

“独立董事”制度刍议

○李翠颖

以董事会为中心的公司治理结构模式正面临着“内部人控制”、经营者侵犯所有者权益和公司其他利益相关者权益得不到保护的问题。独立董事制度正是为弥补董事会职能之不足而产生的。本文从独立董事制度的产生及制度设计出发,探讨了我国在“独立董事”方面的实践及在我国现行法律框架下独立董事制度能否发挥其作用,同时也提出一些立法建议。

一、独立董事的产生及制度设计

独立董事指不在公司担任除董事以外的其他职务,并与其所应聘的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。独立董事的概念最早在著名的凯得伯瑞报告中得到了阐述。80年代,国际上几家引人注目的大公司相继倒闭。基于此,伦敦的几家著名的从事管理规范研究的机构在1992年提交了一份名为《社团法人管理的财务》的报告。该报告明确指出董事长和总经理应由两人分别担任,还特别提倡要更广泛地吸收独立非执行董事进入董事会。该报告提出的“最佳经营准则”指出:“董事会中应有足够多的有能力的非执行董事,以保证他们的意见能在董事会的决策中受到充分的重视。”^①从国外董事会的组成发展趋势来看,独立董事的独立性越来越受到强调。美国律师公会

或专业联系才可以被认为是独立的。^②“美国法律研究所(ALI)在《公司治理原则》中提出,外部董事的独立性须根据他们与执行董事和管理层有无“重要的关系”来判定。^③而在通用汽车公司的公司治理模式中,独立董事意味着与公司没有业务或其他的关系。”^④

独立董事产生的基本背景就是“内部人控制”。“内部人控制”是指公司董事会长期被高层管理人员为核心的利益集团所把持,这是导致董事会失灵的主要原因。此外,法律对公司与董事间关系的模糊定性,是独立董事产生的另一大原因。英美法系对公司与董事间的法律关系采信托说,而大陆法系则取代理说和委任说。^⑤但这些学说都不能正确定位董事与公司间的法律关系。首先,信托关系不能涵盖董事代表公司而为的事实行为,因为信托关系中受托人对所受托财产进行的经营和管理是法律行为,此外,受托人以自己名义实施法律行为,但董事对外从事的民事活动却必须以公司名义进行。其次,代理关系中代理权的授予是被代理人单方的意思表示,被代理人可以随时撤销,且代理权授予或撤销不需经代理人同意。但董事的产生源于股东大会的选举和董事的承诺,而且在董事任期届满前股东大会不能无故解除其职务。再次,委任关系或代理关系都不能涵盖董事对内执行公司事务和对外代表公司的行为。因为委任是基于委任人与受任人内部关系

而产生,而代理是代理人以被代理人名义对外进行活动。无论委任还是代理,受任人或代理人的行为取决于委任人或被代理人自由意志下授予的权限,但董事的权限既源于公司章程,更由法律法规直接规定。所以,信托说或代理说、委任说都不能准确定义董事与公司间的法律关系,其中后者更是无形中强调了董事服从、被动的地位,与现代公司治理结构中董事被赋予越来越多的自由裁量权的现实格格不入。此外,由于公司利益和意志毕竟是抽象的,而债权人公司实际经营管理中的缺位,加之资本多数决定的盛行,公司意志往往被大股东所左右,故委任说和代理说实际上为淡化董事与股东的独立性间接提供了理论上的支持。正是基于这一困境,既独立于公司也独立于股东的独立董事就应运而生了。

二、我国上市公司引入独立董事的尝试

(一)实践

1999年6月,湖南创智五一文股份有限公司重组,就聘请了中南工业大学、国防科技大学等四名大学教授分别出任独立董事;兰州黄河企业股份公司亦聘请著名经济学家王珏出任独立董事一职。但这些独立董事由于地位显赫,公务繁重,对上市公司的经营决策有些分身乏术,而有的上市公司本来就是借经济学家的名气而已,对独立董事的要求仅是在董事会上举手表决即可。如此,独立董事岂不是有名无实。可以说,在现阶段我国上市公司股权结构还很不合理的情况下,企业不仅需要学术权威对公司的发展提出建议,更需要独立董事对公司的法人治理、资本运作、企业管理发挥监督与制衡的作用,从而达到防范“内部人控制”、完善法人治理结构的目的。

当然,也有的上市公司在聘请独立董事问题上,采取了务实的原则。如ST白云山于1999年公开招聘了两名独立董事,并根据其意见对公司的产业结构进行调整,当年便扭亏为盈。深圳方大在上市之初就聘请了三名独立董事,一名为海外投资决策专家,能为公司提供海外的新技术、新产业的发展动态

及国外大型企业管理的经验;一名是管理学专家,对公司的企业管理提出良好的建议;还有一名是技术方面专家,可以指导公司的技术工作。再如深圳高速,现有三名独立董事,分别为土木工程界、证券界、财务会计界及投资银行界的专业人士。更可喜的是,今年上半年像北京东方、丰原生化等上市公司聘请了国内的执业律师作为独立董事,从而进一步改善公司管理层的构成,提高管理层的素质及管理水平。

(二)与独立董事相关的主要现行法规

迄今为止,证监会颁布的与独立董事制度相配套的法规主要有两个,一为今年年初中国证监会深圳证券监管办公室以深证办发字[2001]73号文下发的《上市公司独立董事制度实施指引》(以下简称《实施指引》),二为2001年8月16日颁布的《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》)。前者详细规定了独立董事的资格、认定、人数及构成,独立董事的产生和免职、责任和权力、报酬和费用等;后者则对独立董事的任职条件、独立性、独立董事的提名、选举和更换等进行规范。

(三)独立董事在现行法律框架下能否真正发挥其作用

笔者认为,在现行法律框架下独立董事还是能较好地发挥其作用的,这从《指导意见》对《指导意见》征求意见稿(以下简称《征求意见稿》)的修改中可见一斑。

1、对独立董事产生机制的修改

在《征求意见稿》里,单独或联合持有上市公司已发行股份5%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。但5%的比例限制使得大股东在独立董事的提名上拥有绝对优势,而且由于独立董事最终是由股东大会选举产生,因而,由大股东提名的独立董事人选被通过的概率非常高。可以说,由单独持有公司5%以上股份的股东提名的独立董事不可能代表中小股东的利益。为此,《指导意见》将5%改为1%,大大降低了门槛,从而使独立董

事有可能代表中小股东的利益,较有效地防止了大股东在上市公司中“一人独大”的局面。

2、对独立董事在上市公司工作时间的修改

《征求意见稿》规定“独立董事每年为上市公司的工作时间不应少于十五个工作日”。可见独立董事只是一个兼职,那么,既然作为一个兼职工作,必然是在保证本职工作完成的前提下方能考虑的工作,更何况其对每个人可以担任多少家上市公司的独立董事并没有明确规定,这怎么能够保证独立董事充分发挥其应有的作用呢?由此,《指导意见》对其进行了相应修改。《指导意见》删去了“十五个工作日”的限制,同时补充规定“独立董事原则上最多在五家上市公司兼任独立董事”,以确保其有足够的时间和精力来有效地履行独立董事的职责。

3、对独立董事行使特别职权的通过人数的修改

《征求意见稿》规定独立董事行使特别职权应当取得全体独立董事一致同意。但事实上,并非所有的独立董事都代表中小股东的利益,即在独立董事代表的利益不同的前提下,要使全体独立董事对拟向董事会提交的议案达成一致意见方能提请时,无形中限制了独立董事作用的发挥。加之,独立董事对董事会就上述事项只享有提案权,能否形成议案,决定权仍在董事会。因此这样的法律规定并不能保证独立董事作用的正常发挥。基于此,《指导意见》将原“一致同意”该为“二分之一”以上同意。这一修改,可以有效地保证独立董事作用的发挥。

(四)缺陷分析

从以上分析可知,《指导意见》较《征求意见稿》有了很大的改进,但并不意味着独立董事制度的实施就有完全规范的法律环境。综观《指导意见》和《实施指引》,不难发现它们都缺乏对独立董事作用发挥的制约机制。《公司法》第118条规定:“董事应当对董事会决议承担责任。董事会决议违反法律、行政法规或者公司章程,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以

免除责任。”此条款对严重损失如何界定,赔偿责任应怎样负担并没有详细规定,从而对董事不履行职责的约束成为软约束。同时,《指导意见》的假设前提是独立董事能够勤勉尽责,那当独立董事在不能发挥其应有作用时,如何对之进行约束,法律并没有作出明确规定。《实施指引》的制定者显然是意识到了这一问题,但他们对此仅仅规定了一句话“独立董事在任职期间,违反国家法律的,承担有关法律责任”,可对具体的责任承担方式却没有作进一步的规范。可以说,任何一种制度都需要某种制约机制,独立董事制度也不例外。因此,笔者认为《指导意见》应相应地增加有关独立董事责任承担的具体规定,以对其行使职责进行一定的约束,从而保证独立董事能在法律的框架内行使职权,以在最大限度内保护所有投资者的合法权益。

三、结语

独立董事独立性作用的发挥是与公司治理结构优化和规范设计分不开的,规范的独立董事制度又有利于促进公司治理结构的优化,形成一个权力互相牵制、利益相对平衡的公司治理结构。独立董事制度的引入是解决“内部人控制”的有效尝试,法律也对之进行了相应规范。当然不足尚存,这就需要法律进行更进一步的完善,以使独立董事制度能充分地发挥其作用。

注释:

①Jean A. Webb. Application of Regulation on Independent Director. 1999, P12

②Independent Director. SEC Bulletin. Aug. 28, 1999

③Independent Director. SEC Bulletin. Oct. 12, 1999

④Jonathan G. Katz. Marker Rules relating to Independent Director. 1998, P54

⑤Jean A. Webb. Application of Regulation on Independent Director. 1999, P81

(作者单位:厦门大学法学院)

责任编辑:吴长乐