决议行为效力规则之构造

徐银波 *

内容提要：社团决议行为并非法律行为，无法直接适用法律行为规则。物权法、公司法虽设有特别规则，但二者关于决议行为效力类型及瑕疵事由的规定均不周延且相互冲突，无法满足司法需求。非公司法人等的决议行为更面临法律规制漏洞。未来民法典总则亟需增设决议行为规则。规制决议行为的伦理基础并非程序正义，而系社团自治，应围绕社团自治建构规则。应区分决议成立认定与效力判断，经有召集权者召集会议作出多数决，方形成决议。已成立的决议需满足有决议权限、真实性、合法性、合理性要件，方具有法律效力。与之对应，无决议权限、程序瑕疵、表决瑕疵、内容违法、违反规约及侵害成员合法权益将导致决议效力待定、可撤销或无效。

关键词：决议　社团自治　效力规则

“我们生于组织之中，通常也死于组织之内。而介于生死之间的生活空间，也由组织填满。”〔1〕伴随社会变迁，诸多民事行为以组织决议方式作出。对于一般民众而言，不动产系安身立命之本。在农村，土地之不动产权利由集体决议行使；在城市，建筑物区分所有权由业主大会决议管理。对于商人而言，公司系谋利之媒介，而公司更依赖于决议维持其运营。决议已与民事主体形影不离，但理论尚未认真对待决议。〔2〕

一、社会变迁与决议行为理论、立法应对的缺失

决议行为采多数决，对未表示同意者亦有拘束力，无法直接适用以个人意思自治为核

* 西南政法大学讲师。

本文为国家哲学社会科学基金青年项目“社团自治与团体性决议行为的私法规制研究”（项目编号：15CFX062）的成果之一。

〔1〕［美］理查德·H.霍尔：《组织：结构、过程及结果》，张友星等译，上海财经大学出版社2003年版，第4页。

〔2〕学者大多局限于研究业主大会决议、公司决议等具体类型决议的法律规制问题，仅有韩长印、许中缘、陈醇、戴建庭、王雷等少数学者一般性地探讨决议问题，但多在阐述其与传统法律行为的不同，未深入探究制度建构。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

心的既有法律行为规则。虽然物权法、公司法设置了特别规则，但存在如下问题：

第一，单行法规则设计不周延。以物权法第78条、《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》（下称“法释［2009］7号”）第12条关于业主大会、业主委员会决议效力的规定为例：一方面，仅规定了可撤销之效力瑕疵，对决议效力类型的规定不周延。例如，在（2014）渝一中法民终字第05075号“俞某诉重庆市沙坪坝区港城花园业主委员会确认业主大会决议无效案”中，业主委员会通过伪造业主签名作出业主大会决议，被伪造签名的业主未在除斥期间内行使撤销权，后诉请法院确认决议无效，法院可否认定决议因违反物权法第76条关于表决比例的强制性规定而无效？〔3〕另一方面，仅规定了“侵害业主合法权益”、“违反法定程序”两类瑕疵事由，但如（2010）东一法民一初字第2308号“万某诉广东省东莞市新天地华庭业主委员会等业主撤销权案”、〔4〕（2014）渝五中法民终字第01072号“黄某诉重庆市南岸区万寿花园业主委员会等业主撤销权案”等所示，业主委员会未经业主大会表决而超越权限作出选聘物业服务企业、确认物业用房归开发商所有的决议，当决议内容逾越权限、违反规约时，其效力又当如何？

第二，单行法规则设计的逻辑不统一。仅就物权法而言，其第63条第2款、第78条第2款分别规定了集体、业主大会决议的效力，法释［2009］7号第12条对后者进行了扩张解释，增设程序违法撤销事由，那么集体决议应否类推适用这一扩张解释？另外，比较物权法78条、法释［2009］7号第12条与公司法第22条关于决议效力之规定，前者仅以程序违法、侵害业主合法权益为事由设立撤销规则，后者则区分违法与违反章程、内容瑕疵与程序瑕疵设置无效、可撤销规则，二者关于决议效力类型及影响决议效力因素之规定均不同。立法尚且大相径庭，司法更是同案不同判。例如，对于与伪造业主签名案相似的伪造股东签名案，存在认定决议无效、可撤销、不成立之不同裁判。〔5〕

第三，一般规则的缺失导致法律漏洞。物权法、公司法仅调整业主大会、集体、公司的决议行为，而公司之外的公益法人、其他组织、公司内部破产债权人会议等的决议行为，则无法可依。

如梅因所述，“在法典时代开始后，静止法律与进步社会之间的区别已开始显露出来”。〔6〕前述问题源自理论研究、立法的滞后。我国的法律行为理论与规则继受于德国，而在德国民法典立法之时，社团尚不发达，无广泛规制决议行为的需求，〔7〕且立法者将团体视为国家权力的潜在威胁，〔8〕故其法律行为理论与规则实以交易行为为模型而建构，并未涵摄决议行为。此后，受民商分立观念影响，商法学者孤立研究公司决议，民法学者更仅在教科书对法律行为的分类中以寥寥数言提及决议，均未深入研究决议行为。当前，面对实践需求，须建构决议行为的一般理论与规则，既指导单行法的完善，化解立法冲突，

〔3〕 除另有说明外，文中所引我国大陆地区案例，均来自北大法宝案例库。

〔4〕 参见刘培英：《业主撤销权的适用》，《人民司法》2011年第2期，第20页。

〔5〕 参见袁辉根：《伪造公司决议的效力认定》，《人民司法》2010年第6期，第92页以下。

〔6〕 ［英］梅因：《古代法》，高敏、瞿慧虹译，九州出版社2007年版，第31页。

〔7〕 德国直至1951年方为满足日益增加的居住需求而制定住宅所有权法。

〔8〕 参见［德］托马斯·莱赛尔：《德国民法中的法人制度》，张双根译，《中外法学》2001年第1期，第27页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

又填补对非公司法人等的决议行为的法律规制漏洞。欲制定一部彰显现代性的中国范式民法典，更需回应社会发展提出的这一新问题，设立决议行为一般规则。对决议行为的规制系复杂工程，本文仅探寻其效力规则的构造。而欲建构效力规则，务必先行认知决议行为的性质，下文先就此展开讨论。

二、决议行为之性质及私法规制之伦理基础

（一）关于决议行为性质之争议

学者多在法律行为分类中论及决议行为的性质，形成如下三种观点：

1. 共同行为说。该说以意思表示的数量与方向为标准，将法律行为分为单方行为、合同行为和共同行为。决议由多方主体基于平行意思表示一致而作出，属共同行为。日本学者多持该观点，如我妻荣、山本敬三、近江幸治等，均认为决议是方向相同的两个以上意思表示合致成立的共同行为。[9] 我国台湾学者王泽鉴、林诚二、刘得宽等亦认为，决议是社员平行意思表示趋于一致而成立的共同行为。[10] 我国王利明、韩长印、许中缘等学者亦认为，决议是基于两个以上共同的意思表示一致而成立的共同法律行为，意思表示的同向性特征使决议行为应被归入共同行为。[11] 就决议行为无需意思表示一致、仅需多数人合意的特殊性，学者认为其仅系决议行为对意思表示一致程度要求的差异，在意思表示同向性之本质方面与共同行为无区别。[12] 共同行为包括所有意思表示一致的共同行为和多数意思表示相同的决议行为。[13]

2. 特殊多方法律行为说。该说认为决议行为系区别于共同行为的特殊多方法律行为，我国大陆学者多持该观点。[14] 主要理由有：第一，共同行为的特征在于行为人意思表示的同向性，而决议行为存在赞成与反对之对立意见。[15] 第二，共同行为遵循意思自治原则，经行为人同意，方对其有约束力，而决议采多数决，对未表示同意者亦有约束力。[16] 第三，就共同行为，法律仅关注行为人是否达成合意及合意内容，并不规制达成合意的程序；而就决议行为，法律关注程序正义，决议是否有效不取决于行为人的意思表示是否真实，

〔9〕 参见［日］我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第229页；［日］山本敬三：《民法讲义Ⅰ·总则》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第71页；［日］近江幸治：《民法讲义Ⅰ·民法总则》，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第151页。

〔10〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第209页；林诚二：《民法总则》上册，法律出版社2005年版，第218页；刘得宽：《民法总则》，中国政法大学出版社2006年版，第166页。

〔11〕 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2012年版，第530页；韩长印：《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》，《中国法学》2009年第3期，第75页；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57页。

〔12〕 上引许中缘文，第57页。

〔13〕 参见谢怀栻：《民法总则讲要》，北京大学出版社2007年版，第131页。

〔14〕 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第436页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第133页；李永军：《民法总论》，法律出版社2009年版，第108页。

〔15〕 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111页。

〔16〕 参见前引〔14〕，龙卫球书，第436页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

取决于决议程序是否合法。[17]

3．意思形成说。该说认为决议行为是社团意思形成行为，具体又有两种不同观点。拉伦茨、弗卢梅、梅迪库斯等德国学者虽未明确界定决议行为的性质，但将其定性为区别于单方、双方、多方法律行为之独立类型的法律行为。弗卢梅认为，法律行为包括单方法律行为、合同、共同行为和决议。[18] 从“决议并不调整参与制定决议的人们个人之间的关系，而旨在构筑他们共同的权利领域或者他们所代表的法人的权利领域”，[19]“在重大问题上，在对外从事行为之前，还必须先在内部形成社团的意思”等具体表述可见，[20] 他们认为决议行为系社团意思形成行为。我国亦有学者认为决议行为是社团意思形成行为，但认为其并非法律行为。因为法律行为规则是意思自治规则，作出法律行为的过程系达成合意的过程，而决议规则是意思冲突规则，并不要求行为人达成合意，是在行为人意思冲突时确定何者优先，不适用以意思自治为核心的法律行为规则，而是遵循民主和正当程序原则。[21]

（二）决议行为系社团意思形成行为

前述观点从不同视角解读决议行为，各有道理，但仍如盲人摸象：

第一，共同行为说、特殊多方法律行为说虽有差异，但均认为决议系多方法律行为。笔者以为，决议并非多方法律行为，而系单方行为，理由如下：

认为决议行为系多方法律行为者，混淆了作出决议的主体和参与表决的主体。多方法律行为以数个行为人的名义共同作出，行为人是多人，如数人签订公司发起设立协议。而在决议行为中，虽有众多主体参与表决，但由社团一人作出决议，如集体、股东会、业主大会决议，乃以集体、公司、业主大会名义作出，村民、股东、业主仅是内部参与表决者。[22] 正如李宜琛所言，决议是多数当事人集合的意思表示而成立的集合行为，集合行为的多数意思表示融合而失其独立性，唯有结合的意思表示存在而已。[23] 亦如史尚宽所言，多方法律行为的数个当事人的意思表示不失其独立性，而决议所集合的各个意思表示失其独立性，而成为单一全体意思。[24] 决议行为并非多方法律行为，而系社团单方行为。

对决议行为性质的界定，非无谓争辩，而是旨在指导制度建构。从内部视角观察而将决议行为界定为多方法律行为，无益于制度建构，且违背逻辑。其一，因多方法律行为以数人名义作出，倘若发生纠纷，行为人应以其他行为人为被告提起必要共同诉讼，如某一公司发起人应以其他签订协议者为共同被告，诉请确认公司发起设立协议无效。而决议由社团作出，故成员应以社团为被告提起效力瑕疵诉讼，如村民、股东应以集体、公司为被

〔17〕 参见戴建庭、白明刚：《单方法律行为、合同、决议的瑕疵分析和责任比较》，《东方法学》2012 年第 4 期，第 57 页。

〔18〕 ［德］维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 160 页。

〔19〕 ［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》下册，王晓晔译，法律出版社 2003 年版，第 433 页。

〔20〕 ［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 841 页。

〔21〕 参见陈醇：《意思形成与意思表示的区别：决议的独立性初探》，《比较法研究》2008 年第 6 期，第 53 页以下。

〔22〕 虽然我国立法并未明确业主大会的主体地位，但业主大会决议客观上是以业主大会的名义作出的。

〔23〕 见李宜琛：《民法总则》，中国方正出版社 2004 年版，第 153 页。

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

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

告诉请撤销决议。纵然我国立法未明确业主大会的主体地位，司法实践亦将撤销业主大会决议之诉的被告界定为业主大会、业主委员会，而非全体业主。虽然德国司法仍以业主为共同被告，但学者指出其与2007年住宅所有权法授予业主大会部分权利能力之规定相矛盾，与股份公司法第246条相冲突。[25] 其二，法律行为是行为人意欲创设法律关系之意思表示行为，故多方法律行为会在行为人之间产生权利义务关系，如发起人基于发起协议而负担出资义务，若不履行，相对人可诉请履行。而决议往往并不在参与表决者之间产生权利义务关系，如业主大会决议更换物业企业，某一业主并不能基于该决议诉请其他业主履行义务，其仅对成员产生拘束力，与多方法律行为的效力有显著区别。其三，纵然认为决议系特殊的多方法律行为，亦仅能证成其可约束持反对意见的成员，无法解释其何以约束未参与表决的多方“行为人”之外的第三人、权利继受人，如股东会、业主大会决议不仅可约束多方“行为人”之股东、业主，还可约束董事、经理、承租人及新股东、新业主等非行为人。决议之所以对参与表决者之外的第三人产生拘束力，源于决议行为系社团行为，决议系社团意志，所有社团成员及员工，无论是否参与表决、是否赞成，均受约束。因而，数人签订公司发起设立协议与公司成立后股东会作出决议有本质区别。前者系数个行为人的多方法律行为，后者系公司的单方行为。简单以意思表示数量为标准而认为决议属于多方法律行为，将二者等同视之，只会引导立法、司法南辕北辙。[26]

第二，决议行为不仅并非多方法律行为，而且并非法律行为。前述意思形成说虽然明晰了决议行为是社团意思形成行为，但并未进一步清晰界定该行为的性质，无法有效指导制度建构。

德国民法典虽未明确界定法律行为的概念，但《德国民法典第一草案说明书》指出，“本草案所指的法律行为，是旨在产生特定法律效果的私人意思表示，该法律效果之所以依法律秩序而产生，是因为当事人希望产生这一法律效果”。[27] 依通说，法律行为有两个显著特征：一是，按当事人意思产生权利义务关系；二是，系意思表示行为，其具体又包括效果意思、表示意思与表示行为。决议行为并不能依当事人意思产生权利义务关系，与法律行为依意思表示形成法律关系之本质特征有显著差异。当集体、业主大会、股东会作出通过议事规则、公司章程、员工管理规范、经营方针等决议时，决议行为并不形成权利义务关系。当社团作出意欲对外交易、选聘机关成员等决议时，如业主大会决议选聘物业企业、选任业主委员会委员，股东会决议为他人提供担保、选任董事，社团并不能依据决议诉请参与表决者履行义务，更不能据此与相对人形成权利义务关系。对应法律行为的具体构造，当社团作出意欲对外交易、选聘机关成员等决议时，该类决议行为并非完整的法律行为，仅系法律行为之效果意思形成阶段。社团作出决议仅形成意欲与相对人缔结法律关系之效果意思，仅对成员有拘束力，尚需通过执行机关的表示行为表示于外，方构成意思

〔25〕 Armbrüster, Der Verwalter als Organ der Gemeischaft und Vertreter der Wohnungentümer, ZWE 2006, 470 (475f); Bergerhoff, Die wohnungseigentumsrechtliche Anfechtungsklage im ZPO-Ver-fahren, NZM 2007, 425 (431f). 转引自藤卷梓：《区分所有者とその団体の法的関係に関する一考察（二）—ドイツ住居所有権法における最近の議論の展開を中心に—），《早法》84卷2号，第202页。

〔26〕 参见前引〔11〕，韩长印文，第76页。

〔27〕 前引〔18〕，弗卢梅书，第26页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

表示，[28] 经与相对人达成合意，方成立双方或多方法律行为。[29] 正如黄立等学者所言，决议只在社团内部形成社团意思而已，与第三人的法律关系不因之而成立，决议只是创造了社团的代表人对外为意思表示的基础。[30] 与自然人通过内心考量形成效果意思不同，社团非实在理性存在，依赖意思机关成员协商形成效果意思，而意思机关成员常难以达成一致合意，法律相信众人智慧优于一人智慧，以多数人意志为社团效果意思。在决议过程中出现的赞成、反对意见及形成最终决议，与自然人形成效果意思时经历的内心纠结及最终作出决定，并无二致。故决议行为不仅并非多方法律行为，而且根本就不是法律行为，系法律行为之外的社团依赖意思机关形成社团意思的行为。

（三）决议行为的伦理基础及逻辑主线

既然决议行为并非法律行为，不可适用有关法律行为的一般规则，需另行为其建构规则，接下来就需要探寻规制决议行为的伦理基础及逻辑主线。探讨决议问题的学者大多认为，多数人的决定并不一定正确，如在50.1%赞成而49.9%反对时，难言孰对孰错，而决议之所以仍有拘束力，源于程序正义，[31] 源于少数人也有机会在将来用更好的论据来赢得多数，从而修改已作出的决定，[32] 因而主张以程序正义为核心构造决议行为的效力规则。[33] 但是，笔者以为，规制决议行为的伦理基础及逻辑主线并非程序正义，而系社团自治。

程序合法虽是决议的有效要件之一，但非统帅决议效力规则之核心。首先，程序正义并非决议行为的独家要求。法律行为通常不关注行为人达成合意的程序，但在以招投标方式订立合同时，尤为注重程序。若认为决议行为的核心是程序正义，无法说明其与以招投标方式订立合同之双方法律行为的差异。其次，若决议约束力的正当性基础是程序正义，那么决议程序违法即损及决议行为之根基，决议应属无效，但所有国家和地区均仅将程序违法作为可撤销事由，而非无效事由。再次，若以程序正义为核心建构决议行为的效力规则，那么除程序瑕疵之外的众多瑕疵事由，如内容违法、无决议权限等，无法被纳入规制范畴。

决议产生约束力之伦理基础及统帅决议行为制度构造之核心乃社团自治。法律行为之所以产生拘束力，源于意思自治。法律相信完全行为能力人是对自己利益的最佳判断者，故授予其自由。但其自由从事行为，亦须为自己的自由选择承担责任。法律行为制度的核

〔28〕 参见钱玉林：《股东大会决议的法理分析》，《法学》2005年第3期，第97页。

〔29〕《最高人民法院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8条规定："业主大会按照物权法第76条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。"虽然业主大会作出的解聘物业服务企业的决议仅为其单方内部效果意思，但并不能据此认为前述解释有误。因为签订、履行物业服务合同的基础在于对物业服务企业能力的信赖，如同合同法授予委托人单方解除权，亦应赋予业主大会单方解除权。故在业主大会形成效果意思、业主委员会通过表示行为表示于外后，即可单方任意解除合同。

〔30〕 参见黄立：《民法总则》，中国法制出版社2002年版，第198页；柯芳枝：《公司法论》上册，台湾三民书局2002年版，第239页。

〔31〕 参见［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第87页。

〔32〕［德］哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第218页。

〔33〕 参见前引〔21〕，陈醇文，第53页以下；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49页；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97页；前引〔15〕，石纪虎文，第112页；前引〔17〕，戴建庭等文，第57页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

心是意思自治，除要求内容合法、不侵害公共利益外，即围绕意思表示的真实性建构效力规则。决议的拘束力同样源于意思自治，只不过是社团的意思自治，而非参与表决者的意思自治，学者混淆了社团自治与参与表决者的自治而已。法律相信社团是对自己利益的最佳判断者，故不干涉其自我管理，赋予其管理自己事务之自由。但其一旦通过意思机关作出选择，无论社团抑或其成员均受该自由选择的拘束，即使真理掌握在少数手中，多数决形成的意志对社团不利，亦是如此。程序正义的价值在于证成可采多数决的正当性，但无法说明多数决在私法上产生拘束力的正当性。设想在极端案例中，村民小组搬迁仅剩一户，该农户以集体名义作出决议，无涉程序正义，但仍可拘束后加入集体的成员。程序正义更无法说明决议何以对未参与表决的第三人产生拘束力，如股东会决议对员工的约束力、业主大会决议对承租人的约束力。决议之所以对后加入的成员、第三人有拘束力，非源于程序正义，而源于其系集体意志，源于社团自治。程序正义仅系社团自治的意思形成的真实性要求之一，旨在通过程序正义确保依多数决作出的决议真实代表多数成员的意志。正因如此，程序瑕疵仅导致社团意思形成不真实，属撤销事由。

三、决议之成立要件及其认定

（一）区分决议成立认定与效力判断之必要性

既然决议行为系社团意思形成行为，需首先依多数决形成社团意思，才能进一步涉及其效力判断问题，故而应区分决议成立认定与效力判断。如后详述，决议的成立应满足确有举行会议、有法定人数出席、会议作出表决、表决达多数决比例要求之要件，若不满足前述要求，则决议不成立。例如，股东未经召开股东会议而伪造决议，虽有决议之表象，实则并未形成公司意思、无决议，既无决议，无从提及效力问题。[34] 就开篇所述的（2014）渝一中法民终字第05075号“俞某诉重庆市沙坪坝区港城花园业主委员会确认业主大会决议无效案”，因投赞成票的业主人数及其专有权合计面积未达半数，即应认定决议不成立，而非认定其违反物权法第76条关于表决比例之强制性规定而无效，亦非认定其因违反法定程序而可撤销。然而，因物权法、公司法均仅规定了决议效力瑕疵，而未规定决议不成立，导致法院在个案中错将决议不成立认定为无效或可撤销。不仅如此，《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）》（下称《公司法解释（四）征求意见稿》）第4条更是错将决议不成立一般性地解释为无效。认定决议是否成立系作事实判断，仅需查明社团是否曾召开会议并形成多数决，而判断决议效力状态系作价值判断，系查明多数决决议是否满足法定有效要件之后续问题，两者的区别不言自明。并且，区分决议不成立与效力瑕疵，非仅旨在满足理论区分之需求，而且系准确适用法律之必然要求：

其一，因导致决议不成立与可撤销的事由均系程序瑕疵，在实践中，法院常将决议不成立误判为可撤销。如（2013）二中民终字第05629号“谷某诉北京康弘娱乐有限责任公司确认公司决议效力案”判决认为，在股东未参会的情况下通过伪造签名作出股东会决议，

〔34〕 参见张旭荣：《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140页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

应认定股东会召集程序违法，股东可在法定期间内行使撤销权。[35] 再如（2014）丰民初字第08253号“陈某等诉北京市丰台区南曦大厦小区业主委员会业主撤销权案”判决认为，业主委员会无法证明《投票统计表》关于业主投票记载的真实性，业主大会决议可撤销。这一错误做法将导致不当法律后果：一方面，若认定决议可撤销，则其在被撤销前是有效的，但在未曾召开会议的情形下炮制的决议或通过伪造签名使之过半数的决议，何以有效？另一方面，撤销权受除斥期间限制，若撤销权人未在法定期间内行使撤销权，决议将确定有效。如此，股东可自行伪造股东会决议，然后将其锁于抽屉中，经60日即确定有效，有悖正义。也许有学者认为这一批判理由并不成立，因为通过将除斥期间修改为采主观计算方法，自当事人知道或应当知道决议瑕疵之日起开始计算，即可解决问题。对此，不可拆东墙补西墙，不可通过修正公司法原本正确之规定而迎合实践中的错误做法，从而引发新的错误。[36]

其二，决议不成立与决议无效，均自始无拘束力，法律后果似无差别，因此，实践中，诸多判决如同《公司法解释（四）征求意见稿》所欲作出的解释那样，将不成立的决议认定为无效，如前述“谷某诉北京康弘娱乐有限责任公司确认公司决议效力案”的一审判决（2012）怀民初字第00184号即认为，冒用股东名义作出的股东会决议无效。这一做法背离了法律正义。

一则，导致决议不成立的事由是程序瑕疵，而无论依法律行为规则抑或公司法第22条关于公司决议效力之规定，仅内容违法之决议无效，程序瑕疵不适用违法无效规则。

二则，决议不成立实则包括不存在决议与决议不成立两种情形。前者如在未召开会议的情形下炮制决议，后者如在表决未达多数决要求的情形下通过伪造签名作出决议。就后者，尚可能蒙混认为决议机关作出不具有法律拘束力的无效决议，但就前者，未曾召开会议，何来无效决议？

三则，若认定决议无效，则自始、确定无效，不可补正。而决议不成立有补正可能，将不成立的决议认定为无效，将剥夺补正机会，且支持当事人背信弃义。如在（2009）淮中民一终字第15号案中，公司仅有甲、乙两名股东，甲伪造乙的签名作出增资决议，并经虚假验资办理变更登记，乙参与公司经营，明知已办理变更登记但一直未提异议。后公司债权人依增资决议诉请乙在未足额出资范围内承担清偿责任，乙主张决议无效之抗辩。就此案，乙以经营行为接受增资事实，应视为追认甲无权代理所作表决，决议成立且有效。[37] 而若认定决议无效，则支持乙背信弃义。

法治进程应是法律科学化进程。放眼比较法，均自觉扬弃因法律后果相似性而将决议不成立认定为无效之错误做法，我们没有任何理由固守已被共同抛弃之错误做法。就股东会决议，德国法系立法伊始均如同我国当前公司法，仅规定可撤销、无效之决议瑕疵，司

〔35〕 参见周晓莉：《瑕疵股东会决议并非当然无效——北京二中院判决谷成满诉康弘公司公司决议效力确认纠纷案》，《人民法院报》2014年8月7日第6版。

〔36〕 当然，需要进一步探讨除斥期间应采主观抑或客观计算方法。公司法之所以采用客观计算方法，源于对效益价值的考量。日本公司法第831条亦规定，“股东等得于股东会等决议之日起三个月内，提起诉讼请求撤销决议”。我国台湾民法第56条一般性地规定，“总会之召集程序或决议方法，违反法令或章程时，社员得于决议后三个月内请求法院撤销其决议”。均采客观计算方法。

〔37〕 参见前引〔5〕，袁辉根文，第92页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

法裁判基于法律后果相似性，将决议不成立认定为无效。但此后，日本最早展开区分决议不成立与无效的讨论，经其最高法院判决决议不成立，理论界达成了“股东大会决议因欠缺成立要件，应被评价为决议不存在”之共识。[38] 1981年日本商法典第252条增设确认决议不存在之诉，日本公司法第830条第1款设相同规则。受其影响，1984年韩国商法典第280条亦增设确认决议不存在之诉。[39] 德国虽未修改成文法规则，但通说认为，“股东会决议之要件包括股东会议确有举行，该会议曾作成决议，所作成之决议（一般）经主席确认而定案，该决议始为成立”，[40] 诸如未经召开会议而书面伪造之“非决议”，应被认定为不成立。[41] 我国台湾起初认为决议无效包括“形式不成立”无效与“决议内容违法”无效，[42] 与《公司法解释（四）征求意见稿》第4条如出一辙。后司法逐渐采用决议不成立之判决。[43] 其于2000年公司法修订时，曾欲增设第191条之一，规定确认决议不存在之诉。[44] 虽然立法最终未作修改，但2003年台上字第1174号“萧某诉万有纸厂股份有限公司确认股东会决议无效案”的判决明确指出，“须先有符合成立要件之股东会决议存在，始有探究股东会决议是否有无效或得撤销事由之必要，故股东会决议不成立应为股东决议瑕疵之独立类型”。[45] 学者纷纷建议将认定决议不成立之事实类型规则化。[46] 业主大会决议同样如此。2003年度台上字第2517号“世华期货有限公司诉敦南富邑大厦管理委员会确认决议无效案”判决认为，“区分所有权人会议如系由无召集权人召集而开……即属依法提起确认该会议决议不存在之诉以资救济之范畴”。[47] 我国台湾新北法院民事判决2012年度诉字第2515号“吴某诉全球台北人公寓大厦管理委员会确认决议无效案”、台中法院民事判决2013年度诉字第2298号“美顺实业股份有限公司诉扬运贸易大厦管理委员会撤销决议案”等，作相同判决。

（二）决议成立要件与不成立之认定

可确定而无争议的是，决议的成立须满足以下四项要件：决议机关确有举行会议，有法定人数出席会议，会议曾作出表决，表决达多数决要求。决议不成立则是虽然形式上通过伪造签名等方式形成了决议表象，但实际上并未形成多数决之社团意思，在法律上不能认为有决议存在。与前述成立要件相对应，如下情形应认定决议不成立：其一，未经召开会议而“作出”决议。未经召开会议，自然无法形成社团意思，自无决议。其具体包括未召开会议而虚构开会、决议记录并伪造签名，以及控股股东未通知其他股东参会而独自滥用多数决作出决议等情形。其二，出席人数不足法定要求。仅当有满足法定人数要求的成

〔38〕［日］大隅健一郎：《股东大会》，商事法务出版社1971年版，第587页。

〔39〕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页以下。

〔40〕刘渝生：《公司法制之再造——与德国公司法之比较研究》，台湾新学林出版股份有限公司2005年版，第256页。

〔41〕参见刘渝生：《公司股东会议决议的效力》，载赖源河主编：《商事法实例问题分析》，台湾五南图书出版公司2000年版，第69页。

〔42〕参见杨建华：《浅谈公司股东会决议之无效与撤销》，《辅仁法学》第2期（1983年1月），第290页以下。

〔43〕参见王文宇：《公司法论》，元照出版社2003年版，第324页。

〔44〕参见刘连煜：《现代公司法》，台湾新学林总经销2007年版，第313页。

〔45〕参见我国台湾《“最高法院”民事裁判书汇编》第46期，第582页以下。

〔46〕参见曾宛如：《股东与股东会——公司法未来修正方向之议》，《月旦法学杂志》第95期（2003年4月），第120页。

〔47〕参见我国台湾《“司法院”公报》第46卷第9期，第107页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

员出席时，方可召开会议，出席人数不足法定要求，不可召开会议，该会议所作决议自不成立。例如，公司法（2013）第111条规定，股份有限公司的董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。但是对于有些决议，法律对于最低出席人数未作要求。其三，决议机关虽曾召开会议，但未作表决。具体包括会议未作表决而伪造决议记录，或部分股东另行聚集作出决议，以及会议表决内容与决议记载内容不一致等情形。其四，决议机关虽曾召开会议并进行表决，但表决赞成或反对者的人数或所持表决权比例未达法定要求，通过伪造成员签名而作出决议。但在前述因伪造有表决权者签名而导致决议不成立的各类案件中，若被伪造签名的成员以其行为表明接受决议内容，视为追认表决，在实际表决者和追认者所持表决权比例合计达法定要求时，可认定决议成立。

需探讨的是，决议的成立是否还需满足召集人有召集权之要件。当无召集权人召集会议并作出满足法定比例要求的多数决决议时，应认定该决议成立但因召集程序违法而可撤销，还是认定其不成立？如前所述，认定决议可撤销与不成立的法律后果有显著差异。若认定其可撤销，需当事人积极撤销决议，否则经除斥期间届满即受其约束。相反，若认定其不成立，只要当事人不积极追认，即不受拘束。对此，应将经有召集权者召集作为决议之成立要件。召集人无召集权，形式上是会议召集程序违法问题，实质上却是主体瑕疵问题。类比法律行为规则，主体的存在系法律行为的成立要件，主体尚不存在，行为无从提起。无召集权人召集召开的会议并非合法成立的社团意思机关，主体尚欠缺成立要件，其后之决议自无所附存，[48] 自无成立余地，无所谓撤销与否问题。[49] 比较法上亦多认定决议不成立。例如，韩国大法院1962年12月27日判决认为，无召集权者召集会议作出的决议不成立。[50] 日本判例认为，董事未经董事会决议而召集股东会所作决议不成立。[51] 我国台湾1993年台再字第3号“方某某等诉协成汽车客运股份有限公司确认股东临时会决议不存在案”判决认为，“股东会必须由有召集权人召集，由无召集权人召集之股东会，欠缺股东会决议之成立要件，其所为之决议，自不生法律上之效力”。[52] 此后，前述2003年台上字第2517号“世华期货贸易公司诉敦南富邑大厦管理委员会确认决议无效案”判决更明确判示：“按公寓大厦管理委员会为人的组织体，区分所有权会议为其最高意思机关。惟区分所有权人会议如系由无召集权人所召集而召开，既非公寓大厦管理委员会合法成立之意思机关，自不能为有效之决议，且在形式上亦属不具成立要件之会议……于此情形，即属依法提起确认该会议决议不存在之诉以资救济之范畴，而非在撤销会议决议之列。”

四、决议之有效要件与瑕疵决议效力之认定

决议行为的核心是社团自治，故仅当满足下列要件，决议方可能有效：第一，决议机

〔48〕 参见何耀琛：《论股份有效公司股东会、董事会决议之瑕疵及其效力》，《东吴大学法律学报》第14卷第2期（2003年2月），第109页。

〔49〕 参见洪秀芬：《未经合法召集而全体股东出席之股东会决议效力》，《月旦法学教室》第51期（2007年1月），第29页。

〔50〕 参见前引〔39〕，李哲松书，第423页以下。

〔51〕 ［日］江头宪治郎：《株式会社法》，有斐阁2008年版，第346页。

〔52〕 参见我国台湾《“最高法院”民事裁判书汇编》第11期，第840页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

关有决议权限。第二，决议（社团意思）形成真实，即真实代表多数成员意志。与通过意思自由与表示真实保障个人意思表示真实不同，法律乃通过所有成员依合法程序作出意思表示真实的表决，确保决议体现社团意志，即要求程序合法与表决意思真实。第三，不违反社团规约。但是，社团自治形成之真实意思，仅在合法、不损害公共利益时，方受法律保护。并且，多数决可能会被滥用，还需要求决议不侵害持反对意见成员的合法权益。因此，有效决议应满足有决议权限、程序合法、表决意思真实、内容合法、合乎规约、不侵害成员合法权益六项要件。与之对应，无决议权限、程序瑕疵、表决意思不真实、违反规约、内容违法、侵害成员合法权益可能导致决议效力瑕疵。其中，表决意思不真实依意思表示规则判断即可，如若村干部胁迫农户投票，受胁迫者可撤销表决，但撤销的仅是个人意思表示不真实的表决，仅当撤销表决导致决议低于法定表决权比例要求时，方致决议不成立。因此，通常仅意思表示不真实的成员联合行使撤销权，方对决议产生影响。违反规约仅违反社团自主意思，而非法律的强行规定，属可撤销事由。就该两项事由，应无疑义，以下探讨其他瑕疵事由对决议效力的影响。

（一）逾权决议

公司法、物权法均未规定逾权决议的效力，但前述（2010）东一法民一初字第2308号“万某诉广东省东莞市新天地华庭业主委员会等业主撤销权纠纷案”、（2014）渝五中法民终字第01072号“黄某与重庆市南岸区万寿花园业主委员会等业主撤销权纠纷上诉案”等案件，则提出了逾权决议的效力认定问题。例如，业主委员会未经授权作出选聘物业服务企业的决议，其效力如何？[53] 因社团机关的决议权限或由法律规定或由规约授予，按既有规则，逾权决议或因内容违法而无效，或因违反规约而可撤销。但认定逾权决议无效或可撤销，均不妥当，逾权决议应属效力待定的决议。

1. 认定无效，于法无据。第一，法律之所以最为否定地将行为评价为无效而不授予治愈机会，源于其侵害公共利益，而逾权决议仅可能侵害社团及其成员利益，并不危及公共利益。并且，其是否侵害社团及其成员利益，尚不得知，如业主委员会选聘物业服务企业，可能合乎业主需求。因此，应交由真正权利人决定决议之效力，法律不可武断规定决议无效。第二，无效系当然、确定无效，纵然无人提出异议，亦无效。但如前案，若业主均接受物业服务且支付物业费，应视为追认决议有效，认定决议无效与客观事实不符。且若认定决议无效，纵然绝大多数业主默示同意更换物业企业，任一不同意更换物业企业的业主均可诉请确认决议无效，实以一人意志代替社团自治。因此，只要逾权决议内容不违法，均不应认定其无效。

2. 法释［2009］7号草案稿第11条第2款曾拟定：“业主大会或者业主委员会作出的决定……超越其权限，业主请求撤销的，应予支持。”但认定逾权决议可撤销，无法自圆。第一，既然决议可撤销，则在被撤销前是有效的，而决议机关无决议权限，决议何以有效？第二，就逾权决议案件，需解决内部决议效力认定与外部无权处分行为效力认定两个问题。如前述案例，需认定业主委员会决议之效力与物业服务合同之效力。后者因无权代理而效力待定，若认定决议可撤销，则出现对同类瑕疵行为效力认定不一致之矛盾。第三，若认

〔53〕 参见前引〔4〕，刘培英文，第21页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

定决议可撤销，则纵然多数成员追认决议，任一不同意的成员均可撤销决议，面临与前段所述相同的无效率和违背社团自治原则的问题。

3．逾权决议应属效力待定，其是否对社团发生效力从而对其成员有拘束力，取决于有权决议机关是否追认。第一，合乎逻辑。逾权决议行为仅影响真正权利人的利益，应交由其决定决议之效力，并可保持内、外行为效力规则的统一。但逾权决议行为与无权处分行为的当事人构造不同。如前述案件，无权处分人为业主委员会，真正权利人为业主大会，相对人为可能受决议约束的业主，应由业主催告业主大会是否追认。第二，合乎实践。如前述案件，若业主均接受物业服务而未提异议，则默示一致同意事实上形成共同决议而追认决议有效。即使单个业主有异议，亦不可独自撤销决议，而应提请业主委员会召开业主大会，作出是否追认之决议。若业主委员会拒绝召集会议，视为不追认，决议无效；若业主委员会召集业主大会，视决议结果决定是否追认。如此，既兼顾了全体业主之权益，又可防范逾权决议之风险。

（二）程序违法

1．程序违法属可撤销事由

如前所述，之所以严格规制决议程序，乃旨在确保成员依民主程序形成真实体现多数成员意志的社团意思。程序违法形式上是违法问题，实质上是意思形成的真实性问题。而程序违法是否导致决议不能体现成员意志，仅受此困扰而无法议事表决的成员具有发言权，应交由成员决定是否撤销决议。[54] 因此，各国(地区)公司法均将程序违法规定为撤销事由。我国台湾民法第56条一般性地规定，“总会召集程序或决议方法，违反法令或章程时，社员得于决议后三个月内请求法院撤销其决议。”虽然物权法就集体决议未设程序违法撤销规则，亦可适用。

程序瑕疵可能导致决议可撤销，亦可能导致决议不成立，但泾渭分明。导致决议不成立的程序瑕疵是根本无召集、表决程序，或虽曾召开会议但由无召集权者召集、出席人数不足法定要求、表决未达法定比例要求。导致决议可撤销的程序瑕疵，系有召集权者召集召开会议并作出达法定表决比例要求的决议，但在会议召集、议事、表决过程中未严格遵守法律规定，如遗漏通知个别成员，通知、公告召开会议的期间不符合法定要求，未给予个别成员发言机会等。

2．可例外维持程序瑕疵决议之效力

在明确程序违法决议可撤销后，接而需明确如何认定决议程序是否违法。虽然物权法未规定集体、业主大会的决议程序，但采目的解释方法即可填补法律漏洞，其仅是技术问题，无理论障碍。立足目的解释，决议程序规则应被界定为规制会议召集、议事、表决等旨在保障成员参与决策的程序性权益（如参加权、表决权、知情权、辩论权）的规则，[55] 决议程序如若违反前述要求，即使法无明文规定，亦应被认定为程序违法。反之，虽然住房和城乡建设部于2009年颁布的《业主大会和业主委员会指导规则》（建房［2009］274

〔54〕 参见李建伟：《公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建——以股东大会决议可撤销为中心》，《商事法论集》第15卷，法律出版社2008年版，第65页。

〔55〕 参见徐海燕：《业主大会决议瑕疵的司法救济——兼析〈物权法〉第78条第2款》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2009年第4期，第52页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

号）设置了公权力机关参与指导的程序规则，但如（2013）穗中法民五终字第3129号“广州新城市房地产开发有限公司等诉广州市荔湾区逢源轩业主大会业主撤销权案”等案所作判决，只要召集人依法通知成员且确保其充分议事表决，不能因“房管部门、街道办事处及居委会等单位未到场监督”、公权力机关未参与指导而认定程序违法。

问题的难点在于，当程序违法并不影响表决结果时，如仅迟延一日发出召开会议通知，是否亦应撤销决议。倾向实体正义者认为，应视程序瑕疵是否侵害成员表决权、社团利益，而认定其是否导致决议可撤销。[56] 秉持程序正义者认为，程序具有和平、参与、自愿、公平、及时、人道、正统等独立价值，程序瑕疵之决议当然可撤销。[57] 笔者以为，对此可例外维持程序瑕疵决议之效力。

从目的解释角度而言，程序瑕疵决议可撤销规则看似旨在维护程序正义，但实非如此。因为若其旨在维护程序正义，那么包括投赞成票在内的所有成员均应享有撤销权，均可伸张程序正义。但即使认为程序瑕疵决议绝对可撤销者，亦仅认可授予程序性权益受侵害者撤销权。故该规则实则旨在保障成员参与管理共同事务之议事表决权益，确保决议真实体现成员意志。成员管理权属于共益权，共益权的行使须合乎社团共同利益，仅以共益权受侵害为由撤销实则合乎社团共同利益之决议，违背授予成员共益权之目的。[58]

从利益衡量角度而言，司法者不可能是僵化适用法律的机器，需面对个案，平衡当事人利益而具体适用规则，实现个案正义。[59] 是否撤销决议，涉及赞成者、反对者、社团、相对人四方主体利益。若程序瑕疵轻微且不影响表决结果，撤销而重作相同决议对所有主体均无实益。相反，浪费人力物力，并可能导致社团付出高昂机会成本，且变动与相对人的现有法律关系，危害交易安全。因此，需比较撤销决议与维持决议效力所生利益，具体作出裁判。[60]

从实证分析角度而言，法院亦并不认为程序瑕疵决议绝对可撤销。如就股东会决议，（2012）威商终字第19号“丛某等诉威海人生药业集团股份有限公司撤销股东大会、董事会决议案”判决认为，“在认定应否撤销股东大会决议时，首先应该考虑程序性瑕疵是否有可能对决议的形成产生实质性影响”，“虽然临时股东大会存在程序瑕疵，但并不必然改变实体性结果，且撤销临时股东大会决议反而增加公司运营成本，不利于矛盾的最终解决，在权衡程序瑕疵与决议所产生利益正当性之利弊的情况下，不支持原告撤销决议的请求”。[61] 再如被学界热议的王某诉某公司撤销公司决议案的判决认为，即使原告到会，亦不影响决议结果，决议形成后，公司已与他人履行相关合同，为维护交易安全，不可撤销

〔56〕 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136页；黄学武、葛文：《股东会召集程序瑕疵与撤销——一则申请撤销股东会决议纠纷案评析》，《法学》2007年第9期，第133页；金文芳：《股东会召集程序瑕疵并不必然导致决议被撤销》，《人民司法》2008年第12期，第98页；蔡立东、田尧、严佳维：《论业主撤销权的行使——以上海法院的司法实践为参照》，《山东社会科学》2012年第5期，第15页。

〔57〕 参见前引〔21〕，陈醇文，第53页以下。

〔58〕 参见林国全：《诉请撤销程序瑕疵之股东会决议》，《月旦法学杂志》第79期（2001年12月），第21页。

〔59〕 参见梁上上：《利益衡量论》，法律出版社2013年版，第102页。

〔60〕 参见［日］岸田雅雄：《ゼミナール会社法入门》，日本经济新闻社2006年版，第181页。

〔61〕 参见中国裁判文书网，http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/sd/sdswhszjrmfy/ms/201412/t20141218_5178050.htm，2015年2月15日访问。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

决议。[62] 就业主大会决议，（2013）闸民三（民）初字第1612号“宋某等诉上海市闸北区某大厦业主委员会业主撤销权案”判决认为，虽然被告在形成决议时未能妥善保管业主的表决票备查，存在程序疏漏，但并未侵害业主合法权益，故驳回业主撤销决议之请求。比较法上亦已达成例外维持程序瑕疵决议效力之共识。日本立法变迁尤能说明设立例外规则之必要性。其1938年商法修订为避免股东以轻微程序瑕疵为由提起撤销决议诉讼，干扰公司运作，新设第251条授权法院斟酌决议内容、公司现状及其他一切情事，基于衡平目的，例外驳回股东撤销程序瑕疵决议之诉请。[63] 后为强化股东地位，1950年商法修订删除了该规则，[64] 但并不适应实践需求，司法依旧适用，[65] 1981年商法修订不得不恢复该制度，公司法第831条第2款设相同规则。我国台湾公司法本亦仅设程序瑕疵决议可撤销规则，但在实务中出现了仅持2股的股东诉请撤销决议的案例，为兼顾多数股东权益及交易安全，2001年公司法修订新增第189条之一，引入裁量驳回制度。韩国商法典第379条同样授予法官驳回撤销决议诉请之裁量权。德国司法实践亦例外维持程序瑕疵决议效力。[66] 就业主大会决议，各国尚未设定类似规则，但诸如日本东京地方裁判所1988年11月28日业主诉业主大会确认限制经营行业决议无效及损害赔偿案等判决认为，业主大会召集程序虽有瑕疵，但非属重大，且不影响决议结果，故驳回原告撤销决议之请求。[67]

前述论证从个案公正的视角论证例外维持程序瑕疵决议效力的正当性，但法律不仅旨在实现个案公正，而且具有指引、预防功能，允许程序违法决议有效，可能面临鼓励程序违法之风险。但欲预防违法行为，需令违法者承担责任，导致决议程序瑕疵者系召集者，而撤销决议对社团、成员不利，错误打击无辜成员。且因社团成员众多、情势紧迫等客观原因，召集人偶有轻微过失，实则难免，挑剔程序瑕疵系轻而易举之事。[68] 允许故意违法行为有效会鼓励违法，但原谅偶发轻微过失行为，乃人之常情，正如日本立法之反复说明僵化撤销程序瑕疵决议与实践不符。应对风险的路径不是因噎废食，而是合理限定例外规则之适用要件以控制风险。比较各国立法，需同时要求程序瑕疵不影响表决结果且瑕疵程度轻微。若程序瑕疵影响表决结果，则导致社团意思不真实，当然应撤销决议。但不可将程序瑕疵不影响决议结果作为唯一适用标准，否则，控股股东、多数联合者即无需通知少数成员参会，不仅剥夺成员管理权，而且使得为确保社团意思机关正常运作而设立的程序规则“形骸化”。[69] 就程序违法的严重性，应依法规目的，即观察程序违法是否出于故意，是否侵害其所违反的程序规则所欲保护的利益，而作实质判断。[70] 例如，同样系遗漏通知成员，若社团无法证明非出于故意，应撤销决议，若社团证明因股权变动未予公

〔62〕 参见前引〔56〕，丁绍宽文，第136页；前引〔56〕，黄学武等文，第133页。
〔63〕 ［日］田中耕太郎：《改正会社法概论》，岩波书店1939年版，第556页。
〔64〕 ［日］大隅健一郎、大森忠夫：《逐条改正会社法解说》，有斐阁1951年版，第38页。
〔65〕 ［日］竹内昭夫：《判例商法Ⅰ》，弘文堂1976年版，第205页。
〔66〕 王彦明：《股东大会决议的无效与撤销——基于德国股份法的研究》，《当代法学》2005年第4期，第125页。
〔67〕《集会招集手続の瑕疵が決議の無効原因となるような重大な瑕疵とはいえないとされた事例》，《判例タイムズ》702号（1989年），第255页以下。
〔68〕 参见曾宛如：《公司管理与资本市场法制专论》，元照出版社2007年版，第211页。
〔69〕 林国全：《法院驳回撤销瑕疵股东会决议请求之裁量权》，《台湾法学杂志》第153期（2010年6月），第196页。
〔70〕 参见［日］上柳克郎：《いわゆる裁量棄却（商法251条）について》，《大阪学院大学法学研究》21卷（1995），第17页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

示等原因而无过错或因轻微过失遗漏通知，或虽遗漏通知，但成员出席会议，则可维持决议效力。[71] 再如，同样为逾期发出召开会议通知，因提前通知旨在使成员有充分时间做准备，若仅迟延一日，并不影响会议准备，可维持决议效力。[72] 相反，如我国台湾台中法院2004年上字第215号“谢某某诉兴业股份有限公司撤销股东会决议案”，董事会迟延五日寄发召开股东会改选董事的通知，导致迟延受领通知的股东无充分时间运作董事选举事宜，则应认定瑕疵严重，撤销决议。

（三）内容违法

成员依法定程序作出意思真实的表决并形成多数决，即形成社团真实意思，但其须满足合法性要件，方受法律保护。

1．违反法律强制性规定、损害社会公共利益的决议无效。内容合法系决议受法律保护之前提，违反法律强制性规定的决议自当无效。故而，各国(地区)公司法均规定内容违法之决议无效。德国住宅所有权法2007年修订新增第23条第4款，规定违反强行规定的决议无效，我国台湾2012年《公寓大厦及物业管理条例》修订草案亦曾欲增设内容违法决议无效之规则。法律之所以最为否定地认定行为无效，源于其损害公共利益，故不仅内容违法之决议无效，侵害公共利益、违背公序良俗的决议亦无效。如美国加利福尼亚州法院认定，禁止小孩、有色人种居住等违反公序良俗之规约无效。[73] 但仅内容违法之决议无效，不可错误认定程序违法之决议无效。如（2013）浙民再字第18号“浙江省嘉兴市聚力源典当有限责任公司与何某股东会决议效力纠纷再审案”判决认为，公司遗漏通知原告召开股东会，并不单纯属于股东会召集程序违法，而系违反公司法第4条关于“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”之规定，错误地认定决议无效。

2．就内容违法之认定而言，第一，若决议违反的是旨在维护公共秩序的公法强行规范，或违法侵害第三人利益，应属无效。前者如业主大会决议改变小区规划、集体决议将耕地用于非农建设，后者如业主大会作出拆毁邻近其他小区围墙之决议。第二，复杂的问题是，如何认定违反公司法、物权法等私法规范的决议效力。就此，需借鉴违法行为效力认定的研究成果，识别规范性质，作出具体判断。诸如公司法关于董事消极任职条件等规定，应属效力强制性规定，若股东会选任有消极要件者担任董事，决议无效。但诸如业主大会表决比例之规定，我国台湾《公寓大厦及物业管理条例》授权业主规约另行约定表决规则，学者亦持赞成态度。[74] 限于篇幅，就内容违法决议效力认定这一复杂问题，留待将来展开深入研究。

（四）侵害成员合法权益

1．设立侵害成员合法权益撤销规则之必要性

与公司法不同的是，物权法规定了侵害成员合法权益之撤销事由。对此，有学者认为公司法的规定更为合理，因为虽然多数决可能会被滥用，但只要决议内容不违法，少数派

〔71〕 参见陈道兵、苏国华：《欠缺部分股东签名的股东会决议应否撤销》，《人民法院报》2011年6月16日第7版。

〔72〕 参见前引〔56〕，金文芳文，第99页。

〔73〕 Nahrstedt v. Lakeside Village Condominium Association Inc., 8 Cal. 4th 361 (1994).

〔74〕 参见曾明逊、彭建文、林欣柔：《公寓大厦决议规则之法律经济分析》，台湾《中研院法学期刊》2007年第1期，第248页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

必须忍受，适用物权法第78条的前提是决议内容违法，[75]而决议内容违法，适用违法无效规则即可，无需另设撤销规则。[76]笔者以为，有设立侵害成员合法权益撤销规则之必要。

第一，其与内容违法无效规则解决不同的问题，后者审查决议之合法性，而其考量决议之合理性。私法秉持法无禁止即自由理念，成文法限于列举少量最不可容忍的违法行为，如此，社团即可能作出合法但不合理的决议，如集体作出外嫁女不参与分配征地补偿款之决议，控股股东藉由多数决通过与公司规模严重不成比例的董事报酬决议。为避免多数派成员不公平地损害少数派成员权益，应当允许少数派成员启动司法审查程序。[77]我国台湾民法第799条之一规定，“规约之内容依区分所有建筑物之专有部分、共有部分及其基地之位置、面积、使用目的、利用状况、区分所有人已否支付对价及其他情事，按其情形显失公平者，不同意之区分所有人得于规约成立后三个月内，请求法院撤销之。”日本建筑物区分所有权相关法律第31条第1项规定：“规约之设定、变更或废止对专有部分所有权人之权利产生特别影响时，须征得其同意。”德国民法典第35条规定，“非经社员同意，不得以社员大会决议侵害其特别权利。”自20世纪80年代以来，德国出现了加强对社团成员保护之趋势。[78]前述日本、德国的同意规则虽并未授予成员撤销权，实则与我国物权法的规定异曲同工。赋予成员撤销权，即赋予其一票否决权，亦即要求需经其同意。反之，即使社团作出多数决，只要未经权益受侵害者同意，亦不生效力。

第二，公司法虽未设置侵害成员合法权益之一般撤销规则，但亦为防范股东滥用多数决而设置了相关规则：第16条规定在公司决议是否为股东提供担保时，关联股东不得参与表决；第20条规定股东不得滥用股权损害公司或其他股东利益。前述规则均存局限：一方面，立法者不可能武断地在所有情形均排除有利害关系之股东的表决权，故第16条仅适用于股东会作出决议为股东提供担保之情形。担任董事的控股股东仍可滥用多数决，作出诸如与公司业绩、规模显著不成比例的高额董事报酬之决议。另一方面，第20条虽禁止滥用股权，但未规定滥用股权行为之效力。对此，可将第20条视为禁止性规定，从而认定滥用多数决作出的决议无效。但若决议仅关涉股东利益，不侵害公共利益，认定其无效于法无据，应属可撤销。[79]

撤销侵害成员合法权益的决议，非撤销不真实的社团意思，系司法为避免多数决被滥用而干预社团自治。因民商事社团价值取向的不同，司法对其干预的程度亦不同。以股东会与业主大会决议为例：第一，虽然股东与业主均有自益权，但股权自益权无使用权能，故除分红决议外，公司决议一般不会直接侵害股东自益权，只会通过侵害公司利益而间接侵害股东权益。而公司机关更熟悉经营管理，法官非专业经营者，不得干预公司机关的商业判断，惟在公司治理结构严重扭曲时，方可例外干预公司自治。[80]而业主专有权具有使用权能，业主大会决议不仅可能通过侵害共有权而侵害业主权益，而且会因限制专有权的使用而直接侵害业主权益。因侵害少数业主权益而发生的决议效力纠纷，类似于相邻关系

〔75〕 陈华彬：《业主大会法律制度探微》，《法学》2011年第3期，第74页。

〔76〕 参见前引〔11〕，许中缘文，第64页。

〔77〕 参见叶林：《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，第149页。

〔78〕 参见［德］迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第114页以下。

〔79〕 参见邓江源：《股东压制视野中的股东会决议效力》，《人民司法》2014年第15期，第61页。

〔80〕 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28页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

纠纷，系投赞成票的多数人为提高自己不动产的利用效益而对投反对票的少数人的不动产加以利用或限制。但与法律将相邻权限于最低限度合法侵害他人不动产权利不同，物权法第76条仅抽象规定业主大会有权决定“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”，授予业主大会以多数决“合法”侵害少数业主权益之广泛自由而未定边界，需司法者探寻边界所在。如就业主大会作出的禁止饲养宠物、强制统一出租商铺等决议，需法官认定可否为多数人的安宁、效益而限制少数人的权利。第二，不动产利用与权利人的生活起居息息相关，且退出成本较高，故如同相邻关系秉持“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理”原则，需法官介入业主自治，促进不动产的协调利用。而公司追求效益，资本可自由流动，立法尚且尊重公司自治，司法更应较少干预。〔81〕

另外，不可僵化适用物权法第78条，认定侵害业主合法权益的决议均系可撤销。因为侵害成员合法权益之撤销规则系以结果为标准设立的效力规则，会与以行为为标准设立的其他效力规则相竞合，如业主大会约定某一业主专有部分归全体业主共有，既无决议权限，又侵害业主合法权益。在规则竞合时，应优先适用其他效力规则，将侵害成员合法权益之结果规则作为兜底规则，否则会导致个案显失公正。就前述决议，若认定其因侵害业主专有权而可撤销，则决议在被撤销前是有效的，且若业主未在除斥期间内行使撤销权，决议确定有效。法律何以认为剥夺他人所有权的决议有效，何以强迫所有权人必须回应他人违法行为，否则违法行为合法有效？对此，应认定决议超越权限而效力待定，由专有权人决定其效力。正因如此，德国民法典、日本建筑物区分所有权法采同意规则，规定未经利害关系成员同意，社团作出的侵害其特别权利的决议，不生效力。我国台湾《公寓大厦与物业管理条例》第33条更是明确规定，未经专有权人同意，区分所有权人会议约定专有部分归共有者，不生效力。

2. 侵害成员合法权益之认定

关于如何认定决议是否侵害成员合法权益、如何界定司法干预社团自治边界之难题，因商法学者对小股东利益保护有较多阐述，本文仅以业主大会决议为例，分析民事社团自治与司法干预之关系。学者多主张采利益衡量方法，在个案中考量集体利益与个人利益的平衡，〔82〕若决议给小区带来的利益与给业主课加的负担明显不均衡，即可撤销决议。〔83〕这一观点固然正确，但过于抽象，无法为司法实践提供参考，尚需总结案例并予以类型化。在展开类型化分析之前，首先可明确的是，若分割行使权利可化解冲突，分割即可，无需在多数人自治与少数人权益保护之间作艰难抉择。例如，针对某小区住宅区业主与营业区业主就空地利用产生的纠纷，按比例分割面积利用即可。另外，业主享有专有权、共有权、社员权，就决议侵害业主社员权的情形，或源于非法剥夺业主社员权，或源于程序违法，应分别适用内容违法无效规则和程序违法撤销规则。因此，该撤销事由仅可能适用于侵害业主专有权、共有权之情形。

（1）若决议限于管理共同事务、处分共有物，并不限制专有权的使用与处分，须尊重

〔81〕 参见张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社1995年版，第25页。

〔82〕 参见尤佳：《业主自治协议中专有权限制条款效力探析》，《法律科学》2012年第5期，第137页。

〔83〕 参见廖焕国：《论少数业主权益的保护——兼论我国业主撤销权制度的完善》，《政治与法律》2009年第8期，第29页；张朝阳：《业主撤销权纠纷审理中的若干法律问题》，《人民司法》2011年第1期，第33页。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

社团自治，一般不可认定其侵害业主权益，典型如业主大会作出更换物业企业的决议。当然，决议虽不侵害业主专有权，但可能侵害业主共有权或为业主设定义务，如因更换物业企业而增加物业费负担。就此而言，一方面，管理共同事务的决议，对每一成员权利义务有同等影响，应交由众人决定。若允许以一人意志撤销多数决，实则实施一人之治，较之“多数人暴政”更不合理。另一方面，因管理共同事务的决议对每一成员有同等影响，若法官认定其侵害个别业主合法权益，亦即认定其侵害所有业主合法权益，而大多数业主并不认为决议侵害他们权益，法官何以强制认为大多数业主侵害自己权益？因此，法院不可越俎代庖，决定物业企业的选聘、解聘。〔84〕但两种情形例外：第一，决议不以增加共同福祉为目的而侵害业主共有权，如约定物业用房归物业公司所有。第二，违反平等原则作出对少数业主显失公平的决议，如决议对少数业主按不同标准收取物业费。

（2）决议为管理共同事务而平等限制所有业主专有权，在未形成一致决的情形下，此类决议不仅依意思自治原则限制了持赞成意见业主的专有权，而且“侵害”了持反对意见业主的专有权，需认定可否为提高多数人的不动产利用效益而对少数人的不动产加以合理限制。本文以三个典型案件为例试加分析。

我国统一出租案（案例1）：某商厦共有1200个商铺，经1100名业主同意，业主大会决议将商厦整体出租。有学者认为鉴于整体关联性，可为提高商铺利用效益而对少数人权利作必要限制，决议有效。〔85〕相反，有学者认为不允许业主自主经营，侵害了少数业主的所有权，〔86〕“鉴于整体关联性，从大多数人利益出发，要对少数人权利作必要限制”，当属“多数人暴政”，〔87〕决议可撤销。

美国的禁止饲养宠物案（案例2）：业主规约规定禁止饲养猫狗等宠物，业主诉请确认该条款无效。〔88〕

我国台湾的禁止艾滋病患居住案（案例3）：某收容艾滋病患的公益组织隐瞒事实而入住某小区，后业主大会决议禁止艾滋病患居住，并依此诉请该组织搬离小区。〔89〕

此类案件的核心是如何平衡多数成员的行为自由与少数成员的权益保护，且若认定决议侵害少数成员的合法权益，亦即认定其构成侵权，故可借鉴斯塔克和我妻荣等学者就如何平衡行为自由与权利保护而认定侵权行为所形成的相关研究成果。〔90〕第一，考量对所有权的限制程度。如同为平衡行为自由与权利保护，各国侵权责任法对法定权利与权利之外的

〔84〕 参见前引〔55〕，徐海燕文，第53页。

〔85〕 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，第15页。

〔86〕 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，第8页。

〔87〕 参见高圣平：《论业主自治的边界》，《法学论坛》2009年第6期，第19页。

〔88〕 Nahrstedt v. Lakeside Village Condominium Association Inc., 8 Cal. 4th 361 (1994).

〔89〕 参见李福隆：《艾滋病患的居住自由权与公寓大厦社区规约内容自由的限制——台北地方法院九十五年度重诉字第五四二号判决、高等法院九十五字上易字第一〇一二号判决评释》，《月旦民商法杂志》第20期（2008年6月），第50页以下。

〔90〕 斯塔克提出的保证理论与我妻荣提出的相关关系理论，均主张区分受害人权益受保护程度与行为人行为形态，综合判断行为是否违法侵害受害人权益。See Starck, Essaod' une théone fénérale de la responsabilité Civil considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée thèee, Paris, 1947，转引自淡路刚久：《スタルク教授の民事責任論——保障理論を中心にして》，《日仏法学》第10期（1979年），第1页以下；于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社1998年版，第141页以下；徐银波：《侵权损害赔偿论》，中国法制出版社2014年版，第54页以下，第76页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

法益给予不同程度保护，为协调不动产的利用，基于社团自治的团体本位、合作主义，〔91〕可对所有权给予“绝对”和“衡量”的区分保护。〔92〕一方面，财产权是实现人自由与发展之基础，保障所有权旨在促进人自由全面地发展，而所有权的各项权能是实现所有权的具体方式，故所有权的权能不可剥夺。案例 1 剥夺专有权的处分权能，“绝对”构成侵害业主合法权益。〔93〕另一方面，在不得剥夺所有权权能的“红线”之外，为协调所有权的利用，可对所有权进行“衡量”地限制，如案例 2。认定决议对所有权的限制是否适当，不取决于个体法官的主观评判，而取决于善良家父的客观认知，即一般民众的认知，故一般应交由全体业主自主决定。换而言之，在不剥夺所有权权能的前提下，除非决议内容违反法律明文规定或有违公序良俗，否则应为有效。因此，大多数国家和地区认定业主大会作出的禁止饲养宠物决议有效，〔94〕如我国台湾《公寓大厦及物业管理条例》第 16 条即规定，“规约另有禁止饲养之规定时，从其规定”。第二，比例原则的考量，即要求对少数人权利的限制，系为保护大多数人权益所必须采用的最小侵害。如案例 3，一方面，决议违反宪法平等原则，另一方面，艾滋病并不直接传染，禁止艾滋病患居住并非必要，决议可撤销。

（3）决议为管理共同事务而限制少数业主专有权。其有两种常见情形：第一，为方便多数业主对不动产的利用而对少数业主专有权加以利用或限制。如在日本札幌高裁 2009 年 2 月 27 日电信公司诉业主大会继续履行合同案中，业主大会决议在公寓楼顶设置手机信号接收基地，其方便了全体业主，但给顶楼业主带来辐射。〔95〕第二，为多数业主的生活安宁而限制少数业主经营权。一是禁止营业。在（2012）宁民终字第 150 号“南京秦淮晨光幼儿园诉南京赛世香樟园业主大会和委员会业主撤销权案”中，原告在小区内拥有规划用途为幼儿园的自有房产，业主大会决议禁止原告在规划地点开办幼儿园。〔96〕二是限制营业时间。在日本东京地判 2007 年 10 月 11 日业主诉业主大会确认限制深夜经营决议无效案中，某店铺营业至凌晨 4 点，业主大会决议限制其仅可在上午 10 点至晚上 10 点间营业。〔97〕三是限制营业种类。在前述日本东京地判 1988 年 11 月 28 日业主诉业主大会确认限制经营行业决议无效及损害赔偿案中，业主大会决议禁止商铺用于经营诸如成人娱乐行业等有伤风化的行业，以及烧烤店等排放臭气、浓烟的营业。多数人不可将自己的幸福建立在少数人的痛苦之上，法律应兼顾权利冲突双方的利益而协调所有权的利用，决议对少数业主专有权的限制，应以相邻关系为限，若超越相邻关系的必要限度，需经权利人同意，以如同设定地役权的方式协商设定。就前述案件，手机信号基地并非必须置于楼顶，故决议可撤销。

〔91〕 参见前引〔77〕，叶林文，第 149 页；熊丙万：《私法的基础：从个人主义走向合作主义》，《中国法学》2014 年第 3 期，第 138 页以下。

〔92〕 参见［日］泽井裕：《テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第 3 版）》，有斐閣 2001 年版，第 136 页以下。

〔93〕 参见［日］原島重义：《わが国における権利論の推移》，《法の科学》第 4 号（1976 年），第 94 页。

〔94〕 参见陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，法律出版社 2007 年版，第 325 页以下。

〔95〕 《区分所有関係が成立している建物の共用部分の賃貸借については，民法 602 条の適用が排除され管理規約に基づく決議を必要とした事例》，《判例タイムズ》1304 号（2009 年），第 201 页以下。

〔96〕 参见刘凡：《业主撤销权之诉中合法权益的界定》，《人民司法》2013 年第 23 期，第 71 页。

〔97〕 参见《深夜営業を制限する総会決議が無効とされ、共同利益相反行為にもあたらないとされた事例》，http://www.retio.or.jp/info/retio_70.html，类似案件参见［日］尾崎一郎：《判例評論：複合型マンションにおける店舗部分の営業時間の制限は、集会の決議によって定めることができるとされた事例（東高判平 15・12・4）》，《判例時報》1885 号（2005 年），第 185 页以下。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

对此，我国台湾《公寓大厦与物业管理条例》第33条第2款明确规定，区分所有权人会议决议在公寓大厦楼顶平台或其他楼层设置无线电台基地台等类似强波发射设备，应经顶层、该楼层区分所有权人同意。经营幼儿园虽带来交通拥堵、噪音污染问题，但经规划审批，决议无权剥夺业主经营权，决议可撤销。只要商铺排放的不可量物在相邻关系许可接受范围内，业主大会均无权超越相邻权对其营业时间、营业种类加以限制。只要商铺经营时间符合环保规范的要求，业主大会决议无权限制，除非其造成的噪音超过不可量物接受范围。限制商铺用于从事成人娱乐行业、用于经营排放臭气、浓烟的项目，合乎相邻关系规则，决议有效。

Abstract: The adoption of to resolutions by a mass organization is not a legal act and therefore the current civil rules on legal acts do not directly apply to it. Although the Property Law and the Company Law provide for a few special rules on the validity and on the special behaviors or circumstances influencing the validity of adoption of resolutions by mass organizations, these rules are incomprehensive and have conflicts with each other and therefore are unable to meet the needs of judicial practice or social development. In addition, there are legal loopholes relating to the resolutions adopted by public welfare legal entity or by communities without legal status, thereby requiring the General Provisions of the Civil Code to provide for special rules on the adoption of resolutions by these entities. The ethic foundation of rules regulating the adoption of resolutions by mass organizations is not procedural justice, but autonomous of communities, so the rules should be constructed on the principle of autonomous of communities. A distinction should be made between the judgment on the establishment of resolutions and the judgment on the effectiveness of resolutions. A decision on whether or not to adopt a resolution can be made only by more than half or more than two-thirds of members at a meeting convened by those who have the right to convene the meeting and, for a resolution to be valid, it must made by all members who have the authority to adopt resolutions and who vote freely according to the legal procedures, and its substance must meet the requirement of legality and rationality. A resolution may be pending, revocable or invalid if it is adopted by persons without authority to adopt a resolution or by members in violation of procedure rules, or voted by members without the real expression of their wills, or the substance of which is against any mandatory substantive rules or infringes upon the interests of members who vote against resolution.

Key Words: resolution, autonomous of communities, rules of validity

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net