



主编
游劝荣

公司法比较研究

人民法院出版社

公司普及教育研究

——



公司法比较研究

主编 游劝荣



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法比较研究/游劝荣主编. —北京:人民法院出版社,2005. 4
ISBN 7-80161-984-6

I. 公… II. 游… III. 公司法-研究-中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 022993 号

公司法比较研究

主编 游劝荣

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250565 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 490 千字

印 张 26.5

版 次 2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-984-6/D·984

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

序

2003年底，福建省内数家教学科研机构共同举办了“物权法学与海峡两岸经贸环境”研讨会，籍此为促进两岸三地的法学交流作一次有益的尝试。会议得到两岸三地学者的积极响应，百余名香港、台湾和祖国大陆的物权法学专家和实务工作者踊跃与会，研讨会取得了很大的成功，产生了较大的社会反响。本次研讨会的成功举办让主办者和与会人士看到两岸三地在法学交流方面有着广阔的空间和前景。基于此，福建省文化经济交流中心、福建省台湾法研究中心、厦门大学法学院、福建省律师协会、福建省台湾法律研究所、香港律师会、台湾文化大学法学院、台湾华冈法学基金会、香港大学法学院签订了“学术交流意向书”，决定成立“海峡法学论坛”。论坛的目标是争取每年举办一次较大规模的民商法方面的理论研讨会，不定期举办不同规模的专题研讨会，以期为两岸三地的法学交流提供一个长期、稳定的平台。

2004年8月，首届“海峡法学论坛”在福州如期召开，论坛的主题是“借鉴与互动：公司法现代化的探讨”。论坛汇聚了香港、台湾和祖国大陆众多的知名专家学者，收到论文60余篇。在历时两天的研讨会中，共举行了一场学术报告会和五个单元的专题研讨，几十位学者在会上阐述了自己的学术观点。会议热烈而坦诚，与会的专家学者畅所欲言，各抒己见，就公司法和公司制度的各个方面展开广泛而深入的探讨，交流增进了感情，交锋产生了智慧，会议

结出了丰硕的成果。万事开头难，首届“海峡法学论坛”开端良好，使主办者备受鼓舞，也为以后的论坛打下了坚实的基础。今后，我们将坚持每年举办一次“海峡法学论坛”，力争一届更胜一届，把“海峡法学论坛”打造成一个在国内外有影响的学术论坛。我们应当有这个志向和信心。当然，这需要我们付出更多努力，也需要社会各界大力支持。

公司是市场经济主体的基本组织形式。现行公司法实施于1994年，经过10年的变迁，世界和我国的经济均发生了巨大和深刻的变化。时代和社会的发展迫使我们重新审视和评估公司法律制度。我国的公司法如何因应经济全球化的态势，如何适应我国市场经济的变革，是个值得思考和研究问题。这本论文集收录了此次论坛的大部分论文，涉及公司制度的各个方面。汇编出版这本论文集是希望能为公司法现代化的研究添一把火，能为我国公司法的完善作出应有的一点贡献。

宋 峻

2005年3月10日

目 录

中国上市公司治理的现状与完善	王保树 (1)
公司资本制度的缓和化趋势与债权人利益保护	朱慈蕴 (11)
WTO 背景下我国外资法律制度的发展与重构	李 智 (22)
日本股东代表诉讼制度的规定及其对我国的借鉴意义	刘永光 (28)
公司法概念之我见	林发新 (35)
论我国公司法的修改与完善	石少侠 (42)
论新《公司法》的现代化	刘俊海 (48)
论我国公司法立法体系的重构	
——有限责任公司法和股份有限公司法的分立	甘培忠 曹丽丽 (58)
公司法的模式、理念与修改	李曙光 (68)
修订《公司法》应实现三大转变	柳经纬 (77)
中国加入 WTO 后公司法面临的挑战	林秀芹 (83)
公司法的政策考量与制度回应	曹兴权 (89)
公司法修法理念的凝练与阐释	周友苏 (96)
修改完善公司制度若干问题探讨	翁齐斌 (102)
论台湾公司法的最新修正及其借鉴	宋锡祥 (107)
公司设立中的资本制度改革	詹云燕 (116)
论有限责任公司股东人数限制	黄 辉 (122)
公司登记不实致第三人损害的法律研究	吴传凯 (128)
OECD 公司治理原则 (2004) 浅析	姚思远 (135)
从公司监控与治理谈董事及独立董事	
——以台湾公司法及相关规定为主	梁宇贤 (158)
公司董事之法律权限与责任	
——兼论美国董事告知义务之规范	何曜琛 (178)
谈加强公权力介入公司监理之必要性	刘建宏 (191)
论国有企业改革中法人治理结构缺陷及完善	李 英 (206)
关于在国有企业实行公司法人治理结构的思考	林昌龙 (212)
完善公司法人治理结构的思考	林少东 (219)
我国公司内部治理结构的法律规制	
——对《公司法》相关规定的考量	杨晓丹 (226)

公司权力结构的外部人力制约与平衡

- 独立董事制度对中国公司的本土优化 林琛 陈慰星 (235)
- 论企业法人解散后终止前民事责任的承担 丁茂福 (243)
- 职工参与决定立法的理论和实践基础 丁国民 (250)
- 我国上市公司独立董事制度建设的若干问题研究 唐亚飞 (256)
- 独立董事制度的完善 官本仁 (263)
- 对我国上市公司引入独立董事制度的质疑 李霞 (268)
- 论股东大会召集制度的立法完善 吴永安 (274)
- 股东大会程序的完善 王晓杰 (281)
- 建构我国公司监事会制度的思考
- 兼谈监事会之立法完善 陈曦 (289)
- 引进独立董事制的“拿来主义” 宋红勤 (297)
- 知识产权投资法律制度的缺失与完善
- 以《公司法》对知识产权出资的规定为视角 杨德明 (304)
- 有限责任公司股东出资转让中的表决权分析 柳建阔 (310)
- 国有股权转让制度最新发展述评 杨超 (316)
- 公司收购中控股股东的诚信义务研究 赵万一 胡军 (323)
- 我国《公司法》资本制度的检讨及其
- 矫正构想 江钦辉 关今华 方金华 (331)
- 外资购并中国公司若干问题研究 李志强 (337)
- 台湾企业并购新法制 蒋尚仁 (343)
- 以公司资产对股东和其他个人债务提供担保之思考 陈业业 (352)
- 论公司法修改中一人公司的协调问题 赵肖云 梁慧瑜 (358)
- 论我国的一人公司立法及完善途径 谢黎伟 (364)
- 重构上市公司内部监督机制的法律结构 蒋进 (370)
- 完善我国公司内部监督制度的思考
- 兼评公司内部监督制度及其完善标准 贺晟 (375)
- 论《公司法》第61条董事自我交易规制制度的
- 配套与完善 陈荣文 陈祥健 (381)
- 试论我国公司秘书制度的完善 李小军 (389)
- 试论强制要约收购豁免 李炳安 (395)
- 浅议公司资本制度的改革 石雪梅 (401)
- 试论多重股东代表诉讼及其意义 薛夷风 (406)
- 关于完善我国公司资本制度的思考 徐华 (413)
- 后记 (419)

中国上市公司治理的现状与完善

王保树

● 清华大学法学院教授

一、中国上市公司治理的制度基础

(一) 中国上市公司治理的规范结构

中国上市公司治理的法律规范主要包括两部分：

1. 公司法的规定

现行公司法确认公司治理的组织为四个层次：(1) 股东大会。股东组成股东大会，为公司权力机构，决定公司的重大事项；(2) 董事会是公司的业务执行和经营决策机构，对股东大会负责，依照法律的规定和股东大会的授权，作出经营管理决策，任免公司经理等高级管理人员。董事长对外代表公司。(3) 经理由董事会聘任，依照法律规定的职权和公司章程、董事会的授权，负责公司的生产经营管理工作；(4) 由股东代表和适当比例的职工代表组成监事会，作为公司的内部监督机构，对经营管理者进行监督。

2. 中国证监会颁布的规章

主要是：上市公司治理准则、关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见和上市公司股东大会规范意见。

(二) 体现经济合作与发展组织公司治理原则精神的《上市公司治理准则》(以下称《准则》)

根据上市公司治理准则，上市公司治理的要点是：

1. 确保股东充分行使权利

按照《准则》的规定，股东作为公司的所有者，享有法律、行政法规和公司章程规定的合法权利。上市公司应建立能够确保股东充分行使权利的公司

治理结构。股东对法律、行政法规和公司章程规定的公司重大事项，享有知情权和参与权。上市公司应建立和股东沟通的有效渠道。

股东有权按照法律、行政法规的规定，通过民事诉讼或其他法律手段保护其合法权益。股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规的规定，侵犯股东合法权益，股东有权依法提起要求停止上述违法行为或侵害行为的诉讼。董事、监事、经理执行职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应承担赔偿责任。股东有权依法提起要求公司赔偿的诉讼。

2. 强调股东平等

上市公司的治理结构应确保所有股东，特别是中小股东享有平等地位。股东按其持有的股份享有平等的权利，并承担相应的义务。为了防止控股股东侵害中小股东的权益，《准则》规定控股股东对上市公司及其他股东负有诚信义务。控股股东对其所控股的上市公司应严格依法行使出资人的权利，控股股东不得利用资产重组等方式损害上市公司和其他股东的合法权益，不得利用其特殊地位谋取额外的利益。

3. 尊重利益相关者利益

《准则》在公司法之外第一次规定了公司治理应考虑利益相关者利益。明确对上市公司提出下列要求：

(1) 应尊重银行及其他债权人、职工、消费者、供应商、社区等利益相关者的合法权益；应与利益相关者积极合作，共同推动公司持续、健康地发展。

(2) 应为维护利益相关者的权益提供必要的条件，当其合法权益受到侵害时，利益相关者应有机会和途径获得赔偿。

(3) 应向银行及其他债权人提供必要的信息，以便其对公司的经营状况和财务状况作出判断和进行决策。

(4) 应鼓励职工通过与董事会、监事会和经理人员的直接沟通和交流，反映职工对公司经营、财务状况以及涉及职工利益的重大决策的意见。

上市公司在保持公司持续发展、实现股东利益最大化的同时，应关注所在社区的福利、环境保护、公益事业等问题，重视公司的社会责任。

4. 明确董事会的职责和董事义务

根据公司法实践中出现的问题，《准则》特别要求公司董事会的人数及人员构成应符合有关法律、法规的要求，确保董事会能够进行富有成效的讨论，作出科学、迅速和谨慎的决策；董事会应具备合理的专业结构，其成员应具备履行职务所必需的知识、技能和素质。并根据公司法的规定，进一步要求上市公司治理结构应确保董事会能够按照法律、法规和公司章程的规定行使职权，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。

为确保董事战略指导地位的实现，《准则》要求董事会中设立战略委员会，其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。同时，《准则》注意到董事义务一般性规则的地位与意义，要求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。并具体要求董事：

(1) 董事应保证有足够的时间和精力履行其应尽的职责。

(2) 董事应以认真负责的态度出席董事会，对所议事项表达明确的意见。

(3) 董事应遵守有关法律、法规及公司章程的规定，严格遵守其公开作出的承诺。

(4) 董事应积极参加有关培训，以了解作为董事的权利、义务和责任，熟悉有关法律法规，掌握作为董事应具备的相关知识。

结合引进独立董事制度，《准则》强调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。并要求独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务；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。独立履行职责时，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。

5. 确认监事会、董事会不同层次的监督

公司确认在股东大会下的监事会与董事会的不同层次的监督，而监事会对董事、监事进行监督的法定必设机关。《准则》坚持了这一精神，并为实现监事会的决定职权提出了要求：

(1) 上市公司监事会应对公司财务以及公司董事、经理和其他高级管理人员履行职责的合法合规性进行监督，维护公司及股东的合法权益。

(2) 监事有了解公司经营情况的权利，并承担相应的保密义务。监事会可以独立聘请中介机构提供专业意见。

(3) 上市公司应采取措施保障监事的知情权，为监事正常履行职责提供必要的协助，任何人不得干预、阻挠。监事履行职责所需的合理费用应由公司承担。

(4) 监事会的监督记录以及进行财务或专项检查的结果应成为对董事、经理和其他高级管理人员绩效评价的重要依据。

(5) 监事会发现董事、经理和其他高级管理人员存在违反法律、法规或公司章程的行为，可以向董事会、股东大会反映，也可以直接向证券监管机构及其他有关部门报告。

在保证监事会实现监督职权的同时，董事会在引进独立董事后也成立了专业委员会实施对董事个人、经理的监督：一是通过审计委员会提议聘请或更换

外部审计机构；监督公司的内部审计制度及其实施；审核公司的财务信息及其披露；审查公司的内控制度。二是由提名委员会研究董事、经理人员的选择标准和程序并提出建议；广泛搜寻合格的董事和经理人员的人选；对董事候选人和经理人选进行审查并提出建议。三是由薪酬与考核委员会研究董事与经理人员考核的标准，进行考核并提出建议；研究和审查董事、高级管理人员的薪酬政策与方案。从而使对董事个人、经理的监督更有实效。

6. 注重公司的信息披露和透明度

《准则》对信息披露提出了三方面要求：

(1) 上市公司的持续信息披露。明确持续信息披露是上市公司的责任，强调：①上市公司应严格按照法律、法规和公司章程的规定，真实、准确、完整、及时地披露信息；②上市公司除按照强制性规定披露信息外，应主动、及时地披露所有可能对股东和其他利益相关者决策产生实质性影响的信息，并保证所有股东有平等的机会获得信息；③上市公司披露的信息应当便于理解。上市公司应保证使用者能够通过经济、便捷的方式（如互联网）获得信息。

(2) 公司治理信息的披露。《准则》要求上市公司按照法律、法规及其他有关规定，披露公司治理的有关信息，包括但不限于：①董事会、监事会的人员及构成；②董事会、监事会的工作及评价；③独立董事工作情况及评价，包括独立董事出席董事会的情况、发表独立意见的情况及对关联交易、董事及高级管理人员的任免等事项的意见；④各专门委员会的组成及工作情况；⑤公司治理的实际状况，及与本准则存在的差异及其原因；⑥改进公司治理的具体计划和措施。

(3) 股东权益的披露。《准则》的这一要求包括：①及时披露持有公司股份比例较大的股东以及一致行动时可以实际控制公司的股东或实际控制人的详细资料。②及时了解并披露公司股份变动的情况以及其他可能引起股份变动的重要事项。③当上市公司控股股东增持、减持或质押公司股份，或上市公司控制权发生转移时，上市公司及其控股股东应及时、准确地向全体股东披露有关信息。

以上表明，中国在使用“公司治理结构”这个概念时，是接受了经济合作与发展组织（OECD）公司治理结构原则的观点的。公司治理结构被视为公司运营中的指挥与监督体系，其目标是实现公司的利益，进而实现股东的最大利益。同时，确认利益相关者的利益。

二、中国上市公司治理结构遇到的问题

中国公司治理虽有其可遵循的基本规范，即公司治理有统一的标准。但公

司治理失灵的现象仍很突出，突出表现是：

(一) 部分股东会有形式化的趋势，股东权利保护不充分

现行公司法没有规定公司股东会（股份有限公司为股东大会，下同）举行的要件，而只规定了作出股东会决议的出席股东会的股东表决权的比例。实践中，已经出现仅有拥有表决权的百分之几的股东出席，股东大会就作出决议的情况。无疑，这已偏离了股东会应有的地位。在召集股东会的过程中，股东出席股东会会议，股东委托他人出席股东会会议，以及通讯表决，均已成为股东行使议决权的方式。但是，有些公司仅允许一些小股东采用通讯投票的形式，从而侵害了股东的建议权和质询权。至于股东诉权特别是股东代表诉讼，也显得缺乏可操作性。

(二) 监事会的监督资源尚未有效地开发出来

如上述，监事会对董事、经理的监督是公司法规定的法定监督方式，但目前还没有被充分利用起来。其主要原因有二：一是监事会的构成不合理。在选择监事候选人时，没有注意到监督工作的特殊需要，导致监事会无能力监督；二是监事会缺乏监督手段，没有明确规定监事会在董事尤其是董事长与公司利益冲突时可以代表公司。因此，公司法虽有监事会职权的规定，却被流于形式。

(三) 董事会质量不高，董事没有认真彻底地履行义务

实践表明，提高董事会质量，强化董事责任，是健全和完善公司法人治理结构的基本要求。董事会是公司法人治理结构的核心，相对公司股东大会（股东会）的基本决策而言，它是业务执行机构，因而必须接受股东大会监督并对其负责；相对公司的日常经营而言，它是经营决策机构，经理由它聘任并对它负责。因此，董事会的质量如何，董事是否积极主动地履行义务，将是衡量公司法人治理结构优劣的标志，也是保证公司业绩，实现股东利益的关键。公司董事会目前的问题：一是董事会的成员构成不合理，懂经营之事的成员少；有足够时间和精力履行职责的成员少；二是现行法律规则尚缺少董事不履行义务的救济措施；三是董事会内部的监督不足。

导致这些现象产生的原因是：

1. 控制股东支配

就我国的上市公司而言，公司股权结构对公司法人治理结构影响甚大。目前上市公司治理结构中的问题，很多导因于上市公司的“一股独大”。据统计，截至2003年4月底，全国共有上市公司1124家，其中发行A股的公司

1102家。第一大股东持股份额占公司总股本超过50%的有890家，占全部公司总数的79.2%，其中持股份额占公司总股本超过75%的63家，占全部公司总数的5.62%。而且第一大股东持股份额显著高于第二、三股东。二是大股东中国家股东和法人股东占压倒多数，相当一部分法人股东也是国有控股的。统计表明，第一股东为国家持股的公司，占全部公司总数的65%；第一股东为法人股东的，占全部公司总数的31%。两者之和所占比例高达96%。在大股东支配下，母子公司易于形成人员、财务、资产的不分；其董事会成员和经理人员的构成往往难以按全体股东的意愿去选择和确定，对这些人员的激励和约束也难以到位。其实，一些家族公司同样存在着大股东支配问题。这种情况在公司治理上的弊端是：

(1) 小股东的合法权益被侵犯。

(2) 董事会难以构成合理，也难以起到公司治理核心地位的作用。由于控制股东支配，董事大多是控制股东提名并在资本多数决的机制下选举出来的，因而董事的结构不合理。而独立董事也大多靠控制股东提名或认可，且经理层与董事会高度重合，不易充分发挥董事会的作用。

(3) 极易违反董事会决策机制。实质上，董事长是控股股东委派的，因而具有事实上的决断权，而且在董事会闭会期间，董事长代表董事会和所有者作出决定，很难按照董事会集体决策的机制运作。

(4) 监事会的监督很难实现。由于控制股东的支配，往往监事会和董事会的主要成员都是其控制股东提名的，很难建立一种制衡关系。

2. 信息严重不对称

良好的信息传导机制，应该使公司的不同机关都能得到必要的公司信息。但是，公司的信息却被最容易接近信息的执行业务的董事、经理独占了。公司的实践表明，公司义务的执行和经营决策需要公司信息，处于监督者地位的人或组织更需要信息。没有信息，经营决策与业务执行无法进行。同样，没有必要的信息，监督就无从谈起。在市场经济条件下，信息显得如此重要，市场机制因信息不对称而失灵，政府监管因信息不对称而失灵，公司的监督机制也一样因信息不对称而失灵。就传统体制下的监事会而言，无论是在中国还是其他国家和地区，其监督不力并不只因为其组成人员不合理，监督手段不充分，还在于缺乏监督所必要的信息。当董事会将公司的财务会计报告提交监事会表决时，监事们往往赞成不能，反对也不能。如此尴尬，其重要原因就是信息严重的不对称。引进独立董事后，同样存在着监督信息缺失的问题。

三、完善中国公司治理结构的几点思考

如何使公司法改革满足降低经营风险的要求？当前的一个重点是健全有效的公司治理结构。公司治理结构的改革应强调：一是有效性。必须使公司的运营确实能实现公司利益，进而实现所有股东的利益，但同时不得侵害利害相关者的利益。二是严格的监督。国内外的实践表明，监督不仅依赖于健全的组织 and 应有的权力，更依赖于实现权力的手段的设定。三是高效率。公司组织的运营应能对市场的变化作出迅速的反应，应能迅速化解经营中的风险。

基于上述三点，公司治理必须在公司法的改革中实现以下转变：

第一，要实现从主要注重公司治理组织到注重治理机制的转变

公司治理必须通过制度规则建立经营运营的效率机制、监督机制和激励机制，并相应地在董事、经理、监事的权利、义务中体现出来。

经营运营效率机制的核心是完善董事会，充分发挥董事会的功能。实践中，董事会的无机能化状态是很严重的：其一，董事会背离其业务执行与经营决策机关的性质，忽视其工作的日常性，仅仅注意其会议形式。其二，董事会对执行董事、经理的监督乏力，其监督职能未能很好实现。其三，董事之间的监督尚未建立起来。为了改变这种状况，不仅在理论上而且在实践中，必须使董事会真正成为常设机构。首先，应增加董事会会议的法定次数，确保实现经营决策的功能。其次，应使不便操作的规则更加便于操作。现行公司法规定，董事长不能履行职务时，由董事长指定副董事长或其他董事召集和主持董事会会议。这一规定，无疑是为了维护董事长的董事会会议召集权和董事会会议主席权。但在实践中，一些公司的董事长滥用董事会会议召集权和董事会会议主席权，本人不履行其职务，也不指定副董事长和其他董事召集和主持董事会会议，妨害了公司的正常运营。为了提高董事会的效率，防止董事长滥用职权，公司法应以必要的强制性规范，直接规定在上述情况出现时，由副董事长或半数以上董事共同推举的一名董事召集和主持董事会会议。再次，改革公司代表制度。现行公司法的规则是采用法定代表人的制度，其特点是公司代表人具有惟一性，可以担任法定代表人的公司负责人的范围是法定的。显然，这种制度不是公司法的创造，而是来源于民法通则。但是，公司法将其极端化了，它将由法律或章程规定法定代表人变为仅仅由公司法规定董事长为法定代表人。这种做法，注意了向公司之外表示意思的一致性，但忽视了公司经营的复杂性和表示意思的适时性。所以，将现行公司法上的法定代表人制度即董事长为惟一法定代表人的做法改为由公司章程规定公司代表人的制度，即不限于一人代表公司而根据公司经营规模分别确定公司代表人人数，是适应现代公司经营要求

的。

监督机制的重心是强化监督手段。其中，首先是使监事会能够实现其职权。包括赋予监事会聘用注册会计师事务所检查公司财务的职权，以使对董事、经理的财务监督成为可能。二是赋予监事会在特定情况下诉权。现行公司法对监事会没有规定监事会何时可以请求司法介入，以实现监事会监督的宗旨。于此，一个不可忽视的公司法空白是，当董事和经理的行为损害公司的利益时，监事会对其纠正而不能奏效如何办？公司法实施的实践表明，当董事特别是董事长的利益和公司发生冲突，并因此而酿成诉讼时，董事长无法代表公司，也不可能由董事长指定副董事长、其他董事代表公司，只宜由监事会代表公司，以保护公司的利益。三是，在强调监事会对董事、经理的监督同时，应健全董事之间履行相互之间监视义务的规则，譬如非执行业务的董事可对执行业务董事的监督，执行业务的董事有定期向董事会报告工作的义务等。

激励机制的重点应是董事、经理报酬的区别性和董事、经理报酬与承担公司风险的关联性。前者，应使股东大会决定董事报酬和董事会决定经理报酬的规则不形同虚设，即根据董事、经理对公司业绩形成的不同贡献决定其不同报酬。后者，应注意使董事、经理的报酬与承担的风险挂钩，报酬越高意味着承担的经营风险越大。

约束机制的核心是强化董事、经理的义务和责任。公司法关于董事义务的改革，应将重点放在对董事善良管理人注意义务和忠实义务的概括性规定上，强调董事、经理必须遵循诚信原则，真诚地以公司最大利益为出发点执行职务，谨慎、认真、勤勉地在其职权范围内行使职权；董事、经理未经股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。董事违反法律、行政法规或公司章程，给公司造成损害的，应该承担赔偿责任；拒不赔偿的，股东、监事会可以以公司的名义向人民法院起诉。应建立代表董事（现行法为董事长）因重大过失致他人损害，对第三人承担责任的制度，以使董事长为自己的过错与公司共同承担损害他人利益的责任，也避免董事长滥用公司法定代表人的权利。

第二，要实现从重在引进国外公司治理制度到重在制度实效的转变

进入 21 世纪以来，为完善上市公司治理规则，相继引进了一系列制度。其中，影响较大的是独立董事制度。现在，应进一步探讨如何使它产生实效。

（一）独立董事必须独立

独立性是独立董事的生命。独立董事的独立，应主要体现在其独立地位上，强调其“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。为此，必须认真对待以下问题：

1. 独立董事如何提名

这是保证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。基于此，有人提出应由中立性的组织提名，不应由具有支配地位的大股东提名，更不宜由董事会提名。无疑，这种方案是有参考价值的。

2. 独立董事的报酬

这也是影响独立性的重要问题。显然，独立董事的报酬不宜与执行业务的董事等同对待。他们的报酬不宜过高，尤其不宜与公司业绩挂钩。因为，这样容易变得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。

3. 独立意见的发表形式

《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二分之一以上同意。显然，这里的行使职权包括发表独立意见。这种做法，注意了董事会接受独立意见的方便，但忽视了独立董事的“合议”会使独立意见的独立性淡化，这无疑是和“独立意见”发表制度的本意相违背的。为保证独立董事意见的独立性，应该强调独立董事采个别发表意见的形式，不能将独立董事的独立意见变成集体意见。

（二）独立董事的法律基础

公司治理引入独立董事需有其法律基础，包括独立董事进入的基础和独立董事发生作用的基础。我国公司法没有关于董事资格股份的规定，换言之，董事不持有公司的股份，不影响其成为公司的董事。这种开放式的立法态度，使独立董事进入公司董事会不发生法律上的障碍。但是，独立董事进入董事会如何发挥作用，尤其是如何发挥对其他董事的监督，还需要公司法提供其必要的规则。如上所述，应借鉴国外公司法经验，明确规定董事之间有相互监督的义务，作为董事之间相互监督的依据。同时，也使独立董事发挥对其他董事的监督作用，具有必要的法律基础。否则，即使引入独立董事，他们也无法起到应有的作用。

（三）独立董事应有恰当的定位

公司治理是全世界范围内的复杂课题。不是单靠独立董事制度就可以解决