

纽约大学法律评论

王健法学院编译室

二零一二年第三期

总第八期

目录

处在危机之中的最高法院：战争是如何仅仅只影响非战争案件的	
The Supreme Court during Crisis: How War Affects Only Non-war Cases	
Lee Epton & Daniel E. Ho	13
从皮草到鱼产：对于私人财产发展的重新思考	
From Fur to Fish: Reconsidering the Evolution of Private Property	
Katrina Miriam Wyman	13
寻求责任：红十字会，战地记者，以及国际刑事法院中的证明性特权者	
In Pursuit of Accountability: The Red Cross, War Correspondents and Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals	
Emily Ann Berman	14
评价不经撤销的发回：一项针对有缺陷的立法系统的法律补救方式	
Evaluating Remand without Vacatur: A New Judicial Remedy for Defective Agency Rulemakings	
Kristina Daugirdas	15
游移不定的经格尔斯：竞选同盟地区、基层党派以及可控制的选举作弊声明	
Gingles in Limbo: Coalitional Districts, Party Primaries and Manageable Vote Dilution Claims	
Luke P. McLoughlin	16
联邦死刑法案对波多黎各的适用对地方性不可行标准的新检验	
Application of the Federal Death Penalty Act to Puerto Rico: A New Test for the Locally Inapplicable Standard	
Elizabeth Vicens	17
医疗事故过失损害赔偿上限问题中的意外结果	
Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps	
Catherine M. Sharkey	18
计算信用之处：集团重新投资行为以及相关评论	
Credit Where It Counts: The Community Reinvestment Act and Its Critics	

Michael S. Barr	18
带回人民	
Bring the People Back in	
Daniel J. Hulsebosch	19
一次富有实用性的对话	
A Useful Conversation	
William Creeley	19
罪犯与平民：我们仍然能够区分他们的不同吗？	
Criminals and Commoners: Can We Still Tell the Difference?	
William H. Edmonson	20
布朗之死	
Brown's Demise	
James Marvin Perez	20
对行政管理的刺激性付款是如何否定自己且我们能为之所作的事物有哪些	
How Incentive Pay for Executives Isn't—And What We Can Do About It	
Meredith M. Stead	20
牺牲公众利益中的公司利润	
Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest	
Einer Elhauge	21
为生态系统创造市场：考察笔记	
Creating Markets for Ecosystem Services: Notes From the Field	
James Salzman	22
集体判断：统计方法，审议，与信息推广	
Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets	
Cass r. Sunstein	22
特定法律语境中的法定解释	
Statutory Interpretation in a Choice of Law Context	
Lindsay Traylor Braunig	23
我们在 21 世纪中的 18 世纪的宪法	
Our 18th Century Constitution in the 21st Century World	

The Honorable Diane p. Wood	24
女孩！女孩！女孩！：当最高法院面对你的齐臀小短裙	
Girls! Girls! Girls!: the Supreme Court Confronts the g-String	
Amy Adler	24
实证检验 Dworkin 的系列小说理论：研究先例的路径	
Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent	
Stefanie a. Lindquist & Frank b. Cross	25
使用国际法惯例确定对文化财产的盲目要求	
Using Customary International Law to Identify Fetishistic Claims to Cultural Property	
Tanya Evelyn George	26
公平贷款的新边界：放贷面临歧视前罪犯	
New Frontiers in Fair Lending: Confronting Lending Discrimination against Ex-Offenders	
Taja-Nia y. Henderson	26
通过生产和披露药品核准标示外使用的研究促进知情医疗措施	
Facilitating Informed Medical Treatment through Production and Disclosure of Research into Off-Label Uses of Pharmaceuticals	
Mitchell Oates	27
与军队一起：第一修正案中关于嵌入式新闻业的定义	
In Bed with the Military: First Amendment Implications of Embedded Journalism	
Elana j. Zeide	28
司法独立所面临的挑战	
Challenges Facing an Independent Judiciary	
Ronald M. George, Chief Justice of California	28
通过咨询委员会加强民意陈述：选举法的案例	
Representation Reinforcement through Advisory Commissions: The Case of Election Law	
Christopher S. Elmendorf	29
言论缺失：刑事被告的沉默行为	
Speechless: The Silencing of Criminal Defendants	

Alexandra Natapoff	30
工厂化农场污染的反身法解决方法	
Reflexive Law Solutions for Factory Farm Pollution	
Warren A. Braunig	30
全球环境威胁：安全委员会能保护我们的地球吗？	
Global Environmental Threats: Can The Security Council Protect Our Earth?	
Alexandra Knight	31
黑名单：对银行开户权的无理剥夺	
Blacklisted: The Unwarranted Divestment of Access to Bank Accounts	
James Marvin Pérez	32
Trinko 案之后的排他性行为	
Exclusionary Conduct after Trinko	
Frank X. Schoen	33
难以操作的“不易操作”标准	
The Unworkable Unworkability Test	
Lauren Vicki Stark	33
第十三个殖民地的宗教自由：殖民地和早期乔治亚州的政教关系	
Religious Liberty in The Thirteenth Colony: Church-state Relations in Colonial and Early National Georgia	
Joel A. Nichols	34
一种新的“非接触规则”：增加“非接触规则”，一项解决延期起诉后讯问嫌疑人问题的建议	
A “new” No-contact Rule: Proposing an Addition to the No-contact Rule to Address Questioning of Suspects after Unreasonable Charging Delays	
William H. Edmonson	35
增加《残疾人法案》和《家事和医疗休假法案》保护的告知制度	
Toward Increased Notice of FMLA and ADA Protections	
Debra L. Greenberger	35
舞蹈编排作品和版权保护中一个不可或缺的因素	
A Pas De Deux for Choreography and Copyright	

Joi Michelle Lakes	36
重新思考第八修正案：一个分析禁止过度刑罚的框架	
The Eighth Amendment Reconsidered: A Framework for Analyzing the Excessiveness Prohibition	
Samuel B. Lutz	37
可行性：对目击证人专门证词在联邦法院运用的一种特别观察	
Beyond Admissibility: A Practical Look at the Use of Eyewitness Expert Testimony in the Federal Courts	
Jennifer L. Overbeck	37
贡献：为 Kim 和她的世界	
Dedication: For Kim, and Her World	
Barry Friedman	38
介绍：Kim Barry 的富有成效的挑衅	
Introduction: Kim Barry's Fruitful Provocation	
Peter H. Schuck	38
回家与离开：出境移民背景下的国籍构建	
Home and Away: The Construction of Citizenship in an Emigration Context	
Kim Barry	39
回国	
Homeward Bound	
Anupam Chander	39
重新思考向国外移民者的公民权	
Rethinking Emigrant Citizenship	
David Fitzgerald	40
跨国政治与民主的国家--州关系：对移居在外者的投票与向外移民者保留国籍的规范挑战	
Transnational Politics and the Democratic Nation-State: Normative Challenges of Expatriate Voting and Nationality Retention of Emigrants	
Ruth Rubio-Marín	41

人才的竞赛：拥有高超技能的流动工人与具有竞争性的移民制度	
The Race for Talent: Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Regimes	
Ayelet Shachar	42
完善政治的移民大迁移	
Perfecting Political Diaspora	
Peter J. Spiro	42
出境移民与入境移民的政治经济	
The Political Economy of Emigration and Immigration	
Michael J. Trebilcock & Matthew Sudak	43
最佳实践	
Best Practices	
David Zaring	44
处于边缘的六十年：东道国有义根据国际习惯法来接纳巴勒斯坦难民	
Sixty Years in Limbo: The Duty of Host States to Integrate Palestinian Refugees under Customary International Law	
Laura Anne Reeds	45
探讨已改进的关于学生演讲者的真实威胁学说	
Toward an Improved True Threat Doctrine for Student Speakers	
Andrew P. Stanner	46
一个新方向？：国家森林无路区的森林服务决策制定与管理	
A New Direction? : Forest Service Decisionmaking and Management of National Forest Roadless Areas	
William J. Wailand	46
结合反思法与虚假广告法来制定化妆品“不经过动物实验测试”标签的标准	
Combining Reflexive Law and False Advertising Law to Standardize “Cruelty-Free” Labeling of Cosmetics	
Delcianna J. Winders	47
对不可变合同的需求：另一个角度看合同变更的法律与经济	
The Demand for Immutable Contracts: Another Look at the Law and Economics of Contract Modifications	

Kevin E. Davis	47
随着时间而变化的民事权利禁令：对短期拘留与长期监禁的法庭令的案例研究	
Civil Rights Injunctions over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders	
Margo Schlanger	48
亲子言论与儿童抚养言论限制	
Parent-Child Speech and Child Custody Speech Restrictions	
Eugene Volokh	49
查找流向：对水资源分配的动态方法的需求	
Finding Flow: The Need for a Dynamic Approach to Water Allocation	
Jenny Huang	50
全球治理的权力与合法性：深思熟虑、制度差异与食品法典委员会	
Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional	
Differentiation, and the Codex Alimentarius	
Michael A. Livermore	51
贸易与道德：博弈后的 WTO 公共道德特例	
Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling	
Jeremy C. Marwell	52
管理新闻：政府宣传机器的历史与立宪	
Managing the News: The History and Constitutionality of the Government Spin	
Machine	
Jodie Morse	52
质疑简易判决的有效性	
Questioning the Efficiency of Summary Judgment	
D. Theodore Rave	53
刑事诉讼的透明与参与	
Transparency and Participation in Criminal Procedure	
Stephanos Bibas	54
创业公司中风险投资者的代理成本控制	
Agency Costs of Venture Capitalist Control in Startups	
Jesse M. Fried & Mira Ganor	54

版权欺诈	
Copyfraud	
Jason Mazzone	55
严惩犯罪：国家的司法运动是怎样侵犯刑事被告人的正当程序权利的	
Tough on Crime: How Campaigns for State Judiciary Violate Criminal Defendants' Due Process Rights	
Joanna Cohn Weiss	56
自由对遵循先例的影响：从 Casey 案到 Lawrence 案的轮奎斯特法院	
The Impact of Liberty on Stare Decisis: The Rehnquist Court from Casey to Lawrence	
Drew C. Ensign	56
停止“政治交易”：将限制协调关系作为规制 527 组织的一种方法	
Stopping “Winks and Nods”: Limits on Coordination as A Means of Regulating 527 Organizations	
Meredith A. Johnston	57
美国的多元化：为什么司法多元化改善了有关政治道德的法律判决	
Pluralism in America: Why Judicial Diversity Improves Legal Decisions about Political Morality	
Joy Milligan	58
根据宪法审判：关于法官附带意见的附带陈述	
Judging Under the Constitution: Dicta about Dicta	
Pierre N. Leval	58
反对死刑的契约论证明	
A Contractarian Argument against the Death Penalty	
Claire Finkelstein	59
规避侦查	
Detection Avoidance	
Chris William Sanchirico	60
创立品牌：利用品牌管理来提高林业认证的市场接受度	
Making the Brand: Using Brand Management to Encourage Market Acceptance of	

Forestry Certification	
Misty L. Archambault	60
通过公法解决机制使人权规范对公司具有约束力	
Binding Corporations to Human Rights Norms through Public Law Settlement	
Benjamin C. Fishman	61
超越 Tanner 案：陪审团裁断后陪审员证言的替代性框架	
Beyond <i>Tanner</i> : an Alternative Framework for Postverdict Juror Testimony	
Benjamin T. Huebner	62
对话、表达与分配：布雷耶大法官的积极自由	
Conversation, Representation, and Allocation: Justice Breyer's Active Liberty	
Michael A. Livermore & D. Theodore Rave	62
推动二十一世纪自然资源问题策略的发展	
Evolving Strategies for Twenty-First Century Natural Resource Problems	
William J. Wailand	63
联邦最高法院作为法院改革推动力的新角色	
The New Role of State Supreme Courts as Engines of Court Reform	
Randall T. Shepard, Chief Justice of Indiana	63
延迟赔偿：制药专利解决方案成为管理设计的问题	
Paying For Delay: Pharmaceutical Patent Settlement as a Regulatory Design Problem	
C.Scott Hemphill	64
小政府的大不同：地方政府与征收条款	
Big Differences for Small Government: Local Governments and the Takings Clause	
Christopher Serkin	64
“我的驾驶如何？”对所有人以及所有事来说	
“How’s My Driving?” For Everyone (and Everything?)	
Lior	Jacob
	Strahilevitz
65	
“死者不会说谎”规则第 92 条之二——特别国际刑事法院裁决如何不必要地让死者沉默	

“Dead Men Tell No Tales” Rule 92 bis—How the Ad Hoc International Criminal
Tribunals Unnecessarily Silence the Dead

Ari S.Bassin 66

规则的束缚：宪法如何限制反恐战争中 CIA（美国中央情报局）的行动？

The Ties That Bind: How the Constitution Limits the CIA’s Actions in the War on
Terror

Elizabeth Sepper 67

对 FISMA（《联邦信息安全管理法》）以及联邦信息安全政策的再思考

Rethinking FISMA and Federal Information Security Policy Robert Silvers

Robert Silvers 67

福利民意测验：一个综合体

Welfare Polls: A Synthesis

Matthew D. Adler 68

新型刑事诈骗

Novel Criminal Fraud

Samuel W. Buell 69

教育机会的州际不平等

Interstate Inequality in Educational Opportunity

Goodwin Liu 69

依靠国家抚养的未成年人的民事行为使得未成年女孩的异性恋行为与未成年男
孩的同性恋行为经不起审查

The Civil Commitment of State-Dependent Minors Resonating Discourses That
Leave Her Heterosexuality and His Homosexuality Vulnerable to Scrutiny

Marible Morey 70

通过税收支出完成灾害救济：卡特里娜飓风灾害紧急征税救济措施的评估

Implementing Disaster Relief Through Tax Expenditures: An Assessment of the
Katrina Emergency Tax Relief Measures

Meredith M. Stead 71

自愿表示：统计学分析——对联邦地区法院非法证据排除规则的预测

Given Voluntarily : A Statistical Analysis of Factors That Predict the Suppression Rulings of the Federal District Courts	
Brian A. Sutherland	71
反对联邦法优先原则：联邦应该如何改进国家立法程序	
Against Preemption: How Federalism Can Improve the National Legislative Process	
Roderick M. Hills, Jr.	72
民粹主义和专利权	
Populism and Patents	
The Honorable Kimberly A. Moore	73
作为刑事程序的第一修正案	
The First Amendment as Criminal Procedure	
Daniel J. Solove	74
拒绝各州 Kelo 案立法回归破旧地区	
Rejecting the Return to Blight in Post-Kelo State Legislation	
Amanda W. Goodin	74
监禁、缓刑以及假释的“特殊需要”	
The “Special Needs” of Prison, Probation, and Parole	
Antoine McNamara	75
DNA 数据库，普遍性，以及第四次修正案	
DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment	
Paul M. Monteleoni	75
分散侵权：扩张专利法的域外范围	
Divided Infringement: Expanding the Extraterritorial Scope of Patent Law	
Melissa Feeney Wasserman	76
强迫合作以及新公司刑事程序	
Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure	
Lisa Kern Criffin	77
下级法院的自由裁量	
Lower Court Discretion	
Pauline T. Kim	77

全球经济范围的纳税人	
Taxing Citizens in a Global Economy	
Michael S. Kirsch	78
儿童专家：为拒绝性别协议的双性儿童建立法定的保护	
A Child's Expertise: Establishing Statutory Protection for Intersexed Children Who Reject Their Gender of Assignment	
Emily A. Bishop	79
理解“法律紧闭”：针对法外活动的论战	
Understanding “judicial Lockjaw”: The Debate over Extrajudicial Activity	
Leslie B. Dubeck	79
反恐怖主义以及制约与平衡：以西班牙和美国为例	
Counterterrorism and Checks and Balances: The Spanish and American Examples	
Ari D. MacKinnon	80
税法典中的日落条款：对未来发展趋势的严格评估与解决方案	
Sunset Provisions in the Tax Code: A Critical Evaluation and Prescriptions for the Future	
Manoj Viswanathan	80

处在危机之中的最高法院：战争是如何 仅仅只影响非战争案件的

The Supreme Court during Crisis: How War Affects Only Non-war Cases

Lee Eptein & Daniel E. Ho

当美国国家安全处于威胁之中时，美国最高法院会限制权力与自由吗？在成百上千的文章与著作中，并且伴随着自从 2001 年 9 月 11 日所重新激发的热情，关于这个问题，法律界又重新燃起了辩论之火。但是，在这个问题上存在的不仅仅是大规模的定量研究。使用在过去六十年中，由最高法院所审判的公民权利和自由的判例中的审判理由和结果所组成的最佳数据库，并且引入为该问题精心选择，并且适度调整过的方法，我们的分析者们证明：当国家安全遭遇威胁时，国家正义实质上比起和平时时期更加倾向于削减权力与自由。不过非常矛盾，并且与实际中的各种危机法律管辖理论相背道而驰的是：战争看起来仅仅只影响那些与战争没有任何关联的案件。对于这些案件来说，战争的影响和其他国际危机是非常实质性的，持续性的，并且是一贯性的存在。这甚至会使那些长时间声称最高法院在危急时刻最是在国家旗帜周围抱团的品论者们惊讶万分。另一方面，我们也没有能找到任何证据直接证明那些与战争存在最紧密联系的案例受到了影响。

我们试图使用一连串的假设去解释这种看来自相矛盾的现象：国家正义在存在高度利害关系的案件中摒弃了权衡权利与安全的方法，它对民主力量的机构检查进行了规避。自从权利本位和程序本位的方面仿佛开始在不同的领域和不同的时间运作，并且时常出现不同的结论以来，这些原本在非战争案件中发挥作用预测性的因素遇到战争类案件时却无法发挥作用。如果这个推测是正确的话，那么法官们应当对于那些在战争时代为了普通案件而产生的法律原则少投放注意力，律师们应当将这些案件按照这种准则进行区分视作己任。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 1 页以下）

从皮草到鱼产：对于私人财产发展的重新思考

From Fur to Fish: Reconsidering the Evolution of Private Property

Katrina Miriam Wyman

关于私人财产，最为经久不衰的问题之一恐怕就是——为什么它们会增长了。深受经济学家哈罗德戴蒙斯的一篇短文的影响，研究财产的学者们近来从经济学和社会学的角度对于私人财产的发展进行研究和分析，并进而将其描述为对于某些因素诸如相对价格、测评成本、以及用户群的规模与多相性的变化的反应。在本文中，卡特里娜魏蔓教授认为戴蒙斯引发的关于死人财产发展的思考有忽视政府在财产权形成中所扮演的角色的倾向。在广阔的财产权利的理论基础上，她重点关注了认真考虑行政程序的意义的需要，而私人财产经常就是通过这类程序逐渐形成的。

为了给她关于私人财物发展的理论性设想画出底线，魏蔓教授给出了一个当代财产权利产生的案例样本研究。六十多年来，一场国际化的浪潮正在逐渐包围各个大洋，包括诸多渔场。在原始研究的基础上，魏蔓教授研究了为什么个人可转让财产份额以及相似的设备会在美国联邦水域中的沿岸渔场里发展迟缓。而这一现象是从 1976 年国家对于联邦水域中渔场的监管扩展到 200 英里时产生的。

在结尾处，魏蔓教授为戴蒙斯对于私人财产的先驱构想以及该构想所产生的一系列知识的丰富性做出了总结和赞扬，但是她仍然认为在关于私人财产如何发展的真实情况与现阶段流行的理论之间存在一道难以逾越的鸿沟。她认为，如果想要跨越这条天堑必须发展出一个更加强有力的主动性理论，该理论必须将帮助形成私人财产权的行政程序考虑在内，并且进行更多的关于财产权发展的系统性与经验型研究。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 117 页以下）

寻求责任：红十字会，战地记者，以及 国际刑事法院中的证明性特权者

In Pursuit of Accountability: The Red Cross, War Correspondents and
Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals

Emily Ann Berman

国际红十字会组织是在一种机密政策之下运营的，而这种机密政策被称作是“为使得红十字会能够顺利的发布人道主义命令所必须”。国际刑事法庭前大法官雨果斯拉维亚发现，按照传统的国际法，红十字会组织可以随时保持它的机密政策，这意味着红十字会的代表都不得被任何一个国际刑事法院传唤作证，除非红十字会自己放弃这项特权。但是，同样是基于相似的机密政策，战地记者们拥有一项更大的对抗作证的特权。在本文中，艾米丽伯曼认为红十字会代表和战地记者比他们之前看起来的感觉更加相似。本文将红十字会代表和战地记者进行对比，并将此作为研究样本，以此说明授予红十字会绝对特权对于他们追求人道主义责任并非必要。因此，国际刑事法庭应当建立一个范围缩限，同一架构的特权授予机制，并以此授予红十字会和战地记者特权。在此机制之下，法庭保留由谁出庭作证的最终决定权，那些来自于上述两个团体中的迟疑不前的目击者们应当被法院要求提供他们所掌握的相关的机密材料（当这些材料的内容直击案件的中心并且无法从其他途径得到时）。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 241 页以下）

评价不经撤销的发回：一项针对有缺陷的 立法系统的法律补救方式

Evaluating Remand without Vacatur:

A New Judicial Remedy for Defective Agency Rulemakings

Kristina Daugirdas

曾经一度华盛顿区巡回法庭推断出一部由一个机构颁布的法律往往是任意且反复无常时，法庭通常至少有两种选择：要么认定该法律无效，要么在不对该法律做无效认定的情况下将其发回。在后一种情况中，该立法机构仍然可以一边实施该项法律，一边通过修订对该法律条文的解释的方法弥补华盛顿区巡回法庭所提出的问题。本文分析了华盛顿区巡回法庭在创造出这个为其所用的种类性机制以来，十年间适用不经撤销的发回的情况。本文认为，不经撤销的发回在认定机构所制法律无效的成本较高，或者是在依照该立法机构的决策程序得知获益极少或者是没有的情况下最为公正。通过对一系列适用不经撤销的发回的法院的调

查，本文认为当华盛顿巡回法庭使用相关测试去评估不经撤销的发回，从而确定该方法和相应的理论是否一致时，法庭对不经撤销发回的使用其实已经漏洞百出了。本文还用资料证明不经撤销的发回的效果远没有其理想状态好。总体上来说，立法机构对法庭不经撤销的发回的反应较慢，而且在某些情况下甚至根本不做任何反应。本文认为：虽然华盛顿巡回法庭拥有对抗立法机构在具体个案中忽视法庭意见倾向的有效工具，但是在近年来法庭使用这些工具过于保守。其后，本文提供了一个改良方法，它将促进该补救方法有益的一面，同时限制其有害的一面。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 278 页以下）

游移不定的经格尔斯：竞选同盟地区、基层党派 以及可控制的选举作弊声明

Gingles in Limbo: Coalitional Districts,
Party Primaries and Manageable Vote Dilution Claims
Luke P. McLoughlin

在过去的二十年中，绝大多数依据 1995 年颁布的选举权利法第二条的规定，对在选举中的作弊这一非法行为提起诉讼的大多数原告都被要求通过最高法院在桑伯格诉经格尔斯案中所详细制定的三方检测。依据近日最高法院称赞选举同盟地区的判例，三方检测之中要求多数集团去证明他们的规模和紧凑程度大到足以去吞并一个单独的未联盟的地区的首个提出者的前景是晦暗的。这些地区，规避了简单的分类，但是被理解为拥有具有游离于强势投票集团之外的决定性力量，它们被认为是规避选举权利法第二条和第五条的壁垒，这些地区挑战了各个投票地区的势力范围的重新划分，并且减少了多数派对少数派地区的数量。在本文中，卢克麦克劳福林证明了法院应当如何利用少数派地区提出的选举作弊的声明去适用选举权利法第二条。并且他还认为经格尔斯的明确界限的理论框架必须在任何第一个提出三方检测的一方做出重新审查时得到足够的重视。麦克劳福林界定了少数派组合形成多数派并成立一个党派的能力，并以此作为区分联盟地区的潜在准则，并将其作为考虑适用选举权利法第二条的潜在标准。但是，正如麦

克劳福林所展示的那样，这样的准则很难被运用到实践中去，因为国内党派章程和国家选举法会直接阻挠一个可能存续的选举联盟的形成。在经格尔斯框架强烈要求适用一种明确界限方法的同时，我们必须意识到正确的结论要求以事实为依据的调查。避开对经格尔斯框架的全盘接受，麦克劳福林认为两种补偿性的想法可以被经格尔斯体系中的后两方给予良好的支撑，另一个支撑点在于调查基层党派的人数。与此同时，这就使得我们可以在所处环境总数的层面上对于一个真正联盟的形成与否保有怀疑。如果法院更改经格尔斯框架的第一基点，认可少数派集团的声明不能使多数派集团被归入某一地区的话，麦克劳福林指出：法庭必须为党派的间隙性角色留有相对应的解决方案，而这个解决方案应当同时具备构建和摧毁选举联盟政策的功能。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 312 页以下）

联邦死刑法案对波多黎各的适用 对地方性不可行标准的新检验

Application of the Federal Death Penalty Act to Puerto Rico:

A New Test for the Locally Inapplicable Standard

Elizabeth Vicens

自从波多黎各紧随美国和西班牙战争被美国收入囊中之后，美国国会和美国法院都曾经一度试图将联邦法律适用于这个岛屿。自 1952 年波多黎各成为一项公共财产以来，它的身份就随着联邦法律目的的变化而变化，要么被认为是一个州，要么被认为是一个区域，或者是介于上述两者之间的形态。在本文中，伊丽莎白比森斯认为认定一项法律是否应当适用于波多黎各，在美国国会没有明确政令的情况下，法院应当调查该项法律是否与当地的主要利益相冲突。这项检验是基于波多黎各联邦关系法案而发出的，该法案声明：只要不是地方性不可行的联邦法律都应当适用于该岛屿。在对该法定解释的模式表示支持之后，比森斯将该检测方法适用于最近一项联邦法律适用于波多黎各的案例，而该案例颇具争议性，即联邦死刑法案的适用。比森斯声称，在她所提议的模式之下，第一巡回法院不应当在美联邦政府诉爱考斯塔马提奈兹案中适用联邦死刑法案。本文的结论

是：这种检验方法将在法律的灰色地带为美国国会以及美国法庭指点迷津，并且帮助提升美国与波多黎各之间的关系。（2005 年 4 月 第 80 卷第 1 期第 350 页以下）

医疗事故过失损害赔偿上限问题中的意外结果

Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps

Catherine M. Sharkey

以往的经验主义研究对医疗事故过失损害赔偿的上限问题的多个方面进行了探索，这些研究的主要侧重点都放在降低保险费率以及原告的追索权，还有（重视程度要低于前两者）例如医生对于行医行为的地域性选择以及赔偿上限的固定都有可能无意的提高给付数额。本文作为首个探索故意交叉效应的文章，有可能因此动摇过失赔偿制度的根基。本文假定，如果非经济性损失被所谓上线限制，则原告律师就会更加有力的起诉，并且陪审团也会认可更大程度的损害，且这种损害认定是有限度的。在这种交叉效应中所体现出的内涵性是不当的医疗行为的诸多组成方面的延伸，而这种延伸通常也被认为是绝对显著的存在，尤其是在民事侵权责任改革的范围中。但是本文挑战了这种传统观点。

我最初的经验分析使用了广泛的陪审团裁决资料库，其中包括 1992 年，1996 年和 2001 年分布于二十一个州的数个郡的案件，这些案例由美国国家法庭审判中心采集，有这些数据我们可以发现，对于医疗事故和预审法庭裁判中所发生的非经济性损害，强制实行赔偿上限的做法并没有能带来令人满意的显著效果。这个结论与交叉效应理论是一致的。如果公布非经济性损失赔偿上限，那么交叉效应理论也许也能够解释最近出现的医疗事故中经济性损失上升趋势的原因。（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 391 页以下）

计算信用之处：集团重新投资行为以及相关评论

Credit Where It Counts: The Community Reinvestment Act and Its Critics

Michael S. Barr

尽管美国信用市场具有相当的深度与广度，中低收入群体以及少数贷款人在历史上并没有充分享有信用权。集团重新投资行为产生于 1977 年，主要目的是为了帮助中低收入群体和少数贷款人逾越横跨在他们与信用权利之间的障碍。学者们长期以来列出了集团重新投资行为的诸多弊病，例如不必要，代价高昂，效率低下且缺乏法律依据。许多学者认为集团重新投资行为应当退出历史的舞台。但是，笔者认为，在信用市场失败、歧视政策为政府的市场干预进行辩护的大环境下，集团重新投资行为不失为一种解决这些问题的有效手段。使用最近的经验数据我们可以发现，在过去的十年中集团重新投资行为加强了中低层收入阶级和少数借贷者对于信用权利的享有，而且付出了较低的代价，并与集团重新投资行为是帮助渡过信用市场难关的理论相吻合。笔者认为，集团重复投资行为的法律指令模式更加接近于一项标准，这项标准在合理性和效率性的基础上，更倾向于采用更加法律化的方法。将集团重新投资行为与其他的信用市场准则做一番对比，笔者认为集团重新投资行为是拯救市场的有力武器且不当被抛弃。总而言之，与之前的法学学者的观点不同，笔者认为集团重新投资行为是合理的，并且会带来市场的进步，应当被保留。（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 513 页以下）

带回人民

Bring the People Back in

Daniel J. Hulsebosch

（原文无摘要）

（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 653 页以下）

一次富有实用性的对话

A Useful Conversation

William Creeley

（原文无摘要）

（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 694 页以下）

罪犯与平民：我们仍然能够区分他们的不同吗？

Criminals and Commoners: Can We Still Tell the Difference?

William H. Edmonson

（原文无摘要）

（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 702 页以下）

布朗之死

Brown's Demise

James Marvin Perez

（原文无摘要）

（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 712 页以下）

对行政管理的刺激性付款是如何否定自己

且我们能为之所作的事物有哪些

How Incentive Pay for Executives Isn't—And What We Can Do About It

Meredith M. Stead

（原文无摘要）

（2005 年 5 月 第 80 卷第 2 期第 722 页以下）

（赵鹏 译）

（谢思苑 校）

牺牲公众利益中的公司利润

Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest

Einer Elhauge

教会法学和经济学的观点认为，公司经理们有责任并且也应该有责任将（公司）利益最大化，因为普遍的法律制裁可以并且也能够减少公司或非公司的商务给其他东西带来的伤害，因此，公司经理们的这种行为从社会的角度来说是有有效的。而 Elhauge 认为，教会法学的这种观点，不论是在叙述上还是规范上都是错误的。事实上，在为了公共利益而牺牲（公司）利益的问题上，法律或明或暗地赋予公司经理们相当一部分的自由裁量权。即使法律追求利益最大化的规范性效果他们仍有这种自由裁量权，因为要想减少总的代理成本就需要给予经理们一种商业判断法则，这种商业判断法则必须与这种利益牺牲自由裁量权相一致。公司利益最大化也不是一个社会化的有效目标，因为即使是最好的法律制裁也有瑕疵，需要社会和道德的制约作为补充来促使公司的行为最优化。因此，不顾社会和道德的制约的纯粹的利益最大化将会恶化公司的行为。除了这种社会上的低效性，当股东更重视避免社会和道德的制裁而不是公司增加的利益的时候，纯粹的利益最大化还会损害股东的利益。如果公司有一个具有控制性的股东，这个股东面临社会和道德制约，并具有遵照社会和道德的期望而行动的动因，则这些股东非常适合来决定在面对公共利益的时候什么时候应牺牲公司利益。相反，大型公众公司的结构将分散的股东与社会和道德的制约相隔离，并创造了大量的行为障碍来阻止股东作出符合他们感受到的社会和道德期望的行为。因此，在上市公司，最优化的公司行为需要在面对公共利益上是否牺牲公司利益的问题上赋予经理们一些行为上的自由裁量权，这甚至不需要通过股东的同意，因为和股东们不同，经理们往往是充分暴露在社会和道德的制约之下的。管理的动因与过度的慷慨都被各种市场因素所束缚，这通常意味着为了公共利益而牺牲公司利益的决策代替了牺牲代理的懒惰而获取更多私有利益的决策。利用管理裁量权来牺牲公司利益，在牺牲利益的数额上更多的受到法律的限制，这种法律上的限制变得更为严格，因为近期的问题使得市场约束不再有效。经理们应该有捐赠上的自由裁量权，因为法院并不能甄别一项捐款是能促进收益的还是减少收益的，因为股东们与社

会和道德的进程相隔绝，而这些社会和道德的进程能够在进行商业运作的过程中刺激他们产生特别捐赠的冲动，还因为经理们通常会无效率的为了作出避免受到社会和道德制约，而作出高代价的利益上的牺牲。这解释了法律要求公司捐赠要与公司运营相联系。反收购法部分解释了必要时保留足够的管理裁量权来考虑社会和道德规范。（2005 年 6 月 第 80 卷第 3 期第 733 页以下）

为生态系统创造市场：考察笔记

Creating Markets for Ecosystem Services: Notes From the Field

James Salzman

生物体与他们环境之间的互动创造了生态系统服务，同时生态系统服务通过提供干净的空气和水，分解垃圾，对开花植物授粉，调解气候和一些其他效益来支持我们的社会。然而，在绝大多数情况下，生态系统服务既不会被市场认作是有价值的，也不会明确的被法律所保护。近年来，在全球范围内，越来越多的先期行动开始出现，希望能为这种服务提供市场，这当中，有些依靠政府干预，有些完全由私人企业创造。这些经历表明投资自然资本而不是去创造资本具有经济和政治上的双重意义。作者为了澳大利亚的水质建立了一个市场，鉴于这个经历，本文调查了基于环境保护的生态服务的挑战和机会。本文回顾了现有的付费方案的范围，识别了设计工具的关键要求。在建立了这些观察之后，本文调查了挑战环境保护支出的基本政策。除了那些信誉不佳的付给政策分析师的浪费的和无效的补贴外，在环境法规和政策中都能发现付费方案，不论是在美国还是国外。本文较为关注这些付款，同时阐述了相较于普遍预期，在更多设置上的传统监管和以税收为基础的方式的收费应得到更多优惠。（2005 年 6 月 第 80 卷第 3 期第 870 页以下）

集体判断：统计方法，审议，与信息推广

Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets

团体如何能够分离整合单个成员持有的信息？这有三种可能。团体可以将统计方法用于个人的判断，可以鼓励审议或者可以使用信息推广。不论是在私人机构还是公共机构，审议是这一过程中通行的方法，但是有两点原因通常会导致审议的团体不能做出一个很好的决定。第一，一些集团成员传递相关信息的表达和行为方式经常导致其他成员不能很好的表达他们所知道的信息。第二，一些集团成员施加的社会压力经常会导致其他集团成员因害怕受到指责或连带损害而保持沉默。所以，审议常常会产生一系列不好的结果：错误的放大，隐藏的信息，连锁反映和群体极化。有很多措施可以确保正在审议的团体可以从成员那里得到信息，并且从增强信息披露开始，重塑私下激励。信息推广相较于集体审议有着实质性的优势；这种推广依靠近 25 年来最有趣的制度创新，并且应该得到比现在更多的运用。信息推广的优势之一是它旨在纠正而非扩大个人错误的影响。另一个优势是他们创造了有力的激励去鼓励信息披露，而不是隐藏私人的信息。信息推广也为哈耶克对当前政治审议褒奖的批判奠定了基础。他们还为提高审议工作质量提供了有价值的启发式教育法。以上这些观点与规范性问题的讨论有关系，在这些问题中，审议也许不能够提高群体的思考，而一些明显的变革能够产生更好的结果。应用包括了陪审员们的行为，多人的陪审团，行政机构和国会的委员会；相类似的还包括信息集中，包括开放资源软件，互联网维基百科和博客。（2005 年 6 月 第 80 卷第 3 期第 962 页以下）

特定法律语境中的法定解释

Statutory Interpretation in a Choice of Law Context

Lindsay Traylor Braunig

当事人如何选择法院和集体诉讼的策略，会受到法院在州际法律上的选择方法上的影响。法院应该采用一种可反驳的推定，那就是立法没有考虑到法律问题的选择问题，而不是像冲突法重述（第二版）所建议的那样将州法律笼统的解读，

以期能够发现立法在域外适用的法律意图。当一个法院面临州际法律选择问题，潜在的适用法律是法院所在地法律，而对于是否该选择法院地法律没有明确的规范性规定，法官应该通过对通行于法院地法律的普遍法律原则的解读来判断，而不是试图预测并不存在的法律意图。（2005 年 6 月 第 80 卷第 3 期第 1050 页以下）

我们在 21 世纪中的 18 世纪的宪法

Our 18th Century Constitution in the 21st Century World

The Honorable Diane P. Wood

在一年一度的 James Madison 演讲活动中，Diane P. Wood 法官的演讲讨论了法院到底应从立法原旨中解释还是应以动态的方式解释美国宪法这一经典问题。Wood 法官讨论了动态解释法，对这一解释法的普遍批判认为这一做法会使法官偏离宪法撰写者的原始意图或受到不适当的外来影响，Wood 法官针对这一批判做出回应。她证明了“不成文宪法”的必要性，因为使用直译的方法来解释会导致适用的不切实际，甚至在现代环境中得到荒诞的结果，而且仅将宪法解释限制在直译上将意味着宪法的有用性时间过长。法官也许可以通过这些方式来“发现”不成文的宪法规则：在一个极好的社会中，法官通过演变过的观念对宪法语言做出宽泛的解释；承认某些自由是如此重要，就连政治团体都无法否认他们；承认权利法案是通过选出的团体代表来适用于各州的；从宪法的结构和对前宪法理解推断原则。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1079 页以下）

女孩！女孩！女孩！：当最高法院面对你的齐臀小短裙

Girls! Girls! Girls!: the Supreme Court Confronts the g-String

Amy Adler

究竟是什么原因，使女性的裸体能激起人们的无理、恐惧、混乱，或至少能

使法官写出糟糕的判决书？本文在第一修正案条款范围内以独特视角对最高法院处理的一些脱衣舞案件做出分析。这种视角之所以独特，是因为它在精神上主张男女平等并采用了文学和精神分析的方法论。在笔者看来，这种独特的方法是合理的，因为这些案例已经相当背离传统法律逻辑。笔者指出，法律挣扎于这样一个现实：旋转的、赤裸的女性身体的意义和危险性只有在一个更宽泛的环境下才能够被完全理解，该环境即女性这个颇为敏感的领域。将这些案例作为调整性别的教材而不是仅仅作为言论进行重读，会出现一个戏剧性的新认识：这些脱衣舞案例建立在因对女性身体的畏惧所造成的性恐慌的基础上。最终，本文的分析揭示了一个早先被隐藏的性别焦虑，这种焦虑不仅影响了有关裸舞的立法，也在更广泛的程度上影响了第一修正案。通过揭示不合理的文化强制如何塑造最高法院的对裸舞案例貌似合理的分析，在文章的最后我指向第一修正案中一个非比寻常的理念：言论自由规则调整文化，然而文化也以令人惊异的方式调整着言论自由规则。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1108 页以下）

实证检验 Dworkin 的系列小说理论：研究先例的路径

Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent

Stefanie a. Lindquist & Frank b. Cross

在本文中，Lindquist 教授和 Cross 教授实证研究了先例对司法决策的影响。他们的分析以 Ronald Dworkin 的“系列小说”隐喻为框架，“系列小说”是一种有影响力的理论，揭示那些还未被证明有效的先例的作用。“系列小说”隐喻认为，使用司法先例可以被比喻为一批作者逐一写小说，前面已写好的章节日益限制后面作家的选择和自由。先例是法律研究中最重要领域之一，但目前主流还没有能起效用的理论，只有有限的经验证据在司法决策中的作用。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1156 页以下）

使用国际法惯例确定对文化财产的盲目要求

Using Customary International Law to Identify Fetishistic Claims to Cultural Property

Tanya Evelyn George

Margaret Jane Radin 的所有者人格理论假定，如果能达成一个客观的道德共识，即持有人持有财产是合理的，那么财产所有权随着持有人身份的确定，应该得到最高级别的保护。近年来学者们依据 Radin 的理论认为，像帕台农神庙大理石这样的物体，与一个特定的文化社区有密切关系，即集体拥有是有道理的。此外，他们认为，与财产有密切关系的集体比那些与财产没有关系的或有关系，但依据客观的道德共识，关系被认为是不合理的集体，具有更强的诉求。然而 Radin 和学者在将她的理论扩展到文化财产时，都没有能够解释如何去确定这样一个客观的道德共识的存在。本文认为，依据 Radin 的理论，国际法惯例中的强行法规范，应被视为“客观道德共识”的一个渊源，以区分合理和不合理集体的集团财产诉求。强行法规范的价值被不同文化背景的人加以证明，确有客观道德共识的存在——或是最接近的——违反了它们就是错误的。如果一个物体以违反这些强行法规范、或促使违反这些规范、或故意表示坚持相反的信仰等方式，使之与文化集团变得有密切关系的话，那么其对财产的诉求就是不合理的，不应该阻止其他群体的合理要求。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1207 页以下）

公平贷款的新边界：放贷面临歧视前罪犯

New Frontiers in Fair Lending: Confronting Lending Discrimination Against

Ex-Offenders

Taja-Nia y. Henderson

随着越来越多的罪犯或违法者离开监狱和拘留所，这引起公众重新关注安全社区再入策略。而住房，就业和累犯等话题在这个领域占据学界的极大关注，较少有人注意到那些影响前罪犯获得信贷和金融服务的附带后果。例如，政府金融援助机构和参与政府资助的贷款计划的私人机构，定期查询借款人的犯罪历史，

而某一联邦法院认为，犯罪披露与良好资信负有直接关系。本文作者构建公平贷款的原则（如平等信贷机会法案阐述的那样），力图建立有效的再入政策，并认为，尽管犯罪披露和欠款不还之间可能存在相关关系，但在确定良好资信的时候，完全依靠刑事历史来判断的做法应该被禁止，或至少被限制。由于实践严重影响个体前罪犯有效再入社会的可能性，并影响接收社区实行预防犯罪和社区发展举措的可能性，笔者认为，联邦政府应该率先制定法律和行政的解决方案，有效地填补信贷和金融服务的“宣传差距”，因为这种差距诉诸法院也得不到救济。（2005年10月 第80卷第4期第1237页以下）

通过生产和披露药品核准标示外使用的研究 促进知情医疗措施

Facilitating Informed Medical Treatment through Production and Disclosure of
Research into Off-Label Uses of Pharmaceuticals

Mitchell Oates

药品生产企业在一种新药可以向公众出售之前，必须进行广泛的研究，以证明药品的安全性和疗效。然而，一旦美国食品和药物管理局（FDA）批准了药物使用，医生无论出于何种目的，极有可能使用它给患者开药方，而患者认为药物可能是有益的。因为厂商不需要证明核准标示外使用的药品的功效，因此，当下缺乏医生可能以新药治疗为基础的研究。Mitchell Oates 在本文中提出两个相互联系的问题：缺乏研究医药产品的标示外使用，以及当这些研究开始进行时，不能保证向公众公布调查结果。他认为，激励制药厂商对他们已获得批准的产品进行标示外功能的疗效研究，效果十分有限。此外，即使当一个厂商进行了这样的研究，结果得出的公共利益也是不确定的，因为厂商没有义务发表或以其他方式传播数据，而且如果研究结果可能会损害销售，厂商是不太可能自愿发布研究结果的。而厂商必须向 FDA 提交药品批准后的总结研究，公众获取这些数据的途径被各种法律条款所阻止，这些法律条款是为了防止泄露商业秘密和机密商业信息。

Oates 认为，法律条款阻止查询标示外使用的数据是不恰当的，因为发布这些数据，对披露研究结果的厂商是不会引起竞争危害的。针对发现的问题和基于竞争危害而缺乏合法的反对，厂家应对他们产品的一些标示外使用进行必要的研究，并以有利于从业人员的方式披露的数据。Oates 最后概述了一个潜在的解决方案，以现有的法律——最佳儿童医用药品法案为模型。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1272 页以下）

与军队一起：第一修正案中关于嵌入式新闻业的定义

In Bed with the Military: First Amendment Implications of Embedded Journalism

Elana j. Zeide

本文探讨了第一修正案对嵌入式新闻业的定义和其替代品。尽管嵌入式新闻业对媒体持友好立场，但其对于记者报道和新闻的实质性范围仍有所限制，这引发第一修正案担忧政府曲解新闻——最重要的是，政府在实质上和结构上趋向于鼓励好战分子。尽管有这些担忧，本文发现嵌入式新闻业表面上并不违反第一修正案。本文进一步指出，嵌入式结构促进言论自由原则，优于其他方法，如常规的战时报告。与完全禁止记者报道或取消限制不同，嵌入式新闻业至少覆盖了大量秘密的范围，增加政府自由裁量权的透明度，并明确军事责任标准。因此，本文总结，嵌入式新闻节目的惩罚性监督作用是对第一修正案价值的最有力的支持，并提出一些政策建议，以减轻对歪曲范围的担忧。（2005 年 10 月 第 80 卷第 4 期第 1309 页以下）

（陈聪 译）

（朱嘉珺 校）

司法独立所面临的挑战

Challenges Facing an Independent Judiciary

Ronald M. George, Chief Justice of California

司法系统独立所面临的挑战并不是当下特有的，但是当下的事件却突出了独立的难度，即一个机构，既不能在强制它的决策，又不能在资金上影响它的运行。William J. Brennan 每年都会举行“联邦法院和社会正义”的演说，作为其中的一部分，我提出了一种实用的路径来保障司法的制度性独立。加利福尼亚州拥有西方世界最庞大的法院系统，为了达到司法独立，其从清理组织结构开始行动。在本文中，笔者提出了三点机构改革的详细意见：资金支持由联邦政府转向州政府，将地方法院设施的所有权转移到州，将不同审级的法院合并成单一的、统一的整体。这些变革能大大提高加利福尼亚州司法系统的机构独立性，并使其和其他国家机关处于同等地位。笔者还认为，这些基础性的机构变革能够使加利福尼亚州的法官兑现裁判独立的承诺。(2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1345 页以下)

通过咨询委员会加强民意陈述：选举法的案例

Representation Reinforcement through Advisory

Commissions: The Case of Election Law

Christopher S. Elmendorf

越来越多的杰出的法律评论文章都警告说，充满活力的政治竞争的民主优势正在受到立法者选择立法还是选择保守这种个人偏好的威胁，而且这些法令大都是在稳固现有官员和杰出政治者的权力。一般认为，这种稳固政治的倾向原动力来源于与政治绝缘的宪法法院或者立法委员会对选举法外部规则的授权。通过总结澳大利亚、加拿大以及英国的近来的制度创新，本文建议通过一种不同的制度补救方式来解决这种“稳固”问题：一个常设的咨询委员会。法律授权其为立法机关起草法案、监督是否遵循法定的程序或者为解决公民选举复决权问题。以往的外部规则在公平的政治选举中，往往面临着两项主要的批评：缺乏合法的民主性以及立法者本身大都受政治家影响。而本文提出的这一方式能够解决这一问题。常设的咨询委员会在界定和寻求规范性适度改革方面，比类似的外部立法者做的更好。正是咨询委员会自身对法律变革享有的实质权力（依靠公众意见）的

脆弱性使得其在代表民众利益和反映民意方面更加可靠。结果会导致咨询委员会在政治家内部摇摆，其所带来的损害远比被“同化的”外部立法者小的多，因为选民往往会忽略外部立法者。（2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1366 页以下）

言论缺失：刑事被告的沉默行为

Speechless: The Silencing of Criminal Defendants

Alexandra Natapoff

每年大概有一百万的被告人经过刑事审判，但我们几乎从未听到过他们的言论。从米兰达规则开始，大部分被告人在审判、答辩以及最后的判决阶段，都保持沉默。他们由律师来代言或者根本不请律师。本文认为，这种沉默行为，对于人权和民主来说是一种极大的失败。我们的民主制度将个人言论称赞为对政府暴政的重要解药，然而，它却使上百万的、贫穷的、处于社会弱势的、而且直接面对国家强制权的群体保持沉默。言论同时还具有重要的认知作用和对当事人尊重的功能，正是通过言论，被告才能利用法律、理解法律，来表达自身的愤怒、懊恼以及他们对刑事审判过程的接受或者抗议。既然被告的言论如此之少，这些言论的功能也就无法实现。最后，沉默还将被告从形成刑事正义体系的社会背景中排除了出来。在这一社会背景下，哪些人应该受到惩罚、判决是否公正由社会最终决定的。本文讨论了实践和学界对于这种沉默现象的看法，并认定了这种沉默对于被告个人、对刑事审判的制度效力、以及程序的民主价值来说的一些隐藏的伤害。本文最后得出结论，被告的沉默问题应该受到重视，并应在我们的刑事审判制度的（非）对抗性和（非）民主性的特征得到深入研究的背景下得到解决。（2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1449 页以下）

工厂化农场污染的反身法解决方法

Reflexive Law Solutions for Factory Farm Pollution

Warren A. Braunig

大型的工业化家畜和家禽养殖农场，即所谓的“工厂化养殖场”或“限定动物饲养企业”，对地区的空气和水质量造成严重的威胁。因为这些工厂化农场在我们国家的环保法出台之后才大量出现，所以他们大都数不受排放法规的规制。近年来，环保局，州政府以及公民组成的环保组织，已经开始将工厂化农场纳入到法律的规制中。然而，科学上的挑战，政治操纵以及改变传统规制所需要的时间和成本使得这一进程是否能成功变得很不确定。本文认为，支持将工厂化农场纳入规制的人们应该采取一种新的路径，将焦点集中在以信息为基础的规制工具上（即所谓的“自反法”）。无论是采用原数据、危险警告，还是环保标签的方式，“自反法”政策要求对公众进行信息披露。实践中，精心设计的“自反法”可以对排污者产生强有力的难堪效果，同时，也能使消费者、商业合作者，甚至是股东对污染企业不满，从而使他们支持更加环保的、有责任心的企业。相比命令和控制规则来说，自反法执行起来速度更快，成本更低，而且，它代表了一种政治上更加合适的、解决这种污染问题的路径。本文解释了为什么“自反法”非常适合解决工厂化农场的污染问题，界定了一部成功的自反法程序的关键因素，接着又为那些可以独立成立，或者暗战传统规则联合成立的工厂化农场提出了一系列自反法的路径。最后建议立即增加对自反法立法计划的努力。（2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1505 页以下）

全球环境威胁：安全委员会能保护我们的地球吗？

Global Environmental Threats: Can The Security Council Protect Our Earth?

Alexandra Knight

环境恶化和国际安全之间的关系引起了新的注意，这是因为联合国出版物上报道了《一个更加安全的世界：我们共同的责任》，作者是“威胁、挑战和改变”的专门小组的高层人员，这个小组有科菲·安南召集起来的，任务主要是为安全委员会提供对地球新威胁的咨询。这一专门小组特别关注沙漠化、滥砍滥伐以及气候变化等紧迫的全球环境威胁，这些威胁很需要安全委员会的行动，因为它们

可能会造成大范围的生命危险以及损害国家职能。这篇报告提出了重要的问题：比如说，如果一个国家面临着大范围的森林滥砍砍伐行为，并且影响到洋流，可能使整个大陆陷于冰冻的危险，那么，安全委员会能采取措施保护国家，对抗这些大规模的环境威胁吗？本文中，作者认为在联合国宪章中第七章第 41 条条款的规定下，安全委员会采取措施应对环境对人类生存和生活条件造成的地区性或全球性威胁，具有正当性和合法性。虽然第七章也规定了使用武力，作者认为，只有 41 条下面规定的非军事措施，像国际制裁或者中断通信等措施才适合应对环境威胁。（2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1549 页以下）

黑名单：对银行开户权的无理剥夺

Blacklisted: The Unwarranted Divestment of Access to Bank Accounts

James Marvin Pérez

美国主流金融经济是否繁荣与是否能够开办银行账户有关。然而，近来的研究显示，成百上万的美国家庭没有银行账户。虽然研究指出这种现象背后有各种各样的原因，但很少有人关注到银行业自身出台的关于银行账户的专有政策。本文对金融机构使用模糊的信用报告机制——Chex 系统（消费者信息共享系统）提出了批评。这一体制下，如果银行认为某一账户存在问题，就会将其报告给 Chex 系统。然而每个银行对账户是否存在问题都有自己的认定标准。研究显示，这一标准允许银行以非常保守的数字报告给 Chex 系统。问题在于，如果一个出现 Chex 系统的申请人想要申请一个新的账户，证据显示大部分银行会在五年内拒绝为其开户，这一制度有效地将申请人排除在了主流的金融机构之外。反过来，银行拒绝开户使得许多家庭不得不依靠昂贵的替代选择来满足他们日常的金融需求。本文中，作者指出我们必须强烈的质疑银行业对 Chex 系统的适用。根据银行过去的实践，作者认为，Chex 系统可能导致银行排除其不喜欢客户，并成为这种歧视行为的借口。而且，Chex 系统不适当地惩罚了那些仅仅犯了细小错误的消费者。作者提出了银行在申请人开户时另外应考虑额外因素，而不是 Chex 系统。最后，通过联邦立法，作者最后提出利用《社区再投资法》作为工具，来

对抗 Chex 系统的明显不足，并使成千上万的美国家庭返回美国的主流金融经济中。
(2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1586 页以下)

Trinko 案之后的排他性行为

Exclusionary Conduct after Trinko

Frank X. Schoen

谢尔曼法第二条禁止了排他性行为，而最高法院在 Verizon 通讯公司诉 Trinko 案中的裁决，标志着学界长期以来努力为排他性行为设定标准的活动产生了重大的改变。然而 Trinko 对排他性行为考虑不周以及范围的不确定可能会使第二条在审判中适用更加混乱。本文中，Frank X. Schoen 认为 Trinko 已经缩小了适用排他性行为主张索赔的理由，并认为，Trinko 应当被看作是对传统框架的一种标志性背离，而传统性框架决定了非法排他性行为是支持短期的利益牺牲标准的。然而，最高法院裁决提出了一种更加狭义的解读，而其反面貌似更加合适，因此产生了学说上的张力。本文最后认为，必须对 Trinko 做狭义的解读，它只适用于在处理第三方当事人提供的评价这一行为的合适底线时的单边拒绝。把 Trinko 限于这些环境中，能使法院更加注重界定和弥补非法的排他性行为，而且，它与法院尊重价格竞争和创新的这一原理是一致的。(2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1625 页以下)

难以操作的“不易操作”标准

The Unworkable Unworkability Test

Lauren Vicki Stark

在本文中，作者认为最高法院以“不易操作”为由来推翻先例是存在缺陷的，并且应当被放弃。最高法院列举了几项可以作为推翻先例的特殊理由，其中包括判例是否是“不易操作的”。本文审视了最高法院以不易操作为由推翻的那些判

例，并强调了最高法院分析中的问题。最后，作者认为，比起依据“不易操作”来推翻先例，最高法院更适合通过将那些判例分类，或者通过限定条件、适用可诉性学说来代替。（2005 年 11 月 第 80 卷第 5 期第 1665 页以下）

第十三个殖民地的宗教自由：殖民地和 早期乔治亚州的政教关系

Religious Liberty in The Thirteenth Colony: Church-state Relations
in Colonial and Early National Georgia

Joel A. Nichols

在美国建国之初，政府和宗教之间的关系如何并不只是单一的理解，而是存在多重理解。这些多重理解是最好的理解方式，是通过对每一个最初的州的经验进行深入调查的理解。本文试图把第十三个殖民地——乔治亚州的经验加进来，来讨论 18 世纪中不同的殖民地和州中的宗教自由的状况。

自从 1732 年建立以来到整个 18 世纪，乔治亚州都是一个宗教自由和宗教多元的地区。《乔治亚皇家宪章》规定了完全的良心自由，还规定了除了罗马天主教徒的完全宗教行为自由。这一宪章并没有确立英国国教或者其他国教。（虽然英国国教在 1758 年的法律中确立，而实际上，这是一种非常薄弱的确立，几乎很少有基督教徒参与）。在大革命到 1800 年之间，新乔治亚州共制定了三部宪法（1777,1789, 1798），每一部宪法都明确地解决了宗教问题，并规定了不同层次的宗教行为自由（包括良心自由），并且都没有确立国教。

这些在政府文件中出现并占统治地位的宗教自由原则，源于对各种宗教信条进行认知的需求，或者来源于乔治亚州具有多元信仰的信徒。这些信徒包括犹太人，圣公会、路德教会、长老会以及其他成员，他们形成了某一作者的说法：“这一殖民地中宗教起源的一代。”在这一个新的地区中，混合的宗教信徒是受欢迎的，甚至是被招致来的。各种宗教的礼拜者并不要求去遵守国教，也不要求支持国教，相反，他们自己的努力会得到政府的资助和支持。（包括土地许可，牧师的薪水和一些对教堂的控制和民事管理）。

通过分析乔治亚州的法律和经验, 本文试图发掘和说明宗教自由原则对早期乔治亚州的价值。本文指出, 早期的乔治亚人珍惜良心自由, 行为自由, 政府对宗教的直接支持(但无偏见), 尊重宗教多元化, 并且不以宗教为由相互歧视。虽然乔治亚州逐步地意识到政教分离的价值, 但是没有一个知识分子严格地坚持杰斐逊式的“政教分离”。通过增加乔治亚州政教关系的经验到对早期合众国宗教自由的研究中, 本文对建国初期宗教自由呈现的多种理解方式进行了更开放、更充分的讨论。(2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1693 页以下)

一种新的“非接触规则”: 增加“非接触规则”, 一项解决延期起诉后讯问嫌疑人问题的建议

A “new” No-contact Rule: Proposing an Addition to the No-contact Rule to Address Questioning of Suspects after Unreasonable Charging Delays

William H. Edmonson

本文探讨的是公诉方指控的标准以及适用“非接触规则”的影响。延期起诉制度的建立目的是为了在辩护律师出现之前来连续询问嫌疑人, 它有着深刻的种族和社会深义。公诉人一旦有合理理由相信有足够证据求刑成功, 就可能在不起诉的情况下, 对嫌疑人进行连续的讯问。“非接触规则”应该被修改来防止这一行为。然而, 相比对结果陈述的压制来说, 纪律性惩罚是一种对这种不适当讯问的更合适的补救。(2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1773 页以下)

增加《残疾人法案》和《家事和医疗休假法案》保护的告知制度

Toward Increased Notice of FMLA and ADA Protections

Debra L. Greenberger

美国现行的《残疾人法案》和《家事和医疗休假法案》规定了告知制度，这种权利告知制度对两类可能利用上述法案保护自己的劳动者来说却是不够的：一类是忽略了自身权利或者被错误的告知这些法案权利的人；一类是那些对自己残疾“一无所知”的人，或者为了避免同事耻笑有意隐藏自身住宿或休假需求的人。

为了解决这一困境，作者提出了多部解决方法：首先，雇主应该在固定的时间间隔内为其工作人员提供个人告知；第二，当雇员由于缺乏住宿或休假导致工作问题的时候，雇主应该提醒雇员利用法律获得保护，因为正是在这时候，雇员才可能“走出橱柜”，享受法律保护。（2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1797 页以下）

舞蹈编排作品和版权保护中一个不可或缺的因素

A Pas De Deux for Choreography and Copyright

Joi Michelle Lakes

在本文中，作者认为 1976 年《版权法》和版权局设定的规则在界定舞蹈作品中什么算是令人印象深刻的、可受版权保护的题材存在缺陷。这种模棱两可使得舞蹈作品属于公共领域和私人领域产生失衡，它扼杀了舞蹈作品的创新而不是鼓励创新。尤其是，那些更适合界定属于公共领域的舞蹈编排动作并没有得到更广泛的界定。现行的版权学说同样没有重视流动性动作——或者称为时间性动作在舞蹈表达要素中的地位，它对于版权保护来说是不可或缺的。对舞蹈编排中表达性要素的错误理解可能会导致舞蹈作品的过度保护，因为会产生实质上根本不存在的产权侵权。最后，产权法中按当下理解的特定要求可能会导致对于舞蹈作品的保护不全，对“固定”于有形媒介来说，这种保护尤为困难。作者认为，当下版权法中的这些可保护领域和公共领域的题材之间的失衡可以通过修改法律来纠正，主要通过澄清舞蹈编排作品的概念界定和解放这种特定要求来修正。（2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1829 页以下）

重新思考第八修正案：一个分析禁止过度刑罚的框架

The Eighth Amendment Reconsidered: A Framework

for Analyzing the Excessiveness Prohibition

Samuel B. Lutz

虽然将第八修正案作为对过度刑事处罚的广义上的禁止已经获得广泛的接受，但是无论是法院还是学界对于什么是第八修正案所说的“过度”迄今没有达成统一的意见。宪法修正案广义理论的缺失导致了判例法实例之间的脱节，使得法学界无法界定他们自己提出的“过度”的含义。本文的目的就是为了寻找这样一个理论的原始根基。本文认为，对于宪法第八修正案没有形成系统的理论的原因在于，法院和学者没有把他们的讨论固定在由修正案提出的禁止“过度”刑事处罚的两个理论问题的框架之内，（1）在具体案件中，什么决定实质的标准决定了案件的结果；（2）法院应该适用什么标准来审查立法机关制定的量刑方案？在解决了这些问题后，本文又深入探讨了第八修正案的两点重要本质：第一，裁决中决定禁止过度的实质标准有必要与刑罚的基本理论联系起来，刑罚理论提供了禁止过度问题的规范性底线。第二，对立法机关采用的刑罚进行审查的适当标准最终必须源于界定法院在民主社会合适地位的司法审查理论。通过这种方式深入研究，本文认为我们在选择一个标准而非另一个标准时，其中隐藏着各种政策优势的考量，因此，其强迫我们承担一项艰难的任务，即决定哪一社会价值应该契合第八修正案的解释。（2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1862 页以下）

可行性：对目击证人专门证词在

联邦法院运用的一种特别观察

Beyond Admissibility: A Practical Look at the Use of

Eyewitness Expert Testimony in the Federal Courts

Jennifer L. Overbeck

在美国审判中，目击证人的证词是一项重要的、极具说服力且常常非常关键的要素。陪审员更加倾向于相信目击证人，即使在其他证据面前，比如说指纹。然而，三十年来对人类记忆问题的心理学研究显示，目击证人的说明常常是有缺陷的，或者是因为目击者本身感知的错误，或者是因为审判作证前记忆会发生潜意识的改变。这一原因，加上陪审团倾向于相信目击证人，导致陪审团过度相信目击者的证词，从而导致错误的判决。为了避免这种错误的结果，审判系统必须找到一种方法，来填补目击证人的准确性和陪审员相信目击证人准确性之间的差距。一种广受争议的选择是使用专家的心理证词来使陪审团检测目击证人的错误。本文中，作者总结了出最近的心理学研究，表明虽然专家证词可能是最好地培训陪审团的方法，但是他并不是在任何环境下都能取得成功。本文认为，律师必须对决定目击证人证词的环境进行心理学研究，并把它运用到审判策略中。本文最后以一些具体的操作建议结尾。（2005 年 12 月 第 80 卷第 6 期第 1895 页以下）

（刘利鹏 译）

（赵 鹏 校）

贡献：为 Kim 和她的世界

Dedication: For Kim, and Her World

Barry Friedman

（原文无摘要）

（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 1 页以下）

介绍：Kim Barry 的富有成效的挑衅

Introduction: Kim Barry's Fruitful Provocation

Peter H. Schuck

（原文无摘要）

（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 3 页以下）

回家与离开：出境移民背景下的国籍构建

Home and Away: The Construction of Citizenship in an Emigration Context

Kim Barry

关于入境移民的学术性论述已经非常充裕了，但是鲜有关注出境移民的，尤其是关注出境移民背景下的国籍的。本文查阅了由出境移民与出境国家采用的重新配置国籍的方式，并且根据事实惯例开始构建扩大概念的国籍。出境移民所经历的国籍，或称之为“外部国籍”，有两个方面：正式的合法地位和参与到国民生计的居住经历。文章突出了出境移民国家加强与离境公民的联系的强烈经济动机，同时强调了出境移民在母国的国民生计中塑造新角色的积极姿态。当出境国与出境移民对他们关系的条款进行协商时，一种新的国籍构想已经出现。国家寻求去鼓励出境移民以汇款、直接贡献税收和投资的方式把金融资源引入回国，由此便出现了一种作为英雄式的公民的新型出境移民。在批准双重国籍的过程中，国家允许出境移民保留母国的合法成员地位，甚至在其已经获得外国国籍之时。出境移民者自身也开始在母国声称政治主张，甚至在许多州，移民者还在国外就获得了全国大选的投票权。出境移民同样以其他方式继续影响母国的政治，包括参加公职竞选、为候选人提供政治献金，以及回国投票。本文在最后给出出境移民的国籍未来发展的方式提供了一些初步的想法。（2006年4月 第81卷第1期第11页以下）

回国

Homeward Bound

Anupam Chander

在《回家与离开：移民背景下的国籍构建》一文中，Kim Barry认为必须更多地关注出境移民和出境移民国的政策。采用她的建议，本文细致描写了一连串出境移民国用于培养与侨民间紧密联系的方法。应用分类学方法将这些联系机制分成政治、经济和文化三部分。寻求加强政治联系的政府已经提供了双重国

籍、海外投票、侨民直接代表、离散犹太人的特别签证，以及政府签发的离散犹太人身份证明等政策。各国试图通过吸引海外人员对拥有主权的“离散犹太人联系纽带”、发展项目和直接投资的扶持，来利用他们的经济力量。各国还寻求吸引通常会带来重要的资金和人力资本的海龟，通过谈判使海龟的退休金能从原工作国家转移回国以减轻海龟归国的压力。最后，各国试图重塑他们集体的形象，包括通过对离散犹太人群体明确的国家认知来实现民族大移居，建立为离散犹太人服务的行政机构，用法律来保护海外公民，以及对居住海外的儿童和退休人员实行特别保护。文章的第二部分转到问题上面，关于是否存在母国法律防止出境移民国追逐这类联络海外公民的相关机制的实例。一项应用美国法律作为测试的案例显示，捍卫公民自由的宪法限制了美国政府规范出境移民国与居住在美国境内的离散犹太人保持关系的能力。然而，在美国关注对外政策，尤其是对国家安全方面的关注正处于紧要关头的时候，这些限制措施却得到了放宽。此外，美国法律的一般适用，例如安全法，和美国法院不愿意执行外国税收法，都会使得出境移民国更加难以寻求特定的联络机制。尽管存在这些限制，像美国这样的入境国的国内法应当为出境移民国提供充足的空间以与他们的离散犹太人取得联系。文章以赞颂 Kim Barry 和她言辞的力量作为结尾。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 60 页以下）

重新思考向国外移民者的公民权

Rethinking Emigrant Citizenship

David Fitzgerald

国家与出境公民间的关系是法律、历史和社会科学不断增加的兴趣对象。在世界历史的范畴内，双重国籍的合法普遍性前所未有，而且在众多移民来源国，政府主动推动双重国籍和双重文化民主主义。当学者们对治外法权的公民资格的兴趣随着时间和生成过程而逐渐淡化时，出现了事实上在母国外日渐增加的参与跨国政治活动的积极分子成员核心的重要特例，以及在较长时间内送出国与接纳国反转的相对幸运的背景下出境移民的重要特例。一个越来越通行的构建

遣送“国”的方式是，通过加强送出国政府国内甚至国际的能力，把居住于国境外的成员列入其中。本文认为，把出境移民包含在内的最合法的方式最大化了个人自由，但是治外法权的政治参与以允许成员制定自身并不直接受制于管理的政策为代价，并且使国籍的作用倾向于主张权利而非履行义务。（2006年4月 第81卷第1期第90页以下）

跨国政治与民主的国家--州关系：对移居在外者的投票 与向外移民者保留国籍的规范挑战

Transnational Politics and the Democratic Nation-State: Normative Challenges of
Expatriate Voting and Nationality Retention of Emigrants

Ruth Rubio-Marín

在这篇文章中，Ruth Rubio-Marín 讨论了出境移民的国籍（被理解为出境移民尽力去保留的，包含在国家社会中的努力，以及出境国对此进行鼓励的努力）是如何与流行的民族国家观念联系起来的。她认为，出境移民国籍挑战了单一民族国家结构的一些传统元素，如相互排斥与疆域约束的政治归属见解，与此同时，大体上重新申明了民族成员的相对性。文章转到出境移民国籍概念的规范效力上来，着重于两个更通常被侨民表达的主张：缺席投票与在居住国入籍仍保留母国国籍的权利。Rubio-Marín 认为，出境移民有保留原国籍的权利，依靠这个权利，他们甚至能在外国入籍的情况下，维系与母国的关系，保持民族认同感，以及选择回归。然而，她发现，他们没有类似于缺席投票的权利。取而代之的是，缺席投票只能被视作一种特定情况下送出国可以合法拥有的一种选项。她主张，不考虑侨民通过汇款或其它资金回笼的方式对国家经济所做出的贡献，上述提议是适用的。（2006年4月 第81卷第1期第117页以下）

人才的竞赛：拥有高超技能的流动工人 与具有竞争性的移民制度

The Race for Talent: Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Regimes

Ayelet Shachar

美国长久以来一直是吸引高技能移民的终极“IQ 磁场”。但是，这种趋势近年来却在急剧变化。现在，美国不再是唯一的----也不再是最富有经验的----在世界范围内招募“最佳的和最聪明的人选”的国家参与者。其他吸引移民的目的地，如加拿大、澳大利亚和英国，创立了可供选择的移民项目以吸引这些高技能移民。Shachar 教授分析了这种国家间不断增加的竞争，并称之为“人才竞赛”。鉴于移民政策制定的标准叙述着重于国内政策和全球经济压力，Shachar 教授则强调了跨区竞争的重要性。这个新视角解释了移民目的地的几个首选国家的移民政策制定者是如何以及为何试图尽力赶上----或者，可能的话，超越----他们国际同伴有技巧的招募努力。这类定向移民项目越来越被作为用在新的全球经济中保持或获得优势的一种工具。实际上，这些国家的确愿意以国籍作为交换人才的条件，来获得技术移民的纯正面效果。这种项目显然是成功的，越来越多的高级技术移民涌入这些国家就是很好的证明。与此同时，移民输出国也在努力争取分享他们的高级技术移民所做出的提高福利的贡献，包括重新定义国家成员的界限。这场人才竞赛的结果提出了关于国籍和司法间关系的重要问题，还提出了全球范围内迁移和贡献的问题。对美国而言，这个国家传统上享受着吸引人才的无可比拟的优势，而这些新的全球化挑战则出现于困难时期。它们与美国移民体系长久出现的问题相结合，这些问题在后 911 时代变得更加突出。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 148 页以下）

完善政治的移民大迁移

Perfecting Political Diaspora

Peter J. Spiro

文章讨论了非常住公民的政治权利。它首先描述了对在外公民行使特权的范围和促进行使的趋势。越来越多的州允许非永久居民无需回国投票。这种趋势要求，当政治成员资格从疆域位置分离时，改变国籍和国家的概念。文章讨论了对非永久居民投票权的反对意见，这些意见的提出是基于如下的假设，非永久居民会成为不责任和通知不到的投票者，他们会形成无法预测和不稳定的投票团体，且非永久居民的投票将会带来无法支撑的物流成本。这些反对意见无一能在实证性或规范性上否定非常住公民的特权；投票权由于非永久居民从母国获得的信息量和攫取的重要利益的程度不断增加而获得了有效性。无论如何，文章认为，投票权不需要在一人一票的基础上拓展。在特定环境下----尤其是，当母国为非常住公民设置了低屏障，且非常住公民人口相对于常住居民而言较大时----把较低比例的投票权给非常住居民是正当的，至少在他们的利益被各国立法分别代表时。换一句话说，一旦国家与完整的国籍概念不再受到地理制约，在国家范围内违背公民间正式的平等信念也会得到普遍认同。文章总结道，显著性逐渐增加的非常住居民投票实践，对政治自由主义提出了一个强大的挑战。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 207 页以下）

出境移民与入境移民的政治经济

The Political Economy of Emigration and Immigration

Michael J. Trebilcock & Matthew Sudak

Trebilcock 与 Sudak 对出境移民和入境移民的经济效应进行了思索，并从评估移民来源国和目的国潜在的兼容性中，分析了它们最理想的移民输出政策。尽管出境移民造成了财政危机和人力成本枯竭，这种担忧并没有清晰的实证基础，考虑到诸如汇款、归国移民、技术转移、初期教育激励，以及海外公民的动态直接投资效力等可能的抵消因素的话。研究发现，入境移民从出境移民中取得的最正面的福利，除非有当地低技能工人工作的特例。在劳力市场，入境移民并没有普遍表现出严重抑制薪水或提高失业水平；它通常给移民来源国带来纯财政收益。

移民出境国应当制定政策以处理离开的欲望和出境的事实。只有当经济，以及某些情况下政治条件得到改善时，人力成本才会维持到最佳。作者呼吁要谨慎接近阻挠从移民输出国出境的身体和经济障碍。这些障碍能引起对个人福利的严重担忧，并且能对国内福利造成危害。考虑到出国的事实，出境移民国将会用各种政策做出最好的应对，这些政策包括对汇款、交易、投资和移民返回提供便利。出境移民没有被视作一种沉没成本，而是被合理地看作亟待培养的资源，这一点总是被人忽视。一种用于出境移民的分散且受到市场驱动的方式，能更好地服务于入境移民国，该方式允许特定的入境移民阶层，这些阶层在入境时相对没有受到阻碍，并受到标准的刑事、健康和国家安全的检查。通过要求入境移民（或他们的赞助者）去购买私人社会项目保险，从而把目的国从一段时间依靠无贡献项目的优势中隔离出来的方式，来限制受到财政吸引的出境移民。家庭类移民和受资助的海外难民也能利用这个项目（尽管这样做并没有阻止难民基于人道主义的立场对该项目进行使用）。此外，各国还可以通过放宽国籍要求、允许一定的短期工人获得永久居留身份，以及给暂时学习的学生的公民资格提供便利条件的方式获得益处。

潜在的不兼容性主要存在于两个方面。第一个方面，目的国强调技术移民，这会加重对移民来源国人力成本流失的担忧。第二个方面，汇款最大化的目的展现了财富从移民入境国到移民出境国的转移。（2006年4月 第81卷第1期第234页以下）

最佳实践

Best Practices

David Zaring

在传统的行政法下，行政机构通过法规，法院对其进行审核。但是，如果行政机构停止依据法规行动，而开始依据案例来指示行动呢？伴随着最佳的制定规则实践----一个在行政机构内外协调行政行为的理论上自愿的方式----依据案例指示行动正是越来越多的机构正在干的事。尽管大部分最佳的制定规则实

践被法律著述所忽视，通过最佳实践，联邦政府单独进行的规范数量在过去的十年中已经翻了七倍，规范触及了行政法的方方面面。这篇文章描述和评估了最佳的制定规则实践，追述到实践起源于商事管理、被公共部门所采用，并分析了在该部门内是如何运行的。通过一系列的实例研究，尤其是对最佳实践用于规范水污染的研究，对最佳实践的实际检验表明，尽管这种方式力求成为“最佳”，却没有任何特别之处能达到“最佳”。这个制定规则的技巧是一个获得惯例的方法，并非理想的方式。因此，最佳的制定规则实践对于在标准的精确内容并非特别重要的情况下，设定规范标准尤其有用。当最佳的制定规则实践（与其它形式的同级的非正式机构行为一道）继续发展，直到从司法监督中分离，国会也许会想要保证行政法的新技巧能得到充分公开，且至少能借由有披露倾向的“非正式行政程序法”的通过来得到部分监督。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 234 页以下）

处于边缘的六十年：东道国有义务根据 国际习惯法来接纳巴勒斯坦难民

Sixty Years in Limbo: The Duty of Host States to Integrate
Palestinian Refugees under Customary International Law

Laura Anne Reeds

文章认为，国际惯例法（CIL）要求第一庇护国能容纳长期居住于该国境内的难民。首先，文章讨论了法院鉴别 CIL 原则和解释国家时间和法律确信要求的方法。其次，它将这些方法应用于长期难民融合原则，展现了国家社区通常接纳难民只限于一代的事实，并广泛承认了长期接纳难民的法律责任。随后，在总结了长期难民融合原则根据 CIL 具有约束力的结论后，文章对已经完成义务接纳巴勒斯坦难民居住于境内的东道国的限度进行了评估。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 351 页以下）

探讨已改进的关于学生演讲者的真实威胁学说

Toward an Improved True Threat Doctrine for Student Speakers

Andrew P. Stanner

上世纪 90 年代末接二连三引人注目的校园枪击案件，使学校管理者一直挣扎于如何预测和防止可能的袭击的问题中。他们并非个别。判例法揭示了，法官也受到这些案件的触动，经常通过惩罚学生做出的言语上的暴力威胁，来试图以他们的力量去遏制校园暴力。最高法院认为，“真正的威胁”并不受到宪法第一修正案的保护，基于以下三个正当理由：防止恐惧、防止源自恐惧的破坏，以及消除威胁的暴力发生的可能性。文章中，作者对真正的威胁原则适用于学生胁迫的情况作出了如下三点挑战。第一，该原则极为模糊，也没有给法院提供充分的标准，来对各类案件采取不同的执行措施。第二，最近的证据表明，惩罚威胁作为惩罚或防止未来暴力的代理品----这种代替得到了法院真正的威胁法学理论的明确赞同----在学生言论的背景下是无效的。第三，作者识别出了一个严肃的政策顾虑，该顾虑受到了任何对学生威胁惩罚性回应的暗示。为了解决这些缺点，Stanner 通过对不同的法院提出一系列的提议来做出总结，这些建议被设计为用于促进构想和履行真正的威胁原则。（2006 年 4 月 第 81 卷第 1 期第 385 页以下）

一个新方向？：国家森林无路区的森林服务决策制定与管理

A New Direction? : Forest Service Decisionmaking and
Management of National Forest Roadless Areas

William J. Wailand

在我国国家森林无路区做出自然资源管理的决策，长久以来都是一个争议不断的议题。森林服务，最近在布什总统的执政下，通过了一则法规，允许各州请愿去按照它们希望无路区被管理的样子进行管理。该法规设想各州会与所有担忧的政党一起合作去明确表达它们的请求，却没有设置确保这一流程的标

准。考虑到实现合作的困难性，缺乏标准使得这一预期的目标不太可能实现，而且暗示了该法规本可以成为对无路区进行开发的一种尝试。尽管如此，文章督促各州和股票持有人进行合作，并认为，行政机构应当利用它们的监管职能去鼓励合作流程，而不是去鼓励不必要的开发。按照这种方法，新法规有潜力去促进大范围的接受管理政策，并能在各做的环境管理领域提供具有价值的经验。（2006年4月 第81卷第1期418页以下）

结合反思法与虚假广告法来制定化妆品

“不经过动物实验测试”标签的标准

Combining Reflexive Law and False Advertising Law
to Standardize “Cruelty-Free” Labeling of Cosmetics

Delcianna J. Winders

有关“不经过动物实验测试”标签的索赔案件，现在还没有得到规范，从而导致了市场的失败。消费者用不完全的和误导的信息来做出购买决定，因此无法激励生产商去跟随消费者的喜好，并改变它们用动物进行试验的习惯。以反思法中的学术研究作为基础，本文概述了一个通过标准化来补救扩散的具有误导性的“不经过动物试验”的索赔。Winds认为，标准化能通过自发的第三方认证项目来最高效地实现，这一项目设置了一个分类标准，并监督得到传统虚假广告法支持的标签索赔案件。（2006年4月 第81卷第1期第454页以下）

对不可变合同的需求：另一个角度看合同变更的法律与经济

The Demand for Immutable Contracts: Another Look at the
Law and Economics of Contract Modifications

Kevin E. Davis

合同法最具挑战性的问题之一，是双方当事人是否应当自由创建合同以限制他们自身订立合同的自由，从而，在事实上订立包含合同自由范围本身的合同。到目前为止，辩论一直围绕着“反对变更条款”的强制执行力，该条款规定，合同订立后进行的变更不具有强制执行力。法院显然抗拒执行反对变更条款。一些著名的法律和经济学者认为，在特定情况下，双方当事人能从制定不可变合同中受益，则法院应当强制执行反对变更条款。

本文提出了好几项与论点的根本前提相悖的主张。文章一开始陈列出各种理由，解释了为何对不可变合同的要求，或至少通过采用反对变更条款创立的合同的要求，也许会很低。其中心主张是，尽管反对变更条款也许没有强制执行力，合同双方能通过一种名为“被代表的受托人技巧”的技巧来加大经济效果。技巧的实质是，双方当事人同意将任何变更的好处移交给拥有大量受益人的信托机构。具有代表性的受托人技巧的概念积木，每一块都为人所熟知，然而，实践中没有任何被使用的迹象。如果有效，这些观察结果与认为存在对强制执行的反对变更条款有重大需求的理念并不一致。不过，不同于文章中主要观点的是，订立合同的双方可能并没意识到采用具有代表性的受托人技巧的可能性。在这种情况下，此处的分析仍然相关，因为它建议，一旦技巧被公布出去，它至少会满足部分对强制执行的反对变更条款的需求。无论如何，似乎不存在令人信服的理由，去响应强制执行反对变更条款的呼吁。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 487 页以下）

随着时间而变化的民事权利禁令：对短期拘留 与长期监禁的法庭令的案例研究

Civil Rights Injunctions over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders

Margo Schlanger

律师首次获得联邦法院管理监狱与短期拘留设施条件的法令是在上世纪 60 年代。这项法令和其他种类的民事权利禁令操作一起盛行于上世纪 70 年代和 80 年代早期。但是，从传统智慧发展中看出，这种机构改革诉讼在很久之前

达到顶峰后，如今停滞不前了。文章对于短期拘留和监禁法令诉讼进行的纵向阐述表明了，与传统认知正好相反，矫正的法院命令诉讼在上世纪 80 年代后期与 90 年代早期并没有呈下降态势。相反，当《监狱诉讼改革法案》（PLRA）的颁布同时减少了旧的法院命令的存量和新的法院命令的流通时，法院命令诉讼从 80 年代早期到 1996 年间仍然保持着必不可少的连续性。甚至直到现在，PLRA 通过了 10 年之后，民事权利禁令在监禁和短期拘留背景下比传统观点意识到的还要活跃。尽管法院命令诉讼的卷宗，在 1996 年之前一直保持着静止状态，执行法院命令的实质从“激进现实主义”模式变成了更为精确的形式。在 70 年代通过宽松的因果关系标准与彻底的补救，诉讼范围趋于扩大，而贯穿于 80 年代和 90 年代的诉讼，则朝着资源更加集中的模式发展，且应用更加严格的证据和因果关系要求来处理范围日渐缩小的话题。本文认为，这种改变不仅是由联邦法院不断增加的保守主义所造成的，更为有趣的是，也是由普遍的怀疑主义造成的，这些怀疑的对象包括，法的因果关系、逐渐习惯于资源集中模式诉讼的大型公益性服务公司、以及好些显著的作为模板的格外广泛的诉讼。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 550 页以下）

亲子言论与儿童抚养言论限制

Parent-Child Speech and Child Custody Speech Restrictions

Eugene Volokh

“孩子的最佳利益”测试----适用于家长间抚养权纠纷的通常规则，给予了家事法庭的法官足够的空间去思考家长的观念意识。家长们的权利受到限制或否决，部分取决于他们对无神论、种族主义、同性恋、通奸、婚外性行为、共产主义、纳粹主义和反战主义的支持，以及对国旗、原教旨主义、一夫多妻制和宗教的不敬，这些都使孩子无法适应这个社会的西式生活方式。

法院同时惩罚或禁止明示或暗示批评另一方家长的言论，甚至在言论具有一个较广的意识形态范围时。例如，一位家长被勒令去“确保未成年子女不会身处在会使之害怕同性恋的宗教抚育或教导之下”，因为另一方家长是同性恋。

还有一位母亲被剥夺了抚养权，部分原因是她明确告诉了 12 岁的女儿，从女儿出生起就抚养她的前夫，事实上并非女孩的身生父亲。

法院还禁止了一位家长的宗教言论，当这种言论被认为与抚养孩子的家长所提供的宗教教育并不一致时。这些案例一般依据这样的理论（有时是纯粹的推论，又是依据一些记录的证据），即孩子会因为相互矛盾的教育而感到困惑和不开心，而且不太可能会把家长的权威当真。

文章认为，这些限制通常是违宪的，除了当它们狭义地着重于防止一方家长破坏孩子与另一方家长的关系时。但是，在这一过程中，文章做出了可能会对以下建议有帮助作用的观察，关于这些建议读者不知会否予以认同：（1）最佳利益测试使得法院参与到范围广泛的基于观点的言论限制中。（2）宪法第一修正案不仅隐含在法庭颁布限制家长言论的命令时，也隐含在法庭根据这类言论作出抚养或探视的判决时。（3）甚至在案子牵涉宗教言论时，自由言论条款较之于宗教条款能对法官惩罚家长的言论起到更大的阻碍作用。（4）如果完整家庭的家长们根据第一修正案有对他们的孩子说教的权利，没有政府根据“最佳利益”标准限制言论，则破碎家庭的家长们一般也要有同样的权利。（5）完整家庭的家长们确实应当和他们的孩子有谈话自由----但是不主要是因为他们有自由表达权或孩子们可以从聆听家长的观点中获益。而是，保护家长言论权利的最主要原因是，今天的儿童聆听者会成长为下一代的成人演讲者。（6）只在言论即将对儿童造成心理伤害的威胁（或已经造成事实上的心理伤害）时才允许对言论进行限制的企图，看似具有吸引力，却可能证明无效。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 631 页以下）

查找流向：对水资源分配的动态方法的需求

Finding Flow: The Need for a Dynamic Approach to Water Allocation

Jenny Huang

最近来自于逐渐消失的地下水资源的危机，突显了现存的水资源分配协议无法应对变换的环境。本文着重于对两例案件进行研究----美国与墨西哥间所

有美洲运河的争端，以及堪萨斯与科罗拉多两州间关于堪萨斯河协定的长达十年的诉讼。国内与国际的议题来自具有高技术性决定、改变的环境、以及有历史敏感性的水权的相同挑战。文章认为，尽管被警告，实施严厉和快速的法规会给适应未来水条件的改变的能力带来不必要的负担，国内与国际的水协议仍然过多地强调一次性分配。这两例案例研究进一步展现了，传统的依据以往经济实绩分析的争议与诉讼机制不再充分满足水资源分配的需要了。在考虑到对改革进行挑战之后，文章认为，全球不断增加的水资源危机的紧急情况，使得机制改革的条件达到成熟。作为一种解决办法，文章提出了建立联合管理机构的建议，这种机构将对水资源危机的变化动态进行不间断地专家监管。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 734 页以下）

全球治理的权力与合法性：深思熟虑、 制度差异与食品法典委员会

Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional
Differentiation, and the Codex Alimentarius

Michael A. Livermore

这篇文章中，利弗莫尔通过对食品法典委员会的研究检测了全球化的一个重要和具有争议的方面----国际机构增加的显著性与权力。该法典委员会是一家创建于 1964 年的国际食品标准设立实体，在其标准通过《卫生与植物检验检疫措施应用协定》和《贸易技术壁垒协议》融入到世界贸易组织（WTO）体制时，于 1994 年经历了一次权力的巨大增长。这次改变通过使法典的决策制定流程服从于更高标准的责任制，对法典委员会提出了挑战，同时削弱了对法典的成功起到关键作用的审议以及合法性要求。文章认为，仅在法典之内单独存在的审议不可能解决合法性模棱两可的问题，但是 WTO 体制在多个独立实体中分配权力的结构，以 WTO 上诉体执行的司法审查的形式为关于法典的外部检查创造了可能性。利弗莫尔建议，上诉体审查法典的决策制定时以程序公正和恰当的思考少数国家的观点为目的。利弗莫尔也对一些教训进行了思索，法典委员会为设计

未来的国际体制所拥有的成功与失败。(2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 766 页以下)

贸易与道德：博弈后的 WTO 公共道德特例

Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling

Jeremy C. Marwell

不管货物与服务贸易自由化的广泛承诺，世界贸易组织（WTO）的成员国保留为保护公共道德而采取必要的贸易限制措施的合法权力。在 WTO 法律下留下了第一印象，WTO 上诉体在 2005 年四月对“公共道德”这一术语在服务贸易总协定（GATS）的框架内做出了解释。该上诉体认定，美国宣称保护美国公共道德所必须的某些美国法律禁止国际赌博服务跨界条款，这类法律与美国在服务贸易总协定下的义务并不一致。本文认为，上诉体在决定特定的贸易限制措施是否对保护公共道德不可或缺时所采用的测试方法极大地侵犯了 WTO 成员国的自主权。文章提出了一种替代性理论框架，这种理论框架将在抵御潜在的滥用贸易保护主义和无效的贸易规范时更好地保护成员国的自主权。在成员复杂的 WTO 中产生的贸易与道德的冲突，在世界性贸易惯例中对公共道德条款的广泛应用，以及与公共道德条款潜在相关的国际经济法与人权的融合，这些增加的可能性情况都暗示了新兴的国际经济法领域日益增加的重要性。(2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 802 页以下)

管理新闻：政府宣传机器的历史与立宪

Managing the News: The History and Constitutionality
of the Government Spin Machine

Jodie Morse

本文产生于两件事实，一件是布什政府力图打造覆盖自己节目的媒体；

另一件是秘密付费给专栏记者并散播虚假的新闻报道。文章探索了鲜有研究的关于隐秘新闻管理策略的历史，并表明，与通行的明智做法正好相反，这种秘密管理媒体的企图并非起源于布什政府。尽管这些策略也许经得起时间的检验，对它们向独立媒体妥协的批评也是持续不断。本文进一步分析了根据现时法律政府新闻管理的处理方式。在揭示了为何规范体制具有无可救药的缺陷后，文章认为有必要通过司法干预来解决宪法的核心问题。文章明确总结道，新闻管理策略隐瞒了政府作为信息来源的作用，是不合宪的，其违反了宪法第一修正案的观点歧视规定。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 843 页以下）

质疑简易判决的有效性

Questioning the Efficiency of Summary Judgment

D. Theodore Rave

支持简易判决的主要理由就是高效，但是申请的效率被过分推定了。免于审判降低了成本，但是节省的费用只有在申请被批准后才得以实现。本文提供了一个框架，以分析简易判决的效率。如果避免审判的费用没有超过申请简易判决的费用的话，则简易判决效率并不高。现代主义给被告申请简易判决施加了低成本，而给反对简易判决申请的原告施加了高成本，以此来鼓励被告多申请简易判决，并加大原告反对简易判决申请的成本。如果申请没有得到足够高效的批准，也没有给案件解决率带来正面影响的话，则申请的获得与使用也许会比避免的普通审判的耗费还要大。利用获得的经验数据与基于双方动机的前提，本文展示了部分使简易判决高效所必须的条件，并要求对简易判决申请的成功率和诉讼成本进行更多经验性调查，从而得出结论。（2006 年 5 月 第 81 卷第 2 期第 875 页以下）

（朱嘉珺 译）

（陈 聪 校）

刑事诉讼的透明与参与

Transparency and Participation in Criminal Procedure

Stephanos Bibas

在刑事司法体系中，局内人和局外人之间存在着一道鸿沟。法官、警察，尤其是检察官这些掌控刑事司法体系的局内人，拥有信息、权力以及自我利益，而这些极大地影响了刑事司法体系的过程和结果。犯罪受害人、旁观者及绝大多数公众是局外人，他们发现这一体系是令人沮丧地晦涩、狭隘并与正当惩罚无关。基于这一鸿沟，一种螺旋结构随之产生：局内人在适当的时机歪曲规则的原意，局外人试图通过新的规则来限制原规则，而局内人进而会想办法去规避或操纵这些新规则。局内人和局外人之间的鸿沟削弱了刑事诉讼法在实现刑法实体目标方面所具有的道德和明示的作用及功能。这道鸿沟遮蔽了法律上的威慑与明示信息以及法律在治愈被害人方面的功能；并且，它还妨碍了对公共机构成本的公众监督。最有前景的解决方案是更好地让犯罪受害人和其他受到影响的当地居民获知信息，同时让他们在刑事司法体系中发挥更大作用。我们也可以在局内人的监督和检查方面做得更好，不过，对公众进行授权和教育的前景则一片黯淡。（2006年6月 第81卷第3期第911页以下）

创业公司中风险投资者的代理成本控制

Agency Costs of Venture Capitalist Control in Startups

Jesse M. Fried & Mira Ganor

投资于美国创业公司的风险投资者通常享有优先购股权和广泛的控制权。服务于其中任何一种的解释层出不穷。然而，学者们未能注意到：当这些安排结合到一起的时候，通常会导致一种极不寻常的公司治理结构：优先股股东而非普通股股东控制了董事会，进而控制公司本身。本文的写作意图有三：（1）突出这些风险投资创业公司的不同寻常的治理结构；（2）表明这样一种观点即，优先股股东的控制可能会潜在地提高代理成本；（3）倡导法律改革，通过改革可能会帮助

风险投资者和企业家降低代理成本并优化创业公司的结构。（2006 年 6 月 第 81 卷第 3 期第 967 页以下）

版权欺诈

Copyfraud

Jason Mazzone

版权欺诈无处不在。虚假的版权声明出现在莎士比亚戏剧的当代重印本上，出现在贝多芬的钢琴乐谱上，出现在莫奈睡莲的贺卡版本上，甚至出现在美国宪法上。档案馆对它们收藏的一切主张版权。旧报纸微缩版的卖家也主张版权。这些虚假的版权主张，通常伴随着起诉威胁——未经“所有人”许可而复制作品便会产生诉讼。这导致使用者去寻求许可并付费来复制那些任何人可免费使用的作品。

版权法本身为版权欺诈提供了强有力的激励。对于虚假宣称公有领域事物所有权的行爲，版权法并未规定民事罚款。对于那些误以为合法复制不合法而未采取行动的人，或者对于那些为本应免费使用的东西而支付许可费的人，版权法也没有提供任何救济。尽管根据版权法，从严格意义上讲虚假宣称版权的行为是一种犯罪行为，但对它的刑事起诉却极为罕见。这些情形已经造成了数不清的欺诈，公有领域内数百万的作品被赋予版权，每年无数的金钱用在了许可费上以复制那些本应可以免费进行复制的作品。版权欺诈遏制了复制的有效形式并且有损自由言论。

国会应修改版权法，允许私人主体就虚假版权主张提起民事诉讼。法院应扩展滥用版权抗辩的范围，以防止版权所有人在从事过去的版权欺诈行为时仍主张合法有效的版权。另外，国会应设立一个列明公有领域作品的全国注册中心并设立一个标明那些作品的符号，从而进一步保护公有领域。如果国会方面缺乏对这一问题的回应，也有可能存在国家法之下的救济渠道和私人主体为达致目标所努力的救济渠道。（2006 年 6 月 第 81 卷第 3 期第 1026 页以下）

严惩犯罪：国家的司法运动是怎样 侵犯刑事被告人的正当程序权利的

Tough on Crime: How Campaigns for State Judiciary

Violate Criminal Defendants' Due Process Rights

Joanna Cohn Weiss

获选的法官经常进行“严惩犯罪”活动，这一行为引发了以下顾虑：一旦当了法官，他们将会对刑事被告人有偏见。实际上，研究表明随着选举的临近，获选法官对刑事被告人科以更严厉的处罚。然而，最高法院在明尼苏达州共和党诉怀特一案中发现，即便一个获选法官知道案件的判决可能影响他的工作安全，人们仍然认为他是公正无私的。本文认为，最高法院在怀特案中的判决未能成功地说明使公正法官选举复杂化的关键因素——犯罪和选举的媒体报道。媒体在选举中产生的影响以及法官对之进行回应的特定方式可能导致那些对被告人存在偏见的法官审理刑事案件。为了矫正这一问题，各州必须积极行动起来，通过规定宽泛的回避规则来保护刑事被告人获得公正审判的权利。各州必须修改其法官行为准则而考虑从事严惩犯罪选举活动的法官的强制回避制度。（2006年6月 第81卷第3期第1101页以下）

自由对遵循先例的影响：从 Casey 案到 Lawrence 案的轮奎斯特法院

The Impact of Liberty on Stare Decisis:

The Rehnquist Court from Casey to Lawrence

Drew C. Ensign

尽管遵循先例是一个稳固建立起来的原则，它可以追溯到15世纪英国的普通法，但是轮奎斯特法院却以种种卓越的方式发展了该原则。轮奎斯特法院的判决有效地使得自由成为宪法案件中一种重要的遵循先例考量因素。先前的判例全

面审视了宪法的自由保护问题而轮奎斯特法院的法官则更倾向于支持这一保护问题，反之亦然。本文分析了这一发展，而 Casey 案和 Lawrence 案的不同结果是这一发展的最好例证。本文也分析了这一发展对最高法院审判规程的未来的影响。（2006 年 6 月 第 81 卷第 3 期第 1137 页以下）

停止“政治交易”：将限制协调关系作为 规制 527 组织的一种方法

Stopping “Winks and Nods”: Limits on Coordination as
A Means of Regulating 527 Organizations

Meredith A. Johnston

2004 年联邦大选见证了独立政治组织活动的空前增加，这些组织被称为“527 组织”。现行的活动经费体制限制了个人和团体向候选人、各党派及政治活动委员会捐款的数额，使得 527 组织事实上未受到规制。结果是，富有的捐赠者向 527 组织捐了大量金钱从而绕开了联邦的捐款限制。这些组织在 2004 年筹集了数百万美元用于极具影响力的广告和选民动员活动。这些组织是如此成功，以至于人们希望它们在 2006 年和 2008 年大选中发挥重要作用，而且国会和联邦选举委员会（FEC）都考虑过要进一步规制这些组织。

本文审视了 527 组织在 2004 年大选中的作用并提出了将来反规避活动经费体制的方法。本文认为，国会应通过立法的方式来解决 527 组织的问题，而该主张涉及到外部团体与政治活动之间的协调。一部规范上述协调关系的制定法在现行的 527 组织改革方案上显示出了若干优点。首先，它很有可能符合宪法对活动经费管理的限制范围。第二，它提供了一套长期解决方案，这一方案并不依赖某一组织在税法或活动经费法下如何被分类。第三，它将鼓励捐赠者向候选人施加影响从而捐出更少的“硬资金”。（硬资金是指党派和候选人从个人捐赠或政治活动委员会募集来的款项——译者注）最后，对于最近联邦选举委员会在努力规制协调关系过程中所体现出的拖延和困惑，国会立法将予以避免。（2006 年 6 月 第 81 卷第 3 期第 1166 页以下）

美国的多元化：为什么司法多元化 改善了有关政治道德的法律判决

Pluralism in America: Why Judicial Diversity
Improves Legal Decisions about Political Morality
Joy Milligan

法官的种族为何重要？本文认为法官的种族多元化改善了有关政治道德的法律判决。法官在规范我们的政治道德方面发挥着实质作用；同时，种族划分影响着公众关于此类问题的看法。在那些涉及政治道德疑难法律问题的案件中，法官应认真考虑所有的道德概念并将其作为潜在的答案。种族多元化很可能改善法官接纳不同看法的能力——这并不是因为某一特定种族的法官将“代表”一种统一观点，而是因为存在这样一种可能性即，某一特定种族的法官被人们作了一种定位：他们将会在自己的种族共同体范围内理解和认真考虑他们的看法。发生在司法委员会以及法院之间的司法对话起到了更广泛地传播不同观点的作用。司法上更多地考量不同的道德观点最终应产生有关政治道德的更好判决。特别是，法官可能使用新折中方案来解决政治—道德困境，法官和社会可以更好地理解此类困境的轮廓，公众甚至可能达成有关政治道德基本问题的新结论。（2006年6月 第81卷第3期第1206页以下）

根据宪法审判：关于法官附带意见的附带陈述

Judging Under the Constitution: Dicta about Dicta
Pierre N. Leval

~献给苏珊娜~

在纽约大学法学院一年一度的詹姆斯·麦迪逊演讲中，皮埃尔·列瓦法官（Judge Pierre N. Leval）探讨了法院区分附带意见和判决的持续失败现象。尽管列瓦法官不反对使用附带意见来澄清复杂的主题并为今后的法院提供指导，但他

认为：(1) 法院以判决为幌子通过附带意见来公布具有约束力的法律，这超越了法官造法权的宪法边界；(2) 后来的法院接受先前法院的附带意见并将其作为具有约束力的法律，这一做法未能免除它正视并决断所面临问题的宪法责任；(3) 法院通过附带意见来造法，这在创建欠考虑的先例方面是一种冒险。列瓦法官进一步认为，最高法院在 *Saucier* 诉 *Katz* 案中的新指示特别欠缺考虑。根据该指示，法院在驳回因善意而免责的宪法侵权诉讼之前，必须首先在附带意见中表明（当事人）所主张的行为是否违反宪法。（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1249 页以下）

反对死刑的契约论证明

A Contractarian Argument against the Death Penalty

Claire Finkelstein

死刑的反对者通常把他们的反对意见建立在死刑执行的不确定性上，他们认为死刑的适用被区别化了，有时无辜者被执行死刑，或者他们认为死刑的威慑机能缺乏充分的证据支撑。这些观点中暗含着这样一种迹象：如果缺乏上述这些不确定性，那么对死刑的严厉道德异议将会是一种错位。在这篇文章中，Finkelstein 教授认为即便在缺乏此类不确定因素的情况下，我们仍然有理由反对死刑。她进一步认为，两种主流的惩罚理论（威慑和报复主义）中的任何一种都未能证明死刑的正当性。从更普遍意义上讲，她认为，任何一种理论在抓住了惩罚正当性的一个重要部分的同时，还必须诉诸一些更深入的限制性原则，从而适应罪刑相适应的一般感知。Finkelstein 教授主张，契约论提供了这一额外的原则。根据契约论的要求，个体同意这一惩罚体系并且必须在它的威胁之下生存。另外，在她认为的那种契约论之下，个体必须这么做是基于这样一种相信即，同他们在缺乏这一体系将如何过活的情况相比，他们将在这一体系之下受益。尽管人们通常按照个人期望效用最大化对利益观念作最佳的理解，Finkelstein 教授却认为，当谈到社会基本结构的选择时，理性的立约人将会以一种保守的、“非冒险”的决策规则来设想利益。她接着认为，适用这一利益概念的理性立约人将拒绝任何含有死

刑的惩罚体系。这是因为，立约人在认识到死刑威慑价值的同时也必须考虑当他们自己遭受这一刑罚时所要付出的高昂代价。本文展现了一种研究死刑的全新而有效的方法以及关于惩罚的一般理论，并涵盖了关于威慑和报应的主要直觉认识，而这些认识让原本相互矛盾的惩罚理论显得格外引人注目。（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1283 页以下）

规避侦查

Detection Avoidance

Chris William Sanchirico

在实践中，执法问题被一分为二，它一半是政府为了抓捕违法者所采取的行动，一半是违法者为了避免被抓所采取的行动。然而在执法理论中，尽管国家在“侦查”方面的努力发挥了决定性作用，犯法者在“规避侦查”方面的探索却被人们大量地忽略。一直存在问题的是，随着一连串的公司不当行为激发了惩罚程序犯罪（如妨碍司法罪和伪证罪）过程中的新利益，上述的不平衡问题近年来已变得严重起来。本文在现有理论框架中加入了规避侦查的内容，以期活跃当前的政策争论。这一操作产生了若干结论。首先，尽管近年来我们努力强化了有关妨碍司法和伪证的法律，对规避侦查的法律制裁仍然相对无效。法律制裁向犯法者传递了一个混合信息：为了规避侦查，你得减少行为，但可以减少到你仍然可以有所作为的程度。为了规避对你的规避侦查行为的侦查，你得多去行为。本文认为，通过证据程序（包括调查）的结构设计，我们通常可以更有效地阻止规避侦查。我们特别提倡运用一些策略，这些策略利用了个体的认知心理学缺陷以及共谋安排的社会学弱势。（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1331 页以下）

创立品牌：利用品牌管理来提高林业认证的市场接受度

Making the Brand: Using Brand Management to Encourage

Market Acceptance of Forestry Certification

Misty L. Archambault

林业认证试图通过向消费者提供信息的方式来减轻个体林业管理工作对环境的影响。经过认证的生产者会在其木制品上贴上统一标识，从而向购买者保证他们是以可持续方式在生产产品。在美国，林业认证已经存在了十几年，但是此项程序的行业参与度仍然较低。本文认为，之所以有较低的行业参与度，是因为缺乏对经认证的林产品的消费需求以及认证利益相关者未能成功解决这一需求的缺乏问题。本文认为，尽管在增加消费需求方面存有很多障碍，但来自于营销领域的品牌管理概念有助于我们应付这些挑战，并反过来提高林业认证在美国的市场接受度。（2006年10月 第81卷第4期第1400页以下）

通过公法解决机制使人权规范对公司具有约束力

Binding Corporations to Human Rights Norms through Public Law Settlement

Benjamin C. Fishman

最近美国和法国分别对优尼科石油公司（Unocal）和道达尔石油公司（Total）提起了人权诉讼，这些诉讼解决机制已经清楚地表明了这样一种观点：诉讼是让其公司对其境外侵犯人权行为负责的一种可行工具。然而本文认为，优尼科石油公司及道达尔石油公司的解决机制不适当地反映了在这类案件中公众的重要性，这种重要性试图迫使优尼科和道达尔对它们在缅甸侵犯人权的共谋行为负责，同时，这种重要性也代表了一种动向：用人权规范从法律上约束公司。不过这些解决机制破坏了上述这些努力，因为它们未能实现公法诉讼的目标——也即，对持续不公正的预先干预以及对公法规范的阐明。相反，这些解决机制将大量的解决争议资金引向了与侵犯人权无关的社区发展项目，也未能要求被告公司从根本上改变其行为，它们只是在重复一种有害的当代“公司社会责任”原理：良好的公司行为被描述为一种慈善行为而非一种正当行为。

本文认为，未来关于公司侵犯人权案件的解决机制——也许比完全经过诉讼的案件更为有效——通过建立监督公司行为的法律约束制度，可以更好地反映公

法诉讼的希望。此类制度可以有效地预防跨国公司最有可能从事的潜在威胁人权行为的类型。此外，这些监督制度将会在不断阐明公司侵犯人权方式的范围内创立规范，同时这些制度将逐步形成解决上述威胁的全面方法。通过这样做，监督制度可以成为非政府组织从事国际人权运动的基础，并成为诉讼中原告告诉答（原告告诉答是指原告对被告的答辩所作的答复——译者注）的典范，从而进一步传播正当公司行为的规范。（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1433 页以下）

超越 Tanner 案：陪审团裁断后陪审员证言的替代性框架

Beyond *Tanner*: an Alternative Framework for Postverdict Juror Testimony

Benjamin T. Huebner

近二十年前，最高法院在 *Tanner* 诉美国案中的判决认为，根据《联邦证据规则》第 606 条第 2 款，陪审员醉态（醉态是指饮用酒精饮料或服用药物而使人在一定时间内减弱甚至丧失辨认或控制能力——译者注）对于陪审员无作证能力来说是一种“内部”影响。那项判决以后，许多州在认定陪审员不当行为时抛弃了它们对陪审员证言可采性的不同做法，转而支持 *Tanner* 案中的外部或内部框架。

本文说明了 *Tanner* 案的外部或内部框架对那些政策考量因素不起作用的原因，而这些政策考量因素意在论证对陪审员证言进行限制的正当性。本文为各州解决陪审员不当行为问题提供了一种替代方法，该方法将更好地保护陪审员和诉讼当事人。（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1469 页以下）

对话、表达与分配：布雷耶大法官的积极自由

Conversation, Representation, and Allocation: Justice Breyer's Active Liberty

Michael A. Livermore & D. Theodore Rave

（原文无摘要）

（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1505 页以下）

推动二十一世纪自然资源问题策略的发展

Evolving Strategies for Twenty-First Century Natural Resource Problems

William J. Wailand

（原文无摘要）

（2006 年 10 月 第 81 卷第 4 期第 1518 页以下）

（张 望 译）

（刘媛媛 校）

联邦最高法院作为法院改革推动力的新角色

The New Role of State Supreme Courts as Engines of Court Reform

Randall T. Shepard, Chief Justice of Indiana

在每年呈交 William J. Brennan 法官，联邦法院与社会司法期刊的演讲中，尊敬的 Randall T. Shepard 法官指出：联邦最高法院在重塑美国司法体系过程中发挥着越来越重要的作用。作为联邦法院体系中最庞大的一部分，联邦立法权的灵活性，以及近来联邦法院获得财政供给方式的一些变化都使得这些高等法院处于管理与改革联邦法院体系的最前线。印第安纳州首席法官 Shepard 总结出联邦最高法院主导法院改革的三大主要领域。首先，联邦高等法院通过使陪审团更具包容性以及代表性，并通过提高其决策能力改革了美国的陪审团。其次，这些法院已经主动采取新的措施来保证公平获得司法保护的实现，这些措施包括在民事案件中提供给低收入人群法律援助，设置为慈善机构和穷人提供免费服务的各项计划，以及帮助亲自诉讼当事人（pro se 无律师代理亲自诉讼）。再次，联邦最高法院通过处理法院体系中存在偏见及不同做法，以及通过致力于保证法律职业本身对所有人开放促进了机会平等。最后，首席法官 Shepard 提出几种联邦最高法院改革联邦法院体系过程中采取的其他方式，包括从设置特别法院到科学训练法官的措施。在一个推崇传统且缓慢改变的职业中，许多这样的改革仅能依据各州高等法院的领导力继续推进。（2006 年 11 月 第 81 卷第 5 期第 1535 页以下）

延迟赔偿：制药专利解决方案成为管理设计的问题

Paying For Delay: Pharmaceutical Patent Settlement

as a Regulatory Design Problem

C.Scott Hemphill

过去十年间，药品制造者通过提供给潜在的竞争者大量赔偿结束了专利诉讼，这些潜在竞争者转而放弃诉讼，并且如果诉讼成功的话，他们将增加竞争。因为这个“延迟赔偿”的解决方案延迟可能的竞争进入，他们已经引起了反垄断执法机构，法院以及电视台评论员的注意。延迟赔偿的解决方案不止构成反垄断执法机构大量实践的重要性问题，还在创新与消费者准入之间更好平衡的问题上，造成了一个普遍的进退两难境地。

本文将延迟赔偿的进退两难问题作为管理设计的一个问题。对于相关特殊行业管理法规——《药品价格竞争与专利期补偿法》（Hatch Waxman Act）的全面分析延伸出两个结论。第一，此法案的主要特点通常通过不易察觉的方式在扩大，即来自延迟赔偿的潜在反竞争损害。第二，此法案反映了议会裁决相对于为论证这些解决方案正当化而采取的论点，更倾向诉讼质疑。这些结果进一步论证了一个结论，即延迟赔偿解决方案最好被宣告为不合理的贸易限制。这些分析说明特殊行业管理制度明确反垄断责任范围的两个途径：通过将作为实际经济事实的反竞争行为创造或限制机会，并通过将其作为法律事实来主导反垄断执法处理这类行为的效力。（2006年11月第81卷第5期第1553页）

小政府的大不同：地方政府与征收条款

Big Differences for Small Government: Local

Governments and the Takings Clause

Christopher Serkin

本文讨论的是宪法第五修正案的征收条款应当区别更高级别的政府而适用于地方政府。征收条款是越来越具争议的财产权利提倡者与服从政府规范提倡者

之间辩论的核心。更多的情况是，辩论的术语聚焦于对征收条款的传统经济描述。财产权利提倡者认为扩大补偿需求对于强制政府内化其行为开支是非常有必要的，保证这些法规仅适用于效益超过成本的情形。而政府规范提倡者则认为，政府承担政治及非金融开支，因此补偿需求在任何可预料的领域内并不会影响政府决策。尤其是公共选择理论认为法规更多地来源于特殊利益群体寻租，同时政府开支普遍附加于纳税人。对公共选择理论的批评立足于，补偿不会作为管理动机的有效检验。

本文认为公共选择的批评力度随政府的级别变化而有所起落。地方政府很大一部分是多数主义者，并且尤其响应地方房屋业主。因为地方政府收到的大部分税收来源于地方财产税，事实上，迫使地方政府遵守征收条款会使得他们内化政府行为的开销。然而，地方政府的管理动机取决于他们自己的具体情形。地方政府规避风险，因此大量征收判决的前景也许过度威慑到了他们的行动。地方政府法规也倾向于强加给邻近社区有效的积极与消极的外在形式。因此本文建议：第一，通过地方政府管制征收补偿来规避风险；第二，创造一个政府间责任的形式来许可地方政府获得其征收的积极外在形式，并迫使政府对于消极外在形式作出赔偿。（2006 年 11 月 第 81 卷第 5 期第 1624 页以下）

“我的驾驶如何？”对所有人以及所有事来说

“How’s My Driving?” For Everyone (and Everything?)

Lior Jacob Strahilevitz

本文涉及利用信誉跟踪制度来取代刑罚并发展侵权体系。本文涵括对道德行为规范观点的拓展应用，并为术语的使用分析了典型案例，这些术语聚集了各种情形下散播出的信息，这些情形下信誉的关切不足以威慑不合作行为。

本文提出一个针对所有机动车的强制项目——“我的驾驶如何？”项目。尽管许多严谨的学说都曾断言，基于自愿的“我的驾驶如何”项目的最初数据相当具有前景，并认为“我的驾驶如何”的标语在卡车上的应用比汽车事故减少了 20%到 53%相关联。通过将交通规则授权给车主自己，各州政府将开放大量执法

资源，更有效地管理危险且令人厌烦的驾驶者违规形式，减少保险市场的信息失衡，并减轻了路途上的愤怒感以及驾驶者的沮丧感。

本文明确反对用基于民事罚款的“我的驾驶如何”制度来取代交通刑罚。就是说，本文认为利用易趣网（eBay）及其他信誉跟踪制度采用的回馈规则形式会改善有关错误及恶意回馈的问题。本文还解释为什么驾驶者的焦躁成本是可控制的，并提出拟议制度的焦躁成本，以及公民隐私和正当程序在此制度中的应用。

推动“我的驾驶如何”项目适用于所有人的核心策略是利用专门术语来将从刑罚宽缓的状态转变为刑罚严厉的状态，刑罚宽缓的状态下信誉通常不能限制反社会的行为，而在刑罚严厉的情形下名誉对于越轨行为的约束更为有效。利用这些专门术语，社会可以用市民自治取代政府治理，利用规则取代法律。本文最后通过分析大量非适用于驾驶的回馈术语来帮助规范士兵、警察、旅客、运动比赛观众以及生活在世界上的其他人。（2006年11月 第81卷第5期第1699页以下）

“死者不会说谎”规则第 92 条之二——特别国际刑事 法院裁决如何不必要地让死者沉默

**“Dead Men Tell No Tales” Rule 92 bis—How the Ad Hoc International
Criminal Tribunals Unnecessarily Silence the Dead**

Ari S.Bassin

有关前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法院裁决都遵守了规则 92 条之二——即事实证据优于口头证据，这项规则作为一项试图促进证据规则被采纳以及一个为公平和效率提供更好平衡的良好信条。虽然规则第 92 条之二作出了很大贡献，但本文认为由于此种特别法院特有的性质及目的，这项规则并不是决定死者证言被采纳的最理想制度。在他们能在国际刑事法院分别作证之前，将规则 92 条之二适用于已死证人的在先证言不需要强调具有杀死重要证人的动机，而且不需要限制受害人证言的被采纳，那些受害人值得是在原犯罪中幸存但生命剩下的时间并不足以让他们到刑事法庭上作证的人。本文提出了两种方案使得国际刑事法院得以认可已死证人的书面证言，同时保留了规则第 92 条之二产生的许多

重要作用，最后，本文建构了一个相对于现有第 92 条之二规定下公平与效率之间更好的平衡。（2006 年 11 月 第 81 卷第 5 期第 1766 页以下）

规则的束缚：宪法如何限制反恐战争中 CIA（美国中央情报局）的行动？

**The Ties That Bind: How the Constitution Limits the
CIA's Actions in the War on Terror**

Elizabeth Sepper

在反恐战争中，美国政府通过中央情报局（CIA）在遍布世界的秘密监狱中拘留、虐待以及严刑逼供被怀疑为“敌方士兵”的人员。严刑逼供以及未经采用正当程序的大量令人震惊的证据已经激起了广泛的谴责。然而，行政机关继续拒绝承认它的下属机构，尤其是 CIA，违法从事以上那些行为。学者认为行政机关行动不仅违反了国际协议还违反了禁止刑讯逼供的国内法。本文采用一个不同的方法进行阐述，认为即使在没有国际协议或者成文法的情况下，宪法也限制了诸如 CIA 的行政机关针对外国人的行政权限。作者依据的是有关宪法治外法权的最高法院的判例法，最高法院认为核心的基础宪法条款限制政府行为不论行为在哪发生，行为涉及任何人。最高法院还在近来的反恐战争案例中强调基础权利。最高法院进而指出这些基础性权利至少包括：禁止违反第五修正案的正当程序原则和第八修正案的禁止自证其罪条款受到无确定期限的拘留及刑讯逼供。最后，最高法院指出宪法完全不允许美国政府不顾结果、地点或者受害人进行无确定期限的拘留以及刑讯逼供。（2006 年 11 月第 81 卷第 5 期第 1805 页以下）

对 FISMA（《联邦信息安全管理法》）以及 联邦信息安全政策的再思考

Rethinking FISMA and Federal Information Security Policy

Robert Silvers

在本文中，笔者对立法计划提出了一个理由充分的批评，立法计划决定着联邦政府必须如何保护其信息体系数据。通过分析两个来自主要联邦机构的说明性案例，笔者指出相关立法的设计与执行中存在着严重的结构性缺陷。通过对官僚政治与组织理论的深入研究，笔者解释了立法为何未能很好的与获取广泛信息的安全性相适应——以及为什么联邦政府在此领域的常规记录如此的贫乏。最后，笔者建议五项具体改革，国会应当采取行动以弥补这些缺陷。（2006 年 11 月 第 81 卷第 5 期第 1844 页以下）

福利民意测验：一个综合体

Welfare Polls: A Synthesis

Matthew D. Adler

“福利民意测验”是试图量化人类有尊严的生存之决定因素的调查工具。当然，有三种福利民意测验形式是主要形式，占优势地位：偶然评估调查（CV），年度生活质量调查（QALY），还有幸福指数调查。每一种形式都产生了大量专门的学术论文，但是福利民意测验的综合讨论从未作为一项系统工程存在。本文正试图填补这项空白。

本文第一部分介绍福利民意测验的三种形式。第二部分讨论福利民意测验在政府决策过程中的现有和潜在采用状况。本文第三部分详细分析了福利民意测验要提供有效的人们生存状况的信息必须克服的困难，并认为这些信息真的是包罗万象的。本文第四部分综合分析有关福利民意测验的案例，回答了两类质疑：经济上显示的偏好传统，坚持利用行为而不是调查去了解人们生存状况；政治理论中市民共和主义的传统，虽然接受调查但坚持认为被调查者应当站在“市民”的立场上而不是“消费者”的立场。本文第五部分给福利民意测验提供了新的方向。（2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 1875 页以下）

新型刑事诈骗

Novel Criminal Fraud

Samuel W. Buell

诈骗罪一般被描述为或者理论上认为是一个错误行为或者作为一项法律禁止。这些差异导致实务上对于处罚白领犯罪的争议以及不确定性。本文通过提供更为全面的刑事诈骗类型，分析诈骗法案的结构开放性，普通法性质以及其适应性，解释了诈骗法案如何跟随诈骗发展的前沿发展，并对法律原则进行有限的破坏。法律体系有这一个惊人的，通常被忽略的方法论以解决是否将一项新型的犯罪行为作为诈骗看待的问题：法院与执法部门通常进行一项事前的测试，这项测试检验行为人精神上是否包括“越轨的故意”。本文在进行正当化论证之前，对此方法论的历史与当代的应用进行总结归纳。在对这项特别的过错方法论进行可能的规范正当化论证过程中，其中一个途径最适合且涉及最少的问题：行为人采用一种新型的行为方法（这包括，在所有诈骗行为中，某些诈骗导致损害或者产生损害的威胁），根据现有知识，普遍的规范都抵制这种行为，给予行为人同等的罪责评价，认为一个行为人故意进行法律已评价为诈骗的行为。本文最后认为，事后的裁定者应当继续适用此项方法论，尽管其存在瑕疵；这使得将这项方法论纳入诈骗行为规则成为可能，同时也是一种冒险；如果对诈骗行为处以刑罚的其中一个目的是评价罪责的话，此项方法论还论证了对电话诈骗行为处以何种刑事制裁的正当性。（2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 1971 页以下）

教育机会的州际不平等

Interstate Inequality in Educational Opportunity

Goodwin Liu

过去半个世纪，法律与政策努力解决教育机会的不平等问题，将大量精力投放在解决一州内同一地区或者不同地区内学校之间的不平等问题。但是国家范围内最大的教育结构的不平等性是州际不同等而不是一州范围内的不平等，在宪法

和公共政策中有一个问题长期被忽视。在接下来的文章中，Liu 教授认为宪法第十四修正案强制国会保证每个孩子都有足够的教育机会以获得平等的公民权利。本文分析州际不平等问题经验主义与政策重要性。本文分析各州在教育水平、教育资源及教育成果方面的不平等性，指出这些不平等不均衡地负担于那些贫困的、少数民族的或者英语能力有限的孩子身上。其次，本文证明学校经费的州际不平等性相对于各州政府的意愿而更多地与各州的教育财政能力有关，本文强调了在促进教育更大的平等过程中对强势国家角色的需求。然而国家教育政策几乎没有改善各州在教育水平与教育资源方面的不平等性；事实上，现今政策的重要部分倾向于加剧而不是减少这种不平等。因此，本文建议国会在现有的合作联邦制框架内进行改革，创立国家的教育标准，在学校财政经费问题上更大的发挥联邦的作用，以建立国家政策的基础从而保证所有孩子的教育足以获得平等的公民权利。（2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 2044 页以下）

依靠国家抚养的未成年人的民事行为使得未成年女孩的异性恋行为与未成年男孩的同性恋行为经不起审查

The Civil Commitment of State-Dependent Minors Resonating Discourses That Leave Her Heterosexuality and His Homosexuality Vulnerable to Scrutiny

Marible Morey

当有资质的心理健康评估专家为依靠国家抚养的未成年人非自愿民事行为提供的意见与国家在保护未成年人的异性恋行为而同时控制未成年女孩越来越多的异性恋行为的过程中明确认识到的利益相一致，法院不可能成为心理健康评估专家大量任意性权力的监督者。法院与心理健康协会之间的会谈产生了共鸣，这一共鸣促使异性恋女孩与非异性恋男孩在仅在他们性行为的基础上进行民事行为。这项颇具影响的共鸣威胁了健康的异性恋女孩与非异性恋男孩的个人自主权。鉴于此项威胁，作者建议在有资质的心理健康评估专家能够建议精神病院为此类性行为设置国家青少年病房之前，他们应该被要求书面解释青少年的此类行为是来源于过去性虐待导致精神不安的直接症状表现。否则，有资质的评估专家

依赖以性别为基础的刻板模式的能力将大部分不接受检验,这个性别模式包括未成年入中适当的或者危险的性行为。(2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 2129 页以下)

通过税收支出完成灾害救济：卡特里娜飓风 灾害紧急征税救济措施的评估

Implementing Disaster Relief Through Tax Expenditures: An
Assessment of the Katrina Emergency Tax Relief Measures
Meredith M. Stead

在过去几十年里,国会越来越倾向税收救济而不是直接按财政支出计划来完成社会福利项目。这样一个趋势引起经济扭曲,而且在下层社会经济阶层中已经证明对纳税者存在不利。最近的偏离就出现在灾害救济领域。2001 年之前前所未有的,针对特定地理区域的灾害的税收救济在两个事件之后下建立起来——911 恐怖袭击的冲击及卡特里娜飓风之后。本文认为,在灾害中,低收入的纳税者的弱点与国内税收法的缺陷都作为社会项目的工具而被放大。这个问题在卡特里娜飓风之后显得尤其尖锐。国会应当因此重新考虑当今形势转而利用税收救济而不是在现有体系内的直接救济,或者寻求其他针对目前缺陷的替代性救济措施。(2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 2158 页以下)

自愿表示：统计学分析——对联邦地区法院 非法证据排除规则的预测

Given Voluntarily: A Statistical Analysis of Factors That Predict the
Suppression Rulings of the Federal District Courts
Brian A. Sutherland

每年，警方都会在没有搜查令的情况下实施数以千计的搜查行为，将公民个人的同意作为这些搜捕的依据。如果此公民稍后拒绝他自愿表示的同意，审判法庭必须重新审查他的主张并决定是否排除在此公民同意情形下获取的证据。然而，尽管上诉法院试图为审判法院的分析提供指导因素，自愿的问题很难被评估。本文中，作者集合了同意搜查的案例并利用统计学的方法来分析在联邦地区法院排除非法证据的决定与大量涉及同意自愿性因素之间是否存在关联。研究表明在非法证据排除和自愿因素与警方误导因素相关之间存在明显的统计学意义上的关联，但不存在自愿因素与警察误导不相关的情形。利用这些统计学上的发现，本文最后认为对自愿同意的需求是一个法律虚构，它为平衡法律执行效力需求与嫌疑人之间权利而存在。（2006 年 12 月 第 81 卷第 6 期第 2192 页以下）

（刘媛媛 译）

（张 望 校）

反对联邦法优先原则：联邦应该如何改进国家立法程序

Against Preemption: How Federalism Can Improve the National Legislative Process

Roderick M. Hills, Jr.

法院应如何轻易地推断出联邦制定法优先于各州法律的？国会以及各学者法官之间对于该问题进行了持续的辩论。一方要求法官采取法律解释的方式保护联邦制，在没有明确陈述优先目的的情况下，禁止适用优先原则。另一方则对这样一个明晰陈述持反对态度，认为各州掌控优先权通常会被推定为低效率，这是因为普通法系的陪审团缺乏专业知识，并且各州倾向于将外部开支花费在它们的邻州身上。

笔者绕开了对优先问题的争论，主张除了关注各州法律自身是否有效以外，一个反对优先原则的法律解释方法对国家法律制定程序具有积极的意义。由于其管辖人口的规模与多样性，国会开始回避政治敏感的问题，并防止对这些问题官僚化的解决方式，取而代之的是注重选区服务。非联邦政治家可以通过在各州制定规制商业的法律利益中断这种趋势，以忽视或者遏制政治上的争议，从而驱使

这些利益方寻求优先于各州立法的联邦立法。实际上，各州政治家通过制定各州立法将这些问题提上国会的议程。相比反对优先原则的利益群体来说，商业集团往往拥有更多持续性动机寻求优先原则，如果商业集团可以承担起寻求优先原则的重担，争议性的规制问题就可被撤下国会议程。此外，反对优先原则的利益方倾向于选择进行公开而不是内部国会程序来促成其终结。因此，通过采取反对优先原则的解释方法，法院意图在国会促成一个具有更高透明性和更具活力的论辩方式。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 1 页以下）

民粹主义和专利权

Populism and Patents

The Honorable Kimberly A. Moore

律师及其他评论员的评析往往认为美国法院，特别是美国法官，对大公司持有偏见。当前试图证实该猜疑的经验主义研究是充满矛盾的，并且拥有许多的缺陷。通过对四千多个专利案件及一百多万项专利权的有关一系列数据进行研究之后，Moore 法官呈现了这项研究的结果，再一次审视了上述问题。结果显示个人与公司在有关专利产权的陪审团审判中受到了不同的待遇。陪审团审判公司与个人的专利案件时，个人的胜诉率可达到 74%，而公司则只能赢取剩余 26% 的案件。公司和个人在法官审判时则拥有旗鼓相当的胜诉率。结合一些其他证据，Moore 法官认为这些结果可能还低估了偏见的程度。

另外，专利案件的分析对一个相关现象进行了探讨——美国发明者的英雄偶像化。就如同有损失的侵权受害者往往被投以同情的目光，美国的发明者由于其独创性、多产性以及创新性而被理想化。个人发明家给公司带上面纱，使之人格化。然而，即使公司诉公司的案件也含有个人因素，从而有可能产生偏见影响判决的作出。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 69 页以下）

作为刑事程序的第一修正案

The First Amendment as Criminal Procedure

Daniel J. Solove

笔者探讨了第一修正案和刑事程序之间的关系。宪法的这两个领域长期存在于不同的范畴中，两者间鲜有互动，然而事实上许多情况下政府信息显示：第一修正案保障了言论、结社和宗教的自由。第四和第五修正案曾为第一修正案的受益方提供了较多的保障，比如 1886 年著名的 *Boyd* 诉美国政府案，在本案中最高法院认定政府扣押公民私人文件的行为是被禁止的。然而随着时间的推移，第四和第五个修正案的保护发生了转变，无数的搜查和扣押涉及公民的私人文件，阅读的书籍，访问的网站，以及他们在匿名发表时使用的笔名，现今都完全脱离了宪法上刑事程序的保护范围。Solove 教授主张第一修正案应阻止政府情报收集涉及第一修正案的受益方。他主张发展被其称之为“第一修正案刑事程序”的机制拥有学说上的、历史上的以及规范上的理由。Solove 提出了一个方法用以判定政府情报收集何时受第一修正案的调整，以及第一修正案应提供怎样的保护。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 112 页以下）

拒绝各州 *Kelo* 案立法回归破旧地区

Rejecting the Return to Blight in Post-Kelo State Legislation

Amanda W. Goodin

本文研究了各州立法对 *Kelo* 诉 New London 案的回应，最近美国联邦最高法院的案例认定：为私用发展而实行的土地征收，没有违反征收条款中的公共用途要求。作为对 *Kelo* 案的回应，许多州在立法上皆普遍禁止为（私用）发展而实行土地征收，但是仍旧允许为一些破旧领域的发展而施行的征收。本文探讨了这样立法的弊端，并且主张各州应避免设置这样的规则：仅适用于破旧地区，且为其发展而允许征收行为。这些规则将不当加重贫困及少数人群体的负担，并且由于私用发展征收规则的建立而打破政治程序的平衡。（2007 年 4 月 第 82 卷第

监禁、缓刑以及假释的“特殊需要”

The “Special Needs” of Prison, Probation, and Parole

Antoine McNamara

虽然政府进行搜查普遍需持搜查证或者具备充分的根据，但最高法院很少在监禁、缓刑以及假释这些刑罚的内容中适用该要求。为了证明政府在这些（刑罚）内容中享有广泛搜查权具有正当性，法院建立了一个绝对规则的混合物，并且倾斜了平衡考量，这基于搜查对象对隐私（保护）期待的降低。笔者认为法院当前的思路有欠考虑：广泛的政府搜查权在某些刑罚设置中被证明是正当的，但这仅是因为这些设置产生了紧迫的政府需求，而不是因为搜查对象私人利益的减少。因此，刑罚搜查应当受“特殊需要”条款的分析，仅针对以下这种情形——政府对典型执法过程中的那些发现拥有紧迫利益。一项特殊需求分析可允许法院满足政府的特殊利益，且无需在危急时刻减损较大的私人利益。最重要的是，该项分析为法官独立行使自由裁判权增加了额外的保护，防止其受到骚扰：只有在发现犯罪嫌疑的个别情形进行未经授权的刑罚搜查，或通过一个中立且非任意的计划进行。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 209 页以下）

DNA 数据库，普遍性，以及第四次修正案

DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment

Paul M. Monteleoni

DNA 数据库可以使得刑事鉴定极其精确化，并且建立一个拥有适当隐私保护措施的数据库不仅有利于法律的执行，同时对于公民自由主义者也是一大福音。不幸的是，当前的数据库缺乏重要的保护措施，且有滥用 DNA 提供者信息的严重隐患。在审理第四修正案对阵这些数据库的案件中，法院皆一致站在第四

修正案这方，且采用以下两种不同依据之一。部分法院认定 DNA 数据库是为特殊需要服务的，其他法院认定目前法律认定的罪犯通过他们的 DNA 减损其隐私权益。然而，没有任何理论可以证明强迫个人为有或没有保护措施的数据提供 DNA 是有罪的。问题不在于为建立理想的数据库而收集 DNA 的行为是否具备实质合理性，而在于应精心设置一个适用于合理数据库的司法判决程序，排斥不合理的数据库。因此，笔者提出的解决方法是创设一个以政治程序为辅助的选择性判决程序。根据笔者提出的搜查证要求的“普遍性例外”，如果一个搜查拥有法规的授权，并且该法规平等适用于每一个人，那么该搜查才是合理的。如果该例外所需的政治程序可致使一个拥有广泛 DNA 的数据库得以通过，那么该政治程序就必须保证任何这样的数据库拥有合适的保护措施。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 247 页以下）

分散侵权：扩张专利法的域外范围

Divided Infringement: Expanding the Extraterritorial Scope of Patent Law

Melissa Feeney Wasserman

一般情况下，如果构成侵犯美国的专利，整个专利发明过程必须在美国国内完成。然而，随着科技的发展，在国内完成整个发明过程变得越来越困难。特别是网络和交流技术的进步允许信息在国家间迅速而低成本的传播。结果，在多个辖区完成发明的数量以及发生分散侵权的数量都在增加。实施分散侵权的潜在侵权人往往是专利发明的参与人，在所有辖区皆逃避责任，但仍可在美国市场获得盈利。所造成的结果是，实施分散侵权的潜在侵权人削弱了创新的动力，而这恰是专利制度的根本目的。为解决分散侵权问题，笔者建议采纳一项实效性测试，从而扩大美国专利法的域外适用范围，并受礼让考虑的限制。（2007 年 4 月 第 82 卷第 1 期第 281 页以下）

强迫合作以及新公司刑事程序

Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure

Lisa Kern Criffin

作为对安然时期大规模欺诈的回应，联邦政府采用新型策略调查和起诉公司犯罪。由于公司内部调查已成为政府执法工作的延伸，因而笔者探讨了密切合作要求以及暂缓起诉协议的使用。同时，责任已明显转移到了雇员层面：自从2002年七月公司欺诈特别小组成立以来，已经有一千多人被起诉并且被判有罪，却极少有公司被指控。公司合作主义结合对个人目标的关注，都对雇员方产生了极度的不公平，雇员不得不在政府操纵的内部调查中自证其罪。由于公开政府调查与私下的公司遵从工作之间存在微妙的合作关系，雇员的规范性责任可能不会为执法利益所抵销。笔者认为政府在刑事案件中运用民事管理模式，对事实产生了扭曲，因为个人自由比金融制裁更重要，并且协商管理的过程没有检察官的介入，甚至调查阶段司法监督也是最弱的。笔者还指出外包公司刑事调查的行为在宪法中的含义，并且认为根据暂缓起诉协议中的条款，接受内部调查的雇员可享有类似于加里蒂庇护的豁免权。辞退威胁之类的经济压力可能构成宪法层面的重大胁迫，关于该问题的探讨与第五修正案的几套理论是相一致的。当根据暂缓起诉协议而面对该压力时，这就是一种授权胁迫，如同国家行为被归属于政府一样。（2007年5月 第82卷第2期第311页以下）

下级法院的自由裁量

Lower Court Discretion

Pauline T. Kim

实证主义者模仿委托代理关系创设了审级制度，作为委托方的最高法院制定政策，而作为代理方的下级法院必须忠实地执行其政策。法律是一种信号——是法院表达其偏好的手段。笔者则主张将法律看作一个独立的规范性力量。实证主义者没有认真对待法律所扮演的角色，因为他们将法律的运作解释为难以实

现的形式主义。对于法律是如何对下级联邦法院的判决环境产生影响，笔者提出了一个更为精妙的解释，即自由裁量权的存在。笔者还探讨了不同类型的自由裁量权是如何发挥其在法律制定和影响案件结果方面不同的权力，以及自由裁量权在地方法院和上诉法院之间是如何分配的。对自由裁量权的研究可获知审级制度的特征，该特征在委托代理模式中通常会被忽略。比如，如果法官意图影响法律的发展或仅是影响案件的结果，那么其目标，并由此他们的策略，就会发生改变。同时笔者还质疑了暗含在委托代理模式中的规范性假设，即下级联邦法院应当依据最高法院的政策性偏好判决案件。因为法官在适用法律时不可避免地享有自由裁量权，所以有遵循上级法院先例原则的存在就不再需要下级法院遵守联邦法院的政策性偏好。而司法裁量权的存在，例如在审级制度内分配权力，即可作为反对最高法院集权的依据。（2007年5月 第82卷第2期第383页以下）

全球经济范围的纳税人

Taxing Citizens in a Global Economy

Michael S. Kirsch

笔者提出了在国际背景下美国税法体系潜在的一个重要问题：公民权的适用是对收入进行征税的司法基础。总体说来，美国是唯一会对其居住在海外公民所获的外国收入进行征税的发达国家。

尽管宣称在国外也享有税收管辖权，国会仍允许公民在美国以外的地方工作所获的收入可以在一定范围内免于纳税。一些有影响力的游说团体，包括在海外雇佣大量美国公民的企业，他们认为这类免税对于保障美国企业在海外的竞争力是十分必要的。最近，这些团体认为现代的发展，包括贸易壁垒的削弱以及劳动力流动性的增强，都强化了该主张，并且美国应实行一项对国外收入不受限的免税措施，或可完全放弃在征税时以公民权为基础，从而竞争力才可得以保全。

笔者详细解析了当代全球经济的发展是如何影响以公民权为基础的征税措施。笔者还指出当前全球化的趋势增加了而非减少了对美国海外公民征税的情形。甚至笔者还认为当代的这些发展削弱了在海外工作的美国人所享有的收入特

惠待遇。(2007 年 5 月 第 82 卷第 2 期第 443 页以下)

儿童专家：为拒绝性别协议的双性儿童建立法定的保护

A Child's Expertise: Establishing Statutory Protection for Intersexed

Children Who Reject Their Gender of Assignment

Emily A. Bishop

双性儿童的生殖器往往在出生时就与生物学上大多数的男性和女性有所不同。医生和父母通常会在一个双性儿童出生或者年幼时就为其指定一个性别。有时，他或她也可能拒绝自己的性别被指定，想要体验另一种性别。一些临床医生与双性人支持者会指引父母同意双性儿童进行性别鉴定，并支持孩子进行性别转换。然而这也未必成功，父母可能拒绝或者阻止孩子进行性别转换，因为他们可能会对这个主意感到不安，或者基于医生的建议而反对。通过建立一个成文立法框架：允许双性未成年人完成一次“社会性别转变”，并制定一项条款将父母干涉转换同可诉的疏忽行为相等同，这样就可以保护双性儿童的自主权，并且防止儿童没有鉴定就被强迫进行性别转换而受到伤害。这个框架很有可能受到双性儿童父母在宪法层面的挑战，因为父母干预孩子性别的决定导致的伤害，排除了宪法上保护父母决定权相关内容的干预。(2007 年 5 月 第 82 卷第 2 期第 531 页以下)

理解“法律紧闭”：针对法外活动的论战

Understanding “judicial Lockjaw”: The Debate over Extrajudicial Activity

Leslie B. Dubeck

联邦法官的行为往往被期望与他们地位相当的政治人物有所不同。笔者探讨了那些被用来证明这类不同行为标准正当性的政策与历史原因，并指出这些理由大部分是站不住脚的或者过于夸大的。这些错误的依据混淆了针对法外行为的论

战，并可能产生一个非最佳层面的法外活动。（2007 年 5 月 第 82 卷第 2 期第 569 页以下）

反恐怖主义以及制约与平衡：以西班牙和美国为例

Counterterrorism and Checks and Balances: The Spanish and American Examples

Ari D. MacKinnon

虽然美国所谓的“反恐战争”引发了一系列重大军事行动，但也意味着扩大了执政者的法律执行权。结果便产生了一个特别的“反恐怖主义”模式，即强制政府行为，介于传统的战争模式和刑事执法模式之间。笔者试图将美国的反恐模式置于一个更广泛的国际背景下，将其与另一个西方民主国家西班牙进行对比。笔者认为相对于西班牙，美国模式欠缺习惯法上的制约与平衡。然而，笔者也质疑西班牙模式实行更多制约与平衡的相关措施，是否真正能在实践中防止政府越权。笔者认为尽管存在制约与平衡措施，西班牙执政者与议会皆已逾越了该国宪法上规定的反恐权限。除了推测这些越权可能部分归因于弗朗哥时期的制度传统以外，笔者还认为政府越权是具有当地政权特色的，比如在西班牙，执法与立法部门就显然被授予了特殊的反恐权限。（2007 年 5 月 第 82 卷第 2 期第 602 页以下）

税法典中的日落条款：对未来发展

趋势的严格评估与解决方案

Sunset Provisions in the Tax Code: A Critical

Evaluation and Prescriptions for the Future

Manoj Viswanathan

笔者在文中主张税法中“日落条款”，其当前形式是用以规避预算限制的政

治策略的产物，且实际已被用作一种永久立法方式。依据税法中与其相关条款的未来发展趋势，日落条款的这种使用方式具有相当大的不确定性。反之，这种不确定性为立法者从说客处榨取利益而创造机会，难以为纳税人和政府带来效率，还增加了税法整体的复杂性。但如果将日落条款作为原则的形式而使用，那么这些问题就可被减至最少。笔者认为可以通过限制日落条款适用的情形以及实施的程序，使得税法中的日落条款更为有效。首先，适用日落条款必须结合一些税收激励：这些激励应当是基本的、短期的，并且提供扩散的而非集中的利益。其次，日落条款必须经过一系列国会预算程序才能得以实施：如果该法案将增加或减少税收，且国会颁布并严守一系列收入中性、现收现付的预算规则，那么日落条款就必须要通过为颁布财政立法而特设的账目核对程序。这些法律上的改变，无论是实体的还是程序的，都将提高税法中日落条款适用的整体有效性。（2007年5月 第82卷第2期第656页以下）

（谢思苑 译）

（刘利鹏 校）