第三卷 第一期 | Volume 3, Issue 1
SPRING 2025 ㄱ ᄋ ᄀ

China Law Journal

华夏法学



新学社
LA NOUVELLE JEUNESSE

《华夏法学》编委会

主编：**郑戈**

编辑团队

编辑：张由、潘燕、魏帅

助理编辑：赖宇晶、祖忆遥、黄胜普

《华夏法学》由独立学社 La Nouvelle Jeunesse 主办，是一本享有国际声誉的同行评审法律期刊，每年发行三次。本刊秉承中国的理性精神和理想主义传统，为法律学者、学生、从业者及跨学科研究者提供一个卓越的学术交流平台。我们的使命在于探索深入的认知框架和研究范式，对社会现实进行深思。《华夏法学》深入分析规范与制度，以及背后的驱动力。严格的同行评审流程保障了期刊内容在理论和实践层面的价值，并促进了具有影响力的学术观点的传播，这些观点加强了不同视角间的有效沟通、知识交流和反思性对话。

本期刊已被 HeinOnline 法学期刊核心数据库全文收录。

为了维护学术卓越的承诺，我们把"原创性"作为投稿至《华夏法学》的核心要求。稿件必须未在其他正式出版物中发表。为了支持知识共享，我们确保所有内容都遵循《创作共用署名 4.0 国际许可协议》（CC BY 4.0）的标准。

刊名：《华夏法学》 | China Law Journal | China L. J.
刊号：ISSN: 2993-6004 (线上) | 2993-5954 (印刷)
出版日期：2025 年 6 月 14 日
投稿平台：https://clj.scholasticahq.com/
官网：https://www.clj.ac/
邮箱：info@clj.ac

主办单位：La Nouvelle Jeunesse
地址：655 15th Street NW, Washington, DC 20005
联系方式：info@jeunesse.ac

总目录

唐后期盐院官吏司法权考论——以卢伯卿及其妻崔氏墓志为例.....1

孙海龙

宪法权利救济：旧时代落幕与新时代登场.....14

理查德·法伦 著；张梦瑶、徐馨洁、罗伟航 译

民权医疗化何以幻灭.....75

艾莉森·霍夫曼 著；庞新燕 译

反托拉斯的发明.....87

赫伯特·霍文坎普 著；张子涵 译

医疗民权作为行动主义的平台：对评论家们的回复.....154

克雷格·康诺斯 著；曹天弈 译

禁止致命性自主武器：一场教育行动.....170

斯图尔特·罗素 著；吴冠达 译

对希尔曼“健康危机”一文的评论.....179

大卫·A·霍夫曼 著；曹天弈 译

本页留白

唐后期盐院官吏司法权考论
——以卢伯卿及其妻崔氏墓志为例

孙海龙*

摘　要：卢伯卿及其妻崔氏墓志，分别题为《唐故知盐铁转运盐城监事殿中侍御史内供奉范阳卢府君墓铭并序》和《唐河中府猗氏县主簿卢公故夫人清河崔氏墓志铭并序》。两篇墓志共计1400余字，记载了卢伯卿的家世与仕宦经历。卢伯卿先后担任东渭桥给纳使巡官、云阳巡院知院官、两池使判官、阆中巡院知院官和盐城监知监官等五任度支盐铁系统官职。其墓志所载出任度支盐铁中下层职务的经历，是研究唐后期盐院官吏司法权取得和司法职务迁转问题的重要资料。

关键词：唐代 盐院 司法权 司法职务 卢伯卿 墓志

* 孙海龙，上海交通大学凯原法学院。

目　录

一、 卢伯卿及其妻崔氏墓志原文 3

二、 卢伯卿家世与仕宦经历.....6

三、 卢伯卿司法权取得和司法职务迁转.....9

四、 余　论 12

关于唐后期盐院[1]官吏司法权的取得和司法职务的迁转问题，正史典籍中少有记述，学界对此的论述也寥寥无几，可供参考者，唯学者宋平所撰《唐代中后期度支盐铁使的司法权运作问题：以邓琬案为样本》[2]与《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》[3]二文。这两篇文章分别以案例为样本和以墓志解读为中心，初步考察了唐中后期度支盐铁使的司法权运作问题及其下属官吏的司法职务与司法行为，并证明唐中后期度支盐铁系统官吏的司法权来源于其“兼任”的“法官”和“宪衔”。依据现有资料，可考证出的盐监知监官有十六位，其中以郎官、御史充任者有八人；[4]可以考证出的巡院知院官有九十四位，其中以郎官、御史充任者有八十六人。[5]从上述统计数据中不难看出，作为差遣性质的使职，大量盐院官职以郎官、御史出任。但上述统计不仅存在重复计数的问题，且难以说明一位在盐院历职多任的官员，其多任职务是否均兼任郎官、御史，郎官、御史等职务又是如何迁转的。卢伯卿出身范阳卢氏，其妻出身清河崔氏，范阳卢氏与清河崔氏皆属唐代“高门大姓”。卢伯卿在宪宗、文宗朝“尝尉三县，莅五职”，其中有多次盐院官职的任职经历。对卢伯卿及其妻崔氏墓志的解读，正可补正唐后期盐院官吏司法权的取得和司法职务的迁转问题。

一、 卢伯卿及其妻崔氏墓志原文

1923 年冬，河南省洛阳市西北陡沟村北岭平王冢北营里出土《卢伯卿墓志》，现藏河南省新安县千唐志斋，志文见于周绍良先生主编的《唐代墓志汇编》，编号为开成 049 号。志文 29 行，满行 29 字。正书。志长、宽均 61 厘米。题“唐故知盐铁转运盐城监事殿中侍御史内供奉范阳卢府君墓铭并序”。墓志由卢慤撰写。卢慤，范阳人，父卢逢，曾任户部郎中。开成五年（840），卢慤为朝议郎、行尚书刑部员外郎。同年十一月，卢慤为其再从兄卢伯卿撰写墓志，墓志原文如下：

唐故知盐铁转运盐城监事殿中侍御史内供奉范阳卢府君墓铭并序[6]

---

[1] “盐院”是指度支盐铁系统下属机构，特别是在刘晏设置“场、监、巡院”以后，对各盐政管理机构的合称。

[2] 宋平：《唐代中后期度支盐铁使的司法权运作问题:以邓琬案为样本》，《中山大学法律评论》第 14 卷：第 2 辑，广西师范大学出版社 2016 年。

[3] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年第 3 期。

[4] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 246~247 页。

[5] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 359 页。

[6] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社 1992 年版，开成 049 号；陈长安：《隋唐五代墓志汇编·洛阳卷》，天津古籍出版社 1991 年版，第 13 册第 168 页；河南省文物研究所、河南省洛阳地区文管所：《千唐志斋藏志》，文物出版社 1984 年版，第 1073 页；北京图书馆金石组：《北京图书馆藏中国历代石刻拓本

再从弟朝议郎行尚书刑部员外郎上柱国赐绯鱼袋懿撰。

维开成五年岁在庚申六月乙巳朔，廿八日壬申，殿中侍御史内供奉范阳卢公享年六十七，终于河南府济源县之私室。以其年十一月三十日，迁窆于河南县金谷乡焦古原，礼也。公讳伯卿，字符章，其先姜姓，食菜于卢，因而受氏。爰自东汉尚书以儒学显名，勋庸济世，沮奸凶之诈谋，扶衰汉之颓运。魏晋已降，有若司空、侍中、中郎，继擅明德，载在图史。洎国朝文昌左丞、黄门侍郎讳献，尝与狄公仁杰、魏公知古当天后朝，同兴安刘复夏之业，今古相对，动贤不絶，言士族者伟之。公即黄门四代孙也。黄门生鄂州刺史讳翊，鄂州生殿中省进马讳晏，进马生滑州司法参军讳初，皆克保家声，藏器不曜，位卑道屈，世人无能知者。公即司法之长子也。李氏之出，外王父揆，乾元中，以鸿文奥学润色王猷，匡辅之绩，存乎廊庙，由是门阀之盛，冠冒百氏，与我婚媾，即为名家。公气和而深，行洁而方，闺门称其孝悌，寮友仰其易直。既冠，擢明经第，始调补绛州万泉尉，秩满再补陕州安邑尉。县政多暇，奏课常高。未几罹先夫人之忧，颜丁泣血，苴杲仅存，既免丧，三补河中府猗氏县主簿。县当郇瑕氏之故地，沃饶近盬，美声浹于人谣，时泉货之司愿移公猗氏之理以成榷筦之用，授大理评事，充东渭桥给纳使巡官，寻以本官知京畿云阳院，迁监察御史，充两池使判官。俄以统职有归，不得专任，改知阆中院，转殿中侍御史，领盐城监。既而遇疾于淮上，北归别业，命诸子谨饬家政，亲服农圃。士君子谓公得出处之道焉。公尝尉三县，莅五职，静专一心，闲剧齐致，蕴诚明以待物，物不忍欺。用忠恕以业官，官无留事。惜乎不享大年，不跻贵位，中道夭关，如夫意何。夫人清河崔氏：夏州行军司马检校尚书金部郎中兼御史中丞放之女。秦晋嘉耦，琴瑟以和，闺仪妇则，辉动中外。先公十六年而殁。有子二人：长曰知退，前郑州荥阳尉。次曰知晦，前乡贡明经。皆早闻诗礼，因心孝敬。有女三人，长适博陵崔础，次适赵郡李顼，幼女始笄，方勤壶仪。知退等以蓍龟既叶，永惟先府君之德行，惧堙灭不传，陵谷将变，谓予诸父之列，游处最熟，识美之请，所不敢让。铭曰：

汇编》，中州古籍出版社 1996 年版，第 31 册第 70 页；吴钢主编：《全唐文补遗》第一辑，三秦出版社 1994 年版，第 319 页。

黄门裔孙，丞相自出，闻善必迁，秉心惟一。亟安卑位，不慕崇秩，演彼名教，乐我心术。清漳既卧，故里攸归，出处有裕，颐指无违。悠悠逝川，斡流不息，古今共尽，贤愚同域。二子承家，一时令则，松楸永閟，孝思何极。

1927年正月，河南省洛阳市营里村出土《卢伯卿妻崔氏墓志》，现藏河南省洛阳古代艺术馆，志文见于周绍良先生主编的《唐代墓志汇编》，编号为宝历021号。志文21行，满行23字。正书。志长、宽均44厘米。题“唐河中府猗氏县主簿卢公故夫人清河崔氏墓志铭并序”。墓志由卢商撰写。卢商，字为臣，范阳人，进士出身，宣宗朝曾出任宰辅。初为秘书省校书郎，累官至苏州刺史，在任简化盐法，计口售盐，无定额，受到百姓爱戴。宣宗会昌六年(846)拜相，任中书侍郎兼工部尚书同中书门下平章事，封范阳郡公。翌年免相，左迁代理兵部尚书，武昌军节度使。宣宗大中十三年(859)拜户部尚书，同年卒，终年71岁。[7]宝历二年（826），卢商为朝议郎、河南县令。同年十一月，为卢伯卿夫人崔氏撰写墓志，墓志原文如下：

唐河中府猗氏县主簿卢公故夫人清河崔氏墓志铭并序[8]

朝议郎守河南县令轻车都尉赐徘鱼袋卢商撰。

夫人姓崔，清河人也。皇朝赠太常少卿子美之曾孙，温州刺史溆之孙，夏州行军司马兼御史中丞放之季女，滑州掾陇西李寰之外孙，河中府猗氏县主簿涿郡卢伯卿之疋也。爰自中外，洎于夫族，皆为百氏称首，海内言族□推婚姻、举门风、论人物者，号三宗为鼎甲。故夫人幼闻诗礼，雅慕恭俭，以柔静为德，以孝慈为仁，不留情于丽靡，务肥家以和敬。霜露既降，洁酒醴以尽孝心。寒暑戒时，躬组纫必自敏手。我门为妇，垂二十年，侍谦之光，执礼之柄，推厚居薄，风雨不移。宝历元年春，卢公官替，寓于旧邑。明年春，公如秦，夫人卧痾，男女环列左右，侯所苦而无告，唯曰归吾洛中，词毕而绝。时二年四月十八日也。及公星驰而至，已望门而哭。谁谓同心，不覩瞑目，嗷嗷孺慕，号叫鳏独，哀哉。夫人去我何速。时春秋卅有七。卢公追其遗言，以其冬十一月九日，

[7] 吕绍纲、吕美泉编著：《中国历代宰相志》，吉林文史出版社1991年版，第270页。

[8] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社1992年版，宝历021号；陈长安：《隋唐五代墓志汇编·洛阳卷》，天津古籍出版社1991年版，第13册第82页；北京图书馆金石组：《北京图书馆藏中国历代石刻拓本汇编》，中州古籍出版社1996年版，第30册第70页；吴钢主编：《全唐文补遗》第四辑，三秦出版社1997年版，第115页。

归窆于河南县金谷乡焦古村礼也。夫人生子男女九人，其男长曰让、次孟六、次小孟。六女一适人，二许嫁，三皆幼稚，未识母师之训，而亡所恃，茕茕在疚，如不胜丧。夫人令德锺厥后矣。让余之犹子也，勒铭贞石，其无愧词。铭曰：

洛之北兮邙之阳，松青兮栢苍苍。金谷萧条兮无马埒，古原郁盘兮为龙岗。有美淑人兮葬泉壤，空余令德兮传芬芳。

二、 卢伯卿家世与仕宦经历

卢伯卿，字符章，范阳人（今属河北涿州市）。墓志中“爰自东汉尚书以儒学显名”指的是东汉末年儒学大家卢植，可参见《后汉书》卷六四《卢植传》。“魏晋已降，有若司空、侍中、中郎，继擅明德，载在图史。”则分别指三国卢毓、卢钦、卢珽、卢志、卢谌，北魏卢玄、卢靖等人，可参见《三国志·魏书》卷二二《卢毓传》《晋书》卷四四《卢钦传》《魏书》卷四七《卢玄传》及《周书》卷二四《卢靖传》。

根据墓志记载，卢伯卿系卢植后人，四代祖卢献在武后朝任文昌左丞、黄门侍郎；曾祖卢翊官拜鄂州刺史；祖父卢晏任殿中省进马；父亲卢初为滑州司法参军。其母李氏，外祖父李揆，系肃宗朝宰相。[9]卢献之事迹，见《旧唐书》卷一九三《列女传》“崔绘妻卢氏”条：“父献，有美名，则天时历鸾台侍郎、文昌左丞，天授中为酷吏来俊臣所陷，左迁西乡令而卒。”[10]《旧唐书》卷一八六《来俊臣传》曰：“如意元年，地官尚书狄仁杰、益州长史任令晖、冬官尚书李游道、秋官尚书袁智宏、司宾卿崔神基、文昌左丞卢献等六人，并为其罗告。”[11]《列女传》载卢献被来俊臣构陷的时间为天授中，《来俊臣传》则称时间为如意元年（692）。据《旧唐书》卷六《则天皇后纪》云：“（载初元年）九月九日壬午，革唐命，改国号为周，改元为天授。……（天授三年）四月，大赦天下，改元为如意。”[12]可知，此事发生的时间应为天授三年（即如意元年，692）四月左右。卢献被诬告的罪名当与狄仁杰等人一样，都是谋反罪。[13]卢献等人之所以被构陷，酷吏来俊臣只是“打手”，更深层的原因则是在“革唐命”的背景下，则天女皇打算铲除这些以“恢复李唐神器”为己任的前朝旧臣。此即墓志所云：“洎国朝文昌左丞、黄门侍郎讳献，尝与狄公仁杰、魏公知古当天后朝，同兴安刘复

[9] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷一二六·李揆传》，中华书局 1975 年版，第 3559~3561 页。
[10] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷一九三·列女传》，中华书局 1975 年版，第 5147 页。
[11] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷一八六·来俊臣传》，中华书局 1975 年版，第 4838 页。
[12] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷六·则天皇后纪》，中华书局 1975 年版，第 122 页。
[13] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷八九·狄仁杰传》，中华书局 1975 年版，第 2888 页。

夏之业。”《朝野佥载》亦载有卢献与狄仁杰之趣事：“秋官侍郎狄仁杰嘲秋官侍郎卢献曰：‘足下配马乃作驴。’献曰：‘中劈明公，乃成二犬。’杰曰：‘狄字犬傍火也。’献曰：‘犬边有火，乃是煮熟狗。’”[14]另有《大唐故巫州龙标县令崔君墓志铭并序》书“尚书兵部员外郎范阳卢献制文。”[15]卢翊之生平，见诸《唐故通议大夫鄂州刺史上柱国卢府君墓志铭并序》。[16]卢初之生平，则见之于《唐故滑州司法参军范阳卢君墓志铭并序》。[17]征诸史料，唯卢晏生平事迹难寻。

卢伯卿的夫人崔氏系清河人（今属河北衡水市），曾祖崔子美赠官太常少卿；祖父崔溆官至温州刺史；父亲崔放官拜夏州行军司马兼御史中丞。其母李氏，外祖父为滑州掾陇西李寰。崔子美、李寰之事迹不见史籍，崔溆之记载，唯见《唐故陇西郡夫人李氏（春）墓志铭》，曰：“先妣清河崔氏，外王父讳溆，皇朝温州刺史。”[18]《旧唐书》卷一六二《韩全义传》载：“十七年，……（韩）全义武臣，不达朝仪，托以足疾，不任谒见。全义司马崔放入对，德宗劳问，放引过，言招抚无功。”[19]由此，可以佐证卢伯卿夫人崔氏之父崔放确系夏州行军司马，为夏绥节度使、蔡州四面行营招讨使韩全义之僚属。

卢伯卿生于大历八年（773），二十余岁以明经出身，第一份官职为绛州万泉县县尉，县尉是唐代士人常作为初仕的官职。卢伯卿在万泉县县尉任期结束后，调任陕州安邑县县尉。任安邑县县尉期间，其母李氏去世。卢伯卿丁母忧三年后，“补河中府猗氏县主簿。”担任猗氏县主簿，是卢伯卿接触盐政的开始。墓志云：“县当郇瑕氏之故地，沃饶近盬。”《左传会笺》曰：“郇瑕古国名，河东解县西北有郇城，……郇瑕氏之瑕在河北。”[20]此处当属河东蒲州池盐产地，杜佑《通典》卷十转引开元二十五年（737）所颁《仓部格》曾对“安史之乱”前的蒲州盐池有所记录。[21]卢伯卿因“美声浃于人谣，”“泉货之司”命其管理“榷筦之用。”《旧唐书》卷四九《食货志》曰：“今度支盐铁，泉货是司，各有分巡，置于都会。”[22]“泉货之司”即度支盐铁。于是，卢伯卿“授大理评事，充东渭桥给纳使巡官。”

“建中以后，中央财政机构多有变革，度支系统普置巡院，东渭桥有可能像两池榷盐使

---

[14] [唐] 张鷟：《朝野佥载》，中华书局 1979 年版，第 133~134 页。
[15] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社 1992 年版，永淳 022 号。
[16] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社 1992 年版，开元 379 号。
[17] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社 1992 年版，大和 022 号。
[18] [唐] 李珪：《唐故陇西郡夫人李氏（春）墓志铭》，吴钢主编：《全唐文补遗》第六辑，三秦出版社 1999 年版，第 144 页。
[19] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷一六二·韩全义传》，中华书局 1975 年版，第 4248 页。
[20] [日] 竹添光鸿：《左传会笺》，辽海出版社 2008 年版，第 254 页。
[21] [唐] 杜佑：《通典·卷十·食货·盐铁》，中华书局 1988 年版，第 231 页。“蒲州盐池，令州司监当租分与有力之家营种之，课收盐。每年上中下畦通融收一万石，仍差官人检校。若陂渠穿穴，所须功力，先以营种之家人丁充。若破坏过多量力不济者，听役随近人夫。”
[22] [后晋] 刘昫：《旧唐书·卷四九·食货志》，中华书局 1975 年版，第 2120 页。

一样演变为巡院，又升等为使职，易名为给纳使。”[23]“（贞元八年），以东都、河南、江淮、岭南、山南东道两税等钱物，令户部侍郎转运使张滂主之，东渭桥以东诸道巡院，悉隶滂。”[24]即贞元八年（792）度支、盐铁二使分掌东西财赋的制度再次形成时，位于京畿道京兆府咸阳县的东渭桥巡院曾隶属于盐铁使。[25]贞元之后，东渭桥首次以给纳使之名出现，见诸《东渭桥给纳使新厅记》：

> 渭水东附河输流，逶迤于帝垣之后。倚垣而跨为梁者三，名分中、东、西。天廪居最东，内（纳）淮江之粟。而群曹百卫于是仰给。惟平轻重之准为难，即主官不职，其咎何如哉！长庆中，得儒臣杜生，以行御史主之。……因指其署曰：“……今公斋陋冗，无足为礼。”于是尽去之。募市其杰栋巨楹，文梁劲桷，既已具构，顾其中可叙百榻，而儒良至者，必与讲谈其道，随其能否而梯级之。[26]

故东渭桥由巡院升等为给纳使的时间当不晚于长庆四年（824），儒臣杜生疑似东渭桥由巡院升等为给纳使后的首任给纳使。当时东渭桥给纳使的主要任务是“内（纳）淮江之粟”，是否仍旧隶属于盐铁使不得而知，但卢伯卿确系度支任命，其官职应为东渭桥给纳使巡官兼任大理评事。根据其妻崔氏墓志记载：“宝历元年春，卢公官替，寓于旧邑。明年春，公如秦。”可知，卢伯卿担任东渭桥给纳使巡官的时间应为宝历二年（826）。此时东渭桥给纳使初建，给纳使或许仍是儒臣杜生。

巡官与推官多为明经、进士起家官，巡官主要是佐主官领本院政务；推官即推鞫讼狱之官，因推鞫、推按而得名。《册府元龟》卷四六九《台省部·封驳门》“韦温”条云：

> 温为尚书右丞，开成四年，以盐铁推官、检校礼部员外姚勖为盐铁推官，河阴院有黠吏诈欺，久系陛牢，莫得其情。至勖鞫问得实，故有是命。温上疏，以郎官朝廷之清选，不可以赏能吏。翼日，命中人就温私第宣令，许姚勖于本司上。温又坚执前议，勖竟改授检校礼部郎中，依前盐铁推官。[27]

姚勖曾以盐铁推官的身份，鞫问河阴院犯法官吏，案犯则被关在度支盐铁监狱中。姚勖在推问出案件实情后受到嘉奖，被授予检校礼部郎中。据此可知，推官虽非法官，却具有司

---

[23] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 308 页。
[24] [宋] 司马光：《资治通鉴·卷二三四·唐纪五十》，中华书局 1956 年版，第 7527 页。
[25] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 308、354 页。
[26] [唐] 沈亚之：《东渭桥给纳使新厅记》，[清] 董浩等编：《全唐文·卷七三六》，中华书局 1983 年版，第 7602 页。
[27] [宋] 王钦若等：《册府元龟·卷四六九·台省部·封驳门》，凤凰出版社 2006 年版，第 5303 页。

法职务的属性。

不久，卢伯卿“以本官知京畿云阳院。”按前述卢伯卿“授大理评事，充东渭桥给纳使巡官，”其本官应是大理评事。京畿云阳院位于京畿道京兆府云阳县，属度支使管辖。[28]此时卢伯卿之官职应为云阳巡院知院官兼任大理评事。另据《唐故滑州司法参军范阳卢君墓志铭并序》载：“其孤知度支云阳院试大理评事伯卿，……粤以大和三年己酉岁十月廿六日，自楚州啓护归祔于河南县金谷乡焦古村依澧州伯父之兆域，……。”[29]可知，卢伯卿大和三年（829）时，尚“知度支云阳院试大理评事。”之后，“迁监察御史，充两池使判官。”但是“俄以统职有归，不得专任，改知阆中院。”副使、判官和典，本是唐前期设使的必有属官，判官即判案郎官，更是主要，甚至是唯一配置之官。《唐六典》卷二“礼部郎中职掌”条云：“凡别敕差使事务繁剧要重者，给判官二人，每判官并使及副使各给典二人；非繁剧者，判官一人、典二人，使及副使各给典一人。”[30]到唐后期依旧保留。《旧唐书》卷一六三《卢弘正传》载：“大中初，（卢弘正）转户部侍郎，充盐铁转运使。前是，安邑、解县两池盐法积弊，课入不充。弘正令判官司空舆至池务检察，特立新法，仍奏舆为两池使。”[31]两池，即河中道蒲州安邑县盐池与解县盐池。两池巡院各有知院官，此即“统职有归，”而卢伯卿一人身兼两院判官，故“不得专任，”所以“改知阆中院。”阆中院即山南西道阆州的阆中巡院，亦属度支使管辖。此时卢伯卿之官职应为阆中巡院知院官兼任监察御史。

卢伯卿的最后一任官职是“殿中侍御史，领盐城监，”即以盐城监知监官兼任殿中侍御史。盐城监位于淮南道楚州盐城县，应隶属于盐铁使管辖。卢伯卿此前一直在度支系统内任职，“领盐城监”实际上是转任到了盐铁系统。此外，不论是东渭桥给纳使巡官、京畿云阳院知院官，还是两池使判官与阆中院知院官，都是巡院官职，盐城监知监官，则属于盐监官职。

“既而遇疾于淮上，北归别业。”卢伯卿自宝历二年（826）“授大理评事，充东渭桥给纳使巡官”始，至开成年五年（840）去世，于度支盐铁系统历官五任，计十数载。

三、 卢伯卿司法权取得和司法职务迁转

卢伯卿担任过五任度支盐铁官职，均兼有法官或宪衔：其一为东渭桥给纳使巡官兼任大

[28] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 354 页。
[29] 周绍良：《唐代墓志汇编》，上海古籍出版社 1992 年版，大和 022 号。
[30] [唐] 李林甫等撰：《唐六典・卷二・尚书吏部》，中华书局 1992 年版，第 35 页。
[31] [后晋] 刘昫：《旧唐书・卷一六三・卢弘正传》，中华书局 1975 年版，第 4271 页。

理评事；其二为云阳巡院知院官，仍兼任大理评事；其三为两池使判官兼任监察御史；其四为阆中巡院知院官，仍兼任监察御史；其五为盐城监知监官兼任殿中侍御史内供奉。卢伯卿的兼官情况反映了唐后期盐院官吏兼任职务的一个特点：如知监官、知院官等，其兼任职务多为大理评事和监察御史一类的法官或宪衔。[32]此外，根据李锦绣先生对度支盐铁直属官员进行统计的结果来看：二十五名度支判官带郎中、员外郎一类的朝职，十二名盐铁判官大多带朝职，极少数兼有侍御史一类的宪衔，十一名户部判官均带朝职。[33]可知，度支盐铁直属官员，如度支盐铁判官、推官、巡官等亦有兼官，只是与盐院官吏不同，多为朝职。盐院官吏也有法官或宪衔与朝职同带的情况。[34]《唐故永州刺史清河张公墓志铭并序》载：“（张浑）擢授监察御史，领盐铁富都监。不至职，寻改扬子巡官，复领嘉禾监，转殿中。洁白励志，课续殊尤，迁侍御史，阶朝散。朱衣银章，优公之勤也。转工部员外郎。”[35]该志文中，张浑以嘉禾监知监官的身份，兼任侍御史，阶朝散，又加工部员外郎，是为宪衔与朝职同带的情况。征诸史料，唐后期盐院官吏兼任具有司法性质的大理评事（“法官”）或监察御史、殿中侍御史与侍御史（“宪官”）是非常普遍的现象。[36]

与此同时，部分盐院官吏的隶属关系也发生了变化。《册府元龟》卷五一六《宪官部·振举门》略云：

> （开成）四年四月，御史中丞高元裕奏：“伏以天下三司监院官带御史者，从前谓之外台，得以察访所在风俗，按举不法。元和四年，御史中丞李夷简亦曾奏知。监院官多是台中察属，伏请委以各访察本道使司及州县有违格敕不公等事，罕能遵行。岁月既久，事须振起。伏请自今以后，三司知监院官带御史者，并属台司，几有纪纲，公事得以指使。”从之。[37]

盐院官吏带御史衔者，称为“外台”，隶属于御史台。故而，盐院也从度支盐铁系统垂直管辖，演变为多种隶属关系。这种复杂的隶属关系，体现了中央对地方监察权的延伸。可以说，兼任具有司法性质的大理评事（“法官”）或监察御史、殿中侍御史与侍御史（“宪官”），

---

[32] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年第 3 期。
[33] 李锦秀：《唐代财政史稿（第四册）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 213 页以下。
[34] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年第 3 期。
[35] 周绍良、赵超：《唐代墓志汇编续集》，上海古籍出版社 2001 年版，大中 001 号。
[36] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年第 3 期。
[37] [宋] 王钦若等：《册府元龟·卷五一六·宪官部·振举门》，凤凰出版社 2006 年版，第 5861 页。

是盐院官吏获得司法权的重要依据。[38]唐代中后期的诏敕中，多有要求盐院官吏承担监察地方财税收入、督促盐政等的敕令。贾宪保、宁欣等人的研究对此早有论述。[39]

唐代文学家孙樵曾在《唐故仓部郎中康公墓志铭并序》中记述过康僚（璨）的生平：

> 明年（大中三年）授大理评事兼监察御史户部巡官。明年改盐铁巡官。天付介直，不能谄言。故丞相河东公休使盐铁转运，……明年授试大理司议郎兼侍御史度支巡官。明年改授检校户部员外郎兼侍御史转运推官。明年换判官。……咸通元年改检校礼部郎中兼侍御史，充转运判官。……咸通八年诏拜大理少卿，明年迁尚书仓部郎中，充西川宣谕制置盐铁法使兼西川供军使，赐紫金鱼袋。公驰驿至西川，不浃旬而盐无二价，蜀甿至今赖之。[40]

康僚（璨）的仕宦经历亦可与卢伯卿的仕宦经历相互印证。与卢伯卿类似，康僚（璨）几乎也是每次都以具有司法性质的法官或宪衔与朝职作为本官出任度支盐铁系统官职。但与卢伯卿不同的是，康僚（璨）出任的大多是度支盐铁直属属官。尤其是在咸通九年（868），康僚（璨）升任尚书仓部郎中，充任西川宣谕制置盐铁法使兼西川供军使，被赐予紫金鱼袋。

唐后期的知监官、知院官为度支盐铁系统里的中下层官吏，属于使职差遣的性质，其品级按试职或兼职，试职或兼职才是他们的本官。卢伯卿初担任京畿云阳院知院官，试官大理评事。“（大理寺评事）从八品下。掌出使推鞫。”[41]此时卢伯卿为从八品下，是品秩较低的官员。“迁监察御史，充两池使判官，”则是一次考满后升迁为监察御史。“（监察御史）正八品上。……监察掌分察巡按郡县、屯田、铸钱、岭南选补、知太府、司农出纳，监决囚徒。监察祀则阅牲牢，省器服，不敬则劾祭官。尚书省有会议，亦监其过谬。凡百官宴会、习射，亦如之。”[42]卢伯卿成为正八品上的监察御史，品秩依旧不高。之后，卢伯卿“迁殿中侍御史，领盐城监，”兼官变为殿中侍御史。依墓志标题则应为殿中侍御史内供奉，“（殿中侍御史）从七品下。……掌殿廷供奉之仪式。”[43]殿中侍御史为从七品下，故称“迁”。“至德后，诸道使府参佐，皆以御史为之，谓之外台；复有检校、里行、内供奉，或兼或摄，诸使下官

---

[38] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年第 3 期。

[39] 贾宪保：《唐代巡院初探》，《人文杂志》1984 年第 3 期；宁欣：《唐朝巡院及其在唐后期监察体系中的作用和地位》，《北京师范大学学报》(社会科学版)1989 年第 6 期等文。

[40] [唐] 孙樵：《唐故仓部郎中康公墓志铭并序》，[清] 董浩等编：《全唐文·卷七百九十五》，中华书局 1983 年版，第 8339 页。

[41] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十四·职官三·大理寺》，中华书局 1975 年版，第 1883 页。

[42] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十四·职官三·御史台》，中华书局 1975 年版，第 1863 页。

[43] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十四·职官三·御史台》，中华书局 1975 年版，第 1863 页。

亦如之。”[44]内供奉缀在殿中侍御史后，是诸道使府和诸使下属官员以检校、里行、内供奉之名为兼御史的表现。因此，上述官职所职掌的各种监察权力也抽象为特定司法权。结合康僚（璨）曾依次兼任大理评事兼监察御史、大理司议郎兼侍御史[45]、检校户部员外郎[46]兼侍御史、检校礼部郎中[47]兼侍御史等职务，可以得出唐后期度支盐铁系统官吏本官迁转的大致轨迹为：

大理评事（从八品下）→监察御史（正八品上）→殿中侍御史（从七品下）→侍御史（从六品下）→某部员外郎（从六品上）→某部郎中（从五品上）。

据此，至少可以得出以下几个结论：首先，侍御史应是唐后期盐院官吏本官与度支盐铁直属官员本官的分界线，盐院官吏的品级通常不高于从六品下。刘晏设置“场、监、巡院”后，三者之间的隶属关系在唐后期并非一成不变，三者的品级也时有变化，但最高品级一般不会高于从六品，除非该盐院官吏同时兼有法官或宪衔与朝职；其次，唐后期度支盐铁直属官员的兼官中带朝职者多，带宪衔者少，说明度支盐铁直属官职极有可能本身就被赋予一定司法职能，[48]如前述姚勗曾以盐铁推官的身份，鞫问河阴院犯法官吏；最后，唐后期盐院官吏司法权依托于法官或宪衔而获得，司法职务的迁转过程中也呈现出大理寺系统与御史台系统互相迁转的特点。另外，根据康僚（璨）“驰驿至西川，不浹旬而盐无二价，蜀甿至今赖之。”的记载，说明其直接参与了蜀地盐价平抑、盐法执行、盐政督促及相关的司法活动。盐院官吏主要参与的司法活动则大概有推按度支盐铁系统的司法案件、审覆州县案件，处理影响盐铁生产的事件等。[49]

四、 余 论

唐代后期，盐院逐渐拥有管理盐院官吏、商户、匠户等特殊群体和审理贩卖私盐、私铸钱币等特殊案件的司法权，这种司法权甚至涵盖了从案犯抓捕、审判到执行处罚的所有环节。[50]盐院司法权也逐渐独立于州县司法体系之外，以至于地方官吏认为盐院处罚的犯人，州县

[44] [宋] 欧阳修、宋祁等撰：《新唐书·卷四十八·百官三·御史台》，中华书局 1975 年版，第 1237 页。
[45] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十四·职官三·御史台》，中华书局 1975 年版，第 1862 页。“（侍御史）从六品下。……掌纠举百僚，推鞫狱讼。”
[46] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十三·职官二·户部》，中华书局 1975 年版，第 1825 页。“（户部员外郎）从六品上。……掌分理户口、井田之事。”
[47] [后晋] 刘昫等撰：《旧唐书·卷四十三·职官二·户部》，中华书局 1975 年版，第 1829 页。“（礼部郎中）从五品上。……掌贰尚书。……举其仪制，而辨其名数。”
[48] 该问题非本文重点，笔者将另撰它文论述。
[49] 宋平：《唐代中后期度支盐铁使的司法权运作问题:以邓琬案为样本》，《中山大学法律评论》第 14 卷：第 2 辑，广西师范大学出版社 2016 年。
[50] 宋平：《唐中后期度支盐铁官吏的司法权论考——以<殷彪墓志>为中心的考察》，《盐业史研究》2017 年

无权处置。盐院官吏，包括场、监、院等诸多官吏则是该司法权的运作与执行者，遗憾的是，正史典籍对此的记载十分有限。卢伯卿及其妻墓志，正好记载了卢伯卿从宪宗朝到文宗朝多次出任盐院官职的仕宦经历，对研究唐后期盐院官吏司法权的取得与司法职务的迁转问题来说，十分珍贵。

唐后期盐院逐渐掌握了一定的司法权，既是唐代盐政的重大变革，亦是唐代司法运作模式的重大变革。该司法权剥离自唐初中央司法系统与地方行政长官手中的司法权。这种司法权的重新分配，与“唐宋变革”的大背景下，“安史之乱”后唐代的政治、经济变革有着密切联系。就目前的唐代法律史研究而言，专注于律令体系、司法制度之研究者多，讨论司法权力分配、司法职务迁转等问题者少。故而，以卢伯卿为例，讨论盐院官吏如何取得司法权，以及其司法职务之迁转问题，是具有研究意义的。

第 3 期。

宪法权利救济：旧时代落幕与新时代登场*

理查德·法伦 著；张梦瑶、徐馨洁、罗伟航 译**

摘　要：尽管马伯里诉麦迪逊案（Marbury v. Madison）有一句响亮的格言是“每项权利，被剥夺时，都必须有相应的救济措施”，但获得救济的权利在宪法上一直处于不稳定的地位。一百多年以来，持续违宪行为的受害者有权获得禁令救济已成为常态。但宪法中并没有明确规定这一规范，最近涉及禁令和损害赔偿诉讼的最高法院裁决，使得宪法上权利与救济之间的联系比以往任何时候都要薄弱。本文探讨了宪法权利与获得司法救济权之间在概念和理论上的联系。全体女性健康组织诉杰克逊案（Whole Woman’s Health v. Jackson）中主要支持了德克萨斯州通过禁令诉讼来保护反堕胎法免受司法挑战的策略，这为本文理解当前理论形势提供了主要窗口。但本文采取的视角是更广泛地历史性的。文章始终认为，如果我们不了解现行法律的发展以及其日益偏离越来越重要方面的背景，我们就无法理解现行法律。文章的核心主题结合了实证和规范的方面：尽管现代最高法院利用分权论点来削减宪法救济，但最高法院的前提是错误的。尽管宪法并非始终如一，但却经常要求，为宪法侵权行为提供有效的救济。当国会未能授权此类救济时，宪法的历史或传统中没有任何内容禁止最高法院设计必要的救济措施以行使实质性权利方面。如果我们已经进入了一个多数大法官持有不同看法的时代，那么这是一个令人深感遗憾的时代，在这种情况下，宪法权利的概念将被降低价值。

关键词：宪法救济 宪法权利 全体女性健康组织诉杰克逊案 禁令救济 原旨主义 文本主义

---

* 原文参见 Richard H. Fallon Jr, *Constitutional Remedies: In One Era and Out the Other*, 136 HARV. L. REV. 1300, 1300-1367 (2022):.

** 理查德·法伦（Richard H. Fallon），哈佛大学法学院；张梦瑶，西安交通大学法学院；徐馨洁，江西财经大学法学院；罗伟航，江西财经大学法学院。

目 录

引言 16
一、 宪法权利和救济措施：我们曾经的历程 22
（一）宪法救济的传统法则：一种带有个人见解的概述 24
1. 创始时期 24
2. 过去的进步：禁令 27
3. 过去的进步：损害赔偿 30
4. 国会授权的救济措施 32
（二）解释性主题 33
二、 大变革：当今时代的开端 36
（一）获得禁令救济的权利 36
（二）寻求损害赔偿救济的官员诉讼 39
（三）国会授权救济措施的限制 42
三、 杰克逊案和宪法救济 43
四、 杰克逊案的影响 47
（一）宪法救济与正当程序条款 48
1. 以禁令作为对抗强制执行行动的替代手段 48
2. 缺乏执行行动时的禁令救济权 53
（二）衡平法传统及其界限 57
（三）针对强制执行行动提出宪法抗辩的权利 63
（四）衡平法救济与制定法救济的较量 64
五、 原旨主义、文本主义及对国会特权的尊重？ 66
（一）原旨主义与文本主义：法律诠释之谦抑精神的基石？ 66
（二）遵循先例 69
（三）当今时代对国会裁决的尊重 71
六、 结论 73

引言

“这是一个既定不变的原则。”首席大法官马歇尔（Marshall）曾写道，“被剥夺的权利都必须有救济途径。”[1] 有时并不完全是这样。尽管有些人认为没有救济措施的实质性宪法权利（概念）是矛盾的，[2] 但获得救济的权利在宪法上的地位岌岌可危，并且最近最高法院对其进行了多方面的颠覆。对是否可以获得宪法救济的权利评价包括多种因素，包括（1）法院审理案件的管辖权，（2）诉讼理由是否存在，[3] （3）司法救济的可获得性。但是，这些要素之间复杂的相互关系不应掩盖宪法权利在实践和概念上对其执行机制的依赖。[4]

最近全体女性健康组织诉杰克逊案[5]中的判决体现了最高法院在加速实质性宪法权利与获得救济权之间紧密关系的倾向。杰克逊案源于德克萨斯州试图挫败一项针对反堕胎法的禁令诉讼。在一项标志着宪法救济法发生重大变革的裁决中，由戈萨奇大法官撰写多数意见的最高法院[6] ，即使在多数人认为宪法保障堕胎权的情况下，仍在很大程度上让德克萨斯州如愿以偿。（六个月后，最高法院在多布斯诉杰克逊全体女性健康组织案[7] 中推翻了罗伊诉韦德案（Roe v. Wade）[8] 时，这一假设被证明是短暂的。）

在某些情况下，权利的行使面临法律和甚至宪法层面的障碍，这屡见不鲜。主权豁免原

---

[1] 马伯里诉麦迪逊案，《美国联邦判例汇编》(1 Cranch) 第 5 卷，第 137，147 页（1803 年）（引用自威廉·布莱克斯通《英格兰法律注释》第三卷第 109 页）。（Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 147 (1803)）

[2] 参见例如，Michael Coenen, *Right-Remedy Equilibration and the Asymmetric Entrenchment of Legal Entitlements*, 61 B.C. L. REV. 129, 139 (2020).（将“法律权益”定义为“针对特定实质性权利侵犯所作出的救济措施”（省略强调））；Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM. L. REV. 857, 914 (1999)（“（权利和救济）作为单一整体的一部分运作。”）。

[3] Henry Paul Monaghan, *A Cause of Action, Anyone?: Federal Equity and the Preemption of State Law*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1807, 1809 (2016). 根据萨缪尔·布雷教授和保罗·米勒教授的说法，传统的衡平法并没有诉讼原因，尽管向行使衡平管辖权的法院提出的上诉“需要将”他们的救济请求“与某种重复出现的衡平干预模式联系起来”。Samuel L. Bray & Paul B. Miller, *Getting Into Equity*, 97 NOTRE DAME L.REV. 1763, 1764 (2022). 在本文中，我不会质疑这一历史主张，作者似乎主要但不完全基于寻求救济的私人行动，如果严格应用私法，将会产生不公正的结果。同上，第 1778 页。在本文中，我唯一关心的是“诉讼原因”这一术语，正如它在现代公法案件中所使用的，其中原告请求联邦法院为违反联邦法律的行为提供救济。

[4] 参见例如，Levinson，上述注释[2]，第 858 页（描述权利和救济为“密不可分地交织在一起”，并指出权利依赖于救济“以确定其范围、形状和存在本身”）。

[5] 《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 522 页（2021 年）。（142 S. Ct. 522 (2021)）

[6] 大法官戈萨奇（Gorsuch）的意见得到了大法官阿利托（Alito）、卡瓦诺（Kavanaugh）和巴雷特（Barrett）的完全赞同，而大法官托马斯除了第二章第三节以外，也加入了这一意见。首席大法官罗伯茨（Roberts）撰写了部分同意判决、部分持不同意见的意见书，大法官布雷耶（Breyer）、索托马约尔（Sotomayor）和卡根（Kagan）也加入了这一意见书，参见第 543 页（罗伯茨，首席大法官，部分同意判决、部分持不同意见）。大法官索托马约尔也撰写了部分同意判决、部分持不同意见的意见书，大法官布雷耶和卡根也加入了这一意见书，参见第 545 页（索托马约尔，大法官，部分同意判决、部分持不同意见）。

[7] 《美国联邦判例汇编》第 410 卷第 113 页（1973 年）（410 U.S. 113 (1973)）判决，被多布斯诉杰克逊妇女健康组织案（Dobbs v. Jackson Women’s Health Org.），《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 2228 页（2022 年）（142 S. Ct. 2228 (2022)）所推翻。

[8] 《联邦法院判例汇编》第 142 卷，第 2228 页。（142 S. Ct. 2228）

则通常禁止未经同意的诉讼，无论是针对联邦政府还是各州，包括违宪行为的诉讼。[9] 在过去的许多案件中，当主权豁免与政府官员如警察和检察官的“官员豁免权”相结合时，违宪行为的受害者得不到任何经济赔偿。[10] 相比之下，在持续进行的违宪案件中，例如学校种族隔离或威胁执行违宪法规等情况，在长达一百多年的时间里，法院更常发布禁令，以切实保障宪法权利具有实际意义。[11] 最高法院在杰克逊案中的裁定标志着这一模式的中断。

德克萨斯心跳法案[12]，也被称为参议院第 8 号（S.B. 8）法案，融合了三个要素。首先，该法案无视罗伊案和东南宾夕法尼亚计划生育联盟诉凯西案（Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey）[13]，规定一旦检测到胎儿心脏活动即禁止堕胎。[14] 其次，为避免在法案执行前遭到起诉，参议院第 8 号法案将检察官的起诉责任从州的总检察长和其他行政官员身上移除。[15] 相反，它授权私人公民对任何实施或协助堕胎的人提起民事诉讼。[16] 因为私人公民在“国家行为学说”下很少能违反宪法，[17] 德克萨斯州希望希望借此让那些寻求、协助或实施堕胎的人无从起诉。此外，现有诉讼资格的限制也对所有潜在私人心跳法案执行者的诉讼设置了严格障碍。[18] 第三，参议院第 8 号法案规定，任何实施、协

---

[9] 参见 RICHARD H. FALLON, JR., JOHN F. MANNING, DANIEL J. MELTZER & DAVID L. SHAPIRO, HART & WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 877–83, 895–922 (7th ed. 2015) [hereinafter HART & WECHSLER]（讨论主权豁免）。

[10] 官员豁免原则经常被视为对政府官员个人身份提起损害赔偿诉讼的障碍。参见该文献第 1030-1060 页（讨论官员豁免）。

[11] 联邦司法实践中，针对政府官员持续违反宪法行为发出禁令的做法，通常可以追溯到杨案（Exparte Young 案，209 U.S. 123（1908）.）。例如，参见弗吉尼亚保护与倡导办公室诉斯图尔特案（Va. Off. for Prot. & Advoc. v. Stewart），563 U.S. 247, 254（2011）；弗瑞诉霍金斯案（Frew ex rel. Frew v. Hawkins），540 U.S. 431，437（2004）。关于联邦禁令作为一种常规而非特殊的宪法救济措施的出现，例如，可参见 Pamela S. Karlan, *The Irony of Immunity: The Eleventh Amendment, Irreparable Injury*, and Section 1983, 53 STAN. L. REV. 1311, 1327–30(2001); and James E. Pfander & Jacob P. Wentzel, *The Common Law Origins of Ex parte Young*, 72 STAN. L. REV. 1269, 1329–33 (2020). 另见 Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 HARV. L. REV. 687, 692 (1990)（“禁令是常规的……”）。

[12] 2021 年德克萨斯州议会法案服务第 62 章（West 出版）（编入《德克萨斯州健康与安全法典》第 171.201 -.212 节（2021 年 West 出版））。

[13] 《美国联邦判例汇编》第 505 卷第 833 页（1992 年）（505 U.S. 833 (1992)），多布斯案推翻，见《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 2228 页（142 S. Ct. 2228）。

[14] 《德克萨斯州健康与安全法典》第 171.204(a)节（2021 年 West 出版）。

[15] 同上，第 171.207(a)条（“（本）小节的要求应仅通过……私人民事诉讼……来执行。”）

[16] 同上，第 171.208(a)条。

[17] 参见例如民权案件，《美国联邦判例汇编》第 109 卷第 3 页，第 13 页（1883 年）（The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 13 (1883)）（“（在）任何州法律通过之前，或者任何州通过其官员或代理人采取行动之前，……没有任何美国立法根据（第十四修正案），也没有任何根据此类立法的程序可以被激活，因为修正案的禁止是针对州法律和在州权威下进行的行为。”）；杰克逊诉大都会爱迪生公司案，《美国联邦判例汇编》第 419 卷第 345 页，第 350-351 页（1974 年）（Jackson v. Metro. Edison Co., 419 U.S. 345, 350–51 (1974)）（为第十四修正案的目的，阐明了“私人”和“州”行为之间的区别）。

[18] 为了确立诉讼资格，原告必须证明（1）“实际损害”，即（2）与原告起诉所挑战的行为有因果关系，并且（3）有可能通过有利的司法裁决得到救济。卢汉诉野生动物捍卫者组织案，《美国最高法院判例汇编》第 504 卷，第 555 页，第 560-561 页（1992 年）（Lujan v. Defs. of Wildlife, 504 U.S. 555, 560–61 (1992).）。在涉及未来、潜在的损害，如被起诉以执行一项被指控违宪的法规的情况下，造成损害的行为必须是“即将发生”或至少极有可能发生。比较克拉珀诉美国国际特赦组织案，《美国最高法院判例汇编》第 568 卷，第

助或教唆堕胎的人可能会受到严厉的多重处罚。[19]

由于不愿意在没有法院命令保护的情况下执行参议院第 8 号法案禁止的堕胎手术，德克萨斯州的堕胎服务提供者迅速寻求联邦法院发布禁令，以阻止该法案的执行。[20] 在杰克逊案中，最高法院将它面前的问题框定为，挑战者是否充分陈述了针对德克萨斯州公民、州总检察长、州法官、书记员以及负责发放医疗执照的各级官员的救济要求。[21] 最高法院的多数意见裁定，原告对私主体被告（private defendant）和德克萨斯州检察长提起诉讼是缺乏诉讼资格的，[22] 并且主权豁免权阻碍了对德克萨斯州法官和及其职员的诉讼，[23] 但法院发现，负责医疗执照发放的官员在执行参议院第 8 号法案的实质性禁令中仍发挥着一定作用，因此根据与杨案（Ex parte Young）长期相关的法律理论，他们可以被起诉并被要求发布禁令。[24]

随后的头条新闻是，原告们认为拥有联邦赋予的权利，即通过起诉德克萨斯州的“负责许可证颁发的官员”来挑战参议院第 8 号法案。[25] 但德克萨斯州最高法院（该法院对德克萨斯州法律的解释拥有最终权威）[26]随后裁定这些官员无权执行参议院第 8 号法案。[27] 根据这一裁决，原告希望获得禁令的愿望破灭了。此外，仅针对许可证颁发官员的禁令是否会

---

398 页，第 409 页（2013 年）（Clapper v. Amnesty Int’l USA，568 U.S. 398, 409 (2013).）（执行必须是“即将肯定发生”（强调省略）（引用卢汉案；惠特莫尔诉阿肯色州案，《美国最高法院判例汇编》第 495 卷，第 149 页，第 158 页（1990 年）（Whitmore v. Arkansas, 495 U.S. 149, 158 (1990).）），以及苏珊·B·安东尼名单组织诉德里豪斯案，《美国最高法院判例汇编》第 573 卷，第 149 页，第 164 页（2014 年）（Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U.S. 149, 164 (2014).）（风险必须是“重大”的）。根据这一公式，要确立任何特定的私人公民对任何特定原告提起执行行动的可能性足够大，以至于对原告的伤害负有因果责任，并且显示对特定被告的禁令将能治愈伤害可能是困难的。

[19] 参议院第 8 号法案规定，对于违反该法律条款执行或诱导堕胎的被告，将处以不少于 10,000 美元的法定赔偿金，以及费用和律师费。《德克萨斯州健康与安全法典》第 171.208(b)条（West 2021 年）。一方不能因同一违规行为被多次追究责任。同上，第 171.208(c)条。参议院第 8 号法案还禁止基于（包括但不限于）“非相互性问题排除或非相互性索赔排除”的辩护，同上，第 171.208(e)(5)条，并允许在任何私人参议院第 8 号法案原告的居住县进行诉讼，同上，第 171.210(a)(4)条。

[20] 参见全体女性健康组织诉杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 522 页，第 530 页（2021 年）。（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 530 (2021)）

[21] 见同上第 531-535 页。

[22] 同上第 534–535 页。

[23] 同上第 531–534 页。

[24] 《美国联邦判例汇编》第 209 卷第 123 页（1908 年）（209 U.S. 123 (1908)）；杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，第 535-536 页（Jackson, 142 S. Ct. at 535–36）。

[25] 例如，Adam Liptak, Supreme Court Allows Challenge to Texas Abortion Law but Leaves It in Effect, N.Y. TIMES (Dec. 10, 2021), https://www.nytimes.com/2021/12/10/us/politics/texas-abortion-supreme-court.html [https://perma.cc/37E6-QN44]（“最高法院周五裁定，德克萨斯州的堕胎提供者可以挑战一项禁止在六周后进行大多数堕胎的州法律，至少允许他们在联邦法院起诉一些州官员，尽管该法律的不寻常结构施加了程序障碍。”）。

[26] 参见，例如，阿尔伯森诉米拉德案，《美国联邦判例汇编》第 345 卷第 242 页、第 244 页（1953 年）（由法院全体法官判决）（“州法院对州法规所作的解释对联邦法院具有约束力。”）（Albertson v. Millard, 345 U.S. 242, 244 (1953)）。

[27] 全体女性健康组织诉杰克逊案，《德克萨斯州西南地区判例汇编》第 642 卷第 3 辑第 569 页，第 574 页（德克萨斯州，2022 年）。（Whole Woman’s Health v. Jackson, 642 S.W.3d 569, 574 (Tex. 2022)）

支持德克萨斯州的堕胎技术提供者去违反参议院第 8 号法案，似乎也令人怀疑。根据诉讼请求权原则和争点阻却原则以及先例原则，一个较低等级的联邦法院作出的授予此类禁令的裁定，可能不会约束参议院第 8 号法案授权下提起损害赔偿和其他民事处罚诉讼的私人当事人。[28] 在德克萨斯州的州法院中，包括在预期推翻罗伊案和凯西案之后提起的诉讼在内，以私人诉讼形式来实施参议院第 8 号法案的威胁仍将存在。

针对索托马约尔大法官提出的异议抗议，即针对一项在罗伊案和凯西案下明显违宪的法案，最高法院不应允许德克萨斯州逃避提起有效禁令救济诉讼，[29] 对此，戈萨奇大法官强调，该州并未完全使参议院第 8 号法案免受挑战。[30] 除了最高法院认为值得针对负责颁发执照的官员的提起的诉讼外，戈萨奇大法官指出，参议院第 8 号法案可能在德克萨斯州法院的执行前禁令诉讼（preenforcement suits for injunctions）中受到挑战[31]——尽管他似乎没有将最高法院对参议院第 8 号法案的支持建立在这种不确定的可能性上。[32] 戈萨奇大法官写道，无论如何，任何因违反参议院第 8 号法案而被起诉的当事方都可以在针对他们的行动中主张他们的宪法权利作为辩护。[33]

被告有权辩称针对他们的法律违反了宪法，这确实是实质性宪法权利与救济权利之间关系中重要且宪法明文规定的组成部分。根据宪法的至上条款，法院必须适当考虑提出的宪法辩护。[34] 但是，依赖这一保障需要违反法规，并且有着宪法论点可能获胜的侥幸。在许多情况下，这可能是一个风险策略，对于杰克逊案的原告来说尤其冒险，因为最高法院可能会推翻罗伊案和凯西案。为了减轻刑事和民事执法行动威胁所带来的寒蝉效应（chilling effects），现代宪法救济法已经发展，允许将禁令诉讼作为常态。[35]

杰克逊案超越案件本身和堕胎问题的重要意义在于，最高法院多数意见对这一规范的处理方式。在最合理的解读下，杰克逊案观点认为，即使一项法规对宪法权利的行使产生并旨在产生寒蝉效应，人们也没有权利起诉反对执行法规的禁令——至少，当权利持有人在理论上可以主张他们的权利作为对执行行动的辩护时是这样。如果是这样，杰克逊案的裁决具有

---

[28] 请参见下文注释[293]-[295]及其相关内容。
[29] 杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，第 545 页（索托马约尔大法官，部分同意判决并部分持不同意见）。（Jackson, 142 S. Ct. at 545）
[30] 同上，第 537-538 页（多数意见）。
[31] 同上，第 537 页。
[32] 参见同上（将讨论可能受伤方可用的替代救济描述为“绕道”）。
[33] 同上，第 537-538 页；同上，第 530 页注释[1]（“当适当主张时，适用的联邦宪法抗辩始终完全可用。”（援引《美国宪法》第六条））。
[34] 见《美国宪法》第六条第二款。
[35] 参见上文注释[11]及其相关文本。

巨大的影响。除了会促使其他州效仿德克萨斯州的策略，试图抑制宪法权利的行使之外，[36]杰克逊案还与最高法院在 2015 年对阿姆斯特朗诉特殊儿童中心有限公司案（Armstrong v. Exceptional Child Center, Inc.）的裁决相呼应[37]——该裁决认为，至上条款并不直接创造一个可以起诉违宪的州法规的联邦权利[38]——引发了人们对当事人是否拥有获得衡平法救济的宪法权利的质疑。如果衡平法院禁止违宪行为的传统做法没有宪法授权作为依据，那么起诉要求发布禁令的诉讼理由显然只存在于，各州选择将其作为州法律事项授予、国会选择将其作为联邦法律事项予以容忍的情况下。

对于一些依赖禁令来维护其实质性权利的当事人来说，此外，对抗强制执行行动甚至不是一个理论上的选择。例如，想想那些在公立学校被迫参与违宪的祈祷仪式的人，或者那些因违宪的理由被剥夺福利救济金或被解雇的人，甚至是在“布朗诉教育委员会案”中遭遇种族隔离的原告们[39]。宪法是否不保证他们任何权利去提起诉讼以获得禁令或者获得其他足以行使他们实质性权利的救济措施？在当前，大多数人认为州官员侵犯了潜在原告的宪法权利，根据《美国法典》第 42 编第 1983 节，他们都有权提起诉讼以获得禁令。[40] 但是，如果国会取消了提起诉讼以禁止执行违宪法规的法定权利会怎样呢？是否会有宪法规定的获得禁令或其他有效补救措施的权利？

三十年前，我会自信地回答，这个问题的答案是肯定的。距今更近但在阿姆斯特朗案和现在的杰克逊案之前，我本以为肯定的论点很可能会说服大多数法官。但现在，即使没有机会通过抵抗强制执行行动来维护实质性的宪法权利，也应存在一种宪法权利，即对持续的违宪行为获得有效的禁令救济，这一论点正面临越来越多基于先例的逆风。

在一些人看来，因为政治问题，国会不太可能排除对州持续违反宪法规范的行为采取有

---

[36] 例如，在加利福尼亚州，州立法机构最近通过了参议院第 1327 号法案，该法案创建了一项私人诉讼权，州官员无法执行，针对在该州制造、进口或销售攻击性武器的任何人，每次违规至少处以 10,000 美元的损害赔偿。2022 Cal. Legis. Serv. ch. 146 (West) (to be codified at CAL. BUS. & PROF. CODE§§22949.60–.71 and CAL. CIV. PROC. CODE§1021.11);另见 Hannah Wiley, Newsom Signs Gun Law Modeled After Texas Abortion Ban, Setting Up Supreme Court Fight, L.A. TIMES (July 22, 2022, 11:23 AM),https://www.latimes.com/california/story/2022-07-22/newsom-signs-gun-bill-modeled-after-texas-abortion-ban-setting-up [https://perma.cc/5DC3-TEJM]（讨论了法案的通过）。

[37] 《美国联邦判例汇编》第 575 卷，第 320 页（2015 年）。（575 U.S. 320 (2015)）

[38] 同上，第 327 页。

[39] 《美国联邦判例汇编》第 347 卷第 483 页（1954 年）。（347 U.S. 483 (1954)）

[40] 第 1983 节提供了以下内容：
任何人在任何州的任何法律、条例、规章、习惯或用法的掩护下，使任何美国公民……遭受或导致遭受任何由宪法和法律保障的权利、特权或豁免的剥夺，应当对受损害的一方在法律诉讼、衡平法诉讼或其他适当的救济程序中承担责任……

效的禁令救济措施，例如禁止在公共教育中实行种族隔离[41]、学校祈祷[42]或就业歧视[43]。将政治发展视为显著不可预测，我对前景并不乐观。但无论一个人的政治预测如何，杰克逊案提醒我们，宪法权利与实际执行这些权利所必需的救济之间可能存在重大差距——有时正是因为立法机构希望创造这些差距。因此，杰克逊案提供了一个机会，让我们考虑关于宪法救济法目前状况以及在不久的将来它可能如何变化的广泛问题。尽管我的大部分分析以杰克逊案为出发点，但本文强调了杰克逊案与最近其他的学说发展之间的联系，包括最高法院在同一任期内作出的裁定，这使得对违反宪法权利的联邦官员提起损害赔偿诉讼几乎不可能成功。[44] 回顾 1971 年在比文斯诉联邦缉毒局六名特工案（Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics）中的裁决，[45] 该裁决首次承认原告有权因损害赔偿起诉联邦官员，[46] 法院在埃格伯特诉布勒案（Egbert v. Boule ）[47]中指出："如果我们今天要对比文斯案作出裁决，那我们会否决在宪法中探寻任何隐含的诉因。"[48]

在探讨关于宪法救济法的现状及其可能的未来问题时，本文依赖于两个假设。即，首先，我们无法理解什么是实质性的宪法权利，或者拥有实质性权利意味着什么，除非我们关注到宪法保障的救济措施可获得性的程度——如果有的话。其次，我们无法理解当前定义实质性宪法权利与法院救济权利之间关系的法律，除非我们了解当前法律得以发展的历史与宪法背景，以及在越来越重要的方面，当前法律与此背景产生偏离的缘由。

在这些前提的背景下，本文提出一个结合了实证和规范方面的单一、核心论点：塑造权利与救济之间的关系是一项关键的立法功能，历史上这一直由国会和法院特别是最高法院共享。与一些最高法院的批评者相反，权利与救济之间的关系在概念上并不是确定的。[49] 若不依赖其他前提并考虑多种偶发因素，人们无法直接从权利的概念中推导出对特定救济的享

---

[41] 例如，可以参考布朗案，《美国联邦判例汇编》第 347 卷第 495 页。（, Brown, 347 U.S. at 495）

[42] 例如，可以参考恩格尔诉维塔莱案，《美国联邦判例汇编》第 370 卷第 421 页、第 424 页（1962 年）（Engel v. Vitale, 370 U.S. 421, 424 (1962)）

[43] 例如，可以参考怀根特诉杰克逊教育委员会案，《美国联邦判例汇编》第 476 卷第 267 页，第 283 - 284 页（1986 年）（Wygant v. Jackson Bd. of Educ., 476 U.S. 267, 283–84 (1986)）（多数意见）。

[44] 见埃格伯特诉布尔案，《联邦法院判例汇编》第 142 号案例，第 1793 页，第 1809 页（2022 年）。（Egbert v. Boule, 142 S. Ct. 1793, 1809 (2022)）

[45] 《美国联邦判例汇编》第 403 卷第 388 页（1971 年）。（403 U.S. 388 (1971)）

[46] 见同上，第 397 页。

[47] 《联邦法院判例汇编》第 142 号案例，第 1793 页。 （142 S. Ct. 1793）

[48] 例如，见（同上），第 1809 页（援引齐格拉尔诉阿巴西案，《联邦法院判例汇编》第 137 卷，第 1843 页，第 1856 - 1857 页（2017 年）（Ziglar v. Abbasi, 137 S. Ct. 1843, 1856–57 (2017)））。

[49] 参见例如 Susan Bandes, Reinventing Bivens: The Self-Executing Constitution, 68 S. CAL.L. REV. 289, 293–94 (1995)（基于"司法机关有责任执行宪法"的原则，主张"法院必须确保每个在它面前的个人因违反宪法权利而获得充分的救济"，同上，第 293 页（脚注省略））；Martin H. Redish, Constitutional Remedies as Constitutional Law, 62 B.C. L. REV. 1865, 1875 (2021)（"[C]onstitutional remedies...必须完全是司法机关的领地，以维护司法审查的权力..."）。

有权。[50] 同时，与一些原始主义-文本主义者对宪法救济法的驳斥相反，这些法律在像阿姆斯特朗案和杰克逊案这样的案件之前就存在了，[51] 宪法的历史或传统并没有规定最高法院必须完全将提供对实质性权利有效执行所必需的救济权留给国会。国会提供或拒绝宪法侵权的救济，有时包括损害赔偿和禁令的权力，并不是完全不受约束的。如果我们已经进入了一个大多数法官持有不同看法的时代，我认为这种情况是极其令人遗憾的，这将减少拥有宪法权利的意义。[52] 如果没有政治承诺去执行它们，名义上存在的权利将越来越容易受到忽视。我们还冒着侵蚀法治理想的风险，该理想认为政府及其官员应对他们在法院前的违法行为负责。[53] 尽管本文中的一些担忧和论点是常见的，但我的目标是从一个相对全面的视角来看待宪法救济法的历史趋势和规范性主题，以提出对最高法院限制可用救济的批评，提出最新的救济措施，以及预测可能的未来发展——我发现其中一些是令人担忧的。

本文内容如下。第一章追溯了我所谓的传统宪法救济法从建国时期到二十世纪后期的发展历程。同时，我还基于法治的理想，简要地为这一时期发展起来的学说提供了规范性的辩护。第二章识别了二十世纪晚期变革运动的开端，这部分是由最高法院对原旨主义和文本主义解释方法的日益（但从未完全）信奉所驱动的。第三章审视了最高法院最近在全体女性健康组织诉杰克逊案中的推理。第四章探讨了杰克逊案和其他近期判决对于一系列重要且迫在眉睫的问题可能产生的影响，而这些问题涉及实质性权利与宪法救济之间的关系。我认为，杰克逊案不太可能标志着最高法院此工作的顶点，对于宪法侵权后获得的救济，与其说是一个宪法权利问题，不如说是一个供州立法机构（如杰克逊案中所示）和国会进行政治判断与限制的议题。第五章考虑并反驳了最高法院在杰克逊案中提出的观点，即其最近限制宪法救济的裁定反映了在权力分立下对国会有节制的克制和尊重。第五章认为，法院有权保留、并有时积极使用各种非谦抑性的手段来根据其偏好塑造宪法救济法。第六章以对宪法变革和未来可能的长远发展的反思作为结论。

一、 宪法权利和救济措施：我们曾经的历程

[50] 关于这一论题的经典发展，请参见 Henry M. Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 HARV. L. REV. 1362, 1366(1953).

[51] 参见 John Harrison, *Jurisdiction, Congressional Power, and Constitutional Remedie*s, 86 GEO.L.J. 2513, 2522 (1998)，86 GEO. L.J. 2513, 2522 (1998)（主张对违反第十四修正案的唯一宪法必要救济是司法废除无效的制定法）。

[52] 关于司法角色在定义宪法权利与救济之间关系的历史部分并行叙述，同时也指出了近几十年来与以往模式的转变，请参见 AZIZ Z. HUQ, THE COLLAPSE OF CONSTITUTIONAL REMEDIES 5–9 (2021).

[53] 参见，例如，Gerald J. Postema, *Law's Rule: Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law*, in BENTHAM'S THEORY OF LAW AND PUBLIC OPINION 7, 39 (Xiaobo Zhai & Michael Quinn eds., 2014)

尽管权利的实际价值显然取决于是否有救济措施来保障其实施，但宪法权利与救济之间存在不同可能的联系和组合。在关于此话题最有影响力的讨论中，亨利·哈特教授曾经指出，即使宪法可能禁止国会拒绝提供或撤回所有救济措施，但国会仍有广泛的自由裁量权来选择提供哪些救济措施。[54] 税收救济措施为此提供了核心例证。[55] 即使我们假设纳税人有权质疑税法的合宪性，国会也可以选择是否要求在禁令诉讼、要求退税的延期付款诉讼中对该问题提起诉讼，或者在可能的情况下，针对不纳税行为的强制执行行动提出抗辩。[56]

在大约三十年前撰写的一篇文章中，我和丹尼尔·梅尔策教授基于哈特的见解进行了论证，认为传统的宪法救济法体现了宪法、普通法和衡平法原则的混合。[57] 或许核心实质性原则是宪法要求有一个充分的权利体系和司法救济方案，以确保联邦和州官员行为通常会保持在宪法的界限之内。[58] 在追溯此原则到宪法，并且论证它有助于解释和证明一系列已确定的案例和教义学解释时，梅尔策和我采纳了一组我们后来称之为“普通法模型”的假设。[59] 在这一模型中——我们认为，这一模型既为历史所证实，也为宪法所必需，因为宪法往往要求存在某种宪法救济措施，却不具体规定这些措施必须是什么——法院在开发救济措施方面，适当地扮演了国会的次要伙伴角色。[60] 在国会明确创造或保留特定救济措施的情况下，我们认为法院几乎总是应该顺从国会的立法特权。但是，即使在国会没有得到明确授权的情况下，梅尔策和我也认为，法院在传统上适当地假定，违宪行为的受害者推定有权得到赔偿。[61] 我们承认，由此产生的推定并不是僵化的：它有时会屈服于主权豁免和官员豁免等原则，以及支撑这些学说背后的价值。[62] 尽管如此，我们始终认为，判例法反映了一种假设，即法院能够、应该并且会制定旨在促进个人救济的救济措施，同时，即使特定的救济措施并不严格地是宪法所必需的，那也要使政府及其官员（的行为）通常保持在宪法范围内。

---

[54] 哈特，前文注释[50]，第 1366-1370 页。
[55] 见同上，第 1367–1370 页，第 1370 页注释[32]。
[56] 见同上，第 1369 页。
[57] 参见 Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-retroactivity, and Constitutional Remedies,* 104 HARV. L. REV. 1731, 1779–80, 1787 (1991)（以下简称 Fallon & Meltzer，*New Law*）。
[58] 参见，例如，同上，第 1789 页（描述了“不屈不挠”，或者至少相对不屈不挠的原则，即宪法救济方案必须足以“确保政府对法律的忠诚”）。
[59] 参见 Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror,* 120 HARV. L. REV. 2029, 2041 (2007)（以下简称 Fallon & Meltzer,Habeas Corpus）。
[60] 关于限制的例子，请参见扬格诉哈里斯案，《美国联邦判例汇编》第 401 卷第 37 页，1971 年（*Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971)），在此案中，九位大法官中有八位同意，联邦法院几乎总是应当拒绝行使管辖权，以禁止正在进行的州刑事起诉。参见该案例第 53-54 页；同上，第 56 页（布伦南大法官同意判决）。
[61] 例如，Fallon & Meltzer，New Law，参见上文注释[57]，第 1791 页（“要求有效救济所有个人错误的原则为分析救济问题提供了适当的基线。”）；另见 Fallon & Meltzer, Habeas Corpus，参见上文注释[59]，第 2069-70 页（在人身保护令的背景下描述了“对（身体）自由的解释性假定”，同上，第 2070 页）。
[62] 参见 Fallon & Meltzer，New Law, 上文注释[57], 第 1787 页, 第 1791 页。.

[63] 如果宪法要求采取某些救济措施来维护宪法权利，而国会并未提供任何救济措施，那么我们认为，即使在宪法上没有规定特定的必要救济措施，法院仍需要选择一种救济措施。

安·伍尔汉德勒教授的历史学研究强调了宪法及相关学说这一谜题中的另一个重要部分。[64] 有时，如果一个州对州政府官员违反宪法的行为提供州法院救济，那么这种救济在宪法上可能是充分的。然而，如果一个州声称排除所有救济措施，那么最高法院在审查州法院的判决时，必须确定如果宪法要求提供救济措施时，应提供哪种救济措施。[65] ——即使一个州选择替换一个不同的救济方案也是允许的。例如，如果一项强制征收的州税违反了平等保护条款，最高法院可能会要求该州退还税款，即使该州原则上可以通过提高其他纳税人的税率来遵守第十四修正案。[66]

这部分简要概述了传统宪法救济法的发展以及定义它的原则，在我看来，现代时期始于 1991 年梅尔策和我发表文章之后不久。随后，我简要地为传统法律提供了规范性的辩护，我认为它反映了引人入胜的法治理想，而近期的发展不仅低估而且还在积极地颠覆这些理想。

（一） 宪法救济的传统法则：一种带有个人见解的概述

宪法明确提到的仅有两种补救措施：人身保护令和合理补偿。[67] 如果有人问，若有人质疑开国元勋们为何对此等重要之事关注甚少，答案在于，开国一代预设了一套普通法和衡平法补救措施的背景体系。[68] 宪法救济的传统法律不仅成长于那个背景框架，而且也反映出了为确保有效执行宪法规范而对其进行的逐步调整适应。

1. 创始时期

在宪法历史的早期及之后，用以对联邦政府和各州执行宪法的救济法律，几乎完全是由法官制定或发现的。它严重依赖于对政府官员而不是针对政府本身提起诉讼。在创始时期，

---

[63] 见同上，第 1787 页。

[64] 参见 Ann Woolhandler, *The Common Law Origins of Constitutionally Compelled Remedies*, 107 YALE L.J. 77, 120–44 (1997)（以下简称 Woolhandler, Common Law Origins）。

[65] 参见同上，第 111-125 页。

[66] 参见爱荷华-得梅因国家银行诉贝内特案，《美国联邦判例汇编》第 284 卷 第 239，第 247 页（1931 年）（Iowa-Des Moines Nat'l Bank v. Bennett, 284 U.S. 239, 247 (1931)） (布兰代斯（Brandeis）大法官)（"所主张的权利是平等对待的权利；如果他们的竞争对手的税款增加或他们自己的减少，就能达到这种对待。但是，已经明确的是，一个因违反联邦法律而受到歧视性税收待遇的纳税人，不能被要求自己承担增加其他人应该支付的税款的负担。"）。

[67] 参见美国宪法第一条，第 9 款第 2 项（人身保护令）；同上，第五修正案（合理补偿）。

[68] 参见 Fallon & Meltzer, New Law,上文注释[57],第 1779 页；另见比文斯诉联邦麻醉品局六名身份不明的特工案，《美国联邦判例汇编》第 403 卷第 388 页，第 401 页注释[3]（1971）（哈兰（Harlan）大法官，在判决中表示赞同意见）（"权利法案的作者们认为普通法上的救济足以维护……受联邦保护的利益。"）。

所有州都声称在自己的法院中享有主权豁免权，[69] 尽管至少有三个州已经颁布了普遍放弃豁免权的法规。[70] 在奇尔索姆诉乔治亚州案（Chisholm v. Georgia）中[71] ，最高法院裁定，宪法剥夺了各州在联邦法院诉讼中的豁免权。[72] 但这一决定引发了法院随后描述的“震惊的意外”。[73] 国会通过起草，各州通过批准，制定了第十一修正案。根据普遍性的解释，第十一修正案恢复了先前的状态，即各州保留了他们传统的主权豁免权，其中包括对违宪行为的诉讼。[74]

即使如此，法院不允许第十一修正案妨碍针对各州实施宪法，联邦主权豁免也不妨碍对联邦政府实施宪法。一项重要条款涉及对违宪的法律的宪法辩护。当宪法主张被作为抗辩理由提出时，至上条款要求州法院必须考虑它们，[75] 但须接受最高法院可能进行的审查。[76]

同样重要的是历史上对政府官员提起诉讼的可行性。[77] 传统法律对针对主权者的诉讼与针对政府官员的诉讼作出了明确区分。在针对主权者的诉讼中，他们享有豁免权；而在针对政府官员的诉讼中，这些官员在以其个人名义被起诉时，通常无法主张主权者的豁免权。[78] 在现代标准下，通过官员诉讼实施宪法并不总是直接明了。普通法体系的权利和救济措施主要涉及一个私人公民对抗另一个私人公民的权利。但是，当公职人员侵犯了在普通法中可被承认的私人权利时，他们可以像任何人一样被起诉。[79] 在普通法诉讼中，官员们通常会辩称，由于他们是根据政府授权行事的，因此他们不应承担责任。[80] 作为回应，原告可

---

[69] 例如，见奥尔登诉缅因州案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷第 706 页，第 715-716 页（1999）（Alden v. Maine, 527 U.S. 706, 715–16 (1999)）（“在宪法起草和批准时，各州普遍接受的主权国家未经其同意不得被起诉。”（引用奇索姆诉乔治亚州案，《美国联邦判例汇编》第 2 卷第 419 页，第 434-435 页（1793）（Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419, 434–35 (1793)）（艾尔德尔（Iredell）法官，持反对意见））。

[70] 参见 James E. Pfander, *Sovereign Immunity and the Right to Petition: Toward a First Amendment Right to Pursue Judicial Claims Against the Government*, 91 NW. U. L. REV. 899, 939(1997)（指出纽约州、宾夕法尼亚州和弗吉尼亚州已经采纳了普遍放弃豁免的法规，而其他许多州也实施了更为有限的放弃豁免）。

[71] 《美国联邦判例汇编》第 2 卷第 419 页，由达拉斯（Dall）编辑的第二版。（2 U.S. (2 Dall.) 419）

[72] 参见同上，第 450-451 页（布莱尔（Blair）大法官的意见）。

[73] 汉斯诉路易斯安那州案，《美国联邦判例汇编》第 134 卷，第 1 页，第 11 页（1890 年）。（Hans v. Louisiana, 134 U.S. 1, 11 (1890)）

[74] 见奥登案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 712-713 页。（Alden, 527 U.S. at 712–13）

[75] 见《美国宪法》第六条第一款第二项。

[76] 参见科恩斯诉弗吉尼亚案，《美国联邦判例汇编》第 19 卷（也称为“Wheat.”即“惠特尼卷”第 6 卷）第 264 页、第 412 页（1821 年）。（Cohens v. Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 412 (1821)）（裁定第十一修正案并不阻止从州法院判决向最高法院提起上诉）

[77] 见 HART & WECHSLER，前文注释[9]所提及，第 880-881 页。

[78] 例如，见 Pfander & Wentzel，前文注释[11]所提及，第 1335 - 1337 页；另见 Louis L. Jaffe, S*uits Against Governments and Officers: Sovereign Immunity*, 77 HARV. L. REV. 1, 9–18, 21–25 (1963)（描述了英国及早期美国的实践）。

[79] 例如，见 HART & WECHSLER，前文注释[9]所提及，第 881 页；James E. Pfander, *Dicey's Nightmare: An Essay on the Rule of Law*, 107 CALIF. L. REV. 737, 754–55, 762–63 (2019); 另见 James E. Pfander & Jonathan L. Hunt, *Public Wrongs and Private Bills: Indemnification and Government Accountability in the Early Republic*, 85 N.Y.U. L. REV. 1862, 1871–73 (2010).

[80] 例如，见 HART & WECHSLER，前文注释[9]所提及，第 881 页；Ann Woolhandler, *Patterns of Official*

以援引宪法来推翻任何违反宪法限制的所谓授权。[81] 在内战前时期，最具典型意义的官员诉讼是损害赔偿诉讼。但在建国时期及其后，英国和美国的法院开始发展普通法禁止令和调卷令，来作为控制行政行为更广泛规模的机制。特别是在内战前几年，州法院越来越多地使用这些令状。[82] 最初，强制遵守宪法的命令是罕见的，但并非不存在。例如，在著名的奥斯本诉美国银行案（Osborn v. Bank of the United States）中，最高法院禁止州官员征收违宪的税款。[83]

在关于宪法权利与宪法救济之间关系的辩论中，约翰·哈里森教授做出了重要贡献。他认为，尽管在建国时期和早期宪法历史中，官员诉讼普遍存在，但最初的宪法并未创建任何针对违宪政府行为的积极司法救济权利。[84] 哈里森认为，官员诉讼是普通法和衡平法的产物，并始终受到立法废除的约束。[85] 然而，哈里森争辩说，内战修正案并没有创造从宪法违规中获得积极司法救济的权利。[86] 在他的观点中，唯一的必要救济措施是在任何正确地提交给法庭的案件中，对违宪无效的行为或立法进行“废除”。

然而，正如梅尔策教授在回复中指出的，哈里森论点的基础是“薄弱的”。[87] 尽管宪法权利最初主要是通过普通法来实施的，但这并不意味着在普通法可能无法提供救济时，或者在国会或州立法机构试图排除救济的情况下，宪法没有创建任何权利救济。[88] 在卡里诉柯蒂斯案（Cary v. Curtis）[89]中，原告辩称，国会取消了对海关收税员提起诉讼以追回抗议性支付的关税的权利，这剥夺了他因非法征收财产而获得救济的宪法保障权利。[90] 最高法院通过引用一个替代的法律机制来避开该论点，而原告可能通过该机制主张他的权利。[91] 斯托里大法官做了进一步阐述。在一个关于法定解释的异议意见中，他坚持认为，如果案件核

Immunity and Accountability, 37 CASE W. RSRV. L. REV. 396, 399 (1987)（以下简称 Woolhandler, *Patterns*）。

[81] 例如，见 Woolhandler, *Patterns*，前文注释[80]所提及，第 399 页。

[82] 例如，见 Pfander & Wentzel，前文注释[11]所提及，第 1315-1318 页。

[83] 《美国联邦判例汇编》第 22 卷第 738 页（1824 年）（22 U.S. (9 Wheat.) 738 (1824)）；参见例如，Pfander & Wentzel, 上述注释[11], 第 1324-1325 页（讨论 Osborn）。

[84] 例如，见哈里森，前文注释[51]所提及，第 2516-2517 页。

[85] 参见第 2522-2523 页（讨论第十四修正案和杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷第 123 页（1908 年））。

[86] 同上，第 2520-2521 页。

[87] Daniel J. Meltzer, *Congress, Courts, and Constitutional Remedies*, 86 GEO. L.J. 2537, 2551(1998).

[88] 参见第 2563 至 2564 页（提供示例）。但参见 Thomas R. Phillips, *The Constitutional Right to a Remedy*, 78 N.Y.U. L. REV. 1309, 1311 (2003)（指出许多批准时期的州宪法为传统的普通法补救措施提供了各种明确的保护）。

[89] 《美国联邦判例汇编》第 44 卷（3 How.）第 236 页（1845 年）。（44 U.S. (3 How.) 236 (1845)）

[90] 见同一文献，第 265 页（麦克莱恩（(McLean）大法官，持异议意见）。

[91] 参见第 250 页（多数意见）（“索赔人可以选择拒绝支付……（或者）他可以主张对货物的所有权，或者主张免除所要求的关税，无论是通过取回权诉讼，还是通过扣押物诉讼，或者可能通过提出动产侵占诉讼，在他承认合法应付的关税金额的情况下。本法院面前的合法调查不是是否所有的诉讼权都被从当事人那里剥夺了，法院也不回应此类调查。”）。

心的法律使原告没有获得任何救济的办法，那么这将违反宪法。[92]

* * *

在讨论美国早期历史中宪法救济措施时，我并不自诩已经确定了宪法的原始、唯一正确的含义。如果说关于涉及司法权力的条款的原始含义有什么是清楚的话，那就是宪法的制定者和批准者并没有充分考虑清楚法院的角色。[93] 然而，我确实想指出的是，若从宪法具有一个独一无二的、准确无误的原始含义这一前提出发，进而推断出宪法将维护宪法权利的救济措施完全交由国会或各州自行裁量，这在法律与历史层面都是极为肤浅的。[94]

2. 过去的进步：禁令

在内战修正案批准之后，涉及宪法权利与救济措施之间关系的问题变得紧迫。作为回应，最高法院越来越倾向于使用禁令作为实施宪法的主要手段。在历史影响方面，法院最重要的决定之一是支持司法救济，并暗示在某些情况下可能有权颁布禁令，这在 1908 年同一天判决的两个案件中得到了体现，即杨案和通用石油公司诉克雷恩案（General Oil Co. v. Crain）。[95] 两者都是针对州官员的衡平法诉讼，这些官员被指控实施的法律违反了第十四修正案。

在杨案中，被告以明尼苏达州司法部长的身份被起诉，他声称州主权豁免原则阻止了对他提起的诉讼。[96] 他也援引了传统的格言，即“衡平法不会禁止刑事起诉”。[97] 在解释为什么主权豁免并不妨碍诉讼时，最高法院主要依赖于第十四修正案：

> “如果州总检察长试图实施的行为违反了联邦宪法，那么在该法案下行事时的官员将与该宪法的更高权威发生冲突，在这种情况下，他将失去其官方或代表的身份...[因为]州没有权力赋予他任何免受美国最高权威责任的豁免权。”[98]

该案还解释了为什么尽管理论上原告的宪法权利可以辩称为强制执行行动，但颁布禁令救济仍然是必要且适当的。法院裁定，那种救济措施“显然是不充分的”。[99] 由于国家对原

---

[92] 见同一文献，第 252-253 页（斯托里（Story）大法官，持异议意见）。
[93] 参见 HART & WECHSLER，前文注释[9]，第 1 页（“对于一个对司法部门特别感兴趣的人来说，令人惊讶的是，在会议记录中关于这个主题的内容很少。”（引用自麦克斯·法兰德（Max Farrand）的《美国宪法的制定》第 154 页（1913 年出版））。
[94] 参见 Woolhandler, *Common Law Origins*, 上述注释[64], 第 120-144 页（追溯十九世纪和二十世纪初，最高法院将州和联邦法院为宪法侵权提供补救视为宪法所强制的决定）。
[95] 《美国联邦判例汇编》第 209 卷第 211 页（1908 年）。（209 U.S. 211 (1908)）
[96] 参见杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷第 123 页，第 159-160 页（1908 年）。（Ex parte Young, 209 U.S. 123, 159–60 (1908)）
[97] 同上第 161 页。
[98] 同上第 159–160 页。
[99] 同上第 165 页。

告试图挑战定价法规的行为施加了严厉的处罚，包括刑事惩罚，因此实际上可能无法找到愿意违反法律并以此作为实验案例的员工。[100]

在杨案中，原告的诉因来源引起了进一步的关注。[101] 曾经的标准观点是，根据杨案的观点，对违反宪法的州法律提起禁令诉讼的权利直接源自第十四修正案。[102] 针对这一观点，哈里森教授坚持认为，杨案的立场实际上是建立在衡平法传统之上，并且得到了衡平法传统的正当化，在这些传统中，反诉讼禁令是一个熟悉的工具。[103] 即使某些类型的反诉讼禁令是衡平法的常规手段，然而，该案反映了司法创新，即适应传统形式以实现对宪法权利的司法实施。这种转变——在十九世纪逐渐出现，并且杨案要么扩展要么确认了这种转变——至少包含两个要素。[104] 一个涉及到部分取代了衡平法不会禁止刑事起诉的传统原则。[105] 另一个涉及明确而适应性地援引衡平法，为涉及违宪法律执行的官方行为提供救济，而不是为普通法中属于侵权行为的侵犯财产行为提供救济。[106]

此外，无论人们如何解读杨案，都很难不认为通用石油公司诉克雷恩案直接依赖于第十四修正案来证明其承认原告获得救济的权利。克雷恩案是在田纳西州法院提起的诉讼，旨在禁止州官员征收据称违宪的税款。[107] 州最高法院以主权豁免为由否认了管辖权。[108] 在推翻那个判决时，最高法院根据联邦宪法裁定州法院受理此案：

> 如果根据宪法第十一修正案，国家官员在国家法院提起的诉讼被禁止，

---

[100] 在第 145-146 页中解释说，该法规使得铁路公司“难以，如果不是不可能的话”，“除了遵守该法案和相关命令外，很难找到愿意继续其事务的官员、代理人或雇员”，第 145 页。

[101] 例如，Pfander & Wentzel，见前注释[11]，第 1287 至 1289 页 (指出杨案的原告在没有“明确的法定诉讼权”的情况下继续进行诉讼，参见同上 1287 页)。

[102] 参见 Henry M. Hart, Jr., *The Relations Between State and Federal Law*, 54 COLUM. L. REV. 489, 523-24, 524 n.124 (1954); Edward A. Purcell, Jr., *Ex parte Young and the Transformation of the Federal Courts*, 1890-1917, 40 U. TOL. L. REV. 931, 962–63 (2009); Woolhandler, *Common Law Origins*, supra note 64, at 99–111.

[103] 请参阅 John Harrison, *Ex Parte Young*, 60 STAN. L. REV. 989 (2008)。根据哈里森的说法，杨案“并不是基于第十四修正案衍生出的新颖诉讼理由。”同上，第 990 页。相反，他辩称，原告主张了一种传统的、衡平的诉讼理由，以禁止基于本应是有效辩护的起诉。参见同上。但是，参见 But cf. James E. Pfander & Jessica Dwinell, *A Declaratory Theory of State Accountability*, 102 VA. L. REV. 153, 213& n.240 (2016)（认为杨“开辟了新天地”，因为它“授权了一种与既定反诉讼形式无关的新类型禁令”，部分原因是它涉及对刑事起诉的禁令，而且该决定的新颖性在当时就被评论家们所认可）。

[104] 例如，见 Pfander & Wentzel，前文注释[11]，第 1287-1289 页（指出杨案的原告在没有“明确的或法定的诉讼权利”的情况下提起了诉讼，见该书第 1287 页）

[105] 例如，见 Pfander & Wentzel，前文注释[11]，第 1342 页（将杨案描述为“从一个旧世界过渡，在那个世界中，衡平法避免干预公共法律程序”，包括刑事起诉，“到一个新世界，在那里衡平法在很大程度上取代了（先前的）公共法律监督形式”）。

[106] 参见 1359 页（将杨案与“一个悠久的传统”联系起来，在这个传统中司法救济“填补了可能由于不幸或错误的立法干预而产生的法律空白”）；梅尔策，见上注 87，第 2559-2560 页；夏皮罗，见上注 104，第 86-87 页。

[107] 参见通用石油公司诉克兰案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷第 211 页，第 226 页，第 231 页（1908 年）。（Gen. Oil Co. v. Crain, 209 U.S. 211, 226, 231 (1908)）

[108] 参见同上，第 232 页（哈兰法官，附议）。

> 而且州法院也可能被禁止受理此类诉讼，……没有本法院的审查权力，那么很明显，一条可以很容易阻止许多宪法条款的实施途径已经打开，而旨在针对州行为的第十四修正案，在其运作的许多方面可能会被无效化。[109]

正如伍尔汉德勒教授和迈克尔·柯林斯所解释的，当法院“由于宪法上的考虑，...要求州法院受理一种...与联邦法院在起源于下级联邦法院的案件诉讼中相类似的诉讼，这暗示了法院认为这种诉讼在两种情况下都是宪法上必要的。”[110] 类似的推理解释了最高法院在洛克纳时代作出的裁决，即第十四修正案要求州法院“接受对[铁路]费率合理性的挑战。”[111]

跟随杨案和克雷恩案的脚步，禁令救济逐渐成为针对违反或威胁违反宪法权利的政府官员实施宪法的正常机制。[112] 在布朗诉教育委员会案之后，以及为了改革各种州政府机构而提起的“结构性禁令”诉讼中，关于禁令救济应该达到何种程度的争议爆发了。[113] 但是普

---

[109] 同上，第 226 页（多数意见）。

[110] 安·伍尔汉德勒（Ann Woolhandler）和迈克尔·G·柯林斯（Michael G. Collins）在《是否需要比文斯案？》一文中写道：克兰案呈现了一种强制与自愿的奇怪组合。克兰案中的最高法院不会强迫州提供公平的补救措施。但如果州法院行使了一般性的公平管辖权，那么它可能需要行使这种管辖权来禁止政府官员即将发生的侵权行为，就像州法院可能需要受理已完成侵权行为的损害赔偿诉讼一样……州通常不被强迫拥有公平的补救措施，并不完全意味着公平的补救措施在宪法上不是强制性的，因为当管辖权存在时，联邦法院经常可以提供这些补救措施。联邦公平的可用性使得州法院必须受理禁令行动的问题很少出现。伍尔汉德在《普通法起源》（*Common Law Origins*）一书中提供了稍微更细致的陈述，参见注释[64]，第 151 页注 382。

[111] Woolhandler，*Common Law Origins*，前文注释[64]，第 129 页（引用洛克纳诉纽约州案，《美国联邦判例汇编》第 198 卷第 45 页（1905 年）（Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)）；里根诉农民贷款信托公司案，《美国联邦判例汇编》第 154 卷第 362 页，第 396-397 页（1894 年）（Reagan v. Farmers' Loan & Tr. Co., 154 U.S. 362, 396–97 (1894)）；芝加哥、密尔沃基与圣保罗铁路公司诉明尼苏达州案，《美国联邦判例汇编》第 134 卷第 418 页，第 435 页，第 457-458 页（1890 年）（Chi., Milwaukee & St. Paul Ry. v. Minnesota, 134 U.S. 418, 435, 457–58 (1890)）；同上，第 459-460 页（米勒法官，附议））。在同一时代，当州法律专门通过私人诉因来执行州监管和费率设定法规时，一些最高法院的案件发展出了一种公平的时效延长原则，根据这一原则，如果此类法规的处罚规定过于严厉，那么根据正当程序条款，它们将被视为违宪，因此在通过诉讼确定监管方案的实质意义和有效性之前，这些法规是无法执行的。有关引文和讨论，请参见 Michael T. Morley, *Constitutional Tolling and Preenforcement Challenges to Private Rights of Action*, 97 NOTRE DAME L. REV. 1825 (2022).

[112] 例如，参见伍尔汉德勒和柯林斯所著，前文注释[110]，第 1911 页（“此外，在洛克纳时代或之后，没有任何伪装表明，每一个可能引发禁令的违宪监管方案也可能引发损害赔偿请求。”（省略了脚注））；参见卡尔兰（Karlan）所著，前文注释[11]，第 1327-1329 页；参见普范德和温策尔所著，前文注释[11]，第 1332-1333 页。尽管证明不可挽回的损害是发布禁令的正式要求，但“当涉及到所谓的剥夺宪法权利，如言论自由或宗教自由时，大多数法院认为没有必要进一步证明不可挽回的损害。”参见查尔斯·艾伦·莱特（Charles Alan Wright）等人所著，《联邦诉讼程序与实务》第 2948.1 节（第三版，2022 年）（省略了脚注）；例如，参见埃尔罗德诉伯恩斯案（Elrod v. Burns），《美国联邦判例汇编》第 427 卷第 347 页，第 373 页（1976 年）（Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 373 (1976)）（多数意见）（引用《纽约时报》公司诉美国一案，《美国联邦最高法院判例汇编》第 403 卷第 713 页（1971 年））（N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)）（“即使是很短时间的第一修正案自由的丧失，也无疑构成了不可挽回的损害。”）。

[113] 比较罗斯·桑德勒（Ross Sandler）和大卫·肖恩布罗德（David Schoenbrod）在 *WHAT HAPPENS WHEN COURTS RUN GOVERNMENT*（2003 年）中不太深入的论述，Robert F. Nagel 在 *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 STAN. L. REV. 661, 661–62 (1978) 中相同的论述，以及 John Choon Yoo 在 *Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts,* 84 CALIF. L. REV. 1121, 1121–24 (1996)中相同的论述，与 Abram Chayes 在 *The Supreme Court, 1981 Term — Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court*, 96 HARV. L. REV. 4, 5–8 (1982)中相反的论述，以及 Charles F. Sabel 和 William H. Simon 在 *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARV. L. REV. 1015,

遍认为，禁令既是一种广泛可用的手段，有时也是宪法上必要的手段，用来执行宪法保障。[114]

3. 过去的进步：损害赔偿

在十九世纪末和二十世纪初，最高法院也认识到宪法有时要求对已成立的宪法侵权行为提供补偿性救济。例如，在波因德克斯特诉格林豪案（Poindexter v. Greenhow）中[115]，最高法院将弗吉尼亚州拒绝对税务员的非法侵权行为提起诉讼视为违宪行为。法院解释说："没有人会认为，一个州的法律，禁止通过法律行动对财产损害进行所有救济，会在美国的法院得到支持，因为那将是在没有法律程序的情况下剥夺某人的财产。"[116]

在沃德诉县委员会案[117]中，法院裁定，尽管没有州法律授权退款，但俄克拉荷马州的一个县必须偿还其违反联邦条约强制征收的税款。正如在杨案、克雷恩案和波因德克斯特案件中一样，法院引用了实施第十四修正案的必要性作为其决定的理由："如果说该县可以通过强制手段征收这些非法税款而不承担任何偿还义务，那就等于是说它可以任意地、没有正当法律程序地……夺取或占用财产……违反第十四修正案……。"[118]

沃德案并不意味着对州主权豁免权的直接威胁，最高法院已经裁定城市和县并不拥有这一权利。[119]在宪法救济的逐步扩展过程中，主权豁免权是最大的障碍，并且始终如此。但是在首间英语福音路德会诉洛杉矶县案（First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles）[120]中，法院在附带意见中建议，因为这是宪法所要求的，所以对私人财产征用的公正补偿权利将是可以司法执行的。[121] 赖希诉柯林斯案（Reich v. Collins）[122]明确声明，根据联邦法律，即使各州在自己的法院享有"主权豁免权"，但仍有义务退还违反第十四修正案征收的税款。[123]

1016, 1020–21 (2004)中相同的论述。

[114] 例如，参见齐格拉诉阿巴西案，《美国联邦判例汇编》第 137 卷第 1843 页，第 1856-1858 页（2017 年）（Ziglar v. Abbasi, 137 S. Ct. 1843, 1856 – 58 (2017)）（在决定是否支持根据比文斯提起损害赔偿救济时，假定可以采取禁令救济作为背景）。

[115] 《美国联邦判例汇编》第 114 卷第 270 页（1885 年）。（114 U.S. 270 (1885)）

[116] 参见第 303 页；另见 Carlos Manuel Vázquez, *What Is Eleventh Amendment Immunity?*, 106 YALE L.J. 1683, 1778 – 79 (1997)（引用波因德克斯特案，确立州法院必须提供宪法上必要或适当的补救）。

[117] 《美国联邦判例汇编》第 253 卷第 17 页（1920 年）。（253 U.S. 17 (1920)）

[118] 同上，第 24 页。

[119] 例如，参见芒特健康城市学区教育委员会诉多伊尔案，《美国联邦判例汇编》第 429 卷第 274 页，第 280-281 页（1977 年）（Mt. Healthy City Sch. Dist. Bd. of Educ. v. Doyle, 429 U.S. 274, 280 – 81 (1977)）；林肯县诉鲁宁案，《美国联邦判例汇编》第 133 卷第 529 页，第 530 页（1890 年）（Lincoln County v. Luning, 133 U.S. 529, 530 (1890)）。

[120] 《美国联邦判例汇编》第 482 卷第 304 页（1987 年）。（482 U.S. 304 (1987)）

[121] 同上，第 316 页。

[122] 《美国联邦判例汇编》第 513 卷第 106 页（1994 年）。（513 U.S. 106 (1994)）

[123] 同上，第 110 页。由于该州并未以主权豁免为由拒绝退税，因此这一声明属于意见性陈述。同上，第

在宪法侵权的补偿性救济的演化扩展中，另一个重要的发展出现在 1961 年，当时最高法院判决了门罗诉佩普案（Monroe v. Pape）。[124] 在 1871 年，作为三 K 党法案[125]的一部分，国会通过了《美国法典》第 42 编第 1983 节，该条款为针对违反联邦宪法和法定权利的州官员提供了联邦法定诉讼依据。[126] 但是，直到门罗案重新激活它之前，第 1983 节基本上处于休眠状态，[127] 许多早期针对州官员的诉讼本可以依据第 1983 节提起，最终却以普通法诉讼的形式提起。自 1961 年以来，涉及 1983 节的诉讼已成为对侵犯宪法权利的州政府官员进行损害赔偿的首选途径，因为在这类诉讼中胜诉的原告有权获得律师费用。[128]

在涉及指控联邦官员违反宪法的案件中，国会没有提供与第 1983 节相对应的条款。因此，在普通法中提起的诉讼——在最高法院 1938 年在伊利铁路公司诉汤普金斯案（Erie Railroad Co. v. Tompkins）[129]案中的决定之后，在很大程度上，依据州法律成为诉讼的主要形式——直到二十世纪，仍然是针对联邦官员违宪行为的主要救济措施。但是，州侵权法提供的保护并不总是与那些被联邦宪法创造的保护完全对应。[130] 针对这种不匹配情况，最高法院在比文斯诉联邦缉毒局六名未知特工案中，支持了一项针对侵犯宪法权利的联邦官员的损害赔偿联邦诉讼。尽管“第四修正案并没有明文规定因违反其规定而提供金钱赔偿的执行方式”，[131]法院写道，“但是……已经明确的是，当法律权利受到侵犯，并且联邦法律规定了对这种侵犯提起诉讼的一般性权利，联邦法院可以使用任何可用的救济措施来纠正这种错误。”[132]

108-109 页。此外，在赖希案（Reich）之前的一系列案件中，也未提及主权豁免，这些案件裁定州法院不能援引非追溯性原则来拒绝根据随后被认定为违宪的法律所缴纳的税款退款。参见哈珀诉弗吉尼亚州税务部案，《美国联邦判例汇编》第 509 卷第 86 页，第 100 页（1993 年）（Harper v. Va. Dep’t of Tax’n, 509 U.S. 86, 100 (1993)）；詹姆斯·B·比姆蒸馏公司诉乔治亚州案，《美国联邦判例汇编》第 501 卷第 529 页，第 543 页（1991 年）（James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529, 543 (1991)）（相对多数意见）；美国货运协会诉史密斯案，《美国联邦判例汇编》第 496 卷第 167 页，第 188 页（1990 年）（Am. Trucking Ass’ns v. Smith, 496 U.S. 167, 188 (1990)）。

[124] 《美国联邦判例汇编》第 365 卷第 167 页（1961 年）。（365 U.S. 167 (1961)）

[125] 1871 年《三 K 党法案》，第 22 章，第 17 号法令第 13 条（经修订后编入法典，见《美国法典》第 42 卷第 1983 节、第 1985～1986 条）。

[126] 同上，第 1 节，第 17 号法令第 13 页（经修订后编入法典，见《美国法典》第 42 卷第 1983 节）。

[127] 关于门罗诉佩普案后诉讼激增的情况，请参见 HART & WECHSLER，上述注释[9]，第 994-995 页。

[128] 参见《美国法典》第 42 卷第 1988（b）条（42 U.S.C. § 1988(b)）（规定在涉及第 1983 节索赔的案件中，“法院可自行决定允许胜诉方（美国除外）获得合理的律师费作为费用的一部分”）。

[129] 《美国联邦法院判例汇编》第 304 卷第 64 页（1938 年）。（304 U.S. 64 (1938)）

[130] 参见 Sina Kian, *The Path of the Constitution: The Original System of Remedies, How It Changed, and How the Court Responded*, 87 N.Y.U. L. REV. 132, 134–38 (2012)（主张在美国早期历史中可用的普通法救济措施已变得不足以执行许多现代权利）；James E. Pfander & David Baltmanis，*Rethinking Bivens: Legitimacy and Constitutional Adjudication*, 98 GEO. L.J. 117, 136 (2009)；Michael Wells，*Constitutional Torts, Common Law Torts, and Due Process of Law*, 72 CHI.-KENT L. REV. 617, 636–37 (1997).

[131] 比文斯诉联邦麻醉品管理局六名未知特工案,《美国联邦判例汇编》第 403 卷第 388 页、第 396 页（1971 年）。

[132] 同上（原文中的省略）（内部引号省略）（引用贝尔诉胡德案,《美国联邦判例汇编》第 327 卷第 678 页、

布雷南大法官在法院意见中的一些措辞表明，比文斯案的裁决反映了宪法对违宪侵权行为的联邦损害赔偿救济措施的要求。[133] 但是，至少有两个原因使得任何此类明确的暗示都不具说服力。首先，当州法律侵权救济措施为宪法侵权提供赔偿时，它们在宪法上被认为是充分的。[134] 其次，法院未对主权和官员的豁免传统提出质疑。实际上，在比文斯案件中，法院在确认原告提出了有效的诉讼理由之后，将案件发回，重新考虑被告是否可能基于豁免辩护而胜诉。[135] 哈兰大法官的附和意见在意识到法院授权比文斯诉讼反映了联邦普通法制定的行为方面，既更明确也更有说服力。他写到，“如果国会授予联邦法院的一般管辖权被认为足以授权联邦法院提供衡平救济……，那么在我看来，同样的法律足以授权联邦法院提供传统的法律救济，”。[136]

在肯定只要国会没有明确禁止，最高法院就有权制定针对违宪行为的救济措施的同时，哈兰大法官可能也指出了法律中宪法救济措施的在其他方面被广泛接受的发展。其中最突出的是，包括排除规则在内的一系列救济措施的出现，这些措施是法院引入的，以保护刑事被告人的权利。[137] 在二十世纪的过程中，法院还发展出了第三方诉讼资格的理论，根据这一理论，它允许一个已经遭受司法认可的遭受损害的当事人，基于另一个当事人的宪法权利提出司法救济的主张。[138]

4. 国会授权的救济措施

在实体权利与司法救济之间的传统关系中，还有另一个要素值得强调：当国会试图创建新的或更广泛的救济措施来保护宪法权利时，其权威主张通常会得到司法上的尊重。再次强

第 684 页（1946 年）（Bell v. Hood, 327 U.S. 678, 684 (1946)））

[133] 参见第 395-398 页（引用了马伯里诉麦迪逊案，主张每项权利都必须有相应的救济手段，引用了《美国联邦判例汇编》第 5 卷第 137 页、第 163 页（1803 年）（5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803)）的内容，并确认了在没有“特殊因素建议犹豫”（第 396 页）的情况下，或者没有国会声明受伤方“不能从代理人那里获得金钱赔偿，而必须转而寻求国会认为同样有效的其他救济手段”（第 397 页）的情况下，针对违反第四修正案的官员提起损害赔偿诉讼的可行性）。

[134] 参见 Woolhandler & Collins，上述注释[110]，第 1913-1914 页（“说损害赔偿救济在宪法上是必要的，并不意味着这种救济必须采取联邦行动的形式（或者针对个别官员而不是政府的行动）。”）。

[135] 参见比文斯诉联邦麻醉品管制局六名身份不明的特工案，《美国联邦判例汇编》第 403 卷第 388 页，第 396 页（1971 年）。

[136] 同上，第 405 页（哈兰法官，附议该判决）。

[137] 参见 Daniel J. Meltzer, *Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General*, 88 COLUM. L. REV. 247, 252 (1988)（列举了排除性规则和因种族歧视在陪审团选拔中撤销定罪作为例子）。

[138] 参见例如，参见克雷格诉博伦案，《美国联邦判例汇编》第 429 卷第 190 页，第 194-195 页（1976 年）（Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 194–95 (1976)）。关于对该学说进行解释和合理化的各种努力，请参阅 Curtis A. Bradley & Ernest A. Young, *Unpacking Third-Party Standing*, 131 YALE L.J. 1 (2021)；Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321 (2000)；以及 Henry P. Monaghan, *Third-Party Standing*, 84 COLUM. L. REV. 277 (1984)。

调，我并不是要描绘一幅完美无瑕的画面。例如，在民权案件[139]中，法院裁定，因为第十四修正案并未直接禁止“私人”歧视，国会不能使用其执行第十四修正案的权力来禁止私人歧视或为其提供救济措施。[140]

然而，在 20 世纪 30 年代，最高法院批准了国会授权作出宣告式判决的权力，而在建国时期，衡平法院是不可能作出这种授权的。[141] 尽管联邦宣告判决管辖权扩展到了非宪法性问题中，宣告判决仍可以作为机制来维护宪法权利，即使此时法院可能犹豫不决，不愿采取更为“侵入性”的禁令救济。[142]

在 20 世纪 60 年代，最高法院确认国会拥有非常广泛的权力，可以制定非传统和预防性的救济措施，以确保宪法保障的投票权得到有效实施。在南卡罗来纳州诉卡岑巴赫案[143]中，最高法院支持了 1965 年《投票权法案》[144]的一项规定，该规定要求有歧视历史的州在改变其选举法之前，必须预先获得美国司法部的批准。[145]在卡岑巴赫诉摩根案[146]中，最高法院裁定，国会可以采取进一步的预防性和非传统“救济措施”，以防止或纠正违规行为，否则这些违规行为在法庭上将很难得到证明。最高法院指出，第十四修正案的第五节“授权国会自行决定是否需要以及需要何种立法来保障第十四修正案。”[147]

（二） 解释性主题

当梅尔策教授和我描述传统的宪法救济法律反映了实质前提和关于司法角色的结构性假设时，我们试图提供一个法律理论——能够识别法院应该如何依法决定案件——而不仅仅

---

[139] 《美国联邦判例汇编》第 109 卷第 3 页（1883 年）。（109 U.S. 3 (1883)）

[140] 同上第 13 页。

[141] 参见埃特纳人寿保险公司诉霍沃斯案，《美国联邦判例汇编》第 300 卷第 227 页，第 240 页（1937 年）（Aetna Life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227, 240 (1937)）（确认“在提供与宪法意义上的案件和争议有关的救济措施时”——通过当事人权利和义务的具体争议来衡量——“国会在其被授权的联邦法院管辖权范围内行事”）。然而，正如《宣告式判决法案》（《美国法典》第 28 卷第 2201-2202 条）的主要支持者所指出的那样，衡平法院有时会作出准宣告式判决，包括在确权诉讼中。参见 Edwin M. Borchard, *The Uniform Declaratory Judgments Act*, 18 MINN. L. REV. 239, 240, 246 (1934)。参见 Samuel L. Bray, *The Supreme Court and the New Equity*, 68 VAND. L. REV. 997, 1014 n.80 (2015)（指出“最高法院对于国会改变衡平法救济法律的能力是否有任何限制的问题，并没有给出一致的答案”）；Mila Sohoni, *Equity and the Sovereign*, 97 NOTRE DAME L. REV. 2019, 2048 (2022)（“如果法院明天裁定，法院认为某项由联邦法规授权的衡平法权力的行使因第三条提到的‘衡平法案件’而违宪，那么这将是第一次这样做。”（原文有省略）（引用《美国宪法》第三条第二款第一项））。

[142] 例如，参见斯特菲尔诉汤普森案，《美国联邦判例汇编》第 415 卷第 452 页，第 471-472 页（1974 年）（Steffel v. Thompson, 415 U.S. 452, 471–72 (1974)）（裁定即使由于不存在不可挽回的损害而不适宜发布禁令，宣告式判决也无需证明存在不可挽回的损害）。

[143] 《美国联邦判例汇编》第 383 卷第 301 页（1966 年）（383 U.S. 301 (1966)）。

[144] 《公共法》编号 89-110，第 79 号法令第 437 页（1965 年）（经修订后编入法典，见《美国法典》第 52 卷的不同部分）。

[145] 卡曾巴赫（案），《美国联邦判例汇编》第 383 卷第 325-326 页。（Katzenbach, 383 U.S. at 325–26）

[146] 《美国联邦判例汇编》第 384 卷第 641 页（1966 年）。（384 U.S. 641 (1966)）

[147] 同上，第 651 页。

是一个规范性的提议。[148] 我们声称，我们已经所确定的实质性原则——要求有足够的救济措施来保持政府在宪法规定范围之内，并承认对于违宪行为有假定的权利来获得个人有效的救济——这不仅合理地契合了判例法，而且具有足够的规范吸引力，值得在未来进行推广。在第一部分试图证明我们主张的描述准确性之后，我现在想就传统法律前提的规范吸引力引申几句。

正如亨利·哈特强调的，宪法旨在创建一个法律制度。[149] 鉴于该目的，梅尔策和我提出的最基本原则——要求充分的宪法救济使政府及其官员普遍遵守法律的界限——直接反映了法治的理想。法治是一个复杂且多面的理想，它在某些方面自然会引起分歧。[150] 然而，应该没有争议的是，法治——就像法律本身的概念一样——既包含授权也包含约束。一方面，法律要求赋予官员制定和执行行为规范的权力。[151] 另一方面，一旦赋予官方权力，它既可能对法治应当保护的自由、财产和安全构成危险，也可能起到保护作用。[152] 因此，贯穿于关于法治讨论和辩论中的一个核心思想是，法治必须以某种方式约束官员以及公民，并且特别是必须为防止官方滥用权力提供屏障。[153] 鉴于这一目标，如果不总是但也至少通常是，要求通过司法程序来强制实施宪法规范以对抗政府官员，这是任何可辩护观念的核心所在。[154]

---

[148] 参见 Fallon & Meltzer,*New Law*, 上文注释[57], 第 1779 页–第 1787 页。

[149] 参见 Hart, 上文注释[50], 第 1363 页（指出解释国会控制联邦和州法院管辖权的权力如何与法治和宪政政府的基本前提相协调是一个挑战）。

[150] 参见例如，JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 235–43 (1971); Jeremy Waldron, Essay, The Concept and the Rule of Law, 43 GA. L. REV. 1, 6–9 (2008)。关于在美国宪法话语中一些争论的考察，参见 Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997)。

[151] 参见例如，H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79–99 (2d ed. 1994)（将法律描述为行为的基本规则的联合体，这些规则"施加义务"并要求人们"做或不做某些行为"，同上，第 81 页，以及改变和裁决的次要规则，这些规则赋予执行、创造和改变这些义务的权力，同上，第 96-97 页，并帮助"集中...社会压力"和阻止"私人个体使用身体惩罚或暴力自助"，同上，第 97 页）。

[152] 参见例如，JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (4th ed. 1869), reprinted in ON LIBERTY, UTILITARIANISM, AND OTHER ESSAYS 1, 79, 86（Mark Philp & Frederick Rosen eds., 2015）（描述了法律防止违反"对任何其他人明确且可指派的义务"的必要性，同上，第 79 页，但指出立法者可能会过度干预，制定"对私人生活自由的粗暴侵犯"，同上，第 86 页）。

[153] 参见例如，A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 202 (10th ed. reprt. 1979)（将法治定义为至少保证免受某些类型的官方任意性）；BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 114-19 (2004)（描述主权限制的概念——"主权者、国家及其官员受法律限制"，同上，第 114 页——是法治的核心要求之一）；F.A. Hayek, Professor, Univ. of Chi., National Bank of Egypt Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures: The Political Ideal of the Rule of Law (Feb. 1955), in 15 THE COLLECTED WORKS OF F.A. HAYEK 119, 166–67 (Bruce Caldwell ed., 2014)（解释他认为法治要求法律"对所有人平等适用"并且"在某些抽象定义的条件得到满足时适用"，同上，第 166 页）。

[154] 参见例如，DICEY，见上文注释[153]，第 197 页（指出尽管英国宪法缺乏"那些为外国宪法学者所珍视的权利声明或定义"，但这些原则可以通过司法裁决推导出来，并通过健全的普通法补救措施加以执行）；Hayek，见上文注释[153]，第 169 页（认为对行政行为的司法审查是"确保"政府"受规则约束"的"唯一方式"，这些规则有效地限制了政府"可以采取行动的范围"以及"必须如何行动"）；另见 Richard H. Fallon, Jr., *Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age*, 96 TEX. L. REV. 487, 514 (2018)（"在几乎所有关于法治的性质和要求的理论中……官员必须受到法律的约束，以限制任意权力的行使。"）。

梅尔策和我提出的第二个救济性规范，涉及对违宪行为的个别受害者进行有效救济的假定倾向，也捕捉到了法治理想的一个熟悉组成部分，即政府官员应通过法律对那些他们违反法律义务给带来伤害的人负责。[155] 问责是一个复杂的概念，可以实现的程度或多或少。[156] 但是，让权利被侵犯的人有机会寻求救济，是让违法者承担责任的假定公正和可取的机制。当然，为了这个目的，损害赔偿并不总是严格必要的。官员们可以通过其他方式被问责，包括刑事起诉和免职。[157] 并且，让官员们可能因每一个宪法失误而承担潜在的损害赔偿责任——即使他们出于善意并旨在促进公共利益——即使从正义的角度来看可能被认为是不必要的，从实际效果来看也是不明智的，因为这会造成公共资源和其他与诉讼相关成本的转移。[158] 但梅尔策和我承认了这些担忧，正如传统法律一贯的做法一样，通过承认在某些情况下，相反的考虑因素可以超越有利于个人有效经济补偿的推定。

最终的规范性挑战涉及证明司法在定义诉讼权利和获得救济权利方面的作用，尽管这些权利并非严格由宪法规定。对此回应依赖于实质上的伯克式前提，即，将传统实践视为积累智慧的源泉。[159] 正如最初所写，我们的宪法预设了司法在根据普通法和衡平法的传统制定和调整救济措施中的角色。在美国历史的大部分时间里，与这些公认不断演变的传统相一致的司法实践，在我看来，通常在促进法治、确保官员对法律负责、以及避免以合理的社会成本定义来衡量有效政府出现不当混乱等方面，运作良好。

在做此总结时，我并不认为最高法院在决定维护哪些实质性权利时总是明智的。在十九世纪末和二十世纪初，虽然法院积极甚至过度保护经济权利，但却在保护种族和其他少数群体的权利方面做得很少。[160] 也就是说，洛赫纳时代的法院在使权利与救济相一致方面的表现，一般要比在确定实质性受保护的权利方面表现更好。

---

[155] 参见 Postema，上述注释[53]，第 25 页（“法律只有在那些受其约束的人……在关于该法律的方面，通过一个密集的相互问责网络紧密联系在一起时，才能发挥统治作用。”）。

[156] 参见 Richard H. Fallon, Jr., Bidding Farewell to Constitutional Torts, 107 CALIF. L. REV. 933, 974 – 78 (2019)（讨论对所有违反宪法的行为不承担全部损害赔偿责任的问责机制）。

[157] 参见尼克松诉菲茨杰拉德案，《美国联邦判例汇编》第 457 卷第 731 页，第 757-758 页（1982 年）（Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731, 757 – 58 (1982)）（讨论除损害赔偿外的其他问责机制，以确保美国总统不“凌驾于法律之上”，同上，第 758 页）。

[158] 参见 Fallon，上述注释[156]，第 975 页（讨论有时反对因违反宪法而完全赔偿责任的考虑因素，这些违反并不涉及明确确立的权利）。

[159] 参见 DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 40 – 41 (2010)（提倡一种类似于普通法的宪法解释方法，这种方法受到“谦逊和谨慎的经验主义态度”的启发，正如埃蒙德·伯克（Edmund Burke）所倡导的那样，见该书第 40 页）；Carlos M. Vázquez, *Bivens and the Ancien Régime*, 96 NOTRE DAME L. REV. 1923, 1929 (2021)（引用历史证明，“在宪法被批准时的理解，以及此后很长一段时间内，即使没有明确的立法授权，损害赔偿也是对宪法违规行为的适当救济”）。

[160] 参见例如 MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 23-185 (2004)（追溯涉及少数族裔权利的决定的历史）。

二、 大变革：当今时代的开端

自 1991 年以来，宪法权利与救济之间关系的演变过程发生了重大变化，我将此后的时代称为“当今时代”。本部分追溯了“全体女性健康组织诉杰克逊案”案之前三个核心领域的发展情况，包括（1）联邦衡平法管辖权，（2）违宪救济的损害赔偿诉讼，以及（3）对国会关于创造强制执行宪法权利诉因的立法的司法评估。尽管理论的变化折射出众多时有交织的考量因素，但有三个问题值得预先提及。首先，最高法院的大多数大法官除了对执行无效法规的抗辩表示怀疑外，还越来越怀疑违宪救济是否具有宪法必要性。其次，大法官们在承认未经国会授权的诉因时，对于其中的司法角色采取了一种片面的观点。第三，除了那些挑战联邦行政机构的宪法合法性的诉讼之外，大法官们对针对政府及其官员诉讼的成本（包括联邦主义和三权分立价值观）表现出了高度的敏感性。[161] 所有这些发展都与现代司法的“保守主义”在实质和方法论层面联系不够紧密。[162] 我不明白为什么对宪法救济的怀疑态度会与保守主义密切相关，但情况似乎就是如此。法院在限制宪法救济的可行性方面做出的裁决经常是以保守派大法官为首组成的多数派，与自由少数派之间的对决。[163]

（一） 获得禁令救济的权利

1999 年判决的墨西哥发展集团股份公司诉联盟债券基金公司案（Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.）[164] 标志着最高法院对联邦法院发布禁令的权力采用了原旨主义历史检验标准。在斯卡利亚大法官的意见中，法院引用了过去的案例，而这

[161] 关于对监管机构行动的质疑，参见自由企业基金诉公众公司会计监督委员会案（《美国联邦判例汇编》第 561 卷，477 页（2010 年）），该案允许一个被监管的当事人在没有任何个人权利受到侵犯的情况下，以监管机构的组成违反了任命条款为理论基础，提起禁止监管机构执法行动的诉讼。同上，第 491 页第二个脚注。

[162] 关于当前法院多数派的方法论和实质承诺之间的关系，参见下文第五章第一节，页码 59 至 62。

[163] 参见，例如，维加诉特科案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，该案起始于 2095 页，引用内容位于 2101 页（2022 年）（Vega v. Tekoh, 142 S. Ct. 2095, 2101 (2022)）（6 比 3 的裁决），裁定根据米兰达诉亚利桑那州案，《美国联邦判例汇编》第 384 卷第 436 页（1966 年）（Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)），个人权利的侵犯并不构成提起《美国法典》第 1983 节规定的索赔的基础；赫尔南德斯诉梅萨案，《联邦法院判例汇编》第 140 卷，该案起始于 735 页，引用内容位于 739 页（2020 年）（Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735, 739 (2020)）（5 比 4 的裁决），裁定对于联邦官员涉嫌违宪的跨境射击行为，不存在追索损害赔偿的救济途径；鲁乔诉公共事业案，《联邦法院判例汇编》第 139 卷，该案起始于 2484 页，引用内容位于 2508 页（2019 年）（Rucho v. Common Cause, 139 S. Ct. 2484, 2508 (2019)）（5 比 4 的裁决），裁定关于党派选区划分的不公正行为提出的诉讼，属于非司法可裁决的政治问题。

[164] 《美国联邦判例汇编》第 527 卷第 308 页（1999 年）。（527 U.S. 308 (1999)）

些案例都是 20 世纪 40 年代或更早的案例。[165]法院通过引用这些案例将 1789《司法法》[166]所赋予的衡平法管辖权与“两国分治时英国衡平法院所制定和实施的司法救济制度原则”[167]联系了起来。因为英国衡平法院当时不会禁止债务人在原告债权人获得司法判决之前处置其财产，所以法院认为联邦地区法院无权这样做。[168]

金斯伯格大法官（Justice Ginsburg）提出了部分反对意见，她提出抗议说法院“对衡平法管辖权概念的理解过于静态，这是不合理的”。[169] 她写道：“我们从未将联邦衡平法管辖权局限于大革命前大法官的具体做法和补救措施上”。[170] 詹姆斯·普范德教授（James E. Pfander）后来的研究表明[171]，为了支持这一主张，金斯伯格大法官可能会引用佐治亚州诉布雷斯福德案。[172] 该案于 1792 年判决，距离 1789《司法法》的颁布仅过去了三年时间。在布雷斯福德案中，最高法院“代表佐治亚州（判决前的债权人）签发了资产冻结禁令，在佐治亚州的索赔得到裁定之前，禁止其他各方主张对罚金保证金收益的控制权”[173]——这正是墨西哥集团公司在缺乏建国时期先例的情况下，拒绝联邦司法权提供的救济措施。虽然金斯伯格大法官肯定会乐于见到这一先例支持，但她的担忧主要还是集中在墨西哥集团的行为对宪法救济的影响上。在“大革命前大法官具体做法”中[174]，这些补救措施可能是史无前例的，她引用了“一系列执行布朗诉教育委员会案中反对种族隔离规定的案例”。[175] 也许是出于对广义解读墨西哥集团行为的影响持谨慎态度，下级法院大多将其解释为一项有限的原则来主张，即当原告的诉求纯属法律问题而非衡平法问题或混合问题时，联邦法院不得发布禁令。[176]

---

[165] 在同一判例的第 318 页中（引用了斯坦贝克诉莫霍克洛克波案,《美国联邦判例汇编第 336 卷，该案起始于 368 页，引用内容位于 382 页第 26 个注释（1949 年）（Stainback v. Mo Hock Ke Lok Po, 336 U.S. 368, 382 n.26 (1949)）； 担保信托公司诉约克案, 《美国联邦判例汇编》第 326 卷，该案起始于 99 页，引用内容位于 105 页（1945 年）（Guar. Tr. Co. v. York, 326 U.S. 99, 105 (1945)）；大西洋人寿保险公司诉 W.I.南方公司案, 《美国联邦判例汇编》第 306 卷，该案起始于 563 页，引用内容位于 568 页（1939 年）（Atlas Life Ins. Co. v. W.I. Southern, Inc., 306 U.S. 563, 568 (1939)）；戈登诉华盛顿案, 《美国联邦判例汇编》第 295 卷，该案起始于 30 页，引用内容位于 36 页（1935 年）Gordon v. Washington, 295 U.S. 30, 36 (1935))

[166] 该司法法位于《美国法典大全》第一卷第 73 页，作为第一卷中的第 20 个法案。

[167] 在墨西哥集团案中，最高法院引用了大西洋人寿保险公司诉 W.I.南方公司案，该案位于《美国联邦判例汇编》第 306 卷的第 568 页。

[168] 同上，位于 527 卷第 333 页。

[169] 同上，位于 527 卷第 336 页（金斯伯格大法官部分同意，部分异议）。

[170] 同上。

[171] James E. Pfander & Wade Formo, *The Past and Future of Equitable Remedies: An Essay for Frank Johnson*，71 ALA. L. REV. 723, 738 (2020)。

[172] 《美国联邦判例汇编》（第二达勒姆版）第二卷第 402 页（1792 年）。

[173] James E. Pfander & Wade Formo，见前引注[171]，第 738 页。

[174] 墨西哥集团案,《美国联邦判例汇编》第 527 卷第 336 页（Grupo Mexicano, 527 U.S. at 336）(金斯伯格大法官部分同意，部分持异议)。

[175] 同上，第 337 页的第 4 个脚注。

[176] 参见，例如，伊安托斯卡诉阶梯计划服务公司案,《联邦判例汇编》第三辑第 604 卷，24 页，33-34 页（Iantosca v. Step Plan Servs., Inc., 604 F.3d 24, 33–34）（第一巡回上诉法院，2010 年）；鲁宾诉普林格尔案

阿姆斯特朗诉特殊儿童中心公司案预示着宪法救济权的未来发展更加明朗。阿姆斯特朗案的原告是医疗服务提供者，他们声称爱达荷州的报销比例低于联邦法律的规定。[177] 在寻求命令州政府官员向其支付更高工资的禁止令时，他们坚持认为，他们有一个直接源于至上条款的诉讼原因。[178] 原告的这一观点在一定程度上是基于杨案而提出的，他们认为该案涉及以至上条款作为提起诉讼的理由，以此将第十四修正案视作国家最高法律来执行。[179]

最高法院驳回了斯卡利亚法官（Justice Scalia.）意见中的这一论点。他写道，“向法院起诉以禁止州和联邦官员采取违宪行动的权力，是衡平法院的创设，这反映了对非法行政行为进行司法审查的悠久历史，而这种历史可以追溯到英国”。[180] 由于原告的诉讼原因源于衡平法而非宪法，因此法院裁定该诉因应由国会默示撤回。[181] 斯卡利亚大法官的结论是，有大量证据表明，国会在制定阿姆斯特朗案原告所依据的拨款法规时，并没有打算通过私人诉讼强制各州履行付款义务。[182]

在我看来，阿姆斯特朗案得出了正确的结果，但并非出于斯卡利亚大法官所主张的理由。尽管原告试图以杨案为依据，但强制遵守联邦支出规定的诉讼，与禁止违反第十四修正案的诉讼有本质区别。在制定支出法规时，国会应该在不涉及所谓剥夺宪法权利的情况下授权它选择任何执行机制。相比之下，是否有必要采取必要的补救措施来阻止正在发生的违反第十四修正案的行为，不应是国会无限制选择的问题。遗憾的是，法院并没有据此将阿姆斯特朗案与杨案区分开来。相反，阿姆斯特朗案中的所有法官似乎都认为杨案中的起诉权是建立在衡平法传统的基础上的，因此很容易被国会明示或默示撤销。[183] 因此，法院的分析提出了几个方面的重要问题。其中一组问题涉及现代救济法的哪些发展符不符合衡平法的传统。另一个问题是，宪法是否曾限制国会在未提供合理替代办法的情况下撤销对违宪行为的传统衡

（涉及聚焦传媒公司案），《联邦判例汇编》第三辑第 387 卷，1077 页，1084-1085 页（Rubin v. Pringle (In re Focus Media Inc.), 387 F.3d 1077, 1084-85）（第九巡回上诉法院，2004 年）。

[177] 阿姆斯特朗诉特殊儿童中心公司案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，320 页，323-324 页（2015 年）。

[178] 同上，第 326 页。

[179] 参见，例如，被上诉方答辩状第 11 页，阿姆斯特朗案（编号 14-15），2014 年在 Westlaw 数据库中编号为 7387000（将相关先例描述为授权“[以]禁令行动执行最高条款”）；另见同上，第 15 页（引用杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷，123 页，149 页，167 页（1908 年））（主张杨案支持这一论点）。

[180] 阿姆斯特朗案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷 327 页（引用 Louis L. Jaffe & Edith G. Henderson, *Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins*, 72 LAW Q. REV. 345 (1956)）。在拒绝接受杨案的一度标准解读，即涉及宪法创造的诉讼原因，见前引注 106 及伴随文本，斯卡利亚大法官在很大程度上呼应了罗伯茨首席大法官在道格拉斯诉南加州独立生活中心案中的异议意见，见《美国联邦判例汇编》第 565 卷 620 页（2012 年）（罗伯茨首席大法官异议）。

[181] 阿姆斯特朗案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，328-329 页。

[182] 同上。

[183] 同上，参见 327-329 页（异议意见与我们一致认为...国会可以取代传统上用于执行联邦法律的衡平法救济）；333-334 页（布雷耶大法官部分同意并同意判决）（类似观点）；第 337 页（索托马约尔大法官持异议）（承认这一点，但仅限于国会为执行法定条款制定了“详细的[替代]补救方案”的案件）。

平法救济的权力。

在鲁乔诉共同事业一案（Rucho v. Common Cause）[184]中，最高法院通过援引政治问题排除原则，驳回了针对党派选区划分寻求禁令救济的诉讼。根据首席大法官罗伯茨（Roberts）撰写的多数意见，原告提出的是不可审理的政治问题，因为这在司法上缺乏可操作的标准来确定党派选区划分何时违背宪法。[185] 卡根大法官（Kagan）在反对意见中坚持认为，多数派已经默认了其裁决将使侵权行为得不到救济。她认为，在缺乏一个“固定和共同理解”[186]的情况下，如果选区划分者的做法超出了合理界限，那么他们的做法就违反了宪法[187]，如此一来，“是否有司法上可操作的标准来解决[选区划分案件]的问题就永远不会出现”。[188]对此，首席大法官对摆在法院面前的问题作出了谨慎且模棱两可的表述。在他看来，问题在于原告的诉求究竟是“根据法律原则可以解决的法律权利诉求，还是必须依据其他途径解决的政治问题”。[189] 然而，首席大法官罗伯茨在任何地方都没有断然否认卡根大法官的断言，即通过援引政治问题排除原则，“本法院有史以来第一次拒绝纠正违反宪法的行为，因为法院认为这项任务超出了司法能力”。[190]

（二） 寻求损害赔偿救济的官员诉讼

虽然最高法院早在 20 世纪 80 年代就开始限制比文斯诉讼[191]，但随着时间的推移，这样的限制措施越来越严厉。最高法院最近的判决将比文斯案定性为过去“令人兴奋的时代的产物，[当时]最高法院承担了普通法的权力来创造诉讼原因[192]，而在那之前，法院尚未“更

---

[184] 《联邦法院判例汇编》第 139 卷，2484 页（2019 年）。（139 S. Ct. 2484 (2019)）

[185] 参见同上，第 2498-2507 页（“我们的结论是，党派选票诉讼提出的政治问题超出了联邦法院的管辖范围”，同上，第 2506-2507 页）。

[186] 同上，第 2515 页（卡根大法官持异议）。

[187] 同上，第 2497 页（多数意见）（“‘核心问题’不在于确定某个司法管辖区是否划分了党派选区，而在于‘确定政治选区划分什么时候超出了合理界限’”（引用维思诉朱贝利尔案），《美国联邦判例汇编》第 541 卷，267 页，269 页（2004 年）（Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 296 (2004)）（多数意见））（引用联合拉丁美洲公民联盟诉佩里案，《美国联邦判例汇编》第 548 卷，399 页，420 页（2006 年）（League of United Latin Am. Citizens v. Perry, 548 U.S. 399, 420 (2006)）（多数意见））。

[188] 同上，第 2515 页（卡根大法官持异议）。

[189] 同上，第 2494 页（多数意见）。

[190] 同上，第 2509 页（卡根大法官持异议）。

[191] 参见，布什诉卢卡斯案，《美国联邦判例汇编》第 462 卷，367 页，390 页（1983 年）（Bush v. Lucas, 462 U.S. 367, 390 (1983)）（拒绝适用比文斯案诉因以“允许联邦雇员从据称...因其行使第一修正案权利而给予不当处分的上司处获得赔偿”）；“施韦克尔诉奇利基案，《美国联邦判例汇编》第 487 卷，412 页，428-429 页（1988 年）（Schweiker v. Chilicky, 487 U.S. 412, 428–29 (1988)）（在联邦官员“违宪终止”“社会保障福利”的情况下，拒绝扩大比文斯案救济的范围，允许“依赖于”“社会保障福利”的“残疾工人”提起诉讼，同上，第 428 页（引用被上诉方答辩状第 11 页，施韦克尔案（编号 86-1781），1988 年在 Westlaw 数据库中编号为 1026243））。

[192] 在埃格伯特诉布尔案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，1793 页，1802 页（2022 年）中（Egbert v. Boule, 142 S. Ct. 1793, 1802 (2022)），（法院引用了矫正服务公司诉马莱斯科案，《美国联邦判例汇编》第 534 卷，61 页，75 页（2001 年）（Corr. Servs. Corp. v. Malesko, 534 U.S. 61, 75 (2001)）中斯卡利亚大法官的同意意

充分地认识到‘司法创设的诉讼原因’与‘宪法规定的立法权与司法权分离’之间的紧张关系”。[193] 法院现在得出这样的结论[194]：“从本质上来说，创造诉讼原因是一项立法工作”。根据赫尔南德斯诉梅萨案[195]，允许向联邦法院对联邦官员提起损害赔偿诉讼的普通法先例已无关紧要，因为这些先例出现在最高法院在伊利铁路公司诉汤姆金斯案中认识到“不存在总的联邦普通法”之前。[196]

然而，值得注意的是，法院在削减比文斯诉讼的同时，还扩大了法官制定的官员豁免原则。甚至在国会根据《美国法典》第 1983 节授权提起的诉讼中[197]，该理论也经常阻止损害赔偿诉讼的成功发生。在传统的普通法救济体系中，法官和立法者享有绝对的损害赔偿诉讼豁免权。[198] 而其他官员有时可以提出不那么绝对的抗辩，这些抗辩通常与他们被指控的具体侵权行为的要素有关。[199] 随着时间的推移，法院将政府官员曾经可以获得的各种辩护，重新定性为官员因侵权行为被起诉时的一般“豁免权”。[200]

通过一系列步骤，最高法院调整了普通法中官员可享有的豁免权，并将其适用于宪法侵权诉讼。在根据《美国法典》第 1983 节针对州官员提起的损害赔偿诉讼中，法院裁定该法规无意取代普通法中存在的官员豁免权。[201] 在根据比文斯案起诉联邦官员的案件中，法院以政策为依据支持豁免抗辩。

现行合格豁免标准的起源可以追溯到 1982 年对哈洛诉菲茨杰拉德案[202]（Harlow v. Fitzgerald）的裁决，该案是针对理查德·尼克松总统（Richard Nixon）的白宫助手提起的比文斯诉讼。[203] 在哈洛案中，法院试图制定一个合格豁免标准，以便迅速驳回法院认为数量

见）。

[193] 同上（引用赫尔南德斯诉梅萨案，《联邦法院判例汇编》第 140 卷，735 页，741-742 页（2020 年）（Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735, 741–42 (2020)））。

[194] 同上。

[195] 《联邦法院判例汇编》第 140 卷第 735 页。（140 S. Ct. 735）

[196] 同上，第 742 页（原文中有修改）（引用伊利铁路公司诉汤姆金斯案，《美国联邦判例汇编》第 304 卷，78 页（1938 年）（Erie R.R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 78 (1938)））。

[197] 关于主要裁决的调查，见 Hart&Wechsler，上文引注 9，第 1030-1055 页。

[198] 参见同上，第 1043-1044 页（关于法官）；同上，第 1045-1046 页（关于立法者）。

[199] 参见同上，第 1041-1042 页。

[200] 参见，例如，William Baude,*Is Qualified Immunity Unlawful?* , 106 CALIF. L. REV. 45, 55–62 (2018)；David E. Engdahl,*Immunity and Accountability for Positive Governmental Wrongs*, 44 U. COLO. L. REV. 1, 14–21 (1972)（回顾这段历史）； Joanna C. Schwartz, *The Case Against Qualified Immunity*, 93 NOTRE DAME L. REV. 1797, 1801–03 (2018)。

[201] 参见，伊姆布勒诉帕赫特曼案，《美国联邦判例汇编》第 424 卷，该案起始于 409 页，引用内容在 418 页（1976 年）（Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409, 418 (1976)）（将特尼诉布兰德霍夫案，《美国联邦判例汇编》第 341 卷第 367 页（1951 年）（Tenney v. Brandhove, 341 U.S. 367 (1951)）描述为“确立了 1983 节应当与一般侵权豁免和抗辩原则相协调，而不是与之相背离”）；皮尔森诉雷案，《美国联邦判例汇编》第 386 卷，该案起始于 547 页，引用内容在 553-555 页（1967 年）（Pierson v. Ray, 386 U.S. 547, 553–55 (1967)）（认为 1983 节的立法历史表明没有废除普通法上中司法豁免原则的意图）。

[202] 《美国联邦判例汇编》第 457 卷，800 页（1982 年）。（457 U.S. 800 (1982)）

[203] 同上，在 802 页。

激增的、指控滥用公权力的骚扰性无理诉讼。[204]为了允许在没有大量证据的情况下驳回诉讼，法院裁定，行政部门官员通常应免于承担违反宪法的损害赔偿责任，除非他们侵犯了“明确规定的...一个理性人应该知道的权利”。[205] 法院预计，官员被指控违反的宪法规范是否是“明确确立”的，通常可以在驳回动议（motion to dismiss）阶段或在即决判决阶段得到解决。[206] 在一个略显随意的脚注中，哈洛案的法院确认了之前一个案件的裁决，即“为了豁免法（immunity law）的目的，而区分根据《美国法典》第 1983 节针对州官员提起的诉讼和直接根据宪法针对联邦官员提起的诉讼，是站不住脚的”。[207]

几乎从所有方面来看，哈洛标准所赋予的损害赔偿范围比大多数官员在普通法诉讼中获得的赔偿范围更广。[208] 但法院并未就此罢休。在 1987 年的一个案例中，法院表示，要想使合格豁免标准失效，原告必须证明官员被指控侵犯的宪法权利是如此明确、具体地被确立的，“以至于一个通情达理的官员会明白他的行为侵犯了该权利”。[209]

在当今时代，最高法院更进一步。阿什克罗夫特诉伊克巴尔案[210]（Ashcroft v. Iqbal）提高了原告在控告时必须达到的标准，使得他们的诉状能够在被告提出驳回动议时不被轻易驳回[211]，这似乎与联邦民事诉讼规则中的明确规定背道而驰。[212] 伊克巴尔案还认为，在

---

[204] 参见，例如，同上，在 813-814 页（强调“豁免权问题的解决本质上需要在任何可选方案不可避免的弊端之间进行权衡”，同前文档第 813-814 页，并且任何适当的合格豁免标准必须允许‘无实质性的诉讼’被‘迅速终止’，同前文档第 814 页（原文中有修改）（引用布茨诉埃科诺莫案，《美国联邦判例汇编》第 438 卷，该案起始于 478 页，引用内容在 507 页（1978 年）（Butz v. Economou, 438 U.S. 478, 507 (1978)））（引用汉拉汉诉汉普顿案（Hanrahan v. Hampton），《美国联邦判例汇编》第 446 卷，该案起始于 754 页，引用内容在 765 页（1980 年）（鲍威尔大法官部分同意和部分异议））。

[205] 同上，位于 818 页（引用了普罗昆纳诉纳瓦雷特案，《美国联邦判例汇编》第 434 卷，该案位于第 555 页，引用内容位于 565 页（1978 年）（Procunier v. Navarette, 434 U.S. 555, 565 (1978））；伍德诉斯特里克兰案，《美国联邦判例汇编》第 420 卷，该案起始于 308 页，引用内容位于 322 页（1975 年）（Wood v. Strickland, 420 U.S. 308, 322 (1975)））。

[206] 同上，位于第 818-819 页。

[207] 同上，第 818 页第 30 个注释（引用布茨案，《美国联邦判例汇编》第 438 卷第 504 页（Butz, 438 U.S. at 504）。

[208] 参见，例如，Baude，上文引注[200]，第 51-55 页（主张(1)“在《美国法典》第 1983 节条款颁布时，以及在其颁布后的早期有关 1983 节条款诉讼中，在关于宪法侵权的诉讼中，并没有确立的善意辩护”；(2)“在一些普通法诉讼中确实存在的‘善意辩护’”源于一些普通法侵权行为的要素，“而不是一般豁免”；以及(3)在 Harlow 案中制定的合格豁免标准“比善意辩护要宽泛得多”，同上，第 55 页）。但参见 Scott A. Keller，*Qualified and Absolute Immunity at Common Law*，73 STAN. L. REV. 1337, 1344 (2021)（“1871 年左右的普通法确实承认了一种独立的合格豁免，保护所有政府官员的自由裁量职责——就像今天的合格豁免一样。”）。关于对 Keller 的批判性反驳，参见一般 William Baude，回复，*Is Quasi-Judical Immunity Qualified Immunity？*，74 STAN. L. REV. ONLINE 115 (2022)；以及 James E. Pfander，*Zones of Discretion at Common Law*，116 NW. U. L. REV. ONLINE 148 (2021)。

[209] 安德森诉克雷顿案，《美国联邦判例汇编》第 483 卷，该案起始于 635 页，引用内容位于 640 页（1987 年）（Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, 640 (1987)）。

[210] 《美国联邦判例汇编》第 556 卷，第 662 页（2009 年）（556 U.S. 662 (2009)）。

[211] 同上，位于 677-679 页。

[212] 第 8 条规则规定，答辩书应载有“简短明了的申诉陈述，表明答辩人有权获得补救”，《联邦民事诉讼规则》第 8(a)(2)条。尽管最高法院依据的是其早些时候在“贝尔大西洋公司诉特翁布利案”（《美国联邦判例汇编》第 550 卷，第 544 页（2007 年）（Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007)）中的裁决，但该裁决受到了很多批评。一般参见，Luke Meier，*Why Twombly Is Good Law（but poor Drafted）and Iqbal Will*

宪法侵权诉讼中不存在监督责任。[213] 两年后，阿什克罗夫特诉基德一案[214]（Ashcroft v. al-Kidd）扩大了法官制定的合格豁免理论对被告的保护范围，法院规定，除非“每一位‘通情达理的官员’”在考虑被告从事的行为时都认为该行为违反了宪法，否则其将获得豁免权。[215] 尽管该标准适用于 1983 节条款规定的诉讼，也适用于根据比文斯案对联邦官员提起的诉讼[216]，但法院并未试图就其在 1983 节条款案件中扩大合格豁免权的做法，是如何能够作为法律解释事项而非司法普通法制定事项做出合理解释。[217]

（三） 国会授权救济措施的限制

在博埃内市诉费洛雷斯案[218]（City of Boerne v. Flores）中，最高法院认为，国会为防止各州及其官员违反宪法而颁布的任何预防性立法，都必须与经司法确认的侵权模式相一致和相称。[219] 谢尔比县诉霍尔德案（Shelby County v. Holder）[220]对第十五修正案执行条款下的国会权力施加了类似的严格限制。[221] 在谢尔比县一案中，法院以 5 比 4 的结果宣判《1965 年投票权法案》中的一项条款无效，该条款要求在 1964 年选举中曾限制过投票权的各州在改变投票程序之前必须事先获得联邦批准。[222] 为支持其裁决，法院引用了缺乏充分的现代

---

*Be Overturned*87 IND. L.J. 709 (2012)；Arthur R. Miller，*From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*，60 DUKE L.J. 1 (2010)；Adam N. Steinman，*The Pleading Problem*，62 STAN. L. REV. 1293 (2010)。

[213] 伊克巴尔案，《美国联邦判例汇编》第 556 卷第 677 页（556 U.S. at 677）。

[214] 《美国联邦判例汇编》第 563 卷第 731 页（2011 年）（563 U.S. 731 (2011)）。

[215] 同上，位于 741 页（引用安德森诉克雷顿案，《美国联邦判例汇编》第 483 卷，该案起始于 635 页，引用内容位于 640 页（1987 年）（Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, 640 (1987)））；另见泰勒诉巴克案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，该案起始于 822 页，引用内容位于 825 页（2015 年）（Taylor v. Barkes, 575 U.S. 822, 825 (2015)）（全体法官一致）（依赖于“每一位通情达理的官员”标准（引用赖克尔诉豪沃德案，《美国联邦判例汇编》第 566 卷，该案起始于 658 页，引用内容位于 664 页（2012 年）（Reichle v. Howards, 566 U.S. 658, 664 (2012)））。

[216] 参见，例如，哥伦比亚特区诉韦斯比案（District of Columbia v. Wesby），《联邦法院判例汇编》第 577 卷，第 589-590 页（2018 年）（District of Columbia v. Wesby, 138 S. Ct. 577, 589–90 (2018)）。

[217] 参见，例如，Baude，上文引注[200]，第 47 页（“现代合格豁免权理论与适用于联邦法规的传统法律原则不一致……”）；同上，第 51-77 页（描述了法院对合格豁免权的辩护理由，没有一个是基于普通的法规而作出的解释）。合格豁免权最近引起了很多争议。参见，例如，Symposium, Federal Courts, *Practice & Procedure: The Future of Qualified Immunity*, 93 NOTRE DAME L. REV. 1793 (2018)；另见，例如，基塞拉诉休斯案，《联邦法院判例汇编》第 138 卷，该案起始于 1148 页，引用内容位于 1162 页（2018 年）（Kisela v. Hughes, 138 S. Ct. 1148, 1162 (2018)）（索托马约尔大法官持异议）（批评法院在最近裁决中对合格豁免权的所采取的“片面方法”）；齐格勒诉阿巴西案，《联邦法院判例汇编》第 137 卷，该案起始于 1843 页，引用内容位于 1870-1872 页（2017 年）（Ziglar v. Abbasi, 137 S. Ct. 1843, 1870 – 72 (2017)）（托马斯大法官部分同意并同意判决）（注意到他对法院“合格豁免权司法解释”的“日益增长的担忧”，同上，第 1870 页）。

[218] 《美国联邦判例汇编》第 521 卷第 507 页（1997 年）（521 U.S. 507 (1997)）。

[219] 参见，同上，第 519-520 页。

[220] 《美国联邦判例汇编》第 570 卷第 529 页（2013 年）（570 U.S. 529 (2013)）。

[221] 参见 Travis Crum, *The Superfluous Fifteenth Amendment?*，114 NW. U. L. REV. 1549, 1557 – 78 (2020)（比较和对比第十四和第十五修正案执行上的限制）。

[222] 参见，谢尔比县案，《美国联邦判例汇编》第 570 卷，该案起始于 544 页，引用内容位于 557 页（Shelby County, 570 U.S. at 544, 557）（认为该法案的一项条款的覆盖范围公式违反了宪法的“平等主权”规范，同上，544 页，该规范要求对某些州施加不适用于其他州的限制的强有力的理由）。

证据理由来证明曾经侵犯过投票权的司法管辖区仍在继续这样做。[223] 法院还依据了其所描述的“平等主权”原则，该原则隐含于宪法的结构中，并反映在法院的判例法中，即国会不得对某些州施加宪法没有对其他州施加的限制。[224]

金斯伯格大法官对此愤怒地提出异议，抗议法院篡夺了国会为内战修正案的有效执行提供非歧视保障的权力。[225] 法学界的批评家甚至更加尖刻，其中一人写道：“开始解释内战修正案时，让国会证明偏离平等主权的行为具备正当性的要求抹灭了内战和第二次重建时期的历史，并将对各州平等和尊严的关注凌驾于对公民平等和尊严的关注之上。”[226]

三、 杰克逊案和宪法救济

继第二章所述的发展之后，“全体女性健康组织诉杰克逊案”又有了新的重要突破，但几乎没有什么令人惊喜的内容。尽管该案如果写于 1990 年或之前，将标志着与传统宪法救济的彻底决裂，但其主要主题在过去几年里已经变得司空见惯。在时间的长河中，杰克逊案很可能会被评判为是通向未来的桥梁，但到目前为止，这个未来仅被部分地明确。戈萨奇大法官（Gorsuch）在杰克逊案中的意见除了一部分之外，均以 5 比 4 的多数意见撰写，他将需要裁决的问题归纳为“某些堕胎服务提供者是否可以根据我们的先例对德克萨斯州最近颁布的一项法规提出执法前质疑”。[227] 他迅速处理了唯一的私主体被告。[228] 因为该人否认有起诉任何人的计划，所以对他的指控因缺乏诉讼资格而失败。[229] 鉴于这一裁决，戈萨奇大法官没有必要说明，在国家行为理论下，任何私主体被告挑战参议院第 8 号法案执行的诉讼能否胜诉。[230]

在处理针对官方被告的诉讼时，法院首先认为法官和书记员属于德克萨斯州主权豁免的范围。[231] 而原告在其诉状中引用了一些案例，表明主权豁免可能并不总是禁止对州法官提

[223] 同上，位于 547 页。
[224] 同上，位于 544 页。
[225] 同上，位于 566-570 页（金斯伯格大法官持异议）。
[226] Reva Siegel，*The Supreme Court, 2012 Term — Foreword: Equality Divided*，HARV. L.REV. 1, 71 (2013)（省略脚注）。
[227] 参见杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，该案起始于 522 页，引用内容位于 529-530 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 529–30 (2021)）。
[228] 同上，位于 537 页。
[229] 同上。
[230] 参见上文引注[17]和伴随文本（提到了可能的州行为问题）。
[231] 参见杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，第 531-534 页（Jackson, 142 S. Ct. at 531–34）。

起诉讼。[232] 对于这些案件，法院认为它们都不与当前所讨论的问题相关。[233] 而戈萨奇大法官则援引了杨案。他意识到，杨案允许对负责执行州法律的州官员提起诉讼。但他强调，杨案中有一段话——他在其所撰写意见中的两处均引用了这段话——明确承认联邦法院不得干预州法院的“正常运作和程序”。[234]

为了进一步支持这一结论，戈萨奇大法官还引用了宪法第三条，该条款“仅赋予联邦法院解决‘对立诉讼当事人之间产生的实际争议’的权力”。[235] 他推理说，法官和书记员并不是原告的法律对手。[236] 总的来说，戈萨奇大法官认为原告主张的是一种新颖的、可能无边无际的法律理论，“如果这种理论流行起来”，将允许联邦法院禁止州书记员和法院在大量的私人当事人间纠纷中登记起诉州和执行州法律。[237]

接着，戈萨奇大法官还认为不能起诉德克萨斯州总检察长，因为他没有参与执行参议院第 8 号法案。[238] 戈萨奇大法官继续说，即便他确实发挥了作用，原告也不能将针对总检察长的诉讼“转变为”对私人当事人采取禁令救济的依据，因为参议院第 8 号法案更直接地授权了这些私人当事人采取强制执行行动。[239] 戈萨奇大法官再次试图援引司法传统主义的外

---

[232] 见原告诉状第 31-33 页，杰克逊案（编号 21-463），2021 年 Westlaw 数据库编号 5016691（引用，例如，普利厄姆诉艾伦案，《美国联邦判例汇编》第 466 卷，该案起始于 522 页，引用内容位于 536-543 页（1984 年）（Pulliam v. Allen, 466 U.S. 522, 536 – 43 (1984)）；米奇厄姆诉福斯特案，《美国联邦判例汇编》第 407 卷，该案起始于 225 页，引用内容位于第 242-243 页（1972 年）（Mitchum v. Foster, 407 U.S. 225, 242 – 43 (1972)）；以及谢利诉克雷默案，《美国联邦判例汇编》第 334 卷，该案起始于第 1 页，引用内容位于第 14 页（1948 年））（Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1, 14 (1948)）。

[233] 参见，杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 533-543 页（Jackson, 142 S. Ct. at 533 – 34）。他主要基于以下理由区分了普利厄姆诉艾伦案，《美国联邦判例汇编》第 466 卷第 522 页（Pulliam v. Allen, 466 U.S. 522），主要是因为该案涉及的是司法豁免而非主权豁免的理论。杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 533 页（Jackson, 142 S. Ct. at 533）（引用普利厄姆案，《美国联邦判例汇编》第 466 卷第 541-543 页（Pulliam, 466 U.S. at 541 – 43））.此外，普利厄姆案涉及禁止法官执行司法创造的规则，而非州法。同上（引用普利厄姆案，《美国联邦判例汇编》第 466 卷第 526 页（Pulliam, 466 U.S. at 526））。他基于法院仅就反禁令法的范围作出裁决，而非主权豁免或杨案的理由区分了米奇厄姆诉福斯特案，《美国联邦判例汇编》第 407 卷第 225 页（Mitchum v. Foster, 407 U.S. 225）。杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 534 页（Jackson, 142 S. Ct. at 534）（引用米奇厄姆案，《美国联邦判例汇编》第 407 卷第 242-243 页（407 U.S. at 242 – 43）；米奇厄姆诉福斯特案，《联邦补充报告》（Federal Supplement）第 315 卷，第 1387 页和 1388 页（美国佛罗里达州北区地方法院，1970 年）（Mitchum v. Foster, 315 F. Supp. 1387, 1388 (N.D. Fla. 1970)）（全体法官一致））。他还以该案涉及对契约执行的宪法辩护，而非针对公职人员的预先执行行动为理由区分了谢利诉克雷默案，《美国联邦判例汇编》第 334 卷第 1 页（Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1）。 杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 534 页（Jackson, 142 S. Ct. at 534）（引用谢利案，《美国联邦判例汇编》第 334 卷第 14 页（Shelley, 334 U.S. at 14））。戈苏奇大法官还指出，这些案例中没有一个涉及针对州法院书记官的诉讼。参见同上，第 533-534 页。

[234]杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，该案起始于 532 页，引用内容位于 533 页（Jackson, 142 S. Ct. at 532, 533）（引用杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷，该案起始于 123 页，引用内容位于 163 页（1908 年）（Ex parte Young, 209 U.S. 123, 163 (1908)）。

[235] 同上，位于 532 页（引用马斯克拉特诉美国案，《美国联邦判例汇编》第 219 卷，该案起始于 346 页，引用内容位于 361 页（1911 年）（Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 361 (1911)）。

[236] 同上。

[237] 同上。

[238] 同上，位于 534 页。

[239] 同上，位于 535 页。

衣，而这一传统主义如今已与宪法原旨主义和文本主义联系在一起。“联邦法院的衡平法权力受到历史惯例的限制”，他写道。[240]

戈萨奇大法官在其意见书的第三部分专门回应了首席大法官罗伯茨和大法官索托马约尔在部分异议意见中提出的指控，即多数派允许德克萨斯州阻挠执行他们所认为的宪法权利——戈萨奇大法官为论证而假定罗伊案和凯西案中所确认的堕胎权是宪法权利。[241] 戈萨奇大法官驳回了异议者的前提。他强调，原告有权，并且在宪法上也必须有权，以该法案无效为由，对旨在针对他们执行涉及参议院第 8 号法案的诉讼进行抗辩。[242] 戈萨奇大法官还指出了原告在德克萨斯州可能获得的其他救济措施。[243]

托马斯大法官同意戈萨奇大法官的意见，但除了戈萨奇大法官的这一观点——正如引言部分所讨论的[244]——认为原告可以起诉医疗执照颁发官员以获得禁令。[245] 托马斯大法官认为，根据他对参议院第 8 号法案的理解，该法案没有赋予颁发执照的官员执行法规禁令的职责。[246] 鉴于此，托马斯大法官认为原告没有权利针对他们提出禁令。[247]

虽然戈萨奇大法官和托马斯大法官都表示他们对联邦法律的任何相关原则都没有异议，但在将这些原则正确应用于参议院第 8 号法案这一点上[248]，他们显然存在分歧。托马斯大法官认为，即使被告执照颁发官员对参议院第 8 号法案的执行负有直接责任，原告也不应该起诉要求发出禁令。[249] 原因在于他对第三方诉讼资格理论持否定态度。[250] 最高法院在罗伊案和凯西案中支持的堕胎权是孕妇终止妊娠的权利，而不是医疗专业人员实施堕胎的权利。[251] 在允许医生维护其病人的权利时，法院主要是基于实际和实用层面的考虑，认为允

---

[240] 同上。（引用大西洋人寿保险公司诉 W.I.南方公司案，《美国联邦判例汇编》第 306 卷，该案起始于 563 页，引用内容位于 568 页（1939 年）（Atlas Life Ins. Co. v. W.I. Southern, Inc., 306 U.S. 563, 568 (1939)）。

[241] 参见，同上，第 537-538 页。

[242] 参见，第 537 页（“任何根据参议院第 8 号法案被起诉的个人在其辩护中都可以寻求州宪法和联邦宪法的法律论据”）；同上，第 530 页第 1 个注释（“无论州法律有无规定，只要当事人适当地提出，适用的联邦宪法辩护总是完全可用的”（引用了《美利坚合众国宪法》第六条）。

[243] 同上，位于 537 页。

[244] 参见上文第 1304 页。

[245] 杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 539 页（Jackson, 142 S. Ct. at 539）（托马斯大法官，部分同意，部分反对）。

[246] 同上，位于 540 页。

[247] 参见，同上，第 540-542 页。

[248] 同上，第 536 页（多数人意见）；另见同前文档第 539 页（托马斯大法官部分同意，部分异议）。

[249] 同上，第 539 页第 1 个注释。

[250] 同上。

[251] 参见，同上，在罗伊案中，有些措辞可以被解读为既保护医生进行堕胎的权力，也保护孕妇获取堕胎的权力。例如，参见罗伊诉韦德案，《美国联邦判例汇编》第 410 卷，该案起始于 113 页，引用内容位于 165-166 页（1973 年）（Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 165–66 (1973)）（“堕胎决定的所有方面本质上主要是一项医疗决定，其基本责任必须由医生承担”同上，第 166 页），被多布斯诉杰克逊妇女健康组织案，（《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 2228 页（2022 年）（Dobbs v. Jackson Women’s Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022)）推翻。但在后来的意见中对医生权利的提及逐渐消失。参见，例如，宾夕法尼亚东南部计划生育联合会诉凯西案，《美国联邦判例汇编》第 505 卷，该案起始于 833 页，引用内容位于 846 页（1992 年）（Planned

许堕胎服务提供者维护患者的权利，可能对于确保这些权利得到有效维护非常重要。[252] 而托马斯大法官拒绝接受这种司法授权起诉权的实用性理由。[253]

首席大法官罗伯茨在意见书中对该判决持部分同意、部分不同意的态度，而布雷耶大法官、索托马约尔大法官和卡根大法官也加入了这一意见的行列。[254] 他深刻指出，在法院救济的法律历程中占主导地位的理念表明，参议院第 8 号法案“具有剥夺行使我们认为受联邦宪法保护的权利的效果”。[255] 尽管他同意多数派的意见，即原告不得提出针对州法官的禁令，但他允许对州法院书记员和德克萨斯州总检察长进行救济。[256] 根据首席大法官罗伯茨对德克萨斯州相关法规的解读，总检察长“与德克萨斯州医学委员会一样有权处理违反参议院第 8 号法案的行为”，因此根据杨案的原则，总检察长可以被起诉。[257] 至于被列为被告的法院书记员，首席大法官表示，他的分析中很重要的一点是，参议院第 8 号法案是为了逃避执行前审查而故意构建的：

> 鉴于州政府强加的特殊规则，即使根据参议院第 8 号法案提起的诉讼未能成功，但这种威胁也会扼杀宪法所保护的行为。在这种情况下，签发传票并将参议院第 8 号法案相关案件登记在案的法院书记员不可避免地会被卷入到执行参议院第 8 号法案违宪条款的策划中，因此他们与这种执行有充分的“联系”，是适当的被告。[258]

（提出这样观点的）部分原因是，首席大法官罗伯茨认为，法院不应允许巧妙的法律设

Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 846 (1992)）（“【罗伊案】承认妇女有权选择在胎儿存活前堕胎，并在不受国家不当干预的情况下堕胎。”），被多布斯案推翻（《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 2228 页（Dobbs, 142 S. Ct. 2228））。

[252] 参见，例如，，朱恩医疗服务有限责任公司诉鲁索案，《联邦法院判例汇编》第 140 卷，该案起始于 2103 页，引用内容位于 2118-2119 页（2020 年）（June Med. Servs. L.L.C. v. Russo, 140 S. Ct. 2103, 2118 – 19 (2020)）（多数意见）（（收集了九个最高法院允许堕胎提供者援引病人权利的案例）；另见，同上文档第 2139 页第 4 个注释（（罗伯茨大法官，同意判决）（提供了第五票，支持重申允许堕胎服务提供者引用第三方立场来挑战对堕胎权利的限制）。

[253] 参见杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 539 页（Jackson, 142 S. Ct. at 539）第 1 个注释（托马斯大法官，部分同意部分异议）；另见朱恩医疗案，《联邦法院判例汇编》第 140 卷第 2142-2149 案（June Med., 140 S. Ct. at 2142 – 49）（托马斯大法官，持异议）；科瓦尔斯基诉特斯默案，《美国联邦判例汇编》第 543 卷，该案起始于 125 页，引用内容位于第 134-136 案（2004 年）（Kowalski v. Tesmer, 543 U.S. 125, 134 – 36 (2004)）（托马斯大法官，同意）。

[254] 杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 543 页（Jackson, 142 S. Ct. at 543）（罗伯茨大法官，部分同意该判决，部分持异议）。

[255] 同上。

[256] 参见，同上，第 544 页。尽管首席大法官罗伯茨没有明确表示他认为不能对州法官提起诉讼，但他指出“法官在任何意义上都不是对参议院第 8 号法案负担的当事人的对立面。”该句参见同上。戈萨奇大法官也描述首席大法官的立场是，对州法官提起诉讼是不恰当的，同上第 533 页（多数意见），对于这种描述首席大法官并没有反驳。

[257] 同上，第 544 页（罗伯茨大法官部分同意该判决部分持异议）。

[258] 同上。（原始文本进行了第二次修改）（引用杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷，该案起始于 123 页，引用内容位于 157 页（1908 年）（Ex parte Young, 209 U.S. 123, 157 (1908)））。

计击败联邦宪法在确立宪法权利方面的权威。他批评戈萨奇大法官未能根据案件事实而重视联邦禁令救济的必要性，以使得联邦权利具有意义。[259] 首席大法官罗伯茨写道，对法院书记员的禁令“救济中的任何新颖之处”都是“德克萨斯州策划新颖性的直接结果”。[260] 因此，他认为他的方法与杨案的“整体倾向”一致：

> 正如在杨案中一样，那些根据参议院第 8 号法案被起诉的人将被“骚扰...一般来说，为了执行违宪法令规定的处罚，他们将面临大量的诉讼”。在这种情况下，仅仅是“提起诉讼”和事实上的诉讼威胁，就属于“对他人造成的可诉伤害”，而杨案的基本原则授权对在该策划中扮演重要角色的法院官员进行救济。[261]

索托马约尔大法官的意见得到了布雷耶和卡根大法官的支持，也强调了在美国宪法传统中实质性权利与司法救济权之间的联系。[262] 索托马约尔大法官强调，参议院第 8 号法案显然成功地实现了其野心，即“剥夺德克萨斯州孕妇于怀孕六周后在本州寻求堕胎护理的几乎所有机会”[263]，尽管当时罗伊案和凯西案名义上保障的堕胎权依然存在。[264]

在一两代人之前，杰克逊案中部分反对意见的观点——包括首席大法官罗伯茨关于“杨案基本原则”含义的结论[265]，以及索托马约尔大法官关于权利与救济之间必要联系的论点[266]——几乎肯定会占上风。但法院的组成已经改变，宪法争论的条款也发生了变化。杰克逊案是当前最高法院对传统宪法救济法不断修正的缩影[267]——但这并不是说它标志着这一修正达到了顶峰。

四、 杰克逊案的影响

本章探讨了杰克逊案的意义，其不仅是对曾经传统规范的偏离，更是通往未来的桥梁。就目前而言，与下一步可能采取的措施相比，当前最高法院迄今为止所拒绝采取的措施更为明确。通过允许德克萨斯州排除唯一的司法救济，该救济能够避免宪法权利被扼杀，杰克逊

---

[259] 同上，第 545 页。
[260] 同上。
[261] 同上，第 544-545 页（有一处改动和省略）。引用了杨案，（《美国联邦判例汇编》第 209 卷，该案起始于 153 页，引用内容位于 160 页（Young, 209 U.S. at 153, 160））。（相关引用被省略）。
[262] 参见，同上，第 547-550 页（索托马约尔大法官，部分同意该判决部分持异议）。
[263] 同上，第 545 页。
[264] 同上；另见同上，第 543-545 页（罗伯茨大法官，部分同意该判决部分异议）。
[265] 同上，第 545 页（罗伯茨大法官，部分同意该判决部分持异议）。
[266] 同上，第 544-545 页。
[267] 参见，同上，第 547-550 页（索托马约尔大法官，部分同意该判决部分持异议）。

案引发了诸多疑问，包括：（1）对于那些能在强制执行行动中以宪法权利作为抗辩理由的当事人而言，他们是否享有宪法赋予的、在强制执行前获得衡平法救济的权利；（2）国会是否能在诸如“布朗诉教育委员会案”（Brown v. Board of Education）这类案件中，剥夺因宪法权利受侵犯而本应获得的禁止令救济？因为在这些案件中，受害者根本没有机会在刑事或民事诉讼中主张其宪法权利作为抗辩；（3）在杰克逊案中，法院提及的“传统衡平原则”[268]作为限制联邦法院衡平权力[269]的依据，是否会在其他类型的宪法案件中，严重制约联邦法院发布禁令的能力；（4）在强制性诉讼中，被告质疑相关法规合宪性的权利是否会受到新的限制；以及（5）对违宪损害赔偿诉讼不予司法承认的原则是否也同样适用于禁令诉讼。

本章将逐一探讨这些问题，并在最高法院对杰克逊案和其他近期判决的推理中寻找答案，或答案的线索。即使无法获得明确的答案，最高法院的思路趋势也是清晰的。除了对执行无效法规的抗辩表示怀疑外，最高法院还日益怀疑救济措施的宪法必要性，此外法院还认为，三权分立原则要求在确认违宪行为的诉讼原因方面，司法应当发挥有限的作用。对于那些接受“法治的理念要求有足够的司法救济措施来保护宪法权利”这一规范性前提的人来说，杰克逊案应该会引发超越堕胎问题的忧虑。

（一） 宪法救济与正当程序条款

在杰克逊案带来的消极影响之后，一个紧迫的问题是，如果有的话，宪法何时赋予了原告针对违宪的政府行为提起禁令救济的权利。尽管不同的事实情况可能会提出不同的问题，但杰克逊案暗示着在许多情况下，甚至在大多数情况下，原告都没有获得禁令的宪法权利，即使是针对正在发生的违宪行为。如果最高法院沿着杰克逊案所暗示的路径继续前进，那么这将与以往的既定认知产生深刻分歧。

1. 以禁令作为对抗强制执行行动的替代手段

杰克逊案中的原告并没有明确主张他们拥有在执行前获得禁令救济的宪法权利。相反，他们声称——没有区分宪法和衡平法传统对杨案的不同解读——杨案及其后续案件“明确允许”他们对参议院第 8 号法案提出质疑。[270] 在这种情况下，人们可能会认为最高法院既没有正视，也没有对任何主张宪法禁令权利的诉求作出裁决。我很高兴看到法院采纳这一解释，这可能会降低杰克逊案对其他案件中原告的影响。然而这一点是有争议的——我更担心情况

[268] 同上，第 535 页（多数意见）。
[269] 同上，第 538 页。
[270] 参见原告诉状第 25 页，杰克逊案（编号 21-463），2021 年 Westlaw 数据库编号 5016691。

确实如此——杰克逊案确认了一点，即阿姆斯特朗诉特殊儿童中心案否认了杨案有宪法基础[271]，并进一步暗示，对于任何可能提出宪法抗辩的司法程序中，针对法规的威胁性执行的情况，并不存在获得禁令救济的宪法权利。在推断第二种解释将占上风的理由中，最高法院的多数人声称，对其下令驳回的所有被告拒绝给予救济的行为，是基于看似绝对、但却有宪法依据的理由而做出的。[272] 并且法院坚持认为，法官和书记员享有州的主权豁免，不受诉讼的影响。[273] 最高法院唯一提到的是，在任何情况下享有宪法规定的司法救济权利的情形，仅涉及被告在强制执行行动中有权对被援引用来对抗他们的法规的有效性提出质疑。[274]

如果杰克逊案被解读为，主张在执行程序中质疑无效法规的机会始终是宪法赋予的充分救济，那么它在限制方面就迈出了比阿姆斯特朗案更重要的一步，并且，也可以说是在修订方面迈出了比杨案更重要的一步。阿姆斯特朗案反驳了一种论点，即至上条款创造了一种权利，只要州政府官员持续违反联邦法律[275]，就有权发出禁令，但它并不像杨案和杰克逊案那样，涉及州政府官员采取强制执行行动的威胁，这两个案件违反了正当程序条款。相反，阿姆斯特朗案原告试图执行一项联邦资助法规，但根据该法规的字面意思，他们并未获得任何可通过司法手段强制执行的法定权利。

如果杰克逊案裁定，当个人的自由或财产试图被剥夺时，受害者不能以正当程序条款为依据主张宪法赋予的禁令救济权利，并以此作为对抗刑事或民事执行行动的抗辩，那么这一裁决的影响，在我看来，将是重大且不幸的。在 1994 年判决的“雷霆盆地煤矿公司诉赖希案”[276]（Thunder Basin Coal v. Reich）中，最高法院驳回了一种论点，即宪法保障了那些面临强制执行行动威胁的当事人，有权对可能违反联邦机构法定权限的命令获得禁令救济。[277]但雷霆盆地煤矿公司案特别指出，对于不遵守规定所面临的强制惩罚，实际上并没有切断人们向法院起诉的途径。而且这种情况并非那种因为遵守了被质疑的命令，就会面临严重的强

---

[271] 见上文第 29 页。
[272] 参见杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 532 页（Jackson, 142 S. Ct. at 532）。
[273] 同上（指出杨案对州主权豁免的例外情况“通常不允许联邦法院对州法院法官发布禁令”）。
[274] 同上，第 530 页第 1 个脚注（指出最高权力条款要求承认适当提出的联邦宪法辩护（引用美国宪法第六条））。
[275] 阿姆斯特朗诉特殊儿童中心案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，该案起始于 320 页，引用内容位于 326 页（2015 年）（Armstrong v. Exceptional Child Ctr., Inc., 575 U.S. 320, 326 (2015)）（“如果最高权力条款包含了私人诉讼权，那么宪法就要求国会允许私人行为者执行其法律，大大削弱了国会指导联邦法律实施的能力。如果给一个使联邦法律至高无上的条款一个限制国会执行该法律的解释，即强制私人执行——这是对州立法机构来说闻所未闻的限制——那确实是非常奇怪的。”）；同上，第 327 页（“起诉禁止州和联邦官员采取违宪行动的能力是衡平法院的创造，反映了对非法行政行为进行司法审查的悠久历史，而这一历史可以追溯到英国。这是一种由法官制定的补救措施，我们从未认为，甚至从未建议过，在其适用于州官员时，它依赖的是最高权力条款中所包含的的默示诉讼权。（引用省略）（参见 Jaffe & Henderson，上文注[180]）。
[276] 《美国联邦判例汇编》第 510 卷第 200 页（1994 年）（510 U.S. 200 (1994)）。
[277] 参见，同上，第 216-218 页。

制惩罚，以至于让人陷入一个宪法上不能容忍的两难境地的情况。[278] 如果我对杰克逊案所暗示的担忧成为现实，那么最高法院已经关上了雷霆盆地煤矿公司案所敞开的大门。从今往后，它已经发出信号表明，任何选择，包括违反州法规并主张州法规的违宪性作为对抗强制执行行动抗辩的选择，都不会被视为是“宪法上所不能容忍的”。有人可能会认为，根据参议院第 8 号法案提起的多起罚款 10,000 美元的诉讼威胁，并没有达到杨案中所提到的刑事处罚威胁的“强制性”程度。再次强调，我并不是要排除这种可能性。在很多情况下，法院都认为，政府施加强制性压力以阻止行使宪法权利或特权的行为违反了宪法。[279] 但在杰克逊案的意见中，没有任何内容表明法院认为，为了衡量宪法规定的可容忍性，法院需要将本案中的非强制性处罚——尽管这些处罚被证明具有寒蝉效应——与杨案中的强制性处罚区分开来。

在我上文提到的衡量宪法救济权利的传统框架内，梅策尔教授撰写了一篇极具洞察力的文章。他建议，如果国会愿意的话，可以“至少在一般情况下”，撤销在执行前诉讼中对法规提出质疑的权利，并要求所有潜在的原告主张他们自己的权利，作为对强制执行行动的抗辩。[280] 梅策尔教授的判断部分是基于扬格诉哈里斯案[281]所确立的原则而作出的，该原则禁止联邦法院，针对州官员为执行州法而提起的待决强制行动，发布反诉讼禁令。[282] 杨案本身十分有限，无法支持这样的结论，即原告永远都无权对强制阻碍行使宪法权利的法规，申请强制执行前禁令。在扬格案中，唯一被认定为具有诉讼资格的原告已经违反了他所寻求联邦禁令救济的法规，并且没有声称他对未来的违法行为感到恐惧。[283] 更接近这一点的是，

---

[278] 同上，第 218 页。

[279] 参见，例如，全国独立企业联合会诉西贝利乌斯案，《美国联邦判例汇编》第 567 卷，该案起始于 519 页，引用内容位于 580-581 页（2012 年）（Nat’l Fed’n Indep. Bus. v. Sebelius, 567 U.S. 519, 580 – 81 (2012)）（（认为国会不得改变提供联邦资金的附加条件，以迫使各州遵守（引用南达科他州诉多尔案，《美国联邦判例汇编》第 483 卷，该案起始于 203 页，引用内容位于 211-212 页（1987 年）（South Dakota v. Dole, 483 U.S. 203, 211 – 12 (1987)））；李诉韦斯曼案，《美国联邦判例汇编》第 505 卷，该案起始于 577 页，引用内容位于 587 页（1992 年）（Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 587 (1992)）（认为州“不得强迫任何人支持或参与宗教或宗教活动”（引用林奇诉多内利案，《美国联邦判例汇编》第 465 卷，该案起始于 668 页，引用内容位于 678 页（1984 年）（Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 678 (1984)）； 阿勒格尼县诉美国公民自由联盟案，《美国联邦判例汇编》第 492 卷，该案起始于 573 页，引用内容位于 591 页（1989 年）（County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573, 591 (1989)），裁决被希腊镇诉加洛韦案推翻（《美国联邦判例汇编》第 572 卷，第 565 页（2024 年）（Town of Greece v. Galloway, 572 U.S. 565 (2014)））。

[280] 参见 Meltze），前注[87]，第 2563 页（“如果预期的救济被撤销，剩余的救济——在执行程序中的辩护——虽然效力较低，但至少在一般情况下，仍然足够满足宪法所要求的广泛的救济命令。”）然而，在下一句话中，梅策尔充分限定了他的看法，以引起对他是否会同意法院在杰克逊案中应用这一普遍原则的怀疑。见同上（引用雷霆盆地煤矿公司案《美国联邦判例汇编》第 510 卷第 218 页（Thunder Basin Coal, 510 U.S. at 218））（拒绝“排除这样的可能性，即在某些特殊情况下，刑罚非常繁多或严重，或辩护负担过重，以至于辩护救济措施不充分，因此宪法要求提供预期救济”，前述的杨案可能就是一个例证）。

[281] 《美国联邦判例汇编》第 401 卷第 37 页（1971 年（401 U.S. 37 (1971)）。

[282] 同上，第 41 页。

[283] 参见，同上，第 41-42 页。

因过去的违法行为而被起诉的人试图寻求联邦衡平法的保护，以防止今后因违反据称违宪的法规而被进一步起诉。[284] 尽管这个问题很相似，但我认为这些案件也是有区别的：一个正在被采取强制执行行动的人，不能声称其实际上被剥夺了向司法法庭提出她的宪法论点的机会。[285] 基于这一分析，我认为最高法院在杰克逊案中犯了一个非必要的错误。一项裁决可能会使各州或国会造成一种情况，即由于得不到执行前的救济，宪法权利在实际中完全无法得到执行的情况，这一裁决在宪法上是不必要的，理由已经在第一章的第一节中阐述过，同时这样的裁决也令人深感遗憾，理由见第一章第二节。

如果我对杰克逊案影响的猜测属实，那么该判决至少对两类案件具有重要意义。第一类案件似乎可能出现在非德克萨斯州的州法律中，这些州采用参议院第 8 号法案的策略，将州法的执行外包出去，并授权多次诉讼以索取高额罚款。[286] 例如，加利福尼亚州对某些种类枪支的销售和制造颁布了严格的限制措施，并规定只能通过私人诉讼来强制执行这些禁令。[287] 这种策略成功的可能性，在一定程度上取决于一个州试图阻止的行为是否受到宪法保护。正如我的同事斯蒂芬·萨克斯（Stephen E. Sachs）教授所指出的，“[参议院第 8 号法案的]‘寒蝉效应’很大程度上[来自]这样一个事实，即没有人[知道]最高法院是否[会]支持罗伊案和凯西案的判决”。[288] 但是，如果私人原告因受到激励而针对所谓的法定违规行为提起多起诉讼，即使被告实际遭受处罚的可能性很低，但其准备辩护所需的成本也可能产生部分独立的寒蝉效应。

另一类案件引起的讨论较少，但我认为它们可能同样重要。假设国会试图在实质性宪法不确定的领域撤销联邦衡平法救济——使得诉讼的结果无法明确预知——从而迫使任何想要挑战州或联邦法规的人在刑事诉讼中冒险。尽管挑战者可能会争辩说，禁止执行前禁令的法规，反映了宪法禁止阻碍行使宪法权利行为的意图[289]，但如果该宪法权利的范围是有合

---

[284] 参见，HART & WECHSLER，前注[9]，第 1139–40 页； Douglas Laycock, *Federal Interference with State Prosecutions: The Need for Prospective Relief*, 1977 SUP. CT. REV. 193, 197 (1978)。

[285] Cf. Barry Friedman, *Under the Law of Federal Jurisdiction: Allocating Cases Between Federal and State Courts*, 104 COLUM. L. REV. 1211, 1248–54 (2004)（文章主张美国法律传统反映了一种“不违反法律”的原则，同上，第 1248 页，即对于那些已经违反了他们希望挑战的法律的当事人，不倾向于提供联邦衡平法救济）。

[286] 例如，在佛罗里达州，州长罗恩·德桑蒂斯（Ron DeSantis）提出了为家长创建一个私人诉讼权，以起诉教授批判种族理论的学区。参见 Timothy Bella, *DeSantis Invokes MLK as He Proposes Stop Woke Act Against Critical Race Theory*, WASH. POST (Dec. 15, 2021, 3:59 PM), https://www.washingtonpost.com/politics/2021/12/15/desantis-stop-woke-act-mlk-crt[https://perma.cc/V3E2-KQC9]。

[287] 关于其他权利，加利福尼亚州已颁布立法，授权私人公民提起诉讼，以执行州里选定的涉及枪支的禁令。见前注[36]及附文。

[288] Stephen E. Sachs，*Limiting Principles and SB8, REASON: VOLOKH CONSPIRACY* (Nov. 2, 2021, 8:15 AM)（强调部分省略）， https://reason.com/volokh/2021/11/02/limiting-principles-and-sb8[https://perma.cc/4LDT-D6D3]。

[289] 麦卡德尔单方面案（Ex parte McCardle），《美国联邦判例汇编》（《华尔街法律登记》第 7 卷）第 74 卷，

理争议的，那么这种论点可能会被视为循环论证而被排斥。考虑到对于一项权利是否存在本身的合理不确定性，国会可能有合法的理由，倾向于让诉讼局限在特定当事人过去的行为及其已知后果的明确框架内——如果我们假设，在杰克逊案之后，从来就不存在宪法上的执行前禁令救济。[290]

在结束这一讨论之前，我应该考虑杰克逊案的结果可能取决于所主张的、岌岌可危的权利本身：即被假定，但很快就会被排斥的堕胎权。尽管最高法院在杰克逊案中坚称，其裁决所依据的对联邦司法权力的限制，在"被质疑的法律据称会抑制宗教自由行使、言论自由、持枪权或其他任何权利"的情况下，同样适用，[291] 但我们不能完全排除这种可能性。首先，未来案件的当事人可能会基于以下理由来试图区分杰克逊案，即当最高法院审理该案时，它假设原告可以通过起诉州执照颁发官员来获得执行前的救济。德克萨斯州最高法院随后证明了这一假设是错误的。[292] 然而，即使德克萨斯州法院没有做出这样的裁决，坚持认为，宪法规定有权起诉至少一名官员以获得禁令——尽管面临多重诉讼和严苛惩罚的威胁——而不去探究对该官员的诉讼是否可以显著减轻法规的寒蝉效应，但这种做法不过是毫无意义的形式主义。

在参议院第 8 号法案的情况下，仅针对州许可官员的禁令可能无法减轻寒蝉效应。这样的禁令不会直接约束私人原告。关于诉讼请求权原则和争点阻却原则，[293] 通常的规则是"在一个诉讼中，如果当事人没有被指定为一方当事人，或者没有通过送达程序而成为一方当事

第 506 页（1868 年）（Ex parte McCardle, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868)），最高法院明确宣称，在评估撤销管辖权的合宪性时，"我们无权探究立法机关的动机。"同上，第 514 页。但是，在仅仅两年后的最高法院判决美国诉克莱因案中，（《美国联邦判例汇编》（《华尔街法律登记》第 13 卷）第 80 卷第 128 页（1871 年））（United States v. Klein, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1871)），有文本可能表现出相反的观点。参见，同上第 145 页。此外，许多二十世纪和二十一世纪的判例确立了立法动机与宪法允许性的关联性。参见 Richard H. Fallon, Jr., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, 96 VA. L. REV. 1043, 1063 (2010)。卡莱布 •纳尔逊教授（Caleb Nelson）有说服力地论证，或许更相关的是。即使在麦尔德案的时代，最高法院也因立法目的不合法而宣布一些法案无效，这些不合法的目的在法案的文本中是显而易见的。参见 Caleb Nelson,*Judicial Review of Legislative Purpose*, 83 N.Y.U. L. REV. 1784, 1812 – 25 (2008)。

[290] 参见 Fallon，前注[289]，第 1095 页（质疑在仍有其他途径提出宪法问题的情况下，以动机为基础反对撤销区域法院司法管辖权的说服力）。

[291] 全体女性健康组织诉杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，该案起始于 522 页，引用内容位于第 538 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 538 (2021)）。

[292] 见前注[27]及附文。

[293] 尽管参议院第 8 号法案声称确立了"非互惠问题排除【和】非互惠权利排除""不是……辩护理由"，参见《德克萨斯州卫生与安全法典》第 171.208 条(e)款(5)项（West 2021 年版），但是联邦判决的排除效力由联邦法律管辖，这将优先于任何相反的州法律，参见塞姆特克国际公司诉洛克希德 • 马丁公司案，《美国联邦判例汇编》第 531 卷，该案起始于 497 页，引用内容位于 507 页（2001 年）（Semtek Int’l Inc. v. Lockheed Martin Corp., 531 U.S. 497, 507 (2001)）（引用斯托尔诉戈特利布案，《美国联邦判例汇编》第 305 卷，该案起始于 165 页，引用内容位于 171-172 页（1938 年）（Stoll v. Gottlieb, 305 U.S. 165, 171 – 72 (1938)）；甘特诉大西洋海岸铁路公司案，《美国联邦判例汇编》第 200 卷，该案起始于 273 页，引用内容位于 290-291 页（1906 年）（Gunter v. Atl. Coast Line R.R., 200 U.S. 273, 290 – 91 (1906)）； 存款银行诉弗兰克福案，《美国联邦判例汇编》第 191 卷，该案起始于 499 页，引用内容位于 514-515 页（1903 年）（Deposit Bank v. Frankfort, 191 U.S. 499, 514 – 15 (1903)）。

人，则该当事人不受“对人”（in personam）判决的约束”。[294] 联邦法院（最高法院除外）对参议院第 8 号法案的合宪性做出的裁决在德克萨斯州法院也不具有先例约束力。[295]

其次，在杰克逊案中，戈萨奇大法官还特别指出，原告除了有机会在针对执行涉及参议院第 8 号法案诉讼的潜在辩护中主张自己的权利外，还可能有机会在执行前根据州法，在州法院提起质疑参议院第 8 号法案的诉讼。[296] 在这种情况下，可以说，原告未能证明他们将因无法获得联邦禁令而受到不可弥补的损害，因为州法的补救措施可能同样能够保护他们。这种以区别对待为基础的说法也是没有说服力的。在门罗诉帕佩案中，法院明确地裁定，根据第 1983 节寻求宪法权利救济的原告无需先穷尽州法律救济。[297]

在杰克逊案中占据多数席位的法官们会在一个具有不同实质意义的案件中采取某种形式的“秘密否决”。[298] 然而，如果后续的裁决以某种方式将杰克逊案和参议院第 8 号法案单独归为一类，除非它体现出原则性的方向转变，否则这样的裁决对法院来说并无光彩。现在，我遗憾地得出结论，杰克逊案很可能否认了原告在任何情况下都享有针对违宪法规获得强制执行前禁令救济的宪法权利，在理论上，他们可以在随后执行法规的行动中提出宪法异议作为辩护。

2. 缺乏执行行动时的禁令救济权

如果杰克逊案确立或暗示了，原告没有从法规或政府政策中获得禁令救济的宪法权利，

---

[294] 泰勒诉斯特格尔案，《美国联邦判例汇编》第 553 卷，该案起始于 880 页，引用内容位于 893 页（2008 年）（Taylor v. Sturgell, 553 U.S. 880, 893 (2008)）（引用汉斯贝里诉李案，《美国联邦判例汇编》第 311 卷，该案起始于 32 页，引用内容位于 40 页（1940 年）（Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 40 (1940)）（引用理查兹诉杰斐逊县案，《美国联邦判例汇编》第 517 卷，该案起始于 793 页，引用内容位于 798 页（1996 年）（Richards v. Jefferson County, 517 U.S. 793, 798 (1996)）；马丁诉威尔克斯案，《美国联邦判例汇编》第 490 卷，该案起始于 755 页，引用内容位于 761 页（1989 年）（Martin v. Wilks, 490 U.S. 755, 761 (1989)）；森特无线电公司诉哈泽尔廷研究公司案，《美国联邦判例汇编》第 395 卷，该案起始于 100 页，引用内容位于 110 页（1969 年）（Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Rsch., Inc., 395 U.S. 100, 110 (1969)））。

[295] 参见，例如洛克哈特诉弗雷特韦尔案，《美国联邦判例汇编》第 506 卷，该案起始于 364 页，引用内容位于 376 页（1993 年）（Lockhart v. Fretwell, 506 U.S. 364, 376 (1993)）（托马斯大法官附议）（“最高条款要求州法服从联邦法，但是既不是联邦至上原则也不是联邦法的其他任何原则要求州法院对联邦法的解释必须让位于（较低级别的）联邦法院的解释。”）；彭罗德钻探公司诉威廉姆斯案，《西南报道》第二辑第 868 卷，该案起始于 294 页，引用内容位于第 296 页（德克萨斯州最高法院 1993 年）（Penrod Drilling Corp. v. Williams, 868 S.W.2d 294, 296 (Tex. 1993)）（“虽然德克萨斯州法院当然可以引用第五巡回上诉法院或其他任何联邦或州法院的先例来确定适当的联邦裁判规则，它们只有义务遵循德克萨斯州更高级别的法院和美国最高法院的判决。”）。

[296] 参见，杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 537 页（Jackson, 142 S. Ct. at 537）。

[297] 门罗诉帕佩案，《美国联邦判例汇编》第 365 卷，该案起始于 167 页，引用内容位于 183 页（1961 年）（Monroe v. Pape, 365 U.S. 167, 183 (1961)）。试图区分杰克逊案的当事人或许可以合理地争辩说，如果原告在诉讼中将其他当事人列为被告——例如，可能通过将诉讼构建为针对所有可能寻求执行参议院第 8 号法案的私人当事人的被告集体诉讼——他们本可以获得有效的禁令救济。但是，尽管戈尔萨奇大法官的意见指出其他补救措施可能存在或不存在，但他似乎拒绝依赖这些补救措施的存在作为判决的依据。参见杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷第 537 页（Jackson, 142 S. Ct. at 537）（指出法院没有“预先判断”是否存在其他“可行途径”来争议该法律是否符合联邦宪法）。

[298] 一般参见，Barry Friedman,*The Wages of Stealth Overruling（with Particular Attention to Miranda v. Arizona）* 99 GEO. L.J. 1 (2010).

而他们可以通过对强制执行行动进行抗辩来提出质疑（尽管他们可能当然地拥有法官创设的或法定的起诉权），那么人们一定会想知道，这对那些甚至在理论上都无法提出宪法主张作为抗辩的原告有何影响。许多宪法权利遭受侵犯的人永远不会成为强制执行行动的目标。想想那些想要挑战公立学校中的祈祷行为，或违宪剥夺福利和就业福利的原告。在涉及州官员违反宪法的案件中，第 1983 节为禁令救济的诉讼提供了法定授权。在涉及联邦官员的案件中，各种法规授权了针对官员进行诉讼或对行政行为进行司法审查。[299] 此外，最高法院认为，赋予联邦管辖权的条款通常包括授权颁发符合衡平法传统的禁令。[300] 但是，如果国会取消了对违反宪法的所有救济措施（包括禁令）提起诉讼的一切诉因，那将会发生什么呢？国会这样做将是前所未有的，或者至少几乎是史无前例的。[301] 然而，不能不考虑的是，未来的国会可能会有选择性地撤销现在根据第 1983 节对违反宪法的行为提出禁令救济诉讼的诉因——例如，来源于公立学校中的祈祷行为的诉因。

正如我所承认的那样，即使在传统的宪法救济法律框架内，那些过去遭受宪法权利侵犯的当事人常常发现自己得不到任何单独有效的救济。[302] 相比之下，在以杨案为代表的一系

---

[299] 参见 HART & WECHSLER，上文注[9]，第 895-904 页（讨论法定授权审查放弃美国主权豁免的联邦官方行动和联邦立法）。

[300] 参见墨西哥发展集团有限公司诉全能债券基金公司案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，该案起始于 308 页，引用内容位于 318 页（1999 年）（Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. All. Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999)）；美国第九巡回上诉法院法官马莎·S·伯佐恩（Marsha S. Berzon）和詹姆斯 •麦迪逊（James Madison）在纽约大学法学院的讲座：*Securing Fragile Foundations: Affirmative Constitutional Adjudication in Federal Courts* (Nov. 10, 2008), in 84 N.Y.U. L. REV. 681, 691 (2009)。一般参见比文斯诉联邦缉毒局六名身份不明的特工案，《美国联邦判例汇编》第 403 卷，该案起始于 388 页，引用内容位于 398-411 页（1971 年）（Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388, 398 – 411 (1971)）（哈兰大法官在判决中附议）（讨论司法推断的禁令救济和损害赔偿对于宪法和法定侵权的相对重要性）。

[301]卡里诉柯蒂斯案涉及对国会明显撤销对海关检查员的传统诉讼理由的宪法挑战，但最高法院在支持该法案时强调，原告仍有其他途径可以通过这些途径主张他所声称的法定权利。参见卡里诉柯蒂斯案，《美国联邦判例汇编》（3 How）第 44 卷，该案起始于 236 页，引用内容位于 250 页（1845 年）（Cary v. Curtis, 44 U.S. (3 How.) 236, 250 (1845)）。在一些涉及法规的现代案件中，这些法规很容易被解读为排除对指称的违宪行为的司法审查，最高法院采取了一种强有力的解释性推定，反对裁定排除对宪法问题的司法审查。参见，例如，韦伯斯特诉多伊案，《美国联邦判例汇编》第 486 卷，该案起始于 592 页，引用内容位于 603 页（1988 年）（Webster v. Doe, 486 U.S. 592, 603 (1988)）；鲍恩诉密歇根家庭医师学会案，《美国联邦判例汇编》第 476 卷，该案起始于 667 页，引用内容位于第 681 页第 12 个注释中（1986 年）（Bowen v. Mich. Acad. of Fam. Physicians, 476 U.S. 667, 681 n.12 (1986)）（主张将医疗保险法规解释为允许司法审查，允许法院“避免如果”法院“拒绝为宪法主张提供司法论坛”将引发的“严重宪法问题”（引用温伯格诉萨尔菲案，《美国联邦判例汇编》第 422 卷，该案起始于 749 页，引用内容位于 762 页（1975 年）（Weinberger v. Salfi, 422 U.S. 749, 762 (1975)））；约翰逊诉罗比森案，《美国联邦判例汇编》第 415 卷，该案起始于 361 页，引用内容位于第 366 页（1974 年）（Johnson v. Robison, 415 U.S. 361, 366 (1974)）（论证说，完全排除对第一修正案主张的司法审查“当然会引发关于……合宪性的严肃问题”）；Nicholas Bagley，*The Puzzling Presumption of Reviewability*, 127 HARV. L. REV. 1285, 1313 – 15 (2014).

[302] 如果他们寻求向州政府或联邦政府索赔请求损害赔偿，主权豁免原则将会禁止未经同意的诉讼。见前注[9]和附文。在针对以个人身份行事的官员的诉讼中，官方豁免往往排除损害赔偿救济。见前注 10 及附文。甚至在官方豁免权开始发挥作用之前，基于比文斯案的诉讼原因往往不可用。见前注 44-48 及附文。自 1988 年以来，西福尔法案（Westfall Act），（《美国法典》第 28 卷第 2671，2674，2679 条款（28 U.S.C. § § 2671, 2674, 2679）），该法案修订了联邦侵权索赔法（Federal Tort Claims Act），（《美国法典》第 28 卷第 1346(b)，2671-2680 条款（28 U.S.C. § § 1346(b), 2671 – 2680）），已经禁止了基于工作相关不当行为对联邦官员提起的州法律侵权行为诉讼。《西福尔法案》使得《联邦侵权索赔法》成为针对联邦官员侵权行为

列案件中，联邦法院通常会支持以寻求禁令救济而提起诉讼的诉因。[303] 三十年多前，梅尔策教授和我试图解释这种模式时，我们认为，寻求预防性禁令的诉讼在确保政府及其官员普遍遵守法律界限方面，具有独特的现实紧迫性。[304]

在韦伯斯特诉多伊案[305]（Webster v. Doe）中，最高法院竭力将一项排除对中央情报局局长的人事行为进行司法审查的联邦法规解读为不适用于宪法诉求，其主要前提是，排除这些诉求将会引发严重的宪法问题。[306] 如果所有这些紧要的问题仅仅是对过去违反宪法的补偿，那么韦伯斯特案对于排除审查的合宪性的担忧就没有意义了。对于只能通过补偿来救济的违宪行为，往往不存在真正有意义的司法挑战机会。但如果一个人将韦伯斯特案视为一个寻求司法救济的诉讼，该诉讼涉及的多伊因其性取向而被持续、据称违宪地排除在联邦就业之外的问题，那么这个决定可以被解读为含蓄地承认了宪法可能会要求对持续的宪法侵害提供司法救济。

特别是因为斯卡利亚大法官在韦伯斯特案中持反对意见[307]，当前最高法院可能会将此视为现已式微的宪法救济制度中令人质疑的残余。[308] 然而，如果实质性宪法权利与救济权之间的联系在持续的违宪行为中消失，并且这些行为无法在强制执行行动中受到质疑，那么与我们的宪法传统的决裂将是严峻而惊人的[309]，尽管哈里森教授提出了与此相反的原旨主义论点。[310]

最高法院在考虑宪法规定的必要救济问题时，可能会认为宪法要求对持续的、强制性剥

的唯一补救措施，该法授权基于联邦官员的侵权行为对美国提起诉讼。（《美国法典》第 28 卷第 2679(b)条款（28 U.S.C. § 2679(b)））。

[303] 见 Karlan，前注[11]，第 3 页（“通常的规则是，原告如果能够证明其宪法权利可能被剥夺，就符合初步禁令救济标准中的‘不可挽回的伤害’这一要求”）。在禁令救济诉讼中，最高法院对针对官员的禁令和对过去错误的赔偿禁令作出了重要区分，前者是要求官员今后遵守宪法规范，而后者不能援引主权豁免权，即使官员是名义上的被告，主权豁免权也适用于前者。参见，例如，埃德尔曼诉乔丹案，《美国联邦判例汇编》第 415 卷，该案起始于 651 页，引用内容位于 666-671 页（1974 年）（Edelman v. Jordan, 415 U.S. 651, 666–71 (1974)）。

[304] 参见 Fallon & Meltzer，*New Law*，前注[57]，第 1789-1791 页。

[305] 《美国联邦判例汇编》第 486 卷第 592 页（486 U.S. 592）。

[306] 参见同上第 603-604 页。

[307] 同上第 606-621 页（斯卡利亚大法官，持异议）。

[308] 参见石油州能源服务有限责任公司诉格林能源集团有限责任公司案，《联邦法院判例汇编》第 138 卷，该案起始于 1365 页，引用内容位于 1379 页（2018 年）（Cf. Oil States Energy Servs., LLC v. Greene’s Energy Grp., LLC, 138 S. Ct. 1365, 1379 (2018)）（拒绝裁定是否有机会对撤销专利的行政决定进行司法审查是宪法要求的）。在埃尔金诉财政部案（《美国联邦判例汇编》第 567 卷第 1 页（2012 年））（Elgin v. Department of Treasury, 567 U.S. 1 (2012)），最高法院认为，国会可以将对政府就业决定的审查提交给特定的法院，但它含蓄地重申了韦伯斯特案的要求，即在推翻一项联邦法规“拒绝任何司法法庭来提出一项有说服力的宪法要求”之前，需要“加强证明”。同上，第 9 页（引用韦伯斯特案，《美国联邦判例汇编》第 486 卷第 603 页（Webster, 486 U.S. at 603））。

[309] 参见 Henry P. Monaghan, *Jurisdiction Stripping Circa 2020: What The Dialogue (Still) Has to Teach Us*, 69 DUKE L.J. 1, 47 (2019)（“对普通法自由和财产权（以及其他‘权利’）的行政剥夺给予完全的终结性，将与我们的整个宪法历史背道而驰。”）。

[310] 参见前注[84-86]及附文（讨论哈里森对历史上理解的宪法救济权利的看法）。

夺传统自由权和财产权的行为——如征税所涉及的权利[311]——提供有效的救济，但不一定要求对政府利益分配中所谓的违宪行为进行有效救济。[312] 根据经常被引用的默里承租人诉霍博肯土地改良公司案[313]（Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.），"有些涉及公共权利的事项，可能会以司法权力能够对其采取行动的形式提出，并且可能能被司法裁决，但是国会可能会或者可能不会将这些事项纳入美国法院的认知范围内，这视其认为适当与否而定。[314] 尽管公共权利理论界限的不明确是众所周知的[315]，但有关政府官员将法律应用于事实以及其他不导致人身拘留的行政事务的争议，似乎属于该理论的核心范畴。[316] 即使将政府对私人权利的持续剥夺与对公共权利的剥夺区分开来可能存在历史依据[317]，但在 20 世纪和 21 世纪显得最为突出的许多宪法权利，都涉及到公共就业和教育等福利。人们甚至可以预料到，即便是那些坚持原旨主义的法官们，也可能会在得出，布朗诉教育委员会案中提起诉讼要求禁令的权利完全是基于国会的自由裁量或宽容，这样的结论之前犹豫再三。

在涉及持续违反宪法的案件中，宪法从未要求采取有效的救济措施，这一结论并不是杰克逊案的必然推论。戈萨奇大法官强调，原告们本可以违反参议院第 8 号法案，并在任何由此引发的强制执行行动中提出他们的宪法论点作为抗辩。如此，即使在杰克逊案之后，仍然可以说宪法权利的概念意味着至少存在一些救济措施——至少在某些情况下对一些人来说

---

[311] 参见，例如，爱荷华-得梅因国民银行诉本内特案，《美国联邦判例汇编》第 284 卷，该案起始于 239 页，引用内容位于 247 页（1931 年）（Iowa – Des Moines Nat'l Bank v. Bennett, 284 U.S. 239, 247 (1931)）（认为纳税人有联邦权利要求退还违反宪法向他们征收的税款）。

[312] 哈特教授在 1953 年的著作中似乎采纳了这一观点。参见 Hart，前注[50]，第 1384 页（认为当行政机关作出不利于主张从这些机关所管理的联邦法规中获益的当事人的裁决时，当"行政程序中的受保护群体[被迫]通过牺牲程序和诉讼权利来支付其保护费用"时，司法审查是不必要的）。

[313] 《美国联邦判例汇编》（18 How）第 59 卷第 272 页（1856 年）（59 U.S. (18 How.) 272 (1856)）。

[314] 同上第 284 页。关于福利纠纷涉及公共权利不一定需要司法审查的观念似乎部分源于主权豁免的概念。参见同上；北方管道建设公司诉马拉松管道公司案，《美国联邦判例汇编》第 458 卷，该案起始于第 50 页，引用内容位于 67 页（1982 年）（N. Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50, 67 (1982)）（相对多数意见）；参见 Caleb Nelson, *Adjudication in the Political Branches*, 107 COLUM. L. REV. 559, 583 – 84 (2007)（声称福利纠纷在历史上被理解为涉及"特权"而不是"权利"，同上第 584 页）。

[315] 参见 HART&WECHSLER，前注[9]，第 384-385 页。

[316] 参见石油州能源服务有限责任公司诉格林能源集团有限责任公司案，《联邦法院判例汇编》第 138 卷，该案起始于 1365 页，引用内容位于 1373-1374 页（2018 年）（Oil States Energy Servs., LLC v. Greene's Energy Grp., LLC, 138 S. Ct. 1365, 1373 – 74 (2018)）。

[317] 一般参见 Jerry L. Mashaw, *Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age*, 119 YALE L.J. 1362, 1415 (2010)（注意到世纪初，联邦"办公室和局..每年都在裁决数以万计的案件，其中许多案件都是完全终局性的"，"在世纪结束时，第三条所涉及的法律的问题不是行政管辖权是否侵犯司法特权，而是司法机构是否可以根据宪法被赋予管辖权，审理对法定分配给行政程序的裁决提出的上诉"）；Thomas W. Merrill, *Article III, Agency Adjudication, and the Origins of the Appellate Review Model of Administrative Law*,111 COLUM. L. REV. 939, 942 (2011)（认为联邦法院对机构行动进行上诉审查的现代模式取代了早期的"'两极'"方法，在这种方法中，法院要么使用 "特权令状，如强制令"，根据法院制作的记录对机构行动进行无差别审查，要么 "根本不提供司法审查"（引用 Jerry L. Mashaw, *Reluctant Nationalists: Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era*, 1801 – 1829, 116 YALE L.J. 1636, 1736 (2007)））。

是可用的——来维护这一权利。然而，杰克逊案中没有任何内容可以肯定地支持这一论点。[318] 从第一章第一节描述的历史传统和第二节阐述的支持法治理想的角度来看，杰克逊案分析框架中的这一空白令人不安。

（二） 衡平法传统及其界限

尽管杰克逊案明确肯定了“联邦法院的衡平权力受历史实践的限制”，[319] 但多数意见对于这一实践如何影响一系列其未能区分的宪法和法规解释问题却语焉不详。例如，可以想象，历史上衡平法惯例可被援引作为衡量以下方面的标准：联邦法院根据宪法第三条（Article III）所拥有的固有司法权力；[320] 国会在一般授予法定管辖权方面所赋予的权力，这可追溯到 1789 年的《司法法》；如在《美国法典》1983 节中所提供的那种特定的国会授权禁令救济的范围；或者如果国会愿意，第三条允许国会授予的衡平法权威的外部界限。由于杰克逊案的分析不够精确，因此在探讨该案对未来禁令诉讼的重要意义时，必须谨慎行事。然而，毫无疑问的是，杰克逊案引发了关于联邦法院曾经常规发布的衡平救济是否允许的新问题。

从狭义上理解，戈萨奇大法官在杰克逊案中的意见主要是引用衡平传统来确定国家主权豁免的保护范围。[321] 关于这一问题，如上所述，法院直接依据杨案中的一句格言，即“禁止对国家法院或其‘机构’发布禁令‘将违反我们政府的整个体系’。”[322] 但这一格言，若非误导便是错误，从一开始就使法院的主权豁免分析变得混乱。戈萨奇大法官未予注意的菲茨帕特里克诉比特泽案[323]明确表明，国会在立法执行第十四修正案时作为对宪法侵权的救济，可以废除各州的主权豁免，并授权对它们提起未经同意的诉讼。[324]如果国会可以废除各州免受诉讼的豁免权，那么它或许也可以废除任何可能存在对国家法官和法院书记员提起

---

[318] 由于参议院第 8 号法案惩罚的是实施和教唆堕胎的行为，而不是实施堕胎的行为，因此，那些想在德克萨斯州实施堕胎但却无法实施的人，无法通过抗辩的方式对参议院第 8 号法案的违宪性提出质疑。但是，如果寻求堕胎的人中有一人或多人作为原告出庭，他们是否有权获得 参议院第 8 号法案的禁令救济，而杰克逊案中的实际原告却没有这种权利，这一点似乎非常值得怀疑。法院的理由仍然适用：根据衡平法的传统，州法官和书记员可以援引国家主权豁免权免于起诉，而总检察长由于缺乏执法责任，可能仍然不会被起诉。

[319] 全体女性健康组织诉杰克逊案，《联邦法院判例汇编》第 142 卷，第 522 页，第 535 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 535 (2021)）（援引 阿特拉斯人寿保险公司诉 W.I. 南方公司案，《美国联邦判例汇编》第 306 卷，第 563 页，第 568 页（1939 年）（Atlas Life Ins. Co. v. W.I. Southern, Inc., 306 U.S. 563, 568 (1939)）。

[320] 对于这一问题的历史深厚且深刻的探讨，可参见 Owen W. Gallogly, *Equity’s Constitutional Source*, 132 YALE L.J. (forthcoming 2023), https://ssrn.com/abstract=4058852[https://perma.cc/8UVD-2LV7]。

[321] 参见杰克逊案，载于《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 532 页（Jackson, 142 S. Ct. at 532）。

[322] 同前注（引用杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷，第 123 页，第 163 页（1908 年）（Ex parte Young, 209 U.S. 123, 163 (1908)）。

[323] 《美国联邦判例汇编》第 427 卷，第 445 页（1976 年）（427 U.S. 445 (1976)）。

[324] 同前注，第 456-457 页。

诉讼的主权豁免障碍。如果是这样，对杰克逊案中的主权豁免分析的一种可能解释是，它假定国会在《美国法典》1983 节下授权联邦法院对国家官员提供救济的做法受到衡平传统的限制，而这些传统，如杨案所衡量的那样，将禁止对国家法官和书记员提起诉讼。

然而，仍然未得到解释的是，这一解释如何能与国会在 1996 年通过的对《美国法典》1983 节的修正案相协调，[325] 该修正案是在普利亚姆诉艾伦案[326]之后通过的。在普利厄姆诉艾伦案中，联邦法院不顾基于“司法”（区别于“主权”）豁免的反对意见，维持了对一名州治安法官的联邦禁令。[327] 根据 1996 年的修正案，《美国法典》第 1983 节规定，“在针对司法官员以其司法身份所采取的作为或不作为提起的任何诉讼中，除非违反了宣告性判决或不可获得宣告性救济，否则不得授予禁令救济。”[328] 这一措辞最自然的解读是，它至少在某些情况下考虑了（即便没有明确授权）根据宣告判决法[329]提起的（衡平）诉讼。它也似乎考虑了（即便没有授权）在更有限的案件类别中对国家司法官员采取禁令救济的可能性。[330]

因此，很容易得出这样的结论：杰克逊案援引衡平法传统来识别阻碍联邦衡平法救济的主权豁免障碍，只是混淆视听。然而，当我们展望未来，并试图预测杰克逊案的重要性时，我预计下级法院会把这个案子视为在依据《美国法典》第 1983 节判断联邦法院的法定权力时，要以衡平法传统为衡量标准。就像在杰克逊案中，试图禁止司法官员执行那些被指违宪且规范私人行为的州法规。如果杰克逊案中的多数派意图将 1996 年对《美国法典》第 1983 节的修正案部分或全部认定为违宪，那将令人震惊。除此之外，这种暗示还与戈萨奇法官的保证严重相悖，他保证如果国会选择这样做，它仍然有权制定替代性救济措施。[331]

然而，如果我们将衡平法传统视为对联邦法院根据《美国法典》第 1983 节行使救济权力的限制，我们立即就会遇到罗伯茨首席大法官和索托马约尔大法官在杰克逊案中强调的困难：衡平法传统并非自我界定。在我看来，这个困难并非不可克服。既然我已经依赖了一种将实质性权利与获得司法救济的权利联系起来的美国宪法“传统”，那么我就很难嘲笑将传统作为分析司法权力的参考点的做法。然而，如何解释传统始终是一个问题，因为大多数（如果不是全部）传统都包含动态元素。

---

[325] 参见 1996 年《联邦法院改进法》，第 104-317 号公法，第 309 (c)节，《美国法典》第 110 卷，第 3847 页、第 3853 页（编纂于《美国法典》第 42 编第 1983 节）。

[326] 《美国联邦判例汇编》第 466 卷，第 522 页（1984 年）（466 U.S. 522 (1984)）。

[327] 同前引，第 541-542 页。

[328] 《美国法典》第 42 编第 1983 节。

[329] 《美国法典》第 28 编第 2201-2202 节。

[330] 参见《参议院报告》第 104 - 366 号，第 37 页（1996 年）（解释称，修订后的措辞 “并未给予司法官员绝对豁免权”，针对他们，“诉讼当事人仍可…… 获得禁制令救济” ）

[331] 参见全体女性健康组织诉杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 522 页，第 538 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 538 (2021)）。

最高法院在杰克逊案中引用的“杨案”——该案确定了联邦法院禁止州法官和书记员的权力的界限——提供了一个案例研究。如第一部分所述，杨案反映了对衡平法传统的动态、发展而非固定、快照式的理解。它修正或适应了传统格言，即衡平法不会禁止刑事诉讼，并继续对传统框架进行司法调整，以确保有效实施宪法权利，而非普通法权利。[332] 在这种情况下，最高法院在杰克逊案中援引了一种静态观念，以阻止根据《美国法典》1983 节对法官和法院书记员提起的衡平法救济，而这些救济旨在执行革命前英国大法官所不知的宪法权利，这招致了索托马约尔法官所说的“僵化”嘲讽。[333]

杰克逊案中对主权豁免的分析，凸显了机械解读的不足。正如哈兰大法官在杨案中的反对意见所强调的那样，在反对执行州法律的反诉讼禁令案件中，州政府官员几乎从不、甚至从未有过个人利益。[334] 这些官员之所以被列为当事人，仅仅是作为州的代表。[335] 由于原告的不满总是“虚构地”针对被告官员，而非州本身，[336] 因此，在杰克逊案中的关键问题——尤其是当问题涉及《美国法典》第 1983 节的解释时，甚至可能当《宪法》第三条所规定的司法权限范围也成问题时——在于州法官和法院书记员是否适合作为州的代表。戈萨奇大法官提出的另一论点同样如此，即州法官和法院书记员在涉及参议院第 8 号法案诉讼的结果中没有个人利益，因此不符合《宪法》第三条所规定的具体对立方的资格。[337] 在那里，问题也应该是哪些州官员（如果有的话）可以作为州的代表被起诉，以阻止州逃避遵守宪法的责任。[338]

当问题如此界定时，首席大法官罗伯茨和大法官索托马约尔对衡平法传统——《美国法典》第 1983 节、《宪法》第三条和第十四修正案——的解释，比杰克逊案中的多数意见更为恰当。其原因与梅尔策教授和我大约三十年前在解释传统宪法救济法时所提出的理由相呼应：除了能较好地符合相关司法先例外，一种将法院视为有权提供必要救济以确保宪法权利

---

[332] 参见上文注释[105]及相应正文。

[333] 杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 548 页（Jackson, 142 S. Ct. at 548）（索托马约尔大法官，部分赞同判决，部分持异议） 。

[334] 参见杨案，《美国联邦判例汇编》第 209 卷，第 123 页，第 174 页（Ex parte Young, 209 U.S. 123, 174 (1908)）（哈伦大法官，持异议）。

[335] 参见同上。

[336] 例如，彭赫斯特州立学校及医院诉霍尔德曼案，《美国联邦判例汇编》第 465 卷，第 89 页，第 104-105 页（1984 年）（Pennhurst State Sch. & Hosp. v. Halderman, 465 U.S. 89, 104–05 (1984)）（提及 “杨案虚构之处” 在于，州并非真正的利害关系方，出处同第 105 页）。

[337] 参见杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 532 页（Jackson, 142 S. Ct. at 532）。

[338] 参见彭赫斯特案，《美国联邦判例汇编》第 465 卷，第 105 页（Pennhurst, 465 U.S. at 105）（“我们的诸多判决反复强调，杨案原则建立在促进维护联邦权利的必要性之上。”（援引奎恩诉乔丹案，《美国联邦判例汇编》第 440 卷，第 332 页，第 337 页（1979 年）（Quern v. Jordan, 440 U.S. 332, 337 (1979)）；朔伊尔诉罗兹案，《美国联邦判例汇编》第 416 卷，第 232 页，第 237 页（1974 年）（Scheuer v. Rhodes, 416 U.S. 232, 237 (1974)）；佐治亚铁路及银行公司诉雷德温案，《美国联邦判例汇编》第 342 卷，第 299 页，第 304 页（1952 年）（Ga. R.R. & Banking Co. v. Redwine, 342 U.S. 299, 304 (1952)））。

得到伸张的解释，比杰克逊案多数意见所采纳的解释更能促进宪法正义和法治。[339] 在其他相关权威案例中，杨案和通用石油公司诉克兰案均部分通过强调对被告官员的禁令对于执行第十四修正案具有功能性必要性来为其裁决提供正当性。[340]

戈萨奇大法官在其多数意见中坚称，若允许禁令阻碍法院书记员处理申诉，则将开启一个极其危险的先河：

> 若此风盛行，联邦法官竟能依据此法禁止州法院及书记员受理私人间的纠纷，那么又有何物能阻止联邦法官依据其他州法，阻止州法院及书记员审理并记录私人间的争执？……一项诉求的所谓宪法缺陷得有多明显，才会让州法院书记员仅仅因为受理它而面临法律风险呢？一项诉求的所谓宪法缺陷得有多明显，才会让州法院书记员仅仅因为受理它而面临法律风险呢？[341]

针对此，索托马约尔法官提出，法院本可以将对法院书记员的救济授权与某项法律的具体事实紧密联系起来，该法律（1）蓄意阻挠针对明显违宪法规颁发禁止令保护，（2）“制定针对州法院裁决的特别规则，以最大限度地实施骚扰”。[342] 当将参议院第 8 号法案的强制影响也纳入考量时，人们或许还会得出这样一个结论：即德克萨斯州的整体方案违反了正当程序条款，且在这种特殊情况下，对法院书记员采取预先强制执行救济措施变得必要且恰当。

然而，我的核心论点并不在于如何具体划定界限，而是指出这样一个事实：试图通过参考任何特定年份或特定案件（包括杨案）中可获取的救济形式的精确描述，来明确界定限制联邦法院管辖权的衡平法传统，这种做法是行不通的。正如最高法院在“弗吉尼亚州保护与倡导办公室诉斯图尔特案”（Virginia Office for Protection & Advocacy v. Stewart）[343] 中早先所言，“支撑杨案原则的基本原理”或许能够“不顾其新颖性而支持其在新情境下的应用”。[344] 在寻求界定联邦衡平法管辖权外部界限的历史固定标准时，无论是在《美国法典》第 1983 节框架下还是更广泛的语境中，杰克逊案的意见都踏上了一条我对其能否保持分析一致性深感怀疑的道路。

杰克逊案中潜在困境的一个明显例子，在于多数意见忽视了一个关键方面。在该案中，

---

[339] 参见上文第一章第二节，第 23-25 页。
[340] 参见上文第一章第一节第二部分，第 15-18 页。
[341] 见杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 532-533 页 （Jackson, 142 S. Ct. at 532–33）。
[342] 同前引，第 549 页（索托马约尔大法官，部分赞同判决，部分持反对意见）（引文省略）。
[343] 《美国联邦判例汇编》第 563 卷，第 247 页（2011 年）（563 U.S. 247 (2011)）。
[344] 同前引，第 261 页。

原告是试图主张法院认可的患者堕胎权利的医疗保健提供者。[345] 在这种情况下，人们原本可能期待法院会询问：在原告为第三方权利而主张时，衡平法传统是否允许颁发反诉禁令。尽管我尚未进行充分的研究来明确解答这一问题，但据多方所述，“传统规则通常是，诉讼当事人只能主张自己的权利”。[346] 然而，尽管托马斯大法官在此问题上持反对意见，[347] 但杰克逊案中法院并未就衡平法传统是否允许基于第三方诉讼地位的诉讼进行任何探讨或询问。[348] 至于原因，则尚不明朗。

在其他类型的案件中，被告可能会声称衡平法的传统使其免于被起诉，但杰克逊案（与阿姆斯特朗案和墨西哥集团案放在一起看）的影响如何还不清楚。最高法院似乎很快就会对所谓“普遍禁令”的合法性进行裁决，这类禁令不仅为诉讼当事人提供保护，也为非诉讼当事人提供保护。[349] 学术文献中关于可以追溯到多久以前的历史来保护非诉讼当事人的禁令存在争议。[350] 但是，关于全国性禁令的争议也引发了一个复杂问题，即分析是否应根据衡平

---

[345] 参见杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 529-530 页（Jackson, 142 S. Ct. at 529–30）。

[346] HART & WECHSLER， 前注[9]，第 164 页；另见 Monaghan，前注[138]，第 277 页 （援引县法院诉艾伦案，《美国联邦判例汇编》第 442 卷，第 140 页，第 154-155 页（1979 年）（Cnty. Ct. v. Allen, 442 U.S. 140, 154–55 (1979)）；美国诉雷恩斯案，《美国联邦判例汇编》第 362 卷，第 17 页，第 21 - 22 页（1960 年）（United States v. Raines, 362 U.S. 17, 21–22 (1960)）；亚祖与密西西比河谷铁路公司诉杰克逊醋业公司案，《美国联邦判例汇编》第 226 卷，第 217 页，第 219 - 220 页（1912 年）（Yazoo & Miss. Valley R.R. v. Jackson Vinegar Co., 226 U.S. 217, 219–20 (1912)）。

[347] 杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 539 页（Jackson, 142 S. Ct. at 539）注释 1（托马斯大法官，部分赞同、部分反对）。

[348] 在皮尔斯诉修女会案，《美国联邦判例汇编》第 268 卷，第 510 页（1925 年）（Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925)）中，最高法院允许一家经济与慈善性质的公司申请禁制令，抵制一项要求儿童必须就读公立学校的州法规。最高法院认定，该法规干涉了家长管控子女养育的权利。参见同前引，第 534-535 页。不过，皮尔斯案的法庭似乎也认为修女会是在主张自身权利：“（被上诉人）请求免受对其资助人的专断、不合理且非法的干涉，以及由此造成的其业务与财产损失。” 同前引，第 536 页。无论如何，在墨西哥集团案中，最高法院指出，1789 年《司法法》所赋予联邦衡平法权力的衡量标准，是殖民时期英国衡平法院通行的衡平法实践原则，而非后世最高法院的实践做法。墨西哥发展集团公司诉联盟债券基金公司案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 308 页，第 318 页（1999 年）（Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. All. Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999)）。

[349] 参见国土安全部诉纽约案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 599 页，第 600-601 页（2020 年）（Dep’t of Homeland Sec. v. New York, 140 S. Ct. 599, 600–01 (2020)）（戈萨奇大法官，同意批准暂缓执行）（援引了宪法第三条存在的问题，出处同第 600 页，以及普遍禁制令涉及的“衡平与宪法”问题，出处同第 601 页）；特朗普诉夏威夷案，《美国联邦判例汇编》第 138 卷，第 2392 页，第 2425 页（Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2425（2018））注释 2（2018 年）（托马斯大法官，附议）（“即便国会有朝一日颁布一项明确且清楚授权普遍禁制令的法规，法院也需考量该法规是否符合宪法第三条对联邦法院权力的限制。”）；另见 Notre Dame LawSchool, *Notre Dame Law Review 2022 Symposium Keynote Address: Justice Amy Coney Barrett,*YOUTUBE, at 39:55 (Feb. 14, 2022), https://www.youtube.com/watch?v=n0LA-z-SW5w&t=2395s[https://perma.cc/6KTV-AEMM] （拒绝对全国性禁制令是否恰当的问题作答，“因为这是一个（作为大法官的）我可能会遇到的问题”）。

[350] 对比来看，例如，Samuel L. Bray, *Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction*, 131 HARV. L. REV. 417, 425–27, 437–38 (2017)（主张全国性禁制令传统上在衡平法中并不存在，直到 20 世纪 60 年代才出现 ），以及 Michael T. Morley, *Nationwide Injunctions, Rule 23(b)(2), and the Remedial Powers of the Lower Courts*, 97 B.U. L. REV. 615, 623 (2017)（认定最高法院在卡利法诺诉山崎案，《美国联邦判例汇编》第 442 卷，第 682 页（1979 年）（Califano v. Yamasaki, 442 U.S. 682 (1979)）中对全国性集体诉讼的认可，极大扩充了地区法院的全国性权力），与 Amanda Frost, *In Defense of Nationwide Injunctions*, 93 N.Y.U. L. REV. 1065, 1080–81 (2018)（主张并不存在一种对 “司法权” 的历史解读，禁止发布全国性禁制令（援引《美国宪法》第三条第 1、2 款 ）），以及 Mila Sohoni, *The Lost History of the “Universal” Injunction*, 133 HARV. L. REV.

法传统的静态或动态概念化来进行。据普范德和温策尔（Wentzel）所述，早在 18 世纪，传统的法律禁令（禁止令）和调卷令就被用来保护非诉讼当事人免受官方权力的滥用。[351] 如果衡平法后来吸收了法律禁令曾经履行的功能，那么可以认为，联邦法院的传统衡平管辖权包含了调整既能保护诉讼当事人权利又能保护非诉讼当事人权利的救济措施的权限。[352] 但我不想对该问题预先作出判断。

人们可能还会质疑，杰克逊案中多数意见所宣称的“联邦法院的衡平权力受历史实践的限制”[353]，与托马斯大法官更为具体的论断——“联邦法院的衡平管辖权不会超过‘英国高等法院在宪法通过和原始司法法颁布时行使的衡平管辖权’”[354]——之间存在何种关联。在这两种表述下，都会引发关于索托马约尔大法官在杰克逊案中[355]（如同金斯伯格大法官早先在墨西哥集团案中提出的反对意见[356]）所暗示的学校种族隔离案件中裁定救济措施的合法性的问题。[357] 如果将传统实践，特别是 1789 年的实践，视为第三条款下联邦衡平管辖权的外部界限，那么国会根据各种现代法令宽泛授权的禁令——以及授予这些禁令的司法实践——也可能面临宪法危机。[358] 但最高法院尚未明确表态支持这一立场。

920, 924-28 (2020)（反驳塞缪尔·布雷教授的论点，反而主张普遍禁制令至少可以追溯到 20 世纪 10 年代，使其与杨案本身一样古老 ）。

[351] Pfander & Wentzel，前注[11]，第 1278 页，第 1303-1305 页。

[352] 总体参见 Bray & Miller，前注[3]，第 1796 页（支持 “詹姆斯·普范德和雅各布·温策尔的论点，即衡平法上的救济必须像普通法上的救济那样发生变化与调整” ）。

[353] 全体女性健康组织诉杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 522 页，第 535 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 535 (2021)）（援引阿特拉斯人寿保险公司诉 W.I. 南方公司案，《美国联邦判例汇编》第 306 卷，第 563 页，第 568 页（1939 年）（Atlas Life Ins. Co. v. W.I. Southern, Inc., 306 U.S. 563, 568 (1939)））。

[354] 同前引，第 540 页（托马斯大法官，部分赞同、部分持异议）（援引墨西哥发展集团公司诉联盟债券基金公司案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 308 页，第 318 页（1999 年）（Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. All. Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999)）。

[355] 同前引，第 551 - 552 页（索托马约尔大法官，部分赞同判决、部分持异议）（援引库珀诉亚伦案，《美国联邦判例汇编》第 358 卷，第 1 页，第 17 页（1958 年）（Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 17 (1958)）。

[356] 墨西哥集团案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 337 页（Grupo Mexicano, 527 U.S. at 337）注释 4（金斯伯格大法官，部分赞同、部分持异议）。

[357] 这些措施有时会把补偿性教育作为解决历史遗留的学校种族隔离问题的一种补救办法。例如，参见小石城学区诉普拉斯基县第一特殊学区案，《联邦第八巡回上诉法院判例汇编》第 778 卷，第 404 页，第 408 页（1985 年）（Little Rock Sch. Dist. v. Pulaski Cnty. Special Sch. Dist. No. 1, 778 F.2d 404, 408 (8th Cir. 1985)）（认定违规行为 “可通过…… 为黑人儿童提供补偿性和补救性项目来纠正” ）；亚当斯诉美国案，《联邦第八巡回上诉法院判例汇编》第 620 卷，第 1277 页，第 1296 页（1980 年）（Adams v. United States, 620 F.2d 1277, 1296 (8th Cir. 1980)）（表明废除种族隔离的救济措施可能需要 “制定并实施补偿性和补救性教育项目”（援引米利肯诉布拉德利案，《美国联邦判例汇编》第 433 卷，第 267 页（1977 年）（Milliken v. Bradley, 433 U.S. 267 (1977)） ）；普拉克明斯教区学校董事会诉美国案，《联邦第五巡回上诉法院判例汇编》第 415 卷，第 817 页，第 831 页（1969 年）（Plaquemines Par. Sch. Bd. v. United States, 415 F.2d 817, 831 (5th Cir. 1969)）（批准那些 “作为补偿性教育项目的一个有机组成部分” 的补救项目，以纠正学校种族隔离问题）。

[358] 一个例子可能来自《残疾人教育法》，《美国法典》第 20 编第 1400 - 1482 条，该法授权联邦法院 “给予法院认定为适当的救济”，第 1415 (i)(2)(C)(iii) 条 （最初编纂于《美国法典》第 20 编第 1415 (e)(2) 条（1976 年）），而且最高法院将其解读为赋予了极为宽泛的司法裁量权，包括发布“前瞻性禁制令，指示…… 学校官员制定并实施” 个性化教育计划，以满足学生需求，伯灵顿镇学校委员会诉马萨诸塞州教育部案，《美国联邦判例汇编》第 471 卷，第 359 页，第 369 - 370 页（1985 年）（Sch. Comm. of the Town of Burlington.

如果不深入探究现代法令、衡平实践以及法律历史，我认为，展望未来，最高法院是否会将可允许的联邦禁令救济的外部界限与某一特定日期存在的衡平传统的静态解释相联系，这一做法是否吸引人，尚存疑虑。尽管如此，杰克逊案及其他近期案件已经为重新审视现代禁令救济措施是否超出了历史和当前法院衡平管辖权的许可范围这一潜在广泛议题奠定了基础。

（三） 针对强制执行行动提出宪法抗辩的权利

在杰克逊案备受肯定的言论中，有一点尤为突出：即在执行法令的诉讼中，被告始终可以主张该法令对其适用时违宪的抗辩。阿姆斯特朗案也曾给出过同样的保证。[359] 然而，如杰克逊案所揭示，在现代救济理论的不断演变与日益狭隘的过程中，仍潜藏着诸多复杂问题。

杰克逊案中再次出现的复杂问题源于原告对第三方当事人诉讼地位的依赖。最高法院已多次重申，是否承认第三方当事人诉讼地位属于司法裁量范畴。[360] 如果按照杰克逊的说法，联邦法院不能创造非基于衡平法传统的起诉权，[361] 那么人们不禁要问，联邦法院如何能够授权对既非法定授权又非宪法要求的刑事和民事法规进行抗辩。

托马斯大法官认为，这种做法并无合理依据。[362] 因此，他会拒绝承认第三方当事人诉讼地位，更广泛地讲，他会剥夺刑事被告人对未侵犯其个人宪法权利的法规提出表面挑战的机会。在相关的多布斯堕胎案前案——朱恩医疗服务公司诉鲁索案中，阿利托大法官与托马

---

v. Dep’t of Educ. Of Mass., 471 U.S. 359, 369–70 (1985))。

[359] 参见阿姆斯特朗诉特殊儿童中心案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，第 320 页，第 326 页（2015 年）（Armstrong v. Exceptional Child Ctr., Inc., 575 U.S. 320, 326 (2015)）（“一旦某个案件或争议恰当地提交到法院，法官就受联邦法律约束。因此，法院不能判定刑事被告违反联邦法律所禁止的州法。同样，法院也不能依据州法判定民事被告对联邦法律要求的行为承担责任。”（引文省略）（援引穆特制药公司诉巴特利特案，《美国联邦判例汇编》第 570 卷，第 472 页，第 486 - 487 页（2013 年）（Mut. Pharm. Co. v. Bartlett, 570 U.S. 472, 486–87 (2013))；宾夕法尼亚州诉尼尔森案，《美国联邦判例汇编》第 350 卷，第 497 页，第 499 页、第 509 页（1979 年）（Pennsylvania v. Nelson, 350 U.S. 497, 499, 509 (1956)）)。

[360] 例如，参见科瓦尔斯基诉特斯默案，《美国联邦判例汇编》第 543 卷，第 125 页，第 128 - 129 页（2004 年）（Kowalski v. Tesmer, 543 U.S. 125, 128–29 (2004))；芝加哥市诉莫拉莱斯案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 41 页，第 55 页注释 22（1999 年）（City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41, 55 n.22 (1999))（史蒂文斯大法官的意见)；克雷格诉博伦案，《美国联邦判例汇编》第 429 卷，第 190 页，第 194 页（1976 年）（Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 194 (1976))；沃思诉塞尔丁案，《美国联邦判例汇编》第 422 卷，第 490 页，第 500 - 501 页（1975 年）（Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500–01 (1975))。尽管在利盟国际公司诉静态控制元件公司案，《美国联邦判例汇编》第 572 卷，第 118 页，第 125 - 127 页、第 127 页注释 3（2017 年）（Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U.S. 118, 125–27, 127 n.3 (2014)）中，最高法院似乎对这一界定表达了些许犹豫，但在塞申斯诉莫拉莱斯 - 桑塔纳案，《美国联邦判例汇编》第 137 卷，第 1678 页，第 1689 页（2017 年）（Sessions v. Morales-Santana, 137 S. Ct. 1678,1689 (2017))，以及朱恩医疗服务有限责任公司诉鲁索案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 2103 页，第 2117 页（2020 年）（June Medical Services LLC v. Russo, 140 S. Ct. 2103, 2117 (2020)）（相对多数意见）中，最高法院又回归了这一界定。

[361] 参见全体女性健康组织诉杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 522 页，第 535 页、第 538 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 535, 538 (2021))。

[362] 参见上文注释[253]所引案例。

斯大法官和戈萨奇大法官部分持相同立场。[363] 如果接受托马斯大法官关于联邦法院在确认诉因方面作用受限的前提，那么他的结论似乎难以反驳。

对托马斯大法官前提的最强烈反对意见之一来自实践层面：废除第三方当事人诉讼地位理论将充满陷阱。以朱恩医疗服务公司案中涉及的堕胎权（即多布斯堕胎案前的堕胎权）为例，我认为，若因医生和其他医疗专业人员为患者提供其有权获得的堕胎服务而对他们实施法律制裁，这将违反正当程序条款所保护的医生和其他医疗专业人员的个人权利。[364] 若果真如此，那么第三方权利案件与当事人主张其个人权利不应因无效法律而受到制裁的案件之间的界限就需要重新划定。

此外，可能还需要重新审视这样一个理论前提，即无论是保守派还是自由派大法官，似乎都认为在强制执行行动中，被告可以挑战违反结构性宪法规范（如商业条款和任命条款等不直接赋予个人权利的规范）的法令的合宪性。[365] 英国衡平法院本没有机会去执行对议会权力的结构性宪法限制。[366]

（四） 衡平法救济与制定法救济的较量

目前，杰克逊案并未触及最高法院在处理法官授权的宪法侵权衡平救济与法官授权的损害赔偿救济之间令人困惑的差异。斯卡利亚大法官在阿姆斯特朗案中解释法院支持杨案中的禁令时指出，禁止非法官方行为的诉讼起源于“[英国]衡平法院的创设”。[367] 这一推理与他

---

[363] 《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 2103 页（140 S. Ct. 2103）；同前引，第 2165 - 2171 页（阿利托大法官，持异议）（坚称堕胎服务提供者由于与患者不存在紧密关系，且患者能够自行主张权利，所以不应能够代其患者主张权利 ）。

[364] 例如，参见 Fallon，上文注释[138]，第 1359-1364 页；Monaghan，上文注释 [138]，第 297 - 301 页；另见上文注释[348]（讨论皮尔斯诉修女会案中，第一方与第三方诉讼资格分析的混合情况）。

[365] 例如，邦德诉美国案，《美国联邦判例汇编》第 564 卷，第 211 页，第 220 - 224 页（2011 年）（Bond v. United States, 564 U.S. 211, 220 – 24 (2011)）（拒绝将禁止第三方诉讼资格的规则适用于刑事被告对一项法律违反第一条和第十条修正案的质疑，部分原因在于 “联邦制也通过确保超出政府授权权力范围所颁布的法律不能指挥或控制人们的行动，来保护一州内所有人的自由”，出处同第 222 页（援引格雷戈里诉阿什克罗夫特案，《美国联邦判例汇编》第 501 卷，第 452 页，第 458 页（1991 年）（Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452, 458 (1991)） ）；移民归化局诉查达案，《美国联邦判例汇编》第 462 卷，第 919 页，第 935 - 936 页（1983 年）（INS v. Chadha, 462 U.S. 919, 935 – 36 (1983)）（认定一名面临被美国驱逐出境的非公民有诉讼资格质疑立法否决权是否违反三权分立原则，因为如果相关条款违宪且可分割，他就不会被驱逐 ）；圣地亚哥建筑行业工会理事会诉加蒙案，《美国联邦判例汇编》第 359 卷，第 236 页，第 237 - 239 页（1959 年）（San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon, 359 U.S. 236, 237 – 39 (1959)）（允许一个工会主张《国家劳动关系法》优先于加利福尼亚州法律适用）；另见 HART & WECHSLER，上文注释[9]，第 167 页注释 7。关于私人当事人在大多数结构性宪法条款下缺乏权利，因而通常不应有资格就违宪行为提起申诉的论点，参见 Aziz Z. Huq, *Standing for the Structural Constitution*, 99 VA. L. REV. 1435, 1436 – 37 (2013)。但另见 Kent Barnett, *Standing For (and Up To) Separation of Powers*, 91 IND. L.J. 665, 695 – 703 (2016)（主张结构性质疑类似于“程序性” 质疑，在这类质疑中，因果关系和可救济性要求有所放宽，而且受损害方可能处于结构性条款所保护的利益范围内）。

[366] 英国法律传统上起主导作用的原则是议会主权原则，依据该原则，议会可以 “制定或废除任何法律；而且，英国法律不承认任何个人或机构有权推翻或搁置立法” 。DICEY，上文注释[153]，第 40 页。

[367] 阿姆斯特朗诉特殊儿童中心公司案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，第 320 页，第 327 页（2015 年）

在墨西哥集团案中的结论相吻合，即联邦法院享有的法定衡平管辖权包括实施“两国分离时英国衡平法院制定并实施的一套司法救济原则”的权力。[368] 尽管斯卡利亚大法官没有指出这一相似性，但法院在授权比文斯案中的损害赔偿诉权时，同样援引了联邦问题管辖权法定授权中的隐含授权：“……已确定的是，当法律权利受到侵犯，且联邦法规为这种侵犯提供了一般诉权时，联邦法院可以使用任何可用的救济来纠正错误。”[369]

当然，最近以来，最高法院对比文斯案及其后续案件提出了质疑，认为这些案件涉及立法行为，超出了分权制度下联邦司法机构的职能范围。[370] 但为何会如此呢？如果司法机构允许比文斯诉讼被视为宪法上可疑的司法立法行为，那么为何同样的指控不适用于针对联邦官员颁发禁令救济的判决呢？就我所能判断，法院的回答在很大程度上取决于对国会意图的解读。除非有相反证据，否则法院假定，授予联邦法院的管辖权通常意味着授予其颁发与衡平法传统相符的禁令的权力，[371] 但并不授予其支持非法定损害赔偿救济的权力，[372] 即使这些损害在传统上本可通过普通法的损害赔偿来补救。然而，法院并未为其对国会意图的不同解读提供合理依据，也未就上述问题——即第三条（指美国宪法第三条）是否允许国会授予比 1789 年更广泛的衡平管辖权——给出一个清晰且令人信服的答案。因此，如果法院选择援引这些理由，那么就有充分的基础对长期被视为理所当然的衡平救济的可用性进行全面重审。

* * *

杰克逊案后，最高法院的下一步行动难以预测。然而，显而易见的是，宪法权利与宪法救济之间的联系，这种联系在美国历史的大部分时间里——尤其是在 1908 年“杨案”之后直至几乎整个二十世纪余下时期——都占据主导地位，如今却正经历着一场持续的重新评估过程，并且在许多情况下，正面临着被否定和替代的命运。换言之，杰克逊案既延续了也体现

（Armstrong v. Exceptional Child Ctr., Inc., 575 U.S. 320, 327 (2015)）（援引 Jaffe & Henderson，见上文注释[180]）

[368] 墨西哥发展集团公司诉联盟债券基金公司案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 308 页，第 318 页（1999 年）（Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. All. Bond Fund, Inc., 527 U.S. 308, 318 (1999)）（援引阿特拉斯人寿保险公司诉 W.I. 南方公司案，《美国联邦判例汇编》第 306 卷，第 563 页，第 568 页（1939 年）（Atlas Life Ins. Co. v. W.I. Southern, Inc., 306 U.S. 563, 568 (1939)））。

[369] 比文斯诉联邦麻醉品管理局六名未知特工案，《美国联邦判例汇编》第 403 卷，第 388 页，第 396 页（1971 年）（Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388, 396 (1971)）（原文有省略）（援引贝尔诉胡德案，《美国联邦判例汇编》第 327 卷，第 678 页，第 684 页（1946 年）（Bell v. Hood, 327 U.S. 678, 684 (1946)）。

[370] 参见上文注释[191] – [196]及相应正文。

[371] 参见墨西哥集团案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 318 页（Grupo Mexicano, 527 U.S. at 318）。

[372] 例如，参见埃尔南德斯诉梅萨案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 735 页，第 742 页（2020 年）（Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735, 742 (2020)）（“随着联邦普通法通则的式微，联邦法院承认损害赔偿救济的权力最终必须基于国会颁布的一项法规……”（援引亚历山大诉桑多瓦尔案，《美国联邦判例汇编》第 532 卷，第 275 页，第 286 页（2001 年）（Alexander v. Sandoval, 532 U.S. 275, 286 (2001)））

了宪法救济法领域的一场革命，而这场革命似乎尚未走到尽头。

五、 原旨主义、文本主义及对国会特权的尊重？

在回顾过去三十年的变迁，特别是针对最高法院在全体女性健康组织诉杰克逊案中的裁决时，我频繁提出批评，这些批评大多基于法院对传统法律的修订可能带来的后果。然而，我尚未探讨最高法院近期行动的支持者可能会提出的辩护，这些辩护会强调司法权力受到的制约，这些制约根源于法院对原旨主义、文本主义和遵循先例原则的坚守。戈萨奇法官在杰克逊案中的意见突显了对这类原则的需求。戈萨奇法官还明确表示，如果国会希望为可能因参议院第 8 号法案或其他类似州立法而受到限制的宪法权利提供更多保护，“国会完全有权这么做”。[373]

本章对当前最高法院在宪法救济领域的方法论自觉和司法谦逊主张持怀疑态度进行了评估。第一节认为，现代最高法院在撤销、限制和宣告违宪行为的司法救济无效方面的裁决，最多只是表明其对原旨主义和文本主义的承诺并不一致。第二节得出结论，法官们几乎从不将遵循先例视为一种义务，迫使他们坚持那些他们认为在规范层面上存在严重误导的裁决。在现代，法官们更常将遵循先例作为维持他们认为后果良好的过往裁决的依据，即使这些裁决在最初就难以得到合理证明——例如，由于缺乏有说服力的原旨主义或文本主义支持。最后，第三节节指出，最高法院并未展现出对国会授权宪法救济决定的持续尊重，反而采用基于目的而非文本主义的推理，来宣告那些触动保守派多数敏感神经的国会宪法救济授权无效。

（一） 原旨主义与文本主义：法律诠释之谦抑精神的基石？

对于那些对司法创设的宪法救济手段持保留意见的最高法院法官而言，他们时常会援引原旨主义和文本主义的解释方法来为自己的立场辩护。[374] 然而，将原旨主义的前提应用于

---

[373] 全体女性健康组织诉杰克逊案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 522 页，第 538 页（2021 年）（Whole Woman’s Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522, 538 (2021)）。

[374] 原旨主义有诸多流派。例如，可参见 Lawrence B. Solum, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, 2017 B.Y.U. L. REV. 1621,1626–27（区分了五种原旨主义流派）；Thomas B. Colby & Peter J. Smith, *Living Originalism*, 59 DUKE L.J. 239, 247–62 (2009)（指出在整个原旨主义运动发展历程中，其思想脉络不断变动且相互冲突）。文本主义者都着重强调字词和短语在其表述语境中的含义，但有时也会得出不同结论。例如，在博斯托克诉克莱顿县案中，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 1731 页，第 1749-1751 页（2020 年）（Bostock v. Clayton County, 140 S. Ct. 1731, 1749–51 (2020)）（戈萨奇大法官撰写的意见中，就《第七章》关于禁止“基于性别”的歧视这一普通公众含义是否涵盖性取向歧视问题，与阿利托大法官的异议意见相左）；在邦德诉美国案，《美国联邦判例汇编》第 572 卷，第 844 页，第 865-866 页（2014 年）（Bond v. United States, 572 U.S. 844, 865–66 (2014)）（首席大法官罗伯茨撰写的意见里，针对是依据“化学武器”的法定字面定义，还是普通人理解的自然含义来判案，与斯卡利亚大法官

宪法救济相关议题时，会面临诸多复杂挑战。正如第一部分所述，建国一代中的许多人，甚至可以说是大多数人，都寄希望于一种既存的救济体系，该体系中的大部分救济手段既非宪法明文规定，也非法律明确授权，却能够据此强制执行宪法规范。[375] 因此，无论是从原旨主义的角度出发，还是从非原旨主义的角度来看，都存在合理的路径可以得出结论：至少在没有立法限制或废除此类救济手段的情况下，联邦法院承认那些国会未明确授权的救济手段，是符合宪法规定的权力分立原则的。[376] 实际上，一旦国会授予了联邦衡平法管辖权，即便是最高法院的保守派多数也似乎认为，如果衡平法救济符合衡平法传统，那么它就是合法且适当的。[377]

在推翻对比文斯案救济的司法授权时，最高法院并未否认建国一代普遍预期法院（包括联邦法院）会依靠普通法诉因来维护宪法权利。相反，最高法院引用了在伊利案中确立的“不存在联邦一般普通法”[378]这一观点，作为放弃支持联邦普通法诉因的依据。然而，这一论据忽略了伊利案之前的案例，其中包括波因德克斯特诉格林豪案，在该案中，最高法院依据宪法基础，判决原告有权获得法律救济而非衡平法救济。[379] 同时，它也未解释为何在伊利案

对判决的附议意见存在分歧）；在史密斯诉美国案，《美国联邦判例汇编》第 508 卷，第 223 页，第 225 页，第 229-230 页（Smith v. United States, 508 U.S. 223, 225, 229–30 (1993)）（奥康纳大法官撰写的文本主义意见中，就某人用枪支换取毒品时是否在毒品交易犯罪中“使用”枪支这一问题，与斯卡利亚大法官的异议意见不一致）。总体可参看 Tara Leigh Grove, The Supreme Court, *2019 Term — Comment: Which Textualism?*, 134 HARV. L. REV. 265 (2020)（“博斯托克案无关文本主义，而是关乎不同的文本主义流派。”同前引，第 267 页）。原旨主义和文本主义常与司法保守主义联系在一起。例如，Robert Post & Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*, 75 FORDHAM L. REV. 545, 545–46 (2006)，第 545-546 页中指出，原旨主义一直被保守派大法官“欣然接纳”（出处同第 545-546 页），还成了“保守派动员的有力工具”（出处同第 546 页）；Alexander Volokh, *Choosing Interpretive Methods: A Positive Theory of Judges and Everyone Else*, 83 N.Y.U. L. REV. 769, 771 (2008)，第 771 页中提到“传统观点”，即文本主义是一种保守的方法论。不过，有些原旨主义者和文本主义者属于政治进步派。例如，JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM 23 (2011)第 23 页就捍卫了一种与活的宪法主义相容的“框架原旨主义”。

[375] 参见上文第一章第一节，第 11-14 页。

[376] 参见 Stephen I. Vladeck, *The Disingenuous Demise and Death of Bivens*, 2019–2020 CATOSUP. CT. REV. 263, 267–70 (2020)（“在美国建国之时以及其历史上的很长一段时间里，联邦法院是否有权针对联邦官员个人提供法官造法式的损害赔偿救济，这一点毫无争议。联邦法院不仅经常提供此类救济，而且最高法院也多次认可这种做法。”同前引，第 267 页）；另见 Pfander & Wentzel，上文注释[11]，第 1292-1305 页、第 1324-1333 页、第 1358-1359 页（主张在美国建国时通行的法律下，衡平法救济可以“合法地随着救济体系其余部分的轮廓变化而变化，无需宪法修正案”，同前引，第 1358 页）；Woolhandler & Collins，上文注释[110]，第 1896 页（得出结论称，“比文斯案判决本身依据”严格标准或许是合理的，这些标准包括“宪法或相关法规的制定者是否将侵害诉讼视为执行宪法禁令的一种手段”）。普范德和温策尔援引威廉·鲍德与斯蒂芬·萨克斯两位教授的观点来支持这一分析思路，据此，杨案对政府官员持续违反宪法行为可发布禁制令的认可，从原旨主义角度看，是一种合法的法律变革。Pfander & Wentzel，上文注释[11]，第 1324-1333 页、第 1358-1359 页。总体参见 William Baude & Stephen E. Sachs, *Grounding Originalism*, 113 NW. U. L. REV.1455 (2019)（倡导并定义“原初法律原旨主义”，同前引，第 1488 页）。

[377] 参见上文注释[164]-[167]及相应正文。

[378] 埃尔南德斯诉梅萨案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 735 页，第 742 页（Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735, 742 (2020)）（原文有改动）（援引伊利铁路公司诉汤普金斯案，《美国联邦判例汇编》第 304 卷，第 64 页，第 78 页（1938 年）（Erie R.R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 78 (1938)）。

[379] 波因德克斯特诉格林豪案，《美国联邦判例汇编》第 114 卷，第 270 页，第 279 页（1885 年）（Poindexter v. Greenhow, 114 U.S. 270, 279 (1885)）。相关讨论，参见上文注释[115]-[116]及相应正文。

后，通过禁令强制执行宪法的非法定诉讼不像损害赔偿诉讼那样受到同样的质疑。[380] 如果从表面来看，现代最高法院以权力分立为由拒绝比文斯诉讼的逻辑，也将谴责其他形式的联邦普通法制定，尽管最高法院并未从这些形式中退缩，其中包括承认对抗州法诉因的联邦普通法抗辩。[381]

此外，在涉及宪法救济的案件中，最高法院并不总是遵循文本主义原则。法院将《美国法典》第 1983 节解释为默示包含了对侵犯宪法权利的州官员的“官方豁免”抗辩，这一解释便是一个备受瞩目且日益引发争议的例证。[382] 根据几乎所有报道，法院以 1871 年普通法所未曾知晓的方式，扩大了有条件的豁免范围。[383] 法院还裁定，《美国法典》第 1983 节隐含着一种非文本的例外情况，即禁止对州税收征收提起禁令诉讼；[384] 禁止囚犯利用《美国法典》第 1983 节作为寻求释放的手段，以摆脱据称违反宪法的监禁；[385] 并裁定，即使是在《美国法典》第 1983 节颁布之后才形成的相关障碍，诉因排除和争点阻却原则也可以限制《美国法典》涉及 1983 节的诉讼的可用性。[386] 数起案件表明，国会在制定赋予联邦权利并附带特定救济措施的法规时，已默示撤销了本可根据《美国法典》第 1983 节或杨原则提起的损害赔偿或禁令救济诉因。[387]

最高法院同样认为，《美国法典》第 1983 节下的禁令诉讼也受制于法官创设的例外情形。[388] 其中，最为著名且重要的相关原则即“杨格克制原则”，该原则规定，如果原告在依据《美国法典》第 1983 节提起诉讼时，州执法程序已经在进行中，则禁止联邦法院颁发禁

---

[380] 参见上文第四章第四节，第 58- 59 页。

[381] 参见博伊尔诉联合技术公司案，《美国联邦判例汇编》第 487 卷，第 500 页，第 504 页（1988 年）（Boyle v. United Techs. Corp., 487 U.S. 500, 504 (1988)）。

[382] 参见上文注释[208]及相应正文（讨论相关批评意见）。

[383] 参见上文第二章第二节，第 30-33 页。

[384] 参见全国私营卡车运输理事会公司诉俄克拉荷马州税务委员会”，《美国联邦判例汇编》第 515 卷，第 582 页，第 590 页（1995 年）（Nat’l Priv. Truck Council, Inc. v. Okla. Tax Comm’n, 515 U.S. 582, 590 (1995)）。

[385] 参见普雷泽诉罗德里格斯案，《美国联邦判例汇编》第 411 卷，第 475 页，第 500 页（1973 年）（Preiser v. Rodriguez, 411 U.S. 475, 500 (1973)）。

[386] 参见艾伦诉麦卡里案，《美国联邦判例汇编》第 449 卷，第 90 页，第 97-105 页（1980 年）（Allen v. McCurry, 449 U.S. 90, 97 – 105 (1980)）；另见田纳西大学诉埃利奥特案，《美国联邦判例汇编》第 478 卷，第 788 页，第 794-799 页（1986 年）（Univ. of Tenn. v. Elliott, 478 U.S. 788, 794 – 99 (1986)）。

[387] 例如，参见兰乔帕洛斯弗迪斯市诉艾布拉姆斯案，《美国联邦判例汇编》第 544 卷，第 113 页，第 127 页（2005 年）（City of Rancho Palos Verdes v. Abrams, 544 U.S. 113, 127 (2005)）（认定《联邦电信法》的特定救济条款默示排除了依据《美国法典》第 42 编第 1983 条获得救济的可能性）；佛罗里达州塞米诺尔部落诉佛罗里达州案，《美国联邦判例汇编》第 517 卷，第 44 页，第 74-76 页（1996 年）（Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44, 74 – 76 (1996)）（认定《印第安博彩监管法》的救济条款默示排除了依据《美国法典》第 42 编第 1983 条以及杨案提起禁制令救济诉讼的权利）。

[388] 关于中止诉讼原则以及其他法官创设的对联邦管辖权的限制的综述，参见 HART & WECHSLER，上文注释[9]，第 1094-1192 页。关于中止诉讼原则违反三权分立原则的论点，参见 Martin H. Redish, Abstention, *Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function*, 94 YALE L.J. 71 (1984)。关于一篇经过深思且富有启发性的反驳文章，参见 David L. Shapiro, Jurisdiction and Discretion, 60 N.Y.U. L. REV. 543 (1985)。

令，以阻止州官员执行据称违反宪法的法规。[389]

法院还指出了宪法救济中存在的宪法障碍，而这些障碍并非源自宪法文本的特定条款。正如院长约翰·曼宁[390]和托马斯·科尔比教授[391]所指出的那样，法院众多促进宪法联邦主义的裁决均依赖于结构性推论，这些推论虽得到了宪法制定者目的阐释的支持，但并无法追溯至宪法文本的特定表述，而这正是文本主义者在其他案件中所嘲笑的。谢尔比县诉霍尔德案便是一个强有力的例证，该案依据司法推定的“平等主权”原则，宣布 1965 年《投票权法案》的一项关键条款无效。[392]

总体而言，法院的裁决模式显示出一种更为强烈的意愿——即便是自称原旨主义者和文本主义者的法官亦不例外——即相较于寻找隐含授权，他们更愿意识别出对明文授权的宪法救济所隐含的宪法或法定限制。尽管原旨主义和文本主义可能对保守派法官的思维方式产生一定影响，但任何试图预测法院关于宪法救济可用性的裁决的人，都需要在其预测方法中融入不止一点的法律现实主义色彩。

（二） 遵循先例

“遵循先例”原则至多为现代宪法救济法的发展趋势提供了一种微弱且片面的解释。[393] 有一种广为人知的说法认为，“遵循先例”是一项“政策性原则”，[394] 而非“不可违抗的命令”。[395] 另一种说法是，法官若无“特别理由”，则不应投票推翻先例。[396] 当法院推翻先前的裁

---

[389] 参见扬格诉哈里斯案，《美国联邦判例汇编》第 401 卷，第 37 页，第 53-54 页（1971 年）（Younger v. Harris, 401 U.S. 37, 53–54 (1971)）。

[390] 例如，参见 John F. Manning, *The Supreme Court, 2013 Term — Foreword: The Means of Constitutional Power*, 128 HARV. L. REV. 1, 32 (2014)（告诫称，现代最高法院的联邦制与三权分立原则建立在从宪法结构中提炼出的抽象价值之上，这“给法官留下了极大的自由裁量权”）。

[391] 参见 Thomas B. Colby, Essay, *Originalism and Structural Argument,* 113 NW. U. L. REV. 1297, 1322–34 (2019)（主张原旨主义者在涉及结构性宪法条款的案件中，经常依赖结构性论证）。

[392] 参见谢尔比县诉霍尔德案，《美国联邦判例汇编》第 570 卷，第 529 页，第 544 页、第 557 页（2013 年）（Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529, 544, 557 (2013)）。

[393] 关于遵循先例原则的文献浩如烟海。近期值得注意的论著包括 RANDY J. KOZEL, SETTLED VERSUS RIGHT: A THEORY OF PRECEDENT (2017); William Baude, *Precedent and Discretion*, 2019 SUP. CT. REV. 313 (2020); 以及 Frederick Schauer, *Stare Decisis — Rhetoric and Reality in the Supreme Court*, 2018 SUP. CT. REV. 121 (2019)。

[394] 佛罗里达州塞米诺尔部落诉佛罗里达州案，《美国联邦判例汇编》第 517 卷，第 44 页，第 63 页（1996 年）（Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44, 63 (1996)）（援引赫尔维林诉哈洛克案，《美国联邦判例汇编》第 309 卷，第 106 页，第 119 页（1940 年）（Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106, 119 (1940)）。

[395] 同前引（援引佩恩诉田纳西州案，《美国联邦判例汇编》第 501 卷，第 808 页，第 828 页（1991 年）（Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 828 (1991)）。

[396] 艾伦诉库珀案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 994 页，第 1003 页（2020 年）（Allen v. Cooper, 140 S. Ct. 994, 1003 (2020)）（援引哈利伯顿公司诉埃丽卡·P·约翰基金公司案，《美国联邦判例汇编》第 573 卷，第 258 页，第 266 页（2014 年）（Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc., 573 U.S. 258, 266 (2014)）；拉莫斯诉路易斯安那州案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 1390 页，第 1414 页（2020 年）（Ramos v. Louisiana, 140 S. Ct. 1390, 1414 (2020)）（卡瓦诺大法官，部分赞同）；亚利桑那州诉拉姆齐案，《美国联邦判例汇编》第 467 卷，第 203 页，第 212 页（1984 年）（Arizona v. Rumsey, 467 U.S. 203, 212 (1984)）（援引斯

决时，持不同意见的法官经常会抗议称，多数派未能给予“遵循先例”原则应有的重视。[397] 然而，越来越多的评论者得出结论认为，在现代社会，只要法官认为推翻先例的实际效果是可取的，那么“遵循先例”原则在最高法院中的约束力就微乎其微。[398]

现代涉及宪法救济的案件印证了这一评价。尽管最高法院迄今为止尚未明确推翻比文斯案，但它已摒弃了比文斯案所依据的、反映“旧制度”[399]错误假定的逻辑，并将该案的判决几乎局限于其事实本身。[400] 最高法院同样否定了对杨案的传统解读，并将其重塑为反映衡平法传统而非宪法规定的解读，因此国会可以推翻该案的判决。[401] 作为伦奎斯特法院（Rehnquist Court）领导下的“联邦主义革命”的一部分，这场革命还包括了对国家主权豁免原则颇具争议的扩张，[402] 最高法院推翻了一项先例，该先例认为国会在根据商业条款立法时，可以废除各州的豁免权。[403] 随后，在推翻该先例后，最高法院又大幅推翻了赖克诉柯

威夫特公司诉威克姆案，《美国联邦判例汇编》第 382 卷，第 111 页，第 116 页（1965 年）（Swift & Co. v. Wickham, 382 U.S. 111, 116 (1965)）；史密斯诉奥尔赖特案，《美国联邦判例汇编》第 321 卷，第 649 页，第 665 页（1994 年）（Smith v. Allwright, 321 U.S. 649, 665 (1944)）。

[397] 例如，参见多布斯诉杰克逊妇女健康组织案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 2228 页，第 2333-2348 页（2022 年）（Dobbs v. Jackson Women’s Health Org., 142 S. Ct. 2228, 2333–48 (2022)）（布雷耶、索托马约尔和卡根大法官，持异议）；爱德华兹诉万诺伊案，《美国联邦判例汇编》第 141 卷，第 1547 页，第 1574 页（2021 年）（Edwards v. Vannoy, 141 S. Ct. 1547, 1574 (2021)）（卡根大法官，持异议）（“在推翻‘蒂格规则’的一个关键方面时，多数派没有遵循遵循先例原则的任何常规规则。”）；拉莫斯案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 1425 页（Ramos, 140 S. Ct. at 1425）（阿利托大法官，持异议）（“多数派大幅降低推翻我们先例的门槛，全然不顾一项长期确立的重要判决已经引发的巨大信赖，将其弃之不顾。”）；公民联盟诉联邦选举委员会案，《美国联邦判例汇编》第 558 卷，第 310 页，第 414 页（2010 年）（Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310, 414 (2010)）（史蒂文斯大法官，部分赞同、部分持异议）（“因此，今天的裁决直击遵循先例原则的要害，‘遵循先例是我们确保法律不会随意变动，而是以一种有原则、可理解的方式发展的手段’，它‘让社会能够假定基本原则扎根于法律，而非个人偏好。’”（援引巴斯克斯诉希勒里案，《美国联邦判例汇编》第 474 卷，第 254 页，第 265 页（1986 年）（Vasquez v. Hillery, 474 U.S. 254, 265 (1986)））。

[398] 例如，参见 Baude，上文注释[393]，第 329-334 页；Schauer，上文注释[393]，第 129-135 页。

[399] 齐格勒诉阿巴西案，《美国联邦判例汇编》第 137 卷，第 1843 页，第 1855 页（2017 年）（Ziglar v. Abbasi, 137 S. Ct. 1843, 1855 (2017)）。

[400] 例如，同前引，第 1857 页（指出“扩大比文斯救济如今是一项‘不受青睐的’司法活动”，而且最高法院“一直拒绝将比文斯案的适用范围扩展到任何新的情形或新的被告类别”（援引阿什克罗夫特诉伊克巴尔案，《美国联邦判例汇编》第 556 卷，第 662 页，第 675 页（2009 年）（Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662, 675 (2009)）；惩教服务公司诉马莱斯科案，《美国联邦判例汇编》第 534 卷，第 61 页，第 68 页（2001 年）（Correctional Servs.
Corp. v. Malesko, 534 U.S. 61, 68 (2001)））；埃格伯特诉布尔案，《美国联邦判例汇编》第 142 卷，第 1793 页，第 1809 页（2022 年）（Egbert v. Boule, 142 S. Ct. 1793, 1809 (2022)）（确认“如果今天要我们对比文斯案作出裁决，我们会拒绝认定宪法中存在任何默示的诉因”，但得出结论称“为了裁决摆在我们面前的这个案子，我们无需重新审议比文斯案”（援引齐格勒案，《美国联邦判例汇编》第 137 卷，第 1856-1857 页）（Ziglar, 137 S. Ct. at 1856–57））；埃尔南德斯诉梅萨案，《美国联邦判例汇编》第 140 卷，第 735 页，第 743-744 页（2020 年）（Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735, 743–44 (2020)）（裁定边境特工的跨境枪击事件构成比文斯案不适用的新情形，即便两起案件都涉及被指控违反第四修正案的情况）。

[401] 参见阿姆斯特朗诉特殊儿童中心公司案，《美国联邦判例汇编》第 575 卷，第 320 页，第 327 页（2015 年）（Armstrong v. Exceptional Child Ctr., Inc., 575 U.S. 320, 327 (2015)）。

[402] 总体参见 Richard H. Fallon, Jr., *The “Conservative” Paths of the Rehnquist Court’s Federalism Decisions*, 69 U. CHI. L. REV. 429, 431-38 (2002)（梳理一场所谓联邦制“革命”各方面之间的相互联系）。

[403] 参见宾夕法尼亚州诉联合煤气公司案，《美国联邦判例汇编》第 491 卷，第 1 页，第 5 页（1989 年）（Pennsylvania v. Union Gas Co., 491 U.S. 1, 5 (1989)），后被佛罗里达州塞米诺尔部落诉佛罗里达州案，《美国联邦判例汇编》第 517 卷，第 44 页，第 66 页（1996 年）（Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44, 66 (1996) ）推翻（“我们不得不认定，‘联合煤气公司案’的裁决有误，应当被推翻，现在予以推翻。”）。

林斯案的判决，即正当程序条款要求各州为强制征收违宪税款提供退税救济。[404]

在理查德·雷（Richard Re）教授看来，那些认为“遵循先例”原则在最高法院中效力甚微的学者所开展的研究工作，进一步揭示了该原则与其说是为法官设定了一项义务，不如说是赋予了他们一种权限。[405] 按照这种解读，或许“遵循先例”原则在最高法院中最具实践意义的作用，就是授权法官在那些他们认为推翻先例会带来令人遗憾的后果时，坚持那些他们原本认为无法立足的判决。

宪法救济法的发展与此评价相吻合。如上所述，原旨主义-文本主义法官已经适用甚至扩展了先例，为根据《美国法典》第 1983 节被起诉的官员提供了比文本主义解释原则所能支持的更为宽泛的保护性“合格豁免权”（正如托马斯法官所承认的那样）。[406] 先例所赋予的权限，或许也能解释最高法院为何继续坚持许多早期的判决，这些判决认可了与《美国法典》第 1983 节诉因同样非文本化的例外情形，包括第五章第一节中讨论过的许多例外。[407] 总体而言，当将效力微弱的、赋予权限的“遵循先例”原则版本，与现代法官中多数人所经常采纳的原旨主义-文本主义方法置于同一框架中时，法官们可以声称自己有权保留尽可能多的传统宪法救济法内容，并以“遵循先例”原则作为正当化依据，而只有在他们认为原旨主义-文本主义前提支持修改他们不赞同的传统法律要素时，才会主要援引这些前提。

（三） 当今时代对国会裁决的尊重

尽管戈萨奇法官在杰克逊案中声称，如果国会希望创立宪法救济途径，它有权这么做，但法院的多项现代裁决（其中一些已在第二章第三节讨论过）严重限制了国会执行内战修正案所明确赋予的权力。1997 年判决的伯尔尼市诉弗洛雷斯案（City of Boerne v. Flores）要求，根据第十四修正案第五款制定的补救性立法必须与已查明的、司法上可认知的宪法侵权模式相一致且成比例。[408] 在运用这一标准时，最高法院宣布了一些重要联邦法律的部分条款无

---

[404] 参见奥尔登诉缅因州案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 706 页，第 740 页（1999 年）（Alden v. Maine, 527 U.S. 706, 740 (1999)）（解读“赖希案”仅确立了如下规则：当一州向纳税人承诺给予其就税务评估提出异议的“‘明确且确定的’剥夺后”机会时，“正当程序要求该州提供其所承诺的救济”（援引赖希诉柯林斯案，《美国联邦判例汇编》第 513 卷，第 106 页，第 108 页（1994 年）（Reich v. Collins, 513 U.S. 106, 108 (1994)）（还援引了哈德逊诉帕尔默案，《美国联邦判例汇编》第 468 卷，第 517 页，第 539 页（1984 年）（Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 539 (1984)）（奥康纳大法官，附议）；不动产公平评估协会诉麦克纳里案，《美国联邦判例汇编》第 454 卷，第 100 页（1981 年）（Fair Assessment in Real Est. Ass’n, Inc. v. McNary, 454 U.S. 100 (1981)））。

[405] 参见 Richard M. Re, *Precedent as Permission*, 99 TEX. L. REV. 907, 912–22 (2021)。

[406] 参见上文注释[217]及相应正文。

[407] 参见上文注释[374]-[392]及相应正文。

[408] 参见博尔恩市诉弗洛雷斯案，《美国联邦判例汇编》第 527 卷，第 507 页，第 519-520 页（1997 年）（City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 519–20 (1997)）。

效，其中包括《反对妇女暴力法》（VAWA）的一项条款，该条款旨在授权家庭暴力的女性受害者提起私人诉讼。[409] 国会曾试图为其创立针对家庭暴力施暴者的私人诉因提供正当化依据，部分是将其作为一种补救措施，以弥补州官员未能为家庭暴力受害妇女提供平等法律保护的缺失。[410]

继伯尔尼市案后，谢尔比县诉霍尔德案又废除了 1965 年《投票权法》中的一项关键条款，该条款旨在保护选民免受种族歧视。[411] 与宣布《反对妇女暴力法》部分条款无效时一样，最高法院划分成比例为 5 比 4 的两派，多数派法官通常被视为保守派，而持异议的法官则是自由派。[412] 如上所述，谢尔比县案法院将其裁决建立在所谓的结构性宪法原则之上，该原则要求国会尊重各州的“平等主权”。[413] 然而，在根据宪法第一条制定监管和支出立法时，国会经常对各州区别对待。[414] 鉴于这种做法，莉娅·利特曼（Leah Litman）教授合理地解读了谢尔比县案，认为该案所持立场是，结构性宪法原则限制了国会根据重建修正案为违宪行为提供救济的权力，比对根据宪法第一条制定其他类型立法的权力的限制更为严格。[415]

* * *

本章的核心观点其实相当直白。在摒弃了我和梅尔策教授曾提及的司法在确认诉因及制定宪法补救措施方面的“普通法模式”后，现代最高法院一再嘲讽这一传统做法，认为其是司法无序、鲁莽行事的典范，对分权原则下国会的特权视而不见。这种对传统做法的描绘具有误导性。正如第一章所述，传统法律中的适应性变化大多循序渐进、谨慎行事，往往是针对

---

[409] 《美国法典》第 42 编第 13981 条（2000 年）（现行版本为《美国法典》第 34 编第 12361 条），被美国诉莫里森案，《美国联邦判例汇编》第 529 卷，第 598 页，第 601-602 页（2000 年）（United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 601-02 (2000)）宣告无效。

[410] 众议院报告第 103-711 号，第 385-386 页（1994 年）（协商会议报告）；参议院报告第 103-138 号，第 38 页、第 41-55 页（1993 年）；参议院报告第 102-197 号，第 33-35 页，第 41 页，第 43-47 页（1991 年）；另见莫里森案，《美国联邦判例汇编》第 529 卷，第 620 页（Morrison, 529 U.S. at 620）（援引并描述了这段立法史）。

[411] 参见谢尔比县诉霍尔德案，《美国联邦判例汇编》第 570 卷，第 529 页，第 557 页（2013 年）（Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529, 557 (2013)）。

[412] 对比同前引，第 532 页（首席大法官罗伯茨，斯卡利亚、肯尼迪、托马斯和阿利托大法官附议）与同前引，第 559 页（金斯伯格大法官，持异议，布雷耶、索托马约尔和卡根大法官附议）。

[413] 参见同前引，第 544-545 页（多数意见）；另见上文注释[224]-[226]及相应正文。

[414] 例如，参见《美国法典》第 16 编第 3635 条（仅要求“阿拉斯加、爱达荷、俄勒冈和华盛顿州”向联邦政府提供与鲑鱼捕捞相关的法规和规章条款信息）；《美国法典》第 20 编第 7861(a)(1)条（允许教育部长逐州豁免各州接受联邦教育资金所附带的条件）；《美国法典》第 42 编第 7543(e)(2)条（允许加利福尼亚州在采用车辆排放标准方面享有特殊特权）；《美国法典》第 49 编第 31112(c)条（为“怀俄明州、俄亥俄州、阿拉斯加、爱荷华州、内布拉斯加州、堪萨斯州和俄勒冈州”制定“【特殊的】【商业驾驶】【规则】”）；另见 Leah M. Litman, *Inventing Equal Sovereignty*, 114 MICH. L. REV. 1207, 1242–46 (2016)（收集了这些以及其他一些法规示例，这些法规“指明特定州给予差别待遇，或采用对不同州有差别影响的规则”，同前引，第 1243 页）。

[415] Litman，上文注释[414]，第 1215 页。

实体宪法理论的变迁和周遭实际需求的变化而作出的回应。与现代法院做法的隐含对比同样具有误导性。无论人们如何评价最高法院近期对传统宪法补救法律的修订是否明智，都不应为其对原旨主义-文本主义解释方法、遵循先例原则或对国会司法尊重的严谨态度而喝彩。

六、 结论

在本文中，我探讨了实质性宪法权利与获得司法救济权利之间的关系，这种关系体现在美国最高法院近期的一些裁决中，尤其是“全体女性健康组织诉杰克逊案”。以传统观念为参照，我始终秉持一个观点，即宪法权利的概念通常意味着至少存在某种司法救济手段来保障该权利，从而使其在实践中具有实际意义。*

从历史和分析的角度来看，我认为当前最高法院在宪法权利与宪法救济的关系上已大幅偏离了传统理解，包括削弱了持续侵权受害者有权获得禁令救济的推定。特别是，我坚持认为，最高法院已否定了国会与司法机构在创造宪法救济权利方面的合作伙伴关系，这是传统法律所赖以支撑的基础。从规范性的角度来看，我认为最高法院当前的做法令人遗憾，因为它摒弃了先前传统做法所蕴含的、经过长期积累而形成的隐含智慧。

在本文中，我的规范性论点有时含蓄、有时明确地反映了一个简单却略显模糊的理想，这一理想的实施无疑需要经得起质疑的判断：法治，作为我视为一种固有的宪法价值，要求有足够的救济措施来确保政府及其官员通常在其权力范围内行事，并且支持一个进一步的推定，即权利受到侵犯的个人应能够追究官方不法行为者的责任。理想的实现程度或多或少都会有所差异。我并没有回避这样一个事实，即需要将法治的期望与诸如主权豁免和官员豁免等传统学说所依据的有时相互矛盾的因素进行复杂的协调。但我认为，至关重要的一点是，最高法院在审理涉及宪法救济法的案件时，应怀揣理想，并认识到法院在维护针对政府官员的法律和公平诉因方面长期扮演的从属伙伴角色。

我不喜欢宪法救济法近期的变化，主要是因为它们贬低了宪法权利的理念。我希望本文讨论的许多创新点能够被推翻，而我预测的其他变化则永远不会发生。虽然我对短期发展持悲观态度，但希望事实能证明我错了。无论如何，我不认为对法官创设的、有时甚至国会授权的宪法救济的敌视会永远持续下去。无论好坏，任何一个时代的在任法官都只是这一传统

* 我非常感谢欧文·加洛格利（Owen Gallogly,）、杰克·戈德史密斯（Jack Goldsmith）、米拉·索霍尼（Mila Sohoni）、吉姆·普范德（Jim Pfander）、卡洛斯·巴斯克斯（Carlos Vázquez）、安·伍尔汉德勒（Ann Woolhandler）和玛丽·齐格勒（Mary Ziegler）提出的极具帮助的意见，也感谢约翰·阿克顿（John Acton）、丹尼尔·埃尔加斯（Daniel Ergas）、亚伯·坎特（Abe Kanter）、内森·拉布（Nathan Raab）和凯瑟琳·里德（Kathryn Reed）提供的宝贵研究协助。

的临时守护者，这一传统必然会随着时间的推移而发展和调整宪法权利与救济之间的关系。

民权医疗化何以幻灭*

艾莉森·霍夫曼 著；庞新燕 译**

摘　要：本文对 Craig Konnoth 的文章《医疗化与新的民权》进行了回应，探讨了将民权诉求转化为以医疗权利框架为保障基础的不利的影响。尽管，从短期功利主义角度来看，医疗化似乎为反歧视和权利保障提供了新路径，但从长期来看，这种转化可能带来社会学上的局限，削弱能够解决种族主义、性别歧视以及其他形式歧视根源的结构性解决方案的重视，并可能掩盖部分歧视问题。本文还探讨了医疗化实用主义利益的易变性，医疗化可能会使人们更愿意接受民权诉求，因为它将责任从个体身上转移开，从而使他们更有资格获得支持，并指出其短期利益可能随着医疗权利成为新的民权争议场所而逐渐消失。

关键词：民权诉求 医疗权利 歧视 不平等

---

* 原文参见 Allison K. Hoffman, *How medicalization of civil rights could disappoint*, 72 STAN. L. REV OL. 165, 165-175(2020).

** 艾莉森·霍夫曼（Allison K. Hoffman），宾夕法尼亚大学法学院；庞新燕，北京航空航天大学法学院。

目 录

一、 社会学视野的局限性 77

（一） 为时已晚，为力已薄 78

（二） 部分掩盖歧视 80

二、医疗化功利性益处的可塑性 84

三、结论 85

克雷格-康诺斯（Craig Konnoth）的文章《医疗化与新民权》（Medicalization and the New Civil Rights）[1]对民权诉求向医疗权利框架的转变进行了精心的描述，发人深省。文章将反歧视法、残疾法和健康法等多种思想传统紧密结合在一起，令人信服地说明了他所描述现象的普遍性。

这篇文章内容非常丰富。康诺斯（Konnoth）展示了医学框架和可识别、可衡量的实际伤害证据如何为维护公民权利的伤害提供了新的途径。这一见解使他得出了规范性结论，即医疗化可以成为倡导公民权利的有力工具。在某些方面，我表示赞同。但在其他一些方面，我不知道康诺斯（Konnoth）所描述的变化基础是否如他所断言的那样稳固且富有成效。

从短期功利主义角度来看，康诺斯（Konnoth）认为，当民权诉求陷入困境的时候，寻求医疗权利既是提供反歧视保护，也是提供积极的权利和利益。[2]这部分规范性论点似乎是合理的。

然而，从长远来看，民权的医疗化至少会在两个方面带来更加矛盾的表现。首先，医疗化可能会产生一种社会学上的狭隘性，进而限制我们对正义的思考。尽管人们应承认经历从属地位或者受到创伤会以身体受伤害的形式表现出来，但过度关注这些表现也可能会带来一些弊端。其次，更具推测性的是，随着医疗领域成为民权角逐的新场所，即使是现有的医疗框架所产生的功利性利益也可能会随着民权医疗化而减少。

在不贬低康诺斯（Konnoth）富有启发性见解的前提下，这一回应提出了几个理由以说明为什么医疗化在长期内可能无法提供明确的民权解决方案，并详细阐述了过度依赖医疗权利诉求的潜在风险。最后，文章探讨了新冠疫情是否能够揭示医疗化的潜在益处或风险。新冠疫情以一种戏剧性的方式展现了社会不平等的医疗表现形式以及数十年来民权被剥夺的现实。

一、 社会学视野的局限性

这篇文章引发了我对这个问题的兴趣，即从长远来看，将民权从社会学框架转化为医学框架是否会造成社会学意义上的损害。我能想出现在至少在两种可能的情况下加强医疗化可能会破坏民权的进步，即使这种进步在目前模式下似乎停滞不前，效果不尽人意。第一个问

[1] Craig Konnoth, Medicalization and the New Civil Rights, 72 STAN. L. REV. 1165 (2020).
[2] See generally Kenji Yoshino, The New Equal Protection, 124 HARV. L. REV. 747 (2011) .(describing how the proliferation in identity groups has undermined the Supreme Court’s willingness to extend constitutional protection to new groups).

题是医疗化可能意味着对公民权利损害的事后补救，进而削弱结构性解决方案的重要性。我关注到的第二个隐忧是，医疗化可能会完全掩盖部分歧视问题，因为医疗化只关注在医学意义上的伤害。

（一） 为时已晚，为力已薄

首先，医疗权利诉求可能使我们进一步远离思考那些能够解决种族主义、性别歧视以及其他形式歧视根源的结构性解决方案。医学倾向于解决个体的健康问题，而非社会结构问题。将歧视问题医疗化会将原本属于集体问题的框架转变为以个体患者为中心的框架。当然，也许这与民权法的发展方向并无不同。它越来越依赖于个体受损害而提起法律诉求，而结构性干预由于平权行动理论的转变而越来越困难。[3]然而，仍有一些时刻，民权的重大胜利，如奥伯格费尔案（Obergefell）仍能将个人利益迅速转化为群体层面的利益和社会共识。

医疗权利诉求可能无法像结构化解决方案那样轻易地解决根源性问题。康诺斯（Konnoth）讨论了医疗补助（Medicaid），这是联邦和州共同资助的项目，旨在为贫困人群提供医疗补助。近年来，该项目已开始允许各州尝试提供住房服务，例如租赁保证金或铅检测，这是基于他们认识到无家可归可能对健康产生不利影响。[4] 尽管医疗补助已经找到了创造性的方式，用于诊断和治疗住房不安全问题，但由于其是为符合条件的个体逐个提供医疗补助的项目，因此只能在个体（或家庭）层面进行。[5]联邦法规还禁止支付住宿费用，这意味着医疗补助可以与其他更专注于住房的政府项目合作，但仅依靠该医疗福利项目，最多只能为住房不安全和歧视这一更大问题提供临时补救。

即使像《美国残疾人法案》（Americans with Disabilities Act, ADA）和《康复法案》（Rehabilitation Act）这样要求更具结构性改革的法律，最终仍可能产生相对狭窄且小规模的补救措施。康诺斯（Konnoth）所引用的关于精神障碍权利认可的积极案例——“马修斯诉埃尔德里奇案”（Mathews v. Eldridge）中的语言和推理，与“克利本市案”（City of Cleburne）中限制权利的语言相比 [6]——恰恰说明了医疗化如何以个体化的方式构建权利框架。

尽管在“克利本市案”（City of Cleburne）中法院难以将精神障碍视为一个值得群体性保护的特征，而深陷“多元主义焦虑”（pluralism anxiety）[7]之中，即对越来越多寻求法律认可

[3] See id. at 748, 767-68, 775 n.198.
[4] Konnoth, supra note 1, at 1196-97.
[5] Id. at 1197.
[6] Id. at 1237-38 (quoting language from City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432, 445-46 (1985), about a class-based approach to legal analysis and from Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 343-44 (1976), about an individual medical approach).
[7] Yoshino, supra note 2, at 747-48 (describing aversion to the increase in the number and types of groups who might

群体激增的担忧，但在“马修斯诉埃尔德里奇案”（Mathews v. Eldridge）中法院却通过个案评估的方式承认了精神障碍的存在。康诺斯（Konnoth）认为，“马修斯诉埃尔德里奇案”在精神障碍权利认可方面更具积极意义，但这也意味着将一个关于弱势群体保护的法律问题转化为个体化的调查。民权法总体上也在朝着这一方向发展，摒弃了基于群体的诉求和反从属原则。但如果医疗化要求像《马修斯诉埃尔德里奇案》那样进行个案医学调查，那么它是否会成为关注群体层面效应和结构性干预努力的“丧钟”呢？

即使像公共卫生这样以群体健康为目标的领域，也常常难以实现真正的结构性干预。托马斯·弗里登（Thomas Frieden）提出著名五层公共卫生干预金字塔模型，清晰地展示了不同层级干预措施对健康的影响。[8]在该模型中，金字塔的顶层是需要个体层面努力的干预措施，（例如咨询和教育）；而底层则是对人口健康影响最大的干预措施，涉及社会经济因素等更广泛的结构性问题。公共卫生的理想目标是将干预重心下移至金字塔的底部，即从社会经济因素入手，解决诸如经济机会、基础设施（包括交通、卫生设施、清洁水源）等对健康影响最大的社会决定因素。然而，尽管越来越多的学者开始关注这些健康的社会决定因素，公共卫生实践往往停留在金字塔的上一层，即通过改变环境来促进健康决策，仍旧侧重于个体行为的改变，而非直接解决结构性问题。

康诺斯（Konnoth）关于健康促进计划和食品荒漠的讨论揭示了医学视角如何引导我们停留在这一层面，即我们期望弱势群体改变自身行为，而非探究他们为何先在医学上处于弱势。康诺斯（Konnoth）指出，《平价医疗法案》（Affordable Care Act）的健康促进计划允许雇主根据员工参与健康行为（如去健身房）的程度，为部分员工提供保险费折扣，从而改变了“转变社会实践”的结构性环境。[9]他认为，这些政策可以被视为提供激励以促进行为改善，正如在食品荒漠（即缺乏获取新鲜食品的社区）中开设杂货店，使人们能够吃得更健康。当然，这些说法有一定道理，激励措施和获取途径确实可以塑造个体行为。

然而，为什么有些人比其他人更频繁地使用健身房，或者为什么有些人购买新鲜水果和蔬菜，而另一些人则不然呢？这在一定程度上与健身房的获取渠道和满库存的杂货店有关，但更多的是谁有时间和金钱去锻炼和烹饪，以及与在几代贫困中形成的习惯有关。纽约市的“健康餐馆”倡议在努力增加纽约市街角商店中更健康食品的供应与消费时，发现了克服所有这些障碍的挑战。将更健康的食品和饮料引入街角小店是一项重大难题，但这只是改善社

---

make civil rights claims and the resulting legal contraction of constitutional protections).

[8] Thomas R. Frieden, A Framework for Public Health Action: The Health Impact Pyramid,100 AM. J. PUB. HEALTH 590, 591 (2010).

[9] Konnoth, supra note 1, at 1225-26.

区健康的第一步。[10]关注个人健康往往强调行为解决方案，并将责任归咎于弱势群体，而忽视了造成健康差距的根本原因。

此外，医学往往是被动的。即使是所谓的预防性保健，实际上往往也无法真正预防疾病，而是在疾病发生后更早地筛查和发现疾病，以加快干预速度。将民权诉求转移到一个首先要求对健康造成可衡量伤害的框架中，这对于防止这些伤害代代相传几乎没有任何帮助。

以种族主义导致黑人男性心脏病发病率过高为例，或许所谓的医疗民权补救措施就是为黑人男性提供免费的波立维（Plavix）或阿司匹林。如果性别歧视导致在工作中遭遇“玻璃天花板”的女性，或者那些在平衡照顾孩子或年迈父母与工作时感到挣扎的女性出现抑郁情绪，那么解决方案或许就只是分发百忧解（Prozac），而不是试图改善导致这种抑郁的性别歧视性结构。针对性治疗当然并非坏事。安吉拉·哈里斯（Angela Harris）和阿伊莎（Aysha）在《健康的民权》（The Civil Rights of Health）一书中描述了如何利用公共卫生数据进行此类针对性治疗，否则这种治疗可能会被视为非法的“逆向歧视”。[11]这当然是一种进步，但却属于下游层面的进步。

当今的民权法可能同样无法以结构性和变革性的方式解决歧视问题。然而，医疗化或许从定义上就永远无法做到这一点，因为它以一种琐碎且滞后的方式理解伤害，甚至可能肯定了民权法教义发展过程中一些最深刻的缺陷。

（二） 部分掩盖歧视

我的第二个、也是更为重要的与社会学相关的担忧是，将民权损害转化为医学术语，是否会积极地掩盖部分社会问题，就像在性别歧视、种族主义或恐同症之上拉起了帷幕。

正如哈里斯（Harris）和帕穆库（Pamukcu）呼吁我们所做的那样，认识到歧视的物理表现形式无疑是重要的。[12]然而，歧视之所以成为问题，其原因远远超出了其可测量的、物理表现形式的范围，而医疗化可能会微妙地促使我们忽视那些未能以物理方式呈现的种族主义或性别歧视。认识到从属关系中的压力、创伤和虐待具有可以通过民权法通过健康干预加以改善的物理表现形式，这是有价值的。然而，医疗权利诉求存在将歧视简化为物理表现形式的风险。

---

[10] Sarah Kliff, Byrd Pinkerton, Jillian Weinberger & Amy Drozdowska,Healthy Options—Or Soda Taxes? How Two Cities Are Tackling Obesity, VOX: THE IMPACT (Nov. 16, 2018,10:20 AM EST), https://perma.cc/Q7JM-GXMM (challenges discussed around minute twelve).
[11] Angela P. Harris & Aysha Pamukcu, The Civil Rights of Health: A New Approach to Challenging Structural Inequality, UCLA L. REV. (forthcoming 2020).
[12] See id. at 17.

在此，列举一些法律领域内医疗化如何收窄我们对社会问题认知方式的例子，或许会有所帮助。这些例子取材于康诺斯（Konnoth）文章之外的其他法律领域，旨在通过类比来说明，当法律对社会问题或损害的定义或认定过于狭窄时，可能会发生什么。

以侵权法为例，纯情绪损害（因未伴随身体伤害而得名）的案例或许能说明法律中的医疗化如何收窄我们对某一社会问题的认知方式。长期以来，民事责任范畴内一直排除对这类损害的情绪赔偿。[13]事实上，直到最近，若无身体冲击与身体伤害，除了一些恶劣情形（如尸体处理不当）之外，法院通常不愿承认损害赔偿。即便在现代，情绪损害的赔偿也受到一系列限定规则的指导，这些规则旨在作为“真实”损害的代理标准。

即便在承认情绪损害的情况下，法律通常也要求存在严重的情绪伤害或身体表现[14]——这是一种医疗化要求，例如需要医生的证明来确认伤害的存在。在这一领域的前沿探索中，法学家们已经开始考虑神经影像学扫描是否可以用来证明情绪痛苦。[15]此类要求可能暗示，一个人所遭受的伤害只有在得到医生的证实，并且能够以医学认可的方式进行量化时，才被视为真实存在。

此类要求的限制性本质可能会使补救措施与常识脱节。在本年度的侵权法考试中，我曾要求学生思考这样一个案例：一位母亲使用了可能掺杂石棉的强生婴儿爽身粉为自己的婴儿涂抹。多年后，当孩子长大成人时，他患上了间皮瘤——这是石棉暴露的标志性疾病。学生们很快意识到，这位母亲所遭受的伤害并不完全符合法律最容易认定情绪损害的案例情形。[16]一个进步的法院或许会认为这种伤害足够严重而予以承认，但其他法院或许不会。侵权法追求确定性和客观性，但在这一过程中却削弱了我们对情绪伤害的理解，并低估了法官或陪审团在判断情绪伤害合理发生时的能力，即使这种伤害无法以医学方式加以量化。

正如康诺斯（Konnoth）所指出的，医疗化使某些事物显得更具客观性和科学性，但这未必是好事。实际上，这是一种大卫·弗兰克福德（David Frankford）所称的“科学主义”（scientism），即某些学科（如法律和经济学）披上了过度精确或专业的外衣。[17]在民权的医疗化中，这种“科学主义”（Scientism）尤其令人担忧，因为医学意见的“客观性”常常

---

[13] See Martha Chamallas & Linda K. Kerber, Women, Mothers, and the Law of Fright: A History, 88 MICH. L. REV. 814, 816 (1990).
[14] See id. at 820; Betsy J. Grey, The Future of Emotional Harm, 83 FORDHAM L. REV. 2605, 2611 (2015).
[15] Jean Macchiaroli Eggen & Eric J. Laury, Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine, 13 COLUM. SCI. & TECH. L. REV.235, 246 (2012).
[16] These include having suffered physical impact or meeting the elements of a bystander cause of action for observing negligent harm to a loved one, which include requirements like proximity, visibility (sensory and contemporaneous observance of an accident), and close familial relationship. Restatement (Third) of Torts §§ 47-48 (2012).
[17] See David M. Frankford, Scientism and Economism in the Regulation of Health Care, 19 J.HEALTH POL. POL'Y &L. 773, 778 (1994).

在民权问题上站错立场，从为黑人妇女的绝育手术提供理由，到为移民目的确定谁是白人。[18]医学科学以一种有问题的方式站在法律的两边，这一点从两个相隔仅七年时间的最高法院案件中可以看出，尽管在这段时间内医学证据并未改变，但这两起案件对所谓的部分出生堕胎法的健康豁免的法律必要性得出了相反的结论。[19]医学在法庭上的合法性既可能推进民权，也可能对民权造成损害。而民权法旨在保护的群体，往往是对医疗体系信任度最低的群体，这是有充分理由的。[20]

第二个完全不同的例子是法律领域中医疗化如何收窄我们对某一社会问题的视野，这来自于我长期致力于护理方面的写作。[21]社会福利项目设计中的医疗化导致对非医疗护理的低估，这种低估至今仍在持续。

在 20 世纪初，长期护理的公共福利主要由地方的济贫院提供，但大多数人仍然依赖家庭护理。[22]然而，在整个 20 世纪，长期护理的公共资金逐渐增加，联邦资金在大萧条之后开始真正投入。1935 年的《社会保障法》（The Social Security Act）包括了老年援助计划（针对贫困老年人）、盲人援助和受抚养儿童援助，这些计划都是现金援助项目，用于支付养老院的护理费用。[23]与此同时，居家护理在各种地方、州和联邦努力的支持下继续进行，包括工程进展管理局（Works Progress Administration）的“家务服务”。[24]这些计划资助了从护理到个人护理，甚至在某些情况下还为生病或残疾的母亲提供家务劳动和儿童保育服务。[25]

20 世纪中叶，私人医疗保险的兴起，开始削弱这些以家庭为基础的护理项目。私人健康保险要求服务由有执照的提供者执行，这使得护理的医疗方面转移到了医院和机构中。护理密集型方面的内容被排除在外，留给资金不足的州福利项目。[26]这种医疗化模式随后在公共融资中得到复制，包括 1965 年创建的两个最大的公共健康保险项目：为老年人提供医疗

---

[18] See IAN HANEY LOPEZ, WHITE BY LAW: THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE 1-2 (2006ED.); DOROTHY ROBERTS, KILLING THE BLACK BODY: RACE, REPRODUCTION, AND THE MEANING OF LIBERTY 56-57 (2016 ed.).

[19] Compare Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914, 930 (2000) (holding that a Nebraska law prohibiting “partial-birth abortion,” an intact dilation and extraction procedure, was illegal because it did not include an exception for the health of the pregnant woman), with Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124, 161-64 (2007) (following Stenberg by seven years and upholding the Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003 despite no exception for the health of the pregnant woman).

[20] Katrina Armstrong, Karima L. Ravenell, Suzanne McMurphy & Mary Putt, Racial/Ethnic Differences in Physician Distrust in the United States, 97 AM. J. PUB. HEALTH 1283, 1287 (2007).

[21] See generally Allison K. Hoffman, Reimagining the Risk of Long-Term Care, 16 YALE J. HEALTH POL’Y L. & ETHICS. 147 (2016) (describing the way that social policy has conceived of long-term care risk and arguing that this conception is overly narrow).

[22] EILEEN BORIS & JENNIFER KLEIN, CARING FOR AMERICA: HOME HEALTH WORKERS IN THE SHADOW OF THE WELFARE STATE 20 (2012).

[23] Sidney D. Watson, From Almshouses to Nursing Homes and Community Care: Lessons from Medicaid’s History, 26 GA. ST. U. L. REV. 937, 941-47 (2010).

[24] BORIS &KLEIN, supra note 22, at 22.

[25] Id. at 30.

[26] Id. at 65.

照顾的《医疗保险计划》（Medicare）和为贫困家庭以及盲人和残疾人提供服务的《医疗补助计划》（Medicaid）。[27]

这些项目至今仍在延续对非医疗护理的排除与贬低。医疗保险对长期护理的资助最多只是“间接相关”，例如仅涵盖住院后的后急性护理（post-acute care），并不支付家庭日常费用。[28]长期护理被医疗保险完全排除在外，因为它被认为“更多是看护性的，而非医疗性的。”[29]

与医疗保险（Medicare）不同，医疗补助（Medicaid）资助了超过一半的有偿长期护理服务，[30]且至今仍带有医疗化的印记。医疗补助（Medicaid）最初存在“机构偏见”（institutional bias），倾向于在有执照的养老院或其他有执照的机构中提供长期护理。[31]这种机构护理被指定为强制性福利——各州必须覆盖此类服务，才能获得联邦医疗补助（Medicaid）配套资金，而这些配套资金支付了项目总成本的一半以上。[32]相比之下，居家环境中的个人护理（例如洗澡、穿衣、进食、轻度家务或购物）被列为可选福利，各州可以但并非必须覆盖。[33]尽管医疗补助（Medicaid）的机构偏见已逐渐向居家护理倾斜，[34]但各州的项目仍未覆盖人们在家中所需的护理服务。在医疗补助（Medicaid）运行超过半个世纪后，医疗护理仍是强制性的，而个人或“看护性”护理则是可选的，这种观念——社会保险应支持护理的医疗方面而非社会方面——以一种深远的方式延续至今。

康诺斯（Konnoth）讨论了一些对医疗权利诉求的制度性反对意见，例如，将权威从法律机构转移到医疗机构可能带来的危害。然而，更严重的制度性危害可能并不明显，而是具有社会学效应。我们每个人所经历的种种生活体验——无论是否涉及歧视——无疑都会在我们的身体中扎根，但专注于伤害的身体表现形式可能会收窄我们对社会问题及其解决方案的认知方式。那些未以可测量的身体方式表现出来的情感伤害，可能与那些有身体表现形式的伤害一样，甚至更为严重。非医疗护理可能比医疗护理对健康和安全的贡献更大。种族主义

---

[27] *See* Watson, *supra* note 23, at 953-54.
[28] Judith Feder, Harriet L. Komisar & Marlene Niefeld, *Long-Term Care in the United States: An Overview*, 19 HEALTH AFF. 40, 44 (2000).
[29] Watson, *supra* note 23, at 956.
[30] ERICA L. REAVES & MARYBETH MUSUMECI, KAISER FAMILY FOUNDATION, MEDICAID AND LONG-TERM SERVICES AND SUPPORTS: A PRIMER 3 (Dec. 2015).
[31] See Samuel R. Bagenstos, The Future of Disability Law, 114 YALE L.J. 1, 61 (2004).
[32] REAVES & MUSUMECI, supra note 30, at 5; Federal Medical Assistance Percentage (FMAP) for Medicaid and Multiplier, KAISER FAM. FOUND., https://perma.cc/R8DN-JPNW(archived June 6, 2020) (noting that “[b]y law, the FMAP cannot be less than 50%”).
[33] REAVES &MUSUMECI, supra note 30, at 5; see also 42 U.S.C. § 1396d(a)(22), 1396d(a)(24) (2018).
[34] Moving care into home settings has been called rebalancing in large part in response to the Olmstead decision that demanded care in the least restrictive settings possible.See Olmstead v. L.C., 527 U.S. 581, 587 (1999) (holding that people with mental disabilities have the right to live in community-based settings, instead of institutions, if appropriate, desired, and feasible).

的非身体表现形式——例如经济不平等的加剧和过度刑事化——应该像身体表现形式一样，甚至更应引起我们的关注。如果法律专注于补救身体伤害，我们可能会冒着失去对问题全貌的洞察力的风险。

在引言部分，康诺斯（Konnoth）写道："在一个理想的世界里，我们对贫困、无家可归和失业的看法将会发展。"[35] 医疗化是否会通过使我们偏离这种发展路径，从而让我们离这个理想世界更远？

二、 医疗化功利性益处的可塑性

我质疑康诺斯（Konnoth）规范性结论的第二个方面涉及他的一个断言——尽管他承认这是一个暂定的断言——即医疗化可能会使人们更愿意接受民权诉求，因为它将责任从个体身上转移开，从而使他们更有资格获得支持。[36]康诺斯（Konnoth）认识到，"医疗诉求是可塑的、偶然的……社会现象。"[37]然而，鉴于这种可塑性，如果医疗权利成为民权诉求的新焦点，那么康诺斯（Konnoth）所认为的由医疗化带来的短期益处可能会受到侵蚀。

康诺斯（Konnoth）将他的规范性结论建立在这样一种观念之上，即我们对医疗痛苦的同情可能比对贫困等其他原因导致的痛苦的同情更多，尽管他也承认支持这一主张的证据不足。[38]确实，当我们将他人的痛苦视为一种超出其控制范围的医疗伤害时，我们可能会更容易产生同情。然而，医疗痛苦既可能被归入我们感到同情的痛苦类别，也可能被归入我们不感到同情的痛苦类别。这些类别因国家和社区而异，并且无疑会随着时间的推移而改变。正如康诺斯（Konnoth）所指出的，像酗酒、吸烟导致的肺癌以及在疾病早期阶段的艾滋病（HIV/AIDS）等问题，并未赢得太多同情。[39]然而，在法国等其他国家，吸烟的文化含义与美国不同，因此，肺癌可能被认为不那么应受责备。我们把社会的关注点或特殊性转化为医学术语。

例如，康诺斯（Konnoth）认为，对阿片类药物成瘾的反应与对快克可卡因成瘾的反应不同，前者被定义为医学问题，而后者则被视为单纯的成瘾，即缺乏意志力。[40]然而，在我看来，这种区别似乎过于绝对化了。

目前，并不清楚我们是否对阿片类药物成瘾者的责备有所减少。在阿片类药物成瘾率较

[35] Konnoth, supra note 1, at 1174.
[36] See id. at 1234-35.
[37] Id. at 1174.
[38] Id. at 1222.
[39] See id.
[40] Id. at 1234-35.

高的城镇中，人们抱怨通过使用纳洛酮（naloxone）逆转过量服用并挽救生命，甚至有人进一步表示，或许任由成瘾者死亡可能更好。[41]调查表明，美国成年人指责处方止痛药成瘾者的可能性，与指责过度开具处方的医生的可能性一样高。[42]

即便我们对阿片类药物成瘾者的责备有所减少，这种减少也并非源于阿片类药物危机的医疗化。此次危机中，医生因过度开具阿片类药物处方而受到更多指责，这与快克可卡因成瘾时期的情况不同。然而，这两种药物危机之间更重要的区别在于，快克可卡因被普遍视为一种“黑人”成瘾，而阿片类药物则是“白人”成瘾。[43]种族因素在很大程度上决定了我们是将责备归咎于成瘾者个体，还是归咎于社会整体，而不仅仅是因为我们把阿片类药物成瘾称为一种流行病。

更为关键的是，医疗化似乎并未对我国当前最严峻的民权挑战——保护无证移民——提供太多的同情。恰恰相反，医疗需求的证据可能会限制某人根据“公共负担”规则合法进入美国的能力，这一规则在特朗普政府时期被收紧，但也早已有之。[44]尽管新冠疫情在美国的传播理论上可能导致移民限制的放松，以及对将人群关押在拥挤的拘留中心的犹豫（因为那里人们的生命处于更大风险之中），但这种预期的反应并未出现。[45]这表明，即使是与医疗相关的伤害，我们的同情也是有条件的。

三、 结论

当撰写此篇回应时，我们正笼罩在新冠疫情的阴霾之下，这场疫情正通过疾病这一视角，揭露社会的种种不足。我们看到了医疗保障体系的裂缝、失业保障体系的不稳定、移民和刑事司法体系带来的不稳定性，以及疫情按年龄、收入和种族产生的不同影响。[46]然而，这些问题比它们在这一特定医疗时刻的表现形式更为复杂和庞大——而医疗化所暗示的解决办

---

[41] Ben Haller, One Way to End the Opioid Epidemic. Let Them Die, NEWSWEEK (July 21, 2017, 7:10 AM EDT), https://perma.cc/DLQ4-Z3BJ.

[42] BIANCA DIJULIO, BRYAN WU & MOLLYANN BRODIE, KAISER FAMILY FOUNDATION, THE WASHINGTON POST/KAISER FAMILY FOUNDATION SURVEY OF LONG-TERM PRESCRIPTION PAINKILLER USERS AND THEIR HOUSEHOLD MEMBERS 13 tbl.5 (Dec. 2016).

[43] See Andrew Cohen, How White Users Made Heroin a Public-Health Problem, THE ATLANTIC (Aug. 12, 2015), https://perma.cc/V626-N68U; Opioid Overdoes Deaths by Race/Ethnicity, KAISER FAM. FOUND. (2018), https://perma.cc/V4RS-D676 (showing the racial breakdown of opioid overdose deaths).

[44] See Inadmissibility on Public Charge Grounds, 84 Fed. Reg. 41,292, 41,295 (Aug. 14, 2019) (expanding the interpretation of what constitutes a public charge to include, for example, receipt of benefits through Supplemental Nutrition Assistance Program, food stamps, or Medicaid).

[45] Ryan Devereaux, “Burials Are Cheaper than Deportations”: Virus Unleashes Terror in a Troubled ICE Detention Center, INTERCEPT (Apr. 12, 2020, 8:37 AM), https://perma.cc/D69F-CUT2.

[46] See, e.g., Shaun Ossei-Owusu, Coronavirus and the Politics of Disposability, BOS. REV.(Apr. 8, 2020), https://perma.cc/45FL-5YHU (describing ways in which COVID-19 disproportionately harms vulnerable populations and linking to articles on this issue across a wide range of social policy topics).

法到目前为止大多是短期且不完整的。1200 美元的现金补助、对 COVID-19 检测费用的赔偿，以及监狱人口的临时减少，这些措施的作用都是有限的。

新冠疫情可能如康诺斯（Konnoth）的论点所暗示的那样，会催化我们对社会不平等的更大认知与同情。一些公共卫生专家确实也提出了类似的观点。[47]如果这种认知能够激发行动，它或许意味着对数十年来不断增长的不平等现象的深刻反思与改变。然而，真正的民权进步需要正视社会不平等的深层根源及其结构性特征，这些当然包括，但也远远超出了不平等在急性医疗危机时刻所表现出的丑恶一面。

[47] Eric Levenson, Why Black Americans Are at Higher Risk for Coronavirus, CNN (Apr. 7, 2020, 8:16 PM ET) https://perma.cc/J7KU-YS3D (describing responses by public health experts that are focused on the underlying social inequities that make black people more susceptible to coronavirus).

反托拉斯的发明*

赫伯特·霍文坎普 著；张子涵 译**

摘　要：从1900年到1930年的漫长的进步时代是反托拉斯理论的黄金时代，如果仍称不上是实践的黄金时代的话。在此期间，法院和进步派学者开发了几乎所有的工具，我们至今仍在使用这些工具来评估联邦反垄断法下的反竞争行为。从真正意义上讲，我们可以说是这群人发明了反垄断法。进步派对反托拉斯政策的主要贡献是：(1)部分均衡分析。它成为关注经济集中、区分短期和长期分析的基础，并后来为反托拉斯 "相关市场 "的发展奠定了基础；(2)固定成本和可变成本的区分。随之形成一种新观点，认为固定成本高的行业问题更大；(3)进入壁垒这一概念的形成。这与长期以来认为准入是容易且迅速的传统观念有所不同；(4)对横向和纵向关系的区分，以及垂直整合作为一种竞争问题的出现；(5)将价格歧视视为一种有时会产生竞争后果的做法。最后，在这一时期的末期，出现了(6)不完全竞争理论，包括寡头垄断理论的重新发现，以及产品差异化理论的兴起，这些理论都与反垄断政策制定息息相关。1930年之后，反托拉斯政策急剧向左倾斜。二十年后，反垄断政策同样急剧向右。最终，反垄断政策趋于缓和，与进步党人最初的设想相去不远。

关键词：反垄断法 进步时代 边际主义经济学

---

* 原文参见 Herbert Hovenkamp, *The invention of antitrust*, 96 S. CAL. L. REV. 129, 129- 206 (2022). 感谢埃里克·霍文坎普（Erik Hovenkamp）和马修·潘汉斯（Matthew Panhans）为本文提出的宝贵意见。

**赫伯特·霍文坎普（Herbert Hovenkamp），宾夕法尼亚大学凯瑞法学院和沃顿商学院。张子涵，香港大学。

目 录

前言.....89

一、芝加哥托拉斯会议.....90

二、边际主义经济学和市场修正主义.....97

（一） 作为人类制度的市场：胁迫..... 98

（二）局部均衡分析 101

（三）产业集中化 .....错误!未定义书签。

（四）固定成本与均衡 108

（五）市场失灵与监管 112

（六）价格歧视 114

（七）垄断权力与结构：潜在竞争、进入壁垒和相关市场.....118

三、垂直竞争原则的出现.....132

（一）“竞争”：横向与纵向 132

（二） 进步经济学与垂直整合 1388

（三）进步派与新兴的垂直整合法..... 1400

（四）二战后对垂直整合产生的担忧..... 148

结论.....150

导言

从 1900 年到 20 世纪 30 年代初，是漫长的美国进步时代到新政时期，也是反垄断政策的形成时期。[1]在这一时期，一群背景多样的政策制定者开发了几乎所有的分析工具，反托拉斯法就是利用这些工具来评估被认为是反竞争的商业行为或市场结构的。无论出于何种意图和目的，他们都是反垄断法的发明者。事实上，经过数十年的试验，我们正在收回其中的大部分内容。进步派对反托拉斯政策的非凡影响至少部分是历史的巧合。《谢尔曼法》和《克莱顿法》的通过，以及评估实践情况的技术发展，都与科技以及社会和经济思想的非凡发展如影随形。如果反托拉斯政策早半个世纪制定，其面貌将大不相同。

进步时代的反托拉斯运动既是政治运动，也是经济运动。它反映了新利益集团的出现以及新的经济问题和理论发展。新出现的利益集团包括大型跨国企业、由小型企业主导的行业协会运动、[2] 消费者和劳工。新的关注源是工业化、现代分配的兴起、劳工运动以及消费者作为市场参与者的重要性日益增加。新的理论发展是边际主义经济学和产业组织理论的兴起，它们为竞争分析师提供了一套前所未有的工具。

使得《谢尔曼法》出台的立法辩论很难说是一场经济理论之争。这是后话，因为诉讼当事人和法院都在寻找能够以连贯一致的方式评估实践的工具。与《谢尔曼法》本身侧重于经济领域的措辞相一致，新出现的工具主要是经济工具，尽管这些工具是由非经济学专家的律师和法官使用的。这些工具在法律中的应用记录令人印象深刻；即使法官不了解这些工具的经济起源或技术含义，也会经常使用它们。几乎所有这些发展都使反托拉斯理论走上了扩张的道路，直到 20 世纪 40 年代新自由主义，尤其是芝加哥学派所表达的对新政的反动。即便如此，新自由主义革命还是采用了其中的大部分工具，尽管它对其中的一些工具进行了修改，并摒弃了一些工具。

进步派偶尔会被讽刺为不关心成本和生产率，而只关心“大”的人。这与事实大相径庭。大体上，进步派赞赏托拉斯比小公司成本低的事实，并不想因此惩罚它们。事实上，他们对

---

[1] 在政治上，进步时代以 1920 年沃伦·哈定当选为标志而告终；但作为一场思想与经济运动，它延续下来，并演变为新政。 SeeRichard Hofstadter, The Age of Reform: From Bryan to F.D.R., New York: Alfred A. Knopf, 1955；Morton Keller, Regulating a New Economy: Public Policy and Economic Change in America, 1900–1933, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

[2] 例如：Arthur J. Eddy, The New Competition: An Examination of the Conditions Underlying the Radical Change that Is Taking Place in the Commercial and Industrial World—the Change from a Competitive to a Cooperative Basis, New York: A. C. McClurg & Co., 1913；I. L. Sharfman, “The Trade Association Movement”, American Economic Review, Vol. 16, 1926, p. 203； *See* Laura Phillips Sawyer, American Fair Trade: Proprietary Capitalism, Corporatism, and the “New Competition,” 1890–1940, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

提高效率和降低成本相当痴迷。[3]这种痴迷甚至延伸到了路易斯·布兰代斯，他是商业效率的坚定支持者，尽管他对大公司大加挞伐。[4]他提倡 “泰勒主义”，即科学管理，以此来限制价格上涨。[5]布兰代斯著作中的一个对立面是，他始终不承认提高效率与扩大规模之间的关系，尽管当代经济学家显然承认这一点。[6]

在下文讨论的芝加哥托拉斯会议上，众多不同的与会者赞成降低成本，同时也担心价格上涨。[7]他们担心，排他性做法可能会成为使担忧成为现实并使市场支配地位永久化的工具。

一、 芝加哥托拉斯会议

进步时代的人们对大型企业的崛起或“信任”问题非常关注。最初的反应是，对于如何解决这些问题，或者是否应该采取任何措施，各方观点不一。1899 年由芝加哥公民联合会主办的大型芝加哥托拉斯会议是了解当代思想的一个特殊窗口 ，因为它反映了相关观点的多样性。参会人员和会议记录于 1900 年出版，代表了与托拉斯政策有利益关联的所有利益集团。一些与会者是由会议管理者邀请的，而另一些则是由各州州长邀请的。[8]发言者包括政治家、经济学家、律师、社会科学家和统计学家、实业家、工会领袖、保险公司代表，甚至还有神职人员。[9]

这群不同的人指出了一些现象来解释托拉斯的兴起，这些现象或证明了托拉斯的合理性，或否定了托拉斯的存在。一些人认为，托拉斯完全是经济规模化的结果，因此是经济进步的

---

[3] *See* Daniel A. Crane, “All I Really Need to Know About Antitrust I Learned in 1912”, Iowa Law Review, Vol. 100, 2015, p. 2025.
[4] *See* Louis D. Brandeis, “Organized Labor and Efficiency”, in Business: A Profession, New York: Doubleday, Page & Company, 1914；John Fabian Witt, “Speedy Fred Taylor and the Ironies of Enterprise Liability”, Columbia Law Review, Vol. 103, 2003, p. 1（论布兰代斯对“泰勒主义”的接受）。关于布兰代斯将泰勒主义视为在不依赖大企业的前提下实现效率的方式， See Herbert Hovenkamp, “The Slogans and Goals of Antitrust Law”, NYU Journal of Legislation and Public Policy (forthcoming 2023).
[5] *See* Mark Aldrich, “On the Track of Efficiency: Scientific Management Comes to Railroad Shops, 1900–1930”, Business History Review, Vol. 84, 2010, p. 501（评论布兰代斯关于科学管理可每日为铁路节省 100 万美元、从而避免涨价的主张）；亦 See Alpheus Thomas Mason, Brandeis: A Free Man’s Life, New York: Viking Press, 1946, pp. 315–330（指出布兰代斯倡导科学管理以降低铁路成本）。
[6] *See* Note, “Mr. Justice Brandeis, Competition and Smallness: A Dilemma Re-Examined”, Yale Law Journal, Vol. 66, 1956, p. 69（探讨布兰代斯面对“小规模”与“竞争”之间张力的观点）；Richard C. Schragger, “The Anti-Chain Store Movement, Localist Ideology, and the Remnants of the Progressive Constitution, 1920–1940”, Iowa Law Review, Vol. 90, 2005, p. 1011.
[7] 参见下文第 37-41 注及其正文。
[8] See Jeremiah W. Jenks, “Chicago Conference on Trusts”, Political Science Quarterly, Vol. 15, 1900, pp. 349, 349.
[9] See Chicago Conference on Trusts: Speeches, Debates, Resolutions, List of the Delegates, Committees, Etc., Held September 13th, 14th, 15th, 16th, 1899, Chicago: Civic Federation of Chicago, 1899, pp. iii-vii（列出与会者及其发言标题）；亦 See Martin J. Sklar, The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 203-228（描述了本次会议）。

引擎，应不予干涉。[10]另一些人则认为，潜在的竞争和新的进入始终存在，可以约束垄断定价，从而减轻人们的担忧。[11]还有许多人认为托拉斯是有害的，并将其兴起归咎于各州公司法的缺陷。他们针对将国家级别的公司法作为一种潜在解决方案展开了辩论。[12]还有一些人既指责也为关税[13] 或不道德的商业行为进行辩护。[14]

《谢尔曼法》本身在这些纷繁复杂的关注点中并不占主导地位。事实上，它所起的作用小得出奇，而且发言中强调它的不足多于它的优点。亨利·兰德·哈特菲尔德（Henry Rand Hatfield）关于芝加哥托拉斯会议的当代著名论述很可能导致了这样一种观点，即发言的经济学家几乎都反对《谢尔曼法》。[15]事实上对会议记录的公正解读表明存在两种截然不同的分歧。首先是那些认为托拉斯有效且无害的人与那些认为托拉斯具有威胁性的人之间的分歧。与哈特菲尔德的观点相反，绝大多数人认为托拉斯带来了严重的问题。其次是应对托拉斯的最佳法律工具问题。在这方面，哈特菲尔德的观点更有说服力。作为纠正措施，公司法和关税改革至少与《谢尔曼法》同样重要，并且许多发言人都对当时的《谢尔曼法》诉讼表示强烈失望。尽管发言者的意见很难达成完全一致，但最强烈的共识是托拉斯应受公司法改革的控制。

---

[10] 例如：Charles Foster, “Desirability of Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 268 页，pp. 268–271.

[11] 见下文第 65 注及其正文。

[12] See A. E. Rogers, “Historical Development of the Corporation, with Exclusion of the Principle of Public Benefit”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 409 页，pp. 409–421；William Jennings Bryan, “The Man Before the Dollar: Society Not Enthralled to an Institution Solely Because the Institution Exists: The Remedy of Congressional License”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 496 页，pp. 503–509；亦 See William Dudley Foulke, “In Criticism of Certain Views of William J. Bryan”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 579 页，pp. 579–580（反对布莱恩提出的应普遍禁止公司在多个州开展业务的主张）。

[13] 例如：Bryan，参见前注 12，第 501 页（主张托拉斯是高关税的产物）；Byron W. Holt, “Tariff the Mother of Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 171 页，pp. 171–176（题为“关税：托拉斯之母”的发言）；Samuel Adams Robinson, “The Antidote of Free Trade and the International Trust”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 193 页，pp. 193-201；Lawson Purdy, “The Wrong of Special Privilege”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 166 页，pp. 166–171（主张关税是托拉斯兴起的主要工具；“未受到恶性关税保护的联合体少之又少”）；相应观点 SeeJohn F. Scanlan, “Trusts and Free Trade”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 177 页，pp. 177–186；Thomas Updegraff, “Protection and Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 187 页，pp. 187–188（“保护主义者要杀死蛇却保住乐园。美国的自由贸易者则要摧毁乐园以保全蛇。”）。反对观点 SeeHenry W. Blair, “The Tariff Not Mother of Trusts, but Mother of American Wealth and Power”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 604 页，pp. 604–619（指出“保护性关税不是托拉斯之母，而是美国财富与实力之源”）。

[14] 例如：William Fortune, “A Plea for Moderate Action”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 53 页，pp. 53–57；G. W. Northrup, Jr., “Practical Remedies for Industrial Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 522 页，pp. 522–530；J. G. Schonfarber, “Corporate Ownership of Railroads the Backbone of the Trust; Protective Tariff Its Right Arm”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 343 页，pp. 343–345.

[15] 见 Henry Rand Hatfield, The Chicago Trust Conference, 8 J. Pol.Econ.1, 6 (1899)（"大量证据.....支持这样一种观点，即现代大型商业机构体系是自然工业进化的产物。这必然是那些主张信托方法的人的观点，但除了一位专业经济学家之外，所有其他专业经济学家、主要的劳工代表，甚至一些公开表示反托拉斯的人也都提出了这一观点"）。当时，哈特菲尔德是芝加哥大学会计学讲师。

在芝加哥会议开始之前，公民联合会向与会者发放了一份调查问卷。[16]会议记录中的概要对调查方法只字未提，但记录了 554 人对 69 个问题的回答。受访者被描述为 “托拉斯、批发商、商旅组织、铁路公司、劳工协会、承包商、制造商、经济学家、金融家和公众人物”。[17]另有一份单独的调查问卷被发送给了人数较少但人员有所重叠的律师、经济学家和 "公众人士"群体。对调查情况的描述没有说明受访者是只能选择一个答案，还是可以选择多个答案。也没有说明问卷调查对象是如何被选择的，以及他们在不同利益群体中的分布情况。这些疏漏在很大程度上反映了当时的舆论研究状况。[18]无论如何，目前迹象仅能说明这只是一份向受邀者广泛分发的非正式问卷。

伊利诺伊大学教授戴维·金利（David Kinley）报告了调查结果。[19]四分之三的受访者总体上认为托拉斯损害了消费者的利益。[20]三分之二的受访者对托拉斯持 “担忧 ”态度。[21]受访者中的大部分人认为是托拉斯导致了价格上涨。[22]然而，在第二份更侧重于学者、律师和政府官员的调查问卷中，90% 的受访者认为托拉斯的作用是降低成本。[23]第二波调查问卷中三分之二的受访者还认为消费者将从中受益。有趣的是，大约三分之二的受访者总体上认为，应将劳工组织与所有其他托拉斯一视同仁，而三分之一的受访者则持不明确的 "相反观点"。[24]这表明，将劳工从反托拉斯法中“豁免”的想法在 1900 年并没有得到大众的支持。[25]值得注意的是，这是在联邦法院开始将《谢尔曼法》作为一种强有力的打击手段

---

[16] See Hazen S. Pingree, “The Effect of Trusts on Our National Life and Citizenship”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 263 页，pp. 263–265；David Kinley, “Analysis of Industrial Statistics Collected by the Civic Federation of Chicago”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 530 页，pp. 530–531.

[17] Pingree，参见前注 16，第 264 页。

[18] See Anthony Oberschall, “The Historical Roots of Public Opinion Research”, in Wolfgang Donsbach and Michael W. Traugott, eds., The Sage Handbook of Public Opinion Research, London: Sage, 2008, p. 82.

[19] Kinley，参见前注 16，第 530 页。另 SeePingree，参见前注 16，第 263–264 页。

[20] Kinley，参见前注 16，第 531 页（报告指出，有关该问题的 105 份回应认为消费者受到损害；24 份认为消费者受益；41 份认为无显著影响）。

[21] 同上，第 532 页。

[22] 同上，第 531–532 页。Kinley 总结道：关于价格的信息共计 506 项；其中 452 项认为联合行为导致价格上涨，24 项认为下降，15 项认为没有变化，15 项认为价格波动；210 项未明确指出原因，189 项认为托拉斯是变动原因（多数为价格上涨），另有 40 项指出其他原因，通常为“需求增加”“原材料上涨”或“关税”。

[23] 同上，第 531 页。Kinley 指出，432 人认为联合行为“应当”降低生产成本，17 人认为应当提高成本。其中，289 人认为这“应当”对社会有益，74 人则认为应为负面影响。显然，有多位受访者认为托拉斯在降低成本的同时也提高了价格。关于降低成本是否会转嫁给消费者的问题，有 444 份回应：40 人表示“取决于竞争”；110 人认为消费者最终将“获得大部分或全部利益”；101 人认为转嫁“取决于托拉斯”；75 人认为“消费者不会获得任何利益”，其余受访者则表示不确定。关于工人薪资，180 人认为托拉斯提高了工资，148 人认为其降低了工资；51 人表示会减少雇员人数，3 人认为工作时间将延长，另有 3 人认为会缩短；25 人则认为不会产生影响。

[24] 同上，第 532 页。

[25] 关于该问题，*See* Herbert Hovenkamp, “Worker Welfare and Antitrust”, University of Chicago Law Review (forthcoming 2023).

之后发生的。[26]显然，到那时大多数参与者对此并不反对。

调查问卷最后提出了一个非常总括性的问题：“如何治理企业兼并？”。得到的答案五花八门，最多的是笼统的“立法”（61 人回答）和“放任自流”（60 人回答），排名第三的具体建议是 “关税修订”（45 人回答）。“反垄断 ”没有出现在回答列表上，除非它可能已被包含于立法这一选项中。有 26 位受访者倾向于政府持有或控制自然垄断企业，而支持 "更严格地限制公司权力 "的受访者则更少（10 位）。[27]除 “放任自流 ”外，没有其他具体提案获得 10%的选票，而“放任自流”也仅获得 10.8%的选票。回答列表中并没有收录和道德与伦理问题明显相关的选项，尽管有 123 份答复被归类为“杂项”，且没有说明其内容。

会议召开时，《谢尔曼法》已颁布近十年，最高法院也做出了两项处罚铁路卡特尔的重要判决。[28]即便如此，关于铁路卡特尔判决的评论也是负面多于正面。其中一种不满是，铁路卡特尔案件并没有授权法院制定合理的价格，而只是停留在处罚不良协议上。[29]另一种意见认为，跨密苏里州铁路卡特尔案采用了本身违法原则（per se rule）来反对价格操纵，这在很大程度上“抹除”了法律中的合理规则（rule of reason）。[30]

到 1900 年，《谢尔曼法》也曾多次被用来针对工会，参与者对这一事态发展褒贬不一。在几乎所有的劳工案件中，原告都是国家，从而引发了关于政府对工会活动应采取何种政策的争论。[31]反托拉斯联盟的统计学家 P.E. Dowe 宣称，过去两年中生活成本增长了约 12-16%，但工资增长却不到 3%。[32]尽管如此，如上所述，劳工反托拉斯豁免权仍几乎没有得到支持。总体而言，虽然从 1890 年到 1914 年《克莱顿法案》通过时，人们对劳工的态度发生了很大变化，但大部分变化尚未反映在会议记录中。

其他与会者批判了最高法院对《谢尔曼法》的第一项裁决，即美国诉 E.C.奈特公司案

---

[26] 见下文第 31 注及其正文。
[27] Kinley，参见前注 16，第 533 页。
[28] United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)；United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898).
[29] Robert S. Taylor, “The Main Problem—How Shall We Distinguish Among Corporations?”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 72 页，第 75 页；F. B. Thurber, “The Bogey Monster: A Thing to Be Regulated and Encouraged”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 124 页，pp. 127–133.
[30] Thurber，参见前注 29，第 135 页。
[31] 一般 See United States v. Cassidy, 67 F. 698 (N.D. Cal. 1895)（指示陪审团认为谢尔曼法适用于劳工共谋案）；United States v. Elliott, 62 F. 801 (E.D. Mo. 1894)（根据谢尔曼法给予初步禁令，现归于 15 U.S.C. § 25）；United States v. Agler, 62 F. 824 (D. Ind. 1894)（同样批准对未在起诉状中列名被告的禁令）；亦 See In re Debs, 158 U.S. 564 (1895)（支持基于国会商业监管权对尤金·德布斯颁布的劳工共谋禁令；未援引谢尔曼法，但认可地方法院的使用，并未对此是否妥当发表意见）。其他判例的讨论， *See* Herbert Hovenkamp, “Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930”, Texas Law Review, Vol. 66, 1988, p. 950.
[32] *See* P. E. Dowe, “Trusts and Their Effects Upon Commercial Travelers”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 115 页，p. 119.

[33] ，该案的结论是，国会没有宪法权力控制州际的制造业，仅仅因为货物是由州际运输的。这引发了一种观点，认为“联邦政府如若想要解决托拉斯问题的话，国家必须经历宪法层面上的改变”。[34]另一位发言人赞扬了铁路卡特尔判决以及 E.C. Knight 案，认为它们区分了州内托拉斯和州际托拉斯。[35]许多评论者表达了对联邦制的担忧，但大多数人认为，虽然各州在打击托拉斯方面发挥着主要作用，但如果没有联邦的援助，它们无法控制州际公司。[36]

有些与会者谈到了成本的作用。许多人认识到托拉斯公司对于降低成本的作用。[37]就连 “伟大的平民 ”威廉·詹宁斯·布莱恩（William Jennings Bryan）也承认成本降低的现象，但他抗议说，没有任何东西能确保这些节省下来的成本会以降低价格的形式传递出去。[38] “一个托拉斯，作为一个垄断者，可以降低分配成本。但当垄断企业这样做时，却无法保证社会本身能从中得到任何好处.....” [39]同样，其他人也表达了对价格上涨的担忧。例如，农民全国代表大会的约翰·M·斯塔尔（John M. Stahl）承认托拉斯降低了成本，但同时指责它们制定了反竞争的高价格。[40]一些与会者从降低成本的角度来定义这种竞争行为。[41]

后来，批评者指责芝加哥会议未能提出具体建议，各州州长为此召开了第二次会议，会议于 1899 年晚些时候在圣路易斯举行。会议提出了一些建议，但会议记录显然从未公布，

---

[33] See United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895).

[34] See John I. Yellott, “The Trust: An Institution Pronounced by the United States Supreme Court, in 1895, Beyond Congressional Control”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 427 页，pp. 434–435（认为“必须进行这项授权性修宪，否则我们只能依赖州立法来寻求补救”）。相应观点 SeeWilliam Dudley Foulke，参见前注 12，第 579–580 页。

[35] Northrup，参见前注 14，第 523–524 页。

[36] 例如：Foster，参见前注 10，第 270 页；Jefferson Davis, “The Arkansas Anti-Trust Law”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 271 页，第 272 页；George R. Gaither, Jr., “Maryland and the Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 285 页，pp. 290–291；Francis G. Newlands, “Federal Taxation as a Means of Regulation”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 305 页，pp. 306–308.

[37] 例如： A. Leo Weil, “The Combination in History, Ethics, and Political Economy: Should It Be Prevented by Law?”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 77 页，p. 89（“大企业能降低生产成本，这一经济事实已经确立，无需更多证明。”）；Foster，参见前注 10，第 270 页（承认标准石油降低了照明用煤气的成本）；George Gunton, “The Public and the Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 276 页，pp. 278–280（指出托拉斯与铁路都显著降低了生产成本）；David Ross, “Combinations the Inevitable Incidents of Industrial Evolution”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 371 页，第 372、374 页（观点类似）；Edward W. Bemis, “Trust Evils and Suggested Remedies: A Problem for a Generation to Settle”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 394 页，pp. 394–396（援引经济学家 Henry Carter Adams 的观点，认为大型托拉斯显著降低了成本）；Foulke，参见前注 12，第 453 页（观点类似，涉及标准石油）；Emerson McMillin, “Combinations in the Main Beneficial”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 617 页，p. 617（观点类似，并认为“消费者和工人应当是主要受益者”）；James W. Ellsworth, “The Advantages of Rightful Combination”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 618 页，p. 618（观点类似）。

[38] Bryan，参见前注 12，第 497–499 页。关于听众整体对成本转嫁问题的结论，参见前注 23。

[39] Bryan，参见前注 12，第 499 页。

[40] *See* Aaron Jones, “Federal and State Regulation of Trusts”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 218 页，p. 223.

[41] 例如： Weil，参见前注 37，第 87 页（“真正且唯一可取的竞争，是那种通过降低成本或改进产品来取胜的建设性竞争。”）；Holt，参见前注 13，第 173 页（指出钢铁托拉斯降低了生产成本，足以抵消 1891 年麦金莱关税的影响）；Robinson，参见前注 13，第 195-197 页（观点类似）。

也很少受到新闻界的关注。会议由各州检察长主导，他们主要关注公司法的修补。[42]该会议提出的建议要么重复了《谢尔曼法》中已经包含的内容，要么要求修改公司法，限制公司在一个以上州开展业务的权力。[43]

1914 年《克莱顿法案》出台之前的几年中，有关反托拉斯的讨论比这几次会议辩论发展得更为集中，这主要是因为许多替代方案都被放弃了。制定全国性的公司法、或扩充州公司法修补措施的动议已经耗尽了能量。[44]关于关税的辩论依然存在，但没有任何立法将其与托拉斯联系起来。

1900 年后，劳工的角色变得更具争议性，到 1912 年总统大选时，呈现出截然不同的两种立场。1912 年民主党党纲呼吁保护劳工组织，使得“劳工组织的成员不再成为被限制贸易的非法联合”。[45]共和党的党纲在这个问题上保持沉默，不过它确实主张保留高关税，并将此作为保护工人工资的一种手段。[46]应该指出的是，高关税直接保护的是生产者，只有当生产者以提高工资的形式将部分收益转嫁给劳动者时，才能保护劳动者。以西奥多-罗斯福（Theodore Roosevelt）为首的进步党呼吁停止劳工禁令，但并未提及实质性的反垄断豁免权。[47]民主党在 1912 年选举中获胜，很有可能是将劳工豁免权纳入《克莱顿法》（现为第 6 条）的原因。[48]

有关商业道德的争论当然从未停止过，但相关忧虑从未在反托拉斯法规的文本中反映过。相反，在 1914 年通过《克莱顿法》时，进步主义占主导地位的国会加倍使用了纯粹的经济

---

[42] See Benjamin Woodring, “Quo Warranto: The Structure and Strength of a Common Law Antitrust Remedy”, University of Detroit Mercy Law Review, Vol. 96, 2019, pp. 215–216；John B. Cassody, “Remedies for Monopolistic Trusts Proposed by the St. Louis Antitrust Conference”, American Law Review, Vol. 33, 1899, pp. 905–907.

[43] See Sylvester Pennoyer, “How to Control the Trusts”, American Law Review, Vol. 33, 1899, pp. 877–878（描述了圣路易斯会议）。会议决议呼吁：由各州和联邦政府共同制定和执行立法，将任何试图在任何工业领域内实现垄断或限制贸易的行为定义为犯罪，并对涉案公司处以包括解散在内的惩罚；建立向州政府报告的有效制度，并对所有依州法律注册的公司进行严格审查；禁止外国公司进入本州开展除州际贸易以外的其他业务，除非其获得州许可并在地位上与本州公司平等；各州应立法禁止本州公司在外州专营业务；禁止任何公司完全或部分由其他公司构成，或持有与其经营范围相似或具有竞争关系的其他公司股份；建议各州立法规定，任何参与本州或外州托拉斯或联合组织的公司不得在本州经营；私人公司应实缴全部注册资本，股东应承担其所持股份面值两倍的责任。

[44] 关于该运动的兴起与衰落， See Gabriel Kolko, The Triumph of Conservatism, New York: Free Press, 1963；Camden Hutchison, “Progressive Era Conceptions of the Corporation and the Failure of the Federal Chartering Movement”, Columbia Business Law Review, 2017, pp. 1017, 1023–1024, 1078–1079；Theodore H. Davis, Jr., “Corporate Privileges for the Public Benefit: The Progressive Federal Incorporation Movement and the Modern Regulatory State”, Virginia Law Review, Vol. 77, 1991, p. 603；Melvin I. Urofsky, “Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era”, American Journal of Legal History, Vol. 26, 1982, pp. 160, 180.

[45] “1912 Democratic Party Platform”, American Presidency Project (June 25, 1912), https://www.presidency.ucsb.edu/documents/1912-democratic-party-platform [https://perma.cc/43Z2-44RU].

[46] “Republican Party Platform of 1912”, American Presidency Project (June 18, 1912), https://www.presidency.ucsb.edu/documents/republican-party-platform-1912 [https://perma.cc/XF5Y-VXJE].

[47] “Progressive Party Platform of 1912”, American Presidency Project (Nov. 5, 1912), https://www.presidency.ucsb.edu/documents/progressive-party-platform-1912 [https://perma.cc/K7PE-BUP8].

[48] 15 U.S.C. § 17 (2018)；Hovenkamp，参见前注 25。

语言。该法对威胁 “大幅削弱竞争”或 “倾向于形成垄断”的行为予以谴责。[49]

从会议记录中可以强烈地看出，尽管与会者代表着各种政治信仰和职业，但对他们中的绝大多数人来说，最主要的问题是托拉斯抬高价格或将竞争对手赶出行业的权力。但也有一些例外。在发表声明的大约七十名参与者中，有六个人强调了政治或社会问题，以补充或替换所讨论的经济问题。进步派中最著名的是经济学家亨利·卡特·亚当斯（Henry Carter Adams），他当时是州际商业委员会的统计员。亚当斯用相当长的篇幅谈到了日益集中的经济力量以及各州公司法的缺陷。不过，他也抱怨说，必须考虑 “托拉斯的总体社会和政治影响”。他指出：“为了维护民主，公民的社会地位必须保持一定程度的平等”，并怀疑托拉斯的兴起是否与这种愿景相一致。[50]他总结道：我不会不加讨论地声称，社会上的托拉斯破坏了合理的平等，关闭了产业机会之门，或者倾向于打破对一个社会的成功运作至关重要的微妙平衡；但我确实坚称，这里提出的问题是值得商榷的问题，且举证责任在于这种新的商业组织形式的倡导者。[51]

他还表示，这些托拉斯可能具有超乎寻常的政治影响力。[52]时任得克萨斯州立法机构成员的达德利·伍登（Dudley Wooten）对此表示赞同，认为托拉斯是自私自利带来的反民主变态。[53]国家畜牧业保护协会，即一个农民民粹主义政治组织的领导人亚伦·琼斯（Aaron Jones）[54] 指出，糖业托拉斯在共和党控制的州向共和党提供政治献金，在民主党控制的州则向民主党提供政治献金。[55]劳工骑士团秘书长约翰·W·海斯（John W. Hayes）和经济研究局的爱德华·W·贝米斯（Edward W. Bemis）一样，都看到了国家权力和托拉斯权力之间的政治战争 。[56] [57]不过，贝米斯也赞扬了连锁店提供的低价，并将它们与托拉斯区别开来。托拉斯有选择性地降价以赶走对手，而百货公司“为所有人提供了同等的低价优势，这是大企业的经济效益使然”。[58]著名记者、进步主义政治活动家威廉·达德利·福尔克（William

[49] 15 U.S.C. § 13 (2018)（掠夺性价格歧视）；同上 § 14（搭售与独家交易）；同上 § 18（横向并购）。其中第 13 条后经修订，涵盖了供应商对经销商之间的歧视行为；第 18 条后经修订，适用于纵向并购与资产收购，但仍沿用“实质性减少竞争”之表述。

[50] Henry C. Adams, “A Statement of the Trust Problem”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 35 页，pp. 38–40.

[51] 同上。

[52] 同上，第 39 页。

[53] Dudley G. Wooten, “Principles and Sources of the Trust Evil as Texas Sees Them”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 42 页，p. 42.

[54] Robert C. McMath, Jr., American Populism: A Social History, 1877–1898, New York: Hill and Wang, 1991, pp. 50–142（讨论“农场主保护组织”（Grange）及其他农业民粹主义团体）。

[55] Jones，参见前注 40，第 221 页。

[56] John W. Hayes, “The Social Enemy”, in Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 331 页，p. 334.

[57] 同上，第 394、397–398 页。

[58] Bemis，参见前注 37，第 395 页。此时，大多数有关连锁商店的争论尚未展开。 See Herbert Hovenkamp, “The First Great Law & Economics Movement”, Stanford Law Review, Vol. 42, 1990, pp. 993, 995.

Dudley Foulke）认为，“垄断的政治和社会影响对社会的威胁远大于其经济影响”。[59]

与此相反，对于更加保守的政治活动家乔治·贡顿（George Gunton）来说，托拉斯的政治影响是存在的，但却是往另一个方向：政客们被敦促放弃“工业自由”的健全经济原则，以支持对托拉斯进行严厉监管的 “专横的家长作风”。[60]

芝加哥会议之后，进步人士开始更侧重于关注反托拉斯法和经济学学科，以将其作为应对托拉斯的首选工具。虽然有关托拉斯的政治和道德言论一直存在，但几乎没有证据表明这些言论为政策制定提供了实质性指导。占主导地位的工具变成了边际主义经济学，当时它还处于萌芽阶段，是美国年轻一代政治经济学家的宠儿。他们中的大多数人都是进步主义者，比他们的前辈更倾向于政府干预。[61]

出现的主要工具有：（1）局部均衡分析。它成为关注经济集中度、区分短期和长期分析的基础，后来成为反托拉斯 "相关市场 "概念的至理论支持；（2） 将成本分为固定成本和可变成本。人们开始相信固定成本高的行业问题更大；（3）进入壁垒这一概念的发展。这与长久以来假定新公司进入市场是容易且迅速的经典论调相反；（4）区分横向关系和纵向关系，并将纵向一体化视为竞争问题；（5）将价格歧视视为一种可能产生竞争后果的做法。最后，在这一时期的末期，出现了（6）不完全竞争理论，包括寡头垄断理论的重新发现，以及与反托拉斯政策制定相关的产品差异化概念的兴起。

二、 边际主义经济学和市场修正主义

美国的反托拉斯运动与一场影响深远的经济学革命同时发生。遗憾的是，在有关反托拉斯的历史著作中，边际主义革命的价值被严重低估，这主要是因为许多历史学家并不了解这场经济学革命，也没有认识到它的影响。[62] 尽管如此，事实仍然是，如果不了解其背后的经济学背景，就无法理解进步时期反托拉斯政策制定者所使用的一系列工具。到 20 世纪 30 年代，几乎所有经济学家都是边际主义者。[63]

---

[59] Foulke，参见前注 12，第 454 页

[60] Gunton，参见前注 37，第 27

[61] See Herbert Hovenkamp, “The First Great Law & Economics Movement”, Stanford Law Review, Vol. 42, 1990, pp. 993, 995.

[62] 例如，Hans B. Thorelli, The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition, New York: W. W. Norton & Company, 1954（无边际主义相关内容）.

William Letwin, Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act, Chicago: University of Chicago Press, 1954（同上）.

Rudolph J. R. Peritz, Competition Policy in America 1888–1992: History, Rhetoric, Law, New York: Oxford University Press, 1996, pp. 94–96（简要论述了边际主义革命）.

[63] SeeFrank Knight, “Marginal Utility Economics”, in Edwin R. A. Seligman and Alvin Johnson, eds., The Encyclopedia of the Social Sciences, New York: Macmillan, 1930；reprinted in Frank Hyneman Knight, The Ethics

古典政治经济学家认为，价值是商品或制造商品的劳动所固有的。[64]他们倾向于通过观察平均值来评估成本和收益，而平均值必然取自过去的数据。他们还倾向于认为，资本会自然流向利润，唯一的实际障碍是政府的许可规范或其他限制。[65]与此形成鲜明对比的是，边际论者将价值视为对下一个“边际”单位的支付或接受意愿。因此，它对价值的看法是前瞻性的。此外，市场进入是一个动态概念，其难易程度和可能性因市场而异。

边际主义的三个特点揭示了它所产生的影响和面临的阻力。其一，边际主义分析方法能够“测量”，或者说量化支配需求、供给或经济运动的各种价值，这是古典政治经济学无法做到的。这一特点也使得边际主义经济学的技术性更强，对信息的要求越来越高，但同时也为进步时代的经济学家带来了远超他们前辈的经济分析能力。其次，边际主义扩大了数学在经济学中的应用，其程度是古典政治经济学家所无法企及的。这对于那些希望为自己的学科增添严谨性和专业知识的年轻经济学家和社会科学家来说尤其具有吸引力。这也是老一辈经济学家抵制边际主义的部分原因。[66]第三个特点是，边际主义削弱了古典观点，即除非国家制造垄断，市场本身是自由竞争的。根据边际主义，竞争只是程度问题，只有一小部分市场满足完全竞争的条件。因此，边际主义开始为国家有选择地干预经济提出了前所未有的广泛理由。[67]

（一） 作为人类制度的市场：胁迫

古典政治经济学家用二元视角看待商业关系。对于私有财产的处置，人们要么自由，要么受约束。除政府约束外，义务的界限由合同法、财产法和侵权法来界定。物品或生产物品的劳动蕴含着固有价值，对此人们相应做出购买与否的决定。撇开公共义务不谈，在那个世界里，人们可以自由地做出自己的经济决定，除非有契约、财产权、家族等级制度或主权命

---

of Competition and Other Essays, New York: Harper & Brothers, 1935, pp. 148–149.

[64] 关于边际主义及其对古典政治经济学的回应，参 See
Mark Blaug, Economic Theory in Retrospect, 5th ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997, pp. 277–310；
R. S. Howey, The Rise of the Marginal Utility School, 1870–1889, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1960；
Yuval P. Yonay, The Struggle Over the Soul of Economics: Institutionalist and Neoclassical Economists in America Between the Wars, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998, pp. 29–48。
在美国法律领域的研究，参 SeeHerbert Hovenkamp, “The Marginalist Revolution in Legal Thought”, Vanderbilt Law Review, Vol. 46, 1993, p. 305.

[65] SeeHerbert Hovenkamp, “The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization”, Texas Law Review, Vol. 68, 1989, pp. 105, 149–150.

[66] SeeDorothy Ross, The Origins of American Social Science, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, pp. 98–140；Mary O. Furner, Advocacy and Objectivity: A Crisis in the Professionalization of American Social Science, 1865–1905, Lexington: University Press of Kentucky, 1975.关于老一代经济学家所持的抵制态度，参 SeeHovenkamp, supra note 61, pp. 1021–1023.

[67] Herbert Hovenkamp，前注 61 ，第 1023-24 页。

令约束着他们。[68]这种约束力之所以特别强，是因为普通法中的“契约自由”原则很少否定或撤销合同。[69]此外，古典传统将市场本身视为自然秩序的一部分。弗朗西斯·韦兰（Francis Wayland）在 1886 年出版的政治经济学教科书中将这门学科定义为“真正科学的一个分支”，而他所说的科学 是指“对上帝所设立之法则的系统性整理”。[70]

相比之下，十九世纪末的一个显著特点是对变化本身的迷恋，从生物进化，到物理学，再到力学，无不如此。历史学家霍华德·芒福德·琼斯（Howard Mumford Jones）将这一时期描述为 “能量时代”（Age of Energy）。[71]经济学家自然而然地发展出边际主义，其前瞻性的价值概念注重动态变化和下一个事件，而非过去的平均。[72] “均衡 ”成为所有变化都渴望达到但却很少达到的稳定状态。相较于静态，动态被认为是事物的自然规律。

边际主义理论的假设是，价值是人类选择的一种量化形式。价值取决于支付或放弃的意愿。此外，边际主义还根据成本、可获得性和偏好来区分商品。由此产生的一个必然结果是，人们越来越相信，市场并非都是一样的，也并非都能发挥同样的作用。这就为进行更多的选择性干预以纠正市场缺陷开辟了道路。[73]

市场的概念从纯粹的自然秩序产物转变为人类创造的制度，这或许是进步经济学最重要的贡献。市场被想象为人类的创造物，而不仅仅是永恒自然法则的反映。它们的设计不仅是偏好的产物，也是国家政策的产物，而国家政策可能是好的，也可能是坏的。正如制度主义进步经济学家约翰·R·康芒斯（John R. Commons）在其重要的讨论法律与资本主义的专著中所说，经济现象的演变是人为的，更像是 “蒸汽机或牲畜品种的演变，而不是大陆、猴子或老虎的演变”。[74] 此外，所谓的“政治经济现象 ”实际上是 “财产权利和政府权力所共同造成的当下结果，而这些权利和权力，是由法院、立法机关和行政机关通过制定实际运行的规则，在历史上不断建构和重构的；这些规则的目的，是为了实现立法者和法律解释者所认为有用或公正的目标”。[75]

从 19 世纪 90 年代到 20 世纪初的几十年间，大量的学术文献发展了这种观点的各个方

[68] 参见下文第 79 注及其正文（讨论 Robert Hale 及关于此种区分的经典表述）。
[69] SeePatrick S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford: Clarendon Press, 1985.
[70] Francis Wayland, The Elements of Political Economy, rev. ed. by Aaron L. Chapin, New York: Phillips & Hunt, 1886, p. 4.
[71]. Howard Mumford Jones, The Age of Energy: Varieties of American Experience, 1865–1915, New York: Viking Press, 1970.
[72] See Herbert Hovenkamp, The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought, 1870–1970, New York: Oxford University Press, 2015, pp. 4–52, 75–158.
[73] 关于边际主义与美国监管政策的发展， See Herbert Hovenkamp, “Regulation and the Marginalist Revolution”, Florida Law Review, Vol. 71, 2019, p. 455.
[74] John R. Commons, Legal Foundations of Capitalism, New York: Macmillan, 1924, pp. 376–378.
[75] 同上。

面，即市场是被 "创造 "出来的，而不是简单存在于自然世界中。其中一种表现是，经济学界前所未有地关注财富分配问题，将其视为国家政策的正当目标，因为毕竟国家首先要对财富分配负责。[76]进步经济学家理查德·T·伊利（Richard T. Ely）在其有关普通法与财富分配的两卷书中指出，法律制度本身就对穷人有强烈的偏见。财产权和契约的强制性规则将权力拱手让给了那些已经拥有权力的人。[77]剑桥大学经济学家查尔斯·珀西·桑格（Charles Percy Sanger）在一篇评论中总结道："最突出的事实是大量证据表明，经法官解读下的美国宪法是多么不利于穷人或公众"。[78]

与此相关的对反托拉斯政策更为重要的一个结果是，市场本身可能成为限制人类自由的强制工具。哥伦比亚大学教授罗伯特·黑尔（Robert Hale）是最早受聘于法学院的经济学家之一，他表达了这一观点并影响了整整一代人。他在一篇题为"非强制国家中的强制与分配 "的文章中指出，古典经济学家所发展的经济体系仅在口头上服务于自由。但实际上，他们的制度 "到处充斥着对个人自由的强制性限制，而且这些限制完全违背了所谓'平等机会'或'维护他人平等权利'的原则"。[79]

许多新产生的对市场胁迫的担忧在公法中得到了体现--如加强对劳工的保护使其免受苛刻的工资协议的影响、禁止童工、捍卫妇女选举权、采取累进所得税，以及新政的扩张性安全网计划。但它们也影响了竞争政策。例如，纵向限制法变得越来越激进，尤其是在保护小型零售商方面。它放弃了原本非常宽容的普通法规则，对大多数限制经销商行为的分销协议几乎一律认定为违法，并对垂直并购实施激进规制。[80]传统的观念认为，除非政府加以阻止，新企业的进入总是会对垄断起到约束作用，而现在的观念则认为市场本身会阻止新的竞争。[81]竞争理念本身受到越来越多的攻击。这些攻击这并非来自不相信竞争的社会主义者，

---

[76] 仅已出版的书籍就包括：John Bates Clark, The Distribution of Wealth: A Theory of Wages, Interest and Profits, New York: Macmillan, 1899；Thomas Nixon Carver, The Distribution of Wealth, New York: Macmillan, 1904；John R. Commons, The Distribution of Wealth, New York: Macmillan, 1893；Rufus Cope, The Distribution of Wealth, Philadelphia: J. B. Lippincott, 1890；Charles William MacFarlane, Value and Distribution, New York: Macmillan, 1899；John A. Ryan, Distributive Justice, New York: Macmillan, 1916；Charles B. Spahr, An Essay on the Present Distribution of Wealth in the United States, ed. Richard T. Ely, New York: Thomas Y. Crowell, 1896；David A. Wells, Recent Economic Changes, and Their Effect on the Production and Distribution of Wealth and the Well-Being of Society, New York: D. Appleton and Company, 1889.

[77] Richard T. Ely, Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth, New York: Macmillan, 1914.

[78] Charles Percy Sanger, "Richard T. Ely, Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth", Economic Journal, Vol. 25, 1915, pp. 424, 424（书评。Sanger 是阿尔弗雷德·马歇尔的学生，研究方向为数理经济学，后转向法律领域）。

[79] Robert L. Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State", Political Science Quarterly, Vol. 38, 1923, pp. 470, 470. 关于 Hale， SeeBarbara H. Fried, The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

[80] 见下文第 458–466 注及其正文。

[81] 见下文第 242–248 注及其正文。

而是来自新古典经济学家。他们意识到竞争性市场的可行性取决于几个假设，而这些假设并不总是成立的。[82]

（二） 局部均衡分析

边际效用理论为确定企业内部成本与竞争价格或垄断价格之间的关系提供了工具。然而，该理论本身无法评估多家企业之间的竞争是如何进行的，也无法评估实现竞争的条件是什么。这就需要更多关于企业间互动的理论。

局部均衡分析允许人们将生产同类产品的企业归类为 "市场"，其假设是，同一市场内企业之间的互动对于评估竞争的重要性远远大于不同市场内企业之间的互动（或缺乏互动）。剑桥大学教授阿尔弗雷德·马歇尔（Alfred Marshall）是第一位伟大的边际主义产业经济学家，他从流体力学科学中借鉴了这一方法：对于同一市场内的商品，价格和需求会趋于相等，但不会跨越市场边界。

1890 年，马歇尔将边际效用和均衡思想结合起来，使市场行为分析变得既简单又有用。首先，他提出了后来被称为 "马歇尔需求曲线 "的理论，说明了单一商品的价格与产量之间的反比关系。[83]需求曲线的下倾趋势完全是由下一个买家或“边际”买家对一单位商品的支付意愿所驱动的。该模型忽略了人们对不同商品可能做出的选择，尽管在一个预算有限的世界里，这种选择是有相关性的。

马歇尔并不是第一个边际主义者，[84] ，但他确实把边际主义变成了一种实用的竞争分析工具。他解释说：我们对自然界的观察，无论是在道德世界还是在物质世界，与其说是与总量有关， 不如说是与增量有关。具体来说，对某一事物的需求是一个连续函数，在稳定的均衡状态下，其“边际”增量与生产成本的相应增量相平衡。[85]

例如，公司在计算销售价格时，会比较生产和销售所需的额外成本与所产生的额外收入。[86]边际主义提供了关于单个企业行为的部分理论，但显然没有提供关于企业互动和竞争的理论。为此，马歇尔需要一种机制来确定经济体中谁与谁进行竞争。这与莱昂·瓦尔拉斯

---

[82] 见下文第 242–248 注及其正文。

[83] 最著名的形式见于： See Milton Friedman, “The Marshallian Demand Curve”, Journal of Political Economy, Vol. 57, 1949, p. 463（该文亦引用了当时已有的较长概念发展历史）。马歇尔本人对该需求曲线的表述 SeeAlfred Marshall, Principles of Economics, London: Macmillan, 1890, p. 159 n.1.

[84] See Howey，参见前注 64；Knight，参见前注 63

[85] Marshall，参见前注 833，第 x 页。

[86] Marshall 并未使用“边际收益”（marginal revenue）一词来描述垄断者实现利润最大化的产量与价格，而是使用“净收益”（net revenue），其含义似乎与前者相同。 See Marshall，参见前注 83，第 458–459 页。例如，他指出，从长期来看，垄断者可能会通过略微降低价格来获得更高利润，从而“弥补”短期亏损。同上，第 464–465 页。

（Leon Walras）和马歇尔自己的继任者、剑桥大学政治经济学教授阿瑟 •塞西尔 •皮格（Arthur Cecil Pigou）等早期的同时代人形成了鲜明对比。这些人更关注经济整体。如今，这一区别大致将宏观经济学和微观经济学区分开来。[87]

马歇尔关注的是那些以明显方式相互竞争的企业，从而使经济分析更可操作。他意识到，经济中的任何因素都会影响其他一切，但最重要的影响因素是可以被识别和追踪的。在 他 1920 年出版的具有影响力的专著《原理》（Principles）第八版中，马歇尔指出，由于信息需求的存在，人们凭借其“有限的能力”必须“循序渐进”地前行。[88]他们必须将“一个复杂问题拆解开来，一次只研究其中的一部分，最终再将这些局部解拼合成一个或多或少完整的整体谜题的解答”。[89]

他是这样描述他的解决方案的，也就是后来的部分平衡分析法：经济中需要处理的力量是如此之多，以至于最好一次只处理几种力量，并找出一些部分解决方案，作为我们主要研究的辅助手段。因此，我们首先要把某一商品的主要供求关系和价格关系分离出来。我们用"在其他条件相同的情况下 "这句话将所有其他力量归结为无作用力：我们并不假定它们是停滞的，但我们暂时忽略了它们的活动。这种科学手段比科学本身古老得多：自古以来，明智的人都自觉或不自觉地用这种方法来处理普通生活中的每一个难题。[90]

对单个产业的关注很快取代了整个商业经济学领域，或者说“产业组织”，并成为经济学研究的一个独特领域。产业组织理论旨在确定特定产业实现均衡的条件。如今，反垄断已成为一门实质上的微观经济学学科，即使在理论上未必如此，但是至少在诉讼实践上是这样的。

马歇尔通过识别那些具有足够相似性、可以视为彼此竞争的商品（他称之为“commodities”），将产业组织经济学引导到逐一研究各个产业的道路上。他借用了奥古斯丁 • 库尔诺（Augustin Cournot）的定义，将“市场”界定为“一个区域的整体，在该区域内买卖双方能够自由互动，从而使同种商品的价格能够迅速且轻易地趋于一致”。[91]

这一假设产生了许多与反垄断相关的引申讨论。首先是提出了如何确定谁在这样的市场中，而谁不在的问题。其次是考虑这类企业的身份是否会随着时间的推移而发生变化。“进入壁垒 ”的概念解释了企业越过这一界限的可能性，即企业会在利润高时进入市场。第三

[87] Friedman，参见前注 83
[88] Alfred Marshall, Principles of Economics, 8th ed., London: Macmillan, 1920, p. 366.
[89] 同上。
[90] 同上，第 xiv 页。
[91] Marshall，同上，第 324 页（翻译并引述了 Augustin Cournot, Les Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses, Paris: Hachette, 1838, 第 46–60 页）。

是区分分析竞争对手之间的关系（“横向 ”关系）与分析纵向关系或其他关系的不同。[92]第四，一旦确定了这样一组企业或其商品，就要寻找促进或削弱竞争的条件。

马歇尔清楚地认识到，现实中并不存在与经济其他部分完全隔离的单一市场。所谓的“局部均衡分析”——后来人们对这种方法的称呼——不过是一种工作假设，尽管它对于使经济分析变得可操作至关重要。将相似（具有竞争性）商品的集合作为产业经济学主要研究对象的思想，对反垄断政策产生了深远影响。由这一研究焦点发展出的最重要反垄断工具之一，便是“相关市场”的概念——即一组其产品和价格彼此之间高度相关联的销售集合。[93]

十九世纪末是工程学、科学、社会科学和经济学的黄金时代。马歇尔直接从牛顿物理学中借鉴了他关于市场、运动和均衡的思想：“他在 1890 年写道："当两个装有液体的水箱用管道连接起来时，水位较高的水箱中靠近管道的液体，即使相当粘稠，也会流入另一个水箱”。[94]此外，“如果几个水箱用管道连接起来，所有水箱中的液体都会趋于同一水平面.....”。[95]

虽然马歇尔表面上似乎在讨论流体力学，实际上却是在阐述边际上的经济替代原则。他将这一原则定义为：在同一市场中，价格具有“趋于在各处达到相同水平”的倾向，[96]，就像水箱中的液体一样。此外，他指出“除非某些市场处于异常状态，这种趋势很快就会变得不可抗拒”。[97]在这种模式中，"市场 "是一个封闭的系统，在这个系统中，流体自然地趋向于相等。不同的市场就是不同的封闭系统，没有任何液体从一个系统流向另一个系统。此外，一旦放宽“资源能够迅速自由地从低效用区域流向高效用区域”的假设，便有必要进一步探究：这种流动何时更有可能发生，何时则不太可能发生，以及阻碍这些流动的因素究竟是什么。欧文 • 费雪（Irving Fisher）是美国早期最重要的边际主义经济学家之一，他在 19 世纪 90 年代耶鲁大学攻读博士期间构建了一台“效用机器”。这台机器利用由泵和阀门控制的流体，演示了同一市场内的价格如何流动以达成均衡，但也展示了这种流动不会跨越市场边界。[98]这台效用机器因其创新性曾计划在 1893 年芝加哥哥伦布博览会上展出，但在运送途中被毁。[99]其他美国经济学家也借用了流体力学的比喻，来说明市场中价格如何达到均

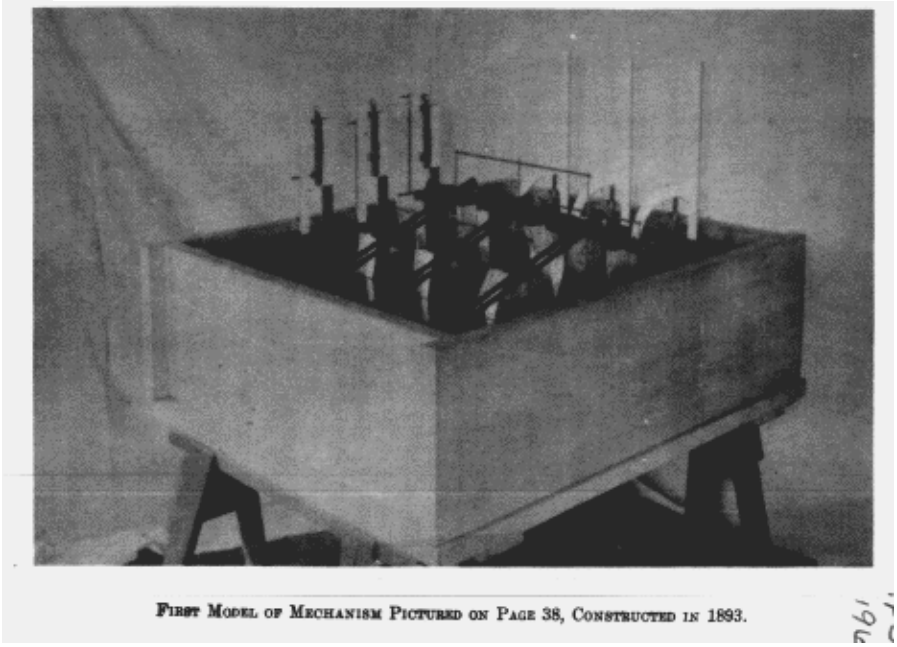
[92] 见下文第 354–367 注及其正文。
[93] 见下文第 296–298 注及其正文。
[94] Marshall，参见前注 83，第 705–706 页。
[95] 同上，第 706 页。
[96] 同上，第 387 页。
[97] 同上。他指出：“同理，替代法则也在不断通过间接路径，将收益按照效率在不同行业间、甚至在表面上互不竞争的不同等级之间重新分配。”同上，第 706 页。
[98] Irving Fisher, “Mathematical Investigations in the Theory of Value and Prices”, in Transactions of the Connecticut Academy of Arts and Sciences, Vol. 9, July 1892, pp. 28, 38.
[99] *See* Robert W. Dimand and John Geanakoplos, “Celebrating Irving Fisher: The Legacy of a Great Economist”, American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005, p. 3；亦 See William C. Brainard and Herbert E. Scarf, “How to Compute Equilibrium Prices in 1891”, American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005,

衡。[100]

马歇尔得出结论认为，即便液体“略具黏性”，它们在水箱中仍会流动并最终达到均衡水平，这一观点预示了边际主义经济学中的另一个发展方向：摩擦的概念，或如马歇尔的继承者庇古（Pigou）所说的“移动成本”。[101]这一概念后来进一步被收缩并完善为 “交易成本”。[102]其核心思想是：将资源移动至均衡状态的成本因市场情境而异，在某些情况下，这些成本甚至可能完全阻止资源的流动。因此，正如约瑟夫·熊彼特（Joseph Schumpeter）后来指出的那样，一些市场的一个特点是 “长期失衡”。[103]另一个后果则是人们日益认识到：这些成本可能妨碍市场朝着竞争状态演进。对进入壁垒的日益关注反映了人们对此的担忧，而这是与历史上对自由进入的经典假设相反的。[104]

边际主义产业经济学还打破了古典政治经济学与自由放任政策之间一直存在的纽带—

图 1 欧文-费舍尔的效用机器（1893 年）



FIRST MODEL OF MECHANISM PICTURED ON PAGE 38, CONSTRUCTED IN 1893.

p. 57。关于其背后的数学理论， See Donald Brown and Felix Kubler, “Comment on William C. Brainard and Herbert E. Scarf’s ‘How to Compute Equilibrium Prices in 1891’”, American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005, p. 85.

[100] 例如： John M. Clark, “A Contribution to the Theory of Competitive Price”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 28, 1914, p. 747.

[101] A. C. Pigou, The Economics of Welfare, 4th ed., London: Macmillan, 1932, pp. 138–139； See Herbert Hovenkamp, “Antitrust and the Costs of Movement”, Antitrust Law Journal, Vol. 78, 2012, p. 67

[102] See Herbert Hovenkamp, “Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics”, Indiana Law Journal, Vol. 86, 2011, pp. 503–510.

[103] Joseph A. Schumpeter, “Robinson’s Economics of Imperfect Competition”, Journal of Political Economy, Vol. 42, 1934, pp. 249, 256.

[104] 见下文第 242–248 注及其正文。

—至少在 20 世纪 40 年代新自由主义大举反击之前是如此。古典主义者一直坚决反对政府干预经济，但新进步主义者却不是这样。事实上，随着年龄的增长，马歇尔本人也明显左倾。[105]随着在边际主义原则下对市场竞争的技术性研究不断深入，经济学家们愈发关注于界定“完全竞争”的条件。与此同时，人们也逐渐认识到这些条件实际上极为严格，几乎所有市场都有所偏离，尽管偏离程度各不相同。[106]边际主义所带来的成果之一，是提供了一套在数据可得的前提下可用于衡量这些偏离的工具。而反垄断政策则随之成为一项手段，用于检视特定产业结构与行为是否具有反竞争性，以及在发现问题后，法律体系是否能够予以矫正。

（三） 产业集中度

市场中企业数量与市场竞争力之间存在相关性的观点可追溯到十九世纪中叶的法国数学家古诺（Cournot）身上。[107]在古诺的模型中，随着市场中有效竞争者数量的减少，价格与边际成本之间的差额会增加，直至达到单一企业垄断的水平。[108]一个多世纪以来，无论是在立法层面[109]，还是在更具体的兼并政策中，产业集中度与竞争表现之间的关系一直是竞争政策的重要组成部分。然而，其作用一直存在争议。[110]

“集中度 ”是指市场中企业的数量，以及在大多数衡量标准下，企业的规模分布。企业数量越少或规模分布越不均衡，市场的集中度就越高。要衡量产业集中度，就需要有市场或 "产业 "的概念，这就是为什么局部均衡分析是一个重要前提。

世纪之交，边际主义经济学家开始研究市场结构与产业表现之间的关系。早在 1888 年，冈顿（Gunton）就利用美国制造业普查的数据得出结论：在过去的半个世纪里，一些市场的产业集中度显著提高。[111]例如，从 1830 年到 1880 年的棉花产业普查数据显示，在此期间，该产业的资本投入量增长了 5 倍，生产量增长了 10 倍多，但企业数量实际上却从 801

---

[105] 据约翰·梅纳德·凯恩斯所言， See J. M. Keynes, “Alfred Marshall, 1842–1924”, Economic Journal, Vol. 34, 1924, pp. 311, 352, 358；亦 See Theodore Levitt, “Alfred Marshall: Victorian Relevance for Modern Economics”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 90, 1976, p. 425.

[106] J. M. Clark, “Toward a Concept of Workable Competition”, American Economic Review, Vol. 30, 1940, pp. 241, 241（指出完全竞争“并不存在，也不可能存在”）。

[107] Augustin Cournot, Researches Into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth, trans. Nathaniel T. Bacon, New York: Macmillan, 1897 (原书 1838 年出版)。简要传记介绍，Seehttps://www.hetwebsite.net/het/profiles/cournot.htm [https://perma.cc/M45C-XVJG].

[108] 关于随着竞争者数量增加，价格与成本利润空间缩小的趋势， See Timothy F. Bresnahan and Peter C. Reiss, “Entry and Competition in Concentrated Markets”, Journal of Political Economy, Vol. 99, 1991, p. 977.

[109] 例如： Derek C. Bok, “Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics”, Harvard Law Review, Vol. 74, 1960, pp. 226, 228–250（详述国会在 20 世纪 40 年代对产业集中上升的担忧.

[110] See Industrial Concentration: The New Learning, eds. Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, Boston: Little, Brown, 1974；Lawrence J. White, “Industrial Concentration: The New Learning”, Columbia Law Review, Vol. 76, 1976, p. 1051（书评，指出观点多元并强调芝加哥学派影响）。

[111] George Gunton, “The Economic and Social Aspect of Trusts”, Political Science Quarterly, Vol. 3, 1888, pp. 385, 391.

家减少到 756 家。[112]数据还显示，每名工人的资本投入量大约翻了一番，这表明企业的资本密集度越来越高。[113]冈顿还发现，铁路、电报、石油生产和制糖业的集中度也大大提高。[114]

冈顿的结论并未聚焦于竞争力问题。他从未讨论市场中企业数量与寡头垄断或合谋风险之间的关系。他指出，有些人抱怨 “资本集中往往会提高价格 ”[115] ，但他没有发现这方面的证据。相反，他发现大多数事实 “指向相反的方向”。[116]大多数集中度较高的行业的价格实际上不升反降。[117]他同样否定了另一种观点，即“尽管这些托拉斯不断带来价格下降，但如果由政府经营，节省将会更大”。[118]由此他得出结论，大公司从根本上说是一件好事。[119]

然而，经济学家和竞争律师对此越来越不乐观。波士顿律师莱昂内尔 • 诺曼（Lionel Norman）感叹，产业集中度正在以惊人的速度增长。[120]康奈尔大学的经济学家杰里迈亚 •詹克斯（Jeremiah Jenks）和数学与经济学教授沃尔特 • 克拉克（Walter Clark）也更加悲观，[121] ，进步派经济学家伊利（Ely）[122] 和埃德温 • 塞利格曼（Edwin R.A. Seligman）也是如此。[123]塞利格曼审视了世纪之交之后的商业格局，得出结论：“因此，对现代商业公司的研究实际上就是对集中度的研究”。[124]他也大量引用了美国制造业普查的数据，该数据表明，截至 1900 年前后，产业集中度迅速上升，“组合企业”（即通过合并而成长为大型企业的公司）数量显著增加。在排名前二十五的大型组合中，除一家之外，其余皆成立于 1890 年至

[112] Gunton，同上，第 391–392 页。
[113] 同上。
[114] 同上，第 392 页
[115] 同上，第 390 页。Gunton 并未指出具体的批评者是谁。
[116]同上。
[117] 同上。(糖、货运、石油）。
[118] 同上，第 398 页。
[119] 冈顿写道：显然，将资本集中（以托拉斯和辛迪加形式）指责为必然导致（令人反感意义上的）垄断、破坏竞争、推高价格、压迫劳工，或将政府置于工业寡头控制之下的说法，在事实上毫无根据，在理论上也缺乏正当性。相反，这些制度并非工业畸形或经济病态的表现，而是现代产业分工自然发展的结果，其本质在经济上是有益的，在政治和社会层面上也是无害的。同上，第 406 页。Gunton 没有将这些指控归咎于任何特定的人。亦 See Charles H. Cooley, “The Theory of Transportation”, Publications of the American Economic Association, Vol. 9, 1894, pp. 13, 75–76, 109–120（认为集中趋势令人担忧，但同时承认其带来了成本下降）。
[120] Lionel Norman, “Legal Restraints on Modern Industrial Combinations and Monopolies in the United States”, American Law Review, Vol. 33, 1899, pp. 499, 499.
[121] Jeremiah Whipple Jenks, The Trust Problem, New York: McClure, Phillips & Co., 1901, pp. 15–19（该书后续多个版本由 Walter Clark 共同署名）。
[122] Richard T. Ely, An Introduction to Political Economy, rev. ed., New York: Macmillan, 1901, pp. 42–47（“读者可轻易从人口普查和贸易报告中收集到许多类似的企业集中例证，而企业集中正是当前经济问题存在的主要原因之一。”）。Ely 最终主张扩大公共所有制。同上，第 264 页。
[123] Edwin R. A. Seligman, Principles of Economics: With Special Reference to American Conditions, ed. Albert Bushnell Hart, New York: Longmans, Green, 1905.
[124] 同上，第 330 页。

1904 年之间。[125]关于影响，他指出了成本下降和利润上升的可能性。他还指出，利润上升不一定意味着价格上涨，因为更高的产量和更低的价格同样可能带来可观利润。他似乎尤其困扰于这样一个事实：即便价格下降，这些托拉斯依然能获得更高的利润率。[126]他似乎尤其困扰于这样一个事实：即便价格下降，这些托拉斯依然能获得更高的利润率。[127]

铁路业进步主义经济学家、哈佛大学教授威廉·李普利（William Z. Ripley）也对来自制造业普查的产业集中度数据进行了全面研究。[128]他发现最有参考价值的两个普查数据是每个连续五年普查期内的企业数量及其总产值。[129]他得出的结论是，在普查归类的 322 个行业中，有 142 个行业的企业数量有所下降，而每个企业的产值却大幅增加。他仅通过观察产业集中度上升的趋势，便能够将各个行业按其趋向垄断的程度进行分类。[130]"他总结道："集中度或多或少地与垄断程度直接相关。[131]

这些作者通常假定人口普查报告中的数据与马歇尔在局部均衡分析中提到的 “市场 ”之间存在相关性。事实上，普查数据的相关性非常差。例如，1909 年制造业普查中的一个分类是 “家具和冰箱”，其中包含各类金属和木制家具，以及木制冰箱和当时刚开始投入商业使用的金属冰箱。[132]金属冰箱与软垫椅竞争不大，而软垫椅与木床竞争不大。行业普查数据与反垄断市场之间的这种极差的契合度削弱了从普查分类中得出的行业竞争力结论——一些进步主义经济学家在世纪之交就已经意识到了这一点。[133]时至今日，这种相关性不强的问题依然存在，成为利用普查数据衡量产业集中度的一个难题。与一个世纪前相比，今天的分类方法已经有所改进，但仍不能很好地解决这一问题。[134]尽管如此，自 19 世纪末以来，这类数据一直被用来衡量产业竞争力。[135]

---

[125] 同上，第 342–343 页；同上，第 343 页表 1（列出最大企业联合组织的排名，美国钢铁公司居首，其次是美国烟草公司和美国冶炼与精炼公司）。
[126] 同上。
[127] 同上。
[128] William Z. Ripley, Industrial Concentration as Shown by the Census, 21 Q. J. Econ.J. Econ.651 (1907).
[129] 同上，第 652 页。
[130] 同上，第 655 页。
[131] 同上，第 657 页。
[132] See Department of Commerce and Labor, Bureau of the Census, Thirteenth Census of the United States Taken in the Year 1910, Manufactures, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1909, pp. 806, 1046.
[133] See Balthaser H. Meyer, “Trusts—Discussion”, Publications of the American Economic Association, Vol. 5, 1904, p. 108（承认这些数据不适合回答有关企业数量、规模变化及市场是否倾向于串通或形成托拉斯的问题）。Meyer 是威斯康星大学的经济学家，曾多年担任州际商务委员会委员。
[134] See 例如：Carl Shapiro, “Antitrust in a Time of Populism”, International Journal of Industrial Organization, Vol. 61, 2018, p. 714（指出人口普查数据与相关市场之间的相关性较弱）。
[135] 例如： Albert O. Hirschman, National Power and the Structure of Foreign Trade, Berkeley: University of California Press, 1945, pp. 98–99；Orris C. Herfindahl, Concentration in the U.S. Steel Industry, New York: Columbia University, 1950；亦 See Clair Wilcox, Monograph No. 21: Competition and Monopoly in American Industry, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1941。联邦贸易委员会对此表示担忧， SeeFederal Trade Commission, The Present Trend of Corporate Mergers and Acquisitions, Washington, D.C.: FTC, 1947，该

芝加哥学派在很大程度上拒绝接受集中度数据的重要性，转而采纳类似冈顿的立场，认为大型企业的聚合主要带来了更高的效率和更低的价格。[136]来自主流和更左翼的众多其他学者对此持不同意见。[137]20 世纪 70 年代中期，这场争论引发了一场颇具影响力的会议，汇集了双方的代表。[138]会议成果汇编成书，尽管具有高度权威性，却并未终结这场争论。至今，以普查数据为基础的集中度指标仍在关于美国竞争力的讨论中占据颇具争议但重要的位置。例如，拜登政府 2021 年关于美国竞争力的行政命令就表达了对竞争下降的担忧，并引用集中度数据来支持其论点。[139]

（四） 固定成本与均衡

无论是作为价值理论的边际主义，还是马歇尔的均衡理论，都使得成本分类成为核心问题。实际上，对马歇尔而言，成本问题带来了相当大的困扰。竞争会将价格压向边际成本，而边际成本按定义是每一单位产出变动所带来的附加成本。但如果激烈的竞争使价格趋于边际成本，那企业又如何支付其其他成本呢？

马歇尔使用 “边际成本 ”一词来描述企业在增加一个单位的产量时所面临的直接额外成本。在 “正常需求与供给的均衡 ”一章中，[140] ，他指出，在他所称的 “自由竞争 ”下，价格会被推动到非常接近边际成本的水平，[141] ，这将成为一种稳定的均衡。[142]。

马歇尔的边际成本理论旨在确定企业如何决定价格。他发现，价格与成本相关，但并非所有成本都一样。有些成本似乎与企业决定收取何种价格的决策完全无关，至少在短期内如此。这包括行政成本以及厂房和耐用设备的折旧。[143]在计算某一价格是否立即有利可图时，

报告为 1950 年克莱顿法第 7 条 Celler-Kefauver 修正案的前奏。

[136]. 例如： George J. Stigler, “Monopoly and Oligopoly by Merger”, American Economic Review, Vol. 40, 1950, p. 23.

[137]. 例如 Ralph Nader， See Ralph K. Winter, Jr., “Economic Regulation vs. Competition: Ralph Nader and Creeping Capitalism”, Yale Law Journal, Vol. 82, 1973, p. 890.

[138]. 工业集中：The New Learning, 参见前注 111； See Richard R. Nelson, “Goldschmid, Mann, and Weston’s Industrial Concentration: The New Learning”, Bell Journal of Economics, Vol. 7, 1976, p. 729（书评）; F. M. Scherer, “The Causes and Consequences of Rising Industrial Concentration”, Journal of Law and Economics, Vol. 22, 1979, p. 191；Sam Peltzman, “The Gains and Losses from Industrial Concentration”, Journal of Law and Economics, Vol. 20, 1977, p. 229

[139]. Industrial Concentration: The New Learning, 参见前注 111； See Richard R. Nelson, “Goldschmid, Mann, and Weston’s Industrial Concentration: The New Learning”, Bell Journal of Economics, Vol. 7, 1976, p. 729（书评）; F. M. Scherer, “The Causes and Consequences of Rising Industrial Concentration”, Journal of Law and Economics, Vol. 22, 1979, p. 191；Sam Peltzman, “The Gains and Losses from Industrial Concentration”, Journal of Law and Economics, Vol. 20, 1977, p. 229.

[140]. See Exec. Order No. 14,036, 86 Federal Register 36987 (July 9, 2021)。关于反垄断分析， *See* Herbert Hovenkamp, “President Biden’s Executive Order on Competition: An Antitrust Analysis”, Arizona Law Review, Vol. 64, 2022, p. 383.

[141].同上，第 412 页。

[142].同上，第 535 页。

[143]. 关于马歇尔与不同类型成本的分析， See Ragnar Frisch, “Alfred Marshall’s Theory of Value”,

企业在很大程度上忽略了这些成本。马歇尔认为，"总成本 "是这些补充成本加上边际成本的总和。[144]在短期内，只要销售价格超过公司的边际成本，每次额外销售都会增加公司的利润。

马歇尔从未使用过“固定成本”（fixed costs）或“可变成本”（variable costs）这两个术语。[145]他用了整整一章来讨论 “生产成本”（cost of production），其中谈到了“主要成本”（prime costs）、“总成本”（total costs）和“营销成本”（marketing costs）。“主要”（prime）和“直接”（direct）这两个词基本上用来指我们所说的可变成本。[146]在主要成本中，他包括了“用于生产商品的原材料的（金钱）成本，以及那部分按日或按周计酬的劳动所产生的工资”。[147]他将支付给管理层的工资排除在外，因为这些工资在短期内并不随产量的变化而变化。[148]

马歇尔指出，对于需要“非常昂贵的工厂”的商品来说，“辅助”成本（supplementary cost）是其“总成本的很大一部分”。[149]因此，“正常价格”“可能会比正常成本多出一大笔盈余”。[150]用今天的话来说，固定成本高的企业要想盈利，就必须收取高于可变成本的溢价。他还注意到，在固定成本较高的市场中，建立均衡将成为一个重大问题。“由于急于防止工厂闲置”，生产商可能会 “使市场供应过剩”。[151]如果他们“不断地、毫无节制地奉行这一政策”，价格可能会低到 “把资本赶出这一行业，毁掉许多受雇于这一行业的人，他们自己也许就是其中之一”。[152]当企业处于“激烈的竞争”中时，这种冲动就不可避免，“从事这类业务的企业.....受到很大的诱惑”“以远低于正常成本的价格 ”出售产品。[153]

马歇尔所面临的问题是，如何在一个既竞争激烈又固定成本高昂的市场（这是工业生产中日益突出的一个特点）中实现均衡。在他 1920 年的第八版专著中，马歇尔提出了一个基本上并不令人满意的生物学模型，来解释固定成本高昂的企业如何实现均衡。他解释说，企业就像森林中的树木，拥有各自的生命周期，因此会有兴衰更替，有的甚至永远活不过萌芽

Quarterly Journal of Economics, Vol. 64, 1950, p. 495.
[144] Marshall，参见前注 83，第 599 页。
[145] 他也从未使用“overhead costs”（间接成本）这一术语，一些经济学家用此来描述固定成本。例如： J. Maurice Clark, Studies in the Economics of Overhead Costs, Chicago: University of Chicago Press, 1923, p. 463
[146] Marshall，参见前注 83，第 599、452、518–519、522 页
[147] 同上，第 519 页。
[148] 同上。
[149] 同上，第 520 页。
[150] 同上。
[151] 同上。
[152] 同上。
[153] 同上，第 640 页。

期。[154]然而，这种有机隐喻始终难以融入新兴的新古典均衡模型中，后者严格依据利润最大化的数学逻辑构建。[155]

在美国反垄断政策的形成初期，马歇尔竞争模型中的 “固定成本之争 ”主导了关于竞争、反托拉斯政策和监管的适当作用的重要辩论。[156]在诸如铁路或重型钢铁制造等行业中，有观点认为，所谓“毁灭性竞争”会发生，因为企业被迫将价格压低至边际成本，导致收入不足以偿付其固定成本。其中一种均衡解决方式是通过合并形成垄断；其他方式包括合谋定价或接受价格监管。这类担忧很可能是十九世纪末至二十世纪初美国大规模合并浪潮的重要推动因素之一。[157]在高固定成本市场中，为卡特尔辩护的反垄断律师屡次提出“毁灭性竞争”作为价格操纵的抗辩理由，但联邦法院始终予以驳回[158] ，如今亦是如此。[159]

另一方面，几位较为左倾的进步主义者否认“长期生产过剩”这一说法的存在。[160]通过驳回被告的论点，最高法院实际上采纳了这些进步主义者的立场。具有讽刺意味的是，这一观点的主要设计者是佩克汉姆法官（Justice Peckham），他也是洛克纳诉纽约州（Lochner v. New York.）一案的作者。[161]他很难被归类为左倾进步派。佩克汉姆在联合交通案（United States v. Joint Traffic Association）中的意见对毁灭性竞争的论点表示强烈质疑，认为极低费率的主要后果是需求增加，进而带动供给扩大。[162]当然，一种可能是佩克汉姆法官并不完全理解高固定成本的含义。

---

[154] Marshall，参见前注 89，第 315–316 页。他甚至使用不同种类的树来比喻“不同行业的分支”。同上，第 434 页。关于马歇尔在历版中对树的隐喻使用变化， See D. C. Hague, “Alfred Marshall and the Competitive Firm”, Economic Journal, Vol. 68, 1958, p. 673.

[155] 关于在平衡问题中生物模型的作用， See Neil Hart, “Marshall’s Dilemma: Equilibrium versus Evolution”, Journal of Economic Issues, Vol. 37, 2003, p. 1139。关于马歇尔框架中对均衡问题的后续争论， See Hovenkamp，参见前注 103

[156] 该争论的叙述可 SeeHerbert Hovenkamp, Enterprise and American Law, 1836–1937, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991, pp. 308–322.

[157] See Naomi R. Lamoreaux, The Great Merger Movement in American Business, 1895–1904, Cambridge: Cambridge University Press, 1988；George Bittlingmayer, “Decreasing Average Cost and Competition: A New Look at the Addyston Pipe Case”, Journal of Law and Economics, Vol. 25, 1982, p. 201（从铁路业推论至重工业的广义竞争问题）

[158] United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290, 368–369 (1897)（驳回铁路业以“竞争将导致毁灭性极端”为由的抗辩）；United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505, 576 (1898)（驳回同样的“毁灭性竞争”抗辩）；Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211, 213–214 (1899)（同上）；United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 220–221 (1940)（同上，属附带意见）；Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332, 346 (1982)（同上，属附带意见）。

[159] 最近，见美国诉苹果公司案，791 F.3d 290, 332 (2d Cir. 2015)（在电子书市场上也是如此，固定成本非常高）。

[160] Richard T. Ely, An Introduction to Political Economy 149 (1889); see also Henry Rogers Seager, Introduction to Economics 160-61 (1904) (arguing against general overproduction); Edwin R.A. Seligman, Principles of Economics 584-86 (3d ed. 1908) (noting that the problem is not overproduction, but rather overcapitalization based on expectations of future orders); Charles J. Bullock, Trust Literature：A Survey and a Criticism, 15 Q.J. Econ.167, 205-10 (1901)（否定了普遍的生产过剩问题；"竞争的弊端被大大夸大了"）。

[161] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

[162] Joint Traffic Association, 171 U.S. at 576.

在阿迪斯顿管道案（Addyston Pipe and Steel Co. v. United States）中，佩克汉姆法官对被告的辩护做出了巧妙的回应，即无论竞争是否真的具有毁灭性，被告方自身并不值得信任，不能指望他们设定的价格仅仅高到足以避免毁灭性后果。事实上，他们设定的价格高得使公众完全丧失了从任何形式的竞争中获益的机会。[163]法院引用了下级法院提供的成本证据，即被告钢管的合理成本（包括合理利润）不超过每吨 15 美元，而且可以每吨 17 至 18 美元的价格向亚特兰大供货并从中获利。投标价格实际上是每吨 24.25 美元。[164]这番表述至少暗示，法院在面对“毁灭性竞争”抗辩时的一种可能回应是展开关于成本的司法调查，但最高法院从未真正进入这一领域。它只是直接否定了该抗辩，并在此后的判例中始终坚持这一立场。

关于高固定成本企业行为的理论研究成为早期反垄断文献以及美国早期产业组织理论的经济学文献的核心焦点。[165]事实证明，这也是对完全竞争模式的普遍攻击。

在 20 世纪 30 年代初发展出不完全竞争和垄断竞争模型之前[166]，关注固定成本的主要进步主义理论家是制度主义经济学家约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）。克拉克认为，大量固定成本（他称之为 “间接 ”成本）的存在，破坏了竞争条件下供需平衡的标准概念。[167]他指出，问题在于：在短期内，即在面对即时需求时，价格与产量是由需求和边际成本决定的；但在存在固定成本的情况下，这种均衡只能在较长时期内实现。[168]高额固定成本不断带来各种“不规律现象”，使得需求与供给之间的关系失衡，导致某些时期出现产能过剩，另一些时期则出现需求过旺。[169]他呼应马歇尔的观点指出：“在间接成本占据相当比重的情况下，完美的理论均衡是无法实现的。”[170]

克拉克对这一问题的推演表明，高固定成本的一个结果是长期性的生产过剩，因为只要售价高于短期边际成本，就有助于弥补固定成本的支付缺口。[171]另一个结果是价格歧视成为一种有利可图的策略：企业可在已有需求中维持较高价格，同时为争取新增销量而报价较低。[172]作为应对高固定成本问题的一种解决方式，价格歧视的一个特征是它通常会带来产

[163]. Addyston Pipe & Steel Co., 175 U.S. at 236–237.
[164].同上，第 237 页。
[165]. See Hovenkamp，参见前注 65，第 122–143 页（论述 1900 至 1930 年间的相关文献）。
[166]. 见下文第 513–515 注及其正文。
[167]. Clark，参见前注 147
[168].同上，第 464 页。
[169].同上，第 465 页。
[170].同上，第 468 页。
[171].同上，第 469 页（“在有部分产能未使用的情况下，增加生产的边际成本很低，因此只要售价高于边际成本就值得销售；但如果所有产品都以此低价售出，企业将无法覆盖全部运营开支”）。
[172].同上；另见同上，第 428-33 页。

量的增加。克拉克认为，大多数价格歧视行为本质上既不具有反竞争性，也不应被视为可疑行为。[173]它们只是企业用来以利润最大化（或亏损最小化）的价格销售个别批次或产品的一种机制。这种观点在反托拉斯政策中基本上一直存在。

当经济模型开始纳入产品差异化的概念，特别是在垄断竞争理论中纳入产品差异化时，马歇尔的均衡难题最终被解决。[174]主要问题在于马歇尔假定竞争中的所有卖方销售的都是相同的 "商品"。因此，企业只在价格上竞争。当产品甚至销售条款的差异被纳入其中时，就有可能在不依赖任何关于企业性质的非经济理论的情况下实现均衡。这场辩论几乎完全发生在进步主义和新政时代，其意义难以估量。它为我们提供了关于工业市场均衡、成本分析、竞争限制和适当监管范围的大量理论。[175]哈佛学派认为，市场彼此不同，因此反托拉斯政策需要对特定行业和实践进行深入的事实调查。

（五） 市场失灵与监管

固定成本之争有力地支撑了进步人士的怀疑，即市场并不像古典政治经济学家所认为的那样本质上是良性的。然而，有些市场比其他市场运作得更好。反托拉斯就其本身而言，致力于主张只需有选择地干预，就能使市场自行运作得相当好。然而，在其他情况下，失败的根源如此之深，以至于普通的市场力量无法奏效。

对市场多样性的认识不断加深，促使经济学发展出更为普遍的“市场失灵”理论，其代表人物为庇古。[176]庇古提出了私人成本与社会成本之间存在“背离”的思想，即存在某些外部性是私人交易所无法纠正的。例如，当污染炼油厂不需要为其空气污染向下风向的邻居提供补偿时，就可能出现负外部性。与此相反，当新产品的发明者无法有效地禁止人们仿制该产品时，就会出现正外部性。在第一种情况下，结果将是污染过多；在第二种情况下，结果将是发明过少。

这种观点在 20 世纪 50 年代得到了更为技术性的表述，[177] ，即在少数市场中，没有国家干预就不可能有可持续的竞争。监管的目标就是在这些市场中模仿竞争结果。亚当斯（Adams）早在 19 世纪 80 年代就预见到了这一论点的一个版本，他认为在成本不断下降

[173]同上，第 2-4 页。
[174]关于这些发展，Blaug，参见前注 64，第 375–378 页，有简要回顾。
[175] See Hovenkamp，参见前注 73，第 454–470、484–492 页。
[176]例如： Pigou，参见前注 102；Arthur C. Pigou, A Study in Public Finance, London: Macmillan, 1928.
[177]Francis M. Bator, “The Anatomy of Market Failure”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 72, 1958, p. 351；William J. Baumol, Welfare Economics and the Theory of the State, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1952.

的行业中，竞争是不可持续的，因为垄断的出现是不可避免的。[178]

进步时代涌现出大量关于监管的文献，以纠正市场失灵，其中大部分集中在交通和公共事业领域。[179]其中最重要的贡献是约瑟夫·比尔（Joseph Beale）和布鲁斯·怀曼（Bruce Wyman）于 1906 年出版的有关铁路监管一书。[180]他们提出了两个重要观点。首先，铁路和桥梁公司章程中的垄断条款至少从 19 世纪初开始就很常见。斯多利（Story）大法官早在 1837 年就为它们阐明的论点是，垄断特权对于吸引投资进入公用事业市场至关重要，而公用事业市场因其获得的投资额而与众不同。[181]然而，比尔和怀曼指出了第二个理由，即 "事实上的垄断"——也就是说，这些行业的成本结构决定了其必须以垄断形式存在。他们进一步主张，这才是对垄断进行规制的真正依据。[182] “在有竞争存在之处，市场自身的机制可以规范商业行为；但在垄断之下，则需要依靠国家法律的介入……”[183]

这种新古典主义监管理论自此成为美国核心监管理论的基础，也是其最具争议性的特点之一：按服务成本制定费率（cost-of-service rate making）。[184] “市场失灵”这一概念在 20 世纪 30 年代及其后时期得到了显著扩展，其中大萧条发挥了重要推动作用。监管远远超越了相对狭隘的新古典主义市场失灵概念，甚至提出了市场本身无法以高效、平等的方式分配商品或服务的观点。[185]

进步主义和新政时期的规制理论在 20 世纪 60 至 70 年代遭到了芝加哥学派批评者（如乔治·斯蒂格勒（George J. Stigler））的猛烈攻击。[186]他的批评完全忽视了自然垄断或其他

---

[178] Henry C. Adams, “Relation of the State to Industrial Action”, Publications of the American Economic Association, Vol. 1, 1887, pp. 7, 55.

[179] SeeHovenkamp，参见前注 73

[180] Joseph Henry Beale, Jr. 和 Bruce Wyman, The Law of Railroad Rate Regulation with Special Reference to American Legislation, Boston: Harvard University Press, 1906。其他重要贡献包括：Needham C. Collier, A Treatise on the Law of Public Service Companies, New York: Macmillan, 1918；William Z. Ripley, Railroads: Rates and Regulations, Boston: Little, Brown, 1912；Hugo Richard Meyer, Government Regulation of Railway Rates, New York: Macmillan, 1905；Dewitt C. Moore, A Treatise on the Law of Carriers, Chicago: Callaghan, 1906。关于铁路之间的恶性竞争和管制， SeeHarry Gunnison Brown, “The Competition of Transportation Companies”, American Economic Review, Vol. 4, 1914, p. 77

[181] SeeProprietors of the Charles River Bridge v. Proprietors of the Warren Bridge, 36 U.S. (11 Pet.) 420, 608 (1837)（Story 法官异议）（抱怨未能在桥梁特许状中隐含垄断条款将“阻碍所有公共改进”，因为这会使投资于此类结构变得不确定）；Herbert Hovenkamp, “Inventing the Classical Constitution”, Iowa Law Review, Vol. 101, 2015, p. 21。

[182] Beale 和 Wyman，参见前注 182，第 55 节，第 57 页

[183] 同上。

[184] 几十年来的代表性著作是：Alfred E. Kahn, The Economics of Regulation: Principles and Institutions, 2nd ed., Cambridge, MA: MIT Press, 1988

[185] 关于此问题的良好批评， SeeDaniel J. Gifford, “The New Deal Regulator Model: A History of Criticisms and Refinements”, Minnesota Law Review, Vol. 68, 1983, p. 299（指出这些关注点如何将对生产的经典关注与对财富分配的更平等关切相结合）

[186] 例如：George J. Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, 1971, p. 3。

被认为可以证明监管合理的结构性特征。相反，他用一种完全基于政治俘获的理论取而代之，即监管不过是利益集团向立法机构或政府机构购买监管优惠。斯蒂格勒甚至从未提及平均成本递减或自然垄断。事实上，他讨论的唯一成本是政治程序的运作成本，包括游说者或政治活动家为获得有利立法而付出的成本。[187]例如，他指出：争取一个排他性的职业许可所需的游说成本，在全社会范围内分摊时十分微小，但对寻求该许可保护的积极行动者而言，却可能带来巨大的收益。[188]总之，斯蒂格勒的模型完全将监管理论与企业成本或市场结构割裂开来；它纯粹是政治性的。

芝加哥学派的努力基本上是失败的。芝加哥学派的理论仅仅局限于解释那些只能通过政治影响来解释的设计糟糕的监管体制，却从未在这一领域之外提出任何具有重要解释力的理论。例如，它无法解释为何公共事业在零售层面受到价格监管，而各州的食品杂货却在竞争性市场中自由销售，除非勉强以“公共事业的游说能力更强”来作答。当然，芝加哥学派在某些边缘问题上的确作出过有益贡献——主要在于强调了规制可能导致有害的利益俘获这一命题，并提醒人们应当警惕规制的过度扩张。此外，确有一些过度热衷规制的倾向导致实施了弊大于利的控制措施。但对于这些问题，更有洞见的批评往往来自温和派学者，如斯蒂芬·布雷耶（Stephen Breyer）教授[189] 或康奈尔大学经济学家、民用航空委员会主席阿尔弗雷德·E·卡恩（Alfred E. Khan）。[190]

（六） 价格歧视

价格歧视，在技术上是指对两个及以上的客户以不同的价格成本比进行销售，在反垄断政策中一直存在争议，其中最典型的是经济学家和非经济学家之间的分歧。[191]法律人常常将价格歧视视为一种可疑行为，类似于种族或性别歧视。而经济学家则一贯更为谨慎，倾向于将其划分为不同类型加以分析。即使像约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）这样的进步制度主义经济学家，也会用相对温和的语言来讨论它。明尼苏达州经济学家、后来的美国人口普查局局长爱德华·达娜·杜兰（Edward Dana Durand）大致表达了进步派经济学家对这一问题的共识。他在批评《克莱顿法》时指出，价格歧视 “是一种几乎普遍的做法，

[187] 同上，第 12 页。
[188] 同上，第 13-14 页。
[189] Stephen Breyer, Regulation and Its Reform, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984, 第 2 页。
[190] Kahn，参见前注 186
[191] 关于价格歧视经济学及《Robinson-Patman 法案》制定者的理解， SeeHerbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 6th ed., St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2020, 第 14.1–14.6。

并不一定有害，也不一定会导致垄断”。[192]不过，他也指出，价格歧视可能是一种有选择的掠夺性定价策略，用来将竞争者赶出市场。[193]

我们理解价格歧视的大部分经济学理论基础是在进步时代形成的，是边际分析的产物。现代理论的主要创始人是庇古（Pigou）。[194]庇古将价格歧视分为三种类型，分别命名为一级、二级和三级价格歧视。一级价格歧视，或称 "完全 "价格歧视，是完全竞争的一种模拟：它在现实世界中从不存在，但却是一种重要的分析工具。在这种情况下，卖方以客户的预留价或客户愿意支付的最高价出售每一个单位。其结果是，产出处于竞争水平，但行业利润全部归生产者而非消费者所有。[195]

二级价格歧视是指卖方采用歧视性定价公式，买方通过选择购买方式来 "选择 "价格。数量折扣表就是一个突出的例子。购买者可以通过多买获得更低的价格。提前预订也有折扣。

在第三级价格歧视中，卖方根据某些观察到的特征预先选择客户类别，并向他们收取不同的价格——例如，对商业用户和住宅用户分别收取不同价格。

美国反垄断法从未制定过关于价格歧视的一般性反垄断规则。克莱顿法》第 2 条（后经《罗宾逊-帕特曼法》修订）规范了一种被称为 “价格歧视 ”的行为。[196]但该法规所涉及的一系列做法往往与经济学上的价格歧视关系不大。相反，该法规只是谴责价格差异。[197]进步主义人士确实经常将掠夺性的价格歧视视为托拉斯（尤其是标准石油公司）带来的弊端之一。[198]由此产生了最初《克莱顿法》第 2 条的制定，[199] ，《罗宾逊 • 帕特曼法》随后对其进行了修订。最初的法规旨在打击一种当时被广泛归咎于标准石油公司等大型企业的特

---

[192] E. Dana Durand, “The Trust Legislation of 1914”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 29, 1914, 第 72 页、第 79 页。

[193] 同上。

[194] 关于 Pigou， SeeIan Kumekawa, The First Serious Optimist: A.C. Pigou and the Birth of Welfare Economics, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2017。

[195] 关于 Pigou 的分类， SeePigou，参见前注 102，第 II.17.6 节。关于价格歧视的三种程度及反垄断政策，SeeHovenkamp，参见前注 193，第 14.4 节，第 729-732 页。

[196] 15 U.S.C. § 13 (2018)。

[197] SeeHerbert Hovenkamp, Antitrust Law, 第 14 卷，第 4 版，New York: Aspen Publishers, 2019，第 2320a 节，第 63–66 页

[198] 例如：Ida M. Tarbell, The History of the Standard Oil Company, 第 2 卷，New York: McClure, Phillips & Co., 1904，第 31–63 页；另 SeeChristopher R. Leslie, “Revisiting the Revisionist History of Standard Oil”, Southern California Law Review, Vol. 85, 2012, p. 573

[199] 最初的《克莱顿法》第 323 章第 2 节，38 Stat. 730 (1914)（现行版本为 15 U.S.C. § 12）规定：任何从事商业活动的人，在商业活动过程中，直接或间接地在商品的不同购买者之间实行价格歧视.....，而这种歧视的结果可能会大大削弱竞争或可能会在任何商业活动中造成垄断的，均属非法：但本条款中的任何规定均不妨碍因所售商品的等级、质量或数量不同而在商品购买者之间实行价格歧视，或仅适当考虑销售或运输成本的差异，或在同一社区或不同社区为应对竞争而善意实行价格歧视：此外，本条款中的任何规定均不妨碍在商业活动中从事商品、货物或货物销售的人在善意交易和不限制贸易的情况下选择自己的客户。同上。

定掠夺性定价策略。[200]众议院司法委员会关于该条款的报告指出，其目的是针对大公司利用局部降价来消灭竞争对手的做法。[201]在 1923 年的一项判决中，第二巡回法院这样描述了被谴责的做法：在《克莱顿法》颁布之前，大公司之间盛行一种做法，即在其竞争对手经营的特定地区降低产品价格，以达到将竞争对手赶出市场的目的。这种压低价格的做法在特定地区得以维持，而全国其他地区则维持正常或更高的价格；这种做法一直持续到较小的竞争对手被赶出市场为止，然后该地区的价格将恢复到全国其他地区维持的正常水平。《克莱顿法》就是针对这一恶意行为制定的。[202]

该法条并未明确要求较低价格必须低于成本，但在实践中，人们大多就是按此方式加以解释的。[203]最高法院最初对该法规进行了宽泛的解释，而没有讨论低于成本定价的任何要求。[204]此外，该法规对 “商品 ”的明确限制意味着它不适用于铁路运价等情况，而铁路运价是价格歧视关注的最大目标之一。[205]

约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）在 1923 年出版的关于固定成本的重要著作中提出了一个令人信服的论点：抛开议价关系或客户成熟程度的差异不谈，价格歧视在很大程度上是固定成本的结果。[206]对于一个具有大量固定成本投入的企业来说，维持较高产出是必要的，只要销售价格高于边际成本，任何一笔交易都能改善其财务状况。因此，企业往往倾向于以较高价格维系原有客户，同时以较低价格争取新客户或零售市场的交易。当企业存在产能过剩时，这种压力尤其明显。

在克拉克提出固定成本解释价格歧视之前，这一观点在铁路行业早已为人所知。早在 40 年前，耶鲁大学经济学家、后来的校长阿瑟·特文宁·哈德利（Arthur Twining Hadley）就提出了类似的观点，为铁路公司根据托运人的支付意愿对不同商品收取不同运费的政策进

---

[200] 关于早期的诉讼历史， SeeBreck P. McAllister, “Sales Policies and Price Discrimination Under the Clayton Act”, Yale Law Journal, Vol. 41, 1932, 第 518 页。

[201] 众议院报告第 63-627 号，第 8 页（1914 年）（“本条明确禁止价格歧视……当此种歧视以破坏或不正当损害竞争者（无论是经销商还是卖方）的业务为目的或意图时。”）。

[202] Mennen Co. v. FTC, 288 F. 774, 第 778–779 页（第 2 巡回法院，1923 年）。法院进一步认定，被告拒绝向零售商收取与批发商相同价格的做法并未构成违法行为。

[203] 见，例如：United States v. National Dairy Products Corporation, 372 U.S. 29（1963 年）（要求“低于成本”销售，以保护该法规免于因含糊不清而面临的违宪挑战）

[204] SeeGeorge Van Camp & Sons Co. v. American Can Co., 278 U.S. 245（第 7 巡回法院，1929 年）（未涉及法规是否要求较低价格低于成本）；另 SeeWm. S. Stevens, “Unfair Competition”, Political Science Quarterly, Vol. 29, 1914, 第 282–284 页；参 SeePorto Rican American Tobacco Co. v. American Tobacco Co., 30 F.2d 234（第 2 巡回法院，1929 年）（指出当较低价格低于成本时，对卷烟买家的价格歧视是不合法的）；American Can Co. v. Ladoga Canning Co., 44 F.2d 763（第 7 巡回法院，1930 年）（类似）

[205] SeeHerbert Hovenkamp, “Regulatory Conflict in the Gilded Age: Federalism and the Railroad Problem”, Yale Law Journal, Vol. 97, 1988, 第 1017 页、第 1050–1055

[206] Clark，参见前注 147。

行辩护。[207]通过这样做，铁路公司得以最大化运输量。而在固定成本极高的情况下，产出增加意味着平均运输成本下降。[208]

《罗宾逊-帕特曼法案》于 1936 年通过，时间上晚于本文所讨论的时期。该法案并不是为了解决固定成本问题而设立的。事实上，它所谴责的许多做法，正是克拉克分析中所指出的并不具有竞争危害性的现象。[209]无论如何，《罗宾逊-帕特曼法案》最终被认为是一场完全的误击。该法案背后的动因，是当时大型连锁商店的兴起，如当时已成为全美最大杂货商的 A&P。A&P 使许多小型杂货店退出市场，主要原因在于其纵向整合、以及大规模采购能力，从而能够低价销售、压倒小商家。然而，该法案忽视了纵向整合与规模经济，将问题简化为企业对不同买家实行价格差异，而并未触及导致市场结构变化的真正经济原因。[210]

该法案在限制纵向整合方面完全失败，其原因在于其要求高价与低价交易双方均为“销售”行为。[211]法院一贯认定，“销售”指的是一家公司向另一家独立公司转移商品的行为。一个企业将商品转移给其全资拥有的门店或子公司，并不构成《罗宾逊－帕特曼法案》意义上的“销售”。[212]该法确实谴责了少数大型供应商，如 Borden 公司，以低于小型食品杂货店的价格向大型食品杂货店出售牛奶。[213]此外，由于该法规针对的是 "销售"，它并不能有效地触及强大的买方，如 A&P 公司本身。该法规确实包含了买方责任条款，但几乎是事后才想到的，而且从未真正发挥效力。[214]

在进步时代到新政期间，对价格歧视的反托拉斯分析是零散和不确定的。然而，事实上，时至今日，这种分析仍然是不确定的。我们从未发展出好的理论来概括价格歧视的竞争效果。今天，经济学家们的共识可能与 20 世纪二三十年代并无太大区别——即大多数情况下都不会对竞争造成损害，尤其当价格歧视倾向于是为了增加产出时。[215]

---

[207] 更具体地说，卖方试图将价格设定为每位买家需求弹性的倒数。 SeeLars A. Stole, “Price Discrimination and Competition”, 收录于：M. Armstrong 和 R. Porter（主编），Handbook of Industrial Organization, 第 3 卷，第 3 节，Amsterdam: Elsevier, 2007, 第 2231–2249 页。

[208] Arthur T. Hadley, Railroad Transportation: Its History and Its Laws, New York: G.P. Putnam’s Sons, 1885, 第 117 页

[209] Hovenkamp，参见前注 193，第 14.6 节

[210] SeeHovenkamp，参见前注 4

[211] SeeHovenkamp，参见前注 199，第 2312 段

[212] See 同上，第 2311 段；另见，例如：Security Tire & Rubber Co. v. Gates Rubber Co., 598 F.2d 962, 第 966 页（第 5 巡回法院，1979 年），cert. denied, 444 U.S. 942（1979 年）（裁定“母公司向其全资子公司转让”不属于《反托拉斯法案》下的“销售”）；Snyder v. Howard Johnson’s Motor Lodges, Inc., 412 F. Supp. 724（伊利诺伊州南区地方法院，1976 年）（裁定企业内部转让不属于《Robinson-Patman 法案》下的“销售”）。

[213] FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637（1966 年）（因 Borden 以不同价格销售其品牌牛奶与自有品牌牛奶而被谴责）；FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37（1948 年）（因 Morton Salt 的数量折扣计划未能证明成本节省的合理性而被谴责）。

[214] Hovenkamp，参见前注 199，第 2361 段。

[215] SeeHovenkamp，参见前注 197，第 14.5 节。

（七） 垄断势力和结构：潜在竞争、进入壁垒和相关市场

1890 年通过《谢尔曼法》时，法律理论尚未行程将市场支配力作为可衡量现象的清晰概念。经济学的发展也没有走得更远。司法判决中包含大量关于 “垄断 ”的讨论，但几乎总是与专利或其他排他性权利授予相关。在大多数情况下，“垄断”只是从专有权本身的存在中直接推定出来。例如，许多十九世纪的判决将“专利垄断”视为理所当然的说法，仿佛“专利”与“垄断”之间的联系是自动的。[216]芝加哥会议中所有提及专利的地方都是这样使用该术语的。[217]涉及垄断各个方面的法律主要有三个来源：专利与著作权法、不正当竞争和限制贸易合同的普通法、州公司法。这些法律都不包含市场支配力的要求，而支配力一般都是被直接假设存在的或无关紧要的。

通过相关市场份额来估算市场力量的做法——如今在反垄断案件中已成常规——其实是相对较晚的发展成果。如今，它已成为惯例，以至于我们将其视为例行公事。美国最高法院在一个存在分歧的判决中误将其认定为评估纵向案件中市场力量的唯一合法方法。[218]由于市场支配力的存在和衡量是一个事实问题，因此法院的结论不仅在技术上是错误的，而且是将政策独断地引入了事实认定。事实上，用于衡量市场力量的经济计量工具，如勒纳指数（Lerner Index），早在法院将“相关市场”引入反垄断分析之前就已发展出来。[219]在当代，经济计量方法常常比传统的市场份额测量提供更可靠的结果。[220]此外，经济计量工具的使用在根本上与“完全竞争”模型不相容。在完全竞争的市场中，企业不可能在未合谋的情况下将价格提高到边际成本以上。勒纳指数以及后来用于评估单个企业实力的更复杂的计量经济学工具的发展，都隐含着这样一种观点，即企业并非在完全竞争的市场中运营。[221]

1. 潜在竞争和进入壁垒

---

[216] 例如：Boyden Power Brake Co. v. Westinghouse, 170 U.S. 537, 第 555 页（1898 年）；United States v. American Bell Telephone Co., 167 U.S. 224, 第 239 页（1897 年）；Yale Lock Manufacturing Co. v. Sargent, 117 U.S. 536, 第 552 页（1886 年）；Adams v. Burke, 84 U.S. 453, 第 456 页（1873 年）；Seymour v. McCormick, 57 U.S. 480, 第 481–482 页（1853 年）；Bigelow v. Nickerson, 70 F. 113, 第 127 页（第 7 巡回法院，1895 年）。

[217] 例如：Jeremiah W. Jenks, “Elements of the Trust Problem”, 收录于：Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 27 页、第 27 页；Azel F. Hatch, “Causes, Dangers, and Benefits of Combinations”, 收录于：Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 65 页、第 70 页；Weil，参见前注 37，第 86 页；Benjamin R. Tucker, “The Attitude of Anarchism Toward Industrial Combinations”, 收录于：Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 253 页、第 257 页；Henry White, “A Period of Doubt and Darkness in a New Industrial Era”, 收录于：Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 323 页、第 324 页；John Bates Clark, “The Necessity of Restraining Monopolies While Retaining Trusts”, 收录于：Chicago Conference on Trusts, 参见前注 9，第 404 页、第 408 页。

[218] Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274, 第 2285 页，注释 7（2018 年）。

[219] A.P. Lerner, “The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power”, Review of Economic Studies, Vol. 1, 1934, 第 157 页。

[220] SeeLouis Kaplow, “Why (Ever) Define Markets?”, Harvard Law Review, Vol. 124, 2010, 第 437 页。

[221] See 同上。关于此类方法在反垄断案件中的应用， SeePhillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp 和 John L. Solow, Antitrust Law, 第 2B 卷，第 5 版，New York: Aspen Publishers, 2020，第 521 段。

人们相信托拉斯既有可能带来成本降低，又可能带来价格上涨，这一矛盾认知在一定程度上解释了早期反垄断文献中对“潜在竞争”作为市场约束机制的高度关注。1895 年，冈顿乐观地将潜在竞争描述为一种力量，"它时刻等待着在利润丰厚、值得冒风险的地方介入"。[222]如果竞争的威胁迫在眉睫，足以压低价格，那么即使是占支配地位的托拉斯公司也未必敢于实行垄断定价。古典政治经济学家一直认为，任何收取垄断价格的企图都会招致新的竞争进入，从而迫使价格回到竞争水平。唯一能阻止这种情况的就是政府对进入市场的限制，包括专利权。

伊利后来成为最著名的进步派经济学家之一，他在 1884 年对传统政治经济学的批判中，讽刺了市场进入容易的古典假设，他将其描述为 “经济运动中绝对没有摩擦。资本和劳动力不仅可以非常容易地从一个地方转移到另一个地方，从一个就业岗位转移到另一个就业岗位，而且这.....是在没有丝毫损失的情况下完成的”。[223]在这种经济形象下，伊利继续说道：

丝绸制造商把他的资本转用于另一项工作，如制造机车，就像他把家里的马车从大街上转到十字街头一样方便；而曼彻斯特的工人只要一接到警告，就会为他的不动产找到合适的买主，然后不花一分钱，不耽误一点时间，就可以把自己转移到伦敦，那里马上就会以当时的工资水平为他提供工作。利润平等和工资平等自然产生于这些假设。[224]

相比之下，新兴的产业经济学开始考虑这些转换现实中需要多长时间，哪些市场因素决定了进入的速度与范围，以及现有企业在多大程度上有能力设置障碍阻止新竞争者的进入。正如亚当斯在有关托拉斯一书中所告诫的那样，“问题的关键在于，在积极竞争已经消失的情况下，公众是否有理由完全依赖于潜在的竞争”。[225]

在进步时代早期，私人设置的进入壁垒就已成为反垄断法关注的问题。这一关注无疑受到进步主义者对市场所具有的自然强制力日益敏感的推动。[226]最最高法院早在 1904 年就承认了此类障碍的存在。在一起根据《谢尔曼法》提起的早期私人诉讼中，最高法院裁定，一项行业公会规则构成垄断行为。该规则限制会员资格，实质上禁止非会员瓷砖工人参与市

[222] George Gunton, “Book Review”, Political Science Quarterly, Vol. 10, 1895, 第 324 页（书评：John A. Hobson, The Evolution of Modern Capitalism, London: Walter Scott, 1894）。
[223] Richard T. Ely, The Past and the Present of Political Economy, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1884, 第 12 页。
[224] 同上。
[225] Henry C. Adams, “Trusts”, Publications of the American Economic Association, Vol. 5, 1903, 第 96 页，重印于：Henry C. Adams, Trusts, New York: Macmillan, 1904。
[226] 参见前文讨论，及其相关注释 178-180。

场竞争。[227]协会成员被禁止与非会员进行交易。正如佩克汉姆法官在其代表法院全体法官发表的意见中指出的那样，该协会的规则禁止经销商 "以任何条件 "从协会会员处购买瓷砖，而该地区的所有制造商都是协会会员。[228]

几年后，在美国烟草（United States v. American Tobacco Co.）一案中，法院将一家占支配地位的公司的纵向一体化和市场垄断称为 "阻碍他人进入烟草贸易的永久性障碍"。[229]一些下级法院对此并不太在意。例如，在美国诉桂格燕麦公司案（United States v. Quaker Oats Co.）[230] 中，法院驳回了政府关于企图垄断的主张，指出涉案产品——包装燕麦是一种由许多公司生产的商品，被告没有合理的手段将它们排除在外。[231]

芝加哥会议多学科会议记录的大多数与会者都认为，潜在竞争对于评估垄断的可能性至关重要。他们对竞争的有效性则存在分歧。辩论显示，自由进入的经典假设已引起争议。例如，詹克斯（Jenks）就是一个怀疑论者。他承认潜在竞争作为一种约束力量的存在，但怀疑大型托拉斯收取高价的权力能否得到有效控制。[232]

A·利奥·威尔（A. Leo Weil） 律师则不太担心。他认为，垄断公司一般都会降低成本和价格，但如果有任何价格上涨的趋势，来自新公司的潜在竞争会抑制价格上涨。此外，“除非贸易法则被逆转”，否则这种新的进入是可以预期的。[233]统计学家约瑟夫·尼莫（Joseph Nimmo）指出，由于铁路运输的革命，潜在竞争的范围比以前大得多。[234]德保罗大学的经济学家詹姆斯·韦弗（James R. Weaver）对此更不以为然。他认为，潜在竞争 “很少会失败”，因为它能帮助消费者。[235]资本积累很容易聚集起来，那些控制资本的人 “随时准备进入任何特定的生产领域，只要该行业的利润提供足够的诱因”。[236]此外，众所周知，目前企业家们坐拥 “大量闲置资本”。[237]因此，“为了避免这种新的竞争，必须降低价格或与消费者分享利润”。[238]美国出口协会主席弗朗西斯·B·瑟伯（Francis B. Thurber）认为，托拉斯只是将竞争推向了一个更高、更有利的层面：

---

[227] Montague & Co. v. Lowry, 193 U.S. 38 (1904 年)。
[228] 同上，第 44 页。
[229] United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, 第 183 页、第 190 页（1911 年）。
[230] United States v. Quaker Oats Co., 232 F. 499（伊利诺伊州北区地方法院，1916 年）。
[231] 同上，第 502 页。
[232] Jenks，参见前注 219。
[233] Weil, 参见前注 37 ，第 89 页。
[234] Joseph Nimmo, Jr., “The Limitation of Competition and Combination as Illustrated in the Regulation of Railroads”，收录于：Chicago Conference on Trusts，参见前注 9，第 156 页，第 161–162 页。
[235] James R. Weaver, “Efficacy of Economic Checks in Regulating Competitive Trusts”，收录于：Chicago Conference on Trusts，参见前注 9，第 293 页，第 297 页。
[236] 同上。
[237]同上。
[238] 同上。

如果某一行的资本组合暂时获得了丰厚的利润，资本就会立即流入该渠道，形成另一个组合，竞争的规模和激烈程度就会远远超过小规模的竞争，结果是组合瓦解，利润降到最低。[239]

约翰·贝茨·克拉克是会议与会者中最著名的经济学家，他对此持怀疑态度。[240]他认为，从理论上讲，“潜在竞争.....是制约托拉斯的力量”，但 “目前它还不是一个适当的调节器”。[241]"潜在竞争者在试图成为积极竞争者时会遇到不必要的障碍"。[242]他提到专利是一种障碍，但拒绝赞同废除专利制度。[243]他对铁路公司也持冷嘲热讽的态度，认为铁路公司利用操纵运费来阻止潜在竞争。[244]克拉克还指责选择性价格歧视，即托拉斯通过在新进入者受到威胁的特定市场部分收取不合理的低价来排斥进入者。[245]一种特别有害的价格歧视形式是选择性掠夺定价：

有能力制定有区别的价格，就会给托拉斯带来可怕的力量。如果.....它能以低于制造成本的价格出售商品，同时又通过在其他许多领域收取高价来维持自己的生存，那么它就能在不对自己造成任何伤害的情况下击垮我。另一方面，如果它为了攻击我而不得不降低其所有商品的价格，无论这些商品在哪里出售，它就有可能在追求其敌对目标的过程中毁掉自己。它的损失将与其行动的规模成正比。[246]

这一观点成为 1914 年通过《克莱顿法》第 2 条的理论依据，即防止企业利用有选择性的、有地域限制的折扣将竞争对手赶出企业。[247]最后，克拉克反对关税，因为较高的成本会阻止潜在竞争者 “成为实际的竞争者”。[248]

几年后，克拉克的看法更加悲观。[249]他承认，曾几何时，潜在的竞争可能会更有效地

---

[239] Thurber, 前注 29 ，第 130 页。
[240] Clark，参见前注 219，第 404 页（发表题为“在保留托拉斯的同时抑制垄断的必要性”的演讲）。Clark 此前在 John B. Clark, “The Limits of Competition”, Political Science Quarterly, Vol. 2, 1887, 第 45 页中提出了这些观点；另 SeeJohn B. Clark, “Monopolies and the Law”, Political Science Quarterly, Vol. 16, 1901, 第 463 页。
[241] Clark，前注 217 ，第 407 页。
[242] 同上。
[243] 同上，第 407-08 页。
[244] 同上，第 408 页。
[245] 同上。
[246] 同上。
[247] 见 15 U.S.C.§13（《罗宾逊-帕特曼法》修正案之前）；见 196 -205 前文的讨论。
[248] Clark，前注 217 ，第 407 页。
[249] John Bates Clark, “The Possibility of Competition in Commerce and Industry”, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.42, 1912, p.63。与其观点大体一致的是 Arthur S. Dewing, Corporate Promotions and Reorganizations, New York: The Macmillan Company, 1914。另请参阅 Clark 的儿子 John Maurice Clark 的类似贡献，Clark，见注释 100，以及 Robert L. Raymond 的观点：
从理论角度来看，竞争（无论是实际存在的还是潜在的）都不会允许垄断控制的存在。我相信，理论上会发生的事情在实际中也可以实现。但目前，这并不代表通常的结果。在理论上有效的潜在竞争，在当前实际存在的情况下是无力的。Robert L. Raymond, “Industrial Combinations—Existing Law and Suggested

压低价格，但如今，在位企业利用选择性优惠费率、本地性歧视和排他性协议，已经在很大程度上消除了这种力量。[250]尽管如此，克拉克依然对《谢尔曼法》表示了强烈支持，但他认为还远远不够。他主张设立联邦公司注册制度以及一个“工业委员会”，用于审查大型企业的市场竞争状况。此外，他还要求这些公司承担 “举证责任”，首先要证明它们没有主宰整个市场，其次要证明 “为更多公司的进入开辟了道路，使价格不至于达到敲诈勒索的程度”。[251]

亚当斯在 1903 年发表的一篇关于托拉斯的文章中表示同意，[252] ，波士顿律师罗伯特·雷蒙德（Robert L. Raymond）也一样。[253]雷蒙德提出了后来成为进步人士共同立场的观点——潜在竞争是自然的，通常也是可以预期的，但占支配地位的公司可以设计一些做法来阻止或限制潜在竞争。他还指出，潜在竞争不会 “瞬间 ”变成实际竞争。相反，“即使拥有雄厚的资本，在相当长的时间过去之前，也无法建立钢铁制造厂或炼糖厂”。[254]"他认为，这种延迟为占支配地位的公司提供了采取战略性行动的机会。[255]但他也警告说，竞争政策不应走得太远；它必须维护这些大企业承诺的“真正经济价值”，同时也要维护潜在竞争者限制其价格的权力。[256]与他同期发表关于托拉斯与垄断著作的进步派经济学家伊利（Ely）则对潜在竞争作为限制垄断的机制表示怀疑。他断言：“在垄断的案例中，并无证据证明潜在竞争能起到足够的制约作用。”[257]

克拉克在 1901 年出版的《托拉斯的控制》一书中再次提到了这个问题。[258]在后续版本中，他的儿子约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）也加入了修订工作。[259]修订版比约翰 ·贝茨的原版更加悲观，这很可能反映出约翰·莫里斯更加倾向于制度主义。[260] 克拉克父子感叹道：“在本书第一版出版时，所谓的潜在竞争还显示出其对价格的控制力。”但

托拉斯发动不正当打压行为的潜力，往往摧毁了竞争的潜力。在这种情况下，过去如此，

Legislation”, Journal of Political Economy, Vol.20, 1912, pp.309, 312–13。
[250] Clark，前注 249，第 64 页。
[251] 同上，第 66 页。
[252] Adams，前注 225。
[253] Robert L. Raymond, “A Statement of the Trust Problem”, Harvard Law Review, Vol. 16, 1902, p.79.
[254] 同上，第 90-91 页。
[255] 同上，第 91 页。
[256] 同上，第 93 页。
[257] Richard T. Ely, Monopolies and Trusts, 1900, p.251.
[258] John Bates Clark, The Control of Trusts: An Argument in Favor of Curbing the Power of Monopoly by a Natural Method, 1901.
[259] John Bates Clark & John Maurice Clark, The Control of Trusts, 1912.
[260] 同上，第 vi 页.

如今亦然，我们显然有必要对托拉斯解除武装，剥夺他们进行不公平攻击的特殊武器。必须压制那些特定的不正当行为，从而使每一个凭借生产效率而有权留在市场中的竞争者，都能保有其位置，并继续为公众提供服务。[261]

因此，他们得出结论，虽然经验表明 “潜在竞争是一种真正的力量，但事实证明它也是一种很容易受到阻碍的力量”。[262]几年后，约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）认为，在具有 “大量永久性投资”——即高昂固定成本的市场中，潜在竞争不太可能对垄断起到约束作用。[263]他指出，在这种情况下，主导企业将持有过剩产能，并能够扩大自己的产量，以应对新企业的进入。了解了这一点，潜在的竞争者就不希望为进入市场而进行大量投资。[264]此外，他还指出，有意进入这一市场的企业会意识到，如果加上自己的生产，总产量会更高，因此价格会更低。因此，以前看似有利可图的进入，以后可能就不那么有利可图了。[265]

克拉克父子所提出的理论模型，发展成了 20 世纪中期以后垄断案件中基本适用的法律框架，并一直沿用至今。这个由法院判例建立起来的模型要求原告必须同时证明两点：存在垄断力量，以及实施了反竞争行为。这一模型依然保留了对市场机制的信任——只要不受政府或私人行为的限制，新的市场进入者理论上有望维持竞争秩序。反垄断法要解决的问题，在于那些阻止竞争性进入在尚未发生或尚未发挥作用前就被扼杀的反竞争行为。克拉克父子承认，“一个尚不存在、只是可能建成的工厂，可能足以阻止和预防垄断行为”，但前提是“它的出现通道必须是完全畅通的”。[266]

雷蒙德在 1911 年撰文谈及政府正在审理的针对标准石油公司和美国烟草公司的案件时指出，这两家公司的发展依赖于对潜在竞争的压制。[267]在美国烟草公司案中，地方法院判定一家托拉斯协议违法，该协议涉及一群相同的股东在多家公司中持股。法院承认了被告提出的抗辩理由：由于该合并本身并未实施任何市场排除行为，因此潜在竞争将对任何垄断行为形成约束。[268]但法院认为，进入市场需要一些时间，而且 “法院反对的是当前的情况，

[261] 同上，第 vii 页.
[262] 同上，第 28 页。
[263] Clark，前注 145，第 446 页。
[264] 同上。
[265] 同上，参见 Oliver E. Williamson, “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”, Yale Law Journal, Vol.87, 1977, p.284 (采用此模型解释进入后的价格行为, 说明以高于成本价格进行掠夺性定价的可能性).
[266] Clark & Clark, 见注释 261, 第 121 页。
[267] Robert L. Raymond, “The Standard Oil and Tobacco Cases”, Harvard Law Review, Vol.25, 1911, p.31.
[268] United States v. Am. Tobacco Co., 191 F. 371, 389 (S.D.N.Y. 1911).

而不是未来的情况”。[269]法院认为这一论点值得 “认真考虑”。[270]

相比之下，在 1918 年的联合制鞋机械（"USM"）合并案（United States v. United Shoe Machinery Corp.）中，对于将几家制鞋机械制造商合并成 USM 公司的行为，最高法院驳回了对其进行处罚的意见。[271]政府的主张是：这些被合并的公司本来是潜在竞争者，如果没有合并，它们可能会发展成实际竞争者。因此，这起案件提出了一个至今仍具争议的权衡问题：有些兼并能使公司以更低的成本开展业务，从而提高生产效率，但在这一过程中，可能会通过消灭未来的竞争可能性而损害竞争本身。

USM 公司的合并是一种互补合并，地区法院的结论是，在合并时各公司之间并不存在竞争关系。[272]实际上，霍姆斯（Holmes）法官早在几年前就在批准最初合并的判决中阐述了这一结论。[273]他还指出，参与合并的公司并不是竞争对手，而是互补制造商。一家公司生产鞋楦机，另一家公司生产缝合机，还有一些公司生产鞋底缝合机和鞋跟机。[274]《谢尔曼法》的目的并不是要“将所有制造业压缩为最低程度的孤立单位”。[275]在该案中，法院认为，“这项合并仅仅是追求更高效率的一种努力。”[276]他将这一合并比作成立一家公司来制造 “蒸汽机的每个部件”，而不是利用反托拉斯法来迫使 “一家公司制造锅炉，另一家公司制造车轮”。[277]

在美国罐头公司案（United States v. American Can Co.）中，法院虽然裁定该制罐托拉斯违法，但拒绝将其拆分，理由之一正是潜在竞争的存在使法院在选择救济措施时更加审慎。[278]法院认为，美国罐头公司规模庞大，拥有多家工厂，效率很高，制罐质量也很好。[279]此外，记录显示，“大型和实力雄厚的制罐商可以通过多种方式为行业服务，而小型制罐商则做不到”。[280]无论如何，被告限制竞争的权力受到 “大量实际竞争的限制，而且在更大程度上受到潜在竞争的限制”，被告无法摆脱潜在竞争。[281]例如，当被告提高价格时——也许它过早地认为自己已经消灭了足够多的竞争对手——新的竞争对手很快又出现了。外部厂商

[269] 同上。
[270] 同上。
[271] United States v. United Shoe Mach. Co., 247 U.S. 32 (1918).
[272] 见同上，第 41-42 页。
[273] United States v. Winslow，227 U.S. 202 (1913)。
[274] 同上，第 215 页。
[275] 同上，第 202 页。
[276] 同上，第 217 页。
[277] 同上，第 217-18 页。
[278] United States v. Am. Can Co., 230 F. 859, 903 (D. Md. 1916)。
[279] 同上，第 894 页（“被告制造的罐头质量上乘……证词给人的印象是，在这方面它比其任何竞争对手都更为成功，尽管这些竞争者中规模较大、信誉较高者近年来也一直生产出完全令人满意的包装罐。”）。
[280] 同上，第 903 页。
[281] 同上

开始用从废旧木料堆里翻出的过时或粗糙设备生产罐头，这一行为显然已变得具有利润吸引力。[282]这时，被告走投无路，甚至开始从竞争对手那里购买罐头，尽管这些罐头做得“非常糟糕”。[283]其中许多后来被销毁。[284]

对潜在竞争的描述演变成了现代的“进入壁垒”理论，这一术语在本世纪中期开始被普遍使用。进入壁垒可以是自然形成的障碍，也可以是人为制造的障碍，这些障碍增加了竞争者进入市场的难度。最高法院在美国烟草案中首次使用了这一术语，当时法院提到被告获得了对众多“看似独立的公司的控制权，以此成为他人进入烟草贸易市场的永久障碍”。[285]更具体地说，法院提到被告收购工厂 “不是为了使用它们，而是为了关闭它们，使它们失去作用”，还提到对卖家施加的非竞争条款，这些条款阻止卖家重新进入市场。[286]几年后，一家地区法院在谴责伊士曼柯达公司通过收购约 20 家公司并将摄影行业的所有组件组装在一起的垄断行为时引用了这一措辞。[287]直到 20 世纪 40 年代，这个短语才在经济学文献中被大量使用，并在 20 世纪 50 年代得到显著扩展。[288]20 世纪 50 年代，乔·贝恩（Joe S. Bain）对进入壁垒进行了开创性的研究，之后该词进入了反托拉斯文献的主流。[289]

2. 从潜在竞争到相关市场

只要人们高度相信潜在的竞争可以控制价格，那么企业所处市场的准确定义就相对不重要了。只要潜在竞争是有力的，即使是垄断者也会受到制约。强劲潜在竞争的假设既解释了为什么早期涉及占支配地位公司的反垄断裁决为什么对市场定义并不特别挑剔，也解释了为什么这些裁决倾向于强调对排他性行为的详细诉讼。当时对垄断的全部理解是那些旨在排斥竞争对手的有害行为。

然而，随着对潜在竞争有效性的信心减弱，了解企业实际竞争对手的数量和实力变得更加重要。任何对垄断的规制都将主要来自于它们。正如约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）在 1923 年所指出的那样，对于大多数市场而言，"仅靠潜在竞争来有效地管理产业本质上是不可能的"。[290]

---

[282] 同上，第 879 页。
[283] 同上，第 880 页。
[284] 同上。
[285] United States v. Am. Tobacco Co., 221 U.S. 106, 183 (1911)。
[286] 同上。
[287] United States v. Eastman Kodak Co.，226 F. 62, 75 (W.D.N.Y. 1915)。
[288] 例如，R.G. Hawtrey, “Competition from Newcomers”, Economica, Vol. 10, 1943, p. 219；见 Joe S. Bain, “A Note on Pricing in Monopoly and Oligopoly”, American Economic Review, Vol. 39, 1949, p. 448（Bain 关于该主题的第一篇文章）。
[289] 例如，Joe S. Bain, Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, New York: Harvard University Press, 1956.
[290] Clark，前注 145 ，第 445 页。

对潜在竞争的关注本质上是动态的。它们探究的是市场的走向，而非此时此刻的表象。事实上，考虑市场的变动并对其做出实用预测的能力是反垄断政策最具挑战性的问题之一。[291]古典经济学家假定市场是竞争性的，除非政府进行干预，因为他们完全着眼于长期。垄断可能会被新的市场进入所消解，这当然令人欣慰。最终，这样的市场可能会达到可接受的竞争性平衡，但这需要多长时间？约翰·梅纳德·凯恩斯（John Maynard Keynes）在 20 世纪 20 年代专注于宏观经济学，他嘲笑了许多经济学家的乐观信念，即经济最终会走向更健康的平衡。与此形成鲜明对比的是，决策者对时间的关注更为直接。他得出了一个著名的结论："长期视角是对当前事务的误导性指导。从长远来看，我们都是死人"。[292]此外，对长期的关注使得经济学作为一种政策工具变得毫无价值："如果在暴风雨来临的季节，经济学家只能告诉我们，当暴风雨过去很久之后，大海又恢复了平静，那么他们给自己设定的任务就太简单、太无用了"。[293]

在反垄断分析中，"相关市场"的概念逐渐形成，作为在静态与动态考量之间进行权衡的一种工具。首先，它揭示了当下谁在与谁竞争。如果市场界定得当，并纳入了对进入壁垒的考量，它还能帮助预估市场未来可能发生的变化。随着反垄断理论的发展，分析重心逐渐转向这样一个关键问题：当价格在未来上涨至超出竞争水平时，竞争对手和消费者将如何反应。

"相关市场"这一概念完全是局部均衡分析的产物。虽然这一观点并无争议，但直到 20 世纪 60 年代奥利弗·威廉姆森（Oliver Williamson）开始用这一观点讨论反垄断政策和社会福祉间的权衡时，反垄断文献中才普遍承认这一观点。[294]正如马歇尔所观察到的，在选择市场时，经济学家应该将近似替代品的产品分组，然后做出一个工作假设，即分组内的企业会影响彼此的行为，而分组外的企业则不会。[295]马歇尔也意识到，这只是一个简化的假设，马歇尔也意识到，这种处理方式只是一种简化假设，而不是一种硬性描述，即市场内部

---

[291] 见 Sean P. Sullivan & Henry C. Su, "Antitrust Time Travel: Entry & Potential Competition", University of Iowa College of Law Working Paper, Paper No. 2022-09, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4088860 [https://perma.cc/SN57-K47H]。

[292] John Maynard Keynes, A Tract on Monetary Reform, London: Macmillan and Co., 1923, p. 80.

[293] 同上。

[294] Oliver E. Williamson, "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", American Economic Review, Vol. 58, 1968, p. 18；见 Oliver E. Williamson, "Economies as an Antitrust Defense Revisited", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 125, 1977, p. 699。关于 Williamson 的用法，见 Herbert Hovenkamp, "The Looming Crisis in Antitrust Economics", Boston University Law Review, Vol. 101, 2021, p. 489。此前也有少数前驱文献，见，例如，Jesse W. Markham, "A Note on Concentration Studies and Antitrust Policy", Vanderbilt Law Review, Vol. 11, 1958, p. 331（将产业集中度的反垄断问题与部分均衡分析相关联）；Edward S. Mason, "Market Power and Business Conduct: Some Comments", American Economic Review, Vol. 46, 1956, p. 471。

[295] 见 Marshall，前注 88 ，第 324 页（将市场界定为在交易中处于"自由流通"状态的商品，从而价格趋于同一水平）。

商品之间的替代弹性是无限的，而市场内外商品之间的替代弹性为零。[296]在今天的反垄断分析中，我们常说，一个市场界定得越精确，这两个极端条件就越接近于成立。

参照“市场”来评估反垄断行为时，自然引出了关于界定与衡量的若干问题。最明显的一个问题是应将分析应用于哪一组特定的企业。马歇尔本人很少关注这个问题。他将某一市场的销售组合称为“商品”。他最喜欢的例子是茶叶。[297]在这种情况下，茶叶的销售构成了相关市场。对于茶叶是否与咖啡或水竞争的问题，甚至咖啡生产商在多大程度上会因价格上涨而转产茶叶的问题，他的考虑却不多。他曾一度猜想，咖啡歉收可能会导致对茶叶需求的增加。[298]他对牛肉和羊肉也提出了类似的猜想。[299]他还指出，“区分不同商品的界线，必须根据所讨论的具体问题来确定”。[300]他承认，出于某些目的，我们甚至可以认同中国茶和印度茶是不同的。[301]

早期的《谢尔曼法》案例也采取了大致相同的方法，从未对市场定义做出明确规定。例如，1911 年标准石油公司[302] 和美国烟草公司[303] 的判决都没有讨论所考虑的“市场”的界限。在标准石油案中，法院多次提到“石油及其产品”，[304] ，但没有说明这可能包括什么。在“美国烟草”一案中，法院确实注意到被告生产了许多产品，包括 “雪茄烟、烟草、细切烟草、鼻烟和塞子烟草”。[305]法院确实讨论了一些涉及特定产品的纵向行为。例如，被告还试图控制甘草膏的销售，以排斥竞争对手。[306]法院从未将这些产品中的任何产品视为相关市场，也未考虑它们是属于同一市场还是不同市场。

几年后的美国罐头案的判决描述了其大量的不良行为，但对市场范围几乎只字未提，只

---

[296] 见下文与注释 314–315 相关的讨论。参见 Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, 同上注 296，第 23 页。Williamson 写道
我们的局部均衡分析存在所有局部均衡结构的共同缺陷。由于将一个部门与经济的其他部分隔离开来，因此无法考察各部门之间的相互作用。因此，某些经济效应可能会被忽视，有时在局部均衡分析中看似产生净经济效益的行为，在一般均衡分析中却会导致净损失。
同上。
[297] 例如，Marshall，前注 83 ，第 154、159 页。
[298] 同上，第 160 页（将咖啡描述为茶的替代品）。
[299] 同上，第 168 页 n.2（指出替代品的价格可能会发生变化，从而影响对主要商品的需求；例如，牛肉价格下降可能会导致人们用牛肉代替羊肉）。
[300] 同上，第 160 页 n.2。
[301] 同上。
[302] Standard Oil Co. v. United States，221 U.S. 1 (1911)。
[303] United States v. Am. Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)（指出诉状中提及“烟草及烟草制品”；未对市场界限作进一步分析）。
[304] 例如，Standard Oil, 221 U.S. at 32。
[305] Am. Tobacco, 221 U.S. at 159.（cheroot 为一种廉价的截头雪茄。）
[306] 同上，第 170 页。在 United States v. Reading Co., 253 U.S. 26, 56–57 (1920) 一案中，最高法院确实考虑了当一条铁路线路收购了相邻线路时，是否会消除竞争，并裁定这些线路之间不存在竞争关系。见 United States v. Lake Shore & M.S. Ry. Co., 203 F. 295 (S.D. Ohio 1912)（类似情况；部分铁路线路存在竞争，但其他线路则不存在）。

是称其为“罐头”。[307]法院没有考虑同样广泛用于保存食品的玻璃瓶[308] 是否属于同一市场等问题。这种问题在本世纪中期以后经常出现。[309]。

1930 年判决的国际鞋业案（International Shoe Co. v. Washington）对产品市场的适当划分进行了简要讨论。该案还反映了产品差异化作为市场分析因素的出现。联邦贸易委员会对两家礼服鞋制造商的合并提出质疑。McElwain 公司生产的皮鞋更昂贵、更吸引人、更“现代”。International Shoe 公司生产价格较低、含有非皮革成分的皮鞋。[310]法院没有讨论市场范围，但采纳了被告的证词，即两家公司之间“没有真正的竞争”。[311]

如今，参照“相关市场”的份额来估算市场支配力并不是纯粹的静态局部均衡分析。在马歇尔的模型中，人们在假设其他一切的价格和产量都保持不变的前提下，对所研究的市场进行均衡分析。[312]不过，他也承认，这一假设在现实世界中往往无法实现：

在其他条件不变的情况下.....需求表反映的是商品销售价格的变化。但事实上，在足够长的时间内，其他条件很少相同，因此无法收集到全面、可靠的统计数据.....在经济学中，一个原因的全部影响很少一下子显现出来，而往往是分散地显现出来.....这一事实加剧了这

---

[307] United States v. Am. Can Co., 230 F. 859 (D. Md. 1916)；见 United States v. U.S. Steel Corp., 251 U.S. 417 (1920)（驳回诉状，未讨论相关市场问题）。在 United States v. Int’l Harvester Co., 214 F. 987, 989, 991 (D. Minn. 1914), appeal dismissed, 248 U.S. 587 (1918) 一案中，法院认定由多家公司组成的被告设立投票信托违法。产品被界定为“收割机械”，被告控制了该市场的 85%，但未对市场界定提出争议或作出讨论。法院指出，International Harvester 是一家新泽西公司，其公司章程规定其成立目的是：
生产、销售和经营各类收割机械、工具及设备，包括收割机、捆扎机、收割器、割草机、耙草机、割头机、脱粒机、机械、发动机、货车、机动车辆及各类车辆；各类农业机械、工具及设备，捆扎绳，以及所有与上述有关或拟用于上述之设备的装置、材料和物品，以及所有用于或拟用于任何类型收割或农业机械、工具或设备的修理零件及其他装置、材料和物品，或任何汽油、电动或其他车辆。
同上，第 989 页；见 United States v. Corn Prod. Refin. Co., 234 F. 964, 974, 976 (S.D.N.Y. 1916), appeal dismissed, 249 U.S. 621 (1919)（认定信托违法，但同时指出相关生产过程包括玉米的湿法和干法加工；法院认为两者的成本差异具有相关性）。法院写道：
如果湿法工艺比干法更便宜，那么，虽然干法可对湿法形成一定限制，但在确定所谓湿法垄断者所控制的生产比例时，将干法生产者的产量计入是不合适的。反之，如果干法工艺比湿法更便宜，并且（虽然几乎不可能）两者之间存在持续竞争，那么在所有相关情况下就不能忽略干法的产量。
同上，第 976 页；参见 O’Halloran v. Am. Sea Green Slate Co., 207 F. 187, 193 (N.D.N.Y. 1913), rev’d on other grounds, 229 F. 77 (2d Cir. 1915)（指出黑板岩与绿板岩在某些买家之间存在竞争，但由于绿板岩生产商在产量和成本上均处于劣势，因此其市场力量受到黑板岩价格的限制）；参见 Standard Oil Co. v. United States, 283 U.S. 163 (1931)（指出尽管传统炼油法和被告的大规模“裂解”法生产的汽油具有可替代性，但后者在生产成本上具有优势）。

[308] 见 W.V. Cruess, Home and Farm Canning, New York: Macmillan, 1916, pp. 7–10（指出家庭罐藏中更偏好使用罐子）。

[309] 参见 United States v. Cont’l Can Co., 378 U.S. 441 (1964)（在反垄断分析中将金属罐和玻璃瓶归为同一相关市场）。

[310] Int’l Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

[311] 同上，第 299 页；参见 Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)（指出被告控制了其所在地区 74.4%的煤炭产量，但仅占密西西比河以东产量的 12%，且几乎没有购买者位于较小的地区）；Indiana Farmer’s Guide Publ’g Co. v. Prairie Farmer Publ’g Co., 293 U.S. 268 (1934)（注意到关于被告农场出版物有效竞争区域是应仅限于其经营地区还是应包括全国范围存在争议，据此撤销并发回重审）。

[312] Marshall，前注 83 ，第 160 页。

一困难.....。[313]

价格上涨自然会吸引其他卖家进入涨价者的市场领地，顾客也会流失。在马歇尔的模型中，这些替代会打破均衡，并持续发生，直至恢复均衡。如果市场的界定更加严格，价格上涨者的市场份额更高，这种变动就需要更长的时间，或者更不可能发生。[314]

20 世纪 40 年代和 50 年代，反垄断分析中使用相关市场来估算市场支配力的做法大为扩展。汉德（Hand）法官在 1945 年第二巡回法院对美国诉美国铝业公司（United States v. Aluminum Co. of America）案的判决中的论述已广为人知。[315]最高法院第一个对相关市场范围进行重要讨论的判决是 1948 年的美国诉哥伦比亚钢铁公司案（United States v. Columbia Steel Co.）。[316]该案的结论是，政府指控的市场范围过于狭窄。[317]首先，有效竞争的范围比政府声称的要大。其次，涉案的两家公司虽然在某种程度上产品重合，但实际上生产的是不同类型的钢材。在 5 比 4 的裁决中，法院驳回了政府的反垄断起诉。道格拉斯（Diuglas）法官（由布莱克（Black）、墨菲（Murphy）和拉特里奇（Rutledge）法官加入）撰写的反对意见几乎没有对相关市场进行任何讨论，只是对这样一个事实提出异议：即被收购 企业在所涉采购市场中的 3%的市场份额是否真的“可以忽略不计”。[318]

这些担忧的时间顺序很有启发性，因为它说明了人们对潜在竞争解决垄断问题的信心正在下降。如前所述，截至 1899 年，芝加哥托拉斯会议的一些与会者甚至不担心垄断问题，因为他们相信潜在竞争可以压低价格。[319]后来，人们对新进入市场的约束作用产生了更大的怀疑，自然也就更加关注在不考虑进入市场的情况下，市场的竞争程度究竟如何。到 20 世纪 30 年代，大多数涉及大公司的反托拉斯案件都对潜在竞争的改善效果产生了极大的怀疑。这就解释了市场界定在反托拉斯案件中日益重要的原因。

3. 结构主义的兴起与行为重要性的降低

正如首席大法官怀特（White）在 1911 年标准石油案的判决中所指出的，垄断行为的违法性在于不当行为，而不仅仅是垄断地位本身。怀特首席大法官的推理是，《谢尔曼法》第 1 条所禁止的是“一切垄断贸易的手段，即通过各种合同、组合等手段不适当地限制贸

[313] 同上，第 170 页。
[314] 见 Edward S. Mason, “Monopoly in Law and Economics”, Yale Law Journal, 第 47 卷，1937 年，第 34 页。
[315] 例如，United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)；见 United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)（即“赛璐珞案”，涉及对 cellophane（透明薄膜）相关市场的界）。
[316] United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 495 (1948)。
[317] 同上，第 510-22 页。
[318] 同上，第 538 页（Douglas 法官持反对意见）。
[319] 见上文与注释 37 相关的讨论。

易”。[320]对此，《谢尔曼法》第 2 条寻求

尽可能使本法的禁止更为完善彻底，涵盖一切试图达成第 1 条所禁止目的（即限制贸易）的行为，不论是‘企图垄断’还是‘实际垄断’，即便这些行为本身未被第 1 条明确列举。[321]

下级法院的表述要清楚得多：第 2 条应要求有第 1 条所包含的贸易限制，但区别在于“一个人或公司可以通过垄断违反第 2 条，但第 1 条考虑的是两个或更多人的行为”。[322]" 这实际上就是现代法院所采用的区别。

首席大法官怀特继续说，该法规并没有处罚“具体的垄断”或仅仅是“垄断者的地位本身”。[323]

然而，首席大法官却在此时提出了一个臭名昭著的论点，即由于在裁决先前的案件时“诉诸了理性”，因此法律只适用于不合理的行为，这让人们对他的整个推理过程，甚至是他的心智敏锐度产生了怀疑。[324]这一可疑的逻辑预示了七年后对理性规则的正式承认。[325]

正如首席大法官所阐述的那样，所有这些分析都是服务于一个更宏观的观点，即法院有必要驳回这样一种主张：法院不能仅因一家公司是垄断者，就在没有赔偿的情况下剥夺其财产，这违反了宪法保障的财产权。[326]财产所有者并无限制贸易行为的权利。相反，该法规针对的是“特定行为”，尽管这些行为只是从法规语言中“一般性地”推断出来的。[327]也就是说，要求不法行为——尽管法规没有明确列出——对于法规的合宪性至关重要。[328]在这一点上，意见书转而详细总结了标准石油公司的行为。

《克莱顿法》进一步发展了这一主题，列举了有可能造成垄断的具体行为——即选择性

---

[320] Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 61 (1911)。
[321] 同上。
[322] United States v. Standard Oil Co., 173 F. 177, 195 (E.D. Mo. 1909)。
[323] Standard Oil, 221 U.S. at 61–62；见 Comment, “Efficiency or Restraint of Trade”, Yale Law Journal, Vol. 27, 1918, pp. 1060, 1064–1065.
[324] Standard Oil, 221 U.S. at 64–66.
[325] Bd. of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)。
[326] 同上，第 69-70 页。
[327] 同上，第 69 页。
[328] 同上，第 69-70 页。著名公司法学者 Victor Morawetz 曾于 1909 年就此问题进行阐述，认为不应修改该法以列举所有可能构成垄断行为的具体反竞争行为：
毫无疑问，明确界定何为垄断或试图垄断部分州际贸易或商业是有益的；但能否制定出全面且清晰的法定定义却值得怀疑。法定定义很可能会带来与“垄断”一词同样多的不确定性和诉讼，最终仍需司法判决来界定定义本身。更为安全和合理的做法，是让法院在普通意义和普通法原则的指导下，通过对具体案件的裁决来确定该法的含义。
Victor Morawetz, “Should the Anti-Trust Act Be Amended?”, Harvard Law Review, Vol. 22, 1909, pp. 492, 497–498.

和歧视性的掠夺性定价、[329] 、搭售和排他性交易合同、[330] 和反竞争兼并。[331]《克莱顿法》中甚至没有任何内容暗示可能对无过错的垄断进行谴责；事实上，该法增加的具体内容指向了另一个方向。

因此，进步时代的垄断案件往往像侵权案件一样——对行为进行了广泛的讨论，但对市场结构和力量的论述相对较少，这就不足为奇了。这一时期先于 20 世纪 30 年代末和 40 年代发生的结构主义革命。事实上，这一时期的一些评论家在论述垄断罪时，仿佛它根本不包含市场力量要求，而只包含有罪行为。[332]二战后，由工业经济学家主导的反托拉斯政策彻底颠覆了这一逻辑。[333]

早在 20 世纪 30 年代，一些产业经济学家就开始通过研究最有可能产生垄断的结构类型来研究垄断问题。1937 年，哈佛大学产业经济学家爱德华 •S •梅森（Edward S. Mason）指出，“近年来，关于垄断问题的经济学思考呈现出截然不同的趋势”。[334]首先是观察到“几乎每家公司的行为”中都有明显的“垄断元素”。[335]因此，决策者越来越需要在“各种都带有某种垄断因素的市场情形之间作出区分”。[336]为此，单凭行为本身并不能为区分提供什么依据。重要的区别不在于行为，而在于行为所发生的市场。他指出，“限制贸易”与“控制市场”之间正在出现区别。[337]梅森指出，如果经济学要对垄断问题作出贡献，就必须超越对行为的关注以及对反竞争行为的描述性分析，转而寻找那些使市场更容易或更难形成垄断的结构性特征。[338]

20 世纪 30 年代初，不完全竞争理论的发展迫使人们将目光转向更有可能导致非竞争性结果的特殊市场结构。一些基础性工作早先就已完成。例如，20 世纪 20 年代，经济学家约翰 • 莫里斯 • 克拉克（John Maurice Clark）研究了大规模工厂的各种规模经济来源。[339]他指出技术和工程带来的规模经济效益是某些行业所固有的。此外，高固定成本（“间接成本”）的存在为价格歧视提供了解释，并表明价格歧视通常是（但并非总是）有利于竞争。

---

[329] 15 U.S.C. § 13.
[330] 同上。§ 14.
[331] 同上。§ 18.
[332] 例如，Edward A. Adler, “Monopolizing at Common Law and Under Section Two of the Sherman Act”, Harvard Law Review, Vol. 31, 1917, pp. 246, 261.
[333] 见 Hovenkamp, 同上注 72, pp. 206–219; Herbert Hovenkamp, “Monopolizing Digital Commerce”, William & Mary Law Review (forthcoming 2023).
[334] Edward S. Mason, “Monopoly in Law and Economics”, Yale Law Journal, Vol. 47, 1937, pp. 34, 35.
[335] 同上，第 35 页。
[336] 同上。
[337] 同上。
[338] 同上，第 48-49 页。
[339] John Maurice Clark, Studies in the Economics of Overhead Costs, New York: Macmillan, 1923, pp. 104–134.

[340]克拉克还讨论了“组合经济”，说明高固定成本和大工厂规模如何使市场更有利于横向和纵向控制安排。[341]在这类行业中，“大规模生产、组合、垄断或限制性竞争都或多或少地结合在一起，而且都出现在同一类行业中”。[342]克拉克书中的所有内容都指出了一个方向，即通过评估每个企业的特殊结构特征来评估竞争问题，强调固定成本的程度和性质。

克拉克的书技术性太强，无法广泛吸引公众，但它确实反映并引领了产业经济学领域的一系列重要发展。反垄断政策更加关注那些更有可能导致非竞争性结果的市场结构类型。执法政策紧随这些发展，并在 20 世纪 30 年代及之后针对资本密集型企业的大规模垄断案件中达到顶峰，其中包括美国铝业公司和 USM 公司。这两项裁决都强调了市场结构和市场定义，而不再强调行为。事实上，这两起案件都尝试过但最终没有接受“无过错”垄断的观点——即某些占支配地位的企业仅仅因为规模过大就应该被拆散。在《美国铝业公司案》中，勒恩德·汉德（Learned Hand）法官讨论了推定一家获得 90% 市场份额的公司的行为不合法的可能性。不过，它可以通过证明垄断是“强加给它的”，或者它只是垄断的“被动受益者”来推翻这一推定。[343]几年后，在 USM 案中，威赞斯基（Wyzanski） 法官指出，美国铝业公司案似乎暗示，只要一家公司拥有压倒性的市场份额，其“从事经营活动”本身就构成垄断。[344]这是美国反垄断法最接近无过错垄断规则的一次。

随着这些判决的做出，法院进入了反托拉斯结构主义时代，其最突出的形式是使不良行为的证据几乎无关紧要。[345]这在很大程度上终结了进步时代的垄断侵权理论。

三、 纵向竞争政策的出现

（一） “竞争”：横向与纵向

进步派人士率先将纵向行为和纵向一体化作为竞争问题进行系统研究。在此之前，虽然也有一些关于纵向合同行为的法律，但几乎都不涉及竞争问题。进步派的成就是显著的，因为纵向商业行为历来是反垄断法中最不为人所知的，也是最具争议的。一些观点鲜明的学者曾主张，对于这类行为，反垄断法应当适用最为极端的两种规则之一：要么一律非法（per se

[340] 同上, pp. 2–3, 32 (“Efficiency requires discrimination . . . .”), 416–433.
[341] 同上，第 146-47 页。
[342] 同上，第 146 页。
[343] United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416, 429–430（第二巡回法院，1945 年）。
[344] United States v. United Shoe Mach. Corp., 110 F. Supp. 295, 342 (D. Mass. 1953).
[345] 见 Hovenkamp，前注 72 ，第 206-19 页。

illegality），要么一律合法（per se legality）。[346]事实上，进步派选择了一个非常容易辩护的中间立场，事实证明这一立场非常持久。

进步时代对纵向整合与纵向限制法律的贡献具有奠基意义，但其影响既初步又有限。[347]它们主要关注纵向一体化或纵向合同与现实垄断威胁之间的关系。随后，关于纵向商业关系的反托拉斯法向左倾斜，变得非常激进，处罚了许多从未对竞争造成严重威胁的商业行为。[348]后来，其方向又发生了改变而变得非常右倾，并在芝加哥学派的学术著作中提出了几乎免责的规则。判例法从未真正走到那种极端的地步。[349]自 2000 年左右起，司法态度再次趋于温和。如今适用于几乎所有纵向行为的合理原则（rule of reason）处于两种极端规则之间，尽管更偏向于免责规则。[350]这至少有一部分是因为法院使原告很难在适用合理性规则的反垄断案件中胜诉。

反垄断法与经济学如今所广泛使用的“横向”与“纵向”行为之间的明确区分，其实是一个相对较新的发展。如今，我们大多数的反垄断违法规则都是以此为依据的：横向限制比纵向限制更可疑。与横向协议不同，纵向协议不会增加参与者的有效市场份额。与纵向价格协议相比，横向价格垄断协议减少市场产出的手段更明显，也更容易理解。纵向管理则更有可能是用来节约成本。

20 世纪 10 年代以前的古典政治经济学家和大多数律师并没有看到这些区别。他们倾向于将竞争视为“对立”，认为买方与卖方或雇主与雇员之间可能出现的纵向对立与两个竞争对手之间的对立一样，都属于“竞争”。例如，麻省理工学院的经济学家弗朗西斯·沃克（Francis Walker）在其 1888 年版的广为流传的政治经济学文本中将竞争定义为“买方和卖方之间个人私利的运作”。[351]

对此，马歇尔在《经济学原理》中的阐释也只是略胜一筹。在横向竞争方面，他几乎完全集中于垄断理论，即一家企业占据了市场的全部销售额。在一个脚注中，他简短地谈到了“部分垄断”，他将其描述为一家公司的产品比其他公司的产品更出名。[352]马歇尔在“垄断

[346] 见 Robert Pitofsky, “In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing”, Georgetown Law Journal, Vol. 71, 1983, p. 1487（主张纵向价格固定应适用当然违法规则）；Richard A. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, University of Chicago Law Review, Vol. 48, 1981, p. 6（主张应适用当然合法规则）。
[347] 见 Hovenkamp，前注 65 ，第 154-66 页。
[348] 同上。
[349] 例如，Robert H. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York: Basic Books, 1978, pp. 280–309.
[350] 见 Hovenkamp, 同上注 193, §§9.1–9.3。
[351] Francis A. Walker, Political Economy, 3rd ed., New York: Henry Holt and Company, 1888, p. 263.
[352] Marshall，前注 83 ，第 112 n.1 页。

理论”一章中主要假定了垄断的排他性，并重点论述了在没有其他竞争者进入市场的威胁下，垄断者如何决定其产量和价格。[353]他确实提到，比较脆弱的垄断者，如受到新竞争威胁的铁路公司，很可能会为了保护自己的贸易而降低价格。[354]在他著作的第一版中，整整 750 页内马歇尔都从未提及卡特尔或价格垄断。虽然他的边际理论来自库尔诺（Cournet），[355] ，但他从未讨论过库尔诺极具影响力的寡头垄断理论。他在 1920 年第八版中确实提到了美国托拉斯的崛起，将其视为德国卡特尔的一种替代形式[356] ，并指出托拉斯最终是“狡诈的”。[357]他还将托拉斯的危害描述为“缩小了小型企业发挥主动性与活力的产业空间”。[358]然而，这些讨论中并未提及纵向整合或纵向限制行为。

马歇尔关于“竞争”的表述相对较少，在今天看来几乎是业余的——例如：“竞争一词在其最严格的意义上，似乎意味着一个人与另一个人之间的赛跑.....”。[359]他抱怨说，“竞争”一词“带有邪恶的味道，意味着某种自私和对他人福祉的漠不关心”，[360] ，而且“无节制的竞争”会产生痛苦。[361]他认为竞争是“美化的个人主义”。[362]他还感叹机器生产导致了不良竞争，“就像一个未经训练的巨大怪物”，导致了虚弱和疾病。[363]他将此归咎于英国对契约自由的过度保护。[364]马歇尔对劳动力市场也提出了同样的抱怨，他认为不受约束的竞争将工资压低到了仅能维持生计的水平。[365]

马歇尔对纵向一体化和纵向关系也谈得很少，对它们对竞争的影响更是只字未提。他为数不多的论述集中在劳动力方面。例如，他将工人从一家企业到另一家企业的横向流动与企业内部的纵向流动（晋升）区分开来。[366]他还讨论了从事相同工作的熟练工人和非熟练工人之间存在的“纵向”竞争。[367]他的结论是，对工人而言，竞争既是纵向的，也是横向的。

---

[353] 同上，第 456-72 页。
[354] 同上，第 465 页。
[355] 见同上，第 x 页。
[356] Marshall 写道：
高度组织化的买卖所带来的经济效益，是当前同一行业或贸易内众多企业趋向合并成大型集团的主要原因之一；同时也是各种类型贸易联盟形成的原因，包括德国的卡特尔和集中的合作社组织。这些经济效益也始终促使商业风险集中到大型资本家手中，而这些资本家则将具体工作委托给规模较小的经营者完成。
Marshall，前注 89 ，第 282 页。关于美国托拉斯作为另一种选择，见同上，第 304 页。
[357] 同上，第 495 页。
[358] 同上，第 304 页。
[359] Marshall，前注 83 ，第 5 页。
[360] 同上，第 6 页。
[361] 同上，第 41 页。
[362] 同上，第 42-43 页。
[363] 同上，第 92 页。
[364] 同上。
[365] 同上，第 226 页。
[366] 同上，第 277 页。
[367] 同上，第 373 页，第 705 页。

首先，他们在企业内部为晋升而进行纵向竞争。其次，他们通过从一个雇主到另一个雇主的流动进行横向竞争。[368]在题为“产业组织”的第 8 章中，他借助一个生物学的比喻只用了一次“一体化”一词。他将其定义为“工业有机体各独立部分之间的联系日益紧密和牢固”。[369]晚年，马歇尔在他那本不太显眼且篇幅过长的《产业与贸易》（1919 年）一书中，开始探讨横向扩张与纵向扩张之间的一些区别。[370]

1910 年左右以前，法院在看待“竞争”时也并无横向与纵向之分。它通常指的是交易双方之间存在的“竞争”，即卖方希望获得尽可能多的收益，而买方希望支付尽可能少的费用。例如，约翰·D·帕克父子公司诉哈特曼案（John D. Park & Sons Co. v. Hartman）[371] 是最早对谢尔曼法中的转售价格维持法提出质疑的案件之一，该案将这种做法称为“保护财产卖方免受买方的竞争”。[372]俄克拉荷马州最高法院将转售价格维持协议视为一种禁止竞争契约，用于保护“财产卖方免受买方的竞争”。[373]当然，今天我们则会将买方和卖方之间的关系定性为纵向关系，至少在大多数情况下如此。

即使是霍姆斯（Holmes）大法官（他对经济学的掌握比大多数当代法官都要好），在谈到竞争时也是横向或纵向交替使用。在担任马萨诸塞州最高法院法官期间，他曾将侵权案件中的竞争定义为“不限于同一阶层的人之间的斗争”，而是适用于“所有的当下利益冲突”。[374]他继续举了一个纯粹的纵向例子：

生活中永恒的冲突之一，就是每个人都在努力为自己的服务获取最大的回报，而社会则以资本的名义变相为他的服务获取尽可能少的回报。[375]

1908 年，伊利诺伊州最高法院根据更现代的观点驳回了这一定性，称其为“空想且牵强的”。[376]最高法院随后得出结论，雇主与其工会雇员之间不能说存在“竞争”，即使他们

---

[368] 同上。

[369] 同上，第 301 页。关于该表述体现了马歇尔初步提出的“企业作为市场替代机制”理论，参见 John Foster, “Economics and the Self-Organisation Approach: Alfred Marshall Revisited?”, Economic Journal, Vol. 103, 1993, pp. 975, 985–987。科斯随后延续了马歇尔关于组织与市场关系的思想，参见 R.H. Coase, “The Nature of the Firm”, Economica, Vol. 4, 1937, pp. 386, 386, 388。

[370] Alfred Marshall, Industry and Trade: A Study of Industrial Technique and Business Organization; and of Their Influences on the Conditions of Various Classes and Nations, London: Macmillan, 1919；相关讨论，见下文注释 410–413 及正文内容。

[371] John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24 (6th Cir. 1907)。

[372] 同上，第 45 页；另参见 State v. Duluth Bd. of Trade, 107 Minn. 506 (1909)（指出被指控为卡特尔的联合经营，并未破坏通常的“买卖双方之间的竞争”）。

[373] Stewart v. W.T. Rawleigh Med. Co., 159 P. 1187, 1189 (1916).

[374] Vegelahn v. Guntner, 44 N.E. 1077, 1081 (1896)（Holmes 大法官异议意见）。Holmes 还在 Oliver W. Holmes, “Privilege, Malice and Intent”, Harvard Law Review, Vol. 8, 1894, p. 1 一文中进一步阐述了这一观点。

[375] Vegelahn, 44 N.E. at 1081。

[376] A.R. Barnes & Co. v. Chicago Typographical Union No. 16, 232 Ill. 424, 432 (1908)。

的利益明显不同。[377]

霍姆斯大法官还对美国最高法院判决禁止转售价格维持制度表示异议。法院的多数意见认为，转售价格维持是一种对财产处分权的限制，并且其效果是消除经销商之间在销售 Dr. Miles 品牌药品时的竞争。[378]对此，霍姆斯回应称，对于大多数非必需商品而言，价格应当由市场中“相互冲突的欲望”之间的竞争来决定，而 Dr. Miles 的药品显然并不属于生活必需品。[379]如果一种商品不是必需品（霍姆斯的例子是“海难中的口粮短缺”），那么价格将由卖方希望收取更高的价格和买方希望支付更低的价格之间的“竞争”来确定。[380]在北方证券合并案中，他不同意多数法官根据《谢尔曼法》第 1 条对垄断合并的处罚。[381]他指出，“该法对竞争只字未提”。[382]然后，他描述了普通法中被定性为限制贸易合同的一系列情况，并得出结论认为本案的事实不符合其中任何一种情况。[383]至于两个曾经的竞争对手合并后可能导致价格上涨这一担忧，霍姆斯似乎并未对此表现出明显的不安。

除了一个隐含的例外，《谢尔曼法》本身从未区分纵向与横向行为。这个例外就是该法第 1 条中提到的“限制贸易的合同”[384]正如霍姆斯大法官在北方证券案的反对意见中所指出的，在普通法中，这一短语指的是“与承约人业务无关的第三方所订立的合同……该合同在全部或部分上限制了承约人以其原本方式从事该项业务的自由”。[385]霍姆斯法官以英国在米切尔诉雷诺兹案中的判决为例。[386]原告出租了一栋用作面包店的建筑物，并承诺不在附近开设与之竞争的面包店。此类竞业禁止协议属于纵向协议，因为它们正式发生在财产的卖方（出租人）和买方（承租人）之间，或在其他情况下发生在雇主和雇员之间。尽管如此，该协议也具有横向效力，因为其目的是限制承诺人的竞争选择。在米切尔案中，出租人向承租人承诺，他不会从事与承租人竞争的业务。

即使是 1914 年通过的《克莱顿法》也忽略了纵向竞争问题，只有一个有限的例外。该法第 3 条禁止以买方不经营竞争对手的商品为 “条件或协议”销售商品。[387]当然，这也成为现代搭售和排他性交易法的基础。然而，即使在这里，虽然法律谴责的是纵向协议，但

---

[377] 同上，第 432-33 页。
[378] Dr. Miles Med.Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 407-08 (1911)（将有争议的转售价格维持协议描述为 "旨在.....防止交易者之间的竞争"）。
[379] 同上，第 412 页。
[380] 同上。
[381] N. Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904).
[382] 同上，第 403 页。
[383] 同上，第 403-04 页。
[384] 15 U.S.C. § 1。
[385] N. Sec. Co., 193 U.S. at 403–404（Holmes 大法官异议意见）。
[386] Mitchel v. Reynolds (1711) 24 Eng. Rep. 347; 1 P. Wms. 181.
[387] 15 U.S.C. § 14.

影响却是横向的。人们关注的是限制竞争对手间竞争的协议。此外，该法在历史上的关注重点是专利许可协议，在这些协议中，专利权人被认为利用搭售关系将其专利权扩展到合法范围之外。[388]《克莱顿法》并不意图扩大纯粹纵向限制的法律范围，因为纵向限制只限制制造商销售自己的产品。

最初的《克莱顿法》第 2 条禁止针对竞争对手的价格歧视，这是一种掠夺性定价。[389]这一条款所规制的是一种纯粹的横向行为。该条款于 1936 年经《罗宾逊-帕特曼法案》（Robinson-Patman Act）修正，以涵盖所谓的“第二级”价格歧视，即向不同客户收取不同价格，从而使支付较低价格的客户获得不当优势。[390]这些 1936 年的修正案实质上将该条款转变为以规制纵向行为为主的法律。自此以后，该法便区分了“第一级”违反（横向）与“第二级”违反（纵向）。然而，前者完全源自 1914 年原始法案的规定，而后者则是在 1936 年修正过程中发展而来的。[391]

同样，最初的《克莱顿法》中处罚兼并的条款只适用于那些限制兼并公司“之间”竞争的兼并，即竞争对手之间的兼并。[392]1950 年，该条款被修订并扩展至纵向兼并，也就是人们今天所看到的样子[393] 。

总之，虽然《克莱顿法》极大地扩展了《谢尔曼法》的内容，而且最高法院在很大程度上也是这样解释的，但它几乎只涉及横向行为。只有在 20 世纪 30 年代中期及之后通过的修正案中，该法才变得 “纵向”。在转售价格维持制度之外（该法除了对转让限制的关注之外，并没有完善的经济学原理），对纵向一体化的竞争关注尚未出现。虽然《谢尔曼法》对限制贸易合同的关注和《克莱顿法》对搭售的关注都是纵向的，但今天我们会把这两种行为称为“品牌间”限制。也就是说，它们都是旨在限制横向竞争的纵向合同。

但与此同时，《克莱顿法》第 3 条和 1917 年的电影专利公司案成为发展反竞争纵向行为理论的重要工具，并在 20 世纪 30 年代得到了极大的发展。[394]但值得注意的是，该案中的做法实质上是横向的，目的是将专利权人的影片与竞争对手提供的影片隔离开来。[395]

---

[388] 相关讨论，见下文注释 445–450 及正文内容。
[389] Clayton Act, ch. 323, § 2, 38 Stat. 730 (1914)（现行版本见 15 U.S.C. § 12）。
[390] 15 U.S.C. § 13.
[391] 见 Hovenkamp，前注 197 ，¶ 2332（一级价格歧视）；同上，¶ 2333（二级价格歧视）。
[392] 原始第 7 条禁止“在此类收购的效果可能大幅减少被收购公司与收购公司之间竞争的情况下……”——Clayton Act, ch. 323, § 7, 38 Stat. 731 (1914)（现行版本见 15 U.S.C. § 18）。
[393] 15 U.S.C. § 18；参见 Clayton Act, ch. 1184, § 7, 64 Stat. 1125 (1950)。
[394] Motion Picture Pats. Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917)。
[395] 相关讨论，见下文注释 465–466 及正文内容。

（二） 进步经济学与纵向一体化

亚当·斯密（Adam Smith）的《国富论》中有一章很重要，题为“劳动分工受市场范围的限制”。[396]斯密的观点是，市场越大，专业化程度越高，因为企业能够更多地依赖交换而不是内部供应。[397]在苏格兰偏僻的乡村，“每个农民都必须为自己的家庭做屠夫、面包师和酿酒师”，在这样的城镇甚至很难找到专业的木匠或泥瓦匠。[398]斯密洞察到，较大的市场会导致企业在某些投入上更多地依赖他人，因此斯蒂格勒（Stigler）提出了一个理论，即小市场为内部纵向一体化提供了动力。[399]随着市场的扩大，大型企业有更多的机会购买而不是制造。然而，将该论点进一步引申为认为亚当·斯密发展出了一套关于纵向整合的一般性经济理论，则未免牵强。

在反垄断的早期，经济学和法学中几乎完全没有关于纵向竞争有害行为的概念。在 20 世纪之前，这种情况很少发生。在芝加哥托拉斯会议[400] 长达 700 页的会议记录中，无论是律师还是经济学家都从未将纵向一体化或纵向行为作为竞争问题进行过讨论。几年后，联邦法院首次开始根据《谢尔曼法》处理转售价格维持问题。[401]

对纵向商业关系和竞争政策的探讨始于 20 世纪初的经济学文献，尽管有些杂乱无章。尽管进步派人士对托拉斯的关注有所加强，但他们并不认为纵向一体化或纵向控制是一种威胁。早期的讨论都是以非常善意的措辞进行的。1901 年，曾在哈佛大学和普林斯顿大学任教的政治学家兼律师威廉·威洛比（William F. Willoughby）得出结论，认为纵向一体化的竞争效应绝大多数是积极的。[402]在谈到安德鲁·卡内基（Andrew Carnegie）的钢铁公司时，他得出结论，纵向一体化的“公司政策”“不是试图减少外部竞争，而是寻求实现更完美的组织和自身财产的整合”。[403]他认为，总的来说，公司进行纵向整合的主要原因是确保在出现短缺时能够及时获得充足的供应。[404]

进步派经济学家、威斯康星大学校长查尔斯·范·希斯（Charles Van Hise）在 1912 年

---

[396] Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Vol. 1, 1776, pp. 21–27.
[397] 同上，p. 21（“当市场规模非常小时，没有人会有动力将自己完全投入到某一项专门职业……”）。
[398] 同上。
[399]George J. Stigler, “The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market”, Journal of Political Economy, Vol. 59, 1951, p. 185.
[400] 相关讨论，见上文注释 8–61 及正文内容。
[401] 例如，John D. Park & Sons, Co. v. Hartman, 153 F. 24 (6th Cir. 1907)（认定转售价格维持（RPM）协议不具有可执行性）。
[402] William Franklin Willoughby, “The Integration of Industry in the United States”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 16, 1901, p. 94.
[403] 同上，第 102 页。
[404] 同上，第 114-15 页。

出版的有关托拉斯问题的书中只谈到过一次“纵向整合”。[405]他指的是钢铁行业的纵向整合，但没有对纵向整合做出一般性结论。[406]约翰·贝茨（John Bates）和约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）在 1914 年出版的重要著作《对托拉斯的控制》中也从未讨论过纵向行为或纵向整合。[407]这一疏漏意义重大，因为约翰·贝茨当时是美国最著名的经济学家之一，也是边际主义学派的领军人物。从更广泛的角度来看，他们的著作是对托拉斯制度的有力控诉。

在马歇尔的晚年，他在 1919 年撰写的《产业与贸易》一书中，曾多次谈到企业向供应或分销市场的“纵向扩张”。[408]例如，他指出，企业有时会进行纵向整合，以避免受上游卡特尔的影响。[409]他对纵向一体化的唯一一次持续讨论是关于企业为确保供应或分销来源而进行纵向一体化的问题，而且他完全是从善意的角度来谈论纵向一体化的。[410]其他几位经济学家也谈到了纵向一体化，主要是为了强调纵向控制带来的效率提升。[411]

约翰·莫里斯·克拉克（John Maurice Clark）在 1923 年出版的有关固定成本（“间接成本”）的书中确实对纵向一体化进行了较为详细的论述。[412]他在题为“组合经济”的一章中简短地谈到了钢铁行业的“纵向组合”[413]，并对其进行了更广泛的论述。他将其描述为“将一系列生产流程中相继阶段的运作统一纳入单一管理之下的整合形式”。[414]

克拉克将纵向一体化问题归结为管理信息和固定成本的问题：“雇主对自身需求和自身业务状况的了解是一种昂贵的工业资产.....”。[415]更进一步：

整合所带来的另一项收益体现为原材料供应的高度可靠性。两个企业会相互调整各自的生产流程，使得所供应材料的质量与供给的规律性都能更精确地满足使用方的需求，这一点若两者是彼此独立的企业则难以实现……[416]

这样一来，“省去的另一项工作是（卖方）谈判、讨价还价、哄抬物价、刺激需求.....以

[405] Charles R. Van Hise, Concentration and Control: A Solution of the Trust Problem in the United States, 1912, p. 204.
[406] 同上。
[407] 参见一般性讨论：John Bates Clark & John Maurice Clark, The Control of Trusts, 1914。
[408] Alfred Marshall, Industry and Trade: A Study of Industrial Technique and Business Organization; and of Their Influences on the Conditions of Various Classes and Nations, 1919, pp. 215–216, 507。
[409] 同上，第 381 页。
[410] 同上，第 146-50 页。
[411] 例如，Henry W. Macrosty, The Trust Movement in British Industry: A Study of Business Organisation, 1907。
[412] Clark, 同上注 147。
[413] 同上，第 81 页。
[414] 同上，第 135 页 n.1。
[415] 同上，第 137 页。
[416] 同上。

及许多其他买卖工作。这些都可以简化为程序性工作”。[417]他将其描述为“间接费用通过纵向联合大幅度减少”。[418]显然，科斯（Coase）不是第一个观察到内部整合是避免使用市场成本的一种方法的人。[419]克拉克独有的贡献主要在于观察到高固定成本和产品差异化加剧了上下游市场协调的问题。

在大萧条时期，经济学界对纵向行为的看法发生了根本转变，变得更加批判，不再强调成本节约的作用，甚至认为其可能带来负面影响，而将关注的重点转向垄断问题。[420]其中最悲观的是经济学家阿瑟·R·伯恩斯（Arthur R. Burn）于 1936 年出版的《竞争的衰落》一书，该书深受垄断竞争理论的影响。他认为纵向一体化本质上就是垄断，是竞争衰落的有力证据。[421]

（三） 进步主义与新兴的纵向一体化法律

在区分纵向与横向行为时，最困难的部分是确定一家公司对纵向相关市场的控制如何影响竞争。如前所述，当时的经济学家敏锐地意识到纵向一体化可以降低成本。[422]许多法院也是如此。早在 1866 年，英国的一项判决就指出，铁路公司收购煤矿的效果之一就是降低了运营所需的煤炭成本。[423]

法院也意识到取消赎回权的威胁，但一般不认为它们具有决定性。1886 年，最高法院认为，一家已融入货物快递服务业务的铁路公司没有义务为一家独立的快递公司提供同等服务。[424]米勒（Miller）法官和菲尔德（Field）法官持反对意见。他们认为，鉴于快递服务是对铁路的一种补充，拒绝提供服务的后果是将竞争性快递公司排除在该铁路所服务的市场之外。当时没有相关的反托拉斯法，甚至没有一年后通过的《州际商业法》。[425]相反，他们会根据普通法认定普通承运人的责任。[426]几年后，首任大法官哈兰（Harlan）为法院全体法官撰写了一份意见书，宣布铁路公司与卧铺车厢供应商之间的独家经营合同不违反公共政策或

[417] 同上。
[418] 同上；另参见 L. Kotany, “A Theory of Profit and Interest”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 36, 1922, p. 413（指出纵向一体化可以降低成本）。
[419] 参见 Coase, 同上注 371。
[420] 见 Hovenkamp，前注 72 ，第 220-40 页；Hovenkamp，前注 156 ，第 331-45 页。
[421] Arthur Robert Burns, The Decline of Competition: A Study of the Evolution of American Industry, 1936, pp. 421–445。
[422] 相关讨论，见上文注释 413 及正文内容。
[423] Lyde v. E. Bengal Ry., 55 Eng. Rep. 1059, 1062 (1866)。
[424] Memphis & Little Rock Ry. Co. v. S. Express Co., 117 U.S. 1 (1886)。
[425] Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379 (1887)。
[426] Memphis, 117 U.S. at 29, 33。

普通法。[427]该诉讼并未依据任何联邦法规。

塔夫脱（Taft）法官在 1898 年美国诉阿迪斯顿管钢公司[428] 一案的反垄断意见中提到了竞业禁止协议（一种纵向排他性契约形式），指出这些协议有时可能是有害的。它们可能会剥夺当事人的机会，从而对当事人造成伤害；也可能会剥夺公众获得有价值服务的机会，从而阻碍企业发展。此外，他还提出了两个与竞争政策更直接相关的理由：它们可能“阻止竞争并提高价格”，以及它们“使公众面临垄断的所有弊端”。[429]至于普通法，其总体上认可绝大多数纵向协议，唯有部分竞业禁止协议构成例外。[430]无论如何，塔夫脱法官在阿迪斯顿管钢公司案中的上述言论属于附带意见，因为该案实质上仅涉及赤裸裸的横向价格操纵行为。

这一分析仍有许多问题有待解决。例如，如何解释纵向安排可能同时降低成本和排斥对手？这两件事似乎一利一弊。此外，普通法传统上对合同自由和贸易自由的有力保护应该得到多大的重视？在涉及维持转售价格和其他纵向限制的案件中，这些问题显得尤为突出，因为在这些案件中，贸易自由就是不受分销限制的自由。[431]正如最高法院在 1919 年拒绝认定转售价格维持协议的判决中重申的那样，《谢尔曼法》的目的是“维护贸易自由权”。[432]

从历史上看，普通法确实承认限制商业公司通过合同进行纵向整合，但这些限制与竞争政策无关。首先，是普通法中反对对财产转让设置限制的原则。法院曾经据此一贯拒绝执行某些类型的合同。[433]此后，反托拉斯判例将这一原则作为依据，援引《谢尔曼法》来否定某些纵向合同中对再销售行为的限制，包括转售价格维持制度。[434]最高法院最近在 1967 年的一起反托拉斯案件中引用了对转让限制的担忧，当时它宣布对经销商的地区限制本身就违反了反托拉斯法。[435]

---

[427] Chicago, St. Louis & New Orleans R.R. Co. v. Pullman S. Car Co., 139 U.S. 79, 89–90 (1891)（Blatchford 大法官未参与该案）。

[428] United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), modified and aff'd, 175 U.S. 211 (1899)。

[429] 同上，第 280 页（引用了 Alger v. Thacher, 19 Pick. 51, 54, 36 Mass. 51 (1837)).

[430] 见 Hovenkamp，前注 65 ，第 156-58 页。

[431] 参见 Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 403 (1911)（谴责转售价格维持协议：指出“对于商品已投放市场且生产者已转让所有权后的未来销售，自由贸易的公共利益应予维护”）。

[432] United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919)。

[433] 例如，De Peyster v. Michael, 6 N.Y. 467 (1852)（拒绝执行对土地出售的转让限制）；Anderson v. Cary, 36 Ohio St. 506 (1881)（对土地后续转售的限制不具有可执行性）。另见 Williams v. Ash, 42 U.S. 1 (1843)（有趣地指出，如受赠人试图出售所受赠奴隶，则这些奴隶应被解放，这种条件并不构成对转让的非法限制）。

[434] Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 403–404 (1911)（“转让权是动产所有权的基本属性之一……”（引自 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24, 39 (6th Cir. 1907)））；另见 John Chipman Gray, Restraints on the Alienation of Property, §§ 27, 28, 2nd ed., 1895；2 Sir Edward Coke, Coke Upon Littleton, § 360, 1628。

[435] United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365, 377-78 (1967)（同意政府意见，认为地域限制属于“超出制造商对其购买者可施加的转让限制”）。

其次，许多独家交易合同和类似合同因未明确规定价格或数量而构成不完整合同。普通法本身对“单次性”合同（one-off contracts）抱有强烈偏好，此类合同要求交易条款明确，涵盖所有关键要素。在这里，最常受到质疑的是需求合同，后来被称为独家交易合同。根据这种合同，买方承诺向卖方购买其需要的产品，但不说明数量。在 20 世纪初，这种合同经常被驳回，不是因为担心影响竞争，而是因为合同缺乏明确性。正如纽约上诉法院在 1921 年宣布的那样，虽然合同不一定要规定精确的数量，但数量必须能够“通过大致准确的预测来确定”。[436]这一规则对商业特许经营的早期发展构成了威胁，因为特许经营协议本质上对价格、数量甚至其他交易条款都是开放式的。[437]几年之内，这种无固定期限的合同就成为特许经销网络的常规和基本组成部分。[438]这在很大程度上是合同法中善意买方原则发展的结果。[439]

1920 年，哈佛大学的塞缪尔·威利斯顿（Samuel Williston）在其颇具影响力的合同论著中认可了普通法的限制性解释。不过，他也提出了一个变通办法，表明竞争政策并非主要考虑因素。他总结道，作为一般规则，承诺出售购买者所需的物品而不明确说明数量“不足以作为”可执行合同的“对价（Consideration）”。[440]不过，他补充说，如果买方承诺从卖方购买其所有需求，则合同是可执行的。因此，“卖方承诺除买方外不生产，或买方承诺除从特定卖方处购买外不购买”是有充分依据的。[441]威利斯顿的论点得到了判例法的充分支持，[442]，反映出 1920 年前后的普通法与后来出现的反托拉斯规则正好相反：普通法中的此类合同只有在具有排他性的情况下才能强制执行。相比之下，根据反托拉斯法，排他性合同受到越来越多的怀疑。

判例法反映出的另一个问题是，当专利或版权许可中包含合同限制时，确实会突破反托

---

[436] Oscar Schlegel Mfg. Co. v. Peter Cooper's Glue Factory, 132 N.E. 148, 150 (N.Y. 1921)。

[437] 例如，Huffman v. Paige-Detroit Motor Car Co., 262 F. 116 (8th Cir. 1919)（因不确定性，汽车经销协议无效）；参见 Herbert Hovenkamp, “The Law of Vertical Integration and the Business Firm”, Iowa Law Review, Vol. 95, 2010, pp. 863, 892–900。

[438] 相关简要历史，参见 Joseph Cornwall Palamountain, Jr., The Politics of Distribution, 1955。

[439] 关于两者关系的详细讨论，参见 Friedrich Kessler & Richard H. Stern, “Competition, Contract, and Vertical Integration”, Yale Law Journal, Vol. 69, 1959, p. 1。

[440] Samuel Williston, The Law of Contracts, § 104, p. 216 (1920)。
承诺购买买方随后可能订购的商品数量，或以‘根据需要’等表述来确定数量……，并不构成充分的对价，因为买方可以选择不购买，既不会使自己遭受法律上的损失，也不会使对方受益。
同上，第 216-17 页（引用了许多判决）；参见例如 Oscar Schlegel Mfg., 132 N.E. at 149（未明确数量的合同无效）。其他相关发展见 Hovenkamp, 同上注 439。

[441] Williston，前注 440 ，第 218 页。

[442] 例如，Virginia Consol. Milling Co. v. Rwy. Supply & Mfg Co., 17 Ohio Dec. 794 (1907)（批准了“全部产出”需求合同）；Burt v. Garden City Sand Co., 141 Ill. App. 603 (1908)（因违约判给损害赔偿）；Morier v. Moran, 58 Ill. App. 235 (1895)（支持全部产出购买合同的效力）；Robert E. Lee Silver Min. Co. v. Omaha & Grant Smelting & Refining Co., 16 Colo. 118 (1891)（同上）。

拉斯政策的边界。起初，法院根据专利法拒绝执行许多此类协议，并使用各种理论限制专利权人在专利产品售出后对其施加限制的权力。[443]例如，在《谢尔曼法》颁布 40 年前，最高法院在威尔逊诉辛普森案中做出了影响深远的判决，认为专利权人不能要求刨木机的购买者购买自己未获专利的一次性刀片。[444]在亚当斯诉伯克案中，最高法院拒绝执行棺材盖制造商/专利权人施加的条件，该条件限制了棺材盖可用于埋葬的地理区域。[445]法院认为，这一限制不属于“专利垄断范围”。[446]在鲍布斯-梅里尔公司诉施特劳斯案[447]中，法院拒绝执行图书版权许可中包含的转售价格维持协议，这比最高法院在 Dr. Miles 案的判决中适用反垄断法早了三年。该判决并未援引反垄断法。早在反垄断法通过之前，最高法院就经常拒绝执行专利或版权许可中包含的纵向限制。这一理论的许多内容最终被纳入了反垄断法。[448]

这些判决并未考虑分销中的竞争问题，而只是考虑限制性许可条款是否超出了知识产权授权的范围。不过，专利判决最终还是以竞争为由引起了一些反弹。一个例子是法官（后来的大法官）霍瑞斯 •路顿（Horace Lurton）1896 年在希顿-半岛钮扣扣件公司案中的意见。[449]在该案中，获得专利的钮扣扣合机的销售商禁止购买者在使用该机器时使用除自己未获专利的扣合机以外的任何扣合机（扣合机将每个钮扣连接到一件衣服上）。用现代术语来说，我们将这种安排称为可变比例搭售协议。[450]除了围绕该限制所附之专利许可范围是否合理的争议之外，买方还提出了一项主张，认为该限制“违反了关于垄断和限制交易合同的公共政策原则”。[451]其要点是，“公共政策禁止专利权人就其垄断权签订合同，从而在未获得专利的产品中形成另一种垄断”[452]路顿法官在回答时指出，搭售条款的作用在于衡量机器的使用情况，以确定专利使用费。[453]

1912 年，联邦最高法院在一起存在分歧的判决中，主要依赖于 纽扣扣件一案的先例，在亨利诉 A.B.迪克公司案中裁定，专利办公复印机的制造商可以将其自产的未获专利的纸张、模板和墨水与该机器捆绑销售。[454]此时，路顿法官已升任最高法院法官，并撰写了判

[443] 参见 Herbert Hovenkamp, “Antitrust and the Design of Production”, Cornell Law Review, Vol. 103, 2018, p. 1155；另见例如 同上，pp. 1163–1165（对转让限制不可执行性的分析）。
[444] Wilson v. Simpson, 50 U.S. 109 (1850)。
[445] Adams v. Burke, 84 U.S. 453, 460 (1873)。
[446] 同上，第 456 页。
[447] Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339, 349-51 (1908)。
[448] Hovenkamp，前注 443
[449] Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co., 77 F. 288 (6th Cir. 1896)。
[450] 见 Hovenkamp，前注 191 ，第 10.6e 节。
[451] Heaton-Peninsular Button-Fastener, 77 F. at 292.
[452] 同上。
[453] 同上，第 296 页（“因此，紧固件成为了用以确定按实际使用机器数量计提专利费的计数器。”（引自原告律师陈述））。
[454] Henry v. A.B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912)。

决意见书。《谢尔曼法》现已通过，但法院驳回了该法禁止此类协议的论点。相反，法院指出了“使用或出售专利法权利的绝对自由”这一一般规则。[455]

事实证明，亨利案的裁决太过分了。国会在两年后通过了《克莱顿法》第 3 条，禁止“无论有无专利”的商品捆绑销售，但前提是必须证明这种捆绑对竞争造成了损害。[456]也就是说，竞争法，而非专利的适当范围，成为了驱动因素。通过这一声明，搭售法从专利法迁移到了反垄断法的领域。第 3 条成为第一部专门针对纵向限制的反垄断法规。该法规实际上更进一步，不仅禁止绝对的搭售，还禁止以搭售为条件的折扣或回扣。[457]然而，它并没有惩处所有的搭售，甚至也没有惩处所有的专利搭售，而只是处罚那些威胁到“大幅减少竞争或倾向于形成垄断”的搭售。事实上，很难说《克莱顿法》会惩处促使国会采取行动的纽扣和办公复印机搭售行为。两者都属于普通商品，很可能不会对竞争造成损害。

1917 年，最高法院推翻了亨利案的判决，惩处了涉及爱迪生电影放映机的搭售行为。爱迪生电影放映机是根据专利许可协议出售的，该协议禁止用户放映除卖方自己的影片以外的任何影片。[458]在诉讼期间，该胶片的其他专利已经过期。法院认为许可限制实际上是试图通过将胶片与获得专利的放映机绑定来延续胶片专利的排他性。[459]虽然该判决总体上依据的是专利法，但法院引用了新的《克莱顿法》条款来确认其结论。[460]与亨利案不同，电影专利案确实涉及到对新生电影业垄断的严重威胁。[461]1930 年后，关于搭售的判决不再那么谨慎，开始惩处对竞争无害的搭售行为。[462]

诸如电影专利案之类的判决虽然未明确使用“纵向行为”这一术语，但该判决确实体现了法院对电影下游控制行为构成垄断问题的某种认可，至少在专利法领域是如此。本案中的担忧在于：对一项获得专利的电影放映机及对影片内容的控制，可能成为控制整个电影产业的杠杆。到了 20 世纪 30 年代，关于纵向行为作为垄断工具的担忧，开始在产业经济学文献中变得尤为突出。[463]在电影产业内部，这种担忧最终演变为对纵向整合的近乎痴迷的关注，

---

[455] 同上，第 29-30 页。
[456] 15 U.S.C. § 14 (2018)。
[457] 同上（“任何在商业活动中从业者，在该商业过程中……如果以[搭售]为条件，对……价格进行折扣或返利，均属违法。”）
[458] Motion Picture Pats. Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917)。
[459] 同上，第 518 页。
[460] 同上，第 517 页。
[461] 参见 Barak Orbach, “The Fight of the Century: On the Exploitation of Social Divides”, N.Y.U. Journal of Law & Liberty, Vol. 14, 2020, p. 493；Ralph Cassady, Jr., “Monopoly in Motion Picture Production and Distribution, 1908–1915”, Southern California Law Review, Vol. 32, 1959, p. 325。
[462] 例如，Carbice Corp. v. Am. Pats. Dev. Corp., 283 U.S. 27 (1931)；相关讨论，见下文注释 505–506 及正文内容。
[463] 例如，Donald H. Wallace, Market Control in the Aluminum Industry (1937)；E.A.G. Robinson, The Structure of Competitive Industry (1932)；S.R. Dennison, “Vertical Integration and the Iron and Steel Industry”, Economic

并最终反映在 1948 年派拉蒙判决中所作出的强制拆分命令中。[464]

转售价格维持——由于并不限制与竞品的竞争而被称为品牌内限制——在历史上曾受到了最严厉的对待。今天，我们倾向于认为，与维持转售价格协议相比，搭售安排对竞争造成损害的可能性更大。1907 年，仍在第六巡回法院任职的勒顿（Lurton）法官认为，一家中成药制造商与其各分销商和转售商之间规定转售价格的协议不可强制执行，因为这是一份限制贸易的合同。[465]此案并不涉及反托拉斯问题。[466]该案与他之前在纽扣扣合机案中的判决的不同之处在于，涉案药品可能受到商业秘密的保护，但它们并没有获得专利。[467]四年后，最高法院在迈尔斯公司诉帕克公司案中采纳了相似观点。[468]最高法院提及《谢尔曼法案》只是为了指出，以往拒绝适用该法的判例均涉及获得专利的产品。[469]

直到 20 世纪 30 年代，联邦反托拉斯判例法才将一种做法称为“纵向”行为。1934 年，地区法院在糖业协会案中的一份意见书中提到，“纵向组织分销机构”可能会导致“消费者最终获得更低的价格”。[470]

更明确地区分横向行为与纵向行为的司法认定稍晚一些才出现，且来自一个颇不寻常的领域。在迈尔斯公司案判决维持转售价格违法之后，小企业利益集团开始了一场“公平贸易”运动，试图使各州能够选择不适用联邦法，从而在本州范围内允许转售价格维持。[471]尽管一些州试图违反联邦法律推进相关立法，但最终是国会在国家零售药剂师协会领导的小企业团体强大游说攻势下妥协，该协会还为国会起草了一份“示范法案”。[472]国会于 1937 年通过了《米勒-泰丁法》。[473]时任总统罗斯福反对此项立法，并曾威胁将予以否决，但最

Journal, Vol. 49, 1939, p. 244。

[464] United States v. Paramount Pictures, 334 U.S. 131 (1948)（作出广泛判决，禁止电影行业中的多种发行做法，并将制片与发行分离）。该判决于 2020 年最终被撤销。United States v. Paramount Pictures, Inc., 2020 WL 4573069 (S.D.N.Y. 2020)（指出 1948 年判决所涵盖的许多做法已变得过时）。

[465] John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24 (6th Cir. 1907)。

[466] Lurton 法官确实指出，一起涉及横向协议实施转售价格维持的案件曾依据反垄断法进行审理。同上，第 35 页（讨论 Jayne v. Loder, 149 F. 21 (3d Cir. 1906)）。

[467] 同上，第 27-28 页。

[468] Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)（Lurton 大法官当时已在最高法院，但未参与该案审理）。

[469] Dr. Miles Med., 220 U.S. at 400（提及在 Bement v. Nat’l Harrow Co., 186 U.S. 70 (1902) 一案中被裁定可执行的专利许可横向定价协议）。

[470] United States v. Sugar Inst., 15 F. Supp. 817, 900 (S.D.N.Y. 1934).

[471] 关于公平贸易运动，参见 Sawyer, 同上注 2, pp. 303–304 (2018)；Palamountain, 同上注 440, pp. 235–254。关于当时的评论，参见 Robert E. Freer, “Fair Trade in Operation”, Journal of Marketing, Vol. 2, 1938, p. 303。哈佛产业经济学家 Edward S. Mason 是该运动的激烈批评者。参见 Edward S. Mason, “The Current Status of the Monopoly Problem in the United States”, Harvard Law Review, Vol. 62, 1949, p. 1265（感叹 Miller-Tydings 法案明确表示“我们不希望在大部分零售业中出现价格竞争”）。

[472] Palamountain, 前注 438 , 第 236 页。

[473] Miller-Tydings Act of 1937, 250 Stat. 693 (1937)（该法已被 1975 年《消费品定价法》废止，89 Stat. 801 (1975)）。

终还是在政治压力下让步。[474]

《米勒-泰丁法》授权各州批准在其境内维持转售价格，但却引起了关于其适用范围的大量争议。虽然它从未使用过“纵向”或“横向”的术语，但它确实包含了一个限制性条款，即它不豁免制造商、生产商和批发商之间的协议。[475]这种豁免的范围必须由司法部门确定。由于该限制性条款是由各州立法引发的，因此主要由各州法院进行解释，这些法院在很大程度上得出结论，该法规豁免“纵向”协议，但不豁免“横向”协议。例如，北卡罗来纳州最高法院在 1939 年解释说

法律授权的协议是纵向的，即特定品牌商品的制造商或生产商与直线销售该产品的零售商之间的协议；而不是横向的，即生产商与批发商或相互竞争的个人和企业之间的协议.....[476]

最高法院最终在施韦格曼兄弟公司诉卡尔弗特酿酒公司案中确认了这一观点，并将其作为联邦反垄断法的一个事项，[477] ，结论是该法规“不授权横向合同，即制造商之间、生产商之间的合同或协议”。[478]

到 20 世纪 30 年代初，纵向行为法已经发展到与今天没有太大区别的地步，只是在处理转售价格维持问题上有所不同。搭售协议虽可受到反托拉斯法的规制，但其法律责任在很大程度上仅限于那些市场占有率较高或排他性效应显著的企业。除了电影专利案外，1936 年的 IBM 搭售案判定，IBM 将其计算机与数据卡片捆绑销售的行为构成违法，理由是其在相关市场中的占有率超过 80%。[479]相较之下，通用汽车公司将汽车维修服务与原厂零配件捆绑的做法则被法院认可，理由是该搭售对质量控制至关重要，且市场上竞争依然充分。[480]

---

[474] Palamountain, 前注 438 , 第 247-49 页。

[475] Miller-Tydings Act of 1937, Pub. L. No. 75-314, 50 Stat. 693 (1937)。该法规定，谢尔曼法第 1 条不得使下列合同或协议成为非法：对带有、或其标签或包装上带有生产者或分销商商标、品牌或名称的商品，在与其他人生产或分销的同类商品自由公开竞争的情况下，规定其转售最低价格的合同或协议，并且此类合同或协议在任何当前或将来有效的州法律、法规或公共政策下，适用于州内交易时是合法的……在该州进行转售，或商品为此目的被运输至该州时同样适用……。同上。不过，该法进一步规定：“前述规定不得使涉及本法所涉商品的制造商之间、生产者之间、批发商之间、经纪人之间、代理人之间、零售商之间，或彼此竞争的个人、公司或企业之间，订立的关于建立或维持最低转售价格的任何合同或协议合法化。”同上。

[476] Ely Lilly & Co. v. Saunders, 4 S.E.2d 528, 535 (N.C. 1939)；另参见 Seagram-Distillers Corp. v. Old Dearborn Distrib. Co., 363 Ill. 610, 614 (1936)（“原告与批发分销商之间或分销商与零售商之间的合同，被称为纵向价格固定合同。此类合同被相关法规允许。制造商之间、批发商之间或零售商之间关于销售或转售价格的合同，被称为横向价格固定合同，因其作为限制竞争的联合，其并不在该法规的适用范围之内。”)；另参见 Port Chester Wine & Liquor Shop, Inc. v. Miller Bros. Fruiterers, 1 N.Y.S.2d 802, 808 (App. Div. 1938)（明确区分了横向与纵向协议)；Joseph Triner Corp. v. McNeil, 363 Ill. 559, 561 – 562 (1936)（同上)。

[477] Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384 (1951)。

[478] 同上，第 410 页；见“Comment, Resale Price Maintenance by an Integrated Firm: The McKesson & Robbins Case”, University of Chicago Law Review, Vol. 24, 1957, p. 533。

[479] Int'l Bus.Corp.Corp. v. United States, 298 U.S. 131, 136 (1936)（IBM 制造了 81% 的制表卡，而其唯一的竞争对手 Remington-Rand 制造了 19%)。

[480] Pick Mfg. Co. v. Gen. Motors Corp., 80 F.2d 641, 643 (7th Cir. 1935), aff'd per curiam, 299 U.S. 3 (1936)。

此外，其他一些判例亦在认定相关市场竞争充分的前提下，对搭售行为予以认可。[481]

排他性交易的情况也是如此，当排他性交易实际上构成长期占据市场支配地位的威胁时，才会受到法律谴责。在一项适用《克莱顿法》处理排他性交易的判决中，法院指出，供应商控制了全国大约 40% 的服装款式销售点，而相关的排他性协议有可能会有造成多个地方性垄断的风险。[482]至于纵向地域限制（vertical territorial restraints），直到 1960 年代最高法院在怀特汽车公司诉美国案中才首次加以处理。[483]道格拉斯（Douglas）大法官代表法院认为，现在下结论还为时过早。相比之下，转售价格维持仍被视为当然违法（per se illegal），在反托拉斯法律中显得格外特殊。

纵向兼并和所有权纵向整合的法律也走过类似的道路。当纵向一体化似乎会造成或维护垄断时，法院就会予以法律谴责，但一般要求提供市场支配地位或取消赎回权的证据。例如，在美国烟草公司、[484]玉米制品公司案、[485]柯达公司案、[486] 和开斯通表壳公司案[487]案的判决中，对纵向一体化的法律惩处都至少以市场支配地位的假设为前提。另一方面，法院拒绝惩处美国钢铁公司对分销设施的整合，[488] ，认为这种整合提高了效率，降低了成本，减少了不确定性。[489]在维持原判时，最高法院引用的证据表明，被告将几项业务合并到单一设施中的成本更低，而且这种合并将使其能够更有效地在世界市场上竞争。[490]

在东部各州零售木材经销商协会诉美国一案的一致反托拉斯判决中，法院甚至出面干预，保护木材行业的所有权纵向一体化。[491]被告是进步时代小企业的典型代表，他们依靠

---

[481] United States v. United Shoe Mach. Co., 264 F. 138, 167 (E.D. Mo. 1920), aff’d, 258 U.S. 451 (1921)（指出被搭售的维修部件性质较为敏感）；FTC v. Sinclair Refining Co., 261 U.S. 463, 475 (1923)（拒绝否定汽油特许经营商捆绑销售自身汽油的做法；指出该市场存在竞争）。

[482] Standard Fashion Co. v. Margrane-Houston Co., 258 U.S. 346, 362–363 (1922)；另见 Q.R.S. Music Co. v. FTC, 12 F.2d 730, 731 (7th Cir. 1926)（在 FTC 法下，认定在自动钢琴卷市场占有约 60%份额的被告实施的独家经销行为违法）。相反，D.R. Wilder Mfg. Co. v. Corn Prods. Refin. Co., 236 U.S. 165 (1915)（在谢尔曼法下，仅因独家经销受到质疑且未涉及市场份额分析，法院拒绝认定违法）。另有少量案例依据州反垄断法认定独家经销违法。例如 Fred Miller Brewing Co. v. Coonrod, 230 S.W. 1099 (Tex. Civ. App. 1921)（依据德州反垄断法认定独家经销违法，未涉及市场份额分析）。

[483] White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253, 263 (1963)（“我们尚不了解这些安排产生的经济和商业背景，因而无法确定其影响。”）。

[484] United States v. Am. Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911)；另见 United States v. Am. Can Co., 230 F. 859, 874 (D. Md. 1916)（认定市场主导企业实施的多种纵向做法违法）。

[485] United States v. Corn Prods. Refin. Co., 234 F. 964 (S.D.N.Y. 1916)（收购糖果公司后以低于成本价格销售糖果；通过糖浆实施价格挤压——两项措施均未成功，但被认定为试图垄断的行为）。

[486] Eastman Kodak Co. v. S. Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927)。

[487] United States v. Keystone Watch Case Co., 218 F. 502 (E.D. Pa. 1915)（认定表壳制造商与表芯制造商的联合构成违法）。

[488] United States v. U.S. Steel Corp., 223 F. 55, 103–108 (D. N.J. 1915), aff’d, 251 U.S. 417 (1920)（指出如果设立自有仓库、货运线路及运输设施是为满足贸易的正常需求，则此类行为不违法）。

[489] 同上，第 124-25 页，第 134 页。

[490] U.S. Steel, 251 U.S. at 443-444。

[491] E. States Retail Lumber Dealers’ Ass’n v. United States, 234 U.S. 600, 611 (1914) （指出拒绝参与的企业会被贴上“非公平经营者”标签）。

“公平贸易”的外衣保护自己免受纵向一体化大公司的侵害。在本案中，他们组织了一次抵制活动，法院对此表示谴责，他们相互约定，不从任何纵向一体化零售商那里批发木材。法院并未使用“纵向整合”等术语，而是将争议行为表述为：部分批发商开始跳过被告零售商，直接向终端顾客销售产品，由此引发后者之间的联合抵制行为。

（四） 二战后对垂直控制的担忧与日俱增

由于多方面的原因，纵向关系法在 20 世纪 40 年代开始走下坡路。[492] 其中一个原因是经济大萧条和一战后大量小公司作为利益集团的兴起。另一个原因是富兰克林·D·罗斯福总统任命瑟曼·阿诺德（Thurman Arnold）为司法部反托拉斯司司长，使其成为反托拉斯和反专利的有力工具。不完全竞争模型的不断发展也产生了相当大的影响。[493]

在 1947 年的国际盐业搭售案中，最高法院依据《谢尔曼法案》和《克莱顿法案》共同裁定一种不具有排他性的搭售行为违法。该搭售行为涉及一种常见的大宗商品——食盐——这类商品在现实中并无垄断的可能性。[494]本案实质上是将原本属于专利法领域的搭售政策引入了反托拉斯法框架，法院认定，被告对其注盐设备所拥有的专利足以推定其在该设备市场中拥有市场支配力，从而认定其搭售行为构成违法。该案还淡化了《克莱顿法》关于非法搭售必须“实质性削弱竞争”的要求[495] ，认为并不需要证明搭售行为导致了市场排除（foreclosure）才能认定其对竞争造成危害——在本案中，考虑到被搭售的产品仅为普通食盐，确实也不可能证明排除效应。[496]法院认为，只需证明搭售合同所涵盖的盐的交易量相当可观即可构成违法。在本案中，该数额约为每年 50 万美元。[497]

从那时起，搭售法就被激进地用于惩处法院所不了解的对竞争无害的行为。法院也不需要理解，因为其所采纳的搭售行为“当然违法”规则，无需进行竞争分析，便可对其违法性作出强烈推定。[498]法院依据的是法兰克福特（Frankfurter）法官在 1949 年标准电台独家经营案中的判词，即“搭售协议除了抑制竞争之外几乎没有任何作用”。[499]这一判词使法院对

---

[492] 关于一战后行业协会的兴起，参见 Ells W. Hawley, The New Deal and the Problem of Monopoly, pp. 37–38, 53–72 (1966)；Palamountain, 同上注 440；Butler D. Shaffer, “In Restraint of Trade: Trade Associations and the Emergence of ‘Self Regulation’”, Southwestern University Law Review, Vol. 20, 1991, p. 289。关于大萧条时期的反垄断应对，参见 Alan J. Meese, “Competition Policy and the Great Depression: Lessons Learned and a New Way Forward”, Cornell Journal of Law & Public Policy, Vol. 23, 2013, p. 255。

[493] 相关讨论，见下文与注释 515 相应的正文内容。

[494] Int’l Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947)。

[495] 15 U.S.C. § 14 (2018)。

[496] Int'l Salt, 332 U.S. at 396。

[497] 见同上，第 395 页。

[498] Times-Picayune Publ'g Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953).

[499] Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293, 305–306 (1949)。。

搭售安排的敌意超过了对排他性交易的敌意。

在 1949 年的标准加油站案判决中，最高法院扩大了禁止独家经营的规则范围，禁止加利福尼亚标准石油公司从事“单一品牌”经营，或坚持其特许加油站只能泵送自己的汽油。[500]标准石油公司的合同覆盖了加州 6.7% 汽油销售量。[501]法院对该行为的谴责过于严厉，连一向主张积极执行反托拉斯法的道格拉斯大法官也无法认同。他在反对意见中预测，若强制特许经营的加油站必须销售多个品牌的汽油，将迫使炼油商自行建设加油站，从而彻底淘汰小型经销商。[502]

这些判决的影响之一是对搭售行为的长期敌视，尽管这种敌视从未延伸到排他性交易。[503]这种区别没有太大意义。搭售要求经销商以销售第二种特定产品作为获得第一种产品的条件，而独家经营则将特定产品排除在经销商的全部业务之外。例如，在搭售条件下，销售通用汽车的经销商可能被要求使用通用汽车的零部件进行维修。[504]相比之下，在独家经营下，经销商将被禁止销售非通用汽车。虽然结果因事实而异，但排他性交易造成的市场排斥往往超过搭售。无论如何，搭售“本身违法”规则并非进步时代的产物，而是 20 世纪 40 年代末的产物。

法院对通过并购，乃至新进入市场所实现的纵向整合，也采取了更加激进的态度。[505]事实上，纵向一体化几乎成了一个可疑的类别。1950 年并购法修订后，纵向合并和横向合并都被纳入其中，最高法院在适用该法律时态度宽松，即使排除比例远低于进步时代法院所谴责的 40%以上，也会裁定违法，例如在最高法院中低至 3%或 4%的情况将被认定构成排他性，[506] 而在下级法院，甚至排除比例刚刚超过 1%也可被裁定违法。[507]企业通过内部纵向扩张也遭遇了类似的对待。例如，一些判决谴责汽车制造商通过自有经销商销售汽车，而不是与独立经销商签约。[508]黎巴嫩山汽车公司案的判决指出，排他性交易法要求具有市场支配力，但当法院将市场定义为“在阿勒格尼县零售层面的道奇牌汽车”时，这一市场支配

[500] 同上。
[501] 同上，第 295 页。
[502] 同上，第 315-18 页。
[503] 参见，例如，Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961)（在独家经销案件中适用合理原则，并因未能充分证明排除竞争而驳回起诉）。
[504] Pick Mfg. Co. v. Gen. Motors Corp., 80 F.2d 641, 643 (7th Cir. 1935), aff'd per curiam, 299 U.S. 3 (1936)。
[505] 例如，United States v. Pullman Co., 50 F. Supp. 123 (E.D. Pa. 1943)（认定卧铺车领域的纵向整合与独家经销违法）。
[506] 例如，Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 302–303, 328 (1962)。
[507] United States v. Bethlehem Steel Corp., 168 F. Supp. 576, 611–613 (S.D.N.Y. 1958)。
[508] Mt. Lebanon Motors, Inc. v. Chrysler Motors Corp., 283 F. Supp. 453 (W.D. Pa. 1968), aff'd per curiam, 417 F.2d 622 (3d Cir. 1969)。

力条件就得到了满足，[509] ，从而认定克莱斯勒的市场份额为 100%。

在 20 世纪 60 至 70 年代，大量判决禁止那些并不具备市场支配地位的企业采取自我分销模式，哪怕只是单纯地由依赖独立经销商转向自建销售体系。[510]这些判决在今天已全部不再成立。

四、 结论

1933 年，出现了两本颠覆性的著作，介绍了不完全竞争和垄断竞争理论。一本是由剑桥大学的琼·罗宾逊（Joan Robinson）所著，[511] ，另一本是由哈佛大学的爱德华·张伯伦（Edward Chamberlin）所著。[512]这两本书反映了进步人士对市场良性品质的怀疑。在这一过程中，他们也为更积极的执法铺平了道路。

不完全竞争理论和垄断竞争理论很快在学术界产生了深远影响。这些理论逐渐演变成一套统一的理论体系，即今天的不完全竞争理论。[513]无论是偶然所致还是直接结果，反托拉斯政策也开始左倾，常常超越合理界限，对那些几乎不可能产生垄断的高效商业实践进行谴责。

反托拉斯执法力度的加大随后引发了新自由主义的激烈反应，主要来自芝加哥学派。乔治·斯蒂格勒（George J. Stigler）以及稍后的罗伯特·博克（Robert Bork）都是这一学派的杰出代表。[514]芝加哥学派曾试图将不完全竞争模型描述为不可验证或内在不一致，但这一努力最终未能成功。20 世纪 70 年代及其后，经济学领域经历了一场实证研究的复兴，有力地驳斥了这一批评。[515]如今，不完全竞争模型在微观经济文献和反托拉斯法中占据了主导地位，其实证稳健性也得到了充分肯定。[516]

总体而言，反托拉斯政策已出现回归中间立场的趋势。如今的反托拉斯政策介于罗斯福

---

[509] 同上，第 460 页。

[510] 一般参见 Hiland Dairy, Inc. v. Kroger Co., 402 F.2d 968 (8th Cir. 1968)（认定 Kroger 自建奶制品工厂、覆盖本地市场约 20%的行为违法）；Photovest Corp. v. Fotomat Corp., 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979)（在极为狭窄的“免下车”冲印市场中认定纵向整合违法，与一般照片冲印市场有别）；Indus. Bldg. Materials, Inc. v. Interchemical Corp., 437 F.2d 1336 (9th Cir. 1970)（指出被告是七十家工业密封剂制造商中规模最大的企业）；Poster Exch., Inc. v. Nat’l Screen Serv. Corp., 431 F.2d 334 (5th Cir. 1970)（电影海报的自营分销）；Lessig v. Tidewater Oil Co., 327 F.2d 459 (9th Cir. 1964)（认定非主导炼油企业的纵向整合违法）。

[511] Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition* (1933)。

[512] Edward Hastings Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition* (1933)。

[513] 参见 Herbert Hovenkamp, “Antitrust Error Costs”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 24, 2022, pp. 293, 328–329。

[514] 同上。

[515] 同上。

[516] 参见 Herbert Hovenkamp & Fiona Scott Morton, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 168, 2020, p. 1843

法院时代的一端——当时法院往往谴责对竞争无害的商业行为——与芝加哥学派日渐式微的遗绪之间。而进步主义的回应——在其时代曾被视为激进，在当下却显得相当温和——反而表现出出人意料的持久生命力。

术语词汇表

·进步时代（Progressive Era）

进步时代是指大约 1900 至 1930 年间美国的一段改革时期，其特征是政府积极介入社会和经济事务，推动反垄断立法、劳动保护、食品药品监管、城市治理改革等。该时期的改革者强调通过国家力量来矫正市场失灵和社会不公，反映出对工业化与垄断集中趋势的回应。

·边际主义经济学（Marginalist Economics）

边际主义经济学强调边际效用、边际成本等概念，主张资源配置应以最后一单位的收益与成本平衡为准。它是现代微观经济学的理论基础，对反垄断分析中关于企业决策与市场反应的理解极具影响力。

·不完全竞争（Imperfect Competition）

不完全竞争是指市场中存在进入壁垒、信息不对称、产品差异或市场势力等因素，使得价格与产量不能由自由市场机制完全决定。它介于完全竞争与垄断之间，是现实经济的常见形态。

·垄断性竞争（Monopolistic Competition）

该理论由钱伯林与罗宾逊于 1933 年分别提出，描述大量企业在销售差异化产品时虽然存在市场势力，但彼此之间仍存在竞争。该理论强调产品特征、品牌与非价格竞争的重要性。

·垂直整合（Vertical Integration）

垂直整合是指企业向其供应链的上游或下游扩展经营活动，以控制生产、分销或供应环节。该行为既可能提高效率、降低交易成本，也可能被用于排除竞争、形成市场支配。

·横向行为（Horizontal Practices）

横向行为是指处于市场同一层级的企业之间的协作或限制行为，如价格联盟、市场划分、联合抵制等。这些行为通常直接限制市场竞争，是反垄断执法重点打击对象。

·搭售协议（Tying Arrangement）

搭售协议指企业将一种产品的销售与另一种产品绑定，迫使消费者接受捆绑交易。在企业具有市场势力的前提下，这种行为可能构成对相关市场的排除。

·转售价格维持（Resale Price Maintenance, RPM）

生产商通过合同规定零售商不得低于指定价格销售商品。该行为被认为限制了品牌内竞争（intrabrand competition），在美国长期被视为本身违法。

• 独家交易协议（Exclusive Dealing）

指交易双方约定只能与对方交易（如买方承诺只向某卖方采购），其正面效应为促进合作与稳定供应链，负面效应可能在于排除其他市场参与者。

• 排他性封锁（Foreclosure）

在垂直限制背景下，指竞争者因上游或下游资源被锁定而难以进入市场。是判断垂直安排是否损害竞争的重要分析指标。

• 合理原则（Rule of Reason）

合理原则要求法院在反垄断案件中综合考察行为的市场背景、动机与效果，权衡其对竞争的正面与负面影响，是对“本身非法”规则的限制性补充。

• 本身非法规则（Per Se Rule）

指某些被认为高度可疑或普遍有害的行为（如横向价格共谋、搭售），在法律上无需证明其竞争影响即被视为非法。

• 法团主义（Corporatism）

法团主义，作为一个利益代表系统，是一个特指的观念、模式或制度安排类型，它的作用是将公民社会中的组织化利益联合到国家的决策结构中去。这个利益代表系统由一些组织化的功能单位构成，它们被组合进一个有明确责任（义务）的、数量限定的、非竞争性的、有层级秩序的、功能分化的结构安排之中。这些功能单位得到国家的认可（如果不是由国家建立的话），它们被授予本领域内的绝对代表地位，作为交换，它们的需求表达、领袖选择、组织支持等方面的行动受到国家的一定控制。

• 芝加哥学派（Chicago School）

以乔治·斯蒂格勒和罗伯特·博克为代表，主张反垄断法应聚焦消费者福利最大化，强调市场自我调节能力，主张对企业行为应谨慎干预，曾对美国 20 世纪后半期反垄断政策影响深远。

• 公平贸易运动（Fair Trade Movement）

20 世纪 30 年代美国中小企业推动的一项立法倡议，要求州政府有权决定是否允许转售价格维持协议，以缓解大型连锁企业带来的价格竞争压力。

•《米勒-泰丁斯法案》（Miller-Tydings Act, 1937）

允许各州制定法律，使得在其辖区内的转售价格维持协议不受《谢尔曼法》禁止的约束，是

公平贸易运动的立法成果。

- **《罗宾逊-帕特曼法案》（Robinson-Patman Act, 1936）**

作为《克莱顿法》的修订案之一，该法案禁止对不同客户进行不合理的价格歧视，尤其防止大客户凭借购买量获得价格优势而排挤小型零售商。

- **《派拉蒙法令》（Paramount Decree, 1948）**

美国最高法院对好莱坞电影制片与发行企业实施的一项拆分令，旨在打破垂直整合导致的市场控制地位，成为反垄断历史中的标志性事件之一。

医疗民权作为行动主义的平台：对评论家们的回复*

克雷格·康诺斯 著；曹天弈 译**

摘　要：本文回应了批评家对《医疗化与新民权》一文的评论，主张医学话语虽然可能导致依赖与污名，但亦可成为推动社会正义的有力工具。文章结合新冠疫情和反种族主义抗议等现实，探讨了行动者如何运用医学框架将种族歧视、残障问题等系统性不公转化为公共卫生议题。作者强调，现代医学话语已愈发体现参与式正义的特征，不再仅由专家主导，而是由当事群体共同塑造。通过残疾权利、跨性别倡议和长期新冠患者等案例，文章展示了医疗民权虽有代价，却能拓展权利获取路径、重塑法律范畴并促成社会团结。作者呼吁学界关注医疗化的风险与潜能，支持将其引导至赋权与正义的实践方向。

关键词：医疗化 民权 医疗公民权利 社会正义 残疾法 公共卫生 参与式

---

* 原文参见 Craig Konnoth, *Medical civil rights as a site of activism: a reply to critics*, 73 Stan. L. Rev. Online 104, 104-119 (2020). 感谢阿兹扎·阿哈迈德（Aziza Ahmed）,杰西卡·克拉克（Jessica Clarke）,露丝·库尔克（Ruth Colker）,艾利森·霍夫曼（Allison Hoffman）,以及迈克尔·斯坦（Michael Stein）在极短的时间内提供的意见。

** 克雷格·康诺斯，原科罗拉多大学法学院法学副教授（原文发表时），现弗吉尼亚大学法学院教授。曹天弈，香港大学法学院。

目 录

一、 什么是医疗化？ 157

二、 医疗化会带来什么益处.....161

三、 谁参与其中？ 163

四、 医疗民权为何有益？ 166

五、 结论 168

在国家从各种危机中风雨飘摇之时，我的回应者艾利森·霍夫曼（Allison Hoffman）、拉比亚·贝尔特（Rabia Belt）和多龙·多夫曼（Doron Dorfman）大方地撰写了他们对我的文章《医疗化与新民权》（Medicalization and the New Civil Rights）的回应[1]。这些回应写于新冠疫情正肆虐之时，其影响集中在那些已经脆弱的人群身上。在疫情仍十分严峻的情况下，乔治·弗洛伊德（George Floyd）被杀事件引发了抗议。我们生活在一个法律似乎未能为寻求正义提供保障的时代——并正在寻找其替代品[2]。

让我们回到医疗民权。在弗洛伊德谋杀案的背景下，明尼阿波利斯市议会副主席安德丽亚·詹金斯（Andrea Jenkins）——美国首位公开跨性别的黑人女性公职人员——主张应将种族歧视视为公共卫生紧急事件[3]。她将种族主义比作“癌症”，并辩称：“[直到]我们正式命名这个病毒（即种族主义）之前，我们永远也无法解决这个问题。[4]” 克利夫兰市议会的健康与人类服务委员会（鉴于 COVID-19 疫情）通过线上会议讨论了 “将种族主义视为公共卫生危机”的决议[5]。美国心理学会会长也提出过类似的讨论：“我们生活在一种存在种族主义的疫情中，这对我们的非裔美国公民造成了沉重的心理负担。” 超过 130 个地方和州宣称种族主义为公共卫生紧急事件，包括密歇根州、威斯康星州、内华达州以及波士顿、丹佛、哥伦布、库克县、匹兹堡、明尼阿波利斯、孟菲斯和达拉斯等地方，他们之中绝大多数是在去年夏天做出的声明[6]。因此，许多人继续使用医疗框架来诊断民权问题及其解决方案。那么，得到活动家们支持的这些政策制定者做错了吗？根据已经明确考虑过这个问题的法律学术研究来看，答案似乎是肯定的[7]。

我的抱负在某些方面是温和的。我只是主张，尽管法律学术研究强调了使用医学论述的危害，但它并未明确考虑其在社会运动中的益处——医学论述是存在一些益处的。与其表明这些活动家判断失误，我更想试图理解为什么活动家和政策制定者选择使用医疗框架。此外，认识到医学论述以及它所产生的权利和负担具有可塑性，我希望探索进一步发挥其社会正义

---

[1] Rabia Belt & Doron Dorfman, Response, *Reweighing Medical Civil Rights*, 72 STAN. L. REV. ONLINE 176 (2020); Allison K. Hoffman, Response, *How Medicalization of Civil Rights Could Disappoint*, 72 STAN. L. REV. ONLINE 165 (2020).

[2] Cf. Monica C. Bell, *Police Reform and the Dismantling of Legal Estrangement*, 126 YALE L. J. 2054 (2017) (描述了在警方背景下的一种法律的疏离感).

[3] *Minneapolis City Council Official Calls for Racism to be Declared a Public Health Emergency*, AXIOS (May 28, 2020), https://perma.cc/7N3K-7ULM.

[4] *Id.*

[5] *Racism as a Public Health Crisis Virtual Meeting*, CLEVELAND CITY COUNCIL (May 30, 2020), https://perma.cc/2THA-RM9W.

[6] *Declarations of Racism as a Public Health Issue*, AM. PUB. HEALTH ASS'N, https://perma.cc/KK89-CQP7 (archived Dec. 3, 2020).

[7] 参见 Craig Konnoth, *Medicalization and the New Civil Rights*, 72 STAN. L. REV. 1165, 1202-08 (2020).

潜力的方法。然而，对于某些行动者而言，这么做成本可能仍然超过收益，而我的对话者在阐明他们的观点方面发挥了宝贵的作用。这种权衡不仅会因群体而异，还会因个人而异，而且群体内部也存在相当大的分歧[8]。我们的讨论是跨学科之间更广泛对话的一部分，包括医学人文学、残疾理论和健康政策。虽然历史上，这些学科之间的关系（尤其是医学，人文学，与残疾理论）曾经“紧张且疏远[9]”，但正如这次互动所表明的那样，相关学术研究正朝着相互关联和相互启发[10]的方向发展[11]。

为了进一步探讨这一目标，我集中于三个主要问题：医疗化能带来哪些益处？谁会提供和接收这些益处？为什么医疗框架能够提供这些益处？但在展开这些讨论之前，我将首先探讨一个存在重大混淆的基础性问题——什么是“医疗化”（medicalization）？

一、 什么是医疗化？

贝尔特和多夫曼提出的一个基本问题涉及“医疗化”这一概念。他们在回应的开头和结尾分别指出，通过支持医疗化，我实际上是在推动一种“较为传统的残疾倡导模式”，这种模式“延续了依赖和慈善的观念”，将权力从患者转移到专家手中，并导致社会的疏离感[12]。特别来说，他们认为我倡导了残疾的“医疗方面”，而不是他们的“社会模式”[13]。

他们提出的差别，大概与文章中详细描述的“医疗模式（medical model）”和“社会模式（social model）”的残疾模范相对应[14]。大致而言，在残疾的情况下，医疗模式要求对残疾者的身体特征进行改变和“治愈”，而社会模式则主张改变那些使这些特征变得有障碍的社会环境。因此，与医疗模式要求为个人安装人工耳蜗不同，社会模式则要求提供便捷的手语服务。

在对待医疗模式和社会模式上，贝尔特和多夫曼没有提及上面文章的论点，因此，虽然我无法完全确定这一点——但我怀疑我们的分歧更多是在专门用语上的。通过部分支持医学话语（medical discourse），我并不是在为医疗模式辩护，因为医学话语与残疾理论中的“医

---

[8] 参见, 例如, *infra* text accompanying notes 78-83 (讨论跨性别运动及诊断的不同方法).
[9] Carol Thomas, *Medical Sociology and Disability Theory*, in NEW DIRECTIONS IN THE SOCIOLOGY OF CHRONIC AND DISABLING CONDITIONS: ASSAULTS ON THE LIFEWORLD 44 (Graham Scambler & Sasha Scambler eds., 2010) [hereinafter NEW DIRECTIONS].
[10] 译者注：原文为 the scholarship has moved in the direction of “bridge-building” and “cross-pollinat[ion].”
[11] Simon J. Williams, *The Biopolitics of Chronic Illness: Biology, Power and Personhood*, in NEW DIRECTIONS, *supra* note 10, at 205, 207; Konnoth, *supra* note 8, at 1171.
[12] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 177-78, 184.
[13] *Id.* at 187. 大体上参见 Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: A Disability Perspective*, 82 NOTRE DAME L. REV. 1415 (2013)（讲述了为达成反从属的结构性解决方法）
[14] Konnoth, *supra* note 8, at 1180 n.58.

疗模式”并不是同一概念。残疾理论用“医疗模式”这个词去描述一种原型（archetype），它是设想了一种完全生物学的方法来治愈残疾的术语，因此强调了医学可能带来的有害后果[15]。但是，归功于残疾权益活动家的努力，现代医学的现实运用已逐渐摆脱对生物学的单一依赖。实际上，正如文章中所解释的那样，如今的医疗框架致力于推动结构性解决方案，例如住房保障和反种族主义的努力[16]。至少在如今，医学话语在很大程度上关注“社会环境（social environment）”；而“医疗模式”则并非如此[17]。将医学概念化为仅涉及某类医学专业人士行使生物学权威的领域，其实是在想象一种理想类型的西方医学，并将其固定在历史的特定阶段。因此贝尔特和多夫曼所针对的“医疗化”是一个伪同源词（faux ami）——或者说，可能是一个伪敌（faux enemi）；它并非他们正当质疑的那种纯粹基于生物学的医疗模式。

要理解医学为何开始采用（某些）结构性解决方案就必须认识到，医学本质上是一种社会话语，它由时代、地域以及那些援用它的人们形成。在人类历史的大部分时间中——从古希腊时期到 19 世纪——医学通常被视为一种旨在维持身体“体液（humors）”的平衡的技术[18]。行为和（随着基督教的到来）罪恶决定了体液的平衡。然而，对于某些群体——如种族少数群体、女性和贫困者——其体液始终被认为失衡[19]。这意味着医疗伤害的责任在身体或灵魂内部。二十世纪将医学过错从身体中剥离，这一过程引发了争议和动荡。首先，根据 19 世纪末的细菌理论（germ theory），个人不再是疾病的唯一责任。例如，结核病（tuberculosis）被证明不是由于体液失衡造成的，而是由细菌引起的。优生学的论点依然存在——虽然细菌确实存在，但某些个体的虚弱体质使他们容易感染；事实上，一些优生学家反对公共卫生项目，认为让这些孱弱的个体死去是必要的[20]。

二十世纪中期的做法转向了技术性、生物学的治疗方法，重点放在专业人士对患者施加治疗[21]。这是贝尔特和多夫曼强调的时期——他们在很大程度上依赖于开创性医学社会学家塔尔科特·帕森斯（Talcott Parsons）的研究，帕森斯强调了医生和患者之间扭曲的权力动

---

[15] *Id.*
[16] 参见，例如 *id*. at 1197.
[17] 事实上，正如原文所指出的，许多当代残疾研究学者反对生物学与社会学的二元对立，认为这并不符合真实的生活体验。同时我也明确表示，我的发言并不涉及对生物学定位的任何明确观点。*Id.*
[18] 参见 Craig Konnoth, *Medical Stereotypes* 10 (May 8, 2020)(未出版稿件，权利由作者保留)
[19] *Id.* at 11.
[20] Martin S. Pernick, *Eugenics and Public Health in American History*, 87 AM. J. PUB. HEALTH 1767, 1767 (1997).
[21] See Nancy Krieger, *Epidemiology and Social Sciences: Towards a Critical Reengagement in the 21st Century*, 22 EPIDEMIOLOGIC REVS. 155, 159 (2000)（大批 20 世纪早期到中期的美国流行病学研究要么忽视社会因素，要么将其视为在确定疾病“真实”病因——即 “生物学原因”——中遇到的干扰变量）

态[22]。后来的社会学家和残疾学者批评帕森斯的观察将其视为“理想类型”和“抽象假设构造”（与医疗模式类似）[23]，并且他们认为，即便在那个时候，患者也常常扮演“积极”而非“被动”的角色[24]。无论如何，帕森斯观察于 1951 年，这是在生物伦理学运动诞生前二十年，以及医学界重新关注健康的社会决定因素前四十年。

从 1970 年代开始，生物伦理学运动正式开始，强调知情同意和患者参与的重要性[25]。此外，尽管技术性治疗方法依然重要，但至少自 2000 年代初以来，研究人员已将精力重新集中在所谓的健康社会决定因素上，这些因素延续了近一个世纪前部分公共卫生工作的思路[26]。根据这一观点，个人环境中的物质因素和社会地位因素，如住房、就业、经济状况、家庭、社会和教育情况，都会影响健康[27]。然而，直到过去二十年左右，我们才真正开始着力解决这些社会决定因素（social determinants）[28]，而且其中一些问题——如种族主义，正如文章所描述的——仍在逐步被理解中[29]。作为一种程序性事务，生物伦理学已开始着手寻求参与性正义（participatory justice）；作为一种实质性事务，健康的社会决定因素强调涉及公平的实质性目标。这种二分法的理解能够框定多个运动，而这些运动又反过来影响了医学的社会职责。

例如，在上世纪七十年代，成为越南老兵组织“同伴”的精神科医生——即作为同伴活动家，而非陌生的专业人士——成功地推动了创伤后应激障碍（PTSD）被认定为战斗的后遗症的发展[30]。正如目前退伍军人事务管理局所指出的，这意味着“创伤后应激障碍（PTSD）概念带来的重大变化是，病因因素被规定为外部的（即创伤事件），而不是个体固有的弱点。[31]”因此，参与性正义实现了实质性正义——这个职业意识到，造成创伤的责任在于社会，而非个体。因此，参与性正义实现了实质性正义——专业人士意识到，造成创伤的责任在于

---

[22] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 183 & pp.40-44.
[23] Kathy Charmaz, *Studying the Experience of Chronic Illness through Grounded Theory, in* NEW DIRECTIONS, *supra* note 10, at 8, 14; Carl May, *Retheorizing the Clinical Encounter: Normalization Processes and the Corporate Ecologies of Care, in* NEW DIRECTIONS, s*upra* note 10, at 129, 131.
[24] Graham Scrambler & Sasha Scrambler, Introduction: The Sociology of Chronic and Disabling Conditions, Assaults on the Lifeworld, in NEW DIRECTIONS, *supra* note 10, at 1, 2.
[25] 参见 Olubukunola Mary Tawose, *The Legal Boundaries of Informed Consent*, 10 AM. MED. ASS’N J. ETHICS 521, 522 (2008).
[26] Konnoth, *supra* note 8, at 1196.
[27] Jeff Niederdeppe, Q. Lisa Bu, Porismita Borah, David A. Kindig & Stephanie A. Robert, *Message Design Strategies to Raise Public Awareness of Social Determinants of Health and Population Health Disparities*, 86 MILBANK Q. 481, 482-83 (2008).
[28] Konnoth, *supra* note 8, at 1196.
[29] *Id.* at Part IV.B.2.
[30] Konnoth, *supra* note 19, at nn.423-29 以及其下文
[31] Matthew J. Friedman, *PTSD History and Overview*, U.S. DEP’T OF VETERANS AFFS., https://perma.cc/7FUW-AU52 (archived Dec. 3, 2020).

社会，而非个体。正如医学社会学家所描述的，其他运动——如乳腺癌运动——也借鉴了这些方法，旨在强调医学叙事中的社会结构[32]。文章接着详细描述了现在，普通人比以往任何时候都更加参与医学叙事和知识的构建。我讨论了医学社会运动如何塑造诊断，如何“病人和前病人...‘坐在州精神卫生委员会，为精神卫生机构工作，参与治疗政策委员会’”，并与医学机构的伦理审查和治理委员会进行互动[33]。我解释了在医学机构之外，普通人如何通过多种远远超出了医学专业的范畴的方式塑造医学话语。

因此，干预措施正在不断发展。保险公司——从联邦医疗补助（Medicaid）到像艾特纳（Aetna）这样的保险公司——至少在某种程度上开始寻求推动社会和结构性解决方案，例如住房供给[34]。医疗服务提供者团体正在雇佣社会工作者，将患者与那些传统上被认为是非医学性质的解决方案联系起来[35]。这些变化是值得推崇的。残疾学者萨姆·巴根斯托斯（Sam Bagenstos）在解释残疾活动家如何依赖“专业人士的帮助和支持[36]”时，讨论了其中的一些变化。他将非医学专业的并入视为去医疗化——但我认为这更像是，正如残疾理论家所声称的那样，残疾运动对医学的影响[37]。

文章中的讨论表明，医学话语在实践中越来越体现了贝尔特和多夫曼对残疾的理解，即“通过障碍和社会环境之间的复杂互动来形成[38]”。这些成就中的许多来自普通人的努力。贝尔特和多夫曼担心，文章试图“剥夺患者和残疾个体的专业知识和决策能力，而将其交给其他专家来为他们做决定。[39]” 但我的文章详细赞扬[40]了医学话语中对“强制性医疗机构的抗拒和自我防御”，以及如今在医疗机构内外、在社会普遍发展的“患者‘反专家知识’[41]”。尽管对医学话语的新的理解和参与是在旧有构建的基础上逐步发展起来的，而不是完全取代它们，但正如我的对话者担心的那样，我并不试图推崇这些“旧模型[42]”。相反，我

---

[32] MAREN KLAWITER, THE BIOPOLITICS OF BREAST CANCER: CHANGING CULTURES OF DISEASE AND ACTIVISM, 165-168 (2008) (讨论了女性乳腺癌运动如何直接建立在艾滋病运动之上).
[33] Konnoth, *supra* note 8, at 1253 (quoting Nancy Tomes, *From Outsiders to Insiders: The Consumer-Survivor Movement and Its Impact on U.S. Mental Health Policy* 113, in PATIENTS AS POLICY ACTORS (Beatrix Hoffman, Nancy Tomes, Rachel Grob & Mark Schlesinger eds., 2011)).
[34] AMANDA CASSIDY, HEALTH AFFS., MEDICAID AND PERMANENT SUPPORTIVE HOUSING 2 (Oct. 14, 2016), https://perma.cc/5BEM-JE3Z; AETNA, PROMOTING HEALTH EQUITY FOR LOW-WAGE WORKERS: HOW EMPLOYERS CAN REDUCE HEALTH CARE COSTS, INCREASE PRODUCTIVITY AND HELP EMPLOYEES STAY HEALTHY 4 (2019), https://perma.cc/QBG4-B5U5.
[35] 参见 Lindsey Getz, *Accountable Care Organizations: Social Work's Impact on an Emerging Model*, SOCIAL WORK TODAY, Mar. 2015, at 24.
[36] SAMUEL R. BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT 22 (2009).
[37] Konnoth, *supra* note 8, at 1257 n.494.
[38] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 187.
[39] *Id.* at 184.
[40] Konnoth, *supra* note 8, at 1250-57.
[41] *Id*. at 1250 (quoting Robert A. Nye, *The Evolution of the Concept of Medicalization in the Late Twentieth Century*, 39 J. HIST. BEHAV. SCIS. 115, 124 (2003)). 事实上，相关的子部分标题为“在医疗机构内部：患者赋权。” *Id.*
[42] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 188. 在引用贝尔特和多夫曼之后依赖的一个来源时，我意识到这种潜在

在新的、社会性的、参与式的医学模型中看到了希望。

二、 医疗化会带来什么益处

那么，医疗化的新世界带来了哪些益处呢？霍夫曼以及贝尔特和多夫曼认为，这些益处是有限的。霍夫曼认为，医学民权的补救措施并非结构性：它们采取“个体化的、以患者为中心”的方法，侧重于改变行为，而不是背景条件[43]。贝尔特和多夫曼也同样认为，这些益处并不包括“广泛的社会改革[44]”。

问题在于视角和可比性。首先，从视角来看，结构性变化是什么取决于所涉及的结构类型。在某些情景下，发生的只是个体获得了一个“像[符合人体工程学的椅子]这样的小规模物品[45]。” 有时候，一间办公室可能会安装一个坡道，这种行为不仅惠及有行动障碍的人，实际上也有利于推婴儿车或搬运沉重行李的人[46]。再往上一层，可能是整个学区的做法发生了变化。再往上一层，跨国公司内部的做法可能会改变[47]。但是还有一些广泛的项目性变化，例如提供住房和就业援助的联邦医疗补助计划就是其中一个例子[48]。实际上，《美国残疾人法案》（ADA）及其他确保全国各地众多人群能够获得“微小福利”的法律的通过，构成了一个巨大的结构性变革。我认为，这种变革远非“细枝末节”[49]。

接着，贝尔特和多夫曼声称，残疾法的“表面慷慨”被现实所“揭穿”[50]——不幸的是，这一事实在民权法中普遍存在。此外，残疾——更广义而言，医疗化——的定义带来了一定的成本，例如污名化（stigmatization），原文已进行了详尽的记录。在这里，比较视角的作用体现了出来：医疗化的益处与以往的相比如何——也就是说，医疗化处于怎样的发展趋势——而医疗民权与其他种类的权利相比如何？

的名义和术语上的混淆。Konnoth, *supra* note 8, at 1250 n.451; Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 183-84 nn.45-46 (他们都引用了 Maayan Sudai, *Revisiting the Limits of Professional Autonomy: The Intersex Rights Movement's Path to De-Medicalization*, 41 HARV. J. L. & GENDER 1 (2018)).

[43] Hoffman, *supra* note 1, at 166, 168.

[44] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 182.

[45] *Id.*

[46] 参见 lizabeth F. Emens, Integrating Accommodation, 156 U. PA. L. REV. 839, 841, 846 (2008); Jamie Gold, *The ADA on Its 30th Anniversary: Looking Back and Forward*, FORBES (July 26, 2020, 8:00 AM EDT), https://perma.cc/3E3K-JBT8.

[47] 参见，例如 Alex Thornton, *'We Are at a Crossroads' – How Microsoft's Accessibility Team is Making an Impact that Will Be Felt for Generations*, MICROSOFT (Sept. 25, 2019), https://perma.cc/B2LR-ZH83（提供了对微软的无障碍倡议的概述）

[48] Mary Crossley, *Bundling Justice: Medicaid's Support for Housing,* 46 J. L. MED. & ETHICS 595, 595 (2018). （探讨了住房作为医疗必需品）

[49] Hoffman, *supra* note 1, at 169.

[50] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 181.

毫无疑问，医疗化所提供的益处在相对较短的时间内显著改善。与健康相关的学术研究的社会决定因素，从某种程度上来讲，在上世纪九十年代，进入了主流[51]。霍夫曼在描述旨在促使个体行为改变的公共卫生措施时，提到了托马斯·弗里登（Thomas Frieden）著名的公共卫生金字塔（public health pyramid）[52]。虽然霍夫曼提出了持续的措施未能触及金字塔底部，指的是个体生活的社会环境，的问题，但公共卫生措施确实正在朝着这个方向发展。公共卫生研究人员认识到，正如霍夫曼所指出的，饮食不健康不仅仅是缺乏食品商店的可达性问题——“更重要的是谁有时间和金钱去练习和烹饪”，以及“几代贫困中形成的习惯”[53]。这就是为什么近年来医疗项目越来越多地去试图提供财政、住房和就业援助，甚至是烹饪课程等支持[54]。类似的是，在长期护理支持的背景下，显然，“社会保险应该支持医疗而非社会护理方面的观念仍然深深根植”，但与此同时，“医疗补助机构的偏向已经向支持居家护理转变。”[55]情况正在发生变化。但是，法律其他领域的变化如何呢？在这些领域，变化似乎不那么令人鼓舞。在原文中，我列举了许多其他可能性，从禁止种族和性别歧视的法律，到提供失业和住房福利的法律，尽管医疗框架推动了更多权利的进展，但这些法律似乎已逐渐退步[56]。到此我的观点都没有受到反驳[57]。霍夫曼本人指出，民权法通常也存在许多她归咎于医学民权法的相同问题：民权法“越来越依赖于个体法律主张和伤害，而结构性干预变得越来越困难。”[58]贝尔特和多夫曼指出了一种“更新和更有层次”的社会权利观念，但并未提供一个具体的途径来实现这些权利[59]。在我看来，医疗化正是这个途径。

话虽如此，确实可以说，医学在法律中“处于两面夹击的困境[60]”——它既可以作为剥夺自由的正当理由，也可以作为承认自由的依据。然而，我的观点是在过去一个世纪中，这

---

[51] Alec Irwin & Elena Scali, World Health Org., Action On The Social Determinants Of Health: Learning From Previous Experiences 23 (2005), https://perma.cc/L39C-EEUF.
[52] Hoffman, *supra* note 1, at 167.
[53] *Id.* at 168.
[54] 参见，例如 Keith Brannon, *Tulane University School of Medicine to Open First-of-Its-Kind Teaching Kitchen*, Tul. U. (May 9, 2013, 11:00 AM), https://perma.cc/5QUM-L5KK; Konnoth, *supra* note 8, at 1197.
[55] Hoffman, *supra* note 1, at 172.
[56] Konnoth, *supra* note 8, at 1168-69, 1213-31; *see also id.* at 1245 (留意了非医疗领域中的积极权利主张如何往往带有污名化的色彩).
[57] 贝尔特和多夫曼不同意我提出的观点，即福利为本的医疗补助的前身比社会保障制度对待受益人的方式更差，因为只有社会保障计划的初衷就是如此，而实际应用上却有所不同。Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 181 n.29. 然而我的文章提出了这个观点。参见 Konnoth, *supra* note 8, at 1207.（指出“尽管有这些初衷，但这些权利往往没有赋予个人尊严，反而可能施加各种形式的污名化”，并详细描述了污名化的叙事）。其次，在反驳我的比较观点时，他们的来源中没有任何一篇真正将医疗补助或其前身与社会保障制度进行比较（即使在提到医疗补助时）。对比 Telephone Interview with Claire Dickson, Supervising Att'y, Colo. Legal Aid (Aug. 13, 2020)（指出了总体而言，医疗补助涉及的干预比社会保障更多，但这取决于具体的项目）。第三，他们对我所依据的来源的年代提出了担忧，但它仍然是关于医疗补助和社会保障的最重要的比较性论述。
[58] Hoffman, *supra* note 1, at 166.
[59] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 187.
[60] Hoffman, *supra* note 1, at 170.

一趋势已经从前者转向了后者。如今，法律本身——它同样可以压迫也可以解放——正逐渐被证明不再是权利的丰饶源泉，我们必须确保医学内外的斗争继续保持这一趋势。

最后，霍夫曼认为，从长期来看，医疗化可能只能解决歧视的“可视表现（physical manifestation）”[61]。我同意，如果医疗民权的倒退导致只有身体伤害被认定为可诉的情况，那确实会是成问题的。但在共同努力之下，医疗民权并没有以那种方式被限制。举个例子，当《美国残疾人法案》提出时，杰西·赫尔姆斯（Jesse Helms）和他的盟友曾反对将精神障碍列为法案下的残疾[62]。该提案被驳回[63]。因此，《美国残疾人法案》和社会保障项目等，涵盖了包括“身体或精神”状况[64]。而原告通过主张性别认同障碍是“合法的精神障碍”获得了具体的利益[65]。最近，在 P.P.诉康普顿联合学区（P.P. v. Compton Unified School District）一案中，诉讼律师聚焦于种族主义、贫困和无家可归所导致的心理创伤[66]。诚然，诉讼律师“详细描述了身体对创伤的反应”，包括“神经生物学效应”，这些效应“影响大脑”，但法院裁定的事实性指控则侧重于心理伤害如何影响行为[67]。换句话说，身体伤害的指控是不可分割的，并且可以说是许多类型的精神障碍所导致的。

三、 谁参与其中？

在第一部分，我详细描述了医学知识和框架不再仅仅是医学专业人士的领域。像尼古拉斯·罗斯（Nikolas Rose）和史蒂文·爱泼斯坦（Steven Epstein）这样的社会学家详细描述了普通人如何将医学框架作为自我理解的一部分——正如我的文章详细描述的，在对社会决定因素的理解有很多时，这些新的参与形式通过医学设备的普及、居家医疗护理以及其他专业人员参与护理等现象，扎根于“生物社会组织（biosocial organization）”[68]。这意味着群体通常以医学术语来理解他们自身，并参与医学行动——包括推动诊断如创伤后应激障碍、家暴妇女综合症、煤矿工人肺病等的运动[69]。

类似地，目前，所谓的 COVID-19 “长期症状患者”——那些有持续新冠症状的个体

[61] *Id.* at 165.
[62] Michael L. Perlin, *The ADA and Persons with Mental Disabilities: Can Sanist Attitudes Be Undone?,* 8 J. L. & HEALTH 15, 27 (1993).
[63] *Id.* at 27-28.
[64] Konnoth, *supra* note 8, at 1182
[65] *Id.* at 1191 (引用 O’Donnabhain v. Comm’r, 134 T.C. 34, 59 (2010)).
[66] 135 F. Supp. 3d 1098, 1104 (C.D. Cal. 2015).
[67] *Id.* at 1103, 1105.
[68] Konnoth, *supra* note 8, at 1255, 1257.
[69] Konnoth, *supra* note 19, at 8, 31, 48, 61.

——已“建立了自己的支持小组”，并且“开展自己的研究项目，[并]与患有类似疾病的人建立联盟，如……慢性疲劳综合症（chronic fatigue syndrome）。英国的一个组织——LongCovidSOS——发起了一次行动，推动政府承认、研究和支持。[70]”这一行动促使政策支持增加对衡量长期新冠结果研究的资金投入[71]。

然而，霍夫曼认为，非医疗民权的观点可以更直接地与群体身份相关联。像奥贝格费尔诉霍奇斯案（Obergefell v. Hodges）这样的案件（尽管没有[明确]包含医学话语）“可以……迅速转化为群体层面的利益和社会认知。”[72]这些案件直接针对歧视的根源——恐同症、种族主义和性别歧视——而不是藏身于医学的“纱幕”之下[73]。

但我的部分论点在于，与其以脱离现实的方式作出医学主张，不如说，各群体对自身身份及其所遭受歧视的“社会理解”正日益与医学叙事交织在一起。我们在奥贝格费尔案件看到了这种发展，这其中肯尼迪法官依赖医学证据来主张同性恋是不可变的[74]。同样，我们对种族的理解也充斥着医学观念：如鲁卡依贾 •耶尔比（Ruqaiijah Yearby）、林赛 •怀利（Lindsay Wiley）和我本人等学者曾指出，医学话语有能力延续或帮助缓解种族主义，尤其是当种族主义被理解为一种剥夺社会决定因素的现象时[75]。歧视现象因此根植于各种权力叙事中——医学通常是其中之一，这种观点的支持者可能选择强调它与他们经历之间的关系。

跨性别权益运动提供了这一现象的或许最有说服力的例子。正如贝尔特和多夫曼指出，指导所有医学专业人员进行诊断的国际疾病分类第十一次修订本（ICD-11），在众多跨性别权益组织的支持下，取消了“性别焦虑症（gender dysphoria）”的诊断[76]。但他们未说明的是，跨性别权利积极分子认为完全去医疗化（de-medicalization）既有害处，也有益处[77]。国际疾病分类将“性别焦虑症”一词替换为“性别不一致（gender incongruence）”，并将其置于《精神障碍诊断与统计手册》（DSM）的另一个部分，以保持对健康服务等的访问[78]。因

---

[70] Ed Yong, *Long-Haulers Are Redefining COVID-19*, ATLANTIC (Aug. 19, 2020), https://perma.cc/J8DU-RHCJ.
[71] *Id.*
[72] Hoffman, *supra* note 1, at 166. 但参见 Konnoth, *supra* note 8, at 1200 (注意奥贝格费尔案件如何依赖医学专业知识来支持其不变性的主张。).
[73] Hoffman, *supra* note 1, at 169.
[74] Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2596 (2015).
[75] Ruqaiijah Yearby, *Structural Racism and Health Disparities: Reconfiguring the Social Determinants of Health Framework to Include the Root Cause*, 48 J. L. MED. & ETHICS 518, 518 (2020); Lindsay F. Wiley, *Structural Racism, Social Determinants, and the Contested Scope of Public Health Law*, PETRIE-FLOM CTR.: BILL OF HEALTH (Sep. 29, 2020), https://perma.cc/ST8W-THHK; Konnoth, *supra* note 19, at Part IV.B.2.
[76] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 184-85.
[77] See generally GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY, IT'S TIME FOR REFORM: TRANS*HEALTH ISSUES IN THE INTERNATIONAL CLASSIFICATIONS OF DISEASES, (2011),https://perma.cc/B85Z-U93Z (讨论了去医疗化的利弊).
[78] Geoffrey M. Reed, Jack Drescher, Richard B. Krueger, Elham Atalla, Susan D. Cochran, Michael B. First, Peggy T. Cohen-Kettenis, Iván Arango-de Montis, Sharon J. Parish, Sara Cottler, Peer Briken & Shekhar Saxena, *Disorders Related to Sexuality and Gender Identity in the ICD-11: Revising the ICD-10 Classification Based on Current*

此，尽管“跨性别活动家寻求去病理化跨性别身份”的主张是合理的，但认为国际疾病分类“去医疗化跨性别身份”或认为这一举措是“得到[所有?]跨性别权益组织支持”的说法[79]，忽视了跨性别运动中的多样化方法，其中许多方法在其身份叙事中交织了医学元素。这使得跨性别权益支持者能够在其诉讼策略中无缝地纳入医学民权主张。例如，在 博斯托克诉克莱顿县案（Bostock v. Clayton County） 中，我作为记录律师，为支持跨性别原告提交的法庭之友意见书（amicus brief）中参与工作；该案中法院于六月裁定《第七章法案》禁止反跨性别歧视。同时，我与早年作为性少数者权利活动家的律师们进行了深入交流，探讨如何确保无论诉讼胜负，基于《美国残疾人法案》的论据的可行性不会被影响[80]。正如跨性别权益律师所指出的，这些论据对当前正在进行的案件仍然至关重要[81]。值得注意的是，这种趋势正是医学民权总体特征的体现。医学话语之所以重要，正在于它为获取权利和福利提供了必要途径，而且相关群体的成员也支持其参与。同时，由于这些群体成员的介入，医学话语正以一种描述性方式被运用，而非用于病态化。其结果是，医学话语的使用既得以被保留，又以一种旨在“去病理化并消除对‘跨性别’个体污名化”的方式展现出来[82]。医学分类——例如怀孕、某些疾病的遗传易感性，或处于流感风险中的个体群体——并不会使其所指涉的群体被病理化。通过积极的社会运动和提升公众意识，它的目标在于将这一方法推广到其他类别[83]。

虽然群体可能会诉诸医学话语，但正如贝尔特和多夫曼所声称的，并不意味着我“希望更多人采用医学诉求”[84]。恰恰相反，我的文章表明，正如医学民权诉求激增所展示的那样，与法律文献中的普遍共识相悖，探寻医学民权的收益可能超过其成本：“正如任何诉讼当事人一样，医学民权诉求者必须考虑在其特定情形下，益处是否大于成本。[85]” 同时，“对于何时会出现这种情况，并没有固定的公式答案……分析可能取决于所涉及的法律框架、具体

Scientific Evidence, Best Clinical Practices, and Human Rights Considerations, 15 WORLD PSYCHIATRY 205, 210-11 (2016).

[79] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 185.

[80] 我已获得律师的许可披露这一事实。参见 Email from Jon Davidson, Chief Counsel, Freedom for All Ams., to Craig Konnoth, Assoc. Professor of L., Univ. of Colorado Sch. of L. (Aug. 24, 2020)（权利由作者保存）

[81] Email from Kevin M. Barry, Assoc. Dean for Acad. Affs. and Professor of L., Quinnipiac Univ. Sch. of L., to Craig Konnoth, Assoc. Professor of L., Univ. of Colorado Sch. of L. (Aug. 12, 2020)（权利由作者保存）（指出了《美国残疾人法案》适用的范围涵盖了《民权法案》第七章无法触及的情境，同时，《美国残疾人法案》中合理便利措施的规定所提供的保护，是《民权法案》第七章以及，在本文作者看来，如果扩展的话，《平等保护条款》所无法提供的。）

[82] Rebeca Robles García & José Luis Ayuso-Mateosb, *ICD-11 and the Depathologisation of the Transgender Condition*, 12 REVISTA DE PSIQUIATRÍA Y SALUD MENTAL (ENGLISH EDITION) 65, 66 (2019).

[83] Maria Elisa Castro-Peraza, Jesús Manuel García Acosta, Naira Delgado & Ana María Perdomo-Hernández, *Gender Identity: The Human Right of Depathologization,* 16 INT'L J. ENV'T RSCH. PUB. HEALTH 978, 978 (2019).

[84] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 179.

[85] Konnoth, *supra* note 8, at 1248.

状况或个人偏好”，而且，正如跨性别权益的例子所示，同一群体中的个体会采取不同的策略[86]。然而，我们未来的任务是限制这些成本。

值得注意的是，尽管霍夫曼指出群体诉求的诸多优势，贝尔特和多夫曼却强调群体诉求所带来的门槛问题[87]，这种问题不仅困扰着传统民权群体，也影响着那些依赖医疗化话语的群体[88]。因此，学者们如巴根斯托斯支持采用普遍性的方式来应对伤害，例如全民医疗保健，以消除对残疾人（以及医疗化群体）的特殊需求定位[89]。事实上，一些残疾研究理论家主张强调人类处于“连续光谱（continuous spectrum）”上——残疾与非残疾之间并无明确界限[90]。我的文章强调了医学话语的普遍化，在个体越来越多地通过医学设备、基因特征和“风险”分析等范式来理解自身时，也能促成某种“利益趋同（interest convergence）”[91]。确实，特定群体仍将继续争取医疗民权，但正如法学学者玛莎•阿尔伯特森•费恩曼（Martha Albertson Fineman）和医学社会学家西蒙•威廉姆斯（Simon Williams）所指出的那样，我们的现实上的弱点彰显了我们共同的“脆弱性”“依赖性”[92]，以及我们的人性。

四、 医疗民权为何有益？

在文章中，我解释了当今的健康政策往往提供医疗民权。我的核心观点——我的回应者们并未否认——的是，大多数人似乎都同意：当社会将特定疾病的风险转嫁给个体时，这表达了我们在社会层面上将该疾病归咎于他们。而当我们减轻他们的风险时，则意味着我们认为他们不应因此受到指责。正如我在文中详细记录的那样，美国过去七十年的历史——尽管经历了所有社会变革都会引发的冲突——见证了医学风险的显著降低，这体现在社会保障法、《美国残疾人法案》（ADA）以及《平价医疗法案》（ACA）的段落中[93]。尽管社会已将贫困、失业等其他不幸的风险重新转嫁给个人，但在医学领域，类似的尝试却屡遭失败[94]。当某些事务被框定为医学问题时，援助往往随之而来。以霍夫曼回应中的一个例子来说，只

[86] *Id.*
[87] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 179.
[88] Jessica A. Clarke, *Protected Class Gatekeeping*, 92 N.Y.U. L. REV. 101, 102-04 (2017).
[89] Konnoth, *supra* note 8, at 1260 n.507 (引用 SAMUEL R. BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT 145 (2009)).
[90] Konnoth, *supra* note 8, at 1259 (引用 James C. Wilson, *Disability and the Human Genome*, in THE DISABILITY STUDIES READER 52, 59 (Lennard J. Davis ed., 3d ed. 2010)).
[91] Konnoth, *supra* note 8, at 1261-62.
[92] Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, 60 EMORY L. J. 251, 255 (2010); Williams, *supra* note 11, at 209.
[93] Konnoth, *supra* note 8, at 1227-34.
[94] *Id.* at 1228.

要家庭成员提供的长期护理被视为“看护（custodial）”行为，医疗补助便不会支付费用；而当其开始被界定为医学事务后，医疗补助便提供了资助[95]。我并不否认存在些许的例外情况——尽管这些项目为某些疾病提供了保护，但它们确实将某些群体排除在外，例如吸毒成瘾者、吸烟者、盗窃癖患者等[96]。但——我再次强调——这些只是例外。我的对话者们并不否认，在过去七十年里，整体趋势是将风险从患者身上转移出去。相反，他们试图在这一基础上再补充三个额外的例外情况。即便他们的论点成立，这些例外情况也无法推翻整体规则。然而，我对他们所声称的这些例外也持保留态度。

第一个例子涉及阿片类药物危机（opioid crisis）。我与众多学者的观点一致，认为阿片类药物滥用问题的医疗化导致对阿片类药物成瘾者采取了更为宽容的态度，而相比之下，快克可卡因（crack）的成瘾者则被刑事定罪[97]。霍夫曼对此结论提出质疑，但她并未提供任何对比数据来反驳这一比较性主张[98]。然而，她提出了两个合理的替代解释，来说明为何我们对阿片类药物成瘾者的指责较少：第一， 我们更倾向于责怪医生，因为他们的责任更大；第二， 阿片类药物成瘾者相比快克可卡因成瘾者更可能是白人[99]。

关于第一种可能性，我们对医生的合理指责并不直接影响阿片类药物成瘾者应承担的责任。正如基亚拉·布里奇斯（Khiara Bridges）指出的，阿片类药物成瘾者受到导致成瘾的社会因素（如不负责任的医生）的影响，而快克可卡因成瘾者同样如此[100]。然而，在涉及阿片类药物成瘾的情况下，我们更倾向于将责任归咎于这些社会因素。

其次，霍夫曼关于种族因素的观点是正确的，这两种成瘾危机中的责任归因确实与种族有很大关系。但正如我在一篇未定稿论文中所论述的，种族因素与医疗化本身密切相关[101]。黑人群体在试图通过医疗化手段争取权利时面临更大阻力——这是我在另一篇研究中深入探讨的问题。这一问题的核心在于“权利的分配方式本身就存在歧视——不仅仅是医疗民权的分配存在歧视。[102]”因此，种族问题与医疗化问题紧密交织，不可分割。最后，也是最重要的一点，霍夫曼并未回应我所引用的政策制定者言论，这些言论明确地借助医疗化框架

[95] Hoffman, *supra* note 1, at 172.
[96] Konnoth, *supra* note 8, at 1227 n.322, 1229, 1233.
[97] *Id.* at 1194-95.
[98] Hoffman, *supra* note 1, at 173-74.
[99] *Id.* at 174.
[100] Khiara M. Bridges, *Race, Pregnancy, and the Opioid Epidemic: White Privilege and the Criminalization of Opioid Use During Pregnancy*, 133 HARV. L. REV. 770, 791 (2020).
[101] Craig Konnoth, Race and Medical Double-Binds, 120 COLUM. L. REV. F. (即将于 2020-2021 年出版) (见手稿第 1 页) (由作者保存).
[102] Konnoth, *supra* note 8, at 1246.

来合理化对阿片类药物成瘾者与可卡因成瘾者的不同对待[103]。最终的驱动因素或许是种族主义，但医学具有修辞和合法化的力量，能够制造出有利于白人而损害黑人群体的带有种族主义结果。

霍夫曼接着争论道，非法移民的案例同样表明，我们对被框定为医学问题的伤害缺乏同情："在公共负担规则下，医疗需求可能会限制某人合法进入美国的能力。[104]" 另外，特朗普政府并未因新冠疫情威胁而释放被拘留营中的移民[105]。然而，她的这两个论点实际上恰恰证明了医疗化的力量。公共负担规则本身就承认了这样一个事实：一旦个人进入美国，我们作为一个社会，确实会对他们因医疗不幸而遭受的困境表示关注。医疗化并非万能的框架——它无法说服当前这样的政府在所有方面都实现正义。然而，在某些方面，它的影响却出奇地有效。

最后，贝尔特和多夫曼详细讲述了一系列案例，这些案例表明法院对《美国残疾人法案》缺乏同理心，要求人们例如"减轻"自身的残疾[106]。我仅在脚注中提及这些案例[107]，因为 2008 年，时任总统乔治·W·布什（George W. Bush）（于他的第二任期）签署了一项法案，并在参议院以一致同意的方式通过，推翻了这些案例[108]。这一事件似乎进一步印证了我关于医疗化在政策领域具有强大影响力的观点。尽管许多美国人对残疾人士持敌对态度，但从比较的角度来看，结合我所描述的政策变化，社会对医学不幸的总体态度仍然不明朗、受情境影响且复杂多变。然而，当我们作为一个社会发声时，我们的讯息通常是相当明确的。

五、 结论

我们仍然任重道远。正如贝尔特和多夫曼指出的那样，许多医疗民权的补救措施会带来伤害，并且它们未能达到最佳效果。正如我的文章所承认的，医疗民权是"双面性的（Janus-faced）。"[109]此外，Hoffman 引用了我的观点，即"医学主张是可塑的、具有偶然性的……社会现象"，并对此表示担忧——医疗民权的演变也可能朝着不利的方向发展[110]。然而，越来越多的个人正在寻求这些权利。诚然，特朗普执政期间对各种权利寻求形式都造成了损害，

[103] *Id.* at 1194-95.
[104] Hoffman, *supra* note 1, at 174.
[105] *Id.*
[106] Belt & Dorfman, *supra* note 1, at 179-80.
[107] Konnoth, *supra* note 8, at 1233 n.360.
[108] *Id.*; ADA Amendments Act of 2008, PUB. L. No. 110-325, § 2, 122 Stat. 3553, 3553-54 (编纂于 42 U.S.C. § 12101 note).
[109] Konnoth, *supra* note 8, at 1245.
[110] Hoffman, *supra* note 1, at 173 (引用 Konnoth, *supra* note 8, at 1174).

但从更长远的趋势和“更广阔的视角”来看，医疗民权的诉求仍然展现出积极的前景[111]。我们的任务不是告诉个人、活动家和群体他们的做法是错误的，而是探索如何利用这些权利的可塑性，将其纳入、塑造并改造医疗民权以减少其潜在危害并最大化其积极作用。学者和活动家的努力——其中我的回应者们的研究和实践尤为重要——已经推动了这一进程，而我们须砥砺前行。 我的回应者们指出，我的文章在某种程度上为医疗民权的现状进行了（有限的）辩护。这是正确的。但它不止于此，它同时也是一种号召。

[111] Konnoth, *supra* note 8, at 1249.

禁止致命性自主武器：一场教育行动*

斯图尔特·罗素 著；吴冠达 译**

摘　要：致命性自主武器可能误伤平民，不符合国际人道主义法中的区分原则，因而“不应当设计可以决定杀害人类的算法”是显而易见的，网络渗透、冲突升级和问责缺口也是禁止致命性自主武器的理由。但这一规则却在军控领域却面临挑战。支持使用自主武器的观点认为，这种武器能降低人类战斗人员面临的风险，同时保护平民，却忽略了战争中的复杂因素和不同武器的使用差异对人员伤亡的影响。对致命性自主武器的讨论应关注于其将彻底改变战争的本质、国家与非国家主体之间力量平衡的大局，通过诉诸国家自身利益达成目的。在全自主武器系统已成为现实之时，在国家和国际倡导、公众宣传、小范围专家共识都收效甚微的现实下，以专业协会为代表的人工智能与机器人领域应当表明立场，从而推进禁止致命性自主武器的教育行动。

关键词：致命性自主武器 军备控制 教育行动

---

* 原文参见 Stuart Russell, *Banning Lethal Autonomous Weapons: An Education*, 38 ISSUES SCI. TECHNOL. 60, 60-65 (2022).

** 斯图尔特·罗素（Stuart Russell），加州大学伯克利分校；吴冠达，华东政法大学。

致命性自主武器系统引起了新的威胁，但倡导禁令的努力凸显了达成国际共识的复杂性。致命性自主武器系统（lethal autonomous weapons systems，简称 LAWS）是一种通常被称为“杀手机器人”的武器系统，但这是具有误导性的。它一旦被激活，无需人类的进一步干预，便能攻击物体和人。目前，有十多个国家正在研发更强大的致命性自主武器系统，用于空中、海上和陆地作战。这些武器并非科幻世界的产物，它们已经存在，并且已经被应用在了当前的一些战争中。

自 2014 年以来，联合国就针对禁止自主武器系统（autonomous weapons systems，简称 AWS）的条约展开了讨论。到目前为止，除了联合国秘书长和国际红十字会之外，已有 30 个国家表示支持此类条约。然而，美国和俄罗斯联手阻止了任何关于约束性法律文件的讨论。与此相对，美国在 2021 年提议制定一项“非约束性的行为准则（non-binding code of conduct）”。

我参与自主武器系统的政策讨论始于 2013 年 2 月，当时我收到了来自人权观察组织（Human Rights Watch，简称 HRW）的一封令人困惑的电子邮件。我研究人工智能领域已达 45 年，并已经为《全面禁止核试验条约》（Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty）的核查工作了十多年。此外，我还是人权观察组织北加州委员会的成员。四十多年来，该组织一直在全球范围内调查那些由人类犯下的暴行。

现在，人权观察组织正在要求我支持一项新的运动，旨在禁止“杀手机器人”。这封邮件提到，使用玩具枪的孩子们可能会被杀手机器人误伤。信中还指出，机器人不会受到人类同情心的约束，而人类的同情心能够在一定程度上限制对平民的杀戮。

我从最初的困惑中恢复过来，回复了那封电子邮件，建议我们或许可以从建立计算机科学家的职业行为准则开始——比如：不要设计可以决定杀害人类的算法。

这则警告在我看来是一条显而易见的明智规则，任何正常人都会同意。但我很快意识到，在与军备控制问题相关的地缘政治和外交领域的讨论中，“明智”和“正常”这两个词并不常出现。在这个领域，利益是相互竞争和交错重叠的。以事物本身优点为基础的论点充其量只能起到次要作用，甚至可能不利于目标的实现。在过去的八年里，我慢慢学会了在这个世界中应对自如。起初，我按照标准的政策流程进行：开展了数十场演讲，包括几场在联合国的演讲，参加了数百次媒体采访和活动，并带领一个科学家代表团访问了白宫。但是，当我意识到这些远远不够时，我很快尝试了其他方法，包括发起了一份有三万人署名的请愿书，以及制作了一部观看人次达数百万的短片。

在本文中，我将解释我在这个新的军控领域中的教育行动，但有几点需要先澄清。首先，我并不是在谈论禁止所有人工智能的军事应用。一些用途，例如更好地检测突然袭击，可能

是有益的。其次，这无关于防务研究的一般道德。就我个人而言，我认为科学家有责任帮助那些愿意为了保护他们而献身的人。最后，我不是在谈论无人机（即由人类远程操控的飞行器），它们并非自主的；我也不是在谈论像反导防御系统这样的技术，它们是自主的，但并非致命性的，因为它们的目标是导弹而非人类。

在回复人权观察组织的电子邮件后，我花时间了解了自主武器的治理。所有武器都在一定程度上受到国际人道主义法（international humanitarian law）的约束，这些国际人道主义法包括《日内瓦公约（the Geneva Conventions）》——特别是也包括《禁止或限制使用某些可能被认为过度伤害或具有不加区分效果的常规武器的公约（The Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects）》[1]（由于显而易见的原因，更为人熟知的是后者）。

国际人道主义法的主要原则之一是区分原则（the principle of distinction）：不得攻击平民，因此也不得使用从性质上就无法区分目标的武器。2013 年联合国报告警告称，自主武器可能具有无法区分目标的特性——可能会误伤平民。基于这一警告，人权观察组织发布了报告，举例说明儿童因使用玩具枪而成为攻击目标。

随着时间的推移，我逐渐认为过于关注误伤平民是一个战略性错误，但这正是促使 2014 年《特定常规武器公约》首次讨论自主武器的主要动因之一。从那时起，参与《特定常规武器公约》的各国每年都会召开会议，讨论自主武器系统不断发展的能力，是否应当对其进行控制，以及如何对其进行控制。

2015 年，我受邀作为人工智能专家在于日内瓦召开的《特定常规武器公约》会议上发言。我有三项任务要完成：澄清“自主性”一词的含义，评估自主武器的技术可行性，以及评估使用这些武器的利弊。我天真地以为，这似乎是一个引导讨论走向理智方向的机会。

解释自主性似乎并不那么困难。对于一名人工智能研究人员来说，武器系统所涉及的自主性与我们赋予国际象棋程序的自主性完全相同。尽管我们编写了国际象棋程序，但我们并不会决定具体的走法。我们按下“开始”按钮，程序会自行做出决策。很快，它会进入一些从未见过的棋盘局面，并根据它所看到的情况以及自身复杂且不透明的计算，决定如何移动棋子以及要吃掉哪些敌方棋子。

这正是联合国的定义：一旦启动，武器能够在没有进一步人工干预的情况下选择和攻击

[1] 译者注：简称《特定常规武器公约（CCW）》。

目标。没有什么神秘的，也没有邪恶的意图，更没有自我意识；只有依赖于机器摄像头所看到东西而进行的复杂计算——也就是说，这种计算依赖于在武器执行任务时，人类操作员无法获得的信息。

第二个问题是可行性——这些武器能否利用当前的技术建造出来，如果不能，多久后才能实现？出于我无法理解的原因，军控领域的专家——包括人权观察组织和 20 位诺贝尔和平奖得主——坚持认为这些武器“可以在 20 到 30 年内开发出来。”相反，我的机器人学同事们则表示“最多 18 个月”，而英国国防部则认为，在某些场景下，某种程度的自主性“现在可能已经可以实现”。事实上，到 2015 年为止，所有自主武器的组成技术均已存在，并且将其结合起来并非难事。

最起码，自主武器需要一个可移动承载装置。早在 2015 年，便已存在多种可选方案：从 3 厘米到 1 米大小的四旋翼无人机；从小型的包裹投递飞机到全尺寸的可携带导弹的固定翼无人机；无人驾驶汽车、卡车和坦克；武装无人船群；甚至——如果你非要的话——骨架式的人形机器人。那时，已经有四旋翼无人机的演示，展示它们在空中接球并高速横向飞行通过垂直缝隙——甚至有大量四旋翼无人机穿过狭窄窗户后，在建筑内重新聚集。如今，3000 多架四旋翼无人机的完美协调特技表演已成为企业活动中的常见项目。

接下来，机器必须能够感知它的环境。到 2015 年，已经部署在自动驾驶汽车上的算法能够跟踪视频中移动物体，包括人类和车辆。自主机器人已经能够探索并构建出城市街区或建筑物内部的详细地图。

机器还必须具备战术决策能力。这种决策能力可能类似于人工智能系统在多人视频游戏或自动驾驶汽车中展现出的决策能力。然而，在多种意义上，设计武器更容易，原因很简单：自动驾驶汽车不能出现任何错误，但根据军事标准，一款 80%奏效的自主武器系统就已足够“合格”（若担心失败，可以通过派遣三台自主武器系统，而非仅派遣一台来克服）。

最后一个考虑因素是致命性。一些武器已经可以在遥控驾驶的无人机上使用，包括视觉导引导弹、陀螺稳定机枪，以及以色列哈比 2 号（Harpy 2）巡航导弹携带的 51 磅爆炸物。许多其他致命性技术也可以轻松改装并应用于自主平台。

在探讨了可行性之后，我转而思考其利弊：各国究竟应该研发并部署自主武器，还是予以禁止呢？自主武器常被提及的一个好处是，机器人军队之间的战争或许能大幅降低人类战斗人员面临的风险。但如果这一说法成立，那我们也可以通过玩弹珠游戏来解决战争问题了。在现实世界中，我认为，战争结束往往要归因于死亡和破坏的程度对一方或双方来说变得难以承受。

或许最严肃的支持自主武器的理由是声称它们能保护平民。在《特定常规武器公约》会议上，美国和英国代表团通常主张自主武器能够“通过……自动识别目标……来提高速度、精度和准确性，从而降低军事行动中平民面临的风险”。这是对支持远程操控无人机观点的延伸；它要求人工智能系统在识别合法目标方面比人类更出色，这在 2015 年或许还无法实现，不过自那以后相关能力已经有所提升。这一论调的问题在于其隐含假设——自主武器的应用场景将与无人机如出一辙。如果并非如此——如果自主武器被更多方更频繁地使用，针对不同目标，出于不同目的，或者在更不明确的情境下——那么平民伤亡可能会大得多。

出于这个原因，我认为辩论双方都过分强调了目标瞄准精度和区分能力的问题，这种关注分散了对大局的注意力，这种关注把人们的注意力从大局上转移开了，而大局在于自主武器将彻底改变战争的本质、国家与非国家行为体之间的权力平衡，以及《世界人权宣言》（the Universal Declaration of Human Rights）中所明确提及的“人身安全（security of person）”的切实可行性。

人们对自主武器提出的反对意见众多。有些意见相当务实，比如自主武器可能遭遇网络渗透，导致它们在战争爆发后倒戈攻击己方；或者若发生误报触发真实的自动化反击，可能意外地导致冲突升级。网络渗透和冲突升级这两个问题，已经引起了军事规划者们的高度重视。

反对使用自主武器的倡导者们还提出了法律论点，比如当人工智能系统犯下暴行时会产生“问责缺口（accountability gap）”。但自主武器的支持者认为，攻击发起者的犯罪意图与过失犯罪（criminal negligence）之间并不存在新的责任缺口。

最后，围绕道德和信誉的问题也引发了讨论。国际人道主义法中包含了一个明确的道德元素，即马尔顿斯条款（Martens Clause）中的规定：“在现行法律未涵盖的情况下，人类依然应受到人道原则和公共良知的保护。”人们能在各种公开声明中看到这一道德原则的影子：例如，联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯在 2019 年表示：“无需人类介入就能决定夺取人类声明的机器在政治上是不可接受的，在伦理上令人厌恶的，也应当受到国际法的禁止。”从道德层面对自主武器的反对还来自于意想不到的地方：在 2016 年世界经济论坛的一场辩论中，防务承包商英国宇航系统公司（BAE Systems）董事长罗杰·卡尔表示，将杀戮决策委托给机器是“根本错误的”，并承诺他的公司绝不会允许这种做法。2017 年，美国参谋长联席会议（the Joint Chiefs of Staff）副主席保罗·塞尔瓦在国会面前表示：“我认为将是否夺取人类生命的决定交给机器人是不合理的。”

毫无疑问，军人之间有一种信义感的。在与几国高级军官的会谈中，我深受震撼，他们

对生死负责任的态度是如此严肃。当然，他们也明白，某一天他们可能会成为自主武器攻击的受害者。

然而，我并不相信仅仅基于道德和信义的论点能够打动那些在关于这些武器的决策中起关键作用的政府，特别是当他们不信任其他政府的道德和信义时。因此，在为《特定常规武器公约》会议做准备时，我探讨的最终问题是自主武器的未来发展。人工智能将使哪些类型的武器成为可能，它们将如何被使用，这将如何改变战争本身？

简言之，我希望通过诉诸国家自身利益，而不是依赖更高的原则来达成目的。

在我看来，通过去除人类元素，人工智能将使致命武器的单位比坦克、攻击直升机或持枪士兵更小、更便宜、更灵活。一架由人工智能驱动的四旋翼无人机可能比一罐鞋油还要小，如果它携带三克爆炸物，就能在近距离杀死一个人。

不难想象，最终像这样的武器可能会以极低的成本大规模生产。按照这一推测的情况继续发展下去，一个普通的运输集装箱可以容纳一百万个这样的武器。因为按照定义，每个武器都不需要人工监管，它们可以同时被派出执行任务。我认为，最终的结果是，自主武器将成为廉价、可选择、可扩展的大规模杀伤性武器（weapons of mass destruction）。显然，在我看来，这将对国际安全构成灾难——因此，也对我所面对的政府和外交听众的自身利益构成威胁。

然而，在日内瓦的演讲之后，我发现自己处于一个不同寻常的位置：我极受古巴、巴基斯坦和委内瑞拉大使的欢迎，却不受美国和英国大使的待见。我猜测，他们的不满源于他们所认为的现实政治：出于功利主义的需求，必须对任何可能开发人工智能武器的潜在敌人保持军事优势。

尽管美国和英国对公约的反对阻碍了日内瓦的进展，但我仍然希望这些国家最终能理解，避免创造一种新型廉价、可大规模扩散的大规模杀伤性武器是有必要的，这一论点实际上已经被他们所接受。1966 年，美国的一众生物学家和化学家写信给林登·约翰逊总统进行解释，认为生物武器一旦臻于完善，将成为廉价且广泛传播的大规模灭绝武器。约翰逊的继任者理查德·尼克松被说服，认为这些武器最终会削弱美国的安全，这促使他在 1969 年单方面宣布放弃生物武器。英国则协助发起了禁止生物武器的国际条约谈判，最终促成了《禁止生物武器公约》（the Biological Weapons Convention）。

尽管关于大规模杀伤性武器的定义仍存在争议，但在我看来，如果某人只需输入一个命令，按下“回车键”，就能消灭一百万人，这显然是一种大规模杀伤性武器。然而，小型杀伤性自主武器系统的安全影响可能比其他类别的大规模杀伤性武器更为严重。如果被精心编

程，一个无人机群可以消灭一座城市中所有 12 岁至 60 岁的男性，或者某个种族或宗教群体的所有成员。与核武器不同，这种无人机群不会留下放射性弹坑，也不会毁坏价值高昂的房产。但正如一些学者所指出的那样，自主武器系统与核武器的关键区别在于其可扩展性：冲突的规模可以从十人伤亡逐步扩大到千人、万人，甚至更多，而不会出现任何明显的灾难性转折点。

2015 年日内瓦会议结束后，人工智能领域内支持公约的人士清楚地意识到，仅靠 PPT 演示是无法赢得这场争论的。2015 年 7 月，我们发布了一封公开信，呼吁禁止自主武器；4667 名人工智能研究人员在信上署名，几乎涵盖了该领域的全部领军人物；此外，还有近 27000 名其他人士联合署名。全球媒体纷纷报道此事。就连《金融时报》——这个并非和平主义者专属的刊物——也支持禁令，称自主武器是“世界没有理由去制造的梦魇”。

我也逐渐意识到，在公共领域讨论致命性自主武器问题时，普遍存在的先入为主的误解使这一议题变得复杂。媒体一直将自主武器与狂暴的“终结者”式的机器人联系在一起，这误导公众认为自主武器只是科幻小说中的产物。“终结者”主题还让人们误以为问题的核心是“天网”——控制终结者机器人的全球软件系统——获得了意识，憎恨人类，并试图消灭我们。

当然，一个拥有自我意识且心怀恶意的“天网”从未成为现实问题，但显然有必要对这种叙事提出反驳。我深信我们需要通过视觉影像来阐释自主武器系统的问题。2017 年，在太空数字电影与数字特效公司的编剧和制片人协助下，以及生命未来研究所的资金支持下，我们制作了名为《杀人机器人》（Slaughterbots）的影片。该片采用双线叙事：其一是军火公司 CEO 的产品推介，展示微型四旋翼无人机如何实施精准群体攻击；另一条叙事线则展现了一系列匿名暴行，袭击目标包括美国国会大厦和多个国家的大学生群体。

该片于 2017 年 11 月在《特定常规武器公约》会议上首映。外界反响大多积极：影片在网络上迅速获得了数百万点击量，美国有线电视新闻网（CNN）的评论文章称其为“2017 年最令人毛骨悚然的反乌托邦电影（the most nightmarish, dystopian film of 2017）”。影片还带来另一个令人欣慰的意外收获：在媒体关于自主武器问题的报道配图中，《杀人机器人》的剧照逐渐开始取代终结者的形象。

我的许多 AI 同行都以为片中 CEO 的演讲是真实的而非虚构——这恰好折射出 2017 年该领域技术发展的现实水平。然而在《特定常规武器公约》会议上，俄罗斯大使听完我的陈述后愤怒地质问：“我们为何要讨论科幻小说？这种武器至少在未来 25 至 30 年内都不可能存在！”

但就在同年早些时候，土耳其一家政府关联的制造商公布了其最新产品：Kargu 无人机。其最新型号 Kargu-2 是一款餐盘大小的多旋翼无人机，时速可达 90 英里，可携带 3 磅炸药——足以摧毁车辆、破坏建筑物并造成人员伤亡。根据 2021 年联合国报告，2020 年利比亚冲突中，某派系撤退人员曾被 Kargu 无人机自主“追踪和远程攻击”。问题不仅在于可能误伤平民，更在于它会对完全撤退状态的战斗人员实施针对性打击（这违反了军事必要性原则）——而且这一切都发生在联合国全面武器禁运的背景下。

遗憾的是，全自主武器系统已成为现实。当前反对者与支持者间的对峙正处于脆弱的平衡状态——这种脆弱源于技术发展的日新月异。众多国家与欧盟议会、联合国、不结盟运动及数百个民间组织均支持禁令，近期民调更是显示，28 国民众中有 61%的成年人持相同立场。然而禁绝自主武器系统的努力却陷入停滞，因为美俄两国政府（在英、以、澳等国一定程度的支持下）始终辩称禁令是没有必要的。

面对此类棘手对立局面时，单纯以更激昂的姿态重申己方立场往往收效甚微——尤其当对方掌握着谈判主动权时。为此，麻省理工学院的物理学家 Max Tegmark 于 2019 年末召集了一场小型研讨会，试图探索通过理性务实的同行对话寻求突破的可能性。我们在 Tegmark 波士顿的家中会面。与会者——包含自主武器的支持者与反对者——涵盖人工智能研究者及来自军事、军控、外交等多元背景的专家。

经过几轮激烈讨论与辩论——其间会议似乎陷入僵持——我们开始探讨折中禁令方案的可能性：比如设定自主武器的最低重量与爆炸当量阈值，从而将小型杀伤性武器（如针对人员的微型攻击无人机）排除在禁令豁免范围之外。

有一个历史先例颇具启示意义：1868 年的《圣彼得堡宣言》（the St. Petersburg Declaration）[2]。以今天的标准来看，宣言的诞生显得十分古雅：一位俄国工程师发明了能在人体内爆炸的步枪子弹后，俄国外交官很快意识到这种不人道的武器可能引发军备竞赛。他们随即召集国际会议，最终达成宣言，禁止使用重量低于 400 克的爆炸性弹药——这一限制标准至少在基本原则上，至今仍被国际社会所遵循。

实施类似的禁令——禁止小型的杀伤性自主武器系统——或可杜绝将蜂群式武器用作大规模杀伤性手段。此举仍允许军事强国继续研发自主潜艇、坦克与战斗机等装备，从而避免因技术断层引发的战略突袭风险。

---

[2] 译者注：《圣彼得堡宣言》的全称为《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》。是关于禁止使用特定武器的国际公约之一。1868 年 12 月 11 日由参加国际军事委员会会议的英国、奥匈帝国、俄国等 17 国代表签订于圣彼得堡。

如果能达成一种类似《圣彼得堡宣言》的协议，是强于无功而返的，特别是考虑到 2021 年《特定常规武器公约》谈判的失败。然而，这远非理想，因为机器可以决定杀死谁这一原则将在事实上被广泛接受。虽然全面禁令维护了道德禁忌和普遍原则，在制造商竞相开发更便宜、更灵活的武器的背景下，仅对小型武器采取禁令将面临持续压力。此外，黑市可能会出现。我认为，化学武器和生物武器禁令的道德纯粹性是它们相当有效的原因之一——例如，这种禁令禁止在战争中使用刺激性和麻醉性的化学物质，即使这些物质在许多国家被用于国内治安。

接下来事情的发展会怎样呢？不可避免地，外交行动将转向联合国大会，在那里取得进展不需要全体一致。例如，《全面禁止核试验条约》（the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty）在以协商一致为基础的裁军谈判会议中未能取得进展后，于 1996 年由联合国大会通过。进展也有可能会在联合国的框架外取得，就像《禁止杀伤人员地雷公约》（the Antipersonnel Landmines Convention）一样。该公约起源于 30 年前，当时六个非政府组织联合起来发起了一场国际运动，以监测地雷使用情况并倡导禁止这类武器。

如今，我策略中的一个重要部分，是促使以专业协会为代表的人工智能与机器人领域表明立场。拥有 40 万名会员的电气和电子工程师协会（Institute of Electrical and Electronics Engineers）正在制定相关政策立场，而我也正着手为计算机科学领域的主要专业协会——美国计算机协会（the Association for Computing Machinery）组建一个自主武器特别工作组。我们计划在科学会议上组织辩论，召集伦理委员会研究相关论点，并鼓励发表立场文件。我们行业的一些成员抗议称，他们无法掌控自己发明的用途；但在我看来，很明显，无所作为就等同于投票支持对自主武器的继续研发和部署。

到目前为止，国家和国际层面的政策倡导、公众宣传以及小范围专家共识都收效甚微。与此同时，推动自主武器系统的技术却在不断进步。现在是人工智能领域挺身而出的时候了，就像物理学家反对核武器、化学家反对化学武器、生物学家反对生物武器，以及医生抵制参与死刑执行一样。从历史上看，科学家在这类问题上的声音至关重要。因此，我鼓励我的同行们与我一道，投身这项艰巨、繁琐、复杂而常常令人沮丧的工作，让人类能够在相对安全的环境中生活。

对希尔曼“健康危机”一文的评论*

大卫·A·霍夫曼 著；曹天弈 译**

摘　要：本文对鲍勃·希尔曼（Bob Hillman）的著作《健康危机与合同法的有限作用》（Health Crises and the Limited Role of Contract Law）进行了评论，该书探讨了合同法在COVID-19大流行等健康危机中面临的挑战。希尔曼认为，传统的合同法侧重于个人权利和可预测性，难以解决此类危机引发的更广泛的公共卫生问题。本文以希尔曼的分析为基础，讨论了不可抗力条款的使用，以及执行私人合同权利和优先考虑公共福利之间的紧张关系。它强调了法院在平衡这些相互竞争的利益方面面临的困难，并探讨了当前的法律框架是否足以或需要进行改革，以更好地处理突发卫生事件。

关键词：评论 合同法 不履行 鲍勃·希尔曼 健康危机 不可抗力

---

* 原文参见 David A. Hoffman, A Comment on Hillman, Health Crises, 85 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 33-36 (2022).

** 大卫·A·霍夫曼（David A. Hoffman），美国宾夕法尼亚大学法学院；曹天弈，香港大学法学院。

2018 年，贾思敏（Jasmine）和罗伯特·尼科尔森（Robert Nicholson）与位于费城的希尔顿特许经营商沃扎克酒店集团（Wurzak Hotel Group）签订了合同，计划于 2020 年 9 月 9 日在此举办他们的婚礼。当新冠疫情爆发时，该市的室内集会被禁止，于是酒店建议尼科尔森夫妇将婚礼推迟到未来的某个日期举行。然而，尼科尔森夫妇认为婚礼的举办已经不能拖延下去了，遂向酒店提出退款。但酒店拒绝了他们的要求，并引用了合同中一条似乎仅赋予了酒店方单方面终止合同的权利的条款，而他们并无意行使这一权利。该条款（包括打字或排印錯誤）如下：

> “不履约的免责：若因超出经营者控制范围的任何原因，包括但不限于罢工、劳资纠纷、事故、政府征用、对旅行、商品或供应的限制或法规、战争行为或不可抗力，导致经营者无法履行本协议下的义务，则该等未履行义务应视为免责，且经营者可终止本协议而无需承担任何性质的进一步责任，但需退还顾客的定金。任何情况下，经营者均不因本协议下的任何原因对任何损害（包括但不限于间接损害、实际损害、惩罚性或其他性质的损害）承担责任。如因任何原因预订的场地无法用于举行活动，经营者可提供质量不低于原场地的其他场地作为替代，且需获得顾客的准许。”

由于无法说服酒店退还定金，尼科尔森夫妇将婚礼改至邻近的特拉华州举行，该州当时已放宽了针对新冠疫情的限制。他们按原计划于 2020 年 9 月左右完婚。八个月后，费城放开了对室内婚礼的禁令。

尼科尔森夫妇随后在州法院提起诉讼，试图代表一群处境相似的庆典主办者。他们的论点基于对免责履约条款的一种大胆的解释：无限期的延期应视为酒店无法履行合同，即便约定的场地在之后的时间能够如约举办。尼科尔森夫妇认为某些类型的庆祝活动，例如婚礼和犹太教成人礼，会因其时效性而无法无限期推迟。因此原告要求被告返还已支付费用[1]。

定金纠纷——这一已在州法院和联邦法院引发了数十起诉讼的问题——仅仅是合同法

[1] 参见 Matthew Santoni, *Hotel Refused to Refund Events During Pandemic*, LAW360 (Sept. 28, 2:01PM), https://www.law360.com/articles/1425944/hotel-refused-to-refund-events-during-pandemic-suit-says [https://perma.cc/XN86-HZ7Y] (包括和原告起诉书关联的法律条款).

与新冠疫情难题的一部分。这其中一些已由谈判达成协议解决[2]，一些已由法院裁定解决[3]，但还有很多悬而未决。人们可以看出这类案件为什么的棘手：在尼科尔森夫妇的案件中，双方似乎都有各自的正当理由。酒店方推迟婚礼的提议可以说是在一种在当时对社会有益的意图。终止合同（并退还定金）只会导致原告寻找其他地点（或许是在限制较少的特拉华州）举办一场可能成为超级传播事件（superspreader event）的活动。正如凯茜·黄（Cathy Hwang）和我最近所讨论的那样，几十年来，法院在解读合同时有时会关注此类社会风险，以避免会产生健康风险的补救手段[4]。仅仅在承诺人认为延期不可行的情况下就将一项赋予一方终止的**权利**的条款理解为必须履行这项权利的义务，这样的解读就很奇怪了。同样的合同会不会在公司年会的情境下产生和婚礼的情境下不同的结果（公司年会显然可以推迟到明年，甚至根本不举办）？但有时法院会偏向承诺人的个人利益。尼科尔森夫妇的案件同样说明了为什么会如此。酒店方提出的免责履约条款暗示有权无限期推迟的观点，提出了与善意行使裁量权相关的一系列问题。酒店方提出的所谓不履约条款暗示了一种无限期推迟权利的观点，提出了与善意行使裁量权（discretion）相关的一系列问题[5]。根据一般合同法的原则，可以说酒店方的行为构成了预期违约（anticipatory repudiation）。此外，尼科尔森夫妇把地点更换到了一个对疫情风险有不同审慎判断的州，这难道不表达了法院不仅应当表示批准，而是应该追溯性地予以肯定的一种判决吗？简而言之，依照《美国合同法重述（第二版）》第 272 条或其他规定，不退还尼科尔森夫妇定金这件事的健康激励效果（health incentive effects）是错综复杂的[6]。法院真的应该参与此类案件吗？还是应该像对其他所有案件一样处理新冠导致的定金纠纷，在面前的合同原文中摸索，并试图赋予其实际意义呢？

鲍勃·希尔曼（Bob Hillman，以下统称鲍勃），作为无可争议的学术界最条理清晰且理智的合同法理论解释者，支持”在合同中摸索”的观点。或者说，起码我们可以这样子去解读

---

[2] 参见例如 Lauren Berg, *Ticket Buyers Ink $7.5M Deal in Vivid Seats Virus Refund Suit*, LAW360 (Mar. 11, 2021, 10:10 PM), https://www.law360.com/articles/1364046/ticket-buyers-ink-7-5m-deal-in-vivid-seats-virus-refund-suit [https://perma.cc/P3BR-GDTW] (讲述了 Vivid Seats 与购票者之间达成的 750 万美元和解协议))以及 Hannah Albarazi, *StubHub to Pay Over $9.5M To End State Virus Refund Probes*, LAW 360 (Sept.15,2021, 9:44PM), https://www.law360.com/articles/1422012/stubhub-to-pay-over-9-5m-to-end-state-virus-refund-probes [https://perma.cc/MGX3-Y5PG] (详细说明了 StubHub 与十个州及哥伦比亚特区的购票者达成的 950 万美元和解协议，以结束一项多州调查)

[3] 参见例如 Linda Chiem, United Can’t Ditch Passengers’ Covid-19 Refund Suit, LAW 360 (Feb. 12, 9:44PM), https://www.law360.com/articles/1355145/united-can-t-ditch-passengers-covid-19-refund-suit [https://perma.cc/PC6J-4YWH]（美国地方法院法官托马斯·杜尔金部分驳回了美联航关于驳回诉讼的动议。美联航在动议中辩称，一项不可抗力条款排除了乘客合并诉讼的可能性。）

[4] David A. Hoffman & Cathy Hwang, *The Social Cost of Contract*, 121 COLUM. L. REV. 978 (2021).

[5] 参见例如 Fortune v. Nat’l Cash Reg., 364 N.E.2d 1251 (1977)（確信即使某项被质疑的行为未违反合同的明文条款，默示的善意与公平交易契约也会修改履约方式）

[6] 参见 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 272(2) (1981)（指出如果因规则导致不公正的结果，法院可以提供救济，以保护当事方的依赖利益并伸张正义）

他那篇值得称道的文章《健康危机与合同法的有限作用[7]》（*Health Crises and the Limited Role of Contract Law*）。鲍勃的基础观点是：合同法院对流行病学论点的回应将会观点各异。正如他所说，这种“现实主义的体验并不是什么新发现[8]”。但他的观点比法律教授常用的“视情况而定”的观点更深刻。相反，鲍勃提出了三个独创的分析性的贡献。

首先，鲍勃进一步探讨了法院在权衡广泛的公共健康利益时，是如何有可能与合同协议产生冲突。他描述了明确的风险分配、没有明说的事实风险分配以及空白填补条款。这些机制按重要性递减，分别促使法院决定应由公共利益还是私人利益主导诉讼结果。这一讨论中尤其有趣的是鲍勃对空白填补条款的分析：如果当事双方未能有效分配疫情的风险，会发生什么？法院是否应基于其“对公平的定义”进行判决，或者更大胆地将动机也纳入分析范围？[9]

其次，鲍勃指出，合同法无法为棘手的新冠相关问题提供简单答案，不仅仅是因为（正如凯茜和我之前所讨论的一样）现代争端解决体系旨在达成双方妥协的结果的原因，而是因为合同法本身具有多元性。这个传统限制了法院大胆开辟新方向的能力，于是由此得出的法律原则就会不可避免地自我矛盾。

第三点是，鲍勃提出了一个非常有趣的问题，尽管因为是以真正的苏格拉底式结尾，他并没有回答它。由于新冠对合同行业造成了极大的冲击，鲍勃推测企业将愈加起草“牢不可破并明确分配健康危机的风险的不可抗力条款[10][11]”。这将会导致“公共政策之间的矛盾”：一方面，法院希望执行合同双方的意愿；另一方面，又担忧由此可能带来的公共危害[12]。这将导致对“公共政策抗辩有效性”的更深入审视[13]。

正如鲍勃逐渐指出的那样，问题随之变成了：哪种选择会有“最少的坏处”？是法院有时在事后（*ex post*）扩大公共政策抗辩的适用范围，并对特别恶劣的事实情节进行理想化调整，还是还是由监管机构提前（*ex ante*）制定可能存在过盛或不足的问题，但具备合法性和专业性的公信力的规则？凯茜和我在我们的研究中也没有回答这个具体的问题，所以我无法因为鲍勃仅仅提出问题而没有给出答案而责备他。

我个人的观点，或许比凯茜或博布的看法更为悲观，是新冠疫情揭示了健康监管机构曾

---

[7] Robert A. Hillman, *Health Crises and the Limited Role of Contract Law*, 85 LAW & CONTEMP. PROBS., no. 2, 2022, at 19.
[8] *Id.*
[9] *Id.* at 27.
[10] 译者注 “ironclad force majeure clauses that expressly assign the risk of health disruptions.”
[11] *Id.* at 31.
[12] *Id.*
[13] *Id.*

经享有的某些具有专业性和负有责任的声称其实是空洞的。法院的行为填补了这个缺陷，无论是通过削弱这些监管机构的专业性（正如我们在最高法院上一个审判期所看到的）[14]，或者说，根据新冠时期的事实情节，他们更愿意修改现有的合同法原则。这种现状让我怀疑，至少在可预见的未来之内，合同各方是否能够通过铁定的条款成功地将合同危害具体化。尽管如此，我同意鲍勃的观点，这种情况并非普适于任何时间段的任何法院。相反，我们将会看到一系列相异的判决，缺乏统一的目的或方法论的承诺。鲍勃认为这既是合同法的漏洞也是特色，而我倾向于同意他的看法。

[14] South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 141 S. Ct. 716 (2021)（部分批准针对加利福尼亚州州长行政命令的禁令，旨在通过对不同的室内和室外空间集会限制来应对新冠的传播。）（卡根大法官表示异议）（“法院的法官们并非科学家，也对公共卫生政策所知甚少。然而，现在法院却在关于如何应对肆虐疫情的判断上取代了专家们。”）

Abstracts and Tables of Contents

On the Judicial Power Examination of the Salt Court Officials in the Late Tang Dynasty—— Take the Epitaph of Lu Boqing And His Wife Cui as an Example

Hailong Sun*

Abstract: The epitaph of Lu Boqing and his wife Cui is respectively entitled “Preface to the tomb of Lu Fu of Fan Yang” and “Preface to the epitaph of Lu Gong’s wife”. The two epitaphs, totaling more than 1,400 characters, record Lu’s family and official experience. Lu Boqing successively served as the official of the salt and iron system, including the inspector of the Dongwei Bridge, the Yunyang governor, the judge of the two pools, the governor of the Langzhong governor and the supervisor of Yancheng. The experience of the middle and lower levels of the epitaph is an important data for us to study the acquisition of judicial power and the transfer of judicial positions in the late Tang Dynasty.

keywords: Tang Dynasty, Salt courtyard, Judicial power, Judicial position, Lu Boqing, Epitaph

* Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University.

Table of Contents

I. Original Text of the Epitaph of Lu Boqing and His Wife Cui 3

II. Genealogy and Official Career of Lu Boqing 6

III. Acquisition of Judicial Authority and Transition of Judicial Positions of Lu Boqing 9

IV. Conclusion 12

Constitutional Remedies: In One Era and Out the Other

Richard H. Fallon, Jr.; trans. by Mengyao Zhang, Xinjie Xu, Weihang Luo*

Abstract: Despite the ringing dictum of Marbury v. Madison that "every right, when withheld, must have a remedy," rights to remedies have always had a precarious constitutional status. For over one hundred years, the norm was that victims of ongoing constitutional violations had rights to injunctive relief. But the Constitution nowhere expressly prescribes that norm, and recent Supreme Court decisions, involving suits for injunctions and damages alike, have left the constitutional connection between rights and remedies more attenuated than ever before.

This Article explores the conceptual and doctrinal connections between constitutional rights and entitlements to judicial remedies. Whole Woman's Health v. Jackson — which largely vindicated Texas's strategy for insulating an antiabortion law from judicial challenge via suits for injunctions — furnishes the Article's primary window into the current doctrinal landscape. But the Article's perspective is broadly historical. It assumes throughout that we cannot understand the present law without understanding the background from which it developed and, in increasingly important respects, from which it now deviates.

The Article's central thesis combines empirical and normative aspects: Although the modern Supreme Court has wielded separation of powers arguments to truncate constitutional remedies, the Court's premises are mistaken. The Constitution frequently, though not invariably, requires effective remedies for constitutional rights violations. When Congress fails to authorize such remedies, nothing in the Constitution's history or tradition precludes a role for the Supreme Court in devising remedies that are necessary to enforce substantive rights. If we have entered an era in which a majority of the Justices believe otherwise, the situation is a deeply regrettable one in which the concept of a constitutional right will be cheapened.

Keywords: constitutional remedies, constitutional rights, Whole Woman's Health v. Jackson, injunctive relief, originalism, textualism

* Richard H. Fallon, Jr., Harvard Law School. Mengyao Zhang, School of Law, Xi'an Jiaotong University; Xinjie Xu, Weihang Luo, School of Law, Jiangxi University of Finance and Economics.

Table of Contents

Introduction **16**

I. Constitutional rights and remedies: Where we have been **22**

A. The Traditional Law of Constitutional Remedies: An Opinionated Sketch 24

B. Explanatory Themes 33

II. Sea Change: Beginnings of the Current Era **36**

A. Rights of Access to Injunctive Relief 36

B. Rights of Access to Injunctive Relief 39

C. Limitations on Congressional Power to Authorize Remedies 42

III. Jackson and Constitutional Remedies **43**

IV. Jackson’s Implications **47**

A. Constitutional Remedies and the Due Process Clause 48

B. The Traditions of Equity and Their Limits 57

C. The Right to Present Constitutional Defenses Against Enforcement Actions 63

D. Equitable Versus Legal Remedies 64

V. Originalism, Textualism, and Deference to the Prerogatives of Congress **66**

A. Originalism and Textualism as Guarantors of Interpretive Modesty? 66

B. Stare Decisis 69

VI. Conclusion **73**

How Medicalization of Civil Rights Could Disappoint

Allison K. Hoffman; trans. by Xinyan Pang*

Abstract: This paper responds to Craig Konnoth's article "Medicalization and the New Civil Rights," exploring the adverse effects of transforming civil rights claims into a framework secured by medical rights. Although medicalization may offer a new pathway for anti-discrimination and rights protection from a short-term utilitarian perspective, in the long run, this transformation may bring sociological limitations, reducing the emphasis on structural solutions that can address the root causes of racism, sexism, and other forms of discrimination, and may also conceal some discrimination issues. The paper also examines the volatility of the pragmatic benefits of medicalization, pointing out that medicalization may make people more willing to accept civil rights claims because it shifts the responsibility away from individuals, thus making them more eligible for support. However, its short-term benefits may gradually disappear as medical rights become a new battleground for civil rights disputes.

Keywords: Civil Rights Claims, Medical Rights, Discrimination, Inequality

* Allison K. Hoffman, Professor of Law, University of Pennsylvania Carey Law School; Xinyan Pang, School of Law, Beijing University of Aeronautics and Astronautics.

Table of Contents

I. Sociological Narrowing 77

A. Too Little, Too Late 78

B. Partially Obscuring Discrimination 80

II. The Malleability of Medicalization's Utilitarian Benefits 84

III. Conclusion 85

The Invention of Antitrust

Herbert Hovenkamp; trans. by Zihan Zhang*

Abstract: The long Progressive Era, from 1900 to 1930, was the Golden Age of antitrust theory, if not of enforcement. During that period courts and Progressive scholars developed nearly all of the tools that we use to this dayto assess anticompetitive practices under the federal antitrust laws. In a veryreal sense, we can say that this group ofpeople invented antitrust law. The principal contributions the Progressives made to antitrust policy were (1) partial equilibrium analysis, which became the basis for concerns about economic concentration, the distinction between short- and long-run analysis, and later provided the foundation for the development of the antitrust "relevant market"; (2) the classification of costs into fixed and variable, with the emergent belief that industries with high fixed costs were more problematic; (3) the development of the concept of entry barriers, contrary to a long classical tradition of assuming that entry is easy and quick; (4) the distinction between horizontal and vertical relationships and the emergence of vertical integration as a competition problem; and (5) price discrimination as a practice that could sometimes have competitive consequences. Finally, at the end of this period came (6) theories of imperfect competition, including the rediscovery of oligopoly theory and the rise ofproduct differentiation as relevant to antitrust policy making. Subsequent to 1930, antitrust policy veered sharply to the left. Then, two decades later it turned just as sharply to the right. Eventually it moderated, reaching a point that is not all that far away from the Progressives' original vision.

Keywords: Antitrust Law, Progressive Era, Marginalist Economics

* Herbert Hovenkamp, James G. Dinan University Professor, University of Pennsylvania Carey Law School and the Wharton School; Zihan Zhang, Hongkong University.

Table of Contents

Introduction.....89

I. The Chicago Conference on Trust.....90

II. Marginalist Economics and Market Revisionism 97

A. Markets as Human Instit Utions: Coercion.....98

B. Partial Equilibrium Analy 101

C. Industrial Concentration.....105

D. Fixed Costs And Equilibrium.....108

E. Market Failure and Regulation.....112

F. Price Discrimination 114

G. Monopoly Power And Structure: Potential Competition, Barriers To Entry, And The Relevant Market.....118

III. The Emergence Of Vertical Competition Policy 132

A. "Competition," Horizontal And Vertical 132

B. Progressive Economics And Vertical Integration.....138

C. Progressives And The Emerging Law Of Vertical Integration 140

D. Growing Fears of Vertical Control After World War II.....148

IV. Conclusion 150

Medical Civil Rights as a Site of Activism: A Reply to Critics

Craig Konnoth; trans. by Tianyi Cao*

Abstract: This article is a response to critiques of "Medicalization and the New Civil Rights," arguing that medical discourse, often criticized for reinforcing dependency and stigma, can also be a powerful tool for social justice. Drawing on previous events such as the COVID-19 pandemic and racial justice protests, the author examines how activists and policymakers have used medical frameworks to reframe systemic injustices—such as racism and disability discrimination—as public health crises. The article highlights the evolving role of medicine as a site of participatory justice, shaped not only by professionals but by affected communities themselves. Through examples from disability rights, transgender advocacy, and long COVID movements, the paper illustrates how medical civil rights claims, though not without cost, can enable access to benefits, reshape legal categories, and foster solidarity. It calls for a nuanced understanding of medicalization's risks and potential, urging scholars to support strategies that maximize its emancipatory power.

Keywords: Medicalization, Civil rights, Medical civil rights, Social justice, Disability law, Public health, Participatory justice

* Craig Konnoth, University of Virginia School of Law; Tianyi Cao, School of Law, Hongkong University.

Table of Contents

I. What is Medicalization?.....157

II. What Benefits Does Medicalization Provide?.....161

III. Who Is Involved?.....163

IV. Why Do Medical Civil Rights Provide Benefits?.....166

V. Conclusion.....168

Banning Lethal AutonomousWeapons: An Education

Stuart Russell; trans. by Guanda Wu*

Abstract: Lethal autonomous weapons risk harming civilians indiscriminately, violating the principle of distinction under international humanitarian law. Thus, the assertion that "algorithms capable of deciding to kill humans should not be designed" appears self-evident. Additional grounds for prohibiting such weapons include risks of cyber infiltration, conflict escalation, and accountability gaps. Yet this principle faces challenges in arms control area. Proponents argue that autonomous weapons reduce risks to human combatants while protecting civilians, but this view overlooks the complexity of warfare and the varying casualty impacts of different weapon systems. Discussions about lethal autonomous weapons should focus on their potential to fundamentally transform the nature of warfare and shift power balances between states and non-state entities, framing arguments through appeals to national self-interest. With fully autonomous weapon systems becoming operational reality, and given the limited effectiveness of national/international advocacy, public campaigns, and narrow expert consensus, the AI and robotics communities—represented by professional associations—shall articulate clear positions to advance educational efforts toward banning lethal autonomous weapons.

Keywords: Lethal Autonomous Weapons; Arms Control; Educational Campaign

* Stuart Russell, UC Berkeley; Guanda Wu, East China University of Political Science and Law

A Comment on Hillman, Health Crises Contract in Crises

David A. Hoffman; trans. by Tianyi Cao*

Abstract: This article reviews Bob Hillman's work Health Crises and the Limited Role of Contract Law, which examines the challenges faced by contract law during health crises such as the COVID-19 pandemic. Hillman argues that traditional contract law, with its focus on individual rights and predictability, struggles to address the broader public health issues arising from such crises. Building on Hillman's analysis, this paper discusses the application of force majeure clauses and the tension between enforcing private contractual rights and prioritizing public welfare. It highlights the difficulties courts encounter in balancing these competing interests and explores whether the current legal framework is adequate or requires reform to better respond to public health emergencies.

Keywords: Review, Contract Law, Non-performance, Bob Hillman, Health Crises, Force Majeure

* David A. Hoffman, William A. Schnader Professor of Law, University of Pennsylvania Carey Law School; Tianyi Cao, School of Law, Hongkong University.

Editorial Board

Editor-in-Chief: **Ge Zheng**

Editorial Team

Associate Editors: You Zhang, Yan Pan, Shuai Wei

Junior Editors: Yujing Lai, Yiyao Zu, Shengpu Huang

The China Law Journal, a prestigious legal periodical sponsored by the independent society La Nouvelle Jeunesse. Embodying the rational ethos and idealistic legacy of China, the China Law Journal serves as a distinguished forum for legal scholars, students, practitioners, and interdisciplinary researchers. Dedicated to probing deep cognitive frameworks and investigative paradigms relevant to societal dynamics, the journal offers comprehensive analyses of legal norms and systems, delving into their foundational motivations. Our stringent peer-review process guarantees both the theoretical and practical merits of our content, promoting influential scholarly views that catalyze effective communication, knowledge exchange, and reflective discourse across varied perspectives.

The full content of this journal has been included in the HeinOnline Database.

Consistent with our ethos of academic integrity, we emphasize 'originality' as a crucial criterion for submissions to the China Law Journal. We require that manuscripts be previously unpublished in any formal publication. In our endeavor to facilitate widespread knowledge dissemination, we ensure that all published content conforms to the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0) guidelines.

China Law Journal | China L. J. | 华夏法学
ISSN: 2993-6004 (Online) | 2993-5954 (Print)
Publication Date: June 14, 2025
Submission: https://clj.scholasticahq.com/
Website: https://www.clj.ac/
Email: info@clj.ac

Publisher: La Nouvelle Jeunesse
Address: 655 15th Street NW, Washington, DC 20005
Email: info@jeunesse.ac



9 772993 595009