

我国上市公司建立独立董事制度的若干问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E4_B8_8A_E5_c122_483624.htm 一、独立董事的界定

独立董事制度最早是在英美国家产生的。美国1940年颁布的《投资公司法》中即有“至少需要40%的董事由独立人士担任”的规定。对于独立董事的概念有不同的界定，但各种界定都是从独立董事的独立性角度作出的：美国证券交易委员会（SEC）将独立董事定义为与公司没有“重要关系”的董事。重要关系的含义是指：1、他是公司的雇员，或者在此之前两年内曾是公司的雇员；2、他是此前两年在公司内曾担任过CEO或高级管理人员的某一个人的直系亲属；3、他在此前的两个财务年度内，曾因商业关系而向公司支付过或收到过超过20万美元的金额；或者，他在某一个商业机构中拥有股权或代表某一股权而有投票权，而该公司曾在此前两个财务年度内向公司支付或收到过一定的金额，并且该金额乘以他所拥有的股权比例后其值大于20万美元；4、他是某一商业机构的重要管理人员，而该商业机构曾因商业关系而向公司支付或从公司收到过超过该机构年度总收入5%金额的款项，或者超过20万美元金额的款项；5、他与过去两年内曾经担任过公司法律顾问的法律公司具有职业关系。美国法学研究所则在其《公司治理原则》中，也将独立董事界定为与公司无“重要关系”的董事。而如果存在以下关系即属于重要关系：1、他在过去两年内是公司的雇员；2、他是公司业务主管的直系亲属；3、他直接或间接地与公司之间存在金额超过20万美元的交易关系；4、他是为公司服务的律师事务所或

投资银行的职员；而《密西根州公司法》也对独立董事作了规定，并且该法还对独立董事的指定方法和其“特别权力”进行了界定。该法关于独立董事的规定有如下几个要点：1、独立董事必须由股东会选举产生，不得由董事会任命；2、股东会和董事会均须指定某一董事为独立董事；3、为保证独立董事的能力，董事必须具有5年以上的商事、法律或财务工作经验；4、独立董事在过去3年内不得是：(1)本公司或子公司的高级职员或雇员；(2)与公司之间从事过10万美元以上的交易；(3)上述两类人的直系亲属或他们的合伙人，或与他们之间有业务关系；(4)独立董事在公司任职不得超过3年，满3年后，独立董事可以继续作为董事留任，但失去其独立董事的资格。证监会颁发的《指导意见》将我国上市公司独立董事界定为“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判断的关系的董事。”独立董事在理论上是指除了董事身份外与公司没有任何其他契约关系的董事，他们既不是公司的雇员及其亲朋好友，也不是与公司的业务有关联的其他人，如供应商、经销商、向公司提供法律、会计、审计的服务的机构的职员或代表，与公司没有任何可能影响其对公司事务决策行使独立判断的关系，也不受其他董事的控制和影响。总之，一句话就是独立董事是除了在上市公司担任独立董事之外不与公司及公司的有关人员有任何重要关系的人，在成为公司独立董事之前完全独立于公司，不受公司及公司控制人的影响。独立董事的界定说明独立董事的独立性是独立董事的重要特征，是独立董事与一般的董事的根本区别，也是独立董事能否充分发挥作用的关键之所在。二、

独立董事的独立性及其保障 如前所述，独立董事的根本特性就在于其具有独立性，这也是各国在规定独立董事时所 要着重审查的事项。各国对独立董事的独立性都作出了专门性的规定。如上面所说的美国证 券交易委员会的独立董事的界定中就对独立董事独立性作出了规定。美国律师协会的观点是指由董事不参与公司的经营管理，与公司经营管理者没有任何重要的业务或专业联系。他(她)才可能被认为是独立的。我国证监会的《指导意见》第3条规定“ 独立董事必须具有独立性 ”，并列举了七种人员不得担任独立董事。 但问题在于独立董事在上任之初可能是独立的，但如何保证其在整个任职期间具有独立性呢?尤其是在中国这样一个“ 熟人主义 ”、“ 集体主义 ” 盛行的国家中，即使是一个完全 “ 独立 ” 的人，一旦进入董事会，就会成为董事会这个集体中的一员。而作为董事会的一员，为了董事会的利益。或者是给其他非独立董事主要是内 部董事 “ 面子 ”，往往与其相互妥协，否则就会被视为董事会的异己而遭到排斥，结果只有在万般无奈的情况下推出董事会。这也是目前我国独立董事面临的最大困境。因此，如何保证独立董事的独立性是在引进独立董事制度过程中必须解决的问题。笔者认为，保证独立董事的独立性可以从以下几个方面着手：首先，在独立董事的任命上严格把关，从开始阶段充分保证所选任的董事具有完全的独立性。这里又涉及到两个问题：一是在独立董事的任命机制上，应该建立一个专门的独立董事任命机构，如独立董事选拔、任命委员会。独立董事由谁来选任，决定着独立董事代表谁的利益，以何种立场去决策 和行事。在任董事或公司控制人为了维护其利益当然倾向于根据它们的愿望来选任独立

董事。目前我国许多已经设立了独立董事的公司主要是由政府主管部门、董事会或董事长聘任的。通过这种方式选出来的独立董事就不能保证其具有完全的独立性。《指导意见》第4条第1款的(1)项规定“上市公司董事会、监事会、单独或者合并持有上市公司已发行股份1%以上的股东可以提出独立董事候选人，并经股东大会选举决定。”从这一规定中可以看出，证监会的指导方向是由现任董事会、监事会、单独或合并持有上市公司已发行股份达一定数额的股东来提名独立董事候选人，最后由股东大会讨论通过。这一规定笔者认为存在一定的弊端。虽然独立董事最终由股东大会讨论通过，但独立董事候选人由董事会、监事会或持股达一定比例的股东来提名，股东大会最后的讨论通过往往只是一种形式而已。这样做并不能从根本上保证独立董事的独立性，不能达到在上市公司中设立独立董事的目的。如前所说，独立董事制度产生的原因是为了保护中小股东及其他利益相关者的利益。因此，独立董事的选任也应该由中小股东或其他利益相关者来完成，排除现任董事会、监事会的提名。另外，在中小股东提名时，对股东的持股份额应当作出限制尤其是对持股的上限作出限制，以免大股东控制独立董事的提名与选举。因此，在设立独立董事选拔、任命委员会时，应当保证该委员会的委员来自中小股东或其他利益相关者。只有这样，独立董事作用的发挥才具有了前提保障。二是在独立董事的选任过程中应当保证独立董事具有独立地履行职责的知识、品质、经验以及能力。目前我国上市公司所选聘的独立董事具有很大的随意性及追求名人效应的成分，独立董事缺乏相关的专业知识，董事不“懂事”的现象十分普遍。因此，独

立董事的人选应当具有敏锐的洞察力，是熟悉上市公司业务、具有相关知识的专业人士，如商业、法律和财务等方面的专家、学者也可以是其他公司的董事长、总经理、执行董事、独立董事或其他高级官员(前提是其与公司没有重要关系)。只有这样，才能保证所选聘出来的独立董事能够完成其所肩负的任务。其次，在独立董事执行职务的过程中建立公告、异议与回避制度。当独立董事的某些行为或参与某项事务的决策可能使其与公司存在或将要存在某种重要关系，以致妨碍独立董事的独立性时，董事会或独立董事应当对该行为予以公告，给予股东尤其是中小股东或其他利益相关者一定的期限提出异议，如果股东或其他利益相关者认为该行为可能会影响独立董事的独立性时，该独立董事应当不行为或回避参与该项事务决策。再次，建立并加强独立董事责任制度。外部“独立”的人既然接受了独立董事这一职务，他们就应履行独立董事的职责。在其没有履行相应的职责时，即应承担相应的法律责任。只有在法律责任的约束下，才能使独立董事切实履行职责。对于独立董事因缺乏注意或勤勉没有适当履行相应的义务而对公司或股东造成损害时，应当承担连带赔偿责任。而不能以不知情或不在行为由来推托责任。如果独立董事认为他们已经尽了注意与勤勉义务。那他们应当负举证责任。法律责任的存在会促使独立董事投入时间和精力去坚持和维护法律所要求的其应当履行的义务。避免独立董事成为“人情董事”或“花瓶董事”如果独立董事在履行职务过程中未尽到诚信义务，投资者有权要求监管机构对其进行处罚，也可以通过法律程序对其起诉。个人认为在责任承担上，独立董事应当与一般的董事一样，不应当有任何

“ 特权 ” 在其不履行职责造成股东、公司或其他利益相关者利益受到损害时，应当依照公司法有关董事法律责任规定的承担相应的赔偿责任。《21世纪经济报道》曾经报道过一位独立董事因未履行相应的职责而被法院判令承担相应的法律责任。对于独立董事的责任，应当依照公司法关于董事责任的规定来处理，如遵守公司章程，维护公司利益，不得侵占公司财产；不得挪用公司资金或将公司资金借贷给他人；不得将公司资产以其个人名义开立账户存储；不得以公司资产为本公司的股本或其他个人债务提供担保；不得侵占公司财产；不得自营或为他人经营与其所任职的公司同类的营业或从事损害本公司利益的活动；非经股东大会同意，不得同本公司订立合同或进行交易；不得泄漏公司秘密。在这几项职责中，尤其应当注重“不得泄漏公司秘密”这一项。因为在实践中独立董事可能同时在几家公司任职，或者自己经营公司企业，如果不对独立董事的保密义务作出规定可能会直接损害公司、股东或其他利益相关者的利益。《指导意见》只是在第1条第(2)项规定了“独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务”、在第6条中笼统地规定了“独立董事应当对上市公司重大事项发表独立意见”，并没有规定如果独立董事没有履行相应义务时其应当承担的法律责任，这样会造成独立董事不敢或不愿意发表意见以避免承担责任。这样独立董事虽然真的是“独立”了，但却不能达到设立独立董事的目的。另外，还应当明确规定独立董事在上市公司履行职责必须达到一定的时间，如一个月或其他适合的时间长度。通过规定独立董事职责与法律责任可以促使独立董事保持“独立”的地位。最后还应当建立健全独立董事的激励

机制。“没有无权利的义务”，要使独立董事能够两袖清风，不为自己谋利益，就必须对其实行相应的激励，以促使其尽力履行职责。个人认为对独立的董事激励可采用声誉激励、报酬激励(包括津贴、股票期权等)及控制权激励等方式进行。《指导意见》对这一方面规定的不是很明确，只是规定上市公司应当给予独立董事适当的津贴、建立责任保险制度，但对其他激励方式没有规定，这对独立董事激励是不够的，不能促使其尽全力去履行职责或者造成没有人愿意担任独立董事的局面。

三、独立董事与监事会关系

独立董事最早起源于英美国家，但英美国家的公司治理结构是单一的，不存在监事会这一部门。而我国的公司法是借鉴德国和日本的公司法来制定的，在公司治理结构中实行双委员会制，在股东大会下设立同时董事会和监事会。董事会是公司的决策机构，监事会则是公司的监督机构，对监事会的行为进行合法性监督。但在引入独立董事制度后就会发生独立董事与监事会在监督职能上的冲突。在引进独立董事制度时，必须正确处理独立董事与监事会职权主要是监督职能的冲突问题。按照制度经济学理论的观点，制度设计的重要功能是合理确定权利界限，只有权利界限清楚，责任才能明确，才能降低制度运作成本，减少外部效应。个人认为在处理独立董事与现行公司法中关于监事会的冲突问题是，应当明确界定独立董事与监事会各自的职权范围。结合现行公司法的规定及根据二者的不同功能，认为应当对现行公司法关于监事会的职权加以细化和补充，将监事会的职权主要界定在：第一，公司财务的全面监督，享有相关的调查权、询问权、召集紧急股东大会权等，并以相应的、必要的事权、财权为保障；第二，

从公司的整体利益出发，监督董事(包括独立董事)、经理经营决策和业务执行行为是否合法与妥当，并以相应的代表公司起诉的权利为保障。财务监督和妥当性监督是监事会的基本职权和工作重点。同时，将独立董事的职权界定为：第一，为公司带来多样化的思维、向董事会提供专门化支持，包括信息、经验、知识、技术等方面，并通过参与董事会决策提高决策的科学性；第二，维护中小股东的利益，提高决策的公正性；第三，在内部董事和经理人员的薪酬、董事的提名、自我交易和关联交易等问题上享有决定权，并有权检查、约束内部人的职权行为和评价其经营业绩；第四，就公司的财务信息的审核和控制方面与监事会协作。这样就会避免独立董事与监事会之间的重复与冲突，避免二者相互推诿或争权夺利，能够充分发挥二者各自的职权，进一步改善上市公司的治理结构。有学者认为在监事会中设立独立监事制度，笔者认为，独立监事的设立会导致如下问题：一是监事会内部被人为地分为两种力量，不利于监事会的运作和职能的发挥；二是独立监事与独立董事的地位发生重合，重蹈独立董事与监事会职能冲突的弊端。况且，现行公司治理结构的弊病并非出在监事会这里，问题在于董事会。因此，笔者认为，在上市公司中没有必要设立独立监事。??结束语在我国上市公司引入独立董事制度，除了需要解决上述独立董事的独立性与独立董事与监事会的关系等问题外，还有需解决其他问题，如独立董事的资源与市场问题、独立董事监督问题等，这还需要理论界与实务界进行不断的探讨，以达到引入独立董事制度的最终目的。 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