

高管薪酬法律规制的结构性思考

——德国立法及其启示*

丁 勇**

摘要:我国现有对于公司高管薪酬的法律规制的研究多基于对英美国家立法的讨论,难以真正嵌入我国作为大陆法系成文立法国家的法律体系以及发挥二元制公司治理结构的内在优势,通过对德国在高管薪酬方面的立法介绍,本文试图在高管薪酬的决定机制、具体规则以及责任和诉讼机制等重要的结构性方面为我国立法得出一些有益的启示。

关键词:高管薪酬 决定机制 监事会 责任机制 诉讼机制

公司高管薪酬过高的问题一直是一个广受诟病但却始终难以根本解决的公司治理难题。尽管全球金融危机让各国立法者都意识到过高且不合理的高管薪酬是促成金融企业高风险行为的重要诱因,但在如何真正有效规制高管薪酬的问题上各国却做法不一,我国公司法虽在立法上采大陆法系

* 本文系2012年度中国法学会自选课题“公司内部纠纷的诉讼法构造研究”[项目编号CLS(2012)D148]的阶段性成果,并受到2012年上海市浦江人才计划资助(项目编号12PJC043)。

** 法学博士,华东政法大学国际金融法律学院讲师。

股东(大)会决定高管薪酬的制衡机制,但在理论和实践中却都实际承认和默许着公司管理层自定薪酬的现状,这和学术理论及相关行政规定多借鉴英美国家董事会下的薪酬委员会作为薪酬决策机构有很大关系,然而,英美以董事会为中心的“一元制”公司治理结构下的薪酬决定机制事实上难以嵌入我国董事会与监事会并行的“二元制”公司治理结构,更难以在大陆法系固有的法律体系中找到高管薪酬正确的法律定位和规制路径。本文通过对目前关注较少的、同为大陆法系国家且同样实行“二元制”公司治理结构的德国在高管薪酬法律规制方面的介绍,试图在高管薪酬的决定机制、具体规则以及责任和诉讼机制等重要结构性方面为我国立法得出一些有益的启示。

一、德国对高管薪酬的法律调整

在德国,立法者重点是在调整股份有限公司的《股份法》中对高管薪酬的相关问题作了详细规定。调整有限责任公司的《有限责任公司法》对于公司经理的薪酬则未作规定而主要依据双方当事人的合同自由安排,虽然立法者并不支持对有限责任公司经理薪酬类推适用《股份法》中的规定,但对于那些实行员工参与决定制度而设立监事会并由其确定经理薪酬的公司来说,一般认为监事会也应当考虑《股份法》中对确定高管薪酬的原则以避免违背其注意义务所引发的损害赔偿责任。^①此外,有限责任公司中经理的薪酬的确定还应遵循民法基本原则(如不得因畸高而违背善良风俗原则)以及公司法中基本原则(如不得构成隐性的利润分配或出资返还等)。鉴于高管薪酬的问题主要存在于股份公司尤其是上市公司中,本文将讨论的重点放在德国股份公司对高管薪酬的法律规制上。此外,尽管公司法理论中“高管”的概念包括了董事、监事和高级管理人员,但由于监事职责多在于监督,通常不产生由于激励机制而造成的过高薪酬问题,因此本文所探讨的高管

^① Jaeger, in: Muenchner Kommentar zum GmbHG, § 35 Rn. 304ff, 1. Aufl., C. H. Beck, München 2012.

薪酬问题更多是指董事经理人员的薪酬问题。

(一) 薪酬决定机制

德国股份公司中高管薪酬的决定机制是和其公司治理结构紧密关联的。尽管德国和我国一样都是公司治理结构中既有董事会又有监事会的二元制结构,但与我国股东大会作为最高权力机构决定董事会和监事会、董事会与监事会处于平行关系的机制不同,德国股份公司中的股东大会、监事会和董事会既有上下级垂直选任关系但又各司其职且相互制衡。具体而言,股份公司中由股东大会选举和任命监事会成员,再由监事会选举和任命董事会成员,股东大会作为公司最高权力机构只对法律或章程明确列举的特定事项如章程变更、合并分立、增减资本、选举和任命监事会成员以及利润分配等作出决议,除非董事会要求(这也极少发生)不得决定与公司经营有关的问题(《股份法》第 119 条),而领导公司(包括确定公司经营方针计划、处理和协调公司日常事务以及对外代表公司等)则是由董事会独立负责和承担(《股份法》第 76 条第 1 款),其不受股东大会或监事会的指示。监事会负责监督公司经营(《股份法》第 111 条第 1 款),需要注意的是,监事会的监督职责不仅包括对董事会已经作出的经营行为的事后控制,也包括通过运用法律赋予的各种监督手段对董事会经营行为的事前控制,比如监事会可以自行决定或依照章程决定对特定业务董事会只有经过其同意才可进行(《股份法》第 111 条第 4 款第 2 句)、监事会自身还依照法律享有一定的公司经营权限比如颁布董事会的议事规则(《股份法》第 77 条第 2 款)、依章程授权拓展公司董事会成员的对外代表权(《股份法》第 78 条第 3 款)以及特定情形下(如董事会利益冲突等)代表公司与董事会发生法律关系等(《股份法》第 112 条)。在诸多监督手段之中,监事会任命和罢免董事会成员并代表公司与董事会成员签订聘用合同并决定其报酬(《股份法》第 84 条)这一人事权限(Personalkompetenz)正是监事会行使其监督职能的重要手段之一,其既有事后控制的特征(如罢免董事),又有事前控制的特征(如选任董事并确定其薪酬)。董事薪酬的决定权专属于监事会,股东大会仅可以在特定情形下间接影响监事会的薪酬决定,比如特定的浮动薪酬形式如股票期权以及认股权等需要股东大会在之前作出框架性的决议等,《股份法》第 120 条第

4款虽允许上市公司的股东大会就董事薪酬机制作出表决,但该表决并不产生具体的权利义务,尤其不影响监事会确定董事薪酬的义务,仅旨在促使监事会认真履行其薪酬决定义务。

值得注意的是,在监事会选任董事会成员并确定其薪酬的问题上,德国在立法和理论上都遵循所谓的分离理论(Trennungstheorie),区分任命(Bestellung)和聘用(Anstellung)两种不同性质的法律关系。简单说来,任命(Bestellung)和罢免(Abberufung)都属于公司法律行为(korporationsrechtliche Akte),通过任命行为所确立的是董事会成员的公司机关地位,即董事由此承担了其作为公司机关而由法律和章程所规定的各项权利和义务,这尤其包括对外代表公司以及对内处理公司事务的权利及义务。然而,任命行为本身并不确立公司与董事之间基于债法关系以及由此所产生的、无法由董事作为公司机关地位本身所得出的权利和义务内容,对于董事在债法意义上应当对公司作出的给付以及公司为此作出对待给付的内容和范围是通过公司与董事之间所签订的聘用合同(Anstellungsvertrag)确定的,而董事的薪酬请求权也是产生于聘用合同的约定。有权代表公司并以公司名义与董事签订聘用合同的仅仅是监事会。聘用合同在性质上属于德国《民法典》第611条以下所规定的劳务合同(Dienstvertrag)(更具体说是第675条以下所规定的事务处理合同,即以事务处理为对象的劳务合同)。聘用合同并不属于劳动合同,董事因其充分的谈判能力和自我保护能力也并非劳动法意义上的劳动者,但并不排除在特定情形下符合劳动法的保护目标时也可对董事类推适用劳动法的规定。^②

基于“分离原则”,董事任命和聘用合同应当分离开来各自独立考察其效力。《股份法》第84条第1款对董事的任命和聘用合同均作了规定。该款前四句对于董事的任命规定:监事会对董事的任命最长为5年,可以再次任命或延长董事任期,每次最长也是5年,但监事会对此需要重新作出决议,该决议最早只能在董事现任任期届满前一年作

^② Hüffer, Aktiengesetz, § 84 Rn. 2ff., 10. Aufl., C. H. Beck, München 2012; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 44ff., S. 129ff., 5. Auflage, München, Vahlen, 2010.

出。只有在任命短于5年时,延长任命可无须监事会重新作出决议,只要延长后董事的总任期仍不超过5年。该款第5句对于聘用合同规定:对于董事任命的规定也适用于聘用合同,但是聘用合同可以规定,董事任期延长时聘用合同也相应延长至其任期届满。因此,聘用合同的合同期无须与董事任期时间一致,但最长也不得超过5年。

同样,对于董事罢免也应当和聘用合同的解除分割开来对待,第84条第3款规定在存在重要原因(尤其比如严重违反义务、无能力正常经营公司以及股东大会不再信任)时监事会可提前罢免董事,而聘用合同的终止则应当按照《民法典》第620条、第626条以下对于终止劳务合同的规定。但是,尽管《民法典》第626条对于劳务合同也规定在存在重要原因时可立即解除,但一般认为此处对“重要原因”的要求要高于《股份法》对提前罢免董事所规定的“重要原因”,因此,在合同双方未约定将聘用合同与董事任免捆绑在一起的情况下(此时董事被罢免可作为聘用合同的解除条件),会出现公司虽罢免了董事但聘用合同仍继续有效的情形,从而被罢免董事尽管无须履行其董事职务但仍可依据聘用合同向公司主张其薪酬请求权直至合同期限届满。实践中,公司为了避免继续支付被提前罢免的董事按照聘用合同所继续享有的薪酬,通常不得不通过向该董事支付一笔一次性的补偿金(Abfindung)来与其达成解除聘用合同的协议。

(二) 薪酬确定原则

尽管原则上公司(由监事会代表)与董事在订立聘用合同时存在合同自由,但监事会在确定董事薪酬时的合同自由受到法律所规定的原则的限制,除了不得违背《民法典》第138条所规定的善良风俗条款外,更详细的法律限制是《股份法》第87条的规定,简单说来,该条要求监事会在确定董事薪酬时应使董事薪酬与其任务及公司的状况相合适。这一“合适性要求”早在1937年就被引入《股份法》,以纠正之前合同自由原则下所导致的董事薪酬过高且脱离其任务及公司经营状况的乱象,并被1965年《股份法》所继受。该规定的宗旨在于保护公司、股东、员工以及债权人利益不受过高董事薪酬的侵害,因此根本上在于保护公司财产,实际上是将监事会在确定董事薪酬时所应遵循的包含公司、股东、员工以及债权人利益等多元利益在内的“企业利益”

(Unternehmensinteresse)作了具体化,也是对监事会履行监督职责时所承担的注意义务(《股份法》第93条和第116条)在确定董事薪酬标准上的具体化,是其行使裁量行为的法定界限。

2008年全球金融危机促使立法者对《股份法》第87条进行了大幅度的修改和补充。此前,董事会成员的薪酬一般主要包括固定薪酬和浮动薪酬,浮动薪酬旨在将董事薪酬与其经过努力取得的经营成果挂钩,从而消除固定薪酬下激励效应递减的不足,但另一方面,浮动薪酬如果大多以短期目标为指标,经营者很可能为了获取高额的浮动薪酬而忽视企业的长期发展,而从事许多短视的高风险行为并期望从可能的高收益中获取个人的高额浮动薪酬。这一薪酬激励中的结构缺陷在立法者看来正是诱发此次金融危机的一个重要因素。2009年8月5日生效的《董事薪酬合适法》^③正是在这样的背景下产生的。该法的核心宗旨是避免薪酬结构中所设定的短期目标诱发损害企业长期发展的高风险行为,对董事的薪酬激励应定位于企业持续和长期的发展。新法修改了《股份法》以及《商法典》中的相关规定,尤其是作为规制董事薪酬核心条款的《股份法》第87条。

1. “合适性要求”(Gebot der Angemessenheit)

《股份法》第87条第1款第1句中规定了薪酬确定中的“合适性要求”,该句规定:监事会在确定各个董事会成员的总薪酬(薪金、分红、费用补偿、保险报酬、佣金、以激励为导向的薪酬允诺比如股份认购权 and 任何种类的从给付)时,应使总薪酬与董事会成员的任务和业绩以及公司的状况成合适的关系且无特殊原因不得超过通常的薪酬。

“合适性要求”针对的是各个董事会成员的“总薪酬”,而非薪酬中的各个组成部分,因此,即便薪酬组成中的个别部分较高,只要总薪酬满足合适性要求就仍然符合法律要求,这就给了监事会在薪酬安排上很大的灵活空间,其可以考虑个案中的具体情况灵活安排董事薪酬的组成。相较2009年修改之前的规定,该句对总薪酬的列举性定义中增加了以激励为导向的薪酬允诺(主要指股票期权)一项,不过,这并非实质性的法律修改,因为对总薪酬的列举性定义本来就认为是不周延

^③ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BGBl I S. 2509.

的,其当然包括了包括股票期权在内的各种薪酬形式。

对于评价董事的总薪酬是否合适,法律列出了四个考察标准即董事的任务、业绩、公司的状况以及通常薪酬,这些指标必须同时满足。当然,除了法律明确列举的这些标准监事会在确定董事薪酬时也可以考虑其他的因素,比如董事的特殊能力、知识和经验等。董事的任务即其按照章程以及聘用合同所具有的活动范围,因此可以根据董事所承担的不同任务对其薪酬作出区别对待,比如董事会主席通常可享受更高的薪酬,董事所负责的不同业务领域对于公司的不同意义也可在确定其薪酬时予以考虑。^④ 董事所承担的特别风险也是考虑因素之一,比如在公司处于危机中承担重整职责的董事就可以比正常运营中公司的董事享有更高薪酬等。董事的业绩是2009年新引入的指标,不过,这也是对之前就已经存在的法律状况的确认,法律之前在衡量薪酬合适性时虽然只提到考虑董事所承担的任务和公司状况,但其更多的是以监事会第一次选任董事会成员为着眼点的,此时被聘董事尚未履职,因而条文中并未明确提及其工作绩效,但普遍认为对于已经任职一段时间的董事,其工作业绩自然是确定薪酬的重要考虑因素,即便对于初任董事也可以考察其之前在其他公司的业绩。^⑤ 《德国公司治理准则》也明确将工作业绩列为考虑的标准。公司的状况指的是公司的经济整体状况,即公司目前的财产、融资和收益状况以及公司可预见的将来的发展及决定该发展的外部条件(市场、政策及法律条件)等。董事的总薪酬无特殊原因不得超过通常薪酬的要求也是2009年新引入的指标,至于何谓“通常”,立法者认为应当进行“平行比较”和“垂直比较”,前者是指要考虑本国同一行业中类似规模和程度的企业中的薪酬状况,后者是指要考虑本企业中的工资和薪酬结构,董事薪酬不应脱离与企业中其他人员的薪酬习惯及体系的联系。^⑥ 如果董事薪酬超出了“通

^④ Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 87 Rn. 10, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2010.

^⑤ Spindler, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 87 Rn. 27ff, 3. Aufl., C. H. Beck, München 2008.

^⑥ 参见联邦议会法律委员会对《董事薪酬合适法》草案的决议建议和报告, BT - Drucks. 16/13433, S. 10。

常”的范围,也并非一定就是不合适的,立法者在此赋予了监事会一定的安排空间,其可以举证说明存在特殊的原因应当给予董事高于通常的薪酬。至于哪些原因构成特殊原因,立法者并未详细说明,一般认为指董事的特殊工作业绩或者对其的特殊要求等。立法者增加的“通常薪酬”要求无疑是对薪酬合适性做出更细致规定的又一次努力,尽管在董事薪酬普遍畸高的现实下必须首先明确的是,对于董事薪酬来说通常的恰恰并不一定就是合适(理)的,另外,过高到不寻常的薪酬却很大可能是不合适,因此尤其需要论证其合适的理由。

2. 企业持续发展要求及数年计算基础要求

针对金融危机的重要诱因即薪酬激励机制中短期目标设置不合理所引发的高风险行为,2009年的法律修订在《股份法》第87条第1款第2、3句对上市公司董事薪酬作了特别的规定:上市公司的薪酬结构应定位于企业的持续发展。浮动的薪酬组成部分因此应当有数年计算基础;对于特殊的发展监事会应当约定限制的可能性。可见,上市公司中的董事薪酬的确定除了要符合第1句中的合适性原则之外,其结构还应当符合定位于企业持续发展(nachhaltige Unternehmensentwicklung)的要求。企业的持续发展并不一定仅仅指企业价值的持续提升,同样也可以包括其他目标比如盈利和销售的增长或者创新能力的增强、员工培训,等等。从金融危机的立法背景来看,持续性发展的要求尤其是指薪酬的确定应避免对董事从事不负责任的、危及企业利益甚至存续的短期高风险行为形成刺激。虽然法律条文将持续发展的要求落脚于薪酬结构,即各薪酬组成部分的总和及其相互间的关系,但实际上承载这一目标的更多的是其中的浮动薪酬部分,即浮动薪酬应当对于董事产生长期的行为激励效果。不过,这并非要求薪酬结构中必须有浮动薪酬部分,企业完全也可以只约定固定薪酬,只是在约定浮动薪酬的情形下必须满足法律规定的符合企业持续发展的要求,实现对董事行为的长期激励。另外,法律也并不排除薪酬确定中设定短期的行为激励比如对成功的并购或者开拓新的市场份额提供奖金等,只要这些短期目标本身仍然符合企业持续发展的宗旨,不会造成危险的短期行为。所以,浮动薪酬中可以既有短期激励也有长期激励,只要其最终仍能保

证对董事的长期行为激励。^⑦

为了使符合企业持续发展这一相对抽象的原则要求具体化,立法者紧接着就对浮动薪酬作了明确的规定,即浮动薪酬的确定应当以数年的计算为基础(mehrj 企 hrige Bemessungsgrundlage)。如果说符合企业的持续发展是质的要求(确定能实现该要求的评价目标),那么数年计算基础就是量的要求(确定对评价目标的衡量时间),均旨在保证薪酬对董事产生长期的行为激励。“数年”从字面上来说至少为两年,但也有观点认为应当参考新法对股票期权首次行权前的等待时间由2年延长至4年的规定进行解释,一般来说,以3~5年的计算时间为合适。数年计算基础不能只是简单地将薪酬请求权的到期时间推至数年后,而是要使浮动薪酬的计算切实的以企业在数年计算期间的发展为依据,负面的企业发展也应当反映在浮动薪酬中。^⑧至于数年计算基础的要求以及所追求的长期的行为激励如何具体贯彻到薪酬安排中,法律没有作出进一步的规定,立法者以此是要赋予监事会自由安排的空间,监事会在此可以采取各种可能的合同安排,其并不一定要采取整个计算期间整体考察的模式确定浮动薪酬,其他诸如奖惩机制(Bonus - Malus - System)也是可以采用的模式。比如奖金虽然是以董事某一年经营年度的工作业绩为计算基础的,但奖金的支付请求权如果以接下来的两年盈利为条件,仍然是满足数年计算基础的要求的。相反,如果仅仅是形式上满足数年计算基础的要求,但实质上并不能保证产生长期行为激励的,仍然不符合法律的要求,比如约定以3年的平均盈利为第3年末支付奖金的指标,就无法避免和制约前一两年董事的高风险行为。

此外,立法者针对浮动薪酬还要求监事会应当对于公司的特殊发展约定限制薪酬的可能性,这旨在防止董事从公司的特殊发展情形(如企业收购、出售企业份额等)中无限制地获利,和《德国公司治理准则》中的对应规定不同,该规定并不强制要求监事会对浮动薪酬以具体数额或者百分比的形式确定一个固定上限(Cap),监事会只需在特

^⑦ 参见前注⑥。

^⑧ 参见前注⑥。

殊情形发生时保有单方面限制董事薪酬的可能即可,其可根据具体情况和自我裁量安排这种限制的具体方式。

3. 公司状况恶化时的降薪要求

《股份法》第 87 条第 3 款第 1 句规定:在薪酬确定后如果公司状况恶化使得继续提供原先确定的薪酬按照本条第 1 款的规定对于公司来说不公平,监事会应当将薪酬降低至合适的额度。这就对监事会提出了在事后公司状况发生恶化时降低原先确定的董事薪酬的义务。相比之前的法律不仅要求公司状况“严重恶化”,还要求继续提供原先确定的薪酬对于公司来说“严重不公平”,2009 年法律修改通过删除这两个“严重”标准大大降低了要求。尽管这种事后调整薪酬的规定的理论基础在于民法中的情事变更原则,但其要求却远远低于情事变更原则的要求,因而被批评为对“契约必须遵守原则”(pacta sunt servanda)的背离,甚至被批评为违宪,因此应当慎重适用该条款,毕竟公司状况恶化时董事浮动薪酬部分已经相应减少。^⑨

构成要件上,该条首先要求公司状况的恶化,比如公司不得不进行裁员或降低工资且无法分配利润等,公司状况的恶化必须是事后性的,即该情况发生在监事会确定了董事薪酬之后且在确定薪酬的时刻无法预见,因此,那些在订立聘用合同时已经预料到的经济困难不能作为降薪理由,也不得以事后发现原先确定的董事薪酬过高或者其业绩不理想作为降薪的理由。其次,继续提供原先确定的薪酬还必须对于公司来说是不公平的,对于何谓“不公平”,立法草案中认为是“当董事违反义务行为时,或者其虽未违反义务但公司状况的恶化发生于其承担董事责任期间并可归咎于他”,^⑩但学术界认为所涉董事的个人责任并不应当作为认定的标准,该规定不应当是对错误行为的董事的惩罚。在个案中认定是否对公司“不公平”时也应该考虑董事浮动薪酬部分已经发生的减少以及董事的个人情况,对于存在多数董事的情况应当尽

^⑨ Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 87 Rn. 59ff, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2010.

^⑩ 参见联邦议会党团的立法草案, BT - Drucks. 16/12278, S. 7。

可能地平等对待。^⑩

法律后果上,在满足了上述构成要件时监事会“应当”降低之前确定的董事薪酬,尽管这和2009年法律修订之前仅仅规定监事会“可以”降薪相比已经强化了许多,但监事会仍然不是“必须”降薪,这意味着在存在特殊原因时其也可以不采取降薪行为。不过,对于退休金、遗属抚恤金以及类似给付等只能在董事离开公司后前3年内降低到合适额度。监事会的降薪决定并不影响聘用合同的其他部分,但被降薪的董事享有在下一个自然季度结束前按照6个星期的解约期限解除聘用合同的权利。

(三) 薪酬披露规定

德国立法对董事薪酬的披露和公开也有明确规定,这构成了公司法及资本市场法中公司机关披露义务的一部分。对此,需要区分所有股份公司都承担的对所有董事会成员总薪酬的披露义务以及只涉及上市公司对董事会各成员薪酬的披露义务。前者是指在会计法上根据《商法典》第285条第9项a小项第1-3句、第314条第1款第6项的规定股份公司应当在其年度决算附件和康采恩附件中披露所有董事会成员的总薪酬,后者则是基于2005年生效的《董事薪酬公开法》^⑪对上市公司规定的在年度决算或财务状况变动表中披露董事会各成员薪酬的义务。

按照《董事薪酬公开法》立法理由的说明,对上市公司披露董事会各成员的薪酬的要求旨在使股东更容易判断董事薪酬的确定是否满足了《股份法》第87条所规定的“合适性要求”,因为对于各个董事所确定的薪酬是否合适无法从所披露的董事会总薪酬中得出。^⑫按照法律要求,上市公司应当披露每个董事会成员的姓名及其薪酬,并且还应对薪酬中与业绩不相关联以和与业绩相关联的组成部分以及具有长期激

^⑩ Fleischer, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 87 Rn. 64f, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2010; Weber, in: Hölters, Aktiengesetz, § 87 Rn. 49f, 1. Aufl., C. H. Beck, München 2011; Hüffer, Aktiengesetz, § 84 Rn. 9, 10. Aufl., C. H. Beck, München 2012.

^⑪ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs - offenklegungsgesetz - VorstOG) vom 30.6.2005, BGBl. 2005 I, 2267.

^⑫ 参见《董事薪酬公开法》联邦议会党团立法草案, BT - Drucks. 15/5577, S. 5.

励作用的薪酬部分予以分类说明,此外还包括与结束董事职责相关联的给付(尤其包括补偿金、退休金、遗属抚恤金等)。上市公司对各个董事薪酬的披露义务原则上具有强制性,违反时最高可处以5万欧元的罚款,但法律也提供了选择退出(Opt out)的可能,根据《商法典》第286条第5款第1句的规定,股东大会可以以四分之三资本多数决决议在最长五年内不进行法律所要求的对各个董事会成员的薪酬公开,但所涉及的董事同时为股东时没有投票权。

(四) 责任及诉讼机制

德国由监事会按照《股份法》第87条所确定的原则决定董事薪酬的制度是和一系列的责任和诉讼机制紧密相连的,在监事会确定的董事薪酬过高的情况下,法律对此规定了一系列的法律后果及责任。需要注意的是,监事会所确定的董事薪酬如果违反了《股份法》第87条所规定的合适性原则,这通常并不导致聘用合同以及所确定的董事薪酬无效,董事仍享有对公司的薪酬请求权。但是,过高的薪酬决定将导致监事会由于侵害公司利益而承担对公司的损害赔偿赔偿责任,公司的这一损害赔偿请求权可以由董事会、股东大会或者特定情形下由股东向监事会主张。

1. 监事会的损害赔偿赔偿责任

正如上文所述,监事会确定董事薪酬是其履行监督职责的重要内容和体现,其必须遵循《股份法》第93条和第116条所规定的注意义务,即在履行职责时尽到的“正直负责的企业领导者”所应尽到的注意义务,而《股份法》第87条所确定的原则正是注意义务在确定董事薪酬问题上的具体化,违反薪酬确定的合适性原则作为违反监事会注意义务的表现将导致监事会的损害赔偿赔偿责任,《股份法》第116条第3句还特别规定,监事会成员尤其应对不合适的董事薪酬承担赔偿责任。

另外,并非所有不合适的薪酬决定都必然引发监事会的损害赔偿赔偿责任。监事会确定董事薪酬的行为同时也是一项经营决定,按照德国2005年在《股份法》第93条第1款第2句引入的美国法中的“商业判断规则”(Business Judgment Rule),其赋予了监事会极大的自由裁量空间,按照法律规定,如果监事会在进行商业判断(确定薪酬)时可以理性地认为是基于适当的信息并为了公司利益而行为,则其并未违反注

义务。因此,监事会要想依据“商业判断规则”免责,其应当重点证明和展示其在作出薪酬决定时是基于充分的信息搜集和准备并证明这些信息对于确定薪酬所具有的合理作用,甚至最好能对其作出薪酬决定时的动机和测量标准作出详细记录。只有在监事会完成其证明责任并获得法院确信时,其才能免予对客观上过高的董事薪酬承担赔偿责任。

2. 请求权的行使及诉讼程序

根据《股份法》第 78 条第 1 款,公司对监事会的损害赔偿请求权原则上应当由董事会代表公司主张,不过,很显然,尤其是在针对过高董事薪酬的问题上,董事会由于利益冲突通常不会主动行使这一请求权。

另一个可能的请求权行使主体是股东大会。按照《股份法》第 147 条第 1 款第 1 句的规定,如果股东大会以简单多数作出决议,那么董事会有义务主张公司对监事会确定过高薪酬所享有的损害赔偿请求权。为避免可能的利益冲突,《股份法》第 147 条第 2 款规定股东大会可以任命特别代理人主张损害赔偿请求权,股份总额达到注册资本 10% 或者股票面值达到一百万欧元的少数股东还可以申请法院任命特别代理人。不过,由于大股东或者银行财团通常自身都在监事会中有代笔,要想形成追究监事会责任的股东大会决议并不容易。

最后,基于立法者 2005 年在《股份法》第 148 条所引入的股东代表诉讼制度,小股东也可以代位公司主张其对监事会的损害赔偿请求权。第 148 条第 1 款第 1 句规定,提交申请时股份总额达到注册资本的 1% 或者股票面值达到 10 万欧元的股东可以申请法院许可其以自己的名义主张公司对其机关的请求权,同时,立法者为了避免无胜诉希望或者带有勒索性质的诉讼而引入了法院许可程序作为赔偿诉讼的前置程序。第 148 条第 1 款第 2 句详细列举了在该程序中股东除上述股份条件外为获得法院许可还需满足的条件:(1) 证明在其(整体继受时为其前手)基于某一公开而应当知晓所声称的违反义务行为或者所声称的损害之前取得了股票;(2) 证明已经要求过公司在合理的期限内由其自身提起诉讼而无结果;(3) 存在事实而有理由怀疑公司由于不正当行为或者重大违法或违反章程行为而产生了损害;(4) 主张损害赔偿请求权不得与基于公司利益的压倒性理由相冲突。在满足了这些

要求获得法院许可之后,小股东即可以自己的名义向监事会主张公司的损害赔偿请求权。

3. 刑事责任

严重情况下,监事会过高的薪酬决定也会导致其承担刑事责任,曾在德国引起轰动的曼纳斯曼(Mannesmann)公司高管薪酬丑闻案件就是通过刑事司法程序追究过高薪酬责任的案例,检察机关的起诉理由正是基于《刑法典》第266条规定的“背信罪”(Untreu),即行为人滥用其根据法律、官方委托或法律行为所取得的处分他人财产的权限,或者违反其依据法律、官方委托、法律行为及信托关系而负有的管理他人财产利益的义务,对委托人财产利益造成损害的行为。监事会确定过高薪酬对公司财产利益造成严重损害的,小股东完全可以对其提起刑事诉讼而启动对监事会的刑事调查和审判程序。

二、德国立法对我国的启示

(一) 赋予监事会薪酬决定权打破现有董事会“自定薪酬”机制

尽管我国《公司法》规定了董事、监事薪酬由股东(大)会决定,经理、副经理等薪酬由董事会决定。表面上看起来并不存在自定薪酬和自我交易的情况。但在实践中,董事往往兼任经理,股东会对董事薪酬的决议往往又是以董事会自己的薪酬提案为基础的形式化决议,因此在董事经理人员薪酬问题上尽显我国公司治理中内部人控制、股东大会形骸化的治理弊端。尽管不少上市公司董事会按照《上市公司治理准则》的要求设立了薪酬与考核委员会,由该委员会具体研究和审查董事、高级管理人员的薪酬政策与方案,但即便委员会成员大多由独立董事担任,由于在人事和组织上的任免和隶属关系,其独立性往往难以保证。因此,尽管我国公司法对于高管薪酬在形式上采大陆法系不同公司机关相制衡的安排,但由于在实质上偏向英美国家薪酬委员会决定制度,却又难以保证薪酬委员会的独立性,我国公司高管薪酬实际上处于由其自定薪酬和自我交易的状态,甚至在学术理论上也明确将其

归入关联交易和自我交易的范畴。^⑭

相反,这样的自我交易行为在作为同属大陆法系的德国公司法看来是不可想象的,其区分任命和聘用董事两种法律关系的做法,虽然和物权行为与债权行为的划分一样在一定程度上具有人为色彩,但其至少清楚地揭示了高管薪酬在性质上属于公司与高管之间所签订的劳务合同的重要内容,从而给予了高管薪酬更符合大陆法系国家法律体系的明确法律定位。明确高管薪酬问题上的劳务合同关系性质不仅将从合同订立及禁止自我交易的角度打破高管自定薪酬的薪酬决定机制提供基本依据,也将为从合同履行和变更角度详细规制高管薪酬的给付和适时调整提供基本的债法规范,尤其将纠正学术理论上长期只关注其作为公司内部事务而对自定薪酬问题的容忍,忽视其作为基本的合同关系的模糊认识。

在具体的薪酬决定机制上,德国将代表公司聘用董事会及其成员的职能赋予监事会,有效地避免了自我交易的薪酬决定机制,很值得同为双层公司治理结构的我国借鉴学习。首先,在公司与董事或经理签订劳务合同时,为避免自我交易完全应当由监事会作为代表公司的合同一方,这不仅是双层公司治理结构下董事会由于自身利益关系无法代表公司时由监事会代表公司的必然选择,与董事会与监事会究竟是平行或上下关系没有必然联系。其次,监事会通过监督并了解董事及经理人员履行职务情况也更能依此准确判断并及时调整管理人员的薪酬水平,对公司经营管理人员的监督、考核并以此确定其报酬属于一个内在连贯的监督考核体系,因此更应是监事会而非董事会下的薪酬与考核委员会所承担的职能,而赋予监事会对董事经理人员的薪酬决定权也必然会在实质上大大提升监事会与公司经营管理层相制衡的实力,有助于从根本上改变我国公司监事会的弱势现状。最后,赋予监事会对董事经理人员的薪酬决定权也避免了股东(大)会作为非常设机构无力真正履行薪酬决定者职能、而只能为高管自定薪酬充当合法性花瓶的尴尬。

总之,我国公司实践中存在的高管自定薪酬现象实际上是公司治

^⑭ 李建伟:《关联交易的法律规制》,法律出版社2007年版,第267页以下。

理杂糅大陆法系和英美法系治理机制反而导致治理失灵的一个缩影,正确的解决方案和规制起点应当是以德国立法为鉴在高管薪酬决定权上实现结构性“双回归”。首先应回归高管薪酬作为公司与经营管理层所订立的劳务合同的重要内容的本质,从源头上纠正对自定薪酬及自我交易的默许态度;其次应回归公司双层治理结构的本意,将薪酬决策权作为监事会监督权的重要内容彻底脱离董事会的权力范围,已有的各种建议对策无论是强调进一步加强薪酬委员会的独立性,还是引入外部专家或薪酬顾问等,都无法在根本结构上改变薪酬决策归根结底受制于董事会的事实,因而难以真正打破经营者自定薪酬和自我交易的怪圈。

(二) 完善薪酬确定规则、明确立法宗旨

应当承认,对高管薪酬难以进行有效控制的一个最重要原因就在于缺乏对薪酬合适性的具体判断规则和标准。在通过赋予监事会薪酬决定权,解决了薪酬决定中最主要的程序公正问题之后,薪酬确定的具体规则则在实体公正方面发挥重要作用。我国现有对于高管薪酬的讨论由于多借鉴英美立法,强调程序而忽视实体,因此,德国《股份法》第86条所规定的薪酬确定原则无疑对我国具有特别的借鉴意义。

不过,在此也应当明确指出,德国立法者对薪酬确定所确立的“合适性要求”这一根本原则仍然过于抽象,有待学界和司法判决发展出真正可以操作的具体标准,不过其至少勾勒出了判断薪酬合适与否的基本标准,为个案判断提供了检查的指标和着眼点。相较之下,立法者对上市公司董事的浮动薪酬所规定的企业持续发展要求尤其是数年计算基础要求则相对更有操作性和针对性,尤其是对金融危机所暴露的高管短视行为的正确回应,但无疑仍需要在实践中发展出更具体的适用标准。对于董事薪酬的披露规定同样值得我国学习。鉴于上文对于现有规则所积累的相对成熟的观点已有较为详尽的介绍,笔者在此不再赘述。

相对具体规则,笔者在此更想强调德国《股份法》第86条的立法宗旨,如上所述,立法者对董事薪酬的确定作出详细调整的宗旨在于保护公司、股东、员工以及债权人利益不受过高董事薪酬的侵害,其根本上则在于保护公司财产,这对我国将来立法调整董事薪酬的借鉴意义

甚至大于具体规则本身。现有讨论多受英美近年来一定程度上增强股东大会在高管薪酬上的决定权(如 Say on pay)的影响,强调股东大会决议作为确认高管薪酬的合法性基础,或多或少的将高管薪酬作为一个公司内部治理问题而忽视了其对于公司债权人及其他利益相关者的外部性影响,这也是实践中天价高管薪酬一直以符合公司意志而难以得到根本遏制的原因,这种偏颇认识应该得到纠正。法律调整高管薪酬的出发点应当是基于对包含公司、股东、员工以及债权人在内的多元利益的“企业利益”的维护而阻止人为的减损公司财产的行为,这种将高管薪酬置于多元利益格局之中考量其合适性以及服从公司责任财产约束性的视角才是制定具体法律规则的正确定位。

(三) 强化责任机制和诉讼机制

我国现有的以股东(大)会决定为名行董事会自定薪酬之实的薪酬决定机制从一开始就使得对董事经理人员过高薪酬的责任追究对象颇为模糊,更糟糕的是,由于学界主流理论仍偏向英美法理论,有意无意地强调高管薪酬的市场化决定机制而淡化薪酬决定机关的责任问题,造成了“存在即合理”、经营者薪酬虽居高不下但却难以改变的现实困境。相应的,司法审查和诉讼机制作为落实薪酬责任的最终保障同样在我国一直处于缺失状态,即便偶有提出,其强调的重点也往往落在司法的有限干预上,这也正是理论上一直关注高管薪酬的公司内部自治以及市场决定特征而忽略其对公司、中小股东以及债权人利益影响的表现。

尽管理论上,我国自2005年公司法修订以来所增加的诸多新类型诉讼机制同样可以在高管薪酬过高时派上用场,但其作用却极为有限,比如,尽管董事会的薪酬建议决议以及股东(大)会的薪酬决定决议完全可以成为决议瑕疵诉讼的对象,但这种司法审查的重心将不可避免地落在程序审查上而难以对薪酬高低进行实质审查,诉讼结果上也顶多是否认决议效力的形成之诉而无法实现对公司由于过高薪酬遭受损失提供给付之诉的目标,从而更无股东提起代位诉讼的余地,而提起董事侵害公司利益的诉讼又因为形式上薪酬决定机关是股东(大)会而面临责任主体上的尴尬。

相比之下,德国立法者将董事薪酬决定权赋予监事会的做法从一

开始就是以监事会所承担的监督职责及违反该职责时对公司所应承担的损害赔偿 responsibility 为基础的,明晰的责任承担者以及权责互补机制无疑是监事会真正独立公正地享有和行使薪酬决定权的有力保证。在诉讼机制上,在明确公司对于确定过高薪酬的监事会享有损害赔偿请求权的基础上,该请求权可以由董事会、股东大会,更重要的是可以由中小股东通过提起股东代位诉讼的方式予以主张,通过董事薪酬披露规定的辅助,监事会的薪酬决定将完全置于广大中小股东的监督之下并随时面临可能的诉讼和责任追究,这种清晰的责任和诉讼机制最终将对控制实践中过高的薪酬发挥有效的遏制作用。因此,我国将来立法若真能将监事会确立为董事经理人员薪酬决定权的主体,无疑将彻底扭转现有机制下责任主体模糊和诉讼机制缺失的重大弊端,为将高管薪酬真正纳入广大中小股东监督的视野以及司法审查的轨道创造最佳的制度基础。