

关于独立董事制度与监事会制度的 优劣比较及其制度安排

何孝星

(一)关于“二元制”公司机关构造模式中引入独立董事制度必要性的争论

我国是典型的大陆法系国家。与英美法系国家与地区的公司法人治理结构上采用“一元制”的公司机关构造不同,我国采用的是“二元制”公司机关构造,即在股东大会下设立董事会和监事会,董事会行使决策权,监事会行使监督权,从而与英美法系国家与地区通过单设董事会,把决策权与监督权集于一体的“一元制”,形成了二种不同的公司治理与监控模式。

鉴于20世纪60年代之前,西方国家公司治理过程中存在着严重的内部人控制现象,即不少公司内部管理层高层人员同时兼任董事会成员,并对公司董事提名具有很大影响力,如此,实际形成了高管人员控制董事会,进而控制公司的现象,这种情况使得“一元制”下的决策职能与监督职能相互矛盾,互相冲突,难以监控。为此以英美为代表的英美法系国家在20世纪60、70年代之后,在不改变“一元制”模式下,通过设立独立董事的制度以达到改善公司治理,提高监控功能,降低代理成本,实现公司价值与股东利益最大化的目的。随着近10年来美国经济的高速增长,国外不少学者由此认为“一元制”公司机关构造模式及其独立董事制度较之“二元制”要更加有效和兼具效率,由此对“二元制”的监督功能提出怀疑,同时也引起了一部分大陆法系国家和地区开始仿效“一元制”下的独立董事制度的做法。

然而也有不少学者对以德、日为代表的“二元制”公司机关构造模式的怀疑提出了质

疑。他们认为,简单地对“一元制”与“二元制”模式优劣性不加分析地做出肯定与否定是不公的。

第一,不应把20世纪90年代以来因经济客观机遇和基础条件的优越性推动美国20世纪90年代以来的高经济成长简单地归结为“一元制”下的公司治理模式。

第二,一国的法律制度与规则设计存在着制度惯性和路径依赖,它受到一国传统文化、发展历史、发展模式、发展水平、市场经济的发育程度以及法律意识、法治化程度等制约。事实上,20世纪80年代正值德、日经济高速发展时期,一些西方国家自愿效仿日本“二元制”管理模式却导致失败便是证明。

第三,“一元制”中的独立董事制度与“二元制”中的监事会制度功能实质上相当接近,如果把美国的独立董事的名称、产生办法及其职权范围照搬给监事会的话,实际上二者并无二异,况且与保留监事会下又增设多层董事的制度相比,还存在着一个监督成本更低的好处。

从我国情况来看,我国始于20世纪80年代后期的企业股份制改造及其上市,揭开了一场中国现代企业制度建设和公司法人治理结构设计的革命。然而从近十年的实践来看,我国“二元制”下的监事会监督功能及其效果与其制度设计的初衷相去甚远。受各种原因制约,目前我国的上市公司监事会几乎仅仅成了上市公司的一种摆设,起不了多大的监督作用。在目前我国上市公司国有股“一股独大”、内部人控制普遍存在的状况下,监事会监督功能的丧失,进一步加剧了我国

上市企业的公司治理失控,大股东侵犯中小股东利益,上市公司资产“空壳化”日趋严重,以及公司盈利能力和竞争力逐年递减的状况。在这种情况下,近来,我国理论界对引入独立董事制度以弥补监事会监管职能不足,强化对董事会和经营层内部监督的呼声日趋高涨。为此,中国证监会于2001年5月31日推出了《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)。应当说这一举措是在试图借鉴英美“一元制”下的独立董事制度优点基础上对我国上市公司法人治理结构改革的又一次重要尝试。

对于中国证监会这一改革举措,绝大多数学者持肯定意见,他们认为,在我国当前国有股“一股独大”,股权减持尚需时日,而监事会的产生对董事会具有很大依附性的情况下,独立董事制度的引入,是现阶段改善我国公司治理、弱化内部人控制、保护中小股东利益的切实有效的途径。也有部分学者甚至包括一些著名法学家对此持谨慎的看法。香港中文大学教授何顺文早在2001年3月30日香港《信报》上撰文指出:中国应该参考俄罗斯模仿美国的公司管制模式的失败经验;中国大陆企业采用二元制公司治理结构有其特殊的环境理由,无须刻意仿效英美的“一元制”结构。

(二) 独立董事制度和监事会制度在监控功能上各有优劣,二者可以实现功能互补

笔者是主张在我国上市公司治理结构中引入独立董事制度的。这是因为二者在监控功能上恰好有着互补性。我们知道,制度性功能的发挥是受制度的产生及其存在方式制约的。笔者以为独立董事制度之所以有效,除了因其产生的方式所特有的独立性外(如独立董事产生程序上的独立性、人格的独立性、利益的独立性、行权的独立性等),还由于其监督功能的发挥具有天然的事前监督、内部监督以及与决策过程监督紧密结合的三大特点。由于公司董事会是公司的最高决策权

力机构,而独立董事作为决策层的重要组成部分,他们具体参与了公司重大决策的全过程,包括重大决策的事前酝酿、内部制定、最终发布等各个环节,相对监事会而言,独立董事制度便具有了监事会所无法具备的事前监督、内部监督以及与决策过程监督紧密结合的特点。相比之下,监事会的监督按我国《公司法》所赋予的产生方式、权限范围与行权过程,则表现为事后监督、外部监督、非参与决策过程监督的特点。因此,笔者以为在我国现阶段引入公司独立董事制度是十分必要的。但是,是否据此就可以偏废监事会呢?结论应当是否定的。我认为,监事会制度也具备了独立董事制度所无法具有的经常性监督、事后性监督与外部性监督的三大特点。首先,独立董事作为非执行董事或外部董事,尽管参与了决策的全过程,但它有两大缺陷无法克服:(1) 时间上不可能得到充分保障(我国《公司法》规定董事会一年至少开二次;中国证监会《征求意见稿》中则要求独立董事为上市公司工作时间一年不少于15天。)(2) 对决策执行过程的具体监督及其效果评价也无法做到及时和准确到位。监事会作为一种公司专职的常设性监督机构,在公司重大决策一经制定后,便可开始日常性的跟踪监控,这种经常性的监督能够将问题的发现机率大大提高,发现时间大大提前,从而保障了决策的执行水准与效率,并尽可能地降低了纠偏成本。监事会的事后监督涵盖了检查、落实、评价与反馈等多种功能在内,是对独立董事制度所具有的事前监督、内部监督及其决策过程监控以外不可多得的重要补充,也是股东大会赖以对公司决策层和管理层做出评价与取舍的重要依据。至于外部监督则其意义有二层:一层意义表现为监事对决策层与管理层的完全超脱,监事们不必为承担决策或经营管理失误的责任而无法客观地、超脱地发挥评价与监督的职能;另一层含义则在于依据我国《公司法》,在监事的产生中,应有一部分是企业内部职工代表(工会)的参与。此

外,大多数国有控股的上市公司还习惯上把一部分党务工作者(如党委书记)安排入监事会任监事,这种监督的制度性安排所产生的监督功能除了其经济含义以外,恐怕还有独立董事制度所无法涵盖到的政治意义。

根据上述分析,笔者以为,即使撇开种种因素不论,仅从上述二种制度在监督功能所固有的互补性角度出发,在我国上市公司中,在保持“二元制”公司机关构造原型的基础上,引入独立董事制度也是一种未尝不可的改革尝试,但这种尝试不应被搞成完全照搬。

(三)应当大幅度提高独立董事在董事会中所占比例,这是现阶段解决我国上市公司内部人控制的有效捷径

根据中国证监会今年5月31日的《征求意见稿》第一条,要求“上市公司董事会成员中应有三分之一以上为独立董事”。我认为这个数字偏低。应当考虑提高到2/5至1/2为宜。因为独立董事数量的多寡,直接关系到大股东对提案权支配的困难程度,是独立董事制度有效性的基础性环节。要大股东交出提案支配权就如同交出财产支配权,这是大股东所最不愿意看到的。所以一般情况下,大股东肯定将独立董事人数控制在1/3以内,以确保大股东提案获半数通过。

根据我国现行《公司法》,股份有限公司董事最少可以有5人,最多不超过19人。在上市公司截至2002年6月30日强制实行独立董事制度后,大股东完全可以通过增加现有董事人数,在扣除1/3独立董事,并保留其他股东董事成员不变的情况下,轻而易举地使第一大股东保持过半数董事席位。况且除第一大股东董事之外,难保其他个别董事不会有“寻租”的可能。因此,若将独立董事比例下限设计在2/5到1/2之间,那么大股东的操纵难度就几乎要乘一倍以上。据统计,截至2001年4月末,在全国1102家发行A股的上市公司中,由第一大股东控股50%以上的就占了上市公司总数79.2%;第一股东为国家持股的占65%,第一股东为国有法人

股东的占31%,二者之和所占比例高达96%。此外,随着近年民营企业在上市公司中的崛起,不少直接改制上市的民营家族企业控股平均水平竟高达60~70%,形成了新的“一股独大”现象。可以想象,如此上市公司股权结构,在国有股减持(将来尚应包括民营家族企业股权减持)举步维艰情况下,不大幅度提高独立董事的比例,是很难在较短时间内根本改变我国上市公司的内部人控制问题的。

大比例提高独立董事人数,从另一个层面上看,不仅增加了内部控制的难度,而且有利于形成独立董事“群体效应”,推动董事会公正格局的塑造。事实上,根据经济合作与发展组织(OECD)统计,1999年美国独立董事占董事会中的比例已经高达62%,在西方实行“一元制”公司治理机关构造的国家中,独立董事的比例正呈现出逐步上升的趋势,这种现象的产生,是西方国家迎合在所有权与经营权彻底分离的大趋势下,对代理人的监控与消除内部人控制的努力逐步深化的必然结果。

(四)必须建立一套独立的、不受干扰的独立董事产生的机制,确保独立董事的人格独立性与行权独立性

独立董事的产生机制是确保独立董事人格独立性与行权独立性的关键性环节。近年我国已有部分上市公司开始尝试引入“外部董事”(“准独立董事”),但是从目前我国外部董事的产生方式上看,是很难保证独立董事的人格独立性与行权独立性的。由于目前的外部董事产生多由上市公司大股东向董事会推荐,并由大股东操纵下的董事会“集体讨论”通过,后经“一股独大”操控下的股东会投票表决接纳。由这种方式下产生的外部董事在行使监督职能时,难免不代表大股东的意志,从而丧失行权的独立性,使“外部董事”制度成为了一种“外部装饰”。其次外部董事在上市公司中的兼职收入有明有暗,均由大股东控制下的董事会说了算,当其与上市公司

存在个人利益冲突时,这些外部董事在执行职能过程中极易患“软骨病”,丧失个人人格的独立性。

从目前中国证监会公布的《征求意见稿》来看,涉及独立董事产生方式的是第四条,其关键句是:“上市公司董事会、监事会、单独或者合并持有上市公司已发行股票5%以上的股东可以提出独立董事候选人,并经股东大会选定。上市公司所在地的中国证监会派出机构对当选董事的独立性进行认定。”而涉及独立董事个人报酬的是第八条:“上市公司应当给予独立董事适当的津贴。津贴的标准应当由董事会制订预案,股东大会审议通过,并在公司年报中进行披露。”

根据上述二段表述,笔者仍然认为无法从根本上解决独立董事的人格与行权的独立性问题。因为《征求意见稿》并没有从根本上阻断大股东操控独立董事的二条途径——独立董事的产生方式与独立董事的利益安排。前者维系着独立董事任职对大股东的依附性,后者维系着让独立董事放弃独立人格的切身诱惑力。从产生方式上看,如前所析,在现行大股东普遍控制了董事会和监事会的情况下,由此而提名并产生的独立董事是难以完全做到人格与行权的独立性的。而由单独或合并持股5%以上的股东提名的独立董事候选人只要与大股东未有明确事前默契,极有可能在股东大会上遭遇“一票否决”;只有那些通过“经纪人”的暗箱操作,事先形成事前默契的“独立董事”候选人,恐怕无论由谁提名,都有可能最终获得股东大会的通过。

此外,由控股股东操控下的董事会和股东大会,同样可以操纵各个独立董事的“适当的”津贴水准。不难想象,一个既要承担决策责任与风险,又仅领取微薄津贴的“独立董事”会愿意在董事会中呆上六年(《征求意见稿》规定独立董事任职不超过六年),即使勉强呆上6年,其秉公行权、刚正不阿的锐气也会断不如初。况且在我国尚未建立起一套对独立董事行权的有效保护机制情况下,这种

可能性很大。为此,笔者建议:(1)应当把独立董事办成一种专门性的职业,如成立全国性或区域性的独立董事协会,人员由各行各业包括法律、财经、科技、管理等各类专家人才组成。这些人员进入董事会可以直接由协会推荐,证监会考核认定,上市公司董事提名委员会(独立董事占1/2以上组成)审核提名,最后进入股东大会表决程序,并以累积投票方式产生。(2)所有进入上市公司的独立董事津贴不直接从上市公司领取,改由协会向上市公司收取管理费,其中一部分对任职独立董事发放,所剩部分作为协会人才信息收集、储备、培训、交流与日常管理等用途。至于董事会下设的薪酬委员会(1/2以上由独立董事担任)则仅对执行董事与监事的薪酬做出规定;而协会收取的独立董事管理费则比照执行董事及行业标准,按合同方式收取。

总之,我认为只有解决好独立董事的产生方式与利益安排的独立性问题,才能从根本上解决我国独立董事的人格独立性与行权独立性的问题。

(五)应当充分考虑二种制度监控功能的不同特点,从制度安排上保证两个功能的有效性协调性

从证监会的《征求意见稿》来看,在我国上市公司引入独立董事制度后,如何做好独立董事与监事会监督职能的定位区隔及其协调问题只字未提,而现行的《公司法》对此更是滞后。因此在上市公司实施独立董事制度后,我国的上市公司监事会很可能会落入要么无事可干,要么不知道干什么、如何干的尴尬处境,继而与独立董事发生监督职能上的重叠与冲突。尤其目前监事会作为我国大陆法系国家“二元制”结构的一种传统的制度安排,已为国人所长期接受和认同。如前所析,监事会的人员构成中,职工代表和党务工作者占了很大一块比例,如何处理好监事会的功能定位及其制度协调问题,不仅涉及经济问题本身,恐怕还涉及到对上述范畴的认同

问题,这些都是些十分敏感的问题。

那么如何做好独立董事与监事会二者监督功能的定位区隔及其制度协调呢?对此,我的基本思路是:从独立董事制度与监事会制度的两种不同监督功能的特点出发,设计独立董事与监事会的职权范围,在目标一致的前提下,各行其职、各负其责、有所分工、适当交叉、相互监督、互相依存。

所谓“监督功能的不同特点”,本文在第二部分中已经作过剖析,即独立董事制度监控所具有的“事前监督、内部监督与决策过程监督紧密结合的”特点。而监事会的监督则表现为“日常监督、事后监督、外部监督”的特点。据此,我认为,独立董事与监事会今后在监督职权范围的区隔上,前者应以对董事会所有重大决策的公正性与科学性监督为主。具体包括到对诸如资产分配、对外投资、资产重组、产权购并、公司发展战略等等重大决策的决策依据、决策内容、决策程序、决策风险与收益、决策的关联交易防范、经理层对决策执行的结果及其受经理人利益与偏好的干扰度分析等等的监督、制衡、审查和评价。其手段可以采用独立董事本人监督和外聘独立评审机构评估相结合的办法进行。此外,独立董事还应增加一种监督职责,即每年终了,独立董事应以集体名义出具一份对公司监事会行权结果与效果的评估报告,并据以作为股东会筛选监事成员的重要参考依据,以此推动监事会公正、有效、负责地开展监督工作。至于独立董事在提名委员会、薪酬委员会中的任职及其职责,则是对独立董事的行权范围的专门界定,此不赘述。对于监事会而言,其监督职责重心则应仍然放在由我国《公司法》所赋予的“检查公司财务”、监督董事会规范运作、遵守信息披露原则、监督董事、经理经济行为合法性等方面上。而在对经股东大会批准后的董事会重大决策的执行过程,公司监事会作为一种常设性监督机构,比起独

立董事具有更多的时间与工作条件上的保障性,故而应承担起主要的监督职责;而对执行的结果及其偏离度评估,可以会同独立董事和外聘评估机构进行联合评估,并各自做出相应的事后评估报告。这点与前述独立董事的职权会有所交叉。此外,每年终了,监事会应单独出具一份董事会工作现状分析评估报告,提交董事提名委员会和股东大会,作为董事成员任职筛选的依据。至于向公司董事会及管理层反馈职工意愿、劳动保护、政治工作要求以及对全部董事、高管人员的道德行为规范监督等等,则应属监事会的专门职责范畴,此亦不赘述。

为改变以往监事会形同虚设的状况,在此,笔者建议能否通过引入独立董事的产生机制和利益赋予机制,譬如采取外聘“独立监事”和比照独立董事的薪酬水准给予,使这部分监事能在内部监事的原有框架内起到独立行权的示范作用,加之辅以有效的相互监督机制,一定能从整体上推动我国监事会公正、勤勉、高效、诚实的行权风格与独立人格的养成。

最后,笔者认为,彻底解决中国公司治理问题,只有独立董事和监事会的二个监督机制是远远不够的,况且这二个机制运作的有效性本身尚有赖于整个社会大环境建设,其中包括产权制度的彻底改革和社会化综合监控系统的完善。因此我国在改革独立董事制度建设的同时,还应当努力推进中国上市公司股权结构与产权制度的改革,并在全社会范围内加大法治建设的力度,努力构造一个包括政府司法监审机关、中国证监会、股份制企业协会、独立董事协会、社会独立评估机构、股东大会、独立董事、监事会等一系列监控主体在内的切实行之有效的监控系统。

(作者单位:厦门大学财政金融系)

(责任编辑:馨竹)