

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

王 雷*

摘 要 作为团体法的产物,社员权中的共益权经由决议行为的方式行使。决议行为的根本特征在于其根据程序正义的要求采取多数决的意思表示形成机制,决议结果对团体全体成员都具有法律约束力。决议行为不同于共同行为或者合同行为,其扩展了民事法律行为的类型。我国未来民法典总则篇“民事法律行为”中应该规定决议行为的共通法律规则,以促进团体意志的依法形成,保障农民集体经济组织成员权利、业主成员权、股东共益权等社员权的实现。

关键词 决议行为 共同行为 农民集体决定 业主管理规约 公司决议 团体法

一、民法中的决议行为概述——从社员权到决议行为

(一)社员权作为社员对社团所享有权利的总称

民法为权利本位的法,民法的精神就是为权利而斗争,^[1]“民事权利是民法里带根本性

* 中国青年政治学院法学院讲师。本文为国家哲学社会科学基金后期资助项目“民法规范论”(项目编号:10FFX009)和国家社科基金重大项目“法学方法论与中国民商法研究”(项目编号:13&·ZD150)的阶段性成果。笔者曾将本文提交北京大学法学院2014年10月18日主办的“走向中国民法典——历史的机遇与挑战”会议讨论,并得到王轶教授、薛军教授、张谷教授、张家勇教授、凌斌教授、许德风教授、金锦萍教授、黄卉教授、王竹教授、李宇博士等的有益建议,特此致谢。

[1] 参见王雷:“为权利而斗争:民法的‘精神教育’”,《北京科技大学学报·社会科学版》2012年第3期。

的重要问题”。〔2〕“权利就是服务于民事主体特定利益的实现或维持,由法律上之力保证实现的自由。”〔3〕以民事权利的内容为标准,最初,民事权利的分类仅包括财产权和非财产权,随着社会的发展,出现各种新类型权利,难以继续将其纳入二分法的体系之中,于是在此标准之下又将民事权利进一步区分为人格权、财产权、知识产权、社员权。〔4〕这也是民事权利分类中最基本、最重要的一种。

民法中的社团的成员(社员)基于其成员的地位与社团发生一定的法律关系,在这个关系中,社员对社团享有的各种权利的总称,称为社员权。社员权的主体是社员,相对人是社团。社员权是团体法上的权利。社员权以社员资格的存在为发生基础,社员受团体意思的拘束。社员权本身是一种复合性的权利,其中既有具经济性质的自益权(如利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权),也有不具经济性质的共益权(如参与重大决策权利、选择管理者权利)。社员权除由法律规定之外,由该团体的章程去规定,章程通过不以每个社员均同意为必要,但章程对每个社员都有拘束力。所以,一个社团社员的权利义务,要根据章程去决定。社员权中最重要的一种是营利社团法人中的社员权,即股东权。在其他社团中,社员权还不为人们所重视。不过,随着社团的增多,特别是各种俱乐部的设立,社员权将会日益得到人们的认识,受到人们的重视。

(二)决议行为是社员共益权的行使方式

民事行为是指以意思表示(Willenserklärung)为核心要素,旨在引起一定私法上效果的表示行为。民事行为是实践私法自治的主要工具,也是引起民事主体民事权利义务关系变动的最重要原因。民事行为制度的相关理论在民法学理论体系中居于极其重要的地位,法律行为也已经成为大陆法系民法的标志性概念。“法律行为理论是由德国法律科学中发展出来的,19世纪德国法律科学的首要主题就是法律行为,法律行为理论也为19世纪的德国法律科学赢得了世界性的声誉。”〔5〕“正是由于采用法律行为概念,决定了日本、韩国、中国及中国台湾属于大陆法系的德国法系”。〔6〕在民事行为的类型体系中,决议行为是一个重要疑难类型。决议行为是指多个民事主体在表达其意思表示的基础上根据法律规定或者章程约定的表决规则做出决定的民事行为,如公司股东会的决议等。

民事权利的内容是法律上的自由,自由的内涵主要包括消极自由(negative freedom)和积极自由(positive freedom)。伯林曾经指出,消极自由是指“自霍布斯以来英美自由主义思想家所强调的那种不受其他个人或人们制约的自由”,而“积极自由的核心就是个人自主的观

〔2〕 谢怀栻:“论民事权利体系”,《法学研究》1996年第2期。

〔3〕 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2010年版,页85,王轶教授执笔。

〔4〕 有关此种分类及下段社员权的相关论述,参见谢怀栻,见前注〔2〕。

〔5〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Springer Verlag Berlin 1992, S.30.

〔6〕 (日)北川善太郎:《民法总论》,有斐阁1993年版,页105,转引自梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页161。

念”。〔7〕“在私法(Privatrecht)中,占主导地位的通常是那些自由的(freie)、不需要说明理由的决定。”〔8〕自由在民法上体现为私法自治,民事主体基于私法自治享有行为自由,这种自由可以通过法律行为之外的情谊行为等方式活动的自由,〔9〕也可以是从从事法律行为的自由。拉伦茨认为社员权包括参与管理权与受益权两项权能。〔10〕社员权中的利润分配请求权、剩余财产分配请求权、新股优先认购权等具有经济性质的自益权主要通过行使请求权或者形成权的方式来实现。社员权中的参与重大决策权利、选择管理者权利等不具有经济性质的共益权则通过决议行为的方式行使,〔11〕决议行为也成为实现社团自治的重要工具。

有学者曾指出:“判决书其实就是作为国家机关的法院的决议行为(Gerichtsbeschluss),而非社团法人所从事法律行为中的决议行为。”〔12〕实际上,民法决议行为的意思表示采取多数决的形成机制,这正是借鉴政治决策民主多数决的结果。民主多数决是一种公共选择决策的技术手段,而非代表普世的优越价值。民主多数决使得决策者为自己的选择承担责任和风险,通过自主选择和自负其责,赋予公共选择程序上的合法性。民主决策本身缺乏政治正当性,但民主决策通过决策者自己决定如何统治自己的结构成功回避了决策者对政治正当性的可能质疑。正如有学者所言:“民主创造了一个政治循环解释,即人民自己决定如何统治自己,这就解构或回避了各种令人心惊胆战的政治问题。”〔13〕民主政治如此,民法决议行为亦如此。

二、民法决议行为对民事法律行为的类型扩充

(一)民事法律行为的类型化

民事法律行为(民事行为)本身也是一个需要类型化的概念。根据不同的标准,可以将民事法律行为区分为不同的类型,每一种类型的区分对民法规则的设计和适用都会产生某种影响。

我国民法教科书对民事行为类型化的通说结论通常如下:我国现行民事立法特别是《民法通则》和《合同法》根据民事行为效力状态的不同,将其区分为生效民事行为、未生效

〔7〕 转引自李强:《自由主义》,吉林出版集团有限责任公司2007年版,页171—173。

〔8〕 Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. neu bearbeitete Aufl., 2006 C.F. Müller Verlag Heidelberg, § 1, Rdn.3. S.3.

〔9〕 参见王雷:《民法学视野中的情谊行为》,北京大学出版社2014年版,页100。

〔10〕 (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),谢怀栻等译,法律出版社2003年版,页222。

〔11〕 笔者认为,非股东董事参与公司董事会决议,也是行使其相对于公司的共益权的方式,当然非股东董事的共益权不同于股东权中的共益权,主要表现为非股东董事经由董事会所能决议的事项和股东经由股东会所能决议的事项不同。企业破产的情形下,根据我国《企业破产法》第61条等规定,破产企业的债权人就债权共同分配相关事项须经债权人会议做出决议,这就对相关债权的实现附加法定程序限制,债权人会议决议也是债权人共益权(即债权人会议的职权事项)行使的方式。

〔12〕 Karl Larenz, Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C.H. Beck München 2004, § 23, Rdn.18, S.407.

〔13〕 赵汀阳:《每个人的政治》,社会科学文献出版社2010年版,页142。

的民事行为、效力待定的民事行为、无效的民事行为、可变更可撤销的民事行为等。根据民事行为相互之间的主从依附关系,可以将其区分为主民事行为和从民事行为。依据民事行为是否具有独立的实质内容,可以将其区分为独立的民事行为和辅助的民事行为。依据民事行为的生效是在行为人生前还是死后,可以将其区分为生前民事行为和死因民事行为。根据财产给付行为中给付行为和给付原因之间的关系,可以将其区分为有因行为和无因行为。根据民事行为所涉及及具体内容不同,可以将其区分为财产行为和身份行为。在大陆法系传统民法理论上,根据法律行为特别是财产法律行为效力的不同,还可以将其区分为负担行为和处分行为。^[14]

实际上,根据成立民事行为所需要意思表示的数量为标准,还可以将其区分为单方民事行为和多方民事行为,多方民事行为又包括双方民事行为、共同行为和决议行为。^[15]而此种分类的意义则在于单方民事行为、双方民事行为、共同行为和决议行为的成立与生效要件有所不同。

第一,单方民事行为是指根据一项意思表示就可以成立的民事行为,其具体包括有特定相对人的单方民事行为和无特定相对人的单方民事行为,前者如效力待定民事行为中当事人行使追认权的行为,后者如抛弃动产所有权的行为、一人公司的设立行为等。

第二,双方民事行为是指需要两项内容互异、方向对立而相互对应的意思表示一致方能成立的民事行为,如合同行为(Vertrag)、遗赠抚养协议、委托监护协议、离婚协议、收养协议等,其中合同行为是最典型最重要的双方民事行为乃至民事行为。

第三,共同行为(Gesamtakt)是指两个以上当事人内容相同、方向并行的意思表示达成一致方能成立的民事行为,如共同共有人处分共有财产或者对共有财产作重大修缮的决定、夫妻对家庭共同共有财产的处分决定、合伙协议、^[16]社团法人的设立行为等。^[17]共同行为“其实是多个单方法律行为,但它们却是共同引起所想要的法律后果。”^[18]比较法上还经常在“共同

[14] 参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2013年版,页141—144,李仁玉教授执笔。

[15] 参见王利明,见前注[3],页103—104,本部分由王轶教授执笔。这也是该版本民法教材与我国其他民法教材在民事法律行为分类问题上的显著差别。类似观点,Vgl. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl. Carl Heymanns Verlag 2008, § 5, Rdn. 99—102, S. 48. 梁慧星教授则将民事法律行为区分为单方民事法律行为、双方民事法律行为、多方民事法律行为和决议行为,此种类型下的多方民事行为相当于本注前引王利明教授主编民法教材中所使用的“共同行为”这一概念。参见梁慧星,见前注[6],页162—163。

[16] 我国《合伙企业法》第4条规定:“合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。”笔者认为,根据《合伙企业法》第4条规定,合伙协议属于采取全体协商一致的共同行为,该法第31条所对应事项的一致同意也属于共同行为。该法第30条规定合伙企业事项决议则属于决议行为,当然第31条对应事项也可经由“合伙协议另有约定”不采全体一致同意而转化为决议行为。

[17] 王利明教授也指出,合伙协议和设立公司的协议都属于共同行为,但二者在具体目的、主体、形式要件和适用的法律依据等方面多有不同。参见王利明:《合同法分则研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,页431—432。

[18] (德)迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,页295。

行为”的意义上使用“合同行为”这一概念。^[19] 对合同行为和共同行为(Gesamtakt)应做区分。^[20] 我国有学者主张将 Gesamtakt 译为合同行为,^[21] 笔者对此持反对意见,认为应将 Gesamtakt 译为共同行为。合同行为和共同行为的根本区别在于,合同是双方当事人对向(对立)的意思表示一致,共同行为是两个以上当事人同向(并立平行)的意思表示一致,二者均属于民事法律行为的种概念。有学者认为共同行为对于受领人而言只存在一方的一项意思表示,^[22] 笔者认为,该观点是没有区分共同行为和在此基础上共同行为人作为一方主体和交易对方当事人随后做出的合同行为的结果。不过,就共同行为人彼此之间的法律关系而言,可以参照最相类似的合同法律规则。如我国《公司法》第二章第一节和第四章第一节所规范的公司设立行为属于共同行为,而就设立行为中的出资瑕疵则以违约行为对待。我国《公司法》第 28 条第 2 款规定:“股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”第 83 条第 2 款规定:“发起人不依照前款规定缴纳出资的,应当按照发起人协议承担违约责任。”

第四,决议行为(Beschluß)是指多个民事主体在表达其意思表示的基础上根据法律规定或者章程约定的表决规则做出决定的民事行为,如公司股东会的决议、董事会决议等。^[23] 决议行为通常发生在社团成员用投票的方式表明集体的愿望,^[24] 据此通过的决议未必与团体成员个体意思一致,即使是那些没有参加投票的成员或者持反对意见的成员,也要遵守团体决议。^[25] 决议行为的根本特征在于其根据程序正义的要求采取多数决的意思表示形成机制,决议结果对团体全体成员都具有法律约束力。对决议行为的法律效力需要考察决议主体、决议事项和表决程序与规则的合法性。决议行为给予每个行为人(社团成员)自由表达自己的意志并努力将之转化为群体意志的可能。

民法上意思表示瑕疵的理论很难适用于股东大会决议。……公司法人作出决议所强调的程序合法,是非常独特的,意思表示的理论无法解释这一现象的合理性。股东大会决议的本质,是多数股股东(表决权数)意思的合致,少数股股东或者个别股东要服从多数股股东的意见决定。……由股东大会形成的公司意思表示是借助于组织化的会议体方式形

[19] 参见(日)山本敬三:《民法讲义I总论》,解亘译,北京大学出版社 2012 年版,页 83。

[20] Vgl. Creifelds Rechtswörterbuch, 19. Auflage, C.H. Beck Verlag 2007, S.940.施天涛教授也指出:“我国法律对契约行为和共同行为不予区分。但实际上二者确实存在着差异。而且现实生活中这种共同法律行为也广泛存在。”施天涛:《公司法论》,法律出版社 2006 年版,页 82,注释[1]。

[21] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,页 9。

[22] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,页 132—133。

[23] 王利明教授将决议行为定义为:“数个当事人之间以多数决形式达成合意的法律行为。例如,业主大会的决议、股东大会的决议等。”王利明,见前注[17],页 434。

[24] 参见(英)约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,页 162。

[25] 最高人民法院法释[2009]8号《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条就规定:“建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同,以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同,对业主具有约束力。业主以其并非合同当事人为由提出抗辩的,人民法院不予支持。”

成的。……公司意思是个别股东通过表决机制而形成的集体意思。民法基于自然人主观心理的瑕疵判断,对股东大会决议瑕疵的判断存在适用上的困难。〔26〕

民法决议行为是团体法视角下对传统民事法律行为类型的有益扩充,“法律行为最初是在个人法语境下产生的概念,它脱胎于当事人的合意,更适合于解释合同行为和合同现象。”〔27〕基于决议行为在多数决等程序机制上的特殊性,有学者甚至主张将决议行为从法律行为中独立出来。

(二)民法决议行为与其他民事法律行为类型的区分

我国民法学界通说观点并未有意识地区分共同行为和决议行为。相关代表性的做法或者完全不区分决议行为与共同行为,径以决议行为作为多方民事法律行为典型体现;〔29〕或者直接将决议行为作为共同行为的典型体现,〔30〕这就没有从多方民事法律行为中区分出共同行为和决议行为。

笔者认为,决议行为与共同行为“酷似而实有不同”,决议行为和共同行为中数个意思表示通常方向相同。〔31〕然而,决议行为与共同行为的重要区别如下:

第一,意思表示的形成机制(成立要件/表示行为的具体方式)和法律约束力不同,〔32〕这是决议行为和共同行为的根本区别。“如果一个共同体是由荣辱与共、志同道合的人们组成,那么,这个共同体本来就已经万众一心,公共选择自然不成问题。”〔33〕民法共同行为意思表示的形成机制(Willensbildung)与此类似,那就是全体一致同意,全体一致决,共同行为的意思表示和共同行为人个体意思表示结合为一致,共同行为人个体的意思表示不丧失独立性,其如同受自身意思表示那样受共同行为的约束。决议行为存在多数意思表示和少数意思表示竞争时的多数决成立机制,决议行为对未参加决议或者为反对意思之社团成员均有其法律约束力。如按照多数决机制成立的公司决议在法律上被视为公司的意思,但它只能是多数个体表决权人独立意思的偶然结合,而不是他们的共同意思,每个表决权人的单独意思在转换为团体意思

〔26〕 钱玉林:“股东大会决议的法理分析”,《法学》2005年第3期。

〔27〕 叶林:“股东会会议决议形成制度”,《法学杂志》2011年第11期。

〔29〕 参见魏振瀛,见前注〔14〕,页141,本部分由李仁玉教授执笔。朱庆育,见前注〔22〕,页133。比较法学上的类似态度,Vgl. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar.2007 Verlag C. H. Beck München. vor § 104ff, Rdn. 7, S. 42. Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 3. Auflage, Luchterhand 2008. vor § 116ff, Rdn.10, S.104.

〔30〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,页209。马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,页184。王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,页530—531。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。不过,在王利明教授新近著作中则重视对决议行为和共同行为的区分,参见王利明,见前注〔17〕,页434—435。

〔31〕 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页311。

〔32〕 也即意思表示中表示行为这一构成要素。笔者主张,我国民法学理论和民事立法上意思表示的构成要素包括行为意思、受法律约束意思、具体效果意思的意思表示主观三要素与表示行为的意思表示客观要素。参见王雷:“论情谊行为与民事法律行为的区分”,《清华法学》2013年第6期。

〔33〕 赵汀阳,见前注〔13〕,页146。

以前,并不产生当然的法律效果。^[34]正如有学者所指出的那样:“决议行为中人数众多,取得所有人的一致同意往往很困难,决议成本过高,因此,决议行为往往采取多数决的合意方式。一旦决议以多数决的方式通过,即便是表示反对的行为人也必须受到生效决议行为的拘束。”^[35]卢梭就曾论证多数决机制的正当性,他提出共同体中少数人要服从多数人的抉择这一义务又从何而来呢?他认为,在共同体形成过程中,必须有全体经由社会契约的一致同意,“多数决的规则,其本身就是一种约定的确立,并且假定至少是有过一次全体一致的同意”。^[36]这也可以解释大多数共同体在形成过程中采取共同行为的方式,而其成立之后即转采决议行为的现象。

鉴于共同行为和决议行为在表决机制上的差异,共同行为通过全体一致决侧重全体协同,常发生在有人身信赖关系的紧密结合型团体中。决议行为通过多数决(Mehrheitsprinzip)强调多数一致,以期实现团体一致的高效达成。有学者主张决议行为“可以采取全体同意原则,也可以采取多数决原则。”^[37]笔者认为,意思表示表决机制的差别正是共同行为和决议行为的实质差异,此种差异也承载了这两种民事行为在追求平等和效率两项价值目标时侧重点的不同。值得注意的是,在拉伦茨和沃尔夫合著的新版《德国民法通论》中也不再一般性地坚持决议行为可以采全体一致决(Einstimmigkeit)的观点,只是在决议行为法律约束力问题上将之作为一项例外情形加以说明,^[38]作者更强调决议行为与全体一致决(Zustimmung aller Beteiligten)的共同行为在表决机制和法律约束力上的差异。^[39]

第二,意思表示中具体效果意思这一构成要素不同,表现为意思表示的内容及方向不同。在社团决议行为做出的过程中,决议行为人各自表达自己的意思表示,社团决议通常要根据多数决机制形成,决议行为人的个体意思表示与社团决议的意思表示既可能内容及方向相同,也可能内容及方向不同。社团决议多数决原则下单个意思表示失去其独立性,^[40]社团决议对未参加社团表决或者投反对票的社团成员亦有法律约束力。共同行为人意思表示的具体效果

[34] 叶林:“商行为的性质”,《清华法学》2008年第4期。

[35] 王利明,见前注[17],页435。决议行为经由法律的特别规定也可转由共同行为的方式做出,如我国《公司法》第37条第2款规定:“对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章。”

[36] (法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,页18。

[37] 王利明,见前注[3],页103-104,本部分由王轶教授执笔。另参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,页433。

[38] 笔者认为,结合作者的论述和我国现行法上有关决议行为表决机制的规定,全体一致决在我国现行法上决议行为相关强制性规定中没有明确体现,具体决议行为有可能高于法定表决人数和比例的规定而实现全体一致决,但这不影响学理和立法上对决议行为多数决的坚持。有学者总结指出:在公司法史上,决议确实经历了一个从一致同意到资本多数决原则的过程。参见蒋大兴:《公司法的展开与评判:方法、判例、制度》,法律出版社2001年版,页766。综合可见,现行实定法对决议行为采取多数决机制,决议行为表决机制的历史和理想状态上存在全体一致决。

[39] Vgl. Karl Larenz, Manfred Wolf, a.a.O., § 23, Rdn.18, S.407.

[40] 参见史尚宽,见前注[31],页311。

意思方向并行内容一致,多个行为人互不相干地做出目的相同的多个平行的意思表示,最终达成的共同行为意思表示也就是每个行为当事人最终的个体意思表示,二者一致,共同行为人的个体意思表示不失其独立性。有学者主张:“社团决议行为中的若干项意思表示不仅内容相互一致,而且所使用的词句也完全一致。”^[41]笔者认为,这恰恰是对共同行为中多个意思表示方向的描述,在决议行为过程中,社团成员的意思表示表现出“抽象方向相似,具体内容差异”的特点,鉴于社团决议多数决的形成机制,社团成员在决议过程中通常会存在多数票和少数票,全票通过仅属于例外,全体一致同意的决策机制不利于社团决议行为的效率。

第三,行为主体的数量规模不同。共同行为和决议行为都属于多方民事法律行为,但鉴于其对意思表示内容的要求不同,共同行为作为一个同心同德的共同体,其规模往往相对较小,“无论多少人,只要支持的是同一种观点,这在意见选择上就等于一个人,所谓同心如一人,或者说,一种思想无论背后有多少人支持,都只是一种思想,而不是多种思想”。^[42]而决议行为通常采取多数决,其行为主体的数量可以相对更大。

第四,是否可能存在对少数人的侵害不同。共同行为主体是一个同心同德的共同体,在意思表示的做出上保持全体一致,不存在对异议者的权益侵害。民事主体意思形成自由,正像陈嘉映先生所说的那样:“我梦想的国土不是一条跑道,所有人都向一个目标狂奔,差别只是名次有先有后。我梦想的国土是一片原野,容得下跪的、跑的、采药的、在溪边濯足的。”^[43]而在决议行为中,民主多数决机制打破并终结意见分歧的僵局,防止议而不决、决而不行,使得社团的公共决定和公共行动成为可能。

民主必须始终只是终结分歧的一种可行操作。对少数人的伤害是民主在技术上无法避免的一个缺陷。……既然民主决定的公共选择必定有损部分人的利益,那么民主有义务使这一伤害降到最低程度,否则民主就变成赢家对输家的专政。^[44]

团体不仅以多数成员的意思为自己的意思,在实际上,也是由多数派成员控制的,容易出现多数派成员控制团体事务,损害少数派成员利益的情况。在法律上,即使团体意思主要是少数派成员的意思,团体利益主要反映了多数派成员的利益,团体也必须充分考虑少数派成员的意思和利益,公平对待成员的个人利益。^[45]

决议行为与双方民事行为(以合同行为为例)也有不同,“应该将决议从合同中分离出来”。^[46]决议行为和合同行为的区别如下:

第一,决议行为和合同行为意思表示中表示行为具体方式不同。如上所述,决议行为中表

[41] Dieter Medicus, a.a. O., § 19, Rdn. 205, S. 88.

[42] 赵汀阳,见前注[13],页 157。

[43] 陈嘉映:《无法还原的象》,华夏出版社 2005 年版,页 219。

[44] 赵汀阳,见前注[13],页 149。

[45] 叶林:“私法权利的转型——一个团体法视角的观察”,《法学家》2010 年第 4 期。

[46] 拉伦茨,见前注[37],页 433。“绵阳市红日实业有限公司、蒋洋诉绵阳高新区科创实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案”,最高人民法院(2010)民提字第 48 号民事判决书,《最高人民法院公报》2011 年第 3 期。另参见石纪虎:“关于股东大会决议效力的探讨”,《政治与法律》2009 年第 5 期。

示行为的具体方式为意思表示的多数决(Mehrheitsprinzip)机制,具体包括会议召集程序、表决程序等诸多环节;而根据我国《合同法》第13条的规定,合同行为采取要约、承诺达成意思表示合意(Einstimmigkeit)的方式。以公司股东会决议为例,“公司股东人数众多,如果将个体股东的独立意思表示以合意方式转换为公司意思,容易导致公司决策的久议不决,影响公司决策和运行效率。”〔47〕

第二,决议行为和合同行为中意思表示的具体效果意思这一构成要素不同,表现为意思表示的内容方向不同。合同行为中双方当事人具体效果意思的意义不同、内容相对应、方向相反,简言之,合同行为当事人意思表示对立、利益对立。决议行为中行为人的个体意思彼此可能并行相同、并行不同,也可能对立相反。

第三,决议行为和合同行为中行为主体数量不同。决议行为发生在团体法领域,〔48〕是团体中多数个体意思的升华,是从个体意思转化而来的“法律意思”或者说“拟制意思”。合同行为主体分为要约和承诺两方,自然人之间的合同意思由要约方和承诺方的“自然意识”发展而来。〔49〕当然,在例外情形下,决议行为过程中做出意思表示的也可能只有一人,此时决议行为就类同于单方民事法律行为,如一人公司中股东会决议行为。

第四,决议行为和合同行为的成立要件与生效要件不同。在团体法的视角下,经由多数决程序,社团成员的个体意思表示被划分为多数派和少数派,每个个体的意思表示丧失其独立性,每个个体意思表示不成立或者无效只要不影响多数决的表决规则,就不会对决议行为本身的成立或者生效产生影响。对合同行为而言,《合同法》第25条规定:“承诺生效时合同成立。”要约和承诺不一致,合同不成立。要约和承诺中欠缺《合同法司法解释》(二)第1条所规定的“当事人名称或者姓名”、“标的”和“数量”等三项要素时,合同也不成立。合同行为一方当事人意思表示无效或者被撤销时,合同行为也相应无效。

第五,决议行为和合同行为的法律约束力不同。“决议所具有的特点在于,其法律效果对于那些不同意甚至反对决议的集体成员——只要他们处于少数——仍然发生。决议因此不同于合同:只有表示同意受合同约束的人,才受合同约束。”〔50〕如我国《合同法》第8条第1款规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。”第14条第2项就规定要约的意思表示应该“表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束”。显而易见,这些表述都是对合同只约束合同双方当事人的规定,合同的法律约束力原则上只及于订立合同的当事人本人。

实际上,在现行法既有规定的背景下,决议行为与合同行为、共同行为的区分属于纯粹民法学问题中的解释选择问题,其涉及决议行为在民事法律行为教义学中的类型归属和体系位

〔47〕 叶林,见前注〔27〕。Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., vor § 145ff, Rdn.1, S.186.

〔48〕 基于此,有学者径行使用“团体法的决议行为”(der gesellschaftsrechtliche Beschluß)的表述。Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., vor § 145ff, Rdn.7, S.186.

〔49〕 参见叶林,见前注〔27〕。

〔50〕 施瓦布,见前注〔18〕,页295。

置,该区分并不直接关联民法规则的设计与适用,不同的类型划分体现分类者的不同“前见”。笔者认为,区分决议行为与合同行为、共同行为,一方面,有利于妥当识别其彼此之间如上所述在意思表示内容、方向、成立、效力等方面的实质差别,降低概念术语解释说明的成本;另一方面,有利于妥当揭示现行法对不同类型民事法律行为在调整方法上的差异,揭示团体法思维对决议行为正当程序规则的法定要求。^[51]

三、民法决议行为的类型化

“决议多见于团体法之中,如股东会决议、业主大会决议等。”^[52]作为团体的存在,农民集体、业主大会和公司股东大会、董事会、监事会等团体内部意思的形成都需要依靠决议的方式做出,本部分以下对这些常见的民法决议行为做类型化分析。当然,在企业破产的情形下,基于《企业破产法》的规定,破产企业的债权人组成债权人会议,债权人会议通过决议行为就债权共同分配相关事项做出决定。在相对更为松散的按份共有人之间,也存在通过决议行为决定共有财产处分或者对共有财产作重大修缮的问题。

(一)农民集体成员权与农民集体决议行为

农民集体所有权和农民集体成员权是理解农民用益物权等财产权制度的前提,农民用益物权也是农民集体成员权行使的产物,农民集体成员权就是农民对集体所享有的社员权,农民集体成员权的主要行使方式就是决议行为。就农民集体成员权的决议事项,我国《物权法》第59条规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”“下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定:①土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包;②个别土地承包经营权人之间承包地的调整;③土地补偿费等费用的使用、分配办法;④集体出资的企业的所有权变动等事项;⑤法律规定的其他事项。”就农民集体所有权的代表行使主体,《物权法》第60条规定:“对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等,依照下列规定行使所有权:①属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权;②分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权;③属于乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。”2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第21条指出:“赋予农民更多财产权利。保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。”

农民集体所有的不动产和动产并非由独立于集体成员的具有抽象人格的法人组织所有,而是“属于本集体成员集体所有”。“保障农民集体经济组织成员权利”业已成为农村法律制度

[51] 关于纯粹民法学问题解释选择问题的讨论方法,详见王轶:“论民事法律事实的类型区分”,《中国法学》2013年第1期。

[52] 梁慧星,见前注〔6〕,页163。

中新的核心问题。^{〔53〕} 集体所有权的目的是实现集体成员的利益,农民集体经济组织成员权利属于包含多种权能的复合性权利,保障农民集体成员权利的核心是作为集体成员的农民对集体所有权的受益权,集体成员通过民主参与集体所有权的行使以实现其受益权。民主管理权能是保障受益权能实现的重要手段,农民集体成员依法取得土地承包经营权、宅基地使用权、集体土地补偿费的分配、对农民集体所提供的公共物品的受益、集体收益分配权等都是农民对集体所有权的受益权能之体现。农民集体成员权包括:“一是直接的物权,即对集体所有的动产和不动产的占有、使用、收益的权利;二是物权派生的管理权利,即对集体财产进行管理决策的权利。”^{〔54〕} 集体成员对集体所有权的受益权属于资格性权利,以具有作为集体的成员身份为前提,因此集体成员资格的确定又成为保障集体成员受益权能的前提。^{〔55〕}

司法实践中还存在很多利用村规民约限制集体成员资格的情形,形成了“多数人暴政”(tyranny of the majority)的现象。^{〔56〕} 我国《村民委员会组织法》第 27 条第 2 款规定:“村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触,不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。”如责令上访村民限期迁走户口的村规民约或村民会议决定就属于非法。

应当赋予农民对集体经济组织决议行为直接侵害成员合法权益时的救济可能,以更好地保障农民集体经济组织成员权利。《物权法》第 63 条第 2 款规定:“集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的,受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。”《村民委员会组织法》第 36 条第 1 款规定:“村民委员会或者村民委员会成员作出的决定侵害村民合法权益的,受侵害的村民可以申请人民法院予以撤销,责任人依法承担法律责任。”最高人民法院《民事案件案由规定》(法[2011]41号)在“所有权纠纷”中将“侵害集体经济组织成员权益纠纷”作为独立案由加以规定,此种直接诉讼的案由主要针对《物权法》第 63 条第 2 款所规定的农民集体成员权直接受侵害的案件,而非因侵害农民集体所有权致使农民间接受损害案件。撤销之诉的判决具有局限性,其只能撤销“集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定”,不能代替“集体经济组织、村民委员会或者其负责人”径行另作决定或者直接做出判定农民集体向集体成员为某种给付的给付判决,以防过度介入村民自治。如根据最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]6号)第 1 条的规定,对承包地征收补偿费用分配纠纷,人民法院应当依法予以受理,集体经济组织成员就用于分配的土地补偿费数额提起民事诉讼的,人民法院不予受理。

〔53〕 参见陈小君:“我国农村土地法律制度变革的思路与框架”,《法学研究》2014 年第 4 期。王利明、周友军:“论我国农村土地权利制度的完善”,《中国法学》2012 年第 1 期。

〔54〕 最高人民法院民事案件案由规定课题组编著:《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,人民法院出版社 2008 年版,页 60。

〔55〕 参见韩松:“论农民集体土地所有权的集体成员受益权能”,《当代法学》2014 年第 1 期。

〔56〕 参见管洪彦:“村规民约与农民集体成员资格认定”,《私法研究》(第 12 卷),法律出版社 2012 年版。

在侵害农民集体所有权致使农民集体成员权间接受损害的情况下,也应当赋予农民相应的救济措施,以防止出现“公地悲剧”的现象。农民集体所有权类似于总有制度。^[57]《物权法》第63条第1款规定:“集体所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。”该款也属于不完全法条,特别是没有涉及到集体所有权受侵害情形下的具体诉讼救济机制。在农民集体所有权受到本集体某成员侵害或者受到他人侵害时,由本集体代表行使侵权请求权。本集体代表怠于行使时,本集体其他成员为了维护农民集体所有权,可以作为诉讼担当人代位行使农民集体的侵权请求权并提起诉讼,代位诉讼主张的权益归本集体所有。^[58]这是对《公司法》第151条所规定的股东派生诉讼制度的类推借鉴,^[59]也是对我国《民事诉讼法》第119条中“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”这一起诉条件的有益突破。王利明教授负责起草的《中国民法典学者建议稿及立法理由》(物权编)也曾专门设计条文规定农民集体成员派生诉讼制度,该建议稿第766条规定:“集体组织的负责人非法侵害集体财产或容忍他人侵害集体财产,集体组织过半数的成员有权以集体的名义在法院起诉,要求对集体财产停止侵害、返还原物、赔偿损失。”^[60]立法论上适宜对该建议稿此条文做立法借鉴,以有助于对代表农民集体行使所有权之人不忠实或者不勤勉的侵权行为予以救济。

综上,“保障农民集体经济组织成员权利”要着力做到如下两点:一方面,集体经济组织决议行为直接侵害成员合法权益时,该农民集体成员享有撤销诉权,这有助于纠正农民集体经济组织决议行为可能出现的“多数人暴政”,避免少数派在集体决议行为中“全输”。当然,农民集体成员以农民集体经济组织决议行为违反法律规定的程序为由主张撤销的,法院也宜给予支持,对《物权法》第63条第2款应做目的性扩张解释。另一方面,在侵害农民集体所有权致使农民集体成员权间接受损害的情况下,也应当赋予农民集体成员派生诉讼诉权的救济措施,这有助于矫正代表农民集体行使所有权之人不忠实或者不勤勉的侵权行为,此种侵权行为不属于《物权法》第59条第2款所规定的“应当依照法定程序经本集体成员决定”的事项,决议行为不利于对侵权行为及时高效矫正的需要,这就属于民法决议行为“力有所不逮”之处。

(二) 业主管理规约与业主大会的决议行为

根据《物权法》第76、78条和第83条第1款的规定,在业主的建筑物区分所有权制度背景下,业主大会决定、业主委员会决定等都属于业主决议行为的表现形态,业主管理规约属于业主大会共同决定事项之一。业主可以制定管理规约这种自治规则以规范区分所有建筑物的管

[57] 参见王利明等,见前注[53]。

[58] 参见韩松:“农民集体所有权和集体成员权益的侵权责任法适用”,《国家检察官学院学报》2011年第2期。

[59] 参见郭洁:“城中村改造中农民集体财产权救济主体制度的完善”,《法学》2013年第10期。管洪彦:“农民集体成员派生诉讼的合理性与制度建构”,《法律科学》2013年第4期。

[60] 参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由(物权编)》,法律出版社2005年版,页163。

理、使用乃至所有关系。^{〔61〕} 经由业主大会表决通过的业主管理规约与业主大会决议行为的区分是一个疑难问题,^{〔62〕} 笔者认为业主大会决定和业主管理规约形异实同,二者在适用范围和表决规则等形式问题上有所不同,而在法律性质上则有实质的相同。具体如下:

首先,业主大会决定和业主管理规约的适用范围(决定事项)不同。业主大会决议事项为《物权法》第76条第1款所规定的“有关共有和共同管理权利”的重大事项。业主通过共同决定制定管理规约就“建筑物及其附属设施”作出协调安排,实现业主自治。根据《物权法》第80条的规定,业主管理规约可以对建筑物及其附属设施费用分摊和收益分配等事项进行约定。据此,有学者总结,管理规约通常包括两个部分的事项:一方面,针对物的共同管理,特别是对建筑物及其附属设施的使用和维护等问题,如全体业主可以在管理规约中约定一楼的业主可以不承担电梯、楼梯的日常维护费用。^{〔63〕} 另一方面,针对业主行为作出规范,例如根据《物权法》第83条管理规约对饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等问题约定。^{〔64〕}

业主还可能通过管理规约对专有权的行使做出限制,以避免业主行使专有权过程中产生负外部性。有学者指出:

由于专有权具有客体上的非独立性、主体间的团体性以及内容上的差异性,业主在权利的行使中不可能享有和传统所有权一样的排他的、全面的支配权。……作为团体性权利,业主专有权因团体利益而受到限制,是业主选择自由下的产物,符合其根本利益,并体现了业主的共同意志。……专有权有别于传统所有权,对专有权的限制并不违背保护所有权的理念。为业主团体利益限制业主专有权,是团体利益优先于个体利益的团体法规则的体现。^{〔65〕}

如管理规约中禁止封闭阳台的条款、对业主就其专有部分进行租赁的必要控制、对经营性用房统一经营方式的约款、根据《物权法》第77条对“住改商”的约款。

其次,业主大会决定和业主管理规约的表决规则不同。管理规约“应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意”。业主大会决议行为则须区分决议事项分别适用《物权法》第76条第2款所规定的多数决规则:“决定前款第五项和第六项规定的事项,应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项,应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。”

再次,笔者认为,更重要的是业主管理规约和业主大会决定的法律性质均属于决议行为。我国民法学界通说认为业主大会决定和业主管理规约的法律性质不同,主张业主管理规约属

〔61〕 参见陈华彬:“论区分所有建筑物的管理规约”,《现代法学》2011年第4期。

〔62〕 《德国住宅所有权法》以对住宅所有权的“规范使用”作为划分标准,凡可划入“规范使用”的,可以通过决议决定,凡超出的,则必须经过约定(管理规约)。

〔63〕 参见王轶:“物权法的任意性规范及其适用”,《法律适用》2007年第5期。

〔64〕 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,页630—631。

〔65〕 尤佳:“团体法视角下的建筑物区分所有权研究”,中国人民大学2013年博士学位论文,页77—78。

于民事行为中的共同行为。^{〔66〕}实际上,我国台湾地区学者将管理规约归属于共同行为的核心原因是如前所述我国台湾地区民法学界通说采取了广义的共同行为之概念,未将决议行为从共同行为中分离出来,我国大陆民法学界对此不宜趋同。业主大会通过多数决达成的决定和通过的管理规约对全体业主都具有法律约束力,其与农民集体决议及公司决议类似,皆属于多方民事行为中的决议行为。多数决规则有利于保障多数业主意思表示的顺利做出、提高决议效率、避免久议不决。管理规约的制定和共同决定的作出都是对业主成员权的具体实现,业主通过共同决定、共同管理也就践行了业主自治原则。

业主依照法律规定和业主大会议事规则共同决定重大事项的过程也是一个典型的民主决策过程。建筑物区分所有权背景下业主大会决议行为对传统民法中的诸多基本概念提供了发展契机,如团体法效率视角与区分所有权制度、业主大会和业主委员会与民事主体制度及诉讼主体制度、决议行为与民事法律行为的类型区分、决议行为的成立与效力判断、业主管理规约与其他类似决议行为法律规则之间的类推适用(如公司决议、农民集体成员决定)。作为决议行为的具体形态,业主管理规约及业主大会决定的主要法律特点包括:第一,管理规约及业主大会决定具有超越业主个体意思的团体意思特点,管理规约及业主大会决定中业主的意思表示并不要求像共同行为那样具有方向上的高度一致性;第二,管理规约及业主大会决定的效力取决于其决策过程是否依法采取多数决规则,在管理规约及业主大会决定做出过程中单个业主具体意思表示的瑕疵原则上不影响管理规约及业主大会决定的法律效力,除非其达到影响多数决的程度;第三,管理规约及业主大会决定对于现有全体业主和未参与决策的后加入业主都具有法律约束力;第四,司法对管理规约等决议行为的效力审查具有法定有限性,只要作为决议行为自治机制的召集程序、表决方式和决议内容合法,此决议行为就不进入司法审查的范围,以确保依法自治和健康发展的有机结合,避免司法过度介入业主自治。

需要注意的是业主大会或者业主委员会经由多数决作出的共同决定有可能损害少数业主的权益,有可能出现利用少数服从多数的民主程序来剥夺、践踏少数人权益的民主悖论现象,^{〔67〕}形成“多数人暴政”。这就需要讨论在业主共同决定过程中少数业主权益的保护机制:

一方面,受侵害的业主享有对业主大会或者业主委员会决定的撤销权。《物权法》第78条规定:“业主大会或者业主委员会的决定,对业主具有约束力。”“业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的,受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。”^{〔68〕}有学者指出:“考虑到管理规约由业主大会制定修改,所以‘业主大会所作决定’应作体系解释,既指一般的

〔66〕 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,页181。谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,页256—259。王利明,见前注〔64〕,页630。陈华彬:“业主的建筑物区分所有权——评《物权法草案》第六章”,《中外法学》2006年第1期。

〔67〕 参见姚辉:“《物权法》上的业主撤销权及其适用”,《法学论坛》2009年第6期。

〔68〕 有学者指出:“从未来立法层面而言,相关立法应当确立赋予异议业主利益补偿制度,赋予因共同决而个体利益受损的业主向其他业主的补偿请求权;从当前司法层面而言,法官应积极引导异议业主以补偿诉请替代撤销诉请。”尤佳,见前注〔65〕,页141。

业主大会决议,也包括管理规约在内。”〔69〕笔者认为,就该条“作出的决定侵害业主合法权益的”一语也应该做目的性扩张解释,包括直接侵害和间接侵害。《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第12条规定:“业主以业主大会或者业主委员会作出的决定侵害其合法权益或者违反了法律规定的程序为由,依据物权法第七十八条第二款的规定请求人民法院撤销该决定的,应当在知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起一年内行使。”可见,管理规约等决议行为可能基于程序违法被撤销,也可能基于实体侵权而被撤销;为了防止法院等裁判机关意思过多“带人”管理规约之中,法院对管理规约的效力审查应该以程序审查为主,实体审查为辅。哈贝马斯指出,政府意志的合法性来自于民主程序。民主程序表现为,赋予所有利益相关者在决策程序中享有充分参与、自由表达、磋商争论的权利。“只要在程序上能保障所有利益相关者的平等参与,且他们有平等机会互相影响,在结果上也为所有参与者创造了平等机会,那么所达成的协议就可以被视为是公平的。”〔70〕罗尔斯则认为:“我们不能因为一种特殊结果是在遵循一种公平的程序中达到的就说它是正义的。”〔71〕“团体决议的效力基础在于其形成中对于程序要件的满足,但程序上的满足并不意味着正义的彻底实现。”〔72〕

另一方面,业主大会或者业主委员会“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”范围也具有限定性,不能通过业主共同决定作出与物业管理无关的决议,以妨碍其他业主的自主选择和基本自由。〔73〕《物业管理条例》第19条第1款规定:“业主大会、业主委员会应当依法履行职责,不得作出与物业管理无关的决定,不得从事与物业管理无关的活动。”《物权法》第70条也暗含对业主共同管理权利范围的界定,即限于“对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”。可见,市民社会生活中的多数决事项“一般限于共同体特有的公共事务,排除就个人事务进行多数决,以禁止多数意志替代个人选择”,〔74〕“非为业主共同决定事项,除非全体业主同意,不能依多数决来侵害少数业主的专有权”。〔75〕当然,如上所述,笔者认为,单纯对《物权法》第70条后段和第76条第(七)项做文义解释将管理规约的适用范围严格限缩为“对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”的限制,则不符合对《物权法》第六章体系解释的结论,如该法第77条、第83条等条文都体现出对业主专有部分专有权的必要限制。〔76〕

综上,业主大会决定和业主管理规约均属于决议行为,二者在适用范围和表决规则等形式问题上有所不同,实际上决议行为的不同类型在这两方面均有所差异;但业主大会通过多数决

〔69〕 尤佳,见前注〔65〕,页145。

〔70〕 (德)哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,页204。

〔71〕 (美)罗尔斯:《正义论》,李少军、杜丽燕、张虹译,桂冠图书股份有限公司2003年版,页67。

〔72〕 尤佳,见前注〔65〕,页135。

〔73〕 参见王利明:“论商铺业主的专有权及其行使”,《法学论坛》2009年第6期。

〔74〕 华燕:“论社会多数决的适用——基于公寓大厦管理立法展开”,《法制与社会发展》2012年第3期。

〔75〕 高圣平:“论业主自治的边界”,《法学论坛》2009年第6期。

〔76〕 参见尤佳,见前注〔65〕,页144-145。

达成的决定和通过的管理规约对全体业主都具有法律约束力,这符合决议行为的根本特征,使其在法律性质上实归同类。业主大会或者业主委员会作出的决定或者通过的管理规约侵害业主合法权益的,受侵害的业主享有撤销诉权,这与农民集体决议行为情况类似,属于决议行为问题上的共通经验。当然,鉴于业主大会和业主委员会在民事责任的承担上不具有独立性,相关决议直接侵害业主大会或者业主委员会合法权益时,最终后果仍须由业主来承担,所以此时不必再设业主的派生诉讼,而可以直接行使撤销诉权。

(三)公司决议行为法律规则的先进经验

如上所述,我国《公司法》第二章第一节和第四章第一节所规范的公司设立行为属于共同行为,而就设立行为中的出资瑕疵则以违约行为对待。公司设立中的发起人意思表示方向并行、目标一致、内容相同、责任连带,公司发起人彼此之间不存在互相给付义务,发起人按期足额缴纳所认缴出资等义务的共同预期效果是公司的成立。发起人不履行出资缴纳义务的,应当向其他发起人承担违约责任、向成立后的公司承担出资补缴责任等。^{〔77〕}《公司法》第79条第2款规定:“发起人应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务。”发起人协议更是公司设立中典型的共同行为。

对作为公司组织和行为自治性规则的公司章程的法律性质,应该做类型化的分析。第一,根据《公司法》第23条的规定,设立有限责任公司,应当由“股东共同制定公司章程”,可见,股东共同制定公司章程属于有限责任公司设立行为中的重要内容,有限责任公司的章程也就同属于共同行为。《公司法》第25条第2款规定:“股东应当在公司章程上签名、盖章。”据此,有限责任公司的章程自股东签字、盖章时生效。对通过股权转让成为有限责任公司股东的,该股东基于股权受让而推定其对公司章程一并同意,据此仍不影响有限责任公司共同行为的法律性质。第二,根据《公司法》第76条的规定,设立股份有限公司,应当由“发起人制订公司章程,采用募集方式设立的经创立大会通过”。根据《公司法》第90条第2款和第3款的规定,募集方式设立股份有限公司时,创立大会对公司章程作出决议,必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。公司已经创立大会通过即产生法律约束力。由此,经发起方式设立股份有限公司的章程属于采取全体一致决的共同行为,经募集方式设立股份有限公司的章程属于采取多数决的决议行为。第三,股东会根据《公司法》第37条和第43条修改公司章程的决定或者股东大会根据第103条修改公司章程的决定均属于决议行为,公司章程的修改规则和修改行为的性质有别于成立公司时章程的签署。

作为组织体,公司的团体意思无法自动形成或者实现,而须由公司机关集体决策(collective decision)产生并由公司的法定代表人或者代理人代为实现。公司机关通过决议行为产生公司团体意思,具体表现为股东会决议、董事会决议和监事会决议等。公司机关决议行为过程中,每位表决权人根据自己的意思单独行使权利,决议所形成的公司意思则采取多数决原则,少数派意思被多数派意思所吸收;公司决议一旦形成,对投反对票的表决权人也有法律约束

〔77〕 参见我国《公司法》第28条第2款、第30条、第83条第2款、第93条等规定,另参见2010年12月6日通过的最高人民法院《公司法司法解释》(三)第13条第1款。

力。公司决议中的多数决是一种形式上的平等,公司决议的最终形成会带来全有全无式的利益分野,这就对少数派表决权人不公平,为此需要建立保护少数派表决权人特别是少数派股东的措施,如公司决议无效或者可撤销之诉、少数股东异议权、股东派生诉权等。

《公司法》对公司决议行为法律控制的先进经验主要表现为两个方面:一方面,《公司法》详细规定了每种决议行为的召集程序、决议事项(即相应公司机关的职权,经决议程序可转化为决议行为的内容)、议事方式、表决程序等技术规则。农民集体决议及业主大会决定等决议行为为法律规则可以从此有所借鉴。另一方面,《公司法》还规定了对公司决议的事后控制措施,即公司决议效力瑕疵情形时的无效或者可撤销之诉。公司决议行为作为团体法的产物,对其效力控制不能完全采取合同行为或者民事法律行为效力瑕疵的一般性规定,否则势必会导致团体法律关系的不稳定,进而影响利害关系人的利益。^[78]

我国《合同法》第三章对已成立合同的效力瑕疵规定了如下情形:未生效合同、可变更可撤销合同、效力待定合同、无效合同。《公司法》第 22 条就公司决议行为的法律效力瑕疵规定了可撤销和无效两种情形:“股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。”

股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的,人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后,公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

据此,公司决议行为效力瑕疵事由法定化,应当避免司法过度介入公司股东会或者股东大会、董事会的自治判断。^[79]《公司法》第 22 条与《物权法》第 63 条及第 78 条所规定的决议行为效力判断规则不尽相同,《公司法》第 22 条公司决议无效或者可撤销之诉不以股东合法权益受到相关决议行为的侵害为要件,《物权法》第 63 条和第 78 条分别侧重对农民集体决定侵害集体成员合法权益、业主大会决定侵害业主合法权益时的实体权利救济,^[80]对农民集体决定、业主大会决定本身因为召集程序、表决方式等带来的效力瑕疵规定付之阙如。^[81]鉴于该三处条文均涉及所谓公司/农民集体/全体业主的“群体利益”与股东/农民集体成员/单个业主的“私人利益”之间的利益冲突,同类情形下采取不同处理规则的正当性依据何在?值得进一步探讨。

[78] 参见施天涛,见前注[20],页 373。

[79] 参见“最高人民法院指导案例 10 号:李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案”,最高人民法院审判委员会讨论通过,2012 年 9 月 18 日发布。该案裁判要点为:“人民法院在审理公司决议撤销纠纷案件中应当审查:会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程,以及决议内容是否违反公司章程。在未违反上述规定的前提下,解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实,理由是否成立,不属于司法审查范围。”

[80] 有学者指出:“《物权法》第 78 条对业主大会与业主委员会决议的撤销权以‘侵害业主合法权益’作为标准,直接借鉴了《合同法》第 54 条关于意思表示不真实撤销权由受害方提起的规定。”许中缘,见前注[30]。

[81] 最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 12 条属于例外。

立法论上适宜借鉴公司决议瑕疵的立法经验对农民集体成员决定和业主大会决定的效力瑕疵做出补充规定。当然,《公司法》第22条对公司决议行为法律效力的规定也存在应该完善之处,公司决议行为效力瑕疵类型和效力瑕疵事由的规定都须适当借鉴合同效力规定进一步完善。

综上,基于农村集体成员决议行为与业主大会决定及管理规约、公司决议行为之间在“事物本质”上的类似性,立法上其他类型决议行为法律规则应该对公司决议行为先进法律规则进行借鉴,司法上也存在类推适用公司决议行为先进法律规则的可能性。

四、结论:民法决议行为的抽象化——决议行为的共通规则

(一)从民法解释论的角度看决议行为的共同法律特征

结合农民集体决定、业主管理规约、公司决议行为等民法决议行为的具体类型,特别是根据法律实践领域规则最完善的公司决议行为,可以总结抽象出决议行为的共同法律特征。

第一,就民法决议行为的适用范围而言,一方面,决议行为多见于团体法(Vereinsrecht)领域,主要调整团体组织内部法律关系,不调整团体组织与第三人之间的外部法律关系。“决议通常仅就法人或其他组织的内部事务作出决断,并不调整法人或其他组织与第三人之间的关系。”^[82]团体组织与第三人之间的外部财产法律关系主要通过合同行为的方式来调整。另一方面,决议行为中能否做出对社团成员的“处罚”安排?这涉及到社团是否具有“处罚”权利这一存在激烈争论的话题。^[83]笔者认为对此需要在社团自治(Vereinsautonomie)和社员权利保护之间进行平衡。就实定法中对社员行为的既有法律责任制度(如《物权法》第83条第2款等),社团决议行为可以据此进行具体化。^[84]对社团依照民主议定程序和多数决规则经决议行为新创设所谓的“社团处罚措施”/“社团罚”(Vereinsstrafen),则“不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触,不得有侵犯社员的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容”。^[85]

第二,从民法决议行为意思表示受领人的角度看,在民法决议行为过程中,社团成员的意思表示并非针对其他成员做出,而是针对社团法人或者有关意思形成机关(an das Gremium)做出。^[86]根据法人实在说中的“组织体说”,社团法人的行为能力和社团意志通常由其社团机关来实现,法人机关的行为视同法人的行为,决议行为是社团机关意思的形成方式。

[82] 王利明,见前注[3],页104,王轶教授执笔。Vgl. Karl Larenz, Manfred Wolf, a.a.O., § 23, Rdn. 21, S. 407-408.

[83] Vgl. Dieter Medicus, a.a.O., § 66, Rdn. 1120, S. 440.

[84] 参见“宋聚国与山东龙兴化工机械集团有限公司股权确认纠纷上诉案”,载吴庆宝主编:《权威点评最高法院公司法指导案例》,中国法制出版社2010年版。

[85] 参见《村民委员会组织法》第27条第2款规定。另参见“南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹃股东会决议罚款纠纷案”,《最高人民法院公报》2012年第10期。

[86] Vgl. Dieter Medicus, a.a.O., § 19, Rdn. 205, S. 88. Karl Larenz, Manfred Wolf, a.a.O., § 23, Rdn. 20, S. 407.

第三,从民法决议行为的表决机制和法律约束力角度看,民法决议行为的团体意思高于决议行为主体的个体意思。“社团决议行为对那些没有对决议表示同意的社团成员也能够产生约束力。”〔87〕在民主多数决的决议行为表决规则之下,无论决议行为个体是否参加表决会议,无论个体在表决会议上是否赞成决议内容,一旦决议做出,只要该决议不存在违反章程约定或者违反法律、行政法规效力性强制性规定的情形,有表决权的个体都得遵守表决权全体做出的决议。〔88〕作为对民主多数决机制中少数人利益的平衡,对社团决议持异议的成员存在退股自由、股份回购请求权等其他相应的救济机制。正如谢在全先生所指出的:

于团体自律(或通说之团体自治),理论上团体之意思决定如欲拘束团体之全体构成员,则应有全体一致之决议始可,然则坚持此项理论,团体自律将无从实现,因而乃导入团体法上之多数决原则,以强化决议之拘束力。而此项多数决原则之基本根据系以个人得以自己之意思自由加入团体、并有退出之自由。〔89〕

可见,决议行为是团体法的产物,而非个体主义方法论的结果,多数决所集合的每一个个体意思表示失去其独立性,多数决得出的团体意思凌驾于个体意思之上。

第四,对决议行为司法审查(gerichtliche Überprüfung)的必要性和限制性。如某社团章程第13条规定:“会员退会应书面通知本会,并交回会员证。会员如果1年不交纳会费或无故不参加本会活动的,视为自动退会。”第14条规定:“会员如有严重违反本章程的行为,经理事会或常务理事会表决通过,予以除名。”据此,该社团会员退会方式就包括自愿退会、自动退会和除名退会,对该社团理事会或者常务理事会做出的针对某会员的除名决议,〔90〕本着社团自治的原则,可以归因于社员对章程的同意,司法原则上对之不宜介入,除非决议行为程序违法或者存在侵犯社员合法民事权利的实质理由。正如有学者所言:“社会成员在加入团体后,个人权利必然受到减损或者限制,成员保留了诸如人格独立以及财产权利等最基本权利,并换取了对团体事务的参与权。”〔91〕

综上,民法决议行为是对团体法的产物,是对个体主义方法论的补充。民法决议行为强调正当程序原则,民法应该给决议行为应有的地位,也应该给决议行为的程序规范以应有的地位。决议行为是社团成员形成团体内部意思(der innerorganisatorischen Willensbildung)、处理内部法律关系、行使社团自治的重要工具,但决议行为并非独立王国,民法对决议行为需要做必要的审查,以防止多数人意思僭越而成为团体意思,也防止多数人打着团体的旗号侵害团体利益或者少数人的合法权益。

〔87〕 Dieter Medicus, a.a.O., § 19, Rdn.205, S.88.

〔88〕 参见王利明,见前注〔3〕,页104,王轶教授执笔。Vgl. Karl Larenz, Manfred Wolf, a.a.O., § 23, Rdn.22, S.408.

〔89〕 谢在全,见前注〔66〕,页256—257,注释〔8〕。

〔90〕 参见李新玲:“学术团体中的‘另类’‘开除’13名理事”,载《中国青年报》2011年12月8日,第11版。另参见2004年3月20日起施行的《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》第20条、第57条、第65条等规定。

〔91〕 叶林,见前注〔45〕。

(二)从民法立法论的角度看决议行为的共通法律规则

结合民法决议行为的上述典型类型和共同法律特征,从立法论上看,民法决议行为的共通法律规则应该包括如下基本问题:第一,民法决议行为共通法律规则的体系位置。第二,民法决议行为共通法律规则的主要内容:决议事项、决议主体、决议表决机制、决议行为的成立和生效要件、对违法决议行为的矫正措施等。

就民法决议行为共通法律规则的体系位置,比较法上代表性做法是《德国民法典》将决议行为的一般规则置于总则“社团法人”制度之中加以规定,如该法第27、28、32、33、34、35等条文。^[92]笔者认为,这与该法中对业主大会等其他团体法规则相对缺位有关。随着社会的变迁,《德国民法典》也逐渐出现“碎片化”的现象,如1951年3月20日生效的《德国住宅所有权与长期居住权法》就弥补了民法典未规定业主大会决议行为的漏洞。民法决议行为共通法律规则在传统民法典总则篇地位不彰,这也显示团体法思维在传统民法典立法中的影响有限,传统民事法律行为规则主要是在个体主义方法论指引下的单方法律行为和双方法律行为规则。

笔者认为应该将民法决议行为共通法律规则置于未来我国民法典总则篇“民事法律行为”一章之中,而非“法人”一章。作为民法共通性法律规则,民法决议行为主要发生于团体法领域,但不仅限于社团法人决议过程中,其他不以社团法人形式存在的农民集体、业主大会等团体中也存在通过决议行为形成团体意思的必要,应该在团体法思维和民商合一立法体例指导下,将决议行为相关共通性规则一并“提取公因式”总结规定于“民事法律行为”一章之中,以便为各类团体决议行为提供一般性的法律规则,避免立法的过度“碎片化”。虽如上文所述,民法决议行为共通法律规则的主要内容包括决议事项、决议主体、决议表决机制、决议行为的成立和生效要件、对违法决议行为的矫正措施等。但在“民事法律行为”一章要总结规定决议行为的共通规则,则不适宜将上述共通内容一并规定,毕竟不同团体中的决议事项、决议主体(人数比例等)有所不同,应该结合具体团体类型做个别性的立法规定。

笔者认为,结合我国决议行为现行分散在民法商法立法中的既有具体经验,在民商合一立法体例下,民法典具体规则应该赋予团体法思维以应有的体现,未来我国民法典总则篇“民事法律行为”一章适宜对决议行为中的如下共同内容一并规定:

第一,就决议行为意思表示的形成机制,民法典规定:“决议行为实行少数服从多数的民主决策机制,决议内容依照法律规定或者章程约定的民主议定程序(或者表述为:议事方式和表决程序)做出。”^[93]

第二,就决议行为的生效制度,民法典规定:“依法成立的决议行为,自其成立时生效。法

[92] 有学者地指出:“我国对共同行为的规定,呈现出立法的‘碎片化’。……为迎合民商合一立法体例的要求,我国未来民法典应该在民法总则中确立共同行为特别是决议的相关规则,以规范共同行为。”许中缘,见前注[30]。该文所示“共同行为”即为笔者在本文所使用的“决议行为”,但许文并未对未来我国民法典民法总则共同行为法律规则的体系位置和具体内容作出设计,是为一大遗憾。笔者主张区分决议行为和共同行为,并对未来民法典总则篇中的决议行为法律规则提出具体设计方案。

[93] 可资借鉴的现行法规定如《村民委员会组织法》第29条、最高人民法院《农村土地承包经营权纠纷司法解释》第24条第1句、《公司法》第43条第1款等规定。

律、行政法规另有规定的,依照其规定。”〔94〕“决议行为人有权以决议行为违反法定或者约定的民主议定程序或者民主决策机制为由,请求人民法院撤销该决议。”〔95〕

第三,对决议行为的法律约束力制度,民法典规定:“依法成立的决议行为,对所有决议行为人均具有法律约束力。决议行为不论利弊对就决议投反对票或未参与作出决议的行为人亦有法律约束力。决议行为人应当按照决议享有权利、承担义务,不得擅自变更或者解除决议。”〔96〕“在决议行为做出过程中单个决议行为人具体意思表示的瑕疵原则上不影响决议行为的法律效力,除非其达到影响多数决的程度。”

第四,对权益受侵害的少数派决议行为人的法律救济制度,民法典规定:“决议行为侵害决议行为人合法权益的,受侵害的决议行为人可以请求人民法院予以撤销,责任人依法承担相应法律责任。”〔97〕

Abstract: As a result of law of private organization, the common beneficial rights of member's rights are exercised through the way of resolution. On the basis of procedural justice, the expression of intention of resolution takes the mechanism of majority decision rule and the decisions have legal binding force to all members of the private organization, which are also the fundamental characteristics of resolution. Resolution is different from common legal act or contract. Resolution expands the types of civil legal acts. The common rules of resolution should be stipulated in civil legal act of general part of the civil code in future. These common rules of resolution help the formation of wills of the organization in accordance with the law and ensure the implementation of membership rights of rural collective economical organizations, membership rights of the owners and common beneficial rights of shareholders.

Key Words: Resolution; Common Legal Act; the Resolution of Rural Collective Economical Organization; the Owners' Management Stipulations; the Company Resolution; the Law of Private Organization

(责任编辑:薛 军)

〔94〕 如果对民事法律行为的一般生效要件有此类似规定,则决议行为部分可不必再重复。可资借鉴的现行法规定如《合同法》第44条。

〔95〕 可资借鉴的类似做法如最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第12条规定。

〔96〕 如果对民事法律行为的法律约束力有此类似规定,则决议行为部分可不必再重复。可资借鉴的现行法规定如《合同法》第8条第1款、《民法通则》第57条规定。《德国住宅所有权与长期居住权法》第10条第4款规定:“对于依照本法或依照住宅所有权人的约定可以通过投票多数作出决议的事项,在以此种多数通过的决议基础上就此类事项作出法律上的行为的,不论利弊也对对决议投反对票或未参与作出决议的住宅所有权人有效。”

〔97〕 可资借鉴的现行法规定如《物权法》第63条第2款、《村民委员会组织法》第36条第1款。