

法律行为视角下的决议不成立

殷秋实*

摘要 决议不成立的创设是为弥补无效、可撤销二分法保护的不足,其理论基础为决议是强调程序的共同法律行为。但是,由于法律行为以合同为典型对象,而决议与合同存在深刻不同,因此,现有的法律行为一般理论无法确定性决议不成立,也无法为不成立事由的讨论提供指引。决议不成立的功能在于填补无效事由过窄的漏洞,其实包含不成立和虽成立但无效两种性质不同的情况。决议不成立的事由因此应该分两步讨论,首先确定决议构成的最低要件,其次讨论会否定决议效力的程序瑕疵,并基于股东撤销决议的可能性来与可撤销事由区分。决议不成立事由应限定在召集、会议记录的缺乏或严重瑕疵以及表决的缺乏。《公司法解释四》第5条应做相应的限缩解释。

关键词 法律行为 决议不成立 决议无效 决议可撤销 程序瑕疵

据《公司法》第22条,我国法中的股东会、董事会决议有无效、可撤销两种效力瑕疵形态。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法解释四》)增设决议不成立这一新形态,并在第5条具体规定导致不成立的原因。决议不成立在《公司法解释四》的征求意见稿中就已经出现,引发不少讨论和争议,^[1]条文几经修改,终于成型。学理对于决议不成立的关注则更早,主要借鉴日本、韩国和我国台湾地区的公司法理论

* 中央财经大学法学院讲师。本文为司法部2018年度国家法治与法学理论研究项目“公司决议效力瑕疵研究”(项目编号:18SFB3032)的阶段性成果。

[1] 参见甘培忠、赵文冰:“对公司决议效力的一些思考——析《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿)中的相关规定”,《法律适用》2016年第8期,第46—55页;王雷:“公司决议行为瑕疵制度的解释与完善——兼评公司法司法解释四(征求意见稿)第4—9条规定”,《清华法学》2016年第5期,第168—184页。

和实践,呼吁我国法也应该确立决议不成立制度。〔2〕

《公司法解释四》对决议不成立的规定并没有使争议尘埃落定,相反,相对简单的规定——只涉及被告和不成立的原因——不仅为解释提供了广阔的空间,也要求解释的介入:不成立的法律效果、不成立的具体原因、决议的成立要件、“导致决议不成立的其他情形”的范围等问题都需要予以回答。事实上,在适用《公司法解释四》第5条的过程中,各级各地法院暴露出不少问题,特别是涉及伪造签名、伪造决议时,法院对决议效力的判决结果并不一致,这有待理论的注意、观察和回应。

援引法律行为一般理论或许是解决上述争议的方法。法律行为理论比较成熟完善,而且,《民法总则》第134条第2款将决议行为作为法律行为的一种类型,从立法上确定了两者的联系;大多数学理观点将决议不成立建立在法律行为理论之上,〔3〕并援引成立是事实判断、成立要件等理论来分析决议不成立;最高人民法院也将法律行为成立和生效的区分作为决议不成立的“立法”依据。〔4〕然而,且不论目前关于法律行为不成立的研究其实非常薄弱,法律行为一般理论以合同为原型,和决议有诸多不同,法律行为不成立的具体制度能否直接适用于决议不成立需要仔细考量。

鉴于决议不成立和法律行为不成立之间的密切关系,本文试图在法律行为视角下研究决议不成立,首先反思法律行为一般理论是否可以作为决议不成立的理论基础,独立的决议不成立之诉是否如学者所称乃逻辑必要等问题;之后基于决议不成立的形式和目的探讨决议不成立的具体事由,进一步明确以合同为典型意象的法律行为理论在决议行为中的地位与适用限度。基于行为的典型性和规则全面性角度考虑,本文以股东(大)会决议为主要讨论对象。

一、决议不成立的理论基础

在论证决议不成立的正当性时,我国学者多从正反两个角度出发:消极角度是《公司法》第22条只规定决议无效和决议可撤销而存在的缺陷,积极角度则从法律行为角度论证不成立的合理性。实际上,这两个方面密切相连,消极角度展示必要性,积极角度体现可行性和正当性,最终将决议不成立的理论基础建立在法律行为理论之上。

从消极角度观察,无效、可撤销的二分法被认为有两方面的缺陷。一方面,二分法立足于

〔2〕 仅专以决议不成立为主题的讨论,就可参见李建伟、韦娇皎:“股东大会决议不成立研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第39卷),法律出版社2008年版,第82—130页;袁辉根:“伪造公司决议的效力认定”,《人民司法》2010年第6期,第92—96页;步兵、孟星宇:“股东会决议不存在探析——以《公司法》第22条为中心”,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期,第73—77页。

〔3〕 参见王雷:“论民法中的决议行为:从农民集体决议、业主管理规约到公司决议”,《中外法学》2015年第1期,第82页;赵心泽:“股东会决议效力的判断标准与判断原则”,《政法论坛》2016年第1期,第152页。

〔4〕 参见杜万华主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第133页。

对决议瑕疵程度的区分,即将内容瑕疵视为较为严重,程序瑕疵相对轻微,因此,内容瑕疵一般导致无效,而程序瑕疵导致可撤销。这被认为是一种形式主义立法范式,缺乏深刻的法理基础。^{〔5〕}这种形式主义立法范式会进而导致严重程序瑕疵没有合适的解决方案:在召集程序、表决方式有重大瑕疵时,股东只能撤销决议,但撤销之诉在原告身份上有较多限制、诉权有除斥期间的限制、在被撤销前已经生效等诸多不利因素,并不能充分保护严重程序瑕疵中的股东和公司利益。另一方面,很多学者认为决议瑕疵二分法忽视了无效和可撤销在逻辑上都以决议存在为前提。^{〔6〕}这种观点进一步的内在前提是,决议成立属于事实判断,而决议效力则属于价值判断。^{〔7〕}决议不存在恰好能够补全这两方面的缺陷:一方面,决议不成立的引入补足了逻辑链条的缺陷,先考虑决议存在与否,再考虑无效、撤销的问题;另一方面,决议不成立为严重的程序瑕疵提供救济,以此来弥补二分法保护的不足。

为证成决议不成立之诉,我国学理还广泛援引日本、韩国、我国台湾地区的观点。这些地区都通过立法或实务确认决议不成立的适用。如日本公司法典第830条规定:对股东大会、种类股东大会、创立大会或种类创立大会的决议,可以诉讼方式请求确认决议不存在。韩国商法典第380条规定:股东大会的召集或决议程序有不能以股东大会决议视之的严重瑕疵时,可提起决议不存在确认之诉。两国立法将之前存在于理论和实务的决议不成立之诉以立法形式加以明确承认。我国台湾地区虽无明文立法,但理论和实践也承认决议不成立之诉,认为决议不成立是指从成立过程看,显然违反法令,在法律上不能认为有股东会或决议存在的情况。^{〔8〕}这些地区创设决议不成立的原因,也是基于二分法的上述缺陷,即决议可撤销之诉并不适合涵射形成过程中存在重大瑕疵的决议;^{〔9〕}以及讨论决议瑕疵的前提,是股东会及其决议的存在,如果没有股东会或者决议的存在,就没有讨论决议瑕疵的必要。^{〔10〕}

决议瑕疵二分法存在的缺陷需要采用某种方式来弥补和纠正。各国理论和实践之所以选择用决议不成立来填补缺陷,其理论基础在于将决议视为一种法律行为。

在传统的法律行为理论中,关于成立的理论主要体现为两点。首先,法律行为的成立和生效性质不同,成立是事实判断,而生效则是法律或价值判断。^{〔11〕}其次,由于成立和生效性质上的差别,两者的构成要件也因而不同。成立要件可分为一般成立要件和特别成立要件,一般成立要件通常是意思表示的合致、当事人、标的等;特别成立要件通常是要物合同中的标的物

〔5〕 参见钱玉林:“股东大会决议瑕疵的救济”,《现代法学》2005年第6期,第139页;张旭荣:“法律行为视角下公司会议决议效力形态分析”,《比较法研究》2013年第6期,第138页。

〔6〕 参见袁辉根,见前注〔2〕,第94页。

〔7〕 参见甘培忠等,见前注〔1〕,第50页。

〔8〕 参见王文宇:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第275页。

〔9〕 参见(韩)李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第423页。

〔10〕 参见柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第232页。

〔11〕 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第134页;李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第421页。

交付,以及要式合同中的特定形式。^[12] 如果决议是法律行为,这就意味着法律行为的基本理论和框架结构在可容许的范围内能够适用于决议。成立要件是否能够直接套用暂且不论,成立和生效的区分显然被决议行为所承继,并成为决议不成立的理论基础。决议不成立是一种事实判断、无效或者可撤销的决议需要以决议存在为前提的观点,都是法律行为一般理论在决议行为中的镜像。在比较法中,也是将决议定性为社团性法律行为。^[13]

决议的法律行为定性并没有得到我国学者的一致赞同。有学者认为,股东大会决议并非法律行为,因为决议行为并不能依当事人意思产生权利义务关系,其只是效果意思形成阶段,是意思形成行为。^[14] 还有学者指出,用法律行为理论判定股东会决议并不妥当。法律行为的成立要件是当事人、意思表示和标的。在决议行为中,股东人数低于法定人数、虽有意思表示但程序不合法的决议是不成立的,但这些情况实际上符合法律行为的成立要件,应该在效力层面讨论。因此,股东会决议的成立与否与法律行为理论没有必然联系。^[15]

不过,这些反对意见值得商榷。一方面,决议导致社团意思的内部形成虽然是决议的功能,但这不能否定决议是成员作出的意思表示。如认为决议的法律效果就是形成团体的内部意思,^[16] 这和法律行为理论并无龃龉。依据法律行为的成立要件理论来反驳决议的法律行为属性虽看似有理,但并没有注意到法律行为理论是基于单方和双方法律行为提炼抽象而成,决议行为具有特殊性,因而决议可以也应该具备不同的成立要件。

事实上,在法律事实中,只有法律行为才存在成立和生效的区别,这是由法律行为的本质决定的。法律行为的效力——有效、无效、可撤销等——来自于法体系对当事人通过意思自治设立的行为规范的评价。^[17] 因此,需要先有设立行为,再对其进行评价。而在非法律行为的法律事实中,其实并不存在成立和生效的区分,两者是一体的:一旦法律规定的构成要件满足,就即刻产生法律效果;如果构成要件缺乏,就不存在该法律事实。^[18] 因此,只要承认区别于无效的不成立,或者承认区别于生效的成立,就在实质上认可了决议的法律行为属性。当然,更重要的是《民法总则》第 134 条第 2 款的明文规定:“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立”。该规定构成实在法下解释决议不成立的出发点。

另一方面,法律行为一般理论以合同为原型,而合同和决议在很多方面存在不同,^[19] 因

[12] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2017 年版,第 173 页。

[13] 参见(韩)郑燦亨:《韩国公司法》,崔文玉译,上海大学出版社 2011 年版,第 279 页。

[14] 参见徐银波:“决议行为效力规则之构造”,《法学研究》2015 年第 4 期,第 168 页。

[15] 参见步兵等,见前注[2],第 75 页。

[16] 参见陈甦:《民法总则评注》(下册),法律出版社 2017 年版,第 955 页。

[17] 参见薛军:“法律行为‘合法性’迷局之破解”,《法商研究》2008 年第 2 期,第 40 页。

[18] 参见殷秋实:“论法律行为的效力评价体系”,《比较法研究》2017 年第 6 期,第 23 页。

[19] 参见陈醇:“论单方法律行为、合同和决议之间的区别——以意思互动为视角”,《环球法律评论》2010 年第 1 期,第 58 页。

此,承认决议的性质为法律行为,虽可将法律行为的抽象分析框架(区分成立和效力)适用于决议,但并不妨碍决议在具体问题上(如具体成立要件)有不同规则。在决议中,存在多数股东意思和少数股东意思的竞争,决议对没有参加或者持反对意见的股东有法律约束力,这与单方行为、合同等明显不同。为了正当化这种约束力,股东大会作出决议需要遵循特定程式。决议行为的根本特征在于根据程序正义的要求采取多数决,决议的成立必须由法定主体依据法定职权经由法定召集程序和表决方式作出。^{〔20〕}这种对程序的强调,是决议行为和合同很多不同之处的来源,也是决议成立的制度基础。法律行为一般理论强调意思表示的真实性,以意思表示存在错误、欺诈、胁迫等情况为撤销事由,以意思表示不合致为不成立原因;决议行为重视程序,可撤销强调召集程序和决议方法的瑕疵,个别股东意思表示是否真实和自由不是决议关注的重点;^{〔21〕}不成立的原因也是基于程序。正是由于对程序的强调,决议不成立才能够填补二分法对程序关注不足的缺陷。

因此,在我国法中,决议不成立的理论基础在于决议是一种特殊的、强调程序的法律行为。法律行为的定性,让区分成立和生效的法律行为框架能够适用于决议,产生决议成立和生效的区分。强调程序的特性让决议的成立要件和不成立原因集中于程序,特别是召集程序和表决程序。法律行为的定性和注重程序的特殊性让决议不成立能够弥补决议效力瑕疵二分法所产生的缺陷。

二、决议不成立的正当性反思

基于法律行为定性,决议行为也要区分成立和生效,而成立与否是一种先在的事实判断;基于注重程序的特殊性,决议不成立来源于决议形成过程的严重瑕疵,借此超越二分法不能妥善处理重大程序瑕疵的缺陷,这种论证逻辑使得决议不成立看起来具有充足的理论正当性,甚至可被认为逻辑上必须如此。

不过,这种论证并非无懈可击,至少并不全面。就法律行为一般理论而言,虽然法律行为应该区分成立和生效已经成为我国通说,并被《合同法》所接纳,但是,成立和生效的区分并不必然推论出不成立具有独立意义。不少学者就认为无效和不成立就效果而言并无区别,因而成立和生效的区分不必评价过高,成立要件和生效要件的区分也无实益。^{〔22〕}果真如此,决议不成立之诉的正当性就不够充分,这也会影响成立要件和不成立原因的讨论。对此,有必要先行检讨法律行为一般理论中不成立是否具有独立意义,以此为基础确定决议不成立的意义和价值。

〔20〕 参见王雷,见前注〔1〕,第 170 页。

〔21〕 参见石纪虎:“关于股东大会决议效力的探讨”,《政治与法律》2009 年第 5 期,第 112 页。

〔22〕 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社 2010 年版,第 42 页;苏永钦:《进入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 21 页。

(一) 法律行为一般理论中的不成立

在很长的历史时期内,法律行为或者说合同的不成立和无效都未被明确区分。在罗马法中,无效与不成立(不存在)是基本等同的概念。^[23]一直到中世纪,无效和不成立仍然不存在本质区别,或者说无效的含义就是法律行为的不存在。^[24]无效和不存在的等同鲜明地体现在无效行为不发生任何效果的法谚中(Quod nullum est nullum producit effectum),其理由也不难理解:无效行为就是不存在的行为,而不存在的行为自然无法产生任何效果。

十九世纪的法国民法——特别是婚姻法——可能首次区分无效和不存在,使不存在获得独立意义。当时的法国婚姻法奉行如无明文规定,行为就不会无效的原则(pas de nullité sans texte),因此,无效事由只限于法律特别明确规定的情况。这就让理论和实务难以处理同性婚姻的问题——法律没有明文规定这种婚姻无效,但是当时的理论和实务都认为同性婚姻应该和无效婚姻一样没有效力。为解决这一问题,有学者区分了婚姻的不存在和无效,认为婚姻在自然意义上先于法律存在:在自然法中,婚姻是两个不同性别的人的结合,如果不违反成文法的形式规定,这种结合就成为在自然法和实证法上有效的婚姻。^[25]因此,婚姻需要首先在自然或者社会层面上存在。如果婚姻在社会层面上不存在,也就不需要考察成文法。

基于这种思路,有学者试图在合同中也区分无效和不存在,认为不存在的行为是不具有法律所规定的本质要件的行为,或者是缺少法律所规定的为了存在而不可缺少的庄严形式的行为;无效则是违反法律禁止性规定的行为。^[26]不过,合同法中不少学者仍然持传统观点,认为无效行为就是行为不存在。无效行为所谓的存在只是一种缺乏实质的表象。也是由于无效行为并不存在,不能对之再做变更,因此不能由于嗣后情况生效。^[27]

无论如何,自不成立具有独立意义之后,无效和不成立的关系就一直存在两种理解方式,直至今日。不过,当下的法律行为不成立的独立意义已经变化,更多强调不成立和无效在法律效力上的差异。

如在德国法中,仍有学者回归罗马法传统,将无效和不存在等同,认为无效的含义就是法律行为不存在。温德沙伊德认为,无效的法律行为虽然在事实上是存在的,但是在法律上并不存在;无效行为如同没有灵魂的身体,但这并不意味着其不是身体。^[28]许多学者承继这种观点,认为无效行为在法律上并不存在,仅仅作为事实事件存在。^[29]与之相对的观点则认为无效的法律行为仍然是法律行为。无效并不意味着不存在,因为无效行为仍然可以发生法律效

[23] M. Talamanca, *Inesistenza, nullità, edinefficacia deinegozi giuridicinell'esperienzaromana*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999, 36.如无特别说明,本文在等同意义上使用不成立和不存在。

[24] A. Masi, voce *Nullità (storia)*, in *ED*, XXVIII, Milano, 1978, 865.

[25] K. S. Zachariae, *Corso di diritto civile francese*, I, trad. it. V. De Matteis, Napoli, 1862, 150.

[26] C. S. Zachariae, *Corso di diritto civile francese*, I, trad. it. Aubry e Rau, Napoli, 1854, 30.

[27] V. Marcadé, *Corso elementare di diritto civile francese*, I, Napoli, 1851, 325.

[28] B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. Fadda e Bensa, Torino, 1902, p. 265, nt. 2.

[29] (德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第653页。

果;以及,在存在多个无效原因时,无效行为存在的意义是无效行为也可以被撤销。〔30〕

在意大利法中,区分观点坚持,不存在的行为虽然可能具有行为外观,但是不产生任何法律效果;而无效行为能够产生某些消极或者次要的效果,因此需要以行为存在为前提。〔31〕这些消极或者次要效果并非法律行为无效后的返还和赔偿,而是当事人本来意图发生的效果。这些次级效果体现在意大利民法典第590条、第799条、第1424条、第2126条和第2332条中,涉及无效遗嘱、赠与在履行后不能主张无效,无效行为转换,无效公司和无效劳动合同只面向将来无效等。遵守传统观点的学者则认为,法律行为的无效、不存在并非两种不同的情况,两者都来自于构成要件的缺乏,都是不发生任何效力的行为。〔32〕所谓无效行为的消极或者次要效果其实是误解:无效行为本身在法律上并不存在,不会发生任何效果;但是,无效行为所包含的要件,或者说当事人所具体实施的客观行为可以被另一制度所涵摄,从而被法律重新评价为另外的法律事实,并依据新的法律事实发生效力。〔33〕

由此观之,依据本国实在法的不同,法律行为理论可以区分,也可以不区分不成立和无效。如果区分,主要基于两种情况,即无效原因是否有法律的排他列举,以及被判定无效的行为是否仍具有一定的法律行为效果。这两种情况分别涉及无效的发生原因和法律效果。

(二)决议不成立与决议无效的关系

法律行为一般理论对行为不成立的观察和分析,可为决议不成立提供思考框架和讨论思路,也就是在讨论决议不成立的独立意义时,应该注重在法律效果和发生原因上和决议无效之诉进行对比。

就法律效果来说,我国法对决议无效的法律效果的规定寥寥,决议不成立在这方面的规定更是付之阙如。不过,在学理上一般认为,决议不成立之诉的性质、程序和效力都和决议无效之诉相同。〔34〕被作为范例的日本、韩国等立法例中,决议不成立之诉和决议无效之诉在原告、起诉期间、诉讼程序、判决效力、诉讼性质等方面也都相同。〔35〕

可能产生疑惑的是《公司法解释四》第6条的规定,即“股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”该条只规定了被撤销或者无效的决议,未涉及决议不存在。而在《公司法解释四》的征求意见稿中,第11条则规定:“人民法院判决股东会或者股东大会、董事会决议不存在、未形

〔30〕 同上注,第654页。

〔31〕 E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 473; V. Vitalone, F del Bianco Giovannella, *Gli effetti della nullità del contratto*, Milano, 2016, 6.德国学者的观点,参见弗卢梅,见前注〔29〕,第662页。

〔32〕 F. Carnelutti, *Inesistenza dell'atto giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, X, 1, 1955, 210.

〔33〕 S. Ferrari, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 524ss.

〔34〕 参见刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2011年版,第289页。

〔35〕 参见郑燎亨,见前注〔13〕,第285页;(日)前田庸:《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第304页。

成有效决议、决议无效或者撤销决议的,该决议自始没有法律约束力”。两相对比,可以发现在溯及力有无之问题上,《公司法解释四》的正式文本剔除了决议不存在的情况。这不禁让人疑窦,在溯及力问题、或者说善意第三人保护问题上,规则制定者是否有意对决议不存在和决议无效做区分处理。

最高人民法院可能确实持此态度。在《公司法解释四》的解释意见中,最高人民法院认为,无论决议无效还是撤销,决议自判决作出之日失去法律效力。^[36]而决议不成立通常被认为自始不存在,^[37]因此应该自始没有发生效力,不需要等待判决的发生。果真如此,则两者在丧失效力的时点上有区别。或许最高人民法院还认为,既然决议不存在,也就没有公司依据“该决议”与善意相对人形成关系的可能,因此不需要在第6条特别提及。

不过,在法无明文规定的情况下,这些观点都没有坚实支撑。认为无效在判决作出之日才丧失效力的观点违反法律行为的一般原则,某种程度上将决议无效转变成为无除斥期间的可撤销。认为无效在判决之日起才丧失效力,意味着只要没有人提起无效之诉,无效行为就一直有效,这和无效评价的严厉性并不匹配。理论和实践一般也不认可这种观点,而是认为无效和被撤销的公司决议自始没有法律效力。^[38]另外,从《公司法解释四》第5条列举的不成立原因来看,所谓决议不成立并不排斥其实存在不完善的决议文件,如没有满足出席法定数的“决议”,公司依据这种“决议”和善意相对人发生的关系也应该受到保护。《公司法解释四》第6条没有提到决议不成立,应该属于“立法”漏洞,并不妨碍决议不成立和决议无效在法律效果上等量齐观。

就发生原因来说,需要考察决议无效的事由是否强制,这进一步涉及决议无效与决议可撤销的关系,以及如何理解决议行为的效力瑕疵体系。

决议行为效力瑕疵体系的原则和合同行为不同,在合同法中,效力瑕疵以无效为原则,可撤销的事由是限定的。在决议行为中,效力瑕疵以可撤销为原则,^[39]无效为例外。对于决议瑕疵,原则上都是通过可撤销决议来救济股东,只是在法律特别规定的情况下,决议才会发生任何利害当事人都可以主张、可以在任何期限主张、可以由法官依据职权提出的无效。简言之:除了个别情况决议应该无效,剩下的所有情况都用可撤销来处理。这样的理由是:一方面,法律这里更尊重商事主体的意思自治,交由股东等权利主体自己决定是否主张行为瑕疵;另一方面,这也体现立法者强调公司行为的稳定性和确定性的价值观。毕竟,关于股东会程序的规定都是强制性规定,但对违反强制性规定的行为却用通常作为个人利益保护手段的可撤销来处理,^[40]这本身就是立法者态度的反映。

[36] 参见杜万华,见前注[4],第149页。

[37] 参见李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2014年版,第288页。

[38] 参见姜山:“公司机关决议瑕疵诉讼若干法律问题探析”,《法律适用》2011年第8期,第31页。

[39] G. Rivolta, *Diritto delle società profili generali*, Torino, 2015, 89.

[40] G. Grippo, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, 100.

由于在决议行为中,效力瑕疵以可撤销为原则,无效为例外,这就意味着决议无效的原因不仅需要法律的明确规定,而且这种规定是封闭的,否则会让立法者的意图落空。比较法中对此多有强调。例如,在德国法中,为了尽可能排除疑问,股份公司法在第 241 条以穷尽式的方式列举无效理由,无效事由的规定是排他性和强制性的。^[41] 在意大利公司法修正之前,股东会决议的可撤销和无效事由在第 2377 条和第 2379 条规定,立法理由书明确无效(第 2379 条)构成可撤销(第 2377 条)的例外,因此无效事由被认为不能类推。^[42]

就我国法而言,《公司法》第 22 条先规定无效,再规定可撤销,从条文语义似乎无法直接得出无效和可撤销之间的关系。不过,《公司法》第 22 条规定只有“内容”违反法律、行政法规时决议才能无效,没有规定其他无效事由,体现了限制无效事由的精神。在体系上,对比《公司法》规定的可撤销事由和无效事由,我国法的规定虽然在形式上有别,但在实质上并非不同于德、意等比较法的规定。在价值判断上,尽量维护公司行为效力的稳定、保护相对人信赖也值得赞同。因此,可以认为我国的决议瑕疵也是以可撤销为原则、无效事由限于特别规定的体系。

基于此,也可以重新思考我国有些学者认为的二分法只是形式主义立法例,缺乏法理基础的观点。实质上看,二分法的法理基础在于尽量减少国家干预、维护行为效力稳定,因此决议瑕疵以可撤销为原则,只是在例外情况下才认定决议无效。二分法确实可能存在缺陷,但这来源于决议无效的原因被强制排他列举,因而对少数股东利益的保护不够周全,而非因为二分法是形式主义立法。事实上,在我国法中也难言二分法是机械立法,因为内容违反章程也属于内容瑕疵,但此时决议只是可撤销。

(三)决议不成立的独立意义

从决议不成立和决议无效的对比来看,在我国法中,决议不成立和决议无效在效果上没有任何差别。决议不成立的正当性来自于决议无效事由被法律排他强制限定为内容违反法律、行政法规,导致某些被法律解释和适用者认为应该排除效力的程序瑕疵只能落入可撤销,决议不成立是用于规避这种不妥效果。这也符合法律行为一般理论,即不存在的独立意义或者来自于无效原因的限定,或者来自于无效行为可能发生次级效力,决议不成立属于前者。

不过,这并没有完全回答决议不成立的正当性,而是提出了进一步的疑问,即决议不成立可能不是当然必要,亦非逻辑必然。从法律行为一般理论来看,如果不存在和无效的法律效果相同,都是不产生任何效力,则不存在获得的相对于无效的独立意义其实是为了填补非有法律明文规定行为不得无效的法律漏洞,让法官可以通过不存在的概念来阻止那些虽然不符合法律规定的无效事由,但是依据一般观念仍然应该不生效的行为发生效力。^[43] 决议不成立也

[41] 参见(德)格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社 2010 年版,第 550 页。

[42] A. Graziani, *Diritti delle società*, Napoli, 1963, 354.

[43] R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 332.

不例外。这就意味着,如果采取更加开放的无效原因体系,决议不成立即使不被消灭,存在空间也会被极大压缩。

意大利公司法的修改过程可为例证。意大利法中也曾有决议不存在,其原因就是无效原因只限于意大利民法典第 2379 条的规定,即决议内容违法或者不可能,因而无法适用于程序瑕疵非常严重的情况,实践因此引入决议不存在的概念。^[44] 2003 年公司法修正后,立法者添加缺乏股东大会召集、缺少会议记录为无效事由。^[45] 新增加的这两个无效事由就是原先实践和理论中的不存在事由。立法者修法的目的是为了消除由于法律没有明文规定、因而适用并不确定的不存在,在二分法中消化由实践发展的决议不存在这一决议瑕疵类型。^[46] 修法之后,不少学者认为,除了事实上不存在决议,也就是没有作出任何决议行为之外,没有其他决议不存在的概念。^[47] 当然,由于修正之后的无效原因仍然是强制列举的,因而可能并没有彻底消除所有问题,但可以肯定的是,即使还有这个概念,修正之后的不存在和修正之前的不存在完全不同,重要性也会大为下降。

决议不成立只是填补决议无效事由过窄的漏洞的方法,也意味着决议不成立并非不少学者所通常认为的那样,是一种逻辑上的必然选择。面对严重的程序瑕疵,事实上有三种可能选择:一是仍然坚持用可撤销来处理,让股东选择是否消灭决议效力;二是通过决议不成立来规避决议无效事由的狭窄;三是扩张决议无效事由来处理程序瑕疵问题。决议不成立只是可选方案的一种。^[48] 无论理论还是比较法实践,都表明通过扩张无效事由就可以削减甚至消除不成立的独立意义。

因此,决议不成立只是决议程序瑕疵问题的可能解决方案之一,但不宜将其理解为逻辑上的必然或唯一。决议不成立的正当性不能限于简单援引法律行为一般理论对成立和生效的区分,更应该详细考察不成立与无效之间的关系。决议不成立所具有的独立性具有前提条件,即法律认为有必要区分处理某些严重程序瑕疵、无效原因排他、无效原因限定过窄。任一条件不满足,独立的决议不成立之诉都不会或者不必然出现。决议不成立的这些性质对不成立事由的寻找和确定具有重大影响。

三、不成立事由的评定标准

虽然决议不成立并非应对严重程序瑕疵的唯一立法选择,不过,在《公司法》第 22 条并未

[44] G.F.Campobasso, *Manuale di diritto commerciale, le società*, Torino, 2006, 345.

[45] 在《德国股份公司法》第 241 条中,也可以发现这些无效事由。

[46] M. Paccioia, *Società a responsabilità limitata*, Torino, 2016, 132.

[47] G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, *Società di capitali*, Napoli, 2004, 550.

[48] 有学者认为,如果通过类推方式,决议无效能够合乎理性的解决重大程序瑕疵,没有必要增设新类型,参见武翠丹:“公司决议效力判断之裁判方法研究”,《暨南学报》(哲学社会科学版)2017 年第 4 期,第 62 页。

修订、周边地区立法例与学说强势影响的情况下,决议不成立的引入虽然不具有逻辑的必然性,但具有现实的合理性。当然,更加重要的问题是确定不成立的事由。这是司法实践更关心的问题,对于理论来说也是如此。对决议不成立理论基础重构和反思的目的,正是为了更好地确定不成立的事由。

目前,我国学理中存在两种界定不成立事由的思路和标准,一种基于瑕疵的严重程度直接评判;另一种则先构建决议的成立要件,然后反推决议的不成立事由。

前者的基本思路是,在决议存在程序瑕疵时,只能依据社会危害性程度,通过公众舆论、社会价值观念、社会效果等因素来具体判断决议是否不成立。^[49]换言之,不成立的情况通常只能具体判断,依据个案情况考察瑕疵是否足够严重,以至于需要否定行为效力。^[50]这种思路会导致决疑式的具体分析,虽会例示性列举不成立原因,但不会进行限定。我国所借鉴的周边地区立法例都采这种思路。^[51]

后者即我国不少学者提出的成立要件理论。不同学者列举的成立要件并不一致。有学者提出的成立要件为:主体要件,即有股东出席;内容要件,即存在决议内容;程序要件,必须召开会议,多数决通过。^[52]有学者认为,决议成立应该满足确有举行会议、有法定人数出席、会议作出表决、表决达多数决比例要求等要件。^[53]另有学者将有会议外观,有召集权人和召集通知;会议作出决议;满足多数决三者作为成立要件。^[54]还有学者认为,决议的成立要件包括事实要件、召集程序要件(召集权人召集、对全体股东发出召集通知、决议事项限于通知事项)、决议程序要件(达到多数)。^[55]最高人民法院的观点是,决议须由股东会作出,因此要求参加人员是股东、且要有合格的召集程序;股东会决议须以发生一定的法律效果为目的作出;股东会决议需要依据议事方式或者表决程序形成意思表示。^[56]成立要件的不满足,即构成决议不存在的原因。

两种思路的共性问题,是依据何种标准来确定某一事由是否会导致决议不成立。不过,除此之外,两种思路还隐含另一个需要认真回答的问题:不成立事由是否应该开放。基于瑕疵严重程度评判决议成立与否的思路具有开放性和较强的平衡性。基于成立要件的思路其实会导致封闭的不成立事由:虽然成立要件的确立有难度,《公司法》和相关司法解释并没有明确规定,学理观点彼此不同,但只要确立成立要件,就能划定不成立原因的范围。这两个问题构成

[49] 参见步兵等,见前注[2],第77页;甘培忠等,见前注[1],第51页。

[50] 日本法就有这种情况,参见前田庸,见前注[35],第303页。

[51] 参见郑燎亨,见前注[13],第284页;崔文玉:《日本公司法精要》,法律出版社2014年版,第177页;柯芳枝,见前注[10],第232页。

[52] 参见张旭荣,见前注[5],第141页。

[53] 参见徐银波,见前注[14],第170页。

[54] 参见王雷,见前注[1],第171页。

[55] 参见李建伟,见前注[37],第286页。

[56] 参见杜万华,见前注[4],第137页。

不成立事由的评定标准。

(一)不成立事由的封闭性

从决议不成立以及决议效力瑕疵体系面临的利益平衡,以及决议不成立的产生原因来看,不成立的原因应该是一个封闭体系。

决议不成立和其他决议效力瑕疵类型一样,需要平衡小股东、大股东、公司和第三人等多方面的利益。合法程序的重要目的之一是保护小股东利益,防止大股东在没有通知、没有达到定足数、没有达到通过比例等程序瑕疵情况下强行通过决议,损害少数股东利益。以程序瑕疵为救济对象的决议不成立因而是为了保护少数股东利益。^[57]此外,如果决议可撤销的目的是否定剥夺少数股东投票的决议的效力,以防止大股东无视会议程序,侵害少数股东利益,^[58]举轻以明重,程序瑕疵更严重的决议不成立的目的也应在于保护少数股东。

但是,公司决议的效力瑕疵体系非常注重公司和第三人利益的维护,强调决议的安定性,尽可能让决议发生效力。这体现在整体制度设计的方方面面。首先,二分法以可撤销为原则,无效限于例外规定,就是为了赋予公司行为以稳定性和确定性,保护第三人和公司自身利益。^[59]远短于民法规定的除斥期间也是为尽快确定公司行为的效力。其次,即使决议无效或者被撤销,行为的溯及力也有限制,尤其是涉及公司外部人的决议,《公司法解释四》第6条也有所体现。兼具可撤销和无效性质的决议不成立亦应分享这种价值。毕竟,决议不成立不代表并不存在任何文件或者行为,这些文件和行为一旦作出,在公司内外就可能在事实上被执行,此时,决议不成立应该注重保护公司和第三人利益。最后,即使决议无效,比较法也提供不少治愈措施,使无效决议可以发生效力。如依据德国股份公司法第242条,如果股东大会决议已经登记于商事登记簿,第241条第1—4项规定的无效就可以被治愈(其中包括被日、韩等认为是不存在的情况)。在意大利法中,大多数无效之诉也有除斥期间,从90天到三个月不等,这体现在意大利民法典第2379条和第2379ter条中。我国法尚无规定,但这种精神可资借鉴。反过来说,由于我国并没有规定决议无效、不成立的补救和治愈措施,这就意味着在确定不成立原因时需要更加慎重。

没有约束的不成立事由容易导致决议不成立被司法实践扩大适用甚至滥用。这种情况在比较法中已有先例。意大利公司法在修改前,由于各级法院适用决议不存在的混乱,导致意大利最高法院很早就在判决中警告:在适用法律没有规定的不存在时,应该保持慎重,首先考虑第2377条和第2379条的适用。^[60]在2003年的意大利公司法修改中,立法者之所以要将决议不存在分别导入到无效和可撤销中,也是为了防止决议不存在不受约束的扩大适用。

此外,前已述及,决议不成立的产生原因在于决议无效原因的封闭强行列举。决议不成立

[57] Campobasso, *Manuale*, cit., 345.

[58] 参见丁绍宽:“股东会瑕疵决议的效力研究”,《法学》2009年第6期,第139页。

[59] A. M. Alberti, *Commentariobreve al dirittodellesocietà*, Padova, 2015, 589.

[60] Cass., 7 febbraio 1979, n. 818, in *FI*, 1980, I, 445.

兼具无效和可撤销的性质:从发生原因上看,决议不成立的原因包含在原有的撤销原因内;从法律效果上看,决议不成立等同于决议无效。但是,决议不成立的性质更近似于决议无效,是为填补无效原因强制封闭而产生的漏洞。既然如此,决议不成立应该分享决议无效的制度约束,即也应该被法律明确列举,以防止决议不成立被司法实践滥用。

因此,既然决议效力瑕疵体系应该注重保护公司、第三人利益,公司行为效力应尽快稳定,以及决议不成立应该分享决议无效的制度约束,则决议不成立的原因不能依据个案而开放判断,而应该是封闭性的。如此,《公司法解释四》第5条第5项规定的“导致决议不成立的其他情形”这一兜底条款就不应该毫无约束,而是需要确立一定标准,以防止不成立在实践中被不当扩大化。^[61]

(二)两步走的构建方式

如果决议不成立的原因也应该如同决议无效事由一样被限定,接下来的问题则是如何确定不成立原因的评判与选择标准。这似乎很容易转换为决议行为成立要件的问题,毕竟通过成立要件可以轻松限定不成立原因。如果借鉴法律行为的一般理论,直接确立成立要件也是通行做法。事实上,我国学者提出的成立要件理论中,有一些观点强调主体、意思表示、效果意思等,显然是法律行为一般理论在决议行为中的直接适用。

然而,借鉴法律行为思路——甚至直接借鉴合同成立要件——来构建决议成立要件,进而反推不成立事由的方法并不恰当。这主要是因为决议不成立具有的性质使成立与否的判断在合同和决议中具有不同的功能与目的。

在合同中,不成立所具有的独立意义在于和无效行为的效力相区分,因为无效行为可能具有一定效力,而不成立的行为不会发生任何效力。判断合同是否成立的目的,在于从当事人的社会行为中筛选出适合进入法律世界的、具有基本重要性的行为。如果具备基本重要性,则继续接受法体系的效力评价;如果不具备,则行为不被认为是“法律行为”。因此,合同的成立要件只需要确定最低标准,以和不具有法律意义的情谊行为相区分。只是在要件完全缺乏时才会导致不成立,反之,即使最低要件存在严重瑕疵也不妨碍合同成立,后续问题通过效力来解决。

而对决议行为来说,不成立的独立价值在于无效原因被限定得过于狭窄,不成立其实是为了填补无效事由过窄所造成的漏洞。因此,决议不成立事由其实包含两种子类别:第一种是行为缺乏最低要件,导致行为不具有决议本质特征;第二种是行为虽然具备决议的最低要件,但是存在严重瑕疵,因而应该否定行为效力。前者是程序欠缺,是通常理解的、法律行为一般理论意义上的成立要件,将决议行为和非决议行为相区分;后者是程序瑕疵,虽然也被称为不成

[61] 实践中已经出现扩大化的案例,如即使存在召集、网络投票、会议记录的决议,也被法院以“未通知表决议题”“未实际召开会议”等理由宣告不成立,值得商榷。参见郭森与包慧颖、丁元洪、苏州新求是环保科技有限公司公司决议效力确认纠纷一案民事判决书,江苏省苏州市虎丘区人民法院,(2016)苏0505民初6008号。

立,但更贴切的理解其实是行为已经成立但无效。程序瑕疵是决议不成立事由更关注的重心,其主要目的是和可撤销决议相区分。在《公司法解释四》的征求意见稿中,第4条和第5条分别规定决议不存在和未形成有效决议,某种程度上正是这两种类别的体现。

事实上,我国学者已经隐约有所认识。有学者指出,决议不成立和决议可撤销在本质上是相同的。^[62]表面上看,该观点有逻辑矛盾:一方面,这意味着决议不成立本可以或者应该用决议可撤销来处理;另一方面,通说认为无效和可撤销的决议都以成立为前提,这就导致不成立的决议实际上是“成立的”。这种矛盾是由于决议不成立的多样性所引起的。和可撤销本质上相同的决议不成立,是指决议存在程序瑕疵而非程序欠缺的情况,实际指的是已经成立但无效的决议。

决议不成立的这种复杂性和法律行为一般理论具有深刻不同。决议行为的效力判断不是如同合同那样,首先考察合同是否成立,然后考察是否有无效和可撤销事由;而是直接考察是否不成立或者无效,然后再考虑是否可撤销。因此,先构建成立要件的思路无法全面反推不成立事由,或者说,和不成立原因相对应的“成立要件”不是推导决议不成立的前提,而是决议不成立原因确定后的结果。

为此,在确定不成立事由时,“两步走”可能是一个更合适的策略。首先确定完全缺乏会导致决议丧失本质特征、从而否定决议之“存在”的最低要件。这和合同成立要件在功能上有相似之处。之后再讨论虽然形式上具备最低要件,但是最低要件具有会导致直接否定效力的严重瑕疵的情况。会导致“不成立”(实则是无效)的程序瑕疵只限于最低要件的瑕疵,因为其他要件即使完全欠缺也不会导致决议丧失本质特征,用决议可撤销就可以解决问题。如此,也能够实现决议不成立原因的限定。

在确定程序瑕疵时,要注意和决议可撤销的区分与平衡。原则上,所有程序瑕疵都可以通过撤销决议来解决。即使没有决议不成立,也不意味着少数股东没有任何保护。之所以舍弃撤销之诉,而采用类似无效的决议不成立,从利益衡量上看是因为对少数股东利益的侵害如此严重,用撤销之诉或者其他保护方式无法有效保护,^[63]以至于需要牺牲公司和第三人利益来保护少数股东利益。当然,这种表达仍嫌空洞,无法为实践提供有效指引,需要引入更加有操作性的标准来区分导致撤销和导致不成立的程序瑕疵。

四、决议的最低要件

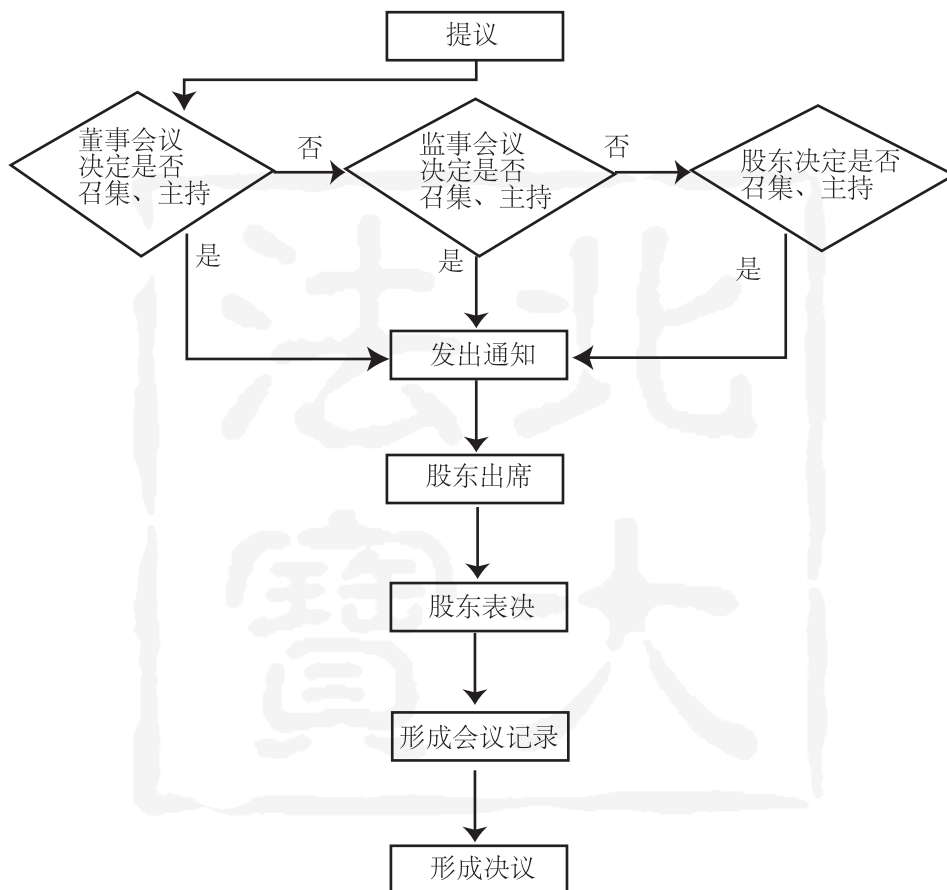
如上所述,具体不成立原因的确定需要首先探寻股东会决议的最低要件,这就有必要考察

[62] 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2018年版,第392页。

[63] 替代方式主要是指损害赔偿。在意大利法中,第2377条和第2379ter都规定,在可撤销或者无效决议确定发生效力时,股东可以主张损害赔偿。德国法也有类似的救济,参见怀克等,见前注[41],第556页。我国法虽无类似规定,但似可通过侵权行为来为股东提供类似保护。而且,公开公司的股东总是可以通过出售股票、退出公司来保护自己。

股东会决议的本质特征、所欲实现的功能和目的,以此为基础确定哪些要件的缺乏会导致股东行为无法被评价为决议。

对此,立法并没有明确指引。《民法总则》第 134 条第 2 款规定,法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。该规定太过笼统,也没有规定详细的议事方式和表决程序。相比而言,《公司法》第四章第二节对股东大会的议事方式和表决程序做了更加详细的规定,大致如下图所示:



然而,在这些程序中,不是任何阶段的缺失都可以导致决议不成立。例如,主持就只是一个会议组织方式的问题。^[64] 如果会议由不是法律规定的适格主体或者外部人主持,甚至没有明确的主持人,对于决议成立不会有任何影响,甚至都不会导致决议的撤销。

股东会决议最本质的特征,首先在于其是“股东会”的决议,是股东们集会后通过投票表决而形成的意思。因此,股东表决是必须的要件,这就可以将决议和部分股东没有开会而直接伪造决议的情形相区分。在后者中,并不存在“股东会”,股东既没有进行任何表示,也没有履行

[64] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 429 页。

任何程序,完全不符合决议作为特殊法律行为的程序特征,自然也谈不上股东大会决议存在。随着现代技术的发展,表决方式多样,产生如网络投票、通信投票等新投票和表决方式,允许股东不到场而作出决议,但表决仍然是必须的。虽然依据《公司法》第37条第2款,全体股东可以以书面形式一致同意的方式行使股东会职权,并不必须投票表决,但这时作出的也并非“决议”,而是“决定”。《公司法解释四》第5条第2项规定会议未对决议事项进行表决的,决议不成立,正是对表决的强调,可兹赞同。

股东的表决行为虽然必要,却并不充分。如果认为仅有股东的集会和表决行为就足够,那么部分股东自行聚集开会形成意见的情况也可称之为股东会决议。这剥夺了未参会股东表达自己意见、投票形成公司意志的机会,仍构成严重的程序瑕疵。更重要的是,决议行为强调程序的意义不仅在于保障股东的参与,还在于将股东的意思归属于公司。换言之,程序的遵守能够将分散股东的个别意思凝集升华为公司意思,而不仅仅是约束部分股东或者部分表达相同意见的股东。经过公司组织生活形成的、即使无效的决议,和完全外在于公司组织生活的、约束部分股东的决定是两种性质不同的行为。股东的表决应该被纳入公司组织生活中才可称之为决议。^[65]

因此,除了股东的表决,还应从股东意见能够归属于公司这一决议的功能出发寻找其他要件,而这主要是召集和会议记录。

召集程序,即《公司法》规定的召集人向股东发出通知,告知会议的时间、地点、审议事项等信息。召集程序体现了发起的正当性和合法性,使股东意思归属于公司。如果完全缺乏召集,也没有随后的股东集会和表决,自然没有决议的存在。如果完全没有召集,但有部分股东集会,此时就只能将这部分股东形成的意思视为股东自己的行为,而不是公司行为。在比较法中,没有实际的召集程序都构成决议不成立的原因。^[66]《公司法解释四》之前的我国学理也在相当程度上和比较法观点保持一致,认为根本没有召集会议情况是决议不存在的原因。^[67]

除了召集这个发起程序外,还需要会议终结的程序。这个程序需要能够确定投票结果、并且通知股东或者能够让股东知道投票结果。主席宣告、会议记录甚至决议记载于公司注册簿等都可以承担这一功能。^[68]例如,在德国法中,决议需要由主席确认和宣告,如此才能具有效力,如果进行了不正确的宣告,如对股东表决的计算或者决议通过所需要的多数存在错误,

[65] M. Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2004, 792.

[66] 参见 Cass. civ. sez. I, 11 giugno 2003, n. 9364; 郑燦亨,见前注[13],第284页;王文字,见前注[8],第276页。

[67] 参见施天涛,见前注[62],第393页。

[68] V. Sanna, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari e delle decisioni extra - assembleari: un problema ancora aperto*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, I, 188s.

则决议可撤销。^{〔69〕} 如果缺乏主席的确认和宣告,可以导致决议不存在。^{〔70〕} 在意大利法中也有类似情况。在2003年公司法改革前,缺乏会议记录,以至于不能识别参加会议的股东所达成的决议会导致决议不成立。^{〔71〕} 在改革之后,依据第2379条,缺乏会议记录也仍然是决议无效事由。^{〔72〕} 从比较法的这些做法中,可一窥确定投票结果并公之于众的程序的重要性。

相比而言,我国《公司法》对于主席宣告、决议登记等并无规定,对会议记录则有规定。《公司法》第107条规定“股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录,主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存”;第41条第2款规定“股东会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的股东应当在会议记录上签名。”此外,《公司法》第48条第2款和第112条第2款分别规定有限公司和股份公司的董事会应该制作会议记录。

如果依据法律规定,股东会应该制作会议记录,则会议记录也有作为决议成立要件的潜力。而会议记录所具有的两种功能,使其适合成为决议的成立要件。一方面,会议记录全面反映主持人核对到会股东情况、宣布会议召开、说明会议召集情况、说明提案情况、股东发表质询、相关人员说明情况、股东投票、检票人员检票、主持人宣布会议通过的决议事项等,且公司应该保存会议记录,这让会议记录成为股东会会议确实召开的证明;而且,会议记录也反映了会议决议的内容,如果两者发生冲突,应该根据会议记录的内容确定决议的含义。^{〔73〕} 可以说会议记录是股东会全部程序的书面载体,具有非常重要的证明功能,是少数股东行使权利时的依据,可以类比要式行为中的法定形式来理解。另一方面,依据《公司法》的规定,合格的会议记录应该有主持人、董事或者出席会议股东的签名,会议记录和召集通知遥相呼应,都将股东意思上升为公司意思。从这两方面的功能来看,可以、也应该将会议记录作为公司决议的成立要件,以此也可提高会议记录在目前实践中不受重视的地位。在意大利公司法中,由于改革之后将召集和表决瑕疵分别归属于无效和可撤销事由,甚至有学者认为会议记录——哪怕实际没有召开会议,只是伪造的记录——是认定决议存在的唯一要件。^{〔74〕} 会议记录的重要性可见一斑。

综合来看,召集、表决、会议记录是股东会决议能够实现其功能和目的的最低要件。召集提供将股东意思归于公司的合法性,表决是股东形成意思的手段,会议记录是必不可少的形式。三者之中任一程序的缺乏,都会导致股东意思的缺乏或者股东意思不能被称之为决议,进而导致决议不存在。

〔69〕 参见怀克,见前注〔41〕,第541页。

〔70〕 参见刘渝生:《公司法制之再造》,新学林出版股份有限公司2005年版,第256页。

〔71〕 Cass. civ., 28 novembre 1981, n. 6340, in *Mass. Giur. It.*, 1981.

〔72〕 类似规定也可参见德国股份公司法第241条第2项,也强调了会议记录的重要性。

〔73〕 参见叶林:“股东会会议决议形成制度”,《法学杂志》2011年第10期,第31页。

〔74〕 M. Centonze, *L'inesistenza delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008, 219s.

五、导致效力否定的程序瑕疵

决议的最低要件类似合同的成立要件,缺乏这些要件会导致行为在法律上不存在,不具有当事人意图发生的法律意义。不过,这并没有解决决议不成立的全部问题。在法律行为中,只要意思表示存在就可认定行为成立,其他的严重瑕疵在效力层面处理。决议则不同,由于决议无效事由的限制,决议不成立还要在“成立”层面上处理决议实质上虽已成立、但应该无效的情况,换言之,即虽具备最低要件,但这些要件具有严重瑕疵的情况。这些情况的探讨也会决定《公司法解释四》第5条应该如何解释。

导致“不成立”的程序瑕疵的范围实质是如何与导致撤销的瑕疵相区分的问题。为了避免不成立的滥用或者过于严厉的适用,需要确立一个合理的区分标准。考虑到理论上,即使没有决议不成立之诉,相关程序瑕疵也可用决议可撤销处理,少数股东有无撤销决议的机会和可能性可作为区分不成立和撤销事由的标准:如果程序瑕疵不妨碍少数股东正常行使撤销权,就没有求助不成立的必要;但是,如果程序瑕疵使少数股东在实质上丧失行使撤销权的可能,不成立的独立意义就此显现。另外,该标准也可以维护决议效力瑕疵体系的立法原则,尽量维持决议效力的稳定。

(一) 召集瑕疵

表面上存在召集,但是召集程序有瑕疵主要有以下几种情况:一是召集权限瑕疵,如召集人本身外在于《公司法》规定的范围,不是董事、监事或者股东,或者召集权人没有遵循《公司法》第101条的顺位,或者董事长未经决议而召集等;二是召集对象瑕疵,是否以召集全体股东为必要,还是召集部分股东即可;三是召集内容瑕疵,如没有遵循《公司法》第102条确立的期间,地点、议程不明确等。

召集权限的瑕疵,可能需要区分召集主体是否形式上属于有权主体。如果召集人形式上属于有权主体,则可撤销是更合适的选择。一方面,对于股东来说,召集人具有董事、监事或者股东身份,召集在表面上就是适格的,从维护被召集股东信赖的角度来说,认可召集存在,并允许股东通过撤销之诉来决定决议是否有效,而不是由立法者直接一刀切式的判断,是更合适的选择;另一方面,这种召集权限瑕疵是可以事后补正的,如董事会、监事会嗣后批准相应主体的行为,召集权限的瑕疵可被修复,并不必要否认决议的存在。^[75] 在比较法上,单纯的召集权限瑕疵也是可撤销事由。^[76] 如果召集主体形式上并不属于有权主体,而完全是外部人,这时候作出的决议可被认为不成立,毕竟此时不是公司发起的股东会,股东也没有信赖可言。比较法上看,无召集权人也可以被归入到不存在事由中。^[77] 不过,如果更强调召集对象瑕疵,那

[75] 这也得到了实践认可,参见郭明球与广州琳峰泉矿泉饮料有限公司等公司决议纠纷上诉案民事判决书,广东省广州市中级人民法院,(2017)粤01民终19180号。

[76] 参见李哲松,见前注[9],第414页。

[77] 参见郑燎亨,见前注[13],第284页;王文宇,见前注[8],第276页。

么外部人召集的股东大会决议其实也可以通过可撤销来解决。

召集对象瑕疵是否导致决议不成立有不同观点。在比较法上,有立法例认为召集并不必要向所有股东发出,没有向大部分股东进行召集通知会导致决议不存在,但没有向所有发行股份总数41%的股东发出召集通知而召开股东会的则是可撤销事由。^[78]该观点更强调股东会决议是股东意思这一实质角度。如此,只要对多数股东发出召集通知就能满足决议成立的要求。毕竟,在没有召集,但是有99%投票权的人进行了表决,和虽有召集,但只有10%表决权的人投票两种情况中,何以认为前者就如此的不正当,以至于需要否定决议的存在?^[79]与之不同的观点则认为,召集要保护的是每个有权利参加股东会意愿形成的主体,即使召集只遗漏了一个主体,且这个主体不参加也不影响投票结果,决议也是无效的。^[80]我国也有学者认为,依据召集对象的多少和情况是否严重来讨论是否成立非常困难,而且也无法估量一个未被通知者出席会议会产生怎么样的影响,此外,无表决权股东也应该有获得通知的权利,因此,会议召集通知向全体股东作出乃是成立要件。^[81]

相比而言,考虑不成立是为了保护少数股东免受严重程序瑕疵的损害,以及不成立与可撤销的合理界限,召集对象的范围其实非常重要,召集通知应该向全体股东发出是更加妥适的解释选择。召集的重要作用是让股东知晓股东会的召开。股东是否出席会议,取决于个别股东的自己意思,但是,让股东知晓股东会的召开,就保留了股东行权的可能性。否则,考虑到《公司法》第22条规定的除斥期间起算点是“决议作出之日”,如果认为只需对部分股东召集就可以满足决议存在的要件,很容易导致未接到通知的少数股东丧失撤销决议的可能,因为他们在决议作出的60日内可能都不知晓决议的“存在”。^[82]这也很容易引发道德风险,大股东完全可以操纵召集对象,技术性地挑选部分股东进行通知来规避决议不存在对少数股东提供的保护。^[83]考虑到我国公司股权集中现象显著,更应该防备大股东滥用权力。

从这个角度看,会议召集通知的对象应该是全体股东,以保障股东的知情权,保留股东通

[78] 参见李哲松,见前注[9],第425页。

[79] 该观点虽然讨论的是召集的有无,但同样的理由也可以适用于召集对象的讨论。L. Farenga, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1989, I, 197.

[80] Alberti, *Commentario*, cit., 608; G. Guerrieri, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, 64.

[81] 参见李建伟等,见前注[2],第109页。

[82] 有部分法院注意到召集对象的重要性,认为“(未通知股东参会的)行为与诸如提前通知不足法定期间、表决方式未按章程约定等股东会召集、表决过程中的一般程序瑕疵明显不同。其后果并非影响股东表决权的行使,而是从根本上剥夺了股东行使表决权的机会和可能,同时也使受侵害股东因不知晓股东会决议的存在而无法及时主张权利救济。”参见陈木楠与上海锦麒机电设备安装工程有限公司股东会决议效力确认纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院,(2009)沪一中民三(商)终字第954号。

[83] 实践中,有裁判表现出这种危险倾向,在没有召集的情况下,认为瑕疵决议已经过“半数表决权股东的真实意思表示”,直接判定决议合法有效,都未考虑决议可撤销的问题。参见北京远方国际拍卖有限公司与祖伊壹公司登记纠纷上诉案民事判决书,北京市第三中级人民法院,(2017)京03民终13283号。

过撤销决议保护自己 and 公司利益的可能性。如此,召集内容的瑕疵就不必用不成立来处理。即使召集通知存在发出时间没有遵循《公司法》的规定,地点错误或者缺失等瑕疵,只要能够让所有股东知道会议的召集,就仍然可以构成通知,从而允许接到瑕疵召集的股东查询决议,并决定是否提起撤销之诉。

因此,对于决议成立来说,召集程序要满足的最低要求是:召集主体适格,即董事会、监事会或者满足一定条件的股东;召集对象是全体股东。

《公司法解释四》第5条所列举的不成立原因在此存在漏洞,因为完全没有提及召集通知程序的瑕疵。从征求意见稿和正式条文的对比来看,正式稿第5条第1项的“公司未召开会议”似乎并不意指召集瑕疵的情况。征求意见稿在第4条和第5条分别规定决议不存在和未形成有效决议两种情况,公司未召开会议和公司召开股东会、但是未对决议进行表决两者属于决议不存在的类型。最高人民法院认为,决议不存在这一子类型为根本没有开会、表决,^[84]似乎意指完全没有股东出席会议并投票表决的情况,瑕疵召集下的股东集会和表决逸出了该范围。不过,这种漏洞可以通过扩张解释来解决,即强调“公司未召开会议”中的“公司”和“会议”两个概念;既然是公司召开的,则召集主体应该是法律规定的人员;召开的是股东会,应该是所有股东都可以参加的,因而召集对象应该包括全体股东。如果不能通过扩张解释第5条第1项,至少也可以通过类型化第5项“导致决议不成立的其他情形”来涵摄召集通知程序严重瑕疵的情况。

(二)出席和表决瑕疵

相较而言,《公司法解释四》虽然没有强调召集通知,但非常注重出席和表决的程序瑕疵。第5条所规定的四项具体不成立原因中,有三项都涉及出席和表决。其中,第2项规定会议未对决议事项进行表决,此时在事实层面上就不存在股东意思,也自然无法进一步讨论决议。^[85]第3项和第4项则规定法定或者章定的出席人数、表决权数(quorum)与达到通过比例是决议的成立要件。不过,就股东会而言,无论是有限公司还是股份公司,《公司法》都没有规定最低出席人数或者表决权数。对于董事会,《公司法》也只是在第111条第1款规定“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行”,有限公司则没有规定。对于通过比例,《公司法》对股份公司规定得比较详细,即股东会决议应该获得半数通过,涉及“修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议”,需要出席会议的股东所持表决权的三分之二以上的比例;董事会决议应该全体董事的过半数通过。对于有限公司而言,只在第43条规定“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”,股东会的普通决议和董事会决议则没有规定,留待章程解决。

[84] 参见杜万华,见前注[4],第133页。

[85] 逐个通知股东并不构成表决,参见贾宏伟与安徽联成锅炉股份有限公司公司决议效力确认纠纷民事判决书,安徽省芜湖市鸠江区人民法院,(2017)皖0207第3689号。

这些规定自身存在不少问题。^{〔86〕} 如果以现有规定为前提,在讨论不成立原因时,《公司法解释四》第5条可能的问题涉及两个层面:首先,达到通过比例是否为成立要件;其次,《公司法》并没有股东会的最低出席人数,因此这只能是章定的,这就需要确定纯粹意定的出席人数是否应该作为成立要件。

就通过比例而言,最高人民法院在司法解释中强调通过比例的理由,是如果没有达到多数决,则决议的意思表示没有形成,相当于股东会没有作出任何意思表示,决议因而不成立。^{〔87〕} 表面来着,这种论断并无问题:决议本身就是获得多数支持的议题或者提案,达到通过比例作为成立要件理所当然;如果提案没有获得多数支持,本也不会有决议产生。

这种观点看上去无懈可击,实则不然,因为这对表面上达到通过比例、实则没有达到的情况处理不当。这种情况并不少见。有时,股东的表决权会受到限制,如《公司法》第16条第3款规定利害关系股东“不得参加前款规定事项的表决”,如果利害关系股东没有事先披露并参加投票,可能会导致决议实际上并没有达到通过比例。如果某股东无权代理其他股东投票,且无权代理事后并没有被追认,也可能导致决议实际上未达通过比例。个别股东的决定性投票可能由于错误、被欺诈、被胁迫而可撤销,而缺失该票会导致决议其实没有达到通过比例。此外,公司章程可能规定有比较复杂的投票和计票方式,如累计投票,主持人可能发生计算错误,从而产生实际上没有达到通过比例的决议。以上情况都可能事后才发现。此时,第4项的文义涵盖这些情况,或者说正以这些情况为对象:如果表决结果没有达到通过比例,因而没有决议产生,本也没有存在与否的问题;只有实际没有达到通过比例,但是由于部分股东、董事的故意、过失或者错误而产生决议,规定决议不成立才有价值。

有学者认为,虽然形成决议表象,但是没有形成多数决的社团意思,在法律上不能认为决议存在。^{〔88〕} 但是,对于表面多数决来说,让决议不成立并不是合适的选择,因为在利益平衡过程中过分偏重少数股东利益,这是以公司和第三人利益为代价的。相比而言,表决数计算错误、无权代理、未披露利益冲突等情况所造成的程序瑕疵未必都很严重,少数股东完全可以通过撤销之诉保护自己,甚至有时都不能撤销决议。而且,只要强调召集程序的合法,少数股东总是可以知道决议的作出,并检查和决定是否撤销决议。如此,在作出60日后,决议就可以稳定发生效力,从而使交易关系尽快稳定。如果认为这些情况构成不成立,意味着这些程序瑕疵随时都可能导致决议无效,其采用的法律效果和瑕疵的严重程度并不匹配。

如果多数股东故意通过伪造签名、会议记录和决议等方式来形成决议,有可能严重损害少数股东利益,甚至决议就是以损害小股东利益为目的。这看起来能够正当决议不存在的适用,《公司法解释四》颁布后的不少司法实践也多强调伪造股东签名时,决议不存在。不过,这些案

〔86〕 例如,有限公司股东会的普通决议,至少也应该规定半数通过,章程并不能规定一个更低的通过比例。更多问题的介绍,参见邓峰,见前注〔64〕,第430页。

〔87〕 参见杜万华,见前注〔4〕,第137页。

〔88〕 参见徐银波,见前注〔14〕,第172页。

例很多都存在召集通知问题,即完全没有召集通知或者没有通知全部股东,^[89]因而可以通过召集程序瑕疵来排除决议的成立。而且,个别股东是否参加会议实属股东的自由,股东没有参加会议的义务。如果以个别股东没有参加为由来判断决议不成立,有违股东会的基本制度原理。此外,伪造签名的实质是无权代理问题,意味着该行为有被追认的可能,因此,认为决议已经成立在逻辑上也更为顺畅。最后,如果多数股东确实意图损害少数股东的财产利益,这种决议属于内容违法,可以直接通过决议无效来保护少数股东。^[90]

从比较法来看,表决权受限股东的表决、定足数表决权的计算违法等情况也都只是决议可撤销的事由。^[91]我国学者在理论上也多有赞同。^[92]《公司法解释四》将达到通过比例作为不成立要件,在目的和手段选取上都有不当。而且,在实践中,同一份决议可能包含多项议题,仅以是否达到通过比例来决定决议是否成立,还可能导致决议某些部分成立,某些部分不成立的窘境。^[93]

就出席人数而言,首先涉及成立要件是否可以完全约定的问题。从《公司法解释四》第5条第3项的表述来看,章程意定的要件也可以是成立要件,毕竟,《公司法》并没有规定出席定足数。不过,这个结论并不恰当。如果认为违反章程规定——也就是纯粹意定——的出席定足数会导致决议不成立,理论上章程也可以约定其他要件,并通过第5项“导致决议不成立的其他情形”来发挥作用。这就可能导致决议不成立的泛化和滥用,从而有违不成立事由应该限定的原则,有违尽可能维持决议效力、维护交易安全的原则。从这个角度看,不成立的原因应该限于法律规定,而不应该交由当事人约定。

事实上,即使法律明确规定了股东的出席定足数,也未必构成成立要件。基本理由和通过比例的情况类似——合理建构的召集通知程序能够保证少数股东通过撤销决议来保护自己的利益。如果由于不符合定足数而未产生决议,本身就没有决议不存在的问题。如果虽然不符合定足数,但基于部分股东、董事的故意或者错误而产生决议,就已经产生可以被信赖的对象,

[89] 参见郑晔颖与梦想家(北京)儿童游乐园有限公司公司决议效力确认纠纷一案民事判决书,北京市东城区人民法院,(2017)京0101民初979号;北京奥普译通科技开发有限公司等诉李桂云公司决议效力确认纠纷一案民事裁定书,北京市第二中级人民法院,(2018)京02民申46号;赵建忠等与北京大华中泰环保科技有限公司公司决议效力确认纠纷一案二审民事判决书,北京市第三中级人民法院,(2018)京03民终2886号等。

[90] 部分实务似也认可这种观点,参见南京赛世仙林房地产开发有限公司等与党凯公司决议效力确认纠纷上诉案民事判决书,江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终8178号,一审观点:“该日作出的董事会决议不符合法定程序,未通知股东和董事的党凯参加,董事计东和史俊新通过的董事会决议内容损害党凯的权利,故该日形成的董事会决议从程序上讲具有可撤销情形,从内容上讲违反法律规定,该决议无效。”

[91] 参见李哲松,见前注[9],第415页;柯芳枝,见前注[10],第233页;以及《意大利民法典》第2377条第5款。

[92] 参见施天涛,见前注[62],第374页;刘俊海,见前注[34],第284页。关于股东撤销自己的投票意思,只是在害及共同行为的形成,才能撤销行为,参见许中缘:“论意思表示瑕疵的共同法律行为——以社团决议撤销为研究视角”,《中国法学》2013年第6期,第63页。

[93] 参见许兆华与北京森贝德科技发展有限公司公司决议撤销纠纷一案民事判决书,北京市通州区人民法院,(2017)京0112民初4579号。当然,如果认可这时并非决议不存在,而只是可撤销的决议,就只是部分撤销的问题。

此时完全可以适用可撤销来保护少数股东,以维护决议效力的稳定和第三人信赖。

因此,虽然表决是股东会决议的成立要件,但这并不代表出席定足数不足和未达到通过比例属于不成立原因,两者的程序瑕疵相对轻微,用撤销之诉或者损害赔偿就可较好地保护少数股东利益。

(三)会议记录瑕疵

如前所述,会议记录可被认为是股东会会议进程的书面形式,发挥不可替代的证明功能。会议记录是决议的最低要件之一,缺乏会议记录会导致决议不存在。

除了完全缺乏会议记录外,更可能发生的是会议记录有瑕疵的情况。例如,《上市公司章程指引》第72条规定会议记录应该包括:“(一)会议时间、地点、议程和召集人姓名或名称;(二)会议主持人以及出席或列席会议的董事、监事、经理和其他高级管理人员姓名;(三)出席会议的股东和代理人人数、所持有表决权的股份总数及占公司股份总数的比例;(四)对每一提案的审议经过、发言要点和表决结果;(五)股东的质询意见或建议以及相应的答复或说明;(六)律师及计票人、监票人姓名;(七)本章程规定应当载入会议记录的其他内容。”并非会议记录的任何瑕疵都会导致决议不存在。只有不满足会议记录的最低要求,导致无法发挥会议记录最低程度的功能才有否定会议记录、进而否定决议存在的需求。

在确定会议记录的最低要件时,应该考虑保护少数股东利益和维持不成立与可撤销合理区分的需要,如果召集通知需要对全体股东发出是为保障少数股东提出撤销决议的可能性,会议记录的最低要求则是为保障股东证明决议存在程序瑕疵、从而撤销决议的可能性。为此,会议记录应该至少包括决议的日期、内容、投票的具体情况等内容,否则难言“会议”记录,也无法让查询会议记录的股东发现程序瑕疵。此外,会议记录应该有签名。这和召集程序的考虑类似:有主持人、董事或者股东的真实签名,才能够将会议记录归属于公司,也可保持会议记录的可信度。这两方面的要求其实已经反映在《公司法》第107条的前半句中,即“股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录,主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名”。

《公司法解释四》第5条列举的不成立原因中,并没有规定会议记录瑕疵,存在漏洞。这可以通过解释第5项“导致决议不成立的其他情形”引入。实践中,已经有裁判强调没有会议记录的股东会决议可以落入《公司法解释四》第5条第5项的范畴,^[94]值得赞同。

六、结 论

决议不成立的理论基础,在于决议是一种特殊的、强调程序的法律行为。法律行为的属性,让决议可以援引法律行为的一般理论,区分成立和效力;强调程序的特点,导致不成立来自于程序瑕疵,而非股东的个别意思表示。

虽然决议是一种法律行为,但决议不成立和以合同为原型的法律行为成立理论存在深刻

[94] 参见郭曼、北京航美盛世广告有限公司与航美传媒集团有限公司公司决议效力确认纠纷一案一审民事判决书,北京市朝阳区人民法院,(2017)京0105民初29883号。

不同。在法律行为一般理论的发展历史中,不成立获得相对于无效的独立意义,或者因为无效原因被强制规定,或者由于无效可能发生一定效力。现行的合同不成立通常强调后者,但决议不成立属于前者,是为填补无效事由数量有限的漏洞。决议不成立的这种属性,意味着不成立事实上包含两种情况,即决议不满足最低要件和最低要件具有严重瑕疵。前者属于传统理解的不成立,后者则是用不成立的概念来处理成立但无效的问题。决议不成立和合同不成立的功能与目的并不相同。这意味着决议不成立不能无条件援引法律行为的成立理论,也无法只通过成立要件来反推不成立事由。

基于决议不成立的性质与目的,可分两步寻找不成立原因,首先确定决议的最低要件,其次讨论可能导致否定决议效力的严重瑕疵。由于决议不成立和无效的相似性,以及决议效力体系重视对公司、第三人利益的保护,重视维护决议行为的效力,决议不成立的事由也应该是限定的。决议的最低要件,是存在召集、股东表决和会议记录,完全缺乏最低要件会导致不构成决议。如果存在最低要件,但是有召集人是外部人、没有召集全部股东、会议记录没有记载最低内容或没有适格主体签字等严重瑕疵,会导致决议不发生效力。出席定足数和通过比例的瑕疵并非不成立事由。据此,《公司法解释四》第5条的第3、4项范围过宽,应予限缩;第5项应该限定为缺乏召集或者缺乏会议记录,不能无限扩张。

Abstract: The non-existence of resolution is established to enhance the insufficient protection offered by the current system. The theoretical foundation is that the resolution is a kind of legal transaction, emphasizing proper procedures. However, as the typical model of legal transaction is contract, which is quite different from resolution, the general theory of legal transaction could neither inform the non-existence of resolution nor guide the research about the causes of such non-existence. The function of the non-existence of resolution, unlike the case of contract, is to fill the lacuna that the causes of nullity is limited. In fact, the so-called non-existence contains both non-existence and nullity. Therefore, it is better to take two steps to define the causes of non-existence: first is to establish the minimal requirements and second is to discuss the serious defects of these requirements that should lead to ineffectiveness, depending on the possibilities if the shareholders could avoid the resolutions. Based on the above discussion, the causes of non-existence should be the lack or serious defects of notices or minutes, and the lack of vote.

Key Words: Legal Transaction; Non-existence of Resolution; Nullity of Resolution; Voidable Resolution; Defects of Procedures

(学术编辑:薛 军)

(技术编辑:许一君)