

# 弗吉尼亚法律评论

王健法学院编译室

二零一六年第一期

总第三十一期

# 目录

股权派生诉讼以及排除问题	
Shareholder Derivative Litigation and the Preclusion Problem	
George S. Geis	6
金融危机后的市场效率：这仍是一个信息成本的问题	
Market Efficiency after the Financial Crisis: It's Still a Matter of Information Costs	
Ronald J. Gilson & Reinier Kraakman	7
完善权利	
Improving Rights	
Nancy Leong	8
关于普通礼仪的常识：在第八修正案下促进狱警对囚犯性虐待的新标准	
Common Sense about Common Decency: Promoting a New Standard for Guard-on-Inmate Sexual Abuse under the Eighth Amendment	
Megan Coker	9
高管退休金的隐藏性质	
The Hidden Nature of Executive Retirement Pay	
Robert J. Jackson, Jr. & Colleen Honigsberg	10
监控者——顾客关系	
The Monitor-"Client" Relationship	
Veronica Root	10
一个基于市场的手段——减少在住宅抵押法院拍卖中对抵押品的体系性低估	
A Market-Based Tool to Reduce Systematic Undervaluation of Collateral in Residential Mortgage Foreclosures	
Stephen Guynn	11
移民家庭的价值观	
Immigration's Family Values	
Kerry Abrams and R. Kent Piacenti	12
并发的损害赔偿	
Concurrent Damages	

Bert I. Huang	13
格拉斯诉斯蒂格尔：联邦制与美国银行的斗争	
Glass Versus Steagall: The Fight over Federalism and American Banking	
Jacob H. Gutwillig	14
婚姻自由与平等：同性恋权利的新法律体系	
Marrying Liberty and Equality: The New Jurisprudence of Gay Rights	
Cary Franklin	14
第七条之上：信息时代下，对种族、前罪犯身份以及就业歧视的反思	
Beyond Title VII: Rethinking Race, Ex-Offender Status, and Employment	
Discrimination in the Information Age	
Kimani Paul-Emile	15
行政程序中作为利益集团的州	
States as Interest Groups in the Administrative Process	
Miriam Seifter	16
令人惊讶的惩罚性赔偿	
Surprisingly Punitive Damages	
Bert I. Huang	17
我们是人民：人民主权的本意	
We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty	
Andrew G. I. Kilberg	18
向刘彼得致敬	
A Tribute to Peter Low	
Paul G. Mahoney	18
通过尊重公众的知情权改进（并挽救）美国国税局	
Reforming (and Saving) the IRS by Respecting the Public's Right to Know	
George K. Yin	19
抵减利益	
Offsetting Benefits	
Ariel Porat and Eric Posner	19

相互影响论的成本	
Transactionalism Costs	
Alan M. Trammell	20
指向利益的投资合同：福利企业如何赋予股东权力并重新定义股东利益	
Contracting for Good: How Benefit Corporations Empower Investors and Redefine Shareholder Value	
Jacob E. Hasler	20
新地方论	
The New Local	
Nadav Shoked	21
争讼中的经济危机	
Litigating the Financial Crisis	
David Zaring	22
以另一种视角看待罗德教授告别法律审查	
Another Look at Professor Rodell's Goodbye to Law Reviews	
Harry T. Edwards	23
国家安全监察法的宽大解释规则	
A Rule of Lenity for National Security Surveillance Law	
Orin S. Kerr	23
对环境诉讼中起诉-和解的实证分析	
An Empirical Analysis of Sue-and-Settle in Environmental Litigation	
Ben Tyson	24
重新审视兰伯特案	
Lambert Revisited	
Peter W. Low and Benjamin Charles Wood	24
合作作者身份的自动取得	
Unplanned Coauthorship	
Shyamkrishna Balganesh	25
法庭之友提供的事实所带来的困扰	
The Trouble with Amicus Facts	

Allison Orr Larsen	26
联邦制，正当程序以及平等保护：在邦德案和温莎案中的立体协同作用	
Federalism, Due Process, and Equal Protection: Stereoscopic Synergy in Bond and Windsor	
Lide E. Paterno	26
联邦普通法的合法性	
The Legitimacy Of (Some) Federal Common Law	
Caleb Nelson	27
专利经验主义	
Patent Experimentalism	
Lisa Larrimore	29
公司争端解决机器	
The Corporate Settlement Mill	
Dana A. Remus and Adam S. Zimmerman	30
取消共同侵权案件中的单独个体规则：	
最后一步的法律责任	
Eliminating the Single-Entity Rule in Joint Infringement Cases:	
Liability for the Last Step	
Ben Aiken	31
最高法院的变化	
The Changing Face of the Supreme Court	
A. E. Dick Howard	32
反商业秘密同盟案	
The Case Against Federalizing Trade Secrecy	
Christopher B. Seaman	33
伪造供述回顾	
Contaminated Confessions Revisited	
Brandon L. Garrett	34
公民权条款下父母住所的重要性	
The Significance of Parental Domicile Under the Citizenship Clause	

Justin Lollman	34
什么先最高法院一步扼杀了反对针对妇女暴力法民事权利救济	
What Killed the Violence Against Women Act’s Civil Rights Remedy Before the Supreme Court Did?	
Caroline S. Schmidt	35
合同在关系型契约中所扮演的角色	
Contract’s Role in Relational Contract	
Scott Baker & Albert Choi	36
联邦法院诉讼因由的原始来源：以《外国人侵权责任法》为例	
The Original Source of the Cause of Action in Federal Courts: The Example of the Alien Tort Statute	
Anthony J. Bellia Jr. and Bradford R. Clark	37
合理预期的匿名权	
Reasonable Expectations of Anonymity	
Jeffrey M. Skopek	38
被驱逐的教育：普莱勒诉多案对处以长期停课和开除的处罚条款的合宪性的影响	
Exiled from Education: Plyler v. Doe’s Impact on the Constitutionality of Long-Term Suspensions and Expulsions	
Robyn K. Bitner	39
后医保时代的洁净空气法：联邦制对开支权力的限制以及环境法的未来	
Clean Air Post-Healthcare: The Federalism Limits of the Spending Power and the Future of Environmental Regulation	
Sarah Buckley	41

# 股权派生诉讼以及排除问题

## Shareholder Derivative Litigation and the Preclusion Problem

George S. Geis

股权派生诉讼不同于其他类型的代表诉讼，因为主要原告并不打算代替所有同样地位的当事人。更确切的说，为了代表公司进行诉讼，原告力图将管理控制权从公司实体本身夺过来。这是一个极端的诉讼：为什么一个股东应该开始掌握整个公司？因此，公司法只允许这些诉讼在罕见的情形下发生，代表性的情形就是有强烈的信号表明会议室有某些极坏的事情发生。

每年都会有许多索赔申请被提出，但是，一个单一的所谓的坏事经常会引起多重诉讼。这也为派生诉讼带来了十分棘手的问题：何时我们可以肯定特定的股东能够适当地起诉索赔——以至于这个事情应该被结束？当一个案子在一个法院被驳回，其附属的在另一个管辖权下（关于相同罪行）的姐妹案件中禁止反言的要求失效了，这个失效提高了无限诉讼的可能性。但是对后续的文件例行驳回会导致这样的情况：公司被合法的派生诉讼接手，但这些诉讼往往是由不了解情况带着无力的投诉而冲去法院的原告们提起的。与此相关的是，在严格的附属禁止反言制度下放大的早期文件压力可能会鼓励挑选法院以及虚假诉讼，这些也将会渐渐破坏派生诉讼的管理目标。

本文提供了三部分的策略解决派生诉讼中的排除问题。第一，更多的诉讼应该被引导进单一的管辖中，通过强有力的采用（以及司法确认）法院挑选规定，此规定是在公司执照与章程中对派生诉讼的规定。这将会在最小化与法院的竞争，缓和派生诉讼中相互矛盾的法院处理方式。第二，在最近的特拉华州判例之后，附属禁止反言不应该被启动，直到一个警觉的股东原告带来案件；先前的尝试都应该被分为不适当地代表。这将会预防公司利用替罪羊诉讼阻碍合法的索赔。最后，不论何时原告在没有合理的原因或者为了不正当的目的而提起派生诉讼时，法院应当被鼓励去执行诉讼费转移。特别是，若是未能从对投诉的账簿记录调查中整合信息，应该担心这个诉讼的发生是没有合理原因的。同样地，在最初的索赔被驳回之后，如果随后的原告提供了关于所谓犯罪实质的补充证据，后继诉讼的文件只需要满足合理原因测试即可。这些改革合起来应该最小化重复诉讼，缓和似是而非的索赔，然而仍应该保留股东诉讼的承诺，将其作为一个有意

义的防卫公司功能障碍管理的保障。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 261 页以下）

## 金融危机后的市场效率：这仍是一个信息成本的问题

Market Efficiency after the Financial Crisis: It's Still a Matter of Information Costs

Ronald J. Gilson & Reinier Kraakman

2007 年到 2008 年的次贷危机引起了全世界的金融灾难，与其相比，它导致的后果可能没那么严重：据说它也证明了一个学术的金融制度的破产，即有效资本市场假设。两件事导致了理论与结果中看似难以忽视的事实之间的相遇。第一，有效资本市场假设已经超越了学术，加剧了数十年的解除管制的议程。第二，当经济理论从学术知识转为政策，它也进入到政治领域，而且不可避免的被重新设计进而为政治争论服务。有效资本市场假设很明显发生了这样的变化。它服从于自己本身虚设的计划，因为政治，它从一个有限但重要的关于市场价值的信息学术理论，扩张为一个宽阔的、对于在标准规则之上的市场结果的意识偏好。本文中，笔者将次贷危机作为一个媒介调查，从而将有效资本市场假设回归到它的信息成本根源，即维持一个更适当且明智的监管政策。特别地，笔者认为有效资本市场假设解决了信息效率，这是一个相对的而不是绝对的措施。对信息效率的关注会导致更专注于理解导致 2007-2008 年出现错误的原因。但是信息效率与基本效率相关，如果所有与决定安全的基本价值有关的信息都是可公开获得的，同时在安全的市场价值中反映信息的机制可以无摩擦的操作，那么基本效率与信息效率便可同时发生。但是，所有的与价值相关的信息不是可公开获取的，或者市场效率的机制操作时都有摩擦，同时发生是一个经验主义的问题，是关于价值的信息效率和他们与基本价值的关系的问题。

适当地制定市场效率将我们的注意力集中于这些摩擦，摩擦会分裂相对效率与完美市场情况下的效率。因此，制定的相对效率是识别信息成本以及结构障碍诊断工具，因为他们会减少价格效率，而价格效率会反过来提供现实主义监管策略的一部分。虽然它不会预防未来危机，完善市场效率的机制会使价格更有效率，



摩擦更明显，政治对公共机构的影响更显著，这些都可能让我们更容易抓住下一个问题。回想 2008 年 9 月 8 日，国会预算办公室公开陈述是否会有衰退的不确定性，并预测在 2009 年会有 1.5% 的增长。八天之后，雷曼兄弟破产，美国国际集团被国有化。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 313 页以下）

## 完善权利

Improving Rights

Nancy Leong

法院与注释者们通常假定，一个单独的形成权利的途径是充足而且不成问题的。例如，如果一个第四修正案的索赔可能被提起诉讼，不论是在禁止听证会还是根据判例 42 U.S.C. § 1983 的民事诉讼，它都是足够的。在先前的工作中，笔者提供了原始的定性与定量的证据，用以挑战这个假定，笔者认为，在单一环境里的诉讼趋向于摧毁与扭曲宪法权利。

本文中，笔者将通过引入认知心理学的相关调查提出一个批判的理论，建议法院地权利制定最好在多样的环境里同时开始。例如，从此观点看来，不论是在禁止听证会还是在根据判例 42 U.S.C. § 1983 的民事诉讼，第四修正案权利应该被更好的制定。这样的权利制定更可取，因为它使法官暴露于更广泛的政府以及私人的行为者，实际的情形以及社会利益。换句话说，多重环境下的权利制定能更好的捕捉定义权利的适当轮廓的所有原因。因此，多重环境下权利制定将导致更好的权利，换言之，法院会建构和权利更相像的权利，如果他们考虑和权利本身相关的所有信息或只有这个信息，摆脱偏见，认知错误以及其他环境因素的影响。

将这个洞察力作为基础，本文接着转向如何创造条件的问题，这个条件对完善宪法权利制定是必要的。但是先前的注释者们错误地将权利制定情况当作不可避免的，笔者解释，权利制定发生的情形对政府行为者控制的因素十分敏感，例如可获取的救济，诉讼的鼓励以及程序上的障碍。笔者认为，政府行为者可以并

且应该采取具体以及肯定的措施，以完善宪法权利制定的情形。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 377 页以下）

## 关于普通礼仪的常识：在第八修正案下促进狱警对囚犯性虐待的新标准

Common Sense about Common Decency: Promoting a New Standard for  
Guard-on-Inmate Sexual Abuse under the Eighth Amendment  
Megan Coker

许多囚犯声称他们被自己的监狱警卫性虐待，作为调查的门槛，许多法院会详细检查他们的索赔请求从而判决，即他们是否宣称客观上的严重伤害。法院通常认为狱警对囚犯的性虐待不会造成那样等级的伤害，因此也不会违反第八修正案或者施加残酷的不平常的惩罚。

法律占优势的主体形成了错误的结论，因为它专注于错误的问题。它探究的是，狱警对囚犯的性虐待是否对囚犯造成临界值级别的物理或心理的伤害。相反，正如在现在的联邦法律中明确定义的一样，第八修正案判例法应该简单地探究：狱警对囚犯的性虐待是否可以依据任何合法的管理监狱的目的而被证明合法。如果它不能，法律应推定狱警对囚犯的行为违反了现代礼仪的标准，因此也违反了第八修正案。

本文将证明，法院被误导的焦点有消极的衍生物，超越了它对社会的现代礼仪标准的不适应。第一，法院不太可能发现男性囚犯满足伤害的门槛。因此，占优势的标准通常会导致：男性囚犯得到的对性虐待产生的心理伤害的承认与救济，会比女性或跨性别的囚犯更少。第二，不同的对待以及判例法中的确定的语言促进了关于性别的论述，而此论述证明对于男人、女人以及类似于跨性别的人是有问题的。

通过本文，笔者提供了两个相当简单的途径，从而清除这种区别对待，调整第八修正案的标准从而更符合现行的性虐待法与社会规范。利用新兴的判例法以及最高法院判例，笔者列举了明确的标准，拥护者以及法院可以用来适当地改变

第八修正案调查的焦点，从伤害门槛到狱警对囚犯的性虐待是否违反了现代礼仪标准。州以及联邦法院显示：我们现行的社会规范深深地谴责如此的虐待，建议法院在指定的性虐待情形时应该推定对现代礼仪规范的违反。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 2 期【2014 年 4 月】第 437 页以下）

## 高管退休金的隐藏性质

The Hidden Nature of Executive Retirement Pay

Robert J. Jackson, Jr. & Colleen Honigsberg

关于为什么上市公司向高管们支付慷慨的退休金有两个相互矛盾的理论。一种理论认为退休金比其他形式的补偿更容易隐瞒股东。另一个理论认为，退休金将高管们的利益与那些长期债权人的利益结合在一起，因为如果公司破产的话高管们可能也不能收到他们的股息分红。有假定认为，退休金将高管们置于与公司债权人相似的地位，而后面的观点就是建立在这个假定之上，但是还没有先前的工作验证过此假定。

本文提供了对于高管退休金的合同构成的首次系统研究。结合数千名高管的退休金数据，本文指出：很大比例的高管将他们股息分红的价值与公司的股票价格联系到一起，而且他们在离职之后立刻会收到大部分的股息分红，这些特征否定了退休金的结盟刺激理论。证据也显示退休金的全部数量以及构成都是未泄露的，这些发现与掩饰理论是一致的。虽然一些高管股息分红的构成与结盟刺激理论相调和，现行的规定没有给予投资者他们需要告诉的信息，即结盟刺激的股息分红以及那些伪装的补偿的区别。立法者应该要求公司揭露这些股息分红的构成，而且不论是管理者还是评论者都不应该假定退休金抑制了上层主管们的风险偏好。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 3 期【2014 年 5 月】第 479 页以下）

## 监控者——顾客关系

## The Monitor-"Client" Relationship

Veronica Root

在政府发现公司的违法行为后，公司和政府通常会签订一个协议，此协议用于说明公司将会保持一个监控者。不同于看门人，公司承诺的监控者不承担监控试图发现以及防止违法行为的公司责任。不同于缓刑犯监督官，监控者并不仅仅承担保证公司遵守先前确定的一套要求的责任。相反，公司的承诺监控者对以下事项负责：(1)调查已经被发现而且报告到政府的违法行为的程度；(2)发现公司承诺失败的原因；(3)分析与适当的法律法规要求对立的业务需求。监控者接着提供建议书，此建议书将提供给公司以及原打算协助公司努力改善其法律法规遵守情况的政府，也就是说监控者参与法律咨询。但是，监控者职务的特别结构未能促进监控者作为法律顾问的功能。这个失败大部分是因为：在缺乏有约束力的规则的的环境下建构监控者职务，以及谈及监控者时，好像其唯一的功能就是政府代理。

但是现行的监控者职务的构成对取得监控者职务的目标不是必要的，其目标是建立制止与预防将来的不端行为的公司的承诺构成。本文认为，提供一套关于监控者职务范围的清晰、可行、可预测的，并且可以促进监控者法律顾问职能的规则，将会提高监控者职务的长期效力。本文提出了一个实现此目标的机制——一个法定的特权——旨在鼓励在监控者、政府以及公司间的正式关系，这也重新将此关系概念化为监控者——顾客关系。（【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 3 期【2014 年 5 月】第 523 页以下）

## 一个基于市场的手段——减少在住宅抵押法院拍卖中对抵押品的体系性低估

A Market-Based Tool to Reduce Systematic Undervaluation of Collateral in Residential Mortgage Foreclosures

Stephen Guynn

本文解决的问题是：在住宅抵押法院拍卖中对抵押品体系性的低估。公众政策的制定者已经和这个问题斗争了将近一个世纪。在典型的法院拍卖房屋会中有可感知的缺陷，作为它的结果之一，政府当局已经试图向拍卖增加不同的规则，这些规则旨在鼓励更高的销售价格或者使免受实质的低估。虽然公共政策制定者公布的每一个补充的策略都有他们的优势与弱点，他们之中没有一个彻底解决了低估的问题。

本文用在破产诉讼中信用投标的基本原则提出了基于市场的手段，此手段可以制止在住宅抵押法院拍卖中对抵押品的体系性低估。本文提出的手段，也就是财产没收不足的数额会拍卖选择权，将法院房屋拍卖会的两个主要问题作为目标：（1）精确地决定基本财产的公平的市场价值；（2）以物质刺激鼓励贷方在拍卖会中以市场价值投标。与信用投标相似，本文提出的新手段将会导致财产从出借方到借用方的转移，但是只有在出借方投标，或者出借方勾结或容忍第三方投标者，此第三方将在法院房屋拍卖会上以低于基本财产的公平市场价格的价格投标。这种财产从出借方到借用方的永久转移的威胁应该是对房屋抵押法院拍卖中对抵押品的体系性低估的一项实际且有效的威慑，正如价值从破产者财产到担保债权人转移的威胁一样，这个威胁是在破产诉讼中信用投标制止低估的结果。

【美】《弗吉尼亚法学评论》第 100 卷第 3 期【2014 年 5 月】第 587 页以下）

（李梦玉 译）

（吴莉莉 校）

## 移民家庭的价值观

Immigration's Family Values

Kerry Abrams and R. Kent Piacenti

本文将采用制度分析法分析法律是如何在多种教义学背景中判定出身的。我们认为，移民与国籍法之所以使用了和家庭法不同的亲子关系测试方式，不是因为立法者未能适当的体现家庭法原则，而是因为立法者在移民背景下的利益是不同的。国家家庭法的基本利益是保护儿童、维持父母子女关系的良好运行以及确

保每个孩子都有两个父母，而这两个父母是被指定承担法律和经济责任的。与之相反，移民与国籍法则涉及到联邦政府在获取最佳数量的移民及公民的方面的利益。此外，由于合法移民身份及美国国籍的好处十分广泛，在判定移民与国籍背景下的出身时，发现及预防诈骗是一项重要的国家利益。作为一个普遍规则，移民与国籍案件中关于出生的争议的情形与导致监护权和离婚程序的情形有很大的不同。因此，移民与国籍法支持的“家庭的价值观”与我们在家庭法院经常见到的那种有很大区别。

移民与国际法的失败之处在于自身条款。同时，为了批判他们并且提出可行的解决方法，我们需要明白他们的核心价值。例如，当前的联邦政策为最佳的国籍及移民利益提供了特权，并且，预防欺诈的代价是：允许美国国籍与合法永久居民在维持父母子女关系时实现他们自身的自有利益。但是，我们批判这一制度并不是因为它脱离了国家家庭法的原则，而是因为，它未能认识到国家在保护其公民的家庭关系方面的利益。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 4 期【2014 年】第 629 页以下）

## 并发的损害赔偿

Concurrent Damages

Bert I. Huang

在版权、污染、消费者保护以及电子隐私权等广泛的领域，法定的损害赔偿已经成为民事救济中常见的一种形式。但是，法官发现，由于判决累计方面严格的线性方式，这些公式化的判决可以被任意的因素动摇。这样的结果是，对一些人来讲是意外之财，但对另一些来讲则只是很小的安慰。讽刺的是，很多体系都会产生这样反复无常的结果，而不只是很小一部分体系。

本文提出了一个解决方案：允许法院同时运行损害赔偿。与并罚的刑事审判相同，法官需要查明每一个侵权行为，然后以整体名义计数，这样一来生效的判决就不是任意的累计。这一简单的选择使法官能够裁量损害赔偿的结构，使之与损害如何累积更加相符（在这一情形下，版权侵害应该如何累积？每首歌？每部专辑？每个艺术家？还是每个播放列表？）。另外，当被严格的法定损害赔偿束

缚时，一些法院会采取像虚构判决这样的、令人不安的敷衍，而它恰好可以取代这一行为。创制一个并发的损害赔偿的选择权，也许不仅仅会使更加准确和一致的补偿成为可能，对将来的行为人和法院来讲也是更加清晰、真实的信号。【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 4 期【2014 年】第 711 页以下)

## 格拉斯诉斯蒂格尔：联邦制与美国银行的斗争

Glass Versus Steagall: The Fight over Federalism and American Banking

Jacob H. Gutwillig

1993 年，为应对 1929 年大崩盘为应对 1929 年大崩盘，国会通过了《格拉斯-斯蒂格尔法案》。在法案通过之前的几周里，对银行犯罪的两个基本回应被公开了：在联邦控制下统一国内银行系统，或者，通过对每个美国银行增加联邦担保，保留州单位银行系统。这两个选项的矛盾，代表了州和联邦权力在银行系统控制权全方面近 150 年斗争的最后阶段。

这一斗争可以追溯到 1791 年，斗争造成的问题是美国共和党联邦制的价值观和体系应当如何灌输到银行系统中的问题。本文首先认为，在 1791 年，上述问题的答案是竞争的二元联邦制。它能够形成联邦与州的竞争，然后，它提出了推动斗争的两大意识形态。这两大意识形态是以参议员卡特·格拉斯和众议员亨利·斯蒂格尔为代表的。接着，本文介绍了所谓的范登堡修正案，它作为被银行合作联邦制长期忽视的模型，已经被《格拉斯-斯蒂格尔法案》采纳为一部分。

本文总结表明，与传统的学术解释相反，由范登堡修正案形成的《格拉斯-斯蒂格尔法案》，代表了一种美国现存银行结构的根本改变。这一改变扭转了 1791 年作出的决定，而这一决定是通过对竞争的二元联邦制模型的拒绝以及对合作联邦制的支持做出的。【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 4 期【2014 年】第 771 页以下)

## 婚姻自由与平等：同性恋权利的新法律体系

## Marrying Liberty and Equality: The New Jurisprudence of Gay Rights

Cary Franklin

平等保护与正当程序经常交织在一起。它们相互合作，并以此阐明一些宪法性问题的方面，而这些问题在单一条款的视角下并不那么清晰。没有任何地方比在同性婚姻环境下更真实，因为它的本质就包含了平等和自由的价值。本文探讨了法院结合第十四修正案做出的分析是如何影响近期婚姻案件定义的，以及如何帮助形成同性恋权利的新兴宪法性法律体系的。

通过选择关注平等要件，法院已经强化了排除同性婚姻的法律与反同性恋法规的连续性。它们并未将婚姻法作为特殊的法律进行分析，而是将其作为越发不足信的法律制度的一部分，并给予男女同性恋次要地位。这一制度是建立在一系列描述性、说明性的刻板印象上的：同性恋者被视为家庭的敌人、性侵犯以及危害孩子的帮手，同时，反同性恋规范试图引导男人和女人进入到传统的性和性别的角色。在近期的婚姻案件中，法院认为，反映和强化这类刻板印象的法律不再与平等保护相符合。但是，这类反刻板印象的方法也反映出法院是如何理解婚姻问题中的自由部分的。历史上，反同性恋法规试图劝阻人们从事同性恋行为，并且引导他们建立异性恋关系以及传统性别的家庭结构。当法院保护他们与同性结婚的权利时，也在保护从这类法规中解脱的权利。

既然同性婚姻是不可避免的，一些先前的反对者开始认为婚姻案件是全部关于婚姻的。也就是说，这些决定肯定了“传统的家庭价值观”，也确认了国家引导所有美国人结婚并惩罚仍然游离在外的人的成就。这一解释框架忽略了近期婚姻案件中自由与平等相交织的本质，也掩盖了男女同性恋案件中暗含的问题：他们是否属于婚姻的范围？（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 5 期【2014 年】第 817 页以下）

## 第七条之上：信息时代下，对种族、前罪犯身份以及就业歧视的反思

Beyond Title VII: Rethinking Race, Ex-Offender Status, and Employment



## Discrimination in the Information Age

Kimani Paul-Emile

美国有 6500 万以上的民众已经牵连到刑事审判体系中，这会被反映在犯罪历史报告中，并且成人占 1/4 以上。随着迅速的扩张，以营利为目的的产业已经进化到收集这类记录并将其编辑成电子数据库的阶段。这为雇佣者筛选潜在的雇员，提供了一个便宜且可理解的方式。现在十分之九的雇佣者会调查职位应征人员的犯罪历史，这就从系统上否定了有犯罪记录的个人获得工作经验和建立职业资格的机会。这就是为什么尽管许多有犯罪记录的个人并没有被判罪的原因，就像有三分之一的重罪逮捕并没有导致定罪。同时，犯罪记录数据库总是包含一些重大的错误，包括假阳性鉴定和查封的或被删除的信息。

雇佣者依赖犯罪记录数据库的消极影响主要表现在黑人和拉丁人方面，因为研究表明，犯罪记录的污名对少数种族的破坏性较之于白人更大。犯罪记录“处罚”极大地限制了获得有偿工作的机会，也给监管机构、雇佣者和有犯罪记录的少数人造成了新的令人烦恼的问题。我们现存的监管机构，是以 1964 年《民权法案》第七章和《公平信赖报告法案》为基础的。该机构未能解决这一新产生的困境，因为它未能解决系统信息失效及关于污名的问题。

因此，本文提出了一个新的框架。这一框架源自反歧视法的核心方面，即管理卫生法律，尤其是《美国残疾人法案》和《基因歧视法案》。这些法律制定的目的是规制那些可能导致不良就业决定形成的信息的流动，以此寻求提前防止歧视的发生。更加重要的是，他们通过社会歧视的视角将歧视概念这一卫生法律框架致力于有犯罪记录的少数人的利益。它允许现存法律更强有力的执法，并且使雇佣者能够做出更加适当、公平的雇佣决定，而不是进行不公平的歧视，或者导致一个新的、潜在持久的下层阶级的建立。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 5 期【2014 年】第 893 页以下）

## 行政程序中作为利益集团的州

States as Interest Groups in the Administrative Process

Miriam Seifter

联邦制奖学金和政治话语一致的增长趋势，全然是对州与联邦机构合作打算的赞美。本文将揭示一个更加复杂的画面。本文开篇分析了在形成联邦管理过程中，“州利益集团”（游说州政府官员协会）具有穿透力但无形的角色作为开端。这些利益集团已经成为联邦政府干预的核心工具。但令人惊讶的是，它们这种普遍且重要的角色很少被法律文献注意到。

本文表明，州利益集团的病态反映出行政联邦制新项目中广泛而潜在的紧张局势。为说明这一主张，本文分解了来自联邦政府干预的三个好处：保护国家权力，增强机构的专业知识，以及维持民主的问责过程。本文也表明，这些好处不可能同时发生相反的，为追求国家权力为目的而设计的机制的发展，是以专业知识和问责制为代价的。因此，在联邦管理过程中提供给州一个话语权的计划，必须开始考虑到各主要目标的权衡，而不仅仅是利益。在本文的结尾，提供了行政联邦制中，帮助机构、法院、州平衡竞争目标的最佳实践方式。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 5 期【2014 年】第 953 页以下）

## 令人惊讶的惩罚性赔偿

Surprisingly Punitive Damages

Bert I. Huang

首先，考虑一下过多的惩罚性赔偿带来的经典问题：被告造成大规模侵权。原告 1 起诉，基于对原始行为整体陈述，获得惩罚性赔偿。原告 2 也起诉，基于统一理由也获得了惩罚性赔偿。原告 3、4 等也是这样。

接着，考虑一个更加微妙的问题：基于对私人诉讼需要额外诱因的假设，许多法规在特别补偿层面，设置了每个索赔的最小判决。但是，当执行的结果比假定的更加有力时，甚至是单个案件的损害可以堆积出五人意料的惩罚效果。例如，众所周知的，会立即带来数以千计或百万计的索赔。

正如笔者此处的分析，这些问题都有一个概念性的特征：每一个背景下的损害都可以被视为包含两个不同的部分——一个是“变量”部分，它随着索赔的数量适当变化；一个“固定”部分，它只补偿一次。导致令人惊讶的惩罚性赔偿的

关键的错误是：在有多个索赔的情形下，重复补偿损害的变量和固定部分。

抵消过多赔偿的方法是：在这种重复补偿中，允许法院同时运行固定部分。本文探讨了“并发的赔偿”方式将如何适用到不同的问题中；说明了它优点、缺点以及复杂性；同时，探讨了它如何与其他程序设置相关联，包括排除与聚合。

【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 5 期【2014 年】第 1027 页以下）

## 我们是人民：人民主权的本意

We the People: The Original Meaning of Popular Sovereignty

Andrew G. I. Kilberg

宪法是基于人民主权的。但谁是人民？在宪法被批准后的二百二十六年，这一问题的答案仍有争论。本文将加入这一争论，并仔细研究宪法本身以及它被采纳的历史背景。目的是反向设计一种关于美国人民主权论的理论，该理论的对人民主权的理解与其被认可并被《权利法案》采纳时的含义一样。在宪法之前，各州的人民是否作为主权存在？如果答案是肯定的，宪法是否将他们整合成一个统一国家的人？如果答案是否定的，除地方的人之外是否有国家的人？简而言之，这里有国家的人，但是与主权国家的人共存。另外，国家的人必须通过地方的人的视角解释，人在范围和重要性上是国家的，但是它的定义上参考了地方的人。保留权利处于州级程度，即政府权力的使用在宪法中并没有被明确得提到。各民族间的这种平衡表明，美国系统是有限主权。联邦或者州政府都不可以消除或改变另一方，它们在以永久性为前提的结构下相互加强。双重人民主权是联邦制的本质，同时它对联邦政府之间权力的基本分配有着广泛的意义。【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 5 期【2014 年】第 1061 页以下）

（吴莉莉 译）

（吴 晶 校）

向刘彼得致敬

A Tribute to Peter Low

Paul G. Mahoney

(原文无摘要)

(【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 6 期【2014 年 9 月】第 1111 页以下)

## 通过尊重公众的知情权改进（并挽救）美国国税局

Reforming (and Saving) the IRS by Respecting the Public's Right to Know

George K. Yin

现下涉及潜在政党在国税局实施免税组织（EO）税收法上的争论可能是近 60 年来相关话题中最新的一个。本文增加从国税局对免税组织行政执法时的透明度入手，对这一问题进行探讨。透明度的增加无法直接消除公众因不能对国税局进行监督而产生的失望情绪，这也减少了公众对法律是以公平方式被实施的信任。

增加政府行政的透明度通常会和一些政府所宣称的机密利益相冲突，如国家安全或法律施行的担忧。而在要求增加政府税收行为的透明度时，遇到了更大的障碍，即可能会侵犯纳税人的隐私权。因为政府的征税决定通常会泄露从纳税人那边采集到的个人信息。因此，公开一个政府的征税决定也就意味着公开相对应的纳税人纳税申报信息。幸运的是，一直以来，国会认为保障公众对大量的免税组织纳税申报信息的知情权是有充分的政策原因的。因此，现存披露法对此类信息的局部开放，可能会引起足够的政府公开，以此满足公众对引起争议的法律的知情权。公开更多的免税组织的纳税申报信息，以及国税局对免税组织的纳税决定，使公众能够对其进行审查，将会阻止国税局滥用职权，并减少公众对其滥用职权行为的怀疑，进而促进在对国税局启动错误审计和提起错误指控时的对话。

(【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 6 期【2014 年 9 月】第 1115 页以下)

## 抵减利益

Offsetting Benefits

在许多法律中，都存在遭受违法行为的一方有权获得与其所受损害相当的赔偿的情况。当违法行为对受害方或第三方产生利益的情况下，在计算违法行为所造成的损害时，是否要抵减其产生的利益便成了一个问题。法律对此并无明确规定，法院在审判中也没有达成一致。本文认为，法院应该在计算违法行为造成的损害时减去其所产生的利益，但此处的违法行为不包括对第三方的违法行为，该规则只对造成损害的那一违法行为适用。本文还认为，法院在抵减的时候还要将受害方和受益方的过失考虑进去。在许多案例中，计算的困难以及其他复杂的因果关系争点会导致法院拒绝抵减。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 6 期【2014 年 9 月】第 1165 页以下）

## 相互影响论的成本

Transactionalism Costs

Alan M. Trammell

现代民事诉讼以“交往或事件”为中心，它是一个简单而流变的概念，将逻辑上相关的诉求合并在一个诉讼程序中。一个世纪前，学术界认为这一概念的出现是一次绝妙的创新。如今却不这样认为了。相互影响论存在两项固有的缺陷，现代诉讼实践又放大了这两项缺陷。首先，相互影响论对诉讼活动中最有效率的部分只做了粗略的估计。而这一估计经常被证明是错误的。其次，相互影响论所要达到的目的处于一种紧张关系之中。为了正常进行，它所要求的方式必须既灵活（在诉讼初始安排诉讼过程时）又可预测（在诉讼终结后适用预防原则时）。而通常在现实中，这两项要求都无法达到。

本文认为放弃上述方式转而使用另一种能够达致相互影响论的目的的方式。这一方式需要诉讼双方亮明彼此所有的诉求，接着，在法院的主持下，商讨诉讼的过程。预防原则只有在诉讼双方及法院选择将诉求放进诉讼程序之中处理（以及诉讼双方在商讨阶段没有及时提出）时才会适用。这一方式有三个主要的目的。首先，诉讼双方及法院灵活的决策对他们最有效率的诉讼程序。其次，诉讼双方

在预防原则的适用上拥有自主权。最后，对于预防原则将会在多大程度上被适用有一个清楚的了解，使诉讼双方获得了原来不曾有的确定性以及可预测性。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 6 期【2014 年 9 月】第 1211 页以下）

## 指向利益的投资合同：福利企业如何赋予股东权力并重新定义股东利益

Contracting for Good: How Benefit Corporations Empower Investors and Redefine Shareholder Value  
Jacob E. Hasler

一种被称作福利企业的新型企业模式在美国 26 个州及哥伦比亚特区出现。设计这一新型企业的法条要求企业主管对股东的金钱利益与社区、环境以及非股东成员，如雇员和消费者的需求之间做出平衡。这些法条似乎否定了企业的存在是最大化股东利益的观点。本文对这些条文做出另一种解释，即福利企业给了一类股东话语权，这类股东（至少其中的一部分）愿意将原本用来增加股东利益的那部分资源投入到社会倡议上，而非单纯增加了企业对社会负有义务。作为股东投资的渠道和首选的慈善组织，福利企业赋予股东解散公司的权力，并只对该权力的行使方式做了限制。相比传统的企业模式，新模式本质上更多的反映了股东优先理论。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 6 期【2014 年 9 月】第 1279 页以下）

（邱凯乾 译）

（张 飞 校）

## 新地方论

The New Local  
Nadav Shoked

美国法律最低层级的政府单位是地方——城市，学区，分区委员会，警察局等。然而在过去的几十年间，这一最低层级的政府单位越来越地方化：如今，在法律作用的很多领域，例如街道、独立院校、警察巡逻区这样的机构，有时只不过是相近的居民，都是重要的法律实施者。这些实体隶属于当地政府的管辖之下，并且时常缺乏政府组成单位的传统特性——最显著的就是，它们并非是一个统一的决策制定实体。通过大量看似不相关，但被联邦、州和地方认可的司法、立法和行政活动，他们获得了法律上的承认和授权。这类不相同且不协调的行动造成了交叉团体，权利和权力的碰撞。直到现在，这一新形式、新级别的管理——被本文冠以“微政府”的称号——还未被人深入的调查、分析。最令人头疼的是，微政府的改革在缺乏实质评价的情况下已经展开。大多数法官、立法者及评论法学派在信奉乌托邦制度，并且作出深层次地方化的政府会更好(相比于传统的地方政府会更高效、更民主)的简单假设后，都接受了进一步深化当地政府地方化的决定。本文用更加严谨的学科理论框架取代了上述假设，在这一理论框架下，立法者和学者们能够评价何种特定的微地方化的改革更促进经济效率和民主参与。这一框架在几个新地方政府的教育法和土地使用法领域的使用出现了令人不安的结果。一些最近的至关重要及广泛流传的法律领域内的改革措施，虽然迄今为止仍未被注意，但它们不仅使促进经济效率和民主参与的目的落空，而且事实上摧毁了这些价值标准。(【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 7 期【2014 年 11 月】第 1323 页以下)

## 争讼中的经济危机

Litigating the Financial Crisis

David Zaring

联邦政府对经济危机的回应是戏剧性、违背常规且无先例可循的，在这方面法院并未给予监督。我们的联邦体制下，法院要做的包括：将总统和国会制定的政策纳入其司法审查之中，评估行政机关作出的制裁个人犯罪行为的决策，以及解决私主体之间的争端。但是在经济危机中及之后，法院几乎不再对政府实施此

类司法审查；法院审查的制裁行为也更少了，尤其是对私营机构在危机期间的犯罪行为进行的形式制裁。尽管私人争端解决程序越来越活跃，但最终多事达成和解，而非法院的审判和裁决。本文讲述了法院在经济危机中所扮演的边缘角色，并评价了这一角色的成本，最后提出建议以确保法院在下一次危机中虽不是无所不包，但至少是真实的司法角色。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 7 期【2014 年 11 月】第 1405 页以下）

## 以另一种视角看待罗德教授告别法律审查

Another Look at Professor Rodell's Goodbye to Law Reviews

Harry T. Edwards

（原文无摘要）

（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 7 期【2014 年 11 月】第 1483 页以下）

## 国家安全监察法的宽大解释规则

A Rule of Lenity for National Security Surveillance Law

Orin S. Kerr

本文认为对于国家安全监察法规，国会应当采用狭义解释规则。在这一解释规则下，本文称之为“宽大处理规则”，美国法典授予的行政部门在国家安全监察方面的模糊不清的制裁权力应当引起法院为有利于个人和制约国家进行狭义的司法解释。这一宽大处理规则迫使国会成为限制国外情报信息监察法庭的规则制定权的重要决策制定者，以在技术发生改变时平衡隐私和安全之间的冲突关系。宽大处理原则可以帮助恢复人民所享有的国家安全监察法上的权力。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 7 期【2014 年 11 月】第 1513 页以下）



## 对环境诉讼中起诉-和解的实证分析

An Empirical Analysis of Sue-and-Settle in Environmental Litigation

Ben Tyson

本文通过提供有用的数据、分析和评论以扩展对起诉——和解争论的理解，法院、政策制定者和学者也可以运用那些数据、分析和评论深化对于该程序的研究。本文对当前政府出台的《空气清洁法》、《洁净水法》以及《濒临灭绝物种保护法》规定的起诉-处理适用了实证分析。该实证分析探究了对该程序的主要谴责：它具有秘密的、不正当的规章制定程序的作用；并且，它发现有着更多细微差别，而非由那些诉讼程序的首要评论家所作的分析应该恰当的区分该实践的两种不同用途——一个是有损害作用，而另一个则是起到促进作用。因此，本文得出的结论认为：只有该程序的第一种使用方式能引起人们的担忧，而实际上，这种损害性的使用仅仅构成起诉-处理案件的很小一部分。如此以来，相比于对诉讼程序进行大规模的删减，具有针对性的救济手段更合适。

在起诉-处理的争论中，本文并不能通过对该诉讼程序激增的原因进行终局性的解释而彻底解决困惑。然而，本文通过给予上述争论以启发，更好的促进了正在进行的争论的平息。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 7 期【2014 年 11 月】第 1545 页以下）

（刘文丽 译）

（孙亚男 校）

## 重新审视兰伯特案

Lambert Revisited

Peter W. Low and Benjamin Charles Wood

本文首次将模糊原则分成两部分进行讨论。在第一部分中，本文将知名的兰伯特案放在这一原则中审视。兰伯特诉加利福尼亚一案已有 75 年的历史，它涉及道格拉斯与法兰克福有关模糊条款的论辩。实际上，许多人将这一案件与本文

称之为社会化的著名原则相联系，这一原则认为，出于公平，刑法应该具有能够使一般公民注意到潜在非法行为的预警作用。本文讨论了将上述原则升格为独立的宪法原则所可能产生的后果。本文不认可该案的设想，因为此举将使宪法过多的渗入到刑法原则之中。本文认为，虽然兰伯特案涉及一条语义清晰的法条，但该案应被视作适用了核心含糊不清的原则。此外，当以这种方式思考时，尽管不是完全的，这也可以部分视为对那一原则的“合理通知”部分的解释。本文的第二部分将上述思考融入到更加完备的对模糊性本身的考察之中。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 8 期【2014 年 11 月】第 1603 页以下）

## 合作作者身份的自动取得

Unplanned Coauthorship

Shyamkrishna Balganesh

合作作者身份的自动取得是指对创造性作品的贡献者将被版权法视为作品的合作作者，而这一身份的认定完全基于他们在创作期间可观察到的贡献。这一认定过程需要法院根据合作作者的事后地位——通常是在版权侵权赔偿诉讼进行时——做出。多年来，法院和学者都致力于为合作作者身份的自动取得确立一个清晰的标准，并希望符合版权法的立法目的。本文提供了一个新的框架来理解合作作者身份自动取得的有关法律，本文将基于共享意向理论进行思考。合作作者身份的自动取得使得法院可以对版权法致力于保护的作者自治及与个人所有对立的在创作中所需要的合作、协作和信息分享进行平衡。通过这些法律，版权法承认某种形式的创作为了继续下去必须完全依赖于合作机制。在此种情况下，合作的过程为创作者提供了额外的并且独立的理由来继续创作，这一动力被称作“合作冲动”。在分享意向下进行的合作行为自身所有的特性，源于合作创作者们对合作任务的承诺而产生的合作冲动，导致了创作者们对于他们的创作的完成方式和最终成果给予同等的关注。本文阐述了与合作作者身份的自动取得有关的法律如何允许版权法，通过保护合作冲动和使之与版权借由排他权提升创造力的功利目标相符，进而达到培养这些领域中的合作创造性。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 8 期【2014 年 11 月】第 1683 页以下）

## 法庭之友提供的事实所带来的困扰

The Trouble with Amicus Facts

Allison Orr Larsen

法庭之友提供给最高法院的意见数量已经达到了历史最高点。许多观察者，包括有些大法官，认为这些意见最好的用处是对法庭了解事实起辅助作用。最高法院判决经常反应社会运转的一般方面。（暴力电子游戏是否对儿童有害？部分分娩流产术是否是医疗必需的？）为了回答这些问题，在诉讼双方和法庭记录所提供的信息之外，大法官们迫切需要了解更多的信息。法庭之友提供的意见对于法庭做出判决有实际帮助这一点已经达成了共识。

本文的旨在削弱其中可能包涵的世俗认知。我认为，法庭之友提供的事实可能带来的困扰是，在今日任何人都可以自称自己是专家。互联网的存在使得信息能够被轻易获取和加工。再者，法庭之友比之其原来作为一名不偏不倚的“法庭朋友”，地位已经有了显著的提升。法庭之友提交的事实在现在都能通过网络获取。这导致法院被源源不断的，未经检验的专家辩护意见所淹没。但大法官们依旧在倾听这些意见。本文放眼于近年来的一些案例，最高法在这些案例中，为了证明一个观点而引用了法庭之友提供的意见。本文认为最高法是以一种权威的并且宣布一方不满足适当检验的方式来进行引用，而非将其作为潜在的事实来源。本文不认同这一过程，因为它将潜在的影响最高法的判决，进而使这些判决立基于不可靠的证据。接着，本文提出了对这一过程进行改善的建议。是时候来重新思考法庭之友在为最高法提供事实时所扮演的角色，并在新的目标下是这一古老的制度重获新生。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 8 期【2014 年 11 月】第 1757 页以下）

**联邦制，正当程序以及平等保护：在邦德案和温莎案中的立体协同作用**

Federalism, Due Process, and Equal Protection: Stereoscopic Synergy in Bond and Windsor

Lide E. Paterno

少有宪法话题像联邦制、实体性正当程序和平等保护原则那样触及时下的政治派别，而这三者彼此之间又天然的存着张力。这些概念对上述这些对立且竞争的社会组织做出了假定，该假定基于这些组织在 20 世纪中的实际交流，即常常同时作为指控司法能动主义的目标和武器。但是，最高法最近在美国诉温莎案以及邦德诉美国案中的裁判意见，综合来看，有一种调和这两种似乎彼此分离的宪法话题的倾向。这在肯尼迪大法官对两个案件所写的意见中表现的尤为明显，肯尼迪在这两个案件中表达了对平等保护原则保护的基本利益的具有讽刺意味的保守式捍卫。这一原则首先在较自由的沃伦和伯格法庭中出名，但此后并没有被重视，在对这一原则的当代考察中，个人由州权力所赋予的权利而享有的基本利益，与平等保护的担忧一起激发了更严格的司法审查。本文认为这种“立体协同作用”可以充当一种价值中立，或是强化代议制的司法体制：当对少数人的利益进行保护，而联邦法律对合法制定的州法律基于对有举证义务的个人的怀疑或准怀疑而进行区别承认时，这一体制便为法院提供了一个纠错的框架。相同的分析可适用于更进一步的成因，这些成因见于政治光谱的两端，如医用大麻的使用和私人拥有枪支。这样一来，保守派对历史上权力的概念的曲解，便破坏了如今对联邦制和作为必要的冲突原则的实体性正当程序-平等保护的普遍认知。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 100 卷第 8 期【2014 年 11 月】第 1819 页以下）

（邱凯乾 译）

（张 飞 校）

## 联邦普通法的合法性

The Legitimacy Of (Some) Federal Common Law

Caleb Nelson

在论及州立法权的权限范围时，现代联邦法官对普通法的法律地位是十分确

信的。关于这一话题，长期以来，在任何一特定州内有效的不成文法都被视为是该州法律的一部分。此外，自伊利铁路公司诉汤普金斯案时起，联邦法院就已经遵循各州最高法院关于州不成文法内容的固定先例。然而，一旦超越州法的权限范围，联邦法院对不成文法所扮演的角色就变得不确定了。当然，与伊利案同日发布的判决意见书中，美国最高法院适用了“联邦普通法”来说明这一话题，而上述实践至今仍在继续；在很多情况下，现代法院都认识到法律原则已经具备了联邦法的地位，但却未写入任何成文法中。同样，甚至是道格拉斯大法官——他以同样的思路撰写了一些极具扩张性的判决意见书——注意到“我们创造联邦普通法的情况几乎没有并且受到限制。”之后的法院已经同意联邦普通法只能在“有限情形”中得以适用，但是它们对如何去辨别这些情形并未进行明确的规定。

大约在 50 年前，阿尔弗雷德·希尔教授提出一种思想，对于这一思想我也深表赞同，即联邦法优先原则是认识联邦普通法的前提条件，按照定义来看，“联邦”普通法只能在某种东西已经替代或者限制州立法权的情形下实施。根据一些人提出的联邦法优先原则的主张，确定上述有限情形的界限非常重要。例如，我同意布拉德福·克拉克教授所说的，即联邦法优先原则需要追溯至宪法中至高无上条款所列举的联邦法律类型之一，它指的是“本宪法和依据本宪法制定的合众国法律，以及依据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约。”

我还同意克拉克教授所说的：当至高无上条款涉及依宪法制定的“美国法律”时，其指的是通过两院审议和总统签字程序制定的联邦法律。此种主张下，只有在成文的联邦法律的某种规定明示或默示地逾越了州立法权的行使界限这一话题上，法院才能够承认联邦普通法。

然而，这一结论潜在地为联邦普通法留下了大量空间。在有关宪法、一联邦法律，或者一联邦条约阻止州法律解答但也不由其自身解决的任一问题上，法院或许能够阐明判决规则，作为一项不成文法。事实上，根据一个对联邦普通法持有相当广义视角的评论者所言，“无论何时，在宪法或国会将一个领域的法律联邦化，却未能对所有可能产生的问题提供判决规则时”，法官都可以自由地承认联邦普通法。在伊利案后最初的十年，最高法院也确实是这样做的。

许多现代法官否认不成文法能够在联邦层面如此广泛的实施。他们的思考主要围绕着这一思想：要阐明判决规则作为不成文法，需要一种稳固的“立法”类

型，这种“立法”类型应该类似于立法机关在制定成文法时所实施的权力。在伊利案之后，联邦法官习惯于表现出州法院似乎享有这种权力。（在关于州享有立法权的问题上），但是最高法院已经说过联邦法院是不同的。（甚至在联邦法优先原则范围内）用法官伦奎斯特的话说，“联邦法院，不像州法院，其不是一般的普通法法院，同样联邦法院也没有形成和适用他们自己的判决规则的权力。”

对于许多联邦法官和评论者来说，联邦法院遵循的是任何具有联邦法律地位的判决规则必须以某种方式被追溯到成文法的制定上——不仅仅是说成文法优先于州的法律，而是说成文法或自己确立规则，或授权法院这样做。当然，这一思想也为特别法或者宪法条文何时应当被理解为授权制定联邦普通法产生分歧一事留下了空间。

但是一些著名的评论家则主张限制性的方法。斯卡利亚大法官已经得出了符合逻辑的结论：“在联邦法院，……其资格有限，不能像上面说的那样做，根本没有像普通法这类的东西。”每个由联邦法官解决的法律问题都涉及到对于法律文本的解释——包括规章文本、法律文本或者宪法文本。

持这一逻辑的学术评论者倾向于接受下列前提，即所有普通法判决都需要稳固的立法权，然而他们坚持认为联邦法院能够主张的此种权利比联邦普通法的怀疑论者所认为的还要多。本文实际上提出了相反的批评。正如伦奎斯特和斯卡利亚两位大法官认为的那样，我不愿通过解释宪法或典型的联邦法从而使联邦法院在自身职责范围外能够全权创造新的判决规则，甚至服务于国会设立的政策。尽管如此，我还是领会了某种类型的联邦普通法在联邦法优先原则适用的领域所扮演的重要角色，因为我并不认为现代联邦法院无论何时阐明和适用任何法律原则时都在毫无根据地创造判决规则。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 1 期【2015 年 3 月】第 2 页以下）

## 专利经验主义

Patent Experimentalism

Lisa Larrimore

很多学者都在全力解决专利法中被我称为“一阶问题”的问题：我们应该采用什么样政策以促进创新？仅仅围绕二阶问题：我们应该采用什么样的政策来推动在“促进创新”方面的突破？我认为，就经验来说，专利法的进步依靠更多元的政策（而非目前强调的一致性），但是由于当地政策产生的溢出效应，自由的“实验研究室”也不是最令人满意的。然而，专利政策的制定者应当采取介于一致性和当地控制之间的第三种方式：集中促进式政策变化。此政策实验的最优方法取决于它所处的环境。不管是在实地（例如，对药物种类随机挑选的测评）还是实验室（例如，测试披露方式的改变如何影响软件专利实施表现的），随机的政策实验都应当被更经常的适用。

但是许多有着细微差别的、动态的问题——例如异类司法管辖权中的新技术的专利资格——相比于固定的实验，反而通过变通的“实验”管理机制能够更好的解决。本地的参与者——专利审查员，法院，或者甚至是个别的国家——应当被授予广泛的裁量权以满足中心定义的体制目标，并要求通过稳固的同行审查为他们的决定进行辩护。甚至在受控的实验行不通的地方，经验主义的政策也能够得到当地的信息，形成多样的观察数据，以及促成更多对创新政策运行机制的理论发展。这种多元性的、以证据为基础的专利政策方法能够被个人化、以证据为基础的医药行业所引导，由此产生的针对法律实验的框架能够影响专利法之外的政策学习。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 1 期【2015 年 3 月】第 65 页以下）

## 公司争端解决机器

The Corporate Settlement Mill

Dana A. Remus and Adam S. Zimmerman

从涉及“机器人签署的”抵押到灾难性的石油泄漏的案件，美国的法律体系不断促使公司的作恶者设计和实施大量他们自己的争端解决程序以赔偿成千上万的无代表的受害者们。这些私人的争端解决系统依赖于公司的规模经济以解决大规模的争端，如同集体诉讼一样具有综合性，但却完全游离于法院系统之外。

我们将这些系统称之为“公司争端解决机器”

就像集体诉讼争端解决及“无过错”保险期权，公司解决机器或许能够改善个人化诉讼中许多最常受批评的特性。他们为那些请不起律师的人提供救济，快速且具有可预见性地处理大量诉求，以及减轻法院诉累。鉴于上述这些原因，这种争端解决程序日益为联邦法、管理机构所需要，并作为一种复杂的民事诉讼实践。

但是公司争端解决及其也需要一定的诉讼费用。当富有经验的公司参与者以流水线的方式处理大量的案件时，他们也威胁着透明、公平交易和法治。我们认为这一新的争端解决类型较其他解决类型来说更具危险性，因为它由一个单一、利己的当事方——未来的被告——设计和监督整个判决过程。如此一来，公司争端解决机器提出了下列基本问题，即政策制定者能够在多大程度上将私有化注入公共、长久以来的中立的审判体系之中。

吸取其他私有化管理运动的经验教训，我们认为只要公司解决争端机器能够对依赖于它们的管理者、法院和客户负责，它就能够成为公共审判之外的另一个合适选择。因此我们提出了使他们更加负责的具体建议——包括特定的未来管理方案、司法审查、财产管理人的参与以及道德改造。通过这样做，我们扩大了关于集体诉讼构成的争论，希望立法者在不使行政管理或者代表法律为何的司法权威失望的情况下，意识到大型私人争端解决机制的益处。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 1 期【2015 年 3 月】第 129 页以下）

## 取消共同侵权案件中的单独个体规则：

### 最后一步的法律责任

Eliminating the Single-Entity Rule in Joint Infringement Cases:

Liability for the Last Step

Ben Aiken

1952 年的专利法规定“任何人在没有权限的情况下，在美国境内制作、使用、为销售而提供或者销售他人已经取得专利的发明，构成专利侵权，”对于何



人直接构成专利侵权，规定通常是清楚的，因为我们能够辨别使用机器者，出售制造产品者或制作物质成分者。然而在识别多级专利方法使用者这一问题上，法律规定的相当模糊。当多方团体共同完成受保护的阶段时，如何界定是谁“使用”了专利。这一问题已经困扰法院几十年了。联邦巡回法院最近一次在 *Limelight* 诉 *Akamai* 案中尝试解决这一问题，结果受到了最高法院的迅速谴责。然而，早前联邦巡回法庭试图提出的共同侵权案件的可用标准依旧不适用。这一结局与早先学界的建议相同。通过探究联邦巡回法庭适用的“单一个体规则”基础，本文质疑了共同侵权案件的前提。除非该当事人完成了该方法要求的所有阶段，否则并不构成侵犯专利方法，本文主张这一规则是对先例的错误解读。在驳斥了单一个体规则后，本文集中于研究可能的解决方法。上述规则认为完成专利方法最后一步并取得预期效果的当事人，仅仅因为先前阶段早已构成“使用”专利，因此判定其构成侵权。本文在探析这一新提议的方法所蕴含意义的基础上得出结论。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 1 期【2015 年 3 月】第 193 页以下）

(刘文丽 译)

(孙亚男 校)

## 最高法院的变化

The Changing Face of the Supreme Court

A. E. Dick Howard

提到法官、书记官以及法院与媒体和政治的关系，笔者发现自布莱克大法官时期至今改变颇多。沃伦法院的法官可能会觉得相似，但这当中也有例外。一些变化在他看来可以说是前后矛盾的。

当代法官比沃伦法院时期更多样化。从某些方面来说，现在的最高院比 50 年前的最高院有更多精英，分布也更均衡。纵观当代法官的证书和地理背景就可以很好地证明这一点。此外，现在的最高院要处理的诉状比沃伦法院多出成千上万份。同时，可以帮助处理这些案件的职员数量大幅增加。如今，最高法院很少

对实质依据发表意见。沃伦法院因其“活的宪法”的观点和“参与政治”的做法而备受非议，而当代最高法院的支持率甚至更低，而且看似比以前更政治化、意识形态化了。

最高法院的变化自然引人陷入沉思，去探究前因后果。一种简单的解释就是外部政治影响了法院内部的运作。或许法院内部运作是从好的方面不同，因为外部政治是两极分化的。法官的多样性不断增强、共识减少、提名程序竞争化、雇佣和自己思想合拍的书记官、自己的书记官被选去最高院工作、法院媒体形象塑造等都有政治意味。最高院的裁定大多从根本上影响着美国民众的生活。这些民众的生活方式、思维方式以及选举偏好也从根本上改变着最高法院。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2015 年 4 月】第 231 页以下）

## 反商业秘密同盟案

The Case Against Federalizing Trade Secrecy

Christopher B. Seaman

商业秘密从根本上属州法律管辖，所以在主要的知识产权条例中显得尤为特殊。然而近日许多有影响力的个人和机构（包括立法者、专业学者、高科技公司及代表知产律师和知识产权权利人的机构）都对根据联邦法律创立商业秘密侵占的民法起诉理由表示支持。他们坚称商业秘密同盟有许多益处，其中包括达到实质上的统一、实现联邦法庭审理侵占诉讼案的有效性以及建立一个统一的全国性的知识产权管理体制。

本文旨在讨论上述内容第一条体制批判中提到的有关商业秘密同盟是众望所归这一点。本文列举了众多论据（包括保留各州从事关于划分商业秘密保护范围而进行有限的实验的能力以及同盟化潜藏的披露可授予专利的发明的负面影响）并最终得出商业秘密应该仍由州法律管辖的结论。最后，本文提出了一个变通方法，即适当扩大联邦法院对州法律商业秘密民事诉讼请求的管辖权，便可在不完全同盟化的情况下解决窃取商业秘密的问题了。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2015 年 4 月】第 317 页以下）

## 伪造供述回顾

Contaminated Confessions Revisited

Brandon L. Garrett

第二波伪造供述的浪潮已经到达最高点。在过去的 21 年间，定罪后才进行基因检测，检测帮助 250 位无辜百姓证实了自己的清白，但其中 40 人已经招了假供。这引起了法官、执法机关、政策制定者和媒体的持续关注。这些免罪声明不仅证实了虚假供述的存在，更清楚地反映出供述造假的问题。讯问期间所有犯罪细节都已告知嫌疑人，结果导致虚假供词十分丰富、详细、精确、有迷惑性。

过去 5 年来，揭露虚假供述的行动掀起新的浪潮——又发现了 26 例由基因检测证明嫌疑人无罪的伪造供述的案件，其中 24 例都涉及得到犯罪现场信息证实的犯罪细节，揭示了伪造供述的力量；其中 9 个案件的被告人被判有罪，尽管基因检测为他们提供了不在场证明。因此，第二波伪造供述浪潮应该比第一波更能引起人们的警觉。绝大多数刑事案件并不需要用基因检测手段，除非该案用科学的方法进行讯问：要求对整个讯问过程进行录像、更改讯问方式、审讯时为司法审查的可靠性做准备、以及向陪审员提供专家证词，不然伪造供述这种暗藏的问题仍会持续。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2015 年 4 月】第 395 页以下）

## 公民权条款下父母住所的重要性

The Significance of Parental Domicile Under the Citizenship Clause

Justin Lollman

在加利福尼亚州南部，为了迎合外国父母想让即将出生的孩子得到美国国籍的愿望，月子中心和旅行社已经催生出了一个“生育旅游”的产业。根据美国出生地决定国籍的制度来看，美国领土范围内出生的孩子自动获得美国国籍。因此，外国的待产父母只要持有护照和旅游签证就能为他们即将出生的孩子获得美国

国籍。

这个现象又被称作第十四条修正案公民身份条款所导致的结果，这种说法在美国最高法院审理美国诉黄金德案时对公民身份条款作出解读后尤为盛行。笔者认为对公民身份条款的解读已经日渐狭窄，若由非定居美国的外国人所生子女不应拥有美国国籍。换句话说，公民身份条款仅延伸适用于至少一方为美国公民或定居美国的外国人所生子女。这种解读不仅在条款本义中找到了支持，而且也正像本文试图展现的那样，在最高法院审理黄金德一案时提供的法律解读中有所体现。

本文论述的构成要件在两个主要方面都是独有的。第一，此构成要件没有超出宪法和现有先例的范围，也就是说，它并不需要修宪或改写现有判例法。第二，此构成要件从当代关于出生公民权争论的很多方面来看都是折中路线，即使出生公民权的约束性增强、随意性减小，同时又不会涉及非法移民等热点问题。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2015 年 4 月】第 455 页以下）

## 什么先最高法院一步扼杀了反对针对妇女暴力法民事权利救济

What Killed the Violence Against Women Act's Civil Rights Remedy Before the Supreme Court Did?  
Caroline S. Schmidt

怎样才能有效促进民事权利立法？本文通过探究反对针对妇女暴力法民事权利救济的复杂历史得出了这个问题的答案。大多数关注这个问题的学术研究都把重心放在了美国诉莫里森一案上，最高法院在此案中利用商务条款判定该立法违宪。本文对此判决提出质疑，并指出莫里森案只是民事权利救济在其短暂历史当中遇到的众多挫折之一。民事权利救济通过向性别暴力的受害者提供一个成熟的平台以寻求解决办法并将这些暴力行为视为民权问题来实现降低针对妇女的暴力行为发生的几率这种方式仍面临重重阻碍。民事权利救济有着激进的起源和进取但又不现实女性主义法学基础。

此外，立法的词藻大都专注于其象征性而非实用性和功能性。极少数律师确实提出了针对妇女暴力法的诉讼主张，但他们也并未从基础广泛的诉讼活动中受益，因为女性组织并不会负担费用。这些律师之后便遇到了强大的对手，这些对手对针对妇女暴力法的合宪性提出了质疑。下级联邦法院和媒体最终放弃了对救济的支持。在 20 世纪民事权利立法原型 15 周年纪念，《民权法案》第七章，及针对妇女暴力法出台 20 周年之际，本文谨呼吁针对如何设计和使用民事权利立法才能实现有意义且有效的变革这一问题进行讨论。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 2 期【2015 年 4 月】第 501 页以下）

（杨文君 译）

（魏 琪 校）

## 合同在关系型契约中所扮演的角色

Contract's Role in Relational Contract

Scott Baker & Albert Choi

合同在长期关系中扮演着什么样的角色？合同的作用微乎其微，根据关系合同文献，如果有什么发挥着作用的话，不是合同引发着当事人遵守承诺，而是实施（或威胁实施）相关的或者非正式的制裁，像暂停或终止合同的条款。然而，在现实中，处于长期关系中的合同双方起草复杂的可执行的诉讼合同（经常用含糊不清的条款，如“尽最大努力”）或建立可以模拟正式审判程序的争端解决机制。

如果正式的机制很少使用的话，为什么还要对所有的麻烦事无俱细呢？本文试图回答这个问题。本文认为，正式制裁有两个重要的优势，而这往往是非正式所制裁缺乏。首先，通过正式制裁，合同双方可以设计补救措施（例如，违约金）甚至审判过程（例如，仲裁）。这种灵活性使得他们脱钩实施制裁的威慑的代价，并达到一个更好的威慑的成本效益比。与通过关系制裁，相比之下，吓阻理论利益和执行成本很大程度上取决于未来的关系价值：未来的关系越有价值，威胁终止合同的吓阻理论利益也就越大，但执行威胁的成本也就越大。第二，正式审判

程序经常揭示的证据表明，合同双方和其他市场参与者可以定制更好的关系制裁措施。事实上，想获得更准确的信息的愿望可能可以解释为什么缔约方会使用模糊的、开放式的标准，比如“尽最大努力。”

要意识到这些好处，但也要意识到这些好处会诱导太多的诉讼，阻止违反合同的最有效的手段往往会结合关系制裁和法律制裁，这是现实生活中最常见的一种方法。本文还展示了各种实证结果与理论预言是如何保持一致的以及这些发现是如何在通知法院解释诚信义务上发挥作用的。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第101卷第3期【2015年5月】第607页以下）

## 联邦法院诉讼因由的原始来源：以《外国人侵权责任法》为例

The Original Source of the Cause of Action in Federal Courts: The Example of the  
Alien Tort Statute

Anthony J. Bellia Jr. and Bradford R. Clark

联邦普通法诉讼因由--这类法既不是是由国会创立的也不属于州法律--长期以来引发着法官和学者们之间争论。在伊利铁路公司诉汤普金斯案中，最高法院曾拒绝了适用“联邦普通法。”尽管如此，最高法院在随后的几十年还是谨慎地接受了几个具体的联邦普通法。联邦司法权认可联邦普通法诉讼因由引发了联邦法院领域一系列的质疑。例如，联邦法院可以承认一个暗示可能导致违反联邦法律的诉讼因由，而联邦法律本身并没有创立这样的诉讼因由吗？同理，联邦法院可以承认一个暗示可能导致违反宪法的诉讼因由当宪法和联邦法律并没有专门创立一个这样的诉讼因由？尽管法院和学者继续在讨论这些问题，但就如何解决问题他们还没有达成一个共识。最近，联邦法院的权力能否认认可联邦普通法诉讼因由已经成为《外国人侵权索赔法》下一个关键问题。作为“第一次司法行为”，国会在1789年颁布了《外国人侵权索赔法》。《外国人侵权索赔法》授权联邦法院对因外国人侵权而违反国内法律的诉讼以司法裁判权，但它本身并没有创立诉讼因由。在过去的十年中，最高法院曾两次解释《外国人侵权索赔法》，在这个

过程中，最高法院建议，尽管法令是纯粹的管辖权，联邦法院拥有有限的权力来认可少量的联邦普通法的诉讼因由，以行使这项司法管辖权。

随着时间的推移,法官和学者们就联邦法院有权认可联邦普通法在不同的环境下达成一致。从成立一直到十九世纪,最高法院都不承认任何“联邦普通法”-即联邦法规的决定内容不能直接通过对联邦法律或宪法性命令的传统解释所追踪到。可以肯定的是,在某些情况下,以最高法院在斯威夫特诉泰森案的判决为例,早期联邦法院适用普通法--一个跨国的法律来源包括商法、海洋法、以及主张国家关系的法律。但是普通法并没有取代与其相悖的州法律或者创立诉讼因由。此外,普通法并不是所谓的联邦普通法。不像现代的联邦普通法,普通法律既不支持联邦管辖问题也不取代与其相悖的州法律。最高法院停止适用普通法就像在在 1938 年,它在伊利铁路公司诉汤普金斯案宣判的一样:“我们国家没有联邦普通法。”然而在伊利案后,最高法院承认联邦普通法中几个明显的“飞地”。近几十年来,一般来说,由于担心联邦普通法的司法会创造与伊利案甚至和与三权分立的原则和联邦制一样的司法张力。法院一直不愿意承认新的飞地。

在此背景下,最高法院首次在 2004 年对《外国人侵权索赔法》进行了解释。在索萨诉阿尔瓦雷斯-麦克海恩案中,法院认为:“《外国人侵权索赔法》是一个司法法令创立的并非新的诉讼因由。”然而,法院认为:司法授权是最好的解读了,就如同对普通法会为适度数量的违反国际法的行为提供诉因,同时也会为个人责任提供一个潜在性的解读一样。法院这种信仰依赖于假设第一届国会会理解“他环境法律时代”并为联邦法院在实施《外国人侵权索赔法》时提供诉讼因由。

换句话说,法院“假定第一次代表大会明白的地方法院将承认私人诉因”,来自他环境法律的,“对于某些侵权行为违反了国家的法律。”基于这一假设,法院建议,联邦法院今天可能可以“根据联邦普通法认可私人诉因”在违反国际法的一个狭窄的范围。评论家普遍接受了索萨案中有关他环境法律和联邦司法权的解释,即最高法院成立伊始允许些许的历史分析或验证。(【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2015 年 5 月】第 688 页以下)

## 合理预期的匿名权

## Reasonable Expectations of Anonymity

Jeffrey M. Skopek

政府正在运用新技术和数据分析方法来监控公众，而这种监控方式在十年前还是令人无法想象的。从市政警察部队到国土安全部，遍布其中的，执法机构正在使用工具，如基因数据库、生物扫描仪，路边摄像头和手机元数据分析，来收集关于人们日常生活详细的信息，即便人们未犯有任何违法勾当。现在关于这个，有意义的问题不是政府可以从我们这里获得什么样的信息，而是还有什么是政府不能从我们这里获得的。联邦最高法院认为，政府之所以可以这么做的原因是，《宪法第四修正案》的保护对象并不涉及任何被暴露在公众或第三方视野之内的信息。这类信息包括我们的公共活动信息、互联网的使用信息、电话聊天信息等。这类信息本身就是警察通过任何手段可以获取的。

本文认为，最高法院的结论来源于，将“隐私”和“匿名”这二者混为一谈，对这两个概念之间差异性的理解，在解读《第四宪法修正案》不仅保护“合理预期的隐私权”也保护“合理预期的匿名权”上，显示出了强劲的实质性和正式性的原因。进一步，它表明将这个新的分析概念整合到《第四宪法修正案》具有显著的法学收益率：首先，识别“除此之外-无法承认”的方法，这其中，关于大数据的新技术会牵涉到宪法；其次，实现联邦最高法院未履行的承诺：“《第四宪法修正案》保护的是我们的人民，而不是没有实际意思的其他东西”。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2015 年 5 月】第 761 页以下）

## 被驱逐的教育：普莱勒诉多案对处以长期停课和开除的处罚条款的合宪性的影响

Exiled from Education: Plyler v. Doe's Impact on the Constitutionality of

Long-Term Suspensions and Expulsions

Robyn K. Bitner

涂妮提从学前班到高中毕业，一直都是个问题学生。她记得自己是个坏孩子。



她记得她曾在课堂上掀翻过课桌。这的确发生过。她也记得在被停学以后，每当自己走进幼儿园就会自然地把老师当作敌人一样。并且这种想法从来没有消退过。在被停学的那段日子里，每次回到幼儿园，她只会变得更生气，并且也做好了不循规蹈矩的准备。与此相反的，涂妮提说：“我进幼儿园的时候就知道自己是个坏孩子。我读一年级的时候就知道自己很差劲。自此以后我就在坏孩子的路上越走越远了。”

对像涂妮提这样的学生来说，接受高质量的公共教育是很不容易的。家境贫寒，说着异国语言，举止不当，这些都增加了教育的成本，这同时也是学校想完全开除他们的诱因。在 30 多年前的普莱勒诉多案中，联邦最高法院下达了一个对学校开除政策具有潜在抑制作用的文书，运用严格审查程序，使得德州法律中“公立学校拒绝接收没有学籍档案的学生”的条文趋于无效。最高法院的推理也表明，美国宪法保护人人教育平等的权利不是似是而非。自此以后，各州通过各种方法来限制这种潜在的权利。某些情况下，有些州做的太过分了，以至于就像在明目张胆的攻击这项权利，它们通过苛刻的法律，禁止没有学籍档案的学生进入学校。例如，在 1994 年，加州选民通过的 187 号提案，禁止没有学籍档案的学生进入公立学校。同样地，在 2011 年，阿拉巴马州通过了 56 号法案，要求父母报告他们具有移民身份的学龄儿童。这些法案使得父母不敢将他们的孩子送入学校，鉴于害怕被驱逐出境的缘故。虽然排斥没有学籍档案的学生的学生的事件已经被媒体广泛报道了，但是媒体所报道的只是发生在美国众多的排斥事件中的冰山一角。事实上，每年上百万的学生因为在课堂上表现不好而被学校秘密开除的事件根本得不到媒体的关注。而这确实应该值得关注。

本文认为，在普莱勒案后，公立学校的学生在美国宪法中所享有的平等教育权只是一个“似是而非”的权利。除了这项权利外，学生们还能从 16 个州中的基本教育权中有所受益。这样的架构迄今为止在各州试图限制普莱勒案的背景下，为学生们的受教育权争得了一丝喘息的余地。然而，在有些教育权不是基本权利，或者教育的地位还不能为州最高法院所确认的州里，校方经常通过两种方法侵犯学生们“似是而非”的平等受教育权。首先，校方并不会为被处以长停学或开除的学生提供任何替代教育项目。其次，尽管校方会提供替代的教育项目，他们总是不能提供基本的教育课程，这使得学生们无法完成学业考试。最终，长期被停课和开除意味着我们国家的许多最脆弱的学生无法接受教育。然而，本文

认为，我们的联邦的和州的宪法表明，他们有权如此。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2015 年 5 月】第 804 页以下）

## 后医保时代的洁净空气法：联邦制对开支权力的限制以及环境法的未来

Clean Air Post-Healthcare: The Federalism Limits of the Spending Power and the Future of Environmental Regulation

Sarah Buckley

现代环境法诞生于 20 世纪 70 年代，在那时还没有发展到用联邦制来限制议会的权力。自那以后，随着伦奎斯特大法官和罗伯茨大法官试图通过自己清晰的表达来限制自罗斯福新政以来日益膨胀的联邦政府权力，美国宪法经历了一次联邦制的复兴。由于联邦环境法的范围具有广泛性，许多评论家预言，这场声势日渐浩大的革命可能很快改变联邦政府环境监管的面貌。

联邦制转变的象征体现在联邦最高法院关于全美独立企业联盟诉西贝利厄斯案的判决中，这个富有政治性的争议对巴拉克·奥巴马总统的医疗改革方案，患者保护与平价医疗法案提出质疑。虽然大多数有关此案的头条报道指出，法院就有争议的“个人强制医保”条款是否允许根据商业条款上存在戏剧性的分歧，讨论的较少但或许更重要的体现在有关“医疗补助扩张”和开支条款的范围合宪性的裁决上。这个在开支条款上新的假象可能“严重威胁大片大片的联邦支出立法的合宪性”，包括环境法。

本文将探索《洁净空气法》中关于新的支出条款的法理学含意以及以西贝利厄斯案的判决为标志的教条性轨迹是如何破坏联邦环境政策的目标和我们的联邦制度本身的目的性。许多学者已经在西贝利厄斯案后对《洁净空气法》的合宪性问题做出了评价，他们其中的多数人认为《洁净空气法》站得住脚。虽然本文同意这一观点，但是笔者还是希望就该法案的操作执行、法案中第 179 条对高速公路融资制裁的影响以及将西贝利厄斯案适用到联邦环境保护署富有争议的温室气体立法的范畴中，作一个更加详细的调查。最重要的是，本文将指出将《第

十修正案》中的联邦制作为法院的支出条款法理学依据的危险性和将讨论对环境政策和合作联邦制的监管方案来说，西贝利厄斯案如何会标志着一个危险的轨迹。（【美】《弗吉尼亚法律评论》第 101 卷第 3 期【2015 年 5 月】第 848 页以下）

（张 飞 译）

（杨文君 校）