款成功的机会在面对由民主总统任命的法官时比面对由共和主义总统任命的法官时高出 2.25 倍。将公共空间得分作为意识形态的代理，最开明的法官预计以 62.5% 的比例支持这些诉求，而相比之下，最保守的法官接受诉求的比例只有 23.2%。

宗教与世俗的分离已经变得与两大政治党派相联系，这日益表征了我们国家政治上披露的在公共生活中宗教的角色与宗教价值观。联邦法院可能滑落至“神的差距”之中，这种差距在政治领域中不管是左派还是右派，不管是民主主义者还是共和主义者都是暴露的扩大的。由于显著缺乏明确性以及由此产生的低水平法律程序，最高法院的确立宗教条款原则变成了对政治判断的引人注目的妨害。（2012 年 5 月第 110 卷第 7 期第 1201 以下）

情景化的社会制度： 作为对解释与政策工程的限制的回应制度化

Contextualizing Regimes: Institutionalization As A Response
To The Limits Of Interpretation And Policy Engineering
Charles F. Sabel & William H. Simon

当法律语言和公众介入的影响不能确定时，多方面的立法者（立法机构、法院和顶级管理人员）通常会依赖情境化社会制度的标准输出——由利益相关者建构协商约定并表达由此产生的理解的制度。例如授权的实践，以及在公法中对行政机构的服从与在私法中对贸易协会的遵从。我们认为求助于情境化社会制度在很多问题中正日益变得普遍化，而且正在出现的社会制度结构也正演变得与深入研究的机构和贸易协会的例子所不同。新的社会制度以新的方式融合了公共与私人的参与。该结构比传统的行政机构更少地进行等级分层，相比传统的贸易协会没有那么清晰的界限。尽管传统的社会制度能用以解决对更多专业领域所产生的

问题，这对多方面立法者也是有效的，但新的社会制度能在专家和全才都无法对问题或者解决方式有一个完备的理解时，组织协作调查。我们通过三个例子探究了这种社会制度的结构及其与多方面立法者的联系——一个横跨公法和私法的健康稳健的社会制度（加利福尼亚绿蔬产品处理营销协议），一个民事权利制度（青少年拘留的替代计划），以及一个国际环境制度（泛美热带金枪鱼协会的海豚保护程序）。（2012 年 5 月第 110 卷第 7 期第 1265 以下）

假意允诺：无监护权审讯中的米兰达警告

Empty Promises: MIRANDA Warnings in Noncustodial Interrogations

Aurora Maoz

“你有权保持沉默，但你所说的都将作为呈堂证供。你有权要求辩护，如果你无力支付律师费，我们可以为你提供律师。”在 2010 年，最高法院拒绝了解决问题的机会，即当官员在疑犯尚未被拘留的情况下做出米兰达警告时，法院应当怎么做——换句话说，当法官本质上未被要求给予或者执行这些警告时。尽管多数法院已经发现多余的警告是无害的，但社会科学研究表明这一结论是错误的。本文提出法院可以利用可推翻的假设，即一旦警告被获悉，嫌犯就被拘留。这一解决办法有两个作用。第一，它使官员无法通过警告的承诺或无法授予的承诺的权利来强迫嫌犯说话。第二，它尊重这一事实，即大部分人相信一案官员执行了米兰达警告，他们就已经被逮捕，因而被拘留。（2012 年 5 月第 110 卷第 7 期第 1309 以下）

除去欺骗体系：虚假的原告和不诚实的合并原则

De-frauding the System: Sham Plaintiffs and the Fraudulent Joinder Doctrine

Matthew C. Monahan

为了规避联邦法院多重管辖的严格要求，原告可以通过构造他们的诉讼来防止移送到联邦法院。防止移送的常用方法就是加入非多数当事人。虽然原告有很

大的灵活性，但他们可能仅包括在诉讼中有利害关系的那些当事人。换句话说，当当事人加入仅仅是为了防止移送时，法院不会允许原告加入一方诉讼。联邦法院利用来防止这一形式的管辖权操纵的最有效方法是联邦民事诉讼规则 21 条。当当事人未能遵守联邦民事诉讼规则 20 条的自由共同诉讼规则时，规则 21 条允许联邦法院将加入的当事人撤出诉讼。联邦法院拥有另外的手段去详细检查加入的被告：不诚实的合并原则。该原则允许联邦法院超出申诉去决定原告对非多元的被告是否拥有虚伪的诉求。如果没有，法院将忽略这一破坏多元化的被告，而且诉讼仍在联邦法院进行。最后，联邦法院利用这一有效手段仅能检查共同被告，而一些基于原告的操纵未能被检查出。本文认为，联邦法院应该纠正这一缺陷，扩大不诚实的合并原则来监管虚假的原告。以这一方式扩大原则将防止管辖权花招，提供给被告移送至中立法庭的公平机会，并为法院提供详细检查虚假共同原告的清晰标准。（2012 年 5 月第 110 卷第 7 期第 1341 以下）

对确定目标和予以拘留的功能研究

A Functional Approach To Targeting And Detention

Monica Hakimi

规定何时国家可能确定目标杀人或者预先拘留非国家的行为人的国际法是混乱的。本文把大部分责任归于国际法回应这些问题的方法。该方法在四个规范领域建立了不同的标准：（1）法律执行，（2）突发事件，（3）针对公民的武装冲突，（4）针对战士的武装冲突。因为法律标准各不相同，存在太多的实质性结果；决策者在决定确定目标或者予以拘留是否合法之前，必须选择正确的领域。本文认为“区域方法”在实践上是不切实际的，在理论上是存在问题的。在实践上，该方法引起了不确定性并且搅乱了推理过程，而这过程是被国际法采用的以适用新环境并使决策者负责的。在理论上，该方法假定领域选择而非领域中的共享实质性问题导致了法律后果。相反，本文认为，所有确定目标和予以拘留的法律是并且应该是扎根于一套核心原则中。决策者应该依照那些原则去评估何时国家可能确定目标或者拘留非国家行为人。这样做将会解决领域方法的实践问题。这会减小判定确定目标与予以拘留是否合法中的不确定性，导致一个更加一致的法律话

语，并且使决策者有能力发展法律并互负解释义务。（2012 年 6 月第 110 卷第 8 期第 1365 以下）

（保持你）同性婚姻的宪法性权利

The Constitutional Right To (Keep Your) Same-Sex Marriage

Steve Sanders

同性婚姻如今在六个州是合法的，成千上万的同性伴侣已经结婚。然而，其他州的大部分使用规定或者宪法性修正案来禁止同性婚姻。

这些婚姻的少数反对者不仅禁止同性婚姻，而且对于从允许同性婚姻的州移民而来的有效同性婚姻当事人不予认可或认为其无效。这些不予承认的法律有效地将婚姻当事人变为合法陌生人，导致了很大的危害：财产权可能会改变，配偶被剥夺继承权，孩子被置于风险之中，经济、药物和个人计划与决定陷入了混乱。

在本文中，我认为，个人在其住所所在地州建立了婚姻关系，然后其移民至禁止同性婚姻行为的州，则依照第十四条修正案的正当程序原则，在其婚姻的存续期间拥有有效的自由利益。这一自由利益建立了对婚姻权利的认可，防止其他州基于法律的实施违背当事人意志使其离婚。婚姻认可的权利与“结婚”的宪法性权利存在概念上和理论上的区别。这是基于正当程序条款的核心价值的中立原则：对合理期望与婚姻家庭隐私的保护，对已建立的合法的社会活动的尊重，对以下理念的否定，即州可以仅仅通过法律的实施来分离合法的家庭关系。当然，不承认同性婚姻行为的州在拒绝认可特定婚姻中需要考虑相关利益。某种在这些情况下是恰当的，然而基于这种审查的中间形式，那些利益不会上升到证明移民者同性婚姻无效如此重要的程度。（2012 年 6 月第 110 卷第 8 期第 1421 以下）

一直以来被最多引用的法律评论文章

The Most-Cited Law Review Articles Of All Time

Fred R. Shapiro & Michelle Pearse

本文更新了第一合著者两个著名的早期研究（日期为 1985 年和 1996 年），对最多被引用的法律评论文章设置了列表。从法学期刊全文数据库和科学数据库取得的新的研究工具使得列表较之前被编译得更加全面和准确。这里的表格列举了一直以来 100 篇最多被引用的法律文章，过去 20 年 100 篇最多被引用的文章以及其他一些排名。顶级刊物、作者和法律学校的特点被予以分析，作为法律思想的趋势。一直以来的排名中的数据阐明了在很长一段实践跨越中对法律学说做出的贡献；近期文章排名更多地阐明了在近期产生的学术影响。作者讨论了测量法律学说影响的替代工具和参数，通过这些工具来使已被选中的文章剔除于排名中，以此作为说明的要点。作者接着深思了这些替代工具和参数如何与传统的引用研究相交，以及它们在将来可能如何影响法律学说。（2012 年 6 月第 110 卷第 8 期第 1483 以下）

评估携带武器的职业犯罪法案中的可分性

Assessing Divisibility in the Armed Career Criminal Act

Ted Koehler

当法院基于携带武器的职业犯罪法案的“剩余条款”分析被告的前科是否被认为是“暴力重罪”时，他们使用“分类的方法”，只看前罪的法定语言，而非由犯罪记录所揭示的事实。但当被告基于一个“可分的”规定而被判刑，该可分规定包含很多行为，只有其中一些行为被断定为犯罪，法院可能适用“改进的分类方法”。该方法允许法院参考其他的文件来决定依照携带武器的职业犯罪法案，陪审团是否判定被告有罪——法规的定量部分。本文确定了关于规定是可分的时，巡回法院之间的分离。依据“形式方法”，只有在规则的文本详细说明了符合条件和不符合条件的行为类型时，规则才是可分的。相反，适用“功能性方法”来分类规则的话，不管规则的文本如何，无论是否达到“暴力重罪”的程度都有可能违反规则。本文主张，基于文本的“形式方法”与最高法院的携带武器的职业犯罪法案体系、第六修正案以及宽大处理规则更加一致。最后，本文认为“形式方法”给予了国会最强的动力去修改模糊的令人困惑的携带武器的职业犯罪法案。（2012 年 6 月第 110 卷第 8 期第 1521 以下）

有问题的授权：第三条对心理健康治疗决定的限制

Dubious Delegation: Article III Limits on Mental Health Treatment Decisions

Adam Teitelbaum

监外看管的一个共同条件是需要被告在监禁之后加入心理健康治疗项目。联邦地区法院通常指令缓刑监督官对这些项目做出决定。然而，第三条授权原则对这些行为做出了限制。本文论述了授权“治疗项目”决定的合宪性，在此缓刑监督官决定被告必须经历什么类型的治疗；选择通常在于住院治疗还是其他限制较少的替代治疗。这一问题的解决方案最终取决于这个决定是否构成“司法行为”。以下级法院判例法作为支撑，本文认为“司法行为”包括影响被告的重大自由利益的决定。最高法院判例法和心理健康文献显示重大自由利益在这些“治疗项目”决定中处于危险地位。因此，将“治疗项目”决定权授予给缓刑监督官依照第三条是违反宪法的。本文最后以一个宪法允许的计划作为总结，法官可通过该计划要求最大限度的侵入性治疗，同时又给予缓刑监督官选择限制性更少的项目的自由裁量权。（2012年6月第110卷第8期第1553以下）

（葛依然 译）

（应 童 校）

遵循先例与法治：一个层次分明的路径

Stare Decisis and the Rule of Law: A layered Approach

Jeremy Waldron

遵循先例依然是法律体系中公认的争议性问题。一些法学家认为这一规则违背了法治。另一些法学家则认为支持遵循先例原则的良善法治论述是存在的。本文即构想了一种可行性良善法治。本文认为我们应当以层次分明的方式践行遵循先例原则，观察何种法治需要引入众多法官参与的判例发展。第一项法治原则——恒定性原则——表明不要輕易的推翻已经存在的判例。虽然恒定性原则假定

了先例既在，但其本身并不是遵循先例的有效论证。但是，还存在另一项原则——一般性原则，该原则要求所有法官基于一般性规范作出判决，而不是将其视为独立的原则。第三项原则——制度责任原则，该原则要求之后的法官在运用先前法官创造的一般判决判决案件时必须保持真诚。最后也是最基本的原则——忠于法律原则，该原则要求创造先例的法官在判决案件时，尽可能地严格遵循现存法律，因为在她判决之前已经存在类似判例。综上，这些原则构成了层次分明的判例——对于遵循先例原则而言，这里的判例不是绝对性判例，而是有力可衍生的判例。（2012 年 10 月第 111 卷第 1 期第 1 页以下）

惩罚性损害赔偿的财政经济学理论

A Financial Economic Theory of Punitive Damages

Robert J. Rhee

本文展示了一种财政经济学理论。正如最高法院在 Exxon 运输公司诉 Baker 中承认的，核心问题并非是侵权领域中损害性赔偿的数量；而是结果分离的风险。低投入，高回报是不可预期的，会引发财物困境并产生社会成本。一般法与经济理论仅仅关注逃逸责任的弥补是不能解释矛盾的核心问题的。本文对矛盾、诉讼价值以及理想判决间的关系做一番风险套利分析。从动态解决伊始，本文论述了损害性赔偿机制引发可疑风险性套利的可能性，而这会产生系统性过高或过低估价的情形。这些效应导致诉讼系统中的低效定价。如果适当地概念化并加以运用，惩罚性赔偿可以减轻风险裁决，此类风险裁决实际上通常由最优责任配置和最强威慑性引发，由于在界定上过于宽泛，现代最高法院法学理论是有缺陷的。在多数一般责任的案件中单单数字上的加倍对被告的威慑力是有限的，因为惩罚性赔偿不能有效抵销由较低诉讼风险带来的被告风险套利机会。虽然法律责任是灾难性的，惩罚性损害赔偿对被告的威慑力即使加上数据上比例也是有限的，因为其赋予金融财务扣押以过高的经济成本和裁判成本。这些额外的经济成本必须通过成本内化整合和最优安排才得以被信任。因此，在惩罚性损害赔偿方面，引入广受欢迎的风险基础理论以支持法律限制是必要的。（2012 年 10 月第 111 卷第 1 期第 33 页以下）

联邦反窃听法在对抗无线窃听方面保护能力的局限性

Limits of the Federal Wiretap Act's Ability to Protect Against Wi-Fi Sniffing

Mani Potnuru

无线通讯技术的运用显现出持续性爆炸式增长。但是，许多用户在家使用无线网络时仍然处在无安全机制的模式，或者使用没有安全机制的公共无线网络，因而将他们的通讯信息暴露于“数据包窃听”的危险中，而“数据包”窃听是一种用于互联网上窃听的技术。有些人认为使用未设安全机制的无线网络进行通讯本身就意味着“准备好与一般公众连接”，因此这些通讯信息也被排除在联邦反窃听法保障电子通讯的范畴之外。

本文考查了联邦反窃听法，认为现行的法案在对待无线窃听的问题上在某些情形下可能会保护没有安全机制的无线通讯，但是这些保护都是附带的、不系统的、不确定的。本文进一步提出现行规范中“准备好与一般公众连接”这种语词的解释方式应转变为：关注无线窃听以及用户的隐私期待。现阶段用户期待源于他们对无线技术理解的局限以及随之产生的安全风险，更为重要的是源于这一事实：私人通信不可能离开专门化工具，而公众对专门化知识并未充分了解。最后，本文建议修订联邦反窃听法以去除本法中有关无线窃听保障机制中的不确定因素。给予无线通讯明确的保护可以避免窃听导致的数据盗窃的个人和社会成本，并缩短以下两者间的距离：用户通过使用安全机制以保护自身的理论能力与他们采取保护措施的实践能力。（2012 年 10 月第 111 卷第 1 期第 1 页以下）

反非法集资法

The Law of Ponzi Payouts

Spencer A. Winters

当非法集资的项目失败时，一般而言总有纯赢家和纯输家。破产管理人通常会迫使净赢家交出他们获得的利润，所谓赢家就是在集资项目中获利大于投资的

一方。法庭就在这种情形下是否应该强制没收收益产生分歧。本文认为按照当下盛行的欺诈转移法，非法集资项目中的纯赢家无需交出他们的获利。因为投资者有关先前债务的金钱交易构成了集资交易中的价值交换。这一规则存在两种例外情形：投资客观上过剩，投资者是平等的持股人而不是资产负债入。这一标准听起来像政策性问题——虽然事实上确实不是完全公平的——因为它为商业贸易提供更大程度的确定性。（2012年10月第111卷第1期第119页以下）

信息托管

Information Escrows

Spencer A. Winters

广泛的信息托管——包括申诉托管、怀疑托管以及利益分享托管——都承诺降低先发性劣势，以防止持有大量有价值私人信息的个人将信息泄露给他人。信息托管允许人们将敏感性信息转移给可以信赖的中间人，也就是信息托管机构，他们只能在预先设定的情况下传达信息。例如，性骚扰申诉托管容许受害者向托管机构提交私人申诉，但是托管机构只有在收到针对同一人的多条申诉时，才会将相应申诉提交给有关机关。我们评估了申诉托管的优势和成本，并讨论这一机制如何适用于广泛申诉，包括性骚扰、约会强暴、通奸以及公开揭发。我们也分析了相似的利益分享托管运用于工作场所的可行性，分析了利益诉求不断被表达从而使各方受扰时，采用文本理解是否能够增进各方共同利益的发现。（2012年11月第111卷第2期第145页以下）

管理外包：保险如何降低道德风险

Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard

Omri Ben-Shahar & Kyle D. Logue

本文探究了保险作为政府安全管理替代者的潜在价值。成功的行为管理需要设定标准、许可行为、验证结果、评估救济方面的信息。在众多领域，私人保险

部门在收集和管理与设定标准相关的信息方面具有技术性优势，并在为最佳行为创造激励措施方面做得比政府好。我们探究的几个领域中私人保险规制都多于政府管理。在那些领域，法律的作用削弱为绝对责任或无责任这类简单的行政规范，受影响的各方都寻求保险在风险承保以及安全说明方面的帮助。本文探究了“用保险来管理”这一过程中适用的方法，此外也探究了保险在未被开发领域的潜在规范作用，这些领域包括：（1）消费者保障，（2）食品安全，（3）金融结算。（2012年11月第111卷第2期第197页以下）

通过著作权侵权集体诉讼打击 BT 盗版案件

The Case Against Combating BitTorrent Piracy Through Mass John Doe
Copyright Infringement Lawsuits
Sean B. Karunaratne

当今最受欢迎的点对点文件分享媒体就是 BitTorrent 程序。虽然 BitTorrent 本身是违法的，它的许多用户非法的传播享有版权的作品。一些知识产权所有人通过对众多 BitTorrent 用户进行大量单独诉讼主张他们的权利。因为最初著作权人只能通过用户的 IP 地址才知悉可能的被告，其只能在诉讼中将匿名被告识别为甲方。著作权人接着寻求联邦法院准许他们参与到早期调查中以便找出 IP 地址隐藏下用户的真实身份。一旦原告知悉甲方的身份，他们就会找到甲方进行私下和解。但是通常在这类调查取得授权以前，匿名的被告就已经不当地被卷入了，这类案件已然被提交至法院，且这对被告而言是缺乏个人自决。这就给原告制造了一个难题，因为原告并不希望这类案件进入审理。但是被告根本没有选择只能屈从于原告的和解方案，因为相对诉讼中的对抗私下和解成本低得多。本文认为法院不应该在这类程序匮乏案件中授权促进调查。为了使这些集体诉讼悬崖勒马，本文认为在法院授权促进调查以前，大量著作权侵权案件应该符合最低限度参与和个人自决的要求。（2012 年 11 月第 111 卷第 2 期第 283 页以下）

涂鸦博物馆：保护他人私人财产上无授权艺术创作的宪

法第一修正案依据

Graffiti Museum: A First Amendment Argument for Protecting Uncommissioned Art on Private Property

Margaret L. Mettler

很久以来涂鸦就一直是地方立法意图规制的对象，这些立法意图保护社会中财产价值、公共安全以及审美完整性。不但涂鸦艺术家处在刑事指控的风险中，财产所有者也因窝藏领域中的涂鸦受到民事刑事责任的约束。自1990年以来，美国绝大多数城市就公布禁止条例，要求私人财产所有者自费移除他们领域内的涂鸦。这些条例将涂鸦广义界定为包括未经财产所有者事先授权的表面标记。与此同时，经过自1960年起以及近来诸如 Banksy 和 Shepard Fairey 等街头艺术家的努力，涂鸦已经跻身为显著的法定艺术形式。一些财产所有者发现自身偶然成为其视为艺术的涂鸦作品的受众，且即使禁止涂鸦条例和标志管制都要求人工移除涂鸦，他们仍然想要将其保存。本文认为想要保存这些未经授权艺术创造的私人财产所有者可以依据宪法第一修正案挑战现行立法，他们可以主张依据第一修正案的适用，这些要求移除涂鸦的规范是违宪的，因为其未给财产所有者留有充分的替代表达渠道。（2012年11月第111卷第2期第249页以下）

（李文婷 译）

（陈 丽 校）

第四修正案的镶嵌理论

The Mosaic Theory of the Fourth Amendment

Orin S. Kerr

在最高法院近期就涉及全球定位系统管制的美国诉琼斯案做出的判决中，五位法官一致认为可适用一种新的方法去解释第四修正案所提供的保护。在琼斯案之前，依据第四修正案做出的判决通常是分别评估一项调查的各个步骤。琼斯案介绍了我们称为第四修正案的“镶嵌理论”，法院借助该理论将政府活动的集体序列当成一个聚合的整体进行评估以考量此种序列是否相当于一种调查探究。

本文考察了第四修正案镶嵌理论的含意。文章探究了镶嵌理论可能引起的选择及困惑，并对新提出的分析第四修正案的新方法解析了其价值所在。本文列出了三个主要观点。第一，镶嵌理论代表了对目前的第四修正案学说的基本构建障碍的一次大胆且革新式地突破。第二，适用镶嵌理论将要求法院回答一系列新颖且有挑战性的问题。第三，法院有可能排斥该理论并沿用传统的连贯序列法解析第四修正案。镶嵌方法反映了合理的担忧，但由于急速的技术革新使得实施该方法将会非常地困难。在传统的序列排序方法解析第四修正案的限度范围内，法院能更好地对驱动镶嵌理论产生的担忧作出回应。（2012 年 12 月第 111 卷第 3 期第 311 页以下）

解释规章

Interpreting Regulations

Kevin M. Stack

法规的时代已经过去，取而代之的是规章，但我们的法律体系却未能跟上这种变化。尽管规章在法律体系中处于核心地位，但法院却没有一个明了易懂的方法去解释规章。对规章解释的忽视不仅仅是解释理论上的一个缺陷，同时也是一个行政法上的实际问题。行政法上的权威学说——Chevron, Seminole Rock/Auer 和 Accardi 理论中包含解释规章，而法院缺乏一个统一的方法。

本文推广了一种解释规章的方法，并且更通常地讲，在法律解释的范围内讨论规章解释。本文主张目的性的方法，而不是文本性的方法，最适合规章鲜明的法律特征。行政法要求机构对规章的基础背景做出详细的说明，所谓对基础和目的的说明。法院例行公事地运用这些说明去评估规章的合法性。本文认为这些说明同样应对审判中的规章解释有指导意义。通过将这些说明作为解释的特别渊源，法院不仅仅遵从这些说明，而且还将这些说明视为在规章意义上创造了一种委托。该方法证明了在 Chevron, Seminole Rock/Auer 和 Accardi 理论下解释规章并与这些学说惯于妥协的基础保持一致的框架的合法性，并提供了更多的注意而不是单纯地依靠规章文本本身。本文也展示了关于规章的目的论是如何为哈特和塞克斯关于目的论法律程序的经典描述构建一个新的依据点的。哈特和塞克斯的理

论经不起这样的批评，即：想要准确阐明法规的目的是困难的，因为法规中并不经常包含有对其目的的固定描述。然而，规章的目的论避免了此种忧虑因为对基础和目的的陈述为识别出某规章的目的提供了一个协调且可靠的根源。从这个角度看，哈特和塞克斯的法律程序理论的巅峰时刻也许会提前到来。（2012年12月第111卷第3期第355页以下）

网络攻击和秘密行动法规： 努力为攻击性的网络操作构建一个国内的法律体制

Cyberattacks and the Covert Action Statute:

Toward a Domestic Legal Framework for Offensive Cyberoperations

Aaron P. Brecher

网络攻击能够入侵国家重要的深部构造并使其瘫痪，引起灾难性的、与战争所带来的影响相接近的经济损失，所有的一切都来源于偏僻且没有使用常规武器的地区。精确确定其来源几乎是不可能的，它们仅仅需要相对较少的资源来启动。美国极易遭受网络攻击，但同时也能展开它自己的网络攻击。为了有效地展开行动，美国需要一个法律制度，其与网络攻击的独特属性完美契合，同时在诱导行政部门与国会协调时保留了行政上的自由裁量权。问题是应由国内的哪一个法律体制管制这些攻击是不明确的。军事部门和情报部门就他们各自的法律制度中应由哪一个进行控制已产生争议。在这些法律制度中做出选择引发了重要的问题，这些问题涉及到在由行政部门管理网络攻击时将关于网络攻击的相关信息告知国会，而此举可能影响行政部门的政策效益。它也引起了宪法性的问题，即：当选择行为使得情报行动和战争行为之间的界限变得模糊时，行政部门在作战中各自扮演的角色。本文认为，在对目标使用武力对付缺乏独立的国会授权的情况下，应当推定由秘密行动法规规制网络攻击行为，秘密行动法规要求在采取行动之前总统得向国会情报委员会提供书面报告，而总统应为该影响颁布一项行政命令。（2012年12月第111卷第3期第423页以下）

巴塞尔协议 III 流动性覆盖率和金融稳定

The Basel III Liquidity Coverage Ratio and Financial Stability

Andrew W. Hartlage

银行和其他金融机构可能通过短期负债和长期贷款以提高金融系统中储备资本的数量。尽管这种“期限转换”对于银行来讲有益且能带来高回报，它也使得即使是善于经营的银行由于缺乏流动资产而破产的可能性增加了。2007 年至 2008 年的经济危机充分暴露了美国的金融系统因不充分的流动性而面临全面崩盘的系统性风险的程度。世界范围内的金融管理者已通过推行新的、国际统一的银行流动性标准以及加强现有的巴塞尔资本协议来对危机做出回应。本文认为这些标准中的一个主要的要素——流动性覆盖率要求——也许会阻碍有效的流动性管制目标的实现，相反地它可能会引起系统性风险问题。（2012 年 12 月第 111 卷第 3 期第 453 页以下）

刑事正义体系中的隐私政治：

信息披露，第四修正案和制定法强制执行的豁免

The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure,
the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions

Erin Murphy

每当刑事正义学者想到隐私，他们会想到第四修正案。但是近来它的范围已变得不那么绝对。当前美国法典中包含超过 20 条单独的法规对隐蔽信息的获取和发布做出限制。这些法规指出了对现代生存而言至关重要的问题，而其中的大半是在二十世纪后半叶颁布的。他们控制警察获取驾驶员的执照、教育记录、健康史、电话、邮件通讯甚至是影像出租。他们不遵从任何常规模式，而宁愿征用多种程序性工具作为保护措施——从担保、法庭命令到传票和律师函。但是除了这个显著的差异之外，还有一个所有这些法规所共有的特征：每一个都包含了从

其一般条款中豁免法律强制执行的条款。尽管在联邦著作中每一个普遍适用的隐私法规中都有提及法律强制执行的豁免，它们事实上并没有引起学者的注意。隐私学者主要致力于主流消费者的利益，而刑事正义学者们主要关注第四修正案。最终导致这些豁免很大程度上都是未经审查的，正如学者和法院都日益期待第四修正案问题的法定解析。

例如，近期至少有四个最高法院的法官在美国诉琼斯一案中提议：一些隐私保护的适当范围可能更适合留给立法机关定夺而不是留给法院。作为对这些考虑的回应，本文全面、深度地考察了隐私法规在具体的法律执行方面的运作。本文以最基本的形式回答了以下问题：什么是控制隐私使其免受警察干扰的联邦法定方法，以及在哪些方面与第四修正案的宪法性方法相似、重合或相区别。在回答这些问题时，本文也就宪法性方法与法定方法两种方法控制警察进行了更深层次的民主讨论，运用考察现有的隐私管制积累的教训以更好地二者中哪一个可以更好地作为次要论据。（2013 年 2 月第 111 卷第 4 期第 485 页以下）

有价证券集体诉讼和破产公司

Securities Class Actions and Bankrupt Companies

James J. Park

有价证券集体诉讼经常被批评为是破坏性的骚扰诉讼，以造成原本正常运行公司股票价格的暂时性波动为目标。由安然和世通这两家因欺诈而陷入破产困境的公司的投资者提起的有价证券集体诉讼，使得永久性股东数十亿美元的损失得以恢复并为此种批评提供了一个强有力的反证。发行者的破产可能会影响法官和当事方对有价证券集体诉讼及其价值的理解，但是公司破产的案件却鲜为人知。

这是第一次对有价证券集体诉讼和破产公司进行的多方位的经验上的研究。它考察了从 1996 年到 2004 年发生的 1466 起有价证券集体诉讼，其中 234 起（16%）在集体诉讼进行期间公司正在经历破产程序。该研究测试了两种假设。第一，涉及破产公司的有价证券集体诉讼（破产案件）比不涉及破产公司的有价证券集体诉讼（非破产案件）更有可能具有实质价值。第二，比起非破产案件，破产案件更有可能被认为有价值，不管它们是否具有实质价值。该研究倾向于支

持第二种假设，建议法官和当事方将破产作为一种启发式价值。即使控制了价值不同的标记形式，相对于非破产案件而言破产案件在驳回率、重要的清算及第三方清算方面都更有可能获得成功。这些结果是证据，证明法官不仅使用启发驳回案件，而且使用其避免驳回案件。在未考察涉及破产发行者的案件时，有价证券集体诉讼不能被充分地理解。有种观点认为有价证券集体诉讼仅仅侵扰正常运行的公司，这种认知应当通过数量庞大的破产案件予以纠正，在这些案件中股东对有价证券欺诈救济有更迫切的需求。(2013 年 2 月第 111 卷第 4 期第 547 页以下)

危机中的商业言论： 危机怀孕中心规制及商业言论的定义

Commercial Speech in Crisis: Crisis Pregnancy Center Regulations and
Definitions of Commercial Speech
Kathryn E. Gilbert

近期对规制危机怀孕中心所做的尝试已经遭遇了关于如何定义商业言论的棘手问题，这些中心隐蔽的目的是劝阻孕妇选择堕胎。最高法院已为此定义性的难题提供了三种可能的答案。本文借助危机怀孕中心的案件中证明法院应该运用这种解决方法中的一种，博尔格诉杨氏药品生产公司一案中的以要素为基础的方法在危机怀孕中心案件及别处去定义商业言论。不管是作为原则还是在具体适用中，博尔格式以要素为基础的方法成功地在该学说的边缘构建了商业言论分析。(2013 年 2 月第 111 卷第 4 期第 591 页以下)

州法院和联邦法院中缺乏律师在场的部落法院认罪：个人权利与部落自治的对峙

Uncounseled Tribal Court Guilty Pleas in State and Federal Courts:
Individual Rights Versus Tribal Self-Governance
Christiana M. Martenson

美国的印第安部落是依靠其固有的自治权威进行独立自治的。作为结果，权利法案并不直接束缚该部落，部落法院中的刑事被告人并不享受第六修正案所提供的保护而获得法律援助。在美国诉 Ant 一案中，被告人——其没有任何法律援助，而在相同的情况下州法院或联邦法院将会提供法律援助——在部落法院针对其的刑事指控认罪。随后，被告人面临了由导致部落起诉的同一事件所引发的联邦的指控。Ant 案中的第九巡回法院禁止联邦检察官在联邦程序中将被告人先前在部落法院中在缺乏法律援助的情况下的认罪作为证据，他们解释说这样做将违反第六修正案。本文认为 Ant 案不再是一个好的范例。第一，Ant 案的法律基础是薄弱的，按照第六修正案法律体系的后续发展来看尤其如此。第二，Ant 案是一种很拙劣的手段，因为将部落法院的认罪从州程序及联邦程序中予以排除的做法渐渐破坏了部落的自治。尽管政府必须保护单个刑事被告人的权利，支持部落权威最终将带来印第安大陆上暴力减少的结果，其与联邦法律的协调性也将进一步增加。（2013 年 2 月第 111 卷第 4 期第 617 页以下）

（戚小乐 译）

（刘 禹 校）

联邦法优先原则及冲突协调

Preemption and Choice-Of-Law Coordination

Erin O'Hara O'Connor & Larry E. Ribstein

关于如何适用州法规定的联邦法优先原则的学说存在着不确定性和混乱。部分问题是当法院旨在解释立法意图时发现立法机构却未考虑过有待解决的优先法问题。本文建议法院裁决联邦法优先原则的案件时应当认真对待法律联邦化的统一理论：协调法律适用性标准以促进建立全国市场的需要，或者通过其他方法来为依据该法律行为的当事人提供明确指引的需要。在联邦法律可以发挥协调功能但立法机构关于联邦法优先原则的立法意图不清的情况下，我们建议法院通过冲突规范来权衡各州是否已经有效的分配它们之间的主权权利。在各州完成“横向协调”的情况下，国会通常无需代替各州“实验室”的角色，来实验可能

不同的实体法。我们的方法通过鼓励法院在保留地方和州主权利益的同时，使联邦制定法在必要时能够协调美国的法律，来推动“健康的联邦制”的发展。为了展示我们的方法是怎样提高联邦法优先权原则案件裁决质量的，我们将此方法应用到法院感到棘手的相关领域。虽然我们的方法针对很多联邦法优先原则问题提供了一种概念清晰的解决方法，是这种方法起源于何时却至今仍未被研究过。（2012年3月第111卷第5期第647页以下）

可转让合同的法人

Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts

Kenneth Ayotte & Henry Hansmann

大型现代化商业公司通常是由一个单独母公司统一控制的数百个子公司组成的复杂组织。本文提出了新的理论和支持性证据来帮助解释此种结构构成。作者特别关注了子公司在未来转让公司全部或部分合同权利及义务方面所具有的优势。该理论不仅阐述了子公司，还阐明了从合股公司到非营利性机构的各类法人的基本功能。

我们展示了在通常情况下，一些公司的关键资产是合同性质的，公司股东与合同相对人都面临着合同转让所带来的风险。如果合同相对人要求转让全部公司，则公司股东就要面对相对人带来的机会主义阻碍。而如果股东能够不经合意而自由转让合同，合同相对人则面临机会主义转让。这种双方的机会主义问题可以通过捆绑式转让得到缓解：要求股东仅能以捆绑式整体自由转让合同。捆绑式合同的构成要素（也是公司主体的构成要素）为相对人提供了确保合同得以履行的担保而自由的转让使股东无需承担阻碍风险而得到资产变现力。最重要地，也是文献和判例最不重视的，即捆绑式转让增加了股东向公司进行有价值投资的动力。（2013年3月第111卷第5期第715页以下）

警察、公民还是两者皆是？

Garcetti 诉 Ceballos 案的例外

Policeman, Citizen, or Both?

A Civilian Analogue Exception to Garcetti v. Ceballos

Caroline A. Flynn

第一次修正案禁止政府利用与公职雇员的雇佣关系来使得公职雇员不发表言论。但是最高法院在 Garcetti 诉 Ceballos 案中，通过添加一个“分类栏”的方式大幅削减了这一权利，即如果公职雇员说“遵守她的公职”，她根据第一次修正案规定的报复之诉将不能进行下去。Garcetti 要求 Ceballos 证明她自己完全是“以公民的动机”讲话，完全不带有“公职雇员的动机”。但这样的二分法是错误的一特别是因为公职雇员对公众讲话的价值毫不逊色于她出于混合动机的奖。

最近一起第二巡回法院处理的 Jackler 诉 Byrne 案给 Garcetti 的“分类栏”提出了一个例外。因为公职雇员在 Jackler 案中的讲话可以类推为是其作为一名公民在讲话（因为一名普通的民众会以相同的方式对相同的观众讲话）法院准许公职雇员的诉求继续进行。第二巡回法院做出的例外裁判与 Garcetti 案件相矛盾，但却进一步地强化了第一修正案的价值，它适当保护了雇主在控制公职雇员言论方面的利益。同样地，最高法院应当采用公民类推作为改善 Garcetti 问题规则的例外。（2013年3月第111卷第5期第759页以下）

不再邪恶：对建立无偏见谷歌搜索的建议

Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search

Joshua G. Hazan

自谷歌于20世纪90年代建立以来，谷歌所做的一切不亚于创建了“开放的互联网”。因为谷歌无与伦比的搜索算法，任何人的想法都可以被他人知悉，所有种类的信息都比以前更容易获取。但是由于谷歌野心的扩展已经超出其核心功能，现在它已经威胁到它曾经倡导的开放的、多元的互联网环境。通过将其内容与垂直搜索服务发展到最先进水平，谷歌已成为其竞争对手发展道路的重大阻碍。这个阻碍只会随着搜索引擎变得日益重要以及互联网的继续扩张而不断变

大。

为了缓解对竞争潜在的损害，我们必须通过阻止谷歌升级其核心搜索的力量来为其下游的垂直搜索服务窃取市场份额。要求谷歌核心搜索与其竞争对手的垂直服务相整合将无需行政干预而提升竞争。但是要尽快采取行动。搜索格局很快就要定型。一旦下一代网上搜索形成，则主导地位的商家将会巩固自身的地位。让我们期盼尘埃落定时，竞争不会来得太晚。（2013年3月第111卷 第5期第789页以下）

法院调查员特权的反思

Rethinking Reporter's Privilege

RonNell Andersen Jones

在 40 年前的 *Branzburg* 诉 *Hayes* 案中，最高法院第一次也是唯一一次调查了对于法院调查员和保密来源间关系的宪法保护。这个案件在美国新闻媒体、来自机密消息来源的信息以崭新且重要的方式来到公众意识的最前线的这个历史时期，产生了法院调查员所关注的“特权”，即现在广泛认为在学术上有争议，适用上分歧很大。尽管 *Branzburg* 案后，特权被认为在很多方面都存在缺陷，但评注者与学者很大程度上忽视了其最根本的缺陷：将法院调查员放在宪法调查的核心地位，法院则会将分析复杂化，而此分析原本具有简单得多的学说出发点。本文主张法院应当放弃调查员本位的方法调查机密信息案件，以注重匿名来源的宪法调查取而代之。文章认为在关键时刻，依据来源不明的言论来分析机密来源的案件比信息流或法院调查员的信息采集权更能符合第一次修正案的利益，并且可以免除确定法院调查员的身份来实现其特权的必要。随着科技发展改变了采集和传播信息的主要机制，这样的任务变得过于复杂，甚至不现实。（2013 年 5 月第 111 卷第 7 期第 1221 页以下）

身份的预期价值

Standing's Expected Value

Jonathan Remy Nash

本文主张应当依据损害的预期价值支持身份学说。身份学说是以比预期价值理论更容易被遗忘的方式建立的。如果人们怀着积极的预期价值而遭受了损失，则他们遭遇了“事实上的损害”。将预期价值与身份学说相结合，可以对最高法院的许多裁决产生怀疑。这些裁决否定了身份学说，认为相关的损害过于“不确定”或者不是“很可能”以支持原告的裁决来补救。本文通过建立预期价值本位的身份理论，解决了这一理论在法理上的缺陷。本文认为宪法并没有为预期价值本位的身份设置障碍，“事实上的损害”标准只要求满足积极预期价值，难以解决的普遍化的不满问题就是预期价值本位的身份的唯一障碍。（2013年5月第111卷第7期第1283页以下）

死刑审判过程中律师对减刑证据陈述的掌握

Counsel's Control over the Presentation of
Mitigating Evidence During Capital Sentencing

James Michael Blakemore

第六修正案赋予被告控制其自身辩护的权利以及辩护律师协助的权利。但是律师的协助有时会干涉被告对其自身案件的掌控。因此，随着时间的推移最高法院，分别规定了律师和被告各自的权限。但是法院还没有果断地分配律师以及当事人各自对减刑证据的权限。本文主张律师应当在刑事审判过程中负责减刑证据的陈述。首先，最重要的是关于证据陈述的判断要有策略性，第六次修正案将建议权分配给律师进行策略性判断。其次，刑事司法系统要求死刑审判过程中，可信的、合法的结果最大化比死刑犯有限的自主权更重要。（2013年5月第111卷第7期第1337页以下）

执法人员与抵押物自助收取：国家行为的方式

Law-Enforcement Officers and Self-Help Repossession:

A State-Action Approach

Aaron Loterstein

抵押物的收取是消费者信贷行业的基本组成部分。依据统一商法典第9-609条规定，只要收取行为不致“违反和平”，抵押权人可以自助收取抵押物。但这个词不具确定性，一些法院采取了违背常理的规则：在自助收取程序中，支持执法人员的介入，而不考虑执法人员干涉的目的与程度，导致“违反和平”的发生。统一商法典的官方评论也支持了这一立场。本文否定了法院提出证明亮线规则合理性的主要理由，并明确了执法人员对抵押物自助收取的干涉与违反和平无关。执法人员对自助收取的干涉是否正确取决于其行为是否构成国家行为。只有在国家行为违反宪法第1983条规定时，执法人员的干涉才是无效的。在这种情况下，收取行为并非符合统一商法典第9-609条的规定，并且是违法的，而不是违反和平。依据这种方法，文章最后对官方对第9-609条的评论提出了修改意见。（2013年5月第111卷第7期第1361页以下）

（刘 禹 译）

（戚小乐 校）

界定腐败和宪法化民主

Defining Corruption And Constitutionalizing Democracy

Deborah Hellman

有关竞选资金法的战斗中的核心部分是腐败的定义。联邦最高法院已经允许对与选举有关的金钱的给予和支出设定限制条件，只有当这些金钱是用于避免腐败或者避免腐败的外观时才能利用。因此，这些立法的合宪性取决于法院如何界定腐败。多年以来，竞选资金案件对腐败的界定有广义和狭义两方面的构想，但最近的案件界定腐败都采用了特别狭义的构想。然而竞选资金法的支持者和批评者有的赞成有的反对这些不同的构想，但双方都忽视了更基础的问题：法院应该界定腐败吗？

本文认为法院不应该界定腐败。腐败是一个派生概念，其意味着它取决于它

所涉及的制度的理论。为了给腐败下一个官方的或制度性的定义，这需要说明官员应当如何行使职责或制度应当如何发挥功能。因此，定义立法腐败要求运用在一个完善的民主制度中立法者角色的理论。联邦最高法院的竞选资金判例法忽视了广泛共享且看似简单的概念的深意。

对分配选举区和改变选举区的案件做一个类比，本文认为有很多重要的原因使得法院尊重立法判断，这些立法判断是关于在我们的民主制度中如何最好地构想立法者的角色。那些案件表明个人权利及民主理论的问题都处于争议之中，法院应当谨慎于在这些案件中适用司法审查是否合适。正如法院不情愿的界定什么是良好的政府，也应该不愿意界定什么是腐败。（2013 年 6 月第 111 卷第 8 期第 1385 页以下）

不完整的遗嘱

Incomplete Wills

Adam J. Hirsch

本文探讨了当一份遗嘱未能处理个人的全部遗产时产生的问题，此种情况下遗嘱订立人在其死亡时的财产部分是有遗嘱处理的、部分是没有遗嘱处理的。产生的问题包括：（1）遗嘱中规定的条款是否意味着重新界定个人的无遗嘱继承人应当取代那些法律指定的继承人，（2）被继承人在世时给继承人的礼物是否应当在最广泛的部分无遗嘱继承的情况下作为那些继承人的生前赠与而从应继承遗产中排除，以及（3）法院是否应当通过从这个不完整的遗嘱陈述的分配选择中进行推断或通过独立参考无遗嘱继承的法定规章来代替填写个人财产计划中不完整的部分。本文认为立遗嘱者的意图在上述每一个问题上必然是有变化的。为了说明这些可预测的变化，法律制定者应当允许法院有限的自由裁量权以在具体案件具体分析的基础上将内部证据和外部证据综合考虑解决上述每一个问题。此种方法可以依据机械规则的运用将部分无遗嘱死亡的规则和完全无遗嘱死亡的规则加以区分。本文阐释了引出部分无遗嘱死亡和完全无遗嘱死亡的规则之间的区别的政策原因。本文的分析有实验性证据的支持，这些实验性证据是从已发布案例的数据集中获得的，该数据集没有与以前关于继承法的定量研究结合起来并

加以运用。(2013 年 6 月第 111 卷第 8 期第 1423 页以下)

佩里诉新罕布什尔州案后 固定目击证人辨认证据的模式

A Model For Fixing Identification Evidence After Perry V. New Hampshire

Robert Couch

错误的目击证人辨认是导致违法定罪的主要原因。1977 年的时候，目击证人辨认存在的问题已经得到了普遍的承认，但还没有被完全的理解，最高法院宣布了一项被设计用来排除不可靠的目击证人所陈述的证据的测试。这一测试标准证明了其并不能充分避免错误的目击证人辨认证据。尽管存在大量的关于论证目击证人辨认证据的缺点的科学研究以及验证 DNA 而免除责任的案例数量的不断增加，最高法院过时的可靠性测试在今天仍然发挥着一定的作用。2012 年，在佩里诉新罕布什尔州一案中，最高法院在可靠性测试标准实施 35 年里首次对这一项评估目击证人辨认证据可靠性的测试作出评价，并最终拒绝修改这一过时的可靠性测试框架。本文根据各州提出的创新点对佩里案作出了分析以完善目击证人辨认证据的程序。然而佩里案的判决未能解决可靠性测试的关键问题，法院间接指出了某些旧标准的方法必须是固定的。(2013 年 6 月第 111 卷第 8 期第 1535 页以下)

控辩交易和保释听证会时辩护律师的权利

Plea Bargaining and the Right to Counsel at Bail Hearings

Charlie Gerstein

在我们国家每年有几百万的经济贫乏的被告面临保释听证会，且他们当中的大多数人在保释听证会时都没有法院指定的辩护律师。在最近的两个相似案件中，即莱福特诉库珀案和密苏里州诉弗莱伊案，最高法院认为令人满意的控辩交易的损失可以弥补那些由辩护律师提出索赔援助但不起作用的案件的损害。如果

宪法要求有效的律师援助以防止控辩交易，这就要求在诉讼过程中律师的存在能够阻止那些控辩交易的出现。审前羁押有助于防止控辩交易的出现，因为当被告在保释监督期间面临一些稍微的承诺诱惑，如承受监禁的时间少于其原本预期在监狱里的时间时，他就会较容易的承认有罪。因为保释听证会的坏结果会损害被告在随后的控辩交易中的利益，所以保释现在是一个至关重要的阶段。(2013 年 6 月第 111 卷第 8 期第 1513 页以下)

可分性分析中的制定法上的相互依赖

Statutory Interdependence in Severability Analysis

Rachel J. Ezzell

根据传统观点，当法院裁定一个制定法条款违宪时，其必须将该条款分离出其所属的制定法或者取消整个制定法。这种理解是不全面的。实践中，法院可能会适用混合分离：仅是该违宪条款无效，其他合宪的该制定法的条款并不会被整个的取消。他们分析说那些条款间的相关性程度非常重要，以至于将某一条款分离会迫使分离其他条款。因此，制定法的每个条文构成的子集仍然是法律。设计这些子集的权力会导致宪法性忧虑，然而关于制定法上互相依赖的法理学分析是不一致且不清晰的。

法院用三个不同的方式分析了互相依存的规定：通过推测国会的立法意图、通过猜测立法时讨价还价的条款以及通过搜索国会立法意图的文本证据。这个范围内更高的可预测性可以减缓宪法性问题并更好的确保民主责任。本文主张采用一项“有限且明确的声明规则”，在这个规则下法院只有当国会已经对那种影响提供了明确声明时或者是当允许相关的条款有效可能导致客观非理性的法律时发现有关联的条款相互依赖。接着本文适用这个规则解决了一个关于《食品和药品现代化法》的可分性循环分离的问题。“有限且明确的声明规则”不仅仅与法院的可分性测试相符合且能够为法院评估制定法条款的相互依赖性提供更好的指导，同时限制司法越权的实例。(2013 年 6 月第 111 卷第 8 期第 1481 页以下)

优先原则与文本解释

Preemption And Textualism

Daniel J. Meltzer

联邦最高法院对优先原则适用的重要范围的法律解释方法同它在解释其他问题时遵循的方法不同。是否为突出政治事件，例如对美国亚利桑那州移民法的质疑，或者是很多常规性的案件，例如那些州的侵权赔偿责任同联邦法规相重叠的案件，法院适用优先原则的决定反映出一种对理解成文法条文的高度目的性方法，其非常明显的是通过对“妨碍优先原则”理论的应用。然而，最近托马斯大法官反对法院为尊重文本解释方法而在优先原则中失败的做法，且他强烈要求抛弃“妨碍优先原则”。尽管其他三个法官对托马斯大法官提出的方法的某些方面表示支持，但在法院适用的方法上仍然没有出现重大的转变。

本文考察了近来法院作出的适用优先原则的判决，并且力图解释为什么文本主义学者预设的前提在这一领域仅发挥如此小的作用。在某种程度上，可以将本文视为一个关于文本解释可行性的案例研究。我认为国会缺乏能力、远见和语言学工具以能够充分在成文法文本中详细描述解决优先原则适用问题的范围的方法，这些问题鉴于规范性规定的复杂性是必然会浮现的。因此，构造一个切实可行的整合州和联邦法律的法律制度的任务必然落在了法院的肩上（在某些情况下会有联邦行政机关的援助）。本文通过考察最近对尼尔逊教授提出的以及托马斯大法官支持的“优先权推定”理论的质疑得出结论。本文评论了尼尔逊教授和托马斯法官对优先条款需要抛弃“优先权推定”理论的理解，并且解释了该推定理论继续发挥的重要作用。（2013 年 10 月第 112 卷第 1 期第 1 页以下）

资本市场，管理债权人行为的公司法方法

A Capital Market, Corporate Law Approach To Creditor Conduct

Mark J. Roe Federico Cenzi Venezze

在一个不景气的公司中债权人行为的问题已经困扰了法院几十年，对于这些问题，政策制定者应当重新对该不景气公司作出经济上的合理定位，并将此作为

一个中心目标。因为法院还没有对规范债权人行为达成一个连贯稳定的规则，且它们没有将重点集中于构建一个便于对这些不景气公司作出合理重新定位的原则性结构，由此导致社会成本不断增加，且这些成本是非常可观的。我们可以很容易的看出为什么在这种公司中构建一个良好的规则是如此的难以实现：在债务人的运营中促进债权人干预的规则超出了债权人普通的违约贷款的集合，这会诱导债权人将价值转变到自己一方，即使这种转变是在债务人对价格管理不善的情况下而做出的干预。但是将债权人限制在仅仅收集他们的债务的规则可以允许那些失败的管理者继续不当的管理陷入困境的公司，由司法原则来终止唯一真正的替代管理选择——债权人。

规则上的困难和潜在的债权人终止源于不清晰且不一致的司法原则。一些法院认为是债权人对债务的不公平的控制导致了债权人责任。其他债权人合同权利的规则超出了简单的诉讼和收款，充分允许债权人决定自身控诉债务人的容忍度符合了债权人的希望，即使对容忍度的决定会让债务公司的其他债权人承担高代价。更糟糕的是鼓励积极的债权人约定，法院从保护合同权利转变为有害的行为控制的规则标准是模糊不清的。一些主导性案件具有相同的基础事实，但却有明显不同的审判结果，甚至有一些是出自相同的审判法院。债权人控制是一个重要的原则标准，但债权人的目标是更好的审判焦点的标准。

首先，本文描述了在“有害控制和单项转动合同执行”两个标准之间往往没有秘密的、操作性的区别，且这种明显区别的缺乏帮助解释了为何司法审判结果是恼人的、自相矛盾的和高成本的。接着本文阐述了在公司法设置中是如何不同的处理相似问题的：法院评定有争议的事务但尊重没有内部冲突的董事会的商业判断。然后本文说明了如何设置一系列基本的公司责任，即冲突事务的完全公平原则和非冲突事务的商业判断规则审查原则，在债权人干预原则上澄清债权人控制问题以及向我们展示了解决这些问题的概念性出路。如果法院可以为了关键的判决缩小债权人冲突的范围，债权人的避风港协议似乎就是可行的，且该避风港协议可以既鼓励建设性的债权人干预又阻止有害的、价值移位的债权人干预。

最后，本文阐述了现代金融市场孕育了一个切实可行的解决之道，利用公司原则作为指引：现代资本市场构建期权、信贷违约风险调换和合同股权调用的能力在结合传统的公司原则时提供了一项新的机制，这个机制可以更好的启发法院和当事人如何评估和构建债权人加入管理决策。资本市场和公司原则相结合可以

创造一个原则渠道比目前管理债权人行为的原则更好的激励资本市场参与者去改善陷入困境的公司。(2013 年 10 月第 112 卷第 1 期第 59 页以下)

后加希提案时代的告密者制度改革之先声

Pro-whistleblower Reform in the Post-Garcetti Era

Julian W. Kleinbrodt

告密者揭露政府无能、低效和腐败对一个运行良好的民主社会而言是一项宝贵财富。直到最近，科尼克-皮克林测试指导了公职人员言论法案；它为论及如告密者等公众关注的事项的政府公职人员提供了宪法第一修正案的保护，只要政府的行政问题没有雇员的言论自由重要。联邦最高法院在其最近审理的西堤诉塞巴罗斯案中明显的缩减了对种言论的保护。该案创造了一项明确的门槛条件即对作为雇员而不是公民作出的言论不提供任何的保护。西堤案的问题规则已经迫使法院采用奇怪的免责条款：它导致了不正当的刺激措施并与第一修正案确立的原则不一致。本文希望通过提倡一项三重平衡框架而抛弃西堤案适用的规则，该框架要求根据言论的重要性而不是发言人的角色来对言论进行分类。就告密者而言，这个制度将有助于确保政府只能通过政府雇员在特殊情况下揭露政府不当行为来限制言论。这一框架更能够与第一修正案的原则相融合并确保对社会最有价值的言论的保护。(2013 年 10 月第 112 卷第 1 期第 111 页以下)

利用国家征收权遏制抵押贷款缩水的合宪性

The Constitutionality of Using Eminent Domain

to Condemn Underwater Mortgage Loans

Katharine Roller

开始于 2007 年和 2008 年的金融危机,其最明显且最具毁灭性的组成部分之一已经是一项全国性的终止赎回权危机。随着解决终止赎回权危机的联邦政策干预的努力最终无效,民营企业提议各县和自治市利用他们的国家征收权来从抵押

贷款人当前持有的私人资产证券化信托中遏制抵押贷款的“缩水”——在某一债务中的抵押贷款额已经超过了被抵押财产的价值。抵押贷款被遏制之后，各县和自治市会将债务缩减到低于被抵押财产价值的水平，然后将新增的抵押贷款卖给私人投资者。本文认为虽然对“缩水”的抵押贷款的遏制根据美国宪法第五修正案的征收条款可能是合宪的，但它很可能不满足宪法第五修正案第一条合同条款提出的质疑，尽管该合同条款的本质在最近的半个世纪里饱受争议。（2013 年 10 月第 112 卷第 1 期第 139 页以下）

（陈 丽 译）

（李文婷 校）

外交立法

Legislative Diplomacy

Ryan M. Scoville

美国学界传统的观点认为，美国宪法赋予了总统与外国政府进行官方外交通信的专属权力。但事实上，国会和其成员经常会自己参加到他们的交流中。例如，国会常接待国家元首并与外国议会保持官方接触。而且，众议院和参议院成员个人也经常随国会代表团出国（“CODELs”）与外国领导人交换意见，研究问题，促进美国和选民的利益，甚至代表了总统。此外，这其中的许多行为自从建国时期就开始了。他们一起组成外交立法的替代领域。本文有两个目的：第一是在维基解密上使用国务院电报，它编译了最近的公共报告，及为外交立法提供一个独特的详细的原始史料描述。第二是发展实践合宪性理论。文本、本义和惯例都表明外交权力的分离比一般假设要复杂的多，并且这些权力并不只属于总统。分析打破了“唯一的器官”的隐喻，与人们普遍认为处理外交事务的权力绝大多数属于行政机关相对应，对执行美国的外交关系有实际意义。（2013 年 11 月第 112 卷第 3 期第 331 页以下）

合宪的调整刑罚

Constitutionally Tailoring Punishment
Richard A. Bierschbach and Stephanos Bibas

自世纪之交以来，最高法院在 *Apprendi* 系列案件中根据第六修正案管控非死刑的量刑（要求陪审团发现事实证明来提高量刑），同样也在 *Miller* 和 *Graham* 案件中根据第八修正案（禁止对未成年被告适用强制终身监禁）。虽然这两个案件中的权力机关听起来像是在关注个人权利，但事实上他们是有关刑事司法的根本结构。这两种看似不同的学说，通过促进个人主观输入的道德惩罚的判断，反映多个机构参与者的观点，从而回应了非死刑量刑结构性失衡。这个新的理解表明了两种学说与早些时候法院对死刑的规定息息相关，也表明了分权制衡如何在多元系统中促进正义的刑罚。它还凸显了其他行为人需要完成法院的工作范围外的维权司法理论，更广泛的改革实验，这不是宪法要求而是宪法所启发的。（2013 年 11 月第 112 卷第 3 期第 397 页以下）

**故意违反米兰达规则的合法性：两阶段国家安全审讯是
如何破坏米兰达规则并破坏第五修正案的保护**

The Legality of Deliberate Miranda Violations: How Two-Step National Security
Interrogations Undermine Miranda and Destabilize Fifth Amendment Protections
Lee Ross Crain

作为全球“反恐战争”的一部分，联邦特工在羁押审讯时故意延迟对恐怖犯罪嫌疑人发出米兰达警告。他们推迟警告，因其认定未受警告的嫌疑人将更自由地提供至关重要的国家安全情报。一个嫌疑犯已经提供了信息之后，机构发出米兰达警告，试图引出供词，可供检察官在审判时使用。没有法院裁定这两阶段国家安全审讯过程的合宪性，来决定在米兰达诉亚利桑那州案及之后的案件中是否允许认定警告后第二阶段的坦白。最高法院断断续续的审查过两阶段审讯，主要在密苏里州诉 *Seibert* 案件中，但并没有明确给出裁决。本文认为尽管肯尼迪大法官在 *Seibert* 案件称述中是允许两阶段的国家安全审讯，但是法院应该适用苏特大法官在 *Seibert* 案件中的意见，限制使用这样的审讯。本文进一步认为，

允许两阶段国家安全审讯是在精神上而非文义上违背了第五修正案以及几十年的米兰达背后的法学理论。（2013年11月第112卷第3期第453页以下）

我们可以量化公平合理吗?确定如何满足《第六修正案》 的相对典型要求

Can We Calculate Fairness and Reasonableness? Determining What Satisfies the
Fair Cross-Section Requirement of the Sixth Amendment

Colleen P. Fitzharris

第六修正案的公正陪审团要求，由州和被告方共同挑选出一个由12人组成的小陪审团作为一种相对典型的组成形式。在Duren诉密苏里州案中最高法院宣布了一项三步测试，帮助法院确定是否违反第六修正案：(1) 该组成是否排除了特定的群体；(2) 陪审员候选人是否符合全县整体人口的公平合理的代表性，(3) 该种代表名额不足是否是系统性排除造成的。评估第二阶段的时候，法院经常寻求数据统计。法院使用过的四种统计测试，包括密歇根最高法院最近审理的People诉Bryant案件中适用的风险差异性分析测试，缺乏第二阶段充分解决的条件。本文提出两个解决方案。首先，法院应该考虑风险的相对差异性测试，借用医疗事故缺少可能性学说，作为检测代表性不足组成关系中的陪审员是否公平合理的最好的措施。第二，法官应该在考虑代表性不足的陪审员是否公平合理之前首先考虑该组成是否系统性排除了特定的人群。考虑过是否特定人群被排除在外之后，法院可以使用统计测试作为分析的一部分，但不应该使用临界值来确定什么是公平合理的。（2013年11月第112卷第3期第489页以下）

远超战场和基地组织:反恐法律体系结构的不稳定性

Beyond the Battlefield, Beyond Al Qaeda:
The Destabilizing Legal Architecture of Counterterrorism

Robert M. Chesney

9-11事件之后的第一个十年走近尾声，与美国政府使用的反恐武力拘留和致命打击相关的法律体系结构设置好像是相对稳定的，这是由高度的跨机构和跨党派的共识所支持的(通过两届截然不同总统的政府的立法、司法判决和政策一致性来进行操作)。然而，这个稳定性必然会在9-11之后的第二个十年崩溃，因为在最近产生的共识中，起了至关重要作用的两个因素快速流失：在阿富汗无可争议的存在武装冲突，武装冲突的法律适用，和相对可识别的原始敌对基地组织的存在。

一些长期的趋势促使了这些稳定因素的流失。最明显的是，阿富汗战争明显进入了结束阶段。与此同时，美国政府出于一系列原因，越来越重视所谓的“影子战争”模式。(很难被发现，甚至可忽略的方式获取，破坏，或杀害世界各地位置的恐怖主义目标)。同时，最初的基地组织正在经历一个非凡的大量毁灭，解体，离散的过程，这种转变的一个结果是松散的相关的区域组织的激增，它们与核心基地组织的领导有着不同程度的关联。

美国和基地组织的战略模式的这些变化深刻影响当前法律框架结构的稳定性，这个体系是军事拘留和其他致命武力实施所依赖的。具体地说，这些发展使得武装冲突法与美国反恐活动建立起相关性更加困难(尽管不是不可能)，这带来提高极其难以回答的问题是这些合法活动可能是针对谁的。至关重要的是，他们还都保证会有新一波的司法干预来考虑这些问题。考虑到这一点，我在这篇文章总结阐述了现在我们可以采取的措施，应列出上文所述趋势的法律体系架构。(2013年11月第112卷第2期第163页以下)

就业法和社会公平

Employment Law and Social Equality

Samuel R. Bagenstos

个人就业法的规范理由依据是什么？对于一些法律学者，答案是经济效率。相反，其他学者认为，就业法保护(定义模糊)受雇和剥削的平衡。对这两个职位，本文认为对个人就业法的最好理解为推进特定概念的平等。这个特定概念，许多法律和政治理论家称为社会平等，着眼于消除社会地位的层次结构。本文认为，

个人就业法，如就业歧视法律，能合理的防止雇主造就或巩固社会阶级地位——即使它给雇主带来有目的的成本也是有正当性的。

本文认为, 社会公平理论可以帮助我们批判, 保卫, 详述, 扩展个人就业法的规则。在一个初期水平, 通过展示担忧社会平等, 建立一些经典的反对任意雇佣的基础, 就能很好的阐释这点。它还表明, 与社会平等相关的问题可以丰富目前在就业法的突出的理论问题分析, 包括法律应如何保护工人的隐私和政治言论的问题, 以及最低工作时间适当范围的法律和禁止报复还有就业仲裁的框架。

(2013 年 11 月第 112 卷第 2 期第 225 页以下)

一个难以置信的积极防御标准

An Implausible Standard for Affirmative Defenses

Stephen Mayer

在 Bell Atlantic Corp. 诉 Twombly 以及 Ashcroft 诉 Iqbal 两个案件之后, 联邦地区法院对积极防御的诉讼请求是否应该适用 Twombly 案件中的合理性标准产生了分歧。最初, 大多数地区法院将 Twombly 案件延伸于防御请求, 但最近, 法庭拒绝扩大适用这个合理性标准获得了大多数支持。本文通过提供对各方似乎有理的表述的综合分析, 找出了几个推动地方法院裁判的隐藏性假定, 本文通过认定了上诉中几个与传统、政策和规定相违背的瑕疵, 对法院适用合理性标准作出了回应。由于历史诉讼实践的误导, 对 Twombly 案件的解读不准确, 以及对未被赋予积极防御权或者积极防御权受到侵害的有效发现能力的高估, 这些法院未能认识到扩大合理性诉求, 将会给被告强加了一个不对称的和不公平的繁重的负担。本文总结说, 法院将 Twombly 案扩展至积极防御的行为违反法规设立标准和规则授权法案的原则。(2013 年 11 月第 112 卷第 2 期第 275 页以下)

错位的虚假：为什么当虚构年龄法规适用于 儿童网络合同时需要进行重新解释

Misplaced Misrepresentations: Why Misrepresentation-of-Age Statutes Must Be
Reinterpreted as They Apply to Children's Online Contracts

Michelle A. Sargent

信息时代革新了个人和互联网之间的关系。如今，儿童成为网络广告的目标人群，广告吸引他们接受服务条款，因此就签订了网络协议。虽然儿童上网已经很容易，但他们仍然倾向于被认为是在心理上不成熟的和冲动的。儿童对于接受网站服务条款的含义缺乏理解能力。

与此同时，几个州都有虚构年龄法规，防止孩子们使用幼儿条款来撤销网络合同，因为在接受服务条款时，就代表着儿童已经达到能够签订协议的年龄。本文认为儿童的网络脆弱性的加剧需要我们重新考虑虚构年龄规定对儿童网络合同的适用。为了充分平衡政策利益保护儿童，来抗衡虚构年龄条款的目的，防止没有察觉的成年人在市场上被利用了，本文建议法官应该在质询网络合同案件过程中具体案例具体分析。（2013 年 11 月第 112 卷第 2 期第 301 页以下）

（施 骏 译）

（茹 意 校）

体系结构选择的效果比较研究：

医疗费用危机的行为法经济学解决之道

Comparative Effectiveness Research as Choice Architecture:
The Behavioral Law and Economics Solution to the Health Care Cost Crisis

Russell Korobkin

随着旨在大幅提高医疗保健受众的患者保护和可支付医疗法案（“ACA”）的设立，成本增加的问题将在健康法及政策讨论中成为中心热点话题。“以消费者为导向的医疗保健”这一提议，将为患者提供财政支持，使其几乎只需承担很少的费用就能接受治疗，这就要求消费者比看似合理的有限理性具有更多的决策能力。寻求改变医疗保健刺激的设想对医生与患者之间的利益冲突的产生提供了威胁。迫切需要新的方法。

本文提出了一种由政府推动但是以市场为基础的方法来提高私人医疗保障效率，我称之为“相对价值医疗保险”。该方法关注于通过“体系结构选择”来确保即使是有限理性的患者也能通过其医疗保险购买决策而享有有效率水平的医疗保健服务的必要性。它采用了效果比较研究方法，发现在初次医疗中 ACA 基金占据了较大比重，将药物治疗价格根据其相对价值分别从一到十之间进行评定，同时考虑到了预期成本和收益。这种相对价值评定可以确保消费者依据不同水平的医疗服务以不同的价格与保险公司订立合同，反映出了不同的价格—质量折中方法。

本文既描述了相对价值的医疗保险的益处，又描述了其实施的障碍。本文最后以一个简短的讨论作出总结，关于相对价值评级如何还能够同时有助于使公共医疗保险项目经费合理化。（2014 年 2 月第 112 卷第 4 期第 524 页以下）

司法独立和社会福利

Judicial Independence and Social Welfare

Michael D. Gilbert

司法独立是美国宪政的基石。它赋予了法官监督政府其他部门，以及依法公正地审判案件的权力。尽管独立会伴随着危险。正是因为他们独立的，法官可以忽视法律而按其个人的行动计划实行。

两个世纪以来，学者们一直在争论那些观点以及相关的折中方法：独立 vs. 责任。他们还未达成共识，部分原因在于独立性要求提出了困难的前提问题。除非我们可以一致同意什么是法官应该做的，否则我们无法决定作出裁判的独立性应达到何种程度。这取决于一个人对于例如少数权利、法律的确定性以及法律术语本身性质等复杂问题的看法。这些复杂问题使得争论毫无意义。

本文提出了一条前进道路。它将关于独立性的争论减少到一个小的直观参数值，并显示了它们之间如何相互作用。其形成的结果可以确定司法独立最佳程度的框架。通过允许持不同的意见和方法的学者们提出任何他们喜欢的假设并得出一个对“法官应当有多大程度的独立”这一问题的答案，该框架避免了陷入这样的棘手问题。

该框架产生了重要的见解。它揭示了独立可以与一个新的且根本性的折中方法相牵连。独立的法官做出一些不合理的决定，且每个这样的决定都需要社会付出昂贵的代价。非独立的法官做出更加不合常规的决定，但每个都只需社会付出很少的代价。该框架还揭示了社会可能更喜欢由非独立的法官来裁定少数权利，以及法律的确切性问题与选择独立法官还是非独立法官根本无关。最后，本文揭示了该争论依赖于对法律价值的有深度且可竞争的假设。问题并不在于独立性被认为将推进墨守成规的裁定是否比不合常规的选择更好，而在于“好多少”。（2014 年 2 月第 112 卷第 4 期第 576 页以下）

似是而非的悖论与实践形式： 理论与实践中的休会任命条款

Plausible Absurdities and Practical Formalities: The Recess Appointments

Clause in Theory and Practice

David Frisof

围绕奥巴马总统在休会期对国家劳工关系委员会和消费者金融保护局做出任命决定，而参议院在之后的开会期间仅仅是做出形式上的任命，这一行为最近备受争议，这揭示了达成一个对宪法中休会任命条款的全新理解的必要性。为了使休会任命条款产生作用，它必须满足两个基本的宪法目的：它必须充当三权分立的一个支点，并且它必须确保行政权力的持续行使。要实现这一功能不仅取决于对该条款的正式解释，还取决于权力机构实施该行为时是该条款所授权的，换句话说，总统和参议院行使休会任命权时是符合宪法所期望的方式的。主导休会任命行为的实际宪法期望在很大程度上防止了许多荒谬的文义解释，这些解释将完全破坏条款功能的似是而非的谬论的积极援用。从宪法期望在该功能中扮演的角以及因此而具有合宪性来看，对于该条款而言，最近的作为惯例的任命争议不应当由法院来解决。反之，无论是作为惯例由参议院在开会期做出的决议，还是作为惯例由总统做出的休会任命，都代表了不应受法院裁判的政治问题。通过拒绝裁定这些行为的合宪性，法庭需向行政和立法部门提供机会以确保在关于休会任命条款的构成以及随之而来的确保其功能的宪法期望之间达成一致。（2014 年

通过以孩子为中心的方法来评估 高冲突监护权纠纷中的异化请求权

Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation
in High-Conflict Custody Disputes

Allison M.Nichole

在高冲突监护案件中，父母异化理论比比皆是。父母中的一方针对另一方对孩子进行洗脑的画面与我们认为我们所知道的关于离婚期间的家庭动力学相符合。被诊断为“父母异化综合症”（“PAS”）的概念的发展试图来解释这一现象，但它已被心理健康专家广泛批判，并因此无法取得通过证据来予以证明的资格。尽管如此，PAS 及相关理论仍持续影响着家事法庭的决定，甚至是在明确拒绝该种理论的司法管辖区中，法官仍然面临着解决这些反复无常的案件的艰巨任务。在这一高度对抗性的过程之中，孩子应当有独立的代表以确保将他们的利益置于最前端、最中心的位置。在涉及虐待或异化主张的案件中，为某一诉讼制定监护人的授权任命将有助于法院在该种主张下开展个性化的、具体事实的调查，这样可以致力于为孩子最佳利益服务而做出监护指令。（2014 年 2 月第 112 卷第 4 期第 664 页以下）

房产交换：针对止赎危机的战略性破产解决之道

House Swaps: A Strategic Bankruptcy Solution to the Foreclosure Crisis

Lynn M.LoPucki

自 2006 年的价格高峰以来，房产价值已下降了超过 30%，使数百万的美国人的房屋处于负资产抵押状况。直到最高法院于 1993 年在 Nobelman 诉美国储蓄银行的裁判做出之前，破产制度已经为许多这样的房屋所有人提供了补救方法。他们可以申请破产，免除负资产抵押，承诺向抵押贷款持有人支付其房屋的

所有价值，并且保留那些房屋。然而，在 Nobelman 案中，法院曲解了相当明确的法律文义，并且创造了立法史，以巡回法院三比一支持了少数意见，认为即使是设立在他们主要居所上的抵押贷款的无担保部分，债务人也无权变更。一直以来法院和评论家们都表现出在破产中修改房产抵押贷款是不可能的。

无论是 Nobelman 还是其他，本文介绍了一种用于修改住房抵押贷款的法律策略。该策略要求债务人搬出自己的房屋，将房屋出租一年，申请破产，并提出向抵押贷款持有者支付该房产当前的所有价值的抵押贷款变更计划。本文认为，尽管带有返回意图的搬离显得有些矫揉造作，破产法官仍将准许该变更计划。法官之所以会这么做，是因为存在的先例要求其准许，还因为这一变更计划不仅是对债务人，而且对抵押贷款持有人以及美国经济而言都将取得最大利益。这一策略将确保成千上百的房屋所有人保住他们本来已经失去的房屋来止赎。（2014 年 3 月第 112 卷第 5 期第 690 页以下）

对私人获取法律的控制： 错综复杂的联邦监管私人标准的使用

Private Control Over Access to the Law:
The Perplexing Federal Regulatory Use of Private Standards
Nina A. Mendelson

为了节约资源以及建立私人专家意见，联邦机构已经私自合并了成千上万的联邦法规的起草标准——但还仅仅是“引用”。这些标准范围很广，包括安全、利益和测试标准在内。想要获取该绝对法的个人通常不能免费在网上或在政府存储图书馆中阅读，但在美国法典或联邦法规法典中却可以。相反，她一般必须向起草组织支付一大笔费用，否则就必须前往华盛顿，去联邦公报办公室的阅览室。

该法律在很大程度上控制私人取得，并不是正式的“秘密”，但它确实很昂贵且不易找到。直觉上就会对此产生一个疑问，即民主社会中的法律应当容易地、公开地被获取。先前对于公示需要的分析几乎全部着眼于受监管实体被通知其义务的需要。本文评估了其他几个因素，包括对监管受益者的通知，例如医疗保险接受者、危险产品的消费者以及天然气管道的邻居。随时能够公开地获取法律对

确保联邦机构在真正意义上对其决定负责任也有决定性作用，同时通过内部和外部机制，包括投票、政治监督和代理程序在内。这种随时公开获得性的需求在这样的协同治理环境下至少与当机构单独行动时一样迫切。最后，表现伤害——一个与核心民主价值不一致的信息，很有可能从政府对监管法的采用中产生，也就是与一般的美国法所不同，难以找到并且取得的代价很高。对公开获取法律的重要性的全面评估既强化了对通过引用进行合并规则下的获取障碍这一情形的改革，又限制了可接受的改革措施的范围。（2014年3月第112卷第5期第738页以下）

对互联网时代独立陪审员调查的回应： 积极规则，消极规则以及外部机制

Responding to Independent Juror Research in the Internet Age:

Positive Rules, Negative Rules, and Outside Mechanisms

Robbie Manhas

独立陪审员调查已经是陪审员审判中的一个老问题了。它招致了潜在的损害，不相关的以及不准确的信息来主导陪审团做出决定。与此同时，独立陪审员调查通过防止各方应对所有正在考虑中的证据以及混淆陪审团做出决定的记录向我们的对抗系统做出妥协。这些威胁只在互联网时代增加，其中的不恰当来源信息无处不在，并且不恰当的获取防不胜防。然而，法院和当事人继续采取他们已经沿用了数十年的抑制措施。本文认为应该做出改变，通过提供一个概念性框架来思考，并对这个问题进行分类。积极规则（引导独立陪审团调查与推动其进入在我们的对抗系统中富有成效的某些地方的法庭规则）、消极规则（旨在防止接触独立信息来源以排除独立审判员调查及其影响的法庭规范），还有外部机制（当事人同样企图杜绝该种行为及其影响）。通过首先对陪审员调查问题的分析，本文认为，过时的消极规则和外部机制系统，对日益严重的问题而言反应不足。尽管本文提供了关于详细的消极规则和外部机制的见解，这可能会在处理独立陪审团调查所面临的挑战时继续发挥作用——例如，通过争辩说在审判中应事先录音录像，它最终还是主张传统框架必须补充积极规则，这将促成一个更加积极的

陪审团。通过认可两个具体的积极规则，本文做了总结：允许陪审团提问（对法官、证人和当事人）以及向陪审团提供电子记录。（2014 年 3 月第 112 卷第 5 期第 810 页以下）

休斯顿：我们有一个（责任）问题

Houston, We Have a (Liability) Problem

Justin Silver

私人载人航空的发展进程迅猛：有人提出在 2014 年底之前有望发射付费乘坐服务。考虑到历史上太空旅行的危险性，事故很有可能在某些时间点发生，造成乘客受伤或者死亡。在由这一事故引发的诉讼事件中，法庭很有可能会发现，沿着亚轨道操纵飞行的空间飞行器属于公共承运人，而沿着轨道操纵飞行的飞行器则不是。不管这些飞行器是不是公共承运人，他们都面临着高度责任的威胁，以及由于无法获得保险引发的风险和侵权诉讼费用的增加。鉴于私人载人航空产业是全新的并且其可为美国乃至世界带来许多利益，在该产业的发展进程中给予其保护显得尤为重要。个别州试图通过规定责任豁免权来保护该产业，但是各个州主意通过的法规并不能保护该产业免于承担其所面临的责任。最后，本文提出了一个国家侵权责任豁免权法令来保护这个产业，直到其达到一个更加高级的发展阶段。（2014 年 3 月第 112 卷第 5 期第 834 页以下）

（茹 翼 译）

（施 骏 校）