

德国学理及司法实践中的股东会决议不成立^①

——兼评《公司法司法解释(四)》第5条

胡晓静

摘要:在德国公司法学理及司法实践中,股东会决议不成立指的是决议存在重大程序瑕疵,以至于决议的构成要件有欠缺。德国《股份法》未规定决议不成立的情形。学理上对其分类归属存有争议,主流观点认为没有必要将其作为独立的决议效力种类。德国联邦最高法院早期曾经作出过决议不成立的判决,但之后却再未出现此类案例,而且有顺应主流观点的趋势。我国《公司法司法解释(四)》将决议不成立作为一种独立的瑕疵决议效力类型。由于瑕疵决议效力制度的不同,德国公司法学理与司法实践中对决议不成立的态度不能为我国的决议不成立立法提供借鉴,但是其对公司法上特殊决议诉讼和民事诉讼法上的一般确认之诉及其判决效力范围的区分,值得我们借鉴。

关键词:股东会决议;决议不成立;决议无效;决议撤销

在德国的公司法理论上,基于决议的功能和决议程序的特殊性,股东会决议被认为是通过股东对决议事项进行投票表决而实现的股东会的意志的形成和表示(Willensbildung und-äußerung),而由于股东会是公司的机关,其被归于公司自己的意志的形成和表示。至于决议的法律性质,一致的观点认为决议通常为多方的法律行为(股东只有一人时除外),但并非是合同行为,而是自成一体团体法上的法律行为(korporationsrechtliches Rechtsgeschäft),因为作为决议基础的投票表决并非是为了达成合意,而典型意义上是对多数意见的确认^②。因此,对股东会决议效力的判断通常并不适用德国《民法典》中关于法律行为效力的规定,而是依据德国《股份法》关于股东会决议无效和撤销的规定,并类推适用于有限责任公司的股东会决议^③。德国《股份法》对股东会决议的无效和可撤销这两种瑕疵决议效力类型作出了明确规定,未生效股东会决议这一种类也得到了学理上的一致认可,但对于股东会决议不成立这一分类则既未在立法上留有一席之地,在学理上存在着较大争议,在司法审判实践中也少有涉及。与德国公司法学理及司法实践的态度不同,我国2017年9月1日开始实施的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(下称《公司法司法解释(四)》)增加了决议不成立这一瑕疵决议效力类型,这既基于《民法总则》对决议行为的明确规定,也源于我国《公司法》不同于德国法上的瑕疵决议效力制度本身的特点及其司法实践中的适用不足。

收稿日期:2017-05-11

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“合宪性控制的理论与实践研究”(16JJD820006)的阶段性成果。

作者简介:胡晓静,吉林大学法学院副教授,法学博士(长春130012; huxj@jlu.edu.cn)。

① 如果进行直译,在德语中并不能找到“决议不成立”的对应词语,但是,在德国《股份法》的一些法律评注(Kommentar)中对Scheinbeschluss和Nichtbeschluss进行解释时,有这样的表述:“决议只是表面上成立”(ein Beschluss sei nur scheinbar zu Stande gekommen),或者“因此根本不存在决议”(so liegt gar kein Beschluss vor),或者“没有决议成立”(kein Beschluss zustande gekommen ist),所以,可以将其译为“决议不成立”,并与我国2017年颁布的《公司法司法解释(四)》中新增加的决议效力类型——“决议不成立”对应,便于理解。

② MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl. 2016, AktG § 241 Rn. 8.

③ 德国《有限责任公司法》中并没有关于股东会决议效力的规定,但是德国联邦最高法院在判决中认为:德国《股份法》关于股东会决议无效和撤销的规定适用于有限责任公司,只要非因有限责任公司的特殊性不应适用。

一、决议不成立的概念及其在股东会决议效力分类中的地位

(一)决议不成立的概念及事由

决议不成立并不属于德国《股份法》上所规定的瑕疵股东会决议效力类型。在学理上,以表见决议(Scheinbeschluss)或者非决议(Nichtbeschluss)指称决议不成立状态下的“股东会决议”,二者通常在同一意义上使用,但“表见决议”一词往往被优先使用^①,指的是股东会决议具有非常明显的重大瑕疵,以至于不能认为是股东会的意思表示,甚至不能满足无效决议的最低要求^②。由于存在重大程序瑕疵,决议只是看起来成立了,但实际上仅具有股东会决议的外观^③。表见决议或者非决议的概念早期会偶尔出现在司法判例中,主流观点也直接使用该词,而新近的文献^④则不再承认这一决议效力类型^⑤。

一般来说,决议不成立是因为股东会决议欠缺构成要件,学理上和司法审判实践中归纳出的典型事由包括以下几种:

1. 非股东(Nichtgesellschafter)作出的股东会决议。典型的表见决议的情形是被召集参加股东会会议并参与表决作出决议的人根本不是股东。经常被引用的是德国联邦最高法院曾经在其判决中所举的一个例子,即一个大街上的人(Mann von der Straße)召集了一些与公司无关的人所进行的集会上作出的“决议”^⑥。但即使股东会召集人并非如同此例的情况,非股东作出的决议也不是德国《有限责任公司法》第47条意义上的股东会决议^⑦,非股东的意思表示不是股东会决议,哪怕是有瑕疵的^⑧,而这样的行为自始及最终也不具有法律效力^⑨。也有学者持相反观点,认为非股东作出的股东会决议不符合有限责任公司的性质,因此类推适用德国《股份法》第241条的规定是无效决议,不必适用表见决议的原则,而是通过提起决议无效之诉主张决议无效^⑩。尽管存在争议,但是“由非股东作出的股东会决议终归来说更可能只是一种理论上的个案情况”^⑪。

2. 未经召集程序的股东会决议。根据德国《股份法》第121条第1款的规定,股东会在法律或者章程规定的特定情形或者因公司利益的需要而召集。有观点认为,欠缺召集程序的股东会不可能做出有效决议,因此,未经召集程序的股东会作出的决议属于非决议。当然,对于全体股东均已出席的股东会则另当别论,不过,实践中这仅在一人公司或者股东范围非常有限的公司才是可能的^⑫。

3. 未经表决的股东会决议。股东会没有进行表决,也就是没有经过股东会决议作出的程序,而董事会伪造了股东会会议记录,则股东会决议不成立^⑬。该类决议也被称为“声称的决议”(behaupteter Beschluss)或者“所谓的决议”(angeblicher Beschluss),由于事实上根本未进行表决,所以不是德国《有限

① Wertensbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 5.

② Spindler/Stilz/Würthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 62.

③ MüKoGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, GmbHG § 54 Rn. 69.

④ Ulmer/Raiser, Anh. § 47 Rn 32; Roth/Altmeppen, § 47 Rn 93; Rowedder/Koppensteiner, § 47 Rn. 75; Baumbach/Hueck/Z llner, Anh. § 47 Rn 25 f; aA aber Scholz/K. Schmidt, § 45 Rn 50 ff; Koch, S. 36.

⑤ Michalski/Römermann, GmbHG, Rn. 50.

⑥ BGH: Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen einer GmbH; Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsklage, NJW 1954, 386.

⑦ Wertensbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 5.

⑧ Michalski/Römermann, GmbHG, Rn. 51-52.

⑨ Wertensbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 5.

⑩ Ulmer/Habersack/Löbbe/Raiser Anh. § 47 Rn. 28; MHDG GesR III/Wolff Band 3 § 40 Rn. 10; aA Michalski/Römermann Anh. § 47 Rn. 51 f. Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition 2017, Rn. 95.

⑪ Wertensbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 7.

⑫ Hölter, Aktiengesetz 2011, § 241 Rn. 19.

⑬ Spindler/Stilz/Würthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 64.

责任公司法》第 47 条意义上的股东会决议,而由于本质上的区别,也不能将其等同于股东会决议^①。

4. 未经确认的股份有限公司的股东会决议。对于一个股份有限公司的股东会决议来说,其外在的构成要件包括决议的作出(Beschlussfassung)和德国《股份法》第 130 条第 2 款规定的股东会主席对决议作出的确认(Feststellung)。决议未经确认或者非由股东会主席而是由一个无权的第三人进行的确认,则决议不成立^②。需要注意的是,只有决议确认本身存在问题,而不是已经成立的决议的内容或者表决结果的确认被质疑,才会涉及表见决议或者非决议的认定。如果决议已经股东会主席确认,则该决议以经过确认的内容成立,因此,即使非股东参与表决的股东会决议也不涉及表见决议或者非决议的问题^③。

5. 被错误确认的决议。错误的决议确认(unzutreffende Beschlussfeststellung)情况指的是如果对表决权进行正确计算则并未达到必要的多数,但是决议仍然被确认。早期的判决认为该种情况下的决议为所谓的表见决议而没有效力(BGHZ 11, 231, 236; 51, 209, 211 f),但现在的主流观点则区分决议是否经过了形式上的确认并予以公告,如果属于此情况,则决议并非不存在,只能提起决议无效之诉或者撤销之诉;而如果决议未经形式上的确认,则文献中的观点^④(Literaturansicht)认为其为表见决议^⑤。

(二)在股东会决议效力分类中的地位

德国《股份法》第七部分第一章以“股东会决议无效”作为标题,这里的“无效”(Nichtigkeit)实际上指的是无效股东会决议和可撤销股东会决议经生效判决后的法律效果——决议自始无效,前者为确认无效,后者为宣告无效。所以,德国《股份法》采用了瑕疵决议效力的“二分法”模式。

股东会决议无效是瑕疵决议的例外后果,其只应在特别重大或者内容上严重违法的情形下才会出现^⑥。为了确保法律的确定性(Rechtssicherheit),并与可撤销的股东会决议相区分,德国《股份法》第 241 条明确列举了导致股东会决议无效的情形。请求确认股东会决议无效可以有两种途径:一种是任何人可以任何方式主张股东会决议无效,包括在诉讼中作为抗辩主张或者依据德国《民事诉讼法》第 256 条规定提起一般确认之诉,判决结果仅在当事人之间发生法律效力;另一种是依据德国《股份法》第 241 条以下的规定提起决议无效之诉(Nichtigkeitsklage),其主体范围依据德国《股份法》第 249 条的规定仅包括股东、董事会、董事或监事,且法院确认(Feststellung)决议无效的生效判决对所有的股东、董事、监事发生法律效力,即使其并未参与诉讼。

依据德国《股份法》第 243 条的规定,股东会决议会因为违反法律或者章程通过诉讼被撤销(Anfechtung),也会因为股东通过决议谋取特别利益损害公司和其他股东利益被撤销,还会因为侵犯股东知情权被撤销。第一种情形是一般性的决议撤销事由,而通常认为后两种情形并不构成独立的决议撤销事由,其单独规定的意义更多在于对一般决议撤销事由的补充或者对决议撤销的限制^⑦。可撤销决议只能通过德国《股份法》第 246 条规定的决议撤销之诉宣告决议无效。

除了上述法律规定的两种瑕疵股东会决议效力种类之外,还有一种在学理上和司法实践中得到一致认可的分类——股东会决议的未生效。未生效决议(unwirksamer Beschluss)并不存在原本意义上的瑕疵,而是其最终的生效还需要额外的条件。对于额外生效条件的存在、出现或者最终排除,需要经德国《民事诉讼法》第 256 条规定的一般确认之诉予以确认,而不能适用德国《股份法》第 241 条

① Michalski/Römermann, GmbHG, Rn. 53.

② Spindler/Stilz/Würthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 63.

③ Spindler/Stilz/Würthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 64.

④ Scholz /K. Schmidt, § 45 Rn 50; Koch, S. 36. Römermann/Michalski GmbHG, Rn. 56.

⑤ Michalski/Römermann, GmbHG, Rn. 55-56.

⑥ MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl. 2016, AktG § 241 Rn. 6.

⑦ MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl. 2016, AktG § 243 Rn. 73.

以下的决议无效之诉或者决议撤销之诉。

在无效、可撤销和未生效的股东会决议之外是否还存在所谓的非决议、表见决议这一种类,始终是存在争议的。按照新近的观点,这一种类很大程度上被德国《股份法》第 241 条第 1 项和第 3 项的无效情形所涵盖^①。决议成立的基本构成要件欠缺的情况下会产生表见决议,然而这种区分并不必要,因为这些瑕疵更多是导致决议的无效,比如德国《股份法》第 241 条第 1 项所规定的,所以在团体法上(verbandsrechtlich)一般不予考虑表见决议这一分类^②。然而也有学者认为:“虽然原则上这种认识是应该赞同的,但是,从教义学上来说,在决议不成立的概念下所讨论的情形并不能完全归入无效和撤销法(Nichtigkeit- und Anfechtungsrecht)。决议的形成需要经过决议的作出程序,并需要对决议作出进行确认。如果没有经过确认或者非由股东会主席而是一个无权第三人进行的确认,则决议根本就不存在”^③。

对于前述德国联邦最高法院在判决中所举的表见决议的例子,也有学者认为将其作为非决议或者表见决议的特别分类是多余的。“当然,如果由提案及与其有关的表决组成的决议构成要件有欠缺,可能会存在非决议的情形,但是这种分类并不具有更大的实际意义。一般来说,仅涉及生效要件(Wirksamkeitsvoraussetzung)欠缺或者必须及能够通过无效之诉或者撤销之诉处理的决议程序瑕疵,作为被告的股份公司不能以诉讼标的不是决议为由进行抗辩”^④。

德国联邦最高法院似乎也认同了将表见决议或者非决议不予特殊对待的观点。在其 2010 年的一个判例中,联邦最高法院认为会议仅仅是表见股东会(Scheinversammlung),而该表见股东会上作出的决议无效(nichtig)^⑤。按照通常的理解,如果股东会本身都只是徒有外观,则其作出的所谓的决议也不应该是股东会决议,但联邦最高法院并没有使用表见决议(Scheinbeschluss)、非决议(Nichtbeschluss)或者“不存在”(nicht vorhanden/vorliegen)等用语,似可彰显其用意。

二、德国联邦最高法院在判例中表明的态度

(一)非权利人召集的有限责任公司股东会无效而非不成立

在德国联邦最高法院 1953 年的一个判例中,一个有限责任公司的股东会会议由少数股东召集,但是其所持有的股份数额并没有达到德国《有限责任公司法》第 50 条所要求的基本资本的十分之一。于是,原告首先主张该股东会是由非权利人召集的,认为这是一个非常明显的程序违法(Verfahrensverstoß),以至于只能说这是一个表见股东会(Scheinversammlung),因此在这样一个股东会上作出的决议也只能认为是法律上自始可以被忽视的表见决议(Scheinbeschluss)。法院认为,在德国《股份法》颁布前德意志帝国法院(Reichsgericht)对于股份公司和有限责任公司也曾经采用过这一观点(RGZ 75, 239[242]; 92, 409[412]),但已经被后来的德国《股份法》所超越,这一观点已经过时。根据德国《股份法》第 195 条第 1 款的规定^⑥,由非权利人召集的股东会上所作出的决议也会得到承认,决议成立但是无效。同时,法院认为,也会存在股东会基本要件方面的瑕疵非常明显、以至于只能认为是表见股东会和表见决议的情形,比如大街上的一个人召集与公司无关的人进行的集会。德国《股份法》将召集人的召集权视为股东会的最低要求(Mindestfordernis),因此欠缺这一要件必然会导致在这样的股东会上作出的股东会决议无效,除非全部股东均出席或者被代理出席了股东会。

① Spindler/Stilz/Wurthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 62, 114.

② Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 21. Auflage 2017, § 47 Rn. 27.

③ Spindler/Stilz/Wurthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 63.

④ MünKoAktG/Hüffer/Schürfer, 4. Aufl. 2016, AktG § 241 Rn. 11.

⑤ BGH: Stimmverbot des satzungsgemäßen Gesellschafter-Versammlungsleiters, NJW 2010, 3027-3029.

⑥ 现行德国《股份法》第 241 条第 1 项。

特别是,当股东会由其他人而非董事会召集,该人自以为其有召集权,但事实上却没有。非权利人召集的股东会上所作的股东会决议无效,这是德国《股份法》确立的一个法律原则(Rechtsgrundsatz),也适用于有限责任公司^①。

德国联邦最高法院 1983 年的另一个判决再次重申了这一观点,即如果一个有限责任公司的股东会由一个股东召集,其依据德国《有限责任公司法》第 50 条第 1 款和第 3 款的规定没有召集权,则相应适用德国《股份法》第 241 条第 1 款的规定,该股东会上所作的决议无效^②。

(二)股东会主席将章程修改的成立(Zustandekommen)作为表决结果予以公布,则修改章程的决议存在

德国联邦最高法院在 1954 年 6 月 9 日的一个判决中指出,在有限责任公司股东会对章程修改进行表决的情况下,无论是股东会主席将章程修改的成立作为表决结果予以公布,还是一个补充表决宣布章程修改已经被决定,该决议均为存在(vorhanden)^③。

决议撤销之诉以一个股东会决议的存在为前提。如果决议的作出需要一个特别多数表决权比例,而在表决时并未达到这一多数比例,则产生疑问的是,是否不单是一个决议按其外在的表象成立,也即是否一个措施因未达到必要的多数决而被全然拒绝,或者决议尽管是可撤销的,但仍然成立。这具有本质上的区别,因为一个决议尽管是可撤销的,但只要其未通过生效判决被宣告无效,则仍然是适用的,也就是只能通过相反的股东会决议或者通过撤销之诉(Anfechtungsklage)才能被排除,而如果要否定(verneinen)一个决议,对多高的表决权比例是必要的或者是否已经达到这一比例所产生的争议,则通过确认之诉(Feststellungsklage)予以解决。

帝国法院曾在判决中认为,如果股份有限公司的股东会规范召集且进行了表决,而且股东会主席将确定的决议作为表决的结果予以公布并由记录员予以记录,则应认为股东会决议存在。出于法律确定性的考虑,帝国法院也将这一观点扩及适用于有限责任公司。在本案例中,不仅仅是股东会主席已经确认表决产生了章程修改的结果,而且补充表决也包含了这一内容,基于这些情况,决议的存在是毋庸置疑的^④。

(三)未达法定多数的非修改章程的有限责任公司股东会决议不成立

在 1968 年德国联邦最高法院的一个判决的裁判要旨中认为,如果一个有限责任公司的非修改章程的决议未达到法律规定的表决权多数,即使股东会主席已将该决议予以确认并记录,决议仍然是不存在的,对其不能通过撤销之诉宣告无效,而只能通过《民事诉讼法》第 265 条的确认之诉予以主张^⑤。

在该案例中,作为被告的有限责任公司在股东会上通过决议任命了业务执行人,原告对该决议提出了质疑,但并非针对决议的内容,而是认为决议成立的方式存在瑕疵,即未达到法定的表决权多数。上诉法院认为,即使按照会议记录经股东会主席确认的多数票(Stimmenmehrheit)实际上并不存在,但是按其形式仍然存在一个股东会决议,尽管这一决议是有瑕疵的,其也只能通过撤销之诉予以排除。但是,德国联邦最高法院认为这一观点并不正确。其理由为,根据德国《有限责任公司法》第 47 条第 1 款的法律规定,股东按照提交的表决票多数作出决议。没有这一多数票,股东会决议在所提出的议案的意义上是不成立的,因为表决权多数是意思表示的前提,比如,一个股东并未依规则被代理

① BGH: Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen einer GmbH; Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsklage, NJW 1954, 385.

② BGH: Unbefugte Einberufung einer Gesellschafterversammlung, NJW 1983, 1677.

③ BGH: Zur Wirksamkeit eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Vertrages; Abtretung eines Teilgeschäftsanteils; Schranken der Ausübung des Stimmrechts des GmbH-Gesellschafters, NJW 1954, 1401.

④ BGH: Zur Wirksamkeit eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Vertrages; Abtretung eines Teilgeschäftsanteils; Schranken der Ausübung des Stimmrechts des GmbH-Gesellschafters, NJW 1954, 1402.

⑤ BGH: Nicht satzungsändernder Gesellschafterbeschuß ohne gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit Mitwirkung eines Testamentvollstreckers bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, NJW 1969, 841.

出席股东会,因此为其进行的表决是无效的,而去掉该股东的表决票,则表面上的多数变成了少数,此种情形下,决议不成立^①。

这里强调的是“非修改章程的股东会决议”,也就是普通决议。按照德国联邦最高法院的判决中的观点,对于股份有限公司,如果在一个规范召集的股东会上进行了表决,并将特定的决议作为表决结果由会议主席予以公布,由记录员予以记录,则不考虑真实的多数比例,视为股东会决议存在。这一基本原则也被适用于有限责任公司,当股东会对修改章程进行表决并由会议主席确认了一个积极的结果,主张这一确认不正确的人,必须通过决议撤销之诉撤销该决议(BGHZ 14, 25, 36 = NJW 54, 1401)。其原因在于,依据德国《有限责任公司法》第 53 条第 2 款的规定,有限责任公司修改章程的股东会决议需要经过法院或者公证证明方为生效,为了法律的确定性不能简单排除这一证明确认程序。但是,这一原则并不适用于德国《有限责任公司法》第 47 条规定的普通股东会决议(gewöhnlicher Gesellschafterbeschuß),因为这类决议的作出并不需要满足特别的程序上的要求,特别是并不需要股东会主席的确认。只要有限责任公司章程没有作出其他规定,一个普通的股东会决议的生效既不需要特定的形式,也不需要对其成立予以明确确认,股东会主席公布的关于投票表决产生了一个特定的结果的观点,在法律上是无关紧要的,至多也只是作为证据来使用,这一点并不同于股份有限公司。鉴于这一区别,只要涉及的是简单多数决的股东会决议,则并不是每一个股份法上的基本原则都能直接适用于有限责任公司^②。

当然,也有基于法律确定性的相反观点,但是德国联邦最高法院认为其并没有充分考虑到有限责任公司的特殊情况。在有限责任公司,由于股东之间的关系更为清晰且人数更少,通常来说投票表决程序也较股份有限公司更易于掌握。此外,有限责任公司的股东也可以不选举会议主席而作出决议,这在较小规模的股东会比较常见,而且,书面表决在有限责任公司也是可能的,此种情况下主席一职更是不予考虑^③。

(四)未经表决作出的股东会决议可撤销

德国联邦最高法院 2006 年 4 月 24 日作出的判决认为,一个依据德国《股份法》第 20 条第 7 款无表决权的股东参与作出的股东会决议并非无效,而只是因违反法律依据德国《股份法》第 243 条第 1 款的规定可撤销;因全部股东依据德国《股份法》第 20 条第 7 款没有表决权而“无表决”(stimmlös)作出的股东会决议,经股东会主席确认后也并非无效^④。

在这一案例中,作为被告的股份公司有两个股东,分别持有 51%和 49%的股权。根据德国《股份法》第 20 条的规定,如果一个企业持有有一个住所地在国内的股份有限公司 25%以上的股份,该企业必须不迟延地将此情况书面通知给公司,公司收到通知后也应不迟延地在公司公报上予以公布。在该企业未履行通知义务的期间内,其不能主张所持有股票产生的所有成员权利(Mitgliedschaftsrechte),包括管理性权利和财产性权利。设立股东(Gründungsaktionar),如同本案中的股东,也属于该规定的适用主体范围,尽管其持股比例从经过公证的设立记录中即可知晓,但是只有在书面通知公司持股比例之后,才会产生公司的公告义务。这一通知与公开义务属于强制性规定,其目的在于向股东、债权人和公众通报康采恩的存在或者产生康采恩的情况,同时也是为了持股比例的法律确定性。2003 年 8 月 20 日和 9 月 30 日,作为被告的股份公司分别作出了三个股东会决议。由于公司的两个股东均未

① BGH: Nicht satzungsändernder Gesellschafterbeschuß ohne gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, NJW 1969, 842.

② BGH: Nicht satzungsändernder Gesellschafterbeschuß ohne gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, NJW 1969, 842.

③ BGH: Nicht satzungsändernder Gesellschafterbeschuß ohne gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, NJW 1969, 843.

④ BGH: Nichtererfüllung aktienrechtlicher Mitteilungspflichten über Kapitalbeteiligung, NJW-RR 2006, 1110.

履行持股比例通知义务,在上述决议作出时均临时性丧失了参与股东会的权利和表决权,该决议应被视为“无表决”作出。按照主流观点,这一决议仅会因为违反法律规定依据德国《股份法》第 243 条第 1 款为可撤销,而非无效。在类似的案例中,表决权被禁止的股东参与了股东会决议的表决,并且其投票以影响表决结果的方式由股东会主席计算于最终的投票结果,既有的法庭判决认为这仅仅构成可撤销的事由(NJW-RR 2006,472)。在这样的案例中,股东会主席对决议结果的确认是不正确的,但是这并不是一个(无效的)表见决议,只要该决议并没有被有效撤销,则该决议以公布的并在记录中记载的内容存在。即使在本案这样一个极端的完全“无表决”(Stimmlosigkeit)的决议的情形,也并不会改变上述判定结论。德国《股份法》第 241 条所列举的决议无效的事由中,并不包含“无表决股东会决议”这一情形,而且,对该类决议也不能从规范目的的角度作出无效的判断,因为决议做出的无表决(Stimmlosigkeit der Beschlußfassung)与德国《股份法》第 241 条所列举的违反法律和章程的情形在实体的不公正内容上也不能等同看待^①。

三、决议不成立的确认路径

针对股东会决议的撤销之诉和无效之诉,德国《股份法》第 246 条和第 249 条分别作出了规定,前者为形成之诉(Gestaltungsklage),后者为特殊的确认之诉(besondere Feststellungsklage)。两种诉讼均为德国《股份法》上的特定诉讼类型,即只能依据德国《股份法》中关于主体、期限(撤销之诉必须在决议作出之后一个月内提起)、程序等规定提起诉讼,且只发生《股份法》所规定的判决效力——宣告/确认决议无效的生效判决对所有的股东、董事和监事生效,即使其并未参与诉讼(*inter omnes*)。当然,由于股东会决议的无效是自始无效、当然无效,原则上任何人可以任何方式提起,包括德国《民事诉讼法》第 265 条规定的一般确认之诉(allgemeine Feststellungsklage)以及在一般诉讼中作为抗辩进行主张,但是不会产生股东会决议无效之诉的超越诉讼当事人的判决效力,而仅在当事人之间有效(*inter partes*)。

而对于决议未生效和决议不成立两种情形,德国《股份法》则既没有将其作为法定效力瑕疵类型予以规定,也没有规定特殊的诉讼类型。

未生效的股东会决议已经成立,且不存在违反法律和章程的瑕疵,而只是尚不具备生效要件。在生效要件满足之前,任何人可以任何方式主张决议无效,比如在针对公司要求履行附加义务的诉讼中作为抗辩理由进行主张。如果通过诉讼主张的话,则通常适用的是德国《民事诉讼法》第 256 条规定的确认之诉^②。

对于决议不成立的情形,主流观点认为正确的诉讼类型应该是依据德国《民事诉讼法》第 256 条提起的一般确认之诉(allgemeine Feststellungsklage),请求确认决议未成立。德国联邦最高法院也持有这一态度,认为这一法律状态(Rechtsslage)不能通过撤销之诉进行解释,因为其以德国《有限责任公司法》第 47 条意义上的决议为前提,只能通过其他方法进行主张,而首先就是依据德国《民事诉讼法》第 256 条的确认之诉^③。但也有学者认为应该也允许提起决议瑕疵之诉(Beschlussmängelklage)——至少是类推适用,而且,对于这一申请也应从最优惠视角(Meistbegünstigungsgesichtspunkt)理解,一个决议没有成立,无论如何都是无效或者可撤销的,而这也应该符合联邦最高法院对于争讼事由的最新理解^④。而相反观点则认为,表见决议不具有法律效力,任何人都可以主张该种决议的不存在,如果对此存在争

^① BGH: Nichtererfüllung aktienrechtlicher Mitteilungspflichten über Kapitalbeteiligung, NJW-RR 2006, 1112.

^② MüKo/AktGHuffer/Schäfer, 4. Aufl. 2016, AktG § 241 Rn. 19.

^③ BGH: Nicht satzungsändernder Gesellschafterbeschuß ohne gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bei seiner Wahl zum Geschäftsführer, NJW 1969, 842.

^④ Spinder/Stilz/Würthwein, 3. Aufl. 2015, AktG § 241 Rn. 63.

议,则可以通过确认之诉(Feststellungsklage)予以解决,而无效之诉应该是不可能的^①。特别是,如果股东只否认决议的作出(Fassung),则无效之诉或者撤销之诉无论如何都是不予考虑的。但通常的情况是,股东不仅否定形式上存在规范的决议作出程序,而且也否定该决议实体法上的可许可性。可即便如此,这也不会改变一般确认之诉的优先地位^②。当然,如果股东会决议没有经过形式上的确认,而起诉的股东没有对决议的构成要件(Beschlusstatbestand)并因此也没有对决议的文本字句(Wortlaut)提出质疑,而是主张决议存在法律上的瑕疵,则无效之诉和撤销之诉是适当的^③。

德国《民事诉讼法》第256条规定了确认之诉,即通过诉讼的方式确认法律关系存在或者不存在,承认一个证书(Urkunde)或者确认其为伪造(Unrechtheit)。该诉讼的必要条件是,通过法院裁决对法律关系或者证书的真实与否立即确认,当事人对此具有法律上的利益(rechtliches Interesse),即确认利益(Feststellungsinteresse)。在与被告的关系上,现实的不确定危险威胁到原告的权利或者权利状态,是判定对法院的立即确认存在法律上利益的前提^④。

显然,股东会决议不成立的确认之诉的标的是法律关系,确切地说是确认因决议的作出而形成的法律关系不存在,而其适用当然也需要首先判定原告对这一法律关系不存在的确认存在法律上的利益,比如业务执行人宣布要执行未经确认的决议,原告可以要求确认决议不成立^⑤。

四、对《公司法司法解释(四)》第5条的评析

在我国,决议不成立也并不是《公司法》确立的法定瑕疵决议效力类型。在《公司法司法解释(四)》征求意见稿中,曾经将决议不存在和未形成有效决议作为与决议无效、决议可撤销并列的瑕疵决议效力类型,即所谓的“四分法”模式。后来正式出台的《公司法司法解释(四)》将征求意见稿中的决议不成立和未形成有效决议的情形合并,但是将征求意见稿中未形成有效决议情形中的“部分签名伪造”和“决议内容越权”的情形删除,增加了“导致决议不成立的其他情形”的兜底性条款,确立了决议不成立这一瑕疵决议效力类型,最终采用了瑕疵决议效力的“三分法”模式。“决议不成立制度”被认为是《公司法司法解释(四)》的重要制度创新和亮点所在^⑥。

(一)以《民法总则》确立的决议行为性质为基础

决议不成立这一决议瑕疵类型的确立,乃基于《民法总则》对决议行为的法律行为性质的确认。关于决议行为的性质,存在着法律行为说、团体法律行为说、意思形成说、团体法上内部行为说等不同学说^⑦。2017年制定实施的《民法总则》最终将决议行为确认为法律行为。《民法总则》第134条对民事法律行为成立作出了规定,其中第一款按照作出意思表示的主体数量区分了单方、双方和多方民事法律行为,其成立的要件是意思表示的作出或者意思表示一致。与此不同,该条第二款并非从意思表示,而是从“依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序”的角度对决议行为的成立条件作出了规定。决议行为的作出,既可以是单方的意思表示,比如一人公司的股东会决议,也可以是多方的意思表示;既可以是意思表示一致,比如股东会决议的一致通过,也可以意思表示多数一致。所以,决议行为既不能从意思表示的数量,也不能从意思表示的一致角度归于民事法律行为的分类,《民法总则》

① Fischer/Schmidt, Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 166.

② Wertenbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 9.

③ Wertenbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 9.

④ Musielak/Voit ZPO/Foerste, 14. Aufl. 2017, ZPO § 256 Rn. 8.

⑤ Wertenbruch, Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 47 Rn. 10.

⑥ 杜万华主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,北京:人民法院出版社,2017年,第144页。

⑦ 具体的各种学说的内容,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》,北京:人民法院出版社,2017年,第139-141页。

便将其与单方、双方、多方民事法律行为并列,并规定了独特的成立条件。

就公司来说,决议行为指的是股东或者董事在依法召集的股东会或者董事会上行使表决权,对特定事项进行表决并形成决议。决议的作出是股东或者董事行使表决权的結果,其最终被归于公司的意思形成和表示。但决议行为不等同于股东或者董事作出同意或者不同意的意思表示,而是既包括会议的召集和举行,也包括表决及结果的确认。因此,决议行为的成立条件,就包含了会议的召集程序和会议的表决程序两个方面。从《公司法司法解释(四)》第5条所列举的决议不成立的情形来看,不论是未开会、未表决,还是会议出席条件不够、决议通过比例不足,都是在这两个程序上存在重大瑕疵,导致成立条件欠缺。将原来《公司法司法解释(四)》征求意见稿中本归于未形成有效决议的“部分伪造签名”和“超越权限”两种情形排除在决议不成立的范畴之外是正确的,因为前者既涉及侵犯他人表决权的实体问题,也涉及可能致使出席条件不够、通过比例不足的程序问题,而后者则并非程序上的瑕疵,而是涉及公司治理权力平衡的公司本质问题,而并非成立要件欠缺。

《民法总则》第134条第2款对决议行为成立条件的表述所用的词语为“议事方式和表决程序”,而《公司法》第22条第2款针对导致决议撤销的瑕疵所用的词语为“召集程序、表决方式”。鉴于决议行为的成立要件涉及会议的召集程序和会议的表决程序,《公司法》第22条第2款的表述似更为妥贴一些,当然,就其作为程序瑕疵的撤销事由,仍不够精确具体而易产生判断的困难。

(二) 弥补了“二分法”的不足

我国《公司法》中的瑕疵决议效力类型只有无效和撤销两种,即所谓的“二分法”模式。决议无效的事由仅限于决议的内容违反法律、行政法规的强制性规定,并不涉及程序上的瑕疵,而决议撤销的事由主要针对的是程序上的瑕疵,即会议的召集程序和表决方式违反法律、行政法规或章程的规定或者决议的内容违反公司章程的规定。在此分类模式下,即便是影响决议成立条件的重大程序瑕疵,也仍然无法归于决议无效的范畴。而如果将此类瑕疵也归于决议撤销的范畴,则既不符合决议行为作为法律行为区分成立与效力的性质,也并不符合确立决议撤销类型的立法初衷。从立法者的意图看,决议撤销的事由均属于轻微瑕疵,既不会影响决议的实质内容,也不影响相关主体的重大利益,只要特定期限内特定主体不予主张,则决议有效,在公司内部产生拘束力。而未开会、未表决、未达开会标准和决议通过比例这一类重大瑕疵,虽然亦属程序瑕疵,却严重影响了相关主体的重大利益,也撼动了决议成立的根本。

德国公司法学理及司法审判实践中的主流观点不赞成将决议不成立作为与决议无效、决议撤销并列的法定瑕疵决议效力类型,有其特定的制度原因。德国《股份法》第241条以列举的方式规定了决议无效的事由,此范围之外的违反法律和章程的股东会决议则属于可撤销的决议。如果程序上的瑕疵无法直接归入无效的事由,就可以作为决议撤销的事由,且决议无效和撤销的后果是一致的。所以,作为决议行为成立要件的会议召集程序和决议表决方面的瑕疵,可以涵盖于决议无效和撤销的事由中。此外,由于德国《股份法》上关于股东会决议作出的程序与我国《公司法》的规定并不完全一致,比如股东会主席的确认、公证人的公证、法院的确认等,其在决议效力认定上往往还要顾及决议成立的外在表象而基于权利外观和法律确定性原则而不予否认其成立。

所以,德国公司法法理及司法实践中对决议不成立的态度,并不适合我国现行的瑕疵决议效力制度安排。我国《公司法》确立的“二分法”模式阻断了将重大程序瑕疵归于决议无效事由的可能性,无法效仿德国在现行《公司法》确立的瑕疵决议效力制度中涵盖决议不成立的情形。《公司法司法解释(四)》增加决议不成立这一类型,仍然坚持了《公司法》以内容瑕疵和程序瑕疵区分无效和撤销后果的基本原则,又有效弥补了现行“二分法”的不足。《民法总则》第134条第2款关于决议行为成立要件的规定固然可以作为确认公司股东会和董事会决议不成立的裁判依据,但是“议事方式和表决程序”的概略表述,尚不足以解决司法审判实践中对认定标准确定性的要求。

(三) 增强了法律的确定性

尽管我国《公司法》并未将决议不成立作为瑕疵决议效力的法定类型,在司法审判实践中却早就

出现了相关的判例。通过输入“裁判结果:决议不成立”在“聚法案例”进行搜索,共检索到 35 个案例,其中在《公司法司法解释(四)》于 2017 年 9 月 1 日实施前的案例有 23 个。而早在 2007 年,在“张艳娟诉江苏万华工贸发展有限公司、万华、吴亮亮、毛建伟股东权纠纷案”^①中,南京市玄武区人民法院即已经作出“决议不成立”的判决,其裁判的论证依据为根据事实难以认定公司真正召开了股东会决议,所谓的“股东会决议”实为控股股东所虚构,实际上并不存在。最高人民法院更是将该案作为公报案例,表明其肯定了这一论断,并已经在尝试打破“二分法”的桎梏。在其后各地人民法院确认“决议不成立”的判决中,共有 14 份判决以虚构股东会或者董事会会议为理由,但也有的判决以原告股东签名被伪造而确认股东会决议不存在^②;有的判决以决议行为为多方法律行为,非股东一致意思表示的决议不成立作为理由^③;还有的以因股东签名被伪造而导致股东会决议非为股东本人真实意思表示而不成立^④。出现这一问题的原因即在于缺少明确的决议不成立的判定标准,对决议行为的法律性质认定也存在分歧。《公司法司法解释(四)》第 5 条明确列举了决议不成立的典型事由之后,将会大大减少判决之间的冲突,确保法律的确定性。

(四)应区分决议效力诉讼的类型及决议判决效力的范围

《公司法司法解释(四)》第 1 条将有权请求人民法院确认决议不成立的主体范围确定为公司的股东、董事和监事等,与有权请求确认决议无效的主体范围一致。此外,《公司法司法解释(四)》并没有对请求确认决议不成立的期限作出限制,其规定与适用也更接近于决议无效。如此进行规则设计的背后的理念应在于决议成立是决议生效的基础,不成立的决议也必然是无效的。条文中“股东、董事、监事”之后加了一个“等”字,似乎将有权请求确认决议无效与不成立的主体范围进行了无限扩大,并因此而备受争议,但实际上《民事诉讼法》第 119 条关于起诉须符合“原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”的规定,应能够产生对主体范围限缩以避免滥诉的效果。所以,可以认为,如同决议无效,原则上任何人在任何时候均可以请求人民法院确认决议不成立。但是,由此产生的问题是,决议不成立的判决的效力范围是否及于诉讼当事人之外的主体?

德国《股份法》对于主张决议无效的主体和期限亦无限制,但是,不同主体却要分别依据《股份法》和《民事诉讼法》提起决议无效诉讼和一般确认之诉。德国《股份法》所规定的股东、董事、董事会、监事在特定情形下只能依据该法提起决议无效之诉,该诉讼为公司法上的特别诉讼,而其他第三人则只能依据德国《民事诉讼法》第 256 条提起一般确认之诉,二者的区别在于,前者只能由法定主体提起,且判决效力及于所有人,而后的主体应为对判决结果具有法律上利益的主体,且判决效力仅限于诉讼当事人内部。决议不成立之诉则被认为属于一般确认之诉。

我国的民事诉讼理论中区分了给付之诉、确认之诉和形成之诉,但是《民事诉讼法》上并无一般确认之诉的规定,人民法院会依据最高人民法院确定的民事案件案由或者司法实务中形成的惯例作出确认之诉的判决,且有“膨胀”之势^⑤。《公司法司法解释(四)》已将决议不成立作为与决议无效、决议撤销并列的瑕疵决议效力类型,并作出了更为接近决议无效的规定,而如果不对判决效力范围作出限定,似有助长滥诉的可能。因此,我们有必要借鉴德国法,区分公司法上的特殊诉讼和民法上的一般确认之诉,以限定决议无效和决议不成立的判决效力范围。

① 《最高人民法院公报》2007 年第 9 期,【法宝引证码】CLI.C.83948。

② 绍兴县人民法院(2009)绍商初字第 948 号民事判决书。

③ 烟台市莱山区人民法院(2015)莱山商初字第 96 号民事判决书。

④ 南京市秦淮区人民法院(2016)苏 0104 民初 7297 号民事判决书。

⑤ 参见刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,《法学研究》2018 年第 1 期。

结论

截至目前,德国联邦最高法院也仅作出了一个决议不成立的判决,而该判决还引发了学界的批评,以至于再未出现过此类案例,而且在其后来的判决中,甚至在承认表见股东会的情况下也仅将其作出的决议判定为无效而非不存在或不成立。由于德国《股份法》上的无效决议和可撤销决议均包括程序上和实体上的瑕疵,公司法学理和司法审判实践中归纳的股东会决议不成立的事由完全可以归入其中,此外,德国《民事诉讼法》的一般确认之诉的规定也可以解决决议不成立的效力认定问题,因此,并不需要再确立“三分法”的模式。我国《公司法》确立的瑕疵决议效力“二分法”模式阻断了将决议不成立的事由纳入现有瑕疵决议效力制度框架中的可能,《民法总则》关于决议行为成立要件的简陋规定也无法为司法实践提供具体的认定标准,所以,《公司法司法解释(四)》增加决议不成立这一瑕疵决议效力类型是非常必要的,是对我国《公司法》第 22 条所确立的瑕疵决议效力类型区分逻辑不严谨之不足的应对和完善。由于瑕疵决议效力制度的区别,德国公司法学理及司法实践中对股东会决议不成立的态度对我国的立法并无借鉴意义,但是,在区分公司法上特别诉讼和民事诉讼法上的一般确认之诉并区分判决效力范围方面,德国法对于完善我国的瑕疵决议效力制度仍具有一定的借鉴意义。

Unformed Resolutions of Shareholders' Meeting in German Theories and Judicial Practices ——Also on Article 5 of the Judicial Interpretation IV of Company Law

Hu Xiaojing

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, P. R. China)

Abstract: In the laws of Germany, the unestablished resolutions refer to the resolutions with severe procedural defects that result in lack of the constitutive elements of the resolutions, which are usually called “apparent resolutions” or “non-existent resolutions”. And no applicable conditions of unestablished resolutions are specified in the Stock Law of Germany since how to classify those resolutions still remains controversial. The mainstream view is to classify them as void or voidable resolutions instead of an independent type of legal effect of resolutions. The German Supreme Court had once approved the “apparent resolutions” or “non-existent resolutions” in an early sentence, but there has been no similar cases ever since and the Supreme Court tends to accept the mainstream views as well. For those defective resolutions of shareholders' meeting, the types of unestablished resolutions are supplemented in the “Provisions of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Application of the Company Law of the People's Republic of China (IV)” in order to improve the Company Law and make up the logical deficiencies of legal effect classification of the defective resolutions.

Keywords: Resolution of shareholder's meeting; Unformed resolution; Void resolution; Revocation of a resolution

[责任编辑:林 舒]