第一章　确定写什么（选题）

好的法学文章应该有自己的观点，且该观点具有：新颖性；创造性；实用性；合理性；并且上述特点应被读者所认可。[①]

无论作者是法科学子、年轻法律从业人员还是经验丰富的专家、学术大家，对论文的评判标准都是一样的。鉴于本书大部分读者会是学生，接下来我便会提到这些学生作者，并以打分人或者指导老师的身份来举例。当然，本书同样适用于其他有学术抱负的作者。

一、论　题

（一）基本论点

大多数优秀的原创学术论文都有一个基本论点——有关这个世界的一个主张。这可能是一个关于事物本身的描述性观点（如一个历史性观点、一个关于法律效应的观点、一个法庭如何解释法律的观点）；也可能是一个规范性的关于我们应该做什么的观点（如一部法律或宪法条文应该如何解释，应该颁布何种新法规，一项法规或普通法规则应如何修改……）；还可能是两者的结合，既有描述性观点也有规范性要求。总之，你要把该观点浓缩成一句话，例如：

（1）“某法律是违宪的，因为……”

（2）“立法机关应该制定以下法律……”

（3）“该法的恰当解释是……”

（4）“该法可能有以下副作用……”

（5）“该法可能有以下副作用……因此，应当予以反对或修改为……”

（6）“由于法院以下述方式解释该法律……因此，该法应该做以下修改……”

（7）“多项不同的法律规定实际上在某些方面是冲突的，而这些冲突会导致我们……”

（8）“我的实证研究显示该法律规则意外地导致了……，因此应做如下修改……”

（9）“我的实证研究表明：该法有如下积极影响……，因此，应予保留并推广到其他司法区。”

（10）“从[女权主义/天主教/经济]的角度审查该法律，我们认为，该法有问题，应当修改为……”

（11）“……的传统观念是错的，因为……”

来看几个具体的例子：

（1）“禁止花钱进行器官移植侵犯了患者保护自己生命的宪法权利。”这符合上面的例 1。

（2）“对公民发现犯罪而不报案进行处罚有时候会挫伤他们报案的积极性，因为没有及

① 该标准借鉴了下述文献，谨致谢忱：*Stephen L. Carter*，*Academic Tenure and "White Male" Standards: Some Lessons from the Patent Law*，100 Yale L. J. 2065，2083（1991）。

时报案的人将会意识到自己犯罪了，因此更不愿意对警察讲。”这属于例 4。

（3）“在监护权案件中，法院判决有较强宗教信仰的父母胜诉的几率高于不太有宗教信仰父母胜诉的机率，这违反了政教分离原则。”这属于例 8，因为它隐含了一个新的描述性主张（有关法院的作为）和一个规范性主张。

（4）“虽然很多人认为自由派大法官较保守派大法官对自由言论的视野更开阔，但事实证明，肯尼迪大法官对言论自由的视野最开阔，布雷耶大法官最狭隘，而其他大法官则处于自由与保守之间的模式。”这属于例 11。

用一句话来概括你的观点，有助于你集中讨论，并将核心观点传达给读者。而且，要知道大多数读者只能记住你文章里的一句话（如果许多读者只读摘要或引言，尤其如此）。你要明白你那句话到底想说什么，并以此来构架你的文章，以便让读者理解你的主要论点。

（二）描述性和规范性论点

最有趣的论点往往集描述性与规范性于一体，既告诉读者一些他们不知道的现实（如，法院判决；法律规定如何改变人们的行为；以及为何某一规则以特定方式规定），同时又对其应当如何做提出建议。描述性话语是有价值的，许多人更容易被新事实而不是新思想或新法律主张说服。规范性建议也是有价值的，因为它回答了许多实事求是的读者在听到一个事实性描述（即使很有趣的描述）后不可避免地提出的“所以呢？”的问题。

你当然可以写一篇纯描述性或纯规范性文章（不过看到第 16 页的“只解释法律的文章”那部分讨论的纯描述性文章，你可能想避免这种情况），但把描述和规范结合起来能写出一篇更有趣、更令人印象深刻的文章。所以，在提出论点时，你应该努力使之同时在描述性与规范性上体现新颖性、创造性、实用性与合理性。

例如，你要写一篇关于言论自由和公共设施内反骚扰法的文章。根据该法，当公共设施的所有者允许种族、民族、宗教或性别歧视存在时，法院和行政机构会要求该所有者进行损害赔偿。你可以用第一修正案的判例和第一修正案理论来分析公共设施内反歧视环境规则，并解释为什么它们（在规范层面上）应该被保留、改变或废除。

但如果你能够找到相关案例，包括很难找得到的行政机关之决定，就表明该法律真的存在问题，不良的公共场所环境法确实（在描述层面）限制了本来有价值的言论，那么你的论点会变得很有力。这能更好地说服那些质疑是否真的存在问题的读者相信你的主张是实用的。它还能帮助你更具体地表达规范性论点。而且即使读者不认可、忽视或遗忘了你的规范性论点，他们仍然能从你的描述性观察中发现有价值的东西，从而肯定你做出的贡献。

二、选　题

（一）发现问题

为了提出论点，你必须首先找到一个你感兴趣的领域中的问题，无论是理论性、经验性还是历史性问题。你的论点就是你解决这个问题的方案。

这里列出一些技巧，并列出运用这些技巧找到论题的例子（在脚注中）。这些例子能帮助你更具体地体会这些技巧。我在一些示例上标注了提供者的学校排名，读者可以看到即使非

出身顶级名校，也一样可以发表精彩的学术文章。

（二）据课堂阅读或讨论的案例选题

回想你在课堂阅读时遇到的让你觉得“这里有一个重要问题没有解决”或“这个理由没有说服力”的案例。[①]但是，要避免每个人都感兴趣的论题，因为该论题可能已经有很多人研究过了。寻找那些相较于其他人更吸引你的论题。“为了……能有一些新东西，选择与众不同的方向进行写作。”[②]

同样，回顾课题讨论时那些能够吸引你但尚未得到妥善解决的问题。

（三）据案例教科书上的问题选题

阅读案例教科书上附在每个案例后的问题，这些问题通常指出了很有趣且尚未被解决的问题。[③]不要只看你自己的那一本，而应该看该领域所有案例教科书。

（四）从最高法院最近的判例引发或遗留的问题中选题

阅读你感兴趣领域中最高法院最近的判例，看看它们是否遗留了开放性的重大问题或引发了新的模糊或不确定的问题。[④]

（五）从你的研究助理工作中选题

如果你在担任某教授的研究助理，留意那些可能对你有用的论题。你不仅可能找到适当的选题，还能从相邻法律领域中学到更多知识，并且与可能愿意帮助你的老师建立起联系。[⑤]

---

① 一个毕业于排名前五十的法学院、现为联邦地区法院法官助理的人如是说：“我写过有关防止校园屠杀案件中大学责任的短论。因为我在研一的侵权法课程中阅读过 Tarasoff 案，并且发现，未能预见到其他人行为之责任，这种观点特别有意思”，“我建议学生找出他们真正感兴趣的东西，想方设法来利用最近的案例（例如弗吉尼亚技术学校的枪击案），作为讨论的话题……而后来法官告诉我，这篇短论是她考虑聘请我的因素之一。”

② 一位律师写道，“我修了一个隐私法的课程……回到 1997 年，那个时候，有关网站是否应当收集儿童玩游戏时注册的信息等是一个‘大热点’——因此在那个课程中大约有五或十个人都说他们将会写一篇有关该话题的文章。不用说，我另辟蹊径，选了一个当时几乎没有人写的题目，就是有关性犯罪罪犯的在线数据库及其对隐私的影响。最后，该文发表在《美国刑事法评论》上，并且，在数年以前我还看到第九巡回法院引用了这篇文章。

“我也选修了著作权法的讨论课……看到该课程的大多数人都在写侵权相关文章，因此，我再次打破常规，写了有关许可权的文章，包括当著作权人本来不打算以任何形式对作品进行利用的情况下，对各种形式的强制许可之建议。这样一来，我不仅得了 A 等，而且还将此文提交参与 Burkan Memorial 写作竞赛，获得了一定的奖金，除此之外，这篇文章还被《著作权学会学报》录用，被一本著作权法的案例选集所节选。”

③ 一名刚毕业在联邦巡回法院法官处担任助理的学生说：“在我第一学年通读侵权法案例书上作者评论的时候，想到了这个题目。案例书上优秀的评论经常会提出未解决的法律问题。”

④ 一名毕业于排名前 25 名学院的，现为联邦法官助理的法学院学生说：“我知道我要写一篇[有关最近最高法院判决]的短论，因为这个判决是三个月前刚作出的。我做的第一件事是阅读早前有关判决的文献。我注意到就该判决的实际效果方面存在分歧，这促使我想对判决做一个统计研究，考察一下每个曾经[在具体情况下适用判决意见的地区法院]（并且将其与适用“旧标准”的前一年的控制组案例相对比）。在那里，我阅读了大量的类似统计研究，例如 Lee Epstein 教授、Kevin Clermont 教授的研究等。我的短论最后很受欢迎（在两年之内有 20 个法律评论引用，有一个上诉法院的引用，还有几本案例书的引用）。我认为，这篇文章有助于我被提拔为主编及后来担任法官助理。”

⑤ 一个毕业于法学院大学排名 75 位的学生说：“我基于助教工作所获得的信息确定了法学评论文章的选题。文章以改革所谓的国际航空旅行‘双边制度’为题。这个问题在我为教授找（欧盟航空规定的）资料中处于边缘化的地位。但我真的想进一步探索这个主题，它也很契合法学杂志的关注点，因此我就问教授是否允许我利用为他收集的部分研究材料。他表示同意……。我将这篇文章作为我的写作能力证明来找工作，最后获得了普遍的

找到这种选题的可能性甚至可以成为你应聘研究助理的理由之一。

（六）向老师请教选题

请教你的老师们，他们的研究领域中是否存在被不当忽视的空白点。有些老师甚至可能会给出具体问题，[①]但这是可遇而不可求的，因为多数老师认为寻找问题是学生的工作。但是，去请教几位老师也没什么坏处，万一有那么几位确实愿意给些建议呢？

（七）向执业律师询问

询问执业律师他们面临的悬而未决的重要问题。如果可能，你可以主动询问有学术意识的律师，比如那些写法律评论文章、专论或实务文章的律师，尤其要问那些和你一起工作的律师，他们会更愿意提供帮助。

请律师们给出一个具体问题建议，而不只是指出一个潜在的广阔领域。就如我上文中所提到的，有些（并非全部）老师可能不愿意给出具体问题，因为在他们看来，寻找问题是学生应该自己去做的工作，但执业律师就没有这方面的疑虑。[②]

（八）通过检索万律（Westlaw）获取最新重大判例的摘要信息来选题

通过检索 Westlaw Bulletin，Westlaw Topical Highlights 数据库（检索右侧的选项 Westlaw/Secondary Resources/Westlaw Bulletin 和 Westlaw Topical Highlights）。这些数据库会总结值得关注的最新案例；许多案例中包含了法律改革趋势，可能值得分析。

（九）关注有趣的新闻报道选题

当阅读新闻报道时，留意有趣的法律问题。[③]这对于国际法文章的写作尤其有用。正如

肯定，说我虽选了一个非常模糊的主题，但是把它解释得让普通读者都能理解。”

一个毕业于大学排名 50 位的法学院学生也有类似感触：“我的研究想法是在为侵权法、反垄断法教授做研究助理期间获得的，这位教授很慷慨地让我协助他研究新的问题。我最后获得了美国法律家协会反垄断分会的年度写作奖，这是一个莫大的荣誉，我很受鼓舞。”

① 一名毕业于学院排名大致在 70 位，现在是联邦行政法院法官助理的学生说：“我的学生短论发表了，它是我获取当前这个法官助理职位的决定性因素。我感觉我很幸运地选了一个好题目。在第一学年暑期，我在当地主要办理青少年被告人的公设辩护人办公室实习。因此，我感觉写一篇有关青少年或者刑法的文章非常好，但却不知道怎么确定选题。于是我就给我们一年级的刑事诉讼法的教授写邮件（他碰巧已经写了有关我们州青少年法律的文章），我就问他目前有关青少年法律的能恰当地用来写短论的关键性问题。他给了我一张题目清单，列举了几个建议的选题，其中一个就包括将新的“性捕猎者”法律适用到青少年性犯罪裁判中的可行性。最后我的题目就确定为“《亚当·华殊法》与《宾夕法尼亚未成年人法》冲突之研究”。我认为完全靠我自己是想不出该题目的。”

② 一位法学教授说：“我给一位公益律师打电话，我第一份法律工作就是在他那里做的。这是在我大学的最后一年。他在法学院法律评论工作时，知道如何写好一篇学生短论。他告诉我一些该组织所关切的新抵押项方案的宪法关键问题。我写了一篇很好的短论并且收到了该律师的反馈。这篇短论使我在学院获得了一点奖金，也被引用过，并帮我谋到了一份教职。”

③ 一位毕业于大学排名 25 位的法学院的学生（现在在一个联邦巡回法院任法官助理，任职的部分原因可能是因为他的学生短论）：“我的想法来自于一份报纸，是在大约十一版上的一篇文章。这篇文章讨论了一个未决诉讼，针对的是一家能源公司被指控在印度尼西亚侵犯人权。它提到了地区法官咨询了国务院有关该案对美国与印度尼西亚外交关系影响的看法。我感觉这是有趣的，就做了一点研究，看看这是不是一种常态。结果发现，这种做法曾在类似案件中多次出现，所以，我就在我的一篇短论中对那些案件进行了研究。”同样一位法学教授及前联邦法院法官表示：“我写学生短论的想法来自于阅读华尔街杂志的电子版社论。它强调了一个棘手法律问题。

一位教授所言“国际法期刊与综合性法律评论不同，许多优秀学生短论是从商业刊物和报纸上提炼问题的。”当然，这种做法对其他领域也有帮助。

（十）通过阅读法律博客选题

专门阅读你感兴趣领域的法律博客。博客上常常会发布一些有趣的、棘手的、悬而未决的案例。[①]

（十一）通过寻找旨在解决尚无定论问题的文章选题

在特定领域中找出试图发现尚无定论问题的文章。有些文章会有诸如“一个研究方向”的副标题，意味着作者想让其他人来解决该问题。另一些文章不会有这么直白的标题，但你能了解到有哪些教授在该领域从事研究。搜索“研究方向”的文章，请教这些教授他们是否了解这方面的文章。[②]

（十二）通过回顾你的经历（如见习生或者暑期助理）选题

回顾你的各种经历，比如在律师事务所的暑期实习[③]，或在法官办公室实习，或参加公益组织活动。[④]（参见第二十一章：征得老板同意，将实际工作转化为文章。）

我研究了这个问题，发现写的人很少，就从那里找到了选题。”

① 一名法科生说：“我的学生短论描述了第九巡回法院的意见是如何加重发送短息广告者责任的。这篇文章后来被发表。我发现这个题目是因为间或会浏览法律与技术的博客帖子。首先我用了一个博客上的帖子评估这个判决的重要性；然后，我查阅了社科研究网和谷歌学术来确定是否有其他人已捷足先登。我查找了已发表文章，包括商业性的数据库、律商、万律以及 HeinOnline，最后得出结论，我的选题是重要的，于是我决定填补该空白。”

② 一名学生说：“我的短论题目部分源于最近在《加州大学洛杉矶分校法律评论》上发表的文章《持有和使用武器权利的落实[为了自卫：分析框架和研究方向]》当中提出的研究建议。我正在写《Walsh 法案》强制释放的条件，而作者将其作为研究计划的一部分提出来了。对我来说，这个研究方向提供了大量非常集中而有针对性的题目。我认为这对于我的法律评论的……同行评审有用。”

③ 一位法学教授说：“我的第二篇法学评论文章是有关保险范围的争论。文章被法律评论、联邦地区法院的判决意见引用过两次，被州法院的判决意见引用了两次，至少有两个初审法院的备忘录和 6 个上诉法院的诉状中引用过。题目来自于我第二年暑期实习的一个长期研究任务，我花了大约三周的时间来梳理有关‘引发’全面的、一般保险责任条款时间方面的所有司法区的相关判例法。我征得律所同意，利用研究备忘录（当然不能利用客户信息）作为我研究的背景。在将其转化为一篇评论文章时，我加了一些自己的规范分析。

“我觉得该评论得到了法院判决意见（以及诉状等）的引用是因为它是一个跨越诸多司法区而又普遍存在的现代诉讼问题，但因为不是那么‘吸引眼球’，而没有引起太多学术关注。”

④ 一位法学教授说：“我的短论想法来自于我在一个公益组织中做志愿者的经历。当时我遇到了一个棘手的法律问题，我就开始去研究它。这个经历不仅带来了一篇短论，并且还开启了一个长期的职业关注点，我由此写了多篇文章和一本书。”

同样一名刚毕业的，现为联邦上诉法院的法官助理的学生说：“第一年暑期，我为一个著名的民权团体工作。我的老板让我写一份有关公司是否有宗教言论的权利备忘录。我发现，正如老板所预期的那样，在这个主题上几乎没有什么文献。因为该团体考虑的是该论题对尚未得到发展领域中诉讼的潜在影响。诸多律师给予第一年实习生类似的视野广阔未经探索的题目，不是因为这个题目不重要，而是因为老板可以雇得起一年级的学生来花无限多时间探索这种未知领域。我将其选择作为我短论的题目是因为：（1）它可以填补文献的空白；（2）能够满足真正的诉讼需要；（3）考虑到理论和法律在一个新涌现的领域当中的合理挑战性；（4）避免因案例评论的事实边界局限所造成的实用性上的限制；（5）它是我已经知道的东西，能在法学院最忙的两个月中写作完成。我的短评最后得了三个奖，并赢得了在社会科学研究网上前十位的下载率。”

（十三）通过回顾你上法学院之前的经历选题

回顾你进入法学院之前的经历，无论是学术方面、专业方面还是个人生活方面。你能够把那时学到的有趣的事情和法律问题联系起来吗？

例如，你的本科历史课有没有提到一些有趣但尚未被充分讨论的历史上的法律争议呢？你了解的国外情况中，有没有利于你基于此国法律进行比较研究的内容呢？你知道哪些过去一起共事的人能为你提供有用的建议吗？[①]

（十四）通过研讨会或座谈会选题

参加你感兴趣主题的法学院研讨会或座谈会。这通常能让你认识到该领域一系列热门并尚未被解决的问题。同样，去参加附近其他法学院的研讨会或者座谈会。如果你想，你甚至可以要到每个学校的邮寄地址列表。[②]

寻找到一个足够重要、有趣而且你能够驾驭的问题。

（十五）在课堂上探寻将来的论点

如果你计划从现在开始的一到两个学期写一篇文章，你可以在课堂上寻找论点，尤其是在你喜欢的课程中。通过这种方式选题的关键是以一个学者而不是一个普通法科生的眼光来对待课程。

你的课程作业，无论是案例、法规还是宪法性规定，都有可能会让你面临许多有歧义的、模糊和矛盾的问题。你还可能经常读到肤浅的、循环的、或推测性的论点。

许多律师和法科生的自然反应是去回避这些问题。我们假定一个判例已经阐明了一项规则（尽管该判例中充满了适用起来不确定的模糊定义。）我们学习这种标准化的结论，这样就可在考试中照搬答案，不论这种结论的依据充分与否。我们对法院已经提出的五种不同措施视而不见，而宁愿去相信符合教科书案例所说的“少数”服从“多数”规则。

这种方法（大多数情况下）能让你在课程上取得成功，甚至能让律师在很多案子的办理中取得成功，因为作为律师，要处理的许多案子只会涉及几个有争议规则之一，或许这个规则在你司法管辖区内已经解决，无可争论，或事件仅涉及规则明确的核心而不是模糊的边缘地带。甚至一个有效先例是以循环论点为基础的，它也仍然是有效先例，因此，这种合理论证上的缺陷一点都不会束缚你的手脚。

但如果你将来打算成为学者，即便只是一个想在法学院写一两篇文章的临时性学者，你也需要采取不同的方法。你要找出模糊、矛盾、循环论证、未经证实的假设。它们会提供给你写出更令人瞩目的好文章的契机。

---

① 最近的一个毕业生说：“在法学院毕业前一年，我在莫斯科的一个美国开设的离岸双向基金会工作。我以前的老板是一个律师（但更多的是一个企业家）。他对法律改革和机构建设的问题很有见地。他建议我考察一下俄罗斯拍卖的私有化。两年后，该考察结果所写成的文章被全文发表。”

② 最近一个毕业生说：“我在其他学院的刊物（耶鲁的国际法刊物）上发表了研究成果。我的文章想法是在参加一个我感兴趣的领域的学术座谈会时获得的……亲眼看到他人在该领域中对什么有兴趣或存在激烈争论……这是一种高效确定哪个问题是有待深入研究的学术富矿……如果你有机会参加一个你所感兴趣主题的会议（我很有幸的是会议就在我自己的校园中举办），我当然建议你去参加。”

所以，如果你在学习材料中发现了这些问题，要高度重视。你需要检视判例的注释，看看是否已经有文章讨论了该问题。这些文章可能是跨领域的，但可能它们讨论得还不够充分，这恰好能进一步引导你的思考（或有更多有待反驳的观点）。询问老师他是否认为该论题值得一写，或者是否已被他人充分讨论过了。密切关注这些讨论，因为其他学生认为最令人不满意的地方将成为你自己展开工作的天然基础。

（十六）咨询你法学院的老师

一旦你暂时选定了一个问题，将该问题向你的导师进行展示。你的导师会比你更了解该主题是否已经有过充分讨论，或（既有研究）有没有达到你的深度。

同样，与在你学院执教这一学科的老师们交流。即使你之前不认识他们，大多数老师也很乐意花点时间来帮助学生。

即使你不再是学生了，你还是可以联系学院的老师。老师们觉得有义务帮助校友，尤其是那些他们认为最终会加入教学群体的人。如果你不太习惯和一个之前不认识的老师交流，请让其他你认识的教授（面对面或以电子方式）引荐一下。

（十七）保持虚心

在研究过程中保持虚心，乐意接受你阅读和思考的内容所达致的任何结论。

同样，要愿意改变或提炼问题。记住你的目标是找到能写出最好文章的问题，不要被最先想到的问题或方案束缚思维。

（十八）确定初步对策

确定解决问题的最佳方法。在描述观点时，最好的方法是那些最能合理解释你所发现事实的方法：如历史事实、法律适用方式或人们的行为方式。

对于规范性部分，最好的解决之道是一部新法规、新宪法规则、新普通法规则、新法律解释、新执法方法，或将基本原则适用到某类案件时的方式等。你的论点可以是：“州立法机关应该制定以下条例……”；“法院应该这样解释宪法条款……”；“本法在下述情况下应被视为违宪，但在另一些情况下则合宪……”。

在发现的实际案例中检验你的解决方案，也通过一些你能想象到的假想案例测试一下你的解决方案。这个方案能产生你认为正确的结果吗？它是否足够清晰，能让法官、陪审团或行政官员一致适用呢？如果对这两个问题之一的答案是否定的，改进你的方案使其更正确和清晰（我将在第二章中以“测试组”来讨论该过程）。

该方案不必完美，即使你担心其在一些不同寻常案件中会产生不良后果，提出一项规则也无大碍。但坦率地在实际案例中检测你的方案能告诉你是否找到了合理解决方案。如果连你都不这么做，你的读者就更不会这么做。

三、新颖性

（一）增加专业知识内容

为了凸显价值，你的文章必须有新颖性，要讲一些其他人没有讲过的内容。观点原创还不够，你的文章要为本领域增添新的专业知识。

实际上，最佳办法是找到一个讨论还不多的题目。次佳的办法是找到一个还没有发表过的观点，即使在该论题下已经有许多人提出了其他观点，但如果你真的很想写一个别人已经提过的观点（例如，反对种族歧视的平权行动是否合宪，死刑是否适当，等等）也没有问题，只要确保你的观点与基本原理结合起来具有新颖性即可。

例如，你想批判反色情法。许多人都认为反色情法案是违宪的，因为它妨碍自我表达（self-expression），或因为它太含糊了。你不能又写一篇表达同样观点的文章。

但提出一个不受保护的色情行为的构成新标准就可能是一个有新颖性的建议（可能还很实用，如果你主张即便联邦最高院不采纳，州最高法院也应该采纳该方案，参见第 9 页“把你的观点适用于其他管辖范围”）。所以，如果你能为自己的观点提出新颖的理由，反色情法完全违宪的观点同样也会有新颖性。例如，“反色情法是有问题的，因为我的一项研究表明，该法主要反对同性色情”这样的观点就挺新颖（该观点和我下面会提到的其他观点都只是举例。我无意担保其正确性或建议你这样去写）。

要是你已经选好了论题和基本理论并做了四周的研究，却发现他人已经发表了同样的观点，也没有必要绝望，下文可能会帮到你。

（二）通过细微差别展现新颖性

通常你可以透过细微的差别展示你观点的新颖性。例如，不要说“禁止非误导性商业广告是违宪的”而说“禁止非误导性商业广告是违宪的，除非未成年人是该广告的主要受众”。你的观点越复杂就越不可能和其他人撞车。当然，你还需要确保该观点是：① 实用的；② 正确的。

一些使你的观点更精妙的小建议：

（1）考虑特殊因素。例如，政府利益或个人权利，有时在你论点的某些情形下涉及而其他情形却没有，你能修正自己的观点将这些因素纳入吗？

（2）考虑可以用来论证你论点的论据。这些论据是否在一些案例中贴切，而在另外一些案例中却不当呢？也许你应该适当缩小你的论点。

（3）对大多数法律问题来说，单纯的“是”或“非”就能带来很多讨论，尝试你是否能提出一个合理的介于两者之间的答案，有时“是”而有时则“不是”。

四、有深度

假设国会正在考虑一项关于在网络上受到诽谤后的联邦法诉权的议案。你想主张此法案不违反宪法第一修正案。

你的观点可能具有新颖性，但却很浅显。大多数和你讨论该问题的人会说：“你是对的，但用不着你来向我解释。”诽谤法经恰当限制后，曾反复被认定为合宪。已经有很多人认为在

网络空间同样适用该法律，除非你能解释联邦网络诽谤法与州诽谤法适用于网络空间有何差别，否则你的观点就显得很平庸。

像这样的观点只是对既有法律的适用和将早就存在的观点适用到略有差异的事实上而已，都显得浅显。记住你的读者们（例如你的老师、法律评论的编辑和其他在本领域工作的人士）都很聪明，还有些高傲。他们很可能会说“好吧，我只要一刻钟就能把这些解释清楚”，即使事实并非如此。

如何避免浅显平庸呢？添加一些大多数评论家不会想到的变化吧。例如，联邦网络诽谤法不仅合宪，而且更高效，是因为它设定了全国统一标准。它是否在有些情况下更高效，而另一些情况下就很低效呢？它是否出人意料地还和其他联邦法律有联系呢？让你的论点更微妙可以使之更加新奇。

如果可以的话，向以下的人描述你的观点：（你导师之外）研究这方面的老师、愿意对你的观点给出批评意见的同学，以及已经在该领域执业的律师。如果他们觉得你的观点太浅显，那就改善你的观点，或者，如果你自信自己的观点有创意，凝练你的表述以更好地展示其具有创意的一面。

五、实用性

你花了很多时间在文章写作上。你也希望读者们花时间来读这篇文章。那么这篇文章就要深具实用性，至少有一些读者能从中找出具有专业价值的内容，当然如果有更多的读者能够从中受益就更好。

（一）关注悬而未决的问题

如果你认为美国最高法院对 Doe v. Roe 案的判决有误。你可以写一篇相当不错的有关法院是如何出错的文章。这篇文章可能对一些学者有用，但 Doe 判例已经成为法律，除非法院重新审视该问题，基本没人能从你观点中获益。

你要自问：如何让我的文章更有实用性，不仅仅对于学者，还要对律师、法官，以及对质疑目前最高法院判例不感兴趣的学者都有用呢？一个好方法就是关注 Doe 判例遗留下来的问题或者 Doe 判例衍生出的问题，并解释为什么它们要参照 Doe 案，同时分析几个同领域最高法院的其他判例。这样的文章对任何一位考虑这类问题的律师、学者或法官都是有用的。

（二）把你的观点适用于其他管辖范围

假设 Doe 案坚持认为一些特定的警察行为不违反宪法第四修正案。这使得 Doe 案成为有拘束力的第四修正案先例，但仅在州宪法上有说服力，因为法院可以通过解释州宪法给予州政府官员比联邦宪法更多的保护。

“各州法院解释自己的州宪法保护会得到不同结果”，这一观点比单纯的“法院弄错了”更实用。法官们更容易接受修正后的说法，律师们更倾向于进行辩驳，而学者们更喜欢在其基础上进行（理论）构建。你的文章对于愿意挑战法院判例法的学者是有价值的，对其他很多人也是有价值的。

（三）在你的描述性发现中纳入规范性表达

你可以通过揭示一些重要事实做出宝贵的学术贡献：历史事实；关于法官或其他政府官员是如何适用法律的事实；人们或组织如何应对某些法律的事实；等等。但如果你的观点中还提到了这些发现与当前热议的话题相关，那么你的贡献会更具价值，更令人印象深刻。你可以基于自己的发现提出规范性主张，或指出你的发现与其他规范性论点的关联性，即使你本人并不赞成这些观点。

实用主义者在读一篇纯描述性文章时常常会问“所以呢？”如果你回答了这个问题，他们就更有可能认为你的文章有价值。但如果太牵强，就不必回答：如果你对 14 世纪英国物权法的发现没有明显的现代意义，你最好坚持一个具有说服力的历史观点而不是加入一个没什么说服力的规范性观点。但如果你发现了可行的规范性观点，就把它们纳入进来吧。

（四）考虑提炼一个在政治上更可行的主张

如果你的主张很激进，而且无论你如何努力地论证，都很少有人能接受。例如，如果你想敦促法院适用严格审查限制经济自由——比 Lochner v. New York 案更甚。你可能有一个有力论证，但法院很可能不愿接受你的理论。

试着采取一种更温和的说法。例如，你会认为，法院应严格审查限制进入某些行业或企业的主体。这种说法上的改变就不那么激进，而且你还可以用更具体的论据来论证该论点，尽管该论据无法适用于更广义的论点。

可能法院还是不愿做到那一步。你可以要求更低度（但仍然重要）的审查吗？你可以去寻找判例，也许是以州宪法为依据的那些判例，最好这些判例能够佐证你的理论，展示你的批判，让他们认识到你的理论比他们预想的更可行。

或者你可以把你的建议缩小到以法律干涉履行合同义务，而不是全面的经济限制。这样你就能在宪法文本中找到更多支持，确定一个比较狭义（且看起来不那么激进）的主张会得到来自州判例的更多支持：事实证明州法院以州宪法解释合同条款要比用联邦条款更严格。

如果你非常想写那个激进的主张，那就写吧——你可能就此开启一项极具学术价值的争论，或许你最终会获胜。但总的来说，要求对目前学说进行适度调整的主张比激进的主张更实用，尤其是在学生或刚从业律师的论文中。通过提出一个更加稳健的主张，你仍然可以坚持你的基本道德判断，且你的文章会对人们产生更大的影响。许多法律运动都是通过累积跬步之力而取得巨大成功的。

（五）避免不必要地疏远你的读者

你要确保你的观点尽可能吸引读者。你无法取悦每个人，但要避免使用过于华丽的辞藻、举例或术语而毫无必要地疏离那些可能被说服的读者。

例如，你要写一篇关于言论自由的文章，顺便用反堕胎言论作为案例。如果你称之为“反对给予（堕胎）选择权的”言论，你的读者可能会认为你是站在支持堕胎的立场上的。一些反对堕胎的读者可能会因此不接受你其他更重要的观点。而一些提倡堕胎合法的读者也可能对“反对选择”这个用词感到恼怒，因为他们认为你试图用贴标签来表明政治观点而不是有

理有据地论证。如果你提倡堕胎合法，想想看你对一篇把你的立场称为刽子手（“ anti-life ”）的文章的反应——这会使得你对这位作者的其他观点抱什么态度呢？

通过尽量使用中立的语言来避免这些情况。例如，“ 尊重选择 ”（“ pro-choice ”）和“ 尊重生命 ”（“ pro-life ”）似乎最不容易引起冲突。许多术语自身就带有政治立场，但以上两种说法则比较中性，也许是因为频繁地使用使它们几乎不带感情色彩。但在任何情况下，要找到那个你和你的读者都最能接受的字眼。

同样的术语还有“ gun lobby ”“ gun-grabber ”“ abortionist ”“ fanatic ”等。你可能觉得这些术语是最准确的，但这还不够。许多读者会谴责这些术语是在试图以情感而不是逻辑来解决问题，因而会不太接受你的实质性观点。同样，如果你以纳粹、斯大林主义者、塔利班组织的观点和行动来进行类推，你很有可能就是在自找麻烦——除非这种类推十分贴切。

尽量避免使用让那些不太熟悉该领域的人感到困惑的太过专业的术语，或给你的作品贴上不必要的有争议学派的标签(无论是否公平)。如果你不得不使用术语来清晰阐明你的理论，也是可以的。但如果你写的某个论题的文章其实并不需要某种方法（例如，法律经济学、批判文学或者女权主义法学)，那就不要用这些学科的专业术语。用平实的语言代替这些专业术语能提高文章清晰度和认可度，还能避免有些人在阅读时将术语与意识形态偏见挂钩。

同时，加入一些观点和案例来增加文章的政治吸引力。如果你提出了一个看似保守的主张，但是你可以有力地证明该主张可以帮助到穷人，那就这样写。如果你提出了一个看似自由主义的主张，但是却有力地证明了这个主张也符合传统或宪法原意，那就这样写。

你当然可能要提出一些不受欢迎的主张，尤其是当你需要它们来支持你的观点时。这也是学者的工作之一。如果你真的想要加入争论的某一方，你可以主动挑起争论——即便你本来并不一定如此。但一般来说，别让无谓之争弱化你的核心论点。

六、规范性论点的合理性

在第二章中，我将更多地向你介绍测试组，一个会让你的论点更合理的重要工具——重要到要单独写一章。以下是一些其他建议。

（一）避免太含糊

愿意折中无可厚非，但要注意过于折中的建议会陷入模棱两可。例如，你认为单一性别的教育项目既不必然违法也不必然合法，那么，你的如果“ 其既公平合理又有利于增进平等 ”则该项目就应该合法的主张就可能不正确。这只能说明法官希望采用这样的标准而已。

很少有法律标准具有绝对精确性，但标准必须足够缜密以便为决策者提供一定指引。下面是使标准更清晰的三个小建议：

（1）每当你使用诸如“ 合理 ”（“ reasonable ”）或 “ 公平 ”（“ fair ”）这样的词语时，问问自己你对这个语境下的 “ 合理性 ”（“ reasonableness ”）或“ 公平性 ”（“ fairness ”）是怎么理解的。然后试着用更平实的表述来替代这些特殊定义。

（2）当你想要进行“ 权衡 ”（“ balancing ”）并敦促法庭考虑“ 整体情况 ”时，问问自己你到底想表达什么意思？在考虑全局时人们到底要考虑哪些情况？如何平衡你提到的各种因

素？你的主张越具体就越可靠。

（3）如果可能，采用已经被先例打磨过的表述来把你的标准和现有学说结合起来（但这个方法有局限性，我们会在下一节中讨论）。

因此，“如果有控制组研究表明男女分校教育项目比男女同校的教育项目更高效，那么分校教育项目就有合法性”的观点就比“如果是合理的，那么男女分校教育项目就是合法的”的观点更站得住脚。相较于后者直接使用“合理性”这个抽象概念，前者的说法指出了合理性的具体定义，教育的有效性——这似乎更容易让人倾向于选择该种教育。虽然这仍不是一个可预测的模型，但比只提“合理性”标准要好些。①

第二章将会展示测试组会如何帮助你找到和解决问题。如果将你的主张适用于你的测试组，并发现它通常无法给你什么明确答案，你就会知道你的主张太模糊了。一旦意识到这一点，你可以自问“我认为这些案子的结果应该是什么样的呢？为什么呢？”回答这些问题，再把你的答案合并到原来的主张中，你就会得到一个更具体的观点。

（二）避免依赖抽象法律概念

“合理性”至少听起来确实很含糊，而其他术语，例如“中间审查”“严格审查”“限缩解释”和“重大国家利益”，字面意思似乎挺清晰的，但事实上很空洞。在此意义上，比如，对言论内容进行严格审查可带来相对可预测标准，这种来自判例法的可预测性能够告诉你哪一种利益更紧迫，何为立法本意，而“严格限于紧迫的国家利益”这个表述却无法告诉你。“严格审查”和“严格限于紧迫的国家利益”并非标准本身，他们不过是标准的名称而已。

因此，“审查枪支管制法是否与政府的某项重大利益实质问题相关”[即中间审查]——这样的主张本身并没有多大意义。为了使该主张更有实用性，你要解释何为重大利益以及何为实质相关。

只是说“法院应该借鉴其他情形下的中间审查判例法”是不够的。中间审查标准在不同案件事实和法律适用情况下不同。例如，在性别分类案中的中间审查标准以高要求著称，而限制表达行为的中间审查标准常常被证明是比较低的。如果你仔细观察两个标准中的因素，你会发现它们差异显著，而且理由充分（因为激发标准的潜在宪法关注点不同）。同样，在20世纪80年代，中间审查在商业言论案中采用的标准也相当低，但到20世纪90年代和21世纪初，其标准就要高得多，与此同时，它开始得名“中间审查”。

解决之道是，用霍姆斯大法官的话来说，“考虑事情而不是说法”。[1]②不要依靠“实质性”“重要的”或“中间”等词语来解释限制哪种利益具有正当性；以及何时应当允许限制措施放松或收紧，何时不能如此；解释何时法院需要法律实现立法初衷的实证证据，以及何时它们可以依靠内心直觉。当然，你可能无法涵盖所有可能情况，而且在一些问题很相近的案件中，你的标准可能会变得含糊不清。但你的建议依然越具体越好。

另外，测试组（参见第二章）可以帮助你发现该问题和提炼观点。正如前文所述，把你建

① 有些人主张，非常具有灵活性的标准事实上要比看起来非常严格的标准更好。如果你持有该观点，你可以反对我在这里提的建议，不过你要记住，很多读者都会很自然地担心你那含糊的标准的实际效果究竟怎样。为了使你的文章更有可信度，你必须将该标准变得更有确定性或说服这些读者接受其不确定性。

② 本书的注释是尾注，从403页开始。它们一般包括支持正文主张的证据或引注其他材料来源。

议的标准应用到具体问题上，可以帮助你看清它确实具有实质意义，还是仅仅是个说法而已。

（三）不要提无法阐明所适用实质标准的程序性建议

程序性建议可能有用：预先设计出正确的实体性规则一般不大可能或在政治上不切实际，因此，我们能做的也只能是设计确保正确的规则最终能出现的程序而已。例如，宪法本身就主要是通过程序结构（如两院制、三权分立等）来保护自由的。如果你真的认为解决问题的正确方法是建立更好的程序，你就可以这样主张。

但须知，法院和行政法官与立法机关不同，它们一般需要可适用的实体规则，即使这个规则不够明确。仅为这些实体行动提出程序建议是不够的——如果你的主张中包括了要求这些机构进行审查的程序性内容，就必须告诉它们应该适用什么实体规则来审查。

因此，如果你想对学校管理人员面向中小学生的言论予以限制，但由于你意识到很难设置一个明确规则来分辨哪些限制是好的，哪些不好，你可以拟定一项法规，规定进行任何此类限制都要受行政法官审查。这可能是一个较好的解决方案，但你还应该追问：这些法官应该适用什么实体标准呢？

你的答案可能是“法官要确保任何限制都是合宪的”。但如果那样，① 你要将其解释清楚；② 你要解释为什么引入行政法官和传统法官会有重大差异；③ 你要对这样的问题进行讨论：该主张是否会大大限制教育官员，而宪法本来赋予他们对学生的言论方面很大权力[参见：*Tinker v. Des Moines Indep. Comm. School Dist.*（1969）]。另外，你的答案很可能是“行政法官必须自主决策限制措施是否总体上良好”。如果这就是你的答案，你要将其阐释清楚，并讨论行政法官是否善于进行这样的教育决策。

或者，你可能会希望行政法官能适用一些隐性实体规则，例如，“学生的政治性言论必须得到保护，除非有确凿的证据表明该言论已经扰乱了学校的教学秩序”。如果是这样，你需要讲清楚你的主张并不只是程序上的，同样还涉及实体层面。

同样，我们倾向于认为法院应该采纳某类证据。例如，人的文化背景引导出特定的行为方式方面的证据。为什么不采纳这样的证据呢？我们不信任陪审员吗？证据越多越好，难道不是吗？

好吧，或许，这很大程度上取决于我们希望陪审员如何考虑这些证据。比如，被告杀人是因为该被杀者的行为在被告人的文化背景下被认为是奇耻大辱：受害者谩骂被告；被告人人格被被害人践踏；[2]被告人受到被害人同性恋的挑逗；或被害人是被告人的妻子，却与另一名男子调情。可以设想一下，被告人希望将这些文化信念作为他被指控谋杀的辩护证据，以此让陪审团认定他是激情杀人而非谋杀。

如今，挑衅的存在通常可以减轻罪责——从谋杀降为激情杀人，只要社会认为这是合理的。只要这一实体规则存在，采纳文化因素证据就不太明智，因为陪审团无法依法赋予证据恰当的证明力，而这些证据很可能引发偏见或分散注意力。

当然，如果适用这一实体规则，只要从文化上来看被告遭到挑衅，就能将谋杀罪降为激情杀人，那么法庭就必须采纳被告的文化证据，而无论该文化实际为何。但是该实体性主张会引发争议，因此要论证清楚。你只有通过揭示其背后的实体假设或促使其有效的实体变化，才可以让你的程序性主张变得完备。

以下主张同样如此：

（1）“ 法院应该严格审查 X ”（严格审查适用什么标准？）

（2）“ 法院必须仔细调查该事实 ”（在调查中他们应查找什么具体问题，该问题在何种标准下发挥何种作用？）

（3）“ 行政官员必须对记录上的行为说明理由 ”（那么，这些理由又应当按照何种规则来进行审查？）

（4）“ 应当举行一个让利害当事方有举证机会的听证会 ”（该证据将与何种法律规则相关呢？）

关注程序往往是很好的，但在这样的案例中常常有一些未言明的潜在实体建议，应将其阐明。

七、历史与实证性论点的合理性

（一）从历史学者和有实务经验者那里寻找建议

如果你在写一篇关于诽谤法历史发展的文章，或者卖淫法的实证分析。你可能会选择一位侵权法学者或刑法学者作为你的主要导师，因为你想在这些法律上获得实质性帮助，或者是因为你更了解这些教授。

但你还得从历史学家或实证研究学者那里寻求非正式帮助。这些专业人士能为你在研究方法、素材资源、避免弯路等你的主要导师稍逊的方面提供一些实用技巧。他们不必负责指导你，但如果他们愿意在研究一开始就与你讨论甚至阅读你的初稿，那就大有裨益了。

如果你不知道系里的哪一位教授是合适人选，或你担心这位教授太忙，没有时间与你交流，你可以请你的主要导师牵线搭桥。你的主要导师会很乐意帮忙，因为他意识到自己的方法可能有局限，并希望你能够得到不受这些局限之人给你的建议。而且，你的主要导师甚至还可以协助你得到其他学院的历史学者或实证研究学者的帮助。

（二）阅读书籍和非法律文章

许多法科生（甚至法学教授）有这样一个习惯——只依靠万律和律商联讯来做研究。这很方便，而且对于纯法学问题来说常常也不错。

但这对于历史学、社会学、经济学等方面的研究就不够了。在这样的研究中，你得在期刊上搜索相关领域的文章。你还应该去看书，尤其是当你的写作涉及历史，因为相对于法律研究，历史研究更多地涉及文献、书籍。向你的参考咨询馆员寻求帮助来找到所有这些书（例如，查询 JSTOR 这样的数据库）。

（三）当心望文生义

语言学家将看起来相似的外语同形异义词称为翻译者的“ 熟面孔 ”。典型例子是西班牙语的“ embarazada ”意为怀孕，而非尴尬（embarrass）；俄语的“ magazin ”意为商店，而非杂志（magazine）。如果你不谨慎，这些熟面孔就会愚弄你，让你犯错。

同样，（如果只回溯 200 年）过去的语言和现代语言非常相似，但有时会出现“熟面孔”现象。对于现在的大多数读者而言，“militia”既指国民警卫队也指小规模准私人武装，而在 18 世纪晚期的美国，该词指的是被视为潜在的军事力量的年龄在 45 到 60 岁的全部成年男性公民。[3]“Free state”在今天通常指独立国家，但在 19 世纪早期常常用来表示非蓄奴州。在 18 世纪的政治学著作中，又被（大体）用来指涉民主、共和或者君主立宪的国家。[4]

在其他文本中也存在类似情况：单词和短语的含义发生着微妙的变化。曾经的法律术语失去了技术层面的意义而回归了原意，反之亦然。语法和标点习惯也经历着变迁。

所以在你贸然假设“某个词语在 1830 年、1730 年或现在都表示同一个意思”之前，先去做一些调查。有些文本中使用的词语被赋予现代涵义后是否看来很奇怪？同一时期的法律词典是如何解释该词的？专门研究此领域的学者是如何解释该词的？

（四）考虑你是否限制了自己的数据采集而导致归纳不完整

如果你正在研究最高法院 1963—1990 年宗教活动自由条款的影响。你想找到下级法院是如何适用该原则的——在驳回宗教活动自由诉求时，要求进行严格审查。这种严格审查真的很严格吗？还是如有些人认为的“理论上严格，实际上宽松呢”？[5]因此，你决定梳理 1980—1990 年所有涉及对宗教活动自由诉求适用宗教活动自由条款的联邦上诉案件。

这是一个很好的问题，事实上该问题能产生一流的学生论文（我们在第二十章再细谈此问题），但你要意识到一个重要限制：如果只看联邦案件，你可能会错失一种可能性——某些州法院在适用联邦自由条款时比联邦上诉法院更严。这种可能性是反直觉的，但在很大程度上是准确的。然而，你把数据采集限制在联邦案件中会导致你遗漏该发现。

而遗漏该发现可能会进而导致你的概括所具有的合理性远远不及你通过更大数据采集得来的概括。例如，联邦案件可能引导你得出结论——实际上，法院的宗教活动自由条款严格审查标准并没给宗教原告人提供实质性帮助。但是，如果州法院对这一条款的适用确实帮助了诸多当事人，则该结论可能在某种程度上不合理或不完整。

当然，你的时间有限，无法涵盖一切。你必须通过一定的方式限制你的数据采集范围，哪怕只收集网上有的案例。或许你还需要用另一些方式进行限制。但一开始就要想好如何对数据采集进行限制，以及这种限制是否会导致遗漏数据，并因此使你得出不够全面的结论。

（五）尤其注意正确使用论据（详见第十八章）

正确使用论据的章节会提供对传统理论文章也有帮助的内容；但有些方面——例如，关于阅读、引证、引用原始资料或谨慎使用调查证据与关联性证据——对历史或实证研究文章特别有帮助。在开始你的研究之前好好读一下那一章。

八、把你的观点传达给读者

你的观点不仅要有新颖性、创造性、实用性和合理性，而且你要向读者们展示它确实具有以上特性。更多的内容见后文（第四章“四、阐明论点”，第 34 页）。

九、一般应避免的主题和结构

这里有一些你可能要避免的文章类型，但这些规矩并非一成不变。例如，有时期刊会邀请你写一篇判例评析，或者你的文章可以解决一个只在某一州的法律体系下会发生的重要又有趣的问题。尽管如此，我坚信你会认为下面的这些建议在大多数情况下是有帮助的。

（一）提出了一个问题却不给出解决之道的文章

给出解决方案会让你的文章更具新颖性、创造性和实用性，而且更令人印象深刻。你要通过解决问题而不是去批判他人的主张向读者展示自己的创造性法律思维。如果你觉得可以有好几个解决方案，那很好——对它们都进行讨论，然后评价每个方案的优缺点。

（二）判例评析

一篇描述一个案子然后对其进行评论的文章读起来太缺乏深度，即使它具有新颖性。同样，因为这篇文章只关注一个已决案例，其实用性很有限。例如，与其发表的短论相比，《哈佛法律评论》的“新案与大案”栏目被法庭引用的概率低 10 倍，被法律评论文章引用的概率低 4 倍——尽管“新案与大案”栏目的发表数量是判例评析的两倍。在其他期刊上“新案与大案”栏目也和判例评析不一样（有一些篇幅较短），但在我看来，所有期刊上的文章判例评析的价值都低于关注问题解决的文章。

作为应聘学术岗位的敲门砖，招聘者会认为一篇判例评析的文章分量不够。我认为，对律所恐怕也一样：完全没能展示你研究和整合不同文章中信息的能力。

如果你从一个具体案件上找到了自己的论题，那很好。但不要只关注该案件本身，要关注所涉及的问题，并把针对该问题的案例都找出来。

（三）只涉及一个州的文章

只关注一个州法律的文章只对那个州的人有实用性。这样的文章仍然是有价值的，尤其是当该州很大时，但你为什么要这样限制自己呢？

其他州可能有相似法律，或者可能在考虑这方面的立法。把你的文章建构为这类法律的一般性讨论，即使只是重点关注两三个州的重点案例。

当然，不同州的法律可能互不相同，这就可能要求进行一些专门讨论。虽然这意味着更多工作，但正是这些考虑、这些差异可能会使文章更具实用性、精妙性（sophisticated）、精密性，令人印象深刻。

（四）只解释法律的文章

这类文章是很有用的，有时候还很有新意，但一般容易显得平淡。读者们可能会说：“对，我不知道这个，但只要稍作研究也能得出该结论。”只有当你的读者非常忙碌，并且是正在寻找一份较好法律总结的律师时，这样的文章才适用。而当你的读者是一位教授、一名法律评论编辑或者（正在找有创造性思维之助理的）法官时，就不太好了。

当然也有例外。例如，展示这部法律的适用和大多数人的想法完全不同就很有新颖性。但在你的描述中加入规范性因素会很有帮助。这部法律应该被这样适用吗？如果不应该，如何修订法律来避免这种情况呢？如果应该，需要进一步阐明或扩大解释以便利其实施吗？

（五）对他人成果的商榷

将你的文章框定在与“史密斯”教授的文章进行商榷常常会导致你的读者被限定在读过“史密斯”教授文章的群体中，而且会导致人们认为你（无论是否公平）是被动思考者而非主动创新者。

如果你文章的灵感来自于你与“史密斯”教授的分歧，没问题，坚持并论证你的观点，并在此过程中驳斥“史密斯”教授的观点。在脚注里引证“史密斯”教授的文章。“史密斯”教授的反对观点能帮助体现你观点的重要性和新颖性。但不要把“史密斯”教授当成你写作的主角。

（六）最高法院或国会近期可能会关注的论题

你不会想写一篇很快就被一项新的联邦法规或者最高法院判例取代的文章。那样，最好的结果是你不得不彻底修改你的文章；最不幸的可能是你不得不完全放弃此文。如果你正在写关于某州的法律，你同样要高度关注该州新法规和高级法院的判决。

遗憾的是，学生们发现论题的一个常用方法是寻找巡回法院的分歧点。这导致文章主题被先占的风险很高。巡回法院的分歧源于多个巡回法院对一个特定问题产生了不同看法。该问题十分值得一写，因为这显示了有一个重要的问题还没得到妥善解决。但巡回法院的分歧对大法官们来说也是解决该问题条件成熟的信号。

所以如果你的问题涉及巡回法院的分歧，检查一下最高法院考虑该问题并抢占你选题的可能性有多大。首先，确保每一个涉及的案件都是已经被驳回上诉或已过上诉期间。其次，询问研究该领域的教授，他们认为法院是否会在近期对涉及该问题的案件进行审理。最后，向专门研究最高法院的教授请教同样的问题；他们有时与研究专门学术领域的教授有不同视角。

即使你的问题中不涉及巡回法院分歧，你也同样要做这三件事，因为该问题很有可能由于其他原因而引起最高法院或国会的关注。不要因为存在先占的风险就退缩——最高法院和国会每年只会解决所有问题中的一小部分，但要考虑到先占的可能性。

最后，不要写你认为最高法院马上就能解决的论题，还寄望于你的文章能在审理案件之前被发表。当然，如果诉讼当事人或大法官阅读了你的文章还予以引证，那就太棒了，但这是小概率事件。一旦法院作出判决，你的文章很有可能被忽视，因为学者和律师都想找涉及新判决的文章而不是判决之前就已发表的文章。

十、如果你一定要写判例评析

正如我在上文中所说，我不建议大家写判例评析。但有些期刊会要求你写判例评析，或如果你写了判例评析他们会给你专门的发表机会。如何让你的判例评析尽可能有价值且给人

留下深刻印象呢？

记住，你仍然要有自己的观点，而且要具有新颖性、创造性、实用性和合理性。对于一篇判例评析来说，你的观点可以是与案件有关的独立主张。例如，“大多数观点在这几个方面误解了先例”；“法院应当适用的规则是这样的”；“这些悬而未决的问题要用这种方法解决”。对于一篇传统的文章，有一个主要观点比有几个次要观点好；但是在判例评析中，就不一样了。

以下是一些很不错的论点：

（1）最明显的是对多数意见内在的批评，即①曲解或误用了先例；②曲解了制定法或者宪法文本；③有不当的逻辑跳跃；④对某些对立观点无回应，等等。你不必批判多数意见的结果。例如，你可以主张，多数意见的结果是正确的，但理由却是错的。但你应该不同意多数意见的某些推理，否则你对多数意见就没有增进多少价值。

（2）批评多数意见，指出其可能导致的恶果。为此，你可能希望针对多数意见建议的标准创设一个测试组（见第二章），看一下哪些案例能暴露出多数意见结果的弱点。

（3）批判多数意见的模糊性和不确定性。测试组在这里也是有用的。

（4）批判赞同意见或者反对意见。你不想仅仅将自己局限于此，但你也不想批判多数意见，因为那样读者们可能想知道，在你之前，其他意见是否同样包括了所有优点。

（5）提出一项更好的规则，而不是提什么意见。

（6）如果一个判例并未明确宣布一项规则，或者宣布的是一条含糊规则，用该案、先例加上你自己的建议总结出一项清晰的规则。

（7）对多数意见留下的未决问题进行解释，并提出解决方案。

（8）对多数意见引发的未决问题进行解释，并提出解决方案。