

哥伦比亚法律评论

王健法学院编译室

二零一一年第三期

总第三期

目录

良善的治理	
Angela R. Riley	8
让我的民众上网：联邦通信委员会具有排除州法禁止市政宽带服务的权利	
Matthew Dunne	8
基因监控中的人口统计学：家族 DNA 测试和西裔以及华裔群体	
Daniel J. Grimm	9
居住隔离诉讼中的补救	
Adam Weiss	10
对现代 Skidmore 标准的研究	
Kristin E. Hickman & Matthew D. Krueger	10
公司治理责任移转的废除	
Henry T.C. Hu & Jay Lawrence Westbrook	11
“强奸隐私”条款下允许卖淫证据作为例外所衍生的种族后果	
Karin S. Portlock	12
直接民主：对选举创制权事项的限制是否违反第一修正案？	
John Gildersleeve	12
普通法的立宪主义及对理性的抑制	
Adrian Vermeule	13
法律效力中止和诉讼外宪法	
Trevor W Morrison	13
40 年的第一步：公平供给房屋法案——郊区结合部融合统一的工具	
Brian Patrick Larkin	14
失踪案件：审查非法买卖人口行为的受害者的民事权利	
Jennifer Sinam	15
国家对私有财产的征用权	
Ammon Lehavi & Amir N. Licht	15

行政法中的程序运动	
Lisa Schultz Bressman	16
授权准入电信和互联网：Trinko 案的隐性问题	
Daniel F. Spulber & Christopher S. Yoo	17
机会主义非正式破产：为什么预防破产滥用和消费者保护法案不能使得有钱的债务人还清债务	
Elijah M. Alper	17
自由与统一之间的联系：其他州政府官员的个人管辖权	
Tracy O. Appleton	18
文化财产的矛盾	
Naomi Mezey	19
评判投票权法案	
Adam B. Cox & Thomas J. Miles	19
无罪的判断	
Brandon L. Garrett	20
给予第八修正案内容确切的定义：一个对于监狱诉讼改革法修订法案的评价	
Andrew W. Aend	21
为什么全民投票计划是取消选举团的错误方式	
David Gringer	21
解构权益：公众所有权，机构成本和完整的资本市场	
Ronald J. Gilson Charles K. Whitehead	22
对司法选举的嘲讽	
David E. Pozen	23
谨慎地对待条约	
Edward T. Swaine	23
有条件抢占、征用及合作联邦制的价值：对能源政策法案 216 条的分析	
R. Seth Davis	24
一个简单的问题：合理确信和在薄弱市场中长期合同的预期违约的损害赔偿问题	
Matthew Milikowsky	25

科学的明确和预防原则	
Jonathan Remy Nash	25
联邦宪法婚姻修正案和原旨主义的错误承诺	
Thomas B. Colby	26
流毒争论和宪法解释	
Adam M. Samaha	26
平等地对待子判断：应用于司法方法论的遵循先例原则的范围	
Jordan Wilder Connors	27
在监护斗争中自由行使请求权： <i>SMITH</i> 案后还需要详细审查吗？	
Ariana S.Cooper	28
代理成本，公益信托与公司控制：来自好时公司解雇的证据	
Jonathan Klick Robert H.Sitkoff	28
宪法解释的“缓缓流下”：州宪法应该引入联邦关于公民身份地位的立法授权吗	
James W.Doggett	29
能再次搭乘直通车吗？	
Christopher M.Hogan	29
中国证券市场的名誉制裁	
Benjamin L.Liebman & Curtis J.Milhaupt	30
只需轻轻一点：网络零售合同的现实	
Ronald J.Mann	31
“反恐战争”中的程序和实体问题	
Jenny S.Martinez	31
认知上的隔离问题	
Russell K.Robinson	32
拒绝到达正义：《防滋扰法》应用到家庭暴力的成本问题	
Cari Fais	32
联邦主义在移民区域的价值？评估“后卫行动”——一项美墨边境的地方性法律诉讼计划	
Adrian J.Rodriguez	33

合同解释中的“虚假同感偏差”	
Lawrence Solan & Terri Rosenblatt & Daniel Osherson	33
优化证券诉讼的改革：重构 10b-5 号规则中的公共诉讼和私人诉讼之间的关系	
Amanda M. Rose	34
目标性拘留：确定性标准和对恐怖嫌疑分子的拘留	
Matthew C. Waxman	35
遵循先例：Twombly 一案中的诉讼请求标准和程序统一性	
Z.W. Julius Chen	36
制药业“产品飞跃”的反垄断分析	
Jessie Cheng	36
享乐适应和民事纠纷的解决	
John Bronsteen & Christopher Buccafuso & Jonathan S. Masur	37
累进税和潜在收入：评估变化工作模式在所得税累进制中的影响	
Chris Willian Sanchirico	38
市场损害赔偿、高效交易和经济浪费谬论	
Alan Schwartz & Robert E. Scott	38
联邦党人的困难处境：州健康信息技术试验的全民政策	
Benjamin J. Beaton	39
责任的无意识双重标准：威斯特弗尔法（Westfall Act）对外国人侵权法的影响	
Karen Lin	40
福利，不是人权	
Eric A. Posner	40
公司治理指数的允诺和风险	
Sanjai Bhagat & Brian Bolton & Roberta Romano	41
文本主义和司法管辖权	
Peter J. Smith	42
计算从保护新闻工作者的机密来源中带来的公共利益	
David Abramowicz	42
《反诈骗与腐败组织商业贸易立法》（RICO）和商业条款：联邦刑法范围的再考	

虑	
Thane Rehn	43
非法入境	
Hiroshi Motomura	43
蹒跚而行、预言、推进：行为经济学如何体现于法律和政策中	
On Amir & Orly Lobel	44
国际法在联邦普通法中的地位	
Anthony J. Bellia Jr.	45
试论各州给予居留地以外的美国印第安人的歧视性待遇	
Shira Kieval	45
苦多于甜：许可期间的正当法律程序	
Amy McCamphill	46
刑罚的主观感受	
Adam J. Kolber	47
民事责任和强制性信息公开	
Merritt B. Fox	48
《第四修正案》：对路过的既遂轻罪犯实施无令状搜查的合宪性分析	
Sameer Bajaj	48
立法空白：优先原则是否适用于不成文惯例？	
Chang Derek Liu	49
违约规则中的议价权理论	
Omri Ben-Shahar	49
垂直分工与企业间的协作	
Ronald J. Gilson & Charles F. Sabel & Robert E. Scott	50
悖论推定：商业合同中卖方保证和信用的豁免	
Kabir Masson	51
法律面前人人平等：POST-BOOKER，联邦法官是否能够偏离联邦量刑指南来补救共同被告被判处不同刑期？	
Ryan Scott Reynolds	51

企业公益与市场利他主义	
M.Todd Henderson & Anup Malani	52
反垄断中整合的方法：运用新数据和法规制定来保证药品市场的竞争	
C. Scott Hemphill	52
运用纳税人的选择达到税收的目标	
Alex Raskolnikov	53
报复性逮捕案中可能原因	
John Koerner	54
政府监护和公共利益条款	
Robert A. Weinstock	54
医疗事故改改革需要全国行动	
Abigail R.Moncrieff	55
十恶不赦、骇人听闻、残酷无情：Apprendi，不定期刑，刑罚的意义	
W.David Ball	56
一部方便的宪法？布迈丁案后的域外适用	
Christina Duffy Burnett	56
秘鲁协定中的劳工权：含糊的原则能产生确定具体的改变吗？	
Michael A. Cabin	57
国际刑法中的公司责任和共谋的发展史：纽伦堡审判实际上说了什么？	
Jonathan A. Bush	58
将枪作为淫秽物品来看待：为家庭导向型《第二修正案》辩护	
Darrell A.H. Miller	59
管理金刚鹦鹉：第三方侵扰者，提供便利，歧视故意作用的淡化	
Noah D. Zatz	60
“使医疗补助成为可能”：通过 § 1983 诉讼执行《医疗补助法案》中的可获得性规定	
Devi M. Rao	60
ERISA 优先的非宪法条件原则能带给我们什么启示：用同一标准认定“强迫性”交保险或交税机制是否可能？	
Samuel C. Salganik	61

气候变化和美国利益	
Jody Freeman Andrew Guzman	62
合同和承诺的对应性	
Jody S.Kraus	63
言论自由和民事责任的重构	
Daniel J.Solove & Neil M.Rechards	63
网络漏洞：联邦竞选委员会疏于规制网络对竞选募捐改革法的影响	
Daniel.W.Butrymowicz	64
重构房利美（Fannie）和房地美(Freddie)的破产体制	
Carol J.Perry	65
习惯，非习惯实践和过失责任	
Kenneth S.Abraham	65
保护原则的例外	
Philip Hamburger	66
垂直巡逻的非法性	
Adam Carlis	67
公民资格的一般问题：残疾人必须参加公共特别诉讼情形的再思考	
Stephen F.Hayes	67
引用类问题的切实解决方案	
Edward K.Cheng	68

良善的治理

Angela R. Riley

美国本土印第安人很大程度上不受美国宪法的约束,他们只需要遵守成文法中那些与权利法案中的规定相类似的条款。即便这样,最高法院也确认,对公民权利的保护的条款,部落不必与州以及联邦政府一致地直接援引或解释。因此,某种意义上,即使在部落的法律与美国关于公民的权利规范相违背的情况下,他们仍可以利用他们部落的权威来保持他们的差异性。

在“部落的统治和反自由主义”讨论的基础上,本文对部落治理进行了批判性的审视。在不断变化的有关良善治理的国际规则背景下这些规则越来越多定义了政府对其公民的义务的规范。即使由于良善治理的出现以及人权状况的演变,本文认为印第安族应摒弃对良善治理传统的理解。相反,本文提出良善的治理,并非要求印第安民族完全与西方背离或者是效仿西方。本文赞同,良善的民族治理意味着部落民族利用自己民族政府的原则治理。这些原则顾及到部落政府的某些方面的演变,从部落文化和传统间总结出来。这样,就能恢复和主张部落社群见的公平、平衡和包容。

本文得出结论,对于部落加强自我管理,保护部落权威和保证他们的文化和政治意义上的存续这些方面,良善的民族治理是对部落最好的方式。(2007年6月 第107卷第5期第1049页以下)

让我的民众上网:联邦通信委员会具有排除州法禁止市政宽带服务的权利

Matthew Dunne

许多市政府开始对自己的公民提供宽带服务。相对于此,私人服务商便开始游说要求州法限制或者禁止提供市政宽带服务。在2004年末,当费城计划完成全市范围内的宽带服务时,宾夕法尼亚州却禁止市政提供宽带服务。正是由此,宽带事件引起了全国的注意。

本文认为，联邦通信委员会有权并且有义务（这点有争议）组织这样的法律。根据 1996 年的通信法案，在全国范围内，委员会应当评估以及在一些情况下，加强宽带的部署。宽带的部署缓慢且分配不公平，但是州法却禁止政府介入从而加剧了问题。针对这一现象，联邦通信委员会应先发制人，阻止这类州法。

最高法院在最近的两个案子中却不这么看。在 *Nixon V. Missouri Municipal League* 案中，法庭认为联邦通信委员会不应排除限制政府电讯服务的州法。本文认为，法庭不应通过类比援用通信委员会对宽带的态度。两点理由：首先，*Nixon* 的观点是建立在州和政府之间的权力平衡以及联邦政府在改变这种平衡的观点上。但是这些观点并未得到审查。其次，在 *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Cable* 一案中，法庭就明确了，与电讯公司不同，宽带的提供者应受到较少的规制。市政府希望通过宽带影响政策的偏好。因此，若想达到如此，就需要通过自己提供宽带服务。（2007 年 6 月 第 107 卷第 5 期第 1126 页以下）

基因监控中的人口统计学：家族 DNA 测试和西裔以及葡裔群体

Daniel J. Grimm

长期以来，执法人员通过犯罪现场提取的 DNA 以及被控的犯罪嫌疑人之间的 DNA 进行比对，从而确定犯罪。最近，出现了一项新技术，开始关注近亲属之间基因的相似性。现在，如果在犯罪现场提取的 DNA 样本与先前的罪犯的 DNA 样本部分一致，那么就可以调查，是指可以逮捕该罪犯的家庭成员。这个过程被称作是家族 DNA 检测。于此同时，这将会很大程度上增加联邦调查局的联合 DNA 指标系统中基因信息的数量。

本文认为，家族 DNA 检测不成比例地影响西班牙或者葡萄牙群体。家族 DNA 检测是利用生理相似作为犯罪调查的 DNA 提取的起点。那意味着，拥有较多孩子以及亲属的团体受到基因监控的风险会比其他团体高很多。考虑到联合 DNA 指标系统搜集过程中的动力学，将会产生重复之前搜集结果的后果。结果，人口趋势使得西班牙或者葡萄牙群体中无辜的人在家族 DNA 测试中遭受隐私侵害。

本人认为在第十四和第四修正案下，家族 DNA 测试可能面临宪法挑战。第四修正案可能引发的争论将会是修正这个问题最大的希望。（2007 年 6 月 第 107 卷第 5 期第 1164 页以下）

居住隔离诉讼中的补救

Adam Weiss

居住方面的种族歧视不是一个个体现象。在地方政府甚至更高层面都会存在一些歧视行为，这就要求诉讼当事人提起大规模诉讼，从而阻止一些特定团体被限制在居所之外。文中讨论政府不同形式的隔离做法以及阻止这种做法的法院判例。本文的重点是针对诉讼中救济这一特定阶段。关于这方面的问题已经出现并且在类似案件中还会出现：在遵循平等保护条款的前提下，法官是否有权设定救济目标，也就是在考虑个体居住者的种族的情况下，要求居住整合。

本文认为，法官有权这样做。理由是，假设联邦法院也都受到平等保护条款的指导，那么来看看最高法院关于平等保护条款的判例，*Grutter V. Bollinger & Gratz V. Bollinger*。首先，本文认为，与大学入学制度相同，多元化是一个强制性的基本原则；其次，在存在隔离的案件中，考虑到种族意识的救济方式，将会符合平等保护条款的要求。（2007 年 6 月 第 107 卷第 5 期第 1195 页以下）

（隋钰南 译）

（吴至诚 校）

对现代 Skidmore 标准的研究

Kristin E. Hickman

Matthew D. Krueger

最高法院在 *United States V. Mead Corp* 司法审查一案中，重新将 Skidmore 标准置于重要地位。本文对此后一段时间内法院在司法审查中运用的 Skidmore 标准进行全面解读。同时，本文对五年中上诉到联邦法院中值得运用 Skidmore 标准的案件进行了实证考察。研究中，我们比较了两种相对的观点：一个是 Skidmore

审查，另一个是州最高法院所用的 post—Mead 模式。两者，一个是独立裁判模式，另一个是理论上与之截然不同的按比例模式。而上诉法院大都是采用的按比例模式。我们认为，Skidmore 审查与机构法律解释是不同。虽然在 Skidmore 运用中，机构解释占百分之六十以上，但是 Skidmore 审查有更严格的限制。从对 Skidmore 标准运用的研究中，我们上诉法院是如何运用 Skidmore 标准按比例分析。同时，我们也将定性从哪个方面，这些法院在按比例分析的模式下，如何努力证明 Skidmore 标准裁决的正当性。为了解决低层级的法院的问题，我们建议将 Skidmore 下的比例分析模式从新定义。可以将这中审查方式看成是对机构专业和机构独断的平衡。最后，我们指出 Skidmore 标准运用中的范围问题，并且提出解决这些问题的初步想法。（2007 年 10 月 第 107 卷第 6 期第 1235 页以下）

公司治理责任移转的废除

Henry T.C. Hu

Jay Lawrence Westbrook

公司的核心的目标是不断最大化股东的利益，但是却长期存在一个由司法判例而形成的例外，那就是偿付不能的扣押状态下，公司治理的责任就被移转给债权人。这个现象在世界其它国家的法律规定中也存在。2007 年 5 月，Delaware 高级法院颁布了一项新的责任移转的法律。

本文的论述及理由与现存的法律和评论不同。本文的论点是要求废除关于公司责任移转的例外。这样，正式破产申请才能成为债权人治理责任的来源。关于责任移转的开始，破产申请这个法律步骤是决定性的，而不能仅仅提出偿付不能等理由。理由如下：首先，公司管理机制有两种替代的制度。一个是根植于州法的公司管理体制；一个是根植于联邦法律的公司破产管理体制。在公司正常经营管理体制下，股东利益最大化是首要的，但是在破产的情形下，首要的是要保护债权人的利益。如果将保护债权人利益的目标置于以股东利益为目标的管理体制之下，那么，责任的移转就本末倒置了。

其次，法律规范错误理解了股东所有权的内涵。他们忽视了所谓的选择经济权和投票权等根植于股东内在的一些权利。此外，移转强加给公司债务人一个特

有的责任，未经裁判、公布以及法律程序就剥夺了股东的财产。

随着责任移转的废除，当务之急将会是考虑两种管理制度间如何良性过度。

(2007 年 10 月 第 107 卷第 6 期第 1321 页以下)

“强奸隐私”条款下允许卖淫证据作为例外所衍生的种族后果

Karin S. Portlock

一些州规定“强奸隐私”条款具有例外情形，那就是允许原告的妓女职业纳入证据的范围。比如，纽约的“强奸隐私”条款就存在一个立法上的例外。就是，如果被告指控原告在强奸案发生的 3 年内有卖淫行为，这样指控就可以被采纳。其它的一些例外，比如，在认定案件的相关性以及考虑原告是否“同意”或者原告“可信度”这些问题时，原告的卖淫行为以及性史可以作为证据。这些证据推定在所控诉的强奸案中，有卖淫史或者不忠行为的原告同意的可能性极大或者其证言的可信度也不高。这些例外是建立在过时的假设之上，认为性工作者具有性癖好；同时，这些假设也忽视了性工作的职业危害。结果，他们尤其排斥有色性工作者(非白人)的控告。但是，在性服务产业中，这些有色性工作者却是面临性暴力高风险群体。为了解决这个问题，纽约应该被废除立法性地排除性工作者以及以是否做性工作作为原告可信度和是否同意的这些规定。假使强奸法案偏爱纯洁的原告，而不予理睬性工作者的控告。这样，如果不改革，保护这一特定群体的女性，那么尤其是对有色性工作者，采用性暴力的人将会被免除惩罚。(2007 年 10 月 第 107 卷第 6 期第 1404 页以下)

直接民主：对选举创制权事项的限制是否违反第一修正案？

John Gildersleeve

美国宪法不允许联邦层面的直接民主，但是州层面上是允许的。24 个州的公民通过选票的方式与立法者一起制定法律。但是，其中的许多州，通过宪法条

款限制公民创制程序下可创制的事项。这样，政府的某些领域，如税收和拨款，就免受直接民主。一些州最近已经开始或者考虑对创制事项进行限制。但是这种做法缺少实证和全面的理论基础。这些限制想通过创制程序从而达到某种政治目的。通过对州创制程序的事项进行从新定义，从而影响州的政治议程。同时。在第一修正案的背景下，一些诉讼当事人已经对这些限制提出质疑，但是，巡回法院对事项限制是否涉及第一修正案这一基础问题并不赞同。本文认为，事项限制是侵害了言论以及非言论形式的表达自由。据此，本文认为，法院对于创制事项的限制应进行居中审查。对那些排除宪法权利的限制进行确认，对那些一时的政治上的大多数仅仅想通过限制从而增加选举所得的情况进行排除。（2007 年 10 月 第 107 卷第 6 期第 1437 页以下）

普通法的立宪主义及对理性的抑制

Adrian Vermeule

普通法立宪主义的一个核心主张是：先例和传统包含了智慧。从这个角度，认为，法官一般应尽最大可能遵从先例和传统的智慧，而不是相信自己的心证。本文对这种机制进行了批判性分析。首先指出，与此相近的主张和机制存在内在逻辑的不合理。其次，他们对先例和传统未能很好的进行制度上的比较，另外，立法者、行政官员和宪法起草者根据这些主张和机制制定法律以及实施的效果也不好。由此，我们认为制定法、行政决定和宪法条文包含很多信息，同时也是智慧的产物。与制定法以及其它法源相比，对一般普通法或者社会传统理性或者效用的争论并不等同于对宪法普通法相对理性和效用的争论。（2007 年 10 月 第 107 卷第 6 期第 1482 页以下）

（隋钰南 译）

（吴至诚 校）

法律效力中止和诉讼外宪法

Trevor W Morrison

国会中止人身保护令的实施会导致怎样的后果？每个人都同意，中止人身保护令会使得至关重要的司法救济对于被政府扣押的人们适用无效。但是权利中止也会影响拘留潜在的合法性吗？除了使得人身保护令救济失效以外，权利中止是否可以使非法拘禁转变为合法的？一些学者的回答是肯定的，包括2004年 Hamdi 诉 Rumsfeld 案的 Scalia 法官和 David Shapira(Shapira) 教授在最近重要的一篇文章中都给出了肯定的答案。

本文不赞同这种观点。作者首先给出了一个专家研讨会论文集中的相同答案。这些文章更完整的扩展了这一观点。未经审查借鉴以前的历史证据，文章的第一部分表明，不管是在英国还是在美国，将人身保护令的效力中止作为合法拘禁是伴随着权威的历史理解的。在这个理解中，法律效力中止既没影响到拘留的合法性也没影响到对于非法拘禁的后拘禁救济的有效性（比如金钱损失）。人身保护令的中止，后拘禁义务以及合法性是不同的问题。然而笔者的目的不仅是提供给法律效力中止一个积极的佐证，在文章的第二部分，笔者还论证了一系列更宽泛的问题。这些问题是笔者在对法律效力中止的论证中提出的，但是一些论文的观点几乎完全忽略了这些现实，这里的核心问题是：如果法律效力中止不足以被法律认可，当法令被依法中止，这些立法及行政机构的责任是什么？笔者提供了一种思路，即认为那些机构的独立责任在于去维持并强化宪法的效力在法律效力中止的过程中的作用，尤其是注意到宪法规范似乎可能专门与法院相联系。从这个角度，本文把法律效力中止看作是一个发现更大问题的窗口，这些问题是与宪法解释的理论与运作以及法庭化的实施相关的。（2007年11月 第107卷第7期第1533页以下）

40 年的第一步：公平住房法案---郊区结合部融合统一的工具

Brian Patrick Larkin

公平住房法案作为联邦基本法禁止供给房屋的种族歧视。1968年通过法案的立法者积极希望消除城市的不安定，并使中产的非洲裔美国人有权与白人社区居住在一起。这个法案，通过禁止种族歧视支持帮助创建一个融合统一的居民社区。在公平住房法制定40年后，市郊供给房屋的歧视及种族隔离仍然很普遍。

本文试图提供一种解释，为什么在公平住房法案的目的和它随后的实施情况之间会有差异。通过分析法案的立法历史和司法解释，本文认为联邦法律仅为其他政策提供了一个序言，这些政策可以帮助提供平等的机会给欠发达社区。公平住房法案保护一个房屋购买者的选择权去选择而不是融入其他群体的权利。这个消费者的选择可能会违背法案融合的目标，也可能模糊法院识别购买方提出存在歧视的能力。根据这些质疑，本文建议一项补充政策。（对于公平住房法案）政策关注于通过地域性的合作增强城市的少数民族聚居区，城市地区可以帮助减轻不必要的财政负担，这个负担是困扰少数民族聚居区以及相邻的黑人中产阶级社区。一旦这些社区被授权，阻止郊区统一的恐惧及陈旧观念将会消失。（2007 年 11 月 第 107 卷第 7 期第 1617 页以下）

失踪案件：审查非法买卖人口行为的受害人的民事权利

Jennifer Sinam

根据 2003 年保护非法买卖人口受害人再授权法案，国会为非法买卖人口的受害人创设了一项民事权利，编纂在 18 U.S.C 第 1595 条中，其中允许受害人对人贩子寻求民事救济，在美国地方法院提起损害赔偿请求以及承担合理的律师费用。然而，本文以经验为依据的研究显示，这条规则创设四年来，非法买卖人口的受害人极少依据第 1595 条起诉。这与每年在被贩卖到美国或在美国被贩卖的数以千计的受害人形成了鲜明的对比。本文证明了第 1595 条规则的利用不足。通过一个经验主义的研究方法，研究了根据此规则起诉到美国地方法院的贩卖人口民事案件，并说明了在适用 1595 条规则的受害人的数量和组成中的 3 个关键发现。本文以这些经验结果的可能解释，并提供了旨在支持非法买卖人口的受害人能够并希望适用 1595 条规则的各种政策忠告——希望防止未来会出现 1595 条规则现有的缺陷。（2007 年 11 月 第 107 卷第 7 期第 1655 页以下）

国家对私有财产的征用权

Ammon lehavi

Amir N.licht

本文为平衡国家征用财产权的循环提供了一个新的解决方式。当大量为了利益发展的项目，需要从大量私人所有者那里集中土地。这种对抗大众的情形可能为政府征用权进行干预提供正当性。而他们总是使得土地所有者没有得到充分补偿。这可能歪曲发起土地发展项目的动机，并导致很大程度上的不正义。尽管征用可能保持一个非自愿非市场交易。笔者建议以特殊目的发展公司的形式（SPDC）完善部分以市场为基础的机制。这个公司将获得土地的所有权和发展项目的统一，并将提供给被征收者一个选择（在得到项目前“公平市场价值”的补偿或 SPDC 公司中的等比例股份。）这将使得补偿与土地的现实经济价值更可能地紧密联系在一起，最后，土地集中项目会更加合理并真正实现社会福利最大化。（2007 年 11 月 第 107 卷第 7 期第 1704 页以下）

（刘媛媛 译）

（陈聪 校）

行政法中的程序运动

Lisa Schultz Bressman

法学家们将行政法看做是通过关注程序的形成和政治控制的问题更迭形成的，并因此成为由大量冲突规则组成的法律。但是他们忽视了一点，即法院可以为了一个特别的政治目的，即为保证行政行为大致符合法律的优先考虑，解释行政法，尤其是行政程序。法院不会在程序和政治运动之间摇摆不定，法院会抗争以协调两种政治运动：通过行政程序应用的国会控制力，通过假定审判被遵守来证明正当性的总统控制权。同时，积极的政治理论家，意识到行政程序可以帮助国会制约行政机关。但是他们并没有将他们的理论应用于现有的行政法，他们对司法行为的假设并不能预测这些法律。本文将法学家们的认识和积极的政治理论（theorists）结合起来以为重大的行政法案件提供一个更好的解释和规范的辩护。这表示，法院已经认识到行政程序上特殊的政治应用，因为积极的政治理论是可以预期的。然而，本文认为，为了真正的理解行政法，我们必须以一个更加接近于法学理论的方式来观察法院，笔者对创设适用于行政机关决策可接受的规

则非常感兴趣。法院已经在斡旋政治机关控制行政行为的关键需要中表明了立场。正因为如此，法院已经采取了实用的方式，行政机关根据有关他们如何在民主结构中运作规范理论运作。（2007 年 12 月 第 107 卷第 8 期第 1749 页以下）

授权准入电信和互联网：Trinko 案的隐性问题

Daniel F.Spulber

Christopher S.Yoo

反垄断在电信政策中发挥中重要作用，通过在美国电信电话公司被分拆重组的过程中强制授权平等准入，更戏剧化的证明了这一点。在本文中我们寻求一个扩展，即反垄断可能在 2004 年最高法院 Verizon Communications Inc. 诉 Law Offices of Curtis V.Trinko 一案的决定之后继续提供了一个授权准入的渊源。尽管 Trinko 尖锐地批评了准入的救济和反垄断法院的实施能力，这并没有明确未来法院是否将这个观点解释为禁止所有的反垄断准入观点。更重要的是，这个观点包含了以不同准入类型的区别为可能的基础进行的语言暗示，相对于原有的分析，这个观点是一般地规范了准入一个单一类型的所有形式。我们以这个语言来提供一个分析框架，即采取一个网络的不同组成部分可能作为复杂系统的部分互相影响的形式。本文的分析也提供了一个五种准入类型的不同分类：零售，批发，互联网，火车站，以及分类计价（unbundled）。本文继续探索这种框架来分析一系列政策和学说的问题，包括现在有关互联网中立性的争论。（2007 年 12 月 第 107 卷第 8 期第 1822 页以下）

机会主义非正式破产：为什么预防破产滥用和消费者保护法 案不能使得有钱的债务人还清债务

Elijah M.Alper

破产并不是个人巨额负债的最普遍来源；它只是最为人知的形式。议会在 2005 年通过了预防破产滥用和消费者保护法案（BAPCPA）部分地填补了联邦法

律豁免的漏洞，即允许有钱人，或者“投机债务人”（opportunistic debtors），宣告破产，使他们的债务得到清偿并保留他们的资产。然而，预防破产滥用和消费者保护法案没有形成更普遍的非正式破产判例，即通过尽管并不适用破产的无偿付能力的债务人避免债务得到清偿，因为债权人发现在联邦法律基础上得到偿付代价太高。尽管传统意义上仅有贫穷的债务人适用非正式破产程序，BAPCPA 法案将鼓励投机债务人也采用这种方式，因为在联邦法律下这个法案的豁免漏洞仍然存在。最后，BAPCPA 法案还是不能抑制破产的滥用。法案将使得投机债务人排除适用正式破产程序，但是这不能让他们还清债务。本文建议法院通过减少公正地限制非自愿破产填补这种非正式破产程序的漏洞，使债权人更容易迫使投机债务人进入正式的破产程序。（2007 年 12 月 第 107 卷第 8 期第 1908 页以下）

自由与统一之间的联系：其他州政府官员的个人管辖权

Tracy O.Appleton

本文旨在检验个人管辖权分析是否可以适用于其他州政府官员的不同案件。最高法院在差不多三十年前的 Leroy 诉西方统一公司（Great Western United Corp.）一案中就面临了这个问题，但是它回避了这个问题，以管辖不当（improper venue grounds）处理了这个问题。从那以后，法院在联邦法律基础上审判对外国政府官员的诉讼针对这项规则显示出明显的不一致意见，即联邦主义和州（state）主权可以用来决定个人管辖权是否恰当。最近，在 Grand River Enterprises Six Nations ,Ltd. 诉 Pryor 一案中，第二巡回法庭坚持纽约存在个人管辖权，相对于来自三十一个州的律师在一个有关烟草控制决定协议（MSA）的案件中，忽略了纽约并决定了各州对于国家主要烟草公司的观点。为了达成结果，法院认为，为了公平正义的目的，MSA 协议应该是一个“普通的商事合同”。本文得出一个相反的结论。在回顾相关法律原则和判例法之后，本文得出结论，这是一个确定联邦主义场所在联邦案件中作为个人管辖权调查的部分。特别是，一些合理因素在 Burger King Corp. 诉 Rudzewicz 一案中得到强调，尤其是在“更多的基本独立的社会政策中几个联邦州的共享利益”中，就将联邦主义原则纳入考虑之中。通过在联邦案件合理的突破下统一地分配州主权，法院将在稳定基础

的需求下带来法律的平衡。(2007 年 12 月 第 107 卷第 8 期第 1944 页以下)

文化财产的矛盾

Naomi Mezey

在法律语言和文化差异的逻辑或令人憎恶的言论中可以发现许多现有的文化争议。本文的核心是关于文化财产清楚或者不清楚的观点。文化财产利用观点问题解决的文化争议是文化财产鼓励文化的贫乏理论发展,因此它就可以作为财产的形式发挥作用。文化财产是一个矛盾的事物,因为它赋予文化产品特殊的价值和法律保护,但这是以一个对文化产品及其本体清晰和内化的观点为基础。在文化财产的逻辑中,每个组织都拥有控制或者必须去控制自己的文化的权利。这种观点提供了一个文化保护主义的立场。本文反对以上观点,并将文化的活力,用途,文化交流,以及文化杂交纳入考虑范围。作为对文化财产矛盾性的纠正,本文提供了一个关于文化融合和文化杂交的对抗叙事。这个主题通过一个例子来说明,即美国本土吉祥物的一般规则和对这样一个吉祥物——chief illinivek 的发明。(2007 年 12 月 第 107 卷第 8 期第 2004 页以下)

(刘媛媛 译)

(陈聪 校)

评判投票权法

Adam B. Cox

Thomas J. Miles

投票权的法案已彻底改变了少数派选民的政治地位,并且大大改变了美国政治的党派结构。令人惊讶的是,尽管对法官意识形态和种族对判决的影响的评论越来越多,但是该法案下有关政治和种族问题的案件中,这些问题却被忽视了。本文提供了第一手系统的证据表明,在投票权案件中,法官的意识形态和种族与判决责任的归属两者间密切相关。民主党获委任的人士明显比共和党委任的人士更可能为投票权法案第 2 条责任条款投票。当由同一总统任命的法官同时上任

时，这些党派影响变得更加突出。此外，法官的种族观念似乎对他的投票倾向的影响比其政治倾向上的影响更加突出，使得法官更愿意为少数派的原告投票：少数法官中有两倍以上的人都赞成责任。这一调查结果与之前进行的司法决策的研究形成鲜明的对比，之前的研究发现，在一系列的法律问题面前，法官的种族，如果有的话，对于案件的解决也仅有很微弱的影响。正如党派，就是所谓的种族的“面板效应”很强。白种法官更可能赞成责任的表决，当他们和持赞成票的少数法官坐在一起。这些发现有重大意义的争议，包括争论哪些机构是为了保护少数派投票者的利益而设立的，和在联邦司法系统中多样性扮演了怎样的角色。（2008 年 1 月 第 108 卷第 1 期第 1 页以下）

无罪的判断

Brandon L. Garrett

本文首次进行实证研究，探讨美国刑事系统如何处理那些认罪后经过 DNA 检测无罪的案件。所收集的数据告诉我们这些独特的免罪者的故事。以刑事审判开始，过程当中依靠他们的直接上诉的水平和对于人身危险性审查，最后以他们的最终免责结束。研究从这些审判这些免责者开始，可以看出，他们错误认罪的主要证据类型，包括错误的目击者的鉴定，法医证据，告密者的证言以及虚假口供。然而，我们的刑事上诉系统和认罪后的审查暴露了在庭审中的事实认定上的不足。同时，几乎没有免罪者根据可以证明他们无罪的事实提起诉讼。即使有人提出了请求，法院也不认可。别提判决无罪了，法院认定这些错误的损害小，不需要救济。针对免责者，通过 DNA 鉴定证明而被证明无罪的人，而进行的刑事上诉案件和认罪后的诉讼，明显产生了大量的逆转案件——逆转率 14%。但是，这个逆转率应该与强奸和谋杀的逆转率区分开来。我们的系统在强奸和谋杀这两个罪行的逆转率上可能会产生很多错误。最后，即使存在 DNA 测试，但是难以保证所有的无罪者都进入测试，并最终得到救济。这些发现都表明我们的刑事制度未能有效地审查不可靠的事实证据，这样便导致了一个结果，即误判也是清白的。（2008 年 1 月 第 108 卷第 1 期第 55 页以下）

给予第八修正案内容确切的定义：一个对于监狱诉讼改革法 修订法案的评价

Andrew W. Amend

国会以响应大量出现的犯人诉讼和刑事司法机构的微观管理，通过了 1995 年监狱诉讼改革法案（PLRA）。除此之外，该法将监狱中的禁令性救济的情形限制到联邦法院所要求的最低标准。这种更改将第八修正案从宪法违反的情形中脱离出来，通过赋予公平补救措施以特殊的限制。

这篇评论反对运用法院的能力来修正违反第八修正案的情形。关于 Jeremy Waldron 教授的成果，本文指出，第八次修订与其他法律一样反对对人类尊严的践踏，以此使得法律区别于其他力量。这一目标使该第八条修正案（如禁止酷刑）不适合实施“速度限制”模式——与“残酷的和不寻常的惩罚”的规范也不相适应，这个规范被当成一个能够不断推挤和甚至超过原有体积的气囊。然而，PLRA 创设了这样一种范例，通过运用补救办法解决的体系上的不能，这种失败大量存在于第八修正案的违反当中。

因此，本文加入美国律师协会前第三巡回首席法官 J. Gibbons 以及美国前总检察长 Nicholas de B. Katzenbach 的观点，他们都支持 PLRA 的补救限制修正案。另外，本文建议，国会改写某些条款，或者即使做不到这一点，法院在阅读成文法的过程中要以一种被第九巡回法院认可而被其他上诉法院拒绝的态度——就像赋予即将终结监狱司法审查的被告举证责任。（2008 年 1 月 第 108 卷第 1 期 第 143 页以下）

为什么全民投票计划是取消选举团的错误方式

David Gringer

也许没有任何宪法规定会像选举团那样引发争议。很多人的争议源于这样的可能性，即选举团可能会产生出所谓的“错误赢家”——一个没有赢得全国选民投票的总统。当这样的情形在 2000 年的总统选举中第四次发生的时候，选举团

的反对者们拟定了一个计划，以避免繁琐的修订宪法的过程和通过一个紧凑的州际选举以保证当选的总统是经过全国人民普遍选举而产生的总统，从而终结选举团。本文指出，这计划，虽然很巧妙，但是其严重违背恶另一部法律中关键的一部分——选举权利法案的第二部分和第五部分——即无论是少数投票稀释或少数族裔选民的能力倒退，他们都必须选出他们所选择的候选人。此外，以国家利益为基础的废除选举团的努力，也可被用于党派操纵。因此，文章的结论是，选举团只应通过一个宪法修正案才能予以废除。（2008 年 1 月 第 108 卷第 1 期第 182 页以下）

解构权益：公众所有权，机构成本和完整的资本市场

Ronald J. Gilson

Charles K. Whitehead

传统的法律和金融关注于机构成本，并且不变的假设前提是，多元化的社会公众股股东是最便宜的风险承担者。在这篇文章中，我们提出，可能的资本市场变化使得这种前提性假设也遭到了质疑，同时被最近私人企业卷入的风波浪潮中。私募基金的规模和上市公司的范围明显扩大。总之，我们认为，在日益完善的市场中，私营业主可以转移大量的风险给他们的对手，这些对手要么是能够应对和消化这些风险，要么，如果放弃应对风险的话，就通过购买传统的低成本的风险基金将风险分散出去。

如果多元化的股东已不再是最便宜的风险承担者，那么相关的机构成本现在可能是自愿的；如果风险管理可以被风险资本所替代，而无需所有权的转移，那么为什么上市呢？为什么要做更完整的资本市场的先驱（再次）的公众公司？本文我们提供一些初步的回应，表明公共和私人公司之间的界限可能会开始模糊，因为机构成本和公众所有权的利益的平衡开始走向新的平衡。（2008 年 1 月 第 108 卷第 1 期第 231 页以下）

（吴至诚 译）

（隋钰南 校）

对司法选举的嘲讽

David E. Pozen

在美国，司法选举已经发生了戏剧性的转变。在一个多世纪以来，这些州和地方的选举被当成相对凝重、低调的事务。竞选活动是微不足道的；现任几乎总是赢；很少人投票也很少人那么关心投票。然而，在过去的二十五年，特别是过去十年中，竞选开支和利益集团的参与积极性的提高，以及全国性的政治演讲，打破了传统的模式。在“新时代”，正如评论家们所戏称的那样，司法选举常规性的竞赛加强了其竞争性，拓宽了公众参与的广泛性，提高了司法选举的重要性。

本文以新时代作为一个契机，以推进我们对选举司法相对于非选举司法的理解。通过重温这个经典的辩论，这篇文章试图达到三个目的。首先，它提供了一个分析分类法以支持和反对选举法官的论点，这些法官试图将中央规范性的关注从偶然性的经验主义中区分开来。第二，应用此分类，文章显示了通过最近的发展司法选举的成本和利益是如何得到加强的，加强的结果是使得争辩的双方的分歧比以往任何时候都要明显。

最后，文章探讨了几个从这种分歧中引出的深刻的讽刺。在这些嘲讽的背后隐藏了一个非常普遍的观点：由于司法选举作为选举实现了更大的合法性，它们将越来越多地削弱司法机构的独特作用和我们更广泛的民主进程。司法选举的顺利进行和司法系统的健康发展之间存在着一个不合理的权衡，本文假定，可以帮助辩论双方在新时代的背景下重新达成共识和塑造论辩的平台。（2008年3月 第108卷第2期第265页以下）

谨慎地对待条约

Edward T. Swaine

美国拥有解决其违反国际义务的法律能力，似乎使得其他国家深感不满。国际法庭做出的不利决定不太可能对国内产生直接的影响，条约和国内法很少强调国内法对国际法违反的补救；总统处理涉外事务的权力往往被援引以填补这一空白，但是程度和范围是不确定的。也许可以引用一个理论来解决国际义务违反的

问题，但是这样做也存在扰乱绝对法、赋予总统无限制权力的风险——否则，一旦这样的理论被发现确实是需要的，那么国际义务和国内法的差异便得到加强。

“照顾条款”提供了一个令人吃惊的合适的解决方案。最近的论述都忽略了“照顾条款”的权威——除了那些强调它是无关的，或者相对而言只是行政权力不受拘束的言论外。这些反对意见将会得到解决。正如这篇文章解释说，“照顾条款”使得总统权威对于条约变得有意义，其中包括一些通常意义上被认为非自动执行的情形。然而，这种权力可能被宪法、条约或者国内法剥夺，同时条款本身防止赋予总统无限制的立法权。

这篇文章解释了监督总统的机构如何解决潜在的争议，包括对国际法庭判决（像国际正义法庭的判决）、国际立法决定（如安理会的决定）和国际货物买卖的条约的遵守。通过减小条约的批准和实施之间的差距，监督机构加强了国会的权威而不需要赋予其基于其上的条约义务。（2008年3月 第108卷第2期第331页以下）

有条件抢占、征用及合作联邦制的价值：对能源政策法案216条的分析

R. Seth Davis

本文探讨最高法院是否需要扩张其征用学说的范围使得有条件的抢占行为无效。通过对能源政策法案第216条的分析，它确实是这样做的，既关注形式主义者又关注实用主义者对有条件抢占和征用的描述。法院对征用的正式禁止令同时也禁止了有条件抢占，即使一些有条件抢占的计划，如第216条，威胁着法院用于使禁止征用正当化的价值观念。抓住这一点，一些法官和一些学者呼吁有条件抢占和征用采用功能主义者的理论和观点。本文承认，对第216条的分析引出了有条件抢占和征用的明显的区别的争论。然而，它最终维护了两者的区别。通过引用不同意见和行政可信性，这篇评论提出了一种有条件抢占的模式以回应法院对规范的关注，进而提供了反驳有条件抢占功能主义的批评模式。（2008年3月 第108卷第2期第404页以下）

一个简单的问题：合理确信和在薄弱市场中长期合同的预期 违约的损害赔偿问题

Matthew Milikowsky

本文分析了当预期解除和合理确信理论同时应用于一个薄弱市场的长期合同时所产生的冲突。文章表明，每个理论都是有效的理论，但是当合同的期限延伸时这些理论便开始发生冲突，其有效性也会消失。然后，文章着眼于 *Tractebel* 诉美国电力案作为这一潜在冲突的代表。文章表明了第二巡回法院撤销之前地区法院是如何得出一个明显无效的结论。接着，文章表明，第二巡回法院所持观点是建立在给予法官在损害赔偿案件中充分自由裁量权的理论之上。文章最后则表示，“最有效”合同损害赔偿规则是一种比目前的学说更有效的补救措施，并能够使法院在薄弱市场的长期合同中更准确地判断损害赔偿。（2008年3月 第108卷第2期第452页以下）

科学的明确和预防原则

Jonathan Remy Nash

在马萨诸塞州诉环保局的案件中，最高法院维持了马萨诸塞州挑战美国环保局拒绝规范移动污染源温室气体排放的行为。多数派和异议群体争议是否全球变暖在科学上是足以明确和证实的。除了这两种观点之外还有关于是否全球变暖是明确的当科学不确定但是潜在的危险是巨大的和不可逆转的时候。本文认为，环境法的一项基本原则——预防原则，应该适用于这个案例。

预防为主原则不会颠覆现存的科学明确原则。首先，它的适用将受到限制，并且可以进一步限制到由主权国家提起的案件。第二，在法院已经适当采用预防为主的原则的地方，明确原则没有一个严格的标准。三是预防为基础的原则针对大灾难和无法预见的自然灾害情形满足第三条款的要求。文章论点的重要性体现在以下几个方面。首先，对预防原则的依赖可能会吸引人们的支持，这些人怀疑科学的确定性但是承认全球变暖带来的巨大风险。其次，预防为基础的原则将可

用于解决未来的环境危机，在科学认识的滞后所带来的威胁是真实的情形下。第三，预防原则最终可能产生支持该原则的法理。最后，对于预防原则的关注和适用将会提供一个合乎逻辑的稳定的平台以促进预防原则的发展和繁荣。（2008年3月 第108卷第2期第494页以下）

（吴至诚 译）

（隋钰南 校）

联邦宪法婚姻修正案和原旨主义的错误承诺

Thomas B. Colby

本文通过最近被否决的联邦宪法婚姻修正案来探讨有关原旨主义的争论。联邦宪法婚姻修正案的含义引起了广泛深刻的异议，特别是其对公民结合（婚姻）将造成的影响。不可避免的结论是：就公民结合问题而言，联邦宪法婚姻修正案并无公众原旨。这意味着原旨主义的问题并不仅仅在于历经数世纪的宪法条文中所蕴含的公众原旨难以发现（特别是对于历史上没有经过训练的法官而言）。更为根本和致命的问题在于根本没有公众原旨可言。这是制宪过程的自然结果。一个颇具争议的主题的宪法条文只有用高度模糊的语言起草而不是只具有简单的原始含义才能被通过，因其要吸引对宪法条款有不同理解的不同派系。因此，原旨主义的最主要假设，用 Scalia 大法官的话说就是：宪法可以通过那些法律中熟识的技巧而确定其固定含义，这通常是错误的。同理，依靠客观、可知、固定的宪法含义的原旨主义的最主要承诺也是错误的，即原旨主义可以防止法官颠覆民主和法治。（2008年4月 第108卷第3期第529页以下）

流毒争论和宪法解释

Adam M. Samaha

本文尝试重新梳理宪法权威理论和宪法解释方法之间的关系。一些学者断言，尽管美国宪法不完美并且作者也已故，但我们尊重其为法律的原因却强烈地影响了解释原文的恰当方法。权威的“为什么”驱赶着解释的“怎么样”，但这

一关系可作更好的理解。尽管权威理论可以确定哪些可作为法律用以解释，但其毕竟不同于解释方法。除此以外，这一宣称的关系不复存在。首先，一些权威理论实际上依赖于特定的解释方法，而非相反，并且总体的规范性框架可独立启发解释选择。其次，比较奇怪的是，宪法权威理论的说服力和它对解释的逻辑含义之间的相互关系似乎是消极的，可能更多的是说服性的，而非影响性的。即使排除制度上的考虑也是这样，这已经减小了权威理论对解释的影响。然而权威理论和解释可能以另一种方式建立联系。联系因素包括多种法律渊源，而非对某一文本的解释方法。权威理论可以调整竞争性的法律在同一判决中的力量对比，有助于化解冲突。即使宪法也得服从这一力量评价。（2008 年 4 月 第 108 卷第 3 期 第 606 页以下）

平等地对待子判断：应用于司法方法论的遵循先例原则的范围

Jordan Wilder Connors

最高法院作出这一解释：遵循先例原则对法院的约束范围不仅在于判决结果，而且包括“那些对判决结果必要的观点部分”。然而最高法院并未将这一原则延伸适用于涉及方法问题的“必要部分”（此处称为子判断）。例如，当一个案件有赖于这一子判断：在解释法规时，法院是否应该参考立法资料。这一子判断对以后案件的影响却是不清楚的。本文以法规解释中子判断的遵循先例为切入点来阐明遵循先例的实验范围这一更大的问题。对遵循先例原则的目的和作用进行描述后，本文审查了法规解释中的子判断以确定法院是否给其先例先例。结果发现法院将遵循先例原则只应用于某些法规解释的子判断而没有应用于其他的，这种不一致的行为没有连贯的原则可以接受。最后，本文根据遵循先例原则的目的来主张：法院应将遵循先例原则适用于所有的法规解释子判断中。（2008 年 4 月 第 108 卷第 3 期第 681 页以下）

在监护斗争中自由行使请求权：SMITH 案后还需要详细审查吗？

Ariana S.Cooper

本文探讨了在 *Employment Division v. Smith* 案后应如何对待监护争端中的自由行使请求权问题。在 *Smith* 案前，最高法院认为对自由行使请求权应予以严格审查。在 *Smith* 案中，最高法院改变了这一立场并认为在评价自由行使请求权时通常不需要严格审查。然而，最高法院却指出了仍然需要严格审查的一些例外，其中之一就是混合权利：其中自由行使请求权只有和别的权利相结合才能有效。监护争端中的自由行使请求权可能产生一种混合权利，因为它们可能会使亲权在与自由行使权力结合时才能生效。州法院在是否承认监护争端中的混合权利上的做法并不一致。如果这些请求权构成混合权利的话，那么根据 *Smith* 案，它们需要详细审查。本文主张州法院应该明确承认监护争端中的混合权利，但如果双亲争夺的是只有他们其中之一可以行使的权利时，并不应该对其适用严格审查。本文还主张，法院至少应明确阐明可保护的水平以及保护的原因。对于那些提供自由行使保护的州，本文提出一个框架供法院使用以决定何时采用详细审查是恰当的。（2008 年 4 月 第 108 卷第 3 期第 716 页以下）

（王兰 译）

代理成本，公益信托与公司控制：来自好时公司解雇的证据

Jonathan Klick

Robert H.Sitkoff

2002 年 7 月，米尔顿·好时信托公司的受托人宣布出售信托公司对好时公司的控制利益以实现信托公司投资组合的多元化。消息一出，公司的股票从 62.50 美元涨至 78.30 美元。但那时正竞选州长的宾夕法尼亚州总检察长却反对这一出售行为，理由是这可能会伤害当地。检察总长获得初步禁令之后不久，受信托人放弃出售，公司的股价跌至 65 美元。运用标准的事件分析方法，我们发现出售

通知带来超过 25%的收益而取消出售却只造成约 12%的损失。我们的发现意味着总检察长的干涉为公益信托减少了约 8 亿 5 千美元的代理成本并阻止了这一有益的组合多元化而非改善信托主要受益者——贫穷儿童的福利。此外，阻止这一出售给股东财富造成了 27 亿美元的损失，保留公司这一次最优所有权结构而减少了总的社会福利。我们通过提供公益信托代理成本的第一手经验分析并强调由州检察总长来监督慈善的缺点而使得我们的分析有益于信托法的制定。当信托公司将公司交给市场以实现公司控制时，我们还通过考量公司市值的变化而有益于公司治理的研究。（2008 年 5 月 第 108 卷第 4 期第 749 页以下）

宪法解释的“缓缓流下”：州宪法应该引入联邦关于公民身份地位的立法授权吗

James W.Doggett

不管是联邦还是州政府，国会和州立法机构都通过了授予公民为公共利益进行诉讼的资格的法规。这些法规允许公民辅助执法并使行政机关对其法律义务负责，然而，这些资格授权可能在宪法上是有争议的。在联邦层面，最高法院确立了这一的规则：法规授权有时可能不允许联邦法院审理超出联邦宪法第 3 条授予的司法权范围的案件。最高法院同时暗示，这种授权可能会侵害总统在执法上的权威。因为很多州宪法在一些重要问题上与联邦宪法不一致，大家可能认为州法院会推翻联邦法院对公民身份地位授权进行限制的结论。然而，一些州法院却将联邦的做法引入他们的州宪法。本文认为州法院在对公民身份地位授权进行限制问题上应持谨慎态度。许多州宪法对行政权力的制约措施联邦并没有：州行政机关通常被分成独立选举和独立的办公室。此外，限制州法院所扮演角色的正当性规则通常比限制联邦的要松得多。在这一背景下，在公民身份地位上的授权——允许公民对行政权力进行制约和补充，在州层面上应该是毫无争议的。（2008 年 5 月 第 108 卷第 4 期第 839 页以下）

能再次搭乘直通车吗？

Christopher M.Hogan

2005 年《防止滥用破产与消费者保护法案》(BAPCPA) 对《破产法》的很多方面进行了根本修改, 但其在某些方面的影响还不清楚, “直通车程序”就是其中之一。直通车程序为债务人就他们财产提供了第四种选择, 除放弃、再确认或补偿外, 债务人可以通过继续进行破产前清偿而保留财产。然而, BAPCPA 前的直通车程序适用范围有限, 只有五个上诉巡回法院承认, 其他五个则认为它不是破产法的组成部分。国会通过的 BAPCPA 修改了破产法中有关直通车程序的部分并解决了巡回法院间不一致的问题。尽管有些法院和评论家认为 BAPCPA 删除了直通车程序, 我们仔细研究后却发现不是这样的。而且, 删除直通车程序会完全改变国会通过 BAPCPA 的意图并严重伤害低收入债务者。尽管直通车程序并未被删除, BAPCPA 也没有扩大它的意思。本文认为, 正是由于 BAPCPA 未明显改变直通车程序, 法院会继续以前 BAPCPA 中巡回法院间的分裂状态为基础来适用直通车程序, 除非国会对破产法作明显修改。(2008 年 5 月 第 108 卷第 4 期第 882 页以下)

中国证券市场的名誉制裁

Benjamin L.Liebman

Curtis J.Milhaupt

学者为股票市场的发展提出了两种不同道路的建议: 一种是基于对投资者的法律保护, 另一种是基于上市公司通过证券交易所实现自我规制。本文探讨了中国对这两种道路的尝试, 但主要集中在证券交易所作为规制者的角色。本文特别研究了中国证券监管中有趣但并未被研究的一个方面——上海证券交易所和深圳证券交易所对上市公司的公开批评。以事件分析方法和对市场行为者大量的采访为基础, 我们发现公开批评对上市公司和他们的管理者有重大影响。在上交所和深交所, 公司公开其由于潜在的不当行为导致被批评以及他们自己对这种批评进行公布后, 公司虚高的股价回落了。采访还表明证券交易所的批评的影响超出了股票市场本身, 因为银行和银行业监管者可以出于自己的目的利用这些制裁数据。我们评价了公开批评在中国不断发展的证券监管机制中的作用, 有助于研究

媒体在公司治理中的作用，耻辱制裁在公司治理中的应用以及非正式机制在支持中国经济发展中的重要性。（2008 年 5 月 第 108 卷第 4 期第 929 页以下）

只需轻轻一点：网络零售合同的现实

Ronald J.Mann

本文探讨了网络零售合同中有利卖方合同条款的强制性和这一现象的出现。通过分析网络合同的强制性的案例法，并对 500 家公司的网站进行调查，我们发现很多网络合同的强制性是有问题的。本文随后陈列的数据表明有利卖方合同条款现象并没有人们所想的那样普遍。这表明使这些条款具有强制力的利益大于接口转换中必要的用户友好损失。最后，本文用最新的数据分析以确定强制性、有利卖方合同条款、商业规模和产品渠道或产品模式间的关系，如果他们之间有关系的话。本文的结论是合同文字可能高估了有利卖方合同条款的利益而低估了网络合同条款在非正式强制中的作用。非强制条款也可以用于争端解决。（2008 年 5 月 第 108 卷第 4 期第 984 页以下）

（王兰 译）

“反恐战争”中的程序和实体问题

Jenny S.Martinez

法律学者们一直在争论程序法和实体法之间的关系。本文以“反恐战争”为背景，来研究二者之间的关系。在“反恐战争”中，最具争议的行动是对个人权利的严重侵犯——包括刑讯逼供以及其他残酷待遇、监禁、驱逐出境、对私人电话的监控和对个人犯罪记录的审查等。911 恐怖袭击已经过去六年，但在涉及前述行为的案件中，对于实体权利的诉求，大部分法院都没有作出直接的处理。相反，法院的裁判几乎都是关于程序的规定，比如说，特别法院是否有权审理某一案件；政府机关是否有合适的权限作出政策决议；特别原告是否有诉权挑战这一政策；证据一经发现，是否由州秘密特权部门进行保护等等。这些以程序为重点的裁判对实体权利来说有重大意义，但是，这些案件中程序和实体的关系几乎很

少受到关注。为了填补我们对这个时代中一些重大案件在程序和实体关系问题上的空白，本文提出了一个阐释程序与实体之间相互关系的规范性框架。虽然这一框架产生于“反恐战争”这一背景下，但是它与程序与实体的关系这一问题相关，并且与这一问题的广泛讨论相伴而生。（2008年6月 第108卷第5期第1031页以下）

认知上的隔离问题

Russell K. Robinson

本文认为，无论是专家还是业余人士都很少从纯心理的角度来看待歧视问题。比如说，一个车间，虽然在空间上是一个整体，但是在里面并肩工作的工人可能因为他们的种族和性别不同而对歧视问题有不同的认识。大部分含有“内在偏见”的法律专家在评价局外人（有色人种和妇女）的时候，往往使用的是局内人（白人和男性）的认知过程。本文开辟了法律学界的一个新的领域，并详细阐述了“局外人”对潜在歧视事件的认知过程，通过这一经验性研究方式来补充那些含有内在偏见的作品。研究表明，白人和黑人在认识和定义歧视问题上存在实质的差别。许多白人认为确定歧视问题的证据应该是明确的，当证据不存在时，就不存在歧视问题。然而，许多黑人认为歧视问题是普遍存在的，而且大多是隐性的。研究同时表明，男性和女性在认知性骚扰问题上存在明显的差异，这些差异对于我们现有司法体制（法官主要由男性和白人组成）怎么去处理反歧视的诉求具有深远影响。法官在裁判时通常利用的是他们自己对歧视问题的理解，而很少或几乎不会意识到这种理解上的缺陷对他们裁判的影响。本文探讨了司法系统和工作场所应该怎样进行改革，以使局外人和局内人能够互换视角来思考问题，从而打破以往的思维定势。（2008年6月 第108卷第5期第1093页以下）

拒绝到达正义：《防骚扰法》应用到家庭暴力的成本问题

Cari Fais

《防骚扰法》规定警察可以就出警次数来对财产所有人进行罚款或其他制

裁。这些法规的设立是为了降低政府中过高的警察服务成本和鼓励财产所有人主动防止犯罪行为的发生。本文认为，家庭暴力需要警察服务，不应该因为家庭暴力而承担《防滋扰法》上的责任。把《防滋扰法》的规定应用到家庭暴力中，这一行为加重了家庭暴力受害者已面对的救济障碍，并且会因为加害人自己不能控制的行为而追究其责任。设置惩罚措施会打击家庭暴力受害者向警察求助的积极性，这与政府对待家庭暴力的其他政策——在《防对妇女暴力法》中规定强制性拘留、起诉和家庭内保护措施等也不一致。本文提出了对《防滋扰法》在家庭暴力领域应用的几项法律挑战，并提出了立法改革，以保证受害人能应用警察服务，而当地政府仍然可以对滋扰行为进行管制。（2008年6月 第108卷第5期第1181页以下）

联邦主义在移民区域的价值？评估“诉讼候补”——一项墨西哥边境的地方性法律诉讼计划

Adrian J.Rodriguez

为了打击毒品走私和非法移民，美国警察联合部门增加了美国和墨西哥边境警察的数量。副行政司法官为威慑边境犯罪，为警员增配枪支，在某些特定地方设立车辆检查站点，这一系列行为被称为“后卫行动”。在德克萨斯州，州长提供了州的资源，以支持新增的警察活动。这些活动免不了要遭受批评，就像一些市民和立法者所称这些副行政司法官是在执行联邦移民法——但这种说法遭到了警务部门的否认。本文探讨的是“后卫行动”和一些州和地方法律诉讼活动的合法性问题。本文讨论了联邦法律是否优先于各州对联邦移民法的执行，并探讨了这些行动对联邦主义的潜在价值。经过分析联邦和州官员对移民法诉讼的历史，和评估与联邦法优先原则和州授权相关的问题，并考虑到政策的意义，本文最终得出结论：任何州和地方对边境地区的独立执法都没有满足合法性和统一性的价值。（2008年6月 第108卷第5期第1226页以下）

合同解释中的“虚假同感偏差”

Lawrence Solan

Terri Rosenblatt

Daniel Osherson

心理学家把一个人相信自己的观点是具有优势性（而事实上并不具有）的倾向性叫做“虚假同感偏差”。在合同解释中，当一个争议事实是否适用于合同用语时，这种“虚假同感偏差”应该受到特别的关注。本文中，我们对普通人和法官的这种倾向性进行了实证研究。

对于一份呈现在法庭的保险合同，因为对合同用语的理解不一致，不同的人会得出不同的结论。这是因为他们受“虚假同感偏差”的影响，这些人会认为他们自身的解释是正确的解释，即使事实并非如此。无论事实怎样，无论如何解释，也无论某一解释有利于哪一方当事人，这种现象都普遍存在。法官在同样的情形下也会表现出“虚假同感偏差”，这些研究表明法官在对合同用语有多种解释时，应当慎重考虑其他法官的不同意见。并且，当事人也会因为涉案法官的这种特殊癖好行为而陷入不确定的状态。法官在克服这种“虚假同感偏差”时也应该考虑当事人的合理期待。（2008年6月 第108卷第5期第1268页以下）

（刘利鹏 译）

（吕钧泽 校）

优化证券诉讼的改革：重构10b-5号规则的公共诉讼和私人诉讼之间的关系

Amanda M. Rose

评论家们一直在争论，在不考虑集体诉讼是否有价值的情形下，如何改革颇具争议的（证券交易委员会根据1934年《证券交易法》第10条b款及制定的）10b-5号规则。10b-5号规则中的私人诉讼是否值得保留，或者说只保留公共诉讼是不是更好些？现在，我们应该比以往更关注这些基础性但是以往忽视了的问题。一项学术性调查显示，10b-5号规则中规定的集体诉讼并不能为赔偿问题提供正当性理由。这就使得证券交易委员会只能用“私人诉讼是必要补充”这一经常被引用，但尚未被理论化的原理来威慑证券欺诈。然而，从批判的角度看，这

一原理充满了争议。法律学者和经济学者教会了“赏金猎人”怎样执行过于宽泛的法律，像 10b-5 号规则，这可能会阻碍政府有效地执行政策（即使假设不考虑集团诉讼可能产生的“恶意诉讼”和政府成本）；如果私人诉讼是不可取的——一个充满争议的提议——由于证券委员会的财政压力、效率低下和（或者）“战利品”的原因，所以没有私人诉讼可能会更严重地背离理想模式。

通过仔细分析 10-b5 号规则中规定的私人诉讼和完全由公共诉讼之间的优缺点，本文揭示了一种全新的路径，来弥补 10b-5 号规则中集体诉讼的缺点。本文建议，政策制定者对证券诉讼改革采用一种“监督的路径”，比如说，赋予证券委员会筛选哪些 10b-5 号规则规定的集团诉讼可能会被提出，可能会针对谁的权力。通过消除对私人诉讼的过度障碍，并把证券委员会放在《证券交易法》执行政策之后，这种路径可以消除私人诉讼之前存在的缺点。而且，通过保留私人对证券委员会和“管理捕获理论”的审查，和允许证券管理委员会通过私人诉讼资源来补充其预算，可以在不消除现有系统优势的前提下，达到预期目的。这一路径和之前的证券诉讼改革存在差异，之前的改革仅仅通过机械地缩小私人责任的范围来弥补《证券交易法》造成的过度障碍。（2008 年 10 月 第 108 卷第 6 期 第 1301 页以下）

目标性拘留：确定性标准和对恐怖嫌疑分子的拘留

Matthew C.Waxman

一国在什么程度下可以按照战争法拘留恐怖分子，在区分恐怖嫌疑分子和非恐怖分子应该达到什么标准？本文通过类比对军事目标的拘留和对目标规则的推测，阐述了战争法能并且应当为对跨国恐怖组织的打击方面提供法律解释或法律补充。拘留确定性标准问题的目标路径为平衡安全和自由利益提供了一种思想体系，它填补了拘留法之间的空白，而且还回答了最高法院最近作出的拘留案例中一些重大的实质性问题，包括 Boumediene 诉布什（Bush）一案。目标规则还包括了一种合理注意的标准，这一标准是为了保护那些由于疑云和信息错误的无辜市民免于受到伤害而产生的实践问题和道德问题，虽然在拘留时适用这一标准还必须考虑像临时规模的不同，可使用程序机制的不同，政治和战略背景的不同

等。利用目标规则的思想体系，本文提出了对美国政府过去和现在拘留政策的批评。本文提出了几项补救措施，包括随着时间的变化，逐步升级确定性标准，通过比较的考虑，逐步提高审判程序的准确度和更加透明的决策过程。（2008 年 10 月 第 108 卷第 6 期第 1365 页以下）

遵循先例：Twombly 一案中的诉讼请求标准和程序统一性

Z.W.Julius Chen

在贝尔大西洋公司诉 Twombly 一案中，最高法院撤回了在康利诉吉布森一案（Conley v. Gibson）中对民事诉讼法第八条 a 款长期以来具有深远影响的解释，并改变了以往对告知诉答所持的赞同态度。为了代替“康利案”中的告知诉答，最高法院代之以一个模糊的“合理性标准”，这一标准自从产生就在法学界产生了质疑。Twombly 一案在 Conley 案和联邦诉讼规则之后，形成了联邦的程序系统。本文从州的角度阐释了这一案例，并讨论了州法院是否应该采取合理性诉求的原则。本文采用反“伊利”案的分析方法，首先，挑战了评论家们宣称的适当的州案例（如 Conley 案）和联邦案例（Twombly 案）会导致联邦案例在州法院适用时的法院选择问题。考虑到 Twombly 一案是否应该管辖州诉讼案件，本文建议州法院认真考虑诉讼请求标准、现存的发现机制和 Conley 案中告知诉答的规范价值之间的相互影响。最后，本文追溯了联邦和州之间程序统一的进化历程，并得出结论：传统观点倾向于统一性是不适当的。（2008 年 10 月 第 108 卷第 6 期第 1431 页以下）

制药业“产品飞跃”的反垄断分析

Jessie Cheng

Trinko 强调了重视工业管理机制在反垄断法定位方面的重要性，并提出了一项在规制背景下对谢尔曼法“外延扩展”的建议。制药产业虽然受到严格的规制，但是缺乏规制竞争的管理者，本文讨论的是 Trinko 提出的反垄断法在制药产业实施的意义。它重点集中在“产品飞跃”——名牌药品制造商的一种策略，

用来瓦解不知名的替代药品的竞争。当事人认为“产品飞跃”是反自由竞争的，因此已经对其提出挑战，并且，迄今为止，司法途径仅仅在消费者的抵制产生后才会发生作用。然而，这种路径忽略了制药产业市场的单一性和其管理体制。本文从 Trinko 的角度深入探讨了“产品飞跃”真正的反竞争危害。本文认为，法院应该承担反垄断的分析任务，同时要注意到某一产业的管理体制——特别是《药物产品选择法》，和其所体现的立法政策，并且要使这种传统上对反垄断的关心作为推动创新和保持自由竞争的重要手段。本文提出了一种理论架构，它可以使制造商自由的创新，以回应反垄断法的限制，并可以惩罚制造“产品飞跃”的人，因为他们破坏了州立法寻求在《药物产品选择法》中所建立的具体的竞争类型。（2008 年 10 月 第 108 卷第 6 期第 1471 页以下）

享乐适应和民事纠纷的解决

John Bronsteen

Christopher Buccafuso

Jonathan S.Masur

本文仔细考察了近期蓬勃发展的关于幸福和享乐适应（一个人通过适应环境的变化来保持或者重新获得其幸福指数的能力）的心理学作品，并阐述了把这些作品应用到诉前纠纷解决的可能性。现有的纠纷解决的经济和行为模式是不完整的，因为它们并不包括原告愿意接受诉前解决的适应效果。当一个人第一次遭受严重的伤害时，她很可能预测到这种伤害会严重影响其将来的幸福。然而，在她的案件到达审判阶段期间，这个痛心的原告很可能会适应了其伤害，——即使某一伤害是永久的——她也会在两年内达到和受伤之前的幸福水平。结果，原告认为可以赔偿其受到伤害的金钱的数额将会减少，即使这些金钱侵权赔偿上用来“弥补对她的伤害”。相应的，在纠纷解决中，原告愿意接受的数目也会减少，而纠纷解决的几率则会上升。（2008 年 10 月 第 108 卷第 6 期第 1516 页以下）

（刘利鹏 译）

（吕钧泽 校）

累进税和潜在收入：评估变化工作模式在所得税累进制中的影响

Chris Willian Sanchirico

所得税征收市场劳动的收益，但不征收其他时间所得收益——无论是提供给自己的货物和服务还是闲暇时间。例如，一对双方均工作的夫妻请别人做家务和照顾儿童，他们要为这些服务支付税后报酬，而只有一方工作的夫妻自己提供这些服务的，对于他们的服务不交任何税。根据收入动力研究小组的数据，本文评估绝对排除非市场活动再分配的影响。把这种排除视为一种税收利益，我们疑问：这种税收利益在收入领域中是如何分配的？本文发现在“劳动收入实际比例”中，——一部分潜在劳动收入已经被视为实质性的劳动收入——收入等级带来的变化在塑造真正的联邦所得税累进制中起着决定性作用。理论上，联邦所得税从20世纪90年代实行累进制。然而，当计算平均税率是仅计算潜在的而不是实际的收入时，那十年的所得税在累进性上有所下降。工作模式的变化带来了差异。在十年之初，高收入的纳税单位发现相较于低收入的纳税单位，他们潜在收入中有更多一部分被征收。在十年之末，实际比例在潜在收入范围的底端更大。劳动收入实际模式中的逆转实际上足以击败法定累进税的增长。（2008年11月 第108卷第7期第1551页以下）

市场损害赔偿、高效交易和经济浪费谬论

Alan Schwartz

Robert E.Scott

在大量的市场交易中，市场损害赔偿是默认规则：它们使双方高效地订立合同，并只有在贸易是高效的情况下进行交易，而且它们不产生事前低效。然而，当立约人捆绑提供那些不可单独计算价格的服务时，法院通常忽略这些优点。例如，一位立约人可能同意支付矿产租约使用费，之后归还受约人的财产。当完成工作的费用与“市场三角”关系很大，即与市场价值的增长关系很大时，关注避

免“经济浪费”的法院限制买家增加市场价值。这种关注是错误的。通常自买家预付服务费之后，完成工作的实际费用中已经包含了一个返还的成分——预付的价格——和一个预期的利益成分——市场损害赔偿。法院没有看到返还的问题，因此比他们实际上所做出的判决，还要频繁地否认这些损害赔偿。首先我们认为否认买方市场损害赔偿的规则导致过多的卖方进入这些服务市场。其次，当买方预付且从未履行服务中不能取得应有的对价时，买方补偿不足。最后，卖方通常可以在订立合同和履行合同的期间内采取措施，降低易于管理部分的服务费用。如果卖方被要求只支付买方市场三角，而不是他们采取措施即可避免的全部履行费用时，卖方不太可能采取这些预防措施。（2008 年 11 月 第 108 卷第 7 期第 1610 页以下）

联邦党人的困难处境：州健康信息技术试验的全民政策

Benjamin J. Beaton

在美国尽管诊断和治疗技术有着惊人的发展，但是医学依然是最重要的依赖纸张的产业。美国医疗保健系统从纸张图表时代转向电子记录时代的进程起起落落。最终的目标是建立全国范围内的健康信息网络，包括为每位患者建立全面的、可互操作的电子医疗记录。在医生事务所、医院甚至患者家中有效利用健康信息技术（HIT）有助于抑制上涨的医疗保健费用并改善美国人的健康状况。

遗憾地是，没有一个全局性、国家性战略提出设计、实施这样一个系统。尽管联邦官员越来越多地提倡使用 HIT，但是州的努力减缓大多数政府的进程。这种双轨的规范战略带来州际间裁员和不兼容的明显的风险。本文认为一项州试验的全民政策可以缓和这些风险并最大地开发 HIT 潜能。建立在民主试验主义观念上，这种基准体系将鼓励州改革，但作为回报要求州之间合作并遵守产生的标准。本文建议建立一个州际合作论坛，要求州通过一个指明的 HIT 协调程序来参加，在州与联邦官员之间共享信息，并创设一套程序限制潜在地有破坏性的州政策。另外，提供一份全国 HIT 转变的发展蓝图，本文同样提供一个透镜，透视——一个强调的机会——一些对民主试验主义理论的反对意见。（2008 年 11 月 第 108 卷第 7 期第 1670 页以下）

责任的无意识双重标准：威斯特弗尔法（Westfall Act）对 外国人侵权法的影响

Karen Lin

近年来，对于在关塔那摩和其他地方因战争引起的大量恐惧和咒骂，出现许多非本国公民起诉美国官员的现象，控诉其实施的酷刑和其他违反国际法的行为。这种依据外国人侵权法（ATCA）起诉外国官员的诉求是可能成功的，但是，威斯特弗尔法不保护起诉美国官员的诉求。威斯特弗尔法为联邦雇员在其工作范围内所实施的侵权行为提供绝对豁免。然而，回顾威斯特弗尔法的历史，却表明此法只意味着豁免联邦雇员普通的、州法律责任。对于 ATCA 有管辖权的侵权行为，不被计划或甚至不被预见纳入威斯特弗尔法豁免的范围。然而，当下对违反国际法责任的双重标准是一种无意识的副产品，这种副产品是在未能预见地发展管理 ATCA 条款的法律中产生的。本文建议为了还原威斯特弗尔法原来的管辖范围，要为此法创设一条立法修正案，即对于国际法有管辖权的违法行为，排除威斯特弗尔法适用豁免条款。（2008 年 11 月 第 108 卷第 7 期第 1718 页以下）

福利，不是人权

Eric A. Posner

人权条约在国际关系中起着重要的作用，但是它们缺乏道德哲学基础，并且引起人们怀疑它们约束国家的效力。根据经济发展文献中的观点，本文认为，国际的关注应聚焦于福利而不是人权。关注福利有三个好处。

第一，比起创设包含人权条约在内的各种权利而言，政府推进人民福利的建议得到更多的国际性的哲学支持。第二，人权条约太刻板、太模糊——它们不允许政府采纳合理的政策，推进以人权为代价的福利，并且它们没有提出明确的规则规定州如何利用权利。福利条约可以通过带着可证实的遵从措施，提供一种最大化目标来提供导向。第三，人权制度和国际发展政策在不同的目标中起作用。

发展政策倾向于最穷的州，然而人权制度谴责最糟糕的政府：不幸的是，最穷的州通常也是最糟糕的政府。本文审查各种可能的福利条约，作为对人权制度的一种选择。（2008 年 11 月 第 108 卷第 7 期第 1758 页以下）

（陈聪 译）

（刘媛媛 校）

公司治理指数的允诺和风险

Sanjai Bhagat

Brian Bolton

Roberta Romano

近年来，金融经济学家和管理服务的商业供应商已经创设出公司治理品质的措施，使得可以用一个数目（一个治理等级或指数）来计量公司治理的多重维度，商业供给者将这些措施作为资产组合与代理投票的急救措施出售给机构投资者。本文有两方面目标：分析公司治理指数在预估公司业绩中的效用、关注根据这项评估制定的公共政策的含义。我们强调当下调查研究的方法论缺点，该调查研究声称已经区分出特定治理措施与公司业绩之间的关系。我们的核心结论是在治理指数和公司发展标准之间没有固定的关系。也就是说，没有一个“最好”的公司治理措施：最有效的治理系统依赖于背景和公司的特殊环境。因此，一个指数，或者任何一个变量，可能很难成功描述对于做出明智决定至关重要的细微差别。因此，我们总结，治理指数在决定如何选举公司代表方面是有严重缺陷的，更不用说在决定证券投资组合方面，并且对于公司品质或未来股票市场的发展在某一特定公司治理措施中的排行，投资者和决策者在试图做出推断时应该谨慎行事。最重要的是，因为在指数和公司业绩措施之间有着相当多的变数，我们的分析报告表明公司治理是这样一个领域——在这里一个法定的、充分的、灵活的避开公司治理授权的变量制度尤其受欢迎。（2008 年 12 月 第 108 卷第 8 期第 1803 页以下）

文本主义和司法管辖权

Peter J. Smith

本文试图审查文本主义者的核心诉求——他们的方法与法律解释中司法作用的忠实代理概念一致，并很可能限制法官在法律解释的伪装下做出损害行为的能力——通过严格地审查文本主义者解释管辖权法令的行为。另外，本文关注文本主义者针对争论已久的管辖权法令里国会授权控制联邦法庭司法管辖权范围这个问题，记述性的、惯常性的处理方式。如果文本主义法官应该作为国会的忠实代表，遵照法律条文的字面意思审判的话，那么当国会没有资格授予其司法管辖权时，我们将期望文本主义法官避开含糊的、排除管辖权行使的争论。然而，实践中尽管文本主义法官对意图解除联邦法院管辖权的法律进行严格的解释，但对于那些看起来授予扩张性司法管辖权的法律，他们还是没有与法律的字面意思保持一致。文本主义法官处理管辖权法令的方式表明，文本主义者迫切希望限制管辖权限的愿望，有时压过他们的竞争要求，即作为国会的忠实代表，法庭仅考虑法律语言的表面意思审判。这同时牵扯到文本主义和国会与法院在制定管辖权制度之间的合理关系问题，并且作为限制管辖权授予的一种手段，应该强制文本主义者更清楚明确地坚持他们的态度。（2008年12月 第108卷第8期第1883页以下）

计算从保护新闻工作者的机密来源中带来的公共利益

David Abramowicz

很多联邦巡回法院认识到一个合格的新闻工作者的免责特权并不完全来自于报道机密来源。在保护新闻工作者免遭法院传唤的过程中，保守一点讲，这些法院至少认识到，新闻采访带来的公共利益足以超过证据获得带来的公共利益。但是法院几乎不关注新闻采访利益的本质或范围。他们顽固地忽视一个事实，即机密来源的某些用途更多地使公众受益而非个人。一些法官和评注者吁求以一种灵活的方法来衡量新闻采访带来的利益，但是他们的建议，依赖于机密来源信息的价值分析，可能难以得到预期的结果。这些建议没有获得赞成。

根据近来新闻工作者和媒体杂志拥护的指导方针，本文首次给出一项程序性分析。这项分析能够被用来计算新闻采访的利益。这条新的指导方针统管着新闻工作者从机密来源中获取报道信息的过程。本文主张，不论新闻工作者从拥护指导方针的机密来源中得到信息是否有用，法院或多或少应该给予新闻采访利益一些支持。这个方法可以把记者的免责特权和公共利益相联系，而不要求客观地评估信息新闻的价值。更进一步看，从机密来源里获取公共信息的过程出现一些相关的问题，关注这些问题可以解决一些其他问题——即定义谁是被给予特权的“新闻工作者”。（2008 年 12 月 第 108 卷第 8 期第 1949 页以下）

《反诈骗与腐败组织商业贸易立法》（RICO）和商业条款：

联邦刑法范围的再考虑

Thane Rehn

本文关注近来联邦法的两种趋势之间的紧张局面。一方面，最高法院近来试图限制国会商业管理权的范围。另一方面，随着许多联邦刑事法律依赖于商业条款的授权，过去的四十年见证了联邦刑法迅猛地扩张。这种紧张的局面导致不确定相关联邦刑事法律的合宪性，以及可能出现普遍不赞成国会管理或定罪州内非经济性活动的情形。审查最高法院商业条款理论的研究表明法院已经通过使用一种两步询问的方法连贯地回答了这个问题。如果被管理的活动是非经济性的，那么法院首先询问国会是否有权处理州际商业活动。其次，法院询问非经济性活动法规对于阻止广泛的法定权利被破坏是否是必要的。本文从最高法院的案例中得出这个两步询问的方法，并关注这个方法如何影响《反诈骗与腐败组织商业贸易立法》（RICO）和其他联邦刑法目标的达成。（2008 年 12 月 第 108 卷第 8 期第 1991 页以下）

非法入境

Hiroshi Motomura

近来关于无证照入境或非法入境的争论，出现三个中心论题：非法居留的意思，州和城市的作用，入境者的融合。本文开始的前提是需要对于在这个艰难的领域里构建一个法律和政策的概念性的蓝图进行重新评价。

本文认为单独审查三个论题中的任何一个都是太狭隘、太肤浅的做法，并且事实证明确实如此。因此，每一个论题是与其他论题一起出现，并充分阐述一个更基本的问题。非法居留的意思与州和城市的作用有关系；他们一起阐明移民法中的执行授权。州和城市的作用与入境者的融合相结合，一起展示包含移民者的团体是如何建成的。非法居留的意思与入境者的融合共同说明我们如何确定移民法中时间的范围，特别是我们如何平衡过去、现在和未来的经验教训。

由这次重新审视非法入境行为产生的概念性蓝图，在两方面体现出重要性。第一，它解释为什么不赞成经常深入讨论，以及重新定位争论更有效益的问题。第二，它表明为什么发现共同基础将要求审视更宽广的国内外经济发展和国内教育政策问题。（2008年12月 第108卷第8期第2037页以下）

蹒跚而行、预言、推进：行为经济学如何体现于法律和政策 中

On Amir

Orly Lobel

行为经济学领域的调查报告表明，人们以可预测的方式在他们的决策中蹒跚而行。这种方式经常被相关的法定权力徐缓地推动纠正错误。两本新书——Dan Ariely 的《可预测的非理性》和 Richard Thaler 与 Cass Sunstein 合作的《推敲》——讲述人们在决策中以可预料模式行事的调查结果，并为选择体系的法规奠定基础，这种体系认识到人们踉跄而行于世。在本文中，我们对现存的行为经济学调查中的空白提供严谨的说明，并认为一些行为洞察力见解相比于其他观点，可以被更好地转换为法律和政策改革措施。我们进一步认为，《推敲》对古典自由派的家长式管理的概念理解既低估又夸大监管创新的法律和政策含义。行为领域的关键见解可能构建出有效的、干预最小的规章体制，这些体制需要花费钱财，有分配效应，解决宏观协调问题，并且是必然的价值导向。此外，政策推

动仅仅是有序规章的第一步，不可避免地，之后的阶段需要更多的强制性措施。选择体系的概念与越来越多的监管研究相联系，统称为新治理。我们以这样一个吁求作为结语——我们需要更细致入微地说明结构变动、限制、花费、以及把行为经济学运用到法律中的结果。（2008 年 12 月 第 108 卷第 8 期第 2098 页以下）

（陈聪 译）

（刘媛媛 校）

国际法在联邦普通法中的地位

Anthony J. Bellia Jr.

有关国际法在美国法院审判中的地位问题，也就是，在何种程度上，国际法应被视作联邦普通法、州法或者是一般法律原则，学者和法官们都有过激烈的争论。然而现在，这一争论似乎已经陷入了僵局。这种局面的出现，部分是因为不同立场对待历史习惯做法和宪政结构的态度不同。本文首先简述了国际法在整个美国历史上实际扮演的角色：为了与宪法最初对联邦权力的划分保持一致，法院在大多数时候仅在联邦政府已经承认了该外国后，才适用一些特定的规则以尊重该外国的“绝对权利”，为的是避免司法机关和州政府的不当行为导致外国可以找到正当理由对美国发动战争。法院并没有动用宪法所授予的权力，将国际法作为联邦普通法加以适用；而是将适用国际法规则的行为视作执行宪法第一条和第二条，这两条赋予了政府机关对外国的承认、处理外交事务以及决定战争与和平的权力，这种分权方法对联邦历史上有关国际法的一些最重要的案例作出了最好的解释。本文并没有试图解决有关国际习惯法与联邦体制关系方面的所有问题，而是希望披露大量被遗忘的对该问题解决至关重要的历史资料。（2009 年 1 月 第 109 卷第 1 期第 1 页以下）

试论各州给予居留地以外的美国印第安人的歧视性待遇

Shira Kieval

一般情况下，联邦印第安法案例主要涉及的是印第安居留地内部的管辖权问题，然而，有时也会出现这样的难题，即对于印第安居留地以外的美国印第安人，可否对其适用州法律。最高法院曾经在 1973 年和 2005 年先后两次指出，除联邦法律另有明确规定外，对处于居留地以外的印第安人，应适用对该州所有公民同样适用的法律，并不得给予歧视性待遇。尽管从历史的角度来说，最高法院确立的规则是正确的，但它却没有为各州、部落或低级法院适用该规则提供具体的指引。因为美国印第安人是同时属于三个显著区别的政治团体——印第安部落、居住地所在州和美国联邦——的成员，那么，应如何界定歧视是否存在？联邦法律怎样才算是明确的？各州在解释国会的指令时有多大的灵活性？最高法院的规则在州——部落谈判情形中如何适用，这是为了共存必须解决的问题，但联邦法律却鲜有涉及。

本文剖析了上述最高法院规则的根源，并将其置于一个更大的语境下来讨论各州可以、必须以及不可以给予作为本州公民的印第安人的待遇。最后，本文为适用最高法院的规则提供了一个框架性建议和四条具体的规则，以明确在印第安居留地以外的印第安人与其所在州政府之间的争端中，州政府拥有何种权力，印第安人享有何种权利。（2009 年 1 月 第 109 卷第 1 期第 94 页以下）

苦多于甜：许可期间的正当法律程序

Amy McCamphill

本文指出，食品优惠券计划（最近重命名为营养补助援助计划）下的许可期间管理制度侵犯了申请人的法正当律程序权利。最近，接收补助的家庭必须重新申请并获得许可才能获得新的补助，而审批时间通常会持续一年或一年以上。若由于管理部门或接受补助者本身的过错——这种情况经常出现，导致新的补助比原来的补助更少甚或是完全没有了，接受补助者可以请求公正听证。但在原许可期内听证举行前，则无法获得补助。

笔者认为，这种程序规定与最高法院有关正当程序的先例不符，主要是克利夫兰（Cleveland）诉劳德米尔（Loudermill）案，并提出三种可能的解决方案。第一种方案是，许可期间是食品优惠券计划的一个程序特性，因此，应适用劳德

米尔案中确立的正当法律程序规则进行审查,而最近的这种审批管理模式下的许可期间制度违反了该规则。根据哥德伯格(Goldberg)诉克里(Kelly)案,在公正听证举行前,申请人也应获得补助。第二,作为一种替代或补充方案,法院应发展一系列保护公共补助申请人正当程序权利的规则。最后一种选择性方案,法院在确定是否存在受宪法保护的财产权利并进行正当程序分析时,首先应当把申请人的需要置于重要的地位。(2009年1月 第109卷第1期第138页以下)

刑罚的主观感受

Adam J. Kolber

假设有两个人因为犯了同样的罪并被处以相同刑期的徒刑,然后被关在了同一座监狱,可以说,虽然罪名相同,但这两个人的主观感受是不一样的。其中一个人可能会觉得监禁只不过是一种可以经受得起的挑战,但另一个人可能自始至终都会觉得监禁是一种不可忍受的折磨。尽管被判处刑罚的个人的感受是不同的,但我们的法律几乎没有考虑过这种不同。

本文主要提出了以下两个观点,第一,一个成功的刑罚体制在量刑时应考虑受处罚者的主观感受;第二,如果能够做到并且这样做符合成本——效益法则并在管理上可行,在判决时,我们就有义务去考虑受处罚者实际的或潜在的刑罚感受。尽管考虑受处罚者的主观感受看起来是行不通的或成本太高,我们也不应马上就把它当成一种借口并不予考虑,在民事诉讼中,我们经常评估受害者所受到的精神损害。尽管我们不能以受处罚者的主观感受为依据加重或减轻对单一罪犯的刑罚,但却可以制定一个广义的基于受处罚者主观感受的刑罚制度,这样设计出来的制度比我们现行的制度肯定要好。

但我并不是说,对于罪责相同的两个罪犯,更感性的罪犯应判处更短的刑期,更不感性的罪犯则处以更长的刑期。而是说,对被处以相同刑期的罪犯来说,更感性的罪犯所受到的惩罚比更不那么感性的要重得多,那种以为不同类型的罪犯所受之惩罚与其应得之惩罚成比例的观点是错误的。(2009年1月 第109卷第1期第182页以下)

(吕钧泽 译)

(刘利鹏 校)

民事责任和强制性信息公开

Merritt B. Fox

违反强制性证券信息公开制度的证券发行人须承担民事责任，本文对该制度的有效性进行了审查。若在违反强制性信息公开行为发生之时，发行人没有公开发行（publicly offering）证券，则不存在责任。发行人的年度报告应经投资银行或其他资本状况良好的金融机构鉴证并签名，如果该报告存在实质性虚假陈述，而鉴证人又未尽勤勉义务，则鉴证人需承担相应的民事责任。管理层和董事也应承担类似的责任，此种责任的限额为发行人对管理层和董事的补偿，但不允许免责或为其购买保险。赔偿金应给发行人而不是从事发行人股票交易的人，因为虚假陈述的真实社会危害是导致公司治理低下和证券流动性降低。在虚假陈述导致证券价格被抬高时，若交易人卖出了，则会获利；若交易人买进，则会遭受损失。

若在违反强制性信息公开行为发生之时，发行人正在公开发行证券，则发行人应对购买人的损失负责，此种责任是保证强制性信息公开制度得到遵守的有效办法，否则的话，则会助长违反该制度的行为。

这种制度设计将更大地激励美国的证券发行人遵守当前的信息公开制度，一系列诉讼成本高昂的市场欺诈行为集团诉讼也会被消除。同样，包销人因未尽勤勉义务而承担责任的情形也会消失，而这种信息公开的激励措施在当代的证券发行市场中正在急速减少。对于考虑实施证券信息公开民事责任制度的国家来说，这将有助于他们从一开始就能找到适当的规则。（2009年3月 第109卷第2期 第237页以下）

《第四修正案》：对既遂轻罪犯实施无令状搜查的合宪性分析

Sameer Bajaj

在 1985 年美国诉亨斯里 (Hensley) 案中，最高法院裁决表明，对既遂重罪犯实施无令状搜查是符合《第四修正案》的，但对于轻罪罪犯，《第四修正案》是否同样允许，法院却拒绝回答。自此以后，各法院在该问题上的裁决则各有不同，导致搜查与逮捕法上这一重要领域不确定性的出现。本文通过考察《第四修正案》的文本、立法历史和法理，试图解决这种不确定性，同时指出，当潜在的犯罪存在持续性危险时，对于既遂轻罪罪犯，警察可以进行无令状搜查，这是合乎宪法的。(2009 年 3 月 第 109 卷第 2 期第 309 页以下)

立法空白：优先原则是否适用于不成文惯例？

Chang Derek Liu

本文指出，应将优先原则扩大适用于州机关的不成文惯例。优先原则源于司法创设，其依据是“至高权力条款”，根据该条款的规定，当州法律与联邦法律相违背或不一致时，法院可以裁决该州法无效。最高法院曾将该原则广泛适用于一系列州机关的行为，包括州立法和州机关作出的裁决。但在州机关未制定成文规则的情形下，该原则是否同样适用，法院并未说明。所谓不成文惯例，指的是那些被重复用于指导作出某种决定的典型性隐性规则。将优先原则适用于这种不成文惯例是可欲的，因为与州机关的其他行为一样，不成文惯例也能对联邦管辖的领域产生重大影响。但法院在将有限原则适用于这一领域时，应保持谨慎，因为优先原则具有破坏作用，它可以使得州行为无效，这就有可能侵犯州自治利益。对于不成文惯例来说，则更是如此，因为这样一来，法院就可以管辖州机关未作出完整阐述和定义的日常规则。本文认为，为了解决联邦利益和州自治之间的矛盾，法院应借助于 1983 年市政责任求偿中的“持续和广泛”标准，判定在何种情形下，不成文惯例相当于法律，且仅在这种场合，才能适用优先原则。(2009 年 3 月 第 109 卷第 2 期第 350 页以下)

违约规则中的议价权理论

Omri Ben-Shahar

本文考察的是不完全合同违约规则中的一条新标准：填补合同空白时应对合同中拥有更大议价权的一方有利。文章指出，合同中更常见的漏洞一般涉及的都是合同权益的分配，比如价格条款，这种合同各方不可能确立一个唯一的、最大化各方利益并且“最有效”的条款。相反，有关的议价条款则必体现合同各方的议价能力的大小——并根据各方相对的议价能力来分配权益。本文考察了这种模拟议价原则的正当性，并分析了法院可以何种方式实施该原则，以及实践中已经存在的方式。（2009年3月 第109卷第2期第396页以下）

（吕钧泽 译）

（刘利鹏 校）

垂直分工与企业间的协作

Ronald J. Gilson

Charles F. Sabel

Robert E. Scott

快速发展的创新产业没有按照理论所期望的方式发展。传统的产业组织理论预言，当在供应链各方必须做出特定交易投资时，机会主义的风险将驱使它们远离合约而走向垂直整合。尽管传统理论持此观点，但是，当代的实践朝着相反的方向发展。除了垂直整合，我们观察到大量的产业实行的是垂直分工，因为生产者认识到，他们不能保持自己在每一个领域为了使产品成功所要求的尖端技术。在这一过程中，各方发展了一种超出一般契约理论范围的契约模型。在本文中，我们将新兴的合同实践联系到理论，从现实实践的情形中学习经验，从而为这种跨组织的创新构建一种合乎逻辑的理论框架，以及重新为企业的范围下一个概念。我们认为，在许多行业的供应链之间的垂直分工既不是通过一种允许产品提供者生产终极产品的一个模块的指定技术接口的模式，也不是通过只有互惠规范和未来的交易期望支持的内在的关系合同来实现的。相反，我们建议企业边界的变化已经引起了企业之间新的合同形式的增加，即我们所说的“为创新而定约。”这种模式混合了明示的和默示的合同，通过提高交易的成本以支持反复的共同革新。这些费用，由当事人的并行特定交易投资所表示，这些费用代表了他们的合

作者的能力，以及使得阻止机会主义在明示的情况下定约、重新谈判以及对未来交易的预期成为不可能。（2009年4月 第109卷第3期第431页以下）

悖论推定：商业合同中卖方保证和信用的豁免

Kabir Masson

本文探讨了卖方保证和信用豁免在纽约的强制执行，以各方之间复杂的商业合同为重点。近年来，这些条款的执行发生了巨大变化，从而造成了法律上的不对称性：卖方保证是推定可强制执行的，但信任豁免被推定不能执行。这一变化将证明责任由买方转移到卖方，从而改变了双方的契约费用。本文旨在明确划定这一不协调的轮廓，提出了一种信息不对称的假设作为一种解释方法，并审视出这个假设违反了纽约法律的最新发展。最后，本文讨论了五十个商业合同的样本，这五十个商业合同将会为是否私人聚会也是围绕着这些新的默认规则订立契约以及以什么方式订立契约提供一个初步的表征。这些数据表明商业机构一般不围绕新规则定约，但其强制执行的某些方面可能是低效的。（2009年4月 第109卷第3期第503页以下）

法律面前人人平等：POST-BOOKER，联邦法官是否能够偏离 联邦量刑指南来补救共同被告被判处不同的刑期？

Ryan Scott Reynolds

在2005年美国诉 Booker 案中，最高法院认为，联邦量刑指南仅仅是引用材料，因此不再对审判法官具有约束力。此后，一些法官在偏离指南的基础上发现，共同被告之间刑期的差异是不被允许的。虽然基于偏离指南这样的考虑在 Booker 案之前普遍被认为是不允许的，但是现在大多数法庭认为考虑共同被告的适当差异是可以被接受的。然而，一些法庭仍然认为，这种差异不是正义的偏离，或者不是基于共同被告在某个特定案例中的偏离。本文讨论 Booker 案以及随后的最高法院的决定，如果案件中法官发现刑期的差异是不被允许的，审判

法官可以在这类案件中补救共同被告之间的刑期。然后，文章指出对量刑差异的考虑加深了议会提高量刑的统一性和保证在对于在刑事诉讼中处于弱势地位的被告的量刑的公正性的目标。（2009年4月 第109卷第3期第538页以下）

企业公益与市场利他主义

M. Todd Henderson

Anup Malani

学者和企业家一直在争论企业慈善事业的优劣。我们的论点是仅仅关注企业在公益方面的作用的辩论太过于狭隘。存在一个强劲的市场为慈善事业作贡献——我们所呼吁的利他主义的市场——在这个市场中，非营利性组织、政府和盈利性的企业竞相争作慈善事业。在这篇文章中，我们描述了这个市场以及企业在达到利他主义的目标中所起的作用。我们得出结论，公司应该只在从事慈善事业时，他们才有一个与非营利组织和政府相比的比较优势。此外，政府在非营利性组织和企业行善时必须避免歧视，尤其是在制定税收政策上。（2009年4月 第109卷第3期第571页以下）

（吴至诚 译）

（隋钰南 校）

反垄断中整合的方法：运用新数据和法规制定来保证药品市场的竞争

C. Scott Hemphill

本文讨论了反垄断中的“整合赤字”问题：反竞争行为发生的频率及其代价的信息普遍缺乏，而这些信息却对选择最优的法条适用案件十分重要。通过整合既有的信息，解决信息不对称，从而使美国反垄断实施中一些重要且未决问题得到解决。如，有商标的药物制造商与一般非商标的竞争者的专利纠纷的案件。这里，本文是对 143 个此类纠纷进行了分析。由于单个商标

和非商标争议的事实方面的复杂性，只有当此类的各种案件整合起来分析，才能总结出这类案件解决的趋势和方法。这种整合的方法提供了重要的信息，这些信息可以用来解决法律实施中的优先顺序，选择责任标准和决定合适的决策者。文章分析中揭露了反竞争方法上的变化，包括大量复杂的私下交易。这样，商标企业可以给非商标企业付现从而推迟他们的市场准入时间。本文对这种反竞争的行为提出了学理上的和机构上的两个解决方法。其一，如果私下交易达成的同时企业市场进入也推迟，那么就假定为非法交易。其二，扩大机构作用，搜集并整合关于解决问题的非公众信息，并有可能进入实体法的制定。最后，整合的方法也揭示了反垄断实施中的问题，那就是公司利用规范的复杂性，从而掩饰其共谋行为。（2009 年 5 月 第 109 卷第 4 期第 629 页以下）

运用纳税人的选择达到税收的目标

Alex Raskolnikov

人们纳税各有各的理由。一些人只有在不遵守税收管理付出的代价高于获益是，才会纳税。一些人是出于习惯，出于义务或者说是出于互惠，还有是出于免受内疚之苦。不管怎样，各式各样的理由。我们的税收管理体制一直以来忽视纳税者各式各样的初衷。管理首要是依赖审计和惩罚，或者至少是依赖披露，克制是不可能的。罚款和审计威慑使一些人理性地遵守税收的游戏规则，但是他们对另一些人却是无用或者是起反作用的。现在这种统一税收强制的缺陷很明显，却不容易解决。

本文认为，制定一个更合理的体制是可能的。根据纳税人不同的动机区分纳税人，从而制定两种不同的管理体制并且在纳税人提交年度报告时引导纳税人选择。如果能完成这种区分，政府就可以根据纳税人的类型运用不同的税收政策完成纳税。如果这么做能成功的话，那么区别化的对纳税管理将会在不提高社会成本或者不改变守法标准的情况下，提高对税收的遵守。同时，这也将可以使税收管理更为有效。（2009 年 5 月 第 109 卷第 4 期第 689 页以下）

报复性逮捕案中可能原因

John Koerner

本文讨论了在报复性逮捕案中法庭不同的判例。在大多是巡回法庭中，作为警察的被告如果基于可能的理由逮捕，那么他就可以免除责任追究。这中做法与最高法院在 *Mt. Healthy City School Board of Education V. Doyle* 一案中的判决并不一致。在此案中，就需要要求被告证明在没有报复动机的情况下，也会采取同样的行为。但是 *Mt. Healthy* 规则有一些例外。就如最高法院最近在 *Hartman V. Moore* 一案中的判决。在 *Hartman* 案中，最高法院认为在报复性起诉案件中，原告应证明被告在没有可能的理由的情况下，实施了报复逮捕的行为。本文认为，法院应遵循 *Hartman* 的判例，要求在一些报复性逮捕案中，原告证明被告缺少可能的理由。这类案件可以是，复杂因果关系的案件，或者是警察有可能的理由认为原告实施了轻罪的案件。在其他报复性逮捕案中，法庭应遵从 *Mt. Healthy* 判例，并且允许原告提起诉讼，即使警察有可能的理由。这种细微的区分的方式对言论自由权利的保护和法律实施的需要之间进行了平衡。（2009 年 5 月 第 109 卷第 4 期第 755 页以下）

政府监护和公共利益条款

Robert A. Weinstock

本文讨论了 *Massachusetts V. EPA* 一案中，大多数人对原告是否有诉讼利益的主体进行了分析，认为这是一个法学也是一个公共政策的问题。首次，本文重述了法院有关州的诉讼利益主体的案件，追溯了政府监护条款的发展。这里，监护条款指法院允许州为了保护与他们管理地位有关的利益提起诉讼。*Massachusetts* 州就处在这一理论和法院最近对有诉讼利益的主体的争论的交叉口。*Massachusetts* 州认为保护实在的对抗主义是诉讼利益的首要目标（而非权力分立）。在 *Massachusetts* 案中，*Stevens* 法官关注 *Massachusetts* 在案件中所遭受的财产损害和原告的管理的地位。*Stevens*

法官认为,诉讼双方是对立的。不同于主法官 Roberts 的异议和早期的批评, Stevens 法官并未用 Massachusetts 州的地位来模糊传统的关于诉讼利益的要求。理解政府监护区别与传统宪法上的诉讼利益的要求,可以迫使州作为原告的不同标准理论上的发展。本文试图通过从经济学中提出一个州诉讼利益的统一的原则。经济学家将“公共利益”作为利益的集合,并且法庭已经用这个理论支持政府作为原告的诉讼地位。最后,在考虑到州和联邦的双重管理体制,本文通过解决一些分析上的难题和考虑将州的诉讼利益与公共利益条款连接起来的良善结果,得出自己的结论。

注:根据维基百科中对 standing 的定义和译者对全文的理解,文中的 standing,译者译为“具有诉讼利益的主体”。(2009 年 5 月 第 109 卷第 4 期第 798 页以下)

医疗事故改改革需要全国行动

Abigail R.Moncrieff

因为侵权法和医疗法规都是传统的州内管辖,同时,也因为相关的医疗、法律和保险的实际操作也是在州内进行,所以,学者长期以来认为医疗事故,州具有排他性的管辖权。这个传统的观点并未考虑到联邦医疗计划对州规制动机的影响。作为联邦财政的影响的一方面,每个州将医疗事故政策产生的花费具化到联邦政府的头上。因此,联邦政府需要接管医疗事故,从而解决因联邦医疗计划所产生的“溢出”问题。

尤为重要的是,联邦介入医疗事故主要是因为联邦政府需要为医疗开支的一部分买单。不同于传统的“溢出”,这里并不是州不可避免地不适合处理医疗事故,而是联邦政府使他们这样了。联邦政府对医疗开支的优先介入逐渐变成对医疗事故的联邦化。“溢出”和“滚雪球”的因果上的区分表明了理论和实践上联邦化模式的重要性。这可以对规范管理体制中联邦的决定进行解释和证成。(2009 年 5 月 第 109 卷第 4 期第 844 页以下)

(隋钰南 译)

(吴至诚 校)

十恶不赦、骇人听闻、残酷无情：Apprendi，不定期刑，刑罚的意义

W.David Ball

在 Apprendi 诉 New Jersey 案下，任何加重罪犯法定最高刑的事实必须由陪审团在排除合理怀疑的基础上认定。研究 Apprendi 案的文献关注法官和陪审团之间的权力分配，完全无视假释委员会在不定期刑中的作用——不定期刑即是由假释委员会自由裁量刑期而结束刑罚的情形。在不定期刑中，法官宣告所判刑罚的幅度，而假释委员会决定实际被执行的刑罚。

在本文中，笔者探究 Apprendi 案中不定期刑的衍生物。在一些州，犯人假定享有假释的权利，假释权利被剥夺的话，会加重未经陪审团排除合理怀疑裁决相关事实的法定最高刑。尤其在加利福尼亚州，假释委员会根据其对犯罪事实的裁决，甚至有时这些裁决与陪审团的裁决相悖，它也能使适格的犯罪假释转变为不适格的犯罪假释。

纯粹机械地研读 Apprendi 案，需要陪审团裁决假释决定中的事实部分。笔者主张遵循 Steven 法官的意见来解读 Apprendi 规则，认为陪审团的权力源自于公众的报复心理。因为不定期刑结合了报复目标和更生目标的成分，所以它们表明在哪里——并且，更重要的是，为什么——Apprendi 案下的陪审团恰好适用于某些特定的事实，对其他的事实则不适用。在这个背景下探究 Apprendi 案，恢复该原则所需的一致性，阐明关于量刑和判决的作出与执行限制等方面更大的惩罚性和更生性话题。（2009 年 6 月 第 109 卷第 5 期第 893 页以下）

一部方便的宪法？布迈丁案后的域外适用

Christina Duffy Burnett

宪法的域外适用问题出现于“反恐战争”中。在“布迈丁诉布什”（Boumediene 诉 Bush）案中，最高法院认为，被关押在关塔那摩的非本国公民，有权就该关

押行为的合法性在联邦法院提起诉讼。为了得出这个结论，法院使用“不可行的、异常的”审查标准，因为此种审查标准是建立在实用主义或结果主义基础之上的，因此又称“功能主义”路径。该审查标准首次出现于五十多年前一个并存判决意见中；在 Boumediene 案中，它得到了大多数的赞成。

本文认为对于 Boumediene 案，法庭坚持在关塔那摩地区可适用人身保护权是正确的，但是采纳“不可行的、异常的”审查标准是错误的。因为审查标准过分强调宪法在国外和国内的区别，与宪法保证在国内地位相比，该标准的适用导致宪法保证在国外的地位处于一种相当不确定的状态。尽管支持该审查标准的观点口头上认为美国宪法在国外亦有效力，但是由于在该标准下，宪法域外适用仅仅限于实用性原因——或者说，通过考察宪法域外适用是否“不可行”并且/或者“异常”，来决定是否适用宪法，因此削弱了宪法保证的地位。作为回应，本文认为，法庭处理宪法域外适用问题时，应该区分两个问题：一个是宪法保证是否可应用于一个给定的环境中，另一个是可应用的保证如何被执行。现实因素出现于第二个阶段。

通过比较宪法域外适用的案例和第十四修正案中纳入的案例，本文认为提出宪法域外适用问题的法院应该从第十四修正案的案例中找到指导区分“是否”和“如何”这两个问题的方法。只有在恰当的阶段分析结果主义者的忧虑，政府在外国的行为才会被充分限制。（2009 年 6 月 第 109 卷第 5 期第 973 页以下）

秘鲁协定中的劳工权：含糊的原则能产生确定具体的改变吗？

Michael A. Cabin

本文探究美国秘鲁自由贸易协定中劳工章节的问题。这些问题来自于协议中某条新奇的、著名的条款的模糊性，该条款规定，缔约双方都有义务遵守国际劳工组织《关于工作中基本原则和权力宣言》。尽管布什政府和国会中亲劳工的成员们称赞该条款实质性地改善了以前贸易协定中的劳工保护，但其潜在的效力却因为 ILO《宣言》原则的模糊性而受到限制。秘鲁协定明确地把这些原则从 ILO 法律体系中分离出来，从而加剧这种含糊性。除了潜在威胁劳工章节的效力，这

种模糊性还有可能助长对 ILO《宣言》作出不同的灵活解释，并进一步混淆其内容。本文提出两种解决这种限制的可行方案：（1）阐明相关 ILO 法律体系的义务，并且/或者（2）和 ILO 建立一套合作程序体系，定期检查两者的一致性。美秘协定的劳工章节为将来的自由贸易协定树立了模板，而且它的新义务高效地发挥作用是如此重要。随着美国继续把自由贸易协定与劳工标准相联系，这些标准带来的不是空头支票，而是国际劳工标准的统一。（2009 年 6 月 第 109 卷第 5 期第 1047 页以下）

国际刑法中的公司责任和共谋的发展史：纽伦堡审判实际上说了什么？

Jonathan A. Bush

自 20 世纪 90 年代中期以来，英美共谋法的地位和公司及公司管理人员违反人权时所需承担的责任成为了国际刑法中最为重要的两个问题，并广泛存在于不同场合，包括：《外国人侵权法》上的诉讼，美国政府在关塔那摩的拘留行为引发的诉讼，海牙国际刑事法庭的各种审判。尽管这些案例和法学家的回答不尽相同，但是他们都一致认为，第二次世界大战以后的纽伦堡审判是最重要的先例。本文审查五个纽伦堡审判的案例，这些案例突出描述经济犯和其中的法律理论。在讨论有关公司责任和共谋责任的理论时，本文关注纽伦堡首轮审判（1945-46）和后十二轮审判（1946-49）期间那些被遗忘的而极其重要的岁月。通过未公开的备忘录、信件和日记，本文总结共谋被认为是国际法的重要组成部分，尽管主要因为其明显的优势地位。并且本文还认为，对公司的刑事控告是完全被允许的，尽管最终未被使用。本文还表明，其它的一些法律概念，包括种族灭绝和反人类罪也被用于对经济犯的起诉和审判。本文是通过重印包含有关键人物的文件来总结的，这些文件中含有的关键人物包括 Robert H. Jackson, Telford Taylor 和 Raphael Lemkin 等。（2009 年 6 月 第 109 卷第 5 期第 1094 页以下）

（陈聪 译）

（吕钧泽 校）

将枪作为淫秽物品来看待：为家庭导向型《第二修正案》辩护

Darrell A.H. Miller

在哥伦比亚特区诉赫勒案中，最高法院认为，《第二修正案》赋予了个人持有、携带武器的权利。但对于该权利的范围，最高法院并未作出回答，令下级法院和立法者无所适从。尽管在正式意见中，最高法院陈述道：在进行合宪性审查时，某些武器管制措施可能会被认为是合乎宪法的，但对于前述权利的外延，还有判定该外延的方法，法院也没有进行说明，而是留待“以后考虑”。

本文探讨的是，《第二修正案》的范围这一在国内热议的问题，并提出一个挑衅性的观点：像对待《第一修正案》中拥有和观看成人淫秽物品的权利那样对待《第二修正案》中持有和携带武器自我保护的权利，此种权利在家庭范围内受到有力的保护，但在除此以外的其它地方，则受到民选政府近乎全面的限制。

本文将枪支视作淫秽物品的观点肯定会惹来争议，但不可否认的是，该观点是以有力的宪法分析方法为基础的。最高法院在赫勒案中释放的信号是，《第一修正案》和《第二修正案》具有同质性，因此，两种权利都应当受到相类似的限制。正如 Scalia 大法官所指出的那样，《第一修正案》将诸如“淫秽、诽谤和泄漏国家机密”这些特定种类的言论排除在其保护范围之外，《第二修正案》也许与此“没有区别”，几乎可以肯定它同样也将特定种类的“携带”和特定种类的“武器”排除在外。

此外，《第二修正案》的这种“家庭导向型”分析路径为开创一种截然不同的审查标准提供了理论支持，它将《第二修正案》放在赋予家庭和公共领域二者宪法意义上的空间性和概念性区别的传统理论下，使最高法院的私人领域法理变得生机勃勃。最后，该审查标准还具有简便易行的优势：最高法院已经为个人拥有、观看成人淫秽物品的权利界定了范围，该范围也出人意料地适用于个人持有武器的权利，并且在行政管理上更可行。

尽管上述观点并没有解决《第二修正案》范围方面所有的问题，但在后赫勒时代的《第二修正案》研究中，其审慎和实用性价值却值得关注。（2009 年 10 月 第 109 卷第 6 期第 1278 页以下）

管理金刚鹦鹉：第三方侵扰者，提供便利，歧视故意作用的 淡化

Noah D. Zatz

本文通过考察（美国《民权法》）《第七章》原理下的一个反常规则，发展了雇佣歧视法方面的一种新理论。该反常规则指的是，当雇员被顾客或其他第三方歧视性侵扰时，雇主应对此歧视性行为承担责任。此种责任的基础与传统《第七章》的区别待遇和区别后果理论不符，理论界也一致认为《第七章》中不存在此种求偿。然而，法院对此置若罔闻，对于本质上属于雇主拒绝提供合理便利的求偿予以支持。

为了理解该反常规则，本文提出了一种新的分析方法，以确定区别待遇和未给予便利二者的共同之处。首先，二者都涉及到“成员因果关系”：导致工作场所损害的原因是个人雇员属于（基于性别或种族的）受保护阶级的成员。第二，二者都涉及到确立防止成员因果关系发生的雇主责任。这种结构上的连贯性为在第三方侵扰案中确立《第七章》下的责任提供了便利。尽管雇主没有歧视的故意，但在第三方侵扰案中，成员因果关系与作为雇主责任基础的雇主过失联系在一起。此种分析路径，连同成员因果关系和雇主责任基础理论一起阐明了《第七章》下其它既不适用歧视故意标准也不适用区别后果并令人迷惑的领域。

此外，成员因果关系和雇主责任还促成了区别待遇和不给予便利理论的综合，并为雇佣歧视法上的自由平等思想提供了一个更坚实的理论基础。原来的理论是建立在歧视故意的过程缺陷或结束种群待遇不平等的目标基础之上的，该理论在保留原有理论这种优点的同时，增加了一种放选择。（2009年10月 第109卷第6期第1357页以下）

“使医疗补助成为可能”：

通过 § 1983 诉讼执行《医疗补助法案》中的可获得性规定

Devi M. Rao

在《医疗补助法案》的“可获得性规定”中，§ 1983 要求各州须让所有合格的补助接受者都“能够获得补助”，本文探讨的是该条款的可实施性。尽管传统上，法院认为可以通过 § 1983 来实施可获得性条款，但最近两个方面的变化可能会导致法院重新审查该问题。第一，在龚萨格大学诉 Doe 案中，最高法院阐述了一个全新且更严格的审查 § 1983 可实施性的标准，既（即）通过考察国会的意图来确定某项权利是否可行使，在该案审理中，巡回法庭的多数法官意见认为《医疗补助法案》中两项规定不可以执行。第二，《赤字削减法案》（DRA）对《医疗补助法案》作出了修改，对各州给特殊群体提供补助时给予一定程度上的灵活性，有人认为，这表明国会不希望补助接受通过 § 1983 实现其权利。本文认为，尽管有龚萨格案和 DRA，可获得性规定仍赋予个人通过 § 1983 实现其权利的权利。（2009 年 10 月 第 109 卷第 6 期第 1440 页以下）

ERISA 优先的非宪法条件原则能带给我们什么启示： 用同一标准认定“强迫性”交保险或交税机制是否可能？

Samuel C. Salganik

随着未投保人数的稳步增加，而联邦政府又未能采取行动，部分州和地方政府已经开始考虑将交保险或交税机制（pay or play scheme）作为扩大保险覆盖范围的手段。但是，巡回法庭最近作出的两个裁决——第一个是第九巡回法庭在零售业领头者协会诉 Fielder 案中作出的，第二个是第四巡回法庭在金门饭店协会诉旧金山案中作出的——却让人很难弄明白，在面对雇员退休收入保障法（ERISA）优先的情况下，这些机制在多大范围内是有效的。实际上，ERISA 是否优先于当前仍在实施的但未遭到正式反对的麻省交保险费或交税法的争论仍在继续。第九巡回法庭在金门案中指出，其支持的旧金山机制和第四巡回法庭否决的马里兰机制是不同的，因为旧金山机制并没有强迫雇主增加他们的 ERISA 健康补助，因此该判决并没有导致巡回法庭分歧。

本文认为，以是否存在强迫为中心的检验标准是很难形成一个统一的原则的，为了支持该观点，笔者将其与非宪法条件原则进行了对比。法院曾用非宪法条件原则来判定经济刺激计划是否产生强迫效果，但是未能形成一致标准，使得

该适用该原则的结果难以预见。在同样忠于法律的情况下，法院可以运用一个能被反证的假设来处理 ERISA 是否优先于作为健康改革创新一部分的交保险或交税机制，而不是考虑其强迫性。这种方法为区别旧金山机制和马里兰机制提供了一个更优的基础，同时，按照这种分析方法，可以预见麻省交保险费或交税法不处于优先地位。（2009 年 10 月 第 109 卷第 6 期第 1483 页以下）

气候变化和美国利益

Jody Freeman

Andrew Guzman

在美国，气候变化争议的重心已经从气候变化是否真实存在以及是否为人为导致转向这个国家应该做什么以应对气候变化的威胁。本文对“气候变化赢家”观点提出批判，该观点认为，如果气候变暖，美国的境况很可能会变得更好（至少跟其它国家相比是这样），因此，为减缓气候变化，美国的投入应更少而不是更多。

笔者认为，已有的气候变化影响评估系统性地低估了其可能带来的经济影响，并重新作出了粗略全面的评估，希望能对我们未来的行动有所帮助。已有的气候变化影响评估未能把一系列气候变化可能带来的成本增加考虑进去，且忽略了气候变化在国外造成的影响将会对美国产生的溢出效应。在仔细地考察了这些被遗漏的成本之后，本文指出，美国应从自身利益出发，采取行动应对气候变化。

更全面的成本计算表明，如果美国为减缓气候变化支出足够的成本（如果这么做是可行的），而不是任凭全球继续当前的“平常状态”，美国将会变得更好。如果欧洲和 OECD 的其他成员也承担一些成本的话，该结论则更可信。这里并不是说，美国或 OECD 应实际上独自承担这些成本，或可能这么做，而是说，即使有些国家不合作，美国也应立刻采取行动，这么做不是出于慈善或原罪，而是为了自身利益。（2009 年 10 月 第 109 卷第 6 期第 1531 页以下）

（吕钧泽 译）

（陈聪 校）

合同和承诺的对应性

Jody S.Kraus

合同和承诺之间的关系体现在两方面，一是根据合同法，在某种程度上为承诺正当地附于相应的道德义务；二是合同法并未规定，在某种程度上，拒绝为承诺附于相应道德义务，从而背离事先约定的道德问题。合同和承诺的对应性也体现在上述二者的关系上。一些合同法学者认为在不提出自愿承担道德义务理论（这一理论用来解释和论证承诺的原理）的前提下，就可以评估合同和承诺二者之间的对应性。在本文中，笔者认为他们是错误的。笔者认为，任一自愿承担道德义务的理论 and 二者对应性都是矛盾的，因为这些理论会把法律责任强加给承诺——包括那些法律上不可执行的承诺。为了说明合同法上的对应性问题对自愿承担道德义务理论的依赖，笔者提出了“个人主权”理论，它是一种对个人自主权的描述，是一种和自觉承担道德义务理论相似，但更加直观的理论。这种理论和现存的相应性理论相反，但是它解释了为什么约定义务和客观目的理论一致。接着，本文用“个人主权”理论展示了自愿承担道德义务理论的重要作用——决定合同救济是否与道德权利和违反约定的义务相一致。笔者认为，“个人主权”理论解释了事前约定的道德问题为什么、怎么样与大部分合同救济问题相一致，包括强制的处罚性赔偿金问题，结果损害的预见性缺陷问题、减少赔偿问题、预先约定的赔偿金以及和约定道德义务相冲突的合同案例等。最后，笔者认为，“个人主权”学说同样可以用来解释和证明约定的禁止反悔原则的正当性。因此，对应论的学者们，只能通过拒绝自愿承担道德义务的“个人主权”理论，通过坚持另一个理论，通过解释为什么由此导致的合同法和其要件之间的分歧是遭人反对的，来保持他们对合同法的批评。放弃这一理论，合同法上对应论将不存在理论基础。（2009年11月 第109卷第7期第1603页以下）

言论自由和民事责任的重构

Daniel J.Solove

Neil M.Rechards

宪法第一修正案在法理上未解决的一个重要的问题是在什么情况下,言论引起的民事责任可以获得宪法第一修正案的保护。当因不当言论引起民事责任时,可能会同时适用两个截然相反的法律规则。自从纽约时报诉沙利文(New York Times Co. v.Sullivan)一案后,宪法第一修正案要求加强对言论侵权责任的保护,比如说诽谤,侵犯隐私等。但是在其他情形下,对言论导致的民事责任,第一修正案则事实上并没有提供保护。根据科恩诉考尔斯传媒公司(Cohen v.Cowles Media Co.)一案,则不存在对受允诺行为或合同限制的言论进行宪法第一修正案上的审查。宪法第一修正案很少要求对财产规则限制言论的审查。

上述两项规则被广泛的使用,但是,存在一个很大的问题,即在很多情形下,这两项规则是冲突的。侵权法、合同法和财产法存在明显的交叉,所以各个法律形式上的差别并不能解决宪法第一修正案适用到民事责任上的问题。奇怪的是,很少有法律学者或法律专家认识并解决这一问题。

保密法很好的展现了这两个规则之间的冲突。在保密法上,人们在表达或暗示时,承担着不揭露他人个人信息的义务。第一修正案适用于这些保密的义务吗?它应该适用吗?更进一步说,为了防止言论导致民事责任,应该适用哪一规则?什么时候适用?现行的法律并没有为什么时候适用沙利文规则,什么时候适用科恩规则提供统一的审查或者理论依据。本文中, Daniel J.Solove 教授和 Neil M.Rechards 教授认为现存的学说或理论不足以解决这种冲突。他们提出一个新的理论——一种侧重于政府权力本质的理论。(2009年11月 第109卷第7期第1650页以下)

网络漏洞：联邦竞选委员会疏于规制网络对竞选募捐改革法的影响

Daniel.W.Butrymowicz

最高法院在巴克利诉法雷奥(Buckley v.Valeo)一案中对商标问题的判决,确立了下列规则:竞选募款改革法中的为了协调各个政治候选人所用的花费可以视作为(限定为)对候选人的资助。然而,在联邦竞选委员会现行的网络规则中,任何在网络散播的交锋——除了在其他网站上的广告费用,都是免于协调规则的

约束的。本文探究了协调标准和联邦竞选委员会网络规则的历史。本文详细的描述了协调规则的漏洞，并提出现存的规则与竞选募捐改革法的冲突。最后，本文提出了弥补这一漏洞对这一规则的一个小变化。（2009 年 11 月 第 109 卷第 7 期 第 1708 页以下）

重构房利美（Fannie）和房地美（Freddie）的破产体制

Carol J.Perry

面对房贷巨头房利美（Fannie Mae）和房地美（Freddie Mac）的解体，国会以联邦银行申请破产程序为基础，为这些政府资助的企业创立了一种新的破产体制。本文认为，这种新的破产体制会使纳税人遭受不必要的金融风险，因为它并不会防止类似问题的发生，除非联邦政府对房利美和房地美的隐性担保更加接近于联邦银行的公开的存款担保。

本文首先阐明一种有效地破产体制所需的三个基本要素。第一，创造这样一种体制，必须解决的是私人行动无法解决的社会公共问题；第二，政府为了解决这一社会问题，应该提供明确的、以联邦为后盾的支持；第三，我们得承认联邦担保可能会产生道德风险，因此，必须要限定联邦担保的范围，使其不会扩展到不特定的整个企业担保的范围。

为了把这种模式应用到次级抵押市场，本文提出以联邦存款保险公司（Federal Deposit Insurance Corporation）为样板，设立债权担保保险公司（Covered Bond Insurance Corporation），它可以公开地为发行担保债权的企业提供抵押保险。这种方法有助于建立一个流通的次级抵押市场，虽然在确保纳税人潜在责任方面的作用还比较有限，但是它体现了政府为银行提供的有效担保。（2009 年 11 月 第 109 卷第 7 期第 1752 页以下）

习惯，非习惯实践和过失责任

Kenneth S.Abraham

合法性证据接受或者排除习惯适用的规则足以证明过失反映了这样一种观

点，即多发行为模式与形成合理注意的义务有关。相反，因为习惯法的排除，而导致实践中证据规则的运用并不足以证明过失责任。在第二种规则下，每一个过失案件看起来都是唯一的。换句话说，传统的习惯规则反映的是一种“经验性”的过失概念，而实践规则反映的则是一种“个别化”的过失概念。本文展示了什么使得习惯证据至少具有了合理注意的证明力，并分析了支持和反对引进非习惯性实践中的证据的观点。此外，由于有关过失的法律中允许当事人利用，并允许陪审团考虑以习惯和实践的不同角度为基础的证据和论点，所以，我们对过失的概念经常是模糊不清的。本文最后构成过失立法中的各种授权来源，挑选出我们对过失理解中的广义上的区别。（2009年11月 第109卷第7期第1784页以下）

（刘利鹏 译）

（刘媛媛 校）

保护原则的例外

Philip Hamburger

外国恐怖分子有权利适用美国法吗？他们能根据美国法被起诉吗？这些问题似乎是新颖并特别困难的。事实上，核心法律问题是外国恐怖分子已经很常见了，并且在很长一段时间内已经适用了保护原则。

本文阐释了保护原则以及它对恐怖主义的适用。在保护原则之下，早期美国法认为，忠诚和保护是相应的。不忠诚的人就不受保护，包括法律的保护。如果不负有忠诚义务，这样一个人没有义务遵守美国法；甚至，没有得到保护，他就没有权利适用这样的法律。这就是早期美国法处理外敌和其他无忠诚义务的人的原则，包括那些今天被称作恐怖分子的人。

保护原则还提供了一个有价值的模板来理解大量其他方面的棘手问题。理论上，保护原则涉及的重要问题包括人身保护，战俘，处理外敌的权力，对外国人在外国领土上的司法管辖权。这项原则也提供了一个框架来理解更普遍的困难，包括政府适用法律的策略，国内法在国际间适用的范围，调和与安全与公民自由的方式。在这些方面，像恐怖主义引发的问题一样，保护原则对于在不减少公民自由的基础上保护社会安全的社会来说，是一项必不可少的基础。（2009年12

垂直巡逻的非法性

Adam Carlis

当谈到免于无理搜查和被扣押的自由时,犯罪嫌疑人行为通常没有他行为时所在地重要。没有哪里会比在我们国家的公共房屋(our nation's housing)的门厅和走廊更明显地体现这种不平等现象,在那里对于这种现象的出现已经为侦查手段提供了方便,这使得闯入他人住宅与非法性之间联系起来。

垂直巡逻是侦查手段之一。在这个过程中,警察在公共房屋逐楼进行巡逻,并系统地询问那些他们遇见的人。然后警察逮捕那些不能证明他们是住户或者是受邀客人的人。

这些有条不紊的盘查意味着最原始的方法通常无非是依据嫌疑人在建筑中的存在。因此,本文认为,仅仅因为违背纽约州法在建筑中出现就被警方无理询问的判例必须被废除。(2009 年 12 月 第 109 卷第 8 期第 2002 页以下)

公民资格的一般问题:残疾人必须参加公共特别诉讼情形的再思考

Stephen F.Hayes

通过大量诉讼已经可以发现《公平住房供给法案》(FHAA)需要有地区来适用分区制政策,以实现残疾人之家的运作。这些决策也总会被认为不成熟,除非住户首先需要一个有差别的分区,以提供这些地区认可这些例外或者修改相关法律的机会。然而,支持者认为特别诉讼,包括公示和听证,会有负面效应,这些负面效应可能会影响到残疾人。甚至,听证通常招致邻居的成见,并可能不自觉地破坏特别诉讼(variance process)的信息共享目标。考虑到这些因素,本文认为会存在这种可能,即当一个地区需要参与公共特别诉讼时,它会破坏 FHAA 法案的合理适用。(2009 年 12 月 第 109 卷第 8 期第 2044 页以下)

引用类问题的切实解决方案

Edward K.Cheng

“引用类问题”对于统计学证据的使用是一个重大的挑战，这一现象出现在大量的案件中，包括中毒侵权行为，财产评估，甚至毒品走私案件。从案件的核心来看，统计学的推断严格地依赖人物，时间，或者物件如何被归类。由于没有某一类别优先其他类别的规则，统计学变得可以操纵，从而损害了诉讼当事人最看重以及统计学证据最具价值的客观性和确定性。在本文中，笔者建议针对统计学中类型选择理论引发的引用类问题，提供一种切实的解决方案。这个解决方案有潜在的广泛适用范围，并对于统计学在法律上的应用有重大意义。这样不仅扫除了在法律裁决中应用统计学的另一障碍，还提供了具体框架，使得诉讼当事人可以呈现、评估和验证统计学证据。（2009 年 12 月 第 109 卷第 8 期第 2081 页以下）

（刘媛媛 译）

（刘利鹏 校）