

Shanghai University Law Review

上大法律评论

第2卷·第1辑(2015)

总第2辑

李清伟 主编

 上海三联书店

D9-53
64
2(1)

Shanghai University Law Review

上大法律评论

第2卷·第1辑(2015)

总第2辑

李青伟 主编

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

上大法律评论(第2卷·第1辑·2015)/李清伟主编. —上海:上海三联书店, 2015. 11

ISBN 978-7-5426-5259-1

I. ①上… II. ①李… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 176384 号

上大法律评论(第2卷·第1辑·2015)

主 编 / 李清伟

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2015 年 11 月第 1 版

印 次 / 2015 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 320 千字

印 张 / 24.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-5259-1/D·292

定 价 / 49.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66510725

《上大法律评论》

编委会主任 沈四宝

编委会委员(按姓氏拼音先后为序)

陈剑平	崔文玉	兰跃军	李 本
李凤章	李建勇	李清伟	李 智
刘俊敏	瞿 琨	陶鑫良	王勉青
许春明	徐静琳	张秀全	

主 编 李清伟

编 辑(按姓氏拼音先后为序)

陈敬根	兰跃军	李凤章	李立新
李俊峰	刘俊敏	潘传表	杨显滨
袁真富	赵 辉	赵清林	

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,不代表编辑委员会和编辑部的任何意见、观点或倾向,也不反映主办单位上海大学法学院的立场。特此声明。

《上大法律评论》编委会

目 录

学科研究综述

制度变革元年的期待和焦虑

——2013 年国内法理学研究成果综述 潘传表(1)

经济转型的挑战与经济法学的回应

——2013 年中国经济法学研究成果综述
..... 李俊峰,雷萍萍,负梦羽(12)

土地权利体系完善的新起点

——2013 中国土地法治报告 苏紫衡,王 玲(34)

证券法修改中的理念选择与监管细化

——2013 年度中国证券法理论研究综述 李立新(52)

生态文明时代开放的环境法学研究

——2013 年环境与资源保护法学研究综述 颜士鹏(69)

国际经济法研究的“黄金时代”

——2013 年国际经济法学文献综述
..... 刘俊敏,刘 娇,朱继娟,顾 媛(86)

刑事诉讼法学研究的新起点

——2013 年刑事诉讼法学研究综述 兰跃军(104)

纠纷解决领域的新发展

——2013 年 ADR 与仲裁研究综述 史长青(132)

各科专论

“法治”作为概念问题

- 以哈贝马斯对法治国范式的探讨为个案 钱一栋(155)
- 香港普选行政长官咨询中涉及的几个宪制理论问题 庄金锋(168)
- 论地方性法规的行政审判适用冲突及其应对 林明民(185)
- 财产犯占有新论 董 磊(199)
- 现代民商法文化的品质与中国梦的实现 黄清华(237)
- 论阻碍中国公司治理发展之障碍 严 恣,王 丹(254)
- 论海洋文化对海洋立法的影响

- 以日本为例 景莹莹,张晏滢(270)
- 域外新闻出版出口服务贸易制度及我国的对策 ... 彭 跃,陈敬根(302)

“大数据时代”的职务犯罪侦查

- 海关类案侦查经验研究 谢燕川,袁 曾(316)
- 检察建议的定位困境及功能重构路径研究 杨宏亮(331)
- 附条件不起诉的效力问题初探 戴有举(345)

ADR 理念在行政争议中的运用

- 关于行政诉讼和解制度的探索 徐静琳,李 源(358)

书评

强化检察机关在环境风险预防与社会治理中的法律监督职能

- 评《检察机关参与环境公益诉讼的程序研究》一书
..... 孙建伟(371)

Contents

[Research Review]

- The expectation and anxiety in the first year of the institutional change
——The review of Jurisprudence in 2013 in China ... PAN Chuan-biao(1)
- The challenge of the economic transformation and the responses of economic law
——Summary of China's economic law research 2013
..... LI Jun-feng, LEI Ping-ping, YUN Meng-yu(12)
- A new beginning of improvements of land right system
——China land law report in 2013 SU Zi-heng, WANG Ling(34)
- The legislative selection and supervision measures in the amendment of the Securities Law of China
——Review of China securities act theory in 2013 LI Li-xin(52)
- Research on open environmental law in ecological civilization era
——Research review of environment and resources protection law in 2013
..... YAN Shi-peng(69)
- Golden age of international economics law research
——Literature review of international economics law in 2013
..... LIU Jun-min, LIU Jiao, ZHU Ji-juan, GU Yuan(86)
- A new starting point in the research of criminal procedural law
——The research reviewed of criminal procedural law in 2013
..... LAN Yue-jun(104)
- New research development in the field of dispute resolution
——Research review of ADR and arbitration in 2013
..... SHI Chang-qing(132)

[Monograph]

“Rule of Law” as a concept problem

——Take Harbermas’s study of rechtsstaat paradigms as a case

..... QIAN Yi-dong(155)

Study on several constitutional theoretical issues involved in HKSAR CE
general election consulting CHONG KanFung(168)

On the conflict of application of local regulations in administrative trial and
solution LIN Ming-min(185)

Criminal possession: reflections on civil and suggestions transplant

..... DONG Lei(199)

Culture characters of modern civil-commercial law and realization of China’s
dream HUANG Qing-hua(237)

Talk about the barriers which confront China corporate governance further
improvement YAN Min, WANG Dang(254)

The impact of marine culture on maine related law-making process

——Taking Japan as an example

..... JING Ying-ying, ZHANG Yan-chiang(270)

Extraterritorial Service Trade System of Press and Publication Export and
China’s Countermeasures PENG Yue, CHEN Jing-gen(302)

Investigation of the crime by taking advantage of duty in the era of “Big Data”

——Research on the experience of the kind of customs case investigation

..... XIE Yan-cuan, YUAN Zeng(316)

The position dilemma and functional routes reconstruction of procuratorial
suggestion YANG Hong-liang(331)

Preliminary study on the effectiveness of conditional non prosecution

..... DAI Youju(345)

Application of ADR in the dispute

——Exploration on the administrative proceedings reconciliation system
..... XU Jing-lin, LI Yuan(358)

【Book Review】

Strengthen Prosecutors' legal supervision in the environmental risk prevention and social governance

——Comment on Program Research prosecutors involved in environmental public interest litigation SUN Jian-wei(371)

制度变革元年的期待和焦虑

——2013 年国内法理学研究成果综述*

潘传表

(上海大学 法学院, 上海 200444)

摘 要:2013 年是中国启动新的变革的元年,2013 年的法理学研究成果紧密响应时代脉搏,在法治理论、宪政问题、司法改革、法律文化等主题上产出丰富的成果。在检索和分析了 2013 年出版的众多法理学研究成果后,对 2013 年的法理学研究特点归纳如下:第一,聚焦时政热点,期待制度变革。第二,中国视角、中国立场解读中国问题的倾向不断增强。第三,观念、立场呈现分离,学术争鸣不时出现。第四,基础理论和现实问题同步推进,具有强烈的时代关怀。

关键词:法理学;文献综述;制度变革

The expectation and anxiety in the first year of the institutional change

The Review of Jurisprudence in 2013 in China

PAN Chuan-biao

(Law School, Shanghai University, Shanghai 200444)

Abstract:2013 is the first year that China government initiates the new reform. The research achievements about jurisprudence in 2013 are close response to this reform, We publish many works in many subjects such as rule of law, constitutional issues, judicial reform, legal culture and so on. We think those research publications show its' characteristics as follows: first, many works focus on current political hot spot and look forward to system

* 收稿日期:2014-04-29

基金项目:2012 年教育部青年基金项目“儒家大一统政法秩序研究”(12YJC820078)阶段性研究成果。

作者简介:潘传表,男,法学博士,上海大学法学院副教授、硕士生导师,E-mail:whupan@shu.edu.cn。

reform. Second, the tendency that to interpret China's problems from the view of China's perspective and China's position is becoming more and more popular. Third, many different or opposing viewpoints and positions emerged on many topics; the academic debate appeared more and more. Fourth, not only the basic theory but also the practical problems are concerned in our research activities.

Key words: jurisprudence; literature review; institutional change

2013 年是中国启动新的变革的元年。2012 年 11 月党的十八大顺利召开,新一届领导人平稳接班。2013 年前后,中国的经济和社会发展到了一个关键节点,既面临重大挑战,又蕴藏重要机遇。人们对制度变革既充满了期待,又对制度变革可能带来的不确定性充满了焦虑。对于紧贴时代潮流并充满反思精神的法理学者而言,2013 年会有哪些研究成果呢? 这些研究成果又会呈现出什么样的特点呢?

一、总体印象

笔者在检索和分析了 2013 年出版的法学核心刊物(CLSCI)中发表的法理学研究成果以及其他重要社科学术期刊和 2013 年度重要的法理学学术会议上的法理研究成果之后,对于 2013 年的中国法理学研究的特点,有以下几点印象。

第一,聚焦时政热点,期待制度变革。党的十八大以来,中央提出了有关法治思维的一些新概念、新命题,如“加快建设社会主义法治国家”,“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力”,“要把权力关进制度的笼子里”等。对于司法制度,党的十八大报告提出要“进一步深化司法体制改革,坚持和完善中国特色社会主义司法制度”。中央的这些宣示昭示了一些关于法治和司法的新的愿景和承诺,启动人们对政治制度改革的期盼。敏锐的法理学者也对此做出迅速反应,对法治和司法改革进行了广泛而深入的研究,发表了数量不少的研究文章,也召开了数量不少的专题性研讨会,形成了 2013 年法学界的一个显著的学术热点。

第二,中国视角、中国立场解读中国问题的倾向不断增强。尽管仍有不少论文是在模仿或照搬西方的理论和价值观念来分析和评判中国的政治和法律现象,但是,自主地寻找中国社会与制度语境下的法律理论与法律现实问题,并提供自主地解释和分析的论文也有不少。这可能是中国法理学研究摆脱“幼稚病”困扰,走向成熟的一个方向。例如,朱苏力对中

国国家凝成与文化制度之间的关系作出的分析、凌斌以传统中国革命论的观念来解读《清帝逊位诏书》进而探讨国家建立的规范基础的论文,都是这种坚持中国视角、中国立场来解读中国问题的新颖作品。

第三,观念、立场呈现分离,学术争鸣不时出现。2013年是中国启动新的变革的元年。中国的法治、司法体制、反腐机制等重大制度领域如何变革,不仅是社会大众热议的话题,更是许多学者心中焦虑的中心。在制度变革选择走向的关键时期,不同观念和立场的学者必然会有观点的冲突和碰撞,不时爆出学术论战也是很自然之事。例如,在“宪政”问题上的激烈争鸣;再如,针对“社会转型期不能过分迷信法治”言论的争论,以及朱苏力与孙笑侠两位知名学者围绕“法律思维”展开的争论。这反映出发展多年的中国法理学界已经形成多元的思想,不同观念和立场的学者不断分化甚至对立;同时,也反映了法学界在学术研究上有较为充分的自由。

第四,基础理论和现实问题同步推进,具有强烈的时代关怀。基础理论研究继续向纵深拓展,在许多文章中,学者们对法治理论、宪政理论、法律文化、司法裁判方法等理论问题给予学理上的分析和阐释。这些理论研究为整个法学研究提供基础理论和方法论,推动法学理论研究走向丰富和成熟。但是,显然,法理学者并不是为了理论而理论,所有这些理论研究的背后,都有强烈的现实问题意识,体现了强烈的时代关怀。比如,对法治和宪政理论的研究,体现了法理学者对制度变革方向、社会治理模式的选择等现实问题的期待;对司法理论的研究,则是学者们对当下的反腐问题、司法机构管理体制改革、案例指导制度实施等现实问题的关注;而对法律文化和历史的研究,也体现出学者们中国主体意识的增强,对文化自信、制度自信问题的关注。

二、成果综述

2013年法理学研究成果极为丰富,本文将其分为以下几个主题进行综述。

(一) 关于法治

法治再度成为研究热点。2013年9月在青岛召开的中国法理学研究会2013年学术年会主题定为“法律权威与法治体系”,与会学者提交的论文从各个方面对法治进行了深入探讨。陈金钊提出:“法治与改革在特定的历史时空中会出现一些矛盾,在社会转型期需要认真对待,把其冲突控制在最低的烈度。用法治凝聚改革共识,是今后改革的基本思维方式,

中国需要在法治框架内进行改革。”^①刘扬指出:“在中国当下语境,有两种具有重要意义的法治:一是中国法治,一是西方法治。总体而言,它们不仅‘不同’,而且‘不和’。”他主张:“以法治的古今之别诠释、取代法治的中西之异,以历时性的现代化替换共时性的西方化,既有利于尽可能多地化解实现法治的意识形态阻力,又有助于揭示法治的实质,从而说明法治的必要性和必然性,即法治是现代化进程的体现和组成部分。”^②

在法学核心期刊中,探讨法治的论文就更多了,观点或视角较新的不在少数。例如,袁达松提出包容性的法治国家建设命题,他建议国家要以包容性发展理念为导向,确立法治先行、民主渐进的改革顶层设计,以法治国家建设夯实和推动经济市场化和政治民主化的制度基础和发展进程。^③

莫纪宏提出了“法治小康”的概念,指出“法治小康”是对“法治”建设状况与“小康社会”社会发展目标两个方面的期待与要求,并认为“依宪治国”、“依宪执政”是实现“小康社会法治化”的必由之路。^④再如,江必新提出“生态法治”的概念,他认为,调整复杂的矛盾关系、建设生态文明,要求法治的因应变迁。生态法治相较于人本法治有质性的迈进。^⑤

万江颇为新颖地提出,中国地方政府的招商引资竞争确已呈现出法治建设竞争的迹象,而这种基于资本流动驱动的法治建设竞争有效约束了地方政府的掠夺行为,更是促成我国产权保护机制生成的关键因素。但由于与企业相比,地方民众的议价能力过弱,这也使得我国的地方法治建设是资本驱动的法治建设,民众的权益保护明显不够。^⑥

倪斐也对“地方先行法治化”命题进行探讨,他认为,地方先行法治化在主体、内容和形式上存在偏离法治的情形,必须客观评判“地方先行法治化”命题的法理限度,重塑地方先行法治化的回应型路径,是协调地方法治与国家法治关系,保证地方法治建设合乎法治理念的关键。^⑦

2013年年末,朱苏力在参加北大光华新年论坛对话时,抛出“社会转型期不能过分迷信法治”的观点,他坦言:“所有人都讲市场经济、法治经

① 陈金钊. 法治方式与改革思维的冲突及消解[C]//2013年全国法理学年会论文集.

② 刘扬. 两种法治:再论法治的概念策略[C]//2013年全国法理学年会论文集.

③ 袁达松. 走向包容性的法治国家建设[J]. 中国法学,2013(2).

④ 莫纪宏. 法治与小康社会[J]. 中国法学,2013(1).

⑤ 江必新. 生态法治元论[J]. 现代法学,2013(3).

⑥ 万江. 中国的地方法治建设竞争[J]. 中外法学,2013(4).

⑦ 倪斐. 地方先行法治化的基本路径及其法理限度[J]. 法学研究,2013(5).

济,其实有一个迷信在里面,因为法律只不过是另外一种政府规制的措施。因此,要防止过分迷信法治,觉得政府管的是错的,只有交给法律去管才是对的。司法腐败和政府寻租是一样的,千万不要以为法律就不是政府,它只不过是政府的另外一种方式。”^①苏力的这一观点在网络上引来很多关注,不少学者鲜明反对或持保留意见。

(二) 关于宪政

“宪政”之争可能是2013年中国学术界的最大的一个热闹话题,也是争论最为激烈,对立局面最为严重的一个领域。2012年12月4日,习近平主席在宪法公布施行30周年纪念大会上强调:“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。”2013年年初,不少人将中央提出的“中国梦”解释为“宪政梦”、“自由梦”。5月份,几份旗帜鲜明地反对“宪政”的文章在官方媒体上发表。其中,杨晓青在《红旗文稿》发表《宪政与人民民主制度之比较研究》一文,该文认为“宪政”姓资,“宪政的关键性制度元素和理念只属于资本主义和资产阶级专政,而不属于社会主义人民民主制度”。谁主张实行宪政,谁就是要“整体改变国家的性质和基本制度”,实行西方资产阶级专政。^②《环球时报》的环球网也发表社评,认为鼓吹宪政“是兜圈子否定中国发展之路”。“宪政”实际上是绕了个弯,用新说法提出中国接受西方政治制度的老要求。^③郑志学在《党建》杂志上发表《认清“宪政”的本质》的文章,该文认为,“宪政”一词无论从理论概念来说,还是从制度实践来说,都是特指资产阶级宪法的实施。“宪政”主张指向非常明确,就是要在我国取消共产党的领导,颠覆社会主义政权。不能把“宪政”作为我国的基本政治概念,以落入其背后隐藏着的“话语陷阱”。^④

上述反对“宪政”的言论随即引起知识界理论界的惊诧和反弹,群起质疑、反驳。在这些反驳的陈营中,也明显分化出不同的派别。概括而言,有激进宪政派,主要是指基于自由主义学理资源的宪政派,以刘军宁、贺卫方等为代表,认为宪政是自由主义或资本主义的产物,宪政与社会主义水火不容。有温和宪政派,或者社会主义宪政派,如郭道晖、许崇德、李步云、江平、韩大元、童之伟等,他们认为,宪政并非资本主义的专利,宪政与社会主义是可以兼容的,他们把“中国特色社会主义”视为宪政建设的

① 苏力. 社会转型期不能过分迷信法治[EB/OL]. <http://www.aisixiang.com/data/71192.html>, 2014年3月访问.

② 杨晓青. 宪政与人民民主制度之比较研究[J]. 红旗文稿, 2013(10).

③ “宪政”是兜圈子否定中国发展之路[N]. 环球时报, 2013-05-22.

④ 郑志学. 认清“宪政”的本质[J]. 党建, 2013(6).

现实前提,关注社会主义政治文明视域中之宪政。还有儒家宪政派,以盛洪、秋风、陈弘毅等人为代表,他们基于传统中国儒家的思想资源提出相关宪政主张,他们大多能够认可或包容社会主义宪政理念。

人文社科领域各个学科几乎都有学者参与“宪政”的这场大争论,其中政治学和宪法学学者参与是最多的。法理学者中,郭道晖先生在多个演讲场合旗帜鲜明地公开批驳上述杨晓青和郑志学的文章。郭道晖先生认为,宪政是以实行民主政治和法治为原则,以保障人权和公民的权利为目的,立宪、行宪、守宪、护宪以及修宪的全过程。简言之,宪政就是依宪执政和依宪治国。不实行宪政,就不是社会主义。宪政是规限社会主义的本质的基本元素。杨、郑诸文故意将宪法与宪政割裂,杜撰二者是姓社姓资的对立。实际上是否定我国现行 1982 年宪法中蕴含的人民民主与人权、法治因素;也违反党的十八大强调要运用法治思维治国理政的精神,仍然坚持“以阶级斗争为纲”和人治、党治的习惯思维,来观察和处理国家和社会事务。他们反“资”是假,维护权贵资本主义是真。^①

(三) 关于司法

陈光中、龙宗智联合撰文《深化司法改革若干问题的思考》,对我国现阶段司法运行中备受关注的若干问题,如审判权、检察权独立行使、党对司法工作的领导方式、纪委与检察机关的关系、权力机关与司法机关的关系、司法机关人事、财政制度、法检公分工配合制约、司法行政化问题等,提出了他们理性而务实的改革方案。^②

《中国法学》2013 年第 3 期聚焦“司法权的运行”,专门发表了 5 篇有关司法的论文。其中,陈景辉就同案同判是法律义务还是道德要求这一颇有新意的问题进行探讨。他认为,同案同判的“弱主张”具有明显理论优势,所以,同案同判只是可被凌驾的、与法律有关的道德要求,它本身并不是一项无法摆脱的法律义务。^③ 吴英姿的论文则对司法的公共理性这一问题进行探讨。他说,中国司法一直在政治理性与技艺理性之间徘徊,甚至将二者对立起来。其实二者是可以得兼,也应该同时具备的。能够将二者有机结合起来的是司法的公共理性。培育司法的公共理性并非简单地政治化,而是在公共理性的指导下,从确保“政治正确”提高到维护“政治正义”,还应当从培养法官的公共精神和构建司法沟通理性的制度

① 郭道晖. 当前反宪政思潮评析[EB/OL]. http://www.21ccom.net/articles/sxwh/shsc/article_2013061285396.html.

② 陈光中、龙宗智. 关于深化司法改革若干问题的思考[J]. 中国法学, 2013(4).

③ 陈景辉. 同案同判: 法律义务还是道德要求[J]. 中国法学, 2013(3).

保障两个层面采取措施。^①

刘星从分析中国基层司法实践中的“法官后语”的角度出发,对判决书定义、功能以及法官角色和更宏大的司法理论进行了探讨。他认为,重视并积极回应被司法者和广泛司法关注者对司法的愿景,符合司法政治学的正当性理念,亦对中国现代正规司法建设有益。^②

李安发表在《中国社会科学》的文章分析了司法过程的直觉及其偏差控制问题。他认为,在司法过程中,直觉通过获取法条、形成初始结论为法律推理提供前提,逻辑自动化型直觉还可以省略认知过程,快捷获得结论。但直觉可能产生偏差,导致结论偏离实际,所以要通过诉讼程序、司法管理等制度设计对直觉进行深度监控。理想的司法认知至少需直觉、检测与证立三道工序,对应发现结论、防范直觉偏差、修正不合理理由三个认知功能,完成为案件提供答案、保证客观性、展现正当性三重司法任务。^③

凌斌发表在《中国社会科学》的一篇论文分析了当代中国法治实践中的“法民关系”。他指出,法民关系是法律人与普通人围绕法律解释权分配形成的主体间关系。法民关系存在两个“理想类型”:一是以法官和律师为核心的、法律职业共同体主导的“消极法民关系”,“消极法民关系”中的法律解释权由法律人垄断;二是以当事人和法官为核心的、法律职业共同体与普通民众主导的“积极法民关系”,“积极法民关系”中的普通民众和法律职业共同体分享法律解释权。二者既在具体案件中围绕法律解释权的分配形成了不同的“微观司法环境”,又在总体上基于司法公信和法治信仰构成了不同的“宏观法治状况”。凌斌认为中国法治的实践处境是一种积极法民关系,应从植根国情的法民关系出发,探索中国法治的发展道路。

(四) 关于案例指导制度

最高人民法院于2010年11月26日印发了《关于案例指导工作的规定》,从2011年12月到2014年1月,最高人民法院先后发布六批共26个指导性案例。其中2013年发布14个指导性案例。有关案例指导制度的意义与功能、其与立法解释及司法解释的关系、运行过程的问题及完善等问题持续引发学界的关注和研究。学者们对案例指导制度的前景大都

① 吴英姿. 司法的公共理性:超越政治理性与技艺理性[J]. 中国法学, 2013(3).

② 刘星. 判决书“附带”:以中国基层司法“法官后语”实践为主线[J]. 中国法学, 2013(1).

③ 李安. 司法过程的直觉及其偏差控制[J]. 中国社会科学, 2013(5).

持一种积极的、乐观的态度,认为其可以弥补法律与司法解释的不足,是中国司法实践中的一种制度创新。

四川省高级人民法院和四川大学联合课题组发表在《中国法学》的一篇论文指出了案例指导制度在定位、效力、编选、应用等方面存在一些问题,对其未来发展与完善的整体理论框架、具体制度构建等进行了深入思考,阐明了案例指导制度的“中国特色”及构建过程中以“用”为宗旨设计“选”与“编”的立场。^①

张骐认为,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》在一定程度上解决了中国指导性案例同时缺乏法律共同体共识与制度权威的尴尬境地。中国指导性案例效力的性质具有制度支撑的说服力,我们应当通过实现社会沟通与共识来保证指导性案例的效力,他呼吁法院和法官在建立和使用指导性案例时提供正当性证明并对指导性案例公开引证。^②

周道鸾认为,2010年《关于案例指导工作的规定》的出台,标志着具有中国特色的案例指导制度的初步确立。这种案例指导具有这样的特征:建立了案例指导制度而不是判例制度;指导性案例只能由最高人民法院确定和统一发布;明确了指导性案例的选编标准和程序;设立了案例指导工作的专门机构;指导性案例的编写体例重点应放在“裁判要旨”上。^③

汤文平认为,案例指导制度既可能沦为司法解释制度的附庸,也可能成为中国特色判例制度的先声,其未来系于法律共同体的行动。法律共同体必须研究判例纂辑方法,应通过学术参与博采各类著述体裁,促成判例通说及学术通说合力机制。^④

(五) 关于“法律思维”

2013年关于“法律思维”的一场激烈争论颇引人注目。这场争论发生在朱苏力与孙笑侠两位知名学者之间。朱苏力教授在《北大法律评论》第14卷第2辑(2013)发表了《法律人思维?》一文,该文指出英美法语境中的“像个法律人那样思考”受到当代中国法学人的误解,中国制造所谓“法律人思维”其实并不存在。朱苏力认为,文本解释、教义学、法律推理等专业技能仍然必要,并无可替代,但法学院更重要的是要培养法律人有

① 四川省高级人民法院四川大学联合课题组. 中国特色案例指导制度的发展与完善[J]. 中国法学, 2013(3).

② 张骐. 再论指导性案例效力的性质与保证[J]. 法制与社会发展, 2013(1).

③ 周道鸾. 构建符合中国国情的案例指导制度——对《关于案例指导工作的规定》的诠释[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2013(4).

④ 汤文平. 判例纂辑方法研究[J]. 法商研究, 2013(1).