

第4卷
Band IV

德国法研究

Studien über Deutsches Recht

孙 珺 葛勇平 主编

哈尔滨工业大学出版社

Verlag der Technischen Universität Harbin

D951.6

4

34

德国法研究

第4卷

Studien über Deutsches Recht

Band IV

孙 珺 葛勇平 主编

哈尔滨工业大学出版社

内 容 提 要

《德国法研究》由哈尔滨工业大学德国法研究所与法学院主办,由德国法研究所主持编写,主要包括德国公法、私法各领域的法律、政策等问题;主要栏目有学术专论、理论实践、法律法规、研究综述与发展动态等;主要特色是既注重理论研究,也兼顾对现实法律问题的探讨。

在国内外学者、专家大力支持下,《德国法研究》分卷出版,酌情设立专题研究栏目,其语言为中文与德文,面向从事德国法律问题研究的学者、专家、司法人员及爱好者,也可作为研究机构、高等院校法学专业师生的参考书。

本书的出版得到哈尔滨工业大学法学平台建设基金的资助

图书在版编目(CIP)数据

德国法研究. 第4卷/孙珺,葛勇平主编. —哈尔滨:
哈尔滨工业大学出版社,2010.6

ISBN 978-7-5603-3043-3

I. ①德… II. ①孙…②葛… III. ①法律-研究-
德国 IV. ①D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 107724 号

责任编辑 田新华

封面设计 长 江

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 哈尔滨工业大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16 印张 16 字数 353 千字

版 次 2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5603-3043-3

定 价 45.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

编辑委员会 (Herausgeberbeirat)

主 任 刘兆兴 (中国社会科学院)
葛勇平 (哈尔滨工业大学, 常务)

副主任 Gilbert Gornig (德国马堡大学)
孙 珺 (哈尔滨工业大学, 常务)

委 员 (按姓氏拼音先后为序)

陈卫佐 (清华大学)

杜 涛 (复旦大学)

范 健 (南京大学)

范剑虹 (澳门大学)

高旭军 (同济大学)

李道刚 (山东大学)

龙卫球 (北京航空航天大学)

邵建东 (江苏省检察院)

王世洲 (北京大学)

吴 越 (西南财经大学)

许浩明 (中国政法大学)

周兴生 (西北政法大学)

邹国勇 (武汉大学)

Ulrich Battis (德国柏林洪堡大学)

Uwe Blaurock (德国弗莱堡大学)

Jarko Fidrmuc (德国慕尼黑大学)

Werner Heun (德国哥廷根大学)

Philip Kunig (德国柏林自由大学)

Andreas Spickhoff (德国雷根斯堡大学)

主 编 孙 珺 葛勇平

编 辑 Julia Lippl(德) 唐晋伟 孙佳敏 赵晓钧 闫薛涛
许 慧 赵 蒙 刘嘉鑫 张春雷 孙亚楠

目 录

卷首语:人情与商情的博弈 孙 珺 (1)

◆ 德国公司法与金融法专题

德国司法实践中的康采恩责任——一人控股公司及其董事的法律责任

Konzernhaftung in der deutschen gerichtlichen Praxis—Rechtliche

Haftung der Einmann-Holding-Gesellschaft und ihres Direktors

..... 高旭军 GAO Xujun (3)

德国证券市场专业服务机构的虚假信息民事责任制度研究及其对中国的启示

Untersuchung zur Zivilhaftung der unrichtigen Informationen der Fachdienstleistung

für Wertpapier in Deutschland und deren Anregungen für China

..... 主力军 ZHU Lijun (16)

德国中央银行的独立性及其对中国的启示

Die Unabhängigkeit der deutschen Zentralbank und ihre Anregungen für China

..... 孙 珺 SUN Jun 闫薛涛 YAN Xuetao (30)

◆ 学术专论

冲突法的革命与反革命——美国冲突法革命及其对德国和欧洲的影响

Revolution und Konterrevolution des Konfliktrechts — Der Einfluss der

US-amerikanischen Konfliktrechtsrevolution auf Deutschland und Europa

..... 杜 涛 DU Tao (39)

德国法中因家庭饲养动物引起的责任

Die Haftung für Haustiere im deutschen Recht

..... [德] 克里斯蒂娜·埃贝尔-博格斯 Christina EBERL-BORGES (66)

德国判例制度研究

Untersuchung des Systems der deutschen Präjudizien 李 翀 LI Chong (80)

德国刑事诉讼中协商制度析论

Absprachen im deutschen Strafverfahren 黄河 HUANG He (118)

德国商法与资本市场法的立法统一及其对中国商事立法的启示

Harmonisierung des Handels- und Kapitalmarktrechts in Deutschland und

deren Anregung für die Handelsgesetzgebung in China

..... 王贵勤 WANG Guiqin 主力军 ZHU Lijun (141)

德国国际法主体身份一致性之思考

Nachdenken über die Identität des deutschen Völkerrechtssubjekts

..... 孙珺 SUN Jun [德] 吉尔伯特·高内阁 Gilbert GORNIG (153)

◆理论实践

德国消费者中心联邦协会的发展历程及其对中国消费者组织的启示

Die Entwicklung des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. in Deutschland und

deren Anregungen für die Verbraucherschutzorganisationen in China

..... 唐晋伟 TANG Jinwei (158)

德国行政法院受案范围刍议

Die Deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit 孙佳敏 SUN Jiamin (170)

德国解决合伙企业协定资格的方法——协定中的特别规则

Die Lösung der Abkommensberechtigung von Personengesellschaften in Deutschland

—Die Spezialregelung in den Doppelbesteuerungsabkommen

..... 黄素梅 HUANG Sumei 易卫中 YI Weizhong (181)

◆法务讲坛

德国律师实务与法学教育

Rechtsanwaltspraxis und Juristische Ausbildung in Deutschland

..... 许慧 XU Hui (193)

◆法律法规

德国《民法典施行法》(节选:国际私法)

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

(Auszug: Internationales Privatrecht) 邹国勇 ZOU Guoyong 译 (198)

◆法苑杂谈

德国法院印象 乔文豹 QIAO Wenbao (213)

◆研究综述

中国德国法研究现状述评(经济法与宪法专题)	许 慧 XU Hui (218)
中国德国法研究文献汇编(经济法与宪法专题)	
.....	许 慧,等 XU Hui 整理 (231)

◆发展动态

德国法研究所 2009 年 3 月至 2010 年 2 月学术与交流活动综述	(236)
附录 1	(243)
附录 2	(245)
后记	葛勇平 (246)

卷首语：人情与商情的博弈

21 世纪的人类社会进入了高度信息化、全球化的发展轨迹。对人性的普世关注一方面使人越来越有情，另一方面使人的生存环境越来越商业化。教育在不断加强以人为本的同时难逃产业化的变异，大学沦为企业、学生沦为产品，大学教育究竟是造就一个人、还是投资一个产品？这样的质问不仅发生在中国，也波及德国。在德国，政府以实现欧洲大学学制统一为名进行的削减教育投资的改革遭到各界学生团体的抵制，终于在 2009 年底引发了规模浩大的抗议活动。这次学潮参与人数近三十万，涉及近百所大学，海德堡大学学生率先占领课堂，威斯巴登学生占领州教育部，美茵茨学生冲击州议会。

世界要和谐，人类要发展，人情与商情的博弈无处不在。人的价值如何于内在及外在财富中找到黄金分割点，可能是人类对其自身进行研究的永恒课题。当发现家父赠送给爱人及我的一首小诗依旧可以打动我的时候，才发觉自己似乎蜕变成了现代商业化世界的古董，津津乐道地敲出一个个没有多大商业价值的方块字，看重的依旧是那份人情。现附诗如下，以飨读者：

同窗共读石头城，比翼双飞哥廷根。

举案齐眉枕马堡，相濡以沫栖厦门。

松花江畔育桃李，秦淮河边撰教程。

相亲相爱相切磋，同来同往同攀登。

——孙殿宝

然而，不得不承认自己不是不识人间烟火的圣人。如果说，《德国法研究》的编撰在最初一点也不是为了完成科研工作量、保住微薄的物质待遇，那是说谎；尽管本书的科研分值并不高，当依旧秉承着越办越好的理念、充满愉悦之情

完成了第4卷的工作时,可以坦然地判定自己还是性情中人。更令人欣慰的是,当第1卷艰难起步时,就非常担心该系列出版物能否继续,而如今依旧有这么一批志同道合的老友新朋拨冗在这个学术家园里默默执著地耕耘。写到这里,才发现人情与商情的博弈也可转化为人情对商情的融化。尤其学术之人,更应该有着一份淡定自若、宁静志远的情怀。

无论是人情使然,还是商情激励,《德国法研究》第4卷在人数越来越多、范围越来越广的作者群的来稿中优选了涉及德国公司法、金融法、国际公法、国际私法、民商法、诉讼法、行政法等领域的论文;本卷在原有的专题、学术专论、理论实践、学术讲坛、法律法规、研究综述、发展动态以及律所推介八个专栏的基础上,将学术讲坛、律所推介调整为法务讲坛、法苑杂谈。

可能在有些人眼里,《德国法研究》没有名家大家之作。对我们而言,重要的是以专业的心做专业的事,在力所能及的范围内为德国法的学术研究工作尽绵薄之力。能为志趣相投者提供交流探讨、修身养性的平台,此乃人生大快乐。谨代表《德国法研究》全体编委衷心祝愿各界学人、专家在人情与商情的博弈中寻觅到人生的甘甜、学术的甘美,也恳请各界学人、专家在品尝甜美果实之时勿忘给我们提出有益的意见与建议。

孙 珺

哈尔滨工业大学法学院教授

德国马尔堡大学法学博士

哈尔滨工业大学德国法研究所所长

2010年2月

联系方式:

哈尔滨市南岗区西大直街92号235信箱(邮编:150001)

哈尔滨工业大学德国法研究所

E-mail: germanlaw@126.com sunjunnet@126.com

德国公司法与金融法专题

德国司法实践中的康采恩责任
——一人控股公司及其董事的法律责任
Konzernhaftung in der deutschen gerichtlichen Praxis
—**Rechtliche Haftung der Einmann**
— **Holding – Gesellschaft und ihres Direktors**

高旭军
GAO Xujun

【作者简介】 高旭军,男,1964,同济大学中德学院经济法系教授,德国蒂森股份有限公司经济私法教席主任,德国柏林洪堡大学法学博士,德国洪堡基金会学者。研究方向:国际经济法与民商法。

GAO Xujun m, 1964, Professor an der Fakultät für Wirtschaftsrecht am CDHK der Universität Tongji, Direktor des ThyssenKrupp AG – Stiftungslehrstuhls für Wirtschaftsprivatrecht, Doktor der Rechtswissenschaft der Humboldt – Universität zu Berlin (Deutschland), Stipendiat der Alexander von Humboldt Stiftung (Deutschland). Forschungsgebiet: Internationales Wirtschaftsrecht, Zivil – und Handelsrecht.

【内容提要】 在康采恩责任制度方面,德国联邦最高法院在“不来梅 Vulkan”案中的判决具有里程碑意义。在该案中,联邦最高法院放弃了长期以来采用的“结构性责任模式”,拒绝将康采恩责任制度类比适用于有限责任公司,转而采用“行为责任模式”,并以《有限责任公司法》及《民法典》的有关规定作为追究法律责任的依据。本文首先介绍了“不来梅 Vulkan”案的案情,之后分析、比较两种责任模式。由于德国康采恩责任制度与中国公司法中的“揭开公司面纱制度”在本质上一致,因此研究该案对中国公司法的理论和实践具有借鉴意义。

Zusammenfassung In Bezug auf Konzernhaftung ist das Urteil zum “Bremen Vulkan” des Bundesgerichtshofs der Bundesrepublik Deutschland eine bahnbrechende Entscheidung. Im Urteil hat der Bundesgerichtshof auf das langjährige praktisierte “strukturelle Haftungsmodell” verzichtet, aber das “Verhaltenshaftungsmodell” angenommen. Um eine abhängige GmbH gegen Eingriffe zu schützen, ist der Bundesgerichtshof nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts gefolgt, sondern die einschlägigen Vorschriften aus GmbHG und BGB als Grundlage des Schadensersatzanspruchs genommen. In diesem Artikel wird zuerst die Sachlage vorgestellt, dann die zwei vorher genannten Modelle analysiert und verglichen. Wegen der wesentlichen Identität zwischen der “Konzernhaftung” in der deutschen Rechtsordnung und dem “Durchgriff” in der chinesischen Rechtsordnung ist die Forschung zu diesem Urteil für die Theorie und die Praxis des Gesellschaftsgesetzes Chinas von großer Bedeutung.

【关键词】 有限责任公司；康采恩责任；结构性责任模式；行为责任模式

Stichwörter GmbH, Konzernhaftung, das strukturelle Haftungsmodell, das Verhaltenshaftungsmodell

在**不来梅 Vulkan**一案中,联邦最高法院审理了联邦联合特别项目机构和一家已经破产的造船康采恩(不来梅 Vulkan)管理机构成员之间的争议。由于这些管理人员违反约定目的使用了公共资助资金,所以要求他们承担个人的赔偿责任。具有重要意义的是:联邦最高法院在本案中确立了“一人股东不得对其公司进行具有毁灭生存性质的侵害并应该保障其附属公司生存”的原则,这一原则主要适用于有限责任公司由于受到其股东的侵害而失去清偿能力的情形。在本案中,联邦最高法院明确拒绝将康采恩法类比适用于有限责任公司的事实康采恩。该判决在德国法学界引起了不小的震动。引发震动的原因是:联邦最高法院在本案中明确放弃了已经实施十几年的由判例法发展而成的原则——在类比适用《股份法》合同康采恩的基础上建立起来的合格的有限责任公司事实康采恩责任原则;^①取而代之的是在独立的有限责任公司法基础上建立了“干预责任”(Eingriffshaftung)这一新的责任模式。中国《公司法》第20条第3款已经明确规定了“揭开公司面纱制度”。在中国的关联企业中,母公司肆意侵害子公

^① BGH v. 29. 3. 1993-II ZR 265/91-TBB, CmbHR 1993, 283; BGH v. 23. 9. 1991-II ZR 135/90-Vedio, CmbHR 1991, 520.

司及其债权人利益的情形也时常发生。因此,分析和研究德国康采恩责任机制对于建立和完善中国的“揭开公司面纱制度”,有着一定的参考意义。下文将以“不来梅 Vulkan”案为主线,论述德国的康采恩责任制度。

一、案情

被告是 B 股份有限公司(下文简称 B 公司)的前任董事,原告向被告提出数额为 970 万马克的损害赔偿要求。原告特别向被告提出以下指控:被告违背协议中的约定,阻止向在 W 市注册的 M 有限责任公司(下文简称 M 公司)发放投资援助款项,尤其是没有发放为实施约定投资计划而应该在 1995 年 9 月 20 日发放的 194 000 000 马克。这一指控是以下列事实作为证据的:

原告当时是位于 R 市 D 公司(下文简称 D)的一人股东。1992 年 8 月 11 日,原告以 THA 信托机构的名义(下文简称 THA 信托)和 D 一起与 BV 股份有限公司(下文简称 BV 公司,BV 公司后改名为 B 股份有限公司)以及 S 股份有限公司(下文简称 S 公司)签订了出售转让 D 持有的位于 R 市 H 船舶机械制造有限公司(下文简称 H 公司)股份的合同。D 公司为 H 公司的一人股东,它持有 H 公司的两股股份。而 H 公司又是 M 公司的一人股东。B 公司并购 H 公司后,B 公司持有 M 公司 2% 的股份,V 有限责任公司(下文简称 V 公司)持有其余 98% 的股份。而 B 公司则是 V 公司的一人股东。根据转让合同第 5 条第 1 款 b 项规定,THA 信托应当将一笔补偿金汇入托管账户,该笔现金补偿款的总额为 686 542 000 马克,托管人 M 必须按照规定的日期和数额分期分批支付上述款项。该款项由以下部分组成:作为自有资本投入 57 700 700 马克和经营补贴 273 642 000 马克。该经营补贴款中又分别包括以下款项:订单损失 150 770 000 马克、员工不足补贴 7 000 万马克、竞争补贴 52 872 000 马克、投资补贴 337 200 000 马克和停业补贴(裁员 1 800 万马克)。根据转让合同第 8 条第 1 款的规定,B 公司作为 M 公司的关联企业,有义务督促 M 公司在 1992 年至 1995 年期间进行总额为 562 200 000 马克的投资,只有在有关关联公司固定资产中增加的投入才被视为投资。按照规定,337 200 000 马克是为了进行保养、维修和补偿性投资而设立的准备金,但同时它起着替代梅克伦堡-前波莫瑞州(Mecklenburg - Vorpommern)预付该州应该支付的资助款项的作用。州政府将根据 562 200 000 马克这笔投资促进款的投资绩效而将上述 337 200 000 马克付给 THA 信托。根据转让合同第 8 条第 4 款的规定,应当书面通知 THA 信托,告知其在每一具体时期应该完成的投资数额;在每年进行年终审计时,应该编制关联企业的投资报告,该报告必须经过审计师的审查,并且必须将此寄送给 THA 信托。

由于本合同中列举的补贴被视为《欧洲共同体条约》^①第 92 条等意义上的国家补贴,所以,转让合同第 13 条等条款规定:在欧盟主管机构及德国联邦财政部批准本合同后,合同才能生效。由于双方约定的期限到期时仍未获得上述批准,双方分别在 1992 年 10 月 1 日和 1993 年 2 月 12 日达成新的协议,修改了 THA 信托进行预付款项的法律条件,并使合同提前生效。1993 年 1 月 6 日欧共体以信函方式批准支付 304 000 000 马克的补贴,该补贴款中包括了“现金补偿金总额”(686 542 000 马克)中的 223 300 000 马克,其中包括自有资本的增资额 57 700 700 马克、经营补贴/竞争补贴 52 800 000 马克、停业补贴 1 800 万马克以及投资补贴 94 800 000 马克。在书面通知中,欧共体明确指明了提供进一步补贴的前提条件,即必须提供证据证明:不会将获得的补贴款项转移给在前联邦各州(指前西德)设立的其他船舶制造企业使用。由于 B 公司已将 M 公司纳入 B 集团企业清偿同盟,因此不排除向 M 公司支付的补贴款可能会为 B 集团中的其他企业所使用。所以,THA 信托要求 B 公司为拟向 M 公司发放的款项提供担保,保证该款项将仅为 M 公司所使用。B 公司拒绝了上述要求。此后,THA 信托和 B 公司达成协议。据此,B 公司将每半年向 THA 信托报告一次 M 公司的经营状况及其重组进展;此外,每季度还应该提交一份所谓的“外部影响报告”(spill-over-Bericht)。最初的两份外部影响报告表明:在本来应该供 M 公司支配使用的补贴资金中,有一部分资金却通过清偿同盟最终为位于西德的关联企业使用。这样,THA 信托再次提出其保留条件:只要 M 公司提出使用补贴款项的要求,相关的资金必须立即交由 M 公司支配使用。此后,欧共体批准了支付其他补贴款项,具体情况如下:1994 年 5 月 18 日,批准发放 220 800 000 马克经营补贴,150 770 000 马克的订单损失补贴,7 000 万马克的员工不足补贴;1995 年 10 月 10 日,又批准支付 194 000 000 马克投资补贴;1996 年 4 月 3 日再次批准支付了 4 840 万马克。1995 年 10 月 11 日托管人发放了 194 000 000 马克后,此项资金立刻进入 B 公司的资金账户。由于 M 公司参与了 B 公司及其控股公司在 1994 年 9 月 1 日/11 月 30 日签订的有关集团企业内部融资与投资协议(CC-Vertrag),根据该协议的规定,集团企业的所有成员必须将其可自由支配的流动资金集中存放在 B 公司的资金账户中,并且只能向 B 公司申领生产经营所需的贷款,所以 M 公司必须向 B 公司交付该项补贴款项。1995 年 7 月 3 日,接受 B 公司委托的 Bo. 集团提醒 B 公司董事会,公司将面临严重的清偿危机:为了克服短期清偿危机,它认为必须立刻采取措施,并认为公司在 1995 年至 1997 年间需要的现金数额远远超过原定计划,将共需要 11 亿马克,为此它建议公司

① 指的是 1992 年 2 月 7 日签订的《欧盟条约》,参见:BGBl. II, 1253/1256。

有必要接受长期贷款。根据 C 笔录的会议纪要,公司于 1995 年 8 月 25 日举行紧急状况磋商,会议得出以下结论:长期计划表明公司存在着大约 3 亿马克的资金短缺,而 B 公司提供的 155 000 000 经营贷款无法满足公司短期内对资金的需求。由于与银行代表有关提供贷款的谈判没有成功,B 公司无法通过提供贷款履行其对 M 公司承担的投资义务。1995 年 12 月 22 日和 1996 年 1 月 3 日董事会宣布:无法再满足东德造船厂(M 公司)对现金管理中心提出的支付要求。在欧共体批准的 288 800 000 马克补贴款中,到 1995 年 9 月 30 日时还有 102 687 000 马克结余,至 1995 年 12 月 31 日还有 55 289 000 马克结余。在这两个时间点上,M 公司在 B 公司资金账户上还分别拥有定活期款项 428 000 000 马克(1995 年 09 月 30 日)和 590 000 000 马克(1995 年 12 月 31 日)。此外,M 公司还对清偿同盟中的 V 公司拥有 527 300 000 马克的债权,对 B 公司则拥有 470 万马克的债权。1996 年 5 月 1 日宣布对 B 公司的资产进行破产清算。

原告基于两方面的权利向被告提出损害赔偿的要求。一方面,被告在管理康采恩过程中不仅作出了错误决定,而且因其不忠和欺诈行为损害了集团公司中其他成员的利益。其他成员将其拥有的损害赔偿请求权转让给了原告,原告因此而获得了请求损害赔偿的权利;另一方面被告的不诚信和欺骗行为也损害了原告的利益,原告据此也有权要求被告赔偿其损失。被告则认为自己没有违反在集团公司中承担的义务,因而不需要承担赔偿责任;同时被告否认自己有欺诈或者不诚信的行为。此外,被告还否认原告的赔偿请求权,因为在 1996 年 4 月 4 日签订的合同中,原告明确声明放弃损害赔偿请求权,该放弃不仅对 V 和 B 有效,而且对其董事会成员有效。

地区法院和二审法院作出了驳回原告诉讼请求的判决。在上诉中,原告坚持要求被告赔偿其损失。联邦最高法院经过重新审判,决定撤销不来梅高等法院民三庭 1999 年 5 月 18 日的判决,并将本案发回重审并判定:根据目前查明的情况,不能排除原告拥有下列权利,即原告既可以根据 M 公司向其出让的权利,也可以根据其自己拥有的权利,向被告提出损害赔偿请求。

二、结构性康采恩责任机制

(一) 建立康采恩责任机制的目的

合格的有限责任公司事实康采恩责任的基本特征是:控股股东(一人股东)必须对其有限责任公司的债权人承担直接的清偿落空责任。从法学方法角度和实施这种责任的最终效果来分析,它实际上等同于股东的直接责任,其缘由是因为该附属子公司在结构上长期处于其母公司的控制和领导之下,而且其控制和领导给子公司带来了不利后果;这种忽视子公司在法律上和经济上的独立性,将

它作为实现康采恩利益的工具,显然会危及子公司债权人的利益。这也是法院最终打破了《有限责任公司法》第13条第2款规定的有限责任和其中蕴含的股东和公司分离原则的重要原因。^①

可见,这种合格的有限责任公司事实康采恩责任在事实上等同于股东的直接责任,它与英美公司法下的“揭开公司面纱”同义。从法社会学的角度进行分析,股东的这种直接责任是成立的。股东——不管是自然人股东还是企业股东,他们可以享有《有限责任公司法》第13条第2款规定的仅仅承担有限责任的特权,这样也能保证他们不受到公司债权人的直接追偿,但他们只能在特定的前提条件下才享有这一特权,即股东自己必须尊重其公司的独立性,遵守《有限责任公司法》第13条第2款中蕴含的分离原则。如果股东自己不将该有限责任公司当作一个与其相互分离的独立法人,那么就会面临着承担直接责任的危险。

(二) 结构性康采恩责任机制的要件

在1985年的“吊车案”中,联邦最高法院首次决定将《股份法》中有关合同康采恩的条款尤其是第302条和第303条类比适用于有限责任公司中,并据此确定了康采恩责任机制的结构。^② 据此,承担康采恩责任大致具有如下要件:其一,在处于支配地位的股东和其附属公司之间必须存在着《股份法》第17条第1款^③意义上的依附关系。其二,该处于支配地位的股东能否对公司施加控制性的影响。其三,该股东是否还从事着其他的经营活动。其四,相关的康采恩必须是一个合格的康采恩。

依附关系 所谓《股份法》第17条第1款意义上的附属关系是指:尽管附属企业在法律上是独立的,但另外一个企业可以直接或间接地对该企业施加决定性的影响;如果两个企业之间存在着这种关系,那么它们之间也就存在依附关系。

施加影响并损害附属公司的利益 如果仅仅在两个公司之间存在着上述依附关系,还不足以追究控股股东的法律责任。要求控股股东承担补偿责任,还必须具备另外一个条件,即该控股股东还必须对其依附企业施加了长期的决定性的影响,并由此损害了该有限责任公司的利益。^④ 《股份法》第17条第1款也明确规定了这一点。在一人有限责任公司的情况下,并不能因为其一人公司的地

^① Kessler, GmbHR 1994, 429 ff.

^② BCH v. 16. 09. 1985-II ZR 275/84, GmbHR 1986, 78.

^③ 《股份法》第17条第1款:附属的企业在法律上是独立的企业,另外一个企业(占支配地位的企业)可以直接或间接地对该企业施加决定性的影响。第2款:从一个企业持有另一企业多数股份这一事实中可以推定:后一企业附属于前一企业。

^④ Hueffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 15 Rn. 6ff.

位而推定:该一人股东对其公司施加决定性的影响;如果一人控制了另一公司的多数股份,人们也仅仅可以推论:这里已经存在着《股份法》第17条第2款意义上的依附推定。

从事其他经营活动 在康采恩责任结构中,更加关键的因素是:处于控制地位的股东是否还从事其他经营业务。^①在追究控股股东的康采恩责任时,应该证明:控股股东对其附属的有限责任公司施加了长期的康采恩式的影响,由此损害了该有限责任公司的利益。^②除此以外,还需证明:该股东除了对附属公司行使控制权以外,自己还独立地开展其他的经营行为,例如自己还开展着个体经营活动或者从事着独立的企业经营活动,或者还持有另一公司的相当数量的股份。由于在这种情况下,该控股股东同时进行着各种不同的、相互交叉的经营行为,这样就存在着他为了其他利益而损害甚至牺牲其附属公司利益的可能。例如,他可以将该附属公司的资金转移给其他企业使用,或者不顾威胁到附属公司生存的可能性,“抢夺”本来属于该附属公司的商业机会,为己所用。^③相反,如果附属有限责任公司的股东并没有从事其他经营活动,该附属公司的损失也不是由此造成的,那么,在这种情形下就不具备承担康采恩责任的要件,所以也不受康采恩法的保护。

合格康采恩 控股股东承担康采恩责任,还必须具备另外一个前提条件,即该股东控制的康采恩不是一般的康采恩,而是“合格”的康采恩。那么,区分“合格”与否的标准是什么呢?根据联邦最高法院的判决,在控股股东对其附属公司进行的侵害并不限于个别现象的情况下,相反由于其对附属公司的控制是如此之严密,其对附属公司的侵害是如此之频繁,所以无论在法律上,还是在事实上都无法通过个别补偿措施来弥补附属公司因此而受到的损失。^④

(三) 康采恩责任机制的缺陷

尽管康采恩责任机制在逻辑上是严密的,但是德国法学界还是对它提出了批评。批评之一是:德国学者把股东责任分成结构性责任和行为责任两类,而合格的有限责任公司事实康采恩责任是属于哪一类呢?其答案不得而知。^⑤在Viedio一案中,根据该判决中确定的康采恩责任构成要件,它应该明显属于结构责任,即主要是因为控股股东既作为附属有限责任公司的股东,又作为该公司的经理这一双重身份,才追究其责任的。但是,这又进一步受到了学者的批评。从

① Karsten Schmidt, FS Lutter, S. 1167, 1179ff.

② Hueffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 15 Rn. 6ff.

③ BGHZ 69, 334, 337f.; GbmHR 1981, 1981, 238.

④ BGH v. 16. 09. 1985-II ZR 275/84, GmbHR 1986, 78.

⑤ Lutter, AG 1990, 179 ff.

康采恩责任的结构来看,对附属有限责任公司的主要威胁来自于其股东的双重身份,但是有限责任公司之所以能够成为康采恩成员并受到第三者控制,这本身是《有限责任公司法》第 37 条第 1 款规定的结果。根据该条规定,有限责任公司的经理与股份有限公司的董事不同,他没有独立的经营决策权。在有限责任公司中,拥有经营决策权的是股东大会也即一人股东,经理必须听从公司股东的指示。所以是立法者设计的有限责任公司的管理结构,而不是康采恩内部的相互交织的结构关系,最终导致了一人股东十分容易干预其附属公司的经营,损害其利益。这显然是立法者自己在立法设计上的缺陷,让股东承担这种缺陷的后果是不合理的。

三、回归行为责任模式

面对种种批评,联邦最高法院已经在 1993 年的 TBB 判例中开始放弃上述的结构性责任模式,并悄悄地回归到行为责任模式。在这种模式下,一个股东必须进行了侵害行为:如果该股东长期对其附属有限责任公司进行了具有毁灭生存性质的侵害,进而损害了该公司的经济独立性,而且没有通过具体的措施补偿该附属公司由此受到的损失,就已经具备了承担康采恩责任的要件。^① 联邦最高法院在本案中,更加明确地肯定了这种行为责任。许多德国学者认为,与原有的结构性责任模式相比,现有的责任模式更加符合《有限责任公司法》的体系,^② 而且它弥补了《有限责任公司法》第 30 条和第 31 条规定的资本维持制度的固有缺陷,为公司债权人提供了额外的保护。^③ 是否真的如此呢? 我们将从几个不同的角度对此进行分析。

(一) 承担责任的法律依据

这里所指的承担责任的法律依据具体是:股东在本案中究竟是因为对公司进行的毁灭生存的侵害而承担的“股东直接责任”,还是在实质上仅仅是因为股东没有谨慎地维护公司资产而承担的一种特别形式的过错责任? 如果股东没有谨慎地维护公司资产的利益,那么,他应该对公司承担过错责任。其法律依据是多方面的。

首先,应该考虑的是《有限责任公司法》第 43 条第 2 款和第 3 款的规定。据此,如果公司经理违反了其承担的义务,他们必须共同赔偿公司由此遭受的损

^① GmbHR 1993, 283.

^② Roehricht, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 83; Martin Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, 1998; Ulmer, ZHR 148(1984), 391.

^③ Ehricke, AcP 199(1999), 257.