

· 民法典评注研究 ·

主持人语:从《法学家》杂志2016年第3期发表第一篇评注作品算起,评注写作已持续四年。起步时,不敢奢望能坚持多久,也不敢奢望能做到什么程度。基本的想法是,希望写一篇有一篇的所得,写一篇有一篇的积累。毕竟,于汉语法学而言,评注是一种新文体,更是一种新思维,真正称得上是筚路蓝缕。

感谢诸位作者,面对陌生的新文体,每一位作者的付出均数倍于普通论文。写作时,不仅立法、学术与司法文献须作全景式概览,往来穿梭于理论和实务之间,初稿完成后,三番五次返修更是事属常态,有的甚至几乎推倒重来。更要感谢高圣平教授,没有圣平教授当初开设评注专栏的创议以及一直以来不计得失的无条件支持,评注这项事业很可能不会开始,更不会走到今天。

功不唐捐。评注作品推出后,迅即引起学术界与实务界的广泛关注与高度认同,亦产生令人瞩目的示范效应。

2020年5月28日,《中华人民共和国民法典》正式颁布。与之相应,评注写作从零散探索的第一阶段转到关照体系的第二阶段,写作范围亦从之前的合同法扩及整部民法典。

感谢《南京大学学报》,恰在此转型时期慨允为评注开辟专栏,以每逢双期、每期三篇左右的容量刊载评注作品。这是继《法学家》之后,评注的第二个期刊专栏。可以期待,专栏启动后,评注的写作效率将大幅提高,学术影响与示范效应亦将进一步扩大。

在德国,评注已成为法律人案头必备的专业“字典”,有“真正的法律”之誉。我国尚处于起步阶段,前景不可预知,但无论如何,坚持总归是比放弃更理性的选择。

本期为专栏第一期,以四篇关于评注的研究之作开篇,研究对象分别是德国、日本、意大利与我国的评注状况与经验,既为借鉴亦为小结。

德国法律评注文化的特点与成因

卜元石

(弗莱堡大学 法律系,德国 79098)

摘要:德国法律评注文化高度繁荣,法律评注是德国法学界的主导媒体。德国法学的特色,即实践导向的学术与学术导向的实践之结合,也在评注中得以充分体现。以规范解释为中心、以法律适用为服务对象、信息集成性与时效性强构成了法律评注作为文献类型的独特性,并决定了这种工具书的不可替代性。根据规模与内容定位,法律评注可以分为大型、中型、小型评注;根据作者群体,德国还有立法评注与法官评注;根据读者群体定位,还可为万能评注、学生版评注等。同一部法律的同种规模评注之间存在竞争,不同规模的评注之间存在共生的关系。依托小型评注,评注业得以兴盛,而评注的学术性则为主要由学者撰写的大型评注所支撑。德国评注文化的形成既有历史原因,也与德国法学的教义学定位、法学教育中对评注使用的训练、出版社的推动作用、法官的工作习惯、大学教席制等机制性因素密不可分。

关键词:法教义学;小型评注;大型评注;立法评注;法官评注;网络版评注

伴随着《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)制定工作的推进,中国民法学界对于法律评注的关注度也逐渐提高,南京大学法典评注研究中心的成立也标志着法律评注事业实质化阶段的开始。在中国对于法律评注的现有讨论中,德国是一个重点。这一方面是因为很多中青年民法学者本身都有在德国留学、访学的经历,在自己的研究工作中也会使用德国法律评注;另外一方面与黄卉、张双根、张谷等学者多年来组织中国与德国学者就法律评注所开展的研讨也是分不开的。朱庆育组织学界同仁在《法学家》杂志上所刊发的评注类文章为了解德式中国法律评注提供了一个窗口,南京大学法典评注研究中心最近举办的多场学术活动加深了学界对法律评注的认识。贺剑的研究贡献了评注本体论全面、翔实知识。^①可以说,中国学者对于德国法律评注的发展史、现状、功能等方面都已经相当熟悉了。因此,本文仅仅试图在已有的认知基础上作些补充,重点考察德国法律评注文化的特点、历史发展轨迹与其背后的机制性原因。

一、德国法律评注文化的特点

概括而言,德国法律评注文化具有如下特征:第一,评注对法律规范进行逐条解释,本质上是一种工具书,通常不是用于无事时阅读,而是让读者有问题时去查阅的,对内容准确性要求高。第二,法律评注通常排版字体很小,使用薄型纸张印刷,较多运用缩写与数学公式般的表述,内容言简意赅、高度浓缩。^②第三,法律评注是相关法律规范知识的集成^③,即把尽可能多的信息压缩到最小的篇幅中。第四,法律评注的生命力在于时效性^④,更新速度快。第五,德国法律评注文化高度繁荣,法律评注是德国法学界的主导媒体^⑤,德国法学的特色,即实践导向的学术与学术导向的实践之结合,也在评注中得以充分体现。前一特点的一个经典范例为《Schönke/Schröder 刑法典评注》,而后一特点在《帕兰特民法典评注》(以下简称《帕兰特评注》)

- ① 法律评注本体论在德国研究现状参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期;德国在这方面的研究原来非常零散,相关文献难以检索,这种状况于2016年有所改观,Kästle-Lamparter于2016年撰写的博士论文——《评注的世界:历史上与当代法律评注的结构、功能与价值》(“Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart”)是第一部以法律评注为研究对象的文献。该论文因受众为德国读者,关注重点未必是中国读者兴趣所在,但其文献目录可为进一步研究提供很大帮助。
- ② 参见Willoweit,“Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts”,Willoweit(Hrsg.),*Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*,München:C.H.Beck,2007,S.28;Hopt,“Baumbach/Hopt-Handelsgesetzbuch”,Willoweit(Hrsg.),*Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*,S.580。
- ③ 比如根据Rieß的统计,《Löwe/Rosenberg 刑事诉讼法评注》第24版的第1卷至第5卷,篇幅为6193页,共提及了6万个判例与6万5千个文献出处,文献目录有103页,这还仅是1989年的水平。参见Rieß,“Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare”,Böttcher/Hueck/Jähne(Hrsg.),*FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*,Berlin:de Gruyter,1996,S.85。
- ④ 德国纸质大型法律评注解决时效性有三个常用方法:部分更新、使用活页夹、发行增补版。参见Rieß,“Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare”,Böttcher/Hueck/Jähne(Hrsg.),*FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*,S.88。此外,为了控制篇幅,很多法律评注不得不删节年代久远的争论、文献,并在现行版中指明详细论述部分在以前版本的出处,只有大型评注才有空间保存所有信息。在评注编写过程中,如果不同版本对法律问题的看法发生变化,也会注明。网络版解决时效性有这样几个办法:直接添加更新、部分更新、全部更新。参见Herberger et al.,*Juris Praxiskommentar BGB*,8. Auflage 2017, Vorwort.《Juris 民法典实务评注》的添加式更新,宣传是以天为单位,确保绝对时效,这一点之所以可行也是因为该评注只关注判决。
- ⑤ 参见Henne,“Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert”,Kästle/Jansen(Hrsg.),*Kommentare in Recht und Religion*,Tübingen:Mohr Siebeck,2014,S.323 ff。

注》中得到充分体现。法律评注服务于法律适用并为法学理论所引导^①,是连接立法、司法与学术的桥梁^②,其作为一种工具书性质的文献类型具有独特性与不可替代性。

德国法律评注的繁荣表现在评注类出版物种类、数量多^③,学术界与实务界广泛参与撰写,在法学教育中也发挥了重要作用。这种繁荣不是仅局限于民法,而是所有部门法领域,所以本文对于德国法律评注进行的是一个整体考察,偏重民法。

(一) 法律评注的种类

德国法律评注的种类很多,在文献中出现过如下提法,如便携型评注(Handkommentar)、短评注(Kurzkomentar)、大型评注(Großkommentar)、权威评注(Standardkommentar)、实务人士评注(Praktikerkommentar)、学生版评注(Studienkommentar)、立法评注(Referentenkommentar)、司法评注(Rechtsprechungskommentar)、法官评注(Richterkommentar)、律师评注(Anwaltskommentar)、传统评注(herkömmliche Kommentare)、另类评注(Alternativkommentar)、律师事务所评注(Kanzleikommentar)、胶水浆糊评注(Kleisterkommentar/Klebekommentar)^④、万能评注(Universalkommentar)、公民评注(Bürgerkommentar)等。从这些表述中可以看到,评注一词的使用也有泛化趋势,一些不是严格意义上的逐条评注的出版物也被称为评注,如案例群评注(Fallgruppenkommentar)、关键词评注(Stichwortekommentar)^⑤。总体上,上述评注类型所采取的分类标准不同,类别之间的区分也不是特别精确,但在所有类别中间,根据规模的分类是最常用的。

1. 根据规模与内容定位

根据规模与内容定位,法律评注可以分为大型、中型、小型评注。大型评注一般是多卷本,小型评注一般都是单卷本,能够放到公文包随身携带,特别是可以开庭时携带,中型评注介于两者之间。在德国数量最多的就是小型评注,1949年到1970年之间小型评注的数量从9种上升到30种。^⑥

(1) 小型评注。小型评注(Handkommentar,也可译为便携型评注)最早出现于魏玛共和国(1918—1933)晚期^⑦,篇幅通常在二三千页左右,作者数量少,一般为一人或几人。这类评注可以根据篇幅再次细分,比如贝克出版社小型评注有“黄皮系列(Gelbe Reihe)”^⑧与“灰皮

① 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.87, 302.

② 此外,贺剑在前述《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》一文中还总结了法律评注的其他特征。

③ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 92.

④ 参见 Prölss, “Glanz und Elend der Kommentatoren,” C.H. Beck (Hrsg.), *Der Aquädukt, C.H. Beck 1763 - 1963*, München: C.H. Beck, 1963, S. 262, 此文中提到过去有一种把用剪刀剪下来的重要判决的标题,用胶水贴到相关的条文之下而形成的评注; Schmidt, “Der Kommentar als Darstellungsform,” *Hundert Jahre Kohlhammer 1866 - 1966*, Stuttgart: Kohlhammer, 1966, S. 192, 此文指出这种评注早已成为历史。

⑤ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 91.

⑥ 参见 Wesel/Beck, *250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C. H. Beck: 1763 - 2013*, München: C. H. Beck, 2013, S. 251.

⑦ 参见 Willoweit, “Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 28 《鲍姆巴赫(Baumbach)民事诉讼法评注》是这种评注的第一本。

⑧ Gelbe Reihe 这一名称的由来是因为书的外封面颜色是橘黄色,但书内封面的颜色是暗红色,涵盖大部分法律领域。2019年贝克出版社共有106种这类评注。

系列(Graue Reihe)”^①,前者开本小,内容比后者也要少很多,实际上“黄皮系列”可以说是一种超小型评注,读者群也包括一些非法律专业人士,比如商界人士、行政办事员等。

为了能够把规模控制在一册以内,作者必须限制内容,把讨论重点放在司法通行审判实践以及已经形成的学界通说上。^②此外,小型评注论证过程非常有限,一般仅援引其他已有论据直接给出结论,大多没有脚注,判例与文献出处直接放在正文,因而结构紧凑、节省空间,缺点是视觉效果差,行文密密麻麻的,有时不够一目了然。^③为了便于读者迅速查找相关问题,评注中关键词、小标题一般使用黑体。小型评注很多是一年一更新,其优势在于时效性与内容的简洁性,那些发行量大,特别是考生可以带入考场的便携型评注也是权威评注中的一种。小型评注的撰写并不容易,因为既要涉及尽可能多的问题点,而时效性要求更强,作者们也要阅读所有相关的文献与判例,但又不能吸纳所有信息,也不能过多表达个人观点。^④

(2) 大型评注。大型评注的功能是对评注的对象进行教义学的全面深入研究^⑤、整理,对法律规范进行概念上探索,以影响该法律领域的发展为目的,作者主要为大学教授。^⑥由其功能所决定,大型评注只存在于已经法典化或者涉及重要单行法的领域。现代大型评注最典型的代表为慕尼黑评注系列^⑦,该评注有固定的行文结构,而且每一个被评注的条文设置有目录。^⑧慕尼黑评注的特色是既具有学术深度,又比较简洁,不像教科书那样面面俱到,而且所有的论证必须以对法律问题的特定观点结尾。慕尼黑评注在创立之初就邀请了年轻学者参与,这些学者负责他们教授资格论文领域的内容,凭借他们前期的学术积累使得评注具有更高创新性,而不是现有评注的拼凑,而且他们的年龄能够保证其在在一个比较长的时间内持续参与评注。^⑨

与之截然不同的是《Maunz/Dürig 基本法评注》,该评注虽然是一部大型评注,但没有统一的体例与风格,以活页夹式出版,首版时只有四个条款的评注,即《德国基本法》第1条、第2

① Graue Reihe 也就是短评注系列,也可译为简明式评注。涉及领域包括德国的《民法典》《刑法典》《民事诉讼法》《有限责任公司法》《外观设计法》《商法典》等众多领域。2019年贝克出版社共有82种短评注。

② 参见 Stürmer, “Zwangsvollstreckungs-, Insolvenz- und Kostenrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 747.

③ 有的评注在初期采取这种排版方式,但后期为了便于阅读,转换成带脚注的方式,把文献与判决出处放入脚注。参见 Schenke, “Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 1031;但也有学者认为脚注字体太小,看不清楚,而且其中内容容易看串行,反而不好,参见 Zöllner, “Das Bürgerliche Recht im Spiegel seiner großen Kommentare (1. Teil),” *JuS* 1984, S. 733.

④ 参见 Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 84.

⑤ 参见 Willoweit, “Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 26; Prölss 称评注中所有文献都会被考虑的说法,可能多少有些夸张,参见 Prölss, “Glanz und Elend der Kommentatoren,” C.H. Beck (Hrsg.), *Der Aquädukt, C.H. Beck 1763 - 1963*, S. 261;实际上多位作者都为如何确定需要考虑的文献之范围而苦恼,参见 Eser, “Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 864; Henckel, “Zum gegenwärtigen Stand der Kommentarliteratur,” *JZ* 1984, S. 967.

⑥ 参见 Hess/Mack, “Zivilprobrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 717; Stürmer, “Zwangsvollstreckungs-, Insolvenz- und Kostenrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 747.

⑦ 《施陶丁格民法典评注》(以下简称《施陶丁格评注》)因其规模远远超过其他大型评注,甚至可以将其实列一类,即超大型评注。

⑧ 参见 Säcker, “Münchener Kommentar zum BGB,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 411;但事实上,由于同一作者同时参与多种评注,导致行文风格无法真正统一。

⑨ 参见 Säcker, “Münchener Kommentar zum BGB,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 408.

条、第 19 条、第 104 条,共 226 页,20 年之后该评注才覆盖《德国基本法》所有的条文。该评注目前有近 40 位作者,绝大多数为大学教授,共包括 7 个活页文件夹。该评注由作者自己决定内容的安排,比如第 3 条的评注有 300 多页,相当于一本专著,有学者认为这种灵活性使得有名的作者更愿意参加。^①对于评注是否应该采用统一风格,德国学界意见并不一致,有的担心风格不一致导致评注更像文集,有的觉得风格一致就像流水线作业。^②但大型评注组稿、统稿任务艰巨是毫无疑问的,大型评注的缺点无疑是更新速度慢,但对此也形成了一些解决办法,比如再版前推出增补版或者及时修订网络版。

(3) 中型评注。典型的中型评注包括《艾尔曼民法典评注》《Bamberger/Roth 民法典评注》《Schönke/Schröder 刑法典评注》。^③中型评注内容也很丰富,更新速度也比大型评注快。《艾尔曼民法典评注》最新版为 2017 年出版的第 15 版,分上下册,共 7 194 页,其对自身特色与市场定位的描述是“便携式评注与大型评注优点的结合,详尽且具有学术深度,同时体积小,可以放到公文包里。”《Schönke/Schröder 刑法典评注》于 1942 年创立之初定位为学生版评注,目前每三四年再版一次,2019 年已经出版到第 30 版,篇幅达到 3 361 页,内容接近大型评注,但自身定位为中型评注。^④

值得注意的是,随着时间的推移,德国所有的评注篇幅都在增加,因此纵向看有的 19 世纪的大型评注甚至都没有今天的小型评注篇幅大,因此以篇幅来划分评注类型必须考虑到时间因素。^⑤此外,中型评注与小型评注划分的界限也不是很明显,从内容广泛性看,《帕兰特评注》实际上已经达到中型评注的体量。德国现今一些大型评注早期也是由一两个作者撰稿,随着时间的推移,才变成了团队撰写。最大型的“贝克网络大型民法评注”作者数有 500 多人,当然还是有一人撰写的中型评注,如《费舍尔刑法典评注》,虽然是在短评注系列,但也有近 3 000 页,完全由一个人完成。

2. 根据作者群体定位

根据作者群体,德国还有立法评注与法官评注。所谓的立法评注,是指作者为参与法律草案起草政府机关部门负责人的评注,他们因为参与立法,对法律制定的细节比较了解^⑥;但是

① 参见 Lerche, “Maunz/ Dürig, Grundgesetz,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, SS. 1024-1025; 大型评注作者自由度大被认为是一个吸引作者的普遍优势,参见 Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 90.

② 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 242; Mohnhaupt, “Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914),” Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896 - 1914)*, Frankfurt: Klostermann 2000, S. 500 f.; 持批评意见人士指出统稿不细致,也会导致一本评注中多处观点彼此矛盾,参见 Hermann u. Klaus Brügelmann, “Über die Anfertigung von Kommentaren,” *Hundert Jahre Kohlhammer 1866 - 1966*, S. 199. 为了保证评注质量,《民法典历史批判评注》每个条款的评注都由合作作者之一再次校对,而且弗卢梅认为《慕尼黑民法典评注》号称风格一致,实际并未做到,参见 Flume, “Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare,” *JZ* 1985, S. 475.

③ 参见 Willoweit, “Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 37.

④ 参见 Eser, “Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 858. 该评注 1963 年篇幅为 2 000 页,2010 年超过 3 000 页。

⑤ 参见 Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 83. 比如大型评注《普朗克评注》1897 年第 1 版面世时 6 卷本,仅有 3 600 页。

⑥ 参见 Willoweit, “Das Profil des Verlages C. H. Beck im 20. Jahrhundert,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 81.

缺点是这些人可能会调到其他的部门,因此对其所管理的法律领域不再熟悉。^①德国最初的评注有不少是立法评注,比如《普朗克民法典评注》(以下简称《普朗克评注》),其他类型的法律评注最初关注的也主要是立法过程与立法材料。^②但立法评注随着时间的推移,内容取向、作者来源都会扩展,否则也很难保证评注延续下去。特别在高度专业化的法律领域,参与立法的官员出版评注在德国并不罕见,这些作者在法律制定的过程中就已经开始撰写评注,以保证法律一旦通过后就可以马上推出著述。^③立法评注中不乏精品,但其有利用内幕消息、曲解立法者意图之嫌,所以有学者对这一评注品种抱有一定的保留态度。^④

法官评注的作者主要是法官,过去有《帝国法院民法典评注》。目前也有多种,一般以相应最高法院所在地命名,如以当时德国最高行政法院所在地柏林命名的《柏林建筑法典评注》^⑤;以德国最高社会保障法院所在地卡塞尔命名的《卡塞尔社会保险法评注》,该评注一些作者为该院法官^⑥;以德国最高劳动法院所在地埃尔福特命名的《埃尔福特劳动法评注》^⑦;以德国联邦最高法院所在地卡尔斯鲁厄命名的《卡尔斯鲁厄刑事程序法评注》,该评注作者为德国联邦最高法院法官与部分检察官。法官评注也被称为判例评注(Rechtsprechungskommentar)、法官法评注(Richterrechtskommentar),这种主要由终审法院法官所撰写的评注在实践中权威性高,这也是在德国法官法地位不断上升的一种体现。法官评注被人质疑之处在于,法官在评注中讨论自己作出的判决,作出判决时又依据自己写的评注,无疑为自己的观点赋予了不应有的更高权威。^⑧

3. 根据读者群体定位

绝大多数法律评注都是万能评注,即面向所有读者的评注,但也有针对特定读者的评注,如为学生备考所用的学生版评注,这种评注比较接近教科书。此外,还有一种实务人士评注,笔者理解这里的实务人士是广义上的实务人士,即不仅是司法律师界,更主要是企业、工会、行政管理部门中的非法律专业人士等。^⑨

比较令人迷惑的是律师评注与实务评注(Praxiskommentar),根据笔者目前的了解,这两种评注的名称可能更多是出于市场营销的目的所定,与作者团队及读者定位无关。比如律师评注系列的主编与作者并不只是律师,而是有大学教授在其中,内容也与其他万能评注没有太大区别。一种可能是这一评注系列最初在德国律师出版社(Deutscher Anwaltsverlag)出版,但该系列中的民法典种类后来转让给了贝克出版集团的Nomos出版社,该评注的名称也发生了更

① 参见 Prölss, “Glanz und Elend der Kommentatoren,” C.H. Beck (Hrsg.), *Der Aquädukt, C.H. Beck 1763 – 1963*, S. 261.

② 参见 Hoyer, “Strafverfahrensrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 799; Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 248.

③ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.306–307.

④ 参见 Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 87 f.

⑤ 参见 Wahl, “Öffentliches Baurecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 983.

⑥ 参见 Krasney, “Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 685.

⑦ 参见 Richardi, “Arbeitsrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 625.

⑧ 参见 Hermann u. Klaus Brügelmann, “Über die Anfertigung von Kommentaren,” *Hundert Jahre Kohlhammer 1866 – 1966*, S.197.

⑨ 参见 Willoweit, “Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 20.

改,现为《Nomos 民法典评注》,也属于中大型评注。

德国评注的一个特例是《民法典历史批判评注》(*Historisch - kritischer Kommentar*),该评注有些部分不是对《德国民法典》逐条评述,而是把相关主题的法条放在一起进行评论,比如民事行为能力(第 104-113 条)、形式要件(第 125-129 条)、合同订立(第 145-156 条)、代理(第 164-181 条)和时效(第 194-225 条)。这本评注面向的读者群是学术界,但作者们希望该书的内容能够被专著所关注并进一步深入研究,之后被大型法律评注吸收,接下去成为教科书的内容,以实现最后影响法律实践的效果。^①这一评注可以认为是一种纯学术性评注。

(二) 评注之间的关系

同一部法律的不同评注之间当然存在竞争,这种竞争主要发生在同种规模的评注之间,不同规模的评注因为市场定位不同,竞争关系较弱,这也是同一出版社就同一部法律开发不同评注的原因。但笔者认为,不同规模的评注之间存在共生的关系,小型评注商业上的成功维持住了评注这种文献种类在市场的地位^②,也为大型评注的开发提供了空间。随着时间推移,小型评注的内容达到了中型评注的规模,出版社就可以开发新的小型评注,而且小型评注在内容增加的过程中作者队伍也会发生从实务界向学术界扩编的现象。因此可以认为,正是依托小型评注,评注业才能兴盛;而依靠大型评注,才能够保证学术界的参与热情,使得评注业保持学术性。如前所述,只有在实践意义最大的一些法律部门才有大中型评注^③,就大多数一般单行法而言,竞争主体是各种小型评注。

虽然小型评注被学术界嘲笑缺乏教义学深度,但也有人指出真正影响司法实践的不是大型评注而是小型评注,不能被小型评注所提及的学术观点就不能影响司法实践。^④这主要是因为小型评注法官可以做到人手一册,放在案头,检索方便,法官一旦在小评注中查到答案,也就未必需要再继续查阅其他评注,对于律师同样如此。目前影响司法实践的任务在一定程度上向网络评注^⑤过渡,为了增加网络版的营利性,出版社采取模块式销售,比如“贝克网络大型民法评注”系列是不包含在一般的数据库使用权限之中,读者需要单独订阅、额外付费。此外,贝克出版社的评注网络版版式设计及纸质版不同,阅读不便,目的是希望作者更多同时购买线下版。《jurist 民法典实务评注》目前已经完全放弃纸质版,采取网络版与电子书相结合的方式,通过电子书来解决阅读观感的问题。在德国因不能及时更新而被市场淘汰的评注数量也不少,比如《德国民法典》颁布后不久,就有十几部法律评注出版,但真正延续下来的并不多。^⑥

① 参见 Meier, “Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK,” *ZEuP* 2011, S. 546.

② Willoweit 大体也表达了这样一种看法,他认为《帕兰特评注》的成功,对于评注这种文献类型在德国的成功具有重要意义,这是因为民法典在德国法中占据着中心地位。参见 Willoweit, “Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 30 f.

③ 比如慕尼黑评注系列共 15 种,包括《民法典》《商法典》《刑法典》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《破产法》《股份法》《有限责任公司法》《会计法》《家事程序法》《欧洲与德国竞争法》《撤销法》《反不正当竞争法》《道路交通安全法》《保险合同法》。

④ 参见 Tröndle, “Schwarz/Dreher/Tröndle/Fischer Strafgesetzbuch,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 847; Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 90.

⑤ 参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017 年第 2 期。

⑥ 参见 Mohnhaupt, “Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914),” Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, S. 507 ff. 495 ff.; Sturm, “Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland,” Martinek (Hrsg.), *100 Jahre BGG - 100 Jahre Staudinger*, Berlin: Sellier-de Gruyter, 1999, S. 31.

同一作者同时参与不同法律评注的现象很普遍,但同时为同一部法律不同评注撰稿的情况也并不少见。^① 如果就同一部法律为不同评注撰稿,所接手的条款一般不同,以避免内容雷同。在一些高度专业化的领域,竞争就会少很多,比如普吕斯所著《保险合同法评注》在相当长的时期几乎占据市场垄断地位。^② 从德国的经验看,重要法律的颁布就是法律评注诞生的时刻,比如德国《联邦建筑法》颁布后,首先有立法评注出版,作者是参与并影响了立法的官员,但很快就出现了实务人士评注,之后还出现了多部法官评注。^③

(三) 大学教授的参与情况

根据笔者对德国弗莱堡、科隆与杜塞尔多夫三个大学法学教授参与评注情况的抽样考察,可以发现私法(包括商法、劳动法等的大民法)教授参与最多,公法、刑法、法制史学科逐渐递减,私法中商法类最多。法律评注能够在实务界、学生中扩大学者影响,但有的学者可能更倾向纯学术圈的影响,有的教授更多投入教学,有的为报刊撰稿,有的只参与最知名的评注,所以根据学者的价值取向不同,对于评注的投入也不同。但法律评注不需要人人参与,只要一直有本专业最出色的学者参与,就能够保证质量,便携型评注也未必就没有学者参与。德国法学教授没有外在发表压力,而法律评注的撰写占用很多时间,加之是长期性任务,所以不参与评注也可能是出于保留更多学术自由度的考虑。评注工作可以使学者持续性关注所评注的法条,承担其对应领域的积累工作,评注工作也会促进衍生作品的产生,所以学者对评注的参与与其他独创性工作并不一定是一种零和关系。

法学教授的参与程度与评注在德国法律文献体系中的地位密切相关。贝克出版社在19世纪最初评注的作者主要还是政府部门的官员以及法官、律师、公证员,教授比例低于10%,虽然教授在一些评注中发挥着重要的作用。^④ 早期评注在德国法学界还被认为不是一种真正的法教义学工作,当时法教义学工作受历史法学派的影响,主要集中于罗马法研究,直到19世纪下半叶,与制定法打交道还被认为不具有学术性,大学教授当时不属于撰写评注,学术性工作是法律发现,而不是法律适用,学术界的主导文献类型是体系性教科书。在《德国民法典》制定后,德国法学教授在1896年艾泽纳赫(Eisenacher)会议上一致决定把《德国民法典》置于法学教育的中心,从1896年起,德国民法研究也从潘德克顿法学转向《德国民法典》,这也为民法评注的发展铺平了道路。^⑤

今天德国法学界一般认为评注的学术性通常在前注(Vormerkung,也翻译为“导言”)之中^⑥,这里存在学者个性化发挥空间,也能展示学者的学术造诣。当然,法律评注与教科书、专著、期刊文章的不同,恰恰并不在于前注部分,而在于对条文的具体评注部分,很多前注的内容

① 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 236.

② 参见 Martin, “Erich R. Prölss,” *Juristen im Portrait*, München: C. H. Beck, 1988, S. 627.

③ 参见 Wahl, “Öffentliches Baurecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, SS.981-982.

④ 参见 Willoweit, “Das Profil des Verlages C. H. Beck im 20. Jahrhundert,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 81.

⑤ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.63-70, 240.

⑥ 参见 Voßkuhle, “Allgemeines Verwaltungsrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 966; Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation Analysen, Empfehlungen*, 2012, S. 67. 小型评注也有前注,只不过篇幅较短,难以体现个人特色。

完全可以以期刊文章形式单独发表^①,所以这一评价对于法律评注的学术性并未予以明确肯定,从中也可以看出德国法学界对于评注的纠结态度。有观点认为法律评注中学者对自己观点的展开需要克制,法律评注是法律知识的汇编,而不是法律知识的生成^②,如果赞同这一点,评注的学术性空间无疑会进一步被压缩。

(四) 实务界作者的参与

评注的最大特点为其实用性,最初的评注主要也是实务人士评注,作者与读者都是实务界人士,作者中法官居多,还有一些参与立法的官员、律师、公证员、公司法务等人士,直到20世纪末才有越来越多的大学教授参与评注,创立于1939年的《帕兰特评注》从1974年开始吸收大学教授加入作者团队。^③贝克出版社从早期起就一直特别注重实务界对评注的参与,但实务界作者的比重在各个部门法不同,比如《慕尼黑刑法典评注》,实务界与学术界的分配为一半一半,《Schwarz 刑法典评注》的作者一直来源于实务界,而《Schönke/Schröder 刑法典评注》的作者一直都来自学术界。

此外,评注的作者群体与部门法有一定关系,比如在建筑法领域,不存在仅有教授主持、参与的法律评注^④;在社会保险法领域,判例更重要,内容理论性也不强,所以作者多为实务界人士。^⑤在高度专业化的领域,实务界作者的参与是保证评注实用性的前提。贝克出版社于1935年首次推出的《保险合同法短评注》,创始作者艾里希·R.普吕斯(Erich R. Prölss)于1938年成为慕尼黑再保险公司董事,1956年出任该公司总经理,该评注一直是保险业的权威评注。

评注工作耗费精力,而法官没有教授所享有的资源,也不能像学者那样有大块时间写作,因此兼职写作的法官要为评注牺牲很多业余时间^⑥,有的甚至需要申请停薪留职以便有时间集中撰稿。翻阅一些贝克出版社纪念成立225年、250年等的祝贺文集就会发现,评注作者评注到生命最后一刻,交稿后因病、意外或年龄的原因,未等到作品出版就过世了的情形也不少见。评注的经历就是光辉与苦难(Glanz und Elend)相交织的过程^⑦,但成功的评注能够让实务界作者同样获得巨大声誉,实现这一职业群体的学术追求,而且有助于升迁、招揽客户,有时还有可观的经济效益,这些都是动力的来源。

(五) 法律评注对于判决的处理

德国法院的判决公开的比例很低,20世纪80年代末90年代初,综合公开率为0.48%,

① 正因为此点,篇幅长的前注也被批评,参见 Westermann, "Glanz und Elend der Kommentare," Heinz (Hrsg.), *FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 1989, S. 113; Flume 更是认为篇幅长的前注是个四不像,参见 Flume, "Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare," *JZ* 1985, S. 475.

② 参见 Rieß, "Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare," Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 88.

③ 参见 Kästle-Lamparter, "Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart," SS.215-302.

④ 参见 Wahl, "Öffentliches Baurecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 983.

⑤ 参见 Schulte, "Sozialrecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 659.

⑥ 参见 Kühl, "Strafrecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 796; Krasney, "Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 686.

⑦ 参见 Kästle-Lamparter, "Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart," S. 87; Prölss, "Glanz und Elend der Kommentatoren," C.H. Beck (Hrsg.), *Der Aquädukt*, C.H. Beck 1763 - 1963, S. 266.

1992年共审结350万起案件,公开判决数不到2万个。^①案件是否公开由审判合议庭决定,其判断一般标准为对于该判决的公开是否存在公共利益。^②如果某个判决具有该个案之外的意义,比如改变、深化或发展了现有司法实践,可视为满足这一前提,法院管理部门也可以挑选其他需要公开的判决。此外,第三人原则上可以无条件向法院索要被匿名化处理的任何判决副本。^③因为德国法院在公开判决时已经做了筛选,所以德国法律评注撰写时对案例的参考范围更容易把握。

未公开判决可以通过法院内部的数据库检索,所以法官在审判过程中能够参照的判决是远远多于公开判决的。德国判决引用时可以只给出法院的简写、相关判决公开的页码,既不用指明当事人的名称,也不用给出判决的年份,这样也便于评注在有限空间中引用大量判决。这种引注方式的一个例外是《juris 民法典实务评注》,这本评注注明判决时间以及案号。

(六) 法律实用手册

法律实用手册(Handbuch)因为与法律评注的关系密切,所以这里也简单谈一下。实用手册与评注的区别在于不按照条文顺序对于法律问题进行介绍,可以说法律实用手册在没有法律评注的国家是评注的一个替代。德国有两种实用手册,第一种实用手册主要为法律实务服务,这些实务手册也经常附有一些合同样本或者文书样本。第二种实用手册的宗旨是为了发展法教义学,具有学术导向,比如Isensee/Kirchhof主编的10卷本《联邦德国国家法手册》(*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*),共有100多位作者参与。^④在行政法领域,也有为补充现有的教科书与评注、有助于学科建设的实用手册,如Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle于2006年所推出的实用手册《行政法基础》(*Grundlagen des Verwaltungsrechts*)。^⑤

二、德国法律评注的历史发展

(一) 现代评注的起源

德国现代法律评注出现于19世纪早期,但当时还比较罕见,早期评注集中在刑法与商法领域^⑥,对整个德国都适用的评注出现于1861年《德意志商法通则》颁布后。19世纪法律评注内容主要局限于文义解释,对立法资料更为关注,初期对于判决与学术类出版物考虑有限,还无法承担法学界交流平台的功能。^⑦直到20世纪初,法律评注的学术性才逐渐得到认可,这期间赫尔曼·施陶普律师(Hermann Staub)于1893年出版的《德意志商法通则评注》中所开创的

① 参见 Walker, “Die Publikationsdichte—ein Maßstab für die Veröffentlichungslage gerichtlicher Entscheidungen,” *JurPC Web - Dok.* 36/1998, Abs. 1 - 77.

② 参见 *BVerwG Urteil vom 26.2.1997* 6 C 3. 96.

③ 参见 *BGH Beschluss vom 5.4.2017*, IV AR(VZ) 2/16.

④ 参见 Pauly, “Verfassungs- und Verfassungsprozeßrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, SS.920-921.

⑤ 参见 Voßkuhle, “Allgemeines Verwaltungsrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 966; Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation Analysen, Empfehlungen*, 2012, S. 966.

⑥ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.62-63, 70.

⑦ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.215, 222-224.

评注技术发挥了很大的推动作用。这本评注摆脱了以往过于拘于文义(即以条文字词为解释单元)的体例,尝试以法律条文为解释单元进行评注,特点是“理论与实践结合,抽象与具体融合”,获得了巨大的商业成功,被实务界尤其是司法界广泛接纳,获得近乎于法律的极高权威性,也解决了学术性不足的问题。^①

(二)《施陶丁格评注》的创立

《施陶丁格评注》的创始人——施陶丁格(Julius von Staudinger)——曾担任慕尼黑高级法院庭长。与当时知名的《普朗克评注》^②不同,施陶丁格并未参与《德国民法典》的制定,而普朗克则是该法典草案筹备工作的总负责人,所以当时有评论说,《普朗克评注》知名是仰仗主编普朗克的名气,而施陶丁格成名是因为其主编的民法典评注的成功。^③在《德国民法典》颁布初期,《普朗克评注》比《施陶丁格评注》更为知名,但前者只出了4版,20世纪30年代就已经停止更新并为今人所遗忘,而《施陶丁格评注》则延续到了今天。《施陶丁格评注》第一卷除了一位弗莱堡大学教授,其他的作者都是巴伐利亚州的法律实务界人士,而施陶丁格本人于1902年去世,并未看到整部评注于1903年的完成。虽然有学者对《施陶丁格评注》事无巨细的评论方式不以为然,但无碍其成为德国民法学的集大成之作。^④

(三)现代小型评注的开发

阿道尔夫·鲍姆巴赫(Adolf Baumbach)为现代小型评注的创始人,曾为柏林高级法院庭长,负责知识产权案件,1927年辞职开始从事学术工作。他一生开创了8部评注,涉及的领域包括民法、帝国费用法、劳动法院法、竞争法、商法典、有限责任公司法、股份法、票据法与支票法。^⑤1924年鲍姆巴赫在一家犹太人开办的出版社推出了这类评注的第一部,即《民事诉讼法评注》,共615页,当时这一系列的名称是“口袋评注(Taschenkommentar)”,其特点是在最小的空间放入最多的内容,价格便宜,内容丰富,迎合了德国在1924年货币改革后读者没有财力购买大评注的需求,他“电报式”的语言风格受到了实务界的追捧。^⑥1933年纳粹上台后,奥托·利普曼出版社被迫卖给贝克出版社,该系列改为贝克短评注(Kurz-Kommentar)。^⑦德国销量最大的很多小型评注如《帕兰特评注》《费尔刑法典评注》,都是出自这个系列。1935年贝克出版社把Kurz-Kommentar注册为商标,禁止其他出版社使用这一名称。直到今天,鲍姆巴赫的评注还被续写,部分还保持着他的名字作为品牌,比如《鲍姆巴赫/霍普特(Baumbach/Hopt)商法典评注》,主编及作者之一克劳斯·J.霍普特(Klaus J. Hopt)教授曾经担任过汉堡国际私法与外国法马普所所长。此外,鲍姆巴赫还曾经协助贝克出版社组建《帕兰特评注》作者

① 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.71-72, 225 f.

② 该评注由哥廷根大学名誉教授 Gottlieb Planck 主编,其从1890年起担任《德国民法典》起草的总负责人。

③ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.73, 252.

④ 参见 Sturm, “Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland,” Martinek (Hrsg.), 100 Jahre BGG—100 Jahre Staudinger, S. 37.

⑤ 参见 Hefermehl, “Adolf Baumbach,” *Juristen im Portrait*, SS.130-133.

⑥ 参见 Hefermehl, “Adolf Baumbach,” *Juristen im Portrait*, SS.131, 133-134. 他的《民事诉讼法评注》第6版在1931年就可以卖到5万册,第17版时就已经卖到10万册,在鲍姆巴赫去世后,劳特巴赫(Lauterbach)续写该评注,1970年第30版时,篇幅已经上升到近2000页,销量超过了20万册。

⑦ 参见 Hefermehl, “Adolf Baumbach,” *Juristen im Portrait*, S. 131.

团队^①，《帕兰特评注》也借鉴了鲍姆巴赫评注的风格。^②

(四) 20 世纪评注的现代化

德国评注在 20 世纪 70 年代末、80 年代时期经历了一个现代化过程。当时出现了两种新型评注，其一为慕尼黑评注，另外一个为“另类评注”^③，后者在理念上更多注重社会与经济因素的考量，实际上是一种跨学科法律评注。当时，多位著名学者都对这两种新型评注进行评论^④，但它们后来的命运却有天壤之别，慕尼黑评注系列成了评注界的新宠，而且最先推出的民法典评注的成功使得该系列拓展到商法、刑法、诉讼法等其他部门法，目前该系列共有 15 个品种，而另类评注则昙花一现，未能持续下去。

《慕尼黑民法典评注》之所以被开发是其主编之一——弗兰茨·尤尔根·塞克教授（Franz-Jürgen Säcker）——在 20 世纪 70 年代发现大型评注市场出现了空缺，已有的三种大型评注，即《索戈尔民法典评注》《帝国法院民法典评注》与《施陶丁格评注》内容中充斥着过于陈旧的文献与判决，而且《施陶丁格评注》仍然使用花体字印刷，阅读极其费力。为抢占市场先机，《慕尼黑民法典评注》第 1 版最先推出的是《家庭法卷》，而不是通常的《总则卷》。这是因为 1976 年《德国民法典》的家庭法编刚刚经历改革，时任两位创始主编迅速组织了作者团队，以极快的速度于 1977 年 11 月推出《慕尼黑民法典评注·家庭法卷》，而德国新家庭法编于 1977 年 7 月才生效。作者团队规模大，完稿速度快也是《慕尼黑民法典评注》的另外一个特点。主编之一 Kurt Rebmann 是德国当时离婚法改革委员会主席，其影响力也促进了该评注的销售。第一卷的成功远远超出贝克出版社的预料，两位主编的话语权也相应得到了提高，从而也获得了更大的篇幅决定权。之后，该评注按计划每 6 到 9 个月推出一卷，直至 1982 年全部完成。^⑤《慕尼黑评注》第 2 版于 1984 年启动，1987 年完成，借此也第一次解决了大型评注难以及时更新的难题，当然在两版中间，出版社也通过加印活页增补版来保持内容的时效性。内容新、全、快也许就是《慕尼黑民法典评注》的成功诀窍。^⑥而慕尼黑评注系列的成功使得一向专注实用书籍的贝克出版社，在学术型评注市场上抢占一席，进而稳固了其在法律评注市场的龙头地位。

① 参见 Albers, “Wolfgang Lauterbach,” *Juristen im Portrait*, S. 513.

② 参见 Henne, “Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur,” *Betrifft Justiz* Nr. 87 (2006), S. 354 ff.

③ 参见 Rieß, “Einige Bemerkungen zum Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare,” Böttcher/Hueck/Jähne (Hrsg.), *FS Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, S. 82; 贺剑在《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》一文中翻译为“替代评注”。另类评注的出现与 20 世纪 70 年代德国社会大环境有密切关系，参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》，《中外法学》2017 年第 2 期；卜元石《法教义学与法学方法论话题在德国 21 世纪的兴起与最新研究动向》，《南京大学法律评论》2016 年春季卷。另类评注的总主编 Rudolf Wassermann 也试图把新的法学理念引入民事诉讼程序中，是协同主义原则的重要代表人物，参见任重《民事诉讼协同主义的风险及批判》，《当代法学》2014 年第 4 期。

④ 参见 Flume, “Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare,” *JZ* 1985, S. 470; Henckel, “Zum gegenwärtigen Stand der Kommentarliteratur,” *JZ* 1984, S. 966; Westermann, “Glanz und Elend der Kommentare,” Heinz (Hrsg.), *FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, S. 105; Zöllner, “Das Bürgerliche Recht im Spiegel seiner großen Kommentare (1. Teil),” *JuS* 1984, S. 730.

⑤ 参见 Wesel/Beck, *250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C. H. Beck: 1763 - 2013*, SS.318-319.

⑥ 但弗卢梅对《慕尼黑民法典评注》第 1 版评价不高，指出该评注废话太多，而且从构思、方法到内容上存在各种谬误，参见 Flume, “Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare,” *JZ* 1985, S. 470 ff.

三、德国法律评注文化兴盛的成因

法律评注是德语圈法文化的一个特征,这背后的原因一方面可以追溯到德国法的历史传统,早在罗马法时期,法律注释就普遍存在,但现代法律评注从20世纪开始兴起到今天担当法学主流媒介,无疑还有其他机制性因素。普通法系国家没有法律评注并不奇怪,贺剑就其原因也有深入的分析。^①归根结底,在普通法系国家判例是主要法源,制定法只是补充,而法律评注的对象是制定法,就凭借这一点也决定了法律评注在普通法系国家没有发展的空间。在普通法系国家,法律适用的方法也有别于大陆法系国家,在成文法国家判例是为法律规范的解释提供例证,对于判例的事实部分并不关注,而普通法系国家对于判例的援引必须以案件事实的可比性为基础,所以判例不能仅仅简化为裁判要旨,进而直接为评注所吸收。

所以应该提出的问题是,为什么其他的大陆法系国家没有这类出版物或者虽然有,但数量少或者对实践影响小?是因为没有需求,还是因为没有供给能力?笔者认为这两个因素都有影响。比如在法国,虽然有法国作者也参与编撰或撰写过国际法的英文评注,因为司法界与学术界互动不多,所以对法律评注需求不大,供给也不大。^②此外,在其他的国家即便存在需求^③,但评注的开发,特别是大型评注项目的启动,会涉及判例收集、文献梳理、作者团队的组织协调以及样稿的校对、排版,对于主编、作者都是一个挑战,对于出版社来说也存在市场风险。所以需要了解的是德国除了传统的力量外,还有哪些机制上的原因能够维持评注文化的繁荣。在贺剑相关文献研究的基础上^④,笔者作如下补充:

(一) 德国当代法学是实践导向的法教义学

德国法教义学以现行法为研究对象,而对于现行法,时效性至关重要,现行法的研究很难对抗时间的力量,所以德国专著类以外的图书出版物,频繁更新是一个常态,图书馆法律藏书淘汰速度也很快。德国学者与出版社对于在市场已经获得口碑的著作,比如教科书、评注,都会尽量使其延续下去。德国出版合同中通常都有续写条款,就是保证出版社可以在原作者因去世、年龄或其他原因退出出版项目后有权利选择他人续写。这种习惯也使得评注这类作品能够保持其时效性与生命力,在其他国家,法律图书再版的频率通常没有这么快。这种续写是学术传承的一种体现,对于德国法学学者而言,培养学术界的學生,也为寻找续写作者提供了便利。续写作者的遴选,出版社一般尊重原作者的意愿,当然续写作者的首肯也不可缺少。在

① 参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期。

② 参见 Christian Djeflal, "Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries," *European Journal of International Law*, 24(4) 2013, p.1234; 当然有作者认为英国、美国这种判例法国家,对于评注的需求可能不大,因为这些国家的司法界对于法律出版物一向不重视,参见 Zetsche, "Kommentieren und Kommentare im europäisch-deutschen Wirtschaftsrecht," Limperg et al. (Hrsg.), *Recht im Wandel deutscher und europäischer Rechtspolitik: FS 200 Jahre Carl Heymanns Verlag*, Köln: Carl Heymanns 2015, S. 226; 但也有研究显示了学术界对于司法的影响可能是潜移默化的,即便是直接的,法官也可能不直接引用学术观点,比如英国与法国法官对引用学者著述采取克制态度,使得学界对实践的影响难以量化比较。事实上,随着法律的复杂化,英国上诉法院法官从20世纪晚期起参考学术成果越来越频繁,而美国学术界因为精英法学院更注重理论研究,对司法的影响却是递减的。参见 Duxbury, *Jurists and Judges—An Essay on Influence*, Oxford: Hart Publishing 2001。

③ 贝克出版社出版的英文欧洲法评注是在海外销售最好的图书品种,而且英文评注也拓展到德国法,参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期。

④ 参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期。

实践中,法律评注的续写既有对原稿修改很少的情形^①,也不乏推倒重来、重新创作的例子,比如 Schröder 接手《Schönke/Schröder 刑法典评注》后,每更新一版就重新写三分之一的内容,直至把所有内容完全改为自己的作品。^②

德国法学的实践导向也使得大学教授、法官与其他实务界人士能够构成一个职业共同体,可以合作开发、撰写评注。德国有些法学学会是纯学术性的,只有教授与获得教授资格的学者才能加入,比如德国民法教师学会、德国国家法教师学会,但更多的学会是兼容的,比如德国知识产权协会、公司法学会等的年会就是实务界与学术界共同的聚会,报告人也包括实务界与学术界人士。法官、律师担任大学名誉教授或授课的情形也较普遍。

虽然德国批评法律评注学术性不足的观点一直都有,但学者如果有意影响司法判决,参与评注是一种有效的手段。评注能够使得法院改变原有的裁判实践^③,比如保险合同评注倾向保险公司的态度一段时间就影响了司法^④。特别是权威评注,内容出错可能会导致一批判决都出现错误。^⑤但法院与学术界也存在竞争与紧张的关系,德国学术界经常批评法院对学术成果关注不够。^⑥事实上,德国法院判决中引用最多的是联邦最高法院判决,尽管评注的引用还很普遍,但与学者心目中的理想状态还有差距。

(二) 法学教育中对评注使用的训练

德国法学教育中评注的作用非常大,德国法学教育非常强调司法判决,其重要性可以与法律相提并论。在准备第一次国家考试时,学生就要密切关注联邦最高法院的判决,因为考题有时就从判例改编而来,而司法考试成绩的重要性使得学生的学习兴趣以考试内容为中。第二次国家考试是开卷考试,可以使用的辅助工具除法条外只有法律评注^⑦,在备考过程中,学生密集学习使用评注,在考试结束后,查阅评注就变成了一种习惯。可以带进考场的评注由每个联邦州司法部考试管理部门来决定,主要包括民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法等领域,这些评注一般都是由贝克出版社出版的。这种垄断地位在实践中虽然引发过个别法律纠纷^⑧,但法律评注的选定并未因此而受到影响。

(三) 出版社的推动作用

德国出版社也是同时考虑社会效应与经济效应,但不同出版社定位不同,贝克出版社在法律评注市场占有领先地位。成功的法律评注营利性强,出版社通常根据市场容量来决定是否开发新的评注品种。如公司法与实践联系特别紧密,所以评注的作用尤为突出,公司法评注也非常多,针对不同的公司类型均有多个评注,其中并购法评注密度最大,2007年时共有7本评注,2019时已经达到10本,在资本市场法领域,法律评注俨然成了律师事务所的营销手段与

① 参见 Wesel/Beck, 250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C. H. Beck: 1763 - 2013, S. 271.

② 参见 Cramer, "Horst Schröder," *Juristen im Portrait*, S. 675.

③ 参见 Prölss, Prölss/ Martin, "Versicherungsvertragsgesetz," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 590.

④ 参见 Schwintowski, "Versicherungs- und Bankrecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, SS.511-516.

⑤ 参见 Meyer-Goßner, "Kleinknecht/Meyer/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 875.

⑥ 参见 Wahl, "Öffentliches Baurecht," Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 979.

⑦ 在 20 世纪 50 年代,有些联邦州还并不允许携带法律评注参加第二次国家司法考试。参见 Kilian, *Juristenausbildung: Die Ausbildung künftiger Volljuristen in Universität und Referendariat: eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Anwaltschaft*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 2015, S. 29 f.

⑧ 参见贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期。

专业水平的证明。^①有些学者认为这种竞争有助于评注质量的保证^②,但这种竞争使得开发新评注品种具有市场风险,因为质量好并不意味着销量大,很多时候取决于市场需求与竞争情况。

贝克出版社对于同一部法律也可能推出具有竞争性的同类评注,特别是当已有评注不能及时再版,相应市场可能被其他出版社抢占时。1939年《帕兰特评注》被推出的情况比较例外,当时贝克出版社短评注系列中虽然已有民法典评注,但三位作者中有两位是犹太人,1936年10月后无法再版,因此产生了市场空缺。《帕兰特评注》第1版5000本图书几天就告售罄,获得了出人意料的成功。^③《帕兰特评注》在销量上一直居于评注类的首位,为了保证销量,至今没有推出电子版,因为法律界人士每年都需购买最新版,这笔购书款也被戏称为“帕兰特税”。只要有市场需求,区域性法律也会出现评注。德国、瑞士为联邦制国家,联邦州可以自己立法,因此存在大量州一级的地方法律。对这些州法也有评注出版,因为案例少,文献少,所以评注写起来耗费精力也少,当然销量也比较有限,个别出版社如德国Kohlhammer出版社就以关注地方法律为特色。^④

(四) 德国法官工作习惯

德国立法技术注重抽象,法律语言晦涩难懂,《德国民法典》就是一个典型,因此对评注需求也更大。评注的兴旺虽然是法典化的自然结果,但法律越零散越需要评注,所以解法典化也对评注并没有负面影响。^⑤法律评注所面向的读者群主要是法官、律师、企业和政府部门的相关人士,特别是德国法官数量多,总数接近20000人。^⑥法院、大型律师事务所都会购买市面上有售的所有评注,相比而言,德国大学的数量比较少,大学对评注的购买对其销量影响不大。德国法官判案,首先参考是否其他法院已经有类似判决,这样可以参考并使用其表述模板。如果没有类似判决,但法律问题不存在争议,也不需要评注,评注主要在法律问题存在争议时才发挥作用。

(五) 德国大学的教席制与教授的兼职法官经历

德国大学教席制使得大学教授有人员配置,可以把评注写作过程中的辅助性工作转移给教席的工作人员,比如检索收集整理资料、联系作者、校对稿件、排版、打字(德国一些学者仍然手写、口述稿件)这样可以使教授把精力集中到写作上。教席的工作人员包括秘书、助教与学生助理。一些助教已经完成第二次国家考试,具有实务经验,而且助手的职位很少全职,多是拆分给几个人,这样大型教席就会有较多的辅助人员,可以完成这些组织管理的任务。教席制使得德国法学教授可以承担规模较大的、长期的项目,这一点与欧洲其他国家不同。因此,大型法律评注多选择大学教授作为主编,也不乏出于借力教席资源的考虑。德国大学法学

① 参见 Fleischer, “Gesellschaftsrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, SS.486, 499-500; 这还没有把那些包含并购法在内的股份法评注计算在内。

② 参见 Stürmer, “Zwangsvollstreckungs-, Insolvenz- und Kostenrecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 747; Wahl, “Öffentliches Baurecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 980.

③ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” S. 83.

④ 参见 Wahl, “Öffentliches Baurecht,” Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, S. 978.

⑤ 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart,” SS.230-295.

⑥ 参见 https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html, 最后访问时间: 2020年3月3日。

教授可以兼职法官 积累实践经验 能够从法官的角度思考问题 也可以把审判经验吸收到评注中 对于程序性法律 完全可以从实践的角度进行评注。

四、结 语

在德国 法律评注最初是实务人士写给实务人士使用的出版物 在发展过程中扩展到了学术界 最终上升为所有法律职业对话的平台与必要的载体 它解决了法学界理论与实践脱节的问题 为法律适用的统一提供了保证。但德国法学界内部对于评注的质疑从来没有彻底消失 早在 19 世纪就有对评注泛滥情形的批判 评注内容的拼凑、抄袭、趋同也是一个现实存在的问题 对法律评注学术性的评价也不乏矛盾。但不可否认的是 德国学者的主流对于评注的态度还是积极的。^①

中国学者所提出的“通过教义法学 超越教义法学”的思路^② 与 21 世纪各国法学家们寻找“新法学” 探索法学研究的新范式、新方法的想法与努力不谋而合。^③ 但后教义学时代的法学应以什么形态呈现? 如果说当下的教义法学仍以一国法律为中心、以国界为限 未来的法学或许应该超越制定法 摆脱作为一种“地方性知识”的存在 成为国际性的学科。在这一远景实现的过程中 作为传统教义法学主导媒体的法律评注依然不失重要性 其整合、存储法律知识的作用仍然不可或缺。

法律评注在中国的成长 也同样需要培养评注文化 解决评注能够被实务界与学术界所广泛接纳 为作者赢得学术声誉的内在机制与外部环境的问题。法律评注在中国如果能够推广 将会改变中国法学知识积累与传播的方式 法学教育也会因此而改变。从这个角度可以说 法律评注是一个关系到中国法学未来发展方向和新法学传统生成的问题。^④

(责任编辑 周亦杨)

① 参见 Kästle-Lamparter, “Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, ”; 贺剑《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017 年第 2 期。

② 参见朱庆育《民法评注流水账(代序)》,朱庆育主编、辛正郁副主编《合同法评注选》,北京:北京大学出版社,2019 年,第 7 页。

③ 参见 Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, pp.1-7; Stolker, *Rethinking the Law School*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp.200-262; v. Gestell et al, *Rethinking Legal Scholarship*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp.1-27; Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012, SS.34 ff., 66 ff; 汤文平《论中国民法的法学实证主义道路》,《法学家》2020 年第 2 期。

④ 参见卜元石《法律评注: 法律知识的集成与法典时代的民法教义学研究》, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx? ArticleId=107496&listType=1>, 最后访问时间: 2020 年 3 月 3 日。

theory of emotions. He elevated the natural emotions in the theory of disposition to moral emotions, developed the undirected cognitive mind in the theory of disposition into the moral essence, and established the transcendental nature of the original mind, which makes his theory of goodness of nature a typical form of Confucian theory of mind and human nature. In terms of its ideological form, Mencius's theory of goodness of human nature is not Zhu Xi's theory based on the dichotomy of *li* (理) and *qi* (气), nor is it identified with the moral metaphysics of Mou Zongsan's interpretation based on Kant's concept of practical rationality, but rather the unity of heart, nature, emotion, and talent.

Liu Xie's Misreading of Landscape Poetry: Its Artistic Creativity and Turn of Poetics around Southern and Northern Dynasties

YU Kai-liang JIA Rui-peng

Liu Xie maintained the consistency of Confucian lyric poetics through his creative misreading of landscape poetry. To a great extent, this covers some major problems in the evolution of poetics around the Southern and Northern Dynasties. In the view of nature, Liu Xie substituted *wu gan* (物感) for *wu se* (物色), so the metaphysical and Buddhist view of nature behind the theory of *wu se* is faded away, and the concept of *qi hua jiao gan* (气化交感) is directly taken as the ideological basis of landscape aesthetics. On the relationship between *xuan yan* (玄言) poetry and landscape poetry, Liu Xie regards the creation of landscape poems as the result of the continuous clarification of landscape itself. The historical role of *xuan yan* poetry in the formation of landscape poetry was misjudged. In the relation of feeling and scenery, Liu Xie explains the tradition of *Shi* (《诗》) and *Sao* (《骚》) as a blending of feeling and scenery, which is a model of *zong jing* (宗经). He ignores the huge difference between the two. Through a series of creative misreading, Liu Xie reintegrated the theoretical basis and practical direction of landscape poetry and put them back into Confucian tradition. It had a profound influence on the turn of middle ancient poetics.

Features and Evolution Factors of German Legal Commentary Culture

BU Yuan-shi

There is in Germany a highly prosperous culture of legal commentaries, which amount to the leading media of the German legal profession. The characteristics of the German science of law, namely the combination of practical oriented scholarship and academically oriented practice, are also reflected in legal commentaries. Taking the interpretation of norms as the focus and law application as the aim, intense integration of information as well as high topicality constitute the special features of legal commentary as a literature genre, and render this type of reference work indispensable. Legal commentaries can be divided into large, intermediate and small ones according to their scales and contents, into legislative and judiciary ones according to the author's groups, or into universal and student ones according to the targeted readers. Commen-

taries of the same scale in the same statute compete with each other , while those of different scales also co-exist as symbiosis. The prosperity of commentaries in Germany is dependent on small commentaries , while the scientific character of commentaries is derived from large commentaries that are primarily written by scholars. The formation of German commentary culture can be traced back to its historical tradition , the self-definition of German legal study as doctrinal research , training in the use of commentaries in the legal education , the engagement of publishers , working habit of judges and the arrangement of chairs with resources at universities.

Interpretation of Japanese Civil Code: Its Evolution and Enlightenment to China

ZHU Ye

The Civil Code is the basic law governing the development of national economy. With the rapid development of modern society , various new types of disputes are emerging. And , inevitable is the lagging behind in the provisions , due to the complex contents , professional terminology , and abstract concepts of the Civil Code. Therefore , the code needs to be explained after its establishment. In Asia , Japan can be known as a pioneer in exploring a sound judicial system , and its civil code has played an important role in sustaining social and economic development for more than 100 years after its appearance. The legislation of Chinese civil code has been completed. When annotating it , the hermeneutical achievements of Japanese Civil Code has great significance for reference , for it is also based on the experience of comparative law and adopts the same legislative system. Taking Japanese Civil Code as a comparative object and based on empirical analysis , this article briefly summarizes its legislative history and hermeneutics development , and analyzes the interpretation methods of controversial provisions to draw the following conclusions. First , compared with the case in Japan , Chinese scholars are facing a severer dilemma in the study of annotations in the Civil Code. And , second , when carrying out the annotation work , scholars need to pay attention to unifying the order of discussions , and must carefully select cases with typical meanings.

Writing of Commentaries on Italian Civil Code: Observations Focusing on Three Articles

LOU Ai-hua

Most commentaries on Italian Civil Code are written in the form of discussion of legal articles exemplified with cases , and problems are paid more attention to than to structural arrangements. The contents of commentaries totally center on the current law , with no special study made on the issues of legal history , comparative law and legislative history. Only the index number of the cases is quoted , without any mention of the contents of the case , nor any criticism of the cases. There are also no special terms for the distinction between “general theory” , “mainstream theory” and “minority theory” though distinctions are still indicated clearly with general terms. Commentators may give their personal views , and also invoke foreign theories. The above practices in Italy is worth learning for Chinese Civil Code commentaries. Historically speaking , con-