

点睛政法网络学堂 编

蜗思

第3辑

中国高校法学



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

中国高校法学

第3辑

中国高校法学



图书在版编目 (CIP) 数据

蛹思. 第3辑: 中国高校法学 / 点睛政法网络学堂编. —北京:
中国水利水电出版社, 2006

ISBN 7-5084-3906-6

I. 蛹… II. 点… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 075323 号

书 名: 蛹思: 中国高校法学 (第3辑)

作 者: 点睛政法网络学堂 编

出版 发行: 中国水利水电出版社 (北京市三里河路6号 100044)

网 址: www.waterpub.com.cn

E - m a i l: mchannel@263.net (万水)

sales@waterpub.com.cn

电 话: (010) 63202266 (总机) (010) 68331835 (营销中心)
(010) 82562819 (万水)

经 售: 全国各地新华书店和相关出版物销售网点

排 版: 北京万水电子信息有限公司

印 刷: 北京蓝空印刷厂

规 格: 787mm×1092mm 16开本 12.75印张 150千字

版 次: 2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷

定 价: 28.00元

凡购买我社图书, 如有缺页、倒页、脱页的, 本社营销中心负责调换
版权所有·侵权必究



《蛹思》三岁了！三岁，对人来说，意味着刚离开襁褓，还在父母的怀抱中撒娇。然而，《蛹思》没有天真烂漫的童年，她天生就与众不同，她承载着特殊的使命，因此从诞生那一刻起就异常成熟。

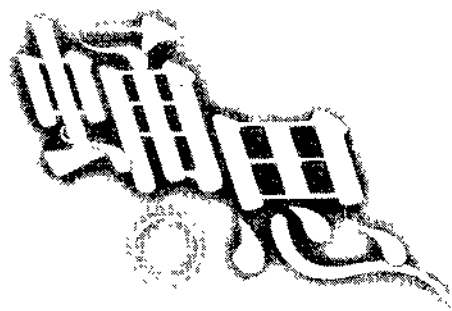
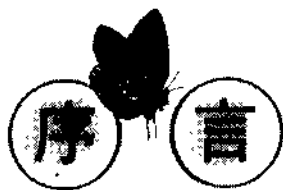
第一辑分七编，共 39 篇文稿，洋洋 20 多万字。其中谈到《明律》治乱世，法与权的较量，人民代表大会制度，宪法监督制度，物权行为理论，公司董事的忠实义务，公司捐赠行为，违约责任的精神损害赔偿，青少年犯罪原因，网络犯罪，刑事非法证据排除，检察权的定位，司法独立制度建设等。第二辑仍为七编，共 24 篇文稿。其中有的文稿解读魏玛宪法、沉默权、民事举证责任分配、手机短信证据效力等前沿问题，也有文稿论及预约合同、“不方便法院原则”、医疗责任保险制度，还有剖析劳动、劳务和人事关系和关注钓鱼岛问题的文稿。此外，针对在职研究生写论文的现实需要，我们还收入了“怎样写法学论文”的辅导文章。

本辑涉及的内容又有新意。比如：

计算机犯罪研究，是当下法律的“处女地”。我们可以看到，一方面是“信息化和互联时代”的到来，互联网日益成为人们生活中不可或缺的部分；另一方面，是立法的滞后，司法的无助和网民或网络营运者的无奈。人们在追崇生态环保的同时也渴望着“绿色网络”。许琦敏同学从计算机犯罪及其特点、实施手段、防范方法、调查取证等相关问题入手，论述了计算机犯罪的一些重要理论与实务问题，为清理“网络污染”、保护“网络环境”提出了有益的见解。

鉴证问题，是我国司法改革的一个急迫的话题。湖南湘潭小学女教师黄静案的多次鉴定催生了一部法律，这足以印证“鉴定”的理论与实务的价值所在。来自公安机关的邓雪同学结合工作实践，就鉴定管理制度、鉴定资格制度、鉴定程序制度、鉴定技术标准制度四个方面，对我国鉴定制度的改革进行了有益的探讨。

本辑同样收入了部分法理学的文章。从事纪检工作的岳增堂同学，从实在法与应然法角度出发，断出了权利本位与义务本位之争的症结所在，剖析了权利本位与义务本位的法理关系，论证了从义务本位到权利本位的法律发展规律。此外，



增堂同学的《论法学的价值》，从法和法学的价值概念以及对人类的意义谈起，具体阐述了法学的价值标准、法学的理论和现实、法学的作用和价值取向，逐步过渡到法学的本质和任务、法学的理论成就与缺失，最终落实到法和法学的现实实践，提出法学的历史使命。我们欣喜地感到法理研究后继有人。

律师从政是个敏感的话题。吕良彪律师洞察到“革命家（军人）治国”、“工程师治国”、“法律人治国”的规律以及国人对律师从政的瞩目与渴望。从分析中国语境下律师政治性功能实现的基本矛盾着眼，指出了未来中国律师从政的方向。

本辑还有关注青少年和女性犯罪、社会弱势群体的保护、宏观调控法律、公司法修订、公司高管犯罪以及商品房预售等的文章。这些文章有的针砭时务，有的切中积弊，不乏真知灼见。

我们不难看出，这些论文完全不是低年级的作业，而是高年级的作品。在有些人看来“蹩脚”或“别扭”的在职研究生，却个个出手不凡。这也使《蛹思》的生命更加旺盛。

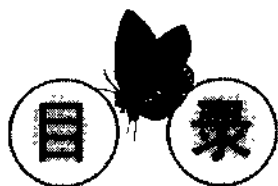
《蛹思》想要做的事还有很多。为了让她走得更远，从这辑起我们为她起了一个更响亮的名字——中国高校法学。我们希冀所有高校的法律学子都来缔造《蛹思》，共同分享《蛹思》成长的快乐。这即是《蛹思》学术发展和前进的方向，也是《蛹思》扩大生存空间的需要。

新的构想很快得到了有识之士的响应，岳增堂硕士、何挺博士、仇晓敏博士、赵学强律师、吕良彪律师（兼职教授）无私地献上了自己的大作，这大大改观了本书的内容结构。在此，我代表《蛹思》向各位表示衷心的感谢！谢谢所有关爱和支持我们的师长和朋友！

愿我们的希望能实现，也希望《蛹思》成为大家永远的朋友！

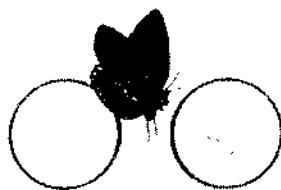
刘 卫

2006年5月于法大研究生院文化楼



序言

第一编 法学理论研究	1
法的权利本位和义务本位	岳增堂 1
“人性本善论”与中国法治	岳增堂 9
论法学的价值	岳增堂 20
浅论现代法制中的弱者保护	史莉斯 30
第二编 民商法学理论研究	34
正确认定合同效力 保障交易顺畅进行	刘青枝 34
“诈害诉讼”救济制度的比较研究	苏 剑 37
对民事诉讼和解的思考	高泉锐 42
公司法定资本制之成本考量	张 峰 46
企业抵押担保若干法律问题浅析	刘红梅 51
商品房预售法律关系浅析	王 健 55
对我国现行《反不正当竞争法》几点思考与建议	孙 林 61
试论我国公司法的修订和变革	陈 刚 65
中外民事诉讼和解制度比较考察	刘丹妮 71
试论我国监护制度及其完善	林 颖 75
第三编 刑法学研究	80
浅谈青少年犯罪成因及预防	杨偲亭 80
共同犯罪制度立法精神探析	杨偲亭 90
试论刑事诉讼中律师辩护与代理	张晶虹 101
我国犯罪被害人法律保护存在的问题与对策	鲁 翀 109
对我国死刑制度发展的思考	陈 辉 116
试论女性犯罪	杨建英 120



浅述计算机犯罪及调查取证	许琦敏	125
对完善刑事立法、遏制公司高管人员资金犯罪的思考	赵学强	130
第四编 程序法学理论研究		134
论刑事程序法定原则	何 挺 仇晓敏	134
浅析程序上的执行救济	吕宏宇	143
浅论未成年人犯罪适用暂缓起诉制度	王 娟	147
我国应建立刑事附带民事诉讼精神损害赔偿制度	黄玉榕	151
第五编 行政法学理论研究		158
论行政诉讼中驳回起诉	余云晖	158
第六编 司法理论与改革研究		163
试论我国鉴定制度的改革	邓 雪	163
我国司法审判方式的改革之我见	宋 莹	168
宏观调控的法律思考	杨白雁	172
关于 SP 业务的法律应对	徐 丽	176
论和谐社会构建中律师的价值与使命	吕良彪	182
从“律师从政”看中国语境下律师政治性功能实现的基本矛盾	吕良彪	190
中国传媒的角色转型及其权利义务规则	法律虫	194

第一编

法学理论研究

法的权利本位和义务本位

岳增堂

内容摘要：对于法是以权利为本位，还是以义务为本位，学术界一直存有不同见解。这些见解，可谓仁者见仁，智者见智。张文显教授的《从义务本位到权利本位是法的发展规律》是对此课题一次富有成效的探讨。本文对其中某些问题进行了简要论述。

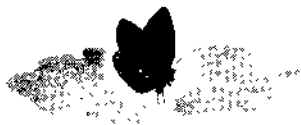
关键词：权利 义务 国家权利

随着我国经济建设的发展和社会的进步，我国的法学研究也越来越繁荣。但不管法学研究繁荣到何种程度，我们应该肯定，权利与义务始终是法学研究的两个主要范畴。自1988年6月全国首次法学基本范畴研讨会以来，许多学者围绕“法是以权利为本位，还是以义务为本位”这一论题展开了激烈的讨论。张文显教授的《从义务本位到权利本位是法的发展规律》一文，可以说是对这一课题的一次富有成效的探讨。笔者在这里试就其中某些问题作简要的论述。

一、关于权利的界说

权利是人类文明社会所具有的一种实质性要素，它既是人的基本价值追求，也是社会文明演化进取的不可缺少的力量。在历史上，人类对权利的探求也可谓是一个艰苦而富有成效的过程。在这种艰苦的探寻过程中，我们不能不提到三位启蒙思想家，即洛克、孟德斯鸠和卢梭。他们对人类认识自己的权利作出了巨大的贡献。

洛克是以“自然法”作为分析权利的逻辑起点。洛克认为，根据自然法，每个



人生来就有追求生命、自由和财产的权利，或者说，自由、平等和所有权，是人的不可剥夺的自然权利。因为“自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起支配作用；而理性，也就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类；人们既然都是平等和独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”然而，这毕竟是一种自然权利状态，处于这种自然权利状态之中，每人都有自己的权利，如果每人的这种自然权利全部得到实现的话，就会不可避免地侵犯他人的权利。为了解决这个矛盾，于是需要政府和社会。因此，从这个意义上说，政府和社会的存在就在于以维护个人的这些自然权利，或者说，人类需要组织一个公民社会和一个民治政府，以保障这些自然权利的实现。当某些人在实现其权利而侵犯他人的权利（或利益）时，就需要政府出面加以干预和防止，而政府出面干预的方法就是运用政府权利和法律。然而，政府的权利和法律的来源又是什么呢？洛克认为，这就是“社会契约”，即人们为了在社会中相安有序，各自自由地实现自己的权利，每人就必须让渡自己的一部分权利，并把这部分让渡的权利共同交给一个机关来管理和行使，这样就组成了一个公共机关，即政府。不可否认，在洛克的这种假定之下，政府当然可以运用权力和法律来保护自然权利，但是，我们又不能不注意到，既然政府拥有了权力，谁又能保证政府就不运用这些权力来侵犯自然权利呢？洛克也意识到了这一点，并试图加以解决，但是，洛克冥思苦想之后，似乎还是没有找到理想的答案，而最终是由孟德斯鸠帮助为其解决。

孟德斯鸠耗 20 年之精力写成了《论法的精神》。在这一书中，孟德斯鸠直接论述权利问题甚少，而是把“权利”换成了一个法国能够普遍接受的概念——自由。孟德斯鸠认为，“一切有权力的人都容易滥用权力，这是一条万古不变的经验。”人们既然通过“社会契约”而组成了政府，并给予了政府权力，那么政府也就有滥用权力的危险和倾向；一旦政府滥用权力，那么人们的权利就会被肆意践踏和侵犯。因为，当“立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并地执行这些法律。……如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”可见，为了使人们的自由不被随意剥夺和侵犯，孟德斯鸠密切注视着国家权力的运行，注视





着国家的立法权、行政权和司法权之间关系和地位。也正是在这个基础上，孟德斯鸠提出了“三权分立”之理论，用权力限制权力、用权力来约束权力，即立法权，行政权和司法权分由不同的国家机关行使，国家立法机关行使立法权，行政机关行使行政权，司法机关行使司法权，三机关彼此制约与均衡。只有在这种权力制约的体制下，国家权力才不会去轻易地剥夺和限制公民的权利，从而使公民的权利得到充分的实现，这样就解决了洛克所没有解决的问题。

卢梭对权利也有其自己的理解。同样，卢梭的整个权利学说也是假自然之名进行的。一方面，他主张人的权利来自于自然法，根据自然法每个人都是自由和平等的。他认为，权利不仅是每个人生存的主要手段，而且是人的一切能力中最崇高的能力，是人区别于其他动物的主要特点。另一方面，卢梭与洛克一样，也主张，为了权利的实现，人们就得签订一个契约，建立社会与政府。但是，在这种情况下，卢梭更看重国家的作用，国家既是个人的全部财富的主人，也是个人生死权的定夺者。因为在卢梭看来，在这种社会契约中，“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体。”即国家实质上就是个人所有权利的惟一裁判者。在这里，卢梭又把国家实质上看作是一个公意，其代表的是公共利益，并且认为这种公益不可能犯错误，不可能侵犯个人权利，因为“公益永远是公正的，而且永远以公共利益为依归。”当然，卢梭的这种论点过于绝对，他没有认识到，一个绝对至上的主权者，国家权力或公意必定意味着专制。

通过上述几位启蒙思想家关于权利的论述，我们不难看出，这些启蒙思想家也不得不承认，所谓的自然权利也是需要国家权力支持的。诚然，在权利的问题上，它所遇到的第一个难题，就是权利与国家权力的问题，因为个人权利如果没有国家权力的支撑和保障就无法实现，但是，国家权力在支撑和保障个人权利的过程中，又不能没有边界，不能没有任何限制，否则，国家权力又会对个人权利造成践踏和侵犯。因此，这又需要对国家权力加以约束和限制。但是，对国家权力机关加以约束和限制如何进行，或者说对国家权力进行约束和限制以何为准呢？是仅以现行的法律规定（实在法）为准，还是在除了实在法的规定之外另有其他的东西呢？这里就涉及实在法与应然法的问题了。具体说，涉及“法定权利”和“应有权利”的问题了。我们知道法定权利来源于国家权力，没有国家的授权一切合理的要求都不会





成为权利，它说明了权利的尺度，是为主体从强化法律的实效方面实现权利提供了法律依据。应有权利是来源于人的道德性质，国家权力的授权只是对这种基于道德性质合理要求的一种认可而已，它说明了权利的性质，是社会主体评价法定权利的依据。因此，对上述问题的不同理解，便会得出法的本位的不同结论。申言之，义务本位法是以实在法为考察基点，而权利本位法是以应然法为考察基点。在与国家权力关系问题上也会得出截然不同的结论。

二、对“义务本位”的理解

为了更好的理解“权利本位”这一命题，在此，我们有必要对“义务本位”作简要的理解。张文显教授认为义务本位法存在于前资本主义法中，并有其深刻的经济基础、政治背景和伦理支撑。前资本主义是一种自然经济的社会，处于完全封闭的状态之中，在这样的社会中，皇帝握有无限的权力，居于至高无上的地位，口含天宪，言出法随。在这样的社会中，法律必定道德化或宗教化，重伦理轻法理，大量的道德规范或宗教规范被统治阶级化为法律规范，道德原则和宗教信条亦被奉为法的精神。因此，在义务本位法的社会中，法的主要作用是社会控制，强调的是一种服从，臣民服从皇帝，奴隶服从奴隶主，农民服从地主，被统治阶级服从统治阶级。少数人享有特权，而大多数只享有少部分权利，甚至根本无权。因此，在这样的社会中，不平等、不自由是其显著的特征，法律也根本不以平等、自由、民主等作为其价值取向，而仅仅是作为一种统治的工具，一种镇压人民反抗的工具。所以，这样的法律当然是以人的义务为其首要任务。也正因为如此，所以我们可以肯定地宣称，随着社会的发展和人们思想的解放，这种以“义务为本位”的法必将被历史所淘汰而寿终正寝。比如，中国古代法律规定的“八议”制度就是这种法的最好脚注，这种法充分体现了不平等的思想，规定了达官贵人的“议”、“请”、“减”、“免”、“赎”等制度，而平民百姓犯法却无法有此特权。

当然，我们也注意到，义务本位法所考察的基点是实在法，在谈及人的权利时仅以现行法律的规定为限，如果法律没有赋予人的某种权利，那么人便不享有此种权利。换句话说，人的权利来源于法律的规定。其实，这种考察基点是我们所不赞成的。首先，立法者不能在法律中穷尽人的权利，也无法穷尽人的权利。其次，统





治阶级会利用立法权在法律中规定自己的特权。再次，在人的正当权利遭到侵犯时，却得不到应有的救济。因为这种法，正如上文所指，不是以价值作为导向而仅仅以社会秩序作为考察目标。因此，践踏人权，压迫民众，保护特权便成了其必然的逻辑结论。从权利和国家权力的关系来看，这种义务本位法的社会中，国家权力是第一位的，权利是其次的，首先保证的是国家权力的运行，在此基础上，通过规定公民的义务来给予一定的权利。既是说，国家权力是不受限制的，支配这个社会的主要力量是实实在在的权力，其他的一切诸如法律、权利等也只是一种完全从属、依附于权力的附属品。

三、对“权利本位”的理解

如上所述，在我们理解了权利的基本含义以后，就为我们理解“权利本位”提供了一把钥匙。那么，“权利本位”又何指呢？有学者认为，“权利本位”是“法以（应当以）权利为其起点、轴心或重点”的简明说法；在整个社会中，社会成员皆为权利主体，都平等地享有各种权利，在权利和义务的关系上，权利是目的，义务是手段，权利是第一性因素，义务是第二性的因素，权利是国家通过法律予以承认和保护的利益及权利主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段，而义务是国家通过法律规定的，权利相对人应当适应权利主体的合法要求而作为或不作为的约束，即主体的权利通常是通过权利相对人履行义务而实现的。该学者又进一步认为，权利包括个体权利、集体权利、社会权利、国家权利等，权利是有界限的。一方面，权利所体现的利益以及为追求这种利益所采取的行为方式或幅度，是被限制在社会普遍利益之中的，是受社会的经济机构和文化发展水平制约的，亦即以统治阶级所代表的社会的承受能力为限的；另一方面，权利是以权利相对人的法定义务范围和实际履行能力为限度的。在以权利作为本位的法的社会里（包括资本主义社会和社会主义社会），法律首要强调的是人的自由、平等、民主和文明，尽管在资本主义社会和社会主义社会里，这种自由、平等、民主和文明所享有的主体不完全相同，但是，都是以这些价值作为导向。因此，我们认为，“权利本位说”强调了两个互相联系的问题：根据现代的价值准则，在权利和义务关系中，合乎理解的法律应当以权利而不是以义务作为其本位；其二，现代法制应当以对权利的确认和保护





为宗旨去设定和分配义务。或者说，“权利本位说”讨论的范围在于立法导向，立足于价值分析，所强调的是“法应当怎样”、所回答的是“应当是什么”，而不是或主要不是回答“是什么”的问题。比如，在关于“不得杀人”（或禁止杀人）的法律规定中，“不得杀人”这一义务，是渊源于人们有生存的权利，即“生存权利”，而不是因为有“不得杀人”的义务，我们才有理由活下去。换句话说，只是因为我们有了“生存权利”这一权利。所以，就要禁止杀人，而不得随意剥夺人的生命权利；而不是相反的表述，即首先有法律的“禁止杀人”的义务规范，才使人的“生存权利”不受侵犯。

然而，正如义务本位法一样，权利本位法也有其深刻的经济根源和政治基础。而在当今的世界中，权利本位法有资本主义法和社会主义法，两者都是以权利为本位的，但是两者之间有着根本的区别。资本主义法是以资本主义商品经济和资产阶级民主政治为其经济基础和政治基础的。在此，尽管其形式上是平等、自由、民主、文明的，但实质上是不自由、不平等、不文明、不民主的，有着极大的虚伪性。而社会主义法是一种人类最新类型的法，它把权利本位与社会主义原则相结合，是由社会主义国家的生产资料公有制和无产阶级专政（人民民主专政）的性质所决定的。因此，这种法就充分体现了公民的平等、自由、民主和文明。

但是，我们必须注意到，权利本位法所考察的基点是与义务本位法所不同的，是站在“应然”的角度去理解法律，是一种价值分析，它提出的一些问题诸如“法应当怎样”、“法的价值标准是什么”等是法学理论不能回避的。对这些问题的深究表现了法学以及法学家对立法的价值取向以及整个人类命运的关切。这种理论主张，权利应当成为法的价值取向，立法者应从权利的角度出发来进行义务的设定与分配，义务是实现权利的必要手段而不是目的。所以，以此为基础和取向，强调公民的平等、自由、民主、文明便是这种权利本位法所追求的目标，尽管这些平等、自由、民主等在不同的社会有不同的含义（在资本主义社会是形式性的，在社会主义社会是实质性的），但我们不能否认都是以这些价值作为取向。从权利和国家权力的关系上看，这种权利本位法首先以权利作为第一性的，国家权力是其次的。或者说这种权利本位法首先强调的是国家权力要受到法律的制约，国家权力不能轻易地去侵犯和干涉公民的权利，相反应当有力地保障公民权利的充分实现。这就较好地解决了





权利与国家权力之间的构成问题。

我国是社会主义国家，社会主义法是以权利为本位的法。这是一种人类最新类型的法，是建立在社会主义生产资料公有制经济基础和民主政治基础之上的法。这种法从本质上应该说反映了公民的平等、自由和民主。这种法也在一定程度上反映了法的一般发展规律，即取代了资本主义的权利本位法而建立了一种新类型的社会主义权利本位法。当然，我们也必须承认，社会主义从确立法的权利本位原则到完善权利本位立法需要一个过程。我们国家从建国之初到十一届三中全会以前，尽管确立了法的权利本位原则，但是由于生产力水平较低，封建专制思想残余等原因，这种权利本位原则受到了严重冲击乃至取消，国家权力过于膨胀，官僚主义泛滥，个人迷信严重，法律变成了虚无主义，对国家权力的限制和约束起不到丝毫的作用。只是到十一届三中全会以后，这种现象才有了根本的改变，社会主义权利本位原则法重新确立，并积极加以贯彻，人民当家作主的意识不断强化，社会主义民主不断深入人心，广大人民群众自主性、自由权利和尊严不断得到充分反映和实现。当然，我们还有很长的路要走，这就要求我们应当考察法从义务本位到权利本位的规律，探索社会主义权利本位价值，不断完善权利理论。

四、结语

法是以权利为本位，还是以义务为本位，是现代法理学的基本论题之一，也是民主和法制建设面临的一个重大实际问题。这一论题也在我国法学界引起了广泛而热烈的讨论，有学者赞成义务本位，有学者推崇权利本位，两方各执一词，互不相让，且各有道理和说服力，然而两方所考察的基点和站立的角度各不相同，因而得出不同的结论也是顺理成章，义务本位站在实在法的角度，以实在法作为其考察基点，首要的是强调维护社会秩序，而权利本位法站在应然法的角度，以应然法作为其考察基点，以法的价值作为导向，强调人类的平等、自由和民主。在处理国家权力的问题上，义务本位法由于强调社会秩序和社会控制，因而在法律规定中主要是义务规范和禁止规范，这就在某种程度上支撑着国家权力支配着整个社会，反言之，国家权力是不受法律的约束和限制的。即便法律在某些方面有对国家权力的限制，然而一旦当社会秩序混乱和社会控制失调时，国家权力会赤裸裸地干预和镇压而根





本不会顾及人的权利。权利本位法由于强调人的权利，以平等、自由、民主等作为价值取向，因而在法律规定中主要是权利规范，并且为了保障人的权利的充分实现，就不得不要限制和约束国家权力的运行，以防止国家权力对人的权利毫无根据的侵犯。以此观之，义务本位法和权利本位法存在显著的差别，在当今逐步走向法治的社会中，我们应毫不犹豫地选择权利本位法。从历史发展的角度来看，我们当然可以肯定地认为：从义务本位到权利本位是法的发展规律。

〔岳增堂：上海南汇区纪律检查委员会〕

参考文献：

- 1 [英] 洛克著. 政府论（下篇）. 叶启芳，瞿菊农译. 北京：商务印书馆，1964
- 2 [法] 孟德斯鸠著. 论法的精神（上册）. 张雁深译. 北京商务印书馆，1961
- 3 [法] 卢梭著. 社会契约论. 何兆武译. 北京：商务印书馆，1980





“人性本善论”与中国法治

岳增堂

内容摘要：儒家思想是中国古代封建社会法定的治国思想，“性善论”则是儒家思想的重要基础。在儒家思想的统治之下，“人性善”经过几千年的积淀逐渐融入整个民众的法律意识心态和价值形态之中，并对现今的法治产生了消极影响。“性善论”为皇权所用造成权力制约机制不健全，“善”的价值体系造成泛道德主义及“性善”导致人格不独立，严重阻碍了现今的法治建设。笔者认为，推进中国现代法治进程，在批判继承儒家思想传统的同时，必须借鉴西方先进的法治思想。

关键词：人权 性善论 权力制约 泛道德主义 法治

要说“人性本善”，不得不先讲“人”。要讲“人”，我们首先看一下中国的“人权”问题，因为人性在人权里面体现。中国传统文化中到底有没有人权思想，这是人们普遍关心的问题，也是一个颇具争议的问题。中国两千多年的封建文明从本质上说是一种压迫文明。在这段漫长的历史中，等级观念无处不在，特权思想仍然是国人心中无法抹去的阴影；神权、君权、族权、夫权的幽魂飘荡在华夏大地的每一个角落，至今仍束缚着某些国人的一举一动。这些都是统治者以思想家的“人性本善理论”制造出来的！

人权这个概念在中国传统文化之中是没有的，它是 17 世纪西方资产阶级反抗封建专制制度的产物。20 世纪初，它伴着西方列强的铁蹄姗姗来迟，是西方的“舶来品”。

什么是人权呢？《国际人权法》认为，“人，作为人享有或者应该享有的权利”，是为人权。这个释义与 1776 年美国《独立宣言》中提到的人权是等同的，即“humanright”。笔者以为，如果我们简单地把人权的概念局限在“humanright”，那么，讨论中国传统文化是否存在人权思想这一问题便无意义。

人权就是每个人所具有的或应该具有的基本权利。首先是人的生存权和发展权，一个人首先要活下去才能谈及其他；其次是人应该享有的其他基本权利。这是我国





普遍赞同的观点。从人权理论上讲，人权思想应该分为两个层次，第一个层次是人权意识，要从人性考察人权意识，这是人权思想得以成长的阳光和水；第二个层次才是法律意义上的人权，即把人权以法律的形式规定下来并予以保障。人权意识是人权思想的雏形，它指的是一种文化氛围，一种深植于民族骨髓的文化底蕴。那么，中国的人权文化和理论是否来源于“人性本善”呢？显然是中国的人性本善理论影响了中国的人权。

中国古代封建时期把儒家思想作为法定的治国思想，实际上，儒家思想首先是一种伦理道德哲学，其关心的是心性之学。“心性之学就是人之所以有理性，之所以有道德之学。”“性善论”是传统儒学的一个重要哲学基础，其不但对心性之学，乃至对中国古代的法制都产生了一定影响。这种影响经过几千年的洗礼沉淀给现今的民众留下了深深的烙印。至今许多民众的法律意识心态及价值形态中仍留有“人性善”的痕迹，这种法律价值心态对现今的法治是极为不利的。

一、“性善论”思想的演进及表征

“性善论”从道德与伦理角度探讨了人性的问题，它的提出与发展是历史的产物。“性善论”的内容特征充分反映了封建统治的要求，其理论本身的不科学性决定了其负面作用在所难免。

1. “性善论”的提出及历史背景

在中国古代，“性”就是“生”，即“人之初”的“生”。孔子说：“性相近也，习相远也”意为人刚一出生时，人性是大致相近的。孔子没有明言性善还是性恶，为后人向不同方向发展提供了可能性。

孟子继承孔子，首创“性善论”。孟子认为，人刚一出生时人性是善的，“人性之善也，犹水之就下也，人无有不善，水无有不下”。孟子进一步认为善有仁义礼智四端，而“仁义礼智，非由外铄我也，我固有之也，弗思耳”。“孟子所谓的‘性善’不是指人具有先天的道德观念，而是说人天生具备向善的要求和为善的能力”。关于人为什么为恶，孟子认为一是客观环境的影响，二是主观上是否有向善的愿望。二者之中后者是最重要的，所以孟子特别强调个人加强自身修养，修回善性。孟子在“性善”的基础上提出了“仁政”的思想，即以“不忍人之心”行“不忍人之政”。

