

蓟门法学

刘大炜 陈维厚 主编

第六辑

浅析和解制度在我国行政执法领域的运用

网络众筹平台的规制路径探讨

车辆限行管制措施的行政合法性分析

从最高人民法院巡回法庭职能定位谈信访法治化改革

——以第二巡回法庭为例

银行债权人参与公司治理制度的法经济学研究

论不完全作为的行政行为的法律属性

『过程性信息』之界定及豁免公开问题刍议

——以55个案例为实证样本

浅析习惯在彩礼返还案中的司法适用

联合作战指挥人才法律素质问题研究

行政自由裁量权及其多元规制

法治天下

江平

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

蓟门法学

第(六)辑

主 编

刘大伟（中国政法大学法学院分党委书记兼副院长 教授）

陈维厚（中国政法大学法学院研究生工作办公室主任 副教授）

编委会

刘大伟 陈维厚 曹楠 范不凡 赵菁 孙立尧 郭林雄

文亚雄 拾珂 张莹莹 于玮宁 朱良玉 满鑫

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

蓟门法学. 第6辑/刘大伟, 陈维厚主编. —北京:
中国法制出版社, 2017. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8817 - 4

I. ①蓟… II. ①刘…②陈… III. ①法学 - 文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 222506 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 李小草 赵文博

封面设计 周黎明

蓟门法学. 第6辑

JIMEN FAXUE. DI 6 JI

主编/刘大伟、陈维厚

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/720 毫米×980 毫米 16 开

版次/2017 年 8 月第 1 版

印张/25.75 字数/336 千

2017 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8817 - 4

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

时光荏苒，岁月如梭。距离2012年3月31日第一届“蓟门法学”研究生学术论文大赛正式启动，已过去五年的光阴。五辑《蓟门法学》学术论文集，见证了我们不负韶华的激昂岁月，一批批法学院优秀学子也伴随着这一年一度的学术赛事逐渐成长。经过又一年的酝酿积蓄，法学院学子秉持“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”的信念，积极努力、笔耕不辍，经过评委老师的斟酌筛选，《蓟门法学》第六辑得以顺利集结出版，如期付梓。

第六辑《蓟门法学》学术论文集，共收录论文28篇，囊括宪法学、行政法学、法理学、法与经济学、法制史学以及军事法学等六个学科门类。与往年不同的是，今年的论文题材更为广泛、形式更为多样、内容也更为丰富。侧重于理论探讨、价值评价的论文有之；取材于现实实践、具体操作的论文亦有之；论文作者对工具分析、对比分析等多种论文写作方法的运用也轻车熟路、可圈可点。字里行间之中，可以感受到学子们对新知的强烈渴望，对疑惑的追根究底，对学术的坚定执着，这都是在一步步践行着先贤们的学术信条——独立之精神、自由之思想。虽然有些文章和观点还略显稚嫩，存在不足，却依旧可以使我们得到启发。

诚然，论文大赛的圆满成功，离不开许多人的支持和帮助。在此，我们由衷的感谢法学院全体老师和同学们的包容与信任，由衷的感谢在百忙之中抽出时间为大赛义务评审论文的各专业的评委老师，由衷的感谢积极投稿参加论文大赛的蓟门学子们。学院研究生会特别是学术部的同学在大赛过程中承担了大量的事务性工作，在此道一声“辛苦了”！更要感谢的是中国法制

出版社的各位领导，尤其要特别感谢李小草编辑、赵文博编辑对论文出版的辛苦付出。最后，我们要郑重感谢广东启源律师事务所和陈镇慧律师、邬德律师对本次论文大赛和《蓟门法学》学术论文集出版给予的大力支持。玉兰情怀远，小月河水长，感谢他们把对母校的爱化为行动，支持母校百年树人、法治天下的宏伟夙愿。

“桐花万里丹山路，雏凤清于老凤声。”相信我们会胼手胝足、砥砺前行，青出于蓝，而青于蓝，相信我们会在母校和学院的呵护下，健康成长！

目 录

第一部分 法理学

法律与权威	张乐瑜 / 3
——以拉兹的权威理论为起点	
公共惩罚边界的法理阐释	吕晓蕾 / 16
利益法学派的源流、沿革与发展	洪 冲 / 31
——一种基于思想史的考察	
浅析习惯在彩礼返还案中的司法适用	陈晓婷 / 43
——基于法律渊源理论的透视	

第二部分 行政法学

复议维持机关共同被告制度之检视与对策	郭林雄 / 55
论行政诉讼中行政行为“明显不当”	于玮宁 / 71
“过程性信息”之界定及豁免公开问题刍议	邓 勋 / 87
——以 35 个案例为实证样本	
行政裁量审查中的比例原则	赵 钰 / 104
——以我国典型案例为素材	
司法实践中的行政裁量观	陈嘉林 / 119
——基于 99 份案例的分析	
浅析和解制度在我国行政执法领域的适用	荀 熠 / 131

网络众筹平台的规制路径探讨	王丹阳 / 142
——以“轻松筹”为研究样本	
技术规范文件变更下合法预期保护	冯亦浓 / 156
——评《中成药通用名称命名技术指导原则 (征求意见稿)》	
从最高人民法院巡回法庭职能定位谈信访法治化改革	吕 颖 / 169
——以第二巡回法庭为例	
论不完全作为的行政行为的法律属性	孙辰阳 / 179
——以韩泽元诉万宁市公安局行政不作为一案为例	
我国行业协会自治行为的法律监督	尹艳婷 / 191
政府责任视角下的“失独”之殇	张于杰圣 / 205
高校教育惩戒及其规制	俞 伟 / 216
——基于“五院四系”违纪处分条例的文本分析视角	
行政自由裁量权及其多元规制	鲁谷辰 / 231
车辆限行管制措施的行政合法性分析	于 昊 / 243

第三部分 宪法学

水资源国家所有的困境初探	刘 盼 / 259
《土地管理法》第43条、第63条的合宪性分析	潘 峰 / 278
德国基本法中的财产权限制问题研究	陈朋月 / 288
——兼评中德宪法财产权条款差异及影响	
地方政府债的人大监督	黄亚熙 / 309
——北京市人大与北卡罗来纳州模式的比较研究	

第四部分 法制史

判例在民国初期民事法源中的地位及其适用	李素素 / 325
---------------------------	-----------

第五部分 军事法学

联合作战指挥人才法律素质问题研究	吴珍珍 / 339
------------------------	-----------

第六部分 法与经济学

银行债权人参与公司治理制度的法经济学研究	岑梓彬 / 353
我国商业银行不良贷款的成因和处置思路	张 成 / 374
——基于法经济学的视角	
美国股权众筹制度的新发展及其启示	洪 涛 / 391
——基于法经济学视角的分析	

第一部分

法理学

入门
法学

法律与权威

——以拉兹的权威理论为起点*

【摘要】道德和法律的关系问题，一直是法哲学领域讨论的一个重要问题。拉兹提出了权威命题，以捍卫渊源论（所有的法律都是基于渊源的，即所有的法律都是一个事实的存在问题，而不掺杂任何道德判断）。拉兹以期通过权威理论，来说明法律在道德和行为之间的搭桥作用，进而为遵守法律的正当性证成提供理由。笔者拟以拉兹的权威理论为起点，通过分析性的介绍以下两种权威理论，来考察法律与权威的关系。首先，是史蒂芬·达沃尔对拉兹的通常证立命题的批判；其次，是耶夫·西蒙的权威理论。但是由于西蒙的托马斯主义立场，其理论就法律的权威正当化问题来说，仍然让人无法满意。法律权威的正当性问题最终可能还是要去政治理论的领域中寻求答案。

【关键词】权威 通常证立命题 权威的概念 权威的本质性功能

在法律与道德关系问题中，这一问题尤为核心：“即是否通过一条规则因其道德上的约束力而成为一条法律规则，以及是否一条规则因其道德上的不可接

* 作者张乐瑜，中国政法大学法学院 2015 级法学理论专业硕士研究生。

受性而不再具有法律上的约束力。”^① 对这一核心问题的回答，大体有三种观点：哈特等论者主张的容纳论，德沃金所支持的融贯论，以及拉兹捍卫的渊源论。拉兹为了捍卫渊源论，提出了权威理论。本文拟以拉兹的权威理论为讨论起点，来探讨法律和权威的关系问题。

一、拉兹的权威理论

（一）权威理论的提出

拉兹提出了权威理论，即通过主张法律具有权威的性质，指出法律在道德理由和行动之间的搭桥作用，来捍卫渊源论。拉兹拟通过此论证，说明：法律之所以具有评价性判断的特征^②，“既在于它作为一种社会组织方法的独特性质，又在于其独特的道德方面，这一道德方面引起了特殊的考虑来影响对权威机构的正确道德态度。这一点有两种人搞错，一种人把法律看成是一个浅显易懂的枪匪情境，另一种人则在指出法律与道德存在紧密关联时又假设了一个与这一观点不相一致的联系（linkage）”。^③ 也就是说，由于忽略了法律与权威的关系，所以奥斯丁把法律看成是一个简单的枪匪情境，哈特和德沃金虽然看到了道德和法律之间的关系，但是又不能够正确地说明法律的这一评价性判断特征。而对后两者的观点进行批判的方式，就是拉兹通过权威理论对容纳论（the incorporation thesis）和融贯论（the coherence thesis）的批判。

由于本文以拉兹的权威理论本身为起点，所以对于以上所涉及的三种观点^④只做概念层面的简单介绍。

渊源论（the source thesis）：所有的法律都是基于渊源的。^⑤ 渊源论的本质观点就是：“任何法律体系中盛行的解释规则的特征，即把多种意图和命令归之于

① [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第244页。

② 这种“评价性判断的特征”指法律具有的规范性特征，即为人们提供应该如何行动的集体判断与有约束力的判断之特征。

③ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第276页。

④ [英] 约瑟夫·拉兹：《权威、法律与道德》，载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期。

⑤ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第244页。

法律权威的规则的特征，是一个事实问题而不是一个道德问题”^①。

容纳论 (the incorporation thesis): 所有的法律要么是基于渊源的，要么是为渊源法所蕴含的。^② “容纳论的要旨是，在其他正确前提的帮助下，派生于法律的所有东西都是法律。”^③ “容纳论的错误在于把渊源法所蕴含的东西等同于被法律的渊源所采纳的东西。”^④

融贯论 (the coherence thesis): 法律是由渊源法连同对于渊源法之道德上最健全的证成组成的。^⑤ 融贯论的错误即在于德沃金的理论否认了权威沟通道德和行动理由的桥梁作用，而权威的桥梁作用正是拉兹权威理论的一个重要功能。

(二) 权威正当化理论

现在，我们将目光转向拉兹权威理论本身的构建。权威概念在拉兹的理论中包含了三个命题：

依赖论 (the dependence thesis): 所有的权威命令都应该基于理由，而这些理由是基于命令服从者所面临的情形所提出的，这些理由就是依赖性理由。^⑥

常规证成论 (the normal justification thesis): 确定服从者承认权威者的理由在于，服从者接受了权威者的理由，并且将其视为有约束力的、须尽力遵循的理由。相比于适用服从者自己的理由，权威者的理由更好，所以服从者遵循了权威者的理由（而不是权威者的命令）。^⑦

① [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第271页。

② [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第244页。

③ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第266页。

④ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第266页。

⑤ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第244页。

⑥ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第248页。

⑦ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第248页。

清空论（the preemption^①thesis）：服从者基于理由而行动，而他所遵循的理由是权威者提供的，此时，权威者的理由取代了服从者自己的理由，而不是将其作为服从者做出行动所根据的理由之一。^②

拉兹为了解释权威的专断力量以及在何种条件下接受权威是正确的，他举了一个仲裁人的例子。两个人把一个争议提交给仲裁人，仲裁人在考虑了各种理由之后，做出了决定，行动者依据这个决定行动。这个例子涉及了以上三个命题。

“两个人把一个争议交给一位仲裁人……仲裁人的决定是要基于其他的理由的，他总结了这些理由并且反映了其结果。他有理由这样去行动，以致他的决定将会反映双方当事人的理由。”^③ 依赖论所要表明的，就是在“指令覆盖的范围内”，^④ 权威性指令所依据的理由不能脱离服从者或者说行为人所原有的理由，它必须是“在原有理由的基础上所做的选择”^⑤。清空理由就是最后适用于行为人的行动理由，这一理由已经把二人原先所持有的理由排除了。至于常规证成理论，则是用来连接依赖性命题和清空命题的核心命题。

对于三个命题之间的关系，拉兹这样表述：“前两个论点表达了我所称之为的权威的服务观念。这两个论点把权威看作是在人们和适用于他们之间的桥梁，以致权威按照正确的理由来判断和宣告他们应当做什么。人们自身要按照权威的要求来行动，就他们而言，权威的宣告取代了依赖性理由的效力。清空论清楚地表达了服务观念的这一最终含义。如果权威的服从者不按照权威的指示而是按照他们期望依赖的理由来指引其行动，那么权威的搭桥作用（the mediating role of authority）就不能实现。在此并不暗含着对权威的盲目服从。权威的接受必须得到证成，并且这通常意味着要满足证成命题中所设置的条件。这充分发挥了依赖性理由的作用，因为仅当权威遵循依赖性理由比其服从者遵循依赖性理由将可能更好的时候，权威的合法性主张才能被证成。在一般证成的层面上，

① 在此文中，preemption 有两种翻译，一种是清空，一种是排他。

② [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社 2013 年版，第 248 页。

③ [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社 2013 年版，第 246 页。

④ 陈景辉：《权威与法概念：理论史的考察》，载《法哲学与法社会学论丛》2007 年第 2 期。

⑤ 陈景辉：《权威与法概念：理论史的考察》，载《法哲学与法社会学论丛》2007 年第 2 期。

清空性理由发挥了重要作用。但是一旦通过了那个层次，并且我们关注具体行动时，依赖性理由就被权威命令取代了。这二者都算作独立性理由就犯了双重计算的错误。”^① 这一论证准确地说明了拉兹权威理论的核心观点。权威之所以不同于单纯的枪匪命令以及道德理由，是因为其既是一阶理由，又是二阶理由。

（三）权威一、二阶理由

拉兹通过对理由进行了强弱程度上的区分，以说明权威理由既是一个一阶理由，又是一个二阶理由。

一阶理由就是指行为人做某件事时所考虑的所有的行动理由。在实践中，这样的原则很符合我们的日常观点：

“原则一：一个人应当总是根据理由的权衡而行动。”^② 拉兹没有挑战这一原则的有效性，而是说明了这种简单的关于理由的观点无法解决很多极其平常的冲突情境。拉兹列举了两种情境：一种是行为人因为没有能力对理由进行权衡；另一种情形是由于命令的存在，导致了行为人弃自己的原有行动理由于不顾，也即行为人并没有基于对理由的权衡而行动。原因何在？因为它们（指原则一）没有考虑二阶理由的存在。“二阶理由是因为某个理由而行动或者因为某个理由而不行动的任何理由。排他性理由则是因为某个理由而不行动的二阶理由。”^③ “排他性理由是我们这里关注的二阶理由的唯一类型。”^④ 如果排他性理由总是有效的话，那么，下述原则也有效：“原则二：如果打破平衡的理由被不败的排他性理由所排除，那么一个人就不应当基于理由的权衡而行动。”^⑤ “原则三：在对一切事情进行考虑之后，一个人总是应当出于一个不败的理由而行动。如果原则二正确的话，那么原则三就取代原则一。”^⑥

① [英] 约瑟夫·拉兹：《公共领域中的伦理学》，葛四友译，江苏人民出版社2013年版，第249页。

② [英] 约瑟夫·拉兹：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社2011年版，第29页。

③ [英] 约瑟夫·拉兹：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社2011年版，第33页。

④ [英] 约瑟夫·拉兹：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社2011年版，第33页。

⑤ [英] 约瑟夫·拉兹：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社2011年版，第34页。

⑥ [英] 约瑟夫·拉兹：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社2011年版，第33页及以下。

以上一个简短的论证过程说明了一阶理由和二阶理由各自的特性。结合上一小节关于权威正当化理论中的三个命题,我们可以更为清晰地明白拉兹理论中有关权威的内涵。

(1) 依赖性命题——行动者自己原有的理由(一阶理由);(2) 通常证立命题——权威提供的理由更好;(3) 清空命题——权威的理由成了行动理由(二阶理由)^①;在《实践理性规范》中,拉兹提出了(命题4)以对哈特的规则理论进行改良;即(4)只有当人们认为规范是一个实施该规范性行为的排他性理由和一阶理由时,他们才会遵守该规范^②;(5)权威命题中的(命题1)、(命题3)与(命题4)中的前提(premise)重合;(6)要使(命题3)成立,必须使得(命题2)成立;所以(7)只有权威的正当化命题(命题2)得到实现时,行为人才会遵守规范;因此(8)(命题2)的证成是整个权威理论能否成立的关键。

二、史蒂芬·达沃尔对通常证立命题的批判

对于通常证立命题(the normal justification thesis, 即 NJT),拉兹给出的概念是这样的:“一个人被认定为对他人拥有权威最通常、最主要的方式:假如该权威的受众接受该权威性指令具有约束力,并试图去遵循该指令,而不是遵循那些直接适用于他的理由,那么,该受众就是遵循了对他来说更为充分的行动理由(而不是只遵循了该权威性指令)。”^③也就是说,一个权威性指令之所以被证明是正当的,是因为权威者为服从者提供了一个更好的理由,相比于服从者依据自己的理由做出行动,依据权威者的理由反而更能取得“满足最佳理由的要求”的结果。^④

对这一命题,达沃尔做出了批判,他认为,拉兹的通常证立命题混淆了实践中的权威和认知上的权威:一个更好的理由的提出只能给行动者提供认知上的权威,而无法推论出其能产生实践权威。即以权威者因提供了更好的理由而

① 二阶理由是断然性理由(是基于权威的排他性理由)。

② [英]约瑟夫·拉兹:《实践理性规范》,朱学平译,中国法制出版社2011年版,第68页。

③ [英]约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期。

④ 陈景辉:《权威与法概念:理论史的考察》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期。

将其作为排他性的理由（产生了服从义务）来对待，这一点并不能得到证成。

所以，达沃尔提出了这样的主张，权威包含了责任，^①但是 NJT 在这个地方论证失败了。他认为没有任何理由拒绝他这一观点：如果要说明上述主张，必须要考虑核心的道德观念，比如道德义务、责任、权利等等，这些是不可简化的第二人称性质的。没有权威能够完全基于那些非第二人称性质的理由而提出主张和要求。^②他认为，“当我们把某人视作我们的权威的时候，我们把自己视为是对权威者有责任的。但是，这是否就等于说，我能在这个阶段忽视责任这个要素。在这点上我们的问题是，是否满足一个人视某人为权威，适用权威者提供的更好的理由，把这个权威者的指示当作排他性理由的这些条件，就能够确实建立一个排他性理由。”^③达沃尔对 NJT 命题能否推断出清空性命题表示质疑：

- (1) B 如果将 A 的指令当作排他性理由，那么他将更好地适用这些理由；
- (2) 对于 B 来说，有理由将 A 的指令当作排他性的理由；
- (3) A 的指令确实给了 B 排他性的理由。^④

即使假定在命题 I 和命题 II 正确的前提下，命题 III 并不能够被推断出来。达沃尔指出，认知权威也符合命题 I 和命题 II 的情况。譬如，B 因为自身能力的缺乏，将 A 视为认知上的权威，遵从了他所提出的条件，那么对于这个权威者的“指令”，B 是将其当作排他性的理由的，但是这并不必然导致 B 要“服从”A 的“指令”。NJT 命题中的理由，可能被视为是“更有分量的”，而不是“清空性的”，或者是“代替性的”^⑤。拉兹可能会提出反对，说权威命题中已经包含了断然性理由，来保证权威指令得到执行。但是，这里有一个因果关系的问题。

“NJT 命题是说，当我们能够将她的指令‘当作权威性指令’的话，我们就能够更好地适用这些理由，而这时这些指令的发布者就能获得实践权威的地位。这是将某人当作真正的实践权威时所产生的结果，而不是看到他比我们知道什

① 即服从权威的义务。

② Stephen Darwall, *Morality, Authority & Law*, Oxford University Press, 2013, p. 153.

③ Stephen Darwall, *Morality, Authority & Law*, Oxford University Press, 2013, p. 159.

④ Stephen Darwall, *Morality, Authority & Law*, Oxford University Press, 2013, p. 160.

⑤ Stephen Darwall, *Morality, Authority & Law*, Oxford University Press, 2013, p. 163.