

《民法总则》对商事关系的包容性及表现

——兼论决议行为立法问题

薛波

(中南财经政法大学法学院, 湖北武汉, 430073)

摘要:《民法总则》的内容设计该如何体现对商事关系的包容性, 将是民法典编纂绕不过去的重大难题。对此, 在理论层面, 应彻底否弃民、商立法体例之争。在内容上, 应注重立法的体系化和科学化。在方法上, 应以《民法通则》为基础, 统合所有民商事法律关系。在明确了这三个前置性要求后, 以理论和实务颇受争议的决议行为著例, 就其在《民法总则》中的体系位置、制度安排问题做了进一步的探究, 并尝试从中总结出《民法总则》包容商事关系的要点和方法。

关键词:《民法总则》; 包容性; 决议行为; 体系位置; 制度安排

中图分类号: D913.99

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)01-0055-10

一、讨论背景及问题

过去近十年间, 民法典不是离我们越来越近, 而是越来越远,^[1]这似乎已成为民法学界难以言说的共识。在民法学界就民法典编纂问题的讨论略显沉寂的背景之下, 2014年10月23日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题决定》(以下简称《决定》)在“加强重点领域立法”部分明确提出:“加强市场法律制度建设, 编纂民法典。”《决定》的出台正式宣告了民法典的“回生”。当前, 有关民法典编纂的议题正处于争讨和热议之中。

依据学界对民法典编纂步骤的设计和构想, 首先, 在《民法通则》的基础之上, 制定一部统合民商事法律关系的《民法总则》; 其次, 对我国现行民商事部门法、制度链、规范群进行查漏补缺、体系整合。最后, 在前述两步的基础上, 再制定一部体系严谨、结构合理的民法典。^①应当说, 这样的步骤设计符合我国民商事立法体系的现状, 亦符合法典编纂的基本规律。在民法典编纂的三步骤中, 首要的便是制定《民法总则》。如果将编纂民法典看成一项规模浩大的工程, 那么制定《民法总则》就是该项工程中最关键的一环。

长期以来, 我国民商事立法在体例上奉行民商合一, 当前制定《民法总则》若继续遵照这一体例模式,

《民法总则》该如何体现对商事关系的包容性将是一个绕不过去的难题。遗憾的是, 纵观学界对《民法总则》制定方法、内容框架、调整范围等诸问题的探讨, 在论及《民法总则》该如何处理商事关系这一问题时, 要么避重就轻、泛泛而论; 要么仅口号式地呼吁民商法立法在体例上应实现合一, 使得《民法总则》制定过程中的诸多关键、细节问题被遮蔽和掩盖了。如果我们希冀制定一部能充分体现民商合一特色的《民法总则》, 那么, 当务之急, 应围绕《民法总则》该如何嵌入、整合商事关系的内容和要素这一问题进行扎实、卓有成效的研究。

二、《民法总则》包容商事关系的三重前置性要求

在探讨《民法总则》对商事关系包容性这一命题之前, 首先需要对《民法总则》制定过程中的三重前置性要求予以明确。如果不能对这些问题做出妥当的回应和安排, 那么将极有可能延缓《民法总则》的制定进程, 而本文所言的制定《民法总则》应体现出对商事关系的包容性这一命题根本无从谈起。

(一) 理论要求: 否弃民商立法体例之争

民商事立法体例之争由来已久。这是探讨《民法总则》对商事关系包容性需要理性解决的前置性要求

之一。尽管商法学界早有学者呼吁,应当在注重商法特殊性的基础之上,制定一部能体现商事各单行法一般性、共通性、补充性规则的《商法通则》^[2],并就制定《商事通则》的立法基础及现实依据做了较为充分的阐释和论述。^[3]遗憾的是,依据笔者的观察,商法学界关于制定《商事通则》的呼声一直处于学理探讨的层面,更多地体现出自说自话的成分。在全国人大法工委的立法规划里,从未出现过要制定《商事通则》的立法安排。在这样的现实背景下,要制定一部独立于《民法总则》的《商事通则》,显然不具有现实性和可行性。依笔者拙见,关于民、商两法的关系处置问题,应持如下观点:

首先,对民商立法体例的功能认识应当准确、客观。无论是实行民商合一还是民商分立,只是立法模式的选择问题。毋庸讳言,在概念法学至上、法典膜拜的时代,因民商立法体例直接关系到能否在《民法典》之外制定一部独立的《商法典》,其兹事体大,纷争四起,在所难免。然而,当今社会,以互联网技术为代表的信息革命正席卷全球,西方“解法典化”和“反法典化”思潮方兴未艾。^[4]法典已经被诸多单行法所取代,其社会调整功能已受到严重限缩。如果我们希冀制定一部能体现21世纪、信息时代特色的《民法典》,再长期纠缠于民商法立法体例的争论中,无异于因噎废食。

第二,民商合一还是分立体例之争的实益有限。法律作为调整社会生活关系的一种技术手段,其始终关注的是其实践品性。换言之,即当系争的案件事实出现时,法官能够找到解决法律问题的“目标法条”,然后将案件事实涵摄(归纳、吸纳)于法条事实构成之下,最终实现“案结事了”“化解矛盾”的立法目的和社会效果。^⑤从法律适用的角度而言,民商合一抑或分立理论争议之实益似有被学界放大之嫌。

第三,立法体例之争并不能否认商法的特殊性和独立性。在调整对象上,作为商法调整对象的“商”,本质是资本谋求价值增值的活动,资本的运动使商具有了营利性和经营性特征,从而构成了商法有别于民法的调整对象;^[5]在价值导向上,商法更明显地体现出对交易效率的追求;在思维模型上,商法更崇观公示主义、外观主义;在制度设计上,营业转让、商事代理、商事违约金、公司决议行为等同民法上的规定迥异。但是,这并不表明,商法的独立性、特殊性一定要通过《商法典》或完全独立于民法的《商事通则》等形式来彰显。商法的独立性、特殊性更多地来源于商事实践、商业逻辑和经济规律的内在要求,是商事交易的固有特点在制度层面的凝结和反映。无论是否

民商合一还是分立,商法作为独立部门法的特殊性和价值不因此而受影响。

基于上述理由,笔者认为,在制定一部体现商事共通性、补充性规范的《商事通则》显然不具备现实性和可行性的情况下,我们不妨退而求其次,彻底地抛弃民商立法体例之形式争论。从《民法总则》对商事关系的包容性问题入手,研究当前《民法总则》的规范内容设计问题。这或许是当下最现实、理性的处理民商事关系的思路之一了。^⑥

(二) 内容要求:注重立法的体系化和科学化

在解决了《民法总则》包容商事关系的理论前提、彻底否弃民商立法体例之争后,还必须正视我国商事立法的体系化和科学化问题。如果对这一问题不给予足够的重视,在具体制度设计层面,《民法总则》对商事关系的包容性将会面临无法操作或操作不当的困局。

依上所述,《民法总则》内容设计预设的前提要规定各民商事部门法一般性、共通性、统领性的法律规则,以彰显《民法总则》对商事关系的包容性要求。应当说,要完成这项作业,存在不小的难度。尽管早在2011年底,我国最高立法机关就郑重宣布,具有中国特色的社会主义市场经济法律体系已经建成。但是,纵观我国整个民商事法律体系,还存在着明显的非体系化和非科学化特点,以下就以公司资本制度为范例以释明。

2013年10月23日《公司法》第四次修订,彻底废除了法定资本最低限额,将资本缴纳制度由有限制的认缴制改为完全认缴制。变革后的我国资本制度,在信用基础上基本完成了从资本向资产信用的初步转型^[6]。然而,遗憾的是,在资本制度信用基础转型的背景下,我国《公司法》及其司法解释中有关资本制度规范,如股东抽逃出资、公司担保、股份回购、公司减资等,依然完全建立在资本信用的基础之上,立法者试图通过强制性的法律制度安排来控制公司财产的流失,维持公司的资本信用,进而保障债权人利益之实现。这种完全放弃公司资本制度立法“体系化”和“科学化”的权益性修法之计,对我国当前公司法体系造成了一定程度的紊乱,也影响到了《公司法》司法裁判的统一。最为显著的例子莫过于2011年最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释三》)的相关规定了。该司法解释第9条、第11条第2款、第13条第2款、第14条第2款、第26条规定,股东未全面履行出资义务时,对债权人承担补充赔偿责任,债权人可以直接“越过”公司向未全面出资股东行使

追诉权。股东未完全履行出资义务等于是对公司的负债，股东—公司之间是典型的债权债务关系，按照债的相对性原理，未完全履行出资义务股东责任承担的对象只能是公司和其他完全出资股东。《公司法解释(三)》以如此多的条文全面规定债权人的追诉权，债权人追诉权的权源基础何在？学理上目前尚无合理的解释基础。^⑨较为妥贴的理解只能是：立法者出于对资本信用教条化的信守和坚持，依然笃信静态的资本(出资)对债权人的保护功能。可是，按照完全认缴制之法理，我国公司的信用基础已经从资本走向资产，上述规定与当前资本形成制度存在明显的矛盾和不协调。

公司资本制度只是我国庞大民商事立法群体中的微观著例，类似的问题还有很多。未来我国《民法总则》的内容设计要实现对商事关系包容性的预设目标，必须注重立法的体系化和科学化问题。其一，应当对现行民商事单行法、规范群、制度链之间的缺失、重复、矛盾问题进行深入、细致的梳理和研究，以保证民商事法律规范群体在适用上的一致性和统一性。第二，在上述基础之上，再对各单行法之间的特殊性与共通性的法律规则进行明确的甄别和区分。第三，将体现各单行法之一般性、共通性的法律规则加以提炼和整合，这些一般性、共通性法律规则应当构成未来《民法总则》的基本元素。通过上述三方面的研究，才可能为《民法总则》的内容设计打下较为坚实的基础，《民法总则》预设的规范才可能具备科学性和实用性，最终制定的《民法总则》在内容设计上才有可能实现体系化和科学化的目标。

(三) 方法要求：以《民法通则》为基础包容民商事关系

从民商事立法的体系化和科学化入手，抽离出民商事各单行法的一般性、共通性法律规则，加以整合。应当说，这是一条制定《民法总则》常规、必然的路径。但完成这一作业，需耗时耗力、颇费周章。那么，是否存在其他便捷可循的方法，能尽快制定一部理念先进、结构合理、体系严谨的《民法总则》呢？有，可行的答案只能从《民法通则》入手找寻。

1986年制定的《民法通则》颁行至今近30年，在我国社会主义市场经济建设中发挥了重要的历史作用。时至今日，尽管该法部分条文被后来颁布的单行法(如《合同法》《担保法》《物权法》)所取代，但以历史的眼光来审视、分析该法156个条文，我们会由衷地敬佩前人的智慧和远见。例如，该法第五章对民事权利的类型化区分一节中人身权部分，明确规定了法人、个体工商户、合伙企业享有名称权，法人享有名誉权、荣誉权。不仅在制度层面承认了自然人享有

人格权，法人也同样享有人格权，为《民法总则》包容商事关系提供了思考的前见和素材。尤其值得一提的是，该法第2条将民法的调整对象规定为：平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。未根据主体和行为的性质区分民事主体和商事主体并为此设置不同的行为规则^[7]，《民法通则》在调整对象和范围上包容了所有的民商事主体。

笔者认为，从尊重历史、知识传承的视角考量，同时也基于《民法通则》自身内容的现实斟酌，当我们在思考《民法总则》包容商事关系这一问题时，《民法通则》是摆在我们面前无论如何都绕不过去的前提。倘若我们在《民法通则》之外另起炉灶，那将会是对现有立法资源及材料的极大浪费，也极可能因此损耗大量的制度成本和智力成本，最终制定出的《民法总则》能否经得起推敲还需要历史的检验。

当然，《民法通则》仅为《民法总则》提供了基本的素材和方法参照，这还远远不够。“通”和“总”两字之差已昭示出两者从理念到体例、从结构到内容上的巨大差别。我国《民法通则》的若干规定已体现出了对商事关系的包容性(如上文有关商事人格权的规定)，但这种规定是零星的、局部的，甚至可能是立法者的无意为之。相较于《民法通则》，《民法总则》所承载的历史使命显然有别，实行民商立法体例合一的《民法总则》，必须能充分、妥善地对商事关系做出制度性回应。《民法总则》的“总”不仅仅体现在将各民事单行法的共通性规则规定进去，“总”还体现在如何处理民、商事单行法的关系上，如何将商事单行法的共通性法律规则也整合、嵌入到《民法总则》当中去，以不至于使“民商合体”或“民商合一”的立法体例构想仅停留在口号式的空洞呐喊中。

三、《民法总则》包容商事关系的具体表现——以决议行为为视角

从理论、内容、方法三个层面，澄清了《民法通则》对商事关系包容性的前提要求后，《民法总则》应如何在具体制度层面体现对商事关系的包容性？王利明教授在新近的相关论述中多次明确提出，应当在民商合一的体例之下制定《民法总则》。^[8]遗憾的是，如何在具体制度层面将商事单行法的共通性法律规则整合、嵌入到《民法总则》当中去，王教授并未给出具体、明确的答案。笔者在此尝试以决议行为为视角，结合现行几个版本的民法典草案建议稿，就决议行为^⑩在《民法总则》中的立法安排做较为细致的研究，从微观制度层面剖解和展示《民法总则》对商事关系的

包容性这一命题。

(一) 决议行为的理论探源及释义

“决议”这一术语历史悠久，早在罗马法时代，“决议”便早已出现，如平民会决议、元老院决议等。^{[9](17)}只是，在罗马法的相关著述之中，仅有“决议”之实，并无“决议”之名。^⑥长期以来，决议行为与合同行为、共同法律行为混为一团。冯·图尔和梅迪库斯教授率先提出，决议行为具有特殊性，应将决议行为同合同相区分，作为一种独立的法律行为类型，并据此将法律行为分为单方、双方、多方及决议行为四类。^{[10](165)}拉伦茨教授又进一步指出，应当将决议从合同中分离出来，决议是人合组织、合伙、法人或法人之由若干人组成的机构通过语言形式表达出来的意思形成结果，并就决议同合同之间的区分做了详细的阐述。^{[11](320)}至此以后，决议在法律行为体系中的独立地位逐渐得到重视。

我国台湾地区及大陆学者对决议行为的研究相当薄弱。史尚宽教授在其《民法总论》一书中，仅以寥寥数语简要区分了决议、合同、共同法律行为之间的区别。^{[12](311)}王泽鉴教授则直接将决议归入合同行为之列，理由是决议行为系由同一内容的多数意思表示合致而成立。^{[13](242)}大陆学者多依循史、王两人观点，区别甚微。颇值得称赞的是，近年来，有青年学者注意到了决议行为的特殊性，并尝试对决议行为、合同、共同法律行为进行区分。^⑦总体而言，决议作为民事法律行为中的一种重要类型，在我国尚处于起步研究阶段。

囿于理论研究的匮乏和单薄，在域内外相关的学术著作中，少有专门对决议行为做明晰的界定。笔者认为，所谓决议行为，是指依据章程或法律规定的程序和规则做出的多个意思表示而成立的行为，主要特征表现如下：①适用领域的广泛性。决议行为在民商法领域均存在，尤其在作为团体法的商法领域表现得更为明显，其贯彻了商事单行法的绝大部分领域，这是抽象出决议行为共通性法律规则在《民法总则》中予以规定的主要理由。②行为主体的多重性。决议行为主体原则上至少为两人或两人以上，多则不限。^⑧如上市公司中股东大会决议时的行为主体一般成千上万。③形成方式的特殊性。决议行为主体众多，为提高决议行为的效率，往往采用“多数决”(资本或人数)的意思表示形成机制，这是决议行为最根本的特征。^[14]④形成过程的程序性。由决议意思形成机制的特殊性决定，决议形成过程端赖一套合理、有效的程序，具体包括：决议的前置程序、召集程序、质询和辩论、会议事先发出公告或通知、表决程序等。⑤拘束范围的有限性。决议主要适用于团体内部法律关系，

往往仅就法人或其他组织的内部事务做出决定和判断，对法人或其他组织与第三人之间的关系不加干涉和约束。

(二) 决议行为与合同行为、共同行为的区别

一是主要适用领域有别。合同行为主要适用于合同法领域；共同行为多发生在具有人身依赖关系的紧密结合型团体当中(如合伙协议、结婚行为、共同遗嘱)；而决议行为作为一种议事规则，在商法领域运用较为普遍。^⑨(如股东大会、董事会、监事会决议、合伙人决议、公司债权人会议等)。

二是行为主体数量不同。合同行为主体由要约方、承诺方构成，人数相对较少；共同行为和决议行为则属于多方法律行为，人数可能众多；相较而言，因决议采用“多数决”的意思表决机制，牵涉的主体可能更为广泛。

三是意思形成机制特殊。决议行为同共同行为“酷似而实不同”，决议行为采“多数决”意思形成机制，每个表决权人的单独意思转换成团体意思，采用的是“少数”服从“多数”原则，即使团体主体对某种意思表示反对，也可能无碍于意思表示的成立。^[15]这从侧面反映出共同行为、决议行为在目标指向上的不同。

四是意思表示方向有别。合同主体所为意思表示的目标在于合同的成立，各意思表示内容相对应、方向相反；共同行为中不存在异质性的效果意思，所有成员的效果意思、表示意思、表示行为方向上具有同一性；决议行为则不同，由于在表决机制上采“多数决”，故决议行为“对未参加决议和投票，甚至对反对之意思表示者，亦均具有约束力，依多数决所集合多数之各个意思表示，失其独立性。”^{[12](311)}

五是约束主体范围不同。合同的约束力原则上只及于合同当事人，即要约和承诺方。共同行为和决议行为的约束范围较广，尤其是决议行为，对那些不同意甚至投反对票成员也产生法律效果，甚至可能包括外部第三人，如公司债权人。^[16]

六是立法规制重心不同。同合同行为、共同行为在立法规制重心上不同。依上所述，因决议行为受“多数决”意思支配，其意思是一种典型的“拟制意思”，这种“拟制意思”的做出依赖一套合理、有效的程序，因此，立法往往将决议行为的过程及程序作为规立法制的重心。

(三) 决议行为在民法典草案建议稿中的疏漏及补证

1. 诸版本专家建议稿的相关规定

梁慧星教授组织起草的《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》中，第三章法人团体部分第76条明

确了公司法人的意思机关是股东大会，但未出现股东大会“决议”字样。^{[17](158)}王利明教授主持撰写的《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》中，第六章开篇关于法律行为的“本章说明”(该部分由王利明教授执笔)部分开宗明义，指出法律行为的部分可以适用商法领域，公司设立过程中发起人之间的协议，对其成立、效力、解释等内容，商法中一般不做规定，这就需要在《民法总则》中寻找依据。^{[18](268)}王利明教授此处所言的“发起人协议”属于多方法律行为，而非决议行为，这在该建议稿第151条、181条规定中得到了印证(易军教授执笔)，第151条第2款将法律行为明确区分为单方、双方、多方法律行为，^{[18](274)}第181条规定了多方法律行为的解释规则。^{[18](304)}徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》也未提及法律行为的类型区分。^{[19](10)}刚刚由杨立新教授领衔起草完成的《中华人民共和国民法总则(草案)建议稿》虽对法律行为的类型做了区分，亦未有决议行为之明确规定。^[20]但上述四部民法典草案建议稿的疏漏在新近的相关著述中得到了明显的补正。

2. 孙宪忠教授民法总则编制议案中的规定

孙宪忠教授向全国人大提交的《关于中国民法典中民法总则的编制体例》的议案中，在法律行为的改造部分明确提出，应当按照意思自治的原则，对法律行为制度进行彻底的补强，应当承认单方行为、双方行为和团体行为。^[21]和其建议稿所撰写的法律行为一节略有不同，孙教授首次明确提出，《民法总则》应当对法律行为做出区分，并且在该议案中直接使用“团体行为”的概念。依据笔者的理解，这里的“团体行为”应当包括“多方行为”和“决议行为”。因“决议行为”是最为典型的“团体行为”，如果孙教授欲弃“决议行为”或以“共同“或”“多方”法律行为包含之，完全没必要用“团体行为”的称谓。

3. 《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》(征求意见稿)的规定

尤其值得称道的是，由中国法学会牵头的民法典编纂项目领导小组起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》(征求意见稿)第120条第2款规定“决议行为的成立，应当依照法律或者章程规定的表决程序和表决规则”。同时，该建议稿第138条还规定“决议行为损害特定第三人利益的，该特定第三人有权请求人民法院或仲裁机构确认该行为相对无效”^[22]。至此，在诸多版本的民法典或民法总则建议稿中，第一次明确出现了“决议行为”的身影。

综上所述，前述四部民法典草案建议稿及孙宪忠教授的民法总则编制议案均未明确规定决议行为，未

来我国制定《民法总则》，该如何规定决议行为，仅从《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》中，可资参照的资源并不多。长期以来，受限于理论研究上的单薄、民商事立法方法上的缺陷等缘故，《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》仅以区区两个条文规定了决议行为的成立规则及决议的约束范围，对决议行为效力、解释等问题均未置明文，这都为《民法总则》中决议行为的制度安排留下了巨大的空白空间。

(四) 决议行为在《民法总则》中的体系位置与制度安排

1. 体系位置

决议行为在《民法总则》中的体系位置，代表性的做法有两种：其一，在《民法总则》“法律行为”部分规定决议的主体、决议事项、决议表决机制、决议效力等内容。前述《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》(征求意见稿)即在第六章“法律行为”部分规定了决议行为(第120条、138条)。其二，在《民法总则》篇“法人部分”之“社团法人”部分规定决议行为，较有代表性的立法例为《德国民法典》，其第27条、28条、32~35条详细规定了决议行为的一般规则。笔者认为，我国《民法总则》应参照中国法学会民法总则专家建议稿的立法体例，在总则篇“法律行为”部分规定决议行为及相关内容，而不宜在“法人部分”规定。理由如下：第一，从语义解释上看，“决议行为”的重心应是做出“决议”的“行为”，“决议”只是实现“行为”的手段和形式。借助于决议方式和决议程序形成的团体法律行为，是团体及团体成员实现私法自治的主要手段之一。因此，尽管决议行为在意思表示数量、形成机制等方面同合同、共同法律行为存在重大区别，但仍不脱法律行为的理论窠臼，故不宜将决议行为完全同法律行为相分离，否则团体自治将难以保障。第二，从理论研究层面而言，域内外相关著述均不约而同地在法律行为部分，论述决议行为同合同、共同法律行为之间的区分、效力等问题。在“法人”一节中，仅从法人的类型化区分角度入手，对不同类型法人组织和行为做出一般性、概括性规定，未论及决议行为。第三，从比较法上观察，各国公司法理论普遍有将法律行为的效力理论适用于公司会议决议效力认定的趋势。^[23]典型例证即公司会议决议效力“三分法”理论，该理论将法律行为的不成立、可撤销、无效等效力形态套用在公司会议决议效力判定上，从而形成了公司决议不成立、可撤销和无效三种情形。[®]公司会议作为决议行为适用的主要“场域”，其在效力判断规则上遵循法律行为的效力判断规则展

开。因此,参酌域外立法例,我国《民法总则》也应当在法律行为部分规定决议行为,藉以保障法律体系的内部和谐,司法裁判上的统一。第四,从制度功能上考量,法律行为作为实现私法自治的最主要手段,是《民法总则》最核心的制度之一。将决议行为纳入法律行为部分,一方面,丰富了传统法律行为的类型区分;另一方面,也可彰显《民法总则》对决议行为立法的重视,体现《民法总则》对商事法律关系的包容性面向。

2. 制度安排

(1) 法律行为类型

《民法通则》第四章民事法律行为和代理的相关规定中,未规定民事法律行为的类型。在前述诸版本的民法典草案建议稿和民法总则立法议案、建议中,除中国法学会起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》(征求意见稿)及孙宪忠教授《关于中国民法典中民法总则的编制体例》的议案明确提出“决议行为”和“团体行为”的概念外,其余均未对法律行为的类型单列条文规定,通常在“法律行为的成立”部分,以意思表示的多寡来区分法律行为的成立。尽管据此可以判断,法律行为的类型主要取决于意思表示的多寡,但仅仅依据意思表示的数量无法准确厘定单方、合同、共同及决议行为各自的独立性和特殊性。未来我国《民法总则》有两种立法选择:其一,遵循传统立法例,在《民法总则》法律行为“一般规定”之“法律行为的成立”部分规定决议行为(如“王稿”第151条、“杨稿”第175条);其二,在《民法典》“法律行为”之一般规定“法律行为的定义(概念)”部分,增设法律行为类型条款,(如《蒙古国民法典》第38条、《乌克兰民法典》第193条)。相较而言,两种模式只是立法规制的角度不同而已,并无孰优孰劣之分。从《民法总则》内容设计的选择需要上考量,笔者在此将二者所拟设的法律条文一并列出。

【法律行为的类型】法律行为包括单方法律行为、合同行为、共同法律行为和决议行为。

【法律行为的成立】法律行为或因单方意思表示成立,或因双方或多方意思表示一致成立。决议行为的成立,应当依照章程或法律规定的决议程序和决议规则。

(2) 决议意思形成机制

前已述及,与合同行为、多方法律行为相较,决议行为在意思形成上要遵循特殊的要求:其一,决议意思以法律或章程规定的“多数决”(资本或人数)最后形成,即使少数社团成员弃权或表示反对,反对意思也不妨碍决议意思表示的成立;其二,为保证决议

意思的正当性和合法性,决议意思的做出必须遵循法律规定的程序,这同合同行为形成了显著差别。根据现代合同法原理,合同行为并不关心意思表示的形成过程,其关心的是意思和表示两者之间的真实性和一致性问题,决议行为在意思形成机制上的特殊性决定了其必须有赖于一套专业化的、通用的程序规则和流程。程序作为决议意思应遵循的内容具有强制性,程序也往往是决议成立的必备要件。^{[24][239]}

据此,未来《民法总则》在决议行为形成机制安排上,应当从法律行为和意思表示的理论框架入手,仅在《民法总则》之“法律行为”一节,简要规定决议行为的意思形成要求。对决议形成过程中的形成方式及程序要求(如表决规则),建议由《民法总则》之“法人”部分及其他民商单行法,如《公司法》《合伙企业法》《证券法》《破产法》等在相关章节中做细化、补充性规定。这样,一方面在不破坏法律行为立法逻辑结构的前提下保持《民法总则》立法用语的抽象性和概括性,另一方面,既符合设置决议行为的法技术标准要求(全面性),也符合民法外在形式的体系化需要。

【决议意思的形成】决议意思应当依据章程或法律规定的“多数决”方式(人数或资本)形成。决议形成过程应当符合章程或法律规定的程序要求。^①

(3) 决议行为的效力区分

决议行为的效力应类推适用法律行为的效力理论,前文对此已简要提及。因公司会议决议属于典型的决议行为,其一般适用于所有的决议行为,故下文以公司会议决议为例,尝试总结出《民法总则》决议行为效力的一般规则。

有关公司会议决议行为的效力规则,传统大陆法系采用“二分法”立法例,即将公司会议决议效力瑕疵区分为程序瑕疵和内容瑕疵,分别认定其可撤销或无效(如《德国股份法》第7部分,我国台湾地区《公司法》第189、191条,我国《公司法》第22条)。两分法虽然简单明确,但缺陷亦十分明显,“决议的可撤销和无效,都是以决议的存在为前提,如果根本无股东或董事会决议存在,则无检讨股东会决议瑕疵有无之必要。”^{[24][239]}如伪造股东、董事会决议,根本未召开会议决议做出决议行为,这些情形显然不能统一划归到无效、可撤销决议中去。鉴于两分法存在的固有缺陷,公司会议决议效力“三分法”理论已悄然兴起,并有取而代之之势。所谓“三分法”,即将法律行为的效力理论套用于公司会议决议的效力划分上,将公司会议决议区分为不成立、可撤销和无效三种形态。(如《日本商法典》1981年修改第252条增加决议不存在

诉讼，《韩国商法典》1984年修订第280条规定了股东大会决议不存在之诉讼。)我国台湾地区虽然在立法上采用“二分法”，但学说和判例普遍承认决议不成立为决议瑕疵的主要类型之一。^⑭

近年来，在域外立法例及学说的影响下，有学者力倡导入法律行为原理，严格区分法律行为的成立与生效，将股东大会决议区分为决议不存在、可撤销和无效三种样态。^{[25][273]}我国司法实践当中，股东大会决议不存在已较早为相关判决所肯定。例如，在“张丽娟诉江苏万华工贸发展有限公司、万华等股东权纠纷案”^⑮中，南京市玄武区人民法院一审认为，公司股东实际参加股东会议并做出真实的意思表示，是股东会会议及决议有效的必要条件。本案中，被告万华作为万华工贸公司的实际控制人，其2004年4月6日利用自己控制公司的便利做出的决策过程并不能等同于公司股东会议，也决不意味着万华的个人意志可以代替股东会决议的效力。因此，万华工贸公司据以办理公司变更登记、股权转让事项的所谓“股东会决议”是该公司控制人万华所虚构，实际并不存在，因而当然不产生法律效力。在理论和实务的双重影响下，2009年10月最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(四)》(征求意见稿)(以下简称《解释四》)第4条也确认了股东会、董事会决议不存在的处理规则。

结合理论学说、立法现状及实务判例的发展趋势，未来我国《民法总则》有关决议行为的效力规则，应当在借鉴传统法律行为理论的基础之上，彻底抛弃决议行为效力“二分法”的做法，采用“三分法”理论。在参照和借鉴《解释(四)》立法经验的基础之上，^⑯将决议行为的效力区分为决议不成立、可撤销和无效三种形态，以保证《民法总则》决议行为规则同其他单行法特殊规则在适用上的衔接和配合。

【决议行为的效力】决议行为的效力区分为不成立、可撤销和无效三种。

(4) 决议的约束范围

目前，有关决议的约束范围在理论研究上尚未取得共识，学界存在两种对立观点：观点一认为，共同(决议)行为在目标上具有涉他性，通常会指向单一特定的目标实体(如公司)，还包括外部第三人，如公司债权人。^[16]观点二认为，决议行为和法律行为的重大区别之一即在于两者的效力不同，决议属于内部意思形成制度，一般而言，内部意思不经向外表示或通过法定的公示手续，不能对抗第三人。^[26]笔者较为赞同第二种观点，但与之不同的是，观点二立论的前提是，应

将决议行为从法律行为中完全独立出来，^[27]进而认为决议仅是社团内部意思形成制度，不能约束第三人。这是从错误的前提出发，导出了正确的结论，其观点值得推敲。

决议行为并不脱离传统法律行为的窠臼，理由已如前所述。但确如观点二所言，决议行为属于社团内部的意思形成制度，不约束第三人。在此可以一个典型案例以释明。^⑰假设A有限责任公司章程规定，公司对外担保决议 ≥ 1000 万由股东大会做出，500万~1000万则由董事会决议做出，500万以下则由公司法定代表人B自行决定。事后公司因业务往来需要，由A公司董事会决议通过如下议案：法定代表人B以A公司名义向C公司债权人D提供总金额为700万的现金担保，在同债权人D签订担保协议的过程中，B、C又商定将担保的金额提高到1100万，D对公司董事会决议不知情。三方签订了担保协议。该案中，公司董事会决议设定的担保金额对担保合同的效力有无影响？公司内部决议行为是否具有“溢出效应”？能否约束债权人D？依据前文对决议行为性质的分析，公司A的董事会决议仅仅属于公司内部决议意思，其约束的范围仅限于参加公司担保决议的全体股东或未参加决议、投反对票的股东，对担保债权人D(善意)不具有约束力。

综上所述，决议行为的拘束力同我国《民法通则》第57条规定的民事法律行为从成立起便具有法律拘束力，《合同法》第8条依法成立的合同，对当事人具有法律约束力“酷似而实不同”，笔者认为，应当在借鉴上述规定的基础上进行改造。

【决议的约束力】依章程或法律规定形成的决议，对参加或未参加决议、投反对票的行为人均具有约束力。决议行为原则上不得对抗善意第三人。

(5) 对权益受侵害少数派行为人的法律救济

如上所述，鉴于决议行为在意思形成机制上的特殊性，“资本”或“人数”多数决形成团体意思的做法，在提高社团事务决策效率的同时，可能会损害投反对票或弃权行为人的利益。社员作为社团的“主人”，是社团内部法律关系中最直接的利害关系人，保护社员利益是立法最根本的目标之一。为此，域内外各国均规定了权益受侵害少数派行为人的法律救济制度。例如，我国《公司法》第35条规定的股东新股认购请求权即为示例。在司法实务中，对侵害股东优先认股权及表决权的股东会会议的效力如何判断？受侵害的股东该运用何种救济手段维护其合法权益？根据我国《公司法》第4条、第22条、第43条之规定，优先

认购权受侵害的股东可提起请求确认股东会会议撤销或无效之诉。^⑥未来《民法总则》应当对因决议行为侵害少数派行为入人利益的法律救济做一般规定,至于权利或利益受损害的少数派行为人之救济手段、程序及时效等更为具体的制度安排问题可以在各单行法中进行细化、补充规定。

【法律救济制度】决议行为侵害决议行为入合法权益的,受侵害的决议行为入可以请求人民法院撤销该决议或宣布决议相对其无效,责任人应依法承担相应的法律责任。

四、《民法总则》包容商事关系的要点和方法

以上行文中,笔者颇费周章,运用大量笔墨对决议行为的理论及立法问题做了较为系统的阐释,但这非本文的核心目的。决议行为作为《民法总则》对商事关系包容性的一个典型微观著例,通过对其在《民法总则》中的体系位置、制度安排问题的探究,笔者希冀藉此能较为清晰、细致的剖解和展示未来《民法总则》应如何在制度层面包容商事关系这一命题,以收阐发幽微、管中窥豹之功效。

回归本文主旨,通过前文(尤其是第三部分决议行为立法问题)所述,笔者认为,在当前民法典编纂讨论正酣的宏观背景下,《民法总则》欲全面、客观、准确地展现出对商事关系的包容性面向,必须从以下层面予以完善:

首先,在立法观念层面,应当对《民法总则》包容商事法律关系这一命题给予充分的尊重和承认。彻底摒弃传统、既有的民商事立法体例之争。民法学者不应信守“民法帝国主义”和“排商”的思维模式,坚持民商合一。如果民法典编纂在观念上忽视商事关系的独立性和特殊性,那么最终可能会成为一场自负、失败的法典化运动。^[28]当然,商法学者也不应过分夸大商法作为特别私法的地位。面对民法典编纂的良机,民商法学者应以相互理解和宽容的学术姿态,对《民法总则》包容商事法律关系这一命题给予充分的尊重和承认。

其次,在组织体制层面,制定《民法总则》应当广泛吸收商法学者的参与。现今关于民法总则的诸多讨论,对《民法总则》包容商事关系这一命题尚未予以充分的关注。多次召开的有关《民法总则》(民法典)的研讨会,主流声音和观点基本都是在传统民法框架内展开。《民法总则》要顺利实现对商事关系的包容性

目标,进而实现对商事关系的有效调整。在组织体系层面,应当兼收民商法学者广泛参与。

再次,在理论研究层面,在确立《民法总则》对商事关系的包容性命题之后,应当对《民法总则》包容商事关系的范围、模式以及限度问题做深入的考究。尤其是,在模式选择上,以何种模式能较为充分地展现《民法总则》对商事关系的包容性这一命题,需要细为慎思。依据商法学界的基本设想,目前主要存在“独立成章”和“彻底融合”两种模式。^⑦笔者认为,为体现商事关系的特殊性,彰显《民法总则》对商事关系的包容性面向,未来《民法总则》宜采用“独立成章式”。^[28]

最后,在制度取舍上,应当从以下两个方面予以重视:其一,在构成比例上,如果选择“独立成章”式,那么相对于整个《民法总则》的篇章结构和条文构成,调整商事关系的法律规范应占到总比重的多少合适。笔者并不认为《民法总则》选用(制定)调整商事关系的条文越多,对商事关系的包容性命题就越重视、体现的就充分。商法规范的构成比例并不是“多”或“少”的问题,关键在于商事一般法规范能否涵盖、吸收所有商事法律关系的共性规范,能否成为裁判案件提供选用的请求权基础,进而能维护良善的商法秩序,有效地减少和节约商事单行法实施的成本。这应当是《民法总则》选用(制定)商事法律规范的唯一基准。其二,在选取方法上,通过前文对决议行为的研究,《民法总则》对商事关系的包容性核心应当直观体现在《民法总则》规定的制度比例、内容层面。而这种制度层面的呈现背后依托的乃是立法者选择的立法路径、立法思想甚至立法组织体制选择。纳入《民法总则》中的商事法律规范在选取方法上并无捷径可走。依笔者拙见,唯一可行的路径就是:当前的商法学研究必须从立法体系化和科学化的高度,对我国各商事单行法、规范群体之间的制度重复、矛盾和缺失问题予以清理和重估,并从解释论视角展开扎实、细致的研究工作。最终在实现体系自洽目标的基础上,提炼和总结出体现调整民商事法律关系的一般性、共性规范(诸如决议行为),将其纳入到《民法总则》中。唯有完成此一繁重(艰巨)作业,民商合一体制之下《民法总则》对商事关系的包容性才可能在制度层面得以直观、清晰的呈现。

通过上述四方面的工作,《民法总则》对商事关系的包容性这一命题才不会仅仅停留在抽象、空洞的理论言说和口号呐喊层面,才具备直观性、现实性和科学性。

五、结语

综上所述，本文立足于民法典编纂的宏观背景下，对《民法总则》制定过程中该如何体现对商事关系的包容性这一命题进行了初步探究：第一，在理论要求上，我国制定《民法总则》应当彻底否弃民商立法体例之争，这是探讨《民法总则》包容商事关系这一命题需要解决的前置性要求之一；第二，在内容要求上，《民法总则》要实现包容民商事关系的预设前提和目标，必须注重立法的体系化和科学化问题，否则《民法总则》包容商事关系将面临无法操作的困局；第三，方法要求上，《民法总则》应以《民法通则》为基本的素材和依据，统合所有民商事法律关系。在明确这三个前置性要求之后，本文再以决议行为为例，就其理论研究现状，同合同、共同法律行为的区别，在学者建议稿中的疏漏和补证，在《民法总则》中的立法安排等方面的问题进行了较为系统的阐释，以从微观制度层面来剖解和展示《民法总则》内容设计应当如何体现对商事关系的包容性这一命题。最后，结合前文两部分的阐述，还就《民法总则》包容商事关系的一般方法进行了尝试性的归纳和提炼。《民法总则》对商事关系的包容性命题关涉民法典编纂的进程，其意义重大、自不待言。本文结合决议行为对这一命题的论述，只能说是一个粗浅的尝试，其中仍有大量缜密和细致的工作要做。

注释：

- ① 在立法论层面，是否制定独立的《人格权法》和《债法总则》，目前学界依然处于争议之中。如果《人格权法》和《债法总则》独立成编，那么民法典编纂将分四步走。详细论述参见王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，《清华法学》2014年第6期，第10页。
 - ② 这仅为一般意义的法律适用过程，事实上，法律适用及推理过程极为复杂。尤其在疑难案件中，当法条的选择出现立法者制定法律时疏忽未预见、未规定，或规定与否暧昧不明的情况时，法官还需要诉诸于价值判断、利用衡量等法律方法进行漏洞填补。
 - ③ 2015年6月13日，在中国商法学研究会与中国政法大学民商经济法学院联合主办的“民法典编纂与商事立法”研讨会上，江平教授和王保树教授就一致指出：在民商两法的关系上，最好的解决方式就是在《民法总则》的统领、指导下制定一部单独的《商事通则》，笔者对此亦表赞同。本文所提出的应当研究《民法总则》对商事关系的包容性命题，纯粹是出于对现实因素考量后的权益之举。
 - ④ 目前学理上对债权人追诉权存在三种解释路径，即“债权人追诉权”“公司法人格否认”“第三人侵权”。但这三种理论解释债权人追诉权的权源基础均难谓圆满。参见冯静：《抽逃出资
- 民事责任的性质及认定》，《法学》2015年第6期，第64-72页。
 - ⑤ 需说明的是，之所以选择决议行为为例，一方面，决议行为作为民事法律行为的重要类型，在我国研究尚处于起步阶段，国内民商法学界对决议行为的概念、效力、法律后果等问题缺乏深入、细致的研究；另一方面，决议行为分布较广，不仅存在于《公司法》中(如股东大会决议、董事会决议)，在《合伙企业法》《证券法》等商事单行法中也很普遍。未来《民法总则》中是否规定决议行为、规定哪些内容，对该问题的研究也能够较充分地体现出《民法总则》在处理商事关系上的方法和态度。
 - ⑥ 例如，罗马法时代著名的法学家乌尔比安认为：“社会团体当中多数人所为的事情，都是全体人的行为。”这里提出了决议的多数决定原则，确未明确指出“决议”这一概念或术语。参见江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1991年版，第68页。
 - ⑦ 在朱庆育教授新近出版的《民法总论》一书中，在法律行为分类一节，明确将决议同单方、数方、契约行为并列单独列出，并具体阐述了决议同共同法律行为的区别。青年学者王雷也就决议行为同合同、双方、共同法律行为做了区分。参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第133页；王雷：《论民法中的决议行为》，《中外法学》2015年第1期，第79-99页。
 - ⑧ 也不绝对，例如一人有限责任公司中的股东大会决议行为，决议主体就仅为一人。
 - ⑨ 当然，在民法领域也存在决议行为，如农民集体的决议行为、业主大会中的决议行为即为示例，但比较而言，决议行为在商法领域更为普遍。
 - ⑩ 我国《公司法》第22条将有瑕疵的股东会、董事会会议区分为可撤销和无效两种情形，而无决议不成立情形。在司法过程中，法官在系争案件的裁判中，往往将本属于不成立的决议作为无效决议处理，从而导致了法律适用上的混乱。参见上海市闵行区人民法(2011)闵民二(商)初字第1730号民事判决书。
 - ⑪ 如果《民法总则》不对法律行为的类型做出明确规定，而在法律行为的成立部分规定决议行为，则该条的后半部分有关决议意思形成的程序要求也可略去，以避免重复。
 - ⑫ 1976年台上字第1374号判决指出：“公司法既已规定股东会之决议必须有代表一定数额以上股份之股东出席，则此一定数额以上股份之股东出席，即为法律行为成立之要件。欠缺此一要件，自属决议不成立，已非单纯决议方法之违法，无需诉诸法院撤销。”转引自钱玉林：《股东大会决议瑕疵研究》，法律出版社2005年版，第273页下。
 - ⑬ 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2007年第9期。
 - ⑭ 当然，这种参照和借鉴的意义是有限的，理由在于：尽管《解释(四)》第4条明确了股东或者董事签名系伪造或者其他伪造会议或会议决议的处理规则；但是，又将该情形下(决议不成立)的会议决议效力划归到无效中去。《解释(四)》第4条为了与《公司法》第22条在公司决议效力类型上保持一致性，并未采用“三分法”立法例，将决议不存在作为同决议撤销、无效并行的效力形态，实行的仍然是决议撤销与无效的传统“二分法”立法例。未来《民法总则》决议行为效力规则不可盲目照搬《解释(四)》之规定。
 - ⑮ 类似案例可参阅“绵阳高新区科创实业有限公司、福建省固生投资有限公司、陈木高为与绵阳市红日实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第3期。
 - ⑯ 北京市怀柔区人民法院(2012)民初字第5160号民事判决书。
 - ⑰ 所谓“独立成章式”，是指在《民法总则》中独立设章，规范《商事通则》的内容；“彻底融合式”指将商法通则全部分解，设定具体条款融入民法总则各章中。另外还包括“独立法典式”

和“独立的商事通则”(在民法典之外(内)制定商事通则)两种模式,本文主张在《民法总则》中包容商事关系,因此后两种模式不在考虑范围之内。

参考文献:

- [1] 柳经纬. 渐行渐远的民法典[J]. 比较法研究, 2012(1): 140-142.
- [2] 王保树. 商事通则: 超越民商合一和民商分立[J]. 法学研究, 2005(1): 32-41.
- [3] 赵旭东. 制定“商法通则”的五大理由[C]// 王保树. 中国商法年刊(2007年卷). 北京: 北京大学出版社, 2007: 3-11.
- [4] 张礼洪. 民法典的分解现象和中国民法典的制定[J]. 法学, 2006(5): 48-60.
- [5] 殷志刚. 商的本质论[J]. 法律科学, 2001(6): 63-71.
- [6] 雷兴虎, 薛波. 公司资本制度改革: 现实评价与未来走向[J]. 甘肃社会科学, 2015(2): 122-127.
- [7] 王利明. 民商合一体例下民法典总则的制定[J]. 法商研究, 2015(4): 3-9.
- [8] 王利明. 民法总则的制定应当实现民商合一体制[N]. 法制日报, 2015-5-27(9).
- [9] 彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- [10] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [11] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论[M]. 王晓晔, 邵建东, 等译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [12] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [13] 王泽鉴. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [14] 王雷. 论民法中的决议行为[J]. 中外法学, 2015(1): 77-99.
- [15] 许中缘. 论意思表示瑕疵的共同法律行为[J]. 中国法学, 2013(6): 56-66.
- [16] 韩长印. 共同法律行为理论的初步构建[J]. 中国法学, 2009(3): 73-90.
- [17] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- [18] 王利明. 中华民法典学者建议稿及立法理由·总则编[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [19] 徐国栋. 绿色民法典草案[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004.
- [20] 杨立新. 中华人民共和国民法总则(草案)建议稿[J]. 河南财经政法大学学报, 2015(2): 18-54.
- [21] 孙宪忠. 关于中国民法典中民法总则的编制体例的议案[EB/OL]. <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4295>, 2015-04-29.
- [22] 中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿(征求意见稿)[EB/OL]. <http://lawinnovation.com/html/xjdt/13721.shtml>, 2015-04-29.
- [23] 张旭荣. 法律行为视角下公司会议决议效力形态分析[J]. 比较法研究, 2013(6): 137-145.
- [24] 柯芳枝. 公司法论(上)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [25] 钱玉林. 股东大会决议瑕疵研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [26] 陈醇. 意思形成与意思表示的区别: 决议的独立性初探[J]. 比较法研究, 2008(6): 53-64.
- [27] 叶林. 股东会会议形成制度[J]. 法学杂志, 2011(10): 30-39.
- [28] 蒋大兴. 论民法典(民法总则)对商行为之调整—透视法观念、法技术与商行为之特殊性[J]. 比较法研究, 2015(4): 1-23.

Inclusiveness and performance of commercial relations in *The Civil Law*: Also on legislation of resolution behavior

XUE Bo

(The Law Faculty, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: How *The Civil Law* designs its contents to reflect its inclusiveness of commercial relations will be a great problem that no compilation of civil laws can go around. Therefore, in terms of theory, the dispute between civil legislation and business legislation should be completely abandoned. In terms of content, attention should be paid to the systematic and scientific legislation. And in terms of method, it should be based on *The General Principles of the Civil Law* and should integrate all civil and commercial legal relations. After clarifying such three preliminary requirements, the present essay, by taking the legislation of resolution behavior as an example which has been a heated controversy both in theory and practice, explores further its position in *The General Principles of the Civil Law* and institutional arrangements, and finally attempts to summarize the key points and methods of inclusiveness of commercial relations in *The General Principles of the Civil Law*.

Key Words: *The General Principles of the Civil Law*; inclusiveness; resolution behavior; system position; institutional arrangements

[编辑: 苏慧]