

异议的义务

叶竹盛

著

THE DUTY TO DISSENT



中国政法大学出版社

异议的义务

叶竹盛

著

THE DUTY TO DISSENT



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

异议的义务/叶竹盛著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5620-6358-2

I. ①异… II. ①叶… III. ①随笔—作品集—中国—当代 ②杂文集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 239695 号

出版者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm × 980mm 1/16
印 张	20
字 数	310 千字
版 次	2015 年 10 月第 1 版
印 次	2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

序

PREFACE



竹盛把自己近年来写的短文收为一集，取名《异议的义务》，嘱我作序。我与他有师徒之谊，为他的书作序，自在情理之中。竹盛的研究近年来集中在平等问题、立法理论、转型法治理论和中国的基层司法等方面，已经成绩斐然。这本小册子即是例证。

本书虽然取名为《异议的义务》，但其内容并不仅仅与知识分子有关。该书凡八章，涉及面颇广。有关于具体法治的，有关于弱者权利保护的，有关于司法改革的，也有关于读书治学的。或针砭时弊，或简述法理，或抒发感慨。这些文章以精短的篇幅、活泼的文风、细致的笔触道出了作者的关怀和情趣，记述了一位青年学人的求知之路。这里不仅有对理论的追求，也有把理论运用于实践的探索，当然，更有对现实的批判。

这些短文在它们最初问世时已经各自具有重要意义。现在收为一集，不光便于读者集中了解作者的想法和观点，也是作者对自己作品的一次系统反思。其中的一些主题和观念很可能还会在作者以后的著述中再次出现，得到进一步阐发。因此，这本书的出版无论对读者还是对作者都是一件好事。

於兴中

康奈尔大学法学院王氏讲席教授

2015年10月26日

伊萨卡

自序

PREFACE



法治的忠诚异议者

2011年，我开始写法治评论。那时我还在香港读书，每天读着严肃的学术文献，写着永远也望不到尽头的博士论文。写作的过程像是堆砌巴别塔，一处没有写完，就被思绪带到另一处起个头。思想的荒原上，到处可见星火，但始终无法连成片、燎了原，写了丢掉，丢了再写。

那一年我才注册了微博，写论文之余也上去闲逛，发现了《南方都市报》开设的“香江评论”栏目，作者们都在谈香港的事情。想着反正也是到处“放火”，不如试着写些小文章，起头容易，收尾也容易，或许能将我从博士论文这座巴别塔的无尽消磨中解救出来。接下来的四五个月里，这样的小文章以一周三四篇的速度生产、发表，香港的时事、政策、人物，都成了我笔下的主题。第一天写的文章，一般第二天就能在报纸上看到，这样的快节奏弥补了博士论文写作的挫折感。

就这样写了三四年。等我博士毕业，评论话题已经超出了香港，超出了法治，发表的报刊除了《南方都市报》，还有《南风窗》《新京报》《法制日报》《新闻晨报》《广州日报》等，体量竟然超过了我的博士论文，反客为主，最终结集领先出版。

如果说我的博士论文是一个智识建构的过程——先搭建一个理论的框架，再用以研究法治转型的经验，那么这本评论集则更像一个自生自发的产物。每一篇的生产都是偶然的結果，随时事而变，随偶发而得。在我动笔写下第一篇评论之时，完全没有预想到结集出版的前景，但当我将这些小文章摆在一起，编排出目录来，却发现它们的格局竟有

章法可循——法治是它们的直接或间接主题。这些文章的问题意识基本上可以归纳为“如何认识法治及其相关制度和价值”“如何认识法治在现实中的运作”，以及“如何认识法治之下人们的行为”。

我写博士论文和写这些小文章的两种方式，恰好呼应了法治发展的两种路径——建构与生发。法治到底是有意建构的结果，还是自生自发的产物？这是学者们常争论的一个话题。现在我已经写完了博士论文，也要出版论集了。这么看来，两种路径好像都能有些成果。但是第一种路径的风险显然更大，因为不少博士论文都中途夭折了，或是难以通过答辩，或是即使通过了，最终的命运也不过是躺在图书馆那落满灰尘的角落里，除了答辩委员会和作者自己，没有几个人愿意再去翻开它。不论是束之高阁，还是自娱自乐，法治都不应该是这样的下场，可惜现实却经常如此。

古今中外，这样的“下场”并不少见。从埃及到泰国，再到乌克兰，政治上存在分歧的各方都声称法治的重要性，但为了政治便利，法治却成了权宜之计，被利用、被歪曲，乃至被抛弃。袁世凯在面对由宋教仁被刺案引发的全国性声讨时，也曾可怜兮兮地诉诸法治，几乎是祈求民众不要抱着阴谋论的臆断，把他当作幕后凶手——即便是一代枭雄也有诉诸法治的时候。然而，当他决意逆历史潮流，黄袍加身之时，却抛弃了任何约法和宪章。

当今世界，少有不宣称拥抱法治的国家，但第二次世界大战以来，真正实现法治昌明的国家却寥寥可数。制定了宪法，通过了无数法律，法治却远未成为政治和社会生活方式。很多国家把法治当成了书面上的一部部法典，像博士论文一样，以为写完了、拿到了法治的学位了，就可以将之束之高阁了。

我肯定不会再写第二本博士论文了，但法治评论还会继续写下去。法治的事业不像读博，不会因为一本论文的完结而终结。法治是一个持续不断，面临一系列考验的细碎过程。这个过程更像我写法治评论的过程。新问题、新事件一出现，便需要有新的理解、分析和处理。当这些“遭遇战”的战果累积起来，法治的思路和框架便越来越清晰、越来越扎实。法治的巴别塔虽然尚未触及天国，但法治的根基却越来越稳固了，不容推翻。

本书最终定名为《异议的义务》，是书中一篇评论的标题。走向法

治的路途上，我们需要的正是不断提出异议。一定意义上讲，异议的义务根植于法治伦理的深处。本书中的文章，多是以“异议”为主题，讨论、反思和质疑那些我们认为理所应当或是被要求认为是理所应当的东西。在这本书中，法治有时候是异议的标尺，有时候也会成为异议的对象。在《法治的谜底》一文中，我谈及了如何对待法治——“真正的法治信徒，爱也不会爱过头，恨也不会恨过头。爱是因为法治值得爱，恨是因为希望法治更值得爱”。我想，这便是一个法治的忠诚异议者所应秉持的态度。

本书中的大部分文章发表于《南方都市报》的“香江评论”栏目和“论法的精神”专栏，《南风窗》的纵论专栏，以及《新京报》的“法治盛言”专栏。感谢所有合作过的报刊评论编辑，感谢此书的责任编辑丁春晖先生，没有你们的支持和督促，这本集子不可能存在；感谢我的博士导师於兴中教授，正是你对法治和人类社会的深刻洞见鼓励和引导我走上了思考法治的道路；感谢我的博士论文，若不是为了逃避你，我也不会投靠你的这些小伙伴们。本书献给我坚强乐观的父亲和天真无邪的女儿，他们都不知道我在写什么，但他们一定都觉得我写得很好。

叶竹盛

2015年10月13日

福建福州福祿坊

有一种年叫作“法年” // 032

辛亥觉醒，谁的觉醒？——纪念辛亥百年 // 034

李国能：制度比个人重要 // 036

二、爱的边界

爱的边界 // 041

人狗情仇何时了——从高速救狗到微博杀狗 // 043

危险的偶像 // 046

不诚信的外部性 // 048

超越个案谈死刑 // 050

仪式的意义 // 052

走出索多玛困境 // 054

人有自愿受害的权利吗？ // 056

不孝的正当性 // 058

正义的起源 // 060

好记者能不能也是好人 // 062

医患的内在冲突 // 064

米兰·昆德拉为什么得不到诺奖？ // 066

保护儿童不仅是家事更是公事 // 068

保护青少年是文明社会的底线 // 070

不能让孩子输在择校费上 // 072

无门的监狱 // 074

奶爸权利的成本应平衡分担 // 077

三、异议的义务

异议的义务 // 081

- 没有知识的知识分子 // 083
- 法律何必为难地震科学家 // 085
- 法律不能“误杀”地震专家 // 087
- 第三种立场 // 089
- 谣言与辟谣 // 091
- 假性道德 // 093
- 广告词中的转基因之争 // 095
- 转基因中的恐惧与自由 // 098
- 一单未罚不等于禁烟成空令 // 100
- “举报”的法理学 // 102
- 灰霾是个什么问题 // 104
- 科学的反义词不是愚昧而是蛮横 // 106
- 知识利益需要重新分配 // 108
- 错位的呼吁 // 110

四、第二种流氓

- 第二种流氓 // 115
- 政府不能让好人承担坏人成本 // 117
- 无知之幕的时代 // 119
- 权力的冲突 // 121
- 法治的顶层设计要激活底层活力 // 123
- 输得起官司的政府才是法治政府 // 126
- 没有舆论监督就没有严格执法 // 128
- 反腐伴生的懒政如何防治 // 130
- 两种腐败 // 132
- 谁谋杀了“读书改变命运” // 134



为什么拆迁容易拆违建难? // 136

我们都是祖国的外地人? // 138

税收的正当性在于增进平等 // 140

新反贪总局揭幕反腐新常态? // 142

黑社会的选举政治学 // 145

天价药是怎么造成的 // 147

让公开的阳光晒干药价的水分 // 149

城管是一种反专业化的制度 // 151

把人当什么人看? // 153

依法治官, 超越治官旧模式 // 155

政府对“丁云虾们”承担什么责任? // 157

打车软件的“奇效” // 159

面子与制度密室 // 161

五、失控的法庭

失控的法庭 // 165

懒法官问题 // 167

“赔钱减刑”不能赔掉司法权威 // 169

司法改革要改掉三种坏法官 // 171

“反常识”判决更要充分说理 // 173

假如念斌是真凶 // 175

程序正义之后怎么办? // 177

怎样的法院才能吸引好法官 // 180

拿什么留住法官 // 182

应该由谁来惩戒法官? // 184

怎样确定法官的工资? // 186

- 公职人员该拿多少工资? // 189
- 案子进法院之后怎么办? // 191
- “奇葩”诉讼是个严肃的法治问题 // 193
- “去指标化”后如何防止法院懈怠 // 195
- 法院院长应该审什么样的案子? // 197
- “伟大的判决”是怎样炼成的 // 199
- 法庭上要“大胆假设、小心求证” // 201
- 为什么要支持法官高薪 // 203
- “邹碧华现象”的启示 // 205
- “清理门户”才能清除职业污名 // 207
- 最高院巡回法庭可以有更大作为 // 209

六、法律变革的两条道路

- 法律变革的两条道路 // 213
- 地方立法权扩张：谨防好事变坏事 // 215
- 可操作的立法，始于可操作的《立法法》 // 217
- 死刑“瘦身”是不平等的吗? // 219
- 公职教师收礼也应以受贿论 // 221
- 转型经济可以考虑特赦民企家 // 223
- 让陪审制度成为司法钙片 // 225
- 用好宪法从“依宪治法”开始 // 227
- 自我革命式的医改不可行 // 229
- 诉讼法是维权指南 // 231
- 生还是不生，这是个问题 // 233
- 破解“民意僵局” // 235
- 好的决策制度应更注重纠错能力 // 237

不怕围观的议会才是好议会 // 239

慎用限制权利的方式保护权利 // 241

七、香港社会的“裂痕”会激化吗？

“高薪腐败”折射出反腐实质 // 245

官员再就业管制应兼顾公益和个人权利 // 247

用多层次原则破解经济发展与环保的僵局 // 249

为什么香港环评成了“工程杀手”？ // 251

经常缺席的议员是不是好议员？ // 253

挑战贫富差距，治理模式应跟上社会观念 // 255

我的一次维权 // 257

香港与内地需要相互适应 // 259

香港为什么没有“医闹” // 261

香港“城管”为什么不打人？ // 263

香港大方派钱的底气源自严格预算 // 265

香港的大学为何有吸引力？ // 267

香港公务员加薪不是为了养廉 // 269

香港为什么是一座宽容的城市？ // 271

香港社会的“裂痕”会激化吗？ // 273

涨多少不是问题，怎么涨才是关键 // 275

证据是司法天平的底座 // 277

政府应维护言论的真实性和多元化 // 279

八、读书

“法治”的来龙去脉 // 283

秦晖：用底线构建公共话语的文明城邦 // 286

- 法治是谁的战场? // 289
- 民主不是鲁莽的冒险 // 293
- 法治的谜底 // 295
- 一个无人客居的世界 // 297
- 朴门学：给想出走的人打开一扇绿色的门 // 300
- 民主：从口号到行动 // 303
- 大灾难的记忆 // 305
- 民主就是把人当人看 // 307

法治不是终点

非法的法治

假设一个情景：有一条法规，它的规定合情合理，而你恰好违反了这条法规，并因此受到了惩罚。这种惩罚一定是法治的吗？答案看似显而易见，因为违法必究是法治的一个原则，在一般情况下，惩罚违法者是在彰显而不是在破坏法治。

最美好的东西总是伴随着最深刻的悖论，例如民主之下可能会产生多数人的暴政，市场领域的自由可能导致的是经济寡头对他人的奴役。对法治而言，一些看似符合法治精神的做法，其实都可能对法治的滥用，变成“非法的法治”。

一百多年前，美国加州的华人在商业和工业领域崭露头角，美国人感到了竞争压力，开始排挤他们。加州政府先是限制华人的工作范围，规定华人只有先获得许可证才能从事特定工作，但由于获得许可的人少之又少，相当于在事实上被限制从事大部分工作。

脏乱差的洗衣业不在受限之列，洗衣工几乎是当时众多加州华人唯一所能从事的工作，因此华人一度占据了加州三藩市近九成的洗衣业。尽管华人已经几乎没有生存空间，三藩市当局仍想进一步限制他们。当时绝大部分洗衣房都是木质建筑，政府出台法律，以安全为名，要求所有木质洗衣房都得先获得政府许可才能继续经营。

洗衣房主们纷纷提交申请，结果在占洗衣业绝大多数比例的华人老板中只有一人获批，而非华人老板则全部获准。有一个华人老板叫益和（音译），在美经营洗衣房二十多年，在无法获得批准的情况下，继续经营，结果先是被罚款，后又因拒交罚款而被投入监狱。

益和向法院起诉，挑战三藩市政府的相关规定，官司一路打到了美国最高法院，益和最终胜诉，该案奠定了“选择性执法”的非法性原则。简而言之，该原则认为，一个人虽然违法了，也应该受到惩罚，但是如果惩罚这个人的真实原因另有所在，而这个真实原因又违反了宪法，则相关惩罚也是非法的。