

哥 伦 比 亚 法 律 评 论

王健法学院编译室

二零一四年第六期

总第二十四期

目录

种族认定

Recongnize Race

Justin Driver 12

最高法院的意外的革命？永久禁令的测试

The Supreme Court’s Accidental Revolution?

The Test For Permanent Injunctions 12

条款二 联邦管辖权的保障

The Article II Safeguards of Federal Jurisdiction

Tara Leigh Grove 13

时间不等人，但警示了某些判决后动议：联邦法规上诉程序 4（A）（4）和撤回判决后的
议案的命运

Time Waits For No Man—But is Tolled For Certain Post-Judgment Motions: Federal Rule Of
Appellate Procedure 4(a)(4) And The Fate of Withdrawn Post-Judgment Motions

Lena Husani Hughes 13

重构权利：Skilling 案件后，使用无形财产理论确定诚信服务欺诈

Reframing The Right: Using Theories Of Intangible Property To Target Honest Services Fraud
After Skilling 14

联邦制度是分权的保障

Federalism As A Safeguard Of The Separation Of Powers

Jessica Bulman-Pozen 15

效益企业：如何强制执行规定来促进公共利益

Benefit Corporations: How To Enforce A Mandate To Promote The Public Interest

Briana Cummings 15

不合理的捍卫义务

The Indefensible Duty To Defend

Neal Devins & Saikrishna Prakash 16

关于避免空缺，议程控制及有关事项

On Avoiding Avoidance, Agenda Control, And Related Matters

Henry Paul Monaghan 16

“明知”的无知： Flores-Figueroa 案件后联邦犯罪法的犯意分布

“Knowingly” Ignorant: Mens Rea Distribution In Federal Criminal Law After Flores-Figueroa Leonid(Lenny) Traps	17
工会，公司以及公民联盟之后政治选择退出权利 Unions, Corporations, and Political Opt-Out Rights After Citizens United	
Benjamin I. Sachs	18
正当程序与差中之差:民事监管程序中性暴力侵犯者的精神能力 Due Process and “the Worst of the Worst”:Mental Competence in Sexually Violent Predator Civil Commitment Proceedings	
John L. Schwab	18
这究竟是谁的可适用的量刑范围?在可卡因的指南的追溯下降的基础上考察名义上的职业 犯是否能得到判决修正 Whose Applicable Guideline Range Is it Anyway?Examining Whether Nominal Career Offenders Can Receive Sentence Modifications Based on Retroactive Reductions in the Crack Cocaine Guidelines	
Evan R. Kreiner*	19
股票抛售和银行家动机 Stock Unloading and Banker Incentives	
Robert J. Jackson, Jr.	20
司法抵制或公平抵制?来自一项国家试验的证据 Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence From a National Experiment	
David Fontana and Donald Braman	20
巴卡勒诉瓦夫拉和纽约矛盾分析的艺术:为动产制定一个法律方法上的选择 Bakalarv. Vavra and the Art of Conflicts Analysis in New York:Framing a Choice of Law Approach for Moveable Property	
Laurie Frey	21
演讲和制裁:转向第一修正案的刑罚敏感性方法 Of Speech and Sanctions: Toward a Penaltysensitive Approach to the First Amendment	
Michael Coenen	22
“差异” 过于令人困惑——让我们叫他们“雪佛龙空间” 和“斯基德莫尔重量” “Deference” Is Too Confusing—Let’s Call Them“Chevron Space”and “Skidmoreweight”	
Peter L. Strauss	22
当反托拉斯法遇到 WTO: 为什么美国法院在判决涉及中国的出口产品的反托拉斯案件时 要考虑美中 WTO 争议?	

When Antitrust Met WTO: Why U.S. Courts Should Consider U.S.-China WTO Disputes in Deciding Antitrust Cases Involving Chinese Exports	
Dingding Tina Wang	23
如何作出最小违宪的选择：总统（和其他人）从债务上限讨论中得出的教训	
How To Choose The Least Unconstitutional Option: Lessons For The President (And Others) From The Debt Ceiling Standoff	
Neil H. Buchanan& Michael C. Dorf	24
约束私人检察长：公私共分罚款之诉中的证据	
Harnessing The Private Attorney General: Evidence From Qui Tam Litigation	
David Freeman Engstrom	24
为限制划界：移民国籍法为非本国公民遣送程序设置了诉讼时效吗？	
Delimiting Limitations: Does The Immigration And Nationality Act Impose A Statute Of Limitations On Noncitizen Removal Proceedings?	
Liliana Zaragoza	25
破产中的坏家伙：将庞氏骗局赶出股票经纪人安全港	
Bad Guys In Bankruptcy: Excluding Ponzi Schemes From The Stockbroker Safe Harbor	
Samuel P. Rothschild	26
私法中的多元主义和完美主义	
Pluralism And Perfectionism In Private Law	
Hanoch Dagan	27
第十三修正案和习惯法	
The Thirteenth Amendment and the Regulation of Custom	
Darrell A.H. Miller	27
带到阳光下：第十三修正案与当代法的关联	
Into the Light of Day: Relevance of the Thirteenth Amendment to Contemporary Law	
Alexander Tsesis	28
危险的第十三修正案	
The Dangerous Thirteenth Amendment	
Jack M. Balkin and Sanford Levinson	28
通过加法却做了减法：第十三修正案和第十四修正案	
Subtraction by Addition?: The Thirteenth and Fourteenth Amendments	
Mark A. Graber	29
第十三修正案，国会的权力和民权法多变的来源	

The Thirteenth Amendment, the Power of Congress, and the Shifting Sources of Civil Rights Law	
George Rutherglen	29
最高法院和重建时期的历史--反之亦然	
The Supreme Court and the History of Reconstruction—And Vice-Versa	
Eric Foner	30
对自愿劳工的联邦保护、家长作风以及几乎被遗忘的禁令	
Federal Protection, Paternalism, and the Virtually Forgotten Prohibition of Voluntary Peonage	
Aviam Soifer	31
性别歧视和第十三修正案	
Gender Discrimination and the Thirteenth Amendment	
Alexander Tsesis	31
詹姆斯·阿什利的第十三修正案	
James Ashley's Thirteenth Amendment	
Rebecca E. Zietlow	32
第十三修正案的积极面	
Thirteenth Amendment Optimism	
Jamal Greene	32
麦卡洛克和第十三修正案	
McCulloch and the Thirteenth Amendment	
Jennifer Mason McAward	33
类比论证公民权利的四项保留：拉丁裔和其他非黑人群体之案	
Four Reservations on Civil Rights Reasoning By Analogy: The Case of Latinos and Other Nonblack Groups	
Richard Delgado	33
原意主义、堕胎和第十三修正案	
Originalism, Abortion, and the Thirteenth Amendment	
Andrew Koppelman	34
完善犯罪市场	
Perfecting Criminal Markets	
David Michael Jaros	35
行政机构集体诉讼	
The Agency Class Action	
Michael D. Sant'Ambrogio & Adam S. Zimmerman	35

热点新闻救济无效性的冰冷现实及其相关合同案例	
The Cold Reality Of The Ineffective Hot News Remedy, And The Case For Contract	
Gregory D. Beaton	36
监狱中的正当程序：在桑丁诉康纳一案后保护监犯的财产	
Due Process In Prison: Protecting Inmates' Property After Sandin V. Conner	
Kaitlin Cassel	37
合理劳动欺诈：民事的反诈骗腐败组织集团犯罪法同联邦最低工资法相互之间的独特影响	
Fair Labor Fraud: The Peculiar Interplay Of Civil RICO And The Federal Minimum Wage Act	
James W. Crooks	37
委托给敌人	
Delegating To Enemies	
Jacob E. Gersen & Adrian Vermeule	38
出路哪儿？撤资权及企业重组法	
No Exit? Withdrawal Rights and the Law of Corporate Reorganizations	
Douglas G. Baird & Anthony J. Casey	39
闪电战般的布雷迪：诺里斯-拉瓜迪亚法案第四款的禁令能否使雇主免遭劳动纠纷	
Blitzing Brady: Should Section 4(A) Of The Norris-LaGuardia Act Shield Management From Injunctions in Labor Disputes	
Daniel Belke	39
香烟激发反垄断豁免权:优先权,国家行为,大和解协定	
Antitrust Immunity Up In Smoke: Preemption, State Action, And The Master Settlement Agreement	
Matthew McDonald	40
治疗不当引发的暴乱：中国医疗纠纷调解	
Malpractice Mobs: Medical Dispute Resolution in China	
Benjamin L. Liebman	40
阐明（或法典化？）“著名难题”：一步交易说，经济实质说及税收法典	
Clarifying (or Is It Codifying?) The “Notably Abstruse”: Step Transactions, Economic Substance, and the Tax Code	
Philip Sancilio	41
为大弃权辩护	
In Defense of Big Waiver	
David J. Barron & Todd D. Rakoff	42

科技创新，国际竞争，国际收入所得税面临挑战	
Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation	
Michael J. Graetz & Rachael Doud	42
你的意见是什么？市民对地标保留决议的质疑及特殊侵害要求	
What's It to You? Citizen Challenges to Landmark Preservation Decisions and the Special Damage Requirements	
Matt Dulak	43
记录在案：为什么参议院有权阅览条约协商记录	
On the Record: Why the Senate Should Have Access to Treaty Negotiating Documents	
John Love	44
新文本主义和规范性准则	
The New Textualism and Normative Canons	
William N. Eskridge, Jr.	45
公平的不足额补偿：征用权中的特殊升值	
Just Undercompensation: the Idiosyncratic Premium in Eminent Domain	
Brian Angelo Lee	45
部落和区域刑事管辖的主权划分	
Dividing Sovereignty in Tribal and Territorial Criminal Jurisdiction	
Zachary S. Price	46
解除规制但仍要披露？：联合公民诉联邦选举委员会案和美国能源部诉里德案后投票问题宣传的披露要求	
Deregulate But Still Disclose?: Disclosure Requirements for Ballot Question Advocacy After Citizens United V. FEC and Doe V. Reed	
Sean McMahon	47
融合的困惑：确立宗教条款的禁止授权规则在州法院适用中的不一致性	
Clause Nondelegation Rule in State Courts	
Jun Xiang	47
输的正面意义	
The Upside of Losing	
Ben Depoorter	48
机构资本主义的机构成本：维权投资者及支配权的再评估	
The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance	

Rights	
Ronald J. Gilson & Jeffrey N. Gordon	49
作为结构性保障的例外条款	
The Exceptions Clause as a Structural Safeguard	
Tara Leigh Grove	49
找出诱发因素：对巡回法院审查“迫害者除外”原则的分析	
Pulling the Trigger: an Analysis of Circuit Court Review of the “Persecutor Bar”	
Martine Forneret	50
保持分离：第一条款，第五条款以及议会在修改宪法程序中有限而明确的作用	
Keep’em Separated: Article I, Article V, and Congress’s Limited and Defined Role in the Process of Amending the Constitution	
Alexander White	51
总统权力，历史实践与法律限制	
Presidential Power, Historical Practice, and Legal Constraint	
Curtis A. Bradley& Trevor W. Morrison	51
机构独立惯例	
Conventions of Agency Independence	
Adrian Vermeule	52
定义“发现”条款：推定发现和非法再入美国罪	
Defining “Found in”:Constructive Discovery and the Crime of Illegal Reentry	
Jason D. Anton	53
临时的还是强制的？警察和公民产生交集时身份证明的保留	
Casual or Coercive?Retention of Identification in Police-citizen Encounters	
Aidan Taft Grano	54
预览审判	
Trial by preview	
Bert I. Huang	54
宪法中的情理论证	
Pathetic Argument in Constitutional Law	
Jamal Greene	55
知识产权抗辩	
Intellectual Property Defenses	
Gideon Parchomovsky & Alex Stein	55

法官中的管理者：考察证券交易委员会和特拉华州衡平法院平行信息披露制度	
The Regulator in Robes:Examining the SEC and the Delaware Court of Chancery’s Parallel Disclosure Regimes	
David Friedman	56
死亡阴影中的“消磨时间”：为什么死刑执行前系统性的拖延是残忍且非寻常的	
“Killing Time”in the Valley of the Shadow of Death:Why Systematic Preexecution Delays on Death are Cruel and Unusual	
Angela April Sun	57
隔离董事会以便为长远价值服务的荒诞说法	
The Myth that Insulating Boards Serves Longterm Value	
Lucian A. Bebchuk	58
掠夺性定价和补偿	
Predatory Pricing and Recoupment	
Christopher R. Leslie	58
新新所有权	
A New New Property	
David A. Super	59
对税务提起分享诉讼？：从各州得到的经验教训	
Qui Tam for Tax?: Lessons from the States	
Franziska Hertel	60
司法计算：抵押贷款欺诈的赔偿计算	
The Arithmetic of Justice: Calculating Restitution for Mortgage Fraud	
T. Dietrich Hill	61
法律多样化	
Legal Diversification	
Kelli A. Alces	61
在金融服务监管中避免实体中心主义	
Escaping Entity-Centrism in Financial Services Regulation	
Anita K. Krug	62
一叶障目，不见泰山	
Missing the Forest for the Trolls	
Mark A. Lemley & A. Douglas Melamed	63
为什么 Wright 案是错误的：第三巡回法院是如何再度曲解破产法的	

Why Wright Was Wrong: How the Third Circuit Misinterpreted the Bankruptcy Code . . . Again	
Alisha J. Turak	63
对着相机微笑，世界将看到那张脸：脸部特写中隐私权益的困境	
Smile for the Camera, the World Is Going to See That Mug: The Dilemma of Privacy Interests in Mug Shots	
Gregory Nathaniel Wolfe	64
版权侵权市场	
Copyright Infringement Markets	
Shyamkrishna Balganesh	65
隐含的公共诉讼权	
Implied Public Rights of Action	
Seth Davis	66
保护百分之一：相关女性利益者、过度负担及不切实际的司法捷径	
Protecting the One Percent: Relevant Women, Undue Burdens, and Unworkable Judicial Bypasses	
Alexandra Rex	66
解决“没有什么”的问题：地区法院如何应对集团诉讼背景下第六十八条规则成本-转移条款的挑战	
Addressing What Isn't There: How District Courts Manage the Threat of Rule 68's Cost-Shifting Provisions in the Context of Class Actions	
Jack Starcher	67
现实世界中的成本效益分析：三十六问（及几乎一样多的答案）	
The Real World of Cost-Benefit Analysis: Thirty-Six Questions(and Almost as Many Answers)	
Cass R. Sunstein	68
美国行政高官的宪法性拒绝辩护	
Constitutional Nondefense in the States	
Katherine Shaw	68
选举和联合	
Elections and Alignment	
Nicholas O. Stephanopoulos	69
伊利原则和宪法第一修正案：Shady Grove 案后联邦法院对州反对策略性诉讼法案的适用	
Erie and the First Amendment: State Anti-SLAPP Laws in Federal Court After Shady Grove	
Colin Quinlan	70

机械枪支条款的犯罪意图问题

Unknown Elements: The Mens Rea Question in 18 U.S.C. § 924(c)(1)(B)(ii)'s Machine Gun Provision

Stephanie Siyi Wu

70

我们可以通过普通投资者做得更好吗？对挑战公司法的意识形态神学大师的务实的反应

Can We Do Better by Ordinary Investors? A Pragmatic Reaction to the Dueling Ideological Mythologists of Corporate Law

Leo E. Strine, Jr.

71

种族认定

Recongize Race

Justin Driver

法官习惯性地在此司法意见的背景下决定是否判定个人的种族性。然而，这种实践，文中标识为“种族认定，”迄今几乎从未被法律学者研究过，学者对这种实践的学术关注的消失是可悲的，因为法官在这个舞台经常作出错误的判决，不仅是在他们应当避免作出种族认定时，还在他们应当做而没有作出种族认定时。这篇文章持续的努力提供一个宽泛的司法种族确认审查，尝试表达一些宽泛的可适用的规范性原则。注意到要求法官确认种族案件的数量远远小于通常的案件，本文识别和评论了法官应设法避免的两个常见的陷阱：不对称的种族确认和无理由的种族认同。本文提供给法官关于如何判断积极利用潜在的种族认同的四个方面的改革。首先，法官应以书面解释种族判定。其次，法官应考虑如何可以通过“不判定”来保持种族平等，即使特定的法律问题包含种族因素。再次，法院应实行种族反转，即一种通过思维考虑种族因素协助法官的机制，在特定案件中下发挥。最后，可能也是最重要的是，司法决策者应牢记，判决意见可以坚持反分类原则，同时避免色盲原则——两个截然不同的概念，法律学者错误地混为一谈。通过淡化种族确认，本文的目的是使法律界更注意的经常混杂种族意识。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 2 期【2012 年 3 月】第 404 页以下）

最高法院的意外的革命？永久禁令的测试

The Supreme Court's Accidental Revolution?

The Test For Permanent Injunctions

美国最高法院对一个专利案件唐突的判决意见引发了一场公平救济法的革命。法院在 ebay 诉 MercExchange 公司案件中声称这样做只是支撑“传统原则”需要发布禁止令。但是客体范围从联邦宪法性法律到州侵权法，下级法院已经明白 ebay 抛弃长期坚持的路径。专注于法律的永久禁令，本文探讨了 ebay 的法律意见，以及其造成的深远的变化。从另一个更好的角度看待这些变化，本文讨论了在历史上法庭如何冒着不可弥补的伤害和艰难保持平衡的风险解决公平的传统观念。最后，本文提供了一个考虑到公平的假设和安全防护的体系规范性解释，ebay 目前的威胁的理解将被扫除一空。（【美】《哥伦比亚法律评论》

条款二 联邦管辖权的保障

The Article II Safeguards of Federal Jurisdiction

Tara Leigh Grove

管辖权分离一直被视为美国国会和联邦司法部门之间的战斗。学者们因此忽略了行政部门在这些司法管辖区的斗争中发挥了重要的（惊人的）角色。本文试图填补这一空白。借鉴社会科学研究的两个观念，本文认为，行政部门有很强的动力去使用其宪法性权力制定和执行联邦法律，反对管辖分离措施。值得注意的是，这种结构性的说法有相当的历史支撑。行政部门曾多次在国会反对管辖分离建议。即使当总统在联邦法院的宪法法理中饱受批评（如富兰克林·罗斯福和里根主政期间）的也是同样的。此外，即使管辖分离措施真的成为法律，行政部门将控制法律的执行。司法部曾多次使用这种执法权力，敦促法院狭义的解释管辖限制以维护司法管辖权的宪法主张。该行政机关的做法对当前司法部重要的意义，因为反恐案件的现在和之前扣押人员通过它提起诉讼的。2006 年军事委员会法案的一个条款，将一个在押期间的羁押者，排除了所有法院审查他提出的“关押条件”的挑战。行政部门可以通过退让大大限制该法的影响（因为它在以前的管理部门），使得联邦法院保留对宪法赔偿案件的管辖权。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 2 期【2012 年 3 月】第 250 页以下）

时间不等人，但警示了某些判决后动议：

联邦法规上诉程序 4（A）（4）和撤回判决后的议案的命运

Time Waits For No Man—But is Tolloed For Certain Post-Judgment Motions:

Federal Rule Of Appellate Procedure 4(a)(4) And The Fate of

Withdrawn Post-Judgment Motions

Lena Husani Hughes

2007 年，最高法院在 *Bowls 诉 Russell* 案件中，确定联邦法规上诉程序 4（a）（6）的上诉截止日期是管辖权的要求。如未能在截止日期前上诉是无法弥补的，因为它剥夺了上

诉法院对此案管辖权。在作出其结论，法院使该独特情形原则无效了，这个原则是法官们以之前适用过的为了在特殊案件未及时递交上诉状而补救的公平原则。至于为什么这个期限是管辖权的规定，法院强调了管辖权期限是由国会规定的。这一决定自然得出结论，即在第4规则的其他上诉的最后期限已被编纂为同样的管辖，而不能针对公平的考虑放宽。这说明侧重于第4条上诉的最后期限(a)，特别是在第4条的规定(a)(4)，当某些判决后动议被提交地区法院到期后的警示。一个合格的判决后动议传统上直到地方法院已经进入审判的议案才警示上诉期限。然而，当判决后动议自愿撤回，而不是由地方法院决定，一个问题出现了，上诉的最后期限是否有效地警示。第4条(a)(4)的文字对此是不令人满意的，不清晰，导致法院将撤回判决后动议的有效性和上诉状的及时性得出不同的结论。决定撤销判决后动议补救效力致使诉状不及时，并使最高法做出了 *Bowls 诉 Russell* 案件中决定，上诉法院现显然以不公平的权力来补救这样的不及时。本文以平衡上诉权来考虑应该如何根据第4条(a)(4)规则文本，上诉期限的管辖，和第4条的历史。(【美】《哥伦比亚法律评论》第112卷第2期【2012年3月】第319页以下)

重构权利：Skilling 案件后， 使用无形财产理论确定诚信服务欺诈

Reframing The Right: Using Theories Of Intangible Property To Target Honest Services
Fraud After Skilling

很少有联邦刑事法规广泛受到指责和批评——因为《美国法典》第18卷1346条(18 USC §1346)诚信服务法规。这主要是因为联邦检察官已经使用该法条指控官员邮件或电信诈骗腐败，因为其剥夺公民的受公平公正服务的无形权利，不管这些公民是否蒙受的任何经济或所有权上的损失——通常传统的邮件和电报欺诈法所要求的。近日，在 *Skilling 诉美国* 案件中，当它解释§1346 仅达到贿赂或回扣程度，最高法院给诚信服务理论沉重一击。学者和评论家预测该判决将标志着联邦检察院指控更多初期的欺诈行为的终结，如不公开的自我交易和利益冲突隐患。基于同样的担心，国会议员已提出立法，明确不公开的自我交易为犯罪行为，从而保持完全的邮件和电报欺诈法令的反腐败执法权力。针对这种情况，本文认为，最初对 *Skilling* 案件的反应夸大了联邦检察官正在阻碍其起诉诚信服务的不当行为能力的程度。正如他们已经做了几十年，检察官可以而且应该继续采用传统的

18USC§§1341 和 1343 条款针对邮件和电报欺诈法令的诚信服务的不当行为，通过重新规划不当行为作为剥夺无形财产。本文为检察官如何操作制定了框架，大量复制和 Skilling 案件之前的§1346 诚信服务起诉的范围和对象，并得出结论，这样的行使检控裁量权是适当和可取的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 2 期【2012 年 3 月】第 359 页以下）

联邦制度是分权的保障

Federalism As A Safeguard Of The Separation Of Powers

Jessica Bulman-Pozen

州经常执行的联邦法律，但学者们常常忽视合作联邦制的实践如何影响整个联邦政府的分支的平衡。本文介绍了在行政权扩张的年代，州如何审查联邦行政机关，以及他们如何声援国会，两者都依靠国会赋予的权力并铸造自己作为国会的忠实代理人。通过邀请各州执行联邦法律，国会或故意或偶然地，抵消法定的模糊性和权威性的倾向及广泛权力代表来提升联邦行政权。当州对有关如何执行联邦法律产生分歧时，强迫他们关注到基本法规：声称他们的观点与国会的宗旨相符，州迫使联邦行政机关以同样的方式回应。各州还可以通过公开请求法院或国会重振平行检查。合作联邦计划是检查联邦执行权力的，比现有的许多建议都要切实，因为这些建议都不解决评论家所强调的问题——一个庞大的管理状态，广泛的代表，以及极化政党，而是利用这些现实去服务三权分立的目标。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 3 期【2012 年 4 月】第 459 页以下）

效益企业：如何强制执行规定来促进公共利益

Benefit Corporations: How To Enforce A Mandate To Promote

The Public Interest

Briana Cummings

在过去的十年内出现了一个新的趋势：那些为求利益的企业，积极地促进公共利益。为了适应这一趋势，6 个州最近颁布了法案创造了效益公司，一个以营利为目的的实体，其在法律上有义务促进其选择的“特定公共利益”和“一般公众的利益”。成功实施这项新立

法的所有面对的法律和现实的挑战中，或许是最棘手的，也是最重要的，就是确保这项公共利益法规的责任制。本文认为，效益公司立法采用的认证问责制度的主要组成部分为（1）从一个独立的第三方获得证书（2）向公众公布年度报告——以社会福利目标的规定是不合适的。吸取了运用在企业、非营利组织和政府机构的类似的自上而下的监管机制的教训，文章说明解释了为什么为“任务责任制”自下而上和横向机制，可能有助于促进能力和必要的内部激励，对利益公司实现其公共利益的义务是有必要的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 3 期【2012 年 4 月】第 578 页以下）

不合理的捍卫义务

The Indefensible Duty To Defend

Neal Devins & Saikrishna Prakash

现代司法部的意见坚持认为，行政部门必须执行和捍卫法律。在第一篇文章中，系统地审查司法部拒绝辩护，我们提出四点。首先，执行和捍卫的责任缺乏宪法上坚实的基础。因此，尽管奥巴马总统拒绝捍卫防护婚姻法是正确的，但是他是错误的继续执行他认为是违宪的法律。其次，通过司法部（DOJ）提高其独立性和地位来解释其职责比立足于宪法更好，通过讨好法院和国会，司法部有助于维护近乎垄断的政府诉讼权力。第三，我们对拒绝捍卫的分析，以显示捍卫的职责只是轻微的约束了行政机关，对不捍卫法律的合宪性的决定没有造成真正的障碍。最后，捍卫的职责没有宪法的目的。其可能带来的利益源于法院对法律的合宪性。但是法院通常有这样的机会，因为它认为行政机关强制法律的执行实施是违法的。当其他人能够提出有力的论证而行政机关提出不真诚的论证，我们并不能获得什么。或者，我们应该说，牺牲行政机关为代价，提高司法部以及法院地位，这就是防护责任的意义。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 3 期【2012 年 4 月】第 507 页以下）

关于避免空缺，议程控制及有关事项

On Avoiding Avoidance, Agenda Control, And Related Matters

Henry Paul Monaghan

法律学者早已提出启发式假定，至少是两个基本裁判模式，争议解决模式和法律公告模式，依照广泛的议题范围争夺法院的偏好。前者侧重于对当事人之间的实际纠纷的司法解决。从历史上看，这种模式已经得到了一个前提支撑，体现在广泛的学说中，即政府行为的合宪性的司法审查确实存在显著的障碍。相比之下，法律声明模型侧重于法院本身，而不是当事人。强调司法权威宣告法律是什么，它认为对司法权的任何限制只在功能方面，条款不作为诉讼为中心。争议解决模式通常被视为正式主导，随后受到法律声明模型进行了突袭的探索。近期审查，看似不相关的，至少到目前为止，作为法院而言，判决表明该方法现在使事项几乎倒退。法律声明模型包括了重要的前提措施，法院寻求扩大其霸权，以确保：（一）任何其他法院，州或联邦，规则对政府行为合宪性的最终决定权；（二）不考虑当事人的意愿，拥有广泛的议程设置的自由，以确定哪些问题是（或不被）决定。尤其是后者的发展引起了人们对我们的政体中法院的适当作用的质疑。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 3 期【2012 年 4 月】第 665 页以下）

“明知”的无知： Flores-Figueroa 案件后

联邦犯罪法的犯意分布

“Knowingly” Ignorant: Mens Rea Distribution

In Federal Criminal Law After Flores-Figueroa

Leonid(Lenny) Traps

最高法院一再强调不赞成对联邦刑事法规中不明确的元素适用严格责任。反对严格责任的推定体现最明显的是该问题的法规中包含一个犯罪意图或过失，争议在于这一术语适用哪些因素。在 Flores-Figueroa 诉美国案件中，法院通过一系列的案件阐述了适用犯意法规罪行的后续元素的解释途径。这个新的框架是基于文本和语法，而不是任何特定的实体刑法原则。该意见的文本的逻辑似乎包含许多存在潜在的严格责任要素的其他联邦刑事法规。但是下级联邦法院还没有将 Flores-Figueroa 案的推理扩展到这样类似的刑事法规，并改为在涉及未成年人，枪支犯罪和非法入境罪行的犯罪的背景下持续适用严格责任。下级法院拒绝适用 Flores-Figueroa 之前法院的先例，如果被告会以某种方式根本上是“无罪的”，此时法院才可以使用严格责任。本文认为，下级法院对推广 Flores-Figueroa 案件的抵制需要被强调和解决，最高法院的新方法取代了不合逻辑的基于无罪的区分和清晰的在犯罪意

图背景下的区分，需要在其他法定情形下被强有力地重申。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 3 期【2012 年 4 月】第 628 页以下）

（施 骏 译）

（刘文丽 校）

工会，公司以及公民联盟之后政治选择退出权利

Unions, Corporations, and Political Opt-Out Rights After Citizens United

Benjamin I. Sachs

尽管公民联盟颠覆了竞选财务法的许多部分，但是它至少维持了该法律制度的一个特点：平等对待公司和工会。也就是说，在公民联盟之前，公司和工会在联邦选举政治中花费国库资金的能力受到平等的限制。在决定之后，竞选财务法既平等的解除抑制又允许它们自由使用一般国债去负担财务政治支出。但是公民联盟留下的对称处理，掩饰了一个很少见但是同样重要的方式，通过该方式，法律得以对工会和公司的政治花费进行区别对待。换句话说，如果雇员个体反对这样使用，那么联邦法律将禁止工会把一般国库资金花在政治上——简而言之，雇主享有不参加为工会政治活动提供资金资金的联邦保护权利。相反，即使股东个人反对，公司也能在政治上自由使用它们的一般国库资金——即股东必须负担公司政治活动经费。本文对政治退出权利的不对称规则是否是合法的进行了评价。本文首先在原则的基础上为对称性提供了积极的案例，即控制获得经济机会的权力——无论该机会是以雇佣还是投资为基础——该权利都不应被用于保证遵循或者支持经济参与者的政治议程。然后本文提出了支持不对称性三种观点，在考虑了这些争议的相关弱点后，本文认为现在不对称的退出规则可能是不合法的。综上，本文指出了由该不对称引起的宪法性问题，并且认为法律制定者也是合法的纠错者。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 4 期【2012 年 5 月】第 800 页以下）

正当程序与差中之差：民事监管程序中

性暴力侵犯者的精神能力

Due Process and “the Worst of the Worst”: Mental Competence
in Sexually Violent Predator Civil Commitment Proceedings

性暴力连续犯民事监管立法已经被许多州和联邦政府正式通过。如果一个人在被释放后根据州规定仍然有实施性暴力行为的巨大隐患则该法可以对其处以无限期的监禁拘留。这样，如果个性暴力犯罪的人已经服刑完毕，州可以通过证明他是一个性暴力连续犯而维持对他的拘留。最高法院认为这些规定是合宪的，特别是它们符合实质性正当程序。许多关于性暴力连续犯监管中什么样的程序保护是宪法上所需要的问题仍然存在。本文提出了其中的一个问题：在州认定他为性暴力侵犯者之前被告人是否有权利进行精神行为能力的鉴定。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 4 期【2012 年 4 月】第 912 页以下）

这究竟是谁的可适用的量刑范围?在可卡因的指南的追溯下降的基础上考察名义上的职业犯是否能得到判决修正

Whose Applicable Guideline Range Is it Anyway?

Examining Whether Nominal Career Offenders Can Receive Sentence Modifications Based on Retroactive Reductions in the Crack Cocaine Guidelines

Evan R. Kreiner*

最近联邦可卡因犯罪量刑范围的缩小激起了成千上万个对美国法典第 18 章第 3582 条 c 款 2 项犯罪修正的提议，该款根据古老的、严厉的可卡因犯罪量刑对个人科以刑罚。对于第 3582 条 c 款第 2 项提议的泛滥迫使法院努力克服了对于许多被告来说困难的资格问题，而这些人判决受到了旧的可卡因指南的影响。这些资格问题围绕着这样的要求出现，即对美国量刑指南的修改缩小了被告人的“适用量刑范围”以符合可追溯犯罪修正的要求。本文考察了巡回法院有关第 3582 条 c 项第二款的犯罪修正中名义上的职业犯的资格的分歧——被告人受制于指南职业犯规定中增多的刑罚，但是均在可卡因量刑范围内获刑，因为职业犯的规定明显的夸大了他们的犯罪历史的严重性，在考察了复杂的巡回法院的分歧后，本文认为名义上的职业犯并不符合第 3582 条 c 项第二款的犯罪修正因为他们适用的量刑范围是职业犯的范围，而非可卡因的范围。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 4 期【2012 年 5 月】第 870 页以下）

股票抛售和银行家动机

Stock Unloading and Banker Incentives

Robert J. Jackson, Jr.

国会已经指挥联邦监管者去监督银行家的报酬。这些监管者第一次在银行高管之外检查冒险家的动机。像大多数上市公司的管理人员那样，这些银行家越来越多的被用股票而非现金付酬。表面原因是股权支付使得管理人员和股东结成利益联盟。但是证券投资组合理论预言除非管理人员被限制不去那样做否则他们会多样化的支付或“抛售”股权支付。制止抛售的方法可能是要求管理人员去披露它，因为投资者和同僚将假设管理人员抛售是因为他们动机不明或者他们的股票价值被高估。运用高盛公司稀有的股票抛售数据，本文提供了对贯穿银行管理层动机的首次实证研究。我发现被付以股票的银行家直到必须披露的时候才会很快以几乎相等的数量卖掉得到的股票。这些发现认为对动机关心的监管者需要有关银行家的全部股权持有信息，包括抛售的影响。他们也认为危机前的披露规则会激励管理层会在银行股票上保持危险的集中持仓量。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 4 期【2012 年 5 月】第 951 页以下）

司法抵制或公平抵制?来自一项国家试验的证据

Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence From a National Experiment

David Fontana and Donald Braman

当最高法院判决一个有争议的问题时，它是否会造成明显的公众抵制?亦或是国会作出的类似决定会产生类似的反映?令人惊讶的是，尽管这些问题在宪法性法律上备受争议，却仍然很少有关于此问题的直接实证研究。确实，实证研究的方法很少运用于公共机构公民更喜欢作出一个已有的宪法性判决方面，更不用说公民如何开始关注这些问题了。为了帮助纠正这个问题，我们实施了一项实验。研究参与者中的一半人被指定这样一种条件，在这种条件下同性恋婚姻作为一项宪法性权利受到保护，而另外一半人则被指定另外一种情形，在这种情形下携带隐藏性凶器的宪法性权利受到保护。每个这些组的一半参与者被告知法院，另一半则被告知国会已经对此问题做出了判决。我们假设人们培养了有关公

共机构权限的信念，并且通过评价公共机构是否能形成支持或威胁他们世界观的判决而对公共机构产生偏爱。我们还假设公民在对最高法院判决作出反应时，其潜在的宪法性问题信念变得越发极端了。研究结果支持了这种假设。该项研究实在 2010 年的秋天国会竞选的中期之前进行的，研究还提供了竞选目的重要作用的证据。我们的结果使得公共机构选择的标准解释复杂化了，该选择性依赖于在争议的宪法性问题上不受特定结果支配的优先权。我们的结果还对政府行动者，提倡社会运动和宪法理论有着重要的暗示。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 4 期【2012 年 5 月】第 731 页以下）

巴卡勒诉瓦夫拉和纽约矛盾分析的艺术： 为动产制定一个法律方法上的选择

Bakalarv. Vavra and the Art of Conflicts Analysis in New York:

Framing a Choice of Law Approach for Moveable Property

Laurie Frey

巴卡勒诉瓦夫拉案呈现了一个在集中营时期常见的情节。一个诚实守信的购买者，自认为已经通过购买得到了该画作的明确的所有权，并前往纽约在拍卖会上售出这幅画作，然后他发现自己正面临着自称是继承人的请求，该继承人宣称这幅画是纳粹从被继承人处拿走的。典型的艺术案件，在到达纽约之前，这幅画已经穿过了很多司法管辖区，在巴卡勒案中法院面临着一个困难的问题，即应该适用哪个司法管辖区的法律来判定画作归何方当事人所有。本文考察了善意艺术品购买者和原所有人，或者他们的继承人之间发生的争议中选择适用法律的特殊重要性——争议中的法律选择可能导致戏剧化的不同结果。紧接着本文回顾了一般性的尤其是在纽约的法律选择的分析演变。在巴卡勒案之前，纽约的法律似乎结合了利益分析以及更多传统的所在地法的方法，该方法对特别交易发生地给予了关注。本文认为第二巡回法院在利益分析的适用上从而误解了之前的纽约判例法，没有考虑到所在地法。第二巡回法院的分析造成了在纽约的法律选择规则上的不确定性和不可预测性，纽约需要一个改进的法律选择规则来用于财产争议以使得巴卡勒案后的法律兼具可预测性和细微差别。本文建议返回到利益分析上，对案件中财产转移的地点问题给予特别的强调。因为交易地法律的特别适用，这样的规则将会导致更多的可预测性结果，但是它也会给予法官衡量其他相关因素的自由裁量权。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷

演讲和制裁:转向第一修正案的刑罚敏感性方法

Of Speech and Sanctions:

Toward a Penaltysensitive Approach to the First Amendment

Michael Coenen

面对第一修正案请求的法院通常并不会详细检查说话者惩罚的严重性。信奉对言论自由权利的惩罚中立的理解,这些法院倾向于要么对个人表达进行保护,在这种情况下政府一点也不会处罚,要么不保护,在这种情况下政府可能会在很大程度上予以处罚。然而,在刑罚敏感性案例法中有一个小而重要的机制使得对立面发展成了惩罚中立规范。在此案例法中,说话者惩罚的严重性影响着第一修正案的优劣,引起表达类别可能会遭到政府的处罚,但仅仅是一定程度上的。本文为刑罚敏感的自由言论判决辩护并且提倡其在第一修正案法内的扩大使用。通过将现存的刑罚敏感学说的现存标准聚集在一起,本文确定了能够促进重要的宪法目标的五种方式:(a) 增加相同情形的说话者公平性;(b) 缓和在言论保护上的冷漠效果;(c) 促进宪法边界言论限制的“充分违反”(d) 根除不正当的政府动机;(e) 加强司法判决形成的透明度。本文还考虑和拒绝了对刑罚敏感方法的潜在反对,包括在困难的第一修正案案件中它将产生适当的结果。(【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 5 期【2012 年 6 月】第 991 页以下)

“差异”过于令人困惑——让我们叫他们“雪佛龙空间”和“斯基德莫尔重量”

“Deference” Is Too Confusing—Let’s Call Them

“Chevron Space”and “Skidmoreweight”

Peter L. Strauss

本文在“分配”概念的基础上提出了一个尚未得到正确评价的,适当的和概念连贯的法院对机关的雪佛龙关系结构。因为术语“差异”混淆而不是澄清结构的操作,本文避免

说“雪佛龙差异”和“斯基德莫尔差异”。当然，本文认为人们能够更有利的将其认为是“雪佛龙空间”和“斯基德莫尔重量”。“雪佛龙空间”表示在行政机关在一定区域内根据法律条文的授权在一定程度上创制法律义务或限制的行为——那就是，它的分配性权力。“斯基德莫尔重量”强调这样一种可能性，即机关在授予法令问题上的意见本身保证了对明白地对法令意义负责的法官的尊重。“斯基德莫尔重量”一直以来都未得到正确评价。在差不多两个世纪的时间里，美国法院在他们自己裁决法令意义问题上给与了法令意义的机关意见相当大的分量。“雪佛龙空间”反映了最近我们对国会可能合法的授予行政机构利用法律力量做出行动的权力的理解和接纳。在国会授权的范围内，机关是主要额行动者，法院的独立结论是国会已经将权力委托给了机关——这个结论可能甚至会通过习惯让机关自己去理解权力的斯基德莫尔重量告知——它不可避免的要遵循，审查法院不是行动的裁决者而是行动的监督者。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 5 期【2012 年 6 月】第 1143 页以下）

当反托拉斯法遇到 WTO：为什么美国法院在判决涉及中国的出口产品的反托拉斯案件时要考虑美中 WTO 争议？

When Antitrust Met WTO: Why U.S. Courts Should Consider U.S.-China WTO Disputes in
Deciding Antitrust Cases Involving Chinese Exports

Dingding Tina Wang

反托拉斯法是国内的，然而 WTO 法才是国际的。国内的反托拉斯法通常针对个人行为，然而 WTO 法却是针对国家行为。当个人行为和国家行为混合时会发生什么？中国的社会主义市场经济体系和出口管理制度独特的混合性质使得国家在两个方面迎来了法律挑战：美国个人对中国出口商就其私下的价格规定所提起的反托拉斯诉讼以及美国 WTO 就政府施加的出口价格限制对中国提起的诉讼。美国产业诉讼当事人的法律利益和美国政府因此产生严重的分歧，在平行论坛中，美国法院以及 WTO 争端解决系统内，美国的私人当事人和贸易代表正在针对中国的出口实践提出抗辩请求， 本文认为由于宪法性的权力分立原则，美国法院应当在涉及中国出口的私人反托拉斯诉讼决定中小心不要破坏美国行政部门在与中国进行的 WTO 诉讼中的行动。本文也建议美国法院研究中美 WTO 争端记录，通过利用美国在 WTO 和 WTO 规则下有教育和说服潜力的辩论，比较其国内反托拉斯案件判决结果的

差别。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 5 期【2012 年 6 月】第 1096 页以下）

（刘文丽 译）

（魏 琪 校）

如何作出最小违宪的选择：

总统（和其他人）从债务上限讨论中得出的教训

How To Choose The Least Unconstitutional Option:

Lessons For The President (And Others) From The Debt Ceiling Standoff

Neil H. Buchanan & Michael C. Dorf

国会法案作为美国总借贷的债务上限限制而出名。国会已经反复提高上限以授权必要的借款，但是 2011 年的一个政治僵局几乎使得国会早些年断言的用借款偿还债务变得不可能。有些评论家敦促奥巴马总统不顾债务上限，但是其他一些人回应称，这种借款将会违背权力分立，因此，总统应该拒绝支出挪用的资金。

本文分析了总统在 2011 年夏天几乎面临的选择，以及他或他的接班人还可能面临的、提供三种违宪选择的“三难困境”：不顾债务上限并单方面地发行新的债券，从而夺取国会的借款权；单方面的提高税收，从而夺取国会的税收权；或者单方面的削减开销，从而夺取国会的开销权。笔者认为，总统应该选择最小违宪的方法，即，不顾债务上限。尽管有很多犹豫，笔者仍进一步认为，如果债券市场提供的借款将不足以消除差距，那么总统应该单方面地增加税收而不是削减开销。之后，我们利用债务上限僵局为政治参与者发展出一般标准供使其在违宪性选项中做出选择。我们在此强调三个原则，该三个原则源自林肯总统的一个著名演讲：1）使违宪性掌权减到最少；2）使准合宪性伤害减到最小；3）最大可能地保留其他政治参与者对违反宪法的撤销或补救能力。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 6 期【2012 年 10 月】第 1175 页以下）

约束私人检察长：公私共分罚款之诉中的证据

Harnessing The Private Attorney General: Evidence From Qui Tam Litigation

David Freeman Engstrom

专业知识和专业化在利用私人诉讼作为执行工具的监管机制中扮演什么样的角色？

该问题对于优化跨领域的监管设计，从担保和反垄断到环境保护和民事权利的最佳的法律执行有巨大的实践意义。但是，令人惊奇的是，它很少形成严密的实证分析。本文通过提供对一个发展中的受到越来越到争议的诉讼机制首次进行地大规模的实证研究来弥补这一空白，在该诉讼机制中，对于专业化的私人执行者的争论已经成为焦点。公私共分罚款诉讼是根据虚假陈诉法提起的。通过使用 1986 年到 2011 年间公私共分罚款领域超过 4000 件诉讼的原始数据，本文检验了，并几乎全部地反对了对该机制进行的，可能称之“供给端”的两种批评：第一，公私共分罚款诉讼受到成长中的中继领导的无效支配。第二，公私共分罚款诉讼爆炸性的增长以及表面上的超额，可以归因为越来越专业化的公私共分罚款诉讼的原告协会。与一致的批评不同，判决阐明，专业的原告方公司在体系中发挥着积极作用，相比缺乏经验的公司，享有更高的诉讼率，揭露更多的欺骗。类似地，尽管进行重复的原告比只会一种打法的人赢得少，但是他们可以通过在赢的时候所获得的很大的赔偿来抵消较低的胜诉率。这些判决为评估与虚假陈诉法有关的法律和政策争论提供了十分需要的实证底线，并且对改革的提议进行引领。更广泛地说，在一个具体的，微观制度背景下，例如公私共分罚款诉讼中，探索专业知识和专业化所扮演的角色是为公法的私人执行的可能性及限制进行一个更为密集，更为综合的探索的第一步。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 6 期【2012 年 10 月】第 1244 页以下）

为限制划界：移民国籍法为非本国公民 遣送程序设置了诉讼时效吗？

Delimiting Limitations: Does The Immigration And Nationality Act Impose A Statute Of
Limitations On Noncitizen Removal Proceedings?

Liliana Zaragoza

随着 2011 年非本国公民遣送率到达最高点，也难怪近几年来奥巴马政府，政策制定者和各领域的评论者越来越多地根据整个体系的成败得失对潜在的遣送政策变革进行分析。虽然移民国籍法全面改革的话题已经成为一个主要的谈论主题，但是却很少有人讨论现存法律怎样才能为非本国公民提供新的，至少是之前没用过的救济形式。移民国籍法第 264

节 a 项规定，一旦发现一合法永久居民在调整期间内没有资格获得合法永久居民身份却错误地获得了该身份，那么在 5 年的诉讼时效内，有权解除该合法永久居民的身份。在诉讼时效经过的情况下，该节规定有许多次都同移民国际法中管理非本国公民遣送的规定产生冲突。因为该紧张局势，各巡回法院在关于适用于取消通过身份调整而获得的合法永久居民身份的 5 年诉讼时效，是否应该适用于遣送程序的问题上发生了分歧。在该程序中，国土安全部门遣送的主张是非本国公民在调整期间没有资格获得合法永久居民身份。尽管该巡回法院的分歧已经存在超过 15 年了，而解决该有争议的问题也有可能能够改变遣送程序和移民法的局面，但是仍没有文献提及该话题。本文通过概述分析各巡回法院的见解从而填补这一空白。随后，本文依照第三巡回法院的方法，讨论了诉讼时效仅适用于非常窄的一类案件中的遣送程序。最后，本文发展了第三巡回法院提供的理论。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 6 期【2012 年 10 月】第 1326 页以下）

破产中的坏家伙：将庞氏骗局赶出股票经纪人安全港

Bad Guys In Bankruptcy: Excluding Ponzi Schemes

From The Stockbroker Safe Harbor

Samuel P. Rothschild

破产法反映了两个重要目标之间的紧张局势：使证券市场的系统风险最小化和对证券欺诈进行救济。为了使能由产业中重大破产引起的证券市场混乱最小化，破产法在无效诉讼中创设了一个安全港，使得在破产之前已经完成转移的财产不能被取回，其被称之为股票经纪人安全港。尽管如此，为了对证券欺诈进行救济，破产法规定在那些为了取回在破产之前完成的欺诈性转让而提起的无效诉讼中，不受股票经纪人安全港的约束。但是该豁免是不完全的，以至于股票经纪人安全港依然为某一特定时间点之前，在由庞氏骗局制造的欺诈性转让提供庇护。结果，庞氏骗局中的最初投资者由后来投资者支付费用而保持“利润”，但却很少收回其主要投资。法院已经通过对股票经纪人安全港条款进行限缩解释，并通过提出国会并未打算将股票经纪人安全港条款适用于庞氏骗局转让，试图将庞氏骗局赶出股票经纪人安全港保护条款。本文认为每一种司法途径都是不充分的，并提出了将庞氏骗局赶出股票经纪人安全港保护的其他建议。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 6 期【2012 年 10 月】第 1376 页以下）

私法中的多元主义和完美主义

Pluralism And Perfectionism In Private Law

Hanoch Dagan

许多私法学者努力去预言财产、合同、侵权和赔偿理论（有时甚至是整个私法）的完全的统一规范。这些一元论的解释，建议用一个规范原则指导这些复杂法律领域中的各种理论。尽管形成一特定领域不仅仅只有一个价值，但是在这些价值中存在一个特定的决定力量能够指导整个领域。尽管该结构一元论具有直观的吸引力，但是本文仍提倡多元论回归私法理论，并认为结构性多元论和适度至善论的理解为私法整体，特别是财产法提供了一个更好的解释。该种理解中暗含的多元性和复杂性也是自由私法领域普遍认同的价值，并能够促使各种社会领域体现不同的价值类型。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 6 期【2012 年 10 月】第 1409 页以下）

（魏 琪 译）

（施 骏 校）

第十三修正案和习惯法

The Thirteenth Amendment and the Regulation of Custom

Darrell A.H. Miller

在第十三修正案的法律体系中，习惯是一个不常使用的概念。随着习惯适用于第 1983 号文件，大量的精力花费在探索习惯的技术意义上，并且国会实施第十四修正案的力量保持在较小的范围内，不少学者已经提供了持久的方法以将习惯作为理解第十三修正案的含义和范围的一种方式。这一不足一直存在，尽管事实上国会在通过 1866 年民权法时，特意将习惯定义为规制的主体，尽管事实上第十三修正案可以直接对私人主体的行为发挥作用。第十三修正案可以适用于习惯的事实对于修正案应该被如何解释有着重要的影响。特别的是，习惯的概念——尤其是当它联系到支持南方的奴隶制度的实践时——有助于使第十三修正案中产生的其他的未定义的术语具体化，并且有助于赋予它们内容：奴隶制的“徽章”、“事件”和“遗迹”。从根本意义上来讲，习惯的概念可以帮助引导政策制定者和法官，他们必须考虑在二十一世纪的第十三修正案的范围、限制和发展趋势。（【美】《哥

带到阳光下：第十三修正案与当代法的关联

Into the Light of Day: Relevance of the Thirteenth Amendment to Contemporary Law

Alexander Tsesis

本卷的这篇文章提出了以下四个广泛的主题：（I）第十三修正案与其他宪法条款的联系；（II）修正案在重建联邦制问题上的重要性；（III）修正案对国会权力和司法权力授予的限制；（IV）对当前事件和当代宪法理论的影响。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1447 页以下）

危险的第十三修正案

The Dangerous Thirteenth Amendment

Jack M. Balkin and Sanford Levinson

第十三修正案的解释在很长时间内都是极其限缩的，尤其是在把它与第十四修正案和权利法案比较的情况下。第十三修正案之所以被以这种方式解读是因为它是“危险的”。

“无论奴隶制还是强制劳役…都不应该在美利坚合众国内存在”的要求，严肃地来看，这可能会引发潜在的质疑，质疑社会权力和私人权力存在大量的不同的方面，从政治管理到市场实践再到单个的家庭本身。

“奴隶制”与一系列很局限的历史实践在当代意义下的关联是落伍的，并且是一段漫长的历史进程的结果。然而，在奴隶制创建的时候，“奴隶制”的概念是远远比当前所理解的“奴隶制”宽泛的。“奴隶制”意味着非法统治、政治附属和共和政府缺乏；“传统奴隶制”仅仅是奴隶制最典型、可视的例子。

从更广泛的意义上讲，反共和的奴隶制概念被局限的用于避免一种比较的发生，也就是与雇佣劳工和劳动妇女的经济统属和政治统属发生不恰当的比较。一旦传统的奴隶制被废除，劳动积极分子和妇女参政者力图恢复“奴隶制”更古老且宽泛的概念。然而，解放使得现状的卫道士坚持美国社会现在就是“自由的”。甚至在今天，提起一起“奴隶”

相关的诉讼在通常意义上也会被看做过于夸张，甚至被认为是对非裔美国人传统奴隶制见证者的记忆的放肆侮辱。通过提出我们的政治构想是如何因为这段历史而被局限的问题，这篇文章得出了结论。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1459 页以下）

通过加法却做了减法：第十三修正案和第十四修正案

Subtraction by Addition?: The Thirteenth and Fourteenth Amendments

Mark A. Graber

很多为这次研讨会而准备的文章中对第十三修正案的赞美都可能是不成熟的。争论第十三修正案是否比第十四修正案内容不同，范围广泛，这比争论第十四修正案在第十三修正案之后通过这一没什么争议的话题更没有意义。如果第十四修正案与第十三修正案都是基于类似的背景而制定的，但是第十四修正案比第十三修正案保护的权力范围更窄，就会导致一个合理的推论，也就是说第十四修正案替代或者修正了原先由第十三修正案保护的重要的权力。第十三修正案的广义解释在某些改革论圈子当中越来越流行了，而这种广义解释可能仅仅在 1895 年到 1868 年之间是比较好的符合宪法的法律。为了更好的论证，这篇文章假定这次研讨会的参与者在分析宪法禁止奴隶制以保护更广泛的基础权利时，都能准确地理解原来的第十三修正案。这篇文章并不是将第十四修正案当做对第十三修正案的增加来解释，而是探究了一些字面上的证据和政治证据，来论证第十四修正案缩小了第十三修正案所保护的权力的范围，或者更准确地讲是缩小了某种可能性。这种可能性就是内战后的任何修正案被解释为可以保护已经被独立的第十三修正案所保护的权力的可能性。在这种情况下来看，虽然是第十四修正案，但是保护的权力范围是比第十三修正案的小的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1501 页以下）

第十三修正案，国会的权力和民权法多变的来源

The Thirteenth Amendment, the Power of Congress,
and the Shifting Sources of Civil Rights Law

George Rutherglen

当前对第十三修正案的争议大多数都集中在使用这个修正案来创造像平等条款和正当程序条款那样的权利而不受国家行为规则限制的可能性问题上。修正主义者认为应当在类推到奴隶制及其后果的基础上宽泛地解释这个修正案，而他们的反对者们认为应当将这种狭窄的解释限制在本国历史上发生过的奴隶制的形式上。这篇文章认为，修正主义者和他们的反对者都探索了第十三修正案已经产生的影响的错误类型的错误定位，并且十分可能会持续产生这种影响。在他们本应该重视将执行权授予给了国会的第二部分的情况下，他们都关注通过司法审查来执行的第一部分。在他们本应当将修正案与其他宪法条款结合起来解读的情况下，他们将修正案独立于其他的宪法条款来解读，比如说第四修正案和贸易条款。他们已经着眼于司法裁决相关的法律条款的即时效果而不是它对政治争议和运动的间接影响，而这种政治争议和运动会产生对奴隶制的争论——及与之相似的实践——从共和初期开始就是政治争论的主题。并且他们已经忽视了联邦制的政治保障在决定这个修正案的最终范围和含义上所扮演的角色。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1551 页以下）

最高法院和重建时期的历史——反之亦然

The Supreme Court and the History of Reconstruction—And Vice-Versa

Eric Foner

从 1930 年代开始，重建时期的编史经历了戏剧性的变化。二十世纪初研究重建时期的历史学家认为联邦政府积极干预以保护被解放的奴隶的公民权利的做法就是一个错误，并且他们称赞 1877 年的妥协和随后的退出重建。与此同时，这些历史学家们也赞赏联邦最高法院根据第十三、十四和十五修正案对国会权力进行狭窄的解释的决定。现代历史学家反对早期历史学家的著作，觉得他们将重建时期描述得不完整还有点错乱，而且经常带有种族主义的色彩。从 20 世纪 30 年代年代的威廉·爱得华·伯格哈特·杜波依斯开始，修正主义历史学家已经重新验证了重建时期并且形成了一种陈述，这种陈述称赞共和主义力图保护被解放奴隶的权利以及被解放的奴隶本身，为重建时期的公民权利、政治权利而作斗争，以及这一系列努力的结果。不幸的是，法律界和法院在重建时期的编史上已经不轻易的去加入革命了。这篇文章认为被历史学家们所批判的对重建的史话持续对最高法院

的司法施以别特大的影响，并且甚至在今天，司法对推翻有缺陷的重建时期判例的不情愿阻碍了法律面前的平等条款。这篇文章提出，在某种程度上，在重建历史的错误解释上，对判例过期的司法批判可能会对最高法院第十三修正案和第十四修正案司法产生有益的影响。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1585 页以下）

对自愿劳工的联邦保护、家长作风 以及几乎被遗忘的禁令

Federal Protection, Paternalism, and the Virtually Forgotten Prohibition of Voluntary Peonage
Aviam Soifer

1867 年废除劳工法案取消了自愿劳役，也取消了强制劳役。在第十三修正案执行条款的基础上，国会彻底的开展了这项活动，但是国会明确扩大了该修正案第一部分所规定的保护范围。这一历史背景明确了第三十九次国会成员的观点，即在国家层面上来看，国会的权力可以扩张到保护自由劳动。如果可能的话，这些新保护的权力超过了州的权力以及私人的合同债权。基本上忽略了该法令当前几乎没有改变 42 美国 1994 的规定，但是它可以为众多的强制劳动的现象领域提供民事救济。恢复 1867 法案可以避免最近贩卖人口起诉中遇到的一些困难，比如说，还可以从民事方面努力保护弱势工人。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1607 页以下）

性别歧视和第十三修正案

Gender Discrimination and the Thirteenth Amendment
Alexander Tsesis

尽管第十三修正案在一个半世纪以前就被批准通过了，但是法院还在深入研究其与性别歧视的关联的问题。考虑到另一个重建修正案的司法范围，这种监督是不成功的。第十四修正案已经发展到超过它之前的种族范围，现在包含了性别、残疾、性取向和其他异于常人的不平等的形式。对第十三修正案的进步性的解释应该也在种族之上扩大国会的执行权力。正如第十四修正案副本的情况一样，第十三修正案最先被批准是为了防止种族歧视，

但是它反从属的原则同样也与消除性别歧视的政策相关。这个未充分开发的法律领域拥有巨大的潜力，可以为大量的私人、州和制度形式的性别歧视提供救济。而这些形式的歧视在当前的公民权利状态下是不可以提起诉讼的。

这篇文章阐述了自由的概念到底有多宽泛。废奴主义者，女权主义者以及国会在第十三修正案通过前后发展这一概念，这一连串的事件加快了他们实行性别平等准则。在过去的五十年间，最高法院已经意识到联邦拥有防止性别歧视的权力。第十三修正案可以作为法律权力的来源，用以解决私人歧视问题。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1641 页以下）

詹姆斯·阿什利的第十三修正案

James Ashley's Thirteenth Amendment

Rebecca E. Zietlow

1865 年 1 月 31 日，美国众议院投票通过了第十三修正案。主持该修正案最后一次讨论的是詹姆斯阿什利代表，他来自俄亥俄州的西北部，一生都在反对奴隶制，在议会上带头争取修正案的通过。阿什利与跟他一起反对奴隶制的同僚认为第十三修正案不仅仅终结了奴隶制，还为解放的奴隶和美国的其他人建立了基本的人权。这篇文章描述了阿什利关于第十三修正案的理論，该理論解决了以民族和等级为基础的压榨行为的交叉性。阿什利将奴隶制视为一个机构，该机构依赖于民族和等级的从属。对奴隶制的危害的补救需要恢复大量的已经被这个机构所侵犯的基本人权，可救济以等级和民族为基础的附属性，这种附属性曾使得奴隶制成为可能，并且提高了所有工人的地位。正如学者们纷纷参与到二十一世纪权利意义的对话当中一样，第十三修正案将会发挥重要的作用。詹姆斯阿什利对第十三修正案的看法不仅仅对解读这段历史有帮助，而且因为它在二十一世纪产生了共鸣，为重新思考平等的权利提供了一个有用的模板。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1697 页以下）

第十三修正案的积极面

Thirteenth Amendment Optimism

第十三修正案积极面是指第十三修正案可能会被用来达到教义上的效果，既不是修正案起草者所特意而为，也不是为当代人所知的效果。在杰出的法律学问中，第十三修正案的乐观除了别的以外，支持宪法规定的堕胎和健康权利、禁止仇恨言论和家庭暴力的权力。这篇文章调查了第十三修正案的积极面在面对被法院采用的黯淡前景下的实践效用。这篇文章认为第十三修正案的乐观作为推动保护积极的宪法权利的政治进程的一种方式，它是最有价值的，不管是从历史上来讲还是在今天。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1733 页以下）

麦卡洛克和第十三修正案

McCulloch and the Thirteenth Amendment

Jennifer Mason McAward

第十三修正案的第二部分规定了国会有“执行权”，可以通过“适当的立法”来禁止奴隶制和强制劳役。对第二部分，传统观点认为这句话是对麦卡洛克诉马里兰州案解释国会行政权力的暗示，认为国会拥有实质的、不受审查的权力来决定第二部分立法权的范围和含义。

这篇文章认为这种传统的观点背离了第二部分原本的含义。它表明，麦卡洛克在联邦立法权的范围和含义上都为司法审查预留了一个位置。在第十三修正案通过和 1866 年人权法案颁布之前，这个角色明确的作为对麦卡洛克的理解和预期适用的一部分。这篇文章得出结论，第二部分为有意义的司法审查预留了位置，并未授予国会监管威胁奴隶制和强迫劳役的重新振作的行为的权力，但是并不是对所有公民权利和人权的几乎全部的权力。

（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1769 页以下）

类比论证公民权利的四项保留：

拉丁裔和其他非黑人群体之案

Four Reservations on Civil Rights Reasoning By Analogy:

The Case of Latinos and Other Nonblack Groups

Richard Delgado

美国私人权利的保护包含至少五个独立群体的救济。美国当地人已经遭受了灭绝、搬迁、主权否认和文化破坏；拉丁裔、种族歧视移民系统的征服和侮辱。亚裔美国人遭受了驱逐、战时拘禁和带有歧视性的劳动法。白人忍受他们是恐怖主义的质疑。黑人遭受了奴隶制和歧视。

公民权利体系起源于黑人社会，其目的在于纠正一个单一的、重大的伤害，即奴隶制及其挥之不去的影响。具体来说，第十三修正案目的在于废除奴隶制和其他回忆者的情况。

美国判例法，尤其是与种族事务相关的判例法，主要进行了一个类比的过程，法院比较了法律上的案例与先前的决定、法规。非黑人群体有时已经能够将他们遭受的困境类推到黑人遭受的困境上，但是这一点通常是十分困难的。因此，很少数的黑人所遭受的苦难，比如战时拘禁和语言歧视，依据美国法无法轻易的得到救济。

这篇文章讨论了在当前法律和宪法包括第十三修正案规定的公民权利的框架下，保护拉丁裔和其他非黑人少数民族路上遇到的一些障碍。这篇文章在讨论了与公民权利保护系统仍然被 1960 年公民权利运动的修辞和规范所改变的相关的缺点之后，结篇是通过说明一个不断增长的多民族社会，就像这个需要开展更广阔更宽容的框架，并且——将拉丁裔记在心里——描绘一幅草图。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1883 页以下）

原意主义、堕胎和第十三修正案

Originalism, Abortion, and the Thirteenth Amendment

Andrew Koppelman

对第十三修正案进行一个愿意的解读能否认为它支持堕胎的权利？不久之前，有个否定的回答似乎明显足够让这个问题变得愚蠢。然而，从那以后，愿意主义已经变得更加复杂了。现在我们认为愿意主义是原本的含义，而不是原本的内容，是宪法最恰当的愿意主义的来源。宪法语言最原始的意义有时关注于典型案例：宪法目的在于防止特殊的罪恶再次发生。第十三修正案的目的是终结美国战前关于奴隶制的特定机构。禁止堕胎将会给妇

女带来与奴隶制给被奴役的妇女带来的一样的东西：强迫他们违背自身的意愿生孩子。

（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 7 期【2012 年 11 月】第 1917 页以下）

（沈纯霞 译）

（吴 晶 校）

完善犯罪市场

Perfecting Criminal Markets

David Michael Jaros

从毒品到偷渡再到卖淫，立法者实际上可能完善他们想要捣毁的那个犯罪市场。刑法经常会创造出新的危险和新的犯罪机会。毒品入刑，为销售假毒品创造了机会。提高对帮助非法移民的处罚增加了走私者仰仗能够伤害或杀死人蛇的危险方法的风险。禁止卖淫增加了性传播疾病的秘密传播。立法者传统上通过认定新一波的犯罪来回应这些“第二级”问题，即对假毒品销售商，危险的蛇头和携带艾滋病阳性病毒的妓女施加额外的处罚。

但是，认定这些第二级活动为犯罪也壮大了产生他们的犯罪市场。认定销售假的可卡因为犯罪增加了真毒品的市场，那些打算非法移民者可能会为帮助跨越边境支付更多的钱。当法律让卖身变得更安全时，卖淫的总量将会上升。总的来说，认定第二级的罪行为犯罪并进行惩罚的努力可能会无意中支持了立法机关最初想要消灭的那个犯罪市场。

本文提出，完善犯罪市场并非仅仅是一个古怪的经济讽刺。第一级犯罪和第二级犯罪之间的动态关系与合理的刑事司法政策的形成相关，并且能够帮助解释刑法典的迅速膨胀。另外，承认刑法规则可能会助长反社会活动，能够消除那些通过使非法活动更为安全从而提升公共福利的可供选择的政策。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 1947 页以下）

行政机构集体诉讼

The Agency Class Action

Michael D. Sant'Ambrogio & Adam S. Zimmerman

行政诉讼时间表上未解决的诉求的数量已经成为了一场危机，造成了案件严重积压，

任意裁决并为司法带来新的阻碍。煤矿工人，残疾的雇员和受伤的士兵成为无尽的候补名单中的一员，去请求经常会导致撤销的类似行政裁决。因为行政机构在没有受害人参与也没有有意义的司法监督的情况下仅同过错方清理债权，这使得受欺骗的消费者错过了公平赔偿的机会。

改革者适当地需要更多的资源，行政法法官和律师费用。但是，令人惊奇的是，评论者们却忽视了法院长期用来解决由群体提起的共同诉求的工具：集体诉讼和复杂的诉讼程序。几乎所有的行政机构都不允许群体集合起来并在裁决中解决共同诉求。据此，在各种审判程序中，机构照例地（1）在重复的案件中浪费资源，（2）在相似的诉求上作出不一致的判决，并（3）否认个体有权使用在集合程序中允许的公允列示。另外，程序性障碍经常会阻碍法庭向行政机构裁决中的当事人提供类范围的救济。

本文认为行政机构本身应该采用集合程序，类似于联邦民事程序规则中第 23 条规则的规定，去裁决共同诉求。在审视完当前的工具后，通过这些工具，行政机构能够提升其有效性，一致性以及合法性。本文发现通过下列方式，行政机构集体诉讼规则可以更为有效地解决共同纠纷（1）有效地创设收集有关重复性问题的信息的方法；（2）实现更多的结果平等而不是个别裁决的正义；（3）在程序的关键阶段保证法律援助和专家援助。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 1993 页以下）

热点新闻救济无效性的冰冷现实及其相关合同案例

The Cold Reality Of The Ineffective Hot News Remedy, And The Case For Contract

Gregory D. Beaton

热点新闻盗用理论，允许原告寻求有时间限制的禁令性救济对抗被控盗用信息者，从而促进不受版权保护的信息的报导和传播。尽管热点新闻救济在理论上可能是一个强有力地工具，但是，实践中已经被证明是难以捉摸的，正如法院在决定最适宜的禁令性救济的长度时总是倍感挣扎，但却很少实际尝试。对几乎具有世纪价值的判例法所做的评论表明，可能不是理论的失败导致救济不能实际适用，而是救济的失败导致理论不能实际适用。尽管如此，也绝不应该对保护热点新闻失去任何希望。在缺乏司法解释和立法活动的情况下，那些收集和创造不受版权保护的信息的主体，能够通过与那些消费其产品的人确立合同关系，从而保护他们的投资。如果发生了盗用，合同权利能帮助拓宽权利要求的范围，使得联邦版权的优先权得以适用，并能帮助界定对权利受侵害一方的救济范围。通过混合采用

热点新闻盗用理论和合同方法，传播不受版权保护的信息的主体，能够大部分地避免事后司法救济决定的不确定性，并使得能对保护他们的投资产生深刻影响的理论复兴。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 2068 页以下）

监狱中的正当程序：在桑丁诉康纳一案后保护监犯的财产

Due Process In Prison: Protecting Inmates' Property After Sandin V. Conner

Kaitlin Cassel

1995 年，联邦最高法院在桑丁诉康纳一案中改变了标准，联邦各法院可以凭借新的标准决定何时可将正当程序同监犯的自由利益相联系。该新标准只有在表现出“非典型且严重”的剥夺时，才承认监犯的自由利益，因而极大地削减了监犯在妨碍自由利益时要求正当程序的能力。从那时开始，联邦各法院在是否应该将新标准扩展至监犯的财产利益上意见不一致。本文调查了巡回法院在将桑丁诉康纳一案的标准适用于监犯财产上的分歧，并主张，尽管桑丁标准可能很适合适用于人身自由，但不应该把它扩展适用于财产。本文第一部分说明了在联邦最高法院对桑丁诉康纳一案作出判决之前，监狱背景内外正当程序保护的发展。第二部分调查了各巡回法院在依据正当程序条款将桑丁标准适用于监犯的财产利益上的分歧。最后，第三部分主张，鉴于对人身自由的正当程序保护的发展与对财产的正当程序保护发展的不同，以及法院对于桑丁标准的分析，桑丁标准应该被限制在自由利益上，因为将该标准适用于财产上是不合逻辑的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 2110 页以下）

合理劳动欺诈：民事的反诈骗腐败组织集团犯罪法

同联邦最低工资法相互之间的独特影响

Fair Labor Fraud: The Peculiar Interplay Of Civil RICO

And The Federal Minimum Wage Act

James W. Crooks

本文调查了保障各类雇员的最低工资和加班工资的合理劳动标准法，和提供民事救济的反诈骗腐败组织集团犯罪法（RICO）之间的相互影响。在过去一些年里，原告主张雇主通过向雇员邮寄不足额的工资进行邮件欺诈，并主张该行为引起了民事的反诈骗责任。遇

到这些以劳动标准法为基础提出反诈骗罪上诉求的大多数法院都驳回了该诉讼请求。并主张劳动标准法在该行为上详细地救济方案排除了反诈骗罪救济的适用。本文考察了这两部法律的文本和历史，以及具有类似于反诈骗罪，劳动标准法和其他雇佣法之间的相互影响的判例法，并确定法院不应该绝对驳回以劳动标准法为基础提出的反诈骗罪上的诉求。当然，法官应该调查每一案件诉求下的行为，去判定被告是否事实上构成邮件欺诈。如果构成，法官应该允许将该诉求作为一个反诈骗罪诉讼继续进行，任何法律里的任何规定都不能排除此结果。通过关注诉求下的行为，法官能够最好地去贯彻国会的意愿，保证诚实工作得公平工资。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 2153 页以下）

委托给敌人

Delegating To Enemies

Jacob E. Gersen & Adrian Vermeule

制度设计的原则被称之为盟友原则：在同等情况下，选民，立法者和其他委托人将会理性地将更多的权力委托给那些与他们有共同偏好（同盟）的代理人。同盟原则是大部分有关委托代理关系的经济文献，政治科学文献和法律文献的传统出发点。在公法上，委托理论，从立法机关到内部委员会，从立法机关到代理处和执行委员会，或者从上级法院到下级法院，都普遍采取同盟原则。

但是，历史和制度实践揭示出，在许多情况下，同盟原则不仅没有支持，而且实际上阻碍了事情的发展。本文确定了一个敌人原则：在某些情况下，委托人理性地委托给敌人或潜在的敌人而不是同盟，该代理人与委托人没有共同的偏好，或委托人的偏好在委托之时还不确定。我们对这些委托给敌人的情形进行描述，对他们所依存的机制进行解释并对一些情况进行了解释，在该情况下，委托人通过遵循与盟友原则相反的敌人原则能做到最好。该种解释是实现一般性的综合委托理论的必要的第一步，该解释包括同盟原则以及特殊情况下的敌人原则。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 112 卷第 8 期【2012 年 12 月】第 2193 页以下）

（魏 琪 译）

（施 骏 校）

出路哪儿？撤资权及企业重组法

No Exit? Withdrawal Rights and the Law of Corporate Reorganizations

Douglas G. Baird & Anthony J. Casey

破产问题主要是争论两种形式的相对优势：其一是强制体制，其二是自由破产制。依据标准解释，现行企业重组法是强制体制。应当制定多样的规则以限制投资商的行为，确保他们行使权利不损害专用资产，以免破坏企业整体价值。这些规则解决了集体行为问题，降低了交易失败的风险。但是强制体制还是有些弊端。最突出的就是投资商不能创设达到最佳监控的权利，但在自由破产体制中便可拥有这样的权利。

本文认为这场学术辩论没有抓住法律的根本特征。破产的操作是基于法人实体，而是经济学上的公司。因此精明的投资者面对的根本不是强制体制。投资者可以给独立实体投资，因此万一公司遭遇财务困境，投资人便有特殊的撤资权。没有什么体制比自动冻结更具强制性了，在自动冻结体制中当资产可以被分割给各个法人时便会冻结，这一点法官无权干涉。因此，投资者可以将一个经济学上的公司资产分割给不同的法人，从而建立一个量体裁衣式的破产体制。在此体制中，法人作为模块，只要加以整合便可创设投资者撤资权，这些权利是明确多样且透明的。这种量体裁衣式的破产体制还未得到认可和赞赏，但它比强制体制与及自由体制更可取。应当允许少量投资者以特定、彻底、可行的方式退出个别且分散的现有破产体制，那么投资者团体极有可能限制交易失败的风险，同时还可享受撤资权带来的规制效果。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 1 期【2013 年 1 月】第 1 页以下）

闪电战般的布雷迪：诺里斯-拉瓜迪亚法案第四款的禁令能否使雇主免遭劳动纠纷

Blitzing Brady: Should Section 4(A) Of The Norris-LaGuardia Act Shield Management From Injunctions in Labor Disputes

Daniel Belke

在审判 Brady 诉美全国橄榄球联盟案中，第八巡回法院诺里斯-拉瓜迪亚法案进行了

司法解释，即尽可能保护雇佣者免受劳动纠纷禁令的影响。第二及第六巡回法院对这一判决明确予以支持，但是第一，第七及第九区却对此进行了彻底地批判。本文认为在劳动纠纷中第八巡回法院的判决实际上采用了雇主免受工人伤害的手段。这一点违背了诺里斯-拉瓜迪亚法案的条款及立法目的：法院应当这样解释第四款，即在劳动纠纷中的禁令应允许工人采取行动告诫雇佣者停止破坏雇佣关系的行为，行动包括在适当情况下的罢工。

（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 1 期【2013 年 1 月】第 53 页以下）

香烟激发反垄断豁免权：优先权，国家行为，大和解协定

Antitrust Immunity Up In Smoke: Preemption, State Action,

And The Master Settlement Agreement

Matthew McDonald

在反垄断法中，国家行为的原则是允许各州采取调控措施，这些措施可能会违反联邦反垄断法。不幸的是，最高法院并不总能明确指引其国家行为审判，下级法院认为这一原则让他们感到困惑，因它造成了国家行为豁免权与联邦反垄断法相关条款的优先适用的冲突。另外下级法院也不知如何将测试国家行为豁免权可行性的 Midcal 双管试验应用到个人行为主体。关于烟草大和解协议(MSA)的反垄断诉讼，该协议由烟草生产商与 46 个州签订，司法界认为这是解决下级法院的困惑的范例。第二及第三巡回法院为联邦反垄断法的优先权及国家行为原则都不能掩盖烟草商垄断价格的阴谋，MSA 应当对此负责。而其他五个巡回法院的意见则相反。在探究了各个巡回法院对于 MSA 的不同看法之后，本文认为第二和第三巡回法院的观点是正确的，即反垄断优先权及国家行为豁免不能包庇 MSA 的罪责。这一结论与最高法院的先例及反垄断政策是相符合的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 1 期【2013 年 1 月】第 97 页以下）

治疗不当引发的暴乱：中国医疗纠纷调解

Malpractice Mobs: Medical Dispute Resolution in China

Benjamin L. Liebman

中国近年来医疗纠纷事件不断增多，不仅街上见得多了，法庭上的此类案件亦是如此。许多纠纷演变成暴力行为。中国医疗事故诉讼中及医疗纠纷中定量和定性的实证证据揭示了一个事实，即正式的法律体系在抗议和暴力行为的阴影下运行。暴力威胁只不过让医院赔的钱多过法院的判决的量，并且影响法官处理确实要在法庭解决的案件的方式。本文中提供的有关医疗纠纷的细节证据可以加深人们对中国现行法制的了解，这表明法院创新之举的增多及审判能力的提高并不能为其提供更大职权。尽管中国历经 34 年的法律改革及法制的强化，法律影响力依然薄弱。医疗案件凸显了在中国法律及政府中未被察觉的趋势，尤其是国家对个人申诉的回应。文中提供的结果表明人们对当代中国政府的职能及法律角色的认知具有局限性，另外本文通过分析法律及政治发展中的真实案例，丰富了中国体系不衔接性方面的文献。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 1 期【2013 年 1 月】第 181 页以下）

阐明（或法典化？）“著名难题”：

一步交易说，经济实质说及税收法典

Clarifying (or Is It Codifying?) The “Notably Abstruse”:

Step Transactions, Economic Substance, and the Tax Code

Philip Sancilio

经济实质学说与一步交易学说是两种典型例子，反映了法院的通常做法，即时常回顾过去交易中的技术形式，并以其实质作为收税的标准。作为法庭创举，这两种学说被视为互补物及功能对等物。然而，这两种学说也引发了多种负面情形，即模糊，重叠，冲突。

2010 年国会将经济实质说引入国内税收法规，明确了实质说的内容，并将之提升到严格责任处罚的依据。据此，当适用该学说时，国会不再过问，转而将之交由已经存在的普通法决定。另外国会表述了该学说的功能性的定义，国会的新条令机制可以适用。然而，法典化的经济实质说的定义具有不明确的地方，因为它包含了一些，但并非所有的，一步交易学说的内容。术语上的混乱过去对于困惑性的意见影响较小，但是现在却能控制法规规定的税款，扩大责任。

在介绍了学说背景之后，本文将最新法典化的经济实质说运用到一步交易说中，并阐明了结果的不一致性，具有争议的不一致性。继而，本文将这种不一致性与两种学说关系

的不确定性进行了对比并做了概念上的阐述。最后，本文提议法典化的经济实质说优先适用，而一步交易说作为必要补充。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 1 期【2013 年 1 月】第 138 页以下）

为大弃权辩护

In Defense of Big Waiver

David J. Barron & Todd D. Rakoff

国会授予行政机构广泛的制定法律的权力，这是现代国家管理的形式。但是这种基本做法的新兴形式不断被使用：授予机构权力放弃国会自身通过的规定。这反映了两部签署立法的核心特征，即《有教无类法案》和《病人保护与可接受关爱法案》，它们是过去十年间制定的，当然这不仅仅是这两部法案的特征。对于这种变更主要法律条文的授权，我们称之为“大弃权”。

本文探究了大弃权的基本框架和理论，在不同规制关系中的运用，以及产生的宪法上和政策上的影响。国会授权变更其制定的法律得到广泛关注，大致认为大弃权的出现是良性的发展。大弃权允许国会控制精细的法令制度—任何一项权利都可被放弃—同时大弃权也迫使国会将一些政策偏好法典化，即便它不愿制定。另外，国会有权制定底线规制行政机构的实质行为，使其具有衡量的标准。对其大弃权提供了迫切需要的方法，运用这种方法，国会及执行机构便可打破僵局。最后，由于存在联邦法规的约束，大弃权为国会提供了一种有效手段，通过这种手段不仅新的授权可摆脱之前的限制，腐旧的立法架构也会得到改善。我们欢迎这种新型的行政程序。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 2 期【2013 年 3 月】第 265 页以下）

科技创新，国际竞争，国际收入所得税面临挑战

Technological Innovation, International Competition,
and the Challenges of International Income Taxation

Michael J. Graetz & Rachael Doud

科技创新对于经济增长至关重要，因而各国都努力鼓励及吸引研究开发（R&D）以促进科技创新。同时各国也都努力营造良好的环境以保护知识产权（IP）。在各项措施中税收政策成为实现上述目标的主要手段，此外税收政策还能使国家从科技创新中获得部分收入。

然而，随着世界经济联系更加密切，如何以更好的成本效益支持科技创新变得更加困难。在哪些领域进行研发以及收入从何而来，这些问题都与政府支持的性质及程度相关。跨国公司在各国间的转移能力，包括转移知识产权产品、知识产权的所有权和知识产权收入，以及在赞成税收的司法管辖区建立新企业的能力使得成本效益的刺激方案很难设计出来。目前国际税收体系面临的最大挑战就是如何制定合理的税收规则，既能促进知识产权的发展，又能对知识产权收入进行收税。

本文探究了三种主要的关于刺激创新的税收政策：（1）刺激研发，（2）“专利盒”，（3）针对“先进制造业”的税收优惠。接着，本文简要描述了跨国公司过去用于降低知识产权收入税的惯用技巧。然后本文评估了各种刺激方案，并推荐了一些关于美国可能采取的应对挑战的措施，因为美国现今正面临着如何改善技术创新的挑战。根据广泛收集的各种经济迹象，本文下的结论是最多只有研发刺激是合理的。

美国的跨国公司常常将知识产权收入转移到低税收或者零税收的司法管辖区，本文总结了关于限制此类做法的建议。由此，本文提供了改变这种做法的建议，可使美国的税收与销售额更加匹配。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 2 期【2013 年 3 月】第 347 页以下）

你的意见是什么？市民对地标保留决议的质疑 及特殊侵害要求

What's It to You? Citizen Challenges to Landmark Preservation Decisions
and the Special Damage Requirements

Matt Dulak

特殊侵权规则——一直是法律规则中的构成部分，需要原告对其所主张的损害举证，这与公共侵害不同——长久以来打击着公民的积极性，使得关于政府监管不作为的诉讼面临挑战，尤其是在环境诉讼方面。虽然许多司法管辖区的法院已经有势头放宽环境案件中特殊

侵害条件，但是其他法律领域的此类诉求还未得到正视。尤其突出的领域是，对于政府关于地标保留的行政行为，公民的质疑面临很大障碍，对此的决议可能会对社区文化及历史认同产生巨大的影响。在大多数司法管辖区都保留了特殊侵权规则的情况下，除非作为原告的公民拥有地标保留地的产权，或者拥有附近视野直接可及的产权，否则特殊侵害要求极有可能阻碍该原告对地标保留决议的质疑。本文认为在地标保留案件中，法院适用特殊侵害的范围太窄，这鼓励了政府不充分关注少数当事人的意见，这些当事人可以把政府告到法院，然而对于在地标保留行动中遭到指控的当地政府，法院的做法损害了他们的激励措施。本文提出了一些关于特殊侵害要求的修订意见，适度但是具有竞赛重整性质的修订。另外本文我们乐于见到更多关于地标保留的司法审查。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 2 期【2013 年 3 月】第 447 页以下）

记录在案：为什么参议院有权阅览条约协商记录

On the Record: Why the Senate Should
Have Access to Treaty Negotiating Documents
John Love

宪法的缔约条款载明了美利坚合众国与他国缔结条约的机制。坦而言之，此条款是独特的，因为它是一项“明确的宪法强制性分权”条款。就其本身而论，对缔约权的明确划分导致了行政机构与立法机构的冲突。此类纠纷影响条约的协商记录，尤其是在根据参议院意见或获得参议院赞同的情况下提交条约，总统是否必须、可能、应该将协商记录递交参议院。在过去三十年里，总统和参议院至少三次公开宣称不赞同这项义务的性质和存在，因其妨碍政府高效执行外交政策。然而，尽管这一问题带来了巨大的难题，但至今仍没有法律学者出面解决。本文填补了这一空缺。本文认为尽管这个政治问题不可能在法庭解决，但它仍然是一个法律问题，值得对其进行法律分析。本文分析了两种极端情形的成本——完全禁止参议院参与和完全不阻碍参议院参与——本文得出的结论是两种情形都不尽人意。本文的意见是采用最理想的解决方案，即政府对外交关系进行分类，在此基础上将相关部分协商记录递交参议院委员会，但是只要委员会决定条约条款模棱两可并且诉诸于谈判历史，最佳方案便能帮助阐述条约缔结方的意旨。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 2 期【2013 年 3 月】第 483 页以下）

新文本主义和规范性准则

The New Textualism and Normative Canons

William N. Eskridge, Jr.

在《阅法》一书中，Scalia 法官和合著作者 Bryan Garner 教授承诺只要遵照 57 条“法效准则”，基于文本的成文法解释便可更加具有预见性及限制性。本文赞赏这一改善法律解释的事业，但是本文认为就《阅法》中提到的不可预见性或者政策制定的公正性等问题而言，这一机制无法解决。就任意一件难案都会有 12 到 15 条之多的相关“法效准则”，这些准则来自不同的方面，这给司法留下了相当大的选择空间。

这一事业的另一问题是几乎所有的 Scalia 和 Garner 的“法效准则”并非严格的遵照原文，而是明确地以规范式的命令或规范为本，那么就需要评估法律的目的以确定其适用范围。Scalia 法官的新文本主义坚持法官要避免价值裁判——但是运用 Scalia 和 Garner 制定的准则涉及价值裁判又在所难免。实际上，建立在准则基础上的文本主义（如果被广泛运用）是极不民主的。现在我们有证据证明国会法律文件起草者并不重视 Scalia 和 Garner 的大部分准则——甚至其中几项准则是国会在颁布复杂法律时所不能遵照的。

在结论中本文表明维护最高法院在实践中遵照的大量准则。任何有法律效力的法律解释方法都不能忽视先例中的准则，不能无视立法传统，不能忽略联邦最高法院长期遵循的目的准则。不幸的是，任何以准则为基础的制度都不能实现预见的全面性、司法的约束性以及结果的公正性。联邦最高法院执行的多元化制度便是最佳制度，因为鲜有法官可以设计出更好的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 2 期【2013 年 3 月】第 531 页以下）

（吴 晶 译）

（沈纯霞 校）

公平的不足额补偿：征用权中的特殊升值

Just Undercompensation: the Idiosyncratic Premium in Eminent Domain

Brian Angelo Lee

美国宪法第五条修正案规定，政府行使其征用权征收私有财产时，财产所有者应得到“公平的补偿”，美国最高法院规定该公平补偿应等于财产的公平市场价值。现今，人们关于公平市场价值标准达成了一个普遍共识，该共识建立在三个基础提议之上。第一，公平市场价值标准系统性地降低了对征用财产所有者的赔偿，因为市场价格并没有反映特定财产相对于财产所有者的私人价值。第二，这种不足额赔偿对那些财产所有者来说缺乏公平性。第三，解决此问题的一个合适的方法就是在所付赔偿数额基础上增加固定比例的补贴。最近，有几个州已经制定了规定此类补贴的法律，一些著名学者也赞成这种方法的采用。然而，本文认为这三个得到广泛接受的提议都是错误的。首先，通过考察市场价格形成的经济原理，本文揭示出公平市场价值包含的主观价值赔偿比以往所认识的更多。其次，公平地说，市场价值未足额赔偿的那部分不应该得到赔偿。最后，尽管在某些情形下为了公平的需要，给付高于公平市场价值的赔偿，本文认为这种学者和最近州立法所倾向的解决方式本身就是不公平的，其通过相对提高补偿富人损失、降低补偿穷人损失破坏了贫富财产所有者的公民和道德平等性，因该损失对于穷人和富人具有相同的价值。本文结尾处提出了一种替代性的解决方法，并阐释其如何避免这些公平问题。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 3 期【2013 年 4 月】第 593 页以下）

部落和区域刑事管辖的主权划分

Dividing Sovereignty in Tribal and Territorial Criminal Jurisdiction

Zachary S. Price

最近几十年，在联邦印度法律和有关美国领土的法律中，美国最高法院对于之前所容忍的宪法未规制的地方政府权力组成部分表现出越来越多的怀疑。本文提出了一个框架，以解决法院最近审理的涉及这些领域的案件所提出来的宪法性问题。本文针对对于个人被告和受影响社区风险最高的刑事领域，提出了三个问题：（1）议会是否或在何种情形下会授予部落和区域政府刑事管辖权，同时不要求那些政府的执行决议服从于联邦行政监督；（2）双重危险是否应阻止联邦政府及行使联邦政府所授予的刑事管辖权的部落或区域政府的连续起诉；（3）如果有宪法程序性保护措施，那么当部落或区域政府根据此种联邦授权行使刑事管辖权时，应适用何种保护措施。

通过仔细研究这三个问题，本文意在表明对于划分主权的框架性分析，以及发现部落、

区域及与联邦-州相关的情形，它们之间的类似之处，所有这些分析和发现会产生最具吸引力的解决方案，根据最高法院最近的判决这些方案都具有可行性。本文将此种方法与一个替代性框架进行对比，该框架会对“固有的”与“授予的”政府权力之间的区别进行分析。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 3 期【2013 年 4 月】第 657 页以下）

解除规制但仍要披露？：联合公民诉联邦选举委员会案和美国能源部诉里德案后投票问题宣传的披露要求

Deregulate But Still Disclose?: Disclosure Requirements for Ballot Question Advocacy After
Citizens United V. FEC and Doe V. Reed

Sean McMahon

最高法院在联合公民诉联邦选举委员会一案中做出了具有争议性的判决，该判决中一个相对出人意料的方面在于其对参与政治宣传的个人和团体的披露要求的合宪性和有效性的强烈肯定。判决公民联合和美国能源部诉里德案的几个月后，法院发表了赞成披露决定，表明其对此类法律的支持。然而，对于选举问题和公民投票宣传的披露要求是否和候选人宣传的披露要求同样强硬，联邦上诉巡回法院对这一问题存在争议。在 *Human Life of Washington Inc. 诉 Brumsickle* 一案中，第九巡回法院支持华盛顿对问题委员会的披露要求，该委员会致力于支持或否定投票措施。然而，第十巡回法院在桑普森诉布斯彻一案中采取了不同的方法，认为与 *Brumsickle* 案中类似的披露要求适用于原告时不合宪法。这两个法院的分歧主要集中在投票问题中重大信息和匿名利益的相对价值。本文认同的方法与在 *Brumsickle* 一案中采取的方法最为类似，同时保持了桑普森案中法庭对加诸于极小宣传群体之上的义务的敏感性。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 3 期【2013 年 4 月】第 733 页以下）

融合的困惑：确立宗教条款的禁止授权规则 在州法院适用中的不一致性

Clause Nondelegation Rule in State Courts

Jun Xiang

几乎毫无争议的是，如果联邦“确立宗教条款”有所禁止，那么其禁止的就是宗教机构行使政府权力。美国最高法院也持同样的看法，在 *Larkin 诉 Grendel's Den, Inc.* 一案中，法院宣布政府对教堂的授权相当于政府与宗教不可允许的“融合”。然而，接下来对禁止授权规则的适用就不那么明显了。许多州法院都在努力处理一个问题，即禁止授权规则是否禁止宗教附属性大学雇佣国家授权的校园警察官。尽管州法院在名义上认同宗教性大学雇佣校园警察并不违反“确立宗教条款”，然而这类案例的发展表明，一开始看起来是明确、无争议的规则，实则是一个理论难题。本文认为，禁止授权规则给本来已经很复杂的“确立宗教条款”理论带来了不必要的困惑。如果存在一些案件只能适用这条规则来处理，那么该规则带来的困惑也许是可以忍受的。然而，正如本文所示，禁止授权规则并没有此种优势：其可能包含的任何分析性洞见早已被更加明确、可信的“确立宗教条款”理论所捕获。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 3 期【2013 年 4 月】第 777 页以下）

输的正面意义

The Upside of Losing

Ben Depoorter

法律改革界的传统观点认为在成功率最高的法律争议中时间和资源实现了最佳的分配，而且如果结果不利的先例可能得到建立和完善，那么就可避免诉讼。与此种得到共识的观点相反，本文分析了诉讼企业家的战略决策，他们以一种“输掉官司能提供巨大利益”的意识提起诉讼。不利的诉讼结果能够极其明显有力地突出现行法律下个人的不幸，同时更加广泛地展现当前法律现状的不足。这种不利结果引起的公众回应也许会放慢立法潮流的脚步，甚至促进立法的主动性，以扭转不利的司法判决或者促进更广泛的法律改革。

这种分析修正了一些有关诉讼的传统观点。首先，虽然传统上人们认为法律改革的积极分子必须劝说法院承认之前忽略的权利或者确认新的权利及积极分子的地位，但是本文分析指出，社会变革可以在诉讼中达成，同时并不需要法院作为决策人参与。而且，通过明确将负担转移给立法者及其组成人员，被动的法院和司法顺从性实际上加强了诉讼的动员作用。其次，在诉讼中成功击败对手的动力对诉讼所涉成本和效益作了全新的阐释。在所构建的框架中，原告决定起诉，不仅是因为获得胜诉的可能性，而且也是对负面先例

的潜在成本与在败诉中所获政治利益进行权衡的结果。再次，不利法庭判决的动员潜力产生了一种迷人的冲突，这种冲突存在于实际原告的即时利益与诉讼企业家或支持诉讼并关注社会事业潜在长远目标的调解人的即时利益之间。最后，不利判决结果的潜在益处反驳了一些对通过法院追求社会变革的限制和不足进行的批评。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 3 期【2013 年 4 月】第 817 页以下）

机构资本主义的机构成本：维权投资者及支配权的再评估

The Agency Costs of Agency Capitalism:

Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights

Ronald J. Gilson & Jeffrey N. Gordon

美国的股票所有权已经不再反映标准的伯利-米恩斯式公司的股票分散所有。相反，我们观察到，股权开始重新集中在投资中介机构的手中，从而产生“机构资本主义的机构成本”。这种股票所有权的转变是由于（1）使退休储蓄的供给私有化并要求对此种供给进行集资的政治决策（2）有利于投资中介机构的资本主义市场的发展提供了低成本多样化投资工具。册股东和公司经理之间的利益冲突，在册股东、机构投资者及那些机构股票的利益所有人之间也存在着利益冲突，出于以上原因，产生了一系列新的机构成本。主要投资中介机构的商业模式——如共同基金，其专注于通过相对优异的运转管理方式来增加资产——削弱了这些机构参与积极控制公司业绩组合的动力和能力。此类投资者将会保持“理智的沉默”——其愿意回应管理建议却不愿意提出建议。

我们假设，积极的股东被视为发挥了特殊资本市场的作用，为机构投资者作出决议提出建议。其能够带来以下影响：增强机构投资者的声音，增加投票的价值，从而减少我们所认定的机构成本。因此，我们反对最近提出来的管理改革，因其会通过增加在潜在目标中集合有意义的立足点的难度来削弱积极股东的经济动力。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 4 期【2013 年 5 月】第 863 页以下）

作为结构性保障的例外条款

The Exceptions Clause as a Structural Safeguard

长期以来，学者们都将美国宪法第三条的例外条款视为对最高法院中央宪法功能的严重威胁，该宪法功能表现为为联邦法律建立确定、统一的规则。本文认为，学者们忽视了例外条款的重要作用。议会一直运用其广泛的“例外权力”去促进，而非削弱，最高法院的宪法性作用。本文吸收社会科学的观点，认为议会存有这样的动机，即运用其对联邦管辖权的控制以促进最高法院在解决争议性联邦问题中的作用。重要的是，此观点具有相当牢固的历史支撑。当最高法院的强制上诉案件增加到单个法庭无法处理的地步时，议会便根据例外条款行使其权力以作出回应。议会对最高法院的强制上诉审管辖权作出例外规定，通过调卷令以酌情审查代替法院的上诉审管辖权——正是如此，最高法院能够集中其有限的资源解决重要的联邦问题。因此，与传统的说法相反，议会其实经常运用其广泛的例外权力以保障最高法院在宪法制度中的作用。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 4 期【2013 年 5 月】第 929 页以下）

找出诱发因素：对巡回法院审查“迫害者除外”原则的分析

Pulling the Trigger: an Analysis of Circuit Court Review of the “Persecutor Bar”

Martine Forneret

美国的移民和国籍法案中包含一条规定，通常被称为“迫害者除外”原则或“迫害其他人除外”原则，即某一外国人尽管满足庇护的标准，但在其本国一直是“迫害者”，则应禁止给予其庇护。由于司法机构和立法机关都没有对“迫害”进行详细的定义，因此移民上诉委员会和巡回法院对“迫害者除外”原则的适用导致了法律上的复杂化情形。因为被称为迫害者的庇护申请者经常本身正在逃离迫害，因此该领域内明确性的缺乏会对那些寻求美国庇护的人造成毁灭性的影响。

这篇文章说明了“迫害者除外”原则在巡回法院不一致的适用是如何产生了对庇护申请者不平等的待遇。本文通过鉴别影响法院对“迫害者除外”原则进行分析的“诱发因素”，对以该原则为基础的审查拒绝庇护的巡回法院案件进行分类。本文认为，一个正确的分析要求，首先，对“迫害”的明确定义，其次，对强调庇护申请者与迫害行为之间关系的诱发因素进行全面、精准的调查研究，而非单单基于实施迫害行为而严格适用除外原则。通过研究历史和“迫害者除外”原则的潜在目的，以及国际上的标准，本文提出巡回法院在

审查适用“迫害者除外”原则时，应该在具体情形中对多重诱发和减轻因素进行平衡查验。

（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 4 期【2013 年 5 月】第 1007 页以下）

保持分离：第一款，第五条款以及议会 在修改宪法程序中有限而明确的作用

Keep'em Separated: Article I, Article V, and Congress's Limited
and Defined Role in the Process of Amending the Constitution

Alexander White

2011年8月，奥巴马总统签署了《预算控制法案》，该法案允许美国继续对外借款以履行其法律义务。《预算控制法案》中包含一条规定，如果议会两院都通过一项平衡预算修正案，则可以增加1.5万亿美元以提高债务总额上限。

本文认为，运用第五条款修改程序达成一个合法的结果在合宪性上是可疑的，并且使得通过第五条款程序达成第一款结果的立法同样是有问题的。本文认为，从更广泛的意义上来说，有关第五条款的文稿、历史及理论都指出其与第一款应完全分离，允许第一款和第五条款的合并将会有害于我们的宪法设计。

本文对两种修改宪法的失败做法进行分析，假设如果议会能够自由行使其第一款的权力以影响第五条款修改程序，则这种失败发生的可能性会更小。文章讨论了宪法第十四条修正案的通过，作为证明该规则的例外，本文认为内战后南方各州不确定的地位使得原本有问题的议会行为合理化了。本文最终得出结论，几个世纪以来将第一款与第五条款分离的做法应当保存下来。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 4 期【2013 年 5 月】第 1051 页以下）

总统权力，历史实践与法律限制

Presidential Power, Historical Practice, and Legal Constraint

Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison

总统的法律权力范围部分是由历史实践所决定的。这篇文章意在使人们更好地理解此

种以实践为基础的法律是如何限制总统权力的。部分由于这一领域内司法审查可行性的有限，一些评论家因此提出总统权力已经不受法律约束，现在仅仅或主要是由政治所控制。同时，我们所熟悉的针对总统权力进行的政治审查，其以任何系统性或可靠的方式工作的能力受到越来越多的怀疑。因此，以实践为基础的法律是否或如何限制总统权力是很重要的问题。正如本文所述，法律限制需要什么，以及其如何联系不同但相关的现象，如对于法律内容真正的争议，如果没有对这些问题进行详细的说明，那么对于以实践为基础的法律是否或如何限制总统权力问题的研究就不会成功。在尝试此类说明之后，本文确立了各种内部和外部的因果机制，通过这些机制，法律，包括以实践为基础的法律能够限制总统权力。本文认为，在其他方式之中，法律限制总统权力的一种方式是通过一个简单的事实，即在法律上总统权力问题饱受公众批评，同时也被予以捍卫。本文结尾处提出了一些方法以进行可行的实证研究。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 4 期【2013 年 5 月】第 1097 页以下）

（孙亚男 译）

（戚小乐 校）

机构独立惯例

Conventions of Agency Independence

Adrian Vermeule

通常认为判断机构独立的法律标准是该机构负责人是否可以随意撤销或仅仅是在具备一定事由时方可撤销。然而，在判断运营独立性时此标准不是必需的，并且在该情形下此判断标准显得不够充分。许多重要的机构因其负责人缺乏因故任期保障而通常被视为是独立的，而其他负责人享有因故任期保障的机构，据大家所说，则完全依赖有组织的利益集团，白宫或是立法者和立法委员会。本文认为联邦律师所称的“惯例”发挥了至关重要的作用。缺乏因故任期保障却仍能在运营上保持独立的机构受不成文惯例的保护，不成文惯例限制了政治家们企图撤离其成员或直接行使自由裁量权的行为。这些惯例反映了相关法律共同体和政治共同体内的规范，这些规范对违反机构独立的行为施加处罚或是创造信仰或内在的道德责难以保护独立。相反地，在机构享有法定的独立性却缺乏运营独立性的情形下，相关政治家之间的互动并没有产生保护性的惯例。透过惯例可以帮助解决关于总

统、立法者、法官的行为的难题以及其他的与机构独立相关的难题——包括最高法院在自由企业基金诉美国公众公司会计监督委员会一案中关于美国证券交易委员会的独立性的令人费解的处理方式。通过承认机构独立的常规属性，美国法院能够将来自于联邦法律体系法院的想法进行融合，这些想法使得惯例与成文法规则相协调。本文最主要的建议是美国法院应当采用指导性的联邦方法，根据此方法法官也许可以间接地“识别”出惯例并将它们融合进对成文法的解释中，但是不直接将惯例作为独立式的义务强制执行。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第5期【2013年6月】第1163页以下）

定义“发现”条款：推定发现和非法再入美国罪

Defining “Found in”: Constructive Discovery and the Crime of Illegal Reentry

Jason D. Anton

在过去的数十年间，非法再入美国犯罪已经上升到一个突出位置。这不仅是最常见的联邦移民入境指控，而且是最常被起诉的联邦犯罪。实施违法入境美国犯罪的成本已经提高，移民及海关执法局（ICE）现在处于资源特别紧缺状态。在此背景下，本文讨论了管制非法再入美国法规中的一个模糊条款，关于它的解释能够对其执行产生实质性影响，由此可推论，该影响的对象也包括法律想要保护的安全利益。任何个人在被驱逐后“在任何时间在美国……被发现”，他就犯了非法再入美国罪。联邦巡回法院用不同的方法解释此“出现”条款。特别地，他们就以下问题产生分歧，即：如果通过履行勤勉义务，以实施法律强制执行权威为典型，联邦政府有能力亲自获知个人非法出现在美国境内，那么当其得知个人非法出现在美国境内（比如说，被“发现”）时是否应该受到归责。如果这样一个“推定发现”的标准被采用，一个给定的非法再入美国可能被认为是“完整的”，法规规定的五年时效将开始计算，而如果要求政府必须实际发现非法再入美国的事实，那么起算点要比这晚得多。本文在权衡了每个解释的优点后，包括对移民及海关执法局和未来被告人的影响，也考虑了“被发现”条款的不充足的立法历史，给出了一个折中建议。本文认为，法院归责联邦政府的情形仅限于联邦政府知悉非法再入者的身份，比如说，某人在法律上不允许出现在美国的事实，那么并不是他的出现，也即，而是他的物理位置在美国的事实。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第5期【2013年6月】第1239页以下）

临时的还是强制的？

警察和公民产生交集时身份证明的保留

Casual or Coercive? Retention of Identification in Police-citizen Encounters

Aidan Taft Grano

在博斯和德雷顿案中，最高法院宣布在回答第四修正案扣押问题时本身违法规则是不适当的，“有正当理由的公民是否可以自由地离开？”但是，如果可能的话，行人面对警察时的一个因素是否会因其固有的强制性而变为决定性因素？哥伦比亚特区和第四巡回法院对警察身份证明文件的保留是否构成这样一个因素明确提出异议。哥伦比亚特区巡回法院认为此类保留是自身违法的没收，因为当公民的文件在警察手里时她不能自由地离开。相反地，第四巡回法院驳回了这一推理，理由是公民总是可以要求归还其文件。然而，与其强烈的措辞相反，最高法院对本身违法规则的驳回并不是那么绝对，并且，在事实上，在单一要素具有固有强制性时本身违法规则是适用的。第四修正案体系的两个相关的领域——停车检查和自愿同意——证明了法院通常承认警察保留文件所固有的强制性。此外，第四巡回法院的方法不能准确地反映公民在这些情形下真实的情绪控制，正如最近的实证研究所探究的一样。相反地，哥伦比亚巡回法院的方法考虑到在警察保留身份证明时存在的权力悬殊。本身违法规则不仅仅为法院阐明了标准，而且创造了明确的行为规则并将监控强制力的责任赋予了最有能力做到的警察。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第5期【2013年6月】第1283页以下）

预览审判

Trial by preview

Bert I. Huang

在庭审前作出规划以透露更多关于在庭审期间将会发生的事情已经成为现代民事诉讼程序热衷的事情之一。今天，诉讼当事人事先查看他们将要使用的证据被视为是理所当然的事情。此种做法被赞扬，因为标准理论认为它会促使当事人达成和解；如果每个人都知道了将要发生什么，为什么还需要花费财力进行庭审呢？然而，有一个复杂的因素很少被注意到：预览证据的影响与当事方了解他们未来观众的程度交织在一起，这些观众是在

庭审中认定事实的法官或陪审团。理论和政策都严密地关注预览证据，却几乎没有注意到预览证据的互补效应。此种相互作用如何可能影响主流解决理论的问题还有待阐明。本文开始填补此空白。本文也呈现了来自于联邦法院一项政策实验的初步的实证研究结果，该政策实验是由最近的民事诉讼改革所引起的。数据显示目前对证据预览的使用也许引起了由陪审团审判和由法官审判之间的矛盾。审判确实“正在消失”——但是不是所有的审判均以同样的方式消失。相比于陪审团审判，预览政策可能更能加快法官审判的衰落。新的政策问题从数据和理论分析中形成，本文探索了对不对称预览影响的认识是如何预示当前关于诉讼价值和政策设计的争论的。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第5期【2013年6月】第1323页以下）

宪法中的情理论证

Pathetic Argument in Constitutional Law

Jamal Greene

情理论证，或是建立在怜悯基础上的论证，通过吸引读者或听众的情绪来说服他们。在亚里士多德的经典处理方式里，它与逻辑论证同时存在，提倡演绎推理或归纳推理；道德论证则依靠演讲者的品格。情理论证在宪法中很常见，在其他的实际论述中也是如此——想想“可怜的约书亚！”但是，当此类呼吁出现在司法意见中时，现有司法实践的报告并没有为理解它们的地位及限制提供资源。本文开始填补这个空白。情理论证是宪法性论证与其他协商领域共同接受的说服模式之一，虽然它充其量可以被用来在一系列论述范围内使论证更加详尽——文本，历史，结构，先例以及结果——这些使得宪法成为政治的一种独特的形式。客观地说，情绪性的诉求在以下情形中最易合法化：在寻求声明而不是适用法律的裁决中；在单独的文书中；当面向宪法论证中被接纳的主体而不是案件的最终结果；当他们唤起别人的而不是关于自己的情绪时。关于情理论证在宪法中合适地位的准确描述对于理解其在宪法性论述中要涉及什么及不涉及什么非常重要。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第6期【2013年10月】第1389页以下）

知识产权抗辩

Intellectual Property Defenses
Gideon Parchomovsky & Alex Stein

本文证明了所有的知识产权抗辩都可以被归纳进三种概念性范畴内：普遍抗辩，个别抗辩和类抗辩。普通抗辩挑战了原告知识产权权利的有效性。一旦成功提起诉讼，它会使原告的权利归于无效并且解除了不仅是被告，而且是全世界对该权利的遵守义务。个人抗辩在范围上要窄得多：其成功的抗辩击败了原告所主张的具体侵权索赔，但这丝毫不影响原告的权利。类抗辩形成了一个介于两者之间的范畴：他们为一群包括被告在内的使用者创建了一个免疫区，但不会使原告的权利归于无效。然后文章显示出社会对成功提起类抗辩和普通抗辩的特殊兴趣。这些抗辩排除了不必要的知识产权保护，并且因此促进了改革、创新和竞争。然而，因为被告并未获取与类抗辩和普通抗辩相关联的全部社会利益，他们在此类抗辩中的投资就低于社会最优水平。为了解决此问题，本文建议提起类抗辩或普通抗辩的被告可以起诉其他潜在的被告。为此，本文研究出了两种机制：“阻却事由”和“偿还”。这两种机制都允许被起诉方拒绝参与进诉讼中，但其必须为该拒绝承担一定的后果。在阻却事由机制下，选择退出的当事方将会被禁止提出任何原被告没能成功主张的普通抗辩或是类抗辩，如果是由同一原告起诉的话。偿还机制对选择退出的当事方没有设置任何程序上的限制。相反地，它要求退出方在原被告在类抗辩或普通抗辩中获胜的情况下支付其一定比例的诉讼费用，因为他们也从其努力中获益。本文最终赞成偿还机制。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第6期【2013年10月】第1483页以下）

法官中的管理者：考察证券交易委员会和特拉华州衡平法院平行信息披露制度

The Regulator in Robes: Examining the SEC and the Delaware Court of Chancery's Parallel
Disclosure Regimes
David Friedman

特拉华州衡平法院是一个独特的法院，其专门从事事务性的审判。由于衡平法院接触大量的公司诉讼并在这方面具有专业知识，对于大多数公司而言衡平法院的判决就是“规则”。然而，在公司法领域衡平法院不是唯一的角色，也不是最具权威的。证券交易委员会能够通过创造联邦公司法对州法律进行干预，并且它已经这么做了。近年来，衡平法院

已经在公司法的一个领域作出了许多判决，如向股东披露信息方面，这长期与证交会产生联系，对行为人决定其遵守这两种“规则制定”制度产生影响。本文将衡平法院的裁决作为一种案例研究，以突出证交会和衡平法院披露“规则”和“规则制定”中的实质性差异和程序性差异，该裁决解决的是金融顾问在控制权变更交易工作下所隐含的潜在冲突的披露问题。本文描述了衡平法院是如何填补证交会在披露潜在顾问冲突方面管制上的空白的。本文也将证交会的规则制定程序和衡平法院的规则制定程序作了对比，以显示在控制权变更交易中信息披露管制的两种截然不同的方式。尽管证交会和衡平法院都有相当本地体质性优势，但是维护两个独立的信息披露“监管者”需要付出代价，并且强化了协调一致将会很有价值。本文评估了可能的解决方案以更好地兼顾证交会的目的和衡平法院积极参与确定披露义务的现实。文章总结：证交会应当使衡平法院的判决法律化，将它们纳入正式的规则制定过程中。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第6期【2013年10月】第1543页以下）

死亡阴影中的“消磨时间”：为什么死刑

执行前系统性的拖延是残忍且非寻常的

“Killing Time” in the Valley of the Shadow of Death:

Why Systematic Preexecution Delays on Death are Cruel and Unusual

Angela April Sun

自从美国最高法院在1976年恢复死刑以来的近四十年内，到2011年底美国国内判刑和执行间的平均期限已经稳步增加到16.5年。在各州，例如加利福尼亚州，到2008年底从判刑到执行的总间隔时间超过20年。死刑犯们在过去的几十年间已经提出了奴役诉讼以对这些延长的死刑拖延时间作出回应——诉讼针对的是根据第八修正案已构成残忍且非常规惩罚的过分拖延死刑执行前期限的行为。这些诉讼请求在下级法院普遍败诉了，尽管两名最高法院的法官坚定地支持这些主张并再三表示这些索赔具有法律依据。本文考察了两个奴隶索赔的现有构想并主张奴隶索赔失败的原因是他们错误地将重点放在了针对个别囚犯的延误上。这些索赔对第八修正案论证个案分析的方法不足以挑战更大的困扰类似于加利福尼亚等各州的系统性延迟现象，造成系统性延迟的主要原因是各州在死刑管制方面的缺陷而不是因为州或是被告在具体案件审判之后过程中的行为。本文有两个切入点，一是

对几个州死刑管制的实证研究结果，第二个是基于一个事实，即：在死牢内的漫长时间并不是某些死刑犯独有的现象，而是某些州所特有的。本文因此得出结论：系统性执行前延迟中固有的对第八修正案的违反是各州正在实行一项区别于死亡的痛苦的惩罚——即，“死亡阴影”笼罩下的生活。根据第八修正案，这个新的惩罚断然是残忍且不正常的。随着其他宪法性的违反，各州能够并且应当为施加此种惩罚承担责任，甚至是——并且特别地——州采取此措施的政策没有被立法所承认的情形。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第6期【2013年10月】第1585页以下）

隔离董事会以便为长远价值服务的荒诞说法

The Myth that Insulating Boards Serves Longterm Value

Lucian A. Bebchuk

根据公司法著作和辩论中有影响力的观点，来自股东的压力导致企业采取从长远角度看成本很高的短期行动，让董事会与此类压力绝缘为公司及其股东的长远利益服务。此隔离董事会主张已经在许多文本中被经常性引用，用以支持对股东权利及其干预的已有的限制或更加严格的限制。本文对此观点进行了综合性的考察并发现了其不足之处。与隔离提倡的常规性假设相反，狭隘的投资视野和低效的市场价格的存在并不必然意味着隔离董事会能为长期价值服务。尽管隔离董事会可能产生一些有利的长期影响，本文认为它也能产生巨额的长期费用。更重要的是，现有的实证证据并不能为隔离董事会从长远看提高了整体价值的主张提供支撑。相反地，证据倾向于认为：目前的或是更高层次的隔离董事会不能为公司及其股东长期利益服务。文章得出结论：政策制定者和机构投资人应当拒绝以长远价值的名义提出的隔离董事会的主张。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第113卷第6期【2013年10月】第1637页以下）

（戚小乐 译）

（孙亚男 校）

掠夺性定价和补偿

Predatory Pricing and Recoupment

掠夺性定价是一项为确保垄断利益的两步走战略。在第一个步骤——掠夺性定价阶段——某一公司为了将其竞争对手挤出市场，通过迫使其同样亏本销售，而以低于成本的价格进行定价。如果成功，该公司可以进入第二个步骤——补偿阶段。等其有了自己的市场，现在已经占据支配地位的公司再制定一个垄断价格来弥补其在掠夺阶段所蒙受的损失，并争取在未来获得源源不断的垄断利润。

掠夺性定价违反了谢尔曼法第 2 条，即禁止使用不正当竞争行为来获得或保持垄断势力。掠夺性定价是不正当竞争行为的一种形式，然而，许多法官和学者，认为掠夺性定价并不存在，因为两步走战略包含着先前重大损失和很低的成功几率。该种怀疑论已致使法院在依据第 2 条提出的掠夺性定价索赔案中设定补偿要素。该补偿要素要求反垄断原告提出掠夺性定价主张来证明被告能够取得垄断势力，以及制定了一个足够长远的垄断性要价以使其整个计划有利可图。反垄断责任成为了被告收益性的一项功能。

本文讨论了补偿要求的演变和基本原理。其揭示了法院对补偿的分析为何总有缺陷，很大程度上是因为法官错误地假定可预防补偿的市场准入很简单。本文接着阐明了现已存在的多种补偿方式，包括在其他市场获取补偿和通过同业联合或寡头垄断价格获得补偿。尽管已经存在各式各样的补偿模式，联邦法院仍然不时的以一种看起来不可能满足的方式将补偿要素结构化。本文提倡更加微调的补偿分析。

在探究了对补偿要求的司法误用之后，通过揭示即使实行掠夺性定价行为的公司最终没有能够弥补其损失，但其掠夺性定价行为仍将损害消费者利益和市场竞争，本文对这一要素的潜在前提提出了质疑。从根本上而言，该补偿要求并未将不正当竞争行为和良性（或有益）竞争行为相区分。通过解释为何在掠夺性定价诉讼中排除补偿要求将更符合反垄断法的目的，本文作了总结。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 7 期【2013 年 11 月】第 1695 页以下）

新新所有权

A New New Property

David A. Super

Charles Reich 于 1964 年所写的富有远见性的文章《新所有权》，为程序性正当法律程序的变革铺设了道路。然而，它并未实现 Reich 的主要既定目标：为那些依赖于政府救济生活的人提供同长期以来已向不动产所有者们提供的财产权那样的保障。

正如 Reich 自己的预测，正当法律程序已证明在很大程度上是不起作用的，尤其对低收入者而言。自他写作后半世纪以来，逐步拉大的财富分配不均和扶贫计划中的一再削减已引起了他所预言的普遍不许可，但是却集中于社会的某一部分。这与一个健康的民主政治是不相容的。

Reich 发现，政府的慷慨赠与从功能上来看很大程度上已经相当于传统的所有权形式。其他与所有权相类似的概念同样可以保护低收入者，支持对低收入者所拥有的最重要的财产的认可，而其中大部分只是关联资产而非有形资产。

就像是通过时效占有，长期侵入者可获得所有权，已长期共同居住于本国的家庭应当被许可继续这样做，即使其中部分成员是非法移民身份。法律应重视该群体，以和它们对共同利益体大致相同的方式向低收入者提供相互扶持。长期以来在缺乏经验者面对内行经营者时起保护作用的平等原则应在反对滥用终止回赎权以保卫低收入者的家园时重演。并且，现代征用条款学说应当将供生存的政府福利视为拥有所有权。

一项能够确保对社会广大群体的幸福而言最为本质的物权法管理体制，而非只是保护那些富人所拥有的不成比例的财富，将更好地促进全体人民的社会、经济和政治参与。

（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 7 期【2013 年 11 月】第 1773 页以下）

对税务提起分享诉讼？：从各州得到的经验教训

Qui Tam for Tax?: Lessons from the States

Franziska Hertel

逃避纳税的欺诈行为每年使联邦政府损失数十亿美元。以个人代表政府提起诉讼为特征的分享诉讼，成为政府同许多类型的欺诈作斗争时的有力手段。然而，《虚假陈述法》——联邦法院最有效的分享诉讼机制，专门将逃避纳税的欺诈行为排出在其范围之外。认识到了该覆盖范围中的空白，美国国内税务署已创立一个告发者计划，即向对受该署关注的欺诈行为提供信息的个人支付报酬。而另一方面，一小部分州，允许以违反税法规定作为理由提起分享诉讼。

本文重新审视了联邦《虚假陈述法》，并将其与另外三种不同的将个人纳入逃避纳税的欺诈行为之诉的模式进行了比较：美国国内税务署告发者计划，暗含授权对税务提起分享诉讼之意的《虚假陈述法》，以及《纽约虚假陈述法》——第一部明文授权针对逃避纳税的欺诈行为提起分享诉讼的法律。本文进一步认为，相较于告发者计划而言，分享诉讼并不比其使纳税人的隐私以及税法一以贯之 and 精确的适用更加受到威胁，并支持某些州的实践已证明在逃避纳税的欺诈行为领域中其可以降低与分享诉讼相关的潜在风险。

审查过分享诉讼相对于告发者计划所展现出来的巨大优势之后，本文总结道，联邦政府和各州应当修订其《虚假陈述法》以允许指控逃避纳税的欺诈行为之分享诉讼。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 7 期【2013 年 11 月】第 1897 页以下）

司法计算：抵押贷款欺诈的赔偿计算

The Arithmetic of Justice: Calculating Restitution for Mortgage Fraud

T. Dietrich Hill

《强制被害人赔偿法》要求对包括财产在内的联邦犯罪进行赔偿。尤其是，被告需返还所有取得的财产，或者如果已返还不能，则需支付被害人的损失，这将与该财产的部分受偿相抵销。在抵押贷款欺诈案件中，这通常包含贷款方亏损的计算——尚未支付的贷款——和贷款方通过该贷款的抵押物的价值来抵销亏损。各巡回审判区对如何将追缴的抵押物视作对赔偿的抵销有不同的意见：其价值应根据经评估的公平市价来确定，还是反之，通过受害贷款方卖出时的最终止赎价格确定？本文总结认为，法院应推定使用止赎价格，除非当该价格显现出并不接近于归还日的价值之时。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 7 期【2013 年 11 月】第 1939 页以下）

法律多样化

Legal Diversification

Kelli A. Alces

对投资者而言，面临与资本投资相关的风险时所拥有的最好的保障是多样化。本文为投资者引入了多样化的一种新维度：法律多样化。投资的法律多样化意味着建立一系列受种种法律规则约束的担保。法律多样化保护投资者免受最小化中介费用将证明无效的特定方法之风险，并允许投资者在各式各样的公司中获得保障，每种保障都受针对投资环境的一套最有力的法律规则的控制。通过法律规则使投资多样化是可能的，因为公司在组织和筹集资金时可以从各种各样的法律规则列表中进行选择。

本文为文献做出了若干贡献。通过引入法律多样化，本文揭示了关于投资者、发行人，和社会该如何从商业中通过一系列法律规则来控制投资从而受益的一种全新认识。公司法学术研究长期以来一直提倡保留一系列公司可根据其进行组织的规则，但它仍尚未考虑在市场竞争显现出“最佳”规则之前，投资者们该如何利用那种多样性以自保。通过突出另一个原因，即法律规则的多样性对健康的资本市场十分重要，法律多样化同样还为近期强调多样性在金融监管中的重要性的文献做出了补充。通过解释多样化为什么是对投资者的有力保护以及其是允许公司选择最有效的法律规则来控制其组织和经营最不可或缺的机制，法律多样化填补了文献中提倡监管多样化这部分的空白。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 7 期【2013 年 11 月】第 1977 页以下）

在金融服务监管中避免实体中心主义

Escaping Entity-Centrism in Financial Services Regulation

Anita K. Krug

正在进行中的关于金融服务监管的讨论之中，一个极其重要的主题一直没有被认可，更遑论解决。那个主题就是本文所说的金融服务监管中的“实体中心主义”。法律和法规是以实体为中心的，金融服务公司被假定为是一个独立实体，其与任何其他实体分开经营且独立于任何其他实体。因此，他们以实体为中心，他们包含的具体要求和义务仅适用于抽象和独立的“公司”，几乎没有联营，母公司，子公司或多实体企业。控制型实体中心主义并不是个孤立现象，因为其渗透在控制公司运营各个方面的法律和法规之中。此外，其还可见于覆盖金融服务活动多种形式的法律和法规之中。换句话说，实体中心主义在金融服务监管中随处可见。这也很成问题。

本文呼吁对在金融服务监管中显现出的实体中心主义加以关注，揭示了为何实体中心

主义与监管目标相抵触，并评估了对该现象的可能的解释。其主要是通过评价近期的两个监管失灵来进行的，其中显露出关注于实体的法律和法规给予实体界对各种途径的特权，在这些途径中多个实体（或实体和个人）作为一个联合投资企业共同工作。因此，本文认为金融服务监管应当看看过去的实体界限，并且立法者和监管者应当考虑得更加深远、具有批判性，和创造性，以解决该实体中心主义所造成的持续且重大的监管困难。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 8 期【2013 年 12 月】第 2039 页以下）

一叶障目，不见泰山

Missing the Forest for the Trolls

Mark A. Lemley & A. Douglas Melamed

专利蟑螂们受到越来越多的谴责，因为专利诉讼的成本不断增加以及看似过度的损害赔偿判决和专利权使用费。有许多可以支持该项指控的证据。蟑螂们目前占据所有专利主张的绝大部分，比实际利用该专利的公司赢得了更大量的裁判和更多的处理，并且尽管有投诉及一些证据指出其主张的是弱保护专利，其仍然照做不误。尽管如此，笔者认为对蟑螂的关注掩盖了专利制度中更为复杂且根本的问题。存在至少三种不同的已改变对专利制度的影响的蟑螂商业模式。基于笔者对专利主张的经济学审查，笔者发现实践主体提出的专利主张可能会产生这样一个问题，虽然有时与蟑螂们不同，但至少与蟑螂们带来的问题代价一样高。与专利蟑螂相关的许多问题实际上是源于互补性专利分散落入多人共有引发的问题。笔者的审查超越了分类和对“坏蛋”的探求，反之，指引我们去关注由专利制度所产生的问题的各个方面，以及将使其得到改善的专利法中的改变。这些改变包括更新发行专利和专利赔偿的标准，以及实施减少专利滥诉的措施，并提高对分散的专利档案的法律审查。笔者总结认为，蟑螂们只是专利制度中蕴含的巨大缺陷的征兆，而那些仅着眼于蟑螂的人实际上已经因为蟑螂而错过了整片森林。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 8 期【2013 年 12 月】第 2117 页以下）

为什么 Wright 案是错误的：

第三巡回法院是如何再度曲解破产法的

Why *Wright* Was Wrong: How the Third Circuit Misinterpreted the Bankruptcy Code ... Again

Alisha J. Turak

请求支付的权利是否是一种“债权”是破产法中最重要的界定因素之一，因为只有“债权”才能受到破产进程的支配，包括非常重要的自动中止程序及解除规定。破产法（“法典”）中第 101（5）条提出了对“债权”的定义，但各法院对该定义下“有权要求支付”所覆盖的范围方面存在很大不同。二十六年前，在关于 M.Frenvill Co. 的案件中，第三巡回法院作出了“依据当前破产法典做出的最为人诟病和最不遵循先例的判决”，它创造了过于狭隘的国家法律附加准则。第三巡回法院最终于 2010 年听从了该批评并在关于 Grossman 的案件中推翻了 Frenville 案的判决，在其中采用了在先诉状关系准则。在 2012 年 5 月判决的 Wright 诉 Owens Corning 一案中，第三巡回法院打算澄清其新准则的范围。然而，与澄清相反，审理 Wright 案的法院扩张了第三巡回法院“债权”的范围，从而将那些因在先判决，而非在先诉状、关系等而成立的债权包括进来。他这么做并未充分考虑法典用语及其判决的政策含义。本文认为，为了与法典的语言和政策保持一致，“债权”准则应当着眼于提交诉状的日期，而非确认之日，因此 Wright 案的判决是错误的。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 8 期【2013 年 12 月】第 2191 页以下）

对着相机微笑，世界将看到那张脸：

脸部特写中隐私权益的困境

Smile for the Camera, the World Is Going to See That Mug:

The Dilemma of Privacy Interests in Mug Shots

Gregory Nathaniel Wolfe

依据信息自由法案(FOIA)，个人可以要求某些机构出示录像，包括从联邦机构处获得脸部特写。直到 1996 年，美国法警局 (USMS) 的政策是援引信息自由法案中扩大化的实施豁免——豁免条款 7（C）来拒绝提出的脸部特写的要求。然而，1996 年，第六巡回法院在底特律自由报诉司法部一案的审理中发现，脸部特写并未影响被捕者的隐私权，并且因

此，豁免条款 7（C）并不适用。由于信息自由法案的自由选择审判地条款，底特律自由报实际上已经对整个国家产生了影响：距离起源于第六巡回法院的对脸部特写的要求已那么久，无论美国法警局最初是从何取得该脸部特写的，美国法警局已解除了脸部特写。事实上，近期分别由第十一和第十巡回法院作出的两个相反的判决——**Karantsalis** 诉司法部和世界出版诉司法部，并未对争端产生任何实际影响——美国法警局甚至在这些行政辖区内仍然必须按照底特律自由报一案解除脸部特写。

法律上无效的 **Karantsalis** 案和世界出版案中的遗留问题已为美国法警局几乎必然试图挑起（或者说可能已在煽动过程中了）与第六巡回法院的另一个争端创造了环境，通过有争议的行政非可得来诱导巡回法院重新考虑联席审理底特律自由报一案中的问题，并且即使在第六巡回审判区内也单方面地拒绝公开脸部特写。在该争端暴露的同时，一个关于回应商业性脸部特写数据库的脸部特写披露的优点的争论也随之产生——无论是从联邦还是州层面获取的脸部特写，网站都为了盈利将他们发布到网络上。本文指出，应当支持第十和第十一巡回法院的判决来解决该争端：在脸部特写要求的案件中，法院应赞成机构援用豁免条款 7（C）以有利于保密。此外，鉴于根据行政非可得在司法内部解决该争端所引发的法律并发症，本文提出了一个能够同时在联邦和州层面处理脸部特写问题的全面的法律解决方案。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 8 期【2013 年 12 月】第 2227 页以下）

版权侵权市场

Copyright Infringement Markets

Shyamkrishna Balganesh

版权侵权索赔是否应被视作可流通资产？版权法一直强调其专有权利自由和独立的可转让性。然而，对侵权提起诉讼的权利——版权法授予作者的为了实现其专有权利运行的权利——从来没有被认为是可以独立让与的，或者甚至是作为第三方投资的目标。因此，关于版权法和政策的讨论很少考虑新兴的收购和投资可提起诉讼的版权索赔市场的可能性，以及这样一个市场可能给版权目标，宗旨和运作带来的优势。本文分析了版权索赔所呈现出的机遇和挑战以及版权索赔的一个独立市场，并认为版权法，政策及实践将坚持

在侵权索赔的收购、融资、促进、辩护等方面从第三方受管制的参与中受益。（【美】《哥伦比亚法律评论》第 113 卷第 8 期【2013 年 12 月】第 2277 页以下）

（茹 翼 译）

（陈 丽 校）

隐含的公共诉讼权

Implied Public Rights of Action

Seth Davis

本文分析了联邦法院在立法机关保持沉默时提供公共救济的权力。例如对私权当事人，美国政府及各州政府经常会要求一项提供司法救济或者特殊救济的权利，这些救济方式在联邦立法文本中并没有规定。学者们已经深刻探讨了隐含的私人诉讼权，但这些探讨几乎都忽略了隐含的公共诉讼权。本文填补了这一空白。特别的是文章认为当一个公共诉讼当事人以类似于私人身份起诉时，法院应当像对待私人诉讼当事人那样对其隐含的诉权加以适当的约束。相反，当一个公共诉讼当事人是以唯一的公共身份起诉时，对其诉讼权利明显更为宽松的隐含原则就是适当的。与一些传统观点相反，当一个政府以公法人资格起诉以保护普通财产和约定利息时，法院没有特别的理由去承认它的诉权。当一个政府试图用公权力实施替代对其公民私权利的私人实施时，联邦法院也不应该广泛的提供公共诉权。相比之下，当政府起诉是为了维护公共利益时，联邦法院应当更加宽松的支持隐含的公共诉权。在现代行政国家中，公共诉讼当事人经常要求隐含的公共诉权以贯彻落实管理规划。政府也可以为了维护它的机构豁免权和管理权威提出诉讼。政府行使的是权力而非权利，这似乎意味着为其提供公共救济是一个悖论。其实并非如此，这正是本文所述。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 1 页以下）

保护百分之一：相关女性利益者、过度负担 及不切实际的司法捷径

Protecting the One Percent: Relevant Women, Undue Burdens,

这篇文章的目的是分析一项广泛实施的堕胎条例的种类（即家长参与法）和此类条例对它们的目标群体——未成年怀孕者的影响。根据联邦最高法院的判例，只要堕胎条例符合“过度负担标准”，其就是合宪的，正如计划生育联合会诉凯西案中法院阐述的观点一样。通过依靠经验证据并推理论证过去在凯西案中法官曾使宾夕法尼亚州法规中有争议的婚约告知条款无效，本文认为家长参与法中尽管包含了“捷径”条款，但它给那些与该法规直接相关的女性群体造成了实质性障碍。由于凯西案中法院重点强调了“相关的女性群体”即“法规规制的百分之二的女性”，这些家长参与法造成的实质性障碍构成了一项不被允许的过度负担。和那些认为法律繁重但试图基于其他理由使那些繁重的法律无效的学者不同，本文回复本源，阐明了过度负担标准的含义及其条件，并认为根据凯西案中的过度负担标准家长参与法是违反宪法的，文章基于经验证据论证了这些法律对未成年人产生的不利影响，同时也说明了“司法捷径条款”的不切实际性。本文最后根据未成年人选择堕胎的宪法性权利及国家保护不成熟的未成年人的正当利益讨论了对家长参与法则的替代救济方法总结了全文。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 85 页以下）

解决“没有什么”的问题：地区法院如何应对集团诉讼背景下 第六十八条规则成本-转移条款的挑战

Addressing What Isn't There: How District Courts Manage the Threat of
Rule 68's Cost-Shifting Provisions in the Context of Class Actions

Jack Starcher

在将近二十年的时间里，法院一直在努力处理第二十三条集团诉讼规则和第六十八条规定的判断规则之间看似不可协调的冲突。这两条规则之间明显的冲突表现在推定提出集团代表之诉的填充与法院对集体认证动议的决心之间不确定的状态。在未被认定为集团诉讼之前，被告可以援用仅供作为个人时使用的推定集团代表使用的第六十八条。第六十八条规定的成本-转移条款迫使推定的集团代表要在完成集团证明前确定下来。这样第六十八条提供的独特解决之道可以在法院能够考虑集团认证的利弊之前直接认定推定的集团代表。因

此，当根据第六十八条的规则认定推定的集团代表时，就迫使法官去衡平第六十八条规则的解决目标与第二十三条的集团诉讼规则之间的利益关系，并考虑保护推定的集团诉讼成员的需要。这些问题已经通过对个人提议给予打击的动议引起了地区法院的关注。原告认为这些个人提议已经对推定的集团代表施加了不适当的压力，法院应当优先保护假定的集团。虽然大多数地区法院面临这个问题时同意原告的观点，并限制适用第六十八条规则的提议，但本文倡导了一种不同的解决方法。通过拒绝限制适用第六十八条规则的提议并向双方当事人提供指导意见，如该提议的影响，法院可以同时尊重第六十八条规则和第二十三条规则的立法目的。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 129 页以下）

现实世界中的成本效益分析：三十六问（及几乎一样多的答案）

The Real World of Cost-Benefit Analysis: Thirty-Six Questions

(and Almost as Many Answers)

Cass R. Sunstein

成本效益分析中一些最有趣的讨论往往是集中于极为困难的问题，包括灾难性情形、“厚尾性”现象、极端不确定性、代际公平和长时间范围内的贴现问题。然而，当其在政府实践的现实世界中运行之时，成本效益分析往往不需要探索特别困难的问题，而且当讨论极为困难的问题时，这些讨论倾向于支持标准化的方法和工具（此种方法和工具经常被记录在公共文档内，它们与行政部门具有密切联系）。通过分析涉及权衡公平交易和价值的特定情形下的讨论，发现这对自下而上的解决成本效益分析的问题是有用的，但并不是理论上的。为了提供一种更好理解成本效益分析是如何实际运用的方法，本文阐述了三十六种程式化的情形，并配合探讨了实践中如何处理这些程式化情形。权威文档的重要性是一个反复出现的讨论主题，这种现象只可能在一些正式程序后有所改变，其中的一种表现是“政府讨论”。本文还讨论了包括对非可量化价值的妥善处理等仍未解决的问题。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 1 期【2014 年 1 月】第 167 页以下）

美国行政高官的宪法性拒绝辩护

Constitutional Nondefense in the States

Katherine Shaw

虽然学者们一直在讨论总统拒绝为诉讼中受到挑战的议会立法进行辩护的权力范围，但至今仍没有对政府高官拒绝辩护进行过系统的审查，例如那些联邦政府官员，他们经常觉得自己左右为难，因为他们一方面要履行保卫议会立法的义务另一方面又要保持对联邦以及州宪法的忠诚。本文提出了一个问题，即在各州行政高官拒绝辩护的权力是如何被设想、行使和受到限制的，它们是在什么样的制度框架内行使并具有怎样的影响。本文通过利用大量的案例研究阐述了在美国行政高官拒绝辩护方法的初始分类，并认为这些拒绝辩护的实践可以带来重大的利益，文章提供了一组建议以确保当拒绝辩护的现场发生时，上述重大利益可以得到实现。虽然对联邦系统内的行政高官拒绝辩护给予批评的评论家担心这一权力的利用会造成威胁，使得党派偏见、不稳定和不确定性渗入到法律之中，但在美国的此类实践中，相当一部分拒绝辩护现象通常发生在对各种制度设计进行选择的背景下，这为那些反对意见提供了强有力的回应。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 2 期【2014 年 3 月】第 213 页以下）

选举和联合

Elections and Alignment

Nicholas O. Stephanopoulos

选举法学说长期以来一直以权利与利益平衡为主导，即平衡选举法规强加的权利负担与该法规服务的国家利益。在过去的几十年里，选举法方面的文章着重于强调与包括选举体制、竞争首脑在内的功能现状相关的结构价值。本文介绍了一种新的结构理论即联合方法，这一理论有助于重新梳理和统一许多选举法争议。该方法的关键在于选民的偏好应当同他们实际选举的代表相一致。对政党及政策这二者的偏好应当对应，且选民这样做时应当既考虑单一的地区管辖权也考虑整体的管辖权。因为联合方法源于民主本身的核心含义，因此它是具有吸引力的。如果人民是拥有主权的，那么站在他们所代表的位置上反映出来的应当是他们的倾向。该方法又是具有说服力的，因为其从最高法院判例法中找到了支持。虽然法院从来没有明确的表示支持该方法，但它已经意识到人民偏好一致性的重要性。然而，值得注意的是我们不要过分夸大该方法的效用。选举法具有的其他价值也很重

要且是不能被忽视的。此外，许多引起偏差的因素是与法律无关的，因此不能单纯的通过法律改革来解决。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 2 期【2014 年 3 月】第 283 页以下）

伊利原则和宪法第一修正案：Shady Grove 案后

联邦法院对州反对策略性诉讼法案的适用

Erie and the First Amendment: State Anti-SLAPP Laws in Federal Court After *Shady Grove*

Colin Quinlan

越来越多的州颁布旨在防止诉讼成本加重合法请愿活动的负担的法律。这些法律通常包括程序性保护，例如特殊的罢免动议。当各州的法律主张被联邦法院替代引用时，由于这些法律及其程序性保护涉及伊利原则和决策法案规则，而这些原则和规则导致一些联邦法院不适用这些法律或者是仅部分适用这些法律。通过解释授权法案规则符合联邦主义原则和宪法第一修正案，本文认为联邦法院应当全部适用所在州的法律保护向政府请愿的权利。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 2 期【2014 年 3 月】第 367 页以下）

机械枪支条款的犯罪意图问题

Unknown Elements: The Mens Rea Question

in 18 U.S.C. § 924(c)(1)(B)(ii)'s Machine Gun Provision

Stephanie Siyi Wu

美国法典第 18 卷第 924 节 (c) (1) (B) (ii) 条对在涉及毒品走私和暴力犯罪期间持有机械枪支的行为施加了一项额外的最低刑期为 30 年的处罚。在 2010 年之前，联邦法院在处理此类案件时通常会根据第 924 节 (c) (1) (B) (ii) 条的规定排除考虑犯罪意图要件，因为持有机械枪支是一个量刑因素而不是被告被陪审团认定有罪的因素。然而，2010 年联邦最高法院在美国诉欧·布里安一案中认为持有机械枪支是犯罪构成的一个要素，必须向陪审

团证明其已被排除合理怀疑。由于欧·布里安案中排除了一个主要的原则，之前的法院利用这一原则以证明解释第 924 节(c)(1)(B)(ii)条的犯罪意图要件具有合理性，本文考查了根据该条规定继续排除犯罪意图要件的其他观点。

本文还具体分析了第十一巡回法院和哥伦比亚特区巡回法院在欧·布里安案后发生的两个案件中的观点，在这两个案件中再次重申了他们之前根据第 924 节(c)(1)(B)(ii)条排除犯罪意图要件的观点。不同于第十一巡回法院和哥伦比亚特区巡回法院的观点，本文认为犯罪意图的解释原则没有强制要求根据第 924 节(c)(1)(B)(ii)条的规定排除犯罪意图要件。就是说，联邦最高法院审理的关于犯罪意图的判例法并没有提供一项事先准备好的解释标准以明确解决第 924 节(c)(1)(B)(ii)条的犯罪意图问题。但是，本文发现法院已经表现出一种隐含的关注以确保精神可责性同在某些犯意法学的领域内强加的惩罚是适当的。因此，法院应该要求展示持有机枪的犯罪意图，这样做会同法院潜在的关注量刑与精神可责性之前的相称性的意图相一致。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 2 期【2014 年 3 月】第 407 页以下）

我们可以通过普通投资者做得更好吗？

对挑战公司法的意识形态神学大师的务实的反应

Can We Do Better by Ordinary Investors?

A Pragmatic Reaction to the Dueling Ideological Mythologists of Corporate Law

Leo E. Strine, Jr.

在 Lucian Bebchuk 教授的文章《服务于长期价值的绝缘板的神话》中，他在所谓的“孤立的拥护者”和对以股东为导向的直接民主的支持者描绘了一个朴实的两分法。这篇论文一开始就拒绝简单粗暴地区分善与恶，并反之将关注点放在在一个有着“从所有权中分离出所有权”的时代里股东权利日益增加这样一个事实上。这种分离的增加是因为私有企业的直接股东一般不是直接投资者，而是金钱管理者，比如共有基金或对冲基金，这种管理者的利益通常不是与长期投资者的利益联系在一起的。这些实践表明 Bebchuk 教授主张的改革可能不会给一般的投资者带来更多实际的股东权益，并且他的主张——进一步扩大短期投资者权益范围不会向长期的团体利益妥协——尚有待证实。

本文总结了一些可以在现有体系中做出的改进的想法。这些建议无论从何种角度看都不激进，也不会撼动到股东的权益。更确切地说，这些建议认为那些掌握直接投票权的受托人应该用一种忠诚的态度去为那些交由他们掌控钱财的投资者创造最大的利益，包括要求激进的投资者去承担他们应承担的费用的建议，以及表露更多鼓励他们的讯息，这样选民们可以对他们的动机进行评价，并提供鼓励，这样可以更加有助于金钱管理者与一般投资者的这种持续的、健全的长期利益共同体的成长。总之，这些建议会创造一个更加合理
的责任体系，让一般投资者的受托人更多地关注那些对投资者、市民以及我们整个社会来说真正重要的事——通过基本的合理有效的经济活动来创造持久的财富。（【美】《哥伦比亚大学法律评论》第 114 卷第 2 期【2014 年 3 月】第 449 页以下）

（陈 丽 译）

（茹 翼 校）