

邵建东 方小敏 主编

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

德国公司法典型判例15则评析

高旭军 编著

南京大学出版社

南京大学“985”资助项目

邵建东 方晓敏 主编

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

德国公司法典型判例 15 则评析

南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

德国公司法典型判例 15 则评析 / 高旭军编著. —
南京: 南京大学出版社, 2011. 1

(德国联邦最高法院典型判例研究丛书 / 邵建东,
方晓敏主编)

ISBN 978 - 7 - 305 - 07951 - 1

I. ①德… II. ①高… III. ①公司法—审判—案例—
分析—德国 IV. ①D951.622.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 257283 号

出版发行 南京大学出版社

社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093

网 址 <http://www.NjupCo.com>

出版人 左 健

丛 书 名 德国联邦最高法院典型判例研究丛书

书 名 德国公司法典型判例 15 则评析

著 者 高旭军

责任编辑 张峻峰 编辑热线 025 - 83592193

照 排 南京南琳图文制作有限公司

印 刷 宜兴市盛世文化印刷有限公司

开 本 880×1230 1/32 印张 14.75 字数 370 千

版 次 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 305 - 07951 - 1

定 价 39.80 元

发行热线 025 - 83594756 83686452

电子邮箱 Press@NjupCo.com

Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

总序

邵建东* 方小敏**

德国联邦最高法院(Bundegerichtshof,简称“BGH”)是德国联邦最高法院系统的一个重要组成部分。由于历史形成的原因,德国并非像有些国家那样设置单一的、囊括所有诉讼管辖的最高法院,而是分别对普遍诉讼管辖(即民事和刑事诉讼管辖)、行政诉讼管辖、财税诉讼管辖、劳动诉讼管辖和社会诉讼管辖,在联邦的层面上设立五个最高法院,分别为“联邦最高法院”、“联邦行政法院”、“联邦财税法院”、“联邦劳动法院”和“联邦社会法院”。这五个最高法院构成了德国联邦最高法院系统的主体部分。其中主要负责对民事案件和刑事案件进行再审的联邦最高法院,在整个最高法院系统中规模最大,审理的案件最多,在这里工作的法官人数也最多,约占德国最高法院系统法官总数的75%。

德国联邦最高法院成立于1950年,设在德国西南部的卡尔斯鲁厄市。作为德国民事诉讼和刑事诉讼领域的最高司法机关,目

* 邵建东,男,江苏常熟人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所教授。

** 方小敏,女,江苏无锡人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所副教授。

前由 11 个民事审判庭和 5 个刑事审判庭组成,此外还设有若干个特别审判庭。就民事审判庭而言,主要根据不同的法律领域予以设置,如第二民事审判庭负责审理公司法领域的再审案件,第五民事审判庭负责审理不动产法领域的再审案件,第六审判庭负责审理侵权损害赔偿领域的再审案件,第十二民事审判庭负责审理人身法和亲属法领域的再审案件等等。在这些审判庭之外,联邦最高法院还设有大审判庭和联合大审判庭,以维护和促进司法的统一。

德国联邦最高法院承担着保障德国自由、民主、联邦制和法治国家基本政体的政治任务,保障和监督法律的实施和公民自由权利的实现,维护整个德国司法和法制的统一。此外,联邦最高法院还发挥着“发展法律”的重要任务,即通过对法律规范和法律制度创造性的解释和适用,填补现行法律中的缺漏,在个案中实现当事人的权利并尽力达到社会正义。虽然从总体上看,德国联邦最高法院法官的主要任务依然是适用法律,即根据成文法规定对具体案件作出恰当的判决,而“发展法律”即“造法”则严格属于立法机关的工作范围,但由于社会生活变化日新月异,“无法可依”的现象出现得越发频繁,因此,今天联邦最高法院的法官造法已不再是一个“偶然的”现象。德国联邦最高法院所审理的案件的特殊性、法官的专业性和独立性、裁判结果的最终效力等因素,决定了法官认知法律、发现法律的权威性,因而裁判结果的妥当性也能够获得民众的普遍认同。因此,尽管从理论上来说,德国联邦最高法院的判决仅对于其裁判的个案具有拘束力,但是在实际上,这些判决往往超越相关个案,对于类似案件以及未来相关案件的判决都具有某种事实上的拘束力。无疑,联邦最高法院的判决引起的这种广泛而积极的模仿效应,是有利于推动法的发展的。一项为联邦最高法院长期采纳因而变得相对固定的判例,往往会逐渐演变成习惯法,成为德国现行法律的有机组成部分。称联邦最高法院的这些

判例为法律渊源,应该是言之成理的。

我们或许也能够通过对联邦最高法院典型判例的研读来领略其风格和精神。在我们看来,德国联邦最高法院判例最显著的风格是强调以“理”服人,这个理即是包含在法律规范、法律制度、法律原则和法的理念中的理性和规律。法院的说理是详实、周全、缜密而又不失紧凑的。值得注意的是,审判庭在阐述自己立场和观点的过程中,既经常援引本审判庭以及其他审判庭以往的相关判例,也引用其他最高法院的相关判例。这种参引的好处在于,人们能够对有关司法机关就某类案件的裁判状况一目了然。此外,审判庭还大量援引现当代学术著作中的代表性观点。“从根本上,在潘德克吞法学的熏陶下培养出来的实务家们,由于对教授们怀着最大的敬意,较之判例,更热衷于频繁引用学说”〔1〕,法官们撰写的判决书建立在浓厚的法学理论上,其内容可以与学术论文相媲美。

中国传统上和总体上属于大陆法系国家,无论是在立法,还是在司法和学理研究方面,历来深受德国法的影响。以往,中国对德国的成文法律译介研究比较全面,中国在准备和起草有关法律时也经常与德国官方或民间机构开展合作,学习借鉴其先进的立法经验和具体成果。在学术研究方面,中国学者近年来也建树颇丰,系统地翻译了数十部具有代表性的德国法律名著〔2〕,为中国学者追踪德国法律发展以及理论研究的现状提供了基本的素材。然而,迄今为止,我国学术界对于德国联邦最高法院的典型判例还缺乏必要的关注,很少有人致力于对这些典型判例进行整理、翻译、

〔1〕【日】日大木雅夫:《比较法》(范愉译,朱景文校),法律出版社1999年版,第279~280页。

〔2〕如中国政法大学米健教授主持翻译、法律出版社出版的《当代德国法学名著》系列译著。

分析和评价,当然更谈不上对这些判例的实体意义和风格精神作系统地概括和研究。

正是鉴于这个事实,同时也因为中国作为大陆法系国家,德国最高法律的裁判活动对中国的司法实践应当具有更强的亲和性^[1],我们在多年前就萌生了译介德国联邦最高法院典型判例的念头。新旧世纪之交,这个想法作为南京大学建设世界高水平大学项目(即“九八五项目”)“比较法研究”的一个重要组成部分予以立项。作为这一项目的最终成果,我们出版了这套“德国联邦最高法院典型判例研究丛书”。这套丛书计划陆续出版,涉及民法总则(主要是法律行为)、合同、侵权、物权、公司、反不正当竞争、反垄断等主要民商经济法领域。

由于德国联邦最高法院的判决涉及广泛的社会领域和深厚的专业知识,系争案件的事实问题和法律问题往往相当复杂,判决书使用的表达方式也比较晦涩难懂,再加上我们的专业水平和语言水平有限,可以查考的资料也不尽齐全,因此本套丛书中的缺点和舛误之处在所难免,真诚欢迎读者批评指正。

[1] 参见苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社 2004 年版,第 219 页、第 220~221 页。

自序

一、引子

经过前后长达数年的煎熬,经过无数个与电脑为伴的日日夜夜,经过无数个不停地在电脑前敲击键盘的分分秒秒,在2009年11月10日,终于为《德国公司法典型判例15则评析》的最后一个案例的评析敲下了最后一个字。《德国公司法典型判例15则评析》终于定稿了,我合上微微发热的电脑,闭上疲倦的双眼,伸开双臂,向后美美地伸了个懒腰,长长地出了口气。真舒心!在这一时刻,我也逐步回忆起有关本书的点点滴滴。

二、契机

或许有人会问,你为何会想起写这样一本书,专门评析德国联邦最高法院在公司法方面的判例?这应该说是机缘巧合。首先,我于1996年至2002年期间在德国柏林攻读法学博士学位,研究的内容碰巧就是德国公司法,而且期间刚好研究了联邦最高法院有关公司资产混合等方面的案例。因此对德国公司法及联邦最高法院的相关判决有一定的了解。其次,在我2003年着手翻译Raiser教授的《德国资合公司法》(2005年由法律出版社出版)一书时,碰巧认识了南京大学的方小敏教授。在我邀请她参加我的翻译团队时,她爽快地答应了。当时,南京大学中德法学研究所正计划出版一套德国联邦最高法院判例评析丛书,还没有人负责公司法卷,方小敏随即邀请我承担这一任务。南京大学中德法学研究所是国内最早从事中德法学交流的著名研究所,丛书的第一本《德国联邦最高法院民法判例评析》的作者是留德前辈、知名学者

邵建东教授,方小敏也是我的好朋友,能够得到国内外著名研究所的著名学者的信任,我怎能拒绝!

三、挑 选

接受委托后,我即着手挑选判例。这是必须首先完成的一个重要任务。要做出精美的佳肴,首先要备好优质的原料。但事实证明:这是一项十分艰难的工作。因为联邦最高法院在公司法方面的判例众多,数以千计。如果对所有这些案例进行评析,或许需要一辈子的时间。另外,在这些判例中,有些是对相关条款作出权威性解释的经典案例,有些则确定了公司法方面的新的法律原则,起到了法官造法的作用,当然更多的则是一般性的、仅仅解决了相关争议的判例。以我个人对德国公司法及其判决的了解,要挑选出具有代表性的案例,还是有一定难度的。在这种情况下,我只能求助于德国的朋友了。2004年我利用到德国汉堡出差的机会,拜访了在 BUCERIUS LAW SCHOOL 任教的 Veil Ruediger 教授。Ruediger 教授也是德国公司法的专家,是我主译的托马斯·莱塞尔教授(Prof. Dr. jur. Thomas Raiser)的《德国资合公司法》的另一位作者。他治学十分严谨,在德国公司法领域有较深的造诣。我向他介绍了我的计划,请他帮忙,他一口答应了,并且很快就给我找出了 46 个经典案例。在这一基础上,我又挑选了一些近年来联邦最高法院作出的、具有重要影响的判决。这就是本书的基础。

本书仅仅选用了其中的 15 个案例。从将近 50 个案例中筛选出 15 个案例也非易事。如上所述,最早选出的 46 个判决个个都十分经典,在德国法学界和司法界具有重大影响,哪个都不愿割舍。但受本书篇幅的限制,我又不得不忍痛作出选择。为了公平对待上述 50 个案例中的每一个案例,我首先确立了如下的选择标准:第一,案情应该具有代表性。所谓的代表性是指:相关的争议

是公司日常经营过程中时常发生的事情,它不仅发生在德国,而且也可能发生在中国。这样,联邦最高法院相关判决中所包含的法律思想、解决问题的法律途径和方法或许能够对我国解决同类问题提供一些启示。第二,应该是涉及公司法原则性规定的重大问题,如股东的权利和义务、公司机构之间的关系、董事会或董事的责任、康采恩责任(关联公司责任)等问题。因为这些问题不仅是我国司法界经常面临的问题,而且是在我国学术界具有广泛争议的问题。第三,相关的判决应该在德国产生了重大的影响。它或者澄清了德国法学界长期争论的法律问题,或者确认了新的法律原则。以此为标准,最终选定了大家在本书中看到的15个判决。

四、过 程

尽管已经选好了上好的原料,但烹调过程却比较漫长。如果从2003年开始计算,到今天为止,整整用了6年时间。本书的写作过程是十分艰辛的。

翻译、评析的艰苦都且不提,这么多德文判例、论文、著作、评论都需要一个字一个字去研读,去理解,然后根据已有的知识去分析、去批判,并最终把它们变成自己的东西,形成可读的文字,不是一件容易的事情。所以本书耗时很长,断断续续。而且从国内忙到德国。真正让我能够全力冲刺的,是从2009年7月1日来到德国洪堡大学以后。在过去的几个月中,每天是两点一线,在住处和办公室之间来回奔跑。早晨8:30进办公室,打开电脑,找来一大堆公司法评论、判例,坐在办公桌前仔细研读,认真思考:这个判决为何是这样判的?其法律依据是什么?德国法学界对此有何反响?为什么这位学者会提出这样的观点?等等。晚上7:30回住处后,打开电脑继续研究,直到晚上12点。即使睡觉也不是很踏实,因为梦中还是在想着这些问题。或许是过于辛苦,休息不够,引发了我眼睛的老毛病虹膜结状体炎……

当然,本书之所以拖了这么长时间。除了翻译、评析不容易外,还有以下其他方面的原因。

首先,在过去几年中,前后负责翻译两本德国经典法学著作,一本是《德国资合公司法》,另一本是《法社会学导论》(中译本已于2008年由上海人民出版社出版)。这两本不仅是我恩师托马斯·莱塞尔教授个人的代表性著作,而且也是在德国公司法领域和法社会学领域中具有重大影响的经典著作。为翻译好这两本书,我不仅投入了大量时间,而且投入了大量的精力。

其次,我兴趣广泛,除了研究公司法外,国际经济法也是我研究的领域。承蒙同济大学同仁的信任,2002年开始我负责同济大学国际法这一方向的学科建设,主讲国际经济法、WTO法、国际贸易法等课程。

再次,行政工作和社会工作也花费了我不少时间和精力。蒙受同济领导的错爱,在同济工作期间,曾经担任过一届法律系主任,同时还担任着中德学院经济法系主任一职。行政非我所长,所耗精力对我来说也难以计数。

最后,翻译的艰难也是导致本书拖延了这么长时间的一个重要原因。在《德国资合公司法》和《法社会学导论》中文版的译者自序中,我多次提到了翻译之难,并表示以后再也不碰翻译。但是,为了完成《德国公司法典型判例 15 则评析》一书,首先要做的基本工作也是翻译。尽管本书没有逐字逐句地进行翻译,而是采取意译的方法,但是成功的意译是建立在对原文的正确理解基础上的。正确理解德国联邦最高法院的判决,并不十分容易。因为德国法院对判决的论证十分充分,其间旁征博引,不仅引用以前判决中的观点,而且引用学界的观点;不仅会引用《公司法》的条款,而且时常会引用德国《民法典》、《民事诉讼法》、《刑法》、《刑事诉讼法》,甚至《宪法》的条款。如果不熟悉这些引文背后的思想,是很难正确理解判决的内涵的。所以有时为了正确理解一个词或者一个句

子,就需要查阅相关的判例和论文,而且要在此基础上对德国联邦最高法院的经典案例进行评析。作为一位外国学者,没有对德国宪法、民法和公司法、商法等法律进行过系统深入的研究,要对德国联邦最高法院的判决进行评析谈何容易。难道从中国公司法的角度进行评析?那显然是行不通的。另外,所选的判决涉及一定的时间跨度,较早的有上世纪80年代的,最新的有2008年的,期间有些条款或者相关的法律思想也有了很大的改变。根据今天的法律条文和法律思想对以前的判决进行评价也是不十分恰当的。为了较好地把握切入点,也为了能够从德国法的角度来评析判决,也必须查阅相关判决作出后德国法学界对该案例的研究评析资料。好在德国法学资料十分丰富,不仅联邦最高法院的判决都装订成册公开出版,对相关判决进行评析的论著也极其丰富。但消化这些资料都需要时间。

五、喜悦之中的奇遇

当我敲入评析最后一个案例的最后一个字时,我终于长长地舒了一口气了。为了犒劳自己,特意给自己放了半天假。呆在住处给自己做了顿霉菜扣肉(实际上是霉干菜煮肉),尽管做的有些咸,但还是吃得有滋有味。下午又到住所附近的鬼山(Treufersberg)周围的森林(Grunewald)中去慢跑。我还是有一点冒险精神,总喜欢往常人不常走的林间小道上钻。而且这片森林也确实很大,如果愿意,在里面跑上两三个小时都跑不出来。我一个人跑在人迹罕至的林间小道上,周围都是高高的树木,小道的两旁长满了碧绿的、密密的藤蔓,十分的清静,空气也十分的新鲜。我正陶醉在这迷人、寂静的绿色世界中,突然,在我前方20米处出现了七八头的野猪。身材粗壮的猪爸爸站在路中央,身后跟着猪妈妈和几头猪宝宝。它们静静地看着我,我有些紧张地看着它们,想着如果它们袭击我,我该怎么应付?根据我的常识,野猪并不是很容易

对付的,而且具有相当的威胁性。好在它们盯着我看了一会儿后,觉得这个中国人还是比较和善,不会去争抢它们的家园,所以甩甩耳朵,晃晃尾巴,慢悠悠地走进了森林中。我松了一口气,继续在森林中漫游。这也是我因为本书而经历的一件趣事。

六、谢 辞

本书的完成首先要感谢南京大学中德法研究所的方小敏。是她给了我撰写本书的委托,是她不时地提醒我。我是一个兴趣广泛又有些自由散漫的人,当然也是一个十分认真而又有责任感的人。广泛的兴趣和懒散使我期间几次忘记了这一项目,期间也不是没有产生过放弃的念头。但方小敏的一个电话、一个电子邮件让我产生了愧疚感,这种愧疚感最终促使我坚定了完成本书的决心。

其次,要感谢我的朋友 Veil Ruediger 教授,是他帮助我对无数的联邦最高法院的判例作了精心的筛选,这样,我也有了动笔撰写此书的起点。即使在本书写作过程中,我遇到疑难问题时,他也总是尽快给我解答。没有拖延,没有条件。

另外,还要感谢德国洪堡基金会和同济大学。由于获得了基金会的支持,使我能够于 2009 年 7 月 1 日来到德国,抛开国内一切繁杂的情事,躲到洪堡大学法律系的办公室中静心读书,静心研究。当然也要感谢洪堡大学法律系,尤其要感谢该系的 Christian Kirchner 教授,是他邀请我来到柏林,给我提供了办公室,给我创造和提供了安心读书、专心问学的良好条件。

另外,还特别感谢本教席的赞助者——蒂森·克虏伯股份有限公司。正是因为蒂森公司的赞助,本教席的各项工作才得以顺利展开,本书的翻译和出版工作才得以顺利进行。

再次,我要感谢我的研究生。德语基础较好的同学如张海晨、洪燕协助我作了几个案例初始翻译工作,更多的学生帮我做了校

阅工作。他们分别是朱蒙、王增岩、韩文江、俞蕾、赵骥、孙鸥、吴丹秋、王霄、郭婷艳、俞佳丽、邓剑东、高一杨、施理、尹圆圆、柯菲。他们不仅是本书的第一批读者，而且还为减少本书中的错误付出了努力。对于上述学生的努力，在此我深表感谢。

最后，要感谢我的太太和女儿。我女儿高藜荔，今年11岁，聪明乖巧，刚上小学6年级。每天跟她通话是我最开心的事。女儿属牛，我们叫她小牛。她也喜欢模仿牛叫。每次打通电话后，只要听到她“哞……”一声长长的牛叫声，我就哈哈大笑，一切累、苦的感觉都消失得无影无踪。

本书的翻译和出版过程也得到了多方的帮助，如南京大学出版社，没有他们的精诚合作，本书也不可能如此顺利地出版。

由于时间紧张，工作量大，书中难免出现错误，恳请各位读者批评指正。

同济大学法学院、中德学院经济法系
蒂森·克虏伯经济私法基金教席
ThyssenKrupp AG—Lehrstuhl fuer
Wirtschaftsprivatrecht
高旭军 博士 教授
2010年10月26日于柏林

目 录

总 序	邵建东 方晓敏
自 序	高旭军

判例一 公司增资过程中股东的出资义务

——《联邦最高法院民事裁判集》第 122 卷,第 180 页以下 (1)

判例二 撤销诉讼过程中的公司登记

——《联邦最高法院民事裁判集》第 112 卷,第 9 页以下 (36)

判例三 股东违反投票约定时的法律责任

——《联邦最高法院民事裁判集》第 129 卷,第 136 页以下 (74)

判例四 核准增资中优先认购权的排除

——《联邦最高法院民事裁判集》第 136 卷,第 133 页以下 (119)

判例五 股东在经营决策过程中的知情权

——《联邦最高法院民事裁判集》第 146 卷,第 288 页以下 (137)

判例六 股东大会和董事会之间的职权之争

——《联邦最高法院民事裁判集》第 159 卷,第 30 页以下 (154)

判例七 董事的损害赔偿义务

——《联邦最高法院民事裁判集(Warn)》1986 年第 338 卷 (183)

- 判例八 公布虚假临时报告时董事的法律责任**
——联邦最高法院判决 2002 年…………… (210)
- 判例九 监事会的同意保留权**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 124 卷,第 111 页以下 …… (239)
- 判例十 股份有限公司中个别监事的起诉权**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 106 卷,第 54 页以下…………… (270)
- 判例十一 控制企业的补偿义务**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 103 卷,第 1 页以下 …… (295)
- 判例十二 在签订康采恩协议下母公司的补偿责任**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 147 卷,第 108 页以下 …… (317)
- 判例十三 在康采恩中一人控股公司及其董事的法律责任**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 149 卷,第 10 页以下…………… (354)
- 判例十四 揭开公司面纱新判——毁灭公司生存责任**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 173 卷,第 246 页以下 …… (389)
- 判例十五 资本实质过低和揭开公司面纱**
——《联邦最高法院民事裁判集》第 176 卷,第 204 页以下 …… (425)

判例一

公司增资过程中股东的出资义务^{〔1〕}

《联邦最高法院民事裁判集》第 122 卷,第 180 页以下

要旨:

1. 在股份有限公司进行现金增资过程中,享有间接优先认购权的股东应该将其认缴股份的股金交给公司。^{〔2〕}但如果为了帮助行使优先认购权的股东支付出资款,公司根据约定将发行机构首先预付给公司的增资款通过银行交付该股东,那么,从经济角度来分析,这种安排并不是非法使用已收缴的增资款,^{〔3〕}而是违反了有关依法缴纳出资的规定。在这种情况下股东应被视为依然没有履行其缴纳出资的义务。

2. 由于有可能善意获得那些没有支付股金的新股,^{〔4〕}也即相关新股的获得者不必承担缴纳新股股金的责任,那么,行使间接优先认购权^{〔5〕}的股东就等同于享有直接优先认购权的股东,但不同于该股份的第二位获得者和此后的任何其他获得者。

〔1〕 资料来源:BGH v. 5. 4. 1993 - II ZR 195/91, BGHZ 122 180 ff.

〔2〕 § 186 Abs. 5 AktG.

〔3〕 Einlagenrueckgewaehr nach § 57 AktG.

〔4〕 §§ 932, 936 BGB.

〔5〕 § 186 Abs. 5 AktG.