

独立董事热的冷思考

向淑青

(福建师范大学法学院,福建福州350007)

[摘要] 独立董事制度作为起源西方的一项完善公司治理的制度,在移植我国的过程中也面临着本土化的问题,如何在我国建构独立董事制度,使其发挥其应有作用是一个很关键的问题。总之,独立董事制度的引进与完善是一个系统工程,需结合中国现有的公司治理结构现实和法律文化传统,进行科学的制度设计和创新。

[关键词] 独立董事制度; 公司治理机构; 独立性

[中图分类号] D922 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2008)05-0044-04

一 我国引进独立董事制度的背景考察

独立董事是指那些独立于管理层、与公司没有任何可能影响其做出独立判断之交易或关系等情形存在并主要对公司的管理层实行监督的外部董事。他们与公司没有业务或经济利益关系,也不受其他董事的控制和影响,不是公司的雇员及其亲朋好友,而是公司的外部人士。中国证券监督管理委员会在《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)中对独立董事的界定是指不在公司担任除董事外的其他职务,并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。

从法学研究的视角来看,独立董事的引进是一种制度的移植。这种制度移植首先面临的问题就是中国是否有独立董事生存的土壤。我们是不是有必要引进独立董事制度,独立董事会不会“南桔北枳”?

经考察笔者认为在中国引进独立董事是有现实基础的。首先,现代各国公司法普遍承认董事会是一个独立的最高业务执行机关,“董事会中心主义”被认为是现代公司法的特征之一,它在公司治理中具有不可替代的作用。^[1]这种作用不仅表现在董事会与其他公司机关的制衡当中,而且表现为其本身职能的有效发挥。董事会本身的健康、平衡是其发挥作用的前提和基础。而我国上市公司治理中一个不可忽视的问题就是其董事会内部的分化。独立董事是改进董事会内部失衡现象的催化剂。董事会作为所有者——股东和经营者——经理层间的重要枢纽,对股份公司的长期发展和保护外部股东利益作用至关重要。而董事会内部的制衡是关乎董事会作用有效发挥与否的重要因素。独立董事正是抑制经营董事和非经营董事差异,促进董事会内部制衡的良

方。独立董事的引进可以有效地提升董事会的作用。其直接的作用就表现在对形同虚设的董事会的强化。这种强化一方面来自于独立董事独立于经理层客观的判断,另一方面也表现在使董事会内部的权力配置趋于平衡,使董事会的运作更加健康——独立董事的规定可以使原有的非经营董事在董事会中获得更多的发言权,赋予他更多的权力与经营董事抗衡,在客观上使董事会内部的对抗趋于平衡,进而对经营层形成有效的制约。

其次,独立董事能够填补监事会监督的盲区。与英美国家不同,我国的公司治理结构为二元治理结构,公司法规定监事会为公司的监察机关,专司监督职能。由此,很多人认为在监事会存在的情况下没有必要引进独立董事。我认为,监事会制度从理论上和实践上都有自己的长处,比如使公司内部权力制衡更加合理,职工参与等等。但我国现行法律制度下及实践中的监事会仍面临不可回避的难题。有人提出,与其引进独立董事制度,不如通过引进外部监事来加强监事会的监督。应该说,这也是一条强化公司监督机制、完善公司治理的有效途径。但是,外部监事或独立监事由于其基本权利的局限,决定它不能取代独立董事的作用。独立董事与监事会的监督不是相互排斥的,而是各有侧重、分工不同。独立董事与监事会的并存会进一步完善公司治理的监督机制,二者双管齐下,对公司的监督更相得益彰。

二 独立董事制度的固有缺陷及在我国生存的障碍

近年来,我们通过媒体了解的关于独立董事的话题大多是一些不和谐的声音。该制度能否成为完善我国上市公司法人治理结构的话题又成为公司制度改革讨论的焦点。究竟是该制度的固有缺陷,还是在具有中国特色的公司治理结构中“水土不服”?究其原因,笔者认为两方面皆有之。

[收稿日期] 2008-06-28

[作者简介] 向淑青(1982-),女,湖北恩施人,福建师范大学法学院硕士研究生。

(一) 独立董事制度的固有缺陷

独立董事制度本身至少有以下三方面的缺陷:

第一,制度本身存在权力滥用的可能。^[2] 独立董事与公司没有利益牵连,缺乏对其有效的激励机制,可能出现对公司事务漠不关心,一味明哲保身的情况。例如,证监会的《指导意见》中,为了保证独立董事有效的监督,赋予独立董事以一系列的特别权力,包括对重大关联交易的认可,聘请中介机构出具独立财务顾问报告,在股东大会召开前公开向股东征集投票权等等。这些权力是独立董事有效监督的利器,反过来,也有可能成为损害公司决策效率的障碍。可以设想这样一种情况,在董事责任日益重大的情况下,独立董事在任期间为了保全自己不承担责任而对所有的事项采取否决或者弃权,就可能给公司的正常决策造成危害。因为公司的发展不能给独立董事带来好处(按照《指导意见》,独立董事只有“津贴”),但公司的投资失败会造成他承担责任的可能,这就为谨小慎微的“恶意”独立董事的存在提供了可能。而按照《指导意见》的有关规定,“独立董事任期届满前不得无故被免职”。这种情况下,很可能“请神容易送神难”。董事会、监事会对独立董事的恶意行为都没有制约的办法,一年一次的股东大会远水不解近渴。这种对独立董事有效激励不足,有效约束缺乏的情况,有可能导致独立董事权力的不行使或者滥用。

第二,独立董事的精力和能力有限。相对于公司的执行董事,独立董事关注公司事务的时间有限。上市公司聘请的独立董事当然是各界的成功人士、知名人士,这些人往往自己的事务繁忙,没有足够的时间对公司经营予以足够的关注。此外,即便独立董事在某一专业上有特长,也不代表他对公司所处的行业有深入的了解,财会、法律专家对公司投资的项目可能没有专业的知识。与公司内部的执行董事相比,独立董事可能对公司决策的正确性没有正确的理解和把握。这种在时间和能力上的不足是独立董事面临的问题之一。

第三,独立董事保持独立性面临两难困境。^[3] 独立董事最主要的不足在于其独立的相对性。学术界普遍的看法认为,独立董事的独立性是保证其发挥作用的前提。若独立董事难以保证其独立性,其监督职能如何发挥。从国内许多介绍独立董事的文章来看,渲染或强调独立董事之独立性的为数众多,并为达到“独立性”开出许多药方。有学者提出独立董事应由一个独立的推荐委员会向公司股东大会推荐,有学者主张独立董事不应拿报酬。^[4] 凡此种种,皆对独立董事的独立性寄予厚望。

笔者认为对独立董事独立性不能过分强调。事实上独立董事的“独立性”是相对的。独立董事的报酬问题,对保持其独立性而言,往往使独立董事陷入一种两难的境地。获取薪酬,其“独立性”势必受到质疑。而如果独立董事不获取薪酬,则难免其怠于监督。在市场成为主要资源配置方式的今天,不让独立董事领取薪酬但却要他们承担相应责任,是与客观经济规律相违背的。要让独立董事真正履行职责,显然,给予独立董事以适当的劳动报酬是必不可少的。

在独立董事的报酬方面,国外的现行作法为我们提供了很好的参照。在美国,十分流行的独立董事工资的支付办法是支付他们聘用金、出席费和多数情况下委员会的席位费。聘用金可以从每年几千美元到大公司的五万美元之多,出席费可以从每次参会几百美元到超过一千美元。独立董事从公司获取报酬,在理论上讲肯定会在一定程度上影响其独立判断的能力。但是,两权相害取其轻,给予独立董事适当的经济补偿远比将希望寄托于“雷锋”董事上要强。

(二) 独立董事制度在我国面临的重大障碍

第一,我国二元制的公司治理结构不适于独立董事制度生存。美国的独立董事制度是建立在一元制的公司治理结构的基础上的,由于没有监事会制度,因而独立董事在很大程度上是履行二元制下的监事会的功能。而我国的公司治理实行的是二元体制,独立董事的功能与监事会的功能有着许多交叉之处,实际上,在我国监事会并没有发挥应有的监督作用,正因为如此才引入了独立董事制度。然而独立董事制度难免会沦为与监事会一样的命运,成为上市公司的花瓶和摆设。

第二,我国公司的股权结构和控制权是该制度不可逾越的天险。在美国,由于绝大多数上市公司的股权都非常分散,不存在“一股独大”现象,因而上市公司的意志往往是众多股东的“合意”;由于股权大多是可以流通的,容易变现且处于此消彼长状态,因而很少有长期不变的稳定持股者;而在我国,上市公司中66%的股票是不流动的,53%的股票为国有股。在国有股基本处于行政支配并且没有一个既定的市场目标和盈利目标的情况下,独立董事究竟如何应对如此强大的行政力量和行政机制,确实是难题。而且“一股独大”的现象很容易导致控股股东“一个人说了算”,不要说没有股权的独立董事,就是拥有相当数量股权的二股东、三股东也很少有发言权。并且目前聘请独立董事或推荐独立董事候选人的,一般都是大股东,这样一来,独立董事将很难在董事会的决策中代表中小股东的立场,发挥监督作用。^[5]

第三,我国的信息披露制度和信息传递制度比较不健全。这就无法保证独立董事获得及时、客观和准确的信息,从而公正和有效地开展工作。在社会信用体系和信用机制都还很不完善的情况下,要经理层向独立董事及时提供真实而有效的信息,从而使独立董事能够客观地、公正地进行决策,无疑是一个难题。

第四,权利能力与责任能力的不对称是我国独立董事制度必须面对的一个突出特点。加上我国的社会保险体系还很不健全,这就使得独立董事承担风险的能力更加薄弱,在这种情况下,独立董事的自我约束机制的建立也将是一个相当长的过程,在这个过程中,如何保证独立董事能客观地、公正地行使自己的职权,也还有很多的事情要做。

三 关于如何将独立董事制度本土化的思考

尽管独立董事制度本身存在缺陷,而且引入我国也存在各种制约因素,但它对于改善我国公司治理结构的积极作用也是应该给予肯定的。我们更应当关注的是,在我国公司治理的特殊情况下,如何将独立董事制度融入我国现有的或是

不断完善到公司治理结构中去。这是一项复杂的系统工程,需要从公司、法律制度、社会等多个层面来共同努力。

(一)公司层面

1、建立科学、严格的独立董事选任规则

首先,要严格规定独立董事的任职条件。^[6]大体而言,独立董事既应当具备普通董事的任职资格,也应当同时具备其他特殊资格。所谓特殊资格,既包括利害关系上的独立性和超脱性,也包括过硬的业务能力。在积极任职资格条件方面,为保证独立董事勤勉尽职,我国应当限定独立董事任职的最多数量,并且还应对其工作量作进一步的细化规定。独立董事还应当具备相应的专业知识和工作经验。这种专业知识和工作经验囊括企业管理、法律、财务、工程技术和其他专业技术。从知识结构上看,独立董事集体的专业知识应当搭配合理,不宜高度重叠。

其次,要建立合理的独立董事选任程序。独立董事由谁提名决定着他们将代表谁的利益,以何种立场去做出判断和行事,这是选任制度的关键。较为合理的做法是严格按照独立董事的任职标准,由那些不在董事会中担任董事职务的股东们或者其代言人(可以先由其中几个较大的股东提名)推荐独立董事候选人,报股东大会选举通过。其后,由独立董事组成提名委员会提名新任独立董事。

再次,适当提高独立董事在董事会中的比例。独立董事在董事会中到底需要占多少比例才能形成一个有实质作用的力量,目前尚缺乏实证性的研究结论。我国可以借鉴国外的做法,规定我国上市公司应当设立审计委员会、报酬委员会和提名委员会等重要的职能委员会,并且最好全部由独立董事组成。这无疑将促使我国上市公司独立董事切实发挥其应有的作用,并进而改善有关公司的治理。

2、合理界定独立董事与监事会的职权

独立董事制度的建立,必须使得独立董事的功效与我国现行的公司治理结构进行“无缝接入”,既发挥独立董事的功效,又避免职能上的冲突和无人负责的尴尬局面。

一方面,由于《公司法》已就监事会制度作了明文规定,那么就应当着手提高监事会的职权和细化监事会的工作内容,以强化监事会的法律地位。可将监事会的职能和工作重点定位于对公司财务的全面监督,并赋予其必要的知情权、调查权、召集紧急股东大会权、代表诉讼提起权等。在对监事会进行改造的过程中,还可考虑吸收独立董事制度的某些优点,设立独立监事,对独立监事的任职资格、权利和义务和法律问题做出明确规定,以形成公司内部相应的制衡机制。

另一方面,可将独立董事的职权集中在对公司内部董事和经理人员的业务监督以及参与公司决策,独立董事应当对内部董事和经理人员的薪酬、关联交易、自我交易等问题享有决定权,并有权就执行董事和经理人员的业绩评价、利润分配、亏损弥补、增减注册资本以及发行公司债券等发表独立意见,以期能使公司在这些重大问题上形成科学的判断。

(二)法律制度层面

1、建立独立董事的激励机制

独立董事的激励机制包括:声誉激励、报酬激励、控制权激励等。一旦独立董事在上市公司中表现出应有的独立和客观,无形中将极大地保护和提升他们的声誉,并拓展他们的未来市场,从声誉的角度考虑,独立董事通常会尽力工作以维护自己的声誉。这表明声誉资本在董事会的劳动力市场上极具重要性,声誉机制将激励独立董事去监督执行董事和经理人员,从而在某种程度上避免独立董事与执行董事之间的“合谋”。声誉激励促使他们成为更好的监督者,更好地发挥监督作用。

2、明确独立董事的法律责任

独立董事的法律责任大体上可分为民事责任和刑事责任。独立董事的民事责任应包括三个方面:一是对公司的责任。独立董事因怠于行使职权,如明知内部董事有违法行为而不予揭露等,致使公司利益受到损害的,应当和有关人员一起向公司负连带赔偿责任。二是对股东的信任。如股东对独立董事提起诉讼,其起诉属实,则独立董事对于起诉股东因此而所受的损害负赔偿责任。三是对第三人的责任。独立董事履行职务时,如因违法行为而致他人受损害的,应与公司共同对第三人负连带责任。至于独立董事的刑事责任,可以比照我国《公司法》、《证券法》中关于董事、经理刑事责任的规定,做出相关规定。

3、尽快完善与独立董事制度相关的外部监督机制

有人认为,美国公司经营管理层得到了有效的监督,其主要原因并不完全在“独立董事”的存在,还在于其完善而发达的外部监督机制,如强制的信息公开制度、股东衍生诉讼、股东证券诉讼、证券交易所的自律规则、公司并购、机构投资者以及对股东诉讼极为有利的风险诉讼机制等等。^[7]而这些在我国都极为欠缺。

(三)社会层面

1、逐步培育和建立独立董事人才市场

从我国的目前情况来看,基于对独立董事的基本需求,可以想象:国内人才市场肯定是供不应求,上市公司之间必将展开一场“独立董事”争夺大战,其结果定会出现一人兼任多个上市公司独立董事,或是上市公司降低要求,聘用“充数”的独立董事的现象。所以,在建立独立董事制度的同时,必须抓紧建立和培养独立董事的人才市场,要有一个中介机构来起桥梁作用。只有通过这样的中介结构,才能有序地推进独立董事人才市场的建立,包括对独立董事候选人进行信誉考察和记录,对独立董事进行必要的“岗前”或“岗后”培训等。在我国建立和培育成熟的独立董事人才市场,对我国独立董事制度建设及其作用的发挥,将具有非常重要的意义。

2、为独立董事投保责任险

独立董事的主要责任在于保护公司利益。但独立董事的立场,往往与股东的愿望并不吻合,主要表现为:独立董事的“预期值”和投资者的“希望值”往往相去甚远。主要是由于独立董事的报酬,通常与公司的利润无关或关系不大。在风险项目成功时,并不能得到直接的金钱利益;但如果项目失败,却可能名誉受损,甚至承担法律责任。这就决定了独

立董事总是倾向于规避风险。

对于这个问题,在英国有一种折衷而且相对有效的做法。公司可以为董事购买董事责任保险,在董事代表公司执业而引起个人责任时,可以通过保险得到补偿。保险的范围通常排除环境责任及董事欺诈或不诚实的情形,刑事责任亦不在保险之列,这似乎可以收到两全之效,尽管保险也不能解决董事的诉讼及名誉损失问题。我国也可以借鉴,为独立董事投保责任险,但独立董事的欺诈或不诚实应在保险范围之外。另外,独立董事也要自行承担部分责任,转移给保险公司的只能是大部分责任,否则难以避免道德风险。

3、设立独立董事薪酬基金

要确保独立董事的独立性,首先要确保独立董事薪酬的独立性。即独立董事的薪酬不能由公司的控制人来决定或发放。一个有效的解决方法就是建立独立董事薪酬基金。可以在证监会或者上交所和深交所设立“独立董事薪酬基金”,由上市公司根据统一标准,按年度向该基金交纳独立董事薪酬,再由该基金统一向各上市公司独立董事发放酬金。

[参考文献]

- [1] 管晓峰. 国情与完善独立董事制度的法理思考[A]. 滨田道代, 吴志攀. 公司致力与资本市场监管[A]. 北京: 北京大学出版社, 2003. 278.
- [2] 刘玲, 温佐望. 完善中国独立董事制度本土化的思考[J]. 经济与管理, 2007, (8).
- [3] 朱慈蕴. 中国引入独立董事制度应注意的若干问题[A]. 滨田道代, 吴志攀. 公司致力与资本市场监管[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003. 253—254.
- [4] 东方. 独立董事制度完善之路漫长[N]. 市场报, 2004-09-14.
- [5] 韩娟玲. 对我国独立董事生存现状的理性思考[J]. 西安建筑科技大学学报, 2007, (2).
- [6] 许业玲. 完善我国独立董事制度的系统思考[J]. 技术经济, 2006, (12).
- [7] 陈华, 姜晓华. 独立董事的中国式困境. 上海投资[J]. 2007, (4).

Pondering on the Independent Director Craze

XIANG Shu - qing

(Fujian Normal University, Fuzhou 350007, China)

Abstract: Being a system founded in western countries, how to set up the independent director system in China and bring it into full play is a key problem. When transplanting the independent director system, our country should take into account its own specific situations according to its existing corporate governance mechanism and our legal tradition to make scientific design and necessary amendment. In a word, the transfer of independent director system and its improvement is a systematic project. The combination of the reality of Chinese existing company administrative structure with legal and cultural tradition is needed, and we should also make scientific system designs and innovations.

Key words: the independent director system; the structure of corporate governance; independence