

宾夕法尼亚法律杂志

王健法学院编译室

二零一六年第三期

总第三十三期

目录

演讲：开幕词	
Speech: Opening Address	
Sheldon Whitehouse	10
主题演讲：“公正、高效、实惠的诉讼？”	
Keynote Address: "The Just, Speedy, and Inexpensive Determination of Every Action?"	
Harold Hongju Kon	10
诉讼改革：体制化方法	
Litigation Reform: An Institutional Approach	
Stephen B. Burbank & Sean Farhang	11
败诉方承担律师费体制下的律师费问题	
Rethinking Summary Judgment Empirics: The Life of the Parties	
Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi	11
即决审判经验主义的反思：当事人的生活	
Rethinking Summary Judgment Empirics: The Life of the Parties	
Jonah B. Gelbach	12
回顾 1938 年	
"Looking Backward" to 1938	
Richard Marcus	13
从特殊到普通：三条联邦诉讼规程以及伦奎斯特和罗伯茨法院审判规程	
From the Particular to the General: Three Federal Rules and the Jurisprudence of the Rehnquist and Roberts Courts	
Edward A. Purcell, JR.	13
辩护的负担	
The Burdens of Pleading	
Alexander A. Reinert	14
法庭程序私有化是《联邦民事诉讼规程》75 年后的安魂曲，也是庆祝会	
The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of	

Civil Procedure at 75	
Judith Resnik	14
美国民事诉讼的第四时代	
The Fourth Era of American Civil Procedure	
Stephen N. Subrin and Thomas O. Main	15
等级鉴定中的自由裁量权	
Discretion in Class Certification	
Tobias Barrington Wolff	16
旧法规，新问题	
Old Statutes, New Problems	
Jody Freeman&David B. Spence	16
公司的宪法身份	
The Constitutional Standing of Corporations	
Brandon L. Garrett	17
多德-弗兰克法案有序清算机构：违宪？	
Dodd-Frank Orderly Liquidation Authority: Too Big for the Constitution?	
Thomas W. Merrill & Margaret L. Merrill	18
杜由丹困境：美国诉第十世纪柬埔寨沙雕，以及提议制定一部作为应对请求拍卖行归还本国的道德准则	
The Duryodhana Dilemma: United States v. A 10th Century Cambodian Sandstone Sculpture and a Proposed Code of Ethics-Based Response to Repatriation Requests for Auction Houses	
Lauren Henderson	19
自我辩护的家长式作风：用于自动回转的契约性、实践性及行为性案例	
Pro Se Paternalism: The Contractual, Practical, and Behavioral Cases for Automatic Reversal	
Justin Ran	20
大数据和预测性的合理怀疑	
Big Data and Predictive Reasonable Suspicion	
Andrew Guthrie Ferguson	21

外国主权豁免和机构能力比较	
Foreign Sovereign Immunity and Comparative Institutional Competence	
Adam S. Chilton & Christopher A. Whytock	23
授予特权的权力	
The Power to Privilege	
Mila Sohoni	24
举报消费者滥用金融	
Blowing the Whistle on Consumer Financial Abuse	
David Cooper	25
欺骗性共同诉讼中的法律选择	
Choice of Law in Fraudulent Joinder Litigation	
Walter Simons	25
司法比较主义和司法外交	
Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy	
David S. Law	27
你必须保守政府秘密吗？有溯及力的机密文件，第一修正案，对公共记录加密的权力	
Do You Have to Keep the Government's Secrets? Retroactively Classified Documents, the First Amendment, and the Power to Make Secrets Out of the Public Record	
Jonathan Abel	28
国际行为法	
Behavioral International Law	
Tomer Broude	29
关于有意义审查的标准：为长期单独监禁的犯人提供有效保护之探究	
Toward a Standard of Meaningful Review: Examining the Actual Protections Afforded to Prisoners in Long-Term Solitary Confinement	
Elli Marcus	30
弥补失去心爱宠物的损失：反思宠物的法律划分以及失去同伴的侵权损害赔偿要件	
Recovering for the Loss of a Beloved Pet: Rethinking the Legal Classification of	

Companion Animals and the Requirements for Loss of Companion-ship Tort Damages	
Lauren M. Sirois	31
普通法中的结构与价值	
Structure and Value in the Common Law	
ShyamkrishnaBalganesh& Gideon Parchomovsk	32
提防版主买方：监管大型零售的需求	
Helping Buyers Beware: The Need for Supervision of Big Retail	
Rory Van Loo	33
总统和解	
Presidential Settlements	
Adam S. Zimmerman	33
借助民主意见实现集体诉讼近似原则的现代化：回归近似的可能	
Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Pres Comme Possible	
Chris J. Chasin	34
在公共场所禁止性向歧视：一种普通法路径	
Prohibiting Sexual Orientation Discrimination in Public Accommodations: A Common Law Approach	
Paul Vincent Courtney	35
法院对专利案件的竞争	
Court Competition for Patent Cases	
J. Jonas Anderson	37
形象就是一切:企业品牌与工作场所的宗教信仰问题	
Image Is Everything: Corporate Branding and Religious Accommodation in the Workplace	
Dallan F. Flake	38
联合养老保险金制	
Tontine Pensions	

Jonathan Barry Forman & Michal J. Sabin	38
难以忽视的真相：法院的“不方便审理”原则如何使得被告逃避州法院管辖 An Inconvenient Truth: How Forum Non Conveniens Doctrine Allows Defendants to Escape State Court Jurisdiction	
Brian J. Sprin	40
面向民事罚没制度改革交易型方式 Proposing a Transactional Approach to Civil Forfeiture Reform	
Michael Vandenberg	41
控制泡沫：房产抵押贷款监管如何防止缅因街和华尔街自我毁灭 Regulating Against Bubbles: How Mortgage Regulation Can Keep Main Street and Wall Street Safe—from Themselves	
Ryan Bubb, Prasad Krishnamurthy	41
给专门法院的一剂现实药剂：来自疫苗伤害的补偿计划的教训 A Dose of Reality for Specialized Courts: Lessons from the VICP	
Nora Freeman Engstrom	43
司法优位 Judicial Priorities	
Bert I. Huang, Tejas N. Narechania	43
危险关系：海外反腐败法中将“关系雇佣”犯罪化 Dangerous Liaisons: Criminalization of “Relationship Hires” under the Foreign Corrupt Practices Act	
Shinjini Chatterjee	44
获取他们应得的（程序）：父母与律师在宾夕法尼亚的特别教育程序听证 Getting Their Due (Process): Parents and Lawyers in Special Education Due Process Hearings in Pennsylvania	
Kevin Hoagland Hanson	45
法律学说的约束 The Constraint of Legal Doctrine	
ShyamkrishnaBalganesh	46
公平的未明确领域：公平在著作权法形成过程中扮演的角色 Equity's Unstated Domain: The Role of Equity in Shaping Copyright Law	
ShyamkrishnaBalganesh& Gideon Parchomovsky	48

学说分类、法律现实主义以及法律规则 Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law Hanoch Dagan	49
法律冲突中的现实主义与革命：枪声与呜咽并存 Realism and Revolution in Conflict of Laws: In With a Bang and Out With a Whimper Celia Wasserstein Fassberg	50
不确定性的九个方面，尤其强调刑法方面 Nine Takes on Indeterminacy, With Special Emphasis on the Criminal Law Leo Katz	50
法律现实主义与法律学说 Legal Realism and Legal Doctrine Brian Leiter	52
家庭法学说 Family Law's Doctrines Melissa Murray	52
公司法学说与美国法律现实主义的遗产 Corporate Law Doctrine and the Legacy of American Legal Realism Edward B. Rock	53
物权法自身体系的持久性 The Persistence of System in Property Law Henry E. Smith	54
新教条主义：对证据理论的影响 The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory Alex Stein	55
合同中的直观形式主义 Intuitive Formalism in Contract Tess Wilkinson Ryan	56
粗心大意的法律文本内外的合理性 Reasonableness In and Out of Negligence Law Benjamin C. Zipursky	57
对移民法庭中获得律师辩护权的全国性研究	

A National Study of Access to Counsel in Immigration Court	
Ingrid V. Eagly& Steven Shafer	58
成为征收庇古税的国家	
Toward a Pigouvian State	
Jonathan S. Masur& Eric A. Posner	59
对零价市场进行的反垄断:根据	
Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations	
John M. Newman	59
废除内野高飞球规则，结束普通法的异例	
Time to Drop the Infield Fly Rule and End a Common Law Anomaly	
Andrew J. Guilford & Joel Mallord	60
传统的局限性:现代的法律选择方法怎样助力法院解决纽约公约与联邦仲裁法案间的冲突	
The Limitations of Tradition: How Modern Choice of Law Doctrine Can Help Courts Resolve Conflicts within the New York Convention and the Federal Arbitration Act	
Alexander Sevean Bedrosyan	61
印第安部落特殊家庭暴力刑事管辖权:固有的部落主权与被告人完整的宪法权利之间的对抗	
Special Domestic Violence Criminal Jurisdiction for Indian Tribes: Inherent Tribal Sovereignty versus Defendants' Complete Constitutional Rights	
Margarte H. Zhang	62
法律依据是否重要? 期权回溯诉讼中股东诉讼的经验性证据	
Do the Merits Matter? Empirical Evidence on Shareholder Suits from Options Backdating Litigation	
Quinn Curtis& Minor Myers	64
意识形态还是情境感觉? 动机性推理以及专业判决的实验性调查	
“Ideology” or “Situation Sense”? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment	
Dan M. Kahan, David Hoffman, Danieli Evans, Neal Devins, Eugene Lucci, & Katherine Cheng	65

为混搭时代调整著作权 Adapting Copyright for the Mashup Generation Peter S. Menell	65
歧视性的自由裁量权：《兰哈姆法案》第二节第一款规定下的美国专利和商标局 程序及观点歧视 Discriminatory Discretion: PTO Procedures and Viewpoint Discrimination under Section 2(a) of the Lanham Act Emily M. Kustina	66
首次公开募股中的投资人参与 Investor Participation in Initial Public Offerings Kyle J. Schwartz	67
搜查和扣押法的经济学理解 An Economic Understanding of Search and Seizure Law Orin S. Kerr	68
如何管理公司：金色皮带的案例 How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash Matthew D. Cain, Jill E. Fisch, Sean J. Griffith, & Steven Davidoff Solomon	68
联邦法的万有引力 The Gravitational Force of Federal Law Scott Dodson	69
当缅因街再次合法时怎么办：区域土地将税收作为新的城市规划工具 What to Do When Main Street Is Legal Again: Regional Land Value Taxation as a New Urbanist Tool Nathan Farris	70
作为明确的法律概念的显失公平 Unconscionability as a Coherent Legal Concept Colleen Mccullough	71

演讲：开幕词

Speech: Opening Address

Sheldon Whitehouse

“费城是美国宪法会议召开的地方，这里是费城著名的法院院校，我想在座许多法学院的学生都梦想着在美国最高法院面前代理史诗般的宪法性诉讼案件。在座的同学们，也许你们认为学习联邦民事诉讼程序规则不是至关重要的，但你们终会像我一样发现掌握程序才是成为出色诉讼代理人的关键。

“从更广泛的意义上来说，我们创新程序的方式决定着现有法官的质量。最高法院大法官弗塔斯说过当他写下“程序是民主社会的骨架”这话时，一切安好。我恳请你们在这次演讲中记住两件事。第一件是：‘程序是民主社会的骨架。’简而言之，程序就是力量。”（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1517 页以下）

主题演讲：“公正、高效、实惠的诉讼？”

Keynote Address: "The Just, Speedy, and Inexpensive Determination of Every Action?"

Harold Hongju Kon

在联邦民事诉讼程序规则诞生 75 周年之际，值得一提的是这部程序规则是罕见的公共文书，它涵盖了衡量自身成功与否的标准。与之对照的是诸如美国宪法等“为了确保我们自己及我们后代能安享自由带来的幸福”的法律法规所寻求的结果不易衡量。但在我学习民事诉讼程序的第一天我听到了联邦规则所说的一句简短的话，解释、执行程序规则力求“公正、高效、实惠的诉讼判决”。

在我教授程序规则的三十多年来一直对这段话感到迷惑：我做原告的代理人 20 年，在美国政府工作了 10 年，期间我通常代理被告或是作为国际外交关系争端的法庭之友，而在担任法学院院长 5 年，我又思考着法学院应如何教授程序和全球化。

这次纪念引发了三个问题：第一，诞生了 75 年的规则是否达到了自己的标准？第二，如果没有达到标准，是什么原因呢？第三，未来如何适用规则，尤其是面对全球化的挑战之际？（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1525 页以下）

诉讼改革：体制化方法

Litigation Reform: An Institutional Approach

Stephen B. Burbank & Sean Farhang

本文是正在进行研究的，美国政治机构包括法院在内的关于民事诉讼相关做法的一部分。笔者对涉及法定私人执行制度以及其他法律规定影响联邦法院实施联邦权力的动因和机会的诉讼的兴趣颇深。笔者认为为了了解关于影响私人执行和法院执行联邦权利（统称为“私人执行”）的联邦法律的现代史，有必要研究在公共机构体制下发生的典型事件，明确参与的机构竞相管理美国的社会和经济生活。作为调查公共机构之间如何相互联系相互竞争产生了当代的联邦民事诉讼的一部分，以及为纪念联邦民事诉讼程序诞生 75 周年，笔者思考了联邦司法机构是如何通过程序控制来影响私人执行的。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1543 页以下）

（吴 晶 译）

（刘文丽 校）

败诉方承担律师费体制下的律师费问题

Rethinking Summary Judgment Empirics: The Life of the Parties

Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi

律师费维持着诉讼，但却鲜为人知。在美国或英国败诉方承担律师费的体制下几乎查询不到收费数据。本文分析了以色列的律师费额度问题，即以败诉方承

担律师费为准则，法官有权规定律师费的额度。研究涉及的 2641 例案件几乎囊括了所有 2005, 2006, 2011 及 2012 年地方法院审理的案件。鉴于拒不支付律师费或费用远低于判决时委托人应付律师费的情况时有发生，以色列的律师费制度相比英国来说更接近美国。此外，法官们使用该权利时也反映出了再分配的敏感性。有 72.8% 的案件判定胜诉方承担律师费。法官常保护败诉方（尤其是个人），让其免受律师费困扰。若侵权案件中的原告为个人、被告为公司，原告胜诉，那有 99% 的可能性是被告承担双方律师费；被告胜诉，他们承担自己的律师费的概率是 48%。原被告双方的不对称性确实存在。在涉及律师费额度的案件中，原告胜诉付费的平均数是 110,000 舍客勒（以色列货币单位）、中位数是 31,000 舍客勒；被告胜诉付费的平均数是 49,000 舍客勒，中位数是 25,000 舍客勒。在个人案件中，原告方胜诉率为 54.8%，承担律师费的几率却是 90%。预期额度根据案件类型和当事人状态有所不同。费用常与原告胜诉的损害赔偿和案件审理时间息息相关。律师费在合同纠纷和物权纠纷中，作为财产收回的一部分，财产收回越多律师费越少，但在侵权纠纷中则不同。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1619 页以下）

即决审判经验主义的反思：当事人的生活

Rethinking Summary Judgment Empirics: The Life of the Parties

Jonah B. Gelbach

即决审判，毋庸置疑一直是个备受争议的话题。很多报道都称此机制是程序边界的一滩死水。一种版本是说法庭为审前处置“铲平乐土在上面建起了停车场”，不公平且不合理地增加了原告的负担，甚至侵犯了美国宪法第七修正案规定的由陪审团审判的权利。正如诉讼都有两方一样，针对这一问题当然也有反方观点，即认为即决审判简洁高效地运用早期处置性动议代替了没有价值的诉讼中耗费大量无意义成本的审判动议。但是这种有关高效的积极意见也备受争议。塞缪尔·伊撒科罗夫和乔治·勒文施泰因曾提出放宽即决审判的限制可能会影响当事人能通过和解获得的收益，这是诉讼程序早期阶段应该解决的问题。如果放宽即

决审判的限制可以大量减少早期和解的数量，那么它反而有可能会增加管理联邦民事审判系统的净成本——即使仅有少量案件通过即决审判得到解决，但可能会有更多的案件被推送至即决审判的程序中。甚至有一位学者宣称：实际情况是，如果废除即决审判，民事诉讼的成本将会降低。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1663 页以下）

回顾 1938 年

"Looking Backward" to 1938

Richard Marcus

能为《联邦诉讼规程》出台 75 周年纪念庆典贡献自己的一份力量，笔者感到十分高兴。自《联邦诉讼规程》正式生效起这 75 年间里，有 20% 的时间笔者都扮演着一个规则制定者的角色，笔者觉得自己倾向于当一位辩护者，至少要为最近的几项新政策做一辩护。

笔者主要关注广泛的证据披露的引进与演变。在某种程度上是因为广泛的证据披露是四十年来立法过程中持续关注焦点，同时也是美国与其他国家因为程序安排不同导致的紧张关系中最尖锐的压力点。此外，广泛的证据披露可以作为美国特有的审理私人诉讼的机构最激进的愿景的化身，或善或恶。不出所料，笔者的观点是，规则制定者在寻求（并已经找到）最激进的支持者和批评者之间的平衡点。虽然现在硅谷已经取代批评者的阵营成为发现规则的巨大挑战的来源。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1691 页以下）

从特殊到普通：三条联邦诉讼规程以及伦奎斯特和罗伯茨法院审判规程

From the Particular to the General: Three Federal Rules and the Jurisprudence of the

Rehnquist and Roberts Courts

Edward A. Purcell, JR.

除了约翰·马歇尔算是个例外，不出意外，法学学者最常提起的法官当属小奥利弗·温德尔·霍姆斯了。由此，笔者从一种恰当的推理式的劝告开始说起：我们作为思考者就是要带领控诉人从某事物的部分看到全貌。因此，本文旨在表明，近期最高法院的判决对民事诉讼当中三条联邦诉讼规程的解读为控诉人指出了特别重要的整体层面的一些突出方面，即伦奎斯特和罗伯茨法院审判规程。

（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1731 页以下）

辩护的负担

The Burdens of Pleading

Alexander A. Reinert

浏览笔者的论证可以看出，自《联邦诉讼规程》问世以来，似乎有理的辩护正式要求法官以自己的司法经验和常识为基础参与诉答程序的基于事实真相的分析。法官在参与该程序时，只被允许使用受其支配的申诉的事实主张。暂且不论在最好的情况下进行这种分析的难度，以美国联邦法官有限的司法经验很难做出基于事实真相的决定。庭审的数量，事实真相的最终裁决者，在过去五十年里急剧下降。庭审被下列三种方式取代：1. 和解（和解的条款甚至对于负责该案的法官也往往都是机密的）；2. 非诉讼解决机制（法官们只随意复阅一些案件结果，有的根本就不复阅）；3. 即决审判（一种欠佳的替代庭审的方式）。这些都成了法官获得司法经验的阻碍，他们只能用常识来弥补，这种探索方法有可能会影响到判决意见的准确性。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1767 页以下）

**法庭程序私有化是《联邦民事诉讼规程》75 年后的安魂曲，
也是庆祝会**

The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of

Civil Procedure at 75

Judith Resnik

1938年《联邦诉讼规程》的标准性目标通过把一大批在新世纪有关平等的执行令不断扩张之际成为权利持有者的人引进法庭促进了联邦判决的概念重建。因此，法院就成为了有关权利和救济方法的民主辩论的场所。75年后，平等主义被写入合同当中，联邦诉讼规则又重新聚焦于管理和以法官为中心的和解工作。

法庭程序私有化、权力下放至机构和外包给私营机构得到了联邦司法部门官方的认可。这些新程序把调解纠纷的场所定在公共领域之外，从而封锁了公众访问的可能。不仅是潜在的原告不了解所谓的伤害和赔偿的模式，这些程序私有化也逐渐削弱了低级别联邦法院的公共和私人投资的理由。1995年，联邦司法部门的远景规划提出对不断增加的诉讼和日益减少的庭审的担忧。到2014年，有关卷宗和投资的数据显示诉讼率降低、法院空间减小且预算紧缩。虽然远景规划中控制增长的愿望可能会成真，但是将联邦法院作为活跃的场所、周到地处理多样化的索赔案件的愿望却遭落空。规则、原则和实践都没有变化，联邦法院就像1938年《联邦诉讼规程》一样在走下坡路，公众由此展开了关于法律规范的轮廓的讨论。（【美】《宾州大学法律评论》第162卷第7期【2014年6月】第1793页以下）

美国民事诉讼的第四时代

The Fourth Era of American Civil Procedure

Stephen N. Subrin and Thomas O. Main

每位参与诉讼的当代美国律师都熟知一套54卷的专著——《联邦诉讼实务和程序》。该专著的两位作者：查尔斯·艾伦·赖特和阿瑟·米勒都为《联邦诉讼规程》体制的衰败表示哀悼，他们职业生涯的大多数时间都在对该规程进行解读和主持。提到联邦规程，赖特表现出一种忧郁的感觉，他把这种感觉比作第一次世界大战开战前的样子；米勒也发表了一系列文章，记述了他的悲痛之情。

一些事物已经发生了根本性的变化。事实上，我们认为现在我们正处于美国民事诉讼历史上的一个新时代——第四时代。前三个时代是相当传统的：第一个时代始于建国之时；第二个时代始于十九世纪引进发电诉讼程序时；第三个时代则是从 1938 年《联邦民事诉讼规程》生效时开始。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1839 页以下）

等级鉴定中的自由裁量权

Discretion in Class Certification

Tobias Barrington Wolff

美国州地方法院在判定一起诉讼是否属于集体诉讼时享有广泛的自由裁量权。这句话的各种变体构成了联邦法院的集体诉讼判例。这种观点反映出代表阶级公平性的根源，代表阶级继续探寻一段被民事诉讼领域的著名学者彻底研究过历史，这些学者安排了制定现代 23 条规则的委员会的工作，最高法院曾多次在现代实践中将这段历史作为重要的出发点加以解释和应用。

联邦法院行使判定是否允许一起诉讼作为集体诉讼继续进行的自由裁量权一直被视为代表人诉讼制度的主要组成部分。因此，令人奇怪的是有关认证过程中该自由裁量权的性质和定义并没有达成广泛共识。联邦法院还没有围绕这个问题给出一个明确的或透彻的阐述，而且学术文献也没有对该问题进行持续地分析处理。（【美】《宾州大学法律评论》第 162 卷第 7 期【2014 年 6 月】第 1897 页以下）

（杨文君 译）

（李梦玉 校）

旧法规，新问题

Old Statutes, New Problems

Jody Freeman&David B. Spence

自进入现代监管时代以来,相较于以往的任何时候,现在的国会更加意识形态化,这使得立法通过更加困难。国会不起功能的后果之一就是国会不太可能为应对新的经济、科技或是技术的发展而更新监管立法。笔者认为这种窘境会在日后严重影响执法者,同时也会影响法院对执法机构所面临的挑战所作的裁判。

笔者解释了处理监管挑战的联邦机构如何经常遇到适用旧法的诸多问题,这些问题,在国会保持缄默的情况下,需要机构进行仔细的法律和政治判断。同时,笔者写明了在遵循金发姑娘原则之下机构如何平衡监管创新的需求以及可能因能力不足而失败的担忧,从而使得过程恰到好处。

笔者认为机构在处理适用旧法的问题时并非不堪一击。相反,它们会有战略的进行下去,并对政治管理者的优势以及在法庭上遭到颠覆的风险有着清楚的认知。有时机构解释自己授权制定的法律从而拓展司法权;其他时候,机构会采用故意限缩司法权、增加程序以及有意阻碍的方式解决适用旧法的问题。本文的例子表明机构能够执着而灵活、大胆而谨慎、专业而政治,最重要的是具有策略。例子也表明即便,或特别是可能将旧法适用于新问题的情况下,机构会出人意料地对总统、国会、法院以及公众负责。(【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第163卷第1期【2014年12月】第1页以下)

公司的宪法身份

The Constitutional Standing of Corporations

Brandon L. Garrett

企业法人拥有宪法权利吗? 最高院巧妙的避开了对这一问题的分析,但同时指出公司可以依据正当程序条款、平等保护条款、第一修正案、第十四修正案、第六修正案、以及第七修正案主张权利,但是不能依据诸如第五修正案自证其罪条款等。什么理论可以解释为何公司可以通过诉讼主张一些宪法权利,而不可以主张其他权利呢? 本文中笔者认为宪法第三条的规定所持立场为其提供了通用的理论,这一理论允许法官询问:具体的宪法上的不利条件会影响该组织的法律

利益吗？这一分析对一系列处在争辩中的宪法问题的解释产生了影响。例如，第三条的分析有助于理解为何在假设公司权利存在与个人主张相冲突的威胁，而与此相反，协会和非营利组织会更乐意维护成员作为第三方的权利的情况下，公司的身份是不适当的。在霍比罗比案中，最高院忽略了第三条的限制并发现营利公司可以维护法规对公司所有者宗教信仰的侵犯，其意见不利于消除长期存在于所有人与公司之间、双方与第三方之间以及营利公司与其他实体之间的差异。只有在第三条规定公平运用的情况下，组织通过诉讼主张宪法权利的身份才能平等保护个人与组织的权利。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 1 期【2014 年 12 月】第 95 页以下）

多德-弗兰克法案有序清算机构：违宪？

Dodd-Frank Orderly Liquidation Authority: Too Big for the Constitution?

Thomas W. Merrill & Margaret L. Merrill

多德-弗兰克法案在 2007 年至 2009 年为应对美国金融危机时而实施的法案，该法案是美国政府为解决从根本上导致金融危机的系统性问题而作的尝试。法案第二章是该措施的核心部分，为了让占据体系重要地位的非银行金融公司进行有序清算，它创造了一个新型专门化的破产清盘制度。该制度很大程度上是模仿了联邦储蓄保险公司关闭破产的联邦投保银行的过程，其从理论上授权执行机构控制并清算那些规模之大不容许倒闭的非银行金融公司，以替代破产以及紧急救助。

不幸的是，政府在急于创造一种有效解决办法的同时忽视了许多宪法规定的基本标准，包括正当程序条款、第三条以及第一修正案的要求，这使得法案第二章在将来会面临司法无效的境地。首要焦点是该法规选任政府作为破产金融公司接管人的程序问题，该事前司法程序是秘密进行的，第三条规定只允许法官在仅仅 24 小时内审查七个有序清算必要条件中的两个。行政机构在决定是否对金融公司进行有序清算上具有宽泛的自由裁量权，这与宪法破产条款规定不一，从而引发潜在的冲突。最后，多方权力担心第使政府成为接管人的第二章与第五修正案征收条款有关联。

鉴于身份问题充其量导致预期的挑战令人质疑，第二章面临的违宪问题可能只会在行使有序清算职权时被激发。假使这一宪法上的挑战可能会加剧第二章本欲缓和的金融危机，麻烦就大了。好消息是上述灾难性的后果只要做些简单的修改即可避免，即规定在任命有序清算接管人之后而非之前进行全面司法审查。

（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 1 期【2014 年 12 月】第 165 页以下）

杜由丹困境：美国诉第十世纪柬埔寨沙雕，以及提议制定一部作为应对请求拍卖行归还本国的道德准则

The Duryodhana Dilemma: United States v. A 10th Century Cambodian Sandstone Sculpture and a Proposed Code of Ethics-Based Response to Repatriation Requests for Auction Houses

Lauren Henderson

2011 年 3 月 24 日纽约索斯比意外地将本应在印度东南亚拍卖地进行拍卖的杜由丹展品搬走了。这最后一分钟的调整是因为一封几个小时前由柬埔寨国家委员会秘书长寄给美国教科文组织的信，信中声称这一沙雕是过去从柬埔寨非法搬走的，并要求索斯比将这件展品从拍卖品中除去。在索斯比自愿将展品带走后的一年美国政府在纽约南部地方法院提起了民事没收诉讼，即美国诉第十世纪柬埔寨沙雕。美国政府起诉的目的是拥有高棉人雕塑的所有权，并将其归还柬埔寨。

本案只是美国拍卖行每年遇到的外国请求归还本国的诸多案例之一。一些学者报告称诸如柬埔寨这样的国家在最近几年提起的请求的数量越来越多。在回应其面临的归还请求时，拍卖行必须努力突破现行法律中的模糊及缺陷。为替代现有的对归还请求的法律应对，笔者提议拍卖行应该制定统一的道德准则来引导他们为应对这些请求所作出的努力。拍卖行应该参照国际博物馆协会为博物馆制定的道德准则来制定自己的道德准则。如果所有的拍卖行龙头自愿采取统一的道德准则，那么不仅归还请求的数量将会减少，而且各国繁杂不一的法律法规所致的

不确定性亦会随之减少。

在第一部分，笔者描述了杜由丹的背景，包括该雕塑在柬埔寨文化框架的位置以及柬埔寨人对财产和所有权的认知。笔者还概述了诉讼的情况以及近期关于雕塑的处理结果，解释了各方对此未决事项提出的主要质证意见。在第二部分，笔者概述了目前处理归还本国请求的法律应对及其缺陷。在第三部分，笔者提议拍卖行借鉴博物馆指引规则纠正这种未决且不尽人意的法律结构。通过采用模仿国际博物馆协会道德准则制定的统一道德标准，拍卖行会更好的避免归还本国的请求。最后，笔者进行了总结，建议拍卖行采用特殊规定作为制定统一道德准则的出发点。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 1 期【2014 年 12 月】第 249 页以下）

自我辩护的家长式作风：用于自动回转的契约性、实践性及行为性案例

Pro Se Paternalism: The Contractual, Practical, and Behavioral Cases for Automatic Reversal

Justin Rand

柯克伦、夏皮罗和李·贝利都是著名的刑辩律师。电视剧展现了充满风险的刑事审判世界，尤其是魅力超凡的律师打赢了困难重重的案件，全国各地的观众都为之着迷。然而，在光彩熠熠的好莱坞世界之外，这类庭审剧的主角通常在审判时微不足道。相反，在面对刑事审判的复杂和不确定性时，大量被告选择放弃律师的帮助。尽管被告进行自我辩护的原因如同他们被指控的罪名一样多种多样，但都这样做的话对所有参与者来说都是件麻烦事。只要在庭审中被告的自我辩护行为引起人们对他能力的质疑，这些麻烦会迅速变得更加严峻。

本评论探究了庭审中被告的自我辩护行为引发对其能力质疑的情形。那么进行自辩的被告需要在其能力听证会上请律师辩护吗？思考这一问题的联邦上诉法院都给出了肯定的回答，认为不提供律师帮助是违宪的。然而，上诉法院在如何纠正错误上存在分歧。本评论认为从契约、实践以及行为的角度考察法院使用

过的各种各样的纠正方法，自动回转是可用的最佳选择。当灯光熄灭，电视影像关闭，对于独自应对庭审的被告，些许自我辩护的家长式作风可能会维护他们的自由，拯救他们的生命。

在第一部分，本评论解释了第六修正案规定的律师辩护权的起源。在追溯权利历史及依据后，会进一步探究“决定性阶段”——刑事程序中的一个阶段，第六修正案的担保人们会参与其中——的概念。在第二部分，本评论讨论了被告能力听证会是否应被视为“决定性阶段”。在解释了上诉法院对此问题肯定性的回答后，本文转而研究了如何在能力听证会上恰当地补救没有律师帮助的问题。第三部分探究了巡回区上诉法院对合理补救方法的不同意见，并使用两则上诉法院的案例来说明法院所做的不同的补救判决。第四部分提供了选择自动回转补救能力听证会没有律师帮助问题的充分的理由。最后，第五部分提出可能出现的对在能力听证会上采用自动回转方式的批评，并对其做出了回应。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 1 期【2014 年 12 月】第 283 页以下）

（吴 晶 译）

（刘文丽 校）

大数据和预测性的合理怀疑

Big Data and Predictive Reasonable Suspicion

Andrew Guthrie Ferguson

美国宪法第四修正案规定，扣押嫌疑人要有“合理怀疑”。一般情况下，警官是基于他们知悉的信息或者观察到的活动产生这种怀疑，并将其个人化到特定场所中特定的人身上。在大多数合理怀疑的案件中，警察面对的参与可观察到的可疑活动的嫌疑人都是陌生的。事实上，合理怀疑原则是以“小数据”为基础——分散的事实、有限的信息以及对嫌疑人的少量了解。

如果以“大数据”怀疑取代这种小数据的怀疑，会发生什么结果呢？如果警察能够通过搜索大量网络信息了解嫌疑人的个人信息，又会如何呢？大数据技术的崛起对宪法第四修正案的传统模式构成了一个挑战。不必大费周折，警察现在

就能够辨别出大部分不明身份的嫌犯，而这并不是通过他们自身的观察，而是借助于进入一个包含大量嫌犯个人数据的信息网络。新的数据源包括法律实施数据库、第三方记录和预测性分析，再加上生物或面部识别软件，警察只要进行少量的搜索查询就能够获取信息。在某些情况下，从这些个人数据（独立于警察的观察）得出的推论也许就已经足够特定化且具有预测性，能够为嫌犯的扣押提供依据。本文提出的问题是，宪法第四修正案规定的扣押能否建立在特定且个人化但却非罪的因素集合基础上。

例如，假设警察在一个特定的社区调查一系列抢劫案。来源于计算机数据库中的抓捕照片被上传至巡逻车内。面部识别软件扫描街上的人。突然出现一对匹配数据——警察在目标社区认出一位已知的抢劫犯。该嫌犯的个人信息，如之前的抢劫抓捕、定罪，以及参与抢劫的刑事共犯名单，都在巡逻车的电脑屏幕上滚动。然后警察搜索第三方数据的其它资源，包括嫌犯最近六个小时的全球定位信息或者是将嫌犯与距前次抢劫时间最接近的当铺交易联系起来的车牌记录。现在，警察已经对一个没有公然犯罪的人有了特定化和个人化的怀疑。或者，预测软件也许已经将此人识别为这种类型犯罪的潜在再犯者。或者，软件已经对暗示嫌犯计划进行犯罪或团伙活动的社交媒体评论或其它网络发帖加以标记。这些个人化信息的集合是否能够干预个人宪法自由提供依据？

“小数据”下的合理怀疑专注于未知嫌疑人的特定的、可观察的行为，“大数据”时代是关于已知嫌疑人的互相连通的、信息丰富的世界，本文将探索从“小数据”向“大数据”转变所带来的影响。拥有更特定的信息，街上的警察对于观察到犯罪活动的可能性会有更强大的预测感。然而，这种发展也仅仅暗示了大数据监管的前景。下一阶段将会在没有直接观察犯罪活动，转而依赖于各种数据集合的情况下，使用现存的预测分析来锁定嫌疑人。由于留下来的数据，警察对未知的嫌疑人就会有所了解。软件会在网络数据库中上百万人的信息里进行筛选，运用模式匹配技术识别个人。这一新的事实同时削弱了合理怀疑为抵制警察任意扣押而提供的保护，并且可能将合理怀疑转变成为那些任意扣押提供依据的手段。

本文试图对第四修正案的理論提出三点想法。第一，本文表明，合理怀疑——作为小数据时代下的原则——在大数据监管时代中变得几乎没有作用。第二，本文探究了大数据对于警察观察、调查和预测的扭曲，认为大数据信息会影响传

统警务的所有主要方面。第三，本文试图为潜在的问题提供一个解决方法，运用大数据本身的洞见和价值来强化现存的合理怀疑标准。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 2 期【2015 年 1 月】第 329 页以下）

外国主权豁免和机构能力比较

Foreign Sovereign Immunity and Comparative Institutional Competence

Adam S. Chilton & Christopher A. Whytock

政策制定者和法律学者例行公事地主张“机构能力比较”——即主张政府的一个机构比另一个更擅长履行某项特定职能，更有能力的机构应该负责该职能。此种主张遍布美国法律和政策，但是它们很少经过严格的评估。

我们利用了一次非同寻常的立法实验对美国法律和政策中一个重要的领域——美国对外关系中的行政和司法机构的机构能力比较进行了首次系统化的实证分析。从 1952 年到 1976 年，是由美国国务院决定其它国家是否能够在美国法院获得主权诉讼豁免。考虑到国务院的主权豁免决定会过度受到政治考量的影响，因此国会通过了《1976 年外国主权豁免法》（FSIA），将豁免决定权转移至司法机构。这次权力转移是基于明显的机构能力比较：法院在基于法律而非政治作出主权豁免决定方面比国务院要更有能力。

为了严格地评估这一基本主张，我们建立了一个包含国务院和美国联邦地区法院在过去 50 年作出的大量主权豁免决定的数据集，并对其进行分析。第一，我们几乎没有发现证据证明政治因素会系统化地影响国务院的豁免决定。第二，有力证据表明，政治因素已经系统化地影响了法院的决定。第三，将豁免决定权转移至法院并没有严重影响豁免的可能性。

这三项发现既挑战了支持 FSIA 通过的潜在的机构能力比较主张，又挑战了对行政机构和司法机构之间正确的权力分配的传统理解。诚然，司法机关也许有正当的理由在决定豁免或美国对外关系的其它领域中发挥主要作用。但是，广泛存在的机构能力比较主张认为司法机构在做出对外关系法律决定方面比行政机构更有能力，因其不会受到系统的政治影响，我们的分析对此表示怀疑。（【美】

授予特权的权力

The Power to Privilege

Mila Sohoni

授权法最近出现了一项新奇且惊人的发展：议会首次明确授予一个行政机构拟定特权规则的权力。虽然联邦法中充满特权，但是直到现在，它们仍存在于立法或司法意见的定义之中。议会现在授权行政机构制定的法律——管理证据特权——在我们的法律体系中确属新奇。

本文首次分析了将议会和法院拟定特权规则的权力转移到行政机构所带来的影响。本文首先描述了行政国家一个未受关注的方面：特权法对于行政机构的运行愈加重要。因此，行政机构正积极寻求对证据特权法的控制以推进其实质性规定。

通过授予特权来赋予行政机构此种广受欢迎的控制权将会危及联邦和州的主要监管利益。首先，授予特权会减少机构的责任。授予行政机构拟定特权规则的权力会使其保护自己的通讯免于公开，而这将会放任机构使自己隔离于外部的审查和监管。其次，授予特权将会侵蚀国家利益，因其允许当事人和公众广泛获取信息。机构公布管理证据特权可能会取代国家原来的法律，比议会和法院掌权时所允许的公开程度要更大。最后，特权授予会有削弱国家主权的威胁。当议会授权联邦机构赋予国家官员的通讯以特权时，它就削弱了国家监控其官员的能力，并产生一种近似于国会盗取国家管理权的危害。

在确定了特权授予所伴随的风险之后，本文提出了一些设计原理，表明应该对那些被选定要起草新的、也许由行政机构援引的特权规则的机构进行监管，并解释说，现存的司法规则制定体系与这些原理正好契合。最后，本文解释了这种授权上的创新为何会为检验主流的学术模型提供一种独特的机会，该模型是关于议会选择授权的对象和原因。当议会将赋予特权的权力授予行政机构时，它是在用一个新的代表——一个在政治上负责的行政机构——代替一个旧的代表——

在政治上不负责任的联邦法院。根源于党派竞争的授权描述对这种代表的交换具有比其它描述更强大的解释力。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 2 期【2015 年 1 月】第 487 页以下）

举报消费者滥用金融

Blowing the Whistle on Consumer Financial Abuse

David Cooper

《多德弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》（多德弗兰克法案）在美国证券交易委员会和商品期货交易委员会内建立的告密者计划为举报可行性信息提供了大量的金钱奖励。这些“奖金”吸引了学术界、律师界和美国公司的评论。而多德弗兰克法案的 1057 条却没有那么受关注，该条为向消费者金融保护局 (CFPB) 举报违反联邦消费者金融法的信息而遭到报复的人规定了一个个人的起诉理由。这些举报者可以成为履行 CFPB 监管和执行责任的有力工具。不幸的是，2002 年萨班斯—奥克斯利(Sarbanes-Oxley)法案下的告密者保护历史表明，仅有 1057 条并不能成为激励内部人员站出来的可行的长远措施。因此，本文认为，议会或者 CFPB 也应该像现有的多德弗兰克项目奖励那些为了投资者利益而联系执法部门的个人一样，为提供保护消费者金融福利信息的个人发放奖金。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 2 期【2015 年 1 月】第 557 页以下）

欺骗性共同诉讼中的法律选择

Choice of Law in Fraudulent Joinder Litigation

Walter Simons

几个世纪以来，联邦法院要基于公民身份的不同获得案件管辖权，都要求两方诉讼当事人来自完全不同的州 (complete diversity)。如果州法院受理一个案件，两方当事人来自完全不同的州，那么被告就享有将案件移送至联邦法院的法定权

利。除了联邦管辖权的其它基础，双方当事人如果不是来自完全不同的州，联邦法院就不享有案件管辖权，需要把该案件发回至州法院。因此，只要有一个被告与原告来自相同的州，就足够对抗联邦法院的异籍管辖权（diversity jurisdiction）。为了应对原告利用完全多样性（complete diversity）要求控制州或联邦法院审理其案件，欺骗性共同诉讼的理论逐渐兴起。欺骗性共同诉讼指的是原告试图否定完全多样性，其一般出现于以下两种情况中的一种：（1）原告通过虚假陈述诉讼当事人的公民身份而故意欺诈；（2）原告起诉了一个与其来自相同州的被告，但原告对其并没有诉讼事由。本文主要讨论第二种方法，因其在法庭上出现的频率比第一种更高。在这种情况下，与原告来自不同州的被告通常会将案件提交到联邦法院，并主张法官应该忽视共同被告人与原告相同的公民身份，因为原告没有机会针对该被告提出请求。

如果联邦法院认定原告对该被告没有起诉的理由，则允许法院忽视该被告的公民身份，因此确认当事人的完全多样性（complete diversity）。然而，如果法院认定该被告参与诉讼是适当的，那么案件当事人便不具备完全的多样性，必须将案件发回至州法院。因此，欺骗性共同诉讼的结果决定了一项诉讼是在州法院还是联邦法院审理——对于当事人来说这是一个重要的考量因素。

为了解决欺骗性共同诉讼的问题，联邦法官必须查考法律渊源以决定原告对与其来自相同州的被告是否有诉讼事由。在许多案件中，所有当事人都会对案件适用的法律达成一致；在那些情形下，法官会适用当事人一致同意的法律标准来对欺骗性共同诉讼进行调查。然而，在某些案件中，引起诉讼的事件会涉及到多个司法管辖区，因此可以适用的法律也会有许多。在这些案件中，为了认定原告对与其来自相同州的被告是否有诉讼事由，法官必须决定适用哪个州的法律。

在这种情况下，我们并不清楚，法官要如何决定适用的法律，或者法官甚至是否被允许做出法律适用的决定。一方面，如果与原告来自相同州的被告正当参与诉讼，则联邦法院对案件没有管辖权，当然也不能做出法律适用的决定。另一方面，也有可能出现这种情况，即根据一州的实体标准，原告对该被告有诉讼事由，但是根据另一个州的标准则没有诉讼事由。在这些案件中，在未作出法律适用的决定之前，法院无法解决欺骗性共同诉讼争议。

本文认为，法院必须做出法律适用的分析，这是其对欺骗性共同诉讼进行调

查的一部分。该分析对决定某个法律是否能适用于案件是非常必要的，因为这可能维持对非完全多样性被告的诉讼。再进一步说，法院应该给予原告选择的法律以相同的尊重，因为根据管辖区的欺骗性诉讼标准，该选择决定着原告对法院的选择。这一结论依据的是这样一种观点，即法律选择从根本上来说是以案件争点为基础的调查，对案件是非曲直的决定要求以相应的法律为依据。因此，在没有对准据法进行选择 and 适用的情形下，法院无法正确地决定针对非多样性被告的诉讼是否具有法律依据，或者认为其具有“欺骗性”。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 2 期【2015 年 1 月】第 603 页以下）

（孙亚男 译）

（吴莉莉 校）

司法比较主义和司法外交

Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy

David S. Law

与国际标准相比，美国最高法院在许多方面都与众不同，但是其最为鲜明的特征之一是其不愿从事比较宪法分析。对于这样一个规范性问题，即最高法院是否应该以及应该用何种方式利用国外宪法学，已经有诸多讨论。尽管如此，却很少有学者提出这样一个基础的实证问题，即为什么某些法院比其它法院更愿意利用外国法。

笔者确定比较主义的原因，在东亚的四大法院进行了幕后调查：日本最高法院，韩国宪法法院，台湾宪法法院，以及香港终审法院。此次的调查结果不仅突出了制度限制和资源限制在塑造司法行为中的重要影响，同时也向与宪法法院作用和功能有关的传统观念，提出了意想不到的挑战。

对众多的法官，书记员和高级管理人员所做的采访表明，相辅相成的因素组合在一起，为比较主义的茁壮成长创造了必要条件。第一个因素是制度能力。一个法院如果缺乏学习外国法的制度机制，例如招聘具有外国法专业知识的人作为法官助理，或者使用专门从事外国法研究的研究人员，就不可能更多地使用外国

法。第二个因素是法律教育。如果该制度机制没有法律教育系统作为支撑，该系统供应了充足的，有运用比较主义才能的律师，那么无论这个推进比较主义的制度机制多么的精细，都很难有效。

对于法院为何从事比较主义的调查也揭示出一个隐藏的重要现象：司法外交。与其他的司法实践不同，例如文本主义或者原意主义，比较主义不仅仅是法官发挥法律和裁决作用的手段，它同时也可能是外交活动的一种形式。当宪法法院精通外国法或者款待外国法官时，它们的目标不会始终如一地绝对是，或主要是提出强有力的观点去赢得国内的观众。它们有可能在同另一方竞争国际影响力，或者努力实现外交政策目标，例如在其他国家推广法律规则以及司法独立。司法外交的概念有助于解释宪法法院为何进行一系列只与判决行为有关的实践。尽管美国最高法院很少实行宪法比较主义，司法外交仍然以其他形式积极地实践着。

（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 4 期【2015 年 3 月】第 927 页以下）

你必须保守政府秘密吗？有溯及力的机密文件，第一修正案，对公共记录加密的权力

Do You Have to Keep the Government's Secrets? Retroactively Classified Documents, the First Amendment, and the Power to Make Secrets Out of the Public Record

Jonathan Abel

有时可见，有时不可见。

这并不是魔术师的咒语。这是在描述追溯分类。它规定于美国国家安全法中很少为人所知的条款中，该条款允许政府解密一个文件，并将其公之于众，后来又再次将其宣称为机密。追溯分类意味着政府可以今天交给你一个文件，而明天就控告你没有归还。追溯分类甚至可以延伸至那些在公共图书馆，互联网，或其他公共领域就可以获得的文件。

行政机构已经使用了追溯分类，并带来了令人吃惊的影响。例如，司法部解密并公布了一项关于国家安全机构窃听器的报告，并在几年之后，又宣称该报告再次成为机密。那些曾经收到过该报道的新闻工作者，如果没有归还该报道，则

面临着被控告的威胁。追溯分类也以政府文件为目标，这些文件揭露了伊拉克腐败，阿富汗暴力，以及国家导弹防御项目的管理不善。在每一个例子中，政府都通过官方渠道而非通过泄露，以非机密的形式公开文件，之后又转身对其加密。

即使追溯分类真的将文件从公共领域中抹去，该实践也将是困难重重。在互联网时代，一旦文件公之于众，政府往往就不可将其挽回。如果追溯分类没有将文件从公共领域中抹去，那么我们的敌人就能得到这些文件；如果追溯分类确实将文件从公共言论中抹去，那么国会成员，政府审计人员以及守法的公众都将被禁止公开讨论这些文件。

对于政府事务的秘密性和透明性之间的平衡问题，有着持续的争论，正是在该争论中，追溯分类测试出了政府能够控制存在于公共领域的信息的界限。追溯分类所产生的问题要远远超过维基解密事件以及爱德华斯诺登的泄密事件所带来的问题。在上述情况下，尽管信息已经能从公共领域广泛获得，但是仍处于机密状态。与追溯分类的相似之处在于，处于公共领域的信息又变成机密。

其不同之处在于，在追溯分类的情况下，政府最初是通过非机密的方式公开该信息，只是又在之后决定对其进行加密。该区别使得追溯分类在法律立场上更加的复杂，因为它牵扯到政府对其最初分类决定的背弃。因此，追溯分类迫使我们去询问政府控制信息的职权是否有界限？如果有的话，其界限在哪？政府可以延伸至公共领域，并对已经公开的信息进行加密吗？我们有义务遵守追溯分类决定吗？国家安全法有什么暗示？本文开始着手解决这些紧迫的问题。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 4 期【2015 年 3 月】第 1037 页以下）

国际行为法

Behavioral International Law

Tomer Broude

在过去的十年里，借助政府和决策者制定的具有完美合理性的标准假设，经济分析和理性选择已经对国际法和国际制度的研究造成了重大损害。该方法的不充分不仅体现在实证上，还体现在其倾向于构建过时的政治理论。本文通过介绍

具有实证基础的真实概念，以及实证观察的合理性，提出了替代性的行为方法，为解决国际法问题的提供新的假说。

首先，笔者解决了对于国际法进行行为分析的方法论缺陷：个体行为研究的焦点，行为经济学的实证基础，以及行为分析相对缺乏节省。紧接着，笔者为当代国际法所面临的三大困惑，提出了行为研究的指示性框架：（1）国际法的发展相对缺乏效率，（2）国际法院的异议，以及（3）武装冲突的目标选择。国际法中的行为研究可以作为可行且充实的替代方案，以及传统经济分析的补充，只要它始终秉承学术和实证的严谨性，以及理智的谦虚。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 4 期【2015 年 3 月】第 1099 页以下）

关于有意义审查的标准：为长期单独监禁的犯人提供有效保护之探究

Toward a Standard of Meaningful Review: Examining the Actual Protections
Afforded to Prisoners in Long-Term Solitary Confinement

Elli Marcus

在美国，长期监禁这一前所未有的趋势已经产生了令人不安的副产品：采用长期的单独监禁。因为机构内部缺乏可靠的记录保存，以及各州之间术语的多变，所以单独监禁的具体人数出了名的难以确定，但是专家认为有数万人待在“有限的房屋”内。他们中的许多人因为“隔离”而长期居住，这种做法可以避免来自普通监狱的犯人到隔离室去，并能够作为一种合理的管理措施，像维护监狱工作人员的安全一样，同样维护犯人的安全。隔离安排严重限制了犯人同其他人，以及同外界的联系。

考虑到这些极端条件，以及其对于犯人的监禁经历所带来的重大影响，将犯人单独安置于隔离室的安置程序显得尤其重要，不幸的是，联邦最高法院长期存在的，尊重监狱工作人员的传统限制了犯人根据第十四修正案的正当程序条款可以要求的程序保护。通过强调正当程序的程序性保证是易变的，最高法院对隔离决定进行了批准，只要这种安排涉及某种“有意义的审查”形式。最高法院避免

对于必要程序进行定义，避免调查在个体犯人的层面上，犯人的陈述过程实际上如何发挥作用，但是仍然没有避免有意义的审查变的毫无意义。

本文探究了在实际程序中，对基于非纪律性原因被安置于隔离室的犯人所提供的正当程序保护。本文第一部分概括地探究犯人所获得的程序性保护，并特别探究了处于管理隔离的犯人获得的程序性保护。另外，第一部分还探究了与管理隔离有关的正当程序挑战的理论限制。第二部分记录了近年来犯人诉讼的发展，尽管存在限制，但是在这些诉讼中，当事人仍然提出了违反正当程序的控告。第二部分通过分近年来的诉讼策略，特别以 *Ashker v. Brown* 为例，对学说的状态进行了评估。最后，本文的第三部分建议，法院应该改变管理隔离的方法，以应对正当程序的挑战。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 4 期【2015 年 3 月】第 1159 页以下）

弥补失去心爱宠物的损失：反思宠物的法律划分以及失去同伴的侵权损害赔偿要件

Recovering for the Loss of a Beloved Pet: Rethinking the Legal Classification of Companion Animals and the Requirements for Loss of Companion-ship Tort Damages

Lauren M. Sirois

根据美国法，动物是其人类同伴的财产。根据这种分类，个人有权依据其认为合适的方式拥有，使用并控制其动物财产。但是，对于许多人而言，依据所有权思想来界定人类和其宠物的关系并不合适。对于这些个体而言，宠物，例如狗和猫，不仅仅是财产：他们是最好的朋友，知己，家庭不可或缺的一部分。

尽管如此，与特定的家庭关系，例如丈夫和妻子之间，父母和孩子之间的关系不同，人类同其宠物之间的联系由于侵权法而遭受贬损。因为根据侵权法，宠物被划为财产，那么原告就无法获得基于动物和原告之间的联系，而应获得的精神损害赔偿，同时也就无法充分弥补受到伤害的原告所遭受的损失。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 4 期【2015 年 3 月】第 1199 页以下）

普通法中的结构与价值

Structure and Value in the Common Law

ShyamkrishnaBalganesh& Gideon Parchomovsky

普通法概念在法学理论家面前早已臭名昭著。二十世纪早期，法律现实主义的兴起成为了法律思想和法律分析的转折点。该运动最为典型的特征之一就是对于法律概念主义的完全忽视，而不仅仅是蔑视的问题了。运动的发起者认为普通法中的核心概念不具有独立的意义和功能上的重要性。他们认为普通法的概念大厦是模糊的，受人摆布的，因而导致了其在系统运行时的所有偶然性。

同样的，效用主义者将普通法体系视为规则集合，该规则集合在现实中，只能为最大福利思想所激发。该观点认为，普通法中存在的概念应该具有进一步的经济目标，如果没有，这一概念，则完全是多余。法律哲学家对此也提出了自己的看法。他们认为普通法中的概念体现着他们自己独特的理由，这些理由自成一体，完全独立于法律的工具性目标。然而，随着工具主义运动在美国法律分析和法律思想界的普遍兴起，其所带来的最终结果就是现如今，普通法概念被视作大大退化的史前旧物。

笔者在本文中为普通法的结构进行了辩护。笔者认为，法律理论者瞄准普通法中对于法律概念的广泛使用所提出的批评是错误的。这些批评将普通法中的概念性结构看作该体系的偶然特征，但是却没有成功地解释，为何普通法可以经受时间和环境的考验，直面社会价值和社会偏好的变迁。普通法的持久性及其持续的生命力在很大程度上要归功于其在稳定和变化之间所达成的微妙的平衡，这一平衡的达成几乎全部依赖于其概念结构。本文的核心论点是，普通法通过许多方法来构造其概念结构，因而，不仅仅需要重点理解是普通法如何运作，此外，还需要理解普通法本身是什么。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 5 期【2015 年 4 月】第 1241 页以下）

提防版主买方：监管大型零售的需求

Helping Buyers Beware: The Need for Supervision of Big Retail

Rory Van Loo

自 2008 年金融危机以来，消费监管机构就开始密切监管信用卡及住房抵押的销售者，从而遏制不正当竞争行为。监管项目使得金融监管者在诉讼程序之外，得以不断接触公司内部的复杂数据。相比较利用公开获得的信息和笨重的法律手段，这种方法往往更有可能保证检查员更加迅速有效地识别和纠正有害行为。

消费者在零售商品上的花销是其在金融产品上花销的四倍多。零售行业内的巨头公司，例如，亚马逊，沃尔玛，联合利华以及卡夫，雇佣了大批量化专家团队，利用先进的信息技术，大量的数据以及店内实验，去开发类似于消费金融内存在的与行为经济学相关的行为。实证分析的数据表明，这些集合行为会严重损害各个家庭，即使是那些在贫困线徘徊的家庭，每年也要于其上花费几百美元。与消费金融不同，监管者已经开始减少对零售商品销售者的监管。

本文认为应该广泛采用金融行业新兴的范例，将监管者对于公司的监管视作消费者保护的核心，尽管该范例的大部分还未经阐明。该范例认为日用消费品行业所需要的东西，与随着 2008 年金融危机而来的消费金融所需要的东西是相反的。之后，国会创立了消费金融保护局以提供更多的消费者保护，因为监管者之前过度关注对于金融机构的监管，以确保公司的安全和稳定。相反，日用消费品行业的监管机构，即联邦贸易委员会下的消费者保护局，则仅仅关注消费者保护，却并不监管公司。幸运的是，国会决议并没有要求联邦贸易委员会开发出一项监管项目。机构的领导者仅仅需要行使国会很久之前授予其的职权。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 5 期【2015 年 4 月】第 1311 页以下）

总统和解

Presidential Settlements

Adam S. Zimmerman

大群体经常求助白宫，以集中解决复杂的纠纷，这很像一种集团诉讼。这种总统和解可追溯至共和国早期，并特别流行于进步时代。泰迪·罗斯福总统能够极好的作为中间人解决私人团体之间的纠纷，包括在矿业，铁路甚至足球方面所出现的大批意外伤害和意外死亡事件。总统和解在现在出现了更多的变化，包括出现了大量的赔偿计划，例如分别由比尔·克林顿总统，乔治·布什总统和巴拉克·奥巴马总统作为中间人进行的大屠杀受难者和解，泛美航空公司 103 和解，以及英国石油公司石油分离和解。在每一个事件中，总统帮助解决杂乱的集团诉讼，例如通过提出更广泛的行政议程来解决冲突各方的争端。正如总统已经将权力扩展至行政领域那样，总统和解也表明在大规模纠纷解决中，行政权力的作用越来越大，并为广泛存在的损害提供了赔偿。

但是，行政权力的这种使用方法，却为那些总统和解旨在服务的受难者带来了问题。在解决大量的私人纠纷之时，总统像解决其他形式的复杂诉讼一样去解决这些问题，但是却缺乏解决受难者之间潜在的利益冲突所必需的监督，透明和参与。总统所负有的其他职责加重了群体之间的冲突，这些群体只能完全依靠该救济方案。

本文建议，总统在白宫达成和解时，应当采用复杂的诉讼原则，以减少利益冲突，增加透明度，提高公众参与度。除了将总统想象为“首席调停者”，本文也提出了新的问题，即政府的协调机构及白宫的工作人员该如何规制行政和解，以使其同权力分立相一致。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 5 期【2015 年 4 月】第 1393 页以下）

借助民主意见实现集体诉讼近似原则的现代化：回归近似的 可能

Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Pres

Comme Possible

Chris J. Chasin

四十五年前，古老的近似原则从信托法中摆脱出来，并首次运用于集体诉讼

的背景之下。近似原则主张，当公益信托不能实现其明确的目的时，法院应当注意立遗嘱者的意图，并将信托适用于下一次的最佳利用。在集体诉讼的背景下，近似原则是一种合理的“掩饰”，该种掩饰是在州和联邦层面上扩大集体诉讼机制的适用范围所必需的。通常，这一概念的意思是，当向集体诉讼的单个成员分配损害赔偿是不可能的或不能实现的时候，法院应该最大程度的基于集体的利益来使用那些损害赔偿。

尽管如此，当前的集体诉讼体系并没有一致地遵循这一标准。近似判决缺乏保证其公正性及准确性所必需的程序保护和对抗保护。即使法院试图为了集体的利益来适用近似原则，但是法院本身也并不适合去决定怎样对集体最有利。此外，不幸的是，近似判决总是转移到一般的慈善机构，或者总是针对与涉案法官或律师的利益相关的慈善项目。这些判决剥夺了集体成员所应获得的利益，并令人对集体诉讼机制丧失信心。

幸运的是，存在一种救济手段供人们自由使用，而不需要借助立法或是对联邦规则进行修正。因为近似原则的目的是，使得提供给集体成员的利益，要接近与集体成员在个人损害赔偿中所得到的利益，所以法院应该询问集体，如何最大程度地利用近似判决。法院应该以最低的边际成本，借助一个众包的，民主的投票程序，寻求具体的集体成员的意见。该机制将会为近似程序增添一个民主要素，并极大程度地避免潜在的，或违反道德的行为。另外，授予近似奖金将会提高司法的准确性，使更多的赔偿价值流向受害集体。这一提议通过回归近似原则的核心目标：尽可能与预期结果相一致，在尊重其古老起源的同时，实现了集体诉讼的近似原则的现代化。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 5 期【2015 年 4 月】第 1463 页以下）

在公共场所禁止性向歧视：一种普通法路径

Prohibiting Sexual Orientation Discrimination in Public Accommodations: A

Common Law Approach

Paul Vincent Courtney

尽管四十五个州已经颁布了在所谓的“公共场所”禁止歧视的法律，这种“公共场所”从广义上来讲，是指那些“向公众提供住房，食品，娱乐或其他服务”的商家，但是，其中只有二十一个州以及哥伦比亚地区的法律明确禁止了这些商家的性向歧视；因此，在其他二十九个州生活的同性恋人群就无法享有积极的成文法保护，从而在商业中免受歧视。

本文对这些法律的缺失之处进行了处理，从而将同志人群纳入受公共场所法律保护的主体中。现今的假设是其他二十九个州的商家可以歧视同志而免受惩罚，这些商家，作为财产所有者，有权阻止非所有权人入内，除非该项权利为成文法所限制，有权拒绝与他们不愿与之交易的任何人进行联系，除非有明确的成文法要求它交易。

但是排他权受制于特定的限制。对于公共场所而言，排他权在历史上就已经受到了普通法责任的制衡。尽管如此，在二十世纪期间，普通法责任被废弃，并为联邦和各州的公共场所法所取代，这些成文法规定商家不得拒绝向法律明文规定的受保护主体提供保护。

由于在现代法律意识中，公共场所法成为了普通法责任的补充，所以，现在许多人错误地相信这些成文法是禁止在商业中歧视的唯一法源，因此，如果这些成文法没有具体将一类人列举进受保护的主体中，那么商家就可以歧视这类人而免受惩罚。

最近的研究主要集中于建议将各州的反歧视法扩大适用于性向歧视中；政治游说团体的目标也大致如此。但是本文对此提出异议，即同志群体只希望依靠成文法获得法律保护。尽管有些州还没有决定将成文法保护扩大适用于同志群体，但是这并不意味着，这些个体在商家拒绝对其提供服务时，必然不能进行法律求助，也并不意味着颁布成文法是提供保护的唯一方式。

正如上面所讨论的那样，商家的排他权在历史上就已经受到了普通法责任的制衡。在那些立法还没有提供明确保护的州内，基于普通法责任的基础原则而提出的诉求就可能为同志群体提供直接的保护使其免受歧视。本文认为，即使是在那些没有用成文法明确规定性向歧视的州内，这种歧视也必然是违法的，因为它违背了商家的普通法责任，即不能任意驱逐任何消费者。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 5 期【2015 年 4 月】第 1497 页以下）

（魏 琪 译）

法院对专利案件的竞争

Court Competition for Patent Cases

J. Jonas Anderson

美国虽然有 94 个联邦地方法院，但是在 2013 年提起的 6000 多个专利诉讼案件中，有近乎一半的案件只在其中的两个法院提起，即：特拉华州地方法院和德克萨斯州东区法院。特拉华州地方法院和德克萨斯州东区法院所在地也都不是主要技术产业之乡，但是两个法院所接收的专利诉讼案件却达到了一个惊人的比例。摘要如下：德克萨斯州东区法院在 2013 年所接受的案件有 28% 是专利诉讼案件，而特拉华州地方法院在 2013 年所接受的案件有 56% 是专利诉讼案件。事实上，两所法院法官手头的专利诉讼书已经积压如山。虽然加利福尼亚州的中心区法院是全美第三大专利案件接收地，但东区法院 Rodney Gilstrap 法官和特拉华州地方法院 Leonard Stark 法官手头的专利案件比整个中心区法院法官手头的案件还要多得多。

随着近期在东区法院和特拉华州地方法院提起专利诉讼成为一种流行现象，选择法院成为一种诉讼策略，为诉讼提供了最大的成功几率，这也被称为择地行诉。在过去的 40 年里，择地行诉一直是专利制度里一个重要的问题。择地行诉通常被理解是为了寻找有利的实体法，有利的程序性规则，或主场优势。然而，在专利法中坚持择地行诉不能完全解释为是为了实质性的法律适用不同或主场优势。专利诉讼当事人不能通过不同的法院获得实质性的法律适用差异，因为美国联邦巡回上诉法院的法律规则在所有联邦地方法院都适用。此外，事实上，大多数专利案件在没有大量技术产业落户的联邦地区法院提起表明，许多科技企业采用择地行诉的策略不是看中在最近的法院诉讼有优势这一点。

剩下的就只是程序差异了。本文认为，专利法中的择地行诉是因为，至少部分是因为，联邦地方法院对诉讼当事人来说更有竞争力。这种竞争力主要产生于法院与法院之间的程序差异和处理案件效率的差异。所有的专利侵权案件都只在

联邦地区法院审理，并因此适用联邦民事诉讼规则。尽管有联邦诉讼规则横亘其间，全美的地方法院仍可采用地方规则对专利案件而言更是如此。有趣的是，一些地方法院已经采用了地方的专利规则，尽管几乎从未听说在法庭审理专利案件中有所适用，但这也表明地方专利条例在法院吸引潜在专利诉讼当事人时承担着信号功能。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 3 期【2015 年 2 月】第 697 页以下）

形象就是一切：企业品牌与工作场所的宗教信仰问题

Image Is Everything: Corporate Branding and Religious Accommodation in the
Workplace
Dallan F. Flake

员工在工作场所有表达宗教信仰的自由；为培养公司形象，雇主有权限制员工在工作场所表达宗教信仰的自由。这两条法律条文的对抗越来越白热化。现有的判例法为雇主和雇员解决这种冲突提供了一些有意义的指导意见。然而根据现有的判例法，各个法院不仅在判决结果上各不相同，而且关于判决的分析和说理也都不一致，有时各个判决之间还会相互矛盾。笔者认为，因为一个公司的形象是其最有价值的资产之一，法院在公司提起宗教信仰干扰其控制公司形象能力的诉讼时应加强审查力度。这种加强的审查不能因为最高法院的先例而被打断，相反，它需要更加严格地被遵循。就法院如何重新调整涉及宗教信仰的企业形象案件的分析思路，笔者提出三个建议。这些建议将创造一个更为平衡的判例法，从而更好地与最高法院的先例相协调，同时在雇主和雇员面对这个敏感而复杂的问题时，为其提供更清晰的方向指引。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 3 期【2015 年 2 月】第 753 页以下）

联合养老保险金制

Tontine Pensions

联合养老金制是一种可以提供退休工资的共同基金。它是一种结合了养老金及彩票特点的金融产品。在一个简单的联合养老关系中,一群投资者用他们的共同出资购买一个投资组合,一旦有投资者过世的话,他们的股权会被收回,最后所有的基金将由最后幸存的投资者所有。例如,在一档受欢迎的电视连续剧 MASH (风流军医俏护士)中, Sherman T. Potter 上校作为他们部队在第一次世界大战中唯一的幸存者,要打开一瓶他和他的朋友们一起买的法国白兰地(最后和他的朝鲜战争同胞一起喝了)。另一方面,有时也会有这样的虚构情节,心存邪念的投资者试图杀死其他还存活的投资者想最后继承所有基金。

当然,联合养老制可以避免这样的缺点。例如,联合养老制可以进行周期性的分配,而不是把最后的基金留给最后的幸存者。从历史观点上来说,例如,政府曾发行了联合养老金券以代替普通债券。在那些联合养老金制中,政府会保管联合基金并给基金出资人以较高的年息回报,并把年息回报分配给幸存的投资者。当最后一个幸存者去世后,政府就不再有债务了。例如,英国政府在 1693 年曾发行过一次联合养老金,为英法战争筹措了 100 万英镑的军费。在常规债券利率还被限制在 6% 的时候,众所周知,威廉国王在 1693 年发行的联合养老金,使得幸存的投资者在支付的前 7 年就可以享有 10% 的联合养老券股息,此年后还可享受 7% 的股息。

多年来,像威廉国王那样的联合养老制度变得相当受欢迎。美国第一任财政部长亚历山大汉密尔顿,曾经建议美国也可以用联合养老金制来偿还独立战争的债务。总之,在几个世纪里,政府的联合养老制度在政府财政中发挥了重要作用,但是这种制度现在已经消失了。

在内战之后,联合养老制在美国成为热门的个人投资项目,但这一制度在 20 世纪初失去了热度。联合养老制度的问题不是这个制度本身带来的,而是基金持有者的贪污和欺诈行为所致。纽约对保险行业的调查促成了 1906 年法令的颁布,该法令全面禁止联合养老制度,至此联合养老被人寿保险和类似的理财产品取而代之。

笔者相信,恢复可以为退休人员提供可靠的类似养老金收入的联合养老制的

时代已经到来了。具体地说,笔者认为,联合养老制基本原则的变化,即在成员过世后,由幸存者享有其份额,可以用来开发各种对退休收入有吸引力的金融产品。例如,联合养老制可以用来创建可以出售给个人投资者的联合养老年金。这些联合养老年金将周期性地分配幸存的投资者,但与传统的联合养老制度相比,联合养老年金将招揽新的投资者来取代那些已经过世的。在这种结构化之下,联合养老年金制可以永久持续下去。(【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 3 期【2015 年 2 月】第 826 页以下)

难以忽视的真相：法院的“不方便审理”原则如何使得被告 逃避州法院管辖

An Inconvenient Truth: How Forum Non Conveniens Doctrine Allows Defendants to
Escape State Court Jurisdiction

Brian J. Springer

假设你是一个外国人,你在美国因为一家公司的过失而导致自己受有伤害,并且你对这家公司提出百万美金以上的侵权索赔。你在位于蒙大拿州米苏拉市百老汇 59802 号 200 码以西的州法院提起诉讼,基于国籍不同的缘故,被告公司请求将案子移交到位于百老汇 59802 号 201 码以东的蒙大拿地方法院,并且会以“法院的不方便审理”原则要求法院驳回原告的起诉。州法院可能不会同意移交此案,而且很有可能会公正审理这个案子。不过在只隔两个街区之远的联邦地方法院里,案子的审理又是另一回事了,地方法院可以根据“法院的不方便审理”原则,行使自由裁量权并驳回此案。当然类似的事件不会经常发生。

在涉及不同国籍的案件上,几乎所有的联邦地方法院都会适用“联邦法院不方便审理”原则,被告可以单独请求将案子转交到联邦地方法院,以达到根据“法院不便审理”原则驳回原告诉求的目的。当然也会存在法院根据“不方便审理”原则而不驳回原告诉求的情况。允许被告的这种做法无疑削弱了当事人的权利,而且也破坏了“法院不方便审理”原则的初衷。

对这种做法法院的补救方法是，在州法院根据自己的不方便审理原则没有驳回案子时，取消被告要求将案子转交给地方法院适用地方法院不方便审理原则的权利。这能防止被告将法院的移送作为一种策略继而让法院驳回原告诉求后给原告所带来的不公正待遇。但是，法院可能不会适用这种取消权。最后，笔者建议，国会应修改关于案件移交的法条，当联邦地方法院基于不方便审理的原则驳回案件时，允许州法院将案件发回重审，以弥补对原告所造成的不公正。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 3 期【2015 年 2 月】第 858 页以下）

面向民事罚没制度改革的交易型方式

Proposing a Transactional Approach to Civil Forfeiture Reform

Michael Vandenberg

民事罚没制度确实是一个不寻常的法律规则,以至于那些发现自己受到没收程序制约的人经常不相信这样的一个制度居然在美国也会存在。卡夫卡式的民事罚没制度是一种古老的、复杂的、对门外汉来说不可理解的制度。尽管其具有深奥的性质,联邦政府、州政府和地方政府还是总会使用这一法律原则。虽然这一实践曾经根基甚好,但它现在已经沦为权力滥用的一种工具,并且是具有巨大潜力的工具。本篇评论旨在在对改革提出一些具体建议之前,从宏观层面一窥民事罚没制度。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 3 期【2015 年 2 月】第 925 页以下）

（张 飞 译）

（魏 琪 校）

控制泡沫：房产抵押贷款监管如何防止缅因街和华尔街自我毁灭

Regulating Against Bubbles: How Mortgage Regulation Can Keep Main Street and Wall Street Safe—from Themselves

如大萧条给我的沉重启示那般，房地产泡沫对于经济平稳发展来说是一个巨大的威胁。然而，应对最近经济的大起大落而出台的抵押信贷市场主要改革条款——多德弗兰克法案中有关房产抵押贷款和资产证券化的条款——并不是为了防止经济遭受房地产泡沫的冲击。事实上，这些改革条款随意的修补资产所有人和出借方的激励机制以此来防止他们剥削天真的投资者和借款方。特别要指出的是，这些改变要求资产所有人承担信用风险，出借方要对借款方进行偿还能力评估。

这一做法没有抓住问题的关键。泡沫产生的关键在于市场对于未来的房价过于自信了。泡沫所带来的非理性繁荣导致各方跨过了整个房地产金融体系而孤注一掷于乐观的信仰上。不仅投资者低估了信用风险，出借方的业务也过分扩展了。资产所有人和借款人同时也急于承担风险与杠杆背后的危险。多德弗兰克法案的激励机制改革，通过依赖想象上富有经验的各方的理性行为，对于使经济免受泡沫的冲击几乎毫无作用。反而有可能增加体系风险，因为它将房贷风险集中于大型金融机构。

由于间接的激励机制在泡沫中是没有效果的，便有必要应用更多直接授权性规定。本文认为一定的直接规范可以限制房贷杠杆，总负债偿还比率以及其他合同的特点，这些特点能使借款方接受更大数额的贷款。本文论述了这些限制措施如何能够阻止泡沫，降低坏账，以及减少房屋所有人的房产风险。尽管这些限制的措施毫无疑问需要付出些代价，如限制取得房屋抵押贷款以及房屋所有权，本文也提出了一些缓和这些忧虑的措施。本文对于激励机制的批评也为当下立方在扩展房产金融方面的努力提供了一种新的视角。

多德弗兰克法案的失误部分反映了在行为法律经济学中越来越普遍的观点，即富有经验的企业总是占有偏见的消费者的便宜。事实上，如何合理地应对大萧条的讨论本质上是如何使缅因街免受华尔街的影响。本文将这一观点进一步发展，并指出企业的错误对于规则的设计有着重要的影响。本文的分析需要从根本上转变现有的思考模式。政策的重点在于防止缅因街和华尔街被自己所毁。【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 6 期【2015 年 5 月】第 1539 页以下）

给专门法院的一剂现实药剂：来自疫苗伤害的补偿计划的教训

A Dose of Reality for Specialized Courts: Lessons from the VICP

Nora Freeman Engstrom

在一长串最新的改革方案中，卫生法院被认为是“拯救我们崩坏的医疗体系的最好选择。”如果卫生法院的支持者是可信的，这些专门法院便随时准备要改革医疗损害立法：他们将跟多的人提供更便捷的补偿，同时增加法律决策的可信度。但是这些优点，如一些改革领导者所承认的那样，“仅仅是一个美好的念想，而非实证的。”问题便来了：卫生法院会如料想的那般运行良好吗？本文认为，回答这一问题最好的证据来自疫苗伤害的补偿计划（VICP）——在这一计划中相似诉求适用相似的程序来处理，在这一计划刚推出之际，也像卫生法院的提出那般雄心勃勃。通过对近 36 年来此前未被研究的有关疫苗伤害的补偿计划的资料的深入挖掘，本文将论证一个美国式的补偿计划是如何在司法体系扭曲传统法院时付出代价的。这一结论是令人气馁的。尽管疫苗伤害的补偿计划和卫生法院有许多程序上的创新，这些创新，在疫苗伤害的补偿计划的背景中，大部分既没有加快判决的执行也没有合理化补偿决定。这一事实对于卫生法院有着重要的启示：这一方案不会如他的支持者预料的那边运行良好。更进一步说，对于美国式的不会出错的管理体制的研究，在长时期的实践中，丰富了——有时也复杂化了——现有的对前景，承诺以及其他专门法院的“直观优点”和替代补偿机制的理解。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 6 期【2015 年 5 月】第 1631 页以下）

司法优位

Judicial Priorities

Bert I. Huang, Tejas N. Narechania

州最高法院在 90 年代中期有一次史无前例的举动，它给州上诉法院规定了司法意见的上限，这一举动使得州上诉法院所能发布的司法意见急剧减少。高院

在解释这一修正案时认为它旨在减少“来自受理上诉法院的雪崩，”这导致了司法调查变得“多余，繁冗，困难而昂贵。”

这一反常而突然的政策转变给我们提供了一个机会，使得我们能够在普通法院所发布的司法意见中观察其司法优位性。本文所用的研究方法可以被视作一类显示性偏好方法：当被迫做出选择时，上述法院更愿意发布哪一类司法意见，以及哪一类司法意见会惨遭遗弃？

这一研究方法，看似直接，却揭示了比料想中更多的东西：它揭示了比之前想象实验中得出的简单的司法优位理论更多的东西。一个特别的模式促使我们去发展新的理论，这一理论旨在阐明更高层次的司法优位“如对关注外表的担心”是如何与对司法选择的影响进行角逐的。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 6 期【2015 年 5 月】第 1719 页以下）

危险关系：海外反腐败法中将“关系雇佣”犯罪化

Dangerous Liaisons: Criminalization of “Relationship Hires” under the Foreign
Corrupt Practices Act
Shinjini Chatterjee

2013 年 8 月 17 日，纽约时报在首页报道了摩根大通的一则新闻，当时摩根大通正卷入国际行贿丑闻中，这一新闻报道在媒体中引发了一次大风暴。报道中提到美国证券交易委员会（证交会）已经根据海外反腐败法对摩根大通在中国分公司的雇佣行为展开行贿调查了。海外反腐败法旨在规制在国外发生的行贿行为。在报道发布的几周内，获得了全国持续的关注，尤其是在司法部加入证交会的调查之后。争论的关键是这一调查本身不寻常的本质：不同于大多数以金钱换取商业利益的海外反腐败调查，支持对摩根大通展开调查的主要理由是该公司明目张胆的雇佣中国企业中出生名门的孩子以及政治领袖。更具体的说，这一调查重心在公司的“儿子与女儿”计划，这一计划被认为公司偏好于雇佣掌控中国国企的领导的子女。摩根大通声称采取这一雇佣计划是为了更强在中国的竞争优势，因为在中国，国有企业主导了经济。

尽管许多媒体认为政府展开对摩根大通的调查是不寻常的举动，但是深入调

查雇佣行为已经日益成为海外反腐败法执行的一种明显的趋势。在针对摩根大通的调查开启 8 个月后，司法部和证交会向另外至少 5 个机构致函，要求他们提供他们在亚洲的雇佣信息。联邦政府已经确认这类“关系雇佣”调查符合海外反腐败法的规定。海外反腐败法禁止任何以“任何代价”与外国官员交换任何“不合法的利益”——这一描述将雇佣外国官员的亲属也包括在里面。对于将海外反腐败法适用于关系雇佣的批评诘问了政府在解读法条时，采用了一种“激进”的方式。

尽管大众很关注摩根大通的丑闻，少有学者去检验关系雇佣，将它作为限制海外反腐败在未来施行的一次界定和实验。本文的讨论从分析政府将海外反腐败法适用于关系雇佣的理由以及这一适用的影响。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 6 期【2015 年 5 月】第 1771 页以下）

获取他们应得的（程序）：父母与律师在宾夕法尼亚的特别 教育程序听证

Getting Their Due (Process): Parents and Lawyers in Special Education Due Process
Hearings in Pennsylvania
Kevin Hoagland Hanson

残疾人教育法（残教法）要求校方为每一个学生，无论是身体还是精神残疾，提供免费的、合格的公共教育。为了达到这一目的，许多家长和学生需要经历州政府依据残教法进行的特别教育听证程序，以此来强迫学校提供国家所要求的服务。每一个家长和学生均有权聘请一个律师帮助他们处理这一繁琐的行政程序，尽管并不是所有人均有能力这么做。许多有关残疾人教育法正当程序的批评认为，律师的参与不必要的阻碍了这一程序的进行，并且破坏了家庭与学校之间的关系。

尽管将五年内宾夕法尼亚特别教育听证的官方决定与私人特别教育律师的访谈结合进行了经验性分析，本文检验了律师在这一程序中的角色。有律师的家长和学生要比那些自我代表的家长和学生从正当程序中获得更多实质的帮助。但是，至少一些自我代表的家长依旧可以提出可行的请求，极少数可以在没有律师

的帮助下，成功地从听证程序中获得预期的决定。

本文从来自宾夕法尼亚的经验性分析数据出发，对已有的有关已构建的正当程序方案进行了评估，包括非对抗的争端解决机制。这些数据表明，至少在宾夕法尼亚，特别教育正当程序比许多批评认为的要更加稳定和有效，更多的依赖律师，更少的对抗，或许能较好地符合残疾人教育法的实质性要求。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 6 期【2015 年 5 月】第 1805 页以下）

（邱凯乾 译）

（张 飞 校）

法律学说的约束

The Constraint of Legal Doctrine

ShyamkrishnaBalganesh

在美国当代，作为法律分析的主要方式，法律现实主义已经扎根于学者们讨论和辩论法律问题的方式中。确切的说，“我们现在都是现实主义者”一词已经被当作是陈词滥调了。因为，从某种程度上来讲，它被用于描述美国法律学者们的倾向，而这一现实状况又是显而易见的。尽管法律现实主义代表了一系列不同的观点，但是，所有的这些观点都体现了一个共同的主题，即，与传统的假定相比，他们更愿意相信法律学说是“更具延展性的、更加不确定的、与司法结果有更少因果关系的”。持有这一观点的法官在判决案件时，是基于他们认为的、在这种情况下的“公平”，“而不是基于对法律规则的适用”。现实主义者认为，司法推理很少是“在法律学说和法律材料约束下产生的产品”。因此，法律现实主义者的一个标志是，对法律学说在司法意见方面的约束效应，以及法官造法的学术批评的普遍的“怀疑”。因此，法律学说的约束被看做是虚构的。

在各种实体法领域，司法意见继续使用法律学说的语言，同时，法律学说也依然是法律分析的“通货”。至少从表面上来讲，今天的法官，无论被法律学说约束或者不被其约束，都表现得和他们在受到法律现实主义影响之前一样。以一个著作权案为例。在 1908 年，最高法院对怀特史密斯音乐出版公司诉阿波罗公司案做出了判决，认为有排孔的钢琴的卷形物的生产商并没有构成著作权的侵权，

因为，就著作权的目的而言，卷形物并不是“复制品”。在取得这一结论的过程中，最高法院注意到了之前没有约束力的判例、立法意图、自身对法规的解释以及对“复制品”一词的普遍理解。在法院的意见中，对约束的唯一明确表达是其观察报告：如果之前的判例是有约束力的，那么它将“排除对这一问题的进一步考虑”。现在，将其与最高法院于 2014 年作出的一个判决相对比，，即美国广播公司诉 Aereo 公司案。最高法院面对的问题是：基于著作权法的立法目的，通过英特网重新发送免费的广播内容至阅者是否会因为涉及“公开表演权”而构成著作权的侵权。对这一问题的回答是肯定的，最高法院判决的合理性完全是参照规则中对“公共”和“演出”定义的立法历史，以及它自己对国会优先于法规的监管意图的重构。

这两种观点在风格和推理方面的相似性是完全和真实的。它们都使用正式法律学说的语言，都借鉴先例（当可能的时候），都尊重国会的“意图”和目的，都尽可能的依据法规的文本。它们一个是形成于前现实主义时代，另一个形成于法律现实主义占主导地位之后。它们之间令人费解的相似性突出了本次讨论需要回答的一个中心问题：即使在今天，法律系统中的几乎每一个参与者都与法律现实主义的首要前提有所接触的情形下（即，所谓的虚构的学术上的约束），法律学说是否实际上仍然“约束”司法推理？是否存在协调法院后现实主义者使用法律学说与法律现实主义核心观点之间关系的方式？使用法律学说的这种明显的连续性在法律中又具有多大的统一性呢？

本次讨论选择来自不同实体法领域的、领先的法律学者，思考法律学说在他们各自专业领域所扮演的角色，而不是试图通过像哲学调查这样抽象的方式来回答这些问题。我们所期望的是，通过获得学者们依据他们专业领域所作出的思考，来有机地、实质地解决“学说的约束”在美国法律系统中的问题。我们所选择的领域包括联邦法和州法，制定法和普通法，以及传统上被描述为公法和私法的具有代表性的领域。有的学者选择通过将他们的领域看作一个整体来思考这个问题，但是其他学者则选择通过他们特定的领域中唯一的特定的案例、规则或者问题来思考。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 1843 页以下）

公平的未明确领域：公平在著作权法形成过程中扮演的角色

Equity's Unstated Domain: The Role of Equity in Shaping Copyright Law

ShyamkrishnaBalganesh& Gideon Parchomovsky

如同今天所使用的那样，“公平”一词意味着各种相关，但仍然有区别的观点。在大多数情况下，公平代表着某些规则和原则，这些规则和原则是与普通法同时出现的，并且在十九世纪末并入到普通法中。从纯粹的概念角度出发，公平一词可以追溯到亚里士多德关于平衡的观点，或者是向法律中注入充分的灵活性以避免不公正的过程中。最后，主要从实践角度出发，一些人将公平等同于法院作出的一系列救济措施，无论从形式上还是实质上，这些措施都被认为是“特别的”和“任意的”。

尽管公平经常被理解为实质性规则和原则的集合，或者，更一般的，公平被理解为一种基于英国自身的程序规则和独特的任意性救济措施、在十七十八世纪产生的、平行的法院系统。但是，从某个重要的方面来讲，这种理解是不完整的。公平也代表了一种特殊的法律说理方式，这种方式是在法律的首要规范领域内的。这涉及到法院在造法过程中扮演的日益重要的角色，以及一系列道德原则的现成资源，而这些道德原则被假定为是普遍优越于严格的法律条文。在传统的普通法领域内，公平的这种使用被认为是“公平的解释”的过程，或者决定了“法规的公平性”。使用这一概念使法院有权扩大或限缩法规中明确适用的文字，以影响法规的“比例或目的”。

在本文中，从这种理解出发，我们认为公平在著作权学说的建立和实践中是有深远影响的。尽管著作权法的渊源明显是法定的，但是，公平对其实施的影响主要表现在法院在其形成和发展趋势中扮演的角色，最主要的是美国联邦最高法院。在许多学说的领域，最高法院的著作权审判规程揭示了一种特有的限制行为的模式：尽管遵守了法律严格的字面规定，但是也要与著作权法系统的价值和目的相符合。最高法院努力使法规内容的指示与其预期目标相一致，而这一努力也使其参与到普通法认为是影响法规公平的过程中来。当以填补差距的概念为前提时，这个过程总是致力于减少当事人的机会主义行为，即从法规的文字表述方面获利，但同时又违反了立法中不成文的规范性目标。仔细考察最高法院在过去几十年中在主要的著作权案件方面的决定，会揭示出法规的公平性在著作权学说的

内容方面扮演的重要角色。此外，它阐明了法院在创造和解释著作权学说和著作权制度的基本目标 and 价值方面，所扮演的真正的、经常被忽视的角色。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 1859 页以下）

学说分类、法律现实主义以及法律规则

Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law

Hanoch Dagan

现在流行的说法是，法律现实主义主张“学说的非重要性”以及它的概念是“表象”。尤其是，评论家们将现实主义与“唯名论的推动”相联系，将学说分类的重要性降至最低。与这种传统观点相对立的是学说分析的普遍回弹，特别是，学说分类在法律实践和讨论中的持续作用，鉴于现实主义对法律教育产生的重要影响，这一现状实在令人费解。这一问题是我们讨论的焦点。

现实主义者们认为，多种潜在的、可适用的学说来源的使得纯粹的教义学不可能存在。不像许多讽刺漫画，真正的法律现实主义并没有在规定的的时间和地点，挑战学说或其分类预期的稳定性。这种稳定性是取决于律师在规定的实践和地点对背景理解的集合，对现实主义者而言也是有价值的通过为其相对方提供有效的指导，并限制官员行使不受约束的权力，它对于法律规则的遵守也是至关重要的。

这就是为什么现实主义者会发现法律对类别、概念和规则的使用，是不可避免并且可取的，这也是他们拒绝唯名论的原因。学说是也应当是法律的一部分。但是。因为学说作为学说是不能确定的，法律现实主义者坚持认为一些法律工作人员（尤其是立法者和上诉法院法官）应当偶尔使用社会发展和新案例引起对学说的传统理解的反思这就是说，它们应当被作为对学说的规范可行性的重温以及对其分类充分性的重新检验的机会。从法律学术角度讲，这项批判性反思的任务甚至更加重要，这也是我将在结论中简要表达的一个方面。

鉴于这种对法律的理解，现实主义者未被法律语言中学说分类的持续重要性所困扰，对于这一点我们不该感到惊讶。法律现实主义者是明确拒绝传统观念的，这种传统观念是指学说分类细化一些超越内容的永恒的真理，以及学理上分类追求产生一幅相互排斥的分类的地图。相反的，现实主义者坚持认为学说分类的主

要作用是巩固人民的期望,并且表达法律关于人们互动的特殊类型的理想。因此,现实主义者重建学说分类,以此配合他们对学说分类改革中法律内在活力和语境规范分析的重要性的观察。从这些方面重铸学说分类,将识别分类的动态维度。这也意味着学说分类应当是对环境敏感的,并且强调相对狭义的学说分类的重要性。最后,一个现实主义的学说分类将会承认并包容各种类别之间大量存在的重叠,但这些重叠决不会是压倒性存在的。(【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第163卷第7期【2015年6月】第1889页以下)

法律冲突中的现实主义与革命：枪声与呜咽并存

Realism and Revolution in Conflict of Laws: In With a Bang and Out With a Whimper

Celia Wasserstein Fassberg

二十世纪中叶,美国法律冲突的学说产生了一种被普遍称为“革命”的东西。除了其革命性的内容,这种学说在三个主要方面是具有非凡意义的。第一,它的数量以及创立该学说的许多学者的卓越性和显著性使其意义非凡。随着约瑟夫·斯托里在十九世纪到二十世纪中叶的开创性努力,美国一些最著名的法学院中最优秀、领先的法律人才将他们不可忽视的努力投入到了这一领域中。他们在最好的美国法律期刊发表文章,产出了大量的文献,这些学者包括约瑟夫·比尔和欧文·格列斯伍德,卫斯理·霍费尔德,欧内斯特·洛伦琴和沃尔特·惠勒·库克,埃塞尔·英特玛,大卫·凯弗斯,艾伯特·艾伦茨威格和布雷纳德·柯里。第二,这种学说因具有极高的智慧和本真的性质而意义非凡。本文不仅揭示了其不寻常的分析方面和比较方面的彻底性,也揭示了其不寻常的无情竞争和人们夸张的争论。本文关心的第三个非凡的方面是:这种学说对美国的司法实践的惊人影响,但是,对美国以外的学术和司法实践却惊人的几乎没有任何影响。(【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第163卷第7期【2015年6月】第1919页以下)

不确定性的九个方面,尤其强调刑法方面

Nine Takes on Indeterminacy, With Special Emphasis on the Criminal Law

关于法律纠纷没有确定答案的说法已经是陈旧的了。在某些情况下，每个一年级的法科学生都被这种不确定性的担忧所困扰。在学会从每个案件的不同角度进行思考之后，这种情绪似乎是不可避免的。

但是，为了评定“持怀疑态度的论文”（下文将称为“这种说法”），我们将努力着眼于特别有力的描述，在刑法中，它可以在马克·凯尔曼著名的《刑法解释结构》中找到。我认为，引起人们对凯尔曼文章思考的，是两个方面的：一方面，凯尔曼运用了精湛的技巧展示了一系列案件的不同角度，这些案件组成了标准的刑法课程。但是，另外，或者也是更加重要的，每个角度所运用的周期性主题、比喻、步骤和观点——他能够在这些主张中识别出不同的模式。文章的这两个方面，使得凯尔曼对持怀疑态度的论文的描述具有了别样的风格。有人提出人们可能会编造案件的争论，就像是使用菜谱烹饪一样，他运用其认定的主题、比喻、步骤及观点，对案件中的争论的不同角度进行熟练地描述（他并没有带有目的的选择这些案件），最后得出结论：法律学说确实不能解决任何纠纷，或者，至少可以说不能解决任何关于结果的纠纷，这一点是不可抗拒的。其它东西，也许是法官一时的念头，却一定是案件结果的真正决定因素。

凯尔曼是否认为只有疑难案件是不确定的？不，他认为，只要仔细考虑，即使是简单的案件都会是不确定的。他是如何看待这些案件中法院试图提出的结论的？这些结论是不真实的。案件很可能会有所不同，但是法院欺骗他们自己说：通过半意识、甚至是无意识地删除可能的概念上的步骤，可以使他们得出一个可供选择的结论。在他的文章中，他认为“一个真正的结论，一个可能的底线，是我建立的一个非常复杂的、系统化的和概念化的快速驳回制度：’他们是这么说的，这就是他们得到的。你知道吗？并没有太多。”

接下来，我将要从许多不同方面思考这些持怀疑态度的文章。他们中的一些是削弱它的，另外一些则恰好相反。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第163卷第7期【2015年6月】第1945页以下）

Legal Realism and Legal Doctrine

Brian Leiter

美国的法律现实主义学者并不拒绝学说教义，因为他们并不否定法官在裁决案件时依照一些“学说”的规范标准。毕竟，这只是一个关于应该做什么的规范标准，而不是由法规、法院或者论文制定或明确的。一个基于“对合同的这种违反是有效的”的规范裁判案件的法官，仍然会依据规范标准裁决，即使这种标准并不必然为法律所赞同。但是以前的非法律规范标准可能会在将来成为具有法律约束力的规范。法律现实主义者教会我们的是：法院经常援引的学说并不真的是他们信赖的规范标准。对法律现实主义者来讲，改革法律，使法院和论文作者引用的实际学说符合法官信赖的实际规范标准，是非常重要的正是因为现实主义者的法律改革运动在很多领域的成功，学说在今天仍然是非常重要的，正如本次研讨会上很多文章所展示出来的那样。

将近二十年前，所有的这些方面使我彻底明白。当时，我正在德克萨斯大学教书，并且有机会与我的同事详细的讨论，例如已故的伟大教授查尔斯·艾伦·莱特，美国法律研究院院长和《联邦实践和程序》的资深作者，这本书可能是近半个世纪以来美国法律中最重要、最有影响力的文章。莱特似乎是一个典型的“教义主义者”，也许是那个时代最伟大、最有形象力的，同时他也是一个不折不扣的法律现实主义者。理解这种显然矛盾的属性的结合，对理解美国法律现实主义的真正本质是非常重要的。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 1975 页以下）

家庭法学说

Family Law's Doctrines

Melissa Murray

美国法学院之父，克里斯托弗·哥伦布·兰德尔，曾著名地将法律概念化为与科学相类似。从这种解释上，法律学说是许多法官随着时间推移、系统地解释出的科学事实。几十年后，法律现实主义者的看法与兰德尔关于法律发展的僵硬定义相左。在他们看来，法律不仅仅是一系列被中立应用的正式理论。相反的，法

律现实主义者认为：现实世界中的问题（包括政治）就表现出了法律学说的适用与发展。因此，法官并不是一个以公平方式诚实适用学说的科学家，而是敏锐的政治活动者，他们可以（也确实）操纵学说以达到想要的结果。

今天，在兰德尔将法律学说升华至科学事实地位之后的大约一百五十年，本文对学说是否能像法律现实主义者声称的那样，能在今天生存，或者已经完全服务于现状的迫切需要持怀疑态度。笔者是从家庭法领域来解决这一问题的。在家庭法领域中，推动判例法的情形往往是尤为特殊和特别的。正如里奥·托尔斯泰（在非法律背景下）所说：“幸福的家庭都是相似的；不幸的家庭各有各的不幸”。

尽管家庭和家庭生活有特殊的性质，但是，大多数家庭法学者和从业者都同意：家庭法学说有一个健全的体系，这一点从联邦和州法院的工作以及将家庭法原则编纂为法规的诸多努力中都可以看出。虽然州和联邦法律的不断增加在裁判和解决家庭纠纷中扮演了重要的角色，但它并不是家庭法学说的唯一来源。

本文中，笔者对该领域及学说在该领域所发挥的作用提出了一个更加微妙的视角。。尽管家庭法学说有一个健全的体系，包括：法官产生的判例法，许多州家庭法法典，联邦成文法和联邦宪法，以及经常促进法律改革的示范准则，这些形式所体现出来的法律规则经常会假定出一个特定的家庭模型（如婚姻以及婚姻所产生的生物上的家庭）并对其赋予特权。当家庭离开这些学说依赖的婚姻的或者生物的模式，法律学说的确定性和可预测性就蒸发不见了。在这些情况中，学说关于法律真理的问题变得非常有争议。因为，法院在面对某种情形时，会要求他们能够应对一个令人担忧的问题：即如何根据现实世界的关注点、和当事人特殊的生活状况适用学说。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 1985 页以下）

公司法学说与美国法律现实主义的遗产

Corporate Law Doctrine and the Legacy of American Legal Realism

Edward B. Rock

在对这个关于“法律现实主义和法律学说”的讨论的贡献中，笔者研究了法

律体系在公司法学说中扮演的角色。通过对美国和英国配对的案例的调查，笔者提出了一个对美国法律现实主义与英国传统教义学的公司法审判有影响的个案对比研究。

这两个系统中的专家法官，在专家律师的辅助下，清楚地识别和理解了在纠纷中涉及的核心政策问题，并得出了合理的结果。通过法律和制度背景的不同，在两种体系中，纠纷可能最终会在某种程度上以相同的方式被解决。这丝毫不令人惊讶，因为在像公司法这样的领域中，来自于市场和制度的压力需要为现实的问题提供实际的解决方案。

另一方面，风格上的差异是不可避免的。虽然特拉华州的公司法法官公开地认识差距、并通过参考政策解决它们，但是，英国法官却采用传统的历史或教义的方式，通过先例，并借此发展原则以在审讯中解决案件。对笔者而言，这些风格上的不同，是美国法律现实主义影响美国法律教育所留下的遗产，这与英国传统方法占主导地位的情况形成鲜明的对比。与英国相比较，在特拉华州的方式中，明确的政策分析是更加可接受和自然的。同时，这种法律文化的区别，也正影响着律师陈述案件的方式。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 2019 页以下）

（吴莉莉 译）

（孙亚男 校）

物权法自身体系的持久性

The Persistence of System in Property Law

Henry E. Smith

依据传统观点，物权已经被弱化了。自法律现实主义流行以来，物权法经历了多次变化。这些改变是在现实主义的激励下产生的，并且是在现实主义者关于物权的“一揽子权利”概念的旗帜下进行的。但是，被法律现实主义者及其继承人批判最多的许多物权法的特性却表现出了惊人的弹性。这些“教义性”的特性包括将物权当作一种物，所有权的重要性，以及物权法中有比合同法更多的形式主义。本文认为，现实主义者对这些特性的批评以及他们长久坚持这一批评的背

后有一个共同的原因：所有这些物权的特性都表现了物权法作为一个体系所有的基本框架。由于在私法中法律关系的内在复杂性，尤其是那些较不个人化的，一个为调整这些关系提供初步解决方案的体系便呈现出信息成本的问题，而这一问题是物权特有的。这些成本——通常不在现实主义者的考虑范围内——是很难完全被无视的，并且推动物权法以一种更加模块化的方式对待私人关系，而不是现实主义者所希望的那个“一揽子权利”式的。再者，模块结构的灵活和稳健使得物权法能够吸收——以某种代价——许多变化而不需要改变其本质。本文向实用主义者提出这一分析，并且提出——以现实主义的定义方式，非法侵害和妨害，以及物权形式的标准化。在物权的某些领域中将法律现实主义者转变过来的最大动力或许在于简单的忽视前法的复杂性。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 2055 页以下）

新教条主义：对证据理论的影响

The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory

Alex Stein

本文回顾并提炼了证据法的基本原则：个案特异性，成本最小化，以及双方平等最佳。这三个原则解释和证实了证据法的可适用性和充分性的要求。个案特异性原则要求调查者的决定要立足于有关各方权利义务关系的可信的描述。成本最小化原则要求调查者最小化由错误而引起的成本以及防止错误发生的成本。双方平等最佳原则要求调查者为每一个方提供全面的、有效的保护，以此来对抗可能发生的错误，同时将这种保护完全平等化。

本文将这些原则与法律教条主义中（遵循斯蒂芬·达沃尔著名的道德正当要求的说法）不能减少的次要个人结构相连结。在这一结构中，原告的（或检察官的）要求被告赔偿（或受惩罚）的权力，必须取决于使得被告对原告（或检察官）负有责任的个体受侵害主张的真实性。证据规则只有在他们能够促进个案特异性，成本最小化以及双方平等最佳时才会与这一结构相适应。支持不同规则的改革方案与这一结构一点也不相关，因此是错误的构想。

基于这一观察，本文批评证据法的三个有力方面，它们分别依赖于经济，概

率论以及道德。这些方面包括路易斯·卡普洛的举证责任理论，丹尼尔·卡尼曼和阿摩司·特沃斯基声称的调查者背离数学概率是不合理的，以及罗纳德·德沃金对偶然的和意外的施加的错误风险的区分。这些方面与权利与义务的次要个人系统相去甚远，因此，他们在证据规则和实在法之间创造了方法学上不被允许的断裂。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 2085 页以下）

合同中的直观形式主义

Intuitive Formalism in Contract

Tess Wilkinson Ryan

本文认为美国多数的合同为消费者合同，假定消费者合同有独特的甚至罕见的教义上的特点，便可以得出结论，这些特点主导了对合同法的理解。消费者对合同法的许多感受大多来源于附和合同。不难看出，有人对合同法本质的感受来源于几乎是全由格式条款构成的样本合同，然后很快便得出合同法是高度格式化的这一结论。

在潜在可执行的交易中（如那些基于考量并且不是违法或不合理的交易），现代合同法学说将会认可合同有效当双方均表示同意时。这是合同法课程的入门，它或多或少地释了为什么在哈德利诉巴克辛德尔，霍金斯诉麦基以及恩布里诉哈嘎戴恩麦积区科纺织品有限公司中存在合同。在这些典型案例中均存在以口头方式做出的同意表示：分别为，基于承运人的承诺，机轴将于第二天正午送达；医生做出的 100% 的保证；以及雇主对焦虑雇员的承诺：“你很好。按你自己的想法做。”对于熟悉同意学说的人来说，在这些案例中要找到合同的存在是很容易的，因为证据表明双方事实上对他们的契约有过交流。但是，这些案例可能会使一部分没有代理律师的人吓了一跳，因为这些契约是口头的而非书面的。

是什么造成了这一对合同法的误解？合同对美国人并不是什么新鲜事物。相反，许多人即使不是每月每周，也每年都会合法的订立许多的合同。这些合同包括我们与亚马逊、贝宝、康卡斯特、苹果，美国电话电报公司以及 Visa 订立的合同，换句话说，在这些合同中我们通常是消费者。消费者合同有共同的特点：

它们是标准化的，同意以无声的方式做出（或是由签名或是通过点击“我同意”），合同双方既不协商也不阅读合同条款，并且这些合同几乎对任何人都有效，当起诉时，便具有执行力。这便是每一个人每天遇到的合同法。

这样的话，或许我们并不应该对大众对合同法的看法感到惊讶。新的证据表明，多数人认为订立合同意味着在文书上签名，因此合同法是有关如何做出同意表示的形式的法律，而非关于双方同意的内容为何的法律。这便是为何“直观形式主义”值得我们经验上和规范上关注的原因，因为它们对消费者在交易中如何反应以及他们如何与司法体系打交道有实际影响。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 2109 页以下）

粗心大意的法律文本内外的合理性

Reasonableness In and Out of Negligence Law

Benjamin C. Zipursky

法律文本中大量使用的“合理”与“不合理”的表述一直以来都被诟病。事实上，法律文本随意使用这些词对法律现实主义者及其门徒是有利的，因为他们致力于将法言法语描述为一件朴素的外衣，经由自由裁量可以达至他们想要的结果或政策。相反地，来自哲学家和经济学家野心勃勃的提议表明“合理”在实在法中为他们的规范理论提供了现成的立足点。道德与政治哲学家致力于分析“合理”，经济学家，决策理论家以及博弈理论家对合理性的研究将法律文本中“合理”的使用变成了法律理论中的一块磁铁。在这些方面，“合理”可以被看作法律理论中的第三个 R。同“权利”和“义务”一样，“合理”被法律理论者厚爱，同时也被花费大量时间将这些理论串连起来的怀疑论者奉若神明。

与其犹豫不决要加入哪一种理论，退一步并且去做一些合理在法律文本中的地位的实际研究会显得更加有用。具体的说，“合理”及其同义词在法律文本中都在哪些地方被使用。霍菲尔德以及其之后的许多人已经发现了本文中所称的“类型化分析”在探究权利的概念时发挥了巨大作用，正如哈特在探究义务的概念时所作的那样。如果对合理在法律文本中的类型化研究可以如他们在另外两个“R”上一样取得一点成果，那么这一研究便是有价值的。

当然，本文推荐的研究方法也有不足之处。“合理”一词在法律文本中是一种规范化的使用，而它的涵义是模糊的。如上述，当“合理”一词被使用时，法律，哲学，经济理论都在试图具体化它的内涵。因此，退一步讲，求助于法律教义说来理解合理似乎是奇怪的。

本文在研究所有狂热的法学理论家的教义之后，认为法律文本中的合理大致有如下三种特点：模糊，无意义，以及不确定。一个由于模糊而不明确的词或短语与毫无意义是十分不同的，并且这两者与具有多重含义，即不确定，又是不同的。不能区分这三种特点会导致我们对法律文本产生错误的理解。事实上，无法看出“合理”一词的多重不确定涵义会导致对其在法律文本中模糊和不清晰的理
解。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 163 卷第 7 期【2015 年 6 月】第 2131 页
以下）

（邱凯乾 译）

（张 飞 校）

对移民法庭中获得律师辩护权的全国性研究

A National Study of Access to Counsel in Immigration Court

Ingrid V. Eagly & Steven Shafer

尽管移民有权在移民法庭被律师代理，但长久以来的情况却是政府没有义务为那些无力支付律师费用的人提供律师。然而，最近，由公共人物、学者、律师、法庭以及慈善事业创办者等组成的广泛联盟开始合力推动公共辩护体系的成立以帮助那些面临驱逐出境的穷苦移民。在这场为移民配备辩护律师的全国大讨论中，人们讨论的还包括目前有多少移民需要律师，以及此种代表权的功能和效率。

在对美国移民法庭中获得律师辩护权问题进行首次全国性研究之后，本文给出了结论。利用从 2007 年-2012 年间判决的超过 120 万个驱逐出境的案件得来的数据，我们发现在所有移民中仅有 37%，被扣留的移民中仅有 14% 得到了律师辩护。只有 2% 的移民得到了非营利组织、法学院校法律诊所或者大型法律事务所

志愿者项目提供的免费律师辩护。得不到律师辩护的情况在偏远地方和小城市的移民法庭尤为严重，在这些法庭，几乎三分之一的拘留案件的当事人都被判决驱逐出境。此外，我们还发现，那些有律师辩护的移民面临更高数额的罚款：在那些有着类似情形的移送案件的被告中，有辩护律师和没有辩护律师，寻求司法救助的被告人之间的罚款差额相差 15 倍，在那些寻求司法救济的移送案件的被告人中，获得司法救济和未获得司法救济的被告人之间的罚款差额为 5.5 倍。而且，我们解释了律师是否参与案件与法庭效率的提高密切相关：提出更少无益请求的被代理的被告更有可能从羁押状态下获得释放，一旦被释放，则更可能面临驱逐出境的听证会。本文提供了基本数据——为了更好的理解移民的律师代理权，理应告诉他们有关扩大获得律师代理权的讨论情况。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 1 页以下）

成为征收庇古税的国家

Toward a Pigouvian State

Jonathan S. Masur & Eric A. Posner

大多数经济学家都认为政府应当对公司的消极外部行为，譬如污染，征收庇古税，然而监管机构几乎不曾动用权力设立庇古税。相反，他们发布命令——以及——控制办法。我们的主要论点恰恰在此，但与常规的智慧不同，即监管者握有设立庇古税的权力——但却从来不行使。因为一系列政治和象征性的原因，管理机构在征收庇古税时犹豫不决，我们认为，这些原因并不能证明在管理效率方面存在的巨大失败是合理的。对于监管型国家来说，是时候征收庇古税了。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 93 页以下）

对零价市场进行的反垄断：根据

Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations

John M. Newman

“零价市场”，就是那些公司将自己的商品或服务定价为 0 元的情况，不管是在数量还是在种类上都出现了激增的势头。如今，有创意的内容，软件，搜索功能，社交媒体平台，移动供应商，旅游预订，航行和定位系统，以及其他数不清的商品和服务都在以 0 元的价格被广泛配发。然而虽然 0 元产品的消费量呈指数级递增，但反垄断机构以及分析师却对此无动于衷。

现代反垄断法坚固的立基于以价格理论为中心的新古典主义经济学。对于价格理论，从事反垄断研究的优秀工作者奉劝道：没有价格就形不成市场，最终就没有市场支配权。这种依赖良性价格的重大理论使得反垄断法庭和执行机构忽略了潜在的严重福利危害。不幸的是，最近的实验研究证实类似的危害确实已经发生。

认为零价市场就是市场的失败表明了 0 元价格已经从根本上挑战了传统理论和分析框架。本文确立了新的消费者分类方式——根据价格区分“市场-讯号”与“非市场-讯号”成本。关键在于，它证实了市场-讯号成本出现在 0 元价格环境下。良性价格的缺失并不会阻碍反垄断的监管；根据舍曼克莱顿法案，贸易包含 0 元价格的交易。持续忽略这类市场中的福利危害既不公正也欠缺效率。本文通过确定反垄断法在 0 元市场价格中的角色和立场从而得出了结论。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 149 页以下）

废除内野高飞球规则，结束普通法的异例

Time to Drop the Infield Fly Rule and End a Common Law Anomaly

Andrew J. Guilford & Joel Mallord

我以一个假设开始，在瑞格利球场进行的世界职业棒球大赛的第 7 场比赛中，西雅图水手对阵芝加哥小熊队。在第九局接近尾声的时候，西雅图水手队以 1:0 的比分领先，但是在小熊队不出局且满垒的情况下，西雅图水手队仍然有危险。乐观的芝加哥观众们奋力欢呼着，因为小熊队的明星击球手正在击球。投手扔出了一个危险的上升式快速直球，击球手几乎没有接到。对二垒手来说它是一个高

位的自动球，他迅速后退进入了合适的场地位置。他在球下落的过程中准备着，并且避开了刺眼的阳光。接下来，在小熊队历史上的关键时刻会发生什么，是否会发生在场四周落座的粉丝所期待的场景？正如棒球粉丝们知道的那样，穿着蓝色外套的老人将会跑出来，挥动胳膊，比赛结束。小熊队被告知自动出局以及每垒的跑垒员则继续留在原地。这就是内野高飞球规则，快要寿终正寝的过时棒球规则。

内野高飞球的发展在 40 年前才开始在宾夕法尼亚大学法律评论研究内野高飞球普通法起源的 *Aside* 中被研究。*Aside* 说明了内野高飞球规则是如何在人们希望维持一个友好、绅士的美国的时期内，在外物——比如普通法中壮大的基础上发展起来的。它说明了内野手故意丢掉球而对一直以来被教导只有接到球才能前进的跑垒员进行双杀的行为在人们看来是非常不文明的。结果就是内野高飞球这种无礼的、投机性被制定规则的保护主义者消除了。这一反映过去绅士时代的过时规则，在 21 世纪这个崇尚冒险和诡计的粗放时代中已无立身之地。棒球的规则制定者应当通过摒弃内野高飞球规则来纠正普通法壮大过程中的错误。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 281 页以下）

传统的局限性：现代的法律选择方法怎样助力法院解决纽约 公约与联邦仲裁法案间的冲突

The Limitations of Tradition: How Modern Choice of Law Doctrine Can Help Courts
Resolve Conflicts within the New York Convention and the Federal Arbitration Act

Alexander Sevean Bedrosyan

试图行使国际仲裁所保障的权利的当事人所面临的困难来源于这样一个现实：各个国家间对于国际仲裁裁决的执行设置了不同的障碍。尽管 1958 年通过的承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约试图消除这些差异，但这些具有跨国差异性的障碍在今天仍然存在。国际社会通过纽约公约来寻求限制和标准化各国拒绝执行他国仲裁裁决的理由。

缺乏国家一致性的情况并未出现，因为批准纽约公约的各国正在蓄意违反条

约，甚至问题出在条约本身——纽约公约所包含的法律选择问题。它确立了两套规制国际仲裁裁决执行行为的法律：纽约公约自身的规定和当事人所属国的国内法。国内法庭遵循传统的法律选择方法以选择适用自己的国内法或者条约规定来判决特殊问题。然而，这一变化给执行行为带来了与常规民事诉讼相同的两个问题——判决结果的荒谬和不一致。缺乏一致性尤其令人苦恼，因为纽约公约的终极目的就是确保已作出的跨国仲裁裁决得到一致对待。

本文提议国内法院应当向法庭在常规诉讼中摒弃传统的法律选择方法所作的那样，在仲裁执行诉讼中摒弃传统的法律选择方法，转而采用现代的法律选择方法。在执行诉讼中适用现代法律选择方法将会得到合理的判决，并且使得国际仲裁裁决具有一致性。本文以美国和联邦仲裁法案为重点进行案例研究。本文建议主要通过限制该法案 207 条所规定的限制性规定的适用的方式将现代法律选择方法适用于联邦仲裁法案，将更好的帮助美国实施纽约公约。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 207 页以下）

印第安部落特殊家庭暴力刑事管辖权：固有的部落主权与被告 人完整的宪法权利之间的对抗

Special Domestic Violence Criminal Jurisdiction for Indian Tribes: Inherent Tribal
Sovereignty versus Defendants' Complete Constitutional Rights

Margarte H. Zhang

2015 年 3 月 7 日，印第安部落特殊家庭暴力刑事管辖权在全国范围内生效，对部落来说这是历史性的时刻。自从最高法院在 1978 年判决了奥利芬特诉印第安部落苏瓜密施族一案以来，部落就无权对非印第安人行使刑事管辖权。因为最高法院坚持认为：“印第安部落缺乏审理和惩罚非印第安人的固有管辖权”，在实施方面的不幸漏洞导致了：发生在印第安地区的犯罪，州刑事管辖权被限制使用，联邦政府也缺乏有效的追诉犯罪资源，因此使得非印第安人彻底被免于起诉。这个问题在家庭暴力及相关犯罪中尤其令人困扰。例如，2005-2009 财政年内，在印第安地区发生的和被指控的性侵及相关犯罪，有 67% 未被联邦政府提起公诉。

话题转入 2013 年的暴力侵犯妇女法案以及印第安部落的特殊家庭暴力刑事管辖权。在认识到“暴力侵犯印第安女人的多是非印第安人，并且他们经常不被惩罚”，国会打算用特殊家庭暴力犯罪刑事管辖权来弥补在家庭暴力事务领域存在的检察权实施漏洞。美国法典 13 卷第 1304 节的新规定承认了部落运用特殊家庭暴力刑事管辖权来管辖包括非印第安人在内的所有人的固有权力。

尽管部落及他们的拥护者赞美 2013 年的暴力侵犯妇女法案使得奥利芬特判决部分无效，但特殊家庭暴力刑事管辖权尚未通过最高法院的宪法审查。在 2013 年暴力侵犯法案重获通过前的辩论中，部落对非印第安人的管辖权引发争议，因为立法者及评注者认为在部落法庭审理的诉讼中，作为被告方的非印第安人将得不到联邦宪法的完整保护。这一宪法问题——宪法是否完全适用于因特殊家庭暴力行使管辖权而提起的公诉——转变成了扩大的部落管辖权是否是基于部落的“固有”主权或者联邦授权而行使的。如果新管辖权是固有的部落主权的表现，那么部落就没有义务为非印第安人提供联邦宪法规定的全部保护。但是如果新管辖权是经联邦权力授权，那么非印第安被告人就有资格受到联邦宪法上的完全保护——包括，潜在的，宪法第三条规定的法官必须由总统任命，以及第二条规定的该任命必须经国会批准。固有部落主权的边界直接决定着特殊家庭暴力刑事管辖权的立废。

本文的第一部分以概述印第安地区的部落管辖权历史开始，其中重点关注了与分析部落管辖非印第安人的固有主权边界密切相关的法律。第二部分详细解释了 2013 年的暴力侵犯妇女法案中规定的特殊家庭暴力犯罪管辖权，并且总结了自该法律通过以来的实施情况。第三部分就支持和反对部落拥有固有主权行使特殊家庭暴力刑事管辖权的观点，以及为什么最终结果对部落和非印第安被告人都至关重要进行了探讨。第四部分偏离主题谈论了国会任意权力原则所产生的潜在影响，这一原则使得国会在印第安问题上有很大的立法权。第五部分概述了法院的最终判决（以及他们的潜在推理）是如何影响特殊家庭暴力刑事管辖权的未来的。对于基本问题的回答如下：部落固有主权的边界在哪里？该主权的源头是什么？对于这两个问题的回答将不仅对 2013 年的暴力侵犯妇女法案中规定的特殊家庭暴力刑事管辖权有影响，而且对日后国会扩大部落刑事管辖权也有影响。（【美】《宾夕法尼亚大学法律评论》第 164 卷第 1 期【2015 年 12 月】第 243 页以下）

(刘文丽 译)

(吴 晶 校)

法律依据是否重要？期权回溯诉讼中股东诉讼的经验性证据

Do the Merits Matter? Empirical Evidence on Shareholder Suits from Options

Backdating Litigation

Quinn Curtis & Minor Myers

本文审查了公司法的一个基本问题：到底法律依据在股东诉讼中重要吗？如果诉讼在阻止非法行为上起作用，从事非法行为与股东诉讼中的责任之间的联系则是必不可少的。但是股东诉讼的怀疑论者已经提出了质疑：何种程度的诉讼才能够反映实际的违法行为呢？问题在于管理人员的违法行为常常不为人所知。尽管在某种程度上研究者可以识别请求权以及评估他们的价值，这些研究仅限于审查被实际提起诉讼的不当行为的实例。在 21 世纪最引人注目的公司丑闻的背景下，笔者开发了新方法以克服这种限制：股票期权回溯。股权回溯涉及篡改奖励期权授予日期，以便为高管们增加期权的价值。授予日期的篡改留下了可测量的统计手印，我们过去常常估计倒填日期的可能性，不仅仅在公司起诉的实践中，也通过成千上万的运用期权补偿的公司的样本来估计。笔者比较了公司倒填日期的可能性，以及股东派生诉讼以及证券类集团诉讼的发生率以及处置权。笔者发现，许多可能从事倒填日期的公司从未被起诉，即使有些公司公开在新闻中已经被命名为倒签者也不会被普遍地起诉。与此相反的是，原告律师有选择地将运用更过分的期权回溯模式的公司作为目标。笔者也审查了解散的议案、和解协议以及特殊诉讼委员会的运用，并且发现期权回溯的可能性对后两者更重要。这些结果是股东诉讼文献的重要贡献，对展开费用转嫁细则的讨论特别及时与重要。

【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 2 期【2016 年 1 月】第 291 页以下)

意识形态还是情境感觉？动机性推理以及专业判决的实验性调查

“Ideology” or “Situation Sense”? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment

Dan M. Kahan, David Hoffman, Danieli Evans, Neal Devins, Eugene Lucci, & Katherine Cheng

本文报告了一项研究的结果，即政治倾向是否会影响司法决策。目前，意在发现该影响的实证研究都有两个主要限制，而此项研究旨在克服这两项限制：运用非实验方法评估真实法官的决定；未能在意识形态偏见的推理实验中运用真实的法官。此项研究涉及的现任法官的样本（n=253），和公共成员的样本（n=800）一样，在气候变化、大麻合法化以及其他有争议的问题上存在文化意义上的两极分化。但是，当研究对象接到分析法定解释的问题时，只有公众受试者的反应会分为反映受试者的文化价值观的不同模式。而法官的反应则不会。律师样本（n=217）的反应也不会受到他们文化价值观的影响；与此相反，法律学生样本（n=284）的反应表现出一定程度的文化偏见，不过偏见程度远低于公众样本。在研究中测试的相互矛盾的假定，这个结论基本上支持以下立场：法律培训与经验造就的职业判决可以抵抗身份保护认知——即与政治上偏见信息的一般处理有关的动态，但是这种抵抗只体现在涉及法律推理的决策上。本文还讨论了这项发现在学术及实践领域的意义。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 2 期【2016 年 1 月】第 349 页以下）

为混搭时代调整著作权

Adapting Copyright for the Mashup Generation

Peter S. Menell

因为日益发展的说唱以及嘻哈流派，以及数字编辑工具的进步，让音乐混搭成为后纳普斯特时代的典型代表。但是版权责任的不确定轮廓以及过高的交易成

本已经迫使该流派成为地下组织，阻碍了它的发展，限制了混音艺术家的商业渠道，剥夺了艺术家样本得到合理补偿的权利，进一步将网民、新艺术家与版权体系分隔开来。在现实世界中的交易成本、主观法律标准以及市场势力，在所有维度中，没有任何一条解决混搭问题的途径是臻于完美的。恰当的调查是关于一种分配机制能否最全面地解决作者权利之间的贸易重心偏移问题，累积的创造力、言论自由以及版权体系的整体功能。通过改变混搭流派的长期许可证，国会可以支持一个有魅力的新流派，同时为抽样作品的所有者提供公平的补偿，步入下一个时代，引导愤愤不平的音乐迷进入获得授权的市场中。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 2 期【2016 年 1 月】第 441 页以下）

歧视性的自由裁量权：《兰哈姆法案》第二节第一款规定下的美国专利和商标局程序及观点歧视

Discriminatory Discretion: PTO Procedures and Viewpoint Discrimination under Section 2(a) of the Lanham Act

Emily M. Kustina

在《兰哈姆法案》第二节第一款的规定下，当前拒绝及取消商标的标准不够清晰，以至于商标审查员、行政法官歧视不道德的、可耻的或者是毁谤性的商标的所有者。因为商标保护授予商标所有者的表意性权利，美国专利和商标局（PTO）对拒绝或撤销商标注册的酌情决定代表了在第二节第一款规定下的特别观点，这与第一修正案对商业性以及表达性言语的保护相抵触。本文提出，为保护第一修正案中商标所有者的权利，美国专利和商标局应当采取以下政策：所有被认为是不道德的、可耻的或者毁谤性的商标应首先假定为合法有效的；只有在被提议商标属于超出第一修正案保护范围的具体言语类型时，才能拒绝其注册或者将其撤销。若在第二节第一款规定下存在更严格的拒绝以及撤销商标的标准，此标准将会允许商业市场以及理念市场决定那些被认为是不受欢迎的商标的命运。

本文第一部分介绍了《兰哈姆法案》第二节第一款，该法规规定：不道德的、可耻的、毁谤性的商标应该不予注册。笔者论述了美国专利和商标局授予以及拒

绝商标注册的程序，比较了专利和商标局书面的程序以及办公室实际做出决定的程序。接着笔者提出，这个过程加入了自由决定的决策，从而造成审查员在对第二节第一款商标适当性分析时就体现了他们自己的观点。在第二部分，笔者分析了美国专利和商标局根据第二节第一款授予及拒绝商标注册的比率——这些商标据其所称是可耻的与毁谤性的，以及他们用于支持这些决定的证据。在第三部分，笔者评估了商标被拒绝注册与撤销对商标所有者的影响。文章的第四部分，笔者讨论了第一修正案观点歧视主义，它与商业性言语主义、行政裁量的相互作用，以及它在商标注册与美国专利和商标局中的应用。笔者认为，第二节第一款是对违反第一修正案的观点的限制。在文章第五部分，笔者分析了美国专利和商标局的自由裁量程序是如何导致歧视观点的。最后，在第六部分，笔者提议应当对第二节第一款的制度做出改变，从而限制因为观点而产生的歧视。笔者认为美国专利和商标局应该采用以下推定：如果没有来自反对第三方对第二节第一款规定的质疑或者撤销程序的话，有潜在可耻性、毁谤性的商标应推定为有效。笔者同样认为，第二节第一款的拒绝注册应该被限制为传统地不被保护的言语类别，应当允许商业及理念市场限制被认为是可耻或毁谤性商标的传播。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 2 期【2016 年 1 月】第 513 页以下）

首次公开募股中的投资人参与

Investor Participation in Initial Public Offerings

Kyle J. Schwartz

在首次公开募股期间，公司的股票第一次面向公众销售。为了促进美国典型的初次公开募股，一群投资银行会估计首次公开募股的需求，决定股票的发行价，并在感兴趣的投资者中分配股票。实证研究表明：在首次公开发行的股票开始交易之后，新上市股票的市场价格通常——但不是一直——会高于股票的发行价。这种现象表明，许多首次公开发行的股票定价偏低。但是，在典型的首次公开发行股票中，以发行价收购股票的投资者都是大型机构或者联系紧密的个人投资者。因为这些选择投资者能够以偏低的发行价获得股票，再将其卖出迅速获利，但是这往往以普通的个体投资者利益为代价，许多评论家都批评称这个过程极不公平。

本文探究了首次发行价偏低的不同解释，评论了首次公开募股的立法现状，并且提出每个首次公开发行的股票都应该留出一小部分，从而公正地分配给感兴趣的个体（或者说零售）投资者。本文也承认机构应该得到大部分首次公开发行的股票，但是也建议应当将零散投资者作为一个阶级考虑，让他们有更多机会接触到首次公开发行的股票，这样可以增加市场上对公平的感知，而不用扰乱现行的首次公开募股体系。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 2 期【2016 年 1 月】第 563 页以下）

搜查和扣押法的经济学理解

An Economic Understanding of Search and Seizure Law

Orin S. Kerr

本文运用经济学概念来理解搜查与扣押法，该法律调整的是政府调查，与宪法第四修正案紧密相关。通过说明政府调查外部成本的原因，本文将搜查与扣押法解释为一种提高法律实施效率的途径。警察常常会忽视他们的工作造成的负面的外部效应。当外部成本过高而且相应的公共利益不太可能证明其正当性时，搜查与扣押法会通过禁止调查步骤做出回应。这个结果引导政府资源把调查方向转向增加福利，而不是会出现缺少法律条例的减少福利的步骤上。这种关于搜查与扣押法的视角十分有益，它提供了一种有效的分析性语言来描述不同的第四修正案学说的作用，为第四修正案中反复出现的争论提供了新的规范性见解。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 3 期【2016 年 2 月】第 591 页以下）

如何管理公司：金色皮带的案例

How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash

Matthew D. Cain, Jill E. Fisch, Sean J. Griffith, & Steven Davidoff Solomon

本文提出了一个公司管理新方法的案例研究：被提名为董事候选人的积极分子的薪酬激励安排，即俗称为“金色皮带”。“金色皮带”薪酬安排在竞选中是维

权股东的有潜在价值的工具。针对此现象，许多企业章程规定禁止薪酬激励安排。反过来，投资者认为董事采用金色皮带的章程是有问题的，而且成功地迫使发行人废除这些条例。

本文论证了公司治理规定产生与发展的过程，发行人与投资者的连续反应，以及公司治理的中间人——激进投资者、机构顾问以及公司律师事务所起到的中心作用。

“金色皮带”也提供了一个机会试验股价对治理新方法的反应。笔者从共时性角度分析了两个围绕关键日期的研究，关键日期会影响金色皮带的实用性。本文的核心发现是：面临积极分子的干预，公司的股价会积极回应提高金色皮带可用性的项目，消极回应降低金色皮带可用性的项目。此外，笔者发现，这种公司治理的创新对每个公司的影响都不尽相同。只有最有可能引起积极分子注意的那些公司才会经历统计上显著的股价反应。

本文的研究有助于解决如何治理公司的争论以及它的经济学意义。尽管笔者发现公司治理规定可能被定价，至少在一些情况下，本研究也显示公司治理是一个复杂的事情，涉及的不仅仅是公司与它的股东的作用与反作用，还有各种拥有自己的议程的中间机构以及利益团体的作用与反作用。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 3 期【2016 年 2 月】第 649 页以下）

联邦法的万有引力

The Gravitational Force of Federal Law

Scott Dodson

在美国的双重主权体制中，州政府对于州法律的事项享有首要法源。在无优先区域即州和联邦的制度是平行的区域，例如法院程序、某些成文法甚至宪法的问题，州政府可以全权对州法律进行立法以及解释，即便它与类似的联邦法律背道而驰。但是，在很大程度上，州法律并没有这么做。就像联邦法律用万有引力吸引州法律来模仿自己一样，即使联邦法律并没有要求州法律与其一致。本文探究了联邦法律的万有引力的普遍现象。本文首先通过一系列程序法与实体法证明了万有引力的存在，这些法律由许多政府行为人所维系，包括政府规则制定者，

立法者，法官，甚至人们自己。接着本文利用一些解释性的载体，帮助读者理解及领会为什么联邦法律会施加万有引力。最后，本文考虑了一些关于州法律顺从于联邦万有引力的规范性思考。（【美】《法律评论》第 164 卷第 3 期【2016 年 2 月】第 703 页以下）

当缅因街再次合法时怎么办：区域土地将税收作为新的城市规划工具

What to Do When Main Street Is Legal Again: Regional Land Value Taxation as a New Urbanist Tool

Nathan Farris

二十世纪的大部分时间里，美国人为了郊区的风景而离开市中心区。

在过去的一百年里，美国的土地使用政策旨在土地的隔离使用，降低人口密度，以及促进汽车的使用.....市郊扩张已经可以代表美国梦，在那里市民可以拥有一处住宅，两个车库，前院以及后院，而且如果你足够幸运的话，还可以拥有一个池子。

实际上，反城市的态度在美国人的灵魂里是根深蒂固的。根植于美国人心中、对于独立以及低价土地的充足供应的欲望，创造了一种低密度的土地使用模式。在二十世纪，买得起的汽车数量的增长让美国人根深蒂固的扩展欲望得以满足。因此，美国人离开城市地区去往郊外。低密度发展的扩散的典型是，二战后被称为城市无计划扩张区域的郊区。不幸地是，这种低密度的发展效率很低，而且会导致许多社会以及环境问题。

城市规划者、环保主义者以及学者们广泛地批评市郊扩张的扩散。这些批评者们认为：城市无计划扩张是从根本上有问题的，因为它是不能成立的，并且会破坏充满生气的邻里以及社区关系。“城市无计划扩张的证据包围着我们.....从 1954 年到 1974 年，城市无计划扩张每年都会消耗将近六百万亩的农田.....”城市无计划扩张导致我们过度依赖汽车，“通过增加繁重的基础设施成本，它也带来了巨大的生活成本以及生活质量的降低.....”并且创建了通过“收入、教

育、人种与种族”划分的社会分层。

这样的评论认为市郊扩张对公共利益有害，并且应该放缓其发展速度，如果可能的话，应该被撤销。笔者的目标不是去证明这个存在问题，而是去探索一个可能的解决方法：土地价值税（LVT）。但是，寻找解决方法应该从确定问题产生的原因开始。因此，本文第一部分简略地审查了一次性使用的分区制对于城市无计划扩张问题的贡献，并且总结出，新都市主义者正在为改进一次性使用的分区制做出巨大的进步。笔者认为，我国现行的财产税制度是城市无计划扩张的另一个原因，鉴于分区改革所取得的成功，财产税制度应该会成为新都市主义者政策宣传的目标。第二部分假定土地价值税是我国现行的单量率的税收体系的一种替代方法，并且探索了土地价值税的双重能力，一方面可以刺激发展密集度提高，另一方面可以抑制郊区边缘的土地投机。第三部分得出结论，土地价值税在区域层面上可能会得到最有效的实施。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 3 期【2016 年 2 月】第 755 页以下）

作为明确的法律概念的显失公平

Unconscionability as a Coherent Legal Concept

Colleen Mccullough

附和合同是指那些冗长、复杂且无聊的合同，每个人都会签字但是不会去读。长期以来，法院执行附和合同就像他们只是双方当事人协商的常规合同一样。但是在过去的十五年里，法院发现附和合同造成了严重问题：因为他们创造了消费者可能没有意识到的义务，这些合同实际上可能并不能增加社会价值。与此相反的是，很可能消费者从这些合同中得到的利益反而比不上他们放弃的权利。

在介入的过程中，法院不得不使用时尚的新工具。最常见的新工具就是显失公平原则，这是一个古老的、模糊的学说，几乎与法院从公共政策得出的论据别无二致。本文认为，法院在附和合同的文本中运用显失公平为显失公平原则赋予了形态与内容，并且将它从公共政策的无定形的论点中分离出来。这个新形态要求法院分析：企业（要约人）是否有理由知道一个合理的消费者（受要约人）不会阅读或者理解合同。如果法院发现企业没有理由知道这些，那么它便不会将消

费者不能预见的条款或者将成本强加于第三方的条款强加于消费者。

这个新的含义是结合了最近的州法院判决，着眼于合同法理论的综合网络，并且考虑可以在哪里以及如何安排一个新的概念，而推导出来的。（【美】《宾夕法尼亚法律评论》第 164 卷第 3 期【2016 年 2 月】第 779 页以下）

（李梦玉 译）

（杨文君 校）