

中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

方小敏 主编

第
15
辑



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

方小敏 主编

第
15
辑



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛. 第15辑 / 方小敏主编. -- 北京 :
法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0177 - 2

I. ①中… II. ①方… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 290634 号

中德法学论坛(第15辑)
ZHONG-DE FAXUE LUNTAN (DI 15 JI)

方小敏 主编

责任编辑 孙东育 王 珊
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京玺诚印务有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 23
字数 354 千
版本 2018 年 12 月第 1 版
印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0177 - 2

定价:89.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中德法学论坛

第15辑(2018年)



学术委员会委员

卜元石 陈兴良 方小敏 米 健 邵建东 孙宪忠
王晓晔 叶金强 [德]乌韦·布劳洛克 [德]吕迪格·克劳泽
[德]彼得-托比亚斯·施托尔 [德]罗尔夫·施蒂尔纳

主 编 方小敏

执行编辑 徐凌波

编辑委员

蔡 琳 冯洁语 胡敏洁 黄 喆 柯伟才 吕炳斌
齐晓琨 尚连杰 田 芳 杨 阳 张 华 张 慰
周 梅 [德]雷博海

Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing

Band 15 Jahr 2018

Wissenschaftlicher Beirat

BU Yuanshi; CHEN Xingliang; FANG Xiaomin; MI Jian;
SHAO Jiandong; SUN Xianzhong; WANG Xiaoye; YE Jinqiang;
UWE Blaurock; Rüdiger Krause; Peter-Tobias Stoll; Rolf Stürner

Herausgeber

FANG Xiaomin

Schriftleitung

XU Lingbo

Redaktion

CAI Lin; FENG Jieyu; HU Minjie; HUANG Zhe; KE Weicai;
LV Bingbin; QI Xiaokun; SHANG Lianjie; TIAN Fang; YANG Yang;
ZHANG Hua; ZHANG Wei; ZHOU Mei; Peter Leibkühle

感谢德意志学术交流中心

对《中德法学论坛》的支持

Gefördert vom Deutschen Akademischen Austausch Dienst (DAAD)

aus Mitteln des Auswärtigen Amtes (AA)

序

2017年,南京大学-哥廷根大学中德法学研究所获批主持“华英文教基金大师讲座项目”,邀请在民法学、民事诉讼法学、经济法学、法学方法论、法理学等多个领域造诣极深的世界著名法学家、德国弗莱堡大学教授罗尔夫·施蒂纳(Rolf Stürner)对南京大学进行为期十天的学术访问。教授开设“法学方法论”课程,并面向全校师生、江苏省和南京市学界及司法实务界作了题为“法院判决和替代性纠纷解决之间的关系”“法学方法论之争对于法律发展的意义”“金融危机后十年间新自由主义对西方文明和法律的影响”“论最高法院的裁判对于社会发展的意义”的四场学术演讲,掀起了研究所年度学术交流的高潮。这四篇报告的文字版经教授授权和修订,将陆续在《中德法学论坛》上发表。本辑收录的《方法论之争对于法律发展的意义》简明扼要地厘清了法概念、法教义学、潘德克顿、法学方法论、基础科学等常见然而对很多法律人来说仍然模糊不清的基本概念,阐明了概念和科学认知、法学方法论和法教义学、方法论和基础科学之间的关系,认为:法学方法论和哲学、史学、经济学、社会学、政治学等一样应归属于基础科学,但各基础科学仅是整体知识的部分环节;基础科学中的概念理解构成前理解,法律中的概念理解建立在前理解基础上;法律的发展来自法学对所有基础科学的综合关注和总体认识、批判意识。尤为可贵的是,论文用相当篇幅深入细致地介绍了德国法学方法论中最具特色的“精细构造”(Feinstrukturen),即介于法律体系金字塔顶端的抽象基本原则和金字塔底部的极为详细和具体的个案规则之间的中间层“精细体系”(Feinsystem),阐述了法律精细体系中间层形成的特殊历史背景,精细体系在法教义学中的重要地位、对法律实践和法律思维的积极影响,同时也分析了精细体系所代表的德国发达的教义学面临的欧盟法和现代信息技术的挑战和风险,指出当下法律实践和教学中愈发强烈的个案导向趋势和体系化教义学的渐行渐远,在此基础上讨论德

国教义学对东亚尤其是对中国的可借鉴性。作者指出的通过体系化和教义学有助于在顺应政治期待和安定的前提下使判例达到一定程度的独立性,使法律体系从其他国家权力中适度解放,进而有助于巩固法治国基本原则的观点,是比较新颖和有意思的,似乎也为中国正在进行的司法改革和全面依法治国提供了一种注解。

另一篇法学方法论论文、雷根斯堡大学教授马丁·罗尼希(Martin Löhnig)的《比较法与法制史——关于比较法制史的一些认识》将法律比较研究方法区分为法律的历史比较和比较法制史,将以教义学为核心、比较在不同时期和不同法域背景下教义学概念及其发展演变的研究路径称为法律的历史比较,而比较法制史不侧重教义学,更多关注文化传统、社会结构、经济环境、国家组织特性等对法律的影响,对法律制度的历史发展进程进行历史学研究(法制史),并对不同国家的法制史进行比较研究。尚不清楚这样的分类和原先比较法理论中对法律比较研究和法律文化比较研究的分类之间的关系特别是差别。但论文通过对“比较法制史”的若干基本问题的理论阐述,包括什么是比较法制史,比较法制史的研究对象是什么,它有哪些独特的功能和价值,面临哪些严峻挑战,采取哪些应对措施,等等,清楚地界定和推介了这门非常年轻的、目前仍处在探索期的新学科,指出了新的比较法学学科发展方向,并为推动相关研究、形成有效研究计划、组建长期合作的跨国研究团队以克服该学科发展瓶颈、促进学科发展吹响了号角。

2018年,中国《反垄断法》实施十周年,已经成为国际上最具影响力的反垄断法之一。十年间形成了一批有影响力、有价值的实践案例,也凸显出立法、执法和法学研究中亟待解决的问题。数字经济的全面快速发展、全球化面临的严峻挑战和中国全方位对外开放战略之间的紧张关系、中国进一步深化改革的基本国策等,对反垄断法理论和实践也提出了新课题、新挑战。中国反垄断法面临修法重任。2018年也是《德国反限制竞争法》(GWB)生效六十周年。经过九次修订,该法始终保持与时俱进的良好发展态势。为此本辑选登了三位曾留学德国的青年才俊对反垄断法前沿问题的研究成果。三篇论文不约而同地运用了比较研究方法,但都呈现出立足中国问题的浓厚的主体意识和明确的研究目标。周万里的论文《数字市场反垄断法——经济学和比较法的视角》结合2017年《德国反限制竞争法》最新修订内容,系统而具体地阐述了以平台、数据、双边市场为核心要素和特征的数字经济对反垄断法的影响和重塑;翟巍的

《行政性垄断豁免机制的本土建构路径——基于欧盟与德国模式镜鉴的视角》一文建设性地提出中国行政垄断豁免机制的设计应当同时关注社会公共服务产生的对反垄断豁免的普遍需求和本国经济体制与产业政策特点产生的特殊需求的新观点;金枫梁的论文《论通过取得资产的方式取得控制权——兼论〈反垄断法〉第20条第2项的解释误区》通过比较研究和借鉴,运用法解释学方法,重新解读和界定我国反垄断法中“经营者集中”的三项构成要件,尝试纠正目前执法实践中的误读,弥补理论研究中的短板。

党的十九大提出“乡村振兴战略”,2018年一号文件确立了乡村振兴的方向和总体思路,农村迎来新一轮改革发展。法律如何为这一中国社会极其重大的改革发展提供制度保障,是中国法律人面临的新课题。虽然中国是一个农业大国,农村发展是国家的重大战略,但相关法学研究和法制建设至今仍被忽视甚至轻视。中德法学研究所的主要合作伙伴德国哥廷根大学拥有全德唯一、享誉欧洲的农业法教席和历史悠久的农业法研究所,目前执掌该教席的是何塞·马丁内茨(José Martínez)教授。本辑选登了三篇德国视野下的农业法论文。第一篇Martínez的论文《农业4.0——农业数字化的法律框架和挑战》有很强的时代性,探讨了法律在农业数字化中的角色,特别是知识产权法、合同法、侵权法、竞争法等部门法工具对自由数据交易的限制和对数据交易经济利益的保障及两者间的平衡。第二篇是哥廷根大学农业经济法研究所2017年年刊发表的德国著名农业法学家罗兰·诺尔(Roland Norer)的论文《农业法特别法理论、功能性理论和农村区域法理论》,探讨什么是农业法,农业法在法律体系中的地位 and 作用是什么等农业法的基础性理论问题。第三篇论文哥廷根大学农业经济法研究所博士生金健的《德国食品安全领域的元规制》,介绍了德国的元规制理论及其在食品安全领域的应用,也表明了德国农业法的宽广研究范围。

维尔纳·豪恩(Werner Heuen)是哥廷根大学资深教授,也是德国国家法学领域有影响力和富有争议的一位著名法学家,对国民经济法学的研究颇有建树,对比较法研究的兴趣一以贯之。20世纪90年代初,Heuen教授还是哥大法学院最年轻的教授,就来到南京大学中德所进行短期教学,教授德国宪法。之后的数十年里,Heuen教授三次担任哥大法律系主任,始终大力支持中德法学研究所的发展,并多次亲自到访南京,教授课程、发表演讲、参加学术会议,还为研究所培养了多名优秀的德国公法硕士生和一名博士生,是中德所发展和中德法学交流坚定的支持者和实践者。2017年9月教授因病英年早逝。本辑《中德法

学论坛》谨以选登教授的得意门生亚历山大·蒂勒(Alexander Thiele)博士的一篇悼念文章和教授生前专门为《中德法学论坛》撰写的论文《从法律视角看金融市场监管的新发展》来纪念教授,表达敬意!

专论部分刊登了六篇高水平研究论文,部分是具有开拓性、原创性的前沿研究成果,部分是功底深厚的基础研究佳作,包括世界著名国际法和国际海洋法学家亚历山大·普鲁尔斯(Alexander Proelss)专门为本书撰写的力作《〈联合国海洋法公约〉法庭的“属物管辖权”限制》,德国著名劳动法学家奥拉夫·戴纳特(Olaf Deinert)新近拓展研究范围后的成果《移民与劳动法》,以及四位中国学者的优秀研究成果,马海峰的《圣命难违与圣教一统——罗马法中的渎圣罪》、吴建斌的《从“孟文公案”中的优待股论争看类别股权益的平衡路径》、李建星的《消解中的拒绝履行——德国法演进及对中国法的启示》和陈苏豪的《论德国刑事被迫诉人的阅卷权》。丰富的内容无需也无法在此赘述,唯有阅读原文,令人耳目一新。

结合南京大学中德法学研究所同名丛书项目,近年来《中德法学论坛》专设一个相对固定的栏目“德国联邦法院典型判例研究”。本辑选登研究所校友、四川外国语大学教授李大雪的《德国教会内部纠纷的法律救济途径——德国联邦最高法院判例评析》一文,关注国家司法权和宗教团体自决权之间的关系,呈现德国联邦法院判例原貌,以飨读者。

祝大家阅读有收获,思想有乐趣!

方小敏

2018年4月23日

· 法学方法论 ·

罗尔夫·施蒂尔纳著 孙文译 方法论之争对于法律发展的意义 …… (3)

马丁·罗尼希著 朱子音译 比较法与法制史

——关于比较法制史的一些认识 …… (26)

· 反垄断法前沿问题研究 ·

周万里 数字市场反垄断法

——经济学和比较法的视角 …… (37)

翟巍 行政性垄断豁免机制的本土建构路径

——基于欧盟与德国模式镜鉴的视角 …… (59)

金枫梁 论通过取得资产的方式取得控制权

——兼论《反垄断法》第20条第2项的解释误区 …… (83)

· 农业领域的法律规制 ·

何塞·马丁内茨著 金健译 农业4.0

——农业数字化的法律框架和挑战 …… (107)

罗兰·诺尔著 周沛远译 农业法特别法理论、功能法理论和农村

区域法理论 …… (130)

金健 德国食品安全领域的元规制 …… (150)

· 维尔纳·豪恩教授纪念专栏 ·

亚历山大·蒂勒著 徐凌波译 悼念维尔纳·豪恩(1953~2017) …… (173)

维尔纳·豪恩著 刘文丽译 从法律视角看金融市场监管的新发展 …… (176)

· 专论 ·

亚历山大·普鲁尔斯著 张华 张馨 李嘉辉译 《联合国海洋法

公约》法庭的“属物管辖权”限制 …… (187)

奥拉夫·戴纳特著 方丽旻译 移民与劳动法 …… (205)

马海峰 圣命难违与圣教一统 ——罗马法中的渎圣罪	(236)
吴建斌 从“孟文公案”中的优待股论争看类别股权益的平衡路 径	(266)
李建星 消解中的拒绝履行 ——德国法演进及对中国法的启示	(289)
陈苏豪 论德国刑事被追诉人的阅卷权	(311)
· 德国联邦法院典型判例研究 ·	
李大雪 德国教会内部纠纷的法律救济途径 ——德国联邦最高法院判例评析	(335)

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing
Band 15
Inhaltsverzeichnis**

• **Juristische Methodik** •

Rolf Stürner / Übersetzt von SUN Wen

Die Bedeutung der rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion für
die Rechtsentwicklung (3)

Martin Löhnig / Übersetzt von ZHU Ziyin

Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte

—Einige Wörter über die historische Rechtsvergleichung (26)

• **Kartellrecht** •

ZHOU Wanli

Kartellrecht im digitalen Markt

—aus dem Gesichtspunkt von Wirtschaft und Rechtsvergleichung (37)

ZHAI Wei

Die Chinesische Konstruktion des Freistellungsmechanismus des Ver-
waltungsmonopols

—Mit Ausblick auf das EU Referenzmodell und das Deutsche Refer-
enzmodell (59)

JIN Fengliang

Kontrollerwerb durch Vermögenserwerb

—Das Auslegungsproblem des Art. 20 (2) Antimonopolgesetzes
der VR China (83)

• Agrarrecht •

José Martinez / Übersetzt von JIN Jian

Landwirtschaft 4.0

—Rechtlicher Rahmen und Herausforderungen der Digitalisierung
der Landwirtschaft (107)

Roland Norer / Übersetzt von ZHOU Peiyuan

Agrarrechtliche Sonderrechtstheorie, funktionale Theorie und das Re-
cht des ländlichen Raums (130)

JIN Jian

Regulierte Selbstregulierung im Bereich deutscher Lebensmittelsicher-
heit (150)

• Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun •

Alexander Thiele / Übersetzt von XU Lingbo

Nachruf auf Werner Heun (1953 – 2017) (173)

Werner Heun / Übersetzt von LIU Wenli

Neue Entwicklungen in der Regulierung der Finanzmärkte-Eine juris-
tische Sicht (176)

• Aufsätze •

Alexander Proelss / Übersetzt von ZHANG Hua, ZHANG Xin, LI Jiahui

Jurisdiction of UNCLOS Tribunals (187)

Olaf Deinert / Übersetzt von FANG Lichuan

Migration und Arbeitsrecht (205)

MA Haifeng

Die Unantastbarkeit der Kaiserlichen Ordnung und die Dominanz des
Christentums Ein Studium über die Sacrilegium im römischen recht (236)

WU Jianbin

Auf den Weg zu der Balance zwischen sog. Geheimaktien aus dem St-
reiten über Vorzugsaktien in den Fall „Meng Wen Gong“ (266)

LI Jianxing

Die dekonstruierte Erfüllungsverweigerung

—der Hinweis der Entwicklung des deutschen Rechts auf den chine-
sischen Recht (289)

CHEN Suhao

Der Zugang von Angeklagten zu den Unterlagen in Deutschland (311)

• Besprechung höchstrichterlicher Rechtsprechung in der
Bundesrepublik Deutschland •

LI Daxue

Rechtsweg der innerkirchlichen Streitigkeiten in Deutschland-am
Beispiel vom Fall der Heilsarmee

—am Beispiel vom Fall der Heilsarmee (335)

**Yearbook of the German-Chinese
Institute for Law Science of the
University Göttingen and Nanjing
Vol. 15 Index**

• **Legal Methodology** •

Rolf Stürner / Translated by SUN Wen

The Meaning of Methodology Discussion for the Legal Development (3)

Martin Löhnig / Translated by ZHU Ziyin

Comparative Law and Legal History—A Few Words about Comparative
Legal History (26)

• **Anti-Monopoly Law** •

ZHOU Wanli

Anti-monopoly Law in the Digital Markets—Economic and Comparative
Law Analysis (37)

ZHAI Wei

The Chinese Construction of Exemption Mechanism of Administrative
Monopoly—From the Perspective of Using the EU Model and the
German Model for Reference (59)

JIN Fengliang

To Gain Controlling Power through Asset Acquisition—The Problem
of Interpretation of Art. 20 (2) Anti-monopoly Law of the People's
Republic of China (83)

• **Agricultural Law** •

José Martínez / Translated by JIN Jian

Agriculture 4. 0—Legal Framework and Challenges of Agricultural
Digitization (107)

Roland Norer / Translated by ZHOU Peiyuan	
Special Law Theory in Agricultural Law, Functional Theory and the Law of Rural Areas	(130)
JIN Jian	
Meta-Regulation of Food Safety in Germany	(150)
• Special Column for Professor Werner Heun •	
Alexander Thiele / Translated by XU Lingbo	
Obituary for Prof. Werner Heun(1953 – 2017)	(173)
Werner Heun / Translated by LIU Wenli	
New Developments in the Regulation of the Financial Markets: A Le- gal Perspective	(176)
• Essays •	
Alexander Proelss / Translated by ZHANG Hua,ZHANG Xin, LI Jiahui	
Jurisdiction of UNCLOS Tribunals	(187)
Olaf Deinert / Translated by FANG Lichuan	
Migration and Labor Law	(205)
MA Haifeng	
The Inviolability of the Imperial Order and the Domination of the Christianity—A Study on the Sacrilegium in Roman Law	(236)
WU Jianbin	
The Path to Balance of Share Class Rights in the Public Case Debate of Preferential Share Rights in Meng's Article	(266)
LI Jianxing	
The Deconstruction of the Obligation Refusing—The Reference to the Development of German Law in Chinese Law	(289)
CHEN Suhao	
On the Accused's Access to Dossiers in Germany	(311)
• Illustrations and Explanations of the Supreme Court Rul- ings in Germany •	
LI Daxue	
The Innerkirchlichen Legal Disputes in Germany—Taking the Case of the Salvation Army as an Example	(335)