

杜克法律杂志

王健法学院编译室

二零一三年第四期

总第十四期

目录

限制公职人员的言论：政府控制其工作人员的言论以保护自身言论	
Constraining Public Employee Speech: Government's Control of Its Workers' Speech to Protect Its Own Expression	
Helen Norton	14
拯救英雄：从社会和法律视角解读救援义务的扩张	
Rescuing the Hero: The Ramifications of Expanding the Duty to Rescue on Society and the Law	
Amelia H. Ashton	15
当局内人变为局外人：父母对公立学校性教育课程的反对	
When Insiders Become Outsiders: Parental Objections to Public School Sex Education Programs	
Emily J. Brown	16
共同基金额外费用案件中的诚信义务：为复审做准备	
The Fiduciary Duty in Mutual Fund Excessive Fee Cases: Ripe for Reexamination	
Emily D. Johnson	16
从 Conley 到 Twombly 案再到 Iqbal 案：对联邦民事诉讼规则的双重打击	
From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure	
Arthur R. Miller	17
修正强制非正义：行政赦免权的司法建议	
Correcting Mandatory Injustice: Judicial Recommendation of Executive Clemency	
Joanna M. Huang	18
文字的战斗：法院如何利用字典与文本主义原则相一致	
War of the Words: How Courts Can Use Dictionaries in Accordance with Textualist Principles	
Phillip A. Rubin	19

阿以关系冲突和反恐民事诉讼	
The Arab-Israeli Conflict and Civil Litigation against Terrorism	
Adam N. Schupack	19
“一次重要的外科手术”：联邦法院中的宪法第三条、衡平法和判例法	
“ A Considerable Surgical Operation”: Article III, Equity, and Judge-Made Law in the Federal Courts	
Kristin A. Collins	20
10b-5 条与不当得利原则的兴起	
Rule 10b-5 and the Rise of the Unjust Enrichment Principle	
James J. Park	21
侵略的概念重建	
Reconceptualizing Aggression	
Michael Anderson	21
无效午夜规则：职位就职中的午夜规则变化以及无效的撤销	
Mooting the Night Away: Postinauguration Midnight-Rule Changes and Vacatur for Mootness	
Ari Cuenin	22
建议与共犯	
Advice and Complicity	
Matthew A. Smith	23
第一规则精神中的程序	
Progress in the Spirit of Rule 1	
John G. Koeltl	23
以更好的方式披露：有效民诉改革的需要	
Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform	
John H. Beisner	24
政治及民诉规则的制定：对经验的反思	
Politics and Civil Procedure Rulemaking: Reflections on Experience	
Paul D. Carrington	24

司法案例管理：陷入困境	
Judicial Case Management: Caught in the Crossfire	
Steven S. Gensler	25
美国地区法院的当下困境	
The Present Plight of the United States District Courts	
Patrick E. Higginbotham	25
定义美国民事诉讼的成本问题	
Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation	
Emery G. Lee III & Thomas E. Willging	26
对电子取证违法的处罚：通过数额的方式	
Sanctions for E-Discovery Violations: By the Numbers	
Dan H. Willoughby Jr. & Rose Hunter Jones & Gregory R. Antine	26
初次见面：执行方式异议的诉讼时效应当从何时起算？	
Blind Dates: When Should the Statute of Limitations Begin to Run on a Method-of-Execution Challenge?	
Ty Alper	27
对专利法中新颖性之反思	
Rethinking Novelty in Patent Law	
Sean B. Seymore	27
投资者与东道国仲裁中的律师费转移规则：证明英国法规范适用正当的学说与政策	
Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying Application of the English Rule	
David P. Rosenberg	28
国会对持有儿童色情作品违禁物审判规则的操纵：支持或反对遵从的论据	
Congressional Manipulation of the Sentencing Guideline for Child Pornography Possession: An Argument For or Against Deference?	
John Gabriel Woodlee	29
对美国难民法的行政遵从：通过以及超越雪佛龙的国际道路	

Executive Deference in U.S. Refugee Law: Internationalist Paths Through and Beyond Chevron

Bassina Farbenblum 29

公平的解决方案：一条解决著名品牌与一般品牌制药商的侵权责任问题的新路径
Prescription for Fairness: A New Approach to Tort Liability of Brand-Name and Generic Drug Manufacturers

Allen Rostron 30

关联性与公平：海牙公约下国际儿童劫持案中家庭暴力受害者和留守父亲的权利保护

Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction

Noah L. Browne 30

“关于为第一修正案之目的政府艺术基金有一些独到之处”：一条授予政府机构自由发言权利的制度方法

“There Is Something Unique ... about the Government Funding of the Arts for First Amendment Purposes”: An Institutional Approach to Granting Government Entities Free Speech Rights

Leslie Cooper Mahaffey 31

分类的风险

Unbundling Risk

Lee Anne Fennell 32

Mohammed Jawad 及关塔那摩军事法庭

Mohammed Jawad and the Military Commissions of Guantánamo

David J. R. Frakt 33

对公正和平衡的追求：最高法院、州法院以及 Perry 案后对同性婚姻的未来评论
A Quest for Fair and Balanced: The Supreme Court, State Courts, and the Future of Same-sex Marriage Review after Perry

Chase D. Anderson 33

我的孩子及我的权利呢？作为驱逐出境的后果的亲权终结

Where Are My Children . . . and My Rights? Parental Rights Termination as A Consequence of Deportation	
C. Elizabeth Hall	34
环境损害，使用冲突以及环境法中的中立基准	
Environmental Harms, Use Conflicts, and Neutral Baselines in Environmental Law	
Todd S. Aagaard	34
二十世纪三十年代的行政法：最高法院对改革的法学理论之适应	
Administrative Law in the 1930s: The Supreme Court ' s Accommodation of Progressive Legal Theory	
Mark Tushnet	35
以合理使用促进发展	
Promoting Progress with Fair Use	
Joshua N. Mitchell	36
传播、编辑以及交流：决定“言论自由”包含些什么	
Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What “The Freedom of Speech” Encompasses	
Stuart Minor Benjamin	36
监督托管服务	
Supervising Managed Services	
James B. Speta	37
网络设施	
The Network Utility	
Kevin Werbach	38
代理威胁	
Agency Threats	
Tim Wu	38
我的空间、你的空间，但不是他们的空间：禁止性犯罪者访问社交网站的合宪性	
Myspace, Yourspace, but Not TheirSpace: The Constitutionality of Banning Sex Offenders from Social Networking Sites	
Jasmine S. Wynton	39

对抗式司法神话：上诉法院在案卷之外的事实调查	
The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding	
Brianne J. Gorod	39
从退休回到工作岗位：允许退休的大法官通过指定参加最高院的庭审之提议的法律和政策影响	
Coming off the Bench: Legal and Policy Implications of Proposals to Allow Retired Justices to Sit by Designation on the Supreme Court	
Lisa T. McElroy & Michael C. Dorf	40
杀人的法人刑事责任：一个法定的框架	
Corporate Criminal Liability for Homicide: A Statutory Framework	
James W. Harlow	41
媒体中的辩护：Blagojevich 辩护以及对规则 3.6 的重塑	
Advocacy in the Media: The Blagojevich Defense and A Reformulation of Rule 3.6	
Leigh A. Krahenbuhl	41
明智的不可知论：域名商标侵权的最新分析	
Sensible Agnosticism: An Updated Approach to Domain-Name Trademark Infringement	
Shiveh Roxana Reed	42
各州通过刑法规制移民的违宪性	
The Unconstitutionality of State Regulation of Immigration through Criminal Law	
Gabriel J. Chin & Marc L. Miller	42
联邦上诉机制：巡回法院间的一致性和案件的处理	
The Mechanics of Federal Appeals: Uniformity and Case Management in the Circuit Courts	
Marin K. Levy	43
抵制运动中使用麻醉品竞赛的错误发端：对自行车运动员生理通行证的担忧	
A False Start in the Race against Doping in Sport: Concerns with Cycling's Biological Passport	
Nicholas Hailey	44

聚沙成塔：司法没收原则是否会冻结普通法上的财产	
Every Grain of Sand: Would a Judicial Takings Doctrine Freeze the Common Law of Property?	
David S. Wheelock	45
真相、谎言以及被盗的英勇：根据第一修正案，保护对事实进行错误陈述的案例	
Truth, Lies, and Stolen Valor: a Case for Protecting False Statements of Fact under the First Amendment	
Julia K. Wood	46
什么是证券欺诈？	
What is Securities Fraud?	
Samuel W. Buell	46
使清晰的规范文本变为模糊不清的状态：在解释选择情形下的命令原则、规避措施以及透明的司法辩护	
Turning Unambiguous Statutory Materials into Ambiguous Statutes: Ordering Principles, Avoidance, and Transparent Justification in Cases of Interpretive Choice	
Carlos E. González	47
解释自由：法官条例第三条的必要组成部分	
Interpretive Freedom: A Necessary Component of Article III Judging	
Jennifer M. Bandy	48
根据美国联邦法典第 18 卷 2422 条改革犯罪未遂责任：自美国联邦诉 Rothenberg 案后的非实质性倒退	
Reforming Attempt Liability under 18 U.S.C. § 2422(B): an Insubstantial Step Back from United States V. Rothenberg	
Korey J. Christensen	49
作为可申请专利客体事实的 DNA 以及针对由基因专利引起理解难题的有限框架	
DNA as Patentable Subject Matter and a Narrow Framework for Addressing the Perceived Problems Caused by Gene Patents	
Stephen H. Schilling	49
新一代的国际司法裁判	
A New Generation of International Adjudication	

Gary Born	50
友好的 J., Dissenting	
Friendly, J., Dissenting	
Michael Boudin	51
实证的亲密关系分析：保留罗伯茨框架的原则性转向	
Functional Intimate Association Analysis: A Doctrinal Shift to Save the Roberts Framework	
Joshua P. Roling	51
遵循先例和外交事务	
Stare Decisis and Foreign affairs	
Michael P. Van alstine	52
随着联邦政府规定禁止遗漏儿童，San Antonio 诉 Rodriguez 案被废止	
The Obsolescence of San Antonio V. Rodriguez in The Wake of the Federal Government's Quest to Leave No Child Behind	
Sarah G. Boyce	53
更好的追求带来更糟糕的结果：移民法对国外一夫多妻婚姻的性别影响	
When for Better Is for Worse: Immigration Law's Gendered Impact on Foreign Polygamous Marriage	
Sarah L. Eichenberger	54
当政府干涉时：规制破坏环境的个人行为	
When Government Intrudes:Regulating Individual Behaviors That Harm the Environment	
Katrina Fischer Kuh	55
国会法案的行政维护	
Executive Defense of Congressional Acts	
Daniel J. Meltzer	56
行政部门中的专利有效性：政策演变的事前基础	
Patent Validity across the Executive Branch: Ex Ante Foundations for Policy Development	
Artik. Rai	57
在确认过程中参议会作用的真正讨论	

The Real Debate over the Senate's Role in the Confirmation Process	
Wm. Grayson Lambert	57
知识产权条款的外部限制	
The Intellectual Property Clause's External Limitations	
Jeanne C. Fromer	58
恐怖嫌疑犯的法院选择	
Forum Choice for Terrorism Suspects	
Aziz Z. Huq	59
当钱长在树上时：Lucy 诉 Zehmer 一案以及繁荣市场中的合同	
When Money Grew on Trees: Lucy v. Zehmer and Contracting in a Boom Market	
Barak D. Richman & Dennis Schmelzer	60
变化的代理商：期货市场专业人员的信托责任	
Agents of Change: The Fiduciary Duties of Forwarding Market Professionals	
Peter D. Isakoff	61
合作联邦主义、新形式主义和权力的分立：自由企业基金以及州政府官员执行联邦法律时总统监督的问题	
Cooperative Federalism, the New Formalism, and the Separation of Powers Revisited: Free Enterprise Fund and the Problem of Presidential Oversight of State-Government Officers Enforcing Federal Law	
Ronald J. Krotoszynski Jr.	61
行政法作为血液运动：在高党派年龄中的政策侵蚀	
Administrative Law as Blood Sport: Policy Erosion in a Highly Partisan Age	
Thomas O. McGarity	62
总统控制、专业性以及服从的困境	
Presidential Control, Expertise, and the Deference Dilemma	
Emily Hammond Meazell	63
美国行政法中政治转变：权力、合理性和原因	
The Political Turn in American Administrative Law: Power, Rationality, and Reasons	
Jodi L. Short	63
监管暂停	
Regulatory Moratoria	
Kathryn A. Watts	64

集体和解如何隐藏股东诉讼的费用	
How Collective Settlements Camouflage the Costs of Shareholder Lawsuits	
Richard Squire	65
个性化与综合性评估：为什么宗教土地使用和制度化个人行为不应该适用于每个土地使用要求	
Individualized vs. Generalized Assessments: Why RLUIPA Should Not Apply to Every Land-Use Request	
Katie M. Ertmer	66
次级教育：盈利性大学和联邦学生援助第四章问题	
Subprime Education: For-Profit Colleges and the Problem with Title IV Federal Student Aid	
Matthew A. McGuire	67
对种族灭绝犯罪的比较研究	
Toward a Comparative Approach to the Crime of Genocide	
Tatiana E. Sainati	67
著作权法中复制的规范性	
The Normativity of Copying in Copyright Law	
Shyamkrishna Balganesh	68
刑法改革与严格责任的存留	
Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability	
Darryl k. Brown	68
无罪效果	
The Innocence Effect	
Oren Gazal-Ayal & Avishalom Tor	69
同居就意味着赔钱？提出案例以阐明在生活费问题上同居的法律效果	
Should Moving in Mean Losing Out? Making a Case to Clarify the Legal Effect of Cohabitation on Alimony	
Emily M. May	70
利用外交关系法来限制《反海外腐败法》的域外适用	
Using Foreign Relations Law to Limit Extraterritorial Application of the Foreign Corrupt Practices Act	

Lauren Ann Ross	71
大学校园里的性侵犯：在正当程序和受害人保护之间寻求适当的平衡	
Sexual Assault on College Campuses: Seeking the Appropriate Balance between Due Process and Victim Protection	
Matthew R. Triplett	71
杜克大学在习惯与法律方面的贡献	
The Duke Project on Custom and Law	
Curtis A. Bradley & Mitu Gulati	72
实质正当程序分析中的过去传统和当代传统	
Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis	
Katharine T. Bartlett	72
无需法官的秩序：习惯审判	
Order Without Judges: Customary Adjudication	
Joseph Blocher	73
欺诈的善意：一篇关于艺术品市场中法律、习惯和中间商的文章	
Artful Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Markets	
Deborah A. Demott	74
习惯、合同与换肾	
Custom, Contract, and Kidney Exchange	
Kieran Healy & Kimberly D. Krawiec	74
国际审判和国内法院破坏习惯的行为	
International Adjudication and Custom Breaking by Domestic Courts	
Suzanne Katzenstein	75
习惯、规范性惯例与法律	
Custom, Normative Practice and the Law	
Gerald J. Postema	76
规范和法律：本末倒置	
Norms and Law: Putting the Horse before the Cart	
Barak D. Richman	77

从习惯到失败的循环	
The Custom-to-Failure Cycle	
Steven L. Schwarcz & Lucy Chang	78
区别“真正国家的”与“真正地方的”：习惯分配、商业活动和集体行动	
Distinguishing the “Truly National” From the “Truly Local”: Customary Allocation, Commercial Activity, and Collective Action	
Neil S. Siegel	78
所得税管理中的习惯和法治	
Custom and the Rule of Law in the Administration of the Income Tax	
Lawrence Zelenak	79
我们在世界所处的位置：环境伦理学与法律之间的新关系	
Our Place in the World: A New Relationship for Environmental Ethics and Law	
Jedediah Purdy	80
DNA档案、计算机搜索以及第四修正案	
DNA Profiles, Computer Searches, and the Fourth Amendment	
Catherine W. Kimel	81
气候变化符合《马法》	
Climate Change Meets the Law of the Horse	
J.B. Ruhl & James Salzman	81
进退维艰：朝圣如何能够恢复第七章“合理调整”的精神	
Between a Stone and a Hard Place: How the Hajj Can Restore the Spirit of Reasonable Accommodation to Title VII	
Matthew P. Mooney	83
恢复专利制度以刺激药品创新：手段加功能条款请求权的潜力	
Revitalizing the Patent System to Incentivize Pharmaceutical Innovation: The Potential of Claims with Means-Plus-Function Clauses	
Wanli (Lily) Tang	84
最高法院的私法理论	
The Supreme Court’s Theory of Private Law	
Nathan B. Oman & Jason M. Solomon	84

通知和罗斯福新政	
Notice and the New Deal	
Mila Sohoni	85
债务限额和宪法：第十四修正案如何禁止财政阻挠	
The Debt Limit and the Constitution: How the Fourteenth Amendment Forbids Fiscal Obstructionism	
Jacob D. Charles	86
授权：州与联邦计税基数保持一致	
Delegating Up: State Conformity with the Federal Tax Base	
Ruth Mason	87
出口、表达和不忠实	
Exit, Voice, and Disloyalty	
Heather K. Gerken	87
将私人利益学说应用于农田保护地役权	
Applying the Private Benefit Doctrine to Farmland Conservation Easements	
Paige Madeline Gentry	88
最高法院涉足州水量分配立法	
The High Court Wades into State-Law Water Allocation	
Logan Starr	88
行使固有司法权解决国家预算纠纷	
Using Inherent Judicial Power in a State-Level Budget Dispute	
Andrew W. Yates	89

限制公职人员的言论：政府控制其工作人员的言论 以保护自身言论

Constraining Public Employee Speech: Government's Control of
Its Workers' Speech to Protect Its Own Expression
Helen Norton

本文阐释了学说中一个关键性转变，这一转变发生在法院对待《公职人员第一修正案》中的权利要求里，并且危及公众从透明政府中所获的利益，侵犯超过两千万公务员的言论自由权。过去，只有当公职人员有关公众利益的言论降低了提供公共服务的效率，损害人民利益时，法院才通过解释第一修正案，来许可有关这种言论的政府规章制度。与此相反，法院现在越来越多地关注——并且尊重——政府通过控制其公职人员的表达以保护自身言论的权利要求。更具体地说，法院越来越允许政府控制公务员在工作期间的言论，将之作为政府因给付薪水而拥有的自身特征。揭发性质的和有价值的在职言论本可以使公众更好的拥有权利，以督促政府在政治上为自己的决定承担责任，但这一趋势通过允许政府官员惩罚，从而制止这种言论，使得这一对共和政府有意义的贡献受挫了。政府主张其与在非工作状态下也发表言论的公务员间的联系，因传播了各自相反观点，有损于政府信誉，法院听从了这一主张，因此也更多地考虑了政府工作人员即使不在工作状态，也以公务员身份说话的情况。暗含于法院论证之下的是这样一个前提：公共实体的工作与从事某特定表达的个体间的关系向公众传达了一个实质性的信息——政府有控制和管理的权力。法院对政府这一主张无拘束地顺从，事实上赋予政府机构因公务员下班后发表了不受欢迎的或有争议的，以至公众可能反对的言论而解雇他的权力，潜在地强制推行正统言论作为公职条件。诚然，政府言论是宝贵的，又是不可避免的。但这些趋势反映在数量不断增加的案件中，它们破坏了公职人员的言论自由权以及公众因透明政府而获的利益，共同导致了对《公职人员第一修正案》中的权利要求的反对。由于这一转变在规范性上质疑了法律的默示含义，本文为公职人员的言论自由案件提出了一种新的宪法架构，以谨慎处理政府力图传达什么，以及这一信息是否真正受到了公职人员言论的损害。因此本文提出了一种不那么顺从的方式来评价政府对职员在工作期间和工作

以外发表言论的主张，探索文义解释和语境解释的方法，将确实威胁到政府自身表达的职员言论更精确地限定在相对较小的范围之内。（2009 年 10 月 第 59 卷第 1 期第 1 页以下）

拯救英雄：从社会和法律视角解读救援义务的扩张

Rescuing the Hero: The Ramifications of Expanding the Duty to

Rescue on Society and the Law

Amelia H. Ashton

有关援救处于危险中的人的法律责任问题一直在被人们讨论，这一讨论充满着一种熟悉的紧张状态。一方的观点体现着传统的和清晰的美国式决心：免于这一义务是必要的，侵权行为法的技术性规则和自我保护的本能都在蔑视这一要求，宗教和道德的有关主张一定能弥补法律上的空缺。另一方代表着新近的人道主义观念：从修正侵权法重述、判例法和一些州议会立法的角度出发，支持实施简单救援的义务，假定宗教激发出的道德和公益之心不可能解决该问题，并引证广泛宣传的旁观者麻木不仁地但却合法地不作为的事件。然而，主张救援者自我保护的自治主义论者和主张被营救者的人道主义保护者之间的经典对话长期以来都忽略了一个问题：对一个人彻底的治愈是让其从内心深处受到历史上的无责任规则——英雄——潜移默化的影响。英雄的称号来源于其实施的法律上并不要求的行为；换句话说，英雄之所以珍贵是因为他并不是按照法律上规定的“理性人”的要求来行动，而是一个完全超出于法律的人物身份。本评论认为，由于救援义务的扩张，英雄行为的道德领域随之缩小，由英雄激发出的社会希望、行为模范、公众颂扬、社会反映、精神赦免等价值观也极有可能受到影响。以此方法，扩张救援义务不仅影响整个社会，而且由于相信行为理性即可创造潜在英雄，存在混淆法律的危险。这种对社会和法律价值双重的扭曲应当受到审查：将“英雄的角色”作为一个真实而有意义的概念，对其进行全新的、振奋人心的审查——救援义务是否应当冒着这样的风险进一步扩张。（2009 年 10 月 第 59 卷第 1 期第 69 页以下）

当局内人变为局外人：父母对公立学校性教育课程的反对

When Insiders Become Outsiders: Parental Objections to

Public School Sex Education Programs

Emily J. Brown

本评论认为对孩子的道德和教育抚养是父母的基本权利，父母有权不让孩子接受公立学校中有争议的性教育课程。当学校未告知父母或经其允许，单方面向孩子们引入人类性学的话题时，学校剥夺了父母的基本权利。这种被指控的侵害权利的行为应当受到法院的详细审查。当父母的反对局限于分散的、有形的事件中时，他们实质上有权利不让自己的孩子参与有争议的活动。然而，当父母的反对是普遍的，而不是与学校计划或课程的某一特定方面相联系的，这一宪法救济的效力就被大大限制了。（2009 年 10 月 第 59 卷第 1 期第 109 页以下）

共同基金额外费用案件中的诚信义务：为复审做准备

The Fiduciary Duty in Mutual Fund Excessive Fee Cases: Ripe for Reexamination

Emily D. Johnson

国会考虑到对投资顾问的补偿，为 1940 年《投资公司法》增加 36 条（b）项，设定诚信义务。立法者希望通过该诚信义务保护共同基金投资者免受过度的管理费用。然而这一尝试失败了。在得到相同的货币管理服务前提下，共同基金投资者仍然比机构投资人支付了明显更多的费用。在 2008 年判决的 Jones 诉 Harris Associates 案中，第七巡回审判区打破了三十年来被广泛遵守的 Gartenberg 诉 Merrill Lynch Asset Management 案的先例。首席法官 Easterbrook 发表了主要观点，法官 Posner 对此进行了有力的批判。法律和社会经济学界的两位泰斗间的分歧突出了共同基金额外费用案件中的合理的诚信义务标准的不确定性。为了处理这种不确定性，最高法院将在 2009 年 11 月为 Harris Associates 举行听证会。本评论认为，传统的 Gartenberg 标准和以市场为基础的 Harris Associates 标准都没能给予投资者充分的保护。为进一步实现国会的目标，最高法院应当修改但维

持 Gartenberg 标准。本评论提议进行一种允许修改的比较，比较机构投资人所支付的费用和没收盈余且内含惩罚的市场强制力，通过引进公平代理人制度和鼓励提高效率，强制使用诚信义务标准，但反对 Harris Associates 完全依赖于市场的标准。（2009 年 10 月 第 59 卷第 1 期第 145 页以下）

从 Conley 到 Twombly 案再到 Iqbal 案：对联邦 民事诉讼规则的双重打击

From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on
the Federal Rules of Civil Procedure

Arthur R. Miller

本文以 1938 年联邦民事诉讼规则建立起的民事诉讼模型为基础，讨论了最高法院在 Bell Atlantic Corp. 诉 Twombly 案和 Ashcroft 诉 Iqbal 案所做的最新判决的影响。这些规则创造了一套程序制度，使用明语并展示了司法救济请求的实质性要素，从而给诉讼当事人提供了追求披露程序的机会，使其自身的权利在衡平法上被裁决。本文讨论了隐含在此制度之下的基本价值，及其在扩大公民接触联邦法院的途径、保障实体公共政策的私人实施方面的重要性。本文接下来讨论了 Twombly 案和 Iqbal 案是如何动摇延续了六十多年有关诉状和驳回起诉的请求的惯例。这两个案件被视为过去二十五年里一系列日益增长的限制性的变化中的最新发展。它们创造出了耗费财力和时间的程序终止标志，使得案件的终结变得越来越早，从而更多地阻止原告到达审判程序，特别是陪审团审判。本文主张由于法人和其他辩护费用，权利请求得到了过多的关注甚至被滥用，而公民诉诸法院的途径、平等的起诉机会、民事诉讼的其他价值却鲜有涉及。亟需更多精密的实证性研究来区分事实和拟制。本文发现为原告设置明显更高的和更耗费资源的程序性障碍，并转向更早时候处理民事案件的方式（现在已被最高法院作出的这两个判决破坏了），其实是与联邦诉讼规则所暗含的许多法律价值冲突的。本文总结出最高法院关注于辩护费用是错位的，其贬抑个案管理以限制费用的做法也是没有说服力的，并提出一些建议：民事规则咨询委员会（或者国会）或许应考

虑矫正这些最新的发展，减少其消极影响。最后，本文提出了一个基本问题：在 Twombly 案和 Iqbal 案之后，我们国家的审判系统是否能保证权利受侵害的人——无论在智慧上和资源上有多欠缺——都可以在法院得到有意义的一天？由于民事诉讼中的重要法律原则正处于危险状态，本文敦促最初的联邦诉讼规则信奉的平等主义、民主理想不服从于肤浅的、未被确认的诉讼费用过度 and 滥用的主张。（2010 年 10 月 第 60 卷第 1 期第 1 页以下）

修正强制非正义：行政赦免权的司法建议

Correcting Mandatory Injustice: Judicial Recommendation of Executive Clemency

Joanna M. Huang

1987 年，美国的政治制度和社会体系在司法中失去信任，并因颁布强制的联邦量刑准则而严重影响其权威。在这一期间，许多法官被迫作出他们认为不正义的判决。2005 年美国诉 Booker 案使得联邦量刑准则变为非强制性，司法信任因此恢复。尽管司法自由裁量权不断增加，法官在这 18 年期间还是无法更正强加的量刑，因为 Booker 案没有追溯力。不幸的是，行政部门和立法机构同样无法提供足够的救济。国会的行动亦不充足，因为它不够灵活、耗费时间且通常不溯及既往。行政赦免权有灵活而范围广的本质，允许总统或州长任意赦免或减刑，因而显得更有前景。但是行政长官变得不愿意使用自己的赦免权，使得这一救济不够充足。本评论提出一种方案来克服现存制度的局限性：行政赦免权的司法建议。这一方案可带来三大好处。第一，它为法官提供了自由裁量的工具，以降低不成比例的强制性判决。第二，它为赦免权的执行提供了额外的正当性理由，使之得以复兴。最后，它将赦免权重新聚焦于被告和案件事实上，而不是政治影响。本评论为行政赦免权的司法建议提出了八个解释性标准，并同时结合了作出判决的法官建议使用赦免权的三个现代案件。本评论综合考虑了司法自由裁量权的目标、行政赦免权和刑事审判制度，力图解释如何且为何每一个标准都是重要的。（2010 年 10 月 第 60 卷第 1 期第 131 页以下）

文字的战争：法院如何利用字典与文本主义原则相一致

War of the Words: How Courts Can Use Dictionaries in

Accordance with Textualist Principles

Phillip A. Rubin

很少有人问及，那些字典和语法书的作者是以什么样的标准进行写作的。

——S.I. Hayakawa

字典对文字有一种权威——文字的含义是字典所赋予的。因此法院只有查找字典来寻求语言的一般含义似乎才是合情合理的。然而，采用字典的解释作为文字含义的客观来源是与立法者的本意和目的不相符的。之前的学者认为最高法院越来越多地依赖于字典以解释制定法和宪法条款，也有一些文章讨论了这种做法所产生的不同的固有问题。本文在总结先前文章中所提到的问题的基础上，通过识别出额外的问题，提出一套适用于法院寻求字典解释且不违背文本主义原则的做法，建立了此学说。除非采用一种原则性方法，法官援引字典以获得的文义解释欢迎得到指正——至多是不正确地使用字典，至少是利用它们达到更好的结果。（2010年10月 第60卷第1期第167页以下）

阿以关系冲突和反恐民事诉讼

The Arab-Israeli Conflict and Civil Litigation against Terrorism

Adam N. Schupack

阿以关系冲突一直是美国法院参与外国冲突和反恐民事诉讼概念的实验品。纠纷双方中的原告在美国法院寻求赔偿，使得法院卷入世界上最有争议的政治纠纷之一。原告起诉巴勒斯坦解放组织、巴勒斯坦权力机构、恐怖主义物质材料提供者和伊朗伊斯兰共和国的请求得到了国会法规的支持，法规专门为加强国会处理此类诉讼的能力而制定，然而原告提出的对以色列或以色列领导人的诉讼并没有享受到这些法规的利益。尽管法院力图使国会当局通过的法规得到实行，却时常遭遇来自缺乏热情的行政部门的阻力，行政部门将立法和司法的介入视为对其

外交特权的侵害。尽管这些诉讼受到许多批评，未能实现本来所赋予其的目标，美国法院仍总体在国会和行政部门所限定的权力范围内审理这些诉讼，并且至少有一些证据表明这些诉讼是对抗恐怖主义的有效工具的一部分。（2010 年 10 月第 60 卷第 1 期第 207 页以下）

“一次重要的外科手术”：联邦法院中的宪法第三条、 衡平法和判例法

“A Considerable Surgical Operation”: Article III, Equity, and Judge-Made

Law in the Federal Courts

Kristin A. Collins

本文从 19 世纪早期联邦法院的衡平权力的视角，考察了联邦法院中判例法的历史。在一系列衡平法案例和由最高法院于 1822 年和 1842 年颁布的联邦衡平法规则中，最高法院强烈坚持要求下级联邦法院采用一系列统一的非国家的衡平法原则：关于程序、救济、以及——在某些案件中——基本权利和义务。对历史渊源的详细考察表明：统一的衡平法原则并不仅仅是最高法院过度管辖、权力膨胀的结果，而应在司法改革争论（发生在 19 世纪早期，十分重要却意外的不受重视）的背景下得到充分理解。在这一时期，国会和最高法院都专注于联邦司法体系管理的不一致性，特别是共和政体所能触及的最远范围。当改革没有通过立法变成现实，最高法院通过适用一部分来源于联邦和英国传统的衡平法原则，实现与联邦法院部分的一致性。然而法院的行为并非单方面的。国会不断地默许、并扩展最高法院的统一的衡平法原则，揭示出其工作中复杂的、部门往来间的互动。再次以衡平法的视角分析联邦法院中非国家的判例法并不旨在证明联邦司法权力的制定在过去（或现在）是正确的。相反，通过复原联邦衡平权力的历史，本文阐释了宪法第三条授予司法权力的重要的有所转变的涵义。这一变化在联邦判例法的现代解释中被省略了，以支持现代视角下联邦司法权的正当性。（2010 年 11 月 第 60 卷第 2 期第 249 页以下）

10b-5 条与不当得利原则的兴起

Rule 10b-5 and the Rise of the Unjust Enrichment Principle

James J. Park

传统的证券法关注于鼓励有利于证券精确定价的真实信息披露。在基本的反欺诈条款——10b-5 条之下，典型的证券欺诈主张必须指向对投资者有重大影响的虚假陈述或疏忽。同时，不可否认 10b-5 条已经扩展到与传统的欺诈概念不相符的行为，最突出的例子就是内幕交易。本文揭示出由于 10b-5 条越来越多地关注不当得利，这种背离也越来越常见。在许多领域，法院引用 10b-5 条来处理不直接针对市场或投资者，但使特定个体获得不当得利的欺诈行为。出人意料的是，不当得利原则不仅有扩大责任的功能，同时也限制了责任。越来越多地，只有内部人员由于虚假陈述而不当得利时，针对扭曲市场的虚假陈述的证券欺诈集体诉讼才能够进行。不当得利原则的兴起表明证券法不仅仅着眼于市场效率的经济价值，而且极大的受到公共价值的影响。证券法由不断发展的原则作为指导，该原则为行为能力设定限制条件，以便对证券市场中的不当得利提起诉讼。尽管不当得利毫无疑问关系到 10b-5 条，它仍应作为第二顺序的考虑，服从于市场效率这一首要原则。（2010 年 11 月 第 60 卷第 2 期第 345 页以下）

侵略的概念重建

Reconceptualizing Aggression

Michael Anderson

1947 年，国际军事法庭在纽伦堡和东京宣布，侵略战争不再是仅仅涉及国家责任的国际法的违反理由。侵略曾是最高的国际犯罪，个人可以因此被起诉和惩罚。在国际法层面上，这一判决有着里程碑式的意义。然而七十年来，它所代表的保证逐渐消亡了，因为国际社会力图为进攻划定精确的边界。这一保证有可能在 2010 年 6 月 11 日得到重生。在坎帕拉、乌干达的国际刑事法院的再审会议结束之际，国际刑事法庭的成员国大会首次采用了精确的、广泛接受的侵略的定

义。这一定义虽然是一个开创性的成就，但它仍然是过时的、危险的，难以实行的。它专门针对国家行为，创造出一个过于严格的侵略概念，不能适用于当前国际武装冲突的现实。现代意义上的侵略越来越多地由非国家的主体实施，它们的本质和特性将它们置于在外部与国家最广泛接受的定义相同的地位上。即使因建构性解释而放弃使用国家地位这一传统概念，也无法确保定义能够包含所有相关的非国家主体。本评论认为，现在的国家中心主义创造了一个保守的定义，如果不削弱国际体系或者破坏起诉侵略和抑制国际恐怖主义的努力，则不能使之有实效。因此，成员国大会应当重建侵略概念，使之清楚地包含国家和非国家团体。（2010 年 11 月 第 60 卷第 2 期第 411 页以下）

无效午夜规则：职位就职中的午夜规则变化以及无效的撤销

*Mooting the Night Away: Postinauguration Midnight-Rule Changes
and Vacatur for Mootness*

Ari Cuenin

当下级法院判决的案件成为未决的上诉案件时，受理上诉的法院必须决定是否撤销判决。这种情况下受反对即将离任的总统办公厅的“午夜规则”——在总统在任的最后几天匆忙颁布的规则——的刺激，可能出现诉讼。新任的总统可能改变未完成的午夜规则的未决上诉，若判决使规则无效，从而使案件无效。在一起起诉美国农业部的案件中遇到这一问题，第十巡回审判区撤销 下级法院所作判决，因为它违反了美国林务局的规定，尽管并不明确的因无效而撤销的判例法质疑了当规则改变导致无效时，撤销判决是否恰当。本评论认为第十巡回审判区的做法是正确的，且应当在午夜规则案件中被效仿。尽管本评论并不认为规则变化本身一定导致撤销，午夜规则的研究却显示实践中的动机多与诉讼无关，而更多的与离任和新任的行政长官间的政治分歧有关。此外，最高法院在 *FCC 诉 Fox Television Stations, Inc.* 案的判决中暗示：法院不应当详细审查规则变化的政府动机和政治原因是否能成为改变规则的正当理由。因为动机对于撤销分析来说是有争议的，有关午夜规则变化的未决案件应当被判无效。（2010 年 11 月 第 60 卷

建议与共犯

Advice and Complicity

Matthew A. Smith

在刑法规则和职业责任规则的边界出现了律师行业。对于律师在其委托人的犯罪中的共犯问题，这两种规则体系有着各自的定义，并因此产生冲突。如果律师在诚信原则之下，建议委托人犯罪，职业责任规则认为律师是可以免除责任的；然而，相同情况下，律师帮助和教唆委托人犯罪，即使律师认为这一存在问题的行为是合法的，刑法仍然判定律师有罪。这一冲突导致的结果是：在一个特定案件中选择适用某种共犯标准将会侵害另一种未被选择的标准所代表的规则体系的目标和利益。可能更糟的是，对律师充当建议者没有一致的共犯标准排除了一切达到共识的机会：律师对缺少明确合法性的行为提出建议，何时需要承担责任？“酷刑备忘录”争论、安然公司丑闻和凯寿律师事务所事件中的律师职业的道德危机向我们展现出一种困惑，这种困惑产生于对共犯概念缺少足够的认识。本评论通过这些危机，分析了体现在职业责任规则和刑法规则中的共犯概念间的冲突。接下来通过探索是否存在一个律师共犯的统一概念，既能保护两种体系所蕴含的原则和目的，又将无罪的建议者与有罪的共犯相区分，从而解决这一冲突。

(2010 年 11 月 第 60 卷第 2 期第 499 页以下)

(应童 译)

(李文婷 校)

第一规则精神中的程序

Progress in the Spirit of Rule 1

John G. Koeltl

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 537 页以下)

以更好的方式披露：有效民诉改革的需要

Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform

John H. Beisner

本文设法解决美国无限制披露程序中产生的大量问题。当今的原告经常以一种泛滥且无根据的方式使用披露程序，以强迫被告接受快速和解，而非推动美国法律制度的公平与效率。在过去的几十年里，披露程序在适用的范围及幅度上都得到了扩张，以至于在任何案件中披露费用都占据了至少一半的诉讼总费。考虑到商业过程中产生的电子文件数量之多以及与电子披露有关的相应时间、精力和成本，电子披露的出现只是恶化了该问题。虽然最近修改联邦民事诉讼规则的努力没能成功对抗民事披露程序的滥用问题，但是当前制度仍有希望获得有价值且有效率的改革。本文提出了大量的实效性改革——包括适用英国规则解决披露争端以及在法院的驳回仍悬而未决之时中止披露程序——从而缓和美国披露程序的滥用及费用过高问题。（2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 547 页以下）

政治及民诉规则的制定：对经验的反思

Politics and Civil Procedure Rulemaking: Reflections on Experience

Paul D. Carrington

本文对个人经验进行了反思，并对最近 25 年间联邦民事诉讼规则的变化进行了阐述。本文发现美国联邦最高法院在制定诉讼法时，为自身设定的角色与 1934 年的规则授权法案或者最近国会的任何讲话皆不相一致。企业界期待能弱化公民实施法律的能力，这些法律的颁布保护了公民不受商业不正当行为的侵害，而上述由联邦最高法院制定的诉讼法即是对企业界期待的回应。本文总结出了以下建议：当前国会应当采取行动限制法院的角色，并且重置公民在联邦法院的民诉程序中行使权利的能力。（2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 597 页以下）

司法案例管理：陷入困境

Judicial Case Management: Caught in the Crossfire

Steven S. Gensler

近三十年来，联邦民事诉讼规则依赖于有效的司法案件管理，对抗费用过高与迟延问题。虽然关于费用与迟延的抱怨并未消失，但是案件管理规则极少受到责备，因为律师的确继续将有效司法案件管理制度视作减少费用与延迟的最佳方式之一，并且大多数当前呼吁的改革甚至为上述原因而寻求扩大对司法案件的管理。但是有些人认为规范制定者在 30 年前就作出了错误的选择，并且每一轮规范在制定时对案件管理的愈加信赖，只是在加重这个错误。本文探讨了当前制度中案件管理所扮演的角色，对案件管理模式的批判，以及那些批判对于当前改革日程可能的影响。本文主要围绕五个问题而构建，每一个问题探讨了与预审制度有关的一个政策或实际问题，(1)该预审制度只有一系列规范适用于所有的案件，(2)该制度依赖于有效司法案件管理来保证每一个案件的预审程序都是公正的、快速的且费用不高的。这样风险是很高的。如果我们——司法系统的参与者——继续依赖于有效的司法案例管理制度来调整预审程序，以满足个案的需要，那么我们就必须保证自己了解这样做可能产生的影响。如果我们发现自己对那些影响不满意，或者发现有更好的方式调整预审程序，那么我们就需要选择一条不一样的路径，而不是我们过去三十年所走过的道路。但是如果我们发现自己已经走在了一条正确的道路上，并且联邦法院应当继续推动我们在这条道路上行进，那么我们就必须为在这条路上将会遇到的困境做好准备。(2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 669 页以下)

美国地区法院的当下困境

The Present Plight of the United States District Courts

Patrick E. Higginbotham

(原文无摘要)

(2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 745 页以下)

定义美国民事诉讼的成本问题

Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation

Emery G. Lee III & Thomas E. Willging

（原文无摘要）

（2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 765 页以下）

对电子取证违法的处罚：通过数额的方式

Sanctions for E-Discovery Violations: By the Numbers

Dan H. Willoughby Jr. & Rose Hunter Jones & Gregory R. Antine

本文回顾了对联邦法院 2010 年 1 月 1 日以前案例中书面意见的综合性调查，包括关于电子储存信息（ESI）披露的处罚申请。我们对每个案件的各种因素进行分析，包括时间、法院、案件的类型、处罚的机构、处罚的当事人、处罚不当行为、处罚的类型、对律师的处罚（如果有的话），以及《联邦民事诉讼规则》第 37 条 e 款提供的对抗处罚保护。调查鉴定了 401 个处罚案例以及 230 个处罚裁定，结果显示处罚申请与裁定不断地增长，特别是在过去 5 年里。对律师的处罚很罕见但是也获得了增长。在全国各大法院中，各种类型的案件都出现了提出处罚申请的情况。电子储存信息生成的失败是处罚的最普遍基础。法院使用了各种不同的规范、成文法和权力来处罚当事人电子披露的严重违法行为，包括第 37 条及其中的法院权力，以及法院对电子披露违法者处罚的众多类型：包括解雇、缺席判决、不利的陪审团指示以及巨额赔偿金裁决。第 37 条 e 款还没有从这样的处罚中提供广泛的保护。（2010 年 12 月 第 60 卷第 3 期第 789 页以下）

初次见面：执行方式异议的诉讼时效应当从何时起算？

Blind Dates: When Should the Statute of Limitations Begin to Run on a
Method-of-Execution Challenge?

Ty Alper

本文是对执行方式案件中的诉讼时效累计问题进行了综合研究初探。换句话说，死刑犯对国家欲以何种方式对其执行的质疑权利从何时开始计时？大多数巡回法庭认定执行方式异议在直接上诉程序结束之时得到了累计。这意味着这些管辖区域的死刑犯在执行被提上日程之前，必须提出执行方式异议长达几年，有时甚至是几十年的时间。虽然这种方式已经受到了广泛的批判，但即使是质疑意见也将累计时间同死刑犯的上诉特殊阶段绑在了一起。（2011 年 1 月 第 60 卷第 4 期第 865 页以下）

对专利法中新颖性之反思

Rethinking Novelty in Patent Law

Sean B. Seymore

新颖性要求意图保证：如果一项发明已被广泛占有，则该专利就不会被授予。虽然对于一些简单发明来说，占有的判定通常是比较直观的，但是对于那些比较复杂的领域而言——比如生物科技、化学和制药业——就比较困难。例如，如果一个制药公司意图获得一个颇有前途的分子专利权，该分子已经被公开，但是在现有技术中从来都未被使用，那么关键性占有问题在于一个本领域的普通技术人员是否可以在先前公开时使用该分子。换句话说，本领域普通技术人员可否依赖于本领域当时（存在）知识，而从先前公开之时就填补任何遗漏的科技细节呢？本文认为当前的新颖性法学以两种方式错误处理了占有问题。首先，由于无法全面地理解某些技术的复杂本质，新颖性法学似乎高估了本领域普通技术人员当时存在的知识。其次，当前的审查框架通过将举证责任分配给可能的发明者，这些发明者可能阻碍创新并且混淆专利系统的重要客体。为了解决这些问题，并且填

补专利学术研究中的空白，本文提出了一个新的范式，该范式重构了专利审查期间的新颖性调查。范式的实施不仅将提高授予专利的质量，还可为专利文献带来一种更为强健的技术信息来源。本文对于专利改革的广泛政策讨论具有参考意义，并为专利法与科学规范之间架起桥梁做出了进一步的探索。（2011 年 1 月 第 60 卷第 4 期第 919 页以下）

投资者与东道国仲裁中的律师费转移规则：证明英国法 规范适用正当的学说与政策

Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy

Justifying Application of the English Rule

David P. Rosenberg

在投资者与东道国的仲裁中，仲裁庭可以且应当在法律费用问题上适用英国法规范，并且摒弃两个选择——美国法规范以及亲原告的规范。依据英国规则，争端中未胜诉的一方必须赔偿占优势一方的争端解决费用。无论是学说还是公共政策都支持英国规范的适用，特别是依据大多数东道国的仲裁制度——公开化对投资者的强烈反对。最重要的是，英国规则将有助于缓和强烈反对的两个最普遍明确的原因——制度宣称的亲投资者偏见以及对东道国治安权在诉讼中使用的寒蝉效应。虽然大量缓慢增长的仲裁庭已遵循或意图遵循英国法规范，但是证明其适用正当的学说和政策至今皆已说不清楚或遭到忽略。本文第一次从细节上对这些理由进行阐述。（2011 年 1 月 第 60 卷第 4 期第 977 页以下）

国会对持有儿童色情作品违禁物审判规则的操纵：支持 或反对遵从的论据

Congressional Manipulation of the Sentencing Guideline for Child Pornography

Possession: An Argument For or Against Deference?

John Gabriel Woodlee

许多联邦审判规则的支持者曾向往这样一个制度：政治绝缘机构将基于实证研究制定准则。最高法院意见似乎接受了美国审判委员会的工作，该机构肩负着制定准则的任务，最高法院意见的现时咨询准则构想很大程度上是由实证分析所驱动的。然而这种构想产生了不确定性：关于法院对特殊准则应当做出多大程度的遵从——例如第二部分的 2.2 准则，该准则适用于持有儿童色情作品违禁物行为——委员会没有反映实证研究，而是在委员会的政策制定过程中由积极的国会干预所形成。本文提出了一种新的方法：对一项国会修正准则的司法遵从水平取决于该准则反映国会制度优劣的程度。通过将这种方法适用于第二部分的 2.2 准则，本文主张当地区法院总结出适用准则过于严苛时，地区法院应当会愿意对持有儿童色情作品违禁物行为适用下准则审判。虽然儿童色情作品准则使得某些遵从作为民主化进程的产品具有正当性，但是地区法院的独立审判实践可以对困扰国会审判政策的制度性反常施以一项有效的检查。（2011 年 1 月 第 60 卷第 4 期 第 1015 页以下）

对美国难民法的行政遵从：通过以及超越雪佛龙的国际道路

Executive Deference in U.S. Refugee Law: Internationalist Paths Through

and Beyond Chevron

Bassina Farbenblum

（原文无摘要）

（2011 年 2 月 第 60 卷第 5 期第 1059 页以下）

公平的解决方案：一条解决著名品牌与一般品牌制药商的侵权责任问题的新路径

Prescription for Fairness: A New Approach to Tort Liability of Brand-Name
and Generic Drug Manufacturers

Allen Rostron

在过去的二十年中，法院往往做出这样的判决：对于那些患者由于服用名牌处方药的普通品牌仿制药而遭受的损害，名牌处方药的制造商并不承担责任。这意味着由于普通处方药而受损害的患者可能得不到任何救济，因为在大多数情况下，普通处方药制造商可能依据其并未生产任何信息而逃避责任，而这些信息正是患者的医生所依赖的。这是一个令人费解的困境。普通处方药制造商生产了原告所收到的产品，名牌处方药制造商生产了患者的医生所能看到的所有信息，而任何一方制造商都不承担责任，即使两者的行为都存在过失。加利福尼亚上诉法院最近作出了一个令人震惊的判决，该判决得出以下结论：一个名牌处方药制造商可对服用其普通版本产品的原告承担责任。对该判决的反应呈现出压倒性的反对意见。评论者对该判决予以了谴责，认为该判决是最近几年来所有法院做出的最糟糕的判决之一。全国的法官皆对此案件不屑一顾，对该问题达成另一强烈的司法共识，将该判例看做一种误入歧途的反常行为。虽然此判例已成为无情抨击与批评的对象，但是本文认为加利福尼亚法院的裁决实际上是法院第一次真正探讨这个问题的表现。另外，本文还指出了加利福尼亚法院在论证上的一些缺陷，还提出了一个分析名牌与普通处方药生产商责任的一般新框架。（2011年2月第60卷第5期第1123页以下）

关联性与公平：海牙公约下国际儿童劫持案中家庭暴力受害者和留守父亲的权利保护

Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and
Left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction

Noah L. Browne

三十年前，国际社会对国际父母劫持子女案持以强硬立场。海牙公约对于国际儿童劫持案的民事方面，只在极少数情况下许可父母劫持子女，比如当送回儿童可能产生“极大危险性”的伤害。最近，那些在逃避家庭暴力时劫持自己子女的母亲，成功地以此严重危险性的例外进行了辩护，证明了公约与家庭暴力现状的关联性。本文支持那种进步，但认为留守父母——且越来越多的是父亲——的权利也必须纳入考虑范围。留守父亲无论对于家庭暴力是否有罪，他们都将面对在美国提起诉讼的重要挑战，并且对于严重危险性例外的过于宽泛的解释可能只会加重这些挑战。为了保持公平，公约可以且必须考虑留守父亲的权利和现状。（2011年2月 第60卷第5期第1193页以下）

“关于为第一修正案之目的政府艺术基金有一些独到之处”：一条授予政府机构自由发言权利的制度方法

“There Is Something Unique ... about the Government Funding of the Arts for First Amendment Purposes”: An Institutional Approach to Granting Government Entities

Free Speech Rights

Leslie Cooper Mahaffey

对于第一修正案一般做这样的理解：其目标主要是自由主义，用以保护公民的私下表达，以对抗政府审查。然而在当代，政府的普遍存在——特别是在私人活动中的投资者角色——已经模糊了政府与私人言论之间的界限。此外，当最高法院遇到一个同时包含私人和公共因素表达的案件时，相对较新的越来越有影响力的政府言论自由原则——决定了政府在参加交流时不受第一修正案详细审查的约束——已经成为了最高法院近期的指导方针。当前为法院所适用的政府言论自由原则是一个相对并不明晰的方法，没有对不同层次的政府或者政府活动的各种目的进行区分。然而第一修正案原则的多数势力则认为言论自由条款应当被案件细化，每一种政府规范应受到一定水平的详细审查，依据这些政府规范所处理的具体类型的言论以及言论存在的背景进行适当地调整。本文认为法院在选择怎样以及是否适用政府言论自由原则时，应当采用一个类似于前后联系的方法。具

体地说，此方法假定：当一个政府组织被要求完成一项任务，其严重涉及第一修正案的私人聚会权利——例如艺术基金——且国会有意给予该机构一定程度的独立性，允许该机构以一种中立的方式完成这个角色，法院应当承担起言论自由条款下机构选择活动保护的角色，而不是将他们视作政府发言。这种方法将允许独立机构负责推动明显受第一修正案保护的活动——例如创意写作，新闻工作以及视觉艺术——保护他们的价值基础选择决策以对抗党派的政治影响，而不是将两类决策合并为一种泛泛的政府发言。虽然这种方法表面上与第一修正案的自由主义目标背道而驰，但是本文意图证明给予独立意志的政府机构在一个制度基础上的自由发言权，同当下的政府言论自由原则相对比，实际上与第一修正案的理论、历史及学说更为一致。（2011年2月 第60卷第5期第1239页以下）

（谢思苑 译）

（葛依然 校）

分类的风险

Unbundling Risk

Lee Anne Fennell

学者已经探究了很多方法用以重新安排传统保险市场外存在的风险。一篇饶有趣味的著作提出了一些具有创造性的替代方案，包括出售解决常规（但会改变生活的）风险的未到期的侵权索赔和意外收获的机会、逆保险或反保险以及指数型衍生产品，这类风险都是对房屋价值或个人生计有影响的风险。因为这项工作发展的很大程度上出于这样一种确信，即法律所规定的特定的风险分配可以得以改进，所以最近提出的风险管理的优点已经得到了大家的关注。本文则与此相反，考察了有关风险定制本身，比如社会违约风险分配中的最佳粘性数量、风险分配异质性的效果以及从一个风险基准而非另一个风险基准开始的启示（认知性等）。我的分析着眼于个人及家庭所面临的风险，这些群体中风险定制因素中的差异与不对称尤为明显，并且认知因素显得尤为突出。本文创设了一个风险转换移动的分类方法用以阐明风险市场现存模式的矛盾性，而这一市场是阻塞并被遗漏的，

并将注意力移向未实施的政策设计的替代性选择。（2011 年 3 月 第 60 卷第 6 期第 1285、1286 页以下）

Mohammed Jawad 及关塔那摩军事法庭

Mohammed Jawad and the Military Commissions of Guantánamo

David J. R. Frakt

（原文无摘要）

（2011 年 3 月 第 60 卷第 6 期第 1367 页以下）

对公正和平衡的追求：最高法院、州法院以及 Perry 案后 对同性婚姻的未来评论

A Quest for Fair and Balanced: The Supreme Court, State Courts,
and the Future of Same-sex Marriage Review after Perry

Chase D. Anderson

习惯，而非分析，使区分男人和女人、外国人和本国人、合法和非法、黑人及白人看起来是可以接受而且自然的。但是那种刻板的反应或许与分类时所声称的目的没有任何理性的联系，除了单纯的存有偏见的歧视。

—约翰·保罗·史蒂文斯大法官

同性恋权利拥护者以及社会保守派对最高法院最近有关性取向的判决提出了批评。对这些判决的考察表明，总的来说，他们惊人地代表着一种谨慎的平衡。结果是一项中立原则，在此原则中最高法院有效地要求州不将任何一方带入有关性取向的文化斗争中。当法院考虑到禁止同性婚姻的合宪性时，对中立原则的真正考验将由此产生。迄今为止，在州宪法下州法院已经面临挑战；那些法官看起来是被他们自己的假定和价值观所指引，而非最高法院的平衡方法。联邦对 Perry 诉 Schwarzenegger 一案的挑战或许改变了这样的法律状况。地区法院安排了一次

完整的审判并根据证据认为州宪法修正案违反了美国宪法因为它仅用来反对同性恋及其关系，这是第一个这样做的法院。这份 2010 年 8 月的判决很成功地运用了最高法院的州中立原则，并将给最高院提供衡量同性婚姻的机会。（2011 年 3 月 第 60 卷第 6 期第 1413 页以下）

我的孩子及我的权利呢？ 作为驱逐出境的后果的亲权终结

Where Are My Children . . . and My Rights? Parental Rights Termination
as A Consequence of Deportation

C. Elizabeth Hall

美国最高法院已经制定出了一个宪法性框架，在此框架下亲权终结案件必须由州法院进行审理。在所有案件中，这一框架要求在亲权被终结前必须提供父母不合适的清晰且有信服力的证据，甚至当存在问题的父母是非法移民时。尽管存在这个框架，最近发布的大量案件中，法院无视这些要求并终结了非法移民父母的亲权。那些与移民工作紧密的人担心这些发布的例子仅仅是冰山一角。

本文旨在通过对这些亲权终结案件的讨论以及对导致法院在宪法框架外终结亲权的原因的识别，来阐述这一问题。在识别出两个主要原因后（即对移民的文化偏见以及使保持父母子女关系变得困难的监狱环境），本文建议进行可能的立法上的改革，这样或许可以减少此类亲权的终结。（2011 年 3 月 第 60 卷第 6 期第 1459 页以下）

环境损害，使用冲突以及环境法中的中立基准

Environmental Harms, Use Conflicts, and Neutral Baselines in Environmental Law

Todd S. A Agaard

依赖于环境损害以及环境保护概念来描述的环境法,使得对环境资源的各种各样的使用以及这些使用之间经常存在的复杂关系过于简单化了。这样的方法分析得不够清晰,而且更为重要的是,将隐含的规范嵌入推定的描述性赔偿请求中。我们可以更具体地和更有意义地将环境问题理解为环境资源使用冲突的纠纷,而不是就防止环境损害方面对环境法进行考虑。本文提出了一个使用冲突的框架作为获取对环境问题及法律制定更深层次理解的方法,而无须使用任何具体的规范方法。框架自身并未提出解决任何环境问题的方法,而是以揭示规范请求的方式对环境问题以及环境立法进行概念化的描述并试图为各种规范性观点建立一个共同的基础。(2011年4月第60卷第7期第1505页以下)

二十世纪三十年代的行政法:最高法院对改革的法学理论之适应

Administrative Law in the 1930s: The Supreme Court's Accommodation of
Progressive Legal Theory

Mark Tushnet

在二十世纪前十年,改革派政治家以及法学理论家提倡设立及扩展更多的行政机构。他们认为这些机构能够比法院及立法机关更有效率地应对飞速变化的社会环境,而且能运用科学的知识而非仅仅政治偏向去处理由社会变化所引发的问题。新政中增加的证券交易委员会、全国劳资关系委员会以及其他行政机构,意味着防止行政机关受到严密的司法监管变得与捍卫新政本身一样错综复杂。在一系列休斯法院判决的存在争议的案件中,改革者相信他们不断遭受着损失。而且,仅考虑结果的话,他们已经遭受了损失。然而在该十年的末期,最高院已经让行政法向改革者们所追寻的想法靠得更近。本文考察了二十世纪三十年代行政法的发展。聚焦于该十年的三个主要的案件,本文阐述了行政法对改革派学者所清晰表达的观点的适应程度,尤其是 Felix Frankfurter 和 James Landis 这样的改革派的观点。在每一个案件中,改革者都相信最高法院实质上损害了行政法所取得的成就,但在每一个案件中,改革者都误解了。鉴于改革者未能意识到他们在二十

世纪三十年代从最高法院收获多少，在该十年末期，他们的对手更好地理解发生了什么并动员政治支持以减少开支。对行政法的实质修改只剩下总统否决权这一个障碍了。尽管那一项否决权允许现代行政法适应现代行政国家下行政机关地位的变化。（2011 年 4 月 第 60 卷第 7 期第 1565、1566 页以下）

以合理使用促进发展

Promoting Progress with Fair Use

Joshua N. Mitchell

知识产权条款（IP）规定国会有权“为了促进科学与实用技艺的发展，保障作家和发明家对各自著作和发明在一定期间内享有专有权利”。在版权领域，国会和法院将这一条款解释为赋予国会不推动发展而是建立有限的知识产权垄断的权力。为了在宪法文本下对知识产权权力做更好的理解，国会和法院应该确保任何知识产权法规能够“促进……进步”，具体方式为考虑是否它有助于促进知识质量或数量的提高并有助于知识的传播，以及它是否比之前的知识产权法规更为完好。法院可以通过第五项合理使用因素运用合理使用原则来帮助知识产权法律的再次宪法化。笔者提议的第五项因素将会平衡侵权人使用的发展促进价值与强制执行版权所有人权利的发展促进价值。如果它比强制执行更好地促进了发展，复审法院应该假定任何声称的侵权是公平的。（2011 年 4 月 第 60 卷第 7 期第 1640 页以下）

传播、编辑以及交流：决定“言论自由”包含些什么

Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What

“The Freedom of Speech” Encompasses

Stuart Minor Benjamin

一个人可以有多自信地说构成言论自由的要素是什么，这些要素国会不得删减？在本文中，我在言论传播的语境下解决那个问题——尤其在互联网接入的规制方面，它又被称为网络中立。随着越来越多的活动涉及字节的传输，这一个问题不仅对未来的经济管理有影响，而且对第一修正案的解释也存在影响。对于后者，问题在于一个律师或者法官在无须从言论的相矛盾的概念中进行选择时，可以得出什么样的结论。一个基础的法律工具能走多远？运用那一工具，笔者发现单纯的传播不是第一修正案下的言论，大部分对字节的处理形式也不能算作言论。采纳任何一种第一修正案的主流概念都会缩小第一修正案所囊括的活动范围。但是即使不从这些概念中进行选择，关于第一修正案对互联网接入提供者的有限适用，我们仍然可以得到一些有意义的结论。（2011年5月 第60卷第8期第1673、1674页以下）

监督代管服务

Supervising Managed Services

James B. Speta

许多互联网接入服务提供者都通过单一的融合平台，同时提供互联网接入以及其他服务，比如传统的视频通道、视频点播、语音通话和其他的新兴服务。这些其他服务——可以被称为代管类服务，因为运营者以一种旨在保证服务质量的方式只对它的客户提供——在许多情况下会与非附属方提供的互联网上的应用或服务形成竞争。这种情形在互联网接入领域与代管服务之间形成了一种重要的互动效果，这一效果在近十年来互联网服务的网络中立规则争论中很大程度上被忽略了。本文考察了这一互动效果，聚焦于网络视频服务以及最终使这些担忧凸显的近来美国全国广播公司与康卡斯特公司的交易。本文认为，当这些互动效果能被我们所理解时，通过运营商向代管服务的转向，一个仅仅适用于融合运营者的互联网服务的非歧视性规则可以被认为是无效的。作为结果，一项非歧视性规则，（如果它是有效的）需要通过特定的行为或结构规则得以补全，而这两个规则都需要运营商保持它的互联网服务并限制运营商在代管类服务领域的行动自由。这

揭示了起草有效的非歧视性规则的困难。它也同样揭示了非歧视性规则的非经济方面的正当化理由是不能独立存在的；为了识别和决定规则的最终效果，必须通过反垄断争论所共有的经济推理工具对它们进行补全。（2011 年 5 月 第 60 卷第 8 期第 1715 页以下）

网络设施

The Network Utility

Kevin Werbach

除非存在不可预见的障碍，否则到 2000 年，一种由信息公用设施在商业上提供的在线交互式计算机服务或许会如当今的电话服务一样普遍。

—Martin Greenberger

涉及含基于远程网络的应用及数据存储的云计算的兴起，正在改变数据世界的平衡：从分布式边缘系统转向集中式网络平台。这一新兴的范例与计算机应用具有显著的相似性，这是一个在 20 世纪 60 年代技术人员普通认同的观点。在那段时间，美国联邦通信委员会(FCC)处理计算与通信相融合的方式形成了这两个行业的发展轨迹。技术和市场结构已经发生了显著的变化，但是基本的监管问题仍然存在：网络计算机需要接入通信设施以及网络计算平台本身可以作为一种公共设施来运作。FCC 必须回到最初的融合议程并加以更新。随着 20 世纪 60 年代空想主义者的技术预测变为现实，他们所提出的政策考量也必须予以认真对待。（2011 年 5 月 第 60 卷第 8 期第 1761 页以下）

代理威胁

Agency Threats

Tim Wu

（原文无摘要）

（2011 年 5 月 第 60 卷第 8 期第 1841 页以下）

我的空间、你的空间，但不是他们的空间：

禁止性犯罪者访问社交网站的合宪性

Myspace, Yourspace, but Not TheirSpace: The Constitutionality of

Banning Sex Offenders from Social Networking Sites

Jasmine S. Wynton

在最近几年，颁布越来越具有约束力和侵入性的性犯罪者法律的行为存在强烈的社会压力。对性犯罪者的规制现在已经将触角伸向网络，在这里越来越多的受保护的表达和活动正发生着。对性犯罪者的政策的最新趋势一直是在州法律中规定禁止性犯罪者访问社交网站，比如我的空间或脸谱网。访问这些网站意味着第一修正案结社自由权的行使。宽泛的社交网站访问禁止威胁到了性犯罪者根据第一修正案所拥有的言论表达自由权，而他们并未由于犯罪而丧失所有的宪法权利。尽管社交网站访问禁令在表面上具有政治上的吸引力，但这些禁令在根本上是存在缺陷的，因为它们以对性侵犯和性犯罪者行为的普遍误解为前提。这些误解包括这样的想法，即所有经登记的性犯罪者都是暴力的性侵害者，他们存在极高的再犯率而且网络侵害提高了他们对未成年人的性犯罪概率。事实上，有很少的证据表明这种类型的立法有助于减少性暴力。本文支持建立在经验基础上并且范围适度的对性犯罪者的政策，这样能够在保护未成年人免受性侵害和尊重性犯罪者的宪法权利之间达到一种恰当的平衡。这样的一种方法更有助于性犯罪者的改造并因此保护儿童及其他人免受性侵害。（2011年5月 第60卷第8期第1859、1860页以下）

对抗式司法神话：上诉法院在案卷之外的事实调查

The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding

Brianne J. Gorod

美国所恪守的对抗司法是其法律制度中的一项重要特色。例如，诉讼程序理论用以确保法院能够依赖对抗的双方所呈现的法院所需要的事实来解决纠纷。尽管美国的法律制度通常符合这种对抗的思想，但它有时也会不符合。上诉法院经常会略过双方在初审法院所形成的审判记录，转而运用他们自己独立的调查以及法庭之友的事实主张。脱离对抗式程序是一个重要的方面，在这方面国家的对抗式司法努力更像一个神话而非现实。这一神话因很多原因而问题百出，包括它掩盖了这样的事实，即最高法院在一定程度上依赖于未经严格对抗检验的事实，对一些如公民联盟诉联邦电气公司案在内的重大案件作出裁决。对抗式司法神话之所以存在是因为美国法律制度目前的程序适用于解决裁判事实——在双方知识范围内的事实——但是相反，许多案件立足于立法事实——关于世界状态的更为一般的事实。认识到裁判事实与立法事实之间的区别有助于我们识别那些案件，在那些案件中现存的惯例毁坏而非促进了对抗式司法。本文以改革建议结尾，包括当立法事实处于争议中时放宽法律地位理论。如果法院在解决立法事实争议时不求助于任何一方，那么他们最好及早地进入审理过程，这样他们所提供的事实主张能经过严格的检验。（2011 年 10 月 第 61 卷第 1 期第 1、2 页以下）

从退休回到工作岗位：允许退休的大法官通过指定参加 最高院的庭审之提议的法律和政策影响

Coming off the Bench: Legal and Policy Implications of Proposals to Allow
Retired Justices to Sit by Designation on the Supreme Court

Lisa T. McElroy & Michael C. Dorf

在 2010 年秋季，Patrick Leahy 参议员提出一项议案，如果此议案获得通过将推翻新政时期的联邦法律，这部法律禁止退休的大法官通过指定继续在美国最高法院参加庭审。Leahy 的议案如获通过，将授权最高法院召回那些愿意回来工作的退休大法官以替代那些被撤换的大法官。本文以 Leahy 的议案作为跳板从而思考大量重要的宪法和政策问题，包括 4-4 分歧的可能性能否为退休大法官替换在任大法官提供合法化理由；允许退休的大法官替换那些被撤换的大法官是否会违

反宪法第三条的要求——即只存在“一个最高法院”的要求；以及对在任及退休的法官、大法官法庭外活动的伦理限制是否一致。除了依赖于公开的材料，我们还利用了与退休大法官 Stevens 的采访中获得的信息，他是 Leahy 议案的原始来源。（2011 年 10 月 第 61 卷第 1 期第 81 页以下）

杀人的法人刑事责任：一个法定的框架

Corporate Criminal Liability for Homicide: A Statutory Framework

James W. Harlow

自十九世纪以来，法官、立法者、检察官以及学者对在刑法范围内如何对那些因自己行为造成他人死亡的法人进行最佳的处理一直存在争议。这次争论的结果是一个渐进的法律进化过程，即朝着认可杀人的法人刑事责任方向进化。但是，正如本文所述，对此项责任的潜在法律框架却是不合适的并在很大程度是无效的。考虑到公共利益将来源于一个被清晰定义并有效的责任制度，本文提出了一个模范的刑法，将致使法人直接对杀人承担责任。本文所提出的制定法依据法人刑事责任的基本规则、此规则在英国的立法发展史以及组织学理论的见解。最后，本文认为一个法定的制度将使对公司杀人行为的刑事起诉进行地更为准确、有效和公平。（2011 年 10 月 第 61 卷第 1 期第 123 页以下）

媒体中的辩护：Blagojevich 辩护以及对规则 3.6 的重塑

Advocacy in the Media: The Blagojevich Defense and A Reformulation of Rule 3.6

Leigh A. Krahenbuhl

尽管被告人的辩护律师以及检察官在司法体制中扮演着不同的角色、承担着不同的责任，但目前主导律师与媒体交往的伦理规则仍平等地适用于他们。聚焦于 Blagojevich 审判并将之视为现代律师与媒体交往的范例，本文支持对辩护律师的法庭外言论适用一个单独的规则。这样的一个规则将使人们对保护司法体制

的合法性产生兴趣并将提供清晰的标准以指导辩护律师在法庭外的辩护。本文提供了审判公开规则发展的概述、Blagojevich 审判的媒体报道的简介以及一个提议的用以指导辩护律师法庭外辩护的规则。（2011 年 10 月 第 61 卷第 1 期第 167 页以下）

明智的不可知论：域名商标侵权的最新分析

Sensible Agnosticism: An Updated Approach to Domain-Name
Trademark Infringement
Shiveh Roxana Reed

因特网时代为美国商标法争端带来一个全新的战场：域名。商标所有权人已经有力地对包含有，或仅包含有他们的商标条款的域名注册提出挑战，他们在美国法院对这些域名注册者以商标侵权为由提起诉讼。在因特网出现早期，法院经常会在这些案件中认定消费者的行为构成混淆，并进而判决商标侵权。然而，随着因特网使用的发展，许多法院没有意识到网上消费者的日益老练。本文提出美国法院应该改进他们的分析方法以识别不断变化的消费者的行为及期望。这是基于一篇美国第九巡回法院 2010 年的一份判决意见所形成的最新的分析，它将通过鼓励法院识别域名注册人的发表准确、无混淆的言论的权利，从而推动商标法对准确性的历史关注。（2011 年 10 月 第 61 卷第 1 期第 211 页以下）

（祁云龙 译）

（张望 校）

各州通过刑法规制移民的违宪性

The Unconstitutionality of State Regulation of Immigration through Criminal Law
Gabriel J. Chin & Marc L. Miller

合作州执行联邦移民法的镜像理论是一个现象——近几十年来最成功的法

律理念之一。镜像理论提出各州可以基于本国法制定和实施刑事移民法。一种理论认为：各州实施联邦政策是无可厚非的，该理论是亚利桑那州支持法律执行以及社区安全草案的基础——广为人知的称呼是 SB 1070——阿拉巴马、乔治亚、印第安那以及犹他州也制定了相似的草案。同样的理论激发众多其他州引入该法案，更早但是更单一关注移民的法律已经在七个州实施了。镜像理论不仅仅在立法上，也在更广的政治文化领域取得成功：它受到了数计美国参议院议员和代表、政治团体、公民个人、乔治·威尔、莎拉·佩林等评论家、纽约邮报和华盛顿时时代编辑的支持。

镜像理论确实是受欢迎的。但是它在本质上是错误的。本文首次将镜像理论置于学术的审视之下，宣称镜像理论不能识别在移民问题上州立法权的法律来源。

没有人否认国会以及联邦行政机关对非公民的准入、驱逐以及迁移，记载或者不记载拥有排他性权力。这一观点从 1876 年就由最高法院通过两项决议稳固地确定下来。镜像理论没有从正面挑战这一根深蒂固的理念，而是提出：各州对移民问题的立法权限来自于联邦判例以及移民和国籍法条款的授权，它们允许各州协助联邦移民法的执行。然而，这些法律来源只是允许州通过逮捕协助执法，逮捕权并不暗含立法权或起诉权。相反地，INA 的其他条款明确联邦机构在逮捕后拥有作出公诉以及行政决议的专有权，以及制定补充规定的专有权。镜像原理建立在一个错误的假设上：国会暗示地授予州执行联邦移民法的权力。本文认为，即使国会明确授权，各州的执法依然可能是违宪的。首先，联邦的移民管辖权是排他的以及不可转移的。第二，刑事公诉权以及移民强制权是行政权，国会不能从总统处取得该权，也不能和非行政的官方机构分享该权。最后，最高法院认为州不能起诉这些犯罪：它们只影响美国的主权利益。总结来说，州的移民公诉权是不可避免地违宪了。（2011 年 11 月 第 61 卷第 2 期第 251 页以下）

联邦上诉机制：巡回法院间的一致性和案件的处理

The Mechanics of Federal Appeals: Uniformity and
Case Management in the Circuit Courts

Marin K. Levy

上诉法院案件处理的实践定义了上诉的司法审查。巡回法院持续不断地对这些作出决定：哪些案件将接受口头辩论，哪些案件需要在法官处由事务律师进行书面处理，哪些案件会导致不公开的意见——对正义的品质发挥有力影响的决定，可以从联邦上诉法院获得。虽然它们如此重要，但是仍旧没有在专业语言上对不同巡回法院案件处理实践的深度回顾。

本文开始填补那一空白。本文先记录和分析了五个巡回法院的实践，这些法院对上诉法院法官、书记员、法院调停员以及事务律师的一系列访谈采用了定性分析。这一对案件处理的彻底分析很大程度上反映了各个巡回法院的实践是完全不同的。本文考查了这些差异的原因，追问一致性的缺乏在联邦系统中是否存在问题。本文总结：相对于实体法和程序法中的不一致，案件处理中的不一致是可以避免的，只要目前的实践能够并且应该通过日益增长的透明度以及巡回法院间的信息共享得到提高。（2011 年 11 月 第 61 卷第 2 期第 315 页以下）

抵制运动中使用麻醉品竞赛的错误发端：对自行车 运动员生理通行证的担忧

A False Start in the Race against Doping in Sport: Concerns with
Cycling's Biological Passport
Nicholas Hailey

生理通行证.....就像是传统制造的法拉利：但是也许它过快地上路而不能起到反兴奋剂的控制作用。—— Roberto Corsetti 博士

职业自行车项目已经经历了一系列兴奋剂丑闻。该项运动的管理主体通过实施一项新的激进的反兴奋剂计划——我们所知的生理通行证——来作出回应。自行车生理通行证标志着与传统抵制兴奋剂努力的分离，它专注于在自行车运动员体系内直接监测禁止药品物质。相反的，生物通行证追踪随着时间变化，运动员血液和尿液中的生理变化，监控被认为是间接反映兴奋剂影响的波动。虽然这种间接监测的方法是有前景的，它也增加了严重的法律和科学忧虑。自从它被引入，

自行车协会已经就间接生物通行证证据的可靠性，以及它在证明违反兴奋剂使用方面作用的明确性、一致性和透明度展开辩论。这种不确定性渐渐破坏了该合理性：仅仅基于这种间接证据而发现自行车运动员使用兴奋剂的主观过错。反兴奋剂当局应该，在继续单单基于自行车运动员的生理通行证寻求制裁违反兴奋剂使用的行为前，仔细处理这些重要的考虑因素。（2011 年 11 月 第 61 卷第 2 期第 393 页以下）

聚沙成塔：司法没收原则是否会冻结普通法上的财产

Every Grain of Sand: Would a Judicial Takings Doctrine Freeze the
Common Law of Property?

David S. Wheelock

Stop the Beach Renourishment 有限公司诉佛罗里达州环境保护部门一案中，美国最高法院中的大多数法官支持这一提议：第五修正案中的没收条款作为一项强制可以不单单用于行政和立法行为，也可以适用在司法决定中。在联邦体系中，财产权几乎是仅仅通过各州法律建立起来，在这个体系中，州法律的内涵由州法院决定，司法没收的概念引发了许多难题。本文涉及领域就是，司法没收原则是否以某种方式在州法院抑制了普通法上财产权的发展。本文识别了两种原则性机制，通过这些机制将会产生有抑制作用的影响。首先，法院可能坚持以一种特定的众所公认的、实质性特征将宪法性财产的权威定义固定下来，而不是仅仅将财产权的范围留给各州法律界定。第二，联邦法院可能表面上将财产法的发展留给州法院，同时却在审查州财产法决议时保持一种极度激进的态度：换句话说，它可能易于认为，州法院的决议已经断然地改变了而不是单单解释了各州的财产法。本文总结说：虽然第一种可能性在名义上被法院对实证主义的委付排除了，但是当复审特别疑难、新奇的案件时，法院仍然禁不住从普通法传统教义中借鉴财产的概念，并将它们拼凑在一起。虽然第二种可能性是不受欢迎的，Stop the Beach Renourishment 建议司法没收案件中的原告，应该肩负起确立被主张偿清的财产权先前存在的义务。本文认为，这一建议可能最终从州法院对未决的财产法

问题的判决中，保留了大量的解释自由。法院在这些微妙领域的抉择会最终确定，司法没收究竟是保护还是危害了普通法上的财产。（2011 年 11 月 第 61 卷第 2 期第 433 页以下）

真相、谎言以及被盗的英勇：根据第一修正案，保护对事实进行错误陈述的案例

Truth, Lies, and Stolen Valor: a Case for Protecting False Statements of
Fact under the First Amendment

Julia K. Wood

2005 年盗窃英勇荣誉法（下简称法案）使得，谎称收到国会授予的战争勋章成为一种犯罪。2010 年，在美利坚合众国诉 Alvarez 案中，第九巡回法庭发现该法案从第一修正案来看是违宪的，该法院认为，和其他对言论基于内容的限制一样，事实的虚假陈述也应该受到仔细地审查。该法案未通过该项检验，因为根据法院的说法，其存在仅仅是为了更好地服务于强制的政府利益。这一决议突显了第一修正案对虚假言论保护的不确定性。虽然最高法院认为特定类别的虚假言论——例如欺诈或者诽谤——是可以归罪的，但它未曾直接规制过案件——在这类案件中，不考虑内容、意图或者伤害，虚假言论也是被禁止的。本文认为虚假言论应该假定被第一修正案保护，例外是，对个体造成实质伤害的特定种类的言论。这类保护应当限制政府对言论的控制，避免抑制有价值的言论，保护隐私和自治，以及为法院带来更便易的管理。（2011 年 11 月 第 61 卷第 2 期第 469 页以下）

什么是证券欺诈？

What is Securities Fraud?

Samuel W. Buell

由于 10b-5 规则大约产生于 70 年代，其与美国行政法最高效力和派生性条款的深厚联系已经模糊了它缺乏明确概念的特征。就像这一规则书写、阐释、实施的那样，它正在与——所有与欺诈相关的内容——失去完整的发展联系。欺诈是很难定义的。许多定义方式被认可。但是证券欺诈法，以及有关该法主体部分的多数评论，既没有企图去定义或者承认定义对该规则一致性和效力的必要性。证券欺诈对完整欺诈概念的缺乏至少导致了三种后果：公共和私人行为不能作为清晰明确规制客体的代表；民事和刑事责任的界限已经变得模糊到难以接受；同时该法至少提供了解决解决金融市场中有关违反道德的重要公共问题的脆弱手段。本文的结构主要设定了三个部分：首先，本文阐明以及明确了证券欺诈及欺诈的关系，构建起法律改革的讨论框架，该改革能够更明确地将证券欺诈的救济和证券规范制度的目标相联系。其次，它厘清了民事及刑事责任的界限；第三，本文寻求对此更好的理解：当法律角色和公众好奇是否给市场失灵的重要例子贴上“欺诈”标签时，我们应该如何作为。（2011 年 12 月 第 61 卷第 3 期 511 页以下）

使清晰的规范文本变为模糊不清的状态：在解释选择情形下的命令原则、规避措施以及透明的司法辩护

Turning Unambiguous Statutory Materials into Ambiguous Statutes: Ordering Principles, Avoidance, and Transparent Justification in Cases of Interpretive Choice

Carlos E. González

例如当规范文本强烈地指向一项规范内涵，但立法意图的有力证据暗示了一项相悖的规范内涵时，法院应该如何对待解释选择？对于这一长期存在的难题，法院所做的处理，前后不一致。有时法院跟随规范文本而不选择相左的立法意图；有时他们所为恰恰却截然相反。

虽然得到完全相反的结论，许多面临解释选择的法院已然认为：法律解释提供了终极方法。本文认为，相左是真实的：法律解释产生了而不是了解释选择这一难题。当它出现时，不受法律约束的自由裁量和法律外的考量因素，而不是法律解释，决定了法律内涵。当其他学者关注司法自由裁量在形成法律内涵中

的作用，他们的分析总是一直以法律文本的内在模糊性或立法史为中心。相反地，文本表明了在选择解释的情形下，法律解释的独特特征如何使法律文本的明确性以及立法意图变为迷糊不清的状态。

本文探索了面临解释选择的法院如何歪曲了法律解释的本质和功能。相对于承认司法自由裁量和不受法律之外考量的中心作用，法院认为法律解释彻底解决了解释选择问题。法制价值和保护司法裁决合法性的共同愿望促进了法院为这一令人困惑的策略做出选择。但是本文提供了一种备选方案——透明司法——并解释了为什么支持透明司法相较其他设想的方案更为有力。（2011 年 12 月 第 61 卷第 3 期 583 页以下）

解释自由：法官条例第三条的必要组成部分

Interpretive Freedom: A Necessary Component of Article III Judging

Jennifer M. Bandy

当法官们讨论宪法和法律解释的最佳方法时，学者们已经开始呼吁增加对法官条例第三条款方法论自由的限制。本文基于宪法反对这一提议。基于法理和学术的固有力量的力量，我认为解释选择是一种与生俱来的力量。第三条款的起草和批准历史显示制定者希望联邦法官去解释法律。然而，为实现这一目标，法官们必须拥有一些帮助他们赋予解释性证据优先性的方法论路径。因此，对联邦法官们施加的有约束力的解释方法论会产生两种宪法性难题。首先，它可能会侵犯解释性考虑的重要司法作用。其二，它会妨碍司法作为一个整体，参与到它对政治分支僭越的最有力的司法审查。因为解释自由对于第三条款司法作用的发挥是必要的，因此自由必须被看作固有权力而授予所有联邦法官。（2011 年 12 月 第 61 卷第 3 期 651 页以下）

根据美国联邦法典第 18 卷 2422 条改革犯罪未遂责任：自美国联邦诉 Rothenberg 案后的非实质性倒退

Reforming Attempt Liability under 18 U.S.C. § 2422(B): an Insubstantial

Step Back from United States V. Rothenberg

Korey J. Christensen

按照法律规定，网络色情大鳄因为非法在线通讯被起诉，“明知说服.....教唆.....引诱.....或者强迫.....”未成年人“为任何个人”参与“色情活动”将会受到刑事制裁。这一广义的语义允许法院通过降低构成犯罪实质要件的行为标准，慢慢扩展法条的涵盖范围。第十一巡回法院对美国联邦诉 Rothenberg 案的判决尤其是这一存疑扩张的例证，该法院认为：两个达成一致的成年人间的对话，无需更多，就足以有效地支撑确信。本文因为 Rothenberg 案错误解析了先例从而对其提出批判；它与该法条的立法史以及联邦所欲的司法原则不一致；而且它潜在地屈从了荒谬的结论，即为何与行为相关的刑事责任大多数考虑相对无害。本文提出一项建议的改革——当被告已经单独和成年人进行交流时，提出了一个更高的行为要求，同时实施接近年龄的辩护——对纠正这些问题会产生一定的影响，但不会削弱法律保障儿童不受网络侵蚀的强制效力。（2011 年 12 月 第 61 卷第 3 期 693 页以下）

作为可申请专利客体事实的 DNA 以及针对由基因专利引起理解难题的有限框架

DNA as Patentable Subject Matter and a Narrow Framework for Addressing the

Perceived Problems Caused by Gene Patents

Stephen H. Schilling

对基因专利有害影响的忧虑——包括被阻碍的科研和创新、被阻止的医用高品质基因诊断测试手段——已经导致公众和整个法律界的过度反应。这些过度反

应以分子病理协会诉美国专利商标委员会案为典型例证，该案件于 2010 年发生在纽约南区。判决认为：被分离的 DNA 依据美国联邦法案第 35 卷 101 条不属于可申请专利的客体事实。这些回应的问题在于他们没有充分考虑到基因专利和类似的生物测定专利在以下方面具有重要作用：在昂贵以及冒险的发展过程中，促进潜在的发明变为市场化产品的投资。总结来说，一个更加精确提炼的手段是可欲的。本文在不打击公司创造和将来源于基因或者类似的专利发明市场化积极性的前提下，针对有关基因专利的忧虑提出了一套修改的路径。（2011 年 12 月 第 61 卷第 3 期 731 页以下）

新一代的国际司法裁判

A New Generation of International Adjudication

Gary Born

本文挑战了当前国际司法裁判的传统观点。本文认识到新一代的国际法院，这一点很大程度上被评论家忽略了，同时本文认为，这些法院为传统国际公法司法裁判的主体提供了一个高度成功的替代模型。

国际法院的激增被广泛认为是上世纪国际法最重要的发展之一。这一主题提升了学术评论的广度和健全度。虽然评论家在有关国际法和国际裁判的诸多方面，得出具有广泛分歧的结论，但是他们都赞同，国际法院和国内法院在本质上是不同的。尤其是，根据评论家的说法，国际法院例如国际正义法庭，缺乏作出可执行判决或者运用强制性管辖权的权力。

本文认为评论家已经从对当今国际司法裁决错误及不完善的理解中走了出来。表面看来，所有对这一主题的评论都忽视了新一代国际法院发展，最好的代表就是国际商事投资法院、世界贸易组织专家组和上诉机构。与有关国际司法裁决的传统智慧不同，新一代的国际法院就拥有了这样的权力：落实有效的强制管辖，以及作出有强制性的判决，这些判决经常被该国以及他们的商事机构强制执行。

这些第二代的法院已经被最为频繁地使用，在许多方面是，近几十年来国际司法裁决最为成功的形式。这些法院承办的案件数在过去的四十年快速增长，现

在实质上超越了那些传统的国际公法法院。此外，近几十年代对国家条约制定实践的分析显示：国家表面上从不缔结条约接受传统的第一代法院的管辖——每年缔结超过一项的条约——然而他们频繁地接受能够作出强制性裁决的第二代法院的管辖——每年认可大约五十项条约。更为根本的是，第二代法院在促进国际贸易、金融以及投资方面已然发挥了关键的作用；对国际法在许多重要领域的发展作出了贡献；并为国际法在实践中发挥作用提供了当前引导性范例。

虽然大半被评论所忽视，但是第二代法院成功且频繁的使用，为国际裁判的传统分析提供了重要的推断。这些法院的成功断然与这些主张冲突，这些主张由众多专业评论家提出，他们认为国际裁判对当前的国际事务以及不使用国际法院——尤其是会产生效力的法院——的国家并不重要。实际上，第二代法院在至关重要的领域被频繁和成功地使用，一部分是由于它们作出有效且具强制性的裁判。与此同时，第二代法院的成功也与法规相冲突，众多评论家认为，未来国际法院将模仿“独立的”第一代法院或者整个“相互依赖”的裁决机制。成功的第二代法院展现了以下两种结构性特征的交融：对全部“独立”或者“不独立”法规的藐视以及更加合适、微妙的制度设计的建议。（2012 年 1 月 第 61 卷第 4 期 775 页以下）

友好的 J., Dissenting

Friendly, J., Dissenting

Michael Boudin

（原文无摘要）

（2012 年 1 月 第 61 卷第 4 期 881 页以下）

实证的亲密关系分析：保留罗伯茨框架的原则性转向

Functional Intimate Association Analysis: A Doctrinal Shift to

Save the Roberts Framework

Joshua P. Roling

在罗伯茨诉美国青年商会案中，最高法院将亲密关系视为结社自由两种截然相反的意义之一。在如此行为的过程中，法院认识到两种关键作用，这两种关键作用证明了对这些关系进行宪法保护的合法依据：亲密关系激发以及传达共同的理念和信仰，他们通过促进成员间的紧密联系的创造性，为情感的丰富和自我认知创造机会。在认识到家庭关系常常例证了这些作用之后，法院认同了家庭关系的四个方面，这四个方面有助于将亲密和非亲密关系区别开来：规模，目的，选择性以及其他。虽然这些方面的次要作用、后续裁决仅仅关注这四个特征，甚至不提及最初支撑宪法保护的正当性。以事实为基础的分析带来了不可预期和不一致的裁决，而这些裁决对于整个罗伯茨框架的正当性构成威胁。借鉴最初的功能性论证，本文认为法院必须放弃其与罗伯茨因素的单一联系，取而代之是采用一种功能性分析，这种功能分析能正确地领会权利的内在价值，确保反映这些价值的群体受到持续地保护。（2012年1月 第61卷第4期 903页以下）

遵循先例和外交事务

Stare Decisis and Foreign affairs

Michael P. Van Alstine

本文考查了，在外交事务领域，遵循先例原则法理学和制度上的假定是否依然有效。在外交事务上司法分支的正确作用已然激起实体上的学术辩论——历史上的、制度上的以及规范上的——自从共和政体的建立。确切说是因为这一主题的敏感性，因此最高法院已经就以下两点作出警告：司法分支在该领域对专门技术的相对缺乏，已经建立的尊重原则网是为了保护无用的法律诉讼而设计的。然而，最高法院和学术界都未曾考查遵循先例与外交事务之间的复杂关系。

本文首先以遵循先例基础的分析概括全文的讨论。在回顾了赋予该原则生命的价值之后，本文探寻了遵循先例精确意义上重要的司法前提。在先例效力方面，这些内在的司法限制对遵循先例原则在外交事务法方面发挥正确作用具有直接的暗示。本文考查了在该领域权力的特殊宪法安排，尤其是国会和行政机构在这方面的作用。同样重要的是，本文也内含了多种途径，通过这些途径美国司法系

系统将外交事务问题传送给联邦法院。这一持续增长的内在紧张关系凸显了：在完全遵循先例的影响下，隐含的由此产生的司法先例的重要性。

本文的分析事实上说明了对此更加细微和包容的理解：对于外交事务法的特定基本方面而言，先例是必要的。为了纯粹民主的法律、忠实于国会最初认可的价值判断，为了民主司法系统，应该避免任何事实上及表象上独立司法机构。此外，当国会界定法律的全部内容置于它之上——而不引进国际法律规则——在法院的解释性调查中，仅仅需要关注熟悉的民主资源和资料。

但是，宽而广的领域中的争端——类似于受到第三条“司法权力”管辖，而不涉及根据国际法，法院在执行方面的权利和义务，事情是不同的。在此领域之内，本文的分析说明了：司法错误的可能性及后果会更大；先例对于外力产生变化带来的快速侵蚀尤为敏感；造就司法领导地位的制度性考虑，已经被尤为存疑的刚性先例加强了。本文最终总结说：这些截然不同的考虑应该作为审视国际法先例的额外“特殊辩护”。但是，为了与遵循先例的系统价值一致，审查权应该只为事务法院存在；在体系完整的司法分支中的低级法院——从属于遵循先例垂直体系的法院——应该在现存法律的最大限度内，保持受先例的约束。（2012 年 2 月 第 61 卷第 5 期 941 页以下）

随着联邦政府规定禁止遗漏儿童，San Antonio 诉

Rodriguez 案被废止

The Obsolescence of San Antonio V. Rodriguez in The Wake of the Federal

Government's Quest to Leave No Child Behind

Sarah G. Boyce

自二十世纪五十年代中叶以来，公共教育领域改革的浪潮涌现了。公共教育——传统上由政府考虑的政策问题——已经成为联邦政府的核心考虑。本文调查了联邦政府对该权力最为重要的三种占有：1965 年，初中等教育法的制定(ESEA)；教育部 1980 年的创新；2001 年全面教育法案(NCLB)，其中最近、最易拓展、重复最多的是 ESEA。本文也思考了最高法院促进联邦对教育控制的方

式。最后，本文认为联邦政府对公共教育的入侵确立了对教育的隐式权限，这就宣告了 San Antonio 诉 Rodriguez 案的废止，而 1973 年最高法院对该案的判决否定了教育基本权的存在。（2012 年 2 月 第 61 卷第 5 期 1025 页以下）

更好的追求带来更糟糕的结果：移民法对国外一夫多妻 婚姻的性别影响

When for Better Is for Worse: Immigration Law's Gendered Impact
on Foreign Polygamous Marriage

Sarah L. Eichenberger

美国自从十九世纪后期就开始禁止一夫多妻的移民。隔离主义者担心，一夫多妻者的聚集会导致道德沦丧，一夫多妻的禁止现在依然是绝对的，如果说经常被忽视的，是现代移民法的特征。当前的移民体制延续了这一传统，宣称试图在美国实践一夫多妻的移民，将不具备合法临时居留的资格。结果是，移民法允许一夫多妻的男子按他们的选择与一位妻子、一段婚姻中所育的孩子移民。但是，他们其他的妻子不被美国容纳。

本文探究了移民法对外国一夫多妻者妻子的不当影响。除排除一夫多妻者其他妻子的合法临时居留资格之外，当今的移民法庭还宣称这些女性不符合人道主义要求。在比较分析了加拿大和英国如何应对迅速发展的妇女权利问题，调节他们相应的反一夫多妻政策之后，本文建议：国会也应该以平等的态度对待来自一夫多妻国家的外国女性。（2012 年 2 月 第 61 卷第 5 期 1067 页以下）

（李文婷 译）

（黎新平 校）

当政府干涉时：规制破坏环境的个人行为

When Government Intrudes:
Regulating Individual Behaviors That Harm the Environment
Katrina Fischer Kuh

环境问题和技术的出现，以及监管最主要工业污染来源的成熟监管体制的存在，清晰地显示了个人行为可能使环境遭受损坏。然而，人们如何通过日常行为来影响环境的改变需要对环境法和政策再定位，对政府特权和个人自由进行平衡。越来越多的法学研究意识到个人行为对环境的重要性，批评了法律以及政策在捕捉危害起源于个人中的失败并建议和评价了捕捉正在发生的个人危害的战略。在当前的讨论中，对个人的要求已经很大程度上被视为一种政策工具，它主要因为以下被广泛认同的观点而用来改变对环境具有重要意义的个人行为：（1）这些要求的揭露和执行可能造成不能克服的技术、管理以及高消费障碍。（2）对个人要求的应用可能引发对个人的侵入影响从而造成不能克服的缺陷，并在本质上引发对自由和隐私的令人不快的见解，这些并不能被接受或者执行。

但是仍有很多理由相信对环境有重要意义的个人行为施加要求，其花费和可行性可能并没有想象中那么可怕。显然，入侵异议还没有经受了严格的检查。对是否、何时以及为何要要求对环境具有重要意义的个人行为进行更好的理解可能会引起重大的入侵异议，这将有助于将要求评估为一种政策工具，用来改变对环境具有重要意义的个人行为，而且能提供相关指导，让要求避免这些异议。

本文初次尝试更好地定义和理解入侵异议，使其能适用于要求个人去改变对环境具有重要意义的行为。第一部分调查了在先的和现存的法律，这些法律针对个人行为和相关的环境破坏，以此来对以下问题形成一个粗略的认识，即这些规定是否已经引发了被视为的入侵异议。第二部分为进一步指导何时、为何政府对个人自由的限制可能引起入侵异议的问题而求助于实质性正当程序的法理。第三部分在第一部分和第二部分的基础上提出了一个对入侵异议更细微的理解并提出了一些原则，这些原则用来指导相关要求的考量及发展，而该要求正是针对正在发生的对环境具有重要意义的个人行为。第三部分提出了一个旨在避免入侵异议的能源浪费条例。

本文最后总结入侵异议造成的指导个人行为规则的障碍比目前意识到的更有限也更广泛。由入侵异议造成的障碍更有限是因为虽然针对一些主要家庭行为的要求执行可能引起不能克服的隐私异议，而其他对环境具有重要意义的个人行为可能在不引起这些异议的情况下得到规制。而由入侵异议引起的障碍更加广泛是因为感知到的政府干涉只是其中一个代价——当然也有财政代价以及不方便性——规制可以对个人施加影响。对理解这些规制个人行为的异议更突出的可变因素是很透明化的：直接规制，相对于间接规制，趋向于让规制的所有成本都透明化，这是一个可能招致公众阻力的影响力。（2012年3月 第61卷第6期第1111页以下）

国会法案的行政维护

Executive Defense of Congressional Acts

Daniel J. Meltzer

本文探究了行政部门在执行和维护国会法案时的适当角色，而总统或者行政部门官员认为该种做法是违反宪法的，但是对合宪性来说，合理论据可能被提出。本文首先提出问题，即行政部门对执行和防护国会法案在更大争论中的责任范围，即政府的政治部门是经授权的——甚至是有义务的——去决定司法意见的独立合宪性。接着，本文回顾了行政部门在防护国会法案中的历史实践——一个强有力的假设是法案将被执行而且如果法案在法庭上被质疑并且违反一般实践，那么法案将被依次维护。然后本文考虑了一系列制度实践和规范，这些在考虑问题时是非常重要的。许多考虑——包括行政部门的不同能力，执业律师与行政部门政务官之间的关系，行政部门中制度连续性的效能以及行政部门与国会之间的关系——加强维护法案的传统实践的智慧，这些法案表明现任行政观点是唐突的，也可能是无效的。而且，考虑到每个政府对拒绝执行或维护国会法案的适当情况与适当理论基础有截然不同的观点，因此身处该制度中的历届政府都认为自己有重大的自主权去拒绝执行和维护国会法案，而这比特定的决定和理论更缺乏吸引力。关于适当合宪性解释的极其广泛的观点，与这些观点相关联的党派以及等同这些观点的强烈诱惑是被违反宪法的政党两极化所误导的，是不适当的，并且缺

乏司法克制，不再维护或者执行的决定能有助于阐明维护联邦法律的行政部门。本文也探究了司法部门提供给行政部门以工作室的责任，该工作室需要能够坦白完整地防护法律，这是总统和他的行政部门同意的前提。最后，行政部门执行和维护法律的责任问题并不被由宪法本身推论出的法律规则来管理，而是一个判断问题，是由一系列历史和机构关系来报告的。(2012年3月 第61卷第6期第1183页以下)

行政部门中的专利有效性：政策演变的事前基础

Patent Validity across the Executive Branch:

Ex Ante Foundations for Policy Development

Artik. Rai

(原文无摘要)

(2012年3月 第61卷第6期第1237页以下)

在确认过程中参议会作用的真正讨论

The Real Debate over the Senate's Role in the Confirmation Process

Wm. Grayson Lambert

2005年至2010年之间第五最高法院的提名使人们再次注意到确认过程中参议会的作用。本文探究了在此过程中关于参议会合适作用的讨论。首先，本文总结并澄清了关于参议会作用的两个传统观点，将它们分类为“肯定观点”和“顺从观点”，并为理解这些观点提供了一个新的框架。它首先从原始理解和历史实践的角度探究了历史论证，然后转向实用论证哪个观点更好地完成了参议会参加到确认过程中的目标。历史论证和实用论证都无法更好地解决确认过程中的问题。

然而，通过叙述这些论证，本文揭示了潜在的——未言明的——肯定观点追随者和顺从观点追随者之间的区别：他们关于政治和法律之间关系的观念区别很大。肯定观点的追随者能在理解法律与政治的关系时将目光注意在范围的两端。

对肯定观点的一些追随者来说，法律完全不同于政治，所以他们相信参议员应该谨慎地确保司法提名能理解这种差别，应该只投票于那些能够并愿意尊重这种差别的被提名者。对肯定观点的其他追随者来说，法律和政治是同一枚硬币的两个面，所以他们认为参议员应该积极探讨司法提名的观点并且应当只投票给那些适合自己观点的被提名者。不管怎样，肯定观点导致确认过程中参议会的相同作用。相反，顺从观点的追随者把目光只投在范围的中间，认为法律是被政治欠定和塑造的，但不是完全被政治控制的。这种观点的追随者肯定被提名者拥有合理的法律观点，但他们更希望投票给与自己观点不同的被提名者。本文提出以上的重要区别是希望能更有意义地讨论参议会在确认过程中的地位。（2012年3月 第61卷第6期第1283页以下）

知识产权条款的外部限制

The Intellectual Property Clause's External Limitations

Jeanne C. Fromer

知识产权条款（IP Clause）的文本、结构和历史，以及随后的政府活动，最高法院学说和政策显示知识产权条款限制了国会使用任何其他权力去“促进科学和实用艺术的进步”，并通过法律超越知识产权条款赋予的权力去“在有限的时间能保护作者和发明者对他们各自著作和发明的专属权利”。也就是说，本文整理出的证据显示了知识产权条款从外部限制了国会通过立法力图促进科学和实用艺术的进步，而除了通过颁布法律之外可以以其他任何方式来确保作者和发明者对他们的著作和发明在规定的时间内拥有专属权利。然而在这一领域国会的权力拥有另一方面：自从二十世纪末期以来，国会日益超越知识产权条款的含义来促进条款的结束，经常主张其扩大化的一一限制较少的一一商业和条约权力。从某种程度上来说，这一变化反映了规制知识产权的法律拥有多元目标的事实，包括贸易和外交利益，这些有时指向了更为广泛地方向而不是那些受限制的知识产权条款。本文综合了这些竞争目标并在法院、立法者和其他人能够评估联邦立法的合宪性的情况下提供了一个分析框架。这一框架针对法律的合宪性提供了一个推定，即促进知识产权条款的终结而不是颠覆其意义，这一推定可能被明确的以

及令人信服的证据而推翻，这一证据表明依照其他更宽容的力量，国会因为至高的、合法的利益而故意地选择取代知识产权条款的方式。这一框架提出许多现有的联邦法律，例如联邦贸易保护规定和反盗版法律，可能是违反宪法的。该框架也认为如何评估法律的合宪性将保护数据库、根据国际协议与其他国家通过的法律以及为科学和实用艺术建立联邦资金的法律。（2012 年 4 月 第 61 卷第 7 期第 1329 页以下）

恐怖嫌疑犯的法院选择

Forum Choice for Terrorism Suspects

Aziz Z. Huq

什么法院应当被用来宣判涉嫌恐怖主义的犯罪嫌疑人？近来国会与总统间关于恐怖主义嫌疑人应当通过第三条法院还是军事法庭来判决的冲突唤起了人们对这个问题的讨论。该问题通常被作为一个重要的法律原则，援引法定的和学说的规则作为将犯罪人分类为民事或军事审判地点的决定性指导。本文对问题框架的实用性提出异议。本文认为法院问题能够通过机构设计来更有效益地分析。一个关键的机构设计决定即究竟是否以及何时会造成管辖权冲突。辖区重叠何时会赋予政府以选择法院的权利或者选择重审在最初阶段被判无罪的犯罪嫌疑人的权利？管辖权重复是普遍的，但是传统观点认为这是不明智的。然而，本文描述辖区的重叠对恐怖主义相关裁决的准确性与成本都有复杂的直接和间接影响。本文主要通过探究辖区重叠是如何影响错误率、系统维护成本、客观性、信息生产和动机的方法为分析这种重叠提出了一个综合框架。通过适用这个框架，笔者主张传统观点是有缺陷的。普遍的辖区重叠有惊人的价值，相比之下两大改革提案将消除大多数的辖区重叠。（2012 年 4 月 第 61 卷第 7 期第 1415 页以下）

当钱长在树上时：

Lucy 诉 Zehmer 一案以及繁荣市场中的合同

When Money Grew on Trees:

Lucy v. Zehmer and Contracting in a Boom Market

Barak D. Richman & Dennis Schmelzer

本文重新审视 Lucy 与 Zehmer 一案，这是 19 世纪 50 年代弗吉尼亚最高法院的裁决，其成为了美国法学院多数合同课程中的主题。其精彩的事实被几乎所有法学学生熟知：Lucy 和 Zehmer 于 1952 年 12 月某晚相遇在维吉尼亚丁维迪的一个餐厅里，他们喝了些酒并大肆谈笑，随后 Zehmer 在餐厅账单上写下了一纸合同，内容为他愿意以 50000 美元将自己的农场卖给 Lucy。但事后 Zehmer 声称他当时已经喝醉并以为这整件事就是一个玩笑。他作证他当时已经“喝高得像一棵乔治亚松树”并且只是虚张声势想让 Lucy 承认他没有 50000 美元。为了支持该合同，法院不管 Zehmer 的意图而做出裁定，他的行为可以被合理理解为他当时是认真的。因此，法院调用了“合同成立的客观理论”。

我们的研究表明，法院误解了合同成立的环境，即 1952 年 12 月晚。我们的研究揭示了几个发现：（1）Lucy，作为南弗吉尼亚蓬勃发展的纸浆和造纸工业的一名经纪人，正为其丰富的木材储备寻求弗格森农场；（2）Lucy 是许多激进木材商经纪人中的一名，这些激进木材商经纪人急切寻求有价值的林地并造成了土地的混乱，留下了大量不光彩的交易和形形色色的诉讼纠纷；（3）在从维吉尼亚最高法院赢得法令救济至从 Zehmer 那以 50000 美元买到弗格森农场之间的八年，Lucy 通过销售土地和其自然资源大约赚了 142000 美元。这些发现质疑了法院当年的判决，即 50000 美元是公道的价格，其结论是 Zehmer 的行为表明了合同的意图，其相信客观方法能获得 Lucy 和 Zehmer 当时交易的相关背景。更一般地说，这些发现认为由客观方法得出的结论在很大程度上依赖于被复述的事实以及事实发生时的情况，而历史分析可能有意义地说明法学学说的局限性。

（2012 年 4 月 第 61 卷第 7 期第 1511 页以下）

变化的代理商：期货市场专业人员的信托责任

Agents of Change: The Fiduciary Duties of Forwarding Market Professionals

Peter D. Isakoff

在金融危机之后的 2008 年，法律系统试图有效管理期货市场专业人员——经纪人——经销商和投资顾问，这些人将客户资金投资于第三方。通过定义信托责任，这些期货市场专业人员将资金投资给第三方时即欠款于他们的客户，他们的这种做法引起了复杂的问题，主要关于尽职责任、投资的事后监测以及重要事项的信息披露。疲软的监管标准，金融服务行业技术的进步以及经纪自营商提供的服务范围的变化强调了由 1934 证券交易法和 1940 投资顾问法创制的系统的不足以及对新监管标准的急切需求。本文主张代理法为定义期货市场专业人员因第三方投资而欠款于他们客户的信托责任提供一个清晰的框架。接着又解释了 SEC 是如何能在多德—弗兰克法案中代理原则的基础上很好地为期货市场专业人员建立起信托责任。（2012 年 4 月 第 61 卷第 7 期第 1563 页以下）

合作联邦主义、新形式主义和权力的分立：自由企业基金以及州政府官员执行联邦法律时总统监督的问题

Cooperative Federalism, the New Formalism, and the
Separation of Powers Revisited: Free Enterprise Fund and the Problem of
Presidential Oversight of State-Government Officers Enforcing Federal Law

Ronald J. Krotoszynski Jr.

形式主义又回来了，其取代了灵活的实用主义分权分析，该分析通常以在伦奎斯特法院时期最高法院的分权决策为特点。自由企业基金诉公共有限公司会计监督委员会一案为这种新兴趋势提供了有力的证据。而且，法官中可靠的大多数人在其他分权决策中也信奉起形式主义。新形式主义如今开始管理法院当代的分权审判规程——而辩护方也使用更灵活性和功能性的方法将分权问题归入书面异议中。然而，罗伯茨法院未能完全阐明新形式主义对分权学说的精确范围和意义。

尽管如此，如果罗伯茨法院的判决意味着他们所说的，那么严重的宪法问题即存在于合作联邦程序的宪法有效性中，而这些合作联邦主义的州都对其重要的联邦劳工、环境和医疗项目拥有主要责任。简言之，新形式主义面向分权中严重的宪法性冲击呈现了以上的程序，因为总统可以说对州政府官员缺乏足够的直接监督和掌控，而这些州政府官员正是在日常生活的基础上管理和执行联邦法律。但是最高法院不需要追随其最近分权决策的逻辑以达到最终结论；貌似可信的论据存在支持以下主张的，即合作联邦主义即使在形式主义的分析下也不能违反分权学说。直到罗伯茨法院拥护新形式主义被知晓，法律学者、联邦法官以及行政法律从业者都应当仔细考虑合作联邦主义是否能成功地与单一行政的规则、总统直接控制和监督联邦法律管理的需求相一致。（2012 年 5 月 第 61 卷第 8 期第 1599 页以下）

行政法作为血液运动：在高党派年龄中的政策侵蚀

Administrative Law as Blood Sport: Policy Erosion in a Highly Partisan Age

Thomas O. McGarity

政策制定过程中的学生对当下的潮流非常熟悉，即潜在危机驱动立法下的政策在其实现过程中正被逐步侵蚀。大量行政法律学说代表着行政机构中决策制定的主张，这并不局限于行政程序法起草者设想的行政法律的正式结构。本文认为，在社会中政府适当角色的深度分歧里，高风险的规章制定已经变成了一种“血液运动”，其中有受政府管辖的行业以及偶尔受益群体，他们都希望花费数百万美元来形成公众舆论和影响力强大的政治角色去对机构施加政治压力。而且，这一执行游戏吸引了大量的玩家并已经扩散到了比过去的听证室和上诉法庭更缺乏结构性但更公开政治化的竞技场。作为联邦储备委员试图将杜宾修正案执行于多德—弗兰克华尔街改革和消费者保护法案中的例证，本文提出这种高风险规则制定新模式的一些普遍特点，对相关行政法模式提出了一些初步想法并且一些现象提供了可能的回应，这些现象主要旨在克服其最不受欢迎的特点以及确保其为削弱行政过程中的公众信任。（2012 年 5 月 第 61 卷第 8 期第 1671 页以下）

总统控制、专业性以及服从的困境

Presidential Control, Expertise, and the Deference Dilemma

Emily Hammond Meazell

审查机构行为的法院频繁指出出色的政治问责制和专业性证明向机构服从是正确的。这些服从的基础经常串联操作，为法院为什么不会替代做出判断的机构这一问题提供不同但免费的理由。但当法院审查由共享管理空间引起的机构行为时，政治问责——通常表述为总统控制——和专业性似乎格格不入。法院应如何回应，例如，一个机构主张总统控制但另一个机构依赖专业性，两者各占不一致的定位，这样法院必须从中选择一个。本文探究了这一“服从困境”并提出了对付它的一种手段。总的来说，这一分析揭示了专业性和总统控制的服从理由完全不符合法定方案，包括重叠或者竞争的管辖权，尤其是当一个独立机构被涉及其中时。这一结论暴露了服从模式的弱点并支持以下观点——虽然总统的指导和专业性——忠于法律和理性决策的需求，但仍需保持司法审查的触点。这些触点是以解决服从困境并在一个有原则的方式下进行为中心的，正如本文提出的框架所述。尽管意识到行政部门的决策制定权力，但以这种方法研究服从困境有助于促进国会控制，并且最终会导致一个准则，即其在行政法所有三个部门中占据一定角色。（2012年5月 第61卷第8期第1763页以下）

美国行政法中政治转变：权力、合理性和原因

The Political Turn in American

Administrative Law: Power, Rationality, and Reasons

Jodi L. Short

给予理由是美国行政法与实践的核心。传统地说，法院和学者已经找到双方约束和合法化的理由或者合理性，但最近的发展揭示了关于行政合理性理解的政治转变。首先，支持联邦通信委员会（FCC）的决定来惩罚广播者在福克斯电视中播报“短暂粗口”，美国最高法院表达了理性行政合理性的渐弱的重要性并接受了机构政策变化的政治理由。其次，由集会运动引发的将行政机关的合法性重

新概念化——具体来说，他们的总统的——问责制，杰出的行政法学者提倡研究任意并反复无常的审查，这将鼓励或者需要机构去清晰地明确他们行动的政治原因。

本文挑战由政治理由模式提出的合理主义的原因，但它断然拒绝了更新行政法致力于的合理理性。然而，本文开发了一个新的理论框架，其认为合理理性是一种约束，但不体现在学说或者政治中，但这样法律和政治控制将构成组织特征和机构的社会互动。借鉴这一框架，本文批评了政治理由的模式，因为其破坏了塑造和限制机构应该做什么的社会和组织结构，也未能给行政理由提供一个相关的替代理论。本文最后提出改革必须考虑到机构约束地制度维度，并更加深入地思考他们将创造什么样的机构。（2012年5月 第61卷第8期第1811页以下）

监管暂停

Regulatory Moratoria

Kathryn A. Watts

尽管重大的学术关注在政治部门控制行政州时所利用的工具上，但一个新兴的工具却被忽略了：监管暂停。监管暂停源于立法或行政行动，旨在冻结一定期限内的规则制定活动。正如本文描述，监管暂停凭借其自身努力从联邦和州的水平上成为了政治工具箱。例如，由监管暂停概括出的至少15个联邦议案在112届国会中的第一阶段被予以介绍，并且但从2008年至2011年，不少于九个州实施了某种执行驱动的监管暂停。而且，从里根总统开始，所有美国总统，除了乔治·布什外都立即实施了短期的监管暂停以便于审查其前任总统通过的午夜条款。布什总统追随着他所在党派的成员进入了白宫，却在其在任的最后一年实施为时一年的暂停令。

本文旨在使监管暂停位于现存的关于行政州的政治控制的文献中。本文的目的主要是描述性的：为监管暂停的提议和出现从联邦和州的层次上以及以监管暂停中的不同环境提供首要的描述。本文同时旨在从法律和政策的角度识别和分析监管暂停的主要论证。通过权衡监管暂停的利弊，本文警告不要使用“强硬的”暂停——定义为跨越一年或更长时间的长期暂停。然而，本文也认为“温软的”

暂停——意指在政治过度时期的短期暂停——当被行政机关谨慎使用时，可能会适当推进民主责任的观念。他们使用其来追随政府部门的改变以确保法规机制是与那些新当选权力的政策相符合的。（2012年5月 第61卷第8期第1883页以下）

集体和解如何隐藏股东诉讼的费用

How Collective Settlements Camouflage the Costs of Shareholder Lawsuits

Richard Squire

企业为免于在股东诉讼中承担责任，从多个保险公司购买分层保险，这些保险包括潜在损害赔偿范围的不同部分。这些保险公司不是与原告单独协商解决，而是寻求一个单一的、集体的约束和解协议。这种分段保险和集体和解的结合产生了一个利益冲突：如果案件能为预期损失审前解决，企业的管理者和一些保险公司将受益，但是对其他保险公司来说最好是去审判。为了迫使不情愿的保险公司来解决这类问题，法院创制了一项责任，这个责任能够要求当原告达成和解，这和解已超过保额，但其他保险公司或者企业愿意支付剩余部分时，该保险公司应当支付其保险单保额。这种“支付责任”相对于协商来说更倾向于过度赔偿原告的和解方式，从而鼓励可疑价值的诉讼。在协商解决中的利益冲突可能通过允许防守方（被告以及他们的有责保险公司）分开解决他们损害赔偿的各自部分来得到消除。但是这种“分部分”解决的方法是与管理者的个人利益相抵触的，因为它消除了支付责任的正当性。他们认为该责任迫使保险公司为和解支付款项的做法是过度的或者不能被保险的，因此掩盖了企业财务报告——管理者的奖金——来源于由管理者行为造成的股东诉讼费用。（2012年10月 第62卷第1期第1页以下）

个性化与综合性评估：为什么宗教土地使用 和制度化个人行为不应该适用于每个土地使用要求

Individualized vs. Generalized Assessments:

Why RLUIPA Should Not Apply to Every Land-Use Request

Katie M. Ertmer

法院和相似的提倡者努力表达一个连贯的规则，主要关于宗教土地使用和制度化个人行为（RLUIPA）何时应该适用当地政府的土地使用决定。当它适用得太广泛时，RLUIPA 对州和当地政府的责任飞扬跋扈来控制他们自己的土地使用模式，而且这不符合最高法院的第一修正案和联邦制先例。当它适用得太狭隘时，RLUIPA 不能给宗教歧视的受害者提供救济。本文解释了合法的可辨识的——但之前为意识到的——当地政府制定的土地使用决定类型之间的差别，并且本文认为 RLUIPA 应该适用于个体化评估，例如使用许可和方差，但是 RLUIPA 不应该适用于综合性评估，例如要求分区条例修正案。本文用了两个最近的第九巡回法庭案例——其中一个如果法庭运用了如前提出的区别，那就会得到不同的结果——以此来阐明个体化和综合性评估的分析如何在实践中运用。（2012 年 10 月第 62 卷第 1 期第 79 页以下）

次级教育：盈利性大学和联邦学生援助第四章问题

Subprime Education: For-Profit Colleges and
the Problem with Title IV Federal Student Aid

Matthew A. McGuire

助学金政策是为对所有学生扩大高等教育而设计的。它在实现这一目标上取得了巨大的成功。然而，对很多学生来说，助学金仅服务于具有沉重学生债务负担的学生。这些债务是关于盈利性高等教育部门的一个特殊问题，而这收到了很大的、日益增长的助学援助。本文探究了助学金政策和营利性机构之间的相互作用，指出现代助学金政策的目标通过为“次级教育”创造一个有利可图的市场，

使得实践对很多学生导致了消极后果。本文分析了一个连续的方法来减少由很多营利性机构造成的消极学生后果，总结了责任不在于营利性机构，而在于助学金政策。最后，现代助学金体制要求监管机构在支持消极学生结果和减少进入高等教育之间做出选择。这一困境能够通过不再强调以学生发展为本的援助模式，而以机构为中心来得到避免，这主要集中在减少教育成本上。（2012 年 10 月 第 62 卷第 1 期第 119 页以下）

对种族灭绝犯罪的比较研究

Toward a Comparative Approach to the Crime of Genocide

Tatiana E. Sainati

在红色高棉运动的控制下，超过 150 万柬埔寨人的灭绝已被广泛地认为是种族灭绝的典型案例。究竟这些暴行是否满足作为法律问题的种族灭绝的定义仍未解决。截至 2012 年 10 月，究竟在柬埔寨发生的种族灭绝是否包容在 1948 年联合国种族灭绝公约之中的问题仍未先于柬埔寨法院特别法庭（ECCC）被决定。ECCC 将在正在进行的关于种族灭绝犯罪的适当范围的讨论背景下决定这个问题。该讨论同意扩张主义者，这些扩张主义者相信犯罪的定义应该扩展到包括大规模屠杀的政治团体，而不赞同限制主义者，他们声称种族灭绝的定义必须紧紧地限制在 1948 年种族灭绝公约中首先明确的犯罪。本文发现两种方法并认为法院应该避开二分法，而支持对种族灭绝犯罪进行比较法研究。通过研究柬埔寨法律移植问题中的种族灭绝犯罪，ECCC 达成了国际法上保持一致的关键性，而且没有牺牲必要的文化特异性来确保国际法律原则保持在当地是有意义的。（2012 年 10 月 第 62 卷第 1 期第 161 页以下）

（葛依然 译）

（谢思苑 校）

著作权法中复制的规范性

The Normativity of Copying in Copyright Law

Shyamkrishna Balganesh

并不是所有的复制行为都构成侵犯著作权的行为。著作权法规定，复制行为独立于合理使用之外，它只有满足以下条件才具备可诉性：该行为在实质上和数量上必须足够重大或者该行为（与原权利）“实质相似”。著作权的“实质相似性”规定起源于十九世纪以及法院创立的整个过程，因此它作为著作权的一种独立且有意义的规范性维度很少为人们所关注。本文将著作权的实质相似性规定明确置于制度以及各种目标、宗旨的中心地带，进而提出了实质相似性的全新理论。实质相似性作为一种反映私法其他领域（比如侵权法）运作情况的普通法式策略，其仍然是著作权法中一个灵活多样却被人们遗忘的角落。本文让法院通过以下方式来调整著作权运作的稳健性：根据不同的标准来调整某一作品所拥有的独占权数量。由此本文引入了著作权的一种全新维度——“密度”。同时，本文将调查中引入的一些不可比较的价值以一种特定且合理的顺序进行排序，由此认为侵犯著作权案件的审判明显呈现出多样化的特点。作为一种概念排序——普通法长期以来为人们所知的一种多标准决策过程——机制，实质相似性让著作权法确立了功利考量和基于人格的考量，并从系统的角度优先考虑前者而非后者。透过实质相似性来考察著作权法可以全新地阐释制度目标和宗旨之间的兼容、著作权作为一种“财产”权的结构以及法院在其总体规划中的作用。（2012年11月 第62卷第2期第203页以下）

刑法改革与严格责任的存留

Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability

Darryl k. Brown

始于二十世纪六十年代晚期的那个二十五年中，有两场改革运动改变了美国刑法。它们的起源和效果明显不同，而且它们的冲突意味着：在刑事责任基础的

核心选择方面，一场运动不得不成功而另一场运动则不得不失败。第一场运动产生于刑法典改革的浪潮，而刑法典改革则受到了《模范刑法典》（由美国法律学会拟定并最初于 1962 年公布）的影响。《模范刑法典》运动试图加大有责性这一责任先决条件的作用，具体方式为规定了刑事犯罪每一构成要件必须证明存在犯罪意图，而且这种规定是推定性的。这一政策放弃了我们长期使用的针对重大犯罪构成要件的严格责任。第二场运动（我们可以称其为严厉打击犯罪运动）变得更为重要。该运动导致了美国刑事司法政策的转变——扩展了刑事犯罪、执行和宣判——导致了国内监禁率增长为原来的五倍并且到目前为止仍保持世界第一。

本文识别出了二十四个将《模范刑法典》有责性规则编入法典的州，接着叙述了对那些州的判例法所进行的一项广泛调查，以此来评估改革对犯罪意图规定司法解释的影响。本文发现，令人意外的是，犯罪意图推定的法典化对那些解释刑事法律时阐述犯罪意图规定的法院几乎没有影响。本文描述了法院经常使用的在各种犯罪中施以严格责任构成要件的原理，虽然制定法从反面做出了直接推定。接下来，本文解释了：这样一种结果，即一种强调对严格责任进行持续性、规范性上诉的真正失败（即受《模范刑法典》影响而进行的刑法典修订）、惩罚的器物性原理的影响以及在立法机构和行政机构正极大地扩大刑罚的范围、增加刑罚的严酷性的时代中司法角色的局限。（2012 年 11 月 第 62 卷第 2 期第 285 页以下）

无罪效果

The Innocence Effect

Oren Gazal-Ayal & Avishalom Tor

几乎所有（约 95%）重罪的定罪都遵循认罪答辩这一程序，这表明与审判相比，认罪答辩的提议对被告人更具吸引力。一些学者认为，辩诉交易的吸引力过大并且应该被缩减，这是因为它们导致了对无罪者的误判。其他人则主张辩诉交易仅仅是对无罪的被告人有利，因为它为审判中产生更严酷的判决的风险提供了一种替代性选择。因此，尽管两大阵营在各自的期望方面产生了激烈分歧，但在

争论中它们都相信辩诉交易一般会导致无罪者服罪。然而本文表明，那种认为无罪者通常会服罪的观点夸张了些。我们为迄今被忽略的“无罪效果”提供了实证证据，并揭示了无罪者明显不太可能接受跟他们处境相似的有罪被告人看来很有吸引力的认罪答辩提议。

本文进一步探寻了无罪效果的心理原理，并且考察了它对辩诉交易的启示。可以肯定的是，我们确定了明显的“无罪成本”，无罪者在其中遭受了比相似处境的有罪被告人更严厉的一般制裁。但我们的发现也显示，无罪效果直接导致辩诉交易中有罪者的比例过高以及选择审判的人中无罪的比例过高。这样一来，无罪效果有利地降低了错误定罪率——包括已被接受的辩诉交易——即使我们将它与不承认辩诉交易的体制相比的话。从规范性角度，我们分析发现辩诉交易的批评者和赞成者都应该重新评估(如果不是完全颠覆的话)他们长期坚持的观点，来说明无罪效果的原因和结果。本文概述了以下两种使冤案发生率最小化的主张来总结全文：更好地保护无罪者、通过无罪效果的阐释来改善整个辩诉交易过程。(2012年11月 第62卷第2期第339页以下)

同居就意味着赔钱？提出案例以阐明在生活费 问题上同居的法律效果

Should Moving in Mean Losing Out? Making a Case to Clarify
the Legal Effect of Cohabitation on Alimony

Emily M. May

非婚同居现象在过去几十年中急速增加，法院和立法机关已经越来越努力地评判前配偶与其新配偶的同居对生活费支付收据的法律效果。各州在试图回答这一同居问题的过程中，已经采取了一系列方法。但是，通常法院给出的同居问题的答案并不以它在最初判定生活费时所利用的理由为根据，因而可能会产生不协调或荒谬的结论。本文解决了这一同居问题并认为，各州应该根据当代有关生活费的众多理论和二十一世纪对同居的社会科学研究来重新考虑它们现行的方法。最后，本文对现行法律做出了若干说明，目的在于提供一种使法院在同居问题的

考虑上保持一致性的实用、可行的规则。（2012 年 11 月 第 62 卷第 2 期第 339 页以下）

利用外交关系法来限制《反海外腐败法》的域外适用

Using Foreign Relations Law to Limit Extraterritorial Application
of the Foreign Corrupt Practices Act

Lauren Ann Ross

由于《反海外腐败法》可用以规制与美国有非直接联系的行为，该部制定法用例子证明了美国刑法域外适用的潜在困难。《反海外腐败法》改善了执行环境，延期起诉协议的规定了结了根据《反海外腐败法》所做出的庭外指控，这两者相结合便增加了外国自然人或公司因为发生在或影响到外国的贿赂而根据《反海外腐败法》被起诉的可能性。本文从反对治外法权的推定中提出了一个源自对外关系法的概念，它适用于那些未被列为美国后代的外国自然人和外国公司，这样做的目的在于找到《反海外腐败法》中地域规定的合理界限。（2012 年 11 月 第 62 卷第 2 期第 445 页以下）

大学校园里的性侵犯：在正当程序和受害人保护 之间寻求适当的平衡

Sexual Assault on College Campuses: Seeking the Appropriate Balance
between Due Process and Victim Protection

Matthew R. Triplett

发生在同龄人之间的性侵犯是美国大学校园里的一个重大问题。2011 年 4 月 4 日，教育局民权局发布了一封新的《致同事的信》来寻求这一问题的解决。这封信对教育机构应该怎样裁决此类事件提供了进一步指导。这封信模糊了受害

人保护与保护被指控者的正当程序这两者之间业已完好的界限，从而加深了它令问题复杂化的不当影响，同时这封信暴露了为教育机构所设的潜在责任陷阱。本文解释了为什么教育机构很难适用关于受害人保护和正当程序的法律，同时本文认为教育部应出台一项模范司法政策，这样教育机构、受害人和被指控的学生在这一复杂舞台上能有更多的确定性。在此类政策的促进方面，本文为被指控的学生提供了特殊的正当程序保护，而教育机构和教育部同样地应该支持这一保护。（2012 年 11 月 第 62 卷第 2 期第 487 页以下）

杜克大学在习惯与法律方面的贡献

The Duke Project on Custom and Law

Curtis A. Bradley & Mitu Gulati

（原文无摘要）

（2012 年“习惯与法律”专题论文集 第 62 卷第 3 期第 529 页以下）

实质正当程序分析中的过去传统和当代传统

Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis

Katharine T. Bartlett

人们通常把传统理解为一种来自过去的遗产，并认为传统与当代无关。美国最高法院中分属两种意识形态的大法官们都从这一理解出发来做研究，特别是在分析那些基于实质正当程序条款的案件的时候。一些保守的大法官认为，实质正当程序仅仅保护那些在美国宪法批准之时就稳固确立下来的权利。相反，一些自由的大法官则依据当代规范和情理，主张放弃传统，因为它们过于停滞和压抑从而构成了对实质正当程序权利的一种限制。这两条路径都持有关于过去和当代的对立观点，并且都不允许更加深入而透彻地探究深深嵌入这个国家特性的是何种自由利益，而这些利益应该受到美国宪法的保护。本文对连接过去和当代的传统提出了一种更为丰富的、交互式的理解。传统代表了当代我们希望拥有的那些不

断演变的过去成分。本文利用了一些主要来自最高法院中心的涉及实质正当程序的司法意见，并以它们作为模本来探寻这一传统替代性观点。本文认为，我们不能仅仅因为传统代表着一种来自远古的固定真理而认为它不应在实质正当程序中占据一席之地；我们也不能仅仅因为传统与过去的联系而完全否认它作为实质正当程序权利的一种来源。传统应被理解为民族特性的一种来源，而且传统兼具继承性和不断变化性。传统可以充当认定实质正当程序权利的一个建设性的焦点。（2012 年“习惯与法律”专题论文集 第 62 卷第 3 期第 535 页以下）

无需法官的秩序：习惯审判

Order Without Judges: Customary Adjudication

Joseph Blocher

对习惯与法律的学术研究主要已经集中于非正式规则的产生与执行上，这展现了并在一些案件中认可了“无需法律的秩序”的存在。但是创造规则和执行规则仅仅是治理的三个功能中的两个，它们大致与其他语境中所称的立法分支和行政分支相对应。第三个功能——即审判——并没有在有关非正式治理的学术文献中发挥这种显著作用。正如一位主导性学者所言：“对于习惯，是不存在宪法或法官的。”但是如果非国家行为体创造并执行了习惯，那么为何学者会认为正式的（也即非习惯的）法院才是评判或者应该评判那些习惯的唯一机构？

本文力图描述并强调习惯审判的作用，习惯审判是习惯治理的第三分支。在这种情况下，本文有三大主要目标：第一，主张我们可以从同样的三种功能的角度来理解习惯治理，这三种功能是学生们所熟知的正式治理；第二，对这些分支中的第三分支进行一个初步的、暂时的描述；最后，表明现有的关于习惯与法律的学术研究相对来说极少关注习惯审判的功能与形式。如果成功的话，那些成果应该能够为将来的描述性和规范性工作做好准备。（2012 年“习惯与法律”专题论文集 第 62 卷第 3 期第 579 页以下）

欺诈的善意：一篇关于艺术品市场中 法律、习惯和中间商的文章

Artful Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Markets

Deborah A. Demott

本文探寻了美国艺术品市场背景下的习惯与法律之间的关系。本文认为，这些关系是动态的而非静态的，而且法律可以在法律的形式规定之外很好地促进惯例的发展。在艺术品市场背景下理解这些关系需要充分关注艺术品市场独有的两个部分：作为交易中间商的商人与拍卖行的作用以及作为最终收集者的博物馆的作用。在过去的十年中，主要交易中间商的商业惯例反映了惯例中的一个重大转变，最近关注的焦点是委托拍卖的物品的起源（所有权历史）以及物品状况和原作者这些长期存在的问题。在同一时期，主要的博物馆形成了新的政策与惯例并适用于新取得的所有权和业已被收藏的物品，特别关注考古文物、古代艺术以及1932年至1945年间屈服于纳粹政权的欧洲国家中存留的绘画。本文认为，上述两种情况下法律都为惯例的重大转变设定了背景，并伴随着很高的公众知悉和关注。习惯在回应法律执行的突出事件中得到了发展，而这些事件又为近来扩大的或觉醒的公共利益和关注提供了进一步的聚焦点。

本文中探寻的这些关系与正在开展的有关基本法律是非曲直的讨论有关。在美国，以下观点一直被认为是正确的——任何人不能给予其所未有者——结果是：一个小偷无法让与有效的所有权。后来的受让人缺乏有效的所有权，所以无法与合法所有人的主张相对抗，即使该受让人是善意的也不行。的确，一部消逝的诉讼时效法可以提供抗辩，正如衡平法上的迟误原则一样。之前的学术研究认为美国是不寻常的，但并非独一无二，这是因为美国在上述情况下不承认任何善意购买人的抗辩，并且它也没有规定：被盗物品的合法所有人应对善意购买人进行补偿，并以此作为合法所有人取得被归还的该物品的条件。然而，这一学术研究并不承认（或者说是强调）艺术品市场中交易中间商的重要性或者博物馆和交易中间商的惯例运作。因此，本文增加了评价相关法律是非曲直所必需的内容。

（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第607页以下）

习惯、合同与换肾

Custom, Contract, and Kidney Exchange

Kieran Healy & Kimberly D. Krawiec

在本文中，我们考察了一个案件。在这一案件中，器官交换（非即时性扩展无私捐赠者（简称为 NEAD）联合体）新形式的组织要求和物流要求并不与市场交换或礼物交换的标准文化模式有着简单的联系，这导致了社会学上的歧义和法律上的不确定性。在某种程度上，NEAD 联合体与广义交换形式相类似，后者作为互惠规范的一个古老而广泛传播的实例，可以被简单地理解为“支付”义务而不是直接与原赠与人进行交换的义务。同时，NEAD 联合体也像一系列支付某物以交换一些有价值对价的承诺——也即一系列合同。

交换的两种最重要的“社会幻想”——礼物的赠与或正式的合同——均没有完全符合 NEAD 制度的实际需要。结果是，合同或广义的交换均没有推动 NEAD 联合体的实践。恰恰相反，实际发生的交换中的绝大多数仍然很像一种更为简单的交换形式：双方之间的直接、即时交换，而没有时间的拖延或是反悔的机会。如果 NEAD 联合体意在实现它们的完全承诺（即大规模、非即时的器官移转），那么无论是在协调机构的实践中还是在 NEAD 联合体参与者的心中都必须巧妙处理好法律上的不确定性和社会学上的歧义等问题。这一问题的处理既可以通过进一步扩展与礼物有关的语言和实践来实现，也可以通过创造性地使用文化形态和激励性的词汇来实现，但未必能通过利用合同的法律和制度体制来实现。（2012 年“习惯与法律”专题论文集 第 62 卷第 3 期第 645 页以下）

国际审判和国内法院破坏习惯的行为

International Adjudication and Custom Breaking by Domestic Courts

Suzanne Katzenstein

本文识别了存在于国际审判和国际习惯法（简称为CIL）的发展这两者之间的一种基本的却被忽视的张力。根据传统观点，CIL的发展需要一个或者更多的

国家摆脱现有的习惯规则并展开新的举动——一种笔者称之为“破坏习惯”的概念。背离（习惯规则）的法律地位随着时间而定，就像其他一些国家决定到底是摆脱习惯还是坚守现有规则从而做出它们的回应一样。因此，在这种背离发生时我们无法明确地将其归入合法或是不合法的范畴。在国家做出回应的时期，CIL必然含有一些法律上的歧义和不一致性。因为国际审判的一个重要功能在于解决法律上的歧义，所以一种核心张力产生了：国际法院可能被要求去审判破坏CIL的行为，而此前其他国家已经有机会自我决定是否要去破坏习惯。假定绝大多数的国际法院会从事物的现时状态出发而判决此类背离行为无效，那么国际审判就冒了阻碍CIL逐步形成的传统过程的风险。更具体一点，对涉及破坏习惯的案件进行国际审判可能兼具程序效果和实体效果：在程序上，它可能会简化国家对破坏CIL所作的回应；在实体上，它可能会阻止一国去追随破坏习惯的主体，即使当其他国家在形式上不受国际司法判决的约束。为了阐明这些约束效果，本文探讨了国内法院背离国家主权豁免规则的三种情况。在总结全文时，文章主张：在涉及破坏习惯的案件中，国际法院应该采纳一种最低限度要求的方法从而做出狭义的、浅显的判决，而Cass Sunstein教授已经向美国法院主张过这一方法。这一司法策略将给予各国（包括其国内法院）自主决定的机会：与国际习惯背离是否是新的法律规则的开始？（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第671页以下）

习惯、规范性惯例与法律

Custom, Normative Practice and the Law

Gerald J. Postema

对有法律约束力的习惯进行分析照例是按照两个独立的成分来进行的：行为的规律性（使用）和对行为人从事法律规定行为的确信（法律确信）。习惯的这一附加概念是非常有缺陷的。本文认为，我们必须放弃这一附加概念并代之以这样一种习惯的描述：将法律上的相关习惯理解为规范，这些规范起因于社会互动的丰富背景之下零散的规范性惯例，而社会互动的特征是紧密相接的预期和有联

系的行为。本文认为，法律上有约束力的习惯的特点并不是附加了对该行为的相信或者确信，而是将有意义的行为整合成一张法律所认可的理由与论证的网。

（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第707页以下）

规范和法律：本末倒置

Norms and Law: Putting the Horse before the Cart

Barak D. Richman

法律与社会学者长期以来被正式的法律程序和非正式的法外程序之间的相互影响所吸引。不幸的是，这一吸引力伴随着模糊性，而学者们已经从概念上合并了两种迥异的法外争议解决机制。我们可将其中一种机制描述成“法律的影子”，该机制因Stewart Macaulay和Marc Galanter教授的开创性成果而成名。在这种机制之下社会强制和习惯是拥有强制力的，这是因为形式上的法律权利是可信的，而且它们被人们所合理界定。另一种机制最近是由经济历史学家和法律制度主义者所研究的，可将其描述成一种“无需法律的秩序”，这一概念是从Robert Ellickson教授的著名研究成果中借鉴而来。在这一机制之下，法外的机制——无论是有组织的回避、暴力还是社会蔑视——取代了法律强制而产生社会秩序。同时，法外机制是对正式法律制裁的一种替代而非扩展。

合并这些机制使我们对行业内私法制度、私人审判制度或私人法律制度的理解遭到损害。近来对私人法律制度的考察主要已经将那些制度理解为节约诉讼成本和争议解决成本的艰难尝试。但是我们最好把私人法律制度理解为节约执行成本的制度。这不是一个小小的错误界定。相反，这显示出对以下问题的深深误解：现代经济中何时出现了私人执行制度以及为何这些制度会出现？

本文为私人秩序的各种机制提供了一种分类法。尽管这些各种各样的机制之间存在着重大差异，但是它们在很大程度上已被合并，这是由于我们对特殊制度效率和替代性制度成本的了解还很匮乏。特别是，执行成本经常被不适当地区别于程序性成本或者争议解决成本，而且，这种模糊性还产生了一些理论，这些理论不准确地预测了私人秩序兴盛的时间以及私人秩序成本压倒相关效率的时间。

制度理论的含义是重大的，因为研究中的混乱已经导致了对私人秩序的过分推崇、对社会制度的忽视以及对违法和法律发展的过分乐观的态度。（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第739页以下）

从习惯到失败的循环

The Custom-to-Failure Cycle

Steven L. Schwarcz & Lucy Chang

在复杂性领域，人们通常依赖启发法——概括地讲，尽管人们处理信息的能力有限，但是借助该方法我们可以简化现实，从而让人们做出决定。当这种依赖在一个群体常规化并得到广泛传播，它就可能形成一种习惯。只要此种基于启发法的习惯合理地接近现实，社会就会持续地受益。然而在财政领域，市场和产品的迅速变化已经使一些习惯从现实中分离了出来，并导致巨大的失败；同时，日益提升的金融复杂性使得变动率正在不断加速，这预示着未来的失败。我们考查了这一“从习惯到失败的循环”，并考虑了法律如何才能有助于控制这种循环并减少它的失败。在那种背景下，我们也分析了如果推定的失败损害了社会，那么那些遵循基于启发法的习惯的自然人和公司是否应该受到责任的制约。（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第767页以下）

区别“真正国家的”与“真正地方的”：

习惯分配、商业活动和集体行动

Distinguishing the “Truly National” From the “Truly Local”: Customary Allocation,
Commercial Activity, and Collective Action

Neil S. Siegel

界定商业条款的扩张与范围的方法有很多，本文针对这些不同的方法提出了

两点主张。

笔者的第一个主张是：那些给予传统的国家干预主体以特权的方法是不切实际的、不合需要的。说这些方法不切实际，是因为在我们这个联邦立法权限与州立法权限大量重叠的世界，联邦政府和各州频繁地对同一主题进行规制。说这些方法不合需要，是因为习惯分配问题与国会拥有规制州际商业的权力的主要原因无关，而这一主要原因是：解决涉及多个州的集体行动问题。正如一些联邦法官在诉讼中援用规制性习惯以解决《患者保护与平价医疗法》中最低保险条款的合宪性问题，上述这些问题是明显存在的。“健康保险”与“卫生保健”并不仅仅是国家应该关注的领域，并且我们不可能失去——或赢得——一场这样的竞争，该竞争需要技术娴熟的律师和法官将上述问题描述成是国家成分多于联邦成分，抑或相反。甚至连问题的答案是什么都不是最重要的。

更有希望的方法是：将国会权力视为引发各州面临的商业活动问题或者集体行动问题。笔者的第二个主张是：上述这两种方法既有优势也有劣势，而且在这两者之间所进行选择也例证了适用规则与适用规则背后的理由之间存在的一种更为普遍的张力。笔者之前为宪法第一条第八款的集体行动分析进行过辩护。笔者在本文中的主要目标是：阐明采纳一种方法或者另一种方法的法律风险和对各种方法的倡导者必须解决的问题进行识别。（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第747页以下）

所得税管理中的习惯和法治

Custom and the Rule of Law in the Administration of the Income Tax

Lawrence Zelenak

从联邦所得税发展的早期到现在，国内税务署（简称IRS）一直本着保护纳税人的宗旨，从事着我们可以称之为对《国内税收法典》规定的“习惯背离”工作。当代一个显著的例子是国内税务署的有关雇员常客飞行里程的“不闻不问”政策；在一份2002年的公告（该公告的效力截止到2012年，目前仍有效）中，国内税务署指出，此类里程在技术上属于总收益的法律定义范围，但是国内税务署

无意去执行法律。本文描述并评价了对《国内税收法典》的行政性习惯背离现象。在界定了习惯背离概念并解释了此类背离有时候对税收管理员产生吸引力的原因之后，本文对习惯背离进行了一项简短的历史调查，并特别关注了1984年以前各种各样的雇佣附加福利待遇以及最近的大量公告。这些公告上说，国内税务署在特定情况下将不执行《国内税收法典》的反亏损交易规则。同时，本文解释了习惯背离的发展是如何依赖于税收诉讼中第三方主体的缺席，以及对税收管理员未经授权的泄密行为缺乏司法检查是怎样威胁到法治价值的。本文在总结时提出了一个立法主张，旨在保护习惯背离的实际优势的同时减轻法治的担忧。（2012年“习惯与法律”专题论文集 第62卷第3期第829页以下）

（张望 译）

（祁云龙 校）

我们在世界所处的位置：环境伦理学与法律 之间的新关系

Our Place in the World: A New Relationship for

Environmental Ethics and Law

Jedediah Purdy

四十年前，在环境法诞生之际，法学与哲学界的大师均假设这一新领域会和环境伦理学紧密地联系在一起。相反，两者却是戏剧性地分离开来。本文对分离因素做出诊断分析并提供一种和解方案。环境法通常随着公众价值的变化而更改，因为这个以及别的原因，环境法无法脱离伦理学而存在。当环境政策中有大量的开放式问题时，法律与伦理学彼此最相关：立法者只在出现一些显著的道德变化时才有所回应；但是法律自身却能够帮助伦理的建设。如今，该作用是真实有效的，它能够解决一系列新兴问题，诸如食品系统、动物权利以及环境变化方面的立法。本文从哲学、历史学和心理学的角度来论述由每一个问题可能产生出的道德变迁，并且提出刺激伦理建设的法律改革。（2013年1月 第62卷第4期第857

页以下)

DNA档案、计算机搜索以及第四修正案

DNA Profiles, Computer Searches, and the Fourth Amendment

Catherine W. Kimel

依照联邦法和所有50个州的相关法律,美国政府已汇编了一套包含超过一千一百万市民的DNA档案的数据库。未经司法授权,政府每天成千上万次地核对所有这些档案,试图将数据库主体与他们深信不疑的犯罪联系起来。然而,那些登陆过数据库的法官和学者,几乎完全将他们的注意力集中于政府获得产生DNA档案的生物样品的合宪性上。本注解通过考察政府搜索巨大的DNA数据库所呈现出的第四修正案问题填补了该学术研究的空白。本注解主张每一次试图将两种DNA档案进行匹配,都构成了第四修正案中规定的搜索,因为每一次的寻求匹配都侵犯了数据库主体所期待的在生物关系和身体运动方面的隐私权。注解进一步主张当前进行的数据库搜索不合理,并且建议调整计算机搜索程序以弥补合宪性方面的不足。(2013年1月 第62卷第4期第933页以下)

气候变化符合《马法》

Climate Change Meets the Law of the Horse

J.B. Ruhl & James Salzman

气候政策辩论只是在最近才开始将其全部的注意力转移到适应上——如何去应对我们已经遭遇并将很可能随着时间加剧的气候变化所带来的影响。法学学者依次着手探寻不同领域的法律将要和应当如何对气候变化作出回应。在萌芽阶段,一个中心的问题未经考察:如何去构建围绕适应气候变化的统一的法律制度?会出现一个新的、专门的适应气候的法律和政策领域,或者法律制度会如著名的《马法》那样,仅仅在不相关的、独立的领域发挥作用吗?本文首次对该问

题进行全面考察，超越对法律与适应气候变化的思索，考虑了关于适应气候变化的法律。

本文第一部分清晰地讲述了我们的方法论假设与方案。使用我们称之为平稳性评估的模型，第一部分探究了法律领域是如何在关于自然、社会以及经济可变性的假设基础上构建和维持的，并探究了对可变性体制的破坏是如何导致新的法律和政策领域的出现的。对环境法和环境公正的案例研究论证了该模型对于新的、独特的法律体制形成的预测能力。

第二部分将平稳性评估模型应用于适应环境变化的主题上，使用假设的海岸线地区的个案分析论证了气候变化对于破坏相关的法律学说和体系具有潜在的影响力。我们发现大多数法律领域似乎能够有效地对气候变化进行调整。换句话说，排除一些积极的干预，我们期望适应气候变化的法律和政策遵循《马法》的规则——一个独立地适应气候变化的领域集合——而不是将其有机地联合成一个新的、独特的领域。

第三部分探讨了在得出这一结论后，为何仍然需要寻求一个不同的轨迹。把重点放在系统的适应决策可能伴随着不当和不利的结果，我们确定了通过干涉形成一个新的、独特的适应气候的法律和政策领域具有潜在的利益。第四部分接着确定了这一领域的大概轮廓，探讨了它所具有的独特用途：降低易损性、保障复原力以及保护公正。这些功能为适应环境变化的法律提供了规范性的政策内容，而不仅仅是遵循《马法》。然而，这一新领域不会像环境法那样去妨害法，新领域不会取代或者代替任一现存的领域，并且它不受实体法的控制。当然，和环境公正领域一样，这种新的法律体制将会作为一个整体，覆盖其他的领域，以确保更加高效、有效和公正的适应气候的解决方案。(2013年2月 第62卷第5期第975页以下)

进退维艰：朝圣如何能够恢复第七章

“合理调整”的精神

Between a Stone and a Hard Place: How the Hajj Can Restore the Spirit of

Reasonable Accommodation to Title VII

Matthew P. Mooney

尽管1964年《民权法案》701(j)条款规定雇主应该合理调整员工的宗教习惯和信仰，许多评论家承认“合理调整”的精神并没有被意识到因为法院已大大地缩小了雇主的义务范围。这特别适合于穆斯林。根据2012年的一个研究，穆斯林在自由信仰和宗教调整的诉讼中很可能占据一半，同样的，非穆斯林诉求者也是如此。麦加朝圣——作为伊斯兰教的中心信条之一——为穆斯林雇员根据第七章寻求调整提出重要的挑战。因为调整朝圣施加给雇主的成本几乎总是超出最低支出，法庭不大可能发现第七章规定要求雇主调整雇员的决定，以求完善朝圣。

本注解试图为扩大第七章对雇员宗教信仰和习惯的保护阐明一种新方法。特别地，本注解主张同等就业机会委员会以及司法部对调整朝圣案件的加强干预为建立一个更加平衡的调整教义提供了一个有前景的方案，或者至少重新调整了比例，以便使它们不会严重偏斜支持雇主。尽管先例清晰地缩小了雇主的调整义务，联邦政府对第七章调整朝圣案例的加强干预可能会转变“合理调整”的概念。尽管政府必须挑选并决定需要干预的案件，但调整朝圣的案件为进一步实现第七章的双重目标提供了一个机会，即政府利用第七章中赋予的执行权实现公共利益并且使私权得到更加有效的实施。干预能够恢复701(j)条款规定的调整精神，给雇主更多的动力去调整其雇员的宗教义务。(2013年2月 第62卷第5期第1029页以下)

恢复专利制度以刺激药品创新：手段加功能

条款请求权的潜力

Revitalizing the Patent System to Incentivize Pharmaceutical Innovation:

The Potential of Claims with Means-Plus-Function Clauses

Wanli (Lily) Tang

制药工业依赖于创新。然而，许多创新性公司削减了它们的研究和开发投资，眼睁睁地看着自己的新推产品枯竭，在某种程度上，是因为缺乏足够的专利保护。本注解识别了导致专利保护不充分的两个主要因素。第一，药品专利早期通常受一般制造业的挑战，而1984年克斯曼法却鼓励一般制造业的发展。第二，由于等同原则的有限适用，药品专利的范围有时会被过度地限制。结果，药品专利，特别是麻醉产品专利，很容易回避设计，不能为创新性公司提供必要的保护以收回它们的研发成本。

本注解主张手段加功能条款应该更广泛地应用于药品专利，以作为解决该问题的潜在方案。手段加功能请求权，尽管经议会在1952《专利法》中授权，却未能被药品产业充分利用。本注解主张该请求策略对于药品专利不仅仅恰当而且特别有效。手段加功能请求权会给麻醉产品专利足够的范围，即使有等同原则的有限适用，因而，它能够创新性公司提供必要的保护去阻止一般制造业的频繁攻击。最后，本注解考察了将手段加功能请求权应用于药品专利预期造成的问题，并且提出可行的解决方案。(2013年2月 第62卷第5期第1069页以下)

最高法院的私法理论

The Supreme Court's Theory of Private Law

Nathan B. Oman & Jason M. Solomon

在本文中，我们从私法的视角，重新讨论了最高法院近期受理的斯奈德诉菲尔普斯案件中涉及的私法与第一修正案间的冲突。我们这些学者是将司法作为个

人正义来写的，近年来，这一观点已经消亡了，但是现在却受到人们的青睐再次流行。

我们的主张是最高法院的私法理论导致私法学说在许多领域都受到了曲解，包括在斯奈德案中第一修正案与民事侵权行为的冲突。从惩罚性赔偿到优先购买等领域，最高法院都已采用了特别的、支配性的，却受到激烈争论的私法理论。正是这些理论使私法完全不再私有化；私法成为政府调控不可缺少的一部分，或者是“伪装的公法”。

第一部分简单地概述了那种法律观点是如何产生的，并且描绘了与其相互矛盾的观点，即私法是个人正义。第二部分，我们简要追溯了关于第一修正案与私法，特别是侵权法之间紧张关系的学说发展历程，以及它是如何帮助产生在斯奈德案中展现出的私法作为政府调控手段的观点。我们也指明斯奈德案中受争论的主要诉求，即故意精神伤害侵权，对于法院的私法理论来说是特别差劲的工具。相对较近的时间里，学者和法官将侵权发展作为受伤害的原告的一种救济方式，但这些原告却得不到救济。

第三部分提出了本文的中心主张。我们主张斯奈德案中提出的私法作为政府调控的概念是多种因素的结合：（1）法官在第一修正案中使用的学说工具，（2）国家行为学说的单一属性，（3）工具主义的影响，特别是对于隐藏需要救济的原告代理和国家利益的影响，以及对于优先给予赔偿这一特别观点的影响。第四部分，我们介绍了分析所带来的一些规范性或者指示性的启示，接着作出总结。

（2013年3月 第62卷第6期第1109页以下）

通知和罗斯福新政

Notice and the New Deal

Mila Sohoni

罗斯福新政最高法院修订了一套众所周知的宪法学说。法律学术主要关注三个领域发生的变化——联邦主义、代表团以及经济自由。本文确认了新政立宪制度中一种新的重要的第四种成分：宪法学说中正当程序通知的变化，该学说为宪法适当性通知规定了最低标准。正当程序通知的法律——它涵盖了模糊原则、溯及既往原则以及宽大规则——在罗斯福新政期间发生了巨大的变化，以使其具有

更小的透明度，容许更多的溯及既往。结果是差点彻底消除了以通知为基础的，不同于在第一修正案模糊攻击的有限背景下设置的成功挑战。

与这一时期更有名的学说变化不同的是，正当程序通知学说的变化，要么是法律体系的问题，要么是政治问题，对于适应新政立法议程来说并不是显然必要。然而，正当程序通知在这个时代遭遇了根本的变革，因为法院开始认为正当程序通知遵从立法和执法决策的重大转变需要正当程序通知学说的放松。顺从和通知之间的联系对于法院法律通知的最重要观众——国会有着重大的功能效应。通过放松对正当程序通知学说的苛责，法院极大地降低了联邦立法的制定成本，因而促进了正当程序通知学说的扩展。这是一个显然至今未被认可的机制，法院通过此机制在这一时期增强了国家势力，并且鼓励了新兴行政国家的昌盛。

和新政的许多“安置”一样，正当程序通知学说的再形成如今是法院无法平息的主题。意识到正当程序通知学说在新政中根深蒂固对于理解这些不间断的司法辩论是至关重要的——并且对于开始描绘关于这一重要学说未来形态的思维活动也起到关键作用。（2013 年 3 月 第 62 卷第 6 期第 1169 页以下）

债务限额和宪法：第十四修正案如何禁止财政阻挠

The Debt Limit and the Constitution: How the Fourteenth Amendment

Forbids Fiscal Obstructionism

Jacob D. Charles

法定债务限额限制出借用于承担政府财政义务的资金。另一方面，第十四修正案公债条款授权所有的政府财政义务都应该得以履行。本注解主张违背公债条款的情形如下：政府行为使公债有效性遭到重大质疑，标准是政府行为并未达到拖欠或者直接拒付公债的程度。注解提出一个测试以测定深深质疑是何时产生的。这一深深质疑的测试分析了政府行为时的政治和经济环境以及债务持有者所表现出的主观理解。运用该测试，本注解总结尽管在 2002 年关于债额限度的争论期间国会行为没有违背公债条款，但国会在 1995-96 和 2011 年债额限度争论

期间的行为却违背了公债条款。基于行政权本位主义的考虑，可以得出该属性是总统在国会行为并未使公债有效性产生违背宪法的情形下忽略债务限额的基础。（2013年3月 第62卷第6期第1227页以下）

授权：州与联邦计税基数保持一致

Delegating Up: State Conformity with the Federal Tax Base

Ruth Mason

国会利用所得税达到政策目标。各个州通过引用联邦所得税基数作为评估州所得税的出发点表现出一体化，因而将联邦税政策引入他们自己的税法体制。但是联邦税政策反映的是国家，而不是州的政治决策。本文提请注意遵守计税基数的一致性，并说明其优点与不足。一致性保存了立法、执法和司法的资源，并且减小了纳税人的履行负担。然而，与此同时，各个州遵守计税基数的一致性等于是向联邦政府让渡了它们的税务自治权，因而危害了联邦主义价值，比如说管理多样性和权力的分散。各个州保持一致性也使它们自身面临因不断变化的联邦税法而产生的税收易变性。尽管有这些担忧，联邦和州的计税基数保持一致所具有的管理和履行优势是如此重大以至于各州不可能拒绝它。因此，本文只在有限的程度内介绍减少计税基数一致性的负面影响。（2013年4月 第62卷第7期第1267页以下）

出口、表达和不忠实

Exit, Voice, and Disloyalty

Heather K. Gerken

（原文无摘要）

（2013年4月 第62卷第7期第1349页以下）

将私人利益学说应用于农田保护地役权

Applying the Private Benefit Doctrine to Farmland Conservation Easements

Paige Madeline Gentry

农田或者可耕地保护地役权有两个功能。一个具有慈善性质，预防外部空间被开发利用；另一个具有实践意义，维持土地用于农业生产。然而，这些功能给地役权本身带来了压力，当地役权意在部分保护农田时，地役权会迫使保留地役权的土地信托在两种功能之间进行选择，这样地役权就会威胁到农田的持续生存能力。

中立效应修正是指对可耕地地役权的修正，它们能够使农民提高农田产量或者改善农田的生存能力，而不会伤害地役权的保护价值。这些修正似乎大有益处：土地信托可以增进保持农用地产量这一目标，同时，不会牺牲维持土地保护价值的另一目标。然而，批准这一修正，土地信托很可能违背了私人利益学说，承担丧失其免税地位的风险。本注解主张美国国税局应该明确作出决定，禁止私人利益学说应用于关于农田和可耕地保护地役权的中立效应修正。（2013年4月 第62卷第7期第1387页以下）

最高法院涉足州水量分配立法

The High Court Wades into State-Law Water Allocation

Logan Starr

州与州之间的水事纠纷是长期以来最高法院初审管辖权的最主要组成部分，各主权国家解决他们水事问题的传统讨论平和地竞争着。超过一个世纪的时间，这些仍然是君主之间的争论，直到2010年，法院许可私人权利公司介入该争论。这一决定公然蔑视了主权国家对水资源的控制权，但是它的影响却超乎高官们的担忧。根据公共信托原则，各州长期负有信托责任，即为了它们的公民利益着想，在边境内分配水资源。随着全球环境变化和日渐增长的能源生产需求给美国水资源带来持久的压力，法院的决定将进一步使各州努力为未来制定具有反响的水政

策。（2013年4月 第62卷第7期第1425页以下）

行使固有司法权解决国家预算纠纷

Using Inherent Judicial Power in a State-Level Budget Dispute

Andrew W. Yates

州法院面临财政危机。自从20世纪90年代中期以来，州议会为司法系统提供的资金有所停滞或者减少。州法院利用减少的资源，难以充分实现正义和调节纠纷。解决该危机的方法在于固有司法权利原则。在历史上，法院使用过固有权利要求地方立法机构提供额外的资金以弥补断断续续的开支。然而，使用固有权利去克服司法预算的全部不足，经证实是有问题的。根据现存固有权利原则的陈述，州法院争辩遍及全州的足额司法预算会导致两个问题。首先，通过启用固有权利来迫使议会提供额外的资金，法院会剥夺立法机关的拨款权利。第二，州法院通过政治程序拿取一部分的州预算会威胁到他们自己的合法性。

为了解决这些问题，本注解提议重塑固有权利原则。明确地说，州法院只有在执行联邦和州宪法规定的职责时，达到绝对必要标准，才能启用固有权利对抗立法机关。这一新标准限制了固有权利在威胁司法执行宪法规定的功能能力情形下的使用。通过限制许可固有权利的使用，该标准关注了权力分立并且保护了司法的公共合法性。（2013年4月 第62卷第7期第1463页以下）

（黎新平 译）

（应童 校）