

Independent Director System and
Corporate Governance:

二十一世纪法学热点系列

独立董事制度

与公司治理：

法理和实践

theory
and
practice

◆ 官欣荣 著

中国检察出版社

独立董事制度与公司 治理：法理和实践

官欣荣 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

独立董事制度与公司治理：法理和实践 / 官欣荣著.

—北京：中国检察出版社，2003. 8

ISBN 7 - 80185 - 109 - 9

I. 独... II. 官... III. 股份有限公司 - 企业管理 - 研究 IV. F276. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 067017 号

独立董事制度与公司治理：法理和实践

官欣荣 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgicpbs. com)

电子邮箱：f_accounting@163. com

电 话：(010) 68686531 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销：新华书店

印 刷：保定市印刷厂

开 本：A5

印 张：11. 5 印张

字 数：316 千字

版 次：2003 年 9 月第一版 2003 年 9 月第一次印刷

书 号：ISBN 7 - 80185 - 109 - 9 / D · 1098

定 价：25. 00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

“我们应当去做我们的工作，正确地对待无论是为人处事还是天职方面的‘当下要求’。如果每个人都找到了掌握着他的生命之弦的心魔，并对之服从，这其实是很平实而简单的。”

—— [德] 社会学家 马克斯·韦伯

“法律职业要求之一是，必须每时每刻同时对该职业的高贵及其深刻的问题性有所认识。”

—— [德] 法理学家 拉德布鲁赫

“金钱、权力和性是人类最感兴趣的问题，其先后次序因人而异。而公司至少占了其中两项。”

—— [美] 哥伦比亚大学法学院教授 戈登

“对世界经济而言，完善的公司治理机制将像健全的国家治理一样至关重要。”

——世界银行行长 吉姆·沃尔芬森

几千年来的皇权和绅权主宰的“乡土中国”根本上无法提出像美国著名的公司法专家提出的问题，即“将某种宪政主义的形式加于公司经济之上的问题”……本书的主旨是立足于公司治理的国际思维前沿，以独立董事制度的“嵌入”等诸多问题的抛砖引玉似讨论为契机，来反思、检讨中国公司架构乃至世界企业监管制度的现代化课题。在与法同行的路上，我们坚信，良法为民众谋福祉，为人类所共享，恶法则走向事物的反面。因此，须择善而从之，三思而行之。惟如此，“法律着我们的法律，幸福着我们的幸福”方变成现实。

——作者

序

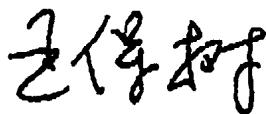
《独立董事制度与公司治理：法理和实践》是官欣荣同志主持的一个社会科学基金项目的科研成果。作者在该书出版之际希望我写一个序，由于我对公司法著作的问世历来持积极态度，因此欣然写下寥寥数语。

独立董事引入我国时间不长，目前还很难对其实践作出总结。因此，学术界和实务界对其议论纷纷绝非偶然。我国引进的独立董事制度，原本是从美国来的。而美国实行独立董事的背景是，公司大多股权分散，公司没有如东亚地区长期实行的监事会，公司融资大多在证券市场进行，且证券市场非常发达。在很大程度上，美国公司采用独立董事，是为了解决股权分散下的公司治理问题，且公司治理还依赖于证券市场。而东亚地区（包括我国）则是股权相对比较集中；公司长期实行监事会制度，虽然它常被人们批评为“花瓶”，但公司法规定的法定监督机关地位至今未变；同时，证券市场还没有成为公司融资的首要渠道。对于上述不同的背景，人们的判断和得出的结论不同。有人主张以独立董事取代公司机关中沿用已久的监事会；有人主张监事会和独立董事并行；有人主张同时由法律规定独立董事和监事会两种制度，由公司选择适用；有人主张仍实行监事会制度，但需吸收独立董事制度和德国监事会的经验对其加以改革。在众说纷纭的目前，《独立董事制度与公司治理：法理和实践》的作者提出了“嵌入说”的基本立场，主张运用科际整合的方法论，尤其要有法社会学的思维、实证分析的精神来推动、指导研究独立董事制度如何引进及中国公司治理的本土化的诸问题。无疑，该书的主张也是引导人们观察独立董事的一个新

的思路，值得我们重视。

独立董事如何发挥作用？需要回答的问题也很多，譬如，上市公司独立董事的首次提名如何进行，独立董事如何定位，独立董事独立意见采用何种形式提出，独立董事可否持有本公司股份，独立董事与监事会的关系如何处理？这些问题，都直接涉及到独立董事能否在中国发挥作用。值得注意的是，《独立董事制度与公司治理：法理和实践》都以自己的观点对此有所回答，这对研究独立董事的理论与该项制度的实践是有益的。

我和所有关注独立董事的人一样，关注独立董事理论的发展。祝贺《独立董事制度与公司治理：法理和实践》的出版，希望该书给读者带来启示。



2003年6月22日

从“乡土中国”到“公司化中国”

——稻草人·独立董事·上市
公司治理的断想
(代前言)

一、两个范畴话变迁

约在半个多世纪前，我国著名社会学家费孝通先生在沿海地区的江苏吴江开玄弓村到内地云南三村（禄村、易村、玉村）等实地调查基础之上，创造了“乡土中国”的范畴，其出发点是，中国传统社会若从其赖以建立的基层上来看，乃是“乡土性”的，其世代为农的五谷文化、差序格局的社会结构、血缘地缘的信用机制、人治无讼的秩序体系，多少年来一直成为海内外学者洞识传统中国向现代化法治转型的必不可少的一扇窗口。富有旨趣的是，五六十年后，远在美国纽约的一青年学者在《独立董事制度与公司化中国》一文中，提出了“公司化中国”（“Corporate China”）^①的概念，它是指“中国全体上市公司的总称，截至1999年这是一个包括1124家A股公司、107家B股公司和138家海外上市中国公司在内的集合体。”进言之，“公司化中国”可作为中国社会向现代市场经济转变的代名词。从几千年来农耕经济占主导地位，家

^① <http://www.civillaw.com.cn/jinrong/young/default.asp>

族、作坊式手工业点缀其间的汪洋大海似的小农经济圈到适应社会化大生产需要确立起来的资本规模运营的现代企业制度，这浓缩了多少壮丽的以解放和发展社会生产力为轴心而展开的历史画卷。而最动人心弦、彪炳史册的其中一页，莫过于（新）中国年轻的证券市场以飞跃姿态在短短几年风雨历程中从无到有，从小到大，由无序走向规范，跨跃了西方许多国家几十年乃至上百年的道路，其波澜壮阔、跌宕起伏、突飞猛进令国人惊心动魄，令世界为之瞩目。^①沪、深两市已成长为全球第九大市场，从综合上市公司家数、市值和交易量，加之国债、金融债券为主的债券市场，其市场规模和融资能力仅次于日本，居亚洲第二位。仅2000年，证券市场的直接贡献就达837亿元。也就在费孝通先生毕生追踪研究的苏南农村，“一场静悄悄的革命又在发生”，2001年5月著名的《财经》杂志以封面故事报道了苏南乡镇企业两次改制的辉煌历程，使苏南模式重又成为各界讨论的热点。建立现代企业制度、进行资本运作、谋求上市发展的战略远识，是乡土中国的“草根工业”走向现代化的希望所在。而这些，在改革开放的前沿珠江三角洲地区的万家乐、美的等上市公司中皆已付诸光辉的实践。

二、中国股市之“快照”

不用新闻职业家的第三只眼，我们应该看到，中国证券市场离西方发达国家成熟的证券市场尚有不少差距。市场优化经济结构、配置资源的功能以及最大限度保护广大中小股东利益的理念远未到位，股市一度甚至成了造假者的“天堂”、冒险家的乐园、创业者的“坟墓”。相比之下，温州、深圳等的一些民营企业对证券市场说“不”，并没有走改制上市的做大、做强的惟一之路，反而看上去很美好。此种反差足以让我们该好好痛醒、觉悟，既不能盲目地

^① 官欣荣：《证券法原理·制度·案例》，华南理工大学出版社2000年重印本前言。

“谈股论金”，也不必惶惑地“言股色变”，而应理智地面对。

脱胎于乡土中国的“公司化中国”，不可避免地复制了其根深蒂固的同构化的一些特质。以投资者结构而论，以个人投资者散兵游勇的、与一袋马铃薯的“机械团结”无异的市场结构特征十分突出，个人投资者达 5600 万户，机构投资人作为群体羽翼未丰，账户不足 30 万户；在观念层面上，中国至今还是小农意识主宰的实用理性占主导的投资理念，为追逐眼前利润，短线炒作的投机气氛浓烈，股票换手率居全球之首；从上市公司主体来看，虽然通过“老树发新芽”的方式省去了砍去老树带来的阵痛与重栽新苗的时间成本，但由于过多地承载了拯救“国企”、“扶贫济困”的政治使命，出现一股（往往为国家股东）独大，中小股东受到持股数、实际治理权力和法律救济渠道（公司法上没有公司代表诉讼的明细规定）等等限制，因而中国上市公司罹患了一种“所有者缺位（ownerless）症”，控制权亦由此旁落“内部人”手中；在权力机制方面，国家权力的无孔不入依然如故，国有股畸重的股权结构严重制约了资本市场的众目睽睽的应有惩戒作用，一方面政府部门直接任命公司管理层比比皆是，导致决策者的“一言堂”，一方面，以证监会为主体的行政监管体制经常“以行代法”，证券市场的法制化很不到位，“行政”治市的本位主义与非制度化的政策性因素干扰甚大，但又因势单力孤、监管资源（包括机构建设、人员素质、执法手段等）与现代化、国际化监管相比还十分滞后，甚或身陷利益纠缠中而致监控失效、力不从心，且免不了染上“官本位”主义的陋习。从素有“经济警察”之称的市场中介看，行业自治、自律、诚信精神的严重缺乏，市场体系发展不健全，从而放大了“道德风险”；最后广大中小股东弥漫着“无讼”社会的“逆来顺受”乡俗民风、实在不行就“用脚”选股，如此等等，颇有“新瓶装旧酒”的意味，体制转换不到位、亚文化规则“挤出”法律、“制度缺差”、运作失灵，亦就见惯不惊。

特别是近年来接二连三的上市公司虚假陈述案、操纵股市案此起彼伏，证券欺诈不绝于市，且有猖獗之势。这些违规违法犯罪案

件已严重地扰乱了证券市场秩序，残酷地损害了广大投资者的信心。这种投资交易法律环境长此以往，不仅令外国投资者望而却步，也会令国人彻底失望。因之，如何杜绝“包装上市”，如何扼止“占掠”大股东掏空上市公司、如何控制“内部人控制”，如何正本清源打击黑市，为证券市场奠定健康发展基石，已到了非进行一场彻底的公司治理革命不可的地步了，否则“公司化中国”整个地会断送掉！这绝不是危言耸听。也许，在我们迎来了 21 世纪第一缕曙光的时候，要做的第一件事就是对公司上市的深刻反省，对公司治理机制的除旧布新。

三、“稻草人”带我们思索文明与历史的深处

现代公司制度是效率与公正的一种法技艺。公司治理结构作为公司制度的核心问题，其本质是决策与监督机制的完善，以实现效率与公正的平衡。

针对权力制衡的本土资源严重匮乏，以及公司“千疮百孔”般的现实问题，我们不能不来咀嚼 18 世纪启蒙思想家孟德斯鸠在他的法社会学名著《论法的精神》中留下的至理名言，“一切有权力的力都容易走向滥用权力，这是一条千古不变的经验。……从对事物的支配来看，要防止滥用权力，就必须以权力制约权力。”^①是他的伟大发明为西方三权分立的宪政奠定了基础，导入人类商事活动中便催生了公司制度。从这种意义上说，现代公司制度的最大特征、根本标志之一就是其权力监督机制的确立，在公司权力机关体系中产生专门的监督机构。

一切经营管理活动中，监督、控制是普遍之律。我国几千年来一直是以农耕经济为主的社会结构，在迈向现代化的生产方式过程中，乡土中国的庄稼人也以自己的智慧在田间管理方面发明了

^① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），陕西人民出版社 2001 年版，第 183 页。

“稻草人”的做法，来站岗放哨，保卫庄稼不受侵犯。令人深思的是，我们在赞叹这一监督的“机智”的高明时，不是可惜其作用的有限性（因为对于人的侵犯，无法防范），而是惊讶于这一监督的“机智”为何没有发展出一套监督的“机制”、制度。这似乎遭遇到了韦伯似的难题。^① 在传统皇室、家族经营中虽有“东家”与“管家”、“掌柜”之类似所有与经营的分离，如台湾学者陈顾远在《商事法》一书中指出：“‘企业所有与企业经营分离’不是外国的新发明，而是我国的传统，古已有之。我国往昔的富商大贾便是采取这一原则而为工商业的经营，不过属于家族或个人的独资企业罢了。企业所有者是‘东家’或称‘财东’；企业经营人是‘掌柜’、‘二柜’、‘三柜’，而‘掌柜’主其事。”^② 但为何并未发展出一套现代的公司制度，使“公司化中国”早日实现呢？当然其原因是极为错综复杂的，韦伯曾给出过他自己的考虑，中国尽管具备着一个寻求自由贸易机会的资本主义的市场的“初步”发展的许多前提条件和适宜的程序，但是，主要缺乏一种适于如此发展的利益相符的市民意识，以及缺乏一种“适于资本主义非个人理性企业发展的法律形式和社会基础。”^③ 在我们看来，反映在制度架构上，即是权力监督机制的缺失。因为，几千年来的皇权主宰的‘乡土中国’也根本无法提出像美国著名的公司法专家提出的问題，即“将某种宪政主义的形式加于公司经济之上的问題”。^④

相比之下，受权力需要制衡的理念支配，西方发达国家作为公司制度的故乡，监督机制十分完善。与各国不同的公司治理模式、

① 法学科班、律师出身的德国社会学大师马克斯·韦伯曾在其名著《经济与社会》一书中，提出了“具有灿烂文明的东方古国中国为何没有走上资本主义文明之路？”的世界性课题。参阅〔德〕迪尔克·克斯勒：《马克斯·韦伯的生平、著述及影响》，法律出版社2000年版。类似韦伯问题的还有诸如火药、指南针的发明没有导致中国的炮舰船坚，开凿矿床，远航贸易，却用来放烟花、鞭炮。如此等等，皆有待作为复兴华夏民族文明之子去深入研究。

② 转引自梅慎实：《现代公司机关权力构造论》修订本，中国政法大学出版社2000年，第35页。

③ 参见〔德〕迪尔克·克斯勒：《马克斯·韦伯的生平、著述及影响》，法律出版社2000年版，第121页。

④ 〔美〕施瓦茨：《美国法律史》，中国政法大学出版社1990年版，第311页。

董事会的法律构造一脉相承，公司监督机制的建立也表现出不同的模式、类别。主要有：①英美的不设监事会而由审计委员会及外部审计师执行财务监督的模式；②德国的强而有力、同时享有决策管理权的监事会模式；③日本的设有专司监督之职的监事会模式；④法国的可设立监事会（仅履行监督职能及享有部分业务执行限制权）或不设监事会的选择性模式。而且，英美的单层制治理结构中，独立董事制度独树一帜，进入 20 世纪 90 年代以来在许多国家得以普遍推行、并有风靡全球之势（见第三章第一节“独立董事制度的起源与发展”）。我国素袭大陆法传统为多，1993 年的公司法在公司监督机制的构造上创设了监事会机关，但因其形同摆设，监督失效，是另觅它途？还是因循旧制？似乎公司治理改革已濒临哈姆雷特“生存还是毁灭”的绝境之选择。进言之，独立董事制度在我国上市公司治理结构中的引进问题，真可谓“一石激起千层浪”，成了留给 21 世纪本已棘手的公司治理之改良问题的“烫手山芋”，在实务界及理论界，特别是经济学、管理学、法学圈内掀起了激烈的论争。作为法律人而言，不难看出，这是法律制度移植与本土化的时代主旋律的最强音之一，已从精英话语变为大众话语，而且被转换为“借鉴”与“创新”、“移植”与“改造”、“国际化”与“本土化”相对峙又统一的一场宏大的法治工程的深层次讨论运动。

四、问题意识背后的方法论拾遗

的确，还从来没有哪个问题像公司治理问题（corporate governance）这样吸聚了如此众多的国际性的跨学科的眼光、话语、智慧。从我们处于一个“知识爆炸”的时代观之，如北京大学法学院的苏力先生指出，“我们每个人不可能对所有的知识都有比较透彻的了解，甚至不可能对哪一门知识敢声称有完全的了解。”“知识的门类科目其实也只是一种大致的划分，边界并不确定；而现实中的问题常常不是按照学科门类划分的。世界与我们的知识划分并

不是对应的，我们的知识并不是、也永远不可能成为世界精确的画图。”^①而且法学该科本身就“可以作各种不同的分类，不过人类的社会生活现象并不当然归入特定的种类，常见的情形乃是牵动复数种类。”^②

就公司治理的学科研究的角度而论，经济学、管理学、法学、社会学等皆涉足其间。一般认为，世界第一部分关于现代意义上的公司治理的著名的开山之作^③——《现代公司与私有财产》（1932）一书就是美国著名的法学家伯利和经济学家米恩斯伟大合作的结晶。他们的调查发现与其说是对公司所有权与经营权分离、由经营者实际控制公司的事实以及公司如何委托——代理的问题作出了很好的深刻揭示，不如说在方法论上更具启发意义，开创法学、经济学予此合力研究之先河，使其优势得以充分发挥，而且通过200家大公司的实证分析得出“公司实际控制权已落入经理人员手中，经理人员由此具有不追求股东利润最大化而以公司资产谋取私利之倾向”的结论，此后一直成为学者们研究的蓝本。如经济学家马里斯（Robin Marris）和法学家曼恩（Henry G. Manne）几乎同时（分别于1964年、1965年）针对“伯利——米恩斯”命题从不同角度提出了另一命题“马里斯——曼恩假说（Marris—Manne hypothesis）”，即由于“公司控制权市场”的存在两权分离不会使公司行为偏离利润最大化太远，我们这里姑且不论他们打开公司治理的外部结构（公司控制权市场）的视角之深远意义，单就这种通两家之好的方法论传统得以光大来说，也是写下了公司治理研究史上光辉的一页。其实以问题为中心，进行科际整合（Interdisciplinary integration）研究的例子还不胜枚举，譬如，美国哈佛大学经济学教授菲利普·沃伦斯、斯坦福大学的法学教授托马斯·哈勒研

① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第214页。

② 曾世雄：《企业设计法》，中国政法大学出版社2001年版，序。

③ 当然，公司治理（董事、经理）的问题一直可溯及1776年亚当·斯密的《国富论》，1904年社会学家凡勃伦（Veblen）发表了《企业理论》已开始探讨所有权与经营权相分离的理论问题。

究了亚洲金融市场发展模式与法律模式相关性问题，概括出四种发展模式：任意基础上的国家主导型模式；法律基础上的国家主导型模式；任意基础上的市场主导型模式；法律基础上的市场主导型模式。而且，在美国，一个法律经济学派随之产生，经联邦大法官波斯纳的集大成，不仅是一门显学，而且作为一种方法论风行于各研究之中。近来我国学界趋骛于此的亦决决可观。

这里我丝毫没有拒斥法学、经济学的联姻之意。相反，我倒认为，学科、方法本无门户之见，科际整合是问题正确求解的多科知识的自如运用。真理与其说是习得的科学知识的掌握，不如说是打开谜底的钥匙、方法。与国外相关建树比较而言，我国法学、经济学合作的研究风气未浓，法律经济学的消化与应用的差距还很远。不过，在强调这些的同时，我更主张，社会学的理论、方法在中国问题研究中的运用。曾几何时，“在现代化、后现代化喧嚣不断的弥漫氛围中，在知识分子急于把中国推入现代化的努力中，我们更多地是忙于‘制造观念’和‘学术复制’；我们往往把‘形式制度’与‘现代话语’对照和搬移到现实的社会中‘对号入座’时，书本上纯粹的概念和沉睡的语言，在中国很难找到它的所指所依，它们只是漂浮在知识分子表层思维与语言中的浮萍，我们实在没有作出什么可令人骄傲的贡献与作为。”^①在公司制度、公司治理、独立董事制度等外来的文明装置中，我们又何尝没感到理论的灰色呢？民商法学者姜建初在自己的“研究理念与特点”诠释道，“法律是人的创造物。法律是一个综合性的社会现象，既要从历史、现在、未来的角度去理解和研究，也要从哲学、经济学、社会学、法学的角度去探索和辨析，更要从中国的实践、中国向世界发展的角度去开拓和创建中国法学。21世纪是社会学的世纪，中国法学过分偏于经济学是一种扭曲的幼稚。”^②蒋大兴则指出，现时的法学领域至少对商事法的公司法来说，缺乏一种类似社会学上的“田

① 田成有：《法律社会学的学理与运用》，中国检察出版社2002年版，第3页。

② www.civillaw.com.cn/lawstar/StarDetail.asp?No=7

野调查”的勇气，更未养成这种思维习惯，导致无论是“隐蔽的判决”还是公开化的判例作为公共的学术研究资源严重流失。^① 信哉斯言！我们应该运用科际整合的方法论，尤其要有法社会学的思维、实证分析的精神来推动、指导研究独立董事制度如何引进及中国公司治理的本土化的诸问题。

五、独立董事，谁动了公司的奶酪？

环视全球，经济一体化潮流里何以各国都对“公司治理”及独立董事问题的讨论如此大张旗鼓？何以纷纷推动修法以应治理之需？关键是公司两权分离以来，“内部人控制”而致的公司舞弊、腐败似乎成了各国公司普遍固有的一大顽症，引发了市场乃至社会大震动，为走出经济低谷，重振繁荣，各国都在开出自己的“药方”。

譬如，英国就在一系列公司倒闭事件背景下，公司治理方案迭出，从1992年的Cadbury到1995年的Greenbury，从1998年的Hampel和随后的Turnbull和Myners report，以及2002年2月贸易及工业部长Patricia Hewitt宣布新一轮审议报告，这些对非执行董事的角色和效用做了重新审视。

以美国而论，虽说创造了先进于世界各国的证券市场——这无疑与其细密、完善的公司、证券法律制度密不可分。如前美国证券交易委员会（SEC）主席阿瑟·列维特（Arthur Levitt）指出，“很重要一点，我们的市场是世界上最优秀的部分的原因是因为我们的证券法律是世界上最优的。”^② 但就在几乎全世界皆以“美”（国）为“美”（好的公司治理模式），美国却似乎给世界开了一个不能“美美与共”的天大玩笑。2002年10月17日参议院民主党领袖托马斯·达施勒公布了一份有关公司财务丑闻的报告。这份报告指

① 蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社2001年版，第278页。

② 转引自齐斌：《证券市场信息披露法律监管》，法律出版社2000年版，第41页。

出，前不久发生的一系列公司丑闻给美国造成的经济损失超过 2000 亿美元。这份报告所涉及的公司有安然、安达信、世界通信、施乐、蒂科、奎斯特等。报告通过考察上述公司丑闻对储蓄投资、就业、退休金以及税收等多方面的影响，估算出丑闻造成的经济损失在 2000 亿美元以上。其中能源巨擘安然（ENRON）的独立董事们大概是当今企业界最不幸之人，连遭新闻媒体轮番轰炸，股东诉讼，国会质证。美国劳工同盟——工业组织协会声称：任何对原安然财务总监法斯托参与安然意在操纵盈利的账外交易构成的明显利益冲突视而不见而给予授权的董事都不配“董事”的头衔。10 名安然董事同时在另外 20 个公众公司担任董事，劳工同盟——工业组织协会要求这些公司下一年不再提名他们为董事人选，《商业周刊》为此刊发的文章标题：“一日安然董事，剥夺董事资格终生。”总之，美国人发明的世界范围的普遍推行的独立董事制度在自己的故乡正遭举国上下的口诛笔伐，恨不能把整个公司治理结构推倒重来。要求美国政府采取行动对付公司丑闻的呼吁更是强烈，改善公司治理的主张也是有史以来第一次进了总统的国情讲话，美国证券交易委员会（SEC）主席哈维·皮特则遭受着被谴责下台的巨大压力。纽约证券交易所设立了特别委员会研究其上市公司的治理问题。证券监督机构要求国会给予其管理公司董事的更大权力。机构投资者协会也提出与特拉华州（超过 30 万家公司在此注册）的法官会见表达他们对公司治理失败的愤懑。……不过，美国也许不是一个能扮好“牧羊人”角色的国家，但在“亡羊补牢”上却是勇气可嘉、且较成功的。正如 1929—1933 年股市崩溃之后诞生 1933 年证券法、1934 年证券交易法一样，2002 年 7 月 30 日美国总统布什签署了《公司改革法案》。该法案第 301 条要求对所有上市公司都必须设立审计委员会，且清一色的独立董事组成。另外对外部审计监督的强化也作了规定，SEC 专门设立了会计委员会。对财务造假的惩罚更加严厉，财务欺诈的公司主管最高刑将由 5 年提高到 20 年，新设立的证券欺诈罪最高刑可长达 25 年。

值得一提的是，与美国加重经营层、董事们的责任的改革相

反，日本为了防范经营判断萎缩的风险，实现经济复苏，做出了反其道而行之的减轻董事、监事的责任负担之修正。从日本 2001 年到 2002 年 5 月的一年时间里的四次公司法修改来看，公司治理的本质不在于公司所有者股东，而是在于具备独自监督机能的经营活动在证券市场上的评价，传统股东的概念代之以投资者保护的观念，大力推行一系列董事（包括独立董事）的责任减轻制度，善意或非重大过失或经股东大会特别决议通过等皆可一定范围内减责，甚至可签“事前免责合同”。

六、穿行于法治与德治的路上

“他山之石，可以攻玉”。外国的经验与教训带给我们无尽的思索：

其一，不能因噎废食——因为美国一些不成功经验而退缩，放弃对独立董事的引进、完善公司治理的追求，也不能因与国际接轨而盲目跟进、赶超现代化的浪潮，迷失自我。我们主张一种拿来主义，在有鉴别、有选择的基础上，从发生学的角度强调传统与现代、外来引进与内生固有的制度的互补、机制的耦合。它是一种新的双管齐下的公司监督机制，是对独立董事制度移植的否定论与激进论的一种批判与超越，以弥补公司监控机能之软化。我们有理由利用“时间差”免蹈西方国家之覆辙，把这一制度设计实行得更好，而不是沦为一种与国际接轨的点缀，或纯粹为一种对于公司代理人的复杂经营活动无动于衷的“现代稻草人”的摆设而已。为此，须择善而从，三思而行。对其独立性、工作时间、选任、激励与约束机制的保证、特别是对独立董事的责任应慎之又慎。这在我国发生独立董事第一案——陆文豪诉证监会案之后的法制反思中，更有必要。过严或过松的责任标准都不利于制度建设，前者不仅制约了公司开拓经营的手脚，从一定意义上会抽空独立董事的人才队伍。后者放任自流很可能导致出工不出力、好坏不分、形同虚设。国际经验表明，法律变革之道，一张一弛，主要取决一国的经济社

会的现时需要。

其二，“徒法不足以自行”。震惊全球的“安然”事件之丑闻带来的教训从反面也在证明这一道理，“有其法者，尤贵有人”。有论者指出，美国公司丑闻产生的核心原因，不是美国公司制度的运行规则，而是美国公司制度的理念过于强调技术性的制度设计，缺乏诚信道德的人的力量的支撑，结果导致美国公司中出现了集体越轨。如美国一位首席执行官布鲁斯·克拉夫林所说：“在我看来，我们的问题不是会计问题，而是道德问题。”绍罗什在接受英国广播公司电视记者的采访时也同样指出：“单靠规则是不够的，你需要原则。”^①

因此，如果说过去“无限制的信用是商业革命真正的润滑剂”的话，那么，今天发达的市场经济不仅是法制经济，也仍然是信用经济。诚实、守信永远是市场的基石，推动市场前进的真正力量并成为现代市场经济突飞猛进的加速器。

相比而言，我国驶入市场经济轨道时期不长，尽管客观上讲，我国传统文化中不乏“仁义礼智信”之诚信理念，如孔子云“民无信不立”，曾子三日而省己身即反思“与朋友交而无信乎？”晋商、徽商以诚招天下客，闻名遐迩，但这信用仍止于中国传统文化的一个修身养性之道，并未化为主流社会中的一种市场运作机制。相反，留下国人失信的历史面目挥之难去，市场现实中的欺诈劣根性积重难返。孟德斯鸠指出，虽然贸易很自然地激起人们诚信的感情，但它却从未激起中国人的“诚信”，中国商人有三种秤：一种是买进用的大秤，一种是卖出用的小秤，一种是供有戒备的人用的准确的秤。在他看来，之所以如此，是法律没有限制人们的违法贪利之念，为了安抚、稳定，“一切用暴力手段强取豪夺，都是受到

^① 参见《参考消息》，2002年7月15日第12版；7月2日第4版。转引自魏强：《公司制度的道德基础——美国公司丑闻事件的道德解读》，载 <http://www.civillaw.com.cn/jinrong/young>，2002-12-13。