

国有独资公司董事会职权之实务考察与法律分析

刘晓蕾

(中国政法大学人文学院, 北京 100086)

摘要: 完善国有独资公司的法人治理结构有重要现实意义,而明确并落实董事会职权是其核心问题。目前,我国《公司法》对国有独资公司董事会职权的相关规定存在欠缺,同时,实务中董事会运作还存在有法不依、无法可依的现象。对此,应从落实董事会法定职权、明确股东授权制度、理顺董事会与监事会的监督职能上的关系这三个方面完善国有独资公司法人治理。

关键词: 国有独资公司; 董事会职权; 法律分析

中图分类号: D922.291.91

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2016)03-0080-09

我国的国有大型企业,尤其是中央和各级地方政府出资、由各级国资监管机构履行出资人职责的国有企业,大多数采取国有独资公司的形式,或者有的虽然未按公司法登记注册,但实际上是参照公司法关于国有独资公司的有关规定运作的。例如,目前由国务院国资委履行出资人职责的106户中央企业中,只有6户属于多元股东的有限责任公司或股份有限公司,其余都是国有独资公司或国有独资企业。这些企业不仅资产规模大、营业收入高、行业影响力强,而且多数处于重要行业和关键领域,对国民经济持续健康发展起到至关重要的作用。因此,深入研究探讨国有独资公司完善公司治理具有十分重要的现实意义。

在公司内部组织机构之中,董事会居于枢纽地位,是公司治理结构的核心。“董事会在公司治理中发挥着根本性作用。法律制度赋予董事对公司的委任托管责任,董事会承担着聘用与解雇高级管理层和监督重大经营决策的惟一责任。”^①因此,准确把握董事会的角色定位,充分发挥董事会的职能作用,无疑是完善公司治理的关键。本文拟从国有独资公司董事会的职能定位入手,对我国公司法有关国有独资公司董事会职权的规定,以及在公司实务运作的状态进行考察分析,从而提出完善国有独资公司法人治理的建议。

一、董事会的角色定位与基本职能

董事会的角色定位,即董事会是个什么机构,应该做什么、不应该做什么。这就要追问,为什么需要董事会?学者从经济学和管理学角度做出了解释。

现代经济学认为,现代大型公司出现了所有权与控制权分离的现象,导致了公司中的代理问题,董事会是为解决代理问题,在大型组织内部演化出来的一种符合市场经济原则的内生组织或制度。即所有者为了利用所有权与控制权分离的收益,减少分离带来的代理成本,大型公司逐渐演进出来了董事会制度。对此,美国著名经济学家法玛(Fama)在其所著的《代理问题与企业理论》(1980年)一文以及他与另一位经济学家詹森(Jensen)在《所有权与控制权的分离》(1983年)中作出了权威的阐述。他们认

收稿日期: 2016-02-30

作者简介: 刘晓蕾(1974-),女,山东招远人,中国政法大学人文学院法学理论专业博士生,研究方向: 法治文化。

^①Robert Gertner and Steven N Kaplan, The Value Maximizing Board, Working Paper, 1996, University of Chicago. 转引自[美]沃尔特·J·萨蒙等《公司治理》,孙经纬、高晓晖等译,中国人民大学出版社2001年版,译者前言第1页。

为, 董事会是监督经理成本最低的内部资源。^①

从管理学角度看, 由于现代公司的股东人数众多, 导致股东难以直接行使管理公司的权利, 为了低成本地行使股东权利实现其利益, 有必要通过一定的组织实施集中管理。集中管理是公司制的重要优势之一, 而董事会正是公司实现集中管理的有效形式。同时, 随着公司经营业务的范围拓宽、规模不断扩张, 管理日益复杂、专业化, 管理公司需要专业知识和能力, 一般股东往往难以胜任公司管理, 只有委托给少数具有专门才能的董事来管理公司。

第一层的解释强调了董事会的监督功能, 第二层的解释则体现了董事会的管理功能, 可以说是董事会存在的主要意义。此外, 还有许多其他理论来解释董事会的作用。比如, 董事会关系理论, 认为董事会的作用在于协调公司与利害关系人以及其他因素之间的关系, 为公司的生存和发展提供各种功能性资源。

在英美法国家, 普遍观点认为, 董事会的主要任务是代表股东监督管理层, 强调董事会作为监督者的角色。美国著名公司治理专家罗伯特·蒙克斯(Robert A. G. Monks) 和尼尔·米诺(Nell Minow) 在其所著《公司治理》一书的第三章以“董事: 监督”作为标题, 清楚地表明了作者对此所持的观点。^② “在单层董事会制度中有时能够发现两种相互抵触的观点, 一种观点认为董事会应当为公司的经营提供关系、资源和技能, 另一种观点则认为董事会最根本的职责是监督管理层”, 有人甚至认为“董事会在任何情况下是进行监控和任命管理层, 而非进行商业决策的”。^③ 由此可见, 在英美单层委员会的公司治理模式中, 更强调董事会对经理人员监督的职能。面对经理擅权严重的情形, 强调引入独立董事发挥对经理监督作用, 也是对传统单层制公司治理模式中监督资源缺乏的一种弥补。但并不否认其决策职能。因为董事会的职能中也包括了战略决策与监控, 表现为对重大事项的审核批准。只不过是决策事项范围比起原先的董事会大大缩小了。

与英美法国家相比, 大陆法系国家公司董事会的角色有着鲜明的不同。大陆法系国家的传统是将监督权另外授予独立的机构, 董事会的职能当然主要集中于决策和管理。在以德国为典型代表的双层委员会的公司治理模式中, 监事会或称监督委员会(Aufsichtsrat) 负责监督, 董事会或称管理委员会(Vorstand) 负责决策与管理, 监事会有权选任董事, 并监督董事会。法律明确规定将两个职能分别赋予两个不同的机构。而在日本、意大利的传统公司治理模式中, 监督权与决策和管理权也是相对分离的, 监事会负责监督, 董事会及其选聘的经理负责决策与管理。与双层委员会模式不同的是, 这里的监事会是与董事会相并列的机构, 监事会与董事会均由股东会选举产生, 对股东会负责, 监事会无权决定董事的产生与董事会的构成。

我国公司治理模式与日本、意大利较为相似, 即董事会主要负责战略决策, 属于管理者的角色。国有独资公司董事会的角色与职权当然也属于此列。但是, 国有独资公司股东的特殊性, 决定了其董事会角色与职权的特殊性。国有独资公司只有唯一的股东即国家, 由国有资产监督管理机构代表国家履行出资人职责, 而国家及其代表机构作为股东均不能像自然人一样行使权利, 行使国家权力的政府机构又不适合于直接管理企业。基于这种情形, 我国《公司法》规定, 国有独资公司不设股东会, 由国有资产监督管理机构行使股东会职权, 国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权。因此, 相比较其他形式的公司, 国有独资公司更有必要成立强有力的董事会, 来代表和维护国家股东的利益。法律这一规定的意旨在于, 针对公司治理结构健全运行良好的公司, 通过将部分股东会职权授予董事会行使, 保证董事会具备足够充分的能力、承担充分的职责, 代表国家股东对公司实施有效管理。

二、国有独资公司董事会职权的法律规定与分析

依我国《公司法》有关规定, 国有独资公司董事会的职权有两类渊源: 一是法律直接规定的职权, 二

^①参见宁向东《公司治理理论》, 中国发展出版社2005年版, 第160页。

^②参见[美]罗伯特·蒙克斯、尼尔·米诺《公司治理》(第二版), 李维安等译, 中国财政经济出版社2004年版, 第141页。

^③经济合作与发展组织《公司治理: 对OECD各国的调查》, 张政军、付畅译, 中国财政经济出版社2006年版, 第108、112页。

是股东的授权。

(一) 法定职权

各国法律均赋予董事会较为广泛的职权,主要国家的公司法一般采取概括方式予以规定。^①与大多数国家公司立法采取概括式规定的做法不同,我国对董事会职权作出了列举式规定,同时明确章程还可以规定其他职权,作为一种补充。《公司法》第46条规定,董事会对股东会负责,行使下列职权:(1)召集股东会会议,并向股东会报告工作;(2)执行股东会的决议;(3)决定公司的经营计划和投资方案;(4)制订公司的年度财务预算方案、决算方案;(5)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(6)制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案;(7)制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案;(8)决定公司内部管理机构的设置;(9)决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项;(10)制定公司的基本管理制度;(11)公司章程规定的其他职权。

在具体列举的法定职权中,可以大致分为四类:一是执行股东会的决议,作为董事会重要职权之一,排序位居前列;二是重大经营管理事项决定权,如决定公司经营计划和投资方案、内部管理机构的设置;三是重要方案制订权,董事会负责制订并向股东会提出公司财务预算、决算方案以及利润分配方案、弥补亏损方案、增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案、合并、分立、解散或者变更公司形式的方案等;四是高管人员聘任解聘权,作为公认的董事会基本职权,《公司法》对董事会决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,作出了明确规定。由此可见,我国公司董事会不仅负责业务执行,还享有一定的经营决策权。国有独资公司作为有限责任公司的一种特殊形态,董事会职权无疑应当适用《公司法》第46条之规定。

(二) 股东授权

《公司法》第66条规定,国有独资公司不设股东会,由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项,但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券,必须由国有资产监督管理机构决定;其中,重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的,应当由国有资产监督管理机构审核后,报本级人民政府批准。

按照上述规定,除了公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券外,国有资产监督管理机构行使的股东会职权原则上都可以授权国有独资公司董事会行使。但是由于国有企业改革仍在继续推进,相关制度尚不完善,也缺乏实践基础,法律没有对授权的具体条件、内容和形式作出规定。从理解上,可以认为是给国有企业改革创新留出空间,或是给国有资产监督管理机构的行为留出股东自治的空间。

从法律的规定看,国有独资公司董事会不仅依法享有一般公司董事会的职权,还可以依照《公司法》规定获得股东授权。因而相对于一般公司,国有独资公司董事会拥有更广泛的权力,具有较强权威性。

三、国有独资公司董事会运作实务及其职权考察

实践中的国有独资公司董事会到底行使哪些职权并如何运作的呢?2004年以来,国务院国资委在中央企业的国有独资公司中开展建立和完善董事会试点,截至目前,已有85户中央企业纳入试点范围。^②下面,我们对近年来中央企业董事会试点的有关具体做法进行考察。

^①如德国《股份法》规定,董事会负责领导公司(第76条之1),董事会在诉讼上和诉讼外代表公司(第78条之1)。法国《商事公司法》规定,股份有限公司由董事会进行管理(第89条)。董事会拥有在任何情况下以公司名义进行活动的最广泛权力;董事会在公司的宗旨的范围内行使这些权力,法律明确赋予股东大会的权力除外(第98条)。日本《商法典》规定,董事会决定公司业务的执行,监督董事职务的执行。美国《示范公司法》(修订版,1991年)在第8.01条之(2)规定:公司所有权力均应由董事会或经其授权统一行使,且公司所有的商业经营与事务管理也均必须集中在董事会的统一指导下。

^②国务院国资委网站 <http://www.sasac.gov.cn/n85881/n85911/c2156165/content.html>。

(一) 明确董事会角色定位

按照《关于中央企业建立和完善国有独资公司董事会试点工作的通知》,中央企业在国有独资公司中开展建立外部董事占多数的董事会试点,其基本思路是“将忠实代表所有者利益、对出资人负责、增强公司市场竞争力作为董事会建设的根本宗旨”,明确董事会的主要职责是“以发展战略、重大投融资、内部改革决策和选聘、评价、考核、奖惩总经理为重点,以建立董事会专门委员会、完善董事会运作制度为支撑,确保董事会对公司进行有效的战略控制和监督”,从而实现“将国资委对国有独资公司履行出资人职责的重点放在对董事会和监事会的管理,既实现出资人职责到位,又确保企业依法享有经营自主权”。^①

由此可见,国资委对国有独资公司董事会职责强调的是战略控制和监督。战略控制主要体现在以发展战略、重大投融资、内部改革决策为重点的重大事项决策方面。如果将公司战略决策的过程区分为决策方案的提出、决策方案的批准、已批准方案的实施以及实施的监督四个步骤,决策方案的提出和已批准方案的实施为“决策管理”活动,决策方案的批准及实施的监督为“决策控制”活动,那么,董事会的战略控制则主要是决策方案的批准及实施的监督,即决策控制活动;而以选聘、评价、考核、奖惩总经理为重点的对经理层的管理,也体现了监督的精神。故此,试点企业董事会的角色定位似乎更近于英美法上的公司董事会。

(二) 董事会职权的具体化

根据国资委为推进试点制定的《关于国有独资公司董事会建设的指导意见(试行)》和《董事会试点中央企业董事会规范运作暂行办法》的相关规定,^②国有独资公司董事会的职权主要有:

1. 根据《公司法》规定的职权:(1) 向国资委报告工作;(2) 执行国资委的决议;(3) 决定公司的经营计划、投资方案;(4) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案;(5) 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(6) 制订公司增加或者减少注册资本的方案以及发行公司债券的方案;(7) 拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案;(8) 决定公司内部管理机构的设置;(9) 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项(中央管理主要领导人员的企业,按照有关规定执行),并根据经理的提名,聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项;(10) 制定公司的基本管理制度。董事会还享有公司章程规定的其他职权。

2. 根据公司具体情况,董事会可以行使以下职权:(1) 审核公司的发展战略和中长期发展规划,并对其实施进行监督;(2) 决定公司的年度经营目标;(3) 决定公司的风险管理体系,包括风险评估、财务控制、内部审计、法律风险控制,并对实施进行监控;(4) 制订公司主营业务资产的股份制改造方案(包括各类股权多元化方案和转让国有产权方案)、与其他企业重组方案;(5) 除依照《企业国有资产监督管理暂行条例》规定须由国资委批准的事项外,决定公司内部业务重组和改革事项;(6) 除依照《企业国有资产监督管理暂行条例》规定须由国资委批准的重要子企业的重大事项外,依照法定程序决定或参与决定公司所投资的全资、控股、参股企业的有关事项;(7) 制订公司章程草案和公司章程的修改方案。

3. 国资委依照《公司法》的规定,授予董事会行使出资人的部分职权,决定公司的重大事项。依以上规定,结合公司运作实务考察,对试点企业董事会职权分析如下:

首先,第一类职权是法律规定的直接运用或援引,没有增加新的内容。需要指出的是,在国有独资公司董事会试点实践中,上述规定虽然记载于公司的章程之中,但董事会并不能真正履行职权。其中最突出的是,囿于现行干部管理体制和国资监管体制,总经理的选聘与解聘、考核与薪酬决定权,这些本来就是《公司法》规定的董事会法定职权,在实践中一直没有落实到位。国有独资公司的总经理、副总经理,仍然由党的组织部门和国资委分别管理,包括提名、考察、任免、业绩考核、薪酬决定等。也就是说,董事会成员和经理层人员是由同一机构任免与管理的。现代企业制度的实践表明,董事会选择经营管理者是董事会制度的核心。董事会不具有选任考核经理层的职权,致使董事会对经理层的监督与制约

^①参见邵宁、秦永法等编著《大企业治理架构》,江苏人民出版社2011年版,第317页。

^②参见邵宁、秦永法等编著《大企业治理架构》,江苏人民出版社2011年版,第320、345页。

从根本上失去支撑,不得不说这是目前国有独资公司董事会制度最大的缺陷。宝钢集团作为首家开展董事会试点工作的中央企业,对此有切身体会,董事长徐乐江在总结试点经验时表示,“董事会建设任重道远”。要真正调动董事会和经理层的能动性和积极性,发挥公司治理应有的作用,还必须重视激励因素。导入“董事会选聘经营管理者”、“董事会考核激励经理人”两个激励因素,是进一步深化董事会建设的内在必然要求。^①

其次,第二类职权则是结合公司运作实务作出具体化规定。依照《公司法》第37、46条规定,“决定公司的经营方针与投资计划”属股东会职权,“决定公司的经营计划与投资方案”则属董事会职权,但法律用语含义不清,在实践中很难从文义上准确区分何谓经营方针与经营计划、何谓投资计划与投资方案。一般理解,公司的发展战略和中长期发展规划似介于经营方针与经营计划之间,公司的年度经营目标属于年度经营计划的内容。因此,在实行董事会试点中央企业的运作实务中,公司的发展战略与规划、年度经营目标由董事会决定,应该说是符合实际的选择。其他的职权,如风险管理、公司内部业务重组和改革事项属于公司管理范畴。制订股份制改造方案和重组方案、制订公司章程草案和公司章程的修改方案属于向股东会提出的建议方案;决定或参与决定公司所投资的全资、控股、参股企业的有关事项是公司投资活动形成的当然权力。

第三,对于股东授权部分,国资委将部分职权授予国有独资公司董事会行使具体如何操作,哪些可以授权、如何授权等,至今尚未明确,在试点企业的实践中仍然没有一家实施这项制度。

(三) 设立董事会专门委员会

董事会试点企业引入了董事会专门委员会制度。《关于国有独资公司董事会建设的指导意见(试行)》和《董事会试点中央企业董事会规范运作暂行办法》对此作了规定,公司董事会应当设立提名委员会、薪酬与考核委员会、审计委员会(或者审计与风险管理委员会),作为董事会专门工作机构,为董事会决策提供咨询意见或建议。根据公司实际情况,经董事会通过,也可以设立其他专门委员会并规定其职责。董事会专门委员会由公司董事组成,其成员和召集人由董事长向董事会提出人选建议,经董事会研究通过后生效。其中,提名委员会中外部董事应当占多数,薪酬与考核委员会、审计委员会应当全部由外部董事组成。^②

随着现代公司规模日益大型化和业务复杂化,管理的专业化程度不断提高,公司董事会一年召开几次董事会会议,仅凭董事们通过阅读材料、开会讨论表决,就要实现对公司进行有效的战略控制与监督,是难以做到的。事实上,大型公司的董事会通常设立一些专门委员会,承担某一类具体职责,来协助董事会工作,这也是当今世界各国公司治理的共同趋势。要使国有独资公司董事会切实履行好职责、充分发挥应有作用,体现法律赋予的权威性,增加外部的非执行董事人数,优化董事会结构,并设置若干专门委员会是必不可少的一项制度安排。

我国《公司法》对董事会专门委员会的设置和职责并没有作出规定。在实务中一般是上市公司或股份有限公司在公司章程中自行规定。上市公司作出此类规定的依据主要是《上市公司治理准则》,对董事会专门委员会的设置和战略委员会、审计委员会、提名委员会和薪酬与考核委员会的职责进行了规定。从内容上看,中央企业董事会试点文件相关内容与《上市公司治理准则》较为接近。

在各个专门委员会中,最值得关注的是审计委员会。从试点的规定看,审计委员会委员的主要职责是:指导企业内部控制机制建设;向董事会提出聘请或更换会计师事务所等有关中介机构及其报酬的建议;审核公司的财务报告、审议公司的会计政策及其变动,并向董事会提出意见;向董事会提出任免公司内部审计机构负责人的建议;督导公司内部审计制度的制定及实施;对企业审计体系完整性和运行的有效性进行评估和督导;与监事会和公司内部、外部审计机构保持良好沟通。^③

可见审计委员会的职责内容相当广泛,其主要功能在于建立起审计员和独立于公司执行董事的董

①参见徐乐江《宝钢董事会运作实践》,上海人民出版社2013年版,第139页。

②参见邵宁、秦永法等编著《大企业治理架构》,江苏人民出版社2011年版,第348、350页。

③参见邵宁、秦永法等编著《大企业治理架构》,江苏人民出版社2011年版,第350页。

事会之间的联系,主要目的是支撑董事会对公司财务控制和检查,提供对执行董事和经理层的独立性检查;帮助董事会履行保证财务报告真实性的义务,增强公司财务报告的可信度;提供一种机制,保证董事会集中力量于关键审计、决策和内部控制,降低欺诈的可能性。从这个意义上讲,审计委员会的设置与职责,在相当程度上体现了董事会监督方面的角色功能。

(四) 界定董事长与总经理的职权及其关系

董事长和总经理(《公司法》上称经理,总经理是实务中对于公司经理层负责人的一般称谓)是公司运行实务中两个十分关键的角色。但由于我国国有企业特定的历史背景,董事长和总经理的关系,一直是公司治理中十分复杂敏感的问题。我国国有企业领导体制经历了多次变革,无论是厂长(经理)负责制还是党委领导下的厂长(经理)负责制,基本特征是“一元化领导”。国有独资公司绝大多数是由原国有大企业直接变更而来,企业管理人员的思维和行为习惯导致在实务中总是要问谁是“一把手”?从理论上讲,可以说董事长、总经理分别处于公司治理和公司管理两个不同层面,董事长负责董事会有效运作,引领董事会对公司整体的战略控制与监督,领导作用体现在公司治理上;总经理负责公司业务的具體组织协调,完成董事会设定的经营目标,领导作用体现在经营管理上。二者各负其责,董事长与总经理之间不是领导与被领导关系。实务中,解决这一问题的关键在于职权界定,把二者的职责区分清楚,才能不产生矛盾冲突。

1. 董事长的职责。《公司法》第109条对董事长职责作出了规定:召集和主持董事会会议,检查董事会决议的实施情况。法律规定看似十分简单,但在实践中,董事长的职责决不是简单的召集和主持会议,作为董事会有效运作的“第一责任人”,责任重大,其职责通常可以分为以下几类:(1)负责组织董事会运作,具体包括提出全年董事会会议计划,确定董事会会议议题,按时召集会议,适当主持会议,确保公司重大事项及时得到董事会讨论与表决;(2)负责组织拟定公司重大事项方案,包括属于董事会制订范围并需提交董事会表决的利润分配与弥补亏损等各类方案;(3)与股东沟通,报告董事会工作、公司经营情况及公司发生的重大事件;(4)协调董事会与经理层之间的关系;(5)检查董事会决议的实施情况;(6)根据董事会决定或授权签署公司重要文件,如聘任或解聘公司高级管理人员的文件,业绩考核合同,董事会重要文件或公司重要业务合同或有法律约束力的文书等。

除此之外,公司还可以在章程中对董事长作出具体授权,或根据公司业务或管理需要,临时由董事会对董事长作出专门授权。在发生不可抗力或重大危急情形、无法召开董事会的紧急状态下,对公司重大事务作出特别决定,并在事后向董事会报告。

2. 总经理的职责。各国法律一般不对公司经理的职权作出明确规定。从理论和逻辑上讲,经理的权力来源于董事会的授权,或者在公司章程中明示规定或默示形式。而我国《公司法》第68条对公司经理的职权范围作了明确规定“国有独资公司设经理,由董事会聘任或解聘,经理依照本法第49条规定行使职权”。总经理向董事会负责和报告工作,作为主持公司日常经营管理工作的负责人,总经理的职责范围无疑是十分广泛的,无法列举,也难以全面概括。但大体上可以分为以下几类:组织实施董事会决议;组织指挥协调业务经营;拟订各类方案与规章制度;提请董事会聘任或解聘有关高级管理人员;协调、检查和督促公司内部各类工作;向董事会报告工作。

由于公司业务经营的复杂性,为了经理能够及时灵活处理公司事务,通常董事会可以授权经理决定和处置一定范围内特定事项,如一定数额投资、融资、担保等决策权。一般来说,公司应在章程或议事规则中作出具体规定,批准单项金额不超过公司最近一期经审计净资产一定比例的公司对外长期投资(包括转让出资、对所出资企业的增资与减资)、长期融资、固定资产投资、非股权性资产转让、短期投资、短期融资、内部所属企业之间的担保、对外捐赠等。^①

(五) 明确董事会与监事会的关系

监事会是国有独资公司治理结构的重要组成部分,也是具有中国特色的国有企业监督制度。依照《公司法》和《国有企业监事会暂行条例》的规定,国有独资公司的监事会,由国资委代表政府派出,履行

^①参见徐乐江《宝钢董事会运作实践》,上海人民出版社2013年版,第64页。

下列职责:检查企业贯彻执行有关法律、行政法规和规章制度的情况;检查企业财务,查阅企业的财务会计资料及与企业经营管理活动有关的其他资料,验证企业财务会计报告的真实性、合法性;检查企业的经营效益、利润分配、国有资产保值增值、资产运营等情况;检查企业负责人的经营行为,并对其经营管理业绩进行评价,提出奖惩任免建议。

在与监事会的关系上,董事会支持配合监事会开展监督工作。监事会列席企业涉及重大经营决策、重要干部任免、重大项目投资、大额资金使用以及其他有关经营活动的各类重要会议,包括董事会会议、总经理办公会等。在日常监督的基础上,监事会每年进行一次集中检查,并与企业年度财务决算审计相衔接。企业及时向监事会报告经营管理动态,及时向监事会提供企业财务会计资料和有关经营管理资料。

由此可见,国有独资公司监事会的职责,既包括财务监督,也包括经营行为与效果的监督,还负责对企业进行评价并提出奖惩任免建议。国有独资公司的监事会,是由股东派出的但外在于企业的监督机构,相比《公司法》规定一般有限公司或股份公司的监事会,具有外派性、独立性和更强的权威性。由于国有企业监事会具有检查企业财务的职权,同时,董事会试点企业在公司章程中规定了设置董事会审计委员会,审计委员会主要职权中也包括审核公司的财务报告、审议公司的会计政策及其变动并向董事会提出意见。因此,如何恰当界定监事会与审计委员会之间的监督职责和二者的相互协调就成为了一个现实的问题。

四、对董事会职权的改进建议

我国《公司法》对董事会职权的规定尚有诸多需要研究并加以改善之处。如法律的列举式规定有欠妥当,法律条文表述的涵意不够清晰,与实务不衔接等。但是关键问题还在于法律的具体实施。从完善公司治理的要求看,一是要将既有法定职权落实,二是要将授权制度具体化。国有独资公司董事会与国资委之间权力配置,总体上应当顺应公司权力格局发展趋势,本着“董事会中心主义”的基本要求,适当削弱股东会的权力,扩大董事会的职权,将原本由股东会行使一部分权力转授予董事会行使或由股东会和董事会共同行使,构建“弱股东、强董事会”模式。此外,董事会职权与监事会制度如何协调,也有待进一步明确。

(一) 落实董事会的法定职权

试点的相关规定在重申《公司法》已有的董事会职权的基础上,对国有独资公司董事会的监督职权作了适当的增补,如监督战略实施、经营目标完成情况、决定公司的风险管理体系(包括风险评估、财务控制、内部审计、法律风险控制)并对实施进行监控。对董事会职权的规定反映了试点要求建立强有力董事会的意旨,但是国资委仍然拥有广泛权力,而部分权力则是沿用以往针对未实行董事会制度的国有企业的政策,属于过渡性的安排。因此,对董事会职权的规定没有能够适应《公司法》和建立完善董事会制度的要求及时加以修正。

在这方面,国资委作为国家所有者代表,其行使权力范围必须进行调整,在股东与董事会之间进行重新配置。首要的问题是落实董事会的法定职权,董事会应当真正行使对经理人员的选聘和解聘的权力。依据《企业国有资产监督管理暂行条例》第17条规定,国资委有权向国有独资公司提出其总经理、副总经理、总会计师等的任免建议。但此项“建议权”的性质不明确,不符合《公司法》关于公司董事会与经理之间分权制衡的基本原则,将造成国资委对公司内部事务的直接介入。为保证国有独资公司的正常运转,国资委、董事会和经理层之间应当形成一定的制衡关系,应当不折不扣地执行《公司法》的规定,国资委委派董事组成董事会,由董事会决定聘任和解聘经理。政府对企业领导人员的直接控制在客观上造成了公司董事会对经营者的约束不力,总经理和执行机构不由董事会任命,董事会就没有独立的受托责任,董事会对经理层的考核、监督与激励也将会弱化,从而架空了董事会,最终造成董事会不能对国资委负责。只有享有对经理的选聘和解聘权的情况下,董事会才会真正对人事任免和经营决策承担责任,才能避免国资委陷入对国有独资公司的直接干预以及承担责任。

(二) 完善股东授权制度

《公司法》第 66 条规定的授权制度是国有独资公司董事会职权特色之一,据此制定一个完整的实施细则,规定一套可操作的办法,有利于法律规定的实施,并促进国有独资公司董事会制度有效运作。

1. 授权的范围。根据《公司法》第 66 条的规定,除合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券等职权外,国资委可以授权国有独资公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项。《公司法》第 37 条规定了股东会的 10 项具体职权,除法律已经明确不能授权的以外,其余项目尚需深入研辨。具体如下:

第一类,不属于可授权范围,理由分别为“审议批准董事会的报告”,因不能自行批准自己报告;“审议批准监事会或者监事的报告”、“选举和更换非由职工代表担任的监事”,因董事会不是监事会的上位机构不能行使此权;“审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案”,利润分配和弥补亏损方案直接关系股东收益权,属股东会固有权利;“修改公司章程”,鉴于章程性质为公司自治“宪法”,法律规定应由作为权力机构的股东会决定,属股东会固有权利;在实务中,制定和修改章程的具体做法是,由公司董事会制订章程草案或章程修改草案,报国资委审核批准。

第二类,不宜授予董事会的,“董事的选举、更换以及决定董事薪酬”,理由为:为贯彻公司治理的制衡原则,避免利益冲突,从公司治理的经验和教训看,不能让现任董事会决定下一届董事会的组成。否则,董事会将成为一个“自我永续的实体”,必然逐步脱离股东的控制,最终沦为管理层的工具。故不宜授权给董事会。

第三类,有待法律修改或进一步明确的,包括“发行公司债券”应属可授权事项,“公司的经营方针和投资计划”的具体涵义需要明确。

《公司法》将发行公司债与公司增资、减资事项相提并论,发行公司债券不得授权的规定甚不科学合理。发行公司债,性质为公司融资,属于公司经营事项范畴,在正常情形下,对股东利益并没有重大影响。从世界范围考察,随着“董事会中心主义”的确立,许多国家已经将发行公司债券决定权转由董事会行使。因此,我国法律应当将该项权利归于可授权范围授予董事会行使,以满足公司灵活融资的需要。只是在该债券属可转换公司债情形下,因债权人有权选择转换为股票,才涉及需要股东大会作出决定。而国有独资公司原则上不会发行可转换公司债,不存在此类情形。从实践看,此项职权不具有必须由股东会保留行使的必要性。因此,发行公司债券应属可授权范围。

如何界定公司的经营方针和投资计划的准确内涵?如果说经营方针是公司愿景、战略方向、长远发展规划等,似应属股东会决策范围;而投资计划既有年度的、又有中长期的,既有新业务投资计划或重大投资计划、又有常规性投资计划。由于法律表述的高度概括和抽象性,建议将来通过修改法律加以明确。在此之前,可根据需要在实践中具体化,区别不同情况,尽可能通过授权董事会决定公司经营管理的重大事项。

国外公司治理实践的经验,对我们明确有关授权事项会有启发和借鉴意义。如 1997 年美国《商业圆桌会议公司治理声明》代表美国大公司对董事会职能的描述中包括,审核并在适当的情况下审批财务目标、公司的主要战略以及发展规划。《OECD 公司治理原则》(2004 年修订)对公司董事会主要职能的概括,其中包括审议和指导公司战略、主要行动计划、风险政策、年度预算和经营计划。^①新加坡淡马锡公司及淡联企业的董事会履行的具体职权包括,为公司的总体发展提供战略性的指导方针;决定公司的主营业务范围及其调整,尤其是新开拓的战略性的业务和区域;审核批准公司的年度经营计划和预算等。

综上分析,从法律规定和公司治理实践看,《公司法》第 37 条规定股东会职权之第 2、3、4、6、7、9、10 项不能授权;可以授权的主要是第 1 项“决定公司的经营方针和投资计划”、第 5 项“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”和第 8 项“对发行公司债券作出决议”。

2. 授权的条件与制约。国有独资公司董事会在制度及运行方面须具备一定的条件,国资委才能依

^①参见经济合作与发展组织《OECD 公司治理原则》,张政军译,中国财政经济出版社 2005 年版,第 24 页。

法进行授权。条件主要包括公司董事会组成中的外部董事占到半数以上,董事会运作的各项制度规则齐备并得到有效执行,董事会的工作支持体系制度健全等,可以采用列举方式规定。同时,应当针对不同公司的具体情况,对授权事项做出区别性的规定,决定具体授权事项的范围,而不是对所有公司适用一种统一的授权方案。授权内容须以书面方式,并明确记载于公司章程。在国资委向国有独资公司董事会授权后,一旦董事会不能或不当行使权利,出资人的利益有可能受到严重损害。为此,应当规定在一定条件下,如原来具备授权的条件的部分丧失、董事会或董事严重违反义务、公司经营出现严重困难陷入困境等,国资委有权暂时中止或终止授权,将授权的权利收回自己行使,待公司状况恢复正常后恢复或再行授权。

(三) 理顺董事会与监事会在监督职能上的关系

目前,在试点企业中董事会审计委员会与监事会并存。从长远看,一方面并存造成监督资源重复的浪费,另一方面,在实践运行可能会因为监督权力在两者之间分配不协调产生扯皮。一者监事会具有财务检查权,审计委员会也对财务报告真实性进行核查;二者从法律规定上,监事会还有权监督董事包括审计委员会;三者董事会和监事会都向股东报告。这是当前国有企业公司治理中监督机制存在的问题之一,同一企业中存在多个监督机构,可能导致“职权退化”和谁也不负责任等不良结果。如果试点进一步展开的经验能够证明董事会审计委员会能够发挥监督作用,我国《公司法》完全可以规定可选择的公司治理结构模式,或者选择设置外部监事会而不设审计委员会,或者设董事会审计委员会而不设监事会。这对于国有独资公司而言,不失为一个可行办法。

结论:董事会受股东之信任委托为股东利益管理公司。公司制度发展至今天,现代公司的董事会已经不仅仅是业务执行者的角色,而是兼有经营决策者和监督者双重职能。历史上董事会在公司权力格局中的地位经历了“股东中心主义”向“董事会中心主义”的演变过程,甚至出现了“经理中心主义”的趋向,而我国《公司法》尚未真正贯彻“董事会中心主义”精神。国有独资公司董事会制度必须顺应“董事会中心主义”的趋势,准确定位董事会角色与职能,理顺董事会与股东的关系。为适应实践需要,有必要通过改革措施,调整董事会与股东之间权力配置的关系,落实董事会法定职权,完善股东授权制度,充实董事会职权并完善行使职权程序,以更好发挥董事会在公司治理中的核心作用。

Subject: On the Powers of the Board of Directors of Solely State-owned Company by Investigation and Legal Analysis

Author & unit: LIU xiaolei (institute of humanities ,China university of political science and law ,Beijing 100086 ,China)

Abstract: Perfecting the corporate governance structure of solely state-owned company has the important practical significance, to be clear and implement the powers of the board of directors is the core problem. At present, China's company law to the powers of the board of directors of a solely state-owned company rules have defects, at the same time, in the practice operation it still exist the phenomenon of lawlessness and non-enforcement of the law. So the suggestions from three aspects are as follow: implementation of the board of directors statutory powers; clear shareholder authorization system; straighten out the supervision role of the board of directors and the board of supervisors.

Key words: a solely state-owned company; power of the board of directors; Legal analysis

[责任编辑: 吴 岩]