

# 论监事独立性概念之界定

## ——以德国公司法规规范为镜鉴

杨大可\*

摘要: 无论在德国还是中国, 实现“监事独立”都是一项浩大工程。通过与学界和实务界的长期密切交流, 德国立法者在界定监事独立性概念(包括任职前和履职中)方面已积累了较为成熟的立法经验, 特别是随着2012版《德国公司治理准则》的出台, 德国即将率先完成此项工程。反观我国, 由于现行公司法规规范仅从监事候选人的“履历污点”角度对其消极任职资格提出要求, 而未对监事履职过程中独立性的保有和丧失给予必要关注, 因此监事在履职过程中仍然受到“利益冲突”的困扰以及来自大股东或作为大股东代表的经营管理层的不当干预, 实现“监事独立”之路仍任重而道远。德国此次对监事独立性丧失原因的拓宽也使得确定独立性概念的具体内容越发困难。是故, 有必要对德国目前开放性的监事独立性概念进行合理界定, 以期为我国实现“监事独立”之路指出可能的前进方向。

关键词: 《股份法》 《德国公司治理准则》 监事独立性 利益冲突

### 一、问题的提出

监事会在我国公司治理实践中的弱势地位已无需赘言。<sup>(1)</sup> 正如德国公司法学者康贝格(Comberg)先生在其关于中国股份有限公司组织制度的研究报告中所言, “中国公司的监事会几乎只是一个特定人谋得象征性职位的地方, 而且从结果上看, 这些人对公司的命运不会产生任何影响”。<sup>(2)</sup>

以股份有限公司为例, 由于许多大型股份有限公司均由国有企业转制而来, 计划经济时期的过时治理模式不可避免地会在一定程度上仍留存于转型后的公司中, 并反映在其公司治理实践中。<sup>(3)</sup> 虽然国家不遗余力地推进国有企业内部治理结构的建立和健全, 但改制后的国有企业“新三会”仍然未能实现对“老三会”的“权力交接”, 其中的监事会在履职过程中仍然受到“利益冲突”的困扰以及来自

\* 同济大学法学院助理教授, 法学博士, 中德(国际)经济法研究所专职研究员。本文系2014年度同济大学人文社会科学青年基金项目“股份有限公司监事会信息权制度构建研究”(项目号: 0701219040)的阶段性研究成果。

(1) 参见李开甫“简论我国公司监事会制度的不足与完善”, 载《法学评论》2005年第2期, 第123-124页; 施天涛《公司法论》, 法律出版社2006年版, 第308页; 刘俊海《新公司法的制度创新: 立法争点与解释难点》, 法律出版社2006年版, 第388页以下; 石少侠“我国新《公司法》中的公司治理结构”, 载《当代法学》2007年第6期, 第4、6页。

(2) Vgl. *Philp Comberg*, Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft in China: ein Vergleich mit den Organisationsstrukturen der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, Hamburg, 2000, S. 88 ff.

(3) 阮淑珍“公司监事会制度运行存在的问题与完善建议”, 载《财会月刊》2010年第17期, 第80-81页; 徐利飞“上市公司监事会现状分析及对策研究”, 载《财会通讯》2010年第9期(下), 第58、59页; 王敏“论公司监事会机制创新的三条路径”, 载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2012年第1期, 第109-111页。

大股东或作为大股东代表的经营管理层的不当干扰,其(确切地说是监事的)独立性无从谈起。在这样的现实下,监事会(监事)不可能对决定其命运的大股东或作为大股东代表的经营管理层实施有效的监督,而维护中小股东利益和公司整体利益的职责更成为“水中月,镜中花”。更令人担忧的是,我国目前的公司法规范没有对监事独立性作出明确定义,其确切的法律内涵无从知晓。实现“监事独立”之路任重而道远。

而在同样实行“二元制”公司治理结构的德国的公司实践中,实现“监事独立”的浩大工程却已随着2012版《德国公司治理准则》(DCGK,以下简称《准则》)<sup>(4)</sup>的出台而悄然接近完工。《准则》的此次修订旨在加强监事会对董事会实施监督时的独立性。基于这一目的,“准则委员会”<sup>(5)</sup>对监事独立性的概念进行了全面修正并大大拓宽了可能导致监事丧失独立性的原因的范围。不过,确定独立性概念<sup>(6)</sup>的具体内容也因此变得更加困难。是故,笔者认为有必要根据《准则》及其相关法律规范的规范目的,对目前开放性的监事独立性概念进行合理界定,以期为我国实现“监事独立”之路指出可能的前进方向。

## 二、监事独立性概念的第一个层面: 监事候选人的独立性要求

对于监事候选人的独立性要求,即消极任职资格,我国《公司法》第51条第4款、第117条第4款和第146条已作出明确的规定。但在仔细研读这些法律条文后不难发现,除不考虑不具备完全行为能力的自然人外,我国立法者只是希望将那些存在“经营管理劣迹”的人员“限时地”(三到五年不等)排除出监事候选人名单;而对同样可能严重影响监事公正客观履职的“利益冲突”<sup>(7)</sup>要件未给予充分关注。

“利益冲突”在德国公司法规范关于监事任职资格的语境下被称为“董事或高管职务与监事职务的互不相容性”。根据德国《股份法》(AktG,以下简称《股份法》)第100条第2款第2项和第105条第1款,有关公司的经营管理机构成员或者在附属公司中担任此类职务的人以及代理人、全权代表等不得担任监事;同时,该法第100条第2款第3项还规定,如果A(资合)公司的董事是B公司的监事,那么A公司的法定代表人不得担任B公司的监事(即“连锁董事会”,又称“禁止交叉任职”)。为因应

(4) 关于《准则》2012年之前版本的介绍,可以参见冯果、李安安“金融创新视域下的公司治理——公司法制结构性变革的一个前瞻性分析”,载《法学评论》2010年第6期,第35页;同注1引书,第4、19页以及其他相关论述。Vgl. auch Hans - Christoph Ihrig/Jens Wagner, Reaktion börsennotierter Unternehmen auf die Änderung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“, BB 2003, S. 1625 ff.; Roland Kirsten, Deutscher Corporate Governance - Kodex: Die rechtmäßige Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen am Beispiel des Prüfungsausschusses, BB 2004, S. 173 ff.; Eberhard Vetter, Update des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2005, S. 1689 ff.; Anderas Hecker, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Überblick, BB 2009, S. 1654; Henrik - Michael Ringleb/Thomas Kremer/Marcus Lutter/Axel v. Werder, Die Kodex - Änderungen vom Mai 2010, NZG 2010, S. 1161 ff.; Dake Yang, Die Auswahl eines Aufsichtsmechanismus für chinesische börsennotierte Aktiengesellschaften vor dem Hintergrund rechtsvergleichender Erfahrungen, Berlin, Berliner Wissenschafts - Verlag GmbH, 2014, S. 63.

(5) 该委员会由德国联邦司法部设立。

(6) 监事独立性概念包括两个层面的内容:一是监事候选人的独立性要求,即监事消极任职资格要求中的“互不相容性”;二是监事履职过程中独立性保有或丧失的判断标准。由于第一层面内容相对较易界定,因此本文将更多篇幅放在第二层面上。关于“互不相容性”的更具体内容,可参阅[德]马库斯·路德·盖尔德·克里格《监事会的权利与义务》杨大可译,法律出版社2011年版,第9页以下。

(7) “利益冲突”是指公司利益与监事个人利益之间的冲突。需与之相区别的是所谓“义务冲突”,“义务冲突”是指为公司利益行为的义务与基于另一法律关系而为不同行为的义务之间的冲突。

我国公司实践的现状,笔者认为此类规定值得借鉴。

但除此之外,德国现行公司法规范未就互不相容性作出其他规定。德国学界通说由此认为,由于法律未明文规定,因此即使是在与上述规定极为相似的情况下,有关人员仍可在同行业的竞争企业中担任监事。<sup>[8]</sup>笔者认为,从合格履职的角度出发,每名监事均有义务促进“本”公司的利益,而以同样的方式促进另一家与本公司处于竞争关系中的公司的利益几乎是不可能的。是故,如果两家公司(A公司与B公司)之间在核心经营领域中存在竞争关系,那么已担任A公司监事的人不得同时担任B公司的监事。其实道理很简单,监事有义务全面了解本公司未来的经营计划并在监事会内部会议上就其可行性进行讨论。但在“竞争对手的人”也可以参与有关讨论时,公开讨论应如何进行?属于商业秘密范畴的经营决策将如何保密?从这一思路出发,笔者认为,只有一个人首先放弃其在原公司的监事职务后,才能在另一竞争企业担任监事职务。<sup>[9]</sup>否则,他只能被视为竞争企业的“表见监事”,其参与作出的监事会决议应属无效,其他监事可以据此提起确认决议无效之诉。

另外,鉴于一个人的时间和精力毕竟有限,为保证监事合格履职,有必要对其兼职的数量加以适当的限制。在这方面,德国《股份法》第100条第2款规定,已在十家设有必设监事会的公司中担任监事职务的人不得再担任监事。在这里,康采恩公司中的2到5个监事会席位可以不被计算在内,也就是说在这种情况下一个人最多可以同时担任15个监事职务(《股份法》第100条第2款第2句),而监事会主席职务必须被重复计算(即相当于2个监事职务,《股份法》第100条第2款第3句)。

在《准则》的框架内,第5.4.1条第2款就明确建议监事会在选聘监事时应首先确定“独立监事”的具体数量,并在提出聘任建议时充分考虑这一点。该条同时还强调,如果候选人与公司、公司机构、某一控股股东或某一关联企业之间的业务或个人关系可能对股东大会的选聘决定产生重大影响,那么监事会的聘任建议必须予以充分披露。<sup>[10]</sup>虽然这种“潜在的利益冲突”并不必然排除有关候选人的选任资格,<sup>[11]</sup>但是监事会却可以据此不建议股东大会聘任该人;而且在德国的公司实践中,监事会的选聘建议往往对股东大会的聘任决定产生决定性影响。

### 三、监事独立性概念的第二个层面:监事履职过程中独立性的保有及丧失

在候选人正式取得监事职位后,为合格履职,其仍需时刻保有独立性。一旦其独立性基于某种原因受到侵蚀或完全丧失,则其必须暂时停止履职,甚至永久性地离开监事岗位。德国《股份法》和《德国公司治理准则》(前者如第111条,第93条第1款第2条结合第116条;后者如第5.4.1条,第5.4.2条等)中的相关规定充分体现了德国立法者的这一立法初衷。笔者在下文中将首先对德国监事会

[8] 据此,Daimler与Audi、Siemens与Bosch、Kaufhof与Karstadt的监事会可以由相同的人员组成。关于德国联邦法院(BGH)在司法实践中的观点,可以参阅BGH v. 21. 2. 1963 - II ZR 76/62, BGHZ 39, S. 123。“只有当某人严重违背公司利益且达到‘不可容忍’的地步时,才能将其排除出候选人名单;而且即便如此也不构成该人不得获聘的强制性障碍,而只构成《股份法》第103条第3款意义上的重大解聘事由。”

[9] 同样持此观点的有Henrik - Michael Ringleb/Thomas Kremer/Marcus Lutter/Axel v. Werder: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex 2014, § 5.4.2 Rn. 1030.

[10] Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.1 Rn. 971 ff.

[11] 这是因为根据《股份法》等公司法规范的相关规定,监事的利益冲突问题在某些情况下可以通过排除该监事参与监事会特定议题的讨论或表决而得到一定程度的缓解。

制度的发展历程以及与监事独立性概念直接相关的《德国公司治理准则》的基本情况作简要介绍。然后,笔者将重点阐述监事在履职过程中独立性的具体内涵,以期清晰界定监事丧失独立性的诸多原因,以便公司采取应对措施。这也为我国立法者在将来清晰界定监事履职过程中的独立性的保有和丧失提供有益的借鉴。

### (一) 德国监事会制度发展历程梳理

一百多年前,德国首创监事会制度,并在此基础上创设了职工参决制。最近几十年间,监事会制度更是成为欧洲各界关注的焦点和各国效仿的对象。欧盟委员会在协调欧洲各国国内公司法的同时,大力推行监事会制度(包括职工参决制)。

监事会制度是德国“二元制”公司治理结构最显著的特点,而且这一治理结构在许多情况下与职工参决制紧密联系。德国的监事会制度在始创初期运行良好,但自20世纪90年代德国企业出现严重危机以来,人们对监事会制度的有效性开始产生怀疑。德国各界普遍认为监事会过去那种消极被动的态度和行为方式已无法满足现代公司治理的高要求。

立法者首先对此作出回应:1998年的《企业控制及透明度法》(KonTraG)一方面为监事会创设了相对较少的强制性规定,另一方面又制定了指导监事会(包括监事)行为的“建议性规范”。具体来讲,该法明确规定监事有义务对董事会建立的风险管理体系<sup>(12)</sup>实施监督;在监事会的年度决算会议上,监事有义务邀请决算审计人员列席并认真听取其意见。此外,监事的权利也得到相应扩大,其有权与决算审计人员签订审计合同。

此后,2002年的《企业透明度及披露法》(TransPuG)也采取了一系列重大举措,例如:董事会向监事会作出的年度报告必须详细说明企业计划和对该计划的偏离并分析其原因;每名监事都可以在董事会向监事会作出报告后单独要求董事会提交附加报告;董事会报告必须尽可能及时并采取书面形式(“文本形式”);监事会的各专门委员会必须定期向监事会报告其工作情况;等等。<sup>(13)</sup>之后的2005年《企业诚实经营及撤销权现代化法》(UMAG)虽然既未修改也未补充与监事会有关的规定,但却将“商业判断规则”引入德国《股份法》(第93条第1款);而且通过第116条对第93条的援引,这一规则也同样适用于监事会。在此免(限)责条款的保护下,德国监事会在对董事会实施监督和提供咨询时变得更加积极和大胆。

随着德国联邦最高法院从1991年到2002年十余年间司法实践的发展<sup>(14)</sup>和上述法律规范的相继出台,监事会制度发生了一系列戏剧性变化,主要体现在监事会职责的扩大和监事的权利与义务的相应扩大。具言之,虽然监事会的首要职责(权)仍是对董事会的经营管理实施监督,但其在公司中所扮演的角色却已由原来的单纯的监督机构逐渐演变为共同经营管理机构、咨询机构和共同决策机构。现今,监事会的职责不仅是回顾性的,更具有浓重的“展望性”意味。正因为如此,德国学界普遍认为,在理想状态下,监事会的上述职责将使本国的“二元制”公司治理结构兼具“一元制”公司治理结构(全体机构成员共同负责作出战略性的、面向未来的经营管理决策)的优点。

(12) 关于风险管理体系,详见杨大可“论风险管理体系概念在法律层面的引入——以监事会的完善为目标”,载《当代法学》2015年第1期,第94-102页。

(13) 这几方面内容即构成德国监事会信息权制度的基本架构,具体参见杨大可“德国股份有限公司监事会信息权制度评析及启示”,载《德国研究》2015年第1期,第70-81页。

(14) Vgl. BGH v. 25. 3. 1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, S. 127 - 130 = AG 1991, S. 312: „Die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen, enthält die Pflicht, den Vorstand in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung zu beraten.“ BGH v. 21. 4. 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, S. 244 - 255 = AG 1997, S. 377 (ARAG).

## (二)《德国公司治理准则》概况

2000年5月29日,德国成立了“公司治理”政府委员会(全称是“公司治理-企业管理-企业监督-股份法现代化”政府委员会),即所谓的“Baums委员会”。该委员会的任务是深入研究和分析德国企业管理及监督制度中可能存在的问题。<sup>(15)</sup> 在此项任务的框架内,委员会对“如何使监事会对经营管理实施更好、更有效的监督”这一问题进行了深入研究,并于2001年7月1日提交了《最终报告》。<sup>(16)</sup> 该报告包括若干项建议,其中只有小部分涉及股份有限公司方面的强制性法律规范的修改,而大部分内容则属于调整意见,这些意见被陆续纳入之后的《准则》中。

2002年2月26日,《准则》第一版正式出台,之后几乎每年都会针对德国公司治理实践中的某些重大问题作出修正。例如2009年《董事薪酬适度法》(VorstAG)出台后,《准则》根据其中新的规定作了相应修改并明确了董事会为公司利益行为的义务,同时建议提高监事会组成的多样性并加强董事会薪酬顾问的独立性。2010版《准则》在此基础上进一步作出一系列完善,其中最大的亮点是具体规定了女性参与监事会和董事会的方式并重点强调了监事会的专业化趋势和具体要求。虽然2011年《准则》未作出任何修订,但在之后的2012年它又出重拳,计划对监事的独立性提出具体可行的建议并欢迎社会各界献计献策。经过一段时间的热烈讨论并综合考虑社会各界反馈的意见,《准则》提出了一系列旨在加强监事独立性的建议。2013年5月,《准则》完成了自我“瘦身”并就董事薪酬提出若干建议。其中最大的亮点是建议董事的薪酬由固定部分和可变部分组成,并且可变部分应有最高限额的限制。

根据德国学界的通说,《准则》实质上是德国上市公司董事会及监事会的行为准则,约占50%的篇幅;其次,《准则》还提出了80项强制性建议(Empfehlungen,约占40%的篇幅)以及若干项非强制性建议(Anregungen,约占10%的篇幅)。但需注意,《准则》要借助“遵循或解释”规则方可施行。

就性质而言,《准则》既非法律也非法令,而是“软法”。其与法律的唯一关联体现在《股份法》第161条规定的所谓“遵守情况说明”<sup>(17)</sup>中。根据该条款,上市公司的董事会及监事会须就以下事项作出年度报告:本公司是否已经遵守、是否将会遵守《准则》中的行为建议以及哪些建议未被遵守作出说明。德国立法者希望借此加强董事会与监事会之间在公司治理方面的交流并提高上市公司的经营和监督的透明度及可问责性。<sup>(18)</sup>

早在2002年,第一版《准则》和欧盟委员会的相关报告中就涉及监事的独立性问题。<sup>(19)</sup> 2005年,欧盟委员会更是在其针对监事的建议性规定(第13条第1款和附则II)中明确提出了监事独立性概念以及判断监事是否具有独立性的若干标准。<sup>(20)</sup> 受此影响,2005版《准则》明确采纳了欧盟委员会对监事独立性所作的定义;随后,这一定义又被《企业会计现代化法》的《政府立法理由》所引用,并得到《股份法》的最终确认。

(15) Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

(16) BT-Drucks. 14/7515 v. 14.8.2001, in Buchform erschienen 2001 (Hrsg.: Baums).

(17) Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

(18) Vgl. Kirsten (Fn. 4), S. 173.

(19) 如《准则》第5.4.1条,同注1引书,第4、19页以及第8页以下。就欧盟层面的相关规范而言,最重要的当属2002年11月4日发布的《关于现代欧洲公司法框架性规定的公司法领域高层专家组报告》以及2003年5月21日发布的《呈交欧洲议会的关于革新公司法和改善欧盟公司治理的委员会报告》。

(20) 具体参见2005年2月15日欧盟委员会针对上市公司的非执行董事和监事以及董事会或监事会提出的若干建议性规定(2005/162/EG)。

诚如前文所言,为进一步强化监事会仅为公司利益服务的意识,2012版的《准则》对监事独立性概念作了全面修订,这也为进一步明确此概念的确切内涵提供了契机。

#### 四、监事履职过程中独立性概念的具体内涵

毫无疑问,“利益冲突”将会严重侵蚀监事履行职务时的独立性,进而影响监事依公司利益履行监督职责并为董事会提供恰当的咨询。根据德国学界的通说,当利益冲突出现时,已不能期待监事仅为公司利益行事。

为应对德国公司实践中日益突出的“利益冲突”现象,2012版《准则》首当其冲,通过多项规定着力规范监事的独立性问题。<sup>(21)</sup>第5.4.2条就是其中最为重要的核心条款。该条第1句首先建议监事会根据本公司的实际需要聘任适当数量的所谓“独立监事”;<sup>(22)</sup>同时根据该条第3句,监事会中不得包含两名以上的前董事会成员,而且没有设定时间限制。<sup>(23)</sup>这就在一定程度上从源头排除了存在重大利益冲突的人员进入监事队伍的可能性。

而在判断监事在履职过程中是否已丧失独立性时,《准则》第5.4.2条第2句扮演着至关重要的角色。由该条款可知,如果某监事与公司、公司机构、某一控股股东或某一关联企业之间存在某种业务或个人关系,并且这种关系可能导致重大且持续性的利益冲突的产生,那么此时可以认为该监事已丧失独立性。接下来笔者将根据该条款列明的构成要件,具体分析监事在何种情况下将丧失其独立性。

##### (一) 存在可能产生重大且持续性的利益冲突的关联关系

###### 1. 主体要素

为了加强监事会对公司经营管理的监督,也就是对管理层的经营管理行为进行批判性审查,监事无疑应独立于董事会或公司。这一点在上市公司中尤其重要,由于股权分散、股东数量庞大,股东或股东大会无力对董事会实施有效监督。对此,《准则》重点提到了两种可能严重侵蚀监事独立性的危险情形:一种来自董事(会),另一种来自控股股东。<sup>(24)</sup>

首先,不论是与董事的关系还是与由该董事代表的公司的关系都可能产生监事对该董事的依附性。但《准则》在这方面似乎考虑不周,其第5.4.1条第4款只涉及与母公司之间的业务关系,而未涉及与整个企业(也就是与所有子公司)之间的业务关系。而母公司的董事会完全可以间接地通过子公司对监事施加影响。由此,笔者认为,这里的关联关系应当涵盖与整个企业之间的业务关系。另外,在监事持有公司业务伙伴的多数股份或者担任其代理人时,他同样可能因其与公司业务伙伴的“共同利益”而丧失独立性。与此相反,关系链(即与某个与公司有关联的人之间的关系)因很难被董事会知悉而通常不会影响监事的独立性。2012版《准则》出台后,两名存在重大关联关系的监事中,若一监事被认定为不具备独立性,则另一监事之独立性亦随之丧失。

(21) Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 998 ff.

(22) 此时监事会享有很大的自由裁量空间。2012版《准则》之前的各版本均只要求监事会拥有“足够”数量的独立监事即可。以“适当”取代“足够”,表明立法者希望监事会中拥有更高比例的独立监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1023 f.; 还可参阅朱慈蕴、林凯“公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析”,载《法学研究》2013年第5期,第30页。

(23) 这意味着即便有关的董事已离职超过两年的所谓的“冷却期”,也仍然不能担任监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1025 f.

(24) Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1011 ff.

其次,公司的控股股东可以凭借其其对董事会的影响力对公司行使控制权,此时,监事会有义务防止该控股股东通过滥用控制权给中小股东造成损害。这就要求监事既要有能力与受控股股东控制的董事会抗衡,又要独立于控股股东,因此2012版《准则》明确指出监事与控股股东或其关联企业之间的关联关系同样可能导致该监事丧失独立性。对此,德国学界和实务界表现出了截然不同的态度:前者普遍欢迎和接受《准则》对独立性概念的扩张,<sup>(25)</sup>而后者则给予猛烈批评。很多实务界人士认为这种做法未考虑不同企业中职工参决制的特殊性,并可能侵害控股股东对企业的正当领导权,更何况相关法律已为大股东与中小股东之间冲突的解决作出了全面规定。

那么,《准则》中的建议是否会削弱控股股东领导企业所需的影响力?从目前德国的公司实践来看,这种担心完全没有必要。控股股东对监事会中股东监事的人选享有绝对的话语权。即便在实行职工参决制的关联公司中,“独立监事”仍由控股股东负责任免,且在履职时服从控股股东的指示,因此控股股东并未丧失其对监事会决议的影响力。<sup>(26)</sup>

关于控股股东的范围如何确定的问题,目前德国学界主要有两种观点:一是以《有价证券收购法》第29条第2款中的“拥有30%表决权”为标准;另一是适用康采恩法上的控制权概念(《股份法》第16至18条)。笔者认为,前一个标准显得过于僵化了,因为在现今的德国公司实践中,很多情况下大股东无需掌握30%的表决权就可对董事会施加决定性影响,此时有必要通过具备独立性的监事对中小股东提供保护;而就后者而言,虽然其更关注对中小股东的保护,但由于《准则》旨在制定能够得到本国和国际双重认可的公司治理标准,进而使国际机构投资者可以清楚地了解德国的公司治理体系,因此这一标准同样显得不够“称手”。其实,欧洲立法者在这方面考虑得更为全面和长远,他们在《康采恩决算指令》中明确提出了“决算法上的控制权概念”,<sup>(27)</sup>德国商法规范立法者对此反应迅速,第一时间将此概念转化至《商法典》第290条。该条款对“决定性影响”作出了更明确的定义,因而更易于被投资者所理解和掌握。许多德国学者因此认为,虽然规范目标有所不同,但是《商法典》第290条的规定更适合用来解释《准则》中的控制权概念。

## 2. 德国认可的主要关联关系——以业务或个人关系为思考进路

由于2012版《准则》仅提及业务或个人关系这两种重要的关联关系,因此笔者拟从这两种关系入手,对德国监事独立性的概念进行细致分析。

首先是业务关系。<sup>(28)</sup>虽然《准则》未对此作出明确界定,但德国学者普遍认为“业务关系”的核心内涵是上述主体之间定期或依据长期债务关系形成的业务往来,即经济上的对待给付。是故,单纯的法律或事实关系绝非此意义上的“业务关系”。<sup>(29)</sup>然而,所有的业务都会导致监事独立性的丧失吗?鉴于2012版《准则》的规范目的——防止“监督不足”(Kontrolldefizit),<sup>(30)</sup>笔者认为,此处的业务关系应当排除那些无足轻重的、不会引起重大且长期利益冲突的业务关系(即采取限缩解释),因为这通常

(25) 在第69届德国法学大会上,多位学者明确提出,关联公司的监事会同样应当聘任不代表大股东利益的股东监事。

(26) 但应注意,在实行职工参决制的公司中,控股股东的代表将不再占据监事会中的多数席位。

(27) 这一概念可被视为控制权概念的国际标准,而且欧盟委员会的建议性规定也建议各成员国鼓励第三人了解康采恩的经济状况,借此判断某企业是否属于该康采恩的成员。

(28) 参见 Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1016 ff.

(29) 私法上的债务关系(例如因侵权行为、不当得利等产生的债务关系)或公法关系(例如由公法机关对企业实施监管)均不构成业务关系。而事实关系(如竞争关系或空间上的相邻关系)同样如此。

(30) 其实,2012版《准则》中的独立性规则主要目的并非防止监事滥用监督权为自己或他人谋利,而是为了避免企业遭受监督不足的危险。坦率地讲,相比滥用监督权,监督不足给监事会监督职能的发挥带来的负面影响要更大。

不会影响监事的独立判断。另外,由于任职之前的业务关系不会对公司未来的利益构成威胁,而且《准则》和相关法律已对此作出全面规定,<sup>(31)</sup>因此此类关系同样不会导致监事会独立性的丧失。<sup>(32)</sup>

其次,就个人关系而言,虽然《准则》同样规定得比较模糊(仅在草案中简要提及),<sup>(33)</sup>但是《股份法》第115条第2款、《证券交易法》第15a条第3款、《破产条例》第138条以及欧盟委员会建议性规定中的相关条款均有助于我们探知“个人关系”的基本内涵。在上述法律规范中,“个人关系”指向那些与监事存在近亲属关系的人,例如配偶(伴侣)、亲生子女、配偶(伴侣)的子女以及享有生活费请求权的家庭成员。但也有个别学者认为这一范围过于狭窄,因为某些特殊的亲密关系和超过通常社会交往程度的极亲近的朋友关系同样可能在一定程度上“腐蚀”监事的独立性。这种观点确实有一定道理,但是由于前述关系的亲密程度难以以数据形式被客观地加以衡量,因此为了保证监事正常履行职责(避免“监督不足”),应当给予其必要的信任,相信其在履职时不会优先考虑朋友关系或其他个人关系。而且在实践中,通常只有亲近的伴侣关系或亲属关系才可能显著影响监事决策的客观性。<sup>(34)</sup>

### 3. 利益冲突因素

除上述监事对董事会和控股股东可能存在的依附性(关联关系)外,欧盟委员会的建议性规定未提及其他因素。但笔者认为,从2012版《准则》防止“监督不足”的规范目的考虑,监事的独立性还意味着不存在重大的利益冲突。<sup>(35)</sup>据此,只有在前述业务或个人关系可能导致重大且持续性利益冲突时,才可能导致有关监事丧失独立性。<sup>(36)</sup>因为此时已经出现一种现实的危险,即某监事的个人利益或者其代表的第三人利益极有可能诱使或迫使其违反仅为公司利益服务的义务,进而破坏其参与监事会决策时的客观性。在这种情况下,有关监事无疑将会在相当长一段时间内无法合格地履行其职责,因此不得允许其参与监事会的讨论和决议,并可以考虑根据《准则》第5.5.3条第2句和股份法上的相关原则要求其辞去监事职务。<sup>(37)</sup>

然而在出现利益冲突时,监事除了回避相关讨论和决议,甚至辞职外,是否存在其他更有利于保持公司现有监督强度的办法是值得关注的问题。在目前的德国公司实践中,监事可以首先尝试通过主动披露利益冲突或者在表决时优先考虑公司利益的方式来化解冲突。若尝试未果,再考虑剥夺相关监事的会议参加权(讨论和表决)也为时未晚。<sup>(38)</sup>特别是当利益冲突只是偶然出现,且可通过暂时停止有关监事履职避免此类冲突的不利影响时,<sup>(39)</sup>则完全没有必要要求相关监事辞职。笔者认为,为防止公司频繁发生“监督不足”的状况,这种做法因具备较高的可操作性而值得我国借鉴。

此时又会出现另一问题:在哪些情况下个人或业务关系可能导致重大且持续性的利益冲突?根

(31) 《股份法》和《准则》中都有关于“冷却期”的规定。例如《股份法》第100条第2款第1句第4项和《准则》第5.4.4条第2句、第5.3.2条第3句和第5.4.2条第3句。

(32) 虽然欧盟委员会的建议性规定认为此类关系同样会对现任人员产生影响,但这其实只是就曾经担任过董事的监事候选人而言。

(33) 详见 Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1015.

(34) 另外还要注意的一点是,一家公司可以通过其经营管理机构对另一家公司的监事施加影响。因此,如果某监事与另一家公司的管理人员之间存在近亲属关系,那么此时同样存在《准则》意义上的重大个人关系。由此可见,个人关系对公司机构成员和非自然人的控股股东的经营管理人员都很重要。

(35) 欧盟委员会的建议性规定将利益冲突明确限定在监事与公司、公司管理层和大股东之间的关系上。

(36) Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1020.

(37) 联邦最高法院和很多学者支持此观点,具体参见 BGH, NZG 2009, 346 Rn. 25; Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2006, § 103 Rn. 96 f.; Bruno Kropff/Johannes Semler (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 100 Rn. 72.

(38) Vgl. Dake Yang (Fn. 4), S. 72 ff.

(39) 详见注1引书,第301页。



据《准则》的规范目的和欧盟委员会的建议性规定,如果相关利益冲突已经严重削弱监事的判断力并使其在相当长一段时间内无法对董事会和控股股东实施客观公正的监督,那么此类冲突就属于重大且持续性的冲突。不过应当注意,利益冲突的存在是否确实影响监事的判断力要视具体情况而定,特别是某些重大且持续性的利益冲突很可能在未来才会出现,监事的判断力目前可能并未受到影响,因此不应武断地认为有关监事在参加所有监事会决策时都已丧失独立性。《准则》由此建议:为了保持监事会工作的连续性,对于有可能因利益冲突而被迫离职的监事,监事会可以暂时对其采取“隔离观察”,这一做法同样殊值借鉴。另外,对于这里的“可能”,笔者认为应作限缩性解释,即公司利益必须已经受到现实的威胁。更确切地说,此类关系必须已足以影响监事决策,也就是可以确定有关监事将会按照公司、董事会或控股股东的指示参与监事会决策。<sup>(40)</sup>

## (二) 导致监事丧失独立性的其他可能情形

除上述情形外,为了将更多可能致使监事丧失独立性的情形精确地囊括进来,2012版《准则》草案还列举了其他导致监事丧失独立性的可能。<sup>(41)</sup>这种开放性的规定<sup>(42)</sup>给上述概念体系之外的可能导致监事丧失独立性的其他重要情形保留了“制度接口”,是比较高超的立法技术,值得我国借鉴。

但是鉴于此项开放性的规定不得改变《准则》的规范目的(即避免“监督不足”),因此有必要对可能导致监事丧失独立性的情形的其他构成要件作出明确界定,尤其要排除那些由欧盟委员会的建议性规定或《准则》草案提出的但未被2012版《准则》采纳的情形。总的来看,除《准则》明确规定的上述情形之外,可能导致监事独立性丧失的其他情形非常有限,主要集中于职工监事独立性的丧失。这有助于保证所有投资者均能比较轻松地把握《准则》中独立性概念的确切内涵。

此外,还有一个值得思考的问题,即在实行职工参决制的公司中职工监事是否会因为其与公司之间的劳动关系而丧失独立性?对此问题同样需要具体问题具体分析。如果劳动关系使某职工监事与公司之间产生某种业务关系,相关监事的独立性确实可能因该业务关系的存在而受到影响。因为在这种情况下,该监事可能不得不依雇主(确切地说是公司的经营管理层)的利益行为,这将导致重大利益冲突的产生。<sup>(43)</sup>但是《准则》和欧盟委员会的建议性规定<sup>(44)</sup>认为,如果法律为职工监事规定了合理的解约和反歧视保护规则(例如《共同决定法》第26条或《三分之一参与法》第9条<sup>(45)</sup>),并且有关的职工监事也不属于经营管理人员,那么此时应当认定其仍然具备独立性。<sup>(46)</sup>

除劳动关系和可能的业务关系之外,职工监事的职工属性及其所肩负的代表职工利益的义务同样可能在个别情况下导致监事会中的利益冲突。但在此种情况下,职工监事虽然必须按照《准则》第5.5.2条履职,却不会因此丧失独立性。另外,某职工监事属于工会成员同样不会使其丧失独立性,即

(40) 有少数学者主张重大且持续性的利益冲突必须是可能出现,甚至是很可能出现的。如果以此为标准,那么只在极少情况下才认定存在此类利益冲突,这样一来此类冲突本身就属于绝对的例外情况。实际上,德国学界普遍认为,只有在例外情况下存在个人或业务关系只有在例外情况下才会导致有关监事丧失独立性。是故,完全没有必要再对重大且持续性的利益冲突的存在可能性提出更高的要求——只要根据现存个人或业务关系的类型可以设想存在此类利益冲突就足够了。很多学者也由此认为,控股股东的代理人、公司的主供应商或者将主要精力用于为公司提供服务的监事已不具备独立性。

(41) 《准则》草案第5.4.2条第2句。

(42) 需注意,《准则》第5.4.1条第4至6段的“利益冲突披露建议”不属于上述开放性条款。

(43) 如果相关监事居于领导岗位(例如依据《共同决定法》第15条第1款第2句被选为高级职员)并进而参与甚至独立进行经营决策,那么此时势必出现“监督不足”的情况,而这正是《准则》所要极力避免的。

(44) 附件II第1项字母b。

(45) Vgl. Henssler, in: Hanau/Ulmer, MitbestR, 3. Aufl. 2013, § 26 MitbestG Rn. 11 f.

(46) 德国目前的公司实践也表明,职工监事的决策确实极少受到董事会的不当影响,其独立性也基本不会因此而丧失。

使工会已与该监事所在公司签订集体工资协议也同样如此。<sup>(47)</sup>

## 五、结语

### (一) 监事独立性概念的第一个层面: 监事候选人的独立性要求

如上文所述,在这方面我国公司法规范尚存在明显不足。笔者认为应将可能严重影响监事公正客观履职的“利益冲突”要件作广义理解,也就是将其理解为“董事或高管职务与监事职务的互不相容性”,同时其范围也应相应地扩展至本公司的附属公司和竞争公司。

此外,鉴于监事合格履职需要有充足的时间和精力,因此我国未来公司法规范应对一人兼任监事职务数量的上限作出明确规定。

最后,为防止存在利益冲突的“高危人群”进入监事队伍,未来的公司法规范应对独立监事的数量作出建议性规定,并要求监事对潜在的利益冲突进行披露,以便股东大会排除不适格的候选人。

### (二) 监事独立性概念的第二个层面: 监事履职过程中独立性的保有及丧失

在这里讨论的核心是监事履职过程中独立性概念的具体内涵。德国公司法规范中(特别是《股份法》和2012版《准则》)的独立性概念并不意味着监事绝对不得为他人利益行为,而在于防止“监督不足”的发生。因此,如何保证监事独立于董事会和控股股东才是问题的关键。<sup>(48)</sup>

如果董事会或者控股股东能够基于其与某监事之间的个人或业务关系而对该监事施加影响,并进而严重破坏该监事决策时的客观性,那么此时该监事丧失独立性。考虑到监事陷入利益冲突的可能性很大,同时也为了防止公司频繁出现“监督不足”的状况,应当将未被《准则》明确承认的、可能导致监事丧失独立性的情形限定在极小的范围内。是故,职工监事原则上应被视为具备独立性。

德国立法者和《准则》制定者所界定的监事独立性概念对于进一步强化监事仅为公司利益服务的意识大有裨益,德国监事会的监督效率和效果也由此得到进一步改善。<sup>(49)</sup>在这样的背景下,我国立法者可以考虑通过明确界定监事独立性概念来保证监事全心全意为公司利益履行监督职责,进而提升监事会的监督能力。

为此,笔者建议立法者尽可能全面而清晰地列举可能导致监事丧失独立性的所有情形,例如当某监事与公司(包括母公司和各子公司)、公司机构、控股股东之间存在某种业务或个人关系,并且这种关系可能导致重大且持续性利益冲突的产生时,则可以认定该监事已丧失独立性。具体来讲:

首先,可以对“业务关系”进行较为宽泛的解释,也就是说可以将其理解为两者之间定期或依据长期债务关系形成的所有业务往来,即经济上的对待给付;而对“个人关系”则应作限缩性解释,认为其

(47) 这虽然会在该监事与公司之间建立起业务关系,但却既不会对工会及其代表产生任何影响,也不会监事会上引发可能导致“监督不足”的利益冲突。

(48) 关于监事独立性的保障,我国有学者建议借鉴日本2002年5月生效的商法修正案提供的新思路,即公司可以用三个专门委员会(即审计委员会、薪酬委员会和提名委员会)来代替监事会,具体参见徐明“经济危机下的公司治理问题及应对”,载《法学》2010年第6期,第103页;此外,德国《股份法》第107条第3款也规定监事会可以依其意愿建立一个或多个委员会。由于肩负特定职责的委员会由具备特殊专业技能的人员组成,因此《准则》第5.3.1条基于提高监事会工作效率和质量的目的,也建议监事会根据本公司的具体情况和监事数量建立负责处理复杂事务的专门委员会。根据德国目前的公司实践,常见的专门委员会有审计委员会、提名委员会、人事委员会、公司战略及投资委员会等。具体参见注12引文,第94-102页,以及注1引书,第256页以下。

(49) 在这方面,我国证监会在其[2008]50号行政处罚决定书中也提及监事负有“为公司和全体股东的利益服务”的义务,参见甘培忠、周淳“上市公司定期报告信息披露违法董事责任认定研究”,载《北方法学》2012年第3期,第74页。

只包括近亲属关系,比如配偶(伴侣)、亲生子女、配偶(伴侣)的子女以及享有生活费请求权的家庭成员。

其次,可以将“重大且持续性的利益冲突”理解为一种“现实的危险”,即某监事的个人利益或者其代表的第三人利益极有可能诱使或迫使其违反仅为公司利益服务的义务,并进而影响其参与监事会决策时的客观性。不过,此类利益冲突是否确实影响监事的判断力和客观性要依具体情况具体分析,不应武断地认为有关监事在参加所有监事会决策时都已丧失独立性。若能认定确实存在此类利益冲突,监事的客观性也因此受到影响,则应禁止有关监事参与监事会的讨论和决议,甚至可以直接免除其监事职务。因为此时已经可以确定他将在很长一段时间内无法合格履职。不过,为防止公司频繁发生“监督不足”的状况,并尽可能保持监事会工作的连续性,可以考虑对相关监事进行“隔离观察”或者短时间停止其职务行为。

最后,虽然职工监事的职工属性及其所肩负的代表职工利益的义务可能在个别情况下导致利益冲突的产生,但由于此类利益冲突并非产生于其劳动关系或其与公司之间的业务关系,而是产生于其所肩负的维护职工共同利益的义务,因此其决策极少受到董事会的不当影响并能够较好地保有其独立性。职工监事也因此可以被视为“天然的独立监事”。

## On the Definition of the Concept of Supervisory Independence

### —By Reference to German Corporate Legal Norms

Yang Dake

**Abstract:** No matter in Germany or in China, it is a tremendous project to realize “supervisory independence”. Through long-term close communication with both the academia and the practice, German legislators have accumulated comparatively mature legislative experience in defining the concept of supervisory independence (including before and during service), and in particular, with the enactment of *German Corporate Governance Code* amended in 2012, Germany will take the lead in accomplishing this project very soon. Whereas in our country, since the current corporate legislation only stipulates negative position qualification from the perspective of “resume stain” of the supervisor candidates, without paying necessary attention to the maintenance and loss of the supervisory independence during service, hence, while serving their posts, the supervisors are still bothered with “conflict of interest” and inappropriate interference from majority shareholder or the management representing the majority shareholders. In view of this, it'll be a long and arduous process to achieve “supervisory independence”. Germany's broadening of the causes of loss of supervisory independence makes it more difficult to clarify the concrete contents of supervisory independence. Thus it is necessary to reasonably define German current open concept of supervisory independence in expectation of shedding light on the possible direction to realize the “supervisory independence” in our country.

**Keywords:** Stock Corporation Act; German Corporate Governance Code; supervisory independence; conflict of interest

(责任编辑:丁洁琳)