

# 论公司章程之 “全体股东一致同意条款”的法律效力

王建文 孙清白

(南京航空航天大学人文与社会科学学院 江苏南京 211106)

内容提要:为弥补“资本多数决”适用的缺陷,近年来多有通过公司章程约定股东会决议须经“全体股东一致同意”的案例出现。实践中,全体股东一致同意条款又有概括型和列举型两种表现形式。当前司法实务在认定该类条款的法律效力上分歧较大,肯定或否定该类条款法律效力的论证均不够深入且未结合全体股东一致同意条款的两种表现形式展开。通过对《公司法》有关条文及相关公司法理论的分析可以发现,列举型全体股东一致同意条款在非公众公司章程中通常具有法律效力,概括型全体股东一致同意条款在非公众公司章程中仅具有个案适用的可能性。由于公众公司股东人数较多、股东变动频繁、股东之间缺乏人合性,全体股东一致同意条款在公众公司中不具有可适用性。

关键词:一致同意 资本多数决 公司章程 公众公司 非公众公司

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.12.007

## 一、问题的提出

“资本多数决”(the rule of majority decision based on capital)<sup>①</sup>是股东会决议的主要形成方式。尽管“资本多数决”体现了资本民主,对平衡股东间的利益冲突、促使公司快速有效地形

成决议、保护股东的投资热情起到了巨大作用,<sup>②</sup>但其缺陷也早已被市场洞悉。从2015年开始的“宝万之争”至今仍在发酵,其中涉及的一系列核心争议的背后就是对“资本多数决”正当性的拷问。“大股东大权利,小股东小权

作者简介:王建文(1974—),男,汉族,安徽望江人,南京航空航天大学人文与社会科学学院院长、教授、博士生导师。

孙清白(1990—),男,汉族,江苏南京人,南京航空航天大学博士研究生。

本文为2014年国家社会科学基金项目“公司章程防御性条款法律效力研究”(项目编号:14BFX077)的阶段性研究成果。

① “资本多数决”指在股东会或股东大会上,股东按照其所持股份或出资比例,对公司重大事项进行表决,经代表多数表决权的股东通过,形成股东会决议的制度。

② 蔡元庆、龚建凤《资本多数决原则与中小股东利益的协调》载《当代法学》2003年第11期,第15页。

利”本是最基本的市场规则,“资本多数决”本身也并没有原罪。<sup>③</sup>不过,由于“资本多数决”以出资的多少决定“话语权”,容易导致在公司中持有多数表决权<sup>④</sup>的股东操纵股东会决议,形成股东压制。<sup>⑤</sup>“资本多数决”被控制股东<sup>⑥</sup>滥用的结果是造成股东之间的实质不平等,从而挫伤小股东参与公司决策的积极性,进而引发股东会形式化,对有序的公司治理构成极大挑战。<sup>⑦</sup>

近年来,多有通过公司章程约定股东会决议须经“全体股东一致同意”(简称“全体股东一致同意条款”)以约束控制股东滥用“资本多数决”的案例出现。然而,对于股东人数较多或股东利益诉求多样化的公司,“全体股东一致同意”毕竟难以达成,如果股东会决议事项均须“全体股东一致同意”,势必会阻碍到股东会决议的形成或降低决策效率,而且还有可能引发股东的机会主义行为甚至导致公司僵局的出现。如若全体股东共同协商一致,在章程中就特定事项的决议约定须经“全体股东一致同意”,断然否定其法律效力无疑失之草率。司法实践对“全体股东一致同意条款”的态度也莫衷一是,从笔者选取的约30个典型案例的裁判来看,法官肯定或否定“全体股东一致同意

条款”的法律效力都有其道理。那么,究竟应当如何认定全体股东一致同意条款的法律效力?

## 二、司法实务对全体股东一致同意条款法律效力的认定

实践中,全体股东一致同意条款有两种表现形式,一是笼统规定股东会作出决议,须经全体股东一致同意(简称“概括型全体股东一致同意条款”);<sup>⑧</sup>二是规定股东会就特定事项作出决议(如公司合并、分立、变更形式、公司解散、清算、股东退出或加入、增加或减少注册资本、专利或重大资产出售等),必须经全体股东一致同意(简称“列举型全体股东一致同意条款”)。<sup>⑨</sup>从目前能够检索到的案例来看,否定或肯定全体股东一致同意条款的法律效力的判决均大量存在。在认可全体股东一致同意条款的判决中,法官们主要从以下三个方面切入论证全体股东一致同意条款的合法性。

其一,章程自由和股东自治。公司章程自治包括公司章程内容上的自由,公司章程的内容自由建立在全体股东自由、真实的意思表示之上。一些法院在判断全体股东一致同意条款是否具备法律效力时,就主要是从订立一致同意条款时全体股东意思表示是否自由、真实展

<sup>③</sup> 参见《公司法修改国际研讨会论文集》,转引自甘培忠《公司控制权的正当行使》,法律出版社2006年版,第169~171页。

<sup>④</sup> 表决权通常与股东的出资挂钩,但也不尽然,类别股股票可以拥有不同的表决权,通过股东之间的协议或公司章程可以对表决权进行一定程度的限制,表决权信托和表决权代理等制度更是颠覆出资与表决权挂钩的传统观念。

<sup>⑤</sup> 参见潘林《论公司法任意性规范中的软家长主义——以股东压制问题为例》,载《法制与社会发展》2017年第1期,第41~43页。

<sup>⑥</sup> “控制股东”是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。虽然学界对于占据优势地位的股东到底是冠以“大股东”还是“控制股东”或“控股股东”一直没有统一意见,但越来越多的学者的研究开始使用“控制股东”的概念,笔者亦倾向于使用该概念。“非控制股东”是指除控制股东以外的股东,即通常所谓的“小股东”。

<sup>⑦</sup> 赵旭东《公司法修改中的中小股东保护》,载王文杰主编《月旦民商法研究(第11辑):最新两岸公司法与证券法评析》,清华大学出版社2006年版,第1~6页;马明生、张学武《资本多数决的限制与小股东权益保护》,载《法学论坛》2005年第4期,第128~129页。

<sup>⑧</sup> 参见烟台市中级人民法院(2014)烟商二终字第56号《民事判决书》,上海市杨浦区人民法院(2011)杨民二(商)初字第462号《民事判决书》,江西省萍乡市安源区人民法院(2015)安民初字第178号《民事判决书》,湖南省高级人民法院(2015)湘高民二终字第69号《民事判决书》。

<sup>⑨</sup> 参见北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第10313号《民事判决书》,上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民四(商)终字第896号《民事判决书》,北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第01571号《民事判决书》,云南省高级人民法院(2016)云民再64号《民事判决书》,上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终9244号《民事判决书》。

开。只要全体股东一致同意条款系各股东共同制订,为全体股东真实意思表示,且属当事人意思自治的范畴,就应当具有法律效力。<sup>⑩</sup>

其二,章程规定与公司法规范之间的关系。章程条款是否有违《公司法》的强制性规范是绝大多数法院在认定全体股东一致同意条款是否有效时所关注的重点。从这一角度进行裁判的法院通常认为,公司章程是股东、发起人意思自治的体现。当事人可以通过自由协商一致,约定相互之间的权利义务关系,但不能违反法律的强制性规定。我国《公司法》第43条是强调对特定事项决议的最低限度要求——“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,只是对于公司决议通过的程序要求更为严格,未超出《公司法》强制性规范所划定的范围,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,并不违反法律的强制性规定。<sup>⑪</sup>

其三,公司章程对公司与股东的约束力。从该角度裁判的法院认为,公司章程是在公司法规定原则下经股东自愿合意而达成的治理规则,是公司及有关人员的行为规范,对公司、股东具有约束力,既然全体股东一致同意条款是全体股东自愿达成,公司和各股东必须遵守并在其范围内开展经营管理活动。<sup>⑫</sup>

否定全体股东一致条款法律效力的判决理由则相对集中。由于全体股东一致同意条款摒

弃了“资本多数决”,将股东会决议的通过改为“全体股东一致同意”,否定全体股东一致条款法律效力的判决意见通常将“资本多数决”视为公司法的基本原则,将有关“资本多数决”的规范认定为效力性强制性规范,并将公司章程关于股东会决议方式由“资本多数决”改为“全体股东一致同意”视为对公司法基本原则和效力性强制性规范的违反。否定全体股东一致同意条款法律效力的判决逻辑在于,公司章程如果仅是单纯提高股东会特别决议通过所需的表决权比例(比如将《公司法》规定的特定事项的决议须经代表2/3以上表决权的股东通过提升为经代表3/4以上表决权的股东通过),并未改变“资本多数决”理论之于股东会决议的应用,本在《公司法》第43条允许的章程自治范围内。<sup>⑬</sup>在该裁判逻辑下,全体股东一致同意条款则背离了“资本多数决”,而“资本多数决”既是国际通行规则,又是我国《公司法》确立的效力性强制性规定,从而认为“全体股东一致同意”会在客观上造成少数股东的意见左右股东会甚至决定股东会的意见,从而与公司治理的基本原则相违背,既影响公司的正常经营和决策,也不利于股东利益的维护和实现,以致公司僵局的出现,所以全体股东一致同意条款不具备法律效力。<sup>⑭</sup>

从以上裁判思路可以看出,对全体股东一致同意条款法律效力认定的争议焦点为全体股

<sup>⑩</sup> 参见烟台市中级人民法院(2014)烟商二终字第56号《民事判决书》;参见北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第10313号《民事判决书》。

<sup>⑪</sup> 参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民四(商)终字第896号《民事判决书》,上海市杨浦区人民法院(2011)杨民二(商)初字第462号《民事判决书》。

<sup>⑫</sup> 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第01571号《民事判决书》,江西省萍乡市安源区人民法院(2015)安民初字第178号《民事判决书》,成都市中级人民法院(2013)成民终字第2799号《民事判决书》,最高人民法院(2016)最高法民再307号《民事判决书》。

<sup>⑬</sup> 《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)》第5条将表决结果未达到公司章程规定的通过比例的股东会决议认定为决议不成立,即是对公司章程可以提高股东会决议通过所需的表决权比例的认可。

<sup>⑭</sup> 参见内蒙古高级人民法院(2013)内商初字第9号《民事判决书》,四川省广元市中级人民法院(2015)广民终字第533号《民事判决书》;广西壮族自治区兴安县人民法院(2014)兴民初字第352号《民事判决书》;牧野、赵玮《公司章程违反法律,法院判决应予更改》,http://www.chinacourt.org/article/detail/2004/03/id/110546.shtml,访问日期:2015年7月30日;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》,载《成都日报》2008年11月14日第13版。

东一致同意条款排除“资本多数决”的适用是否有效,亦即我国《公司法》是否禁止“全体股东一致同意”作为股东会决议方式的适用。当前已有的判决对于全体股东一致同意条款法律效力的分析尚未触及问题的本质。相比于持肯定论的判决存在论证不充分的问题,持全体股东一致同意条款法律效力否定论的判决则直接将我国《公司法》第43条认定为效力强制性规范,并以“资本多数决”为国际通行规则为由,否定全体股东一致同意条款的效力,因而显得过于武断。就以上裁判逻辑而言,肯定或否定全体股东一致同意条款的论证都不够有力。对于全体股东一致同意条款是否具备法律效力尚需更为精细的分析。

### 三、全体股东一致同意条款法律效力的具体分析

我国《公司法》第43条第1款规定“股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。”从文义解释来看,该款是赋权性规定,允许公司章程在《公司法》已有规范基础上对股东会的议事方式和表决程序作出另外的规定。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2/3以上表决权的股东通过。”该款是关于哪些事项须经股东会特别决议以及特别决议通过的条件。一般认为,《公司法》第43条规定特别决议事项经代表2/3以上表决权的股东通过是对表决权比例的最低要求,司法实务将之理解为公司章程仅能提高而不得降低该比例。<sup>⑮</sup>实践中,公司章程提高特别决议<sup>⑯</sup>通过所需的表决权比例,已大量涌现

并逐渐为公司参与各方、学者以及实务界所接受,<sup>⑰</sup>《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)》第5条第4项更是间接对公司章程提高股东会决议通过所需的表决权比例的做法予以认可。就理论而言,公司章程似乎可以将特别决议通过所需的表决权比例无限提高,但其背后的法理基础仍为“资本多数决”;而全体股东一致同意条款显然已经不是建立在“资本多数决”之上,其背后的逻辑更多地契合合伙企业决议机制对于人合性的考虑。与公司有所不同的是,除非法律另有规定或当事人另有约定,合伙企业以“一致同意”形成合伙人会议决议。法律为公司和合伙企业设定两种不同的决议形成的主要方式,本质上体现出合伙企业与公司人合性的差异。合伙企业合伙人之间具有极强的人身信赖关系,故在形成决策时特别重视股东的一致意见,以彰显共同出资、共同经营、共担风险的理念。公司股东之间的人合性通常弱于合伙企业的合伙人,“一致同意”很难实现,在“资本民主”理念的驱使下,“资本多数决”已成为股东会最重要的决议形成方式。

从“资本多数决”到“一致同意”,其间的差异不容忽视,这才应当是论证全体股东一致同意条款是否具备法律效力的核心。然而让人遗憾的是,我们并没有从法院的裁判文书中找到论证全体股东一致同意条款具有合法性的有力理由。即使是在学术界,也尚未有人对全体股东一致同意条款是否真正具有合法性作出深入剖析,仅有少数学者提出,比例的强制性规定只是为立法者指导下的最低限度要求,提高比例

<sup>⑮</sup> 参见海南省第二中级人民法院(2015)海南二中民一终字第73号《民事判决书》,上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民四(商)终字第465号《民事判决书》,上海市长宁区人民法院(2013)长民二(商)初字第1173号《民事判决书》等。

<sup>⑯</sup> 既包括《公司法》第43条规定的七种特别决议事项,实践中也有公司会把其他事项也纳入特别决议范畴,一并作为公司重大决策。

<sup>⑰</sup> 代表性的案例参见上海市长宁区人民法院(2013)长民二(商)初字第1173号《民事判决书》,上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民四(商)终字第465号《民事判决书》,上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民四(商)终字第465号《民事判决书》,海南省第二中级人民法院(2015)海南二中民一终字第73号《民事判决书》,江苏省南京市中级人民法院(2014)宁商终字第795号《民事判决书》。

采超级多数决甚至是一致决并不违背立法者的初衷。<sup>⑮</sup>在股东人数不多的公司,全体股东一致同意条款方得有效。<sup>⑯</sup>另有个别学者以股权转让限制为例,论证公司章程可以规定“未经股东一致同意不得对外转让股权”。<sup>⑰</sup>然而,对于一般意义上的“公司章程全体股东一致条款”是否具有法律效力及其法理基础并没有深刻阐述。笔者认为,全体股东一致同意条款具有法律效力固然与公司章程自治密不可分,但支撑其合法性的决定性因素乃在于现代公司法并未废止“全体股东一致同意”作为股东会决议形成方式的适用,“全体股东一致同意”是在特定情况下作为“资本多数决”的缺漏补强机制而存在的。因此,对全体股东一致同意条款合法性的分析必须紧紧围绕在“资本多数决”占统治地位的格局下,“全体股东一致同意”规则的适用空间展开,并从概括型全体股东一致同意条款和列举型全体股东一致同意条款区分的角度探讨其法律效力。

(一)“全体股东一致同意”作为股东会决议方式的可适用性

虽然“资本多数决”作为股东会决议形成方式具有无可争辩的统治地位,但“资本多数决”易为控制股东滥用,并导致公司和其他股东权益被侵害的弊端一直为人诟病。为限制“资本多数决”的适用,一些国家的公司法发展出“资本多数决”适用的例外。对于这些例外情形,“一致同意”这一古老规则仍将适用。<sup>⑱</sup>“资本多数决”适用的例外通常针对必须经全体股东一致同意,否则就会对公司或部分股东不利的表决事项。我国《公司法》第34条对于

不按照出资比例分取红利、不按照出资比例优先认缴出资必须“全体股东约定”即属于“资本多数决”适用的例外。从适用的主体来看,一般只有具有一定人合性的公司才可适用“一致同意”规则,这是因为具有人合性的公司股东之间具有较强的人身信赖关系,单纯依靠资本民主对某些事项形成决议无法体现股东之间的人身信赖关系。而对于纯资合公司,股东人数一般较多,股东之间缺乏人身信赖关系,自无“一致同意”规则适用的可能和必要。至于“一致同意”规则的适用情形是否必须法定,法律并未明确规定,故理论上股东可以自由约定哪些情形应当适用“一致同意”规则。就经营判断而言,只有股东自身才能判断哪些事项对其十分重要,甚至应当由“全体股东一致同意”才能做出决议。既然《公司法》可以将不按照出资比例分取红利、不按照出资比例优先认缴出资设定为须经“全体股东一致同意”,自然亦无理由否定全体股东基于真实意思表示所设定的其他需要“全体股东一致同意”的事项。从规范分析的角度讲,我国《公司法》第43条允许公司章程在法律规定基础上提高特别决议通过所需的表决权比例,理论上公司章程可以将该比例无限提高,而无限提高的结果就是全体股东一致同意条款的出现。《公司法》并未禁止全体股东一致同意条款的存在,从逻辑上讲,全体股东一致同意也是包含在超过2/3以上表决权比例中的。对于有限责任公司这样人数较少的公司来说,股东之间人合性较强,彼此之间存在人身信赖关系,在没有重大误解、欺诈、胁迫和乘人之危等事由的情况下,股东自愿就某些

<sup>⑮</sup> 温长庆《论公司决议的形成规则及其在回避表决时的运用——从“万科董事会决议”的争议点切入》,载《法商研究》2018年第1期,第87页。

<sup>⑯</sup> 如我国台湾学者曾宛如认为:将章程之修改定为应得全体股东之同意方得为之具备法律效力。参见曾宛如:《多数股东之权力界限与少数股东之保护》,载《公司法律评论(2012年卷)》,上海人民出版社2012年版,第40页。

<sup>⑰</sup> 冯果、段丙华《公司法中的契约自由——以股权处分抑制条款为视角》,载《中国社会科学》2017年第3期,第132页。

<sup>⑱</sup> 如英国《2006年公司法》第22条第3款规定,“防御性条款(provision for entrenchment)”的修改必须经全体股东一致同意。

事项约定须经全体股东一致同意方得通过并无不妥,体现的是对重大决策的重视,属商业判断的范畴,断然否定股东自愿真实的意思表示是不合理的。因此,无论“资本多数决”还是“一致同意”都是为我国《公司法》所认可的,只是“资本多数决”比“一致同意”的适用范围更广。

## (二) 概括型全体股东一致同意条款和列举型全体股东一致同意条款法律效力之区分

尽管在“资本多数决”占统治地位的当下,“全体股东一致同意”仍具有可适用性,但学术界对此存有不少质疑的声音。质疑的主要依据为,全体股东一致同意有可能导致公司陷入僵局,或引发部分股东的机会主义行为。<sup>②</sup>然而,将股东会全部决策交由全体股东一致同意和仅就部分事项要求全体股东一致同意存在很大差别,应当区别概括型全体股东一致同意条款和列举型全体股东一致同意条款进行法律效力分析。

对于列举型全体股东一致同意条款,公司章程约定“全体股东一致同意”的事项通常都是关乎公司“生死存亡”、经营管理的重大决策,主要表现为《公司法》所列举的特别决议事项以及股东认为需要特别对待的决议事项,这些决议事项的性质决定了此类议案从被提出、交付股东会审议到表决都必须审慎对待。此外,列举型全体股东一致同意条款大多只针对公司重大决策,并未要求股东会所有事项的决策均须全体股东一致同意。从数量上讲,重大决策的普通决策要少得多,在重大决策上多花时间和精力对公司的正常经营不会产生太大影响,更不会影响到公司的正常运转。作为理性的经济人,股东设定列举型全体股东一致同意条款时应当能够预见到该条款可能带来的后果,股东们既然愿意将列举型全体股东一致同意条款写入公司章程,就表明他们愿意接受由此产生的各种后果,包括决策效率、特别决议案

通过可能性的降低和股东的机会主义行为。再者,列举型全体股东一致同意条款之所以能进入公司章程,必然是大股东与小股东之间妥协的产物,如果不承认列举型全体股东一致同意条款的法律效力,小股东制衡大股东合理期待就会落空,在这种制衡机制是协商和利益交换的结果,并没有不正当性的情况下,小股东一定程度的异议并不能算得上“机会主义行为”。因此,列举型全体股东一致同意条款就应当具有法律效力。

对于概括型全体股东一致同意条款,以“一致同意”规则完全取代“资本多数决”,有悖于公司法“资本民主”的理念与逻辑。由于该类条款将股东会所有决议事项都纳入全体股东一致同意,更容易导致公司僵局和部分股东机会主义行为的出现,可能导致股东会长期以来无法形成有效决议并严重危及公司正常的经营管理,而全体股东一致条款设置的目的在于限制控制股东滥用“资本多数决”。因此,将股东会所有决议事项均纳入全体股东一致同意的轨道,显然已超出了设置全体股东一致条款的目的和股东的合理预期,故不应确认其法律效力。

## (三) 全体股东一致同意条款适用的例外

根据前文的分析,列举型全体股东一致同意条款通常具有法律效力,但其适用并不是绝对的。上海市二中院在一个判决中提到,公司章程可以约定特定事项须经股东一致同意通过,但小股东在利用章程所赋予的权利对大股东进行限制时,亦应兼顾公司控股股东、债权人以及社会公众的利益。<sup>③</sup>仔细检视其他国家公司法制度和实践,也有类似的制度设计和裁判观点。由此可见,列举型全体股东一致同意条款的适用也不是绝对的,如果由于全体股东一致同意条款的存在,某一股东对表决事项投反

<sup>②</sup> 宋从文《公司章程的合同解读》载《法律适用》2007年第2期,第62页;王毓莹《公司章程自治研究》,中国政法大学2005年博士论文,第9页。

<sup>③</sup> 参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民四(商)终字第1282号《民事判决书》。

对票或弃权票,由于该议案受全体股东一致同意条款的约束而无法通过,而该事项无法通过将使公司利益、其他股东利益甚至公共利益受到重大损害时,应当排除列举型全体股东一致同意条款的适用。

尽管概括型全体股东一致同意条款通常不应当具有法律效力,但也不排除在人合性极强和股东人数极少的公司中,概括型全体股东一致同意条款的可适用性。毕竟,对于只有两三个股东的公司,全体股东协商一致,在章程中约定股东会决议事项须经全体股东一致同意,多数情况下是大股东与小股东妥协的结果,小股东完全依赖概括型全体股东一致同意条款保护其在公司决策中的“话语权”,此时若否定概括型全体股东一致同意条款的法律效力,小股东权益保护的合理预期就会落空。当然,概括型全体股东一致同意条款的适用一定是极其特殊的情形,立法上不应鼓励,在纷繁复杂的司法实践中,还应当交由法官谨慎裁量、个案认定。

四、全体股东一致同意条款在公众公司和非公众股份有限公司间的区别适用

(一) 全体股东一致同意条款在非公众股份有限公司适用的可能性

以上有关全体股东一致同意条款效力的分析均建构于有限责任公司的法律框架下,对于股份有限公司而言,全体股东一致同意条款是否仍能适用?

首先,笔者考察《公司法》有关股份有限公司的相关规定是否允许全体股东一致同意条款的适用。与《公司法》第43条显著不同,《公司法》第103条不存在授权公司章程对股东会的议事方式和表决程序另行规定的表述。不过,《公司法》第103条第2款使用“必须”二字,应当规定的是股东大会特别决议的最低通过比例,并非机械地“固定”股东大会特别决议的通

过比例,使之不容更改。股份有限公司章程理论上也可提高特别决议通过所需的表决权比例,甚至设置全体股东一致同意条款。在我国《公司法》下,除上市公司、在全国中小企业股份转让系统及区域性股权交易市场挂牌的股份有限公司以及人数超200人的股份有限公司<sup>②</sup>所受的管制更为严格外,非公众股份有限公司在设立条件、治理结构、信息披露和股权(股份)流动性方面与有限责任公司并无太大差别。可见,非公众股份有限公司与有限责任公司除公司类型不同外,所适用的法律规则基本相同,在《公司法》未禁止股份有限公司章程设置全体股东一致同意条款的基础上,考虑到非公众股份有限公司与有限责任公司所适用的法律规则基本一致,似无明确理由否定非公众股份有限公司在其章程中设置全体股东一致同意条款。

其次,全体股东一致同意条款设置的核心目的是保障股东会所涉及的公司重大事项的决议取得所有股东的同意,避免控制股东通过“资本多数决”剥夺小股东对公司重大决策的话语权,甚而侵害小股东和公司的权益。股东人数越多,一致同意就越难实现,如果因全体股东一致同意条款的存在导致公司重大决策难以通过,妨碍到公司的行为自由,显然并不符合全体股东一致同意条款设定的目的。因此,有必要考察股份有限公司股东人数的多寡对于全体股东一致同意条款适用的影响。我国《公司法》将有限责任公司的股东人数限制在50人以内,而对股份有限公司的股东人数没有数量上的最高限制,但实践中除上市公司外,极少有股份有限公司股东人数超过50人的情形。即便在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司,股东人数超过50人的也是较为少见的。截至

<sup>②</sup> 证监会2012年《非上市公众公司监督管理办法》第2条规定“本办法所称非上市公众公司(以下简称公众公司)是指有下列情形之一的股份有限公司:(一)股票向特定对象发行或者转让导致股东累计超过200人;(二)股票公开转让。”依据该条规定,我国公众公司包括上市公司、在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司、在区域性股权交易市场挂牌的公司以及股东人数超过200人的股份有限公司。

2017年12月31日,在全国中小企业股份转让系统挂牌的全部11630家股份有限公司中,仅有1905家公司的股东人数超过50人,占比16.38%。而在剩余的9725家公司中,绝大部分公司在挂牌前股东人数都不超过10人。在挂牌公司中,股东人数10人以下(包括10人)的公司共有5196家,占有挂牌公司总数的44.68%。<sup>⑤</sup>由此可见,在我国数量庞大的股份有限公司体系内,股东人数不超过50人的占据绝对多数地位。在不考虑其他条件的情况下,对于股东人数较少的股份有限公司而言,全体股东一致同意相对比较容易实现,既然有限责任公司允许存在全体股东一致同意条款,对于那些与有限责任公司在股东人数方面几无差别的股份有限公司,否定其章程中全体股东一致同意条款的法律效力似乎并不合适。

最后,股东之间的人合性也是影响全体股东一致同意条款适用的重要因素。一般而言,只有具有较强人身信赖关系,股权的流动性并不很强的公司才会考虑设置全体股东一致同意条款,一方面是出于约束控制股东通过“资本多数决”损害其他股东利益的需要;另一方面也是公司人合性使然。若股东之间没有较强的人身信赖关系,则意味着股东之间对于彼此的商业信用、交易习惯、经营理念甚至道德品质等缺乏足够的了解,于此情形下,股东们就很难预见全体股东一致同意条款设置的后果。例如,是否可能存在某些股东的机会主义行为,使得部分股东可以以反对重大事项的通过为由索取不正当利益。在缺乏较强人身信赖关系的情况下,股东可能更愿意通过现成的公司法规则或在不改变“资本多数决”逻辑的前提下通过在章程中适当强化或明确股东会议事规则和表决方式的途径确立股东会决议的“游戏规则”。

另外,公司股权的流动性的强弱也将直接影响股东之间的人合性。如果公司股权流动性较强,股东经常发生变动,即便初始设置全体股东一致同意条款的股东之间具有较强的人合性,后来加入公司的股东之间可能就不再具有初始股东那样的人合性。当然,股权流动性较强导致股东人数经常变化本身就会促使全体股东一致同意条款的合法性受到挑战,因为频繁变动中全体股东一致同意条款是否还能代表后续股东的真实意思,后续股东是否还愿意将股东会有关重大事项的决策交由全体股东一致同意通过又存在很大的不确定性。理论上后续加入公司的股东受让股权的同时即代表接受包括公司章程在内公司自治规范的约束,但实践中很难保证所有的股东在受让股权时都会仔细查询公司章程,在缺乏对章程内容有足够了解的情况下,将初始股东的有关股东会重大决策机制的意思强加给后续股东,这其间的合法性自然存疑。<sup>⑥</sup>从实践来看,非公众股份有限公司股东人数较少,股东的人合性并不比有限责任公司差,股东之间也可以具有极强的信赖关系。非公众股份有限公司的股份由于没有公开的交易市场,其流动性与有限责任公司无异,通常不会发生股东的频繁变动。对于这些除组织形式与有限责任公司不同外,与有限责任公司没有人合性和股权流动性差异的股份有限公司,全体股东一致同意条款的适用也不应当有差异。

既然从法律规则和公司实践的角度而言,非公众股份公司与有限责任公司几无差别,岂能因《公司法》未明确授权股份有限公司章程对股东大会的议事规则和表决方式作出特别约定,就否定全体股东一致同意条款在非公众股份公司中的适用?仅就司法实务而言,法官也

<sup>⑤</sup> 《全国中小企业股份转让系统2017年统计快报》, <http://www.neeq.com.cn/static/statisticdata.html>, 访问日期:2018年1月7日。

<sup>⑥</sup> 如果考虑到股东作为商事行为的主体,本身应当承担更为严格的注意义务,似乎以后续股东受让股权时即代表接受包括公司章程在内的所有公司自治规范的约束也能解释得通。然而商事实践纷繁复杂,股东在受让股权时的注意义务是否还包括对目标公司章程中与股权转让无关条款的审查尚有待进一步讨论,笔者暂持否定态度。



不应当机械地理解与适用《公司法》有关股份有限公司股东会决议的相关条款,而应从公正合理地解决全体股东一致同意条款相关纠纷的角度出发,考察非公众股份有限公司股东的人数、股东之间的人合性、设置全体股东一致同意条款的目的等因素,比照有限责任公司相关法律制度,慎重处理有关全体股东一致同意条款法律效力的争议。

## (二) 全体股东一致同意条款不能适用于公众公司

虽然在非公众股份有限公司中,全体股东一致同意条款具有可适用性(主要是列举型全体股东一直同意条款),然而对于公众公司,全体股东一致同意条款的存在就不具备合法性基础,甚至可以说也几乎没有实践的可能性。

第一,对于股东人数众多的公众公司而言,对重大事项的表决满足全体股东一致同意的要求较难实现。公众公司章程中全体股东一致同意条款的存在,很可能导致股东大会难以形成有效的特别决议,严重阻碍到公司的正常经营管理并导致公司僵局出现。股东人数众多带来的另外一个直接影响是公众公司的股东缺乏非公众公司股东之间的人合性,这使得全体股东一直同意条款在公众公司章程中的适用缺乏正当性基础。全体股东一致同意条款背后的法理基础并不是“资本多数决”,而是建立在股东人合性基础上的“资本多数决”适用的例外,只有具备较强人合性的公司,全体股东一致同意条款才具有合法性,而这一点公众公司并不具备。

第二,对于股东人数并不太多的公众公司(主要是在全国中小企业股份转让系统和区域性股权交易市场挂牌的公司),其股份由于具有公开的交易市场,相较于非公众公司,股东变动通常更为频繁。即便允许这些公司挂牌之初在其章程中设置全体股东一致同条款,但随着越来越多股东的加入或变动,全体股东一致同意条款可能并非后续股东真实意思表示,则该条款也不应该约束后续股东。有学者会认为,后续股东加入公司并成为公司股东的行为已经

表明股东愿意接受包括表决权比例提高型防御性条款在内的公司章程的约束,如果投资者对全体股东一致同意条款有任何疑问,完全可以选择“用脚投票”。基于此,单从法理上看,全体股东一致同意条款是制定章程的初始股东意思表示一致的产物,加入公司的后续股东也以股东身份接受了公司章程的约束,所有股东都应当遵守全体股东一致同意条款并接受相应的法律后果。这种见解显然忽视了后续股东相对于公司或初始股东的弱势地位,后续股东在加入公司时通常只能就增资入股或股权转让的核心条款与公司或初始股东进行博弈,对于全体股东一致同意条款,并不能指望后续股东能和初始股东达成完全一致的意见。很多情况下,非核心条款都是作为通用条款或附属条款(公司章程就可以看作增资入股或股权转让协议的附属条款)存在于合同之中,指望后续股东与公司或初始股东就一切“细枝末节”达成统一意见殊非易事。可以说后续股东与公司或初始股东能就部分条款进行磋商已经属于理想状态,多数情况下,面对公司和初始股东的绝对优势地位,后续股东只有接受或不接受两种选择,根本无力与公司或初始股东对抗。对于公众公司的小股东而言,这一点表现得尤为明显。

由以上分析可知,由于公众公司股东人数通常较多,全体股东一致同意难以实现,容易导致公司僵局的出现;公众公司股东之间并没有很强的人合性,全体股东一致同意条款的适用缺乏正当性基础;公众公司股东变动频繁,全体股东一致同意条款可能并非后续加入公司股东的真实意思。基于这些理由,全体股东一致同意条款不能适用于公众公司。

## 五、结语

全体股东一致同意条款的出现,对于激发小股东参与公司决策的热情,保障股东会决议机制的有效运转,避免控制股东滥用“资本多数决”损害其他股东利益具有积极作用。尽管在非公众公司中,列举型全体股东一致同意条款具有可适用性,但当列举型全体股东一致同

意条款的适用将使公司利益、其他股东利益甚至公共利益受到重大损害时,应当排除列举型全体股东一致同意条款的适用。而概括型全体股东一致条款虽通常不具有法律效力,但也不排除在非公众公司中个案适用的可能性。从完善立法指导公司实践并为涉及全体股东一致同意条款的案件提供明确裁判规则的角度出发,未来修订《公司法》时,可增设有关列举型全体股东一致同意条款的法律制度。具体设计如下:对于有限责任公司,可将我国现行《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、变更公司形式和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“章程对前述事项的决议,要求经全

体股东一致同意通过的,从其规定。”对于股份有限公司,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。”并在此基础上增加一款作为第3款“章程对前述事项的决议,要求经全体股东一致同意通过的,从其规定,但公众公司除外。”当然,还应在《公司法》附则部分第216条增加第5项对公众公司进行界定“公众公司,是指上市公司、在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司、在区域性股权交易市场挂牌的公司以及股东人数超过200人的股份有限公司。”

## On Validity of the Unanimity Provisions of All Shareholders in the Articles of Association

Wang Jianwen Sun Qingbai

**Abstract:** In order to make up the shortage of majority decision based on capital, some companies have adopted unanimity provisions of all shareholders in the articles of association over the recent years. Unanimity provisions of all shareholders can be divided into two forms: general unanimity provisions of all shareholders and enumerative unanimity provisions of all shareholders. Judicial decisions have divergence on whether these provisions are legal or not and the judicial arguments have nothing to do with the two forms of these provisions. Through the analysis of relevant clauses and theories of Chinese Company Law, a conclusion can be made that enumerative unanimity provisions of all shareholders are usually valid while general unanimity provisions of all shareholders can only be used individually in the articles of association of non-public companies. Since public companies usually have more shareholders and these shareholders lack personal reliance, unanimity provisions of all shareholders cannot be used in the articles of association of public companies.

**Keywords:** unanimity; majority decision based on capital; articles of association; public companies; non-public companies

(责任编辑:付强)