



中国权利性条款立法规范化研究

张鹏 著

中国社会科学出版社

■ 山东省社会科学规划研究项目文丛·青年项目



中国权利性条款立法规范化研究

张鹏 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国权利性条款立法规范化研究 / 张鹏著. —北京: 中国社会科学出版社,
2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5161 - 6737 - 3

I. ①中… II. ①张… III. ①公民权 - 立法 - 研究 - 中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 173990 号

出版人 赵剑英
责任编辑 许琳
责任校对 朱妍洁
责任印制 何艳

出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮编 100720
网址 <http://www.csspw.cn>
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2016 年 1 月第 1 版
印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 11.75
插页 2
字数 199 千字
定价 46.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010 - 84083683
版权所有 侵权必究

谨以此书献给我亲爱的家人！

序 言

中国特色社会主义法律体系的建成，为立法工作提出了新的要求。权利立法该往何处去？成为萦绕在笔者脑海中挥之不去的问题。得益于笔者的导师汪全胜教授的启发和指导，这一命题最终成为笔者博士毕业论文的选题。

在加拿大的学习和生活经历改变了笔者对一些问题的看法。这缘于笔者与加拿大萨斯喀彻温大学乔治·塔努斯教授（Professor George Tannous, University of Saskatchewan）全家的一次对话。当笔者提及中国发生的老人跌倒究竟该不该扶的社会争议时，热情的教授一家告诉笔者，在加拿大也时常见到这样的情况，而大家的回答是“不”——一个坚决却略带愧疚的“不”。相比国内媒体的道德追问，这个答案让笔者唏嘘良久。之后，在加拿大生活的点点滴滴让笔者有了更深的感触：我们经常听说国外的人们如何遵守交通规则云云；但在萨斯卡通市，行人横穿马路并不罕见，在那些经常发生此类情况的路段，政府一般会竖起“禁止横穿马路（No Jaywalking）”的警示牌；在卡尔加里市、埃德蒙顿市，下午六点之后的主城区是如此让人不敢相信的清静，而此时行人横穿马路、闯红灯也成了见怪不怪的“风景”……当笔者更加深入地了解加拿大，更加深入地研究加拿大的法律制度及其社会背景，更多的思考浮现出来，特别是亚洲人在这个强调多元文化的发达国家所经历的人权变迁，让笔者彻底冲破原有思维之墙，自信、自主地审视中国的社会问题。国内某一社会争议的出现或反弹，并不见得是国人素质或者道德水平的滑坡所引发；相反，正是由于应对策略的失误所导致。解决这些社会问题，不能只是寄望于抽象的道德教育和严苛的责任震慑，而是应当深挖实践根源，找到理性、服众、智慧的解决办法。这样的思路转变为笔者原本深陷迷雾的权利立法研究打开了一扇窗：权利立法的重要性不仅仅在于她宣示了怎样的权利观念，更在于

她赋予了我们怎样的生活秩序、怎样的主体关系。世界视野下的本土实践，才是权利立法进一步发展的终极根据。

拙作尝试突破权利本身的概念剖析，换作在权利理论对权利立法的影响中反思两者发展的得与失，在权利实践中探寻权利立法与权利理论的发展动力。能力所限，恐难给出一个圆满的答案，只是将现有思考的答案奉上——拙作是在笔者博士毕业论文的基础上修改而成，融入了笔者在加拿大萨斯喀彻温大学法律博士（JD）就读期间的收获。

目 录

导论	(1)
一 问题的提出	(1)
二 研究思路	(7)
第一章 权利性条款的界定及其价值	(11)
第一节 权利性条款的界定	(11)
一 法学理论中现有概念的界定缺陷	(11)
二 “权利性条款”概念的比较优势	(14)
三 权利性条款的分类	(17)
第二节 权利性条款的识别标志	(19)
一 核心名词的标志	(19)
二 表达方式的标志	(26)
第三节 权利性条款的价值	(31)
第二章 构建权利性条款的理论基础	(35)
第一节 权利性条款构建所获得的理论支持来源分析	(35)
一 立法学方面的研究	(35)
二 权利理论方面的研究	(37)
第二节 权利本位论在权利性条款构建中的全方位体现	(38)
一 权利本位观念在立法中体现为权利性条款的核心地位	(38)
二 利益作为权利的核心要素贯彻在权利性条款的表达 之中	(38)
三 权利义务的一致性体现为权利性条款与义务性条款 相互对应	(40)

第三章 权利性条款实质理性缺陷剖析	(42)
第一节 重管理轻权利	(42)
一 以管理为目的与以权利为目的的立法冲突	(42)
二 权利的实现受制于权力	(43)
三 平等关怀的缺漏	(44)
第二节 重利益分配轻秩序协调	(45)
一 为突出利益分配割裂权利义务关系	(46)
二 权利冲突的隐患	(48)
第三节 重观念宣示轻行为指引	(49)
一 权利性条款中的行为指引难以落实	(49)
二 权利性条款缺乏具体行为指引	(50)
三 权利性条款的潜在冲突	(51)
第四章 权利性条款实质理性缺陷的理论根源	(52)
第一节 权利理论的固有缺陷批判	(52)
一 权利本位论的视野囿于实在法层面的权利义务关系	(52)
二 权利无法在利益要素的定性中得到证立	(54)
三 权利本位论并未探索权利的合法性来源	(55)
四 不确定的行为指引与法律的根本属性相冲突	(57)
第二节 权利理论的认识偏差造成权利性条款存在内在缺陷	(58)
一 囿于实在法层面的关系认识导致人本关怀的缺失	(58)
二 合法性来源的分析缺失导致立法重利益分配轻秩序 协调	(59)
三 行为指引的认识偏差造成权利性条款缺乏可操作性	(61)
第三节 权利理论的固有缺陷带给权利实践的负面影响	(63)
一 纯粹法律性的权利导向产生出两极分化的权利态势	(63)
二 唯利益论笼罩下的社会冷漠	(65)
三 罔顾人的尊严的绝对化权利主张	(66)
四 行为指引缺位导致人的规则意识淡漠	(67)
第五章 权利性条款实质理性规范化的权利发展史基础	(69)
第一节 西方权利发展史中不乏法律义务的思想与实践	(70)

一	中世纪的法律义务规定	(70)
二	义务先于权利的产生顺序	(71)
三	20 世纪西方权利发展转向强调义务约束	(73)
第二节	西方人权概念的形成不是一蹴而就的	(75)
第三节	中国自古不乏权利思想与实践	(77)
一	“厌讼”不等于权利意识缺失	(77)
二	中国古代的民权实践	(80)
第四节	中西权利发展的共同进路	(82)
第五节	反思中西权利发展史得到的启示	(85)
一	权利意味着平等	(85)
二	权利蕴含着尊严	(87)
三	权利意在合作而不是竞争	(88)
第六章	权利性条款实质理性规范化进路	(90)
第一节	由概念中心主义转向实践合法性探求	(92)
一	法律要在实践中获得发展	(93)
二	权威在新的发展阶段的新任务	(95)
三	着眼于现实视角的权利性条款的规范化构建	(97)
第二节	由利益手段论转向着重相互尊重的制度构建	(98)
一	权利是在相互尊重中得以证成的	(98)
二	相互尊重的权利制度设计要求	(100)
三	权利限定的细化	(104)
第三节	由注重观念宣示转向注重行为指引	(109)
一	观念宣示配合惩罚的模式难以完成法律实施的目的	(109)
二	人们的无知与矛盾需要权利性条款给出行为指引	(110)
三	权利性条款实现确定的行为指引的意义	(114)
四	权利性条款应定位于法律关系中根据行为来构建	(117)
第七章	权利性条款形式理性缺陷剖析	(120)
第一节	权利性条款构造体系中存在的缺陷	(120)
一	权利立法名称不统一	(121)
二	法律权利体系混乱	(121)

第二节 权利性条款规定内容的缺陷	(122)
一 标志词使用的混乱	(122)
二 条款构造技术的欠缺	(125)
三 表述方式不规范	(126)
四 性别平等用语问题	(145)
第八章 权利性条款形式理性规范化进路	(149)
第一节 权利性条款构造体系的规范化	(149)
一 权利立法名称规范化	(149)
二 法律权利体系规范化	(149)
第二节 权利性条款规定内容的规范化	(150)
一 标志词使用的规范化	(150)
二 条款构造技术的规范化	(152)
三 表达方式的规范化	(152)
四 性别平等用语规范化	(158)
余论	(160)
参考文献	(164)
致谢	(177)

导 论

一 问题的提出

到2010年年底，一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现中国共产党和中国人民意志，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。^① 雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。站在新的历史起点，全面推进依法治国方略，就要从构建中国特色社会主义法律体系走向中国特色社会主义法治体系，^② 要从“有法可依”迈向“善法之治”“良法善治”。^③ 在这一过程中，不可或缺的关键一条就是要让写在纸上的法律真正落实为现实的法律秩序。法律，不再只是解决矛盾冲突的机制，而是有效推动人们合作的事业；^④ 法治，不是手段，而是成为人民共同的生活方式，“真正成为全体公民信仰和遵从的行为规范”^⑤。

然而，要想让法律规范落实为法律秩序，前进的道路不会是一帆风顺的。从现有法律司法适用的情况来看，“已制定的四百个法律中，司法机

① 国务院新闻办公室：《〈中国特色社会主义法律体系〉白皮书发布》，2011年10月27日，中国政府网（http://www.gov.cn/jrzq/2011-10/27/content_1979498.htm）。

② 梁捷：《徐显明：形成法治体系是未来十年主要任务》，《光明日报》2013年2月21日第15版。

③ 李林：《“良法善治”下实现稳定和谐》，《人民日报》2011年1月5日第17版。

④ 参见伯尔曼的论述，“法律的目的不仅仅在于管理：它是一种促成自愿协议的事业……它也是分配权利和义务和由此解决冲突和创造合作渠道的一个生活的过程”。[美]伯尔曼：《法律与革命》（第一卷），贺卫方等译，法律出版社2008年版，第4—5页。

⑤ 王君琦：《如何从法律体系迈向法治体系——著名法学家关于中国特色社会主义法律体系形成的基本问题答问录》，《北京日报》2011年3月21日第17版。

关经常据以办案的只有三十几个，适用法律比较多的法院，所适用的一般也不超过五十个”，周旺生教授直言，“中国法之难行的根源……在于立法质量不良”，“立法违背科学……使法先天不足难以实行”。^①以近来社会反响强烈的“中国式过马路”现象为例，现实与法律的冲突恰恰成为重新审视立法思路的切入点和推动力。过马路，看似一个简单的问题，想来似乎只要设置好红绿灯、制定好法律规则，一切问题就该烟消云散了。正如有学者所主张，定纷止争的法制权威是“理所当然的、不证自明的”，诸如“车辆是左行还是右行、小转弯是否也要等绿灯、直行车优先还是转弯车优先、高速公路的时速是80公里还是100公里，都没有对错之分……只要规定清楚了并严格执行之，就可以达到社会的预期目标”。^②然而，“中国式过马路”的乱象恰恰成为否定这一观点的最好注脚。所谓“中国式过马路”，讽刺的是国人过马路不看红绿灯只看人的独特现象——“凑够一拨人马上走，跟红绿灯没有关系”^③。有不少学者就此展开研究，将该问题的产生归咎于国民素质不高、道德水平滑坡等。相应地，各地政府多采取了倡导宣传教育、加大处罚力度等应对措施。^④但是，自上述措施实施以来，不断有行人与交警发生冲突的新闻传来；更何况行人这么多，交警和协管员根本管不过来，也罚不过来；^⑤如果为此要在每个路口都增加警力或是增设违章摄像头，高昂的执法成本恐将远远超过所得之收益。我们不禁要问，前述思路是否能够从根本上解决现实问题？还是解决问题的思路出现了什么偏差？实际上，前述思路隐含了这样一个逻辑预设：人们未能遵守现有法律，原因就在于人们的素质和道德水平不高，无法达到自觉践行法律义务的文明程度，这就需要依赖宣传教育

① 刘爽：《中国立法，技术“粗劣”——周旺生教授访谈》，《法律与生活》2004年第7期，第11页。

② 季卫东：《论法制的权威》，《中国法学》2013年第1期，第25页。

③ 刘庆传：《“中国式过马路”考问“中国式管理”》，《新华日报》2012年10月17日第B03版。

④ 参见杨毅沉、郭宇靖、朱东阳《学会过马路有多难？》，2013年5月6日，新华网（http://news.xinhuanet.com/legal/2013-05/06/c_115659200.htm）；刘力《整治“中国式过马路”还需“两手抓”》，2013年5月7日，凤凰网（http://news.ifeng.com/opinion/gundong/detail_2013_05/07/25006243_0.shtml）。

⑤ 张辉、李丽：《严惩中国式过马路面临操作难题》，《中国青年报》2013年5月17日第3版。

和加强执法来加以刺激。这个假设成立吗？

在笔者看来，人的素质和道德水平的高低，会影响到法律实施的效果；但人们的素质和道德水平的高低，是无法从人们是否遵守法律来进行判断的。也就是说，法律难以得到实施，并非一定是人的素质和道德水平在作祟。如果认为酷刑的废除、由法律责任取代同态复仇等是人的素质的提高和道德的进步，那么，这样的整体评价是站在今天的角度回顾历史的结果。从历时性上来说，人的素质和道德水平是在一个社会的某个特定的历史阶段所形成的总体判断，这一总体判断会因为社会的不断发展而迥然不同。“每个社会，社会中的每个次文化群体，无论是过去还是现在，都有一个道德法典，但这个道德法典是该社会或该次文化群体的生活必要塑造的，而不是因为看到了某些有关道德责任的重大渊源而出现的。在一定程度内，这个法典是对这些社会的必要顺应，外人不可能令人信服地批评这个法典……当战胜者不能养活或释放战俘乃至除了奴役就只能杀死战俘时，奴隶制就会是常事……说‘例如，我们对奴隶制的看法就对了，古希腊人就错了’，这种说法是很狭隘的。”^①从共时性上来看，处于同一历史时期的不同社会，也会形成根本不同的道德判断。例如，“在对性任其自由之态度或取女权主义意识形态的文化中，人工流产是道德的；但是在那些希望限制性自由、推动人口增长或推动生命神圣之宗教信仰的社会中，人工流产就不道德”^②。归纳上述两个方面，波斯纳认为道德进步只是一种相对概念：如果有人提出重新引入奴隶制，大多数美国人会说这是一种倒退，原因并不是因为现在的美国人比1860年的美国人道德更为进步，而是因为所谓的不道德只是在描述现在的道德感受。^③但在笔者看来，道德进步同样具有绝对意义。道德认同或不认同本身是人为判断的结果，尽管这种判断并不一定经过深思熟虑，或许只是直觉判断，但这种判断或许恰恰是道德进步所产生的潜移默化的影响，是长期以来人们为道德进步而奋斗的结果。因此，并不能否认一个社会的道德水平在一定时期内是会迈向前进的。例如，无论在中国，还是在西方，隐私权逐渐获得社会的承认和法律保障，不得不说，这是一种道德上的进步。但是，法律只可能是社会总体道德判断的结

① [美] 波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第21—22页。

② 同上书，第26页。

③ 同上书，第27页。

果，却无法成为判断一个社会道德水平高低的前提。从法律的形成而言，如果社会公众整体上认同某一种道德进步，那么，立法者可以通过法律将其规定为每个社会成员都应当遵守的法律规则。但这并不是说，立法者可以通过制定法律来强制推行某种道德观念。一项不能为人民所接受的伪道德要求最终只能被历史前进的车轮碾得粉碎。因此，人们是否遵守法律，并不能体现出人们的素质和道德水平的高低；如果法律实施效果不佳，也不能一并怪罪到老百姓的素质和道德水平头上。

具体到“中国式过马路”问题，媒体的呼声、官方的举措，多是以居高临下的姿态开展的一场场人性批判。然而，在热烈的社会争议过后，具体的解决办法始终难有突破。人们不禁要问：人的素质这么多年来究竟提高了没有？人的素质究竟提高到什么程度才能够达到实施现有法律的标准要求？为什么一项法律制度被人民弃之不理，取而代之的居然是个体实践经验和随机的相互博弈？依拙见，如果一项法律制度实施效果不佳，真正应当引起重视和加以改变的并不是制度外问题，反而恰恰是法律制度自身。当立法者的制度设计预期在现实生活中被碾得粉碎，立法者、法学工作者、媒体甚至全社会应当做的不是指责他人素质抑或道德水平低下，更不是置身事外地高谈阔论如何不顾风险牺牲自己成全他人，而是应当认真反思我们的制度设计究竟出了什么问题；不是十年如一日地苦苦等待人的素质的提高，而是应当在法律受众的现有素质的基础上来反思法律究竟该如何转变设计思路才能真正符合现阶段的秩序需求。总之，“中国式过马路”问题的根本成因，在笔者看来，是行人优先通行权的制度设计存在理性缺陷。

接下来，让我们转换视角，从守法者的角度来看这项法律制度的设计到底存在什么缺陷。“中国式过马路”，为何行人不顾红绿灯而是凑堆而行？退一步而言，是不是驾驶员和行人的素质都大幅提高，都自觉遵守法律，问题就会迎刃而解了呢？答案恐怕是否定的。行人的优先通行权的实现始终受到另一项权利的威胁——右转机动车的道路通行权。根据《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》^①第38条第1款第1项规定，“（一）绿灯亮时，准许车辆通行，但转弯的车辆不得妨碍被放行的直行车辆、行人通行”；第3款规定，“红灯亮时，右转弯的车辆在不妨碍被放行的车辆、行人通行的情况下，可以通行”。也就是说，右转机动车无论在红

^① 以下简称《道路交通安全法实施条例》，其他法律文本名称亦同，除表格内统计使用除外。

灯还是绿灯的条件下，都可以右转。为了防止这一权利的行使对行人的优先通行权造成阻碍，立法者还特意加上了限制条件——“不得妨碍”行人通行。但是，机动车驾驶员究竟该怎样做才能实现不妨碍行人条件下的“可以通行”呢？应当减速避让行人还是停车让行行人？^①是在己方一侧的停止线前作出避让动作，还是右转之后行驶至人行横道前才作出避让动作？礼让的对象是已行至人行横道与右转车道重合部分的行人，还是要让行整条人行横道上的所有行人？正因为缺乏具体的行为规范，立法也无法对没有正确礼让行人的驾驶员设定任何法律责任；各地执法的差异让很多司机对上述规定全然不以为意。^②实践中，常见的情形是，右转机动车见缝插针，根本不会让行行人；而行人即使走上斑马线也不敢与车辆抢行，只能默默等待或是凑够足够多的人来逼停机动车辆。^③守法者所面对的困境远远不止这一例，而元凶竟然就是法律制度的不科学、不合理！

法律制度设计的初衷自然毋庸置疑，但在“以人为本、立法为民”的理念指导下，如何提高立法质量、构建科学理性的法律制度已成为立法者必须要解决的难题。不要忘记，法律最终是以权利和义务作为机制调整人的行为和社会关系的。^④“任何国家的立法，都是国家确定人们的权利和义务，并使之规范化和制度化的过程。”^⑤“一个法治社会是社会关系主

① 这里涉及《道路交通安全法》第47条第1款的规定，“机动车行经人行横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行”。该条规定表面上去看没有什么问题，但实际上，有两个问题值得注意：第一，机动车行经人行横道，是指机动车己方一侧的人行横道，还是包括另一侧在内的整条人行横道呢？双向双车道和双向四车道及以上的道路是否应当作出区别呢？第二，如果有行人马上就要迈上人行横道，此时车辆是该减速还是停车让行呢？

② 青岛市采用了两种不同的处罚方式，在设置“红灯亮时禁止右转”提示牌的路口，红灯亮时右转车辆与行人抢行的，按“闯红灯”给予处罚，罚200元记6分；在“右转车辆注意避让行人”的路口，按照违反禁令标志给予处罚，罚100元扣3分。问题是，在没有设置提示牌的路口，对右转车辆违法行为该怎么处罚？再者，同种违法行为被处以不同的法律责任，或按照类比其他违法行为来进行处罚的，这样的做法是否合法需要打上大大的问号。

③ 在北京、青岛等地，行人与右转车辆的“较量”在很多路口屡见不鲜。有的右转弯机动车不仅不避让行人，反而加速穿越斑马线。参见杨柳等《右转车不让行 过斑马线总得抢》，2013年5月9日，北青网（<http://bjyouth.yinet.com/3.1/1305/09/7997771.html>）；陈勇、刘刚、梁心龙《26处路口右转，看灯——交警部门在路口设置提示标志 右转弯不让行人将挨罚》，《青岛早报》2013年6月25日第50版。

④ 张文显主编：《法理学》（第3版），高等教育出版社2007年版，第139页。

⑤ 张文显、姚建宗：《权利时代的理论景象》，《法制与社会发展》2005年第5期，第7页。

体的权利义务与法律规范设定的权利义务高度一致的社会。”^①法律制度设计的规范化自然应当由此入手。在我国法理学理论中，主流学说认定权利义务都具有指导人们行为的功能，但同时指出：权利提供的是不确定的指引；而义务则提供确定的指引。^②这一区别也被灌输到立法思想之中，具体体现为：我国法律中的义务性条款作为法律要求的行为或禁止的行为，规定得相对明确、具体；而权利性条款则应注重权利观念的宣示，给当事人“留下了较大的自我选择余地”，“预设的法律后果带有较大的或然性即不确定性”^③。但是，“我们社会中的大多数成年者一般都倾向于安全的、有序的、可预见的、合法的和组织的世界。这种世界是他所能依赖的，而且在他所倾向的这种世界里，出于臆断的、难于控制的、混乱的以及其他诸如此类的危险事情都不发生”^④。正是由于权利性条款给当事人留下了太多自我选择的空白，所以导致实践中权利性条款的规定反倒成为实践中暴露最多问题的弱项，缺乏可操作性的保障，实难转化为人们的自觉行为。

因此，要实现中国法治建设重心由“有法可依”向“有法必依”的转变，不能只是一味地强化法律责任或是严格执法，而是要走群众路线，在实践中检验法律制度的合理性，用人民群众的智慧回馈立法、推进立法，实现法律与社会的相互协调。站在新的历史起点上，立法思维既不能单纯是法学研究的思维模式，也不能成为只着眼于司法审判中个案的冲突和争议的解决之术。法治要真正贯彻成为人民自觉的生活选择，成为人民自觉的行动理由，就需要法律法规真正给出科学合理的行为指引；就需要法律法规以严谨而又明确的方式让每一个人都能掌握该如何行为；就需要让每一个人都因为这样行为而获得更高的效率、更加安全有序的环境；就需要让老百姓从心底里折服于制度设计的理性和智慧，以致没有人认为“个人的理性……要比法律更为英明”^⑤，由此让老百姓真正“有法能依”

① 信春鹰、席锋宇：《信春鹰：见证国家法制化前行之路》，《法制日报》2012年9月8日，第1版。

② 张文显主编：《法理学》（第3版），高等教育出版社2007年版，第147页。

③ 同上。

④ 周长龄：《法律的起源》，中国人民公安大学出版社1997年版，第127页。

⑤ Daniel R. Coquillette, *The Anglo-American legal heritage: introductory materials*, Durham: Carolina Academic Press, 1999, p. 317.

“有法愿依”“有法必依”，打心底里养成规则意识。

二 研究思路

现有“中国式过马路”问题的解决方案，将矛头错误地指向人的素质和道德水平等制度外的因素，却并未从制度内部开展批评与自我批评。这一思路恰恰是典型的“中国式思维模式”在法治实践之中的体现。所谓“中国式思维模式”是指“话题飞速地转移到另一个主题，而且下意识地在几个不相干的主题之间兜圈子……造成我们中国人在讨论问题时，思维总在一个圈子里绕，很难走出来”^①。“中国式过马路”和跌倒老人扶与不扶的社会争议将这一思维模式的弊端表现得淋漓尽致：在“中国式过马路”现象中，行人优先权制度形同虚设，社会舆论却将矛头对准行人的素质和道德水平；在老人跌倒扶还是不扶的争议中，人们担心好人没好报、无辜承担法律责任，社会舆论却总是妄图注入道德强心针，仿佛只要人人敢扶、人人愿扶跌倒的老人，恶意的诉讼、吃亏的好人就不会再现。如此思维模式，虽然能够产生一时的社会效果，却远远不能从根本上解决上述社会问题。正如黑格尔所言，“真正的否定必须渗透进对方的据点，用对方自己的理由来否定他自己；如果从别的什么地方来攻击他，则就会引起不便，并且不是真正地击败他”^②。面对形同虚设的法律制度、面对在法律天平面前瑟瑟发抖的老百姓，首先要改变的就是这种不负责任的思维模式！

权利性条款的规范化构建，从根本上来说，需要“以理服人”。从“理性”哲学发展的脉络来看，马克斯·韦伯继承了黑格尔的理性思想，将哲学的理性（reason）概念改造为社会学的合理性（rationality）概念，将合理性区分为两种：一是工具合理性（instrumental rationality），强调手段的合适性和有效性；二是实质合理性（substantive rationality），强调目的、意义和价值的合理性。^③具体到法实务中，法创制和法发展分为理性或非理性两种类型，在形式上，非理性乃是“使用了理智所能控制之外的手段，譬如诉诸神谕或类似的方式”；在实质上，非理性则是全然以案

① 楚渔：《中国人的思维批判》（第2版），人民出版社2011年版，第18—20页。

② 转引自[美]帕特森《法律与真理》，陈锐译，中国法制出版社2007年版，第31页。

③ 陈振明：《工具理性批判——从韦伯、卢卡奇到法兰克福学派》，《求是学刊》1996年第4期，第3页。