

提名委员会对我国上市公司治理的影响研究和建议

——从董事提名角度

陶 钧*

摘 要:目前,提名委员会在我国作为上市公司董事会非必设的专门委员会,不断受到重视,设立它的上市公司比例也逐年提高。而提名委员会是否能保持其独立性,从而解决内部人控制问题,抑或仅仅是“新瓶装旧酒”,文献对此课题的系统研究并不多。

本文从核心的董事提名角度入手,立足我国上市公司治理实践,结合我国现行法律法规和交易规则以及域外相关制度与董事提名的运作过程,分析了提名委员会对上市公司治理的影响,总结、权衡我国上市公司提名委员会运作实践中的突出问题和其他学者的解决建议,并提出对提名委员会的重构思路。

关键词:提名委员会 上市公司 公司治理 董事提名 独立性

一、引 言

董事会是公司“三会一层”治理结构中的核心,作为联结股东(大)会与高管层的重要机关,接受股东的委托,同时指挥、指导高管层的事务执行,其运作和治理水平决定了整个公司的治理水平,而董事的提名、选任和董事会成员的构成则直接关乎公司治理的命脉。对上市公司来说,董事会则更加重要,其直接影响公司战略和执行,关系公司经营业绩和广大股东的切身利益。

* 上海贤思律师事务所执业律师。

提名委员会在我国作为上市公司董事会非法定必设的专门委员会,近年来无论是在立法中,还是公司的治理实践中,越来越得到重视。但是,在提名委员会的构成、职责范围、提名程序和标准,以及提升上市公司质量、保护中小股东利益上仍有诸多不足。

我国上市公司的董事提名、选任,并没有形成统一的制度和流程,大股东把持董事会给提高整体治理水平增加了不少障碍。因董事会换届引发的上市公司管理层动荡,甚至产生董事、高管舞弊的实例并非个别现象;但是,也有部分上市公司出现大股东提名董事落选、中小股东提名董事占多数席位的进步。^①

提名委员会可以作为上市公司审核、提名董事的专门机构,研究其对上市公司治理的影响,对提高治理能力意义重大。

本文研究的对象是上市公司的提名委员会,主要内容是以我国现有上市公司董事提名和提名委员会的实际运行情况为立足点,重点分析和探讨提名委员会的成员构成、职责范围、提名标准和程序。

二、提名委员会的产生、发展理论和相关规制

早期公司的董事会成员是从股东当中选举产生,其既非公司雇员,也不领取工资,实际上属于非执行董事。随着社会化分工的深入,公司经营规模愈加庞大,管理难度也不可同日而语。公司管理层的影响力越来越大,其倾向于提名自己易于掌握的董事,导致董事会“内部人控制”现象严重,内部治理矛盾凸显。

在美国,董事的选择过程长期以来一直受到批评,因为往往是有权有势的首席执行官(Chief Executive Officer, CEO),而不是股东选择董事。^②人们逐渐意识到,避免董事会“内部人控制”就需要引入不在公司任职的外部人来监督、制衡内部董事和管理层,独立董事开始在公司治理中扮演重要角色。英美法系国家的公司尽管没有监事会制度,独立董事制度却弥补了这一天然缺陷,实现了对公司“内部人”监督机制的自律性改良。到20世纪80年代,美国各市场监管者不仅要求上市公司的董事会多数成员应为独立董事,而且还要求董事候选人的任命工作应授权给由独立董事构成

^① 参见仲继银:《康佳董事选举纷争与中国公司治理的进步》,载《商业观察》2015年第2期。

^② See Myles L. Mace, *Directors: Myth and Reality*, Harvard University Press, 1971, p. 207; Westphal, J. D. & Zajac, E. J., *Who Shall Govern? CEO/Board Power, Demographic Similarity, and New Director Selection*, *Administrative Science Quarterly*, p. 60-83(1995).

的专门委员会。在这些专门委员会当中,提名委员会是一个“填补董事会空白的”委员会,^①也受到了越来越多上市公司和市场监管者的重视。

典型大陆法系的德国虽然没有独立董事制度,但其监事会权力高于董事会——由股东会产生监事会,监事会产生董事会;且一直以来旗帜鲜明地将包括提名委员会在内的专门委员会置于监事会之下。^②

(一)提名委员会的理论

为了理解提名委员会对董事会组成的影响,我们将其目的与现有的董事会角色理论联系起来。S. A. 萨拉(Shaker A. Zahra)和 J. A. 皮尔斯二世(John A. Pearce II)(1989年)强调董事会的组成和角色是相互交织的,^③并定义了3种主要的董事会角色:控制、服务和战略。对以上3种角色,A. 希尔曼(Amy Hillman)等(2000年)认为,需要使用不同的理论来研究它们对董事会构成的影响。^④

1. 代理理论(Agency Theory)

该理论主要涉及所有权和控制权在现代组织中的分离和由此产生的委托代理问题,也是大部分文献阐述上市公司治理结构中所运用的基本关系理论。在实践中,公司治理可分成统一的两层委托—代理关系:一是股东委托董事作为代理人行使所有人的权力;二是董事委托管理层作为公司实际经营管理的最终代理人(见图1)。



图1 公司治理的两层委托—代理关系

由于各方的利益并不完全一致,为追求自己利益的最大化,势必损害股东利益,内部人控制问题就无法避免;两层“委托—代理”还将该问题发生概率再加倍。

显然要杜绝“内部人控制”,就是使各方利益一致或纯粹基于合同而非人情世故,

^① 参见[美]拉尔夫·D.沃德:《新世纪董事会:公司董事的新角色》,黄海霞译,上海交通大学出版社2002年版,第218页。

^② 参见杨大可:《德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及启示》,载《证券市场导报》2016年第11期。

^③ See Zahra, S. A. & J. A. Pearce II, *Boards of Directors and Corporate Performance: A Review and Integrative Model*, *Journal of Management*, Vol. 15:2, p. 291-334(1989).

^④ See Hillman, A. J., A. A. Cannella Jr. & R. L. Paetzold, *The Resource Dependence Role of Corporate Directors: Strategic Adaption of Board Composition in Response to Environmental Change*, *Journal of Management Studies*, Vol. 37:2, p. 235-255(2000).

独立董事正是在这样背景下应运而生的。通过独立董事在提名委员会的作用,旨在防止董事间、董事与股东、管理层之间变成沾亲带故、利益交换的“俱乐部”。

但是,代理理论只涉及董事会工作的一个方面(监督、控制),而不涉及董事会可能在其公司内扮演的其他角色;^①并且也不能解释除了自利以外的其他人类行为的动机,而自利将能指导公司的决策管理。^②

2. 资源依赖理论(Resource-Dependence Theory)

该理论的前提是公司对外部环境的依赖,而外部环境具有高度不确定性。根据资源依赖理论,董事会的角色是资源提供者,或者跨域协调者(boundary spanners),在公司和外部环境之间,以确保公司获得关键资源,增加其对外部世界的合法性,从而减少环境的不确定性。^③

资源依赖理论扩展了对董事会角色的讨论,不仅考虑了董事的地位或独立性和有效履行其监督职能的能力,还考虑了董事的技能知识、专长、背景特征和网络联系。^④这也是提名委员会在甄选董事候选人的标准和流程的制定依据。

3. 群体有效性理论(Group Effectiveness Theory)

该理论将评价的焦点转移到董事会本身及其工作实践和行为上。公司董事不仅是提供有价值资源的个人,还是负责制定和评估公司战略的群体。群体有效性理论认为,多样性是改善决策的关键资源。^⑤群体多样性为公司提供了一个更大的信息库,使群体能够更好地理解环境的复杂性,以探索更多的不同解决方案,并最终产生更好的决策。

包括香港联合交易所所在内的市场监管者陆续把董事会多样性或多元化作为一项建议指标写入其上市规则和治理指引中。

提名委员会将面临着多重而复杂的任务。上述三个理论通过考虑董事会工作所处的情境,即团队情境、企业情境和更广泛的环境情境,对董事会角色形成全面的评

^① Amy J. Hillman & Thomas Dalziel, *Boards of Directors and Firm Performance: Integrating Agency and Resource Dependence Perspectives*, *Academy of Management Review*, Vol. 28;3, p. 383 – 396(2003).

^② See J. H. Davis F. D. Schoorman & Donaldson, L., *Toward a Stewardship Theory of Management*, *Academy of Management Review*, Vol. 22;1, p. 20 – 47(1997).

^③ See J. Pfeffer, *Size and Composition of Corporate Boards of Directors: The Organization and Its Environment*, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 17, p. 218 – 229(1972).

^④ W. Ruigrok et al., *The Determinants and Effects of Board Nomination Committees*, *Journal of Management & Governance*, Vol. 10;2, p. 119 – 148(2006).

^⑤ See F. J. Milliken & L. L. Martins, *Searching for Common Threads: Understanding the Multiple Effects of Diversity in Organizational Groups*, *Academy of Management Review*, Vol. 21;2, p. 402 – 433(1996).

价,包括控制/监控、跨域协调者/服务提供者和战略规划角色。因此,在遴选董事或高管时,提名委员会需要评估这三个角色的现有能力和未来的任务。

(二)提名委员会的法律及市场规制

我国的现行法律,包括《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国证券法》等,均未对董事会的专门委员会进行具体规定。建立专门委员会的主要依据则是2002年1月7日由中国证监会联合原国家经贸委发布的《上市公司治理准则》(以下简称《治理准则》);在2018年09月30日,中国证监会通过第29号公告发布了新修订的《治理准则》,2002年版即告废止。

新版《治理准则》中,“提名委员会”五字仅出现了两次,除界定了三项其主要职责[(1)研究、建议董事高管选择标准和程序;(2)遴选合格董事高管人选;和(3)审核候选人并提出建议]外,仅要求委员会成员全部由董事组成,且独立董事应当占多数并担任召集人。除审计委员会属于“应当”设立外,包括提名委员会在内的其他专门委员会皆“可以根据需要设立”。换言之,可设亦可不设,并不强求。关于提名委员会的具体运作规则和履职要求等,《治理准则》均付之阙如。

2019年4月17日,中国证监会发布《关于修改〈上市公司章程指引〉的决定》(证监会公告〔2019〕10号),将《治理准则》中设立专业委员会的内容加入了上市公司章程范本中,并规定,董事会负责制定专门委员会工作规程,规范专门委员会的运作。

很明显,我国对上市公司治理的具体要求上采用了“软法”的形式,除部分条文存在上位法的强制性规定外,大部分系建议性要求,可以有效融合公司治理内生性和外部监管的优势;^①上市公司可以评估自己实际情况,自主、灵活地适用,软法性质也能激励上市公司探索更适合自己的公司治理方法和措施。此外,笔者下面列举我国上市公司主要所在的四地交易所关于提名委员会的相关规定(见表1)。

^① 参见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置——以2018年〈上市公司治理准则〉为起点》,载《北方法学》2019年第5期。

表1 主要交易所与“提名委员会”的相关规定

	上海证券交易所	深圳证券交易所	香港联合交易所	美国纽约证券交易所
董事独立性	—	—	非执行独立董事必须确保自己可向董事会或专门委员会投入充分的时间 ^①	大多数董事必须是独立董事 ^② ,非执行董事必须参加无管理层出席的定期举行的管理集会 ^③
提名委员会的组成	鼓励上市公司董事会设立提名委员会 ^④	非强制设立;如设立,全由董事组成,独立董事应当占多数并担任召集人 ^⑤	必须设立提名委员会,大部分成员应为独立非执行董事,主席应由独立非执行董事或董事会主席担任 ^⑥	必须设立提名委员会,且全由独立董事组成,并应就规定特定职责制定书面章程 ^⑦
提名委员会的职责	对董事候选人的建议人选提出审议意见,向董事会提出推荐人选 ^⑧	未明确。仅要求公司章程中应当对专门委员会的组成、职责等作出规定 ^⑨	招聘董事会成员。按既定策略和目标,评核最佳组合;特别检视董事会所需技能,按多元化物色合适人选 ^⑩	就董事会的规模、组成和专业技能向董事会提出意见和建议,并在公司批准执行董事继任计划时提交具体建议 ^⑪

①《香港交易所董事会及董事指引》第2.16条及《企业管治常规守则》第A.5.5条

②《纽约证券交易所上市公司手册》(NYSE Listed Company Manual)第303A.01项。

③《纽约证券交易所上市公司手册》(NYSE Listed Company Manual)第303A.03项。

④《关于发布〈上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引(2013年修订)〉的通知》(上证公字[2013]21号)第13条。

⑤《深圳证券交易所上市公司规范运作指引(2020年修订)》(深证上[2020]125号)第2.3.4条。

⑥《香港交易所董事会及董事指引》第3.2条,《上市规则》第3.21、3.25条及《企业管治常规守则》第A.5.1条。

⑦《纽约证券交易所上市公司手册》(NYSE Listed Company Manual)第303A.04项。

⑧《关于发布〈上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引(2013年修订)〉的通知》(上证公字[2013]21号)第13条。

⑨《深圳证券交易所上市公司规范运作指引》(深证上[2020]125号)第2.3.4条。

⑩《香港交易所董事会及董事指引》第3.4~3.8条。

⑪S. A. Rosenblum et al., *NYSE: Corporate Governance Guide*, White Page Ltd., 2014, p. 315.

不难发现,主要市场的上市公司提名委员会均设置在公司董事会之下,^①它的成员来源于董事会的选举和任命,而提名委员会本身又肩负遴选董事会成员之重任,这使董事会容易陷于重叠身份的尴尬境地。

① 中国香港特别行政区实行“一元制”的公司治理结构,即不设监事会,独立董事实际起监督之职。

三、提名委员会的实践和对公司治理的影响

本文假设其他情况不变,仅从提名委员会的设立和运作来考察其对公司治理的影响因素:委员会成员的组成和专业技能要求;以及遴选董事的标准和流程这两个重要因素。这些因素对公司治理目标的达成与多元化理念有着重大影响。

(一)提名委员会的成员组成及其要求

21 世纪初,安然(Enron)、世通(WorldCom)和环球电讯(Global Crossings)三家“巨无霸”公司相继爆出财务丑闻并迅速崩塌、破产。尽管它们都有外部独立董事,却并未能履行其监督责任;这三家公司的提名委员会都完全由外部董事组成,但都有相当数量的“灰色董事”(Grey Directors)。^① 尽管有外部独立董事的存在,但似乎提名委员会未能提名愿意为股东辩护的个人;相反,被挑选出来的董事似乎遵循了 CEO 的指示。美国证券交易委员会(Securities and Exchange Commission, SEC)的委员 C. A. 格拉斯曼(Cynthia A. Glassman)表示,“人们普遍认为,提名程序与其说是由董事会运作,不如说是由有权有势的 CEO 在主导。在一些公司,似乎是 CEO 雇佣董事会,而不是董事会雇佣 CEO”。^② 这些公司的治理系统都出现了严重问题。

此后,美国进行改革,要求上市公司的外部独立董事必须占董事会的大多数,且必须有一个完全由外部独立董事组成的提名委员会。

我国内地和香港特别行政区并未要求提名委员会全部是独立董事,但都规定独立董事应占多数。对于委员会的负责人(召集人/主席),我国内地要求是独立董事,我国香港特别行政区则要求可以是独立董事或董事长。

笔者通过选取并翻阅我国部分上市/挂牌公司近期公开披露的提名委员会议事规则/职权范围书(以下简称提名委员会章程),整理出各公司提名委员会成员组成的个性化规定(见表 2)。

^① “灰色董事”,是指那些与公司有大量业务和特殊关系的人,包括公司退休人员、投资银行家、向公司提供贷款的商业银行家、公司的法律顾问、供应商和客户的管理人员/董事。

^② S. T. Petra, *Corporate Governance Reforms: Fact or Fiction?* Corporate Governance, Vol. 6:2, p. 107 - 115 (2006).

表2 不同公司提名委员会成员组成的个性化规定

	上市/挂牌交易场所	提名委员会成员人数	提名委员会成员的其他要求
中国平安 ^①	深圳证券交易所、 香港联合交易所	≥3 人	至少一名独立非执行董事具备较强的识人用人和薪酬管理能力,具备在企事业单位担任领导或惯例职务的任职经历
中国光大控股	香港联合交易所	2 人	—
京东物流	香港联合交易所	具体人数不定, “由董事会不时委任”	—
哔哩哔哩	纳斯达克、 香港联合交易所	≥2 人	—
金山办公	上海证券交易所 科创板	5 人(其中 3 人 为独立董事)	—
中国石化	上海证券交易所、 香港联合交易所、 美国纽约证券交易所	≥3 人	提名委员会可根据需要设立咨询委员,可应委员会要求向委员会提供咨询意见
中国铁建	上海证券交易所、 香港联合交易所	3~5 人	—
金力永磁	深圳证券交易所创业板、 香港联合交易所(拟)	3 人	—
格力电器	深圳证券交易所	3 人	—
硅烷科技	全国中小企业股份 转让系统(新三板)	3 人	—

由于软法的性质,法律法规不对提名委员会成员组成作强制性要求,上市公司可以按自身业务发展情况自主决定。仅在国内 A 股市场上市的公司,其委员会人数一般为固定数;单独或同步在境外市场上市的公司相较灵活,倾向于不限定具体人数,由董事会视情况不时委任。至于委员会成员的其他要求,大部分上市公司都不在披露文件中详述;仅金融、能源等特别行业及央企更倾向于追求议事规则的个性化和实践性(见表2)。

^① 中国平安未设单独的提名委员会或薪酬委员会,二合一设立提名薪酬委员会。表2中系该提名薪酬委员会的数据。

(二) 遴选董事的标准和流程

J. 韦斯特法尔 (James Westphal) 和 E. J. 扎耶克 (Edward J. Zajac) (1995 年) 发现, 有权的董事提名者 (如 CEO 或现有董事) 和新董事的被提名人选在人口统计学上相似,^① 这与社会心理学上的“相似—吸引”理论一致。^② 简言之, 相似性能经常增强人际吸引力,^③ 紧密联系的群体倾向于选择符合群体文化的新成员, 因此有意无意地选择与自己相似的人。在这一原则下, 提名委员会需要找出与董事会当前文化相匹配的候选人。

根据前述资源依赖理论, 可以预见提名委员会将对董事提名具有很高的影响力, 即要求特定的董事候选人具备众所周知的技能, 并与公司的战略重点相匹配, 从而为董事会带来关键资源。

R. 克伦 (Richard Clune) 等 (2014 年) 采访了 19 家在美国纳斯达克 (National Association of Securities Dealers Automated Quotations, NASDAQ) 或纽约证券交易所上市的公司负责人, 其中近一半的人提及了董事技能集矩阵 (a matrix of director skill sets)。^④ 这个矩阵涵盖了代理理论 (如何创造股东价值)、资源依赖理论 (生产和运营背景、战略规划技能)、人际化学共鸣/舒适问题^⑤ (共同管理、融入公司), 以及一些实际考虑 (年龄、居住地等) (详见表 3)。

表 3 董事遴选标准

董事标准
• 具有生产和运营背景
• 了解如何为股东创造价值
• 具有国际活动管理经验
• 战略规划能力

^① J. D. Westphal & E. J. Zajac, *Who Shall Govern? CEO/Board Power, Demographic Similarity, and New Director Selection*, *Administrative Science Quarterly*, p. 60 – 83 (1995).

^② See Clune R., Hermanson, D. R. et al., *The Nominating Committee Process: A Qualitative Examination of Board Independence and Formalization*, *Contemporary Accounting Research*, Vol. 31:3, p. 748 – 786 (2014).

^③ D. Bryne et al., *The Effect of Economic Similarity-Dissimilarity as Determinants of Attraction*, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 4, p. 220 – 224 (1966).

^④ See Clune R., Hermanson, D. R. et al., *The Nominating Committee Process: A Qualitative Examination of Board Independence and Formalization*, *Contemporary Accounting Research*, Vol. 31:3, p. 748 – 786 (2014).

^⑤ 化学/舒适问题 (chemistry/comfort issues), 在西方语境中描述的是公司内部人际关系的平衡状态, 指新成员融入团队合作的状态, 即求同存异——彼此价值观契合, 能保持团队团结; 但希望在个别问题上存在不同见地, 能产生化学反应。

续表

董事标准
• 比现有董事会成员年轻
• 能够很好地融入公司不同的个性群体并与之相处
• 居住地(为了使差旅更方便)
• 理解并接受公司期望长期参加董事会和委员会会议的文化

根据笔者翻阅的国内上市公司公开披露的提名委员会章程和 R. 克伦等(2014 年)对纳斯达克(NASDAQ)或纽约证券交易所上市公司负责人的访谈结果,^①本文归纳出以下董事提名流程(见表 4)。

表 4 董事提名流程

董事提名过程所涉步骤
1. 公司职能部门和外部顾问编写需求,确定董事技能集矩阵
2. 提名委员会提出人选范围名单
3. 开会讨论(邀请 CEO、外部顾问)进行名单第一次删减
4. 提名委员会内部会议讨论,将名单缩减至 3~5 人
5. 联系候选人,了解对方兴趣和意愿
6. 对有意愿者的面试,提名委员会主席、CEO 等一起进行,时长约 3 个小时
7. 面试结束,提名委员会决定正式提名人选
8. 最终入围者与 CEO 及其他董事会成员见面,并最终邀请加入

当一个候选人被认为拥有公司所需要的技能(由职能部门或外部顾问提出功能性需求),能够支持管理层工作,并且能够合群时,其名字就会被添加到上述提名流程中的人选范围名单里。

能和被提名者有共同语言(“舒适因素”),又可在观点上产生火花(“化学因素”)。具体来说,董事会关注的焦点不仅仅是寻找“和我们一样”的人,而是反映了这样一种观念:董事会是一个小团队,可能会因为不适合或不合群的人而影响公司的生产、运营。

虽然表 3 中列举了 8 条遴选董事的标准,但这些标准似乎仍显得过于模糊、复杂;由于“化学因素”具有高度的神秘性,可能导致董事会成为对管理层无效的监督者,

^① See Clune R., Hermanson, D. R. et al., *The Nominating Committee Process: A Qualitative Examination of Board Independence and Formalization*, *Contemporary Accounting Research*, Vol. 31:3, p. 748 - 786(2014).

而缺乏对“化学因素”的关注又可能使董事会过于和谐而效率低下。正如受访的一位纽约证券交易所上市公司的提名委员会主席所说,“一个坏苹果可以炸飞整个董事会”^①。

所以,提名委员会必须在一个非常复杂的决策设定中“跳舞”,即寻找新的董事候选人时,提名者必须在“左右为难”的困难环境中迂回前进,这被另一位受访的美国上市公司的提名委员会成员形象地称为“奇怪的小舞蹈”(strange little dance)^②。这在中国语境下,类似于“戴着镣铐跳舞”。简言之,提名委员会需要平衡好董事候选人的诸多因素,求同存异地寻找未来的伙伴,千万不要招聘到“坏苹果”。

(三)公司治理的目标和多元化

正是提名委员会的董事提名过程最终影响了董事会和下属其他专门委员会^③的人员配置,从而决定了董事会和下属专门委员会的特征。因此,提名委员会是建立整体董事会和其他专门委员会的基础委员会。

1. 为了公司治理目标的达成

由于会计丑闻和2002年《萨班斯—奥克斯利法案》(Sarbanes-Oxley Act)的通过,使审计委员会得到了公司治理层足够的重视;2008年的金融危机和《多德—弗兰克法案》(Dodd-Frank Act)的通过,在金融机构高管的薪酬受广泛关注的背景下,薪酬委员会也受到了重视,而提名委员会则相对低调,其不应不受重视。因为外部人士很难全面评估新加入董事会董事的质量和他们的“真实特征”,这些候选人在现实中可能与其所描述的完全不同。

提名委员会的主要作用是确定拟招聘董事的人选,并建议、提名合适的候选人;与此相关的公司治理目标也就是减少管理层对董事选择过程的影响,客观评价和审核候选董事资质、能力(尤其避免受到大股东的干预)。这二者是契合并自洽的。

首先,提名委员会的建立可以有效维持公司管理权和控制权的平衡。^④一方面,股东倾向加强对管理层的监督和控制,推动任命尽职尽责地维护股东利益的“积极”董事;另一方面,管理层为了抵制股东的控制权,倾向推动任命不太可能挑战他们决定的“被动”董事。提名委员会为了公司的整体利益和治理目标,协调股东与管理层

^① See Clune R., Hermanson, D. R. et al., *The Nominating Committee Process: A Qualitative Examination of Board Independence and Formalization*, Contemporary Accounting Research, Vol. 31:3, p. 748 - 786(2014).

^② See Clune R., Hermanson, D. R. et al., *The Nominating Committee Process: A Qualitative Examination of Board Independence and Formalization*, Contemporary Accounting Research, Vol. 31:3, p. 748 - 786(2014).

^③ 董事会审计委员会和薪酬委员会成员也来自董事会成员,因而其人员配置亦受到提名委员会的影响。

^④ See A. Shivdasani & D. Yermack, *CEO Involvement in the Selection of New Board Members: An Empirical Analysis*, The Journal of Finance, Vol. 54:5, p. 829 - 1853(1999).

的权力平衡,这也是公司治理更仰赖“谁也不得罪”的外部独立董事的原因。

其次,提名委员会为董事行使职责提供了必要的资源和合法性,^①所招募的那些被证明是管理层有效监督者的董事也获得了公司其他同事以及市场的认可。

最后,提名委员会对候选董事作出审核与客观评判,因为交易所鼓励提名委员会披露其年度工作报告,其中包括与提名过程相关的信息,这将引导委员会成员为维护其声誉而勤勉尽责。

事实上,董事的独立性,不光指外部独立董事,也是对内部董事的要求。对后者而言很微妙,对内部董事的独立性要求是——他可以有立场,但不能没有自己的态度。此处,“立场”是主观利益的倾向,“态度”是内部董事自己客观独立的判断。

2. 为了多元化

提名委员会为了协调股东与管理层的权力平衡,除倾向于董事的独立性外,就是现在被越来越多证券市场鼓励的董事会多样性或多元化(board diversity)建设,包括性别、国籍、种族和教育背景等。

由不同种族/民族的女性担任董事的公司表明,董事会具有更广泛的文化构成,一个种族多元化的董事会可以为公司展现一个积极形象。^② M. 哈钦森(Marion Hutchinson)等(2015年)强调了女性董事的价值,认为董事会性别多元化可以缓和公司风险,从而对公司的财务绩效产生积极影响。^③ S. 泰耶森(Siri Terjesen)等(2009年)还对资源依赖理论进行了扩展,认为多元化的董事会可以为复杂问题的解决提供新视角。^④

董事会内部高度的凝聚力可能会限制批判性思维,与之相关的从众压力会对董事会决策产生负面影响。所谓的“群体思维”被认为是导致安然(Enron)破产的因素之一,^⑤因为安然的 管理层并没有以股东的最大利益为出发点行事。R. 亚当斯

^① See M. Huse, *Boards, Governance and Value Creation: The Human Side of Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2007, p. 315.

^② Marimuthu M. & I. Kolandaisamy, *Demographic Diversity in Top Level Management and Its Implications on Firm Financial Performance: An Empirical Discussion*, *International Journal of Business and Management*, Vol. 4:6, p. 176 – 188 (2009).

^③ See M. Hutchinson et al., *Who Selects the “Right” Directors? An Examination of the Association between Board Selection, Gender Diversity and Outcomes*, *Accounting & Finance*, Vol. 55:4, p. 1071 – 1103 (2015).

^④ See S. Terjesen et al., *Women Directors on Corporate Boards: A Review and Research Agenda*, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 17:3, p. 320 – 337 (2009).

^⑤ See R. R. Sims & W. I. Sauser, *Toward a Better Understanding of the Relationships among Received Wisdom, Groupthink, and Organizational Ethical Culture*, *Journal of Management Policy and Practice*, Vol. 14:4, p. 75 – 90 (2013).

(Renee Adams)和D. 费雷拉(Daniel Ferreira)(2009年)认为,多元化的董事会比同质化的董事会更有效。^① 所以,存在大量委托—代理问题的公司更需要任命独立、多元化的董事候选人进入董事会。^②

因此,提名委员会需要定期审查董事会的组成,并就任命合格的候选人提出建议。如果一个董事会缺乏技能、经验或多元化不足,委员会应该提出建议来纠正。提名委员会的另一个重要考虑因素是,是否有适当的董事继任计划,是否有足够的多元化储备,以减轻失去关键董事会成员的不利影响,以增加独立性,从而提高董事会履行其职责的能力。

四、我国上市公司提名委员会相关规制的重构与建议

我国上市公司在提名委员会成员独立性和委员会运作流程方面仍待完善。

(一)提名委员会成员的独立性保障

我国上市公司的几个主要上市地,除美国要求提名委员会成员需全部为独立董事外,我国内地与我国香港特别行政区则要求独立董事人数超半数即可。笔者认为,提名委员会成员的独立性关键并非独立董事人数之多寡,而在于担任委员的独立董事之独立性的有效程度。

我国目前独立董事普遍是由董事会、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(实际为大股东)提名,并经股东大会选举决定。^③ 由董事会或大股东提名的独立董事人选,很可能带有人情因素,从而影响独立性。鉴于该规定出台时,上市公司并未被要求或鼓励设立专门委员会,故当时引入独立董事制度存在提名过程的不完善之处亦情有可原。20年之后的现在,虽然该条文尚未失效,但与时俱进的上市公司还是应当让提名委员会在独立董事的选任中发挥重要作用——大股东可依然拥有提名权,但需要由提名委员会对被提名候选人进行审核与评价。

简言之,提名委员会成员的独立性取决于该成员中独立董事的独立性程度,而独立董事又需要提名委员会的审核与提名,看起来似乎是个“鸡生蛋、蛋生鸡”的死循

^① R. B. Adams & D. Ferreira, *Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance*, Journal of Financial Economics, Vol. 94:2, p. 291 - 309(2009).

^② See K. O. Appiah et al., *Nomination Committee-Board Gender Diversity Nexus in Ghana*, International Journal of Business Governance and Ethics, Vol. 11:2, p. 135 - 158(2016).

^③ 参见《上市公司独立董事规则》(中国证监会公告(2022年)14号)第12条。

环。但其实不然。公司治理改革的目标在于提升透明度,提高上市公司董事和高管的诚信、忠实程度和相应的履职能力,从而增强投资者信心。这个过程并非一蹴而就,只有真正赋予提名委员会相应的审核、提名权力,独立性才能不断地提升。

只要提名委员会中作为委员的独立董事具有独立性,那么委员会便能够保证所提名的独立董事候选人之独立性。^①

(二)提名委员会运作流程的建立健全

笔者在前文列举了部分中国上市公司在提名委员会章程中的个性化安排,除特别行业的公司外,大多较笼统地规定了运作原则,但由于没有制定具体流程,就无法适应纷繁复杂的实际情况。尽管这都属于上市公司自主决定范畴,不违反法律法规,也没有与上市地交易规则相悖,但透明度的缺失会让投资者对委员会内部流程有失控之虞。

1. 委员会会议及信息披露

类似我国公司法对“三会”会议的规定,德国《股份法》对提名委员会会议有具体细致的要求。比如,委员会成员必须过半数参与表决,公司可自行规定比例,但不能低于3名委员的最低人数限制;再如,委员会会议必须制作成会议记录,所有委员均有权要求获得记录副本。^② 鉴于提名委员会在实际运作中需要得到董事会、监事会等其他机构或职能部门的配合,尤其在审核、评判候选人相关重要信息的时候。在信息构建这方面,德国《股份法》亦有可参考之处,该法第90条规定,监事会各委员会及其成员均有权向董事会要求报告有关公司的何种业务情况、关联交易情况和可能对公司状况具有重大影响的业务进展。^③

此外,美国纽约证券交易所也要求提名委员会须制定书面章程,描述委员会的目的、责任和年度绩效评估情况且须在公司网站上披露。^④ 我国上市公司中已有越来越多的公司开始在相应报告期(通常一个会计年度)内披露委员会的履职情况汇总报告;虽然篇幅不大,但也概括地描述了一年内会议次数和讨论解决的问题,由每位委员签字确认。

2. 考察评估等事务常态化

提名委员会跟董事会一样,都属于一种“会议体”机关,即需要通过以会议形成有

^① 参见朱方州:《我国上市公司提名委员会制度探究》,载《法制博览(中旬刊)》2014年第6期。

^② 参见德国《股份法》(1993年7月修订版)第107~109条。

^③ 德国公司的提名等专门委员会设在监事会下。

^④ 参见韩文:《董事会治理优化路径研究:专门委员会制度的重构》,载《法学杂志》2019年第7期。

效决议的方式来履行职能。而且提名委员会作为董事会的下属机构,完全依赖会议本身来提高运行效率几乎是不可能的。它既然是董事会这种会议体机关的有效补充,在董事会闭会期间,就应该对公司董事和高管的日常活动进行考察、评估并向董事会汇报,将事务常态化。

我国不少上市公司,如中国石化、中国铁建等,明确了提名委员会的办事机构为公司人力资源部门,负责承办委员会日常的具体事务。其他上市公司虽未明确委员会的具体办事机构,但也将考察、评估以及董事继任计划等作为其基础性工作,如定期检讨董事会规模并向董事会建议任何适当的变动^①等。

值得一提的是,在境内外两地上市的公司,在提名委员会职责中都加上了“多元化”的治理目标。如前所述,这当然是上市地交易所监管的要求,也是上市公司自我治理提升的必经之路。例如,中国铁建规定:“在检讨董事会的规模和组成、搜寻及提出董事人选时,应根据公司的业务模式和具体需要,从多个方面考虑董事会成员多元化,包括但不限于性别、年龄、文化及教育背景或专业经验。”哔哩哔哩也要求:“每年与董事会检讨董事会的整体架构、人数及组成以及建议将采取的措施,致使董事会反映其整体所需的独立性、知识、经验、技能、专业知识及多元化的适当平衡。”^②

3. 回避制度

笔者在巨潮资讯网上,按由近及远的时间顺序搜索已披露提名委员会章程的上市公司共46家,它们的上市地分散在上海、深圳、香港和纽约等地。这46份提名委员会议章程中,共有13份写有“回避”条款,约占总数的28%。

不过这13份章程中,大多数只有寥寥一句——“在讨论与委员个人有利害关系的事项时,当事人应回避”。稍考究的公司在此基础上,会多列一句,“因提名委员会委员回避无法形成有效审议意见的,相关事项由董事会直接审议”。而有两家上市公司(金力永磁和同达创业),在章程中特意设了单独的一章“回避制度”,对回避发生情形、豁免、后果与解决等具体方面作了明确规定,这是值得所有上市公司学习的。

(三) 其他相关建议

除本章前述两个关于提名委员会规制重构的关键问题外,其他虽也是在本文撰写中所发现存在争议的问题,但其重要性可能不及关键问题,笔者就一并整理放在本节相关建议中讨论。

^① 参见《哔哩哔哩股份有限公司提名及公司治理委员会章程》。

^② 参见《哔哩哔哩股份有限公司提名及公司治理委员会章程》。

1. 是否参考德国法,将提名委员会作为监事会的下属机构?

杨大可(2019年)在反思国有上市公司治理结构时提议,结合德国专门委员会的设置规则,将提名等专门委员会置于已与党组织有机耦合的监事会之下,可对内部人控制现象有所遏制。^①

德国法中,监事会是董事会的产生机构,其地位高于董事会,这一观念与先行中国公司法差异太大。笔者认为,改革尚需充分地考量社会环境、思想观念和交易习惯、经济效益等方面,须符合“比例原则”。而且,我国上市公司治理中出现的独立董事独立性的保障,单纯将提名委员会转移到监事会下属,并不能根本解决问题。

2. 提名委员会是否需要作为“必设”机构?

德国《公司治理准则》也属于非强制性的软法性质,其中建议监事会按照企业具体情况和监事人数设立专门委员会,还特别建议分别设立审计和提名委员会。可见,在德国的所有专门委员会都非“必设”,均可由公司按需求自愿设立。^②

2009年,深圳证券交易所对其创业板和中小企业板上市公司设立审计、薪酬、提名和考核委员会的态度均为“应当设立”;而在2015年,深圳证券交易所修订规则,除审计委员会,删去了强制设立其他专门委员会的要求。到了2020年再次修订时,依旧保持了提名委员会“非必设”的态度。

我国监管层的态度,从深圳证券交易所的规则修订过程上就可见一斑——每个公司个体情况很不相同,只有公司自己才最清楚其在哪些方面需要专门委员会的支持,因此将除审计委员会外的其他专门委员会设置的决定权交由公司自治,并无不妥。而且,关键问题并非提名委员会的设与不设,而在于是否能保障独立董事的独立性。

3. 独立董事人才库

在独立董事制度发达的国家,虽然没有正式官方的“独立董事池”,但存在相应行业协会,也有专业的猎头公司,独立董事市场是无形却真实存在的。而且,这个市场是具有长期记忆力,即对董事声誉有客观的评价记录,并被市场所充分认可。

声誉标志着特定个人在一个象征性的环境中的位置,以一套规范和信念为外部

^① 参见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置——以2018年〈上市公司治理准则〉为起点》,载《北方法学》2019年第5期。

^② 参见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置——以2018年〈上市公司治理准则〉为起点》,载《北方法学》2019年第5期。

世界所证明。董事的声誉是建立在该董事的行为是否可被认为是积极董事会的“最佳实践”上,并加强了董事对经理人的监督。这些实践包括增加外部董事的比例、设立提名和薪酬委员会、将 CEO 和董事长的职能分离等。^①

我们既然需要提高董事会的独立性,上市公司需要找到符合专业要求、有经验、懂管理的独立董事,就需要有源源不断的人才输出,也需要有配套的评价体系,这个市场的缺口很大。

目前,类似独立董事人才库的组织仅存在于个别领域,如会计等领域,^②但其高度私密性就会伴随利益和非独立。所以公开、透明的独立董事人才库的建立迫在眉睫。

此外,还需要配套的培训体系,至少应包括公司治理、组织行为学、公司财务、人力资源管理等多方面的动态培训,在实践中操练、学习。我国现有的独立董事资格证书考试只是基础入门,并非笔者所建议的“培训体系”。

N. 曼斯·坎普(Nadia Mans-Kemp)等(2019年)在研究南非上市公司董事会时发现,不少公司女性董事候选人不足是因为人才库有限。他们呼吁,公司不能只是表示无法完成自愿设定的董事会性别多元化目标,而要有目的地寻找和发展有潜力的候选人来实现这些目标,并建议公司也分配更多的资源来培养多样化的候选人。^③

五、结 语

本文立足我国上市公司治理实践,结合我国现行法律法规和交易规则以及域外相关制度与董事提名的运作过程,分析了提名委员会对上市公司治理的影响,总结、权衡我国上市公司提名委员会运作实践中的突出问题和其他学者的解决建议,尝试提出对提名委员会的重构思路如下:

第一,也是最关键的一点,通过赋予提名委员会对董事的实质性审核与提名权力,保障董事、尤其是独立董事的有效独立性;公司大股东、董事会、监事会和高管层应给予相应的支持。

^① See A. Eminent & Z. Guedri, *The Role of Nominating Committees and Director Reputation in Shaping the Labor Market for Directors: An Empirical Assessment*, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 18:6, p. 557 – 574 (2010).

^② 《上市公司治理准则》(中国证监会公告[2018]29号)第38条规定,审计委员会为必设,审计委员会的召集人必须是独立董事且是会计专家,因而导致各高校会计系教授是各上市公司独立董事的主力人选。

^③ See N. Mans-Kemp & S. Viviers, *The Role of Nomination Committees in Diversifying Boards in an Emerging Market Context*, *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 19:4, p. 648 – 668(2019).

第二,在第一点的基础上,尽可能提高董事会中独立董事的比例,并有意识地从性别、国籍、教育背景等方面提升董事会的多元化程度。

第三,建立、健全提名委员会的运作流程,制定符合公司需求的董事任职标准和技能集矩阵;完善委员会会议制度和信息权的设立,建立委员会办事机构以处理董事考察、评估等日常工作。

第四,制定并完善提名委员会议事流程,并在上市地交易场所公开披露,增强投资者尤其是维权投资者^①的信心。

第五,监管机构、行业协会和上市公司可一起组织成立“独立董事人才库”,记录所有适格独立董事人选及其学习、工作履历,尤其是担任独立董事的经历;同时配套设立分阶段、动态的培训体系。这样,既能提高独立董事候选人的数量,也可提升其质量(独立性)。

以上五个层次,环环相扣,解决提名委员会为公司提供合适董事人选的基础设施问题。让提名委员会做到在保障独立性的情况下,其推选的董事并不代表公司中任何一方利益群体,使董事会能够协调大股东与管理层利益的平衡,达成公司整体治理目标。

^① 维权投资者(activist investors),相对于财务投资者而言,指购买上市公司大量股权以影响公司运营的个人或团体,如资产管理机构、对冲基金等。