

# Wege zum japanischen Recht

Festschrift für Zentaro Kitagawa

zum 60. Geburtstag am 5. April 1992

Herausgegeben von

Hans G. Leser, Marburg

gemeinsam mit

Tamotsu Isomura, Marburg/Kobe



Duncker & Humblot · Berlin

# **Wege zum japanischen Recht**

**Festschrift für Zentaro Kitagawa**



*Zentaro Kitagawa*

# **Wege zum japanischen Recht**

**Festschrift für Zentaro Kitagawa**

**zum 60. Geburtstag am 5. April 1992**

**Herausgegeben von**

**Hans G. Leser, Marburg**

**gemeinsam mit**

**Tamotsu Isomura, Marburg/Kobe**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Wege zum japanischen Recht** : Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992 / hrsg. von Hans G. Leser gemeinsam mit Tamotsu Isomura. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

ISBN 3-428-07313-4

NE: Leser, Hans G. [Hrsg.]; Kitagawa, Zentaro: Festschrift

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-07313-4



## Vorwort der Herausgeber

### I.

Der Anlaß zu dieser Festschrift ist ein doppelter: Die Ehrung von Zentaro Kitagawa als einem der herausragenden Pioniere der Rechtsvergleichung im japanischen Recht steht im Vordergrund, und sein 60. Geburtstag am 5. April 1992 bietet dafür einen willkommenen Anlaß. Neben einem reichen juristischen Werk zum japanischen Zivilrecht soll hier vor allem sein breites internationales Wirken in der Rechtsvergleichung, mit dem er auch in den westlichen Ländern einen entscheidenden Platz einnimmt, eine angemessene Würdigung finden.

Zugleich und in engem Zusammenhang damit möchten die Herausgeber — die gleichsam beide Rechtsordnungen vertreten — mit dieser Festschrift auch die Verbindung der westlichen Juristenwelt mit dem japanischen Recht und seinen Vertretern dokumentieren.

Man hat die Beziehungen zwischen Deutschland und den westlichen Rechtsordnungen auf der einen Seite und dem japanischen Recht auf der anderen Seite oft mit der treffenden Metapher einer Einbahnstraße bezeichnet, und zwar für die einseitige Richtung des Informationsflusses von West nach Ost. Zu diesem Eindruck haben auch entscheidende Beiträge aus Deutschland und Frankreich zum Aufbau des japanischen Rechtssystems um die Jahrhundertwende geführt. Sie wurden später durch Einflüsse aus den USA ergänzt, die alle in den eindrucksvollen Neubau der japanischen Rechtsordnung eingegangen sind. Auch die der ersten Übernahme nachfolgende Theorienrezeption, wie der Jubilar sie treffend in einer frühen Arbeit herausgestellt hat, ist ein wichtiges Glied in dieser Kette, das gerade dem deutschen Recht einen wesentlichen Einfluß verschafft hat, auch wenn heute andere Einwirkungen ebenso stark geworden sind. Diese Einbahnstraße aber zu überwinden — im Sinne eines Ausbaus für beide Richtungen — ist es schon längst an der Zeit. Das Interesse am japanischen Recht und seiner Entwicklung ist in unserer Gegenwart stetig gewachsen, und das liegt für den Rechtsvergleicher besonders nahe. Denn wo ließen sich Rechtsinstitute, die zahlreiche vertraute Wurzeln und Verwandtschaften im deutschen und im europäischen Recht haben, in ihrem weiteren Schicksal und ihrer praktischen Bewährung besser betrachten und erforschen als im japanischen Recht? Die Adaption und Fortentwicklung zahlreicher Institute und Rechtsgebiete aus gemeinsamen Wurzeln, nicht selten noch unter den Einflüssen anderer Rechtsordnungen, erweisen sich auf dem Hintergrund eines kraftvoll sich entwickelnden Industriestaates mit konservativ-freiheitlicher Verfassung als faszinierender Gegenstand der Rechtsvergleichung. Nicht

ohne Grund ist daher auch im Westen ein kräftig wachsendes Interesse am japanischen Recht und seinen Entwicklungsstufen zu konstatieren. Es manifestiert sich in zunehmender Breite im Westen zu beiden Seiten des Atlantik, sei es in Symposien, Vorlesungen zum japanischen Recht, sei es in der Einrichtung von Lehrstühlen und von Studiengängen, ganz abgesehen von dem immer breiteren Strom von Besuchern in beiden Richtungen. Zwar stellt die Sprach- oder besser die Schriftbarriere nach wie vor ein gewaltiges Hindernis dar, dessen Überwindung in Japan schon lange geleistet wird und dem von westlicher Seite immerhin hoffnungsvolle Ansätze zur Seite gestellt werden können, deren Ausbau allerdings noch geraume Zeit erfordern wird. Um so wichtiger erscheinen in der Zwischenzeit aktuelle Lösungen für das gegenwärtige Bedürfnis, womit Arbeiten aus japanischer Feder und Übersetzungen aus dem Japanischen in westlichen Sprachen angesprochen sind. Bei aller Überlegenheit der Arbeit direkt an der Quelle werden sie eine wichtige und unentbehrliche Übergangsfunktion erfüllen müssen.

## II.

Hier liegt das Verdienst von Zentaro Kitagawa, der als einer der Pioniere der Rechtsordnung des modernen Japan die Situation der Einbahnstraße nicht nur erkannt hat, sondern sie auch überwinden half. Seine Schriften in westlichen Sprachen, wie sie im Literaturverzeichnis in diesem Bande verzeichnet sind, belegen dies eindrucksvoll. Weit darüber hinaus hat er durch persönliche und institutionelle Kontakte und durch sein Wirken als Forscher und Gelehrter die Grenzen des japanischen Rechts weit geöffnet zu einem partnerschaftlichen Miteinander der Bemühungen um eine weltoffene und weltweite Rechtsvergleichung in allen ihren vielfältigen Bereichen und Formen. Diese Bemühungen auf dem internationalen Feld tragen in dieser Festschrift ihre Früchte. So gut wie alle der Beiträge gehen auf persönliche Kontakte des Jubilars zurück — ein wahrhaft eindrucksvolles internationales Spiegelbild für die Arbeit eines modernen Rechtsvergleichers. Dieser weite Ansatz macht auch deutlich, warum die japanischen Freunde, Kollegen und Schüler des Jubilars (mit wenigen Ausnahmen, darunter der Mitherausgeber) in diesem Band nicht vertreten sind — ganz abgesehen davon, daß dies den Rahmen deutlich gesprengt hätte und deshalb einer eigenen Veröffentlichung vorbehalten bleiben muß.

So verquicken sich in dieser Festschrift die Tendenzen und Entwicklungsringe moderner Rechtsvergleichung mit der Person des Jubilars in eindrucksvoller Weise.

## III.

Zentaro Kitagawa ist am 5. April 1932 in Kyoto geboren. Nach einem Abstecher in die Naturwissenschaften studierte er an der Universität Kyoto Rechtswissenschaft und legte außer dem Universitätsexamen auch die juristische Staatsprüfung ab. Bereits mit dreißig Jahren wurde er außerordentlicher

Professor an der Universität Kyoto, an der er auch im selben Jahr promovierte. Er ist verheiratet, und aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen.

Entscheidende Eindrücke durch das ausländische Recht empfing er an den Universitäten in München und Freiburg, wo er drei Jahre als Stipendiat der Alexander-von-Humboldt-Stiftung weilte. Nach einer Gastprofessur an der Law School der University of Washington, Seattle, wurde er 1970 ordentlicher Professor an der Universität von Kyoto. Es schlossen sich Gastprofessuren an der Harvard Law School, an der Universität München (1974) und zuletzt in Marburg (1988) an, wobei die letzte Station zugleich die neue Professur für japanisches Zivilrecht an der Universität Marburg eröffnete, die anschließend der Mitherausgeber dieser Festschrift bekleidete.

Bereits 1977 hat Zentaro Kitagawa das Kyoto Comparative Law Center gegründet, dessen Direktor er seither ist. Er diente der juristischen Fakultät der Universität Kyoto als Dekan von 1988 bis 1991.

Neben anderen Preisen wurde Zentaro Kitagawa mit dem von-Siebold-Preis des Deutschen Bundespräsidenten geehrt (1984), der höchsten Auszeichnung innerhalb der deutsch-ostasiatischen Beziehungen. Im Jahre 1989 verlieh ihm der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität in Marburg die Würde eines juristischen Ehrendoktors. Von den zahlreichen Ehrenämtern und Ämtern in wissenschaftlichen Vereinigungen seien nur erwähnt die eines korrespondierenden Mitgliedes in der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung und die eines Mitgliedes des wissenschaftlichen Beirates des Japanisch-Deutschen Zentrums in Berlin.

Das literarische Werk, soweit es sich um Veröffentlichungen in japanischer Sprache handelt, läßt sich hier nur summarisch anführen. Als selbständige Veröffentlichungen ragen heraus seine Arbeiten vor allem zum Vertrag, zur Theorie und Geschichte der japanischen Rechtswissenschaft, zum Verbraucherschutz, zum Computerrecht, aber auch seine Einführung in das japanische Recht. Sie werden ergänzt durch über 200 Aufsätze in japanischen Zeitschriften.

Seine Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache sind von besonderem Gewicht und haben in der westlichen Welt das Verständnis für das japanische Recht insgesamt und für das Zivilrecht besonders entscheidend mitgeprägt. Sein Beitrag zum Methodenproblem im japanischen Recht (Archiv für civilistische Praxis 1966) und insbesondere seine „Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan“ sind bereits klassische Meilensteine der Rechtsvergleichung. Stets neue und fruchtbare Ansätze haben seine Beiträge zu deutsch-japanischen Symposien gebracht, etwa über Verbraucherschutz, Arzneimittelp Probleme, Gesundheitswesen und Computerrecht. Die zahlreichen Beiträge zu Festschriften wie „Zur Rechtssoziologie im japanischen Vertragsrecht“, „Standards als Weg zur besseren Privatautonomie“, „Japanese Experience with Products Liability“ oder „Der Systemvertrag als neuer Vertragstyp in der Informationsgesellschaft“ und „Resonance Theory“ zeigen nicht nur die



Spannweite, sondern haben auch international wie in Japan große Beachtung gefunden. Die Bemühungen zum Urheberrecht, insbesondere auch zum Schutz von Computerprogrammen haben sich neben der Mitarbeit in internationalen Gremien in zahlreichen Aufsätzen niedergeschlagen. Ein Werk von allgemeiner Bedeutung verdient besondere Nennung; es ist die neunbändige Ausgabe von „Doing Business in Japan“, die ein Kompendium des gesamten japanischen Zivilrechts darstellt, das der Jubilar mit japanischen Fachkollegen zusammen erarbeitet und herausgegeben hat. Es ist als Pilotprojekt weithin eine der wichtigen umfassenden Quellen des japanischen Zivilrechts für den Westen bis heute geblieben.

Es ist nicht nur das Gespür für neue, wichtige Probleme, das das Werk von Zentaro Kitagawa auszeichnet, sondern sein Arbeitsstil, durch den er ein Wegbereiter und Brückenbauer der Rechtsvergleichung im wahren Sinne geworden ist. Er hat für die Überwindung der Einbahnstraße und den Zugang zum japanischen Recht Hervorragendes geleistet.

#### IV.

Die Herausgeber haben dem Kyoto Comparative Law Center, Kyoto, für die finanzielle Unterstützung der Festschrift zu danken. Das Center konnte 1991 sein zehnjähriges Jubiläum als rechtsfähige Stiftung feiern. Sie danken auch dem Verlag für die Betreuung der Festschrift.

Ganz besonderer Dank gilt Herrn Ullrich Laabs im Institut für Rechtsvergleichung, Anglo-amerikanische Abteilung der Universität Marburg. Er hat die umfangreiche und durch die räumlichen Distanzen oft erschwerte Kommunikation mit den Autoren hervorragend und effektiv bewältigt und dadurch zum Gelingen des Vorhabens entscheidend beigetragen.

\* \* \*

Zentaro Kitagawa gelten zu seinem 60. Geburtstag von Autoren und Herausgebern herzliche Glückwünsche  
ad multos annos!

*Tamotsu Isomura*  
Marburg/Kobe

*Hans G. Leser*  
Marburg

# Inhaltsverzeichnis

## I. Zu Rechtsvergleichung und IPR

*Roland R. Bahr*

Dr. iur., Rechtsanwalt, Konstanz.

Die Grenzen westlicher Rationalität und Wissenschaft bei der Beurteilung der Modernisierungsprozesse in Asien. Am Beispiel der Rezeption europäischen Rechts in Japan ..... 3

*Thierry Bourgiogne*

Professeur agrégé aux Facultés de Droit et de Sciences Economiques de l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve); Directeur du Centre de droit de la Consommation de l'U.C.L., Louvain-la-Neuve, Belgien.

Le droit communautaire de la consommation: Acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993 ..... 31

*Claus-Wilhelm Canaris*

Dr. iur., Dr. h.c., Universitätsprofessor, Direktor des Instituts für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht der Universität München.

Theorienrezeption und Theorienstruktur ..... 59

*James V. Feinerman*

Associate Professor of Law, Georgetown University, Law Center, Washington D.C., USA.

The Meiji Reception of Western Law ..... 95

*Wolfgang Gitter*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Bayreuth.

Soziale Sicherung im deutschen Einigungsprozeß ..... 107

*Günther Grasmann*

Dr. iur., Universitätsprofessor an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, Würzburg.

Das Erlöschen von Insolvenzforderungen nach Schuld- oder Insolvenzstatut? ..... 117

*Peter Häberle*

Dr. iur., Universitätsprofessor – Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht – an der Universität Bayreuth und St. Gallen, Schweiz.

Verfassungsentwicklung in Osteuropa ..... 129

*Andreas Heldrich*

Dr. iur., Universitätsprofessor am Institut für Internationales Recht – Rechtsvergleichung, München.

Profane Gedanken über die Hintergründe der Rechtsvergleichung .. 157

*Jong-Hyu Jeong*

Dr. iur., Universitätsprofessor am College of Law der Chonnam National University, Kwangju, Korea; z.Zt. Humboldtstipendiat an der Juristischen Fakultät der Universität München.

Umformung des japanischen Zivilrechts in Korea ..... 171

*Tsuyoshi Kinoshita*

Dr. iur., LL.M., Professor of Anglo-American Law, Rikkyo University, Tokyo, Japan.

Japanese Law and Western Law ..... 199

*Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein*

Dr. iur., Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bonn.

Ein Civil Lawyer betrachtet die „Posting Rule“ des Common Law .. 221

*Knut Wolfgang Nörr*

Dr. iur., Universitätsprofessor an der Eberhard-Karls-Universität – Forschungsstelle für internationale Privatrechtsgeschichte – Tübingen.

The Problem of Legal Transplant and the Reception of Continental Law in China before 1930 ..... 231

*Guo Shoukang*

Professor of Law, People's University of China, Peking, Vice-president of the International Association for Advancement of Teaching and Researching of Intellectual Property (ATRIP), Peking, VR China.

Application and Development of the Foreign Economic Contract Law of the P.R.C. .... 245

*Li Yi-Duo*

Research Fellow, Kyoto Comparative Law Center, Kyoto, Japan; Special Research Fellow, Comparative Law & Legal Sociology Institute, Beijing University, VR China.

Liability under the Law of the People’s Republic of China of a Superior Authority who Causes a Contract Party to Fail to Perform its Contractual Duty ..... 251

*Thomas Berberich*

Dr. iur., Stellvertretender Generalsekretär der Alexander-von-Humboldt-Stiftung, Bonn.

Die Förderung japanischer Rechtswissenschaftler am Beispiel der Alexander-von-Humboldt-Stiftung ..... 263

**II. Zum Schuldrecht**

*Christian von Bar*

Dr. iur., Universitätsprofessor und Direktor des Institutes für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück.

Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen ..... 279

*Ulrich Eisenhardt*

Dr. iur., Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Fern-Universität Hagen.

Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen Verletzung der Verpflichtung, über erkennbare Unwirksamkeitsgründe aufzuklären ..... 297

*Jacques Ghestin*

Professeur à l’Université de Paris I Panthéon-Sorbonne; Directeur du Centre de Droit des Obligations, Paris, Frankreich.

Mandat et représentation civile et commerciale en droit français ... 317

*Peter Gilles*

Dr. iur., Universitätsprofessor am Institut für Privatrecht, Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. Main.

Prozessuale Weiterungen des Verbraucherschutzes bei Kreditgeschäften. Zugleich zu allgemeinen Entwicklungen des Verbraucherrechts im Bereich der Haustürgeschäfte und Verbraucher kreditgeschäfte ..... 347

*Ewoud H. Hondius*

Professor of Law, The University of Utrecht, Niederlande.

Consumer Redress in Australia ..... 367

*Seokin Huang*

Dr. iur., Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Rechtswissenschaft an der National-Universität Seoul, Korea.

- Tatbestand und strukturelle Analyse der unerlaubten Handlung –  
Rechtsvergleichende Darstellung ..... 381

*Tamotsu Isomura*

Universitätsprofessor an der Philipps-Universität Marburg 1989–1991 und an der Universität Kobe, Japan.

- Sachmängelhaftung und Nichterfüllung im japanischen Recht ..... 395

*Stig Jørgensen*

Dr. iur., Universitätsprofessor an der Århus-Universität, Århus, Dänemark.

- Neuwertversicherung in Skandinavien ..... 413

*Hyung-Bae Kim*

Dr. iur., Universitätsprofessor an der Korea-Universität, Seoul, Korea.

- Fehlerbegriff und Haftungsgrund in der Produkthaftung ..... 423

*Hans G. Leser*

Dr. iur., Dr. h.c., Universitätsprofessor, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung – Anglo-Amerikanische Abteilung – der Philipps-Universität Marburg.

- Strukturen von Schadensersatz und Vertragsaufhebung im deutschen  
und UN-Kaufrecht. Eine Skizze ..... 455

*Dieter Medicus*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte – Antike Rechtsgeschichte und Papyrusforschung – an der Universität München.

- Wer ist ein Verbraucher? ..... 471

*Karl Heinz Neumayer*

Dr. iur., Dr. h.c., em. Universitätsprofessor der Rechtsvergleichung an den Universitäten Würzburg und Lausanne, Schweiz.

- Einschränkungen in der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
und Verbot mißbräuchlicher Vertragsklauseln. Eine rechtsvergleichende  
Analyse ..... 487



*Manfred Rehbinder*

Dr. iur., Universitätsprofessor für Arbeitsrecht, Immaterialgüterrecht, Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Schweiz.

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ..... 509

*Malcolm Smith*

Professor of Law, Director of the Asian Law Centre, University of Melbourne, Australien.

The Use and Abuse of Foreseeability: Some Observations of Judicial Law Making in the Common Law System ..... 523

*Veronica L. Taylor*

Lecturer at the Faculty of Law and Associate Director (Japan), Asian Law Centre, University of Melbourne, Australien.

Terminating Continuing Contracts in Japan: Some Implications for Australia ..... 535

**III. Zum Sachenrecht**

*Hans Peter Marutschke*

Wissenschaftlicher Angestellter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Fernuniversität Hagen.

Wandlungen der Idee vom Grundstückseigentum im japanischen Recht ..... 553

*Wilhelm Röhl*

Dr. iur., Dr. phil., Senatsdirektor a.D., Hamburg.

Begriffe aus dem Grundstücksrecht Japans im Mittelalter ..... 575

*Tze-Chien Wang*

Dr. iur., Universitätsprofessor an der National Taiwan University, Taipei, Taiwan.

Rezeption und Fortbildung des amerikanischen Mobiliarsicherungsrechts in Taiwan ..... 601

**IV. Zum Handels- und Gesellschaftsrecht**

*Harald Baum*

Dr. iur., Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

Aktienbesitz und Publizität. Gedanken zu Aktiengesellschaft, Aktienbesitz und Publizität desselben unter japanischem Recht ..... 623

## XIV

## Inhaltsverzeichnis

*Chan-Jin Kim*

Ph. D., Senior Partner, CJ International Law Offices., Seoul, Korea.

Legal Aspects of Doing Business in Korea ..... 645

*Christian Kirchner*

Dr. iur., Dr. rer. pol., Universitätsprofessor an der Universität Hannover.

Zur zentralen Rolle der zivilrechtlichen Sanktionen im Recht des Insiderhandels ..... 665

*Jerzy Lewandowski*

Prof. Dr. hab. sc. iur., Universitätsprofessor an der Central School of Planning and Statistics; Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, Warschau, Polen.

Legal background of the limited liability company in Polish Law ... 683

*Misao Tatsuta*

Professor of Law, Kyoto University, Kyoto, Japan.

Corporate Structure and Practices in the Face of Open Market Demand ..... 695

*André Tunc*

Professeur émérité à l'Université de Paris I - Sorbonne, Paris, Frankreich.

Keiretsu à la Française ..... 713

**V. Zum Verfahrensrecht***Marilyn Berger*

J.D., Professor of Law, University of Puget Sound, School of Law, Tacoma, Washington, USA.

Secrecy in Civil Litigation and Alternative Dispute Resolution in the United States ..... 727

*Wei-dong Ji*

Universitätsprofessor an der Universität Kobe, Japan.

On Reflective Mechanism of Law Trial Implementation in China .. 753

*Ergin Nomer*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Direktor des Research Center of International Law and International Relations der Universität Istanbul, Türkei.

Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in der Türkei ..... 771

*Dieter Stempel*

Dr. iur., Honorarprofessor an der Philipps-Universität Marburg, Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn.

Der japanische Beitrag zur Fortentwicklung außerforensischer und vermittelnder Konfliktregelung in der Bundesrepublik Deutschland ... 789

*Xiao Yongzhen*

Associate Chief Judge, Economic Division, Supreme people's Court, Peking, VR China.

Overview on resolution of economic disputes involving foreign interests in China ..... 801

**VI. Zu Urheberrecht und Computer**

*Friedrich-Karl Beier*

Dr. iur., Dres. iur h.c., Universitätsprofessor an der Universität München, Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

The Protection of Trade Secrets in Germany. A Short Appraisal in View of Japan's New Trade Secret Legislation ..... 817

*Jon Bing*

Universitätsprofessor, Dr. iur., Direktor des Instituts für Rechtsinformatik (Norwegian Research Center for Computers and Law), Universität Oslo, Norwegen.

Applying Copyright Law to Computer Programs ..... 829

*William R. Cornish*

Professor of Law, University of Cambridge, England.

The Basic Character of Confidential Information in the Common Law 843

*Adolf Dietz*

Dr. iur., Abteilungsleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

Der Begriff des Urhebers im Recht der Berner Konvention ..... 851

*Thomas Dreier*

Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausl. und internat. Patent- und Wettbewerbsrecht München; Rechtsanwalt, München und New York, USA.

Creation and Investment: Artistic and Legal Implications of Computer-generated Works ..... 869

*Robert J. Hart*

Chartered Patent Agent and European Patent Attorney, Liverpool, England.

- Copyright Protection of Computer Programs in Europe under the Proposed EC Directive ..... 889

*Dennis Karjala*

Professor of Law, Arizona State University, Tempe, Arizona, USA.

- Recent Developments in the Copyright Protection of Computer Software in the United States and Japan ..... 909

*Wolfgang Kilian*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Leiter des Instituts für Rechtsinformatik an der Universität Hannover.

- Rechtsprobleme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs ..... 925

*Ulrich Loewenheim*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Institut für Rechtsvergleichung an der Johann-Wolfgang-v.-Goethe-Universität Frankfurt a. Main.

- Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Verträgen über die Überlassung von Standard-Anwendersoftware ..... 949

*Dieter Meurer*

Dr. iur., Universitätsprofessor, Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften und Sprecher der Lehr- und Forschungsstelle für Rechtsinformatik an der Philipps-Universität Marburg und Vorsitzender Richter am Landgericht Marburg.

- Die Bekämpfung der Computerkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland ..... 971

*Ralph Oman, Dorothy Schrader and Patricia Sinn*

U.S. Register of Copyrights, Library of Congress, Washington D.C., USA.

- Terrestrial and Extraterrestrial Copyright: Space Age Technologies Challenge the Law ..... 987

*Karl H. Pilny*

Dr. iur., Dozent am Kyoto Comparative Law Center, Universität Kyoto, Japan; Rechtsanwalt, München und Brüssel, Belgien.

- „Neighbouring rights“ in Japan: Auch hier ein Schutzrecht für Verleger? Rechtsvergleichende Anmerkungen ..... 1001

*Richard H. Stern*

Private practice of law in Washington D.C., USA.

On Copyright in Computer Programming Languages ..... 1019

*Volker Vossius*

Dr. rer. nat., Dipl.-Chem., Patentanwalt, München.

Über den Patentschutz von Erfindungen auf dem Gebiet der Biologie in  
Deutschland und Europa .....1047

*Harold C. Wegner*

Acting Director, Intellectual Property Law Programm, George Washington University,  
Kenshuin at Kyoto University Law Faculty (1977), Washington, USA.

Patents to Aid (or Hinder) International Technology Transfer. A Com-  
parative and Historical View of the Role of Patents to Stimulate Techno-  
logy Transfer Contrasted with a Modern View to Use Patents as a Trade  
Weapon ..... 1057

Verzeichnis der Schriften von Zentaro Kitagawa ..... 1075





## **I. Zu Rechtsvergleichung und IPR**



## Die Grenzen westlicher Rationalität und Wissenschaft bei der Beurteilung der Modernisierungsprozesse in Asien

### Am Beispiel der Rezeption europäischen Rechts in Japan\*

Roland R. Bahr\*\*

Spricht man in der europäischen Jurisprudenz von Rechtsrezeption, so denkt man dabei heute noch zuerst und vor allen Dingen an die Rezeption des römischen Rechts in Europa.<sup>1</sup> Angesichts der Tatsache, daß das gesamte kontinental-europäische Recht in schicksalhafter Weise von der Rezeption römischen Rechts geprägt worden ist, erscheint dies nur natürlich. Wenn demgegenüber das Interesse an den sogenannten modernen Rezeptionen<sup>2</sup> sich in erster Linie auf das damit verbundene Problem einer richtigen Einordnung der betreffenden Rechtsordnungen in die großen Rechtssysteme der Gegenwart beschränkt, so erscheint auch das gerechtfertigt mit der Begründung, daß es sich bei diesen Rezeptionen letztlich doch nur jeweils um einen Unterfall der Rezeption römischen Rechts in Europa handelt. Hinzu kommt schließlich, daß in Deutschland als dem Kernbereich einer Rezeption des römischen Rechts — nach erbittert geführten Auseinandersetzungen über die Bewertung der Rezeption<sup>3</sup> — inzwischen der Begriff Rezeption mit einer Verwissenschaftlichung des gesamten Rechtswesens gleichgesetzt und damit möglichst vermieden wird.<sup>4</sup>

---

\* Vorliegende Abhandlung entspricht im Wesentlichen den Teilen II und III einer umfangreicheren Arbeit „Die Rechtsrezeption Japans in der europäischen Beurteilung — Versuch eines Anstoßes zur Neubewertung mit Wakon Yosai als Schlüssel und Maßstab —“, die in japanischer Übersetzung als Beitrag zur Festschrift für Yasutoshi Ueyama zum 60. Geburtstag „Bewußtsein und Gesellschaft in der deutschen Moderne — die Ambivalenz der juristischen und literarischen Germanistik —“ im April 1987 im Minerva Shobo, Kyoto erschienen ist.

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Konstanz.

<sup>1</sup> *Andreas B. Schwarz*, Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte, in: *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, 1960, S. 581 ff., 583; *Carl Creifelds* (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 7. Aufl., 1983 S. 922; *Manfred Rehbinder*, Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht, in: *RECHTSTHEORIE* 14 (1983), S. 305 ff., 305.

<sup>2</sup> *Paul Koschaker*, *Europa und das Römische Recht*, 4. Aufl., 1966, S. 145.

<sup>3</sup> Einen umfassenden Überblick hierzu gibt *Peter Bender*, Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft, in: *Rechtshistorische Reihe*, Bd. 8, 1979.

<sup>4</sup> *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit — unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., 1967, S. 131; *Gunter Wesener*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, in: *Rudolf Weber-Fas* (Hrsg.), *Jurisprudenz — Rechtsdisziplinen in Einzeldarstellungen* —, 1978, S. 313.

Diese Gegebenheiten in Europa prägen — bewußt oder auch nicht bewußt — Art und Weise der Beurteilung moderner Rechtsrezeptionen und zwar im Wesentlichen in dreierlei Hinsicht:

- Zum Ausgangspunkt wird der Rezeptionsakt als solcher beziehungsweise das, was dabei als gesetztes Recht entsteht, gemacht. Vernachlässigt wird demgegenüber die dem Rezeptionsakt zugrundeliegende und darüber hinausgehende Rechtswirklichkeit des Rezeptionslandes, aus der sich Anlaß, Bedingungen und Auswirkungen der Rezeption ja erst ergeben.
- Die Orientierung für Charakterisierung und Einordnung der sich ergebenden neuen Rechtsordnung erfolgt in erster Linie am Rezeptionsvorbild, dem jeweiligen Mutterrecht. Geringgeschätzt oder gar unbeachtet bleiben die ureigenen Elemente des rezipierenden Landes schon beim Rezeptionsvorgang selber, die Weiterentwicklung der fremden Rechtelemente, ihre Assimilation an die sozialen Verhältnisse des Rezeptionslandes und schließlich auch die Veränderung der Gesellschaft und ihre Anpassung an das neue Recht.
- Als Maßstab der Beurteilung der Ergebnisse der Rezeption werden ausschließlich die Kriterien und Begriffe des verwissenschaftlichten europäischen Rechtes genommen. Davon abweichende kultur- und gesellschaftsspezifische Erscheinungen des Rezeptionslandes werden dabei zwar gesehen, zum Teil sogar überbewertet, dann aber letztlich doch nur als Beweis für die Grenzen oder gar Unmöglichkeit einer Rezeption angesehen.

Geht man den Ursachen für diese Form einer Beurteilung fremder, außereuropäischer Kulturen nach, stößt man sehr bald auf das, was treffend „das imperiale Moment der okzidentalen Wissenschaft“ genannt worden ist.<sup>5</sup> Daß es auch in der Rechtswissenschaft präsent ist, ergibt sich etwa bei *Franz Wieacker* in seiner Hervorhebung eines mit der Herrschaft der Juristen begründeten, durch rationale Diskussion juristischer Sachproblematik gekennzeichneten Charakters, „der bis heute die okzidentale Gesellschaft von allen anderen uns bekannten Kulturen unterscheidet“.<sup>6</sup> Die hier zum Ausdruck kommende Ausschließlichkeit findet ihr direktes Pendant in der wohl am deutlichsten bei *Max Weber* formulierten Einzigartigkeit und zugleich Universalität des abendländischen Geistes, wo es im Vergleich von Europa mit Asien zum Punkte Staats- und Rechtslehre heißt: „Aber aller asiatischen Staatslehre fehlen eine der aristotelischen gleichartigen Systematik und die rationalen Begriffe überhaupt. Für eine rationale Rechtslehre fehlen anderwärts trotz aller Ansätze . . . die streng juristischen Schemata und Denkformen des römischen und des daran geschulten okzidentalen Rechts“.<sup>7</sup> Nicht übersehen werden darf die Tatsache,

---

<sup>5</sup> *Bodo v. Greiff*, Über das gegenwärtige wissenschaftliche Interesse an Japan, in: *LEVIATHAN* (1984), S. 445 ff., 446.

<sup>6</sup> *Franz Wieacker* (Fn. 4), S. 22.



daß weder *Weber* noch *Wieacker* die in abendländischer Rationalität liegenden Grenzen und Antinomien verkannt haben.<sup>8</sup> Bei seinen Kulturvergleichen enthält sich *Weber* zudem ausdrücklich jeder Wertung.<sup>9</sup> Beiden ist auch zugute zu halten, daß der Stand der Erforschung vergleichbarer moderner Elemente im asiatischen Denken zu Zeiten *Weber's* äußerst unzureichend war und auch heute noch sehr zu wünschen übrig läßt. Doch gerade in dieser Ungleichgewichtigkeit von vorhandenem erforschten Wissen hier und noch in den Kinderschuhen steckender Forschung mit nur punktuellen Ergebnissen dort erweist sich die unheilvolle Sogwirkung okzidentaler Wissenschaft und Rationalität für die rezipierende asiatische Seite.<sup>10</sup> Dabei läßt sich folgender Mechanismus eines doppelten Mißverständnisses<sup>11</sup> beobachten: Die rezipierende asiatische Seite — oft gerade mit ihren hervorragenden Vertretern — verinnerlicht die normsetzenden Begriffe und Kriterien, ohne die damit verbundenen Vorbehalte zu beachten oder auch nur erkennen zu können.<sup>12</sup> Die auf einer solchen Grundlage dann erfolgenden Wertungen und Analysen der eigenen Kultur sind zwangsläufig eurozentristisch geprägt.<sup>13</sup> In Ermanglung anderer Quellen werden schließlich die wenigen — zumeist ins Englische — übersetzten Selbst-Beurteilungen dieser Art dann in umgekehrter Richtung von westlicher Seite aufgenommen, womit sich der Kreis schließt.<sup>14</sup> Auf lange Sicht ist dieser *circulus vitiosus* nur zu

---

<sup>7</sup> *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 4. Aufl., 1947, S. 2; aber etwa auch *Karl Jaspers*, „Vom Ursprung und Ziel der Geschichte“, Piper, 8. Aufl., 1983, S. 93f.

<sup>8</sup> So insbesondere *Max Weber* gegen Ende seines Aufsatzes „Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus“ (Fn. 7), S. 204 mit seiner düsteren Vision vom möglichen Ende unserer Kultur-Entwicklung: „mechanisierte Versteinerung, mit einer Art krampfhaften Sich-wichtig-nehmen verbrämt“; aber auch *Franz Wieacker* bei seiner Bilanz der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, (Fn. 4), S. 243 ff., 248.

<sup>9</sup> *Max Weber* (Fn. 7), S. 14.

<sup>10</sup> *Rudolf W. Müller*, *Das sozialwissenschaftliche Japan und der Okzident — von der Verurteilung zur Anerkennung des Gruppen-Ichs*, in: *LEVIATHAN* (1984), S. 506ff., S. 509.

<sup>11</sup> *Eduard Spranger*, *Kulturbegegnungen als philosophisches Problem*, in: *UNIVERSITAS*, Bd. 3, (1948), S. 1033 ff., 1037, spricht von einem „zweiseitigen Mißverständnis“, dessen Produkte er allerdings positiv als „einen Bewegungsfaktor in der realen Kultur“ sieht.

<sup>12</sup> Dazu insbesondere *Andreas Buss* in seiner Einführung zu: *Max Weber in Asian Studies* (ed. by Andreas E. Buss), *International Studies in Sociology and Social Anthropology* Vol. XLII, 1985, S. 4; aber auch *Yoshiaki Uchida*, *Max Weber in den japanischen Sozialwissenschaften 1905-1978*, eingeleitet und aus dem Japanischen übertragen von Klaus Kracht in: *Bochumer Jahrbuch zur Ostasienforschung* Bd. 4, 1981, S. 71 ff., 80f.

<sup>13</sup> *Rudolf W. Müller* (Fn. 10), S. 509; im Bereich der Philosophie siehe *Hans-Joachim Becker*, *Die frühe Nietzsche-Rezeption in Japan (1893-1903) — ein Beitrag zur Individualismusproblematik im Modernisierungsprozeß*, 1983, S. 7.

<sup>14</sup> Ein konkretes Beispiel solcher Wechselwirkungen zwischen japanischem und kontinental-europäischem Rechtsdenken, dem japanischen Rechtsgelehrten *Yoshiyuki Noda* und dem französischen Rechtsgelehrten *René David* — siehe unten (Fn. 17) —; dabei