



《民法典》评注的技术特征与知识需求

付梦华

The Technical Characteristics and Knowledge Requirements of Commentary on the Civil Code

FU Menghua

在线阅读 View online: <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.4113>

您可能感兴趣的其他文章

Articles you may be interested in

民法典背景下股权让与担保案件裁判路径的反思与再造

Reflection and Reconstruction on the Adjudication Route of the Cases of Equity Transfer Guarantee under the Background of Civil Code

北京理工大学学报(社会科学版). 2021, 23(6): 161 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.3270>

父母离婚后子女与父或母共同生活的确定——以民法典编纂为背景审视《婚姻法》第36条

Determining with Whom the Child Should Live after Parents Divorce—Examining Article 36 of Marriage Law in the Background of the Civil Code

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(4): 116 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.2980>

创新生态系统内的知识势差与知识流动机制

Knowledge Potential Difference and Knowledge Flow Mechanism in Innovation Ecosystem

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(6): 78 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.4055>

“民参军”知识转移过程驱动因素与策略匹配——军民融合视角

Drivers and Strategies Match the “Civil-involved Military” Knowledge Transfer Process—A Perspective of Civil-military Integration

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(4): 127 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.2762>

论康德哲学中知识与审美的关系

The Relationship between Knowledge and Aesthetic in Kantian Philosophy

北京理工大学学报(社会科学版). 2018(2): 163 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.1666>

IT外包中组织内外部控制机制对知识转移的影响效应

The Influence of Internal and External Organizational Control Mechanism on Knowledge Transfer in IT Outsourcing

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(2): 97 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.1077>



关注微信公众号，获得更多资讯信息

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.4113

《民法典》评注的技术特征与知识需求

付梦华

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:《民法典》评注工作有助于提升中国民法学的教义化、科学化水平,整合民法学界的理论和实践资源,有助于建构中华民族的法律自信,同时构成与域外法学平等友好交往的中介。在“评注”的过程之中,要对法律文义、法律体系、立法目的、立法客观目的以及学理说明和经典案例等多种素材进行评论与注释,以注释带动评论、以评论推动注释。同时,在评注的体裁选择上,应当尊重官方与私人、理论界与实务界的评注成果,在其中适当地分配“评”与“注”的分量,更要强调学生教材和普法读物这种面向初学者和一般读者的“评注体裁”的创作。因此,作为一项任重而道远的工作,“民法典评注”需要法学知识共同体结合准体系化的法典、多样的审判经验与研究经验、一致性的法学方法论,最终实现民法学的教义化的“共同知识”理想。

关键词: 民法典评注; 知识价值; 技术特质与体裁选择; 知识需求; 共同知识

中图分类号: DF59

文献标志码: A

文章编号: 1009-3307(2022)02-0121-12

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)于2020年5月28日通过,2021年1月1日起施行。在民法典出台后,民法典评注工作也必须展开。“由于民法典不仅涵盖的内容庞杂、术语专业、概念抽象,且伴随着现代社会的迅猛发展,各类新型纠纷层出不穷,条文规定的滞后在所难免,故对法典进行注释,使其得以恰当运用是学界同仁所无法回避的责任。”^{[1]26}引入法律评注,是因为中国采取的模式更趋近法典体系的大陆法系国家,在统一的“民法典”之下,如何正确、统一地法律适用是一个重要问题。通过“法典评注”,能掌握统一的法律解释和适用方法。进而在法律职业共同体之内,形成通说、培养法律职业人才、统一法律适用标准,从而实现法律体系化、理性化之目的。真正实现民事法律的体系化和理性化,需要对《民法典》进行不间断的评注。民法典评注属于“法律评注”这个整体活动,唯于民事法律法典化后方有启动之契机,并能够与例如“刑法典评注”相得益彰,乃至带动其他部门法的教义化水平。

一、《民法典》评注的思想价值与必要性来源

《民法典》的评注工作作为一种知识产出的学理活动具有思想价值,同时也是具有必要性的活动。“很多留德学人在碰到德国法律问题,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。”^{[2]383}民法典评注对民法学研究和民事法律实践具有重要价值。在中国,由于《民法典》颁布较晚,而单行民法长期以“总则—分则”的形态发挥作用,因此中国的民法典评注长期处于无对象的状态。“1949年中华人民共和国成立以来,民法的发展在前30年(1949—1978)基本上停滞不前。在这30年中,1950年的《婚姻法》是唯一一部真正生效的民事法律,直到1980年被新的《婚姻法》所取代。尽管有两次起草民法典的努力,但均因政治运动而中断。”^{[3]159}这一阶段也不可能出现民法典评注;而在中国单行民法时期,学者和实务专家偏重的也是对单行民法本身的评注。在统一民法典未出现的情况下,进行民法典评注显然是不可能的。因此,民法典评注在提升民法学教义化程度、提振中国私法文化自信等方面具有重要的思想价值。前者偏重于提高中国立法活动和司法活动的科学化水准;后者则在历史与社会相联结的维度,证立作为中国特色社会主义法

收稿日期: 2021-12-21

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“民法精神与建设社会主义法治文化民本模式研究”(14ZDC022)

作者简介: 付梦华(1992—),女,博士研究生, E-mail: fmhdhls@126.com

律体系有机组成部分的中国民法典的时空价值。这二者正是评注工作之必要性的先天根由所在。

(一) 提升民法学教义化的水平, 促进法律实践与法学研究的科学化

民法典评注要通过大量的案例、学说, 将民法典背后的体系挖掘出来, 并且建构基于这一体例的, 公理性质的法学教义, 因此教义化与法典评注息息相关。一方面, 从过程上来看, 任何法律的实践如果希望实现科学化的愿景, 就必须先行完善其教义学体系。《民法典》势必对当下的民法教义学体系有所影响, 而民法典评注工作是在中国民法学已有的教义化程度上对其进行的进一步提升工作。“民法典”的实践是一种“依托于公理的实践”, 是“特定时空中的行动, 依赖于具体条件和价值取向, 不同语境”^{[4]160}而基于一种“公理”进行实践的学问, 就是具有科学性的学问, 而“没有明确的评价标准或判断标准, 法学就会缺乏自洽性和独立性, 进而其他所有学科的学问都有可能取代法学的部分或全部的工作。”^{[5]1612}因此综合上述的观点, “民法教义”就是据以开展民法学研究和民事司法活动的“理据”, 这种理据以公理的形式体现出来。中国现有的民法学的教义化程度已经较高, 已形成内部圆融自洽的公理体系, 但由于《民法典》的出台, 对既有的公理体反思也就必须随之展开, 既有的民法学的学理教义应当通过与现行的《民法典》的比较对既有的内容有所修正、有所补充、有所保留。民法学对教义学的公理体系的反思必将深入, 在基于《民法典》对既有的学理和通说的改良和修葺的能力也将更加完善, 通过民法典评注去促进民法学对既有理论的反思既有助于型构适合现行《民法典》的“教义学公理体系”的完善, 也有助于民法学的教义化和科学化, 因此评注工作的过程同样是民法学界进一步推动法律科学化和法律教义化的过程。

另一方面, 从结果上来看, 民法典评注除了砥砺法学界的教义化能力的知识价值之外, 还具有对民法学界乃至整个法学界的观念的一致性的可能, 这是由于《民法典》作为一部整合既有的单行民法的法典化文本, 它必然是对既有的基于单行民法的部门法教义的重新整合。“(民法典的)整合性是指在一些生效的单行民事法律基础上, 通过整合的方式, 调整相关内容, 融合为一部系统、完整的民法典。”^{[6]169}在单行民法时期, 物权法、债权法、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法以及民法总则等单行民法构成, 在对单行民法进行学理讨论和法律实践的过程中, 常见的现象是在物权法上的专家和婚姻法上的专家仍然具有观念上的差异。在民法评注过程之中, 通过讨论和商谈而形成一般化的民法学教义, 具有超越既有的民法典各部门的差异而形成民法法律科学赖以出发的公理性共识地位。因此, 民法典评注在其可期待的结果来看, 将会对整合学界共识, 形成更为整全的公理体系具有知识价值。

(二) 形塑中国的法学自信, 为世界法律文化贡献中国智慧

《民法典》的创制和评注代表中华民族的法律智慧。“在人类信史展开的最为远古的时代, 可以看出, 法律已然秉有自己确定的特性。其为一个民族所特有, 如同语言、行为方式和基本的社会组织体制……实际乃是一个民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向。”^[7]民法典评注作为一种知识生产的过程, 可被视为中国民法学对民事法律关系的进一步认识。能否做好民法典评注, 关乎世界对中国法治文化的评价。从比较的视角看, “《日本民法典》自诞生后为其资本主义的发展提供了坚实的制度基础, 尽管其中绝大多数的规定来自于西方法律, 但在适用过程中, 得益于诸多法学家的不懈努力, 解释上并未出现长期僵化的弊端。”^{[8]31}这种自信的来源, 正在于对民法典评注的积极实践, 一方面能够实现民法的科学化, 另一方面则基于这种科学化而实现灵活性。“民法典颁布”应当和民法典评注区分开来, 从时间角度来看, 前者先于后者并且成为后者的前提条件, 后者后于前者并成为前者的具体展开; 从逻辑上看, 前者构成了后者最基本的素材, 而后者则是对前者的丰富。因此, “民法典体系”虽然需要民法典评注挖掘出来, 但是民法典评注本身是有体系的, 成逻辑的文献集合, 也即“民法典”和“民法评注”交相呼应, 共同成为中国当代法文化的重要构成。在这一意义上, “民法评注”作为对《民法典》必要的注释和评析, 做好这一工作意味着中国民法学的成熟和发达。

民法典评注势必运用民法学的基本概念和观念体系, 是将中国《民法典》进行概念化和抽象化, 进而世界范围内与其他国家的民法学者开展平等交流。域外学者对《民法典》的了解也往往要借助民法典评注, 这由于民法典评注能够以理论和案例上与域外理论或实践的相似性, 特别是以通用性的民法学

概念和体系的搭建,使得更多的域外学者对中国民法典有所关注和了解,在世界民法领域更好地表达中国民法学的声音,甚至能够以国内的评注工作,吸引来自域外的法律评注者特别是民法学专家的比较法意义上的“评注”来丰富中国民法的评注体系。因此,通过民法典评注,《民法典》将更加易于域外学者的理解,发挥《民法典》在建构世界法律文明的作用,通过文明互鉴来形塑中国的法学自信。

二、《民法典》评注的技术特征:素材来源、方法模式、体裁设计

鉴于《民法典》评注活动的既有价值,如何进行评注,并且从“评注技术”方面进行规范,明确技术特征,是推动评注活动严谨科学并臻于前述价值的根本要求。从技术特征来看,民法典评注之中需要法教义学和法学方法论。法教义学本身并不是法条主义的法律技术,虽然“法教义学主要来自于德国传统,被认为是原本意义或狭义上的法学/法律科学”^{[8]200},但是民法典评注的技术是来源于法教义学的一种技术也即“法学方法论”,这种技术是有助于在一般意义上提升教义化程度,在具体的评注操作之中也并非是要拘泥于“德国法教义学”,反而能够由于“评注”对法学方法论的应用体现出中国民法学的本土智慧和互鉴能力。因此,讨论民法典评注的技术运用,也就等于法教义学之中的技术性成分在民法典评注这一具体工作中的运用。然而,使用“技术”时,民法典评注和法教义学为技术的使用提供两层合一的要求:首先,民法典评注必然出于特定的评注素材,并且注意到这些评注素材内部的关联和位序,将它们有所融贯的过程;其次,也要对把握这些素材的评注方法具有科学的认识,选择不同的“评注体裁”来进行评注工作。

(一)《民法典》评注素材的选用:基于法律解释理论

从法教义学的要求去看,选取评注素材直接对运用何种逻辑以及论证的精细程度具有决定性影响。依照法教义学取向的法律解释理论,对所选用的素材进行区分和排列,便可得到由法律条文、立法意图、其他学理说明和经典判例构成的评注质料矩阵。

1. 法律条文:文义与体系

民法典评注之为“评注”,乃是对民法典这一成文的、体系性的规范性文本进行评注,文本或条文乃是评注的最为基础的素材。一方面,《民法典》作为基本的民事法律关系大全,在法律渊源上具有仅次于《宪法》的效力位阶。根据法律渊源理论,《民法典》这种国家立法处于较高的渊源位阶,也是正式法律渊源。因此,“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。”^{[2]382}法律条文之中的“文”是民法典评注的核心,评注的所向就是评注出“文—义”。另一方面,就民法典评注来说,它要更多的采取一种知识学或理论化的手段,虽然要尊重《民法典》的核心地位,但是又不能完全受限于法律渊源的位阶。这是由于在司法活动中,为了保障司法活动的程序正义,应当为司法活动明确一套法律适用的具体位序。而在民法典评注之中则不然,在对某一条文进行评注的过程中,那些废止的法律条文、域外法律条文等均可以作为意义说明的来源。一般来说,法律评注对法律条文的处理都包括立法背景、基本概念、学理解释等内容,同时要针对疑难的语词给出理论解释或者案例说明,以这种全面的方式去阐释“文—义”。

对《民法典》进行文本意义也即“文义”的挖掘是至关重要的。就民法典评注来说,关注文义作为基本的评注要求是具有当然性的,但是《民法典》并非一个孤立的文本,毋宁说,它是处于民事法律体系并且作为这一体系的核心,具有与其他文本的关联性的法典。从体系的思维来看,文义的评注必须置于体系之中,而一旦考虑到体系,那么就会出现以下评注难题:第一,如何处理对生效法律条文的认定问题,尤其是民法典在废止单行民法后是否废止了相应的司法解释的问题。有论者认为:“对民法典未明确表态的既有司法解释规定的效力问题就不能简单以民法典的生效时间来作答,而只能依司法解释的具体内容作个别判断。”^{[9]49}也有论者指出:“司法解释是对审判工作中具体应用法律问题的解释,效力附属于所解释的法律,若法律被废,则对应的司法解释亦应废止。”^{[10]30}依照前一种观点,司法解释可以作为一种用以进行民法典评注的法律渊源,甚至作为正式法律渊源,然而依照后一种观点,司法解释在民法典出台后就不再具有效力,在民法典评注之中仅仅作历史资料——这种对司法解释在民事法律体系之中的定位的差异,直接决定了民法典评注是否需要通过与既有的且在效力上具有理论疑问的司法解释的

体系性关联来确证文本意义等问题。第二,如何处理民法典与其他部门法的关系,尤其是如何处理中国民法典的程序性条款的问题。例如,民法典第1079条规定:“人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如果感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚。”那么这种“调解”究竟是法院调解、行政调解还是人民调解——对于上述的问题无论如何回答都会出错。这是由于这一法律条文并不是规定民事权利义务问题的法律条文,而规定的是如何保护权利义务的程序性条款,因此它究竟如何操作本身就不是一个民法典能够解决的问题,而是需要民事诉讼法或人民调解法去解决的问题。从宏观上来看,这类条款指向的确是民事法律关系,但是它并不同于《民法典》一般规定民事法律关系的内容,可以认为这类条款虽然在《民法典》之中,但是不属于民事实体法,而是作为一种程序条款从属于更为宏观的民事法律体系的文本。对这些文本的评注也必须置于体系之内。

对于法律条文的定义应当宽泛,民法典之文义在诸多法律条文之中之为评注之核心,但是那些效力存疑的,或者仍然有效但并非民法典所属的私法领域的法律条文,以及在《民法典》中属于程序条款的内容,也需要被纳入评注者的素材库中,并且型构支撑这种“文—义”的法律体系依据。也即法律条文应当被宽泛地解释为民法典条文以及相关的或有效的法律条文。

2. 立法原则:立法者原意和客观目的

从法律解释学的角度来看,立法者的原意和客观目的同样也应当作为“评注”的素材。这是因为,虽然《民法典》是高度教义化和科学化的文本体系,但是在其制定过程之中难免有人的因素,有人对社会现实问题的考虑。一方面,《民法典》必然有立法者的意图体现,这种主观意图构成评注者的评注框架。例如,有论者认为,“民法典坚持以人为上、权利为本的基本立场,主动适应人民群众日益增长的美好生活需要,全面构建了一个从财产到人身、从物质到精神、从生前到身后全方位保护的新型民事权利体系,充分展示了民法作为权利法的根本品格,不愧为新时代中国版‘权利革命’的开路先锋。”^{[1]22}因此,民法典评注也必须考虑到立法者的原本意图和立法原则,特别是立法者以人的权利为出发点,以人民群众的美好生活为着力点的基本意图是需要“评注”格外关注的。对于一些具有在文义或体系的理解上有疑难的条款可以依循立法者原意进行合乎原意的理解和评注。另一方面,立法者在制定《民法典》的过程之中也必然蕴含着以《民法典》去实现社会的福祉、经济的进步等客观目的。例如,拉伦茨指出:“如果迄今已经列举的标准仍不够用,解释者就不得不追溯到客观的一目的论的标准,即便立法者很可能没有完全意识到这些标准。”^{[12]433}当然,按照拉伦茨的观点来看,如果能够基于前述的文义和体系进行解释,那么就不必涉及主客观目的,只有在不够用的情况下,才必须涉及目的探究这一解释方法。但是,毕竟评注不同于司法活动,法律渊源的位阶不是一种应然的要求。因此,在民法典评注这一非司法语境之中的法律解释,相应地放松对“文本—体系—目的”的位阶限制也是可能的。

把立法者原意以及客观目的纳入到评注工作之中,可能带来的是对教义学知识以及相应评注方法的困惑,这是由于立法者原意以及客观目的并不能从《民法典》以及其他条文直接得出,而是要通过对例如对法律草案的讨论稿、建议稿等其他文献的发掘,乃至对参与立法和法律起草的相关人员进行访谈等方法才能间接得出的“知识”。因此存在以下的问题值得思考:第一,通过访谈、观察等社会学方法,去获取参与立法的工作人员的立法原意以及通过价值论判断去推断民法典的社会价值,在学术上属于法社会学或者法哲学的方法,这在根本上已经是外在于法教义学的评注材料了。“中国民法典的法理定位可由四个命题构成,即‘民法典是社会生活的百科全书’‘民法典是市场经济的基本法律’‘民法典是经国序民的良法重器’‘民法典是人民主体的权利宝典’。”^{[13]148}但是这样对民法典的社会价值的讨论已经超出《民法典》本身,或者说,它讨论的是“《民法典》将要做什么”这一问题,而不是民法典评注要去解释的“民法典是什么”这一问题,那么这种关于民法典的价值的讨论,如何安放到教义学意义上的民法典评注之中,同时明确它与其他评注内容的孰轻孰重,是值得思考的。其次,如果非教义学的法学观点可以进入到民法典评注之中,那么其他学科的观点或理论是否也都能构成民法典评注的素材,例如在对文义无法进行单纯的体系说明的情况下,能否将语言哲学的方法运用进来,甚至直接作为民法典评注的内容素材。举例来看,对人格权的评注工作,可能遭遇来自政治哲学、法哲学对人格、权利的说明,而这些说明究竟能否构成一种合乎教义学要求的,对客观目的的准确说明也就变成了如何在民法教义学体系之中

如何安放其他学科的知识的问题了。

就民法典评注的素材选择来说,评注者如何进行选取是见仁见智的。但是,也应当明确在唯有穷尽其教义学方法的情况下方能借用其他学科的说明方式。例如,一般为了文义的精确和体系的连贯,应当保证法教义学在评注之中的核心地位,但是在单纯依靠法教义学无法得出合理的法律评注的时候,也应当适当地引入其他方面的素材,而立法者原意或者法律客观目的虽然不是通过法教义学的方法论给出的直接素材,但是由于在内容上与民法典评注具有关联性,且这一关联性仍未超出“立法—司法—执法—守法”的范畴,那么这类素材也可以作为评注素材使用。

3. 其他素材:学理说明、经典判例

如果“文本—体系”构成了民法典评注的核心,而“主观原意—客观目的”也能够构成民法典评注的素材,那么相应地,学理说明、经典判例也都可以构成评注的素材。从学理上看,显然会出现多种不同的学术理论,“评注”之为评注,也需要把这些观点依照通说给出顺位上的说明,也即对一般的说法、有特色但并不被认为是主流的学说进行明示区分,使得学习者和司法工作人员能够直观地对民法学说有所了解,进而基于自身判断有所选择。对于案例的设置也要坚持类似的态度,即要区分出一般案例、典型案例、疑难案例等,并且给出相应的裁判结果,这样对于司法实践来说可能更具指导性。但是如何把学理说明和经典案例融合到民法典评注之中,也存在问题。

第一,就“学理说明”来说,在《民法典》颁布之前,关于如何整合各个“单行民法”有“立法论”和“解释论”两种说法,其中立法论持立法者态度,偏重规则如何设置;“解释论”持解释者视角,关注规则如何适用^{[14]94}。而《民法典》的颁布意味着“立法论”在理论论辩之中获得了优势,但是“法规规则已经没有太多改进余地,单纯的立法论思考接近尾声”^{[14]94},立法论主张的修改法律以整合单行民法的观点,在一部新的民事法典面前,在一部已如其所愿的法典化的中国民法面前,将失去其相较于解释论的优越性。不过,看似立法论很难有理论拓展的空间,更多的学者会倾向于解释论的立场,出于对法治的完善,更多的理论建议和批评针对民法典的解释问题,但是立法论的理论主张,是否要安放到以解释论为基本思路的民法典评注之中,尤其是在前述的司法解释和《民法典》之间的效力问题悬而未决的情况下,是否还应当主张立法论式的主张以推动关于法律解释、法规规章的创建和创制?

第二,就经典案例来说,由于《民法典》颁布时间不长,依照《民法典》审结的案件在数量上还不够充分,那么是否需要把已有的经典案例置于《民法典》的新语境下进行分析和讨论,以及如何处理法律之赓续的关系及其对实践的影响,也是摆在评注者面前的问题。例如,有论者认为:“《婚姻法》等九部法律中的多数内容都被‘吸收合并’到了民法典中,故我们不能割裂民法典与《婚姻法》等法律间的承继关系,进而也不能单依第1260条推论《婚姻法》等的司法解释将一律废止。”^{[9]48}自然,不能因为《民法典》的颁布而罔顾它吸收合并既有的单行民法的赓续关系,但是对于一些现行《民法典》所不支持却是既有单行民法或司法解释支持的判决,如何进行合乎民法教义学的评注处理,也即指出这些判决在既有的思维之中是正确的,但在《民法典》的新环境下是有待商榷的,这无疑是司法人员对评注者的期待。

(二)《民法典》评注方法与体例的选择:“评注整合”

通过对基于法律解释理论的“评注素材”的列举,可以发现法典评注这一工作面对的基本问题在于辩证处理“评”与“注”的关系。《民法典》颁布对单行民法起到整合作用,这使得法律评注对象变得更为清晰,却也带来了新的难题:其一,单行民法被《民法典》吸收合并,原有针对单行民法的司法解释是否还能构成有价值的评注参考资料;其二,对主观立法意愿和客观立法目的的社会学或价值论研究,显然超越了法教义学范畴,却能够直击评注这一教义学活动的思想内核进而施加导向性影响,那么,应当如何在“教义学循环”中、研究方法论层面上妥善处理二者关系,又应当如何在技术领域和操作环节保证“立法目的”之评注条目撰写的科学性、提升疑难案例评注的说服力,便成为值得思辨的重要课题;其三,与“其二”相牵连的另一重困境是,应当如何在民法典评注中合理安置既有理论和案例,从而体现教义学思维与方法的融贯性及涵摄力。其实质是在追问,民法典评注到底应当偏重于“评”抑或“注”,这显然是贯穿于评注活动各个环节与层面的“结构性难题”。

1. 方法选择：“注”与“评”的差别与整合

从方法来看，“注”留给评注者的空间较小，但是更能符合《民法典》呈现的文本内容，而“评”虽然留给评注者足够的发挥空间，但是可能引入一些非教义学的讨论而相对随意。首先，“注”的方法是具有教义学的直接支持，法教义学一词就意味着将法律视为教义，因此，对于法律来说，需要采取注而非评，也即严格遵守法律解释从“文义—文段—篇章—体系”^{[12]432-433}进行解释。“注”这种解释方法在中国古代“经学”传统较为常见，例如，朱熹的《四书章句集注》^[15]、王弼的《老子道德经注》^[16]与《周易注校释》^[17]等等，也包括《唐律疏议》^[18]这类律学文本，这种文体的基本特征是将原文保持不动，逐条解释，并且提出各种可能的解释观点，描述出这些不同解释观点的由来，并且基于对文本的认识给出作者认同或认为的合理解释，因此“注”的任务是要求真，或者在尊重文本的前提下才能自我阐释，也即就“经典—文本”做说明。而相对地，“评”则与“注”具有差别。在中国古代文献之中，“评”与“论”往往结合在一起并且同样成为一种文体。例如，贾谊的《过秦论》，桓宽的《盐铁论》，又如近代汤用彤的《魏晋玄学论稿》^[19]等等，这类文体强调的是就事实去谈想法。“注”强调的是求真，也即真切地反映出经典的原意，而“论”则强调是正确，也即通过对事实的分析去表达自身对事实的看法；“注”可以有伪注的成分，但是论则只有谬论的评价。从古汉语的篇章习惯来看，“注”和“评（论）”是两种不同的文体风格^{[2]383}。就中国古代的法律评注历史来看，传统中国的“律学”这一法律注释的方法对古代民事法律沿用了经学的“注”的方法，它“滥觞于秦，却兴起于汉，繁荣于魏晋，唐宋集成，延续至清末……虽然其实用性和目的性强，制度依存度高”，是对法的实践知识的描述，其中涉及的理论和学说成分相对较少^{[5]18}。

就现代来看，“注”和“评”基本上延续了对文本的不同态度，也即前者求真实，后者求正确。“注”一般体现为注释书这一体裁，例如，有论者指出：“随着中国民事立法日趋完善，对于立法论的需求渐趋萎缩，而对于解释论的需求则变得越发突出。因而可以说，作为解释论的法律注释作品，属于一个成熟社会所持续需要的事物。”^{[3]165}并且认为“民法注释书是以实证法为中心”“民法注释书应当将法官对于法律发展所作的贡献整合进法的体系”“民法注释书还应反映学者通说见解及其他见解（少数说）”^{[3]166}。如果以此为通论的话，那么这也符合中国古代对待经典文本或法律文本的态度，也是更倾向于法教义学的立场。但是这一立场带来的问题是，如何处理那些前述的涉及立法者原意的社会学内容，以及那些对法典的价值有所论述的内容？例如，有论者基于中德法律评注面对的不同环境提出了中国法律评注展开的重要问题“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？”^{[2]398}显然，单纯的“注”是不能把中国法律和法规体系的丰富性穷尽的，也不能把那些对涉及正误问题的，以社会学或价值论体现出的立法目的涵括进评注之中，更不能对既有的理论说明和经典案例做出与当下《民法典》为依据的评论。

因此，要坚持“评注整合”的方式，也即一方面，要区分出注释书和论文集的不同评注体裁——前者为注，后者为评或论。在另一方面，在“注”的层面上严格坚持法教义学方法和法学方法论，在“评”的层面上则调动各种力量，或是“以评促注”，或是“以注带评”，在“注”的时候要围绕“文本—文义—文段—篇章—体系”等内在于民法典的要素，而“评”则多反映撰写者对现行法的建议或意见，前者属于法教义学，后者则可以是法社会学或法哲学的讨论领域。有论者指出：“这种法教义学的使命在于‘技术—建构式地（或概念—体系式地）处理现行法’，或者说‘科学、完整地探查实在法素材，并且通过概念来逻辑地把握这些素材’，而非历史研究本身。”^{[20]60}换言之，“评注整合”的前提仍然是“评注分离”。“注者”须依照严格的法律科学的方法去对文本进行说明，以概念体系来对现行法进行解释，而“评者”则可以根据现行法乃至评注本身提出观点和想法。在民法教义学逐渐发展的当下，对于民法典的解释、注疏将成为热点和学科发展的推动力，同样在民法社会学或民法哲学等领域，对例如民事权利、习惯法等外在于教义学体系的研究也在日益精进，这就一方面意味着在“评”方面出现的争论，要依靠对法律条文的“注”进

行盖棺定论,而“评”之中涉及的疑难争执,也促进“注”去进一步反思其注解成果,因此,二者也可以在现有的注释和论文的文体区分的角度上相互借鉴,相互督促。例如,目前中国法学界围绕《民法典》发表了相当多的论文,其中,对例如民法典的社会效果、价值追求等论题的讨论就是严格的“评”而非“注”,而其中涉及对具体法律条文的语义分析、对《民法典》条文的体系化解释就更多地倾向于“注”而非“评”。说“以评促注”乃是在于“评”会导向不同的观点冲突和实践方法竞合,以“注”去让“评”回归文本最终相互和解进步,或许是解决争论的一种方式;说“以注带评”,乃是由于对于“注”本身,也会产生不同的甚至相互反对的“评”,“评”可能对“注”是否恰当、是否合理、是否有助于实践等进行多角度的讨论,这就反过来会促进“注”去思考它是否真正忠于文本,是否符合法教义学的要求。概言之,“评”与“注”作为两种不同的体例,在评注者的自由发挥程度上有所差异,在对法律条文的忠实程度上有所不同。但是,这也不是说评者和注者就一定是分离的,而是说在方法的选用上要坚持在对“评”与“注”的方法性质差异的自觉的基础上,完成以评促注以及以注带评的整合思路。

(三) 体裁选择: 民法典评注的体裁形式

民法典评注的表现形式有注释体文本也即“注”,以及议论体文本也即“评”两类。前者是围绕法律文本,而后者则是围绕文本的观点阐发。民法典评注由于参与主体的多元,也即法教义学者本身职业的多元性,那么民法典评注的形式也可能是多元的。同时,也可以以真伪性去判断“注”,而以正误性去判断“评”。因此,前者强调的是民法典知识,后者强调的则是阐发民法典的观点。

1. 依照创造者身份的体裁划分: 官方评注和私人评注结合

民法典评注就创作者的身份来看,可能包括“官方评注”以及“私人评注”两种形式,这两种体裁都是民法典评注的可能呈现方式。就官方评注来说,往往集合大量人力资源,协调各种意见的缓慢的但有相对的权威性的评注体裁。正如有论者认为:“法律评注可大可小,小的可由一人执笔……大的则必须集结作者团队完成。”^{[31]67}这一道理适用于民法典评注:一方面,“大型民法评注工作无疑应当成为中国民法研究会或者中国法学会的一项重点工作,因为该研究会最具有团结举国民法学人的能力。”^{[31]67}相比之下,依托于高校的民法学研究所,将评注工作承担起来也是可行的,但是考虑到人力物力,加之官方评注需要将民法典千余条文纳入评价工作,势必导致在评注方面的进度缓慢,但是这种评注一旦做成,将对民法学界乃至法学界产生深远影响。因此,官方评注虽然缓慢,但是由于在其进行的过程之中由业界权威组织负责调动各方力量,同时也会通过讨论、论辩等方式最终达成在教义学意义上的初步共识。因此,就其最终的呈现形式来看,其中“注”的成分多于“评”的成分。

由于官方评注相对缓慢,那么由于民法典评注的可大可小,也可以适当地由个人或私人团体进行评注。这种评注的规模可能较小,甚至以通篇文章讨论一个或几个条文,但是速度较快,时效性较强。目前较具代表性的评注有:崔丽的“民法典第1009条:基因人格权的创设、证成与实现”^[21];孟强的“公平责任归责原则的终结——《民法典》第1186条的解释论”^[22];李翔宇的“保理合同的法律构造与规范进阶——基于《民法典》第七百六十一条的解释”^[23];刘智慧的“《民法典》第10条中‘习惯’的界定——以中国台湾地区为参照的比较分析”^[24]等文章。这些文章就是针对民法典之中的某一条文,进行注释并稍有引申的论文,这也就体现出私人评注的可能性和高效性。但是,也应当注意到,私人评注大多以论文的形式发表,或者以专著的形式出版。因此,在评注对象的选择上,受到出版和期刊版面的限制,并不能对《民法典》之中的条文进行穷尽的评注,更由于这些作者大多理论背景有别,实践关切有异,他们在进行评注的过程之中往往选择的是他们认为重要的条文条款进行评注,在行文方式和理论出发点上也各具风格,实际上这种评注之中“评”的成分会有所增加,还需要更多的“注”去对其进行教义学的检验和完善。

2. 依照功能指向的体裁划分: 理论界评注与实务界评注结合

民法典评注就其功能指向上,又可以分为理论界的评注和实务界的评注。法教义学研究者之中存在理论界和实务界的区分,但是前者偏向于理论讨论,后者偏向于实践指导。民法典评注也需要结合理论界和实务界两股力量。理论界的评注一般侧重于理论说明,由于理论界天然对理论问题和前沿理论的掌

握,在其对民法典评注的过程之中会具有较高的理论说明的成分,例如,陈甦教授主编的《民法总则评注》^[25],“对每个法条,力求描述和提示其历史由来、规范目的、规范含义、证明责任及其他问题”^{[31]67},又如正在进行的《中国民法典评注》^①工作,都是出于学界的法典评注尝试。理论界的民法典评注可以充分反映法律条文的基础理论,充分考虑到中西方的法律对比和中国民事法律的历史赓续,也可以充分地法律条文进行理论评价等活动,在反映前沿问题和解决理论难题的方面具有重要作用。当然,理论界的民法典评注由于往往出自研究会、学者自发组织等渠道,因此在体裁选用上相对宽泛,在理论视角的选取上也有可能有所差异,对“评注对象”的选择也更多以其理论价值为旨趣。

实务界的民法典评注则一般由法院等司法机关组织,体现更多的是对实践的直接指导。在实务界,最高人民法院的“民法典理解与适用丛书”^[26]已经问世,以“条文主旨—条文理解—审判实践中应当注意的问题”为注疏思路,对于指导法官进行案件审理有相当的作用。很显然丛书的基本逻辑是简明易懂的,它舍弃了一些在理论上的争论和探讨,也舍弃了一些理论上的深入探讨,而是以对于司法人员来说最易于学习上手,最便于法律适用的方式,在民法典的适用的角度为司法人员直接提供《民法典》的使用说明书,充分地反映审判操作、案例分析之中应当注意的,特别是《民法典》与既有单行民法的连续和差异及其对司法实践的直接影响。当然,在行文体例上,大多以条文概略、条文大意等尽可能简单明了的方式,以最高人民法院编写的权威背书为司法人员的实践统一方向。当然,无论是在中国民法典评注工程还是民法典理解与适用丛书之中,编写组中兼有理论界和实务界的专家,因此,二者的区别并不在于编写的人员,而是在于其功能指向:理论界的评注偏重对法教义学的理论构建,而实务界的评注则偏重依照法教义学体系的法律适用。

3. 依照读者群体的体裁划分:以法科学生教材与普法读物为例

民法典评注最终呈现为书籍、文章的形式。因此,它也必然有其读者。就读者群体划分来说,可以有针对于理论界的专家学者的专门著作,也可能有针对于实务界的司法人员的专门读物。当然,也不能忽略学生教材和普法读物这两种体裁形式。这是由于这两种体裁共同针对于对《民法典》没有深入研究的,或者处于研究阶段的受众。但是,在民法典评注的体裁设计之中,对于入门者和初学者以及一般群众的注释书或论文集的编写和创造是十分必要的。从法科学学生的教材来看,高校的教材一般都可以视为注释书,它们着重对理论问题和实务问题的共同强调,但是专业深度随着学生的层次而加深难度。一般来说,在《民法典》颁布之前,高校法专业的学生需要学习民法总论、民法分论,而分论中则包含债权法、物权法、婚姻继承法等,而在《民法典》之中,加入了人格权一编,因此就学生的教育来说,既要考虑到《民法典》的整合效应,也必须特别考虑到“人格权”是单独编写教材并开设课程,或是还是按照既有的教材体例在“民法学总论”之中补充强调即可^[27]的问题。又如国家统一法律职业资格考试的大纲、参考书、辅导书等准教材的内容,也会因《民法典》而出现调整 and 变化。由于法学教育要培养出合格的法治人才,因此,对学生的教材设计是一个重要的民法典评注工作。依照“以注带评”和“以评促注”的原则,学生的教材既要包含理论评述,更要合乎《民法典》进行注释的呈现。

另一方面,普法读物的建设也要重视。要让群众对《民法典》有所了解。这是由于面对《民法典》的新要求,群众具有知情权,有学习机会,也有守法义务。目前,对群众的民法典评注尚且欠缺。因此,对民法典评注也要担负起对群众进行普法教育的任务。当然,学生教材或普法读物既可以专门设立编写组或者有专门作者来编写,也可以视为评注工程的一个子环节。要通过评注使得学生的知识层次能够及时更新,也要通过评注使得群众对《民法典》有初步的了解、掌握,使得群众能够知法、懂法、守法,利用法律维护权利和自我规范。自然,对于上述两个读者群体的评注体裁设计不能过于艰深晦涩,也不能过分偏重实务操作,而是要以通俗、易懂为前提。

①《前沿〈中国民法典评注〉编写工作正式启动》:“2019年8月27日北京大学出版社初步确认了参与《中国民法典评注》编写工作组的成员如下:(按姓氏拼音)冯洁语、李昊、李建星、李宇、梁神宝、刘洋、刘召成、潘运华、秦红嫒、冉克平、沈小军、孙维飞、王葆蔚、王琦、汪洋、王文军、王文胜、武腾、肖俊、徐建刚、徐同远、严城、杨代雄、姚明斌、叶名怡、张弛、赵文杰、庄加园、周友军、朱晓峰、朱晓喆”,https://www.sohu.com/a/337930268_671251,访问日期:2021年1月12日。

三、《民法典》评注的社会保障:学术共同体与知识质料

如果仅仅从评注技术着眼于中国《民法典》评注的角度展开,势必会把评注活动视为法学界乃至于法学家这一社会群体的内部活动,而显而易见的是《民法典》绝不是属于法学界与法学家的法律,而根本地需要其他的社会条件予以支持。一言以蔽之,民法典评注不仅要考虑法教义学的技术操作规范,也需要从更宏观的社会科学角度对法典评注的人员和知识质料等法典之外的因素予以考虑。如果要充分发挥民法典评注的思想价值,那么就需要考虑如何发挥评注这一技术的最大效果,去充分发展各种体裁形式的民法典评注,让《民法典》以基托法律条文的“注”以及关于法律条文的“评”,促进官方和民间、理论界与实务界的联动,满足不同群体对民法典评注的不同阅读要求。同时,在民法典评注的过程之中,由于这一工程是庞大的、系统的,因此也必须团结各方力量,去吸纳来自各方的法学知识、评注技术以及案例掌故;更需要结合传统与现实,国内与海外的各种法学知识,融汇为中国的民法典评注。有论者认为:“今后的研究应当由法理学界、部门法学界与司法实务界三方合力,进行法理论证与实例验证相结合的精致化研究。”^{[20]73}而民法典评注在发挥评注的技术效果方面,也需要以下的社会智识支持,以保障在严格的法律与法学方法论指导下与社会发展相契合。

(一) 民法典评注对知识共同体的需求

法典评注根本地是人的活动,特别是法律工作者和法学工作者这一知识共同体的联合行动,它不仅要求在目的追求上保障各类法典评注在教义学立场上的一致,同时也需要去思考如何形成这样的教义学立场。如前文所述,法典评注带有德国法教义学的色彩,它在处理专属于法律和法学的操作方面具有先天的优势,但是就实践操作来说,教义学的形成依赖于一个成熟的法学家群体以及他们的基本共识,惟其如此教义学才有能力活动展开自身的方法论的机会。而在目前,对于如何形成以及维护知识共同体,如何联结理论与实务两个法学家圈层,如何基于共识阐发教义学方法尚且存在思考的不足。

1. 民法典评注依赖于理论与实务界的人员交流

民法典评注虽然可大可小,但是由于其条文繁多,整体的评注工作需要法学知识共同体的一致努力才能完成。单纯依靠学界或者实务界,都不能完成具有整合性质的民法典评注。民法典评注需要一个成员多样、立场多元的法学知识共同体来实现。以陈甦《民法总则评注》为例,该书采取的是“法条—历史—目的—意义(学说)”的思路,而最高人民法院“民法典理解与适用丛书”则以“主旨—理解—注意事项”为理路。很显然,前者偏重于学说理论,后者直接是对裁判实务的说明;前者偏重理论解读而少有经典案例,后者偏重案例裁判而鲜有理论思辨。二者都不能构成一种完全意义上的民法典评注。因此,如果能够形成一套兼顾理论和实践,既有学说又有案例的民法典评注,不仅是在结果上的创新,更是要在过程之中协调理论界和实务界,整合理论资源和实务资源的过程。在民法典评注这样程度的评注工程意义上的协调各方和与资源整合,也是前无古人的创举。但是,法学知识共同体的建构也是一个漫长的过程。从有论者对从萨维尼到温德沙伊德的德国“学说汇纂”学派的形成的考据来看:“建立法学体系不易,超越既存体系更难,这需要若干代法学家付出艰苦卓绝的努力。没有任何人可以凌驾于历史的时间规定性之上,法学的‘发现’和‘建构’是在历史积累的知识体系和法律素材的基础上进行的,法学绝不可能在没有任何历史导航系统记录和明确的地理方位的暗夜中盲目飞行。”^{[21]2836}因此,在民法典评注的过程之中,既要强调以法学会、高校或司法机关的组织能力,也需要注意法学知识共同体依照其本身规律的形成逻辑。既不能自由放任,也不能揠苗助长。

2. 民法典评注对感性共识出发点的需求与期待

从目的上看,民法典评注的理想是形成共识性知识,以之为法律的“教义”要求,同时也是基托先行的“共识出发点”开展的专业活动。感性共识与理性共识之间的循环关系构成了一个解释学意义上的供需关系。就感性共识出发点的角度来看,民法典评注的前提,是把法学家群体,包括理论研究专家、司法实务专家以及立法咨询专家,包括法学教师、法官、律师、基层司法工作人员、参与法律起草等工作的人大代表等群体集合起来,以《民法典》文本为“准体系化知识质料”,以案例和理论研究成果作为“经验性知识质料”,以评注方法上的一致的方法论为工具性质料,通过在知识共同体内对这些知识的

① 萨维尼提出建立罗马法体系的时候,罗马法尚不是欧洲法律的主流。

初步整合,以之为民法科学的逻辑起点,形成高度教义化的民法学:一方面,民法典评注以共同知识为理想,这一共同知识作为中国法学界的集体智慧的体现,是高度教义化和科学化的民法学以及高度体系化的民法典的必然要求。有论者指出:“在法学领域要有中国人独特的思想贡献,它不是完全西方法学学问的本土化,而是根基于中国本土固有的理论和思想资源,融通西人之智识,成就以‘优美而准确’的汉语表达和法律理论/思想,形成法律人共享的‘科学’的法律知识体系。”^{[15]6}在评注活动前充分调动各个门类的法学研究者和实务操作者的经验智慧、理论掌故,形成知识共同体进一步有序交往的前提是做好评注活动的前提。而在另一方面,民法典评注同样是一个求同存异的过程,全然期望各个法学家在评注素材、方法以及体裁选择上的一致是明显不合适的,更应当追求的是在以相同方法、相同指向、不同经验的评注的过程之中,具有不同知识背景和实践背景的法学家得以在相互商谈的过程,在这一过程中促进“知识共同体”的稳固。如有论者指出:“多数学者在中国民法典的基本问题和具体问题上有着各种不同的观点和方案。这种分歧不会因为中国民法典的实施而消失,成文法不可避免带有这样那样的缺陷,而且不同的价值观下有不同的缺陷标准,问题只在于我们能否确立一个共同的标杆识别和处理分歧,在中国民法典的得失上形成一定的共识,从而推动中国民法典的进步和完善。”^{[14]59}因此共同知识应该从两个角度理解,一是在民法典评注的过程之中真正地形成了某种学科内的共识—通说,二是在民法典评注的过程之中虽然无法形成真正意义上的共识,但是形成了相应的分歧识别标准——无论是以何种角度理解,民法典评注的过程都需要一个成就共识,实现民法学的真正科学化的感性基础。

(二) 民法典评注对多元化知识质料的要求

民法典评注不是单纯依靠法学知识就能够完成的活动。毋宁说,存在诸多可以选择的知识质料,而评注活动则带有对这些知识质料的主观偏好。学者对自身偏好的证立,给出为何选择某种知识素材、方法以及体裁的理由同样是需要做好的前提。法典评注活动包括以《民法典》文本为代表的“准体系化知识质料”,以案例和理论研究成果为代表的“经验性知识质料”,以评注方法上标准化的法学方法论为代表“工具性质料”。虽然对知识质料的划分未必全面,但是,在意图上希望指出的是,任何一种知识质料都不单单具有法学性:文本是在立法与政治层面产生的准体系,它意味着在评注活动开展之前已经完成的政治协商与国家权力机关的决策活动的初步成果,其体现是法典这个文本;“经验质料”则代表在司法与社会层面上产出的经典案例与裁判方法,它意味着在评注活动之前和之中的社会经验素材,特别是以法院为枢轴的经验活动;“工具质料”更多的是法学方法论这个评注手段的工具性体现。在目前中国的法学研究和法律工作格局之中,它更多地由来自法学研究部门的学者的法理论研究、比较法研究等活动组成。因而,用以进行民法典评注的“知识质料”至少包含立法、司法、法学这三个渊源。把这三种知识质料融为一炉乃是“功夫在诗外”的实践智慧的运用。

1. 民法典评注对准体系化知识质料的需求

民法典评注需要一个“准体系化”的知识质料,并且围绕这一质料进行体系性的建构。这一“知识质料”就是《民法典》本身,它源于立法这一国家权力机关的政治运作。但是,政治运作所诞生的《民法典》是一个尚不能全然体系化,并且具有可供评注空间的对象,同时也是需要统一评注的对象。《民法典》是政治力量对既有单行民法的整合。但是,这一整合却暂时由于既有司法解释的存在也即政治活动尚未对既有司法解释和单行法进行决策而并未实现完全的体系化整合。一方面,之所以强调《民法典》的准体系化质料性质,乃是由于就部分来看,民法典在大部分内容上并未对既有的单行民法的内容进行彻底修改,但是整合也并非简单的“加和”,而是在有体系性设计的基础上将单行民法的内容变成与民法典相关的整体的部分,对整体的评注不能等于对一切部分的“评注的加和”,对于各个部分的解释最终要融贯为一种整体的解释。另一方面,《民法典》之所以是“准”体系化的知识质料,乃是由于《民法典》自身需要评注才能够实现最终的体系化,特别是法律之理的体系化地融贯。“解释不是单纯接受性的活动,而是有创造性的活动,同样也能改变法学上的自明之理。”^{[12]318}因此,将民法典视为评注对象,不仅仅是要评注各个部分,还要评注出支撑各个部分的而形成整体的体系,更要创造性地评注出“理”来。并且通过这一“新理”与既有的“自明之理”进行对比,去确定二者是一致的还是有差异的。还要说明如果是一致的那么为何一致,如果有差异是缘何有了差异。很显然,民法典的评注对象之所以是民法典

而不是简单地把已废止的诸单行民法订成的一册,就是因为这个对象是有内在体系的。这个体系还是有“理”的。因此,评注的对象既是民法典之中的具体条文,也是民法典本身,还是支撑民法典之为“典”的体系,更是证立这一体系的“理”。唯有明确《民法典》本身的法理要求,对于司法解释和其他同属于民事法律体系之中的规范性文本的整体的“体系化”才能获得证立的依据。任何一个法典的形成都是国家权力机关的运作产物,因而在对《民法典》进行的评注活动之中,对政治意识形态、社会核心价值观的尊重,对立法工作者的立法理由以及法典说明进行考虑是构成民法典评注全面的知识系谱的必然要求。

2. 民法典评注对经验性知识质料的需求

民法典评注需要有“经验性知识质料”,特别体现为大量的学说资料和司法判例。从更为宏观的角度看,它包含学说和判例两个部分,是相对《民法典》这一作为政治实践的“准体系化知识质料”在司法活动之中的延伸:学说是在知识论的角度为法典体系提供证成依据的理论经验,而判例则是在实践论角度为法典体系提供适用可能性的实践经验。一方面,无论是案例、判例还是理论研究成果,都构成理论工作者和实务工作者的对法理的经验,同样体现在司法实践和法学学术实践之法理的阐明。这些理论经验成果和实践经验案例共同地关涉民事法律关系,具有相对于《民法典》的相关性,是民法典评注必须采纳的既有经验。例如,在法学知识共同体中,理论专家可能具有对民事法律理论的相应的理论研究经验,而实务专家则可能对民事法律适用具有实践经验。由于这些经验都是关于“民事法律关系”这一对象,那么它们在“所指”上就具有了一致性,可以相互交流和补充。但是,另一方面,经验也意味着相对的片面,同时意味着已经发生的后验立场。因此,之所以说案例或理论学说是经验性的知识质料,就是因为民法典评注之中要充分注意在处理这些案例、判例、学说资料等问题的时候因人而异和因时而变的经验样态,将之纳入到新《民法典》的语境之中进行进一步地认定。例如,有些材料是可以直接在评注活动之中直接适用的,这些经验没有因为法典化而无效。但也有一些学说或判例由于新民法典的出台而过时,或者至少失去了在单行民法时期的直接适用作用。因此,评注者在进行评注的过程之中既要尊重经验,也不能偏重于经验。而是要通过“准体系知识质料”对“经验知识质料”的准体系的规定,借助“经验知识质料”去帮助体系化的形成。单纯依靠“经验质料”得出的只能是多元乃至无序,迟滞乃至过时的后果,而全然不考虑“经验质料”又必然导致评注活动的历史立论不足,以及对司法活动的指导性瑕疵。因而在评注活动之中由司法机关主导的经验案例供给以及审判理论资源都是极其重要的。

3. 民法典评注对工具性知识质料的需求

民法典评注是一个有“评”有“注”的工作,它必须以一种统一的工具性知识质料去系统地涵括“评”与“注”的方法论。这种工具性知识质料就是法学方法论的支持,用法学方法论把差异的经验性知识质料与相对统一的准体系性知识质料关联起来,建构由“经验的多”到“体系的一”的途径,而这种知识质料又往往属于法学理论研究这一部门。一方面,法学方法论是工具性知识质料乃是由于在法学方法论的意义上,“评”和“注”无论是呈现为何种体裁,在学理的理想化之中都要有统一的一套程序规定,它来自于理论家对完美的法律体系的理论构思。“法学方法论主要围绕法律解释展开,一般法学说的任务集中于概念建构,而体系化则贯穿于解释与建构的过程之中。”^{[20]73}对民法典的评注活动本身就依赖法学方法论,“评”之所向在于对具体条文进行解释,在对既有案例、判例、素材以及学说在民法典的背景下究竟是保留还是废除,抑或是变通处理的正误判断。“注”之所向在于对《民法典》条文的意义和体系、目的和意图的深入探究,以标准的方法论要求去尽量达成在“注”这一相对谨慎的范畴内的结果一致性。另一方面,单纯依靠法学方法论也不足以形成完备的评注体例。法学方法论是工具性的知识质料,乃是由于单纯依靠法学方法论无法再制出直接的知识形态。但是,没有它却根本创造不出任何教义化的知识形态。有论者指出法学方法论的研究应当具有解决“上不去”和“下不来”的困境的功能:“所谓‘上不去’,是说以往的研究对于继受而来的学说没有给予法理论层面的反思……所谓‘下不来’,是说以往的研究缺乏对司法实务的关注,方法论研究就无法‘落地’”^{[20]73}。按照“评”与“注”的方法来说,“上不去”就是注拘泥于文本而无法抽象到理论的高度,而“评”则由于飘逸过高而落不到法律条文的实处。因此,在“评”与“注”之中都强调法学方法论的工具性标准。学习这种方法论并且由学理研究者在知识共同体活动之中向其他评注活动者普及这种方法论,对于建构“准体系化知识质料”与“经验性知识质料”的关系大有裨益。

四、结语

目前较为成熟的民法典评注有中国社科院的《民法典评注》系列,中国人民大学的《民法典释评》系列,南京大学朱庆育的《中国民法典评注·条文选注》,以及在《法学家》等杂志上发表的《民法典第195条评注之二》等资料。这些由学术研究机构 and 学者个人撰述的法典评注代表中国民法典评注的先进成果和未来发展的出发点。民法典评注工作要坚持以法律知识共同体为评注者,综合法典这一“准体系化知识质料”与案例、理论成果等“经验性知识质料”,统一“评—注”的法学方法论,学习这一工具性知识质料。在此基础上,通过实现官方评注与民间评注结合、理论评注与实务评注整合,以评注工作为桥梁,全面提升《民法典》社会化、日常化、嵌入化的效度。通过合适的体裁选择,以“以注带评”和“以评促注”的方式实现“评”与“注”的统一,实现对法律条文的语词意义、体系支持、立法意图、客观目的、实践案例与前沿理论的教义化的揭示与整合。这对于实现中国民法学界向更高的教义化程度迈进,实现中国的法律自信具有积极作用。这需要社会各界用长远的、发展的眼光去看待它,用难得的耐心 and 不懈的努力去完成它,也需要通过多向度和多代际的方式去面对法典评注的工作。在法律人的共同体之中,需要来自公检法司律以及学界的各方努力,才能对民法典千余条条予以阐释,对支撑这千余条条文的体系有所揭示,对最根本的理据有所挖掘。对于中国现行民法典的评注,必须基于现行民法典,同时注重单行民法时期的立法和司法资料,合理运用域外法律思想、中华传统法治文明成果,也即形成各个行业调动各种资料的“多向度”民法典评注氛围。这是完善中国法律评注体系,为世界贡献中国法律智慧的重要活动。

参考文献:

- [1] 朱晔. 日本民法注释的演变对中国的启示[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2020(4): 126-137+161.
- [2] 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[J]. 中外法学, 2017(2): 376-401.
- [3] 韩世远. 法律评注在中国[J]. 中国法律评论, 2017(5): 157-167.
- [4] 孟勤国. 论中国民法典的现代化与中国化[J]. 东方法学, 2020(4): 159-169.
- [5] 舒国滢. 法学的知识谱系[M]. 北京: 商务印书馆, 2020.
- [6] 王立民. 中国百年民法典编纂历程与启示[J]. 法学, 2020(10): 160-175.
- [7] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M]. 许章润, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 7.
- [8] 雷磊. 法教义学的基本立场[J]. 中外法学, 2015(1): 198-223.
- [9] 黄忠. 论民法典后司法解释之命运[J]. 中国法学, 2020(6): 44-63.
- [10] 吴兆祥. “关于司法解释工作的规定”的理解与适用[J]. 人民司法, 2007(9): 29-31.
- [11] 黄文艺. 民法典与社会治理现代化[J]. 法制与社会发展(双月刊), 2020(5): 21-37.
- [12] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020.
- [13] 郭晔. 中国民法典的法理定位[J]. 东方法学, 2020(6): 148-157.
- [14] 朱庆育. “立法论”与“解释论”的中间时刻[J]. 云南社会科学, 2019(5): 94.
- [15] 朱熹. 四书章句集注[M]. 北京: 中华书局, 2011.
- [16] 王弼. 老子道德经注[M]. 楼宇烈, 校释. 北京: 中华书局, 2011.
- [17] 王弼. 周易注校释[M]. 楼宇烈, 校释. 北京: 中华书局, 2012.
- [18] 长孙无忌. 唐律疏议[M]. 刘俊文, 点校. 北京: 中华书局, 1983.
- [19] 汤用彤. 魏晋玄学论稿[M]. 北京: 人民出版社, 1957.
- [20] 雷磊. 法教义学与法治: 法教义学的治理意义[J]. 法学研究, 2018(5): 58-75.
- [21] 崔丽. 民法典第1009条: 基因人格权的创设、证成与实现[J]. 东方法学, 2021(1): 154-165.
- [22] 孟强. 公平责任归责原则的终结: 《民法典》第1186条的解释论[J]. 广东社会科学, 2021(1): 238-252.
- [23] 李翔宇. 保理合同的法律构造与规范进路: 基于《民法典》第761条的解释[J]. 吉林工商学院学报, 2020(36): 95-98+104.
- [24] 刘智慧. 《民法典》第10条中“习惯”的界定: 以中国台湾地区为参照的比较分析[J]. 海峡法学, 2020(4): 3-8.
- [25] 陈甦. 民法总则评注[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [26] 最高人民法院民法典贯彻实施领导小组. 中华人民共和国民法典理解与适用丛书[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020.
- [27] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [28] 舒国滢. 19世纪德国“学说汇纂”体系的形成与发展: 基于欧陆近代法学知识谱系的考察[J]. 中外法学, 2016(1): 5-36.