

论公司章程防御性条款的法律效力

王建文 孙清白*

〔摘要〕 英国《2006 年公司法》将防御性条款纳入法律规制。作为一种保护特定股东权益的制度设计,防御性条款可以有多种类型。英国法中的防御性条款除不能反强制性规定,未经允许剥夺股东法定权利以及施加股东义务外,还要遵循普通法上的善意地为了公司整体利益原则。防御性条款在我国法律框架下有极大适用空间,结合现行法律和相关案例,可以对防御性条款的法律效力作出类型化分析。

〔关键词〕 防御性条款;公司章程;强制性规定;表决权

一、引言:问题的提出

股东权益保护是公司法中的永恒话题。在现代公司“所有权”与“经营权”两权分离的格局下,维护股东权益显得尤为重要。近年来,英国的一些公司通过在公司章程中设置“防御性条款”的方式提高对于公司章程特定条款的修改难度,以保护特定股东利益。英国在其《2006 年公司法》中引入了“防御性条款”(Provision for Entrenchment^①),将这种备受争议的条款纳入了法律规制。根据英国《2006 年公司法》第 22 条的规定,“防御性条款”是指公司章程可以包括达到如下效力的条款:只有比特殊决议所适用的更加严格的条件被满足或程序被遵守,章程的指定条款才可被修改或撤销。依据该法第 22 条至第 24 条的规定,公司可以在制定公司章程的过程中规定防御性条款或经全体股东一致同意在修改章程时增加防御性条款。另外,经全体股东一致同意,以及法院或其他机关作出的

* 王建文,法学博士,河海大学法学院教授、博士生导师,210098;孙清白,河海大学商法研究所副研究员,210098。本文受江苏省社会科学基金一般项目《江苏中小企业法律风险防范机制研究》(10FXB005)、江苏省“青蓝工程”中青年学术带头人项目(苏教师[2010]27 号)资助。

① 对于 Provision for Entrenchment 或 Entrenched Provision,目前有两种译法,一种是译为“刚性条款”(参见葛伟军译:《英国 2006 年公司法》,北京:法律出版社,2008 年,第 12-13 页),这种译法可能是受宪法学上 Entrenched Clause(刚性条款,指某些条款的存在使得宪法的修改更难通过或变为不可能)的影响;另外一种译法是“防御性条款”(参见[英]艾利斯·费伦:《公司金融法律原理》,罗培新译,北京:北京大学出版社,2012 年,第 164 页),这种译法主要依据词源本意,译文也能较好地揭示其内涵,在学术界尚未就该词的译法达成一致意见时,我们倾向于将之译为“防御性条款”。

修改章程的命令,可以对防御性条款进行修改。在制定和修改章程时增加防御性条款以及之后修改或删除该防御性条款的,公司都必须通知登记机关,即英国公司注册署(Companies House)。然而,考虑到防御性条款制度生效后可能给现有英国公司实践带来巨大冲击,英国《2006 年公司法》第 22 条迄今为止并未完全生效。受英国公司法修订的影响,印度在其 2013 年《公司法》中也对防御性条款的相关问题作了明确规定。

在我国,近年来有公司通过提高修改公司章程表决权比例以限制对公司章程或其中特定条款的修改,比如要求章程条款的修改必须要代表四分之三以上表决权的股东通过甚至要求全体股东一致通过。我国立法及司法解释都没有对这类条款的法律适用做出规定,法院裁判相关案件时对待此类条款的态度莫衷一是。在梁某诉成都某管理顾问有限公司案(下称“某管理公司案”)^①、上海米蓝贸易有限公司等与孙某等公司决议撤销纠纷案^②(下称“米蓝公司案”)、北京达沃斯投资有限公司与张玉芝公司决议效力确认纠纷案^③(下称“达沃斯公司案”)、杨池生诉中审会计师事务所有限公司股东会决议撤销纠纷案^④(下称“中审公司案”)等案件中,法院对于防御性条款的效力认定及裁判理由都有较大差异。此外,我国还有部分上市公司为了应对敌意收购,公司章程中也出现了类似条款。但是,作为公司法领域的一个新事物,学界对此研究却尚显不足,为应对今后可能出现的司法困境,需要加强相关理论研究。因此,在我国公司法制度框架下讨论防御性条款的效力问题,不仅在理论上有必要,对于司法实务也有借鉴意义。

我们不妨借鉴英国《2006 年公司法》,将我国司法实践中出现的类似条款也称之为“防御性条款”。但由于我国的公司章程修改是与增资、减资、合并、分立、解散或者变更公司形式等作为特别决议事项一并由《公司法》第 43 条^⑤规定的,因而我国大部分公司在规定防御性条款时并不像英国公司那样仅局限于公司章程的修改,而是将防御性条款的适用范围扩大到了所有特别决议事项。因此,本文在研究我国公司章程防御性条款时,也将其范围扩展到对包括修改章程^⑥在内的所有特别决议事项上。

二、制度借鉴的基础:英国公司章程防御性条款的类型及效力

(一) 英国公司章程防御性条款的类型

英国公司章程通常分为章程大纲(Memorandum of Association)和章程细则(Articles of Association)两部分。在英国《2006 年公司法》修订前,制定法允许防御性条款出现在章程大纲中。然而,英国《2006 年公司法》修订后,章程大纲的作用已被大大削弱,其记载的内容仅仅包括公司的设立人愿意根据公司法成立一家公司且同意成为公司的股东(至少持有公司一股股票),包含公司名称、住所、目的范围、组织形式和防御性条款在内的事项都被剥离出章程大纲。^⑦ 所以,对于 2006 年后设立的

^①陈畅、晨迪:《公司章程违法,无效——该案是我市第一起确认公司章程条款无效的案件》,《成都日报》2008 年 11 月 14 日,第 13 版。

^②(2012)沪二中民四(商)终字第 896 号。

^③(2012)二中民终字第 01571 号。

^④(2008)海民初字第 10313 号。

^⑤关于股份有限公司的上述事项规定于《公司法》第 103 条中。

^⑥由于增加和删除公司章程的规定也可以纳入广义的公司章程修改的范畴内,下文如无特别指明,凡提及公司章程修改之处均包含对公司章程规定的增加或删除。

^⑦See “DTI Consults on Transitional Arrangements for Implementation of Companies Act 2006”, *Company Law Newsletter* 16, 2006, pp. 1–5.

公司,不能够在章程大纲中出现防御性条款,而只能将之规定于章程细则中。^① 根据英国学者的总结,英国公司实践中出现了如下类型的防御性条款:(1)要求超过 75%^②以上股东同意才能对某些章程条款进行修改;(2)要求某些章程条款的修改需要得到一定比例投资者股东的同意;(3)以增强表决权(Enhanced Voting Rights)形式授权特定股东否决被特别决议通过的章程修正案;(4)在发行不同类别股份的公司中,要求某些条款的修改需要类别股东的同意。^③

(二) 英国公司章程防御性条款的法律效力

公司章程在英美公司法中占有极其重要的地位,常被称为“公司宪法”或“公司宪章”(Company's Constitution/Charter of Corporation)。英美法系国家的公司法一直深受契约法的影响,相应地,公司章程被视为股东与股东之间、股东与公司之间的合同。美国弗兰克·伊斯特布鲁克法官和丹尼尔·费希尔教授在其著作《公司法与经济结构》中系统地论述了公司合同理论,认为公司是由一组“明示”或“默示”合同组成的“合同束”(Nexus of Contracts)。^④ 虽然公司合同理论自其提出之时就遭到了猛烈批评,但时至今日,其在英美公司法学界的影响是非常巨大的,立法上逐渐认可公司章程契约说。英国《2006 年公司法》第 33 条第 1 款明确规定公司章程条款在其股东和公司之间具有“契约”(Covenants)效力。

公司合同论者通常认为,公司有关各方对于如何实现自己利益的最大化有着自己的理性,可以自由地形成他们的合同安排,公司法的作用在于通过提供一套标准形式的条款促进私人合约的订立。这些标准形式条款不应当是强制的,公司参与方可以自由地通过章程修正案将其“选出”(Opt Out)。^⑤ 激进的公司合同论者甚至主张法律不应干涉公司章程的内容,公司章程可完全取代公司法规范。但更多的学者在认同公司合同理论的同时,认为对公司章程“选出”公司法条款,需要进行一定限制,公司章程自治需要有一个边界。^⑥

一般说来,已注册公司(或称法人公司,Registered Company)有在什么时候通过特别决议修改其公司章程的法定权力,不能通过合同限制公司该项权力的行使,这一规则是由 Punt 诉 Symons 一案^⑦确立的。不过,公司虽有修改章程的自由权,但对于公司章程的修改,并非在任何情况下都有效。修改公司章程的自由需要受到两个限制:一是该修改必须为善意的^⑧(Bona Fide),二是该修改必须是为了公司整体的利益而不是滥用大股东地位的结果。为保障公司章程修改的善意和防止大股东滥用权利,在 Allen 诉 Gold Reefs of West Africa Ltd 一案^⑨中确立了法官的监督公司章程修改权(Power to Police Proposed Alterations of Articles)。

在判例法上形成了两种检验标准以认定某一行为是否构成善意地为了公司整体利益:即客观检验(Objective Test)和主观检验(Subjective Test)。客观检验是指由法官决定章程修改是否是为了公

^①根据英国《2006 年公司法》第 28 条的规定,在 2006 年前设立的公司无须变更其章程大纲中并将防御性条款转移到章程细则中,因为这些条款将自动被当作章程细则条款来对待。

^②根据英国《2006 年公司法》第 21 条和第 283 条规定,修改章程必须要代表不少于 75% 表决权比例的股东通过。

^③G. Leyshon & A. Overend, “The Companies Act 2006: Fully Implemented from 1 October 2009-Key Changes for Private Equity and Venture Capital Investors”, Osborne Clarke, November, 2009.

^④[美]弗兰克·伊斯特布鲁克,丹尼尔·费希尔:《公司法与经济结构》,罗培新等译,北京:北京大学出版社,2005 年,第 12-13 页。

^⑤See Lucian A. Bebchuk, “Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments”, *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, pp. 1820-1860.

^⑥朱慈蕴:《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理理念的融合》,《当代法学》2006 年第 5 期。

^⑦Punt v Symons & Co. Ltd. [1903] 2 Ch. 506.

^⑧这里的善意对应英文上的 in good faith,与传统大陆法系民商法理论中的“善意”含义不同,大陆法系“善意”的含义一般仅指不知情。

^⑨Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd [1900] 1 Ch 656.

司的整体利益;主观检验是指法官仅仅考虑投票赞成修改的股东是否相信他们是在为了公司整体最大利益而行事。^①这两种检验标准分别在 Sidebottom 诉 Kershaw & Leese Co Ltd^②(客观检验),以及 Dafen Tinsplate Co Ltd 诉 Llanelly Steel Co^③(主观检验)的裁判中得到最充分的体现。但随着司法实践的深入,法官们发现,适用客观检验有越俎代庖之嫌,因为只有股东是自身利益的最佳判断者,而法官不应当去代替股东判断一项章程修正案是否是善意地为了公司整体利益。所以,在 Shuttleworth 诉 Cox Brothers & Co. (Maidenhead), Ltd 一案^④中,英国普通法最终还是把主观检验当作判断章程修改是否是善意地为了公司整体利益的标准。对于何者构成大股东权利的滥用,Clemens 诉 Clemens Bros Ltd^⑤一案给予了充分展示。该案中大股东提议通过分配股权给其同伴董事及建立员工股份计划的方式增加公司资本,而该提议的实际影响是要将小股东的股份减少 20%。此举被法官视为大股东滥用权利并认定公司决议无效。因此,在英国普通法上,对基于大股东优势地位而做出的某些表面合法的行为,只要实质上损害了其他股东利益,就可以被认定为滥用大股东权利。对于修改公司章程的行为,该判例所确定的规则同样适用。

以上有关公司章程经典案例的判决,当然适用于对防御性条款的效力判断。因此,在英国法上,防御性条款除不能反强制性规定,^⑥未经允许剥夺股东法定权利以及施加股东义务外,还要遵循普通法上的善意地为了公司整体利益原则并不构成大股东权利的滥用。

(三) 小结

英国法上对防御性条款的法律效力的判断对我国未来相关立法和当下司法实务有着极大借鉴意义。然而毕竟中英两国之间法律体系和理念差异巨大,我们不能简单移植英国法上的制度,还是需要回到我国公司法框架下,通过研究现行法律规定和生效法律裁判,构建符合我国司法实践需要的防御性条款法律效力理论。

三、我国公司章程防御性条款法律效力的类型化分析

与英国不同,在我国公司法学界,公司合同理论不是主流观点,相应地,公司章程契约说也并非学界通说。我国《公司法》第 11 条规定:“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”据此,我国公司法学界普遍认为,公司章程是一种自治规范,即公司章程是在法律规定范围内基于股东全体意思表示达成,约束公司内部人员,赖以实现公司自治的“准法律”。^⑦当然,公司章程与法律之间的差别是极为显著的,对于全体公司成员而言,公司章程只是约束公司内部人员的“类法规范”。^⑧

由此可见,公司章程只能在公司法授权的范围内对涉及公司内部管理的事项进行自治。故而,依据现行法律规定和章程自治规范说,至少可以作出如下推论:需要通过强制性规范对公司章程自

①主观检验的原理有些类似于判断董事是否尽到谨慎义务时所采用的商业判断规则(Business Judgment Rule)。

②Sidebottom v Kershaw & Leese Co Ltd [1920] 1 Ch 124.

③Dafen Tinsplate Co Ltd v Llanelly Steel Co [1920] 2 Ch 124.

④Shuttleworth v Cox Brothers and Co. (Maidenhead), Ltd [1927] 2 KB 9.

⑤Clemens v Clemens Bros Ltd [1976] 2 ALL ER 268.

⑥比如依据英国《2006 年公司法》,防御性条款的制定或修改须经全体股东一致同意,若某防御性条款的制定或修改未经全体股东一致通过,则该条款无效。

⑦范健、王建文:《公司法》(第三版),北京:法律出版社,2011 年,第 203 页。

⑧姚彦吉:《公司章程的契约性与自治性》,《宁波大学学报》(人文科学版)2006 年第 1 期。

治作出一定限制,必须建立一套规则来审查公司章程条款的合法性,公司章程的内容不得违反强制性规范,具体来说,是指强制性规范中的效力规范。^① 根据以上推论,我国公司章程自治是存在边界的,公司章程的规定并不一定都具有法律效力,同样防御性条款的效力也要受制于公司法中的强行性规范。当然,这种粗线条的效力判断显然无法满足纷繁复杂的实践需要,故而需要尽可能地通过类型化的分析来深入探讨防御性条款的法律效力问题。^②

我国公司章程虽无英国公司法上有关章程大纲和章程细则的区分,但实践中我国公司在制定章程时,通常将章程划分为总则和分则两个部分。相应地,可以在总则中概括规定分则中哪些条款为防御性条款,也可以将分则中的具体条款设定为防御性条款。在我国公司法框架下,以下类型的章程条款可被视为防御性条款:(1)提高通过特别决议法定表决权比例;(2)增加特别决议事项;(3)除要求代表三分之二以上表决权股东通过外,还要求特定股东同意,才能通过特别决议;(4)对于区分不同类别股份的公司,规定通过特别决议还需特定类别股东同意。下面我们就对这几种类型的防御性条款的法律效力逐个进行分析。

(一) 提高特别决议事项法定表决权比例的防御性条款

前文已述及,公司章程条款若违反公司法强制性规定必然无效。我国《公司法》第43条第2款规定:“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”从表面上看,“必须”两字明示了该条款是强制性条款,因而不允许公司章程将表决权比例降低。但问题在于,如果公司章程提高特别决议事项的表决权比例,比如将表决权比例提高至四分之三、五分之四甚至更高,是否就违反了该条规定?对此,司法实务有两种态度。

一种观点认为,任何试图提高法定表决权比例的条款均无效。比如,在“某管理公司”案中,涉案公司章程规定,选举和更换执行董事、选举和更换股东代表出任的监事和公司增加或减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式、修改章程等,必须经全体股东通过。原告认为,该条款因违反公司法规定,诉请法院确认这些条款无效。审理该案的成都市武侯区法院认为,《公司法》^③第39条、第40条规定,股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式、修改公司章程作出决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。这两条是强制性规定,涉案公司章程要求以上事项决议经全体股东通过,违反了公司法强制性规定,因而确认该章程条款无效。

另一种观点则认可这种提高法定表决权比例条款的效力。在“米蓝公司案”中,上海市普陀区法院一审认为《公司法》^④第44条是强调了最低限度的要求——“三分之二以上表决权”的股东通过,如果公司章程中规定了超过公司法最低限度要求的表决程序的,应该是属于公司股东们在公司章程中自行约定的特别规定,这并未违反法律的强制性规定。最终,一审判决认可了特别决议事项须经全体股东一致通过的效力,二审上海市第二中级法院对此作出了几乎相同的解释,认可了一审法院的判决。而在“达沃斯公司案”中,公司章程规定,股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、

^①王保树:《从法条的公司法到实践的公司法》,《法学研究》2006年第6期。

^②由于公司初始章程系全体股东或发起人制定,充分体现了全体股东或发起人意志;而章程修正案是由一定比例多数决通过,因此章程修正案只是代表了大多数赞成修订章程股东的意志,无法体现反对股东的意志(钱玉林:《公司章程另有规定的检讨》,《法学研究》2009年第2期)。而实际上,对于防御性条款来说,因其无论是在初始制定章程还是后来在章程修正案中进行修改,均需得到股东全体一致同意,这一结论提示,考察公司章程防御性条款效力时,源于初始章程的防御性条款和源于章程修正案的防御性条款其法理基础是一致的,故而无需作出特别区分。所以,下文在讨论防御性条款的效力时,我们只讨论通过修改章程纳入的防御性条款的效力判断。

^③这里法院适用的是2005年修订前的《公司法》。

^④这里法院适用的是2013年修订前的《公司法》。

解散或者变更公司形式、修改公司章程所作出的决议,应由全体股东表决通过。两审法院均认为,公司章程是公司及有关人员的行为规范,对公司、股东具有约束力,公司、股东必须严格按照公司章程的规定行为,故而认可该章程条款的效力。类似的章程规定也出现在“中审公司”案中。北京市海淀区人民法院认为,从公司法的角度看,“中审公司”章程规定公司合并、分立、解散、变更公司形式、修改公司章程、股东退出或加入等应当由全体股东一致同意。以上事项系公司重大事项,公司法规定必须经代表三分之二以上表决权的股东通过,系对该类事项赞成票的最低限制,公司章程规定高于这一规定的,属当事人意思自治的范畴,应当具有法律效力。

从以上判决可以看出,司法实务对待提高章程修改法定表决权比例是有较大争议的。认可或不认可该防御性条款的效力的裁判理由都还不够充分。对此,我们认为,《公司法》第43条虽是强制性规定,但若公司章程提高特别决议事项的表决权比例,并不违反该条规定。

首先,本条规定“三分之二以上表决权”,不能按照司法实务中有些法院的做法,机械地将之理解为特别决议只能由三分之二以上表决权通过,公司章程不得在此基础上提高表决权比例,从而认定任何试图提高该表决权比例的章程规定都是无效的。因为,从文义解释来看,“以上”是要求通过特别决议的表决权比例必须高于或等于三分之二,那么提高该比例显然是符合该条文本意的。

其次,从比较法上的考察看,各国公司法中均规定了特别决议事项,并要求特别决议事项经特别多数通过。立法者认为特别决议事项对于公司来说至关重要,因而对这些重大事项的通过应十分慎重,规定比普通决议要严苛的特别多数比例正是慎重的一种体现。在德国和英国,需要代表四分之三以上表决权的股东通过才能通过特别决议事项,而在日本、美国和我国,这一比例是三分之二。无论三分之二、四分之三还是五分之四,均代表了特别多数。各个国家立法上要求不同比例的特别多数,都不影响一种朴素民主思想在公司实践中的表达,这也是公司资本多数决的内在要求。由于增加或减少注册资本,公司分立、合并、解散或者变更公司形式、修改章程等事项对公司及股东的意义重大,立法规定以股东会特别决议的形式作出决定,本意在于更好地保护多数股东的利益,避免控制股东利用简单多数的办法决定公司的重大问题。可见,该款是对大股东滥用权利通过重大事项决议的一种限制。所以,虽然我国《公司法》第43条为强制性规范,但如果公司章程提高修改公司章程的表决权比例,是为了防止对公司章程条款修改的轻率和对大股东滥用权利的限制,符合《公司法》第43条的立法本意,法律是不应当干涉的。因此,公司章程提高特别决议事项的表决权比例,并不违反强制性法律规定。

最后,还有观点认为,提高特别决议事项表决权比例将会显著降低公司的决策效率和决议通过的可能性。但应当注意到的是,特别决议事项的性质决定了其从被提出、审议到表决都是要慎重对待的,效率和通过率不能作为主要的考量对象。此外,公司章程防御性条款只是提高关乎公司存废兴衰的特别决议事项的表决权比例,并未提高所有决议事项的比例。从数量上讲,特别决议事项相对普通决议事项显然要少得多,在重大事项上多花时间和精力对公司的正常经营不会产生太大影响。

根据以上分析,防御性条款可以提高特别决议事项的表决权比例,这个比例可以提高到四分之三、五分之四甚至更高。可问题在于,公司章程能否规定,特别决议事项必须要全体股东一致同意?根据一些学者的观点,可能会得出否定意见。在这些学者看来,公司在长期的经营过程中,随着市场环境的变化,必须对其内部的治理规则进行相应的调整,如果要求股东一致同意方可进行,有悖于股东利益最大化的安排,最终将导致公司陷入僵局。^①但从逻辑上讲,全体股东一致同意是包含在超过

^①宋从文:《公司章程的合同解读》,《法律适用》2007年第2期。

三分之二以上比例中的。另外,如果股东在公司章程约定特别决议一致通过,在没有重大误解、欺诈、胁迫和乘人之危等事由的情况下,断然否定股东的这种意思表示,也是极不合理的。因此,如果防御性条款要求特别决议事项须经全体股东一致通过,应当认可其效力。

（二）增加特别决议事项的防御性条款

实践中,有些公司章程会增加特别决议事项,比如在上文提到的“中审公司”案中,该公司将股东的加入或退出也列为了特别决议事项,甚至还规定了“应当由董事会提请股东大会作出决议的其他重要事项”这样的兜底条款,而法院认为此系当事人意思自治的范畴,并认可了该条款的效力。笔者认为,从我国《公司法》第43条的理解来看,第2款列举的特别决议事项是法定不容更改或减少的,但增加特别决议事项是允许的。从各国立法上看,特别决议事项也并不完全统一,特别决议所包含的内容十分丰富,^①甚至有些国家还授权公司章程认定其他特别决议事项,立法上的列举不过是对过往经验的简单总结。考虑到特别决议事项对于不同类型、不同规模的公司来说可能并不一致,法律规定特别决议事项的本身是为了促使关乎公司利益的重大事项能够被慎重对待,因此如果某一事项对于该公司来说足够“重大”,那么该事项就可以被纳入公司章程规定的特别决议事项中。通过在公司章程中一一列举特别决议事项,或在无法明确预见哪些可能会成为重大决议的情况下规定兜底条款都应当被允许,法院不应当轻易宣布该章程条款无效。既然对股东们来说,某一事项足够“重大”并将之纳入章程特别决议事项中,通常情况下法官就不应当去干涉。诚如上文提及的英国法上的主观检验标准那样,法官不是商人,法官也不是当事人,法官不能越俎代庖,去主动考虑某一事项对于公司来说是否足够“重大”。当然,如果章程规定公司所有决议事项都为特别决议事项甚至要求所有决议都须经全体股东一致同意,显然背离了特别决议的目的并与公司资本多数决相冲突,在一定程度上使公司“退化”为合伙,此类条款的效力应当受到挑战。

（三）要求特定股东同意方能通过特别决议的防御性条款

当前,许多公司在设立或经营过程中会引入风险投资者或战略投资者,而这些投资者为保护自己的权益,通常会要求公司在增资进行再融资、其他公司合并和变更公司形式时经过己方同意。另外,有些股东为了维护自己的利益,为防止大股东滥用权利或出于掌控公司局势的考虑,可能会在制定公司章程时设置特定条款,赋予特定股东权利或对某些大股东施加义务,并要求这些条款的修改必须经该特定股东同意。这类防御性条款实际上是赋予特定股东对特别决议事项的一票否决权,其效力一般应予认可。理由在于:首先,公司章程虽非合同,但也是全体股东意思表示一致的产物,其对特别决议的约定通常应予遵守。其次,特定股东之所以愿意与大股东一起投资兴业,正是合理信任防御性条款的存在能够保护他们的利益。如果不经他们的同意,大股东可能很轻易就凑够三分之二以上多数表决权,从而在特定股东加入公司后通过修改章程废除这些条款,那么特定股东的权益保护就会落空。最后,对于这些赋予特定股东权利的条款,其修改必须得到其同意也与公司法上未经股东同意或法律强制,不得剥夺其固有利益的法理基础是一致的。同样,对于施加大股东义务的条款的修改需要特定股东同意,也是对特定股东利益的保护。因为一旦这些限制条款或义务条款被大股东通过修改章程废止,特定股东会失去章程赋予地赖以维护自身利益的武器。

当然,如果这种要求特定股东同意才能通过特别决议是将权利赋予了大股东,由大股东来决定能否通过特别决议,则除非查明制定章程或修改章程时其他股东基于对大股东能力、信誉的信任,自愿受制于大股东外,这种所谓的防御性条款一律无效。因为这些条款实际上已经违背了防御性条款

^①张民安:《公司股东的表决权》,《法学研究》2004年第2期。

保护特定股东利益的初衷,反而演变为大股东滥用权利以掌控公司的利器。

尤其值得提出的是,中共十八届三中全会提出要对转制后的重要国有传媒企业探索实行特殊管理股制度,这意味着转制后的国有传媒企业的股权结构将会发生重大变化,由目前的国有股“一股独占”或者“一股独大”转变为多元化、分散式的股权结构。设置特殊管理股是通过特殊股权结构设计,使创始人股东(原始股东)在股份制改造和融资过程中有效防止恶意收购,并始终保有最大决策权和控制权。特殊管理股“特殊”在其具有一票否决权或多个表决权。该特殊管理股的性质与英国、比利时、马来西亚、新加坡等国在国有企业改制中出现“金股”(Golden Share)相类似。“金股”赋予国有股东以否决权,便于国有股东在重大事项上更好地实现其控制权,有一定法政策意义上的考量。未来,转制后的重要国有传媒企业完全可以在其公司章程中规定,特别决议事项须经特定股东(如具有国资背景的股东)同意方能通过,以保障国家对重要国有传媒企业经营、决策的控制。如果这类条款的制定确实是经股东真实意思表示,依据上文分析,该类条款的效力应予认可;若查明其他股东系出于特定股东或特定机关(如国资部门)的压力被迫制定该条款,依据上文分析,该类条款一般应不具有法律效力。然而,如果这种压迫并没有达到使其他股东完全丧失反对该类条款的自由时,从法政策角度上讲,这种条款的出现仍是在维护国有股东的控制权,效力可以被认可。

(四) 规定特别决议的通过需特定类别股东同意的防御性条款

英国公司法中有分类投票(Class Voting)制度。分类投票是指在公司发行在外的股票是分成类别的情况下,为了达到特定目的,由各类别股作为独立单位进行投票的一种方式。采取这种方式投票通过一项决议,必须得到各类别股中各自多数股权持有者的同意。^①前文曾有提及,在发行不同类别股份的公司中,规定某些章程条款的修改需要某类股东的同意的条款在英国被视为防御性条款。我国现行公司法虽未直接规定分类投票,但却为类别股的发行预留了制度空间。《公司法》第131条规定:“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份,另行作出规定。”我国的公司目前所发行的股票主要是普通股,但股份种类的多元化在今后是必然趋势。目前,国务院已经颁布意见开展优先股试点。虽然目前该试点主要针对公众公司,类别股的创新也局限于优先股,但随着实践的需要,各种形式、内涵丰富的其他类别股必将产生并为法律所确认,适用范围也必将从公众公司扩展至普通的股份公司。在今后我国包括优先股在内的类别股制度建立后,公司完全可以发行不同类别的股票(这里不限于公众发行),如果公司章程要求对特别决议事项除要求出席会议股东所持表决权的三分之二以上通过外还需要特定类别的股东同意,这种规定的效力一般应予认可。这是因为,设置类别股是股东平等原则的需要,股东的平等应反映在实质平等上,只有处在相同地位上的股东才应被同等对待,出于不同地位上的股东应该差别化对待。类别股的设置是根据股份的不同性质、内容分成若干类别,体现了不同地位股东的不同需要。因此,类别股虽然看似造成了股东之间的不平等,但确是股东平等原则的真实反映。^②那么,公司章程规定在特别决议事项还要求类别股股东同意才能对通过特别决议是合情合理的,否则某些特别决议事项有可能会损害部分类别股股东的权益。不过,对于此类防御性条款的效力认定也要具体分析,不能一味认定其效力,否则,会导致不合理的局面出现。

^①沈四宝:《西方国家公司法原理》,北京:法律出版社,2006年,第260页。

^②葛伟军:《论类别股和类别权》,王保树主编:《商事法论集》(2012总第21卷),北京:法律出版社,2012年,第331-332页。

四、结语

有人可能会认为,本文第三部分第(一)至(三)项的类型化分析都建立于有限公司制度框架下,而一旦将这些理论引入股份公司,会导致整个理论体系的崩塌。一个最明显的例证是,《公司法》第103条并未授权股份公司的章程对公司决议的议事方式和表决程序另行规定。这意味着,仅从法条规定上看,股份公司章程不能对特别决议事项作出任何有别于公司法的规定。按照这种理解,以上类型的防御性条款在股份有限公司框架下都将归于无效。诚如有的学者提到的那样,强制性规则不能仅以其表象性标志进行判断。在分析公司章程条款效力时,要注意“揭开法条的面纱”,不能仅仅依据法条表面的文字来判断是否是强制性规则。^①对于公司法规范性质的讨论如果仅局限于僵化的字面含义分析,而不去深究其内涵,可能会导致对规范本质的误解。《公司法》第103条虽有“必须”二字,但只是表明特别决议事项只能由出席会议股东所持表决权的三分之二以上多数通过,而并非限定特别决议事项的种类以及禁止提高通过特别决议的表决权比例等。如今有限公司和股份公司之间的差异已经越来越小,除可能在股东人数上略有不同外,现代公司组织形式之间的差异更多的体现在能否公开发行股票上,^②而这在本质上是非公众公司重人合性与公众公司(含上市公司及股票在新三板交易的股份有限公司)重资合性的体现。2005年《日本公司法典》中,废止了有限责任公司形式,对股份有限责任公司和有限责任公司进行了整合,统一规定为股份公司,在公司法现代化过程中迈出了重要一步。这一公司组织形态的变革正是对于世界公司组织形式未来发展走向的敏锐把握。在我国,越来越多的学者在研究中逐渐淡化有限公司与股份公司的差异,甚至呼吁公司法取消有限公司和股份公司的划分,只区分公众公司和非公众公司。由于防御性条款的可执行性强^③、具有公开性^④等特点,决定了其在适用上具有极大的特殊性。关键在于其制定和修改都需要全体股东一致同意,显然在股东动辄数以万计甚至十万计的公众公司中,防御性条款的适用需要与非公众公司进行区别对待。因此,对防御性条款效力的讨论,重点不在于区分有限公司和股份公司,而在于关注公众公司和非公众公司之间的差异。在非公众公司中,上述对防御性条款的类型化分析理论基本可以适用。而公众公司在我国均由股份公司“进化”而来,由于通过修改章程添加防御性条款必须全体股东一致同意,公众公司“进化”后通过修改章程添加防御性条款已基本不可能,但其公司章程中仍有可能存在“进化”前的防御性条款。对于要求全体一致同意才能通过决议的防御性条款,考虑到公众公司几乎无法就某一事项达成一致意见,此种类型的防御性条款在公众公司章程中应属无效。而对于公众公司反收购中常见的绝对多数条款、分期分级董事会条款,章程提高修改这些条款的法定表决权比例,属当事人意思自治范畴,亦没有强行法禁止,故仍属有效。^⑤如果公众公司章程中还存在要求特定股东同意才能通过特别决议之类的防御性条款,考虑到设立这些条款的初衷在于保护特定股东权利和施加大股东以义务,与通常意义上的公众公司一股一票,同股同权的基本法理相违背,而设立这些条款的目的可以由有关公众公司(尤其是上市公司)的法律规则辅助实现,因而在公

①蒋大兴:《公司法的展开与评判》,北京:法律出版社,2001年,第337-339页。

②当前,除上市公司外,我国的股份公司和有限公司在许多方面都逐渐趋同。

③L. Kumar, “Company Bill, 2012—What Is in Store for Private Equity Investors”, *CLA*, vol. 114, 2013, pp. 230-232.

④R. Cheung, “The Use of Statutory Unanimous Shareholder Agreements and Entrenched Articles in Reserving Minority Shareholders’ Rights: A Comparative Analysis”, *Company Lawyer*, vol. 29, 2008, pp. 234-241.

⑤关于上市公司反收购中防御性条款的适用,参见王建文、范健:《论我国反收购条款的制度规制》,《河北法学》2007年第7期。

众公司中,此类防御性条款应属无效。对于增加特别决议事项,我国《公司法》并未禁止,而《上市公司章程指引》中已经授权公司章程对此另行规定,故而此类防御性条款的效力一般应予认可。当然,由于公众公司涉及到广泛的公共利益,公众公司章程条款增加特别决议事项已不是简单的“商人自己的事”,法官在判断该类条款的效力时,应当关注普通投资者的利益诉求,适当积极介入,并可借鉴英国法上的“善意地为了公司整体利益原则”,结合个案综合考虑各种因素后甄别该类条款是否损害了普通投资者的利益,并进而判断该类条款的效力。

综上所述,我们可以对我国法律框架下防御性条款的法律效力作一个简单概括:防御性条款不得违反法律强制性规定,不得构成大股东滥用权利或损害其他股东利益,不得未经其他股东允许施加其义务或剥夺其固有权。在非公众公司中,凡涉及提高通过特别决议法定表决权比例、增加特别决议事项,要求特别决议通过还需得到特定股东同意,在发行不同类别股中,要求其他类别股东同意才能通过特别决议等类型的防御性条款,其效力一般予以认可。在公众公司中,要求特别决议事项由全体股东一致同意或要求特定股东同意才能通过的防御性条款一律无效,而对于提高通过特别决议法定表决权比例、增加特别决议事项,在发行不同类别股中,要求其他类别股东同意才能通过特别决议等类型的防御性条款,其效力应予认可。当然,以上理论不可能囊括司法实践中纷繁复杂的案件,法官还是应在个案中结合现行法律规定和公司法基本原理具体问题具体分析,以期实现对相关案件公正合理的裁断。

防御性条款的广泛运用必然会对我国已有的公司实践和商事司法实务产生重要影响。未来,防御性条款的适用将不仅仅针对大股东或其他掌握优势地位的股东,还将在包括限制股权转让、反收购、公司控制权的争夺、公司治理、高管人员责任追究与豁免、盈余的分配与管理等等重要领域中发挥巨大作用,无论大股东还是小股东、有表决权股东还是无表决权股东、普通股东还是类别股东都可以利用防御性条款维护自己的权益,也都有可能成为防御性条款的适用对象。从理论上充分挖掘防御性条款的制度价值与内涵并为司法实务中慎重处理相关纠纷提供学理支撑,并进而推动该制度的法律完善,将是公司法领域一个新的热点。

(责任编辑:蔡道通)

The Validity of Entrenched Provisions of the Articles of Association

WANG Jian-wen, SUN Qing-bai

Abstract: Company Act 2006 of UK includes entrenched provisions of the articles. As a way of protecting the rights and benefits of certain shareholders, entrenched provisions have different types. Within Britain's law, entrenched provisions cannot violate mandatory rules, deprive shareholders of their statutory rights or burden them with obligations without prior consent. In addition, entrenched provisions should be made for the benefit of the company as a whole. Within China's law, entrenched provisions can be widely used. Based on the law and relevant cases, the validity of entrenched provisions can be analyzed into different types.

Key words: entrenched provisions; articles of association; mandatory rules; voting rights