

论特定股东同意型防御性条款 的规制模式与法律效力^{*}

王建文

(南京航空航天大学人文与社会科学学院 江苏南京 211106)

摘要: 在国有企业混合所有制改革及民营企业普遍面临实际控制人变更的背景下,有必要对公司章程中特定股东同意型防御性条款展开深入研究。此种条款可以辅助我国国有企业混合所有制改革的推进,藉此实现国家对特殊公司的控制,并激发民间投资者积极参与混合所有制改革。除了应用于国有公司及政府参股公司外,特定股东同意型防御性条款在我国私营企业中也具有广阔的适用空间。特定股东同意型防御性条款有其内在的法理基础,应依法确认该制度的合法性。从法律适用的解释论角度,特定股东同意型防御性条款也有制度依据,故应肯定其法律效力。不过,特定股东同意型防御性条款法律效力的认定不能一概而论,应当根据不同情形区别对待。

关键词: 防御性条款; 公司法; 规制模式; 公司章程; 法律效力

中图分类号: DF411.91

文献标识码: A

文章编号: 1005-9512-(2017)03-0115-08

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.03.009

一、问题的提出: 特定股东同意型防御性条款的现实需求

自 20 世纪 90 年代以来,知识经济的兴起促使全球掀起新一轮的产业革命。以计算机、互联网、大数据等为依托的高新技术企业正在以惊人的速度崛起,其中一些掌握高新技术或拥有创新商业模式的公司之所以能够迅速发展起来,源源不断的资金支持是极为重要的原因之一。初创企业所需庞大资金很少来自于以发行股票或债券实现融资的公开资本市场,私募基金在企业的发展壮大中扮演了举足轻重的角色。不过,公司引入私募基金的同时,私募基金为保护自己的权益,通常会对公司提出各种要求,切实保障自己的投资权益,“同意权”条款是投资者最常使用的工具。例如,投资者会要求公司通过增资方式进行下一轮融资、与其他公司合并和变更公司形式时必须经过己方同意,或者对于公司经营收益的分配要有迥异于我国《公司法》一般规定的特殊安排等等。专业的投资者对于公

作者简介: 王建文,南京航空航天大学人文与社会科学学院院长、教授、博士研究生导师,法学博士。

^{*} 本文系国家社科基金一般项目“公司章程防御性条款法律效力研究”(项目编号: 14BFX077)研究成果。

司的控制权并不十分在意,因为他们获取利益的主要途径是通过分散化的投资,为目标企业提供资金支持和增值服务,最后通过股权转让(对内、对外转让股权或由公司回购)和上市等渠道收回投资并获取巨额收益。与这些专业投资者相对应的是公司的创始人(原始股东),他们希望通过吸纳外部投资扩大公司生产经营规模的同时还能维持对公司的控制。^①

为实现投资者与创业者之间对财产收益和控制权的偏好,投资者与创业者、被投资企业之间可以通过订立合同来实现他们所欲达到的目的,然而以合同形式作出一些具有“创新性”内容的特殊安排在我国当前偏保守的司法实务语境下具有很大的不确定性。相比较而言,作为公司的自治规范,我国司法实务对待章程自治的态度要比契约自治更加宽松。类似的安排出现在章程之中要比出现在合同之中更能得到法院的认可。因此,为了维护自身利益,防止某些股东滥用权利、获得公司控制权或满足财产分配的特殊需要,股东选择在章程中达成反映其投资偏好或不同需求的条款(如反稀释条款、表决权分配条款、否决权条款)更为明智。这些条款可赋予特定股东对股东会表决事项的绝对控制,实际上是赋予特定股东对特别决议事项的“一票否决权”,笔者称之为特定股东同意型防御性条款。

特定股东同意型防御性条款是防御性条款的一种类型。英国《2006 年公司法》确立的防御性条款(provision for entrenchment)制度,^②从公司章程修改角度切入,以实体和程序规定强化公司章程的修改难度,从而在一定程度上达到维护股东利益(尤其是非控制股东)的目的。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。英国法上的防御性条款拟定除不能违反强制性规定,未经允许不得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义务,须有利于维护公司整体利益。防御性条款在我国法律框架下有较大适用空间,但目前我国学界对于英国《2006 年公司法》的研究主要还局限于介绍,尚未深入到具体制度的分析,关于防御性条款制度的研究基本付之阙如。因此,有必要对防御性条款展开系统研究,为我国司法实务中出现的一些亟待解决的新问题提供法理上的支撑。

在我国国有企业混合所有制改革及民营企业普遍面临实际控制人变更的背景下,特定股东同意型防御性条款是具有很高实践价值的制度工具。^③此种条款赋予持股比例不占优势的个别股东对公司重大决策事项的一票否决权,目的均在于遏制控制股东的滥权行为,保障特定股东在公司的“话语权”。然而,作为公司章程自治的产物,特定股东同意型防御性条款在我国既缺乏法律的明确规定,也因尚未被广泛采用而缺乏必要的实践经验,我国理论界与实务部门对其法律规制模式及法律效力都存在模糊认识,因而有必要对其展开系统研究,以期合理确立特定股东同意型防御性条款的法律规制模式,并对其法律效力的判断标准达成必要共识。

二、确认特定股东同意型防御性条款规制模式的基础:基于金股制度演进的内涵阐释

特定股东同意型防御性条款脱胎于金股制度,或者说系由金股制度演进而来,故为确认特定股东同意型防御性条款规制模式,应基于金股制度的演进阐释特定股东同意型防御性条款的内涵。

(一) 金股在欧洲的实践及其合法性受到的批评

金股又称“特别股”(special share)或“特别权利股”(special rights share),其功能在于赋予特定股

①参见朱慈蕴、沈朝晖《类别股与中国公司法的演进》,《中国社会科学》2013 年第 9 期。

②对于 provision for entrenchment 或 entrenched provision,目前国内有两种译法。一种译法是“刚性条款”(参见葛伟军译《英国 2006 年公司法》,法律出版社 2008 年版,第 12-13 页)。后一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,北京大学出版社 2012 年版,第 164 页)。后一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,笔者倾向于将之译为“防御性条款”。

③参见王建华、孙清白《论公司章程防御性条款的法律效力》,《南京师范大学学报(社会科学版)》2014 年第 5 期。

东否决公司决议或强令公司就特定事项做出决议的权利,并借此达到控制公司的目的。金股的持有者通常是政府,而各个国家通常都认为政府在理论上不应当成为公司的股东。因此,金股的持有者也被称为“特别股东”(special shareholder)。由于金股在维护政府对私有化公司的控制方面发挥了巨大作用,上世纪80年代,法国、葡萄牙、比利时等欧盟国家先后借鉴英国的金股制度辅助本国的国企私有化改造。金股股东拥有不少特殊权利,这些权利可以让金股股东为了自己的利益而阻止或驱使公司通过特定决议,有些时候甚至可以牺牲其他股东利益。这些特殊权利包括限制股份收购权、董事任命权、否决公司重要决策权、限制外国董事数量权。^④ 凭借这些权利,金股可以帮助政府实现很多依靠行政命令无法有效实现的目的,比如防止敌意收购和重新设定公司股权架构。金股制度的广泛应用曾为许多国家国企私有化工作的顺利推进作出不可磨灭的贡献,金股制度的建立在一国立法和司法主权内部也不会有任何障碍。然而,在全球消除投资和贸易壁垒的大环境下,当金股制度跨越国界,被置于区域一体化经济组织和全体经济组织法律框架内时,其合法性基础就可能要受到动摇。至少在欧盟法律体系内,金股制度的合法性基础已发生动摇。

欧洲很多国家都曾允许金股存在,然而金股制度在欧洲却因违背欧盟基本法律原则正逐渐衰落。自1957年《建立欧洲经济共同体条约》与《建立欧洲原子能共同体条约》两个条约在罗马签订以来,欧共体(即后来的欧盟)内部已形成了大量的共同体条约,这些条约确定了欧共体成员国应当履行的共同体义务(community obligations)。由于欧共体成员国法律体系上的不统一,欧共体各成员国的国内法难免与他们需要承担的共同体义务相冲突。在1964年“Costa v. E. N. E. L. 案”中,^⑤欧洲法院认为,当欧共体法律与成员国的国内法直接冲突时,欧共体法律具有优先适用的效力。该案确立了欧共体法律高于成员国法律的基本原则。欧共体最重要的基础性法律文件即《建立欧洲共同体条约》(Treaty Establishing the European Community)禁止利用限制性措施对资本流动自由(free movement of capital)和开业自由(freedom of establishment)加以妨碍(也有例外)。^⑥ 早在20世纪90年代中期,欧盟委员会就认定金股制度因侵害了欧盟内部资本流动自由和开业自由而与《建立欧洲经济共同体条约》格格不入。^⑦ 因此,在欧盟范围内,金股制度的合法性不断受到挑战。在2000年到2004年,欧洲法院判决了六件有关金股的案件,即“欧盟委员会诉意大利案”(Case C-58/99, Commission v. Italy)、“欧盟委员会诉比利时案”(Case C-503/99, Commission v. Belgium)、“欧盟委员会诉法国案”(Case C-483/99, Commission v. France)、“欧盟委员会诉葡萄牙案”(Cases C-367/98, Commission v. Portugal)、“欧盟委员会诉英国案”(Case C-98/01, Commission v. United Kingdom)及“欧盟委员会诉西班牙案”(Case C-462/00, Commission v. Spain)。上述案件中的被诉国都被判定通过金股制度限制了潜在的外国投资,而这一系列案件的判决使得金股制度在欧盟内部的合法性出现危机。

有关金股制度影响最为深远的判决是2007年“欧盟委员会诉德国案”(Case C-112/05, Commission V. Germany)。为避免大众汽车公司被外国投资者收购,维护德国国家利益,原联邦德国于1960年颁布了《大众汽车法》(VW - Gesetz)。根据该法规定,大众汽车公司总部所在地的下萨克森州(Niedersachsen)政府对大众汽车公司拥有绝对控制权:大众汽车公司任何股东,不论其持有的股份是多少,所享有的投票权都不能超过20%;只要拥有20%的投票权,就能否决公司的重大决定;作为大

^④Christine O'Grady Putek, Limited but not Lost: A Comment on the ECJ's Golden Share Decisions, 72 Fordham L. Rev. p. 2222.

^⑤Case 6/64, Costa v. E. N. E. L., 1964 E. C. R. 585.

^⑥《建立欧洲经济共同体条约》确立了欧共体范围内的四个基本自由:商品流动自由(free movement of goods);人员流动自由(free movement of persons);服务流动自由和开业自由(free movement of services and freedom of establishment);资本流动自由(free movement of capital)。

^⑦由于开业自由涉及企业的新设和管理,还包括成员国在其它成员国境内设立办事处、分支机构和子公司等,这些事项都与投资紧密相关,故而开业自由常与资本流动自由联系在一起,因此,侵害其中一种自由的行为也常会被认定为侵害到了另外一种自由。

众汽车公司的特殊股东,德国联邦政府和下萨克森州政府在大众汽车公司的监事会拥有至多 4 个席位。这些规定一方面保留了德国政府对大众汽车公司的控制权,另一方面也对外国投资者收购大众汽车公司构成了实质性障碍。作为大众汽车公司私有化之后政府维持其影响力的重要手段,《大众汽车法》在颁布后的约 40 年里并未引起太大波澜。然而,进入 21 世纪后,随着欧盟消除区内贸易保护主义和促进投资自由化进程的推进,《大众汽车法》因涉嫌阻碍欧盟成员国内部的资本自由流动(《建立欧洲经济共同体条约》第 56 条)受到欧盟委员会的公开批评。自 2000 年以来,欧盟委员会与德国就《大众汽车法》是否违反欧盟单一市场有关资本流动自由的要求一直争论不休。欧盟委员会于 2001 年开始着手针对《大众汽车法》展开前期调查并于其后向德国政府提出修改《大众汽车法》的要求。2004 年 10 月,因德国政府拒绝修改《大众汽车法》,欧盟委员会宣布将向欧洲法院提出起诉,强迫德国修改《大众汽车法》。当时大众汽车公司总部所在地即德国下萨克森州的州政府是该公司最大股东,持有 18.2% 的股份,基本上等于拥有对公司重大决定的否决权。2005 年,欧盟委员会与德国正式对簿公堂,双方围绕《大众汽车法》是否妨害了资本自由流动从三个层面展开了争论。最终,欧盟最高法院判决,德国并没有尽到《建立欧洲经济共同体条约》第 56 条设定的促进资本自由流动的义务,德国政府应当对《大众汽车法》相关条款进行修改。^⑧ 该判决几乎宣告了金股制度在欧盟法律框架内的死亡。

不过,金股制度在欧盟的衰落并不意味着该制度在欧盟成员国内部不得适用。事实上,金股在欧洲许多国家(包括欧盟成员国)仍被大量使用,金股的表现形式也日趋多样化。在个别国家(如英国),金股制度的适用范围还被扩展,不仅国家可以成为金股的持有者,民间投资者之间也可以通过自由协商创设金股,甚至普通股在特定事项的表决上也能发挥与金股一样的作用。当然,在此种意义上的金股制度已超越了金股制度的一般内涵,逐渐演变为特定股东同意型防御性条款制度。

(二) 特定股东同意型防御性条款的法律规制基础:与金股制度比较的特殊性

特定股东同意型防御性条款与金股制度十分相似,二者均赋予持股比例不占优势的个别股东对公司重大决策事项的一票否决权,目的均在于遏制控制股东的滥权行为,保障特定股东在公司的“话语权”;不过,二者之间也具有明显的差异。

其一,特定股东同意型防御性条款与金股制度的适用范围不同。金股制度诞生于国企私有化改革的大背景下,主要适用于国有控股或参股公司,而特定股东同意型防御性条款的适用范围非常广泛,除了个别公司无法适用外,只要全体股东协商一致,特定股东同意型防御性条款可以出现在任何公司的章程之中。

其二,金股制度是由法律明确规定并强制适用的法律制度,不存在当事人之间的自由协商,而特定股东同意型防御性条款完全是股东协商一致的产物,不存在法律强制适用的情形,既能实现股东的意思自治,又能缓和股东之间的矛盾。

其三,金股制度的保护对象通常为政府(或代替政府履行出资人职责的主体),主要目的在于维持政府对特殊公司的控制,以维护国家利益并防止外国投资者收购,而特定股东同意型防御性条款的保护对象并无限制,无论政府或民间投资者都可以借助该类防御性条款保护自身权益,并在持股不占优势的情况下握有公司重大事项的最终决定权。

其四,金股股东既享有对公司重大事项的否决权,又可强令公司就特定事项作出决议,而特定股东同意型防御性条款只赋予特定股东对特别决议事项的“一票否决权”,无法强迫公司形成某项决议。

显然,特定股东同意型防御性条款比金股制度具有更为优越的制度价值。此外,因为金股制度一

^⑧以上内容均依据 Commission V. Germany 案的判决整理。参见 JUDGMENT OF 23. 10. 2007 — CASE C — 112/05。

般通过立法确立,而我国法并未确立金股制度,所以金股制度在我国存在法律效力的不确定性,应当慎用。基于此,在我国推进国有企业“混合所有制”改革进程中,^⑨应鼓励企业积极利用特定股东同意型防御性条款,以章程自治方式实现金股制度的部分功能,并作更为灵活的创新性利用。^⑩

除了应用于国有公司及政府参股公司外,特定股东同意型防御性条款在我国私营企业中也具有广阔的适用空间。家族企业创始人和继承人、创新型公司创始人和投资者、普通公司的小股东或其他有特殊需要的股东都可借助特定股东同意型防御性条款实现不同利益诉求,因而该制度具有较高的适用价值。

至于是否有必要在我国《公司法》中对特定股东同意型防御性条款作明确规定,笔者认为,不妨基于公司章程自治的我国《公司法》立法精神,通过公司实践及司法实践对特定股东同意型防御性条款的法律规制模式予以检验。就目前而言,完全可以通过法律解释解决特定股东同意型防御性条款的法律适用问题。若实践中发现认识分歧太大,确有必要通过立法统一认识和裁判标准,则可以在以后我国《公司法》修改时对此作明确规定。

三、特定股东同意型防御性条款合法性判断:法理依据与制度依据

(一) 特定股东同意型防御性条款的法理依据

由于特定股东防御性条款的存在,股东会特别决议的通过被置于特定股东的控制之下,其法律效果是特别决议事项虽经股东会代表三分之二(或更高比例)以上表决权比例的股东通过,但若未经防御性条款指定的特定股东同意,则该议案仍不能成为股东会有效决议。虽然特定股东同意型防御性条款的制度目的,并非在于让受该条款保护的特定股东有权不经过其他股东同意而径行通过特别决议,只是在法定特别决议基础上附加特定股东同意作为决议通过的必要条件,使得特别决议事项的通过变得更难,但这仍无法打消人们对特定股东同意型防御性条款合法性的疑虑。毕竟,将公司特别决议的通过置于个别股东的控制之下,有违背集体决策的嫌疑,且容易加剧股东之间地位上的不平等。

不过,特定股东防御性条款的合法性基础可从法经济学角度得到合理的解释。股东的表决权应与股东在公司中能够获取的剩余利益(residual interests)相匹配,剩余利益的相等份额必须对应相同的表决权重。如果股东的表决权与其剩余索取权不成比例,则股东无法获得与其努力所带来的等同于其表决权比例的利益份额,也无须按其表决权比例承担可能造成的损失,利益与风险机制的缺失会导致股东在行使表决权时无法作出理想的选择。^⑪以上理论将股东定位为公司剩余利益的索取者,并把剩余利益索取权与表决权牢牢捆绑在一起,可谓传统股权价值理念的经典阐述。剩余利益索取权主要包括股东对公司的利润分配权和剩余财产分配权。然而,随着公司实践的发展,公司利润分配以及当公司解散、破产时的剩余财产分配已不严格按照股东的出资比例进行,在不同股东之间可能会有先后顺序。即使各股东之间分配顺序相同,不同股东之间的分配比例也可能会有所不同。世界上大多数国家的公司法都允许公司(特别是有限责任公司或封闭型公司)以股东协议或公司章程的形式,对公司的利润分配和剩余财产分配作出不按出资比例或持股比例进行分配的约定。由于股东所持表决权通常与股东出资比例或持股比例挂钩,而当利润分配和剩余财产分配不按照出资比例或持股比例进行时,股东的剩余利益索取权就会与股东持有的表决权分离。在此背景下,不同股东能够索取到的剩余利益的相等份额就会带有不同的表决权重。从传统股权价值理念的角度来看,当表决权

^⑨冯果、杨梦:《国企二次改革与双层股权结构的运用》,《法律科学》2014年第6期。

^⑩吴越:《国企“混改”中的问题与法治追问》,《政法论坛》2015年第3期。

^⑪[美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,罗培新等译,北京大学出版社2005年版,第82页。

与剩余索取权发生分离后,股东无须按其表决权比例承担可能造成的相应损失,将导致利益与风险机制的缺失,从而使得股东在行使表决权时无法作出理想的选择。因此,必须要有有效手段限制那些持有的表决权与其剩余利益索取权不相称的股东不负责任地行使表决权的行爲,特别是对那些在表决权行使上占优但在剩余利益索取上劣后或持有的表决权大于剩余索取权所应对应表决权的股东而言尤其应当如此。由于此类股东随意行使表决权的行爲可能会侵害到其他股东的权益,有必要通过特定股东同意型防御性条款对其他股东进行保护。

此外,受特定股东同意型防御性条款保护的特定股东之所以愿意与其他股东一起共事,正是出于信任此种条款的存在能够保护他们的利益。如果特定股东同意型防御性条款无法发挥其应有的作用,其他股东可以凭借三分之二以上多数表决权通过本应受特定股东同意型防御性条款约束的特别决议,则特定股东的权益保护就会落空,其合理信赖无法得到保护。

(二) 特定股东同意型防御性条款的制度依据

一般而言,如果特定股东同意型防御性条款系由全体股东基于真实意思协商制定,且用于保护小股东或其他有特殊利益需求的股东,则该条款的效力应当予以确认。

首先,特定股东同意型防御性条款符合关于公司章程自治的我国《公司法》规定及立法精神。股东行使表决权的一般原则可以概括为“一股一票”和“资本多数决”,但公司法一般允许公司基于公司章程自治原则,在公司章程中对股东会表决权行使另作规定。对此,我国《公司法》第 42 条规定“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”该条文赋予特定股东“一票否决权”就是公司章程另有规定的一种表现。不过,我国《公司法》未明确赋予股份有限公司表决权行使的章程自治权,故理论界与实务部门都对股份有限公司章程变更法定表决权行使方式的法律效力存在认识分歧。例如,阿里巴巴集团创造的独特的管理层选任制度,使得“合伙人”取得了公司的控制权,而这与传统的股东本位理念相冲突,并直接导致阿里巴巴集团在谋求上市时屡受波折。^⑫对于阿里巴巴集团的“合伙人”制度,赞同者视之为制度创新,反对者称之为“离经叛道”。当然,对于公司章程中类似条款的法律效力,除非有法律的明确授权,否则都应基于个案判断,若超出了公司章程自治的边界,则应对其法律效力作否定性判断。例如,若公司章程关于股东表决权的方式根本性地剥夺了中小股东的表决权,使公司被个别股东绝对控制,就应基于公司法人格维护的要求,^⑬对该条款法律效力作否定性判断。

其次,特定股东同意型防御性条款未违反我国《公司法》、《合同法》等法律、行政法规的强制性规定。公司章程虽非合同,但也是全体股东共同意思表示的产物,特定股东同意型防御性条款是对股东会特别决议的特别规定,其效果在于让股东会特别决议的通过变得更难。尽管这种章程规定会导致某些股东会决议难以作出,但因为条款既未违反我国《公司法》、《合同法》等法律、行政法规的强制性规定,也不存在我国《合同法》第 52 条所规定的其他导致合同无效的事由,所以不应否定其法律效力。即使特定股东同意型防御性条款的存在导致股东会特别决议更难通过,但这原本就是公司章程制定时制定者应当预见的情形,那就是股东应当承受的法律后果。

四、特定股东同意型防御性条款法律效力的司法适用

从公开披露的案件来看,目前我国一些法院对待特定股东同意型防御性条款的态度比较宽容。

^⑫参见周珺《论股东本位——阿里巴巴公司“合伙人”制度引发的思考》,《政治与法律》2014 年第 11 期。

^⑬参见范健、王建文《公司法》(第四版),法律出版社 2015 年版,第 210—213 页。

在“张某诉沈某等决议效力纠纷案”中(该案中的沈某、鲍某、张某三人均为本案被告)^⑭,涉案公司章程第15条规定“股东会的议事方式和表决程序以《中华人民共和国公司法》的有关规定进行。”该公司章程第21条第4项规定“以下事项必须经沈某、鲍某、张某三人一致表决同意:一、董事的选举;二、公司章程的修改;三、审议批准公司年度财务预算、决算方案;四、公司增加或减少注册资本;五、股东向股东以外的人转让出资作决议;六、对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算作决议。”该条即属特定股东同意型防御性条款,意在赋予沈某、鲍某和张某对公司重大决策事项享有一票否决权。2008年5月20日,在未经原告张某同意并未通知原告参加清算的情况下,五位被告签署公司清算报告,并作出终止经营、解散公司的股东会决议。原告张某认为被告的上述行为,侵犯了其自益权及财产权,故向法院起诉要求确认2008年5月20日的股东会决议无效。一审法院认为,该公司章程系原、被告双方真实意思表示,内容不违反法律规定,依法成立生效,对原告和五位被告均有拘束力。该公司章程第21条第4项第六目中已经约定对公司合并、分立、变更公司形式以及解散和清算作决议必须取得沈某、鲍某、张某三人一致同意,而五位被告在作出该有限公司解散、清算时,既未告知原告公司须解散并进入清算程序,亦未通知原告实际参加清算,故该清算报告及股东会决议均非原告的真实意思表示,现原告对清算报告和股东会决议又不予以追认,故五被告的行为明显违反了公司章程的约定,侵犯了原告的合法权利。据此一审法院认定2008年5月20日的股东会决议无效。在该案中,涉案公司章程要求股东会作出特定事项的决议必须经过三位特定股东的同意,系典型的特定股东同意型防御性条款。争议双方并没有对该条款的合法性提出异议,法院判决也并未对该条款的合法性进行讨论,而是径行在判决中引用该条款作为被告行为违法的依据,从而间接认可了该条款的效力。

不过,特定股东同意型防御性条款不会也不应当在任何情况下都有效。当特定股东同意型防御性条款的法理基础不存在时,其效力应无可争议地被否定。比如,如果特定股东同意型防御性条款被用来保护公司的控制股东,^⑮则除非有证据证明该条款是公司全体股东基于自由、真实的意思表示而订立,否则应当排除该条款的效力。虽然实践中不排除有些股东基于对公司控制股东能力、信誉的信任,自愿将公司特别决议的通过完全置于控制股东意志之下,但绝大多数情况下,这种情况不会出现。这是因为,非控制股东对公司控制股东往往怀有戒心,他们担心控制股东会滥用控制权损害其利益,包括利用股东会决议的方式为侵害行为披上合法性的外衣,故除非基于欺诈、胁迫、乘人之危等意思表示不自由、不真实的原因,非控制股东不大可能将“一票否决权”授予控制股东。因此,当公司章程中出现的特定股东同意型防御性条款是为了保护控制股东时,法官应当对其予以合理怀疑,并要求控制股东证明该条款的合法性。如果控制股东无法证明该条款系全体股东自愿订立,或者其他股东可以证明该条款是在其不知情或意思表示不真实、不自由的前提下制定的,则可推定该条款并不符合保护特定股东利益的立法目的,而是控制股东滥用权利以掌控公司的利器,由此应认定该条款无效。以特定股东同意型防御性条款在我国国企改革中的应用为例,特定股东同意型防御性条款的作用与金股类似,可以应用于我国国有独资公司或国有控股公司引入民间资本的“混合所有制”改革之中,也可以应用于特殊企业国有股权改造(如党的十八届三中全会决定提出的建立“国有传媒企业特殊管理股”)之中。^⑯特定股东同意型防御性条款在国企改革中的应用目的均在于赋予代表政府履行出资人职责的股东(以下简称:国有股东)以“一票否决权”,实现国有股东对公司重大决策事项的控制。如果该条款的制定确实是全体股东真实意思表示之产物,如前所述,此种条款的效力应予认可。然

^⑭参见上海市松江区人民法院(2008)松民二(商)初字第1905号民事判决书。

^⑮此处的控制股东指单独持有的表决权并不足以控制股东会特别决议通过的股东,其持有的表决权较少,但可以通过协议或其他特殊安排控制股东会特别决议。于此情形之下,控制股东对特别决议的控制并不绝对可靠,故有可能要求制定防御性条款,使其享有“一票否决权”。

^⑯参见王建文、袁艺伟《论我国国有传媒企业特殊管理股的制度构建》,《江苏行政学院学报》2014年第4期。

而,考虑到国有股东与民间投资者之间明显不对等的地位,如果国企改革过程中为保护国有股东控制权,政府或国有股东强迫民间投资者接受对其不利的特定股东同意型防御性条款,则该条款既非全体股东意思表示一致的产物,又构成一方强加给另一方的义务,自不应确认其法律效力。不过,如果来自政府或国有股东的意见尚未达到使私人投资者完全丧失反对该类条款的自由(毕竟民间投资者面对不合理条款可以选择用脚投票)的程度,考虑到这种条款的制定乃出于维护国家利益或社会公共利益的需求,从法律政策角度上讲,可以认可其法律效力。

即使特定股东同意型防御性条款本身并不存在效力瑕疵,此种条款也并非在任何场合都应当被适用。例如,在公司收购中,如果被收购方的公司章程赋予某个股东“一票否决权”,而这项并购会给公司及全体股东(包括拥有否决权的股东)带来巨额回报,此种拥有否决权的股东却出于私利而采取策略性行为即否决了已经由多数股东同意(达到特别决议通过所需的表决权比例)的并购交易。这种行为对该股东个人来说可能是理性的,但却严重损害了其他股东的利益,有权利滥用的嫌疑。在此情形下,需要考虑,非控制股东对于控制股东是否需要承担信义义务?非控制股东是否可以为了己之私欲而损害其他股东的利益?在美国,许多闭锁型公司中都存在“一致同意”规则,使公司面临陷入僵局的危险。某一少数股股东拒绝同意公司事务而使公司陷入瘫痪状态的情况也是有可能发生的。“一致同意”规则虽然有助于少数股股东保护自己免受控制股东机会主义行为的侵害,但同时也诱发了少数股股东对多数股股东的机会主义行为,以谋求不正当利益。因此,美国一些法院在判决中引入了少数股股东的信义义务,要求少数股股东不得基于个人利益,在股东会议决定程序中滥用“一致同意”规则,做出损害公司整体利益且具有否决股东会议决效果的表决。^{①⑦}

值得注意的是,特定股东同意型防御性条款的主要目的在于保护弱势股东的利益不被侵害,而不是为个别股东损害多数股东正当利益提供可乘之机,若多数股东的正当利益因特定股东同意型防御性条款而受损,则无疑背离了该制度设立的初衷。可见,特定股东同意型防御性条款的适用也不是无条件的。如果某一事项对公司和股东的整体利益而言都是有利的,则受该特定股东同意型防御性条款保护的股东不得基于私利和私欲阻止涉及该事项的股东会决议的通过。特定股东同意型防御性条款的目的在于保护特定股东的利益不受侵害,如果受该条款保护的股东滥用否决权,导致公司和全体股东利益因此受损,则构成权利滥用,法官应当认定,于此情形下,该条款不得适用。易言之,特定股东同意型防御性条款不得适用于否决有利于增进公司和全体股东整体利益的事项。

(责任编辑:徐澜波)

^{①⑦}同前注^{①①},弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔书,第280页。