观点新解

包康赟谈法经济学提供的三种视角——有助于揭示处置措施的经济逻辑

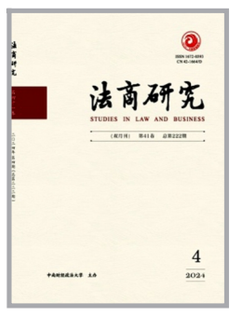
清华大学法学院包康赟在《法学家》2024年第4期上发表题为《商业银行风险处置措施的优化进路：以法经济学为视角》的文章中指出：

从中国人民银行发布的数据和近年来频发的银行危机事件可知，银行业的风险对我国金融稳定的威胁不容忽视，构建商业银行的风险处置制度迫在眉睫。处置措施是商业银行风险处置制度的核心，它关系到处置工作的推进、处置资源的配置以及处置对于金融稳定的效果。

当前相关立法对处置措施重视有加，但体系不清、细节缺失，不利于实现风险处置的“效率”和“公平”，更无法调和两者的潜在冲突。法经济学提供的三种视角有助于揭示处置措施的经济逻辑，并形成优化规则设计和实施方案。第一，“向后看”关注措施的当下效益，讲求高效善后。处置措施据此可分为增量型、过渡型和存量型三种功能类型，只有增量型措施会直接改善相关主体的权益，因而可以被评价为法经济学上的“有效”，过渡型措施对主体权益没有任何影响，而存量型措施可能会让主体的权益不增反降。因此，需要不同的规则加以约束或促进才能实现效率，应明确规定收购承接和存款偿付这两项重要的增量型措施，明确规定过渡型措施的触发条件、实施期限和主要功能，明确存量型措施的具体内涵，限制其使用场景。第二，“向前看”侧重措施的未来激励，关乎公平分配。在“向前看”的视角下，处置措施的资金来源包含着对未来银行业主体的行为激励，关系到道德风险的高低以及银行业内市场自律的多寡。基于资金来源与行为激励的关系，为形成良性激励，处置主体使用处置措施时应具备排序思维、底线思维和杠杆思维。保障公平的规则优化进路，应依据排序思维规定处置措施的实施顺序，依据底线思维优化存量型措施的实施细则，依据杠杆思维明确增量型措施的实施方式。第三，“向上看”用于权衡前两种视角的冲突，追求整体福利的最大化。如果当下的危机对金融稳定的威胁十分严重（即可能引致系统性金融风险）则应更多“向后看”，即高效完成善后；反之则应更多“向前看”，即公平塑造激励。处置措施的实施策略应根据总体金融稳定的状态进行调整，立法需澄清启用和停用相关处置措施的标准和条件。

鉴于商业银行在我国金融体系中的主导地位，其风险处置不仅有特殊的复杂性，也有共通于其他类型金融风险处置的普遍性。从理论上说，所有金融风险的处置都应妥善平衡效率、公平和稳定三大法律价值，实现高效处置当下危机、良性引导未来行为以及保障总体金融稳定等经济效果。故而，探讨典型处置措施及其实施思路不仅可以用于处置商业银行风险，也可以灵活地用于处置其他问题金融机构乃至地方债务风险。

战东升谈劳动者兼职自由的合理限制——其理论基础在于劳动者的忠实义务



西南政法大学战东升在《法商研究》2024年第4期上发表题为《劳动者兼职自由的保护与合理限制》的文章中指出：

近年来，随着数字经济和信息通信技术的不断发展，涌现出大量新型的就业形态，全日制劳动者从事兼职的现象愈发普遍。从立法层面而言，目前我国劳动法虽然没有明确规定全日制劳动者享有兼职权利，但是也并不禁止劳动者的兼职行为。但是，实践中全日制劳动者的兼职行为受到诸多约束。用人单位为保护自身利益，往往通过劳动合同或规章制度明确禁止或限制劳动者的兼职行为，以此达到禁止或限制劳动者兼职的目的。司法实践亦对劳动者兼职自由进行不合理限制，原因在于：一是我国法律法规没有明文规定劳动者的兼职权利，导致司法机关对此无法形成正确和统一的认识；二是学术界对兼职能否成为劳动者的一项权利尚未达成共识，无法为司法实践提供有效的理论支撑。

通过对域外劳动者兼职理论、立法与司法的考察，在总结分析劳动者兼职的法理依据和独特价值的基础上，劳动者兼职自由应被视为劳动者的一项重要权利。在劳动者兼职自由模式下，若劳动者与兼职单位建立起双重或者多重劳动关系，则应将其纳入非典型劳动关系予以保护，通过重塑劳动者兼职的工作时间、工伤保险、失业保险等制度，以达到保障劳动者兼职权益之目的。同时，对劳动者兼职的规制力度需要慎重把握，防止出现兼职的非劳动关系化现象。

任何权利都不是绝对的，劳动者的兼职自由也不例外，其权利的行使亦应受到一定的限制。实践中，很多用人单位不允许员工从事兼职的主要原因在于：会使员工对本职工作不专心；破坏用人单位秩序；破坏用人单位形象与信誉；泄露用人单位的商业机密等。因此，从劳动法的角度来看，限制劳动者兼职自由的主要依据在于，劳动者兼职可能对雇主的权益造成损害，即劳动者的兼职自由与雇主的权益存在冲突。一般认为，对劳动者的兼职自由加以限制的理论基础在于劳动者的忠实义务。劳动者基于其对雇主权益的忠实义务，其兼职自由应对兼职范围、兼职程序和兼职责任进行合理限制，以更好地平衡劳动者与用人单位之间的利益。

（赵珊珊 整理）

中国古代诗词中的廉洁文化

法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

廉是清廉，主要含义是不贪取不应得的钱财；洁是洁白，主要是指人生应具有光明磊落的态度。廉洁是中国古代主流文化的重要内容，春秋时期齐国晏婴说：“廉者，政之本也。”（《晏子春秋·内篇杂下》）晏婴还与齐景公专门讨论过“廉政”问题。一次，景公问晏婴：“廉政而长久，其行何也？”晏婴对曰：“其行水也。美哉水乎清清，其浊无不雩途，其清无不洒除，是以长久也。”意思是廉政能否持久，关键在于各级官吏能否做到坚守美德，出淤泥而不染，做廉洁的表率。《孟子》所说的大丈夫“富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈”是崇尚廉洁文化的集中体现。歌颂廉洁因而也成为中国古代诗词中的重要主题，值得我们研磨。

（一）从总结历史成败的角度颂扬廉洁文化的重要性

例如，唐朝李商隐的《咏史》写道：“历览前贤国与家，成由勤俭破由奢。”宋代王安石《金陵怀古》四首（其一）：“霸祖孤身取二江，子孙多以百城降。豪华尽出成功后，逸乐安知与祸双。”北宋包拯《书端州郡斋壁》写道：“清心为治本，直道是身谋。秀干终成栋，精钢不作钩。仓充鼠雀喜，草尽兔狐愁。史册有遗训，毋贻来者羞。”

（二）抒发拒贪的廉洁情怀

例如，宋代汪梦斗《简乡人丘同知舜臣》写道：“不爱一身死，以全千里生。群言更廉洁，此事甚分明。心白天应见，官卑自莫争。于公厚阴德，尚欲子孙荣。”明代况钟《拒礼诗》写道：“清风两袖朝天去，不带江南一寸棉。惭愧士民相饯送，马前洒泪注如泉。”明代朱同《遭诬得罪赋此以见志》（其二）写道：“自知廉洁可匡君，岂料颠连更殒身。七载仪刑多制作，百年经史岂无闻。人情汹汹何时定，世事茫茫总莫伸。九死一生何足报，尽将心事付苍旻。”清代郑燮《予告归里，画竹别潍县绅士民》写道：“乌纱掷去不为官，囊橐萧萧两袖寒。写取一枝清瘦竹，秋风江上作渔竿。”明代吴讷《题赙金》写道：“萧萧行李向东还，要过前途最险滩。若有赃私并土物，任他沉在碧波间。”

（三）廉洁体现了民本理念

例如，南宋陈俊卿《示二子》写道：“兴来文字三杯酒，老去生涯万卷书，遗汝子孙清白在，不须厦屋太渠渠。”明代于谦《咏煤炭》写道：“凿开混沌得乌金，藏蓄阳和意最深。爝火燃回春浩浩，洪炉照破夜沉沉。鼎彝元赖生成力，铁石犹存死后心。但愿苍生俱饱暖，不辞辛苦出山林。”于谦的《入京》写道：“绢帕蘑菇与线香，本资民用反为殃。清风两袖朝天去，免得闾阎话短长。”明代胡守安《任满谒城隍》写道：“一官来此几经春，不愧苍天不负民。神道有灵应识我，去时还似来时贫。”清代郑燮《潍县署中画竹呈年伯包大中丞括》写道：“衙斋卧听萧萧竹，疑是民间疾苦声。些小吾曹州县吏，一枝一叶总关情。”明代文学家冯梦龙亦写道：“吏肃惟遵法，官清不爱钱。豪强皆敛手，百姓尽安眠。”清代蔡信芳《罢郡》写道：“罢郡轻舟回江南，不带关中一点棉。回看群黎终有愧，长亭一别心黯然。”

（四）通过歌颂特定植物赞扬廉洁品质

例如，元代王冕《墨梅》写道：“我家洗砚池头树，朵朵花开淡墨痕。不要人夸好颜色，只留清气满乾坤。”清代郑燮《竹石》写道：“咬定青山不放松，立根原在破岩中。千磨万击还坚劲，任尔东西南北风。”唐代杜甫《竹》写道：“无言无语晚风中，淡泊一生甘始终。莫道风流难与共，千古高风有谁同？”元代吉雅谟丁《题画竹为董文中赋》：“雨过蛟龙起，风生翡翠寒。但存清白在，日日是平安。”

（五）批评金钱名利崇拜等不良风俗

例如，元代贡师泰《古意》写道：“黄金本何物，举世相纷争。贱者可以贵，死者可以生。”明代袁宏道《读〈钱神论〉》写道：“闲来偶读《钱神论》，始识人情今亦古。古时孔方（指金钱）比阿兄，今日阿兄胜阿父。”宋代陈必敬《钓台二首》（其一）写道：“公为名利隐，我为名利来。羞见先生面，黄昏过钓台。”既颂扬了严予陵淡泊名利的高尚情操，也暗喻了对自己追名逐利的羞愧心情。晚唐诗人杜牧对束缚困扰人的名利进行谴责，他在《不寝》诗中写道：“到晓不成梦，思量堪白头。多无百年命，长有万般愁。世路应难尽，营生卒未休。莫言名与利，名利是身仇。”元代有诗《年节》“残年节礼送纷纷，尽是豪门与富门。惟有老僧阶下雪，始终不见草鞋痕”，描画出元代过节时权贵之家送礼者盈门的情形。

（六）崇尚俭朴生活

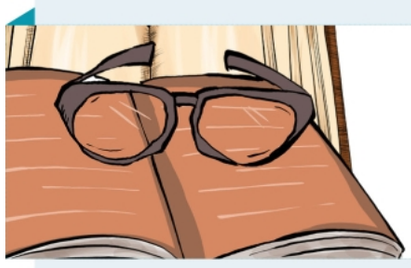
南宋的朱熹《诗慰女儿贫》写道：“葱汤麦饭两相宜，葱补丹田麦疗饥。莫谓此中滋味薄，前村还有未炊时。”唐代曹邺《官仓鼠》写道：“官仓老鼠大如斗，见人开仓亦不走。健儿无粮百姓饥，谁遣朝朝入君口。”明代冯梦龙有诗写道：“祸兮福所倚，福兮祸所伏。所以恬淡人，无营心自足。”

歌颂廉洁文化的写诗传统，影响至今。1954年3月，被毛主席称为“会写自由诗”的陈毅元帅创作了组诗《感事书怀》，组诗之四是《七古·手莫伸》，诗词原文如下：

一九五四年仲春，由京返宁，感触纷来，慨然命笔。不作诗词久矣。观宇宙之无穷，念人生之须臾，反复其言，以励晚节。

手莫伸，伸手必被捉。
党与人民在监督，万目睽睽难逃脱。
汝言惧捉手不伸，他道不伸能自觉。
其实想伸不敢伸，人民咫尺手自缩。
岂不爱权位，权位高高耸山岳。
岂不爱粉黛，爱河饮尽犹饥渴。
岂不爱推戴，颂歌盈耳神仙乐。
第一想到不忘本，来自人民莫作恶。
第二想到党培养，无党岂能有所作？
第三想到衣食住，若无人民岂能活？
第四想到虽有功，岂无过失应惭怍。
吁嗟乎，九牛一毫莫自夸，骄傲自满必翻车。
历览古今多少事，成由谦逊败由奢。

最后两句“历览古今多少事，成由谦逊败由奢”，既是对历史经验的高度概括和总结，也是对世人的谆谆告诫，震撼人心，令人深思。



探寻中国民法典的元解释

《民法典总则编通释》序言

书林臧否

□ 唐勇 谢秋荣

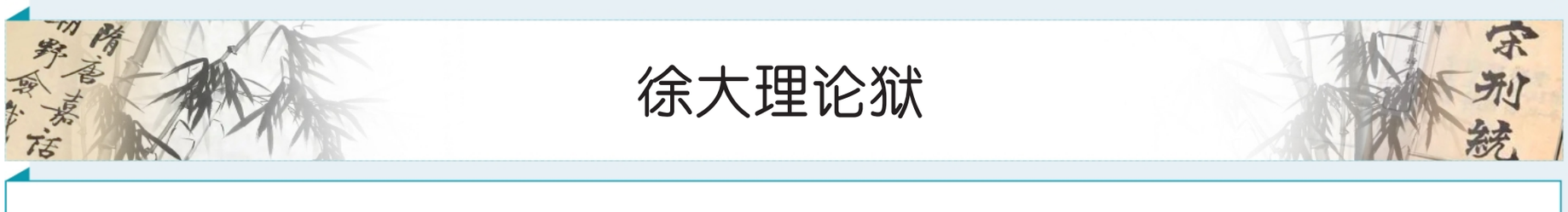
“什么是你的贡献？”写一篇文章要问，著一本书更要问，《民法典总则编通释》一书自也是无法绕开此问。2020年5月28日民法典颁布，从成文法角度新中国民法至少在形式上“走出了学徒时代”，有了相对整全的正式法源。于实务而言，有了系统的私法规范集合；于理论而言，则有了注解私法的基本对象。这本身就是一件大事情。民法典颁布至今四年有余，立法机构、司法部门、不同学者纷纷撰写民法典各编之解读、释义、理解与适用、释评等，数量庞大又相当系统，吾等躬逢其盛。单就德国式法典评注而言，既有朱庆育教授领衔的《中国民法典评注》采用的“大评注体”，又有徐涤宇教授、张家勇教授主编的《〈中华人民共和国民法典〉评注（精要版）》采用的“短评注体”，还有杨代雄教授主编的《袖珍民法典评注》采用的“袖珍评注体”。以上注释书，均是对民法典的逐条诠解，或评或注，从量到质，皆蔚为大观也。

本书注解民法典，就写法而言，第一个特点，是“最小单元及其组合”的写作方法。其一，相信法律一旦成文，自有其逻辑，而逻辑自能言语，基于此，将每个法条从文义上拆解成尽可能的“最小单元”及其组合；其二，尽可能穷尽文义、尽可能穷尽每个最小单元及其组合所对应的案例；其三，直面两点真实——法条真实（法律当前是这么规定的）和案例真实（法律当前是这么被适用的），审慎比对二者的最小单元，有节制地呈现二者当前的意义关联，既算不得是对某种纯粹理论的绝对服膺，也谈不上是对实务上某种过于自信的“献媚”：基于理论形成的法条是有限理性，真实世界的法官适法也只是真实。也因此，本书的目标读者，既包括理论家，也包括实践家。虽然本书既未充分呈现理论，也未充分呈现实践，但本书希望借由“最小单元及其组合”的写作方法，毋宁呈现的是每个法条的“榫卯”结构：左衔理论，右接实务。与此同时，最小单元并不意味着零碎，本书写作还有两方面的体系化努力：其一，尽可能成体系，即不仅结合民法典总则编自身前后的规定进行解读，还结合民法典其他各编，并尽量贯通民法典、其他民商事实体法律和民事诉讼法以及相关司法解释的规定，力求使作者对民法典总则编的每一个条、款、项、词语的解读都有相应的依据。其二，结合立法机关有关民法总则、民法典的立法资料，引用最高人民法院、高级人民法院近年来的有关裁判意见，力求使作者对民法典总则编的每一个条、款、项、词语的解读都有相应的立法资料和案例支持。

本书的第二个特点，是文献引用。与以上注释书最大的不同，是本书隐去了学理文献梳理与比较法资料。全书三千多个注释，主要为两大方面的内容：一是对照民法典总则编的每一个条、款、项，逐一在最高人民法院公报网、中国裁判文书网等案例数据库中检索到的相关案例；二是翻阅立法机关有关民法总则、民法典的立法资料以及与民法典总则编有关的法律、司法解释的答记者问和司法机关解读等，从中提取到的与民法典总则编相关的内容。未直接引用学理文献与比较法资料，当然不是排斥、拒斥理论文献，相反，恰恰每一部分写作均起始于对理论的吸收，成稿时接受理论的排查；之所以全书写作尝试仅使用两大原料（法条文义与案例真实），隐去学理文献梳理与比较法资料，意在避免没有必要的重复性工作。此一点，使得本书或多或少有了些许“另类评注体”或“公民评注体”的特征。

本书的第三个特点，是作坊式写作。相较于以上注释书，本书的作者仅为两人，所以够不上集体智慧。比演唱组合而言，目前已经出版的民法典注释书均是“合唱团”，可以形成《黄河大合唱》般的气势恢宏，而本书作者至多是个二人组，故而称之为“小作坊式”的写作，实不为过。以“袖珍评注”的作者规模（通常为一人或几人），试图去写“大型评注”，确如蚍蜉撼大树：单是本书民法典总则编（第一条至第二百零四条），自民法总则颁布二人形成动议、动笔至完稿，耗时几近七年矣。所幸的是，二位作者本身一偏理论、一偏实务，一偏民法、一偏商法，一人倾向于经由理论理解实务、一人倾向于经由实务理解理论，一人倾向于由民法入商法、一人倾向于由商法入民法，时有争执却尚能避让，最终保持了取材、行文及观点的一致性、一贯性。

虽则撰写有分工（“按份共有”式），但文责不分份额（“共同共有”式），二位作者分别对全部条文之通释，承担全部的文责，这也是二人合伙（民法典第九百六十七条之合伙合同）“共同的事业目的”的应有之义。



徐大理论狱

史海钩沉

徐大理有功，每见武后将杀人，必据法廷争。尝与后反复，辞色逾厉，后大怒，令拽出斩之，犹回顾曰：“臣身虽死，法终不可改。”至市临刑得免，除为庶人……

皇甫文备，武后时酷吏也，与徐大理论狱，诬徐党逆人，奏成其罪。武后特出之。无何，文备为人所告，有功讯之在宽。或曰：“彼曩时将陷公于死，今公反欲出之，何也？”徐曰：“汝所言者，私忿也；我所守者，公法也。安可以私害公？”

——《隋唐嘉话》

解析：不以私忿害公法，坚守司法公正原则

徐有功是唐朝名臣，也是历史上著名的一位以死守法、秉公执法的法官、清官，《新唐书》对他有“虽千载未见其比”之赞誉。秉公执法，重要的是一个公字，不徇私情，不谋私利。往大了说，秉公执法是对国家利益的维护，往小了说，是对个人道德的严格要求。誓死捍卫法律的尊严，不以私忿害公法，于徐有功而言，一点都不意外，但是，不是每一个人都是徐有功，面对曾经诬陷自己的人，手中的天平是否还能持平？这个问题令人深思，宏观上来看，就是现代法治中的司法公正问题。

司法权是判断权，不能兼听则无法明断，偏袒一方必有失公允。只有裁判者秉持公正立场，才可能产生准确、公正的判断，公正是裁判的生命，是实现司法基本价值公平与正义的最基本的前提。司法公正，一靠制度，二靠人。

1.制度先行，让中立理念“动”起来

西方有一句古老的法谚：不仅要实现正义，还要以看得见的方式实现正义。司法公正，是程序正义的经典表达，就是一种看得见的正义。让这种看得见的正义有棱有角且能具象感知的，最典型的莫过于回避制度。回避制度是指审判人员或者其他有关人员与案件有利害关系的，或者有其他法定情形的，退出案件审理的诉讼制度。回避制度听起来像是一个“舶来品”，然而，溯源中国古代法制史会发现，回避制度就是由中华文化自然演变而来的。唐朝的《唐六典·刑部》中明确规定：“凡鞫狱官与被鞫之人有亲属、仇嫌者，皆听更之。”《宋刑统·断狱律》中规定：“诸鞫狱官与狱鞫人有五服内亲及大功以上婚姻之家，并受业师，经为本部都督、刺史、县令及有仇嫌者，皆须听换；推径为府佐国官于府主亦同。”宋朝相较于唐朝，关于回避制度的表述更为翔实；元朝的法律则第一次出现了“回避”一词；《大清民事诉讼律草案》关于回避制度的条文更是多达12个。回避制度，由来已久，为公正司法而生。虽然关于回避的概念，中国古代早已有之，但是受制于中国封建社会的中央集权制度，在践行回避制度上尚有一定的不足。徐有功固然有高风亮节、秉公执法的美名，但是审理与其有过私人恩怨的皇甫文备的案件，也不免会让人产生会不会审理不公的想法，更与《唐六典·刑部》中所谓“凡鞫狱官与被鞫之人有亲属、仇嫌者，皆听更之”不符。虽然徐有功审皇甫文备案的结局是好的，并留下“不以私忿害公法”的美名，但践行回避制度，从根源上杜绝“私忿害公法”的可能性，才更能维护法律的尊严。

2.以人为本，让裁判者“静”下来

司法公正，强调的是司法职能的“居中裁判”角色，没有了公正，也就没有了司法存在的必要。裁判的权威就来源于裁判者理性的思维、超然的态度和公正的地位。“天下之事，不难于立法，而难于法之必行”，审理案件，人永远是最重要的因素。贯彻落实回避制度，可以保证裁判者与案件无利害关系，然而，即便是毫无利害关系的案件，要裁判者做到对每一个案件都毫无偏见，也不是一件容易的事。“汝所言者，私忿也；我所守者，公法也。安可以私害公？”徐有功的思维方式就很值得我们借鉴：公事公办的中立性思维。何为中立性思维？不存在对于法律或者政策的偏见性评价、不对案件事实形成事先倾向、不对其中一方当事人产生固有偏见、固有看法，这是每一个裁判者都需要构建的中立性思维。思想决定行动，如果裁判者在思维模式上能够达到一定的高度，则会潜移默化规范其审判行为，某种程度上，思维方式比法律知识更为重要。构建中立性的思维方式是“秉公执法”对于裁判者的必然要求，是一种“静”的思维，于安静处寻求“中”之道。中立性思维要求裁判者道德与价值中立，在各种道德观中保持公正，不成为某一种道德观的卫道士，对于不同的价值观也应均衡考量，不带有任何偏见，当然不是说裁判者不能有自己的道德观和价值观，只是在居中裁判时，不以自己的道德观、价值观为评判标准，而应当以超然的态度居中判断；中立性思维还要求裁判者地位与行为公正，无论是在物理距离上还是心理距离上，与当事人保持相等的距离，不偏不倚，不让当事人陷入错误认知，防止司法公正的形象大打折扣。

3.动静结合，守好司法中立之“道”

司法制度实为静态事物，但是为保持公正设计制度的过程是动态的过程；公正思维实为动态思维，但是拥有中立思维可以让裁判者的大脑保持冷静。无论是回避制度还是公正思维，都是动中有静，静中有动，相互补位，相得益彰，共同守护着司法公正。司法公正，不仅是一种姿态，更是实现公平正义的保障。作为居中裁判的人，裁判者只有信仰法律、坚守法治，端稳天平、握牢法槌、铁面无私、秉公司法，才能保持中立，守护公平正义。

（文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版）