

## 德国公司法上的“她力量” 及其对我国的启示

刘江伟\*

**摘要:**当前我国《公司法》中尚无女性担任公司管理职位的专门规定,也没有女性担任公司管理职位的监管要求。鉴于我国公司法规范的继受性与全球公司治理趋同化趋势,德国公司法在女性担任公司领导职位方面的法律规范为我国提供了可资借鉴的经验。未来我国公司法改善公司中的“她力量”,既要关注董事会性别多样性,也应关注监事会性别多样性,采取固定配额与“遵守或解释”相结合的方法,并要求上市公司在年度报告中提供实质性性别多样性信息披露内容。

**关键词:**性别多样性 女性配额 遵守或解释  
信息披露

### 一、我国公司中“她力量”的基本现状及问题

公司领域有着明显的女性和男性之间的不平衡,不仅是女性和男性之间工作时间、系统性薪酬

---

\* 清华大学法学博士,上海政法学院法律学院讲师。

的差异,还涉及女性在公司领导职位上扮演的角色。德勤会计师事务所2022年发布的一份调查报告显示,2021年董事会席位中女性的全球平均比例仅为19.7%,相比于2018年仅增长2.8%,女性董事数量增长缓慢;而我国2021年上市公司中女性董事的比例仅为13.1%,低于女性董事的全球平均比例。<sup>[1]</sup>由此可见,男性在董事会中的人数仍然大大超过女性,女性在公司董事会中的代表性不足。与之形成鲜明对比的是我国高等教育中女性数量从2009年开始就超过了男性,出现高等教育女性化现象。<sup>[2]</sup>我国高等教育女性高比例与女性董事的低比例之间的明显差距,反映出担任公司领导职位的女性比例远未达到与受高等教育的女性比例相适应的程度。

在全球范围内,由于立法机构、监管机构、证券交易所、投资者和公众对公司领导职位上女性缺位的关注度越来越高,公司领导职位上的性别多样性(如董事会性别多样性)已经成为一个极其重要的公司治理议题。公司领导职位上的性别多样性不仅涉及努力帮助女性消除职业障碍,支持女性职业成长,提升更多的女性进入公司领导岗位,实现性别平衡,还关系到公司能否实现可持续发展,取得长期成功。

如何改善公司领导职位上的性别多样性,增加公司中的“她力量”,是我国公司法需要面对且解决的一个重要问题。我国法律目前既没有为女性担任公司领导职位制定相关的配额规则,也没有关于女性担任公司领导职位的监管要求。当前改善公司中的“她力量”仅依赖私人秩序推动。例如,2020年,位于深圳的12家投资机构和11家上市公司共同发起“香蜜湖女性董事倡议”,呼吁将董事会性别多样性作为评估公司治理的关键绩效指标,设立针对女性在董事会和董事会主席职位上有较高占比之公司进行投资的投资基金,基金投资的目标公司应当分阶段提升女性在董事会或者高级管理人员职位上的比例。2020年,南开大学中国公司治理研究院发布了引起社会各界广泛关注

---

[1] See Deloitte, *Women in the Boardroom: A Global Perspective*, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/gx-women-in-the-boardroom-seventh-edition.pdf>, visited Jan. 1, 2023.

[2] 参见马宇航、朱纯洁:《德国双轨制的性别分流:对缓解中国高等教育女性化的启示》,载《高等教育研究》2020年第6期。

的《中国上市公司女性董事专题报告》,该研究院在2021年继续推出《2021年中国上市公司女性董事专题报告》,其中建议“鼓励规定女性董事的最低比例”。〔3〕

在上述背景下,本文通过关注和剖析德国(因为它也是大陆法系国家且同样具有二元制公司治理结构)在女性担任公司领导职位方面的法律规制,试图在改善公司领导职位上性别多样性、增加公司中“她力量”方面为我国公司法得出一些有益启示。

## 二、德国双层制委员会与性别多样性

德国股份公司的一个最重要的特征是其双层制委员会,其中必须设立监督委员会(监事会)和管理委员会(董事会)。〔4〕监事会由股东代表或者股东代表与职工代表组成,股东大会负责选举和任命股东监事。监事会功能上是公司管理者的监督机构,无权参与公司的经营和管理。法律授予监事会对个别重要的经营事项的决策权,如任命和罢免董事会成员、对董事会计划的某些特定业务的否决权及批准公司年度报表等。公司的经营和管理由董事会负责,在其授权范围内,可以不必听从股东大会或者监事会的指令。监事会成员或者董事会成员不能在对方机构里相互兼职。

德国法上公司双层制委员会不仅明显区别于英美法上的公司单层制委员会,与我国公司双层制委员会的组织结构也有些许差异。在单层制委员会中,只存在董事会而无监事会,股东会负责任命和罢免董事

---

〔3〕 参见南开大学中国公司治理研究院女性董事研究课题组:《董事会中的“她力量”呈持续增长态势——〈2021年中国上市公司女性董事专题报告〉》,载《上海证券报》2022年2月15日,第8版。

〔4〕 See Klaus J. Hopt & Patrick C. Leyens, *Board Models in Europe—Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, *European Company and Financial Law*, Vol. 1, 2005.

会成员。<sup>[5]</sup>在我国公司双层制委员会的组织结构中,除职工董事和职工监事外,无论是董事会成员,还是监事会成员,均由股东会选举和罢免,董事会和监事会是位于股东会之下的平行机构。换言之,股东会、董事会和监事会构成三角形的组织结构形式。

德国对公司中“她力量”的关注与公司双层制委员会相联系,不同于英美法上对公司中“她力量”的关注。美国公司单层制委员会模式对公司中“她力量”的关注主要集中在董事会成员的性别多样性上。美国加利福尼亚州率先通过法案,要求总部办公地位于加利福尼亚州的公众公司在董事会中分阶段实施固定女性配额。<sup>[6]</sup>2021年,美国证券交易委员会批准纳斯达克关于在纳斯达克上市的公司必须遵守或者解释为什么没有至少2名多样性的董事会成员的披露规则。<sup>[7]</sup>德国公司双层制委员会制度模式不仅关注董事会中的性别多样性,还关注监事会中的性别多样性,下文将予以详述。

### 三、公司中“她力量”在德国的演进历程及剖析

在德国公司中设定女性配额的想法和行动受到政治、经济等因素推动。经过长期的准备和争论,才通过立法行动在德国公司法中注入了女性主义因子。虽然立法者在调整有限责任公司的《有限责任公司法》中对有限责任公司监事会、经理及以下两个领导层的性别多样性作了规定,但由于上市公司和建立共同决定机制的股份有限公司不仅具有经济重要性,而且承担特殊的社会义务,故受到公众的特别关注,立法者重点在调整股份有限公司的《股份法》中对女性担任公司领导

---

[5] See Carsten Jungmann, *The Effectiveness of Corporate Governance in One – Tier and Two – Tier Board System*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3, 2006.

[6] See Darren Rosenblum, *California Dreaming*, *Boston University Law Review*, Vol. 99, 2019.

[7] See Gregory H. Shill & Matthew L. Strand, *Diversity, ESG, and Latent Board Power*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 46, 2022.

职位的相关问题作了详细规定,本文亦将讨论的重点集中在《股份法》对女性担任公司领导职位的法律规制上。《股份法》对女性担任公司领导职位的法律规制主要是在区分监事会和董事会的基础上进行类型化处理。

### (一) 德国增加公司中“她力量”的动因

政治因素是在德国公司中设定女性配额的一个最主要的动因。2009年,德国基督教民主联盟(以下简称基民盟)与德国基督教社会联盟(以下简称基社盟)组建的联盟党和自由民主党(以下简称自民党)组建的联合政府赞成经济生活中的多样性,其签署的《联合执政协议》中通过一个分步骤的计划增加女性在董事会和监事会领导职位上的比例,第一步是建立公司自律义务及有约束力的公司信息披露义务。<sup>[8]</sup>德国绿党将私有经济中女性配额作为必须在政治上捍卫的核心项目,在2010年就曾向德国联邦议会提交一份提案,提出到2015年德国公司监事会成员必须至少有40%的女性。<sup>[9]</sup>由于自民党认为提升女性比例依赖自愿解决方案,法定女性配额这种对经济的干预是不可接受的。由于受到自民党的抵制,最终,在第17届立法期内并没有成功通过一项关于女性配额的法律规定。在2013年德国大选中,基民盟与基社盟组建的联盟党和社会民主党(以下简称社民党)都曾在竞选中宣传女性配额。在2013年德国联邦议院选举之后,基民盟与基社盟组建的联盟党和社民党达成第18届立法期的《联合执政协议》,其中包括在确保平等项目下提升女性在私有经济中的地位,接续上一届联邦政府关于女性配额失败的立法项目。<sup>[10]</sup>

在德国,增加女性在公司领导职位中的比例被立法者和政治家认为是落实德国《基本法》确立的国家目标和提升德国的国家竞争力的体现。一方面,德国《基本法》第3条第2款第1句规定男女应享有平等的权利,第2句进一步规定国家应促进男女平等之实际贯彻,并致力

---

[8] Vgl. Joachim Jahn, Der Koalitionsvertrag: Ein Füllhorn für Wirtschaftsrechtler, GWR 1 (2009), S. 390.

[9] Vgl. Raphaële François-Poncet/Barbara Deilmann/Sabine Otte, Frauenquote in französischen Aufsichts- und Verwaltungsräten, NZG 14 (2011), S. 45.

[10] Vgl. Ulrich Seibert, Frauenförderung durch Gesellschaftsrecht, NZG 19 (2016), S. 16.

于消除现存之歧视。尽管德国大学中有近一半学生是女性,但实现中在公司领导职位中的女性人数仍然不足。2013年女性在DAX 30指数(由德意志交易所集团推出的一个蓝筹股指数。该指数中包含30家主要的德国公司)公司监事会的比例为21.9%,前200强公司董事会中女性比例为4.4%。<sup>[11]</sup> 这种现状与《基本法》性别平等要求相矛盾,德国联邦政府迫切需要采取法律措施履行《基本法》规定的男女平等之任务。另一方面,自从挪威在2004年率先引入强制性女性董事配额起,西班牙、葡萄牙、比利时、法国、意大利、荷兰等欧洲大陆国家相继规定公司监事会和(或)董事会的女性配额。来自其他欧洲国家的压力促使德国联邦政府迅速采取行动,提升德国在国际上的竞争力。<sup>[12]</sup>

除了政治因素,经济因素也促使女性配额的立法行动。越来越多的实证研究发现,董事会或监事会中女性成员对公司成功有积极影响。例如,董事会中性别多样性与公司绩效呈正相关,董事会中女性代表对公司绩效有积极影响。<sup>[13]</sup> 有女性在公司董事会或管理层任职的公司有更好的回报率,投资者和客户的信任度更高。<sup>[14]</sup> 因此,从经济层面看,增加女性在公司领导职位上的比例,可能有助于提高公司的竞争力。

现实中,在促进公司领导职位中女性比例方面存在市场失灵。股份公司的监事会在监事选任中有建议义务(《股份法》第124条第3款),董事由监事会选任(《股份法》第84条),股东大会可以提出监事候选人建议(《股份法》第127条),这些工具都可以用来增加女性在公司领导职位中的比例,但是从现实中女性董事和监事的低比例来看,公

---

[11] Vgl. Hanna Olbrich/Christopher Krois, Das Verhältnis von „Frauenquote“ und AGG, NZA 32 (2015), S. 1289.

[12] Vgl. Renate Künast, Geschlechtergerechte Besetzung von Aufsichtsräten, ZRP 44 (2011), S. 12.

[13] See Jorge Moreno –Gómez, Esteban Lafuente & Yancy Vaillant, *Gender Diversity in the Board, Women's Leadership and Business Performance*, *Gender in Management: An International Journal*, Vol. 33, 2018.

[14] Vgl. Joachim Wieland, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar, NJW 63 (2010), S. 2408.

司事实上没有积极利用这些工具。为落实基民盟与基社盟组建的联盟和自民党《联合执政协议》的愿景,政府委员会在2010年版《德国公司治理准则》第4.1.5条、第5.1.2条和第5.4.1条中建议在企业领导职位、董事会和监事会组成中适当考虑女性。因《德国公司治理准则》不是具有约束力的法律,公司采取遵守或解释的执行策略,公司可以偏离其建议,公司领导职位中女性比例没有得到有效增加。<sup>[15]</sup>

在上述因素推动下,德国联邦政府在2014年提出《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法草案》(Referentenentwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst),德国联邦议会于2015年通过《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》(Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst)。该法的立法宗旨是大幅提高女性在私有经济和公共部门中担任领导职务的比例,从而实现《基本法》规定的性别平等。<sup>[16]</sup> 为了进一步提高《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》的效力,德国联邦议院在2021年通过《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》(Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst)。德国立法者通过《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》和《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》,在《股份法》中增加了关于监事会和董事会的性别多样性规定,并完善了相应的制度。

## (二) 监事会中的性别多样性

《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》为监事会引入了刚性配额和灵活配额。

首先,适用《共同决定法》、《煤炭和钢铁企业职工共同决定法》或

---

[15] Vgl. Gerald Spindler/Kathrin Brandt, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 14 (2011), S. 403.

[16] Vgl. Claudia Junker/Jan Schmidt - Pfitzner, Quoten und Zielgrößen für Frauen (und Männer) in Führungspositionen, NZG 18 (2015), S. 929.

者《共同决定补充法》的上市公司规定了监事会成员中男女固定比例,要求监事会至少应由30%的女性和30%的男性组成,监事会作为一个整体必须达到这一最低比例要求,股东方面和职工方面可以反对这一整体履行,但条件是股东方面选举的监事代表和职工方面选举的监事代表需要分别满足这一比例要求。无论是整体履行,还是分别履行,违反最低比例要求将导致选任或委派的监事无效,出现空缺席位(《股份法》第96条第2款)。

其次,对于其他上市公司或建立共同决定机制的公司,公司必须为其监事会的男女比例自行设定最终目标和实现这一目标的期限,设定最终目标时监事会成员比例低于30%的,设定的最终目标不得低于现有监事会成员女性比例(不利益变更禁止),而设定的期限最长不得超过5年(《股份法》第111条第5款)。违反灵活配额要求不会导致监事选任无效的后果。《股份法》没有明确规定对未设定和未实现最终目标的制裁,立法者依赖消极的披露效果。<sup>[17]</sup> 公司管理声明中必须包括公司自我设定的最终目标及实施情况,说明实施期限内是否实现目标,没有实现的需要说明理由(《商法典》第289f条)。因为需要在公司管理声明中披露,当编制公司管理声明不符合《商法典》第289f条的规定时,就可能面临《商法典》第331条以下的罚款等制裁。

《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》生效后出现喜忧参半的现象。在积极方面,适用固定配额的公司监事会中女性比例持续上升,2018年女性比例相较2015年增加8.4%;在消极方面,不适用固定配额的公司监事会中女性比例增加缓慢。<sup>[18]</sup> 有很多适用灵活配额的公司为其监事会中女性比例设定零的目标,但由于没有规定公司为零目标说明理由,不清楚具体情形中这些公司设定零目标的原因。这显然与《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》所要实现的目标不符。

在此情形下,《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门

---

[17] Vgl. Christian Mense/Marcus Klie, Update zur Frauenquote, GWR 7 (2015), S. 445.

[18] Vgl. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, FÜPoG II: Frauen in Führungspositionen: Die Quote wirkt, NZG 24 (2021), S. 1427.

领导职位法》进一步发展《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》的措施,以期缩小差距。《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》引入了设定最终目标为零的说明义务,明确规定其他上市公司或建立共同决定机制的公司监事会中女性比例设定为零的,必须作出明确、可理解的解释及决策所依据的考虑因素(《股份法》第111条第5款第2句、第3句、第4句)。通过说明和披露设定零目标的原因,由公众审查和评估其合理性,促使公司考虑招聘女性领导者。

在《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》和《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》出台后,《德国公司治理准则》对监事会中女性比例规定进行了调整。《德国公司治理准则》没有比《股份法》采取更进一步的措施,而是建立同步措施。

### (三) 董事会及其以下两个领导层中的性别多样性

《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》为董事会及其以下两个领导层(Führungsebenen)引入灵活配额。对于上市公司或建立共同决定机制的公司,公司必须自行对董事会及其以下两个领导层的男女比例设定最终目标和实现该目标的期限,女性比例在设定最终目标时低于30%的,所设定的最终目标不应低于现有的女性比例,设定的期限最长不得超过5年。违反规定并不导致选任无效,但公司管理声明中必须包括公司自行设定的最终目标,没有实现目标的需要说明理由,旨在通过提高透明度和公众压力来确保目标的实施。

《股份法》第76条第4款没有明确定义董事会以下两个领导层,领导层作为新表述并不是严格意义上的法律概念。根据立法说明,领导层不是根据企业管理学(高层管理、中层管理和基层管理)来确定的,而是根据实际的企业科层制来确定的。<sup>[19]</sup>在明显的科层制组织结构中,董事会以下两个领导层指直接隶属于董事会且相互平等的两个组织单位。如果扁平化的科层制构造是在董事会以下只有一个管理层,

---

[19] Vgl. Gregor Thüsing/Johannes Fütterer, Führungsebene im Sinne des § 76 IV AktG, NZG 18 (2015), S. 778.

领导层则指该管理层。但是,不是每个公司都有清晰的层次构造,仍然很难确定层次,[20] 董事会对此有很大的判断余地。

与实施灵活配额的监事会情况相同,实施灵活配额的公司董事会中女性比例增加缓慢,总体上处于低水平,不少公司董事会中没有女性,[21] 没有达到《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》的立法预期,《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》为此进行改进。

首先,《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》为特定上市公司董事会引入了固定配额。适用《共同决定法》、《煤炭和钢铁企业职工共同决定法》或者《共同决定补充法》的上市公司规定,董事会由 3 人以上组成的,至少应由 1 名女性和 1 名男性组成,违反这一最低比例要求的董事选任无效(《股份法》第 76 条第 3a 款)。这一最低比例要求可以使公司在此基础上设定更高的比例目标,进一步提高女性的参与。

其次,要求其他上市公司或建立共同决定机制的公司为其董事会及以下两个领导层设立零目标提供正当化理由,必须作出明确、可理解的解释及决策所依据的考虑因素,通过在公司管理声明中披露的方式来保障目标的实施(《股份法》第 76 条第 4 款第 2 句、第 3 句、第 4 句)。

在《关于男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》和《关于补充和修正男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》出台后,《德国公司治理准则》在董事会及以下两个领导层中女性比例建议方面建立了同步措施。

#### (四) 学界对女性配额的看法

公司领导职位中女性配额是德国学界十年来讨论的一个重要论题。除女性配额与公司的业务决策和监督的关系外,德国学界的讨论

---

[20] Vgl. Cornelius Simons/Ferdinand Fromholzer, Die Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil in Aufsichtsrat, Geschäftsleitung und Führungspositionen, AG 60 (2015), S. 462.

[21] Vgl. Jan – Mark Steiner, Die Mindestbeteiligung von Frauen in deutschen Vorständen im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht, NZG 24 (2021), S. 276.

主要集中在女性配额是否符合宪法规定和女性配额的有效性两个方面。

一方面,有学者认为女性配额方法面临宪法障碍,<sup>[22]</sup>甚至有学者对利用公司法解决社会政治问题持根本性的怀疑态度,拒绝任何形式的女性配额。<sup>[23]</sup>但是,也有许多学者认为要求女性配额的作法本身是正当的,是为落实德国《基本法》上促进男女平等的要求,符合《基本法》的规定。<sup>[24]</sup>

另一方面,有学者认为寻求一个灵活的解决方案是可以接受的,在此情形下,灵活配额方法值得赞同,能够适应不同公司的特殊性和要求,<sup>[25]</sup>固定女性配额对不同公司的现实并不公平。<sup>[26]</sup>与之相对,不少学者对灵活配额能否取得成功保持怀疑。灵活配额是一种自律义务,且由于缺乏不遵守情况下的制裁,这种“君子协定”在实践中注定是失败的,不能与刚性女性配额相比较。<sup>[27]</sup>灵活配额并不是一个有效增加公司领导职位中女性比例的有效手段,引入固定女性配额有其正当性。<sup>[28]</sup>固定配额能够很快促成公司领导职位中女性比例的增加,是一种实用且有效的手段。<sup>[29]</sup>不乏学者提出有针对性且具有可操作性的固定配额建议。<sup>[30]</sup>实践情况验证了多数学者关于固定配额和灵活配额的观点,即固定配额在促进公司领导职位中女性比例提升方面比灵

---

[22] Vgl. Tim Drygala, Harte Quote, weiche Quote und die Organpflichten von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 18 (2015), S. 1130.

[23] Vgl. Walter Bayer, Grundsatzfragen der Regulierung der aktienrechtlichen Corporate Governance, NZG 16 (2013), S. 7.

[24] Vgl. Heide M. Pfarr/Christine Fuchsloch, Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, NJW 41 (1988), S. 2201.

[25] Vgl. Christian Mense/Erik Rosenhäger, Mehr Vielfalt wagen-Zu den jüngsten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, GWR 2 (2010), S. 312.

[26] Vgl. Daniela Weber-Rey/Friederike Handt, Vielfalt/Diversity im Kodex-Selbstverpflichtung, Bemühenspflicht und Transparenz, NZG 14 (2011), S. 2.

[27] 同前注[15]。

[28] Vgl. Ingrid Ohmann – Sauer/Moritz Langemann, Der Referentenentwurf zur Einführung einer „gesetzlichen Frauenquote“, NZA 31 (2014), S. 1121.

[29] Vgl. Gerhard Röder/Christian Arnold, Geschlechterquoten und Mitbestimmungsrecht, NZA 32 (2015), S. 285.

[30] 同前注[14]。

活配额更有效。因此,《关于补充与修订男女平等担任私有经济和公共部门领导职位法》为董事会引入固定配额和强化灵活配额措施具有其必要性和合理性。

#### 四、我国公司中“她力量”的实现路径

公司可持续性和可持续公司治理的重要性与日俱增,将可持续性进一步嵌入公司治理框架,关系到公司长期、可持续发展,公司中“她力量”是可持续公司治理的重要一环。同质化组织与破坏独立思考的无意识偏见、群体思维的风险增加有关。<sup>[31]</sup> 群体思维是指在一个高度凝聚力的群体中,群体成员为维持群体表面上的一致,避免提出异议,宁愿牺牲决策质量也要追求群体一致的现象。性别多样性能够带来认知和视角的多样性,相比于同质化组织,异质化组织(如董事会性别多样性)能够抵制群体思维,不容易被群体思维俘获,可提高思考的质量,作出更明智的决策,<sup>[32]</sup> 带来更好的结果。这对公司可持续性来说很重要,性别多样性可以成为缓解风险的工具,帮助公司选择风险较小的战略和政策,减少公司欺诈等不法行为,进而降低威胁公司生存的风险。

鉴于公司中“她力量”给公司可持续发展带来的积极意义,我国有必要改变对女性担任公司领导职位没有明确规定的现状,逐步推进和落实女性担任公司领导职位的顶层设计,提升我国公司的国际竞争力。由于上市公司的市场影响力及其重要性,这种顶层设计可以在上市公司中先行先试。德国公司法上的女性配额规则在这方面至少带来3个层面的重要启示。

##### (一) 董事会与监事会中的女性配额

与采取单层委员会制度的国家相似,我国现有研究对公司中“她力

---

[31] See Antony Page, *Unconscious Bias and the Limits of Director Independence*, University of Illinois Law Review, Vol. 2009, 2009.

[32] See Lynne L. Dallas, *The New Managerialism and Diversity on Corporate Boards of Directors*, Tulane Law Review, Vol. 76, 2002.

量”的关注主要集中于公司董事会。董事会在公司中履行经营和管理职能,是公司的核心决策者,处于公司治理的核心地位,因而董事会的性别多样性尤为受到关注,这使我国现有研究的相关建议围绕董事会性别多样性展开。

德国法经验表明,监事会性别多样性同样值得关注,监事会在公司治理中履行重要职责,具有重要的监督功能。在德国公司双层委员会制度模式中,监事会不仅对公司经营和管理进行回顾性监督,随着一系列立法行动、司法实践和学界建议,监事会的职责和职权不断扩展,监事会的回顾性监督朝着预防性、展望性监督转移,监事会监督董事会的经营管理,并向董事会的经营管理提供咨询,尤其是公司未来方向,监事会与董事会对公司的经营管理承担共同责任。<sup>[33]</sup> 因此,德国通过许多履职保障机制确保监事会合格监督。例如,法律赋予监事会人事决定权和特定事项决定权以对监督对象施加影响,<sup>[34]</sup> 2022年版《德国公司治理准则》建议董事会定期、及时和全面地向监事会报告与公司有关的所有问题,董事会主席应不迟延地向监事会主席报告对公司情况和发展的评估及对公司管理具有重大意义的重要事件。

我国现有研究忽视监事会性别多样性与监事会在我国实践中缺少有效运行不无关系。在我国公司双层制委员会结构中,《公司法》将监事会定位为监督机构,监事会和董事会之间没有高低之差,并囿于我国公司治理中控股股东、强势董事(经理)的结构性矛盾,监事会缺少真正的履职保障机制,监事会在实践中未能充分发挥监督作用,甚至出现监督缺位,导致监事会成为摆设。<sup>[35]</sup> 监事会的功能失效很大程度上使监事会性别多样性不受重视。

2023年修订通过的《公司法》进一步弱化了监事会的必要性。根据新《公司法》第69条和第121条的规定,监事会/监事由必设的公司

---

[33] Vgl. Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, Eckpunkte für eine Reform des Aufsichtsratsrechts, NZG 24 (2021), S. 477.

[34] 参见[德]托马斯·莱塞尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第6版)(上),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第237~240页。

[35] 参见郭雳:《中国式监事会:安于何处,去向何方——国际比较视野下的再审视》,载《比较法研究》2016年第2期。

组织机构成为可选择设立的组织机构,有限责任公司和股份有限公司可以按照公司章程规定,在董事会中设置由董事组成的审计委员会,而可以不设立监事会/监事。有限责任公司审计委员会组成和股份有限公司审计委员会组成的区别在于要求股份有限公司的审计委员会成员过半数为非执行董事,不得在公司担任除董事以外的其他职务,且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。制度变革的宗旨是赋予公司在组织机构方面更大的自主权,为我国企业“走出去”和外商到我国投资提供便利。

由此产生的一个疑问是,审计委员会是不是监事会的功能等值物?董事会下设的审计委员会最主要的职责是对公司财务会计进行监督。<sup>[36]</sup>《公司法》修订过程中曾将审计委员会的职责集中在对公司财务、会计进行监督上,审计委员会的其他职权交由公司章程自行规定。与此不同,监事会的职责不仅是对公司财务进行监督,还包括向董事会提供咨询,对公司经营管理、董事或高级管理人员执行职位的行为等进行监督。监事会的职责和职权的涵盖范围明显要比审计委员会的职责和职权的涵盖范围广。在德国法上,审计委员会是监事会下设的一个专业委员会,负责监督公司财务会计程序、内部监督制度、内部风险管理制度和内部复合制度的有效性(《股份法》第 171 条),目的是使监事会工作更加细致,提升监事会的监督效率。<sup>[37]</sup>因此,审计委员会在功能上不能完全替代监事会。

新《公司法》为此尝试缩小审计委员会和监事会的功能差距。其明确规定公司在董事会中设置审计委员会,不设监事会或监事,由审计委员会行使本法规定的监事会职权,以缩小审计委员会和监事会之间的职权差距。但是,以设置审计委员会来替代监事会的做法本身表明,尽管近些年董事会本身发展出一些监督功能(如由多数外部董事组成董事会),但董事会本身难以履行日常的监督任务,仍然需要专门的机构来负责日常监督,以维护公司利益。即便允许公司通过设立审计委

---

[36] 参见[美]斯蒂芬·M. 贝恩布里奇:《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社 2012 年版,第 160 页。

[37] 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》(第 21 版),殷盛译,法律出版社 2010 年版,第 518 页。

员会来替代监事会,监事会作为公司重要的监督机构,监事会性别多样性同样需要我们关注。

## (二) 固定配额,“遵守或解释”及制裁与交易所问询

提升女性担任公司领导职位的比例应当明确规定女性董事和监事的最低比例。德国实践经验表明,固定配额在提升女性担任公司领导职位的比例方面要比灵活配额更为有效,灵活配额允许公司自行设定女性董事和监事的比例,却未能产生预期的效果。我国尚无关于董事会性别多样性的明确规定,实践中推动女性董事比例的增加主要依赖公司的自愿行动,而实践中女性在董事会席位上的参与不足,显示出自愿性治理方法的局限性。为进一步有效推动女性董事和监事比例的增加,发挥其在公司治理的作用,有必要规定女性董事和监事的最低比例,违反比例要求的选任无效。

然而,提升女性担任公司领导职位比例的规则设计不应给公司造成过重的合规成本。因为不同行业和规模的公司对女性董事和监事比例的需求不同,固定配额饱受诟病之处是其可能过于僵化,“一刀切”的治理方法不是最优的方法,不能适应各公司的特殊性,给公司造成过重的合规成本。<sup>[38]</sup> 因此,应用固定配额的方法需要考虑不同公司因所处行业和规模不同,产生的不同需求,必须仔细权衡与固定配额有关的公司合规负担。

为发挥固定配额的有效性并缓和固定配额的僵化,在固定配额的执行上可以采取遵守或解释的策略,具言之:

首先,法律上需要为董事会和监事会中女性成员规定一个固定的最低比例。固定的最低比例既是主观性问题,又是技术问题,但法律上可以借鉴相关比较法经验(如德国法经验)和既有实证研究成果确定一个经验数字,数字一旦确定下来,就可以引导公司的具体行为,例如,公司董事会和监事会至少应由30%的女性组成。

其次,对于固定配额的僵化问题采取遵守或解释的执行策略。遵守或解释是公司治理领域内常用的方法,起源于英国,并被德国、日本、

---

[38] See Daniel Greene, Vincent J. Intintoli & Kathleen M. Kahle, *Do Board Gender Quotas Affect Firm Value*, *Journal of Corporate Finance*, Vol. 60, 2020.

比利时等诸多国家使用。遵守或解释,指监管机构向上市公司提供一份最佳公司治理实践的建议清单,上市公司应当遵守最佳公司治理实践的建议,并在公司报告中说明是否遵守最佳公司治理实践的建议,不遵守则必须在公司报告中说明不遵守的理由。在遵守或解释执行策略下,公司应当遵守法律规定的董事会和监事会中女性的固定配额,如果不遵守,公司负有解释义务,不说明不遵守的理由则违反法律规定。遵守或解释是一种软法机制,<sup>[39]</sup>允许公司根据其特殊性和治理需求偏离最佳公司治理实践的建议,这可以弱化固定配额的僵化效果,增加固定配额的灵活性。遵守或解释亦是信号传递机制,根据公司的遵守和解释情况能够传递出重要信息,有助于监管机构据此调整法律规则,形成反射性监管。<sup>[40]</sup>例如,如果有缺陷的解释破坏遵守或解释的运行,影响固定配额措施的有效性,监管机构可能就需要加强遵守或解释的执行。

最后,遵守或解释执行策略本身可能存在弱点,即公司对不遵守建议的解释缺乏充分性、解释质量差。<sup>[41]</sup>综观遵守或解释执行策略的运行情况,存在公司只纯粹披露不遵守而不说明不遵守的理由,以及仅以公司规模、结构、行业特殊性作为理由而不进行详细说明等情况,削弱遵守或解释执行策略的有效性。为改善遵守或解释执行策略的弱点,有两种方法值得考虑。第一,允许监管机构对不遵守建议未进行说明的公司实施制裁。例如,日本将遵守或解释规范作为东京证券交易所上市规则的一部分,交易所能够对不遵守建议未进行说明的公司实施自律管制制裁,施加命令提出改善报告书、公布名称、裁处上市契约违

---

[39] See Jean – Christophe Duhamel, *The “Comply or Explain” Approach as a Pascalian Wager*, Accounting, Economics and Law, Vol. 5, 2015.

[40] See Virginia Harper Ho, *Comply or Explain and the Future of Nonfinancial Reporting*, Lewis & Clark Law Review, Vol. 21, 2017.

[41] See Hana Horak & Nada Bodiřoga – Vukobrat, *EU Member States’ Experiences with the Comply or Explain Principle in Corporate Governance*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 7, 2011.

约金,及以违反上市契约为由废止上市等制裁措施。<sup>[42]</sup>我国监管机构可考虑对不遵守建议未进行说明的公司责令提出改善报告书、公布公司名称及罚款等制裁。第二,充分利用交易所问询函。交易所问询函是针对上市公司信息披露的监管模式,要求公司对问询函中的问题按期进行答复和披露,进而补充相关信息。国内外实证研究已发现交易所问询函对改善公司信息披露质量的积极作用,<sup>[43]</sup>因而交易所问询函能够被用来有针对性地改善遵守或解释执行策略的弱点。

### (三) 实质性别多样性与信息披露

董事会和监事会性别多样性分为形式性别多样性和实质性别多样性,形式性别多样性是实质性别多样性的前提。形式性别多样性,指董事会和监事会中女性的数量和女性数量相对于男性数量的比例。实质性别多样性,指女性董事和监事在董事会和监事会中的实际角色与影响力。实质性别多样性可以从女性董事和监事任期、女性是否担任董事会和监事会主席、女性是否在董事会下设的关键董事会委员会(如审计委员会、薪酬委员会、提名委员会)中服务、年龄等指标进行观察。<sup>[44]</sup>例如,董事任期是公司治理中的一个重要因素,任期较长的董事在董事会中有更大的影响力,<sup>[45]</sup>如果女性董事任期较短,可能会限制女性董事在董事会和公司内获得影响力的能力,抵消女性在董事会中代表的增加力度。

实现真正的董事会和监事会性别多样性不仅需要关注形式性别多样性,还需要关注实质性别多样性。德国公司法上的固定配额和灵活配额措施主要关注的是形式性别多样性,未能实质触及实质性别多样

---

[42] [日]神作裕之:《公司治理下机构投资者之角色定位与尽责管理责任》,第十届中日公司法制研究会闭门圆桌会议论文,清华大学商法研究中心,2019年3月23~24日。

[43] See Stephen V. Brown, Xiaoli Tian & Jennifer Wu Tucker, *The Spillover Effect of SEC Comment Letters on Qualitative Corporate Disclosure: Evidence from the Risk Factor Disclosure*, *Contemporary Accounting Research*, Vol. 35, 2018.

[44] See Yaron Nili, *Beyond the Numbers: Substantive Gender Diversity in Boardrooms*, *Indiana Law Journal*, Vol. 94, 2019.

[45] See Yaron Nili, *The New Insiders: Rethinking Independent Directors' Tenure*, *Hastings Law Journal*, Vol. 68, 2016.

性,仍有不足之处。实现真正的董事会和监事会性别多样性不能停留在形式性别多样性层面上,其只是实现真正的董事会和监事会性别多样性的第一步。在通过固定配额措施实现形式性别多样性的基础上,我国应当进一步将关注的焦点集中在实质性别多样性层面。

推动董事会和监事会实质性别多样性,可以考虑完善上市公司信息披露制度,增加上市公司董事会和监事会实质性别多样性信息披露内容。<sup>[46]</sup> 信息披露可以成为使公司董事会和监事会性别多样化的工具。公司董事会和监事会实质性别多样性信息披露能够为监管机构、投资者和利益相关者提供关于公司对董事会和监事会实质性别多样性承诺之更有意义的信息。<sup>[47]</sup> 监管机构需要可靠的公司董事会和监事会实质性别多样性信息披露来作出监管回应,投资者需要可靠的公司董事会和监事会实质性别多样性信息披露来作出投资和投票决策,利益相关者同样需要公司董事会和监事会实质性别多样性信息披露来采取有关行动。

具体而言,类似高级管理人员薪酬披露,可以由监管机构制定一份由指标组成的实质性别多样性披露表格,列入影响女性董事和监事在董事会和监事会中的实际角色和影响力的指标,如女性董事和监事在董事会和监事会中的比例、女性董事和监事任期、女性是否担任董事会和监事会主席、女性是否为执行董事或非执行董事,以及董事会下设关键委员会中女性成员的情况等,并在每一项指标上与男性董事和监事作比较。上市公司需要在年度报告中披露实质性别多样性披露表格,同时在交易所网站和公司网站上进行公布。由监管机构制定统一的实质性别多样性披露表格有助于形成标准化信息披露,方便人们对各上市公司的董事会和监事会实质性别多样性情况进行比较,进而充分利用公众压力和公司声誉机制来推动上市公司提升其董事会和监事会实质性别多样性的程度。

---

[46] 同前注[44]。

[47] See Thomas Lee Hazen, *Social Issues in the Spotlight: The Increasing Need to Improve Publicly – Held Companies’ CSR and ESG Disclosures*, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 23, 2021.

## 五、结语

公司中“她力量”是近些年人们关注的一个重要问题,许多国家和地区针对公司董事会和监事会性别多样性采取立法和监管行动。本文通过剖析德国法在规制女性担任公司领导职位方面的利益博弈、制度变迁的原因与内容,为未来我国《公司法》如何改善上市公司中的“她力量”得出一些有益的启示。第一,在公司组织结构方面,需要同等关注经营机构(董事会)性别多样性和监督机构(监事会)性别多样性。第二,在具体措施方面,可以采用董事会和监事会中女性固定配额与“遵守或解释”相结合的措施,并通过完善制裁措施和交易所问询函提升“遵守或解释”执行策略的有效性。第三,除形式性别多样性之外,需要强化实质性别多样性,对此可以考虑通过增加实质性别多样性信息披露来进一步改善上市公司中的“她力量”。

(编辑:严琦)