

第十一卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

本刊顾问：马克昌 李 龙

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第十一卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛. 第11卷/武汉大学法学院;本刊顾问:马克昌,李龙. —武汉:武汉大学出版社,2012.5

ISBN 978-7-307-09732-2

I. 珞… II. ①武… ②马… ③李… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第073030号

责任编辑:张欣 责任校对:刘欣 版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:荆州市鸿盛印务有限公司

开本: 787×1092 1/16 印张:19.25 字数:459千字

版次:2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷

ISBN 978-7-307-09732-2/D·1159 定价:38.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

主 编
副 主 编
编 委

肖永平

陈本寒

(排名不分先后)

江国华

徐亚文

柳正权

陈本寒

宁立志

陈家林

刘学在

李 傲

肖永平

张 辉

杨泽伟

秦天宝

目 录

· 法学专论 ·

论协商民主的公民秉性	周叶中 蔡武进 (1)
谁是“宪法的守护者”？	祝 捷 (18)
就业法的取向与框架	李运华 (37)
物权的社会主义义务与依法行政	胡 芬 (63)
共同犯罪中的争点研究	许发民 (71)
论民事诉讼中的心证公开原则	刘学在 (88)
案外人申请再审研究	占善刚 王登辉 (100)
环境公共利益的私法认同与司法进路	柯 坚 (123)
我国应对气候变化的政策与法律对策研究	杜 群 廖建凯 (138)
论全球金融治理中的软法	漆 彤 (149)
论互联网管理措施在 WTO 法上的合法性	黄志雄 万燕霞 (163)

· 外国法评译 ·

论德国国际合同法的欧盟化	邹国勇 (178)
可罚的犯罪过失中的若干问题	[德] 乔治·弗罗伊德著 (康均心 张正宇 译校) (207)

· 法学教育与法律职业 ·

德国的法学教育和司法考试	李承亮 (230)
浅析知识产权教育和研究的社会责任	冯洁菡 (260)
国际模拟法庭竞赛训练的阶段、方法与技巧	罗国强 (267)

· 法学教育与法学家 ·

马克昌先生刑法学术思想要览	莫洪宪 何荣功 (278)
---------------------	---------------

法学专论

论协商民主的公民秉性

——基于协商民主内在特性的思考

■ 周叶中* 蔡武进**

目 录

- 一、公民身份：协商民主的基本要素
- 二、公民协商：协商民主的核心环节
- 三、公民生活：协商民主的现实关怀
- 四、结语

无论是作为现代民主的一种实现方式，抑或是作为民主理论发展的新范式，协商民主自 20 世纪 80 年代以来，正日益获得越来越多的认同。有学者甚至认为，“在一个强调多元、尊重差异和多样的时代，在一个既有体制面临重重危机和挑战的时代，协商民主开启了人类探索民主理想的新历程”^①。就其理论意义而言，协商民主指的是一种公共决策模式，在该模式中，公民通过平等而自由的对话和讨论，达成某种程度的共识，进而证成公民及其代表所作决策的正当性。^②与此同时，协商民主也意味着多元社会环境下的社会治理模式，“它能有效回应文化间对话和多元文化社会认知的某些核心问题。它尤其强调对于公共利益的责任、促进政治话语的相互理解、促进政治意愿的相互交换，以及支持那些重视所有人需求与利益的具有集体约束力的政策”^③。此外，协商民主还表征着一种融入公民生活的的生活方式，这种生活方式提升了公民的公共意识、彰显了公民的平等权利、强

* 武汉大学法学院教授、博士生导师，法学博士。

** 武汉大学宪法学与行政法学专业 2010 级博士研究生，教育部“博士研究生学术新人奖”获得者。

① 陈家刚著：《协商民主与当代中国政治》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 1 页。

② Amy Gutman and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, 2004, p. 3.

③ Jorge M. Valadez, *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self Democracy in Multicultural Societies*, USA Westview Press, 2001, p. 30.

化了公民的自治能力。

然而,无论从何种意义上解读,公民都是协商民主的主体,是协商民主不变的核心,更是协商民主的出发点和归属。换言之,公民性是协商民主的本质秉性——协商民主注重“公民身份”、寻求“公民共识”、强调“公民协商行动”、关注“公民生活”,是一种公民通过理性地商谈和交往,寻求多元社会环境下公民主体权利实现方式和自我治理模式的民主范式。在此意义上,与其称之为协商民主,还不如称之为“公民民主”——一种具有公民情怀的民主范式。因此,解读协商民主的公民情节,探寻协商民主与我国社会主义民主政治的对接轨迹,无疑有助于推进我国社会主义宪政建设。

一、公民身份:协商民主的基本要素

公民身份是协商民主的基础性要素。正如美国学者本杰明·巴伯所言:“给我自由是给我公民身份的必要前奏,而给我公民身份,则先于给我民主的呼声!”^①可以说,脱离公民身份而谈民主,很可能只是一种瑰丽而又伟大的梦呓。就现实意义而言,公民身份是协商民主的立基点——在本质上,协商的过程就是秉承自由、平等、自律、宽容等理性精神的现代公民进行沟通、对话与妥协的过程。因此,如果离开理性的公民,协商民主将无以立足。同时,协商民主实践又提升着公民理性,并为公民身份的彰显提供更加广袤的舞台。

(一) 公民身份的面相

“公民”一词源自古希腊,即“凡是有权参加议事和审判职能的人,我们就可以说他是那一城邦的公民”^②。显而易见,在古希腊,只有享有一定政治权利的人才具有公民身份。与之类似,在古罗马,公民身份也仅被赋予那些具有自由权等的自然人。在近代欧洲,政治解放运动的兴起,将公民身份正式推向历史的前台——“政治解放一方面把人变成市民社会的成员;变成利己独立的个人,另一方面把人变成公民。”^③而此时,具有公民身份的人即意味着其“能够充分享有支配自身意志和行动的自由”^④。不难看出,无论是就古代意义抑或近代意义而言,公民身份的享有都需要一定的条件,只有具备一定资格的人才能称之为公民。

随着现代民主法治的发展,公民的主体地位愈加受到关注,公民身份也因此获得更加广泛的重视。尤尔根·哈贝马斯曾从权利角度对公民身份进行解读。在他看来,公民身份是“由那些公民民主来构成的,即个人为了改变其物质法律地位能够反思性地提出的要求”^⑤。赫曼·范·冈斯特仁基于义务或责任角度,对公民身份进行界定,他认为,“公民身份在共和国中是一种责任”^⑥。而阿尔弗雷德则从权利和义务的双重角度阐释公民身

① [美] 本杰明·巴伯著:《强势民主》,彭斌等译,吉林人民出版社2006年版,第8页。

② [古希腊] 亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第113页。

③ [美] 帕尔默等著:《近现代世界史》(上),孙福生等译,商务印书馆1998年版,第113页。

④ [英] 约翰·洛克著:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1996年版,第5页。

⑤ [英] 巴特·范·斯廷博根编:《公民身份的条件》,吉林出版集团有限责任公司2007年版,第54页。

⑥ [英] 巴特·范·斯廷博根编:《公民身份的条件》,吉林出版集团有限责任公司2007年版,第33页。

份,他所认知的公民身份是一种地位,“一种共同体的成员都享有的地位,所有拥有这种地位的人,在这一地位所赋予的权利和义务上都是平等的”^①。从现代宪政意义上讲,公民的权利和义务具有统一性,公民身份不仅彰显着公民权利,同时也伴生着公民义务;公民身份是公民在国家生活中享有权利和履行义务的地位或资格。对此,大多数国家在宪法中都给予了确认,譬如我国现行宪法第33条第4款规定,“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”。

然而,尽管在现代语境下,公民意味着一种权利和义务高度统一的身份,但这种身份不是当然享有的,“而是在自由的国家中实施公民教育和政治参与的结果”。^②在此意义上,可以认为,我国现行宪法第33条第1款规定的“凡是具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国的公民”,实质上是将公民等同于“国民”,而并非指称严格意义上的现代公民。就本质意义而言,现代公民身份应当是一种建基于公民意识的理性身份,其意味着公民应当具有一定的公共精神、规范素养和参与意识,并且能够将这些精神和意识具体贯彻于国家和社会生活中的资质或能力。在现实生活中,公民身份意蕴着公民对自由、平等、秩序、正义等现代宪政精神的追求,张扬着公民包容、体谅、克制等理性品格。然而,这些精神、品格从来就不是自然赋予的,而是通过公民交往行动,在公共博弈与互动中实现的。但是,公民身份并非一种特殊身份,更不是一种特权身份,而是当今宪政国家对其国民能力和素养的一种普遍期待。它不仅要求一国政府秉承平等关怀人、全面发展人这一根本性的工作重点和着力方向,而且也引导着一国国民的自我提升和成长。

(二) 协商民主的实现有赖于公民身份的长成

一般说来,协商民主的运行过程,就是广大参与者在理性交往、偏好转变基础上,追求共识、进而达成合法决策的过程。而无论是偏好转变,抑或是共识形成,都离不开参与者的理性。换言之,理性的参与者是协商民主实现的前提。而在现代社会,只有具备公民身份的参与者,才具有协商民主所期待的公共理性。正是在此意义上说,协商民主的实现有赖于公民身份的长成。

首先,“偏好”的转变依托于现代公民。协商民主的基本特质在于,其强调偏好的改变而非偏好的聚合。^③但是,偏好实际上是“潜藏在人们内心的一种情感和倾向”^④,其在很大程度上表征着个体直观的、感性的、自我的情感诉求。这意味着,偏好的转变不可能轻而易举,其必定需要依赖于具有一定素养、具有理性认知能力和倾听能力的参与者。

① 郭忠华、刘训练编:《公民身份与社会阶级》,江苏人民出版社2007年版,第15页。

② [美]本杰明·巴伯著:《强势民主》,彭斌等译,吉林人民出版社2006年版,1990年版序言,第8页。

③ 受哈贝马斯的影响,“偏好的改变”已成为人们研讨协商民主理论的基础性和核心性命题。譬如,美国学者库克(Maeve Cooke)认为:“协商即各种观念进行自由的交流,这些观念涉及实践推理且总是潜在的促进着偏好的转变。”See Maeve Cooke, “Five Arguments for Deliberative Democracy”, in *Political Studies*, 2000, Vol. 48, p. 948. 与此类似,斯托克斯(Susan Stokes)认为,协商“是由交流所导致的偏好的内在变化”。参见[美]约·埃尔斯特主编:《协商民主:挑战与反思》,周艳辉译,中央编译出版社2009年版,第121页。

④ <http://baike.baidu.com/view/979603.htm>, 2011年2月15日访问。

正如澳大利亚著名学者德雷泽克所指出的，“协商民主相信，偏好应当由有思想、有能力的公民（或他们的代表们）深思熟虑地生成”。然而，与其说“这种深思熟虑就是协商民主的关键所在”^①，毋宁说，有思想、有能力的公民才是协商民主的关键所在。毕竟，协商民主强调的偏好转变建立在理性交往基础之上，而“只有有能力的人才能合理行事”^②，才能展开协商民主所要求的理性协商。在宪政环境下，我们将这种具有合理行事能力的人赋予一种理性身份，即公民身份。换言之，奠定协商民主形成基础的理性交往和偏好转变，必定发生在具有公民身份的参与者之间。只有具备公民身份的人，才具有必要的交往素质，并能在交往中摒弃自我的先入为主和感情用事，且适当调适和转变自身的偏好。

其次，协商的“共识”是现代公民间的共识。在民主协商过程中，偏好的转变只是必要方式或必经步骤，其目的在于达成民主共识。而共识“原本指主体间理解、协调、通约和一致”^③，但协商民主主张的共识，并非要求所有参与者都毫无异议地同意，而是强调其具有的公共判断性。也就是说，共识是各参与主体在调适和转变自身偏好基础上形成的，能获得所有参与者遵从并促进其合作的公共判断。实质上，在现今社会情势复杂化和价值多元化背景下，所谓一致“共识”、全面“赞成”的情况是很难形成的。在很大程度上，协商民主期待的只是“一种在公共判断过程中给予每个人他自己的合作动机的分配性共识理想”^④。换言之，与其说协商的“共识”是一致“共识”，毋宁称之为合作性选择或判断——即便有参与者本不赞同“共识”的理由或该“共识”本身，但基于整体利益的权衡或者意识到倘若反对该共识，其权益不一定能得到更好的保护，从而作出与其他参与者合作推进或施行该“共识”的抉择。从以上对协商“共识”的解读中不难发现，协商“共识”是一种合作性共识，在本质上是一种理性妥协的公共判断。就现实意义而言，只有具有公民身份的参与主体，才具有公共精神，才能在理性权衡基础上作出公共判断；也唯有具备公民身份的现代公民，才可能在协商过程中摒弃各自为政，并在理性沟通和妥协、让步基础上进行合作——毕竟，妥协是一种懂得尊重和宽容的品格，“没有妥协就没有民主”；^⑤合作是现代社会中的一种生存智慧，唯有有效合作才能抚平单飞的痛。^⑥

① [澳] 约翰·S. 德雷泽克：《不同领域的协商民主——为协商民主与中国地方民主杭州国际会议而作》，载陈剩勇、何包钢主编：《协商民主的发展》，中国社会科学出版社2006年版，第16-17页。

② [德] 哈贝马斯著：《交往行为理论》（第一卷），曹卫东译，上海出版集团、上海人民出版社2004年版，第14页。

③ 陈家刚著：《协商民主与当代中国政治》，中国人民大学出版社2009年版，第52页。

④ [美] 詹姆斯·博曼著：《公共协商：多元主义、复杂性与民主》，黄相怀译，中央编译出版社2006年版，第47页。

⑤ [美] 科恩著：《论民主》，聂崇信、朱秀贤译，商务印书馆1988年版，第183页。

⑥ 在博弈论者看来，与人有效合作可以提高效率，降低成本并提高双反的竞争能力；唯有合作才是博弈正途。参见宿春礼、邢群麟编著：《全世界成功人士都在用的100个博弈智慧》，中国华侨出版社2008年版，第115页。同样，在整个民主政治框架中，唯有合作才能提供民主决策的效能，才能在良性互动中彰显每个公民的权利和能力，进而实现民主由“弱势”向“强势”的转型。

(三) 协商民主实践推动着公民身份的成长

协商民主的发展离不开具有公民身份的理性公民,但这绝不意味着协商民主实践必须等理性公民的完全长成才能展开。在很大程度上,协商民主和公民身份之间是互相促进的:协商民主的发展需要以具有公民身份的理性公民为主体要件,但公民身份的成长除依赖于传统的公民教育手段外,更需要协商民主实践的推动,需要借助于协商民主实践的肥沃土壤^①——协商民主不仅从形而上的价值理念上引导着公民身份的成长,而且在形而下的实践中为公民身份的长成提供各种现实的程序、制度和形式。

首先,就程序而言,协商民主实践始终遵循经由沟通、讨论、妥协以趋向理性决策的程序机制。通过该程序,协商民主实际上摒弃了传统意义上的简单多数决,而是让公民们都拥有表达和试错的机会,以及张扬其多样性的权利。因为“人类并不是不可能犯错的;在大多数情况下,人类的真理也是一半的真理;除非在对立观点之间进行最充分和最自由的对照,观念的统一是不可欲的,并且多样性并不是一种恶,而是一种善”。^②协商民主通过其以讨论为核心的论辩程序,使参与者能够在试错中不断进行自我和他我纠正,从而促进其理性思维能力的成长;同时,在多元化的观念博弈过程中,参与者所获得的不仅是智识的提升,更重要的在于相互间的尊重 and 理解的增进,以致在多元性的“善”中推进公共性的“善”,进而促成具有公共性的现代公民身份的成长。

其次,就制度而言,协商民主通过“三轨”式的公民协商制度,展开其民主实践^③。“三轨”协商模式能够促进公民充分参与政治实践,并享有较为充分的话语权,拥有表达其主体权利和意志的自由。当然,话语权只代表公民拥有的一种资格,更重要的是“他们将这些从社会中获得的理念付诸行动”^④。而协商民主不仅能让公民在“三轨”协商模式中享有话语权,而且能让公民通过具体的民主实践,将话语权确实付诸具体的话语行动。正是话语行动的践行,让公民能够通过对影响集体、国家的决策进行反思,并采取公共质询、政策对话等行动,把公共舆论转达给公共机关或公民的代表人、代理人,进而影响甚至决定法律、公共决策的制定和实施。也正是在此过程中,话语行动提升了公民的参与、协商能力,创造了公民身份。

最后,就形式而言,协商民主通过其丰富的表现形式为公民身份的实现提供多样化途径。一方面,协商民主实践不仅能够在正式的公共领域中获得展现,同样也能在非正式公共领域中,借助相应的民间组织或团体予以彰显。而不同场域的民主协商实践,不仅能够让公民的交往能力获得不同程度的历练,而且能推进公民的素养获得更加全面的提升。另

^① 正如江国华教授指出:“实践乃教育的真实,因而也是公民教育的精髓;只有真实的政治实践,才有可能塑造真实的公民。”江国华著:《宪法与公民教育——公民教育与中国宪政的未来》,武汉大学出版社2010年版,第7页。

^② John Stuart Mill, *On Liberty* (London: Dent, 1910); 转引自[美]本杰明·巴伯著:《强势民主》,彭斌等译,吉林人民出版社2006年版,第190页。

^③ 笔者认为,协商民主通过非正式领域公民间的协商、正式领域公民代表人或代理人间的协商,以及公民与公共权力机关及其代表人的协商这三轨模式加以展开,而“三轨”协商模式又通过具体宪政制度加以落实。对此,本文在公民协商部分进行具体论述。

^④ [美]查尔斯·蒂利著:《集体暴力的政治》,谢岳译,上海世纪出版社2006年版,第5页。

一方面，在具体的协商活动中，讨论会、听证会、协商论坛等多样化的表现方式，能够让公民获得具体而真实的实践感悟，真正实现在参与、协商中获取丰富的理性素材，在鲜活的实践中实现身份的成长。

二、公民协商：协商民主的核心环节

毫无疑问，公民身份只是奠定了协商民主的主体要件，唯有具备公民身份的主体之间真正行动起来，协商民主才能从理论走向实践。本文所称的公民协商，也可称之为公民沟通或公民交往行动，其既指公民之间的理性对话、辩论、妥协等交往行动，也涵括在此基础上形成合法决策的过程。由于公民协商凸显着公民的话语行动，展现着公民的公共精神，因此，其构成实现协商民主的核心环节。有效的公民协商模式，合理的公民协商制度，适当的公民协商举措，是促成协商民主的实质环节。

（一）公民协商的模式设计

公民协商模式，是指展开公民理性对话、辩论、沟通、妥协等交往行为，进而实现民主决策的方式。实质上，公民协商模式是一个关涉如何有效统合与平衡协商和决策两大活动的命题，即如何既保证公民们对公共议题充分而自由地商谈，又确保公共决策科学而高效地作出。由于该命题不仅决定着公民协商的成效，同时也影响着协商民主的实现，因此，公民协商模式历来是协商民主理论者们着力探讨的重要内容之一。

在公民协商模式诸理论中，影响最大的当推哈贝马斯的“双轨”模式理论。在哈贝马斯看来，公民协商应当在两个层面，通过两种形式展开。根据他所描述的“非正式协商”与“正式协商”相结合的“双轨”模式：一方面，在非正式的公共领域中，公民就公共议题进行直接的对话、沟通；另一方面，在议会中，公民通过其委托的议员进行协商并达成政治决策。^①很显然，哈贝马斯的“双轨模式”试图超越传统的代议民主，并实现代议决策和公民参与、协商的统一。但是，该模式却将公民间的协商和公民代表者间的协商、决策作为两个独立的阶段，而没有实现协商与决策之间的有效对接。这一缺憾体现在实践中，必将导致公民在非正式领域中协商的效果和效力弱化，乃至虚无，协商民主最终也会沦为乌托邦。为了弥补“双轨”模式的缺憾，诸多协商民主论者在理论上进行了不少改进与改良性的努力。譬如，杰克·耐特和詹姆斯·约翰森在其提出的协商模式中就认为，应当首先进行民主协商并推动公民间偏好的转换，然后进入意见聚合程序，进而在偏好转变的基础上形成结果。^②但是，耐特和约翰森却又留下了诸如协商和决策的展开场域及其相应制度的衔接等新问题。

在公民协商模式问题成为阻碍协商民主成长一大症结的时候，美国学者詹姆斯·博曼和澳大利亚学者约翰·S. 德雷泽克的研究，为该问题的解决提供了新的希望。博曼在认同哈贝马斯“双轨”模式的基本框架时，进一步认为，代议机构并非公众和制度之间的

^① See James Bohman, "Complexity, pluralism, and the constitutional state: on Habermas's Faktizität und Geltung", Law and Society Review, 28: 4 (1994), p. 914.

^② Jack Knight and James Johnson, "Aggregation and deliberation: on the possibility of democratic legitimacy", Political Theory, 22: 2 (1994), p. 286.

唯一中介，实质上，“公众和官僚以及行政机构之间的互动不足，构成了对公共协商的最大挑战”；因此，“每个行政机构都要围绕自身发展出一个公共领域”，让行政机关和行政领域更具开放性和反思性，并成为除代议机构之外，衔接公众与制度的新的民主中介。这一协商制度模式，也被其称为二元民主协商。^①可以说，将公民协商理念和制度引入行政领域，成为博曼对协商民主理论的发展性贡献。相比之下，德雷泽克在公民协商模式探究上的视野更加开阔。在他看来，公民协商既包括存在于立法、行政、司法等国家制度中的协商，也包括存在于不同利益集团之间的派系协商，还包括存在于广阔的公共领域中的协商。^②然而，德雷泽克并未将其所称三大协商场所的协商，围绕公民进行统合，因此其仍然很难有效解决协商行为与民主决策之间的关系。

在借鉴以往理论成果的基础上，为保证公民协商的效力与效果，以及民主决策的科学性与时效性，我们认为，公民协商应当实行“三轨”模式。

其一，公民在非正式的公共领域相互间的直接或间接协商。在当今社会，“公民们实际上无法走到一起作为整体在任何论坛或机构中进行协商。话语过程自身就必然得分散到各种各样的论坛中”^③。因此，即便是非正式的公共领域中的协商，也很难是完全意义上公民间的直接对话、沟通，在很多情形下，公民还需借助于其依托的民间组织进行间接对话。由于民间组织本身是建立在公民自愿基础之上，表达公民意志和权益的组织，因而组织间的对话过程，本质上仍是公民意志的表达过程。因此，无论就何种意义而言，非正式的公共领域都是最直接彰显公民公共理性和自由意志的协商场所。

其二，公民代表人间、代理人间或代表人与代理人相互之间的协商，即正式制度领域中的协商。这里，我们将公民选举的代议机构代表以及公民选举或推荐的在其他国家机关或其他利益团体表达其意志和利益的人称之为代表人^④；而由代议机构选举或任命的人，以及其他行使公共权力的人则为代理人。并且，作为公民的代表人应当更加强调其“民意代表性”，而作为公民的代理人应当着重于其“精英性”，即其应当具备良好的执行公共事务的素质和能力。唯有如此，公民代表人或代理人层面的协商，才能既表达非正式领域的协商成果，又有利于科学、民主决策之形成——就现实意义而言，现代宪政的发展不仅需要大众智慧，同时还需要社会精英的推动。只有以公众利益为宗旨，促进公众与精英间良性互动的制度，才能称之为良好的民主制度。

① 参见〔美〕詹姆斯·博曼著：《公共协商：多元主义、复杂性与民主》，黄相怀译，中央编译出版社2006年版，第154~162页。

② 参见〔澳〕约翰·S.德雷泽克：《不同领域的协商民主——为协商民主与中国地方民主杭州国际会议而作》，载陈剩勇、何包钢主编：《协商民主的发展》，中国社会科学出版社2006年版，第17~23页。

③ 〔美〕詹姆斯·博曼著：《公共协商：多元主义、复杂性与民主》，黄相怀译，中央编译出版社2006年版，第150页。

④ 实质上，也有不少协商民主论者支持代表制，譬如，扬认为，“代表制和协商民主诸原则是一致的”，并提出可与协商民主相容的“代表理论”，既强调公民间无管制性的自由协商，也要求肩负公民期待的代表们的管制性协商。参见Young, Indusion and Democracy, 载〔南非〕毛里西奥·帕瑟琳·登特里维思主编：《作为公共协商的民主：新的视角》，王英津译，中央编译出版社2006年版，第94~95页。

其三，公民与公权力主体及其代表人或代理人的协商，即“非正式”公共领域与“正式”制度领域间，或者说“公共舆论”与“正式决策”间的对话。博曼在反思哈贝马斯的“双轨”协商模式时认为，“双轨”模式把“公共舆论和正式决策分得太开了，这会损害到人民主权和有效的公共协商”。^①那么，公民与公共权力主体及其代表人或代理人的协商，其价值就在于加强权利主体与权力主体、公共舆论与正式决策间的对接，并督促权力主体依照法律规定及权利主体的共识行使权力，从而进一步强化公民的对话效力，在维护协商成果的基础上推进公共舆论领域和国家制度领域的良性互动。

（二）公民协商的制度安排

上文论述的公民协商“三轨”模式，试图在权利与权利对话、权力与权力对话，以及权利与权力对话的基础上，寻求协商与决策的有效统一。然而，公民协商模式只是提供了协商民主运行的基本框架和思路，协商民主实践的具体开展还需借助相应的制度。我们将那些具体保障、落实“三轨”式公民协商模式，推进协商民主实践的制度，统称为公民协商的制度安排。当然，“三轨”式公民协商模式中的各“轨道”，并非处于绝然独立或隔绝的状态，而是在一国宪政框架下，依托一国的立法、行政和司法活动而发挥作用——即便是公民在非正式领域的自由协商，也不可能脱离一国的宪政架构而超然、孤立地存在。只有制度化的公共意志形成过程，才能获得理性的民主结果。然而，无论哪一层面的公民协商，只有与正式的宪政制度形成互动，并在正式制度的导向和推动下，才能切实发挥其民主力量和效果。特别是对走政府推进型宪政道路的中国而言，通过国家相应层面的制度引导，以促进公民协商的整体落实就更为必要。

就国家横向宪政架构而言，公民协商制度应当涵括立法协商制度、行政协商制度和司法协商制度，即“三轨”式的公民协商应当是融入立法、行政和司法过程中的协商模式。所谓立法协商制度，是指围绕国家立法及相关问题，保障和促进公民与公民之间、公民代表与代表之间，以及公民与国家权力机关之间，在非正式公共领域或正式领域开展对话、沟通、辩论与妥协等活动的一系列制度的总称。法律是公民公共意志的记录。^②立法的过程当然是记录公民意志的过程。因此，如何在立法过程中最大化地反映民意和表达公意是公民协商制度应当解答的命题。公民立法协商制度的根本要义就在于实现公民在立法过程中的充分参与，以及公民意志在法律当中的真实彰显。就中国当前的立法协商而言，我们不仅需要健全人民代表的选举制度，逐步扩大直选范围，完善选举的实体和程序制度，引导公民在理性协商、对话基础上选举公民代表，而且需要完善人民代表大会及其常务委员会的议事规则^③，强化人民代表机关自身的民主制度建设。更为重要的是，应当加强公民与各级人大及其常委会、公民与公民代表的直接协商，特别是极有必要建立健全我国的立

^① [美] 詹姆斯·博曼著：《公共协商：多元主义、复杂性与民主》，黄相怀译，中央编译出版社2006年版，第154页。

^② 参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第56～57页。

^③ 人民代表机关会议议决的过程，实质是公民代表相互之间在对话、沟通基础上彰显公民意志的过程，因此在会商中如何议事，应当采取何种方式、方法来表达公意，形成科学、民主的决策，就成为立法协商推进过程中的关键环节。借用张千帆教授的话说，“民主就是按规则议事”。参见张千帆：《民主就是按规则议事》，载《理论导报》2008年第4期。

法论坛制度和立法听证制度——在现代社会,立法听证不仅可以缓解多元利益诉求与代议制之间的张力,而且有利于立法者在履行法定义务的同时获取各方面的社会信息,从而为立法公正、合理地分配社会利益,奠定坚实的民意基础。^①

行政协商制度是指有关保障和促进公民与行政主体之间在公共行政过程中就行政管理及其相关事项进行对话、论辩、沟通、妥协,进而达成民主、科学的行政决策的各种制度的总称。我国行政机关根据宪法与组织法的规定,由人民代表机关产生,并在其监督下执行代表民意的国家法律。因此,从理论上讲,我国行政机关及其行政活动本质上都是民主的。但是,伴随着现代行政疆域的扩张,法律与行政之间的“传送带”已然失灵^②,在积极行政空前兴起、行政裁量权大行其道的情势下,单纯的人民代表机关已经难以向行政领域输送足够的民主因素。^③因此,有必要通过加强行政协商制度,实现公民在行政过程中的参与,从而推动我国行政民主的发展。为此,一方面,应当探索建立行政代表人制度,即通过公民选举或者代表机关及其常设机关举荐,任命一定数量的公民代表,在各级人民政府及其工作部门,及时反映民众诉求,监督行政权的合法行使,并在涉及公民权益等重大行政决策事项上,与行政机关进行协商,以维护公民的民主权利。另一方面,应当建立健全公民与行政机关间的直接协商制度,在关涉公共利益或公民权利的重大行政决策活动中,通过完善行政听证会、行政论坛及网络商谈机制,让公民切实享有参与行政活动的主体权利,并拥有影响行政决策的对话力。

所谓司法协商制度,是指保障和促进公民与司法机关及其工作人员之间的对话、沟通,以彰显司法民主的各种制度的总称。在社会主义宪政环境下,司法机关因应公民主体权利保障之需而设,司法机关也唯有获得公民支持,拥有民主基础,司法公正、司法独立才能获得坚实的支撑力量。正因为如此,所以司法民主理念在我国已受到越来越多的认同,甚至有学者认为,“没有民主化的司法是没有前途的司法”。^④从外延看,司法协商涵括审判机关的协商机制和检察机关的协商机制;从展开形式看,司法协商既包括公民代表与司法机关及其工作人员的协商,也包括公民与司法机关之间直接的对话、沟通。我国当前推行的人民法院的人民陪审员制度,以及人民检察院的人民监督员制度,即构成我国司法民主制度的重要内容。然而,这些司法民主机制尚不完善,法治化程度也不高。因此,一方面,有必要通过以加强人民陪审员和人民监督员的公民“代表性”为基础,推动人民陪审员制度与人民监督员制度的法治化发展。另一方面,应当进一步探索日渐展开的司法论坛制度、司法听证制度、司法机关与公民间的网络商谈制度等,以拓展公民与司法机关之间的直接对话、沟通平台,从而大力推进司法机关与公民之间的良性互动。

同时,公民协商制度在国家纵向权力领域的运用和贯彻也十分必要。国家的纵向权力关系主要表现为中央与地方之间的权力架构,而中央与地方的权力运行状况,直接决定着

① 参见季金华:《宪政的理念与机制》,山东人民出版社2004年版,第438页。

② 参见[美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第6~9页。

③ 借用王锡铨教授的话说,当代行政已经呈现出一定的“民主赤字”。参见王锡铨:《当代行政的“民主赤字”及其克服》,载《法商研究》2009年第1期。

④ 何兵:《司法民主化是个伪命题吗?》,载《经济观察报》2008年8月25日,第042版。

公民的主体意志能否自下而上地获得表达与实现。就我国现实状况而言,中央权力与地方权力在捍卫公民主权方面并未实现充分的对接,以致多年来,央地关系始终难以走出“放一乱一收一死”的怪圈。因此,将公民协商制度运用于我国的纵向权力运行领域,通过公民在中央与地方的代表人或代理人相互间的理性对话、沟通,来增进中央与地方政权在共同应对公共治理事务上的灵活性,以及在表达和维护主权者意志方面的共识性;通过公民与其中央和地方代表人或代理人间的直接交流、对话,来增强公民的自我主体认同感和主体归属感,密切公民与其代表人或代理人的联系,强化公民对其代表人和代理人的监督;“并且,应通过相应的协商机制与议事规则的形成来使这种协商模式制度化”。^①如此一来,公民协商制度就可以在彰显公民主权,促进中央与地方权力良性互动方面发挥极大的功效。^②

(三) 公民协商的行动举措

协商民主作为一种以公共讨论为核心的民主形式,除依赖于协商制度架构外,公民在协商过程中的权利行动也不可或缺。公民只有在协商过程中切实行动起来,才能形成“心灵的共识,而非辩论的共识”;^③也只有经由一系列的协商行动,才能在现代宪政环境下,找寻到“一条将人从社会压制下解放出来的道路”^④。在一定程度上可以说,正是公民协商过程中凸显出来的公民权利行动,强化了民主的真实性。然而,公民协商过程中强调的公民行动,并非是恣意的为或不为,而是公民理性地参与公共决策活动,并在国家和社会生活中为表达自己的意志、捍卫共同体利益采取的一系列权利举措。^⑤就现实意义而言,公民协商行动的内容十分丰富,既包括非正式公共领域中的举措,也包括正式领域中的行动举措。其中,对公民主体意志伸张和表达最具代表性意义的行动主要体现在以下几方面:

其一,讨论行动。就基本内涵而言,讨论是指就特定问题进行商讨和论证。在一定意义上,讨论是公民参与公共生活最重要的行动举措之一。“因为在最朴素的意义上,民主总是与参与相关联的”^⑥,而讨论则充分彰显了参与所倡导的平等精神。因此,可以说,讨论是民主行动中不可或缺的环节,或许正因为如此,列宁曾强调指出,要使每一个群众

① 参见蔡武进:《宪政视域下地方政权的理论基础定位》,载《中山大学法律评论》第8卷第2辑,法律出版社2010年版,第117页。

② 诚如有的学人所指出的,以公民协商为核心的协商民主,“在中央与地方关系处理上的意义,是摒弃了以往的‘对立’思维,突出了互动的重要性,且在建构互动范式时也意识到了民主原则的重要性”,因此,“协商民主的引入定能使我国中央与地方关系迈向良性的互动轨道”。参见吕成:《协商民主——我国中央与地方关系重构的路径选择》,载《湖南大学学报》(社会科学版)2008年第3期。

③ [美]尤根·哈贝马斯著:《公共领域的结构转型》,郭官义译,学林出版社2004年版,第23页。

④ 章国锋:《哈贝马斯访谈录》,载《外国文学评论》2000年第1期。

⑤ 正如卢梭所言:“行为是以正义代替了本能……只有当义务观念代替了冲动,权利代替情欲的时候,才会使一些以前只顾自己的人们,觉得必须依照另外的原则去行为了,必须在依从本能的倾向以前,加以理智的考虑。”参见[法]卢梭著:《卢梭民主哲学》,陈惟和等译,九州出版社2004年版,第17页。

⑥ 王锡铤著:《公民参与和行政过程》,中国民主法制出版社2007年版,前言第3页。

代表、每一个公民都能参加国家法律的讨论^①。在公民协商过程中，讨论行动更是不容忽视。其既存在于非正式公共领域中的公民与公民之间，也发生于正式公共领域的公民与公共权力机关之间，而且其更加强调参与主体地位的平等性、意志表达的自由性，以及商讨、质辩的深入性。非正式公共领域的讨论，不仅使“对于共同的情境、特征、环境或激情探索使得两个具有不同身份的人变成一个我们”^②，而且“打破了家庭、朋友和邻居的私人世界的围墙，并且是人们注定要与陌生人集合在一种更大的由政治上的公民身份所创造的人造世界中”^③。正式领域的讨论行动，不仅有利于强化权利意志对公民决策的影响，而且能够促成权利与权力之间的谅解和理解，以致协作的实现——倘若说，“文明的政治其实就是对话政治”^④，那么也可以进一步认为，文明的权利—权力关系，其实就应当是建基于讨论行动的协作关系。

其二，选举行动。选举行动是指公民依据一定程序，通过公共商讨、投票、抽签、网络商洽等形式，推选或荐举其代表人或代理人进入国家机关以表达和维护自身权利的行为。就其性质而言，选举行动是一种建基于公民身份，直接彰显公民主体地位、贯彻公共精神的权利行动。通过该行动，公民在沟通和博弈基础上，选举出能够代表自身权利的进入代议机关的代表人，以及能够回应社会发展期待的其他公共机构的代理人，进而满足其自我实现的需要。就具体措施而言，选举除可以借助投票来加以实现外，还可采用联名举荐、抽签、网络商洽等方式予以实现。应当肯定，投票作为一种传统意义上的选举措施，有助于为公民意志转化为国家意志创造机会，并且投票活动本身“使国家行动者有理由倾听公民领域的民情”^⑤。然而，现代社会的多元化发展与公民民主意识的提升，决定着单一的投票方式已难以适应现实需要，因此，借助现代信息科学技术，探究公民选举行动多样化的实现方式便成为必然。最后，选举行动的实现需要依托于讨论行动，毕竟唯有讨论才能在求同存异的情况下作出理性的选举抉择。

其三，创制行动和复决行动。在宪政环境下，公民是国家的主权享有者，国家法律是公民为保障其相互间的权利与自由，而在权利让渡基础上形成的“社会契约”，是公民共同意志的体现。因此，以彰显公民直接参与法律创制为要旨的创制行动，以及以彰显公民对法律效力的决定性作用为要旨的复决行动，在现代民主法治实践中就具有重要意义。^⑥在公民协商过程中，创制行动和复决行动在公共讨论基础上，借助于“三轨”协商模式，既能保证法律创制过程中及法律效力复决过程中公民意志的直接表达和形成，进而化解大

① 参见《列宁全集》第34卷，人民出版社1985年版，第143页。

② [美]本杰明·巴伯著：《强势民主》，彭斌等译，吉林人民出版社2006年版，第216页。

③ [美]本杰明·巴伯著：《强势民主》，彭斌等译，吉林人民出版社2006年版，第221页。

④ 周叶中：《宪政与政治文明》，载《江西社会科学》2004年第5期。

⑤ [澳]约翰·S. 德雷泽克著：《协商民主及其超越：自由与批判的视角》，丁开杰等译，中央编译出版社2006年版，第46页。

⑥ 在孙中山先生看来，创制权和复决权是公民享有国家政权的重要表征。其中，“如果大家看到了一种法律，以为是很有利于人民的，便要有一种权，自己决定出来，交到政府去执行”，这种权利便称之为创制权；“若是大家看到了旧法律，以为是很不利于人民的，便要有一种权，自己去修改，修改好了后，便要政府执行修改的新法律，废止从前的旧法律”，这种权利便称之为复决权。参见《孙中山选集》（下卷），人民出版社1981年版，第759页。

国政治中直接参与的不足，也能通过公民代表人或代理人的交往活动，确保公共意志的提炼和法律决策的科学化。除此之外，在行动过程中，创制权和复决权的行使，还能“增加大众对政府的参与和责任，为公民教育提供一个长久的工具，同时，给予大众讨论现实的机会并使权力得到有效的约束”。^①

其四，监察行动。借助于“三轨”模式展现的公民协商，在任一层面上，权利和权力都会如影相随。权力需要制约，权利的理性行使也须具有相应的引导，因此，公民的监察行动就成为必要——公民协商过程中的监察行动，是指公民为维护其主体地位和权利，在公共交往过程中针对各种权力和权利现象采取的信息测评、舆论牵制、社会监控等措施。它不仅包括公民对国家机关的监督，以及公民对其代表人与精英代理人的督促，而且包括公民之间的相互监督。监察行动就是依托于公民协商制度，并借助相应的监察机制，通过公民间的讨论，以及公民对其代表人或代理人的质询、对话而促进权利活动与权力活动的良性互动。在一定意义上讲，监察行动引导了权利与权力的双向调和，其既是公民协商的必要举措，也是保障公民协商有序推进并促成协商民主的重要环节，还是公共理性的宣示——如卢梭所言：“正如法律是公共意志的宣示，同样地监察制则为公共判断的宣示。”^②

三、公民生活：协商民主的现实关怀

约翰·杜威曾精辟地指出：“民主不是一种对其他各种与生活相关联的原则的替代物。民主是共同体的生活理念本身……是一种追求自由生活和充分沟通的状态。”^③而协商民主作为一种以公民协商为核心的民主形态，更是将“民主”这种作为生活本身的理念诠释得淋漓尽致。即协商民主贯穿于公民政治、经济、文化等领域的交往实践^④，并让公民在沟通和对话中演绎着共同生活的真实——协商民主摒弃文学家的清高，以脉脉温情从认识论上提升公民自我行动、自我变革、自我实现的活力与热情；它也摆脱了哲学家的孤独，以深深关爱从生活方式上引导公民徜徉在自治、互助和协作的政治、经济、文化和社会生活中。

（一）协商民主着力于公民生活意念的提升

公民的生活意念是指有关公民在现实生活中的思维模式、自我认知以及与他人相处的行为观念等意识和观念的总称。思想是行动的先导。在一定程度上讲，公民意念的提升是协商民主所关切的首要维度——协商民主的展现过程必定是一种平等表达的过程，也正是在此过程中，协商民主实践提升了公民在现实生活中的自我认同感、相互协作观以及公共意识。

① [美] 本杰明·巴伯著：《强势民主》，彭斌等译，吉林人民出版社2006年版，第325页。

② [法] 卢梭：《卢梭民主哲学》，陈惟和等译，九州出版社2004年版，第70页。

③ John Dewey, *The Public and Its Problems* (New York: Holt, 1927), p. 148.

④ 公民生活是指，“公民在政治、经济、文化等领域的活动”，协商民主对公民生活的关切，也主要贯穿于公民政治、经济、文化等领域的活动之中。参见周叶中：《宪法与公民生活息息相关——关于树立我国宪法权威的一点思考》，载《求是》2004年第1期。