




公共领域兴起与法治变革

THE PROSPERITY OF PUBLIC SPHERE AND
THE DEVELOPMENT OF LEGALIZATION

马长山 著

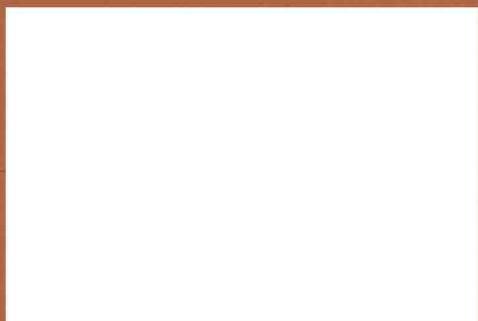


人民出版社





本成果获得国家社科基金项目
“公共领域的兴起与和谐社会的法治秩序构建”（06BFX002）
鼎力资助，特此鸣谢！



序

从改革开放至今的 30 多年里,中国在政治、经济、文化和社会建设方面都取得了举世瞩目的巨大成就,为实现中华民族的伟大复兴奠定了坚实基础。当前,十八届四中全会关于“全面推进依法治国”的重大战略决策,又开启了法治建设的新时代,这不仅要求我们齐心协力去积极推进司法改革和治理法治化,也呼唤着法学理论的时代回应与创新发

展。众所周知,在改革开放之初,我们的法学研究主要是立足解放思想 and 与时俱进,致力于推进对传统马克思主义法学的更新与发展;进入 20 世纪 90 年代之后,随着社会主义市场经济制度的逐步确立和中国融入世界经济体系进程的不断加快,法学界一方面着力于对改革开放进程和国家发展战略的对策性研究,另一方面也开始了空前的西学乃至“移植”,大量翻译和引介西方不同流派的法学理论学说和具体规范制度,这些都对积极探索“立足中国、面向世界”的中国特色社会主义法治发展道路起到了重要的借鉴作用,作出了很大的理论贡献。不过,这其中也存在着某些简单的“拿来主义”倾向,而对基于中国国情的本土法治创新与实践的研究则明显滞后。应当说,作为后发现代化国家,我们的法治建设不能没有对那些反

映法治建设规律的人类共享文明成果的借鉴吸收,特别是在法治建设启动初期,是可以采取“拿来主义”,甚至可以做“学生”的,但却不太可能永远做“学生”;而且世界各国的法治也没有统一的模板可供复制,即使是西方发达国家的法治也都是“在路上”的。如今,中国已成为世界第二大经济体,并扮演着世界经济增长的“发动机”角色,而“中国模式”也已经成为西方学界所关注和讨论的一个热点,可是我们的法学理论研究却在西方话语、西方理论面前显得自主性不足,在中国特色社会主义法治理论、法治道路的研究上还不是很成熟,对国家法治建设战略的回应性、前瞻性和创新性研究也还有进一步提升的较大空间。事实上,近几年来法学界已开始深入反思“中国法学自主性”、“法学中国化”、“中国法学向何处去”等问题,并致力于中国自主性法治发展道路的理论提炼与升华。但就目前情况来看,我们仍需要作出更多的努力。

一是应更多地关注“中国问题”、反映中国法治实践。自近代以来,世界现代化进程在总体上展现了人类社会的文明成果和前进方向,但具体到不同地域、不同国家的现代化进程上,却显示出无限的丰富性与多样性。这正如一些比较研究学者所指出的,“亚洲是可以也应该有一个不同于西欧的‘现代性’的”,^①而世界也“正在从根本上变得更加现代化和更少西方化”。^②当下中国正在进行着一场伟大变革和深刻转型,致力于走中国特色社会主义发展道路,这必然面临着太多的“中国问题”(如“三农”困境、地区不平衡、城市化与社会转型、基层民主选举,等等),需要探索“中国路径”和“中国

① 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构》,载刘军宁等编:《经济民主与经济自由》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第50页。

② [美]塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪等译,新华出版社1999年版,第71页。

策略”，因此，我们的法学理论研究就需要立足本土国情，在借鉴西方有益理论成果的同时，更多关注、分析和研究“中国问题”，使研究成果能够“接地气”、有实效，进而为“全面推进依法治国”战略的实施提供理论支持。

二是应更多地展现“中国话语”、创新“中国理论”。民主与法治都是人类所共享的文明成果，它们自然具有普遍性，但同时它们又有很多特殊性，“所有国家和文化地区都以各自的方式去践行民主”，^①当然也会以各自的方式去践行法治。事实表明，中国特色社会主义民主与法治是符合中国国情的唯一选择，也是世界法治建设多样性进程的重要组成部分。我们固然需要吸收借鉴国外的有益经验和实践成果，但决不能照搬。这不仅是因为“西方本身已经开始怀疑传统法律幻想的普遍有效性，尤其是它对非西方文化的有效性”，^②而且，很多发展中国家的经验教训也一再表明，“通过照搬一国‘模式’以寻求本国发展的各类尝试均都有着十分严重的局限性，”^③人们几乎找不到成功的案例，恰恰是“水土不服”和秩序危机成为了常态。因此，简单套用西方的概念、西方的话语不仅不能解决中国的问题（如农业转移人口、农村土地流转、基层社会治理、一国两制、民族地方自治，等等），反而会带来很高的社会风险。为此，我们应立足“中国问题”、“中国模式”和“中国经验”，适时构建“中国”的法学理论话语，提炼并形成自主性的“中国”法治理论，并藉此以“中国声音”进行对外交流和平等对话，进而提升“法治中国”建设在全球治理与法治实践的舞台上的作用和影响。

① [美]霍华德·威亚尔达主编：《民主与民主化比较研究》，榕远译，北京大学出版社2004年版，第171页。

② [美]伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第39页。

③ [美]安·塞德曼、罗伯特·塞德曼：《发展进程中的国家与法律——第三世界问题的解决和制度变革》，冯玉军等译，法律出版社2006年版，第59页。

三是“中国法学自主性”不能脱离法治建设发展的规律。我们强调“中国法学自主性”、“中国法治道路的自主性”，旨在避免机械地套用西方理论、西方模式来裁剪中国现实和预设中国法治进程，避免以西方话语来遮蔽“中国问题”、湮没中国的法治创造与实践，但绝不意味着我们要固步自封、拒斥人类共享的法治文明成果，更不能脱离法治建设发展的规律。相反，我们应该以“自主性”意识融入全球法治建设进程中，秉承开放包容、互动对话、尊重规律、多元自主的原则，在全球法治格局中展现“中国化”的探索，为增进全球治理与法治的多样性和丰富性作出应有的贡献。

可见，推进“中国法学的自主性”无疑是个庞大复杂的系统工程，需要学界同仁共同的、不懈的努力。近年来学者们也相应产生了一批重要成果，马长山教授新著《公共领域兴起与法治变革》就是其中之一。

长山教授曾是我在中国社科院法学所指导的博士后，他出站多年来，一直致力于中国法治进程和法治根基的学术研究，从法治基本理论、民间治理、公民性品格到公共领域，始终坚持立足“中国问题”而不断纵深推进。刚刚出版的《公共领域兴起与法治变革》一书，就呈现出以下特色：一是回应性，该书从近年来一些有重大影响的典型案件（事件）出发，细致分析和研究了改革开放以来中国公共领域的兴起及其对公共政策合法性、网络反腐、司法过程等的深度影响，积极回应了当下中国法治发展与变革的新问题、新趋向，十分“接地气”，现实感、时代感和使命感都很强；二是建设性，该书透过这些典型案件（事件），不仅客观地剖析了公共领域兴起给法治建设带来的挑战和问题，而且还审慎地提出了相应的治理对策或解决方案，因而，既具有反思性，又富有建设性，体现了学术研究的责任担当；三是创新性，该书立足“中国问题”，密切关注中国法治实践，突

破了以往“纯粹”化的学理研究,探索了基于公共领域的法治动力、作用机制、现实问题、重建路径等新兴“问题域”,可以堪称为该领域研究中并不多见的拓新之作。

当然,长山教授这本著作也存在着某些有待进一步改进和完善的空间,比如对中国公共领域的特有属性、公共领域与基层治理、公共领域与核心价值观等问题的讨论还没有深入展开,希望长山教授在后续的研究中能够予以延展和深化。

总之,该书不失为一部具有较强“中国问题”意识的学术创新之作,相信该书的出版,会对推进和丰富“法治中国”的理论研究具有一定的积极意义。因此,我很欣慰地向学界推荐此书,是为序。

全国人大常委会副秘书长、机关党组副书记
中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

信春鹰

2016年5月6日于北京

目 录

导 论	1
第一章 公共领域的兴起及其“中国”意义	5
一、公共领域理论的不同阐释	5
二、大众传播时代公共领域的使命与趋势	14
三、公共领域的兴起与中国法治进程	22
第二章 “医改”进程中的公共政策合法性供给	26
一、理论研究之“冷”与现实诉求之“热”	26
二、公共政策合法性的时代挑战、超越与重建	29
三、公共领域中的“医改”层级共振	39
四、“医改”进程中的合法性供给路径与走向	58
五、意义、局限与前景	100
第三章 网络反腐中的体制外“狂欢”	112
一、“微时代”的公众围观与合法性供给的“广场化”	112
二、网络反腐中的多重动机与非程式化路径	115
三、体制外的“编导剧场”与“大众狂欢”	120
四、网络反腐的风险化减与制度变革	127

第四章 “舆情公案”中的“身份识别”与“道德叙事”	133
一、许霆案中的“官商”与“平民”	133
二、邓玉娇案中的“酷吏”与“烈女”	147
三、药家鑫案中的“官二代”与“村妇”	154
四、身份识别、道德叙事的内在逻辑与司法困境	172
第五章 公共舆论的制度指向与司法的超额重负	177
一、天价过路费案的反差之痛	177
二、吴英案的制度追问	189
三、唐慧案的“标本”定位	206
四、个案的制度承载与司法之累	231
第六章 司法过程中的法外“政治合法性”	238
一、司法民主化的当代走向	238
二、张金柱案：“第一种危险”抑或“第二种忠诚”？	246
三、彭水诗案：公共议题下的公权力“抵抗”与“就范”	259
四、李国和案：假“委员长批示”的“合法化”策略	276
五、公共舆论介入司法过程的路径与后果	303
六、法外“政治合法性”的消解与司法公信重建	308
第七章 公共领域重建与治理法治化变革	315
一、公共领域兴起：治理法治化的时代动力与支撑	315
二、当下公共领域的“中国”境遇与问题	326
三、公共领域重建与多元治理秩序生成	332
主要参考文献	350
后 记	357

导 论

现代法治生发于西方,经历了数个世纪的发展演化,而且至今仍在变革超越之中。而我国则承载着两千多年的农业文明历史,人治和德治传统浓重,法治传统则明显不足。自晚清以来,民主和法治逐渐成为一种不断上升的价值和体制诉求,但却饱经政治风霜,甚至曾一度遭到严重遏制,直到 20 世纪 80 年代中期才开始了真正的法治化进程,并深植于社会转型基础之上。

然而,现代法治并不仅仅是一种制度,而更主要的是一种生活状态、行为方式和文化模式,而且,对中国而言又具有“舶来”意义。因此,仅仅注重法律移植、制度构建、司法体制改革和普法教育等并不能必然带来法治。甚至在依法治国进程中出现了诸如“法律工具主义”、“法律实用主义”和“法律纸面化”等一些悖逆现象和不良状况。造成这种状况的因素当然是错综复杂的,但在根本上却是由于制度和体制方面的法治化努力未能扎根于社会土壤,因而未能化为社会生活现实所致。

对转型中国的法治进程而言,又与西方先发内生型法治的孕育发展有着相当大的不同。也即面对飞速发展的全球化进程所带来的压力和危机感,我们没有更多的时间去慢慢地演进,也没有更多的法治经验与传统资源去弘扬和开掘,因此,在法治进程中国家的建构力量就不可或缺,特别是在社会转型中的体制更新与变革、新制度和新观念的确立、社会功能和价值的转换等方面。但同时,对国家权力寄予过高的德性期盼和赋予过多的福祉寄托,则容易导致专权的回归和权力对法治秩序的简单规划,消解真正法治秩序的形成,因

此,应把社会自为行动作为民主法治建设的动力之源、制度之本、秩序之基。实际上,即使西方法治的形成和发展进程,也是建立在经验性变革和理性设计的互动基础上,法律既是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来,又是从社会中的统治者们的政策和价值中自上而下移动。法律有助于对这两者的整合。^①只不过这在转型期的法治进路中表现得更明显、更重要。与此同时,无论是国家的理性建构还是民间的经验演进,都难以回避西方法治的某种“借鉴”效应。然而我们却必须认识到,无论西方法治经验多么值得称道,都“没有理由相信‘西方的’模式会被重复”。^②而且,不管是移植的还是自生的制度、体制和观念,都必须扎根于社会土壤,内在化为社会生活的结构性要素和人们的行动准则,法治秩序才能真正建立起来。这样,就要求我们着力于法治本土根基的探寻和培育,通过启动社会自生自发力量来促动法治秩序的形成,同时,法治本土根基的培育和构筑又离不开国家的积极作用,从而注入了经验理性和建构理性、本土与移植、承继与创新的双重性。

随着全球化、信息化时代的到来,私人领域、志愿性社团、公共领域和社会运动等就成为主要的社会结构性要素,也是法治根基的关键所在。特别是公共领域,作为由社会公众对国家权力进行理性批判、对公共事务进行自由讨论和意见表达而形成的公共空间,则越来越占据突出的位置。它代表着社会公众多元化、个性化、自由化的社会呼声、权利诉求和利益期盼,可以称之为当代社会的“心脏”。其主要载体是报刊、电视、出版和网络等媒介平台,它所形成的公众舆论和价值导向,构成了国家权力运行的社会基础,是法治秩序的重要促进动力和根本支撑。

事实表明,当下中国已进入了大众传播发展的新时代,报纸期刊、广播电视、新闻出版等媒体欣欣向荣、百家争鸣。互联网更是联结、吸纳各种媒体信息于一身,把社会公众紧密地连接在一起。2007年,网络先后披露和讨论的“重庆最牛钉子户”、陕西黑砖窑案、华南虎照片事件等等,曾引起公众的高度

^① [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方译,中国大百科全书出版社1993年版,第665页。

^② [美]G.哥迈尼:《现代化的整体转型》,王麦玲译,载谢立中、孙立平主编:《二十世纪西方现代化理论文选》,上海三联书店2002年版,第192页。

关注和政府回应,因而被称为“中国网络民意元年”;2008年上半年,中国网民的人数达到了2.53亿而跃居世界第一位,特别是2008年6月20日,时任中共中央总书记胡锦涛与网民进行了在线交流,带动了一股高官与网民“面对面”交流的热潮和一系列事件的解决,因而2008年被称为“中国网络问政元年”,使得“越来越多的执政者正在倾身下来将网络作为听民意、集民意、纳民智的新通道、大平台”。^①由上可见,在大众传播时代,公共领域已成为公共政策的基础、民主对话和多元平衡的重要平台,权利保障和权力制约的关键力量,自由平等信念和国民精神传播的有效空间,从而构成了推进转型期民主法治进程的新兴动力。

正是基于这样一种时代趋势,拙著拟从公共领域理论视角出发,探寻中国公共领域兴起的意义、功能及其对法治变革的重要影响。全书主体内容共分七章:第一章主要是宏观分析了公共领域的不同理论阐释。公共领域的时代使命与走向,以及中国公共领域兴起的重要意义;第二章主要是以“医改”为例,细致剖析了当下中国公共领域兴起背景下的公共政策合法性供给机制,指出其重大变革、运行机制、发展走向以及存在的问题与前景;第三章主要考察分析了当下公众围观与公共政策合法性供给“广场化”背景下的网络反腐境遇,并对网络反腐的时代价值、体制外构建、风险化减和制度变革等进行了深入讨论;第四章主要透过“许霆案”“邓玉娇案”和“药家鑫案”,实证分析了深蕴于公共舆论之中的身份识别、道德叙事,以及对司法过程的重要影响;第五章主要以“天价过路费案”“吴英案”和“唐慧案”为例,探讨了政法化司法体制下公共舆论所具有的浓重制度变革指向,以及带给司法过程的特殊境遇;第六章主要是探讨了“舆情公案”中的公共舆论介入司法的方式与问题,它经由政治系统而形成的法外“政治合法性”,对司法裁判过程具有超法律的独特意义与作用;第七章主要对公共领域兴起带给治理法治化变革的重要动力与支撑、存在的“中国”问题与后果以及重建公共领域并促进多元治理秩序生成的

^① 连玉明、武建忠主编:《2008中国年谱——网络新政》,中国时代经济出版社2009年版,(导言)第3页。

机制与策略等,进行了总结性分析与理论研究。总之,公共领域在中国的兴起,无疑承载着浓重的法治诉求,而在当下政治、道德、体制、文化和国情等背景下,这种诉求又呈现出了特有的“中国”式路径。它既对民主法治进程发挥着不可低估的重要推动作用,也存在着某种难以回避的问题与局限,因而,需要通过深化改革、制度更新和重建共识,来促进公共领域的良性健康发展,从而为中国的民主法治建设提供时代动力和根本性支撑。