

(CSSCI 2017-2018来源集刊)

中德法学论坛



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

方小敏 主编

第
14
辑·下卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

(CSSCI 2017-2018来源集刊)

中德法学论坛



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

方小敏 主编

第
14
辑·下卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛. 第14辑. 下卷 / 方小敏主编. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2134-3

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066983号

中德法学论坛(第14辑·下卷)
ZHONG-DE FAXUE LUNTAN (DI 14 JI ·
XIAJUAN)

方小敏 主编

策划编辑 高山
责任编辑 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 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 晁明慧
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 25.5
字数 402千
版本 2018年1月第1版
印次 2018年1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/010-63939792

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/010-63939781/9782

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 978-7-5197-2134-3

定价:78.00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14辑·下卷(2017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 14 Heft 2 Jahr 2017

Herausgeber

FANG Xiaomin

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

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 Leibkühler

Schriftleitung

XU Lingbo

感谢德意志学术交流中心
对《中德法学论坛》的支持

Gefördert vom Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD)

序

2016年1月和3月德国德累斯顿工业大学著名刑法学者克努特·阿梅隆(Knut Amelung)教授、哥廷根大学著名侵权法学者埃尔文·多伊奇(Erwin Deutsch)教授相继因病离世。为纪念两位教授在刑法、民法领域的卓越贡献,本书专门设置了阿梅隆教授与多伊奇教授纪念专栏。

克努特·阿梅隆教授出生于1939年2月13日,于2016年1月26日病逝。他师从德国著名刑法学者克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)教授,先后于德国波鸿大学、特里尔大学、德累斯顿工业大学法律系任教。其1972年的博士论文《法益保护与社会保护》是德国战后刑法学界关于法益概念研究最重要的文献之一。他在诈骗罪研究中首次提出了被害人教义学概念,主张在个罪构成要件研究中重视被害人的影响,加深了理论对于诈骗罪中错误要件的理解。本书在“克努特·阿梅隆教授纪念专栏”收录了其关于法益理论研究的两篇代表性论文:一为《法益侵害与社会损害性》[原文载于Jung/Müller – Dietz/Neumann(Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Nomos Verlag, 1991, S. 269 ff.],由清华大学刑法博士研究生吕翰岳翻译;另一为《德国刑法学中法益保护理论的现状》,文章为阿梅隆教授1981年受邀参加意大利刑法学会时的报告,在德国并未见刊,1982年日本学者日高义博教授将其译为日文,本书收录的译文由清华大学博士研究生姚培培从日文转译。在此特别感谢阿梅隆教授之子格尔德·阿梅隆(Gerd Amelung)先生与论文的日文译者日高义博教授的翻译授权。除两篇译文外,本书也收录了国内青年刑法学者在法益概念、被害人教义学领域研究方面的最新成果。南京大学法学院刑法博士研究生马春晓的论文《法益理论的流变与脉络》系统梳理了法益概念的百年发展及其在当下现代刑法,尤其是经济刑法领域所面临的新问题。中国社会科学院法学研究所时方博士《我国经济犯罪被害人内涵及类型划分》将从被害人出发

的研究视角延伸至经济犯罪领域,对我国经济犯罪中的被害人类型进行了详细的划分。西北政法大学讲师郭研博士的论文《德国被害人教义学理论阐释及其在我国的应用》则对德国被害人教义学在我国刑法实践中的具体运用进行了阐释。北京大学国际法学院助理教授曹斐博士的论文《刑法上瑕疵同意的处理规则》则以阿梅隆的瑕疵同意处理方案为参照,以区分同意效力和不法归属为基础,结合传统刑法阶层犯罪论体系尝试在违法阻却阶段妥善地安置瑕疵同意的处理规则,为我国的司法实践在瑕疵同意问题上提供了有力的解决方案。

埃尔文·多伊奇教授出生于1929年4月6日,于2016年3月11日在哥廷根病逝。埃尔文·多伊奇教授是哥廷根大学的骄傲。从1963年到任哥廷根大学直到荣休,多伊奇教授以其杰出的学术贡献完善了侵权法学和医疗法学理论体系,丰富了相关领域的实践理性,获得了多个世界名校的五个名誉博士学位,培养了五名优秀的教授学生,使哥廷根成为当之无愧的侵权责任法和医疗法学术重镇。尤其值得称道的是,多伊奇教授是具有国际视野的比较法大师,重视比较研究在法学研究中的作用。他是南京大学-哥廷根大学中德法学研究所的积极倡导者和实际创建者之一,并于20世纪80年代莅临南京大学担任客座教授。多伊奇教授早年在慕尼黑大学的教授资格论文《过失和必要注意》就奠定了其在侵权法领域的学术地位,1976年面世的著作《(一般)责任法》及据此改写且六次再版的《侵权法》教科书更是确立了他在侵权法领域独特而崇高的地位。多伊奇教授将必要注意义务区分为外在注意义务和内在注意义务,认为只有当外在注意和内在注意均被违反时才存在过失,其中对外在注意义务的违反属于违法性范畴,而对内在注意义务的违反则属于过错范畴,强调必须以内在注意义务的违反即过错作为归责基础。他对内在注意与外在注意的清晰划分使侵权构成要件的分析更加科学,也为司法实践提供了恰当的教义学分析依据。多伊奇教授首版于1983年的《医疗法》历经七次修订,是奠基和发展德国医疗法教义学体系的扛鼎之作。本书“多伊奇教授纪念专栏”收录了教授的得意门生之一哥廷根大学阿伦斯教授的两篇纪念文章,全面展现了多伊奇教授的学术发展历程和主要学术思想和贡献。本书还收录了三篇中国学者对多伊奇教授主要学术理论和思想进行梳理、阐述、评价及对其在中国的运用和发展进行思考探索的论文。多伊奇教授《侵权法》一书中文版译者刘志阳和校者温大军合作的《埃尔文·多伊奇的侵权法学说和过错理论》以教授最重要的代表作《侵权法》和《医疗法》为基础,阐述其对教授的过失理论,特别是医疗侵权中的

组织过错责任的认识和理解。中国人民大学朱岩教授的论文《什么是过失?》细致深入地研究了多伊奇教授的内在注意义务与外在注意义务区分理论,提出运用该理论解释和理解我国民法中的重大误解、善意取得等重要制度,区分我国民法中的过错责任与预防性救济、故意和过失、“意外事件”和“不可抗力”等重要概念的作用和价值。复旦大学班天可博士的论文《安全保障义务的边界》尝试纠正国内学界对德国法上交往安全义务的误读,提出区分“法益保护型”义务和“危险源监控型”义务有益于解决我国《侵权责任法》第37条所规定的安全保障义务被泛化的问题。

在两位教授的纪念专栏之外,本书还收录了六篇德国法学家的论文和两篇中国学者研究德国法的论文。其中,科隆大学比约恩·阿尔教授的《国际法与德国法的关系以及对〈立法法〉修改的建议》、奥斯纳布吕克大学阿恩特·辛恩教授的《抗制药品安全犯罪:现状与未来》、慕尼黑大学赫尔穆特·萨茨格教授的《作为客观归责问题的所谓“救援者案件”》、韩国国立忠南大学申有哲教授的《大规模损害的民法归责》是作者在南京大学中德法学研究所所作学术报告的基础上撰写而成的法学前沿问题研究的最新成果,都是在全球范围内首次发表。艾伯哈尔特·艾希浩佛教授的《社会基本权利——肇因于魏玛,成就于统一后之德国!》则发表于德国弗里德里希·艾伯特基金会图林根办公室主编的《魏玛宪法对于民主制度的价值与影响》(*Die Weimarer Verfassung Wert und Wirkung für die Demokratie*),由西南政法大学经济法学院胡川宁博士翻译。克劳迪亚·托莱多教授的《论基本社会权利和最低限度生存权》是2011年9月至2012年12月间作者在德国基尔大学与罗伯特·阿列克西教授在法律研讨会上发表的博士后研究成果。

两位中国年轻学者的德国法研究论文,南京大学政府管理学院汤葆青博士的《论德国现代城市自治改革》和上海对外经贸大学法学院沈小军博士的《德国机动车强制责任保险研究》则是本书遴选出的中国学者开展德国法研究的优秀专题论文。本书还收录了刘金瑞博士翻译的2017年4月修订后的德国《联邦数据保护法》全文并作者撰写的该法历次修改情况,以飨读者。

祝大家开卷有益、阅读愉快!

方小敏 徐凌波

· 克努特·阿梅隆教授纪念专栏 ·

克努特·阿梅隆著 吕翰岳译 法益侵害与社会损害性 (3)

克努特·阿梅隆著 日高义博日译 姚培培中译 德国刑法学中
法益保护理论的现状 (17)曹斐 刑法上瑕疵同意的处理规则
——从阿梅隆的方案论向传统刑法视角回归 (38)时方 我国经济犯罪被害人内涵及类型划分
——以中德经济刑法规制目的比较为视角 (57)

郭研 德国被害人教义学理论阐释及其在我国的应用 (78)

马春晓 法益理论的流变与脉络 (98)

· 埃尔文·多伊奇教授纪念专栏 ·汉斯·于尔根·阿伦斯著 潘淑君译 纪念埃尔文·多伊奇
(1929~2016) (123)汉斯·于尔根·阿伦斯著 齐晓琨译 埃尔文·多伊奇
——一位杰出的法学家、法官和法律政策顾问 (127)

温大军 刘志阳 埃尔文·多伊奇的侵权法学说和相关过错理论 (133)

朱岩 什么是过失?
——评埃尔文·多伊奇教授关于内在注意义务与外在注意义务
的区分 (146)班天可 安全保障义务的边界
——以多伊奇教授对交往安全义务的类型论为视角 (168)**· 学术专论 ·**比约恩·阿尔著 陈大创译 国际法与德国法的关系以及对《立法
法》修改的建议 (187)

阿恩特·辛恩著 徐凌波译 抗制药品安全犯罪:现状与未来 (196)

赫尔穆特·萨茨格著 梁奉壮译 作为客观归责问题的所谓“救援者案件”	(218)
申有哲著 潘淑君译 大规模损害的民法归责	(239)
艾伯哈尔特·艾希浩佛著 胡川宁译 社会基本权利 ——肇因于魏玛,成就于统一后之德国!	(255)
克劳迪亚·托莱多著 周夏青译 论基本社会权利和最低限度生存权	(272)
汤葆青 论德国现代城市自治改革	(284)
沈小军 德国机动车强制责任保险研究	(305)
· 外国法译介 ·	
刘金瑞译 德国联邦数据保护法 2017 年版译本及历次修改简介	(339)

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing
Band 14 • Heft 2
Inhaltsverzeichnis**

• **Gedächtnisschrift für Prof. Knut Amelung** •

Knut Amelung

Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit (3)

Knut Amelung

Der Zustand der Rechtsgutslehre im deutschen Strafrecht (17)

Fei Cao

Willensmangel bei der Einwilligung im Strafrecht

—Eine Untersuchung aus traditionellen Perspektive des Täters in
Verknüpfung mit Amelungs Lösung (38)

Fang Shi

Die Typisierung des Opfers im Wirtschaftskriminalität

—Ein Vergleich zu strafrechtlichen Regulierung in China und
Deutschland (57)

Yan Guo

Die Erklärung und Anwendbarkeit der Viktimodogmatik im China (78)

Chunxiao Ma

Die geschichtliche Entwicklung der Lehre von Rechtsgutsverletzung (98)

• **Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Erwin Deutsch** •

Hans Jürgen Ahrens

Nachruf für Prof. Erwin Deutsch(1929 – 2016) (123)

Hans Jürgen Ahrens

Erwin Deutsch

—Rechtswissenschaftler, Richter und rechtspolitischer Ratgeber (127)

Dajun Wen / Zhiyang Liu

Erwin Deutschs Lehre zum Deliktsrecht (133)

Yan Zhu

Was ist Fahrlässigkeit?

—Anmerkung zur Deutschs Unterscheidung zwischen inneren und
äußeren Sorgfalt (146)

Tianke Ban

Geht Sicherstellungspflicht Chinas zu weit?

—Aus einer rechtsvergleichenden Sicht anhand Erwin Deutschs Typi-
sierung für Verkehrssicherungspflicht (168)

• Aufsätze •

Björn Ahl

Das Verhältnis von Völkerrecht und deutschem Recht: Überlegungen
für die Revision des chinesischen Gesetzgebungsgesetzes (187)

ArdntSinn

Gegenwart und Zukunft der Bekämpfung von Arzneimittelkriminalität (196)

Helmut Satzger

Die sogRettersfall als Problem der objektiven Zurechnung (218)

Yu-Cheol Shin

Zivilrechtliche Zurechnungen von Massenschäden (239)

Eberhard Eichenhofer

Soziale Grundrechte

—in Weimar ersonnen und im vereinten Deutschland zu vollenden! (255)

Cláudia Toledo

Soziale Grundrechte und Existenzminimum (272)

Baoqing Tang

Zur Reformation der modernen Stadt in Deutschland (284)

Xiaojun Shen

Untersuchungen zur Kfz-Haftpflichtversicherung im deutschen Recht (305)

• Übersetzungen der Ausländischen Gesetzten •

Jinrui Liu Bundesdatenschutzgesetz zuletzt geändert im Jahr 2017 und

eine kurze Darstellung zur geschichtlichen Änderungen (339)

克努特·阿梅隆教授纪念专栏

克努特·阿梅隆著 吕翰岳译 法益侵害与社会损害性

克努特·阿梅隆著 日高义博日译 姚培培中译 德国刑法学中法益保护理论的现状

曹 斐 刑法上瑕疵同意的处理规则
——从阿梅隆的方案论向传统刑法视角回归

时 方 我国经济犯罪被害人内涵及类型划分
——以中德经济刑法规制目的比较为视角

郭 研 德国被害人教义学理论阐释及其在我国的应用

马春晓 法益理论的流变与脉络

法益侵害与社会损害性*

克努特·阿梅隆**著 吕翰岳***译

摘 要:“法益保护”学说源自启蒙时代的社会损害学说。但这两种学说在描述层面与规范层面都存在差异。这种差异与下述事实相关,即法益信条并不关系到“社会契约”概念中的社会损害客体,而是关系到将外在世界的对象提升至财富行列的规范评价。因此现在并非以个人权利的侵害来描述社会损害,而是以对个人权利的对象的侵害,或是对完全不属于个人权利的集体财富的侵害,来描述社会损害。从规范的视角来看,法益学说削弱了社会损害概念中还

* 本文原刊载于 *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Nomos Verlag, 1991, S. 269 ff. 后由日本专修大学法务研究科教授日高义博博士译为日文,以「法益侵害と社会侵害性」为题收录于其『違法性の基礎理論』(成文堂·2005年)一书,此书已由四川师范大学法学院张光云教授译为中文,但未收录包括本文在内的两篇阿梅隆教授原作、日高义博教授翻译之译文,对此之说明请参见[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,前言第3页译者注。阿梅隆教授不幸于2016年1月26日逝世,译者谨以此译文表达对该位当代法益理论重要理论家的深切缅怀和纪念,并弥补张光云教授因过于谦虚谨慎而留下的遗珠之憾。文前的内容提要译自原文所附的英文概要,因语言之间并无精确对应关系,在措辞上与正文有些微差异,译者尽量保持了文本的原貌;关键词为译者根据文章标题和结构所加;文中的粗体在原文中为斜体。本文的翻译已获得阿梅隆教授之子格尔德·阿梅隆(Gerd Amelung)先生的授权。

** 克努特·阿梅隆(Prof. Knut Amelung);德国德累斯顿工业大学法学院荣休教授。

*** 吕翰岳;清华大学法学院博士研究生。

原论的潜质。社会损害不再被理解为对社会契约的逻辑上的否认,而是被理解为规范评价的结果。这一评价的主体和客体并不为法益学说本身所限定,而仅为其特定变体所限定。如果法益学说还应在作为规范违反的犯罪概念之外作为一种补充,它便不能将规范提升到法益的行列。刑法的任务是保护规范背后的对象,换言之,一种考察行为的后果的犯罪概念,能够被视作法益概念本身的规范内容。

关键词:法益保护;法益侵害;社会损害性;描述性;规范性;评价

Abstract: The doctrine of “Rechtsgüterschutz” (legally protected goods) has been derived from Enlightenment’s doctrine of harm. However, it differs from the latter at the descriptive as well as at the normative level. This is related to the fact that the dogma of Rechtsgut does not relate the object of social harm to the concept of “Social contract” but rather to a normative evaluation which elevates an object of the outside world to the rank of a good. The social harm is therefore not being described in terms of a violation of a personal right but rather in terms of a reference object of a personal right or of a violation of a collective good not amenable to a personal right at all. In a normative perspective the Rechtsguts-doctrine weakens the reductionist potential of the harm concept. Harm is no longer being conceived of as a logical contradiction to the social contract, but as the result of a normative evaluation. Subject and object of this evaluation are not defined by the Rechtsguts-doctrine, but by its particular variations. If the Rechtsguts-doctrine should still make sense as an addition to the concept of crime as a violation of a norm, it cannot elevate norms to the rank of legally protected goods. Criminal law’s obligation to protect the objects which stand behind the norm, i. e. a concept of crime which looks at the result of an act, can be considered as the normative content of the Rechtsguts-doctrine as such.

Key Words: protection of the legally protected goods; violation of the legally protected goods; social harm; descriptive; normative; evaluation