

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.11.004

欢迎按以下格式引用:薛前强.董事性别结构多样化的法律规制[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(3):237-249. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.11.004.



Citation Format: XUE Qianqiang. Legal regulation of directors gender diversity [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2023(3):237-249. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831. fx. 2019. 11. 004.

董事性别结构多样化的法律规制

薛前强

(中央民族大学法学院,北京 100081)

摘要:董事结构多样化日渐成为公司治理新焦点,其在质的一面可以提升公司治理质量,在量的一面可以增强公司业绩,也在私人层面践行性别平等之理念。但无意识性别歧视与行业限制、占优的董事男权与个人英雄治理文化、女性象征主义标签缠身、封闭的董事任免机制等因素都阻碍着女性进入董事会。同时,此问题的规制框架并非仅受公司法约束,在上市公司的维度,还受证券法、交易所上市规则等法律规范的规制。故域外围绕着性别这一特殊要素,就改善董事会结构,打破董事会性别失衡,增加女性董事比例展开了一场软硬兼施的运动式改革。总体改革措施包括定额/配额制、多样性信息强制披露规则、遵守或解释的公司治理准则、企业自我约束、市场外部压力等。具体规制手段的选择受制于一国在政治传统、公司治理模式、商业文化、制度竞争的压力模型等方面所面临的差异化图景,故建立中国公司性别多元化的董事会规制理路不可简单模仿他国模式。为推动董事性别多元化,基于我国当下促成董事性别多样性的既有手段和现实效果,参照域外经验教训,配套细化《上市公司治理规则》第25条;制定以董事会多样性为内容的信息披露和“遵循或解释”的董事性别多样化规则;建立以上市公司/国有企业为对象的定额法案以及在非规范层面提供一定的女性创业资金支持,从而分阶段实施一条“自治优先,强制补充”“上市公司为主,国有企业为辅”的建构路径应为理想之选择,也可在公司治理看似趋同化的今日,发现不一样的中国风景。

关键词:董事多样性;女性董事;性别;定额法案;遵守或解释

中图分类号:D922.291.91 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2023)03-0237-13

董事会是公司治理的焦点之一,甚至被称为公司治理的“震中”,而董事会多样性正逐渐成为当下公司治理焦点,在安永企业治理中心罗列的公司治理十大发展趋势中位列第三^①。从全球范围来

基金项目:司法部2021年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“后疫情时代公司应急治理法律问题研究”(21SFB4050)

作者简介:薛前强,中央民族大学法学院,Email:xqqpk@163.com。

^①这十大趋势分别是:(1)股东提案的增加;(2)对于董事会领导结构的持续讨论;(3)董事会多样性的持续升温;(4)董事获得持续性支持;(5)环境及社会议题将更多地进入股东提案之中;(6)股东将对政治及游说开支施加压力以保障透明度;(7)股东将增强对董事的薪酬决定权,有针对性的回报/补偿股东提案(8)公司的交错董事会将发生变化;(9)代理权征集将变得困难;(10)增强代理权征集过程中的信息披露机制。

看,董事多元化早已成为公司治理的重要议题,涉及文化、种族、年龄、教育、国籍、专业背景等多个方面。其中性别已成为核心要素,相应现有研究集中于女性董事问题之上——人们对性别多样性的关注逐渐从社会公正、平等及政治问题过渡到公司治理领域,试图重塑公司管理层。如果说董事会多样性十分重要以至于几乎每一个现代公司治理准则都对此作了明确规定,那么性别则是研究董事多元化不可回避的问题。

故本文将以性别多样性为研究对象,借助考察域外提升女性董事的诸多实践与规制手段,为促进我国董事会性别多元化提供相应的路径参考,同时对董事会多元化这一新兴趋势进行回应,以求发挥董事会应有之功能,改善中国的公司治理机制。

一、董事性别多元化的治理效能与阻碍因素

(一) 前提之辩:董事性别多元化的治理效能

1. 改善公司治理

(1) 丰富董事会观点。女性董事拓宽了董事会视角,实现对决策风险的恰当评估,为公司实现更为前瞻的商业目标和系统性管理体系提供支持。(2) 增加董事的监管效能。女性董事通常经历淘沙式的竞争才谋得此职,故会更加珍惜职位积极行事,当高管团队中存在女性成员或女性高管比例上升时,公司发生反伦理性违规操作的概率显著降低。(3) 增强企业人文关怀与社会意识。女性董事可增强公司社会责任与董事会独立性,能促进董事与利益相关者之间更为有效的对话。(4) 打破董事会群体思维。女性董事多为外部董事,更为独立、客观,敢于面对内部男性董事刻意回避或不敢询问的尖锐的管理问题。

2. 提升公司业绩收入

很多致力于实现董事会多元化的学者通过实证显示性别、种族、民族或者其他因素提升了上市公司董事会的表现,那些拥有性别多元董事会公司的股价、平均营业利润、销售额、投入资本及权益回报率等往往也较高,创新水平高于同类型的企业。女性董事带来的“市场互惠”效应,向那些潜在购买者发送了一积极信号,女性是潜在/强有力的消费群体,女性高管可过滤并影响那些潜在的消费者。

综上,不论是从公司业绩还是从公司治理效果上讲,董事会性别多元化必将是未来公司治理和参与全球竞争不可回避的议题,不论采用何种措施实现董事会的性别平等都脱离不了这三个理由:(1) 经济层面上,商业实践的例证显示了女性董事带来的诸多好处,提升企业效率与收益;(2) 个人层面上,对机会平等的追求强调董事会性别多元关系到个人公平,具备同等资格(能力)的女性不论是在公法组织还是私法组织(公司),都应同男性一样享有成为成员的同等机会,尤其公司因自身经济实力日渐对经济、金融以及社会公民的生活产生重大影响时;(3) 社会层面上,对公共利益与基本权利的保护强调实现性别比例的平衡是从更宏观的角度来保证社会公正与民主,这是现代社会核心价值的一部分,也是政治、经济制度的根基,是法律转化后的公平原则与机会平等原则之表现。

(二) 藩篱之障:阻碍女性进入董事会的因素

全球视野下女性董事比例并不乐观,阻碍女性进入董事会的因素主要包括:(1) 无意识性别歧视与行业限制。女性求职者很可能因不符合特定职位的初步印象而遭无意识的性别歧视,被贴上呆板的性别标签。20世纪早期,女性就被认为易于情绪化,不适合在理性的经济世界中生存^[1]。一

些行业对女性存在偏见,使女性的任职停留在以服务为主要内容的“女性化”企业^②。(2)占优的董事男权与个人英雄治理文化。现实中公司多由男性运营,传统公司治理强调个人在公司中的成就,宣扬单打独斗式个人英雄主义,这在大型公司运营中表现得淋漓尽致——一言堂、独立、喜欢冒险、争强好胜,这些都会阻碍女性进入公司的治理核心。(3)女性象征主义标签缠身。较男性而言,女性在企业中会被严格监视,融入董事会群体存在挑战,对女性的判断仅从性别上一概而论,忽视个体差异及价值^[2]。这导致女性无法被接纳为董事会的内部人,信任基础难以建立,伴随而来的是具备公司经营天赋的女性无法同男性一样获得相同的职位声望,仅起装点门面的作用。(4)封闭的董事任免机制。董事任免程序往往是封闭、排外的且受男性主宰,偏好任免亲友或商业伙伴作为董事候选人,女性几乎不在这个商业社交网之中。500强公司董事主要来自其他大型公司的中高层,但这本就缺乏女性身影,从而引发一个恶性循环,最终进入更少的女性董事—更少的女性高管—更少的女性董事这一死循环之中。

二、董事性别多样化规制措施的多声部叙述

(一) 喜忧参半的性别定额法案

1. 定额制实践

女性董事是欧盟诸多官方文件未变的脚注,定额制成为欧洲主要规制手段,欧盟委员会、欧盟法院以及欧洲议会出台了大量的官方文件支持女性同男性一样,平等地参与公司治理。如欧盟委员会曾制定草案,要求境内5000家上市公司非执行董事中,某一性别比例不低于40%,此后比例较小的性别一方有任免非执行董事的优先权。虽然该法案未获通过,但不容否认的是,这向世人传达了这样的信号——定额制已获得官方认可。定额制最早出现在挪威,2003年挪威通过立法要求在2007年底上市公司的董事中女性比例要大于40%,同时修改《公共有限责任公司法案》,在§6-11条中规定:(1)若公司董事为2或3人,那么应有每种性别的代表参与其中;(2)若公司董事为4或5人,那么每种性别的代表数最少为2人;(3)若公司董事为6至8人,那么每种性别的代表数最少为3人;(4)若公司董事为9人,那么每种性别的代表数最少为4人;(5)若公司董事超过9人,那么每种性别的代表数至少为董事总人数的40%^③。挪威定额法案提升效果显著,快速增长源于高惩罚力度,若上市公司未达要求,会有4周的整改期,否则就必须从证券交易所退市并立即解散公司^[3]。西班牙紧随其后,于2007年通过Ley Organic 3/2007号法案,要求女性董事比例到2016年达到40%。惩罚措施规定若企业未满足定额要求,那么与政府签订的合同无法享受优惠待遇,这导致与挪威相比西班牙女性董事比例上升缓慢,自2007年定额法案通过以后,仅从4%缓升至2012年的12%。

在法国,定额法案首先面临宪法挑战。2006年,参议员Marie-Jo Zimmerman曾提出过一项20%的定额法案,但宪法委员会认为1999年的法国宪法修正案仅允许制定法律来实现政府机构人员选

^②如传统制造业、农业、石油、天然气、运输、工程、科学、矿产、数学运算以及新兴的信息技术等行业,都被认为不适合女性。美国企业史的发展表明大企业的高层从来没有妇女和少数族裔,主要是在小企业中性别才成功跻身管理者和所有者之列,她们管理经营“女性化”的事业,如餐饮服务、甜品店、理发店和民宿。参见曼塞尔·布莱克福德《美国小企业史》(浙江大学出版社,2013年版82-83页)。

^③值得说明的是,挪威定额制的适用对象不包括有限责任公司,原因是这些公司大多数是小型家族企业,所有者个人往往亲自参与企业的管理运营。

任上的性别平等^④。为此抗议者举行了大规模的“修宪运动”,最终于2008年实现了对宪法修正案
的修改,为定额制确立了宪法基础。随后法国加快立法进程,2011年国民议会和参议院通过了分阶
段实施的The Law 2011-103 of 27 January 2011法案,要求上市公司在未来3年内必须有20%的女性
董事,2017上升为40%。就规制对象而言,除上市公司外,收入或者总资产超过5000万欧元的闭锁
公司、连续3年雇员人数超过500的公司都要遵守定额要求。违规后果也相当严苛,若未满足比例
要求,董事的任命无效,未达标的董事会所作决议仍然有效,但董事出席会议所需费用只有在董事
会达到法定比例要求后才可报销。

荷兰制定了一个设有“落日条款”的定额法案。2013年通过《董事与监事法案》,要求公开公司
和大型有限责任公司在董事会/监事会的构成上,至少有30%的男性或女性,但当满足下述三种情
况的任意二种时,可获豁免:(1)公司资产低于1750万欧元;(2)会计年度净销售额低于3500万欧
元;(3)会计年度的平均雇员数低于250人。此外,根据《荷兰民法典》之规定,下列情况应考虑席
位上的性别平衡:(1)任命董事或者提名董事候选人;(2)起草关于监事会规模、构成的文件以及对于
监事的任命、推荐和提名;(3)起草关于非执行董事的文件以及对非执行董事及其候选人的任命、推
荐和提名。同前述强制型定额制不同的是,荷兰采用遵守或解释的适用方式,即若未达到此目标,
需在公司年度报告中释明三个问题:(1)为何董事会/监事会男女比例是失衡的;(2)公司如何致力
于实现这些席位上的性别平衡;(3)公司在未来将采取何种措施达致此目标。由于未规定相应的惩
罚措施,故实际效果并不明显。最终该法案于2016年1月1日寿终正寝,仅存续了3年光景。

加拿大参议院曾于2010年12月收到过一项提案,要求所有上市公司、金融机构、国有企业在未
来3年董事会的性别比达到50%,遗憾的是支持者寥寥无几。2013年南非议会审议了《女性赋权及
性别平等法案》,规定所有组织、企业及政府机关的决策部门必须有50%的女性,但正因为其自提出
之日起饱受争议,目前该法案又被“退回”国会重新讨论。2012年12月,印度通过《2011公司法》,
该法第14章149条(1)款规定“鉴于日后更多类型/类别的公司进行注册,这些公司中须至少有一
名女性董事”。除此之外,冰岛、以色列、瑞士、马来西亚都作了相应规定,如以色列要求国有公司女
性董事比例为50%,上市公司中必须有1名女性董事。

2. 定额法案的共性抽取与效能分析

纵观欧洲各国定额法案,共性之处包括:(1)比例要求徘徊在30%~50%;(2)适用对象不仅包
括上市公司,国有企业也作特殊强调;(3)通常规定3至5年的转换过渡期,实行渐进式改革;(4)与
强有力的惩罚措施配套使用,这些措施包括罚款、解散董事会、解散公司、免除优惠待遇等。

就效果而言,虽然定额法案的强制性色彩在形式上推动了董事会性别多元化的快速实现,但实
质效果并未得到广泛认可,这主要表现在以下四个方面:(1)提升效果受到质疑。以挪威为例,定额
制只增加了高层职位中的女性比例,中层职位比例仍保持不变,男女之间的工资差也没明显改变,
定额未导致女性工作环境/条件的积极变化^[4]。(2)注重数量忽视质量,产生一些负面效果。为满
足数量要求,一些名人董事、门面董事进入董事会,有些女性开始身兼多家公司董事,无暇保障决
策质量。一些公司在既有女性董事数量不变的情况下,缩小董事会规模,变向提高比例,甚至为规避

^④如果说民主国家的合法性是行政选拔实行性别定额最合理的法律理由,那么显然该论断并不适用于在私营部门同样要求女性性别定
额,这从直觉上解释了为什么法国宪法委员会认为2006年的提案违宪。

此义务,一些公司会选择主动退市。(3)未触及阻碍董事多元化的根本原因。定额制未触动导致女性在董事会失语的深层原因,这往往是一些非经济因素,如个人生活与工作难以兼容,社会公平问题也许可以通过定额而强制实现,但牺牲的是公司商业利益。为此,定额制的实施需要一些配套措施如儿童保育、抚养的财政支持等将女性从家庭事务中解放出来。(4)合法性受到挑战,可能伤及宪法中的根本性权利。如当男性董事候选人能力高于女性候选人时,定额的强制安排损害了平等权和职业自由权;就公司和股东而言,损害了其结社权、财产权以及经济活动自主权;就整个欧盟角度而言,甚至损害了包括公司设立自由权和资本自由流通权利在内的基本自由^[5]。

综上,尚不能明确性别定额是否打破玻璃天花板,甚至如前所述可能加深女性符号主义,负面影响在于女性会被认为是因为定额要求才进入董事会或担任某职务^[6]。但值得肯定的是,定额法案表明了政府、立法者的坚定态度,同时也表征了一种对将女性排除董事会既有商业做法的结构性改革趋势。

(二) 多样性强制信息披露规则

美国各州公司法文本竞争激烈,董事性别多样性重任交给了更具公法色彩的证券法规则^⑤。2009年美国证券交易委员会(the U. S. Securities and Exchange Commission,以下简称SEC)制定表决权征集信息披露强化规则(Proxy Disclosure Enhancements Rule),要求披露提名委员会(或董事会)在任命董事时是否以及如何考虑多样性,若提名委员会(或董事会)有一套关于任命董事的性别多样性的政策和为有效实现此政策而采用的方法,则也应当披露出来。对于立法原因,SEC解释道:“对于投资者来讲,董事会多样性属重要信息,对该信息的披露可传递企业文化、治理实践,使投资者在充分被告知的情況下作出表决和投资决定。对投资者而言,弄清董事会如何考量、阐述以及践行此种多样性至关重要。于是我们要求董事会披露是否以及如何考量多样性。”^[7]

SEC此举得到社会好评,共收到130多封由机构投资者所撰写的评论信,大量评论认为考虑董事会多样性是影响股东表决的重要因素^[8]。SEC本可进一步谱写性别乐章,却因自身保守性而画上了休止符,未过多解释多样性的含义,仅列举可能包含的情形,将其交由公司根据自身情况判断。颇有意思的是,在2010年,包括SEC主席及所有委员在内,女性构成了多数派^[9],性别因素在多样性范畴中脱颖而出,似乎与这一现象有着说不出的隐形关系。

但该举措规制效果不甚理想。虽然有公司披露如何考虑多样性,但鲜有公司制定切实可行的提升政策来实现董事会候选人的多样性,只借助“一句话披露”就简单应付了事。就内容而言,该规则不强制要求任命新的董事时必须考虑多样性,也未强制要求提名委员会具备多样性。从自身属性来讲,证券法是公司法的法源,但其目的主要是信息披露和对投资者保护,不直接作用于公司内部关系^[10]。加之在美国,对于公司治理更具直接作用的还是公司设立地的公司法,上述种种原因影响了其实质效果的发挥。

(三) “遵守或解释”的公司治理准则

强制性的公司治理立法经常引发一些代理成本问题,优先选择“遵守或解释”规则并结合定额

^⑤除证券法规则,具有公法色彩的税收规则也可发挥同等效能,这表现在:税收激励和惩罚可能是实现定额(配额)的最基础的或次优的手段。借助税法对符合/遵循定额要求的企业以一定的税收优惠——事实上,该税收优惠可以是浮动的,随着女性董事的比例增加而增加(即超过某个临界值后,如30%),当平等就业委员会(EEOC)采用此税收补贴政策时,可增强定额的强制性实际效果。税收减免可以作为一种奖励措施,用在早期遵守定额要求的公司及其他非公司组织之上,一旦过渡期过去,那税收处罚可以被添加到传统的法律处罚体系之中,惩罚不合规的公司。

的自主安排可降低这些成本。放眼全球,证券交易所正不断将“遵守或解释”自愿型规则修改进公司治理规则/指引,来实现董事性别多元化。

芬兰率先将自我规制融入2008年公司治理准则之中,规定董事会中需有男女代表,但不一定是男女平分董事会席位。之后瑞典公司治理准则对上市公司和闭锁公司皆适用,倡导企业要争取公司董事会的性别平等。2010年,法国私营企业协会和商业联合会颇有先见地修改了公司治理准则,设定目标要求在之后的6年内,董事会最低要有40%的女性。该准则无强制性,若公司未能达到要求,需在年度报告中解释原因。同年英国《公司治理法典》新增一条,规定对于董事候选人的筛选及任命应根据客观标准及包括性别在内多样董事会所带来的利益而做出,公司要么遵守此规定,要么需就对此规定的背离作出解释。

大洋洲澳大利亚公司及市场咨询委员会在名为《董事会成员多元化》的报告中将性别、年龄及民族作为多样性的主要构成要素,但认为性别是唯一一个最显而易见的衡量多样性的指标。后来,澳交所根据公众意见修改《公司治理原则与建议》,在第1.5条就性别多样性要求上市公司:(1)采用并公开披露性别多样性政策;(2)建立可衡量的多样性目标以实现性别多样性,并就该目标和实现目标的进展进行每年评估;(3)在每份年度报告中披露实现性别多样性的进展以及可衡量的目标;(4)在每份年度报告中披露女性员工在整个组织、高级管理职位以及董事会中的比例;(5)就董事会力图实现董事成员身份多样性及相关政策/办法进行披露。

与欧洲相比,亚洲改革步伐稍显缓慢。新加坡金融管理局于2012年修改《公司治理准则》,制定“遵守或解释”规则,第2.6条规定上市公司的“董事及董事会应作为一个团体包含不同技能、经验、性别和知识的董事,提供适度的平衡”。港交所于2012年9月7日建议就修订《企业管治守则》及《企业管治报告》内有关董事会成员多元化的条文刊发咨询文件。根据建议,发行人检讨董事会组成时,除考虑技巧、经验和独立性是否均衡外,亦考虑多元化的好处。2013年2月港交所进一步颁布名为《董事会成员多样化政策》的文件,第4.1条规定“甄选人选将按一系列多元化范畴为基准,包括但不限于性别、年龄、文化及教育背景、种族、专业经验、技能、知识及服务任期;最终将按人选的长处及可为董事会提供的贡献而作决定;董事会组成(包括性别、种族、年龄、服务任期)将每年在《企业管治报告》内披露”。

公司治理准则及配套的遵守或解释规则愿景虽好,但规制效果差强人意,致使个别国家出现了由自治转向强制的过渡态势。以德国为例,虽然公司治理准则中也规定了遵守或解释的董事多元化规则^⑥,但得益于共同决策制的强制性要求,雇员代表中女性比例明显高于董事会的女性比例,为此德国地方出现了拟定强制定额法案的趋势,如北莱茵威斯特法利亚和汉堡向联邦参议院提交定额立法建议,要求在2022或2023年女性董事比例达到40%,否则前者建议监事会的选任无效,后者建议取消对监事会成员的收入税收减免^[11]。同时,关于性别多样性的用语相当概括,无配套硬性规定或标准规定,如建议公司董事会/监事会的男女平衡,但未就“平衡”的确切含义作出解释。笔者认为遵守或解释规则可能仅对上市公司效果更为明显。在均未达标的情况下,上市公司声誉受损

^⑥2010年《德国公司治理准则》第4.1.5条对管理委员会规定“当填补企业的管理职位时,管理委员会应考虑多样性,特别是适当考虑女性。管理委员会应制定目标提升董事会及监事会中的女性比例”。而第5.1.2关于监事会规定“监事会有权任命和解雇管理委员会成员,当任命管理委员会成员时,监事会应尊重多样性安排。监事会应制定目标,确定管理委员会中的女性比例。与管理委员会一样,监事会应将其作为长久计划,在公司治理报告中披露”。

成本远远高于小公司,这类公司会很轻易地损失巨额商业利润,对于大型上市公司而言,公司形象的维护尤为重要,而这势必影响其作用空间。

(四)公私互动:公法领域的特殊法案与公司法规则

1. 公法领域的“软法”

除上述与金融/公司相关的特别法案,一些平权/平等法案也起到了提升效果。如匈牙利平等法案规定行政部门有义务采用机会平等计划,否则将受到平等对待机关的罚金处罚;葡萄牙曾制定2011—2013年性别平等国家计划,旨在提高公共部门的性别平等;爱尔兰《2009广播法案》规定提供公共服务的广播公司12名董事中,男女最少各5人;芬兰1995年《男女平等法案》第4章规定国有企业的董事会必须有适当比例的男女董事,女性比例不低于40%;澳大利亚2012年通过《2012就业性别平等法案》,要求政府部门、组织及大多数大型公司每年报告其男女雇员数量及董事会数量,这就使更多的女性进入公司高层,间接促成了董事性别多元化;南非2007年制定了《黑人经济赋权法》,要求2017年公司董事中的黑人比例达到50%,该法案促进了董事会种族/性别的多样性,如南非董事会中黑人女性董事比例自2007年开始有了显著的增长。

2. 公司法为核心的规则/理论

在公司法语境下,一些规则虽然不以促进董事会多样性为直接目的,但产生了间接促进效果,存在着不同的连接点,将女性与董事会有有机结合起来。

第一,信义义务。一方面,雇佣女性董事可以被视为信义义务的内容,为更好地契合公司法中的注意义务和忠实义务,董事会必须致力于理解女性个体或群体,并有义务向股东说明为何公司未将女性置于公司治理的要职,否则是对信义义务之违反^[12]。另一方面从义务履行出发,董事会的性别多样性有助于履行董事的信义义务,因为在决策过程中考虑多样性的观点可以帮助董事会作出合理的商业决策。

第二,公司社会责任。实现公司整体尤其是董事会中的性别平衡,是公司的社会责任,信用评级机构、机构投资者以及公司并未广泛将董事会中的性别平衡优先视为公司社会责任。然而社会责任的规制路径约束力较弱且呈间接性,受制于组织(企业)的营利能力和文化偏见,只有当企业看到性别多元的经济意义时,社会责任才会被主动接受。

第三,股东提案权。股东可以运用提案权来实现公司董事多样性,可董事会对这些提案的反应是迟延且不情愿的。在美国此举还面临被董事运用股东提案不得强迫公司违反州法/联邦法的策略所消解。但这传递了一个信号,表明股东关注董事性别多元,也为SEC制定强制信息披露规则创设了背景压力。

笔者认为从公司法或公司法理论本身出发,可能存在观念认知上的矛盾:一方面,公司法调整的是经济理性而非伦理理性,盈利是公司中各个微观主体的趋同性目标,尊重情感、伦理等在其他法律场域中可能要被考虑的多维目标,在公司法中则无顾及^[13];另一方面,公司法的研究、制定、使用、司法裁量绝大多数都被男性控制着,这是一个“自信的、善于表达、独立、精于计算、具备竞争意识以及有能力”的男性,公司法中充满了男性商人思维,文本与案件的裁判也是这种“自利、沉着、冷静、可靠、果断的男性参与商事活动”的镜像反应,并同时强化——个人主义、经济自由以及市场控制这些与男性息息相关传统价值——竞争、冲突、征服必不可少;自利及逐利是合法且值得;层级制及公司分权是有效且合理的^[14]。故借助性别色彩为“男性”的公司法来实现此目的,分歧势必大于

共识。

(五) 企业的自我约束与市场的外部压力

2008年丹麦曾发起宪章动议,倡导增加公司管理层的女性比例。签署本宪章的公司需提供一项旨在吸引更多女性进入公司管理层的执行计划,设定目标和/或所期待的女性比例,以在一定时间内实现,并进行年度汇报。该宪章对多样性采用非“一刀切”的自我定义法,而是对企业个体进行个性化识别,鼓励企业间分享良益的商业实践。2011年英国提出自我主导型方法,鼓励企业自主设定所欲达到的女性董事比例目标。这需要投资者、董事长、执行董事以及猎头公司的通力合作,其中政府也扮演了重要的角色。自我约束型措施效果鲜明,快速增长很大原因是基于欧盟层面定额法所带来的隐形竞争压力,推动英国公司提前推动董事多样性进程,以便在不受欢迎的监管中获得先机^[15]。

如果一个国家放弃强制性定额制而采用企业自我约束的话,前提是公司有着明确的多样性目标,尤其是在高管层面力图实现性别平等。积极的投资者也会对女性进入董事会形成外部市场压力,起到持续性催化作用。现实中一些信用评级机构制定衡量性别多元的方法与标准,一些机构投资者将董事会性别多元作为投资与否的标准,要求在董事中考虑女性和少数族群的利益,试图提升投资对象的女性董事比例。

三、岔路选择:董事性别多样性规制手段差异化的影响因素

(一) 政治传统

北欧定额制的流行,除该地区注重性别平等外,更深层次的原因在于长久以来的社团主义传统。社团主义语境下公共政策的产生既来源于普选代表所为的立法活动,同时又来自国家与各利益群体(如工业组织、商贸联合会等)之间的磋商谈判。因此当谈到董事多样性时,挪威的一些利益群体首当其冲地指出,实现一个平衡的参与(董事会比例)是民主的问题所在^[16]。

在欧洲,公司行使政治权力已是共识,在如法国、德国以及意大利这样的保守社团主义福利体制国家,政府同市场机制一起干预经济,践行社会政策,国家扮演率先重新分配资源的角色。因此在欧洲,国家与公司的利益联盟使得公司顺理成章地成为实现公共政策的先锋与国家立法行动的践行者。

在美国,政府倾向采用多元主义来处理与利益群体的关系——如公司更多地是借助游说和其他形式的政治工具而非正式的、制度性的政治谈判来实现政治影响力,此路径强调政府尽可能少地干预企业,防止给大型企业任何特权,对于公司权力的限制建立在不论公司大小,都可充分发声的不干涉原则之上,而非单方面对大型企业强加某种责任。在美国,董事多元化似乎与民主国家的立法理念不相适应,论证的焦点集中在经济视角而非法律或者民主的视角,无法跳出商业论证的框架去提升女性董事比例。

(二) 公司治理模式

利益相关者指向型公司治理模式下,董事是不同利益主体在董事会中的代表,以确保公司能更好地应对这些群体的要求。董事会性别多样性完美地阐述了此种理念,正如公司有义务建立并改善各方利益相关者之间的关系,女性董事带来不同利益相关者的不同观点与诉求。欧洲一些国家董事会中必须有劳工代表,这被视为具有广开言路的作用,这为定额法案的通过作了铺垫。事实上,在实施利益相关者导向型公司法文本的国家如挪威、西班牙及法国往往制定了多元董事会政策。

相反,股东指向型公司治理模式强调公司的运营只需实现股东利益最大化,美国法院早在 100 年以前经典的 Dodge v. Ford Motor Co. 一案中就阐述了此种判断:商业公司的设立及运营主要是为了股东的利益,董事的权力被用于实现该目的。董事的自由裁量权仅在选择实现股东利益的手段/方法时才可行使。美国遵循股东利益至上,董事会性别多元化所产生的利益多元追求与该理念并不相匹配,毕竟后者被认为是对利益相关者的剥削^[17]。

(三) 商业文化

美国公司文化所秉承的是盎格鲁撒克逊文化,核心是个人主义价值观。它对经济的解释集中于对个人行为、偏好的观察和分析,而非将许多不同意识的个人作为一个整体进行观察。故大西洋彼岸的改革种子很难在美利坚土地上生根发芽,反倒会被视为与自由的商业文化不相符的怪癖,甚至可能会被视为违反宪法第 14 修正案的平等保护权而无效^[18]。

欧洲大陆法系商业文化则表现为一种团体主义文明。在一些更为强调团体文化的国家,如德国公司更倾向于强调团队的努力,欧洲大陆公司文化更加强调团体的价值,欧洲董事在公司中发挥了家长角色,而非美国式的英雄形象^[19],在此种商业文化下,共同决策制、集体谈判成为常态,董事会也更容易融进多样性元素。

(四) 调控手段的路径依赖

董事性别多元化更是社会法/性别法上的议题,需在宏观制度的背景下进行解读。故女性董事还会受到一国对性别、工作等社会问题调控模式的影响,这也是对规则与制度体系的回应或反射(详见表 1)。

表 1 不同国家/地区规制性别、工作、家庭三者的不同路径^[20]

美国	<ul style="list-style-type: none"> · 借助有组织的、激进的女性团体和私人部门实施措施 · 平等就业权最大限度地让女性进入工作场所,但目前美国在制定公共措施使男女更好地平衡工作与家庭方面,远远落在了后面 · 只有一些前瞻性的和/或求贤若渴的公司才有进展,大部分的“工作—生活”的安排完全由个人和家庭自己解决 · 职业女性拥有“选择退出”的权利 	
欧洲	<ul style="list-style-type: none"> · 欧洲内部国与国之间差别显著 · 政府是积极政策的主要推手,直到最近,私人部门才加入其中 · 英国的路径横跨公私两个部门;仍有一大部分女性非全职工作,薪酬待遇还存存在性别歧视/代沟 	激进型:法国、北欧国家、前社会主义国家、西班牙(帕萨特罗政府掌权下)
		中间派:比利时、荷兰、英国
		保守型:德语系国家(如德国、瑞士)和南欧(如希腊、意大利、葡萄牙)
亚洲	<ul style="list-style-type: none"> · 同欧洲一样,内部差别显著 · 在提升女性管理性职位比例方面,菲律宾走在前列,但中国、泰国也在努力 · 日本女性管理性职位比例最低,女性失业率也最低 	高女性工作比例:中国、菲律宾、泰国
		低女性工作比例:日本

可见美国、欧洲和亚洲对女性、工作及家庭遵循不同的调控路径。同时相配套的保障措施是否完备也决定了董事会多样性能否实现。不容忽视的是法系内部存在着细微差别,如传统欧洲以定额法为特色,但一些新加入欧盟的国家则依靠一般性别平等法进行规制,而另外一些国家,法律制定了实现公私部门性别平衡的目标,但并无相配套的法律义务/责任规则,对此可能的解释是一国调控手段的路径依赖阻却了某种外来制度的内化。

(五) 范例的效应反射

董事性别多样性制度的地域空间范围与公司法的竞争样态和范例表现联系密切。欧洲公司法

竞争样态主要为各国之间的竞争,序幕的开启仅需一个开端。法律正逐步放开,可在欧洲自由流通选择公司注册国,各国公司法间的竞争日益加剧,迫于这种压力,欧洲诸国会提升公司治理或效率的措施作出及时反馈。于是可以看到的是,随着挪威2003年创新性地实行定额制,其余欧洲国家断断续续地都对董事多元化制定了本国特色的规则安排。

美国公司法、公司治理的竞争样态主要表现为国内各州间的竞争,序幕的开启不仅需要有一个开端,往往更需要一个标准的范本——特拉华州作出示范规定。就这两方面而言,美国公司法文本日趋宽松,强制性规范逐步让位于任意性规范,再加上特拉华州未开先河,故各州做法就是保持沉默,不对其进行讨论/涉足。

四、中国的前进方向:董事性别多样化如何落地生根

(一) 既有方案与实际效果

1. 早已存在的定额法案

在我国,定额法案早已存在。在公法领域,着重保护少数群体利益,如《公务员法》第21条和《选举法》第6条中的比例要求;在私法/企业法领域,《全民所有制工业企业法》第11条强调了青年职工、女职工以及科学技术人员的作用,《公司法》第44条和第108条分别为有限责任公司与股份有限公司董事会中职工代表的规定,第51条和117条分别为有限责任公司和股份有限公司的监事会关于股东代表和适当比例的职工代表的规定。可见中国公司法/企业法甚至比欧洲更早规定了定额制度。

从整体上看,这些企业法领域的条款存在4个主要问题:(1)部分定额条款为任意性规范,影响董事会/监事会成员多元化的实际效果;(2)适用对象有限,董事会层面仅为职工代表,监事会层面也仅扩张至股东代表,鲜见女性身影;(3)欠缺裁判生命力,这些定额条款并没有被法院用于案件裁判;(4)用语缺乏精准性,什么是适当比例交给企业自己判断,留下较大的弹性空间。

2. 欲言又止的公司治理准则

我国新修订的《上市公司治理准则》中与董事会多元化最接近的是第25条,要求董事会的人数及人员构成应当符合法律法规的要求,专业结构合理。董事会成员应当具备履行职责所必需的知识、技能和素质。鼓励董事会成员的多元化。由此可见,我国对于董事仅侧重知识、技能要素,但知识、技能并不等于多元化,严格上说仅为后者要素之一,可以说立法者“意识到”董事会多样性的同时,欲言又止,未进一步展开。

3. 宣言式的企业自我约束与其他法规

据笔者观察,除在中国香港地区上市迫于港交所的“遵守或解释”规则压力的企业之外,少有企业将董事多元化作为企业目标。就可替代性法规而言,《宪法》第48条、《劳动法》第3条及《就业促进法》第3条规定了男女平等权利及平等就业权,保障的仅为基本需求,但这些为静态的生存之法,而董事会多元化彰显的是商业模式的实践样态,应被规定在发展之法的商法/经济法体系之中,故前者起到的更多为宣言作用,无法对董事多元化起到具体指引。

4. 缺位的上市公司披露规则与外部市场压力

纵观我国与公司信息披露相关的各种法律、法规及文件,均无性别多样性之规定^⑦。与域外相比,中国机构投资者和私人组织力量日暮途远,未能形成紧迫的外部压力。虽然《上市公司治理准则》第79条规定“机构投资者依照法律法规和公司章程,通过参与重大事项决策,推荐董事、监事人选,监督董事、监事履职情况等途径,在上市公司治理中发挥积极作用”,但真实情况是,笔者在民政部网站搜索相关的私人组织/协会,仅找到“中国女企业家协会”和“中华全国妇女联合会”两个组织,观其章程,无与董事性别多元等相关的宗旨目的。

(二) 既有规则重构

建立性别多元化的董事会不可简单模仿他国模式,尽管说今日法律框架内,总有一些将男性与女性置于相异及冲突的位置安排,但若想重新定义其角色并获得重述法律规则的能力,那么要做的就是找到越来越多的创新可能,而非简单地模仿^[21]。故为推动董事性别多元化,笔者建议鉴于我国既有的规制习惯与域外不同模式的经验教训,在未来可分阶段依次实施。

方法一:细化《上市公司治理规则》第25条。建议参考域外《公司治理准则》的实践,将第25条改为“董事会应具备合理的多元化结构,公司在任命董事会成员时,应从多个方面考虑。成员应具备履行职务所必需的知识、技能和素质,其他因素包括但不限于性别、年龄、文化及教育背景、民族等”^[21]。

方法二:仿照遵循或解释规则,制定以董事会多样性为内容的信息披露+“遵循或解释”的董事性别多样化规则^[21]。

方法三:建立以上市公司/国有企业为对象的定额法案^[21]。

具言之,对象选择上存在三个标准:(1)以是否上市为界限;(2)以公司所有者类型为界限;(3)以公司规模为界限。鉴于上市公司及国有企业的“示范作用”,以及前者所有权与经营权的分离现象更为明显,建立以上市公司/国有企业为对象的定额制可起到更好的效果。

在机构选择上,存在董事会/监事会之分,在单层制下为董事会,在双层制下为董事会与监事会。就我国而言,设定监事会+董事会较为合理,一方面中国既有规则对二者都有规定,另一方面董事多元化的积极作用也可借二者得以放大。

在惩戒安排上,依国际惯例对未达标公司通常做法有处以罚款、拒绝授予优惠待遇、认定董事任命无效、认定董事会决议无效、强制解散公司或强制退市。废除公司人格和限制其融资权利最为有效,但这有悖比例原则。罚款的问题则在于给公司一个以金钱来逃脱承担义务之可能,故对惩戒措施,必须审慎选择,应思考除罚款之外其他的可能替代安排。

方法四:在非规范层面,国家可以提供补助对实现性别平衡的公司一定财政激励,尤其是鼓励女性创业,提供资金支持。政府也可通过公共采购实现特定目的,追求特定价值^[22]。

五、结语

党的二十大报告中指出需要“发展全过程人民民主,保障人民当家做主”,而当将人民民主与公

^⑦这些规定包括《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号——年度报告的内容与格式(2016年修订)》第53条;《证券法(2014)》第66条第(3)款等,但均无董事多样性之具体规定。

司治理相结合的时候,一个性别多元的董事会结构恰恰是践行性别平等、民主参与公司治理的鲜明体现。同时,董事性别多元化还是公司治理的最新趋势,一个多元的董事会在提升公司业绩、改善企业治理的同时也在私人的层面践行着平等理念。域外为此探寻了不同的规制道路,其并非仅受公司法约束,在上市公司的维度,还受证券法、交易所上市规则等法律规范的规制。除此之外,如公司治理准则、企业自我承诺、行业自治规则等社会规范也对董事性别多元化产生塑形作用^[20]。

路径选择不可脱离一国的法律文化环境而需全盘着眼,同时也需要更广意义上的社会、公众、股东及利益相关者的支持。这种法律文化并非静态现象,鉴于社会观念随时间的推移而改变,累积的政治和社会压力会逐渐重塑法律,故所作的回应往往是一个混合/多元的手段,应根据具体的时间、空间及社会情境来确定。为此笔者建议参照域外经验教训,分阶段实施一条“自治优先,强制补充”,“上市公司为主,国有企业为辅”的建构路径,以期在公司治理看似趋同化的今日,发现不一样的中国风景。

参考文献:

- [1]李强. 近代英国女性投资行为考察[J]. 妇女研究论丛,2010(5):87-92.
- [2]ANNE S. Women on board for change: The Norway model of boardroom quotas as a tool for progress in the United States and Canada[J]. Northwestern Journal Of International Law & Business,2012(32):90.
- [3]DOUGLAS M B. Initiatives to place women on corporate boards of directors—a global snapshot[J]. Journal of Corporation Law, 2012(4):803.
- [4]DU PLESSIS J. The case for and against mandatory gender quota legislation for company boards[J]. Deakin Law Review, 2015,20(1):1.
- [5]SENDEN L. The multiplicity of regulatory responses to remedy the gender imbalance on company boards[J]. Utrecht Law Review,2014,10(5):51-66.
- [6]STEPHANIE N S. Women on corporate boards: Non-Quota initiatives to increasing board gender diversity in the U. S[J]. Grove City College Journal of Law&Public Policy,2014(51):36.
- [7]MILDRED W. Women in corporate governance: A cinderella story[J]. University of Dayton Law Review,2011,37(1):64-65.
- [8]THOMAS L H,LISSA L. Board diversity and proxy disclosure[J]. University of Dayton Law Review,2011,37(1):51.
- [9]BARBARA B. Stalled: Gender diversity on corporate Boards[J]. University of Dayton Law Review,2011,37(1):9.
- [10]ARTHUR R P,DOUGLAS M B. Understanding Corporate Law[M]. Array Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013:4.
- [11]SENDEN L. The multiplicity of regulatory responses to remedy the gender imbalance on company boards[J]. Utrecht Law Review,2014,10(5):51.
- [12]ERIC C C. Perspectives on gender and business ethics: Women in corporate governance[J]. University of Dayton Law Review,2011,37(1):5.
- [13]弗兰克·伊斯特布鲁克,丹尼尔·费希尔. 公司法的经济结构[M]. 罗培新,张建伟,译. 2版. 北京:北京大学出版社 2014:3.
- [14]KATHERINE H. Theory, gender and corporate law[J]. Legal Education Review,1998,9(1):45-46.
- [15]SANDEEP G,KATHERINE W. An agency theoretical approach to corporate board diversity[J]. SSRN Electronic Journal,2014.
- [16]JULIE C S. Gender parity and state legitimacy: From public office to corporate boards[J]. International Journal of Constitutional Law,2012,10(2):449-464.
- [17]安德鲁·凯伊. 公司目标[M]. 孙宏友,郑蔚然,王健主,译. 北京:中国人民大学出版社 2014:207.
- [18]ALSTOTT. Gender quotas for corporate boards: Options for legal design in the United States[J]. The Pace International Law Review,2013,26(1):38.

- [19] 赵学刚, 何秀华. 公司治理的法文化解释: 美国与欧洲大陆之比较[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2011(10): 70-73.
- [20] AVIVAH W, ALISON M. Why women mean business: Understanding the emergence of our next economic revolution[M]. San Francisco: the Jossey-Bass Imprint, 2008: 212.
- [21] 薛前强. 公司、性别与法律: 公司法的女性主义改革: 从规则到实践的“她者”[J]. 经济法论坛, 2019(1): 175-187.
- [22] AMY E D. Woman in corporate law: Rewriting the rules[J]. American University Journal of Gender and the Law, 1996, 4(2): 534.

Legal regulation of directors gender diversity

XUE Qianqiang

(*Law School, Minzu University of China, Beijing 100081, P. R. China*)

Abstract: Board diversity has become a new focus of corporate governance recently. Some researches have shown that on the quality side, it can improve the quality of corporate governance; while on the quantity side, it can enhance the company's performance. At the same time, it also practices the concept of gender equality at the private level. However, unconscious gender discrimination and industry restrictions, dominant director male power and personal hero governance culture, female Symbolism label entanglement, closed director appointment and removal mechanism and other factors hinder women from entering the board of directors. The regulatory framework for this issue is not only constrained by company law, but also by legal norms such as securities law and exchange listing rules at the level of listed companies. Therefore, because of the importance of gender, many nations have launched a soft and mandatory reforming movement to improve the structure of the board of directors, break the gender imbalance in the board of directors, and increase the proportion of female directors. These measures include quota laws, mandatory disclosure rules for diversity information, comply or explain corporate governance guidelines, corporate self-restraints, etc. The political tradition of a country, corporate governance model, business culture, the pressure model of corporate law system competition will affect the selection of regulation measures. Therefore, establishing a gender diversified board of directors regulatory approach for Chinese companies cannot simply imitate other countries' models. In order to promote gender diversity among directors, based on the existing regulations methods and realistic effect of the boardroom diversity in China, and referring to foreign experiences and lessons learned, support and refine Article 25 of the Governance Rules for Listed Companies; Following the Comply or Explain Rule, establish information disclosure for directors based on board diversity and the Comply or Explain Rule gender diversity rules; Establish a quota bill targeting listed companies/state-owned enterprises and provide certain support for women's entrepreneurship funds at non normative levels. Implementing a phased construction path of autonomy first, mandatory supplementation and listed companies as the main body, state-owned enterprises as the auxiliary, should be the logical choice. It can also be discovered that different Chinese landscapes can be found in today's seemingly homogenized corporate governance.

Key words: board diversity; female director; quota laws; gender; comply or explain Rule

(责任编辑 胡志平)