

# 对话：中国法律评注的现状与未来

张双根 朱 芒 朱庆育 黄 卉\*

**导读** 在这期“法律评注”专题，我们邀请了三位谙熟法律评注的专家，北京大学张双根教授、上海交通大学朱芒教授、浙江大学朱庆育教授，由我提问，一起为中国法律评注的现状和未来把把脉。对话的认知起点是：我们属于依赖体系化抽象立法的大陆法系国家，正确、统一的法律适用需要法律职业共同体（尤其是法官），不仅能正确把握相关法律概念、法律制度，能掌握统一的法律解释方法，而且能根据在审疑难案件的特殊性，甄别不同的学理通说和司法通说，作出恰当的选择和论证。这种高标准的“有法必依”要求，对于任何法治国家的法学教育和法官培训都是艰巨的任务，德国法律评注就是为这个任务服务的最好法律工具，它缓慢但是肯定地进入了我们的法律视野。几位学者谈到，必要性不等于可行性，眼下立法、司法判决和学术研究的质量都需要更多进展，才能满足评注撰写的前提条件，加上现有学术体制并不支持壮劳力期的优秀学者沉下来深耕细作，编写规模较大的法律评注的时机尚未成熟。困难是工作的动力，大家表示“摸着石头过河”、边干边想最切实际，期待这些思考和疑惑得到更加内行的回应。

——黄 卉

## 第一部分 何谓法律评注？

**黄卉：**三位教授好！受《中国应用法学》蒋惠岭主编的委托，邀请三位进行一次关于法律评注的对话，任务之一是向我们法律职业共同体介绍一下以德国为代表

---

\* 张双根，北京大学法学院副教授，德国柏林洪堡大学法学博士；朱芒，上海交通大学凯原法学院教授；朱庆育，浙江大学光华法学院教授；黄卉，北京航空航天大学法学院教授，德国法研究中心主任，德国柏林洪堡大学法学博士。

的大陆法系国家和地区的法律评注工具书，并在此基础上探讨我们是否以及如何可能编撰自己的法律评注。应该说，对于中国法学者尤其民法学者，德国法律评注已经不是陌生概念。民法留学生多，回到法学院工作的也多，“中德民法论坛”从2015年第四期开始，已转向讨论如何编纂法律评注主题（第四、五期分别为“民法评注工作坊”第一、二期），《中德私法研究》发表过关于中德专家合作编纂中国民法评注的文章，《法学家》开辟的“法律评注”专栏也发表了四篇关于《合同法》《物权法》条款的法律评注，参照的也基本是德国民法评注体例，以及刚出版的《中国应用法学》创刊号发了德国明斯特大学王剑一博士的《德国法律评注的历史演变与现实功能》一文和双根教授翻译的《慕尼黑民法典评注》对《德国民法典》第861条“因侵夺占有而生的请求权”的评注。某种程度上“法律评注”几乎成了“德国法律评注”的简称。这么理解当然是很不全面的。其他大陆法系国家如日本、意大利也有评注，我国台湾地区应该也有。我作过一点检索，国内关于德国法律评注以外的介绍不多，听到的议论也都是印象性的，盼望各位能够先提供点手里掌握的信息，尤其是朱芒教授，您有很深的日本公法背景，前些年翻译出版了《日本行政法评注》，请多介绍点日本法律评注的情况。

**朱芒：**日本有法律评注，尤其涉及法律适用便少不了法律评注。在各个法律领域，尤其是基础法律领域，如民法，以及公法领域中的宪法、行政诉讼法等领域，无论法学研究还是法律教育，也都离不开法律评注。日本的法律评注应该是继受自德国。这些评注出版时书名汉字常用“逐条注积”之类，或者直接用德语的外来语“コンメンタール”。法律评注有不同版本，有大型出版社组织的，也有学者个人撰写的。在基础法律领域，民法应该最为齐全，但我主要关注公法，尤其行政法。就我个人的了解而言，最早介绍进我国的日本法律评注是1990年由董璠舆教授翻译、中国民主法制出版社出版的《日本国宪法精解》一书。这本书的原版是《全订日本国宪法》，日本评论社1978年版。这或许是大陆学界看到的第一本外国法律评注。需要注意的是，80年代学界批判采用政策去说明法条合理性的学术方式为“注释法学”，这是一种贬义称呼。但当我读了这本日本宪法条款的逐条注释的书之后，第一感受是，如果谁能这样注释一部法律，那么必然成为大家，或许，只有大家才有能力以这样的方式和内容注释法律。后来才知晓作者宫泽教授确实是日本宪法学大家。宫泽之后，由其弟子芦部教授接着进行持续修订注释。芦部教授也是日本的宪法学大家。

**张双根：**日本法律评注的发展情况，因不通日语，我不是很了解，不过我可以举一个事例，来说明日本学界对法律评注文献的重视程度。2013至2014年，我曾在日本讲学一年，所在的新潟大学法学院，在日本虽然排不上一流，但其对外国法尤其是德国法文献的重视程度，仍超乎我的想象。其中最让我艳羡不已的，是关于德国民法典的各种不同的评注，如德国民法方面最大规模的《施陶丁格民法典评注》（《施陶丁

格民法典评注》是德国历史最悠久也是最大型的民法典评注书，目前最新版次的总卷数多达96卷，共计6万余页，其价格自然也是不菲的，全套下来至少得要3万欧元左右）、《慕尼黑法律评注》系列，不仅是全套收藏，而且各不同版次的都有。反观国内，即便是所谓的一流法学院，在这方面也难以望其项背。

日本法律评注源自德国法，其他大陆法系国家或地区的评注，可能也都受德国法直接或间接影响，使得我们一般会认为法律评注是德国法学文献的特色，而其成熟程度，相较于欧陆其他国家，确实也算得上是一枝独秀——这或许是我个人的偏见。目前已有文章介绍德国法律评注的起源、现状及其存在问题，但对于我们自身法学发展来说，确实到了慎重考虑是否以及如何引入法律评注的时候。法律评注以法律或者说立法文本为工作对象，是一项围绕法条展开解释、阐释等一系列带有体系化作业的、特别适合法律适用的学术产品。法律评注说到底是一种技术，一种特殊的文献技术，也可以说是一种学术作业方式。通过这种技术与方式，可以实现其他文献方式，如教科书、专著等所不能达到的功能与目的。比如，评注取向于服务法律适用，注重梳理司法实践情况，进而能容纳更多的司法判决状况。在我看来，法典评注的功能与意义，对于成文法国家来说应该具有普适性。我们属于成文法国家，因此在理论上，法律评注这种方法对我们同样具有重要意义。当然，我们能否建设出自己的法律评注，以及能建设到什么程度或水平，那是另一个问题。

**朱庆育：**法律评注对法典法国家和地区的重要性毋庸置疑，受德国影响或者说以制定法为特点的国家和地区好像也总以拥有法典评注为荣。前几年去韩国全北大学开会，会议主办方带我们参观法学院图书馆的时候，特别向我们隆重介绍韩国仿照德国编撰的评注，自豪之意溢于言表。

我简单说一下粗浅了解到的台湾地区的情况吧，未必准确。严格来说台湾地区好像还没有我们所说的“评注”，至少在形式上还没有。90年代中期，台湾五南出版公司出版过马维麟博士个人撰写的三卷本《民法债编注释书》，接近于评注。独自一人完成工作量如此巨大的法条注释，很了不起，但也就独此一家，而且好像也没有再版更新。关于“评注”的含义，台湾地区好像更习惯把它理解为“逐条释义”。取其“逐条释义”特征的话，台湾地区绝大多数教科书基本上也都或多或少带有“评注”的意思。在某种程度上说，法条注释一直是民国以来民法教科书的写作传统，民国不少著名教科书更是径直以“释义”为名，象欧阳谿先生的《民法总则释义》、洪文澜先生的《民法债编通则释义》等等。这个传统直到今日台湾地区还得到维持。个人觉得，台湾地区教科书“释义化”的写作风格虽然缺乏理论反思与体系建构——苏永钦教授对此多次表达过忧虑，但其实为评注的编撰积累了很好的技术经验，到现在还没有评注，主要原因大概是人少顾不过来。我约请过台湾大学法学院吴从周教授写台湾地区评注现状的文章，不过部分因为我催稿不积极，部分因为从周教授太忙，好像还没有完成。当然，如果“评注”仅仅是字面上的“逐条释义”，我们这边已经有很多了。

**黄卉：**大陆市场的释义书籍好像是2005年左右冒出来的，现在非常普遍了，不仅基本法律，不少条例、实施细则都有“释义”书。我搜了一下，发现几家法律出版社都有自己的释义丛书：法律出版社的叫“法律释义丛书”，人大法工委是其主要作者。中国法制出版社的叫“法律法规释义系列”，释义范围不仅有法律，还有“暂行法律”“实施细则”，国务院各业务司是其主要作者。中国民主法制出版社的叫“法律释义及实用指南”。人民法院出版社的叫“条文释义及配套司法解释实用全书”。这两家的规模都不及前两家。北京大学出版社、中国政法大学出版社也零星出版了释义书。各位是否和我一样会碰到同行问：都是逐条解释，法律评注和法律释义有什么不同？

**张双根：**市面上的“释义”类书籍的一个特色，甚至作为出版方的一个卖点，就是各执笔者大多参与过其立法过程，掌握了相当的资料与信息，因此在阐释规范目的或“立法意图”方面，确实有他人所不能及的优势。不过总的来看，目前的各种“释义”书，与德国式的法律评注相比差异很大：1.从内容上看，此类释义书大多只是陈述垄断的立法信息，对现有的各种观点仅作列举而很少进行体系化梳理；2.从形式上看，释义书可能还需要更加重视学术规范的遵守，比如在引述各种学术观点时应当给出引注说明；3.极少关注或反映司法实务（主要是司法判决）的状况。当然，释义书的出现和眼下能够大行其道，有其历史原因和正当性，但不能否认其的确存在一些问题，需要借鉴德国以及其他国家和地区的法律评注的优点。

**朱庆育：**咱们所理解的“评注”当然不会是字面上的“逐条释义”那么简单，虽然德国绝大多数评注在形式上确实是在“逐条释义”。所以，要把想做的“评注”和充斥坊间的各类释义书区分开来，更重要的是具体的实质性写法，名称、撰写形式乃至体例倒还在其次。

**朱芒：**法律评注应该强调学术研究成果、立法情况和已有司法判决成果对法律实务的作用。我们目前的释义书，主要是立法机关在立法通过之后立即编写的。先不管其撰写动机如何，内容最多只能反映出立法动机，导致这类释义书基本上是已知信息的重复。其实法律评注的书名叫什么无所谓，甚至我觉得可以先无视双根说的那些现行的释义书。只要学界和实务界存在着现实的需要，学者就可以另行出发，由个别条文的注释开始起步。只要能够出好的成果，显示出了学术力量，且实务部门认为有价值的时候，评注自然会被接受。总之，我认为无须与现行这些释义对抗。当然，真正显示学术力量的评注是经验成果积蓄沉淀的一种重要方式，各种尝试都是为高质量的法律评注做准备的。

## 第二部分 编纂中国法律评注的必要性和可行性

**黄卉：**我引一下《法律评注：法律技术抑或法律文化？》一文（《中德私法研究》

总第 11 期, 北京大学出版社 2015 年版, 第 333-356 页) 关于理想的法律评注的描述: “[法律评注的] 逐条注释大体都会包括以下内容: 立法背景、基础概念和制度及其意义 (在部门法教义学中的学术座标)、法条疑难语词的学理 (或法教义学) 和司法解释, 其中学理解释需对法学者所提供的解释意见作整体梳理, 尽可能辨析出学理通说 (支配说) 和少数说, 司法解释主要指反映在重要司法判决中的对所注释法条的解释。总之, 法律评注是一种法律适用导向、但兼具学理辨识的法律工具, 法科学生和法律职业人一册在手, 就能对相关法条的学理知识、重要文献、可能的法律解释途径和尺度以及重要判决等内容一目了然。”这样的法律评注与我们目前的法律释义书大不同。我国幅员辽阔, 法律职业人才需求量很大, 尽管全国有 600 多家法学院系, 但由于法学教育目标不明、教育水平参差不齐, 司法系统的人才补给情况令人很不满意, 新入职的司法工作者面对司法实践问题可能连有效思考的基础都不具备, 即使过些年成为“熟练工”了也依然会被层出不穷的疑难案件困扰。面对这样的局面, 如果我们能出一批法律评注起到向导作用, 相信能比较有力地促进司法适用统一 (同案同判), 也会全面提高法律职业共同体的法律水平。然而, 必要性不等于可行性, 请各位判断: 我们着手编纂法律评注的时机是否成熟?

**张双根:** 关于目前在我国扩展法典评注的工作条件是否成熟的问题, 我个人一开始的判断是不很乐观的, 甚至很悲观。我上面说过, “法律评注”就是对“法律”进行评注, 即评注的对象是一部立法、一个法律文本。进而, 要想取得很好的评注效果或意义, 则至少: 1. 被评注的法律文本应该具有“可评性”(这是我自创的说法), 亦该法域已有的且已成熟的、或者至少已有其学理基础的尤其是法教义学基础的“学理成果”; 2. 评注者已有相关的训练; 3. 需有相当的组织; 4. 评注可使用的素材与方法, 如法学文献、司法判决集等, 应该是充分的, 且是合用的。按照这样的理解, 我们目前的条件, 似乎不大成熟。不过, 如果我们目前真的要开展的话, 我们也可以从另一面来理解或赋予评注的意义, 那就不妨边干边学。德国人最早的时候, 大体也是这个状况。

**朱庆育:** 关于评注时机问题, 之前筹划中德私法会议的时候聊过, 黄卉教授发在《中德私法研究》第 11 期上的大作也表述过。我的基本判断还是没变, 再说一遍就是, 目前撰写评注或者至少体系化撰写评注的时机尚未成熟, 无论从立法质量、司法判决质量还是学术研究质量各方面看, 都是如此。以学者身份观察评注, 我更愿意强调学术方面的条件。德国近代法学大致经历了从法学实证主义到制定法实证主义的转变。在我看来, 评注更多是制定法实证主义的产物, 而制定法实证主义要能站得住, 得以法学实证主义为基石。换句话说, 撰写评注之前, 需要先建立融贯的概念与理论体系。建立概念与理论的任务主要应该由体系化的教科书完成, 没有成熟的体系教科书, 我个人对评注的前景不太乐观。

**黄卉:** 我们可以把问题转换一下: 眼下编纂理想的法律评注的条件不成熟, 但“起

步时机”是否成熟了呢？原本我想我们对开始启动编纂的提议都会给出肯定回答，但庆育显然觉得最好还是缓一缓，学者最好先集中力量建设侧重概念和理论体系的教材写作。但是我觉得法教义学层面的准备工作是一切高质量法学作品的基础，成文法国家的法学教材和法律评注都是有体系化要求的，相关的研究成果可以写成不同体例的作品，在写作教材和法律评注的先后次序上，会不会更看作者的兴趣偏向。而且，庆育尽管觉得条件不成熟，却在帮助《法学家》组织“法律评注”专栏，是不是这个工作过程负面经验很多，所以让你这么提不起劲来。能否谈一点其中的“最无力点”？

**朱庆育：**说起来是有点矛盾。我一方面不断对评注表示悲观，另一方面却越来越深入地介入这件事。这大概首先是因为评注确实太有意义，同时当然也不排除事功诱惑。其实早在2009年，我刚从德国访学回来的时候，就跟法大民法所几位同仁聊过写评注的事，选择的评注文本是刚通过不久的《物权法》。当时的想法是，如果法大民法团队凭一己之力写出一部评注作品，它的学术地位至少在这方面会无可替代。为此我还专门翻译了《帕兰特评注》中的一个条文，大概一万多字，发给几位同仁做参考。不过这事后来也不了了之了。

至于受高圣平教授委托为《法学家》评注专栏组稿的事，起因得回溯到2015年底。就像黄卉教授发表在《中德私法研究》那篇大作所介绍的，中德私法交流已经办过好几次会了，关注点逐渐往评注方面转。2015年底在华政的第四次会议算是正式将主题转向评注。在那次会上，我接受黄卉教授的任务分派，急就章式地就《合同法》第52条第5项写了篇粗陋的评注样本供会议批评。会议结束没多久，高圣平教授跟我约稿，并说想以此为契机在《法学家》开个评注专栏，每期刊登一到两篇民法评注文章，委托我组稿。我觉得这是很有魄力和远见的想法，加上内心也确实总有个不安分的评注小鬼动不动就想跳出来，所以没怎么考虑就应承下来。

我组稿的基本想法是，先约请一些学者就自己擅长领域的对应条文（主要是《合同法》条文）撰写评注，通过“擅长”来弥补经验缺乏之短，等积累到一定程度，再集中总结一下经验教训，看能不能顺势推动评注的体系化撰写。《法学家》是个很好的平台，约请的作者也靠谱，但评注能做到什么地步，说实话我还是完全没有概念。

因为评注的撰写尚未大面积铺开，目前还处在点状阶段，作者也大部分是我主动约请的，其实还没有太多的“负面经验”。我个人认为，“最无力点”恐怕会在学者自身能力方面。如果学者能力足够，立法质量和司法裁判质量就不是不可逾越的障碍，学术性评注反倒可以为立法质量和裁判质量的提升提供知识指引。如果学者自身的概念都是混乱的，学界对于构成学科基本元素的概念及其体系都还莫衷一是，连最低程度的共识都还没达到，评注的写作就会非常困难。勉强写成的评注，意义也会远不如教科书。所以我个人目前对教科书的兴趣远高于评注。

**朱芒**：如果庆育对民法学界的情况不满意，那行政法学界的情况恐怕远不及民法。但我在是否应该启动法律评注的问题上，是倾向肯定回答的。换言之，尽管成熟性肯定不够，但既然存在必要性，那么如何起步是关键。不起步可能永远不会有成熟的条件。其实，评注的写作也有引导学界走向的作用，但就目前的学界通识而言，可能会被认为是学术性或者思想性不够“高大上”的作品。我翻译的那本《日本行政程序法逐条注释》在那套丛书中，目前可能会被认为是最没有学术和思想性的作品。

**黄卉**：对于某些波段上的法学学者来说，法律评注仅仅是学理和司法裁判的整理，争论的是法律概念的准确性，这些实践导向的工作是没有思想性和学术性的。这样的批评我们没有办法对接，因为我们在不同的波段上。法学是实践科学，被赋予的任务和工作内容不是不需要思想，但思想是隐在法律技术背后的，若思想凸显在技术前面，那就完成不了法学作为独立科学部门的实践面向的任务。在法律技术层面追求安置价值判断——通常是民主决议结果——的科学性和学术性，这是我们的思想。学者可以不做实践面向的研究，但觉得法学不应该面向实践，那我们只能说他们外行。当然，我们目前连技术层面的“思想”和学术都还做不好。

**张双根**：“逐条注释”的形式是没错的。从德国人的经验看，他们早期的评注作品，也不是都有“学术和思想性”。所以朱芒老师不用太担心“缺乏思想性”这样的议论。这是个慢慢积累、不断纠错的过程。我们也不知道、更无法预测何时才会有或具备成熟的条件，所以我的想法是：尽管对当下的客观现状不很乐观，但总得有个开始，我们可以或者说只能是“摸着石头过河吧”。

### 第三部分 如何“摸着石头过河”？

**黄卉**：在目前条件下，即学理本身不顺畅，学者能力有限，学术机制几乎是阻挠性的，我们只是被迫切的必要性催促着启动法律评注工作，所以“摸着石头过河”几乎是我们唯一的选择。其实我们已经脱鞋下水并感觉到了水很凉。请教诸位是否可以预期一下我们接下来该如何“摸着石头过河”？

**张双根**：如果目前真的要上马评注工作，那我就顺着“边干边学”的思路说一下我的看法与认识。鉴于前面所说的“悲观”判断，评注工作是否可行要看我们预定的目标，即我们的目标不可能是大目标，只能“先定一个小目标”，也就是一个量力而行的“小目标”。具体来说：第一，在规模上，我们不可能仿照德国《施陶丁格民法典评注》那样的“大评注书”体系。《施陶丁格民法典评注》多达96卷，作者近二百位，从我们目前的人力与学术积累来说，这样的学术产品无疑是天方夜谭。另外，“大评注书”虽有大而全的好处，但也有其弊端，尤其是统一修订起来极为不易。比如《施陶丁格民法典评注》第12版的修订工作始于1973年，至1999年全套方

修订完毕。同一版次的一套评注书，出版时间前后竟然跨越26年，这确实是评注著作史上的一个奇葩。也正因如此，目前《施陶丁格民法典评注》的修订，不再采取整套全部修订出新版的方法，而是就各单卷视其修订必要来进行。我觉得，我们不妨取一个中等规模作为目标，可以采取类似《尧厄尼希民法典评注》或《尧厄尼希民法评注》的那种。2015年最新的第16版的《尧厄尼希民法评注》约有2500页，但在德国实际上只能属于“简明类”评注书（Kurz-Kommentar），作者实际上也只有6个教授，我想如果能够集中我们国内最优秀的民法学者，应该也能完成这样规模的作品。第二，在法律文本选择上，可先选择具有初步“可评性”的立法，我们“中德评注沙龙”原来选定《合同法》，接下来重点关注的是有望很快出台的《民法典总则》，应该称得上“上选”。第三，也不必非得针对每一条文来设评注，因为现行立法有太多条文不具有“可评性”。第四，评注应遵守法律文本，原则上不得僭越其权威，不宜进行法政策批评，但对于现行立法中存在极大争议的部分，可适当放开此限制。第五，在无通说可资支持或归纳时，适当放开对国外法资料的引用，即可使用比较法方法，这是无可避免的尴尬。第六，尽力做到司法判决方面的汇总与“类型化”，但无法求全责备。

在这些方面降低要求后，我想上马评注工作应该是可行的。当然，我确实不敢期待这样的评注作品与德国的法律评注相媲美。不过，我还是这样的看法，即法律评注与教科书等都是一种文献处理方式，各有所长，彼此也难以取代。

**朱庆育：**如果《法学家》的评注专栏能算的话，民法的评注也可以说已经启动了。评注走出了第一步，照说是要硬着头皮往下走，当然必定会深一脚浅一脚。困难是不可避免的，不过工作的意义在一定程度上也正体现于克服困难。就我个人而言，我其实不太愿意在这个时候高调擎起评注大旗。民事立法已经进入新的“大干快上”阶段，如果评注也“迎头赶上”，我担心又是一个学术大跃进。学科基本概念从来没有得到正本清源式的梳理，一波又一波的学术跃进会让我们的学术一直站立在沙滩上。当然我可能是过虑了。

**黄卉：**庆育教授用了“大跃进”这个词，很重，也很重要。目前全社会都有“猴急症”，包括学术界在内哪个行业都是业绩导向，所以“大跃进”的风险是存在的。能够阻挡的方法不多，一是确立“跃进”标准，但这不能靠抽象的呼吁，需要有高质量的评注作品放在那儿，就会有效限缩劣质产品的市场；二是不要太在意“大跃进”，甚至可以把它看作潜在的动力，比如教材写作进入了求品质阶段，某种程度就是教材普遍不理想催生的需求。还是回到“摸石头过河”的起点来，看一下我们现在就可以预见哪些必然会面对的激流险滩。或者可以问，如果想尽可能高效地促进法律评注建设，有哪几个技术堡垒需要有策略地攻克。

**张双根：**如果真要做的话（针对某一部法律的整体评注），我只能想象一下民法领域的情况。首先，先定个“小目标”，按目前的能力只能做一个中等规模的评



注；其次，评注的功能有很多，对当前的我们来说，我觉得主要有两个，即一方面如何达到法律知识与理论的体系化，另一方面又如何关注当下的司法判决进展，容纳判决中出现的新问题、新进展、新需求。如果按我个人的理解偏好，这实际上是整个学界、实务界如何投入其中，整理各种学说、理论，彼此砥砺，以慢慢养成学理通说的过程。这又是目前国内法学界最失序的地方。至于通说如何养成，尤其是评注工作与评注类文献在其中的作用与意义，黄卉教授发表有专论，还是请黄教授来谈。

**黄卉：**法律评注的重大意义在于它是以司法适用为导向的，所以“法学通说”当然是评注编写的重点根据。在《论法学通说》（《北大法律评论》第12卷第2辑，北京大学出版社2011年版，第334-382页）中，我介绍了法学通说对于法律适用的重要性以及通说形成的前提和过程，洋洋洒洒6万字，双根教授上面两句话就总结完了。如果需要多说几句的话，就是按照德国法学通说的定义，法学通说应当包括学理或学界通说和司法通说两个部分，前者指以论著方式呈现的——也可能是法官或其他实践行业的职业法律人著作的——支配性观点，后者则指在司法判决中的支配性意见。这两者并不必然统一，也即有时候学界多数说在司法裁判系统内是少数意见甚至完全被拒绝。原本有计划在“通说理论篇”后再写个“实践篇”，就是找一个合适的例子梳理一下学者观点，再梳理一下司法实践的情况，如果发现两者互动很多，最后就说“就应该这样，大家就这么干吧”，反之如果两家各说各的，估计我最后就会说“亟须建设共同体平台啊，要取长补短啊”。这基本是德国法套路，但近些年我有些吃不准了，尤其现在主要在公法领域工作，觉得这么“依葫芦画瓢”总是哪里有些不对劲，但想与德国套路拉开点距离或者进行有效“扬弃”，又不容易。德国的这种法学理论研究和司法实践几乎可以无缝对接的状态是很独特的，其他国家如法国的法学研究与司法实践关系就没有那么密切，或者说法国司法系统在法律适用问题上自成体系而相对独立于学术界，听上去有点像我们这里的情况。

近些年接触司法系统越多，关于学术界与司法界关系的应然和实然情况就越不敢下判断，也越不觉得在法律适用问题上“法学家独大”的德国模式一定会是我们的发展方向。但这都只是零星的感觉，要把直觉做踏实那就得深入了解司法实践，而最为有效的途径不是和法官们座谈，而是潜入到海量的司法裁判中，了解司法通说是否以及如何形成。这个工作量太大，但非常吸引人，我本能地感到，中国法律和中国政治、经济、社会一样独特，有着自己的话语系统，只有深入司法实践才能找到属于我们自己的语法。然后洋的土的法律思想和法律技术就能比较像样地安置妥贴，说不定会发现有些法律概念不甚完美但很贴近中国法制（法治）逻辑。

发现自己原本清晰的法律认识不那么清晰了，这是很让人心动的感觉，但我还找不到合适的语汇来表达这种隐隐的不能名状的、因此夹杂着兴奋的不适感。还是简单回归两种通说框架吧。学理建构形成通说以及梳理司法通说两部分工作量都很大，像

庆育这样的更心仪理论建构的学者，也许可以先主攻这个，顺带关注司法实践；而有学者更受司法实践和案例或判例的吸引，那就重点摸清司法实践情况，他也避不开学理建构，否则实践也梳理不清，但可以搭“学理学者”的便车——我典型就是这个心理。两部分梳理有什么“窍门”可钻，应该可以集思广益。

**朱庆育：**怎么学理梳理和建构，说实话我也不太清楚。无论教科书、论文、专著还是评注，文献梳理与综述当然都是必不可少的。只不过，综述的方式有很多，不同的作者会有不同风格的处理。我自己的写作体验是，顺着概念的逻辑和问题的辐射面展开论述脉络——借用一句现象学的术语，就是“面向事物本身”。在此过程中，把路途上遇到的既有研究成果分别考虑进去。

**朱芒：**我国行政法水平肯定是落后于民法的，从立法到学理，应该说各方面都是这样。一些基础性概念都没有得到梳理。例如，前几年讨论《行政诉讼法》修改的各类报告或论文中，几乎没有读到适用旧法的20年中法官在判决中对条款和概念的认识是怎样的，尤其是一些关键概念用语的要件构成，以及这些要件构成在不同时间段和不同地区的变化方面的文章。当然，近年来开始有学者着手整理这些司法判决及其发展脉络，整理学术发展的体系和基本概念的由来。就我而言，纯学理建设和梳理司法实践的学理状况都很重要，我会并重研究。

这里我可以假设如果我撰写某条行政法条文的评注，那第一步肯定是整理司法实践，即整理最高人民法院各种途径公布的判决，对此进行学理整理并对其中的事项要件类型化。当然也要将相关条款立法目的的相关论述纳入其中。之所以这样做，目的有二：一是给学界看，让学界知道很多情况下司法已经走在前面了；二是给今后做同类判决的法官看。如果第一步仅仅整理最高人民法院公布的判决，则困难并不会太大，问题只是分析深浅而已。加之自己在这方面已经关注很久，或多或少做了一些研究，就个人而言有了些许积累。

**黄卉：**案例范围以及选择标准是法律评注者共同面对的困难点。在第二期“中德法律评注工作坊”上，好几位写过评注的同事也谈到这个问题。最高人民法院判决的案例当然在考虑范围，但现在最高人民法院各个业务部门都在选编案例，每年还有不同渠道的“十大”案例，感觉案例漫天飘。我自己或指导学生写论文梳理司法实践资料时所圈定的范围大致是：先是最高人民法院裁判的案例、“批复案例”、指导案例、公报案例；接下来看各高院判决（裁判文书网和各高院网页）；是否看中院判决根据具体情况。如果“高级裁判”过少，便需要查阅中院判决，但可以圈定城市或地区范围。比较容易圈定的是案例数据库。理论上最高人民法院各业务部门编辑的案例也是需要参考的，行政法案例肯定要包括那四卷本“审判案例”。另外，国家法官学院的“要览案例”，中国应用法学研究所的《人民法院案例选》，还有《人民司法（案例）》《人民法院报》案例版也比较重要。

## 第四部分 如何组建胜任法律评注写作的队伍？

**黄卉:** 法律评注是个长期的系统工程，尤其像民法、刑法这样的基本法，很难想像有谁能独立完成，何况我们还在摸索写作方法。除开上面谈到的写作本身的难度，还有一个很现实的问题不可不说，即现在的学术体制给编写法律评注打不了多少工分，而条件好的作者都承受着工分压力，即使参与了也很难（或者说不忍心）要求他们投入足够的精力和时间。我们能否想想，在现有条件下该如何争取更多有能力的学者加入评注写作。

**朱芒:** 客观地说，目前没有整体系统进行撰写法律评注的基础，所以只能开启起点。这如同判例研究一样，随着经验的积累，判例研究会成一定规模。我自己着手评注工作的话，可能会先注重某一条条款，如《行政诉讼法》关于原告的那个条款进行尝试。可以将当初的立法意图（尽管这方面的资料可能难以寻觅）、二十多年来相关的学术认识以及相关的判决案例进行整理，由此可以让读者在使用该条款时能了解到立法和司法发展的脉络，尤其是其中司法判决中法官在不同阶段对原告适格构成要件的不同认识。《法学家》上的这类文章多了，可在一定阶段做些整理汇编。

**张双根:** 就目前已进行的评注类的作业，我的看法是，假如目前就某一部法律进行整体评注的条件不具备，很不幸这是事实而不是假设，那么目前类似于《法学家》杂志所开展的工作是有益的探索与尝试，值得推广。通过摘取某一部法律中具有“可评性”的条款来进行评注，以作示范，以便更好地积攒和培植评注队伍。

不过，是否如朱老师所说“《法学家》上的这类文章多了，到一定阶段可以做一些整理汇编”那般水到渠成，至少近期内我不敢做太乐观的预期，因为：第一，学理上的共识或通说，或者最根本地说，我们的学术规范，在近期恐怕很难给有效果的评注工作提供有效的养分支持。第二，目前体制内的学术评价机制能有效吸引多少学者加入进来，实在不好判断。不过，话又说回来，如果真能有更多的法学 C 刊参与进来，作为彼此间交流的平台，并慢慢培育出共识，我的担心或许是多余的。

**黄卉:** 如果能有更多的法学 C 刊开辟法律评注专栏，那是最理想不过了。朱芒老师主编的《交大法学》已经被“南大核心期刊目录”列为 C 刊扩展版第一，您是否可以考虑开辟个“评注专栏”？庆育为《法学家》组稿有什么经验可以分享？

**朱芒:** 这是可以考虑的。但现在情况越来越严峻，扩展版在许多院校也并不算什么，有些学校只看所谓的 CLSCI（法学创新网列举的 16 种期刊），甚至更局限。我们可以先尝试将评注伪装成论文来写，其实也不是伪装，如综述就可以成为很好的论文，只是需要有一个学术论证的“壳”。

**朱庆育:**《法学家》是 C 刊，而且在 C 刊中排名前几位，声誉卓著。这大大减轻

了约稿压力，否则组织写作真会是大问题。刚起步，还谈不上有多少经验，只能稍微说一些想法和做法。目前组稿的基本方策，就像刚刚说过的，约请业有专攻的学者评注自己擅长的条文。我约作者或者作者跟我联系的时候，都是请作者自己选择条文。我所做的只是选择学术能力和治学态度可信赖并且便于合作的作者，请他们自行确定撰写条文及完成时间，剩下的都交给作者自己把握。所有人都是评注新手，不足以形成固定成熟的写法。我算是先吃了一口螃蟹，又负有组稿之责，所以审稿的时候会针对不同情况提出修改意见。但总的来说，不同作者的评注还是保留了作者自己的规范理解和写作风格。尤其是，我审稿的时候，基本上不会要求作者改变观点，顶多会以假设反驳的形式提请作者完善论证。在前期摸索阶段，如果作者学术能力和治学态度都是可信赖的，在写作方面放开一些，对于积累写作经验也许会有集思广益的效应。如果一篇一篇用心撰写的评注能成规模的话，可以为后续写作提供学习反思的范本，从而推动评注写作趋向成熟。当然我这种处理也会有问题，最严重的可能就是，如果作者之间观点相去甚远，会为将来形成一部体系化的统一评注埋下隐患。要真有那么一天，作者恐怕还得再次遴选。

评注文本以《合同法》为主。这是考虑到《合同法》已施行日久，学说资料和司法判例相对比较丰富，而且合同法是最有可能超越国界形成统一规则的领域，因而比较法资料用起来也更方便。到现在为止已完成和正在进行的写作计划中，只有一篇是《物权法》的评注文章，那是因为着急用稿，当时又没有合适的《合同法》评注文章可用。至于作者的构成，不局限于德国背景。许多作者包括有留学经历的作者其实不好简单归入什么背景。就目前约请的情况来看，有留德经历的当然是多数，不过也有部分拥有意大利（罗马法）、法国背景或对英美法熟悉或干脆没有留学经历的作者。随着撰写的深入，作者群还需要慢慢扩大。总的来说，任何有兴趣、意愿用心投入的同仁都在欢迎之列，不会因为背景问题遭到排斥。我想德国虽然能提供最具可借鉴性的评注经验，但其他许多国家和地区都不乏评注或类评注经验，没有必要自我设限。况且，我们应该不想，事实上也不可能跟着某国经验亦步亦趋，最终还是要形成我们自己的评注经验与写法。

**黄卉：**讲得真好。朱老师的“伪装论”也很实际，是高招啊！那些有能力写好法律评注的作者，其实不用担心他们的“伪装”能力。另外，在作者方面是否可以像德国那样吸收实务界的同行？

**朱庆育：**可能也不用“伪装”。我的评注文章投给《法学家》后，据说给编委会稍带来了点困惑，这种不是论文不是评论不是笔记不是随笔不是案例分析的东西是什么？不过好像也没造成太大的困扰。评注作品逐渐多起来，这种新文体自然会被慢慢接受。再说，法律教义学的“论文”和评注之间的差别本来就不是那么大。

**黄卉：**评注的牵头工作也很重要。德国法律评注是学者和出版社主导的，没有官

方色彩，不知道日本怎样？根据我们的国情，是由学者、法学研究机构或者某个官方半官方机构牵头比较合适？

**朱庆育：**我觉得谁牵头都没有问题，中国应用法学研究所当然也没有问题。德国联邦最高法院也组织撰写过法官评注，一些著名评注比如法律人几乎案头必备的《帕兰特评注》，作者则由学者和法官共同构成。所以组织形式和作者构成应该都没什么“合不合适”的问题。只不过组织者、组织形式以及作者构成会影响评注质量与风格而已。

**张双根：**如何组织、由谁牵头，取决于预定的评注规模。如果以中等规模的评注作品为目标，那么在民法领域，以条文数较多的《合同法》为例，作者群的人数，保守预计应在 25 位左右。对于我们目前的写作经验来说，这已经算是比较大的规模了。由官方性机构来组织，自然有其好处，如有现成的平台，筹集资金可能比较便利等等。不过，无论是谁牵头来组织，这毕竟是一项学术性作业，因此必须遵循学术的标准，尊重学术的尊严。

**朱芒：**由谁牵头都可以。在现阶段中国应用法学研究所意识到了制作评注的重要性和制作的规范要求了，当然可以起引领的作用。如果学界和实务界都意识到了法律评注的必要性，那么如法治发达国家那样，以多元的方式开展多种版本的编撰，这才是最有价值的。

**黄卉：**谢谢三位教授的时间和坦诚，希望我们的思考和疑惑在不久的将来都会得到回应。📖

（责任编辑：周维明）