



## 法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

拾金不昧是一个常用的汉语成语,意思是指拾到他人遗失的金钱或物品后,不隐瞒,积极寻找并还给失主,表现出诚实和高尚的品德。这个成语产生于清代。吴炽昌在《客窗闲话·义丐》说:“乃呼里长,为之谋宅于市廛,置货立业且表之以额曰‘拾金不昧’。”李绿园的《歧路灯》第一百零八回记载:“把家人名分扯倒,又表其拾金不昧。”但长期以来,人们误以为“拾金不昧”就是要将拾得物全部还给失主,并且不要任何报酬,这恰恰曲解了古代的拾金不昧文化。因为,从先秦时期开始,史籍就有不少关于人们对他人弃置或遗失的财物,可以通过拾得的方式取得所有权的记载。

儒家经书中关于人们对拾得物的处理方式大体有如下三种:

第一,老百姓对一定的拾得物拥有所有权。《诗经·小雅·大田》载:“雨我公田,遂及我私。彼有不获稚,此有不斂穧。彼有遗秉,此有滞穗。伊寡妇之利”,这讲的就是“拾秋”的权益。“不获稚”是指收割剩下的稚嫩谷穗豆禾,“不斂穧”是指已收割但未被收走的禾把,“遗秉”是指已捆扎成束而未收走的禾把,“滞穗”是指遗留在田里的稻穗。对上述这些东西,孤儿寡母等群体可以拾取自食,这是他们的一项福利。这表明,孤儿寡母有权通过“拾秋”方式取得这些遗漏谷物的物权。《礼记》曾引用《诗经》的这几句诗表达了“君子不尽利以遗民”“故君子仕则不稼,田则不渔”(《礼记·坊记》)的主张,强调君子要给老百姓让利,也间接承认了老百姓通过拾捡、采摘、渔猎等对一定的财物获得所有权。

第二,《礼记·月令》记载了周朝允许通过先占或无因管理的方式取得物权:“(仲冬之月,农有不收穡积聚者,马牛畜兽有放佚者,取之不诘。”意思是,在仲冬之月,农民若有谷物未收藏,马牛等牲畜被放养在外,那么即使有人将它们取走,也不追究责任,实际承认其取得了合法所有权。

第三,拾得他人遗失物可以拥有一定的物权。《周礼·秋官司寇·朝士》载,“凡得获货贿人民六畜者,委于朝,告于士,旬而举之,大者公之,小者庶民私之”。《周礼·地官司徒·司市》载,“凡得货贿六畜者,亦如之,三日而举之”,这就是说,凡拾得他人遗失的财物或收留别人家走失的奴隶、牲口,拾得者或收留者有义务送交官府,由官府公告招领十天。十天后仍无人认领,价值大的归官府所有,价值小的归招留者所有。这里承认人们可以通过拾得或收留的方式直接取得小件财物的所有权。

《周礼》关于拾得物的规定,被后世法律有所吸纳。《唐律疏议·杂律》规定:“诸得阑遗物,满五日不送官者,各以亡失罪论;赃重者,坐赃论。私物,坐赃论减二等。”意思是,凡拾得遗失的官物和其他财物的,满五天不送官府的,如果是官物,以遗失官物罪论处;若计赃论罪重于遗失官物罪的,以坐赃罪论处。如果是私人财物,依坐赃罪减二等论处。对于河中的漂流物,唐代的立法者考虑到拾得人到河里打捞具有风险。因此,给予五分之一或五分之二的赏赐,若无人认领,则全部归拾得人所有。元朝的法律规定,凡私人遗失的牲畜,送交官府代管。如失主前来认领,官府则向失主征收喂养遗失牲畜的草料。《大明律》“得遗失物”规定,凡拾得遗失之物,限五日内送官。官物还官,私物公示招人认领,一半给予拾得人作为奖励,一半还给失物人。如果三日无人认领,全给拾得人。如果不将拾得物及时送官府者,以官物的坐赃罪论处;若是私人物件,则在坐赃罪基础上减二等处罚,其物一半入官,一半给失主。《大清律例》卷十四规定,拾得人五日限外不送官者,官物,坐赃论;罪止杖一百,徒三年,追物还官。私物减坐赃二等,其物一半入官,一半给失主。若无主全入官。

大体而言,《周礼》及其后世关于拾得物的规定,注意到了拾得人既有上交官府的义务,也拥有一部分拾得物的所有权。《周礼》规定拾得物过了十天无人认领而加以没收,大物归公,小物归拾得人所有。《唐律》对在河中捡到遗失物的行为人,考虑到他冒了风险,所以给予五分之一或五分之二的赏赐。明清时期的法律也认为,拾得人可以拥有一部分拾得物。因此,中国古代的立法总体上兼顾了失物人、拾物人和保管者官府三者利益的平衡。

中国古代关于拾金不昧的规定在我国现行民法典中得到了创造性转化和创新性发展。

第一,吸纳并发展了中国古代拾金不昧的规定。例如,民法典第三百一十二条规定,所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物;但是,受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者优先购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。第三百一十四条规定,拾得遗失物,应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取,或者送交公安等有关部门。

第二,吸纳并发展了中国古代法律中关于政府有关部门在处理遗失物方面的责任的规定。例如,民法典第三百一十五条规定,有关部门收到遗失物,知道权利人的,应当及时通知其领取;不知道的,应当及时发布招领公告。第三百一十六条规定,拾得人在遗失物送交有关部门前,有关部门在遗失物被领取前,应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的,应当承担民事责任。

第三,吸纳并发展了中国古代法律中关于失主应当向拾得人支付必要费用的规定。例如,民法典第三百一十七条规定,权利人领取遗失物时,应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。权利人悬赏寻找遗失物的,领取遗失物时应当按照承诺履行义务。拾得人侵占遗失物的,无权请求保管遗失物等支出的费用,也无权请求权利人按照承诺履行义务。第三百一十九条规定,拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的,参照适用拾得遗失物的有关规定。

第四,吸纳了中国古代法律中关于无人认领的遗失物归政府所有的规定。例如,民法典第三百一十八条规定,遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的,归国家所有。

以上事实表明,中国古代是有民法的,认为中国古代有刑法、无民法的看法应该予以改变。



# 新时代社会治理法治理论的理论品质

## 前沿话题

□ 徐汉明（中国刑事诉讼法学研究会学术委员会副主任委员）

步入21世纪以来,世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开。和平崛起的中国正处于世界百年未有之大变局和实现中华民族伟大复兴中国梦的交汇叠加关键期。如何于危机中育先机,于变局中开新局,中国共产党对百年开探、开辟、开拓中国式社会治理现代化道路的曲折历程与辉煌成就创新性总结,对中华五千年治理文化的优质基因创新性挖掘,吸收借鉴人类治理文明有益经验,形成了新时代党的社会治理法治创新理论的又一重大标志性成果。新时代社会治理法治理论具有独特的理论方位,涵盖基本命题维度的“原理论”“原则论”“规律论”;政治保证维度的“保证论”“宗旨论”“地位论”;顶层设计的“布局论”“互动论”“全球论”;实施方略维度的“格局论”“体系论”“民主论”;重点领域维度的“基层治理理论”“城市治理理论”“网络治理理论”“边疆治理理论”;方略方法维度的自治、法治、德治“三治结合论”“预防性治理理论”“社会治理辩证方法论”等系列经典观点。这一理论形塑了具有主体性原创性的基本命题、基本原理、核心范畴、辩证方法、实践面向之理论体系的逻辑结构,彰显出哲理深厚的辩证思维、高瞻远瞩的战略思维、求真务实的实践思维、守正创新的发展思维之理论品质。

### 哲理深厚的辩证思维

党的十八大以来,中国共产党在创立新时代社会治理法治理论体系过程中,直面创新社会治理,提升社会治理法治化水平、平安建设的新形势新任务新要求,始终坚持“马克思主义经典作家”关于“国家与法”“社会管理”“社会建设”基本原理同中国实际紧密结合,牢牢把握推进国家治

理体系和治理能力现代化,发展完善中国特色社会主义制度,建设更高水平“平安中国”“法治中国”,以中国式社会治理现代化保障和服务全面推进强国建设、民族复兴伟业的主题主线,紧贴社会治理法治建设最前沿,对社会治理实践鲜活经验、制度建设,丰硕成果适时予以理论化思考、原创性构建,体系化表达,系统提出了有关社会治理法治理论的基本命题,即:“社会治理是一门科学”;“法治社会是构筑法治国家的基础”;“基层强则国家强,基层安则天下安”;“服务群众、造福群众是基层治理的出发点和落脚点”;巩固基层政权,完善基层民主制度,是全过程人民民主的重要实现形式;推进综治中心规范化建设,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,提高公共安全治理水平;坚持和发展新时代“枫桥经验”,推进以党建引领基层治理,建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体;法安天下,德润人心;法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病;完善共建共治共享的社会治理制度,推进社会治理现代化,确保人民安居乐业、社会安定有序,建设更高水平平安中国。从而型构了新时代社会治理法治理论的框架,构成了内容丰富、体系完备、结构严密、具有成熟哲学方法和实践面向的哲学体系,彰显出其哲理厚重的辩证思维之品质。

### 高瞻远瞩的战略思维

面对国内外环境广泛而深刻变化,我国发展面临一系列突出矛盾和挑战,发展中不平衡不协调不可持续问题反映在社会治理领域呈现矛盾明显增多,教育、就业、医疗、住房、生态环境、食品药品安全、安全生产、社会治安等关系群众切身利益的问题较多,社会建设与社会治理呈现出阶段性特征。党着眼于国家长治久安、人民安居乐业、建设更高水平平安中国,把补齐民生保障短板、解决好人民群众急难愁盼问题,增进民生福祉,让老百姓过上好日子,建设社会主义和谐社会纳入统筹

推进“五位一体”总体布局、协调推进“四个全面”战略布局之中。紧紧围绕在改善民生和创新社会治理中加强社会建设,提出加快形成党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系,着力推进创新社会治理体制,增强社会发展活力,健全共建共治共享的社会治理制度;始终坚持党的领导,坚持以人民为中心、坚持系统治理、坚持依法治理、坚持源头治理、坚持共建共治共享的基本原则;强调遵循和把握社会治理运行规律,科学回答了社会主要矛盾变化后如何满足人民群众日益增长的对民主、法治、公平、正义、安全、环境的新要求新期待,为建设更高水平平安中国提供了政治保证、主体力量、根本目的、发展方向、战略举措,成效检验的根本遵循。这标志着党对创新社会治理、建设法治社会、增强社会发展活力、保障人民权益、社会安定有序,建设更高水平平安中国的认识实现了新的飞跃。从而引领“中国之治”的成色更足、优势更为彰显,为人类治理文明展示“中国之治”新形态提供了“东方智慧”。

### 求真务实的实践思维

党始终把马克思主义关于社会建设的思想同中国实际相结合,创造性地提出人民对美好生活的向往就是我们的奋斗目标,让老百姓过上好日子是我们一切工作的出发点和落脚点,补齐民生保障短板、解决好人民群众急难愁盼问题是社会建设的紧迫任务,作出一系列决策部署,历史性地解决了绝对贫困问题,创造了人类减贫史上的奇迹;持续创造经济高速发展、社会长期稳定、城市群快速崛起新奇迹,这一理论体系坚持理论创新与实践创新相统一,突出了实干兴邦的实践特点。党中央先后召开数十次重要会议,审议通过涉及“深化社会体制改革”“创新社会治理”“平安建设”“一体建设法治社会”“生态空间治理”“第二个结合”“网络生态治理”等重大议题达70多项,直接关系“创新社会治理”“国家安全、公共安全、应急管

理”“乡村治理体系”“市域治理体系”“探索超大城市治理现代化新路”“基层治理体系”“网络综合治理体系”“推进边疆治理体系和治理能力现代化”“平安中国建设”等重大事项达80余件,其他重大改革、国家和社会治理体系相关重大事项近150件。这一系列实践、认识、再实践,再认识的辩证深化过程,不仅显现了中国共产党创立新时代社会治理法治理论“知”“情”“行”“意”之统一,而且蕴含着实践智慧、实践力量与求是勇气的独特品质。

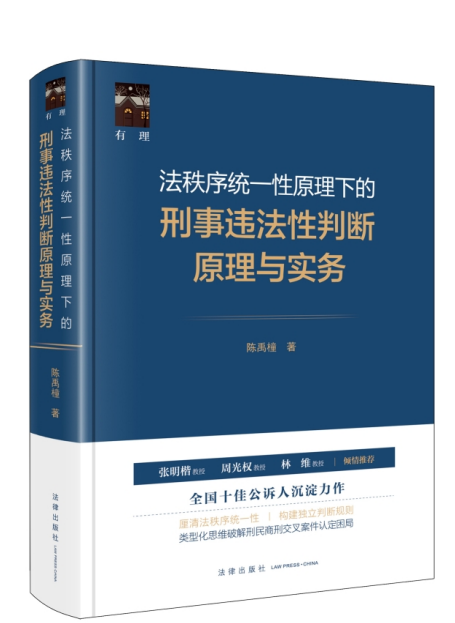
### 守正创新的发展思维

“守正才能不迷失方向、不犯颠覆性错误,创新才能把握时代、引领时代。”在一穷二白的基础上建立新中国,建设中国特色社会主义,实现由站起来、富起来到强起来的跨越,是一项前无古人开创性开拓性的伟大事业。中国共产党人创造性地把“马克思主义经典作家”基本原理运用于以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的辉煌实践,学习和实践马克思主义关于社会建设的思想,科学回答了在欠发达国家取得革命胜利,建立新生人民政权、推进国家治理体系和治理能力现代化、发展完善中国特色社会主义制度的一系列重大理论和实践问题,将创新社会治理、增强社会发展活力、完善社会治理体系,建设更高水平平安中国统筹纳入改革与法治的重大战略;适时将改革实践的成熟经验上升为法律制度,健全共建共治共享的社会治理制度,提升社会治理效能;将推进中国式社会治理现代化置于中国式现代化大局中谋划与定位,守好中国式现代化的本和源、根和魂,确保中国式社会治理现代化的正确方向。新时代社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平大幅度提升;人民群众获得感、幸福感、安全感更加充实、更有保障、更可持续;发展了人民安居乐业、社会安定有序的良好局面;社会矛盾总量呈现稳中有降趋势,社会治安状况处于历史最好水平,续写了社会长期稳定奇迹。平安已成为中国一张亮丽的名片。



# 构建刑事违法性独立判断规则

《法秩序统一性原理下的刑事违法性判断原理与实务》序言节选



## 书林臧否

□ 林维（西南政法大学教授）

《法秩序统一性原理下的刑事违法性判断原理与实务》是作者陈禹樨在论文《法秩序统一性原理下的刑事违法性判断研究》基础上修改而成的,之所以增加了“原理与实务”,是作者高度重视刑法理论的实践运用,而现实司法中又确实有大量的疑难问题需要进行刑事违法性判断,以便进行科学正确的刑法归责。

本书所讨论的问题是刑事违法性的判断问题。围绕刑事违法性这一概念所展开的一般理论问题,原本就是刑法理论中的一个基础问题,而刑事违法性的判断问题在晚近之所以成为一个迫切而热议的问题,主要是因为现实中出现了层出不穷的案件,这些案件普遍存在定罪与否的争议。争议增加的重要原因在于:首先,刑法规范和其他法律规范之间的相互依存度不断增加。随着刑法的现代性增强,不同领域的法律之间的“互文”频率提高,越来越多的刑法规范需要借助其他法律规范的用语、范畴得以构建,势必产生在不同法律语境下,同一术语是否必须作统一理解或者是否可能区别对待的分歧,从而在刑事违法性判断问题上产生诸多困惑。大量的法律规范使用了同样的法律概念,但是对于其中语词的内容及其边界却语焉不详,造成了实务中适用的困难。

其次,诸如行政犯等类型的犯罪不断增加,导致违法性的前置性判断的重要性凸显,由此产生前置的行政违法性判断和刑事违法性判断之间的逻辑关系问题,甚至在有的情况下,前置的判断涉及若干不同的规范,从不同的角度考察违法性,其判断的基准和结论都完全不同,由此产生大量涉及民刑区分、行刑区分的问题,这些问题有时甚至是批量产生而成为现象,不得不引起关注。

最后,法律规范的立法、修订可能存在时差,不同法律领域的违法性判断有时会发生巨大的变化。相对或者相关联的其他法律领域是否以及如何保持违法性判断的同步,在社会生活飞速变化、立法演进相应增速的背景下,刑法和前置法之间不易做到规范修订的同步,也导致各种困惑、混淆的产生。

违法性认定的不一,有的显然具有其内在合

理性,因为每一个独立的法律规范都有其独特的适用目的,因此在不同法律领域或者应用语境下,可能出现判断结论不同,即使是同一术语,在不同法律规范中是否必须保持含义完全相同,本身就是一个存疑的问题。对于刑事违法性判断而言,重要的问题在于,刑法是否应当保持违法性判断的独立性或者在何种程度上接受或者认可此种独立性以及如何通过立法技术的科学化,尽可能做到立法的统筹协调以减少或者缓和违法性判断的冲突。

按照作者的观点,所有这些问题的讨论又都不得不回到法秩序统一性原理,在这一背景下展开违法性的判断。诚如其在书中所言,法秩序统一性原理重要的是要讨论合法性的统一,但统一并非相同。厘清了合法性问题,也可以理解为实质上解决了违法性的判断问题。但是,尽管都是以法秩序统一性为讨论背景,不同的学者对于同样的案件仍可能得出差异的结论。因此,需要对于法秩序统一性原理作一个正本清源的梳理,并在此基础上进行法秩序冲突问题的识别,然后根据法秩序统一性原理在不同法律规范例如民刑、行刑交叉的具体领域展开论证,进而讨论法秩序统一性原理与构成要件等问题之间的关系。本书正是在这样一个清晰明快的逻辑下铺陈展开,而逻辑的清晰明快本身就具有一种学术的美感。本书对法秩序统一背景下刑事违法性的判断问题作了体系性的研究和论述,认为在法秩序统一性原理指导下,刑事违法性应当坚持独立的判断,并在动态视角下对刑事违法性判断进行类型化区分,进而从民刑、行刑、商刑交叉领域的具体案件出发,对刑事违法性判断独立性这一观念进行了精细展开。

需要指出的是,法秩序统一性原理原本是外

来的范畴,不过其中所蕴含的理念如在其他法体系中合法的行为不应具备刑事违法性,其实同样也是为我们所接受的理念,重要的是这一原理如何能够在我国法律语境中得到顺畅适用。在日益强调自主知识体系的当下,外来理论更加需要在解决中国问题的过程中得到真正意义上的调适和应用。在本书中贯穿的论述思路清晰地验证了这一点。任何理论都应该是问题导向和效果指向的,因此,任何法律理论都应该为解决而产生,并且也只能在解决问题的过程中证明自身存在的价值。作者的论证很好地说明了这一理论在中国司法语境中的适应性。

对一个较为抽象的命题进行细致讨论时,案例的运用是必然的,关键在于如何恰如其分。本书的一个特点是,作者深谙实务的症结所在,引用了大量案例,在对案例的讨论中阐述自己的观点,这应该和作者长期沉浸实务一线从事公诉工作的经历有关。可贵的是,作者在思考相关问题时,并没有囿于检察官这一身份或立场,而是实事求是地从理论的均衡性、实践的妥当性出发,作出刑事违法性的实质判断。因为,在法秩序统一背景下,围绕刑事违法性所进行的讨论和判断,始终和刑法边界的扩张抑或收缩息息相关。因此,本书不仅有助于我们对法秩序统一性原理的深入理解,也令我们对司法中的诸多争议具有更进一步的领会,尤其通过其中内在逻辑的举一反三,对于实务中经常出现的民刑、行刑区分问题,读者将会有更为深入的领悟。

