

日 本 2004 年 最 新 修 改 商 法 典

判例所表现的 商法法理

日本最高裁判所商法判例要旨
(1962-2004)

马太广 编译



法律出版社
LAW PRESS CHINA

日本2004年最新修改商法典

判例所表现的 商法法理

日本最高裁判所商法判例要旨
(1962-2004)

马太广 编译



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

判例所表现的商法法理:日本最高裁判所商法判例要旨:1992~2004/马太广编译. —北京:法律出版社,2004. 11
ISBN 7-5036-5207-1

I. 判… II. 马… III. 商法—审判—案例—日本
—1992~2004 IV. D931.339.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 113306 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 雷安军

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2004年12月第1版

印张/14.875 字数/446千
印次/2004年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5207-1/D·4924

定价:28.00元



本书的翻译得到财团法人サントリー - 文化財団
(Suntory Foundation) 的翻译助成

内 容 提 要

本书是经日本最高裁判所同意,根据日本《最高裁判所裁判集(民事)要旨集[商法编]》、《最高裁判所高等裁判所民事判例要旨集》、《最高裁判所裁判集第52—58卷索引》中登载的判例中与商法有关的最高裁判所的判例翻译而成。

全书由四部分组成。

一、译者序言

介绍了判例、判例法和成文法、判例的效力、判例研究的意义、判例要旨、判例所表现的商法法理、日本商法的修改及给我国的借鉴等。

二、日本商法判例要旨

判例要旨按商法条文顺序排列,同一法条中按裁判年月日顺序排列。“★”后的文字为判例所确认的事例与法理,也可以说是标题。题目下为判决要旨。判决要旨下注明出处。

日本裁判所的判决书很长,判例要旨的方式简明扼要,突出法律规定、事实关系、争议焦点、判决理由和司法解释的问题所在。学习研究主要是利用判例要旨。本书是商法判例要旨的总括,由此可以纵览日本商法判例的全貌,考察商事诉讼活动,探究商法理论的精华所在;本书是日本最高裁判所的重要判例,其判例具有权威性,日本既制定成文法又承认判例的法律依据效力,有关商法的判例成为商法的组成部分,来补充制定法的不足,特别是最高裁判所的判例,具有相当于我国最高人民法院司法解释的效力;本书的商法判例在时间上跨越日本经济的恢复期、增长期、泡沫期、低迷期的四十年间(1962—2004年),直至现在,包括最新的商法判例,由此可以看出商法判例的时代变化。本书判例中所确立的“法人

2 判例所表现的商法法理

格否认的法理”、“追究董事责任时适用法令的范围”、“经营判断原则”以及“股东代表诉讼时公司的辅助参加”等等,都是成文法没有规定而通过判例所确认的商法上的法理,补充了成文法制定的不足。

三、最新修改的日本商法典

由于判例要旨是按商法条文排列的,为方便我国读者,同时附上译者翻译的2004年6月9日最新修改的日本商法典,可以互为参照。因而本书具备权威性、学术性、研究性、实务性。原书在日本是法律实务家,民商法学者的必携书物。本编译书为填补我国商法判例要旨书的空白,同样能给我国的法律工作者,经济院系的师生,企业和个人,理论界和实务界提供有益的参考和借鉴。希望在我国能有较高理论水准的判例发表,最高人民法院应尽快过渡到系统编辑发行判例,以提高我国的法制建设水平。

四、附有裁判年月日索引

按裁判年月日顺序排列,可供检索。

译者序言

判例与判例法、成文法

判例是法院对特定的诉讼案件解释、适用法律做出的判断。判例法可以说是以判例的形式表现出的不成文的法律规范,作为判决的先例对其后的案件具有法的约束力,可以成为日后法官审判类似案件的基本准则。判例法主要在英美等普通法国家施行。具体方式是由法院在审判实践中建立“范例”或“法律原则”,在将来出现类似的案件就可以用同样的原则加以处理,这种通过判决建立起来的“范例”即是“判例”。由于判例可以作为将来处理同类案件的依据,所以判例即具有了法律约束力。判例法即可定义为作为判案依据的法律原则和法律规范是在司法实践中对判例的遵循、分析、归纳和解释,从中归纳和抽象出来的能成为解决某类案件的法律规范。^①

大陆法系以制定法为重要的法律渊源,以严格适用成文法规范为法律适用原则。那么法官可以以没有应当适用的成文法为理由拒绝审理案件吗?对于刑事案件,在制定法、非成文法(判例法等)没有规定的情况下,无罪,即采取罪刑法定主义。对民事案件,由于宪法规定的接受审判的权利,^②法官不可以拒绝审理。有成文法从成文法,无成文法从习惯法,无习惯法从判例,成文法、习惯法、判例都无合适的判断基准时从事物自然的道理。即可以根据公序良俗、社会通常的理念、诚实信义原则等来

① 潘哲锋:《我国推行判例法可行性之研究》,《法律图书馆》网,2004/6/20。

② 如日本国宪法第32条规定的“不能剥夺任何人在裁判所接受裁判的权利”。

2 判例所表现的商法法理

判决。日本法称为“条理”。^① 日本法中的“条理”在法的技术方面,具有补充法律上的缺陷的解释上和审判上的基准的作用。^②

那么,各个判决是怎样成为判例法的呢?判例法是将重复积累的“情况”(case)抽象化,从中整理出一般原则。在英美法是第一位的非常重要的法源。在大陆法系各国,可以说判例不过是用来解释制定法,没有约束力,不是法源。在日本,既存在判例没有英美法那样重要的意义,只不过是“例子”的意见;与此相反,也存在像英美法那样具有约束力的意见。可是,对裁判要求在妥善解决具体的案件的同时,保持法的安定性(可以预见什么样的行动会产生什么样的法律后果程度的安定),还是可以说判例虽不是法但具有事实上的约束力。特别是最高裁判所反复确认的判例,下级审也参照,其约束力一直影响到地方裁判所的情况也存在。那么判例能成为法吗?在成文法主义的日本,虽然否定成立由判例组成判例法,但通常最高裁判所遵循判例,下级裁判所也不做出容易被上级裁判所驳回的判决,还由于一般人也期待遵从判例规范社会生活,可以说判例和法具有同样的机能。

那么,判例中哪一部分能成为法呢?不是判例本身成为法,是得出结论的决定部分,即判决理由具有作为法的效力。成为判例法如何解释、判断法的基准。但是,在由于判例经过多年社会状况发生变化,适用其判例不合适的情况下,裁判所可以慎重地变更判例。

日本判例的效力及日本最高裁判所判例的权威性

在判例法国家,判例的效力是毋庸置疑的。遵循先例是判例法制度的一个基本原则,是判例法的基础。遵循先例原则即是以前判决中的法律原则对以后同类案件具有约束力。具体表现为:高级法院的判决对下级法院处理同类案件有约束力;同一法院的判决对以后的同类案件具有

^① 日本1875年太政官布告第103号“裁判事务心得”第3条规定“民事裁判无成文法时从习惯,无习惯时应考虑条理来裁判”。“条理”是指事物的性质、道理、合理性等。瑞士民法典第1条有同样的规定。

^② 于敏:《日本法院有关损害赔偿请求权时效的判例(二)》,中国民商法律网/判解研究/案例研讨2004/6/23。

约束力。遵循先例原则保证着判例法的统一性和稳定性。^①

在成文法国家,情况有所不同。如日本虽属大陆法系国家,但采取双重法律依据,既制定成文法又承认判例的法律依据效力。有关商法的判例成为商法的组成部分,来补充制定法的不足,特别是日本最高裁判所的判例。有人认为中国虽然自始采用成文法,但在成文法施行的过程中并没有完全抛弃判例。^② 有人指出当代中国一直沿袭类似于大陆法系国家的制定法或成文法传统,判例意识淡泊、判例文化匮乏、判例制度欠缺堪称中国司法审判的一大现状。^③

虽然判例说到底不过是过去存在的东西,但持有强有力的权威约束着法官的判断。其权威的基础是先例约束论的理论背景和司法实际。日本裁判所只有最高裁判所为顶点的一个系统。^④ 全国有 8 个高等裁判所(6 个支部),有 50 个地方裁判所。另外有受理少量案件的简易裁判所(438 个)和受理家庭案件和少年案件的家庭裁判所(50 个)。原则上受理第一审的是地方裁判所,对一审审理结果的控诉由高等裁判所受理,对高等裁判所审理结果的上诉由最高裁判所受理。与中国二审原则上是法律审不同,在日本,二审的高等裁判所也可以审理新的事实(续审制)。日本诉讼的确认判决在其当事者之间产生即判力,给付之诉发生执行力,形成诉讼发生形成力,这是判决的效力。裁判官面对和过去案件同类的案件时多数会按照判例判决。判例中,最高裁判所的判例含有最终的权威。最高裁判所变更自己已确立的判例时,须大法庭的 15 名裁判官全部参加审议。^⑤

关于日本判例法的形成,日本有人认为,日本 20 世纪的 100 年和民法典的 100 年大体吻合,这 100 年大体可以等间隔地分为四个时期,第一期和第二期是以立法或法概念的形成为中心,没有判例法的认识。第三

① 潘哲锋:《我国推行判例法可行性之研究》,《法律图书馆》网,2004/6/20。

② 潘哲锋:《我国推行判例法可行性之研究》,《法律图书馆》网,2004/6/20。

③ 刘武俊:《判例法与司法知识的传承》,中国法制网,2004/6/22。

④ 美国的裁判所制度有各州裁判所和联邦裁判所两个系统。美国的法律制度复杂,可以说联邦制国家是其主要原因。各州本来是主权国家,具有全部权限。而联邦只有根据联邦宪法规定的权限,不能从事联邦宪法没有规定的事。

⑤ 日本裁判所法第 10 条第 3 款。

4 判例所表现的商法法理

期和第四期是判例法的时代。一个个都用法律来规定是不可能的。因此,有必要从过去实际的判例中制定法。这样,判例研究成为民法学的中心,达到不知判例不能议论民法的程度。这样支持根据判例、先例来管理法、管理社会的人力资源是法官、检察官、律师和公务员等法律专门家。教育背景是大学制度的完善,法学部的增设,培养了大量的具有法律知识的人。社会背景是,工业化和城市化的结果,市场经济影响到社会消费生活的深层。^①具有同样100年历史的日本商法的情况和民法大致相同。

本书中的判例是日本最高裁判所的重要判例(高级、下级裁判所的判例未收),其判例具有权威性;日本最高裁判所编辑出版的判决要旨,其判例的质量是毋庸置疑的,其权威性可以相当于我国最高人民法院的司法解释。

判例与成文法以判例为中心解释法律条文。解释法律就是对法律规范的含义予以阐明。有权解释法律的机关除了立法机关之外,就是司法机关。由司法机关作出的解释,称为司法解释,它对法律的正确适用起重要作用。在我国,司法解释一般是由最高司法机关以指导文件的形式作出,不是针对某一具体案件而言的。但在日本,司法解释往往是以判例的形式出现,即法官在对某一具体案件作出的判决中,以判决理由的形式,对具体的法律条文及其适用作出解释。这种解释具有极强的针对性和实用性,同时,由于它在说明适用法律的理由中,往往要从理论的高度加以阐述,即要从理论上解释为什么适用某一条文作某种处理,因而又使其具有较强的理论性。

判例研究的意义

从本质上讲,法律其实并不是立法者的“专利”,法律在相当程度上是为解决社会纠纷而存在的,法律实际上可以视为解决社会纠纷的一套权威性的规则或原则。立法的诱因大多主要来自市民社会领域内的各类利益冲突或利益纠纷,由于法院处于解决社会纠纷的最核心和最前沿的地位,拥有自由裁量权的法官对司法个案的裁决可能带有不同程度的创造性,往往能够弥补现行法律规范的缺陷和漏洞,以判例的形式创制出新

^① 瀬川信久:《20世紀をふりかえる》, <http://www.yuhikaku.co.jp/shosai2004/6/21>。

的法律适用规则。从这个意义上讲,判例也是一种可以充分利用的司法资源和立法资源。判例法可以为传统意义上的立法活动注入新的理念。^①判例在某种意义上维系着司法知识的传统与继承,并包含着可持续性发展的司法制度的创新机制。也可以说实务本是学术的前沿,判例应作学说的先导,学说应以判例为研究对象。研讨最高法院的判例,是将法律的学术见解,引进法律实务的门径。而新的法律思想见解,也只有透过最高法院统一解释法令的机能,运用到实务界去。^②

日本现行商法已施行了百余年,数量众多的裁判判例,涉及商法的方方面面。对这些判例加以系统整理和理论上的分析概括,以此作为解释商法的论据,不仅能加强解释的权威性,而且使之具有更强的针对性和实用性,从而也可以在一定程度上推进商法学的发展。因此,以判例为中心来解释商法,是一件具有重要理论和实践意义的事情。

判例要旨

判例要旨是法院判决书法定记载理由的主要旨意,是判例的精华、主眼及理由所在。如本书中日本商法第14条[登记不实事项]下的第2个判例要旨,法官认定,虽不是董事却作为董事被就任登记的人,出于故意和过失对该登记予以承诺时,类推适用商法第14条规定,该人不得以自己不是董事为理由来对抗善意第三人。〔44(オ)531 47・6・15 第一小法庭・判决 106—269(26—5—984)〕就精辟地认定了被登记者、公司与善意第三人之间的关系,这一认定,是类推适用做出的。本书中有的判例要旨还包括请求理由、事实认定及类型的概括(如“在——情况下”,“在——时”等),法理分析(如“根据诚实信用原则”等),法官意见(如“不合法”,“是不合适的”^③)等。从判例要旨可以看出倾向性判决结果。如从请求是否被认可,可以得知上诉是得到支持还是被驳回,是胜诉还是败诉。判决是法官认定法律事实,正确适用法律,运用法理学说,说明判

① 刘武俊:《判例法与司法知识的传承》,中国法制网,2004/6/22。

② 苏俊雄:《法院判例之引用、研究与批判》,浙大法理与判例网,2004/6/24。

③ 民商事案件的判决,在很多的情况下,比起认定合法不合法来,应该考虑认定合适不合适。所以判决要旨中,常常出现“是合适的”或“是不合适的”的语言。

决理由的过程。形成的判例在成文法没有规定的情况下,更是补充了法理,学说的空白与不足。判决必须制作判决书。判决书必须记载判决理由。^① 宣判时无论采取哪种方式,是正式方式还是简易方式,是宣读原本还是口头告知,要旨都是必不可少的。^② 在引用、研究判例时,我们往往主要是利用判例要旨。日本各裁判所都备有判例要旨卡片,以便检索。所以日本最高裁判所在编辑发行裁判集之外,还编辑发行裁判集要旨集。如《最高裁判所裁判集(民事)要旨集 民法编(上)(下)》、《最高裁判所裁判集(民事)要旨集 商法编》、《最高裁判所裁判集(民事)要旨集 民事诉讼法编(上)(下)》、《最高裁判所裁判集(民事)要旨集 社会经济法编(上)(下)》和《最高裁判所裁判集(民事)要旨集 行政法编(上)(下)》,构成了日本最高裁判所裁判集(民事)要旨集的全编,通过这一系列要旨集,可以了解最近30年间日本最高裁判所重要民事判例等的全貌,值得我们关注。

我曾在国内法学期刊上介绍过日本最高裁判所的个别商法判例,^③ 但远远不能反映日本商法判例的全貌。日本裁判所的判决书很长,往往一部判决就是一部书。判例要旨的方式简明扼要,突出法律规定、事实关系、争议焦点、司法解释的问题所在,所以决定采用介绍判例要旨的方式。判例要旨按商法法条顺序排列,所以该法条就是该判例所适用的法律。判例要旨是活生生的商法,可以知道哪些法条发生过哪些商法判例,有哪些争议,法官是如何认定的,确立了什么样的商法法理并且可以帮助理解法条、法理和学说。当然,有时理解判例要旨也需要参考法条、法理和学说。二者是互鉴关系。

① 关于判决书,日本民事诉讼法第253条,“判决书必须记载下列事项:一、主文;二、事实;三、理由;四、口头辩论终结日期;五、当事人及法定代理人;六、裁判所”。

② 关于宣判的方式,日本民事诉讼规则第155条规定了三种方式,一、裁判长朗读主文;二、裁判长在认为适当时,可以朗读判决理由,或口头告诉其主要内容;三、与前两项的规定无关,根据民事诉讼法第254条(宣判方式的特例)第1款的规定宣告判决时,裁判长告知主文及理由的要旨。

③ 拙著《全额子公司取得母公司股份受到损害时,母公司董事负有责任——日本最高裁判所第一小法庭1993年9月9日判决》,《判例与研究》(珠海)2000年第4期(总第22期),第52—56页。<http://www.alphalawfirm.com>。

判例所表现的商法法理

本书判例中所确立的“法人格否认的法理”、“追究董事责任时适用法令的范围”、①“经营判断原则”以及“股东代表诉讼时公司的辅助参加”②等法理,还有很多,都是成文法没有规定的而通过判例所确认的商法上的法理,这些都补充了成文法制定上的不足。

商法中有很多强行性法规定,支配着公司的实际事务,对公司实际事务的做法有很大的影响。判例之所以成为法修改的原动力,也可以说是因为判例对实际事务具有的影响力。例如,关于公司的政治捐款、交纳股金保管证明、役员的退职慰劳金、股东代理人资格的限制、认购新股保证金、公司的粗放经营等判决,都是给予公司实际事务重大影响的典型事例。

日本最高裁判所对于判例、学说上的争议,表明其立场,实现法律解释上的统一的同时,实际上还存在由判例来立法的情况,这虽不能说是商法特有的,但在复杂的企业组织法的领域,还是特别明显地表现出来。在这种意义上,指导审判工作、从而指导公司实际工作的判决特别引人注目。除前面已提到的政治捐款、公司经营粗放、役员的退职慰劳金之外,还有关于法人格否认、转让营业、特别利害关系人、表见代表董事、董事公司间的交易、董事对第三人的责任等判决。并且,这些判决促进了学术界议论和研究的深入展开。

判例中包含着许多法修改的动机和理由,例如股票的善意取得、根据只有印章的背书的股票的转让、新股认购权、接受买收等,制定法没有预想的问题在判例中出现出来,从而意识到制定法的缺陷和不足,促成法修改的例子很多。像这样判例和立法的相互作用是商法判例的一大特色,也是研究判例的重大意义所在。

具体来说,例如确认新股发行不存在的诉讼,对此日本商法没有明文规定。③多数学说和判例认为这是合法的诉讼。问题是,原告适格或诉

① 拙著《取締役の責任追及》,《六甲台論集》50卷2号(2003年),第52—55页参照。

② 拙著《中國における取締役の責任追及》,《神戸法學雜誌》53卷3号(2003年),第224页参照。

③ 日本商法只规定了新股发行无效之诉。参见日本商法第280条之15。

讼的利益存在着争议。日本最高裁判所在主张自己是股东的人提起的确认新股发行不存在之诉欠缺诉讼利益被认为不合法的事例中认为,“主张自己是股东的人提起的确认新股发行不存在之诉,因该人不是股东,与该新股发行没有其他的特别的利益关系时,欠缺诉讼上的利益,不合法。”〔62(オ)958 4・10・29 第一小法庭・判决 166—477〕这样就确认了新股发行不存在之诉的原告资格。另外,确认新股发行不存在之诉的被告为发行公司,也是判例所确认的。关于确认发行新股不存在之诉的诉讼主体,如上所诉,日本商法没有规定。日本商法第280条之15只规定,新股发行无效之诉的原告限于股东、董事或者监事。对于被告,商法没有规定。判例认为,“确认发行新股不存在之诉,可以只以公司为被告来提起。”〔平5(オ)316 平9・1・28 第三小法庭・判决 51卷1号40页〕

又如一人公司,作为特例,允许转让后存续的一人公司存在,日本1990年修改法又进一步规定,允许设立一人公司。^①但在一人公司内部关系简化运营程序上,法律没有规定。对招集股东大会程序有瑕疵的情况,日本最高裁判所判决认为,法律规定股东大会的招集权属于某一机关的宗旨是为了保护股东等利害关系者,在一人公司,由于无须考虑此问题,“所谓1人公司其1人的股东如出席,即使没有招集手续,股东大会也成立。”〔43(オ)826 46・6・24 第一小法庭・判决 103—221(25—4—596)〕关于一人股东的董事与公司间的交易是否需要董事会承认,最高裁判所在关于商法265条所规定的交易不需要董事会承认的事例的判决中认为“即使属于公司和董事之间进行的商法265条所规定的交易的情况,但该董事拥有公司的全部股份,公司的经营在实质上不过是该董事的个人经营,通过该交易,两者之间(公司与董事)没有产生利害相反的关系,所以该交易,不需要同条所规定的董事会的承认。”〔43(オ)335 45・8・20 第一小法庭・判决 100—355(24—9—1305)〕

再如法人格否认的法理,日本商法也没有规定。日本最高裁判所的判例认为该法理适用于滥用案件和形骸案件。第52条“公司的定义”法

^① 日本商法第165条对股份公司发起人人数没有规定,这样发起人为一人也可以,属于间接规定。

条下最高裁判所的判例认为,“在社团法人,法人格完全不过是空壳的情况或者是为回避法律的适用而被滥用的情况下,可以否认其法人格。”[43(オ) 877 44・2・27 第一小法庭・判决 94—455(23—2—511)]

对实质上可以认为是个人企业的股份公司的交易效果的归属,判例认为,“股份公司在实质上可以认为完全是个人企业的情况下,与此交易的对方,即使对以公司名义进行的交易,认为其背后存在着成为实体的个人的行为,可以追究其责任;还有,即使以个人名义进行的交易,不依据商法第504条,可以直接认为是公司的行为。”[43(オ) 877 44・2・27 第一小法庭・判决 94—455(23—2—511)]

在实际上,的股东是一个人的股份公司未经法定的选任手续,对作为代表董事行为的该股东,代表公司出让公司债权的行为由于适用法人格否认的法理承认其效力的案例中,判例认为,“甲股份公司股东中除了乙以外都不过是借用股东名义,因此在该公司没有召开过股东大会,乙作为代表董事行为的情况下,甲公司即使采取股份公司的形态,实质上与乙的个人企业没有不同,甲公司即是乙个人,以甲公司的名义和丙之间发生的贸易上的债权,实际上可以解释为乙个人的债权,乙未经法定的代表董事选任手续,仍然以甲公司的代表董事的名义对第三者丁出让该债权的行为及对债务者丙的通知行为,作为实际上权利归属者的行为产生效力,应解释为丙不能主张转让的效果。”[43(オ) 232 47・3・9 第一小法庭・判决 105—269]

在新公司和旧公司的法人格不同的实体法及诉讼法上的主张不允许违反诚实信用原则的案例中,判例认为,“股份公司的代表董事,为免掉公司归还租借的居室,拖欠的房租等债务,变更公司的商号之外,使用和旧商号同一的商号,设立新公司,其代表董事、监事、本店所在地、营业所、办公用品、工作人员和旧公司同一,营业目的也同旧公司几乎同一,由于该商号的变更以及新公司设立的事实仍然没有通知出借人,出借人由于不了解以上事实,旧公司是旧商号,并且表示新公司的商号的公司名,提起要求履行公司债务的诉讼,兼任新旧两公司的代表董事对此诉在经过一年以上审理的期间中,关于变更商号,设立新公司的事实提不出任何主张,并且自我交代旧公司租借居室的事情等原审判决表示的情况(参照原审判决理由)下,之后形成该人作为新公司的代表者,所主张的新旧两公司是不同的法人格的实体法上及诉讼法上的主张,违反诚实信用原则不能允许。”[45(オ) 658]

48·10·26 第二小法庭·判决 110—343(27—9—1240)]即判例认为法人格否认的法理,适用于负债较多的公司为了拒绝清偿债务,将资产原封不动地转移到新公司的情况。正是这些判例要旨,确立起成文法没有规定的法人格否认的法理。

还有,关于股份的转让,日本商法第204条规定了股份的转让性及其限制,即股份可以转让给他人,但并不妨碍可以章程规定转让股份须经董事会同意的意旨。第204条之5规定了取得者请求指定先买权者。但是,日本商法对于通过任意转让及拍卖、公卖转移没有得到董事会承认的限制转让股份的效力没有规定。日本最高裁判所的判例认为,对竞卖取得股份未经董事会承认的情况与对公司具有股东地位的人,“在公司章程中规定股份的转让要经董事会承认,在竞买中取得股份没有董事会承认的情况下,竞卖前的股东,对公司还有作为股东的地位。”[61(オ)965

63·3·15 第三小法庭·判决 153—553]即转让对公司不具效力,但在转让当事者双方之间有效。只要对公司不发生转让的效力,就已达到限制转让的目的,公司应将转让人视为股东,而不是将受让人视为股东,通过拍卖转让股份时亦同。关于所谓一人公司的股东未经章程规定的董事会的同意转让股份的效力,日本最高裁判所的判例认为,“所谓一人公司的股东进行的股份转让,即使没有章程所规定的董事会的承认,在对公司关系方面也有效。”[平元(オ)1006 平5·3·30 第三小法庭·判决 47卷4号3439页]

综上所述,本书中的判例要旨,可以说都是将法理运用于实际的分析、说明、归纳、概括、总结及创新。

中国法从日本法的借鉴

中国法制从清末以来百年左右的历史,除特定历史时期外主要是学习、引进外国法的历史,外国法中又主要是学习同属大陆法系的日本法。特别是在商法领域,日本商法已有一百多年的历史,我国还没有商法,日本商法判例已有几十年的历史,我国商法判例还较为罕见的情况下,开始主要是学习成文法,翻译介绍法典及部门法,而后是个别判例的介绍、评析。这本《判例所表现的商法法理——日本最高裁判所商法判例要旨》则是首部系统介绍日本商法这一部门法判例全貌的译著,国内还未见到

同类的书,因此,可以说这部译书填补了我国判例书中的一个空白,也标志着学习外国法从成文法向判例法方向的深入。这种填补空白标志着一个阶段性的成果。

关于日本商法典

关于日本商法典的中文译本,我手里最早的本子是《日本商法选译》(上)(下),是署名北京政法学院民法教研室的1981年的内部教材,前言中说明是由王书江同志翻译、编辑的选修课的参考书。在日本留学学习商法的9年间,我自己断断续续的翻译了日本商法部分主要章节,特别是有关商法修改的部分。其间国内出现了几个译本。我在译出《日本最高裁判所商法判例要旨》一书之后,由于该书是按日本商法法条的顺序排列的,有人建议为方便国内读者,应将日本商法典附上。于是,在以前翻译的日本商法部分主要章节的基础上,将商法典全部译出附上。我的译本一是尽最大努力做到了最新,来源于日本众议院和总务省的网页,是日本2004年6月9日法律第87号最新修改法,2004年7月即完成中文译本。二是自己觉得自己的译本较为准确,通顺。读者可以将日本最高裁判所40年间的商法判例要旨与百年历史最新修改版的日本最新商法典相互参看,因而具备权威性、学术性、研究性、实务性。对商法特例法因无日本最高裁判所的判例,有关有限公司法日本最高裁判所的判例极少,故不予译出。

特别值得指出的是,虽然在我国是否制定一部独立的商法典存在着争议,但中国法学会下属的学会组织——商法学会于2001年从民法经济法学会分立独立出来,这无疑是我国商法学界的一件大事,或许会有助于推动我国制定独立商法典的潮流。

日本商法典的修改

日本商法典被评价为是世界上内容最丰富、立法技术最先进的商法典。^①这与其不断进行修改、完善有关。所以对其修改情况有必要远略近详地加以介绍。

^① 《日本商法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,封三内容介绍。