

耕耘

法学田园

GENGYUN FAXUE TIANYUAN

曾祥华 / 著



全国百佳图书出版单位
知识产权出版社

013035152

D90-53
131

耕耘

曾祥华 / 著

法学田园

GENGYUN FAXUE TIANYUAN



全国百佳图书出版单位
知识产权出版社



北航

C1642562

D90-53
131

责任编辑：雷春丽

责任校对：董志英

封面设计：张 冀

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

耕耘法学田园/曾祥华著. —北京：知识产权出版社，2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1696 - 4

I. ①耕… II. ①曾… III. ①公法 - 法的理论 - 文集

IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 265769 号

耕耘法学田园

曾祥华 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编：100088

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 箱：bjb@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

传 真：010 - 82005070/82000893

责编电话：010 - 82000860 转 8107

责编邮箱：leichunli@cnipr.com

印 刷：北京中献拓方科技发展有限公司

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：8. 625

版 次：2013 年 1 月第 1 版

印 次：2013 年 1 月第 1 次印刷

字 数：213 千字

定 价：22. 00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1696 - 4/D · 1633 (4543)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

我为什么写博客？

（代序一）

我开博已经三四年了，最近虽然有点懒惰，但是没有停止。刚开博时特别勤快，一天不写博文，心中就像少了什么东西似的。但是，写博客既不能算科研成绩，又不能带来金钱，别人不理解，我也反问自己为什么热衷于这个事情。自己为自己找到了以下理由。

（1）较自由地发布观点。尽管中国人都知道，网络也是有限制的，但是，网络比正式出版物还是自由得多。你写一篇学术性的文章，如果有点直白、有点敏感、有点尖锐，那么，编辑会枪毙你的文章或者要求你修改或者直接把某部分删除，如果你出版一本著作，编辑会较大幅度地改动你的书稿，而被编辑改动的部分往往是你文章中真正有价值、有新意的部分。尽管博客管理员会屏蔽你的文章，但是，其审查比杂志、出版社的编辑要松得多。当然，正式论文也可以放在博客上。

（2）博文的读者比学术文章的读者多。读学术论文是一件很累的事情，除了一些名家，一些文笔特好的作者的论文读者众多以外，大部分学术论文是人们在写论文时才看。尽管不是每篇博文都有很多人读，但是，只要上了推荐博文，点击率就会大增。你的博文还可以同时发布在不同的博客上，没有人谴责你重复发表。像我这样的无名之人，一篇博文最多的点击率也接近5 000，而有些名教授都有很多粉丝，其单篇博文点击率一般至少都在10 000以上，他们博客的总点击率成几何数字增长。点击

率就是一种肯定和鼓励。

(3) 直抒胸襟，释放心情。人生五味，人生很累，你经常会被各种不好的情绪包裹着，要打破这种情绪，就必须发泄，找人聊天、骂人等固然可以释放，但是，写博文也是一种途径。当你把心中的不满、愤怒发布在网上之后，你的心情轻松了很多。当然，也有相反的一种倾向，当你高兴的时候，你也可以把自己的心情与网友分享。还有的人在生活中发现了美，迫不及待要发布在网上，不然睡不着觉。那些爱拍照的朋友是不是这样？

(4) 做《皇帝的新装》中的那个小孩。有人说，你写的那些东西别人都知道，写它干啥？我说：我就要做《皇帝的新装》里的那个小孩。我不怕别人说我不聪明，因为我本来就是傻子。我不怕别人说我不称职，因为我本来就不是做官的料子。老鼠过街，人人喊打，效果明显；老鼠过街，都不喊打，鼠患成灾。

(5) 交友。“找呀找呀找朋友，找到一个好朋友”。网络交友早已流行，网络征婚也不稀奇。以博会友应当是一个很好的途径。有些博友专门搞联谊活动，开博友会。我虽然没有参加过，但是，有时候开会时碰见博友，大家倍感亲切，似乎相识已久。

(6) 提高专业水平。写博文本身是对文笔的一个锻炼，同时博文有时候可以转化为学术论文或者著作的内容，当然不是没有困难，因为两者风格不同。还有，长期写博客，就会经常浏览别人的东西，其中可以吸收很多学术营养。法律博客上学术水平高的博文多的是，看了自然会有收获。

博客文章与学术论文

(代序二)

最近发现自己有点危险，喜欢上写博客了，自从2008年年初建立博客以来，几乎天天都想胡诌一篇博文，只是有时候没空或者没有感觉。记得2007年全国宪法学年会上，林来梵教授说过一段话：“发不了论文写专著，写不出专著编教材，编不了教材就写博客，写不了博客就当主持人。”结尾一句当然是戏说，因为当时林教授自己正坐在主持人的位置上，前面说的可是有点真。

自从建立博客以后，长时间不在博客上添加什么心里就像少了什么。但仔细一想，博文与学术论文还真的有所不同。我写博文往往是有感而发，一挥而就，长短不论，实际上不会超过两千字，并且体裁不限，兴致所至，自己把握。有时是自己有话要说，有时是看了别人的东西受到启发，或者不同意别人的观点，忍不住要同别人辩论。总的来说，没有义务，没有任务，写不写、写什么全由你自己。而学术论文则不同，要有一定规范，要经得起斟酌，其实可能有点八股，要不是本专业的人，基本上没有人看。学术论文往往要有一定的深度，也需要一定的长度，其实要把一个问题说清楚，没有个万把字真的不行。开始写论文总是写不长，后来写论文总是写得太长，刹不住，一投稿，编辑常常要求压缩、压缩、再压缩。刚拟题目，觉得没有太多要说的，但是一动笔，乖乖，一两万字甚至几万字出来了，懒婆娘的臭裹脚又臭又长。前两年，连续几个月不写论文心里就非常难受，最

多的时候几乎一个月一篇文章。

博客上的文章如果自己写不出，可以转贴别人的精华，可是学术论文就只有自己动笔了，不然就侵犯了人家的版权，还会留下骂名。

博文的最大奖赏是点击率，主要是精神奖赏，而学术文章的奖赏是名声、科研分、职称等，除了精神的奖赏可能还有物质的，但也可能是物质付出，如版面费之类，如果不付版面费，那心里可有点美，有成就感。如果还有稿费，那就更美了。

当然，两者有时相得益彰，学术论文也可以放到博客上，不过可能点击率不高；博客上的文章也可能是学术论文的引子或者素材。

今年除了写成一篇学术论文以外，几乎没有成果，前几天开始着手一篇论文，刚写了千把字，搁那儿了，抽空写了这些文字。

我是不是真的废了?! 江郎才尽乎?!

耕耘，不是在原野的土地上，而是在法学的田园里。播下种子，拔除杂草，相信秋天，那收获的季节总会来临。本书记述一个公法学人的思想火花。追求宪政理想，探索行政法治，遨游思想王国。

目 录

第一章 法理探幽 // 1

法理学与部门法学之间 // 1

“普世价值”之我见 // 5

以德治国刍议 // 8

司马南 VS.《南方周末》——是应该拐了 // 11

送上门的货没好货吗 // 14

王母娘娘的法律观 // 18

律师为什么要当“和事佬” // 19

为什么还要启蒙 // 22

第二章 宪政沉思 // 24

另一种纪念——就大学自治与蔡定剑先生“商榷” // 24

由钓鱼岛说起领土问题 // 27

“文革”与宪法 // 29

权力的自负与自命 // 33

吴正春短信案（通江诗案）的法律分析 // 35

论权力之间的互相配合（外一篇）——由赵作海案赔偿想到的 // 39

“党主立宪”不可能实现 // 42

民主、法治、宪政：对查韦斯与塞拉亚发动修宪的联想 // 44

权力纷争的和平解决：宪政道路上的关键——委内瑞拉和洪都拉斯政变的联想之二 // 47

合作与对抗：实现人权的双轮 // 50

高校招生实行中学校长推荐制不可取 // 52

- 我?你?换位思考?——论民主的哲学基础 // 53
- 妥协:中国宪政的必由之路 // 54
- 宪政思索的迷惘——文化的多面性 // 56
- 竞选会使选举变成有钱人的事吗 // 60
- 县委有权免乡长吗 // 61
- 结社自由、言论自由与事先审查制——有感于法律博客博文
发布前审查 // 62
- 深圳《关于依法处理非正常上访行为的通知》违宪、违法 // 64
- 狗尾续貂:也谈三鹿奶粉事件的宪法意义 // 66
- 从所在小区管理看基层民主之难 // 69
- 人权、人的尊严的平等性与公众人物的名誉权——也谈贪官的
名誉权问题 // 71

第三章 行政法治 // 75

- 2008年全国行政法学年会散记之二——年会主题:服务型政府
与行政法 // 75
- 2008年全国行政法学年会散记之三:人物·酒·杂感 // 78
- 应该怎么看待公安部五条禁令 // 81
- “未婚先育考公务员遭拒录”事件的思考 // 84
- “《侵权责任法》与依法行政”研讨会点评 // 86
- “先育后婚考公务员遭拒录”事件中的法律与习俗的矛盾 // 88
- 关于“城管权力的性质、来源及其正当性”——对鄱阳湖法律
诊所回应的回应 // 90
- 强制“农转非”等说明了什么 // 93
- “管办分离”之我见 // 94
- 食品安全到底依靠什么 // 97
- 三鹿奶粉问题到底是个什么问题:制度、道德、抑或人格 // 100
- 三鹿奶粉问题到底是个什么问题(续)——再与张旭清先生
商榷 // 102
- 三鹿奶粉事件与太湖蓝藻暴发 // 106

强制拆迁与社会和谐 // 107

深圳林嘉祥案与暴力袭警案——权力自大、自私与网络
舆论 // 109

“一事不再罚”原则，罚单怎么开 // 111

向被拆迁户征税与工程受益费 // 113

问题疫苗说明了什么问题 // 114

细说吸烟拘留案 // 117

第四章 法学随想 // 124

直面人性：“弑师门”悲哀中的反思 // 124

75 岁以上老人犯罪免死合理吗 // 127

药家鑫该杀！——与朱祖飞律师商榷 // 129

也论“至尊烟”的倒掉 // 132

“新轴心时代”会到来吗，儒学会复兴吗——请教汤一介
教授 // 133

付成励是否必须判处死刑立即执行 // 138

两个法律博客、一个雅典学园 // 141

“瓮安事件”联想：法治社会如何建成 // 144

谁是“炎黄子孙” // 147

自由的代价 // 150

“社会少年”、族群矛盾与群体性事件 // 152

第五章 法学教育 // 155

呜呼，我无话可说！ // 155

公平正义太大了 // 155

毕业论文常见问题漫谈 // 157

关于法律硕士扩招与调剂的一点理解 // 160

毕业论文是怎样炼成的 // 161

学术腐败为什么腐而不败 // 164

4 耕耘法学田园

硕士论文写作常见问题 // 166

本科宪法学教学中的讨论式教学法 // 169

在开学典礼上作为教师代表的讲话 // 173

就宪法学行政法学教学及开法博等答学生记者问 // 174

第六章 诗词 // 178

蝶恋花·福州严晓玲案 // 178

采桑子·五一二 // 178

第七章 生活剪影 // 180

我家小黑 // 180

戒烟 // 184

重看《凤凰琴》 // 185

偷菜·文明城市 // 187

毕业典礼与离别的伤感 // 188

城市 or 农村：哪个是你的生活理想 // 189

海螺沟、四姑娘山之行之最 // 191

云南印象——“昆大丽”游记 // 193

贵州之行 // 196

阳山、汤山游记 // 200

接警的标准是什么 // 201

附录 学术探讨 // 203

食品安全监管执法问题调查报告 // 203

我国公务员诉权受限的理论溯源 // 230

我国流域管理立法模式探讨 // 248

后记 耕耘，耕耘！ // 262

第一章 法理探幽

法理学与部门法学之间

周永坤教授在法博上发表《城管不能行使警察权——城管打死人有感》一文^①，引发了众多的网友讨论。其中以 liu4long 先生的反对最为激烈，他说：“博主对于警察权的理解是错误的。”“城管行使的就是公物警察权”。“恕我直言，法理学家不宜介入部门法。学者一涉及具体问题，一知半解的缺点就暴露无遗。不知道是他们个人的悲哀还是学术界的悲哀。还是好好研究法哲学吧，前途不可限量，玄之又玄众妙之门嘛，就像邓正来先生，脚不沾地，尽得风流。”这些评论触发了何志辉先生的感叹，随后发表了《作为鸡肋的法理学——有感网友酷评周永坤教授》。周永坤先生是研究法理学为主的学者，推测何志辉先生应当也是；而 liu4long 先生笔者本来不太熟悉，通过研究他的博客得知，他是学行政法的（并且从事城管工作）。他们之间的分歧是法理学者与部门法学者的分歧，他们的讨论或争论的主题在一定程度上是法理学与部门法学的关系问题。笔者以学习行政法为主，比起法理学和其他部门法学者，笔者对行政法是熟悉的；比起真正把行政法研究得很透彻的人，笔者又是一个“半篓油”。之所以要说话，因为我喜欢抬杠，抱着“知无不言，言无

① 周永坤：“城管不能行使警察权——城管又打死人感”，<http://guyan.fyfz.cn/art/370860.htm>，访问日期：2008年8月6日。

不尽，言者无罪，闻者足戒”的态度插入吧。

笔者一直认为法理学与部门法学是互补的，完全同意有的网友的说法，即一个法理学者应当同时研究一门部门法；另外补充一句，部门法学者也应当学习法理学。法理学者不研究部门法容易天马行空、不着边际，用 liulong 先生的话说，就是“脚不沾地”。许多一般的道理、普遍的价值或规则遇到具体的问题可能就不适用，甚至恰恰相反。比如我们都知道，英美法系是判例法传统，大陆法系是成文法传统，但是法国的行政法却是在判例法的基础上形成的。而部门法学者如果不学习法理学容易限于局部视域跳不出来，“只见树木，不见森林”，就事论事，沉醉于精到细致之中，还很容易只知道“1 就是 1，2 就是 2，1 在 2 前面”，绝对不能“1 变成 2，2 排在 1 之前”，缺乏宏观思维和跳跃性思维。附带说一下学者与实践工作者之间的关系：与此类似，学者其实都有宏观思维的成分，不论你的学科多么具体，有哪位学者不研究理论呢。所谓理论就是抽象的，只是层次不同而已。现实生活的很多东西不是学者坐在书房里或者顺便从旁观察所能想象得到的，即使有也体会不深。而实践工作者并非没有理论思维。现在的许多工作人员甚至有高学历者，然而他们天天面对实务，实务不仅具体，而且琐碎。一方面他们对具体事务非常熟悉，他们需要掌握具体的技术、与人打交道的方式方法、具体的细致的规则，对所从事行业有切身的、细致的种种体会。这些都是学者所不具备的。然而，另一方面具体工作者的思维也是受限制的。比如法律实务工作者，没有时间或者没有必要去考虑许多更高层次的问题，他们所见、所闻是他们思考的主要对象，工作需要是他们学习思考的最大动力。比如有人驾车一辈子，可能只知道汽车的方向盘在车子的左前部，不知道世界上还有汽车的方向盘在车体的右前部；只知道行路靠右，不知道还有靠左的。

有的法律工作者对自己的工作领域的法律、法规滚瓜烂熟，倒背如流；却对其他领域虽然不是一无所知，但是，非常生疏。实务工作者还有一个特点，就是习惯按照现行法律规范办事，却很少反思规范本身的正当性问题。再拐回来，法理学者与部门法学者之间，部门法学者之间，甚至同一部门法学不同领域的学者之间，都存在这个问题。就如笔者见到的有些学者，做学问很认真，甚至对行政法也有兴趣，但是他的主业不是行政法，在说话时常暴露出他对行政法的无知和谬见。

以上现象其实都是正常的。任何人的精力都是有限的，而知识是无限的，知识的对象客观世界又是变动不居的。因此无论你多么著名、多么博学，都有可能存在知识盲点，都会犯错。那么面对现实，我们应当取何种立场和态度？

窃以为，第一，学习。如法理学者学习一门部门法，部门法学者学习法理学，这样才能避免抱残守缺，才能相得益彰。正如有的网友指出的，德国、日本的许多法理学家本身就是部门法的专家，如考夫曼、雅各布斯都是刑法学家，川岛武宜是民法学家，木村龟二是刑法学家，包括我国台湾地区的洪逊欣先生本身也是搞民法的，他们论证起具体问题来肯定会更有底气。至于法理学于部门法的益处，随后论及。

第二，谨慎。当论题涉及不熟悉的领域，说话千万谨慎，要么咨询同行，要么多查资料，不可信口开河。当然，谨慎不是绝对的，任何人说话都有可能犯错误；如果害怕犯错误，大家就只有当哑巴。说错了，别人纠正之后，也是一种进步甚至是一种学习方法，在错误中学习。但是，要讲场合，比如在学术报告中要比一般讲课谨慎，在讲课中要比聊天谨慎，在学术论文中要比博客中谨慎，等等。

第三，也是最重要的是，避免狭隘，奉行宽容。任何人的知

识都是有限的，谁都有可能犯错误，因此绝不能自以为是、目无他人。说话者要谦虚、有度量，遇见批评，认真对待：对无理指责甚至谩骂，一笑置之，不必在意；如果错在自身，诚恳认错，不能死要面子而拒绝真理。就批评者来说，也要有理有据，有一分根据说一分话，胡搅蛮缠甚至谩骂属于低级，自以为是、怒火中烧大可不必，以点带面、攻击人身、殃及池鱼更是要不得。各科学者不能有过分偏激的学科立场，互相鄙视。法理学的存在自有其存在的价值，一个没有理论思维的民族是站不到世界最高峰的。如果只看眼前，只讲直接实用，科学就没有发展后劲、失去未来。爱因斯坦的相对论是多么抽象，但是却作用非凡。部门法学尽管理论空间相对较小，但并非是“无理”之学，并非如有的法理学人所言，没有理论创新的空间。具体到此次争论，不才枉顾鄙陋，擅加评论一番，请各位方家见谅。周永坤教授对城管看法有众识基础，有法理依据，有反思力量，有高层次的正当性（合法性）追问。这是实务工作者甚至很多学者所不能企及的。据笔者了解，周老师还是很注重法理学与实务的结合、关注现实法律现象的，其用意就是避免空洞和不切实际。关于城管的博文就是一个实例。笔者认为，在部门法研究上，周老师对宪法的研究还是很有造诣的，其精深的程度甚至超过某些专门的宪法学者。至于行政法，周老师也是有所研究；而 liu4long 先生（可能）是行政法专业毕业的，他对国外以及我国台湾地区的行政法学也有所了解，说实话，他对城管执法方面的研究相当具体、相当深入。他认为：“看中国的事情，在中国解决某些问题，单靠良心是不够的。必须拿出一整套具体的办法，以便条件成熟时实施。热情代替不了办法。中国在空想社会主义身上吃的亏还少吗？”这也是有道理的。但是，liu4long 先生首先有一个立场问题，他自己是从事城管工作的，所以从感情上站在城管一

边，不能接受别人对城管的批判。这一点倒也可以理解，人嘛，总是有个人感情立场的。他还努力证明城管存在的合法性和合理性，这就不同于一般的城管了。看他的博文，他所证明的论据主要是借助法国、德国、日本、我国台湾地区学者的理论，集中到一点就是“公物警察权”，但是国外以及我国台湾地区的“公物警察权”与我国的所谓“相对集中行使行政处罚权”是不是真地是一回事，恐怕 liu4long 先生一方面先入为主，一方面有点“先射箭后画圈（靶子）”的意味，并非没有意识到两者的区别，而是为了论证城管的合法性，佯装不知。另外，Liu4long 先生所论证的合法性只是狭义的合法性，即“合法性”；他没有看到更高层次的合法性问题，即“合乎自然法”或者权力来源的正当性问题。因此，可以看出 liu4long 先生的两大缺陷，即轻视法理学、不懂法理学与职业立场及情感。如果再看他的其他留言，未免有点过激，比如：“苏大对于城管的偏见，不独周，包括行政法的杨海坤也是。学者不是一般民众，理论研究上靠想当然，发表言论靠道德批判——苏大学风之浮躁，可见一斑。”先不说周教授与杨教授的观点是否正确，即使他们两位的观点真地是“偏见”，怎么就代表整个苏大的“学风之浮躁”？他们能不能代表整个苏大法学院都是个问题啊，由此倒可以看出 liu4long 先生的“学风之浮躁”与“偏见”。另外，任何行为和制度都是可以“道德批判”一下的，并且应当经得起道德批判。（顺便交代一下，鄙人是苏大毕业生，可能也存在感情立场问题，呵呵！）

“普世价值”之我见

关于“普世价值”的争论近来很热烈。可以说，自 19 世纪