

论独立董事制度和监事会制度的协调和完善

●吴琳琳

[摘要] 本文试图从我国上市公司治理结构的缺陷和监事会功能弱化的现状出发, 强调我国上市公司引入独立董事制度的必要性, 针对目前独立董事和监事会事权和职责重叠和冲突的情况, 明确独立董事和监事的各自的功能, 并提出从制度上保证独立董事和监事会的独立性是确保二者有效行使职能的关键。

[关键词] 独立董事 监事会 公司治理 监督职能

[中图分类号] F830 [文献标识码] A [文章编号] 1004-079X(2003)12-048-03

一、中国上市公司引入独立董事的必要性

(一) 我国上市公司治理结构存在缺陷

我国上市公司一般都是由国有企业改制而来, 有许多先天性不足。其内部控制的首要问题是股权结构过于集中, 国有股一股独大, 缺乏制衡机制。据统计, 截至2001年4月底, 中国共有上市公司1124家, 其中发行A股的公司1102家, 第一大股东持股份额占公司总股本的50%的有890家, 占全部公司总数的79.2%, 其中55%的股权属于国家所有和国有法人所有, 65%的上市公司的第一大股东为国家股股东。在上市公司董事会中73.3%的董事具有国有股(27.9%)和国有法人股(45.5%)的背景。这种畸形的股权结构, 使大股东在股东大会以及董事会拥有较大的控制权, 不公平的关联交易过多, 存在经营决策向大股东倾斜的现象。董事会的作用和独立性受到影响, 内部制衡失效, 中小股东利益得不到保障。

同时, “一股独大”不可避免造成了严重的“内部人控制”问题。由于国家作为所有者缺乏具体的人格化代表, 经营者有较大的经营自主权, 较明显存在内部人控制问题, 集控制权、执行权、监督权于一身, 任意性较大, 内部控制机制作用微乎其微, 增大了委托代理成本, 侵犯了公司与中小投资者的权益。因此, 我国上市公司治理结构面临的最大问题是公司的董事会被大股东和经营管理层操纵, 其决策也总是以大股东利益放在首位, 侵犯小股东利益的现象比较普遍。

(二) 监事会功能弱化

从我国的机构设置来看, 我国实行的是董事会和监事会平行的“二元制”治理结构, 《公司法》规定, 上市公司必须设立董事会和监事会, 董事会和监事会都由股东大会选举产生, 相互之间不具备直接任免和控制的权力。监事会职能主要是检查公司财务和对董事、经理的行为进行监督。但是, 法律赋予董事会的权力很大, 而监事会在法律上只被赋予有限的监督权力, 缺乏直接调整公司董事和经理行为的能力和手段。

在实践中, 监事会中的大多数成员是股东代表和职工代表, 他们与公司还存在着被雇佣关系, 决定了监事会的非独立性, 在客观上必然无法做到代表全体股东尤其是中小股东的利益并公正履行其监督职能。

事实上, 我国上市公司监事会的大多数成员是在大股东控制下“选举”产生的。在权利行使过程中, 监事一般不拥有经营管理经验和财会知识, 没有任何责任机制约束, 也没有日常程序、机构行使职权, 并且经常无法获得有关决策的关键信息, 从而对于决策的合法性, 适当性无法进行充分监督。因此, 我国的监事会可以说是形同虚设, 基本没有发挥什么作用。

二、当前独立董事职能与监事会职能出现重叠, 影响他们各自作用的发挥。

产权学派利制度经济学理论认为, 制度设计的重要功能是合理确定权利边界, 只有权利界限清楚, 责任才能明确, 才能降低制度运作成本, 减少外部效应。比较《公司法》和《指导意见》的有关规定会发现, 独立董事的职权与监事会的职权是交叉重叠的。如下表(1)所示:

从表(1)可以看出, 独立董事会和监事会被赋予的监督权力多有重复。

首先, 两者都被定位为公司内部的监督者, 都将对公司财务的检查监督作为核心内容, 《公司治理准则》第38条仍赋予大部分由独立董事组成的审计委员会类似与监事会的财务监督权。这就产生公司机构构造关系紊乱的严重局面, 不仅阻碍公司经营效率, 还会将仅存的监督绩效降低。

其次, 独立董事比监事会享有更主动的监督权, 同样是行使监督职能, 监事会的行动处处受制, 其原本就形同虚设的地位由于独立董事的引入而被进一步架空和削弱。

从证监会的《指导意见》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。如果笼统的将监督职能委托独立董事与监事会, 他们之间会因为监督权力资源如何分配、如何协调问题而导致责任不明、相互推诿, 出现多人监督而实际上无人监督的现象, 或者多人监督而阻碍公司经营管理层决策效率的问题。

三、独立董事和监事会的职能定位

独立董事, 因其产生方式的制度规定, 具有特有的独立性, 其监督功能的发挥主要表现在独立董事作

为董事会的组成部分，具体参与了公司董事会即公司最高决策权力机构重大决策的全过程，包括重大决策的事前酝酿，内部制度，最终发布等各个环节，同监事会相比，独立董事具有监事会所无法具备的事前监督、内部监督和决策监督紧密结合的特点。我国监事会是公司专职的常设性监督机构，对公司的财务会计工作及董事会和总经理等高级管理人员执行职务的行为进行监督，同独立董事相比有更多的时间与工作条件的保障性来履行其监督职能。在公司重大决策制定后，监事会便可进行日常性的跟踪监控，这种经常性的监督能够提高发现问题的机率 and 发现时间，从而降低了纠偏成本，保障了决策的执行水平和效率。监事会的监督具有“日常监督，事后监督和外部监督”的特点，因此，应该从独立董事和监事会制度的特点出发，明确独立董事和监事会各自的职能，在目标一致的前提下，各司其职，各负其责，有所分工，适当交叉，互相监督，相互依存。

1、独立董事职责的设定和角色定位，应考虑以下三点：一是监事会行使监督职能之后留下的未监督到的“死角”；二是独立董事“独立性”所承担的特殊职能；三是独立董事自身所具有的专长。据此，我们把我国独立董事的职责概括为以下几点：

第一、制衡角色，对控股股东的权力制衡。由于我国上市公司中的控股股东绝大多数是国有投资主体或国有企业，而国家作为所有者对其选择的经营管理者监督存在着不足，因此存在着“一股独大”下，内部人控制严重的特点。考虑我国公司股权结构的特点

及特定的股权结构带来的特殊公司治理问题，我国的独立董事的最主要功能应该定位于对控股股东及其派入上市公司的董事、经营管理人员与公司关联交易的监督制衡、审查和评价。具体说来：在制衡控股股东方面协助确保董事会考虑的是所有股东的利益，而非某一特定部分或团体的利益。

第二、战略角色，用其专长参与公司发展战略的制定。独立董事凭借其特有的专长和技能，为公司长远发展战略提出意见和建议。

第三、裁判角色，对公司财务状况、对董事会和经理人员的经营业绩做出独立判断。通过主要由独立董事组成的审核委员会、提名委员会、报酬委员会等常设机构和非常设机构来履行职能。

第四、监督角色，独立董事在监督经营者方面也要发挥重要作用，如可以通过独立聘请外部审计机构或咨询机构、聘请独立财务顾问，向董事会提议聘用或解聘会计师事务所；检查董事会和执行董事的表现，督促其恪尽职守等。以上职责都是公司监事会无法履行的。

2、监事会的事后监控包含了检查、落实、评价与反馈等多种功能在内，是对独立董事监控所不可多得的补充，也是股东大会赖以对公司决策层和管理层出评价的重要依据。因此，监事会的监督职能包括两个方面：一方面是监督董事、经理守法遵规特别是执行公司章程财务制度方面的情况，看他们是否依法按章按程序办事，看董事、经理是否损害上市公司职工的利益，即业务执行监督。另一方面是对公司财务进行

表(一) 独立董事与监事会职能比较

| 监督权力 | 独立董事 | 监事 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|-------------------------------------------|
| 1、聘用或解聘会计师事务所的提议权 | 有 | 有 |
| 2、召开临时股东大会提议权 | 有 | 有 |
| 3、独立聘请外部审计机构和咨询机构的职权 | 有 | 只有权提议外部审计机构，必要时，监事会才可以独立聘请外部审计机构对其职责进行协助。 |
| 4、重大关联交易确认权（指上市公司拟与关联人达成总额高于300万元或高于上市公司最近经审计净资产值的5%的关联交易） | 认可权 | 无 |
| 5、对上市公司的重大事项有独立发言权，特别是上市公司的股东、实际控制人及其关联企业对公司现有或新发生的总额高于300万元或高于上市公司最近经审计净资产值的5%的借款或其他资金往来，以及公司是否采取措施回收欠款的问题。 | 发表独立意见，如需公开披露的，上市公司必须将独立董事的意见公告。 | 无 |
| 6、公开向股东征集投票权 | 有 | 无 |
| 7、提名、任免董事的权力 | 独立发表意见 | 无 |
| 8、当董事和经理的行为损害公司利益时，要求董事和经理予以纠正的权力 | 无 | 有 |
| 9、聘任或解聘高级管理人员的权力 | 独立发表意见 | 无 |
| 10、决定公司高级管理人员的薪酬 | 独立发表意见 | 无 |
| 11、对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督 | 无 | 有 |
| 12、当董事和经理的行为损害公司利益时，要求董事和经理予以纠正的权力 | 无 | 有 |
| 13、向证券监督机构和其他部门直接报告情况 | 无 | 有 |

资料来源：《公司法》、中国证监会2002年公布的《公司治理准则》、《关于在上市公司建立独立董事制度的意见》

监督,即会计监督。这样,业务执行监督与专业监督构成了监事会对公司经营管理加以监督的双重职能。其中,会计监督职能与前述独立董事的职能有所交叉,应强调监事会成员在财务会计方面的执业资格和行权能力,实行财务上以独立董事与监事双重监督审计,以监事会为主的制度。同时,鉴于我国的国情,监事会的部分代表是由职工选举产生的,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具有独立董事制度所无法涵盖到的政治意义即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。

3、此外,独立董事和监事还应该互相监督。独立董事在年终,应对公司监事会行权结果与效果以集体名义出具评估报告,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。独立董事属于董事一部分,监事会有权对独立董事的工作进行监督和监察。

四、增强独立董事和监事会的独立性是确保二者充分发挥作用的根本途径

(一) 应保证独立董事和监事会产生方式上的独立性。

1、对于独立董事而言,《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定:“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1%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。”显然,该规定对主要股东及董事提出代表其利益的独立董事候选人十分有利。由被监督者来选择或决定监督者的候选人,选山的独立董事是否能发挥其应有的监督作用令人质疑。建议独立董事的选举应该采取“推荐+回避”的方式,即由类似独立董事协会的独立中介机构或证监会向各上市公司推荐合格的独立董事,由公司召开股东大会,把候选人的资格、背景与公司关系等情况予以公示,在控股股东及其派出的董事回避的条件下,由中小股东投票,采取累积投票制,以最大限度地保证独立董事的独立性。

2、对于监事会来说,监事由股东大会选举产生,由股东代表和职工代表组成。由于董事会在公司的优势地位,使得董事有可能操纵股东大会对于监事的选举,同时职工监事在公司内部工作,必然受到董事和经理层的影响。因此,在监事的产生过程中,应完善职工监事的产生程序,可考虑职代会介入职工监事的选举。而其他监事则应保证由股东大会提名并产生,为防止董事会及经理层的影响,在监事的选举中采取累积投票制,确保小股东的权益得到保护。为保证监事能够切实履行对公司财务的监督权,应扩大和提升监事会的成员,除了股东监事和职工监事外,应加入债权人监事(银行监事),债权人代表进入监事会既可以保护债权人利益,又可以发挥银行在财务监督上的优势。同时,可引入独立监事制度,建立监事社会人才库,让符合条件的财务、会计、法律等专业人才加入监事会行使实质性的监事权,以保证监事地位的超然、独立。

(二) 保证独立董事和监事会在利益安排上的独立性

《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定:“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。除了上述津贴外,独立董事不得从该上市公司及其主要股东或有利害关系的机构和人员取得额外的、未予披露的其他利益。”在实践中,股东大会决定监事会经费和监事报酬的比例只占49.49%,尚有50%多的公司中监事会经费和监事报酬由董事会及管理层等决定。由于我国董事会来自第一大股东的董事居多,股东大会也基本被其控制,如果独立董事和监事的利益安排由这样的董事会和管理层决定,实际上是让独立董事和监事受控于大股东,如何能保证二者的独立?建议独立董事和监事的报酬应该由独立的中介机构来支付,其资金来源于各上市公司各自聘任独立董事、监事的人数向中介机构上缴的管理费,由中介机构负责管理和发放独立董事和监事的薪酬。

(三) 确保独立董事和监事会的知情权,独立的依据信息做出自己的判断

独立董事和监事充分行使职权的基础是其知情权得到保证,缺乏足够的信息,独立董事和监事会的监督就是无源之水,无本之木,难以为继。独立董事和监事由于不参与公司的日常管理,他们得到的多数信息来源于管理层,管理层对公司的了解比独立董事和监事要多,虽然独立董事和监事可以得到相应的资料,但现任管理层的介绍、财务数据和书面报告只能说明部分问题。此外,管理层作为被监督对象,可能会对独立董事和监事隐瞒、歪曲和误导信息,即使没有这种机会主义行为,由于所处的立场不同,管理层提供的信息也未必是独立董事进行决策所需的信息。因此,应该拓展独立董事和监事的信息获取渠道。

1、对于独立董事来说,一方面要在相关法规中对上市公司应对独立董事所提供的信息质量要求和送达信息的时间做出明确的规定。另一方面,独立董事应加强与公司非经理人的接触,并借助独立的律师和审计师从公司以外获取独立的数据。

2、对于监事会来说,我国《公司法》仅规定了监事可以列席董事会,为了确保监事会的知情权,法律和章程应该明确规定监事会拥有下列权力:如就公司事务出现的问题对董事会的问责权;公司主要经营、财务、统计报表、重大经营活动的法律文本等资料在送达董事会的同时,必须报送监事会;监事会有权随时查阅公司业务及进行财务审查活动等。□

参考文献:

[1] 廖理/主编:《公司治理与独立董事》,中国计划出版社,2002

[2] 中祥投资有限公司,(美)董事会咨向公司编著:《独立董事与公司治理》,北京地震出版社,2002

[3] 叶祥松 曹宗平:《独立董事制度的问题研究》,《中国经济问题》,2003,1

[4] 李锦生:《我国上市公司独立董事制度的实践障碍及对策》,《经济师》,2003,4

[责编:方正]