

哈佛法律评论

王健法学院编译室

二零一四年第一期

总第十九期

目录

可预见性与著作权激励	
Foreseeability and Copyright Incentives	
Shyamkrishna Balganesh	6
反纠问主义	
Anti-Inquisitorialism	
David Alan Sklansky	6
国家法：国际法，宪法性法律及公法	
Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law	
Jack Goldsmith & Daryl Levinson	7
宪法解释中的联邦主义和共同性问题	
Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation	
John F. Manning	8
捆绑，捆绑折扣和单一垄断利益理论的消亡	
Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory	
Elinor Elhauge	9
流动资金，地方经济管制及民主市	
Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City	
Richard C. Schragger	10
补充的约束：三权分立、理性投票和宪政设计	
Complementary Constraints: Separation of Powers, Rational Voting, and Constitutional Design	
Jide O. Nzelibe and Matthew C. Stephenson	10
让雇员能够选择：工会组织规则的结构变革方法	
Enabling Employee Choice: A Structural Approach to the Rules of Union Organizing	
Benjamin I. Sachs	11
知识产权法和节约法令	
Intellectual Property Law and the Sumptuary Code	
Barton Beebe	12
经济危机以及司法选举和司法审查的兴起	

Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review	
Jed HandelsmanShugerman	12
在一个风险债务世界中的股东机会主义	
Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt	
Richard Squire	13
2008 年选举中的种族、地区和投票选择：暗示投票权法案的未来	
Race, Region, and Vote Choice in the 2008 Election: Implications for the Future of the Voting Rights Act	
Stephen Ansolabehere, Nathaniel Persily, and Charles Stewart Iii	14
产品责任中的不安因素	
The Uneasy Case for Product Liability	
A. Mitchell Polinskyand Steven Shavell	14
联合与分立	
Bundling and Entrenchment	
Lucian A. Bebchuk and Ehud Kamar	15
奥利弗·文德尔·荷默斯 2009 年关于尊严与诽谤的演讲：敌视的能见度	
2009 Oliver Wendell Holmes Lectures Dignity and Defamation: the Visibility of Hate	
Jeremy Waldron	16
第 11 宪法修正案以及联邦的本质	
the Eleventh Amendment and the Nature of the Union	
Bradford R. Clark	16
为何对市场作出界定？	
Why (ever) Define Markets?	
Louis Kaplow	17
证据诱发性行为的扭曲效应	
The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior	
Gideon Parchomovsky and Alex Stein	18
羊皮纸和政治：宪法承诺的绝对之谜	
Parchment and Politics: the Positive Puzzle of Constitutional Commitment	
Daryl J. Levinson	19
联邦法院管辖权的结构性保障措施	
The Structural Safeguards of Federal Jurisdiction	

Tara Leigh Grove	20
放宽详细审查	
Lightened Scrutiny	
Bert I. Huang	21
尽管存在优先权原则：在地方自治市和州内制定劳动法	
Despite Preemption: Making Labor Law in Cities and States	
Benjamin I. Sachs	21
罕见商业模式：即将产生一种新的知识产权形式	
Orphan Business Models: Toward a New Form of Intellectual Property	
Michael Abramowicz	22
信息采集和制度设计	
Information Acquisition and Institutional Design	
Matthew C. Stephenson	23
宪法第三条和苏格兰的司法制度	
Article III and the Scottish Judiciary	
James E. Pfander and Daniel D. Birk	23
服务器的困境：信息产品的平台市场中的战略性没收	
The Host's Dilemma: Strategic Forfeiture In Platform Markets For Informational Goods	
Jonathan M. Barnett	24
用平凡诠释三权分立	
Separation Of Powers As Ordinary Interpretation	
John F. Manning	25
数字的公平：对 at&T 诉 Concepcion, Wal-Mart 诉 dukes 以及 turner 诉 rogers 案的评论	
Fairness In Numbers: A Comment On At&T V. Concepcion, Wal-Mart V. Dukes, And Turner V. Rogers	
Judith Resnik	26
反法规	
The Anticanon	
Jamal Greene	27
第四修正案的平衡调整理论	

An Equilibrium-Adjustment Theory Of The Fourth Amendment	
Orin S. Kerr	27
抵得上千言万语：版权的图片	
Worth A Thousand Words: The Images Of Copyright	
Rebecca Tushnet	28
中止条款被遗忘的核心意义	
The Forgotten Core Meaning of the Suspension Clause	
Amandal. Tyler	29
共享监管空间的机构协调	
Agency Coordination in Shared Regulatory Space	
Jody Freeman and Jim Rossi	30
创造性别歧视的“传统观念”	
Inventing the "Traditional Concept" of Sex Discrimination	
Cary Franklin	31
为了表象而监管	
Regulation for the Sake of Appearance	
Adam M. Samaha	32
空间的多样性	
Spatial Diversity	
Nicholas O. Stephanopoulos	32
历史的光泽和权力的分立	
Historical Gloss and the Separation of Powers	
Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison	33
公诉走向公众：由州检察长代表诉讼	
Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General	
Margaret H. Lemos	34
作为被信托人的政客	
Politicians As Fiduciaries	
D. Theodore Rave	35
非捆绑式法律援助的限制：对马萨诸塞州地方法院的随机化研究以及对未来展望	
The Limits Of Unbundled Legal Assistance: A Randomized Study In A Massachusettsdistrict Court And Prospects For The Future	

D. James Greiner, Cassandra Wolos Pattanayak, And Jonathan Hennessy	36
多阶审判	
Multistage Adjudication	
Louis Kaplow	37
资源使用权的问题	
The Problem of Resource Access	
Lee Anne Fennell	38
总统复审监管下的自我隔离机构	
Agency Self-Insulation Under Presidential Review	
Jennifer Nou	38
信息与监管事务办公室：神话与现实	
The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities	
Cass R. Sunstein	39
种族资本主义	
Racial Capitalism	
Nancy Leong	40
肤浅的指示	
Shallow Signals	
Bert I. Huang	40
有漏洞的裂缝：为何政府谴责却又赦免非法信息披露	
The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information	
David E. Pozen	41
未被采取的途径：H.L.A 哈特关于自由裁量权的哈佛论文	
The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion	
Nicola Lacey	42
以盈利为目的的公共执法	
For-Profit Public Enforcement	
Margaret H. Lemos And Max Minzner	43

可预见性与著作权激励

Foreseeability and Copyright Incentives

Shyamkrishna Balganesh

经济学上关于激励创造者的理论最能证明当今著作权法存在的正当性。该理论的核心在于承认这样一个事实：尽管著作权排他性的权利构造为创作者们提供了经济动力以刺激其去创作，但它同时也负担了巨大的社会成本，并且创作者们因此需要被给予足够的动力去创作以维持该体制的收支平衡。然而，当前的著作权学说中没有有一个能够让法院参照激励机制本身所固有的限制去限制创作者的应得利益。尽管习惯法过于依赖激励来让行为人按照特定方式行事，但它承认它的激励机制存在外部限制，并且其在划定一项权利范围或这些限制的责任范围上的无能为力有可能证明了此种方式的低效率。为此它应用的基本原理是可预见性的概念。以通常情况下个人都不会考虑与他们的行为暂时或逻辑上不相关的事情的后果这样一种观点作为预设前提，可预见性允许法院在裁定责任时使一个制度的事前激励效果与事后成本得到平衡。

本文认为，如果著作权法想要忠于其激励理论，并且因此在垄断控制与社会成本之间寻求平衡的需要成为该理论的核心，它需要将此观点内在化，即：创作者们，和其他法律关系中的行为者一样，不能够完全预料到与他们行为相关的所有未来的可能性，而这又限制了激励机制的效力。为此，本文提议了一种“可预见的复制行为”测试以将著作权承认的独占性限定在此类情形下：复制者对作品的使用在该作品创作时就是可以合理预见到的，此时激励机制是起作用的。因此适用可预见性测试可能使著作权法与它潜在的目的更好地达成一致，并且提供一种机制让法院能通过其将著作权的激励理论落实到个案中去——因此需要切实运用此理论而不仅仅是口头上体现其重要性。（2009年4月第122卷第6期第1569页以下）

反纠问主义

Anti-Inquisitorialism

David Alan Sklansky

美国法律体系中存在一个被广泛认可的持久主旋律，即将大陆法系的刑事程序严格纠问体系作为我国相应体系的相反映证；长期以来避免纠问主义被认为是我们法律传统的核心职责所在。本文考察了反纠问主义在塑造我们的刑事程序进程中所发挥并将继续发挥作用的不同的职能，并且还评估了反纠问主义作为美国法的一项指导性原则的吸引力。本文以描述四个特别显著的起作用的反纠问主义的例证开始：最高法院近期对对证条款所作的重新解释；法院认定依靠庭审法官发现的事实而强制判刑体制的无效；法院对被国际法院否决的程序上不履行规则的支持；以及在审问与招供法律中长期运用的严格纠问体系。然后本文给出了三个不同的理由来说明严格纠问体系可能被当成一种帮助性的指引以避免美国刑事程序采取不应该采取的路径。第一个理由是原旨主义；它使得严格纠问程序成为破坏宪法中刑事程序条款意欲提供之保护的罪魁祸首。第二个理由是整体的；它要求我们的对抗制（或者翻译成辩论主义）体系具有完整性。第三个理由是观察此制度的效用性；它认为严格纠问制度就是比我们的制度差——在揭露事实方面、保护个人权利方面、防止政府权威滥用方面都比我们的差。这些理由中没有一个是完全令人信服的。几乎没有证据显示原始的权利法案的刑事程序条款最初就想要（或被理解成）为刑事被告人提供保护以对抗严格纠问体系。把第十四修正案解读为具有此目的的理由就更少了。关于整体性的论点其主要的的问题在于，第一，这比可能被预期去鉴别严格纠问体系的核心原理要困难一些；第二，几乎没有理由去认为我们的刑事程序制度实际上像此论点预设的那样具有脆弱的体系完整性。评估实用主义的论点则更加复杂。对抗制的基本原理也许事实上有用价值，尤其是在针对权力主义滥用的保护方面。但是这是一个理由去重视对抗制的那些基本原理，同时也是在它们能够满足其他的、更基础性的渴求的范围内去评估它们的一种理由。总体来看，把纠问体制看成是我们的刑事司法系统应尽力避免的象征已无需再争论。（2009年4月第122卷第6期第1634页以下）

国家法：国际法，宪法性法律及公法

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

Jack Goldsmith and Daryl Levinson

在英美法律思想中对国际法一直持怀疑态度。相较于国内法的规范性，国际法体系在许多重要的方面显得不同并且存在缺陷。国际法因具备一些特征而处于极其不确定状态，而宪法性法律也具备这些特征，本文通过指出两者在这些特征上的共同性来质疑国际法的独特性。在将这些共同点整理归纳的基础上，本文认为传统的国际法与国内法的区分也许会掩盖更重要的、概念上的差异。此种差异类似于“公法”制度与“一般国内法”之间的区别，公法制度（例如国际法和宪法）设立和管理国家和政府，一般国内法通过国家的政府机构实现其管理。（2009年5月第122卷第7期第1791页以下）

宪法解释中的联邦主义和共同性问题

Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation

John F. Manning

近年来，最高法院已经采纳了一种独立式的联邦主义，此主义与宪法中的任一特别条款都不相关。更确切地讲，因为有多个条款假设了一种状态，即：继续保留州并建立一个拥有有限权力的政府，法院就推定此类条款共同传达了想要建立联邦主义、同时保留相当程度的州主权的意愿。法院已经把那种普遍的根本意愿视为一种依据，一种可以对联邦权力施以具体但未列明的限制的依据，尤其是明确声明联邦主义规则、反军事征用原则以及州法院诉讼中大量的州主权豁免。本文认为新联邦主义案件中的解释方法论还不能立即与法院在近期的法条解释案件中明确表达出的意见相衔接，这些解释支持相关的命题，即：立法需要妥协，颁布文本的同时也意味着结束，从一部法律的具体方法中抽象出一般目的降低了立法者选择通过立法来确立的共同性的层次。尽管法规和宪法之间存在着明显的差异，本文坚持这样的观念，即：在新联邦主义案件中，法院自称其裁决的作出可归因于国父们依据第5条或第7条规定的程序做出的决定，它的解释方法应源自这样一个假设：宪法制定涉及一些类似于那些具有立法特征的程序性的考虑。宪法制定牵涉到权益关系方的反对与让步，他们有权利主张让步来作为他们赞成的代价。此外，美国宪法本身代表了“一系列的妥协”并且，在特殊的利益

领域非常详尽地解释了将如何在联邦政府和州政府之间分割权力的方法。确实，在强调联邦主义是宪法的一项创新的同时，本文坚持这样一种观念，即：我们选择的用于贯彻现行并存的主权形式的具体方式事实上定义了联邦主义的概念，并且，与法院近期的案件相反，独立的联邦主义并不存在。（2009 年 6 月第 122 卷第 8 期第 2003 页以下）

捆绑，捆绑折扣和单一垄断利益理论的消亡

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

Elinor Elhauge

芝加哥学派的理论家们认为捆绑因仅有单一垄断利益而不能产生反竞争的效果。一些哈佛学派理论家质疑捆绑理论的等价交换规则容易产生误导，因为在不排斥捆绑市场的大部分份额的赎回权的情况下，捆绑不能产生反竞争的效果。本文认为这两种观点都是错误的。即使没有大量的不可赎回份额，一般来讲企业与市场力量的捆绑能增加垄断利益，损害消费者及全体的福利，缺乏相互抵消的效能。因此等价交换规则不应适用于没有独立效用的固定比率的产品，因此通常情况下那些情形都不具有反竞争的效果且不具备大量的不可赎回份额。此种例外情况反而应由传统的要求大量的不可赎回份额或效果的理由规则进行规制。

捆绑折扣能够像没有大量不可赎回份额的捆绑一样产生同样的反竞争效果，但这仅仅发生在未捆绑价格高于捆绑价格时。因此，当未捆绑价格高于捆绑价格时，应当基于市场力量缺乏抵销效能而禁用捆绑折扣，对于没有独立效用的固定比率的产品来讲除外。当未捆绑价格没有超过捆绑价格或者此例外适用了，那么只有当大量不可赎回份额或效果存在时才应禁用捆绑折扣。判断捆绑折扣的其他测试，诸如对实际价格和成本进行比较，并不完全是不全面的，至少其坚决避免了捆绑折扣产生最糟糕的反竞争效果。（2009 年 12 月第 123 卷第 2 期第 399 页以下）

流动资金，地方经济管制及民主市

Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City

Richard C. Schragger

本文考察了地方在管制流动资金方面所做的尝试。尽管传统的观点认为地方政府不能有效地控制或再分配资金，各市正逐渐努力想要打破此观点。本文描述了各市所做的各种尝试，包括考虑通过合同引入发展美元，通过反链和反超级市场法律来排除资本，通过地方最低工资法律和其他劳动友好型立法完成从资本到劳动的再分配。本文描述了引起这些地方监管试验的经济和政治因素，并评估了当地对流动资金管制的可行性。在这期间，我认为资金的流动性牵动了地方政治上的一系列反常，这些反常均围绕着涉及私营商业企业的政府推广、政府参与和政府补贴。地理位置固定的城市倾向于不惜成本地想要吸引流动资金，一旦资金固定后就穷凶极恶地捞取。这两种政治性的问题---投入与开发---解释了地方政府法律的历史发展以及目前在市、州、联邦各级政府之间有关劳动分配的要求。新的“受约束的地方主义”冲击了以往“产业政策、再分配及其他全球经济重整必须在国家层面进行处理”的观点。同时它也对地方经济发展政策必然偏向于公司资本这一观点产生冲击。（2009 年 12 月第 123 卷第 2 期第 483 页以下）

（戚小乐 译）

（李文婷 校）

补充的约束：三权分立、理性投票和宪政设计

Complementary Constraints:

Separation of Powers, Rational Voting, and Constitutional Design

Jide O. Nzelibe and Matthew C. Stephenson

本文探究了三权分立对选民选举策略的影响，以及这种相互作用对施行不同制度安排的影响。本文展示出当一个政治机构代表（如总统）单方面做出行动时，选民们很可能对政策的成功与失败作出不对称的回应，以抵消总统被特定利益集团所诱导或控制的风险。当政治机构代表们采取一致行动——如总统为设立新政策寻求国会批准——选民们倾向于更加精妙的战略，能使政治奖惩间少出现一些

严重的不平衡。本文的分析有着积极的、规范性的影响。第一，本文建议总统不要总是倾向于在尽可能少的国会干预下运作。第二，本文为当选官员的“责任转移”提供了理性主义的解释——这种行为通常被认为是源于选民的混淆和不理性。第三，本文认为三权分立并不必然引起“僵局”，或相反减少政策变动的可能性。第四，本文认为尽管三权分立加强了选举人对政客的约束的效力，但当三权分立是“选择性的”而非强制的，即总统可以但不必须为设立新政策寻求国会批准时，选民的福利待遇会更高。（2010年1月第123卷第3期第617页以下）

让雇员能够选择：工会组织规则的结构变革方法

Enabling Employee Choice:

A Structural Approach to the Rules of Union Organizing

Benjamin I. Sachs

新推出的雇员自由选择法案（EFCA）引发了人们激烈的讨论：如何最大程度地保障雇员在工会化问题上的选择权。这一讨论直指我国联邦法律制度中劳动法的核心。每一个考虑之中的可能的立法设计——包括“打卡”和“快速选举”——旨在通过减少或消除管理者介入工会化过程，加强雇员的选择权。因此，EFCA引发的核心问题在于使雇员能够限制或避免管理者介入工会活动是否是联邦法律的合理目标之一。本文对这一基本问题给出了肯定回答。本文依据违法处理规则，将联邦劳动法概念化，特别利用了法定解释的倾向性诱发违约理论和公司法中的可撤销违约理论，最终得出了这一结论。这一做法表明打卡、快速选举以及其他类似机制最好被理解为“不对称—修正变更的规则”——减少从非工会违约中分离的阻碍的方法。以这种方式理解EFCA也要求我们探究如何构建这种变更的规则。本文通过提出打卡的公开政策制定过程是有缺陷的，快速选举虽然是对现状的改善，但对减少雇员选择的障碍仍是不充足的，引出了这一制度设计问题。相应地，本文提出两种新的设计——打卡和快速选举的备选方案——以达到使管理者干预最小化的正当目的，与此同时保护决策过程的秘密性。（2010年1月第123卷第3期第655页以下）

知识产权法和节约法令

Intellectual Property Law and the Sumptuary Code

Barton Beebe

本文将知识产权法律新兴的角色作为节约法令的现代形式。本文注意到，为了应对新出现的、威胁到节约法令可行性的社会 and 科技状况，我们开始依赖于知识产权法中的某些领域来为我们提供保护方法，以保护传统的体系：以消费为基础的社会特征，即节约法令。通过节约性的知识产权法，我们特别希望抑制逐渐强大的复制技术中的革命性的社会和文化内涵。限制费用的知识产权法也因此成形，与更为人们熟知的知识产权法的科技进步方面相对立，成为了在社会和文化层面的反对改革的对立面。本文识别出引起知识产权法和节约法令间相结合的情形，以及这种结合使知识产权法在多方面发展进化的证据。本文进一步预测：知识产权法不能成功维系我们传统的以消费为基础的社会特征体系，在这种失败中孕育着不同的但更优越的社会差异体系，该体系更多地以生产为特征而非消费，且在该体系中知识产权法将扮演更重要的——也更进步的——社会角色。（2010 年 2 月第 123 卷第 4 期第 809 页以下）

经济危机以及司法选举和司法审查的兴起

Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review

Jed Handelsman Shugerman

如今将近百分之九十的州法官都面临着某种流行的选举。这种独特的美国制度在 1846 年到 1853 年间突然爆发式的出现，有二十个州采用了司法选举制度。现代观点认为司法选举削弱了法官和法律规则，无论在当时还是现在。然而，在 19 世纪 40 年代末和 50 年代，当司法选举席卷了整个国家时，其意义在于作为一个新运动，它限制立法权力、增加司法权、加强司法审查。随着时间的推移，司法人员的任命成为了党派任免权和任人唯亲的工具。立法机关对于内部改善上的过度消费和 19 世纪 40 年代初的经济萧条共同导致了各个州严重的债务危机。

对此，十九个州在 1844 年到 1853 年间掀起了呼唤宪法传统的浪潮。除了致力于限制立法权，大多数惯例都采纳了司法选举。许多代表声明：他们的目的在于强化分权，使法院有权力运用司法审查。改革者们得到了他们想要的结果：19 世纪 50 年代选举出的法官比以往任何时期指定的法官所要驳回的州法律都要多。这些选举出的法官推动了从国家干预经济发展到自由放任的立宪主义的转变。说也奇怪，第一代选举出的法官也是首先证明在反多数条款中司法审查的正当性的人，为了保护个人和少数人的权利免受滥用权利的多数人和民主之“恶”的侵害。本文从这一事件中总结出司法独立和民主的经验教训。（2010 年 3 月第 123 卷第 5 期第 1061 页以下）

在一个风险债务世界中的股东机会主义

Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt

Richard Squire

现代金融正逐渐被创造出或有债务的衍生工具和类似合同所控制，只能依赖于未来不确定事件的发生而得到支付。本文识别出或有债务带来的普遍的机会主义危害，这种危害是立法者和法学家所忽略的。如果一个公司或有债务的责任极有可能因公司破产而引发，则创造债务的合同会将财富从公司的债权人手中转移到股东手里。因此公司有参与关联寻租的动因——那就是引发有相互关系的、或通过资产购买可以变得有关系的或有债务，与此同时公司有破产风险。由此引发的结果是对或有债务的滥用，该债务会通过投资过剩、更高的借款成本、财务危机和潜在的系统风险毁坏社会财富。关联寻租有极大的危害，因为不同于其他形式的股东机会主义如资产替代，它甚至能在增加股东收益的同时降低股东的风险。与关联寻租相一致的行为在 2008 年的金融危机中扮演了重要角色，美国国际集团、范妮梅和弗雷德马克三家公司所接受的最多的紧急救助导致了严重损失。然而现有的有关衍生工具和其他或有债务合同的法律规则忽视了关连性的问题，增加了未来再次发生金融危机的几率。（2010 年 3 月第 123 卷第 5 期第 1151 页以下）

2008 年选举中的种族、地区和 投票选择：暗示投票权法案的未来

Race, Region, and Vote Choice in the 2008 Election:
Implications for the Future of the Voting Rights Act

Stephen Ansolabehere, Nathaniel Persily, and Charles Stewart III

选举非裔美国人作美国总统引发了有关投票权法案（VRA）中许多条款的持续关联性和合宪性问题。2008 年，巴拉克·奥巴马在白人选民中的明显成功让一些评论家质疑种族分化选举中的背景情况，这种选举是以 VRA 第二部分为由提起诉讼的关键。他在某些州的成功，如弗吉尼亚州，也引发了人们对 VRA 第五部分之下司法管辖范围标准的质疑。本文考察了 2008 年初选和普选的数据，以评估选举行为中种族差异的地理模式。数据表明在白人和少数族裔选民间仍有显著差异存在，并且在 VRA 第五部分包含和不包含的司法管辖中也有明显不同。即便控制住党派、意识形态和大量其他政治方面的相关变量，这些差异也仍然存在。本文探究了奥巴马总统当选对种族分化选举的法律概念和对 VRA 第五部分应该覆盖的司法管辖的暗示。（2010 年 4 月第 123 卷第 6 期第 1385 页以下）

产品责任中的不安因素

The Uneasy Case for Product Liability

A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell

本文比较了产品责任的效益和成本，总结出产品责任的案例并不适用于广范围的产品。产品责任的优点之一在于它促使企业提升产品安全指数。然而，即便没有产品责任，企业仍会在市场力量的推动下加强产品安全，因为如果它们的产品伤害到消费者，那么毋庸置疑会影响到销量。此外，产品必须严格遵守安全规章。因此，产品责任可能并不会对许多产品的产品安全产生重大的额外影响——对几种广泛销售产品的实证研究支持了这一假设。产品责任的优点之二在于通过提高产品价格以反映生产风险，将能够促进消费者的购买决定。但由于诉讼费用

和其他因素，产品责任可能使价格过高、令人难以接受，反而降低购买力。产品责任的优点之三在于它能够补偿产品相关事件中的受害者的损失。然而这一利益是局部的，因为保险公司往往会补偿事故中的受害者的全部或部分损失。此外，对痛苦和苦难的损害赔偿将会减少个人的福利，因为它有效地强制了受害者为一种类型的损失购买保险，即便通常情况下他们并不想买。与产品责任的优点相对应的是它巨大的成本。特别是通过责任制度将一美元转移到产品事故中的受害者手中往往需要不止一美元的法律支出。鉴于产品责任有限的优点和昂贵的成本，我们认为它的运用是没有根据的。特别是对于市场力量和规章制度都相对强大的情况下的产品，包括许多广泛销售的产品。我们对这类产品的产品责任所持有的总体上怀疑的态度与社会上对这种责任形式的广泛赞成态度格格不入。（2010 年 4 月第 123 卷第 6 期第 1437 页以下）

（应 童译）

（施 骏校）

联合与分立

Bundling and Entrenchment

Lucian A. Bebchuk and Ehud Kamar

因为公司章程只能通过股东决议修订，人们普遍认为只有获得股东支持，新的章程规则才有可能出现。但是，需要股东决议这一条件要素也许不能阻止不受股东欢迎的章程条款的适用，如果管理者将它们与股东支持的标准捆绑起来。本文首次系统化论证管理者利用捆绑引入反收购防御措施，而如果股东单独对这些防御措施投票的话他们很可能会将其否决。我们研究了从 1995—2007 年之间来自 393 家企业的手工收集数据。虽然股东们强烈反对在这段时间动摇董事局，一般而言他们也不愿意单独支持引入动摇董事局的章程修改，而经营规划者通常将我们研究的这种兼并与动摇董事局的结构捆绑起来。在兼并中，联合企业只是其中的一方，如果不愿被兼并的公司中存在摇摆的董事局，那么相对于另一方而言他们被兼并的可能性更高。同理，在兼并中，相对于自愿兼并的企业，如果两企业被迫兼并，新公司更有可能拥有摇摆的董事会。总而言之，我们认为管理者

在为下一步管理计划做准备以在股东支持方面拥有实际的能力，因为股东会保持中立立场。笔者探讨了我们的研究对于公司法理论及政策领域的重要意义。（2010年5月 第123卷第7期第1551页以下）

奥利弗·文德尔·荷默斯 2009 年关于尊严与诽谤 的演讲：敌视的能见度

2009 Oliver Wendell Holmes Lectures
Dignity and Defamation: the Visibility of Hate
Jeremy Waldron

在文德尔教授 2009 年出版的三部演讲集中，他力图描述并捍卫法律所反对的集体诽谤——我们通常称之为“敌视性言论”——作为对社会成员基本尊严的确认。第一部捍卫了作为集体诽谤的敌视性言论的特征。文章认为敌视性言论对受害者作为社会平等成员的立场表示怀疑。第二部描述了作为公民脆弱善意保护的敌视性言论规范：这是社会每一成员对其他成员在提供保障，保障他们能在没有恐惧、歧视、暴力的社会环境中生活。第三部对第一部和第二部中广受争议的言论作出捍卫，尤其针对来自唐纳德·德沃金的异议。德沃金认为抵制敌视性言论会带来民主立法或其他法律的重大损失。但是文德尔教授认为如果加以有效保护损失是非常小的，对于因此所得是非常值得的。此外，对敌视性言论的禁制只应及于“已经解决”的争端，比如种族争端，而不是现在广受争议的事件，否则敌视性言论的管制会阻碍自由民主的辩论。（2010年5月 第123卷第7期第1597页以下）

第 11 宪法修正案以及联邦的本质

the Eleventh Amendment and the Nature of the Union
Bradford R. Clark

有关第 11 宪法修正案的理论开始于这样一种假设：其文本毫无意义。这些理论认为该修正案既太过狭窄、过度包含也存在内部妥协，因为它禁止联邦法院审理任何他州公民对某州提起的诉讼，但并不禁止联邦法院审理由本州公民对该州提起的诉讼。这两种理论既可以扩展也可以缩小援引宪法修正案文本的豁免权，以免因为该援引带来奇怪和反常的结果。本文认为如果在完整的历史背景下理解第 11 宪法修正案，那么它是有意义的。特别地，相关条文允许联邦授权国会要求各州提供人力、财力和供给，却并未赋予国会推行其命令落实的权力。杰出的国父们最初强调矫正该条文的唯一方法是赋予国会对于各州的强制权。但是立法会议与议员们最终否定了这种意见，因为他们害怕引入这种权力会导致内战。

为了避免这种危险，国父们将宪法制定为赋予国会对个人而不是对州的立法权。本文的路径是消除对州施加强制的需求，为联邦主义者采纳宪法而不是修改宪法条文提供关键理由。反联邦主义者威胁说要为宪法削弱这种情形，他们威胁说通过主张宪法第三条国家公民的多样性条款——授权一州与他州公民“之间”的诉讼——构建引入联邦与各州对抗性的诉讼模式（也因此暗含了联邦对各州判决作出相反结论的强制力）。虽然联邦主义者否认了这种构建，最高法院仍然继续将宪法第三条理解为允许他州公民对一州提起诉讼。联邦主义者与反联邦主义者迅速集中起来重塑他们对宪法第三条的理想性构建。在采纳宪法第 11 修正案时，他们在禁止一州与他州公民之间的“任何诉讼”方面则不存在异议，因为他们并未理解宪法授权各州的州内诉讼。联邦司法管辖问题并未显示出其准许这类诉讼，国父们似乎未意识到对此类诉讼的现实需求就给出了他们的理解：宪法并不授予各州立法权或强制权。因为正如宪法第 11 修正案的内容，从联邦本质的角度来看是有意义的，但是此荒谬的理论并不能证明偏离修正案条款的合法性。

联邦的司法权在构建上不应在立法或衡平方面扩张，无论是一州对他州公民的诉讼，还是本国公民与外国公民的诉讼。（2010 年 6 月 第 123 卷第 8 期第 1818 页以下）

为何对市场作出界定？

Why (ever) Define Markets?

竞争法案一直由对市场界定和市场份额的模式主宰，在这种情形下，为了推测市场力，相关的市场界定和有关市场份额都在监测范围之内。本文并不谦虚地率先提出了以下观点：市场界定程序本质上在基本经济原则范围内，因此应该完全弃置。该结论基于四个理由。首先，在重新划定的市场中无法对市场力作出有意义的推断。其二，该模式依赖常规预测市场中不能名状之概念，该概念的重要性和先前对其的忽略间存在严重的断裂。第三点也是最为重要的一点，在对市场力的最佳预估缺乏早期规划时，不可能判定出什么样的市场界定是最好的，在此基础上的进一步分析是无意义的也可能带来错误结果。最后，重新界定市场的需求会将关注点错误地集中在交叉弹性替代品的需求上，而不是市场的弹性需求上，这样会更加降低市场力预测结果的质量。虽然这样的研究是概念性的，但对法律规范的简要评述已然反映出创造一致性可能不会太难。（2010年12月 第124卷第2期第438页以下）

证据诱发性行为的扭曲效应

The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior

Gideon Parchomovsky and Alex Stein

本文中,我们分析了与证据相关的考虑如何支配行为者的行为。我们的发现为法律和经济文献中的常规知识作了重要提炼,该提炼假定法律规则总能为取得社会趋向性结果时时更新。我们展示了如果参与到社会次优行为中能够增加行为者胜诉的机会,那么证据性动因常常促使他们这样做。因为裁判者必须依据观察到的并可证实的信息做出裁决——或者,简而言之就是证据——无论他们对第三方和社会强加了多高的成本,理性行为者总是会提交随后作为呈堂证供并增加他们胜诉几率的证据。相应地,医生和医疗机构通常会让病人承受不明确甚至是有害的检查,仅仅为了形成记录档案以证明医生或医疗机构已超限度履行医治病人的职责。土地的拥有者和知识产权的所有人可能让危害行为持续足够久甚至超过必要限度,以获得他们遭受伤害的强有力证据。即使是警察也会容许犯罪者实施

犯罪以获得明证犯罪的机会。我们发现的这种效应是普遍存在的。它真实地存在于法律的任何领域。此外，想要消除或矫正此种效应不是一件容易的事情。但是，我们所讨论的证据现象也会产生积极的影响：它降低了法官和陪审团的裁判成本并提高了审理程序的精确性。在一些案件中，这些优势超过次优行为的社会成本。但是在其他方面，社会成本远远高于收益。（2010 年 12 月 第 124 卷第 2 期第 518 页以下）

羊皮纸和政治：宪法承诺的绝对之谜

Parchment and Politics: the Positive Puzzle of Constitutional Commitment

Daryl J. Levinson

宪政主义常常被类比为：尤利西斯把自己绑在桅杆上以抵挡赛壬的致命诱惑。但是，是什么能像尤利西斯之绳一样能让政治团体受制于宪法条文规定？宪政主义的绝对之谜在于，即使宪法规范妨碍了政客们的眼前利益，拥有强权的政客们仍然为了遵循并坚持宪法规则而保持连续一贯的承诺。例如，为什么广受欢迎的总统会选择遵循宪法的限制，该限制约束他实施他本人和广大国民都认为对于保卫国家、抵御恐怖主义都完全没必要的战争，或者说该限制阻碍他为了避免全国经济萧条和金融系统崩溃而作出关键性干预行动？这些谜团解释了任何类型的跨期政治承诺都是有可能的。沿着这个方向思考，我们也许会疑惑，一个政治团体是如何持久且让人信赖地致力于偿还债务、拒绝帮助鲁莽作出决策的银行走出经济困境或是避免战争。

在法律、政治的背景下，回答这类问题的常规方式是引入多种稳定“机制”，以作为可信赖的承诺机制。法院可以强制推行宪法规范。诸如联邦制、权力分立、民主和授权之类的结构性安排，会增加为获得特定成效带来的政策性转变和政务堆压的成本。当然宪法一般扮演着推行政治承诺强制推行的担保人角色。但是这种阐述路径仅仅使得谜团的解答进一步倒退，倒退至这些机构如何变得不受社会政治变化及重构的影响。我们怎能期待制度性承诺机制相较第一顺位的承诺而言更加稳定易行呢？

理解宪法和其他机制如何能够有效约束政治活动依然是法律科学和社会科

学中遗留的一个重要的基本理论挑战。本文揭示了该挑战的普遍性，探究了其对于宪法文本和理论的意义。本文也力争在以下方面取得突破：解释为什么以及在何种情境下，成功的政治法律承诺可以通过政策法律安排形成的一系列统一机制——主要包括宪法、政府的宪法结构以及司法审查——实现，由此这些政治法律承诺能够在反对和变化中岿然不动。（2011 年 1 月 第 124 卷第 3 期第 658 页以下）

（李文婷 译）

（戚小乐 校）

联邦法院管辖权的结构性保障措施

The Structural Safeguards of Federal Jurisdiction

Tara Leigh Grove

学者们长期对国会控制联邦法院管辖权的权力争论不休，并且一致假定关于国会权力的宪法性限制（如果有的话）必须依法可强制实施且在第三条的文本和结构中可以发现。在本文中，我质疑了这一基本假设。我认为对联邦法院管辖权主要的宪法保护不是在于两院制立法体制和第一条的陈述条件。第一条规定的立法程序给予了互相抵触的政治派别（甚至是政治上的少数人）相当大的否决立法的权力。根据最近的社会科学和法学学术，我认为政治派别特别容易利用他们的结构性否决权以阻挡他们的对手支持司法管辖权脱离立法。值得注意的是，国会控制联邦法院管辖权的历史支持了这一结构性论据。当联邦法院作出引起广泛公众谴责的争议性观点时，司法制度的支持者（即使他们仅仅只是国会中的政治少数）就会屡次利用他们的结构性否决权以阻止司法权脱离提议的通过。这一结构方法也回答了一个长期困扰学者们的难题：是否存在任何关于国会权力的宪法性限制以给最高法院的上诉管辖权设定“例外情形”。第一条规定的结构性保障措施已经证明其能够特别有效地防止侵犯第三条赋予最高法院的上诉复审权力。（2011 年 2 月第 124 卷第 4 期第 870 页以下）

放宽详细审查

Lightened Scrutiny

Bert I. Huang

当前关于司法职位空缺的忧虑并不新鲜。数十年来，法官和学者们一直在讨论联邦法院内太少的法官需要应对太多的案件这一难题。据说，这一难题所带来的危险是被珍惜的且具有重要的程序价值。但常常没说的是另一种可能性：其不仅仅是程序，案件的审理结果也可能处于危险中。本文通过举例说明司法案件超负荷是如何引起牺牲一级价值的后果的来展开本文的对话。

我在文章中阐述了表明司法负担和上诉结果之间存在因果联系的实证性证据。从 2002 年开始，一大批来自单一联邦政府机构的案件涌入巡回法院。有两个巡回法院首当其冲，他们的案件量甚至飙升了 40% 以上。相比之下，其他的巡回法院没有受到太大的冲击。为了从案件审理效果上分类原因，我没有将重点放在飙升的机构案件的审理结果上，而是关注一个单独的类别：民事上诉。在民事案件的审理上，被大量联邦行政机构案件涌入的那两个巡回法院相比之前开始较少的否决州地方法院的判决。巡回法院较少否决州地方法院判决的证据提出了一种“沉默的分裂”的可能性：各巡回法院在他们的上诉审查水平上的分歧，并不是由于案件链接上的不一致，而是因为案件数量的变化。（2011 年 3 月第 124 卷第 5 期第 1109 页以下）

尽管存在优先权原则：在地方自治市和州内制定劳动法

Despite Preemption: Making Labor Law in Cities and States

Benjamin I. Sachs

已在《全国劳资关系法》（简称：NLRA）中根深蒂固的优先权制度被认为是防止州或地方在劳动法领域进行创新的制度。然而优先权原则并没有使州或地方劳动法立法工作结束。尽管优先权原则已经消除了地方自治市和州的劳动法的传统形式，但根据“三方立法”这一条文术语，优先权原则并没有阻止州或地方对《全国劳资关系法》规则的修改。当与劳动者无关的法律内的政府行为（但可

能关系到雇主的重大利益)通过工会和雇主重新调整工会组织与谈判的规则来与私人协议相交换时,“三方立法”的态势就出现了。这些三方政治性交换行为产生的组织和谈判规则明显的不同于联邦法规规定的规则,尽管如此,这些规作为联邦法律问题具有完全的可实施性。

通过阐述三方立法的现象,本文对在当代劳动法中地方政府的角色有了更加透彻的理解。但是三方立法的存在也更普遍地揭示了联邦专有权的重要特征。尤其需要注意的是,在正式的优先权监管制度范围内的三方立法的可能性表明出优先权能力的局限性,其体现在在不同级别的政府中分配监管机构的能力以及实现一个统一的全国性的法律体系的能力。通过三方立法态势出现的州和地方政府立法也有大量的区别性特征,一旦我们识别出这种立法形式的存在,这些区别性特征就会明显表露出来。此外,正如本文阐述的,三方立法的出现可能不限于劳动法方面,在联邦专有权与私人秩序的可能性并存的情况下也有可能出现。(2011年3月第124卷第5期第1153页以下)

罕见商业模式: 即将产生一种新的知识产权形式

Orphan Business Models: Toward a New Form of Intellectual Property

Michael Abramowicz

通常没有充分的鼓励机制使得制药公司为没有资格获得专利法保护的药物进行临床试验。《罕见病药物法案》通过给愿意研究罕见病药物且获得食品及药物管理局批准的公司提供一种有限期的排他性经营权来解决这一问题。这个策略是一种知识产权保护的形式,除了药品外可能被适用于很多其他情形,但是在文献上以前并没有处理好这种设计以及此种保护的可能范围。有时,没有企业愿意从事一项有风险的商业模式,即使此种商业模式下的实验研究可以提高预期的社会福利,因为其他企业可以在他们从实验中获得的信息的基础上“搭便车”。最高法院近来在比尔斯基诉卡波斯一案中所持的观点可以为将此种顾虑并入专利法进行保护提供了基础,但是有针对性的为罕见商业模式规定排他性经营权可以提供更好的量身定制的解决办法。此种权利应当授予那些同意接受最短排他性经营期限的企业,实施一项分散管理的结合机制可以进一步降低不必要保护的

风险。本文列举了很多罕见商业模式保护可能是令人满意的情形，也考虑了运用此种排他性权利以促进法律实验研究的可能性。（2011 年 4 月第 124 卷第 6 期第 1362 页以下）

信息采集和制度设计

Information Acquisition and Institutional Design

Matthew C. Stephenson

尽管良好的信息对有效的决策至关重要，公共机构独有的刺激信息收集的激励措施可能与他们这样做时的社会利益并不一致。本文思考了法律制度设计的选择是如何影响政府决策者刺激信息收集的激励措施的，也思考了如何主导促进采取措施后收集到的信息的有效利用和刺激采取措施前信息的有效收集之间这一不可避免的权衡。本文利用一个简单的理论框架，阐述了一系列的技术措施以刺激信息收集，并特别关注了公共政府机构和公法的结构。（2011 年 4 月第 124 卷第 6 期第 1422 页以下）

宪法第三条和苏格兰的司法制度

Article III and the Scottish Judiciary

James E. Pfander and Daniel D. Birk

从历史角度上看，有思想的学者和法学家在试图夺回制宪者的法律世界时不约而同地致力于研究英国的法律和判例。布莱克斯通著名的《英格兰法律评注》为现代人回顾英格兰法律的历史提供了非常实用的参考。然而制定宪法的那一代人在回顾那一段历史时往往是依赖于其他资源，包括苏格兰的法律和法律制度。苏格兰的司法制度的确为宪法第三条的设计提供了重要的模型，但目前看来被忽视了。与英国司法制度中关于管辖权竞合和首要的初始管辖权的内容不同，苏格兰司法制度的特色在于它是一个分层的、上诉模式的司法制度，在司法系统顶端的是最高民事法院，其下有一系列的下级法院行使初始管辖权。更重要的是，苏

格兰司法制度的运行是在宪法框架内，即所谓的 1707 年《英格兰和苏格兰并入大不列颠联合法》，这就维护了苏格兰最高法院在合并后的立法重塑中的角色。

本文探讨了迄今为止苏格兰司法制度对宪法第三条的文本用语及结构产生的无形影响。苏格兰为一个单独的“最高”法院和许多的下级法院的司法制度模式提供了示范，且它明确了下级法院服从于并受制于唯一的最高法院的监督。而且《联合法》通过限制国会为了更好地司法管理制定规章制度的权力保障了这种分级的司法制度。根据先驱们的实践，宪法第三条的免责条款和规则条款确立的最高法院对下级法院的监督权可以依据其当然的上诉管辖权而幸免于限制条件的限制。因此，苏格兰模式为学者们声称的宪法第三条包含的统一、至高无上和下级的内容作为国会的剥离司法权文本上和结构上的限制提供了一个重要的历史视角。（2011 年 5 月第 124 卷第 7 期第 1613 页以下）

（陈 丽 译）

（葛依然 校）

服务器的困境：信息产品的平台市场中的战略性没收

The Host's Dilemma:

Strategic Forfeiture In Platform Markets For Informational Goods

Jonathan M. Barnett

知识资产的无偿没收——特别是有价资产——在信息科技市场中令人惊讶地普遍存在。一个简单的经济原理能够解释这些现象。通过给予核心技术的使用权，平台持有人反对（因而导致）没收那些支持平台价值的用户的投资。为了增加收入以填补发展和维护成本，平台持有人必须在总消费款项之内规制对其他商品和服务的访问。丧失访问权（来诱导适用）和规制访问权（来弥补成本）之间的权衡促使了开放性创新模式与封闭性创新模式的实质性结合。某些软件和操作系统的市场中的组织模式与这一假设相一致：开放和封闭的结构实质上汇聚了广泛的历史性和当代的设置以及商业和非商业的环境。尤其是，本文阐述了以下两个方面：（1）与法律文献中的标准特征相反，主要的“开放资源”软件项目目前根本上是由企业赞助者出资、管理和雇佣工作人员的；（2）为了开发智能手

机市场的操作系统，专利公司形成了非营利性组织联盟和其他合作安排，并采用了“开放资源”许可策略。（2011 年 6 月第 124 卷第 8 期第 1861 页以下）

用平凡诠释三权分立

Separation Of Powers As Ordinary Interpretation

John F. Manning

最高法院依赖于“三权分立”的总体框架，运用了宪法的结构性规定。其判例反映了原则的两个不同视角。实用主义的决定假定议会在必要和适当条款之下拥有绝对权力去整顿政府，只需接受以下的要求：特定的政府计划需维持权力的适当整体平衡。相反，形式主义的观点假定宪法性结构适用了严格分离的形式，这可能将假定国会权力限制在组织政府中。本文认为，这些理论在一定程度上都依赖于独立的三权分立原则，这一原则来源于整个法律文件的结构，这些理论反对宪法是“妥协”的理念，即如果解释者想证明对宪法制定过程的忠诚，就必须尊重宪法。历史记录揭示先贤一代人没有单一的标准去衡量在理论上“三权分立”所需要的是什么。而且，美国宪法不仅使三个部门的权力分离，而且为了使部门之间相互制约还将三个部门有所混合。这些作为打击了许多不同的平衡点，并在不同层次上阐明了其目的。当某规定审慎地规定了什么部门将行使被授予的权力并且以何种方式时，解释者必须通过禁止行使这一权利的替代性方式来尊重这一特定的妥协。相反地，当宪法不确定地提及一个特定的问题时，宪法制定者不应依赖于三权分立的抽象概念来转移国会整顿联邦政府的已有权力。解释者不应援引其他重要的三权分立理论，而应利用普通文本解释的工具来解释组成宪法框架的特定条款。（2011 年 6 月第 124 卷第 8 期第 1939 页以下）

数字的公平：对 at&T 诉 Concepcion, Wal-Mart 诉 dukes 以及 turner 诉 rogers 案的评论

Fairness In Numbers: A Comment On

18 世纪宪法关于为私人权利的执行“法庭应该公开”的承诺与 20 世纪民主规则规定“法律面前人人平等”的志向能相互结合起来吗？这一问题就集中在三个案例（AT&T 诉 Concepcion, Wal-Mart 诉 Dukes 以及 Turner 诉 Rogers,）的交叉点上，这三个案例在 2010 年由最高法院判决。在每个判决中，当法官对管理法律制度（在 AT&T 一案中的联邦仲裁法案与显失公平原则，在 Wal-Mart 一案中的第 23 条与第 7 章以及在 Turner 一案中的正当程序条款与子女赡养义务）的含义做出选择时，其评估了特定程序（集体仲裁、集体诉讼或民事藐视程序）的公正性。AT&T 案和 Wal-Mart 案代表了相关问题，即争端解决形式（个人或者整体）与争端解决场所（公共的或者私人的，州的或者联邦的）是如何影响基于样本文件而非协商或者条款确立的消费者与就业事务公共管理的水平的。在 Turner 一案中的问题是基于孩子监护人的请求，一个人可能因未能给付孩子的抚养费而被监禁，而在此之前国家资助的律师是否需要介入。这些特定的案例虽然只涉及两个人，但这样的环境使州和联邦法庭中数以百万计的没有律师的当事人面临着挑战。每个案例例证了这些挑战：由 20 世纪社会运动产生的新权利给法院带来了问题。当例如消费者、员工以及家庭成员这样的当事人提出自己有权被平等对待时，法学家们通过质问其程序因素做出了回答。法院依赖正当程序条款，展开了不同思路的分析——根据法律文本——为决策程序设置标准，要求通过补贴来解决对手之间资源不对称问题，通过形成程序来减少当事人内部的差距，并促进向法院申诉的权利。这些努力必不可少的要求就是与公平交织在一起的实践——审判中公众参与的质量，即通过法律规范规定的民主渠道赋予观众观看、批评和回答的权利。“公平公开的听证”成为民主规则要求法院所提供的试金石。但是，正如这三个案例展示的，究竟是力图实现那些平等的愿望还是只是简单地实现其功能，法院不得不努力克服经济上存在差异的当事人以及大量的权利所有人问题。如果 18 世纪针对公开法庭的宪法性权利与普通的诉讼当事人有关，问题就不是是否要集合、补贴以及重新配置程序的问题，而是如何才能在关于什么群体、什么诉求、通过什么程序以及提供什么补贴的问题上使之公平。但没有对争端解决的公共信息披露与监管——在法庭内外，个人或者群体——人们无从得

知公平究竟是一个目标还是一个结果。（2011 年 11 月第 125 卷第 1 期第 78 页以下）

反法规

The Anticanon

Jamal Greene

源于“反法规”的争论，一系列案例的核心命题，即所有合法决定必须被反驳，已经变为美国宪法的持久但奇怪的特点。这些案例：Dred Scott 诉 Sandford 案、Plessy 诉 Ferguson 案、Lochner 诉 New York 案以及 Korematsu 诉 United States 案作为薄弱的宪法分析的主要案例，一直被最高法院意见、宪法案例资料以及确认听证会不断引用。然而，经过考虑，反法规的案例既不包括异常糟糕的推理，也不是特别的与道德观念相矛盾。更确切地说，这些案例都是对传统宪法论点的外部原因的举例。本文证实了这一主张并探究了那些原因。我认为反法规的案例通过历史偶然获得了它们的地位，而且随后解释性地在社区使用反法规作为一种夸大的资源又重申了其地位。这一使用被反法规案例的至少三个特征所启用：它们不完整的理论、它们顺从法律论证的传统形式以及与已经取得共识的基本伦理命题的共鸣。我认为对法律教授而言意识到反法规被使用的各种方式是非常重要的——例如，消除关于宪法的不同意见或者改善宪法——我们可能更好地决定那些使用是否以及何时是合理的。（2011 年 12 月第 125 卷第 2 期第 379 页以下）

第四修正案的平衡调整理论

An Equilibrium-Adjustment Theory Of The Fourth Amendment

Orin S. Kerr

第四修正案通常被视为理论的困境。这一法案在非常特殊的情况下由许多规则组成，但似乎缺乏统一的理解。宪法性保护基于看似神秘的区分发生了很大的变化。本文介绍了一个新的理论，这一理论解释并论证了第四修正案规则的结构

和内容：平衡调整理论。平衡调整理论设想最高法院通过调整第四修正案保护的
范围来作为对新事实的回应，以此来重塑保护的现状水平。当日新月异的科技或
者社会实践扩张了政府权力时，最高法院则限制第四修正案保护的适用；而当科
技或实践威胁到政府权力时，最高法院则放宽宪法性保护的限制。因此目前的第
四修正案反映了几十年来当事实随着时间的推移而改变时的平衡调整。这一简单
的论点解释了各种令人迷惑的第四修正案的原则，包括汽车例外原则、关于使用
感官提高设备的规则、独立证据规则的衰落、第四修正案如何适用于电话网络、
机密侦查、空中侦察的法则、传票规则以及特殊的第四修正案针对家庭的保护。
接着本文提出了关于平衡调整的一个规范性辩护。尽管平衡调整允许第四修正案
对变化的事实做出回应，但它仍然保持着解释忠诚。平衡调整广泛的吸引力和焦
点集中在与如下现象的背离上，即现状促进了在经验不确定之下统一的决策，也
给予了第四修正案更大的稳定性。本文最后认为司法迟延是成功平衡调整的重要
前提。（2011 年 12 月第 125 卷第 2 期第 476 页以下）

抵得上千言万语：有版权的图片

Worth A Thousand Words: The Images Of Copyright

Rebecca Tushnet

版权一开始以文字作为其范式，然后又试图将所有其他东西都灌入其文学范
式中。它动摇了例如图片等非文本的创作性作品的两种定位——它们是易懂的，
或者它们是晦涩的。当法院认为图片是易懂的，他们就否定了这种解释的必要性，
认为图片的意义非常明显，不存在辩论，而且图片仅仅是现实的一种反映。而当
法院认为图片是晦涩的，他们就认为这种解释是不可能的，认为图片是不容易讨
论的而且利用文字去分析是没有用的。易懂与晦涩之间的摆动已经成为许多恶法
的源头。本文一开始广泛地审视了在法律中图片的力量，探究了在版权中图片的
不可管制性。接着本文转而评估视觉作品利用著作权保护的可保护性与侵权中一
直以来的难题。在评估利用著作权保护的可保护性中，法院在艺术选择和现实再
现之间划分界限，但也将艺术家作为一个与现实存在特殊联系的人，他能够看到
普通人所不能看到的一面。侵权分析重复了这一双重理论，利用表现/现实区别

来将特定作品被保护的因素与不被保护的因素分离开来，同时坚持这些作品是不可分割的完全形态。近期原则对研究者提出不可能的且自相矛盾的要求。这应该不顾准确或者近乎准确的原件，而被一个真正的“复制”权利所取代。除了这一激进的提议，我的许多论证是批判性的，有助于判断的。因此我转向关于多媒体作品和合理使用的在作者问题中的更多特定问题，这些多媒体作品和合理使用突出了在对非文本作品的近期处理中的不稳定性。一旦意识到图片以多种方式存在多种含义，更大的认知谦卑可能反对司法趋势，假定图片不过是它们所看上去的样子。（2012 年 1 月第 125 卷第 3 期第 683 页以下）

（葛依然 译）

（陈 丽 校）

中止条款被遗忘的核心意义

The Forgotten Core Meaning of the Suspension Clause

Amandal. Tyler

如今对中止条款的讨论认为：在战时，中止条款对于行政机关没有刑事指控而拘留公民的权力的限制大多是没有历史依据的，没有真正理解立国先辈们对人身保护的“特权”的意思。这类讨论在很大程度上未能解释立国先辈们如何看待特权及其条款的中止之间的关系，这是包含在中止条款之内的。与此同时，最高法院强调，对中止条款的分析应该至少了解批准时特权的基本法律状况。本文旨在填补这一空白，翻开历史记录来讲述开国先贤一代人如何理解宪法中“人身保护的特权”。

本文所探究的证据揭示出在美国建国时期，特权包含了一般人忠诚的权利，从而享受国内法的保护——尤其是公民——若为刑事或国家安全的目的而进行的指控缺乏正当的权利中止，则公民不能被羁押，在批准筹备时期，特权和许多个人权利间形成了一种紧密联系，这种联系导致了上述结论的形成，其中个人权利包括陈述或起诉的权利，合理的保释，简易审判——其中许多是与 1679 年人身保护法一脉相承的。

本文还探讨了，在美国建国时期，通过重建，当正当的权利中止不到位时

——即使在战时——依照实体性质的刑事指控，也只能将应当忠诚但有支持敌人的嫌疑的公民羁押在美国本土，且这几乎被认为是理所当然的。按照这一原则，历史表明，中止特权的全部意义在于是在战争时期赋予行政机关没有犯罪指控而逮捕和拘留的权利。本文的结论是通过讨论历史如何质疑二战期间拘留日籍美国人的合宪性以及 2001 年 911 事件以后拘留所谓“敌方战斗人员”美国公民的合宪性得出的。（2012 年 2 月 第 125 卷第 4 期第 901 页以下）

共享监管空间的机构协调

Agency Coordination in Shared Regulatory Space

Jody Freeman and Jim Rossi

跨部门协调是现代管理的一个巨大的挑战。本文解释了为什么立法者经常分配给重叠的、分立的代表团任务，要求机构“共享监管空间”，为什么这些代表团非常普遍和固执，为什么巩固或消除机构功能不能解决这些代表团创造的问题。国会、总统和机构手头有各种工具来有效控制协调带来的挑战，包括机构的交互需求，正式的机构间的协议，共同决策。

本文还对这些协调方法的相对优势和劣势进行评估，通过高效性，有效性和问责制的规范性标准来评估，它的结论是，经常协调会有实质性的好处。在不同领域，这些工具可以减少政府和私营部门的监管成本，提高专业程度，在不影响透明度情况下改善官僚转移的风险。协调也可以帮助保护共享或重叠的权力的功能性好处，如促进跨部门竞争和问责制，同时降低不一致的政策阻碍。

共享监管空间可以是行政部门的一个挑战，但它也为总统提供了一个强大的和独特的机会，让他在机构政策上盖上他的章。本文建议以一个综合行政部门推动加强跨部门协调和改善协调工具。任何总统行使集中监督往往会引起政治上的争议，当然必须是在法律范围内运作。不过，总的说来，总统制将对管理协调现代政府所带来的挑战至关重要，现有的政治和法律对潜在的过度扩张的检查足以应对与国会的冲突。

本文是通过探索增强跨部门协调司法审查的意义得出结论。法院可能调整的审查标准，促进协调，但即使他们不这样做，通过强有力的跨部门协调政策制定

可能会更多得到遵守。当评论审查机构的法律解释时，更好的协调是不太可能影响雪佛龙公司调查的结果。当机构使用某些协调工具以采用共享的解释时，一些小的调整可能会更多得到遵守，但协调法院司法审查的方法的重大改变是没有必要的。

这篇文章在概念上更大的目的是让人们关注共享监管空间和强调以跨部门协调作为回应的紧迫需求。它请学者和实践者关注跨部门动态，这需要部门放弃历来是行政法的核心单部门政策。（2012 年 3 月 第 125 卷第 5 期第 1131 页以下）

创造性别歧视的“传统观念”

Inventing the "Traditional Concept" of Sex Discrimination

Cary Franklin

《民权法案》第七章禁止性别歧视没有立法的历史，这是就业歧视法律一个普遍的观念。法院因此认为这一禁令必须局限于性别歧视的“传统观念”。传统上，法院认为，“因为性别”歧视仅仅指那些将男性和女性根据性别不同分为两个完全不同的人群。虽然《民权法案》第七章学说已经随着时间改变了，但这种“传统观念”的性别歧视继续对法律发挥强大的调节影响。它不包括某些少数性别人群声称——从覆盖广度和高度上提升了证据的负担的原告必须证明歧视是“因为性别”。本文认为，性别歧视是一个被创造出的“传统观念”。据称反映了历史记载，但实际上反映了规范性的判断法律应该多大程度上介入性别歧视法规。本文表明，复苏那些几乎被遗忘的《民权法案》第七章立法历史，在 1960 年代，对什么被认定为合法的性别歧视的很多争论几乎没有共识。雇主辩称，《民权法案》第七章仅适用于那些将男女仅仅因为性别差异分成两个完全不同的人群，为了保持传统的性别化的工作场所和组织，使特定的就业实践免受审查。在 1970 年代，法院采用了这一解释，但不再引用需要保留传统性别和家庭角色作为理由；相反，法院援引遵从立法和忠诚传统作为理由从而狭义地解释法律。

这篇文章表明，历史不会迫使法院，以反分类者的术语解释《民权法案》第七章禁止性别歧视——这方面，事实上，在这种情况下，反分类主义产生扩张，

而不是狭义的结果，法院经常摒弃它。这种趋势应该促使我们进行批判性思考，考虑到立法和忠诚于传统，要求法院以狭义概念理解区别“因为性别”的含义《民权法案》第七章的禁止性别歧视一直是由规范判断决定，判决显示了对于反映和强化性别和家庭角色的传统理解的实践，法律是如何强制介入的。（2012 年 4 月 第 125 卷第 6 期第 1307 页以下）

为了表象而监管

Regulation for the Sake of Appearance

Adam M. Samaha

表象往往为决定提供了正当理由，包括政府决策，但表象论据的逻辑并未形成理论。本文研究了一个框架，来理解和评估基于表象的政府决策行动的理由。首先，要以工作定义区别表象与实际。接下来，某些外表和实际之间的关系被单独列出予以关注。有时候实际是不受表象影响的，有时随着时间的推移外表有助于推动实际，有时外表与实际从一开始就分裂崩溃。最后，基于特定情况下表象与现实之间的假定关系，一系列规范性问题被提出了。这些规范问题的主题包括美学、透明度问题和一个预言自我实现的可能性。结尾部分将这些想法适用于著名竞选财务监管的讨论和破窗政策。本文检验并贯穿了主要的实证研究，从哲学、社会学、心理学、经济学和政治科学进行总结。（2012 年 5 月 第 125 卷第 7 期第 1563 页以下）

空间的多样性

Spatial Diversity

Nicholas O. Stephanopoulos

最高法院的意见为什么指责一些地区选区划分不公平，但不批评表面上与其相似的地区呢？为什么法院认为有些少数族裔聚居地区在投票权法案下是没有必要的，甚至是违宪，但明显偏袒其他类似地区？本文引出一个概念——“空间

多样性”——以此解释这些和其他许多选举法中的古怪地方。空间的多样性是基于地理空间的变化。例如，如果一个地区大多数富人生活在一个地区，大多数穷人居住在另一个地方，则考虑到收益，一个有正常的收入分配的地区是空间多样化的。但一个地区富人和穷人都是均匀分散在其领域，就是空间的同质性。

空间多样性很重要，至少在选区内，因为它是与民主的病态关联的。无论是在理论和经验上，在那些不同地理位置以及不同财富和种族等地区的选民不太参与政治进程，民选官员越来越不具有代表性。空间多样性似乎也很大程度上法院的选区重划判例法。主要是空间多样化的地区会遭到人们（个人观点）关于选区划分不公平的谴责。同样的，有关少数民族人口的空间异质性通常解释了为什么某些少数族裔聚居区法院维持支持一些地而反对另一些。

在探索理论和教义的空间多样性，本文旨在量化(绘制)的概念。使用新获得的美国社区调查数据以及被称为因子分析的统计方法，本文提供了所有当前国会选区的空间多样性的分数。对这些分数进行运用：(1) 定义政治选区划分的不公平；(2) 预测哪些聚居地区可能容易受到法律或宪法攻击；(3) 评估法院最近的关于各种地区和全州规划；和(4) 确认空间多样性实际上削弱参与性和代表性。空间的多样性可以通过测量，绘制和应用以这种方式强调强调这个概念的效用。（2012 年 6 月 第 125 卷第 8 期第 1903 页以下）

历史的光泽和权力的分立

Historical Gloss and the Separation of Powers

Curtis A. Bradley and Trevor W. Morrison

基于历史实践的争论主要在讨论宪法分权。然而，令人惊讶的是，学术几乎没有持续的关注历史实践的应有的作用。现有的、残缺的学术研究是局限于特定的领域或主要关注司法原则，没有使用更广泛的概念或理论术语解决历史实践。在某种程度上，这个问题已经讨论过了，历史实践中应该如何告知其他分权通常需要实践中所牵扯到的政府“默许”的特权。这种默许通常被视为历史实践关键的法律效力。然而“默许”的概念在文义定义上一直太过随意。关于默许的主张通常是基于麦迪逊权力之间竞争的概念，国会和行政部门都认为有方法和动力

防止他们的权威受侵蚀。

从政治科学知识方面看来已经变得明显，然而，麦迪逊模型不能准确反映现代的问题，国会与政府的动态关系。这一事实需要重新审视特别机构默许想法的前提和本质，以及重新审视更广泛的历史实践的作用。最终，我们认为，麦迪逊模型在解释权力的分立信赖历史实践方面的缺陷并不是致命的。但他们需要更多地关注这样做的原因，这些原因在多大程度上需要机构默许，以及这种默许的精确定义方法。来说明这些问题的重要性，我们提出三个宪法研究辩论的案例，关于基于实践的著名的分权论述——战争权力，国会与政府协议和去除行政官员。（2012 年 12 月 第 126 卷第 2 期第 411 页以下）

公诉走向公众：由州检察长代表诉讼

Aggregate Litigation Goes Public:

Representative Suits by State Attorneys General

Margaret H. Lemos

由州检察长代表他们的公民诉讼与饱受诟病的损害赔偿集体诉讼有惊人的相似之处。虽然私人的行为旨在保护缺席诉讼成员受到一系列程序性规则约束，而相当的在公共领域的诉讼在很大程度上不受约束。这两类诉讼程序脱节反映了一个普遍的假设，检察长将充分代表各自州的公民利益，排除了为保证律师对客户忠诚所需的任何特定的机制。

本文质疑这个假设是否有充足的公共代表性。将政府的同意与民众的同意混为一谈，传统观点忽略了重要的政治和审判权之间代表性的差异。集体诉讼学者进行了大量的详细评论公诉的代理成本，包括集体法律顾问和集体原告的成员实质性的利益的冲突。我表明，风险同样存在于州诉讼。检察长可能不是为了追求诉讼费用，但是他们的政治代表地位意味着他们必须在公众利益与他们声称所代表的个人之间平衡判决。如果公民可以轻松地监视和控制检察长的工作，潜在的冲突不会带来麻烦，但是作为集体诉讼，他们不可能。如果有的话，监视和控制的成本在公共领域会更高，因为向检察长“开火”的唯一途径是投票把他赶出办公室，当检察长的政治反应是冲突的来源时，几乎没有一个可行的解决方案。因

此还远未解决这问题，学者们强调集体诉讼的情况下，事实上，检察长可能成为一个民选官员，应该提供获得高度关注理由。这种关注假设这样的宪法特性，律师向私人诉求损害赔偿或其他经济救济。为了保护个人的正当程序权利的利益可能在公诉受到威胁，法院必须加大国家诉讼的程序性要求，或者认为公诉不能约束个人诉讼将会更好。（2012 年 12 月 第 126 卷第 2 期第 486 页以下）

（施 骏 译）

（应 童 校）

作为被信托人的政客

Politicians As Fiduciaries

D. Theodore Rave

当现任立法会议员挑选他们当选的选区时，利益的冲突非常明显：议员可以通过改变选区的方式来保护自己的利益，事实上他们也确实这么做的。尽管认识到这种自我交易的行为会有损民主政体，最高法院依然没有找到解决政治徇私索赔问题的办法。而这个问题本质上需要关于纯粹政治权利分配的一阶的决定。在制度上法院不适合做出这些决定。但是在公司法领域总是产生相同类型的代理问题。虽然我们并不认为比起政治决策，法院更善于制定商业决策，也不相信仅凭选举就可以将公司董事与股东的利益相统一，然而法院在审查公司机构自我交易行为方面发挥了重要的作用。法院是通过可执行的信托的忠实义务来实现的。当公司机构在运营时存在利益冲突时，法院将适用一套严格的审查标准，通常会使交易无效，除非通过中立程序批准的方式洗清自我交易的污点（例如无利害关系的董事或股东的认可）。在这种情况下，法院会适用更加宽松的“商业判断规则”。通过借鉴宪法的历史以及政治理论，本文指出应当将政治代表视为被信托人，遵守他们利用选举法谋求私利时违背的忠实义务。此外，法院可以从用来规避自身机构不称职的公司法策略中得到启示的方式，检查公职人员在改变选区时的自我交易行为。依据公司法，法院应当严格细查被利益冲突玷污的公职人员决定（例如议会划分自己的选区的情况）。但是当中立程序（例如独立的选区划分委员会）洗清了污点时，法院应当适用更加宽松的审查标准。这种对于透

彻审查的威胁，很可能会激励立法者采用中立程序重新划分选区，使得法院审查的重点不在实质性的政治成果，而在于保证中立程序能够不受到公职人员的影响，使得法院在制度上适合做出这样的决定。（2013 年 1 月 第 126 卷第 3 期第 671 页以下）

非捆绑式法律援助的限制：

对马萨诸塞州地方法院的随机化研究以及对未来展望

The Limits Of Unbundled Legal Assistance: A Randomized Study In A
Massachusetts District Court And Prospects For The Future

D. James Greiner, Cassandra Wolos Pattanayak, And Jonathan Hennessy

我们劝说实体实施两项旨在提供关于公民建议权的证据的法律援助计划，这样可以让我们随机选择哪些潜在的客户能够从法律援助机构的律师那里得到传统的律师—客户关系，哪些只能得到有限的（“非捆绑式的”）援助。在这两种实验性的计划中，潜在的客户是遭受强制拆迁的居民，并且不论在哪个实验性计划中，法律援助提供机构都没有足够的能力为所有寻求援助的居民提供全权代表。在本文中，我们报告了两项随机试验中一项的结果，我们根据其发生的法院形式将结果称为“地区法院研究”。在这项地方法院研究中，成为研究对象的大多数居民在“如何”这一阶段中得到了有限的帮助，该阶段包括速裁程序指示以及帮助填写答案和发现申请表。得到这种“非捆绑式”援助后，随机选择协商小组的成员收到了来自法律援助机构律师的传统律师—客户关系；剩下的随机选择控制组的成员没有得到此类帮助。我们将协商组与控制组的成果在各方面进行比较，主要集中在占有的单位、诉讼的经济后果以及法院责任程度。

至少对于地区法院涉及的客户，即法律援助机构主动、及时、特别的以及选择性的延伸与回收系统招募、选择的客户，完全的代表性是有必要的。在诉讼的最后，协商组将近三分之二的居民，控制组大约三分之一的居民，保留了他们的房屋。应用对于财产后果保守的代理并依据财产问题首位重要的案件，每个案件中协商组居民得到价款或减免的租金平均相当于 9.4 个月的净租金，而控制组平均每个案子得到的只有 1.9 个月的租金。两个结果都具有统计上的重要性。同时，

虽然协商的案件要花更长的时间才能得到判决,但是代表的提议并没有像其他更显著的指标(如当事人提议的数量或司法裁决)那样导致法院责任的增加。我们论述协商组与控制组之间成果差异的幅度的可能结果。例如,紧接着之前的工作,我们论述了法律援助提供机构招募、选择客户程序的可能的重要性。此时,援助机构向用来招募、识别客户(非捆绑式法律援助对于此类客户是不合适的)的系统投入大量资源,这表明了识别这类案件是可以实现的,只是代价高昂。通过论述运动未来的发展方向,证据本位的方法向着公正行政不断增长的势头,我们得出了这样的结论。(2013年2月 第126卷第4期第901页以下)

多阶审判

Multistage Adjudication

Louis Kaplow

法律诉讼常常涉及多个阶段:美国民事诉讼允许撤销动议与庭审前的简易审判;政府机构以及检察官在启用正式裁决前采用调查与筛选程序;并且许多大陆法系法庭也相继如此发展。正如对最高法院最近在 *Twombly* 和 *Iqbal* 以及 1986 简易判决三部曲案件中作出决定的反应所表现的那样,决策标准被证明是有争议的。这三部曲牵涉的最高法院的案件大多被联邦法院所引用。无论是法学家还是评注者都未曾连贯地阐述不周延的法律标准也没有尝试系统探究如何在不同的诉讼阶段,依据法律制度的目的,理想的做出决定。本文对主题进行了根本的分析。研究阐明了法律制度设计的核心要素,重铸了现有关于决策标准的争论,明确了改革的途径,并提供了关于事实与证据性质以及实体法与程序法关系的新角度。(2013年3月 第126卷第5期第1179页以下)

资源使用权的问题

The Problem of Resource Access

Lee Anne Fennell

Coasean 洞察到交易成本如我们知道的那样，就存在于这个世界，并且完美效率的理想为几代法学学者和经济学者提供了分析上的指引。但是就对财产安排的效率影响感兴趣的法律学者而言，交易成本组成了没有用处的范畴。交易成本以不稳定、有争议的方式与财产权相联系，并包含了一组异质性的障碍，也不是所有的交易成本都有义务通过法律使成本有效的降低。将交易成本视为焦点，会妨碍我们运用应对全球普遍存在的稀有资源以及积极交易成本问题的方法，找到构建资源使用权（积极交易成本）中遇到困难的原因。适当细化更广义的资源使用权成本概念，可以纠正交易成本概念中过度包含、包含不足以及规范不足的问题。由此产生的解释清晰度可以让财产理论家为解决资源问题贡献更多力量。

（2013 年 4 月 第 126 卷第 6 期第 1471 页以下）

总统复审监管下的自我隔离机构

Agency Self-Insulation Under Presidential Review

Jennifer Nou

行政机构拥有庞大的监管自由裁量权。其是此项自由裁量权允许行政分支机构通过提高此种复审费用的方式使其决定免受总统复审。例如，它们可以通过决策形式的变化、成本效益分析质量、时序策略以及建立制度的结合达到此目的。本文力图改变集中于法院本位的机构行为的写作风格，依据现行行政命令来考虑，而不是依据总统的作用。具体来说，本文汇集了公共选择的见解，也正因如此，本文题目叫做总统复审监管下的自我隔离机构。文章阐明了一些现象，评估了一些标准化的影响。该构架产生了一些关于总统更换与政策变化影响机构行为的实证检验的假说。本文还挑战了着眼于除去束缚的学说，反之，强调对机构独立应有一种更加实用性的理解。最后，这些动态还表明，随着国会通过鼓励从总统复审程序外的来源获取信息来促进政治监督，法院帮助在行政部门内部执行分权理论的作用。（2013 年 5 月 第 126 卷第 7 期第 1755 页以下）

信息与监管事务办公室：神话与现实

The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities

Cass R. Sunstein

自 1980 年成立以来，信息与监管事务办公室（OIRA）作为管理与预算办公室的一部分，已经成为总统行政办公室内的一个成熟机构。本评论根据公开的文件以及作者 2009 至 2012 年间担任信息与监管事务办公室行政人员的经验，试图纠正一些普遍的误解，并介绍信息与监管事务办公室的实际作用。首先，信息与监管事务办公室就像是一台信息处理器。信息与监管事务办公室的一项首要功能就是广泛收集分散的信息。这些信息是由总统行政办公室、相关机构和部门、州和地方政府以及公众掌握的。成本与收益非常重要，是信息与监管事务办公室紧紧围绕的主题（其他行政部门也是这样，特别是国家经济委员会和经济顾问委员会），特别是对于经济性重要规则。但是对于大多数规则成本与收益的分析在信息与监管事务办公室的程序中并非占主导地位的问题。信息与监管事务办公室的大部分日复一日的工作都是致力于帮助机构在工作中相互关注，扩大接受公共意见中问题和选择（拟议的规则）的广度，确保有关替代方案的讨论和审议，加强对公众建议的考虑（最终规则），帮助确保法律问题的解决，包括鼓励行政部门内的相关律师解决行政程序中的法律问题。信息与监管事务办公室力图扮演运行良好的行政程序守护者的角色，而它的大部分工作与这个角色紧密相关。（2013 年 6 月 第 126 卷第 8 期第 1838 页以下）

（刘 禹 译）

（茹 翼 校）

种族资本主义

Racial Capitalism

Nancy Leong

种族资本主义——从另一个人的种族身份中衍生出社会和经济价值的过程，是一个长期的、共同的以及问题深远的实践。本文是第一个将种族资本主义作为

一个体系化现象来进行识别并对其原因和后果进行仔细的检视。

本文所关注的是白人和以白人为主的机构利用非白人来获取社会和经济价值的种族资本主义案例。平权行动理论及政策为该种种族资本主义形式提供了大部分动力。这种学说及政策，加剧了法律和社会对于差异概念成见的紧张，鼓励了白人和以白人为主的机构通过从非白人种族身份中获取价值来发展种族资本主义。

无论是相对于个体，还是对社会总体而言，种族资本主义都造成了严重的消极后果。在种族资本主义的发展进程中，依靠并强化了种族身份的商品化，从而通过将其简化为可供买卖的另一种事物贬低了那种身份。商品化还有可能会使非白人感觉被白人利用和剥削从而萌发种族矛盾。并且，从在种族资本主义转移系统中赋予非白人价值的这一表面过程来看，可以推测这将导致重大的社会变革。

在一个理想社会中，种族资本主义并不会发生，然而，尽管我们当今社会有不完善之处，本文提出了一种用来废除种族资本主义的实际方法，该方法同时认识到了发生过程必须循序渐进。在我们阻止种族资本主义期间，该方法需要一个限制商品化的过渡期间。此外，我们应确保涉及种族价值的交易是为了阻止未来种族资本主义阻挠的多种法律体制中的一部分。最终，该方法将在一个我们顺利承认和尊重种族身份而不再发展种族资本主义的社会中允许发展。（2013 年 6 月 第 126 卷第 8 期第 2151 页以下）

肤浅的指示

Shallow Signals

Bert I. Huang

无论是在躲避税款中，侵犯著作权中，虚报公司盈利或者仅仅是乱穿马路时，我们通常是跟着别人的引领来决定我们是遵守法律还是蔑视法律。看到他人行为违反时，我们可以收集到一项规则的执行力很弱或者说其处罚并不严重，但是，我们可能会错误地去模仿：他人所做出的行为可能并不是非法的——对他们而言。

当法律默示允许某些演员在一条路上演出，该行为通常是不允许的。盲目模

仿者处理不当可能会受到“别人也在做同样的事”的假象错误地鼓舞。这种对漏洞和豁免的利用将导致该种不当行为的错误观念。责任中的看不见的许可、矫正、私人让与亦是如此。选择性执法，法律的不和谐以及法律转变同样也会产生类似的错误印象。模仿者只看到了他人的行为而不是关键的事实，即法律的许可或容忍使他们之间相区分。这些行为指示是“肤浅的”，缺少了一个关键方面。通过一种独特的、可避免的信息失灵形式，从而不当行为的传播将加快。

对于面临此类错误的监管机构而言，从传统意义上来表述法律没有任何作用。需要变得更加显著的并不是法律上的禁止，而是许可的事实。本文提供了一个有探索性的潜在措施，它根据情境及演员是成熟的还是幼稚的而有所不同。单纯的披露有时对该工作有用，但他们同样也可能用我们所说的“无知外形”而弄巧成拙。然而，利用此处介绍的启发法，设计政策来解决这种负面影响是可能的。

（2013年6月 第126卷第8期第2227页以下）

有漏洞的裂缝：为何政府谴责却又赦免非法信息披露

The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and
Condones Unlawful Disclosures of Information

David E. Pozen

美国政府像滤网一般泄漏。总统对机密情报常常从非法的、匿名的来源流向媒体这一情况进行了谴责。国家安全专业人员谴责了这一后果，但直到如今，对抗漏洞的法律几乎仍未施行。纵观美国历史，已有约一打的针对泄密嫌疑人的刑事案件被提出。在我们的法律和领导人从理论上谴责该漏洞的行为与其在实践中对此赦免的行为之间存在巨大的脱节。

本文挑战了该种脱节的标准解释，强调了逮捕和起诉罪犯的困难，并提出了另外一种泄漏理论。行政部门的“泄漏”常被视作为组织失败的标志。本文认为，理解为对现代行政国家所存在的外部责任（例如产生于总统秘密保护和媒体操纵的不信任）及内部病因（例如过度分级与官僚政治的破裂）的适当回应会更好。有漏洞的法律之所以难以施行不仅是因为难以处罚违反者，更是因为主要的机构参与者在维持分类信息披露许可文化时分享了重叠利益。许可并不必然导致混

乱，然而，因为非正式的社会操纵微系统已实现补充，如此，替代了正式的纪律制度。在详细介绍了这些要求后，本文绘制了关于政府监管泄漏的丰富社会学，并为行政权、国家安全、民主和法律规则探索出一系列含义。（2013 年 12 月 第 127 卷第 2 期第 512 页以下）

未被采取的途径：

H.L.A 哈特关于自由裁量权的哈佛论文

The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion

Nicola Lacey

能够有机会介绍先前未发表过的 H.L.A 哈特的论文是一个非同寻常的特权，哈特是二十世纪法哲学领域最杰出的人物之一，根据 Geoffrey Shaw 的详细解说，该学者的智慧想象力及一丝不苟的档案检索使本文发光发亮。尤其是由本杂志在发表此文真是再合适不过了，该文是在哈特造访哈佛的前几个月里所写成的，五十七年之后再次出现，从而加入 20 世纪 50 年代的于著作者死后出版的奖金的著名传统，最显著的要属 Lon Fuller 的《裁判的形式和限度》，Henry Hart 和 Albert Sack 的《法律的进程》，它的出版也算适时，虽然长时间延迟了，但因其紧随思想史上法律思考成为广泛兴趣主题及一些非常强大的学术主体出现之后产生，非常艰难。

哈特在哈佛的岁月对其随后工作道路的形成产生了重大影响。现在正在发表的一篇论文，题为《自由裁量权》，有助于解释为什么举这个例子，因为这是其与法学院的同僚们进行紧张的交战的证据。通过这一年的进程，他为下个十年的大量主要工作打好了基础：例如法律中的因果关系、法律的概念、惩罚与义务。在激烈的美国环境中，正如他后来所说的，“放松神经”；“观点以一个相当惊人的速率开始产生。我想，‘我是不是要疯了？’：我脑袋里正在形成那么多不同事物。”

在他的论文中，Shaw 提出了对本文观点的透彻分析，同时还提出了关于其整体意义的一项有说服力的评估，而我不打算涉足同一领域。在该简短的介绍中，

我宁可反映，从传记的角度，通过我们对于哈特观点轨迹的理解来看《自由裁量权》的重要性以及他在哈佛的时光的重要性。然后我会接着思考一个有趣的问题：为什么哈特自己后来没有在报纸上出版或者说以其主要论点为基础？在这里我想强调的是，在哈特的工作中几乎独一无二，自由裁量权对显著强调在我们关于法律决定形成的本质理解中的制度因素的重要性起到了关键作用；并且我认为，哈特之所以未能在论文中完全发展其论点，或者说在其后续工作中以此为基础，源于这样一个事实：即这样的发展将迫使其从作为其核心知识关注点的哲学问题上分散注意力，甚至是将给其法律实证主义观念带来一定的危险。我的结论是基于该论文对我们整体解释所做出的贡献以及对哈特法哲学的评估所进行的考量。（2013 年 12 月 第 127 卷第 2 期第 636 页以下）

以盈利为目的的公共执法

For-Profit Public Enforcement

Margaret H. Lemos And Max Minzner

本文研究的是一个重要却还未形成理论的现象：公共执法中的财政激励。每年，公共执法者对违反州和联邦法律的行为征收数十亿美元的罚款或其它财务制裁。为什么呢？如果问题所涉的裁决是私人诉讼的结果，那么答案不言而喻。我们期待，私人执法者——违法行为的受害人及其雇佣律师，将试图最大化财政赔偿额。例如，在私人集体诉讼中，创纪录的赔偿额并不稀奇。但美元符号很难在公共执行的背景下进行解释。与从赔偿金中按一定百分比收取报酬的私人律师不同，公共执法者是按薪水支付。在完成成功的执法努力之后他们也不会有直接的财政奖金。我们假定，公共执法者追求财政裁决仅仅是为了其威慑价值，而不是为了该种赔偿金所能给执法机构本身所带来的利益。

事实上他们是这样吗？与公共和私人执法之间的分工的传统观念恰恰相反，本文认为，与公共威慑利益相分离，公共执法者总是为了自利的原因而寻求大量财政裁决。当执法机构被允许保留该执法收益的全部或一部时，激励作用是最强的，例如，一项在州层面常见的制度安排开始突然出现在联邦法律之中。然而，即使当公共执法者必须将其收益所得上缴综合国库，他们也可能有信誉动机来将

其努力专注于像挣来的钱那样的可计量单位。受财务动机支配的公共执法者行为有可能比通常所认为的更如像私人执法者：他们将承担更多的执法行动，专注于将财政赔偿额最大化而不是只征收固定的强制救济，以及与有利可图的案件中的其他潜在执行者相竞争。那些结果往往是不愿意见到的，尤其是过度执法风险很高的情况下。但财政激励可能会对鞭策当前表现远低于最佳水平的机构展开行动带来重大意义。政策制定者在通过对占优势的原告允诺获得比损害更多的补偿来促进私人执法时也尽可能认识到了方方面面。我们证明了财政激励在公共领域可以起到类似的作用，为政策制定者提供一项额外的调整公共执法水平的工具。

（2014 年 1 月 第 127 卷第 3 期第 853 页以下）

（茹 翼 译）

（刘 禹 校）