独立董事与监事会择其一的制度借鉴

广东技术师范学院　吴艳芳

【摘要】本文分析了我国引入独立董事制度的背景及其现状,同时总结了国外的相关经验,提出完善我国监事会制度的措施。

【关键词】独立董事　监事会　制度借鉴　监督

一、我国引入独立董事制度的背景

从理论上说,我国的公司治理结构中,并不缺乏对董事会的权力制衡机制。因为我国公司治理结构采用的是大陆法系"二元制"的模式,类似于日本的监事会与董事会并存的模式,监事会和董事会均由股东大会选举产生,在法律地位上是平等的,监事会作为专门维护股东利益、监督董事会履行股东大会决议、监督董事和高级管理人员的机关,没有决策权,只有监督权。但事实上,我国公司多是由工会主席出任监事会主席,再由职工代表大会选举职工代表出任监事,现实的监事会组成决定了它不可能有效代表作为"所有者"的股东的权益。因为工会主席、职工代表在行政上置于管理层的领导之下,都是公司的雇员,他们不仅没有德国同行解雇董事及经理人员的权力,甚至连自身的生计都掌握在管理层手中,身为雇员的监事是不可能监督公司管理层的。加之监事会成员普遍不熟悉财务规则,所以很难履行《公司法》规定的检查公司财务和对董事、高级管理人员违反法规的行为进行监督的职能。事实上,不仅我国如此,在实行类似制度的其他国家和地区,如日本、我国的台湾等,由于法律赋予监事会的权力有限,监事会一般都很难对董事会和经理层起到有效的监督作用,因此从实际控制权上来看它与"一元制"模式并无太大的区别。

当然,我国上市公司不存在英美国家由于股权分散所带来的"内部人控制"问题,却具有"一股独大"和事实上"内部人控制"的问题。一是"一股独大"造成股东制衡机制失衡,使大股东极易利用自身的表决权优势来侵害上市公司和中小股东权益。在股权集中的公司,虽然大股东有积极性参与公司的治理,有利于监督经营者和维护股东的利益,但如果大股东处于绝对或相对控股地位,而公司内部和社会外部又缺

计规则的制定,会计人员以会计规则为准绳,就会产生相应的会计信息;同理,审计域秩序决定审计制度的安排,审计人员以审计制度为依据, 整合审计会计信息资料就能产生审计信息。用对审计制度的遵循程度来衡量审计信息质量,就是坚持了程序理性标准。谢德仁认为,不应将结果理性与程序理性绝对对立起来。事实上,对结果理性的诉求会推动程序理性的演进,而程序理性的改进会有助于结果理性的实现。笔者认为,探讨审计信息失真的本质原因,应坚持以产权理论为基础、结果理性分析为主、程序理性分析为辅的分析思路。

五、审计信息失真结构及治理策略

现在笔者从数学的角度来分析现实中真实的审计信息量该如何衡量。假设产权域秩序的信息量为1,会计域秩序对产权域秩序的偏离失真比例为a,审计域秩序对会计域秩序偏离失真比例为b,审计规则性失真、违规性失真和行为性失真的比例分别为c、d、e($0\leq a,b,c,d,e\leq 1$)。那么,借鉴吴联生的会计信息失真结构有如下关系图:

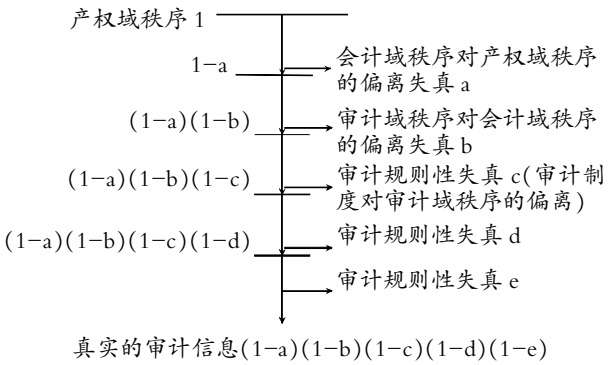

图 2　审计信息失真结构图

从这个审计信息失真结构图中,笔者认为具体的治理策略是:首先,应从总体上把握产权域秩序的动态变化;会计域秩序中关于资产计价和收益计量决定要采用全面的公允价值计量,缩小两者之间的偏离度;审计域秩序的构建应基于会计域秩序的构建,并力求与其保持一致。其次,应及时准确地把握审计域秩序的变化,及时进行审计制度的变迁,并以交易费用最低为原则来选择审计制度安排。再次,对违规性失真应设计一个合理的责任合约安排,使违规成本大大高于违规收益。最后,加强对审计人员的职业道德教育、理论教育和技术教育。

主要参考文献

①谢诗芬.公允价值:国际会计前沿问题研究.长沙:湖南人民出版社,2004

②吴联生.利益协调与审计制度安排.审计研究,2003;2

乏有效的制约机制,大股东就极有可能通过操纵股东大会和董事会来谋取自身超额利益。招商银行增发转债风波就是一个典型事例。该行在2002年3月通过IPO筹资107亿元后,又于2003年8月提出发行不超过100亿元可转债的议案。由于该议案明显不符合流通股股东利益,因而遭到51家以基金为代表的流通股股东的大力反对,但因支持该议案的招商局等少数大股东拥有超过80%的表决权, 最终该议案仍然在临时股东大会上没有悬念地获得通过。二是国有产权主体缺位,董事会构成不合理,造成股东督促机制缺失,为经营者实行"内部人控制"创造了条件。我国上市公司大部分是从国有企业改制而来的,国有股占绝对优势。国家通过将资产授予国家资产管理局、地方政府、主管部门、国有企业进行经营管理,代表国家行使股东权力,并通过向上市公司派遣董事、总经理、高级管理人员及监事来控制和保证国家的利益不受损害。其结果是,一方面,这些单位都有它们各自的行政目标,所有者目标并不是它们的主要目标,当所有者目标和行政目标发生冲突时,它们通常会以行政目标为重;另一方面,它们不是投资受益人,又不受产权约束,本身缺乏监督经理层的动力,加之董事会构成不合理(在我国,董事会基本上是由日常的经理人员组成的,甚至董事长就是总经理,据何浚在1998年的调查,在530多家上市公司中董事长和总经理由一人担任的公司有253家,占样本总数的47.7%),使得我国的大多数上市公司处于事实上的"内部人控制"之中,其结果是上市公司被当做内部人"抽血"的工具,粤金曼、猴王、四砂股份等沦为大股东的超级提款机就是典型的实例。鉴于国外独立董事制度的经验及发展趋势,以及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,证监会开出的药方是:在上市公司中"强制"引入独立董事制度。

二、独立董事制度在我国的实施情况

自2001年8月21日中国证监会颁布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(简称"指导意见")以来,到2005年6月底除4家上市公司外,其余公司均聘请了独立董事,独立董事热潮已成为上市公司完善法人治理结构的一个新动向。2002年,中国证监会正式发布了《上市公司治理准则》,进一步推动了我国独立董事制度的建立与完善。

但客观地说我国独立董事制度实施效果并不理想。据了解,在最早聘请独立董事的上市公司中,已为"千夫所指"的郑百文、康赛集团、亿安科技等居然都名列其中,而从其他已聘请了独立董事的上市公司的情况看, 也依然存在很多问题。就拿郑百文来说吧,当2000年年底郑百文公司开始在破产与重组之间挣扎时,投资者们才知道,就是这样一家亏损严重、黑幕重重的上市公司,居然早在1995年就聘请了一位独立董事,然而郑百文连续多年操纵利润做假账时,却从来没有看到过这位独立董事发挥过积极作用。2000年年底,郑百文与山东三连集团联手提出了重组方案,在市场上引起了极大的争议,有许多知名人士对其无视中小股东权益的重组方案提出了严厉的批评。但是,这位独立董事却对郑百文重组方案表示赞成,呼吁中小股东对此投赞成票。据笔者的不完全统计,在上市公司2002年年度报告中,有20余份是被注册会计师出具了拒绝发表审计意见的审计报告,其中只有ST南华西一家的独立董事发表了对该公司此类问题看法的独立意见,而其余各家上市公司的独立董事们均未发表意见。更何况那些没有被出具拒绝发表审计意见的公司的独立董事发表意见了,而这些公司的财务报告并非一定没有问题。为此,将独立董事视为"花瓶"、"聋子的耳朵"、"稻草人"的指责声不绝于耳。据一项不完全统计表明,在伊利事件之前敢于提出异议的15家上市公司的独立董事中,只有5家上市公司的独立董事仍能留用,其余的独立董事不是辞职就是被解聘(范庆华,2001)。上述情况实质上显露出了另一个问题:独立董事们在帮助身处信息弱势的中小投资者们进行实质性的维权、保护投资者利益方面表现得非常虚弱无力。

三、国外经验及其启示

独立董事制度是在英美法系国家"一元董事会"的公司治理结构基础上形成并发展起来的。"一元董事会"的特点是董事会集决策权和监督权于一身,使得董事会的监督职能弱化,出现了学者所谓的"经营者主宰企业,最终所有者被架空"的"内部人控制"的局面,以致20世纪70年代以后在欧美国家出现了一大批著名的大公司倒闭以及公司损害股东和社会公众利益的事件,为此英美法系国家对"一元董事会"模式进行了改良性制度创新,即在不改变"一元制"模式的前提下, 通过引入外部独立董事来强化董事会的监督权。"一元制"模式公司机构仅包括股东大会和董事会,无监事会,独立董事实际上行使了双层制中监事会的职能。而在德国、荷兰等国公司法确定的双层制下, 公司由董事会负责经营管理,但要接受监事会的监督,董事也由监事会任命。我国《公司法》确定了股东大会、董事会、监事会和高级管理人员构成的公司治理结构,看似双层制,实与双层制不同,原因在于,监事会与董事会均为平行的公司机构, 同时对股东大会负责,监事会既不握有重大决策权,也无董事任免权。

前面已经分析了我国监事会由于信息屏障、资源匮乏、治理权有限以及缺乏监督的动力,注定了其"绣花枕头"的命运。证监会在上市公司中尝试实行独立董事制度, 实在是由于目前上市公司监事会监督乏力而采取的无奈之举。如果监事会在实践中能够切实有效地行使其法定职责, 则没有必要设置独立董事。有人主张要合理定位独立董事的职能,避免与监事会的职能重叠,其理由是"增加一种监督力量"终归不是什么坏事,但"增加一种监督力量"是不是必然能改进监督效果呢?实际上,监督效果并不取决于表面上监督力量的多少,而是取决于所谓的监督力量是否能真正起到监督作用 (而不是徒然增加代理成本)、取决于各种监督力量能否形成正向合力(而不是相互抵消)。独立董事与监事会的关系实际上是无法协调和衔接的,因为两者的功能大体相同,不能并列,如果交叉和重叠,必然会造成机构重复,权力范围无法界定而互相推诿扯皮,从而降低工作效率,增加监督成本。日本于2002年5月29日完成战后五十余年来规模最大的商法、公司法修订,以上市公司为主的大型公司在董事会中引进独立董事与通过增加独立监事人数来强化监事会的功能, 是作为同等的并可相互替代的措施考虑的,两者只择其一的做法就是很好的例证。

日本吸收西方国家优秀制度的能力举世公认。在对待独

立董事制度问题上,尽管耗费的时间很长,但日本最后通过的修法方案,与原来的设想大同小异,足见其修法的慎重态度以及制度本身的合理性。我国是日本的近邻,股份公司的治理结构与日本十分相近,上市公司与证券市场显露出来的问题与日本也有惊人的相似之处,有的更甚之。虽然我国并未走日本原来用强化监事会的方式来取代引入独立董事制度的弯路,但由于同样没有考虑如何与公司治理结构协调、衔接,在实施中很可能会造成与日本1993年修法相同甚至更加不利的后果。笔者认为,要从根本上避免独立董事与监事会制度叠床架屋,减少监督资源的浪费,应从制度上改变当前独立董事与监事会并存的格局,授权公司自由选择独立董事制度或监事会制度。那么,为什么在单层制(独立董事制度)或双层制(监事会制度)的选择上法律规定不应"一刀切"呢?因为这两种模式都产生于市场经济国家,都有其独特的法律、历史、经济、文化和社会背景,很难简单地认定孰优孰劣。

《欧盟第5号公司法指令草案》(修改稿)的起草者虽然对双层制格外青睐,最终却从实际出发,采取折衷的态度,允许单层制的存在,并要求单层制具有与双层制相同的法律特征,即经营职能与监督职能的分开。其理由是,就公司管理机构而言,目前在欧共体范围内存在着两套不同的法律制度。其中的一种制度规定了单层制公司机关体系,另一种制度规定了双层制公司机关体系,即经营机关负责经营管理公司的业务,另外一个机关负责监督经营机关。在实践中,即使是在单层制公司机关内部也进行事实上的职能分离,即执行成员负责公司的经营管理;非执行成员只负责监督公司的经营管理。在这两套法律制度之下,都有必要严格区分负有上述职责之一的人员的责任。全面推广这种严格区别将会有助于推动来自不同成员国的股东或者股东集团设立公司,并进而推动欧共体范围内公司之间的相互融合。虽然强制性地全面推广双层制,从近期看是不切实际的,但是该制度至少应当作为所有股份有限公司都能自愿选择的一种模式。当然,只要赋予单层制某些法律特征,以使其作用与双层制的作用相协调,就可以继续保留单层制。而在单层制国家看来,单层制已经行之数百年,要改采双层制亦为不可能之事。

无独有偶,1966年的法国股份公司法也允许公司选择单层制或者双层制模式。据了解,我国在香港上市的一些蓝筹股公司只有独立董事制度,而无监事会制度,大部分效果不错。笔者认为,我国《公司法》也应当仿效《欧盟第5号公司法指令草案》和法国及日本的立法思路,授权公司在其章程中选择单层制或者双层制,因为惟有公司自己而不是立法者更清楚自己适合哪种模式。立法者的天职是给公司及其股东提供更多可供选择的法律路径,而非堵塞和限制公司及其股东的自治。全面抛弃独立董事制度,与全面抛弃监事会制度都不应当是立法者的明智选择。但需要强调的是,我国除了建立健全单层制中的独立董事制度外,双层制中的监事会也要予以完善。

四、双层制中监事会制度的完善

从长远看,我国应参照德国公司法的双层制模式,把监事会重新确定为董事会的监督机关,同时要从法律上进行完善。

1.提高监事会成员的素质。德国的立法对公司监事的专业素质做了与董事的一样要求规定,日本和我国台湾的立法也有类似的规定,而我国《公司法》在这方面却是空白。这是我国监事会不能有效发挥监督作用的重要原因之一。作为监督机关的监事会所要监督制约的是大权在握并且素质很高的公司董事和高级管理人员,这就要求监事会的组成人员也必须具备相应的素质才能真正发挥对董事和高级管理人员的监督作用。

2.将债权人代表引入监事会。我国《公司法》规定的监事会成员中缺少了一个重要的组成部分——债权人代表。从国际上看,日本公司监事很多来自与本企业有资金借贷及业务往来较为密切的银行或者其他公司;在德国,很多公司的监事会中有与本企业具有信贷关系的大银行代表。因为在公司经营过程中,与公司形成数额较大、时间较长借贷关系的债权人承担了很大的风险,当公司出现资不抵债时,债权人的利益将直接受损。因此债权人代表加入监事会就更有利于强化监督力度。

3.给予监事会实质性的权力。这些权力具体包括:①监事会成员的任免权。监督权的核心问题是对董事和高级管理人员的人事任免权。没有任免权的监督,无论多么认真都是无效的。在德国,法律规定监事会的第一项权力便是对董事会成员的任免权。法国在双层委员会体制下,董事会的成员亦由监事会任选,且股东大会在任何时候都可以根据监事会的提议罢免董事。我国《公司法》没有赋予监事会此项权力,这就直接影响到监事会监督效能的发挥。②召集临时股东大会的权力。我国《公司法》把临时召集股东大会的召集权只赋予了董事会,而监事会只有提议权。这势必影响监督权的及时有效发挥。

4.监事会职权的行使要有程序保障。监事会监督职能的发挥不但取决于它是否拥有权力,还取决于行使权力有无相应的程序保障。我国《公司法》监事会的议事方式和表决程序等事项由公司章程规定,在很多重大事项上均没有做出强制性规定,这不利于强化监事会的监督权和责任。在董事会中心主义已成定局的现代公司里,应强化监督权并从程序上保障其权利的实现,使监事会对董事会的擅权妄为形成制约力量。否则,监事会究竟能否发挥监督力量则令人怀疑。

5.对监事责任的设定要全面和明确。监事会职能的有效发挥还有赖于监事会成员恪尽职守、尽职尽责的工作。若监事不尽忠职守,损害公司利益时,应该相应承担什么责任?对于这些,我国《公司法》虽有粗略规定,但并没有单独对监事的责任进行全面、明确的规定。这就使监事行使职责没有相应的法律约束,监事的失职行为不能得到有效的法律制约,这也直接影响到监督效能的发挥。

【注】 本文为广东省财政厅2005年会计科研课题(项目编号05013)部分研究成果。

主要参考文献

①姚峰,杨宗儒,李延振.完善我国上市公司制衡机制的探讨.南方经济,2004;3

②何浚.上市公司治理结构的实证分析.经济研究,1998;5

③范庆华.独立董事是"花瓶"吗.中外管理,2001;7