



SELECTED LAW REVIEW ARTICLES

OF
THE UNITED STATES
BASED ON THE MOST CITED RANKING

美国法学 最高引证率经典论文选

冯玉军 选编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

美国法学 最高引证率经典论文选

冯玉军 选编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国法学最高引证率经典论文选/冯玉军选编. —北京:法律出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-5036-7980-3

I. 美… II. 冯… III. 法学—美国—文集 IV. D971.2-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第183427号

© 法律出版社·中国

美国法学最高引证率经典论文选

冯玉军 选编

责任编辑 刘文科

田会文

装帧设计 马 帅

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2008年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 26 字数 511 千

印次 2008年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7980-3

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编译者简介

冯玉军,中国人民大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士,美国哥伦比亚大学法学院爱德华基金项目访问学者、哈佛大学法学院访问学者。中国人民大学法学院法律硕士工作委员会副秘书长,中欧信息社会项目特聘资深专家,美国法律与社会协会(LSA)会员,中国法学会法理学研究会理事,国内多所大学的兼职教授。

自1992年参加工作以来,已出版学术专著:《法律的成本效益分析》,兰州大学出版社2000年版;《全球化与中国法制的回应》,四川人民出版社2002年版;《法经济学范式研究》,中国人民大学出版社2007年版;出版译著:《发展进程中的国家与法律》(合译),法律出版社2006年版;主编教材3部;主持国家哲学社会科学项目等各类科研课题5项;在《中国法学》、《法制与社会发展》、《法学家》等国家和省部级核心刊物上发表论文60余篇。学术研究领域为法律经济学、法理学、比较经济法、后现代法学、法律全球化与区域法制问题。

组织本书的编译工作,并负责总校。

刘光华,兰州大学法学院教授,院长助理,法学博士

汪庆华,中国政法大学副教授,法学博士,美国耶鲁大学法学院访问学者

金云峰,中国人民大学法学院教师,法学硕士

肖珂诗,国家图书馆业务处研究员,中国人民大学法学院法学硕士生

马韬,全国人大法工委工作人员,中国人民大学法学院法律硕士生

纪建文,山东经济学院法学院副教授,法学理论博士

杜洪波,中国人民大学法学院博士生

刘坤轮,中国人民大学法学院博士生,中国政法大学比较法学研究人员

郭晓慧,中国人民大学法学院法学硕士生

陆俊芳,中国人民大学法学院法律硕士生

美国当代法律学术发展概观(代译序)

冯玉军

众所周知,引证率是评价学者科研水平和学术文献影响力的重要指标,^[1]即哪一种成果被其他相同学科文献的引证率高,其学术水准就高、影响力就大,并被大家公认为优秀。作为一种客观的评价指标,它能较好地反映出一项研究成果和理论观点的学术地位和受重视程度。与那些指定的或组织的成果评价活动相比,引证率的最大优点是可以在很大程度上避免人为干扰,从而使之能够在一种“公众选择”情况下保持客观性。^[2]

美国法学界经过百多年的发展,已然建立了共同的学术规范,有很完善的引证统计机制,从而使判断学术著作之影响力的渠道较为公开和透明。对此,耶鲁大学法学院图书馆副馆长 Fred R. Shapiro 先后发表了美国“引证率最高的法学论文”[*The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, *Chicago-Kent Law Review* (1996)],“引证率最高的法律学者”[*The Most-cited Legal Scholars*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt. 2), 2000, pp. 424 - 425.],“引证率最高的前五名法学著作”(*The Fifty Most Cited Legal Books* (1978 ~ 1999)]等多篇文章。此外,还有 James E. Krier and Stewart J. Schwab 撰写的“二十五部经典作品”[*The Cathedral at Twenty-Five: Citation and Impression*, *Yale Law Journal* (1997)]均较全面地介绍和分析了影响美国法治发展进程

[1] 西方国家自然科学和人文社会科学学术文献和学者水平基本上都是按照引证率评价的,《名人词典》也大都根据引证率次数筛选。在经济学界,以引证率为基础对经济学家所进行的排行又通常可以被用来作为预测未来诺贝尔经济学家得主的线索。

[2] “引证率”在评价学术成果的实际水平和影响力方面,具有“普遍性、公有主义、无私利性和有条理的怀疑性”的优点。参见[美]杰里·加斯顿:《科学的社会运行》,顾昕等译,光明日报出版社1988年版,第21~25页。引证率指标的合理性建立在这样的假设上:每一位研究者都高兴别人引用他的成果;每一位研究者都自愿地引用他认为是对他有帮助的成果,这样,引证率没有学术外的评价因素,它是学术界同仁自发评价的结果,高质量高引用,低质量低引用,体现了客观公正性。当然,“引证率”的统计也是一项难度很大的工作,需要收集大量的信息和专门的信息处理手段才能保证其科学性。在共同的学术规范未建立、严格的学术规范训练未实施、学术环境无序的情况下,则难以保证引证率的科学性。从而出现大量“该引的不引”、“引的不该引”、“权威引证”严重、“自我引证”畸高的恶化倾向。

的学术力作和著名学者。如今这些成果已经成为了解当代美国法发展动向的必备资料。

我于2005年8月至2006年9月,在美国哥伦比亚大学法学院和哈佛大学法学院进行访问研究,其间广泛搜求美国当代法律学术的各种资料。十分凑巧的是,我来到哥伦比亚大学法学院上的第一门课就是由著名法学家、卡多佐讲座教授 George P. Fletcher 给 2005 年度 LL.M 学生开设的“美国法导论”(Introduction of American Law)。开课之初,他的秘书就发给大家课程进度表和相关背景资料,要求学生们按此提前进行预习,带着问题通读相关背景知识和参考资料,以备老师课堂提问。^[3] 这些材料当中就有经他补充和完善的“1978—2004 年引证率最高的法学著作、法学论文和法学教材”统计表,其中收录了“引证率最高的 102 篇法学论文”和“引证率最高的 50 部法学著作”。数据确实可靠,每一篇(部)都是根据多年统计的引证率引证最高的作品,在美国法学界影响广泛(具体篇目可参见本书附录)。作为一名多年从事比较法研究的学者,我有责任将这些公认的权威的理论资源介绍到中国来,从而使之能够为中国法制建设的发展起到一定的学习和借鉴作用。

除了那些早已被国人翻译的名作(如科斯的《社会成本问题》、沃伦和布兰代斯的《论隐私权》、威克斯勒的《走向宪法的中立原则》等)之外,我们这次编选的原则是尽可能将其他引证率位居前 25 名,但还从未翻译过来的经典文章(事实上这些篇目我们也大多久闻其名或在某些法律史教材中略有涉猎)予以介绍,庶几可以填补我国美国经典法学论文翻译方面的空白。

其中奥利弗·温德尔·霍姆斯著《法律的道路》,排名第二(截至 2004 年,引证 1846 次,下同);查尔斯·R. 劳伦斯著《本我、自我和平等保护》,排名第五(1261 次);邓肯·肯尼迪著《私法性判决的形式和实质》,排名第八(956 次);威廉·J. 布伦南著《州宪法和个人权利保护》,排名第九(924 次);查耶斯著《公诉中法官的作用》,排名第十(915 次);弗兰克·米歇尔曼著《财产权、效用与公平》,排名第十二(843 次);查尔斯·莱奇著《新财产权》,排名第十三(815 次);罗伯特·芒金、刘易斯·康豪斯著《法律阴影下的交易:离婚案件》,排名第十六(717 次);伊斯特尔布鲁克、菲斯科尔著《目标公司管理层在应对要约收购中的适当角色》,排名第十八(681 次)。此外,为帮助读者了解美国法哲学界的情况,我们还特意选译了著名法学家吉多·卡拉布雷西著《关于风险分散和侵权法的几点思考》,排名第八十一(269 次),以飨读者。

值得一提的是,马克·格兰特著《“富者”何以先行:法律变更限制之思》,排名第十七(692 次),我们也已经翻译,但从选题的角度,编选进本书的姊妹书《美国法律思想经典》(法律出版社),希望了解该文的读者可以参看。

[3] 弗莱彻教授年逾 60 岁,身材中等、腰板挺直,衣服穿得笔挺,头发背在后面,梳得整整齐齐、纹丝不乱。讲话时抬头挺胸、目视前方,是个不苟言笑但是极端吸引人的注意力的老师。具体讲授情况可参看我写的“哥大法学院听课侧记”,载 <http://fengyujun.fyfc.cn/blog/fengyujun/index.aspx?blogid=174373>。

下面,笔者结合“1978—2004 年引证率最高的法学著作、法学论文和法学教材”数据表,列举这两类排行榜的前二十五名(Top 25)经典法学作品,并简述前五名作品的大致内容。

(一)引证率最高的法学著作前二十五名(Most Cited Law Books Top 25, 2004)

Rank	Author, Title, and Year of Publication	Citations
1	John Hart Ely, <i>Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review</i> (1980) 约翰·哈特·伊利:《民主和不信任:一个司法审查的理论》	1460
2	Ronald M. Dworkin, <i>Law's Empire</i> (1986) 德沃金:《法律的帝国》	904
3	Robert H. Bork, <i>The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself</i> (1978, 1993) 罗伯特·博克:《反托拉斯法的两难处境:一个自相矛盾的政策》	808
4	Catherine A. MacKinnon, <i>Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law</i> (1987) 凯瑟琳·麦金依:《正宗女性主义:关于生命与法律的演说》	726
5	Richard A. Posner, <i>The Economics of Justice</i> (1981) 理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》	542
6	Richard A. Epstein, <i>Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain</i> (1985) 爱泼斯坦:《收入:私人财产权和国家征用权》	515
7	Bruce A. Ackerman, <i>Social Justice in the Liberal State</i> (1980) 阿克曼:《自由国度的社会正义》	509
8	Catherine A. MacKinnon, <i>Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination</i> (1979) 凯瑟琳·麦金依:《职业女性的性骚扰:一个性别歧视的个案》	504
9	Ronald M. Dworkin, <i>Taking Rights Seriously</i> (1978) 德沃金:《认真对待权利》	489
10	Jesse H. Choper, <i>Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court</i> (1980) 乔普:《司法审查和国家政治进程:最高法院角色的功能性反思》	466
11	Ronald M. Dworkin, <i>A Matter of Principle</i> (1985) 德沃金:《原则问题》	462
12	Robert H. Bork, <i>The Tempting of America: The Political Seduction of the Law</i> (1990) 博克:《美国的诱惑:法律的政治诱惑》	444
13	Joseph Goldstein, Anna Freud, & Albert J. Solnit, <i>Before the Best Interests of the Child</i> (1979), <i>Beyond the Best Interests of the Child</i> (1979), <i>In the Best Interests of the Child: Professional Boundaries</i> (1986), <i>The Best Interest of the Child: The Least Detrimental Alternative</i> (1996) 约瑟夫·戈德斯坦、安娜·弗雷德、阿尔伯特 J. 索尼特:《在孩子的最佳利益之前》(1979)、《在孩子的最佳利益之上》(1979)、《在孩子的最佳利益之内》(1986)、《孩子的最佳利益:危害最小的抉择》(1996)	442

续表

Rank	Author, Title, and Year of Publication	Citations
14	Richard A. Posner, <i>The Federal Courts: Crisis & Reform</i> (1985), <i>The Federal Courts: Challenge & Reform</i> (1996) 波斯纳:《联邦法院:危机与改革》(1985)、《联邦法院:挑战与改革》(1996)	442
15	Guido Calabresi, <i>A Common Law for the Age of Statutes</i> (1982) 卡拉布雷西:《成文法时代的普通法》	438
16	Guido Calabresi & Philip Bobbit, <i>Tragic Choices</i> (1978) 卡拉布雷西、博比特:《悲剧性选择》	381
17	Stephen G. Breyer, <i>Regulation and Its Reform</i> (1982) 布雷耶:《行政规章及其改革》	367
18	Michael J. Perry, <i>The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary</i> (1982) 佩里:《宪法、法院和人权:司法系统宪法性造法的合法性调查》	354
19	Derrick A. Bell, Jr., <i>And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice</i> (1987) (1989) 贝尔:《我们不是被拯救的:关于种族正义的一个容易忘记的追问》	345
20	Catherine A. MacKinnon, <i>Toward a Feminist Theory of the State</i> (1989) 凯瑟林·麦金依:《朝向国家的一种女权主义理论》	340
21	William M. Landes & Richard A. Posner, <i>The Economic Structure of Tort Law</i> (1987) 兰德斯、波斯纳:《侵权法的经济结构》	334
22	George P. Fletcher, <i>Rethinking Criminal Law</i> (1978) 弗莱彻:《反思刑法》	332
23	Mark G. Kelman, <i>A Guide to Critical Legal Studies</i> (1987) 科尔曼:《批判法学研究导论》	312
24	Richard A. Posner, <i>The Problems of Jurisprudence</i> (1990) 波斯纳:《法理学问题》	297
25	Martha L. Minow, <i>Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law</i> (1990) 米诺:《所有差异的形成:包容、排斥与美国法》	290

排名第一的约翰·哈特·伊利是美国当代宪法学家,1968 与 1973 年先后在哈佛法学院和耶鲁法学院任教授,1982 年成为斯坦福大学法学院院长,1987 年卸任,2003 年去世前他在迈阿密法学院任教。约翰·伊利的这部著作是关于宪法学司法审查理论新领域的开山之作,被认为是过去 50 年里最重要的宪法学著作,本文中他倡导一种“参与导向、强化代议制”的程序主义司法审查路径,从而为从宪法文本出发进行法律

解释和司法审查提供了卓有见地的思路。

排名第二的德沃金,是美国著名法理学家,20世纪70年代新自然法学派主要代表之一。毕业于哈佛法学院,从1962年开始,先后在耶鲁大学、纽约大学等任法理学教授,现为英国牛津大学和美国纽约大学联合聘任教授,主持“法哲学前沿”系列讲座。在《法律帝国》一书中,德沃金基于对法律惯例主义与法律实用主义的批判,提出了法律是什么的超脱于惯例主义(教条主义)和实用主义(功利主义)之外的第三种理论,即作为整体的法律,必须通过法官的不断解释才能揭示其真实意蕴。换言之,德沃金把法律看成是不断解释性的、整体性的和建构性的概念,法律是什么的理解和确切地把握,只有在整体性法律解释中,以建构性的解释态度,使法律更加趋于完美,因为法律是随着社会不断发展的概念。尽管法官的最终判决不是最佳的,但对法律的态度却是建构性的:以解释精神,把原则置于实践之上,从而既保持了对过去正确的忠实,又同时为更美好的未来指明了最佳之路。这就是德沃金的结论和他要告诉人们法律是什么的解答。

排名第三的博克,是被里根总统任命为联邦上诉法院法官精通经济学的法学家之一,时任芝加哥大学法学院教授。本文中,博克猛烈抨击了美国反托拉斯法(谢尔曼法和克莱顿法)及其实践。他指出,虽然最高法院一直都承认反垄断法的多重目标,但是当在各目标间进行权衡的时候,法院经常限制或者否认经济效率的重要性。而事实上,反垄断法应该以经济效率,也就是消费者福利最大化为唯一的目标。反之,法律的多重目标势必带来法律执行标准的不统一。最高法院在不同的案例中曾做出过互不一致的判决,就是因为法律没有明确地规定应该保护谁的利益,法官感到可以自由地选择他们偏好的价值。博克认为,反垄断法的价值目标选择问题关系到反垄断法的严整性和统一性。法院有责任保证法律的权威和公正统一性,因此法院的行为应当有一个基本的规范模式。最基本的就是法院在建立法律规则的时候应该为公众提供一个可以识别的标准。如果法院同时抱定不同的目标或者在不同的价值标准之间任意选择,这在法律上是不能容忍的。因为在一个以民主为前提的社会中,法院不能在没有任何限定的条件下比较不同人的利益。在不同价值之间进行权衡和选择的决定,应该由立法机关做出。法院作为宪法和法理的阐释者应当自觉遵守司法权和立法权之间的界限。反垄断法以经济效率之外的社会政治目标作为其价值取向还存在另外两个致命的问题:一是法官在运用非效率的价值标准来判决案件时缺乏一个可以执行的明确尺度,没有客观的方式可以评价社会或政治的成本与价值;二是反垄断法的特点决定它并不适合于用来实现这些价值。如果大企业的效率优势通过卓越的创新、低廉的产品价格等显示出来,小企业的生存就不能在反垄断法中获得帮助。^[4]

[4] 波斯纳后来在所著《反托拉斯法》中认为,不管保护小工商业的内在价值是什么,反垄断法在总体上并不适合于用来促进小工商企业的利益。从小工商业的立场来看,最好的反垄断政策就是不反垄断,因为垄断企业使市场价格超过生产成本,这就使得市场中的小企业获得了更大的生存空间,即使他们的生产成本比大企业还要高。参见波斯纳:《反托拉斯法》,法律出版社2007年版。

排名第四的是著名的女权主义法学家麦金侬,在《正宗女性主义:关于生命与法律的演说》一书中,她认为,国家权力和法律不是中立的,而是男权主义的体现,以所谓“理性”为前提构筑的法律和法学是完全排斥妇女的,因为男性是规则导向的,而女性是感情导向的,以男性为中心建立的现代法治必然是压抑妇女的。法律中的性别不平等不是不合理的歧视的结果,而是妇女系统性的社会从属地位的结果。性别问题在本质上,是一个权力问题,特别是男人的统治地位和女人的从属地位问题。例如:就强奸案中的女性“同意”问题。麦金侬就猛烈批判现代法律只是在形式上保护妇女,实质上却以男性的利益为导向。她指出,对于妇女在恐惧中未能对于强奸行为做出反应,任何善解人意的法庭都会认为这是合理的不能再合理的现象,女权主义者坚决不同意在考察犯罪行为为要素时,必须存在被害人“不同意”的反应为证据基础,主张根本就不需要判断妇女是否表达了“不要”就应该追究其严格责任。

排名第五的是波斯纳的名作《正义/司法的经济学》,全书共有四编。第一编集中讨论正义与效率的问题。它实际上是波斯纳试图为此前他建立的法律经济分析奠定一个哲学伦理学的基础,试图从财富最大化出发建立一种总体化的社会理论。第二编以经济学为武器从总体上相当全面地解说了初民社会(前国家社会)以及农业社会基本结构以及治理制度和实践的主要方面。第三编比较细致地讨论了隐私问题,并对美国联邦最高法院的20世纪60~70年代的一系列重要隐私判决中的法理进行了辨析。第四编则从信息经济学的进路切入,集中分析的是美国社会中种族歧视问题。

(二) 引证率最高的法学论文前二十五名 (Most Cited Law Review Articles, Top 25, 2004)

Rank	Author, Title, and Year of Publication	Citations
1	R. H. Coase, <i>The Problem of Social Cost</i> , 3 J. L. & E. 1 (1960) 科斯:“社会成本问题”	1932
2	Oliver Wendell Holmes, <i>The Path of the Law</i> , 10 Harv. L. Rev. (1897) 霍姆斯:“法律的道路”	1846
3	Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, <i>The Right to Privacy</i> , 4 Harv. L. Rev. (1911). 沃伦和布兰代斯:“论隐私权”	1440
4	Herbert Wechsler, <i>Toward Neutral Principles of Constitutional Law</i> , 73 Harv. L. Rev 1 (1959) 威克斯勒:“走向宪法的中立原则”	1263
5	Charles R. Lawrence III, <i>The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism</i> , 39 Stan. L. Rev. 317 (1987) 劳伦斯:“本我、自我和平等保护:无意识种族歧视的估量”	1261
6	Robert H. Bork, <i>Neutral Principles and Some First Amendment Problems</i> , 47 Int. L. J. 1 (1971) 博克:“自然原则与若干宪法第一修正案问题”	1201

续表

Rank	Author, Title, and Year of Publication	Citations
7	Guido Calabresi & A Douglas Melamed, <i>Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral</i> , 85 <i>Harv. L. Rev.</i> (1972) 卡拉布雷西和梅拉米德:“财产原则,归责原则与不可让渡性:一个全景视点。”	1023
8	<i>Duncan Kennedy, Form & Substance in Private Law Adjudication</i> , 89 <i>Harv. L. Rev.</i> 1685 (1976) 邓肯·肯尼迪:“私法性判决的形式和实质”	956
9	<i>William Brennan Jr., State Constitutions and the Protection of Individual Rights</i> , 90 <i>Harv. L. Rev.</i> 489 (1977) 布伦南:“州宪法和个人权利保护”	924
10	<i>Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation</i> , 89 <i>Harv. L. Rev.</i> 1281 (1976) 查耶斯:“公诉中法官的作用”	915
11	<i>Robert Cover, The Supreme Court, 1982 Term, Foreword: Nomos and Narrative</i> , 97 <i>Harv. L. Rev.</i> 4 (1984) 卡弗:“最高法院”	900
12	<i>Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical foundations of "Just Compensation" Law</i> , 80 <i>Harv. L. Rev.</i> 1165 (1967) 米歇尔曼:“财产、效用和公平:有关‘公正补偿’法律伦理基础的评论”	843
13	<i>Charles A. Reich, The New Property</i> , 73 <i>Yale L. Rev.</i> 733 (1964) 莱奇:“新财产权”	815
14	<i>Roberto Mangabeira Unger, The Critical Legal Studies Movement</i> 96 <i>Harv. L. Rev.</i> 561 (1983) 昂格尔:“批判法学运动”	790
15	<i>Richard B. Stewart, the Reformation of American Administrative Law</i> , 88 <i>Harv. L. Rev.</i> 1667 (1975) 斯图尔特:“美国行政法的改革”	735
16	<i>Richard H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce</i> , 88 <i>Tale L. J.</i> 950 (1979) 芒金、康豪斯:“法律阴影下的交易:离婚案件”	717
17	<i>Marc Galanter, Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change</i> , 9 <i>Law & Soc'y Rev.</i> 95 (1974) 格兰特:“‘富者’何以先行:法律变更限制之思”	692
19	<i>Paul Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding</i> , 60 <i>B. U. L. Rev.</i> 204 (1980) 布瑞斯特:“对原初理解的误会”	679
21	<i>Cass R. Sunstein, Interest Groups in American Public Law</i> , 38 <i>Stan. L. Rev.</i> 29 (1985) 桑斯坦:“美国公法中的利益集团”	648
23	<i>Anthony G. Amsterdam, Perspectives on the Fourth Amendment</i> , 58 <i>Minn. L. Rev.</i> 349 (1974) 阿姆斯特丹:“第四修正案的展望”	630

续表

Rank	Author, Title, and Year of Publication	Citations
24	Cass R. Sunstein, <i>Beyond the Republican Revival</i> , 97 Yale L. J. 1539 (1988) 桑斯坦:“超越共和党的复兴”	624
25	Lon L. Fuller, <i>The Forms and Limits of Adjudication</i> , 92 Harv. L. Rev. 353 (1978) 富勒:“判决的形式与限制”	611

科斯的《社会成本问题》排名第一。这篇文章研究了现实生活中的“侵害”(侵权)问题,他结合养牛者走失的牛损害相邻农夫谷物的案例,揭示出外部性问题对于双方具有侵害相互性的本质,即侵害总是存在的,问题的关键不是避免一切损害,而是如何避免较大的损害。现实生活中“侵权”的本质是产权不清,如果物品的产权界定清楚,政府的干预或者采取“补偿”原则就是多此一举。科斯指出,只要交易成本为零,那么无论产权归谁,都可以通过市场自由交易达到资源的最佳配置。他同时强调,“在市场交易成本为零时,法院关于损害责任的判决对资源的配置没有影响”,法院面临的迫切问题不是谁做什么,而是谁有权做什么。通过市场交易修改最初的合法界定通常是可能的。这些观点见解独到,发人深省,对法学和经济学研究都具有巨大的启发意义,成为法经济学诞生的里程碑式文献。

《法律的道路》排名第二,它实际上是时任马萨诸塞州最高法院法官的奥利弗·霍姆斯在纪念波士顿大学法学院新讲堂落成大会上的讲演稿。全文篇幅不长,霍氏以一个法官的博识阐发了四种相互联系的观点:注重现实(和现世)结果的实用主义、主张法律应独立并区别于道德的中立主义、把外在行为视作对象的客观主义、以经验探索为基础的实证主义。从他的娓娓论述中,我们看到了一位普通法系的法官对传统的(经常是空洞的)历史主义解释的不满足,一位永不满足的法学家对法律理想状态的追求,以及一位在法律的道路上勤奋开拓的先行者对后来人的殷切期望。霍姆斯在这篇文章一开始就强调了法律的预测功能,倡导法律的经验实证研究,这一点无疑已被美国法学的后世发展所验证。

《论隐私权》排名第三,其作者塞缪尔·沃伦和路易斯·布兰代斯都曾担任过美国最高法院法官,他们在这篇著名的文章中认为,隐私是一种秘密,这种秘密首先是一种客观存在,具有物质性。隐私权是个人在通常情况下决定他的思想、观点和情感在多大程度上与别人交流的权利。时至今日,隐私权已为人所共知。《布莱克法律词典》认为隐私权是私生活不受干涉的权利,或个人私事不经允许不得公开的权利。

排名第四的是赫伯特·威克斯勒教授的《走向宪法的中立原则》。在该文中,作者令人信服地证明,虽然宪法没有明确提到司法审查,但是从宪法规定的结构上能逻辑地读出这项内在权力。但这种司法审查必须依照某种“中立原则”。宪法授权法院进行司法审查,但这并不表明法院可以任意行使这项权力,随便将自己的价值、理念和政治主张掺和到宪法文本中去;假如这样做,法官就“越界”了,且威克斯勒举出了美国法

官在判决过程中“越界”的许多实例,包括像“校区种族隔离案”(Brown v. Board of Education)这样的社会影响巨大且至今为民众所称颂的判例。可以不夸张地说,这是一篇迄今为止讨论这个主题的最具建设性的论文,也是这个领域的难以逾越的里程碑。它一方面代表着自马伯里决定以来的学术论辩之总结,另一方面又清晰地指明了一个新的起点、新的方向、新的思路。此后,人们对司法审查和司法职能的学术探讨多建立在这篇论文的基础上,因而其引证率那么高,也就不足为奇了。

查尔斯·R. 劳伦斯教授的《本我、自我和平等保护:无意识种族主义的衡量》排名第五,它从对法院判决的检讨出发,研究如何处理美国法上种族仇恨性言论之问题。这个问题在20世纪初便已开始讨论,但随着新的历史事件、新的学说发展,至今也未有定论。其理论上的难题在于自由与平等两个价值的冲突。而观察美国法院的判决,大抵上是倾向保障种族仇恨性言论。该文认为法院这样的态度固有其历史的背景以及理论上的支持,但是平等的价值也不应忽视。该文主张:对于在私领域的种族骚扰、恐吓等行为,是可以禁止的。而在公开场合,或者是针对不特定人的情况,若系争言论具有任何政治、文学、艺术、科学的价值,则可受到言论自由的保障,若无,同样也在禁止之列。

(三) 大英社会科学引证索引中引证率最高的十部法学著作

(British Legal Books Most Cited in Social Sciences Citation Index (1978-1999))^[5]

Author	Title, and Year of Publication
Atiyah, P. S.	<i>The Rise and Fall of Freedom of Contract</i> (1979) 阿蒂亚:《合同自由的兴起与衰落》
Baker, J. H.	<i>An Introduction to English Legal History</i> (1979) (1990) 贝克:《英国法律史导论》
Finnis, John	<i>Natural Law and Natural Rights</i> (1980) 菲尼斯:《自然法与自然权利》
Hart, H. L. A. Tony Honore	<i>Causation in the Law</i> (1985) 哈特等:《法律中的因果关系》
MacCormick, Neil	<i>Legal Reasoning and Legal Theory</i> (1978) (1994) 麦考密克:《法律推理和法律理论》
Raz, Joseph	<i>The Morality of Freedom</i> (1986) 拉兹:《自由的道德性》
Raz, Joseph	<i>The Authority of Law: Essays on Law and Morality</i> (1979) 拉兹:《法律的权威:法律与道德散记》
Smart, Carol	<i>Feminism and the Power of Law</i> (1989) 斯马特:《女权主义与法的权力》
Williams, Glanville L.	<i>Textbook of Criminal Law</i> (1978) (1983) 格兰维尔:《刑法教科书》

[5] Compiled by Fred R. Shapiro. see <http://lib.law.washington.edu/ref/mostcited.html>.

在本书的最后,附录了《引证率最高的102篇法学论文》、《引证率最高的50部法学著作》、《引证率最高的50部法学著作》、《美国近二十年来引证率最高的法学教科书》、《大英社会科学引证索引中引证率最高的法学著作》、《法学期刊中引证最高的非法律著作》以及《引证率最高期刊榜》等资料文献,供有兴趣的读者查阅。

本人投身学术事业迄今已逾十五年,始终以“法学研究和法律教育”为自己的安身立命之所。此番组织编译《美国法学最高引证率经典论文选》和《美国法律思想经典》,完全是基于对中国法制建设及法学发展的一股热情。没有诸位可敬、可爱的译者的辛劳与支持,如此二十余篇美国法学经典名作、总计六十余万字很难在如此短的时间里翻译出来并与中国读者见面。尽管我们已经付出了自己最大的心力,但是翻译中的错误仍然在所难免。我在阅读和校对各篇翻译作品时,总能发现一些令人不满意的地方,并已尽自己最大努力进行斟酌更正。但毕竟时间有限,不允许我们无休止地修改、讨论下去,个别的疏漏和误译之处在所难免,还敬请读者批评指正。

在本译著出版之际,我要感谢中国人民大学法学院的孙国华教授、吕世伦教授、朱景文教授以及尊敬的江平教授和梁治平教授的热情鼓励,感谢法学院王利明教授、韩大元教授、龙翼飞教授等领导始终的关心和支持。最后,我还要感谢法律出版社学术分社惠允出版,责任编辑刘文科先生慧眼识珠,给予我和诸位译者极大的宽容和耐心,并以高质量的编校工作最终完成了本书的出版。

是为序。

冯玉军

2007年8月1日于北京世纪城寓所

目 录

法律的道路	1
奥利弗·温德尔·霍姆斯 著 汪庆华 译 王笑红 校	
本我、自我与平等保护:无意识种族歧视的估量	16
查尔斯·R. 劳伦斯 III 著 方海日 译	
私法性判决的形式与实质	82
邓肯·肯尼迪 著 朱硕、杜红波 译	
州宪法与个人权利的保护	157
威廉·J. 布伦南 著 肖珂诗、马轲 译	
公诉中法官的作用	171
艾布拉姆·查耶斯 著 金云峰 译	
财产权、效用与公平:有关“公正补偿”法律伦理基础的评论	198
弗兰克·I. 米勒尔曼 著 刘光华、康展黎、王兰 译	
法律阴影下的交易:离婚案件	262
罗伯特·H. 芒金、刘易斯·A. 康奈斯 著 刘坤轮 译	
目标公司管理层在应对要约收购中的适当角色	299
弗兰克·胡佛·伊斯特尔布鲁克、丹尼尔·R. 菲斯科尔 著 郭晓慧 译	
关于风险分散和侵权法的几点思考	332
吉多·卡拉布雷西 著 纪建文 译	

附录：

引证率最高的 102 篇法学论文	374
引证率最高的 50 部法学著作	382
引证率最高的 50 部法学著作	385
美国近二十年来引证率最高的法学教科书	388
大英社会科学引证索引中引证率最高的法学著作	390
法学期刊中引证率最高的非法律著作	391
引证率最高期刊榜	393

Contents

<i>The Path of the Law</i>	1
Oliver Wendell Holmes, 10 Harvard Law Review 457 (1897)	
Translated by Wang Qinghua	
<i>The Id, The Ego, and Equal Protection; Reckoning with Unconscious Racism</i>	16
Charles R. Lawrence III, 39 Stan. L. Rev. 317 (1987)	
Translated by Fang Hairi	
<i>Form and Substance in Private Law Adjudication</i>	82
Duncan Kennedy, 88 Harvard Law Review 1685 (1976)	
Translated by Zhushuo & Du Hongbo	
<i>State Constitutions and the Protection of Individual Rights</i>	157
William Brennan Jr., 90 Harv. L. Rev. 489 (1977)	
Translated by Xiao Keshi & Ma Tao	
<i>The Role of the Judge in Public Law Litigation</i>	171
Abram Chayes, 89 Harvard Law Review 1281 (1975 - 1976)	
Translated by Jin Yunfeng	
<i>Property, Utility, and Fairness; Comments on the Ethical / foundations of "Just Compensation" Law</i>	198
Frank I. Michelman, 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967)	