



董事会独立性之惑 与董事分类选举制度的构建

孙光焰

(中南民族大学 法学院, 武汉 430074)

[摘要] 从公司治理的角度来看, 董事及董事会既是公司治理的主体, 也是公司治理的客体, 处于公司治理承上启下最为核心的地位。董事及董事会不可能具有独立性或中立性, 这是由每位董事与生俱来的身份差异决定的。现行公司法一味强调董事和董事会的独立性, 而相应的董事选举制度设计并不支持董事的独立性要求, 致使董事角色错位, 严重影响了公司治理的效率。应明确承认不同类型的董事由不同的利益相关者提名选任, 并由提名人对被提名人的职务侵权行为承担相应的责任。

[关键词] 公司治理; 分类董事; 董事提名权; 董事选举

[中图分类号] DF41 **[文章编号]** 1002-3054 (2017) 11-0070-11

[文献标识码] A **[DOI]** 10.13262/j.bjsshkxy.bjshkx.171107

一、问题的提出

现代各国公司法均要求董事和董事会具有独立性, 特别强调董事在经营判断上的独立性。2006年修订的英国公司法中明确增加规定了董事独立判断的义务, 该法第173条规定, 公司董事必须独立判断。^{[1](P105)}

中国2005年修订的公司法虽然没有明确规定董事独立判断的义务, 但鉴于中国大部分上市公司存在控股股东, 控股股东与上市

公司在机构、业务、人员等方面没有严格分开, 严重影响到了上市公司经营的独立性, 所以中国《上市公司治理准则》特别强调上市公司与控股股东严格实行机构、业务、人员、财产、经营等“五分开”, 特别强调董事会、监事会及其他内部机构的独立性。^[2]这些规定对于加强上市公司的独立性具有重要意义。但是, 在交叉持股、连环持股及连锁董事等制度的安排下, 上市公司最多只能做到从形式上看是独立于控股股东的, 但却很难做到在实质上独立于控股股东, 从而真正摆

[收稿日期] 2017-06-18

[作者简介] 孙光焰 (1965-), 男, 湖北汉川人, 中南民族大学法学院教授。

脱控股股东的实际控制。

2006年修订的英国公司法中明确规定，董事需要承担为公司成员的整体权益促进公司成功的义务，需要考虑公司雇员等利益相关者的利益，需要公平对待公司股东等。按照该法第172条的规定，认定公司董事是否尽职履行其义务包括多方面的评判内容和相应的标准，公司董事在做出决策时必须考虑到以下事项：一是该决策可能产生的影响、价值和直接后果，尤其是对公司可能产生的一些不利影响；二是是否符合企业员工的利益；三是该决策是否是建立公司与其他市场主体之间商业关系网络所必需的；四是企业活动的开展是否与社会、自然和环境的整体利益相悖；该行为能否维持企业较高的商业信誉和公司全体成员之间的公平。除此之外，公司董事必须是从善意的动机和意愿出发为公司整体利益考虑并做出上述决定进行经营决策。^{[1](P104)}

虽然中国公司法仅规定了董事对公司负有忠实义务和勤勉义务，^[3]但在其他规范性文件中规定了董事和董事会对全体股东的义务以及还要关注其他利益相关者的利益。如《上市公司治理准则》第三十三条规定，董事应根据公司和全体股东的最大利益，忠实、诚信、勤勉地履行职责。第四十三条规定，董事会应认真履行有关法律、法规和公司章程规定的职责，确保公司遵守法律、法规和公司章程的规定，公平对待所有股东，并关注其他利益相关者的利益。2016年9月30日修订的《上市公司章程指引》第九十八条规定董事应公平对待所有股东。1994年8月27日发布的《到境外上市公司章程必备条款》第一百一十六条规定，公司董事必须真诚地以公司最大利益为出发点行事；亲自行使所赋予他的酌量处理权，不得受他人操纵；非经法律、行政法规允许或者得到股东大会在知

情的情况下的同意，不得将其酌量处理权转给他人行使；对同类别的股东应当平等，对不同类别的股东应当公平。

现代公司法理论认为，基于公司独立的人格地位，董事是公司的董事，而不是公司全体股东的董事，更不是提名股东的董事；董事只能代表公司的利益，董事只与公司存在法律上的关系，只对公司承担义务；董事与股东之间没有直接的法律关系，董事与提名股东之间也没有直接的法律关系，不对提名股东承担任何义务和责任。在提名股东利益与公司利益发生冲突的情形下，要求提名股东推选的董事完全忽视提名股东的利益，这种一厢情愿式的过于理想化的规定在公司实践中是否行得通呢？

试想，如果股东不希望其提名的董事在当选后代表其利益，那么，还会有股东积极地去提名董事候选人，积极地参与投票使其当选吗？

二、董事会独立性的理论证伪 与董事会非独立性的实证证成

公司治理领域最基本的问题莫过于“谁具有决策权”（who gets to decide），即谁实际控制公司。公司是一个法律拟制的人，只能由自然人组成的董事会做出经营决策。一些国家的公司法明确规定董事只能是自然人。有些国家的公司法虽然规定法人可以出任董事，但必须由其委任的自然人来行使权力。中国《公司法》虽然没有明确规定董事只能是自然人，但《上市公司章程指引》（2016年修订）第九十五条明确规定了董事为自然人。

在一般情形下，公司由股东所控制，特别是在存在控股股东的情形下，公司法推定公司由控股股东实际控制。但在股权高度分散的情

形下,要判断公司由谁实际控制具有一定的难度。这时,实际控制人可能是公司股东、公司的董事或高级管理人员、公司的债权人以及其他通过协议或者其他安排能够实际支配公司行为的人。所以,任何公司都存在实际控制公司的人。^[4]

在股权高度分散的美国公司中,股东很少提名董事候选人,也很少去积极地用手投票,而是大多采取消极的态度“用脚投票”。所以,这些国家的公司法规定,董事只代表公司的利益。这在股权高度分散的公司中是行得通的,因为没有股东会要求一个他既没有提名也没有投票使其当选的董事对其负有特殊义务,并为他去谋取特殊利益。

然而,在现实公司经营中,董事和董事会很难从根本上满足公司法对董事独立经营判断及董事会独立性的要求。

第一,董事会本身即是一种利益平衡器和利益分配的组织机制。公司合同理论认为,公司是参与利益各方的结合体,是各方利益的一种协调机制。由此我们可以认为,公司合同理论暗含的前提就是公司机关是各方利益展示的平台,股东大会是各方利益博弈的场所,董事会成员是各方利益博弈的产物。代表各方不同利益的董事可以而且一般应当各为其主,通过不断博弈,最终达成合作均衡,做出满足各方利益的经营决策,从而实现公司参与利益各方的共赢。^[5]

第二,代理理论认为,就董事本身来说会产生严重的公司治理问题,且董事本人引发的公司治理问题都还没有发展出相应的制度予以根治。董事个人本身就是一个利益主体,也就是说至少董事是有自身的利益的,有时董事为了追求自身的利益最大化会做出有损于公司和全体股东利益的决定。即使是独立董事,也难以独善其身,根本无法置身于利益之外。董事

甚至是独立董事本身都需要有足够的激励。

第三,董事的不同角色和职能分工,表明董事事实上不可能是独立的。不同类型、不同身份的董事代表着公司特定利益相关者的利益。其实公司法的很多规定已经表明特定类型董事在事实上是代表着特定利益主体的利益的,即法律是默认特定类型董事是可以代表特定利益主体的利益的,并在法律许可的范围内可以为其所代表的特定利益主体谋取合法的最大利益。如独立董事除了对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务,维护公司整体利益外,还尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。^[6]再如职工董事享有与其他董事同等的权利,承担相应的义务,并履行下列职责:职工董事应经常或定期深入到职工群众中听取意见和建议。职工董事在董事会研究决定公司重大问题时,应认真履行职责,代表职工行使权利,充分发表意见。职工董事在董事会讨论涉及职工切身利益的重要决策时,应如实反映职工要求,表达和维护职工的合法权益;在董事会研究确定公司高级管理人员时,要如实反映职工代表大会民主评议公司管理人员的情况。^[7]

为防止这些董事为了谋求特定利益主体的利益最大化而做出侵害其他利益主体利益的决定,公司法规范也对此做出了相关的规定并采取了必要的措施。如公司法第一百二十四条所规定的关联董事对关联交易的表决权的回避制度,就限制或剥夺了相关董事对特定事项的表决权。这明显暗含了特定董事为特定利益群体服务的推定。

第四,独立董事并不能标示董事会的独立性。不少人认为,从本源上看,于独立董事而言,其最本质的职责是平衡大股东与中小股东之间、公司交易方及其他非股东群体之间的利益,构建公司利益相关方之间合理的利益格

局，从而制约某一方利益主体利用其对公司的控制权实施的损害其他利益方的行为。^[8]或者认为，引入独立董事这一无偏袒的仲裁人，可以使大股东和中小股东的非合作均衡转化为合作均衡。^[9]

一般认为，董事会独立性的重要考察标准是独立董事占董事会成员的比值。所以为了强化董事会的独立性，很多国家的公司法规范都要求公司设立独立董事，并明确规定独立董事在董事会中的最低人数要求和比例要求。如中国《公司法》第一百二十二条明确要求上市公司设立独立董事。《上市公司治理准则》第四十九条也进一步要求上市公司应按照规定建立独立董事制度。独立董事应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。《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定，上市公司董事会成员中应当至少包括三分之一独立董事。《上市公司治理准则》第五十条要求独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。独立董事应按照相关法律、法规、公司章程的要求，认真履行职责，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。独立董事应独立履行职责，不受公司主要股东、实际控制人以及其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。

但在现实中，独立董事占董事会的比例能真实反映出董事会的独立性吗？独立董事能否摆脱公司大股东或公司的实际控制人和其他外在的因素，独立地履行其职责呢？独立董事是否能真正做到尤其要关注中小股东的合法权益不受损害呢？

在不同的股权结构下，独立董事的制度价值设计并不相同。在股权结构高度分散的公司里，独立董事设计用来作为公司全体股东

的利益代言人去制衡管理层，如在美国上市公司中独立董事一般在董事会中占据了一半以上的席位。在股权结构高度集中的公司里，独立董事设计用来作为公司中小股东的利益代言人去制衡大股东，如在中国上市公司中独立董事人数一般不会超过董事会成员的一半。

应当认为，在那些股权结构分布状态高度集中的企业里，独立董事制度被企业引入实际上是为了协调控股股东以及大股东与公司的中小股东的利益冲突及协调问题。在公司的治理结构中，如果控股股东、大股东完全取得公司的控制权，则其对公司的决策行为拥有绝对的话语权，在此情况下，公司其他董事受控股股东、大股东的主导，可能会做出有损于中小股东的行为。而独立董事之职责就是在该情况下行使其法律赋予的职责，有效制约大股东滥用对公司的控制权，制止其在重大决策中损害中小股东的利益从而使自身获益的行为，来维护中小股东的利益。所以，只应赋予独立董事维护中小股东利益这一单一职责。实际上现行公司法规赋予了独立董事太多太大的责任，是其不能承受肩上的责任之重。正所谓期望越高，失望越大。现实中独立董事也无法履行这一远远超出其承受能力的职责。

第五，众多的实证研究数据表明，无论是在美国还是在中国，董事会根本不可能具有独立性。在存在绝对控制股东的公司中，董事会是控制股东的董事会。在存在共同控制股东的公司中，董事会是多个股东的董事会。在没有任何控制股东的公司中，董事会是执行董事的董事会。

在美国，尽管独立董事占董事会成员中的大多数，但仍为少数的经理人员特别是为CEO所控制，即为内部人所控制。如在安然公司中，共有15名独立董事，占全部17名

董事会成员的88%。公司审计委员会7名成员全部都由独立董事担任,而且这些独立董事也都是享有盛名的政府官员、学术领袖和工商界大佬等等。但事实表明,在一个独立董事占比高达88%的董事会中,独立董事却形同虚设,根本没有履行应尽的职责。即使独立董事都是那些大有名望之人,他们在安然公司的治理中也没能尽职地为投资者履行好监督之职责。在安然公司财务丑闻揭露后,这些独立董事不仅备受责难,而且遭到了公司投资者的起诉。

在中国上市公司中,董事会基本上沦为控制股东的工具。近几年的实证研究数据充分说明了中国公司一股独大的股权结构使得大股东能够直接操纵公司治理的整个流程,包括对决策机构、执行机构与监督机构的控制。并且,中国上市公司第一大股东的持股比例与其在董事会中的代表比例存在一定程度的不对称。^[10]大多数公司董事会完全控制在控股股东手中。^[11]

另外,中国上市公司大股东控制董事会的另一个显著特征是董事会与管理层的高度重合,^[12]许多上市公司的董事长或总经理来自控股股东。^[13]一方面,内部董事供职于公司,势必受制于公司管理层;另一方面,董事长或总经理来自控股股东,势必受制于控股股东。因此,要求一个内部董事占50%以上、董事长或总经理来自控股股东的董事会能够不受控股股东的干扰中立地为公司利益做出决策是困难且不切实际的。因为在该种股权结构形式下的公司董事会,既要受控股股东的影响,又要受到管理层的掣肘,很难保证其独立性。在中国上市公司股权结构没有明显变化的情况下,大股东控制董事会的局面不会产生根本改观。

三、现行董事任免机制 与董事会独立性追求的冲突

当公司选任董事时,首先要由股东或董事会提出董事的人选。虽然被提名的董事并不必然成为最终董事会的成员,但这是任命董事的必要前提。所以,对董事候选人的提名是股东行使治理公司的一项最重要的先决权利,虽然提名权不同于决策权对事项进行最终的决断,但当其和决策权由不同的人行使时,其效力足以抗衡决策权的效力。^[14]

中国《公司法》并没有明确规定董事候选人提名制度和罢免提议制度。只在其他规范性文件具体规定了向股东大会提出议案的提案制度,并以提案制度涵盖董事提名制度和罢免提议制度。如《上市公司章程指引》(2016年修订)第八十二条规定,董事、监事候选人名单以提案的方式提请股东大会表决。

其实关于职工董事的分类提名、选举和罢免制度已经在中国和德国由法律确立起来了。^[15]下面仅就除职工董事之外的董事和独立董事的候选提名权和罢免提议权展开论述。

在中国,根据现行公司法规范的规定,拥有董事候选人提名权和董事罢免提议权的人有董事会、监事会以及单独或者合并持有公司3%以上股份的股东;^[16]拥有独立董事候选人提名权和独立董事罢免提议权的人有董事会、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。^[17]

一是关于股东的董事候选人提名权和董事罢免提议权问题。中国公司法并没有明确赋予股东的董事候选人提名权和董事罢免提议权。只是可以通过股东所拥有的股东大会的提案权来推导出股东拥有董事候选人提名权和董事罢

免提议权。当股东提出董事候选人提案和董事罢免提案时，股东应当满足向股东大会提出提案的资格条件。在上市公司中，单独或者合计持有公司3%以上股份的股东可以提出董事候选人的提案和罢免董事的提案，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的提案和罢免独立董事的提案。

在现实公司股东投资协议中，事实上广泛存在着几大股东瓜分董事会名额的明确约定。有学者通过实证分析认为，中国公司中董事会席位的分配是股东之间博弈的结果。^[18]但也有学者认为，应借鉴外国公司立法禁止股东分配董事会席位的行为。^[19]其实，股东应享有优先的不受限制的即不应受任何持股数量限制的董事候选人提名权和董事罢免提议权。中国法律应当明确承认股东在投资协议中分配董事会席位的行为及其效力。在改革开放之初的1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国中外合资经营企业法》第六条就规定：“合营企业设董事会，其人数组成由合营各方协商，在合同、章程中确定，并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。”《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第三十条规定由合营企业合同而不是公司章程约定合营企业董事会的组成、董事名额的分配等。

二是关于独立董事的候选人提名权和罢免提议权的问题。1999年瓦菲斯（Vafeas）提出，虽然从理论上董事是由股东来进行任命的，但实践中董事的最终决定权还是先取决于董事会的提名，股东只能进行形式上的和被动的予以批准。^[20]所以，独立董事的任命优劣关乎董事会能否实行有效监督。^[21]

根据中国现行公司法规范，拥有独立董事

候选人提名权和独立董事罢免提议权的人有董事会、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。但在现实公司实践中，由于上市公司的股份主要集中在一人手中的现象较为普遍，在该种股权结构下，导致控股股东和管理层一般掌控着公司独立董事的提名权以及任命权。独立董事候选人提名权和罢免提议权实际由大股东、董事长及总经理所把持。2004年5月由《上海证券报》进行的一项调查结果显示：上市公司63%的独立董事来源于董事会的推荐和提名，36%以上的独立董事来自于第一大股东的推荐和提名。另外从2007年申富平等人对河北省的上市公司独立董事选聘机制进行调查的结果也显示，公司大股东或经理层的意愿仍深深植于董事的任选之中。^[22]赵敏对内蒙古自治区上市公司独立董事选聘机制进行调查发现：在全区20家上市公司中，其中60%公司的独立董事的候选人是由控股股东推荐的，20%的独立董事是由控股股东之外的其他董事提名的，仅有15%的公司是由董事会的提名委员会提名的。该数据表明，在独立董事的选任上，控股股东仍占据绝对的决定优势。^[23]

1992年美国的一项调查显示，接受问卷调查的大多数首席执行官都反对由外部董事组成提名委员会，因为该提议会令其丧失对董事选任的控制。虽然公司治理按照相关规范要求的形式上设立了独立董事，但实证研究表明，在现今的独立董事的选任机制下，独立董事实际上是受管理层控制的，受利益选择的驱使，其监督作用无法发挥。^[21]

大股东、董事长及总经理主导下的独立董事的选择与提名机制是影响董事会监督作用充分发挥的障碍。中国独立董事选任机制与董事会能否真正独立密切相关，董事会独立了才能更好地发挥其监督效果，实现公司的价值。独

立董事的监督对象正是公司的大股东董事或总经理，如果由其控制独立董事的选任，那么会对董事的独立性产生不良影响。^[21]

独立董事多是由公司的大股东或是现任公司的管理层提名，而于小股东而言，推荐独立董事所付出的代价超过独立董事为其带来的好处，在利益比较下，中小股东既不热衷于也不关心公司独立董事的选任。在成本利益比较这一因素下，中小股东更易于放弃独立董事的提名权，除了成本上的考虑外，还有其他因素会左右中小股东对提名权的态度。中小股东对被提名独立董事人选能否公正行使职权还存有疑问，因为他们认为大股东在提名时，除了基于候选人自身能力做出决定外，还从该人选与自己的亲疏关系这方面出发。而被提名的董事是被动地被推上独立董事之位上的，所以他们本身对这份工作并不会有很强烈的使命感，工作态度也不会积极。因而，中小股东并不认为那些大股东提名的候选人能够为他们的利益行事，候选人的表决选举对中小股东而言并没有什么意义，最终导致中小股东不愿意参加对大股东提名董事的投票表决。

显然，由大股东把控选举出的独立董事很难忠于自己的职责，因为他们还要为大股东的利益考虑。2005年《上海证券报》所做的一项有关独立董事的调查揭示了这种矛盾产生的必然结果：实践中，1/3的独立董事对董事会的决议从来都是持赞成的态度，35%的独立董事从来都是提出与上市公司的管理层一致的意见。大股东推荐进入公司董事会的独立董事的心态是十分矛盾的，与选任独立董事目的在于监督董事会行为的制度设计之初相比，显然大股东是期望其选举的独立董事能与其利益保持高度的一致。可见独立董事肩负的职责与大股东的期望，即这种委托

代理之间相互冲突。^[24]

四、董事分类选举 与提名人责任的构建

如果代表我的利益的人，我却没有挑选权和撤换权，而是由别人代替我来挑选和撤换，这个人还会为我的利益最大化而行事吗？

纵观国内外公司治理难题，不外乎因股权集中所导致的控股股东控制下的掏空问题和因股权分散所导致的内部人控制下的自利问题。要确保董事会既不被控股股东所控制，又不被内部人所控制，三个关键制度的设计至关重要，它们是：董事提名制度、董事选举制度和董事罢免制度。

中国现行公司法规定的董事提名、选举和罢免制度使董事完全听命于控制股东，从而导致控制股东完全控制董事会。要改变这种状况，激进的改革是实行分类董事的分类提名、分类选举和分类罢免的制度；温和的改良是实行分类董事的分类提名候选人和分类提议罢免、全体投票当选或罢免的制度即分类提名参选、分类提议罢免、共同决定当选或罢免。激进的改革措施具体为代表大股东利益的董事由大股东提名、选举和罢免；代表中小股东利益的独立董事由中小股东提名、选举和罢免；代表经理层利益的董事由经理层提名、选举和罢免；代表职工利益的董事由职工提名、选举和罢免；代表其他利益相关者利益的董事由相关利益相关者提名、选举和罢免。只有这些才能抑制控制股东和内部人控制董事会，遏制利益输送，缓和自利问题。

第一，关于董事会的董事候选人提名权和董事罢免提议权问题。

从现行公司规范性文件来看，中国借鉴美国公司法赋予了上市公司董事会优先的董事候

选人提名权。^[25]在上市公司中，一般由独立董事占多数的董事会提名委员会成员二分之一多数做出一个决议提出，交由董事会决定，然后由董事会作为提案向股东大会提请表决。

《公司法》第四十七条规定，董事会对股东会负责，并具体规定了其行使的职权，其中并没有明确规定董事会及董事有向股东大会提出提案的职权，更没有明确规定董事会及董事有向股东会提名董事的权力。中国公司法只规定了股东向股东大会提出临时提案的权力和监事会向股东大会提出提案的职权。^[26]只是有一个兜底规定即公司章程授予的其他职权，这需要公司章程明确授权，董事会才有董事候选人的提名权。《上市公司章程指引》（2016年修订）第五十三条明确赋予了董事会的提案权。但根据中国公司法，公司章程是否有权将股东的权力授予董事会，是存在疑问的。因为中国公司法不像英美公司法那样，明确规定将法律和公司章程赋予股东大会的权力外的其他一切权力都授予董事会行使。《上市公司章程指引》（2016年修订）第四十条的注释规定，股东大会的职权不得通过授权的形式由董事会或其他机构和个人代为行使。但从公司法其他条文的规定来看，董事会似乎有董事候选人的提名权。公司法还赋予了董事会第一顺位的股东大会召集权，对所有提请股东大会表决的提案进行形式上的审查权，对提案的主体资格进行审查和对提案的内容是否属于股东大会的职权范围进行审查的权力。实践中，正常的董事会换届一般都是由董事会提名董事候选人的。

事实上，董事会不应有优先的董事候选人提名权，而只应有最后的替补提名权。即只有在没有任何股东提名候选人的情况下，董事会才能作为替补拥有提名权。这是因为董事是公司的管理人，公司是股东的公司，而不是董事会的公司，董事是代表股东在管理公司，所以

公司法规定董事由股东决定当选或者罢免，相应地股东应享有董事候选人的优先提名权，只有在股东不提名董事候选人的情形下，为了不影响公司正常的经营，董事会才享有补充的董事候选人提名权。在中国，学者一般认为董事会的提名权是合理的，不可否认的。^[14]这值得商榷。

第二，关于监事会的董事候选人提名权和董事罢免提议权问题。基于前述分析，监事会只能享有董事罢免提议权，而不应享有董事候选人提名权。

第三，关于中小股东的独立董事专属提名权与罢免提议权问题。前述关于独立董事选举的法律规定和独立董事履职现实状况的反差表明，董事及独立董事的提名和当选都在事实上为大股东所控制，董事会成了大股东的董事会，广大中小股东的话语权丧失殆尽。我们认为，独立董事应由中小股东提名，只对中小股东负责。独立董事的提名权和罢免提议权只能由中小股东行使，即只能由持股5%以下（不含5%）的股东行使，持股5%以上（含5%）的股东以及任何实际控制公司的人都不能享有独立董事的提名权和罢免提议权。只有当发生独立董事必须予以罢免的法定情形时，由董事会及时进行信息披露，提请中小股东提议罢免。如果中小股东在规定的期限内不予提议罢免，此时可由监事会提议罢免。

第四，关于提名人的提名责任问题。如果不能明确提名股东与提名董事之间的对应关系，那么在很多场合下也不能明确判断股东和董事是否构成关联关系。

现行公司法规定的董事会和监事会的董事候选人提名权模糊了提名董事背后的利益人，在董事会和监事会提名的董事出现违规行为的情况下，无法追究董事背后受益人的责任。当董事被别人操纵，成为别人谋取利益的工具

时,此时,董事可能并没有从其违反法律法规或违反公司章程的行为中直接或间接受益,特别是在允许法人出任董事的情形下,从中受益的人是操纵该董事行为的幕后黑手。对此情形,按现行法律规定,一般追究董事责任或由董事与公司承担连带责任,这一方面难免使董事蒙受不白之冤,对董事未免有些不公;另一方面又使公司遭受不应承担的损失,更为不公的是使真正获得不义之财的幕后黑手(一般为大股东提名人)逃避了法律的应有制裁。

另外,从责任追究的角度讲,在提名人不对被提名人的行为履行监督职责,对提名人的

侵害行为不承担任何责任的情形下,还有谁会认真地对待他手中的提名权呢?只有利益没有责任的提名权谁都会去独揽。董事不对负责挑选董事的人负责,负责挑选董事的人也不对其挑选的董事行为负责。正如在股权高度分散的现代公司中,普遍存在的没有所有权的控制权与没有控制权的所有权是代理问题泛滥的本源一样,这种没有责任的挑选与没有挑选的责任,即有挑选权的人不承担被挑选人的责任,没有挑选权的人却承担被挑选人的责任,是股权集中型公司治理问题泛滥的根本原因。

注释:

[1] 葛伟军译. 英国 2006 年公司法 [M]. 北京: 法律出版社, 2008.

[2] 如《上市公司治理准则》第二十六条规定, 上市公司的董事会、监事会及其他内部机构应独立运作。控股股东及其职能部门与上市公司及其职能部门之间没有上下级关系。控股股东及其下属机构不得向上市公司及其下属机构下达任何有关上市公司经营的计划和指令, 也不得以其他任何形式影响其经营管理的独立性。第二十七条规定, 上市公司业务应完全独立于控股股东。控股股东及其下属的其他单位不应从事与上市公司相同或相近的业务。控股股东应采取有效措施避免同业竞争。

[3] 2005 年修订的公司法第一百四十八条 (2013 年公司法修订后条文序号为第一百四十七条)。

[4] 此处的“实际控制人”的含义是“实际控制着公司的人”, 与《公司法》第二百一十六条所规定的“实际控制人”的含义有些差异。

[5] 《中华人民共和国中外合资经营企业法》第六条规定: “合营企业设董事会, 其人数组成由合营各方协商, 在合同、章程中确定, 并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定

或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的, 由他方担任副董事长。董事会根据平等互利的原则, 决定合营企业的重大问题。董事会的职权是按合营企业章程规定, 讨论决定合营企业的一切重大问题: 企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业, 以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等。”《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第三十条规定: “董事会是合营企业的最高权力机构, 决定合营企业的一切重大问题。”第十一条规定: “合营企业合同应当包括下列主要内容: (五) 合营企业董事会的组成、董事名额的分配以及总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责、权限和聘用办法;”第三十一条规定: “董事会成员不得少于 3 人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。董事的任期为 4 年, 经合营各方继续委派可以连任。”

[6] 中国证监会 2001 年 8 月 16 日发布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第一条; 中国证监会和国家经贸委 2002 年 1 月 7 日联合发布的《上市公司治理准则》第四十九条和第五十条。

- [7] 中华全国总工会. 关于进一步推行职工董事、职工监事制度的意见 (第二条) [EB/OL]. http://www.cwgk.org/art/2015/11/20/art_1107_109750.html, 2015-11-20.
- [8] 马金城. 独立董事制度: 国际经验及其借鉴 [J]. 财经问题研究, 2002 (8).
- [9] 张巍. 独立董事制度与双层委托代理结构 [J]. 财经问题研究, 2002 (2).
- [10] 据连城国际调查显示, 在 2001 年底, 国家机关和国有企业以 39.21% 的股权比率占有 57.73% 的董事席位, 而流通 A 股股东以 35.95% 的股权比率却只占有 1.97% 的董事席位。2002 年, 我国上市公司的终极股东几乎都向董事会派驻了过多的董事, 国有控制人平均向上市公司董事会多派了 1.82 个董事, 而非国有控制人则平均向上市公司董事会多派了 2.8 个董事。
- [11] 2003 年内蒙古自治区 20 家上市公司 196 位董事中, 有 107 人是由股东单位派遣的, 其中 78 人是由第一大股东派遣的。参见赵敏. 内蒙古上市公司独立性问题与对策研究 [J]. 内蒙古大学学报 (人文社会科学版), 2004 (2). 上海证券报 2004 年 5 月份的调查问卷结果表明: 关于董事会成员的组成情况, 在 6.49% 的公司中, 大股东所派代表占董事会席位的比例超过 50%, 还有 36.64% 的公司为 50%。
- [12] 2003 年内蒙古自治区 20 家公司中, 共有独立董事 57 人, 平均每家公司 3 人; 内部董事 76 人, 内部董事占董事会人数 50% 以上的公司有 7 家。
- [13] 胡天存和杨鸥 (2003) 对 78 家国有上市公司进行调查, 结果发现 84% 的上市公司董事长、68% 的上市公司总经理直接来自第一大股东, 第一大股东在董事会投票权过半数的达 64%。2003 年内蒙古自治区 20 家公司中, 董事人选主要来源于控股股东。一是董事长人选提名。有 18 家公司董事长由控股股东提名, 1 家公司董事长由控股股东的上级提名, 也就是说上市公司 90% 以上董事长是由控股股东提名的。二是董事人选提名。由公司控股股东提名董事的 16 家, 78 人, 占董事总人数的 40%, 有 11 家公司 24 名董事是由公司的其他股东单位提名的, 仅占董事人数的 12.3%。有 9 家上市公司的董事长在控股股东单位任职, 其中任董事长的 5 家, 任董事长兼总裁的 2 家, 任董事、副总经理或总会计师的 3 家。有 12 家上市公司的总经理是由控股股东提名的, 7 家公司总经理是董事长提名, 1 家是由董事会提名的。参见赵敏. 内蒙古上市公司独立性问题与对策研究 [J]. 内蒙古大学学报 (人文社会科学版), 2004 (2).
- [14] 谢朝斌. 股份公司独立董事任免制度研究 [J]. 河北法学, 2004 (7).
- [15] 《公司法》第三十七条规定, 股东会选举和更换非由职工代表担任的董事、监事。第 44 条规定, 董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。
- [16] 《公司法》第一百零二条第二款规定, 单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东, 可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会; 董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东, 并将该临时提案提交股东大会审议。
- [17] 《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第四条规定, 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。
- [18] 李宇立. 上市公司独立董事数量: 大股东的博弈均衡点 [J]. 中南财经政法大学学报, 2010 (1).
- [19] 邹风. 股权特征与董事会成员结构关系的实证研究 [J]. 清华大学学报 (哲学社会科学版), 2006 (1).
- [20] Vafeas Nikos. The Nature of Board Nominating Committees and Their Role in Corporate Governance [J]. Journal of Business Finance & Accounting, 1999 (26).
- [21] 高玥. 独立董事选任机制对董事会监督有效性影响分析 [J]. 经济纵横, 2009 (10).
- [22] 申富平. 上市公司独立董事选择和退出机制现状分析——以河北上市公司为例 [J]. 经济与管理, 2007 (5).
- [23] 赵敏. 内蒙古上市公司独立性问题与对策研究 [J]. 内蒙古大学学报 (人文社会科学版), 2004

(2).

- [24] 彭志新, 南沁. 完善独立董事选任机制的几点构想 [J]. 网络财富, 2008 (8).
- [25] 《上市公司治理准则》规定了董事会专门委员会制度。其第五十二条规定, 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。第五十五条规定, 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选进行审查并提出建议。

- [26] 《公司法》第五十三条规定, 监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权: (五) 向股东会会议提出提案。

The Confusion of the Independence of the Board of Directors and the Establishment of the Election Systems of the Board of Directors

SUN Guang-yan

(Law School, South-Central University for Nationalities, Wuhan 430074, China)

Abstract: From the perspective of corporate governance, the directors and the board of directors are both the main body of corporate governance and the object of corporate governance, which is at the core of corporate governance. Directors and board of directors cannot be independent or neutral, which is inherent in the different identities of each director. The current Company Law blindly and unrealistically emphasizes the independence of the directors and the board of directors, and the corresponding design of the director election systems does not support the independence of the board of the director, leading to the dislocation of director roles, and seriously affects the efficiency of corporate governance. It is important to recognize that the different types of directors are nominated by different stakeholders and that the nominee should take the corresponding responsibility for the alleged infringement of the nominee's duties.

Keywords: corporate governance; classification of directors; director's right of nomination; The director election