

哈佛法律评论

王健法学院编译室

二零一三年第一期

总第十一期

目录

不断扩张的股东权力情况

The Case for Increasing Shareholder Power

Lucian Arye Bebchuk 7

宪法中的权力扩张政府

Empire-Building Government in Constitutional Law

Daryl J. Levinson 8

第二秩序的多样性

Second-Order Diversity

Heather K. Gerken 9

不参与破产：一项实证主义的介入

Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention

Elizabeth Warren and Jay Lawrence Westbrook 9

预见性与版权激励因素

Foreseeability and Copyright Incentives

Shyamkrishna Balganesh 10

反纠问主义

Anti-Inquisitorialism

David Alan Sklansky 11

为国家而设立的法律：国际法、宪法及公法

Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law

Jack Goldsmith and Daryl Levinson 12

外在的期权

Revealing Options

Lee Anne Fennell 12

种族中的“特洛伊木马”

Trojan Horses of Race

Jerry Kang 13

合法性与宪法	
Legitimacy and the Constitution	
Richard H. Fallon, Jr	14
执行缔约权	
Executing the Treaty Power	
Nicholas Quinn Rosenkranz	15
国会授权与反恐战争	
Congressional Authorization and the War on Terrorism	
Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith	15
特拉华州政策	
Delaware's Politics	
Mark J. Roe	16
反思财政联邦主义	
Rethinking Fiscal Federalism	
David A. Super	17
（本国的）联邦公法中的美国例外论	
（Native）American Exceptionalism in Federal Public Law	
Philip P. Frickey	18
亲密关系与经济交换	
Intimacy and Economic Exchange	
Jill Elaine Hasday	19
在数字化世界中的搜查与扣押	
Searches and Seizures in a Digital World	
Orin S. Kerr	19
司法管理标准及宪法意义	
Judicial Manageable Standards and Constitutional Meaning	
Richard H. fallon, Jr	20
法律与公司的兴起	
Law and the Rise of the Firm	
Henry Hansmann, Reinier Kraakman& Richard Squire	21

控股股东和公司治理：比较分类的复杂化	
Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy	
Ronald J. Gilson	22
Hiram Revels 之迷	
The Riddle of Hiram Revels	
Richard A. Primus	22
普通法对思想成果的保护：“理念”时代的远去	
Common Law Protection for Products of the Mind: An “idea” Whose Time Has Gone	
Arthur R. Miller	23
刑事正义的政策宪章	
The Political Constitution of Criminal Justice	
William J. Stuntz	24
意志的背理：20 世纪美国遗嘱自由的界限	
The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-century America	
Susanna L. Blumenthal	24
权力授予的立法分配：不确定性、风险以及行政机关和法院间的选择	
Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice between Agencies and Courts	
Matthew C. Stephenson	25
创造美国的财产法：流通性及它在美国历史上的局限	
Creating an American Property Law: Alienability and Its Limits in American History	
Claire Priest	26
法律起源、政治以及现代股票市场	
Legal Origins, Politics, and Modern Stock Markets	
Mark J. Roe	27
战略替代效应：文本合理性、程序正当性以及司法审查机构的法律解释	
The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality, and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations	

Matthew C. Stephenson	28
均等机会与遗产继承税	
Equal Opportunity and Inheritance Taxation	
Anne L. Alstott	29
时机规则与法律制度	
Timing Rules and Legal Institutions	
Jacob E. Gersen and Eric A. Posner	30
先合同义务以及初步协议	
Precontractual Liability and Preliminary Agreements	
Alan Schwartz and Robert E. Scott	30
合同与承诺的分歧	
The Divergence of Contract and Promise	
Seana Valentine Shffrin	31
Sosa、国际习惯法以及与伊利市的持续相关性	
<i>Sosa</i> , Customary International Law, and the Continuing Relevance of <i>Erie</i>	
Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith, and David H. Moore	32
法外行动主义的悖论：至关重要的法律意识和变革的政治	
The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics	
Orly Lobel	32
你会相信谁的眼睛？Scott 诉 Harris 案和认知反自由主义的危害	
Whose Eyes are you Going to Believe? <i>Scott v. Harris</i> and the Perils of Cognitive Illiberalism	
Dan M. Kahan, David A. Hoffman, and Donald Braman	33
生成性互联网	
The Generative Internet	
Jonathan L. Zittrain	34
政党分离，不是职权分离	
Separation of Parties, Not Powers	
Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes	35

民权诉讼中的因果推论	
Causal Inference in Civil Rights Litigation	
D. James Greiner	36
作为国内法的条约：条约的至高条款和公正强制执行	
Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties	
Carlos Manuel Vazquez	36
最低点的总司令——构造问题、学说和原始的认识	
The Commander in Chief at the Lowest Ebb — Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding	
David J.Barron & Martin S.Lederman	38
最低点的总司令——宪史	
The Commander In Chief at the Lowest Ebb — A Constitutional History	
David J.Barron & Martin S.Lederman	39
司法审查中不安案件的核心	
The Core of an Uneasy Case for Judicial Review	
Richard H. Fallon, Jr.	40
司法不公	
Unequal Justice	
WilliamJ.Stuntz	41
联邦主义与宪法解释的普遍性问题	
Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation	
John F. Manning	42
搭售、捆绑折扣与单一垄断利益理论的灭亡	
Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory	
Einer Elhauge	43
流动资本、地方经济规制与民主城市	
Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City	
Richard C. Schragger	43

走中间路线	
Trimming	
Cass R. Sunstein	44
我们的施密特式行政法	
Our Schmittian Administrative Law	
Adrian Vermeule	45
隐私歧视：国家在性与爱意外中的作用	
Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love	
Elizabeth F. Emens	45
调整可转让性	
Adjusting Alienability	
Lee Anne Fennell	46

不断扩张的股东权力情况

The Case for Increasing Shareholder Power

Lucian Arye Bebchuk

公开上市交易公司的股权往往处于分散状态，本文对这类公司的董事会与股东之间的基本权力分配问题重新进行了探讨。美国的公司法长久以来都排斥股东对公司的基本管理安排发起任何的变革。笔者的分析和实证证据表明：股东现存的更换领导者的权力不足以保证管理层并不偏爱的增值管理计划的通过。笔者提出了一个替代性制度，其将允许股东发起并通过游戏规则决策，从而改变公司的章程或者公司状况。为股东提供该种权力后，随着时间的推移，所有的公司管理安排都将得到改善。

此外，笔者还主张，修改管理安排作为他们权力的一部分，股东应当能够表决通过一些条款，随之这些条款给予他们一个干预公司额外决策的明确权力。干预游戏结束决策（兼并、出售所有资产或者解散）的权力可以解决管理中支持公司继续存续的偏见问题。干预缩小规模的决策（进行现金或者实物分配）可以解决保留过多资金以及热衷于扩张规模的管理趋势问题。股东有时需要表决通过一些条款，这些条款给予他们一个明确额外的干预权力，因而在许多公司可以产生利润。

一个拥有股东干预权的制度，笔者认为，可以解决长期困扰法学家和金融经济学家的管理问题。这些利润可大部分归因于诱导性管理，这种管理模式符合股东的利益而无需股东行使他们的干预权。笔者还探讨了这样一种制度是如何能够被完美设计以解决以下问题：管理绝缘的支持者可能由此产生；比如，只要管理安排中的发起股东变更在连续两次年会中享有股东的支持，那么该变更就可以获得通过。最后，通过验证可能广泛存在的反对，笔者作出以下总结：他们没有为反对提出的股东权扩张提供一个很好的基础。（2005 年 1 月 第 118 卷第 3 期第 833 页以下）

宪法中的权力扩张政府

Empire-Building Government in Constitutional Law

Daryl J. Levinson

对庞大的并在不断壮大的政府的恐惧和厌恶，已经成为美国建立以来政治和宪法讨论中经久不衰的主题。一个宪法和理论中相应持久且普遍的假设是：许多政府行为是由权力扩张以及对权力或财富的自我夸大追求所驱动的。虽然对联邦主义的讨论总是从以下前提开始的：一个帝国主义的国家政府会争取利用选民控制更广泛的政策空间，然而同样地帝国主义州政府会试图反抗并拓宽他们自己的领地。同样地，法律以及宪法上权力相分离的原理作出了以下设想：自我夸大的立法和行政机构在激烈竞争权力的过程中相互对峙。由权力转至财富，宪法理论家认为这些是理所当然的：联邦的主要优点（或者说缺点）之一就是它助长了国家和当地政府之间针对课税基础的贪婪竞争。关于宪法救济的讨论同样也作出了以下假设：政府将被劝阻征收财产或者侵犯宪法或法定权利，并被要求支付货币赔偿金给受害者——因为美元的流失将“损害到”财富最大化的政府。

本文对以下问题进行了质疑：在这些以及其他情况下，权力扩张政府是否实际上充当了一个宪法分析的有效工具。本文主张对政府行为的预测不应基于假定的以自我夸大为动机的人格化利维坦之上，而应基于以下两者的结合：选民驱动下给政府官员带来的政治压力，以及在民主机构的松懈而为这些官员提供的一些空间中，他们所追求的一系列独立利益。正如以上证明的，无论选民的政策利益还是以自利为目标的官员都不可能和政府机构的权力或者财富以系统化的方式相关联。法院和宪法理论家所想象的这种正在蔓延的权力扩张似乎需要这样的政府官员：他们更在意提高自己工作机构地位的提高，而不是为他们所代表的市民或者他们自身追求利益。民主的政府不可能产生这样的官员。（2005 年 1 月 第 118 卷第 3 期第 915 页以下）

第二秩序多样性

Second-Order Diversity

Heather K. Gerken

许多民主设计方向的学者沉浸于一个单一的问题：在多数制中该如何对待选举人中的少数派。在那些争论中，尤其是那些聚焦群体统计区别的争论，一个词语经常会被展开，即“多样性”。当学者们使用这个词语时，他们通常是指向一些事物——一个阶层、一个机构、一个决策体——应当粗略地反映群体的组成。该争论的问题在于其参与者经常不假思索地将从单一机构中获得的多样性理论扩展至分散的机构，这些分散机构所属的管理制度被分为大量相等的组成部分（陪审团、选区、上诉专家组、学校委员会以及其他类似部分）。虽然，除却这些机构的盛行，学者们还没有系统地考虑过如何削减我们对多样性的规范承诺，以符合他们独有特色。本文在提供一个概念性框架方面跨出了第一步。本文认为在分散机构中，我们至少可以寻求两种多样性——第一秩序和第二秩序。第一秩序多样性反映的是传统直觉；这是与统计一体化相关联的规范性视野。此处提出的第二秩序多样性的概念，提出了这样一个设想：民主有时可以从其拥有的决策体中获益，这些决策体与产生他们的群体毫无相似之处，但却反映了许多各种不同的组成。然后本文展开了这两个概念，以检验一系列反复出现的权衡，该权衡是我们在设计分散机构时所要面对的。（2005 年 2 月 第 118 卷第 4 期第 1099 页以下）

不参与破产：一项实证主义的介入

Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention

Elizabeth Warren and Jay Lawrence Westbrook

从最近大量更新的企业破产案例的数据库中，我们获得的数据质疑了隐含在契约主义中的中心事实前提，契约主义包含了大量的建议：用私下交易代替现有的企业破产体系，该私下交易将在发生违约以后控制一个债务人的财产和事务。

最典型的契约主义计划在大多数企业破产中设定了相对较小的一组原告，同时还假设那些所有或几乎所有债权人都能够同债务人进行破产制度谈判，或者能够调整他们的价格和其他合同条款，以此来反映债务人同另一方当事人的破产协商制度。从企业破产项目中获得的数据显示：与契约主义的假设相反，企业破产案件中有许多原告，并且他们中的许多人是很难调整的债权人，他们将不可能进行谈判或者调整他们的价格。这些发现指出了契约主义建议产生的大量低效和高消费问题，并且严重损害了契约破产制度。（2005 年 2 月 第 118 卷第 4 期第 1197 页以下）

预见性与版权激励因素

Foreseeability and Copyright Incentives

Shyamkrishna Balganes

版权法当今主要的正当性在于创作者激励因素的经济理论。该理论的中心在于以下认识：虽然版权的排他权利框架为创作者提供了一个创作的经济动力，但是它也需要巨大社会成本，并且创作者由此需要被给予恰好足够的动力来创作，这样才能平衡体系中的利益从而对抗其成本。然而，当前版权法中没有任何一条原则，能够令法院通过参考激励因素这个非常理念中所固有限制来限定创作者的权利。虽然普通法过于依赖提供激励因素从而使行为人以某种方式行事，但是它也意识到其激励机制是有外部限制的，并且在调整一项权利或者责任时，若不能将这些限制谨记心中则有可能证明激励是无效的。为达成该目的所运用的主要原理是可预见性概念。用以下观点作为前提：个人通常不会考虑与他们的行为暂时或前后关联相差很远的结果，预见性允许法院在决定其责任时，平衡一个制度的事前激励因素，而不是其事后成本。

本文主张如果版权法坚持其激励原理的正确性，并且因此需要对其理论中心的社会成本垄断控制进行平衡，那么它就需要内化以下观点：创作者，例如其他地方的行为人，能够完全参与未来所有同他们的行为相关联的意外事件，这些意外事件轮流限制了激励因素的有效性。为了这个目的，本文提出了一项“预见性

复制”测试，以此限制版权对排他性的授予，主要适用于当复制者的使用在创作时就能被合理遇见的情形——即在激励因素将要起作用的时刻。采用预见性测试由此可能更好地将版权法与其基本目的保持一致，并且还向法院提供了一套机制，通过这套机制法院可以在个案中实施版权激励原理——因此更多地依据该原理而不仅仅是取其修辞意义。（2009年4月 第122卷第6期第1569页以下）

反纠问主义

Anti-Inquisitorialism

David Alan Sklansky

对大陆法系的刑事诉讼纠问制的态度是美国法学的一个广泛而持久的话题，我们往往将其概括为我国制度的对立面；避免纠问主义一直以来都被视作我们法律传统的一项核心承诺。本文探讨了反纠问主义在我们的刑事程序形成中所扮演的以及继续将扮演的各种角色，随后本文将反纠问主义魅力评价为美国法律的一个指引性原则。本文的开端描述了四个特别典型的仍在运作的反纠问主义例子：近期最高法院对于对抗条款的重新解释；以初审法官发现的事实为基础的强制审判体制，法院宣布其无效；被国际法院驳回的程序错误规则，法院予以认可；在询问与供述的法律中，对纠问制的长久引用。

随之本文探讨了三个不同的理由，关于纠问制可能被视为一个帮助性指引，是美国刑事诉讼法不该选择的道路。第一个理由是原旨主义；宪法的刑事程序条款意图提供保护，原旨主义将纠问过程作为与该条款相对抗的主要祸害。第二个理由是整体性；它要求我们的对抗制具有有机整体性。第三个理由是工具性；它假设纠问制完全比我们的制度更糟糕——揭露真相糟糕、保护人权糟糕或者防止政府权威滥用糟糕。这些理由都不能完全令人信服。几乎没有证据可以证明：最初人权法案的刑事程序条款原本意图或者被理解为充当对抗纠问制的保护。甚至有更少的理由可让我们认为第十四修正案怀有该种目标。关于整体性理由，最主要的问题在于，首先，比起可能预见到的，现实中更难界定纠问制的核心因素，且其次，我们几乎没有理由可以认为刑事程序体系实际上有该理由中假设的这类

脆弱的有机整体。评价实用主义的理由更为复杂。讯问制度的要件可能实际上有工具性价值，特别在保护不被独裁乱用方面。但那是重视讯问制度那些要件的一个理由，以及当它们服务于其他更为基本的追求时予以重视的一个理由。那不是——一个理由，将纠问制视作对我们刑事正义制度应当努力规避的普遍概括。（2009年4月 第122卷第6期第1634页以下）

为国家而设立的法律：国际法、宪法及公法

Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law

Jack Goldsmith and Daryl Levinson

国际法长久以来在英美法律观点中饱受质疑。同国内法范式相比较，国际法体系在许多重要维度似乎显得不尽相同且具有缺陷。本文指出宪法实际上也具有国际法的所有特征，从而令国际法变得模棱两可，本文通过这种方式质疑了国际法的特殊性。通过罗列这些共同性，本文主张传统国际/国内区分可能模糊了：一个更为重要和衍生的概念区分是什么，这出于许多目的。那种区分是在“公法”制度与“普通国内法”之间划分的，国际法和宪法这类“公法”制度构成并主导着国家和政府的行为，“普通国内法”则通过国家的政府机构得以实施。（2009年5月 第122卷第7期第1791页以下）

（谢思苑 译）

（祁云龙 校）

外在的期权

Revealing Options

Lee Anne Fennell

金融学中的期权模板如何跳出经济领域，运用于法律问题上？这是法学学者们正在着手研究的一个问题。本文运用期权的框架，为最早由 Guido Calabresi

和 Douglas Melamed 提出的财产规则/责任规则模式添加了一种新的、居中的法定权利形式。我以有关自我评估机制的著作为基础——这些著作很有价值，却未被充分利用——提出了一种法定权利形式，它要求权利拥有者为他人（或为将来的自己）创造期权。这些受制于自己创造的期权或 ESSMOs 的法定权利能够有力地、完美地解决财产理论中最难解的问题之一——未知的主观定价。通过要求一方当事人用期权的形式来“包装”她的主观定价——这就是一种外在的期权——ESSMO 不仅避开了与财产规则和责任规则有关的主要问题，而且利用了其各自优势。这种方式真正的价值动态地体现在双方当事人均为普通百姓的设定上。通过延伸早期的工作，我向读者展示出 ESSMO 是如何改变私人社区的环境控制、土地保护和审美控制的。我也举例说明了外在的期权是如何解决机构中的跨时期集体行为问题，以及个体中不同时间段的偏好问题（比如想戒烟的吸烟者）。（2005 年 3 月 第 118 卷第 5 期第 1399 页以下）

种族中的“特洛伊木马”

Trojan Horses of Race

Jerry Kang

近期的社会认知研究提供了令人震惊的证据，证明对不同的社会范畴隐含着偏见。研究特别表明，大多数人对少数民族尽管表现出真诚的态度，心中却含有暗示性的偏见。这种暗示性偏见展现出其对现实生活的影响——我们对一项行为的解释、考试中的表现、与他人的互动、甚至开枪，都体现着这种偏见的结果。本文的第一部分将这一卓越的科学研究引入法学评论，并着手一项广泛的思想问题以探究其内在含义。第二部分则检验了暗示性偏见从何而来，并重点关注了通过电子通讯传递的其他种族信息的替代性实验。这转而又适时地引发了有关广播政策的问题，这一问题最早因联邦通讯委员会 2003 年颁布的极具争议的《媒体所有权规制》而受到关注。通过解释它将如何增加地方新闻的数量，联邦通讯委员会再三调整，放松所有权规则。然而地方新闻被各种犯罪故事——特别是以少数民族为主角的——所充斥。社会认知研究表明，吸收了这些印象后，我们的暗

示性偏见恶化了。换言之，当我们阅读地方新闻时，我们同时下载了一种特洛伊木马病毒，加剧了我们的暗示性偏见。不知不觉中，联邦通讯委员会就将“公共利益”与种族主义相连。并根据心理的、政治的和宪法的约束条件，对潜在的回应进行讨论，譬如将公共利益重新编码、检验针对这些病毒的潜在防火墙和消毒剂。（2005 年 3 月 第 118 卷第 5 期第 1489 页以下）

合法性与宪法

Legitimacy and the Constitution

Richard H. Fallon, Jr

在有关宪法的讨论中，正当性是一个常常被援引但很少被分析的术语，结果通常会导致不确定性，造成困扰。本文通过分析宪法的正当性原则，填补了其文意上的空白。本文论证了该术语适用于三种不同的标准，这些标准反之也支撑了三个有关正当性的概念——合法、合乎社会、合乎道德，三者有区别但也有重叠。

当我们带着这三种概念来考察正当性时，惊人的结论出现了。第一，宪法中的法理正当性更多依赖于社会的可接受度，而非（可疑的）正式批准的正当性。第二，尽管宪法值得被当作是道德上合法的，这也只是“最低限度”而非“理想程度”，所以它在道德上并不完美，也没有获得所有人的一致同意。第三，由于宪法招致了针对其内涵和文义解释上的不同意见，很多有关宪法指导下的法理正当性的实践的论断都建立在固有的、不确定的基础之上。然而，值得注意的是，实质上有这样一个共识是存在的：至少有一些司法判例足以支撑未来有关正当司法权的论断，哪怕这些先例本身在最初时是错误的。和宪法中的法理正当性一样，以先例为基础产生的判决中的法理正当性也依赖于社会的可接受度。第四，由于缺少合法的、社会学上的共识，许多有关所谓法律问题（包括司法的正当性问题）的判断，都时常反映出将官方行为假定为道德正当性的做法。因此，有关宪法正当性的现实主义论述必须解决这几个概念间复杂的内在关联：宪法法条、正当性的社会基础、对实践的迫切需要和道德权利的义务。（2005 年 4 月 第 118 卷第 6 期第 1787 页以下）

执行缔约权

Executing the Treaty Power

Nicholas Quinn Rosenkranz

典型的“密苏里对抗荷兰”一案裁定，国会有权颁布法律以实施条约，即使国会有可能缺少颁布相同法律以使条约失效的权力。换言之，立法权可以因条约而扩大。这一论断有着极其重大的理论作用，因为它与基本的宪法原则——在法律中逐条列举立法权——关系十分紧张。它也有着重大且不断增长的实践意义，因为它正处于美国法律中最戏剧性的两个趋势的交叉点：在国际法之下，美国对于显然是地方事务的命令激增，以及最高法院表现出的对监管国会列举权限度的新意愿。这两种趋势结合起来，就使得国会号召的依据缔约权执行和依据列举权执行这两者之间的鸿沟加深了。正是这种不断扩大的鸿沟使“密苏里对抗荷兰”一案受到牵连。

本文意在证明“密苏里对抗荷兰”一案的裁定是错误的。首先，本文展现出大法官霍姆斯错误理解了缔约权条款与必要和适当条款之间的关系。其次，本文说明了“密苏里对抗荷兰”案标准的历史的辩护是基于错误的前提。最后，根据宪法的文本、历史、结构，以及对公共选择和实际结果的检验，本文总结出“密苏里对抗荷兰”案确认了一个错误的缔约权，它不能增加国会的立法权。然而，不论本文是否能够明确地解决这一问题，它应该最低限度地起到引发一场新的对外事务宪法的争论的作用：国会依照缔约权立法的权力范围有多大？（2005 年 4 月 第 118 卷第 6 期第 1867 页以下）

国会授权与反恐战争

Congressional Authorization and the War on Terrorism

Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith

本文为解释国会于 2001 年 9 月 18 日颁布的、与反恐战争有关的核心法令——《授权使用军事力量》（以下简称 AUMF）提供了框架。尽管宪法理论和宪法

实践都表明，总统战时行为的有效性很大程度上依赖于它们都国会授权的关系，有关反恐战争的学术讨论中还是很少关注 AUMF 的意义和作用。本文提出的框架建立在分析最高法院对“Hamdi 诉 Rumsfeld”一案的多数意见上，此案对 AUMF 给予了足够的关注。在这一框架之下，AUMF 的含义首先由其内容决定，正如与先前战争（包括经宣战的战争）中的授权使用军事力量相比所显示的一样。为了确定 AUMF 国会授权的“必要而适当的武力”的范围，法院应当注意另外两个解释要素：行政部门在先前战争中的惯例和国际公法中的战争法。尽管在 AUMF 的解释中，不授权的担忧不应担当重要角色，但当美国总统在限制非战士的自由 AUMF 之下采取行动时，对清晰陈述的要求是必要的。笔者将这一框架运用于反恐战争的三个具体问题之中：敌军的辨认、被捕获者在美国的拘留和军事委员会审理所谓恐怖分子的有效性。（2005 年 5 月 第 118 卷 7 期第 2047 页以下）

特拉华州政策

Delaware's Politics

Mark J.Roe

特拉华州制定了本州的公司法，支配着绝大多数美国大型公司。介于华盛顿能够夺取任意，甚至全部的立法权（事实上，通过证券法，已经夺取了很多），美国的公司法需要一个深刻的概念来分析何时、何地、如何才能让华盛顿把立法权交予州。利益集团行使立法权时关注范围比较狭隘，国会制定法律时则顾全大局。这种差别引发了三个关键的公共选择结果。第一，主要的州层面的参与者通常希望将联邦政府制定公司法的权力最小化，因为联邦政策要与局外人分享利益，而在地区性政策中，利益只在较少的参与者中分割。第二，由于联邦可能会在他们认为各州利益分配不均衡时开始行动，所以能够掌控特拉华州立法的利益集团就有理由放弃“赢者通吃”的策略。特拉华州的立法者可以被看作为国家立法之内的地方性政党核心人物，而特拉华州则是为政党高层会议提供机构，并首先制定出公司法的组织。第三，我们可以框定当联邦当局若隐若现时，州拥有的

可自由操纵的空间范围。

联邦政府能够改变州立法的最初结果，特拉华州的立法者和意识形态缺失，而华盛顿的却很强大，它们共同影响了联邦立法的结果。这些新的参与者和想法往往给原来的特拉华州立法者抵制联邦行为提供了理由。并且由于联邦议程规模较大，特拉华州的规模较小，所以州的决定经常成为稳定的现状。但是当媒体将问题放置在联邦议程上，当特拉华州的主要立法者持反对意见，当问题冲击到华盛顿的立法者，乃至美国的经济时，特拉华州就丧失了其统治地位。特拉华州虽有很大的自由裁量权以及作为先行者的优势，但就算它的裁量权大到没有任何限制和边界，当华盛顿被激怒时，它依旧会丧失独立性。（2005 年 6 月 第 118 卷第 8 期第 2491 页以下）

反思财政联邦主义

Rethinking Fiscal Federalism

David A. Super

尽管联邦和州之间税收和支出项目的相互作用变得愈来愈有争议，本文坚持认为，为在两个政府层面分割管理权而提出的联邦主义的主要理论，很难解释财政合作和财政竞争中的各色问题。因此，本文确认并区分了三个解释维持州运转的联邦资金的正当理由。在一些规划中，资金是为了将州与特定的财政负担相隔离，比如财政政策的副作用，又如联邦对特定问题所负责任的突然中止。在另一些规划中，联邦资金是为了激励各州服从联邦政策的领导。还有一些，联邦政府承担财政责任则是因为其自身更大的财政能力。本文发现在这三种模式之下，国会近期在无资金支持的指令上的行动和区域法院新的联邦制法学体系缺少前后一致的正当理由。

接下来，本文转而研究帮助低收入群体的项目，这一项目为支出项目提供了完美例证，因为当前的财政联邦主义缺少理论上的连贯性，支出项目饱受设计缺陷之苦。举例来说，本文发现州的财政体系陷入了前凯恩斯经济的泥潭，结果，州不断地削弱联邦的宏观经济政策，在扩张期间刺激经济发展，在衰退期进一步

紧缩经济。另外，本文分析了州财政体系的特征，该体系惠及低收入人群，手段强有力但人们知之甚少。相应的，本文批评了近来将州所不能及的财政责任转移给州的行为。本文敦促各州升级其财政体系，以消除对商业周期摆动的混乱回应，并且全副武装、迎接分派的任务。本文还建议联邦政府调整其与州政府之间的财政关系，对这些限制负责。（2005 年 6 月 第 118 卷第 8 期第 2544 页以下）

（应童 译）

（黎新平 校）

（本国的）联邦公法中的美国例外论

（Native）American Exceptionalism in Federal Public Law

Philip P. Frickey

本文中，Philip Frickey 教授提出，在联邦印第安法中，法治服务于各种显著不同的目的，在追求宪政主义的过程中证明了殖民主义的合法性。由于其自相矛盾的根源，联邦印第安法一直是非常不相一致的。最高法院也由于该领域内的一致性以及其学说在一定程度上偏离了美国法律的一般原则而日益陷入困扰。事实上，近来面对该棘手问题的挫折导致数个法官提出，法院不应该仅仅是在敏感问题上第一个说话的人，而且应该也有最终决定权。这些提议引发了“一致性的诱惑”，即如律师般敦促改善不一致的政策影响。Frickey 教授主张这些问题在没有认识联邦印度法的例外论时是无法解决的。解决方案是要认识到“困惑的勇气”，而不是信奉替代性——一些更小的确定性，这种确定性正是以牺牲该领域的杰出的原则性、制度性和规范性特征为代价的。Frickey 教授总结，最高法院是一个至少能够令人满意的机构，也是我们宪法架构中殖民根源的对话集成体，因此它需要站在一边（以保持中立）。（2005 年 12 月 第 119 卷第 2 期第 431 页以下）

亲密关系与经济交换

Intimacy and Economic Exchange

Jill Elaine Hasday

最近对亲密关系中经济交换规则的法律讨论错误地假定法律在任何程度上都不支持这种交换。这种假定是如此普遍以至于它竟然将迥然不同的反商品化和亲市场的学者团结起来了。以上两种派别都赞同法律在经济交换和亲密关系之间维持一个严格的边界，但仅仅在是支持还是反对上述边界的问题上存有差异。以上两种看法都忽视或者低估了法律已经允许经济交换融入亲密关系中的程度。最近的辩论关注于法律是否应该在亲密关系间强制经济交换，而这一关注忽略了至少三个关键问题：法律是如何规制了上述的交换，为了什么目的，有什么后果。法律形成一个像密友一样的亲密关系的一种途径是，对如何在亲密关系中交换经济资源进行规制，在这一过程中我们需要认识到这一亲密关系的重要性并将它与其他关系区分开来。但是通过规制经济交换来表现出亲密关系的神圣似乎系统地延续和加剧了妇女与穷人的分配不平等。这些分配结果表明我们需要重新审视和改良如何使法律体系建立起亲密关系的特殊性。本文即开启了该项目。（2005 年 12 月 第 119 卷第 2 期第 491 页以下）

在数字化世界中的搜查与扣押

Searches and Seizures in a Digital World

Orin S. Kerr

第四条修正案是如何适用于计算机数据的搜查与扣押的呢？第四条修正案是被用来规制进入房屋以及扣押物证的，但如今正在呼吁要禁止不合理的搜查与扣押，用以规制一个非常不同的过程：来自电子储存设备的数字证据检索。虽然在搜查物理空间和搜查电脑之间存在明显的相似性，但它们之间重要的区别将迫使法院重新考虑第四条修正案的关键概念。“搜查”计算机数据，这意味着什么？计算机数据什么时候会被“扣押”？计算机搜查与获取在什么时候是“合理的”？

本文为适用第四条修正案提出了一个规范的框架，用以计算机硬盘驱动器和其他存储设备的搜索。它首先探寻了有形资产的物理搜查和数字证据的电子搜查之间的基本区别。然后考虑了当一个政府调查员从一个人的电脑中检索证据时第四条修正案是如何适用的，并总结了将数据公开到一个输出设备中例如显示器应当是第四修正案下的“搜查”，也即通常需要搜查证。虽然复制数据不应被视为对该数据的扣押，但是电脑成像应该受到第四条修正案的规制并且搜查复制品应与搜查原始物同样对待。在最后一部分，本文考虑了限制计算机搜查范围的方法。普通观点的例外情形可能需要在电子证据案例中受到限制，甚至是消除，以此来确保那些在理论上是狭义的电子搜查证不会演变成实践中的普通搜查令。为计算机调查现实量身定做的学说将保护现有第四条修正案的规则在数字证据新环境下的功能。（2005年12月 第119卷第2期第531页以下）

司法管理标准及宪法意义

Judicial Manageable Standards and Constitutional Meaning

Richard H. Fallon, Jr

最高法院一直认为那些不适于用“公正管理标准”加以解决的争端呈现出一些非司法的政治问题。本文通过探究最高法院是如何定义司法管理，填补了一些文献空白。Fallon 教授识别了一系列法院分析的标准，但他也提出，决定实施宪法保证却没有提出测试在司法上是可管理的，最高法院必须经常制定一个最终的、考虑到所有事情的评估，该评估主要是针对进行判决的开支是否会超过收益。Fallon 教授指出，这种决定是自由决定的，以至于如果司法管理的要求运用到最高法院自身决策过程中（因为它尚没有），那么法院所确定的司法上不能管理的标准条件可能就丧失了司法上不能管理的资格。尽管司法管理标准的需求在政治问题原则上是最突出的，但 Fallon 教授指出，对发展司法管理测试的关注遍及整个宪法裁决过程。大部分宪法规定按照司法管理标准都不符合要求，直到其被司法制定的标准所掩盖。而且，法院基于司法管理而采纳一些标准的原因主要是迫于强制力，然而其他一些标准过分执行了隐含的宪法保证。通过将执行与过分执

行下的宪法现象与司法管理标准的需求相连接，Fallon 教授提出了“容许差异论点”，即宪法含义和法院适用的学说标准之间可以存在可接受的差距。然后他利用容许差异论点对宪法理论和宪法权利的本质和重要性做出新的阐述，而许多宪法权利应被视为在一定程度上是有抱负的，而不一定需要充分立即执行。（2006 年 3 月 第 119 卷第 5 期第 1274 页以下）

法律与公司的兴起

Law and the Rise of the Firm

Henry Hansmann, Reinier Kraakman & Richard Squire

组织法授权公司可以持有资产并作为实体签订合同，而这些实体在法律上不同于它们的所有者和管理者。法学学者和经济学家对公司与其所有者之间的一种分离形式做出了全面的评价：也就是说，有限责任的规则使得公司的所有者与商业债务相分离。但合法分离的鲜为人知的一种形式，即我们所称的实体保护，不管在经济上还是历史上都比有限责任更加重要。虽然有限责任保护所有者的个人资产与公司债务相分离，但实体保护使得公司资产和所有者个人债务（以及其他企业的债权人）相分离，从而为公司的债权人保留那些资产。实体保护创造了重要的经济利益，包括为公司所有者创造了更低的信贷成本，降低了破产管理成本，加强了稳定性以及在股票市场的可能性。但实体保护也使公司承担成本，主要通过要求专门的法律和商业机构以及招致个人和商业债权人面对面的机会主义。这些利益和成本的变化平衡有助于解释跨越时间和社会的法律实体的演变。为了说明和验证这个命题，我们描述了四个历史时期中实体保护的发展：古罗马、中世纪意大利、17 至 19 世纪的英国和 19 世纪至今的美国。（2006 年 3 月 第 119 卷第 5 期第 1333 页以下）

控股股东和公司治理：比较分类的复杂化

Controlling Shareholders and Corporate Governance:

Complicating the Comparative Taxonomy

Ronald J. Gilson

公司治理学说在近几年已从敌意收购上转移了焦点，敌意收购主要发生在美国和英国普遍认可的股东系统中，而目前的研究焦点是“控股股东”系统的比较优点，该系统是世界其他地方普遍存在的规范。在这场新兴的辩论中，在很大程度上主导了学说的控股股东系统和普遍股东系统之间的简单二分法太过普通，以至于无法在不同国家的资本市场和它们的政策含义中对其所有权架构的多样性有了更深的理解。本文中，Ronald Gilson教授旨在使控股股东和公司治理的主流分析复杂化，主要通过发展一个控股股东架构的更微妙的分类法并且在我们普遍的理解和控股股东系统之上考察这一观点的含义。发展一个新的分类法始于对控股股东权衡的认知：通过集中监控以换取控制的私人利益以及在适应速度上的成本。从这个权衡的构筑，本文仔细研究了一个更复杂的分类法的两个核心特征：控股股东的概念和控制的私人利益。特别是，该框架强调了高效与低效的控股股东系统之间以及控制的经济与非经济私人利益之间区别的价值。而且，这两个区别重构了股东分布的分类法，以此来区别支持公司有多多样性股东分布的体制和仅支持公司有一位控股股东的体制。本文最后做出总结，旨在通过研究潜在的宏观经济效应和政策含义，并且要求在新的框架下进行研究，以此进一步讨论控股股东系统。（2006年4月 第119卷第6期第1641页以下）

Hiram Revels 之谜

The Riddle of Hiram Revels

Richard A. Primus

在 1870 年，一名名为 Hiram Revels 的黑人被任命在参议院中代表密西西比。参议院民主党人反对让他就座并指出违反宪法的指定，即没有获得美国公民身份

至少长达九年的人是不能成为参议员的。在 1868 年《第十四修正案》批准之前，民主党人指出，Revels 并没有因为 1857 年 Dred Scott 诉 Sandford 之案中最高法院的判决而成为美国公民。而且，即使 Revels 在 1870 年成为了美国公民，但他的公民身份只持续了两年。在热烈并被高度宣传的三天争论之后，参议院投票承认了 Revels 的任命。现代宪法已经完全遗忘了 Revels 争论。在本文中，Richard Primus 教授还原了该事件并且分析了参议院的诉讼，它正是作为非司法性的宪法解释的一个实例。他说明了考察我们对 Revels 争论的现代直觉的方法可以促使我们支持宪法解释的特定原则，尤其是南北战争改变了战前宪政体制的观念以及立法机关有权在过渡正义的特定条件下灵活地解释宪法规定的想法。然后 Primus 教授运用这些原则批评了在民权案件中 1883 年最高法院的裁决。（2006 年 4 月第 119 卷第 6 期第 1680 页以下）

（葛依然 译）

（张望 校）

普通法对思想成果的保护：“理念”时代的远去

Common Law Protection for Products of the Mind: An “idea” Whose Time Has Gone

Arthur R. Miller

法律不保护思想，这一不平等的混合原则支配着个人财富，使得个人的思想成果为别人创造了利益，牺牲了学术上或者是司法上的自得。不仅仅是法律长期以来为思想创造者提供的保护不充分，这一原则曲折的发展也产生了法律上的不一致性。这一原则的大部分不充分性，源自于法律创造的门槛——原告必须证明他的思想具有具体性和新颖性，这一门槛明显不合常理。本文认为这些门槛要求来自于两种深层次的考虑，从而使得法院驳回原告的诉讼请求：一种担忧是导致思想垄断，另一种是带来证据和行政上的困境。本文接着提出一个全新的切实有效的分析模型，它能够为法律保护思想带来迫切需要的公正和一致性的标准，同时它能够更加直接有效地针对主要的司法忧虑。通过这种实证分析，一些传统的诉因将免受宪法和联邦法律规定的联邦优先原则管辖，尤其是在 1976 年著作

权法中的联邦优先条款中，因为这些诉因可能会限制并可能与联邦利益共存。
(2006 年 1 月 第 119 卷第 3 期第 703 页以下)

刑事正义的政策宪章

The Political Constitution of Criminal Justice

William J. Stuntz

刑事政策对嫌疑人和被告的利益而言，普遍被认为是处罚性、种族歧视以及刻意忽略的。宪法性法律则被广泛认为是对为恶者的（部分）救济。但是在这种情况下，治愈可能反而带来疾病。在边际成本上，宪法性法律推动了立法关注，并且也节约了成本，它节约了警务、避免了刑事审判，直接矫正了正义。该法也拉大了调查起诉贫穷被告的成本和追捕惩罚富有被告成本之间的差距。过度定罪、过度惩罚、歧视性治安维护以及诉讼、监狱建造的过度拨款以及其他所有资金的供给不足，这些熟悉的政策性问题更多的是来源于宪法规制而不是司法管辖。

解决这些问题需要根本的宪法改革。本文解释了原因，简述了改革应该如何以下四个领域进行：警务、审判以及犯罪界定（这两个领域最好视为同一个）、刑罚以及联邦制。本文以解释改革怎样发生以及为什么它有可能不发生结尾。

(2006 年 1 月 第 119 卷第 3 期第 780 页以下)

意志的背理：20 世纪美国遗嘱自由的界限

The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary

Freedom in Nineteenth-century America

Susanna L. Blumenthal

意志的背理是最后的意愿和遗嘱概念体系中的一部分。从它最早的用法来看，这个法律原则为个体提供除了传统方法以外继承财产的途径。立遗嘱人的自

由是“按他的意愿做他想做的事”，这个原则在美国改革的浪潮中得到扩展。尽管如此，南北战争前的美国法庭还是迅速被感到失望的遗产继承人的诉请淹没了，这些遗产继承人声称：订立遗嘱者“不正常的产权处置”是“精神错乱的妄想”或者其他“不正当影响”的产物。本文中，Susanna Blumenthal 教授试图通过给出与传统的工具主义者对该现象分析不同的学术意见，将这个时代与遗产继承相关的民事诉讼阐释清楚。通过对代表性案例的调查，可以明显的发现，他们不仅仅是对立遗嘱人财产的追求。他们对人类的背理行为的来源和重要性同样有着更深的形而上学的考虑。每个案件都使法官面临相同的基础性窘境：立遗嘱人的反常行为是不是最好解读为道德沦丧、精神上不健全抑或是单纯的反常？这个问题的回答很快被一批新的医学工作者回答了，这些医学工作者专攻精神病的诊断和治疗。随着他们的科学假设在本世纪中叶的辩论中日渐明晰，法官们却越来越担心他们论证的过于充分，并威胁说要模糊罪和疾病的界限，并且不在法律上为分配责任留有形而上学的基础。面对这一威胁，南北战争后的法官开始认识到区分精神异常和精神疾病的对于守护人类自主性的重要性。在他们看来，他们从事着重要的文化性工作，详述着关于罪恶的永恒问题的崭新思考方式，参与着可能被称之为被实用主义的实践，一直到本世纪末。（2006 年 2 月 第 119 卷第 4 期第 959 页以下）

权力授予的立法分配：不确定性、风险以及 行政机关和法院间的选择

Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and
the Choice between Agencies and Courts

Matthew C. Stephenson

当立法机关授权去解释和实施一项一般的立法计划，这个立法机关必须选择它想授予权力的机构。也许立法机关做出决定所需考虑的最基本问题是，是否授予行政机关或司法机关以基础解释权。理解一个理性立法者会优先考虑行政机关而非法院的条件，反之亦然，对于推动立法行为的正面研究和立法原则的规范价

值都有十分重要的意义。然而，影响这一选择的因素不是那么好理解。本文通过建立一个理性、规避风险的立法者做出决定的形式模型探究了该问题，这些立法者必须在授权给行政机关或法院间作出选择。这个模型专注于分析行政机关和法院的制度性差别，而这一点现存的文献基本上都忽略了：行政机关的决定倾向于对议题在思想上保持一致但是会随着时间不断变化，但是法院的决定倾向于在思想上存在异质性但是随着时间的变化反而相对稳定。对立法者来说，授权给行政机关需要以对议题跨期的不一致性以及缺乏风险分散为代价，承担跨期风险分散以及议题间的不一致性带来的后果，但是授权给法院涉及的只是对立面的交易。从这个基本角度看，这个模型衍生出比较性预期：在何种情形下，理性的立法者会倾向于将权力授予行政机关而不是法院。（2006年2月 第119卷第4期第1035页以下）

创造美国的财产法：流通性及它在美国历史上的局限

Creating an American Property Law: Alienability and Its Limits in American History

Claire Priest

本文以早期美国的经济政治发展为中心分析了该问题：法律使不动产免受债权人的权利主张。传统的英国法保护继承，从两方面保护债务人的土地不被债权人征收。个人在土地所有权上的利益，终其一生以及继承过程中都免受无担保债权人的权利主张。此外，即使在贷款协议中明确将土地作为担保物，衡平法院的程序上也会要求通过法律程序获得土地的债权人支付昂贵的费用。然而，美国的财产法，伴随着殖民主义以及大西洋经济的动态发展出现。在1732年，为了提高英国商人的经济利益，议会制定了一项广泛适用的法案——更易收回在美国的种植园和殖民地的债务，该法案规定不动产、房屋以及奴隶在法律上等同于动产，主要目的在于使英国在美国和西印度的殖民地的债务得到清偿。这项法案实质上，通过赋予无担保债权人取代原继承人获得遗产土地的特权，废除了英国继承制度的法律框架。该法案也规定法院有权举行拍卖，来卖掉奴隶和不动产以清偿在大多数殖民地的债务。从更广泛来说，这项法律转变很可能导致更广泛的不动

产商品化、奴隶制的扩张以及更多经济发展的资本。然而，美国的土地所有者却比法案出现前经受了更大的财务风险。

更易收回债务的法案在建国时期被大多被国家立法机关重新制定了，但并非所有。殖民地时期的一项遗存是：1840 年以后，大多数州只免除了债权人主张的少部分财产。与补给债权人有关的紧张关系，也在存在于州和联邦政府以及各州不同的政策之间，这种紧张关系对美国的联邦制产生了重要的影响。殖民地时期和建国时期债权人对不动产债权主张的历史，对于理解美国财产法的出现、殖民地以及各州的经济发展、奴隶制的扩张以及美国的联邦制度都是十分重要的。（2006 年 12 月 第 120 卷第 2 期第 385 页以下）

法律起源、政治以及现代股票市场

Legal Origins, Politics, and Modern Stock Markets

Mark J. Roe

法律起源——民法和普通法，众多现代经济学著作认为其决定了金融市场的实力以及公司所有制的形式，即使是在世界范围内较富裕的国家。主要论证途径在于阐述投资者的权益保护和财产保护如何与民法和普通法的法律起源相联系。但是，笔者在这里证明，虽然股东保护、财产权利以及其配套的法律制度是至关重要的，法律起源却不是它们的基础。

在世界上较富裕的国家，现代政治被认为是所有制结构多样化以及证券市场发展程度不一的可能原因。有些立法机关尊重房产和股票市场，引导它们的管理者改进金融市场，有些则不是。二十世纪出现了一些不理性的现象：许多主要国家遭受的彻底破坏动摇了原有制度的根基。这预示了现代战后金融市场运行的良好前景，及其与世界较富裕国家战后政治政策上的分歧存在紧密联系。几乎所有民法核心国家在二十世纪都遭受了军事侵略和侵占，这种系统性的冲击能破坏即使是最强大的制度，然而，没有一个普通法核心国家在此巨大灾难下崩溃。利益和意识形态随后支配了世界上最富裕的国家，这些国家的基本经济任务（例如：大多数是战后重建）在后半世纪一直在变化，这些政治和政策上的变化使得世界

上较富裕的国家求助于股票市场，也使得他们变得冷漠和对抗。这些政治经济理念比起法律起源的内容，更好地解释了在富裕的西方国家，金融市场的不同程度的重要性。（2006 年 12 月 第 120 卷第 2 期第 460 页以下）

战略替代效应： 文本合理性、 程序正当性以及 司法审查机构的法律解释

The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality, and
Judicial Review of Agency Statutory Interpretations

Matthew C. Stephenson

本文给出了正面的理论分析，探讨了行政机构法律解释的文本合理性以及该机构颁布法律解释的程序正当性之间的关系。中心观点是：从司法审查机构主体的角度来看，文本合理性以及程序正当性作为战略替代，更高的程序正当性对应更低文本合理性，反之亦然。更高的文本合理性更有可能带来良好的司法裁决，但是需要牺牲一些政策性裁量权。程序正当性是代价很高的，但是当机构通过复杂的正式程序发布解释性决定时，审查法院会给予该机构更多选择余地。

法院可能视正当程序为调整变化的授权，法院认为这种授权非常重要但是不能直接监管，这种重要性相当于解释问题之于机构政策议程。因为对于增加司法审查的复兴几率而言，程序正当性和文本合理性都是成本很高的途径。一个理性的机构会选择将文本合理性和程序正当性最佳组合。增加或降低成本收益的改变和以上两个变量之一相结合，也会对其他因素产生间接影响。本文为这种战略替代性效应提供理论基础，并探索了它的衍生效应对行政法的影响。（2006 年 12 月 第 120 卷第 2 期第 528 页以下）

（李文婷 译）

（葛依然 校）

均等机会与遗产继承税

Equal Opportunity and Inheritance Taxation

Anne L. Alstott

均等机会，被视为支持遗产税的基本原则之一。耳熟能详的观点是继承的财富以损害他人的利益为代价，为一些人提供了一个不公平且有利的财富起点。在政治理论上，这一原则与被称为资源均等的自由主义分支密切相关。但是资源均等的理念还未完全转化为法律文献。大部分法律著作对于遗产税使用“均等机会”这一术语相当普遍，并且经常将均等机会与截然不同的目标，如财富均等相融合。

本文回顾了遗产税这一话题，用以探究对均等机会的一味关注，或解释为资源均等，能否进一步揭示法律设计层面的问题。我得出以下结论，现在的房地产税和遗产税的主要建议难以贯彻均等机会这一原则。一个旨在创造均等机会的遗产税系统看起来会与当前的法律和经典的改革建议迥然不同。这是一个开放性的问题，一个沿着这些理念所构建的遗产税能否具有很强的政治吸引力。本文中，我并不试图完成那样的工作。相反，我的目标是向人们说明现存法律和主要改革建议同严格解释的均等机会之间惊人的差异。

我为遗产税的设计拟出了均等机会所产生的四种影响。首先，均等机会原则支持包括社会继承在内的遗产继承税，意味着政府财政开支将会为普遍的公共继承支付遗产税。其次，在一个均等机会制度中，从近亲属处获得的赠与和继承将会被征税，然而那些从同辈、配偶、朋友和陌生人处获得的赠与和继承将会免于征税。这种违背直觉的规则将颠覆标准的结果，即从父母、子女和其他近亲属处所获得的继承应该与从其他人处获得的继承在适用遗产税时适用相同的或更低的税率。再者，均等机会观点暗示着对所谓的隔代继承（这种继承发生在当一个祖父母将其财产留给孙子女而非子女之时）不征税。最后，均等机会建议对从年幼者处获得的赠与及遗赠比从年长者处获得的赠与及遗赠适用更高税率。（2007年12月 第121卷第2期第470页以下）

时机规则与法律制度

Timing Rules and Legal Institutions

Jacob E. Gersen and Eric A. Posner

宪法和法律上对法律法规的时机限制是普遍存在的，但是这些“时机规则”在法律文献中并未得到很好的关注。然而一部法律的时机与它的内容是同等重要的。一部法律的时机决定了它能否迟早地创造效益。这决定了成本与好处是如何随着时间而扩散的，以及因而它们是如何分配给有着优势或劣势的不同私人团体、公民以及政府官员。我们认为时机规则是，而且应该是用来减少立法机关内部以及立法机关与公众之间的代理问题，同时用以减缓协商阵痛。（2007 年 12 月 第 121 卷第 2 期第 544 页以下）

先合同义务以及初步协议

Precontractual Liability and Preliminary Agreements

Alan Schwartz and Robert E. Scott

数十年来，关于法律何时会使人们承担先合同责任一直存在很大的不确定性。这种困惑部分是缘于学者未能修复运行中的有关规定先合同责任的法律。本文中，Schwartz 教授和 Scott 教授首次提出在初步协商过程的陈述不负有责任。当双方当事人初步协议之后做出信赖投资时是否存在上述责任的问题上，法院产生了分歧。一部分现代法院会对谈判进程中想要退出协议的一方施加善意谈判的责任。关于这种责任何时产生以及承担什么样的责任的问题上仍然存在很大的不确定性。Schwartz 教授和 Scott 教授制作了一个模型，用以说明当他们的项目可以采取多种形式以及他们对采取哪种形式将会获利最多不确定时，他们通常会缔结初步协议而非完整的合同。一个初步协议在当事人间分配好投资任务，指定投资时间以及促使他们仅从事有利可图的项目。当事人在项目中投入资金因为投资加速了回报的实现以及投资显示了是否其中某一可能的投资类型将有利可图。当他超出协议指定的投资时间从而延迟了投资，签订初步协议的一方会违反协

议。如果没有项目被证明是有利可图的那么延迟投资会节约资金并且将增强他在任何完整合同协商过程中的议价能力。迟延通常使承诺人不利而且在双方预料到这种策略行为的时候，他们更不可能签订初步协议。这种抑制因素是令人遗憾的因为一项初步协议通常是实现一个具有社会效率的机遇的必备条件。因此，如果许诺人策略性迟延投资的话，合同法应当通过授予承诺人可验证的信赖，鼓励初步协议中的关系专属投资。Schwartz 教授和 Scott 教授研究了大量上诉案件后发现：（1）当事人似乎签订了模型中所描述的初步协议并且会因为模型中所指出的原因而违约（2）法院有时会保护承诺人的信赖利益当他们应该受到保护时，但是法院对当事人行为的不正确的理解有时会使他们犯错。（2007 年 1 月 第 120 卷第 3 期第 622 页以下）

合同与承诺的分歧

The Divergence of Contract and Promise

Seana Valentine Shiffrin

在美国法律中，合同被描述为一项具有法律约束力的承诺。所以缔结一项合同，一方必须做出承诺。调整这些承诺的法律规范与适用于他们的道德规范在实质上存在分歧。这种分歧引发了人们对于道德行动者是如何同时应对法律和道德体系的疑惑。本文提供了一个新的架构以评估法律规范与道德规范普遍存在的分歧并将它适用于合同与承诺的案件之中。它引入并支持解决道德与法律关系分歧的方法，即采用同时受法律与道德规范约束的道德行动者的视野并认为法律应该适应道德行动的需要。尽管法律不应该目的在于强制这样的人际道德，但法律的内容应该与道德行动成长所需要的条件相一致。合同的某些方面不仅不能支持道德正派的人，而且造就了一个让道德正派的人无法接受的法律与社会文化。事实上，美国合同法也许有时使道德正派的人行为表现得同样正派变得更为艰难。（2007 年 1 月 第 120 卷第 3 期第 709 页以下）

Sosa、国际习惯法以及与伊利市的持续相关性

Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie

Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith, and David H. Moore

本文分析了 2004 年最高法院在后伊利联邦普通法背景下对 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 案的裁决。本文发现，与一些评论家的断言相反，*Sosa* 并不支持这样的“现代观点”，即国际习惯法（CIL）具有自动生效的联邦普通法律的地位，法院在运用时无须政治部门授权，确实，最好的理解是他反对这种观点。那些认为 *Sosa* 支持现代观点的评论家混淆了在未有政治部门授权的情况下将国际习惯法自动纳入国内联邦法律（那才是现代观点）与完全不同的议题即是否以及在何种程度上一个特定的法律——外国人侵权行为法，授权法院将国际习惯法当做国内联邦法来适用。本文也解释了国际习惯法是如何持续性地与国内联邦普通法相关的，尽管 *Sosa* 反对现代观点。现代观点最大的缺陷是它忽视了适用于后伊利联邦普通法的正当化理由以及限制。然而，正如本文所展示的，除了外国侵权人法法院通过参考国际习惯法来发展联邦普通法都是很恰当的，还有大量情况包括一些管辖权纠纷的场合（比如，海事法庭争议与州际争议），也包括空白地带和对外国事务法令和条约的解释。本文通过考虑未来十年有关国际习惯法的国内法地位可能存在争议的领域得出如下结论：外国人侵权法下的共同协助与教唆责任、将国际习惯法适用于反恐战争以及运用外国和国际上的材料进行宪法解释。（2007 年 2 月 第 120 卷第 4 期第 870 页以下）

法外行动主义的悖论：至关重要的法律意识和变革的政治

The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal

Consciousness and Transformative Politics

Orly Lobel

法律引起社会变革方面的限制长期被法学思想家所关注。最近的几种观点以对这些限制的关键性理解为基础，产生了大量给予法外行动主义以特权的文献。

这些文献提供了法律改革路径的替代选择，试图避免那些阻碍早期法律行动主义的同化与非激进问题。三种法外的重要点出现在这个文献：首先，从专业法学到律师执业；其次，从法律舞台到一个自治行为的范围；最后，从正式法律规范到软性的非正式的规范。本文阐述了这些最近的发展是如何从对法律同化危险的评判性理解中得到错误的结论的。尤其是法律改革策略的替代选择未能识别出一些方法，在这些方法中他们经常存在同样的他们尝试通过退出法律舞台来避免的缺点。将劳工运动和民权运动到当代的社会运动和公共利益的文献中的历史性案例相联系，本文描绘了一幅微妙的法律同化评论图谱，包含了对资源和能源、框架和部分、律师执业与专业法学、排挤效应、制度限制和合法性的独特见解。本文认为当代批判性法律意识的表现已经使最初的批判理论暗淡无光，将各种形式的社会行为置于更为平等的地位。最新的法外主义的老生常谈，反对法律改革作为社会改革的一种的途径，因而冒险去强化它原本想要抵制的事实一例如，国家不再有能力保证在 21 世纪的经济活动中它的举措具有社会责任。（2007 年 2 月第 120 卷第 4 期第 938 页以下）

你会相信谁的眼睛？Scott 诉 Harris 案和 认知反自由主义的危害

Whose Eyes are you Going to Believe? *Scott v. Harris* and
the Perils of Cognitive Illiberalism

Dan M. Kahan, David A. Hoffman, and Donald Braman

本文认可最高法院在 Scott 诉 Harris, 127S.Ct.1769(2007)案中所发出的不同寻常的“亲眼看看”的邀请。Scott 认为一个警官并不违反第四修正案当他故意驾车撞向一个逃跑的驾驶员时，该驾驶员拒绝因为超速而把车开到路边接受检查并试图通过高速驾驶逃避警察追捕。大部分人并不试图反驳单个法官的观点，那位法官不同意这样的结论即非理性的陪审员能够发现那位逃跑的司机没有对公众造成致命的危险。相反，法院在它的网站上上传了一段追逐的视频，该片是从警察巡逻车中拍摄到的，法院邀请公众在看完这段视频后发表自己的观点。我们

将这段视频播放给 1350 名各层次的美国公民。总体上，大部分人支持法院对关键问题的决议，但是在这些抽样的人就文化、思想以及其他方面存在明显分歧。我们把这些分类归于个人的心理倾向以用来解决存在争议的事实，以一种支持他们的群体认同感的方式。本文也阐述了这些发现的规范意义。我们认为本案的结果可能是有争议的，但是法院的推理不存在争议。对事实只有一种合理观点的坚持本身反映了一种偏见形式——认知反自由主义——存在于未能认识到社会风险的感知和存在争议的观点之间的联系之中。当法院未能采取措施阻止这种偏见时，他们不必要地赋予了法律存在文化偏见的声音从而降低了法律的合理性。（2009 年 1 月 第 122 卷第 3 期第 838 页以下）

（祁云龙 译）

（谢思苑 校）

生成性互联网

The Generative Internet

Jonathan L. Zittrain

互联网能够将数以百万的个人电脑连结一起，帮助不相关且未经授权的受众构建代码、分配内容。这种生成能力激起信息技术的发展与创新，并且促进了新的创造性活动。它也引发了监管和企业家的强烈反对。而进一步的强烈反对正在消费者中形成，因为互联网的开放性以及个人电脑与第三方的结合会引发安全威胁。消费者优先从生成向稳定的转变将迫使监管者和市场产生强烈反应，如果该转变无法克服，那么它会在结束现今的计算环境中起到决定性的作用。本文解释了为什么个人电脑的开放与网络的开放具有同等重要性，并且说明了为什么现今的开放性网络会不适当地导致计算环境的终结。本文主张最好是将互联网定位为生成网，它既包含个人电脑也包含网络，而不是一种对其末端配置漠不关心的开放性网络。适用该框架，本文寻求一些方法——其中一些方法一定不会受某些拥护者欢迎，他们提倡以坚定的端对端中立为代表的开放性网络——而这些方法却能使互联网在保留现今网络技术中最重要生成方面的同时，去消除真正且紧迫的安

全隐患。(2006年5月 第119卷第7期第1975页以下)

政党分离，不是职权分离

Separation of Parties, Not Powers

Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes

美国政治体制的建立是基于麦迪逊设想，麦迪逊设想立法部门与行政部门之间存在激烈、自立的政治竞争。议会与总统互相制衡；不同机构的公务员维护他们各自不同的利益；抱负抵消抱负。至今，在政府组织中注入自立的政治竞争的想法常常被描绘成美国宪法中独一无二的天赋，而这种想法在很大程度上归因于美国民主的成功。然而真相更接近对立面。美国民主的成功几乎从一开始便打击了以部门为基础的职权分离的构想，预先制止了应该为各部门提供它们自身意愿的政治动力。制宪者没有想到的是在政府与选民两者中强大的民主竞争，异军突起。政治竞争与合作沿着相对稳定的路线以及思想上的分歧得以很快的引导，这些并不是通过政府部门，而是通过一个制宪者依稀记得却轻视的机构：政党。政党迅速地开始作为主要的组织工具，即动员、鼓励并且规定民主政治竞争的条款，在选民与公务员中创建联盟，该联盟超越了部门间的界限并且削弱了以部门为基础进行竞争的麦迪逊设想。目前，先贤一代的政治学理论中几乎不存在比立法-执政职权分离的设想更明显不合时宜的方面。然而，在麦迪逊联邦党文集的第51篇文章中，法院和宪政学者几乎不再把制宪者的理念字面地当作或者深刻地认为是对分部门往来关系的认可通过。本文从党派竞争的视角，重新设想职权分离的法律与理论。特别的是，文章指明在阶段内一比如现在一政党既紧密结合又存在两极分化，立法部门与执政部门之间的竞争程度和形式显著不同，这些几乎能够消灭，取决于众议院、参议员及总统的党派管理是分离还是统一。因而，在预测和解释分部门往来的政治动力学方面，政府党派分离与党派统一的实际区别与部门间的宪法区别相形见绌，前者通常占据统治地位。(2006年6月 第119卷第8期第2312页以下)

民权诉讼中的因果推论

Causal Inference in Civil Rights Litigation

D. James Greiner

民权诉讼通常会关注这一点，即一些典型的因果关系对政府或者社会经济学行为人做出判决的影响。例如，分析家可能感兴趣的是受害者种族对死刑判决的影响，申请人性别对公司雇佣决定的影响，或者是候选人种族对选举结果的影响。在过去的三十年里，这些分析主要是通过被称为回归分析的统计方法完成的。但是随着回归分析方法在民权诉讼中的运用，它也显现了一些不足：它使用专家证人促进了带偏见的、以结果为导向的思维；它鼓励法官和诉讼人相信所有的问题都一样可以答复；在这些情况可能被避免的情形下，它也会作出错误的回答。这些困难，以及其他的一些，都是源于这一事实，即回归分析并不是以界定因果效应和拟制因果推论的范例开始的。本文主张在这一领域进行思想大转变，从把焦点放在回归系数上转移到一个详尽的被称为“潜在结果”的因果关系框架上。因果推论的潜在结果范例，可能会被律师类推成如无因果关系，此时他们会重新强调时间。因果推论的潜在结果范例讲明了回归分析的许多不足点，而后者一般运用在民权诉讼中，回归分析的做法法庭、诉讼人和陪审团都可以理解。本文解释回归分析和潜在结果范例，并且探讨了后者在死刑裁判、雇佣歧视及选区重划中的运用。（2008年12月 第122卷第2期第534页以下）

作为国内法的条约：条约的至高条款和公正强制执行

Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the

Judicial Enforcement of Treaties

Carlos Manuel Vazquez

近年来，法庭在执行条约的门槛上遇到了障碍，这些障碍是源于条约的自然属性：它是国家间的契约，通常以双方的利益和信用为基础，而不依其对国内裁决的功能而定。条约的执行方式与宪法的规定存在冲突，宪法规定条约是国内法

的一部分并且其命令对法官具有效力。创始人明白条约是以国际利益和信用为基础的，但是不管怎样，他们使条约在法庭上可以强制执行，旨在避免可能由违反条约造成的国际摩擦，并且便于赢得因履行条约带来的声望利益。至高条款赋予条约进行国内司法裁判，而这正是条约在其他方面所欠缺的。根据该条款中另两种规范的规定——联邦法和宪法本身，同样的情况下，法庭可以强制执行条约。

对于该规则，唯一例外的是，在福斯特诉尼尔森的案例中法庭解释在某种意义上非自动执行的条约。非自动执行条约的概念与至高条款并不相符，如普遍却站不住脚的观点所说，非自动执行条约缺乏国内法的强制力。福斯特辩称，非自动执行条约在法庭上不能被强制执行，因为它的对象是政治部门。但是判断哪些条约针对的是政治部门一直是种挑战。条约一般将国内执法问题授权于州-政党的国内法规定，我们的国内法（至高条款）直接规定法官可以宣布它们生效。笔者主张至高条款设定了一项默认规则，即条约可以像其他法律一样在法庭上被强制实行，只有明确规定条约中强制执行的义务受制于立法实施时，该默认规则才可被反驳。

如果该规定必须出现在条约中，那么明确声明的规则将为美国条约制定者试图控制多边条约对国内的影响带来难题。为了解决该问题，条约制定者已经发明出一种新形式去明确声明，声明非自动执行条约。然而，学者们却质疑这些声明与至高条款的兼容性。笔者得出结论：条约制定者有权力通过声明非自动执行去限制条约对国内的影响。另一方面，如果认为宪法规定了非自动执行的默认规则，那么自动执行的声明将会更加立基不稳。因此，自动执行的默认规则不仅仅与宪法文本和结构以及最高法院的判例具有更大的一致性，它的制定也是引人注目的，因为它赋予条约制定者权利去控制他们总结出的条约的国内影响。（2008年12月 第122卷第2期第600页以下）

最低点的总司令——构造问题、学说和原始的认识

The Commander in Chief at the Lowest Ebb — Framing the Problem,

Doctrine, and Original Understanding

David J. Barron & Martin S. Lederman

在过去半个世纪，对宪法战争权力的讨论集中于总统作为总司令在缺乏议会授权时“固有的”的行为权限。在这篇文章中，教授巴伦和莱德曼主张现在应该将焦点转移到最基本的问题上，即总统是否及何时可以违背议会权限行使第二条的战争权利，总统作为总司令的权限何时处于最低点。传统的假定是议会将战争的权利授权给总统。与此相反的是，总司令通常在有立法授权的法律环境中运作。目前，布什政府已面对了许多与其起诉军事冲突的首选形式明确冲突的立法。基于排除行政战争权利，政府作出回应，主张宪法授权对这些议会的许多命令置之不理。

本文是两部分成果的第一部分确定了如何对关于排除行政战争权利的宪法争论进行最佳构想。教授巴伦和莱德曼证明，虽然近来试图将战争时期行政反抗的辩护与原始的认识结合起来，令人吃惊的是，几乎没有历史证据支撑军事活动的行为超越立法权限的观点。因而，在可能长期存在的传统中卸除其假定的根源，并根据长期存在的对限制立法的行政认可进行思考，政府部门近来主张排除战争权利被认为是一次重新制定关于战争权利的宪法的激进尝试。

本文首先解释了为什么关于“最低点”的争论现在正作为主要的宪法战争权利问题浮现出来，并且说明了那些对该争论有典型影响的方法上的过失。接着，本文考察了近期对鉴定总司令排除特权的尝试，并且解释了为什么测验是存在缺陷的，那些测验通常是为了锁定关于假定的排除权利的范围。最后，文章评述了相关的最高法院判例，连同宪法文本、该文本被写入的历史条件及原始认识，并且为下一篇文章中对其建立后的历史评论做好准备。（2008年1月 第121卷第3期第691页以下）

最低点的总司令——宪史

The Commander In Chief at the Lowest Ebb — A Constitutional History

David J. Barron & Martin S. Lederman

在过去半个世纪，对宪法战争权利的讨论集中于总统作为总司令在缺乏议会授权时“固有的”的行为权限。教授巴伦和莱德曼主张现在应该将焦点转移到最基本的问题上，即总统是否及何时可以违背议会权限行使第二条的战争权利，总统作为总司令的权限何时处于最低点。本文是两部分成果的第二部分确定了如何对关于排除行政战争权利的宪法争论进行最佳构想。

在该配套篇中，教授巴伦和莱德曼描述了对该争论转变负责的构造性力量并且论证得出从创建时代获得的证据不能揭示这一原始认识：总司令对与发起战争有关的事宜享有排除权力。在本文中，他们推动了故事的发展并系统地论证了从1789年至今，这三个部门实际上是如何思考和对待这个问题的。他们考察一些案例，在案例中总统宣称或者依赖于对排除战争权利的主张。他们同时评论了在最高法院意见书中、在议会地板上的主要争论中以及在过去两个世纪里占主导地位的宪法和战争权利条约、条款和书本中出现的关于该问题的讨论。

这一历史评论表明被多数当代战争权利学者拥护的观点——即我们宪法的传统长期规定着总司令享有一些独立的权利而排除议会的控制，这些权利是关于武装力量的指挥和军事活动的实施——是无根据的。事实上，一般而言，议会在制定关于战争、武装力量的实施及组成和民兵方面的条款时充当着积极的参与者，而行政部门（至少到目前为止）一般认为这种立法限制是合法的。尽管历史对宪法问题没有决定性的作用，但是立法者和行政部门不应该太仓促地遗忘200多年的历史实践，并应抵制这一新的令人困扰的主张，即行政部门被授予实施战争的无限自由裁量权。（2008年2月 第121卷第4期第944页以下）

司法审查中不安案件的核心

The Core of an Uneasy Case for Judicial Review

Richard H. Fallon, Jr.

在政治和道德健全的社会，司法审查的最佳案件并不（如人们通常想象的那样）取决于该观点：法庭比立法机关更有可能对模糊不清的权利做出正确的界定。相反，它取决于一个完全不同的基础，即立法机关和法庭都有权力去保护最基本的权利，相应地，两者对那些有充分理由被认为是违反最基本权利的立法拥有否决权。

在本案件司法审查的发展过程中，法隆教授通过应对最新的、有影响力的并在哲学上提出的反抗杰里米·沃尔登的司法审查的争论将该过程继续下去。法隆教授承认法律中的前提假定，即像沃尔登教授所主张的那样，法庭并不比立法机关更能准确地界定权利，但是法隆教授坚持关键的问题并不是法庭或者立法机关是否更不可能犯错，而是哪些错误更有避免的重要性——那些导致权利过度被保护的或者导致权利被侵犯的错误。就目前的情况来看，司法审查的设计只能从一个方向来避免错误，包括无法充分的保护权利，即使法庭并不比立法机关能更好地正确鉴定权利，但当时司法审查也可以站得住脚。与沃尔登教授相反的是，法隆教授主张如果政治合法化的要求被正确认识的话，司法审查实际上有助于政府民主机制等其他方面的政治合法化。

法隆教授对司法审查的修正辩护，并不假定法庭比立法机关能更好地鉴别最基本的权利，但对司法审查如何实施具有重要的启示。它意味着法庭在特定案件中的作用有所削减，即在该类案件中最基本的权利相互竞争，一种权利的过度行使限制另一种权利的依法行使。它也意味着如果立法机关有意识地试图在不实际威胁另一权利的情形下保护最基本权利，法庭应当保留审查权。（2008年5月 第121卷第7期第1694页以下）

司法不公

Unequal Justice

William J. Stuntz

不平等是美国刑事司法的核心特征，但是它的起因还不明确。虽然黑人占监狱人口的份额有所增长，但是官方的种族歧视已经有所下降。一代人见证了美国黑人民权的上升并按照人种整合了警察机关，随后的一代人见证了因毒品犯罪而上升的凶暴且存在种族倾斜的惩罚。是什么引起了这些趋势？答案之一——当地民主的衰退——在不断增多的关于该主题的文献中几乎没有得到关注。一个世纪之前，在南部外，高犯罪城市的社区在很大程度上是自治的；由这些社区的居民决定施以多少刑事处罚，以及对谁施以处罚。这些地方民主司法制度不仅仅非常有效而且出乎意料的是具有平等性。在 20 世纪后半期，当地民主对刑事司法的控制解除了。高犯罪城市的居民变得越来越没有权力；郊区选民、立法者和受理上诉的审判员权力变得越来越大。监狱人口急剧下降，接着大规模地上涨。刑事处罚的减少和随后的增加在城市黑人社区中的影响都是不成比例的。司法系统变得越来越不平等，越来越不公正。

本文的第一部分和第二部分探讨了这些趋势。第三部分转向未来，并寻求扭转这些趋势应采取什么措施。笔者主张三个改变：筹集资金建立更好的当地警察机关，在当地进行更多审判，来选择陪审团；界定犯罪时应更加模糊化（给这些审判员提供机会进行审判）。这些变化将使城市刑事司法更加民主、更加宽大——并且更加平等。（2008 年 6 月 第 121 卷第 8 期第 1970 页以下）

（黎新平 译）

（应童 校）

联邦主义与宪法解释的普遍性问题

Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation

John F. Manning

近年来，最高法院已经接受了一种独立式的联邦主义，这种联邦主义并不受制于宪法的任何特定条款。恰恰相反，因为许多宪法条款都假定各州的持续存在并建立了拥有列举性权力的有限政府，所以最高法院推论认为，此类规定共同表达了这样一种目的：建立联邦主义并保持高度的各州主权。最高法院将那种普遍目的视为一种根据，由此派生出对联邦权力的特定但非列举式的限制——特别是，联邦主义明确陈述规则、反征用规则以及州法院中广泛的州主权诉讼豁免。本文认为，暗含在新联邦主义案件下的解释性方法论无法轻易地与最高法院最近在其法定解释案件中所明确表述的程序理解相一致，这些案件认可了以下相关命题：立法妥协、制定性文本既需要方法也需要目的、从法律的特殊方法中抽离出来而指向法律的普遍目标的做法会令立法者选择立法时所采用的普遍标准蒙羞。尽管制定法与宪法之间存有明显差异，但本文认为，就像在新联邦主义案件中那样，当最高法院意图把它的裁决归因于前人基于宪法第五条或第七条规定的程序而作的判决时，它的解释路径应从以下前提出发：制定宪法会涉及类似于以立法活动为典型的一些程序性考虑事项。宪法的制定承载着利益相关者的争论和妥协，这些利益相关者有权以其同意为代价而坚持妥协。而且，美国宪法本身就代表了“妥协的集合”，并且在这里讨论的特定利益领域，美国宪法很精巧地说明了联邦政府与州政府分权的方法。实际上，本文强调联邦主义曾是我们宪法的创新，同时本文认为：选取的那些用以贯彻平行主权形式的特殊方法事实上定义了联邦主义的概念，而且，与最高法院近来的案件相反，根本不存在独立式的联邦主义。（2009年6月 第122卷第8期第2003页以下）

搭售、捆绑折扣与单一垄断利益理论的灭亡

Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory

Einer Elhauge

芝加哥学派的理论家认为，搭售无法产生竞争效果，因为只有一种单一垄断利益。一些哈佛学派的理论家认为，对搭售原则的准本身违法规则的理解存在误区，因为搭售无法在未排除搭售市场实质份额的情况下产生反竞争效果。本文表明这两种立场都是错误的。即使不存在实质排除份额，拥有市场权力的公司从事搭售行为增加了垄断利益并且损害了消费者利益和总福利，而不存在效率抵消的情况。因而，准本身违法规则在要求搭售市场权力和缺乏效率抵消方面是正确的，但在实质搭售排除份额方面是不对的。然而，准本身违法规则应该为那些带有缺乏独立效用的固定比率产品设置一个例外，因为那些情况通常会在不存在实质排除份额的情况下使反竞争效果变得无效。符合这一例外的案件反而应该取决于传统的合理原则，该原则要求实质排除份额或效果。

捆绑折扣与搭售一样，能够在不存在实质搭售排除的情况下产生同样的反竞争效果，但是仅仅当非捆绑价格超过若非价格（but-for price）时才这样。因此，当非捆绑价格超过若非价格时，基于缺乏效率抵消的市场权力，捆绑折扣应该受到谴责，同样的例外是：带有缺乏独立效用的固定比率产品。当非捆绑价格未超过若非价格或是这一例外可以适用之时，仅在存在着实质排除份额或效果时才应该对捆绑折扣予以谴责。判断捆绑折扣的选择性标准（诸如把有效价格与成本相比较）不仅是不周延的，而且不当地免除了捆绑折扣并产生了最恶劣的反竞争效果。（2009年12月 第123卷第2期第397页以下）

流动资本、地方经济规制与民主城市

Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City

Richard C. Schragger

本文考察了地方政府在规范流动资本方面的努力。尽管传统观点认为，次级

政府无法有效地对资本进行控制或再分配，但是许多城市已经越来越试图那样做。本文描述了这些努力，包括通过合同来设置开发资金的进入门槛、通过反连锁和反超级市场的法律来排斥资本以及通过地方最低工资法和其他保护劳方的立法来实现资本从资方到劳方的再分配。本文描述了引起这些地方规制的经济和政治因素，并评估了对流动资本进行地方规制的可行性。在这样做的过程中，笔者认为，资本的流动性推动着一系列地方政治反常现象，所有这些现象围绕着政府对私人商企的推动、参与和补贴。地理位置固定的城市既倾向于在试图吸引流动资本时大量地给予，也倾向于当资本已适当固定时大量地榨取。这两种政治问题——给予与利用——解释了地方政府法律的历史发展，同时也解释了市政府、州政府和联邦政府之间劳动分配的现有路径。新“规制地方主义”挑战了这样一种命题：必须在国家层面上讨论产业政策、再分配和对全球经济重构的其他回应。同时，它也挑战了以下命题：地方经济发展政策必定偏向对公司资本的支持。（2009年12月 第123卷第2期第482页以下）

走中间路线

Trimming

Cass R. Sunstein

在法律和政治中，一些人是机会主义者。他们认真地致力于竞争性职位并试图在极端情况之间前行。人们可以为走中间路线辩护，将其作为一种对何为正确的启发、作为一种减少在极具争议性问题上的政治冲突的手段，或者作为一种确保拥有竞争性职位的人不被羞辱、被排挤或受到伤害的方法。有两种机会主义者：一种是妥协者，他们遵循一种“中间路线启发式”，由此得出的结论是中间路线是最好的；另一种是维护者，他们试图维护合理竞争性职位最本质的内容，这是他们乐意去仔细审视并评价的。的确在一些案件中，走中间路线会在政治和法律中产生坏的结果，包括对宪法的不当解释。同时，以下情况也是事实：机会主义者面临着如何确定相关极端情况的难题，而且那些有权描述或改变极端情况的人可能会去操纵机会主义者。尽管如此，在法律和政治中走中间路线仍然是解决一

些难题的可贵方法，而且在一些领域，中间路线比替代性选择更具吸引力。在宪法中，那些信仰中间路线、极保守行动、唯权利论以及民主至上的人们中存在着启发性冲突。（2009 年 2 月 第 122 卷第 4 期第 1049 页以下）

我们的施密特式行政法

Our Schmittian Administrative Law

Adrian Vermeule

我们的行政法（将权利构筑到了其结构中）包含一系列法律“黑洞”和“灰洞”——在这些领域中，制定法、司法判决和制度实践或明确或含蓄地使行政人员免受法律约束。利用卡尔·施密特（Carl Schmitt）的观点我们可以很好地解释法律黑洞和灰洞，特别是他对合法性与突发事件的关系的描述。在这种意义上，美国行政法是施密特式的。而且，它必然是这样。扩张合法性以消除这些黑洞和灰洞是行不通的；任何渴望消除我们行政法的施密特式成分都是空想。（2009 年 2 月 第 122 卷第 4 期第 1095 页以下）

隐私歧视：国家在性与爱意外中的作用

Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love

Elizabeth F. Emens

对于歧视性法律来说，这是一个具有挑战性的时刻。国家在歧视中的作用已经发生了很大移转，从要求歧视——通过诸如隔离等官方政策——到禁止歧视——通过涵盖诸如就业、住房、教育和公共设施领域的联邦法律。但是歧视问题仍在持续，通常以难以规制或者甚至是难以识别的形式存在着。

在这一具有挑战性的时刻，隐私成为了一个重要研究领域并有以下两种主要研究方式。第一，从概念上说，研究隐私领域会带来对歧视和法律身份种类的全新理解，因为相对于其他领域（比如就业），人们更倾向于明确这一领域中基于

身份的偏好。第二，事实上，考察隐私领域揭示了该领域中的关系对公共领域中的结构和机会的影响方式，以及国家在那些关系中所发挥的作用。

因此，本文考察了隐私歧视，同时关注种族、性别、残疾，并识别出每一类的关键规范。对于种族，其规范是同配生殖，或者与自己的同类配对；对于性别，相比之下其规范是异配生殖，也即与自己的异类配对；对于残疾，其规范是去性别化，而非与一种或者另一种配对。本文并不认为隐私歧视必定就是坏的。相反，考察该领域中歧视的微妙景象正是本文的主要目的之一。最后，本文总结道，在个体互动层面上，根据环境的不同，基于这些身份特征的隐私分化可能是好的、坏的或是中性的。由于这一原因以及其他原因，不幸的是，以在这些基础上的个体分化为目标的法律规制将会存在误区。

尽管如此，国家在隐私歧视的结构层面上发挥着重要作用。通过创建社会的基础设施，国家策划着谁要遇见谁以及怎样遇见的意外。另外，国家通过对社会资本和相关优势的具体化而在隐私机会位阶中发挥着作用。因而国家应该改革其法律和政策以致力于发挥其在隐私歧视中的结构性作用。对于性别，最明显下一步应是停止限制基于性别的婚姻。对于残疾，国家应该通过在其他领域致力于隐私的架构，为隐私联盟的建立创造机会，也即笔者认为的这样一些方式：设施结构的运行有助于或者阻碍了进入和接近。对于种族，国家的目标不应是鼓励种族融合，而应是减轻对现有关系的负担，比如居住隔离。在隐私领域和隐私外的领域意识到隐私联盟对机会和状态位阶的影响方式，为我们指出了介入有关歧视的持续性问题的新方法。（2009年3月 第122卷第5期第1307页以下）

调整可转让性

Adjusting Alienability

Lee Anne Fennell

近年来，排除权已经主导了财产理论，而将可转让性——所有权的另一标准事件——驱赶到了学术阴影地带。尽管可转让性存在于卡拉布雷西（Calabresi）和梅拉梅德（Melamed）的大教堂（Cathedral）中，长期以来法律和经济也忽略

了它。在这篇文章中，笔者探寻了可转让性规则，并且当人们把它应用于社会普遍视为市场交易适格客体的资源时，可转让性是实现效率或其他目标的工具。笔者特别关注了可转让性改变上游决策的能力，这些决策是自称为中间商的人做出的有关是否要在一开始就取得权利的问题。通过影响这些收购决策，可转让性规则在解决资源困境方面可以支持或取代其他一些对财产集合的调整措施。在特殊利益之中存在着这样一种可能性：限制可转让性可能会回避那些经常冒出来的、诉诸于责任规则的抵抗性问题，并且可能在不妨碍所有人自治利益的情况下这么做，而这一自治利益具有深远意义。尽管可转让性限制具有众所周知的劣势，我们可以用一种使其缺点最小化的方式来建构这些限制。意识到可转让性限制在解决资源困境中的充分潜力需要我们运用同一级别的创造力来设计出可转让性规则，就像之前在设计责任规则时所运用的那样。（2009年3月 第122卷第5期 第1403页以下）

（张望 译）

（李文婷 校）