

杜
克
法
律
杂
志

王健法学院编译室

二零一五年第五期

总第三十期

目录

立法与规则的案例研究：联邦税法下政治运动干预的定义	
A Case Study of Legislation Vs. Regulation: Defining Political Campaign Intervention Under Federal Tax Law	
Ellen P. Aprill	7
行政程序法出台前税收规则的历史	
A History of Tax Regulation Prior To The Administrative Procedure Act	
Bryan T. Camp	7
管理现有的税收制度	
Administering The Tax System We Have	
Kristin E. Hickman	8
合理的解释与国内收入署的裁定	
Reasoned Explanation And IRS Adjudication	
Steve R. Johnson	8
上诉是否应当顺从税收法院	
(Un)Appealing Deference To The Tax Court	
Leandra Lederman	9
或许，终究只是有点特殊？	
Maybe Just A Little Bit Special, After All?	
Lawrence Zelenak	9
选择不去选择	
Choosing not to Choose	
Cass R. Sunstein	10
温莎及其不满：州所得税之于同性伴侣的意义	
Windsor and its Discontents: State Income Tax Implications for Same-Sex Couples	
Haniya H. Mir	11
先拒绝后驳回：反思证券集团诉讼中的美国收费规则	
First Rejection, then Dismissal: Reconsidering American Pipe Tolling for Securities Class Actions	

Christine E. Turner	11
好莱坞交易：软合同与硬市场	
Hollywood Deals: Soft Contracts for Hard Markets	
Jonathan M. Barnett	12
不平等试验中心：州内试验以及外语学生的教育机会	
Laboratories for Inequality: State Experimentation and Educational Access for English-language Learners	
Matthew P. O’Sullivan	13
作为“国家强权”的领土合并	
Territorial Annxation as a “Great Power”	
Daniel Rice	13
再议许可权：行政国管理许可理论与实践	
The Permit Power Revisited: The Theory and Practice of Regulatory Permits in the Administrative State	
Eric Biber & J.B. Ruhl	14
州超荷负债的事前应对策略	
An Ex Ante Approach to Excessive State Debt	
Vincent S.J. Buccola	15
12 位迷失之人：运用流程图判决表单缓和相悖的民事判决	
12 Confused Men: Using Flowchart Verdict Sheets To Mitigate Inconsistent Civil Verdicts	
Jerry J. Fang	16
因果关系的核未来：将按份责任运用到普莱斯-安德森法案中	
Causation’s Nuclear Future: Applying Proportional Liability to the Price-Anderson Act	
William D. O’Connell	17
证据和推断：对药品和设备的非适应症型使用的规范机制	
Evidence and Extrapolation: Mechanisms for Regulating Off-Label Uses of Drugs and Devices	
Ryan Abbott & Ian Ayres	18

维持义务	
The Duty To Maintain	
Nadav Shoked	19
搜寻外国罪犯：根据第四条和第五修正案的正当程序条款向外国法人送达传票	
In Search of Monsters Abroad: Serving Summonses on Foreign Organizations Under Rule 4 and Fifth Amendment Due Process	
Kyle M. Druding	19
健康保险流通与责任法案：正处激烈交锋	
HIPAA: Caught in the Cross Fire	
Stephanie E. Pearl	20
“同教徒商业”的挑战	
The Challenge of Co-religionist Commerce	
Michael A. Helfand & Barak D. Richman	21
家庭规则	
Home Rules	
Sarah Swan	22
阴谋和幻想辩护：奇怪的“食人魔”警察案	
Conspiracy and the Fantasy Defense: the Strange Case of the Cannibal Cop	
Kaitlin EK	22
对《美国残疾人法》中“赌博成瘾精神障碍”不属于残疾的质疑	
Challenging the Exclusion of Gambling Disorder as a Disability under the Americans with Disabilities Act	
Kathleen V. Wade	23
最好的留在最后：美国最高法院判决时间安排	
The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions	
Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner	24
普遍管辖权，外国人侵权索赔法和 Kiobel 案后的跨国公法诉讼	
Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public-Law Litigation After Kiobel	
Ernest A. Young	24

无人机与美国宪法第四修正案：重新定义隐私期待	
Drones and the Fourth Amendment: Redefining Expectations of Privacy	
Matthew R. Koerner	25
给民众帮倒忙：行为经济学以及以不变应万变	
Doing the Public a Diservice: Behavioral Economics and Maintaining the Status Quo	
Alison M. Newman	26
限制解释与宪法文本	
Constructed constraint and the constitutional text	
Curtis A. Bradley and Neil S. Siegel	27
儿童身体完整权的建构	
Constituting Children's Bodily Integrity	
B. Jessie Hill	27
投票混乱	
Ballot Bedlam	
Samuel Issacharoff	28
恐怖主义时代中的机密信息程序法：基于罪名特定放法的重塑	
The Classified Information Procedures Act in the Age of Terrorism: Remodeling CIPA in an Offense-Specific Manner	
Arjun Chandran	28
无法抵抗的吸引力：基于空想的戒备心理重新思考性别歧视诉讼	
An Irresistible Attraction: Rethinking Romantic Jealousy as a Basis for Sex-Discrimination Claims	
Kristy Dahl Rogers	29
分权分析中的超越形式主义和功能主义：在诺埃尔罐头制造厂案后对任命权进行 重新构造	
Transcending Formalism and Functionalism in Separation-of-Powers Analysis: Reframing the Appointments Power After Noel Canning	
Ronald J. Krotoszynski Jr.	30
参议院的批准延迟对机构所形成的不确定的影响	
The Uncertain Effects of Senate Confirmation Delays in the Agencies	

Nina A. Mendelson	31
委任，创新以及司法-政治的分立	
Appointments, Innovation, and the Judicial–Political Divide	
Gillian E. Metzger	32
通过改革“阻碍议事程序”的规则减少行政机关和法院的空职?对 1981–2014 间	
委任批准率和延误率的审查	
Shortening Agency and Judicial Vacancies Through Filibuster Reform? An	
Examination of Confirmation Rates and Delays from 1981 to 2014	
Anne Joseph O’Connell	33
历史视角中的“建议和同意”	
“Advice and Consent” in Historical Perspective	
Russell L. Weaver	34
司法独立与宪法救济的定量配给	
Judicial Independence and the Rationing of Constitutional Remedies	
Aziz Z.Huq	35
法规的文本解释	
Regulatory Textualism	
Jennifer Nou	35
类比路径：毁灭电子证据的处罚与对《联邦民事诉讼规则》第 37 条（e）款提出	
的修正案	
Analog Solutions: E-discovery Spoliation Sanctions and the Proposed Amendments to	
FRCP 37(e)	
Scott M.O’Brien	36
新的股票市场：有意义与无意义	
The New Stock Market: Sense and Nonsense	
Merritt B. Fox, Lawrence R. Glostén & Gabriel V. Rauterberg	37
死亡以及削减文书工作	
Death and Paperwork Reduction	
Adam M. Samaha	38

定义未遂：曼杜哈诺的错误

Defining Attempts: Mandujano's Error

Michael R. Fishman

38

立法与规则的案例研究：联邦税法下政治运动干预的定义

A Case Study of Legislation Vs. Regulation: Defining Political Campaign
Intervention Under Federal Tax Law

Ellen P. Aprill

《国内税收法规》第五百零一条第三款第四项的规定，即政治活动干预是否应当受到社会福利组织税收豁免规定的管理，已成为近期争论的主题。在受到关注之前，在两个知名的非营利性组织的赞助下，一群在该问题方面专门的、有经验的专家进行了一个项目，以理清税收豁免的政治活动的相关规则。由于这些问题已成为全国性新闻，亮线工程也将规则的提案转变为立法语言。一套规则存在两种版本，分别为规章和法规，这为比较行政法中税收规则的建立采用立法法规还是行政规章提供了天然实验。本文将对这一问题进行检验。如果税收裁定对规则的解释与奥尔诉罗宾斯案和鲍尔斯诉赛米诺石沙公司案一致，那么结论是：与制定详细的立法相比，将政治活动干预的原始定义作为规则进行颁布，将为国内收入署通过免税组织监督政治活动干预提供更大的权力。但是，本文也建议拓宽立法的指导，其次是规则，接着是税收裁决，以达到民众关注和管理灵活性之间的最佳平衡。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1635 页以下）

行政程序法出台前税收规则的历史

A History of Tax Regulation Prior To The Administrative Procedure Act

Bryan T. Camp

《行政程序法》（APA）与税务管理的关系已成为学校和法院愈加关注的问题。此中的一些关注评论了财政部长期以来持有的观点：在对《国内税收法》第七千八百零五条第一款规定基本承认的基础上颁布的税收规则，是在《行政程序法》意义范围内的解释性规则。本文回顾了《行政程序法》颁布前税收管理近一百五十年的历史，以表明这一长期持有的观点的来源和基础。本文同时认为，

将《行政程序法》一般条款适用于税收管理时，必须认识到税收规则在《行政程序法》之前的历史。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1673 页以下）

管理现有的税收制度

Administering The Tax System We Have

Kristin E. Hickman

至少在税收法典对增加财政收入功能的重要性方面，从行政法学说和需求角度对税收例外主义的传统理解已经被建立。然而，国会对政府项目的管理越来越依赖国内收入署，而这与增加财政收入并无重要关联，反倒和将政府收益分配给经济弱势、获补贴批准的活动，以及管理某些经济部门如非营利、养老金和医疗保健有密切联系。由于财政部和国内收入署将注意力从增长财政收入转移至其他事项，一般行政法规范中的税收例外主义以税收为目的的理由也逐渐消退了。为论证这一转变，本文对财政部和国内收入署的监管活动进行了实证分析。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1717 页以下）

合理的解释与国内收入署的裁定

Reasoned Explanation And IRS Adjudication

Steve R. Johnson

根据《行政程序法》（APA），如果该机构不能就其选择做出充分的解释，那么一个任意或反复的行政行为是无效的。这一原则对机构的裁定和规章同样适用。那么，这一原则将如何适用于国内收入署的裁定呢？在检查了国内收入署做出的决定中的五个范例后，首先，本文认为国内收入署从事了《行政程序法》形式的裁定。接着，本文检查了税收的特殊解释需求，并且提出了疑问：是否需要将《行政程序法》中更加严格的解释义务施加在国内收入署的决定上。基于不同的法律的和审慎的考虑，本文得出如下结论：这种额外的义务对国内收入署的评

美国税收法院（税收法院）是审理联邦税收诉讼案件最多的地方，在联邦政府中有着非同一般的地位。它是一个司法部门以外的联邦法院，但是它的决定是可向联邦上诉法院进行上诉的。这一奇怪的结构，再加上该法院作为行政部门独立机构的历史，会产生一些重要的问题，如对其决定应当使用何种审查标准。尤其是，上诉法院是应当将税收法院的决定与地方法院的税收案件同等对待，还是如同美国最高法院在 1943 年多不森诉委员案中所持的观点那样，上诉法院需要适用更加恭敬的标准来审查该机构的决定。征收决定（即在评价后，在何时、以何种方式进行强制征收）是有效的。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1771 页以下）

价决定（即欠缺的税收债务的数量）而言基本是不明智的，但是对国内收入署的

上诉是否应当顺从税收法院

(Un)Appealing Deference To The Tax Court

Leandra Lederman

回答这一审查标准的问题，将同时涉及到法律和政策。与一些学术观点相反，本文认为，作为一个理论问题，多不森规则已不存在，而上诉法院必须适用与地方法院案件中相同的司法审查标准。本文进一步认为，上诉审查理论也支持这一结论。多不森规则是由美国最高法院罗伯特·杰克逊法官设计的，用以减少税收立法数量的工具。尽管税收立法特别的分散化、税收法院也有其他的转化视角，但是这些不同点并不支持其与上诉审查背后的政策相分离。因此，上诉法院应当在解释上对税收法院和地方法院进行区别的对待。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1835 页以下）

或许，终究只是有点特殊？

Maybe Just A Little Bit Special, After All?

Lawrence Zelenak

税收专家中的一种普遍态度是，税收是特殊的（主要是因为其独特的复杂性），并且在税收法规中应当适用特殊的法律规定。这一态度已经被学者描述、指责为“税收例外主义”或“税收近视主义”。在 2011 年梅奥药物教育和研究基金会诉美国案的态度中，最高法院给予税收例外主义以严重的打击。该案中，最高法院认为，雪佛龙规则确立的决定有效性的规则，如同在其他领域般，它在税收中同样适用。一个评论员将梅奥案作为税收例外主义的丧钟，并宣称“在 2011 年，税收界终于承认了这一鲜明的事实：税收法并不特别”。在许多障碍和限制下，本文提出对例外主义学者和例外主义的反对。本位为反对提出了三个观点。第一，并没有那么多的税收专家认为税收是特殊的，反而是其他人认为税收是一个单独的事务。第二，在某些程度上，税收专家确实认为税收是特殊的，如同反垄断律师认为反垄断是特殊的、破产律师认为破产是特殊的等等。换句话说，税收例外主义并没有什么异常。最后，在某种程度上，税收专家不仅仅认为税收是特殊的，还认为这比反垄断律师认为反垄断是特殊的更加特殊。他们可能并不是全部错误的。也许税收真的终究只是有一点特殊。（【美】《杜克法律杂志》第 63 卷第 8 期【2014 年 4 月】第 1897 页以下）

（吴莉莉 译）

（吴 晶 校）

选择不去选择

Choosing not to Choose

Cass R. Sunstein

选择可能是特别的受益，也可能是巨大的负担。在某些背景下，人们会主动选择不去选择，或者在经受询问时，选择不去选择。在某种程度上，人们因为“带宽”的限制，或者因为意识到自己缺乏相关信息，并存在潜在偏见，所以有时会想要其他人来为其做出选择。例如，许多人不愿意对其健康计划或退休计划做出选择；他们想将那些选择权委托给本人信任的私人机构或公共机构代为行使（人们也很有可能乐意支付一笔数量可观的报酬给那些愿意接受此种委托的个人）。这一点表明，积极选择与家长主义之间的界限，尽管已为人所普遍接受，但时常

是虚假的。当私人机构或公共机构不顾人们不愿选择的要求，并坚持作出积极的选择时，它们很有可能就是在依家长主义行事，通过一种需要选择的家长主义形式行事。如果允许人们决定不参与选择支持某种错误（从这种意义上讲，就是允许人们不去选择），那么就可将积极选择视为一种自由家长主义形式，这一形式也常常是有吸引力的；而在要求人们选择的情况下，积极选择则是一种非自由家长主义形式。对于普通人和私人或公共机构而言，支持积极选择或者选择不选择的最最终判断，很大程度上取决于决策的成本和错误的成本。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 1 页以下）

温莎及其不满：州所得税之于同性伴侣的意义

Windsor and its Discontents: State Income Tax Implications for Same-Sex Couples

Haniya H. Mir

在美国诉温莎一案中，联邦最高法院推翻了联邦婚姻保护法第三章的规定。此后不久，国内税收署发布一项条例，条例规定了在何种情况下，可将所有同性伴侣的婚姻视为符合联邦税收目的的结合。考虑到各州在某种程度上几乎都遵照联邦税收制度，以便于使纳税人的计算负担，记账负担和遵从负担降到最低，国内税收署条例针对一特定情况，即，针对那些虽为合法的已婚同性纳税人，但却居住在不承认同性婚姻的州内这一情况，提出了许多州内征税问题。

本文对于温莎案后国内税收署条例的影响进行探究，该影响是针对在不承认同性婚姻的州内居住的同性伴侣的税收问题，这些州虽然不承认同性婚姻，但是却要求纳税人在完善其州内纳税申报单之时参考其联邦纳税申报单。本文详述了受影响州和不相干州所采取的纳税申报方式，以及大多数已婚同性伴侣所面临的联邦税收处理方法，该同性伴侣居住在不承认同性婚姻的州内。最后，本文通过一项讨论结束全文，该讨论是关于已婚同性伴侣可以基于宪法性法律和行政性法律，对于州内税收政策提出质疑，只要这些政策导致同性婚姻在州一级受到歧视待遇。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 53 页以下）

先拒绝后驳回：反思证券集团诉讼中的美国收费规则

First Rejection, then Dismissal: Reconsidering American Pipe Tolling for Securities
Class Actions

Christine E. Turner

在美国管道建设公司诉犹他州一案中，联邦最高法院创立了集团诉讼的收费规则，该规则使得在法院核证集团诉讼期间，对于所有提出反担保诉讼的集团成员而言，诉讼时效中止。尽管最高法院的分析聚焦于《联邦民事程序规则》第二十三条背后的政策，但是打算适用收费规则的各法院却将其分析扩展至这样一些问题上，例如，收费规则在性质上是否公正合法，以及收费规则是否也适用于除斥期间。最近，在底特律警察消防退休机构诉因迪美银行一案中，第二巡回法院认为《证券法》第十三条规定的除斥期间不能适用收费规则。

本文对联邦最高法院在美国管道公司一案中的说理，以及除斥期间背后的特殊政策一并进行了探究，并认为如果将美国收费规则扩展至某些情况，该情况与因迪美一案中原告所面临的情况确实相似，并不会损害第十三条除斥期间规定背后的政策。但是一般来说，在此限定条件下，收费规则会受到美国管道一案中的说理，《联邦民事程序规则》第二十三条背后的政策以及私人证券诉讼框架的支持。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 1 期【2014 年 10 月】第 99 页以下）

好莱坞交易：软合同与硬市场

Hollywood Deals: Soft Contracts for Hard Markets

Jonathan M. Barnett

通常，涉及重大投资的好莱坞电影项目，是按照未签名的“交易备忘录”和不具有确定法律效力的协议草案行事的。这些“软合同”构成了一套混合性文件，该文件适用于具有交易风险的环境中，在这种环境下，无论是正式合同还是声誉效应，即使付出任何合理代价，都不足以详细说明并执行当事方的承诺。不具有确定执行力的合同中隐含一项终止并重新谈判的选择权，这一权利使得合同各方能灵活应对多变的环境，并伴以法律责任作为威胁，以此来保证各方一定的交易

安全。从诉讼记录，行业刊物报道以及实地访谈中收集的证据表明，当事方对于“软合同”或“硬合同”的选择遵从边际成本—收益计算方法，该方法以最低的交易成本保证了当事方的承诺。在电影制造中，由不同阶段，不同元素，不同当事方所挑选的规范化水平具有明显区别，这些区别反映了声誉资本，交易经验，沟通成本，执行成本以及延误风险方面的根本性差异。针对好莱坞电影产业成立以来的诉讼记录和行业刊物报道所做的一项调查表明，作为长期雇佣合同的替代品，软合同的出现，在“工作室制”的时代下，保障了工作室和天才的承诺。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 4 期【2015 年 1 月】第 605 页以下）

不平等试验中心：州内试验以及外语学生的教育机会

Laboratories for Inequality: State Experimentation and Educational Access for English-language Learners

Matthew P. O'Sullivan

考虑到州内对于使用少数语言敌意的增加，以及各州用不断变化的，有时是不充分的方式为外语学生提供食宿，联邦干预对于保护这些脆弱的语言少数派而言是必需的。但是，自 21 世纪早期以来，在联邦最高法院和国会的刺激下，联邦政府越来越与州立法者和外语学生教育所在地的地方学区保持高度一致。对于“顺从不值得”的逐渐接受导致了对某些证据的忽视，该证据是关于州在外语学生教育上的失败，以及州所做的不服责任的实验，该实验以牺牲英语水平有限的学生的权利为代价。这显然违背了外语学生教育领域的历史实践，尽管联邦比以前更加坚定地介入州教育政策的资助和塑造。

通常，通过证明外语学生能够获得有意义的教育，可能会削弱州控制教育政策这一传统概念。但是历史实践强有力地支持了联邦政府保护脆弱语言团体的能力，通过使联邦资金的投入取决于满足联邦教育标准的程度，联邦实现了其保护能力。《平等教育机会法》的精神，联邦最高法院有关获得教育的先例，以及《州共同核心标准倡议》的学校课程同盟都建议，国会应该发挥其控制州教育资金的影响力以保护外语学生。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 4 期【2015 年 1 月】第 671 页以下）

作为“国家强权”的领土合并

Territorial Annxation as a “Great Power”

Daniel Rice

近来，罗伯特法院开始重新使用一项长期潜伏的结构性宪法原则——即，某些未列举的权力太过重要，因而不能通过必要和适当条款推断出来。该抽象理智理论认为，某些权力太过“强大”，因而不能仅仅通过暗示而授予。这一结构逻辑貌似随时准备征服联邦最高法院的主要判决。但是，究竟是什么导致了对某一概念的描述如此理论化，在很大程度上仍是不清楚的。现在，该是时候去对“国家强权”的领域进行调查，以便于形成一个不花哨的，并具有司法执行力的国家强权学说。

本文认为一项合并外国领土的权力就属于太过重要，因而属于不能通过必要和适当条款推断的权力。因为宪法没有列举领土获得权，因此，国会漠视了国家强权在通过联合决议合并德克萨斯州和夏威夷州一事上的限制。自 1845 年以来，《美国国会议事录》的争论显示，德克萨斯州合并一事的反对者已经大胆地提出了该论据。本文对于他们所遗忘的宪法性要求进行了探究，该要求强调历史背景的合并是国家强权产生的原因之一。

本文通过反思领土扩张的宪法基础，意在说明法官不能一贯的诉诸国家强权原则。国会针对合并问题所做出的，曾被忽略的花言巧语，为识别其他的国家强权提供了新的诊断工具，使得学者能够避开看似陈旧的检索条目。事实上，本文首次尝试去识别那些推翻了国家强权基础的联邦法：可以合理地理解法院在 *Afroyim v. Rusk* 一案中的判决，即，法院认为驱逐出境的权力太过重要，因而不能通过必要和适当条款推断出来。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 4 期【2015 年 1 月】第 717 页以下）

（魏 琪 译）

（邱凯乾 校）

再议许可权：行政国管理许可理论与实践

The Permit Power Revisited: The Theory and Practice of Regulatory Permits in the
Administrative State

Eric Biber & J.B. Ruhl

20年前，理查德爱泼斯坦教授曾向行政国开火，此概念未在法学界未得到广泛回应便消失了。理查德的针对的是“许可权”，拥有许可权的立法机关可通过法规禁止特定的活动，并可授予行政机关自由裁量权在管理中许可该机构指定条款的活动。爱泼斯坦将许可权准确的描述为“一国巨大的权力”，该权利在学术文献中并未得到广泛关注，他为此而哀叹。他寻求着填补鸿沟的方法。基于许可权代表“法律体系中合理分权的完全倒置”这一前提，爱泼斯坦严厉批评了正在运行的管理许可制度，谴责其推动了滥用行政权和越权现象的发生。

爱泼斯坦对许可权的评价三点至今仍是正确的：1、许可范围广。2、促进行政权滥用。3、长期以来被法学学术界忽视。问题是：在他对行政权的正确评价之外，他的大部分批评都是建立在对许可理论和实践不完整的讽刺之上。

本文是自爱泼斯坦批评后首次全面评论了许可权，对行政国下管理许可理论和实践进行了深度解释。本文开篇界定了各种类型的管理许可并描述了管理许可的范围。之后本文比较了各类许可设计方案，探索了普通许可的优势，包括其可缓解爱泼斯坦提出种种担忧。接着，本文将理论模型运用到环境恶化问题中，得出的结论是：在特定情况满足的情况下，普通许可可能有效应对将来许多复杂的政策问题。最后，本文提出了一套关于许可设计的缺省规则及免责条款，并写明如何将其运用到复杂的政策问题中去，这丰富并发展了爱泼斯坦首创的学术研究。

（【美】《杜克法学杂志》第64卷第2期【2014年11月】第133页以下）

州超荷负债的事前应对策略

An Ex Ante Approach to Excessive State Debt

Vincent S.J. Buccola

近期的经济衰退将美国许多州恶化的经济情况暴露无遗。与此同时，衰退也重新引起了学术界对于州过度负债问题的兴趣，包括其成因及可行性解决措施。一些学者视风险外化为体系化过度负债的首要动因，他们提议的一种解决手段是在这些州制定破产立法。立法的提倡者们认为正式的负债调节机制可以减少对联邦政府紧急救援的请求，从而减少导致过度负债的道德风险。但是鉴于州政府拥有制定违约条款的单边权利，那些投机取巧的州很难主动采取事后负债调节机制。实际上，本文表明的是如果破产立法如此迫切需要，即便在现行法律下，州政府也可有效选择适用联邦破产程序第九章。事前措施是必要的。

本文介绍了一种事前解决措施：“税收抵免借款”。此种办法只需对税收政策做些微调整便可比破产立法更有效的降低风险外化。文中税收抵免借款措施的优点是：抓住当前的主权豁免学说的核心即原告/被告区别从而排除违约风险。确保没有违约威胁，州政府在救援协商中的杠杆作用会减弱，随之而来的道德风险也会大大降低。但是即便代理机构问题（而非风险外化）更好解释了州政府借款习惯，税收抵免借款也将对州财政政策产生重大影响。本文阐述了零风险负债如何降低借款成本，如何改善州政府官员的监管。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 2 期【2014 年 11 月】第 235 页以下）

12 位迷失之人：运用流程图判决表单缓和相悖的民事判决

12 Confused Men: Using Flowchart Verdict Sheets To Mitigate Inconsistent Civil Verdicts

Jerry J. Fang

陪审团裁决的终局性表明陪审团决定的公正性为社会所接受。然而陪审员不是永远正确的，不幸的是他们被分派到的问题也总是含糊不清。审期之长、主旨之复杂、事实背景之浩淼、法律之隐晦，这一切汇聚一场完美风暴，即便是最有能耐的陪审员也会混乱。尽管联邦民事诉讼程序规则中的判决规则可以解决矛盾的裁判，规则第 49 条规定的救济方法很明显是让陪审团重新提交裁决，组织一场新的审判，这不仅费时，还增加了陪审员、诉讼当事人和司法系统的金钱成本。民事诉讼愈加复杂，导致陪审员犯错的机率增大，重新断案成本的增加，使得民

事诉讼的风险也愈大。

本文提议建立流程图裁决表单作为应对陪审员困惑的预防方法。流程图裁决表单建立在现有的法律改革建议之上，以加深陪审员的理解程度，并减少了陪审员的困惑。该表单融合了各种有效的可视化设计原则。陪审员困惑会导致裁决不一致，表单在裁决提交之前便可缓和困惑，从而使得司法体系避免了弥补相悖裁决所用成本。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 2 期【2014 年 11 月】第 287 页以下）

因果关系的核未来：将按份责任运用到普莱斯-安德森法案 中

Causation's Nuclear Future: Applying Proportional Liability to the Price-Anderson Act

William D. O'Connell

在 25 年前，公共话语促使对核工业的更严格监管和更大范围的审查，这有效阻止了新核反应堆的建立。公共话语关注于人们对大型事故发生的担忧，即一旦大型核事故散发的核辐射引起癌变，国家的法院体系能采取哪些切实有效的办法应对。

国会对这一问题的回答就是普莱斯-安德森法案，这是一部内容丰富的法规，用于处理大型核事故受害者索赔的问题。地方法院在该法案的解释上反复遇到的障碍是：即便放射学认为核辐射癌变的起因更加复杂，法案规定法官必须适用州侵权法中证据优势这一陈旧的逻辑。在核事故发生后，该法案评判因果关系的规则不仅落后还自相矛盾，这使得事后补偿难以实现。

本文认为核能工厂的责任不能采用 18 世纪侵权法的规定。基于对当代科学结论：癌症拥有“统计学”一成不变的本质，本文建议为该法案制定统一的联邦标准，即推定被告增加的伤害风险与原告受伤有着正比例的因果关系。这一“按份责任”规则可公正的评价受害者的成本，从银行破产诉讼视角保护复苏的核工业。此外，该规则只需对法案中“损害”、“过错”的标准加以最小的调整即可有

效运转。【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 2 期【2014 年 11 月】第 333 页以下)

(吴 晶 译)

(李梦玉 校)

证据和推断：对药品和设备的非适应症型使用的规范机制

Evidence and Extrapolation: Mechanisms for Regulating Off-Label Uses of Drugs
and Devices

Ryan Abbott & Ian Ayres

目前政府只批准使用具有足够安全性和有效性证据的药品，对于以证据为基础的监管手段，一个反复提起的基本问题就是是否要将这种批准扩大至当前缺乏此类证据的药品的使用。在药品方面，这个“推断性”问题会在以下情形中发生，即一种经过批准的药品或设备已经进入了市场，又正在考虑适用（1）新的条件（如非常规性的诊断类别）；（2）新的病人（如新的亚种群）；（3）新的剂量或使用期；（4）作为批准相关药品或设备的基础（如作为不受商标保护的药品或生物仿制药）。预批准测试和预防性原则的逻辑首先不能产生任何危害，尽管该逻辑倾向于在传统的安全性和有效性证据出现之前，禁止推断性的批准，但是此种延迟将不合理地牺牲药品有益的用处。使用不安全产品的危害性必须与限制使用有效产品的危害性相平衡。事实上，美国食品和药品管理局（FDA）的当前规定在许多方面都拒绝了预防性原则，因为他们在很大程度上允许私人医师在药品测试完成之前，就开出非适应症型用药的处方。在药品和设备缺乏安全性和有效性支持的情况下，FDA 允许对它们的持续使用，这种方式虽然赋予了医师权力，但也超出了必要限度。本文提出了一个更加动态、渐进的证据基础制度，在代表过分传统的预防性原则的斯库拉和代表过分自由的 FDA 制度的卡律布狄斯之间，开辟了一道路。

笔者提出的方法要求完善报告、测试和实施方面的规定，以提供一个更具有层次感且精准的管制激励系统。首先，笔者提出要对非适应症型用药作出更加彻底的报告（通过揭示诊断代码和细化数据），这种报告要体现在生产者向 FDA 提交的年度报告以及不良事件报告中，还有医疗保险/医疗补助补偿款的要求中，

对于一部分 FDA 指定的药物，还要体现在处方本身之中。其次，我们将扩大 FDA 对上市后测试的使用，并提供一个评估上市后测试需要的全新框架。最后，我们需要一个层次化的标示系统，能够使监管者和法院在各种药物的使用中，对补偿款和责任作出更精确的区分，我们也会给 FDA 提供其目前所缺乏的监管力度和灵活性。总之，这些改革会完善 FDA 在以医师处方决策为基础的信息市场中的作用。这种渐进的推断性框架也能够应用在其它领域。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 3 期【2014 年 12 月】第 377 页以下）

维持义务

The Duty To Maintain

Nadav Shoked

财产与自由紧密相连。继封建财产制度消亡之后，英美法系中的财产所有权暗含了个人有在其土地上随意行为的自由。在他们看来，现代财产理论——无论是以权利为基础的，功利主义的或者相关的——都运用了自由的客观价值为所有权辩护。法院和学者一直承认一个事实，就是所有权人的这种自由不是绝对的：为了保护其他所有权人，一个所有权人在其土地上随意行为的自由通常要受到限制。然而，人们一致认为所有权人并不负有积极履行的义务。根据传统的观点，所有权人有选择对其财产不进行任何处置的自由。本文认为这种观点是错误的。所有权人没有忽视他们财产的自由。财产法一直使其负有将财产维持在一个特定标准的义务。这种义务，在这里称为“维持义务”，通过一系列的法律规则和惯例来履行。本文首次记录了这些规则和惯例，通过其运用的实施机制来对它们进行分类。本文也根据不同的财产理论，为这些规则和惯例以及普遍的维持义务证明了其合理性。按照这种方式，本文阐明了作为一项法律原则和一个客观概念的所有权，在本质上不可避免地包含了维持的义务。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 3 期【2014 年 12 月】第 437 页以下）

搜寻外国罪犯：根据第四条和第五修正案的正当程序条款

向外国法人送达传票

In Search of Monsters Abroad: Serving Summonses on Foreign Organizations Under Rule 4 and Fifth Amendment Due Process

Kyle M. Druding

最近，联邦检察官增加了对外国法人被告提起的刑事诉讼，这一事实揭示出了《联邦刑事诉讼规则》第4条在管辖规定上的缺陷。自从1944年获得通过后，第4条规则基本没有发生改变。它规定，在向法人被告送达强制传唤令的副本时，应将其邮寄至最后知悉的被告在相关区域的地址，或者是在美国其他地方的主要营业地。那些在美国没有主要营业地和住址的外国法人似乎在法律上无法接收送达，它们为法院的管辖带来了难题，法院对于如何处理这一问题产生了分歧。正如事实所示，管辖上的问题可能使大量本应由美国管辖的不法行为得到了有效的豁免。司法部和刑事诉讼规则咨询委员会已经对这一问题作出回应，提出了争议性的建议以解决第四条在管辖上存在的缺陷。

本文认同要解决管辖上的问题，但是认为应该以一种严格的方式去解决。过于放宽对外国法人被告的送达制度也许会首次实现对全域外行为的起诉，但这会违反第五修正案的正当程序条款。本文叙述了此种情形的简要内容，最后得出结论——遵照第四条合理有限的送达手段，再加上负责任地行使检察官自由裁量权，就能使任何风险都得到最好的限制。（【美】《杜克法律杂志》第64卷第3期【2014年12月】第515页以下）

健康保险流通与责任法案：正处激烈交锋

HIPAA: Caught in the Cross Fire

Stephanie E. Pearl

健康保险流通与责任法案（HIPAA）几乎等同于病人隐私法。相反，根据1968年枪支管制法的一处规定，国家犯罪背景快速检查系统（NICS）则要求披露个人信息，包括心理健康信息，而这也许会禁止他们购买枪支。

这两个法案引发了以下问题：如果 NICS 要求或建议报告的信息是受 HIPAA 保护的信息，那该怎么办？由于最近枪支暴力事件系由心理不健康的人所实施的，政府和非政府组织已经开始质疑，HIPAA 的隐私保密规定是否通过禁止报告心理健康信息而使国家的枪支管制措施失去了效力。2014 年初，卫生部对这些问题作出了回应，提出了一项允许向 NICS 报告相关心理健康记录的规定，作为 HIPAA 隐私保护的例外。

本文对于 HIPAA 和枪支管制法案之间是否存在不可逾越的冲突而使该例外规定具有合理性提出了质疑。本文分析了特定州的 NICS 报告实践，以解释应如何运用现存的联邦 NICS 报告法明确联邦 NICS 的提交标准，并认为卫生部提出的该项规定在法律上没有太大价值。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 3 期【2014 年 12 月】第 559 页以下）

（孙亚男 译）

（刘文丽 校）

“同教徒商业”的挑战

The Challenge of Co-religionist Commerce

Michael A. Helfand & Barak D. Richman

本文介绍了“同教徒商业”在美国的崛起--即信仰相同宗教的人之间商业交易的激增，他们的交易既有商业目的也有宗教目的。为求得生存，“同教徒商业”需要所有必要的法律支持来维持与其他商业形式的联系。这就涉及到必须执行合同，必须防止合同各方的侵权行为，必须可靠地裁决纠纷。

根据现行宪法原则，若要做到依法公正执行，同教徒之间的商业协议必须翻译成通俗的语言。但若脱离宗教术语及其语言结构，许多宗教商品和服务便无法被准确地翻译。为了解决这一问题，法院可以利用文本工具解释合同，从而为解释同教徒之间的商业协议提供必要的依据。但是，解释同教徒商业合同的文本工具却被两个现下的法律趋势所破坏--一个存在于宪法中，另一个存在于商法中。第一个是新形式主义，它使得法院无法用习惯规范和关系原则翻译商业票据；第二个被我们称之为“正教分离条款蔓延”，它描述了在解决有宗教语境的司法

裁决中不断增长的司法沉默的现象。这两种法律趋势共同使得法院无法用语境来解释和执行同教徒之间的商业协议。

本文提出，法院可以通过部分接受语境主义来保护同教徒商业。对上下文进行全面的解释使得法院能够推测当事人的意图并将商业内容和宗教内容区分开来，但这又是新形式主义和正教分离条款所排斥的。对同教徒各方之间意图的授权性解释和对影响同教徒商业的教条性的法律趋势的限制，可以在不妨碍个人信仰的前提下确保市场交易的顺利进行。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 5 期【2015 年 2 月】第 822 页以下）

家庭规则

Home Rules

Sarah Swan

为应对恃强欺弱、毒品滥用和犯罪行为等社会问题，成千上万的美国城镇通过了“为家庭成员和朋友的不法行为承担责任”的法令。父母责任条例规定：若子女恃强欺弱或参与条例中所列其他行为，他们的父母则会受到惩罚；租赁房屋的强制条款规定：若租客的家庭成员、朋友，或客人实施违法行为，该租客则会被驱逐。；妨碍条例规定，对超出临界值的报警电话可以不用理会，即使这类报警电话常与他人的非法行为和虐待行为有关，

城市通常会依赖于地方自治机关通过上述的条例，这些条例反过来又为受其影响的各个家庭创立了新的“家规”。这些新的家庭规则算是一种第三方监管，城市通过这些规则在管理家庭和管控私密空间方面发挥着日益重要的作用。这些规则打破了人们对家庭常规的理解，即家庭是最私密和自治的地方，相反地，它们将家庭作为国家要求的风险管理和预防犯罪的站点。如此一来，无论是否能够被遵循，这些法令破换了家庭，扰乱了亲属关系结构。另外，这些法令分担预防犯罪和风险防控的做法，某些程度上也是性别、种族和阶级问题的变体。庆幸的是，地方主义的活力保证会用更好的方法解决这些社会问题，虽然它们就是其相对应的法令出台的原因。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 5 期【2015 年 2 月】第 900 页以下）

阴谋和幻想辩护：奇怪的“食人魔”警察案

Conspiracy and the Fantasy Defense: the Strange Case of the Cannibal Cop

Kaitlin EK

在臭名昭著的“食人魔警察”案中，纽约警察吉尔伯托·瓦莱被指控密谋绑架、杀害、煮食他所熟识的多位女性。瓦莱提出“幻想辩护”，他辩称自己的言论并不代表预谋协议，只是幻想出的角色扮演而已。他的定罪以及随后的无罪释放行为引发了人们对言论自由、思想罪以及预谋罪本质的探讨，因为预谋的本质就是协议，这就进入了犯罪的范畴，其中纯粹的言论被认定为具有犯罪意图的行为。因此本文认为，预谋犯罪的案件中，以幻想为由的辩护给特殊的正当司法程序和《第一宪法修正案》带来了一定的危险，本文还认为这类的危险可以通过加强公开行为要求来减轻。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 5 期【2015 年 2 月】第 945 页以下）

对《美国残疾人法》中“赌博成瘾精神障碍”不属于残疾的质疑

Challenging the Exclusion of Gambling Disorder as a Disability under the Americans with Disabilities Act

Kathleen V. Wade

《美国残疾人法》从残疾的定义角度，明确排除了“强迫性赌博”。因此赌博成瘾精神障碍不在“雇主用工歧视”的法律保护范围内。然而，《美国残疾人法》颁布以来，对赌博成瘾精神障碍的科学性解释已经上升到将其视为一种上瘾行为的高度，而不仅仅只是一种冲动行为或者冲动控制障碍。此举在第五版《精神障碍诊断与统计手册》中有所体现，其中，赌博成瘾精神障碍被重新划分到“物质滥用所致精神障碍和其它成瘾障碍”一类中。

本文认为，若非目前法定排除的缘故，可将赌博成瘾精神障碍收录到《美国

残疾人法》中“残疾”的范畴。本文建议修改《美国残疾人法》，以将赌博成瘾精神障碍包含其中。这样既能反映出上瘾心理学领域的最新发展，又有助于体现《美国残疾人法》的根本目的--即保护残疾人免受工作歧视。（【美】《杜克法学杂志》第 64 卷第 5 期【2015 年 2 月】第 989 页以下）

（张 飞 译）

（杨文君 校）

最好的留在最后：美国最高法院判决时间安排

The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions

Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner

本文探究了“为何重要的，且有争议、易引起纷争的案件（所谓的“大案”）多于六月底判决？”这一假设。笔者依下列四个条件对“大案”进行界定：由《纽约时报》头版报道；由四家全国性报刊（《纽约时报》、《洛杉矶时报》、《华盛顿邮报》和《芝加哥论坛报》）报道；该案编入档内的“法庭之友”陈述的数量；或最高法院对该案所做的判决在后续案件中引用量。我们发现了案件大小和判决时间在统计学上的显著关联，即使控制了口头辩论的时间（在开庭期后期讨论的案件很有可能在开庭期即将结束时判决）和增长判决时间的案件属性（例如：异议与赞同），这样的关联也仍存在。我们也推测了“大案”集中在开庭期尾声的原因。其一可能是出于对遗留问题和声誉问题的考虑：法官和书记员所述将会成为重要决议，所以他们会花更多时间润色，直到最后一刻才怀着提高声誉的期望做出裁决。再者，重要的案件全部集中在开庭期尾声可能有助于分散媒体或其他评论对于特定案件的关注，由此法官就不必在夏季休会期来临、动身离开华盛顿之前担忧那些恼人的评论了。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 6 期【2015 年 3 月】第 991 页以下）

普遍管辖权，外国人侵权索赔法和 Kiobel 案后的跨国公法

诉讼

Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public-Law Litigation

After Kiobel

Ernest A. Young

作为首部《司法条例》的组成部分，1789年颁布的《外国人侵权索賠法》规定，对于外国人提出的只涉及侵权的任何民事诉讼，侵权行为若违反了“万国法”，美国联邦地区法院具有初审管辖权。该法在颁布后多年一直处于沉寂状态，直至20世纪80年代才成为美国法院审理跨国公法诉讼案件的基础。这类诉讼常涉及大量国外政党及事件，是普遍管辖权在民事案件方面的一种表现形式。与传统意义上的普遍管辖权一样，《外国人侵权索賠法》规定允许法庭审理严重侵犯人权的案件，即使该案与美国并没有任何显著关联。与传统意义上的普遍管辖权不同的是，普遍管辖权针对刑事案件，而适用《外国人侵权索賠法》的案件从诉讼伊始就由个人控制，同时保证了民事审判的特殊机制。

最高法院在2013年Kiobel诉荷兰皇家石油公司一案中大大缩小了《外国人侵权索賠法》的适用范围。本文赞同最高法院在Kiobel案中拒用普遍管辖权的决定并对未来美国法院将如何审理涉及人权的诉讼案件进行了预估。笔者认为《外国人侵权索賠法》在人权诉讼案件中的适用范围并非是大多律师和学者眼中的“涉外法律的特殊问题”，而是传统联邦法院框架内关于隐性诉讼权和联邦普通法的问题。Kiobel案中对于《外国人侵权索賠法》域外效力的关注就是适用于此框架中的问题，同时也建议法院要谨慎对待今后案件中《外国人侵权索賠法》诉讼的适用范围。笔者也将《外国人侵权索賠法》置于国际人权执行问题的广泛争论中加以研究。这些争论提出了两个制度设计方面的关键问题：对于超国家机构和国家机构的依赖；对于执行的政府控制或私人控制。此争论完全可以借鉴国内关于强制性执法的争论。（【美】《杜克法律杂志》第64卷第6期【2015年3月】第1023页以下）

无人机与美国宪法第四修正案：重新定义隐私期待

Drones and the Fourth Amendment: Redefining Expectations of Privacy

Matthew R. Koerner

无人机，作为打击外国恐怖主义目标的武器，早已臭名昭著；最近，它又作为国内监视项目的工具登上了头条。因其功能强大、制造成本不断下降，无人机能吸引大量消费者也就不足为奇了，所有消费者中最知名的，当属执法机关。法院不久后或许会根据宪法第四修正案解释政府使用无人机过程中的限制。但是我们都不知道无人机的使用会在哪些方面受到当今法律体系的影响，甚至是否会受到影响。无人机有可能因其多种多样的设计和强大的功能而钻了宪法第四修正案的空子。本文主张用合适的方法对无人机进行分析，看其是否满足卡兹诉美国案中提出的合理隐私期待。法院应重视此类测试中常被忽视的第一点——当事人是否表现出对其隐私的主观期待——之后再分析期待范围内包含哪些信息（故意公之于众的除外）。该分析同时也应考虑“虽然当事人有主观期待，但此期待并不合理。”的情况，尤其涉及无人机时，常会出现这种两难境况。法院若采纳了进行分析的建议，就应用清晰易懂的方法来解读质疑无人机监视合宪性的真实有力的案例。在那之前，宪法的不确定性仍会存在于这类案件中。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 6 期【2015 年 3 月】第 1129 页以下）

给民众帮倒忙：行为经济学以及以不变应万变

Doing the Public a Disservice: Behavioral Economics and Maintaining the Status Quo

Alison M. Newman

在决定是先通过临时禁令还是中止待决上诉时，法庭综合各方因素考虑认为，这两者都会损害公众利益。在审理有关个人权利的案件时，法庭若立刻补救所谓宪法性伤害就常常会受到各方压力。然而，行为经济学概念证实，如此快速的反应会对整个社会产生消极影响。尤其是先授予一项权利之后再撤销，比如地方法院授予的权利在上诉时被上级法院撤销会导致社会净损。以最近的同性婚姻诉讼为例，该分析方法证实，若想不伤及公众利益，法庭需要考虑损失规避的行为经济效应和初步救助试验时公众利益因素中禀赋效应的行为经济效应，同时也

需要在最终判决结果确定之前以不变应万变。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 6 期【2015 年 3 月】第 1173 页以下）

（杨文君 译）

（魏 琪 校）

限制解释与宪法文本

Constructed constraint and the constitutional text

Curtis A. Bradley and Neil S. Siegel

近年来，宪法学者致力于研究美国宪政中不成文的部分。与此相关，他们对基于不同材料来“解释”宪法的方式也进行了研究。本文采取了一种不同的研究路径。不考虑存在多少材料能对宪法文本进行补充或完善，本文的重心在于文本本身在美国宪政实践中被如何不完全地解释了。尽管解释者认为内容明确的文本具有确定性，本文认为文本的明确性通常受众多宪法解释“方式”的影响，这通常只有当文本在宪法条款的立法目的，逻辑结构，对民族精神的理解，结果考虑，习惯实践，法或非法先例上被认为是模糊的时候才会发生。换言之，对内容明确的文本的限制通常被认为是基于超文本因素做出的。限制解释使得现代学者在诠释与解释，成文与不成文条款，宪法与“宪法之外的宪法”之间做出的区分发生了动摇。尽管主要是描述性的，本文依旧认为限制解释有利于宪法体系，它有助于解释者在民主宪政中进行有弹性的商谈。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 7 期【2015 年 4 月】第 1213 页以下）

儿童身体完整权的建构

Constituting Children's Bodily Integrity

B. Jessie Hill

美国宪法赋予儿童身体完整权。当儿童遭受来自国家的侵害时，法院可以直接援用这一权利。并且，在有一些案件中，儿童保持身体完整的权利也适用于家

庭案件，以此来保护儿童免受父母肆无忌惮的人身侵害。尽管如此，这一权利能够对来自父母的侵害提供多少保护还不清楚，其能否超越狭义的文本本身而适用于堕胎及避孕也远未被讨论及承认。通过对堕胎权，体罚，医疗决策以及纹身，穿刺和割礼等前置物理干预措施等传统案例的考察，本文首次从法律文本来分析在家庭案件中宪法赋予未成年人的身体完整权。但是，宪法赋予未成年人的身体完整权引起了复杂的有关家庭与国家之间的适当关系的哲学问题，有关国家行为的消极理论引起的学术难题也随之而来。本文详细讨论了这些问题，以此来阐明宪法赋予儿童保护身体安全及自治的权利。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 7 期【2015 年 4 月】第 1295 页以下）

投票混乱

Ballot Bedlam

Samuel Issacharoff

投票这一简单的行为在法律和公众审查中重获关注。在投票权不受约束的时代，超过 1/3 的美国人选择不同于在选举日在投票站投票的方式，来行使其投票权，这毫无疑问是一种倒退。从某些方面看，这一点也不新奇，投票的诚信及投票权的取得问题，自美国民权复兴以来便一直存在。在过去的年代中，解放投票权与不解放投票权之间存在党派的分界，但这被理解为——实际上也很可能——涉及黑人投票权问题的争论。是否果真如此便是本文所要研究的。

对这一问题的研究将从党派对投票率的影响入手，主要关注党派在约束投票上所采取的新的措施。本文尽管认为投票权的问题与种族有关，但在民主党与共和党两分的情况下，关于投票权取得的新的争论，并不能轻易的认为他们的主要意图带有种族排斥。相反，他们指出了美国民主的一个根深蒂固的弱点——将选举的管理权及选举资格的认定委托给地方政党。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 7 期【2015 年 4 月】第 1363 页以下）

恐怖主义时代中的机密信息程序法：基于罪名特定放法的 重塑

The Classified Information Procedures Act in the Age of Terrorism: Remodeling CIPA
in an Offense-Specific Manner

Arjun Chandran

机密信息程序法（CIPA）在政府防止机密信息的泄露及刑事被告人获取无罪证明材料的权利之间设置了平衡点。尽管机密信息程序法起初是根据虚构的间谍案件起草的，但对恐怖犯罪的起诉却很有帮助。这一转变破坏了机密信息程序法原有的平衡模式，从而将政府的利益至于危险境地。在涉及政府保护重要国家安全信息的利益时，机密信息程序法才能合宪地让被告承担证据开示责任。这一担心在那些不太可能掌握机密信息的恐怖主义者中并不显著。于是，那些被告便会要求证据开示程序上的对等性，以此来使该法符合宪法。本文旨在研究上述转变的弊端，并提出一系列修改意见以此来缓解现有的担心。本文主要提出一个基于罪名特定的机密信息程序法，在这一程序体系中法条是与被控罪名相适应的。本文的三个核心意见为（1）让辩护律师参与证据开示这一过程，并且要有更加明晰的开示标准；（2）在挑选外国情报监听法案例时需要一个受限且合格的解密请求，以及（3）分两个阶段进行证据能力听证。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 7 期【2015 年 4 月】第 1411 页以下）

无法抵抗的吸引力：基于空想的戒备心理重新思考性别歧 视诉讼

An Irresistible Attraction: Rethinking Romantic Jealousy as a Basis for
Sex-Discrimination Claims

Kristy Dahl Rogers

最近，爱荷华高等法院认为雇主为了减少雇员配偶的焦虑而将其解雇构成了

法律上的性别歧视。尽管这一判决是基于该州某一民权条款做出的，但却引起了更广泛的性别歧视裁判中的新问题——基于空想的戒备心理而解雇员工是否构成性别歧视。

本文认为第七号法令应该被理解为意在阻止某些基于空想的戒备心理的解雇。基于空想的戒备心理的性别歧视通常被视作一种混合动机行为。因此，法院在处理这一问题时必须弄清引起解雇的那一戒备心理是否是由性别驱动的。在某些情况下，性别显然是基于空想的戒备心理的解雇以及任何由此引发的解雇的诱因。

法庭不得依赖或扩展有关偏袒或浪漫关系的先例，空想的戒备心理引发的性别歧视诉讼。能够正当化偏袒与浪漫关系语境下的行为的推理，在浪漫的嫉妒的语境下是不适用的。并且，驳回雇主与雇员间非基于性别、非基于浪漫的私人关系的诉讼会严重限制第七号法令的适用。法庭必须审查嫉妒背后的东西，以此正确的判断基于嫉妒的解雇是否构成歧视。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 7 期【2015 年 4 月】第 1453 页以下）

（邱凯乾 译）

（张 飞 校）

分权分析中的超越形式主义和功能主义：在诺埃尔罐头制造 厂案后对任命权进行重新构造

Transcending Formalism and Functionalism in Separation-of-Powers Analysis:

Reframing the Appointments Power After Noel Canning

Ronald J. Krotoszynski Jr.

现代的分权理论和实践大体上是基于两种互相竞争的理论——形式主义和功能主义——来构造和决定关于每一分支的宪法权力和授权的范围争议问题。在一些领域，这种二分法运行的相当好并拥有足够的解释力。但是二分法的实用性在联邦委任程序的背景下并不明显。

最高法院最近在劳工关系局诉诺埃尔罐头制造厂案的判决中明确阐明了形

式主义和功能主义在解决均涉及文本、结构和历史实践的分权问题上的界限。此外，布莱尔大法官关于此案的意见巧妙的超越了形式主义-功能主义二分法甚至运用了文本的、结构的、历史的以及实践的论据，这些论据来自于运用上述两种方式对分权进行分析。诺埃尔罐头制造厂案使我们知道宪法文本本身并不能总是针对复杂的分权问题给出清晰或可靠的答案。此判决还强调了形式主义法律分析的一个严重缺陷：在宪法明确的将相互冲突的权力赋予不同部门的情况下——例如将配置职工的权利赋予行政部门——纯粹地形式主义分析并不能够满足其需要。简单来说，制宪者们不仅仅是将权力进行了分立，他们还将权利混合在一起。在许多重要的领域，宪法文本并没有对部门职权之间交叉的地方进行明确的限定。

一个可行的联邦委任程序要求对下列事项进行慎重的考虑，包括：结构和实践，立法本意和随着时间不断被发展的委任惯例，参议院的建议和同意权以及统一行政权之下产生的相互冲突的文本规则（可理解为按照宪法第二条总统所必须履行的“忠于职守”义务）为了发展出一套行之有效的分权法律体系，联邦法院必须在分权理论和实践的这一重要领域超越形式主义-功能主义二分法。更广义的来说，在委任背景下，形式主义-功能主义的二分法缺陷也表明需要对这一方法进行更广泛的重新思考。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 8 期【2015 年 5 月】第 1513 页以下）

参议院的批准延迟对机构所形成的不确定的影响

The Uncertain Effects of Senate Confirmation Delays in the Agencies

Nina A. Mendelson

正如教授安妮·奥康纳已经有力的证实过的那样，参议院在批准上的延迟已经造成许多最高级别机构的职位产生空缺，潜在地损害了机构对法定程序的实施。此次专题讨论会的贡献在于其不仅考虑到了上述这些不利后果，同时还考虑到了批准的延迟可能对机构带来的有利之处。我注意到批准的延迟集中在对中层职位的政治任命上——在助理部长级别，而非在内阁首脑级别——因此形式功能

和政治监督不可能同时失去作用。更进一步说，管理政策的制定，甚至是议事日程的安排更多的依靠专业公务员的工作，而不是助理部长的政治领导，从而降低了中层职位空缺的成本。本文随后表明批准延迟具有一定的积极效果，即使这一积极效果很小。高级公务员，作为代理官员，能够在管理决定方面给出有价值的专业意见，并且他们关于核心实施和执行问题的专业知识可能超过更多全能的政治获委任者。此外，批准延迟可能会通过长期的公务员促进领导权的增加，也会减少因有利于整个机构职能发挥而进行的衔级制度的变更。另一方面，批准延迟通过减少机构的资源以及增加管理的周转必然地造成了重大问题。错失批准的被委任人同样有助于减缓白宫的法规审查。这一问题的解决还有待更多的研究，但是至少，对批准延迟的思考能够带给我们反省的机会，即我们是否应该精简机构中的政治管理阶层，以及相比于政治责任，对行政机构的合法性和职能来说，特定的专业知识的相对重要性。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 8 期【2015 年 5 月】第 1571 页以下）

委任，创新以及司法-政治的分立

Appointments, Innovation, and the Judicial-Political Divide

Gillian E. Metzger

联邦委任程序正受公众瞩目联邦高级职员的任命和调任主要在最高法院最近的两个重要的分权判决中集中确立，分别是自由企业基金会诉美国公众公司会计监督委员会和美国劳工关系局诉诺埃尔罐头厂案。委任程序已经形成了自己的特色，这一点在政治领域表现的更明显，国会和总统之间的众多对立便是例证。

此种情况下，司法和政治领域同时发生的大事件很难说的上是一种巧合。毕竟，它是奥巴马总统运用休会任命条款以回应形式会期而引起法院在诺埃尔罐头厂案中对该条款的介入。

但是该条款的司法表现和政治表现之间的关系更复杂，它充满实践上的因果关系，却又不仅限于此。罗伯茨法院解决委任和分权问题的方法延续了以往伯克对创新的抵制做法。相比之下，委任在政治领域的主要特征是具有新颖性并包括

了一些新的制度安排。本文探析了创新在司法方式和政治方式上的不同，以及二者浮现出的差异对联邦行政管理产生的影响。虽然法院对改革的抵制能够对以政治私利为名歪曲宪法的行为形成一种行之有效的预防性反对，但其对改革的一般怀疑还是缺乏宪法上的基础。特别是考虑到在应对两极分化而进行的政治改造的情况下，此种怀疑的态度因将最高法院置于与另外两机构相冲突的位置，所以很难证明是正当的。一个较微妙的方法是：最高法院应该更多的去关注政治现实，这将使其一方面继续介入宪法的分权结构，另一方面又能够缩小其判决所造成的破坏性影响。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 8 期【2015 年 5 月】第 1607 页以下）

通过改革“阻碍议事程序”的规则减少行政机关和法院的空职?对 1981-2014 间委任批准率和延误率的审查

Shortening Agency and Judicial Vacancies Through Filibuster Reform? An Examination of Confirmation Rates and Delays from 1981 to 2014

Anne Joseph O'Connell

本文在关注 2013 年 11 月参议院表决规则改变的情况下，对几届总统的提名失败以及虽成功提名却延误批准进行了研究。在运用了由 1981 年 1 月-2104 年 12 月期间非常规的文官提名组成的新数据库后，笔者有几个重要发现。首先，1981-2014 年间的提名主张，将近四分之一都未得到认可，最后两任总统的提名失败率更高。上诉法院和独立管理委员会的提名失败率比其他机构更高。其次，就被认可的提名而言，耗时越来越长。奥巴马总统的提名就面临上述情况，其提名所花费的时间比里根总统时期要长两倍。提名的失败率并不总是和成功提名但延迟批准携手并进。虽然分权政府下有更多的提名失败，但不同政党掌管参议院和白宫时所出现的延迟批准的次数是大致相当的。再次，比较阻碍议事规则改变的前后两年，对法院的提名次数减少了，但是对所有的行政部门的提名次数增加了。然而对许多行政部门以及行政部门的职位来说，在表决规则改变后提名失败比之前更少了。虽然如此，在 2014 年发生的这些改善——对于所有的行政机构

的提名率和以及获提名的法官，以及对法官挑选的批准速度——是相对的：对于提名的平均水平而言，失败率较以往更高，批准程序较在前任行政机关的也更缓慢。

最后，来自哥伦比亚特区，马里兰州以及弗吉尼亚州的接近 30%的提名引起了人们对提名程序可能减少所需的高级官员这一情况的关注。本文给出了一些有关这些发现的可能解释和进一步的调查方法，同时主张进行一些改革。（【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 8 期【2015 年 5 月】第 1645 页以下）

历史视角中的“建议和同意”

“Advice and Consent” in Historical Perspective

Russell L. Weaver

近年来，评注法学派抱怨法官和高级行政人员的提名程序越发的机能失调，并且参议院在提名程序中所扮演的恰当角色也引发更多的争论。本文认为对提名的批准在整个美国历史上都是备受争议的，今天对批准程序在意识形态问题层面的关注也并不例外。确实，历史上，当总统来自不同的政党时，民主党和共和党都曾使用过提名程序来拖延或反对提名，并且，有时，甚至当总统来自于相同的政党但他们与被提名者存在思想分歧时也是如此。

提名程序有时很困难，因此充满争议也并不惊讶。美国宪法的制定者有意创造政府构造比其他的类似制度更容易导致议事阻碍的产生。借助如“分权”和“制衡”等概念，制宪者企图通过避免政府的权力滥用来限制联邦政府。委托权的规定便反映了这一意图。正如其他的宪定权力一样，它是一种权力的分立。

虽然总统依据宪法第二条有权提名法官、外交代表和行政官员，但获提名者只能在参议院的“建议和同意”下获得批准。通过将任命权赋予两个政治性选举实体，宪法创立了一种制度，在这种制度下，政治在某些时候将会对批准程序造成重大影响。虽然在任何一种提名下争议都可能发生，但最高法院的提名所引起的争议尤其激烈。

参议院和美国公众越来越认识到，法院制定法律，因此获提名者的政治和司

法态度至关重要。在此种情形下，参议院审查将会自然超出获提名者是否有资格这一类的简单问题之外。然而，提名程序在今天变得愈发困难了，即使是对于非司法的获提名者来说。因为激烈的派系斗争已经影响了美国的政治制度。【美】《杜克法律杂志》第 64 卷第 8 期【2015 年 5 月】第 1717 页以下)

(刘文丽 译)

(孙亚男 校)

司法独立与宪法救济的定量配给

Judicial Independence and the Rationing of Constitutional Remedies

Aziz Z.Huq

联邦法院用教条手段对宪法救济中在矛盾的需求上的稀缺审判资源进行分配，而本文对这一手段进行了分析。文章提出了两个主张。第一，迄今都没有得到正确评价的是，配给审判资源的主要教条手段是一种需求，即大多数宪法上的原告展现的是公务员违反了特别清楚明白的宪法原则，也就是说，不仅仅表明了宪法被违反，此种违反也表明了一种高要求的过错种类。这种过错第一次出现在宪法性侵权法学。它已经扩散到禁止以及定罪后审查背景。文章的第二个主张是，在不受重视的程度上，基于过错的宪法救济的配给来自于对司法独立的制度性承诺。连同明显的机构利益一起，联邦法院在二十世纪已经形成了分级的自治制度。这些利益与许多个体的宪法主张的辩护不一致。尽管意识形态的选择权以及变化的社会经济状况已经对宪法救济的路径有了公认的影响，笔者认为，司法系统的制度的选择权也发挥了很大的作用。司法独立与救济的配给间的因果关系引起了联邦法院在权能分立上的功能问题。【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 1 期【2015 年 10 月】第 1 页以下)

法规的文本解释

Regulatory Textualism

Jennifer Nou

本文为法规的解释提供了一个文本解释路径。但是，法规的文本解释应该不同于法律的文本解释。法官不应该用专业词典或者其他普通语言学的辅助来解释法规，而应该用能阐明文本的公共意义的等级的来源解释。从方法论上来说，此路径使实证政治理论的深刻见解与立法过程相适应。这个过程突出了许多关键性的行为者或者否决通过权，这些行为者必须在法规可以生效前签字以非正式同意它。法院的解释的任务是给予陈述优先权，这些陈述更可能是文本的公共意义的可靠的反映，即真诚的、而不是策略的反映。

特别地，法官应该首先考虑前言一条接着一条的解释，这些解释经常会对引起潜在歧义的公共意见作出回应。如果含糊之处仍然存在，法官应该接着考虑法规分析，即在特定的实际的场景下预测规则的后果。当涉及到法规程序时，国会和总统的否决通过权以及公众都更多的是依靠这些分析。最后，如果这些有冲突，而行政机构提供了理由充分的解释的话，法院应该听从行政机构的解释。通过这种方式，法规的文本解释探究的是：规则的合理读者应该如何依照总统、国会以及其他政治上合法的行为者协商的结果理解它的含义。（【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 1 期【2015 年 10 月】第 81 页以下）

类比路径：毁灭电子证据的处罚与对《联邦民事诉讼规则》 第 37 条（e）款提出的修正案

Analog Solutions: E-discovery Spoliation Sanctions and the Proposed Amendments to
FRCP 37(e)
Scott M.O'Brien

在如今的商业环境中，数字技术不断增长的重要性已经使法院在《联邦民事诉讼规则》证据制度下的操作产生了一些严重的问题。因为被泄露信息的数量迅猛增长，使得有太多滥用及误解《联邦民事诉讼规则》中过时的电子证据规定的机会。联邦法院对下一标准存在分歧：即将最严重的证据处罚以及保全责任的实际后果应用于以电子形式储存的信息。因此，日常的诉讼当事人对于保护可能泄

露的数据感到很紧迫，因为他们经常要付出巨大的代价。

在杜克大学法学院 2010 年的会议上，来自民事诉讼体系各个方面的专家认为，电子证据的规定迫切需要更新。随后的四年见证了立法努力的一阵骚动。在 2014 年，已经形成了一系列《联邦民事诉讼规则》修正案，包括对 37 条（e）款的完整的全面修订，这些规范规定了对毁灭电子形式储存的信息证据的处罚。本文分析了这些规定，并且认为修正案不可能完成咨询委员会的目标，因为它过多的关注保留审判法院对施加处罚的自由裁量权，但是却很少关注刺激鼓励有效率的、协作的审前证据开示。本文提供了修正以及执行机制，从而允许新的 37 条（e）款的规定能够更好地解决在杜克会议上发现的电子证据的问题。【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 1 期【2015 年 10 月】第 151 页以下）

新的股票市场：有意义与无意义

The New Stock Market: Sense and Nonsense

Merritt B. Fox, Lawrence R. Glosten & Gabriel V. Rauterberg

股票在美国交易的方式已经完全地转变了。全国证券交易商自动报价系统协会的经销商以及纽约证券交易所的股票交易经纪人已经消失了。作为代替的是，当电脑负责匹配进入系统的订单时，一个公司的股票现在可以在相当于 60 个相互矛盾的现场交易。高频交易员占有绝大多数的报价，而且是新市场上流动资产的优势来源。

和新股票市场有联系的许多实践都是高度争议的，正如迈克尔·刘易斯的书《快闪小子》出版之后公众的骚动所证明的那样。批评家们认为，高频交易员将他们的速度用在发现市场上的变化以及变更他们的订单，从而占其他交易者的便宜。场外交易保证订单能够秘密地送到他们手中，并且能够限制允许交易的当事人，暗地交易被指控以一种伤害许多交易者的方式运行。经纪人会向顾客收取向交易场所送达他们的订单的费用，因此为了使这个报酬达到最大值，据说经纪人会错误地处理顾客们的订单，而不是交付最佳的执行。

本文中，笔者陈述了一个分析新股票市场的简单但有力的概念框架。这个框

架建立在以下三个基础概念之上：逆向选择，委托代理问题以及多场所的交易制度。笔者通过分析新市场的八个最受争议的实践来证明这个框架的实用性。每个实践的影响都是依据服务于股票交易市场的多样的社会目标来评估。

笔者最后总结出，需要立即的、欠缺考虑的行为的紧急情况是不存在的。但是，一些由批评家提出的改革是明显地令人满意的。其他提出的改革涉及到两个或者更多个有价值的社会目标之间的交易权衡。在这些案例中，一个改革是否令人满意可能是不清楚的，但是对涉及的交易权衡有更好的理解会十分有用，它使知情选择成为可能，还能启发领域内更进一步的实证调查。最后，仍有其他被提出的改革是建立在对市场以及实践的社会影响的误解的基础上，这是应当被避免的。（【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 2 期【2015 年 11 月】第 191 页以下）

死亡以及削减文书工作

Death and Paperwork Reduction

Adam M. Samaha

政府如何评估人们的时间？通常这个评估是含蓄的，甚至是神秘的。但是在一些联邦的行政部门，文书工作的负担是以小时为单位量化的，而且通常被货币化。若部门确实将时间货币化，他们依赖于劳动市场如何评估人们面临文书工作时的时间。结果就是一些人们的时间的价值是其他人的十倍。与此相反的是，若部门为了成本效益分析而将统计寿命的价值货币化，他们将依赖于面临死亡风险的人们如何主观的评估它的削减。实际上，部门赋予那些因既定政策而保存的每一个统计生命相同的价值。

本文建构了这些部门的行为模式，而且提出部门行为没有令人满意的理由。福利主义与平均主义原则和统计生命价值的逻辑一起，都依赖于市场工资的适用来对人们作政府文书工作的时间货币化。考虑到对削减如今文书工作的努力的适度追求，这种实践的影响可能是有限的。但是与时间相关的负担以及利益是在数不尽的文本中政府决定的主要后果。如果将来我们想要按比例增加一个周到的评估人们时间的程序，我们将需要新的基础。（【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 2 期【2015 年 11 月】第 279 页以下）

定义未遂：曼杜哈诺的错误

Defining Attempts: Mandujano's Error

Michael R. Fishman

未遂的法律要求法院在试图犯罪本身就是应受刑事处罚的行为时判决。普通法法院十分谨慎地不将未遂犯罪的边界推得太远，而且较早的未遂的定义要求被告十分接近故意犯罪的实现才能够被定罪。因为国会已经将刑法编成法典，它已经在没有定义未遂的情况下创制了未遂的立法，想必法院将会继续适用其普通法含义，正如他们以前一直做的那样。直到二十世纪后期才真正的发生了改变，联邦法院开始采取一个新的更严厉的阐述，此阐述曾在美国法律协会的模范刑法典中提出。本文通过联邦法院扩大刑法背景与原则的定义审查了这个奇怪的过程，并且认为他们这样做是错误的。忽略如此深厚的普通法根源的法官篡夺了立法机构在定义犯罪上的角色，而且导致了关于刑事法规真实含义的混淆。（【美】《杜克法律杂志》第 65 卷第 2 期【2015 年 11 月】第 345 页以下）

（李梦玉 译）

（吴莉莉 校）

