

李伟群 编著

中日民商法律制度 比较研究

ZHONGRI MINSHANG FALÜ ZHIDU BIJIAO YANJIU

学林出版社

本书由上海市新闵律师事务所资助出版

中日民商法律制度 比较研究

李伟群 编著

学林出版社

图书在版编目(CIP)数据

中日民商法律制度比较研究 / 李伟群编著. — 上海:
学林出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 80730 - 944 - 4

I. ①中… II. ①李… III. ①民法—对比研究—中国、
日本②商法—对比研究—中国、日本 IV. ①D923. 04
②D931. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 218660 号



中日民商法律制度比较研究

作 者—— 李伟群

责任编辑—— 马健荣

封面设计—— 蔡 辉

出 版—— 上海世纪出版股份有限公司

学林出版社(上海钦州南路 81 号 3 楼)

电话: 64515005 传真: 64515005

发 行—— 上海世纪出版股份有限公司发行中心

(上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

照 排—— 南京展望文化发展有限公司

印 刷—— 上海惠顿实业公司

开 本—— 890×1240 1/32

印 张—— 14.25

字 数—— 37 万

版 次—— 2009 年 12 月第 1 版

2009 年 12 月第 1 次印刷

书 号—— ISBN 978 - 7 - 80730 - 944 - 4 / D · 34

定 价—— 33.00 元

(如发生印刷、装订质量问题,读者可向工厂调换。)

序

华东政法大学日本法研究中心自 2004 年 11 月成立以来,积极开展中、日法学理论和实务的学术交流活动,已经与日本名古屋大学和爱知中日律师交流会、大阪市亚洲法研究会共同举办了《中日股东代表诉讼研究会》、《关于中日民商法相异点》、《中日破产企业重组理论实务研究会》等大型国际研讨会。每次研讨会都吸引了一大批在上海地区的高校、研究机构、律师事务所以及企业等从事法学理论研究和法律实务工作的留日归国人员参与,取得了良好的效果,获得了众多的好评。

可是遗憾的是,会议之后未曾留下过一部成形或者成册的书面资料。为了使今后的研讨会不再留有遗憾,日本法研究中心决定今后将研究学术成果编辑成书,让更多的读者能够了解交流的内容,共享学术之成果,以提升中日学术水准。

正是在这样的前提下,又适逢庆祝日本经营实务法学会创立十周年之际,2007 年 8 月 22、23 日,由华东政法大学日本法研究中心和日本经营实务法学会共同举办了《中日经营实务法研究会》。波光巖理事长返回日本后,随即将中日双方学者的论文,以专集的方式刊登在《经营实务法研究》的杂志上。为此,我们日本法研究中心也积极响应,组织有关人员翻译了日本学者于 2009 年改写或增添了最新内容的各篇论文,又新征集了两篇重要论文。以此为基础,配以中日

文两种版本形式编辑研写而成此书。

本书得到了日本经营实务法学会顾问、华东政法大学名誉博士石川明教授和日本经营实务法学会理事、华东政法大学日本法研究中心客座研究员王祝先生的全力支持,同时该书的出版还得到了上海市新闵律师事务所的资助,在此深表感谢。另外还要感谢日本大江桥律师事务所上海代表处闵炜律师、周敏律师、早稻田大学硕士研究生黄翔,对日本学者的论文作了认真的翻译。

本书中国方面的作者多为拥有长年留日背景的知日派中青年大学教师和律师,而日本方面的作者均为活跃于各大学第一线的资深教授。此书可谓真正意义上中日合作所结出的研究成果。本书涉及了中日商法、反垄断法、知识产权法和消费者保护法以及电子商务法等多个新兴领域,所以,对于读者认识中、日民商法的理论和现实极具借鉴意义。

最后,感谢为本书付出辛勤劳动的所有同仁。日本法研究中心作为中日学术交流的一个重要平台,希望有更多的人士能够加入我们的行列,为推动中日之间民商法的学术交流,研究、探索解决问题的有效途径而共同努力。

编著者 李伟群

2009年11月8日

序

華東政法大学に属する日本法研究センターは2004年11月に創立されて以来、中日法学理論と実用向きの学術交流に積極的に取り組んできました。すでに日本の名古屋大学と愛知中日弁護士交流会並びに大阪アジア法研究会と共に《中日株主代表訴訟》、《中日民商法の相異点についての研究会》、《中日倒産企業の再建に関する理論、実務研究会》等の国際シンポジウムを開催したことがあります。その度に上海地方の大学や研究機関や弁護士事務所並びに各々企業から多くの法学研究者、法律の仕事に従事している方々は参加されるので、喜ばしい成果を収め、高く評価されています。

しかし、残念なことに会議後にデーターとして論文集などを編集したことはありませんでした。これから悔いがないように、もっと多くの読者に交流の内容を知っていただき、中日の学術レベルをアップさせるように、日本法研究センターは研究の学術成果を論文集に編集することに決めたものであります。

それに日本経営実務法学会の創立10周年にあたり、2007年8月22日、23日に華東政法大学の日本法研究センターと日本経営実務法学会は共に《中日経営実務法研究会》を開きました。波光巖理事長は会議後日本に帰り、直ちに中日両国の学者が発表した論文を特集に《経営実務法研究》という雑誌に載せられました。これに応じて、われわれは2009年に日本の学者が書かれた新しい論文を翻訳し、取り入れ、また、新しく重要な論文を二つ集めることがで

きました。これらをもとに、中日語の論文集を編集することになりました。

なお、論文集の編集中、日本経営実務法学会の顧問、華東政法大学の名誉博士の石川明教授と、日本経営実務法学会の理事、華東政法大学日本法研究センターの客員教授の王祝先生にご指導を頂き、それに皆様にお読みいただけるように、上海市新闵弁護士事務所の関係者にご尽力頂き、また、日本大江橋弁護士事務所の駐上海事務所の閔炜弁護士、周敏弁護士並びに早稲田大学の修士の黄翔様が日本の学者が書かれた論文を丁寧に翻訳してくださったことに対して、ここに感謝の意を表します。

中国側の作者には長期にわたる日本留学の経歴のある日本通の中国青年の大学教師と弁護士がいることに対して、日本側には殆ど各大学で活躍されている教授がいます。従って、この論文集を中国にて出版することができましたことは中日合作において、きわめて意義深いものと考えている次第であります。この論文集は中日商法、独占禁止法、知的財産権法と消費者保護法並びに電子商取引法などに関する多くの新しい領域に触れておるので、読者の皆様に中日民事商法の理論と現実性を理解していただけることに参考の意義があると考えております。

日本法研究センターを中日学術交流の重要な舞台に、今後とも多くの方々に中日間の民事商法に関する学術交流、検討並びに問題の解決にご協力いただきたい次第であります。

ここに論文集の出版のため、労を取っていただいた方々に厚くお礼を申し上げます。

李偉群

2009年11月8日

目 录

我国票据法中无对价抗辩制度的完善	李伟群	1
电信业的反垄断法律规制研究	钟文兴	16
日本海运业的竞争政策探究	施海渊	67
中国的知识产权法律制度	陶鑫良	92
论消费者自主选择权之实现		
——以谢绝自带酒水为例	赵 莉	104
公司原董事损害公司利益的诉讼案件	曲立新 黄 翔	118
日本禁止垄断法最近的强化性修正及其影响	波光巖	131
关于店铺设计的法律保护	生驹正文	139
日本的公司治理和董事经营责任	秋田量正	148
有关完善和促进日本民事诉讼审理的方法	永井博史	154
网络 ADR—电子商务纠纷处理机制	平田勇人	161
日本的新行政诉讼制度	恩地紀代子	173
中国破产法律制度改革	晓琢也	189

目 録

手形無対価対弁について日本法と中国法との比較	李偉群	202
電気通信事業分野における規制改革と競争政策		
—日本と中国の比較研究—	鐘文興	212
日本海運事業分野における競争政策のあり方	施海淵	271
中国における知的財産権法律制度	陶鑫良	313
消費者自主選択権の実現について		
—飲物の持込禁止を例に—	趙 莉	327
会社の元董事が、会社の利益に損害をもたら したという訴訟案件	曲立新 黄 翔	340
日本の独占禁止法の最近の強化改正とその影響	波光巖	356
「店舗デザインの法的保護について」	生駒正文	365
日本におけるコーポレート・ガバナンスと取締 役の経営責任	秋田量正	376
日本の民事訴訟における審理の充実と促進に関 する方策	永井博史	384
「サイバー ADR～インターネットを介した電子 紛争処理システム」	平田勇人	392
日本における行政事件訴訟法改正法	恩地紀代子	407
中国倒産法制の改革	曉琢也	427

我国票据法中无对价 抗辩制度的完善

李伟群*

〔内容摘要〕 作为票据制度中的两大支柱的票据善意取得制度和人的抗辩限制制度,都是为了保护票据交易安全、保护善意取得者的利益而特别设计的制度。但是,不管是善意取得的成立要件也好,还是想获得人的抗辩限制的恩惠也好,都必须以票据受让人支付对价为前提。我国《票据法》第10条第2款对此作了明确的规定。因此,在受让人无对价获取票据的情形之下,应当视为恶意取得。无对价抗辩与恶意抗辩可同置于我国《票据法》第13条但书之中予以规定。

〔关键词〕 票据 无对价抗辩 恶意抗辩 善意取得

一、问题的提出

如果票据行为本身有效,票据债务人可以以出票或者背书的原因关系无效、消灭为理由提出拒绝付款的主张,这种主张在票据法上称之为人的抗辩。人的抗辩,原则上只限于在票据授受的直接当事人之间进行,票据债务人不得以此抗辩事由对抗第三人,这就是票据债务人必须恪守的人的抗辩限制法则。

* 作者单位:华东政法大学。本文系上海市第三期重点学科——经济法学(S30902)的建设成果。

由于人的抗辩限制这一原则,是为了满足票据交易安全的要求而特别规定的,所以对于恶意者当然没有必要予以保护。当票据受让人在明知其前手要承受来自票据债务人抗辩这一事由的前提下获取票据,即在恶意的情况之下取得票据时,受让人自然应该承继来自票据债务人对于前手的那份抗辩。这一内容具体反映在我国《票据法》第13条第1项的规定之中,即“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人。但是,持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。”另一方面,我国《票据法》第10条第2款规定,票据的取得,必须给付票据双方当事人认可的相对应的代价。这是我国《票据法》受英美法系对价原则的影响,首次将之明确规定于条文之中的一大创新之举。

可是在我国《票据法》出台后不久,曾有学者将无对价抗辩作为一个问题提出来进行讨论。具体言之,一方面,票据确实遵照了票据法规定的方法即背书方式进行转让,但另一方面,该转让行为却没有遵循对价原则,那么,票据受让人是否应该承继来自债务人的抗辩就成为一个值得思考的问题。然而,我国票据理论法学界对无对价抗辩问题的专门研究明显较为薄弱,有关恶意抗辩的研究却是成果甚丰。^①尤其是,与同属于大陆法系体系的诸国票据法明显不同,我国票据法专门设条文对对价一款作了较为详细的规定。那么,不遵守对价原则的受让票据者应该承受怎样的法律后果?在此情形之下,无对价抗辩问题更有讨论的必要和空间,这正是笔者选择其进行研究的动机所在。

① 参见董惠江、张学军:“论票据恶意抗辩”,《行政与法》2001年第6期;谢志红:“论我国票据抗辩限制制度”,《江西审计与财务》2002年第12期;山文岑:“浅析票据抗辩的限制与反限制”,《烟台师范学院学报(哲学社会科学版)》2003年第3期;邱国侠、张红生:“海峡两岸票据抗辩限制原则除外制度研究”,《华东经济管理》2003年第3期;李伟群:“中日票据恶意抗辩的比较研究”,《法学》2005年第6期;杨淑霞、山文岑:“论票据的知情抗辩——兼论票据抗辩限制原则的例外”,《经济师》2006年第4期。

我国有学者认为,对于没有支付对价而获得票据的,也应该归入人的抗辩限制的例外之中。^②换言之,无对价抗辩与恶意抗辩一样,都应该置于《票据法》第13条但书规定下进行处理。这一学说的观点是否正确,进而这一主张的理论根据是什么,均值得探讨。

在日本学界,有关票据通过委托收款背书获得或者出现二重无权、二重欠缺取得票据的情形,均统一与无对价抗辩作同一理解,比照恶意抗辩作出相应的处理。从相关的判例分析可知,日本学界的这一立场也得到了日本最高裁判所的支持。

为此,笔者将从我国票据法对无对价的相关规定出发,结合我国相关学说,并借鉴日本相关学说和判例展开深入的讨论。在此基础上,通过分析与合理的论证,为无对价抗辩比照恶意抗辩处理、两者同置于我国《票据法》第13条但书之中规定提供有力的理论依据,以此为我国无对价抗辩问题的解决探索一条可行的路径。

二、我国票据法对无对价的相关规定及其解读

我国《票据法》第10条第2款规定:“票据的取得,必须给付对价,即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价”。紧接着第11条又规定:“因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的,不受给付对价的限制。但是,所享有的票据权利不得优于其前手的权利。”我国有学者认为,在没有支付对价的情况下获得票据者,其票据权利应该受到限制,票据债务人可以以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。^③

^② 参见李予:“论票据取得与票据权利取得”,《法学论坛》1996年第3期;姜建初、章烈华:《票据法》,人民法院出版社1998年版,第143页。

^③ 参见王小能:《票据法教程》,北京大学出版社1994年版,第102页;梁英武:《〈中华人民共和国票据法〉释论》,立信会计出版社1995年版,第35页;蔡玉明:《票据法与律师票据业务》,人民法院出版社1997年版,第261页;王建林:“票据抗辩的保护及限制”,《法制与经济》1997年第3期;钱卫清、郭玉元:“票据抗辩权的确认”,《法学》1996年第2期。

对上述条文之内容进行合理解读可知,我国《票据法》第10条第2款的立法宗旨是,票据取得应该以支付票据双方当事人认可的相对应的代价为基本原则。但是,出现个别情况也可例外。也就是说,即使某受让人未遵循给付对价的原则获得票据,其取得结果却依然属于《票据法》许可的范围之中。例如,《票据法》第11条所规定的因税收、继承、赠与方式而依法无偿取得票据之场合,就是典型一例。但是,在这些场合下,取得者所享有的票据权利不得优于其前手的权利(同条的但书规定)。换言之,票据取得者以继承、赠与方式取得票据的时候,其票据权利是不完整的、带有瑕疵的,票据债务人可以以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。

事实上,票据并非总以背书、特殊背书、交付转让方式进行,有时候通过非票据法规定的方式转移的情况也是存在的。例如,在公司兼并的场合,票据上的权利转移并非按照背书进行,而是依据票据外的法律事实转移到新设公司之中的。但是,如此以非票据法方式取得票据的场合,其只有指名债权的效力而已,并不能产生人的抗辩限制的法律效果。

在我国台湾地区“票据法”中也能找到有关对价的规定。该法第14条第2项规定:“以无对价的方式获得票据者,其票据权利上权利不得优于前手。”但是何谓“票据权利上权利不得优于前手”,该法未作明确规定。为此,我国台湾地区“最高法院”的“司法解释”作了明确规定。“票据权利上权利不得优于前手”包含以下两种情况:(1)当前手的票据权利有瑕疵的时候,以无对价的方式获得票据者则必须承继前手的瑕疵,承受来自票据债务人的抗辩。(2)当前手为无权利人时,以无对价的方式获得票据者,则不能超越前手的权利,只能与前者一样成为无权利人。^④上述规定明确指出,在以无对价方式取得票据的场合,人的抗辩限制或者善意取得的法律效果都

^④ 参见施文森:《票据法新论》,台湾三民书局1997年版,第57页。

不可能产生。

其实,在我国票据法的立法过程中,曾经受到我国台湾地区票据法的不少影响,从中也吸取了部分营养。但是,笔者认为,在立法的技术层面上,两岸票据法之间仍然存在着较大差异。我国台湾地区“票据法”第14条采用概括的抽象性立法方法,规定只要是以无对价的方式获得票据者,就不能享有票据抗辩限制带来的恩惠。可见,这种高度概括性的立法技术给票据实务和司法实务均提供了较大的可操作空间,提高了该条法律规定的可适用性。与此相对,我国《票据法》第11条采用的是列举方式。根据此规定,以税收、继承或者赠与的方式获得票据者,不能享用票据抗辩限制带来的效果。那么对于此处所列举的这三类场合以外的所有以无偿方式获得票据者(以下通称为无对价抗辩),例如,对于常见的委托收款背书的场合,受让人的票据权利应该如何对应,明显出现了立法空白。由于我国票据法对通常的无对价取得没有规定,因此,学者们通常从理论的角度对无对价取得的性质进行论述,由此合理导出无对价取得不能适用票据抗辩限制的结论。

在通常的无对价取得的场合,究竟能否产生人的抗辩限制效果,我国的一些学者通过与税收、继承和赠与这些无偿取得抗辩以及恶意抗辩进行比较,得出如下结论:既然法律规定以税收、继承和赠与方式无偿获得票据的场合下,不能产生人的抗辩的限制之效果,那么,虽然票据的转让是基于票据法本来要求的流通方法而为,但当票据受让人没有遵循支付对价原则,或者虽然支付了一定的金额却远没有达到支付相应代价的基本要求时,其应该与以税收等方式获得票据的情形一样,票据受让人也要承继来自票据债务人对于前手的那份抗辩。^⑤

笔者完全赞同这一学说的观点,因为从票据取得前提条件、对票

⑤ 同前注2,李予文;同前注2,姜建初、章烈华书,第141页。

据取得者保护的必要性以及英美法中成为正当持票人的必要条件这三个角度来看,以无对价取得票据者均不应受到法律的特别保护。其理由如下。

首先,人的票据抗辩之所以要给予切断,仅凭票据以背书方式取得为由显然是不充分的,还必须具备其他的条件才行。这个前提条件就是,票据取得以给付票据双方当事人认可的相对应的代价为必要。因此,对于无对价、或者支付的金额不符合相应代价的基本要求而获票据者,因为不能满足给付对价之条件,所以导出不能享受人的抗辩限制的恩惠这一结论,当属情理之中。

其次,有必要强调的是,对于没有遵循对价原则获得票据的持票人来讲,因其缺乏自己固有的经济利益,法律无需对其做出特别保护,所以也就不必让其享受人的抗辩限制所带来的特殊利益。正同税收等方式获得票据场合一样,让缺乏对价的持票人也承继来自票据债务人对于前手的那份抗辩,这样的处理结果,从理论上讲并无任何不当。

此外,英美法中,本来就把支付对价作为受让人成为正当持票人的必要条件之一。既然我国《票据法》第10条第2项已经明确规定,票据取得以支付对价为必要。那么,违反这一规定以无对价方式获得票据者,应该比照恶意取得票据一样,被视为不正当持票人。对于不正当持票人,就没有必要提供由人的抗辩限制这一制度所带来的恩惠。

因此,笔者认为,对于无对价抗辩,我国《票据法》应当将其与恶意抗辩同样对待,同置于我国《票据法》第13条但书规定下进行处理。即债务人可以将对持票人前手的抗辩事由,用以对抗现持票人。由此,无对价取得票据者,不能适用人的抗辩限制之结果,恰好维系了票据关系者之间的利益平衡这一基本要求。

三、日本票据学说和判例对于无对价抗辩的立场

由于日本票据法中没有关于无对价取得的相关规定,所以对于

这一问题的处理均有赖于从学理上进行解释。以下就无对价抗辩的问题,围绕日本的相关学说和判例逐一展开讨论。

1. 非票据法方式的票据转移。如上所述,票据上的权利以非票据法的方式进行转移的情况也并不少见。例如,因票据持有人死亡或者由于公司合并,依据继承法或者公司法的相关规定,票据分别转移到继承人手中或者新设公司手中是常见的事情。但是必须说明的是,在这些场合所获得的票据均没有支付对价,所以不能产生票据善意取得或人的抗辩限制那种强烈的法律效果。^⑥对此结论,日本学界没有任何异议。

2. 委托收款背书下的票据转移。委托收款背书是一种特殊的背书。在此情况之下,债务者可以凭着对背书人拥有的那份抗辩事由用于对抗被背书人。由于委托收款背书中的被背书人与以无对价方式获得票据的持票人,其利益状况非常相似,可谓具有“异曲同工”之效果,故在此有必要加以研讨。

何谓委托收款背书,对此,应该说日本学者还是作了比较明晰的解释。所谓委托收款背书,是指以委托收款为真正目的,而形式上则通过背书转让的方式进行的一种背书行为。^⑦那么,在委托收款背书中的被背书人作为持票人向债务人请求付款的时候,票据债务人能否将其前手拥有的那份抗辩权来对抗持票人?从结果上看,债务人可以进行抗辩,因为人的抗辩限制制度不适用于委托收款背书中的被背书人。但是要导出这一结论,学理上必须作出合理解释才行。

⑥ 参见[日]前田庸:《票据法支票法》,有斐阁1999年版,第346页。

⑦ 参见[日]富山康吉:“隐藏委托收款背书”,载[日]铃木竹雄、大隅健一郎:《票据法支票法讲座第3卷》,有斐阁1965年版,第247页。日本的隐藏委托收款背书,就是我国的委托收款背书。由于这种背书方式表面上与普通的背书并无二致,但其本质上是有所区别的。在委托收款背书中,被背书人没有自己独立的经济利益,仅为背书人行使收款义务而已。所以在日本,特地把委托收款背书称之为隐藏委托收款背书,便于区别一般的背书,也让读者可以一目了然。

其实,对于这个问题日本学界早就从不同的角度进行了多种解释,因此目前已有多种不同的见解。在此,仅选择两种最具代表性的学说,即资格授予说和信托背书说进行简单的介绍。(1) 资格授予说。委托收款背书中,票据上的权利并未向被背书人转移而是依然停留于背书人的手中,被背书人没有票据上权利,仅以自己名字出现在被背书人中而已,所以票据债务人当然可以以自己对抗背书人的抗辩事由来对抗被背书人。^⑧ (2) 信托背书说。此为日本学界的通说。该说认为,票据上的权利因背书转让给被背书人,所以被背书人是完整的票据债权人。^⑨但是,从当事人之间的关系分析可知,由于背书人的该背书行为是基于委托收款目的而为,如果将票据法的一般规则,即人的抗辩限制制度也机械地、毫无区别地适用于此场合,必然会产生不合理的结果。^⑩那么,为了推出票据债务人可以以自己对抗背书人的抗辩事由来对抗被背书人的这一结论,该说的理论构成是通过以下这种方式展开的:通常情况下,票据取得者的权利之所以需要获得保护,是因为其取得的权利中有其自身固有的经济利益存在。在委托收款背书的情形,由于被背书人仅仅是为了替背书人收款才受让票据的,因此不存在自己固有的经济利益,故就自然失去了接受抗辩限制保护的必要。^⑪

3. 无对价抗辩的判例。典型判例系日本最高裁判所于 1970 年 7 月 16 日作出的判决。^⑫在该案中,三位当事人签订的两份买卖合

^⑧ 参见[日]大隅健一郎:“票据的隐藏委托收款背书”,《法律时报》1962 年第 34 卷;[日]上柳克郎:“票据债务者能否将对于隐藏委托收款背书中的背书人的抗辩用于被背书人”,《民商法杂志》第 52 卷第 5 号。

^⑨ 参见[日]铃木竹雄:《票据法支票法》,有斐阁 1957 年版,第 271 页;[日]小桥一郎:《新版票据法支票法讲义》,有信堂 1982 年新版,第 144 页。

^⑩ 同前注 7,富山康吉文,第 250 页。

^⑪ 参见[日]铃木竹雄、前田庸:《票据法支票法》,有斐阁 1992 年新版,第 260 页。

^⑫ 参见《日本最高裁判所民事判例集》第 24 卷第 7 号 1077 页。