

中德法学论坛



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

方小敏 主编

第
13
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
13
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13辑)/方小敏主编. —北京:
法律出版社, 2016. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9230 - 0

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(2016)第048145号

中德法学论坛(第13辑)

方小敏 主 编
周 梅 执行编辑

责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 19.75 字数 310千

印次 2016年3月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9230-0

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

南京大学—哥廷根大学中德法学研究所成立 25 周年纪念特刊

中德法学论坛

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

第 13 辑

主 编 方小敏

执行编辑 周 梅

编辑委员

(按姓氏拼音排序)

蔡琳 方小敏 胡敏洁 黄喆 吕炳斌 齐晓琨
田芳 徐凌波 杨阳 张华 张慰 周梅

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

Herausgegeben von FANG Xiaomin

Band 13



感谢德意志联邦共和国外交部、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

· 法理学及比较法 ·

- 罗尔夫·旺克著 乔芳芳译 如何理解法律? (3)
- 米歇尔·马丁内克著 王夏侯译 比较法学可以提供给我们什么? ... (20)
- 卜元石 德国法学教育中的案例研习课:值得借鉴? 如何借鉴? (45)

· 民商法 ·

- 费利克斯·毛奇著 王丹丹译 以德国合同法传统为鉴看计划中的
统一欧洲买卖法 (61)
- 马丁·阿伦斯著 李步先译 德国自然人破产法改革 (75)
- 曾琦 谁为人母
——德国法视角下与“适度放开代孕”的争锋 (89)
- 郝慧 股份公司管理机构的合规义务与责任
——以中德法律比较为视角 (104)

· 劳动法 ·

- 吕迪格·克劳泽著 孙亚男译 雇员的忠实义务、基本权利与公共
利益:价值冲突视野下的德国举报者保护立法 (129)
- 沃尔夫冈·多伊普勒著 汪赛译 劳动法与竞争 (154)

· 市场与竞争 ·

- 约瑟·马丁内斯著 王仪译 农业补贴:竞争法体系中的特殊情况 (171)
- 克里斯多夫·卡瑟尔著 吴小凤译 对欧洲金融市场稳定性的思考
——以经济为视角 (185)
- 罗密·妮可·弗莱舍著 卢雅昆译 《欧盟运行条约》第102条中的
市场力滥用行为
——基于最新司法实践的思考 (193)
- 冀梦娇 中国反垄断法中承诺制度的起源与发展
——基于德国和欧盟经验的思考 (203)

李正 德国消费者协会团体诉讼制度研究:概览与批判性评价 (221)

· 知识产权保护 ·

托马斯·库勒著 喻露译 德国对科技发明创造的法律保护 (253)

徐棣枫/于海东 专利侵权判定原则:变化发展中的中国司法实践 (276)

· 德国法新书推荐 ·

罗尔夫·旺克 《法律方法论》(德文版) (299)

乌尔里希·施瓦尔贝/丹尼尔·齐默尔 《卡特尔法与经济学》
(中文版) (300)

方小敏/邵建东主编 《德国联邦法院典型判例研究丛书》 (301)

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing
Band 13
Inhaltsverzeichnis**

• **Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung .**

Rolf Wank

Wie versteht man Gesetze? (3)

Michael Martinek

Comparative Jurisprudence — What Good Does It Do? (20)

BU Yuanshi

Übungen in der deutschen juristischen Ausbildung: Rezeptionsfähigkeit
in China? (45)

• **Zivil – und Handelsrecht .**

Felix Maultzsch

Das geplante Gemeinsame Europäische Kaufrecht im Spiegel der deutschen
Vertragsrechtstradition (61)

Martin Ahrens

Die Reform des Insolvenzrechts für natürliche Personen in Deutschland
..... (75)

ZENG Qi

Who is the mother — Against the “appropriate decontrolling of Surrogacy”
from the point of view of German law (89)

HAO Hui

Compliance — Pflichten von Verwaltungsorganen in der AG — Eine
rechtsvergleichende Perspektive anhand deutscher und chinesischer

Gesetze und der Praxis (104)

• Arbeitsrecht •

Rüdiger Krause

Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers, Grundrechte und öffentliche Interessen:

Das deutsche Whistleblowing – Recht im Spannungsverhältnis zwischen
kollidierenden Werten (129)

Wolfgang Däubler

Arbeitsrecht und Wettbewerb (154)

• Markt und Wettbewerb •

Jose Martinez

Agrarbeihilfen: Ein Sonderfall im System des Wettbewerbsrechts (171)

Christoph Kaserer

Some thoughts on financial markets stability in a European context:
an economic approach (185)

Romy Nicole Fleischer

Der Marktmachtmissbrauch nach Art. 102 AEUV— das Problem der
Identifizierung missbräuchlichen Verhaltens unter Berücksichtigung
der neueren Rechtsprechung (193)

Ji Mengjiao

Die Entwicklung von Verpflichtungszusagen im chinesischen Recht auf der
Grundlage europäischer und deutscher Erfahrungen (203)

Li Zheng

Organization Action from Consumers' Associations for the Collective
Interests of Consumers in Germany: Overview and Critical Review ... (221)

• Patentschutz •

Thomas Kühnen

Der Schutz technischer Erfindungen in Deutschland (253)

XU Difeng/Yu Haidong

Patent Infringement Determination Principles: China Judicial Practice
in Change and Development (276)

• **Bücherempfehlungen** •

Rolf Wank

Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. Vahlen (299)

Ulrich Schwalb/Daniel Zimmer

Kartellrecht und Ökonomie (300)

FANG Xiaomin / SHAO Jiandong (hrsg.)

Die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung in chinesischer Übersetzung
und Kommentierung (301)

法理学及比较法

罗尔夫·旺克著 乔芳芳译 如何理解法律？

米歇尔·马丁内克著 王夏侯译 比较法学可以提供给我们什么？

卜元石 德国法学教育中的案例研习课：值得借鉴？如何借鉴？



如何理解法律?

罗尔夫·旺克* 著 乔芳芳**译

作为解释法律的理论,并非每个国家的法学方法论都一样。按照传统,在德国法中有四种解释标准。其中,文本这一解释标准被赋予了重要的意义。对于通常的法律解释来说法律专业语言中的词义更重要,与此相反,对于区分法律解释和法官造法来说,一般日常用语中词语的可能含义更加重要。刑法中禁止类推解释是十分有意义的。其(只能援引)文本进行解释的背后是这样一种立场:用这样的方法,公民可以抵御国家强权对自由的干涉,并且可以保障三权分立框架下议会的权力。事实上文义解释并不能实现这样的功能。上文中法学以及语言学上的论据说明了这一点,除了文本解释,体系解释、发生史解释以及目的解释也都很重要。首先要对此四种解释标准进行整体衡量,但在解释中还是要坚持从文本出发。

关键词:方法论、日常用语中的可能文义;法言法语中的文义;法律的适用对象;法官造法;公民与国家;三权分立原则;同音异义词;月晕;可能的解释理论;语言应用;体系;发生史;意义和功能

Die Methodenlehre als Lehre von der Auslegung von Gesetzen ist nicht für jedes Land identisch. Im deutschen Recht orientiert man sich am klassischen Kanon der vier Auslegungskriterien. Große Bedeutung wird dabei dem Wortlaut beige-

* 罗尔夫·旺克(Prof. Dr. Rolf Wank):德国波鸿鲁尔大学教授。

** 乔芳芳:南京大学中德法学研究所2014级研究生。

messen. Dabei soll es für die normale Auslegung auf die juristisch-fachsprachliche Bedeutung ankommen, für die Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung dagegen auf den noch möglichen Wortsinn in der Umgangssprache. Bedeutsam ist das vor allem im Hinblick auf das Analogieverbot im Strafrecht. Hinter der Berufung auf den Wortlaut steht der Gedanke, man könne auf diese Weise staatliche Eingriffe in die Freiheit des Bürgers abwehren und die Rechte des Parlaments im Rahmen der Gewaltenteilung wahren. Tatsächlich kann der Wortlaut diese Aufgabe nicht erfüllen. Dagegen sprechen innerjuristische und sprachliche Argumente. Außer auf den Wortlaut kommt es auf die systematische, die entstehungsgeschichtliche und auf die teleologische Auslegung an. Erst eine Gesamtabwägung aller vier Auslegungskriterien ergibt den massgeblichen Inhalt der fraglichen Vorschrift.

Key Words: Methodenlehre, mögliche Wortbedeutung in der Umgangssprache, juristisch-fachsprachliche Wortbedeutung, Gesetzesadressaten, Rechtsfortbildung, Bürger und Staat, Gewaltenteilungsprinzip, Homonyme, Mondhöfe, Kandidaten, Sprachspiele, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck

一、引言

没有学过法律的人有时候会惊奇于,法律人竟然能从法条中读出如此多的内容。他们不是以法律文本为依据的吗?或者他们依据的是法律文本的深层含义?抑或其他一些标准?作为立法者的议会与适用法律的法院之间应该是一种什么样的关系?

没有学过法律的人通常会认为,法律学习就是记住那些法条。没有受过法律教育的文化人会认为,正确理解法律文本就好了。因为法条是用德语写的,而且那些法律人本身会德语,那么他们一定是自己能够弄懂法条的;只有那些不够专业的法律人才会把法律表达得很蹩脚,为了给自己辩解就会说,他其实表达的是其他的意思。

现在我想试着给大家一点启发,以帮助大家理解法律为什么那么难以理解;但即便如此,它毕竟也不是一门神秘的学科,而是和其他学科一样,有特定的规则。

二、大陆法系和英美法系

世界上的法律解释方法并不都一样。我这里所讲的是德国的方法论,但也会涉及其他国家的一些方法论。

中国人看欧洲的法律,会按大陆法系和英美法系两种不同的法律体系去理解。^[1]并且这种将欧洲法律体系两分的学说影响广泛。在大陆法系中,每一个法律问题都会在法条中找到答案;在英美法系中,每一个法律问题则都会在判决中找到答案。

按照这种学说,德国的法学家首先从法条中寻找解决方案;相反,英国的法学家首先要在判例集中寻找解决方案。这种观点对于过去的实践来说是否正确还很难断言。但不管怎样,从今天的角度看,这种区别,比如说英国和德国的法律之间的区别是很小的。

一方面,英国现在也存在大量的成文法。其中不但包括英国人自己制定的成文法,也不乏以欧盟法为依据的成文法。欧盟法律根据其类型在各成员国应予以不同程度的适用,如果是条例,则在28个成员国中无一例外、标准一致的适用;如果是(需要通过转化为国内法才得适用的)指令,则就其核心内容而言,在各成员国的适用也是一致的。那么如果就某一问题知道欧盟法是如何规定,比如这项法律如何被引入德国法律体系,那么他很快就知道其他欧盟国如法国会有怎样相应的规定。

另一方面,最终,法律的表述在所有国家都不重要。正如一个美国法官所说:法律就是法庭所述。^[2]就此而言,无论在德国还是英国,人们都是从法律规定出发,然后在法典释评中寻找是否对这类案例有过相应的判决或甚至对这类问题有确定的判例,然后根据判例的具体内容,将其适用于个案。

但如果对须裁决的问题没有相应的法律规定,那么无论在英国还是德国都

[1] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichende Darstellung, Bd. II, 1975, S. 3 f. zum englischen Recht, S. 151 ff. zum amerikanischen Recht.

[2] S. zum Richterrecht Coing, JuS 1975, S. 277 ff.; Hattenhauer, Die Kritik des Zivilurteils, 1970; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356 ff., 429 ff.; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, § 4.

可以应用司法判决。(如德国有个)涉及《劳工罢工法》的案子就完全是依赖判例做出的判决。^[3]

根据上述的两个例子我们知道,两个法系之间的区别并不是很大,在实践中,判决的依据最后都可追溯到判例。只有在法学科学的讨论中人们可以不考虑上述情况,而只用一种单独的法律解释去论证观点。

下面我所要谈到的法律解释,是这种情况:就是说一部成文法刚刚生效,还没有与之相关的判决^[4]。法庭、法学家抑或法律实务者必须首先对其做出解释。^[5]

另外,世界上并不存在一种统一的适用于所有国家的方法论。解释方法论总是与各国的宪法和法律体系相联系。^[6]因此,下面我仅仅是在德国法和德国法律体系的背景下去论述。虽然中国和德国的解释标准是一样的,但其内在含义还是有所区别。下面我要说的是与法定解释相对的学理解释。

三、语 义

首先我们来谈一下法律条文,或按照德国法学家的说法,文本。^[7]当然这种叫法并不完全正确。文本或者说条文用语其实并不重要,重要的是词义,也就是法律文本的含义。当然这些都是需要综合考虑的。但这里您所面临的是一种语言中特别典型的东西,也即必须区分文本的表面含义和内部含义:虽然这里说的是文本,但其实指的是文义。

我们在理解一部法律的时候,需要弄清楚它究竟使用何种文义概括来说,

[3] Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006.

[4] 实时例子:2015年1月1日生效的最低工资法。

[5] Zum jungen Gesetz Wank, Auslegung, § 3 II.

[6] Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl. 2015, Rn. 640 ff., 704 ff.

[7] Dazu Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 437; Fikentscher, Methoden, Bd. III, 1976, S. 670; Larenz, Methodenlehre, S. 320 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 442 ff.; Wank, Auslegung, § 5; ders., Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 17 ff.