

公司决议不成立之诉实证研究

——《公司法解释四》出台前审判创新实践的价值发现

李建伟 王力一

摘要：在实证法确立裁判规范之前，部分法院在“无法可依”的背景下依据与借鉴私法法理、公司法体系解释与域外法，受理决议不成立之诉并支持原告的诉请，具有审判创新的重要价值。总结这些判决的裁判规则，并对照后来的司法解释规定，可以发现审判与司法解释规范设计、理论研究之间的互动关系，正是这些审判探索形成的初步裁判共识，为后来司法解释的规范设计提供了原生态的裁判经验，在司法解释出台后仍可用于检验规范设计的得失，并期为今后审判实践所镜鉴。

关键词：公司决议；决议不成立；程序瑕疵；审判经验；实践探索

[中图分类号] D922.291.91 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2020)03-0073-29

一、理论回顾与案例实证的展开

(一) 问题的说明

公司决议的成立通过既定的外观予以表现，完善的外观须履行既定的程序，程序如遭违反，就会构成决议瑕疵。整体上，《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）关于决议瑕疵的界定比较粗略，在《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）》（下称《公司法解释四》）和《中华人民共和国民法总则》（下称《民法总则》）出台前，司法实践中法院对于决议效力的判断依据仅有《公司法》第22条，按照其规定的决议效力“二分法”体系，裁判中常出现判非所请，抑或难以判决的情形。例如，决议上的部分签名伪造，被伪造股东不予追认而诉至法院的，有决议不成立之判决^{〔1〕}，亦有撤销决议^{〔2〕}或者决议无效之

【作者简介】李建伟，中国政法大学民商经济法学院教授，法学博士，博士生导师。王力一，北京中伦律师事务所律师。

〔1〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2013）宁商终字第1001号民事判决书、贵州省黔东南自治州中级人民法院（2014）黔东南终字第2号民事判决书、黑龙江省哈尔滨市南岗区人民法院（2014）南民三商初字第131号民事判决书等。关于决议不成立的称谓素有别。判决书普遍以“决议不成立”谓之，亦有部分法官、学者以“决议不存在”称谓，也有判决书另以“决议欠缺成立要件”“决议未成立”谓之。参见苏翠萍：《股东大会决议不存在制度研究》，《商事法论集》2009年第1期。本文不区分“决议不成立”“决议不存在”，但概念上采前者。

〔2〕 参见广东省佛山市中级人民法院（2015）佛中法民二终字第1494号民事判决书。

判决。⁽³⁾ 仅此足以显示裁判的不统一,在此背后是裁判规范的缺失及判断标准的模糊不清。第22条“二分法”的立法逻辑是依据决议违法(广义)的对象与瑕疵严重程度的双重标准赋予不同的效力,内容瑕疵严重的即违法(狭义,法律、行政法规)的无效,内容瑕疵轻微一些的即违反章程的可撤销,程序违法、违反章程的均为可撤销。⁽⁴⁾ 因此,当法院认定伪造签名的瑕疵足够严重,适用撤销决议因受制于短期除斥期间又无法救济原告诉请时,便以与第22条相悖的方式否定决议效力。《公司法解释四》重构决议瑕疵为“三分法”,新增的“决议不成立”旨在有效缓解司法实践这一尴尬处境,纠正裁判不统一的乱象。实则,伪造签名不能孤立地被作为判断决议效力的标准,应与表决权的满足与否、召集程序是否履行等情形联立起来综合判断。在正确理解决议不成立的适用事由、要件的基础上厘清决议不成立与其他决议瑕疵类型的边界,可有助于解决上述问题。

本文的实证研究不是为了验证《公司法解释四》出台之后法院对于决议不成立规则的适用状况,也非为对其经验总结,而是立足于《公司法解释四》出台前的各级法院在面临裁判规则供给不足即“无法可依”的压力下,对各类决议不成立之诉的裁判经验之总结。这一时期面对决议不成立的提告,更多的法院给出裁定不予受理、驳回起诉或者判决驳回原告诉讼请求的结果,理由无外乎原告不享有诉权、原告诉请缺乏法律依据等,更具体的裁判表述是“本案不符合法定受理条件”“缺乏事实和法律依据”“无法律依据,不属于人民法院受理民事诉讼的范围”“人民法院对此不可进行直接裁判”“不符合法律规定的起诉条件”等。也有一些法院面对此类“于法无据”的诉请而善意行使释明权⁽⁵⁾,提示原告更改诉讼请求为“决议无效”“决议撤销”,已获得支持性的判决,诉讼请求变更后,决议不成立诉讼之旅戛然而止⁽⁶⁾,但也有原告坚持决议不成立诉请的,多遇败诉的结局。⁽⁷⁾ 这不足为奇,但凡所谓缺乏实体法规范依据的民商事案件,上述情形在审判实践中反复上演,本文无意于探讨这一现象及其成因。相反,我们注意且检索到,这一时期也有部分法院允许原告提起决议不成立之诉并支持其诉请。其背后的法律依据,有的依据民法的法律行为理论,认为决议既然为法律行为,自应存在不成立之谓,比如使用决议“欠缺成立要件”“未

(3) 参见浙江省杭州市中级人民法院(2012)浙杭商终字第1726号民事判决书、甘肃省庆阳市中级人民法院(2015)庆中民终字第786号民事判决书、安徽省合肥市中级人民法院(2015)合民四终字第00003号民事判决书等。

(4) 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》,载王保树:《商事法论集》(第15卷),法律出版社2009年版,第54页。

(5) 2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”

(6) 即便在最高人民法院公布的《公司法解释四(草稿)》(2012年征求意见稿)中,其第4条[表见决议、决议不存在的处理]仍然规定,“原告提出的决议不存在、未形成有效决议的诉请按照决议无效处理”。

(7) 一则相反的案例是:欧筱竹与南京畅君文化艺术有限公司、侯娟等公司决议撤销纠纷一案一审案(南京市玄武区人民法院(2015)玄商初字第1803号民事判决书)审理过程中,法庭曾向欧筱竹主动释明其提起诉讼的事实基础为股东会决议是虚假的,应当将撤销决议的请求变更为确认股东会决议不存在。后因其坚持撤销之诉,法院判决驳回其诉讼请求,二审判决维持支持一审裁判(参见江苏省南京市中级人民法院(2017)宁01民终1337号民事判决书)。此案一、二审裁判的背景似乎是江苏省法院系统支持决议不成立之诉的某种共识。

成立”的表达方式本身即论证了“决议不成立”的正当性；有的则是所属上级法院发布的“审判指导意见”等内部规范性文件支持决议不成立之诉，甚至不排除有些受域外的公司决议效力瑕疵“三分法”立法例及判决经验的影响，形成决议不成立之诉应该独立的理论自觉。研究这一时期的各地法院在貌似“无法可依”的前提下所作的审判探索，可以总结裁判经验并努力抽象出共识性的裁判规则。需要指出，正是这些审判实践的可贵探索及形成的初步裁判共识，为后来最高人民法院出台《公司法解释四》的相应规范提供了原生态的裁判经验。反过来说，《公司法解释四》历经多年、几易其稿最终确立的决议不成立规范，离不开对于前期受理并支持决议不成立诉请的裁判经验的总结、归纳与抽象。有证据表明，裁判实践、裁判规范之间形成互动，加之学术研究的推动，三位一体，共同推进了裁判规范的完善。于此，公司决议不成立之诉可谓成功的个案典范。

（二）决议成立要件的理论假说

现行《公司法》的“三分法”体系关于决议效力划分路线图是可视化的，详述如下。

首先，按照决议程序、决议内容合法的双项标准而分为有效决议与瑕疵决议，凡内容、程序皆合法的为前者，反之，为后者。其次，在“三分法”背后是瑕疵事由的“二分”，即内容瑕疵与程序瑕疵，前者又依据违反的规范对象再行二分，其中违法（狭义，指法律、行政法规的非程序性强制性规定^{〔8〕}）的无效，违反章程的为可撤销。最后，程序瑕疵依据违法（广义）的严重程度进一步“三分”，严重的程序瑕疵，归为决议不成立；显著轻微的程序瑕疵，归为裁量驳回——这构成有效决议与瑕疵决议的唯一缓冲地带，为司法保护商事决策效率提供一定的自由裁量空间；处于严重与显著轻微之间的，归为决议可撤销。

上述体系表明，决议不成立的瑕疵事由定位于程序瑕疵且仅限于严重情形者，可见决议不成立与无效的适用事由之间不存在交叉，唯有与可撤销的事由边界需要厘清，厘清的关键是界定何谓严重的程序瑕疵。这涉及决议不成立的本质即决议的成立要件如何。逻辑上，决议的成立要件一旦确定，任一成立要件的缺失即导致决议不成立；换言之，程序瑕疵足以导致决议成立要件不具备的，即为“严重的程序瑕疵”。可见，决议的成立要件与决议不成立的事由是硬币的两面。决议不成立事由的理论探讨，可转化为对于决议成立要件的概括性探寻。

决议的要件是指在规范法意义上决议行为得以成立的不可或缺的要素。一般认为，契约行为的成立要件有实质与形式之分。实质要件包括：两方以上的表意人；两方以上的意思表示；表意人意思表示达成一致，即采合意的意思形成机制。形式要件则是指当事人约定或者法律规定采用某种形式如书面形式。决议的成立要件与契约行为有类似的地方，但也有不同，类似在于其也要

〔8〕有学者指出，鉴于公司法已经将违反程序规范的后果单独规定，所以《公司法》第22条第1款关于决议违反“法律、行政法规”无效的规定，不仅应依据《民法总则》第153条规定限缩解释为“法律、行政法规的强制性规定”，还要将“法律、行政法规的强制性规定”中的程序规范排除在外。参见毛快：《公司决议效力瑕疵研究》，中国政法大学2019年博士学位论文，第159页。这一意见具有组织法的独特视角，不无见地。

求有两方以上的表意人、两方以上的意思表示及多方意思表示达到多数决，即采多数决的意思形成机制。可见，二者的共同点是都需要多方的意思表示，形式的区别在于部分契约行为有形式要求，但决议必有程序性要求，实质区别则仅在于意思形成机制的不同。契约行为的效力正当性是自证的，在契约行为合意的意思形成机制下，私法自治足以证成其效力的正当性，因为契约的效力相对性决定了其仅约束表意人，私法自治的内涵就是指个体基于自己的意思为自己形成法律关系的原则。^{〔9〕}但决议的非合意（多数决）的意思形成机制下，其正当性来源需要论证，决议效力不仅及于赞成意思的成员，也及于反对、弃权、不参与表决的其他成员，作为公司的意思自然也约束公司自身，此外还约束公司的其他内部人员如董监高等。但就决议约束反对、弃权、不参与表决的其他成员而言，这意味着这些成员成为少数派，其反对的意思表示^{〔10〕}已被吸收了。这表明，决议效力的合法性仅用私法自治不足以完成自证，还另有合法性来源，这就是确保多数决正义的两个原则——正当程序与民主决策。为确保决议效力的正当性，履行合法程序是必要的也是必须的，因为“在纯粹程序正义中，不存在对正当结果的独立标准，而是存在一种正确的或公平的程序，这种程序若被人们恰当地遵守，其结果也会是正确的或公平的，无论它们可能会是一些什么样的结果”。^{〔11〕}最后，在合法程序中运行的是民主决策，即股东会决议的形成是经由召集全体股东后进行充分讨论并表决后实现的，也即先会议、后决议，或者说无会议无决议。作为形成团体意思的制度，决议应当经过民主决策或称协商民主，包括议事程序民主及表决程序民主，缺一不可。总之，公司的组织特性决定了私法自治、正当程序与民主决策共同构成决议的效力来源。由此，决议的成立要件围绕着确保“多数决的意思形成机制合法性”而在整个会议程序过程中展开。如将会议程序依照公司法规定分为召集、召开与表决三个阶段，决议的成立要件也相应地表述如下。

第一，召集阶段，确保每一个成员的与会权与表决权实现。以股东会为例，与会并表决与否是股东的权利而非义务，故要确保每个股东的与会机会，规范意义就是决议要有多方的意思表示参与，这要求会议由合法召集权人作出召集决定，并通知每个股东与会。

第二，召开阶段，确保议决过程的实现，首先须有决议作出的“场”——会议实际召开之要求，即无会议无决议（唯一例外是有限公司全体股东同意直接在决议上签字）；其次须有足够多数的人（或者所持表决权数）出席会议，保证会议场的合法性。

第三，表决阶段，确保“多数意思”的实现，首先须将议案付诸表决，实现与会者的“议”与“决”，先会议后决议；其次，赞成议案的意思要满足多数决比例，最终实现意思形成的多数决机制。

〔9〕〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第1页。

〔10〕由于决议的通过只计算赞成票能否达到全体成员或者出席成员所持表决权数的多数决比例，这意味着不参与表决的成员实际上投了反对票，这在以全体成员所持表决权数为计算基数的场合下是无疑的。

〔11〕〔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82页。

（三）实证研究的展开

法律是实践的科学，任何完美的法律条文都要应用到实践中，最终解决实践中的问题，反过来，在裁判规范欠缺或有争议时，裁判者往往对关联规范进行弥补或解释，司法解释可看作对现行做法合理的一部分在制度层面予以确认并构建的裁判规则。实证研究是“用来帮助法律实践主体将自我利益的价值追求限制在客观现实的可能范围之内，在科学把握‘实然’的前提上去贯彻‘应然’的价值取向，防止‘为我’变为‘唯我’的一种认识工具”。^{〔12〕}抽象出共识性裁判规则，实证研究的价值正在于此。为发掘前期决议不成立之诉的审判经验以及与后来司法解释规范之间的逻辑关联，有必要对决议不成立之诉裁判进行类型化研究。裁判样本取自确立决议瑕疵之诉的2005年修订《公司法》实施（2006年1月1日）之后、确立公司不成立之诉的《公司法解释四》颁布（2017年8月25日）之前的11年间（2006—2016年）。我们通过中国裁判文书网、无讼案例^{〔13〕}，以“决议不成立”“决议不存在”“决议未成立”为关键词，按照判决书、民事案由、与公司决议纠纷有关的案由检索，剔除裁定书、行政案由、刑事案由以及与公司决议无关的其他案由，获判决书146件，经整理后获支持决议不成立诉请的有效判决书66件。此外，一些原告提起的决议不成立之诉案例未被法院以不成立判决，而归入决议无效、可撤销案件，就其瑕疵事由与主题高度相关性也予以选入18件判决书，与前述66件合计84件，除去27件案例有一、二审两份判决书，实得案件57例^{〔14〕}，组成研究样本。本文试图提供总结、归纳这些判决书，初步抽象出共识性裁判规则，重点关注决议不成立的具体适用事由（情形）以求类型化之，最后结合《公司法解释四》的条文以发现审判实践与规范设计的互动关系，以期为后来的审判提供某些方法上的指导。

样本84件判决书出现的决议不成立事由，按照类型与频次分类统计后以表1示例如下。

表1 股东会决议瑕疵事由数量及比例^{〔15〕}

序号	瑕疵事由	数量	比例
1	未履行通知义务	32	22%
2	伪造签名	30	21%
3	未实际召开	23	16%
4	无会议记录	12	8%
5	议案未经表决	10	7%
6	无召集权人召集	7	5%
7	主持人瑕疵	6	4%
8	不足出席定足数	5	4%

〔12〕 白建军：《论法律实证分析》，《中国法学》2000年第4期，第30—32页。
〔13〕 最后访问时间：2017年1月7日。
〔14〕 样本案件所涉的决议多数是有限公司的股东会决议，其次是股份公司的股东大会决议，董事会决议较为鲜见，故本文研究对象虽然涵盖所有的决议，但行文使用股东会（含股东大会，下同）决议。
〔15〕 该图序号代表各类瑕疵占比大小，从高到低依次排列。

续表

序号	瑕疵事由	数量	比例
9	未签名	5	4%
10	无权代理表决	3	2%
11	无表决权人表决	3	2%
12	未达多数决比例	3	2%
13	召集权人未依法作出召集决定	3	2%
14	召集通知未载明待决事项	2	1%

表 1 显示，样本中的高频事由有 14 项，除去“未签名”^{〔16〕} 1 项，按照决议形成^{〔17〕} 的三阶段——会议召集、会议召开与表决的先后次序，逐一分析其余 13 项事由并类型化总结。

二、会议召集

“会议召集程序是公司会议的第一步，也是各类型会议中重要的一项程序性内容，召集事项是否具有瑕疵对于决议的效力有着重要的影响。”^{〔18〕} 立法上为保障会议的有效性以及所作决议的合法性，规定了召开会议所需程序，称之为召集。^{〔19〕} 可见，会议召集与召开并非同等含义，召集不包括开会，是履行法律、章程规定的开会前的前置程序性事项；召开则是指召集开会。^{〔20〕} 召集与召开属于并列关系，所以后文将指出召集权瑕疵与是否实际召开会议是两类瑕疵。关于召集程序瑕疵，依据样本数据包括三类：召集权人未依法作出召集决定；无召集权人召集；未依法履行通知义务。

（一）召集权人未依法作出召集决定

《公司法》第 41 条、第 101 条规定了股东大会的召集权归属，顺位依次归属于董事会、监事会以及少数股东。作为首要召集人，召集股东会须由董事会决议，这表明个别董事并无召集权，董事会作出决议后才能召集股东会，否则将导致召集瑕疵。^{〔21〕} 对于董事会未依法作出召集决定而

〔16〕 未签名事项出现在 5 份判决书中，都与其他瑕疵并列出现。逻辑上推理，如查明已表决但仅未签名的事实，不应影响决议效力；若未参与表决，则未签名并非瑕疵事由；若未出席，则当然无法签名。实际上只要成员参与表决，均应在会议记录上签名证实出席事实。综上，未签名与未出席会议应为一回事，无重复之必要，故排除该事由的讨论。

〔17〕 会议的召集、召开与表决，皆属于决议程序，共同组成了决议的全部程序。正如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（四）》（征求意见稿）（2016-4-12）第 7 条第 1 款所定义的，“公司法第二十二条第二款所称的‘召集程序’和‘表决方式’，包括股东会或者股东大会、董事会会议的通知、股权登记、提案和议程的确定、主持、投票、计票、表决结果的宣布、决议的形成、会议记录及签署等事项”。

〔18〕 姜战军：《股份有限公司股东大会制度研究——股东大会对股东权的保护》，载梁慧星：《民商法论丛》（第 13 卷），法律出版社 2000 年版，第 687 页。

〔19〕 钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社 2005 年版，第 134 页。

〔20〕 柯芳枝：《公司法论》（上），台北三民书局 2002 年版，第 241 页。

〔21〕 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》，载王保树：《商事法论集》（第 15 卷），法律出版社 2009 年版，第 67 页。

召集股东会的，有国家司法实践认定决议不成立。⁽²²⁾ 根据我国裁判经验有必要区分两种情况：未经决议、由董事长进行实际召集的，以及未经决议、由董事长之外人员进行实际召集的，前者称为表见召集，后者属于绝对无召集权的召集行为，此处仅研究前者。样本案例显示，法院的裁判思路一般认为未经董事会决议作出召集的未必有程序瑕疵，尤其在有限公司大多认定为无程序瑕疵，即使认定之，也仅判决撤销决议，具体情况如表 2 所示。

表 2 未依法作出召集决议			
序号	案号	态度	理由
1	辽宁省大连市甘井子区人民法院（2016）辽 0211 民初 1824 号民事判决书	董事会决议并非审查对象	召开董事会不是召开股东会的必然程序
2	上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）终字第 36 号民事判决书		股东提议召开临时股东会后，董事长向全体股东发出召集通知，已履行召集义务
3	北京市第三中级人民法院（2014）京三中民终字第 11950 号民事判决书	须对董事会决议进行审查	案涉会议不能证明召集事项经董事会审议，因此认定案涉股东会召集程序违法

例 1 中，法院认为由董事会秘书发布临时股东会通知，通知落款为董事长，因此案涉股东会视为由董事会召集，不认为召集程序有瑕疵。判决书并未说明董事会有无作出决议，合理推测应该没有，但法院根据外观认定由董事会召集，不影响股东会的合法性。例 2 中，法院直接根据董事长发出的召集通知而认定召集程序合法，未审查是否由董事会召集以及是否有作出决议，即董事长存在召集外观，据此认定公司已履行召集义务，进而认定后位召集权人即代表 10%以上表决权的股东自行召集不合法。这两例对于董事会召集决议的忽视代表了一种裁判思路：认可董事长的表见召集权，不纠结于董事会的召集决议。例 3 的判决则相反，二审法院认定召集股东会须经董事会决议，董事长不能代替董事会，认定召集程序有瑕疵而判决撤销决议。根据中国证监会指定的上市公司信息披露网站“巨潮资讯网”相关公告，上市公司召开临时股东大会必须有在前的董事会决议，但未检索到相关案例，难以认定未经董事会决议而召集股东大会是否导致决议不成立。另外，亦有法院认定董事会召集瑕疵构成决议的瑕疵事由，但未说明理由。⁽²³⁾ 但就样本的 3 份案例总结，在具有召集权外观的董事长未经董事会决议召集股东会时，法院即使认定召集违法，也不以决议不成立判决之。我们认为，封闭性较强的有限公司董事会规模较小，且股东与董事会成员高度重合，兼之《公司法》未规定董事会的召集程序，故可以适用表见召集规则，甚至不以为程序瑕疵。至于股份公司尤其上市公司这样的公众公司，股东人数众多且未必相互熟悉，董事会规模较大，成员也未必相互熟悉，兼之《公司法》对于董事会召集程序规定严格，故股东大会应由董事会作出决议再行召集，否则召集程序违法。就违法后果而言，如判决决议不成立，属于

(22) [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 424 页。

(23) 在张 a 与上海 B 房地产有限公司公司决议撤销纠纷一案中，法院认为股东会决议的程序瑕疵包括董事会召集决议瑕疵、股东会召集人无召集权、股东会通知瑕疵、目的外事项决议、表决权受限制股东的表决权行使、违反决议要件、股东会主持人无主持权等。参见上海市闵行区人民法院（2011）闵民二（商）初字第 1124 号民事判决书。

司法高调干预公司治理的姿态，易影响公司内外法律关系的稳定；若公司实际履行了通知义务，股东提前得知并进行准备，也未影响会议召开与表决，则应交由公司自治决定；如最终未导致会议不能召开、决议无法成立，适用决议撤销之诉是妥当的。

（二）无召集权人召集

无召集权人，包括召集权人之外的人与违反召集顺位的后位召集权人，前者是指《公司法》第40条、第101条规定之外的主体，后者是指这两条规定的后顺位召集权人如监事（会）、少数股东。理论上一般认为，无召集权人召集将导致决议不成立。如有学者指出，“无召集而股东自行集会不应视为股东大会会议，该会议作出的决议也不应视为股东大会决议。然而有召集而召集者属无召集权的股东集会也不能视为股东大会，其所作出的决议也属无效”。⁽²⁴⁾ 此处无效是基于“二分法”的环境所作的解读，实质上因为无召集权人召集属于严重的程序瑕疵，不涉及决议内容，当以决议不成立规范之。域外司法实践中也有认定无召集权限者召集所作出的决议不成立。⁽²⁵⁾ 但样本案例显示审判实践的做法不一，如表3所示。

表3 无召集权人召集

序号	案号	查明	判决
1	江苏省淮安市中级人民法院（2016）苏08民终1446号民事判决书	监事提议召开，执行董事并未召集临时股东会	监事会、监事有权直接召集和主持股东会会议，程序合法
2	江苏省南京市中级人民法院（2015）宁民终字第565号民事判决书	监事提议召开，执行董事未作出回应	
3	黑龙江省牡丹江市中级人民法院（2016）黑10民终421号民事判决书	董事会不履行召集和主持义务	
4	上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）终字第36号民事判决书	董事长已履行召集义务，股东自行召集	违反规定自行召集，案涉决议程序违法，应予撤销
5	湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘01民终1518号民事判决书	股东不能证明董事会及监事会不能履行或未履行召集义务	
6	上海市闵行区人民法院（2011）闵民二（商）初字第1124号民事判决书	股东绕过董事会、监事会径行召集会议	
7	北京市第二中级人民法院（2016）京02民终2737号民事判决书	股东提议召开临时股东会，未向董事会、监事会要求履行职责，自行召集临时股东会	案涉股东会决议不成立

表3列举了三种情况，符合召集顺位规定的前3例，判决程序合法，这意味着实际召集人须自证具有合法召集权，包括证明顺位靠前的主体不能履行或不履行职责，否则承担不利后果，依据《公司法》第39条、第100条规定，证明责任还包括存在股东会应当召开的情形。比如，少数股东自行召集股东会议的，当证明存在会议召开情形且经召集人请求前位召集权人召开，后者仍不履行或不能履行导致会议未召开，自己方行使自行召集权。在举证责任方面多个裁判的规则一

(24) 王保树、崔勤之：《中国公司法》，中国工人出版社1995年版，第200页。

(25) [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425页。

致，但对于决议后果的认定则存在不同的立场。召集作为股东会的逻辑起点，卡位非常重要，有法院认为不可当然以董事会无法履职为由免除后位主体请求其履行职责的权利，即使董事长职务缺位，只要存在董事会履职的可能，还是应该请求前位召集权人履职⁽²⁶⁾，故依据《公司法》第22条规定，判决撤销无召集权人召集的决议。但也有法院认定无召集权人召集股东会作出的决议不成立，法官就此展开说理：“我国公司法之所以规定严格的召集程序，是因为股东会是公司的意思机关，而非股东个体的集合，严格的召集程序将股东的财产权与经营权分离，符合现代公司的治理结构，避免与合伙企业一样将企业的所有权与经营权混同，有效地维护公司正常经营，保护全体股东的利益。本案中，代表十分之一以上表决权的股东，并未提交证据证明其向公司、董事、监事请求或提议召开股东会，董事会亦表示未收到原告召开会议的请求，因此，原告跳过董事和监事，径直召集会议，属于无召集权的股东自行召开临时股东会议。股东没有经过法定召集程序而自行集会不属于股东会议，这只是股东的集合，因此，该决议不应视为股东大会决议。”⁽²⁷⁾

一审法官从“两权分离”及维护股东利益的角度论述召集程序的重要性，结合《公司法》对于少数股东自行召集的规定，明确由董事会召集股东会的原则，可谓忠实贯彻公司机关职权法定与分权制衡原则，突破当时裁判规则而创新性认定决议不成立，我们对此表示赞同。公司法严格规定股东会召集顺位的宗旨有二：一是保护少数股东，赋予其冲破控股者对于股东会召集权的垄断；二是防止少数股东的权利滥用，二者不可偏废。简言之，无召集权人召集的会议仅为人员集合，不具会议的合法外观，也不具备作出决议的能力或资格，与后文的“会议未实际召开”本无二致。既然“会议未实际召开”为决议不成立的事由，无召集权人召集自然亦是。再从主体角度言之，非法召集的股东会、董事会不能构成合法的意思机关⁽²⁸⁾，所作“决议”自然不是公司的意思。若仅适用决议可撤销调整之，悖论在于，撤销之前的决议当为有效，且除斥期间经过后不仅继续有效且效力恒定，这给了少数股东滥用股东权的机会，过度保护带来少数股东的滥权机会，同样需要检讨。

（三）未依法履行通知义务

召集通知是召集程序的重要组成部分，召集人未行召集通知实则剥夺股东参会的权利，与法律规定股东会由全体股东组成的宗旨不符。《公司法》第41条、第102条、第110条规范仅

【26】前引张 a 与上海 B 房地产有限公司公司决议撤销纠纷一案中，法院认为关于涉案召集人无召集权问题，原告身为董事长，因犯罪服刑已不具有董事身份，虽然可以少数股东身份提议召开股东大会，但不能以董事会无董事长为由当然认定董事会不能履行职责，“本院需要指出的是，被告董事会由三名成员组成，依据被告章程内容，被告董事会在一名董事缺失情形下，仍然可以行使职权作出决议且临时股东会即使存在董事会不能履行、不履行召集职责的情况，也必须由监事召集。因此原告无召集权”。引自上海市闵行区人民法院（2011）闵民二（商）初字第1124号民事判决书。

【27】北京市第二中级人民法院（2016）京02民终2737号民事判决书。题述观点由一审法官提出，遂以此认定股东会决议不成立，但因为法定代表人并未变更，原告不符合起诉主体资格，故判决驳回起诉。二审法官认为决议效力与本案并非同一法律关系，释明应先解决股东会决议效力问题，驳回上诉。后当事人未再起诉。

【28】钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社2005年版，第280页。

提供一个大致框架，部分事项交由公司章程自治，包括有限公司董事会的召集与召开事项、股东大会的通知内容，股份公司董事会、临时董事会的通知内容，还有所有类型会议的通知方式等。由于细节规范的缺失与公司自治规则的形同虚设，造成实践中争议颇多。但我们关注的焦点是未依法履行召集通知义务是否导致决议不成立，这一命题的研究前提是如何理解“未依法履行召集通知义务”，其中涉及是否履行这一事实判断。召集通知包括通知方式、通知期间、通知内容与通知对象等四个要素，这也构成判断标准。显然，召集通知内容包含会议召开的时间、地点与待议事项等三项信息，不得谓履行了通知义务，因为即使将该通知发信至股东，也形同未通知。样本案例显示，待决议题的载明往往是诉争焦点，比如，未载明是否视为等同于未履行通知义务，即存在争议；进一步，如通知仅列明待决议题而未载明具体内容，是否构成召集通知瑕疵以及如何处理，也存在争议。最核心的裁判焦点则是，未履行通知义务的决议如何认定其效力？综合以上，我们将从两方面开展研究，一是未履行通知义务，二是召集通知未载明待决事项。

1. 未履行通知义务

召集通知的内容是否完善，属于决议瑕疵的程度问题；是否履行通知义务，属于事实存在与否的问题。通知与知悉是两个问题，公司若未对全体股东履行通知义务，是不作为；尽责通知后，因股东自身原因或者第三人原因导致部分股东未收到通知的，属于知悉问题，不在此处议题之内。股东会须由董事会召集，“这是指会议通知以董事会名义发布”⁽²⁹⁾，前述各项要素属于合法召集通知的基本要求，通知的意义在于使股东知晓股东大会的召开，获得参加股东大会并进行表决的机会。⁽³⁰⁾ 因此，股东知悉会议即将召开这一事实是召集通知的目的。据此，未履行通知义务是指未发信至召集对象，后者无从知晓会议召开的事实，故对于公司尽责通知后股东无法知悉的，视为已履行通知义务。对此，样本案例的裁判情况如表 4 所示。

表 4 未履行通知义务

序号	案号	态度	理由
1	吉林省长春市绿园区人民法院（2016）吉 0106 民初 909 号民事判决书	股东大会决议无效	公司未依法通知全部股东参加股东大会而作出决议，剥夺其就公司重大事项表达意见、参与决策的权利，剥夺了股东的知情权，使其无法行使实体权利。故公司召开股东大会前未履行其应尽的通知全体股东的行为违反法律强制性规定
2	安徽省合肥市中级人民法院（2015）合民四终字第 00003 号民事判决书	股东会决议无效	法院判决理由同上
3	江苏省南京市中级人民法院（2013）宁商终字第 1001 号民事判决书	股东会决议不成立	公司无法举证证明其已依照章程规定合法通知了股东召开股东会一事，也无法证明其他股东知晓会议且同意。控股股东单方意思表示不能作为会议决议内容

(29) 何美欢：《公众公司及其股权证券》（中册），北京大学出版社 1999 年版，第 575 页。

(30) 陈建勋：《未通知全体股东的股东会之决议效力》，《人民司法》2014 年第 8 期，第 61 页。该文认为股东实际参加股东会并作出真实意思表示，是股东会决议生效的必要条件。未履行通知义务的，实质上剥夺了未到会股东就公司重大事项表达意见、参与决策等重大股东权利。

续表

序号	案号	态度	理由
4	甘肃省酒泉市中级人民法院（2015）酒民二终字第42号民事判决书	股东会决议不成立	公司虽然提供了股东会决议，但并不能提供证据证实在召开股东会议之前依照法定程序向公司股东履行了通知义务，该股东会决议召集程序存在重大瑕疵
5	江苏省南京市高淳区人民法院（2014）高商初字第196号民事判决书	股东会决议不成立	股东会是股东通过实际参加股东会议行使股东权利的过程，因此股东实际参加股东会并作出真实意思表示，是股东会决议生效的必要条件。没有按照《公司法》或公司章程的规定，提前通知全体股东出席并依法主持会议

根据表 4 可知，认定履行通知义务与否的事实时，法院课以公司举证责任，举证不能的承担不利后果，但法院并不要求通知成功，尽到通知义务即可。^{〔31〕}对于未履行通知义务的，法院一般认为构成严重程序瑕疵。在例 3、例 4、例 5 中，法院认为因公司未通知股东召开股东会的事实导致股东参会机会被剥夺，实际上股东会也未召开，并列举诸如无会议记录等形式要件予以佐证；再者，既然股东未参会，决议上如有签名当属于伪造，股东拒绝追认的，衍生出待决事项实际未经表决，或者表决权不达通过比例等多种瑕疵。因此，对于公司未履行通知义务导致股东未参会的，决议无法成立。此类判决在有限公司尤其流行，因有限公司不涉及无记名股东且股东人数较少，公司法规定了出席定足数要求并要求召开会议须通知全体股东，因此裁判中对股东会的召集通知送达义务的要求显然更高。股份公司的情形，仅以例 1 说明，该案法院认定未依法履行通知全部股东的剥夺了股东与会权利，侵犯了股东利益，说理曰：“公司股东实际参加股东会并作出真实意思表示，是决议有效的必要条件。公司未依法通知全部股东参加股东会而作出决议，剥夺个别股东就公司重大事项表达意见、参与决策等重大权利。就有限责任公司而言，股东会是股东行使权利的场所，公司通过股东会对相关事项作出决议，其实质是股东通过参加股东会行使股东权利、决定公司重大事项的过程。法律之所以规定召开股东会必须通知全体股东，主要是为切实保障所有股东平等参与公司决策，充分行使表决权等各项股东权利。未通知股东参加股东会，表面上看似属于召集程序问题，但在此情况下作出的股东会决议，无法体现未参会股东的意志，实质结果是剥夺其就公司重大事项表达意见、参与决策的权利，剥夺了股东的知情权，使其无法行使实体权利。故公司召开股东会前未履行其应尽的通知全体股东的行为违反法律强制性规定。”^{〔32〕}

判决书对公司未依法履行通知义务的后果及影响进行充分说理，沿用《最高人民法院公报》案例“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”^{〔33〕}确立的裁判规则，即股东会的核心是股东的意思表示，判决书不仅认定未依法履行通知义务剥夺了股东参

〔31〕 在上海美表新材料有限公司、陈丽萍与沈乃三、何忠良公司决议效力确认纠纷二审案中，二审法院认为现原审法院向陈丽萍户籍地寄送相关材料被退回，何忠良和沈乃三已向另外两地，即陈丽萍在上海的居住地和美表新材料有限公司的住所地分别寄送给召开股东会通知书，应认为其已尽到通知义务。参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民四（商）终字第 2059 号民事判决书。

〔32〕 参见吉林省长春市绿园区人民法院（2016）吉 0106 民初 909 号民事判决书。另参见陈建勋：《未通知全体股东的股东会之决议效力》，《人民司法》2014 年第 8 期，第 61 页。

〔33〕 参见江苏省南京市玄武区人民法院（2006）玄民二初字第 1050 号民事判决书，《最高人民法院公报》2007 年第 9 期。

与公司治理及行使表决权权利这一表面现象，更一针见血地指出未通知股东参会不仅属于程序问题，其导致决议无法体现股东意志，影响股东实体权利，进而违反法律的强制性规定，最后认定决议无效。例2与例1说理基本一致，可见都深受《最高人民法院公报》案例裁判思路的影响。实则，本案存在的瑕疵应属严重程序瑕疵，足以导致决议自始不成立。公司不履行通知义务，还将触发后续的程序瑕疵——至少意味着部分成员无机会参会，更遑论参与表决，甚或导致会议未实际召开、不足出席定足数或赞成票未达多数决比例等，自然将导致决议不成立。但要探讨，如果由此连发的后续程序瑕疵不足以导致决议不成立，可否单独依据“未履行通知义务”这一瑕疵事由而宣告决议不成立？这是真命题。必须指出，不履行通知义务作为前位程序瑕疵发生在前，由此连发的不足出席定足数、赞成票未达多数决比例等发生在后，且未必当然发生——尤其对于股份公司股东大会而言本没有定足数的要求，这就意味着后位瑕疵不一定导致决议不成立，所以，不履行通知义务为决议不成立如不被确立为单独事由，即会有一个悖论：对少数股东不履行通知义务的，决议成立，对多数股东不履行通知义务的，决议不成立。这严重冲击决议的正当程序观，尤其考虑如公司选择性地对成员履行通知义务，屏蔽某些成员与会的恶意昭然若揭，足以动摇关于决议的正当程序的所有制度设计。决议的正当性来自私法自治、正当程序与民主决策，在合法程序中运行的是民主决策，即决议的形成是经由召集全体股东后进行充分讨论并表决后实现的。作为形成团体意思的制度，决议应当经过民主决策或称协商民主，包括议事程序民主及表决程序民主，缺一不可。如果我们对决议的民主决策原理稍有体认，都会认为选择性通知股东与会属于极端严重的程序瑕疵，法律应该亮明对这一恶劣行为的零容忍立场，确认决议不成立。实际上，《公司法》对记名股东的通知义务课以了更高要求，以公告形式对其通知的，法院都难以认定公司全面履行了通知义务^{〔34〕}，公告通知对象只应针对无记名股东。因此，股东大会以单独通知全部记名股东附带公告通知无记名股东为正确的通知方式，否则，决议即有不成立之虞。

2. 召集通知未载明待决事项

就召集通知未载明待决事项裁判的案例较少，样本两例的情况如表5所示。

表5 股东大会召集通知未载明待决事项

序号	案号	判决	理由
1	广西壮族自治区高级人民法院（2013）桂民提字第154号民事判决书	撤销股东大会决议	议题提交审议时并未通知股东，违反章程及《公司法》第102条
2	四川省眉山市中级人民法院（2016）川14民终752号民事判决书	撤销股东大会决议	召集通知未列明待决事项，违反《公司法》第102条第1款、第3款规定

〔34〕 参见吉林省长春市中级人民法院（2016）吉01民终1631号民事判决书，长春市中级人民法院认定对于记名股东应当全部通知，不能以公告形式作为通知方式。无独有偶，吉林省长春市绿园区人民法院（2016）吉0106民初909号民事判决书中，法官也认为被告于2014年9月29日在《长春日报》发出《关于召开临时股东大会的通知》，但没有证据证明其确实通过其他方式无法联系到原告、符合公告通知的要求，应视为公司未依法通知全部股东参加股东会的情形。

召集通知未列明待决事项，但股东大会审议了该事项，因《公司法》第 102 条第 3 款明确规定股东大会不得对召集通知中未列明的事项作出决议，因此例 1、例 2 的法院多引用该款认定有程序瑕疵，属于可撤销决议。域外学者也认为，通知未记载会议目的事项或者记载不全，属于股东会召集程序瑕疵成为决议撤销的原因。^{〔35〕}在此意义上，召集通知未列明决议事项的属于通知瑕疵，并非未履行通知义务，不属于严重的程序瑕疵，相应的决议亦属于可撤销；如属可撤销，股东可事后以明示、默示行为治愈瑕疵。对于有限公司的股东会召集通知未列明会议事项的，法院大多认为因《公司法》未作规定，上述关于股东大会的规定不当然适用于股东会，若章程同样未作规定，则难以依据法律、章程规定认定决议召集程序存在瑕疵，因此不认定构成违法。^{〔36〕}

三、会议召开

依法履行召集程序是股东会合法召开的前提，股东会的实际召开是依法召集的逻辑结果。如欠缺股东会召开事实，不能构成合法的公司意思机关，所作决议效力自然构成严重瑕疵。除此之外，即使“股东大会在形式上虽已召开，但不符合股东大会基本条件的，仍应视为决议不存在”。^{〔37〕}在审判实践中，股东会召开瑕疵将被如何处理，可以分为四个环节。

（一）未实际召开

无会议无决议，乃决议正当程序的基本准则之一。据此，股东会未实际召开，属于决议欠缺基本要件。议事与决事的集会特性要求须存在特定的时间、空间，若股东会实际未召开，则股东难以集中议事，也无从针对待决事项进行表决。《公司法》并未就股东会的实际召开予以规定，故是否实际召开属于法院自由裁量范畴，须综合判断。样本案例显示的主要信息有二，一是导致认定未实际召开的原因多样，二是未实际召开属于严重程序瑕疵，其中的典型判例如表 6 所示。

表 6 未实际召开会议

序号	案号	态度	理由
1	浙江省宁波市中级人民法院（2016）浙 02 民终 668 号民事判决书	股东大会决议不存在	无法提供股东大会决议原件，决议未实际召开未经表决，虚构股东大会决议
2	河南省郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 2908 号民事判决书	未形成有效决议	公司召开股东大会无法证明履行通知义务，参会人员记录与查明不符，非股东人员签字

〔35〕 柯芳枝：《公司法论》（上），台北三民书局 2002 年版，第 274 页；〔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 359 页。

〔36〕 参见宁波市海曙区人民法院（2014）甬海商初字第 879 号民事判决书、江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第 1623 号民事判决书、北京市第一中级人民法院（2014）一中民（商）终字第 9092 号民事判决书、湖北省黄石市黄石港区人民法院（2015）鄂黄石港民二初字第 00302 号民事判决书等案例。

〔37〕 钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社 2005 年版，第 280 页。

续表

序号	案号	态度	理由
3	广东省广州市天河区人民法院（2014）穗天法民二初字第 4492 号民事判决书	股东会决议不成立	公司仅有两名股东，案涉股东会决议仅有一人参与，公司与第三人未举证证明其曾履行通知义务召开股东会的事实，法院认定未召开会议，且未达到通过比例，故不成立
4	江苏省无锡市北塘区人民法院（2014）北商初字第 0490 号民事判决书	股东会决议不成立	未依法依章履行召集通知义务，仅一人签字，未实际召开股东会

实际召开会议既是作出决议的基本要求，也是公司法规定股东会召集程序、表决方式的起因，唯一例外是《公司法》第 37 条第 2 款，即有限责任公司全体股东以书面形式一致同意直接作出免开决定。^{〔38〕}表 6 列举的 4 份案例，法院都认定未实际召开会议的属于严重程序瑕疵，不能形成有效决议，所以认定决议不成立或未形成。关于如何认定股东会未实际召开这一事实，裁判思路较为复杂。例 4 提供了这样一条思路：未履行通知义务导致股东未到会参与表决的，实质上剥夺了股东为意思表示的机会，进而造成股东会未实际召开。此为高举轻放，退回到未履行通知义务这一前位瑕疵作为认定会议实际召开与否的核心，以此为线索展开，例 1、例 2、例 3 的法院均认定公司存在未履行通知义务的事实，除此之外尚认定了其他瑕疵。综合 4 例似乎可以得出这样一种结论：召集通知属于股东会召开的前置性程序，提供股东参与会议的可能；其他诸如无法提供决议原件、未经表决、未达到通过比例等均为后位程序瑕疵，因此依照时序检索，前后位的程序瑕疵之间存在一定的因果关系（非必然因果关系），通常来看前位程序瑕疵会连发后位程序瑕疵。因而，未履行通知义务一定程度上可以作为认定股东会未实际召开的直接证据之一，尽管属于非充分条件。问题的复杂性在于，如前文所分析的，未履行通知义务存在程度差别，在股东人数众多的公众公司与股东人数较少的封闭公司的性质也不尽相同。一个简单的共识是，控股股东自行召集却对其他全体股东未予通知的，当属严重程序瑕疵，股东会决议应属不成立。^{〔39〕}其他体现股东会召开外观的事实如会议记录^{〔40〕}、决议原件等一定程度上可以起到佐证作用，但不是认定会议为实际召开的直接证据。

（二）不足出席定足数

出席定足数是指构成公司会议表决前提的参会人员数或其代表的表决权数的最低要求，若不足即不具有作出决议的合法性。不足法定、章程规定出席定足数的股东会、董事会不是合法的公

〔38〕 《美国标准公司法》第 7.04（a）条也有同样规定。

〔39〕 参见广东省广州市天河区人民法院（2014）穗天法民二初字第 4492 号民事判决书，山东省即墨市人民法院（2014）即商初字第 1600 号民事判决书、（2015）即商初字第 1213 号民事判决书等。前述案例均认为股东未接到会议通知，被告无证据证明存在召集、召开会议事实，伪造签名，股东并未就议案进行讨论和提出意见，因此认定会议未实际召开。

〔40〕 参见江苏省大丰市人民法院（2014）大商初字第 0445 号民事判决书、江苏省盐城市中级人民法院（2015）盐商终字第 0051 号民事判决书。前述案例均认定公司即被告，不能提供会议记录及决议等证据证明实际召开会议，因此承担举证不能的法律后果，认定被告实际未召开会议。

司意思机关，遑论表决能力或者资格。《公司法》第 43 条、第 51 条、第 111 条、第 119 条分别规定两类公司的董事会、监事会的出席定足数，未对股份公司股东大会提出要求，对有限公司股东会的普通决议的定足数留给公司章程自治，但间接规定了特别决议的定足数。⁽⁴¹⁾ 证成样本案例显示，与定足数有关的案例集中于董事会及有限公司股东会，其中的典型案例如表 7 所示。

表 7 不足出席定足数

序号	案号	态度	理由
1	江苏省高级人民法院（2007）苏民三终字第 0146 号民事判决书	董事会决议无效	涉案董事会实际上未召开，伪造董事签名，无表决权董事参与表决，决议的董事人数也不符合章程规定
2	辽宁省大连市中级人民法院（2015）大民三终字第 01241 号民事判决书	未形成有效决议	原告仅凭所持公司 1/3 的股权通过决议，出席人数不符合规定，表决不符合多数决原则
3	江苏省高级人民法院（2014）苏审二商申字第 119 号民事判决书	决议不成立	未通知全体董事，与会董事不符合章程规定出席人数

表 7 的 3 例判决显示的信息有：章定与法定的定足数在对决议效力的影响上同等；仅凭未达定足数这一单个瑕疵，一般不认定为未实际召开会议；不足定足数的，决议当属不成立。不足定足数，实践中多因对部分成员未履行通知义务致使出现定足数不足，程序瑕疵明显存在；但即便召集通知程序合法，收到通知的股东⁽⁴²⁾ 选择放弃出席，甚至出席后中途离席的，仍会导致不足定足数，决议同样存在缺陷。此种情况既是股东的权利处分，也是对于表决议案的软抵抗，可以理解为意图以消极方式阻碍议案的通过，对其所追求的效果意思，法律应予以尊重。⁽⁴³⁾ 正因为不足定足数的本质是与会者所代表的表决权未达合法要求，因此股东会、董事会召开不具有公司意思机关的合法性，相应也无法表决，强行表决的，决议自始不能成立。表 7 中的 3 例对于未实际召开会议的决议，分别认定为无效、未形成与不成立的实质含义并无区别，只是当时背景下审判创新的勇气差异。

需要指出，不足定足数瑕疵发生的逻辑顺位处于召集之后、召开之时、表决之前，所以不足定足数往往属于会议召开后方可发现的瑕疵，如事先（有意）对部分成员未履行通知义务，则首先发生前位的未履行通知义务，进而可以归为会议未实际召开。在此意义上，有人提出不足定足数的含义应作限制解释，仅指公司合法履行通知义务后有成员选择缺席会议的场合，如例 2 的情形即是。这样的定义之下，未实际召开会议与不足出席定足数这两类瑕疵可以并列而称。还要指

〔41〕 按照《公司法》第 43 条第 2 款规定，对于修改公司章程等特别决议需要全体股东表决权的 2/3 以上多数通过，这就间接提出了出席定足数的要求，因为出席定足数不低于多数决比例。

〔42〕 股东出席股东会乃是纯粹的权利（right），但董事、监事出席董事会、监事会是职权（power），含有职责（duty）成分，所以能否放弃出席权，存疑，暂不讨论之。

〔43〕 有学者指出，股东在清楚议题后放弃出席的，由于公司法、章程仅保障股东权利不被侵犯，股东自主放弃权利的应遵从其意思自治，“除非某一主体的缺席影响到多数决原则，该决议才能被撤销”，“或者说不成立”。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 58 页；吴高臣：《论股东大会决议的成立》，《中共中央党校学报》2011 年第 5 期，第 48 页。

出，不足定足数肯定都会连发后位的未达到多数决比例的瑕疵，因为后者的比例要求是以定足数得到满足为前提的。但在审判实践中，法院判决多采综合判断，以例1为典型，在认定未实际召开会议之后还认定了不足定足数，涉及两类事实甚至三类事实。细究起来在逻辑上颇有商榷之处，既然任一瑕疵情形均可导致决议不成立，所以为逻辑周延考量，已认定前位瑕疵，还有无必要论述连发的其他后位瑕疵，是综合并重、锦上添花抑或画蛇添足？这未免见仁见智。

（三）主持人瑕疵

《公司法》第40条、第101条对股东会的主持人规范较详，计有董事长、副董事长、半数以上董事推举的董事、监事会、代表1/10以上表决权的股东等多种选择，且存在先后位阶关系。股东会作为集会形式，必设主持人的制度，一方面提高会议效率，另一方面涉及会议召开过程的公正。关于主持人瑕疵的典型案例如表8所示。

表 8 主持人瑕疵

序号	案号	态度	理由
1	浙江省高级人民法院（2008）浙民二终字第163号民事判决书	未实际召开，决议不成立	“决议”记载的主持人实际已被限制人身自由，不可能参加会议
2	上海市闵行区人民法院（2011）闵民二（商）初字第1124号民事判决书	撤销决议	实际主持人受原董事长委托，但因原董事长亦丧失主持权，故相应无主持权
3	安徽省马鞍山市中级人民法院（2016）皖05民终187号民事判决书	撤销决议	董事长能够参加会议，由副董事长召集并主持，违反法律规定

综合3例判断，主持人存在瑕疵的一般不会影响决议成立，除非因主持人瑕疵还证明了其他瑕疵，如例1的主持人瑕疵是表面现象，实质上会议未召开、决议显属伪造，故裁判决议不成立。例2认定实际主持人不具有主持权，例3认定副董事长越权主持违反规定，均属典型的主持人瑕疵，两份裁判均以主持人无主持权为由判决撤销决议，由此可以推断法院认为主持人瑕疵属于程序瑕疵，但不构成严重的程序瑕疵，这一立场与理论学说相符合。^{〔44〕}

（四）无会议记录

根据《公司法》第41条、第48条、第107条、第112条等规定，会议记录属于会议的必备文件，具有如下意义：其一，记载会议出席人员及所代表的表决权数，证明符合出席定足数；其二，记载会议表决结果，证明待决事项经过表决及表决情况；其三，提供查询、备忘，使参会人员及其他利害关系人能够及时知晓会议情况。这表明会议记录主要是一种证明文件，与决议的效力应该无涉，但实务中确有不少案例涉及会议记录瑕疵，样本案例如表9所示。

〔44〕 李建伟、韦娇姣：《股东大会决议不成立研究》，载梁慧星：《民商法论丛》（第39卷），法律出版社2008年版。

表 9 会议记录瑕疵

序号	案号	态度	理由
1	上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民四（商）终字第 2059 号民事判决书	一审确认有效，二审维持原判	已履行通知义务，没有股东会记录，不是认定股东会决议不存在或者无效的依据
2	江苏省苏州市中级人民法院（2015）苏中商终字第 01018 号民事判决书	一审驳回诉讼请求，二审维持原判	董事会会议记录的瑕疵并不意味着董事会决议不成立，更不必然导致董事会决议无效
3	江苏省大丰市人民法院（2014）大商初字第 0445 号民事判决书	一审确认股东会决议不成立，二审维持原判	公司无法提供会议通知、会议记录等证据佐证，承担举证不能的不利后果，即本院认定股东会未实际召开，决议不成立

表 9 的 3 例涉及 6 份判决（一、二审）显示，仅有会议记录瑕疵并无其他程序瑕疵的，不影响决议效力。例 1、例 2 甚至认为会议记录并非会议的要件，但这是否与《公司法》第 41 条规定相悖？基于本条规定乃强行性规定，有学者据此认为会议记录是与会人员主张自己权利的法定依据及会议公示的重要条件，因此缺少会议记录可能构成决议不存在。^{〔45〕}这一解读似乎混淆了会议记录的证据效力与会议的要件效力，如例 3 判决书所展示的，存在其他程序性瑕疵诸如公司无法提供会议通知，致使法院认定会议是否实际召开存疑之时，公司仍然无法提供会议记录等备案、记录性文件的，强化了法院对股东会未实际召开的认定，进而裁判决议亦不成立。这一裁判肯认的还是会议记录的证据效力。总之，仅以欠缺会议记录为由认定决议不成立，无法律依据。

四、表决

表决，《公司法》第 22 条以“表决方式”谓之，但表决所涉及的瑕疵事项并不单指表决方式，“决议作为一种团体意思，其形成依赖多数决原则，股东表决方式违法当然会产生决议的效力瑕疵”。^{〔46〕}除表决方式之外，尚存与表决相关的其他瑕疵事由。根据样本数据，可以归纳出关于表决的四项瑕疵事由，依据逻辑先后排列为：无表决权人表决；议案未经表决；表决未达多数决比例；表决行为非真实意思表示，这又分为无权代理表决与伪造签名。下文逐一分析之。

（一）无表决权人表决

参与表决者须有既定的表决权，乃是表决行为的题中应有之义。以股东会为例，从参与表决者的角度思考，无表决权情形大致有二，一为不具有股东身份且无其他股东的表决授权，二是所持表决权在特殊情形不能参与表决。样本的典型案例分析情况如表 10 所示。

〔45〕 韩龙：《公司董事会决议效力研究》，法律出版社 2016 年版，第 138 页。

〔46〕 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》，载王保树：《商事法论集》（第 15 卷），法律出版社 2009 年版，第 71 页。

表 10 无表决权

序号	案号	态度	理由
1	江苏省高级人民法院（2007）苏民三终字第 0146 号民事判决书	决议无效	参会人员之一无权签名，违反章程关于出席数的要求
2	江苏省南京市鼓楼区人民法院（2014）鼓商初字第 1884 号民事判决书	决议不成立	全部参会人员不具有股东身份，所作决议不成立
3	甘肃省高级人民法院（2010）甘民二终字第 83 号民事判决书	决议不成立	股东会组成人员不合法，非股东人员形成的股东会决议不能成立。因此认定不成立
4	广东省东莞市中级人民法院（2014）东中法民二终字第 645 号民事判决书	决议有效	扣除无表决权股份后，仍达到通过比例，决议有效
5	湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘 01 民终 1518 号民事判决书	撤销决议	扣除非股东身份表决后未达通过比例，撤销

表 10 所列 5 例可分为三组：一组是例 1，明确参会人员无表决权，不能计入出席人员，扣除后未达定足数，据此所作决议无效；二组是例 2、例 3，参会人员均不具有股东身份，据此也不具有召集权，因此难以认定股东会实际召开，所作决议自归于不成立；三组是例 4、例 5，前者，扣除无表决权的股东后仍满足多数决比例，判决决议有效；后者，扣除无表决权的股东所持表决权后不足多数决比例，判决决议撤销。例 5 的判决悖论在于，该议案本属股东多数反对的议案，判决可撤销却意味着在撤销之前决议有效，于逻辑不通，应认定决议不成立，如囿于当时的裁判环境也应以无效处理之。依照前述 5 例所展示的信息，依据股东会的时间先后次序判断，未召开会议在前，其次为不足出席定足数，最后是未达表决通过比例。前两个前位瑕疵任何一个一旦构成，即足以导致决议不成立的结果，但如前文所指出的，审判实践中法院一般综合认定诸瑕疵，最后得出结论。另外，审判实践中也有违反股东表决权回避规定的案例。如《公司法》第 16 条规定公司对外提供关联担保的，关联股东应予回避，如有违反，也会导致股东会决议瑕疵。^{〔47〕}

综上，无表决权人行使表决权往往连发其他程序瑕疵，应区分情况对待，如扣除无表决权人的表决权数后不影响决议通过的，不影响决议成立，否则，决议不成立。

（二）议案未经表决

未经表决是指会议未对待决事项组织表决即形成决议的情形。公司决议是团体成员意思自治的表现，“团体法律行为一般以‘人数多数决’或‘资本多数决’来形成当事人的意思表示，即使团体的某些主体对某种意思表示反对，也可能无碍于意思表示的成立”。^{〔48〕}决议的形成必经表决程序，这是作为决议“三原则”之一的民主决策原则所决定的。表决的过程又称议决，意思是审议事项须经过出席成员的议事讨论之后，再行作出赞同、反对或弃权的意思表示，根据各方不同意思表示的计数结果，依据多数决比例判断能否形成公司的意志。所以议案未经表决，不形成决

〔47〕 上海市闵行区人民法院（2013）闵民二（商）初字第 860 号民事判决书。该判决书提到了股东会决议瑕疵包括股东会决议程序瑕疵，后者包括了董事会召集决议瑕疵、股东会召集人无召集权、股东会通知瑕疵、目的外事项决议、表决权受限制股东的表决权行使、违反决议要件、股东会主持人无主持权等。

〔48〕 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 58 页。

议。法院如何处理未经表决的决议，样本的典型示例如表 11 所示。

表 11		议案未经表决	
序号	案号	态度	理由
1	湖北省武汉市洪山区人民法院（2016）鄂 0111 民初 3366 号民事判决书	决议不存在	未对股东会议案之一进行表决，未形成决议
2	天津市第二中级人民法院（2016）津 02 民终 3229 号民事判决书	未形成决议	召集召开会议，股东到会，但仅就决议事项进行谈话而无证据证明进行表决。提交表决是决议成立的形式要件之一
3	江苏省盐城市中级人民法院（2015）盐商终字第 0051 号民事判决书	决议不成立	公司系拟制的法律主体，其并不具有自然人特有的意思表示机能，其意思表示系通过全体股东组成的股东会以多数决的形式形成。未经股东表决程序，故讼争的决议事项并未形成公司的意志

表 11 的 3 例判决立场一致：未经表决的“决议”并未形成。至于裁决理由，例 3 判决书给出了一定的说理，主要围绕公司本身无法作出决议，有赖于公司意思机关的股东会表决才形成公司意思表示，法理上完全正确。

（三）未达多数决比例

未达多数决比例，是指对议案表决时的赞成票未达到规定的表决权数。对于通过决议的赞成票比例，《公司法》第 43 条、第 103 条、第 110 条等有规定，其中对有限公司规范较少，多交由公司自治，对于股份公司规范甚详。一个基本理论共识是，公司章程可对法定比例进一步细化或者提出更高要求，但降低要求的章程条款无效。样本中未达多数决比例的典型案例如表 12 所示。

表 12		未达多数决要求 ^[49]	
序号	案号	态度	理由
1	江苏省江阴市人民法院（2014）澄商初字第 0391 号民事判决书	决议不成立	与会人员有一人无表决权，另一人持有 20%股权，决议的作出仅由代表 20%表决权的股东通过，但有限公司增资决议必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过，因此该决议不成立
2	黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2015）哈民三商终字第 325 号民事判决书	决议不成立	扣除被伪造签名的股东的表决权，该决议达不到根据章程规定应经而未经 2/3 以上表决权通过，因违背章程而不成立

例 1 中，以 100%赞成票通过待决事项，貌似符合多数决要求，但持 80%表决权的“股东”并无股东身份，实属无表决权人表决，扣除后既不足章定的出席定足数，更达不到章定的多数决比例，法院遂以后者为由认定决议不成立。这可能与前文所指出的有限公司股东会的出席定足数要求是隐含的而不是明示的有关。例 2 中，持有 51%表决权的股东未到场表决，决议的签名系伪造，扣除其所持表决权后决议未达通过比例，故有决议不成立的认定。但判决书未明确公司是否通知了该股东参会，若被通知而不出席的，为定足数不足；若未被通知，则属于未履行通知义务，

[49] 例 2 说理与前引《最高人民法院公报》案例一致。即股东会议需要对相关事项作出决议时，应由股东依照法律、公司章程规定的议事方式、表决程序进行决议，达到法律、公司章程规定的表决权比例时方可形成股东会决议。

抑或进而认定未实际召开会议。严格意义上,例2并非题述所求案例,但有助于人们了解对于未达通过比例的决议一般认定为不成立的审判实践。

对表决未达多数决比例的决议的效力认定,有两点需要强调。其一,计算多数决比例符合与否的前提,是股东知悉通知并出席会议,先满足定足数,尔后才有投票的计数,如结果未达多数决比例,认定决议不成立。其二,如有其他瑕疵,如无表决权人参与表决、无权代理投票、伪造签名等,都需要扣除无表决权人、被代理人、被伪造者所持表决权数,扣除后如未达多数决比例的,认定决议不成立。关于无权代理与伪造签名,后文专门研究,此处不展开。

(四) 股东的非真实意思表示

决议的意思形成机制采多数决,这意味着赞成票一旦达到多数决比例,决议即告成立,约束所有公司成员,无论投“赞成”“反对”“弃权”的意思表示抑或不参与表决的。投“反对”“弃权”票的,为反对决议的意思表示,但决议成立意味着其被吸收,所以单个成员的非真实意思表示能否影响决议的形成及效力,素有理论争议。⁽⁵⁰⁾此处的非真实意思表示,非指民法上的意思表示不真实或者不自由,诸如戏谑、通谋、欺诈、胁迫、重大误解、显失公平等⁽⁵¹⁾,样本案例显示的审判实践认定的股东非真实意思表示的主要情形有二:一是无权代理,或称表决权代理瑕疵,即成员委托投票的受托人越权为表决的意思表示;二是伪造签名。后一类瑕疵甚为常见,说明我国公司治理整体水平不高。

1. 无权代理表决

《公司法》第106条规定:“股东可以委托代理人出席股东大会会议,代理人应当向公司提交股东授权委托书,并在授权范围内行使表决权。”据此,股东可委托代理人出席股东大会并表决,但须向公司提交书面授权委托书且明确授权范围。相较于股份公司,有限公司的股东人数少、封闭性强,且股东多亲自参与公司经营,故股东多亲自出席股东会,但如有委托授权表决亦应参照第106条。又根据《公司法》第112条第1款规定,“董事因故不能出席,可以书面委托其他董事代为出席,委托书中应载明授权范围”。据此,董事只能委托其他董事代为表决。依据公司法理,监事的委托授权应可参照第112条处理。由上可见,一方面,作为不具有人身性质的法律行为,决议行为自然适用代理制度;另一方面,公司法等组织法规范已通过程序规则的过滤机制基本杜绝了表决代理场合下发生无权代理的可能,因为规范的会议议程意味着公司肯定在会前书面审核被委托人的代理人身份及代理权限范围。如按照对上市公司的规范要求,此处的“代理权限”是指“授权委托书应明确加载对列入会议议程的每个审议事项投赞成、反对或弃权票的指示”。⁽⁵²⁾我们认为,审判实践坚持这一立场,既符合商事代理的基本原则,更与组织法上的表决权行使规则相契合。当然,在此严密的过滤机制之下仍有可能出现“漏网之鱼”,如果真的发生无权代理人参与表决的“万一”情形,从决议的组织法特性考虑,如法定代理人、被代理人拒绝同意、追认

(50) 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58-59页。

(51) [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383页。

(52) 参见吉林省长春市中级人民法院(2016)吉01民终1631号民事判决书。

该表决行为，可视其自始未参与表决，其所持表决权数要被扣除，决议的效力或不因此受影响，或因未达多数决比例而被主张不成立。但另一种声音认为，无权代理表决行为一旦出现，说明公司会议程序有疏漏，可否按公司未遵守决议程序规则导致表决程序瑕疵为由，而适用决议撤销之诉？这一话题属于决议的可撤销事由，确有另文探讨的价值。

既然存在“漏网之鱼”的无权代理表决行为，其如何影响决议的效力，还需考察裁判者的立场，样本仅有两例涉及之，如表 13 所示。

表 13 无权代理表决			
序号	案号	态度	理由
1	北京市第三中级人民法院（2016）京 03 民终 8994 号民事判决书	决议无效	代理人持授权委托书参与表决，事实上代理人关系已终止，代理人未确认，代表投票的行为存在瑕疵；扣除该部分表决票后，未达到 50%，决议无效
2	吉林省长春市中级人民法院（2016）吉 01 民终 1631 号民事判决书	一审认定无效， 二审改判为有效	股东出具的授权书上没有明确对列入股东大会议程的每个审议事项投赞成、反对或弃权票的指示

例 1 中，二审法院认为本案核心是代理人在决议签字时行使表决权的的行为是否得到授权，可以认定原告已将解除授权的意思表示送达代理人处，因此代理人的签字不能认定为原告的真实意思表示，由此导致决议不足多数决比例，决议应属无效。该判决需商榷之处不在于认定决议无效与不成立之争，而是本案是否应适用无权代理抑或表见代理甚至适用商事代理的规则而构成有权代理？“原告已将解除授权的意思表示送达代理人处”这一事实纵然为真，那么公司及其他股东是否知晓以及能否知晓？代理权的授予乃内部关系，但所作意思表示对外而影响外部法律关系形成，尤其在组织法律关系中如动辄适用无权代理，个别表决行为的意思表示不真实影响决议的成立及效力，不仅意味着决议的生效取决于被代理人的追认、同意，等于赋予该部分表决权“二次表决”权，即允许此部分表决权人在会后修改第一次行使表决权的的结果，会极大地动摇决议的稳定性，更会影响公司与外部第三人的法律关系。回到例 1，本案判决书未说明是否存在代理权外观，或许法院认为有限公司股东互相较为熟悉，因此召开会议时公司、其他股东应当知晓无代理权限的这一事实。果真如此，尚可理解与接受该判决，否则，于此适用无权代理，不谓妥当。

例 2 中，一审法院认定授权委托书应记载权限与内容，具体是指“授权委托书应明确加载对列入会议议程的每个审议事项投赞成、反对或弃权票的指示”，否则违反规定，二审法院未就此发表看法。我们赞成一审法院在这一细节上的观点，但就判决结果而言认同二审判决。因样本的案例数量较少而难以展开实证研究，由于《公司法》未予明确要求，加之章程自治决定空缺，公司实务中未明确记载内容的概括性授权委托书广泛存在，我们认为基于组织法律关系的特性考虑，如为概括性授权，依照商事代理的规则理当认为受托人的表决意思即为委托人的真实意思，不存在委托人的意思表示不真实问题，不影响决议的成立及效力，即适用有权代理或表见代理规则，不存在委托人事后否认的空间。

有观点认为,需要限缩表决权行使场合下的无权代理含义或类型,此论具有理论价值与实践指导意义。《民法总则》第171条规定,无权代理是指“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为”,换言之,此处的无权代理包含没有代理权、超越代理权与代理权终止后的三种情形,至于决议表决场合之适用,逐一而论:(1)没有代理权,不存在授权事实可能有两种情形,一是与会人没有提交授权委托书,二是提交虚假授权委托书;前者根本不可能参与会议进行表决,后者即属于无表决权人,若强行纳入计数,依前述无表决权人表决的瑕疵事由处理即可,不涉及成员的意思表示真实问题。(2)超越代理权的,简称越权代理,上引例2即是,在概括性授权情形下确实有可能发生,参照上述例2二审判决的处理结果,适用表见代理或者有权代理即可。(3)代理权终止后的,原则上,股东会、董事会的表决授权应当“一会一授权”甚或“一事一授权”,如公司治理规范,对股东、董事坚持该原则,自然消除“代理权终止后的”无权代理情形的发生,例外是实践中确有长期的概括性表决授权,如是,适用上述(2)越权代理规则。早有学界前贤指出,若授权为概括性表述,未予明确的,应认定代理人存在权限外观,公司为善意第三人,股东不得对抗。⁽⁵³⁾这一立场在上引例2二审判决中得以贯彻。

综上,无论逻辑推理还是付诸实践经验,无权代理行为很难发生在决议的表决场合,如有万一情形发生,则基本上不能归属于成员的非真实意思表示项下,要么适用无表决权的瑕疵事由,要么适用商事代理的有权代理、表见代理规则处理,不影响决议效力。

2. 伪造签名

所谓伪造签名,是指公司成员之外的人员为使召集、表决程序合法而伪造成员签名的行为,可分解为五个要素:(1)被伪造者,系公司成员如股东、董事、监事者;(2)伪造者,系被伪造者之外的任何人,但多数与被伪造者具有同类身份,如此股东伪造彼股东的签名者;(3)伪造的场合是会议召集通知、会议记录、决议书等书面文件;(4)伪造的对象是签名;(5)伪造的目的,是恶意掩盖决议程序瑕疵。所以,如果一项决议表决前的程序都合法,仅是有赞成股东最后未签名,记录者为使会议记录、决议书完美而代其签名,不为此处的伪造签名,对于决议效力也无影响,因为存在其他事实足以对股东的意思表示进行佐证。⁽⁵⁴⁾由于现阶段公司治理水平整体不高,某些公司运营者法律意识淡漠,加之伪造签名具有方便快捷、成本低、效率高等优势,所以公司实务中伪造签名者众,可谓现象级的公司行为;若与域外成熟市场经济体对比,也可谓独具中国特色的公司行为。样本所列的13类瑕疵事由按照发生频率排名,伪造签名以30次位居第二,仅次于“未履行通知义务”(34次),占比19%,可为例证。是故,伪造签名之于决议效力的影响值

(53) 柯芳枝:《公司法专题研究》,台湾大学法律学系法学丛书编辑委员会1976年版,第133页。

(54) 参见广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民二终字第138号民事判决书。法院认为出席股东未签名也可成立,原审法院适用《公司法》第41条关于会议记录的规定,认为决议应由出席股东签名才成立属于明显不当。公司的意思表示不能机械地理解为全体股东的一致意思表示,更非完全一致的共同行为,为照顾多数表决者的意思表示,并兼顾公司决策的效率,股东会决议不能遵循契约行为的合意原则。原告已出席会议并进行表决,即使未签名但已出席已表态即可,决议因此成立。

得重点关注。

实践中，法院一般认为签名真实与否是审理焦点。在经过鉴定证明签字非本人所签，且本人未对决议追认的情况下，法院大多会否定决议的效力⁽⁵⁵⁾，这是基于真实意思表示的角度考虑。当然，若无其他程序瑕疵，扣除伪造签名的表决权数，不影响通过比例的，则决议效力不受影响。⁽⁵⁶⁾伪造签名的典型样本案例如表 14 所示。

表 14		伪造签名	
序号	案号	态度	理由
1	江苏省大丰市人民法院（2014）大商初字第 0445 号民事判决书	决议不存在	未履行通知义务，伪造他人签名虚构未实际召开的股东会会议，决议事项未经达成一致，并未形成公司意志
2	山东省嘉祥县人民法院（2015）嘉商初字第 79 号民事判决书	决议不成立	未履行通知义务，未实际召开会议，被告伪造签名
3	湖北省黄石市黄石港区人民法院（2015）鄂黄石港民二初字第 00161 号民事判决书	决议有效	无其他瑕疵情况下去掉伪造签名后，符合通过比例，决议有效
4	江苏省高级人民法院（2007）苏民三终字第 0146 号民事判决书	决议无效	伪造董事签名，无表决权董事参与表决，决议的董事人数也不符合章程的规定

表 14 包含了 4 例典型的决议伪造签名案。其中例 1、例 2 的法院认定未实际召开会议，相关人员为“制造”决议而伪造签名，被伪造签名股东对会议召开与内容均不知情，也未事后追认。法院据此认定决议并非股东的真实意思表示且会议未实际召开，故决议不成立。其中，例 1 判决书认为他人代替未知悉会议而未出席的股东签字行为，属于代理行为，该认定有误，既然未有授权，何来代理？此处的“代签”已然属于误用，应为伪造签名。也有判决直接认定因伪造签名而导致决议不成立、无效的，但未有说理。⁽⁵⁷⁾

伪造签名处于决议瑕疵整体逻辑序列的最后位置，即决议作出之时，故在此之前通常还发生了未履行通知义务、不足出席定足数、不足多数决比例等其他瑕疵，伪造者正为满足召集合法、出席数合法、达到通过比例以保障决议合法而伪造签名。此种情形下，认定决议不成立、无效不仅凭伪造签名这一类瑕疵，往往与未履行通知义务、股东未参加会议、未实际召开会议等联立判断，得出决议不成立的结论来得更为扎实，法院和相关实务研究在这一点上都存在误判。⁽⁵⁸⁾与其

〔55〕 舒翔：《公司决议效力的司法认定——以 136 起典型案例和 5 项地方意见为视角》，载 2015 年《全国法院第二十六届学术讨论会论文集：司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，第 1291 页。

〔56〕 参见湖北省黄石市黄石港区人民法院（2015）鄂黄石港民二初字第 00161 号民事判决书。法院认定伪造签名去掉后若不影响决议的通过，则效力不受影响。

〔57〕 参见江苏省南京市秦淮区人民法院（2016）苏 0104 民初 7297 号民事判决书、浙江省绍兴县人民法院（2009）绍商初字第 948 号民事判决书等案例。

〔58〕 检索案例涉及伪造签名的达 30 件，其中 28 件均存在其他程序瑕疵，另外 2 件根据事实可以推断出未履行通知义务，但判决书没有点明这一点。因此可知，与伪造签名伴随的程序瑕疵复杂多样，不得仅凭伪造签名得出结论。参见舒翔：《公司决议效力的司法认定——以 136 起典型案例和 5 项地方意见为视角》，载 2015 年《全国法院第二十六届学术讨论会论文集：司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，第 1293 页。

说伪造签名是造成程序瑕疵的原因,毋宁说伪造签名是其他程序瑕疵的结果,而且伪造签名的事实有助于裁判者获悉决议可能存在的其他瑕疵,至于何种瑕疵致命性地导致决议不成立,还须进一步研判。在此意义上,判决书往往未指明导致决议不成立、无效的真正事由,或者认定的事由不全面。有研究报告提出伪造签名可被默示追认⁽⁵⁹⁾,需要注意者,因伪造签名未必能够单独导致决议不成立,因此如还存在导致决议不成立的其他瑕疵,默示追认签名并不能补正决议的瑕疵。基于此种认识,借助于例3、例4可以进一步说明相关裁判规则。例3认定:在无其他瑕疵情况下,去掉伪造的表决权数,仍达到通过比例,决议有效。反向推论是:去掉伪造的表决权数,未达到通过比例的,决议当属无效或不成立。例4验证了反向推论:在去掉伪造董事的签名后,出席会议人数不足定足数,因此决议无效(应为不成立),这也反衬了例3的“无其他瑕疵情况下”这一前提条件表述的严谨性。总之,例3、例4联袂证明伪造签名可能是为掩盖其他多种程序瑕疵而作出的下策之选,伪造签名本身不足以充当决议不成立事由,法院应当“顺藤摸瓜”,探寻伪造签名的其他前置性瑕疵,巡查有无导致决议欠缺成立要件的关键原因。

检索案例还有一个重大发现,不少判决书根据《公司法》第37条第2款及《民法通则》关于民事法律行为的一般规定而认定:决议存在意思表示瑕疵如伪造签名的,可由股东通过明示、默示追认而治愈。⁽⁶⁰⁾但对于其他连发的程序瑕疵能否补正,值得讨论。补正的实质关涉免除公司法、公司章程有关会议召集、表决程序规定的合规义务,因而唯有得到全体股东的一致同意方能补正。全体股东一致同意有三层含义:其一,全体一致同意相当于全体出席,当然满足定足数要求;其二,一致同意了程序之免除;其三,是对表决事项的一致同意。这一补正的基本法理是:“召集程序上的有关法律规定的,是为了赋予全体股东出席的机会和准备的时间,所以,如果全体股东放弃这种利益并同意召开大会时,即使将全员出席大会视为有效,也不会出现任何问题。”⁽⁶¹⁾域外法如《德国股份法》第121条第6项规定,“如果没有股东对作出决议提出异议,在全体股东出席股东大会或者已被代表时,可以不遵守本节规定作出决议”。在日本,“晚近的判决则认为,欠缺法定程序,由全体股东出席大会并通过的决议是有效的”。⁽⁶²⁾我们认为,基于全体股东的一致同意与其说是对不成立决议的补正,不如说形成了新的决议。

五、决议不成立的适用事由重述及其规范价值

前述实证研究针对股东会决议不成立的适用事由,努力从数十份判决书中初步抽象出类型化的裁判规则,但要形成体系化的裁判规则以对应关联的瑕疵事由,还需要理论梳理与规范再造。

(59) 舒翔:《公司决议效力的司法认定——以136起典型案例和5项地方意见为视角》,载2015年《全国法院第二十六届学术讨论会论文集:司法体制改革与民商事法律适用问题研究》,第1291页。

(60) 参见浙江省温州市中级人民法院(2013)浙温商终字第803号民事判决书、上海市杨浦区人民法院(2014)杨民二(商)初字第1459号民事判决书、江苏省大丰市人民法院(2014)大商初字第0445号民事判决书。

(61) 钱玉林:《股东大会决议瑕疵研究》,法律出版社2005年版,第282页。

(62) [日]末永敏和:《现代日本公司法》,金洪玉译,人民法院出版社2000年版,第110页。

2017年最高人民法院公布的《公司法解释四》第5条通过具体情形列举加兜底性规定方式明确决议不成立的适用事由。下文结合第5条的规定，回应上述实证研究，以求进一步归纳决议不成立的裁判规则，并回归前期的审判实践进行检验。

（一）决议不成立的适用事由重述

肯定《公司法解释四》第5条规定的合理性，结合上述类型化的案例实证研究的发现，得以重述决议不成立的适用事由。《公司法解释四》第5条确立的决议不成立的五类适用事由包括：（1）未实际召开会议；（2）议案未经表决；（3）不足出席定足数；（4）表决未达多数决比例；（5）其他情形。前文的实证研究揭示，《公司法解释四》之前的审判实践中裁判认可或（且）涉及的具体事由共计13种，分别如下。

召集阶段的三大类4种事由，分别是：（1）召集权人未依法作出召集决定；（2）无召集权人召集，以及未依法履行召集通知义务，又分为（3）未履行通知义务与（4）召集通知未载明决议事项。

召开阶段的4种事由，分别是：（5）未实际召开会议；（6）不足出席定足数；（7）主持人瑕疵；（8）无会议记录。

表决阶段的5种事由，分别是：（9）无表决权人表决；（10）议案未经表决；（11）表决未达多数决比例，以及股东的非真实意思表示，又分为（12）无权代理表决与（13）伪造签名。

对照第5条所列的前四项具体事由，与上述13种的第（5）（10）（6）（11）项重合，尚有其他9种。此处的问题是，这9种之中有哪些事由可被解释列为第5条第5项“导致决议不成立的其他情形”？对该问题的回答，即是此处“决议不成立的适用事由重述”的规范意义之所在。结合上文实证研究的发现，可以逐一检视之。

1. 召集阶段的4种事由重述

事由（1）召集权人未依法作出召集决定，不足以导致决议不成立，且多可在公司内部治愈，即便存在瑕疵，可以召集程序存在瑕疵为由适用撤销之诉，显著轻微的，裁量驳回。事由（2）无召集权人召集，对违反召集顺位而召集、召开的股东会，不具有合法的公司意思机关地位，应裁判其作出的决议不成立。事由（3）未履行通知义务，公司未履行对记名股东的通知义务属于严重程序瑕疵，应认定决议不成立。事由（4）召集通知未载明决议事项，一般不影响公司决议的效力，如有司法干预必要，可以召集程序瑕疵为由撤销决议。^{〔63〕}

〔63〕有新近判决甚至认为，股东会会议通知未载明议案的具体内容的，决议可予撤销。在马骏诉北京怡和春天科技有限公司决议撤销案中，被告公司在向股东发出的《股东会会议通知》上没有载明六项议案的具体内容，未参会股东以此为理由诉至法院主张撤销决议，获法院支持，理由是，“决议可撤销制度的立法宗旨在于规范公司治理，防止中小股东的权利被架空，抑制股东无视决议程序侵害少数股东利益的现象，有助于贯彻程序正义的原则”，“法律或者公司章程关于‘召开股东会应于会议召开十五日前通知全体股东’的规定的意义，除告知股东会议召开的时间、地点等基本信息之外，更为重要的是确保股东提前获知会议议题所需要的信息，以便于提前了解会议内容、做好相应的会议准备，进而形成相关意见，参与会议表决，充分行使股东权利。因此，股东会召集过程中，公司应当将会议议题的相关内容、具体审议事项作为会议通知的一部分按照法律及公司章程规定的时间向股东送达”。参见北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初15755号民事判决书。

2. 召开阶段的 2 种事由重述

事由（7）主持人瑕疵与（8）无会议记录，如前文分析的，前者属于不足以影响决议成立的程序瑕疵，可以决议可撤销调整之；后者属于证据法上的事实问题，与决议成立与否的裁判无关。

3. 表决阶段的 3 种事由重述

事由（9）无表决权人表决，如前文指出的，往往连发其他程序瑕疵，如扣除无表决权人的表决权数后不足多数决比例的，决议不成立，但此时导致决议不成立的事由是（11）表决未达多数决比例。可见，事由（9）无表决权人表决不单独列为决议不成立的事由。事由（12）无权代理表决，如无权代理人有权利外观，适用商事代理的有权代理、表见代理规则处理，不影响决议效力；如无权利外观，则适用事由（9）无表决权人表决的规则，亦不单独列为决议不成立的事由。事由（13）伪造签名，如前文的结论，作为最后位的程序瑕疵，其本身不足以导致决议不成立，法院宜“顺藤摸瓜”，探寻有无导致决议不成立的前置性瑕疵而作判断。

综合以上，唯有召集阶段的无召集权人召集、未履行通知义务这两个程序瑕疵可为决议不成立的新增事由。如此，公司决议不成立的适用事由构造如图 1 所示。

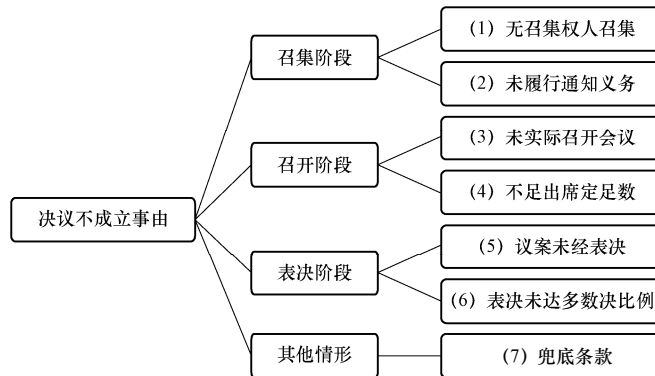


图 1 决议不成立的适用事由构造

（二）决议不成立事由的规范价值

如将上述 2 项新增事由纳入，加上《公司法解释四》第 5 条确认的 4 项，共计 6 种具体事由，加之第 5 项的兜底条款，共计 7 种事由，可组成 6+1 条款。但这仅代表目前的认识，并非终极的答案。从案例实证情况看，以上 6 种具体事由往往连发出现而不是单独出现，法院可以综合认定之；但要强调，以上 6 种事由单独出现的也足以导致决议不成立。此即确立决议不成立具体事由的规范价值之一。

规范价值之二，综合以上 6 种具体事由的本性特征，可以进一步发掘决议不成立的本质原因，并较为清晰地厘清与决议可撤销、决议无效的适用事由之边界，减少法官研判决议的瑕疵类型时的技术无措与价值迷茫。如前文指出的，现行《公司法》关于决议效力体系的划分路线图具有可视化的清晰度，决议不成立的瑕疵事由严格定位于程序瑕疵且仅限于严重情形者，不仅要借助

于技术判断——诸如《公司法解释四》第5条规定的事由的理解与适用，更包含有强烈的价值判断——很大程度上取决于裁判者对于决议成立要件的理解及其重要性的体认，背后则是对决议正当性来源三原则——私法自治、正当程序与民主决策尤其后二者的价值认同。质言之，关于决议不成立的裁判尤其支持性裁判都含有强烈的价值立场选择在其内。比如，对于未履行通知义务的裁判立场选择即体现了技术研判与价值选择的双重性。技术上研判言之，无召集权人召集、未履行通知义务这两项事由可以归于未实际召开会议的子类型，抑或独立为决议不成立的事由？根据其所处的召集阶段分析，都存于会议召开之前，进而导致股东会不具有合法的意思机关地位即形同于未实际召开会议，故而导致决议不成立，所以均与决议不成立之间有逻辑断层，如从程序前后衔接的特征出发进行连续的逻辑推理，也可以认为二者属于未实际召开的子类型。但是，无论将无召集权人召集、未履行通知义务归于未实际召开的子类型，抑或决议不成立的独立事由，都不影响决议不成立的结果认定。但这一认识对于《公司法解释四》第5条第1项的适用具有启发意义：由于第5条未纳无召集权人召集、未履行通知义务为决议不成立的事由，故修法之前，可以通过合目的性扩张解释为第1项的子类型而实现纳入。

再看价值选择，此处的未履行通知义务是指对全体抑或部分股东未履行通知义务？若属前者，判断决议不成立，并无争议；如属后者，要不要进而区分多数股东抑或少数股东？有人提出，如漏通知少数股东，不能认为“未履行通知义务”，否则股东借此推翻股东会决议有滥诉及浪费司法成本之嫌。^{〔64〕}这一立场对与不对，不是技术研判的问题，前文已指出，关涉对决议的正当程序、民主决策的价值选择。

规范价值之三，对于审判实践中遇到的不足以导致决议不成立的其他程序瑕疵事由要作正确的法律处理。对于题列的其他7种事由，从裁判规则的角度简要分析之。首先，会议召开阶段的会议主持人与会议记录这两种瑕疵事由，实践中从未单独出现，法院也从未由此认定决议不成立，反而有判决书反向指出，存在会议记录也不能作为认定决议效力的依据，对主持人不合法的则以撤销决议处理。实际上，这两类瑕疵更多作为认定未实际召开的补强证据，因究二者之实质，既不是会议未召开的必要条件也非充分条件，故应从成立要件层面予以排除。

至于召集、召开阶段的召集权人未依法作出召集决定、召集通知未载明决议事项、无表决权人参与表决与伪造签名事项，构成决议程序瑕疵无疑，但是否导致决议不成立，因其与其他瑕疵事由的连发性，需要裁判者综合认定，要么通过决议可撤销之诉足以调整，要么连发其他足以导致决议不成立的事由。

法理上最具复杂性与挑战性的是无权代理表决的研判与适用，这要求法官结合民商法上的无权代理、表见代理与商事代理规则，从组织法上的代理特殊理念出发，并借助于商事外观主义予

〔64〕对于未履行通知义务，韩国大法院判决认定未向大部分股东进行召集通知时属于决议不存在事由，“大法院 1973.6.9 判决”，但未向所有发行股份总数 41% 的股东发出召集通知而召开股东大会时则成为取消事由，“大法院 1993.1.26 判决”。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 425 页。

以综合认定。鉴于前文分析周详，此处不赘。

六、结语

原因总是追溯的，而非向后寻求。实证研究以结果为基础，不断上溯分析决议不成立的真正缘由，在样本案例提供的诸多事中去芜存质，进而尝试构建一般性的裁判规则，这亦是实证研究的任务。同理，裁判规范的司法适用亦应遵循此理，避免结果导向。法律行为的成立与效力之二分，蕴藏了决议不成立的独立空间；域外法上的实证法规范及判例经验，也给不少理论素养深厚的法官以启示；《公司法》第22条虽仅确立两类决议瑕疵，但决议不成立也可被体系化解释为公司法的默示规则。尽管有此三类裁判依据的支持，但在裁判规范出台之前，在支持决议不成立的诉请这一问题面前，审判系统远未达成共识，对于裁判一种“新的判决类型”自然疑虑多多，在“宁左勿右”的思维导向下更多法官选择了否认与回避，要么不予受理、驳回起诉、驳回诉讼请求，要么判非所请，认定为决议无效、撤销。前类裁判的依据即所谓的“无法可依”，这不应为现代民事诉讼理念所理解与接受，对于后类判决，始终面临逻辑不周与法理悖论问题，比如尚未成立的决议被评价为可撤销，逻辑漏洞明显。可贵的是审判系统从来不乏开拓者，尽管开拓者的足迹总是歪歪扭扭，却承载了更丰厚的法治价值。时至今日，2020年5月28日通过的《中华人民共和国民法典总则编》正式将决议纳入法律行为体系并设有效力规范⁽⁶⁵⁾，《公司法解释四》遵循体系解释、目的解释的方法，将公司法上的默示规则转为明示规则，新增决议不成立之诉，完成决议瑕疵的“三分法”拼图。这可谓立法者、最高司法机关给予开拓者的此前足迹的点赞。但是，法律规范确立的决议不成立适用情形属于要件性、抽象性事由，理论灰色，实践长青，今后的审判实践会大规模面临因欠缺抽象化事由而被诉的决议不成立案例，同时也会面临相当存量的案例，因被诉瑕疵事项归入上列抽象化事由需要进一步解释，或者不能列入上列抽象化事由，而给法官提出法律适用的更大挑战。最突出的挑战可能是，决议之作出基于私法自治、正当程序与民主决策三原则，正当程序具有强烈的顺序性，决议的作出要求环环相扣，一环欠缺或断裂则导致会议不能前行，前置程序的欠缺导致后置程序无法合法地继续，审判实践面临的各类所谓“决议”却被非法地继续前行而“制造”出来，这要求裁判者要判断一则案例中多项程序瑕疵的逻辑关联关系，准确认定哪一（几）项瑕疵导致了决议不成立。因为诉争决议之形式上被作出（存在），乃是所有的决议瑕疵之诉被提告的前提，形式上既然已由公司机关作出，亦必然完成了决议所需的全部程序，故多项瑕疵交叠乃是常态。这就是此类案件裁判的主要特征，实证研究发现实践中法官面对多项程序瑕疵交叠情况时的处理，恰恰出现了各种问题。所以，力求严谨地对多项事实与结论之间做到符合逻辑的判断，是评判今后决议不成立纠纷判决得失的主要看点。

某种意义上，关于决议不成立适用事由的探讨远未结束，毕竟《公司法解释四》第5条第5

(65) 参见《中华人民共和国民法典总则编》第134条第2款。

项的开放式兜底规定“导致决议不成立的其他情形”究竟包括哪些事由，尚须进一步的理论推演与审判实践的继续探索，后者更为重要。受制于案例样本提供信息以及逻辑推理的有限，本文关于决议不成立适用事由的讨论不免挂一漏万，但即便如此，立足于实证经验的讨论，以及以后的延续讨论，都可以为决议不成立之诉的裁判提供持续性的有益启示。

An Empirical Study on Litigation against Untenable Corporation Resolution

—The Value Discovery of Trial Innovation Practice before the
Interpretation of Company Law IV

LI Jianwei WANG Liyi

Abstract: Before the written law established formal adjudication norms, some courts issued judgments accepting complaints of untenable corporation resolutions, and supported plaintiff shareholders' claims. The reasoning behind these judgments based on and borrowed from the jurisprudence of private law, the interpretation of the corporate law system, and extraterritorial adjudication experience when there was no specific rules to follow. These judgments have important value of trial innovation. By summarizing the rules of adjudication extracted from the above judgments and comparing them with the later judicial interpretation regulations, we can find the interactive relationship among the trial practice, the rules of judicial interpretation and theoretical research. It is the preliminary adjudication consensus formed by the exploration of these trial practices that provides the original lessons for later formed judicial interpretation. After the judicial interpretation is enacted, the previous rules of adjudication can still be used to test the gains and losses of the legislative design, and are expected to be mirrored by future trial practice.

Keywords: Corporation Resolution; Untenable Corporation Resolution; Procedural Defect; Trial Experience; Practical Exploration

（责任编辑：王乐兵）