

# 董事会委员会与公司治理

谢增毅\*

内容提要:董事会承担公司的重大决策和监督经理层的角色,但董事会作为会议体机关存在缺陷。董事会委员会的设立可以弥补董事会的缺陷,并有利于独立董事发挥作用。委员会的产生和权力的立法模式不同,美国的模式值得借鉴。典型的董事会委员会包括提名、薪酬和审计委员会,他们在实践中发挥重要作用。我国应当将委员会纳入公司法中,同时委员会制度以及公司治理的完善需要公司法和其他法律、证券交易所规则、公司治理准则、公司章程的协同努力。

关键词:公司 董事会 董事会委员会 公司治理

## 一、问题的提出

经济合作与发展组织在2004年新发布的“公司治理原则”中指出,公司治理框架应当确保董事会对公司的战略指导和对经理层的有效监督,并向公司和股东承担责任。<sup>[1]</sup>随着实践的发展,人们对公司治理的理解也在发生变化。传统上认为公司治理是公司的结构以及股东、董事、经理和其他利害关系人权力和职责的配置;现在的公司治理则更关注公司经理层的行为,核心是如何确保经理层胜任职务,公正、合法地履行职责。<sup>[2]</sup>因此,董事会法律构造和实践的运行必须确保董事会有效行使重大决策和监督的功能。监督经理层尽职、合法地经营公司正是董事会的功能。相应地,“公司董事会法律改革的主要焦点是其监督经理人员的角色,也即通常所称的董事会监督职能”。<sup>[3]</sup>因此,如何确保董事会功能尤其是监督功能在公司实践中的有效发挥是公司法和公司治理实践的重要课题。对董事会的法律安排,学者更关注董事会的机关性质和权力构造,对其功能的现实发挥则缺乏应有的关注和研究。实际上,人们不仅应该关注董事会的机关性质、权力内容、董事会会议的召集和举行、董事的义务和责任、独立董事的作用,还应该关注董事会的结构和组成,具体行使董事会权力的机关或主体及其分工,董事会闭会期间权力如何运行等有关董事会权力如何落实的问题,以确保董事充分掌握公司信息,董事会作为一个集体真正承担起重大决策和监督的功能。

如何保证董事会有效发挥其功能是一个综合的课题,就董事会的结构和组成而言,笔者认为,董

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

[1] OECD: *OECD Principles of Corporate Governance*, p. 24, 2004.

[2] S. Donald Gonsou, *Corporate Governance in the Global Economy*, Presented at Tsinghua Law School, 19 May, 2004.

[3] Lynne L. Dallas, *the Multiple Roles of Corporate Boards of Directors*, *San Diego L. Rev.* (Fall 2003), p. 782.

董事会内部委员会的设立和运行是确保董事会有效发挥其功能的重要内容。这一点可以从最近的公司立法、证券交易所规则和公司治理准则中得到体现。2002年,美国在公司财务丑闻不断发生的背景下,及时出台了《2002年萨贝恩斯-奥克斯利法案》(Sarbanes - Oxley Act of 2002, SOA of 2002),该法案的重要内容之一就是授权美国证券交易委员会(SEC)发布规则要求上市公司建立符合该法要求的审计委员会,该法案并对审计委员会的权力、审计委员会成员的独立性、工作程序以及经费来源做了详细的规定。<sup>[4]</sup>2002年,日本在修改商法特例法时,在大公司中引入了美国模式的公司治理结构。引人瞩目的是商法特例法将实行美国模式的大型公司直接称为“设置委员会公司”,该强制规定了设置委员会公司必须设立提名、薪酬、审计委员会,并对委员会的权限、委员会的运营进行了详细的规定。<sup>[5]</sup>美国纽约证券交易所(NYSE)在2003年11月经SEC批准的上市规则中,也要求公司必须设立提名/公司治理委员会、薪酬委员会以及审计委员会,并且对这些委员会的组成、目的和权力做出严格规定。<sup>[6]</sup>值得注意的是,1999年OECD发布的“公司治理准则”在董事会的职责部分并未涉及董事会委员会的问题,但至2004年修订该准则时,就将董事会委员会的内容纳入了该文件中,指出“如果董事会设置委员会,那么董事会应该清楚界定委员会的权力、组成、工作程序并给予披露”。同时,还对设置委员会可能产生的问题和应采取的措施做出说明。<sup>[7]</sup>从以上立法、交易所规则和公司治理准则的变化中,可以看出委员会在公司实践中已被广泛采用;在公司治理中发挥着重要作用,决定或者参与决定公司的重大决策并履行监督管理层的职责。在美国,“董事会委员会承担着越来越重要的角色,尤其在公开公司。”<sup>[8]</sup>令人遗憾的是,在已有的文献中,国内学者从法律角度对董事会委员会制度的研究似乎尚属空白。由于委员会是董事会的组成部分,而董事会是公司的主要机关,因此,本文对委员会制度的探讨将置于董事会和公司治理框架的背景下进行,分析董事会委员会设立的原因和意义、委员会权力的构造和职责,并对我国董事会委员会的规定和实践做出评价和展望。

## 二、董事会的缺陷与委员会的设立

董事会委员会通常指由董事会设立的、由公司董事组成的行使董事会部分权力或者为董事会行使权力提供帮助的董事会内部常设机构。公司可能设立由经理层专家组成的委员会来考虑公司经营的问题,该种委员会属于公司执行业务的经理层的一部分,并非董事会委员会。<sup>[9]</sup>此外,董事会可能任命部分董事和董事之外的专家组成某种委员会为公司提供咨询意见,这种委员会也不属于董事会委员会。只提供咨询或者属于经理层的委员会都不是董事会委员会,董事会委员会必须是在一定程度上可以代替董事会行使权力并由董事组成的委员会。<sup>[10]</sup>在董事会中,审计委员会(Audit Committee)、薪酬委员会(Compensation Committee)和提名委员会(Nominating Committee)是公司尤其是公开公司广泛设立的。此外,大型的公司一般也设立执行委员会(Executive Committee)。

为什么公司需要设立董事会委员会?笔者认为,委员会的设立与董事会自身的缺陷密切相关,而委员会的设立和运行可以在一定程度上弥补董事会自身的不足。

### (一) 董事会作为会议体机关存在缺陷

[4] See, Sarbanes - Oxley Act of 2002, Sec. 301.

[5] 参见日本关于股份公司监察的商法特例法(2002)第2章第4节,吴建斌主编:《日本公司法规范》,法律出版社2003年版,第245页以下。

[6] Section 303A, NYSE's Listed Company Manual, November 2003.

[7] 前引[1],p. 65.

[8] Lewis D. Solomon, *Corporations: Examples and Explanations* (2nd Ed.), Little, Brown and Company, 1994, p. 188.

[9][10] 罗伯特·W·汉密尔顿:《公司法》(英文版),法律出版社1999年版,第264页。

董事会尽管是公司的必设和常设机关,<sup>[11]</sup>但董事会是会议体机关,<sup>[12]</sup>董事会重大决策和监督权的行使只有在董事会会议上可以进行,即董事会行使权力必须召集董事会,由全体董事在董事会会议上集体讨论并形成董事会决议;董事个人包括董事长,在董事会会议之外均不能单独决策或行使监督权力。而在大型公司,董事的人数通常较多,召集和举行董事会并非易事,董事会每年召开的次数有限,董事聚集在一起讨论和作决议的时间很短,难以有效地行使董事会权力。更重要的是,由于董事会是会议体机关,董事会通常较适合对已经形成的议案进行讨论和表决,而议案本身的形成和提出,诸如公司董事候选人的挑选、经理人员的挑选、董事和经理层的薪酬方案等事项具有相当的专业性,需要依靠个人的专业技能并需要董事会开会讨论之前的广泛调查和深入研究方能形成周密的议案,这些议案很难依赖董事会集体形成和提出,而需要常设的机构在董事会闭会期间草拟和提出以供董事会会议讨论和表决。另外,诸如评估经理层的表现和对董事和经理层执行职务的审计,也需要监督主体在董事和经理层日常履行职务的过程中加以考察和评估,仅仅依靠董事会会议的讨论也是不够的。董事会作为会议体的局限十分明显。在美国,董事会主要由外部董事组成,这些董事通常也忙于经营自己的企业,很难期待他们对公司事务投入很大精力;而且大公司的董事会都是兼职的,一年平均召开 10 到 12 次会议,每次的会议时间平均大约只有 4 个小时,在董事会会议上无法对公司的许多特定事项进行深入的审查。<sup>[13]</sup>例如,曾经轰动一时的美国世通公司丑闻中,世通公司实施了一系列大的收购行为,而董事会在监督和影响公司方面几乎无所作为。公司的官员称,董事会再三通过了收购和其他决定,但实际上董事会信息很少,甚至毫无知情,也没有任何的质询。<sup>[14]</sup>由于董事会会议往往流于形式,无法对议案进行深入的讨论,董事会讨论的议案由谁提出,议案的内容是否维护公司和股东的利益,董事会闭会期间如何发挥作用,这些问题就显得格外重要。如果没有董事会内部的常设机关,董事会讨论的议案将更多依赖于公司的经理层或 CEO 提出,这可能使董事会的决议更多地反映经理层的意志或者实际上使经理层和 CEO 摆脱董事会的监督。董事会委员会的设立和良好运行则可以帮助董事会形成议案并在董事会闭会期间发挥董事会的作用,以克服董事会作为会议体的缺陷。

## (二) 总经理(CEO)中心主义的公司文化使得董事会无法真正独立发挥作用

如何确保董事会的组成以及董事会集体决策时真正独立于公司的管理层,尤其是 CEO,是困扰美国学者的一个问题。人们可以感受到在公开公司中,许多公司已经形成了以 CEO 为中心的文化,CEO 并没有受到有效的监督。<sup>[15]</sup>在实践中,许多公司的董事会听从于 CEO,沦为 CEO 决定的橡皮图章。这种缺陷在中国的公司治理中也存在。其主要原因在于:

第一,CEO 是公司最强有力的人物,拥有最充分的信息来源,并且全面负责公司的日常管理。因此,董事在履行职责时,自然地更倾向于依赖 CEO 的个人决定,他们相信 CEO 拥有最充分的信息并且最了解公司。但是,从监督的角度而言,董事过分依赖 CEO 的现象应该改变。如果董事会没有独立的信息来源,就无法证实公司治理的真正水平,对公司现状的了解也将非常有限,这将影响董事在充分掌握信息的基础上做出最有利于公司和股东利益的决定。当董事长和 CEO 由同一人担任时,CEO 中心主义的表现更为突出。因为,CEO 控制公司的日常经营,董事长则控制着监督公司总体表现的机构——董事会,这将危害董事会独立进行监督的能力。

[11] 王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 211 页。

[12] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 447 页。

[13] 前引[9],汉密尔顿书,第 336 页。

[14] E. Norman Veasey, Policy and Legal Overview of Best Corporate Governance Principles, *SMU L. Rev.* (Fall 2003), p. 2138.

[15] R. William Ide, Post - Enron Corporate Governance Opportunities: Creating a Culture of Greater Board Collaboration and Oversight, *Mercer L. Rev.* (Winter 2003), p. 833.

第二,导致 CEO 中心主义的另一原因是董事提名的问题。例如,在美国,CEO 传统上在决定董事的人选上有很大声音,<sup>[16]</sup>CEO 一般领导董事选拔的程序,而且董事候选人一般从 CEO 的朋友、熟人或者与自己有同样身份的人当中挑选;因此这些董事个人或者集体背负着受惠于 CEO 的包袱,往往不愿对 CEO 的决定提出质疑。而且 CEO 兼任其他公司董事的做法比较流行,如果 CEO 作为其他公司的董事对该公司 CEO 的决定提出质疑,那么 CEO 也会面临来自于自己公司董事会的质疑。

第三,董事会的成员在任职的公司没有经济上的利害关系。若没有通过持有公司股票将董事利益和股东利益捆绑在一起,董事就缺乏动力确保公司的良好表现。<sup>[17]</sup>

在 CEO 中心主义的公司文化下,董事会作用的发挥可想而知。而通过在董事会内部设立委员会并使其发挥作用,可以在一定程度上克服 CEO 中心主义的现象。委员会的运行,尤其是审计委员会在董事会闭会期间的运行,将使董事拥有更多的信息,减少对 CEO 的依赖;提名委员会的运行也将有助于解决董事提名程序不合理的问题,确保董事独立于公司的经理层;薪酬委员会的运行有利于薪酬方案的制订更为合理,从而为包括独立董事在内的公司高级管理人员提供有效的激励。如果董事会不设立委员会,独立董事的作用也难以得到充分的发挥。美国的学者也认为,现行州法关于治理的法律欠缺的不是独立董事在事后履行其职责,而是无法确保独立董事遵循体现在自律组织规则中的监督程序。<sup>[18]</sup>因此,必须建立独立董事发挥监督作用的场所和机制。委员会全部或主要由独立董事组成并行使董事会的权力,是确保独立董事真正独立并使董事会发挥功能,防止“总经理(CEO)中心主义”的重要机制。“一旦董事会整体的组成问题得到解决,董事会至少应该设立三个委员会,提名/公司治理委员会、薪酬委员会和审计委员会,这些委员会对于董事会履行监督职能至关重要”。<sup>[19]</sup>

### (三) 董事存在角色冲突

某些国家尤其是美国和英国,由于制定公司战略的需要,公司经理层兼任董事非常普遍。美国公司的 CEO 通常兼任公司的董事甚至董事长,这往往会造成角色的冲突。CEO 作为董事,处于自己监督自己的地位。很多董事会的决议事项,诸如评估 CEO 的表现,制定 CEO 以及其他高级管理人员的薪酬方案,公司高级管理人员的任免,当 CEO 或者其他高级管理人员在场时,并不适合进行讨论和做出决议,这些事项让全部由独立董事组成的委员会决定更能保证董事会的独立判断。<sup>[20]</sup>

### (四) 董事会内部需要合理分工

董事会行使重大决策和监督权决定的事项具有相当的专业性,无论是董事和 CEO 候选人的挑选、薪酬方案的制定,还是公司内部的审计都需要一定专业技能。在董事会内部设立相应的委员会,便于董事之间的分工,提高董事的素质和经验,也更容易明确董事的义务和责任。

从美国 2002 年 Sarbanes - Oxley 法案以及 NYSE 的规则中对委员会不惜重墨的规定来看,委员会似乎可以帮助董事会更好的发挥其本应有的作用。学者也对委员会的作用持肯定的态度,“一项被广泛采纳的董事会结构的变革是,在理论和实践中,董事会被分成不同的委员会,这些委员会分别负责不同领域的事务。董事会的工作在不同的委员会中进行分工,并且通过委员会的实施,外部董事能够更容易加强他们的监督并参与公司事务。”<sup>[21]</sup>因此,委员会对于克服董事会的缺陷、发挥独立董事的作用,确保董事会功能的发挥十分重要。

就董事会和委员会的关系而言,当委员会和董事会的意见发生分歧时,如果委员会决议的事项依

[16] 前引[9],汉密尔顿书,第 336 页。

[17] 前引[15],R. William Ide, pp. 839 - 841.

[18] Ibid, p. 854.

[19] Ibid, p. 859.

[20] Steven L. Emanuel, *Corporations* (4th Ed.), Aspen Law & Business, 2002, p. 69.

[21] Lewis D. Solomon, Donald E. Schwartz, Jeffrey D. Bauman, Elliott J. Weiss, *Corporations Law and Policy: Materials and Problems* (Third Edition), West Publishing Co., 1994, p. 652.

照法律或公司规定属于委员会可以单独作出决定的,董事会无权修正委员会的决议,这是确保独立董事以及委员会独立判断所必需的。除此之外,由于委员会只是董事会的内部委员会并且行使董事会的授权,委员会和董事会的分歧应该在董事会的会议上得到解决。<sup>[22]</sup>

### 三、董事会委员会权力的立法构造与主要职责

#### (一) 董事会委员会权力的立法构造模式

##### 1. 日本模式

根据日本商法特例法,在设立外部董事的设置委员会公司中,公司必须强制性地设置提名委员会、薪酬委员会和审计委员会。<sup>[23]</sup>委员会分别由 3 人以上董事组成。但超过各委员会半数的成员,须为外部董事并且非为设置委员会公司执行经理的人。委员会的设立,法律规定“组成委员会的董事依董事会的决议确定。设置委员会公司设立时,亦同。”<sup>[24]</sup>因此,委员会的设立无需经过股东大会批准,董事会可以自行决定。

关于委员会的权力,日本法赋予委员会对许多事项独立于董事会的单独决定权。例如,商法特例法规定,提名委员会有权决定向股东大会提出的关于董事选任及解任议案的内容;审计委员会拥有董事及执行经理执行职务的审计和向股东大会提出关于审计员选任、解任及不连任议案内容的决定的权力;薪酬委员会有权决定各个董事及执行经理的报酬。<sup>[25]</sup>换言之,委员会在自己的工作范围内可以单独决定这些事项,而不仅仅是向董事会推荐或者建议,这些事项无需经过董事会的批准。

##### 2. 美国模式

相比日本商法特例法的强制性规定,除了 2002 年萨贝恩斯 - 奥克斯利法案对上市公司审计委员会的设立和权力做了强制性规定外,美国各州公司法关于委员会的规定较为灵活,主要为任意性规定。各州公司法的模范——美国模范公司法(MBCA)规定,除非该法另有规定,或者公司章程或者工作细则另有规定,董事会可以设置一个或数个委员会并且任命一位或数位董事会的成员任职于委员会。<sup>[26]</sup>就委员会的设立程序,MBCA 规定,委员会的设立及成员的任命由以下二者中的多数通过:(1)决议做出时全体董事的多数;(2)公司章程或工作细则中要求的通过决议的董事人数。<sup>[27]</sup>

关于委员会的权限,MBCA 规定,根据董事会决定或者公司章程、工作细则规定,委员会可以行使董事会的权力。但是,委员会不能行使以下权力:(1)授权或者同意公司分配,除非根据董事会规定的方案或者方法,或者在限制的范围内;(2)批准或者向股东大会提议依据该法必须经过股东同意的事项;(3)填补董事会职位的空缺或者委员会职位的空缺,除非该法另有规定;(4)制定、修改或者废除公司的工作细则。由于这些事项关涉股东的直接利益或者属于公司的重大事项,应该由全体董事组成的董事会或者股东大会做出决定,不宜由董事会内部委员会直接做出。显然,MBCA 对委员会的授权是基于正反两面的考虑,一方面赋予委员会适当的权力是合理的,有助于庞大和分散的董事会功能的发挥;另一方面,董事会权力过多地授予某个委员会,甚至完全取消董事作为整个董事会一员的职责也是明显不妥的。过于宽泛的授权也会增加董事会基本权力被侵占的风险,如果董事会的权力授予被小集团控制的委员会。<sup>[28]</sup>

美国特拉华州公司法作了和 MBCA 相类似的规定,但在委员会不能行使的权力中,其规定更为

[22] The Smith Guidance 1.5, July 2003.

[23] 日本关于股份公司监察的商法特例法 21 条之 5(2002),前引[5],吴建斌书,第 247 页。

[24][25] 前引[5],吴建斌书,第 248 页。

[26][27] Model Business Corporation Act (MBCA), §8.25 (a), (b).

[28] Melvin Aron Eisenberg, *Corporations and Business Associations: Statutes, Rules, Materials and Forms*, the Foundation Press, Inc., 1996, p. 365.

宽松。即除了批准、制定或者向股东推荐公司法中明确规定必须由股东同意的事项,制定、修改或者废除公司的工作细则之外,委员会可以由董事会决议或者公司工作细则规定行使董事会的权力。<sup>[29]</sup>

在以上两种立法模式中,日本关于委员会的规定具有很强的强制性,公司设立的委员会类型以及委员会行使的权力都由法律直接规定,而且委员会对负责的工作事项享有独立的决定权。美国关于委员会的规定以公司法中的任意性规定为主。关于委员会的类型公司法并没有强制性的要求,委员会的权力也主要依靠公司章程或者董事会决议的授权,公司法并不排除委员会行使董事会的权力。

## (二)委员会的主要职责

本文主要讨论委员会中被广泛采用的提名委员会、薪酬委员会和审计委员会的主要职责。由于公司法或者特别法对委员会的具体权力和职责并没有全面的规定,交易所规则和公司治理准则,通常仅做出最低的要求或者建议,具体而详细的安排则留给公司自行规定,因此,委员会的职责主要是公司实践的做法。关于委员会具体承担的职责,以下主要参考美国的做法,分析提名委员会、薪酬委员会和审计委员会的主要职责。

### 1. 提名委员会

提名委员会亦被称为提名/公司治理委员会,为了确保其独立性并发挥监督作用,一般该委员会应全部或主要由独立董事组成。提名委员会的主要职责是:(1)确定董事的适格人选,确保他们符合董事会通过的标准,选出董事候选人或向董事会推荐由董事会选出董事候选人供股东大会选举董事;(2)制订并向董事会推荐适合于公司的治理原则;(3)监督董事会和经理层履行职责情况的评估报告。

“提名/公司治理委员会对董事会功能的有效发挥起到核心作用”,<sup>[30]</sup>董事以及委员会的提名是董事会最重要的职能之一,由独立董事组成的提名委员会决定或者推荐董事和委员会的提名有助于确保被提名者的独立性和素质。除了在提名董事中发挥作用,提名委员会在选择合适的人选担任公司 CEO 发挥不可或缺的作用,提名委员会应该制定选任 CEO 和评估其表现的标准。同时,提名/公司治理委员会在公司治理的设计中发挥领导作用,委员会应该草拟并向董事会推荐公司治理的指引供董事会制定,一旦董事会通过了公司治理的指引,提名/公司治理委员会应该监督董事会的表现,确保公司治理的指引得到遵守并随形势变迁不断得到更新。

### 2. 薪酬委员会

薪酬委员会通常也全部或主要由独立董事组成。薪酬委员会通常履行的职责包括:(1)审查和批准与 CEO 薪酬相关的公司目标,根据公司的目标评估 CEO 的表现,根据评估单独或者与其他独立董事一起决定和批准 CEO 的薪酬;(2)向董事会推荐 CEO 之外的人的薪酬计划;(3)在美国,薪酬委员会还必须依照要求向 SEC 提交一份薪酬委员会的报告。在英国,根据有关的公司治理准则,薪酬委员会的职责至少应该包括制定所有的执行董事、公司董事长以及公司秘书的薪酬。至于非执行董事的薪酬则应当由董事长和董事会中的执行董事决定。董事或者经理不应该参与有关自己薪酬的任何决定。<sup>[31]</sup>

薪酬委员会的作用日渐重要,合理的薪酬方案可以激励董事以及其他高级管理人员为公司创造价值,如果薪酬方案不合理,不仅将减少股东的回报,使公司利润减少,而且将使公司管理人员关注公司短期的表现而不是长期的成长。许多评论人士指出,“美国过去几年的公司丑闻直接或者间接都来源于公司主管过高的薪酬,尤其是股票期权和其他激励性的薪酬”。<sup>[32]</sup>NYSE 的薪酬丑闻正清楚地表明,确保一个独立的薪酬委员会合理制定高级管理人员薪酬的重要性。

[29] *Delaware General Corporation Law*, §141 (c).

[30] 前引[6]。

[31] Higgs *Suggestions for Good Practice* (UK), January 2003.

[32] Paula J. Dalley, *Public Corporate Governance under the Sarbanes - Oxley Act of 2002*, *Okl. City U. L. Rev.* (Spring 2003), p. 188.

### 3. 审计委员会

审计委员会也是大型公司普遍设立的委员会,尤其在美国,不但交易所的规则有强制性的要求,其成文法也有强制性规定。审计委员会一般也全部或主要由独立董事构成,以确保审计委员会能独立履行审计职责。审计委员会在帮助董事会履行财务管理和财务报告方面的职责,确保公司外部审计的独立性发挥了核心的作用。根据美国1934年证券交易法下的10A-3规则,<sup>[33]</sup>2002年的SOA法案,<sup>[34]</sup>以及NYSE规则,<sup>[35]</sup>审计委员会必须至少包括三名成员,每名成员应该具备财务知识,而且至少一名成员必须拥有会计或者相关财务管理的专业技能。审计委员会的所有成员必须由独立董事组成。委员会至少应该帮助董事会监督(1)公司财务报告的真实性和(2)公司遵守法律和监管的要求,(3)独立审计人的资格和独立性,(4)公司内部审计职能和独立审计人的表现。

审计委员会的具体职责主要包括以下内容:<sup>[36]</sup>

1. 与会计公司相关的职责。审计委员会在作为董事会委员会的范围内,直接负责公共会计公司的选拔、决定其报酬、决定公司和会计公司聘任关系的维持并且监督会计公司的工作;而且会计公司也必须直接向审计委员会报告工作。

2. 聘请顾问。当审计委员会认为履行其职责而必要时,审计委员会有权聘请独立的顾问。

3. 建立程序解决有关会计或者审计事项的投诉和建议。

由于审计委员会的审计工作是对公司经理层以及董事长和董事会的监督,因此,如果审计委员会和董事会发生分歧,如何解决是一个重要问题。理想的解决办法是委员会和董事会就分歧的问题进行充分的讨论。如果分歧无法解决,审计委员会应该享有这样的权力,即在公司的年度报告中就分歧的事项向股东进行披露。<sup>[37]</sup>

## 四、我国董事会委员会制度的实践与展望

### (一) 我国现行董事会委员会制度的评析

我国公司法中并没有关于委员会的规定。2002年中国证监会和原国家经济贸易委员会联合发布的《上市公司治理准则》(以下简称《治理准则》)对委员会做出了规定。《治理准则》规定,上市公司董事会可以按照股东大会的有关决议,设立战略、审计、提名、薪酬与考核等专门委员会。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。<sup>[38]</sup>因此,董事会专门委员会的设立必须经股东大会做出决议,董事会不能自行设立,这是与日本和美国立法显著不同之处。《治理准则》同时对战略委员会、审计委员会、提名委员会和薪酬与考核委员会的主要职责做出规定。<sup>[39]</sup>

从《治理准则》的规定可以看出,我国关于委员会的规定主要为任意性规范,即授权董事会按照股

[33] Rule 10A-3, Listing Standards Relating to Audit Committees (a) (b), Securities Exchange Act of 1934.

[34] Sec. 301, Sarbanes-Oxley Act of 2002.

[35] 前引[6]。

[36] Rule 10A-3(b) (2), (3), (4), (5), Securities Exchange Act of 1934.

[37] The Smith Guidance (UK), 3.5, July 2003.

[38] 《上市公司治理准则》(2002年)第3章第6节。

[39] 《上市公司治理准则》规定,战略委员会的主要职责是对公司长期发展战略和重大投资决策进行研究并提出建议。审计委员会的主要职责是:(1)提议聘请或更换外部审计机构;(2)监督公司的内部审计制度及其实施;(3)负责内部审计与外部审计之间的沟通;(4)审核公司的财务信息及其披露;(5)审查公司的内控制度。提名委员会的主要职责是:(1)研究董事、经理人员的选择标准和程序并提出建议;(2)广泛搜寻合格的董事和经理人员的人选;(3)对董事候选人和经理人员进行审查并提出建议。薪酬与考核委员会的主要职责是:(1)研究董事与经理人员考核的标准,进行考核并提出建议;(2)研究和审查董事、高级管理人员的薪酬政策与方案。

东大会的决议设立委员会,设立哪些委员会也无强制要求。《治理准则》对各委员会的主要职责做了比较具体的规定,但各专门委员会并无独立的决定权。《治理准则》第58条规定:“各专门委员会对董事会负责,各专门委员会的提案应提交董事会审查决定。”委员会的主要职责是研究问题,发挥咨询和建议作用。笔者认为,如果专门委员会仅具有咨询的作用,而不能单独行使董事会的权力,则其功能的发挥将受到极大的影响。因为委员会的主要功能之一是为董事会中不执行公司业务的独立董事提供一种机制,使独立董事在公司经理层不参与或者独立董事占多数的情形下对某些事项独立判断并做出决定,从而对经理层起到制约和监督的作用。目前我国的绝大多数上市公司股权高度集中,大股东控制公司董事会的情形非常普遍,如果委员会仅具有咨询的作用,而无法进行独立的决策和监督,独立董事和委员会的作用将难以发挥。

### (二) 完善我国董事会委员会制度的构想

正如上文提及,委员会制度的设立在一定程度上是为了方便独立董事行使职权,尤其是发挥监督的职能,因此,委员会制度在我国的引入和完善与独立董事制度密切相关。目前,上市公司依照中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》普遍设立了独立董事,<sup>[40]</sup>正在审议中的公司法修改草案也要求上市公司必须设立独立董事。将独立董事纳入公司法,首先碰到的问题是如何处理独立董事和监事会的关系。这一问题和董事会委员会制度密切相关,董事会中的审计委员会、薪酬委员会、提名委员会尤其是审计委员会和监事会尽管在地位和组成上显有不同,但在功能上却十分相近。如果允许独立董事和监事会并存,就存在提名委员会、薪酬委员会、审计委员会和监事会并存以及如何处理二者关系的问题。日本商法对此问题采取一种不兼容的态度。日本关于股份公司监察的商法特例法中明文规定:“在设置委员会公司中,不得设置监事。”<sup>[41]</sup>

就独立董事和监事会的关系,从理想的角度而言,从尊重企业自由和企业传统的角度出发,宜参照日本商法的做法允许上市公司选择设立独立董事或者监事会。因为,独立董事和监事会的主要职能均为监督,二者在职能上具有一定的替代性,而且二者孰优孰劣尚难定论,因此法律没有必要强制公司设立独立董事或者监事会;学者起草的公司法修改草案建议稿亦采用此种观点。<sup>[42]</sup>但由于目前上市公司已经依照中国证监会的要求普遍设立了独立董事,且修改中的公司法拟要求上市公司设立独立董事,因此,独立董事无疑将继续存在于上市公司。在此情形下,立法者所面临的问题就是上市公司监事会的存废问题了。笔者认为,在公司法或者中国证监会的文件要求上市公司必须设立独立董事的情形下,如果公司为了加强监督或者提高公众形象,愿意同时设立独立董事和监事会,法律似乎也没有必要加以干涉,毕竟独立董事是在董事会内部发挥董事的决策和监督作用,监事会则从外部对董事会和经理层进行监督,包括对独立董事进行监督,因此,独立董事和监事会同时存在并非不可。相应地,董事会委员会和监事会按照法律或者章程规定的职权,在不同的场合各自行使决策和监督权亦无不可。因此,我国没有必要模仿日本的做法,规定设立独立董事或者委员会的公司,不得设置监事或者监事会。

在独立董事已经普遍存在且将得到立法进一步强化的背景下,笔者主张将委员会制度引入公司法当中。目前我国上市公司独立董事行使职权的主要方式是发表独立意见。根据证监会的《指导意见》,独立董事应当就提名、任免董事、聘任或解聘高级管理人员,公司董事、高级管理人员的薪酬,关联交易以及可能损害中小股东权益的事项发表意见。笔者认为,通过发表独立意见的方式表达独立董事的意见存在诸多不足。首先,董事会是一种议事机构,除非董事会有特别的授权,董事包括独立

[40] 《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定,“在2002年6月30日前,董事会成员中应当至少包括2名独立董事;在2003年6月30日前,上市公司董事会成员中应当至少包括三分之一独立董事。”

[41] 关于股份公司监察的商法特例法第21条之5第2款。

[42] 王保树主编:《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版,第6页。

董事的个人意见均不能作为公司的意思,独立董事的个人意见在法律上的效力存有疑问。其次,《指导意见》采用发表独立意见方式的初衷之一似乎是希望借助独立董事的意见对控股股东和公司高管进行监督,但如果发表独立意见的事项无需公开,独立董事独立意见的监督作用将大打折扣。即使属于公开披露的事项,由于公开披露属于事后公开,独立董事只能起到事后监督的作用,独立意见对于事前和事中的监督作用十分有限。第三,董事会和董事的特点和优势在于集体讨论、民主决策,因此,强调董事的平等——一人一票,而不是崇尚个人的特权和权威,这与经理层显然不同。赋予独立董事发表独立意见的权力是否违背董事平等及董事会民主决策的原则颇有疑问。第四,独立董事发表意见,凸显了独立董事的作用。由于是发表个人意见,没有他人的参与和制约,独立董事个人很容易主动“寻租”或者受到不当影响做出不客观、不公正的判断。如果在董事会内部设立了委员会,重要的委员会由独立董事占多数,并且赋予委员会一定的权力,独立董事就可以透过委员会发挥集体决策和监督的作用,从而可以克服独立董事发表个人独立意见的弊端。中国证监会2004年出台的《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》指出:“重大关联交易、聘用或解聘会计师事务所,应由二分之一以上独立董事同意后,方可提交董事会讨论。经全体独立董事同意,独立董事可聘请外部审计机构和咨询机构,对公司的具体事项进行审计和咨询,相关费用由公司承担。”<sup>[43]</sup>显然证监会已经开始利用独立董事的集体决策了。但由于独立董事毕竟属于董事会成员,赋予独立董事如此的特权,是否违反董事平等的法理和国外的惯例颇值得怀疑。如果通过赋予由独立董事占主导的委员会一定的权力,建立委员会固定的会议和工作程序,不仅可以避免法理的争议还可以发挥集体决策的优势。尤其目前,我国上市公司的独立董事在董事会中不占多数,独立董事在整个董事会中的声音有限,委员会的设立和运行对发挥独立董事的作用更显突出。因此,将委员会制度纳入公司法十分必要。

如何规定相应的委员会制度亦是一个重要问题。比较日本和美国的立法模式,笔者更赞同美国的模式。委员会毕竟只是董事会的内部机关,不同公司董事会的规模也不相同,董事会应该设立哪些委员会以及行使哪些权力宜由公司自行决定,公司法没有必要做出过分刚性的强制性规定。因此,在未来修正的我国公司法中,可以借鉴美国的立法,授权设立独立董事的股份公司可以按照股东大会的决议设立董事会委员会,<sup>[44]</sup>行使董事会的部分权力,同时规定哪些权力不得由董事会委员会行使。至于公司应该设立哪些委员会以及委员会应该具体行使哪些权力,则授权公司章程做出规定,公司法仅作授权性的规定即可。与此同时,为了防止公司法的规定落空并且鉴于委员会在发挥独立董事职能上的重要作用,可以通过证券交易所的上市规则强制要求上市公司需设立三个重要的委员会——提名委员会、薪酬委员会和审计委员会,并在交易所的上市规则中规定委员会中独立董事应占的比例以及委员会行使的权力,包括某些事项应该由委员会单独做出决定。例如,由提名委员会决定董事的候选人或者向董事会推荐董事的候选人,由薪酬委员会决定经理的薪酬方案、评估公司经理的表现、决定或者向董事会推荐其他高级管理人员的薪酬,审计委员会决定聘请外部的会计师事务所、聘请顾问等等。董事会委员会必须具有一定的决定权,而不能仅仅作为咨询建议机构,否则独立董事的地位和作用就容易被湮没。

由公司法对董事会委员会做出一般的授权规定,并由证券交易所的规则做出详细规定相比直接由公司法做出详细的强制性规定的优点在于:(1)委员会一般只适用于上市公司,在公司法中做出过多的规定并不适宜;(2)上市公司的治理要求应该根据形势的变化不断做出调整,例如独立董事占全部董事的比例,应该设立的委员会类型,委员会应该行使的权力宜根据公司治理的实践不断调整,如果完全由公司法规定,由于公司法修改的程序较为繁琐,修改较为不易,而证券交易所规则的修改则相对容易得多;(3)由证券交易所对委员会制度的内容做出规定。由于上市公司在证券交易所上市是

[43] 参见《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》二(三)之规定(2004)。

[44] 鉴于委员会的设立属公司治理的重要事项,宜由公司股东大会作出决定,不宜模仿美国和日本的做法仅由董事会决定。

建立在双方的上市协议之上,上市公司更有动力遵守协议中有关委员会的要求;同时,证券交易所也可以基于上市协议,对上市公司遵守上市协议的情形进行监管,当上市公司违反上市协议规定的公司治理内容时,可以对上市公司进行警告、批评、甚至暂停或者终止股票上市。如果由公司法直接规定委员会制度,则证券交易所这种监督机制就难以发挥了。

同时,董事会委员会制度的规定也不宜直接由中国证监会做出规定,因为,从证券法第167条关于国务院证券监督管理机构职权的规定看,证券监管机构是证券发行和交易的主管机关,并不是上市公司的主管机关,证券监管机构是否有权发布有关属于公司内部治理内容的规范文件,颇值得怀疑。在美国,除非法律有明确授权,SEC也不能对上市公司的治理结构做出规定和指示。<sup>[45]</sup>因此,由作为证券监管机构的中国证监会对属于上市公司内部治理的董事会委员会制度做出规定并不妥当。由于根据各国证券法的惯例和我国证券法的规定,证券交易所的规则包括体现公司治理内容的上市规则都必须通过政府证券监管当局批准,因此,中国证监会可以通过批准程序体现自己的意志。

## 五、结 语

由于董事会委员会有利于克服董事会的缺陷,有利于独立董事发挥作用,我国应该在已有的规定和实践的基础上,将这一制度纳入公司法之中,使其运行具有法律基础。就立法技术而言,公司法仅作一般的规定即可,即授权公司可以依照公司章程或者股东大会的决议设立董事会委员会。证券交易所的上市规则可以就上市公司应该设立的委员会类型以及委员会应该行使的权力做出最低的要求。有关的行业协会或者学术团体则可以发布相关的公司治理指引,对委员会的具体职责和行使权力的程序做出更为详尽的指引,以供公司参考。委员会的具体职责和工作程序则由公司章程自行规定。委员会制度的完善需要公司法和其他法律、证券交易所规则和公司治理准则以及公司章程的共同努力,董事会制度乃至整个公司治理的完善也是如此,过分强调或者偏废任何一方都是不可取的。“在州政府、联邦政府的监管和自律组织的上市条件都参与的模式下,现在的公司治理是一项共同的课题”。<sup>[46]</sup>这一点,在委员会的制度安排上体现得尤为充分。

---

**Abstract :** The primary role of the board of directors is the strategic guidance of the company and the monitoring of the management. But as a deliberative organ ,it has deficiencies. The establishment of board committees helps to overcome its deficiency and enable the independent directors to act more independently. The current modes of laws regulating committees are different in the US , Japan and China , among which the mode in the US in preferable. The typical committees are nominating committee , compensation committee and audit committee , which perform their respective important functions. The board committee should be provided in the China 's Company Code.

**Key words :** corporation ;board of directors ;board committee ;company administration

---

---

[45] Roberta S. Karmel , Turning Seats Into Shares : Causes and Implications of Demutualization of Stock and Futures Exchanges , *Hastings L. J.* (January 2002) , p. 401.

[46] Robert B. Thompson , Collaborative Corporate Governance : Listing Standards , State Law , and Federal Regulation , *Wake Forest L. Rev.* (Fall 2003) , p. 981.