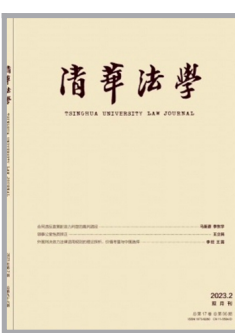




观点新解

冯辉谈离职竞业限制违约金的法律治理——应基于整体主义理念及方法进行完善



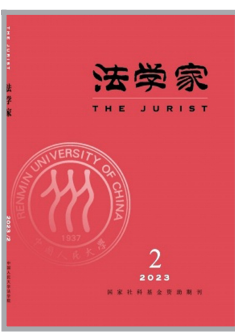
对外经济贸易大学法学院冯辉在《清华法学》2023年第2期上发表题为《整体主义视野下离职竞业限制违约金的法律治理》的文章中指出：

离职竞业限制违约金规则事关劳动力市场合理流动、用人单位权益保护、劳动合同诚实信用等多个层面价值目标的平衡。竞业限制违约金本质上属于用人单位与劳动者的利益分配，在用人单位无法证明自己损失、基于既有的私法规则无法确定利益分配标准的情况下，确立违约金裁量标准体现了司法机关对社会主体利益分配秩序的干预。

在劳动者的竞业行为不构成侵犯商业秘密且用人单位无法证明实际损失的场景下，高额违约金的酌减完全依赖法官高度分散化的判断和裁量，不仅导致了同案不同判的司法秩序风险，也削弱了离职竞业限制违约金制度在劳动者与用人单位之间、意思自治与诚实信用之间的平衡效果。应基于整体主义理念及方法完善离职竞业限制违约金法律治理，首先是直面问题的症结，在违约金裁量标准上设置明确的实体规则依据；其次是完善法定补偿金、竞业限制协议效力等配套制度；最后是寻求违约金的风险及成本分担机制，以形成对双方当事人遵守竞业限制协议的激励，从而构建离职竞业限制违约金的整体主义治理路径。以离职竞业限制补偿金作为违约金的裁量标准，允许用人单位向违反竞业限制协议的劳动者主张不超过约定补偿金总额5倍的违约金。从竞业限制协议效力、法定补偿金确定规则、劳动者单方解除竞业限制协议的条件、竞业限制违约金纠纷解决机制等角度，对离职竞业限制违约金法律治理涉及的配套制度进行了分析和完善，在制度结构的意义上尽管略显琐碎、零散，但却体现了从完善整个竞业限制制度出发推进离职竞业限制违约金法律治理的意义，同时也进一步凸显了整体主义理念及方法。

整体主义理念和方法有一个非常重要的维度，就是运用社会化、市场化的机制，分担社会主体的行为风险及成本。市场的深化伴随着社会分工的增强，社会在高度分工的基础上高度协作，不同社会主体之间利益攸关，在风险社会背景下，风险本身也是利益的源泉。正常的合同与交易行为中的纠纷解决，也是社会主体之间利益生产和分配的重要方式。应从社会整体利益角度抑制纠纷解决的负外部性，寻求公平、高效的解决机制，并尽可能形成各方主体均可承受的结果。构建离职竞业限制违约金的风险及成本分担机制，应引入竞业单位赔偿责任和劳动者离职竞业限制违约责任保险。

俞小海谈相似性判断标准的三个要素——具有不同面向彼此相互关联缺一不可



华东政法大学俞小海在《法学家》2023年第2期上发表题为《论刑法同类解释规则中的“同类”》的文章中指出：

我国刑法解释和司法实务对同类解释规则的运用有着巨大的现实需求。“同类”标准的供需失衡以及由此带来的法律适用不统一的风险，亟须从释义学层面对刑法同类解释规则“同类”的判断标准进行体系化塑造，真正发挥刑法同类解释规则的方法论意义。

刑法同类解释规则中“同类”标准的本质是相似性，虽然其与类比推理和类推适用的思维模式相同，但在适用上存在重要区别。相似性判断的对象并非仅指具体列举事项和概括项，而是待决案件事实、具体列举事项和概括项三者及其相互关系，并呈现出多向性与综合性、选择性与侧重性、循环性与交互性等个性化特征。

在相似性判断中，可供比较的事项纷繁复杂，并不是任何事物的任何方面的相似性都需要判断，或者具有判断意义，因此，相似性实质上指的是“相关相似性”。通说认为，相关相似性中的“相关”指与法律相关，又称“法律上的相关相似性”，申言之，“相关”的寻找应回到裁判要点以及两案背后的相关法律规范，在相关相似性与相关差异性的权重比较中得出相似性的初步结论，进而从价值判断、中间参照物、结论校验三个方面确定相似性判断的应然维度。

行为方式的同质性、法益侵害的相当性和刑罚罚的等值性，是刑法同类解释规则“同类”标准即相似性判断标准的三个要素。行为方式的同质性，应指待决案件事实所涉行为与刑法例示规定规范类型在法律性质和法律意义上的同一性；法益侵害的相当性需要关注法益变更、程度和后果并结合完整构成要件作实质判断；刑罚罚的等值性可对照刑法例示规定的涵摄范围作一定拓展。等值性的判断既要着眼于刑事诉讼活动的整体视野，也要根据社会发展形势的变化稳妥进行。三者具有不同的面向，但彼此之间相互关联、缺一不可，形成判断闭环，并且在逻辑进路上呈现出递进式特征。行为方式的同质性是基础，也是“同类”判断的初始起点；法益侵害的相当性是保障，也是“同类”判断的内核在根本；刑罚罚的等值性是检验，也是“同类”判断的管控关口。三者侧重点不同，分阶段依次“出场”，各司其职。只有经过阶层式环环相扣的比较和制约，才能确保得出相对客观、正确的“同类”解释结论。

(赵珊珊 整理)

毕业典礼致辞

奔赴人生的另一场考试

雷磊 (中国政法大学法学院院长)

考试，是学生生涯中最常见的一个词。从小到大，我们经历过无数场考试。考试，是一种对自己的检验，也是一种对未来的预判。毋庸讳言，我们通过考试体会着人生百味。但喜悦和成就感总是短暂的，紧张、焦虑、失落、沮丧才是常态。人性的固有因子使得没有人希望时时刻刻被考试、被检测，但考试却是人生的常态。

人的一生经历的考试可分为“大考”和“小考”。期中考试、期末考试、各种各样的资格考试，都只是检验过去的小考。而面向未来，面对思维方式和生活方式转型的考试，则是大考。而大家即将面对的就是人生的这样一场大考。

你们中有人将走向社会，社会是个大熔炉，也是个大考场。在这个考场里，学习成绩已成为过去，你们每个人都得从头再来。因为，这场考试的标准已不再是或不主要不再是学习成绩，而更多在于为人处世。在这里，我将这个标准简单地具体化三点：第一，谦恭行事，低调做人。社会是残酷的，理想主义固然不可或缺，脚踏实地才能行稳致远。法治天下依靠的不是口号，而是具体细节和个案正义。在没有更大的能力之前，请专注于做好社会机器上的一颗螺丝钉。第二，勇于担当，敢于担当。利己无可厚非，但有利可图则蜂拥，无利可逐则推却的“精致利己主义态度”则不可取。不要以为世界上就自己一个聪明人，格局

和担当将决定你今后的高度。第三，认真做事，轻松生活，剩下的只需等待。这是哲学家张祥龙的妻子张德嘉对自己在耶鲁大学法学院任教的儿子张泰苏说的。不要把生活也变成考试，不要把金钱、房子、地位、职称作为衡量生活质量的唯一标准。不将生活变成考试，就是这场考试的最后一个标准。

你们中有更多的人准备继续升学。从本科阶段到研究生阶段，并不意味着你们身份的转换，更意味着思维方式的转变。这场“大考”的标准，就是从知识的接受者到自主的研究者的转变。大学校园，很难感受到“人”的意义和价值。一个简单的个位数加两位小数，无法代表你们的整个四年。绩点是现代教育技术化的产物，在某种意义上也是教育的异化，它让你无法感受到雅斯贝尔斯所说的“教育的本质意味着：一棵树摇动另一棵树，一朵云推动另一朵云，一个灵魂唤醒另一个灵魂”。但毕竟，雅斯贝尔斯的小作坊式和师徒相承的教育已经无可奈何花落去。教育是社会整体系统的一环，社会的技术化和量化管理不可避免会影响到教育系统。在这个系统中，每个人都成了“单向度的人”。尽管如此，我不希望你们将这种被异化与自我异化带进研究生阶段。我可以负责任地告诉大家，对于研究生而言，成绩可能重要，但绝不是最重要的。我招收研究生时不怎么关注他们在本科阶段的绩点排名，相反，我

非常关注他们曾在本科阶段写下的文字。我会要求他们将这文字发给我，以判断他们有没有学术潜力。我也会关注他们的各种经历。这些都是无法量化的。问题的发现与解决能力，恰当的表达能力，人际交往能力等综合素质，往往决定了你今后的高度。

这种转变也意味着对专业的探索。分数不是专业，成绩的高低也与专业能力强弱没有必然联系。从下半年开始，你们将进入研究生一年级。请注意，是研究生一年级，而不是大五。研究生意味着你将从知识的接受者变成知识的创造者。研究是围绕“问题”展开的，找到专业领域的真正问题，搜集对问题作出回答的既有文献，对这些文献进行批判性的审视，提供新的视角、思路或答案，这是研究生的本业。数学家华罗庚先生曾用一个“兔子理论”来比喻大学不同阶段的师生关系：本科生在学习捡“死兔子”，本科及以前所学知识都是别人已经发现、并经过了反复验证的知识，是固定、稳定的，属于“死兔子”。硕士生要学习打一只在视野中奔跑的活兔子。这只兔子在哪里？需要导师指给你，他(她)还要指导你学会打兔子的本领。博士生要学习打一只看不到的活兔子。兔子是活的，但可能不在你的视野里。导师可以确认一定有这只兔子存在，但是在哪里，如何打需要和你一起去探索。所以，你们要超越“死兔子”的阶段，要对既有的知识和通说(无非也是前人的观点而已)保持怀疑，进行反思。当然，不是



要求你们去做“扛精”。这种怀疑和反思是在大量阅读和持久思考基础上进行的，是有理有节的。现在你们已经找好了研究生阶段的导师，你们今后要多参加专业课程，多参加导师组织的活动，融入专业学习氛围。

这种转变更意味着找准自我，不随波逐流。不要将自己变成流水线上的一一个标准产品，标准产品意味着你永远可以被替代。“法官的可替代性”可以是一种司法理想，却绝不可以成为你们的人生目标。法律，只是我们的底色。你可以把她当做妻子，但也不妨——像霍姆斯所说的那样——把她当做情人。

(文章为作者在中国政法大学法学院2023届本科生毕业典礼上的致辞节选)

全面提高应急管理领域法治化水平

《应急法要义》序言

书林臧否

莫于川 (中国人民大学法学院教授)

党的二十大报告中强调，要“完善国家安全法治体系、战略体系、政策体系、风险监测预警体系、国家应急管理体系”。坚持安全第一、预防为主，建立大安全大应急框架，完善公共安全体系，推动公共安全治理模式向事前预防转型。“全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，全面推进国家各方面工作法治化”。这就为应急管理领域全面推进依法治理，进一步提高法治化水平，指明了前行方向，提出了明确要求。

人们常说，与常规状态相比，在非正规状态下或曰紧急情况下，人们对生命、健康、权利、信息、生活质量等因素的感受是不一样的，其深层原因是一种人本关怀、人文关怀的体现；对法律秩序和政府服务的需求也是不一样的，政府管理行为的法律依据、程序要求、行政成本等因素

也有很大差别。因此，与常规状态下的行政权力运行机制相比，行政紧急权力运行机制具有许多特点，主要特征概言之有五：一是权力优先性，这是指在非正规状态下，与立法、司法等其他国家权力相比，与法定的公民权利相比，行政紧急权力具有某种优先性和更大的权威性，例如可以限制或暂停某些法定或法定公民权利的行使；二是紧急处置性，这是指在非正规状态下，即便没有针对某种特殊情况的具体法律规定，行政机关也可进行紧急处置，以防止公共利益和公民权利受到更大损失；三是程序特殊性，这是指在非正规状态下，行政紧急权力行使过程中遵循一些要求更高或更低但特殊的行为程序，例如可通过简易程序紧急出台某些政令和措施，或者对某些政令和措施的出台设置更高的事中或事后审查门槛；四是社会配合性，这是指在非正规状态下，有关组织和个人有义务配合行政紧急权力的行使，并提供各种必要帮助；五是救济有限性，这是指在非正规状态下，依法行使行政紧急权力可能会造成行政相对人合法权益受损，这种损害往往是普遍且共同的，政

府对此往往只提供适当补偿，甚至可以不予补偿，由社会共同承受这种普遍损害，当然如果损害由部分行政相对人承受，则按照公平负担原则的要求应当给予相当补偿或完全补偿。正因为有这些特征，特别是往往具有维护公共秩序的正当性，行政紧急权力在实际运行过程中也易于给行政相对人的合法权益带来风险和伤害，须依法加以有效防范和矫正，这就提出了加强和完善应急法的重大课题，借以实现正义与秩序的共同要求。代海军研究员的专著《应急法要义》，及时和专业地回应了此项现实需求。

该书通过一个导论和六个章节的框架结构，从多个面向和要素深入分析了应急法的基本理论和制度问题，包括应急法的理念、概念、构成、原理、原则、组织、体制、机制、流程及域外有关经验等基本问题，可谓系统研究，重点阐述，结构合理，内容丰富，视野开阔，注重适用。其对策建议可行性强、参考价值大，清晰地诠释了中国特色应急法律责任的实践，有助于完善新时代应急法律制度；同时也富有学术理论价值，有助于中国特色应急管理和应急法理

论及学科发展，发展我国的应急法知识体系，也能帮助读者迅速、全面地了解应急法的基本立场、观点和规则体系。

该书在研究方法和创新精神方面也富有特点，其积极关注和回应应急法治建设中的新情况、新问题和新趋势，将案例分析与理论分析相结合，法释义学与实证研究相结合，制度定位与学科定位相结合，着力分析平常状态与应急状态的相互切换，细致分析应急行政措施超常规使用等难题，有效衔接行政责任与刑事责任以及行政执法与刑事司法，特别是概括分析了法治原则、治理原则、人权保障原则、预防原则、比例原则五项应急法的基本原则，这些富有原创精神，更具诠释功效的理论亮点，体现出作者的学术创新精神，值得充分肯定。该书作者曾在人大法学院求学，受过良好的法学专业训练，后在实务部门长期从事专业研究工作。由他撰写的这本专著值得信赖，可以作为高等院校、科研机构等开展应急法教学与研究的入门书籍，也可作为负有应急管理职责的相关部门及执法人员的专业参考用书。

唐代盗窃案中的法律伦理

史海钩沉

韩伟 闫乐

与抢劫、“故杀”一样，盗窃可以算是人类最古老的犯罪之一。盗窃侵害私人财产权，是个人道德不彰的重要表现，故其历来受到人们的愤恨，乃至唾弃。然而，是所有盗窃行为都“十恶不赦”，理所当然应该得到人们的憎恶，并受到国家法律的严厉惩处？事实似乎又不尽然。20世纪从甘肃敦煌出土的中古法律文书中，记载了一起特殊的“盗窃案”，让人们有机会反思盗窃的另一面以及惩处盗窃犯罪的法律伦理。

后来被命名为“行盗待母”的这一案例，大约发生在唐代。盗窃案的“主人公”名叫秦鸾，他为人忠厚，对父母孝敬，无奈家庭突遭不幸，其老母罹患很严重的疾病，终日卧床不起。孝顺的秦鸾十分希望为老母亲做些什么，即便不能医治好她的病，至少可以让其享用一顿难得的美味。然而，贫寒的家境，又让秦鸾心有余而力不足。眼看老母病情日日加重，为其准备一套的愿望仍没有着落，秦鸾连日寝食难安，心情失落到了最低点。就在秦鸾左右为难之际，一次偶然

的机缘，使他决定铤而走险。秦鸾伺机盗取了附近市场中的财物，换成金银，并用它买来了非常丰盛的晚餐。老母亲在弥留之际，终于吃到了一生中最可口的晚餐，带着欣慰的笑容离开了人世。她不知道，秦鸾为此付出了怎样的代价，盗窃的行为，很快被当地捕快侦查清楚，秦鸾也因盗窃被捕归案。

同当时世界多数国家的法律一样，盗窃在唐朝当然亦属于犯罪。《唐律疏议》规定：“诸窃盗，不得财笞五十；一尺杖六十，一匹加一等；五匹徒一年。”疏议解释说：“窃盗人财，谓潜形隐面而取。盗而未得者，笞五十。”面对唐朝法律的这一规定，以及秦鸾“行盗待母”的现实，主审此案件的法官作了难，特别是在法律“一准乎礼”的唐朝，符合“礼”的孝道，与强调秩序的国家法律规范，形成了尖锐的冲突，如何定罪量刑，成为面前的一道难题。

秦鸾的母亲患了重病，卧床不起已经多日。作为孝子的秦鸾，自然心生忧惧，无时无刻不在为母亲的病情忧虑，他当然希望母亲的病能快快好起来，即便不能如此，至少能减轻母亲的病痛，哪怕是一顿美味的晚餐带来的片刻欢愉。孝子的这种心理，完全是人之常情。但现实是，秦鸾家徒四壁，搜遍家什，也找不出一丁点值钱的东西，他的

心意自然无法实现，只能徒然地愤恨自己。于是，秦鸾因其家贫，犯下盗窃之罪，虽然有违国家律令，但伸张了“孝道”，顺了老母亲的心意，这样看起来，为“膝下之福”而取“梁上之资”，一切似乎是理所应当，秦鸾的“盗窃”行为几无可指摘之处，甚至还应该受到奖励的表彰。

事实果然如此吗？主审法官转念再想，如果不是秦鸾“行盗待母”，而是以盗窃之资供奉佛祖，以“梁上之资”供养斋僧，那就是以盗窃之资财，树立了某些人的孝名，成就了某些人的“果业”，这样说来，一蒿一饭是盗窃的原因，而“佛”与“孝”倒成了犯罪的根源。若因盗窃而获得福报，那恐怕世间人人都要效仿此行追逐未来之“果业”，家家追求至孝的名声，若真如此，岂不是极度的荒唐无理吗？因此，按照事理，秦鸾的行为也不能完全算是“孝道”，而依照法律，更有明确的罪名制裁，行孝这一人子情分手段的违法，导致了结果的违法，在情法冲突中需要维护法律的尊严，盗窃财物就应该受到法律的惩罚。最终，秦鸾之盗窃罪，根据财物所值“匹数”的多少，依照唐律确定量刑。

一千多年前秦鸾的盗窃案以“入罪”终结，由判词分析这一审判结果，很大程度是基于其社会效果的考量，维护了唐朝律令的权威。然

而，由秦鸾“行盗待母”出发，有关盗窃法律伦理及正当化惩罚的思考并未画上句号。几百年后的《元史》中记载了另一件非常类似的盗窃案，结果却判然有别。当时，有“废人”母亲病重，无以为食，遂盗窃“糟糠”意图让母亲吃，被官府发觉逮捕。这一疑难案件一路被送到皇帝那里，皇帝亦感到为难，有大臣奏议说，盗窃糟糠，固然违反了大元法律，是可恶的行为，但是依律“杀之，恐乖陛下仁慈心”，也就是有违皇帝崇尚仁慈的主张。皇帝听从了大臣的建议，下诏赦免了“废人”死罪。

提出对盗窃处罚的伦理道德考量，绝不是要某些盗窃罪开脱，正如唐代的那份判词所言，如果人子孝道，佛之“果业”都可以作为托词，那么犯罪的根源岂不是“孝”或者“佛”？但是，人类社会生活的复杂性，也需要不时地提醒“法律人”，设定盗窃犯罪，惩处“盗窃”等犯罪行为，其最终的目标到底是什么，涉及财产的法的实施是否要锱铢必较？若保护财产权的目的，与保障孝悌的伦理价值，乃至与维系个人生命的急迫需求发生了冲突，法律又应该作何抉择，这不仅体现出刑事法治的智慧，更蕴含着着法的“温度”。

(文章节选自韩伟、闫乐《中华优秀法治文化十讲》，中国政法大学出版社出版)