

哥伦比亚法律评论

王健法学院编译室

二零一一年第二期

总第二期

目录

文本主义的兴衰	
Jonathan T. Molot	6
什么把文本主义者与目的主义者分割开来？	
John F. Manning	6
“索撒诉爱奥瓦·摩西”案和 ATCA 诉讼的未来：检验有担保的劳工请求与公司责任	
Igor Fuks	7
特许学校中种族比例的合宪性	
Suhrid S. Gajendragadkar	7
重组国际刑事法院框架推进过渡时期的公平审判：苏丹一项永久性解决方法的探查	
Rosanna Lipscomb	8
谁在害怕第十一条修正案？法官管辖豁免的有限影响	
Jesse H. Choper John C. Yoo	8
总统执行法律的法定权力	
Kevin M. Stack	9
最高法院的监督权	
Amy Coney Barrett	10
自我贬低的商标和社会变化：在兰哈姆法（商标法）的第 2 条（A）款中考虑诽谤的再现	
Todd Anten	10
国际法院和联合国安全理事会：重新考虑它们复杂的关系	
Kathleen Renee Cronin-Furman	11
911 遇难者赔偿金的三棱镜	
Robert L. Rabin	11
关于《“9·11”受害者赔偿金的三棱镜》对 ROBERT L.RABIN 的答复	
Kenneth R. Feinberg	12

对一般法的坚持	
Caleb Nelson	13
税法中的犯罪与处罚：欺骗、威慑与自我调节处罚	
Alex Raskolnikov	13
从非法证据排除规则到一个因为恶意指控的宪法侵权案件	
Jacob Paul Goldsterin	14
新的追逐：公众对贸易谈判协议文件的知情权	
William J.Katt,Jr.	14
投票权法案的第三条路：第 5 节和“选择进入”方法	
Heather K.Gerken	15
婴儿避风港法律：生命文化中的立法	
Carol sanger	16
外国人侵权法的安全行为理论	
Thomas H. Lee	17
对著作权法中替代责任的故意理论的调查	
Sverker K. Hogberg	17
良心审判：无效与现代陪审团审判	
Arie M. Rubenstein	18
信用卡逾期	
Richard R.W. Brooks	18
论商标的淡化	
Clarisa Long	19
怎样实现版权的全面保护？——通过缔约权避免宪法第一条的横向限制	
Caroline T. Nguyen	20
在大屠杀索赔背景下的行政声明和可行的司法回应	
Graham O'Donoghue	20
从 Mclaughlin 诉佛罗里达州案到 Lawrence 诉德克萨斯州案：性自由和婚姻之路	
Ariela R. Dubler	21
行政机构的宪法规避	
Trevor W.Morrison	22

监管国家的集中审查	
Nicholas Bagley Richard L. Revesz	23
刑事判决中的民事陪审团：BLAKELY 案，财产罚和第七修正案中公共权利的例外	
Grant R.Mainland	23
保护宪法上最重要的人权：《真实身份法》之下的混合之诉	
Aaron G.Leiderman	24
公共使用无用论	
Abraham Bell Gideon Parchmpvsky	25
专题一：私人证券诉讼改革法案	
证券诉讼及其律师：《美国私人证券诉讼改革法案》施行十年间的变化	
Stephen J.choi & Robert B.Thompson	25
证券集团诉讼的改革：关于诉讼的威慑力和其实施	
John C.Coffee,Jr.	26
原告是否重要：对证券集团诉讼中首席原告的实证分析	
James D.Cox & Randall S. Thomas	26
专题二：Sarbanes—Oxley 的审计问题	
四大审计事务所的责任风险	
Eric L. Talley	27
审计中的道德风险和审计产业结构重建的需要	
Lawrence A. Cunningham	28
专题三：Sarbanes—Oxley 的管理问题	
特拉华州公司法的政策基础	
Lawrence A. Hamermesh	29
联邦公司法：历史的教训	
Lucian A.Bebchuk & Assaf Hamdani	29
专题四：集团诉讼公平法案	
集团诉讼公平法案后的法律选择	
Samuel Issacharoff	30
集团和解压力，集团仲裁和集团诉讼公平法案	
Richard A.Nagareda	31

对文本模糊和伪善的战略运用	
Stephen B.Burbank	31
宪法的引爆点：公民权利，社会变革和基于事实的裁决	
Suzanne B.Goldberg	32
公司的种族	
Richard R.W.Brooks	33
咨询性量刑和犯罪的联邦化：Booker 案中联邦量刑法官应该考虑州和联邦量刑的不同吗？	
Christine DeMaso	33
法院仍然在“讨论什么是法律”：在 BRAND X 案后阐述司法的功能和作用	
Doug Geyser	34
预审法官	
Jonathan Remy Nash	34
穿花呢夹克衫的激进分子：为什么极端左翼法学教授不适合美国	
Saikrishna Prakash	35
关于蛇和蝴蝶：一个回应	
Cass R.Sunstein	36
与死亡共舞：最高法院与死刑 1963-2006	
James S.liebman	36
欧共体的刺激与世贸组织后申诉程序的明确	
Suzanne Bermann	37
这是仲裁吗？宗教裁判所，司法审查与适当的程序	
Michael C.Grossman	37
电脑空间	
Julie E.Cohen	38
外流人口	
Brett M.Frischmann Mark A.lemley	39
候补法	
Michael C.Dorf	39

不一致规则	
Olatunnde C.A.Johnson	40
一定要从缅甸买吗？对地方反血汗工厂采购法的优先性分析	
Adrian Barnes	41
外国人侵权法引发的审判规则问题	
Philip A.Scarborough	41
美国对于恐怖主义和气候变化的不同反应	
Cass R.sunstein	41
行政机构的裁决权	
Caleb Nelson	42
潜行的一元论：司法实践中人权条约的解释一致主义趋势	
Melissa A. Waters	43
携带武器上车？解决非保护性的保护性搜查难题的建议	
Brian Puchalsky	43
加拉曼蒂（Garamendi）案和克罗斯比（Crosby）案后“潜行的对外贸易条款”的命运	
Leanne M. Wilson	44
税收政策中的种族和阶级问题	
Dorothy A. Brown	45
第三条和超国家司法审查	
Henry Paul Monaghan	45
地方财产法：调整财产法保护范围	
Christopher Serkin	46
对公益代位诉讼条款和公共利益的经验分析	
Christina Orsini Broderick	46
一元化行政机关，管辖权剥夺，以及 Hamdan 的观点：一个文本主义者 Scalia 大法官的回应	
Steven G. Calabresi	47

文本主义的兴衰

Jonathan T. Molot

文本主义者的革命结束了。文本主义过去的成就相当不凡——事实上，比它的拥护者或反对者所愿意承认的那样还要卓越。文本主义者如此成功地诋毁强大的目的主义，并更新他们“现代文本主义”的新品牌，以致于他们编造了一个关于解释性组织的新舆论，该组织阻碍余下的所有分歧的发展。然而，不能把它的成功归于未来某一天，文本主义可能使自己的组织处于危险之中。与其庆祝近来观点上的趋同，还不如让文本主义者继续同强大的目的主义作斗争。这样做，他们歪曲对手稳健的观点，并如此激化自己的地位，以致于把它从组织的核心价值中去除。如果文本主义者继续这项事业，他们的对手将可能主张赞成当下盛行的温和的方法，那文本主义将注定失败。本文为文本主义提供一种不同的途径。文本主义者应该赞成当下盛行的温和的法定解释方法，标识出仍存在的少量的不同，并标记后文本主义时代的开端。学者和法官不仅不应该用强大的文本主义替代强大的目的主义，反而应该接受一种适度的法定解释方法，该方法吸取文本主义的教训，但避开它的隐患。（2006年1月 第106卷第1期第1页以下）

什么把文本主义者与目的主义者分割开来？

John F. Manning

近来学术界质疑现代文本主义与目的主义之间是否仍然存在有意义的区别。传统的目的主义者认为，国会制定法规是为了达到某种目的，所以当法律精神与法律文本相冲突时，联邦法官应该执行法律精神而不是法律文本。相反，文本主义者强调联邦法官依据宪法，有责任执行适时颁布的文本（当它们清晰的时候），且没有义务实行未颁布的立法意图。他们进一步主张，比起寻找一个复杂而数目繁多的目的，询问一个理性人如何理解文本更客观一些。

从一个文本主义者的角度来看，Manning教授暗示文本主义的传统基础需要改进。现代文本主义者公认，法定表达只在上下文中有意义，法官必须考虑一系列超文本的证据来确定文本的含义。此外，精明老练的目的主义者假定他们自己

的“理性人”框架使目的性解释更加客观。严格说来，文本主义依然有些特殊是因为它优先考虑语义背景（一个理性人使用词语的方式的显示）而不是政策背景（一个理性人解决问题的方式的显示）。Manning 教授认为文本主义者解释上下文的方法是合理的，因为光是语义的细节就能使立法者在已经达成一致的和解中设置意味深长的限制。相反，他认为通过授权法官，而使法定规则与表面上的总目的更一致这样的方法，目的主义使立法者为立法进程中产生的（通常很尴尬的）妥协，定义可靠的界线异常困难。（2006 年 1 月 第 106 卷第 1 期第 70 页以下）

“索撒诉爱奥瓦·摩西”案和 ATCA 诉讼的未来：检验有担保的劳工请求与公司责任

Igor Fuks

外国人侵权法令（ATCA）在法庭上、教室里、法学研究论文中已经被争论了几十年。随着它在“索撒诉爱奥瓦·摩西”案中的历史性决定，最高法院最终在这场争论中添加了它的权威声音。这个决定建立一个复杂的框架，该框架将引领 ATCA 法理的未来，并因此开辟跨国人权诉讼中的一个重要领域。本文聚焦于解释这个框架，并审查推进 ATCA 诉讼的人权拥护者未来可能产生的请求和争论。特别是，本文审查在一种可能的、有担保的劳工请求下的法律和政策争论，该请求是由 ATCA 使用“索撒”（Sosa）框架而带来的。（2006 年 1 月 第 106 卷第 1 期第 112 页以下）

特许学校中种族比例的合宪性

Suhrid S. Gajendragadkar

在过去的 15 年中，公共特许学校作为一种有影响的、有争议的学校选择模式出现。特许学校试图通过刺激课程创新、增加家长和社会在教育中的参与，并与传统公共学校竞争这些手段，来改革美国表现不佳的公共教育体制。然而，特许学校经历比传统公共学校程度更强烈的隔离和种族分离。为了回应这种趋势，十一个州已经通过种族比例法，要求特许学校使用种族和种族分类来达到按种族

把学生分类的目的。本文根据最高法院在 *Grutter* 诉 *Bollinger* 案中的判决，即多样性是高等教育中一种强制服从的利益，评价特许学校种族比例法的合宪性。对特许学校种族比例条款规定的仔细研究表明，基于他们的特征，这些法律要么“过硬”要么“过柔”。像在 *Grutter* 案中明确表示的那样，尽管均授权特许学校以种族比例的十一个州在多样性上拥有宪法章程性的强制利益，但只有九个州的“柔性”条款被充分地、确切地适应以幸免于严格细微的观察平等保护分析。因此，内华达和南卡罗莱纳的“硬性”种族比例条款应该作为违宪而被拒，并且剩余的九个州“柔性”种族平衡条款应该在 *Grutter* 案和第十四次修正案之下被证实合宪。（2006 年 1 月 第 106 卷第 1 期第 144 页以下）

重组国际刑事法院框架推进过渡时期的公平审判：苏丹一项永久性解决方法的探查

Rosanna Lipscomb

当下，在科索沃、柬埔寨、塞拉利昂等地，国际刑事诉讼正在以多种形式发生。当每种责任承担方案必须适应每个案件的特殊环境时，强调在这些诉讼中国内参与的重要性这样一种趋势近来逐渐显现出来。这种趋势被假定在这样的前提下，即建造国内性法律规则是确保被暴行蹂躏的国家维持和平和稳定的唯一途径。在国际刑事法院时代，根据纯粹的国际性特别法庭的缺点和《罗马规约》的补充性制度，一种包含国内系统的方法变得越来越必不可少。利用苏丹西部达尔富尔省情形的案例研究，考虑《罗马规约》的法定限制和现任苏丹政府实施暴行中声明的参与，本文论证如何获得国内参与。这个方法，涉及一个混合的国际刑事特别法庭，允许在保证公平和公正方面加强国内法规则。（2006 年 1 月 第 106 卷第 1 期第 182 页以下）

谁在害怕第十一条修正案？法官管辖豁免的有限影响

Jesse H. Choper John C. Yoo

本文认为评论家们夸大了雷奎斯特法官第十一条修正案的影响和重要性。这

并不是否认为州权利而恢复生效的审判安全措施变成了雷奎斯特法官的标志性
问题。当然，关于第十一条修正案内部和外部的的一系列理论，基本都允许联邦政
府达成它的政治目的。当向州政府官员提起的损害赔偿诉讼和现实地向州政府提
起的强制性诉讼，对有效地完成联邦所有目的轻易可用时，并且当全国性行政部
门可能扩展州政府官员的自由，或通过参加一项私人法律诉讼或使用其他联邦权
力——比如消费或条约条款——完全免除豁免时，阻止私人原告为事后赔偿金而
状告州政府，对国家性目标只产生一小部分障碍。

我们认为法院真正的目标可能不是为了联邦制，而是为了分权。也就是说，
也许法院对保护州利益并不像它在行政部门中对集中联邦法律的实施，以及为实
施联邦政策而迫使国会在诉讼使用中做出清晰的成本效益决定那样感兴趣。塞米
诺尔部落和它的后代对给予管理者更大的自由裁量权去决定州是否应该对违反
联邦法律而导致的金钱损害赔偿负法律责任有影响，因此持续增长的民主责任和
督促立法部门本质上授权给州政府以放弃独立主权的豁免。（2006 年 1 月 第 106
卷第 1 期第 213 页以下）

（陈聪 译）

（刘媛媛 校）

总统执行法律的法定权力

Kevin M. Stack

法律什么时候授予总统不同于其他官员的权力？著名的总统权力理论主张
或假设，任何授予行政官员权力的法律无疑也授予总统以权力。本文质疑此理论
的法律解释。本文主张只有法律在名义上授予总统权力时总统才有权执行法律。
从国会长期授予受制于总统的行政官员权力的实践中，我们得出一个非常负面的
结论，即当法律授予一位行政官员权力却没有提及总统的控制权力时，总统是没
有直接权力的。这个解释同样有重要的、制度上的优势：不仅国会普遍对监督总
统宣称其拥有法定权力的正当性缺乏准备，同时总统有强大的动力主张他的行为
是现行法律所授权的。对总统宣称国会已明确授权于他的情形要加以限制，当这
种限制仍然承认国会的重要利益在于安排某些事务由总统掌控时，此限制有助于

约束总统对法定权力的冒险的主张，且有助于审查总统内部的行政分支。

这个法律的结论进一步暗示——与 Dean Elena Kagan 的意见相反——除非法律特别授权总统，否则总统对行政部门的行动指导可能没资格遵照“美国雪佛龙有限公司诉自然资源保护委员会”案的司法审判。该法律结论还阐明行政命令和其他缺乏独立的宪法授权的总统指令的法律地位：只有当法律在名义上授权总统行事的时候，那些指令才可能在法律上约束行政官员和公众的判断。（2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 263 页以下）

最高法院的监督权

Amy Coney Barrett

依赖于“监督权力”或“监督职权”，最高法院经常为下级法院指示程序规则和证据规则。学者和法院都把法院的这项权利的行使看作为一项普通的固有权力的行使。此固有权力是宪法第 3 条授权每个联邦法院的，用以规制审判过程中的程序。然而，第 3 条的授权通常被认为允许一个联邦法院规制自己的诉讼程序。当最高法院行使监督权时，它规制其他联邦法院的诉讼程序。因此，为证明法院行为的合法性，不仅仅需要参考每个法院的固有权限。如果最高法院拥有规制联邦法院诉讼程序的特殊能力，那肯定是因为最高法院某一特殊属性。

本文探究一个正当理由，这个正当理由可能会很好地支持法院监督权的观点：即法院凭借它的宪法性优势地位而拥有监督权的说法。分析这个正当理由需要寻求两个问题的答案，而这两个问题在文本和案例法中都找不到。第 3 条在最高法院和下级法院之间的区别在国会构建司法部门的方式上，只是作为一种限制而运作的吗？还是它也作为一种内部授权最高法院以权力的根源而运作的呢？并且假设法院的优势地位授予它超越下级法院的固有特权，监督权是否超过了所授予权利的程序部分？（2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 324 页以下）

自我贬低的商标和社会变化：在兰哈姆法（商标法）的第 2 条（A）款中考虑诽谤的再现

Todd Anten

兰哈姆法的第 2 条 (a) 款禁止美国专利商标局登记“可能贬损”某一群人的商标。然而，当试图登记含有诽谤意思的商标申请人也是那些被贬损组群中的一员时，如何处理？许多申请人已经申请登记此类“自我贬低”的商标，这些商标无疑是以诽谤的再出现为特点，例如女同性恋者试图注册“自行车上的女同性恋”，一位美籍非洲人试图注册“黑人”，一位犹太教徒试图注册“犹太人酿酒公司”。在当前的体制下，这些自我贬低商标的申请人与任何其他申请人是被同等对待的。然而，这种方法犯了两个严重的错误：(1) 它忽略诽谤的再出现在缓和历史性的充满恶意的谣言和促进健康的自我认同中的重要作用；(2) 它忽略一项事实，即一个自我贬低商标的存在，只不过自动地增加对那个标记是否真的贬损所指团体的怀疑证据。本文认为美国专利商标局当下判定一个商标是否是毁谤的方法，没有充分考虑自我贬低标记的特殊环境，并且建议检验律师不应该再仅仅因为该商标是自我贬低的而拒绝申请人注册商标。(2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 388 页以下)

国际法院和联合国安全理事会：重新考虑它们复杂的关系

Kathleen Renee Cronin-Furman

在 2004 年 7 月 9 日，国际法院针对在巴勒斯坦被占领土上修建隔离墙的法律后果，提供了咨询意见。在表述修建隔离墙违法的过程中，国际法院认为以色列不能声称它是在自卫以对抗恐怖袭击，因为联合国宪章第 51 条未赋予它自卫权除非一国在抵御另一国的侵略。此裁决没有遵守近来安理会对地 51 条的解释，该解释已经正式承认（在 911 事件后）对无领土恐怖组织的自卫权。本文探索联合国宪章在安理会的国际法院不同解释的后果。(2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 435 页以下)

“9·11”受害者赔偿金的三棱镜

Robert L. Rabin

2001 年 11 月 26 日，司法部长约翰·阿什克罗夫特（John Ashcroft）任命肯尼斯·费恩伯格（Kenneth R. Feinberg），一位经验丰富的调解人和争端解决专家，为“9·11 受害者赔偿基金”特别专员，该基金是在那次恐怖袭击之后两个月内通过的。费恩伯格在他的《生命价值几何？补偿“9·11”受难者史无前例的努力》一书中，基于他对运作基金的特殊的优势观点，规定了因袭击而导致的身體伤害赔偿和死亡损害赔偿的标准。本文的第一部分通过描述关键的法律规定和费恩伯格的解释性规则，为理解基金的运作打下基础，强调在解决赔偿请求中实质性的、程序上的根本性公正问题。此赔偿请求是在运作过程中出现的。当费恩伯格提出这些问题时，他关注他工作中人的因素：一对一地处理创伤、焦虑和原告的慌乱经历。在第二部分，Rabin 教授提出对运作进程方面的一些看法。费恩伯格总结将来基金模式是否有意义这个问题的重要性。在本文第三部分，Rabin 教授讨论此问题的中心点，即公正问题，并暗示——因某些原因，有点不同于费恩伯格的观点——将来重复此种基金模式的情况不多。（2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 464 页以下）

关于《“9·11”受害者赔偿金的三棱镜》对 ROBERT L. RABIN 的答复

Kenneth R. Feinberg

费恩伯格教授认为，国会为尽快安定社会，赔偿受害者家属而在匆忙之中建立“9·11 受害者赔偿基金”，因此，联邦在建立基金的立法中出现紧张局势是可以理解的。然后费恩伯格教授澄清了 Rabin 教授在解释法律和基金规则方面所表达的两个观点。第一，Rabin 教授认为费恩伯格教授计算非经济损失的数值，取决于他自己的判断。关于此点，费恩伯格教授指出 Rabin 教授的观点是正确的，但是这种情况只是少数的例子。第二，Rabin 教授还认为此基金对收入在前 2% 的受害者强加了“一顶假定的帽子”。而费恩伯格教授却认为，假定是有，但没有帽子。最后，费恩伯格教授对 Rabin 教授认为“9·11 受害者赔偿基金”模式在将来的恐怖袭击中不可复制这个观点予以了反驳。（2006 年 3 月 第 106 卷第 2 期第 483 页以下）

(陈 聪译)
(刘媛媛 校)

对一般法的坚持

Caleb Nelson

评论家通常假设，随着斯威夫特诉泰森的消亡，美国的法律制度已经放弃了“一般”法律的概念。但是，当这一概念不再适用于州和联邦法院之间的关系时，对于这个概念已经死亡的论断其实是夸大了。事实上，我们的联邦体系结构有效地迫使法院继续沿用国家层面的那些来自一般性法律决定中的规则，而不是去引用由任何个别州当地的法律。

本文有三个基本目标。首先，它体现了一般法律规则的内容不是取决于任何一个决策者（州或联邦），而是在许多不同的司法管辖权模式确立之后出现。第二，它使用了各种看似无关的巡回法院的分歧性法律解释，以至于显示出了它缺乏一个坚实的框架，即建立在分析联邦成文法和一般法的背景二者之间的关系基础上的框架。第三，它开始制定这样一个框架。在描述它的过程中，文章重点揭示了在法律解释中经常发生的问题：法院如何确定弗兰克伊斯特所谓的联邦法规的“域”？文章还建构了，当法院阐明“联邦普通法”规则以填补联邦成文法的真空时，他们的观点与现代评论家通常的建议相比，则是反对于其中渗入太多的创造力。（2006 年 4 月 第 106 卷第 3 期第 503 页以下）

税法中的犯罪与处罚：欺骗、威慑与自我调节处罚

Alex Raskolnikov

避税和逃税继续阻挠着政府征收急需的税收收入的努力。本文阐述了这种努力之所以未能成功的缘故之一，并提出了一种新型的处罚方式，它可以在加强税收执法的同时，提高效率。对现今的威慑方法进行经济分析可以发现，一个正常理性的纳税人会选择避税和逃税策略，而不会去做他们应该做的事。我认为，许多纳税人也就是这么考虑的。这是由于检测概率不尽相同的纳税申报表中不同的

项目而名义处罚不考虑检测的可能性，人们因此会发现因为不起眼的违规而受到的处罚成本是那么的低。调整现有的处罚额度并不能解决问题，因为对于是否属于不显眼的判断，是基于一个给定的回馈。也正是这个原因，它对于现行的基于泛化类型的处罚而言就不那么的敏感了。本文提供了一种新的解决方案。因为纳税人往往通过与同类的合法的免税项目混同从而能够隐藏掉一些不应拒付的税收（如扣减项目、信贷及亏损），我建议建立一种新的处罚，使一部分上报于同一行的可退税的那部分合法免税项目能够包含那些违法的项目。有了这种处罚，则只要政府越是难找到一种违法扣减行为，而如果这个行为又被检测到了，那么其对应的法定制裁就越高。这样应有的处罚就能做到自我调节，进而低效的抑制逃税行为的措施就能减少，威慑也能得到改善。（2006 年 4 月 第 106 卷第 3 期第 569 页以下）

从非法证据排除规则到一个因为恶意指控的宪法侵权案件

Jacob Paul Goldsterin

最高法院在处理诉奥尔布赖特奥利弗的问题很久之后，巡回法庭保持了对于可不可以援引第 1983 条即国家官员恶意指控条款以救济这个问题的分歧意见。在恶意指控的宪法侵权索赔主张面前，一部分巡回法官将重点集中在了侵权法方面的分析，另一部分法官则更强调宪法对该问题的要求。本文认为，一个共同的法律恶意起诉索赔内容本身就已构成了对第四修正案的违反。此外，本文指出，法院已承认，当被要求采信的证据是一个经压迫而得来的证据时，它就构成一个违反第四修正案的失职渎职行为。在弗兰克诉德拉华系列案件中，第 1983 条规定的责任和非法证据排除规则所给予当事人的补救功能相同。这就回答了宪法和侵权法学者们针对宪法第四修正案和侵权法的补救做出的批评，并进而提出此处适用第 1983 条救济是适当的。（2006 年 4 月 第 106 卷第 3 期第 643 页以下）

新的追逐：公众对贸易谈判协议文件的知情权

William J.Katt,Jr.

本文探讨了关于公众知情权的争论，具体地说，文件——就是关于正在进行的国际贸易谈判的协议文件。由于北美自由贸易协定等区域和多边贸易协定和世界贸易组织的扩张，那些不仅关乎谈判双方的利益，而且从开拓和影响谈判进程广度的角度看事关与协议有关的所有主体的利益，需要一个公开的途径。这场运动的关键在于美国公众宣传团体的努力，在贸易谈判进行的过程中，他们试图获得那些经由双方政府交换的文件。在 2002 年，几个这样的团体根据信息自由法案向联邦法院提起了诉讼，要求美国贸易代表交出有关其与智利正在进行的贸易谈判的文件。本文的重点则是探讨蕴藏在对该案的诸多争论中的法律问题和更为生死攸关的政策问题，并从目前的判例法和行政部门的实践出发，且以更好地平衡各种利益为宗旨，试图提供一个合法的解决方案。（2006 年 4 月 第 106 卷第 3 期第 679 页以下）

投票权法案的第三条路：第 5 节和“选择进入”方法

Heather K. Gerken

作为史上通过的最具权力性和侵犯性的公民权利规定——投票权法案第五节，被计划着在 2007 年逐步废弃，而关乎其命运的国会听证会也已经开始。第 5 节要求那些指定的地区——主要是美国南部的一些州，他们只要想对选举做出任何运行方式上的改变，都必须事先征得联邦政府的许可。尽管当时它成功施行了，但这个第 5 节依然保留极大的争议。即使是在该法案领域内的专家们之间也存在着严重的分歧，主要围绕着一个问题，即“什么是国会应该做的”。我们的选择并不是像目前的辩论表明的那样，即介于捍卫该法案几十年的传统和允许第 5 条到期废止直接。其实这里还应该存在一个更动态的方法，一个中间立场。正如避免该法的批评者所指出的那样，既能避开第 5 节那样的问题，同时又能维持强大的、针对少数族裔选民的特殊保护。这篇文章正是旨在阐述这样的所谓第三种方法。它提出了“选择进入”制度，将本地特权控制和社区参与投票权的强制执行结合起来。这种做法将能为种族警务的工作开展提供激励措施，也能部署比现行体系更有效的对公民权利进行保护的资源。更有趣的是，选入的办法将建立一套新的制度去鼓励政治精英去留意他们（最受政策影响的人）所关注、所需要的

东西。一个“选择进入”体统提供了一个具体可行的策略，把政治精英的命运和少数选民绑在一起，并且把关于选举结构的争论融入到日常政治中去。通过减少自上而下的选举法规则，它可能会产生自下而上的、使公民投票权得以真正实现的推动力量。（2006 年 4 月 第 106 卷第 3 期第 708 页以下）

（吴至诚 译）

（隋钰南 校）

婴儿避风港法律：生命文化中的立法

Carol sanger

本文分析了婴儿避风港法律的政治、实施以及影响。这些法律，20 世纪初在全国范围内实行以应对大量公布死亡和被遗弃的婴儿的发现，为被遗弃的新生儿提供法律保护。它们为新妈妈提供保护和同意她们匿名，用以交换妈妈将婴儿送到安全庇护所离开。然而，尽管法律得以施行，但是法律对于婴儿被遗弃的现象几乎没有影响。这篇文章解释了为什么会这样，文章重点分析了立法计划和其应有特点的脱节现象，使得安全庇护所适用的可能性大大降低。

然而，文章争论的重点不是避风港法律未能实现的部分，而在于其实现的部分。本文认为，这些法律更应该放在一个较大的政治文化的层面理解，一个围绕着对城市生活的保护的高度组织化的、将自己标识为“生命文化”。不断的以未出生的生命保护组织之一，标识为“生命文化”。通过将婴儿的生命和城市生活，将杀婴和堕落联系起来，这部婴儿避风港法律微妙地促进了生命文化的政治目标：Roe 诉 Wade 判例的撤销。因而这些法律的主要目标相比于文化会更少地关注犯罪性。通过对国家立法的历史考察，本文认为堕胎的文字意义和政治影响为婴儿避风港法律迅速在全国的实施提供了舞台。文章同时也审查了一种立法和社会的机制，在这种机制下未婚怀孕及堕胎已经被取消，这便创建了一种心理危机，导致一些年轻妇女放弃她们的新生儿的生命。（2006 年 5 月 第 106 卷第 4 期第 753 页以下）

外国人侵权法的安全行为理论

Thomas H. Lee

外国人侵权的规约（ATS），于 1789 年 9 月颁布，允许任何外国人因为“一个违反法律或者是与美国的协约的侵权行为”而在联邦法院起诉。2004 年最高法院在 *Sosa v. Alvarez-Machain* 案件的结论中总结道，立法的国内法律部分目标是针对盗版行为，对大使权利的侵犯，结论同时提出外国人可以因为对国际法律习惯和对以上三个历史行为之一的违反而提起 ATS 诉讼行为。在本文中，李教授重温了 ATS 的来源，以表明它排他性地关注安全行为。借鉴 ATS 实行时世界和美国当时的历史事件和相关论文，以及对立法文本的认真阅读和 1989 年司法法的相关规定，1790 年刑法以及宪法第三条款，综合以上资料文章表明当时的国会根本没有打算用 ATS 来解决盗版问题和大使侵权问题，文章进一步解释了安全行为的含义——它是一把被忽视的钥匙，这把钥匙打开创始人在国际法和新成立的国内法院处理国际事务的观点。安全理论为 ATS 增添了一种新的现代角色，以抑制私人（包括外国人）实施共同法上的侵权行为，包括一个与美国主权的关系，而不是任何人在任何时刻都可能违反的国际法的行为。在发展这种背景的描述过程中，李教授发现 ATS 宪法基础的不确定性，并且提出即使只有很少的传统渊源，这种以特定时代背景为基础的安全行为的原意可能将被收回。（2006 年 5 月 第 106 卷第 4 期第 830 页以下）

对著作权法中替代责任的故意理论的调查

Sverker K. Hogberg

互联网和个人电脑产生的普遍的著作侵权行为，导致版权所有人以次要责任为理论依据起诉软件和服务的提供商。人们普遍认为，互联网侵权和个人电脑已经产生，导致版权拥有人控告的理论根据次要责任作为促进软件和服务提供商。最突出的诉讼已提起，被告是同行对等文件共享软件厂商——Napster, Aimster, 和 Grokster 公司——它们基于替代责任的司法理论而承担责任，以及为它们的用户犯下的侵犯版权的行为承担共同侵权责任。虽然这些替代责任学说已经在版权

法上确立，但是 Napster 和 Aimster 案件的决定，扩大了从他人的非法行为中获利的意图在确定赔偿责任中的作用。这种意图的扩大作用使得版权的开发者和技术人员很难预测其潜在的责任，并破坏了最高法院在 Sony 案件决定中确立的对有用技术发展的有限豁免权。这篇评论文章认为，最高法院对 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd 学说的颁布，排除了扩大非法意图在替代责任和共同侵权中的必要性。法院的规则在排除意图扩大的影响下有效地填补了替代责任现存的空白。（2006 年 5 月 第 106 卷第 4 期第 909 页以下）

良心审判：无效与现代陪审团审判

Arie M. Rubenstein

选择陪审团审判的权利深深植根于美国刑事法律制度之中。虽然名义上陪审团只是充当事实发现者的角色，但是实质上刑事陪审团偶尔违背他们的宣誓和誓言而无罪释放他们认为有罪的人——即陪审团的无效。联邦法院一般是依据 Sparf v. United States 的判例来否认有根据的“陪审团无效”的存在，这个判例是一个发生在 19 世纪的案件，在这个案件中最高法院缩小了陪审团的角色范围。本文指出，最近最高法院的判例重新评价了陪审团的作用，并且在此过程中已经扩大了陪审团无效情形的可能性。文章接着提出了一个相对保守的建议，即在不破坏现代审判动态的前提下扩大良心审判的作用。（2006 年 5 月 第 106 卷第 4 期第 959 页以下）

信用卡逾期

Richard R.W. Brooks

善意的批评者指出了银行在边缘贫困的社区中的缺失引起了债权人的蔓延。在一段特定的时期内这种观察可能是真实的，但目前它是落后的——就是由于债权人的盛行才提前关闭了贫穷和工人阶级社区的传统的金融机构。之所以提前关闭是因为债权人拒绝为其客户提供接近传统信贷市场的最基本的条件：便携式的信誉证据，即一个信用记录。信用记录成为既有事前也有事后的功能。在此之前

发放贷款，银行使用的信用记录来筛选高违约风险。贷款成功后，信用记录用来阻止通过贷款机构的隐含和利用威胁来损害买者的信用记录，如果他们未能在及时的时间内以还款。然而，大多数边缘市场既不依靠一般信用措施，也对一般的信用不产生影响。这种不依赖信用历史的一个微妙而又非常重要的作用是它破坏了传统贷款市场的还款威胁，这便减少了传统意义的银行向边缘市场的消费者贷款。由于银行不太可能借钱给他们，边缘消费者便会减少客户开发和保持良好的信用记录，导致他们更多的时候是出于贷款申请阶段。边缘市场的扩张因此以一种自我永存的方式破坏客户获得替代性的低成本信贷。

本文提出了一个解决这个问题的直接方法，同时也能防止过度 and 违反信贷规则。简单地说，如果边缘债权人被鼓励报告其信用情况，那将会如何呢？有了充分合适的信用报告，善良的借款人能够建立良好的信用记录，这将使他们可以离开边缘市场而选择低借贷利率的传统零售信贷市场。（2006 年 5 月 第 106 卷第 4 期第 994 页以下）

（吴至诚 译）

（隋钰南 校）

论商标的淡化

Clarisa Long

自从《联邦商标反淡化法》颁布以来，美国的法律评论者一直关注着这种商标权的变化。在这种商标的保护方式出现之前，商标权人只有在他人利用他的商标获得商业利益并且使消费者混淆的情况下，才能根据《拉纳姆法令》获得商标侵权的救济。相反，根据《反淡化法》规定，在驰名商标被他人使用时，即使没有引起消费者的混淆，商标权人也可以通过（请求法院颁布）禁令的方式获得救济。

本文探讨的是《联邦商标反淡化法》在司法实践中是怎样实施的。为此，本文研究了在已公开的案件和未公开的档案中申请商标淡化的比例。数据显示，商标淡化理论对商标权的保护并不像人民预期的那么有效。现在《反淡化法》的司法运用并不常见甚至一度缺失。学者已发表的文献和商标侵权案件的档案，无论

从数量上还是质量上都表明，经过最初的一段对《反淡化法》的广泛解释和有时甚至可以说是“激情拥抱”的实践之后，最近法院对其都持审慎的态度。本文接着讨论了产生这种情况的原因，并且探究了商标所有人为什么没有充分地使他们的诉求适应这种发展，本人接着研究了司法机关对《反淡化法》所持的态度以及其背后的原因。（2006 年 6 月 第 106 卷第 5 期第 1029 页以下）

怎样实现版权的全面保护？——通过缔约权避免宪法第一条的横向限制

Caroline T. Nguyen

本文的核心在于：国会能不能寻找其他授权去通过那些超越了宪法中版权条款所列举权力的版权立法？在美国联邦诉 *Moghadam* 一案中，第十一巡回法庭利用宪法中的商业条款来支持一部反盗版的法令，而这部法令毫无争议的超出了宪法中的版权条款的范围。*Moghadam* 一案引起了学界对于宪法中商业条款是否可以作为版权立法基础的大讨论。本文是这些讨论之一。它代表了一种可替代的、更加具有适用性的版权立法的权力来源——缔约权。本文认为，缔约权是对以前联邦保护版权立法的权力来源的有力替代，因为和宪法中的商业条款比起来，缔约权更加宽泛而且它不受宪法第一条列举的权力的限制。为了立论，本文阐述了超越列举的权力和违反积极性禁令的区别。虽然法院认为，宪法第一条规定的一项授权（例如商业条款）可能不能被用于对另一授权的限制（例如版权），但是同样的分析并不适用于缔约权。判例法传统使得缔约权不受列举权力中的立法限制，并且，缔约权可能仅仅不适用于违反积极性禁令。本文用反盗版条款作为案例研究，但是，从分析中得出的结论同样适用于其他类似的条文。（2006 年 6 月 第 106 卷第 5 期第 1079 页以下）

在大屠杀索赔背景下的行政声明和可行的司法回应

Graham O'Donoghue

总统拥有利用行政协定解决诉讼当事人和外国主权国家之间争议的权力。然

而，在近来有关大屠杀索赔的背景下，行政部门却采取了不同的做法：美国加入了德国、奥地利和法国之间的行政协定，这一协定专门处理对纳粹时期私人实体的诉讼。很显然，这些协定并不是代表美国本土的当事人解决纠纷。相反，这些协定使得美国政府不得不为所有在美国法院提起的大屠杀索赔案件提供利益声明。虽然这种利益声明并不为大屠杀索赔诉讼的终结提供给任何独立的法律基础，但是只要使法院注意到美国的国外政策的利益更倾向于终结所有大屠杀诉讼的案件就足够了。

对于有关大屠杀索赔案件，联邦法院采取一种宽泛的回避原则，不对其行使管辖权，以回应上文提到的那些利益声明。选择不予受理主要基于两种原则：政治问题原则和国际礼让原则。一些法院认为出于尊重国外行政部门政策的原因，这些大屠杀索赔案件必须被终结，而这些利益声明则可以作为终结的证据。但是在有关大屠杀索赔的背景下，适用不予受理是不合适的，因为行政部门拒绝对这些诉求直接进行裁决，并且他们认为这类争议应该由美国法院来裁判。

本文建议美国法院应该拒绝适用虚无的不予受理作为大屠杀案件终结的理由。虽然从法官的角度说，（不予受理）大屠杀索赔的诉求可能对当事人不利，这种诉求也确实没有必要出现在法院，因为政治问题原则本身并不公正，而且国际礼让原则也充满争议。但是，宪法赋予了国会限制法院管辖权的权力，而没有赋予行政机关或者法院自身。（2006 年 6 月 第 106 卷第 5 期第 1119 页以下）

从 **Mclaughlin** 诉佛罗里达州案到 **Lawrence** 诉德克萨斯州案：性自由和婚姻之路

Ariela R. Dubler

1963 年发生的从 **Mclaughlin** 诉佛罗里达州一案中，最高法院第一次废除了一项规制种族间发生性关系的州立法，这一举动被认为是一个转折点。在这篇随笔中，Dubler 教授对此提出质疑。她（Dubler 教授）认为，**Mclaughlin** 无论是在这项州立法前还是在立法之后，都一直受到种族间婚姻问题的困扰，因此，是 **Loving** 诉弗吉尼亚州一案，而非 **Mclaughlin** 案，挑战了传统上对于种族间性关系的法律规定。Dubler 教授认为，**Mclaughlin** 案应该被铭记，不仅仅因为他是

Loving 的先驱，而且该案是关于婚前性行为宪法地位重要案例。Dubler 教授通过并和了 McLaughlin 丧失遗产继承权和 Lawrence 诉德克萨斯州一案中不确定的继承权来得出结论。Dubler 教授认为 Lawrence 诉德克萨斯州一案不应该采取 McLaughlin 的方法：它应该不仅被认为是通往同性婚姻之路上的阶梯，虽然没有明确的证据表明，但是也作为司法权对性自由的严重干涉。（2006 年 6 月 第 106 卷第 5 期第 1165 页以下）

（刘利鹏 译）

（吕钧泽 校）

行政机构的宪法规避

Trevor W.Morrison

当行政机关工作人员解释法律的时候，他们应该采用和法院一样的方式吗？本文通过阐释一条被法院频繁引用的规则——“宪法规避规则”来探讨这一问题。

“宪法规避的规则”不仅是司法机关解释法律的基础原则，而且还经常出现在行政机关的文件中。在一些热门领域中，它甚至起着核心的作用，例如，在“反恐战争”中的法律解释。这种解释的典型方式是，行政机关通过引用最高法院的一个或者更多的案例来寻求宪法规避的正当性。然而，这些引用很少像法院一样在利用规避时往往伴随着价值讨论。这些价值对于联邦司法机关有什么特别之处吗？或者说这些价值是不是意味着这些实质性解释（行政机构解释）超出了法院解释之外？缺乏同一性是在法律解释中一直存在的问题。行政机关由于其特殊的所在地和特殊的功能，就能使其工作人员寻求到与法院解释不相同的立法原意吗？能使宪法规避规则这样解释工具成为非必需品吗？

本文探究了宪法规避规则在下述两方面的行政应用。对于其理论上的正当性，莫里森教授（Morrison）认为，宪法规避原则在行政机关是否适用取决于行政人员是否接受传统的解释规则，传统的解释规则认为宪法规避规则是专属于联邦司法机关的；或者取决于另外一种解释规则，它认为宪法规避规则适用于更广泛的范围，而不仅局限于法院。对于其解释背景，莫里森教授认为行政官员比法院更了解、更易接近行政法规，所以，一些模棱两可的文本实际上对于行政解释

者来说，却是清晰明确的。在这种环境下，宪法规避规则没有生存的空间。（2006年10月 第106卷第6期第1189页以下）

监管国家的集中审查

Nicholas Bagley Richard L. Revesz

集中审查产生于里根时期，其目的是降低监管成本，然而自从其产生以后，就没人重新对其进行根本上的考量，并且，对行政规章的集中审查成了监管国家最重要的特征。但是，它也是一个具有争议的特征：虽然有人认为集中审查有时可以用来遏制联邦官僚机构不合理的扩张，但是政府机构很少进行监管审查，比如说，管理和预算办公室，就从来没有起到过审查的作用。集中审查还固守自己原来降低成本的目的，它的功能是参照有说服力的信条——“政府机构会系统性的过度扩张”来审查联邦官僚机构。

本文证明了为什么这一信条是错误的。在公共选择理论、公共科学作品或者其他作品中都找不到论据，以支持这种主张政府机构应当受到系统性规制的观点。对于任何事件来说，那些过度规制的理论并不比那些认为应当减少对政府机构规制的理论合理。即使那些被强大的利益集团控制的政府机构确实是管制政府的特征，管理和预算办公室的审查也是一种奇特的和少见的平衡力。没有理由相信管理和预算办公室在总统执行办公室的地位会使其免于其他机构所面临的困境，甚至有理由可以证明这种地位能加重这种困境。出于对这些问题的考虑，我们主张对集中审查在我们这种管制国家所扮演的角色进行重新考虑，并对那些表面上曾经具有活力的行政行为的集中审查忽略的原则进行复兴并重新定义。（2006年10月 第106卷第6期第1260页以下）

刑事判决中的民事陪审团：BLAKELY 案，财产罚和第七修正案中公共权利的例外

Grant R. Mainland

在2004年的布雷克利诉华盛顿州（Blakely v. Washington）一案中，最高法

院认为，宪法第六修正案中的刑事陪审团的审判权不仅适用于定罪阶段，而且还适用于量刑阶段。自此以后，刑事犯罪的被告开始引用第六修正案，对法官处以的赔偿或者没收等刑罚提起挑战，他们认为，这种财产罚所基于的事实必须由陪审团排除合理怀疑之后才能采信。许多巡回审判区决定，布雷克利案不适用于赔偿或者没收等财产罚，因为这些处罚是民事救济方式，和刑事处罚不同，因此，其并不属于宪法第六修正案涵盖的范围。本文认为，即使赔偿和没收在本质上属于民事处罚，但是布雷克利案的逻辑表明，宪法第七修正案中民事陪审团的审判权是可以应用于这些处罚的。本为接着讨论了“公共权利”学说——行政法中的一种司法构造，用来排除宪法第七修正案规定的民事审判团审判权的适用，如何为布雷克案中的财产罚的使用豁免提供宪法支持。（2006 年 10 月 第 106 卷第 6 期第 1330 页以下）

保护宪法上最重要的人权：《真实身份法》之下的混合之诉

Aaron G. Leiderman

在 2005 年的《真实身份法》中，国会撤消了保护外国人挑战政府离境通知书的人身保护状，并代之以国会认为符合宪法的合适途径：对宪法诉求或者法律问题直接通过巡回法庭审查。然而，这一法令并没有具体指明巡回法庭现在审查的范围是否包括事实和法律混合的问题。也就是说，对行政机关把清晰的法律适用的毫无争议的事实造成挑战。既然在移民法中的许多问题，就不是纯事实的，也不是纯法律的，而是二者混合的，对这一问题的忽略就会对巡回法庭决定《真实身份法》的管辖权的范围造成严重挑战。本文认为，法院应该对《真实身份法》中关于管辖权的规定进行解释，以使其包括由于法令、宪法或者实践的原因造成的法律和事实混合的问题。接着，本文提出了一种审查的混合标准，要求法院组织行政机关去寻找历史事实，但是法院要对最终的认定事实进行再次审查。只有通过这种方法，《真实身份法》才能为人身保护状找到宪法上的一种合适的替代。（2006 年 10 月 第 106 卷第 6 期第 1367 页以下）

公共使用无用论

Abraham Bell Gideon Parchmpvsky

最高法院在科勒诉新伦敦城 (Kelo v. City of New London)一案中的裁决, 引起了整个政治界法律学者的抗议。他们借此提出了大量的立法建议, 以否定科勒对于宪法第五修正案中公共使用条款的尊重性解释, 并且建议, 当财产转移到私人手里时, 应该限制国家征用权的使用。

本文中, 我们认为对科勒的批评理论错误并且会引起误导。这些批评是基于对国家征用权的一种狭隘的分析, 其并没有考虑到政府在财产方面的权力。假如政府能够通过规制权力完成任何土地征用的目标, 能够不给予财产受害人任何补偿完成征税, 那么, 国家征用权就是危害最小的国家权力, 因为它是唯一一种能保障受害人获得赔偿的权力。这种理解的重要意义在于它揭示了那些通过狭隘的建构公共使用的方式来限制政府征用权的能力, 实际说是有害于而不是有利于财产所有人的。

本文接着提出了一个耐人寻味的问题: 为什么政府会选择给予赔偿? 为了回答这一问题, 我们建立了一个政府在土地使用方面的政治决策模式。这种模式能使我们了解作出赔偿决定的过程, 并使我们了解在什么情况下, 决策者可以忽视政策的规定, 选择给予受害人赔偿。(2006 年 10 月 第 106 卷第 6 期第 1412 页以下)

(刘利鹏 译)

(吕钧泽 校)

专题一: 私人证券诉讼改革法案

证券诉讼及其律师: 《美国私人证券诉讼改革法案》施行十年间的变化

Stephen J.choi & Robert B.Thompson

为了解决证券集团诉讼中的问题, 议会于 1995 年通过了《美国私人证券诉讼改革法案》(PSLRA)。本文通过研究 PSLRA 对集团诉讼的影响, 探讨了法案

中特定的几种改革。我们观察与研究有关的三个领域的既存证据：对可以提起集团诉讼的欺诈的定义的作出重大改变；议会努力增强首席原告与集团诉讼原告们的联系；对法案中提到的律师的可以直接制裁。考虑到 PSLRA 的目的是改变原告律师的动因和行为，我们也会提供首席原告的律师事务所在集团诉讼中作用的原始数据。我们指出，在 PSLRA 施行后，少数原告的律师事务所要么进入要么退出了市场。此外，个人律所的市场份额，虽然是由结案率决定，但是在 PSLRA 施行后，并未有明显的可观的变化。然而，顶级律所和较低水准律所联合的趋势却愈发明显加快。作为首席原告的机构投资者，在 PSLRA 通过后，趋向于与精选的顶级律师不断合作。基于对既有证据的调查对原告律师事务所所起作用的相关证据的研究，我们对 PSLRA 效用可以有更深的探讨。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1489 页以下）

证券集团诉讼的改革：关于诉讼的威慑力和其实施

John C.Coffee,Jr.

虽然证券集团诉讼施加的惩罚较重，但是集团诉讼所获得的赔偿和达到的威慑力却都非常有限。这是因为在这种集团诉讼中，有个基本的循环，那就是，当公司遭受损害，这些损失本质上却是由不同的持股人承担，因此，导致的是持股人之间的财富流转。现在，这种模式，有益于公司内部人员，承保人以及原告律师，而不是投资者。对于这个问题，合理的解决方法并非一概摒弃证券诉讼，而是应将诉讼中产生的惩罚转移。这样，在第二市场中，强加在公司上的惩罚将减少，而真正有罪的行为者将会受到更多的惩罚。于此，本文就这点提出了一些建议，其中涉及到解决程序，保险以及律师费用。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1534 页以下）

原告是否重要：对证券集团诉讼中首席原告的实证分析

James D.Cox & Randall S. Thomas

随着美国私人证券诉讼改革法案的施行，美国国会针对证券集团诉讼，引入

了大量实体和程序的改革。PSLRA 的主要条款是首席原告条款。该条款假设，在证券欺诈集团诉讼中，有大量财产利益的投资者应作为诉讼的首席原告。但是，该假设是可以反驳的。当然，首席原告条款的引入是为了鼓励有大量财产利益的集团诉讼成员做集团诉讼原告的代表。国会期望，首席原告将会积极监视证券欺诈集团诉讼，从而减少诉讼成本。相反，如果集团辩护律师的利益与股东集团的利益分离的话，那么诉讼的成本将会提高。

现在，首席原告条款已经实施十年了，首席原告，尤其是作为机构投资者的首席原告，仍然是监督证券诈骗集团诉讼中集团辩护律师的有效办法。这个观点，直觉上，很有吸引力。但是真实情况，还未得到证实。本文中，Cox 和 Thomas 教授从新闻和实证的角度调查，首席原告条款是否跟预期一样发挥了作用。新闻角度证据所揭示的是混杂的。指出，某些情形下，该条款显示出优越性，但是另一些情形下，又表示在条款实施中也遇到问题。比如作为机构首席原告对是否做首席原告有迟疑（虽然，最近越来越多的机构投资者愿意做首席原告），再比如，出现对原告律所和潜在首席原告间花钱玩玩的控告。

Cox 和 Thomas 教授同时也对首席原告条款的投入和收益做了一系列数据分析。结果另人惊讶的是，在证券集团诉讼中结案率跟预测的减少相符——而结案率是投资者是否已经受到赔偿的最重要的指标——但是，随着 PSLRA 的施行，结案率逐渐减少，并且，结果表明，结案率的大小也未因 PSLRA 的施行而有所提高。同时，他们还发现。机构投资者的出现，使得结案费用上涨。这表明，现在让机构投资者作为首席原告的趋势将会积极影响未来证券集团诉讼的平均结案规模。他们的分析也会影响其他类型的首席原告的结案结果。文中最后，Cox 和 Thomas 教授对他们的发现的政策解读进行了讨论。（2006 年 11 月 第 106 卷 第 7 期第 1587 页以下）

专题二：Sarbanes—Oxley 的审计问题

四大审计事务所的责任风险

Eric L. Talley

由于 2002 年 Arthur Andersen 的内爆，由此引发的，要求政策制定者免除审

计行业法律责任的呼声越来越高。如此要求者引用了许多论证，但是他们的控诉主要还是，这个行业面临着高突发责任风险，以至于危害行业的生存力。本文中，我将这些诉称的本质定义为法律上，理论上和实践上的问题。从法律上讲，很显然，不管是在州或是联邦法律体制下，权威机构会对审计事务所的财政欺诈追究法律责任，于此同时，多年以来，法院也这样做的。理论上，可以想象，在某些情形下，突发责任风险会导致大规模产业崩盘以及产业过度集中和第三方保险不愿承保这些问题。但是，这些情况在实践中是否存在，这是一个有些难说清的问题。过去十年来，责任风险并未成为会危害整个行业的因素。是否这个风险是否足够大到需要限制责任，或者是否需要其他重要的法律改革，这些都是由需要一系列的因素决定，但这些因素已经被倡议改革者忽视了。这些因素包括，市场威慑机制的存在，当前法律规制的有效性，该行业可能的进一步福利收缩效应以及新企业进入市场的可能。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1641 页以下）

审计中的道德风险和审计产业结构重建的需要

Lawrence A. Cunningham

大型的审计事务所或许认为，事务所太大，就容易产生问题。2002 年 Arthur Andersen 的刑事指控，使大型审计事务所由五个减到四个。同时，在 2005 年的时候政府决定放弃指控 KPMG 自己所承认的罪行。如果审计事务所将政府的这种行为解释为政府不愿意对他们采取强硬的制裁，那么由此则会引发道德风险。在 2002 年的时候，政府通过 Sarbanes—Oxley 法案，期待于此提高审计人员的声誉，同时增强事务所财务报告的可靠性。但是，这种误读将会抵消针对审计所做的这种改善。那么，调和这种道德风险，就需要一个可靠的可替代的产业结构。这样，当大型审计事务所面临着刑事和其他不法行为的问题时，在不破坏依靠审计建立起来的财政系统的情况下，它应该被允许退出市场。

一个可替代的产业结构，至少应像在现有体系下，必须使审计有效进行。同时，应该尽可能地提供优化处理。关于优化处理的例子，比如，改善审计人员对客户经理的强硬态度以及为财政信息外部使用人提供更多透明信息等。延着这种思路，重构这个产业的其中一个方法就是建立强制的财务报表保险制度。通过

这种制度，很显然，没有一个审计公司会因为太大而垮掉。同时，也可以增强审计的威慑力和检测功能，产生财务报表可靠性公开披露指数，并且减少现在的竞争者所面临的进入四家大型审计公司的壁垒。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1698 页以下）

专题三：Sarbanes—Oxley 的管理问题

特拉毕州公司法的政策基础

Lawrence A. Hamermesh

从第一手资料的角度，本文回顾了特拉毕州起草自己的公司法所依赖的机制。同时本文也对特拉毕州的突出点和其公司法法律制定的不同解读进行了总结。虽然试图为所有这些解读找到支撑，但是本人仍坚持认为它们并未完全表达出特拉毕州公司法制定者真正在意的考量。本文认为接下来的几点考虑才是主要的：（1）增加法律的灵活性，从而更好地从事私人订购（2）遵循判例造法，避免描述性和禁止性立法（3）避免破坏先存在的合同关系以及当事人对合同的预期（4）避免立法变化以防止损害明确且特定的实际利益。因为这些重要的考量，本人指出特拉毕州不会通过变化成文法和普通法的方式，来扩大对公司主体的规制。与此同时，联邦的公司治理规范，在应对政治危机的时候，也会零星地起作用。特拉毕州参与或回应联邦规范的任何努力，将不会突出地改变企业团体间既存的权力分配机制。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1749 页以下）

联邦公司法：历史的教训

Samuel Issacharoff

本文分析了联邦对公司法干预的历史，并从中总结教训，以史明鉴。我们认为，联邦干预不是简单地在加强国家对公司内部成员的法律限制和放宽限制两者之间交替。而是，联邦法律已经从体系上替代州法制度的设计，对内部人员强加了更大的限制。假使没有联邦干预，州法创造出的公司体系，将会实质上使对投资者的保护要弱化。本文同时指出，联邦干预在体系上运用了额外的措施，包括

公众强制，犯罪制裁，章程管理等。这些方式远远超出州法所能选择的和使用的范围。总体上讲，除非认为现在对投资者的保护有过度保护之嫌，那么过去的模式表明，仅靠州的竞争，是不可能对投资者有足够的保护的。更进一步说，为了给投资者提供足够的保护，出现需要官员纠正州法不利的这种情况越来越多。这说明，联邦的法律制定应该采取主动而非仅仅是对回应出现的问题。所以，我们认为，联邦政策制定者应以更为体系化和详尽的态度审视公司法。那就意味着，公司法领域应由联邦主导。不仅是因为，对公司内部成员应加强限制，也是因为联邦所享有的额外措施将会更为有用。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1793 页以下）

专题四：集团诉讼公平法案

集团诉讼公平法案后的法律选择

Samuel Issacharoff

本文讨论了 2005 年集团诉讼公平法案施行后，在运用法律中，法律选择所面临的压力。核心争议时，当前对法律文本的选择，是以假设遵循州的法律选择规则作为基本前提。而对公平法案下，对于进入联邦法院下，国家范围内经济活动的案子处理却不太好。本文讨论认为，为了给国家范围内的市场行为提供合理的法律监管，国家范围的经济活动和州之间关于法律文本承继的冲突间应有一定的一致性。因为在国家范围的市场活动，所涉及的潜在法院具有多样性。那么，有关案件的承继的法律文本对规范国家范围内的经济活动的实体法就很少能提供解决办法。

本文提供了一种方法，在指导法律选择的时候，应不区别对待国家范围内的市场行为，进行共同的法律监管。有种观点认为，如果批量生产的商品进入商贸领域且并无事先的购买者，那么这种行为应认为是国家范围内的市场活动。由于缺乏国家范围内的法律选择规则，本文认为，作为一种默认规则，法院应运用被告所在州的法律，而不管最后的损害发生地在哪里。这样，在 CAFA 下已经进入联邦法院的国家市场范围内的案子，就有了一种解决办法。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1839 页以下）

集团和解压力，集团仲裁和集团诉讼公平法案

Richard A.Nagareda

近年来，有关集团诉讼的法律面临着三个方面的重大争议。学者争论的其中一个争议便是，集团诉讼的准入在被告人身上强加了和解的压力。法庭对有关消费者和其他合同的条款区分开，不仅将其他合同争议纳入强制仲裁的行列，还禁止在仲裁程序以集团的方式进行。同样，国会对集团诉讼程序也存在较大争议，故而在 05 年通过了备受争议的集团诉讼公平法案，以此有助于联邦法院不审理与州法相关的集团诉讼的诉求。

本文中，Nagareda 教授将集团诉讼程序中三个不相关的问题进行了论述。这三个问题其实基础都关系到集团和潜在实体法之间的关系。尤其是，关系到规范的权威性，那就是，作出是否可以集团诉讼需要在实体法上进行改革。从规范权威性的角度看待集团诉讼，法律应更精确地识别，集团和解的压力什么时候是不合法的。此外，当法庭面临取消集团仲裁的时候，规范权威的角度有助于更好地找出问题。本文在结尾的时候，提到在遵循 CAFA 的情况下，联邦法院对可能的国家范围内的集团诉讼，法律选择原则的运用这个争论。并且将该争论与文中讨论的内容进行了联系。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1872 页以下）

对文本模糊和伪善的战略运用

Stephen B.Burbank

本文中，Burbank 教授评论了 Nagareda 和 Issacharoff 教授的文章。同时，利用这样一个机会，也可以重新审视程序法和实体法之间作用关系以及 Nagareda 论文中提到的民主问责制等这些问题。文中，Burbank 教授得出结论说，Nagareda 教授文章中的部分论述比整体更有价值。他发现，Nagareda 教授对统一主题和一般规范性理论的探求，是导致其对程序和实体之间划分不协调的原因。同时，也导致他对制度合法性的不完全的见解。Burbank 教授指出，这种探求（在当下起草的美国法学会集团诉讼法原则中也很明显）否认了程序法和实体法之间复杂的作用关系，同时根据当下的联邦的解决办法，对规范的问题也采取了必不可少的

态度。我们也注意到，Nagareda 和 Issacharoff 教授都针对集团诉讼公平法案 (CAFA,2005)在全国范围内的集团诉讼的法律选择的这个问题进行讨论，但是他们却得出截然不同的结论。在 Burbank 教授看来，在法律权威这个重要问题上，两者都不具备说服力。他指出，Issacharoff 教授试图从国会的陈述中精心挑选出正好与规约的倡议者相反的，使法律选择的结果合法的陈述。此外，Burbank 教授不赞成 Nagareda 教授认为 CAFA 对规范的合法性列出了更宽泛的原则。但是，Burbank 教授赞同两位教授关于认为在重新审视最高法院的 Erie 判决中，CAFA 提供了很好的理由。Burbank 教授通过分析，得出结论，在 CAFA 下，联邦法院不会要求遵守州关于法律选择的文本，因为其目的是限制集团诉讼。（2006 年 11 月 第 106 卷第 7 期第 1924 页以下）

（隋钰南 译）

（吴至诚 校）

宪法的引爆点：公民权利，社会变革和基于事实的裁决

Suzanne B.Goldberg

本文描述了法院是如何应对社会变革的，并特别聚焦于法院对某一社会群体及其宪法请求的理解不断变化的过程。特别是平等保护和政党程序的裁决，这类裁决要求法院在群体成员的地位和能力上基于种族、性别、性取向或精神发育迟滞的效果特点考虑，作出规范性的判决。然而，Goldberg 教授却认为，法院通常仅仅基于某一社会群体的“事实”而作出判决，这一方法她称之为“基于事实的裁决”。Goldberg 教授批评了这种方法，认为它的前提假设有缺陷，即对社会群体的限制可以仅依靠事实作出评价；并且这种方法还会导致在竞争性的规范中作出选择的司法参与变得模糊。

本文还注意到，由于“基于事实的裁决”使法院可以不对规范进行确认，从而为以后在群体成员权利限制问题上的裁决提供最大的灵活性，这一点正符合法院的机构利益。同时，这一方法使法院在限制社会群体时不等地信奉和反对传统依据，不必论证这些和群体有关的规范在适用上的一致性，造成理论和结果的不一致。作为这一缺陷的一种可能救济，本文考虑了有关裁决规范性基础上的更大

程度上的司法公正的成本和收益。尽管 Goldberg 教授最终只对目前的“基于事实的裁决”体制提出了小小的修改建议，但她的建议是：在描述的准确性和合乎规范性方面，我们司法审查的理论会提高，最终会达至在有关社会群体方面的规范性裁决上必定会有司法参与的程度。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 1995 页以下）

公司的种族

Richard R.W.Brooks

几个世纪以来，普通法的法院一直认为公司是一个拟制的人，是一个无色、无形的人。然而最近，一些法院确立了这样的规则：在法律上，公司能够而且确实拥有种族身份。本文探讨了这一规则的理论 and 实践影响，以有助于我们对公司人格和种族的理解。由此，本文在对种族信号和承诺的表现和解释的基础上提出了一种种族的经济模型。这一模型为避免种族实在说的反歧视法提供了一个途径，也为陷入股东至上的公司法提供了一个途径。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2023 页以下）

咨询性量刑和犯罪的联邦化: Booker 案中联邦量刑法官应该考虑州和联邦量刑的不同吗?

Christine DeMaso

2005 年，最高法院在 *United States v. Booker* 案中认为《联邦量刑指南》是违宪的。最高法院通过宣称《联邦量刑指南》是咨询性的，并指示上诉法院审查量刑的“合理性”来纠正这一宪法缺陷。问题的关键在于地区法院在审判被告人时应考虑哪些合理性因素。最近，联邦法院已经开始考虑这一问题：量刑法官考虑《联邦量刑指南》中的刑罚和被告人假设在州法院起诉时应适用的刑罚之间的差异是否是合理的。本文认为量刑法官考虑任何此种州和联邦之间的量刑差异都是合理的。通过使《联邦量刑指南》成为咨询性的这一方法，Booker 案使法官们得以恢复他们传统的权威：为每一个站在他们面前的被告人作出个性化的量

刑，这也使得法官们可以考虑《联邦量刑指南》之外的因素。这些因素之一便是州和联邦之间刑罚的差异。因此，地区法院法官可以在他们的判决理由中合法地包含这种差异。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2095 页以下）

法院仍然在“讨论什么是法律”：在 BRAND X 案后阐述司法的功能和作用

Doug Geyser

在近二十年时间里，法院审查行政机关在行政行为中对法规的解释时都采用 Chevron 的两步检验方法。由于具有优先性的法规司法解释详述了不符合 Chevron 方法的行政机关解释，对 Chevron 方法的遵从势必会与遵循先例原则相冲突。在 2005 年的 BRAND X 案的判决中，最高法院认为法院应该只遵守排除了行政机关现行解释的司法先例。Scalia 大法官不赞同这一做法，认为除非先例有“最佳”意义，否则应允许行政机关“推翻”司法，这完全改变了 Marbury 案。本文驳斥了 Scalia 大法官的主张，并认为法院通过对行政行为界定边界来“讨论什么是法律”以履行他们的职责。行政机关并没有“推翻”司法，因为其从未能改变法院对法规允许范围的解释。本文还认为，当行政机关为这些行政行为时，如裁决或立法，他们根据国会的授权并符合司法管制恰当地“改变”法律。既然国会可以修改法规而不会产生 Marbury 问题，行政机关采用相冲突的解释也不会产生 Marbury 问题，因为行政机关是国会的有效替代。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2129 页以下）

预审法官

Jonathan Remy Nash

在 Republican Party of Minnesota v. White 案中，最高法院认为一州的司法行为法中的某一款是违宪的，因为其在有争议的法律问题上将司法候选人从宣布位置中排除。White 案后的注意焦点在于它对司法选举的影响，潜在的假设是任命过程为不会引起相同问题的选择提供一个替代方案。

本文认为应该在一个更宽广的背景下审视 White 案：它是趋向“预审法官”并延伸到司法任命过程这一一般趋势的一个例证。评论者和审理 White 案的大法官们错误地认为这是司法选举中特有的问题，其中立法者可能会以阻止选举相威胁的方法来迫使被提名者在有些问题上阐明自己的观点。

这一更广泛的趋势使得人们将焦点重新聚集在问题是什么以及如何解决这一争论上。这反映了人们接受司法机构日益政治化的意愿以及对偏见犹豫的观点。若至于这一程度：预审法官增强了司法机构政治化这一错误观念，这一事件应该受到限制。如果司法机构真正政治化，并且人们不希望看到这种政治化的司法机构，我们应该设法去政治化。如果司法机构一直是而且最终不可避免地政治化，并且“问题”在于只是现在公众才这样认为，那么这一观念应被允许继续存在以关注实际的政治化这一真正问题。

若至于这一程度：任命中的问题比选择中的问题更严重，一些司法选举的作用可能实际上可以限制任命过程。司法选举候选人的自愿限制可能对任命制度中质疑司法被提名人的立法者会有影响。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2168 页以下）

穿花呢夹克衫的激进分子：为什么极端左翼法学教授不适合美国

Saikrishna Prakash

本文评价了 Cass Sunstein 的新书——《穿长袍的激进分子》。对此书作简要概括后，本文阐述了 Sunstein 的极简主义的优点，为什么 Sunstein 喜欢极简主义以及他对此的痴迷程度。然后本文讨论了词语的意思是否要根据那个意思的结果而转变，如 Sunstein 含蓄地说的那样。本文或表述的含义不需考虑其他人可能对该文本或表述采取的态度。最后，本文解释了这点：原文主义在理解文本的含义方面不会导致争议（确实不会有争议）。原文主义只是理解文本的一种方法。将某些文本当作法律一样对待（其他的相反）的理由绝对与原文主义这一解释理论毫无关系。确实，这些理由和解释一点关系也没有。是否将某一特定文本看作对自己有约束力是一个道德和政治问题。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2207

页以下)

关于蛇和蝴蝶：一个回应

Cass R. Sunstein

解释的抽象理念不能支持原文主义，也不能支持任何在解释宪法上有争议（合理的）方法的判决。任何此种判决的捍卫必须有实用主义基础，这意味着判决必须是关注结果的。此外，支持极简主义的结果主义论者法官们认为总有正确地抛弃极简主义的时机和场合。例如，宽泛规则可能是合理的，当它具有可预见性时。最高法院在 20 世纪 30 年代末期拒绝接受极简主义也是正确的。虽然极简主义在宪法一些“边界”问题上 is 恰当的，它自身的实用主义基础却表明宪法不应固执地或一贯地必须是极简主义的。（2006 年 12 月 第 106 卷第 8 期第 2234 页以下）

（王兰 译）

与死亡共舞：最高法院与死刑，1963-2006

James S. Liebman

本文涉及四个问题：

为什么法院要规范死刑，因为这是刑事实体法的另一领域？法院具有特殊的责任从而被迫判断死刑的合宪性，这种责任是相对于死刑这种形式的政府暴力来说的。为什么法院不在 *Furman* 诉 *Georgia* 一案中废除死刑？在发现每一有关死刑的成文法和判决都是违宪的之后，这个残酷的、罕见的刑罚条款太晦涩了从而不能看出死刑对于一些或者所有犯罪来说是否是不正当的，如果不是的话，是存在法律约束的途径来控制它。因此正如当时存在问题的死刑控制，法院通过废除死刑来看政府是否可以没有死刑或者找到一种改进它的方式。这项实验显示国家并不能发展到对故意杀人犯罪没有死刑，从而导致更少的犯罪。与地方的民主党人士共同肩负着宪法责任，法院可能与这些律师共同判断，何种谋杀罪应当使用死刑，何种犯罪适用死刑是不恰当的。

一旦它选择控制而不是废除死刑，那么为什么法院要通过矛盾的宪法必要条件来限制死刑，并使得死刑具有更多的陪审团意见？学说的不一致产生于这样一个事实，即法院甚至放弃了共享宪法决策的体制下保留的有限的责任。

统一的规制是可能的吗？也许是的。Furman 引发了来自政府立法者关于特别犯罪死刑的比例的有用的反馈。在法院放弃它的监督角色之前，后 Furman（post-Furman）程序唤起了来自陪审团和州的上诉法院有关特别故意杀人和谋杀案适用死刑的比例的有用信息。这些成功似乎预示了一种解释残酷的罕见的刑罚条款的有效程序和一个对于法院在直接判决或禁止国家暴行时遇到的困难的解决方法。法院甚至不能实现这个共享宪法决策的有前景的体制，然而，这是一个好的证明，证明对于死刑进行宪法规范是不可能的，并且法院应当放弃这种想法。（2007 年 1 月 第 107 卷第 1 期第 1 页以下）

欧共体的刺激与世贸组织后申诉程序的明确

Suzanne Bermann

本文关注世贸组织的争议解决程序中一个重大的缺陷，并提供改良的建议。当前争议解决文本出现在 WTO 独立协议中，文本提供给争议成员国多种解决方式；然而，文本缺乏一个明确的报复后申诉程序。这个缺陷使得成员国没有一个正式的程序来主张先前授权的对策由于随后对于文本规定的遵守而不再具有正当性。由于当前在欧盟成员国与美国之间的争议说明，缺乏这样一种程序威胁到妨碍 WTO 培养贸易自由化的确定目标。最后，本文认为争议解决机制的改革是必要的。（2007 年 1 月 第 107 卷第 1 期第 131 页以下）

这是仲裁吗？宗教裁判所，司法审查与适当的程序

Michael C. Grossman

美国宗教裁判所以相同的形式定期裁断一些案件，就像习惯的仲裁那样。联邦与各州法院都在联邦仲裁法令（FAA）之下或在政府成文法范本统一仲裁法令（UAA）之中推行宗教裁判所判定。因此把这些判定转换为应遵守的法律判决。

鉴于此，FAA 与 UAA 提供了一个审查保证最低程度上遵守程序的法定标准。然而，FAA 与 UAA 审查宗教陪审员时出现了一个重大的问题，因为宗教问题的教义禁止民事法庭审查宗教问题。表面上，这项禁止似乎并没有影响法庭的审查因为争议通常几乎都是非宗教，违约，雇佣关系和公司法律问题。然而，本文认为，那些宗教问题渗透了全部的宗教裁判程序中，这不可避免地导致了对司法审查的潜在限制。本文分析，法庭在面对宗教争议所采纳的教义并认为这些教义并不能阻止限制 FAA 和 UAA 的审查。本文假定进一步的限制降低了审查的标准远甚于 FAA 或 UAA 所要求并导致适当程序违法。本文认为保持作为法定仲裁处理宗教问题的能力，法院必须愿意采纳最低限度的宗教问题审查，还认为法院可以合宪地进行这样的调查为了 FAA 和 UAA 的审查的目的。(2007 年 1 月 第 107 卷第 1 期第 169 页以下)

电脑空间

Julie E.cohen

对互联网和空间隐喻的适当作用和它组成的节点及网络在激烈角逐。本文探讨的是为了使正在发展的网络空间更具普遍性而引发的对电脑空间理论的评论。首先，本文认为空间比喻的拥护者已经不足以感受到电脑空间像空间本身作为社会结构一样运行的方式。尤其是，主导理论都已经使电脑空间的比喻结构作为独立的空間，扩展到明确地或不明确地确定空间位置。这摒弃了所有电脑空间作为每天空间活动的延伸和发展的运作方式。其次，本文认为对电脑空间比喻的批评已经混淆了空间两种意义以及比喻的两种意义。电脑空间的比喻并不是指抽象的，笛卡尔哲学上的空间，而是表述为一种经验性的空间，通过表达人的认识调节二者之间的关系。电脑空间在这个意义上是相对的、可变的，通过操作概念化和描述的相互作用构成。本文对这项活动的观念提供了一个非常不同的理解方式（对于电脑空间的空间性，建筑商的和调整问题的理解）。尤其是，他们提供了对于 3 个正在进行的转变的更近观察：新社会空间概念的出现，笔者称之为网络空间；网络空间中表达的对以前空间的互相渗透；以及这项发展概念，对地理权利的瓦解的方式。(2007 年 1 月 第 107 卷第 1 期第 210 页以下)

外流人口

Brett M.Frischmann Mark A.Lemley

本文质疑习惯法和知识产权的经济利益。本文将供给方和需求方的考虑结合在一起并发展出一个理论，这个理论导致了有关外流人口（正外部性）和法律之间关系的重要观念，与外流人口作为需要解决的问题的普通的法与经济的观点相反。这个理论被证明是一个有价值的经济上的证据，告诉我们外流人口对社会是有益，并且在不同的情况下，法律实际上是被设计成鼓励某些外在的生产活动。这个新的理论作为理解 IP 以及法律的其他方面的选择性的经济理论是很有可能。

本文探讨了有关著作权和专利法的许多可能应用理论的其中一部分，并反驳了互联网的中立性。最后提出了几个一般思考（有关外部性与财产权之间的科斯定律）。当二者相关时，外在化与财产权利影响市场资源的分配；若不相关，两者都不会。法院与学者们一定会反对本文的结论，通过外部性的内在化使公共价值与私人价值一致。因为外流人口并不总是坏的，且许多财产权利并不总是好的，只有我们理解了二者何时以及为什么可以增加社会福利，我们才可以期待法律规则会更好的增加福利而不是破坏它。（2007 年 1 月 第 107 卷第 1 期第 257 页以下）

（刘媛媛 译）

（陈聪 校）

候补法

Michael C.Dorf

立法机构通过总结影响全部或部分无效情形的“候补”条款会发现一种风险，即法院会声称法律或者其中一部分条款是违宪的。最普遍的候补条款是一种可分性条款，它事实上通过删去它的无效条款或者应用而对原有法律条款进行补充，但是候补法也采取替代条款的形式。不论措辞是区别或是代替的形式，候补法引起了严肃的合宪的和政策性问题。候补法在何种情况才能弥补原本条款的缺陷？

立法者可以采纳一些严格的候补条款，这些候补条款旨在抑制法庭适用有问题的法律条款。适用一个候补条款是否违背立法者的职责，又是否违背了独立的合宪审判？法院的何种判决应当适用候补条款来替换原本条款，适用于哪一方当事人？这些问题没有一个简单的答案，因为候补法在制度冲突间发挥的作用：即找到一项法律违宪时，法院必须做到最好来实现制定无效法的立法者的保留意愿；在精心设计的候补法中，立法机关必须尽最大努力预测法院会如何作出反应；而在美国权力分立的体制中，每个机构都只有有限的能力来预测或控制其他机关将如何对待他们的工作成果。（2007 年 3 月 第 107 卷第 2 期第 303 页以下）

不一致规则

Olatunnde C.A.Johnson

1992 年，国会要求各州成立联邦少年司法基金以减少少数民族青少年的监禁率中的种族差异。这项条款，现在被熟知的不对称少数民族联系标准（DMC），可能比传统的不同影响标准的使用范围更广：它要求减少种族差异不论那些差异是故意歧视造成的，还是通过“合法的”机构利益被证明是正当的。取而代之的是，法律鼓励各州找出他们做法是如何加剧种族差异的。

本文将 DMC 标准作为对合宪和成文标准失败的部分回应，来阻止造成种族差异的行为。对于体制的不同影响的限制，尤其是 1964 年民事权利法第 6 部分中，法院采纳了因果关系的狭义论，不希望冒险支持公众参与者，对更广义的种族不平等负责。与 DMC 标准不同，这些限制并非通过立法而是由于联邦政府的疏忽和非政府组织的主张，要求公众参与者发现他们的行为与种族不平等条件是如何互相影响的，甚至制造这些条件排除他们的串通。

DMC 方法创新地回应了支持同时代的种族不平等的复杂结构。法律评论恰当地关注绝对偏见的作用，但是本文认为人们必须超出这些偏见来对抗种族不平等的结构模式。本文最后讨论联邦法律与 DMC 标准相类似，并建议，这些方法可能是新民事权利斗争的表现。（2007 年 3 月 第 107 卷第 2 期第 374 页以下）

一定要从缅甸买吗？对地方反血汗工厂采购法的优先性分析

Adrian Barnes

全球弱勢的劳动者们都为了制造出口美国的商品而在恶劣的条件下长时间工作。为了改变这个残酷的现实，已经开展多方面的运动。这个运动中最近更有前景的法律发展之一是，已经通过全国的地方政府形成了成文法规---反血汗工厂采购法。这些法律试图阻止市政的公共基金用于血汗工厂。然而，这些法律可能不足以应对联邦法优先性的问题。有关纽约反血汗工厂采购法和最高法院 Crosby 决定的诉讼，发现马塞诸塞州禁止联邦从与缅甸有商业往来的公司购买商品或服务的法律更具优先性；本文指出联邦法优先性的潜在问题，分析联邦法优先性观点的价值，并建议地方反血汗工厂法应当被改进以确定规避法优先性问题。（2007 年 3 月 第 107 卷第 2 期第 426 页以下）

外国人侵权法引发的审判规则问题

Philip A. Scarborough

Filartiga 诉 Pena-Irala 一案以来，外国人侵权法（ATS）案例的现代标准开始施行以后，法院奋力去找到适当的法律渊源来适用大量这样的案件。本文认为，对于 ATS 案例呈现的一些法律问题，可以适用 Kinmbell Foods 创立的判断联邦案件中的恰当审判规则两步法。本文以第九巡回法院在 Doe I 诉 Unocal 案中的意见为例，并评估州法是否本应当在那些案件中被适用，像确定恰当的标准联邦审判规则一样，来确定违反外国人侵权法的政府的共谋责任。（2007 年 3 月 第 107 卷第 2 期第 457 页以下）

美国对于恐怖主义和气候变化的不同反应

Cass R. sunstein

两个最重要的灾难之源是恐怖主义和气候变化。美国已经积极应对了恐怖主

义的风险，但在应对气候变化风险时却做得甚少。对于美国来说，伊拉克战争的花费超过了京都议定书的预期花费。这种分歧导致了一个难题；也造成更多有关风险的理解问题和公众对立法的需求。对于分歧的最好解释强调这个问题的合理性。美国人认为积极的措施可以减少恐怖主义问题的风险并可以在不远的将来获得明显利益。相反，他们认为减少气候变化风险的积极措施不会在近期对美国国民产生很大利益---并且他们不希望大量精力来减少这个风险。这种直觉行事的成本收益分析受到行为科学因素的很大影响，包括启发式效力、可能性疏忽、伤害和目光短浅。在 9/11 以后，所有这些都有利于支持应对恐怖主义的效果显著的措施，而对于气候变化相对冷淡。我们得出一个结论，美国人可能会在只有两种情况的其中之一出现时积极应对气候变化：这些措施的花费被认为在可以接受的低水平上，或者有了新的信息，可能包含一个重大的偶然，显示美国人在相对不远的将来将会获得很大的收益。（2007 年 3 月 第 107 卷第 2 期第 503 页以下）

（刘媛媛 译）

（陈聪 校）

行政机构的裁决权

Caleb Nelson

《美国联邦宪法》第三条规定，联邦的司法权属于法院，并为避免行政机构对法院的干预提供了制度性保护。该条文用语表明，只有法院可以代表联邦政府行使“司法权”，虽然法院的该项权力也受到了一定程度的限制。

当下人们普遍认为，不能如此严格地对第三条进行字面解释，因为联邦政府经常在第三条授权之外行使裁决权。然而，这种观点是建立在未审查什么是“司法权”以及这种权力在何种情形下是必须的这一假设基础之上的。更糟糕的是，该观点还假设，对于任何一个可诉性争端，只要联邦政府机关想对其作出有拘束力的裁决，该机关就有“司法”权。

本文考察了大量的历史资料，以表明裁决权与“司法权”二者的关系。至少在十九世纪，人们都认为裁决权是否以“司法”权为必要取决于该裁决所要影响的法益之性质。对于涉及生命、自由或财产等私权利的个人诉求，行政机关应有

相应的“司法”权去处理并作出有拘束力的裁决；但对于公共法益和法理上属于“特权”而不是核心“权利”的法益，行政机关则不应有作出有拘束力裁决的“司法”权。因此，联邦政府各分支机构之间的架构及其权力的大小，取决于其所要处理情事之实质法益。

考察了这些历史资料后，尼尔森教授指出，上述观点在当下仍然具有合理性，在现代行政体制下，“公”与“私”、“特权”与“权利”的区分依然存在。（2007年4月 第107卷第3期第559页以下）

潜行的一元论：司法实践中人权条约的解释一致主义趋势

Melissa A. Waters

本文剖析了国际人权条约在美国法院的适用问题，这也是外国法在美国法院的地位争论中的关键问题。沃特斯教授（Waters）认为，应将美国最高法院最近的一些裁决（包括 *Roper v. Simmons* 案）视为潜行的一元论在普通法系法院的跨国化趋势的一部分。这些普通法系的法官们正在抛弃传统的对待条约的二元化立场，并在国内立法未给予条约国内法上的法律效力时，适用人权条约。通过发展一种广义的解释一致主义，法官们巩固了条约在国内法上的地位，并因此充当了国内法和国际法的调和者。

本文探究了潜行的一元论和解释一致主义不断增加的影响力，并试图将最近几年中有关将国际法渊源纳入国内司法的“全有或全无”争论引到一种更中性化的轨道上来。通过分析美国最高法院及其它四个普通法系国家法院对待《公民权利与政治权利国际公约》的态度，本文提出了一种新型的解释纳入主义，并提供了这些法域内适用国际人权条约的状况的统计资料。最后，本文为法院适用人权条约解释国内法提供了一个合理的规范性建议。（2007年4月 第107卷第3期第628页以下）

携带武器上车？解决非保护性的“保护性搜查”难题的建议

Brian Puchalsky

根据密歇根诉龙（Michigan v. Long）案中的原则，警察在有合理理由怀疑某一犯罪嫌疑人携带武器且存在危险威胁时，可以对该车辆进行有限的保护性搜查。然而，法院在该案中对保护性搜查进行界定时，将原有适用“合理怀疑”标准的合理方法一分为二：第一种方法，文中称为客观方法，即从一个假想的警察出发，在客观合理地盘问并综合考虑当时的各种情形的基础上：如果该警察察觉到危险存在，搜查就是正当的，而不论该警察是否认为确实有进行保护性搜查的必要；第二种方法，即主客观方法，考虑了两个问题：（1）警察在搜查前是否怀疑驾驶员携带了武器且具有危险性？（2）如果前述问题的答案是肯定的，那么，这种怀疑是否具有客观合理性？本文认为，这两种方法都不尽如人意，客观法允许法官用其自己的判断取代事发现场警察的判断，使得原来有限的保护性搜查例外变成了毫无限制的正当化事由，而主客观方法则取决于排除证据的诉前审中实施搜查的警官援引主观担忧这一“咒语”的能力和意愿。但考虑到第四条修正案中非法证据排除规则法理上的混乱，本文试图提出一种新的保护性搜查询问方法，这种方法不仅可以有效适用于密歇根诉龙案，且考虑了非法证据排除规则对法官事后认定这些搜查带来的压力。（2007年4月 第107卷第3期第706页以下）

加拉曼蒂（Garamendi）案和克罗斯比（Crosby）案后 “潜行的对外贸易条款”的命运

Leanne M. Wilson

“潜行的对外贸易条款”适用于对各州影响对外贸易的法律进行严格的宪法审查。然而，最近最高法院在美国保险协会诉加拉曼蒂（Garamendi）案和克罗斯比（Crosby）诉对外贸易委员会案中作出的裁决表明，该法院审查影响对外贸易事务法律的方法已经改变，开始偏爱优先原则，认为违反潜行的对外贸易权和潜行的对外贸易条款的法律无效。本文认为，加拉曼蒂案和克罗斯比案中的优先原则比严格审查原则更好，因为严格审查原则太累赘，且缺少灵活性。另外，笔者还指出，“潜行的对外贸易条款”下的正当化事由和“潜行的州际贸易条款”下的正当化事由是不同的，因此，法院应停止将潜行的对外贸易条款作为认定州

法律无效的宪法原则。(2007 年 4 月 第 107 卷第 3 期第 746 页以下)

税收政策中的种族和阶级问题

Dorothy A. Brown

工薪退税优惠机制(EITC)这一只适用于低收入工人的政策正面临着被取消的危险或至少是“走向我们认为的尽头”。最近,我们了解到,在过去五年中,有 160 万所得税纳税人的退税基金被冻结过,而这些人中的大部分却没有任何过错。与高收入纳税人相比,低收入纳税人更容易被审查。事实上,从 1998 年至今,花在审查低收入纳税人身上的开支已经超过 10 亿美元。本文表明,因为工薪退税优惠所具有的“福利”性色彩,该政策正面临着被取消的危险。这一“福利”性色彩最早开始于克林顿政府时期,并一直保持至布什政府时期。为了延续这一政策,必须使工薪退税优惠的受益纳税人更具同情或“应得”色彩,但对工薪退税优惠的种族分析表明,该政策的受益人大部分是白人。而大多数学者则忽视了工薪退税优惠所具有的种族和阶级效应,也没有为改善低收入纳税人的困境提出解决方案。笔者在德里克·贝尔的利益趋同理论基础上,指出只要能够收集到有关的种族和阶级信息,则可以防止工薪退税优惠被取消。(2007 年 4 月 第 107 卷第 3 期第 790 页以下)

(吕钧泽 译)

(刘利鹏 校)

第三条和超国家司法审查

HENRY PAUL MONAGHAN

随着超国家立法机构的发展,超国家司法机构的作用也在不断增加,这些司法机构甚至被允许对联邦行政机关根据国内法作出的决定进行司法审查,而对于它们作出的裁决,(宪法)第三条下的法院却没有任何审查的权力。这种情形的出现遭到了激烈的反对。本文讨论的是,超国家司法秩序是否如许多学者所说的那样不可调和地违背了“宪法第三条所确立司法权的本质属性”。通过考察《北

美自由贸易协定》下的两个案例和最高法院最近作出的与《维也纳公约》第三十六条有关的判决，Monaghan 教授指出，超国家司法审查（至少在一般情形下）并不违反第三条，并从联邦成立最早时期的《杰伊条约》伊始，追溯了美国允许双边专家组裁决美国国民向外国主权国家求偿争端的实践。实际上，在南北战争结束后的一段时期里，双边专家组就已经“审查”了美国最高法院作出的判决。考虑到这些超国家法庭解释条约义务的宪法性质，Monaghan 教授认为，法庭完全有权明确条约义务，这同时也符合行政法领域的“公共利益”原则，至少在贸易领域是这样的。Monaghan 教授总结认为，根据历史实践和新近确立的法律原则，单独的第三条并不对超国家司法审查形成实质性的障碍。（2007 年 5 月 第 107 卷第 4 期第 833 页以下）

地方财产法：调整财产法保护范围

CHRISTOPHER SERKIN

本文指出，有关私人财产保护的问题应在地方层面上解决，并应允许地方政府选择其愿意提供的财产保护方式。本文还特别指出，通过州立法，围绕最有争议的征用和不动产权益问题创建一个地方预先承诺机制。各州财产法的差异将使得消费者——房屋所有人、开发商以及其他财产所有人——可以通过选择居住地和投资地来选择享受不同的财产保护。这种观点隐含的意思是，可以将财产保护作为吸引投资的一种手段。果真如此的话，只要（因为提高赔偿额和减少灵活性方式产生的）保护成本低于投资增长获得的收益，地方政府就应该提供财产保护。（2007 年 5 月 第 107 卷第 4 期第 883 页以下）

对公益代位诉讼条款和公共利益的经验分析

CHRISTINA ORSINI BRODERICK

公益代位诉讼允许公民以政府名义提起民事诉讼，这一规定是否真的对公共利益有所助益呢？许多研究这一制度的学者都忽略了这个问题，仅单纯地讨论《联邦虚假陈述法》中公益代位诉讼条款的存续性问题，而少数直接探讨过该问

题的学者也是各持己见，没能形成统一的认识。自 1986 年国会修订《联邦虚假陈述法》中公益代位诉讼条款以来，极大地激励了公民提起公益代位诉讼，使得该条款的使用不断增加，这足以使得前述问题的解决变得重要。另外，许多州根据前述联邦法进行的模拟立法的大量增加，还有 2005 年《赤字削减法案》的通过，更大地激励了联邦公益代位诉讼制度的使用，促进了州立法纳入公益代位诉讼制度，这一情况的出现更是使得对该问题的解决成为必要。

以往研究公益代位诉讼问题的论文都局限于从理论上对公益代位诉讼条款进行价值分析，与此不同，本文运用一种经验方法，并在考察联邦法和类似州立法的基础上，指出：虽然公益代位诉讼条款导致了一些不必要的诉讼，但通过加大查处、增强威慑，其对公共利益所起到的保护作用不容忽视，尽管其程度不像该制度的支持者们所说的那么高。本文还进一步指出，根据联邦和州公益代位诉讼所取得的经验，应当修订这些条款，以减少一些不必要的诉讼，并强化该制度中最有价值的方面。本文还特别指出，在联邦层面上，司法部长应取得对公益代位诉讼更大的控制，包括其本人不介入的场合，对该制度的运用应被限定在医疗援助求偿范围内；而在各州层面上，在立法通过公益代位诉讼条款之前及以后，都应进行大量的事实查找和系统的资料收集工作，以使该制度适合各州的具体需求。（2007 年 5 月 第 107 卷第 4 期第 949 页以下）

一元化行政机关，管辖权剥夺，以及哈姆丹的观点：一个文本主义者对 Scalia 大法官的回应

STEVEN G. CALABRESI

在哈姆丹 (Hamdan) 诉拉姆斯菲尔德案(Rumsfeld)中，联邦最高法院以 5 比 3 的多数通过了该案的判决，认定布什政府的军事委员会在古巴关塔那摩美国空军基地对外国战犯进行审判的行为不合法。该案一个最基本的问题就是，最高法院对该案是否有管辖权，Scalia 大法官在其反对意见中指出，根据 2005 年《囚犯待遇法》(Detainee Treatment Act)，对于像哈姆丹案这样的人身保护案件，最高法院以及其它法院都没有管辖权。

哈姆丹在最高法院指出，如果按照 Scalia 大法官所说的那样，认为《囚犯待

遇法》剥夺了最高法院审理未决的人身保护案件的管辖权，将面对这样一个宪法性问题，即国会是否有权限制最高法院对上诉案件的管辖权。哈姆丹案中多数法官意见认为《囚犯待遇法》保留了最高法院审理未决案件的管辖权，因此并未涉及前述宪法性问题。而 Scalia 大法官对《囚犯待遇法》的解释则要求其解决哈姆丹的宪法主张，但他仅粗略地引用宪法第三条，认为该条明确了国会限制最高法院管辖权的权力。虽然 Scalia 大法官对哈姆丹案中的基本事实的处理得很到位，但他的国会有权限制最高法院的管辖权观点从文本主义的角度来说却是错误的。

简而言之，第三条要求联邦司法机关能够对联合众国的所有案件行使宪法赋予的司法权，且对于所有涉及联邦问题的诉讼，如哈姆丹案，最高法院都应有作出终局裁决的权力。根据原旨主义方法学，站在一个假想的 1788 年的理性旁观者的立场上，按照文本、文内和结构主义的观点，很自然地可以得出上述结论。具有讽刺意味的是，根据立法历史和结果论观点，我们可以为 Scalia 大法官的国会有权限制最高法院管辖权的观点找到依据，但立法历史和结果论观点却为 Scalia 大法官所抛弃。但是，当我们从立法文本和结构问题上转移，更多地关注形式主义者的观点时，我们可以更加清晰地看到，对于联邦法院依据宪法第三条进行管辖的案件，最高法院有作出终局裁决的权力。

按照文本、文内和结构主义的观点，本文认为，宪法将所有的行政权力赋予了美国一元化行政机关，将所有的司法权赋予了联邦司法机关，并授予最高法院监督联邦司法系统内所有其它低级法庭的权力。尽管宪法赋予国会选择建立或不建立低层级的联邦法院的权力，但却没有赋予国会建立或设置这样一种低层级法院的权力，即对于国会建立的此种法院，最高法院没有终局决定权。（2007 年 5 月 第 107 卷第 4 期第 1002 页以下）

（吕钧泽 译）

（刘利鹏 校）