

法教义学的巅峰

德国法律评注文化及其中国前景考察

贺 剑*

摘 要 法律评注是一类有欧陆法学尤其是德国法学特色的文献,近年来在国内颇受关注。在德国,法律评注以逐条释义为基本特征,通常卷帙浩繁、作者众多、影响巨大,其不仅是法律文献中的集大成者,亦是德国法学方法论的载体和法律文化的缩影。法律评注的灵魂在于为司法实践服务,由此衍生出一系列关键特征,包括以解释现行法为中心、竭力回答一切问题、重视案例甚于学说和秉承法教义学的方法。法律评注的产生与繁荣需要成文法、法教义学、司法统一等制度条件,并有赖于出版社、作者等利益群体的支持。基于类似原因,虽然普通法领域不存在法律评注,但在普通法国家的成文法领域却依然产生了法律评注或与之类似的文献。在我国,引入法律评注于司法实践、法学教育、法学研究及立法工作均有意义,制度条件大体齐备,亦不乏相关群体支持,虽然目前仍面临若干挑战,诸多细节亦有待摸索,但法律评注在中国之未来不可限量。

关键词 法律重述 法教义学 社科学法 法律文献 法学出版

一、引言:法教义学的兴起与萌芽中的法律评注编写运动

法律评注近年来在国内颇受关注。在民法学界,王利明教授主持了中国法学会 2013 年度

* 北京大学法学院助理教授。本文的写作,得益于与王轶教授、葛云松教授、许德风教授、Andreas Engert 教授、Jan Wackenhuth 博士、曹志勋博士的交流,得益于詹森林教授、徐国栋教授、娄爱华博士、余佳楠博士、汤文平副教授、缪宇博士、Joe Pratt 教授、洪国盛同学、姚一凡同学、林昱睿同学和陈婉婷同学的指点、批评、建议或协助,在此并致谢忱。本文系国家社科基金重大项目“民法典编纂重大疑难问题研究”(14ZDC017)的阶段性成果。

重点课题“中国民事法律评注”并已结项；〔1〕徐涤宇教授主持了2014年度社科基金重大课题“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”，亦致力于编写与法律评注相似的法律重述；由婚姻法学会推动、夏吟兰和龙翼飞两位教授任总主编的《家事法评注丛书》〔2〕更是已经部分出版。在民事诉讼法、刑法等部门法领域，亦不乏类似项目或动向。〔3〕此外，在2013年8月于德国柏林自由大学举办的第三届中德私法论坛上，与会者曾就中国如何继受德国的法律评注作过开拓性探讨，并且还自2015年起举办一年一度的中德民法评注会议，为法律评注的编写做了诸多有益准备。《法学家》杂志自2016年以来亦特辟“评注”专栏，专门刊发学者撰写的针对某一法律条文的单条评注。〔4〕

法律评注本是一类有欧陆特色尤其是德国特色的法律文献。〔5〕它在国内渐受瞩目，首先与学者的“事功情节”不无关联。〔6〕我国的许多部门法都直接或间接受到德国法的熏陶，而德国的法律评注文化灿若星辰，这难免会令一些学人生发感喟：“何时也能撰写一部中国的法典评注？”〔7〕事实上，在深受德国法影响的日本、韩国等地，如今都不乏法律评注；在我国台湾地区，上世纪九十年代学者也曾有过编写各式法律评注的努力，可惜因种种原因（主要是人手不足、人心不齐），后来大都中道而废。〔8〕

〔1〕 该课题最终仅对《合同法》第三章总计16个条文作了评注。参见王利明：“中国民事法律评注的研究意义与编纂方法”，载《法制日报》2015年8月26日，第12版。

〔2〕 如夏吟兰主编：《中华人民共和国婚姻法评注·总则》，厦门大学出版社2016年版。另参见雷明光主编：《中华人民共和国收养法评注》，厦门大学出版社2016年版。

〔3〕 在民法领域，其代表为中国民事诉讼法学会推动的《民事诉讼法评注大全》；在刑法领域，参见陈兴良：“法律图书的历史演变”，载《北大法律评论》第16卷第1辑，北京大学出版社2015年版，第251—252页。另请参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版。

〔4〕 其刊发第一篇评注为朱庆育：“《合同法》第52条第5项评注”，《法学家》2016年第3期。刊发时，评注的部分特征如首部的目录、参考文献等均被删去。

〔5〕 法律评注(Kommentar, Gesetzeskommentar)在德国、瑞士、奥地利等德语区普遍存在，但以德国的法律评注文化最为昌盛。在意大利等国，承徐国栋教授和娄爱华博士指点，也有法律评注存在。但是德国学者对此似有不同认识，不知确否。参见Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, Drs. 2558—12, 2012, S. 67(指出意大利、法国、西班牙等国虽然有法律评注，但缺乏“体系建构”之追求，因而更近于“判例汇编”)。该报告还有英译本(Prospects of Legal Scholarship in Germany)。

〔6〕 黄卉：“法律技术亦或法律文化？——关于中德合作编纂中国法律评注的可能性的讨论记录”，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第11卷，北京大学出版社2015年版，第336页(语出朱庆育教授)。

〔7〕 杜涛：《涉外民事关系法律适用法释评》，中国法制出版社2011年版，序言。另参见朱岩、高圣平、陈鑫：《中国物权法评注》，北京大学出版社2007年版，序言。

〔8〕 感谢詹森林教授指教个中原因。另参见王泽鉴：“民法五十年”，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》(第5册)，1996年自版，第38页；苏永钦：“法学发展与社会变迁”，载苏永钦：《司法改革的再改革：从人民的角度看问题，用社会科学的方法解决问题》，台湾月旦出版社1998年版，第418页；苏永钦主持：《民法第六条至第十五条之注释》，1997年(未刊本)；苏永钦：“法律作为一门学问”，载陈林林主编：《浙大法律评论》(2017年卷)，浙江大学出版社2017年版(待出)，其指出，台湾地区仅公平交易法领域有过法律评注，后因缺乏更新也不再具有实益。此外，民法领域至少还有按评注体例写作的图书，参见马维麟：《民法债编注释书》(三卷本)，台湾五南图书出版公司1995—1996年版。

法律评注日渐受到瞩目还有一深层次原因,即随着法律体系基本完备,我国部门法研究的重点已经逐渐从立法论转向解释论。这一转向的最突出标志就是“法教义学”这一原汁原味的德国法学概念的被发现与流行,从最初的本体论探讨到如今遍地开花的各式应用研究,从一个略微拗口和别扭的外来词到如今绝大多数部门法学者习以为常甚至引以为傲,其间不过短短十年左右的时间。^{〔9〕}而在如今这样一个大致已有共识的“法教义学的应用”时代,学者们自然会面临以何种形式、何种载体来更好地实践与推进法教义学研究的问题。此际,作为受德国法教义学百余年浸润并当之无愧是其集大成者的法律评注,无疑会进入我国学者的视野,并成为模仿和追逐的对象。

国内学者关于特定法律评注的编译、^{〔10〕}翻译^{〔11〕}或撰写,^{〔12〕}这些年来一直都零星存在,但在本体论层面对法律评注予以留意则是近几年才有的事情,而且均为附带涉及,^{〔13〕}专题研究尚属罕见。^{〔14〕}在德国法学界,或许是身在此山中的缘故,各类法律评注虽则发达,但除了

〔9〕 关于法教义学研究阶段的两篇有标志意义的文献,参见许德风:“论法教义学与价值判断”,《中外法学》2008年第2期;许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期。

〔10〕 杜景林、卢湛:《德国民法典全条文注释》,中国政法大学出版社2015年版;杜景林、卢湛:《德国民法典评注:总则·债法·物权》,法律出版社2011年版;(奥)诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦、毕小青译,生活·读书·新知三联书店2008年版。

〔11〕 (德)埃贝尔-博格:《德国民法动物饲养人责任(§ § 833, 834 BGB)施陶丁格注解》,王强译,中国政法大学出版社2013年版;(德)埃贝尔-博格:《德国民法遗产分割(§ § 2042-2057a BGB)诺莫斯注解》,王强译,中国政法大学出版社2014年版;(德)德特勒夫·乔斯特:“《德国民法典慕尼黑评注》之第861条”,张双根译,《中国应用法学》2017年第1期。关于法律评注某种程度的“不可译”,参见卜元石:“法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径”,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第15页。

〔12〕 朱岩、高圣平、陈鑫,见前注〔7〕;夏吟兰,见前注〔2〕。

〔13〕 参见庄加园:“教义学视角下私法领域的德国通说”,载《北大法律评论》第12卷第2期,北京大学出版社2011年版,第330页;黄卉:“论法学通说(又名:法条主义者宣言)”,载《北大法律评论》第12卷第2期,北京大学出版社2011年版,第381页;卜元石,见前注〔11〕,第15、17页;卜元石:“德国法学界的现状与发展前景”,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第12辑),法律出版社2015年版,第49-50页。

〔14〕 参见王剑一:“德国法律评注的历史演变与现实功能”,《中国应用法学》2017年第1期(最初发表于微信公众号“中德法教义学苑”)。该文主要基于下文 Henne 和 Willoweit 两人的研究对德国法律评注的历史与功能做了介绍。另参见黄卉,见前注〔6〕;Hui Huang, Vom Rechtsideal zur Rechtspraxis - zur Diskussion über Voraussetzungen und Schwierigkeiten bei der Entwicklung eines chinesischen Gesetzeskommentars zum Zivilrecht und die Möglichkeiten einer deutsch-chinesischen Kooperation, in: Hui Huang/Franz J. Säcker/Claudia Schubert (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht - Deutsch-chinesische Tagung vom 21.-23.8.2013, 2015; Shiyuan Han, “The Legal Commentary Culture in China”, in: Michèle Schmiegelow, Henrik Schmiegelow (eds.), *Institutional Competition between Common Law and Civil Law*, Springer, 2014.

大量关于特定评注的书评外,一般性的思考在很长时间内同样乏善可陈。^[15]直到2006年,法兰克福的马克思-普朗克欧洲法制史研究所举办了一场题为“法律评注:法律交流的工具”的研讨会,对法律评注的历史、形式、功能、各学科的代表性评注、法律评注与圣经的关系、普通法上为何没有法律评注等多个议题做了讨论,上述局面才得以改观。^[16]会后,法史学者Thomas Henne发表的《法律人的影响力:以法律评注为中心》一文,可谓该领域的开山之作。^[17]2016年,德国第一篇关于法律评注的博士论文出版,从历史、结构和功能三个角度对以往文献作了细致的爬梳;^[18]而在此前2014年,该论文作者还与其导师合编了一本专题文集《法律与宗教中的评注》,中间也有不少相关论文。^[19]此外在不少老牌法律出版社的社庆文集中,通常也有关于特定评注的介绍乃至一般性思考。^[20]

对于正处在萌芽期的我国的法律评注编写事业而言,最关键的工作仍然是实践,一条一条去写,逐渐积累教训、经验,但是本体论层面的理论研究亦不应缺席。为此,本文将从比较法研

[15] 在此之前,一般认为德国已经有过两次关于法律评注的讨论,一次是在纳粹时期,一次是在上世纪七十年代。前一次与其说是讨论,不如说是传统法律评注遭到攻击,当时固有的评注悉数被禁,取而代之的是奉行纳粹价值的评注(如大名鼎鼎的《帕兰特民法典评注》);后一次讨论则在对象、主题等方面有较大局限,其由“离经叛道”的《民法典替代评注》引发,讨论对象主要限于大型民法典评注,而主题亦限于法律评注在法律科学体系建构中的角色。Thomas Henne, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur - Zu Form und Methode einer juristischen Diskursmethode, Betrifft Justiz, Jg. 2006, Nr. 87, S. 354 f.; Peter Rieß, Einige Bemerkungen zum Stellenwert und zur Funktion juristischer Kommentare, in: Reinhard Böttcher/Götz Hueck/Burkhard Jähnke (Hrsg.), FS-Odersky, 1996, S. 82.

[16] Max Planck - Institut für europäische Rechtsgeschichte, Workshop: Der Kommentar als Medium von Kommunikation über Recht, Freitag, 20. Januar 2006 (电子海报)。

[17] Henne (Fn. 15) (该文发表时略有删节,其完整版可在网络上找到)。另一篇内容有相当重复的文章, Thomas Henne, Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: David Kästle/Nils Jansen (Hrsg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, S. 317-329.

[18] David Kästle - Lamparter, Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016. 关于法律评注的功能,该文总结了十项,而此前Henne总结了七项, Henne (Fn. 15), S. 353 f.; Henne (Fn. 17), S. 318 ff.

[19] Graf - Peter Calliess, Kommentar und Dogmatik im Recht, in: Kästle/Jansen (Hrsg.) (Fn. 17), S. 381 ff.; David Kästle, Juristische Kommentare - theologische Kommentare, in: Kästle/Jansen (Hrsg.) (Fn. 17), S.393 ff. (后被收入其博士论文); Nils Jansen, Kommentare in Recht und Religion, in: Kästle/Jansen (Hrsg.) (Fn. 17), S. 1 ff.

[20] 较晚近的有 Uwe Wesel/Hans Dieter Beck (Hrsg.), 250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C. H. Beck: 1763 - 2013, 2013; Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert: Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C.H. Beck, 2007; Michael Martinek (Hrsg.), 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudinger: Beiträge zum Symposium vom 18. - 20. Juni 1998 in München, 1999.

究的视角,基于上述德文文献、少数英文材料^[21]以及有限的个人体悟,^[22]对德国的法律评注及其背后的整个评注文化予以梳理,并在此基础上为我国的法律评注编写事业提供若干指引与建议。需强调的是,本文虽是比较法研究,但并非对德国法律评注作面面俱到式的复述,而毋宁是基于一个局外人视角,心怀我国的法律评注编写而有所提炼与取舍,所关注的乃是德国法律评注的当下而非过去,是其关键特征而非一应细节,虽然关注法律评注的皮相,但更关注其内在精神与灵魂。

法律评注的多重身份决定了本文的意义并不局限于评注本身。首先,法律评注是一类文献、一种文本,因而本文关于德国评注的介绍及其中国前景的分析对于所有意在引进、创造此类文献的利益相关者,包括学者、法官、出版社等都有直接借鉴意义。其次,法律评注乃是法律文献中的集大成者,一国的法学方法论如何运行在其中展露无遗,因而在方法论层面,本文对德国法律评注中法教义学的境况及其与社会科学关系的刻画,亦足以思考我国方兴未艾的法教义学运动以及近来的法教义学与社科法学之争^[23]提供灵感或素材。最后,法律评注在德国亦是一种文化现象,它深深地嵌入在德国的法律生活和法律人共同体当中。它在文本当中所反映的案例与学说之互动,在作者层面所彰显的学者与法官之协力,它的成长与繁荣所仰赖的诸多利益群体,以及这些群体在追逐各自利益或声望之时所采取的行动,它在法学研究、教育和实务中的巨大影响力,以及这些领域中的不同制度与法律评注相互加强、协调而形成的你中有我、我中有你式的路径依赖局面,这一切都比名曰评注的文献本身来得亲切、真实和丰富,法律评注也因此成为观察整个德国法律文化的一扇窗户。

在文章结构上,本文首先将对德国法律评注作一概述,然后阐释其核心特征即为司法实践服务以及由此衍生的一系列特征,继而本文将分析德国法律评注得以存在与繁荣的诸多制度条件以及相关利益群体在其间的作用,并以法律评注在普通法中的境遇为例予以佐证,在前述研究基础上,本文将分析法律评注在我国的意义与前景,最后是简短的结论。

二、德国法律评注概述

在德国,不夸张地说,有法律处即有评注。民法、刑法、行政法、宪法,甚至于诸多细小的特别法,如政治庇护程序法、建筑法、联邦废物排放法、动物保护法等,都有相应的法律评注。^[24]

[21] David J. Gerber, "Authority, Community and the Civil Law Commentary: An Example from German Competition Law", 42 *American Journal of Comparative Law*, 531(1994); Nils Jansen, *The Making of Legal Authority*, Oxford University Press, 2010, ch. 4; Christian Djeflal, "Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries", 24 *European Journal of International Law*, p. 1223(2013).

[22] 参见贺剑:《法律评注若干问题研究》,中国人民大学2015年度博士后出站报告;贺剑:《“合同法”第54条第1款第2项(显失公平制度)评注》,《法学家》2017年第1期。

[23] 例如侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期。

[24] *Wissenschaftsrat* (Fn. 5), S. 16.

限于学力与篇幅,以下介绍仅以其代表者民法典评注为例。

(一)评注举隅

迄今仍在出版或使用的德国民法典评注共计十余种,依规模大小,可分为小型评注和大型评注。前者以单卷本居多,后者一般为动辄数卷、数十卷的大部头。

(1)《帕兰特民法典评注》(Palandt)。这是德国使用范围最广、最具影响力的民法典评注,单卷本,初版于1939年,以时任帝国考试委员会主席的Otto Palandt命名。但是创刊主编其实并非Palandt,而是另有其人。^[25]二战期间共出6版,1949年第7版,此后每年一版,^[26]至2016年时已是第75版。从第7版至今一直由慕尼黑的贝克出版社(C. H. Beck)出版。

(2)《施陶丁格民法典评注》(Staudinger)。这是迄今仍在使用的最古老的民法典评注,^[27]由当时的慕尼黑高等法院院长Julius von Staudinger创立。第1版始于1898年(《德国民法典》施行前两年),终于1903年,共6卷。第12版的出版周期为1973—1999年,历时26年,总计44卷。自第13版起不再成套出版,而仅根据需要随时更新个别卷册。目前是由两家大出版公司联合设立的塞利尔/德古意特出版社(Sellier/de Gruyter)出版。

(3)《慕尼黑民法典评注》(Münchener Kommentar)。1978年开始出版,由德国柏林自由大学Franz Jürgen Säcker教授与当时离婚法改革委员会的主席Kurt Rebmann(后任联邦总检察长)共同主编,迄今部分卷册已出至第7版,预计共12卷,一直由贝克出版社出版。

(4)《帝国法院民法典评注》(Reichsgerichtsrätekommentar)。1910年由德国帝国法院创立,1945年后由德国联邦最高法院接手,几乎完全由法官执笔。第12版始于1974年,终于2000年,共7卷20册,此后未再版。二战后由德古意特出版社出版。

(5)《索戈尔民法典评注》(Soergel)。1921年由Hans Theodor Soergel和Otto Lindermann联手创立,第1版时仅两卷,如今第13版则有21卷总计27册,一直由斯图加特的科尔汉默出版社(Kohlhammer)出版。

(6)《埃尔曼民法典评注》(Erman)。这是罕有的两卷本评注,由法学教授及曾任法官的Walter Erman创立,1952年第1版,如今已出到2014年的第14版。最初由明斯特的阿圣多夫出版社(Aschendorff)出版,目前由其与科隆的施密特出版社联合出版。

(7)《尧尔尼希民法典评注》(Jauernig)。由Othmar Jauernig教授创立,1979年第1版,最新版为2015年的第16版,单卷本。目标读者为法科学生以及对法律问题感兴趣的非法律

[25] 创刊主编是曾任德累斯顿高等法院法官的Gustav Wilke,后者自1934年起负责筹划与主编工作,但在付梓之前不幸遭遇车祸身亡,所以才有了后来Palandt的临危受命。Klaus W. Slapnicar, Der Wilke, der später Palandt hieß, NJW 2000, 1692 ff.

[26] 1954年出了第12版和第13版,后者未作任何改动。

[27] 更早出版、但早已作陈迹者,如《普朗克民法典评注》(Planck),1897年第1版,1898年开始出第2版,1903年开始出第3版,风靡一时。对早期民法典评注的梳理,参见Fritz Sturm, Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland - Die Entstehung des BGB und der erste Staudinger, in: Martinek (Hrsg.) (Fn. 20), S. 31.

人，^[28]由贝克出版社出版。

(8)《民法典替代评注》(Alternativkommentar)。第1版始于1979年,终于1990年,共6卷,此后未再版。主编为当时的下萨克森州宪法法院法官 Rudolf Wassermann,出版社为科隆的鲁赫特汉德出版社(Luchterhand)。

(9)《学生版民法典评注》(Studienkommentar)。1992年由Jan Kropholler教授创立,最新版为2015年的第15版,单卷本。其目标读者为法科学生,自诩乃“教科书、法律评注与司考复习资料的完美结合”,^[29]也是由贝克出版社出版。

(10)《民法典历史批判评注》(Historisch-kritischer Kommentar)。2003年开始出版,由法史学者 Reinhard Zimmermann 等人主编,计划出版6卷,已出4卷,由图宾根的摩尔·兹贝克出版社(Mohr Siebeck)出版。

(11)《诺莫斯民法典评注》(Nomos)。起初名为《律师版民法典评注》,初版于2004年,部分卷册现已出至第3版,目前共6卷7册。由诺莫斯出版社出版,该出版社隶属于贝克出版集团。

(12)《诺莫斯便携式民法典评注》(Nomos Handkommentar)。2001年第1版,最新版是2016年的第9版,单卷本。由Reiner Schulze教授主编,诺莫斯出版社出版。

(13)民法法大家普维庭教授等人主编的《民法典评注》(Prütting/Wegen/Weinreich),其通常径以三位主编的姓氏作为简称。2006年第1版,此后每年一版,2016年时已至第11版,单卷本。由鲁赫特汉德出版社出版。

(14)《班贝克·罗特民法典评注》(Bamberger/Roth)。由当时莱茵兰-普法尔茨州司法部长 Bamberger 与雷根斯堡大学 Roth 教授共同主编,2003年第1版,为三卷本评注。2012年第3版后,改为电子出版,并更名为《贝克网络民法典评注》(Beck'scher Online-Kommentar BGB)。自然也是由贝克出版社出版。

(15)网络法律评注。近年来,除了将纸质评注如《施陶丁格民法典评注》《慕尼黑民法典评注》等电子化之外,还出现了若干纯粹的网络法律评注。以国内不少高校都有的贝克在线法律数据库(beck-online)为例,其除了前述《贝克网络民法典评注》外,还有一个巨无霸型的《贝克网络大型评注》(beck-online.GROSSKOMMENTAR),内容详尽、更新极快,大致每三个月即更新一次。在这些商业评注之外,值得一提的还有免费的《网络版民法典评注》(Der online BGB-Kommentar),其于2014年试水运行,许多内容尚不完整。

(二)直观特征

法律评注最直观的特征为逐条释义,在此,法律文本为评注的对象,单个条文为评注的基本单元。一条评注通常包含法条原文和评注正文两部分,有时还会单列目录及参考文献。其中让人印象深刻的是评注正文中一级又一级逻辑严谨的小标题,若评注规模较大,还会有单独

[28] Vgl. Aus dem Vorwort zur 1. Auflage (1979), in: Jauernig, 12. Aufl., 2007.

[29] 参见贝克出版社官网关于该评注的介绍。《学生版民法典评注》此前有同名者,但后者仅涉及《德国民法典》前三编,在1975年和1979年出过两版后就未再版,出版社为法兰克福的 Metzner 出版社。

的精致的目录与之对应,此外再配以正文当中对关键词的斜体或者加粗,从各方面让读者感受到内容的清晰与查找的便利。与之配套的还有页码之外根据意群而增设的边码,一个边码通常覆盖一个或几个段落,引用评注时,通行的做法是不引页码而引边码,以便于更精确地定位内容(如 Staudinger/*Thiele*, § 1365 Rdn. 40,其指《施陶丁格民法典评注》第 1365 条评注, Thiele 执笔,边码 40)。^[30]

许多人去德国法律图书馆,一定会感叹那堆满书架、小山一般的各色评注。这一来是因为法律评注很厚,单卷本的小型评注一般 2000—3000 页,采用特薄的字典纸印刷,多卷本的大型评注一般每卷 1000—2000 页,并采用较为厚实的纸张;二来,一些大型评注卷帙浩繁,从十几册至几十册不等,现今规模最大的《施陶丁格民法典评注》竟有 97 册之多,且仍在持续出版中。如此庞大的内容,自然也要求数量可观的作者,就单卷本的小型评注而言,这一情况尚好,如 2016 年版的《帕兰特民法典评注》作者仅 8 位;但就大型评注而言,作者从几十位到上百位都不稀奇。以上世纪八十年代德国学者所统计的五种大型民法典评注为例,其作者人数分别为 24、39、58、75 和 88。^[31]其中,88 还仅是当时《施陶丁格民法典评注》作者人数的不完全统计,因为第 12 版(共 45 册)要等到十多年后的 1999 年才出版完毕;据此推算,以其如今 97 册之洋洋大观,作者人数超过两百都有可能。就此而言,法律评注的编写注定是一项法律人的集体事业,甚至可能须举全体法律人之力方能完成。另外,就作者身份而言,学者与法官乃是法律评注编写的两大主力。^[32]

(三)巨大影响

很多留德学人在碰到德国法问题时,通常不是去查法律条文,而是去查相应的法律评注。之所以如此,与法律评注在德国法律生活中的重大影响密不可分。

首先,法律评注在德国法律文献大家族中可谓稳坐第一把交椅。它是最经常被引用和最富影响力的一类文献。^[33]比较法大家、《比较法总论》的作者之一克茨教授,曾对 1985 年的德国《联邦最高法院民事判决集》(BGHZ)作过一项统计,发现在其所载的 41 篇判决中,法律评注的被引用率是 6.2 次/篇,高居所有文献之首。^[34]新近也有一项类似统计,在其抽样的《联邦最高法院民事判决集》中,总共有 1574 条对法律评注的引证;而对于专著(含博士论文)

[30] Vgl. Wolfgang Zöllner, Das Bürgerliche Recht im Spiegel seiner großen Kommentare, JuS 1984, 730 (732 ff.).

[31] Zöllner (Fn. 30), S. 732. 除《慕尼黑民法典评注》的 75 位作者是完全统计外,其他数字都是不完全统计。

[32] Vgl. Harm Peter Westermann, Glanz und Elend der Kommentare, in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), FS-Rebmann, 1989, S. 106 (指出学者与实务工作者是评注编写的主力)。

[33] Wissenschaftsrat (Fn. 5), S. 51; Jansen, supra note 21, p. 121.

[34] 其它法律文献的引用情况分别为:论文 3.5 次,教科书 2.5 次,案例评析 0.4 次。See Hein Kötz, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in: David S. Clark (ed.), *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, 1990, p. 193.

的引证只有 318 条,对于所有期刊论文的引证也不过 1404 条。而且,法院通常是在法律评注“缺位”的情况下才引用专著和论文;引用期刊主要是在涉及前沿问题的场合,法律评注对此尚未来得及作出回应;引用专著则或者是因为在相关领域法律评注尚付之阙如,或者是因为法院想偏离以往判例,因而在论证时不惜大量罗列文献。^{〔35〕}

其次,法律评注深深地“嵌入”在德国的法学教育当中。在德国,法学教育的关键并非大学的法学院教育,而是各州的(两次)国家考试。只有通过国家考试,法科学生才能取得执业资格,才能成为“完全法律人”(Volljurist)。国家考试的成绩与排名在相当一段时期内会对考生的求职、出国等产生决定性影响。而法律评注于此的重要性体现于,在第二次国家考试中,法律评注是除法典外唯一允许被带入考场的考试辅助资料,^{〔36〕}当然也是考试答题必不可少的资料。可见,法律评注的熟稔运用乃是法律人之养成必不可少的一环。由于其价格不菲,甚至催生了法律评注的租赁行业,囊中羞涩的学子可以改买为租,以供备考之需。^{〔37〕}

最后,在司法实践中,法律评注的地位更是举足轻重。这当然不仅是因为法律人已经习惯于使用和依赖法律评注,更是因为若不勤加阅读,便有逃避承担现实责任之虞。德国联邦最高法院在 1986 年的一个判决中即指出,“律师在上诉时,至少负有借助通行法律评注了解现行法状况之义务”。^{〔38〕}这一观点后来又被重申:“律师有义务依据相应专业文献,尤其是专业期刊和法律评注,对判例现状予以了解。”^{〔39〕}在某些下级法院,律师们的上述义务被表述得更为直白和具体:为避免疏漏,律师们应阅读“通行的法律评注(《帕兰特民法典评注》)”。^{〔40〕}或许正因为如此,才会有德国学者声称:“如今,很多下级法院的法官相信,《帕兰特民法典评注》所言者即为法律”。^{〔41〕}在此,个别法律评注与法律本身已有混同之势,此种错把评注当法律的“法律评证实证主义”一方面值得警惕,^{〔42〕}另一方面却也折射出法律评注在司法实践中的巨大影响力。

〔35〕 Jansen, supra note 21, p. 108 (note 80).

〔36〕 德国各州规定大致相同,以拜仁州为例,在第二次国家考试中,考生可以携带不同部门法领域的共八种法律评注(以及一本相关计算公式和表格合集)进入考场。Landesjustizprüfungsamt des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Hilfsmittel für die Zweite Juristische Staatsprüfung (Hilfsmittelbekanntmachung ZJS)。而在第一次国家考试中,考生通常只能携带法典进入考场。

〔37〕 从相关网站(lehmans、KommentarMiete)来看,在笔试(长约四周)和口试(长约一周)期间租一整套法律评注需花费 80—100 欧元。

〔38〕 BGH VersR 1986, 892.

〔39〕 BGH NJW 2011, 386 (388).

〔40〕 LG Lüneburg — 18.08.2005 — 2 O 124/05.

〔41〕 Jansen, supra note 21, p. 90. 类似观察,参见 Djeflal, supra note 21, p. 1235, 其认为法律评注具有“准立法”功能(quasi-legislative function);卜元石,见前注〔11〕,第 17 页,其指出:“在大陆法系的很多国家,法官离开了法律评注进行判案简直是无法想象。”

〔42〕 Rieß (Fn. 15), S. 91, 93.

三、法律评注的实务导向

德国法律评注的“灵魂”在于其实务导向,即为司法实践服务。这是法教义学作为一门解释之学和应用之学的应有之义。需注意的是,法律评注旨在为司法实践服务并不意味着它仅能为司法实践服务,相反,法律评注大都是所谓“通用型评注”,^[43]其目标读者固然首先是法官、律师等实务工作者,但同时也完全可以法科学生和学者。^[44]在发达的法律评注文化下,当然也会有一些别具个性的评注,如旨在助力法律学习和司法考试的学生版评注,由律师团体主编因而至少名义上更契合律师需求的律师版评注,以及专注于法制史研究或者比较法研究的另类评注。这些不同寻常的评注之存在及其个性,也反过来凸显了通常法律评注的宗旨与共性,即为司法实践服务以及由此衍生的一系列关键特征。^[45]

(一)以解释现行法为中心

法律评注在德国逾百年而不衰,秘诀之一在于它解释的是现行有效的法律,回应了司法实践的客观需求。很多人都有过这样的经历,在德国,每当图书馆淘汰旧书时,如果运气好,便能以区区几欧元的价格买下原价上百欧元的较老版本的《帕兰特民法典评注》,其他评注亦复如是。这一现象与法律评注的实务取向密切相关,由于司法判决不断涌现,立法时有更迭,所以一旦新版本的评注面世,之前的老版本便日渐丧失价值。“立法者改正法律规则的三个词,整个图书馆就变成废纸”,这对于法律评注同样适用。^[46]

与法律评注着眼于解释现行法相一致,比较法、法律史和立法论在法律评注中普遍遭受冷遇。就比较法而言,既然着眼的是解释本国现行法,外国法状况自然无关紧要。以民法典评注为例,即便是同为德语区的瑞士和奥地利的法律,其最初也罕有被参考,^[47]近来情况虽有改观,但也纯属个例。^[48]以比较法研究为特色的评注当然也有,如针对《欧洲示范民法典草案》

[43] Rieß (Fn. 15), S. 86.

[44] Vgl. Westermann (Fn. 32), S. 106.

[45] 正如一千个人眼中有一千个林黛玉,立足点不同,所观察到的法律评注的特征也就有别。另请参见王泽鉴先生所作的总结:“注释书的主要特色在于对某个法律的条文说明其规范目的,阐明条文间的体系关联,综合整理学说与判例,分析讨论解释适用的问题。”王泽鉴:“王序”,载马维麟:《民法债编注释书》(一),台湾五南图书出版公司1995年版。

[46] Julius von Kirchmann, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 17. 在其所说的将沦为废纸的图书馆文献中,法律评注赫然在列。

[47] Ernst Rabel, Rezension: J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozeßrecht, Bd. 7 (1915) = in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 1 (1. Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930), 1965, S. 297.

[48] 比如在暴利行为问题上,由于《德国民法典》第138条第2款和《奥地利民法典》第879条第2款第4项如出一辙,部分评注也会参考和引用奥地利最高法院的判例。如 Armbrüster, in: MünchKomm, 7. Aufl., 2015, § 138, Rdn. 153 (Fn. 871, 872) (奥地利判例被作为正面依据), § 138, Rdn. 154 (Fn. 876) (奥地利判例被作为不同见解罗列)。

(DCFR)的评注,^[49]但其评注对象已不再是一国现行法,而是并无任何法律效力的立法草案,因而严格说来能否称之为“法律”评注都是问题。在法律史方面,法律评注通常惜墨如金,至多是交代条文立法史以服务于历史解释。^[50]动辄追溯至罗马法的法制史研究正统在此是罕见的——唯一的例外是由法制史学者主编、与通常法律评注迥异的《民法典历史批判评注》。至于立法论,通例似乎是只有当某一法律条文正处于立法改革阶段时,法律评注方可就其发表立法论上的见解。^[51]

(二)竭力回答一切问题

法律评注的实务导向也决定了,它的首要任务是为司法实践中已经和可能发生的一切问题提供答案。试想,“一套评注在手、所有答案都有”,这对于法官、律师等而言有何其大的吸引力!但法律评注只是竭力提供答案,未必同时提供关于答案的说理,因为对绝大多数评注而言,篇幅所限,不可能去一一说理,而且也没有必要。对于实务工作而言,重要的是答案,即现行法是什么,只有当现行法是什么不清楚时,才需要问为什么,这时才需要说理。事实上,绝大多数评注都秉持了这样的标准:对于有定论的问题,原则上惜墨如金;^[52]只有对于有争议者,才可能有所展开,但也只是点到为止,罕有长篇大论。

法律评注对于一个问题应提供何种答案?这涉及一个极有德国特色的概念:通说(herrschende Meinung)。几乎在所有评注中,它都化身为一个略有几分神秘的缩写(hM),其直译是“占统治地位的观点”,也曾被戏称为“统治者的观点”(Meinung der Herrschenden)。^[53]现有研究已指出,通说特指在实务界和理论界同时占据支配地位的观点,^[54]法律评注“反映了通说的形成和演进”,^[55]是“最权威、最有用的通说载体”。^[56]关于通说的生成以及法律评注在其间的角色,兼治民法和法制史的Uwe Wesel教授有如下观察:^[57]

出现一个新问题后,先总是会有一篇论文出来,发表在法学期刊、普通文集或是祝寿文集里面。第一批的判决也跟着出来。它们通常是基层法院或中级法院的判决,同样会被公布。也许还会有人写一本专著,对这一问题做专门讨论。而这一切,都会被记录在相关的、最新版的法律评注当中,而且,这些评注在记录之外还会发表自己的见解。此外,若

[49] 其中译本共五册,由数十位学者翻译,参见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔、(英)埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》,付俊伟译,法律出版社2014年版。

[50] Franz Jürgen Säcker, Redaktionelle Richtlinien für die Bearbeitung der 5. Auflage des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch (einschließlich Ergänzungsband), November 2005, S. 3, § 1. c). 中译本参见黄卉:《〈德国民法典慕尼黑评注〉编辑指南》(未刊本)。

[51] Säcker (Fn. 50), S. 4, § 1. h).

[52] Säcker (Fn. 50), S. 5, § 1. j).

[53] Uwe Wesel, Aufklärung über Recht: Zehn Beiträge zur Entmythologisierung, 1981, S. 16.

[54] 庄加园,见前注[13],第325页。

[55] 庄加园,见前注[13],第330页。

[56] 黄卉,见前注[13],第381页。

[57] Wesel (Fn. 53), S. 16 f. 该段文字的其他译本参见黄卉,见前注[13],第340页。

一个问题具有一般意义,相关的法律教科书——通常是那些读者众多且定期更新的教科书——也会跟进。就这样,经过一段时间的讨论,对于一个问题往往会见仁见智,这时,最高层级法院(联邦最高法院、联邦劳动法院、联邦行政法院或联邦宪法法院)的判决往往就登场了。这些判决一旦作出,相关问题如何解决基本上就尘埃落定。对此,文献中或许还有一些批评,少数法律评注或教科书或许还持另一种观点,但是大多数文献通常都会追随最高层级法院的意见:通说,就这样诞生了。

由上可见,法律评注的主要工作乃是记录通说从而回答现行法是什么;在通说阙如之处,法律评注的工作则为记录不同学说或案例,有时也包括发表自家观点,从而一方面忠实反映现行法一时的混乱,另一方面也参与通说之形成。^[58] 要胜任这些工作,势必面临篇幅、材料、文字等诸多方面的挑战,这在单卷本的小型评注中体现尤为明显。《德国民法典》两千余条,一般的单卷本评注也已多达 2000—3000 页,这在篇幅上已近极限,在判例、学说不断增长的大背景下,要想保证信息量并控制篇幅,只能在材料和文字上下功夫。这就无怪乎通常会看到,法律评注中对于许多问题的交代与回答,往往都是一句话甚至半句话,一笔带过。而《帕兰特民法典评注》中随处可见的天书一般的缩写,则可谓上述精简主义之极端,甚至还曾引来了大众媒体的揶揄与批评。^[59]

(三)重视案例甚于学说

随便打开一本德国法律评注检视其脚注,会很快得出其案例与学说并重的观感。事实也确实如此,最有力的证据就是前述“通说”的内涵。其实就司法实践而言,回答现行法是什么,有实务界通说(herrschende Rechtsprechung)或者说通行判例(ständige Rechtsprechung)足矣,但是这尚不能被称为“通说”。只有当通行判例与学界通说(herrschende Lehre, hL)一致,或者说当通行判例得到了后者的认可时,通说才告形成。^[60] 简言之,对于通说的“加冕”,学界与实务界均享有一票否决权。这与学者在德国法律人共同体内所享有的崇高地位是一脉相承的。当然,通说比通行判例享有更高的地位,不意味着作为通说载体的法律评注也享有较判例更高的地位,它仅仅是载体;有学者谓“法官国王之上还有评注皇帝”,^[61] 颇容易引发误会。

在案例与学说中间,法律评注通常更重视案例。譬如在引用时,案例总是先于学说而被引

[58] Vgl. *Westermann* (Fn. 32), S. 105 ff. 作者是传统法律评注的反对者,《民法典替代评注》的鼓吹者,其对法律评注能否完成记录与影响通说之使命持怀疑态度,认为这虽是法律评注的“荣光”(Glanz)所在,却也是其“不幸”(Elend)根源。

[59] „a) Zul ist die anfängl rgesch Begr von nicht mit Löschgsg—Anspr ausgestatteten GrdPfdR; Änderg des ges Inhalts des GrdPfdR. Forml Enigg zw Eigentümer u Gläub (Köln RhNK 79, 39) u Eintr (auf Bewilligg des Eigentümers) erforderl.“ 这是上世纪八十年代某版《帕兰特民法典评注》中的一句话,《明镜周刊》认为此类极端缩写在该评注中随处可见。Der Spiegel 8/1981, Herrschende Meinung, S. 96; *Henne* (Fn. 15), S. 354.

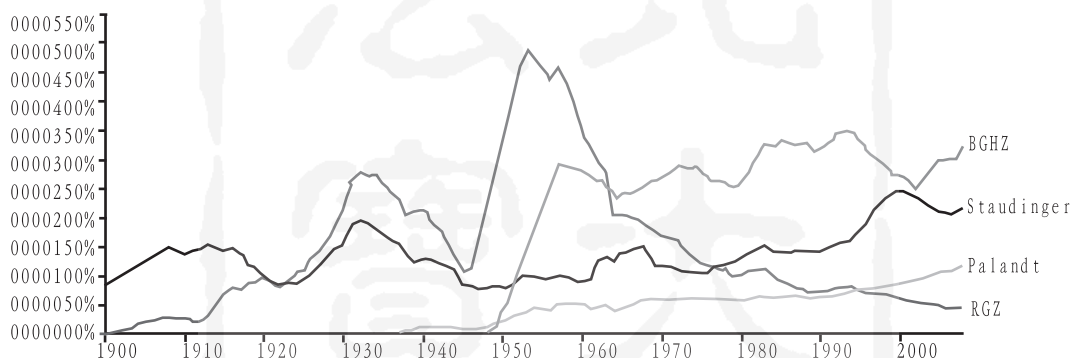
[60] *Rita Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, 1983, S. 25. 另参见庄加园,见前注[13],第 325—327 页; *Wesel* (Fn. 53), S. 17(“一般说来,通说都意味着,文献中最重要的声音与最高层级法院的观点达成一致”。

[61] 其本意乃是强调法律评注在确认通说过程中的重要地位,以及在引证率(阅读率)方面的垄断优势。 *Henne* (Fn. 15), S. 354.

用,以凸显其重要性。^[62] 极端者如《帝国法院民法典评注》,其副标题为“特别关注帝国法院和联邦最高法院的判例”,与之一致,其大都一味援引案例而几乎无视学说,但这仅是个例,且备受批评。^[63]

法律评注重案例甚于学说是由其实务导向所决定的。在实务中,必然是法院尤其是最高层级的法院说了算。就具体案件而言,不管学界如何反对,最高层级的法院怎么说,案件就怎么判,法律就是什么;力量的逻辑在此优于逻辑的力量。而且,重视案例甚于学说也并非法律评注所独有,它毋宁是德国法律文献的共性——正因为如此,才会有学者警告德国传统的“法律科学”(Rechtswissenschaft)有沦为“判例科学”(Rechtsprechungswissenschaft)之危险。^[64] 笔者借助谷歌书籍词频统计器(Google Books Ngram Viewer)所作的一项简单统计亦可资证明。以《帕兰特民法典评注》《施陶丁格民法典评注》作为学说代表,以德国《联邦法院民事判例集》(BGHZ,1951年至今)、德国《帝国法院民事判例集》(RGZ,1879—1945年^[65])作为案例代表,笔者统计了相应关键词在谷歌图书馆所藏德语图书中的词频(粗略等同于引证率)。其结果是,判例集在相应时期的引证率明显高于法律评注。^[66] 具体如下表。

表1 RGZ、BGHZ、Staudinger、Palandt 在谷歌图书馆所藏德语图书中的词频(1900—2008)



[62] Säcker (Fn. 50), S. 10, § 10. a). 但是法律评注所援引的案例数量未必多于文献数量,一个抽样统计参见 Rieß (Fn. 15), S. 85(在逾 6000 页的评注文字中,共有约 6 万个案例和 6.5 万条文献被引用)。

[63] Vgl. Zöllner (Fn. 30), S. 732 f.

[64] Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 1 f., 490.

[65] RGZ 总共 173 卷,其最后一卷(1944/1945 年卷)因故迟至 2008 年时才出版。

[66] 本检索完成于 2015 年 12 月 15 日。检索结论大体可靠的两点证据:第一,Staudinger 和 RGZ 自 1900 年以来即开始被引证,而 Palandt 与 BGHZ 分别在 1940 年和 1950 年前后才开始被大量引证,这与它们各自的出版时间吻合。第二, RGZ 在上世纪五十年代引证率持续走高,与当时德国联邦最高法院二战后全盘继受帝国法院民事判决的史实相符(Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 525);至于 RGZ 的引证率在六十年代后开始走低,则与此时期德国联邦最高法院已积累了较丰富的判例,帝国法院判例的重要性日益减弱相吻合。

(四)秉承法教义学方法:兼及社科法学的尴尬

法律评注作为德国法律文献之集大成者,自然深深带有德国法教义学的印记。就正面证据而言,主要有两点:一是恪守法律解释方法。例如在每条评注的第一段,几乎毫无例外都有关于条文立法目的(以及立法历史)的交代。《慕尼黑民法典评注》的“编辑指南”亦指出,法律评注原则上应致力于目的解释,不过在顺序上应先从文义解释出发,经由历史解释和体系解释,最后才作目的解释,因为如此方能考虑周全。^[67]

二是注重体系。这不仅与法教义学注重概念和体系一脉相承,也是法律评注的实务导向使然。这方面的细节不胜枚举,例如,每一条评注正文都尽可能遵循“构成要件—法律效果”的逻辑展开;其通常还会辅以案例的类型化梳理;在不少评注中,一、二、三乃至四级小标题都是精心设计,以彰显条文的内在条理。当然,受制于逐条释义的形式,法律评注对体系的推崇与尊重仍然无法与教科书或专著相提并论。它更像是螺蛳壳里做道场,只能针对某一条文作有限的体系化工作。这种有限的体系性所预设的读者乃是有相当知识背景并且熟悉法条内在关联的法律人,对于其他人而言,这无疑会带来找法不便或不全等困扰。作为前述囿于单个法条的有限体系性的补救,不少法律评注在逐条释义之外还特设一些教科书式的概要文字,称为导言或引言,置于特定的编、章、节之前。^[68]

法律评注秉承法教义学方法的反面印证,是社会科学方法或曰社科法学在法律评注中的不彰。需指出,德国法学虽然向来被视为法教义学的大本营,但其并非从来都排斥社会科学。回顾历史,在上世纪六七十年代,德国法学界也曾有过轰轰烈烈的拥抱社会科学的运动,法律评注中的体现,如《慕尼黑民法典评注》第一版前言就曾申明,在致力于建构民法的现代体系时,亦要注重引入法政策学的考量与社会科学的知识。^[69]又如作为这方面典型的《民法典替代评注》,更声称要揭示法律规范的“社会、经济和政治基础”以及“法律执行、适用和法学研究中所沉淀下来的社会、经济与政治考量”。^[70]但是这场将社会科学引入法学的运动并不成功,社会科学之于法学,其作用通常仍仅限于“装点门面”而已,^[71]在法律评注中亦复如此。以下以法社会学和法经济学在法律评注中的表现为例予以说明。

法社会学研究在法律评注中可谓命途多舛。以《民法典替代评注》为例,诸多统计数字均

[67] Säcker (Fn. 50), S. 2, § 1. b).

[68] Vgl. Wissenschaftsrat (Fn. 5), S. 67; Rieß (Fn. 15), S. 87 („Quasi-Lehrbuch“). 但也有批评观点,认为这混淆了法律评注与教科书及专著的界限,参见 Werner Flume, Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare, JZ 40 (1985), 470 (475).

[69] 原文为:„[...] bemüht sich der Kommentar um eine moderne rechtssystematische Aufbereitung des bürgerlichen Rechts, die auch rechtspolitische Gesichtspunkte und Erkenntnisse der Tatsachenwissenschaften einbezieht“.

[70] Herausgeber und Verlag, Geleitwort, in: AK BGB, Bd. 3, 1979, S. VIII.

[71] Andreas Heldrich, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74 (109).

因其装点门面的性质而备受批评。如在该评注第 631 条之前的导言中,评注者罗列了一连串数字,包括:截至 1974 年,德国每 14 个雇员当中就有一个人的收入与建筑业相关;建筑业产值在 1967 年下降了 6.4%,在 1975 年下降了 10% 等。批评者对此的经典质疑是:对于《德国民法典》第 631 条以下承揽合同相关法律问题的解释,这些数字有什么用?〔72〕在笔者看来,法社会学研究对于法教义学甚少助益,原因有二:其一,法律解释尤其是疑难法律问题的解决多数时候关乎价值判断,法社会学所擅长的事实判断在此难有作为;其二,法社会学研究通常偏于宏大,无法为具体制度的解释提供直接有用的信息。〔73〕

法经济学与法社会学虽同为难兄难弟,但处境相对要好,关于“汉德公式”的相关争论可资说明。〔74〕汉德公式乃法经济学标杆理论之一,它是指如果采取适当措施预防事故发生的成本为 B,事故一旦发生造成的实际损失为 L,事故发生的概率为 P,那么,在 $B < PL$,即当事故的预防成本小于事故损失与事故概率之乘积时,行为人应被认定为存在过失,进而应承担过失侵权责任。〔75〕对于能否依汉德公式来判定《德国民法典》第 276 条的“过错”,主流学说包括法律评注均持否定态度,因为法官在实务中无法对这一公式中的相应变量完成赋值计算。〔76〕但支持者亦有之,如《帕兰特民法典评注》自 1989 年以来就主张,至少在财产侵权(Sachschaden)当中,过错的认定不妨借鉴汉德公式。〔77〕这一主张后来得到了部分评注的响应,〔78〕并且至少已在一个案件中得到了州一级高等法院的认可。〔79〕

〔72〕 Wolfram Henckel, Zum gegenwärtigen Stand der Kommentarliteratur des Bürgerlichen Gesetzbuches, JZ 39 (1984), 966 (969). 其他例证, Zöllner (Fn. 30), S. 735.

〔73〕 可参见(德)托马斯·莱赛尔:《法社会学导论》,高旭军等译,上海人民出版社 2014 年版,第十五章(关于“合同和合同法”的论述)

〔74〕 运用法经济分析的其他例证, Wagner, in: MünchKomm, 6. Aufl., 2013, § 823, Rdn. 862.

〔75〕 United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir 1947). 相关厘清及反思,参见冯珏:“汉德公式的解读与反思”,《中外法学》2008 年第 4 期,尤其是第 514 页。

〔76〕 Grundmann, in: MünchKomm, 6. Aufl., 2012, § 276, Rdn. 8, 61 ff. 其特别提到(Rdn. 61),德国联邦最高法院的判例在作相关利益衡量时,也考虑成本与收益的比较,但只是没有严格遵循法经济学所信奉的成本最小化或收益最大化,即没有唯成本收益是从罢了。其还提到两个判例,其中一个要求,损害发生的概率愈大,所采取的预防措施就愈完善;另一个则要求,损害预防的成本愈小,即便损害发生的概率很低,也有采取预防措施之必要。

〔77〕 Heinrich, in: Palandt, 48 Aufl., 1989, § 276 4). B). c); Gründberg, in: Palandt, 73 Aufl., 2014, § 276, Rdn. 19. 相关述评,参见 Wolfgang Baumann, Ökonomie und Recht, RNotZ 2007, 297 (299).

〔78〕 Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 01.03.2011, § 276, Rdn. 25 (但有所限定:只有当《德国民法典》第 276 条的交易上“必要的注意”基于现有规则无从确定时,才能借助利益衡量的管道,将法经济学的考量即汉德公式纳入考虑)。

〔79〕 OLG Rostock NJW 2006, 3650 (3653). 有学者认为还有一个德国联邦最高法院的判决(BGH NJW 2007, 762)与该判决类似,Gründberg, in: Palandt, 73 Aufl., 2014, § 276, Rdn. 19. 但经笔者核实,尽管后者确实涉及成本收益的比较,但并未提及汉德公式,而且也未引证《帕兰特民法典评注》。其实,泛泛的成本收益比较在德国的案例中间并不鲜见,因为这本就是利益衡量的应有之义。

四、法律评注的生长土壤

在对法律评注的影响力和诸多特征有所了解后,自然还需追问为何法律评注在德国会如此兴旺发达。这一追问,对于想刨根究底和想预测并影响法律评注在中国之未来的人而言都具有吸引力。以下尝试从两方面作答。

(一)制度条件

成文法是法律评注的首要前提。没有成文法,自然不可能有以成文法为对象、以逐条释义为特征的法律评注。而法律评注的存在与成功,在相当程度上也巩固了成文法在法律体系中的中心地位;尽管法典本身未必万能,但得益于法律评注,人们却可以从法典中间接得到几乎一切问题的答案,法典万能主义的神话在一定程度上得以维系。

与成文法相表里的是作为其配套的法学方法——法教义学。法教义学提供了一套大致统一的法律解释框架,使得大批量的、质量较稳定的评注工作成为可能。它所推崇的体系建构,也使得法律评注告别了单纯的文献综述或案例综述的角色,一系列逻辑严谨、彼此相关、富有解释力的概念不但拓展了法律评注的信息容纳能力,还提升了其问题处理能力,特别是使其能够未雨绸缪,对各种理论上存在但实践中尚未出现的问题作出预先回应。

在成文法与法教义学之外,法律评注的繁荣还端赖于司法的统一。很难想象,如果德国司法不统一,比如民、刑事案件的终审权不专属于德国联邦最高法院一家,而是分属于各州二十多个州高等法院,德国的法律评注还能有今天的繁荣。仅以判例的梳理为例,如果对于同一法律文本中的同一问题,各州法院存在几种或十几种互不相同但各有约束力的观点,法律评注除了罗列上述观点,还能作什么?任何一种在全国范围内统一观点的努力都将因为与各州司法实践的疏离而不具有实务价值。退一步,即便改为以州高等法院为界,让各州法律人就同一法典分别撰写评注,亦势必面临人手不足、动力不足、需求不足以至品质无法保障的问题。因为对于大多数国家的法律人而言,虽然他们不得不承认法律是地方性知识,但是这个“地方”至少也应当是一个国家,而不是一国之内的某个州或省,任何地方性法律文献包括法律评注在内,对于其作者、出版者等利益群体而言,都难谓有足够吸引力。

(二)利益群体

1.出版社

2016年,德国最大规模的法律评注《施陶丁格民法典评注》总计97册,整套售价逾2万欧元(单册购买价格更高);^[80]同样有影响力的大型批注《慕尼黑民法典评注》总计12册,售价约3200欧元;市场上行销最广且每年一版(因而可能相对便宜)的单卷本评注《帕兰特民法典评注》,售价亦超过100欧元。这些表明,对于出版社而言,法律评注是不可多得的香饽饽。事实上,出版界人士很早就预见到了这一点,早在1900年前后,包括《施陶丁格民法典评注》在内

[80] 这是其官方网站(<http://www.staudinger-bgb.de>)上截至2017年1月1日的的数据。

的许多重要评注得以产生,很大程度上就归功于少数出版社的高瞻远瞩与大力推动。^[81]而法律评注延续至今的实务导向,也与出版社招徕和服务读者(主要是实务工作者)的逐利冲动紧密相关。

出版社的上述逐利冲动有好的一面,这包括:长期的市场竞争促成优胜劣汰,大浪淘沙后留下的都是精品;品类日益多元,小型评注、大型评注、针对普通法律人的评注、针对法科学生的评注应有尽有,满足了多元需求;部分评注逐年更新,出版社获利丰厚,法律人亦得以掌握最新资讯。但上述冲动也有其阴暗面。如今,德国的法律评注已牢牢掌控在少数几家出版社手中,其中影响最大的非贝克出版社莫属。在前述十余种民法典评注中,有近一半都属于该出版社。为了保持竞争力和影响力,其难免会有一些不大光彩的举动,比如强行要求作者在撰写评注时,优先引用其旗下评注或其他出版物;^[82]又如,在利益驱使下,向作者施压而影响评注的特定内容;^[83]再如,通过一些重复的、规模庞大的(网络)法律评注项目去锁定尽可能多的作者,让他们无暇参与其他出版社的同类评注项目,真正有意义的竞争因此可能被抑制。此外,另一备受同行艳羡和指责的事情是:在绝大多数州的第二次国家考试中,以民法为例,唯一可以带入考场的评注就是贝克出版社的《帕兰特民法典评注》。^[84]背后因由如何不得而知,但这无疑在客观上进一步强化了贝克出版社的独大地位。

2. 作者

如果说出版社是法律评注的发包方与销售者,那么作者就是法律评注的承包方与生产者。法律评注的作者通常包括评注主编和具体条文的评注者两类,其中主编负责全局统筹(通常也参与写作),在规模庞大的评注中,还会在总主编之下设置分卷主编。

通常而言,对于法律评注,出版社重利而作者重名。这就使得至少在法律评注的初创期,潜在的作者对于法律评注感兴趣的程度远不及出版社。因为对作者而言,此时写法律评注与写专著、教科书或论文一样,都只不过是学术研究与发表,并无高下好恶之分。在这一时期,出版社要想使特定评注得到市场认可,除确保质量外,主要是仰赖“名家效应”。这方面的例子不胜枚举。《帕兰特民法典评注》之所以以帕兰特作为主编并以之冠名,正是看中了后者帝国考试委员会主席的身份和在实务界尤其是考生当中巨大的号召力;^[85]《慕尼黑民法典评注》创立时,虽然创立者其实仅 Sacker 教授一人,但基于类似考虑,出版社最终还是采取双主编制,增

[81] Kästle-Lamparter (Fn.18), S. 244 f.

[82] Henne (Fn. 15), S. 355.

[83] Vgl. z. B. Helmut Kramer, Was wir schon immer wissen wollten oder: Wie die „herrschende Meinung“ entsteht, verdikt 12/2003, S. 15 (涉及的也是贝克出版社).

[84] 这也引出了一系列出版社之间的公案,参见 VG Düsseldorf, Urteil vom 11.04.11 - 15 K 5117/09; Martin W. Huff, Platzhirsch Palandt vor dem Kadi, 14.11.2011, Legal Tribune Online.

[85] 除了 Palandt 帝国考试委员会主席的身份所具有的广告效应(吸引广大考生购买)外,还有政治和意识形态方面的考虑。Slapnicar (Fn. 25), S. 1692, 1695.

聘了实务界的代表 Rebmann 作为共同主编。^[86]

但在法律评注作为一种文献类型得到一定认可后,作者与法律评注之间的关系就进入了蜜月期。就单个评注者而言,其个人可以数十年如一日将精力与时间奉献于法律评注的撰写,创造双赢的佳话。譬如民法学者梅迪库斯先生,其自上世纪八十年代以来就同时负责《慕尼黑民法典评注》第 249—254 条和《施陶丁格民法典评注》第 985—1007 条的撰写;^[87]又如民法学者莱波尔德及其导师波勒,在大半个世纪时间里,师徒两人“最核心的工作”都是续写享有盛名的《施泰因/约纳斯民事诉讼法评注》。^[88]就整个作者群而言,法律评注作为一类文献日渐得到认可,也会吸引愈来愈多优秀的学者与实务界人士加入。在一些小的领域(如反垄断法^[89]),或许就会出现群贤毕至、整个领域的法律精英共襄一部大型评注的盛况,这样的评注影响力可想而知。而在大的部门法领域,如民法,尽管庞大者如《施陶丁格民法典评注》也只能罗致一两百位作者,而无法穷尽所有,但其影响力显然也不容小觑。何况这只是就单个评注而言,若将所有同类评注纳入考虑,就会发现,几乎没有哪个部门法学者不是某一法律评注的作者。这种极其广泛的参与亦是法律评注在德国长久繁荣的一大保障。

另外,对于那些享有盛誉的法律评注而言,其作者身份本身即为一项荣誉与资源,而主编通常就此荣誉与资源的分配享有很大话语权。此种个人利益的掺杂其间,一方面有利于学术的传承,另一方面也可能会催生学术山头,其间利弊或可见仁见智。^[90]但毫无疑问,它进一步强化了作者与法律评注之间的纽带。

总结而言,出版社与作者乃是德国法律评注之存续与繁荣背后的两股重要力量。除此之外,法律评注的其他伴生制度,如前文述及的将法律评注作为司法考试指定辅助资料之规定、将法律评注的阅读与律师责任相挂钩之判例等,也都与法律评注相辅相成,在路径依赖的意义上强化了法律评注在整个德国法律生活中的重要地位。原本只是用来评释法条、大多深居图书馆中的法律评注,就这样冥冥中成为整个德国法律生活和法律文化的缩影。

五、为什么普通法没有法律评注?

“为什么普通法没有法律评注?”在前述 2006 年马普所研讨会上,德国学者曾有此一问,不

[86] Franz Jürgen Säcker, Münchener Kommentar zum BGB, in: *Willoweit* (Hrsg.) (Fn. 20), S. 406.

[87] *Gottfried Schiemann*, Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, NJW 1999, 1382 (1383).

[88] 参见(德)莱波尔德:《德国民事诉讼法 50 年:一个亲历者的回眸》,吴泽勇译,载徐昕主编:《司法》(第 4 卷),厦门大学出版社 2009 年版,第 416—417 页。莱波尔德从 1967 年其导师去世后接手前述评注第 19 版的编写工作,截至 2013 年的第 22 版,他仍是作者之一。

[89] See Gerber, *supra* note 21.

[90] See Gerber, *supra* note 21, pp. 540—541.

过由于其发言嗣后并未形诸文字,笔者不知其详。^[91]但如果依照上文分析,普通法没有法律评注与德国法有法律评注其实是相通的,都可以从成文法、法教义学、司法统一这三方面予以解释。需指出的是,普通法领域(主要是民法和刑法)没有法律评注,不意味着普通法国家没有法律评注或者与之类似的文献,这是两个不同问题,以下分别分析。

普通法领域没有法律评注,首先源于普通法是案例法,连成文的法律文本都没有,对文本作逐条释义的法律评注自然无从谈起。关于方法论,虽然普通法也有教义分析(doctrinal analysis)的传统,但它们的成就和影响力显然无法与德国的法教义学相提并论。^[92]尤其是在美国,自上世纪六十年代以来,法律和社会科学运动风起云涌,传统的旨在为司法实践服务的法教义学研究已经日渐式微和沦为末流。此外,同样是在美国,由于普通法属于州法,五十个州各行其是,司法的不统一也注定了法律评注难以兴起。

有人或许会问,普通法领域真的没有法律评注吗?这是一个好问题,它取决于对法律评注作何界定,若以德国的法律评注为标准,显然是没有的;但若不纠结于形式,普通法领域未尝没有一些与德国法律评注在某些方面相似的文献。但是,两者仍然不可同日而语。^[93]

其一是美国法学会的法律重述(以及示范法典等)。^[94]与法律评注类似,法律重述也包含对条文的注释和对既往判例与文献的整理,但二者的关键不同在于,法律评注所评述的条文是现行有效的法律,而法律重述所评述的条文却是没有法律拘束力的从先前各州判例中抽取出来的共通原则或规则。法律重述好比屠龙术式的法律评注。另外,法律重述乃至美国法学会的产生^[95]都有其时代背景,即在上世纪二三十年代的美国,居于主流的仍然是法教义学,后来法教义学日渐没落,法律重述也就再无昔日的辉煌了。^[96]

其二,在普通法领域,各州也有一些配注释的成文法(annotated statutes)。但这些立法注

[91] 这是拜罗伊特大学的 Oliver Lepsius 教授 2006 年的口头报告题目(Warum gibt es im common law keine Kommentare?)。参见 *Max Planck - Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Fn. 16); 以及 Lepsius 在主页上的著述清单(截至 2015 年 7 月)。

[92] 新近有一个不无争议的论断:“德国的法教义学研究总是强过其他国家”。See Robert Howse, “Will Germany Always Really Best the US (and the world) in Doctrinal Legal Scholarship?”, *VerfBlog* 2014/2/19; Ralf Michaels, “Culture, Institutions, and Comparison of Legal Education and Scholarship - A Response to Rob Howse”, *VerfBlog* 2014/2/20.

[93] 极少数学者认为,应区分法典评注与法律评注,后者不必然以成文法为评注对象,因此英美法上的体系书与德国的法律评注最为相像。*Calliess* (Fn. 19), S. 383. 相关批评参见 *Kästle* (Fn. 19), S. 397.

[94] 如朱晓喆:“比较民法与判例研究的立场与使命”,《华东政法大学学报》2015 年第 2 期,第 160 页。尽管法律重述与法律评注相似,但据考证,法律重述所借鉴的并非欧陆的法律评注,而是英国的教科书(text-book),尤其是 Albert Venn Dicey 的冲突法著作(当然并非照搬,而是有所改进)。后者旨在将英国的冲突法以一种有体系的方式呈现出来,在阐释相关规则和例外时,已经开始运用法律重述中常见的评论(comment)、示例(illustration)等技术。See Jansen, *supra* note 21, pp. 128-135.

[95] 美国法学会创立于 1923 年,第一部法律重述《合同法重述》出版于 1932 年。Charles E. Clark, “The Restatement of the Law of Contracts”, 42 *Yale Law Journal*, 643(1933).

[96] Jansen, *supra* note 21, pp. 104 f.

释极其简陋,仅仅是对案例、论文的罗列,毋宁称之为“参考文献目录”。^[97] 这种局面,除了源于人力、效益、方法论等因素的影响外,或许还因为在普通法领域,法律仍需从先例而非法典中去寻找,成文法地位低下,远不如大陆法系的成文法,^[98]故亦无认真对待必要。

其三,名为注释的文献,如《美国法律报告》中的“注释”(ALR annotations)。虽然名为注释,但其注释对象既非法条亦非判例,而是有争议的特定问题,即系以问题为中心梳理案例及文献,勾勒现行法的图景。^[99] 这在反映现行法状况的旨趣上与法律评注是相通的,但在类型上显然属于论文的合集或者文献及案例综述的合集,而非法律评注。

虽然普通法领域无法律评注,但普通法国家却未必没有。^[100] 仍以美国为例,在其联邦法领域,就不乏德国式的法律评注,其典型如由 West 公司出版的《美国法典注释》(USCA)和由 Lexisnexis 公司出版的《美国法典服务》(USCS)。它们都是针对《美国法典》(含 50 余部联邦法)所作的逐条释义,不仅有丰富的参考文献,内容也颇为详尽,每一部联邦法释义的体量大致与德国的小型评注相当。更为罕见的是少数关于联邦法的体系书,如大名鼎鼎的《科利尔论破产》,其名为体系书,实为法律评注,中间有相当篇幅是对《美国破产法》的逐条释义,体量上也直追德国的大型评注。^[101] 在同为联邦法的诉讼法领域,West 公司和 Lexisnexis 公司亦各有一套相当于大型评注的体系书。^[102]

总之,不管是普通法领域没有法律评注还是普通法国家有法律评注,都可以从成文法、法教义学、司法统一这三大因素的消长与互动中得到解释。在美国的普通法领域,纵然不具备成文法和司法统一两项条件,但当其法教义学昌盛之时,仍然会诞生与法律评注形似的法律重述,而在那些部分包含成文法的普通法领域,还会产生徒具法律评注之形的简陋的立法注释。在联邦法领域,由于是成文法且司法统一,也由于法教义学不曾缺席(其实在任何法域从来都不会缺席),前述规模可观的两套《美国法典》评注之产生可谓势在必然。^[103] 当然,受制于法

[97] See Oregon Revised Statutes Annotated § 75.1160. 另参见郎贵梅:“美国联邦最高法院判例汇编制度及其启示”,《法律文献信息与研究》2008 年第 2 期。

[98] Henne (Fn. 15), S. 353.

[99] See e.g. Dale Joseph Gilsinger, “Annotation: When is Warrantless Entry of House or other Building Justified under ‘Hot Pursuit’ Doctrine”, in: *American Law Reports*, 6th ed., 2006, Vol. 17, p. 327.

[100] 这并不包括翻译为英语的德国法律评注,以及在英美出版但主要是由德国人发起和撰写的针对国际条约的法律评注,后者如 Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press, 2015. 相关梳理参见 Callies (Fn. 19), S. 390 f.

[101] Alan N. Resnick, Henry J. Sommer (eds.), *Collier on Bankruptcy*, 16th ed., Matthew Bender & Co., Inc., 2009. 其总计 28 卷,含正文 19 卷、附录 9 卷,其中第 2—9 卷(共 8 卷)为对《美国破产法》的逐条释义。该释义篇幅不小,但部分是拜《美国破产法》条文较长之赐:一个条文一般要占到 2 页篇幅,而极端者如开篇的第 101 条居然长达 21 页(其释义则长达 220 页)。

[102] 参见 Westlaw 数据库收录的 Wright & Miller’s Federal Practice & Procedure 和 Lexis 数据库收录的 Moore’s Manual: Federal Practice and Procedure,二者均涵盖民事诉讼法和刑事诉讼法。

[103] 在作为成文法的国际公约领域,也都涌现了一批法律评注,除上文 Vogenauer 关于 PICC 的评注外,相关梳理还可参见 Djeflal, supra note 21; *Wissenschaftsrat* (Fn. 5), S. 47.

教义学不彰的大环境,这些评注往往不注重体系建构,并且有明显的重案例轻学说现象。^[104]另外,就利益群体而言,出版社显然是各类联邦法评注的强有力的推动者。在各自官网上,一套包含三年更新服务的《美国法典服务》售价约为1万美元,而一套不含后续更新服务的《美国法典注释》要价更是超过1.8万美元。与德国同行的煊赫相比,上述美国法律评注的作者仅扮演一个不温不火的角色,他们主要都是由出版社罗致的实务界人士(律师),绝少见到顶尖学者。在法律评注声望不高且市场有限的背景下,出版社占据主导地位而作者退居幕后甚至作为附庸,实在也是情理之中的事情。

六、法律评注在中国有未来吗?

(一)法律评注在中国的意义

尽管各类评注的编写在我国已处于萌芽阶段,但是仍有必要检视其之于我国法律生活的意义。毕竟,法律评注的宗旨并非满足学者的事功情结,而是服务于一国的司法实践。

在任何国家的司法实践中,法律人的头等需求都不外乎回答下述问题:现行法是什么?为了回答此问题,在普通法系国家,法律人会去研读判例,随着研究的深入与知识积累和传承的需要,其法律文献会经历一个类似于物种进化的演化过程:最初是旨在单纯记录法院判决的案例报道,然后是包含评论的案例评析,再是旨在系统处理特定问题的论文或专著(其中也包含大量的案例评述),最后才是某种竭力穷尽所有问题与材料的集大成作品。当然,正如不同物种可以共存于同一世界一样,上述法律文献完全可能共存,它们的进化或演化并非是线性的,在不同国家和地区也可能存在差别,但是,从低级到高级、从简单到精致、从碎片化到集大成的演化趋势却不会改变。因为愈高级、愈精致、愈集大成的作品,就能愈好、愈准确、愈快捷地满足司法实践的需求,并满足与之相关的法学教育与法学研究的需求。在大陆法系国家,虽然法律解释的对象不再是案例而是法条,但只要法条还需要解释,作为终局解释和权威解释的案例同样会成为法律解释的最重要素材,因而同样会产生案例评析、论文、专著等文献类型的演化与分野,并最终发展出某种集大成文献。在此种“法律文献进化论”的意义上,法律评注(以及部分教科书)等集大成式文献确实可以作为衡量大陆法系一国法学之成熟度的标志,^[105]而至少就德国蔚为壮观的法律评注而言,其也很可能代表了法教义学发展到巅峰时一国的法律文献所能企及的极限。

自改革开放以来,我国三十多年的法律与法学发展业已催生了门类大体齐全的法律文献,其中不乏与法律评注在形式或功能上相似者。但就更好地满足司法实践的需求而言,它们与法律评注之间仍然有不小的差距,因而也就反衬了法律评注之于我国司法实践的意义。

(1)教科书。我国目前集大成式的法律文献主要是在各学科广受好评的少数教科书。这些教科书其实是有些名不符实的,它们受欢迎并非因为它们简单清晰、便于教学,而是因为它

[104] 如 11 USCS § 302(破产法)、35 USCS § 302(专利法)。

[105] 参见苏永钦(《法律作为一门学问》),见前注[8]。

们都是大部头、巨细靡遗、甚至包含不少案例,除了作教学之用,还可以作为研究者与实务工作者的案头参考书。严格说来,此类教科书或许应该称为“体系书”。^[106]而且与英美法上的体系书一样,它们也借助于资料的梳理以及尽可能处理较多问题而部分承担了为司法实践服务的职能。但是与旨在竭力回答一切问题、全面整理案例与学说的法律评注相比,它们还是相形见绌。当然,尽管难免会有交叉,但教科书和法律评注在理论上仍可以各擅胜场,教科书长在可以不受法条拘束,建构体系、反思批判,法律评注则长在可以法条为线索,逐条梳理、整合重要的判决与文献;教科书的精华在于其理论贡献,在于一家之言,而法律评注的精华和价值则在于最全面地展示,现行有效的法律是什么。

(2)释义书。有人或许会问,我国是不是早就有法律评注了?若仅就逐条释义的形式而言,我国的法律评注文化的确源远流长,历史上有《唐律疏议》,现如今也有立法机关的立法释义、司法机关的司法解释“理解与适用”以及学者撰写的各类名为释义或评注的著作。^[107]但是如所周知,立法机关和司法机关的释义书在品质乃至学术规范方面都还有很大改善空间;^[108]学者的各类释义书也多徒具逐条释义之形,而无法律评注之实,实质上更接近于教科书。或许正因为如此,现阶段的诸多法律评注项目才会有意无意区分源自域外的法律评注和我国目前已有的各类释义书。除了潜在的外来和尚好念经的用意外,这一区分最主要是基于学者在方法论上的自觉、对于高品质的追求以及对于司法实践庞大需求的洞察,欲借此革“故”(释义书)鼎“新”(法律评注),摆脱以往各类释义书的积弊。当然,究竟是革故鼎新另起炉灶更好,还是接续传统、以旧瓶装新酒更好,在策略上确乎还可以见仁见智。

(3)钥匙码。这原本是指美国 Westlaw 数据库的钥匙码系统(Key number system),其本质上是一个裁判要点的分类系统,通过诸如“合同—履行或违约—因履行不能而违约”等关键词,逐级将重要案例的裁判要点有体系地整合成一个案例法系统,以便查阅和检索;与此同时,还借助引文溯源与链接技术,将同一数据库中嗣后援引过该案例的案例、论文、图书等相关资料一并列出,以备参考。早在 2009 年,West 公司即已推出该数据库的中国版“中国钥匙码系统”,此后中国同行们陆续跟进,其代表如天同律师事务所的“天同码”、最高人民法院法信平台的“法信大纲”等。其中,法信大纲与 Westlaw 的钥匙码无异,特色在于对法院系统的图书和期刊资源都作了整合,天同码则专注于案例的精简与分类,可谓传统钥匙码的简化版。与以往的案例丛书和其他实务类文献相比,上述各类钥匙码系统的信息量更大、更有条理、也更便于检索和查阅。但是与法律评注相比,它们仍然有明显差距,因为钥匙码系统毕竟只是一个初级的资料汇编,不仅缺乏评论和思考,甚至也缺乏精细的整理(比如整理出少数观点和多数观点);受数据库资源所限,它们也未必能囊括所有的重要文献;而且,它们似乎沉浸在案例法的

[106] 有些作者对此有清醒的定位与界分,参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2015 年版,第二版序言。

[107] Han, *supra* note 14, pp. 334—336.

[108] 如薛军教授的评价:“质量参差不齐,有些甚至不忍卒读,但定价永远畸高。”薛军:“当我们说民法典,我们是在说什么”,《中外法学》2014 年第 6 期。

传统之中,安排资料的框架和线索都是“合同”“履行或违约”一类的概念,而弃现成的法条体系于不用,实在有忽视我国的成文法大背景之嫌。

除了在司法实践层面的功用,法律评注对于我国的法学教育、法学研究乃至立法工作都同样富有意义。^[109] 法学教育固然直接以优秀的教科书为根基,但教科书若想删繁就简、授人以渔,最好能有对现行法全面而扎实的知识性整理即法律评注作为配合。法学研究若想避免重复劳动,同样可以参考法律评注,从而快速可靠地发现共识、分歧乃至盲区之所在。至于立法工作,以正在进行的民法典编纂为例,全面反映司法与学说现状的集大成作品弥足珍贵,因为倘若不知历史与现状,任何有意义的传承与创新都无从谈起。

(二)法律评注在中国的可行性

前文已述,法律评注有其特定的生长土壤,需要相应制度条件和利益群体作为支撑。而在我国现阶段,成文法的传统无可撼动,法教义学普遍获得肯认,司法统一似乎更不成问题,此外更是有着一群热心的有欧陆留学背景的作者以及对法律评注市场有敏锐嗅觉和较充足动力的出版人;法律评注的中国事业可谓“万事俱备只欠东风”——只等有人来写了。话虽如此,但现实远比理想复杂,法律评注要想在中国扎根,仍将面临诸多挑战。其中,最大的挑战不是别的,正是刚才未予质疑的颇有我国特色的司法统一体系。

在我国,最高人民法院历来主要通过发布司法解释而非审理案件的方式来实现司法的全国统一。这就导致了在司法解释所不及之处或其本身有疑义之处,各地法院无所适从,进而促使各地高级人民法院(乃至中级人民法院)多年来持续发布了为数众多的地方性司法文件或曰“小司法解释”,以统一本地司法;而不同的“小司法解释”难免会有冲突。因此,从北京到上海、湖北到湖南、江苏到江西,“不同省市不同法”的司法割据现象早已成为我国法律生活的常态。与这些更具体、细致、更契合审判实践需求的地方性司法文件相比,最高人民法院的判决数量虽然可能更多,但却甚少被赋予也很少能承担起全面统一法律适用的使命(想想数量极为有限的指导性案例)。凡此种种,对于法律评注的编写提出了巨大的挑战,即在法律、司法解释尚付阙如或有疑义之处,评注作者们很可能无从确定在全国层面现行有效的法律是什么。是不是只能退而求其次,逐一按省甚至按市梳理地方性司法文件?如果这些文件不公开怎么办?这些文件在法律渊源层面应该如何定位?如何处理各地法院之间甚至其内部不同文件的冲突?类似的,就最高人民法院的判决而言,如何处理其内部不同庭室乃至不同合议庭之间的观点冲突?^[110] 总之,与德国的评注作者们大都有丰富、现成的最高层级法院的判例可资拣选不同,中国的评注作者们面临的案例拣选工作将更繁重、更艰巨。但换个角度,也正因为如此,中国的评注作者们的工作却可能更富有贡献,因为司法四分五裂之际,往往是学说大有可为之时,中国的评注作者们因而有更多的机会凭借案例的甄选、评说与理论的建构参与到法律的发展中来。在这个意义上,对于法律评注在中国的落地而言,一定程度的司法不统一是挑战也是机

[109] See also Han, *supra* note 14, pp. 337–339.

[110] 这方面的比较法研究,参见卢佩:“司法如何统一?——以德国联邦最高法院判例为实证分析对象”,《当代法学》2014年第6期。

遇,法律评注更有可能通过回答这一问题而发展出自身的特色,它的中国作者们也因此可能有一番更大的作为。

此外,法律评注在中国的推行还将面临以下两项挑战:

一是激励机制尚未形成。诚如笔者敬重的一位学者所言,目前在中国编写法律评注是一项非常需要公心的事业。因为在现有评价体制下,法律评注的撰写并不能被折算为有效的学术工分。但所幸局面也在改观,破冰者如前述《法学家》杂志自2016年以来开辟的“评注”专栏。当然,这仍然属于曲线救国的无奈之举,即先化整为零以论文发表换取学术工分,然后再集腋成裘,结集出版真正的法律评注。

二是学术不端和知识产权保护不周的风险。由于着眼的是现行法的梳理,法律评注之间难免有较高的同质性。对于第一部评注而言,案例与学说的整理固然费时费力、颇具贡献;但对于同领域的第二部评注而言,上述工作却可能只意味着选择性的复制、粘贴以及稍作更新而已。这一方面使得一本法律评注要想获得成功,极有必要发展出自身的特色;另一方面,也使浑水摸鱼者有机可乘。事实上,即便是在德国,也有不少法律评注扮演着不大光彩的“二道贩子”“二手评注”的角色。^[111]其中最极端的莫过于2006年普维庭等人主编的民法典评注所爆出的丑闻:在这本约3000页的评注中,居然有上百页内容属于赤裸裸的抄袭。^[112]可以想见,未来中国法律评注的防不端、防抄袭、防盗版之路,亦任重而道远。

(三)编写法律评注的注意事项

在2015年第一期中德民法评注会议上,朱庆育教授曾结合其个人撰写《合同法》第52条第5项评注的感悟,提出了比较法资料运用、案例与文献择取、通说与个人见解平衡、资料缩写规范以及篇幅大小等八方面的问题。^[113] 这些问题有相当部分在之后的类似会议上被重复提出,可谓代表了中国第一批法律评注作者们的共同困惑与思考。笔者不揣浅陋,结合上述问题以及有限的亲身体会,尝试提出法律评注编写过程中的若干注意事项:

(1)简洁。文字、资料、论证均应如此。

(2)以现行法的解释为中心。这是法教义学也是法律评注的立身之本。

(3)穷尽问题而非穷尽材料。要竭力回答一切现行法上已经出现和可能出现的问题,并有体系的予以呈现。案例、文献等材料固然重要,但贵在精而不在全。在新法刚颁布、材料尚匮乏时,评注者应有“法律人的想象力”,^[114]预见可能发生的问题并予以解决。

(4)以反映法律现状为重点。这既表现为交代通说,也表现为在通说阙如时分述不同学说与案例,并阐发自家观点。^[115] 不同评注可以有不同侧重。但要强调的是,法律评注的主要工

[111] Peter Derleder, Von Schreibern und Textorganisatoren, NJW 2007, 1112.

[112] Hermann Horstkotte, Plagiate: Ein Professor und sein Schreibknecht, Spiegel Online (Unispiegel), 28.11.2010; HngLahmn, CHBckggLuchtrhd - eine Groteske, Jura Magazin 11/2006.

[113] 朱庆育,见前注[4],第153页。

[114] Dieter Medicus, Die Phantasie des Juristen, in: Martinek (Hrsg.) (Fn. 20), S. 171 f.

[115] 在有通说时,是否还有必要表达个人意见?这可以见仁见智。比如梅迪库斯教授就认为,仍有必要,作用之一在于防止人云亦云、避免产生“伪通说”。Medicus (Fn. 114), S. 172.

作仍然是反映法律现状而非自行发展法律,^[116]法律评注的水平,大体无法超越同时代的法学研究与司法裁判的水平。

(5)原则上只引用权威案例。这是为司法实践服务之必然。案例的审级愈高,就愈具有权威性,愈可能为下级法院所遵从。下级法院的判决除非说理充分,原则上不予引用。即案例的价值与其权威性和说服力成正比。

(6)原则上拒斥比较法资料。这与解释中国法的宗旨一脉相承。从法律解释角度看,外国法资料只有在两种情形下有必要出现于法律评注之中:一是在确定明显有外国法渊源的某法律条文的立法目的时,经由目的解释引证外国法资料;二是借鉴外国案例、学说中的说理时对其予以引用。^[117]甚至在后一情形下,也不妨对外国法资料作策略性的舍弃。

(7)把握互联网时代的机遇。在互联网时代,电子数据库的海量信息和检索便利无疑增强了人们的信息获取能力,但是,只要法律评注不是简单的资料堆砌,人们对它的需求和倚赖就不会减弱,反倒会因为使用上的便利而愈加增强。^[118]至于法律评注如何以电子化的方式呈现,^[119]又如何与传统的纸质版相得益彰,尽可以有无穷的想象空间。

(8)正确对待社会科学研究。在方法论层面,应谨记法教义学与价值判断的包容关系,^[120]切不可让法律评注沦为狭隘的法教义学故步自封、盲目排斥社会科学研究的万里长城。只要有适当的着眼于具体制度之适用的社科研究,就理应将其纳入考虑或予以接纳。

七、结 语

在德国,法律评注本质上不过是一类法律文献,但又不仅仅是法律文献。作为一类文献,法律评注的灵魂在于为司法实践服务,这一方面成就了其在德国法律生活中的巨大影响力,另一方面也衍生出其以解释现行法为中心、竭力回答一切问题、重视案例甚于学说、秉承法教义学方法等诸多关键特征。法律评注是法律文献中的集大成者,亦可视为一国法教义学成熟或臻于巅峰时之标志性事件。法律评注在德国的成功还使其成为管窥德国法律文化的窗口,它的产生与繁荣仰赖于成文法、法教义学、司法统一等制度条件,并得益于出版者和作者等利益群体的支持。法律评注在普通法领域以及普通法国家的不同形态与境遇亦可资印证。

基于上述研究可知,目前正处于萌芽阶段的我国法律评注编写事业,绝不仅仅是少数学者一厢情愿的对于某种情怀或事功的追求,它冥冥中更是诸多要素基本齐备后法律文献不断向

[116] 弗卢梅教授认为大型评注尤应恪守此点,评注者不能过多发挥。*Flume* (Fn. 68), S. 470 ff.

[117] 参见贺剑:“认真对待案例评析:一个法教义学的立场”,《比较法研究》2015年第2期,第185页。

[118] 类似观点,*Rieß* (Fn. 15), S. 90 f. 不同观点,(德)施蒂尔纳:“德国民法学及方法论——对中国法学的一剂良药?”,黎立译,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第12辑),法律出版社2015年版,第39页;(美)波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第388页。

[119] 一些激进建议,比如将音频乃至视频也纳入网络法律评注,参见Djefal, *supra* note 21, pp. 1237-1238.

[120] 参见许德风(《论法教义学与价值判断》),见前注[9]。

前演进的必然结果,它的一头是日益增长且一直嗷嗷待哺的司法实践的庞大需求,另一头是日益得到重视的法教义学方法以及矢志于该方法之应用的部门法学者们的巨大供给,二者一拍即合。在这一过程中,人的因素功不可没,但这同时也是时势造英雄的结果。中国的第一部真正的法律评注未必指日可待,但那一天的到来,必将开启一个时代。

Abstract: Legal commentaries, which in recent years have attracted much attention in China, are a special genre of legal literature in many European countries and especially in Germany. A commentary, as exemplified by the German one, provides an article-by-article analysis of a code. The completed work, which often contains multiple volumes and includes the input of numerous authors, exerts a tremendous influence over the local legal community and thus makes itself not only an outstanding genre of the German legal literature, but also the carrier of German legal dogmatics as well as a mirror of German legal culture. The spirit of legal commentaries lies in their practical orientation, which is embodied in important features, such as a focus on interpreting the current law, a goal of covering all the legal issues in one book, an emphasis on actual cases as well as academic literature, and an adherence to legal dogmatics. The existence and success of the legal commentary depends on three basic criteria: a statutory law system, legal dogmatics and unified jurisdiction. It also requires the support from important interest groups, namely authors and publishers. The ongoing adoption of a legal commentary in China will benefit not only legal practice, but also legal research, legal education, and legislative work. The above-mentioned prerequisites already have been mostly satisfied in China. The support from interest groups is also available. Despite some potential challenges and technical problems, legal commentaries in China will certainly flourish.

Key Words: Restatement of Law; Legal Dogmatics; Law and Social Science; Legal Literature; Legal Publishing

(责任编辑:许德风)