

# 斯坦福法律评论

王健法学院编译室

二零一五年第二期

总第二十七期

|   |    |
|---|----|
| 由内而外的立法解释：方法附录  |    |
| Statutory Interpretation from the Inside: Methods Appendix  | 7  |
| 由内而外的立法解释：对国会起草、授权及规则的实证分析：第一部分   |    |
| Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I | 7  |
| 从内部保护权利？检察长以及国家安全监督   |    |
| Protecting Rights from Within?  |    |
| Inspectors General and National Security Oversight  | 8  |
| 刑事受害理论  |    |
| A Theory of Criminal Victimization  | 9  |
| 作为宪法条件的享受药物测试福利者  |    |
| Drug Testing Welfare Recipients as a Constitutional Condition   | 10 |
| 简介：法律中的实证革命   |    |
| Introduction: The Empirical Revolution in Law   | 11 |
| 民事诉讼法中的 Twiqbal 难题和实证研究   |    |
| The Twiqbal Puzzle and Empirical Study of Civil Procedure   | 11 |
| 说真的，人们到底想要什么？   |    |
| But Seriously, Folks, What Do People Want?  | 12 |
| 回答问题、质疑答案及民主法律中经验主义的角色  |    |
| Answering Questions, Questioning Answers, and the Roles of Empiricism in the Law of Democracy                             | 13 |
| 直觉  |    |
| Intuitions  | 13 |
| 公司法及公司治理中的事实与谎言   |    |
| Fact and Fiction in Corporate Law and Governance  | 14 |
| 实证刑法研究和体系转变   |    |
| Empirical Criminal Law Scholarship and the Shift to Institutions  | 14 |
| 再移送   |    |
| Reassignment  | 15 |

|  |    |
|--|----|
| 数据是言论吗?  |    |
| Is Data Speech?  | 16 |
| 司法部的建立: 与公民权利或行政部门无关的专业化   |    |
| The Creation of the Department of Justice: Professionalization Without Civil Rights or Civil Service                         | 17 |
| 驳斥推定: 在加州受害者权利法案下对假释推迟的实证分析  |    |
| Rebutting the Presumption: An Empirical Analysis of Parole Deferrals Under Marsy' s Law                                      | 17 |
| 集体行动的逻辑能否解释联邦制原则?  |    |
| Does the Logic of Collective Action Explain Federalism Doctrine?   | 18 |
| 强制有性恋  |    |
| Compulsory Sexuality   | 19 |
| 对社会企业征税  |    |
| Taxing Social Enterprise   | 20 |
| 心灵捕手: 如何让联邦最高法院的猎人原则能始终庇护少数派不受政治过程歧视   |    |
| Good Will Hunting: How the Supreme Court's Hunter Doctrine Can Still Shield Minorities from Political-Process Discrimination | 21 |
| 超越平等性与充分性的对抗   |    |
| Transcending Equality Versus Adequacy  | 22 |
| 消费者合同法中的“不阅读”问题  |    |
| The No-Reading Problem in Consumer Contract Law  | 23 |
| 管理正义和大规模轻罪   |    |
| Managerial Justice and Mass Misdemeanors   | 23 |
| Exergen 案和 Therasense 案的影响   |    |
| The Exergen and Therasense Effects   | 24 |
| 内部法定解释——有关国会起草, 授权和学说的实证研究   |    |
| Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part II   | 25 |
| 循证量刑和歧视的科学合理化  |    |
| Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination   | 26 |

|  |    |
|--|----|
| 美国公法的现代化：医疗改革以及宪政之流行   |    |
| The Modernization of American Public Law: Health Care Reform and Popular Constitutionalism   | 27 |
| 从附带收益中寻找钻石：附带收益的征税   |    |
| Searching for Diamond in the Two-and-Twenty Rough: The Taxation of Carried Interests   | 28 |
| 充分理由、宪法合理性、未被认可的“毫无意义的羞辱”  |    |
| Probable Cause, Constitutional Reasonableness, and the Unrecognized Point of a “Pointless Indignity”   | 29 |
| Board-R-Us 公司：公司股东会的概念重组   |    |
| Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards  | 29 |
| 在裁决专利案件时法官的经验会产生偏见吗？   |    |
| Does Familiarity Breed Contempt Among Judges Deciding Patent Cases?  | 30 |
| 迪格规则的新方法   |    |
| A New Approach to the Teague Doctrine  | 31 |
| 50 年代的民权法案   |    |
| 过去，现在和未来   |    |
| The Civil Rights Act at Fifty  |    |
| Past, Present, Future  | 31 |
| 自由论者对公共场所法的绝对挑战  |    |
| The Unrelenting Libertarian Challenge to Public Accommodations Law   | 32 |
| 1964 年民权法案规定的公共场所:为什么要将结社自由看成是一项人权   |    |
| Public Accommodations Under the Civil Rights Act of 1964: Why Freedom of Association Counts as a Human Right   | 33 |
| 无名的律师制度:Title VI 和私人执行的含义  |    |
| Lawyering That Has No Name: Title VI and the Meaning of Private Enforcement  | 33 |
| 对每一位雇员“个人最佳”的法律保护:Title VII 法案禁止性别歧视，Price Waterhouse v.Hopkins 遗产案，及 ENDA 的前景   |    |
| Legal Protections for the “Personal Best” of Each Employee: Title VII’s Prohibition on Sex Discrimination, the Legacy of Price Waterhouse v. Hopkins, and the Prospect |    |

|   |    |
|---|----|
| of ENDA   | 34 |
| <a href="#">无处不在的偏见:反思就业歧视法律</a>  |    |
| Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law   | 34 |
| <a href="#">阐明 Article III 原告资格中的理性联接”要件</a>  |    |
| Articulating a “Rational Connection” Requirement in Article III Standing                          | 35 |
| <a href="#">和美国的植物人交流:神经影像在美国残疾人法中的角色</a>   |    |
| Communicating with Vegetative State Patients: The Role of Neuroimaging in American Disability Law | 36 |
| <a href="#">网络服务的中立和质量: 非歧视规则应当是怎样的</a>   |    |
| Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should Look Like         | 37 |
| <a href="#">后婚姻家庭法: 非婚家庭的法律构建</a>   |    |
| Postmarital Family Law: A Legal Structure for Nonmarital Families                                 | 37 |
| <a href="#">国家安全泄密和宪法性责任</a>  |    |
| National Security Leaks and Constitutional Duty   | 38 |
| <a href="#">第四修正案和全球互联网</a>   |    |
| The Fourth Amendment and the Global Internet  | 39 |
| <a href="#">私人损害的公共赔偿: 有关美国证券交易委员会公平资金分配的证据</a>   |    |
| Public Compensation for Private Harm: Evidence from the SEC’s Fair Fund Distributions             | 40 |
| <a href="#">战间宪法: 漫长建立时的联邦制</a>   |    |
| The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment                              | 40 |
| <a href="#">定罪语境: 非自愿, 淫秽, 第一修正案</a>  |    |
| Criminalization in Context: Involuntariness, Obscenity, and the First Amendment                   | 41 |
| <a href="#">宗教、公民道德和美国方式: 重塑 Engel 案规则</a>  |    |
| God, Civic Virtue, and the American Way: Reconstructing Engel                                     | 42 |
| <a href="#">理智与情感: 统计证据的认识主义与工具主义方法</a>   |    |
| Sense and “Sensitivity”: Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence            | 42 |

|  |    |
|--|----|
| 商标专利局是否授权了过多不良专利？准实验证据   |    |
| Does the U.S. Patent and Trademark Office Grant Too Many Bad Patents?: Evidence from a Quasi-Experiment                                | 43 |
| 云端的隐私：马赛克理论和通信存储法案   |    |
| Privacy in the Cloud: The Mosaic Theory and the Stored Communications Act  | 44 |
| Descamps 案件总结：盗窃罪评论和携带武器的职业犯罪法案  |    |
| Debriefing Descamps: A Comment on Burglary and the Armed Career Criminal Act   | 45 |
| 布雷迪规则的盲点：对警察人事档案的弹劾证据以及在控方队伍中的斗争分裂   |    |
| Brady’s Blind Spot: Impeachment Evidence in Police Personnel Files and the Battle Splitting the Prosecution Team                       | 45 |
| 逮捕规则化  |    |
| Arrests as Regulation  | 46 |
| 不再是非法的：赋予公民权的权力  |    |
| Undocumented No More: The Power of State Citizenship   | 47 |
| 语言包容和投票权法第 203 条：作为对合规性空白潜在解决方案的报告要求   |    |
| Language Accommodations and Section 203 of the Voting Rights Act: Reporting Requirements as a Potential Solution to the Compliance Gap | 48 |
| 修正证明文件的矫正：其历史与溯及力应用  |    |
| Certificates of Correction Corrected: Their History and Retroactive Application  | 49 |

## 由内而外的立法解释：方法附录

Statutory Interpretation from the Inside: Methods Appendix

Abbe R. Gluck & Lisa Schultz Bressman

本附录对第一部分 B 章节提出的方法论的讨论进行了详细阐述，该方法论规定于“由内而外的立法解释：对国会起草、授权及规则的实证分析：第一部分。”

（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 5 期【2013 年 5 月】第 1 页以下）

## 由内而外的立法解释：对国会起草、授权及规则的实证分析：

### 第一部分

Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional

Drafting, Delegation, and the Canons: Part I

Abbe R. Gluck & Lisa Schultz Bressman

立法起草流程的现实情况应当在立法解释和行政法的理论和学说中扮演何种角色呢？持续不断的争论经常以经验性的假设开头，即国会是如何起草的，以及国会了解哪些解释性规则，但是，直到现在为止，那些假设几乎都没有得到验证。有两篇文章报告了截止到目前为止，实证研究最广泛的成果，本文是其中的第一篇——调查了来自两个政党、国会参众两院以及多个委员会的 137 名国会工作人员，涉及的主题从他们对解释规则的了解和运用，到立法历史、行政法遵从原则、立法流程以及法院与国会的关系。我们的研究结果几乎对每一种解释性争论都有影响。例如，我们可以告知我们的起草者了解并运用的一些规则——例如，雪佛龙案规则及反先占推定；但是存在其他的一些规则，许多起草者虽然了解，但是出于政治性或其他考虑因素的原因而自觉地拒绝运用，包括连贯性使用推定、反对多余表述及词典运用的规则；并且，仍然还有一些其他的规则，例如米德案规则及文理解释，当其作为法律规则时我们的起草者并不了解它们，但是它们却似乎更能精准地反映“国会如何起草法律”的司法现象。我们的采访也汇集

了大量的宝贵信息，这些信息均是关于法律学说几乎不承认的，对起草过程的关键性影响。这些研究结果还使我们为一个基础性问题争取到一个更确切的回答：这些规则的目的应该是什么？经常运用无益的泛化宣称其是国会的“忠实代理人”的法官们，已经运用矛盾的正当理由使其合法化，其中一些理由以经验现实开头，有一些则不是，且大多数理由都共同探讨了一些发挥的作用完全不同且类型也不相同的规则。这些规则真的反映了国会是如何起草，并因此实现立法至上么？或者法官们是否因为一些更具对话性的理由，例如为了鼓励国会更精确地起草而运用规则？并且国会会听吗？或许这些规则最好被理解为实现了立法过程的外部司法责任，例如推进了宪法性价值或法律的一致性？我们的研究分解了这些规则，揭示了各种证明当前制度正当合法的理由，以及每一种理由是如何依赖于对司法权及法院与国会间关系的不同的观点的。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 5 期【2013 年 5 月】第 901 页以下）

## 从内部保护权利？检察长以及国家安全监督

Protecting Rights from Within?

Inspectors General and National Security Oversight

Shirin Sinnar

当行政机关追求国家安全而限制个人权利时，法院和国会往往不愿意对其进行约束。许多学者主张行政机关内部的机制可以提供对行政权的替代性约束——不管是由于此类机构的相对优势而作为首选替代方法，或是因国会和司法的弃权而作为第二最佳选择。

尽管关注到了“内部权力分立”，但是却几乎没有人注意到此类内部机制为保护个人权利而实际上做了什么。我认为检察长（IGs），其是联邦机构内部很少被注意到的监督机构，目前在监控国家安全实践限制个人权利中发挥着重要的作用。检察长已经调查了，9/11 后针对移民的拘留案例，运用国家安全信函（NSLs）以获取个人记录，针对恐怖分子嫌疑人的强制审讯，非常规引渡，对政治抗议的

军事监控以及其他许多有争议的反恐做法。在分析了 5 例检察长对司法部门、国土安全与防御以及中央情报机构的审查后，我认为这些调查在独立性和严谨方面有很大的差别。在最强时期，检察长审查了显著透明情况下的国土安全实践做法，辨别了已逃过司法审查的违反法律的行为，甚至质疑了现行法律规定模糊不清或不发达领域内的政府行为。此类审查保护了法院未能保护的权力，并大大加强了其他形式的监督。同时，即使是更强有力的审查，在很大程度上也未能引发对多数受害人的补救措施、对高级行政官员的影响或是出于保护权利而对机构自由裁量权的重大约束。这些案例研究阐明了检察长权利监督潜在的优势和局限：检察长很适合用来增加透明度，评估国家安全行为是否得当以及改革内部程序；另一方面，可以削弱他们的独立性，他们可能避免宪法性问题，他们依靠政治行动者实施体制改革。检察长可以帮助保护个人权利免受国家安全行为的侵犯，且应当被适度地加强，但是他们并没有取代对国家安全行政部门进行强势外部监督的需要。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 5 期【2013 年 5 月】第 1027 页以下）

## 刑事受害理论

A Theory of Criminal Victimization

Joshua Kleinfeld

在受害人易受伤害或无辜的情形下，考虑到在其他各方面确定的犯罪，刑事处罚具备系统性地严厉，在受害人强大或有罪的情形下，刑事处罚系统则没有那么严苛。我们对以下情形作区分处理：一个歹徒攻击另一个歹徒，以及一个歹徒攻击一个旁观者（尽管这些攻击在形式上可能是相同的）；或者是向成人贩卖毒品以及向孩子贩卖毒品（尽管刑法可能将两者视为相同情形对待）。然而这种问责和处罚模式已经被忽视。刑事学术研究和道德哲学没有提供任何理论以对其进行解释。并且，由于理论的缺乏，该模式本身已缺乏经验或是在实际情况中被误解。本文陈述了“受害”的概念——即一个错误行为的道德状态部分取决于错误的受害者易受伤害或无辜的程度，以及违法犯罪者利用此类受害者易受伤害性或

无辜的程度。文章显示出此概念隐含在刑法理论和实践中。同时在规范上而言，本文主张受害对刑事司法同样至关重要，且受害特别容易向狭隘的曲解发展，因此应当立即得到保护并对其进行约束。最后一节从方法论的意义上反思了本文对法律中道德哲学的研究方法——在该方法中，法律并非只是一个用来执行法外哲学调查结论的工具，而且是某些内在的适当的道德内容的研究对象，而哲学可以帮助揭露出问题。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 5 期【2013 年 5 月】第 1087 页以下）

## 作为宪法条件的享受药物测试福利者

Drug Testing Welfare Recipients as a Constitutional Condition

Ilan Wurman

本文质疑了先前以及当前关于享受福利者无嫌疑的药物测试的理论，并通过将学说的违宪条件适用到案件中以更广泛地质疑了最高法院的特殊需求学说。文章主张第四修正案的特殊需求学说是充分的，因为享受了药物测试福利待遇也许并不满足特殊需求，但其仍然是一个宪法条件。本文主张，凡是违宪条件学说在其他不同情况下能够适用，那么该学说确实有适用的必要；这样做解决了当前存在于第四修正案学说中的一些矛盾和不切实际之处，同时更好地解释了一些第四修正案案件；相比于根据当前的第四修正案方法而言，在药物测验方面享受福利条件在违宪条件学说下更有可能是合宪的，相反地会停止调查特殊需求学说。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 5 期【2013 年 5 月】第 1153 页以下）

（戚小乐 译）

（陈 丽 校）

## 简介：法律中的实证革命

Introduction: The Empirical Revolution in Law

Daniel E. Ho & Larry Kramer

这一研究将我们带入哪个方向？以及为什么可能(或不可能)对此持怀疑态度？本文不是通过抽象以及自上而下地回答这些问题——这几乎是一项不可能完成的任务，这一期的《斯坦福大学法律评论》根据特定的实质性领域的角度，自下而上的解决了这些问题。它选择了一些在第七届实证法律研究年度会议中提交的最好的论文作为研究出发点，并将这些问题的思想文化史置于上下文情景中来研究，从而论证了实证研究在法学研究起着如此重要作用的原因，并阐述了实证研究在法律研究中更具肯定性的展望。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1195 页以下）

## 民事诉讼法中的 *Twiqbal* 难题和实证研究

The *Twiqbal* Puzzle and Empirical Study of Civil Procedure

David Freeman Engstrom

在民事诉讼的发展进程中，没有几个案件能比得上“贝尔大西洋公司诉托姆布雷案”和“阿什克罗夫特诉伊克巴尔案”（以下简称 *Twiqbal*）这两个案件对最高法院判决带来的影响。事实上，审前实践现代转化中的早期分期做法，是起源于简易审判程序的崛起，且以最高法院 1986 年公布的《商标三部曲》为象征，其对于第 16 条和第 26 条规定下的司法案例管理权的不断膨胀以及“管理判断”的关联传播起到了重要作用，相较之下看起来类似于学术信号的波动。然而，*Twiqbal* 引发的反响不仅体现在期刊销量或关注度上。非同寻常的是，它对实证研究的影响也很大。事实上，若将此类案件比作鲜花，有时我们似乎可以看到有一百朵实证研究的鲜花同时盛开，且每一朵都声称会提炼出一些因素从而对重大决策产生实际影响。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1203 页以下）

## 说真的，人们到底想要什么？

But Seriously, Folks, What Do People Want?

Barbara H. Fried

很多年前，理查德·罗蒂在斯坦福大学的一次演讲中，叙述了下述故事：我的一个朋友，他是一个非常著名的决策理论家，需要在两所大学提供的相互矛盾的工作机会中作出决定。他思考了很久无法作出选择，最后打电话问罗蒂的意见：罗蒂建议说“你为什么不做一个你一直研究的决策树呢？”，朋友回答说：“哦，别这样，迪克，我现在是在说认真的。”

阅读行为经济学家在第七届实证法律研究的年度会议（CELS）中提供的论文时想到了这个故事。在过去的五十年里，最激动人心的工作之一就是社会科学工作，行为经济学中启发性教学及偏见（H&B）部分被认定为人类决策的稳健模式，其渐渐推翻了很多理性选择理论（RCT）中的核心假设：如我们有稳定的喜好、我们通过理性行为来优化我们的选择以及实用性取决于事物的最终状态（例如：总财富）而不是收益和损失的参考点（例如：优先财富）。

但是理性选择理论和部分启发式教学及偏见研究都依赖于一个前提，这可能比所有他们不同意的论点更为重要：即公共事业消费交易的最终载体是商品包，研究消费者的“真正”喜好是为了优化此类商品包，因此经启发式教学及偏见理论学者论证的预期理论及其他违反预期效用理论必然导致规范性不可接受的结果。我想在这里提出的问题是：如果上述前提是错误的呢？例如，假设在典型的购买决定中，消费者的“真正”喜好并不具有使财富最大化的功能（绝对、相对或衡量参考点的财富变化），而仅是减少在交易过程中花费的时间和精力，因为一旦消费者在一个相对较低的需求水平上达到一个可接受的物质消耗水平时，相较于其利用同一时间完成的其他事项，消费者仅能从优化的额外效用中获得极少的部分。那么这些在我们诠释行为经济学和心理学中的经验数据时会导致何种不同呢？（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1249 页以下）

## 回答问题、质疑答案及民主法律中经验主义的角色

Answering Questions, Questioning Answers, and the Roles of Empiricism  
in the Law of Democracy

Pamela S. Karlan

在民主法律领域中，线描往往是非常重要的。有时，此种线是文字意义上的，如选区重划。有时，此种线是理论和学术原则意义上的，如金融法竞选活动中饱受诟病的捐献/支出区别。因此民主法律领域中也存在着一些引人注目的事实即该领域也模糊了很多看似不具渗透性的“线”——例如在法律学者和社会科学学者之间，在学术与实践之间，在理论和经验主义之间，在规范性和描述性之间。诗人菲利普·拉金曾写到：“我们的生活总是通过各种纽带”，而现在在公法的特殊领域辛劳工作的我们每天也需通过各种纽带。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1269 页以下）

## 直觉

Intuitions

Mark Kelman

《战争中的常识道德和杀戮伦理观》一文，是斯坦福大学举办的第七届实证法律研究年度会议（CELS）中提交的众多优秀论文之一，其作者试图搞清楚普通人关于国际法律机制能否对某一或其他行动方案进行规制的真实想法，这实际上是一项更具道德性的行动方案。该论文的基本研究方法在过去的十年里非常流行：即实验哲学家们向拟调查的受访者提出若干问题，并分析受访者如何回答这些问题。当调查内容是关于受访者是否认为法律机制允许、授权或禁止人们的特定行为在道德上是可接受或令人满意的时，本文作者代表性的提出了两种说法：即他们目前正在进行的工作与政策制定者的工作密切相关。（【美】《斯坦福

## 公司法及公司治理中的事实与谎言

Fact and Fiction in Corporate Law and Governance

Michael Klausner

在公司法及公司治理中，实证研究的影响已经无处不在，事实表明在第七届实证法律研究年度会议所提交的论文中，超过四分之一的论文主题与此相关。从 20 世纪 70 年代开始，经济学和法学的理论家们就为实证研究奠定了坚实的基础。然而，对于实证研究中的关键问题，目前的理论仍不能给出一个满意的答案。例如，分级董事会的价值会有所提升吗？独立董事的价值呢？拆分首席执行官和董事会的地位会产生什么样的结果？对于这些问题，经济学和法学领域均有相应的理论支持。因此，实证分析是回答此类问题的必要方法。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1325 页以下）

## 实证刑法研究和体系转变

Empirical Criminal Law Scholarship and the Shift to Institutions

Robert Weisberg

本文利用第七届实证法律研究年度会议中所提交的一些范文来描述和评价日趋明显的实证法律研究趋势——这些范文帮助论证了统计数据如何在规范法律体系内在机构决策的环境下为政府提供有用的信息。聚焦于刑事审判机构的政治经济学，这项研究考察了在宪法要求、管理和财政挑战的约束下法律决策的制定，以及那些可用于区分刑法同其他规范形式的特殊义务论力量。更值得注意的是，这些研究探究了法律系统在关键决策点寄希望于其他机构官员时所不可避免的自由裁量权，在这些机构官员中特别关注了检控方——他们在所有种类的机构官员中是最重要且未经过审查的。特别是当遇到两种方法和目的的选择影响非功

利主义的价值时，他们认识到其利用的模式及结果尚处于早期且低水平的审判阶段。如此一来，这一研究框架告知了代表、监督或实施自由裁量权的机构官员应注意的问题，但它最终仍无法给出这些问题的答案。实证研究可以告诉我们什么是可以被测量的，但刑法中包含的不仅仅是可测量的内容。在某种程度上，研究能做的仅是提高部门决策者对剩余因素的范围和性质的尖锐敏感度，经验研究不能用精确度的保证来衡量。（【美】《斯坦福大学法律评论》第 65 卷第 6 期【2013 年 6 月】第 1371 页以下）

（陈 丽 译）

（戚小乐 校）

## 再移送

Reassignment

Toby J. Heytens

这篇文章是关于联邦上诉法院在超过五十个年头里做了超过 600 次的事情。这些事情就是再移送，即复审法院将一个案件返还给下位法院以进一步审理，但是这种审理是由另一个初审法院法官进行的。借助于当地规则和美国各个联邦巡回法庭和地区的非正式的再移送的做法，还有最初的 668 个发生再移送的判决的数据组，这篇文章首次对再移送何时发生，谁可以决定，已经如何决定进行了学术研究。更具体而言就是本文利用再转让作为探索上诉法院可能采取的控制初审法院法官和影响初审法院结果的各种方式一种途径。本文还讨论了再移送在司法公正和中立方面可以教会我们什么。最后，这篇文章讨论了再移送对类似的关于法律测试是否更好的争论。

这篇文章是关于联邦上诉法院在超过五十个年头里做了超过 600 次的事情。这些事情就是再移送，即复审法院将一个案件发回至下位法院以进一步审理，但是这种审理是由另一个初审法院法官进行的。借助于当地规则和美国各个联邦巡回法庭和地区的非正式的再移送的做法，还有最初的 668 个发生再移送的判决的数据组，这篇文章首次对再移送何时发生，谁可以决定，已经如何决定进行了学

术研究。更广泛地说，就是本文利用再移送作为探索上诉法院可能采取的控制初审法院法官和影响初审法院结果的各种方式的一种途径。本文还讨论了再移送在司法公正和中立方面可以教会我们什么。最后，这篇文章讨论了再移送对一些常见争论的影响，如法律测试通过规则或标准表达哪个更好，以及法官要为其判决说理到何种程序才能令人满意。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 1 页以下）

## 数据是言论吗？

Is Data Speech?

Jane Bambauer

隐私法基于这样一种未经检验的假设，即数据的集合不是言论。这种假设是不正确的。隐私法学者认识到了在这种长期保留的假设与第一修正案中的信息保护之间即将出现的冲突，他们认为数据和宪法想要保护的那一类言论是不同的。但他们没能清晰地和数据和其他更传统表达形式之间做出一个有意义的区分。同时，第一修正案的学者们也没有对自动获取数据的新技术给予充分的重视。这些技术手段重新开启了对什么是“言论”的问题的挑战。

本文对第一修正案的相关文献做出了两个迟来的贡献。第一，本文指出当第一修正案的范围模糊不清时，法院应当对政府管理的目的进行分析。第二，本文突出强调了第一修正案有关保护创造知识的权利理论的困境。无论国家在何时进行旨在干涉知识创造的管控，这种管控都应当受到第一修正案的详细审查。

总的来说，这些主张清晰地表明了为什么数据必须受到第一修正案的保护。当数据的收集或分配给立法者带来了困扰时，这一定是因为数据有告知或激发产生新舆论的潜在可能。数据保密法调整的是思想，而不是技术。因此，从一切实际目的上来说，和在任何有关隐私争论的情形中，数据就是言论。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 57 页以下）

## 司法部的建立：与公民权利或行政部门无关的专业化

The Creation of the Department of Justice:  
Professionalization Without Civil Rights or Civil Service

Jed Handelsman Shugerman

本文对 1870 年司法部（Department of Justice）的建立作出了一种新的解释，认为其是一次对联邦政府进行精简和专业化的努力。传统的观点认为，议会创建司法部是为了加强联邦政府的诉讼能力，以应对由内战引起的不断增加的案件。最新的学术研究认为，议会创建司法部是为了实施美国的重建计划并落实前奴隶的公民权利。然而，人们忽视了一点，即按照司法部法案的规定，要裁掉三分之一的联邦法律工作人员。司法部的建立与重建计划关系不大，更多的是为了“精简”（削减预算及反赞助改革）。司法部的建立与主要的专业化努力相关，如建立现代律师协会，使律师行业更加专业化、更加独立于党派政治。根据这一新的解释，司法部的建立与扩大联邦政府规模这一历史趋势背道而驰。相反，它引领着其它两个主要趋势：美国律师的专业化以及官僚自主权和专业知识的增加。这种观点帮助解释了一个历史性悖论：总统形式上控制起诉的美国体系是如何独一无二地与专业自主的规范和结构一同发展起来的。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 121 页以下）

## 驳斥推定：在加州受害者权利法案下对假释推迟的实证分析

Rebutting the Presumption: An Empirical Analysis of Parole Deferrals

Under Marsy's Law

David R. Friedman & Jackie M. Robinson

加州惩教局（California Department of Corrections and Rehabilitation）监管着国家最大数量的无期徒刑犯。每年，这些无期徒刑犯中有 1800 多人会到假释听证委员会（Board of Parole Hearings）寻求假释，约 75% 会遭到拒绝。加州受害者权利法案（Proposition 9 or Marsy's Law）大大改变了拒绝假释后的结果。以前，

被拒绝给予假释的无期徒刑犯一般最多等上两年就有机会重新陈述案情。在加州受害者权利法案的新体制下，被拒绝给予假释的无期徒刑犯必须推定等待 15 年才有下一次被假释的机会。尽管许多学者研究了给予或拒绝给予假释的决定，但是几乎都没有谈到，遭到一次拒绝后要推迟多久再重新考虑假释的相关决定。鉴于加州受害者权利法案带来的巨大变化，我们试图通过以经验主义的方法探究实践中这种新制度的运行来填补文献中的空白。本文最终发现了证据证明，几个法律之外的因素，如性别和长官身份，也许会影响这种新制度下推迟时间的长短。本文建议应该颁布新的指导原则以专门解决作出假释决定程序阶段的问题，并为此提供了坚实的经验基础。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 173 页以下）

## 集体行动的逻辑能否解释联邦制原则？

Does the Logic of Collective Action Explain Federalism Doctrine?

Aziz Z. Huq

最近，联邦制学者进行了一场“集体行动”的转变。时事评论员对于法院通过援引集体行动的经济模式在州和联邦政府之间配置监管机构的行为或表示认可，或表示批评。随后，赞成联邦的学者和赞成州的学者都恳求“集体行动争论”的主体承诺在宽泛的国家权力上给予司法默许，或者有力的司法干预以保护各州的利益。争论各方同时也在最近的最高法院判例中找到了共鸣之处。

这篇文章重新思考了集体行动争论对联邦制原则的相关性问题。本文并没有质疑集体行动的动力在美国联邦制进行描述性说明中所发挥的作用，而是为实现结构性宪法原则的目标而对其规范意义提出了挑战。本文的核心在于一个会产生多重影响的简单主张：没有什么独特的集体行动的逻辑可以很好的解释美国联邦制度。反而是与其相异的州的集合可以在不同的情况下遵循截然不同的轨迹。这些轨迹以不同的结束状态终止。集体行为在几个州之间的动力可以依据初始数据是如何设定的来产生不但最佳而且非常不受欢迎的均衡点。此外，推动美国联邦制发展的各种集体行动的动力极其多样，并且从经验上来讲，有可能会明确地指

向任何一个简单且稳固的司法途径。集体行动的数个逻辑缺乏一个充当可靠的经验法则的单一模型，因此其没有提供稳定的指导司法干预的指导原则。他们也没有为制宪者对联邦制的原始理解提供准确的代理。因此，本文得出的结论是司法上强制施行联邦制并不能在集体行动的争论中得到证成。本文认为，到了司法强制施行联邦制主要依赖集体行动解释的有效性和完整性的程度，法院放弃这一领域反而可能会有充分的理由。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 2 期【2014 年 2 月】第 217 页以下）

## 强制有性恋

Compulsory Sexuality

Elizabeth F. Emens

无性恋是一种新出现的身份类别，它对通常每个人都被定义为被某个性别类型所吸引的假设构成了挑战。无性恋者——他们感觉别人对其没有性吸引力——根据一项杰出研究，他们占人口的百分之一。近年来，有些人已经开始认定是无性恋者，并且通过他们的经验联合起来与性别社会相互作用。无性恋还在某个州和数个地区的反歧视法中成为了一个受保护的类别，但是法学研究还远远忽略了这一主体。

这篇文章将无性恋引入法律文献中作为一个分析范畴，实证研究的对象和医学科学上的一种现象。然后提供了一项对日益增长的自我认定为无性恋者的团体的仔细研究。无性恋身份与我们更熟悉的性别分类，性取向和残疾人有明显的交集，启发了理解性别的新模式。

思考无性恋的问题也使人们更为清楚地理解了我们的法律体系。我们的法律体系可以说是一个性法学，以性很重要的假设为依据。这篇文章利用无性恋对识别法律优待有性恋者的方式建立了一个新的框架。在各个领域内，这种相互作用涉及到性行为的法律规定，使有性恋规避法律的特殊分离，免于他人性的法律保护，以及性身份的法律保护。利用这种框架，本文描绘出我们的性法学给无性恋者带来烦扰，以及偶尔获利的一些方法。这篇文章通过仔细研究无性恋者对能在

联邦、州和地方反歧视法中被广泛包含的期望，从而得出结论。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 2 期【2014 年 2 月】第 303 页以下）

## 对社会企业征税

Taxing Social Enterprise

Lloyd Hitoshi Mayer & Joseph R. Ganahl

自从佛蒙特州 2008 年通过了首部混合体授权法律，随着越来越多的企业家们选择法定的混合体作为以盈利为目的和不以盈利为目的之间的一条中间道路，各州提供混合形式的数量得到了稳步增长。对混合体形式的赞同和批评的声音也激增。支持者赞美他们便利有社会意识的企业的行为。批评者们质疑混合体形式的可行性，并且认为他们制造出的信托冲突比他们解决掉的更多。然而，迄今为止并没有严格的学术出版物提出对混合体企业适当的课征方式，甚至混合体的一些支持者坚持这种形式应当享受税收优惠。

这篇文章通过全面研究支持税收优惠的理由和提供类似优惠有可能导致的后果消除了这种差距。我们得出的结论是，混合体企业不应该享受传统上为非盈利单位提供的税收优惠，因为这种税收优惠的扩张有可能会产生一种有害的影响。这种影响不仅仅涉及慈善组织和公共财政，而且对混合体企业本身也有影响。这种扩张几乎肯定需要对公共利益有一个更加准确而狭窄的定义，而这种定义会破坏混合体形式所提供的广受吹捧的灵活性，将混合体无法提供重大公共利益的财务风险全部从其投资者和捐赠者处转移至社会，对联邦政府施加实质性的和可能无法维系下去的负担以确保盈利并不会超过其所提供的公共利益，并且将要破坏对混合体形式和现有非盈利企业享有的税收优惠的公共支持。与此同时，我们还得出结论，对现有税法的一些修订是恰当的，因为他们可能承认混合体的优点而不会加重他们潜在的缺陷。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 2 期【2014 年 2 月】第 387 页以下）

# 心灵捕手：如何让联邦最高法院的猎人原则能始终庇护少数派不受政治过程歧视

Good Will Hunting: How the Supreme Court's Hunter Doctrine Can Still Shield Minorities from Political-Process Discrimination

Kerrel Murray

当第六巡回法庭否定了密歇根 2012 年反平权行动法案第二条时，其论证可能已经使得一些观察者搜索他们的第十四修正案论述。法院没有适用传统的平等保护条款，而是将其判决建立在平等保护法律体系的一个隐蔽的分支上，即起源于四十多年之前的猎人原则。这一原则从产生以来只被联邦最高法院使用过两次来废除法律，意图通过让法院废除运行中不保持中立的法律来保护少数派的政治程序权利，因为那些法律使得他们“获得对他们有利的立法”更加困难。第六巡回法庭的判决与第九巡回法庭有明显的分歧，第九巡回法庭十五年之前就支持相同的加利福尼亚的倡议。

这一原则的目的看起来确实值得赞赏，但是评论员和法院认为其实际上运作得如何是不明确的。尽管自从 1982 年开始联邦最高法院就避免使用该原则，但是巡回法庭的分歧迫使其必须比较该原则的范围和适用性。2013 年三月份它通过发布诉讼文件移送命令完成了这一任务。

本文对猎人原则的讨论做出了三点贡献。第一，当然，现存文献无一提出最近产生的巡回法院意见分歧。更重要的是，巡回法院的意见分歧为研究该原则如何运作提供了一个独特的机会，因为受到争论的法律是完全相同的——仅存的差别就是结果。第二，尽管很多文章已经讨论了直接民主的独特问题，但是据我了解，没有猎人原则的文献关注过联邦最高法院通过该原则废除法律是直接民主的产物这一事实的重要性。在这篇文章中，我参考了关于直接民主的文献，并提出这些问题在猎人原则的背景下有特别的重要性。第三，研究该原则的文章无一提出限制其的规范性建议。首先，我关注了由法院宣布的“非中立”规定的范围以及直接民主的独特醒之后。然后，我讨论了该原则应当被合理地限制在这些因素的汇合给少数派带来了政治过程负担的情形。以这种方式限制该原则有助于其在授予法官太多的裁量余地——以至于实行他们自身的政策偏好的批评中存活下来。

最后，我将受限制的原则适用于假设的事实情况，以表明当传统的平等保护原则失效时，其通过提供一种保护政治过程权利的方式作为少数派的庇护，仍然保持着效用。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 2 期【2014 年 2 月】第 443 页以下）

（沈纯霞 译）

（孙亚男 校）

## 超越平等性与充分性的对抗

Transcending Equality Versus Adequacy

Joshua E. Weishart

几十年来，有关儿童有权享有“平等”的教育还是“充分”的教育争论一直在进行着，在学校财政政策中占据重要地位。在这个财政赤字、公共教育预算大幅削减的时代，我认为，现在正是有所突破的时候了。

人们认为，教育机会平等要求对每位学生的开支相同或者是根据处于不同境遇下的孩子们的需要来调整开支。充分性被理解为，一定水平的教育开支应该能够满足一些绝对的而非相对的教育门槛。然而，在实践中，许多法院在解释其所属州的宪法性义务时，混淆了平等性和充分性理论。某些联邦法律阐述了这两种理论的原则。逐渐地，有更多的倡议者和学者开始认同平等性和充分性相互混合的方法。然而，有关这两种理论的争论持续存在于看似棘手的概念规则及其政治和法律影响上。

通过追溯作为法律学说的平等性和充分性的政治起源及发展过程，笔者解释了这两种学说的趋同点的重要性，认为少数分歧点在实践中是站不住脚的。教育机会平等不应解释为所有孩子获得教育成果的机会平等，因为这种想法是不可行的。教育的充分性也不应解释为完全漠视令人反对的不平等，因为该不平等是可以减少的。正确地看待平等性和充分性，它们之间不只是一致的，也是互相作用的。那就是说，孩子们应该拥有一个充分平等又同样充分的教育。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 3 期【2014 年 3 月】第 477 页以下）

## 消费者合同法中的“不阅读”问题

The No-Reading Problem in Consumer Contract Law

Ian Ayres & Alan Schwartz

本文认为，消费者保护法应该侧重于“条款乐观主义”——对于对自身有利的条款，消费者所期待的要比实际享受到的更多，而不是通过堂吉诃德式的尝试，让消费者阅读不断增加的公开信息以促使知悉情况的消费者同意。我们提出了一个制度，要求大众市场的销售者定期参与“条款证实”的过程，通过这一过程，销售者会了解消费者是否对协议所定的条款抱有准确的信念。满足或超出一般消费者期望的条款是可以实施的，即使它们被隐藏起来或只有在请求时才可以实施。但是，只有在拥有政府规定的标准边界的“警示框”中公开时，销售者才可以实施那些消费者未意料到的对其不利的条款。为了防止对警示框的过度使用，销售者要做到以下两点：（1）警示框中不包括满足或超出消费者期望的条款；（2）对警示框中条款的顺序要按照对消费者的重要性从高到低依次列出。这样一个条款证实的制度再加上对出乎意料的条款进行针对性的警告便可以使消费者免于阅读的义务，因其本就是不切实际的理想。它通过突出那些最有可能制止知情同意的条款，有效地利用了消费者不多的注意力。条款证实使得代表性消费者决定销售者公开的内容，因此对形式合同的内容进行了民主化。

我们报告了一项原始的条款证实现场试验的结果，该试验记录了消费者对未经阅读的 Facebook 最终用户许可协议条款的期待。我们发现，结果与我们的分析一致，即条款乐观主义确实存在：根据我们的建议，除非经过明显的公开，一些出乎意料的、对消费者不利的条款将推定为不可实施。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 3 期【2014 年 3 月】第 545 页以下）

## 管理正义和大规模轻罪

Managerial Justice and Mass Misdemeanors

20 世纪 90 年代中期，纽约市通过倡导以强化对轻微犯罪的执法力度为特点的政策性策略，开始了其大规模轻罪的时代，该策略是提高生活质量和控制城市犯罪战略的一部分。从此，这些策略就在美国甚至全球广泛传播。但是纽约市的该实验阻碍了我们对于刑事执法扩张应该如何运作的传统理解：作为故意执法策略的一部分，随着轻罪拘留量急剧上升，刑事定罪率骤然下降。通过使用多年研究得来的广泛而原始的数据，本文提出了一个在纽约市处理大规模轻罪的过程中未得到正确认可的刑事管理模式，该模式使这一趋势变得有意义。纽约市审理轻罪案件的法官大多数都抛弃了我所称为的刑法实施的判决模式——关于具体案件的判决——却在我所称为的管理模式之下进行审判——通过最终参与刑事司法系统来对人们进行管理。判决模式认为法院应该站在禁止适用实体刑法和虐待性惩罚之间，通过运用刑事程序来选择应该进行惩罚的正确的人以及决定合理的惩罚程度。管理模式并不依赖于惩罚个人的违法行为，而是运用刑事程序对最终符合这些政策性策略的人进行分类和管理。这些发现挑战了通常与下级刑事法院联系在一起“流水线”的描述，表明审理轻罪案件的法院处理“流水线”上的人时采取了大量任意性的差别待遇。然而，这种差别化的基础，即罪行和应受指责性，在传统的判决模式中便无处可寻。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 3 期【2014 年 3 月】第 611 页以下）

## **Exergen 案和 Therasense 案的影响**

The Exergen and Therasense Effects

Robert D. Swanson

本文运用经验主义的方法考察了专利法中的不公正行为法则。不公正行为是对专利侵权的一种抗辩，指控专利持有人为了获得专利而对美国专利和商标局进行欺骗。美国联邦巡回法院最近对 Exergen 案和 Therasense 案作出了判决，在此之前，不公正行为的抗辩被认为长期遭到过度使用。因此，专利申请人在其申请

中会引用更多的先前技术，以避免之后遭到指控，卷入欺骗性遗漏诉讼。联邦巡回法院以 Exergen 案和 Therasense 案作出了回应，分别强调了不公正行为的主张标准和所要求的法律证据。

许多评论者，尤其是专利抗辩律师界人士，认为联邦巡回法院过分限制了不公正行为的抗辩，以至于其实质上成为了一个死的法则。本文通过增加综合性的数据，引起对这一问题的讨论。为了更好地理解 Exergen 和 Therasense 案的影响，本文针对所涉时间段内每件专利案件，计算了被控侵权人主张及证明不公正行为的几率。结果表明，对不公正行为抗辩的使用比许多人认为的要少得多，与联邦巡回法院在 Therasense 案中多数人的主张相矛盾。而且，数据表明，Exergen 案和 Therasense 案都进一步促进了被控侵权人减少对不公正行为抗辩的使用。在对数据进行全面探究的基础之上，本文认为，联邦巡回法院在 Therasense 案中表现得有些过激（但在 Exergen 案中却没有）。对于不公正行为法则更好的阐述应该是 Therasense 案中异议意见中提倡的因果关系测试，采纳的是美国专利和商标局较低的重大性标准。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 3 期【2014 年 3 月】第 695 页以下）

（孙亚男 译）

（沈纯霞 校）

## 内部法定解释——有关国会起草，授权和学说的实证研究

Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional

Drafting, Delegation, and the Canons: Part II

Lisa Schultz Bressman & Abbe R. Gluck

本文是传达最广泛调查的两篇文章的第二篇，该调查是对 137 位国会起草者所做的，有关法定解释和行政授权原理的调查。第一篇文章专注于受访者对于法院所适用的解释原则的了解和使用。本文则是远离司法视角。本文的结论强调被忽视的立法软肋：人事，结构以及与过程有关的因素，即，是受访者一再主动请缨，而不是司法解释规则，推动了起草过程的细节。这些因素包括从委员会体系

所造成的碎片化，到无党派的专业工作人员在法定文本的起草过程中的中心地位，到使用日益非正统的立法程序——我们的受访者告诉我们，每一个因素都影响着法定的一致性，并用其他重要方式使用立法历史。受访者描述到，立法工作人员主要与机构进行解释性对话，而不是法院，因此，他们将不是法院所考虑的，用于与机构之间的交流的不同类型的信号。

大多数结构，人员，以及受访者所强调的与过程相关的因素，还未被法院和学者认清，但是他们会当前部署下，几乎每一个法定解释推定提出质疑。本文打击了文本主义和目的主义有关自己的理论最有利于增强民主的主张，因为他们都没有作出令人满意的努力，去真正体现国会的期望。我们的研究结果文本主义的操作性假设，即文本始终是立法交易的最好的证据，提出了质疑，并认为更为相关的结构性特点可能会做得更好，尽管该特点仍是形式主义的。我们的研究结果进一步表明，虽然目的主义者或折衷理论家可能具有一个更有语境办法的正确想法，但是他们所关注的许多因素与国会所利用的因素并不相同。许多他们着眼于其中的因素是不一样的那些国会利用了。关于授权，我们的研究结果表明，这两种类型的理论家，现在看来，雪佛龙过于以文本化和法庭为中心，去实际捕捉国会授权的意向，尽管这一直是其宣称的目的。

最后，我们的研究结果作出了提问，即那种目前为大多数法官所使用的，以影响立法交易为目标，并时常关注精细文本的细节的“善意代理人”的解释方法是否都不能成功。因此，我们期待以更少依赖于国会的工作方式，包括法律规则和实践方法的不同的范式来解释。这些替代对香肠工厂的问题作出回应，但是又根据现代司法情感对立法至上的显著关心，提出了不同的挑战。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 4 期【2014 年 4 月】第 725 页以下）

## 循证量刑和歧视的科学合理化

Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination

Sonja B. Starr

对于刑事定罪依靠包含人口和社会经济变量的累犯风险预测精算工具的发

展趋势，本文以法律和经验为基础，对其进行了批评。笔者认为，这一做法违反了平等保护条款，并且是个糟糕的政策：明确接受了用科学语言净化过的，本应判定的歧视。为了证明这种做法引起了强烈地根本性关注，笔者对相关判例法进行了全面回顾，这些判例法中的大部分已被现有文献忽略了。为了证明这一政策未被补偿国家利益而证成，笔者对工具下潜在的经验证据进行了回顾。笔者表明他们广泛提供了不精确个人风险预测，并且没有令人信服的证据表明这些预测胜过法官非正式的预言，也没有可以实行的具有更少歧视性的替代品，该工具甚至没有解决正确的问题：某一特定的定罪判决对累犯风险的影响。最后，我也提出了新的经验证据，该证据以使用虚构案例随机试验为基础，以表明这些工具不应该因为更少的科学风险评估而仅被期待用于替代精算预测，而是应用于提高累犯风险相较于其他量刑考量的权重。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 4 期【2014 年 4 月】第 803 页以下）

## 美国公法的现代化：医疗改革以及宪政之流行

The Modernization of American Public Law: Health Care Reform  
and Popular Constitutionalism

David A. Super

患者保护与平价医疗法案（ACA）通过重要的方式对美国公法进行了改革，使其内容远远超出医疗本身。同在独立企业国家联盟诉西贝利厄斯一案中所发生的理论转变一样重要，ACA 面向公法的结构性转变也将很有可能被证明远远比它所应确立的重要的多。有关于 ACA 的争斗，触发了自从禁止惨败后就被第五条规定的正式修订程序所取代的一种“宪政时刻”。法院参与到这一过程中，但是有关这些宪法时刻的成果所具有的决定性和持久性特征，仍然源自于广泛的群众参与。

尽管存在法院的裁决以及 2012 年选举的结果，但是，无论是在联邦，还是在各州，有关于执行还是搁置 ACA 的争论仍然有增无减，直到我们的人民提出一个明确的决定。ACA 是存活还是失败将决定着指导联邦制，社会保险，税收政策和私有化在未来几十年的发展的基本原则。

在这些领域中，新政在传统主义的社会价值和现代化语境下的经济效率和利益集团自由主义之间留给我们一个微妙的调和。因为单行法远比新政更强调反对传统，这种平衡面临着越来越大的压力。但是由于缺乏广泛的群众参与，无法确立起决定性的新原则明确的新原则。ACA 的确立会提升公法中的技术性规范，成为自民权改革以来，我国基本法律的首次变化。ACA 的失败将会使个人主义，道德，及前新政规范得以振兴，并会允许对手尝试对抗技术统治的反向变革。

（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 4 期【2014 年 4 月】第 873 页以下）

## 从附带收益中寻找钻石：附带收益的征税

Searching for Diamond in the Two-and-Twenty Rough: The Taxation of Carried  
Interests

William Gray Cochran

本文从实际投入资本是优先资本收益待遇的先决条件这一前提引入。本文认为附带收益由服务收入和投资收入聚合而成，并且每个组成部分应各自征税。本文引进了数学分支模型，用于将附带收益分解成服务部分和投资部分，该方法代表着用数学方法区分那些组成部分的第一次严谨尝试。这表明，当前对于附带收益征税所进行的辩论大都是臆测的，因为各方都目光短浅，很少关注税收理论的基础。做最有利于纳税人的基金经理的假设，包括长期基金不寻常的高增长率，数学分支模型表明，理论上讲，附带收益的服务部分超过了一甚至是实际投资部分对的利益。相反，本文的目的是从理论上，为附带收益争论提供一个上位起点，该起点来源于这样一个前提，即只有实际投资收入才能获得优先资本收益待遇。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 4 期【2014 年 4 月】第 953 页以下）

（魏琪译）

（吴晶校）

## 充分理由、宪法合理性、未被认可的“毫无意义的羞辱”

Probable Cause, Constitutional Reasonableness, and the Unrecognized Point of a  
“Pointless Indignity”

Josh Bowers

警察进行逮捕需要充分理由。但是通常警察的逮捕行为不再需要充分理由。在这种情况下，即使某种逮捕行为完全不符合合理的道德标准或其他辅助性标准，其在宪法上也可能是合理的。事实上，法院甚至一直支持被称之为“无端羞辱”和“无目标侮辱”的逮捕。我在文中探究了是什么导致了法院对第四修正案的合理性采用盛行的方法论。另外，我评估了法院的说理，看其是否经得住审查，我认为法院的方法论起源于合法性原则这一特殊概念。即以犯罪嫌疑为基石且具有排他性的形式主义。然而 对理由并得出结论：合法性原则的主要目的是守护行政自由裁量权免于任意行使，兼具充分理由和一般合理性的双层宪法能够使得这一目的得到更好的实现。换言之，我认为充分理由能够成为相关定性考量因素的最佳特殊补充（而不是特殊替代品）。为了论证这一理论，我只关注一种充分理由几乎被完全拆分的特殊性考量，该考量是一种尊严。然而，我的目的并不是看到第四修正案成为尊严导向型。尊严重要，但无论尊严还是充分理由（或是其他任何因素）并不那么重要。我认为宪法合理性运用者不正当忽视的那些定性考量因素都可以用尊严作为补充。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 5 期【2014 年 5 月】第 987 页以下）

## Board-R-Us 公司：公司股东会的概念重组

Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards

Stephen M. Bainbridge & M. Todd Henderson

州公司法规定“自然人”担任董事。本文审视了这一规定并得出结论：允许公司（包括合伙企业、责任有限公司、其他商业主体）提供董事会服务能获得巨大利益。我们称这些公司为“董事会服务提供商”（BSPs）。我们认为雇佣 BSP

代替松散的独资企业单独为董事会提供服务提升了董事会对于市场和法院的责任。董事会服务行业(包括垂直的顾问一体化服务和其他支持董事会成员的功能)里潜在的规模经济和范围经济以及风险分担和人才配置的利益意味着大型的提供专业董事服务的公司将会出现,从而产生不同于公司控制市场的公司治理市场。董事会的运作会更加透明,包括对市场治理的更优定价以及在危难关头董事会决议的信誉资产的增加。这意味着在其他条件相同的情况下企业治理情况会得到改善。然而本文的目的并非巩固股东对公司的控制,而是表明如何利用董事会服务公司来增强管理权。这表明我们提出的改革具有中立性,因此我们可将其视为对董事会的概念重组,而非对公司权力最优化的声明。(【美】《斯坦福法律评论》第66卷第5期【2014年5月】第1051页以下)

## 在裁决专利案件时法官的经验会产生偏见吗?

Does Familiarity Breed Contempt Among Judges Deciding Patent Cases?

Mark A. Lemley, Su Li & Jennifer M. Urban

我们首次全面分析了地方法院法官的经验是如何影响其判决的作出的。我们发现法官的经验和案件结果之间有着显著的且在统计学上来说非常重大的关联:越是经验丰富的法官越不会做出有利于专利所有人的判决,并且这种关联只存在于判决不侵权的案件中。至于能否判断专利的效力就和法官的经验无关了。这种关系是所有法官间自然形成而非受到特定法官裁决的驱使。一些技术(像生物技术和机械制造)领域专利权人获胜的情况越来越多,但是计算机硬件和软件的专利权人胜诉的可能却很小,这些情况是个别法官始料未及的。一些地方法院,像特拉华地区和新泽西地区,更偏向判决专利侵权。出人意料的是我们并未发现德州东部地区的诉讼和专利权人胜诉与否的裁决之间有什么关联。最后,我们发现控诉多项专利侵权的案件中判决至少一种专利受侵犯的可能性非常大。

我们得出的结果有悖于文献资料和学术研究所隐含的假设:特定地区对特定情况有偏见,这导致了择地诉讼情形的发生。他们在文献、建立专门专利法庭的倡议书中以及专利试点项目书中首次对这一假设进行了测试,其结果是在审判阶

段对专利案件有经验的法官将会作出——通常来说是“更合理的”不同于我们看到的综合法院所作出的判决结果。我们得出的结果表明两者之间的结果确实不同，但前者“更加合理”却是外行人的观点。结果还表明经验效应已席卷全国各地区，在缺乏经验的法官那里专利所有权人将会获得更多的诉讼利益，至少在侵权问题上是这样的。基于产生这一效应的原因，我们认为建立专门的专利审判法院有助于被诉侵权者而非专利权人。由此引发的问题是：专利如何进一步改革，专业法庭的价值如何衡量。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 5 期【2014 年 5 月】第 1121 页以下）

## 迪格规则的新方法

A New Approach to the Teague Doctrine

Kendall Turner

迪格诉莱恩案排除了刑事程序的新宪法规则在刑事定罪附带审查中溯及既往的适用。联邦法院运用新规则审查州法院定罪的刑事案件时其逻辑是：保护联邦国家的社会利益及裁决终局性。但是法院却在大量涉及程序问题的案件中适用这一规则，甚至有些时候促使迪格规则诞生的因素都未在该案中出现。本文考察了三种滥用迪格规则情形。然后本文将会解释这些滥用的情形不仅在理论上存在问题，其在实务中也同样存在问题。最后本文将会提出解决问题的方案（或者说是解决方案的引子）。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 5 期【2014 年 5 月】第 1159 页以下）

（吴 晶 译）

（刘文丽 校）

## 50 年代的民权法案

### 过去，现在和未来

The Civil Rights Act at Fifty

Past, Present, Future

David Freeman Engstrom

1964 年的民权法案是 20 世纪中的里程碑式的重大立法。它的规定，或好或坏，广泛地进入到了美国人的社会和生活领域。它催生了国内和海外的一系列相似的立法。长期以来，它一直占据众多学者关于美国公共法律思想的中心。由于这些原因，该法案制定的十五周年纪念日值得纪念和反思。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1195 页以下）

## 自由论者对公共场所法的绝对挑战

The Unrelenting Libertarian Challenge to Public Accommodations Law

Samuel R. Bagenstos

禁止在公共场所进行种族歧视的 1964 年民权法案是一个重大的成功，对此，人们达成了广泛的一致。但是这种一致是一种幻觉。目前，通过公共场所禁止歧视的法律存在于重大的法律威胁之下。这一威胁只不过是公共场所法的反复争论，而这一争论最早开始于重建时期。本文在一开始探讨了重建时期及民权时代所产生的对反歧视原则渗透入私人商业习惯选择的争论。虽然这一争论探讨于民事权利对抗社会权利方面的早期，财产、合同及社团方面的晚期，但都与各个时期对公共场所的积极反对有着相同的基础。随后，本文转向了现在的争论。首先探讨了兰德·保罗质疑公共场所法是否和自由原则相一致的 2010 条意见和杰出的自由主义评论员对这些评论所作出的尖锐回应。它表明保罗的对手仅仅是在实用主义——而非在原则——立场上与其达成一致。之后文章转向分析美国童子军诉戴尔以及它的近况，约定逐渐消解显著的商业区别以阻止戴尔威胁公共场所法的核心。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1205 页以下）

## 1964 年民权法案规定的公共场所:为什么要将 结社自由看成是一项人权

Public Accommodations Under the Civil Rights Act of 1964: Why Freedom of  
Association Counts as a Human Right

Richard A. Epstein

在 1964 年民权法案的五十周年纪念庆上, 其 Title II 法案赢得了社会上所有党派的广泛支持。这种支持在某些方面上是完全应得的, 如公共场所的反歧视条款补偿了公共运输业者和公共事业的垄断权, 又如使得被滥用的公权力及在竞争市场下, 针对少数消费者抑制其自由进入市场的私人暴力归于无效。

然而, 当不断扩张的 Title II 法案的反歧视原则应用于隔离主义者的势力不再支配的正规企业时, 其合法性越来越难以证明。特别是, 当这些原则适用于关心共同治理和目标的会员组织时是令人生疑的。在这些情况下, 结社自由原则应当给予所有组织以宪法性的保护, 即使是那些在社团表达的不确定性规则中屹立不倒的组织。

在现代, 公共场所的反歧视规则应用于基督教团体从道德层面上反对同性婚姻, 这使得 Title II 法案最初目标发生了令人遗憾的逆转, 运用州权强迫那些组织作出市场中存在的令人不快的选择或是要求其遵从禁止任何组织在性取向上进行歧视的现代人权法律。这些规则应当被摧毁, 即使是其他的反歧视禁止代表了一批在今天没人希望实现的固定预期。(【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1241 页以下)

## 无名的律师制度:Title VI 和私人执行的含义

Lawyering That Has No Name: Title VI and the Meaning of Private Enforcement

Olatunde C.A. Johnson

在 1964 年人权法案的五十周年之际, 本文分析了 Title VI 法案有关私人执

行的问题。本文回顾了法庭在著名的判决中，如 Regents of the University of California v. Bakke and Alexander v. Sandoval 一案所采取的过度限制私人执行的方法。然而本文认为对 Title VI 法案关于法庭私人执行的重点关注会继续将该规定归类到公民权利话语的空白之中，从而使得该规定在很大程度上只能作为民事权利法律中的“沉睡的巨人”出现。Title VI 法案在律师制度中的实践不仅仅是努力寻求法庭对政治机构和政策背景下的这一条款遵循，而且要寻求政治机构和政策背景下这一条款的监督，贯彻，扩大及详细说明。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1293 页以下）

## **对每一位雇员“个人最佳”的法律保护:Title VII 法案 禁止性别歧视, Price Waterhouse v.Hopkins 遗产案, 及 ENDA 的前景**

Legal Protections for the “Personal Best” of Each Employee: Title VII’s Prohibition  
on Sex Discrimination, the Legacy of Price Waterhouse v. Hopkins,  
and the Prospect of ENDA  
Mary Anne Case

本文的目的之一就是分析不管生理性别，心理性别及性取向的情况下，反歧视就业法律最大程度地促进实际上是每位雇员的“个人最佳”的方法，目前潜在的传播媒介先于国会的是反就业歧视法案，它将为雇员们提供明确的保护，使得他们免于在性取向（包括同性恋，异性恋，以及不幸的是，并被无性恋的双性恋。）及性别认定方面受到歧视。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1333 页以下）

## **无处不在的偏见:反思就业歧视法律**

Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law

Richard Thompson Ford

就业歧视法学假设例如“歧视”，“目的”，“原因”等关键概念以及多种多样的禁止歧视背景，涉及到互不相连的和客观证实的现象或事实。我认为所有的这些概念不仅仅是定义拙劣或模糊，大多数甚至不能够称得上是正确的定义。借鉴私法令人熟悉的发展，例如法律现实主义者对侵权行为的客观原因的批判，我认为，在实践中，反歧视法律的核心概念并非被描述成客观现象或事实，相反，它们指的是雇主特权和平等主义者的目标之间的社会冲突。讽刺的是，即使是在最佳状态，就业歧视法也没能真正地禁止歧视；相反它施加给雇主注意义务以避免其决定摧毁社会平等。这一启示试图通过使就业歧视法更加关注“事实”而提高它——例如，在混合动机的案例中运用定量经验主义理论提炼原因或者根据社会心理学的革新来定义差别对待的目的——是不可能成功的，因为这些事实并没有真正地指向争议焦点。相反，我们能搞更好地改进就业歧视法律——在平等主义者的干预以及更少合法的雇主特权的侵入下使得它更成功——假如我们试图放弃去准确定义例如“客观原因”以及“差别对待的目的”等这些概念而去关注雇主的注意义务以避免雇主的反特权决定。（【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1381 页以下）

## 阐明 Article III 原告资格中的理性联接”要件

Articulating a “Rational Connection” Requirement in Article III Standing

John S. Haddock

在 2011 年任期的最后一天，最高法院在目光短浅的批准后又驳回了 First American Financial Corp. V. Edwards 一案中的诉状移送令。这一驳回，在近 7 个月的口头辩论之后，对这个许多人认为将会成为任期内“最大冷门”的案件来说是一个不同寻常的结果。之前法院争议的是 Article III 是否限制了国会授权法定权利受到侵害的诉讼当事人原告资格的权利。在口头辩论中，最高法院的成员对现存的规定表现出不安——Article III 的损害可能存在“仅仅凭借创造法定权利

的法规，这种侵害造就了原告资格。”本文说明最高法院是从什么地方停下的。它说明现存的规定在允许原告对私人团体提起诉讼却不表明他们的行为是如何以不同的方式对原告造成损害这个范围内是不完整的。本文认为 Article III 要求，在争议中，原告的损害和侵害行为应当有“理性联接”。本文建议最高法院阐明这样一种“理性联接”的构成要件以填补仍在试验中的特殊损害的理论空白。

【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1423 页以下)

## 和美国的植物人交流:神经影像在美国残疾人法中的角色

Communicating with Vegetative State Patients: The Role of Neuroimaging in  
American Disability Law

Dalia B. Taylor

病人在植物人状态看似是醒着的但却是无意识的。如果他们的这种植物人状态已经超过一年，那么他们恢复的可能就非常渺茫了。而且，没人能够和他们交流，包括医生，爱他们的每个人以及他们的家人。然而新的科学证据已经向我们所理解的黑暗现实发出了挑战。特别是，最近的神经学研究已经表明大量的植物人病人实际上是有意识的，通过大脑扫描技术的运用他们也能够与人交流。这一令人激动的进展产生了许多难以解决的问题，包括我们在这里所分析的一个:就我们目前所知道的神经影像可能是与这些病人交流的唯一方式，根据美国残疾人法人们是否将会要求提供大脑扫描设备这样的保健设施?本文认为，向医院寻求神经影像技术的诉讼有极大成功的可能。对原告来说其主要挑战在于使法官信服现存的科学证据实际上已经表明神经影像能够促进病人之间的交流。最终，如果合适的法律框架进一步发展，大脑扫描技术能够允许植物人病人就他们的医疗护理作出自己的决定，同时也能让他们的家人和自己爱的人交流。

【美】《斯坦福法律评论》第 66 卷第 6 期【2014 年 6 月】第 1451 页以下)

(刘文丽 译)

(魏 琪 校)

## 网络服务的中立和质量：非歧视规则应当是怎样的

Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should  
Look Like

Barbara van Schewick

过去十年中，对于“网络中立”的讨论始终是互联网政策的讨论焦点之一。各国政府都在调查是否需要法律法规来限制网络服务提供商干预网络申请、内容和提供服务的能力。除了禁止网络提供商封锁申请、内容和服务的规则外，禁止歧视的规则也是网络中立制度的核心。非歧视规则适用于任何缺少封锁的不平等对待。考虑采用网络中立规则的决策者需要决定哪种不平等对待需要禁止。

本文做出了 5 个贡献：首先它提出了一个实质性框架，决策者可以利用这个框架来评估网络中立的替代性建议和特殊的歧视行为。第二，本文评估了八种现行的非歧视规则及互联网公开秩序的非歧视规则并提出一个全世界都应当采用的非歧视规则——禁止特别申请歧视，准许不可知的歧视。这个规则 FCC 的互联网公开秩序部分采用。第三，本文强调了反垄断框架和理论框架的区别以及更广阔的网络服务中立框架规则的理论基础，并解释了为何反垄断框架不能规制所有的封锁和歧视情况。第四，本文首次深入分析了网络中立与被称之为“服务质量”的新网络等级服务之间的关系。最后，本文首次详述了固定宽带网络接入的网络公开秩序非歧视规则。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 1 期【2015 年 1 月】第 1 页以下）

## 后婚姻家庭法：非婚家庭的法律构建

Postmarital Family Law: A Legal Structure for Nonmarital Families

Clare Huntington

家庭法是基于婚姻关系的，但是越来越多的家庭生活不是基于婚姻关系。美国家庭正在发生改变，结婚率稳步下降，超过四成的孩子是非婚生子女。婚生子

女在众多指标上落后于婚生子女，导致了儿童之间严重不平等。贫困及相关因素可以解释该种差异的大部分，但是，新的社会学证据显示，家庭结构是问题关键部分，尤其是那些非婚父母在关系断裂之后的矛盾和分裂问题。随着各个阶层的非婚生子女的增多，在儿童之间的影响将会是深远的。

这种转变是家庭法如今面对的最重大问题，法学者们对涉及家庭法结构和实质的回应比较迟缓。在家庭法中，结婚家庭给所有家庭做出了错误的代表，不仅是边缘化了非婚家庭，也破坏了他们之间脆弱的关系。

解决婚姻家庭和非婚家庭的需要是婚姻法的关键。这对国家法律法规、以及实践中的新学说、制度和规范带来了新的理论。一些女权主义者认为国家应该关注父母与子女之间的关系而不是婚姻关系，而另一些评论者仍然固执认为，婚姻是第一位的，将婚姻关系提升到高于其他家庭关系的地位，除非有证据表明婚姻关系破裂。这些回应根本性地误解了正常的非婚家庭生活，父母之间的互动会深刻影响小孩，但是父母不会结婚。然而我们必须认识到，父母的婚姻关系是可以分离，但是感情关系是不可以的。因此，国家应当帮助非婚父母成为合格的父母，尤其是那些感情分裂的父母，所以他们可以提供给小孩健康发展的关系。这样的理论中的家庭法，将会引起人们更多的讨论：如果婚姻关系不是这个世界定义家庭生活前提，我们应当如何应对？（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 1 期【2015 年 1 月】第 167 页以下）

## 国家安全泄密和宪法性责任

National Security Leaks and Constitutional Duty

Alexander J. Kasner

爱德华·斯诺登泄露国家安全信息是美国悠久、复杂的政府信息泄密史的新篇章。这样的泄密可以帮助我们探索出可能会逃避监管的非法和违宪的行为。然而，不同于新闻媒体，政府泄密者经常是不受宪法保护的。国家监管泄露提供了政府行为或分权制衡合宪性讨论的机会，但是对于促成该讨论的泄露者没有任何反思。本文着眼于宪法对泄密政府官员的处理从而解决了该种疏忽。这让我们考

虑官员的责任，通过第六条款宣誓条款来支持宪法。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 1 期【2015 年 1 月】第 241 页以下）

（施 骏 译）

（茹 翼 校）

## 第四修正案和全球互联网

The Fourth Amendment and the Global Internet

Orin S. Kerr

本文对于如何将第四修正案适用于全球性的互联网监控进行了探究。本文着重讨论两类法院尚未解决的问题。首先，最高法院有关美国诉瓦多戈-阿奎德兹的判决提出了许多疑惑，有关于第四修正案如何对待缺乏许多宪法第四修正案之上权利的全球网络监督。例如，网上联系能够帮助建立这些权利吗？如果政府错误地认为目标缺乏宪法第四修正案的权利呢？对于那些拥有宪法第四修正案之上权利的主体和那些缺乏宪法第四修正案之上权利的主体之间通信的监督，法律该如何适用？第二类问题遵循其他的合理性标准，该标准适用于美国以外的国家和国际间。边界搜索的例外是否仅仅适用于电子传输？如果合理性标准随着地点而变化，那么该相关地点是搜索地，扣押地，还是自然人所在地？

本文利用平衡调整，一种将第四修正案适用于技术性变革，以维持宪法保护的先在平衡的方式对这些问题进行研究，并作出回答。第四修正案学说在很大程度上具有地域性：与美国所影响的宪法保护的地域和存在有关。本文旨在将用于国内的，物理环境的现存原则过渡适用于一个全球性的，网络化的世界中。本文的结论是，法院应拒绝将网上接触作为第四修正案保护的基础；政府不恰当地，但是合理地相信，一个目标缺乏宪法第四修正案的权利时，允许监督；对于那些拥有和缺乏宪法第四修正案权利的主体之间，则限制监督。文中还声称，边界搜索例外不应适用于电子传输，合理性标准应遵从数据扣押地之标准。总之，本文所提出的解决方案，提供了一套针对全球计算机网络现实的宪法第四修正案规则。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 2 期【2015 年 2 月】第 285 页以下）

## 私人损害的公共赔偿：有关美国证券交易委员会公平资金分配的证据

Public Compensation for Private Harm: Evidence from the SEC's Fair Fund  
Distributions

Urska Velikonja

美国证券交易委员会的首要目标是强制遵守证券法律。几乎同样重要，但不太明显的是美国证券交易委员会崛起为被欺骗投资者的赔偿来源。2002 年的萨班斯 - 奥克斯利法案通过允许机构借助公平资金分配所收集的民事罚款，从而扩大了美国证券交易委员会赔偿投资者的能力。

基于几个知名案例，公平资金分配一直被讥讽为更小的，更无力的私人证券诉讼版本，是在重复案件里对 SEC 资源的浪费。本文是探讨 2002 年至 2013 年间所创造的总共 243 个公平资金的首个实证研究，通过该实证研究，美国证券交易委员会将分配给被欺骗投资者 144.6 亿美元。与传统观点相反，本文研究发现，美国证券交易委员会的分配额并不小，并且在大多数情况下，也没有低效地将损害从受害股东循环转移给自己。但是三分之二的公平资金是用于赔偿那些能够最好被描述为被金融中介机构进行了客户欺诈或反竞争行为的投资者。

重要的是，研究还显示，用于证券欺诈的私人赔偿和公共赔偿并非同时存在。美国证券交易委员会在大多数情况下，是在私人诉讼不可用的或不切实际的时候，才去赔偿投资者的损失。公共赔偿的兴起，如 SEC 的资金分配，填补了证券法中许多受害者无私力救济的空白。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 2 期【2015 年 2 月】第 331 页以下）

## 战间宪法：漫长建立时的联邦制

The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment

Alison L. LaCroix

如今，消费力机制有助于推动现代联邦机器的运转。但是，十九世纪早期的宪法辩论表明，消费能力基本上是一种变通，一种最近的变通，是美国国会在尊重第一条和第十修正案设定的正式边界的同时，达成一定的政治和法律目的的工具。1815年和1861年之间的“战间”期对美国宪法有着极大的影响，特别是有国会权的相关学说的建构，这些学说现在被我们放置在“联邦制”的总标题下：消费力，第一条下列举的权力，以及第十修正案下的反征用原则。十九世纪早期的政治和法律界人士认为，他们处于漫长的建立期，在该时期联邦与州的关系下的基本条款仍然值得商榷。宪法学者们错误地忽视了这一时期的宪法创造力。从规范性来讲，我主张一种现代宪法解释的方法，该方法承认了宪法容忍度的局面具有不断变化的性质，也提供了有关该变化的准确轮廓的书面证据。通过研究消费力如何随着时间的推移而演变，特别是在文本自身的保持不变表明了，有关联邦体制的想法是不固定的。因此，宪政联邦制本身是不固定的，而是一个由宪法原旨主义方法所控制的，在宪法学说领域中特别重要的见解。（【美】《斯坦福法律评论》第67卷第2期【2015年2月】第397页以下）

## 定罪语境：非自愿，淫秽，第一修正案

Criminalization in Context: Involuntariness, Obscenity, and the First Amendment

Cynthia Barmore

“色情报复”，是指未经当事人同意发行色情图片，该问题是美国一个日益严重的问题。新泽西州和加利福尼亚州是第一批将该行为认定为刑事犯罪的州，但是，在近几个月，全国各州议会都在考虑并通过类似法律。尽管如此，立法的支持者也面临着批评者，对于宪法第一修正案有关发行合法获得的真实材料，免负刑事责任的规定，他们提出了抗议。

本文首次深入分析，在第一修正案的边界内，反淫秽法可以并应该如何被用于认定色情报复为犯罪。虽然没有一个州的立法机关将色情报复认定为淫秽，但

是本文认为，他们应该将色情报复认定为淫秽，因为淫秽的语境与宪法第一修正案的挑战有着巨大的隔离。如果法律的起草是为了禁止淫秽，那么该法将能使州政府按照宪法，强有力地色情报复认定为犯罪，即使摄影师本人反对发行或发行者发行之时并没有打算造成严重情感困扰。希望本文能够指导立法机关起草合乎宪法责任的立法，以打击报复色情。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 2 期【2015 年 2 月】第 447 页以下）

（魏琪译）

（吴晶校）

## 宗教、公民道德和美国方式：重塑 Engel 案规则

God, Civic Virtue, and the American Way: Reconstructing Engel

Corinna Barrett Lain

如果有一个判决包含有被我们不切实际地视为史诗般的、非主流的司法审查功能，这就是 1962 年击败了校园祷告的 Engel 诉 Vitale 案之裁决。Engel 案招致众多批评愤怒，国会想要推翻它，它受到的公正方面的攻击可能要比最高法院史上任何的案件都要多。事实上，Engel 非主流的陈述很有说服力，学者们都相信，历史先例能支撑该案观点。但是事实并非如此。本文使用基础的资料来源，重建了 Engel 案所立下的规则，探索了重建陈述的内涵。Engle 案并不像它看起来那样非主流，但这种认知使得我们能够看出 Engle 案其实是这样的：对最高法院决策的大量描述，并引发了对宪法性法律的讨论。最后，Engel 仍然对最高法院决策和司法审查的角色提供了有价值的见解。它们并非我们想象的那样。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 3 期【2015 年 3 月】第 479 页以下）

## 理智与情感：统计证据的认识主义与工具主义方法

Sense and “Sensitivity”: Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence

统计证据是成为持续升温争论的主题。法院和法学者们经常对统计证据持有怀疑，尽管这些证据盖然性等同于个别化证据，但是他们仍然不给予采纳。但是证明这种怀疑是正确的，或者说干脆完全取消这种论据的尝试并未成功。本文的目的是对统计证据的争论进行综合性回答。本文对统计证据的怀疑提供了一个新颖的解释，指出统计证据学理上存在缺陷是因为缺少“情感”上的考量——换句话说，作为“认识”的必要条件，要求一个信念必须对事实具有反事实的敏感度。

在探究过统计证据与个体化证据学理上的区别之后，本文转而检视它们的法律领域内的含义。文章主张尽管学理为统计证据提供了解释，但它并未给这些怀疑提供正当性。情感在法律领域不是关键的。然而，本文基于动因提出了一种被迫当庭使用统计论据的辩解，并指出了认知方法和基于动因的方法这二者之间有趣的相互作用。在陈述相关理论基础之后，本文展现了它的描述性潜力。它展现了该理论能够解释当前盛行的法律法规，这些法律法规规定了各个类别的统计证据的证据能力和充分性，包括 DNA 证据和犯罪倾向证据以及无罪免责证据。从规范角度而言，本文为司法改革提供了标准，也表明了也表明了统计论据的证据能力应当取决于针对被告提出的犯罪或不当行为的类型。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 3 期【2015 年 3 月】第 557 页以下）

## 商标专利局是否授权了过多不良专利？准实验证据

Does the U.S. Patent and Trademark Office Grant Too Many Bad Patents?: Evidence from a Quasi-Experiment

Michael D. Frakes & Melissa F. Wasserman

许多人认为美国商标专利局（USPTO）专利机制难以发挥作用的根源是该局批准了过多的无效专利，使得消费者福利不必要流失。对于 USPTO 过多专利的趋势引起美国最高法院重新关注专利法，并驱使国会颁布近六十年内第一部重大的专利改革法案。然而决策者仍然在盲目的修改制度以提高专利质量。由于没有确

实的、令人信服的证据显示 USPTO 在过度批准专利，所以法律制定者在并未理解制度缺陷根源的情况下，正在试图修改专利制度。

本文通过两个方面来改正这个缺陷。首先，本文提出专利局授权专利的新颖理论，认为 PTO 无法否决一个专利申请反而能够激励资源受限的专利局准许额外的专利。其次本文尝试通过一个复杂的自然实验框架，在检测商标专利局是否在激励或是在过度授权专利。我们的发现表明 PTO 更倾向于准许专利。另外，我们的结果表明，PTO 过多授予给收益最多的专利——涉及历史上申请率最高的专利技术，包括信息技术、计算机技术、健康相关技术。我们提供给决策者 PTO 正在过度授权专利的证据。我们的结果同样表明，学术理论忽视了专利局歧视的实质来源，所以最近对提高专利质量的制度性修改不会达到预期效果。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 3 期【2015 年 3 月】第 613 页以下）

## 云端的隐私：马赛克理论和通信存储法案

Privacy in the Cloud: The Mosaic Theory and the Stored Communications Act

Gabriel R. Schlabach

在 United States 诉 Jones 案中，最高法院认为第五修正案禁止政府在没有正当理由情况下对嫌疑车辆安装 GPS 设备。尽管多数意见近认为不能安装实物设备，五名大法官协同意见（包括 Sotomayo 大法官也同意多数意见）认为应当通过采纳“马赛克”理论而更为宽泛地保护隐私。据此原理，一些长期的（或扩张的）监视侵害了嫌疑人对隐私权的合理期待，甚至监视行为已经超出了第四修正案的范围，因为政府能够分析总体信息来推断嫌疑人细节，没有人能够通过短时间的观察而合理地推断社会中一个个体成员的信息。

然而 Jones 案限制了 GPS 追踪，马赛克理论关注者将其扩展至更广范围的新技术。近些年，手机和互联网服务提供商对消费者的数据进行了大量的（且不断增长的）积累——足以揭露出个人的隐私。但是根据 1986 年电子通信隐私法案的一部分——存储通信法案，政府仅通过法庭令或行政命令就可以命令该公司披露其用户信息——低于典型的第四修正案调查所规定的存在正当理由和高度盖

然性的要求。

针对这些对隐私威胁的增加，本文提出对存储通信法案的修改，能够将马赛克原理引入法律之中。在此提议之中，政府获得通信内容及非通信内容的其他数据需要正当理由和高度盖然性。然而，非内容数据的目标和限制要求仍然受由存储通信法案当前要求的主导。这些变化能够解决马赛克理论的担忧并且提高法律解决未来技术变化的能力。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 3 期【2015 年 3 月】第 677 页以下）

## Descamps 案件总结：盗窃罪评论和携带武器的职业犯罪法案

Debriefing *Descamps*: A Comment on Burglary and the Armed Career Criminal Act

Mark Middaugh

*Descamps* 诉 *United States* 案判决时可能并未登上众多头版，但是该案被认为是 2012 年十月最高法院最具影响力的判决。本文提出两个观点。第一，它阐明最高法院如何获得反直觉的判决，即行为人在亚利桑那州、加利福尼亚州、伊利诺伊州、内华达州和罗兰岛被判盗窃罪，但是在《携带武器的职业犯罪法案》中并未犯盗窃罪。第二：本文分析了该案中法院拒绝解决的烂俗问题：即联邦法院是否应该因行为人的行为容易导致“潜在的严重身体伤害危险”而将其盗窃行为视为“重罪”。按照最高法院对该主题公认的模糊审判规程理，本文总结，这些州内的市民盗窃行为应当归入重罪，但是一些由于商业目的的盗窃行为或者其他的不应当列入重罪。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 3 期【2015 年 3 月】第 723 页以下）

（施 骏 译）

（茹 翼 校）

## 布雷迪规则的盲点：对警察人事档案的弹劾证据

### 以及在控方队伍中的斗争分裂

Brady's Blind Spot: Impeachment Evidence in Police Personnel Files  
and the Battle Splitting the Prosecution Team

Jonathan Abel

最高法院确立的布雷迪规则要求检察官披露对被告人有利的、实质性的证据，但在某些裁判领域内，即使是善意的检察官也不能履行该义务，即当它涉及到一个关键的证据领域之时：警察人事档案。这些档案中存在警察不当行为的有力证据，可以被用来攻击一名以目击者身份出庭的警官的公信力，并进而会影响到是无罪开释还是定罪。但就全国来看，各州法规和当地政策均阻止检察官获取这些档案，更不用说披露它们所包含的实质性内容。并且，即使检察官可以获取这些档案中的不当行为，按照宪法的要求，他们披露这些信息的能力受制于警官及其联军利用诉讼、立法以及非正式政治施压来阻止对该档案适用布雷迪规则的努力。对这种不当行为证据的压制可能会使被告人付出生命的代价，但披露的话同样也是代价巨大。它会使官员们丢掉饭碗。

通过采访全国各地的检察官、警官和辩护律师，以及未发布或已发布的消息源，本文首次提出了关于对警察人事档案适用布雷迪规则中广泛的不一致的解释。本文认为决定性的弹劾证据常常且有组织地被压制，这是因为州法律和当地政策限制了对人事档案的获取，也是因为控方队伍中是否对该档案适用布雷迪规则的争执。本文进一步挑战了布雷迪规则的假设，检察官和警官形成了一个密不可分的“起诉队伍”，并且，用最高法院的话来说，通过将“程序和规则”落实到位来出示只有警方知道的信息，“检察官只要想就可以免除政府的布雷迪规则义务”。最后，本文主张对警察不当行为的秘密保护与布雷迪规则的核心部分是不相容的，并且试图在布雷迪规则和警方隐私之间寻求平衡会导致牺牲前者以保全后者，从而使关系更紧张。作为一个学说性与规范性兼具的事项，警察不当行为不应受到任何的保护以不受布雷迪规则检查和披露义务的限制。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 4 期【2015 年 4 月】第 743 页以下）

**逮捕规则化**

## Arrests as Regulation

Eisha Jain

对某些被逮捕的人而言，逮捕对他们最严重的后果出现在刑事司法系统之外。逮捕本身——无论他们是否会被定罪——就可以导致一系列后果，包括驱逐出境，驱逐，吊销执照，剥夺监护权，或者受到不利的就业对待。但是，即使像法院，学者以及其他一些人已经对刑事定罪的民事后果给予了必要关注，他们几乎没有给予逮捕自身的后果任何的关注。本文旨在通过提供解释逮捕是如何在刑事司法系统之外系统地被使用来填补该空白。依赖于逮捕的非刑事司法行为——其中，例如移民执法官员，公共住房机构，雇主，许可机关，和儿童保护服务提供者——例行公事地为了其自身的目的接受或利用逮捕信息。他们这么做并非因为逮捕是最好的监管工具，而是因为他们将逮捕视作对他们重视的信息的代管，也是因为逮捕的取得往往简单且廉价。但当非刑事司法行为依赖于逮捕时，会引起一个与刑事司法系统交互作用的既复杂又不易理解的网络。依据逮捕来做出裁决的监管主体和其他人可以与检察官和警方协调和集中资源，实现某种程度上而言不可能单独实现，也不能破坏刑事司法程序的重要方面来做出的裁决。本文植入了基于逮捕的不同监管交互作用，并说明了对如何在刑事司法程序之外使用和公示逮捕给予更多监督的必要性。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 4 期【2015 年 4 月】第 809 页以下）

## 不再是非法的：赋予公民权的权力

Undocumented No More: The Power of State Citizenship

Peter L. Markowitz

据估计约 1100 万非法移民者居住在美国。这些人已经成为美国家庭的必要成员和美国经济的重要组成部分。然而，虽经要求切实改革国家移民法的反复努力——旨在使这些人更好地融入美国社会——但都未能获得国会足够的政治支持。国会对移民改革做出重要行动的前景在可预见的未来内依然暗淡，因为我国

关于移民的争论被看似强有力实则不准确的犯罪行为，松散的边境执法，以及对国家安全的威胁等主题扭曲了。这些主题很大程度上是被像阿利桑那州和阿拉巴马州那样采具有侵略性的限制主义州移民法的州精心制造并加强。直到最近，主张取消种族隔离的人未能够同样利用国家权力来形成国家政策，以及也许更重的是，国家对移民的话语权。然而最近，移民倡导者已开始寻求包容国家公民计划的能力以重新调整我国的移民会谈。

本文探讨了国家权力对促进移民者融合与重新调整关于家庭、民主和经济活力等主题更加准确和有益的国家会谈的外部界限。具体而言，笔者探索了赋予各州将国家公民范围扩展到非法移民者的宪法性权力。本文认为，蕴含在宪法以及第十四修正案分支当前解释之中的联邦结构未触及历史上州政府比联邦政府更加广泛地定义他们自身的政治共同体界限的权力。除此之外，本文认为，通过国家权力的传统手段：赋予国家政治权利，允许取得国家计划和福利，以及允许受到国家对免受歧视和虐待的保护，该国家公民计划可以对非法移民者的融合提供充分的有形支持。也许更重要的是，公民权可以成为对国家重新调整国家对移民的话语权而言有力的表达工具，从长远来看，这种方式可能会成为启动大量联邦改革的关键。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 4 期【2015 年 4 月】第 869 页以下）

## **语言包容和投票权法第 203 条：**

### **作为对合规性空白潜在解决方案的报告要求**

Language Accommodations and Section 203 of the Voting Rights Act:

Reporting Requirements as a Potential Solution to the Compliance Gap

Matthew Higgins

根据选举权法案（VRA）第 203 条的规定，英语能力受限（LEP）的某些选民被赋予积极的包容。然而，第 203 条的规定往往受到批判性的误解且仅仅是部分实施。法律实质性的合规性空白很大程度上源于其复杂且事实明确的授权，以及其选举辖区本身能决定他们自己积极责任范围的要求。

为了部分地填补第 203 条的合规性空白，并且促进联邦选举法案的普遍施行，本文调整了最近一个要求将联邦投票的先行披露更改为语言辅助语境的提议。为了回应最高法院对谢尔比县诉霍尔德一案做出的裁决，学者们和国会成员已经提出了一项要求，即所有向本地媒体和政府报告的选举辖区在那些改变生效之前已然修改了其选举法案。本文修改并运用了这一大体框架来解决投票权法案的语言辅助规则合规性较低的问题。

该提案要求所有被覆盖的语言辖区在大选开始前 6 个月公开呈现一项关于第 203 条的合规性计划。这代表了一种经济有效的方式来告知选举官员其具体的法律义务，并且可以更加有效地利用第三方的资源来保证语言辅助规则被一以贯之地正确施行。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 4 期【2015 年 4 月】第 917 页以下）

## 修正证明文件的矫正：其历史与溯及力应用

Certificates of Correction Corrected: Their History and Retroactive Application

Chelsea A. Priest

本文是完全研究修正证明文件历史和变革的首篇学术论文，目的在于纠正专利中的错误。美国专利商标局具有悠久的发布该种证明文件的历史，一路绵延可追溯至 19 世纪，但是至今无人研究授权修正该种证明文件的法律法规是如何变成现在的样子。本文探究了历史上修正证明文件为何会实质上成为对专利再授权来说更加有效的等价物。笔者认为，这种历史分析可以有助于解释当前的法规。

接着，笔者以修正证明文件的历史为出发点，探讨了 we 如今是如何对待这种证明文件的，尤其是关于其溯及力适用。当前，在关于这一问题的代表性案例——西南软件公司诉丑角公司一案中，否认了修正证明文件具有任何的溯及力，这一裁决几乎完全是依据法律明文规定所做出的（因为联邦巡回法院声称立法历史缺失）。本文提供了对该政策可能会有有的不利影响的初步分析，并进一步提出了几种法院可以采取以避免这些影响的不同方法。首先，根据此处确定的法规的长远历史来看，西南软件应当被重新考虑。法院应当对补发专利和复审证明文件

适用他们所采用的相同的追溯效力标准，而不是拒绝赋予证明文件任何溯及力。

然而，即使西南软件不被重新考虑，本文也提供了替代性方法，例如拒绝将案件扩展到笔者所描述的可能会造成重大伤害的无追溯效力的实际情况中，或者是利用司法修正学说来解决专利溯及力。后一种方法已在一些案件中被采用，但在另外一些案件中受到了质疑，本文认为在当前情形下其应当被更加广泛地应用。最后，作为最后一种手段，本文敦促国会修改修正证明文件法规来与补发专利法规中的表达相符，从而至少在部分情形下允许溯及力的应用。（【美】《斯坦福法律评论》第 67 卷第 4 期【2015 年 4 月】第 961 页以下）

（茹 翼 译）

（施 骏 校）