

美国社区检察主动适应社区所需

法界传声

清华大学教授崔建远:

编纂民法典须摆正几对关系



党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出“加强市场法律制度建设，编纂民法典”。这是民法学人期盼已久的喜讯，值得庆贺，并应马上展开工作。编纂我国民法典必须摆正

民法典与哲学、民法与商法、原则与规则、主张与举证、总则与分则、规则内容与立法技术等几对关系。
凡是较为成功的立法必有坚实的哲学基础和指导思想。我国民法典的哲学基础需要重视权利所立基础、主体对于客体、交易领域、非交易领域而定，不宜宽而统之地模糊对待。在奉行民商合一模式的前提下注意民法与商法的差异，适当地分设法律规范，适当地处理民法原则与民法规则之间复杂多变的关系，尽可能地在民法条文中含有举证责任的分配，采取民法总则与分则区分又相互照应的立法模式，增设债法总则，提高立法技术，条文表述做到准确、周延，在此基础上生动明朗、浅显易懂。此外，指导性案例/判例、学说虽然不属于民法典本身的内容，但它们对于民法规定的清晰化、确定化以及法律漏洞的补充具有多重意义，对于如何设计民法典也是不可忽视的因素，应该予以重视。

武汉大学教授冯果:

双层股权模式可用于国企改革



在经历了十年相对停滞期后，国企改革再次被提上了日程，混合所有制企业将成为国企二次改革的重要突破口。但在国有资本不具有控股地位的情况下，混合所有制企业社会政策目标与经营目标之间的冲突凸显，如何达成二者之间的平衡关系到国企改革成败。双层股权结构模式就是一种解决思路。

所谓双层股权结构，是与恪守“一股一权”表决结构的单一制股权相对应的概念，通常是指将普通股划分为A、B两类，其中A类股遵循传统一股一权原则，每股附着一个表决权，而B类股表决权则被放大至A类股的数倍，A、B类股皆可转让，但转让后的B类股将丧失其原本附着的超级表决权，成为A类普通股。双层股权结构模式能够在实现国有资本淡出的同时，保有国家对特殊领域内的企业实施必要的控制，这与国企改革的核心任务相契合。但双层股权结构毕竟是非常态化的股权设计模式，不受相应资本约束的控制权的无限放大，会使国家对企业拥有更加不合理的渗透力，对非国有资本的制衡力更强，不仅难以解决既有问题，还会使其更加固化。有鉴于国企改革中对双层股权结构不当运用可能带来的风险，我们更需要结合国企及国有股东身份的特殊性，对双层股权结构进行必要限定，通过适用对象、适用范围的限制，结合配套制度的完善，在将其风险降至最低的前提下加以运用。

北京大学副教授叶姗:

改进税收分成会避免竞争过度



税收体制改革一直是世界各国政治经济领域中的热点。比较域外体制发展情况，在各国的预算体制中，“省”这一最高层级的地方预算单位承上启下，联结中央政府和省以下地方预算单位，对地方经济与社会发展具有显著的引导、促进和保障作用。如果政府间税收竞争超过合理限度，就有可能影响资源配置效率、破坏利益分配公平，法律规制税收竞争的必要性不言而喻，而法律规制路径的设计则是一个世界性难题，亟须理论支持。

就我国而言，省级预算单位交错充当四重截然不同的法律角色：第一重角色是省以下税收分成规则的制定者，第二重角色是县级基本财力保障政策的执行者，第三重角色是省际或省县竞争正当与否的裁判者，第四重角色是省际或省县税收竞争的参与者。法律规制税收竞争之所以可能，主要经由规范制制与行为限禁的复合路径，以系统规制发生机理迥异的省、市、县间和省县税收竞争。改进税收分成规则可以避免税收竞争过度，限制或禁止有害税收竞争，有助于维持税收竞争秩序。

(以上分别据《清华法学》《法律科学》《比较法研究》，文稿统筹：刘卉)

域外检察

张鸿巍



张鸿巍

近些年来，社区司法于欧美蔚然成风。在其理念下，犯罪不只被视为需刑事追诉的不法行为，还被视为影响生活品质的社区问题。以犯罪事前预防为导向，社区司法已逐步发展为涵盖社区法院、社区检察、社区警务、社区缓刑、邻里守望相助等在内的一揽子犯罪预防体系。本文介绍一下美国的社区检察制度。

社区检察的概念与作用

美国检察学者伊莱恩·M·劳金特认为，社区检察大体上扮演案件处理官、制裁二传手、问题解决者、机构建设者及战略投资者等五种角色。案件处理官角色侧重于以“个别化司法”实现最便捷的案件处理，制裁二传手角色则注重通过惩戒来实现威慑、报复和更生重建等惩罚目的，而问题解决者角色意在使用各种手段从根源上解决犯罪问题，机构建设者角色致力于扶持那些因犯罪给社区带来不稳定影响的社会机构，战略投资者角色旨在弥补因增加或使用新刑罚而产生的问题。上述角色各有利弊，而社区检察作为美国检察角色之最新进展，意在引导检察官更积极、主动适应社区所需。

美国检察系统并非在真空中运作，其一举一动牵扯着社会各个层面，在打击犯罪、起诉案件等方面均须获得所在社区的广泛支持。在施行选举制的司法区，检察长还面临着再次竞选的压力。妥善处理与社会公众及社区的关系无论对于充分发挥检察职能，还是对检察官个人的政治生

涯都有举足轻重的意义。

社区检察又称“社区导向检察”，系指检察院通过加强与所在社区的联络，整合刑事司法及社会各方面力量来推动预防违法犯罪。美国刑法学家安东尼·V·艾法利认为，社区检察通过提供“公民与政府合作”和鼓励草根司法来推动公民社会发展；提升被害人、加害人与社区尊严。社区检察调配检察官及法律辅助人员于社区之中，评判社区居民公共安全关注点，通过与社区居民的合作，共同解决危及社区安全最急迫的隐患。

社区检察的溯源及发展

美国检察官研究所认为，近年来美国检察已发生一系列显著变化，改变了检察官的传统角色。其中，一项重要变革便是社区检察的兴起。社区检察起源难以确切考证，但通常认为源于俄勒冈州波特兰市的“街坊地区检察官工作组”。1990年，为应对该地区“生活品质犯罪”之频发可能危及经济发展和社会稳定，该州蒙诺玛郡地区检察官创设这一工作组。次年，纽约州金郡地区检察院及马里兰州蒙哥马利郡地区检察院亦予以仿效。社区检察出现于这一时期并非偶然，而是有着深刻的历史背景。彼时美国犯罪率正居高不下，客观上迫切需要应对犯罪的策略更具有灵活性，治标更治本。从某种意义上来说，社区检察乃

社区警务的延伸，共同肩负着维护社区安宁秩序的重任。

尽管如此，美国社区检察的发展并不是一蹴而就的，而是渐进的过程：从最初的一两位检察官与社区互动到积极主动参与社区活动，再到以社区检察理念统领检察院。据联邦司法部统计，2001年的数据，近七成的地区检察院采用不同于传统刑事检察的社区检察方法来应对社区问题。2001年起，美国检察官研究所与联邦司法部下属的司法援助局合作成立“社区检察全国中心”。该中心自成立伊始便担负起推广与促进社区检察的重任。社区检察的异军突起，无疑为美国检察改革和创新注入了一颗强心剂。目前，越来越多的联邦派出检察院及地方检察院积极引入社区检察以促动社区司法联动和犯罪预防。

社区检察与传统检察的差异点

因其在犯罪预防的显见作用，社区检察被追悼者盛赞为“刑事司法的范式转换”及“打击犯罪的一场革命”。社区检察根生于对社区民众迫在眉睫的被害恐惧感的关切，而这些恐惧感不过是对轻微犯罪的恐慌罢了，但与社区生活紧密相关，因而更牵涉社区居民的神经。与追求定罪量刑的传统检察不同，社区检察与案件本身保持一定距离；通过从清理及维护公园到适用民事制裁打击扰民犯罪等途径来预防和减少犯罪。

一般来说，社区检察所针对的多为毒品犯罪、帮派暴力、未成年人违法犯罪、逃学、卖淫、住房及环境、房东与租户争执等“生活品质犯罪”。为实现社区的长治久安，社区检察通过滋扰消减、无毒品与娼妓区、恢复性司法、社区法院、枪支减少计划、逃学消减及涂鸦清除等多种手段和形式施加影响，以改善周边环境。因而

劳金特等人认为，社区检察与传统检察最大差异在于前者将侧重点置于滋生犯罪的社会、环境或其他社区状况的调控上。

为尽力预防及发现犯罪，《全美检察准则》(第三版)提醒，“因检察官之工作与社区内的犯罪密不可分，检察官可通过人力扶持及支持既存之社区预防犯罪计划，这样可极大促进犯罪预防。不但如此，检察官还可向犯罪学家、城市规划人员及其他人员提供专业意见，以便后者在制定社区成长及发展计划中考量何种方式对吓阻犯罪最为有效。”准则第2-1.4条特别规定了社区检察，“检察官应注意学校官员、社区青年组织、社会服务部门、守望相助团队及其他类似组织与执法部门及检察院的合作”。该准则第2-11.1条规定，“检察官应对所有犯罪人可能被判处、作为缓刑条件转介或分流安置转介而来的社区项目了如指掌。”而第2-11.2条继而规定，“对在社区需要但尚未提供诸如就业、教育、家庭磋商及毒品滥用磋商等服务的社区机构，检察官应鼓励类似机构提供类似服务。检察院应作为这类社区机构的公共信息来源。”该准则同时告诫，“如就业、成人教育、家庭磋商及毒品滥用磋商等基本社区服务并未提供或提供不足，检察官应考量进行相应投入使其得到发展或升级。作为当地首席执法法官，检察官参与此类计划和顾问委员会是很重要的。”

社区检察的要素

社区检察源于社区司法，而后者通常包括社区、问题解决、权力及责任下放、社区生活品质及公民参与等五项核心要素。显然，社区检察的要素亦受制于社区司法要素。

不过，对社区检察的具体构成要素，不同学者及机构从不同角度出发

给予了略有差异的解读。如劳金特等认为社区检察包含三个核心要素：积极参与与社区内问题解决与解决方案的确定；检察官主导下的问题解决方式；着眼于非传统执法以及与警方、学校、企事业单位建立合作伙伴关系。全美地区检察官协会设立的社区检察全国中心主张，社区检察应当涵盖四个基本要素：确认社区于公共安全中的角色、致力于问题解决、建立并维系伙伴关系、评估活动成果。

正是对社区安全的不懈追求，美国检察机关在应对包括未成年人在内的犯罪嫌疑人和被告人时均严厉以待，力求客观公正。如在应对未成年人犯罪上，全美地方检察官协会特别告诫，“检察官身负追求正义之责，正如在成人检控中发挥的作用一样”。但与此同时，该协会亦提醒，对未成年人利益及需求的进一步特殊关注，需要“通过对未成年人的劝诫、赔偿或更广泛的改造努力和制裁阻止其进一步实施犯罪行为，从而提高社区安全和福祉”。这警示社区检察在维系特定群体特殊利益的同时，亦须客观上充分考虑来自被害人与社区对打击和预防犯罪以及防卫社会之需，不宜偏颇。

无论怎样确认社区检察要素外延，检察院与所在社区联系的加强是重中之重，各地检察院因地制宜，纷纷研拟和践行社区检察。一些地方检察院在没收财产后，会将全部或部分作为社区服务基金或用于公益事业；亦有地方检察院则直接将其作为检察日常开支。前者如马萨诸塞州萨福克郡地区检察院专设“没收财产再投资计划”，该计划自1992年起向该郡青少年团体提供资助，使其远离毒品。马萨诸塞州法律允许，在地区检察院司法辖区范围内，最多可在毒品犯罪侦查期间每年没收款物的一成用于社区非营利团体。

(作者为广西大学法学院教授)

治理大气污染需要区域间联合立法

学术视角

高桂林 陈昊博



高桂林

近年来，雾霾等环境问题，引发了全民对大气污染治理的高度关注。由于大气污染具有跨行政区域的特点，所以从法治层面来讲，对大气污染的治理仅仅依靠一个地方政府的努力很难达到全面彻底治理的效果，须建立多行政区域联合法律治理机制共同治理才能产生实效。具体而言，不同区域之间应当在立法、司法、执法、法律评估四个层面达成共识，才能对大气污染实现协调一致的共同治理。

立法协调机制

由于大气污染一般情况下是跨区域的，因而建立区域间立法协调机制是大气污染区域间联防联控首先解决的问题。“立法协调”就是由多个区域间有立法权的主体(一般为地方人大)结合本区域大气污染防治的特点，共同制定一个规范约束各行政区域内权力机关、司法机关、行政机关治理跨区域大气污染过程中的行为。现行立法中对大气污染进行防治的立法主要是大气污染防治法和环境保护法以及相关的法律法规，但是这些规范中并未提及区域间多主体环境立法应当如何协调，而立法中仅有地方法规和规章的立法程序，也未涉及区域间地方立法的相关程序。因此，大气污染防治区域的立法协调机制既属于创新之举，也属于必要之举，而且就目前我国现有的立法技术而言，完全可以实现区域间联合立法。

从内容上看，大气污染防治区域立法协调机制需要解决以下问题：一是联合立法的模式与程序。须由有地方立法权的主体，依据立法法中关于地方立法的程序来对联合立法的提案、起草、审议、表决、公布等具体程序加以规定。二是立法过程应引入专家咨询程序。大气污染防治的联合立法不仅涉及法律问题，还涉及环保、能源、技术、医疗、卫生等诸多领域的问题，因此在立法过程中应当充分听取各领域的专家意见，才能够制定出符合本区域实际的立法。三是立法过程的公众参与。区域联合立法不仅需要专家参与，也需要普通公众的参与，如立法草案公布之后，由公众在指定网络或者指定媒体中提出意见和建议。四是立法标准的确定。区域间不同主体联合立法在涉及执行标准的问题时，在总体上应严于国家标准，与此同时，各地若已经有了生效的标准时，联合

司法协调机制

司法是大气污染防治联防共治的必要手段，由于大气污染具有跨行政区的特点，故应当以“区域司法”的手段来处理跨区域大气污染问题。“区域司法”是由多个行政区域间的司法机关相互之间就处理大气污染环境案件的法律程序，就管辖权、审判程序、上诉程序、公益诉讼、执行程序等具体问题达成共识，以便实现跨区域诉讼。同时，最高司法机关也可以根据大气污染防治联防共治的实际，在区域内设置跨区域法院、检察院来处理区域间大气污染的诉讼案件。

“区域司法”可以实现对大气污染案件统一受案标准、统一认识标准、统一判决尺度、统一违法治理程度等目标，而现实中“区域司法”面临着各地环境标准不统一、司法力量不协调、发展不均衡、跨区执行困难等实际问题。因此，区域司法协调机制要着重解决以下问题：一是跨区跨域审判管辖。包括一审法院的选择、二审法院的确定、诉讼费用标准等。二是案件审判法律选择适用规则。主要是环境标准如何选择适用，从理论上讲，应当选择立法协调机制所确立的最高标准。三是判决的执行。包括异地执行、执行和解、信息披露等程序性问题均应当予以明确。四是法律监督程序。主要是检察机关在大气污染防治中要在立案监督、抗诉程序、执行监督、督促起诉等方面充分发挥检察职能，尤其是在跨越行政区域时能够履行。五是司法配套程序。最为典型的是检察机关提起公益诉讼和检察机关支持起诉如何在“区域”之内有效实施。

执法协调机制

环境行政联合执法是大气污染防治联防共治的主要手段，是由不同行政区域的政府依据现行法律法规建立统一的行政规范，政府环保部门对造成跨区域大气污染的污染主体、污染

事件，可以采取相应的行政措施，以使大气环境得以恢复。我国在其他领域内的行政综合执法已经有很长的历史，并且总结了诸多的经验，这些经验都可以作为建立大气污染防治区域执法协调机制的借鉴依据。

针对大气污染防治行政、受害面广的特点，执法协调机制主要应当考虑以下问题：一是执法依据的效力。不同地区的行政主体(主要是省政府)要建立统一的地方政府规章，规定统一的环境标准，并且明确规章的效力空间范围，使之在联防联控的区域内有效。二是合理平衡各地经济发展与环境保护的关系。即使在相邻区域之内，如京津冀、长江工业带、丝绸之路经济带等各地方的经济发展并不均衡，对环境保护所投入的力量也不尽相同，因此执法协调机制应合理考虑各地方的实际情况，制定联合执法的标准和依据。三是行政处罚的规范。以往“一刀切”式的单一标准和指定范围的“浮动标准”均存在不合理之处，较为理想的算法是“倍数标准”，基数则是区域联合立法机制确立的标准或者是单一区域内的最高标准。

法律评估机制

法律评估机制是评价大气污染防治联防共治效果的评价系统，主要是通过全面、客观、准确、标准的评价体系，对区域间大气污染防治联合立法、区域司法、联合执法实施效果的评价，最终促进大气污染防治法律协调机制的完善，实现从法律制定上防治大气污染。大气污染防治法律评估机制应当由区域内各省级人大共同组成评估机构，根据立法、司法、执法等部门报送的资料，对联合立法、区域司法、联合执法的实施情况定期加以评估。

大气污染防治联防共治的法律评估机制应当遵循客观化、公开化、科学化、民主化、实效化的原则，避免主观性和随意性，应当着重把握以下环节和问题：一是评估方法。应充分利用法学、经济学、社会学、统计学的方法，客观公正地进行评估，得出科学的结论。二是评估指标。评估指标的选取要做到数量适当、难度适中、关联性强，才能使评估体系更加科学。三是评估程序。评估程序的启动、实施，评估结论的形成都要建立相应的规范，要在规范的环境下运行，才能使结论客观准确。四是成果转化。对于评估的成果，要积极转化为进一步完善大气污染防治法律机制“立、改、废”的依据，并将这些成果运用于区域司法、联合执法的实践中。

(作者分别为首都经济贸易大学法学院教授、博士研究生)



http://www.fyfz.cn

民间法乃法治的共生力量

作者:张建

博文地址: http://xidazhangjian.fyfz.cn/b/842299

当下中国正处于社会转型的关键时期，社会应该往何处去以及应该建构何种理论来反映与引导时代的转型似乎显得格外重要，不同的理论纷纷登台竞技。

民间法研究的兴起尤其是对传统社会中乡规民约对秩序维系重要性的描述，可能会给人一种主张复古、回归既有的初步印象，故而不得不指出的是，民间法研究不会也不应该简单地回归既定的民间规则系统与秩序之中。实际上，经由对民间法适用尤其是传统社会中民间法功能的研究，能证明出任何一种规则系统都应该是与时代的文化、思想以及经济、社会条件相吻合，只有这样才有前途。英国哲学家罗素曾指出，“中国人要用这样一种敢于怀疑和发问的精神建设一种与其鼎盛时期的旧文化相媲美的新文化”。这样的规范性要求显然是可以套用为对民间法研究的期待，民间法研究必须要转向，建立与增强自身的学术视野与问题意识。

无论是价值法学视角下的民间法研究亦或是社会实证维度中的民间法研究，都将研究的着眼点立足于某种理论框架或纯粹的规则。社会事实视角，使得既有的研究陷进了具体而琐碎的就事论事的泥淖之中，阻碍了从更为开阔的视角与宏观的层面来思考如何研究民间法。将民间法研究嵌入公共性重构这一经济、社会以及文化、思想背景之中，在我看来，不仅能够理论上自圆其说地拓展民间法研究领域，更能够提升民间法研究的理论层次。

鸦片战争后，当面对被挟裹于世界结构的中国来说，最为紧迫的历史任务就在于摆脱西方列强的肆意掠夺，实现民族独立自主，西方法律制度作为一种引导和推进社会变革的力量作为中国不断地移植或复制。在这一历史进程中，后发型中国逐渐地形成了具有特色的“政府推进型”发展模式，移植复制进来的法律制度从上层体制、制度与机制构造的形成角度来看是满足了要求，但基于社会视角来说如此的法律制度只是一种外在的赋予。所以说，从这个维度来说，民间法研究与国家法移植分享着共同的思维方式：将制度视为一种外在于特定时空的结构形式，如果说移植式立法(正式法制定)对西方法律制度采取的是拿来主义态度，那么当下的民间法研究对乡规民约、纠纷解决制度机制何尝不是一种拿来主义态度呢？只不过由于民间

法研究的对象与乡土社会、初民社会密切地联系在一起而使我们容易忽略这一点。“随着中国历史逐步完成从传统到现代的转换，中国正进入一个全新的法治时代，与此同时，中国思想也将迎来它的现代形态，进入一个全新的知识时代——法学时代。”法治中国并非是说社会各方面运行做到了“有法可依、有法必依、违法必究、执法必严”的状态就能真正地满足法治中国、法学时代的要求，更为紧要的是，法律规则之下的人们要通过自己的行动来为自己定规则制，法治中国与法学时代需要人们自己为自己立法。

民间规则作为社会事实是民间法的研究对象，民间法如何进入国家法治实践也应该是民间法的研究对象，但我们对这些问题的分析必然要以对“何为法治”“何为中国法治”“何为法治理论”的讨论作为根基。德国哲学家黑格尔对法律与精神关系的理解，给民间法研究带来的启发在于，我们要以自由之精神、自己为自己立法的时代使命感来检阅各式乡规民约、纠纷解决制度以及机制。恰如北京理工大学教授傅群所言：“在法治现代化进程中，我们尊重小传统，绝不是不分青红皂白地符合小传统。我们只有深入研究之后，沿波讨源，条分缕析，才能得出一个相关的更好的结果。”作为文化或思想的民间法、作为制度及规则的民间法不仅是传统给定的、更是制度建构的产物。

犹如宋朝的乡规民约、宗族组织等制度形态、组织样式反映和满足了当时时代的精神、社会、文化、思想的内在要求那样，今天中国的民间法研究与制度构建也应该反映和满足我们这个时代对社会转型、脱嵌与再嵌入及公共性重构的内在精神与要求，这应该是当下民间法可能发挥功能的着力点之所在，也是民间法研究最为重要的历史使命了。只有作为国家根基的社区获得秩序，国家才能有根基。民间法既能作为社区自我管理内在规范，更为重要的是，在民间法重构过程中，又能培养受到规则规制的人们对规则的认同感、安全感、增强社区的凝聚力，不断地促进公共性的再生。经过思考我们会发现，民间法当然是可以与法治时代相生相伴，并真正地作为法治的共生力量。

“周虽旧邦，其命维新”，这用来形容当下民间法的历史使命显然也不为过。