

美国独立董事制度及对我国保证独立董事的独立性之借鉴

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E7_BE_8E_E5_9B_BD_E7_8B_AC_E7_c122_479929.htm 内容摘要：作为上市公司治理的一项重要的法律制度，我国的独立董事制度建设依然还有很远的路要走，本文从美国独立董事制度之独立性谈起，简单地介绍了美国独立董事制度的特色和可供我国借鉴之处，并对我国的独立董事制度的建设和完善提出了一些建议。关键词：独立董事、独立性、董事会

一、引言

独立董事制度源自20世纪70年代末80年代初的英美法系国家。针对当时董事会只能不明的现象，人们意识到需要建立独立董事制度来完善公司内部监督机制，以确保董事会运作的公正、透明。美国独立董事制度确立以后，即被英国所引进，从而成为英美公司法上的重要制度。20世纪末期，由于日本泡沫经济的破灭，日本的股权结构发生了重要变化，外国投资者，尤其是美国投资者拥有日本公司的股份数越来越多，他们强烈要求日本公司采取美国的独立董事制度。日本最终在2002年5月的公司法和商法修改中采纳了美国的独立董事制度。法国公司治理委员会的《公司治理若干建议》规定，每家公司董事会成员中应至少有2名是外部董事。我国制定于1999年的《公司法》没有规定独立董事制度，而是规定监事会来行使监督董事会的权力。但当年3月国家经贸委和中国证监会联合发布的《关于进一步促进境外上市公司规范运作和深化改革的意见》中已经提到了逐步建立健全外部董事和独立董事制度，但遗憾的是，独立董事制度并未因此而在中国真正得到推广。上市公司中拥有独立董事的董事会也仅占

极少数。直到2001年8月中国证监会发布了《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》），才正式在“行政规章层面”（最多算）上确立了独立董事制度。按照吴敬琏先生的说法，我国引进独立董事制的原因就是：在上市公司中，由于控股股东一股独大和执行层听命于控股股东，往往会发生损害公司小股东和整个公司利益的情况，上市公司出现的一股独大和“内部人”控制的现象往往去追求小集体或少部分人的利益，而作为最终所有者的国家利益却不能得到体现，因此有必要提升中小股东对公司治理的参与程度，在公司董事会中增设独立董事，以强化董事个人的受托责任。

二、美国确保独立董事“独立”的实践对于我国可借鉴之处

在美国，随着独立董事制度的完善，人们越来越多的看到了独立董事巨大的作用，于是，独立董事在各大公司董事会中所占的比例越来越大。根据美国投资者责任研究中心一项名为“1997年董事会事务：标准普尔1500家超大型企业的实践”调查表明，在研究所涉及的所有公司中，董事会中独立董事的比例平均为61.1%。并且随着公司规模扩大，独立董事的比例显著增长。标准普尔500家公司中独立董事的比例以每年1%的速度增长，从1995年的64.7%上升到1996年的65.8%，再到1997年的66.4%。另外，标准普尔500家公司董事会中有27家(占6.4%)只有一名“非独立”董事——总裁。笔者拟从以下三个方面介绍一下美国在确保独立董事“独立性”方面的突出实践，以资我国的公司借鉴：

（一）、独立董事的报酬：独立董事作为董事会的一名成员：其报酬与其他外部董事或内部董事并没有什么差别。独立董事一般以年薪和会议费的形式获得常规董事会工作的现金报酬，如

果是委员会成员的话，还会得到委员会成员费、委员会会议费或两者兼得。在非现金方面，股票期权被越来越多的公司运用，美国董事协会(NACD)公布了其1999??2000年董事薪酬调查报告，这次调查涉及27个产业部门的1210家美国公司。此次调查显示，年度报酬形式是董事薪酬中最一致应用的方法，另一个广泛应用的是个人参加董事会或委员会的费用。大约2/3的被调查公司采用了股票奖励和(或)期权的方法。董事的薪酬随着公司规模的增加而增加，其中最大部分是用股票奖励/期权形式来支付。

(二)、独立董事参与董事会的方式：独立董事在参与公司治理时除了以一名董事的身份参加董事会以外，更多的参与方式体现在以下几个方面：

- 1.在公司董事会的委员会中充当重要的角色。主要包括：
 - (1).审计委员会(Audit Committee)。审计委员会的职责是负责督察公司的内部审计程序，并与外部的合法的审计员一起相互作用，以便保证公司的财富完全顺从法律的要求。
 - (2).报酬委员会(Compensation Committee)。报酬委员会的职责是决定对公司的执行董事们和高级经理们的适当的一揽子的补偿方案。
 - (3).提名委员会(Nominating Committee)。提名委员会的职责是提出董事和高级管理人员候选人选。提名委员会通常由4??5人组成，一般由独立董事控制。
- 2.定期举行的只由独立董事参加的会议。Vafeas1992年选择了350家被福布斯杂志列出的大公司进行调查，结果显示独立董事每年有四次只由他们自己参加的固定的会议。美国通用汽车公司董事会公司治理准则就指出“ 董事会的外部董事每年将举行三次执行会议，其中包括每次与CEO进行讨论 ”。通过这种会议，为董事会成员提供一个在不受任何正式或非正式约束的环境下，对管理

层的行为做出反应的机会，同时也为独立董事们提供了相互对话以促进更开放更及时的交流意见、观点和感受的机会。

3.为了加强与独立董事的沟通，公司还会组织各种活动。如让独立董事参观工厂所在地并有机会与职工交流；与主要的经销商和客户见面；参观展览会并与竞争对手探讨问题；就有关问题与董事长和总经理进行书面交流等等。

（三）、社会保障 美国赋予独立董事很高的社会地位。在美国，凭借丰富的专业知识和管理经验而被聘请为一家公司，尤其是知名公司的独立董事，是跻身于上流社会的标志之一。其次，美国还赋予独立董事许多“特权”：如纽约证券交易所在《上市规则》中指出，独立董事所发表的意见应在董事会决议中列明，公司的关联交易必须由独立董事签字后方能生效，两名以上的独立董事可提议召开临时股东大会等。《密歇根州公司法》规定的独立董事的特殊权力包括：(1)由独立董事批准的“自我交易”，法院可以从宽审查；(2)独立董事有权批准对董事因遭到指控所付出的费用给予补偿；(3)独立董事有权撤销一项由股东提起的派生诉讼；(4)如果他不同意董事会大多数人的决定，独立董事有权直接与股东联系，其费用由公司支付。此外，美国还有专门的机构为公司聘请独立董事提供服务。美国董事协会(The National Association of Corporate Directors, 简称NACD)有一种名为董事登记候选计划(Director's Registry Candidate Match)的形式来为公司选聘独立外部董事提供服务。具体作法是：所有个人NACD的会员，如果有志于独立董事的职位，按要求完成一个候选人人物简介，填一个登记表格，提交到NACD，这样会被登记到董事登记名册中。然后，NACD的资料库会按名册中成员的背景和经历

与需要独立董事的公司具体信息相比较，使最后成为候选人的会员与公司提出的特殊要求相一致。接着这些候选人的名字和简历会寄到需求公司的手中，供进一步挑选。不过最后的决策权还是在需求公司手上。

三、完善独立董事制度的几点建议

我国的独立董事制度从2001年建立至今也有近三年时间了，然而其真正的效力并未完全发挥出来，唯有不断的加以解决和完善，方能为我国的上市公司的发展，为广大的中小股东的利益保驾护航。我们认为：(一)完善对独立董事制度的立法，树立独立董事制度的权威 大部分实行独立董事制度的国家都将独立董事制度以法律的形式明确规定下来，如美国纽约证券交易所在《上市规则》、日本的《商法》、以及法国公司治理委员会的《公司治理若干建议》。目前我国对独立董事的相关立法仅仅体现在2001年中国证监会发布的《指导意见》中，作为部门规章，显而易见，其权威性将大打折扣，因此要使独立董事制度真正“堂而皇之”，“明媒正娶”，就必须将之上升为法律，从法律的高度加以确定。笔者以为，尽快修改我国《公司法》，将独立董事制度写入《公司法》，作为公司法人内部组织框架中与监事会并驾齐驱的重要架构之一，便显得非常必要。(二)进一步明确独立董事的权利及行使权利的保障程序 《指导意见》中关于独立董事的权利义务的规定很明显过于简洁和笼统，没有加以细化，对于独立董事如何行使权利履行义务的程序也没有相应的详细规定，真正操作起来很难。因此，必须对独立董事的权利及行使权利的程序，加以进一步的明确和细化。我们认为以下几种独立董事的权利尤其应当明确和强化：1. 获取和知悉公司信息的权利。正如美国迈尔斯•梅斯（Myles

Mace) 教授所指出的：他们只得到的有限的信息，其中的大多数也是依赖管理层向其提供，而这些信息很难说是独立可靠的。管理层希望其提案获得通过，并且希望公司运作获得良好评价，总是倾向于报喜不报忧，这无疑使独立董事的决策能力雪上加霜。因此，法律必须赋予独立董事有随时获取公司信息的特权，上市公司必须及时准确详尽的将公司的重大事件相关信息提供给独立董事。

2. 独立调查的权利。由于独立董事获取公司信息的不对称，当独立董事对公司财务状况及其它重大事件无法确证时，法律必须赋予独立董事独立调查权，而且包括独立聘请外部中介进行调查的权利，这种权利应该无须得到公司董事会的批准，而只需通知公司董事会即可。

3. 定期举行只由独立董事参加的会议。通过这种会议，为董事会成员提供一个在不受任何正式或非正式约束的环境下，对管理层的行为做出反应的机会，以加强独立董事间的协调与配合。“他山之石，可以攻玉”，我国完全可以并应该加以借鉴。

(三)完善对独立董事的激励和监督机制。独立董事最根本的特性在于其独立性，即不能受上市公司的牵制。在这方面，在保证其独立性的前提下，如何激发独立董事的工作积极性，不致于出现“花瓶董事”“休闲董事”，便显得尤为重要，同时还要对独立董事是否勤勉尽责加以必要的监督和规制。我们认为：首先，要合理的制订独立董事的薪金，独立董事津贴设计的总的指导思想应当是：使独立董事能够更好地履行自己的职责，特别是要消除独立董事因获取津贴而影响其独立性。具体体现如下几个原则：第一，独立性原则。指独立董事的津贴确定与发放方式，应当不影响独立董事发挥起作用，特别是不能影响其独立的判断

和决策。以免独立董事“拿了企业的手软”，在一些关键的问题上，偏向于公司的大股东或经营者，不能站在独立、公正的立场上说话。第二，风险与收益相匹配原则。独立董事是一项具有风险的工作，在国外，独立董事被看作是“走钢丝的人”。如果独立董事在履行职责的过程中损害了股东的利益，他可能受到起诉，并可能要承担相应的经济责任。第三，激励性原则。独立董事的津贴设计，要有利于调动独立董事的积极性，发挥他们的聪明才智，提高企业的经济效益。其次，建立独立董事荣誉体制，提高独立董事的社会地位。我们认为，我国应尽快建立独立董事荣誉体制，让独立董事不仅得到经济方面的回报，更获得社会的荣誉褒奖，可以建立诸如“全国独立董事委员会”之类的全国性自律性组织，设立全国独立董事员注册库，严格独立董事的任用资格，让全社会尤其是上市公司管理层及全体股东真正明白独立董事，尊重、重视独立董事。第三，要制订独立董事的履责监督机制。俗语道：在其位，拿其薪，忠其责。独立董事作为代理人，与企业经营者一样存在机会主义行为。为了使独立董事客观、公正地行使权利，除了上述的激励机制外，约束机制也必不可少。我们认为，可以采取以下几种方式：(1)股权利益的约束。股票期权的实施对于独立董事而言，既是激励，又是约束。股权的升值与分红，是一种激励；股权贬值和公司破产，是一种约束机制。正是这种激励和约束的双重作用，能促使独立董事认真对待董事会的每一项提案。(2)人才竞争的约束。独立董事往往是经济与法律等方面的专家，是人力资本，独立董事的薪酬是由独立董事市场的供求状况决定的。企业聘请独立董事，把专家作为企业的决策者之一，

是一种买知识的行为。业绩优良的董事，会有更多的企业聘请，能获得较高的报酬；业绩较差的独立董事会大大贬值，甚至失去所有用户。因此，有必要在我国建立独立董事制度的开始阶段就按国际标准规范操作，培养和建立一个完善的独立董事市场，逐步实现独立董事的职业化。(3)法律的约束。在我国市场竞争不够充分、舆论监督不够健全的情况下，为了保证独立董事制度的有效性，必须制订《独立董事法》，依法保证独立董事正常履行职能、约束独立董事的行为。我们认为：第一，建议设立上市公司独立董事年终述职报告制度。独立董事必须每年向股东大会报告其一年来的工作情况，对股东大会负责。对全体股东尤其是中小股东负责，这样有利于股东对独立董事的工作加以监督。第二，可借鉴对中国律师和注册会计师的监督管理体制，建议证监会建立独立董事信用档案和资格考评制度，规范对独立董事的监督管理。对于在工作中失职的独立董事给予纪律处分，直至取消其独立董事资格。这样将有力的促使独立董事认真履行职责。第三，建立独立董事责任追究机制，法律必须明确规定独立在重大渎职或和公司其它董事勾结故意误导和欺骗广大投资者的重大违法行为加以责任追究，必要时给以刑事制裁。

（作者：苏子乐，兰州大学法学院法学硕士） 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com