



经济法文库 (商法系列)

Economic Law Library

上市公司独立董事制度 理论和实证研究

THEORY AND PRACTICE OF
INDEPENDENT DIRECTOR SYSTEM

© 徐明 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



上市公司独立董事制度 理论和实证研究

THEORY AND PRACTICE OF
INDEPENDENT DIRECTOR SYSTEM

◎ 徐明 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

上市公司独立董事制度理论和实证研究/徐明主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 12

(经济法文库·商法系列)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13176 - 3

I. 上… II. 徐… 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(2007)第 185783 号

书 名: 上市公司独立董事制度理论和实证研究

著作责任者: 徐 明 主编

责任编辑: 徐 音 华 娜 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13176 - 3/D · 1929

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 21.5 印张 398 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

经济法文库(商法系列)

Economic Law Library

○ 国际商事仲裁强行规则研究

● 上市公司独立董事制度理论和实证研究

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入WTO以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

2005年国庆节

诚挚的祝贺

(代 序)

李 飞*

我和我的同事能够出席这个国际研讨会,感到非常荣幸,在此,我谨代表全国人大常委会法制工作委员会对会议的顺利召开表示衷心的祝贺。

“完善独立董事制度国际研讨会”的召开,具有十分重要的意义。一是对制定独立董事条例具有重要咨询作用。由于各种原因,在修订《公司法》过程中,对在我国要不要建立独立董事制度,存在不少争论;对六年多来在我国上市公司中实行独立董事制度也存在不同的评价;对公司的治理结构在理论上又有不同的看法。这样,起草制定有关独立董事制度的具体规定,就面临不少难题。如何在总结实践经验基础上,借鉴其他国家和地区的做法,制定符合我国实际需要的独立董事规则,就需要做大量的论证工作。选择完善独立董事制度这个题目召开国际研讨会,事先把难点提供给国内外的专家学者和有实践经验的人士,作出专题研究,我想这必将对出台这个条例起到重要的咨询作用。二是对探索和逐步形成一种有效的立法论证咨询机制有重要作用。这就是说,在立法的前期、中期及法律制定以后,请各方面的专家学者和实务界有经验的人士,包括吸收国外的专家,共同开展系统全面的论证咨询,对提高立法质量,具有非常明显的作用。例如,全国人大常委会对《公司法》、《证券法》、《合伙企业法》三部法律的修订工作,就是在各方面的专家学者以及实务界人士在前期作了充分论证的基础上进行的。从实际效果看,这三部法律修订得非常好,符合我国推行资本市场发展

* 李飞,全国人大常委会法制工作委员会副主任。

的实际需要。这三部法律是在较短的时间内修订好的。所以,在公司立法、金融立法方面,我们正在探索走出一条建立咨询机制的民主立法、科学立法的路子。现在,全国人大常委会提出,在今后的立法中,要进一步实行科学立法和民主立法。我想,我们在商法领域所开创的这样一种咨询机制,可以说为我们今后开展民主立法、科学立法提供了一个非常好的典范。从这个角度讲,我们非常重视在上海开展这样一种论证咨询活动。因为,在座的专家都参加了去年和前年在上海举办的“中德公司法研讨会”,以及在这之前召开的“中日公司法研讨会”和“中美公司法研讨会”,这些都为我们修改《公司法》和《证券法》奠定了非常好的基础。我想,采取这种方式,对我们今后立法会起到非常大的帮助。这是我们选择在上海持续不断地进行系统咨询论证工作取得的经验和得到的好处。所以,在这个会议召开之际,我也想表明我们的一个观点,今后我们在立法当中要进一步开展系统的全面的咨询论证活动,为我国完善民主法制建设和立法工作找出有效的路径。

CONTENTS 目 录

第一章 上市公司独立董事制度的若干问题研究	1
第一节 健全上市公司独立董事制度需要 解决的几个问题	1
第二节 独立董事在中国:假设和现实	10
第三节 上市公司独立董事法律问题研究	18
第四节 上市公司独立董事的监管问题	28
第五节 独立董事法律责任的限制	46
第六节 我国上市公司独立董事职权、义务 和责任的重构 ——以独立董事和内部董事的区隔 为中心探讨	52
第七节 上市公司独立董事独立性的制度保障	59
第八节 上市公司独立董事“独立性”的法律 与政策考量	69
第九节 外资入股与银行独立董事制度	83

第二章 上市公司独立董事制度比较研究	96
第一节 新公司法框架下的上市公司独立董事 制度比较研究	96
第二节 关于独立董事制度若干问题的比较研究	115
第三节 独立董事制度的中外比较研究	145

CONTENTS 目 录

第四节	对我国上市公司独立董事制度的若干比较研究 ——论独立董事的特别职能、权利、 义务和法律责任	170
<hr/>		
第三章	上市公司独立董事制度境外经验借鉴	191
第一节	现代公司治理:董事会和独立 董事的角色	191
第二节	完善独立董事制度——我国台湾地区 的做法与经验	200
第三节	日本的公司治理与外部董事	214
第四节	外部董事在公司治理改革中 应发挥的作用	220
第五节	日本公司外部董事与独立董事的异同 ——以公司治理为视角	224
第六节	日本董事激励机制对我国完善独立 董事薪酬制度的启示	234
第七节	韩国公司法上的独立董事制度	240
<hr/>		
第四章	我国上市公司独立董事制度实证研究	252
第一节	论我国上市公司独立董事制度的完善	252
第二节	我国上市公司独立董事制度的 实证研究与建议	263

CONTENTS 目 录

第三节	从证券交易所的视角看我国上市公司独立董事制度的完善	273
第四节	我国上市公司独立董事制度的功能变迁及启示	286
第五节	上海外派董事、监事管理中心对完善我国独立董事制度的借鉴意义	298
<hr/>		
第五章	上市公司独立董事制度观点综述	303
第一节	上市公司独立董事制度的功能和独立董事的职权范围	304
第二节	上市公司独立董事的任职资格	305
第三节	上市公司独立董事的选任和任期	306
第四节	上市公司独立董事的数量和比例	308
第五节	上市公司独立董事与监事会的关系	309
第六节	上市公司独立董事的义务和责任	309
第七节	上市公司独立董事的行权方式和保障	311
第八节	上市公司独立董事的激励机制	312
第九节	上市公司独立董事的监管和自律组织	314
第十节	上市公司独立董事的评价、信息披露及其他	315
<hr/>		
附录	相关国家和地区独立董事制度规定	316

第一章 上市公司独立董事制度的若干问题研究

第一节 健全上市公司独立董事制度 需要解决的几个问题*

本节摘要 现在讨论健全独立董事制度的基础与2001年有了很大不同,即必须以2005年修订的《公司法》为基础,关注独立董事的独立性,注意在设置独立董事目的性上已有的共识。现在,应完善独立董事运营的法律制度,包括完善独立董事提名;妥善处理独立董事的报酬;使独立董事行使职权与发挥专业委员会作用统一起来,适应我国上市公司的需要,建立关联交易委员会;处理好独立董事与监事会的关系;处理好独立董事与其他董事的关系。还必须强调,独立董事是董事的一部分,应对其发挥公司法上已确认的约束机制的作用,上市公司独立董事约束机制的行政化不可取。

一、讨论健全上市公司独立董事制度的基础

中国证监会于2001年8月16日发布了《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,我国上市公司独立董事制度从此开始建立。但是,健全上市公司独立董事制度是一个过程,包括如何认识独立董事、如何使独立董事适应我国的特定环境、如何使独立董事融入我国的公司治理,需要回答和解决一系列问题。无疑,今天讨论健全独立董事制度的基础与2001年有了很大不同。

(一) 法律规范基础——2005年修订的《公司法》

2005年修订后的《公司法》第123条明确规定,“上市公司设立独立董事,具

* 王保树,清华大学法学院教授、博士生导师。

体办法由国务院规定”。这一规定否定了过去不设独立董事的主张,也否定了在独立董事制度和监事会制度中选择适用其一的主张,尽管后一种主张具有某些合理性。这一规定是上市公司设立独立董事的法律依据,同时也是今天讨论上市公司独立董事问题的新起点。换言之,今天讨论独立董事问题,是在《公司法》规定上市公司设独立董事的基础上进行讨论。

(二) 社会普遍的关注点——独立董事的独立性

不同国家实行独立董事制度或引进独立董事制度的动因是不同的。美国是实行独立董事最早的国家,其动因是解决公司股权分散情况下的“内部人控制”问题,即解决如何有效地监督公司 CEO 等管理层的问题。日本实行类似独立董事的外部董事制度,但它是在股权结构相对集中且有多年监事与监事会制度传统的背景下实施的。据立法者分析,除了考虑一部分公司到纽约证券交易所上市融资外,主要有感于以往监事会有两个久而未解决的问题:一是监事会成员的构成与实际产生程序有严重缺陷。公司法虽然规定了监事会的职权,但许多监事的素质不能适应行使法定职权的要求;同时,监事的实际产生程序,先天地使监事难于履行其监督职责。二是监事会不过问公司的人事与报酬,无法在必要的监督中制约董事。我国引进独立董事制度实际是在注意到在股权结构集中的背景下,控制股东支配公司,原有的监事会的监督难以达到预期效果,试图使独立董事在董事会中抑制控制股东支配行为,使董事会真正成为公司的董事会,成为反映全体股东利益的董事会。正是由于我国引入独立董事制度的特殊动因,我国从制度规则和实践上都不只是强调这种董事的“外部性”特征,更注重其“独立性”特征。

独立性是独立董事的生命。独立董事的独立性,应主要体现在其独立地位上,如《上市公司治理准则》第 49 条所规定的,独立董事“独立于所受聘的公司及其主要股东。独立董事不得在上市公司担任除独立董事外的其他任何职务”;对特定的事项发表独立意见而不受他人左右。或者如《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》所规定的,上市公司独立董事指的是不在公司担任除董事外的其他职务,并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务,维护公司整体利益,尤其关注中小股东的合法权益不受损害;独立履行职责,不受上市公司主要股东、实际控制人或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。

(三) 上市公司引入独立董事的一个重要共识——设置独立董事的目的性

实行独立董事制度的目的是什么?自引入独立董事以来,一直存在不同见解,可谓仁者见仁,智者见智。有人认为,独立董事是代表中小股东利益的。这

完全是一种误解。无论是就公司制度规则而言,还是就公司理念而言,董事应是公司的董事,是代表全体股东利益的,而不应代表部分股东的利益。实践中,由于大股东的支配地位,导致部分董事仅反映大股东的利益,这是对公司理念的违反,属于应矫正之列。但是,矫正也仅能通过独立董事对董事的监督,使董事会代表所有股东的利益,实现对大股东的制衡,而不是“矫枉过正”仅代表中小股东利益。因此,独立董事应在抑制控制股东滥用支配地位,特别是在监督和制止控制股东利用关联交易损害公司和股东利益上发挥应有的作用,这已越来越成为人们的一种共识,而不能对独立董事有超出其作为的过多期待。

进而言之,由于我国的上市公司仍没有改变股权结构集中的局面,独立董事进入公司后,所面对的是控制股东滥用权利的道德风险,主要矛盾并不是全体股东与经营者的矛盾,不是股东与经营者的代理成本,而是控股股东与中小股东的代理成本问题,所要解决的是如何防止少数控制股东对多数中小股东股权的剥夺。在股权结构分散的公司中,监督机制的着眼点大多不是针对股东,即使是独立董事,他直接指向的也是执行业务的董事和高级管理人员。在股权结构集中的公司,为适应防止控制股东滥用权利的需要,公司内部监督机制的着眼点应指向控制股东,其中,独立董事通过参与董事会监控控制股东可能对董事与高级管理人员的支配。为适应这一需要,必须通过独立董事参加董事会再造董事会的独立地位。

二、上市公司独立董事运营制度需要完善

为了保证独立董事的独立地位,为了恰当地确定独立董事地位并使独立董事制度发挥其功能作用,迫切需要解决以下问题。

(一) 独立董事如何提名

这是保证独立董事独立性的一个关键环节。董事会中已有独立董事并设置提名委员会的公司,无疑将由有独立董事参加的提名委员会提名。但初次实行独立董事制度的公司如何提名独立董事,这不仅对本次独立董事的选任有影响,也将对以后独立董事的选任产生重大影响。因为,一旦初次独立董事的提名有问题,由他参加的提名委员会就很难公正地做好以后的董事(包括独立董事)的提名工作。我国现有规章规定,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份1%以上的股东可以提出独立董事候选人,并经股东大会选举决定。独立董事的提名人在提名前应当征得被提名人的同意。提名人应当充分了解被提名人职业、学历、职称、详细的工作经历、全部兼职等情况,并对其担任独立董事的资格和独立性发表意见,被提名人应当就其本人与上市公司之间

不存在任何影响其独立客观判断的关系发表公开声明。^①这一规定提供了建立独立董事提名制度的基础,但尚有一些值得斟酌的地方。首先,没有区分实行这一制度的首次提名和公司建立独立董事制度之后的提名。首次提名之外的独立董事提名应由提名委员会提名,否则,提名委员会就会失去存在的意义。其次,规定单独或者合并持有上市公司已发行股份1%以上的股东的独立董事提名权有很大的合理性,因为它已经考虑了中小股东在提名独立董事上的权利。但是,持股1%是取得独立董事提名权的最低线,并无最高线。因此,这个规定也包括了控制股东,而控制股东提名独立董事,由于其拥有多数表决权,被提名者最容易当选。显然,这和实行独立董事制度的初衷是相违背的。再次,董事会提名也应考虑与控制股东有关联关系的董事的可能的消极作用。因此,应该考虑针对独立董事的初次选任,一些人提出的不应由具有支配地位的大股东提名,也不宜由董事会提名这种意见的合理因素。可以考虑维持已经实行的上市公司董事会、单独或者合并持有上市公司已发行股份1%以上的股东提出独立董事候选人的做法,但应同时规定,《公司法》第217条规定的控股股东、实际控制人没有独立董事候选人的提名权。并且规定,董事会在决定独立董事候选人提名时,与前述股东有关联关系的董事不得对该决议行使表决权。

(二) 独立董事的报酬

这也是影响独立董事独立性的重要问题。显然,独立董事的报酬不宜与执行业务的董事同等对待。他们的报酬不宜过高,尤其不宜与公司业绩挂钩。因为,这样容易使其与公司有重大利益关系,影响其独立地位。当然,没有报酬或者过少,缺少必要的激励,无法使其真正负起责任。此外,报酬的发放也宜有利于独立董事坚持独立性。

(三) 独立董事行使职权应与发挥专业委员会作用统一起来

《关于上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定,独立董事行使职权应取得全体独立董事的1/2以上同意。显然,这里的“行使职权”包括发表独立意见。必须注意的是,凡实行独立董事制度的公司,也都应按照《上市公司治理准则》在董事会中设置专门委员会。因此,应将独立董事行使职权与发挥董事会专门委员会的作用统一起来。国外的实践表明,没有董事会专门委员会,很难使独立董事发挥作用。考虑到专门委员会是一种组织形式,有团体决定事项的机制,应该将现行规则中的独立董事职权进行梳理,凡是能归入委员会行使职权范围的,均应作为委员会的职权。

《上市公司治理准则》规定,上市公司董事会要按照股东大会的有关决议,

^① 参见《关于上市公司建立独立董事制度的指导意见》(中国证监会,2001年8月16日)。

设立战略委员会、审计委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会等专门委员会。专门委员会成员全部由董事组成,其中审计委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应占多数并担任召集人,审计委员会中至少应有一名独立董事是会计专业人士。为了使独立董事制度与专业委员会制度统一,在保留上述委员会的同时,考虑到我国实行独立董事的目的,应建立全部由独立董事组成的关联交易委员会,将独立董事单独对关联交易发表独立意见的做法改为由关联交易委员会提出意见。不仅如此,还应考虑使专业委员会的提案不因经过董事会而成为进入股东大会的障碍。相反,应能使其顺利进入股东大会,作为股东大会的决议事项进行审议。换言之,为了保证董事会召集股东大会的职权的顺利行使,专门委员会提出的凡是应由股东大会作出决议的事项,均应提交董事会并由其列入股东大会议程。但是,为了使专门委员会提出的议案不被董事会的多数任意否决,可考虑董事会仅审查专门委员会所提议案的合法性,凡不违反强制性法律规定的,均应作为需决议的事项列为股东大会议程。

(四) 处理好独立董事与监事会的关系

上市公司采用独立董事制度,是在现有公司法的框架内进行的。我国公司治理不同于美国的公司组织机构,也不同于日本公司治理中的选择制。根本不同在于,所有公司仍设有监事会。依公司法规定,监事会具有监督董事、经理的职能,这是法定的、不可剥夺的职权。我们注意到,立法者在如何规定独立董事问题上是有犹豫的。国务院提请审议的《中华人民共和国公司法(修订草案)》规定“上市公司董事会成员应当有 1/3 以上的独立董事”,并对独立董事的任职资格、职权范围、工作程序和退出机制等作出明确规定。^②但在第二次审议公司法修订草案时,审议稿修改为“上市公司可以设立独立董事,具体办法由国务院证券监督管理机构规定”。同时,法律委员会的情况汇报指出,“按照修订草案的规定,上市公司除设立监事会外,还要设立独立董事并在董事会中设立审计委员会、薪酬委员会等专门委员会。有些常委委员、全国人大代表和地方、部门、企业、专家提出,公司监事会的职能和董事会中设立的专门委员会的监督职能有交叉,法律不宜强制要求所有上市公司都必须设两套监督机构。财经委员会建议对修订草案规定的上市公司设监事会、独立董事等多层监督关系加以梳理,避免监督层次过多,职责不清,影响监督效果和公司决策、运行的效率。法律委员会经同国务院法制办研究认为,从实践看,我国公司的监事会制度和独立董事制度都还需要进一步完善,以有效地发挥监督作用。从国外规定看,有些国家实行独立董事制度,有些国家实行监事会制度,都没有强制规定公司必须设立两套监督

^② 参见曹康泰:《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明》(2005年2月25日)。

机构。考虑到本法已经明确规定股份有限公司都要设立监事会,对在上市公司中推行独立董事制度的问题,宜只作上市公司可以设立独立董事的原则性规定,为实践中进一步探索留下空间。”^③这表明,立法者根据审议中的意见,注意到独立董事与监事会职能的交叉,将必须设立独立董事改为可以设立独立董事。这样,设立独立董事就仅仅是一个可选项了。但在公司法修订草案第三次审议中使草案的规定回到了原点,即“上市公司设独立董事,具体办法由国务院规定”(《公司法》第123条)。但这并非否定了二次审议中提出的意见,只是尊重“迄今为止,所有的上市公司都已按照规定设立了独立董事”^④。如此冗长的引述是想说明一个事实,即立法者已经注意到独立董事和监事会的职责交叉。因此,在健全上市公司监督机制中应立足于使其真正发挥作用,既要发挥监事会的作用,又要发挥独立董事的作用。如果两者在实践中发生冲突,根据公司法的精神,一是要强调各司其职,一是要强调监事会监督所有董事和高级管理人员,包括独立董事。而独立董事的监督只是在董事会的层面上,不能代替监事会的监督。

(五) 处理好独立董事与其他董事的关系

妥当处理独立董事与其他董事、高级管理人员的关系,是公司内部监督机制再造的重要条件和不容忽视的因素。无疑,独立董事在董事会中的监督地位是被肯定的,但从境外的实践与经验看,独立董事作为监督者与被监督者之间存在着两种关系:一是制约关系;二是建设性的合作关系。

国外通常在两方面发挥独立董事的作用:一是顾问作用,二是监督作用。^⑤就前者而言,独立董事与其他董事、高级管理人员是一种互补关系,它直接构成董事会决策科学化的一个因素。无论从什么意义上说,它都不构成对董事、高级管理人员的制约。以此发展,独立董事与其他董事、高级管理人员之间应存在和谐相处、建设性合作的关系。这一点,已开始为一些发达国家的公司治理所重视。

毋庸置疑,独立董事与其他董事、高级管理人员之间的和谐相处、建设性合作关系应是公司治理应有之义。从公司治理的根本目标而言,执行业务的董事行使业务执行的职权,经理等高级管理人员行使日常的经营管理权,都是为了实

^③ 洪虎:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉修改情况的汇报》(2005年8月23日)。

^④ 杨景宇:《全国人大法律委员会关于公司法(修订草案三次审议稿)修改意见的报告》(2005年10月25日)。

^⑤ 参见〔加〕布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论与结构与运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第652页。

现公司的根本目标,并进而实现股东的利益;同样,独立董事的监督也是为了实现公司的根本目标,并进而实现股东的利益。管理是为了追求公司的效率,监督也是为了公司的效率。没有管理的效率不能实现公司的目标,没有监督就不可能有持久的效率,因而两者是一致的,并且是形成和谐相处、建设性合作关系的出发点和归宿。换言之,独立董事为了追求公司根本目标的实现而需要对其他董事、高级管理人员监督,同样,独立董事为了追求公司根本目标的实现也需要与其他董事、高级管理人员进行和谐相处,并进行建设性合作。

独立董事源于美国,但美国人在发挥独立董事监督功能作用之时,也很注意其与其他董事与高级管理人员和谐相处与建设性合作的问题。他们认为,“监管通常是创新的敌人,然而创新又是进步的活力与源泉。联邦立法要求独立董事充当‘看家狗’,事实上将监管者置于商业经营者的位置上。如果美国公司要继续引导世界潮流,他们的独立董事必须学会在不抑制创新的同时扮演好‘看家狗’的角色。”^⑥在他们看来,“人们总是很容易偏向那些完美的‘看家狗’一边,但是这些人的商业保守性倾向很可能使公司变得僵化。”所以主张,“为公司展示出富有建设性前景,需要一种有特殊本领的‘看家狗’。原因很明显,风险审查者持保守立场对自己会更安全一些。因此,审计委员会成员的品格在促进公司形成鼓励适度创新的企业文化方面至关重要。”^⑦持此主张者还极力推崇董事会(包括独立董事)积极参加战略计划的制订并为此出谋划策,认为董事与管理者一道投身于公司战略计划的制订可以减少与管理层之间因董事会履行“看家狗”的职责而产生的隔阂,为团队集体努力奠定基础。^⑧上述表明,美国在强调独立董事行使职权的同时,也充分注意到减少独立董事因行使职权可能产生的与管理层产生的隔阂,并且致力于独立董事更富有建设性。这些是很值得我们注意的。

当然,监督、制约与和谐相处、建设性合作并非完全是一回事,两者应是一个事物的两个方面。独立董事监督其他董事、高级管理人员,存在其与其他董事、高级管理人员的制约关系,从这个意义上说,两者有对立的一面。没有这一面,独立董事混同为其他董事、高级管理人员,甚至,当一个公司的控制股东支配董事、高级管理人员违反法律、行政法规、公司章程的规定,滥用关联关系给公司造成重大损失时,独立董事与他们同流合污,该公司的独立董事的设置就完全失去存在的意义,甚至导致该公司治理崩溃。但是,这种对立并不是敌对,不是势不

⑥ [美]马丁·洛伊:《公司治理:公众公司董事指南》,刘燕译,法律出版社2005年版,第162页。

⑦ 同上书,第163页。

⑧ 同上书,第164—165页。