

论我国引入公司章程防御性条款的制度构造

王建文*

内容提要 基于限制控股股东滥用资本多数决和强化公司章程自治以保护特定股东利益的需要,英国《2006年公司法》确立的防御性条款制度值得我国借鉴。防御性条款的“防御”对象包括控股股东与公司管理层,在没有控制股东的公司中也可包括特定股东。我国《公司法》中的防御性条款可以划分成两大类:实体型防御性条款与程序型防御性条款。防御性条款的制定与修改原则上都要求全体股东一致同意。我国《公司法》确立防御性条款法律制度时,应建立防御性条款的特别告知与警示制度。在修订《公司法》时,引入防御性条款法律制度可通过概括性条款或具体规定的模式来进行。

关键词 防御性条款 防御对象 资本多数决

近年来,在我国公司实践中,出于特定需要,出现大量从实体和程序上强化股东会特别决议通过难度的章程条款,如公司章程提高特别决议事项通过所需的表决权比例或要求特别决议事项经全体股东一致同意通过,赋予特定股东对于特别决议事项“一票否决权”,将特别决议由“资本多数决”改为“双重多数决”^①等。特别是在国有企业混合所有制改革深入推进和创业投资风起云涌的当下,在设计国有资本对改制后企业重大经营管理决策的控制权,以及专业的机构投资者投资目标公司的投资权益保障时,相关主体常常会从股东会特别决议章程条款入手,试图把公司重大决策牢牢掌握在自己手中。这些章程条款在司法实务中引起的广泛的争议,其表现为公司章程自治与公司法规范之间的法律适用问题,但实质上隐含的是股东之间的利益平衡。对于这类条款,应当如何认定其法律效力?是否有必要在未来修订公司法时为这类条款设置明确的法律规则?实际上,放眼域外立法,很多国家的公司法中都有类似的制度设计,尤以近年来英国公司法中防御性条款制度表现得最为突出。基于此,应在借鉴域外立法经验的基础上,根据我国公司法规范及实践,探讨引入“防御性条款”制度的必要性及其具体制度构造。

* 南京航空航天大学人文与社会科学学院教授,博士生导师。本文系国家社会科学基金一般项目“公司章程防御性条款法律效力研究”(项目批准号:14BFX077)的阶段性成果。

① 即规定特别决议除须经代表2/3以上表决权的股东通过外,还须经过半数(或2/3以上多数)股东同意方得通过。

一、公司章程防御性条款的域外立法实践

公司章程被英国公司法视为“公司宪章”(company's constitution) ,其在公司中的法律地位有如宪法之于国家。在英国 ,传统意义上公司章程分为章程大纲(memorandum of association) 和章程细则(articles of association) 两个部分。^② 公司章程虽非严格意义上的合同 ,但股东和公司之间“契约” ,而“契约必须严守”的古老法则约束着公司和全体股东的行为。除了法律以外 ,公司章程就是公司、股东和高管人员的最高行为准则 ,也是法院在判决中可以直接援引以解决纠纷的依据。由于公司章程在英国公司法中具有如此重要的地位 ,股东常常借助章程条款的设计保护自己的权益。然而 ,由于公司章程修改依赖“资本多数决”的固有缺陷 ,导致控制股东^③轻易可以通过3/4以上表决权多数修改章程条款 ,导致其他股东对特定章程条款保护其权益的期待落空。因此 ,英国公司章程大纲中逐渐出现一些禁止或限制修改章程条款的规定 ,即“防御性条款”(provision for entrenchment ,entrenched provision)^④。防御性条款产生的法律依据可以追溯到《1985年公司法》中的第17条第(2)(b)项。在英国《2006年公司法》出台以前 ,包含在章程大纲中的防御性条款可以分为两种:一种是“有条件的(conditional) 防御性条款” ,另一种是“绝对的(absolute) 防御性条款”。“有条件的防御性条款”是指章程大纲中的某些条款并非绝对不可变更 ,而是要在满足一定严格条件的前提下通过相应程序才能将之修改或删除;而“绝对的防御性条款”是指无论在何种情况下 ,章程大纲中的某些条款一经制定即永远不得被修改或删除。在英国公司法修订过程中 ,出现了大量质疑防御性条款的声音 ,认为这是一个没有意义的制度 ,有人提出没有必要把防御性条款纳入法律规制。第一种意见认为 ,公司法应当只允许存在绝对的防御性条款。一位叫David Howarth的议员提出 ,防御性条款是允许公司制定一种赋予股东特定权利的机制 ,这种权利只能由法院剥夺 ,即使全体股东达成一致也不能剥夺这些权利。因此 ,防御性条款是完全不能修改的。如果防御性条款可以修改 ,则无法实现保护股东特定权利的目的。第二种意见认为 ,公司法应当只允许存在有条件的防御性条款。诚如 Lord

^② 在英国《2006年公司法》出台前 ,章程大纲占据着十分重要的地位 ,包括公司的名称、住所、目的条款(指公司可以从事的事业 ,类似于我国的营业范围)、责任之限制、资本等条款均须记载于章程大纲之中。章程细则中记载的内容不能与章程大纲相冲突 ,如遇冲突 ,则以章程大纲为准。而《2006年公司法》颁布后 ,章程大纲的地位已显著下降 ,仅仅记载极为有限的信息。在英国现行公司法下 ,“公司宪章”实际上已由过去的两份文件统一成了一份 ,公司章程两分法在英国已成为历史。

^③ 指能够通过持有的表决权、协议或其他安排对公司发生控制性影响的股东。

^④ 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》,法律出版社2008年版,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,北京大学出版社2012年版,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 ,笔者倾向于将之译为“防御性条款”。

Sainsbury 所言,防御性条款的目的在于使章程的修改变得更加严格,并非为了让公司章程一成不变,所以草案中禁止修改防御性条款不能达到立法目的,只会与普通法所确立的原则(公司有权在任何时候修改章程)相悖并在特定情形中导致不利结果的出现。Alan Duncan 则认为,股东在制定防御性条款时无法预见到公司将来可能发生的变化以及市场环境的改变,不应允许现有股东把自己的意志强加到未来股东身上。^⑤ Lord Hodgson 提出,防御性条款制度虽对于公司而言帮助巨大,但在其作用已经变得不合时宜(如公司控制权已被收购)时,必须要有一种机制实现对防范当防御性条款无法发挥预期性条款的修改。^⑥ 第三种意见认为,应维持草案现状不变,允许公司自主选择适用其中一种类型的防御性条款。综合来看,三种意见争议的核心在于绝对的防御性条款和有条件的防御性条款是否均具有合法性,哪种类型的防御性条款更适合公司的需要。最终,经过多轮辩论,主张防御性条款可以修改的意见占据主流,在最后通过的《2006 年公司法》中,原先法案中有关防御性条款类型的表述被摒弃。根据英国《2006 年公司法》第 22 条第(1)款的规定,“防御性条款”(provision for entrenchment)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。可见,对于依据《2006 年公司法》设立的公司(特别是在 2009 年 10 月 1 日防御性条款生效后设立的公司),将不得在章程中规定绝对的防御性条款。

防御性条款制度出台后,引起两方面的质疑:一是认为防御性条款对于保护小股东权益的作用十分有限,没有必要将其纳入规制;二是认为防御性条款强化了公司章程的修改难度,与普通法确立的“公司章程修改自由”规则相悖。而这两方面质疑也正是防御性条款立法争论中讨论最为激烈的。考虑到防御性条款相关规定的出台极具争议,该制度本身可能会对英国公司实践形成极大冲击,《2006 年公司法》颁布后,有关防御性条款的规定并未立即生效。直到 2009 年 10 月 1 日,防御性条款相关规定才作为《2006 年公司法》最后一批生效条文进入实施阶段。

在英国,根据目的的不同,防御性条款主要包括以下四种类型:(1) 超过代表 75%^⑦ 以上表决权的股东同意才能对指定章程条款进行修改。依据英国公司法,修改公司章程的议案需要代表 75% 以上表决权的股东通过,这种类型防御性条款的目的在于通过提高修改章程所需的表决权比例,强化公司章程修改的难度。(2) 指定章程条款的修改需要得到一定比例投资者股东(investor shareholder)的同意。对于那些以投资获取收益而非经营或控制公司的投资者股东来说,保障投资利益至关重要,防御性条款往往针对

^⑤ HOUSE OF COMMONS HANSARD DEBATES FOR 19 OCT 2006, at [www. publications. parliament. uk/pa/cm200506/cmhansrd/vo061019/debtext/61019-0016. htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmhansrd/vo061019/debtext/61019-0016.htm) (Last visited on December 25, 2016).

^⑥ HOUSE OF COMMONS HANSARD DEBATES FOR 9 MAY 2006, at <http://www. publications. parliament. uk/pa/ld200506/ldhansrd/vo060509/text/60509-07. htm> (Last visited on December 25, 2016).

^⑦ 根据英国《2006 年公司法》第 21 条第(1)款和第 283 条第(1)款规定,修改章程必须要代表不少于 75% 表决权比例的股东通过。

投资者股东的权益而设置,意在避免其他股东随意修改章程,侵害投资者股东的利益。(3)以加权表决权(enhanced/weighted voting rights)形式授权特定股东否决已被特别决议通过的章程修正案。这类防御性条款的目的旨在赋予特定股东“一票否决权”,即使章程修正案已由代表75%以上表决权的股东投票赞成,但只要享有一票否决权的股东行使了否决权,该修正案就不能通过。(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。对于发行不同类别股份的公司来说,涉及部分类别股东权益的章程修改,除需在全体股东大会上经特别决议通过外,尚需类别股东大会通过。有些条款的修改可能并不直接触及部分类别股东的权益,但此类防御性条款也要求类别股东参与修正案的表决,无疑增加了章程中特定条款的修改难度。

若不局限于法律概念,而就防御性条款的本质而言,类似制度设计在很多国家(或地区)的公司法中都存在。不过,同英国公司法将防御性条款的适用局限于公司章程的修改不同,多数国家“防御性条款”的适用范围更宽。例如,同属普通法系国家的美国,许多州允许章程提高股东会法定出席比例和表决要求。作为美国各州公司法的蓝本,《美国商事公司示范法》(2002年版)第7.27条规定:“(a)公司章程可规定比本法更高的股东(或股东的投票团体)法定人数或投票要求。(b)对公司章程进行的关于增加、变更或取消更高的法定人数要求或者投票要求的修改,必须符合当时有效的或者被提议通过(以两者中较高者为准)的法定人数和投票要求,并经同样的票数和被要求采取行为的投票团体通过。”^⑧依此,公司章程可就股东会任何决议事项在出席人数和投票要求上作更高标准的规定。

在大陆法系国家和地区的公司法中,类似“防御性条款”的表述也较为常见。例如,我国台湾地区“公司法”(2015年修订)第159条规定“公司已发行特别股者,其章程之变更如有损害特别股股东之权利时,除应有代表已发行股份总数2/3以上股东出席之股东会,以出席股东表决权过半数之决议为之外,并应经特别股股东会之决议。”(第1款)“公开发行股票之公司,出席股东之股份总数不足前项定额者,得以有代表已发行股份总数过半数股东之出席,出席股东表决权2/3以上之同意行之,并应经特别股股东会之决议。”(第2款)“前二项出席股东股份总数及表决权数,章程有较高之规定者,从其规定。特别股股东会准用关于股东会之规定。”(第3款)第185条规定“公司为左列行为,应有代表已发行股份总数2/3以上股东出席之股东会,以出席股东表决权过半数之同意行之:一、缔结、变更或终止关于出租全部营业,委托经营或与他人经常共同经营之契约。二、让与全部或主要部分之营业或财产。三、受让他人全部营业或财产,对公司营运有重大影响者。”(第1款)“公开发行股票之公司,出席股东之股份总数不足前项定额者,得以有代表已发行股份总数过半数股东之出席,出席股东表决权2/3以上之同意行之。”(第2款)“前二项出席股东股份总数及表决权数,章程有较高之规定者,从其规定。”(第3款)从以上规定可以看出,台湾地区“防御性条款”适用于包括修改公司章

^⑧ 沈四宝编译《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年,第78页。

程在内的所有特别决议事项。

综合各国(地区)相关立法来看,“防御性条款”虽然是一个全新的概念,但其制度理念早已蕴含在很多国家(地区)的公司法中。无论大陆法系国家(地区)还是英美法系国家,都需要借助“防御性条款”强化对特定股东(特别是非控制股东)利益的保护。

二、我国引入公司章程防御性条款制度的必要性

英国《2006年公司法》确立的防御性条款制度,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了维护股东利益(尤其是非控制股东)的目的。在我国,公司章程系公司设立的必备文件,也是公司经营管理的制度依据。虽然《公司法》^⑨和国家有关机关(如国家工商总局、证监会)和行业自律组织(如中国证券投资基金业协会)都对公司章程的内容作了指引性规范,但不同公司基于不同考虑,大多会在章程中作特别规定。近年来,在我国公司实践中,不少公司章程部分改变了《公司法》有关特别决议的实体或程序性规定。这些公司之所以通过章程变更或补充《公司法》有关股东会特别决议的规定,乃因《公司法》关于股东会特别决议的规定无法满足公司和股东的特殊需要,特别是股东对于保护其权益的需要。由于股东会决议为“资本多数决”,导致在公司中持有多数表决权多数的股东可以轻易地操纵股东会决议,其他股东的权益难免会受到侵害。股东会所议事项均为公司的重要事宜,股东会所作特别决议通常都是公司的重大决策,在股权结构集中的公司,股东会决议易受大股东操纵;而在股权结构分散的公司,公司重大事项虽貌似系全体股东集体决策的结果,但考虑到股东会提案多来源于管理层,公司重大决策实际上是由管理层把持,特别是当管理层本身即为持股比例相对较多的股东时,管理层控制公司特别决议就表现得尤为明显。无论何种情形,总有部分股东处于弱势地位。而当管理层有足够能力把控公司时,不仅小股东的地位易逐渐弱化,而且所有股东层面临着来自管理层“争权夺利”的巨大挑战。正因为如此,股东需要改变《公司法》有关股东会特别决议的既定规则,通过公司章程相应条款的设置保护其利益。

随着理论研究的深入、司法实践的积累加上外国法律的移植,我国《公司法》已经为股东保护自身权益设定了多种机制和渠道,比如允许股东查阅公司章程、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告(有限责任公司股东还可复制上述文件)并对公司的经营提出建议或者质询,赋予股东提起代表诉讼、退股、新股优先认购甚至诉请解散公司的权利。这些制度对保护股东权益所起到的作用是有目共睹的。从遏制控制股东滥用资本多数决的角度,立法已通过累积投票、限制表决权行使、明确资本多数决适用范围、股东会决议无效和可撤销之诉等制度为非控制股东利益保护作出了努力。然而,长期以来,我国的公司法立法和理论研究都没有直接从公司内部规范

^⑨ 本文所引用的《公司法》系2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议修正的版本。

的角度来设计制衡机制,以限制资本多数决的滥用或管理层的滥权行为,保护股东的利益。公司法理论和立法多侧重于股东保护的“外围”制度,而很少直接深入到公司“内核”。章程作为公司设立、经营管理所需的基础性文件,是公司内部的最高自治规范,公司章程的规定对公司股东、董事、监事和高级管理人员均有约束力。公司章程本可以在矫正资本多数决滥用和管理层滥权的问题上发挥重要作用,然而公司章程自治的现状不太理想,章程的作用被极大地忽视,公司法立法也未能鼓励和引导公司和股东通过公司章程约束控制股东滥用表决权的行为。

在我国《公司法》采取股东会中心主义的立法模式下,股东会拥有至高无上的地位,在公司经营管理决策中发挥着无可替代的作用。股东会能否规范运作关系到股东会作出的决议能否最大限度地代表公司的整体利益并尽可能地维护全体股东的利益。虽然经验告诉我们,控制股东的意志将在很大程度上影响到公司的决策,其中侵害非控制股东权益的现象经常发生,但控制股东并不会无缘无故地侵害非控制股东的权益,控制股东意志影响下的公司决策也并非全部都会带来不利影响。只是在特定情形下,在特殊事项的决策上,若不征询非控制股东的意见,股东会作出的决议就可能具有不正当性,并损害非控制股东的利益。因此,通过公司章程对股东会的决议进行约束,将股东会重大事项的决议纳入严格的实体和程序轨道中,是对法律规制不足的有效补充。

防御性条款的制度价值体现在可限制资本多数决的滥用,并强化公司章程自治。目前各国公司法上发展出的限制资本多数决滥用的规则多具有法律适用上的极强刚性(如限制表决权行使的各种措施),股东无法对是否适用这些规则进行选择,事实上这些规则并不能满足所有公司的需要,部分规则本身即不具有合理性。虽然资本多数决容易被滥用,但这并不表明立法上提出的干预措施就一定有效。实践告诉我们,在市场失灵的情况下,政府干预未必能够发挥积极效用。另外,有些限制资本多数决滥用的措施必须满足一定条件才能采用(如异议股东股份回购请求权、少数股东可资利用的其他救济制度)对于不符合条件的股东,无法依靠这些措施限制控制股东滥用资本多数决的行为。以上缺憾,完全可以通过在章程中设置防御性条款的方式进行弥补。防御性条款是可以由公司全体股东自由选择是否采用的制度,在适用上也没有任何门槛,理论上任何股东都可以依靠防御性条款限制资本多数决的滥用。防御性条款类型多样,每种类型之下,全体股东都可以在协商一致的基础上设计出个性化的内容,从而满足不同股东的利益诉求。因此,相较于其他限制资本多数决滥用的刚性法律制度,防御性条款对资本多数决滥用的限制效果更为明显且在适用上更为灵活。

公司章程自治的核心是内容自由。章程内容上的自由体现在章程可以对公司机关的权力配置、股东权益的保护、股权转让、公司重大事项的决策、董事、监事和高级管理人员职权与责任承担等方方面面作出自主安排,而不必拘泥于公司法的规定。防御性条款是一种旨在使特别决议通过变得更难的制度设计,其可强化公司章程的修改难度,股东可以将章程中的部分条款设置为防御性条款,与其他条款相比,这些条款的修改难度更大,意味着这些条款规范的事项更难变动,这对于追求章程内容稳定性和拒绝章程

特定条款修改的股东而言无疑意义重大。另外,防御性条款还可增加除修改章程之外其他特别决议事项的通过难度,当股东们认为某些事项的决议影响重大必须慎重对待或特定股东担心其他股东会利用多数表决权控制股东会决议时,就可以借助防御性条款提高特别决议事项的通过难度或为自己设定“一票否决权”。此外,股东还可以通过公司章程防御性条款对股东会程序性事项作出更严格的规定,从程序角度增加股东会特别决议的通过难度。如果不允许公司章程进行自治,防御性条款的存在就会缺乏正当性基础;而如果公司法仅赋予公司章程有限的自治空间,防御性条款能够起到的作用就会大大受限。因此,防御性条款与公司章程自治密切相关,防御性条款制度的建立既有赖于公司法对公司章程自治的认可,同时公司章程自治也可依赖防御性条款在内容上变得更为充实。防御性条款的应用,在一定程度上强化了章程自治,使得公司章程在保护股东权益上发挥了更大的作用。

由于防御性条款会使股东会特别决议的作出变得更难,甚至造成股东大会决议效率低下、增加决议成本、损害公司的经营自主性及适应市场环境的灵活性等弊端,也可能引发部分股东的道德风险,以阻碍股东会特别决议通过为由进行威胁,从而获取不正当利益。诚然,小股东的机会主义行为确实很可能发生,但任何法律制度都不可能尽善尽美,总体而言,引入防御性条款制度对于小股东权利保护的 legal 价值显然要大于小股东可能存在的机会主义行为给公司和其他股东造成的损害,毕竟这种损害发生的可能性更低、损害的后果相对轻微,且远比控制股东滥用资本多数决损害小股东利益带来的危害小得多。考虑到特别决议事项一般都是关乎公司“生死存亡”、经营发展的重大决策,特别决议的性质决定了特别决议案从被提出、交付股东会审议到表决都必须慎重对待,决策效率不应当作为首要的考虑对象。另外,小股东要将防御性条款纳入公司章程殊非易事,控制股东不会轻易在公司章程中制定防御性条款。公司章程中能够出现防御性条款,一定是利益博弈的结果,可能是因为小股东有特殊资源或对公司能够有特殊贡献,控制股东愿意在股东会特别决议上作出妥协。总体而言,防御性条款确实可能会影响到股东会特别决议的决策效率,也有可能诱发小股东道德风险,但这种决策效率的降低并不会对公司的经营自主性构成太大威胁,小股东的道德风险本身也是利益博弈考虑在内的因素,因而不必对防御性条款的局限性过于担忧。

考虑到进入司法实务视野的防御性条款只是冰山一角,当前出现在法院已决案件中的防御性条款并未涵盖防御性条款所应包含的所有类型。可以设想,在我国数量庞大的公司章程中,一定有很多内容独特的防御性条款。防御性条款的大量出现乃至部分为法院生效判决所确认并不代表所有类型、任何内容的防御性条款均具有法律效力。对不同类型防御性条款法律效力的判定需要深入系统的理论分析。然而,当前法院在肯定或否定防御性条款的法律效力时,常常语焉不详,这种状况的出现一方面是我国法官长期以来在裁判文书中形成说理习惯所致,另一方面也是因为我国现有公司法理论尚未以对防御性条款的法律效力给出清晰的解答。为公正、合理地解决实际问题,强化对股东(尤其是非控制股东)利益的保护,我国有必要引入防御性条款制度。在英国,防

御性条款只适用于公司章程的修改,范围十分狭窄。我国《公司法》的立法理念与体系同英国差异很大,在进行制度移植时应更多地照顾到解决实际问题的需要,不宜照搬英国公司法的规定,这首先体现在防御性条款的适用范围上。在我国,由于《公司法》将公司章程修改与增加、减少注册资本、公司合并、分立、解散和变更公司形式的决议进行了统一规定,实践中大多数公司都参照《公司法》,在制定章程时不仅将防御性条款适用于章程的修改,还将防御性条款的适用扩大到其他特别决议事项之上。因此,在将防御性条款制度引入我国时,不应拘泥于英国公司法的规定,而应考虑将防御性条款的适用范围扩展至所有特别决议事项上,以呼应我国公司的实践需求,这将更有利于为司法实务中相关争议的处理提供统一的规则。为此,应在借鉴域外立法经验的基础上,根据我国公司法规范及实践,探索我国公司章程防御性条款的制度路径、防御对象、具体类型、制定与修改规则、特别告知和警示规则等内容,一则防御性条款制度化提供理论支持,二则为我国司法实务中业已出现的涉及防御性条款的纠纷解决提供法理上的支撑。

三、我国公司章程防御性条款的具体类型

根据防御性条款的性质和作用,结合我国公司实践的需要,可将我国《公司法》中的防御性条款划分成两大类:实体型防御性条款与程序型防御性条款。实体型防御性条款包括表决权比例提高型防御性条款、章程规定特别决议事项型防御性条款、特定股东同意型防御性条款和分类表决型防御性条款。表决权比例提高型防御性条款是指在《公司法》有关特别决议通过所需法定表决权比例基础上提高特别决议事项通过所需表决权比例的章程条款,这类条款可笼统针对所有特别决议事项,如规定“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 $3/4$ 以上表决权的股东通过”。表决权比例提高型防御性条款还可针对特别决议中某一或某几个事项作出特别规定,如公司章程可以规定,“本章程有关利润分配条款的修改须经代表 $3/4$ 以上表决权的股东通过”。章程规定特别决议事项型防御性条款是指在法定特别决议事项基础上增加特别决议事项的章程条款,如章程规定“发行公司债券须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过”。特定股东同意型防御性条款是指特别决议事项须经特定股东同意的章程条款,如章程规定“本章程的修改除须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过外,还需甲股东同意”或直接规定“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,必须经甲股东同意”。分类表决型防御性条款是指在发行类别股的股份有限公司(或不按出资比例行使表决权的有限责任公司),规定不与类别股股东权益直接相关事项除需普通股股东大会特别决议通过外,还要求类别股股东大会特别决议通过的章程条款,如章程规定“公司变更经营范围的,除须经出席会议的普通股股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过外,还须经出席会议的优先股股东所持表决权的 $2/3$ 以上通过。”各种实体型防御性条款不存在非此即彼的关系,而是可以相互融合的,在同一个

章程条款中,可以包含不止一种类型的防御性条款。例如,章程可以规定“发行公司债券的决议,除须经出席会议的普通股股东所持表决权的3/4以上通过外,还须经出席会议的优先股股东所持表决权的3/4以上通过。”此条规定中同时囊括了表决权比例提高型防御性条款、章程规定特别决议事项型防御性条款和分类表决型防御性条款三种类型。

与实体型防御性条款相对的是程序型防御性条款,其功能在于通过公司章程有关股东会的召集、提出议案和表决方式等程序性内容的规定,提高特别决议的通过难度。作为团体法律行为的股东会决议,其形成需要满足一定的程序要求。股东会作出决议所涉程序性事项主要包括股东会的召集、议案的提出、对议案进行表决等。无论是股东人数较少的非公众公司,还是股东人数众多的公众公司,形成股东会决议的过程都无可避免地暗含着利益冲突。要保证股东能够充分行使自己的权利并作出有效决议,程序的合法性尤为重要。一般而言,股东会决议作出的程序违反法律、行政法规或章程规定的,该股东会决议可撤销,这正体现了程序正义的理念和价值。因此,只有严格遵循法定和章程规定程序作出的决议才有可能是合法有效的决议。决议作出程序是否正当往往关乎着股东利益的维护,决议内容的公正性与合法性也要以股东会的程序性规范来保障。从这个意义上说,程序正当是股东大会决议效力问题的关键和核心,决议的正当性必须建立在参与决策股东的程序性权利的充分保障上。^⑩下文将对股东会决议作出程序的三个重要阶段进行剖析,以寻找程序型防御性条款的应用节点。

第一,公司章程可从持股比例和持股期限两个角度设置防御性条款,对股东会召集程序设置高于法律规定的条件。因股东的股东会召集权乃法定权利,且系维护股东民主的根本性制度安排,固然不得通过公司章程彻底剥夺该项权利,但不妨碍对其加以一定限制。在英国,一般认为章程细则不得剥夺股东请求召开股东会的权利,公司章程可以赋予持有更少比例股份的股东(如持股5%以上的股东)即可召集股东会,但要求超出法定持股比例(如持股10%以上)的股东才有召集权的章程规定则应当无效。^⑪对于我国而言,因《公司法》第39条、第100条和第101条未禁止章程对拥有召集权的股东作出更严格的规定,故一定程度上限制股东的召集权并不存在法律上的障碍。具体而言,防御性条款可适当提高有权请求或自行召集股东会的股东的持股比例或表决权比例,但应结合公司实际情况,不能提高太多,否则会剥夺小股东召集股东会的权利。而剥夺小股东召集权与《公司法》保障小股东召集权的立法目的相悖,不应认可其法律效力。防御性条款还可对有权召集股东会的有限责任公司股东附加持股期限的要求,但持股期限的规定应在合理范围内。类似地,防御性条款可适当延长有权召集股东大会的股份有限公司股东的持股期限。但无论如何,通过提高有权召集股东会的股东的持股比例或表决权比例以及持股期限,从而实质上剥夺小股东召集股东会的权利的防御

^⑩ 参见王仁富《股东大会决议形成中程序性权利的制度完善》载《华东理工大学学报》(社会科学版)2013年第2期。

^⑪ 参见[英]丹尼斯·吉南《公司法》(原著第12版),朱羿锟等译,法律出版社2005年版,第44页。

性条款一律无效。

第二,公司章程可对股东的特别决议提案权进行一定限制。根据提出的议案应经普通决议通过还是特别决议通过,可将股东的提案权分为普通决议提案权和特别决议提案权。通过防御性条款,可对股东的特别决议提案权作一定限制,比如要求只有达到一定持股比例和持股期限的股东,才能向股东会提出特别议案。不过,这种限制应有两个前提:一是不能完全剥夺股东提案权,比如只规定董事会和监事会可以提出特别议案,而股东不得提出特别议案;二是持股比例和持股期限的要求不能过分的不合理,比如不能要求只有持股比例达到50%以上或持股时间10年以上的股东才能提出特别议案。当然,所谓的“不合理”应当结合每个公司的具体实际进行个案分析,并无统一标准。

第三,公司章程可规定股东会特别决议议决机制实行“双重多数决”。此举既能体现控制股东掌握多数股权的优势,又能体现大多数股东的意志。一般所谓“双重多数决”,是指股东会特别决议须同时满足“资本多数决”和“人数多数决”。鉴于同时满足“双重多数决”有时略显苛刻,故“人数多数决”可替换为由特定数量股东同意,如公司章程可规定“特别决议除须经代表2/3以上表决权的股东通过外,还须经过三位以上股东同意”。以上类型的约定无疑会大大增加特别决议的通过难度。不过,从当前我国司法实务中法院对相关案件的判决来看,此类条款的效力多不被认可,只有极少数判决认为此类约定有效。

四、我国公司章程防御性条款的“防御”对象

英国《2006年公司法》防御性条款制度设计的初衷在于限制滥用资本多数决肆意修改受保护的章程条款的行为。我国在引入防御性条款时应适当扩大防御性条款的适用范围,使得防御性条款适用于包括章程修改在内的所有特别决议事项。不过,鉴于防御性条款的本质在于限制资本多数决的滥用并保护特定股东的利益,故我国法律框架下防御性条款制度主要是针对滥用资本多数决通过特别决议损害特定股东利益的行为予以规制。由于公司的控制股东因通过持有的股份(股权)、协议或其他安排而掌握多数表决权,控制股东最有可能滥用资本多数决损害其他股东的权益,故控制股东显然可以作为防御性条款的防御对象。在英国,防御性条款确实在一定程度上遏制了控制股东的滥权行为,这是英国《2006年公司法》将之法律化的一个重要原因。

以防御性条款约束控制股东,可成为我国公司治理领域的重要变革。当前,我国公司法学界绝大部分涉及公司治理的研究,指向的是控制股东的滥权行为,着重从理论或实证视角分析控制股东滥用优势地位损害其他股东、公司和公司债权人利益的行为,其目的在于通过构建一整套规则和制度制约控制股东,维持公司治理的“生态平衡”。以往对控制股东行为规制的理论建构多侧重于那些在适用上具有极强刚性的制度,学者提出的立法建议通常旨在建立一套普遍适用而不容当事人自由选择的法律规则。以表

决权回避制度为例,建立表决权回避制度的必要性显而易见,表决权回避制度排除了控制股东对与其有利害关系事项的表决,是很多国家用来约束控制股东的有力措施。不过,由于表决权回避制度过分干预当事人的自由选择,一些国家或地区已经废止了表决权回避制度。我国《公司法》虽仍保留了表决权回避制度,但仅将表决权回避制度的适用局限于公司为股东或者实际控制人提供担保的情形。与许多国家对待表决权回避的态度不同,我国当前要求扩大表决权回避制度适用范围的呼声较为强烈,但也有不少学者认为剥夺控制股东对与其有利害关系事项的表决权不具有正当性。笔者认为,引发表决权制度存废之争的根源不在于表决权回避究竟是否合理,而在于应否赋予股东选择适用表决权回避的自由,即表决权回避制度的适用不应是强制的,是否需要适用表决权回避制度应尊重当事人的意思自治而不应强制适用(至少可以考虑设定为补充型规范)。即使有必要保留表决权回避制度,也应当仿照累计投票权制度,由公司章程规定是否适用。对于手握多数表决权的控制股东来说,防御性条款无疑是他们操纵公司重大决议的一大障碍,而防御性条款是公司章程自主设定的,并非强制适用的制度。因此,防御性条款的广泛适用既能限制控制股东表决权的滥用,又充分尊重了当事人的自由选择,将改变公司治理规则过分强调法律干预而轻意思自治的传统格局。

除控制股东外,防御性条款还可以用来“防御”以董事和经理为代表的公司管理层。尽管董事和经理并不会直接参与到股东会待决事项的表决中,但付诸股东会表决的事项一般均由董事会或类似机构提出(有时董事会的提案主要依靠经理草拟或章程规定经理也有权提出议案),虽然持有公司一定数量表决权的股东(股份有限公司股东通常还需要满足一定持股期限)也可以行使提案权,但由小股东提出议案供股东会表决并非公司决策的常态,小股东的提案能否最终被提交到股东会上进行表决本身也存在极大的不确定性。因此,虽然董事和经理并不参与到股东会决议的投票中,他们提出的表决议案却能在很大程度上影响股东大会对于重大事项的决策,事实上,绝大多数公司股东会所议的事项完全取决于董事会的提案。若董事能够勤勉尽职、忠于职守,则建立在职业经理人专业判断基础上的股东会决议无疑最有利于公司和股东利益的最大化。然而,管理层谋取私利的现象并不鲜见。在当代公司实践中,越来越多的管理层开始利用“打包”(bundling)的方式,将一些单独看来不太可能获得股东会通过的议案附加到一揽子待议事项中,该做法可极大地提高这些议案在股东会上得到通过的可能性,而这些议案往往夹在着管理层的私利。一些实证研究的结果证明了“打包”议案的有效性。两位著名的公司法学者,哈佛大学的 Lucian A. Bebchuk 教授和南加州大学的 Ehud Kamar 教授,统计并分析了美国 1995 年至 2007 年之间共计 393 起同等规模公司的收购案例。他们重点研究了旨在建立分期分级董事会(staggered-board structure)的章程修正案中“打包”加入收购议案对前者的影响。研究结果表明,在上述年份中,机构投资者股东一直反对建立分期分级董事会(因为这会增加公司被收购的难度,从而延长机构投资者从公司中退出的时间),对于单一的旨在建立分期分级董事会的章程修正案,机构投资者一般都会表示反对;相反,一些曾经建立分期分级董事会制度的公司,反而迫于股东压

力最终废除了分期分级董事会。也正是在这一时期,董事和经理们通过在建立分期分级董事会的修改章程提案表决中加入并购事项的方式,极大地提高了分期分级董事会提案被通过的可能性(面对可能因为并购而获得的“溢价”,原先不赞成建立分期分级董事会的股东倾向于为了更大的利益而通过该一揽子决议)。这个实证研究的结论引发了两位学者的不安,他们呼吁学界重新思考公司法中的一些基本原则,尤其是这种“打包”行为对于股东决策的真实意图、公司章程修改的有效性乃至管理层对于股东大会决策议程掌控的影响。^⑫不仅在美国,我国的公司实践中也出现了这种将一些通过可能性较低的事项通过“打包”方式加入一揽子决议^⑬中的做法。诚然,一揽子决议未必会带来消极后果,但这种“打包”后的一揽子决议很有可能成为以董事和经理为代表的管理层谋取私利的工具。对于章程中设置有防御性条款的公司,即使以董事和经理为代表的管理层试图通过一揽子决议的方式谋取私利或达到其他目的(比如在章程中加入高管人员免责条款的议案、分期分级董事会^⑭议案或其他有利于自身利益的议案),也会因为防御性条款的存在而使得该一揽子决议中的部分事项变得难以通过,这可以在一定程度上限制管理层的投机取巧,并达到保护股东和公司利益的目的。从这一层面上讲,防御性条款可以“防御”以董事和经理为代表的管理层及其所实施的自利行为。

至于非控制股东(即通常意义上的小股东)是否可以成为防御性条款的“防御”对象,这个问题看似毫无疑问,但实际上尚需通过分析论证加以确认。公司法在维护资本多数决及股东平等的同时,注重对非控制股东利益的保护,但非控制股东利益的特殊保护并非理所当然的,事实上非控制股东特殊保护的正当性在公平、平等与效率方面都不无疑问。首先,非控制股东的地位是其自身理性选择的结果,法律无须对其提供额外保护,否则会违反“责任自负”的私法原则。其次,非控制股东保护的理论基础是股东平等原则,但股东平等并非所有股东实质上的绝对平等。控制股东的控制权来源于其出资或其他投入,而控制权所具有的市场价值正是控制股东资源投入的结果,如果法律规定人为地改变这种力量对比,对控制股东来说显然不公平,甚至可能造成非控制股东挟持控制股东的局面。最后,非控制股东特殊保护可能会对市场机制造成破坏,不利于公司利益的最大化。因此,非控制股东的法律保护应当是有限的、有条件的,^⑮甚至以美国马萨诸塞州法院为代表作出的一些判决都已将信义义务扩张到小股东身上,认为公司中的所有股东都互负信义义务,无论这些股东在公司中处于何种地位。^⑯就本文而言,防御性条款是否可以用来“防御”非控制股东,答案显然是否定的。虽然非控制股东可能

^⑫ See Lucian Arye Bebchuk & Ehud Kamar, *Bundling and Entrenchment*, 123 Harv. L. Rev. 1549, 1590 (2010).

^⑬ 一揽子决议或一揽子表决的做法在我国早已出现,甚至《创业板上市公司证券发行管理暂行办法(征求意见稿)》也鼓励上市公司召开年度股东大会时可以一揽子对公司年度“小额快速”融资安排作出决议,并由董事会分次对具体融资时间和融资额作出决策。关于分项表决和一揽子决议利弊的争论,不在本文讨论范围内,我们不做过多探讨。

^⑭ 分期分级董事会条款(Staggered Board Provision)其典型做法是在公司章程中规定,董事会分成若干组,规定每一组有不同的任期,以使每年都有一组的董事任期届满,每年也只有任期届满的董事被改选。

^⑮ 参见贾翱、付春杰《中小股东法律保护正当性辨析》,载《当代法学》2009年第2期。

^⑯ See Mary Siegel, *Fiduciary Duty Myths in Close Corporate Law*, 29 Delaware Journal of Corporate Law 380 (2004).

会利用手中的表决权阻碍受防御性条款约束的议案的通过甚至存在投机行为,非控制股东也可利用自己的提案权向股东会提出特别决议案,但非控制股东无论如何无法利用其持有的表决权单独或联合对股东会特别决议形成实质性的影响,也就是说他们无法单独或联合促成特别决议通过,故不可能握有大多数表决权,也就没有成为“防御”对象的可能。

在没有控制股东的公司中,防御性条款的防御对象除针对管理层外,也可能针对特定股东。一般而言,公司中都会存在控制股东,但极少数情况下,公司的股东人数较多,股权较为分散,持股比例最大的股东所拥有的表决权也不会超过10%甚至5%。改制企业中尤其容易出现无控制股东的情形,对于这样的公司,由于股东人数较多,大多数股东在身份上仍属于公司的职工,很多股东缺乏主人翁意识,导致多数股东对于参加股东会兴趣不大,很多股东即使勉强参加股东会也往往怠于或随意行使表决权,因而不少改制公司都是由工会或职工持股会代为行使表决权。更有甚者,公司鼓励多数股东将表决权交由少数股东集中行使,个别股东作为代理人,事实上成了多数表决权的持有者,他们的意志将直接左右公司的重大决策。鉴于此,为避免这些代持表决权的股东串通一气,订立攻守同盟,操纵股东会决议损害其他股东利益,可通过设置防御性条款的方式增加股东会特别决议事项通过的难度。由此可见,防御性条款的防御对象可扩大到那些虽不是控制股东,但却通过代理、信托或其他方式可以行使多数表决权的股东。

五、我国公司章程防御性条款的制定与修改规则

(一) 我国公司章程防御性条款的制定规则

依据英国《2006年公司法》第22条第(2)款的规定,股东只能在两种情况下订立防御性条款:一是在公司设立阶段,由全体股东制定初始章程时设置防御性条款;二是在修改章程时,由全体股东一致同意在修改后的章程中添加防御性条款。而对于防御性条款的修改,同样要求全体股东一致同意。由于全体股东一致同意通常难以实现,这使得防御性条款的订立(此处特指初始章程中没有防御性条款,通过修改章程的方式添加防御性条款的情形)和修改都会变得十分困难。因此,在将防御性条款引入我国时,也需要考虑防御性条款的订立和修改问题。特别是当防御性条款不再能够实现其目的或对公司经营管理构成严重障碍需要修改时,对防御性条款的修改是否仍有必要遵循严格的一致同意规则?

英国公司法对于防御性条款的订立和修改之所以规定得如此苛刻,乃在于公司章程修改时“股东一致同意规则”作为股东会的表决方式在英国公司法中仍占有极其重要的地位。英国公司法理论认为,任何涉及公司章程的变动都会破坏股东与股东、股东与公司之间的契约关系,而这种契约关系的破坏是“资本多数决”的产物,有时并不符合少数股东的意志。而防御性条款的存在将使得章程特定条款的修改变得更难,其目的就在于限制控制股东对特定条款的修改,理论上防御性条款也可以要求公司章程的修改

必须全体股东一致同意,这就将公司章程的修订又重新纳入严格的契约“轨道”上,可以改变由“资本多数决”修订章程带来的股东合意的不充分。据此,为避免控制股东滥用表决权订立对己有利的防御性条款或修改对己不利的防御性条款,“资本多数决”已不能支撑防御性条款订立和修改的合法性,故最终通过的法案中规定,防御性条款的订立和修改须遵循“股东一致同意规则”。可见,防御性条款的订立和修改必须全体股东一致同意在英国具有深厚的理论基础。

我国公司章程防御性条款的适用范围在实践中已被扩张至所有特别决议事项上,而特别决议所针对的是包括公司章程修改在内的所有重大事项。从实然角度而言,公司章程在我国公司实践中并不如在英国那样备受重视;而从应然角度来说,公司章程是公司的“自治规则”,一旦争议产生,在法无明文规定或法律有授权之情形下,公司章程的规定就应当充当裁判规则。一项严重违背章程的决议,若不诉诸法律,其效力自无人可以撼动。但一旦有人诉请法院撤销该决议,其结果不难预料。就此而言,防御性条款由于与股东会特别决议密切相关,故其制定与修改对公司影响巨大。就初始章程而言,因初始章程系由全体股东共同参与制定,作为初始章程组成部分的防御性条款必然是全体股东意思表示一致的产物。即使部分股东没有实际参与到初始章程的制定,但只要其在章程上签字或在创立大会上对初始章程草案投赞成票,就推定该股东同意章程中的任何内容,包括防御性条款。因此,在初始章程中订立防御性条款都必然要经全体股东一致同意。

那么,应如何设定通过修改公司章程方式订立防御性条款的规则呢?笔者认为,应仿照英国《2006年公司法》的规定,要求全体股东一致同意方能在修改章程时订立防御性条款。之所以要求全体股东一致同意,是因为防御性条款制度的最主要的目的在于遏制控制股东滥用资本多数决侵害弱势股东的利益,通过更严格的实体和程序上的要求加大公司特别决议的通过难度。如果防御性条款可通过修改公司章程的特别决议进入公司章程,则控制股东仍可利用其控制公司的优势通过修改公司章程,确立旨在保护其不正当利益而无益于其他股东的防御性条款。无论特别多数决的要求有多么苛刻,只要章程修正案中的防御性条款并非经全体股东意思表示一致通过,总有少数股东的意志无法得到反映,因而其利益就会处于风险之中。^①

(二) 我国公司章程防御性条款的修改规则

制定防御性条款要求全体股东一致同意的重要性不言而喻,那么,对于防御性条款的修改,应当满足怎样的条件?笔者认为,以下两种方案可为公司章程防御性条款的修改规则:一是要求全体股东一致同意,这是英国《2006年公司法》采用的思路;二是要求受防御性条款保护的股东同意,这是基于非经权利人同意不得剥夺其权利的法律原理。

因防御性条款的目的在于提高特别决议的通过难度以限制资本多数决的滥用,从而实现对特定股东权益的维护,故采用第二种方案,从逻辑和理论上都能作出完美的解

^① 参见[英]保罗·戴维斯《英国公司法精要》樊云慧译,法律出版社2007年,第238页。

释,同时也可以使得修改或删除防御性条款变得更加容易,从而降低由于防御性条款的存在导致公司僵局出现(这正是很多学者所担忧的)的可能性。对于特定股东同意型防御性条款和分类表决型防御性条款,保护对象具体明确,要求修改经特定股东或类别股东同意自无法理上的障碍。但是,第二种方案的最大问题是,对于章程规定特别决议事项型防御性条款、表决权比例提高型防御性条款和程序型防御性条款,由于其保护对象有时并不十分明确,故要求受防御性条款保护的股东同意才能修改防御性条款不具有可操作性。如公司章程规定“变更公司名称,须经代表2/3以上表决权的股东通过。”该条属于典型的章程规定特别决议事项型防御性条款,因公司名称对股东而言具有特殊价值或变更公司名称会给公司带来重大影响,全体股东在制定章程时把公司名称变更纳入防御性条款适用的范围。不过,仅就该规定而言,除有明确证据证明是为了特定股东利益外,该条款的保护对象并不明确。若事后需要对该防御性条款进行修改,则须全体股东一致同意。

相对而言,第一种方案要求全体股东一致同意方得修改防御性条款虽看似严苛,却十分合理且必要。防御性条款本身即由全体股东协商一致而订立,则其修改自然也应由全体股东一致同意。若仅凭“多数决”(既包括资本多数决也包括人数多数决)就能够修改防御性条款,则控制股东有可能任意修改甚至删除防御性条款,势必损害其他股东特别是受防御性条款保护的股东的利益,从而使防御性条款沦为“摆设”,无法发挥应有作用。诚如英国《2006年公司法》起草过程中一些议员担忧的那样,若防御性条款的修改不要求全体股东一致同意,而仅需达到比通过特别决议更高的表决权比例(比如90%以上)即可修改防御性条款,则对于持有多数表决权的控制股东来说,仍有可能滥用表决权修改防御性条款,使得防御性条款保护弱势股东的目的落空。因此,我国在引入防御性条款法律制度时应明确防御性条款的修改须经全体股东一致同意。

六、我国公司章程防御性条款的特别告知和警示规则

由于防御性条款的存在,股东会特别决议从客观上来说变得更难通过,这不仅改变了股东之间的游戏规则,也会影响到公司交易相对人的合理预期。为使公司以外的人能够查知防御性条款的存在,英国《2006年公司法》第23条规定,公司必须告知登记官章程中存在防御性条款的事实;而要删除防御性条款时,公司也必须向登记官履行报告的义务。同时,为了使查阅公司章程的人注意到防御性条款的修改,英国《2006年公司法》第24条规定,公司要在办理修改章程登记时向登记官递交一份承诺声明。以上这些规定的目的都在于保证登记官或任何一个查阅公司章程的人都清楚地知晓章程中包含防御性条款这一特殊规则以及与防御性条款有关的任何变动。

英国《2006年公司法》中的特别告知和警示规则对于维护公司交易相对人的利益十分重要。首先,对于与公司进行交易的主体而言,因防御性条款特别告知制度的存在,他们可以更加清楚地知晓交易对方公司章程中包含防御性条款,从而谨慎对待所涉

交易。其次,对于公司的潜在投资者而言,防御性条款的特别告知制度可以提醒他们关注拟投资的目标公司具有特殊的决策形成机制,并进而考量这种特殊的决策形成机制是否可能会对其权益构成威胁,经权衡最终决定是否向该目标公司投资、以何种价格投资、在哪个时点上进行投资等。

防御性条款在我国的适用范围更广,对公司交易相对人合理预期的影响更大,因而在确立我国防御性条款法律制度时,有必要考虑是否应当建立防御性条款的特别告知制度。从公司章程(包括其修正案)登记角度来看,公司登记机关对章程内容应当仅做形式审查,只要章程条款不存在明显违法之处,公司登记机关都应核准登记,^⑮以避免对章程内容的过多干涉、妨碍章程自治。不过,我国《公司登记管理条例》(2016年修正)第23条规定“公司章程有违反法律、行政法规的内容的,公司登记机关有权要求公司作相应修改。”据此,实践中,我国公司登记机关对于公司章程大多进行实质审查,公司章程中记载的内容如果存在法律效力上的不确定性时,不少公司登记机关都会拒绝办理登记并责令申请人修改。虽然我国《公司法》允许防御性条款的存在,但防御性条款并非都具备法律效力。公司登记机关面对效力无法判断的防御性条款,在很多情况下可能都会拒绝为该条款办理登记并要求公司修改,这就在很大程度上减少了防御性条款的出现频率,有违《公司法》对章程自治的保护。因此,有必要纠正当前对公司章程审查过度的现状。不过,考虑到有不少登记机关对章程内容的审查过于粗疏,而防御性条款对于公司、股东乃至交易相对人来说都十分重要,故有必要要求申请人在申请公司章程登记时告知公司登记机关防御性条款存在或修改的事实,以引起公司登记机关的注意。在对章程进行形式审查的过程中,拒绝为明显违法的防御性条款办理登记。此外,交易相对人在查阅经登记机关审查通过的含有防御性条款的公司章程时,未必能注意到防御性条款的存在并清楚地认识到防御性条款的作用。对于该交易相对人而言,公司与其达成的交易与防御性条款相悖时,交易相对人虽可受商法外观主义原则保护,但若经法定程序撤销该决议后可能导致公司拒绝执行交易,该交易相对人仍可能遭受巨大损失。尽管交易相对人可通过违约救济向拒绝执行交易的公司主张损害赔偿或要求强制履行,但有些交易是无法强制履行或事实上已不可能继续履行的(如在公司合并交易中,公司已与甲公司完成合并而未按照之前的约定与乙公司合并,乙公司此时要求甲公司与自己合并就已在事实上和法律上均不可能完成),而损害赔偿又无法实现交易目的,故知悉公司章程中是否存在防御性条款及防御性条款的具体内容对于交易相对人来说十分重要。因此,我国《公司法》修订时若正式确立防御性条款制度,应明确规定特别告知制度,要求公司在处理涉及防御性条款的交易时,向交易相对人披露公司章程防御性条款;对于未履行披露义务的,可规定相应的处罚措施。处罚形式可以是警告或一定数额的罚款,处罚的对象一般为公司,也包括对不履行披露义务负有直接或主要责任的公司董事会成员或控制股东。

^⑮ 也有学者认为属于“备案登记”。

另外,考虑到当前我国公司章程作用普遍被轻视的现状,结合其他部门法的立法经验,我国还有必要建立防御性条款的警示制度:为引起公司登记机关和公司章程查阅者的注意,含有防御性条款的公司章程应采用加粗、斜体、加着重号等方式显著标明防御性条款,以区别于公司章程的其他条款。我国《公司法》还可要求公司在正式开始交易前,向交易相对人作出书面承诺,保证该项交易完全符合公司章程防御性条款的规定的内容和程序。通过以上这些措施,可以在一定程度上减少交易相对人的交易风险,稳定交易关系。

七、我国公司章程防御性条款的制度路径

公司章程防御性条款已在我国大量出现,虽然学术界尚缺乏对防御性条款专门、系统的研究,但为妥善处理司法实践中出现的案件,需要我们以相对统一的规则对涉及防御性条款的纠纷进行裁决。在缺乏系统理论研究的基础上,从立法上引入防御性条款制度的时机似尚不成熟,故需要更多的学者参与到防御性条款内涵的挖掘和制度构建之中。无论是理论研究还是司法实务,对待防御性条款首先应当秉持宽容态度,从章程自治的角度尽可能承认防御性条款存在的必要性和合法性,赋予其存在空间。在此基础上,尤其需要法官谨慎对待各类防御性条款的效力问题,不宜轻易否定防御性条款的法律效力。我国未来在修订《公司法》时,应补充规定有关防御性条款的法律条文。为避免对《公司法》的结构产生过大影响,可考虑在我国《公司法》有关股东会特别决议条款的基础上增加相应内容。至于如何在现有《公司法》框架中进行调整,有两种立法模式可供选择:一种是概括性条款模式,另一种为具体规定模式。

(一) 概括性条款模式

若采取概括立法模式,可根据我国概括性条款的通行做法,参考英国《2006年公司法》关于防御性条款的界定,以一个条文的形式对我国防御性条款进行总括式规定,为公司章程防御性条款的适用提供法律依据。例如,可在现行《公司法》第43条第2款和第103条第2款后附加一句规定“公司章程对前述事项的决议有更严格规定的,从其规定。”概括性条款模式的优点是简洁明了,不会对现有《公司法》的体系和结构产生任何影响,并足以表达防御性条款的内涵。但其缺点亦很明显:概括性条款过于抽象,无法就防御性条款的“防御”对象、具体类型、制定与修改规则、特别告知于警示规则等内容作明确规定,从而无法对相关纠纷的裁决提供明确的法律依据。

(二) 具体规定模式

若采取具体规定模式,则可仿照德国和我国台湾地区的立法体例,在《公司法》所涉相关条款之后新增款项,分门别类地对防御性条款作出规定。具体规定模式同样以最大限度地维护现行《公司法》体系和结构为前提,谋求在全面具体地引入防御性条款制度的同时,不对现行《公司法》内容的稳定造成破坏。申言之,在有限责任公司法律框架下,对于表决权比例提高型防御性条款、特定股东同意型防御性条款和章程规定特别决

议型防御性条款,可将现行《公司法》第43条第2款改为“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、变更公司形式以及章程规定的其他事项的决议,必须经代表2/3以上表决权的股东通过”,并在此基础上增加一款作为第3款“前款规定的比例,章程有更高规定的,或章程规定前款所列事项的决议还须经特定股东同意的,从其规定。”对于程序型防御性条款,可于第39条第2款后增加一句“公司章程另有规定的除外。”由于《公司法》第41条和第43条已授权公司章程对股东会的通知、议事方式和表决程序等另行规定,故现有《公司法》针对这些程序性事项的防御性条款已能容纳,唯一需要探讨的是有关提案程序的防御性条款。我国《公司法》明确规定董事会和监事会享有提案权,但对于股东是否享有提案权语焉不详,学说上持肯定论和否定论者都不在少数。笔者认为,《公司法》之所以未对有限责任公司股东的提案权作任何规定,其意不在于否定有限责任公司股东的提案权,而在于基于公司自治原则,授权公司章程对股东是否享有提案权以及享有提案权的条件作自主规定。在此意义上,公司章程严格限制股东享有表决权的的规定都可纳入防御性条款范畴。既然《公司法》已经对有限责任公司股东的提案权采取完全放任的态度,就没有必要对限制股东行使提案权的防御性条款作明确规定。

在股份有限公司法律框架下,对于章程规定特别决议事项型防御性条款,可将《公司法》第103条第2款改为“股东大会作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是,股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本、公司合并、分立、解散、变更公司形式以及章程规定的其他事项的决议,必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。”对于分类表决型防御性条款,可于现行第103条中增加一款作为第3款“发行其他种类股份的公司,章程规定前款所列事项的决议除须经出席会议的普通股股东所持表决权的2/3以上通过之外,还须经出席会议的其他种类股股东所持表决权的2/3以上通过的,从其规定”。对于股份有限公司法律框架下的表决权比例提高型防御性条款和特定股东同意型防御性条款,可以参照有限责任公司相关法律条款的设计,但考虑到公众公司^①不能适用这特定股东同意型防御性条款和表决权比例提高型防御性条款中的“全体股东一致同意条款”^②,必须要在设计法律条款时予以排除。对于程序型防御性条款,由于《公司法》对股份有限公司股东大会的程序性事项只有极少数的赋权性规定(如股东大会召集的情形、累计投票制的适用),因此,必须对现有《公司法》涉及股份有限公司股东大会召集、提案和表决方式等规定进行改造,具体方式是直接在相关条款后增加“公司章程另有规定,从其规定”等类似表述,但应当注意排

^① 考虑到目前“公众公司”并非现行《公司法》所采用的概念,故在未来修订《公司法》时,还应当在公司法附则部分加上对“公众公司”的定义,即公众公司是指上市公司以及股票向特定对象发行或者转让导致股东累计超过200人或股票公开转让且其股票未在证券交易所上市交易的股份有限公司。

^② 公众公司的章程要求“全体股东一致同意”则有悖常理,在股东人数较多的公众公司中要求全体股东一致同意才能通过特别决议可能性很小,故不应认定其具有法律效力。在公众公司中,由于特定股东同意型防御性条款会造成股东之间地位的不平等而违背股东平等原则。所以,特定股东同意型防御性条款在公众公司中一律无效。

除公众公司的适用。^② 如对于限制股东提案权的防御性条款,可于《公司法》第102条第2款后在第一个分句后增加“公司章程有更严格规定的,从其规定,但公众公司除外”。

Abstract: In order to protect the rights and benefits of specific shareholders through restricting the controlling shareholders from abusing the principle of capital majority representative and enhancing the autonomy of the company's bylaws, the system of provision for entrenchment established by Companies Act of 2006 (UK) is worth learning from. The defense objects in provisions for entrenchment include controlling shareholders and members of company's management, and can also include specific shareholders in the company without controlling shareholders. The provisions for entrenchment in the Company Law of China can be divided into two categories: substantive provisions for entrenchment and procedural provisions for entrenchment. The formulation and revision of provisions for entrenchment requires the unanimous consent of all the shareholders in principle. When the provision for entrenchment is established in the Company Law, it is necessary to build the special notification and warning system of provisions for entrenchment. The system of provision for entrenchment can be established through the model of general provision or specific regulations when revising the Company Law.

(责任编辑:王莉萍)

^② 相较于非公众公司,公众公司章程虽然也可以从股东大会的召集、提案和表决方式上使得股东大会特别决议的通过变得更难,但自治空间要小于公众公司(公司章程原则上只能在《公司法》没有明确规定的前提下对股东大会的召集、提案和表决等作出程序性规定)。一般而言,公众公司就股东大会的程序性事项作出有别于《公司法》规定的,不应当具有法律效力。