



法律程序与行政过程译丛

丛书主编 陈端洪

行政国

的

正当程序

Due Process In The
Administrative State

Jerry L. Mashaw

杰瑞·L.马肖 著

沈岍 译

高等教育出版社

法律程序与行政过程译丛

**Due Process In The
Administrative State**

行政国的正当程序

丛书主编 陈端洪

杰瑞·L. 马肖 著

Jerry L. Mashaw

沈岍 译

高等教育出版社

Due Process in the Administrative State Copyright © 1985 by
Yale University

图字:01-2005-1979号

图书在版编目(CIP)数据

行政国的正当程序/马肖(Jerry L. Mashaw)著;
沈岍译.—北京:高等教育出版社,2005.11
书名原文:Due Process in the Administrative State
ISBN 7-04-017504-5

I. 行... II. ①马...②沈... III. 宪法-研究-
美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 107150 号

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
		网上订购	http://www.landaco.com
经 销	北京蓝色畅想图书发行 有限公司		http://www.landaco.com.cn
印 刷	北京中科印刷有限公司		
开 本	850×1168 1/32	版 次	2005 年 11 月第 1 版
印 张	10.375	印 次	2005 年 11 月第 1 次印刷
字 数	260 000	定 价	21.90 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 17504-00

假如你是领袖，
就应平心聆听诉求；
切勿阻止他，
将满腹冤屈洗净。
比起求得胜诉，
不幸的人更渴望倾其肺腑。
若禁止别人陈请，
人们会问：“为何拒不聆听？”
并非一切诉求皆得认同，
善意聆听却可抚慰心痛。

——Ptahhotep 之教诲

（埃及第六王朝，公元前 2300—前 2150 年）

我始终认为，本法院最重要的职责之一在于……保障每个人对其天赋人格尊严和自我价值的正当期待。

——威廉·布伦南，在保罗诉戴维斯案中，
持不同意见

424 U. S. 693, 734—735 (1976).

译者序

衷心感谢美国耶鲁大学法学院杰瑞·马肖教授(Jerry Mashaw)、耶鲁大学出版社以及中国高等教育出版社,由于他们共同的努力,《行政国的正当程序》中文译本的版权问题终获解决,译稿即将在完成近两年之后付梓问世了。

当译作几经修缮并于2003年10月杀青时,我本无意为其写序。但凡译者作序,惯例上自然难免对原著发表一通描述与评价。其实,它只不过是译者“一时的一己之见”。翻译本身已经在一定程度上渗透译者的创作,再加上评论性的见解,译者的个人色彩会更强,进而会更多机率地出现误导读者的可能,尽管一般而言,译者的辛勤劳动确实使其比普通读者更加熟悉原著。正是出于此般考虑,译者序并未随同译稿一并完成。原作者的观点、主张及理论,由读者细阅后——甚或对照英文原版——自察便了。毕竟,一本优秀的著作,不同的人或者同一个人在不同的时空场合,会从中读出不同的见地,又何必以“一时的一己之见”有意无意地把读者引向某个方向,而遮挡住了其他的方向?

不过,经高等教育出版社编辑宋军女士的提醒,我改变了初衷。诚如她所言,译者序并不仅仅是对原著进行必要的介绍,也要就译者在翻译过程中遭遇的问题和处理策略周告大家,藉此或可对阅读与理解有所裨益。就《行政国的正当程序》而论,这后一点似乎尤为重要。自1999年蒙陈端洪博士抬爱、有幸被委以本书的翻译工作开始,我先后三次进行从头至尾的翻译及修改。其间,还曾请北京大学法学院姜明安教授拨冗校对,但仍然有颇多困惑不解和难以下

笔之处。在美国和国内,我向略知马肖教授著述的三四位学者探问,他们也多倾向于认为马肖教授的论说不是那么易读易解。2002年,赶赴美国乔治城大学法学院访问之机,我数次通过电邮的方式与马肖教授联系,且亲赴耶鲁大学法学院与其当面会谈,尝试解开我心中的疑惑。美国一位年轻学者在与我交流时,留下了一句印象极为深刻的话:“你若要准确地理解,就当首先进入作者本人的词汇表(vocabulary)。”回眸这一切经历,促使我接受了宋军女士的建议。

此外,对译者序的功用也有了重新的认识。它是一种交流与讨论的平台,而不是一项给原著的观点和思想进行准确无误定位的工作。因此,即便是译者“一时的一己之见”,也可以充分地展示出来。给原作勾勒一个简单的地图,虽然可能挂一漏万甚至在细节上描错了路径,还是会起到一定的引领作用。即便指导失误,读者也只会将其看作是导游的一家之言,或付之一哂,或另行探讨。担心读者将译者序视为定论,倒真的是杞人忧天了。

二

《行政国的正当程序》是美国著名的公法学者、耶鲁大学法学院斯特林讲席教授(Sterling Professor of Law)杰瑞·马肖先生的一部力作。^①该书虽然出版于1985年,但实际上是马肖教授长期关

① 马肖教授的主要研究领域是:行政法、社会福利政策、政府管制和立法。其著述丰厚,先后发表:《社会保障的听证和申诉》(*Social Security Hearings and Appeals*, 1978);《官僚制正义》(*Bureaucratic Justice*, 1978);《行政国的正当程序》(*Due Process in the Administrative State*, 1985);《社会保障:超越危机论》(*Social Security: Beyond the Rhetoric of Crisis*, 合著, 1988);《美国人误解的福利国家》(*American's Misunderstood Welfare State*, 合著, 1990);《贪婪、混沌和治理:以公共选择促进公法》(*Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, 1997);《真正的保障:反思美国社会保险制度》(*True Security: Rethinking American Social Insurance*, 合著, 1999);《行政法:美国公法制度导论》(*Administrative Law: Introduction to the American Public Law System*, 合著, 第5版, 2003);等等。其中,《行政国的正当程序》、《贪婪、混沌和治理:以公共选择促进公法》是其著述中引用率最高的两本书。

注和研究美国宪法正当程序条款的结晶,其学术价值和影响力直至今日仍未过时。

在美国,根据宪法第5条、第14条修正案,联邦和州政府未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。从字面上看,正当程序条款明显有两个密切勾连的宗旨:一则,限制政府的权力,无论是联邦政府还是州政府,无论是政府的哪个分支(立法、行政或司法);二则,维护古典自由主义政治理论主张的个人基本权利。两相结合,但凡立法、行政或司法作出对个人权利不利的决定,都有一种潜在的从正当程序条款角度检验该决定合法性的可能。

另一方面,Due Process of Law 是一个高度抽象、含糊并因此富有争议的概念。虽然它在中文语境中约定俗成地译为“正当法律程序”,但它实际上可以泛指一切在法律上具有正当性的过程。这些过程可以是政府(包括立法机关、行政机关和法院)的决策过程,也可以是个人、家庭、社会自身的决策过程。而且,如果政府就某个事项作出的决策,如立法禁止堕胎或规定最低工资,被认定是不符合正当程序条款的,这往往意味着个人、家庭或社会有权对该事项作出自主的决策。^①在这个意义上,正当程序条款关涉到现代国家普遍存在的政府与市场或社会之间的关系架构问题,而这个问题恰是行政国兴起、政府行政过程触及生活各个领域之后当代宪政主义关注的焦点。宪政在国家结构(constitution)维度上的涵义,足以令我们想像正当程序条款对美国社会的重大作用。“随着一个只具备有限目的和微弱手段的政府转变为现代行政国家,对正当法律程序观念的精心解说,已经成为重新定位宪政主义的主要方式。如果说人身保护状是‘伟大的令状’,那么,正当程序必定是‘伟大的条款’。”^②只是,具有如此重要宪政意义的“伟

① 参见本书第一章第5页以下。

② 本书第一章第1页。

大的条款”，蕴涵着一个似乎永难解决的斯芬克司之谜——“什么样的程序是正当的”，以至于对该条款的理解和解释可谓众说纷纭。

以上两个方面的原因，使得正当程序条款在宪法诉讼中享有极高的援引率，尤其成为 20 世纪 70 年代所谓的“正当程序革命”的宪法文本依据。于是，美国法院对正当程序条款的应用以及在裁判之中透露出来的理论取向，受到美国学术界广泛的讨论。个中，对美国法院的正当程序宪法裁判之评价褒贬不一。^①

马肖教授的旨趣在于，以行政国家的兴起和这种兴起对当代政府合法性的挑战为背景，努力探索一种理想的又具有高度实用性的正当程序理论，从而在自由的、个人主义的传统与集体化的、官僚制的公共生活环境之间寻求某种和谐。为此，他认为，对美国法院有关正当程序条款的宪法裁判进行评价，不能简单地以其对行政制度的效用为唯一尺度（这个尺度得到的评价结论经常是自相矛盾的），还必须考察其是否支撑基本的政治原则。换言之，必须从美国自由民主宪政秩序所确认的、有关政府合法性的意识形态象征角度，对解释正当程序条款的诸多方法进行评论，再进一步发展出适当的正当程序理论。^②

基于这一出发点，马肖教授从美国宪政史上法院和评论界解决什么程序是正当的这一问题的方法之中，抽象出对待正当程序条款的三种模式，即诉诸传统的适当性模式、追求利益平衡的效能模式以及在自然权利理念上的尊严价值模式。他在技术和价值层面上，对三种模式各具特色的可行性与象征性给予了详细、复杂的论述，其中蕴涵了丰富的法律的（尤其是普通法的）、经济学的、政治哲学的探究。

① 参见本书第一章第 33—44 页。

② 参见本书第一章第 44 页以下。

三

适当性模式主要定位于传统,认为正当程序就是历史上和当今存在的普通程序(ordinary process),反对因人因事而设置特殊程序。据此,其运用的基本技术是“为被诉程序寻找具体的类比程序,将当前案件同法律制度通常处理类似事项的方式予以对照。”^①这也与英美法系中常用的法律推理(类推)方法是一致的。在理想层面上,这一方法的规范性依据是维系社会秩序,让社会和政治生活以一种可理解的方式持续发展,避免以制度工程的方式对人们并不完全了解的问题进行全面整治。它是与伯克、萨维尼的政治理论一致的保守主义的法律技术,倾向于经验、事实的规范作用,而拒绝概念、抽象理论、普遍原则等。由于政府的常规运作是逐步演进而不是突变的,所以,建立在这一方法之上的司法审查对政府(立法机关和行政机关)的决策,往往采取尊重的立场而不要轻易宣布其违宪。^②

然而,适当性模式的理想并不能不折不扣地成为现实。固守传统可能会阻碍改革,而为了保持对新事物的敏感,适当性模式又会采取灵活的但同时失去连贯一致性的解释方法。于是,“在法院谦逊谨慎地关注事实、情境和相似性的表象之下,社会工程的傲慢自大开始出现。这种傲慢自大,或者装扮成采取政治保守主义的、保护传统的法院,或者装扮成采取改革立场的、力图预见未来的法院。”^③除此以外,由于法院不可能在每个案件中对历史上和当代的习惯或惯例进行细致研究,所以,法院通常会将手边的案件与判例或抽象概念作比较。这种策略可以减少司法成本,但容易使诉诸习惯或惯例的方法退化为形式主义和概念主义的,使本来

① 本书第二章第53页。

② 本书第二章第55—59页。

③ 本书第二章第60页。

应该具有规范作用的事实被判例或抽象概念所裁剪和歪曲。^①更为重要的是,适当性方法论注重个案特性的、蒙昧主义的风格,已经与现代行政国家越来越趋向于普遍性和理性的法律秩序不相一致了,已经变成暗藏法院真实意图的面具。不可避免的现代性,要求的是一种对手段与目的进行清晰判断的工具理性,要求以前后一贯的、内在一致的以及可以解释的方式来实现法律价值。因此,适当性方法论虽然在一定程度上得以保存下来,但它必须同现代行政国家及其工具理性相妥协,于是,更具现代性的效能模式得到青睐。^②

效能模式的特点是计算,它关注各种形式的行政决策过程的成本与效益,力求在保护个人的生命、自由、财产不受错误剥夺和通过政府行为实现集体目标之间达成某种和谐。这种方法论是工具主义、实证主义和功利主义的结合体。它是工具主义的,因为它把程序的作用看成是准确适用实体法;它是实证主义的,因为它主要是从制定法当中去寻找实体权利,而不赞成在有关程序问题的案件中由司法判决创设新的实体权利;它又是功利主义的,因为它要平衡社会在政府准确实施法律方面的效益和社会为此付出的成本。在理想的层面上,它可以摆脱适当性模式的模糊性、个别特殊性和复杂性,而确立具有清晰性、普遍性和简明性的模式。^③

但是,效能模式在运用的时候存在三个比较大的缺陷。首要缺陷是知识上的狂妄。它意在通过计算程序的社会效益和成本(即程序对普遍福利的功用),来确定该程序正当与否。可彻底的、精确的计算所需要的信息,法院是不可能掌握的。^④其次,效能模式的工具主义和实证主义倾向,使得它无法完全回应世人对

① 参见本书第二章第61—64页。

② 参见本书第二章第103—108页。

③ 参见本书第三章第110、111—115页。

④ 参见本书第三章第121—150页。

正当程序的关注,因为人们关心正当程序不一定仅仅是为了得到准确的决定或者实定法的有效实施,有的时候是为了程序本身的价值或实定法未明确的利益。^①最后,计算普遍福利不仅是法院力有未逮之事,而且,与法院保护个人权利的使命背离,无助于个人权利的实现。“正当程序请求恰恰是主张保护与大多数人意愿对峙的少数人利益……正是国会(和州立法机关)而不是最高法院,拥有宪法授予的‘促进普遍福利’的权力。最高法院公认的职责在于,指出个人的宪法权利何时胜过立法机关的福利判断。对现实各种因素进行平衡,就是使正当程序条款离开其所停泊的宪法港湾,就是使最高法院卷入一个真正的立法职能。”^②由于存在这些缺陷,司法审查的效能模式是“一个彻底的失败”,它不仅没有实现清晰性和普遍性,“反而产生了晦涩难解、分崩离析的法律理论”。^③

尊严价值模式建立在自然权利理念之上,是直接借助自然权利或自由和正义基本原则的观念,来确定正当程序对政府的限制。它在美国法院的宪法裁判中根深蒂固,与诉诸传统和习惯的适当性模式,有彼此竞争优势地位的时候,但更多时候是伙伴关系。^④与适当性模式不同,“它并不以历史上偶然形成的传统为出发点,而是起始于一个基本的关于个人自决的道德前提。”^⑤与效能模式不同,这一方法论关注程序是否能够促进人类共同或固有的价值,如自主、自尊或平等,而不是把程序的作用仅仅落位于实现制定法或普通法所确认的利益或者保证政府作出准确的决定。这样,既可以避免陷入实证主义泥潭,又可以使正当程序分析与美国宪法

① 参见本书第三章第120、150—163页。

② 本书第三章第164页。

③ 本书第三章第165页。

④ 参见本书第四章第170—173页。

⑤ 本书第一章第48页。

关注个人自由的精神一致。^①

美国法院的确在一些正当程序案件中运用尊严观念,可是,“判决意见经常看上去只是在宣告法官的直觉,或者在宣告法官的道德义愤。单纯的宣告表明了,无论是奉行积极干预主义的多数意见,还是具有司法节制取向的多数意见,法官的简单偏好正在被塑造为宪法信条。”^②可见,即便尊严方法论存在优点,它也必须解决一些基本问题:如何阐发一组表面上合理而且获得普遍认同的程序价值;如何充分地论证这些价值的正当性;如何在实践中具体适用这些程序价值,才能应对在日益官僚化的国家和个人自主之间发生的许多复杂问题;如何能够与适当性模式、效能模式实现有机的结合,给传统和效能行政都提供理论基础;如何使得以尊严方法来对待正当程序问题的司法,可以维系适当的宪法角色;等等。^③

四

在上述三种模式之中,马肖教授更看好由尊严价值模式发展的宪法定论的未来。为此,他首先阐述了根据直觉即可获得一定合理性的程序价值:平等、可理解性、私人自主、参与等,并认为它们扎根于自由主义宪政的共性之中。但是,这些具有直觉吸引力的程序价值是没有定型的,它们自身内含矛盾性,相互之间也会发生冲突,因此,需要为它们提供理论上的辩护,使它们从直觉主张转化为宪法权利。于是,马肖教授援引古典和当代自由主义思想家洛克、边沁、密尔、康德、罗尔斯等的理论,证明了直觉上的程序主张有美国宪法的意识形态基石——自由主义哲学传统——为依托;并且,根据这些理论,程序价值存在等级制:平等、可理解性以

① 参见本书第四章第176—179页。

② 本书第四章第180页。

③ 参见本书第四章第179—183页。

及私人自主是核心的原则或价值,个别对待、参与和准确性则是需要审慎对待的权利(*prudential rights*)而不是根本权利。^①

马肖教授认为,基于核心价值提出的主张,在适用的时候仍然存在一些困难。例如,可理解性反对前后不一致的行政决定,但在官僚制中保证行政决定的一致性可能导致官员们跟木头一样地照章办事、失去具体情况具体对待的能力。尽管如此,程序价值的等级划分还是有助于找到在建构行政程序时实现尊严价值的策略,即:核心价值主张可以认为是强有力的,法院可以用来作为对被诉程序进行违宪审查的标准;而那些需要审慎对待的价值,通常不足以单独作为宪法上正当程序的标准,但可以作为解释制定法的原则来发挥作用。^② 为了证明这个尊严价值理论的可行性,马肖教授假设了该理论适用于个案的情况,指出其在相当程度上表现出前后一致地、令人信服地解决重大行政正当程序问题的能力。^③

当然,在司法实践中,法院不可能对每一个案件,都仔细地审查决策程序是否有助于实现政治理想这样一个艰辛而复杂的问题。因此,马肖教授认为,那些已经经过审慎分析而形成的、在政治理想上可以接受的程序形式,能够作为拇指法则(*rules of thumb*)、样板程序(*prototypes*)来指导法院进行合法性分析。只有在出现重大的新型案件时,法院才需要根据美国宪政最基本原则作出根本的分析。^④

经过细致的论证,协商、投票表决、裁决和行政,被马肖教授认为是可以作为拇指法则的四个基本决策程序。一则,它们分别对应地体现了合意以及运用不受个人影响的规则或原则。而这两项

① 参见本书第五章第185—215页。

② 参见本书第五章第216—220页。

③ 参见本书第五章第221—231页。

④ 参见本书第六章第240页。“拇指法则”一词在本书中最早出现在第五章第237页,其涵义见当页译注。“拇指法则”是一种概测法,它们在一般情况下具有效用,但并非放之四海而皆准。

用来限制个人专权的技术,同自由政府的基本追求——“国家权力不得被用来使任何人臣服于另外一个人的意志”——是一致的,在象征性上是适当的。二则,这些基本决策程序实际上属于理想类型,在现实中出现的经常是它们的折中形式。法院可以从它们中推演出适当程序的范畴,但是,绝不能认定偏离理想类型的程序或者混合理想类型的程序就是违宪程序。法院不能到处挥舞着抽象的范畴,去评论立法机关或行政机关选择的程序。适当程序分类法的作用不在于此,而是帮助推动对日常生活中各种程序设计的可理解性的讨论。三则,由于投票表决、行政也是和自由民主意识形态相容的基本程序,这就等于给现代行政国家的政府决策形式提供了初步的合法性依据。在一般情况下,有关正当程序的司法审查也就可以比较有节制地保持在制定法的解释范围内;只有在特殊的场合,法院才需要超越实定法,宣告一些对政府决策形式具有约束作用的、普遍存在的个人自治和尊严价值。^①以自由民主政府的基本价值为依托、关注到现实的复杂性和价值的平衡性、认可行政国家对政府行为的需求、为法院审理案件提供经验法则、让司法对实定法有相当的尊重从而使其满足民主国家中司法应有的角色等,都是经过重新阐发的尊严适当性模式的优点。相比较定位于传统的适当性模式和定位于狭隘功利主义的效能模式,它无疑更能作为一种解释性和规范性很强的宪法裁判理论。但是,马肖教授也承认,它并不一定能解决所有的问题。^②

为了证明这种尊重实定法的宪法裁判理论是可以接受的,亦即证明自己对实定法(一种次宪法层面上的对话)的信任是合理的,马肖教授在最后一章简单地、略显乐观地勾勒了行政国家三个方面的实践经验:对行政政策形成过程的参与,对福利权利的维护,以及约束官员自由裁量权的普遍规则的运用。他藉此指出,立

① 参见本书第六章第240—265页。

② 参见本书第六章第265—271页。

法机关和行政机关像法院一样,关心正当程序所支持的尊严价值。“这两类机构连同依据制定法的司法审查,具备了创造能力、回应能力以及对决策结构进行复杂试验的能力。”而那种总是把行政程序的合法性问题放在宪法层面上去解决的做法(即行政程序宪法化的做法),在雄心勃勃的外表下实际上是更多的无能,甚至起到抑制或阻碍作用。总之,“法院可以通过制定法解释以及行政管理领域的普通法,促使立法者和行政官员试验新的、可能更好实现我们理想的组织架构和程序。”最值得记住的是,“宪法裁判的对话,只是我们借以设计我们的公共生活和保护我们的私人生活的众多对话形式中的一个。”^①

五

以上对本书的一个简单勾勒,希望是能够起到一定引领作用的草图。做完此项工作,我想该谈论一下马肖教授的著述风格以及我的翻译策略了。据我猜测,读者在翻阅此译本之后,多半会有艰涩难懂的感受。在翻译领域,这种结果的出现,无非两个原因:原著本身的特色和译者水平的有限。就此书而言,我以为,两个方面的缘故皆有。

首先,马肖教授是一位知识渊博的公法学者,兼晓哲学、经济学、政治学、社会学和法学。在其行文论证的过程中,各有关学科的专门术语、知识和逻辑,皆会在相应的部分不断涌现。而译者本人虽专攻宪法、行政法领域,对其他学科亦有涉猎,但所具知识恐难完全胜任准确、顺畅的翻译。尤其是,本书第三章和第五章分别充斥经济学和政治哲学的论证,迳译时颇费思量。

其次,本书是一本真正具有“美国特色”的专著。将抽象理念或形而上思考同具体方法和技术结合起来论证,是马肖教授努力的方向。在与他的交谈之中,这一点得到了他的明确肯认。尽管

^① 参见本书第七章。

书中多次提到自由民主国家及其意识形态的时候,并不一定单指美国,可在整体上,由于其关注的是如何发展出适合美国宪政基本价值、结构、历史甚或未来的正当程序裁判理论,所以,在理论抑或实践层面的探讨,随处渗透着极具特色的美国经验。这也在一定程度上给译作制造了麻烦。对原著字面内容的背景信息了解或理解多少,与是否可以完整、准确的翻译有着极为密切的关联。译者经常会为了马肖教授简单提及的某个案例或概念,费尽心思地去查看整个案例的信息或概念提出的语境,但终究由于时间、精力和能力的有限,对有些地方的翻译仍有把握不定、惴惴不安之感。

再者,马肖教授的论述颇具千回百转之风格。这与他结合抽象理论与复杂现实的努力是有关系的。任何理论的抽象或许在天堂里是完美的、自治的、富有魅力的,然而,一旦它们下凡尘世间,遭遇形色各异、千奇百怪的复杂现实时,其一定程度的化约倾向以及因简单化而导致的捉襟见肘,就会暴露无遗。而要对这样的遭遇及其结果进行细致的描述与分析,自然也难免一种“上看下看左看右看”、令人多少有点头晕但绝对是审慎的过程。或许,书中两次出现的“是的,但是……”,^①是对本书论证风格最具象征意义的写照。不断的翻来覆去,也给译者在理解上和翻译上形成一定的障碍。

最后,马肖教授所用的许多词语包括为论证需要而独创的概念,于我而言,都是第一次接触,但其所具的深意,经常使我在选择确切对应词时颇为踌躇。例如,在 *prudential* 一词的翻译上,译者曾经在“谨慎的”、“慎重的”、“明智的”、“细心的”、“审慎的”、“慎思的”等之间犹豫不定。据马肖教授介绍,他运用该词有意指向一种审慎的思维和行事风格;而主要定位于经验和传统(通过判例)、习惯运用类推方式的普通法实务,以及法院在决断疑难问题时经常运用的“理性人”标准(即根据理智行事、会采取适当但

① 参见本书第一章第33页、第六章第263页。

又不过分谨慎态度的人),都与这种思维和行事风格有着方向上的一致。由于我国的司法实务与普通法相异甚多,要在以上所列汉语词汇中挑选一个合适的予以对应,就不是一件易事了。

自严复先生在19世纪末翻译《天演论》时提出“信、达、雅”为翻译之准则以后,国内译者多奉此为金科玉律。然而,要将这三项相互之间存在矛盾的准则融为一体,实在比较困难。鉴于以上提及的原著风格,鉴于此书是一本学术专论,我选择了以忠信原文为基准,至于通顺易懂、用字优雅,看起来是力不能及。为了方便国内读者,我经常以“译注”的方式,在自认为需要的地方进行了一定的阐释。其中包括译词的选择、特定概念的涵义或背景、相关案例的简介以及作者的隐含之意等。但是,一方面,出现译注之处,皆是本人一厢情愿地认定需要解说的地方,肯定无法周全地涉及所有“应该解说的”;另一方面,有些译注毕竟也是本人的一种见解,是否恰当,自然由读者予以评判。

至于原著的脚注,国内的翻译通常采取两种方式:一是全部翻译成汉语;二是把脚注中援引判例、文献等的部分保留原文不动,只对解说性的文字进行翻译。我选择的是后一种方式,主要考虑全文翻译既有相当之难度(例如,有的文献题目需要在掌握文献内容的基础上才能翻译准确),又不利于对原著所引判例、文献等感兴趣的国内读者查寻原件。为保证国内读者查寻的需要,原著索引则以“汉英对照”的方式译出。此外,译本的页码排序与原著的注定有所不同,译本以页边码标明原著页码,感谢北京大学法学院硕士研究生刘刚同学为此所做的工作。

行文至此,本序已经略显冗赘,但在结束之前,还请允许我对此书之于中国的意义再罗唆一二。坦率而言,此书聚焦正当程序裁判理论,其对中国法律实务殊少直接的参鉴作用。因为,在我们的宪法领域,既无文本上明确的正当程序条款以及该条款所源出的历史,在目前更无真正意义上的法院进行的违宪审查(宪法裁判)。至于马肖教授极为关注的自由民主国家意识形态,与中国