

第八卷

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

第八卷

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8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,2009.10

ISBN 978-7-307-07319-7

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(2009)第 163322 号

责任编辑:陈 红 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:武汉中远印务有限公司

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 20.5 字数: 493 千字

版次: 2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-07319-7/D · 939 定价: 38.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

本刊顾问

马克昌

李 龙

主 编

肖永平

副 主 编

陈本寒

编 委

(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 ·

协商民主与代议民主之比较·····	江国华 鄂茂芳(1)
竞争与合作:以司法为中心的行政裁量控制·····	徐 晨(16)
惩罚性赔偿在国家赔偿法中引入的质疑·····	胡 芬(40)
受贿罪研究·····	许发民(52)
诉讼时效存在理由探微·····	张里安 梅瑞琦(68)
诉讼时效制度价值的理论重构·····	杨 巍(90)
请求权与债权的关系及请求权体系的重构·····	张素华(108)
配偶间生育权冲突的立法配置·····	周 平(121)
企业社会责任的法律规制·····	任华哲(137)
产融结合的法律透析·····	孙 晋(150)
论我国资产证券化税收法律制度的构建·····	冯 果 武俊桥(174)
诉讼请求的变更及其规制·····	赵 钢 朱建敏(192)
多哈回合谈判的困境与多边贸易体制的危机·····	黄志雄(207)
WTO 体制内区域经济一体化问题研究·····	张庆麟 张晓静(218)
碳排放交易的国际法思考·····	李仁真 曾 冠(232)

· 外国法评译 ·

资料保护机构与个人资料的法律保护·····	孔令杰(249)
论德国国际破产法的欧盟化·····	邹国勇(277)

· 法律与文化 ·

从法律角度解读奥林匹克运动的政治功能与非政治化诉求·····	肖永平(298)
大禹治水与中国传统行政法之探究·····	柳正权(311)

法学专论

协商民主与代议民主之比较^{*}■ 江国华^{**} 鄂茂芳^{***}

目 录

- 一、基本意涵之比较
- 二、适用领域之比较
- 三、决策模式之比较
- 四、路径依赖之比较

在民主还没有得到普遍认同时，民主前面很少有修饰词。而随着对民主褒奖的増加，民主前面的修饰词也越来越多，如代议民主、自由民主、多元民主、宪政民主等，不一而足。这些修饰词都很悦耳，但显然不是可有可无的。如果你真喜欢民主，恐怕应对“民主”前面的修饰词有所警觉，看加上修饰词的民主是否变了味。^①在“民主”一词前面修饰“代议”和修饰“协商”，形成新的词“协商民主”和“代议民主”。它们的侧重点不在于“民主”，而在于“协商”和“代议”。它们到底对“民主”的内涵进行了多大程度的修正和驯化呢？

一、基本意涵之比较

作为民主形式的代议民主与协商民主几乎都以自然法思想、天赋人权论、契约论和人民主权论、自由论为其理论渊源。基于对民主价值的肯定，民主不论是作为一种政体，还是作为一种政治追求，都是具有积极意义的。因此，“民主”成为政治合法化的一种标志

^{*} 本文系江国华主持的教育部2006年规划项目《协商民主与中国宪政的未来》的阶段性成果（立项编号：06JA820032）。

^{**} 法学博士，武汉大学法学院教授，博士研究生导师，研究方向主要为宪法学与行政法学。

^{***} 武汉大学文学院教师。

^① 王绍光：《警惕对“民主”的修饰》，载《读书》2003年第4期。

和象征。人民主权解决的是国家权力的最终归属问题，主张国家权力来自于人民，并追求人民的政治平等，强调人民的参与决策，保障人民的基本权利。但同时，协商民主与代议民主对“民主”的纯粹含义进行了修正，对“民主”进行了驯化——基于多次历史事实的证明，对民主的激进追求容易产生“多数暴政”和“极权主义”，最后会给人民带来灾难。因此，对“民主”一词，思想家和政治家们历来都很慎重，希望将“民主”控制在一定的范围之内。

其一，在辞源学上，协商民主中的“协商”和与代议民主中的“代议”一样，在某种程度上都与“民主”形成内在的张力——“民主”意味着政治平等和多数人参与，但是“协商”代表的是“深思熟虑”和形成“优化”的公共舆论，需要尽量小规模讨论而不是多数人的参与，所以“民主”和“协商”之间存在紧张的关系——在英语和德语语境中，协商（Deliberative/Deliberativer）一词的基本含义包括协商、聚集或组织起来进行对话和讨论、慎重的等内容，在我国又翻译为“审议”、“慎议”。因此，这意味着“协商”和“民主”这两个词所代表的是两种似乎无法相容的元素，即慎思与平等。

“代议”也是对“民主”的“逆反”，它意味着由少数人代表多数人进行统治，与“民主”追求多数人统治和政治平等是不同的，但是基于统治规模的扩大，“民主”就必须屈服于“代议”——“代议”一词有两层意思：第一层，全体公民通过选举方式选出他们的代表；第二层，由这些代表集会进行议政，行使统治权，使民主与“定期选举”、“政党竞争”形成密不可分的关系。因此，代议民主，又称为“选举民主”或“间接民主”，它是因应现代国家人口大幅度增加的现象而产生的，是指全体公民通过选举的方式选出他们的代表，由这些代表集体行使统治权。因此，在代议民主下，代议士及行政官员的产生，都不再采取抽签或轮流方式，而是由有志竞选的人彼此角逐人民的选票而产生，而公民只保留定期改选代表的权利，平时不经常介入政策制定的过程。

其二，就其合法性基础而言，作为西方社会对民主本质再思考的产物，协商民主强调对民主合法性的关注，认为民主控制必须是实质的，而非象征性的，而且是有能力的公民参与的，其本质是公共协商，“协商”所代表的“深思熟虑”正是治理民主弊端的良药。在1980年，贝赛特首次使用了“协商民主”（Deliberative democracy）一词，用来反对人们对宪政的精英主义解释，试图化解审议与民主之间的矛盾，将二者连接起来。^①为此，协商民主论者强调协商民主应当建立在更严格的“人民主权”基础之上——哈贝马斯认为协商民主严格地建立在人民主权的观念之上，他强调公共权力的合法性需要公民在公共领域中充分的自由协商来加以充实。权力合法性最根本的源泉是人民的集体判断，但这种集体判断不是未经调节的大众意志的表达，而是扎根于按照协商理想来加以组织的各种实践中。从这个意义上说，协商民主是一种具有更多直接民主元素的民主形式。

代议民主尽管也声称以人民主权为合法性基础，但在一般意义上，它是以直接民主的反对者或者替代者的形式出现的，正是其间接性决定了人民主权在代议民主制度中的象征意义远远大于实际价值——诚如对代议民主制理论具有重大贡献的托马斯·潘恩所指出的那样：“代议”就是由人民选举出的代表去协商和处理国家事务；在代议制共和政府下，政府由人民选举产生，人民是主权者。人民委托自己的代表，行使自己的权力。在民主选

^① 谈火生主编：《审议民主》，江苏人民出版社2007年版，第354页。

举基础上建立的代议制政府，将代议制同民主制结合起来，成为“一种能够容纳并联合一切不同利益和不同大小领土与不同数量人口的政府体制”。^①

其三，就其规范性而言，协商民主赋予民主过程的规范性含义远胜于代议民主。哈贝马斯认为政治就是指民主的意见形成和意志形成过程，代议民主尽管赋予了民主过程更多的规范性意涵，但却又易于沦为“以投票为中心”的政治，从而使得公共权力的合法性不足。协商民主尽管不能赋予民主过程更多的规范性内涵，但其程序性内涵却在相当程度上弥补了这一缺陷——“民主程序通过运用各种交往形式而在协商和谈判过程中被建制化，而那些交往形式则许诺所有按照该程序而得到的结果是合理的”。^②在这个意义上说，“协商民主是一种具有巨大潜能的民主治理形式，它能够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、辨别所有政治意愿，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

其四，就其侧重点而言，“协商”中包含着讨论，而“代议”中的“议”也有讨论的意思，因此，两者都是一种民主决策形式。但是，“协商民主”侧重于“协商”——协商或公共协商是协商民主的核心概念，是理解协商民主的起点；“协商”意味着聚集或组织起来进行对话和讨论、慎重的等内容，它所代表的是“深思熟虑”，追求一种审慎的公民参与，并没有限定以何种方式参与。协商的目标是做出决策，这些决策在当前对所有公民都具有约束力，但它又是开放的，随时准备迎接未来的挑战。^④

“代议民主”侧重于“代议”。而“代议”强调的是“代表”。代议民主借助于选举程序产生主权者——人民的专门代议者；在人们选举完代议者之后，政治的“商议”变成代议士们的专权，而作为主权者的人民却基本没有参与讨论的机会——公民只保留定期改选代表的权利，平时不太介入政策制定的过程。因此，权力是由代表而不是人民亲自行使，就必然会出现“两权分离”的格局，即权力的所有者和行使者之间分离。为确保民选的代表真正代表人民的利益，体现人民的真正意志，忠实并服务于人民，避免社会仆人手中的权力异化成为压迫和奴役人民自由和权利的“利维坦”，代议制民主就必须有一整套监督制衡机制来对人民的代表及由此产生的政府进行监督和防范，以免“仆人”滥用权力，异化为“主人”。

其五，就其秉性而言，代议民主尽管背景理论甚为复杂，但其对人民主权和宪政体制通常作出主体中心主义的诠释——江宜桦在《自由民主的理路》中写道：“代议民主的理论背景十分复杂，因为不同的思想家根据不同的理论都可以推演出支持代议民主的结论。譬如霍布斯从个人主义社会契约论的角度出发，完成了一个既可支持专制君主、也可适用于议会主权的政治体系。洛克援引同一套自然法、自然权利的论述，写成的却是典型自由主义的立宪制度。孟德斯鸠讨论代议制度的根据，是他对英国三权分立制度的误解。而麦迪逊的大共和主张，则是以代议制度作为化解党派斗争以及支撑联邦制度的策略。因此，

① 转引自田穗生：《中外代议制度比较》，商务印书馆2000年版，第6~8页。

② [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第377页。

③ 谈火生主编：《审议民主》，江苏人民出版社2007年版，第7页。

④ 谈火生主编：《审议民主》，江苏人民出版社2007年版，第7页。

代议民主并不特别跟哪一种政治理论接轨，也不特别呼应哪一种意识形态。虽然一般说来自由主义似乎是主张代议民主的主流，但是保守主义、社会主义也都赞同代议制度。”^①但不管是在自由主义的代议制框架内，抑或是在共和主义的代议制度体系中，都寄望于通过成熟的宪政民主制度，使公民的基本权利有了现实的保障，这一基本的制度架构因而成为民主实践中不可突破的底线。^②

而协商民主被认为是对自由民主与共和民主的整合，是相对于自由民主与共和民主而存在的第三种民主形式。哈贝马斯认为，协商民主的民主模式摒弃了主体中心主义的社会观，而是对人民主权和宪政体制作主体性的诠释，与一种非中心化的社会图景联系起来，取代过去基于主体性哲学框架的理解，它是一种植根于言语行为的规则之上的以语言为媒介的主体间交往过程。哈贝马斯说：“不管怎么样，这个民主概念不一定要利用以国家为中心、想象成一个目的取向之宏观主体的社会整体这样一个观念。它也并不把这个整体设想为一个根据市场模式无意识地调节权力平衡和利益平衡的宪法规范体系。”^③这就意味着，协商性民主更多地重视通过民主程序或政治公共领域的交往网络而发生的过程，它是在更高的层次上提出了一种关于交往过程的主体性。

其六，就其政治选择而言，协商民主较代议民主更倾向于多元化。民主意味着选择，选择是以多元为条件的。但是人类引以为豪的选举民主在运行了数百年之后却将政治选择导入了一个日益狭隘的管道。这种狭隘的选择管道在窒息了多元政治所应有的生机的同时，也使得民主政治的公共性大打折扣——被认为是现代民主的象征的美国，已经存在的“总统家族”和或将出现的“总统夫妇”现象，恰好说明了自由民主存在自身难以克服的故障。不然三亿美国人民的选择何以如此狭隘？

而协商民主恰恰提供了一种为人们渴望已久的政治模式：它既是公共的，又是多元的。“理性对话”是协商民主的外部表现形式和载体，是协商民主的先决程序。“理性对话”是一种受公共理性所支配的“公共对话”，而且这种对话必须是多元的。唯其是公共的，每一个参与者才能够以明确的立场向其他人“说明其支持某项政策的正当理由”，“在这样的条件（语言交流）下，政治的进程就可以预计到，它可以得到合理性结果，因为在这样的条件下，政治才得以在特别宽泛的广度上在一种协商的模式中实现自己”；^④唯其是多元的，各种不同的公共决策才可以共享这种理性对话的范式来谋求其正当性——“语言交往的条件和程序能够赋予业已制度化的意见和意志构成过程以立法的力量”。但是“只有当我们考虑到语言交往形式的多样性，协商政治才可能获得同经验的联系，也就是说，语言交往中，达成共同意志的途径不仅是伦理的相互理解和取得一致，而且也通过利益均衡和妥协，通过为了目的而使用理性的手段进行选择，通过道德性的论证，通过检查法律的合法性等途径，协商政治概念才能获得与经验相联系。”^⑤

① 江宜桦：《自由民主的理路》，新星出版社2006年版，第27页。

② [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第371页。

③ [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第371页。

④ [德]哈贝马斯：《民主的三种规范模式：关于协商政治的概念》，靳希平译，载中国社会科学院哲学研究所主编：《哈贝马斯在华演讲集》，人民出版社2002年版，第120～122页。

⑤ [德]哈贝马斯：《民主的三种规范模式：关于协商政治的概念》，靳希平译，载中国社会科学院哲学研究所主编：《哈贝马斯在华演讲集》，人民出版社2002年版，第123页。

因此，协商民主的多元性能够最大限度地扩大公共参与面和政治选择范围，并将政治选择的视角从狭小的“精英圈子”转向平民大众，使得多样性的人民偏好成为左右公共选择的路径依赖，为早已没有“悬念”的自由民主注入至为重要的“内生变量”，萎靡的民主政治有望因此而获得新的活力；协商民主的公共性则将陷入“幽暗”之中的公共决策重新纳入阳光之中，而阳光是政治最好的防腐剂，借助于这种阳光政治，人们对于公共政治懈怠已久的信心或许有望得以重塑。^①

二、适用领域之比较

就其适用领域而言，代议民主是有边界的民主模式，它的主要适用场所在立法机关。因为自由社会和平等公民的理想并不要求每个人都花大量的时间参与到政治中来，它也不要求公民亲自参与每一项重大政治决策的制定。而协商民主突破了传统边界的观念，能在更多领域适用——老的民主模式总是认为，应用民主模式的第一个任务就是明确一个政治共同体的边界；与之相对，协商和交往却能够应对流动的边界以及跨界产品的生产。因为，我们现在能够期待民主的政治互动的特征会产生普遍的观点，而不用担心它是否局限于特定的领土实体（Territorial entities）中。^②因此，协商民主适用于立法领域，而且也适用于包括世界、区域、国家、地区等广泛的事务之中。绿色民主者甚至提出协商民主的适用领域不仅存在于人与人之间，而且还存在于人类与自然界之间——关键是要在人类社会与自然界之间探索更多的平等交换；这种平等交换包括越来越摆脱人类自我中心的方式，要把政治和生态交往更有效地结合在一起。

其一，就其在国家立法领域的适用而言，协商民主是代议民主的有益补充。哈贝马斯在《在事实与规范之间》提到了“双轨”式的协商民主，它既强调了公共领域中的协商，也强调了立法机关中的协商。哈贝马斯的理念是，公共意见产生于公共领域的非正式过程，通过竞选活动传递到立法者手中，然后立法者在立法机关中对此进行协商，并做出对全体都有约束力的决定。因此，在立法机关中，代表进行协商时，代议民主与协商民主存在交叉领域。同时，在立法听证时，也存在公民参与的协商民主和代议民主的交叉领域。

其二，就其在国家政治运行领域的适用而言，协商民主与代议民主相辅相成。以中国人民政治协商会议为例，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度，是我国的一项基本政治制度，是中国特色社会主义民主政治制度的重要组成部分。政治协商有利于实现最广泛的政治参与，有利于有效地实现广大人民的民主权利，有利于最大限度地包容和吸纳各种利益诉求。它是党派之间实行协商民主的一种制度安排。它是由一批具有广泛代表性的公民组织和公民直接地、平等地参与的协商民主，是从中国这样一个人口众多的大国的实际情况出发，具有中国特色的协商民主。要把选举民主、谈判民主和协商民主这三种形式有机地结合起来，更多地发挥协商民主的作用。^③中国人民政治协商会议就是中国实行协

^① 江国华：《协商民主及其宪政价值——以支持政治协商制度为视角》，载《湖南科技大学学报》2007年第1期。

^② [澳大利亚]约翰·S. 德雷泽克：《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122页。

^③ 李君如：《中国能够实行什么样的民主》，载《北京日报》2005年9月27日。

商民主的主渠道和主要形式，在社会主义民主政治建设中发挥着独特的作用和贡献。

其三，就其在国际事务领域的适用而言，代议民主几乎没有适用的空间，但协商民主却游刃有余。以联合国代表大会为例，按照规定，联合国代表大会每年9月中旬召开，它强调各国事先充分的磋商，以此来取得共识（至少是大国一致）。在解决国际争端时，联合国代表大会主要采取谈判和协商两种方法。谈判是解决国际争端的最基本方式。协商在以前被作为谈判的一部分和步骤，而在当代它常常被作为一个独立的方法使用。这两种方法密切相连，如在协商的基础上开始或继续谈判、在谈判中不断进行协商、以协商一致的方式产生谈判结果。

其四，就其在区域性事务领域的适用而言，代议民主的适用亦几无可能，但协商民主却被经常使用。以欧洲理事会为例，按照规定，欧洲理事会（European Council）即欧盟各成员国首脑会议，由各成员国元首或政府首脑及欧委会主席组成，每年至少举行两次会议。许多学者称之为“欧洲共同体的守门员”^①，虽然它不属于《欧洲共同体条约》所规定的组织机构的一部分，但它却发挥着重要的作用，可以说是欧盟的最高决策机构。欧盟经验表明，不同行政主体之间的合作，都必须构建一个“特殊体制”，从而模糊地理上的界限和传统的行政边界。这个“特殊体制”是合作者之间形成的自愿组织，其权力来自于各合作伙伴自愿出让的权力，它的行为方式主要是协调，而非统治和控制。

其五，就其在基层事务领域的适用而言，代议民主的适用效果备受质疑，协商民主的适用却方兴未艾。近年来在中国广泛兴起的“民主恳谈会”与社区议事会就是最好的注解。

近年来，“民主恳谈会”开始在台州和浙江全省逐渐推广，成为农村地区民主决策和民主管理的一种治理模式，体现了协商民主的价值和意义。它起源于浙江省的温岭市，通常由乡镇、村或乡镇部门党组织主持，由广大的群体或相关的代表参与，是政府决策的公开听证会，官员和公民的平等对话会，也是不同利益群体之间的协调沟通会。它主要有四种形式：一是乡镇、村、部门以及企业的民主恳谈会；二是乡镇民主听证会；三是村级民主议事制度；四是民情恳谈。其中乡镇的民主听证制度和村的民主议事制度是其重点建设的制度。作为乡村的治理形式，民主恳谈会具有大众性、平等性、多元性、决策性和身份不受限制性等特点，与协商民主的理念相契合。^②

社区协商议事会是社区的议事层，主要由在社区内有一定影响，在群众中享有较高威望，热心社会公益事业的辖区内主要单位领导和知名人士、居民代表组成，工作是志愿性的。其主要职责是在社区居民会议或居民代表会议闭会期间行使对社区的协商、议事和民主监督职能。

三、决策模式之比较

一项决策的合法性来源于公民的认可与同意，被公民同意的决策才会被贯彻执行，才

^① 张亚中：《欧洲统合：政府间主义与超国家主义的互动》，台北扬智文化事业股份有限公司1998年版，第120页。

^② 马奔：《协商民主：中国民主政治发展的一种选择》，载《理论学刊》2006年第9期。

不会出现决策的合法性危机。因此,为了避免出现民主合法性危机,民主都会基于自己的理念为自身设计一套决策模式。在民主理论中,通常认为民主的决策模式的差异性,是由“偏好”的差异性所决定的——所谓“偏好”,其最初的含义是消费者对消费品组合的一组排序。在社会生活中,偏好指的是行为者基于自身利益而表现出来的对于特定目标对象的倾向性与选择性。不同时期、不同地域、不同文化背景的行为者,其行为偏好可能会存在巨大的差异。偏好具有多样性特征,偏好影响制度选择,也受制度的约束。在政治生活当中,面对立法机构的议案或者行政机构的决策,每个利益相关者都会有充分的理由表示支持或反对,这种支持或反对的理由和根据就是偏好。因此,一项政策需要获得合法性就必须关注公民或有相关利益的人的偏好,需要通过某种方式获得这些内生性的偏好,作为其决策的来源与基础。

其一,受功利主义哲学影响,代议民主将其决策模式设定为聚合模式,即在公民(或代表)进行投票前,他们的偏好已经固定了,只需将那些偏好集中起来,不需要他们对其偏好进行证明和给出理由。形象地说,此种决策模式将公民表达出来的偏好视为民主决策的优先的或首要的原料。因此,由这些方法产生的集体决策无须超出方法本身的基本原理之外的更进一步的证明。多数主义和功利主义都假设方法本身就潜在地提供了证明。我们只能为决策结果给出理由,而不能为偏好给出理由,这样的理由只能到合并偏好的基本原理中去找——简言之,这种侧重于偏好的聚合,强调公民享有平等的民主权利,强调聚合之后所达成的最终结果,很少去关注聚合的具体过程。

在一个多元化的时代,“差异”是普遍的,“共识”却是弥足珍贵的;这种弥足珍贵的共识只能是参与者自由交换过程中自愿达成的结果,而不是任何暴力或者强制所能催生出来的产物。^①协商民主为协商模式,侧重于偏好的变化,关注聚合的具体过程,强调公民在做出选择的过程中的深思熟虑与审慎。协商民主认为偏好从来都不是既定的,它会受到很多因素包括表达偏好时所处的环境、现存的法律规则、过去做出的选择以及通常意义上的文化的影响。在协商过程中,协商主体必须是具有自身偏好的行为者,这种偏好也必然会在协商过程中表达出来,从而在讨论与协商中根据其环境限制和他人的信仰、偏好来调整自己的信仰与偏好,从而奠定实现合法决策、理性立法的基础。

其二,代议民主模式将偏好视为已经给定的逻辑前提,并将其作为集体决策的基础——这显然是有弊端的,因为个人对于善或权利的理解与这种分配之间存在着重要的因果联系,聚合式的决策模式会倾向于从根本上接受甚至强化社会现有的权力分配格局,而这种分配格局既可能是公正的,也可能是不公正的,聚合式民主并不提供任何原则,让人民来判断其是公正还是不公正。更重要的是,它也不提供任何有效的程序,让公民改变他们对这种分配格局的看法。这种对商品或权利的初始性分配给偏好造成的影响通常被描述为“禀赋效应”,它表明任何一种对权利的初始性分配,都将对偏好产生影响。

协商民主则更钟情于“协商”对于“偏好”转变的意义——在规范意义上,协商是一种面对面的交流形式,强调理性的观点和说服,而不是操纵、强迫和欺骗。在协商讨论

^① 江国华:《宪法哲学导论》,商务印书馆2007年版,第236页。

中，自由平等的参与者支持一系列程序规范，其目的主要是为了交流而不是策略目标。参与者倾听、响应并接纳他人的观点，他们忠于交流理性与公正价值。^① 这样的讨论能够消除有限理性的影响，每个人都能通过讨论而获得最佳的偏好选择。

其三，代议民主制的聚合模式一般分为简单多数主义和成本—收益分析两种形式。简单多数主义最常见的方式就是让人民代表进行决策，然后在立法机构中根据多数原则来决定。人民代表本身是通过选举产生的，而选举被视为“争取人民选票的斗争”。选举过程是按照市场模式来设计的，政治家和政党就像市场上的生产者一样根据选民的要求选择自己的立场、设计自己的战略，而选民则类似于消费者，通过选择相互竞争的产品（候选人及其政党）来表达自己的偏好。竞选过程中也有论辩，但这些论辩的功能更像是广告（告知选民各候选人的比较优势），而不是论证（通过给出理由来改变参与者的看法）。成本—收益分析的形式对选票和公民意见的重视程度相对较少，官员们虽然也关注公民表达出来的偏好，但这些偏好首先必须通过一种分析性过滤——如成本—收益分析以便得到最佳选择。譬如要制定福利最大化的政策和法律，选民说了算并不是最理性的方式，专家可能更有能力制定出较好的法律和政策。

与聚合方式不同的是，协商民主依靠辩论和讨论的程序来确保决策的合理性与合法性。因为在协商过程之后，人们可能会发现，表达每个人可能拥有的正确意见要比按多数原则计算选票困难。所以，协商程序赋予每个公民平等的机会，表达自己的意见，驳斥他人的根据，保证对话是自由、公开的。通过面对面的讨论，参与者会认真地提出并对竞争性观点做出反应，从而能够就公共问题的解决做出深思熟虑的判断。讨论、对话、协商的过程允许人们表达不同的偏好。作为特定社会政治过程的参与者，人们能够在互动过程中根据他人的立场而改变自己的判断、偏好和观点，这种互动依靠说服而不是强制和控制，协商的结果是各种偏好之间的分歧减少，偏好转化并达成共识。

其四，代议民主制的聚合式不是总能给予决策者一些关键问题的答案，它不是同等地适合所有的原始偏好，它适合于那些能够很容易地变化为经济范畴的偏好，而不太适合那些无法测量的价值偏好。譬如有时政府不得不对生命与健康给出一个价格，但他们不得不承认，即使是在公共政策决策中，生命与健康的价值也是不能完全用金钱来衡量的。例如，政府是应该优先考虑那些不会造成生命危险但使大多数人感到很不舒服的问题，还是优先考虑那些会造成生命危险但仅仅影响少数人的问题？^②

其五，选票竞争被认为是代议民主聚合式的核心所在，但正是这种选票竞争决定了集合式的不稳定性和模糊性——理性选择理论关注的是将个人利益或偏好聚合成社会结果的方式。作为理性选择理论的一个分支，社会选择理论揭示了投票本身所存在的两个问题：不稳定性和模糊性。投票之所以不稳定，是因为在某些条件下，聚合式产生的可能是循环的社会排序，或者这些社会排序具有不可传递性。由于这种不确定性，选举结果很容易受到策略性投票和议程控制的操纵。并且在任何一个具体的案例中，我们都无法判断决策是否为这种操纵的结果。投票之所以是模糊的，是因为投票结果（至少在部分意义上）是

① [澳] 卡罗琳·亨德里克斯：《公民社会与协商民主》，郝文杰、许星剑译，载陈家刚选编：《协商民主》，上海三联书店 2004 年版，第 129 页。

② 谈火生主编：《审议民主》，江苏人民出版社 2007 年版，第 13 页。

选票计算过程中人为的结果。根据不同的聚合方式（即不同的计票方法），同样的原初性个人偏好集合会产生出不同的结果，有时是非常不同的结果。^①

而协商民主形式是以话语竞争为核心的，其前提条件是有广泛的各式各样有能力的参与者在不受限制的条件下参加到争论中来。话语就其概念而言就是一套以语言为载体的公认的假设和能力，正是通过这些假设和能力，坚持这个话语的信徒才能把零散的感知信息连贯为一个整体。因为话语既是社会的也是个人的，所以作为秩序的源泉，它们是通过协调赞同其主张的个人的行为来起作用的。话语与制度是相互交织的；如果正式的规则构成了制度的硬件，那么，话语则构成了制度的软件。^② 譬如，在国际体系中，可持续发展的作用就是给许多参与者提供一个概念上的会谈空间，为他们之间进行交往和采取共同行动提供一套公认的设想。正是这些公认的设想界定了这个话语。可持续发展是以与其他大量话语——生存主义（极限观）、市场自由主义以及绿色极端主义——相互争论的形式存在的。^③

博曼说：“对话是一种特定的联合性活动，有着协商必需的独特特征”；^④ 协商民主正是借助于“对话”这种形式而获得了“看得见的生命”。在这个意义上说，“公共协商是一种带有特定目标的对话”，当然，这种对话必须是理性的，这种对话的过程不过是理性相互交换的过程，“它的目的不一定要产生理由充足的主张，而是要产生范围足够广泛、论证足够充分并能对非限制性公众负责的主张”。^⑤ 正因为对话是理性的，理性交换支配着对话的整个过程，因此，作为协商民主核心要素的理性对话特别强调每个参与的公民（或者团体）都有足够的机会、动力来表达自己的观点，并确保其观点得到其他参与者的尊重。惟其如此，这种理性的“对话过程才能够为公民生活带来许多好处——建设性的交流，摒弃陈词滥调，诚实地传递思想，注意倾听并理解他人”。^⑥

协商民主的“协商”本性，不仅有机会使日益为精英政治家自负的理性所左右的公共决策回归于公共理性，而且能够有效地培育公民对于政治过程和公共决策的反省能力和反思意识——正是在这个意义上说，“协商过程的政治合法性不仅仅出于多数意愿，而且还基于集体的理性反思结果，这种反思是通过在政治上平等参与并尊重所有公民道德和实践关怀的政策制定活动而完成的”；^⑦ 协商的过程不仅是一个利益交锋的过程，也是一个展

① 谈火生主编：《审议民主》，江苏人民出版社 2007 年版，第 302 页。

② [澳大利亚] 约翰·S. 德雷泽克：《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 114 页。

③ [澳大利亚] 约翰·S. 德雷泽克：《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 116 页。

④ [美] 詹姆斯·博曼：《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 51 页。

⑤ [美] 詹姆斯·博曼：《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 51 页。

⑥ [美] 马莎·麦科伊·帕特里克·斯卡利：《协商对话扩展公民参与：民主需要何种对话？》，林莉译，载陈家刚选编：《协商民主》，上海三联书店 2004 年版，第 104 页。

⑦ Joshua Cohen, *Deliberative Democratic Legitimacy*, *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Edited by James Bobman and William Rehg, The Mit Press, 1997, p. 67.

现公民美德的过程。

四、路径依赖之比较

对国家制度的批判往往来自国家之外，而非国家本身，而且比国家自己的批判来得更客观、更彻底。代议民主依靠自身的批判系统，如司法审查等，勉强维持着稳定的运转。而协商民主不仅要依靠代议民主的自身批判系统，而且它更相信公民的声音——一个来自公民社会底层的批判。代议民主喜欢“在场的政治”，喜欢遵循自己设定的一套游戏规则。而协商民主则要求改变代议民主“致命的自负”，希望它能理解“观念的政治”，养成“广纳忠言”的性格，尊重社会批判的权利，形成有效的反馈机制。因此，首先，国家的性格必须改变，否则对协商民主来说，它将只是一场政治作秀，而非有益的建设，更缺少可行性和必要性。

其一，协商民主通过协商后达成共识的方式构建其政治合法性。政治合法性就是指社会民众对国家权力所维持的统治秩序的接受或赞成。而民意是民主政治合法性的基础，民意的输入对决策的合法性意义重大。卢梭认为，权力的合法性来自人民的同意，来自人民的公共意志。因为真正的权威只有一种，那就是建立在人们同意之上的权威，一个民主的社会，就是要让所有社会成员共同参与政治，按照公共意志的指引，决定公共事务。法国当代思想家让·马克·夸克也指出：“合法性是对被统治者与统治者关系的评价。它是政治权力和其遵从证明自身合法性的过程。它是对统治权力的认可。”^①这种认可是建立在认同、价值观及同一性和法律等条件基础之上的。其核心是被统治者的首肯，广泛的社会认同，深厚的社会价值观基础以及法律对这些价值观的认可、保护和升华。^②凭借广泛认可的制度机制，国家权力机构利用所掌握的各种资源对社会施以控制或管理，社会亦利用自己的资源对国家权力的行使进行批评、监督、抵制。这一合法性的确立过程也正是统治秩序的合法化过程。因此可以说，政治合法性源于它的公共理性基础，源于全体民众的广泛认同、真诚信仰和积极参与。

协商民主的政治合法性就必须使它的决策能最大限度地反映人民的意志，既要保证协商过程的合法性，又要保证协商结果的合法性。经过讨论、审议形成政治决策，其政治合法性不是来源于个人意志，而是决策形成的程序，即理想的协商程序使各种分歧最终通过讨论而达成共识。公共协商结果的政治合法性不仅建立在广泛考虑所有人的需求和利益的基础之上，而且还建立在利用公开审查过的理性指导协商这一事实的基础之上。

为了克服代议民主的弊端，协商民主开始使用一种“民主治疗民主”的方式，提出强调决策前和决策后的平等协商，为公共产品的加工过程广开言路，让“话语竞争”来替换权力和金钱的竞争，用“给出理由”来检验政策的质量，用“追求共识”来凝聚民族的信心。因此，协商民主“协商”的品格，有助于将公共决策的合法性依赖从脆弱的简单多数过渡到理性的多元共识，从而使得合理的公共决策真正立基于政治参与者的理性

^① [法] 让·马克·夸克：《合法性与政治》，佟心平、王远飞译，中央编译出版社2002年版，第1页。

^② [法] 让·马克·夸克：《合法性与政治》，佟心平、王远飞译，中央编译出版社2002年版，第3页。

共识,而不是多数意志对少数意愿的强制或者变相强制;而协商民主“平等”的秉性,则将自由民主从“权力和资源”控制中拯救出来,恢复“民主固有的平民本色”,从而使民主的公共决策过程对金钱的依赖降至最低限度。^①

其二,代议民主通过集合简单多数意见的方式建构其决策的合法性。简单多数代议规则就是指一项决策方案的通过与否,取决于它所获得赞同票是否超过表决票的一半。科恩在《论民主》中剖析了简单多数规则的优点:“在可能选择的规则中,只有简单多数的规则有这种特殊的好处;它本身既能防止少数代表整体采取行动,也能防止少数阻碍整体采取行动。包括范围较窄的规则……阻止采取行动的权力,在某种程度上和采取行动的权力是同等重要的。具有此种权力可以迫使社会维持原则,阻止社会采取有重大影响的行动。因此,简单多数规则显示出独一无二的优点,从而在大多数民主社会中都被认为是最简单、最公平也最可行的规则。”^②

在聚合模式下,代议民主快速地将收集的原料—民意—聚合加工,完成了其政治合法化的实践,并且自负地认为加工出的成品质量应该是公认的,具有合法性。但是,选举民主尽管强调自由、平等和普遍的选举对实现人民主权的意义,但是由于其程序设置本身对“能力平等”的疏忽,使得西方自由民主陷入了无力自拔的“人民疏离”的困境——被普遍宣扬是以人民主权为基础的现代政治似乎脱离人民越来越远;职业代议士和职业政治家成为国家政治和一切公共决策场合唯一的真正主角,而号称“人民主权”的所有者的人民反而成为政治游戏的看客。于是,被政治所疏远的越来越多的永远都无力成为主角却又厌倦了做看客角色的人们,在渐生“政治冷淡”的同时,也日渐淡化了自己作为“人民”的责任:在越来越多人拒绝参加选举的同时,越来越多的人也丧失了对于政治决策和政治运行的合法性的反思兴趣和反省能力!^③

自由民主所可能导致的民主暴政——这种暴政既包括托克维尔所谓的“多数暴政”,也包括现代西方政治中实际存在的“金钱暴政”。选举民主被认为是自由民主理论最理想的制度化形式。作为自由民主理论的制度化形式,选举民主是多元利益主体,以自身利益为基础,竞争公共权力的机制;它以尊重公民个人权利和个人利益为前提;实行多数决原则,强调利益的聚合与竞争,反映的是多数人而非所有人的意愿。这就意味着,自由民主是一种“成王败寇”式的民主,是一种以牺牲少数人的意愿所成就的一种民主——在缺乏有效的调整多数与少数对比关系机制的条件下,势必导致多数成为恒定的多数,少数则成为永远的少数;于是“多数暴政”便不可避免。同时,在实际运行过程中,选举民主对金钱的依赖日益加深——当这种选举对被金钱所筑成的“竞选程序”产生致命依赖的时候,权力和资源的分配和占有状况,将直接左右选举的结果。在这种情势下,选举民主实际上便义无反顾地蜕变为“金钱暴政”了!^④

① 江国华:《协商民主及其宪政价值——以支持政治协商制度为视角》,载《湖南科技大学学报》2007年第1期。

② [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,商务印书馆1988年版,第73页。

③ 江国华:《协商民主及其宪政价值——以支持政治协商制度为视角》,载《湖南科技大学学报》2007年第1期。

④ 江国华:《协商民主及其宪政价值——以支持政治协商制度为视角》,载《湖南科技大学学报》2007年第1期。

其三，协商民主要求公共领域“理性的批判”。公民社会是指独立于国家但又受到法律保护的社会生活领域及与之相关联的一系列社会价值或原则。私人领域、公共领域、志愿性社团和社会运动是公民社会的主要构成要素，个体性、多元性、公共性、参与性以及法治原则组成公民社会的基本价值和规范体系。^①

哈贝马斯认为，市民社会总的说来是一个与公共权力或政府相对立的私人活动领域，它由两个部分构成，即私人领域和公共领域。私人领域是指以资本主义私人占有制为基础的市场经济系统，亦即“狭义上的市民社会”。公共领域则是由非国家和非经济组织在自愿基础上组成的。这样的组织包括教会、文化团体和学会，还包括了独立的传媒、运动和娱乐协会、辩论俱乐部、市民论坛和市民协会，此外还包括职业团体、政治党派、工会和其他组织等。^②公共领域是市民社会的重要组成部分。

作为一个原则上向所有人开放的社会公共生活空间，它是独立的社会主体以社会组织为存在形式在社会个人和政治国家之间通过在场或不在场的（公众舆论）平等自愿协商而就普遍利益问题达成共识，形成公共理性，从而对国家政治行为进行民主控制的理性沟通活动。这样的公共领域应该是一个具有三重维度的概念，即既是一个实体性概念，又是一个理念性概念，还是一个价值性概念，是实体性、理念性和价值性的统一。^③理念层面的公共领域既是公共理性的精神源头，又是社会价值观念的核心；而实体层面的公共领域则既是形成公共理性的社会根基，又是公众广泛认同、真诚信仰和积极参与的组织平台、制度支撑和实现途径。

哈贝马斯指出，公共领域具有反映社会问题的信号与对政治系统进行监督和批判两大功能。他认为，公共领域之所以具有反映社会问题的信号，是因为公共领域与私人生活领域之间有着一种密切的纽带关系。这一纽带关系是通过公民的双重身份来建立的，进入公共领域的公民，既是公共领域的承担者又是社会成员的一分子，拥有这种双重身份的公民以一种“生存论语言（即通过自己的生活史来反映社会性痛苦的压力）”不断地将他们对社会生活的体验带入公共领域，公共领域因此就获得了对“人们在生活史中感受其共鸣的那些社会问题”^④的把握，最终形成关于这些问题的公共意见，从而实现其反映社会问题的信号功能。

从民主理论角度来看，公共领域还必须把问题压力放大，使问题成为讨论议题，提出解决问题的建议，并且造成一定声势，使得议会组织接过这些问题并加以处理。^⑤哈贝马斯强调，过去几十年的那些重大议题的形成过程是对公共领域的这一信号功能的最好例证。诸如“日益加剧的核军备竞赛；和平利用核能或其他大规模技术项目和像基因研究这样的科学实验所包含的风险；负担过重的自然环境中的生态危险……这些问题几乎没有一个首先是由国家机构、大型组织或社会功能系统的代表者所提出来的”^⑥。相反，它们

① 何增科：《公民社会与第三部门研究引论》，载《马克思主义与现实》2000年第1期。

② [德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第29页。

③ 杨仁忠：《论政治哲学视阈中的市民社会概念》，载《河南师范大学学报》2005年第3期。

④ [德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第32页。

⑤ [德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第445页。

⑥ [德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第455-470页。