

## 上市公司诚信建设的内生机制

——公司治理视野下的软法规范

蒋学跃\*

**摘要:**诚信建设是上市公司治理的核心内容,但现阶段我们在推进这一工作时过分倚重了强制性的规范,忽视了诚信的内生机制,导致了守法者与立法者的对立以及诚信与法律两种机制的分离,“逼迫”出虚假的诚信。软法规范是自律与他律、和谐与不和谐、自上而下与自下而上几个方面的统一,通过信号甄别和发送机制重塑上市公司治理的诚信,使之与公司治理的内生性吻合,继而促使法律与道德机制回归至互为依托的和谐状态。

**关键词:**诚信约束 内生机制 软法

### 一、问题的提出

诚信原本是道德的范畴,而道德强调的是人之自由意志的自我立法,并形成具有普遍性的内在约束。但在历史发展过程中,法律侵入了原本属于道

---

\* 博士、博士后,教授,深圳证券交易所综合研究所副主任研究员。

德范畴的诚信领域,通过将诚信确立为民事法律的基本原则,将道德原则法律化。总体上而言,法律在推进诚信建设的过程中功不可没,但过分倚重法律去推进诚信不仅会困难重重,甚至有时会产生很多负面效应。正如俄罗斯作家索尔仁尼琴所说:“生活的锦绣一旦用法律关系来编织,就会形成道德平庸之风,让人类最高尚的冲动变得麻木。”因此,“我们要警惕过分依赖法律的危险,尤其要警惕把法律本身当作目的,当作我们集体生活的最高准则而大加吹捧。只有认为法律指向的是高于自身的事物,我们对于法律的敬畏才能证明是正当的”。<sup>①</sup>

## 二、传统法律在推进诚信过程中所伴生的问题

用法律解决诚信问题,最为重要的途径莫过于用压制和强制的方法要求守法者遵守统一的法则,用压制“逼迫”出诚信。但“压制的一个共同根源是统治精英可以利用的资源的贫乏”,<sup>②</sup>法律和强制有时是我们无可奈何的选择。

### 1. 立法者与守法者撕裂与对抗

法治一直是人类社会追求的理想境界,但它也给我们带来了挥之不去的梦魇。自亚里士多德开始就强调“法治包含了两层意思,即法律被普遍遵守,而我们所遵守的法律本身也是制定良好的。”如果我们真的可以恰好处于一种制定良好的法律统治之下,那自然是我们的造化,但如果法律本身是不公正的,而仅仅是一个按照统治集团的利益进行管理的偏执与独断的制度,那对大多数人来说就是相当不幸的。不错,法律应当被遵守,但这种遵守既可能来自守法者对义务的自觉,也可能来自于守法者所感受到的制裁的威胁。当守法主要来自于威胁时,社会将会被撕裂为执法者与守法者两个相互对抗的阵营,法律就成为暴政与奴役的工具。<sup>③</sup>甚至在集权社会中当压制登峰造极时,连强

① [美]伯尔曼:《信仰与秩序》,姚剑波译,中央编译出版社2010年版,第365页。

② [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国大百科全书出版社1994年版,第36页。

③ 支振锋:“法律的驯化与内生性规则”,载《法学研究》2009年第2期。

制似乎都不需要了,人民似乎感觉不到强制的存在,人民对于法律似乎是基于内在的观点而自愿服从了;但这种结果可能是一种笨拙无知的同意,而这种社会也是非常的不稳定,<sup>④</sup>根本不会诞生我们所期望的诚信。也许我们是一厢情愿地塑造诚信的机制,但最终可能走向我们所期望的反面;我们播的是龙种,收获的可能却是跳蚤。

## 2. 现代社会的复杂性使得法律与诚信发生分离

即使法律是制定良好的,它也很难确保诚信原则的贯彻。要想贯彻诚信原则,法律必须为特定的期望提供特定的保证,而且使对背信者的制裁成为确定的预期,这样才能有效地在全社会贯彻诚信原则。但是诚信与法律只是在非常简单的社会系统中才能彼此对等——在那种社会系统中几乎没有任何结构问题,小到使所有系统成员彼此熟悉。而在比较复杂的社会系统中,法律和诚信不可避免地彼此发生分离。在现代社会系统中,风险个体化了,诚信不再是强有力地由社会要求、控制,背信者有权利给出理由,有权要求为事态辩解。首先,在社会层面上,法律处境和规范已经分化了,而诚信是一种太普通、太分散的社会要求,以至于二者不可能相互重叠。如对于诉讼时效届满的债权,债务人在法律上是无权拒绝偿还的,但在道德上还是有义务偿还的。其次,法律和诚信在动机形态的基础上也彼此分离。遵守法律只能是间接地、非个人地由社会促成动机,只能借助于暴力手段得到保证。而诚信依靠具有不同性质的动机来源。<sup>⑤</sup>由此可见,即使我们信任法律和违反诚信时的法律制裁,也不能完全确保诚信原则的贯彻,因为二者在机制上是分化的,很大程度上是独立发生效力的。

---

<sup>④</sup> [美] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国大百科全书出版社1994年版,第34页。

<sup>⑤</sup> [德] 尼克拉斯·卢曼:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第45页。

### 三、对传统法律的修补和问题的应对

#### 1. 法律的内在观点

为了削弱法律的强制性,借以缓解立法者与守法者的对抗关系,哈特提出了法律的内在观点,即如果立法的官员以及所代表的群体数量足够庞大,以至于能够覆盖社会的绝大部分,那么在客观上就压制了规则制定权的残酷争夺,从而缓解了法律的对抗性。但这一理论过于理想,“这样的体系也许是可悲的绵羊般社会,而绵羊最终的结果也许就是屠宰场”。<sup>⑥</sup>事实上,只要有官方的存在就无法避免法律的强制性以及由此产生的对抗性,无法避免可悲的绵羊社会的存在,真正的诚信无法产生。

#### 2. 回应型法律

要真正防止这一点,必须在这一方面努力:立法官员以外的绝大多数人能够参与到法律的形成过程中,使得法律不仅仅能够体现官员们的内在观点,还必须体现绝大多数社会成员的内在观点。由此,现代法律逐渐从官僚法、压制法迈向了回应型法。在法律的创设过程中,创设者能够利用越来越多的资源,也有越来越多的人参与法律(规则)的制定。法律开始发现立法中的沉默者:发现统治集团内部的边缘分子——发现女人——发现少数民族——发现弱势群体,等等。在法律生活中,我们也明显感觉到国家在持续向社会转移权力。很多时候,调控我们生活的甚至不再是国家的法律,如 ISO9000 系列的质量认证、分配互联网域名的 ICANN、各种行业协会的章程等。在金融领域,不再是国家的法律起作用,而是由非官方的组织制定的规则进行调整,如巴塞尔协议等,并且似乎比国家的法律更加有效。我们具有了前所未有的立法权,法律正在由强加的外在性规则,转变为我们自己参与创设的内生性规则。

---

<sup>⑥</sup> [英]哈特:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 117 页。

### 3. 交往行为理论与法律的内生性

哈贝马斯从主体互动的角度出发,指出我们必须从公民自己参与立法的角度出发,而不是政府自上而下强加法律的角度出发,去克服现代法治的危机。为此,哈贝马斯提出了程序主义法范式,所有利害相关的人们,借助人们语言交流的有效性和达成特定规范共识的可能性,通过平等、自由的理性协商与话语论证,通过意志协调达成规则共识,从而形成作为法律的规则。在这一过程中,每个人既是立法者,同时又是守法者,只有这样的法律才具有实质的正当性。<sup>⑦</sup>

内生性规则使我们超越了传统的“制定规则——遵守规则”的二元模式,使我们进入一种更为惬意的法律状态。在这一状态下,人既是规则的制定者,也是规则的遵守者,以“内在观点”看待规则,这种规则不是外迫的,而是内生的,是人们在生活的洒扫应对中,为了便利相互之间的交往而作出的自然而然的的选择;其作用主要在于为人的行为提供理由、指引、评价,其次才是为人与人之间的纠纷提供裁决。<sup>⑧</sup>

从法律制度是经济体系中的“内生变量”角度来看,通过修改法律制度去强制性地改变各类主体行为的做法不会有多少效果。重要的反倒是应该看清在民间行为模式没有受到制约的情况下存在的、自我约束性最优均衡是否已经形成,即对现存法律制度是否阻碍了民间最优反应作出判断。这是因为,均衡作为民间自身的最优行为模式,与法律制度之间经常会发生背离,对这种背离的判断是最关键的。强行地制定法律制度,以此改变人们的行为模式,其结果将是“强扭的瓜不甜”。但在结构改革中,这种让法律制度顺应可以达到最优结果的民间自主行为模式的观点往往会被忽略。<sup>⑨</sup>

这种途径解决了道德范畴的诚信与法律两种执行机制分离的问题,使得守法者的诚信内生于法律中,达到了你中有我,我中有你的混沌状态。

⑦ [德]哈贝马斯:《交往行为理论:行为合理性与社会合理性》(第1卷),曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第458~529页。

⑧ 支振锋:“法律的驯化与内生性规则”,载《法学研究》2009年第2期。

⑨ [日]鹤光太郎:“用‘内生性法律理论’研究法律制度与经济体系”,载《财经》2003年第16期。

#### 四、我国现有上市公司治理规范的若干反思

我国现阶段的上市公司治理广泛采用了名为“指引”的强制性规范,塑造了形式上美好的公司治理图景,但“命令和强制无法创造公司的繁荣。员工、团队、领导层、进取心、经验和技巧才是创造繁荣的要素。没有什么能够把这些要素融合起来,那种认为仅仅凭借治理结构的法律规范就能够带来成功的观念是极其危险的”。<sup>⑩</sup>

##### 1. 确保最好 vs 防止最坏

对于现代公司治理的价值目标,理论界和实务界并没有达成一致意见。一部分人认为良好公司治理是有助于提高公司绩效的,而另外一部分人则认为,公司绩效的提高与公司治理并没有那么紧密的联系,并为此各自提出了证据。<sup>⑪</sup>事实上,产生这种争议的根本原因在于各自所处的立场不同。如果是从公司的角度来看,良好的公司治理当然是要有助于公司绩效的提高,是为了成为最好的公司;但是如果站在外部监管者的角度来看,公司治理只是解决公司中存在的代理问题,避免管理层对股东、大股东对小股东、公司对利益相关者的利益损害,防止最坏结果发生。这种立场的差异,使得二者价值目标不可避免地发生冲突。我们以独立董事的定位为例,如果以提高公司绩效为目标的话,那么独立董事就应该是咨询和决策的角色,是与其他执行董事处于一个战壕的战友;但如果是以防止最坏的结果为目标的话,那么独立董事必然是以监控其他董事为着眼点的,是“余则成”的角色。再比如,如果是以前者为目标的话,那么公司治理就应该是以效率为主,避免繁文缛节;但如果是以后者为目标,那么可能就以安全为主,效率为辅。因此,计量经济学对于独立董事的出现是否导致了更好的企业绩效,其数

---

<sup>⑩</sup> Hampel Committee, *final Report: Committee on Corporate Governance*. Gee Publishing Ltd., January, 7. (1992).

<sup>⑪</sup> 潘福祥、杨之曙:“公司治理和企业价值研究最新进展”,载《证券市场导报》2004年第6期。

据结论不是负面的就是矛盾的。<sup>⑫</sup>

但这并非说二者永远对立,在特定情况下二者也可以和谐地共存。因为如果公司在运营过程中存在重大风险,公司也很难成为百年老店,也无法获得持续性的高绩效。而如果公司管制过死,虽然没有出现大的风险,但每个公司都处于苟延残喘的状态,那么监管本身也失去了存在的价值。可以说,完全合规的公司不一定能够成为伟大的公司,存在治理缺陷的公司也许会取得阶段性成功,但肯定无法成为伟大的公司。

## 2. 外部管制 vs 公司内生

公司治理作为伟大公司走向成功众多因素中的一个,不是充分条件,而是必要条件。在美国以微软、雅虎为代表的高科技企业,其董事会的构成与我们通常所说的“最佳做法”相去甚远。其一,大量的内部董事。雅虎公司一半都是内部董事。其二,即使是外部董事也与管理层有密切的联系,这些外部董事很多是因为与公司有密切的事务关系才加入董事会的,如通过提供风险资本或法律、咨询服务。其三,董事兼职现象严重。大型公司一般都严格限制董事的兼职,但在这些高科技公司中,关键性外部董事如风险投资家往往拥有一打以上的董事职位。按理讲,这些公司要陷入衰败,但事实上它们却蒸蒸日上。这种由风险投资家掌控董事会主要席位的模式被称为风险资本董事会。风险董事会的职能并不是提供监督,而是集中在战略上的忠告和提供获取外部资源的途径上。由此可见,良好的公司治理也是因情况而异,没有适用于四海皆准的现成答案,适合才是最好的。如果非要总结出伟大公司的共同特征,那就是它们都拥有一套以董事会为代表的高效内部治理结构。从监管者的角度而言,公司治理之所以是成功的必要条件,是因为它避免了企业陷入系统性的风险,避免走向崩溃的边缘。但从公司角度而言,监管者所设定的公司治理标准是无法确保优异业绩的,而只能根据自身情况不断摸索。面对很多上市公司为了迎合监管机构对独立性的监管要求,甚至出现了除首席执行官以外全部是独立董事的现状,纽约证券交易所的公司治理委员会在2010年的报告中善意提

---

<sup>⑫</sup> Becht, Marco, Bolton, Patrick and Röell, Ailsa A, *Corporate Governance and Control*, ECGI. Finance Working Paper No. 002/2002.

醒:“董事的独立性和客观性固然重要,但是公司更需要在独立董事和非独立董事之间寻找平衡点,以确保董事会在专业、知识和多样性方面的恰当性。”<sup>⑬</sup>

### 3. 监管的归监管者 vs 市场的归市场

明确不同的公司治理价值目标,其目的在于确立监管的边界。公司治理的监管者应该牢记自己的职能和使命,应将监管的范围仅仅限于减少公司治理中的代理成本,避免股东以及相关利益者的利益受到严重的损害,而且市场机制无法发挥作用的部分。例如,我国在股权分置改革中,监管层就颁布了《关于保护社会公众股东若干利益的决定》,要求股权分置改革中,上市公司必须采取分类表决制度。这一规定就较好地解决了社会公众股东由于搭便车原理,而无法对自己进行有效保护的缺陷,对我国资本市场的健康发展起到了很好的保障作用。

如果只是提高公司绩效的部分,应该属于公司自治的范畴,如董事长和总经理是由一人担任还是分别担任,就无须由监管者直接规定。当然,我们也必须承认人的认识总是有限的,二者也并不总是泾渭分明的。以独立董事为例,在1974年,美国证监会(以下简称SEC)就批准了纽约证券交易所的上市规则,要求所有上市公司中的外部董事必须占多数,以确保公司董事会的独立性。但安然事件表明,独立董事对于公司治理的系统性风险并无实质性的预防作用,因为在安然公司倒闭之前,安然公司的董事会15名董事中绝大多数都是外部非执行董事,而且多数董事拥有20年的工作经验,“拥有非常老道的商业和投资经验,并且在会计、衍生品和结构性金融领域拥有丰富的专业知识”。<sup>⑭</sup>按理说它符合了通常意义上的良好公司治理要求,但最终还是难逃破产的命运。这说明独立董事的多寡不能完全确保公司董事会的独立性。

---

<sup>⑬</sup> See Report of the New York Stock Exchange Commission on Corporate Governance, September 23, 2010.

<sup>⑭</sup> Powers, William C., Raymond S. Toubh, *Report of investigation by the special investigative committee of the board of directors of Enron Corp.*, 2002.



## 五、公司治理的软法路径

### 1. 传统公司治理的路径——内部自治抑或外部监管

在传统公司治理中,根据上文所述的关注点和出发点不同,公司治理相应地存在两条路径,即内部自治和外部监管。内部自治主要规范依据是公司法,它通过调动公司内部各种利益主体,利用任免、决策、激励三大机制形成内部制衡机制,<sup>⑤</sup>由此形成良好的公司内部治理。内部治理通常不涉及监管机构,如股东对于不满意的董事行使罢免权,或者在股东大会上通过股权激励方案。只有在极少条件下,司法机关才会作为消极的参与者出现,如管理层违反了信托义务给股东带来了损害,股东可以发动派生诉讼和集团诉讼。外部监管是指公司治理中可能会损害股东以及利益相关者的利益,而且基于市场本身的缺陷这些受害人又无法保护自己时,监管者将要求公司及其内部人遵守强制性的规定,如强制性信息披露以及董事的资格要求。

### 2. 公司治理的内生性与软法规范

准确地讲,在公司治理领域中软法来自于“知不可为而不为”的哲学思想。之所以出现不可为,是因为公司治理部分是内生的,如果采取法律形式的外部规制模式,可能收效甚微,即《道德经》所说的:“法令滋彰,盗贼多有。”法律制度“并非是不变的、外生性的要素,它以民间行为主体自我约束性的博弈均衡形式内生地生成,并对上述均衡与行为模式加以强化、巩固”。从法律制度在经济体系中“内生性”地生成这一含义上讲,可以将这种提法称为“内生性法律理论”(endogenous law theory)。有一个例子可以佐证法律制度的内生性生成:在日本,当年因终身雇用制度的普及,年工序列制等制度逐渐发生着演化,这种演化使得终身雇用制度更加稳固。但随着经济社会情况的变化,这种民间自我约束性的均衡和行为模式也可能会发生变化,如果法律制度不

---

<sup>⑤</sup> [美] 克拉克曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海译,北京大学出版社2007年版,第27页。

随之发生改变,它们就会受到法律制度的制约,理想的均衡和行为模式就不能实现。

### 3. 内外融合和上下贯通的软法路径

如果说传统公司治理中的内部自治和外部监管是两种路径的话,那么软法则是上下贯通、内外融合的第三条道路,它是自律中的他律,矛盾中的统一,无为中的有为,自治中的强制,在不确定中寻找暂时的确定,试图在保留这两种传统的路径的同时,在二者中间寻找一条中间道路,实现公司治理规范和实践的范式转换。软法不是仅仅被“制定”出来的规则系统,而是在自己建构的环境中与之结合而成为一个由参与者相互影响、协调配合、协同行动的形式建立的、能够持续自我再生的“自生”系统。

## 六、软法的效用分析

软法是由上市公司参与制定的,且不要求上市公司必须遵守;若有足够的理由可以明目张胆地违反,因此,具有其特定的积极效用。

### 1. 模糊化的精确 vs 精确化的模糊

英国的《联合准则》要求“董事会中应有才识过人的非执行董事”,而这里的“才识过人”的标准只能定性,只能通过模糊化的精确,而无法通过定量给予限定,具体什么属于“才识过人”由公司治理的各方参与人去斟酌。如果用法律中明确的标准去界定它,反而会导致“精确化的模糊”,对于公司治理绩效的提高却无实质性的帮助。

### 2. “阳奉阴违”的遵守 vs “明目张胆”的违反

英国《联合准则》要求“公司领导人之间应该有明确的职责划分,以确保权力的制衡,确保任何人都无法拥有不受约束的决策权”。区分公司内部领导人的职责是一项艺术,法律无法作出精确的界定。以董事长和总裁为例,如果法律非要作出界定,会导致公司按照法律的要求,在形式上任命一个无足轻重的人担任某个职位以满足法律的强制

性的要求,但法律本身的目的并没有实现。<sup>⑩</sup>相反,《联合准则》只是建议公司区分两个职位的责任,你也可以不区分这两个职位,对于区分两个职位的公司而言,投资者和其他人可以询问公司是如何划分这些责任的,直到他们满意为止。<sup>⑪</sup>相反,即使在形式上没有遵守《联合准则》的要求,但在实质上公司通过其他措施也实现了这一制衡的目的,它的解释也会让投资者满意。这种“明目张胆”的违反,也许是我们更愿意看到的。因此,自愿性的服从是一种发自内心的而非法律约束性的真实的遵守,这是一种更高层面的遵守,是公司治理状况提升的最佳状态。

### 3. 知不可为而执意为之 vs 知不可为而适当地不为

首先,什么是良好的公司治理模式本身就存在争议,我们无从制定出好公司治理的标准,而只能抱着敬畏的态度去发现良好公司治理的标准。我们以社会责任为例,德国和荷兰认为公司不仅仅应该为股东赚取利润,还应该兼顾其他雇员的利益,在公司治理中的体现就是监事会必须要有雇员的代表。而以英美为代表的股东利益中心主义,则认为公司主要应该为股东服务,公司社会责任的提出反而会模糊公司的目标,继而损害包括股东在内的所有社会成员的利益。到目前为止,我们也无法评判两种模式的好坏,或者说公司治理根本就不存在好坏之分,而是只存在合适与否。在这种情况下,我们无须通过立法强行嵌入公司的社会责任,而是放手让市场自己去选择和“筛选”。

其次,“信息是监管的基础”,<sup>⑫</sup>公司治理中很多信息属于公司内部

<sup>⑩</sup> 但也并不是说这一点用处没有,发展中国家一般很愿意做这种事情,即在形式上建立起良好的治理规范,但在实践中却无法实施的标准。这样一来,至少在相关国际组织对该国进行公司治理评估时可以得到较高的分数。这一“监管作秀”可以很好地满足监管机构的虚荣心。

<sup>⑪</sup> [英]阿德里安·卡德伯里:《公司治理和董事会主席》,陈海威、唐艳辉译,中国人民大学出版社2005年版,第30页。

<sup>⑫</sup> 张维迎:《产权、政府与信誉》,三联书店2001年版,第6页。

信息,在法经济学上属于无法核实以及无法观察的信息,<sup>①⑨</sup>如公司有没有建立起完善的公司内部控制、董事会的独立程度等都是无法核实和无法观测的,因此,即使采用强制信息披露并附加严格的法律责任,也是无济于事的。确实建立了董事会独立性的公司无法提出让监管者信赖的证据,而没有建立董事会独立性的公司也可以信口雌黄地说自己确立了独立性,监管者无法核实。更为严重的是,正是基于这种无法核实的预期,产生了严重的逆向选择,越是没有建立独立性的公司,越是鼓吹自己建立起了独立性,反而使得投资者无法作出准确判断。<sup>②⑩</sup>我国现阶段的独立董事也存在这一困境。对于独立董事的“独立性”,现有相关规范已经规定得比较明确和详细了,但实践中绝大多数独立董事是否能够真的独立,我们比谁都清楚。<sup>②⑪</sup>对这种“不可为”的事情,软法规范激励公司自愿披露其内部治理状况,结合软法规范,结合其自身特点和状况进行披露,利用市场中的信号甄别功能去发挥作用,监管者并不做实质性的判断,做到适当的“有所为和有所不为”。2010年纽约证券交易所公司治理委员会在其年度报告中指出,“法律和规范对于确立公司治理的基本规范和确保市场的效率有重要作用,但除了这些基本原则之外,在可能的情况下委员会更趋向于使用市场化的解决方法”。<sup>②⑫</sup>

#### 4. 一个具体的例证:董事会的会议方式

以上市公司治理的信息披露为例,监管机构强制要求所有的上市

---

<sup>①⑨</sup> 所谓可核实性,是指信息的真实性在披露后很容易被外部人所验证,如董事品德好坏是可以核实的,但能力大小却没法核实;可观测性是指公司是否拥有或掌握该信息能被公司外部人所观测,即当公司没有披露某种信息时,外部人可观测到是公司不拥有该信息,还是公司根本不愿披露该信息,如公司的财务报告是可观测的,而公司是否建立起合格的内部控制则是不可观测的。可核实性侧重于披露结果的考察,可观测性侧重于动机的考察。参见王慧芳:“信息强制性披露与自愿性披露的重新界定与监管”,载《宏观经济研究》2010年第12期。

<sup>②⑩</sup> [美]道格拉斯·G.拜尔、罗伯特·H.格特纳、兰德尔·C.皮克:《法律的博弈分析》,严旭阳译,法律出版社1999年版,第131页。

<sup>②⑪</sup> 世界经济与合作组织(简称OECD)在《公司治理:对OECD各国的调查》中也提出:“独立性并非定义得越清楚越好,在没有相关规则配合下,并不能导致董事会具有独立判断能力。”参见经济发展与合作组织:《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4页。

<sup>②⑫</sup> See Report of the New York Stock Exchange Commission on Corporate Governance, September 23, 2010.

公司按照《上市公司治理准则》要求披露自己的公司治理情况,由于很多信息具有不可核实性,结果导致每个公司披露的公司治理信息具有同质性;<sup>②</sup>最为关键的是投资者无法从这其中获得有效的信息,也无法甄别背信者,由此助长了不诚信之风。而相反,由于我国《公司法》以及相关规范文件没有要求上市公司的董事必须现场出席董事会会议,对采取委托出席或通讯出席方式并没有给予惩罚的规定,此时上市公司在披露这一信息时反而没有撒谎的动机,会给出真实的信息披露;而我们知道如果有过多的委托出席或表决的话,这一董事会的独立性是受到质疑的,因此,我们可以用董事是否委托表决或通讯表决来甄别各个公司董事会的履职情况,来获取有用的信息。

由此得到的启示就是,对于上市公司治理的信息披露应该杜绝强制和具体入微的格式要求,只是就披露的基本内容和最佳形式作出框架性规定,其他完全由上市公司通过“遵守或解释”方式对自己公司治理状况进行披露。由于是非强制性的,上市公司就不会基于害怕惩罚而将没有的说成有;相反,一个治理规范的上市公司要想表明与其他公司的差别,必须使用信号发送机制,将自己在上市公司治理中好的东西努力披露出来,否则投资者会对没有披露以及披露含糊的部分持怀疑的态度,由此形成一种市场主体自发的竞争关系,塑造起上市公司内生的诚信机制。

---

<sup>②</sup> 就笔者翻看部分上市公司年报中披露的公司治理信息来看,大多数公司的披露几乎都是相同的,有的连标点符号都是一样的。