

关于中国刑法的评论

——德国人的视角

[德]米夏埃尔·博兰德* 文 蒋 娜**、韩 容***、张安泽**** 译

要 目

- 一、引言
- 二、中国的争议
 - (一)中国的中央主义与中国共产党原则的相容性:四个全面与习近平新时代中国特色社会主义思想
 - (二)学说的复杂性和对法典评注的期望
- 三、运用评注的功能
- 四、德国的独特经验
 - (一)解释
 - (二)知识库
 - (三)过滤知识
 - (四)组织知识
 - (五)塑造知识
 - (六)特定化知识

* 杜伦大学法学院比较和国际刑法教授,柬埔寨法院特别法庭国际联合调查法官,科索沃专家分庭法官。在此感谢北京大学的江溯副教授和他的研究生高颖文和刘继烨,感谢他们搜索关于评注争论的中文资料,感谢西北大学的余高能副教授、浙江大学的高艳东副教授、南京大学的彼得·莱布克勒博士、北京大学国际法学院的苏珊·范思深教授以及英国杜伦大学的杜明教授对本文初稿提出的建议。本文适用惯用的免责声明。此外,所表达的观点完全是以个人身份撰写,手稿于2020年6月23日完成,截至该日,所有引用的网页均准确无误。

** 北京师范大学法学院教授,博士生导师。

*** 北京师范大学硕士,伦敦政治经济学院硕士,北京义贤律师事务所律师。

**** 美国纽约 H&Z 律师事务所合伙人律师。

(七)协调和搭建桥梁

(八)稳定化

(九)批判

(十)改革

五、结论：关于未来中国可能争议的一些潜在问题

(一)概念视角的选择——团体还是个人主义？

(二)学术界和法律实践的角色——隔绝世界还是热情拥抱？

(三)榜样的影响——复制粘贴西方模式还是中国化？

摘要 中国刑法学者与其他法律体系的学者交流日益增多,通过比较研究取得了丰富的成果,尤其是与德国法的比较研究成果最多。这似乎是基于这样一个事实,即德国和中国都属于大陆法系国家,德国刑法在学术史上以高度复杂的理论而闻名,现在仍然如此,这可能会吸引其他具有类似理念基因法律体系的学者。最近在中国的学术争论中不断出现的话题是引起高度关注的一种特殊的日耳曼法律研究工具——法典评注。本文首先考察中国关于适用评注的争论进展。其次,着重考察德国的评注制度,从而找出是否以及如何有助于中国刑法的发展的答案。最后,鉴于中国法律体系的现状是,在苏联法律体系的基础之上架构的一个新框架,但(这个框架)仍缺乏清晰的轮廓,在此背景下,本文将试图勾勒出中国将面临的一些理论挑战。

关键词 评注 德国法 中国法

一、引言

长期以来,中国刑法及其改革一直是西方比较研究和写作的焦点。在当今时代,比较研究——在很多情况下都得益于中国学者的帮助——从19世纪末20世纪初的民国时期一直到1949年,仍然是现代研究的对象。^[1] 1949年以后,西方的学术研究更深入,尤其是在地缘政治集团之间的差异和中国刑法对苏联模式依赖的背景

[1] See Ernest Alabaster, Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law, *Journal of the Royal Asiatic Society*, Vol. 32, 1900, p. 148; Gustavus Ohlinger, Some Leading Principles of Chinese Law, *Michigan Law Review*, Vol. 8, 1910, p. 199; Marchinus van der Valk, The New Chinese Criminal Code, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, Vol. 5, 1914, p. 598; Chi-Yu Cheng, The Chinese Theory of Criminal Law, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 39, 1949, p. 461; Geoffrey MacCormack, Law and Punishment in the Earliest Chinese Thought, *Irish Jurist*, Vol. 20, 1985, p. 334; Robert Heuser, Rezeption, Perzeption und Adaption Erwartungen an die chinesische Rechtsmodernisierung 1904 - 1930, *VRÜ* (47) 2014, S. 319.

下,1979年《刑法》颁布后到20世纪80年代,催生了大量相关文献。^[2]1990年之后,对中国刑法的人权问题和司法实践的考察加强,尤其是随着1997年对1979年《刑法》的修订^[3]以及围绕死刑持续存在的问题^[4]。

-
- [2] See David C. Buxbaum, Preliminary Trends in the Development of the Legal Institutions of Communist China and the Nature of the Criminal Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 11, 1962, p. 1; Fu-Shun Lin, Communist China's Emerging Fundamentals of Criminal Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 13, 1964, p. 80; Derk Bodde & Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases* (Translated from the Hsing-an Hui-lan), With Historical, Social, and Juridical Commentaries, *Harvard Law Review*, Vol. 83, 1967, p. 699; David Finkelstein, The Language of Communist China's Criminal Law, *Journal of Asian Studies*, Vol. 27, 1968, p. 503; Stanley B. Lubman, Form and Function in the Chinese Criminal Process, *Columbia Law Review*, Vol. 69, 1969, p. 535; Jerome A. Cohen, On Teaching Chinese Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 19, 1971, p. 655; Hungdah Chiu, Criminal Punishment in Mainland China: A Study of Some Yunnan Province Documents, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 68, 1977, p. 374; Harold J. Berman et al., A Comparison of the Chinese and Soviet Codes of Criminal Law and Procedure, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 73, 1982, p. 238; Zhu Qiwu, General Aspects of the Chinese Criminal Code and Code of Criminal Procedure, *Pacific Basin Law Journal*, Vol. 2, 1983, p. 65; The Harvard Law Review Association, Concepts of Law in the Chinese Anti-Crime Campaign, *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985, p. 1890; Jyun-Hsyong Su, Die Struktur des chinesischen Rechtsdenkens und ihre Wirkung auf das moderne Recht, *ARSP* (53) 1967, S. 305; Klaus Mading, Strafrecht und Massenerziehung in der Volksrepublik China, 1. Aufl. 1979; Susanne Fritz, Das Strafgesetzbuch der Volksrepublik China von 1979, *JZ* (39) 1984, S. 179; Manfred Kulesa, Beobachtungen zur Rechtsentwicklung in China, *ZRP* (20) 1987, S. 209; Robert Heuser, Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung-Strukturen und Perspektiven (1978-1988), *JZ* (43) 1988, S. 93; Mi Jian, Die traditionelle chinesische Kultur und das gegenwärtige Rechtssystem Chinas, *Studies in Soviet Thought*, Vol. 38, 1989, p. 55.
- [3] 参见网络版《中华人民共和国刑法》,载 www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm。
- [4] See Li Haidong, China: Vorsichtige Wandlung, *NK* (3) 1991, S. 13; D. Clarke & James V. Feinerman, Antagonistic Contradictions: Criminal Law and Human Rights in China, *The China Quarterly*, Vol. 141, 1995, p. 135; Shizhou Wang, The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, 1995, p. 569; Chen Jianfu, Legalism with Chinese Characteristics: The Revision of the Criminal Law in the PRC, *China Perspectives*, Vol. 21, 1999, pp. 5-14; Harold M. Tanner, Strike Hard! Anti-Crime Campaigns and Chinese Criminal Justice, 1979-1985, *Journal of Asian Studies*, Vol. 60, 2001, p. 188; Sida Liu & T. Halliday, Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China's Criminal Procedure Law, *Law & Social Inquiry*, Vol. 34, 2009, p.911; Mark Findlay, The Challenge for Asian Jurisdictions in the Development of International Criminal Justice, *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol. 32, 2010, p. 205; Shizhou Wang, On Development of Criminal Law in the People's Republic of China, *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 43, 2010, p. 292; Qihua Ye, Introduction to the Issue of Rape in China as a Developing Country, in Nicole Westmarland & Geetanjali Gangoli eds., *International Approaches to Rape*, The Policy Press, 2011, p. 57; Michelle Miao, The Politics of China's Death Penalty Reform in the Context of Global Abolitionism, *British Journal of Criminology*, Vol. 53, 2013, p. 500; Susan Trevaskes, China's Death Penalty: The Supreme People's Court, the Suspended Death Sentence and the Politics of Penal Reform, *British Journal of Criminology*, Vol. 53, 2013, p. 482.

研究越来越聚焦于中国的法律文化^[5]，特别是司法文化和透明度^[6]。最后，一些全球性政治参与者与中国进行了更广泛的“法治对话”，这些对话是基于对地缘政治的关切，以及中国政府和西方对人权的基本概念在理解上存在的分歧^[7]，同时也包括评价中国“文化大革命”对法治产生的重要影响。^[8]

反过来，中国刑法学者与其他法律体系的学者的交流日益增多，通过比较研究取得丰硕成果，尤其是与德国法的比较研究成果最多。^[9] 在过去十年里，中德刑法学者的交流^[10]主要是在中德刑法学者联合会(Chinesisch-Deutscher Strafrechtslehrerverband)的支持下进行的，该联合会由维尔茨堡大学法学院和北京大学法学院的学者联合领导。^[11] 这似乎是基于这样一个事实，即德国和中国都属于大陆法系，德国刑法在学术史上以高度复杂的理论而闻名^[12]，现在仍然如此，这可能会吸引其他具有类似理

[5] See Kenneth I. Winston, *The Internal Morality of Chinese Legalism*, Singapore Journal of Legal Studies, Vol. 11, 2005, p. 313; Sida Liu & T. Halliday, *Halliday, Political Liberalism and Political Embeddedness: Understanding Politics in the Work of Chinese Criminal Defense Lawyers*, Law and Society Review, Vol. 45, 2011, p. 831; Robert Heuser, *Grundriss der Geschichte und Modernisierung des chinesischen Rechts*, 1. Aufl. 2013; Larry A. DiMatteo, ‘Rule of Law’ in China: The Confrontation of Formal Law with Cultural Norms, *Cornell International Law Journal*, Vol. 51, 2018, p. 391.

[6] See Shizhou Wang, *The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law*, American Journal of Comparative Law, Vol. 43, 1995, p. 569; Björn Ahl, *Justizreformen in China*, 1. Aufl. 2015; Susan Finder, *China’s Translucent Judicial Transparency*, in Hualing Fu et al. eds., *Transparency Challenges Facing China*, Simmonds & Hill Publishing, 2019.

[7] Vgl. Nicole Schulte-Kulmann, *Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten in der europäisch-chinesischen Rechtszusammenarbeit*, VRÜ 36 (2003), S. 529; Robert Heuser, *Gegenwärtige Lage und Entwicklungsrichtung des chinesischen Rechtssystems. Eine Skizze*, VRÜ 38 (2005), S. 137; Hui Xie, *Vom politisierten zum rechtsstaatlichen Verfassungsverständnis: Entwicklungen im China des 20. und Erwartungen des 21. Jh.*, DS 44 (2005), S. 289; Hinrich Julius, *Institutionalisierte rechtliche Zusammenarbeit: Die Erfahrungen der GTZ in China*, *RabelsZ* 72 (2008), S. 55; Xujun Gao/Bo Gao, *The German-Chinese ‘Rule of Law Dialogue’: Influence and Outlook*, VRÜ 47 (2014), S. 392.

[8] Vgl. Albin Eser/Ulrich Sieber/Jörg Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 9: China*, 2006.

[9] Vgl. Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, 1. Aufl. 2013; Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des chinesischen und deutschen Strafrechtss*, 2015; Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Rechtswidrigkeit in der Diskussion*, 2018; Eric Hilgendorf/Bernd Schünemann/Frank Peter Schuster (Hrsg.), *Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats*, 2019; Daniel Sprick, *Die Grenzen der Notwehr im Strafrecht der Volksrepublik China*, 2016; Zhengyu Zhang, *Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht*, 1. Aufl. 2017.

[10] 参见哥根廷大学的德国-中国法律研究所网站(Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft-<http://www.uni-goettingen.de/de/423274.html>)；芬中法律中心网站(<https://blogs.helsinki.fi/chinalawcenter/>)；或通过大不列颠中国中心访问英国网站(<http://www.gbcc.org.uk/>)。

[11] 有关合作范围的更多信息，请查看其会议和出版物的链接(www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrestuehle/hilgendorf/projekte-und-forschung/chinesisch-deutscher-strafrechtslehrerverband/willkommen/)。

[12] See Eric Hilgendorf, *Contemporary German Criminal Jurisprudence*, Peking University Law Journal, Vol. 1, 2013, p. 181-195.

念基因法律体系的学者。正如我们看到的,在中国最近的学术争论中不断出现^[13]的话题是引起高度关注的一种特殊的日耳曼法律研究工具——法典评注^[14]。

在这篇文章中,我们将首先关注中国关于适用评注争议的进展情况。其次,我们将特别考察德国制度的起源、发展和现状,以找出其是否以及如何有利于中国的发展的答案。最后,鉴于中国法律体系的现状是,从受苏联法律体系影响逐渐转变为一个新的框架,但(这个框架)仍缺乏清晰的轮廓,在此背景下,本文将试图勾勒出中国将面临的一些理论挑战。

二、中国的争议

在我们转向中国学术界关于法典评注的有用性和可取性争议的实际进展之前,有必要思考一下,是否存在任何潜在的(尽管可能性不大)观点与中国法律改革的总体政治环境的理念相冲突。这意味着需要考察中国共产党的立场,更具体地说,即当前背景下的习近平新时代中国特色社会主义思想。概而言之,法典评注的观点在实质上与政治是不能冲突的。^[15]

(一) 中国的中央主义与中国共产党原则的相容性:四个全面与习近平新时代中国特色社会主义思想

中国认真反思之前在刑事实体法上的观点,即对《苏俄刑法典》^[16]传统模式的依赖正逐渐被中国法学学者、实践者和立法者的社会主义法治理念所取代,并形成了影响和指导当代中国文化和社会的本土原则。换言之,中国刑法正日益在中国特色社会主义法治道路上发展,并建立在国家性质、党的政策以及习近平新时代中国特色社会主义思想

[13] 法典的注释可以追溯到公元7世纪,即公元653年的唐代刑法典。参见(唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,中华书局1983年版;钱大群:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版;陈兴良主编:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版。

[14] 对中国刑法教科书的发展的概述,参见 Wenhua Wang, 1949—2014 Review and Reflection Upon the 65-Year History of Textbooks on Criminal Law, *Peking University Law Journal*, Vol. 3, 2015, p. 443-481。

[15] 一些对中国政治制度有亲身体会的人,可能会认为这一结果是不言而喻的,因此他们可能会认为我在“攻击自己的稻草人”。我不同意这种看法,因为我觉得在大多数情况下,对所谓的无可争议的真理或传统智慧进行分析,并在必要时阐明其确切原因,会更好。在我看来,关于在一个具有地缘政治地位的社会主义国家,以及一个像中国这样迅速巩固社会认同的国家,学术界尤其需要多参与法律的变革、审查和讨论。

[16] See Liang Genlin, *The Vicissitudes of Chinese Criminal Law and Theory: A Study in History, Culture and Politics*, *Peking University Law Journal*, Vol. 5, 2018, p. 25-49; Liang Genlin, *The Criminal Code Amendments Dimensions, Strategies, Evaluations and Contemplations*, *Peking University Law Journal*, Vol. 5, 2018, p. 309-359; Jiang Su, *From “Harsh Justice” to “Balancing Leniency with Severity”*, *Peking University Law Journal*, Vol. 5, 2017, p. 139-164.

主义思想的基础之上。例如,在汇编习近平法治思想的《习近平谈治国理政》中^[17],其正在形成自己对中国法律应该是什么样的理解和解释,摆脱了之前政治和意识形态体系中不复存在或已经过时的教条主义束缚,也没有受到任何其他国家或国际模式的影响。值得注意的是,中国快速提升的整体地缘政治地位也打破了之前比较研究与合作的竞争环境的平衡,而法律移植研究中之前可能存在的一些有关东方主义的态度是站不住脚的^[18],实际上也是不可取的。

在习近平的领导下,中国共产党自2014年年底以来一直坚持“四个全面”战略布局^[19],其中,第三个“全面”是2014年10月20日至23日在中国共产党十八届四中全会上提出的“全面推进依法治国”。习近平在《习近平谈治国理政》中对该理念的具体含义进行了更详细的阐述。以下内容与本文的研究目的尤其相关,值得特别注意:

1. 更加注重改革的系统性、整体性、协同性^[20]

这个简短的总结性表述为法典评注提供了一个简明扼要的立足点:更加注重改革的系统性、整体性、协同性。这是改革的内在要求,也是推进改革的重要手段。要坚持政策方针一致、多措并举、效果互补,使各项改革措施都为全面深化改革这个总目标服务。

2. 建设中国特色社会主义法治体系

习近平指出,要坚持中国共产党对全面依法治国的领导,提高党依法治国的能力。习近平强调要坚持人民立场,并表示人民是依法治国的主体和力量源泉。不仅仅是法官等从业人员,学者在推动法治方面也扮演着重要的角色。“全面推进依法治国需要全社会共同参与。”^[21]

基于法律面前人人平等原则,习近平指出,各级领导干部要带头依法办事,带头遵守法律。同时,习近平强调,必须坚持依法治国和以德治国相结合。只有那些合乎道德、具有深厚道德基础的法律才能为更多人所自觉遵行。^[22]

在谈到中国特色社会主义法治体系的建设必须立足于中国当前的实际情况,必须扎根中国文化、立足中国国情、解决中国问题时,习近平指出:“坚持从我国实际出发,不等于关起门来搞法治。法治是人类文明的重要成果之一,法治的精髓和要旨对

[17] 参见习近平:《习近平谈治国理政》(第一卷),外文出版社2014年版;习近平:《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版。

[18] See Edward W. Said, *Orientalism*, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1978.

[19] 参见 https://www.guancha.cn/culture/2015_05_04_318218.shtml (中文版) 和 <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-31622571>。

[20] 参见习近平:《习近平谈治国理政》(第一卷)(第2版),外文出版社2018年版,第68页。

[21] 习近平:《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版,第120页。

[22] 参见习近平:《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版,第117页。

于各国国家治理和社会治理具有普遍意义,我们要学习借鉴世界上优秀的法治文明成果。但是,学习借鉴不等同于简单的拿来主义,必须坚持以我为主、为我所用,认真鉴别、合理吸收,不能搞‘全盘西化’,不能搞‘全面移植’,不能照搬照抄。”〔23〕

在法律适用的过程中,可以通过最高人民法院的解释来实现法律的统一适用目标,但还有另外一种更好的方式——引用评注。

如果我们将法典评注的概念与这些政治框架参数并列在一起,很难看出它会带来任何不可接受的意识形态摩擦。然而,还是需要简短地回答为什么可能存在潜在差异,正如中国政法大学中欧法学院(以下简称 CESL)在 2018 年 4 月 12 日举办的一场主题为“法律评注的理念和技术”的研讨会上提出的类似问题,这是基于德国著名刑法学者兼评论编辑乌尔弗里德·诺伊曼(Ulfrid Neumann)教授在一次圆桌讨论中表达的以其为代表的德国学术界的见解,这次圆桌讨论是在他的母校萨尔兰大学(Saarland University)举办的。他在讨论中表达了诸多担忧,从评论员在评析立法者颁布的法律时如何保持中立的问题(尤其是当学术观点至少在理论上可能反过来影响立法改革),到从业人员与司法解释的相互影响等问题,例如中国的最高人民法院的司法解释。〔24〕一位中国与会者特别质疑,是否存在信息和概念性思维从学术界反向流向(司法)实践的情况。他说,目前中国司法实践中还存在知识更新缓慢、不学习新理论等问题。此外,中国高校的法学院也未能很好地培养学生的法律阐释技能。大多数学生只看教材,忽视了思维方法和表达技巧的培养,所以在实践能力方面比较薄弱。

在这些评论背后,笔者除了感叹学术与实践之间有点脱节的关系之外,似乎还察觉到,经验丰富、见多识广的学者在日常工作中可能感觉不到像国家机关工作人员(如法官)那样受到来自任何官方指挥系统的直接约束,因此评注撰稿人可能会发表与官方政府或司法政策背道而驰的观点,并可能有在政治上不受欢迎的批判性思维。从西方社会所理解的学术自由原则的角度出发,这些反对性意见可能是正确的,但涉及引入法典评注的问题时,最终都不能令人信服。

评注首先是一种工具。它被那些使用它的人所引用,以达到他们想要的目的。〔25〕与其他任何工具一样,(评注)需要练习才能完全掌握,当然,各种工具的使用价值并非

〔23〕 习近平:《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社 2017 年版,第 118 页。

〔24〕 See <https://supremepopscourtmonitor.com/>; Susan Finder, How the Supreme People's Court Drafts Criminal Procedure Judicial Interpretations, in Björn Ahl ed., *Chinese Courts and Criminal Procedure: Post-2013 Reforms*, Cambridge University Press, 2021; Susan Finder, *China's Evolving Case Law System In Practice*, *Tsinghua China Law Review*, Vol. 9, 2017, p. 245; Björn Ahl, *Judicialization in Authoritarian Regimes: The Expansion of Powers of the Chinese Supreme People's Court*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, 2019, p. 252-277; Chen Xingliang, *China's Guiding Case System: A Study on the Mechanisms of Rule Formation*, *Peking University Law Journal* Vol. 1, 2014, p. 215-258.

〔25〕 参见韩世远:《法律评注在中国》,载《中国法律评论》2017 年第 5 期。

都是一致的。一些已经采用过意识形态方法的司法机构不可避免地会使用这种方法,然而在中国,似乎也没有意识形态上的障碍来阻止深入的比较接触——如果一开始就沿着该争论的路线走下去,则实际上会携带不符合制度思维的病毒。从理论上讲,目前(中国)的出版市场已经给学者们提供了发表自己观点的机会,即使在一个新的出版媒体环境下,他们也不太可能采取任何不同的方式。

西方学者和法律从业者在撰写其本国评注的政治信仰方面,可能与那些希望在中国引用评注的人会有所不同,但这一事实无关紧要。从这个意义上说,正如马歇尔·麦克卢汉(Marshall McLuhan)的格言“媒介即是讯息”那样,或者换句话说,“媒体是人体的延伸”,即获得讯息的方式比讯息内容本身更为重要、更有影响力。因此,在是否引入评注这一问题上,新的媒体是考量的因素,但该因素不会成为中国引入评注的障碍。中国不太可能需要像中世纪阿拉伯历史学家伊本·哈勒敦(Ibn Khaldūn)那样表现出强烈的不信任来看待这一问题。^[26]

更具体地说,德意志民主共和国,即另一个社会主义国家,也使用评注和教科书,其通常由作者集体起草,以及适用民主德国最高法院(Mitteilungen Des Obersten Gericht)的解释,类似于中国最高人民法院的(解释),尽管可能没有那么复杂。主流法律期刊《新泽西州》(Neue Justiz)的许多撰稿人要么是该体系内的法官,要么是检察官,这一事实确保了讨论不会偏离拥护社会主义国家思想的概念性设想这一基础太远。尽管如此,在这个框架内,理论上的讨论也可以蓬勃发展,并产生有趣的成果,例如关于自愿醉酒的影响的争论,与典型的资本主义法律体系——英格兰和威尔士的司法解释没有太大不同,其在政治上温和、自由的统一后的德国也有相当的崇拜者。^[27]

事实仍然是,使用“西方”工具并不等同于用它制作西方的东西,换句话说:过程并不等同于实质。从中国国内关于引入评注的利弊争议来看,西方律师对评注所要阐释的法律制度的实质和政治本质是赞成还是反对最终都是无关紧要的。阐释本身是一个有价值 and 无可非议的目的,正如最高人民法院在发布司法解释时不可避免地包括参差不齐的实践水平所表明的那样,中国的立法机关显然觉得有必要这样做。因此,评注写作的进展似乎完全掌握在作者的手中,他们正在努力寻找一种新的法律工具。

[26] See Ibn Khaldūn, *The Muqaddimah—An Introduction to History*, translated by Franz Rosenthal, Princeton University Press, 2005, p. 405.

[27] See Michael Bohlander, *From Marx to Majewski: A Review of the Law on Voluntary Intoxication in the Former German Democratic Republic*, in Ben Livings et al. eds., *Mental Condition Defences and the Criminal Justice System: Perspectives from Law and Medicine*, Cambridge Scholars Publishing, 2015.

(二) 学说的复杂性和对法典评注的期望

除了摆脱以苏联为基础的模式之外^[28],中国法律界正逐步更重视学说的完善和一致性,以及在不同领域(首先是法律领域,其次是更广泛的领域)有效地传播法律知识。法律的确定性要求体系中的所有参与者:法官、检察官、律师和政府,都需要以基本上相同的方式适用法律原则。中国的法律制度具有大陆法系传统,继续依赖法院判例逐步归纳而发展虽然是积极的趋势,但在原则上是一种反常现象。国家——以及更广泛的法律团体——应尽可能确保法律规则及其解释通俗易懂,例如,以民主参与的方式颁布,并确保社会各阶层都能参与法律规则的制定过程。

目前刑法的改革环境——事实上,这可以适用于任何法律领域——需要采取一种结合以下标准的办法:

- 学说的复杂性和一致性;
- 实用性和用户友好性;
- 有效传播。

从本质上讲,这一改革方向至少要求有一个行动重心,对现有立法进行系统性评注,而不仅仅是教科书,无论这些评注有多详细。关于是否要为重要的法律进行评注的争议在中国已经持续了一段时间,然而,到目前为止,以中国为核心版本的法典评注的功能、内容和形式在达成共识方面似乎没有取得任何实质性进展,更不用说其可行性了(关于最近两次评注起草的尝试,见下文更详细的内容)。

除了其他事项外,学者们还讨论了如何学习德国的评注文化^[29],然而,简单地移植域外实践,即使它源于大陆法系大家庭,也有风险和问题。域外的制度和实践充其量是处理某些领域的法律体系渗透任务的不同方法的例证,并引导本国制度的遵守,例如,其理念应适应目标司法管辖区的要求。

因此,刑法典评注的工作在很大程度上是一种可能适用于整个中国法的实验性案例。该方法需要公正地对待这一路径的两个基本部分:

- 分析和解释刑法所依据的具体标准;
- 评注结构、信息来源的使用等常规性、技术性细则。

第一部分涉及中国学者在分析和解释法律规范时所运用的基本认识论元规则,例如,这可以反映在所选择的规范解释方法上:语义的、语法的、系统的、历史的或目的论的(方法)。其中每一种方法都会导致不同的途径,并可能导致不同的结果。特别是在后一种情况下,开辟了一个更广泛的领域,从而符合随着时间推移而不断变化的社会发展。另一个方面是构建规范的哲学基础,然而,这显然同样适用于教科书:例如,我们是否使用

[28] 参见前注[16]。

[29] See <http://en.cesl.edu.cn/info/1090/2358.htm>.

了正义的概念,即受保护的是个人的合法利益,还是更普遍性的社会利益或义务?我们使用个人罪行和责任的观念(Schuldstrafrecht),还是,例如,基于马克·安塞尔(Marc Ancel)^[30]在20世纪中叶阐述的某种形式的德芬斯新社会党(Défense Social Nouvelle)的集体责任概念?这与法典的通则部分有关,也与个人罪行和刑罚有关。第二部分是第一部分推动的:一旦我们知道刑法典的分析方法的实质内容应该是什么,就能够而且必须设计一种连贯的、一致的方法、术语和结构,作为对刑法典每一条规定进行评注所必须依据的基础。

目前,中国似乎对德国评注模式有着根深蒂固的偏好,正如下面的例子所显示的那样,这些例子不仅来自刑法领域^[31],还包括在一些使用期刊出版产出质量排名模式的西方体系中,例如英国的卓越研究框架(REF)^[32],这些实施障碍对学者来说并不陌生。结合随之而来的许多研究资助委员会的主题偏好,这些模式在结构上倾向于某些类型的出版物、方法论和主题,导致大多数学者在选择研究主题和方法时重点采取工具性策略,从而最大限度地获得机构所期望的研究经费和排名要求。诸如学说研究之类的“不幸”工作,也属于评注写作的范畴,并不在资助成功几率最高的领域之列。^[33]

例如,黄卉写道,评注可以提升当前法学教育和法学研究的水平,促进中国法学教学更加注重法律的适用,然而,目前的学术评价体系并不支持法学者投身法律评注

[30] Vgl. Marc Ancel, La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste, RIDC, 1954, p. 842; 社会防卫理论的创始人提出了更为激进的方法,参见 Filippo Gramatica, Principi di difesa sociale, CEDAM, 1961。

[31] 事实上,到目前为止,大多数关于评注的出版物似乎都更广泛地集中于私法领域。参见朱岩等:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版;林嘉主编:《劳动合同法条文评注与适用》,中国人民大学出版社2007年版;熊伟主编:《税法解释与判例评注》(第1卷),法律出版社2010年版;江必新主编:《国家赔偿法指导案例评注》,中国法制出版社2010年版;奚晓明主编:《侵权案件指导案例评注》,中国法制出版社2010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;黄进主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》,中国人民大学出版社2011年版;周光权主编:《刑法历次修正案权威解读》,中国人民大学出版社2011年版;奚晓明主编:《中国知识产权指导案例评注》(上下卷),中国法制出版社2011年版;高铭暄、陈璐:《〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉解读与思考》,中国人民大学出版社2011年版;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;薛宁兰主编:《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》,厦门大学出版社2017年版;陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版;杨凯主编:《新民事诉讼文书样式实例评注》(上下卷),北京大学出版社2018年版。

[32] 参见 www.ref.ac.uk。

[33] 幸运的是,德国学术界至今还没有像英国、澳大利亚或最近的荷兰那样,屈服于上述竞争性和管理、研究、评估这一“诅咒”。我们只能希望,它将坚定地、成功地抵制任何试图全面引进它的企图。正如德国学者所言,这将意味着学术自由的终结,甚至很可能也意味着洪堡大学的自由理念的终结。德国哲学家朱利安·尼达·吕梅林也在博洛尼亚进程(Bologna Process)的背景下警告,将高等教育仅仅看作为就业市场做准备的狭隘观点是非常错误的,我们需要“在麦肯锡和洪堡之间做出选择”;新自由主义试图根据当时的政策——甚至是政治——来指导学术研究,也可以说是做了必要的修改。参见 <https://www.zeit.de/2009/45/Bachelor-Kritik>。

事业。^[34] 这种情况的改善需要学术界和出版界的共同努力。^[35] 她还强调了中国学术界强烈渴望出现成熟的评注的原因,她表示,“任何使用过德国法律评注的中国法律人都会由衷地感叹:我们什么时候才能有自己的法律评注?因为它是一本法律适用的参考书,并且有……学术权威性。法学院的学生和法律专业人士可以一览法律知识、重要文件和可能的法律解释……和重要判决……目前,这种‘德国式’的中国法律评注似乎正在从期望变成现实……或许在不久的将来,法律评注将成为法学学者的重要写作内容,理论与司法实践紧密相连。在这种情况下,法律评注的编写和出版可能会催生出呼应时代需要、极大地推进依法治国进程的‘法律评注学派’”^[36]。这也体现在卜元石的观点上,他还对德国和欧洲其他国家的评注文化的发展进行了非常精辟的总结。^[37] 此外,他非常清楚地了解,相关的原创作品通过纳入(主要)评注而被接受和吸收到主流的争论中。^[38] 评注在教育 and 培训法官方面的作用尤其得到认可。^[39] 相反,对司法判例进行筛选和分析,从而用于评注写作的重要性也同样逐渐得到强调。^[40]

2019年,笔者非常幸运地看到了由梁根林教授等人主编的一本关于刑法的学术评注书(总厚度约为3000页)中的一章(该章的作者和内容这里隐去)。这是一项巨大的工程,尽管笔者对博学的编辑和作者怀有最大的敬意,但它目前的形式可能表明,想要成为一本完全成熟的评注,其仍有一条漫长而艰辛的路要走。该书还凸显了可能在第一步之前采取第二步(措施)的危险:虽然它的基本结构与德国评注的基本布局非常相似,在每一节的开头都有一个相当短的名单,但主要是一般性的刑法文献,尽管在一些地方有关于法律本身的批判性评论,但除了最高人民法院的通知之外,几乎没有对更具体的学术文献和/或个别法院案例进行任何深入和理论化的讨论,更不用说对个别问题上的不同意见进行剖析和评判。笔者还收到了陈兴良教授和其他学者编辑的另一本评注手册,是2397页完整的手稿,这本书更好地使用了脚注和判例法的参考文献,但在学术研究和实践中也仍然有些不具体,原因似乎与前面的例子一样,主要提到

[34] 在德国,撰写评注在经济上也相当有利可图:它们相当昂贵,甚至一卷评注有时要花费数百欧元。例如,肖恩科·施罗德撰写的2019年版《刑法典评注》售价17900欧元;卡尔斯鲁厄撰写的2019年版《刑事诉讼程序法典评注》售价269欧元,同样的,2018年《犯罪法典总编评注》(Ordnungswidrigkeiten)售价259欧元。据报道,中国的法律文献要便宜得多,因此可能甚至没有经济动机去这样做。

[35] 参见黄卉:《小议德国式法律评注图书的编辑与出版》,载《科技与出版》2015年第6期。

[36] 黄卉:《德国法律评注专题导读》,载《中国应用法学》2017年第1期。

[37] 参见卜元石:《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45—53页;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》,载《中外法学》2017年第2期。

[38] 参见前注[36]。

[39] 参见张双根等:《对话:中国法律评注的现状与未来》,载《中国应用法学》2017年第2期。

[40] 参见黄卉等:《五人对话:法律评注中的案例编写》,载《法律适用(司法案例)》2017年第8期;姚明斌:《法律评注撰写中的案例运用》,载《法律适用(司法案例)》2017年第8期。

一般性著作,如中国刑法学教科书,虽然一些地方引用了一些关于德国刑法的著作(大多数都是过时的),但很少引用期刊等其他类型的文献。目前尚不清楚为什么这两本书会出现这种情况。鉴于获取二手文献的便利性,如电子期刊以及判例,当前中国比较法学界似乎并不存在文献资料传输问题,甚至不存在语言障碍,原因之一可能是案件数量巨大和烦琐的上诉程序(导致很少援引司法案例)。

总结这一讨论:尽管德国的评注传统确实已经达到了一个高度复杂的层次,从早期罗马法评论家(关于这一过程,见下文)以来,经过几个世纪的发展,我们必须提出一个合理的问题:在中国迈向评注文化的早期阶段,是否能够或应该以此为基准来衡量中国的雄心:德国著作中对学说和司法意见的学术分析和浓缩再现,以及对法规,特别是对刑法的解释,都是基于广泛而容易获得的相关材料。这也是法院、检察院和其他法律行业在实践中接受的学术培训和日常工作方式的结果,也是司法人员对评注写作的高度参与,这一点在中国似乎仍然或多或少地缺失,可能是因为中国法官的工作量很大。但德国的经验至少表明,这对保证工作的与时俱进,以及从业者随时可以获得以前的判例和学术评注至关重要,毕竟这正是德国最初尝试撰写评注的基础。

三、运用评注的功能

期望对各部门法进行概念化或至少合并和归类是一种(非常普遍的)现象,随着时间的推移,几乎所有的法律体系都以这样或那样的方式屈服(于这种现象)。然而,包括英格兰和威尔士等普通法体系的评注,例如,18世纪威廉·布莱克斯通(William Blackstone)在《英格兰法评注》^[41],或者历史悠久的从业人员手册《阿奇博尔德》^[42]和类似作品中的最初努力,甚至其他大陆法系国家,如普通律师经常提到的法国,其同样古老而令人尊敬的法典注释(主要由达洛兹出版社出版)^[43],都不是目前大多数德国评注撰写者所追求的评注的目标。评注显然有各种不同的形式,取决于各个国家的法律历史和文化。事实上,各法律体系都可以而且最终必须选择最适合自身需求的模式。

四、德国的独特经验

尽管如此,似乎可以公平地说,德国学者和从业者到目前为止在设计法典评注以

[41] See https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp.

[42] See Mark Lucraft ed., Archbold: Criminal Pleading, Evidence and Practice 2020, Sweet & Maxwell, 2020. 该书是由(法律)从业者撰写的,总编辑是一名巡回法庭的法官。

[43] Carole Gayet/Yves Mayaud, Code Pénal 2020, annoté, 117th. ed., Codes Dalloz Universitaires et Professionnels, 2020.

及将学术和实践相结合方面已经达到了最高水平,再加之其高度的理论分析,使得他们自然成为中国理论界讨论的对象。正如我们将看到的那样,德国的历史发展实际上体现了评注起草的不同阶段,其中一部分仍被其他法律体系所采用,可以顺带总结出不同的比较方法随着时间发展的变化。^[44] 德国法,不仅仅是刑法,多年来一直依赖并培育了一种所谓的评注文化。这些评注并不仅仅是实践手册,或者像许多普通法和国际法一样,只是一种以不加批判的方式消化和呈现判例法发展,它们还是集体努力的成果,通常由最著名的法律学者与在州和联邦上诉法院工作的经验丰富的法官、检察官和律师合作撰写和编辑。在分析和提炼现有文献和判例法的同时,这也指出了现行法律在发展过程中似乎存在矛盾、漏洞或与社会规范脱节的地方。因此,这些评注是巩固法律及其改革的宝贵工具。它们不断更新,传统上有相当厚重的书籍,而现代电子版本让这项任务变得更容易,有些情形下还会出版多卷。没有一名德国学生、学者或从业者没有受到过它们的影响,最高法院在许多判决中也提到了它们。

2016年,大卫·卡斯特尔-兰帕特(David Käßle-Lamparter)在其博士论文《评注世界》(Welt Der Kommentare)中^[45],从法律的角度探讨了从古到今评注的理念及其概念的发展。^[46]除了上述提到的中国学者2018年在CESL举办的研讨会上表达的对评注几乎作为主要参考来源的可能性的担忧之外,德国历史上也不时遭遇政府强制命令(Komentierungsverbot),例如禁止对特定立法撰写评注^[47],以及德国相关经验表明的主流评注的巨大影响力,有时甚至可能使立法本身的权威性黯然失色^[48]。这项研究显示,所有法律范畴的早期评注,绝大部分都是由从业者而非学者撰写^[49],有时甚至是由参与起草立法的政府官员撰写^[50]。在这一背景下,更重要的是,从16世纪初到19世纪末,有一段时间,法院(不得不)将棘手的案件送到法学院(即所谓的Spruchfakultäten)或更高级别的法院(即所谓的Aktensendung)征求咨询意见。^[51]然而,这种学术和实践之间的职能结合越来越少,并于1879年在德国被正式废除。这

[44] 顺便提一下,这些最新的发展,也对国际条约、法院法规等的解释产生了影响,很奇怪的是,有相当一部分评注是由编辑团队中的德国学者撰写的。例如,凯·安博斯、奥托·特里夫特、威廉·沙巴斯对《国际刑事法院规约》的评注,布鲁诺·西马对《联合国宪章》的评注,克里斯蒂安·塔姆斯、拉尔斯·伯斯特、希夫鲍尔等对《1948年种族灭绝公约》的评注。

[45] Vgl. David Käßle-Lamparter, Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, Mohr Siebeck, 2016.

[46] Vgl. David Käßle-Lamparter, Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, Mohr Siebeck, 2016, S. 19-101.

[47] Ibid., 24-30, 59-61, 94, 102, 214, 302-303, 329-330.

[48] Ibid., 332-336.

[49] Vgl. David Käßle-Lamparter, Welt der Kommentare Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, Mohr Siebeck, 2016., S. 213-215, 240-243.

[50] Ibid.

[51] Ibid., 283.

导致卡尔·邦德在1881年感叹，自从废除了斯普鲁克特法案以来，“学术研究已经失去了所有投身于实践的动力”^[52]。

幸运的是，多年来事实证明，这种对评注有约束力的抱怨是站不住脚的：评注起草的形式和风格逐渐从仅仅添加立法过程的材料到连续地注释——纳入以前的判例法——以参考法律文本的措辞和结构为基础，最后发展到基于法律上下文中的实质性内容的更结构化和理论化的分析，这是目前评注模式的前身。尽管起草者继续肯定——以及做出相关的努力——评注应该是对实践者友好的，但重点越来越多地转向对立法实质的学术探索。^[53]几十年来，学者们参与法典评注编写一直是司空见惯的，事实上，在德国，如果有人被要求负责一部久负盛名的评注或加入其编撰团队，这被公认为是完全进入该行业——甚至是行业顶峰——的象征性标志。

根据更广义上的评注发展的不同阶段和时期，凯斯特尔·兰帕特开发了一些有用的——可能部分有重叠——分析性归类评注的功能，以及可能包含的显著特征：

(一) 解释

这似乎是与评注理念有直接联系的基本性功能：它的目的是解释法律的实质，而不仅仅是解释其字面意思、法律术语等。在某种意义上，评注是一个真正的“解释者”，其作用是将法律本身蕴含的意思表达出来。^[54]

(二) 知识库

一部好的评注不能仅仅局限于表达当时评论家(们)的观点；它还必须考虑到特定立法之前的所有相关工作，以及其他(无论是学者还是司法机构)之前不同的观点。因此，评注一方面成为积累对某些法律问题的观点和知识的宝库，另一方面为各种可能的概念性方法提供了基础，并可以据此进一步尝试加深理论构建的复杂度。它充当一个压缩版图书馆的角色，对于法官和其他从业者来说特别有用，他们很少(如果有的话)有时间阅读专著或大量期刊论文，以及自己提炼论述的精髓。事实上，众所周知，评注中没有提及的任何出版物，都不太可能在法律实践中引起注意——诚然，在数字数据库时代和法律从业者(或学者)日益精通技术的时代，这一点可能已经不是问题。^[55]

[52] Karl Binding, *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnis zu einander*, ZStW 1 (1881), S. 4–29 at 26; translation of the quote by the author.

[53] Vgl. David Kästle-Lamparter, *Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Mohr Siebeck, 2016., S. 282–288.

[54] *Ibid.*, 312–313.

[55] *Ibid.*, 313–316.

(三) 过滤知识

与前一个功能相关的是评注对相关信息具有过滤的作用。这尤其适用于对各领域大量新的出版物和司法判决的管理,避免“信息爆炸”——在法律被修订的情形中,主要评注的甚至可能是不在法典范围内的相关条款;这在改变判例法观点的背景下也是非常重要的,例如,上诉法院放弃其长期的判例。同样,现代数字数据库、电子邮件提醒服务或RSS订阅源倾向于淡化问题意识,尽管它们通常没有阐明问题的附加作用,例如,哪些以前的案例仍然是有效的法律,或者对新方法的任何初步理论评估和批判。^[56]

(四) 组织知识

评注与解释参考文本的功能有些相似,可以让法律的话语系统化,特别是创建特定的词汇或术语使其具有专著、教科书、文章甚至司法判决的语言特点,从而有助于在法律对话中创造一种概念性的通用语。随着对法典条款的文本术语的盲从的摒弃,法典条款的顺序和结构也产生了抽象化和组织相关系统范例的效果,这是法典所包含的法律领域的基础。它导致了系统层级的出现,以及单个特定的事实情景可以从属于这些层级和总体原则,从而被归类为概念性类别,尤其是更容易识别潜在的(假设的)“异常值”,并就哪些类别可能是最合适的提出解决方案。换句话说,评注有助于达到更高水平的学说化(Rechtsdogmatik)。^[57]

(五) 塑造知识

如上所述,大多数评注仅仅是从解释者的职能中解脱出来,以及从立法结构中解放出来,如果它高标准地履行过滤和组织的功能,评注就完全有可能成为塑造法律未来发展的一个因素,无论是通过说服司法机构采取更好的观点,还是通过提醒立法机构需要协调的漏洞或概念上的矛盾或差异(所谓的价值冲突问题)。这类评注通常是由备受尊敬的学者和从业者撰写的,最终被使用者授予“标准评注”(Standardkommentare)的头衔,这意味着它们或多或少代表了讨论的标准。然而,在这种情况下,值得注意的是,尽管评论员都是自由地——这实际上是鼓励的——就某一问题或争论提出自己的个人观点,但这一点必须作为几个观点之一非常清楚地标示出来;利用(或滥用)标准评注的影响力——而不是例如专著或期刊论文——来兜售主观性观点,而且,事实上,偷换概念的企图往往会引起同行的不满,并且在方法论和伦理上都会被认为是有问题的。^[58]

[56] Ibid., 316–318.

[57] Ibid., 318–321.

[58] Ibid., 321–324.

(六) 特定化知识

作为上文所述系统化和抽象化等方面的相反或简单的延伸功能,评注还需要就如何将现代立法的高度概括性或一般性表述模式适用于个别案件提供指导,特别是在没有相关判例的情况下。它的任务是根据法律实践的需要对法典进行“微调”^[59]。因此,也可能为解决个人正义问题带来些许作用,而不是平等适用法律的形式“一致性”^[60]。^[61]

(七) 协调和搭建桥梁

在上述所有作用中,评注总是在主要参考文本和读者之间提供一条知识管道,因此,它可以建立跨越语言、文化和历史分歧的桥梁,使法律倾向于整体的、永久的文本,在任何时期都能被使用者理解和操作,并使其最初的目标与不断变化的现实生活环境和社会观点相适应。^[62]

(八) 稳定化

学术评注学说化程度的提高,可能会对原始文本产生稳定化或规范化的影响,部分与上述主要功能所产生的影响有关,特别是标准的评注可以做到这一点。它们有助于法律的确信性和法律适用的统一性。^[63]

(九) 批判

根据总体任务,评注也可以作为对立法潜在的意识形态宗旨提出批判性观点的媒介。总体而言,这可以被视为一项积极的努力,但在社会大动荡时期,这种批评也可能以有害的甚至破坏稳定的方式发生,例如,评注被用来“推翻”尚未废除和改革的现有立法,20世纪德国国家社会主义政权期间就出现了这种情况。^[64]

(十) 改革

除了可能微调原始文本的范围和对个别条款或概念进行附带批判之外,评注——

[59] Thomas Henne, Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in David J. Kästle/Nils Jansen eds., *Kommentare in Recht und Religion*, Mohr Siebeck, 2014, S. 317–329, at 321.

[60] Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986, p. 28.

[61] Vgl. David Kästle-Lamparter, *Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Mohr Siebeck, 2016, S. 324–325.

[62] *Ibid.*, 325–327.

[63] *Ibid.*, 327–329.

[64] *Ibid.*, 329–330.

尽管在一般情况下不是典型的——有时也被直接当作促进法律改革的工具。在 20 世纪的德国,由撰稿人撰写的所谓的另类评注(Alternativkommentare)尤其如此。撰稿人对现行法律的解释比传统主流评注通常更前沿。对他们的主要批评是,忽视了对现状的收集和分析,转而采取尖锐的批判和改革主义立场。^[65]

德国花了很长时间才让这些不同的方面都在争议中清晰地呈现。中国的争议不太可能完全忽略这些见解可能对未来引入评注产生的影响。

五、结论:关于未来中国可能争议的一些潜在问题

了解到中国的讨论偏好德国模式,以及德国评注撰写的长期发展及其全局性和概念性功能之后,我们最后将试图确定中国之后的概念性争论可能(必须)有的几个参数。

(一) 概念视角的选择——团体还是个人主义?

如上所述,选择分析性或概念性视角的评注对所有法律领域的发展,尤其是刑法领域的发展,具有至关重要的作用。然而,这一选择过程始于谁决定这些分析性参数的问题:它们是由全国人民代表大会决定,还是由各学术(团队)自行选择?

在前一种情况下,预计会有更多相关团体或组织加入这项努力,并或多或少成为发展的“紧箍咒”。这很可能至少在形式上带有社会主义色彩:即使总体趋势可能偏离旧的苏联模式,也不太可能提倡或容忍向与社会主义思想不相容的意识形态发生重大转变。

如果把参数的选择权留给学者,类似的担忧——即使不强烈——也是可以预见的。虽然在这种情况下,可以预见到,学者也会自觉坚持党的路线、方针和政策,但参与评注争论的许多人不可避免地会进行比较法研究,因此可能会受到西方学说和政策制定中普遍存在的强烈个人主义思想,以及保护人权概念对法律解释的影响。^[66]若认为这些比较法经验不会对这些学者对未来理想的法律环境应具有的总体框架的看待方式产生任何影响,则这种想法似乎是不太现实的。在这种情况下,马歇尔·麦克卢汉(Marshall McLuhan)的格言或立法者对比较研究的接受程度,终究仍可能上升到更突出的政治相关性。^[67]

[65] Ibid., 330-332.

[66] 关于中国刑事诉讼中无罪推定的著作,参见 Yu Mou, *The Construction of Guilt in China: an Empirical Account of Routine Chinese Injustice*, Hart Publishing, 2020。

[67] 然而,似乎值得再次指出的是,偶尔参考或大部分参考域外经验来注解中国立法,都可能被视为一种方法上有问题的做法。

(二) 学术界和法律实践的角色——隔绝世界还是热情拥抱？

重新思考学术与实践之间的关系似乎对中国的情况非常有益。司法和更广泛的从业人员参与评注写作似乎是至关重要的,这样才能在分析的基础上实现对素材的学术渗透,并将其与经验丰富的(理想情况下也是有学术头脑的)法官、检察官和律师的观点和实践经验进行有机结合。

德国法律史上最著名的两部法律——《莱比锡注释书》(Leipziger Kommentar)^[68]和《民法典》(1978年版至2000年第12版,之后停刊),是由莱比锡联邦最高法院(Reich Supreme Court)的法官发起并起草的,战后由联邦共和国法院的法官继续起草。但是,后来也邀请学术评论员参与。Thomas Fischer关于《德国刑法典》的评注^[69],以及Meyer-Goßner和Schmitt的《刑事诉讼法典》^[70]是两本标准的从业者撰写的评注,现在各有2700页左右,每年由德国联邦法院的法官撰写和更新;它们在学术界享有同样高的声誉,并被公认为是国家法律开卷考试的辅助性材料。其他领域的法律评注也是类似的情况。

如果上述2018年CESL研讨会上的一位中国学者关于法官缺乏学术兴趣,当今学生以及未来的从业者缺乏法律原则推理能力的判断是正确的,那么中国的争议可能需要在更根本的层面上解决这一问题,当然,可能要着眼于最高人民法院和其他法院的作用,尤其是考虑到它们在整个政治和宪法框架中的地位。同样,法律实践作为一个整体,总是适当地反思对法律文本和原则的学术探索和解释。从德国的经验来看,如果不努力将这两个分支的潜力结合起来使整体受益,似乎是一种令人遗憾的资源浪费。

(三) 榜样的影响——复制粘贴西方模式还是中国化？

最后,中国应该引用什么形式的评注?复制德国各种评注的简单方式,可能会让中国的争议很难从无到有地反思自己的方式。

尽管这篇文章的重点一直是探讨可以从德国吸取的经验和教训,但由于中国人的偏好,目前还远不清楚这种模式是否最适合中国的法律环境,可能会增加一个限定词:现在?在所有人看来,目前学术和实践之间存在脱节,据说从业者对学术探索缺乏兴趣,这可能会偏向更加保守的形式,至少在开始时是这样:如果评注的动力过于集中在学者的学术争议,而没有充分满足从业者的需求,司法实践或许不太可能或不愿意适用评注,更不用说参与撰写评注。

[68] 网页版参见 www.degruyter.com/view/db/lko。

[69] See www.beck-shop.de/fischer-straftgesetzbuch-stgb/product/27664828.

[70] See www.beck-shop.de/meyer-gossner-schmitt-straftprozessordnung-stpo/product/29658826.

如上所述,从本质上讲,评注在很大程度上是面向实践的。它不能也不应该成为那些可能放弃学习的从业者或学者的避难所,除非他们对中国环境的印象是具有欺骗性的。作为学术文献的一种形式,评注甚至也不适合这个目的:纯学术争论通常发生在学术期刊和专著中,偶尔会在主题会议、期刊或者以书籍形式编辑的著作等中成为焦点。考虑到准备初版或更新到下一版内容所需的时间和精力,评注实际上是一个比较笨拙的论坛。

总体而言,情况似乎比乍一看要复杂得多。中国有两句谚语,“不怕慢,就怕停”和“师傅领进门,修行靠个人”。在中国关于如何正确引入外国评注概念的争议中,这两句谚语似乎是明智的忠告。