

纽约大学法律评论

王健法学院编译室

二零一四年第七期

总第二十五期

目录

21 世纪下目击证人的身份评估	
Evaluating Eyewitness Identification in the 21st Century	
Brennan Lecture	12
集团诉讼中的监督者：金融家	
Financiers as Monitors in Aggregate Litigation	
Elizabeth Chamblee Burch	12
超过私人首席检察官：美国法律中的平等指令	
Beyond the Private Attorney General: Equality Directives in American Law	
Olatunde C.A. Johnson	13
第一修正案中的儿童悖论	
The Child Paradox in First Amendment Doctrine	
Yotam Barkai	14
反对虚假申报中原告费用税收减免的判例	
The Case Against the Tax Deductibility of FCA Relator Fees	
Jonathan D. Grossman	14
放任的危险：移民拘留作为国内犯罪控制的宪法性限度	
Dangerousness on the Loose: Constitutional Limits to Immigration Detention as Domestic Crime Control	
Frances M. Kreimer	15
解读早期的美国法律专业：最早美国法律评论的研究	
Reading the Early American Legal Profession: A Study of the First American Law Review	
Zoey F. Orol	15
衡量父权：“经同意的父亲”和对家长权利程序终止的区别对待	
Measuring Fatherhood: "Consent Fathers" and Discrimination in Termination of Parental Rights Proceedings	
Amanda S. Sen	16

危机之外：多德弗兰克和私募股权	
Beyond the Crisis: Dodd-Frank and Private Equity	
Joseph A. Tillman	17
公司骗子	
Corporate Shams	
Joshua D. Blank & Nancy Staudt	18
联邦民事和解规则	
The Federal Rule Of Civil Settlement	
J. Maria Glover	18
故意视而不见	
Intentional Blindness	
Ian Haney-Lopez	19
调和保护法同第一修正案的分歧	
Reconciling The Protect Act With The First Amendment	
Rosalind E. Bell	20
保护隐私：对性暴力进行民事救济的批评	
Entrenching Privacy: A Critique Of Civil Remedies For Gender-Motivated Violence	
Lauren M. Gambier	21
过度密切的监管：为何根据第十四修正案紧急公共医疗监管项目值得严格审查	
Overly Intimate Surveillance: Why Emergent Public Health Surveillance Programs	
Deserve Strict Scrutiny Under The Fourteenth Amendment	
Margaret B. Hoppin	22
肥胖的框架：讲述肥胖歧视诉讼中健康和不健康	
The Framing Of Fat: Narratives Of Health And Disability In Fat Discrimination	
Litigation	
Lauren E. Jones	23
改良生物等效性测定的司法审查	
Reforming Judicial Review Of Bioequivalence Determinations	
Christopher J. Kochevar	24

宪法的比较方法：评论劳和维斯提格	
Method In Comparative Constitutional Law: A Comment On Law And Versteeg	
Sujit Choudhry	24
评论大卫劳和米拉维斯提格的《美国宪法影响的衰退》	
Comment On Law And Versteeg's The Declining Influence Of The United States Constitution	
Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton	25
评论大卫劳和米拉维斯提格	
Comment On Law And Versteeg	
Vicki C. Jackson	25
对《美国宪法影响的衰退》的争论：回应乔杜里杰克逊教授和梅肯斯伯格教授	
Debating The Declining Influence Of The United States Constitution: A Response To Professors Choudhry, Jackson, And Melkinsburg	
David S. Law & Mila Versteeg	25
简明起诉书，有意义的出庭日，基于案情的审判：关于联邦程序变形的反思	
Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure	
Arthur R. Miller	26
合同演变，气象万千	
The Dynamics of Contract Evolution	
Stephen J. Choi, Mitu Gulati & Eric A. Posner	27
市场行情及合同设计：缔结债务合同的变化	
Market Conditions and Contract Design: Variations in Debt Contracting	
Albert Choi & George Triantis	28
合同是门技术	
Contracts as Technology	
Kevin E. Davis	28
默示协议和关系专用性投资	
Tacit Agreement and Relationship-Specific Investment	
Clayton P. Gillette	29

合同和创新:全能法庭在新型合同形式演进过程中的限定角色	
Contract and Innovation: The Limited Role of Generalist Courts in the Evolution of Novel Contractual Forms	
Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott	30
创新和组织型合同: 学习收益型信托经验	
Innovation and the Organizational Contract: Lessons from Income Trusts	
Edward M. Iacobucci	30
一成不变? 消费者标准格式合同的改变和创新	
Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts	
Florencia Marotta-Wurgler & Robert Taylor	31
对你是谁承担责任: 有权选择“不可变”身份特征	
Assuming Responsibility for Who You Are: The Right to Choose "Immutable" Identity Characteristics	
Anthony R. Enriquez	32
国际规定在国内的实施	
The Domestic Implementation of International Regulations	
Maximillian L. Feldman	32
扩大适用范围: 通过领头羊审判在大规模侵权诉讼中进行争点排除	
Scaling Up: Implementing Issue Preclusion in Mass Tort Litigation Through Bellwether Trials	
Zachary B. Savage	33
扩大专利确权判决诉讼资格, 与公共政策融会贯通	
Expanding Standing in Patent Declaratory Judgment Actions to Better Air Public Policy Considerations	
Nicholas D. Walrath	34
规定休会任命条款的“空白”	
Defining Recess Appointments Clause “Vacancies”	
Amelia Frenkel*	35
被打破的安全网: 关于所得税减免接受者的研究及补救的建议	
The Broken Safety Net: A Study Of Earned Income Tax Credit Recipients And A	

Proposal For Repair	
Sara Sternberg Greene*	35
将家庭搬上舞台	
Staging The Family	
Clare Huntington*	36
伯福德弃权和司法政策的制定	
Burford Abstention And Judicial Policy Making	
Kaden. O Lsen*	37
专利权的正当联合	
Patent Misjoinder	
David O. Taylor*	37
在权利执行和权利限制立法中遵从国会的事实发现	
Deference To Congressional Factfinding In Rights-Enforcing And Rights-Limiting Legislation	
William D. Araiza*	38
不确定的量刑回复:监督释放的发明	
Indeterminate Sentencing Returns:The Invention Of Supervised Release	
Fiona Doherty*	39
麦迪逊关于外国人和宪法的演讲	
Madison Lecture Aliens And The Constitution	
The Honorable Karen Nelson Moore*	39
总统的执法权	
The President's Enforcement Power	
Kate Andrias	40
非美国公民的刑事审判:对地区执法变化的分析	
Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement	
Indrid V. Eagly	41
医疗事故改革的几点现实	
A Dose of Reality for Medical Malpractice Reform	
Joanna C. Schwartz	42

关闭舞者：戏剧行业中缺乏足够的安全激励措施	
Turn Off the Dancer: The Lack of Adequate Safety Incentives in the Theatre Industry	
Lori Brooke Day	42
战时拘留和域外人身保护主义：根据其目标和不足之处完善布迈丁框架	
Wartime Detention and the Extraterritorial Habeas Corpus Doctrine: Refining the Boumediene Framework in Light of its Goals and its Failures	
Jose F. Irias	43
工会特许学校合同作为公立学校就业稳定改革的样本	
Unionized Charter School Contracts as a Model for Reform of Public School Job Security	
Peter Kauffman	44
填补监督空缺：地区情报监督情况	
Filling the Oversight Gap: The Case for Local Intelligence Oversight	
Benjamin S. Mishkin	44
不够如此“自由和清晰”：根据《2005 防止破产滥用和消费者保护法》对派珀试验（the Piper Test）进行批判性研究	
Not So “Free and Clear”: A Critical Examination of the Piper Test in Light of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005	
Christopher S. Oglesby	45
社区梦想和噩梦：亚利桑那州、种族研究以及德瑞克·贝尔的利益趋同理论的持续重要性	
Community Dreams and Nightmares: Arizona, Ethnic Studies, and the Continued Relevance of Derrick Bell’s Interest-Convergence Thesis	
Kevin Terry	46
有针对性的战争：个体化的敌人责任	
Targeted Warfare: Individuating Enemy Responsibility	
Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes	46
实用的事实：Nken 诉 Holder，总检察长以及政府内部事实的呈现	
Convenient Facts: Nken v. Holder, the Solicitor General, and the Presentation of Internal Government Facts	

Nancy Morawetz	47
法官和他们的文件	
Judges and Their Papers	
Kathryn A. Watts	49
移民执法的随机化：探索一个新的第四修正案管理体制	
Randomizing Immigration Enforcement: Exploring a New Fourth Amendment Regime	
Cynthia Benin	50
运用贝氏定理分析撤回证言的目击证人的证据鉴定的趋势	
Toward A Bayesian Analysis of Recanted Eyewitness Identification Testimony	
Kristy L. Fields	50
美国机构独立性和全球民主匮乏	
U.S. Agency Independence and the Global Democracy Deficit	
Paul E.Hubble	51
在模棱两可中挣扎：评估无套性交文学的表现力	
Wrapped in Ambiguity: Assessing the Expressiveness of Bareback Pornography	
Christopher A. Ramos	51
解读：社会建构论和宪法中的反具体化原则	
Unscrambling the Egg: Social Constructionism and the Antireification Principle in Constitutional Law	
Natasha J.Silber	52
解释相称性审查中的刑罚	
Accounting For Punishment in Proportionality Review	
Julia L.Torti	53
一些人的自由与公正：司法系统为何不能保护基本权利	
Liberty and Justice for Some: How the Legal System Falls Short in Protecting Basic Rights	
Brennan Lecture	53
成本-效益再分析：走向功能和形式的框架	
Reanalyzing Cost-Benefit Analysis: Toward a Framework of Function(s) and Form(s)	

Robert B. Ahdieh	54
移民联邦制：再评估	
Immigration Federalism: A Reappraisal	
Prathepan Gulasekaram & S. Karthick Ramakrishnan	55
进一步肯定：公平住房法种族隔离目的复苏	
Affirmatively Further: Reviving the Fair Housing Act's Integrationist Purpose	
Austin W. King	56
对单亲母亲征税：税法的批评	
Taxing Single Mothers: A Critical Look at the Tax Code	
Akari Atoyama-Little	56
分级监管机构：全球和地方指标对越南商业治理机制的影响	
Grading Regulators: The Impact of Global and Local Indicators on Vietnam's Business Governance	
Trang (Mae) Nguyen	57
限缩领域：州产品质量法隐藏领域优先的反面案例	
Narrowing the Field: The Case Against Implied Field Preemption of State Product Liability Law	
Thomas H. Sosnowski	57
修补死刑机制：美国的注射死亡、程序以及死刑保留	
Tinkering with the Machinery of Death: Lethal Injection, Procedure, and the Retention of Capital Punishment in the United States	
Jonathan Yehuda	58
假冒商标，陷害，进监狱？售后混淆入罪的不合理性	
Knock-Off My Mark, Get Set, Go to Jail? The Improprieties of Criminalizing Post-Sale Confusion	
Zachary J. King	59
“取得四十英亩土地”的黑人：西印第安黑人移民者资产收购的理论	
The Blacks Who "Got Their Forty Acres": A Theory of Black West Indian Migrant Asset Acquisition	
Eleanor Marie Lawrence Brown	60

性肯定法	
Sex-Positive Law	
Camden	61
意外继承：退休账户和隐性继承法	
Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession	
Stewart E. Sterk and Melanie B. Leslie	62
为选区重划诉讼构建演说或辩论条款的框架	
Developing a Speech or Debate Clause Framework for Redistricting Litigation	
Christopher Asta	63
我们试图让他们提供复权，但其坚决反对：通过私人囚犯复权信用鼓励私人监狱改革	
We Tried to Make Them Offer Rehab, but They Said, "No, No, No!": Incentivizing Private Prison Reform Through the Private Prisoner Rehabilitation Credit	
Cassandre Monique Davilmar	63
平等保护条款中的反从属化：一项案例研究	
Anti-Subordination in the Equal Protection Clause: A Case Study	
Abigail Nurse	64
界定甘特图案的适用范围：亚利桑那州诉甘特图案后逮捕学说的搜查事件	
Defining Gant's Reach: The Search Incident to Arrest Doctrine After Arizona v. Gant	
Anthony M. Ruiz	65
德宾修正案的缺陷：后经济衰退时期立法对低收入消费者的影响	
Durbin's Defect: The Impact of Post-Recession Legislation on Low-Income Consumers	
Arin H. Smith	65
与破产管辖权相关的制度设计	
Designing Related-To Bankruptcy Jurisdiction	
Jack Zarin-Rosenfeld	66
像我一样的白人：白人身份构建多样性原理的负面影响	
White Like Me: The Negative Impact of the Diversity Rationale on White Identity Formation	

Osamudia R. James	66
降低死刑的价值：一项针对六个保留死刑的州中对有资格当选陪审员的公民所隐含的种族偏见的实证研究	
Devaluing Death: An Empirical Study of Implicit Racial Bias on Jury-Eligible Citizens in Six Death Penalty States	
Justin D. Levinson, Robert J. Smith, & Danielle M. Young	67
正当程序、共和主义，以及直接民主	
Due Process, Republicanism, and Direct Democracy	
Fred O. Smith, Jr.	68
暴动小猫和第一修正案：俄罗斯法治的影响	
Pussy Riot and the First Amendment: Consequences for the Rule of Law in Russia	
Dusty Koenig	69
平价医疗法案通过之后的监狱医疗保健：对疏忽政策终结之展望	
Prison Health Care after the Affordable Care Act: Envisioning an End to the Policy of Neglect	
Evelyn Lia Malave	70
破产中法律的二阶选择	
Second-Order Choice of Law in Bankruptcy	
Ankur Mandhania	71
回顾联邦量刑政策，一个案件一个准则	
Reviewing Federal Sentencing Policy, One Guideline at a Time	
Eleanor L.P. Spottswood	71

21 世纪下目击证人的身份评估

Evaluating Eyewitness Identification in the 21st Century

Brennan Lecture

在第十八年度大法官小威廉约瑟夫布伦南关于州法院和社会公正的初次演讲中，新泽西最高法院的首席法官斯图尔特罗博纳讨论了法院最近关于州与亨德森诉讼案的判决。在亨德森一案中，法院修正了长期以来用于测试目击者身份可靠度的法律框架。罗博纳法官讨论传统框架下的判例法，推动法院裁判完善的社会科学以及现在在这儿所提及的修改后的法律框架。他通过强调目击证人身份确认在我们刑事审判系统中的重要性以及呼吁司法实践持续关注目击证人可信度问题上可采信的科学证据总结了全文。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1251 页以下）

集团诉讼中的监督者：金融家

Financiers as Monitors in Aggregate Litigation

Elizabeth Chamblee Burch

本文为监督大规模的超出第 23 条保障措施范围的诉讼程序的监管确立了一个以市场为基础的解决方案。虽然说集体诉讼主导着学者对多数人诉讼的讨论，但是，对证明同一集团越来越多的限制意味着原告律师通常依赖集中的多区诉讼要求对整个集团所受到的伤害进行赔偿。尽管集团诉讼中有相同的关键特征——比如说律师与委托人的关系，律师与委托人的利益冲突和高昂的代理成本——但是，集团诉讼中并不存在监督者。非正式的集团诉讼不仅仅得不到第 23 条对律师过度干预和自我交易的保护，而且原告自己无法充分监督他们的律师的行为。原告律师可能需要代表众多在地理上分布范围很广的委托人，这将造成集体行动上的问题并且使得个人、个案的信息难以获取。

对该监督问题的一种回答来自于一个不太可能的、潜在的具有争议性的来

源：替代性诉讼融资。集团诉讼产生自我交易和高昂的代理成本主要是因为胜诉报酬制律师作为代理人和投资者的双重角色。这两个角色将律师向相异的方向指引；因为律师面临着大量的诉讼成本，他们会受诱惑去强迫委托人庭外和解，这样他们就可以收回投资并从中获益。第三方诉讼融资涉及到避险基金、私人投资者和风险投资人，他们向大规模诉讼投资并从中受益。第三方诉讼融资可以通过让金融家承担此金融风险来改善这一决定性的利益冲突。律师们被剥夺了金融利益就可以自由地充当一个忠实的代理人。尽管这种替代性的诉讼融资可能备受争议，但是这篇文章试图将追逐利润的资本家和集团诉讼相结合，以一种既有利于社会整体又有利于原告个人的方式进行。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1274 页以下）

超过私人首席检察官：美国法律中的平等指令

Beyond the Private Attorney General: Equality Directives in American Law

Olatunde C.A. Johnson

美国公民权利规则通常被认为是依赖于法庭上私人的实施来实现公正的目标的，而不是通过对国家行为者强加积极作为的责任。本文认为美国公民权利规则中这种占主导性的观念是片面的。美国公民权利规则也包含了一系列的“平等指令”，近几年来在注释中这些指令的出现和影响已经变得无法识别了。这些联邦级的平等指令用有条件的支出、政策制定和监督这些行政性的工具，有力地促进了种族、种族划分、语言和残疾方面的实质性的内涵。这些指令超越了私人首席检察官标准的反歧视法律的政权。他们使用了更广泛的国家权力工具，就像最近联邦最高法院的裁判限制了私人执法。他们要求各州采取积极的、前沿的、肯定的措施，而不是依赖于保守的、由个人主导的控告。并且，这些指令超出了对个人偏见的狭隘关注，强调了当前平等结构性的阻碍。作为结果，这些指令从国家层面和当地层面深刻地改变了计划的运行和设计。他们使得传统的公民权利团体和以社区为基础的团体都参与到创新中来，并且承诺会有新的倡导和实施形

式。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1340 页以下）

第一修正案中的儿童悖论

The Child Paradox in First Amendment Doctrine

Yotam Barkai

法院越来越多地缩减第一修正案中儿童的权利，并且听从于学校对分裂的担心。现如今，儿童甚至于在校外发表言论也将面临惩戒。与此同时，最高法院以他人言论自由权的名义对国家所宣称的儿童福利利益大打折扣，并且反复驳回限制第三人使用性暴露言论、商业言论和暴力言论接近儿童的提案。这种斗争性的趋势已经引起了一个悖论：尽管第一修正案的规定暗示了儿童言论的能力比他们接触他人言论更加重要，但是这种观点带来了错误的引导，相较于对儿童自身言论表达的保护而言，对于针对儿童的言论保护力度最大。因此，法院应该允许政府加强限制对儿童的言论，并且加大保护儿童言论权利的力度，尤其是在校外的情况下。这个修改完的观点对政府监管儿童利益和第一修正案的条款更加敏感。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1415 页以下）

反对虚假申报中原告费用税收减免的判例

The Case Against the Tax Deductibility of FCA Relator Fees

Jonathan D. Grossman

《虚假申报条例》对欺骗联邦政府的人施加严厉惩罚。现行法令要求违法者每次违反之时需要支付三倍赔偿金，并加处五千美金以上一万美金以下的法定罚金。法令期望以设置高额罚金来制止欺骗。但是，目前美国国内收入署对税法的解读，即通过允许违法者减去虚假申报损害赔偿金的一部分作为业务支出，使得

税法的权威受到了削减。具体而言，财政部条例允许这种减少适用于任何虚假申报处理结果或支付检举者的损害赔偿金。这些检举者就是“原告”，他们将所谓的欺骗案件依据虚假申报条例提起诉讼。这篇文章认为，基于效率和公正，美国国税局应当改变它目前的位置并且不再准许原告的费用抵扣减少。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1453 页以下）

放任的危险：移民拘留作为国内犯罪控制的宪法性限度

Dangerousness on the Loose: Constitutional Limits to

Immigration Detention as Domestic Crime Control

Frances M. Kreimer

美国移民拘留制度在 19 世纪 80 年代进行了重新制定，不仅仅在规模上是空前的，在其原理阐述上也是如此。鉴于移民拘留制度在历史上是作为确保移民合规的方式而被证明合法的，其另一个目的是保护国家安全，如今制度的功能越来越注重与刑法实施系统相配合剥夺所谓的危险分子的资格，以达到预防潜在的国内犯罪的目的。移民拘留真正起帮助清除过程的作用时，无论司法尊重的有效性如何，这篇文章认为这种尊重不可以正当地顺延到移民拘留新出现的犯罪控制功能。从最小限度上来说，正当程序原则要求移民拘留的程序能提供与其他预防性拘留背景下类似的保障，此时由政府承担个人的负担来彰显对限制的需要。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1486 页以下）

解读早期的美国法律专业：最早美国法律评论的研究

Reading the Early American Legal Profession:

A Study of the First American Law Review

Zoey F. Orol

这篇文章试图通过解读美国法律日报（1808-1817）来论证作为进一步研究对象的早期美国法律杂志的成熟。美国法律日报是美国最早的法律评论，反映了美国历史上关键时期法律进程的性质转变。对杂志的内容和编辑选择进行周密的分析就会发现，该杂志反映并且强调了三个十九世纪早期的专业需求：在各个行政辖区和法律领域中实践的需要；对专业自主发展这一新兴观点进行阐明并充实其内容的需要，有些学者提出这一点仅在本世纪末才被开发；以及对美国法律和政治事务的国际化做出回应的需要，很多法律历史学家断章取义地认为那段时期标志着美国司法向内看的上升趋势。少数学者试图在这个转型时期绘制一幅法律事务的蓝图，他们关注于特定司法管辖区的典型的诉讼事务表而忽略了法律杂志。然而，考虑到杂志编辑，这种资源可以更加准确的描述国家法律专业的状态，不受国家或者区域边界的束缚，可以涵盖很大司法管辖范围内的案件和资源，并且这种案件和资源是关于各种各样的主题的。此外，杂志必定依赖于用户基础的事实表明这种编辑必须涉及用户感兴趣的、全国各地的主题，以维持生存。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1524 页以下）

衡量父权：“经同意的父亲”和 对家长权利程序终止的区别对待

Measuring Fatherhood: "Consent Fathers" and
Discrimination in Termination of Parental Rights Proceedings

Amanda S. Sen

在纽约州，未婚父亲对其孩子仅享有假定父权。未婚父亲跟母亲和已婚父亲不同，他们必须证明他们是“经同意的父亲”——也就是说，父亲支付子女抚养费并与孩子保持联系——在他们被允许介入孩子的收养过程之前。这就对私人收养方案起了重要作用，此时必须在母亲的利益和权利必须与父亲的利益和权利之

间做一个平衡，并且国家在促进现存家庭完整性上有一个实质性的利益在其中，相同的分析不能不经思考就适用于家长权利程序的终止上，就像现在这样。不同于私人收养方案，家长权利程序的终止涉及到母亲和国家的不同的利益，也涉及到对怎样对孩子最好完全不同的分析。笔者认为，未婚父亲应当被赋予那种对母亲而言自动获得的对家长权利程序终止的保护，因为当前的法律立场与国家在促进家庭统一上的利益背道而驰，而且违反了美国宪法平等保护条款。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1571 页以下）

危机之外：多德弗兰克和私募股权

Beyond the Crisis: Dodd-Frank and Private Equity

Joseph A. Tillman

美国金融市场的历史上经历了很多次经济危机。有些学者认为就是因为这些事件，普遍的媒体关注和一系列的国会行动的结合已经导致了全面的补救性立法匆忙出台。实际上，这些学者主张在试图扑灭恐慌和金融不稳定性的火焰时，这种规则经常会与他们本想解决的问题格格不入。笔者的这种注意是具有前瞻性的。笔者认为，沃尔克法则和 1940 年投资顾问法的修正案作为多德弗兰克华尔街改革和消费者保护法的一部分，其颁布就是为了响应 2008 年的金融危机，它们就是超越担忧的金融市场监管而被颁布的例子。具体而言，本文探索了这些规则适用于私募股权基金时的问题，并认为他们可以通过对我们的经济复苏产生有利影响的方式将私募股权行业带入监管审查的范围之内。尽管具有远见性的需要在任何立法体制中都存在，但是本文认为从我们目前面临着不确定的经济时期来看，需要一个与引起危机的行为联系更加紧密的回应。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 5 期【2012 年 11 月】第 1603 页以下）

（沈纯霞 译）

（茹 翼 校）

公司骗子

Corporate Shams

Joshua D. Blank & Nancy Staudt

许多人，也可能是大多数人，都想去赚钱，都想去降低他们的税收，但却很少有人想去不知耻地违反法律。这些成对的愿望已经导致了一系列用最小的成本创造相当大利润的策略，例如利用“皮包公司”和避税港。最为成功和巧妙的方案并不包含与腐败的第三方暗中交易，而是严格遵守法律条文。然而，从这些方案的法律性质而言，还不能阻止政府律师不在法院质疑他们“无非是好一点的老式欺骗”。

在本文中，我们关注政府对公司财政方案（通常被称为公司骗子）的质疑，努力去理解法院为何并且如何在合法行为同欺诈行为之间划定界限。凡是研究过该问题的学者和评论者大都同意：在该法律领域所做的司法判决是不规律的，不具有预测性的。在新的数据集的帮助下我们依靠现存的资料，揭示迄今为止未被注意到的重要趋势。我们发现法院还没有造成令人混淆的，让人陷入困境的结果（正如一些人论证的那样），而是已经形成了各种观点，这些观点共同强调一点，表面合法的方案会逐渐变成营私舞弊和滥用。之后，我们对政府和公司律师如何利用我们的实证结果进行说明，并对这些结果如何支持学者和政策制定团体所陈述的许多规范性观点进行探究。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1641 页以下）

联邦民事和解规则

The Federal Rule Of Civil Settlement

J. Maria Glover

联邦民事程序规则最初建立在一个明确的裁判模式的基础上：在审判中解决案件涉及的实体问题，并利用事先审理程序以帮助形成精确的审判结果。尽管该

模式在原则上是吸引人的，但是在今天却没什么相关性。现在，众所周知，使得联邦规则得以建造的端点一审判，事实上从未存在。现今，绝大多数的民事案件都以和解告终。本文首次提出当前的诉讼程序需要一个用于和解领域的民事程序新机制。

首先，对于为什么联邦规则不足以阻止，与实体法所确定的，特定争议的基本事实有关的和解结果不被曲解，本文提供了综合性分析。紧接着，本文解释了联邦规则实际上如何能够加深这些曲解。的确，尽管有关和解存在于“法律的影子下”的俗语已是老生常谈，但是学者已经表明非实体性因素对和解结果施加了重大的影响。尽管如此，这些深刻见解并没有被放在一起考虑，同时也没有系统性地关注，为什么这些因素对和解结果所施加的影响，实际上是联邦规则的基本结构特点的产物。本文采取以下步骤去解释投射在和解上的“法律的影子”正在消退。本文进一步地讨论了当前诉讼环境下出现的一种新现象，即，当事人越来越多地依赖于之前的和解决定作为之后和解决定的“先例”的现象，该现象可能会使得和解更进一步摆脱“法律的影子”并进入它自身“和解的影子”。

然后，本文追查到这些问题的根源是以联邦民事程序规则为基础的三个基本的假设，而该全部假设在和解领域已经变得过时了。通过反思这些假设，本文提出了一个新的概念性解释，即增添先前孤立的程序性改革建议作为对这些基本假设的挑战。同时，本文解释了这些改革努力应该如何被改善，以及如何将这些改革努力从具体视角，扩展为系统性地修订基础模型和对用于和解领域的联邦规则的操作。最后，本文提出了新的建议，即试图将当前规则重新定位，专门为了实现使和解结果同基本诉求的事实真相相一致的目标。

浮现出一个新的程序设想，在该设想下事先审理程序规则的适用，不仅有助于审理案件，还是为了向当事人提供与诉求的事实真相有关的指导，以及更有意义地被用于使和解结果与实体法的规定相一致。通过对此设想进行描述，本文为设计新的联邦民事和解规则打下基础。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1713 页以下）

故意视而不见

Intentional Blindness

Ian Haney-Lopez

自二十世纪七十年代早期以来，随着持续降低的高原印第安人人数的迅速下降，第十四修正案有助于解放的潜能已经戏剧性地削弱了。2007年，我们进入了急剧下降的另一周期。今天，该最新的下降好像沿着两个可能有区别的轨道加速进行着：故意理论和色盲理论。

表面上，歧视意图的研究提供了一种搜出违宪性种族歧视的方法。相反，色盲理论使得具有种族意识的法律经受严格审查，无论它们的动机的是良性的还是不公平的，还是渲染无关紧要的意图。无论是最高法院内还是最高法院外，支持者和批评者都在争论这些理论是否满足第十四修正案平等保护的保证。然而，各方都接受了故意理论和色盲理论之间看似基础的种族法理的分离。

本文对分离而平等的概念进行质疑。第一部分，本文表明，在色盲理论出现之前，故意理论形成了完整的合理有效的平等保护。故意理论曾经在侦查对非白人的虐待，以及从不正义的歧视中区别出有益的这两个任务中做得相当好，目前，这两个任务中的平等保护极其失败。第二部分，本文进一步阐明，响应故意理论而形成的色盲理论，反过来导致了对该方法极糟的返工。故意理论和色盲理论不是相独立的，而是息息相关的。今天，我们不应将平等保护看做是分开的两部分，而是应该根据最好被称之为“故意视而不见”理论，将它再一次看做是一个整体。将这两种理论的名字结合在一起，该混成词抓住了法院有关种族法理的精髓，即对存留的非白人种族歧视装作故意视而不见。正是这一反抗将当前对反歧视法的猛然袭击同即将终止的平权行动联系起来。它同样将这两者同跨越八十年的平等法撤销历史联系起来。（【美】《纽约大学法律评论》第87卷第6期【2012年12月】第1779页以下）

调和保护法同第一修正案的分歧

Reconciling The Protect Act With The First Amendment

Rosalind E. Bell

本文研究了近来规制儿童色情的法律的扩张，以及它对具有社会价值的艺术和电影产生的影响。本文聚焦于联邦政府如何控制“实质的儿童色情作品”，这些作品都是没有真正儿童参与创造的电脑生成材料，或者是看似年轻的成年演员所做的真实图片。首先，我从对儿童色情作品学说的历史进行了追溯，从最高法院的基本案子，纽约诉费伯案，到最高法院近来在阿什克罗夫特诉言论自由联盟案中讨论的实质的儿童色情作品。我认为现代法律和法院判决已经越来越脱离费伯案所确立的，保护儿童不受身体和精神损害的限制性利益。在言论自由联盟案中，最高法院为儿童色情学说增加了一个关键限制。绝对保护不淫秽的实质性儿童色情作品。与所有以性为主题的材料一样，在米勒诉加利福尼亚一案中所确立的淫秽作品，作为适用支柱，允许政府对违反社会得体标准，并严重缺乏文学，艺术，政治和科学价值的材料进行规制。然而，自由联盟案之后，国会的立法，检察救济和其他对抗儿童保护法的工具，都威胁要暗中破坏第一修正案。即再一次将焦点从惩罚犯罪转移到在保护儿童不被干扰的同时保护个人思想。尽管最近，在美国诉威廉姆一案中，最高法院判决减少了对保护法的拉皮条条款的赞成，但是，我认为国会应该从整体上对保护法进行重新审视。通过寻找最高法院基本儿童色情案件中的指导，以及近来以第一修正案为背景的判决，我总结到，国会应该对保护法进行修正，以使其与已确立的理论相一致。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1878 页以下）

保护隐私：对性暴力进行民事救济的批评

Entrenching Privacy: A Critique Of Civil Remedies For Gender-Motivated Violence

Lauren M. Gambier

2000 年，最高法院在美国诉莫里森一案中，废除对妇女暴力法的一项规定，该规定使性暴力的受害者能够在联邦法院中对其攻击者提起民事诉讼。之后，许多州和地区仿效该判决创造了类似的救济，并且对于如何精巧地将联邦民事权利救济制作的与宪法相一致，也已经有大量的学术讨论。创造联邦条款的判决源自

国会的认可，即国会认可对妇女的暴力犯罪整体上未实施：大概，相应的州的救济也打算处理该问题。这类救济已经得到了大量的学术支持。我在本文中主张，这种持续强调对性暴力的受害者进行民事救济是实用主义的且在规范上是成问题的。我认为依靠私人的民事救济去处理法律实施的失误强化了传统上妇女与市民社会的分离，进一步将她们驱逐进私有领域。我假设，这种将妇女驱逐到私有领域的做法也造成了州对保护妇女免受暴力犯罪的持久无能。同样的，为处理持续的普遍性暴力所下的任何苦功夫都不应聚焦于缺少法律强制的私人替代，而应聚焦于改变对妇女和州关系的理解，正是这种理解问题造成了州政府对保护妇女的持续无能。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1918 页以下）

过度密切的监管：为何根据第十四修正案紧急公共医疗 监管项目值得严格审查

Overly Intimate Surveillance: Why Emergent Public Health Surveillance Programs
Deserve Strict Scrutiny Under The Fourteenth Amendment

Margaret B. Hoppin

纽约市的 A1C 注册是紧急公共医疗监管的模式：它将处于不会传染的，非暴露式的医疗条件下的群体置于个别的持续密切的政府监管之下。这样，它就利用了这样一种监管模式，该模式形成于严重传染病的背景下，并借助防止传染病传播的政府介入功效而在某种程度上证明了其合理性。这种证明监管模式正当性的理由并不适用于当今公共医疗所面临主要的威胁：肥胖或其他慢性疾病，例如糖尿病。此外，紧急公共医疗监管模仿法律实施和国家安全监管的三个特征。而法院和评论者已经发现该特征与第四修正案所提供的隐私保护范围有关。同安全项目一样，包含综合性的密切个别监管的紧急公共医疗监管，也使用电子数据收集系统，详细检查有政治弱点的国民。该系统有很低的边际成本，并很容易使用数据开采技术。在某种程度上，本文建立在对第四修正案的挑战和对安全监管项目的批评上，并主张紧急公共医疗监管项目侵扰了根本的隐私利益。因此，他们

应根据第十四修正案接受严格审查。在某种程度上，合宪性的问题应该取决于受到质疑的监管项目所能带来的公共医疗的介入功效。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1950 页以下）

肥胖的框架：讲述肥胖歧视诉讼中健康和不健康

The Framing Of Fat: Narratives Of Health
And Disability In Fat Discrimination Litigation

Lauren E. Jones

在教育，医疗和雇佣领域，肥胖歧视泛滥。反肥胖激进分子认为，侮辱肥胖者不仅是接受的，而且事实上也是值得要的。因为这种侮辱使得肥胖者羞愧，进而变得更健康。作为响应，接受肥胖运动借助科学表明肥胖者也能够健康。作为该运动的一部分，立法倡议和诉讼策略中已经利用这样的主张，即因为肥胖者也能够健康，所以肥胖歧视应不被允许。我认为这种运动破坏了接受肥胖联盟所寻求的真正正义。为了接受肥胖运动的最终目标，接受所有的肥胖者，该运动必须尊重所有的肥胖者，包括不健康的肥胖者。在本文中，我将会讨论体格健壮的肥胖原告所使用的两个最常见的理由中固有的理论问题：同不健康的人或残疾人相比，他们是健康的，或者是残疾的。除了理论问题，实际情况也是，肥胖歧视挑战者主张健康的肥胖者大多数都是不成功的。另一方面，一些同时期的肥胖原告，他们主张肥胖是残疾也取得了案件胜利。我认为那些主张残疾的肥胖原告一定是与残疾人权利运动团结一致。该运动要求尊重残疾人，让残疾人自我决定并保障残疾人。如果不这样做，肥胖原告将会冒着创造先例，该先例将会使得残疾人在证明他们自己的歧视主张时更为困难的风险，并冒者对残疾人保持成见的风险。在所有的案件中，作为一个在更为广阔的社会公平框架内的反压迫运动，接受肥胖运动必须与残疾正义运动相一致，而不是破坏残疾人已经赢得的法律保护。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 1996 页以下）

改良生物等效性测定的司法审查

Reforming Judicial Review Of Bioequivalence Determinations

Christopher J. Kochevar

本文谈论了食品药品监督管理局所发展的，通过售前许可保证一般药品质量的规范机制。1984年，海彻维克斯曼法案有效创造了当时的通用药品行业。今天，该行业为美国节省了几十亿美元的医疗成本。生物等效性这一法律科学概念是海彻维克斯曼法案机制的核心，它的含义通过法律，法规，国会的咨询途径，并在食品药品监督管理局得以发展。我在本文中主张，食品药品监督管理局当前颁布生物等效性标准的做法，该标准大部分依靠指导文件，威胁着机构在未来维持综合性和权威性管理的能力。根据管理程序法的标准，指导性文件和请愿书回应都不受公共投入的限制，可能在被规范主体之间造成混淆，并为消费者带来麻烦。然而，法院再三遵从食品药品监督管理局所选择的政策制定形式，并且已经因缺乏管理程序法所规定的持续和成熟而遇到不可审的挑战。我认为应该减弱这种顺从，恢复可审性，不是因为当前机制下通用药品许可明确会对病患造成危险，而是因为系统的公共投入市场圈定和司法监督是一个不能成立的管理方法。（【美】《纽约大学法律评论》第87卷第6期【2012年12月】第2040页以下）

宪法的比较方法：评论劳和维斯提格

Method In Comparative Constitutional Law: A Comment On Law And Versteeg

Sujit Choudhry

对大卫劳和米拉维斯提格《美国宪法影响的衰退》（纽约大学法律评论2012年第87卷第762页）一文作出回应。（【美】《纽约大学法律评论》第87卷第6期【2012年12月】第2078页以下）

评论大卫劳和米拉维斯提格的《美国宪法影响的衰退》

Comment On Law And Versteeg's

The Declining Influence Of The United States Constitution

Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton

对大卫劳和米拉维斯提格《美国宪法影响的衰退》（纽约大学法律评论 2012 年第 87 卷第 762 页）一文作出回应。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 2088 页以下）

评论大卫劳和米拉维斯提格

Comment On Law And Versteeg

Vicki C. Jackson

对大卫劳和米拉维斯提格《美国宪法影响的衰退》（纽约大学法律评论 2012 年第 87 卷第 762 页）一文作出回应。（【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 2102 页以下）

对《美国宪法影响的衰退》的争论：

回应乔杜里杰克逊教授和梅肯斯伯格教授

Debating The Declining Influence Of The United States Constitution:

A Response To Professors Choudhry, Jackson, And Melkinsburg

David S. Law & Mila Versteeg

回应苏吉特乔杜里的《宪法的比较方法：评论劳和维斯提格》（纽约大学法律评论 2012 年第 87 卷第 2012 页）；回应扎卡里埃尔金斯，汤姆金斯伯格和詹姆斯梅尔顿的《评论大卫劳和米拉维斯提格的《美国宪法影响的衰退》》（纽约大学

法律评论 2012 年第 87 卷第 2088 页); 回应维姬杰克逊的《评论大卫劳和米拉维斯提格》(纽约大学法律评论 2012 年第 87 卷第 2102 页)【美】《纽约大学法律评论》第 87 卷第 6 期【2012 年 12 月】第 2088 页以下)

(魏 琪 译)

(吴 晶 校)

简明起诉书，有意义的出庭日，基于案情的审判： 关于联邦程序变形的反思

Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits:

Reflections on the Deformation of Federal Procedure

Arthur R. Miller

1983 年美国颁布了联邦民事诉讼程序规则，这些规则表明的政策是公民有权参与民事纠纷，并竭力追求以案情为基础而非早前程序系统规定的技术性基础。联邦法院多年来一直以技术性为基础。然而，过去的 25 年间发生了翻天覆地的转变，联邦法院，尤其是美国最高法院，已经解释和运用联邦规则和其他程序事项。这种转变产生了越来越多的审判前的案件早期处理程序。实际上，民事审判，尤其是陪审团审判，现今看来是稀少且遥远的。

作者探究了这种巨变折射的意义，并追溯了司法上对此种转变的态度，途径是回顾了 1986 年美国最高法院所做的三项即决判决前的判决书。继而，作者讨论了业已出现的司法把关项目 (1) 专家证词，(2) 集体诉讼认证限缩，(3) 仲裁条款实施作为合同中的特别款项 (许多相称条款)，(4) 最高院废除了通知式起诉书，为貌似有理的辩护所做的起诉书 (这，实际上，是回归事实辩护)，(5) 告知限缩对他人起诉司法范围的可能性，及 (6) 大量对事前审判证据开示的限制，这是缘于 25 年间规则修订。

这些改变限制了原告获得对他们索赔依据的确认，这缩小了对公民有意义的出庭的影响。除此之外，这些限制性程序的发展不利于私人诉权的实效性，对于

实施多种公共政策的诉权包括民事权利相关政策、反垄断政策、就业歧视政策和证券管理政策。

对于滥诉琐碎性的起诉、过高债务清偿的威胁以及现今大规模诉讼的高成本的担忧刺激这些与联邦规则最初定理背道而驰转变的出现。但是这些担忧并未考虑其他体系的价值。作者认为这些断言是推测性的且不是基于经验的推测，是夸大其词的，并且只反映了各别团体的自身利益诉求，即试图尽可能终止不利己的请求，以避免证据开示和审理。实际上，他们映射了当今联邦司法制度强烈的利商和利政府导向。作者认为有必要恢复联邦规则早期内在定理，只要我们准备保留程序原则，这些原则应当成为民事审判体系的基石，应当用于保持私人诉讼的活力，使其成为政府监管重大社会政策及价值观念实施的辅助工具。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 286 页以下）

合同演变，气象万千

The Dynamics of Contract Evolution

Stephen J. Choi, Mitu Gulati & Eric A. Posner

研究合同的学者并不关注合同产生的过程。通常假说为各个当事人从无中订立合同，选择一切的条款皆是为了从合同中获取最大利益。实际上，当事人起草的大部分合同都是在他们以往使用过的合同或者其他当事人在类似交易中使用的合同基础上的微调。一部关于样板文件的短篇著作确认了这种现象，但这一过程并未得到广大实证工作认证。本文研究了主权债券数据组，从而提供了实证分析。我们发现了一种演化模式，其可大致分为三阶段：第一阶段为在没有外在冲击的情况下，一种特殊标准占据主导地位；第二阶段为存在外部冲击并且边缘参与者测试其与标准模式的偏差；第三阶段为出现新标准。我们发现更多边缘律所可能成为创新圈初期阶段的领袖，但是后期的领袖将会是主流律所。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 1 页以下）

市场行情及合同设计：缔结债务合同的变化

Market Conditions and Contract Design: Variations in Debt Contracting

Albert Choi & George Triantis

学者们已将合同设计中的僵化条款编目分类。一些人已经注意到一些样本条款显然很难改变，即便面临诸如不利司法解释的局面也是如此。与此相反的是，对债务合同及担保物的实证调研表明合同及担保条款是根据借款人的特点制定，并且随着市场行情的变化而改变，例如贷款供给的伸缩。在合约与担保的逆向选择和道德风险的理论基础上，我们论证了贷款的扩大（缩小）不仅会导致利率的下降（上升），而且会造成合约和担保的减少（增多），实现这些变化的途径是减轻（加重）逆向选择与道德危机问题。对于这一分析我们在结论中给出了实证的可能结果。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 51 页以下）

合同是门技术

Contracts as Technology

Kevin E. Davis

如果说技术就是“关于如何以低成本进行生产的知识”，那么合同应当具有技术的资格。正如机械技术在模板上得到体现一样，合同订立技术也应在合同文本中得到体现，用来作为“合作模板”。本文分析了合同文本中的创新面，使用的框架和分析其他技术创新相同。分析始于合同文本创新所需的或提供给其的非正式模型。需求分析不仅强调了创新对于鼓励合同双方高效合作的影响，还强调了其对解释成本及立法成本的影响。供给分析考虑了创新的生成及宣传，强调了累计创新、实践出真知、规模范围经济以及信用的重要性。最近发表的文献都关注于律所制定合同中创新的程度。实际上，除律所外有很多行为主体，像合同最终使用者、法律文本的专门制定者、法律数据公司、行业协会、学术机构等，都提供合同文本。本文讨论了如何激励这些潜在创新主体以及他们各自的创新能

力。本文结论中讨论了潜在干扰因素，有（1）知识产权的强化，（2）对于无权法律活动的宽松规则，以及（3）公共赞助的合同交换中心的创建及扩张。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 83 页以下）

默示协议和关系专用性投资

Tacit Agreement and Relationship-Specific Investment

Clayton P. Gillette

合同法中的默认规则规定违约方在合同订立之时“有理由知道”损害的发生就应当恢复违约带来的间接损害。久经世故的一方总能有条不紊与默认规则讨价还价，因为间接损害的范围是高度不确定的，并且大部分损失都在守约一方的控制之内。然而，一些合同订立方还是保留了默认规则，另外有些包含久经世故主体的合同规定了明确条款，即允许间接损失，包括因为违约丧失的利润。实际上这些主体只在存在“默示协议”要求恢复的情况下才会同意给予间接损害赔偿的尝试。对于这一尝试，评论法学派以及纽约之外的判例法并不赞同，因为它对间接损害恢复的限制较之“有理由知道”的标准更为严格。在文本中，我考察了包含确定的“丧失利润”条款的合同，研读了那些案例，案例中包含法院如何确定合同订立主体是默示同意丧失利润还是有理由知道未来的利润丧失。我认为揭示间接损失条款的相关合同和案例可用来解决合同订立的一个问题，但这可能会阻碍双方利润交换。合同主体及法院都察觉到承诺支付丧失利润会减少投机取巧的行径，这是一方在对方履约前须进行关系专用性投资情况下所固有的行径。存在关系专用性投资的交易中，在第一笔投资付清而第二笔投资开始支付期间，投资方冒着被对方敲竹杠的风险。我认为承诺支付因为违约带来的丧失利润限制了被敲竹杠的威胁，并且承诺的意义在于补偿效率损失，效率损失是内置于将间接损害赔偿让与最有可能遭受间接损失的一方过程中。虽然承诺赔偿违约丧失利润并不是应对敲竹杠问题的唯一方法，但它是一个合情合理的，甚至是最好的避免这一问题的方法。将近乎全部退出默认规则和在投资案例中明确采用的宽泛间接损害结合起来，我的得出的结论是商人主体偏好默认规则而非“有理由知道”，“默

示协议”可能会与这一偏好更为一致。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 128 页以下）

合同和创新:全能法庭在 新型合同形式演进过程中的限定角色

Contract and Innovation: The Limited Role of Generalist Courts
in the Evolution of Novel Contractual Forms

Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott

经济环境不断变化,合同主体在选择应对这些变化的合同方式时都考虑创新能够适应自身情况。这些选择的主要驱动力是相关市场的厚度—主体数量(面临相似情况的主体)—以及市场的不确定性。接下来,合同主体选择的方式将会带来的问题是全能法庭如何最大程度的支持主体的创新以及他们预想的新型体制。在本文中,我们认为出现在法庭上的合同创新不是逐渐递增的而是在创新演进后期出现并且其发展程度比标准预想要完善的多。在高度程式化的情况下,我们发现创新轨迹是这样的:私人主体在他们的经济环境下应对外部冲击的方式是改变现存的结构或者程序使之在新形势下有效。进行创新的主体稳定新出现行为的方法是实施多种体制—既有双边又有多边—目标是建立实施创新的环境。只有在这时且纠纷已经上诉到法院,法院才能介入。如果这些体制环境下的中介结构将合同创新上诉到全能法庭,那么我们的论点直接得出如下:因为合同判决的核心目标使协议按照订立双方的本意履行,因此法庭愿意遵循双方提供的情境,这种愿意将使法律更直接的服务于创新活动。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 170 页以下）

创新和组织型合同:学习收益型信托经验

Innovation and the Organizational Contract: Lessons from Income Trusts

Edward M. Iacobucci

本文调查了为什么北美商业圈不采用信托形式，而只是将其视为一种融资工具。调查发现在加拿大曾有段时间信托形式在公开交易中十分受欢迎。直到 2006 年，采用“收益型信托”结构的会有很大的税收优惠。不管该形式的税收动机是什么，相较于公司模式，收益型信托使商人更加灵活的选择治理规则。正是因为这些灵活性，收益型信托在许多方面区别于强制性的公司法规。本文发现收益型信托治理具有积极的市场反应。然而，一旦法律变更决定解除收益型信托的税收优惠，这种信托形式只能停止采用—尽管采用它的成本很低。总而言之，本文建议尽管创新管理和税收优惠结合很有意义，但信托结构创新也不能仅从治理价值的角度出发。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 216 页以下）

一成不变？消费者标准格式合同的改变和创新

Set in Stone? Change and Innovation in Consumer Standard-Form Contracts

Florencia Marotta-Wurgler & Robert Taylor

标准格式合同是畅销经济的引擎，然而我们却对标准格式合同的驱动引擎及其演进知之甚少。了解格式条款的实质、长度和复杂性发生的变化和创新有助于调整者发现潜在的妨碍来源，还可帮助他们评估强制披露体制的效力，强制披露是保护消费者的惯用手段。本文研究了消费者标准格式合同变化的比率、方向和决定因素。我们查阅了 2003 年到 2010 年间 264 份畅销的消费者软件许可协议发生的变化。29% 的合同实质改变至少一条，甚至有些改了 14 条之多。平均合同更赞成卖方，其长度达几百字之多。长度的增加不是因为使用了简单的语言。合同的可读性从未改变：平均合同像科技期刊中的文章一样具有可读性。合同长度的不断发生变化，正如对完全赞成卖方的偏见不断变化一样，这种变化导致合同标准化程度不断减少。一些公司，包括成立时间较短的，规模较大的，正在发展壮大的以及拥有自己的法律顾问的，更有可能改变现存条款，引进新的条款以便利用技术和市场发展。合同似乎是对诉讼结果的反应：法院采用强制执行较多的

条款在合同中使用更加频繁，反之亦然。查阅结果表明软件许可协议相对动态，它们是随着时间的推移由多种因素形成的。我们讨论了随着时间的推移合同长度的增长以及复杂程度的加深是否是潜在的保护消费者的暗示。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 240 页以下）

对你是谁承担责任：有权选择“不可变”身份特征

Assuming Responsibility for Who You Are:

The Right to Choose "Immutable" Identity Characteristics

Anthony R. Enriquez

戈林斯基诉美国人事管理局是一个区域法院受理的案件，对《婚姻保护法案》的合宪性发起了挑战，本案明确采用了《平等保护条款》界定的不可变的新意。现在在等待联邦最高法院对美国诉温莎·戈林斯基一案中不可变性的裁定，暂时搁置这一裁定是很重要的，因为这要结合许多低级法院的说理，有关于它们近期裁决的超出性取向范畴的平等保护。这些裁决丢弃了保护出生决定的不可变的特征，转而倾向于人人都有权选择自身身份的基本特征。它们否认了“生物学上的不可变性”——这是不可变性的传统界定，意指任何人不可改变的特征，“仅由出生决定”——转而采用庇护法对于不可变性的定义：不仅仅指任何人不可改变的特征，还包括选择的特征，选择特征不能被强迫改变因为它对身份很重要。本文认为庇护法中的“基本的不可变性”标准应纳入平等保护的律法中，因为这一标准解决了不一致的问题，传统平等保护法中生物学上的不可变性造成的一致性，还因为这一标准统一了低级法院近期的裁决意见，讨论了关于在多民族人群、双性人以及变性人不断增多的时代，如何实现平等保护的问题。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 373 页以下）

国际规定在国内的实施

The Domestic Implementation of International Regulations

为了应对全球化的挑战，美国政府不时与他国就规定达成协议，并随后在国内实行这些规定。有人认为这种制定规定的方式主要激励了政府按照协商的那样实施国际规定一并且因此忽视了国内对于规定制定程序的评论。本文我将巴塞尔协议作为案例研究以表明政府未必要将国际协议作为既定事实来实施。然而，我认为国际协议可能会影响国内规定制定程序的合法性，因此法院应当在审查这类规定时提高警惕。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 401 页以下）

扩大适用范围：通过领头羊审判 在大规模侵权诉讼中进行争点排除

Scaling Up: Implementing Issue Preclusion
in Mass Tort Litigation Through Bellwether Trials

Zachary B. Savage

民事诉讼系统的目标是以高效、集中、终决的形式解决纠纷。在大规模侵权诉讼中，法院实现其目标的技术手段我称之为“扩大适用范围”：裁定单个审判，然后将审判结果适用于相似的其他个体。然而，扩大适用范围有两个难点。其一是这种技术的解决方式是不被许可的，这可能冒着损害被告的正当程序权利的风险。其二是它要求初审法庭将诉讼结构化以便作为后来类似案件的模板。如若不结构化，将一个诉讼结果用于其他类似情况时会导致诉讼更加拖延。

然而这两个难点并不是技术本身固有的。实际上，法庭在扩大适用范围时能够避免这些问题。为了缓解正当程序的问题，只有在完成大量审判并确定任何针对被告的不理判决都并非偶然，并非异常时，法院才能将单个审判的结果适用于之后的具有类似请求的审判中。为了保证扩大适用范围不会导致诉讼拖延，初审法庭应当将诉讼结构化以便使相似度最大化，随后诉讼案件的相似度可适用 *Parklane Hosiery* 诉 *Shore* 一案中确立的争点排除条款。考虑这些情况之后，美国

法协会在提议对争点进行分类。本文认为多区域诉讼（MDL）程序应当采用了类似的方法，因为现今发生许多大规模侵权诉讼。如果将这种方法使用在 MDL 程序频繁使用的领头羊审判中，必定大有益处。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 439 页以下）

扩大专利确权判决诉讼资格，与公共政策融会贯通

Expanding Standing in Patent Declaratory Judgment Actions
to Better Air Public Policy Considerations

Nicholas D. Walrath

本文认为当代专利诉讼没有充分考虑公共政策。为了补救这点，我提出三个可能解决的方案，扩大专利确权判决诉讼的诉讼资格，从而允许更多的可能引起这类纠纷的原告上庭。第一个方案，我是在联邦最高法院的医疗免疫框架下讨论扩大诉讼资格，这要求法院在确定专利确权判决的起诉资格时采用所有情况这种广泛的测试形式。在采用这种测试时，我恳请法院考虑（1）潜在的侵权人引发的公共政策关注的程度，（2）潜在侵权人侵犯争议专利的经济刺激程度。第二个方案，我考虑改变确权判决诉讼资格的框架，改变基于对诉讼资格条款根本正当性的重新评估。传统的诉讼资格要求的正当性——尤其是分权正当性——并未适用于专利确权判决诉讼中，基于此观察，我建议联邦最高法院可以建立一个新的诉讼资格框架。第三个方案，我调查了国会将这类案件诉讼资格扩大法定化的可能性，并观察了《美国发明法案》创设的授权后异议程序——2011 年 9 月专利改革立法签署入律——其不能充分平息因未考虑公共政策论点带来的焦虑，我得出了结论。因此为了处理这类问题，法院应当考虑扩大诉讼资格。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 1 期【2013 年 4 月】第 476 页以下）

（吴 晶 译）

（魏 琪 校）

规定休会任命条款的“空白”

Defining Recess Appointments Clause “Vacancies”

Amelia Frenkel*

休会任命条款赋予总统以权力去填补参议院休会期间的所有空白。贯穿美国历史，该条款一直是宪法的强烈关注对象，也是立法机构和行政机构之间的政治博弈。2012年1月，理查德·科雷德作为消费者金融保护局第一任局长的休会任命使得该问题重新引起关注，并对休会任命权的现代使用的适当性提出了新奇的宪法质疑。本文解决了这样一个问题：即总统在行使休会任命权创造一个全新的办事组织时是否有宪法上的授权，答案是否定的。（【美】《纽约大学法律评论》第88卷第2期【2013年5月】第729页以下）

被打破的安全网：关于所得税减免接受者的 研究及补救的建议

The Broken Safety Net: A Study Of Earned Income Tax Credit Recipients

And A Proposal For Repair

Sara Sternberg Greene*

在美国，所得税减免是最大的联邦扶贫计划，并且获得了来自政治家、法律学者和其他评论者几乎一致的两党支持。然而，对所得税减免的评价遗漏了至关重要的视角：即所得税减免接受者自身。过去的工作主要依赖于对低收入家庭行为和需要做出的未经证实的假设。本文以直接来自对194位所得税减免接受者进行深度定性的采访所获得的原始数据为基础为所得税减免提供了一种新型的评估方式。得出的结论令人困扰：它们表明所得税减免虽然相对于福利事业有重大优势，并且已经在很大程度上代替了福利制度，但是它作为低收入家庭的安全网却是失败的。问题在于所得税减免仅仅在每年一次的税收退还时期为家庭提供一大笔外快，然而，低收入家庭是最易遭受金融打击和波动的困境。并不奇怪，这

些事件是很少与税收退还时期重合的。没有救济，所得税减免将会使得许多家庭处在金融崩溃的边缘。未来几年，更多的低收入家庭可能提出破产或者变得无家可归，尽管出现这样糟糕的前景，本文还是提出一个直截了当和有希望的新方式来分配所得税减免以维持此项目的优势，同时在低收入家庭处于金融打击和波动时提供一个更加安全的安全网。（【美】《纽约大学法律评论》第88卷第2期【2013年5月】第515页以下）

将家庭搬上舞台

Staging The Family

Clare Huntington*

关于家庭生活的重要方面，全世界真正的处在同一个舞台之上。当一个家长在操场上责骂他的小孩，所有人都在关注和判断。当经理夫人举行一个工作聚会时，客人们证实了传统的性别角色。当两个父亲为了他们的孩子而参加开学之夜时，其他的父母则注意到了这一相当新的家庭结构。人们普遍认为家庭是亲密和私人的，但实际上许多家庭生活已经走进公众的视线之内。这些家庭和家庭角色的表现并不仅仅是与他人交流信息，它们也是家庭法深层结构的核心。基于社会和男女平等主义的理论，本文认为重复的，日常的行为是表述行为——也就是说，它们创造和维系了对母亲，父亲，孩子以及家庭自身的集体理解。使行为富有法律特色从而在家庭法的中心定义分类方面法律发挥了必不可少的作用。本文将这一动态程序称之为“表述行为的家庭法”。行为和婚姻法之间的相互构成关系是非常伤脑筋的，它引起对学说、政策以及理论核心问题的重大关注。首先，家庭法定义家庭种类的一般方法普遍是狭窄的，因为法律行为人试图仅仅使得传统的，支配性的家庭形象发生效力而不管家庭形式上突然的人口学变化。其次，家庭公共面孔的模糊效果经常歪曲为解决家庭暴力，尤其是儿童性虐待而设计的政策。最后，通过忽略行为的压力，公共-隐私划分的学术争论是不完全的，它也没有解释为什么家庭隐私这一概念获得巨大的吸引力。作为回答，本文对婚姻法提出了一个新的框架，即支配行为的去中心化以及提供一种可供选择的定义家

庭种类和抵制家庭暴力的方法。完全消除表述行为是不可能的甚至是不值得做的，但是抵制其更伤脑筋的方面则是重要的。一个去中心化的框架提出了更多元化的方法来应对现今家庭在人口学上的新兴转变及对于多种多样家庭生活的更深参与。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 2 期【2013 年 5 月】第 589 页以下）

伯福德弃权 and 司法政策的制定

Burford Abstention And Judicial Policy Making

Kaden. O Lsen*

最高法院在伯福德诉太阳石油公司一案中判决，联邦法院通过行使衡平法上的自由裁量权能够放弃主张在向州行政机构决议提出不服一事上的对事管辖权。伯福德案以来，法院已经不能调和国会的法律或宪法在对事管辖权上的放弃，这使得在事由正确的情况下二者更可能要求联邦法院来行使管辖权。取代对衡平法指导的依赖，我相信联邦法院能够和应该以宪法和法律对联邦法院可以行使的权利类型上的限制为基础，确立伯福德弃权。宪法第三条和联邦问题，多样性，和移送的管辖法律要求联邦法院放弃主张管辖权并在它这样做的时候采用非司法措施。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 2 期【2013 年 5 月】第 763 页以下）

专利权的联合

Patent Misjoinder

David O. Taylor*

美国专利改革法案通过创造一个规范大部分专利侵权案件中被控侵权人联合诉讼和审判行为合并的新的法定章节从而有效的废除了联邦民事诉讼规定方面。这种新的法律编撰对审判的联合诉讼和合并造成了实质性的障碍。这样做，

既阻挠了评估辩护充足性自由标准的提升，又阻挠了评估当事人共同诉讼正当性的自由标准的提升——这两个主要政策被联邦民事程序规则的起草者所接受。值得注意的是，尽管在制定有关这些问题之前缺乏若干详尽的学术分析，利用相关的联邦民事程序规则分析所发现问题的立法历史稀少，以及最高法院民事规则咨询委员在民事规定上对这一新的法定章节缺乏考虑，但国会仍通过了这一新的法定章节。本文对以下方面进行了综合分析，新法定章节制定的原因、相互抵触的政策推动美国专利改革法案、联邦民事诉讼程序以及新法的合理解释和适用。迄今为止，这种分析在法律对话中都是空白的。（【美】《纽约大学法律评论》第88卷第2期【2013年5月】第653页以下）

在权利执行和权利限制立法中遵从国会的事实发现

Deference To Congressional Factfinding

In Rights-Enforcing And Rights-Limiting Legislation

William D. Araiza*

本文调查了国会在支持扩大或限制个人权利的立法时遵从其事实发现价值的这个困难问题，遵从问题在此类问题的司法审查上是至关重要的，然而最高法院并没有通过原则性的回答解决问题：当它希望遵从这种发现时，国会的专家意见和相互平等的地位成为老生常谈，而当它不希望遵从这种发现时，法院在宪法解释上的优越性便成为一种老生常谈。学者将这个困难的问题描述为“根本上的理论不足”，任何解决国会参与宪法解释程序能力的稳定和有用的理论都要求对遵从问题有一个更好的回答而不是那些像这样的似是而非的回答。本文给出了这样一个回答的轮廓。本文的第一部分通过确定应该管理遵从问题的三个轴线开始。基于从这个分析得来的洞察力，第二部分确定了六个遵从探究的指导性原则并在几种情形中将他们适用到国会的遵从请求中：立法强制执行平等保护条款，禁止晚期堕胎法案，过去已经提出的“生命权”规章类型以及选举权法的预先审查要求。本文以呼吁更深一步的研究这个令人苦恼的但又至关重要的问题结束，这一问题至今产生的仅仅是个不完整的，不令人满意的答案。（【美】《纽约大学法

不确定的量刑回复:监督释放的发明

Indeterminate Sentencing Returns:The Invention Of Supervised Release

Fiona Doherty*

联邦量刑的确定性改革，随着 1984 年通过的量刑改革法案达到高潮，随后又被不引人注意的现象所推翻:联邦监督释放的演变。一个“确定的”量刑体制要求在量刑的时候监禁期间固定且具有绝对的持续性。然而由于现在实施的监督释放的方式，因此当前的联邦监禁时间既不会固定也不会绝对化。相反，法院在在量刑后基于被告人判决后的进步，拥有调整监禁时间长度的自由裁量权。这一修改刑罚期间的权力正是“不确定”量刑的经典标志。在本文中，我将展示联邦的监督释放是如何打破确定性运动的理想以及使得联邦的监禁时间长度在结构上变得不确定。我认为监督释放的大范围的使用已经创造出了不确定量刑的混乱和无原则的形式:这种形式无视了 19 世纪不确定运动以及 20 世纪确定运动的洞察力和想象力。打乱了曾经建立的量刑理论，联邦监督释放现在控制着超过 10 万人的生命却没有提供任何可供选择的这样做的理论基础。本文吸收了两百年历史的教训来揭露监督释放的当前本质以及为它的将来预想了更加连贯的角色。(【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 959 页以下)

麦迪逊关于外国人和宪法的演讲

Madison Lecture Aliens And The Constitution

The Honorable Karen Nelson Moore*

在国家建立之初和继续的今天，法院及政治领导人一直在和像正确对待外国人这样的困难问题抗争——那些居住在这里或者和政府接触的个人，但是却不能拥有“美国公民”的称号。在一年一度的詹姆斯-麦迪逊演讲，大法官凯伦-纳尔

逊-摩尔探索了我们的宪法提供给外国人的保护，在许多不同的出现有关外国人宪法权利保护的宪法文件中追溯那些保护及其局限性，尽管外国人拥有的宪法权利范围随着其与这个国家关系的亲密程度的而变化，她解释说这一单一变化并不能说明联邦法律体系中有关外国人宪法权利的许多细微差别和冲突的原因。毕竟，亲密可以通过多种多样的维度来衡量:移民地位，在身体上与美国（或者说与其边界）的接近，存在的合法性，对国家的忠诚。摩尔大法官第一次处理外国人的复杂含义，分别讨论其关于宪法条文，移民法以及国家安全的概念性定义。然后她考虑了第十四条修正案的平等保护条款在何种程度上限制政府区分不同阶级的外国人的能力。对不同阶级的外国人可能进行的区别对待提出了尚未解决的复杂的宪法问题，特别是在这个国家中所呈现的有关不合法对待外国人的问题。这一群体的权利是极不稳定的:这些外国人在这个国家未经授权的出现，结合他们与政治社区的亲密关系，使得他们很难符合现存的法律类别。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 3 期【2013 年 6 月】第 801 页以下）

（刘文丽 译）

（孙亚男 校）

总统的执法权

The President's Enforcement Power

Kate Andrias

法律实施是总统负有的谨慎保证法律得到良好实施的宪法性义务之核心，也是影响国家管理政策的主要机制。然而，有关总统如何监管机构执法行为的问题极少获得学界关注。本文对总统在行政执法中的角色进行了正面的描述，探究总统执法呈现出当前状态的原因，并考察了总统执法权的界限。本文表明，尽管总统对于机构执法的介入很广泛，但这种介入表现出临时性、受危机驱动性及常态性的非透明化。因此本文揭示出机构设计改革的需要——使机构间更加协调，执法政策更加透明。在最近几次的工作中，已经可以看见此种改革的萌芽，然而这些工作仍需进一步系统化。对于法律执行政治化的担忧不应该否定其产生的相当

大的利益。然而，通过认识总统在执法中的角色和责任，我们能够使促进正确发挥总统影响力的结构和透明度得到更好保障。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1031 页以下）

非美国公民的刑事审判：对地区执法变化的分析

Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement

Indrid V. Eagly

美国移民执法的中心不断趋向于“犯罪的外国人”，这是联邦移民系统中最重要的历史变革之一。然而，对于联邦移民中心问题的这种戏剧性重组是如何影响地区刑事司法系统的，人们所知甚少。非美国公民也和美国公民一样受到同种类型的刑事审判吗？本文试图通过对关于移民执法和公民身份问题的地区刑事司法程序组成进行实证研究，来回答这个问题。本文通过分析起诉非美国公民数量最多的三个市县区的刑事司法系统来完成以上任务，这三个市县区为：加利福尼亚州的洛杉矶县；德克萨斯州的哈里斯县；亚利桑那州的马里科帕县。对这三个县的法律、程序和实践进行比较研究后，揭示出移民与刑事法律的相互作用对地区刑事实践的影响远大于以前所理解的。在这三个县中，联邦政府在作出执法决议时都依赖于拘留和定罪，此种状况所产生的实际影响在刑事司法程序的每个阶段都能感受得到：移民身份成为当地监狱常规预定人员的一部分，“移民拘押者”阻碍刑事保释释放，移民官员鼓励刑事检察官获得保证离开的辩诉协议，非美国公民有时在其刑事案件审结之前就被驱逐出境。然而，鉴于刑事司法程序与移民执法之间一贯的深层联系，这三个县在如何构建其刑事实践方面有着惊人的变化。正如本文所研究的那样，这三个司法管辖区域对于非美国公民刑事审判采用了不同的模式——我把它称为外国人中立，非法入境者惩罚和移民执法。每种模式都反映了县机构对于刑事案件审判中非美国公民及驱逐出境中当地机关的正确角色理解的高度一致。这些发现对于地区刑事司法系统和联邦移民执法的制度设计有着重要影响。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1126 页以下）

医疗事故改革的几点现实

A Dose of Reality for Medical Malpractice Reform

Joanna C. Schwartz

每年，医疗事故会使成百上千的人死亡或受伤，并在收入、家庭生产、残疾和医疗保健花费上造成几十亿美元的损失。近几年，医院实施了多种制度以搜集医疗事故的信息，了解事故的原因并改变其政策和行为以改善病人安全状况。医疗事故诉讼在努力改善病人安全状况的效果方面引起了激烈争论。一些人认为，对于医疗事故责任的恐惧阻止了发现并解决事故根本原因所需的这种公开和透明。另外一些人认为，医疗事故诉讼使有关医疗事故的重要信息浮出水面，并产生经济、政治和制度上的压力迫使人们去改善这种状况。然而，在这场争论中，任何一方都未能提供足够的证据以支持其主张。根据一份对医疗专家的全国性调查以及 35 份对全国医院中负责处理风险和改善病人安全状况的人进行的深度采访，我认为有理由相信，医疗事故诉讼并不会严重折损病人安全运动对透明度的呼吁。事实上，相反的一面将会发生：由病人安全倡导者所推动的公开和透明原则将会影响医院对诉讼风险的应对。曾经因害怕承担责任而恐惧公开和讨论医疗事故的医院会不断地鼓励对于病人和医疗人员的透明公开。而且，诉讼在医院改善病人安全的工作中发挥着积极作用，这主要是通过揭示一些有价值的信息——有关医院政策、行为、供给者和行政中存在的弱点。本文的这些发现揭示了关于医疗事故改革公开且紧迫的问题，以及继续改善病人安全状况的最好方式。

（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1224 页以下）

关闭舞者：戏剧行业中缺乏足够的安全激励措施

Turn Off the Dancer: The Lack of Adequate Safety Incentives in the Theatre Industry

Lori Brooke Day

本文用百老汇的音乐剧《蜘蛛侠：关闭黑暗》作为案例研究，考察现行的法律及非法律制度以制止戏剧行业中不安全的工作条件。在一年多一些的排练和演出中，蜘蛛侠剧组中的七个成员受伤，其中一个非常严重。（大约两年后，就在本文准备印刷时，又有一个成员严重受伤）本文认为，蜘蛛侠的案例阐释了当前的制度是如何疏于阻止危险的工作条件。本文认为，工人赔偿的排他性禁止提起民事诉讼——就法律所规定的伤害，这为雇主提供了完全的保护，除非该伤害是故意侵权所致——该标准应该被降低，来为制片人提供更好的激励措施以确保演员的安全。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1308 页以下）

战时拘留和域外人身保护主义： 根据其目标和不足之处完善布迈丁框架

Wartime Detention and the Extraterritorial Habeas Corpus Doctrine:

Refining the *Boumediene* Framework in Light of its Goals and its Failures

Jose F. Irias

在布迈丁诉布什案中，最高法院裁决人身保护令的权利及于美国在古巴塔那摩的海军基地所拘留的及国外抓捕的非公民囚犯。尽管布迈丁案将人身保护权及于关塔那摩湾并制定了一个实际的域外人身保护框架，该判决对于民权倡导者来说仍是一次有限的胜利，因为它并没有解决人身保护令及于美国设置在国外的其它拘留设施的问题，包括在阿富汗的巴格拉姆战区拘留设施。在 *Al Maqaleh* 诉 *Gates* 一案中，华盛顿地区法院认为在巴格拉姆拘留的请愿者像那些在关塔那摩湾的人一样有权申请人身保护令，但是华盛顿巡回法院在上诉中推翻了下级法院的判决。华盛顿地区法院和巡回法院之所以得出不同的结论是因为它们采取了截然不同的方法对待布迈丁框架。本文认为地区法院得出的是正确的结论，因为其更忠实于布迈丁框架，也更能意识到布迈丁框架对于分权的关注，并且，如同最高法院，地区法院合理地接受了这样一种可能性：执行部门通过有策略地在不可能接受司法审查的地点拘留有嫌疑的敌方战斗者，而试图“关掉”宪法。而且，

地区法院和巡回法院无法一致地适用布迈丁框架的事实表明对布迈丁框架的分析需要细化和澄清。这正是这篇文章试图去解决的。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1348 页以下）

工会特许学校合同作为公立学校就业稳定改革的样本

Unionized Charter School Contracts as a Model for Reform
of Public School Job Security

Peter Kauffman

为了拥有强大的公共教育体系，雇佣和保持高素质的公立学校的老师并确保学校解雇表现不佳者是很重要的。教师工会通过加强教学的职业精神以及使教师在学校管理工作中占有一席之地而致力于此项工作，但是他们的努力也有所减损，因其使解雇不能胜任的教师太过困难。另一方面，非工会特许学校随意雇佣教师，也许会使教师遭到任意或恶意解雇。工会特许学校是较近期出现的，其教师合同是由两个教育水平突出的工人协商达成，该合同为美国公共教育体系改革提供了有价值的经验。本文对工会特许学校合同的分析表明，相对于随意雇佣，其为老师提供了较多的就业保护，但与公立学校工会合同相比，其所提供的保护又少得多。传统的公立学校和工会应该改革其集体协议，提供与工会特许学校合同中规定的类似的就业稳定水平。这也许会在允许校长解雇不合格老师与保护老师免受任意或恶意解雇之间创造权利的平衡。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1379 页以下）

填补监督空缺：地区情报监督情况

Filling the Oversight Gap: The Case for Local Intelligence Oversight

Benjamin S. Mishkin

自从 9•11 恐怖袭击以来，在大都市中，地区执法机构越来越多地参与反恐

和情报活动。不幸的是，这种发展形势还未激起对情报监督的相应的增加。可以说，在地区层面，情报活动大部分是在“正式管理真空”状态中进行的。这种情况是不可持续的。我们迫切需要地区的正式监督机制。地区执法者能否胜任情报监督任务是另一回事。这个问题仍需以一种令人满意的方式来回答。怀疑论者已经不加解释地取消了地区监督者，然而地区情报监督的倡导者明显没有考虑他们的可行性就同意了地区监督者。本文试图给出一个综合性的答案。吸取联邦情报局监督的经验，本文表明联邦情报监督的运作方式对于地区层面是一个可行的模式。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1414 页以下）

不够如此“自由和清晰”：根据《2005 防止破产滥用和消费者保护法》对派珀试验（the Piper Test）进行批判性研究

Not So “Free and Clear”: A Critical Examination of the Piper Test in Light of the
Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005

Christopher S. Oglesby

破产法第 11 章规定，一旦一项重组计划被确认，则完全免除对债务人的“索赔”。破产法院定义破产索赔请求的方法变化万千。其中一种方式——派珀试验（the Piper test）——试图平衡对债务人索赔最大数额的免除，而同时又为债务人的索赔者，包括未来的索赔者，提供正当程序。派珀试验将可免除的债权定义为包括哪些应计入申请后产生的债权，但在须计划确认之前。本文试图根据《防止破产滥用及消费者保护法》探究派珀试验的有效性，该法通过激励债务人快速进入和退出第 11 章大大改变了破产程序。从而产生的申请和确认之间间隔的减少削弱了派珀试验的有效性，有可能在破产程序完成后仍给债务人留下更多未完成的债务，从而威胁到重组债务人的持续经营价值。考虑到此种影响，本文提出另外一种替换方法来解决破产债权。本文提出，尽可能广泛地定义一种债权，从而保存重组债务人的持续经营价值，而同时通过更广泛地使用特定机制以维持债务人当前和未来索赔者的正当程序来减轻产生的正当程序担忧。（【美】《纽约大

社区梦想和噩梦：亚利桑那州、种族研究以及 德瑞克·贝尔的利益趋同理论的持续重要性

Community Dreams and Nightmares: Arizona, Ethnic Studies,
and the Continued Relevance of Derrick Bell's Interest-Convergence Thesis

Kevin Terry

2010 年，亚利桑那州的立法机关通过众议院 2281 号法案，引起全国对公立学校种族、教学方法及审查制度问题的关注。正如亚利桑那州的官员所解释的那样，这个法律使得图森市公立学校墨西哥裔美国研究系的课程变为非法。在公共舆论以及州和联邦法院中该系的支持者与反对者之间冲突持续不断，此种冲突提出了在美国教育机构中有关多数民族和少数民族接触方式的重要问题。本文利用亚利桑那州的种族研究禁令，提出德瑞克·贝尔的利益趋同理论以及拉尼·吉尼尔关于利益趋同的相关理论在评估强大和边缘群体之间的动态关系方面仍然是有用的工具。本文使种族研究争议的事实与最近对贝尔教授研究成果的批评形成对立，通过这样做，来反驳人们的断言——利益趋同理论在理解美国当代种族间冲突方面已经变得不那么重要了。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 4 期【2013 年 10 月】第 1483 页以下）

（孙亚男 译）

（刘文丽 校）

有针对性的战争：个体化的敌人责任

Targeted Warfare: Individuating Enemy Responsibility

Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes

使用武力的合法性问题正在经历一场道德上和法律上的基础性转变，但此转变却未得到充分地肯定。鉴于传统习惯和战争法用绝对的、以群体为基础的方式定义敌对势力而导致了这样的情形——某人是敌人，不是因为他自身参与任何具体的战斗，而是因为他是某敌对武装势力的成员——我们现在正在或间接或直接地向这样一个世界转移，即：要求敌人敌对责任的个性化以证明使用武力的合法性。合法使用武力被越来越多地与关于个人行为的准裁判性判决和特定的敌对人物角色联系在一起；这样的一种情况，即：所涉及的武力使用是否是军事拘留或定点清除。这种转变超越了传统的关于恐怖主义行动是否应被视为战争行为或犯罪行为的争论，并有更深刻的内涵。这种基本前提的调整预示着军事力量的合法化使用将对所有涉及使用军事力量的机构产生影响，作出使用武力的决定的过程也将受到影响，并且此种影响也正在发生。对军方而言，此种变化将会产生压力以创造军队内部的、准判决的过程以确保关于特定敌对战斗人员的个人责任裁判的准确性和可信服性。对行政部门而言，这些转变将推动在决策领域更广泛的参与，而此前此类决策仅在军队内部进行。对法院而言，相比于过去，这种向个体化责任判决的转变毫无疑问将在评估战时裁决中发挥更大的司法作用；此种扩张已经开始发生。这些改变还未直接在正式战争法中有所反映（或者至少是充分反映），但是我们预计，随着这些改变深入国家、尤其是占主导地位的国家实践中，实践中的这些改变最终也将包含在管制武力使用的法律框架内。本文将确定此基础性转变作为驱动关于军事力量适当界限的斗争的核心因素，并探索了此转变对类似军事拘留和定点清除等问题的后续影响。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1521 页以下）

实用的事实：Nken 诉 Holder，

总检察长以及政府内部事实的呈现

Convenient Facts: Nken v. Holder, the Solicitor General,
and the Presentation of Internal Government Facts

Nancy Morawetz

2012年4月，总检察长办公室在面临法院命令其披露内部司法部门电子邮件的情形下写信给美国最高法院，承认其针对最高法院三年前在 *Nken* 诉 *Holder* 案中有关机构政策和实践的裁定已经做出一个基于事实的声明，指出该事实陈述是不准确的。该声明建立在司法部门和政府专门机构律师之间的电子邮件通信的基础之上。事实上，该声明既没有反映电子邮件的内容，也没有反映相关政府机构的实际政策和做法。信件中承诺了补救性措施，并在最后结尾处向法院保证总检察长办公室会认真地履行其公正责任。总检察长办公室在 *Nken* 案中的基本事实陈述是不寻常的，因为它引起了人们的注意以及基于信息自由法案提起的时间跨度很大的诉讼，导致了作为声明依据的通话内容的披露。但是，如果我们将其视为政府律师作出的用来支持法律论点的未经证实的事实陈述，则是很常见的。当然，在总检察长办公室简报中许多问题上都存在未经证实的陈述。这些陈述受益于政府非同寻常的立场：它有机会得到其他诉讼当事人无法获得的信息，并受益于一个基于公正的假定，该假定赋予其不言而喻的权威，而没有任何私人当事方能与此相配。*Nken* 案提供了一个独特的机会，以探索法庭接受由总检察长办公室提供的事实陈述的结果。由于信息自由法案诉讼，我们有机会考察总检察长办公室是如何收集信息的，以及政府律师在司法部门和利益相关机构中发挥的作用。这次考察显示出了关于政府内部事实的未经证实陈述的多重危险。考察也论证了依靠律师代表政府寻找信息、提供信息的难处，这样做将会削弱政府的诉讼地位。最后，考察显示出依靠误导法院制定适当补救措施的当事方是一件危险的事情。防止误导性陈述的出现可以通过更深程度的自我规范、禁止额外记录事实性陈述或是通过一个披露和反驳的模型予以推进。本文认为 *Nken* 案的经验反映了某假设隐藏的重大危险性，该假定认为自我监管足以防止错误的陈述。本文进一步认为，尽管有制定一刚性规则禁止此类陈述的呼声，但是此类方法忽视了法院对与其判决相关的现实世界事实信息的兴趣。本文得出结论，认为最佳的先发制人的途径是采用正式的事前通知体系，并能有机会获取政府声明的事实依据。本文进一步指出法院在法庭裁决中应当拒绝以政府提出的未经检验的、错误的事实表述为基础的声明。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1600 页以下）

法官和他们的文件

Judges and Their Papers

Kathryn A. Watts

谁可以拥有联邦法官的文件？很少有人问及这个问题。相反地，人们普遍认为美国最高法院大法官和其他联邦法官拥有他们自己的工作底稿，包括由法官创造的与他们的职务相关的文件，诸如内部草案意见、秘密投票票证和与案件相关的信件。这种长期存在的私人所有权的传统已经导致了严重的不协调。例如，瑟古德·马歇尔大法官的文件在他离职两年后就被披露出来，透露了涉及堕胎和焚烧国旗等重大案件的幕后细节。相反地，苏特大法官的文件在他退休后的五十年后才会公开，怀特大法官文件的相当一部分，包括涉及 *Miranda* 诉亚利桑那州里程碑式案件的文件，都被销毁了。此外，下级联邦法院法官的文件集早已经散落在法官的家族手中。值得注意的是，这种私人所有的模式一直保留了下来，尽管实际情况是通过 1978 年的总统记录法案，我们国家对总统文件的处理方式已经从私有转向了公有。并且，司法文件一直保持私人所有状态，尽管这样的设置被证明是难以平衡诸多至关重要的竞争性利益，利益范围包括：一方面是对政府责任和政府透明度的呼吁，另一方面是司法机构的独立性、共治性、机密性和完整性。本文首次对这样的问题给予高度关注，即：谁应当拥有联邦法官的工作底稿以及法官退休后这些文件的命运将会如何。在总统记录法案颁布三十五周年之际，本文主张应当将法官的工作底稿视为政府财产——就像总统文件一样。尽管总统和法官发挥的作用之间有很大的差异，但是没有任何一种差异表明司法文件应当被视为一种私人财产。联邦法官的独特地位，包括司法机构在我们机构设置中的独立性，显示了制定规则以合理地获取、处置司法文件的可行性，而不是支持司法文件的私人所有。最后，在重新重视被长期遗忘的 1977 由国会委托的政府性研究的基础上，本文主张国会应当宣布司法文件为公共财产，并应当授权司法机构颁布规则以施行向公有制的转变。这些将会包括例如管制司法文件公开发布时机在内的规则。通过纳入司法机构施行向公有的转变，国会将增强司法合作的可能性，减轻权力分离的担忧，并使得司法机构能够捍卫司法的独立性、共治

性、机密性和完整性。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1665 页以下）

移民执法的随机化：探索一个新的第四修正案管理体制

Randomizing Immigration Enforcement:

Exploring a New Fourth Amendment Regime

Cynthia Benin

本文以移民法为着力点，分析了由刑法学者哈考特和米尔斯提出的一个新的第四修正案管理体制。在随机化和第四修正案中，哈考特和米尔斯提出了一个模型来进行合理的搜查与扣押，一律以个别化的怀疑来为随机的类似检查站一样的停留点设置辩护。作者主张，随机化将会确保强制执行是公允的，并将减轻由歧视性目标引起的负担。本文探索了移民执法随机化的可能性，随机化可以有效地用于测试哈考特-米尔斯模型因为它体现了作者想要表达的一些弊端。虽然分析表明随机化远没有达到其目标，但是它的失败是有教育意义的。事实上，透过移民执法阐明：为了使随机化具有可行性，关键条件是必须要具备的。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1735 页以下）

运用贝氏定理分析撤回证言的目击证人的证据鉴定的趋势

Toward A Bayesian Analysis of Recanted Eyewitness Identification Testimony

Kristy L. Fields

近年来目击证人辨认的可靠性遭到越来越多的质疑。尽管我们承认这种证据不仅是不可靠的，而且也被司法决策者过分强调，但是在一些案件中，过时的程序规则以及在如何正确地衡量证据辨认的问题上缺乏指导也会产生令人不安的结果。戴维斯于 2011 年被处决，而公众对关于他的目击证人证据仍处于争论不休的状态。在庭审中，九名证人将戴维斯指认为犯罪行为人。然而，在他被定罪

后，那些证人中的七名否认了之前的说法。受程序性限制和司法对撤回性证据根深蒂固的不信任所累，戴维斯案一直没有启动一个新的审判，而对他的执行也引起了全世界范围内的批评。在贝叶斯定理产生 250 周年之际，本文运用贝氏定理分析了戴维斯案，以论证潜在的解决此不确定性的方式。本文通过运用概率论和目击证人正确率的科学证据，论证了法官是如何鉴定七个证人撤回前述证言的分量来决定初始有罪判决是错误的的可能性。本文论证了两个证人的指认和七个证人的不指认仅有 31.5% 的可能判决有罪，对比之下九个证人的指认代表了 99% 的定罪可能性。本文主张贝氏定理式的分析能够，也应当用来评估此种证据。客观分析方法的运用能够改善对撤回证据认知上的偏见和隐藏的不信任。并且，大多数反对在法律设置中运用贝氏定理分析的论据并不能适用于评估撤回证据的定罪后聆讯。因此，法官对那些在指认后又撤回其指认的目击证人的的人身保护应当考虑适用这种方法。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1769 页以下）

美国机构独立性和全球民主匮乏

U.S. Agency Independence and the Global Democracy Deficit

Paul E.Hubble

批评者指责跨国监管网络不民主，例如巴塞尔委员会对银行的监管就是如此，但是他们很少退一步想想民主是否是评估监管网络的正确标准。这些批评者经常指向国内行政法看似强硬的检查，并主张类似的机制应当限制跨国网络监管。然而，联邦储备委员会，一个重要的美国银行监管者，却是不民主的。本文将联邦储备委员会作为一个案例研究，对批评者们认为国内程序和全球程序之间存在巨大差距的主张提出挑战。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1802 页以下）

在模棱两可中挣扎：评估无套性交文学的表现力

Wrapped in Ambiguity: Assessing the Expressiveness of Bareback Pornography

Christopher A. Ramos

与普遍观念相反的是，色情文学并没有取得文化战争的胜利。色情文学面临的是立法上的愤怒情绪导致的绝对禁止，而不是享受胜利的战利品。2012年11月6日，接近56%的选民赞成通过了洛杉矶郡成人电影业法案中更安全的性行为（措施B），完全禁止“无套性交”或不用避孕套的色情文学的产生。对此种强制行为的直观反应是为了提高第一修正案索赔。然而，无套性交色情文学还没有受到任何来自立法或法院的明确保护。本文通过如下方式向评估无套性交色情文学的第一修正案情形跨出了一步：首先主张无套性交色情文学充分表现了传统理论辩解、教条下第一修正案保护的价值，以及新出现的对第一修正案保护扩张性解释的论据。本文然后主张措施B是在受保护的表达上以内容为基础的限制，因此，应当受到法院最严苛的详细检查。在这样的测试下，措施B应当被视为是违宪的。（【美】《纽约大学法律评论》第88卷第5期【2013年11月】第1839页以下）

解读：社会建构论和宪法中的反具体化原则

Unscrambling the Egg: Social Constructionism

and the Antireification Principle in Constitutional Law

Natasha J. Silber

自二十世纪中叶以来，法院对身份的社会建构的发展性观点已经驱动了现代平等保护法律体系中最根本的一些改变。这些改变的其中之一就是我在法院的积极行动案件中所称的“反具体化原则”的发展。在此原则下，宪法的一个重要的功能就是根据类似种族等社会种类是纯粹的社会结构的观点来调控社会价值。法院根据反具体化规则的指导，已经利用司法审查来阻止国家行动，根据法院的估计，此国家行动将错误的结构概念视为真实的、重要的或持久的。然而，法院在种族方面之外的适用上已经进行了高度地选择。在性别和性取向待裁决的场合，

法院一直倾向于相信现有种类的真实性，甚至赞扬它们。本文描述并质疑了法院对反具体化的选择性适用，提出：为什么反具体化不能在性别和性取向领域促进社会平等目标的达成，这本身是没有理由的。法院可以通过否认它们的现实基础——根据反具体化的逻辑——破坏所有此种身份结构并降低它们造成的损害。本文继续为法院对该原则的选择性适用假定了一系列解释，但是最终发现每一个解释都不能令人满意。本文最后提出：反具体化的选择性运用是嵌于当代平等保护原则结构中的内在矛盾，其在依靠固定的身份结构的同时企图摧毁它们。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1873 页以下）

解释相称性审查中的刑罚

Accounting For Punishment in Proportionality Review

Julia L. Torti

第八修正案一直被解释为要求罪犯的犯罪行为和他的惩罚之间做到罪责相适应。然而，当前的相适应的标准被广泛地认为是没有意义的。现代法院在权衡犯罪的严重性和惩罚的严酷性时，仅仅考虑判刑的年数。本文主张：对影响判决严重性的特征的更全面的分析可以通过向法院呈现有关现代刑法残酷性的更全面丰富的描述，而有潜力振兴相称性原则。尽管进行更强有力的分析有一些障碍，本文提议了一些方法，法院通过它们可以考虑监禁的真实期限，判决提供的监狱条件以及伴随着许多刑事定罪的附带后果。本文通过这样做，论证了一些更准确地解释刑法严酷性的方法既不具有可行性，与其他地区的第八修正案学说也没有紧张冲突。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 5 期【2013 年 11 月】第 1908 页以下）

（戚小乐 译）

（施 骏 校）

一些人的自由与公正：司法系统为何不能保护基本权利

Liberty and Justice for Some: How the Legal System
Falls Short in Protecting Basic Rights
Brennan Lecture

法律界早已认识到贫穷的公民往往接触不到司法系统。免费提供方案和法律援助组织已经试图解决这一问题。在第十九届年度 William J. Brennan, Jr. 讲座关于州法院和社会正义演讲中，德克萨斯州的最高法院前首席大法官 Wallace B. Jefferson 认为不仅贫困人员难以获得司法正义，美国中产阶级也同样会遇到障碍。他探讨了我们的最宝贵的权利通常是如何受到最少保护的。住户被驱逐却很少能请律师，老兵要等待数年才能获得福利，青少年不能援引第六修正案质疑民事罚款。首席大法官 Jefferson 探索改革和当争取正义的传统路径被封锁时可获得的替代方法，他也强调了在创造这些替代方法时会遇到的一些障碍。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1953 页以下）

成本-效益再分析：走向功能和形式的框架

Reanalyzing Cost-Benefit Analysis:
Toward a Framework of Function(s) and Form(s)

Robert B. Ahdieh

本文的分析源自于 2010 年 Dodd-Frank 华尔街改革与消费者保护法所造成的深刻改革与十五年前采用的而此后几乎被人遗忘的美国法典的一句文本之间的冲突。当 2010 年 7 月 21 日颁布 Dodd-Frank 法时，几乎没有人会想到全国证券市场改进法案第 106 条，然而，之后一年不到，华盛顿特区巡回法院在 *Business Roundtable* 诉美国证监会（SEC）案件中适用该规定的成本效益分析的特殊要求，可以证明新的立法的失效。

为了帮助理解这个潜在的僵局，本文表明，我们需要更仔细地分析第 106 条的成本效益分析的功能与形式，并开发了一个普遍适用的框架。成本效益分析的讨论历来是一个相当奇异的现象，以对“效率”的广泛追求为其宗旨，并将其运

用于环境和风险管理中。现实中，成本效益分析比本文中描述的更加特别，并有更为系统地区分

因此，本文提出的框架，对我们理解成本效益分析的复杂性和多样性做出了重要贡献。在第 106 条的具体情况，同时，它建议建立鲜明特点的功能和形式将更好地指导其适用，既适用于多德弗兰克法案规定的多个规则，也适用于除此之外的其他规定。正确的理解是，第 106 条旨在鼓励 SEC 关注可能被忽略的实质性考虑因素，前提是该委员会的传统关注于对投资者的保障。至于形式，第 106 条构成了真正的委任及对司法审查的适当服从。然而，违背了 *Business Roundtable* 案的分析，委任性质上是程序性而非实质性。通过与正式的成本效益分析比较，发现它是不太严格的量化。然而，需要认真关注相关规则制定的分配影响。从第 106 条和金融监管的总体来看，在特定性目的和量身定制的形式下，成本效益分析最终可能产生显著的影响。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 1983 页以下）

移民联邦制：再评估

Immigration Federalism: A Reappraisal

Prathepan Gulasekaram & S. Karthick Ramakrishnan

本文鉴别了大量的州和地方法规是如何改变当选官员，学者，法院和公众思考移民法的宪法维度和移民执法政府责任。重振了在 1875 年 *Chy Lung 诉 Freeman* 案最高法院的判决理论可能性。州和地方官员将他们的法律描述为其面对非法移民的挑战和联邦政府未能修复的系统之间的政策难题时的不可避免的反应。

在 2012 年 10 月，在 *Arizona 诉 United States* 案，法院处理了，但并没有解决，这些成文法和其必要理由所带来的困难的实证的，理论的和宪法性问题。然而，我们的实证调查，发现大部分州和地方移民法不是应对紧迫的人口挑战根本的政策。相反，这样的法律是更细致的政治化过程的产物，人口问题在其中是既不充分也不必要的因素，并且联邦无为和州的活跃是由同一行为人煽动的相关联

现象。本文着重对这些过程的宪法和理论意义：它提出的国家和地方的政策扩散的证据基础的理论；它告诫法律学者重新考虑功能主义对这些法律的兴起影响；并建议法庭重新评估其使用传统的联邦制框架，以评估这些次联邦法规。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2074 页以下）

进一步肯定：公平住房法种族隔离目的复苏

Affirmatively Further: Reviving the Fair Housing Act's Integrationist Purpose

Austin W. King

本文旨在促进公平住房法的未充分利用的条款复苏，不仅为了禁止个体歧视行为，而且也为了实现混合住宅区。然而，宏伟的模糊的联邦政策和负责区划、规划、住房选址的地方政府之间的鸿沟，已经阻碍了合并的目的。尽管所有州和大多数地方政府都必须证明他们正在履行“支持更公平住房”的义务，这一认证很少超过单纯的样例。基于最近提起的诉讼，以一些骨骼物质和新规则提案寻求提高程序合规来重振该法的积极作用。本文提议了一个扩大的联邦规则，通过具体、定量的标准来有意义地定义该义务。在缺失这样的扩展规则时，本文建议法院通过使用一种住房隔离数据的负担转移框架，来评估符合广阔法定标准的指导。本文最后通过解决可操作性和合宪性的问题，评估实际的障碍，并检测了 Roberts 法院在平等保护和联邦制法律体系中提出的规则。最终的目的是务实的方案，来实现这仍然未实现的目标激活法案的通道：一个真正混合的国家。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2182 页以下）

对单亲母亲征税：税法的批评

Taxing Single Mothers: A Critical Look at the Tax Code

Akari Atoyama-Little

单身母亲担负着抚养五分之一的美国儿童的重任。他们是不成比例的贫困的有色人种妇女。本文探讨了国内税收法典的条文，虽然表面中立，实际上是对单身母亲不利的。虽然税法做了一些工作取得了一些进步，以减轻单亲母亲负担，许多所得税条款旨在支持家庭却让单亲母亲们失望，正是因为他们的低收入状态。高收入家庭会得到很多福利，而往往他们都是已婚夫妇。本文认为，税法应该做更多来支持单身母亲。具体来说，本文主张现有的联邦儿童和抚养信用应当可以退还，使其能涉及更多单身母亲和提供更好的作用来使得儿童获得更优质的关怀。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2146 页以下）

分级监管机构：全球和地方指标 对越南商业治理机制的影响

Grading Regulators: The Impact of Global and Local Indicators on
Vietnam's Business Governance
Trang (Mae) Nguyen

国际指标被广泛用作全球治理的诊断工具。对于资源稀缺和社会问题复杂的发展中国家而言，指标可以帮助企业，捐助者和决策者发现问题，解决方案，并测量影响。本文研究全球和越南国内指标之间的动态，特别是它们对越南政策进程的影响的方式。研究发现，尽管全球指标推进了竞争力的概念，并使其成为国家政府，次国家的优先指标——即越南省份排名中发挥显著作用，作为一个更适合的、更具针对性的工具，以激励支持商业的内部竞争改革。因而本文确认了占主导地位的观点，即全球指标影响一个国家的发展议程，但结论是，这种影响以健康的地方指标存在时候更为深远。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2254 页以下）

限缩领域：州产品质量法隐藏领域优先的反面案例

Narrowing the Field: The Case Against Implied Field
Preemption of State Product Liability Law

Thomas H. Sosnowski

联邦法优先是一个产品责任被告可以提出的最有力的辩护。如果法院查明，联邦法律优先于州法律关于产品责任索赔，则必须驳回诉求。州侵权索赔的驳回可能会消除被告人的私人责任和赔偿原告的唯一来源。如果适用的联邦法规中不包含明文优先条款，大多数法院只有在州和联邦法律之间存在“冲突”时候才会查明联邦法律优先。然而，在一些领域，法院认为，在一个特定的“领域”的所有州的产品责任索赔优先，因为该领域的一个方面是受联邦法律控制的。本文认为，这种广泛的“基于领域”的优先框架，即指潜在的领域优先，不应该因此优先于州法律规定的产品责任索赔，尽管最高法院最近在 *Kurns 诉 Railroad Friction Products Corp.* 的判决中，反对基于领域的框架，从学说，理论和历史的角度来看，该案都是有强大的信服力。本文提出的案例研究阐明了当上诉法院认定隐含领域优先时会导致的问题。领域优先框架使得下级法院无需确定联邦法律与州法律索赔是否实际有冲突。在某些情况下，领域基础的框架，通过消除产品责任法的制止和补偿功能，无需向联邦监管架构提供相应的利益，突破州侵权法和联邦优先背后的目的。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2286 页以下）

修补死刑机制：美国的注射死亡、程序以及死刑保留

Tinkering with the Machinery of Death: Lethal Injection, Procedure, and the
Retention of Capital Punishment in the United States

Jonathan Yehuda

本文基于 William Berry 教授提出的一个所谓的“程序性例外制度”来解释如今西方其他地方已废除死刑而美国仍然坚持保留。Berry 教授认为，美国对被告有一种独特的程序性保护的信念，如陪审团审判，多级诉讼，这有助于美国的死

刑合法化。然而这种分析只有考虑到死刑的定罪量刑方面。本文认为，执行的实际方法在解释死刑保留中同样重要。本文将 Berry 教授“程序性例外制度”的想法适用于执行注射死刑的方法的司法判决的特殊背景下。它认为：第一，注射死刑作为执行的方法延续了更“人性化”死刑的概念，第二，司法对执政注射死刑程序的完善性的信心强化这个概念。这种对注射死刑的程序的完善性的信心与对定罪量刑程序公正的信心相似，创造了一种均衡使得美国得以继续适用死刑。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2319 页以下）

假冒商标，陷害，进监狱？售后混淆入罪的不合理性

Knock-Off My Mark, Get Set, Go to Jail?

The Improprieties of Criminalizing Post-Sale Confusion

Zachary J. King

假冒商品法（TCA）已被广泛应用于售后混淆的案例，即当有人明知某奢侈品是假冒产品却仍然购买。当民事责任是基于售后活动，真正会混淆的人就是广大市民，他们看到有人穿着似是而非的奢侈品，比如一块劳力士手表和路易威登包，并认为它是真实的，而实际上它不是。虽然每个处理假冒商品的巡回法院都认为售后混淆在假冒商品法上应当是犯罪行为，本文认为，这一结论是基于对法条的误读。当 1984 年立法时，TCA 只是旨在使那些明显可诉的国内行为变成犯罪行为。本文显示，1984 年国内对于售后混淆远非一致接受的，并认为这并不是 TCA 的应有之义。此外，本文说明，售后混淆的危害与淡化的伤害相同，直到 1996 年才写入兰哈姆法，但从未列入 TCA。

然后本文检查了法定计划，认为国会制定 TCA 的时候只考虑的是销售时混淆。该法条明确不能覆盖更多的典型的淡化销售，这能够强有力的证明，这违背了法院的集体推理，当国会增加商标法刑事处罚时并没有将商标淡化的危险谨记在心。最后，本文认为，从政策的角度来看，售后混淆不应该被定为刑事犯罪。因为危害较小，并且公司有很多次打赢了冒牌的民事诉讼案件。没有必要对贩卖冒牌产品进行严厉的罚款和长期监禁。本文最后指出，销售时的混淆将带来严重

危害，但公众并不严肃对待此类行为，因为当他们想到假冒，他们认为只有翻版。假冒合法化将使公众更愿意接受“真正的”假冒的真正危险，并在市场上更加警惕。（【美】《纽约大学法律评论》第 88 卷第 6 期【2013 年 12 月】第 2220 页以下）

（施 骏 译）

（戚小乐 校）

“取得四十英亩土地”的黑人： 西印第安黑人移民者资产收购的理论

The Blacks Who "Got Their Forty Acres":
A Theory of Black West Indian Migrant Asset Acquisition
Eleanor Marie Lawrence Brown

非裔美国人中资产收购和市场成功的障碍是法学界探究的一个重要领域。最流行的描述黑人和财产之间历史性关系的文章绝对性的将其叙述焦点放在描述黑人的损失之上。然而，在政治学、经济学和社会学文献中存在一种对抗性的叙述文章，它们描述了在可被称之为“市场主导”的黑人移民者群体中成功的资产收购和维护。今天美国最成功的黑人财产拥有者群体是在美国以外的国家遭受过奴役的黑人移民者的后代。这些自由的黑人移民者绝大多数是来自于西印度群岛的英国臣民，他们在法学研究中很大程度上是不受重视的。其他学科关于是什么导致这一黑人群体分化的讨论中产生了许多问题。为什么他们关于财产所有权的经验，如此不同？

社会学、政治经济学和政治学文献中的讨论往往着重于弗朗西斯·福山提出的颇有争议的“文化问题”，即认为早期西印第安移民者——如韩国和日本的移民者——拥有一系列特别的文化特质，这些文化特质明显适合于进行资产收购。本文更多的关注普通的基础理论，认为西印第安移民者的成功可能根植于早期的我称之为尊崇“事实上的所有权和合同权利”的西印第安奴隶的特质，这种特质使得他们的自由民的后代成为美洲最大的独立农民阶级。1880 年至 1924 年间，

美国移民局官员在承认移民身份时可能无意中选择了有财产的移民群体。通过他们自己历史性的揭露西印度群岛的财产和合同权利框架，以及支持非正式银行计划的内部公共网络，本文发现这些黑人一旦到达美国就充分准备好利用机会回归家园并收回商业所有权。

更广义的观点是在“文化争议”的讨论中存在一个明显的疏漏：法律有无影响？我在这种语境下使用“法律”这个术语是因为它被许多新制度经济学的支持者使用，作为制度框架的一个代表，其支持资产收购，不管这个框架是正式的（国家支持）还是惯例性的。此外，法学和经济学学者普遍关注允许某些宗教和种族群体支配特定行业的制度框架，例如支配钻石产业的正统犹太人或控制食品杂货行业的韩国人。这些文献中的独到见解使得我们探求西印第安黑人是否在早期就通过制度促进合同权利和财产所有权的实现，并探求如果是这样的话，这种制度历史是否可能对他们长期的资产收购模式有所贡献。此种讨论下必然产生的问题是：为什么我们思考黑人移民者的方式同我们思考其他成功进行资产收购的种族和宗教少数群体的方式不同呢？（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 27 页以下）

性肯定法

Sex-Positive Law

Camden

性快感是一项个人幸福感和成就感的重要来源。然而一些法律领域的假设恰好相反——性快感本身毫无价值，并且当我们的法律规定限制它时，我们并没有牺牲任何重要的意义。甚至一些法律依赖的假设前提认为由于性快感内在的负面影响，对其进行约束具有重要意义。这些假设在我们的法律中根深蒂固，且在很大程度上对法院、立法机关以及法学家们来说是毋庸置疑的。

本文揭露并质疑了法律未明文规定的假设，即性快感毫无价值或具有负面影响，并阐明了如何拒绝此种假设需要我们重构法律的几个方面。到目前为止，法学家们一直对这一假设如何深入的贯彻于法律的各个领域以及如果我们拒绝

该假设法律在根本上如何进行改变缺乏一个强有力的分析。本文填补了这一空白并为“性肯定”法提供了基础框架，“性肯定”法适当承认了性快感的内在价值。这一方法改变了关于法律几个方面的讨论，且要求立法者和法学家们更诚实的对“我们选择管理的内容，我们无法管理的内容以及我们做出这些选择的理由”进行评估。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 89 页以下）

意外继承：退休账户和隐性继承法

Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession

Stewart E. Sterk and Melanie B. Leslie

美国目前拥有超过 9 万亿美元的退休储蓄账户。这些退休账户，再加上家里的账户，对大多数工作或退休的美国人来说是最主要的财富来源。但倘若一个退休账户的持有人在耗尽退休储蓄之前死亡，那么谁来管理和分配账户的余额呢？多数情况下，这一管理人不是账户持有人的遗嘱或信托决定的，而是账户持有人在开户时已经填写好的一页空白的指定受益人表格所填写的受益人，但通常情况下账户持有人在开户时没有特别咨询专业律师的意见。

账户持有人填写指定受益人的表格时，他们关注的焦点在于开始一项新的工作或开始为退休储蓄存款，而不是自己的遗产规划。然而账户持有人填写的指定受益人的效力往往高于遗嘱、信托证书、婚前协议书或离婚判决书中的明文规定，尽管账户持有人在签写这些文件时是考虑到要为继承做准备的。而且，账户持有人可能疏忽了基于生活状况的变化而变更指定受益人，导致他/她的退休资金给了一个他/她在后续生活中永远不可能选择的受益人。更糟糕的是，尽管遗嘱学说已经提出一系列具有建设性的规则以处理情况的变化，但那些规则一般不适用于填写了指定受益人表格的情形。当前的法律框架常常使账户持有人的真实意图归于无效。

这个问题已经引起了大量的诉讼，随着越来越多此类账户的持有人走到他们所预期寿命的终点，这一问题将在未来的十年里变得更加糟糕。改革至关重要。

目前起草指定受益人格式的金融中介机构没有动力去改善上述问题因为账户持有人和企业不可能基于他们所提供的格式的质量来选择金融中介机构。联邦和各州的立法对保障这些资产始终如一的按照账户持有人的真实意图进行分配是非常有必要的。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 165 页以下）

为选区重划诉讼构建演说或辩论条款的框架

Developing a Speech or Debate Clause Framework for Redistricting Litigation

Christopher Asta

美国宪法中的演说或辩论条款保护立法者的立法行为免于在法庭审判中受到质疑。这一保护使得立法者免于因为立法行为而被起诉，有时也使他们免于在审判中为立法行为出庭作证。然在某些情况下此种保护对保障立法机关的独立性和正常运行是非常重要的，但当原告需要证明不公平的立法目的来质疑某一法律时，它也存在一定的问题。这些问题在选区重划诉讼背景下尤为明显，在选区重划案件中分析种族和党派改变选举区的请求的标准需要与立法原意相关的信息。但仔细考察演说或辩论条款的司法解释以及源于它的立法权限，本文发现当讨论上述保护应当或不当适用时存在一些相互矛盾的观点。这种困惑使得法院难以适当的处理立法权限问题，且可能导致法院超出必要限度的保护和支持选区重划诉讼。本文考查了最高法院和下级法院对演说或辩论条款的观点以构建一项明确且一致的框架来解决所有关于演说或辩论条款的纠纷，并且适用这一框架解决选区重划诉讼中产生的问题。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 238 页以下）

我们试图让他们提供复权，但其坚决反对：

通过私人囚犯复权信用鼓励私人监狱改革

We Tried to Make Them Offer Rehab, but They Said, "No, No, No!": Incentivizing

Private Prison Reform Through the Private Prisoner Rehabilitation Credit

Cassandra Monique Davilmar

在美国大规模监禁已经导致各州政府将监狱的建设与管理工移交给私人企业，这些企业能够更迅速的满足要求并被公众认为是更加符合成本效益的。如今美国大约有六万两千名囚犯监禁在一百个私人监狱里，且预计在未来十年里监禁在私人监狱里的囚犯人数将增加到三十六万人。不幸的是，私人监狱未能有效的解决公共监狱里普遍存在的许多问题，如累犯、暴力以及恶劣的生活环境。此外，政府无法有效的控制私人监狱对上述他们的管理不能负责。本文提议私人囚犯复权信用作为该问题的解决方案，通过绩效基础、应退税款鼓励私人监狱解决刑事司法系统内深恶痛疾的关键问题。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 267 页以下）

平等保护条款中的反从属化：一项案例研究

Anti-Subordination in the Equal Protection Clause: A Case Study

Abigail Nurse

近年来，许多学者认为美国联邦最高法院已经放弃遵守美国宪法第十四修正案平等保护条款的反从属化方法，而是采用了反分类方法。相反，倡导者一直拒绝回应平等保护案例中提交美国联邦最高法院讨论的反从属化方法的论据。通过讨论费舍尔诉德克萨斯大学奥斯丁分校案的案情摘要和口头辩论内容，本文认为忽略反从属化原则对平等保护学说是有害的，因为支持反从属化原则的论据有助于引导法院作出正确的判决。当历史环境和持续的不公平现实因素未被纳入平等保护学说时，其已经进一步背离了它的核心使命——确保法律面前人人平等。此外，有色人种和其他边缘化群体的收益只能来自于未被充分强调平等的环境。为了使法院和法官加入为更公平的世界而奋斗的缓慢进程中来，倡导者必须充分利用反从属化原则的论据。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 293 页以下）

界定甘特图案的适用范围：

亚利桑那州诉甘特图案后逮捕学说的搜查事件

Defining Gant's Reach: The Search Incident to Arrest Doctrine After Arizona v. Gant

Anthony M. Ruiz

2009年美国联邦最高法院对亚利桑那州诉甘特图案作出判决之后，下级法院一直在讨论甘特图案是否标志着对逮捕学说中搜查事件的彻底检查或仅仅只是一个微调。本文认为这个问题的答案就在它们的讨论之中。文章建议法院可以对被捕者在搜查时是否有接近搜查区域的合理可能性进行更深入的调查，而不是像现在一些法院那样适用较宽松的标准。处理该问题的中间立场更忠实于支持逮捕学说中搜查事件的政策考虑，与此同时在另一方面寻求警员安全和被告权利之间适当的平衡。（【美】《纽约大学法律评论》第89卷第1期【2014年4月】第337页以下）

德宾修正案的缺陷：后经济衰退时期

立法对低收入消费者的影响

Durbin's Defect: The Impact of Post-Recession

Legislation on Low-Income Consumers

Arin H. Smith

2010年，经济遭受经济萧条，低收入消费者深受其影响。一项名为“德宾修正案”的法律力图通过调整金融机构每次向有消费者使用借记卡消费的商人索取的费用来保护消费者。通过考察“德宾修正案”的实施效果，本文认为该修正案的实施最终提高了低收入消费者将钱存入银行的成本。由于复杂的银行信息披露规则和法规结构，这些增加的成本并没有被增强的透明度或降低的零售价格所

抵消。 本文建议对“德宾修正案”做一些具体的改变以更好的实现既定目标。然而，因为上述具体的改变并不能根本上缓和“德宾修正案”实施的消极影响，本文提议国会通过立法改善低收入消费者使用银行业务的能力。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 363 页以下）

与破产管辖权相关的制度设计

Designing Related-To Bankruptcy Jurisdiction

Jack Zarin-Rosenfeld

本文提供了一个框架结构来分析美国法典第 28 卷第 1334 节的规定与破产管辖权相关的行为，而这些行为法院在成文法和判例法规定的范围内是可以直接实施的。文章认为目前关于破产管辖权的要求应该更好的按照管辖权规则和标准的优缺点来展开，并通过具有说服力的弃权学说提议一项较宽松的备用查询门槛，其允许法院明确在哪个合适的位置设置边界线并在个案基础上实现破产管辖权的政策目标。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 1 期【2014 年 4 月】第 390 页以下）

（陈 丽 译）

（沈纯霞 校）

像我一样的白人：白人身份构建多样性原理的负面影响

White Like Me: The Negative Impact of the Diversity Rationale

on White Identity Formation

Osamudia R. James

在几个适用平权法案招生政策之合宪性的判例中，最高法院已经在有多多样性学生群体的学校中发现了一个引人注目的国家利益。按照法院及平权法案的支持

者们的意见,对多元化的追求并非仅仅使得那些通过平权法案而获得精英机构扩招的少数民族学生获益。其实,多元化同样使得与少数民族学生相遇并共同成长的白人学生获益,这将有助于校园中的社交生活和精神生活的丰富,并且,通过促进一个日益多元化的国家中市民就业和公民资格的发展,将对整个社会都产生作用。

然而,近期学界仔细推敲了“多样性原理”的消极影响——平权法案政策的防护建立在了多元化中一个引人注目的利益之上——少数民族身份被白人占多数的机构拿来交易以寻求多元化带来的社会效益和经济效益的最大化。相反,关于多样性原理是否及如何影响白人身份的却什么都没说。从最高法院在费舍尔诉德克萨斯大学奥斯汀分校中关于平权法案的最新判决来看,对多样性原理是如何影响白人身份构建的考虑尤为及时。

本文开始填补这一空白,最终总结出多样性原理再次强调了白人群体种族优越感的概念。不同于初期民权案件的判例,例如布朗诉教育委员会中排斥处于从属地位的黑人之合法性的古老的故事,多样性原理并没有推进关于种族和身份的进步的思考。反之,其使得一个古老的故事延续下来——一个关于用白人的条款为了白人的目的而利用黑色和棕色人种的故事,一个关于当那些人不再被需要时可以将其牺牲的故事。此外,通过强化白人种族身份的“透明度”和“纯洁性”,以及通过强调超越个人主义,多样性原理阻碍了反对白人身份种族主义者的发展。

讽刺的是,通过培植相对于有色人种而言的权利感和受害意识,多样性原理通过促进平权法案计划的消除延续了不同肤色的人之间的主从关系。这也使得白人从他们自身的存在遭到实质破坏的高等教育精英机构中转移出去,尤其是处于工人阶层的白人在这种机构中通常会遭遇被忽视的情况。鉴于这一事实,致力于多元化的高等教育机构必须通过在招生时设置对多元化价值更加真诚和实质性的解释以对多样性原理对白人产生的影响作出解释。(【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 427 页以下)

降低死刑的价值：一项针对六个保留死刑的州中

对有资格当选陪审员的公民所隐含的种族偏见的实证研究

Devaluing Death: An Empirical Study of Implicit Racial Bias

on Jury-Eligible Citizens in Six Death Penalty States

Justin D. Levinson, Robert J. Smith, & Danielle M. Young

种族间的巨大差异决定了美国与死刑的关系。尽管评论家们已详细调查了一系列可能造成在该种死刑判决中种族分布不均的原因，仍没有令人信服的证据能够表明该些因素中任何一点能够始终解释死刑执行中存在的 unfair 的种族悬殊。笔者认为，贯穿在当前运行中的每一个看似很有道理的解释统一起来其实是一个概念——人心会不知不觉地在似乎中立的死刑执行观念和程序中注入偏见。

为了检验隐含的偏见在死刑中的影响，笔者针对六个主要的保留死刑的州中 445 名有资格当选陪审员的公民们进行了一项研究。笔者发现有资格当选陪审员的公民们对我们所检验的这种隐含的种族偏见存在两种不同的观点：一般的关于黑人和白人间隐含的种族偏见的陈腔滥调，以及人种和生命价值间隐含的关联。笔者还发现，有资格判处死刑的陪审员——那些表示在无期徒刑和死刑之间摇摆不定的人——比被排除在外的陪审员具有更强的隐含的和直率的种族偏见。研究结果强调了隐性偏见潜在的强大作用，并暗示当代死刑制度中的种族差异可能与保留死刑制度的合宪性所特有的概念相关联：其惩罚核心，其对由陪审团来表达本地团体的文化共识的许可，以及承诺杜绝任意性死刑判决的现代监管措施。

（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 515 页以下）

正当程序、共和主义，以及直接民主

Due Process, Republicanism, and Direct Democracy

Fred O. Smith, Jr.

在二十四个州的选民也许可以提出并通过立法而不受来自政府代表分支机构的任何干涉。在最近的几十年里，选民们已经使用大众立法来消除建立在例如

婚姻、教育、公共福利，以及税收等主题之上的群体和财产性利益。本文认为，这种消除将破坏历史上与程序性正当程序相关联的原则，从而引起关于消除群体的权益保护主动权之合宪性的严重问题。

第十四修正案的正当程序条款体现了包括审议、尊严和平等在内的公正原则。上述原则的历史显著性已体现在各殖民地特许令和各州宪法之中，联邦党人文集，南北战争前说明国家正当程序条款的判例、南北战争前引导大众立法的判例，以及第十四修正案被批准之前的立法辩论。这些原则应当告知该学说的方法来界定程序公正。

当自由或财产受到被剥夺的威胁之时，代议制政府的共和制度比大多数同期由公民投票产生的法律更能够保护这些原则。事实上，在致使第十四修正案被批准的十年间的一系列经过充分研究的判例中，至少八个州法院表达了对大众立法的忧虑。虽然这些判例并非基于正当程序条款，这些法院在质疑大众立法时仍然援引了与正当程序和共和制相关的原则，提供了一些在那个时代对这些条款的主要认识的证据。

更重要的是，法律的正当程序要求，在最低限度内，禁止了违反其他宪法性规定的对自由或财产的剥夺。有一个持续性争议是关于公民立法创议权程序是否违背非经法院审判的共和制条款。本文旨在部分揭示该种争论。并且，事实上，公民立法创议权违背了非经法院审判的共和制条款，设定了剥夺个人自由或财产的公民立法创议权违背了应受法院审判的正当程序条款。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 584 页以下）

暴动小猫和第一修正案：俄罗斯法治的影响

Pussy Riot and the First Amendment:

Consequences for the Rule of Law in Russia

Dusty Koenig

在 2012 年 2 月 21 日，俄罗斯朋克乐队暴动小猫成员冲入古老的莫斯科救世主大教堂并表演了一场“朋克式祈祷”以抗议普京政府的政策。乐队成员们随后

被逮捕和起诉掀起了一场全球性的轩然大波。虽然有一部分批评是着眼于法院对乐队定罪与宣判的不成比例，或不公正的政体赋予司法的意义，然而主流反应大体上是对该种针对言论自由的显然过度的制裁的无法置信。本文认为，这种批评是按照言论自由来衡量暴动小猫事件，以致于在很大程度上放错了重点，尽管美国具有比其他地区更强有力的言论保护传统，然而在美国关于言论自由的法律规定之下，这些朋克摇滚乐手仍有面临类似命运的可能性。相反，对起诉中不公正行为的批判如果集中在亟需改革的俄罗斯司法体制中不充分的程序保护上面会更好。既然俄罗斯人已意识到其司法体制中存在的缺陷，他们有可能更能接受承认对暴动小猫的起诉并未践踏言论自由权，其之所以不公平是由于没有给予乐队成员们程序性保障的国际社会批评。这种做法，通过更精确地批判羽翼未丰的俄罗斯民主所面临的真正问题，通过保持俄罗斯选民与西方之间的交流渠道畅通将有助于俄罗斯的进一步发展。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 667 页以下）

平价医疗法案通过之后的监狱医疗保健： 对疏忽政策终结之展望

Prison Health Care after the Affordable Care Act:

Envisioning an End to the Policy of Neglect

Evelyn Lia Malave

不充分的监狱医疗保健已经导致了重返社会的囚犯以及其所在社区的健康危机——这种危机在释放后的就业障碍及其他附属后果中进一步恶化。本文首先将检视为何当前第八修正案的理论会失效，未能够充分管理监狱医疗保障以致于对该危机带来的所有重大影响。接下来，本文将论述平价医疗法案通过触发指引该理论的“道德进化标准”中的一个变化来改变第八修正案的分析。具体而言，本文将会说明的是，在平价医疗法案通过之后，释放生病的、符合医疗条件的囚

犯而未将其加入联邦福利计划将违反第八修正案。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 701 页以下）

破产中法律的二阶选择

Second-Order Choice of Law in Bankruptcy

Ankur Mandhania

本文试图回答何种法律选择管理体制应当适用于破产案件这一问题。以近期第二巡回法院的一个案件事实作为例子，笔者认为国会应当修改破产法，将在所有破产案件中均可使用黑体字的二阶法律选择包括进来。首先，第一部分检视了在本案之前第二巡回法庭对该问题的审判规程情形，调查了该法则产生的原因和基本原理。其次，第二部分建立了一个规范性框架，同时借鉴了破产理论和法律选择理论来评价对该难题的所有建议答案。笔者在此揭示了第二巡回法庭的解决方案并不符合本框架的要求，因此必须被丢弃。第三，本文第三部分阐述了笔者所建议的解决方案，表明其是与该框架最相一致的。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 739 页以下）

回顾联邦量刑政策，一个案件一个准则

Reviewing Federal Sentencing Policy, One Guideline at a Time

Eleanor L.P. Spottswood

政策疏漏使得美国联邦量刑准则扑朔迷离。在美国诉 Kimbrough 一案中，最高法院允许地方法院的量刑与基于明显政策分歧的准则不同。然而，尽管地区法院往往因个别原因而与准则有所不同，但这种政策分歧权力仍未被充分利用。本文提供了对模糊性准则的历史的一项判例研究，每当条款 2M5.1 适用于某一特定类型的案件时，会产生非与军事相关的禁运冲突。判例研究揭示了历史上美

国量刑委员会在设立条款 2M5.1 准则时的体系疏漏，并演示了律师和法官是如何能够依靠那段以每个案件为基础的历史来揭露准则政策中存在的明显问题的。采用这样一种明确的政策方针来补充一种个别化的方法将有利于公正、透明以及未来细化准则的成果。（【美】《纽约大学法律评论》第 89 卷第 2 期【2014 年 5 月】第 770 页以下）

（茹 翼 译）

（陈 丽 校）