

商法：如何面对实践？

——走向/改造“商法教义学”的立场

蒋大兴

摘要 商法是一门实践的学科。在一些没有商法典的国家，它因过于理论化而渴望更多地“接近实践”；在一些有商法典的国家，它又因过于实践而被视为居住在“黑暗的技术角落”。中国应对实践危机的两种策略是案例教学和诊所教学。两种方法强化了法学教育的实践导向，是法学院应对“法律职业化”的主要模式。但这样判断有些误解，两者的产生都内涵“理论训练”的成分，并不仅是实践策略。中国商法过于实务化会导致法学院衰落，使得法律精神、社会正义的传承在法学院变得困难。法学院不仅是“可以给付法律技巧的盒子”，更是“诞生法律艺术的盒子”。如果商法也需严守法律艺术的底线，也许十分接近实务的商法课程还需与实务保持一定距离。商法学的未来应当也必然会走向/改造商法教义学，法律（商法）解释学的发达是必然的结果。在部门商法内部推行法教义学的训练，使商法学“看起来像法学”，维持商法乃至法律知识群体在方法论上的独立性，对形成“职业共识”、“规则信仰”、“话语沟通”等都具有重要意义。

关键词 商法 实践 解释 教义学

作者蒋大兴，法学博士，北京大学法学院研究员。

人们已“深陷于商法的黑暗和技术角落”。——Chaim Saiman^①

在今天的环境中，商法已不是一个光荣的学术职业。选择从事商法工作的学者，会给其学院派的同事一个很强的信号，他只是渴望成为一个法律技术者而非高端的学术理论家。——Larry Garvin^②

一、讨论背景

本文的讨论旨在发现一条道路——在接近实践的过程中，商法学如何进行理性定位，以平衡理论与实践的关系？讨论源自以下背景：由于生活中的法律问题日益增多，今日之法学已被实践立场捕获，呈现出实践化、经验性的一面——法律开始生活化，生活也日渐法律化。“法律教义学”、“法律解释学”以及所谓“实验的法学”、“实用主义法学”、“现实主义法学”等，都是这一立场在不同层面的体现。因商人以及商事交易乃实践之产物，商法最重实践立场。然因“规范面之局

* 本文初稿是为2009年7月在中国政法大学召开的“全国商法教学与课程建设研讨会”而准备的会议论文，部分观点在会议发言中简要表达和交流。此处所谓商法主要针对《商法总论》而言，但实际上本文的论证和结论可运用于商法的所有分支学科。

① See Chaim Saiman, “Beyond the State: Rethinking Private Law”, 56 *Am. J. Comp. L.* (2008), p. 691

② See Larry Garvin, “The Strange Death of Academic Commercial Law”, 68 *Ohio St. L. J.* (2007), p. 403

限”——中国并无统一、成文的商法典或商事通则——“商法研究和教学如何面对实践”日益成为一个极为重要、也极为尴尬的问题。

稍事观察即可发现，大学讲台上的商法教学不断徘徊在理论与实践之间，并最终主要停留在“理论布道”的场景。尤其对《商法总论》（以下简称《商总》）来说，似乎只有结合外国法例解释何谓商或者商人；如何界定商法、商行为的概念与类型；如何厘定商法的基本价值与基本原则；兼及讨论商事仲裁与商事审判……，此后再无太多讲授余地。要言之，面对实践需求，《商总》更像漂在天空的云朵，美丽却难以触摸——我们甚至解释不清“何谓商人”、“何谓商行为”这些“底线常识”——《商总》教学带有很强的自说自话、脱离现实的感觉。与民法相比，本应“最为实践”的商法却无太多可资运用的实践素材，甚至在如何面对实践的问题上，商法教学研究面临严重危机。^③

在国际上，商法今天似乎也危机四伏，这种危机似乎是反方向的——商法过于实践化。按照 Villanova 法学院 Chaim Saiman 教授 2007 年在德国汉堡举行的“国家之外的私法”学术会议上的观点，商法似乎欠缺理论立场，人们已“深陷于商法的黑暗和技术角落”。^④ Larry Garvin 教授也在《商法学的奇怪死亡》一文中指出，与 20 世纪 60 年代商法作为一个热门领域^⑤ 相比，今天商法已不是一个光荣的学术职业。选择从事商法工作的学者，会给其学院派的同事一个很强的信号，他只是渴望成为一个法律技术者而非高端的学术理论家。^⑥ 这样的判断或多或少会让商法学者感到沮丧。Larry Garvin 教授还用数据表明，在属于美国法律学校协会成员（AALS-member）的法学院中，从 1965—1966 学年到 2005—2006 学年 40 年间，商法教授并无太大增长，其增幅远远赶不上刑法和知识产权法教授的增幅（参见表 1）。^⑦

表 1 近 40 年间 AALS-member 成员之法学院商法教授的增长情况^⑧

领域	1965—1966	1975—1976	1985—1986	1995—1996	2005—2006
商法	241	453	392	434	427
基数化比较	100	188	163	180	177
刑法	227	703	691	800	957
基数化比较	100	310	304	352	422
知识产权	46	137	113	197	343
基数化比较	100	298	246	428	746

以各年度商法教授的数量为分母，将其视为 100，以该年度其他学科教授的数量为分子，并与商法教授数量进行比较，则可更直接地反衬上述变化（参见表 2）。^⑨ 结论也许令人郁闷，我们很难想象在 1965—1966 年间，商法教授的数量比刑法还多。而从 1975—1976 年到 2005—2006 年之间，尽管增加了不少法律院系和法学教师，世界经济也在快速增长，但商法教授的数量甚至还在减少，

③ 基于这场危机，商总教学本身的阵营也开始动摇和瓦解，大体有两类改革主张：其一，激进派主张干脆取消《商总》课程；其二，温和派中有人主张改造《商总》的内容，如将其改革为《商法学方法》；也有人主张将《商总》改造为“讲座课程”，压缩现有课时。与此同时，主张延续传统安排的一些学者，则坚决支持应保留《商总》，在此基础上，对其进行进一步理论化和体系化。这些争论本身并未形成一致见解，但由此无疑可以观察到商法教学面临的整体危机。上述诸种争论，集中体现在 2009 年中国政法大学举办的全国商法学教学研讨会上。

④ See note ①.

⑤ 在当时，有作为的年轻人成群结队地涌向商法；最好的法律杂志经常发表商法论文。See note ②.

⑥ 原文为：In today's environment, a scholar choosing to work in commercial law sends a strong signal to his academic colleagues that he aspires to be a legal technician rather than a high-end academic theorist. See note ①.

⑦ See note ②.

⑧ 为便于理解，以各学科 1965—1966 年的教授数目为基数，视为 100，其他各年度该学科教授数据据此进行换算，则可以比较出增长的大致幅度。

⑨ See note ②.

这一点几乎让人难以理解。^⑩

表 2

领域	1965—1966	1975—1976	1985—1986	1995—1996	2005—2006
商法	100	100	100	100	100
刑法	94	155	176	184	224
知识产权	19	30	28	45	80

因此，商法所面临的危机好像是全面的。在一些没有商法典的国家，商法因过于理论化，而渴望更多地“接近实践”；在一些有商法典的国家，我们又看到商法因过于纠缠实践，而被视为日渐远离理论智慧的“法律技术”。但是，无论何者都预示着一场危机——没有未来的商法——要么居于“黑暗的技术角落”，要么只是“远离规则”的“坐而论道”！

在中国，“繁荣的商法”所面临的危机并非一天形成，甚至也许主要不是讲台上的教授造成，但我们依然有责任去改变或者改造、弱化这种危机状况。目前，已有一些努力正力图使商法能更好地面向实践，如在商法领域展开实验教学——法律诊所式的教育，或者推行案例教学。本文试图说明的是，诊所式教学与案例教学虽然对于改进商法学的教学方法具有重要意义，但在面对实践的问题上，走向系统的商法教义学或者商法解释学，才是根本的解决问题之道。

二、两种有缺陷的实践应对方法

在中国现今法学教育中，谈及实践性教学方法，不能不提案例教学与法律诊所教学。几无争议看法认为，这两种教学方法强化了法学教育的实践导向，应是中国目前法学院应对“法律职业化”的主要方式。商法教学也无法回避案例教学和诊所教学。问题果真如此吗？

（一）被误解的案例式教学

在我国商法领域很早就启动了案例教学，一些学者也为此编撰了系统的案例教学资料。^⑪ 法学教学中的“案例反应速度”越来越快。然而，现存的案例教学在所谓“实践应对”方面还存在严重的“前见问题”——例如，案例教学是实践教学吗？

在今天，尤其是在大陆法系国家，溯源于英美的案例教学^⑫ 似乎当之无愧属于实践教学的行列。^⑬ 但其实，对于何谓案例教学，案例教学到底是理论教学抑或实践教学，以及法学教育是否应以案例教学为主体等问题，即便在盛行案例教学的国家，也并非毫无争议。不过，一个不可否认的史实是，从 Christopher Columbus Langdell 确立了以综合性大学为基础的专业法学院以及案例教学法

^⑩ 按照美国律师协会（The American Bar Association）收集的数据，在该时期，全日制法学教师的数量分别：1965—1966，222 人；1975—1976，3702 人；1985—1986，4881 人；1995—1996，5675 人；2005—2006，7172 人。但上述数据只是大致的总数，不包括该时期后半叶兴起的职业训练教育。See note ②。

^⑪ 如早在 1999 年，刘心稳、管晓峰教授就编辑了《商法教学案例》（法学教学案例丛书），中国政法大学出版社 1999 年版。晚近的教材则更为丰富，如赵万一主编：《商法案例》，中国人民大学出版社 2004 年版；程荣斌、姜小川：《商法——案例·法规·试题》（高校法学专业核心课程教学用书），中国法制出版社 2006 年版；顾功耘主编：《商法案例法规选编》，北京大学出版社 2006 年版；吴建斌、郭富青主编：《商法案例教程》，水利水电出版社 2007 年版；范健主编：《商法案例分析》（全国高等学校法学专业课程案例分析教材），高等教育出版社 2008 年版；赵旭东主编：《新编商法案例教程》，中国民主法制出版社 2008 年版；林嘉：《商法案例分析》（21 世纪法学系列教材），中国人民大学出版社 2009 年版；等等。此外还有大量国际商法案例教材，如沈四宝、王军编著：《国际商法教学案例（英文）选编》，法律出版社 2007 年版；董宝琪主编：《国际商法案例教程》，中国劳动社会保障出版社 2002 年版；等。

^⑫ 关于案例教学的最初运用，仍然存在争议，有人认为最早是 1829 年英国法学界开始使用案例教学法。参见武亚军、孙轶：《中国情境下的哈佛案例教学法：多案例比较研究》，载《管理案例研究与评论》2010 第 1 期。

^⑬ 这一点在中国表现得极为明显，学者大凡谈到实践教学，都会言及案例教学，仿佛案例教学就等同于实践教学一样，可以说，在实践教学中“言必称案例”。

的统治地位以来, 案例教学一直被当作最为重要的法学教育工具。^⑭ 只是不像我们今天的学者认为或想象的那样, 案例教学法一开始并不是一种实践教学法, 而是“蒙着理论教学的面纱”。因为案例教学最初是相对于法律职业训练中的“学徒制”发展起来的, 是对学徒制过于经验化不满的一种回应。^⑮ 因此, 案例教学从一开始就是一种理论教学。按照 Redlich 的观点, Langdell 在法学院和学徒制方面的最大进步是他用“常见法律中的一种真正的理论性教育”代替了以前的训练。^⑯ 所以, Gee & Jackson 指出, Langdell 透过案例教学法所欲完成的任务是要确定理论支配实践, 而不是相反。^⑰ A. Z. Reed 也认为, 案例教学法是“理论性”的。^⑱ 直至今日, 美国相当一部分法律教育者仍倾向于认为案例教学法是理论性的, 有关法学教育的文献在提及案例教学法时仍将其看作理论性教学法。波士顿大学副教授 Mark Spiegel 曾到过美国四个不同的法学院并在所有这些学校观察全体教师后发现, 大体而言, 他们在提及案例教学时也都认为其是理论性的。^⑲ 尽管在今天, 案例教学已经开始发生一些变化, 它将不再被设计用来教授法学原理, 而是“在将来控制裁判法”, 从而被理解为从理论到实践的转变, 但案例教学法仍被视为是科学性和理论性的。^⑳ 这种基于理论立场的影响, 甚至也超越了法学, 影响到管理学。例如, 1919 年哈佛商学院将案例教学引入商学教育, 使案例教学法在 MBA 教育中得到长足发展, 并对世界管理教育产生了巨大影响。哈佛管理案例教学不同于传统的课堂讲授, 不是为了给学员一个标准答案或者解决具体问题的办法, 它侧重于理论应用, 需要学员积极参与讨论, 是一种“学习者为中心的学习方法”。^㉑

当我们过于片面或者过于热衷地将案例教学法视为一种“应对实践”的训练方法时, 却恰恰容易忽略或者事实上也已经忽略案例教学法本身对理论的追求或者其本身“旨在确定理论支配实践”的立场。案例教学并不只是实践的宠物, 在法学院它还可以或者主要应承担理论思维训练的任务。就此而言, 也许我们的部门法课堂上并不缺少案例, 但缺少一种负载理论发现能力、理论思维训练任务或者理论意识培养的“案例教学”。因此, 案例教学应当是一种夹杂实务材料的法学理论思维训练。这意味着, 案例不仅仅是用来佐证理论判断的工具, 更是解释法律规范的构成、内容的正当性以及社会实效, 并借以发展法律理论的中心。在案例教学中, 全部的思维判断、法律推理都是围绕案例推进和展开的, 案例从理论解释的辅助工具转变为核心工具, 案例教学由此应当是一种规范主义的解释学训练。然而, 在今天的法学课程中, 案例更多的只是“在教学中被运用”, 被用来佐证理论判断, 系统性的案例教学并未完全展开, 甚至没有在教学者的意识层面涌现和展开。^㉒

在商法教学领域, 案例运用也仍处于初级阶段。案例主要被用来解释或论证理论判断, 或者作为理论教学的辅助阅读材料。目前, 有关商法的案例教材与商法理论教材同时并举、各有分工的现状, 恰好解释、旁证了商法此种“理论知识与案例工具相互分离”的状况。我们甚至可以说, 商法尚未进入“以案例为中心”的案例式教学阶段, 充其量是处于“运用了案例的理论教学阶段”。此

^⑭ 参见 Mark Spiegel: 《法学教育中的理论与实践: 一篇关于诊所教育的文章》, 载李傲、Pamela N. Phan 编: 《实践型法律人才的培养——诊所式法律教育的经验》, 法律出版社 2005 年版, 第 24、28 页。

^⑮ 同注⑭, 第 31 页。

^⑯ 参见 J. Redlich, “The Case Method in American University Law Schools”, 1914, p. 58. 同注⑭, 第 30 页。

^⑰ 参见 Gee & Jackson, “Bridging the Gap: Legal Education and Lawyer Competency”, *B. Y. U. L. REV.* (1977), p. 695, p. 756. 同注⑭, 第 29 页。

^⑱ 参见 A. Z. Reed, “Training for the Public Profession of the Law”, 1921, p. 379. 同注⑭, 第 30 页。

^⑲ 同注⑭, 第 31 页。

^⑳ 同注⑭, 第 30 页。

^㉑ 参见武亚军、孙轶: 《中国情境下的哈佛案例教学法: 多案例比较研究》, 载《管理案例研究与评论》2010 年第 1 期。

^㉒ 如同苏力所言, 由于教义学的传统, 迄今为止法律教学中使用的所谓案例大多是高度简化的, 是为了说明并帮助学生理解某个已有的法律概念或命题, 而不是借助案例来发现复杂的法律问题, 拓展法学的视野。参见北京大学法学院编: 《北大评案·法律思维》, 北京大学出版社 2010 年版, 苏力序言, 第 1 页。

外，过于强调实践导向，致使案例教学理论性的一面更是完全被忽略，学术界也没有将案例作为推进理论发现以及知识贡献的重要场域。因此，如果我们要坚持案例教学，并不仅仅在于如何在法学院的理论驯化中，引入若干案例素材，而在于如何透过案例材料指导学生发展其实证思维能力和理论响应力，增强其在具体案例中解释规范、运用规范、演绎规范的能力。

（二）侧重感性的诊所式教学

现今，法学院广为倡导的另一种应对实践的方法是诊所式教学。与案例教学不一样，诊所教学似乎从定义和历史的角度的都始于实践的一边，它聚焦于呈现实际世界而非抽象知识。^{②③} 诊所教育是日益增加的强调技巧和能力的观点的天然伙伴，其最初原理就是技巧训练。这进一步强化了诊所教育天生就是实践教学的观点。但关于诊所教育的这种定义方式和历史其实都没有捕获到诊所教育的全貌。正如案例教学体现了理论和实践两种因素，诊所教育也是如此。^④ 诊所教育出现的一个重要原因是在法律职业道德退化的背景下，旨在透过诊所教育传授职业责任。^⑤ 所以，Jane H. Aiken 说，诊所式法律教育为学生们提供了律师为社会正义服务的直接经验——学生们通过实施救助的实践来逐步理解正义；通过满足遭受不公正待遇的社会群体的法律需求给其带来正义；通过有策略地运用民权诉讼来影响整个大环境的公正。简言之，学生们在传播正义方面扮演着重要角色。^⑥ 可见，诊所教育是将法律职业理解为一种践行社会理想的职业——显属一种涉及“理论定位”的训练方法。从这一“激发正义”的目标而言，讲求交易效率、强调商谈正义、淡化社会正义的商事案件也许并不适合法律诊所。事实上，最初进入法律诊所的案件也无太多商事案件——处于社会强势地位、有能力购买更好的诉讼服务的精明而实际的商人，可能并不需要、也不会放心将关涉重大经济利益的商事纠纷交给“诊所”的学生实践。

然而，作为正义激发者的诊所教育进入中国就逐渐异变为“一种纯粹的实践教学模式”，^⑦ 几乎完全掩盖了其最初理想主义的一面。诊所教学的这种“精神性失落”导致法律诊所在很大程度上演变成偏重或者单一的“实践竞技演习场所”。^⑧ 透过诊所教学重建法律职业的道德伦理，探寻社会正义训练（养成）途径的原始目的或者被淡化，或者被遗忘，或者被居次。^⑨ 剩下的诊所教学仿佛只是或者主要是与传达法律战役的实战技术相关。^⑩ 这很容易让人联想起曾经占据统治地位的“法律学徒制”——在法律教育史上，法律学徒制即极为注重“感知传授”的训练方法，因此，法

^② 同注①，第37页。

^③ 同注①，第38页。

^④ 同注①，第39页。

^⑤ 参见 Jane H. Aiken:《正义的激发者》，同注①，第3页。

^⑥ 在中国推进法律诊所教育之初，也主要体现在弱者扶助领域，所以这种异变是“逐渐”发生的。例如，2001年，清华大学法学院和北京市海淀区消费者协会共同建立“消费者投诉与法律支持中心”，作为学生的选修课，学生实践成绩计入学分。中心免费为消费者提供申诉与咨询，并运用法律的手段支持消费者，为学生提供了实践机会，让学生接触社会现实和实际案例，学习处理申诉和调解的方法和技巧。参见《清华学生实践到“法律诊所”》，载《北京日报—教育周刊》，2001年3月28日。

^⑦ 参与法律诊所的学生，大多将法律诊所视为一种实践的场域，将法学院的训练视为一种理论的模式。例如，参与过清华大学“消费者投诉与法律支持中心”的学生认为：“在学校里，接触的大多是理论知识，而在中心，能够接触实际的案例和现实生活，活学活用自己在课堂上学到的知识，积累有益的经验，对将来走上社会参加工作和个人成长都是有益的。我们每个人都都很珍惜这难得的实践机会，争取尽最大努力来帮助消费者。”同注⑦。

^⑧ 学者认为，诊所教育的主要目标是“提高技能”，即使有其他理论性目标，也被淡化了。例如，有学者指出，诊所式法律教育采取不同的形式对诊所学生进行法律执业训练，包括经验式的、实践性的训练。训练的主要目的就是在于教授法律专业学生法律执业所必需的技能。参见姜茹娟：《探析美国法律教学模式之发展，建立本土化“诊所式法律教学模式”》，来源 <http://www.cuplfl.com/show.php?ArticleID=562> 2010年4月27日访问。

^⑨ 例如，以中国某大学《法律诊所课程教学大纲》（试用）为例，该大纲中所设定的学生任务与一个律师事务所助理律师或者实习律师所做工作几乎无异，技能训练的目标非常明显。即学生在诊所需完成的任务：1. 在值班室会见当事人；2. 调查取证；3. 当面或通过电话给当事人提供咨询意见；4. 起草法律文书初稿；5. 在诊所教师指导下修改法律文书；6. 与对方当事人或律师谈判；7. 接受当事人委托，作为代理人出庭参与诉讼；8. 一般性办公文秘工作（整理案卷，归档）。

律诊所的复兴可以说在一定意义上代表着法律职业“学徒制”的复归。诊所教学蜕变为一种“感性教学”，也意味着理论训练方式的衰落。加之科技前所未有地发展，教育也越来越追求知识、技能的传授，^①“唯技术”的时代大刀阔斧地驱逐着理性之光，法律科学中的透藏的人类理性也遭遇了冰期。今天，全球社会到处弥漫着实用主义的味道，技能越来越超越理想成为生活甚至文化的统治之王。这种现象在所有社会科学领域中都有体现，法科同样不能幸免。现今商法教学中主张推行法律诊所教学，即旨在让学生在商事法务实践有一些现实感悟，从而达成“实验法学”的目的。这一目的导向表明，商法领域中的诊所教学主要是一种感性的知识传播，这种教学方法实际上坚守一个前提——“知识或者真理是感受出来的”。因此，流行的诊所教学通常采用“案件跟进”的方法，由指导教师采取类似于传统手工作业的那种“师傅—学徒（帮工）”模式，让学生在参与案件办理的过程中领会、理解法律知识。所以，在我看来，今天的诊所教学的实质是让法务工作进入课堂，或者是让学习主体提前工作，在实践工作中继受法律知识、演绎法律技巧。法律是一种理性的职业，诊所教学如果过分偏向感性训练，在缩短学生进入法律社会的过程的同时，也可能会损耗了法律知识的理性传播。与此同时，中国法学教育大班化的现状，无疑也制约了要求学生群体“小规模化”的诊所教学的顺利开展。

综上，现行商法教学在方法上已经开始面对实践，法律诊所教育和案例教学是最典型的面对实践的因应策略。然而，这两种应对策略要么过于强调感性体验而影响理性思维的磨练，要么仍处于案例运用的初级阶段而欠缺系统的解释学训练。面对实践的商法教学，并不是要让实践捕获理论或者拒绝理论，也不是简单的案例运用，而是以案例为中心、透过案例展开理论训练和解释学训练的系统过程，是在案例解析中展示法律规范的构成、正当性和社会实效，是透过案例解释规范、验证理论与发展理论的过程。这恐怕需要商法走向/改造——法教义学。

三、走向/改造商法教义学——以规范抑或案例（事实）为中心

今天，商法面对实践的困惑不仅仅是“如何案例”的问题，而是在深层次涉及到我们是应止于“以案例为中心”的问题，^②还是透过案例延展至“以规范为中心”的问题。在西方，法律是以信仰为基础的，它曾被当作宗教膜拜。而在中国，我们并没有立起规则的权威。如果要实现法的统治（规则的统治），^③仍需重视规范的立场。因此，案例即便居于法律教育的中心，其最终目的还是倚重于对规范的解释和审查——此乃商法教义学的要求和体现。正如何美欢教授所言：“个人经验与

^① 教育对知识或者技能的追求，反映在高校学生“考证”热方面——这意味着教育是为了达成就业，而不是完善人格。过于技术化的教育使得教育对整体人性的“陶养功能”退化，大学异变成成为职业训练场所，无论是思想独立性，还是学术独立性都日渐丧失。就此而言，中国今日的教育还不如“复古”——在一定程度上回到儒家训练，也许可以培养出更多不过于技术、有利于社会和谐之有用之才。

^② 我一直十分关注商法（公司法）领域的案例问题，但以案例为中心，并非要止于案例，而是要从中观察裁判者的行动，发现规范的实际样态，就此而言，案例始终是一种分析的工具。因此，我更愿接受“以裁判为中心”的说法，这样的说法可以更直观地表达观察的角度，并不拒绝理论的评判和规范的解释。参见蒋大兴：《公司法的展开与评判：方法·判例·制度》，法律出版社2001年版，封面文字。相关立场还可参见蒋大兴：《公司法的观念与解释》，法律出版社2009年版。

^③ 虽然，中国目前选择了法治，但法治是否一定是最终适合中国的道路？也许还存在很大讨论空间，诸如在法治治理与儒家治理之间如何结合、分工？中国近代以降的现代法治试验，是否需要检讨和回归过去？等等。本文是在假设中国的“法治可能”且“法治道路会继续延续”的情况下，按照这一预设逻辑，讨论商法教义学的问题。当然，这并不意味着我对前述前提完全认可。在学术的空间上，我始终认为，中国应当如何接受法治，并不是一个已经一锤定音、无需反思的问题，实际上，我们仍需不断地将所接受的判断“重新问题化”。毕竟，相对于全部中国文明史而言，我们的法治史仍然十分短暂。而且，文明社会总是在不断反复中曲线前进，社会发展的道路一直如此。因此，仅就法治而言，尽管我们已经踏在了“法治的道路”上，但是，谁也不能保证我们可以走多远，以及我们是否可以一直“这样地”走下去。

轶闻揭示，法学院做的是教授法律分析。”^③ 如此，我们已经接近商法教义学。

（一）商法教义学

按照前述理论逻辑，我们可以做出这样的判断：奠基在法教义学传统基础上的——商法教义学——是商法教学和研究的未来道路。尽管对于何谓法教义学，理论上仍有不同见解，但它至少包含对进入实践场景规则的“规范性解释”。法教义学在发展过程中与解释学始终有着极为密切的关联。在历史上，解释学构成法教义学的重要内容，对法律的解释也是法教义学的一项主要功能。因此，法教义学和法律解释学在历史发展过程中存在某种一致或重合。^④ 本文也在解释学的意义上使用法教义学的概念。

拉伦茨在广义上将法学直接等同于法教义学，他引用迈尔·科丁的观点将法教义学描述为一种——以形成某些内容确定的概念、对原则作进一步填补以及指明个别或多数规范与这些基本概念及原则的关系为其主要任务的——活动。教义学一语意味着：认识程序必须受到——于此范围内不可再质疑的——法律规定的拘束。^⑤ 可见，法教义学是以实证法（即实在法规范）为研究客体，以通过法律语句阐述法律意蕴为使命的一种法律技术方法。法教义学是一种规范性的法律推理，所以康德指出，教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”，教义学者从某些未加检验就被当作真实的、先予的前提出发，法教义学者不问法究竟是什么，法律认识在何种情况下、在何种范围中、以何种方式存在。这并不意味着法教义学者完全拒绝批判，但即便其展开批判，如对法律规范进行批判性审视，也总是在系统内部论证，并不触及现存体制。^⑥ 其实，教义学并非僵化不变，只是试图维护“规范的尊严”，以型构有预见力的社会秩序。简言之，法教义学是关心规范的构成及其解释的科学。诚如阿列克西的理解，一个理想的法规范概念当包含内容正当（价值要素）、有效权威颁布（规范要素）与具有社会实效（事实要素）三个层面。^⑦ 法教义学具有以下功能：其一，维护裁判统一，确保相同事实相同对待；其二，辅助权利人维护自身利益；其三，促进法律的体系化；其四，担当法学教育的载体。^⑧ 因此，以规范为中心，如何处理价值与规范、事实与规范这样两组关系也就决定了研究法学的一般立场。^⑨ 当代法律教义学的基本特征是围绕规范适用而展开，其本质是为司法裁判提供标准以客观化法律概念、法律规范中的价值。因此，法律教义学也被称为“法律人法学”（juristic jurisprudence）。^⑩ 尽管在当今哲学社会思想背景下，人们对法教义学的理解已发生了一些变化，尤其是在法律论证理论这一新的法律方法论的视域中，法教义学作为传统独断解释学的那种知识品格与印象日趋淡化，从而更具有开放性与实践性。^⑪ 正如学者王立达所论：“法释义学未来实应挥别概念法学的魅影，不再自限于法律效力之褊狭面向，并且明白承认法效力与法规范论述的多样性，致力于发展足以统合道德的（moralische）、伦理的（ethische）、政治/政策的（politische）、实用的（pragmatische）等多层面规范论述的研究架构。”^⑫ 尽管整个中国法学适

^③ 参见何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社2005年版，第78页。

^④ 参见焦宝乾：《法教义学的观念及其演变》，载《法商研究》2006年第4期。

^⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第107页及以下。

^⑥ [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第4页。

^⑦ 参见Robert Alexy, *The Concept and Validity of Law*, Clarendon Press 2002 pp 126-128 转引自王旭：《中国行政法学研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》，来源<http://www.chinalawedu.com/news/21601/21712/148/2007/10/li834312228190170021034-0.htm>，2010年4月27日访问。

^⑧ 参见许德风：《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》，载《中外法学》2008年第2期。

^⑨ 参见王旭：《法的有效性及其认识论问题研究》，中国政法大学法学院2006年硕士学位论文。

^⑩ 同注^⑧。

^⑪ 同注^⑧。

^⑫ 参见王立达：《法释义学研究取向初探：一个方法论的反省》，载《法令月刊》2000年第9期。

合怎样的法教义学——传统的还是开放的——仍可进一步探讨，但对于中国商法学而言，首先需要基础与规范的法教义学，改进目前落伍的商法解释传统。因此，走向/改造商法教义学，就成为我们未来的道路。

我之所以提出以商法教义学作为未来的道路，旨在维护法学院的尊严和独立性，关注商法规范的构成，型构法学自身的话语系统。目前，我们仍然十分缺乏“商法自身的解释系统”，无论是案例式教学，还是诊所式法律教学其实都是转向关注事实过程，在很大程度上忽略了法律自身的理解。中国虽然有法教义，但并没有形成成熟、规范的法教义学。最核心的表现是“法律解释的混乱”。由于没有形成统一的法律解释系统，对规则的理解意见纷呈，由于规则以及规则的解釋没有确定性，进一步导致裁判没有确定性，同案不同判的现象广泛存在，^④这样的状况已经或者说正在摧毁全社会的基本预期——其对中国的法治打击是致命的。无论是在“法圈”之内，还是“法圈”之外，今日之中国最为核心的问题是——社会整体欠缺基本预期。对法律规范尤其是私法规范效力结构之解释，很难达成最低程度的共识。我们往往以所谓公平或者其他价值的考量，牺牲法律的确定性。我们总是忘记 Browne Wilkinson 大法官的提醒，“在商业环境中法律确定性甚至比公平更重要”。^⑤因此，未来商法的发展可能有很多道路，但在部门商法内部推行法教义学的训练，使商法学“看起来像法学”，维持商法乃至法律知识群体在方法论上的独立性，这对形成“职业共识”、“规则信仰”、“话语沟通”等问题都具有极为重要的意义。因此，我们不要仅仅看到别人跑到了什么地方，更应观察自己跑到了什么地方，前方景致再美，也只能一步步前进。在教义学的框架里，商法没有、也不可能也不应该有“蛙跳式”前进。

（二）法学院的任务

在很长一段时间，我们都在尝试为法学院设定任务。我们模糊地将法学院以及学生进行类型化，有些偏重理论训练，例如综合性大学的法学院，例如法学博士、法学硕士；有些偏重实务训练，例如政法类院校，例如法律硕士；有些则试图对两者进行结合，以实现理论训练与实务训练的双重目标。

在模糊的认识中，法学院的任务日益复杂。今天，法学院已经不仅需要传授法律知识，还要传授法律精神、法律技巧。任何“真实”的知识似乎都需以一种检验或证明的模式来得到认可。如果缺乏这样的证明，主张就难以被承认是真实的。一切都需要检验——这是一种完全实用主义的思维。这种思维对法学院的负面影响太大，法学院目前正处在十字路口，如果引导不当，法学院将成为一个“技术人员训练营”。果真如此，法学院将丧失其在社会存在的最重要的价值。我们的法学教育（包括商法课程的教学）不能不仔细思考这样的宏大叙事：法学院的学院训练任务与律师事务所的实践训练之间，无论如何应保持一定距离。法学院不仅是一个供给法律技巧的盒子，它更是传承法律精神的平台，是一个社会正义得以训导和延续的场所。过于实务化的导向，使我们有充分理由怀疑，在今天以及未来的某个时代，法学院是否还能担当其本应担当的任务？

在不断被实践俘虏的今天，法学院仍需继续坚持理论训练为主的基本立场。但是，由于学生类型日趋多样化、社会就业压力迫使学校在课程设置以及讲授方法上不得不做一些调整。苏力很早就指出，中国社会的经济改革已触动学生的专业选择，就业市场开始通过学生而对法学本科教育提出了挑战。中国法学教育开始关注社会，并且不得不关注社会，以经济建设为中心已经通过市场、通

^④ 例如 对违反《公司法》第 16 条而进行的担保行为的效力评价，各地法院、律师、学者意见分歧甚大，一直难以统一，即是典型个例。

^⑤ 这个评论在 Browne Wilkinson 大法官作为 FMLC 主席时较早写给法律委员会主席 Sir Roger Toulson 的信中可以找到。转引自 Roger McCormick:《金融市场中的法律风险》，胡滨译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 16 页。

过学生就业而对法学教育形成影响，因此必然对中国的法学教育产生重大影响。^④尤其是，自司法部在2008年宣布在校大三学生可参加司考之后，本科、硕士学生都要面临司考、就业压力，一些统编教材相应进行了“实践转型”，增设司考训练内容，试图将学院训练与考试训练合二为一。为此，本科生课程安排是否需要进一步实用性，以及如何在坚守理论训练立场的基础上拓展其实用性？是否需要法学课程训练中安排司考内容？引起了很大争议。

尽管“大三司考”是否合适还有不同见解，^⑤即便抛开这些争论，我们仍然认为，商法学科应坚持尝试法学教育的“精英化方向”，^⑥尽管法律职业人士的专业化是西方法律至今仍然保留的最为重要的传统特征之一，^⑦也应是现今中国方向，但我们仍有必要在法学院的训练与考试训练之间作适当区分，要避免将法学训练异变为条文解说，而忽视理论、没有理论。我们要意识到在法学教育走向成熟之际，也有可能流于浅薄，使法学本科教育变成律师职业培训。^⑧在19世纪，过于强调职业训练的法律教育，不仅败坏了传统的职业精神，并且造成了法律与社会科学的隔阂，^⑨法学院因此也不断受到谴责——有人指责法学院仅仅服务于将高材生输送到大所里；^⑩有人认为法学院没有尽责装备学生，对于他们将来的执业的社会意义和价值作出评价；^⑪有人认为，法学院所教的像律师一般思维，从根本上说是消极的……爱挑剔的、悲观的、非人性化的；^⑫还有人批评法学院对律师如何能够改善社会并没有提供实际的蓝图。^⑬为解决上述问题，美国律师工会和法学教授们为此发奋数十年，以图纠弊，教训深刻。^⑭因此，我们深信，法学院主要致力于培养职业精神和法学思考的方法，并不直接担负教会学生如何应对法学职业考试的任务。因此，没有必要在法学院单开司考课程，也无必要在课堂上过多地给学生讲授该门课程所涉司考内容。较好的法学院本科生一般有极强的自学能力，司考主要应由学生在课程训练以外自行完成。^⑮当然，如前所述，商法学

^④ 参见苏力：《法学本科教育的研究和思考》，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版，第60页。

^⑤ 例如，有人认为，司法部这样一项政策安排对法学教育的影响是负面的，应该及早停止。参见熊浩《司法考试与大学精神在法学教育中的继续失语》，载《云南大学学报》（法学版）2008年第6期。也有人主张，应当尽快建立以法学教育与司法考试相互配合的、理想而有效的法律职业准入规制体系，正确对待法学院在法律职业准入规制体系中的作用，不仅是确定法学教育改革方向的前提，而且还关乎司法改革能否走出时下困境的一个关键所在。参见郑成良、李学尧：《论法学教育与司法考试的衔接》，载《法制与社会发展》2010年第1期。

^⑥ 此所谓精英化方向，是指要坚持一种理论判断的立场、理论分析的模式，不要让法学教育完全被实践捕获而丧失自己的话语系统。当然，这种精英化的方向不是指法学教育要脱离实践，法学教育与实践的缝隙透过前述规范主义法学思维方式训练——法律解释学来填充。

^⑦ 参见方流芳：《中国法学教育观察》，载注④书，第1页。

^⑧ 参见沈宗灵：《有关法律教育课程体系的两个问题》，载《中外法学》1995年第4期。

^⑨ 美国前哈佛大学校长、法学教授Derek Bok宣称，美国过去和现在都制造了太多律师，而这正是美国衰弱的根源。参见Derek Bok, “Annual Report to the Board of Overseers”, *New York Times*, Apr. 22, 1983. Cited in Robert A. Kagan & Robert Eli Rosen, “On the Social Significance of Large Law Firm Practice”, 37 *Stan. L. Rev.* (1985), p. 399. 同注③，第64页。

^⑩ See Robert W. Gordon, “Bargaining with the Devil”, 105 *Harv. L. Rev.* (1992), p. 2047. 同注③，第94页。

^⑪ See note ⑩.

^⑫ See Lawrence S. Krieger, “Institutional Denial About the Dark Side of Law School”, *Gal Educ.*, 2002, p. 117. 同注③，第94页。

^⑬ See Peter. Martin & Robert W. Gordon, “Of Law and the River: and of Nihilism and Academic Freedom”, 35 *J. Legal Educ.* (1985), p. 1, p. 8. 同注③，第94页。

^⑭ 参见庞德：《中国法律教育的问题及其变革路向》，载注④书，第321页。

^⑮ 至于大量良莠不齐、师资力量欠缺的法学院，其学生如何应对司考的问题，应透过严格的法律职业准入条件进行限制。个人认为，这种限制，不涉及平等就业权——因为，所有拟进入法律职业领域的人，都受到同样限制。法律职业是一种精英事业，应该有更严格的限制。任何人都可平等地接受法学教育，但未必任何人都可参与法律执业。当然，对于这些法学院，是否应当透过某种“法学教育体系的准入整合”予以治理，以确保法学教育之精英化和严谨性，仍有待探讨。毕竟在中国，这些非主流的法学教育系统的存在，尽管可能对法律职业市场会产生一些影响，但至少对于全社会“法律公民”的训练，功不可没。而对欠缺法治传统之中国而言，“法律公民”的训练，在某种意义上，其重要性甚至超越了“法律职业”的训练。在主流法学院力量有限的情况下，非主流法学教育系统培养了大量有一定法律意识的“法律公民群体”，这对以“法治国家”为愿景的中国而言，无论如何，客观上是有过积极贡献的。而且，在法学教育之“主流供给”不足的一定时间内，也许还会继续发挥一些积极作用。

科仍需针对学生做适当的实务引导，尤其是应强化规范主义法学思维方式的训练。我们主张在法律硕士、法学硕士乃至本科生的课程（包括理论课程）训练中，均应强解释论训练的比重。例如，增加案例研究的课程或者内容，加大学生参与的强度。尤其是法律硕士与在职法律硕士的课程，尚有进一步细化和实务化改革的必要。可以预见，系统的解释学训练方法将来会遍及本学科的大部分课程领域，甚至包括法学硕士和博士生课程。这会导致一个“法律解释学”的时代。

（三）解释学的发达

如前所述，法学院的学生区分为不同类型，不同类型的学生在课程安排上应适当凸显训练的差别。就总体定位而言，法学硕士与博士研究生需强化理论训练；法律硕士应重实务训练，^⑧课程安排应吻合上述目标需求。但目前因受就业市场的压力，理论性课程和训练方法不断受到质疑。加之，商法课程有很大一部分有较强的实用性，如何平衡课程安排上理论训练与实践需求间的矛盾颇值研究。

大胆揣测，未来最佳的改进方向也许是进行“一体化的规范主义法学思维方式的训练”，在不同层次的学生中普遍展开法律解释学的训练。法律职业需要公众的信赖和尊重，^⑨统一的职业考试虽然重要，但并非赢取尊重的唯一方式，法学职业群体更需建构、养成自身的专业话语系统。没有自身的话语系统，是难以赢得公众信赖和尊重的。透过法学院的专业课程进行法学方法论的训练，强化学生的理论思维与问题意识，可以逐渐建构法学自身的话语系统，弥合理论思考与法务实践的距离。如果用表格描述，似可例示如下（参见表3）：

表3 学生类型、训练目标与课程困惑表^⑩

学生类型	训练目标	目前状况	课程安排困惑	共同方向
本科	基础知识的系统性传授	偏重理论训练，基础知识不够扎实	学生需参加司法考试。理论课程与实务课程间如何平衡？	规范主义法学思维方式的训练 ——法律解释学
法学硕士	理论研究训练	重理论训练，学生状况差异较大	极少的学生毕业后从事研究工作。是否需强化实证思维课程？	
法律硕士（全日制）	交叉学科+基础知识+实务训练	因法律基础薄弱，人数众多，理论训练和实务训练困难	要进行大量的法学本科知识补课，如何系统开展难度更大的实务课程？	
法律硕士（在职）	理论研究+实务训练	学习时间难以保障，人数众多，实务训练困难	课程安排上与法学硕士、全日制法律硕士的差别？	
博士	理论研究	重理论训练	学生相互间的讨论课程不够？交叉学科方法、实证研究方法运用不够？	

而且，在法学训练日趋技术化的同时，我们仍然不能忘记法学教育的人文精神内核。解释学（法教义学）并不拒绝价值判断。^⑪思维方式技术化训练的强化本身包含了法学精神立场（价值导向）的贯彻，法学思考方式的技术化并非排斥理论训练，而是需要进一步强化理论训练。在全部的授课体系中，我们也许不应忘记60年前庞德对中国法律教育的提醒：“我们应当坚决主张，凡是学

^⑧ 例如，王健教授将其称为“具有显著的法律实务教育指向”，参见王健：《中国的J.D.》，载注④书，第87页。

^⑨ 参见方流芳：《中国法学教育观察》，载注④书，第32页。

^⑩ 本表格的填具只是综合了个人的体会和一些学生的建议，而且主要以重点、综合性大学法学院的训练模式为蓝本概括，不一定全面、准确。但表内的判断，对所提示的问题和结论没有太大的不同影响。

^⑪ 同注⑨。

习法律的，都要养成一种情绪，不以律师业务为纯然赚钱的行业。纵然它也是维持生计的方法，但仍是一门学术性的技艺。操此业者，应具有为公众服务的精神，因此法学院应当不只是个买卖性的学校。”^②

司法人员以维持民族正义为职责，理应了解该民族的文化及其性格与理想。而这些，显然不仅仅是超越于商法学科以外的，诸如法理学或者其他学科课程建设的任务。商法的课程有其法律技术的文化基础——我们因此也有在规则型构和解释过程中传播民族正义的职责和可能。

四、结 论

在今天，中国法学院生产的“法律产品”不仅欠缺法律人的精神，而且欠缺从事法律职业所必备的解释技术。因此，商法学科面临的问题，其实是所有中国法学学科同样面临的问题。这些问题或者本文的讨论逻辑，可以概括如下：

其一，商法应当如何面对实践？案例教学法和诊所教学法并不仅仅是应对实践训练的方法，他们本身都含有理论训练的因素。我们今天竭力主张的实践教学方法可能是为了修正“过于实践的方法”而产生的，其本身所内涵的理论品格，却有意无意被我们忽略了。

其二，过于实务化的导向会导致法学院衰落，使得法律精神、社会正义的传承变得困难。当法学教授过多被实践捕获而不能跃然于实践之上，当法学院过于考量就业需求而不断迎合社会需要，则法学院的衰落已经降临。

其三，我们应该很清醒地意识到——法学院不能帮助学生了解全部的法律知识，主要帮助学生掌握法律解释的方法。法学院最多有助于对事实、经验的体会，但并不擅长培训对事实、经验的体会。过于强调实务的法律诊所教育，将使大部分法学院教授失业。但“挽救教授失业”，并非我们反对诊所教育过于实务的主要理由。我们只是想提醒这样的事实：法学院的专业训练不同于律师事务所的职业训练。法律是善良公正的艺术。如果商法也需要严守法律艺术的底线，也许十分接近实务的商法课程，还应与实务保持一定的距离。

其四，尽管目前还存在规则短缺而制约了商法解释学的发达，但商法学未来的道路应当也必然会走向/改造商法教义学。这种转型首先将在部门商法系统内展开。与此相适应，法律解释学的发达是必然的结果。商法乃至法学对理论与实务的关照可以透过法律解释学统一起来。

【主要参考文献】

1. Chaim Saiman, "Beyond the State: Rethinking Private Law", 56 *Am. J. Comp. L.* (2008).
2. Larry Garvin, "The Strange Death of Academic Commercial Law", 68 *Ohio St. L. J.* (2007).
3. 北京大学法学院编：《北大评案·法律思维》，北京大学出版社2010年版。
4. 李徽、Pamela N. Phan编：《实践型法律人才的培养——诊所式法律教育的经验》，法律出版社2005年版。
5. 何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社2005年版。
6. [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版。
7. 贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版。
8. 许德风：《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》，载《中外法学》2008年第2期。
9. 郑成良、李学尧：《论法学教育与司法考试的衔接》，载《法制与社会发展》2010年第1期。

（责任编辑：姚海放）

② 同注⑥。

nizations and corporations have gradually undertake various social functions, however, these do not change the essential attribute of private legal person, and the law of organization and corporations do not become the so-called “the social law”. The social law is a mutual consultation mechanism among heterogeneous members, so far it provided a limited and particular protections to the special members of society, but differ from the law of private organization.

Keywords Law of Private Organization; Private Rights; Collective Rights; Freedom of Association; The Social Law

Ye Lin, Ph. D., Professor of Renmin University of China Law School.

How does Commercial Law Deal with the Practice :

Towards to the Hermeneutics of Commercial Law

JIANG Daxing °155°

Commercial law is a practical subject. In some countries that without commercial code, scholars were eager to close to practice, and in some other countries that have commercial code, scholars even deeply engaged in the “dark and technical corners of commercial law” because of too much practice. In China, there were two tactics to deal with the practice crisis — case teaching and legal clinic teaching which in general strengthened the legal education to practice. And for law school it was the main mode to go to professionalization. This judgment was somewhat misunderstanding. Case teaching and clinic teaching are all methods of “theory training” not only the practice strategy. The research of commercial law should overcome “too much practice” which would lead to the decline of law school, make the law spirit and social justice difficult to be inherited. Law school is not only “a box that can provide legal skills” but also “a box that can provide legal art”. If commercial law were an art it should keep some distance with the practice. If it were true the research of commercial law should be more doctrine. So the hermeneutics of commercial law would be an inevitable result. Developing hermeneutics of commercial law would make it “more like a legal business”. It is very important for commercial law and legal knowledge to maintain the “independence in methodology” to form a society full of “professional consensus faith”, “rule beliefs” and “communication”.

Keywords Commercial Law; Practice; Interpretation; Legal Dogmatics

Jiang Daxing, Ph. D., Professor of Peking University Law School.

The Legitimacy of Risk Regulation in the Framework of WTO

GONG Xiangqian °166°

WTO not only establishes the members’ right to adopt risk regulation measures, but also gives a privileged role to science standards and procedural requirements. The judicial organs in European and USA strictly review the science basis and legal procedures, although they properly defer to the regulation organs’ decision in face of scientific uncertainty. In fact, the jurisprudence of WTO’s decision-making on risk regulation is similar to the judicial review of EU an USA. It is important to insist on giving priority to science standards in the current international trade system. China should emphasize science principles and improve the law involved.

Keywords WTO; Risk Regulation; Science Standards; SPS

Gong Xiangqian, Ph. D., Associate Professor of Beijing Institute of Technology Law School.