

## 目前法律法规框架下和现实中独立董事的定位与作用的分析

陈刚泰

2001年8月,中国证监会颁布了《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》),标志着我国上市公司正式引入了独立董事制度。独立董事制度实施4年多来,对规范公司运作、维护公司整体利益、关注中小股东合法权益不受损害等方面起到了积极作用。笔者对正在或曾在江苏90家上市公司担任独立董事的人士发放了调查问卷,共回收调查问卷213份,通过对回收问卷的分析和研究,发现独立董事制度的实际效果与制度设计初衷仍然有相当距离。

### 一、有关规章对独立董事特性的相关规定

目前,有关独立董事制度的法律法规主要有修订后的《公司法》、中国证监会颁布的《指导意见》和《上市公司公司治理准则》(以下简称《治理准则》)。修订后的《公司法》对上市公司设立独立董事做出了原则规定。《指导意见》和《治理准则》第三章第五节对独立董事制度作了较详尽的规定。

其中《指导意见》明确了独立董事的定义,即独立的外部董事的简称。从独立董事定义和规章的规定来看,独立董事具有三方面的特性。

#### (一) 董事

独立董事是董事会的成员,因此独立董事当然与其他董事一样有着同样的权利和义务。

修订后《公司法》第四十七条对董事会的职权进行了规定,主要有召集股东大会会议,执行股东大会决议,决定公司的经营计划和投资方案,制订公司的年度财务预、决算方案等。独立董事作为董事,应通过参加董事会行使相应的职权。

独立董事作为董事,也应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。修订后的《公司法》第六章对公司董事义务的规定,也应同时适用于独立董事。

## （二）外部

独立董事是外部董事。外部董事是相对内部董事而言的。所谓内部董事，是指由公司在册职工或管理人员出任公司董事的人。因此，外部董事是指非公司职工或管理人员出任公司董事的人。《指导意见》明确独立董事不在公司担任除董事外的其他职务。

董事会承担着监督公司高级管理人员的功能，内部董事由于身兼董事和高级管理人员的双重身份，虽然能够提高董事会的整体效率，但是如果董事会全由内部董事组成，或内部董事比例过大，则会出现高级管理人员自己监督自己的失衡格局，形成所谓的“内部人控制”。因此，外部董事在董事会中能够起到对内部董事和高级管理人员制衡的良好效果。

## （三）独立

独立董事的另一特点是身份独立。《指导意见》和《治理准则》规定，独立董事应独立于所受聘的公司及其主要股东，不得存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系。同时要求独立董事应当独立履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人、或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。

对独立董事的独立性要求，是由独立董事的特殊作用决定的。《指导意见》和《治理准则》要求独立董事维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。

## 二、独立董事制度有关的调查情况

### （一）大多缺乏公司管理经验

在填写问卷的 213 名独立董事中，来自于高校及科研机构的有 105 名，占 49.3%；来自于证券公司、会计师事务所、律师事务所的有 42 名，占 19.72%；来自于行业协会的共 23 名，占 12.68%；来自于退休政府官员的有 16 名，占 7.51%；来自于其他公司的经营管理人员有 27 名，占 12.68%。

从上述统计中可以看出，占 87.32%的独立董事来源于非职业经理人员，职业经理人员较少。而职业经理人员所具有的管理知识和经验恰恰是独立董事履行职责所必不可少的。

### （二）投入公司运作管理的精力很少

参加调查的 213 名独立董事中，兼任 5 家上市公司独立董事的有 6 名，占

2.82%；兼任 4 家上市公司独立董事的有 7 名，占 3.29%；兼任 3 家上市公司独立董事的有 27 名，占 12.68%；兼任 2 家上市公司独立董事的有 42 名，占 19.72%；只任 1 家上市公司独立董事的有 131 名，占 61.5%，平均每人兼任 1.66 家上市公司的独立董事。

另外，上述 213 名独立董事，投入上市公司的工作日在 10 日以下的有 39 名，占 18.31%；11—15 日的有 49 名，占 23%；16—20 日的有 73 名，占 34.27%；21—30 日的有 38 名，占 17.84%；31—60 日的有 14 名，占 6.57%。平均每位董事在一家上市公司中的平均工作时间为 19 个工作日。

从上述统计中可以看出，在江苏上市公司中独立董事兼任上市公司家数平均 1—2 家，而投入上市公司运作管理的精力也不多。

### （三）工作方式被动

参加调查的 213 名独立董事中，获得、掌握公司信息的方式各有不同，绝大多数独立董事是通过董事会前提供的相关资料信息及董事会会议上获得信息；认为公司有定期通报信息制度的有 62%；公司安排有专门的座谈会、现场参观等介绍公司情况的有 59%；而通过网站、报纸、新闻媒体获取公司信息的有 52%；表示通过自己直接向公司有关部门获取公司信息，占 51%。

从上述统计中可以看出独立董事获取信息的方式主要是通过参加董事会及公司通报等被动方式，只有一半的独立董事表示会通过自身的主动工作方式获取公司信息。

### （四）在董事会中的影响较小

江苏 90 家上市公司中，独立董事人数占董事会人数比例平均为略大于三分之一，往往低于控股股东选派的董事，独立董事作用难以发挥。

同时上市公司中设立专业委员会较少。在参加调查的 83 家上市公司中，有 58 家设有专业委员会，约占 70%，而设立 4 个专业委员会的上市公司只有 43 家，约占参加调查公司的 52%，另外有 22%的独立董事表示独立董事未能达到专业委员会一半以上。由于专业委员会未普遍设立，专业委员会也未规范运作，使得独立董事无法通过专业委员会来影响董事会。

### （五）独立性倍受质疑

目前担任江苏上市公司独立董事的共有 288 名，其中 252 名独立董事是由

董事会提名，占 88%；36 名独立董事是由大股东提名，占 12%。由于我国上市公司普遍的“一股独大”股权结构，董事会通常由大股东所控制，因此实际按照大股东意志提名的独立董事占到了 100%。由于大股东控制了独立董事的提名，拥有独立董事任职的决定权，因此独立董事的独立性倍受社会公众质疑。

### （六）未能普遍发挥作用

在对江苏上市公司独立董事的调查中，《指导意见》等规章赋予了独立董事一些特别职权，以加强对公司的监督，完善法人治理结构。在接受调查的 213 名独立董事中，有 135 名独立董事表示从未使用过规章赋予的特别职权，占接受调查独立董事的 63%。

而自独立董事制度实施以来，上市公司资产被大股东等关联方侵占的情况仍然发生，一些明显不利于上市公司和广大中小股东的议案仍然得到董事会的通过，一些公司的高管人员舞弊案件也有发生，社会公众对独立董事的作用提出质疑，出现了“独立董事有些是花瓶，有些是顾问，有些是顾问加花瓶”的观点。

从上述调查中可以看出独立董事制度的实际运行情况与设计时的初衷和设想存在差异。

## 三、独立董事制度运行效果与设计初衷的差异原因分析

### （一）股权结构

英美等国家企业股权常常由于股权非常分散而导致股东缺位，出现管理层内部人控制现象。因此，在西方企业股权分散的情况下，独立董事制度是公司内部的需求，是为了降低代理成本，协调所有者和经营者利益冲突而产生。西方国家的独立董事制度主要是对管理层进行监督，维护中小股东的利益。

我国的证券市场发展较晚，上市公司的股权结构通常是一股独大的情况，经常出现大股东利用股权优势，控制上市公司，侵犯上市公司和中小股东的情况。为了保护上市公司和中小股东的利益，我国的公司法、中国证监会规章等法律法规强制要求设置独立董事。因此，我国的独立董事制度除对管理层进行监督外，还要对大股东行为进行监督。我国目前的独立董事制度规定独立董事人数占董事会的三分之一以上，而我国上市公司独立董事实际占董事会比例也就在三分之一，因此导致大股东选派的董事占大多数的可能，制约了独立董事监督大股东行为的作用。

由于我国的股权结构与西方发达国家存在差异，因此独立董事制度的产生和赋予的作用与西方发达国家相比有很大不同，因此从欧美国家引入的独立董事制度若需发挥作用，需要根据我国上市公司的实际情况进行完善。

## **（二）我国上市公司法人治理结构和独立董事制度仍处于起步阶段**

我国自九十年代初建立证券市场以来，与西方发达国家成熟市场相比，仍处于发展和完善的阶段。我国通过引入独立董事制度来完善公司治理也才五年，上市公司的法人治理结构也在逐步规范提高。随着独立董事制度的法律环境、人才环境、诚信环境的逐步提高，独立董事制度也将逐步成熟，发挥其应有的作用。

## **（三）公司控制者利益与独立董事监督功能的先天性冲突**

独立董事制度设计的功能是一种带着冲突性质的制约机制，在独立董事恪尽职守的前提下，其欲充分发挥作用必然形成同大股东、公司管理层等其他利益主体的长期博弈关系。而我国上市公司大股东操纵和内部人控制现象较为严重，董事会独立性很低，导致相互制衡的机制难以有效形成和发挥作用。

## **（四）独立董事的提名与产生程序**

目前《指导意见》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。

由于我国大多上市公司的股权较为集中，董事会、监事会事实上由大股东把持，因此大股东实际上控制了独立董事的提名权。另外，由于独立董事提名后须经股东大会审议，按照多数议决的原则，大股东利用控制多数股权的优势，决定着独立董事是否当选。

由于大股东控制了独立董事的提名和产生，因此很难保证独立董事能够真正对大股东说“不”。

## **（五）专业委员会大多未设立**

《指导意见》第 5 条第 4 款规定如果上市公司董事会下设薪酬、审计、提名等委员会的，独立董事应当在委员会成员中占有二分之一以上的比例。但是在《指导意见》和《上市公司章程指引》中都没有强制要求上市公司设立专门委员会。导致了上市公司专业委员会实施情况较差，因而使独立董事通过专业委员会发挥作用受到限制。

## （六）聘请独立董事存在误区

从实施独立董事制度以来，我国上市公司聘任独立董事时多注重的是其名望和社会影响，而把是否为公司经营和运作发挥实际作用放在次要地位。我国上市公司在聘请独立董事方面依然存在的误区主要是太重视独立董事的名人效应，忽视了独立董事的合理结构和时间上的保证。江苏上市公司中有 49.3%的独立董事是来源于高校及科研机构的专家学者；职业经理人员比较少，而职业经理人员所具有的管理知识和经验又恰恰是独立董事履行职责所必不可少的。专家学者型的独立董事缺乏对公司管理运营和监督的实践经验，影响了独立董事作用的发挥。

## （七）独立董事都是兼职董事

在调查中发现，目前江苏上市公司的独立董事都是兼职董事。所有的独立董事都是在本职工作之外兼任独立董事。我国上市公司在聘请独立董事时注重“名人”效应，大部分独立董事来自高校、科研机构及行业协会等，而不少“名人”往往都身兼多家上市公司的独立董事。这样的“名人”本身有着繁重本职和社会活动，花在上市公司上的精力比较有限。一些上市公司的董秘甚至很难与独立董事保持联系，有些独立董事甚至都不能保证有足够的时间参加董事会。目前我国上市公司中的兼职独立董事中有相当一部分无法有足够的精力去尽心尽责。

## （八）对独立董事作用认识的偏差

不少上市公司及独立董事对独立董事作用的认识还存在着偏差。在对上市公司调查中发现，不少上市公司在介绍聘请的独立董事时，往往称××独立董事是行业（会计、法律）方面专家，能够为公司行业发展（会计、法律等）提供很好的指导或咨询。也有不少独立董事认为自己在公司的主要作用是提供咨询。由此可见，不少上市公司和独立董事自身都把独立董事定位在“顾问”的角色，而非具有独立地位的“董事”。这造成上市公司认为需要独立董事“指导”时，才将有关情况告知独立董事，而独立董事也只有上市公司“安排”下才发挥作用。这种对独立董事作用认识的偏差，使独立董事的作用受大极大地限制。

## （九）独立董事责任与收益不配比

目前各上市公司付给独立董事都是每年固定津贴形式，薪酬不等，从调查统计来看，在 1 万元至 8 万元之间，其中 4 万元以下的占 75%，4 万元以上的占

25%，平均为 3.6 万元。有些上市公司给每位独立董事的薪酬也不相同。而有 78% 的调查对象认为独立董事风险较大或很大，认为报酬与责任、风险不配比的占 62%。

独立董事平均薪酬较从上市公司领薪的其他董事和高级管理人员低。独立董事所承担的责任相对重大，使得独立董事的责任与收益呈现不配比的现象。独立董事若要尽责，需要在上市公司投入较多的精力。而目前的独立董事薪酬制度和水平，不能调动其积极性，导致其对上市公司投入的精力有限，而把精力投入其他“边际收益”更高的其他事情中去。

#### **四、完善独立董事制度的相关思考**

##### **（一）加强独立董事制度的法制建设**

目前修改后的《公司法》第一百二十三条规定“上市公司设立独立董事，具体办法由国务院规定”，因此在法律层面上已经确立了在上市公司建立独立董事制度，但对独立董事制度具体规定授权国务院制定。

因此，为加强独立董事制度的法制建设，应在国务院《上市公司监管条例》中对独立董事在董事会成员中的比例以及权利、义务、职责、作用进行规定；同时中国证监会制定有关配套规章对独立董事任职条件、产生程序，发表意见的原则以及津贴等问题进一步做出明确规定，并对独立董事的过失追究做出原则规定；证券交易所在《股票上市公司规则》对独立董事相关的信息披露要求进行规定。通过《公司法》、《上市公司监管条例》、中国证监会规章和《股票上市规则》中有关条文，构建起我国独立董事制度配套的完整法规体系。

##### **（二）对“一股独大”的上市公司增加独立董事比例**

由于目前独立董事占董事会比例约占三分之一左右，在“一股独大”股权结构中，大股东选派的董事仍能控制董事会，独立董事制约大股东行为，保护中小投资者的作用很可能被削弱。为了防止大股东通过控制上市公司董事会，损害中小股东利益的情况发生，可以对“一股独大”上市公司的独立董事比例作出特别规定，如增加独立董事比例（如占董事会二分之一以上），限制控股股东选派的董事比例（如占董事会二分之一以下），形成独立董事的集合力量，完善公司治理结构。

##### **（三）建立职业独立董事队伍，限制任职家数**

由于我国上市公司法人治理结构不健全，诚信建设亟待加强，控股股东侵占上市公司利益情况屡屡发生，因此我国独立董事比欧美国家独立董事承担的责任更大，所需投入的精力更多，因此我国目前的兼职独立董事队伍从精力投入情况来看，客观上是无法胜任的，我国须建立一支专门从事独立董事的职业队伍。

同样，为保障独立董事投入上市公司的时间和精力，职业独立董事在上市公司独立董事兼职家数也不宜多，可考虑限制在三家以内。

#### **（四）强化独立董事任职资格**

独立董事要求具备的能力是非常全面和苛刻的，要能够具备足够的能力，要有充足的时间参与公司调研、决策和监督。目前一些上市公司的独立董事仅为行业里的技术权威，这是远远不够的。如果被选聘的独立董事缺乏企业实际运作中某一微观方面的系统知识或经验，在面对复杂且不完全的信息进行决策判断时，其能力与经理人相比处于劣势，独立董事的作用将被弱化。这一职位应更重于聘用具有资本市场运行理论与经验，熟悉法律法规，懂得财务会计知识及公司诊断与策划的复合型人才。

由于上市公司每位独立董事对公司的责任是同等的，因此，独立董事制度中仅对上市公司须有一名独立董事是某专业方面专家的规定，是与之不相称。因而应当对独立董事所应具备的法律、财会、资本市场运行等方面的基本水平进行规定。

#### **（五）完善职业培训制度**

在强化独立董事任职资格的同时，还应加强独立董事的职业培训。独立董事培训应该逐步地完善，要把他们的结业证书变成资格证书，同时组织相应的后续教育，使独立董事培训长期化、固定化，目标是要提高独立董事的履职意识和履职能力。

#### **（六）改进独立董事提名制度**

目前的独立董事提名制度，使得控股股东能够控制独立董事的提名和当选。为确保独立董事真正成为公司股东特别是中小股东利益的代表，在独立董事的提名任命上应该实行大股东回避制或大股东有限制的投票制。如在股东大会选举首届独立董事时控股股东回避；在以后的独立董事产生程序中规定由董事会的提名委员会或其他持股超过 1%的中小股东提名。

### **（七）完善独立董事工作制度**

因主观和客观因素的影响，独立董事的“知情权”受限。为保证独立董事的“知情权”，应要求上市公司将独立董事工作制度固定化、细致化。如建立上市公司和独立董事定期信息沟通制度，由董秘定期将公司情况向独立董事汇报；上市公司对独立董事的质询应及时答复；在多数独立董事认为董事会议案材料不详细或未及时送达时，可要求暂缓表决等。

### **（八）全面建立提名、审计和薪酬委员会**

在全部上市公司中加快成立提名、审计和薪酬委员会。《上市公司治理准则》中规定独立董事在这三个专业委员会中应占半数以上，因此独立董事可以通过这三个委员会的运作加大对公司活动的参与度，加大对控股股东和内部人员的监督。

### **（九）完善独立董事激励制度**

我国独立董事薪酬较其承担的责任和应耗费的时间、精力明显偏低。另外由于独立董事职位的特殊性，其薪酬不宜与公司经营业绩挂钩，否则容易使其在决策和监督中认同高管人员虚做业绩，丧失独立性。因此可以通过如上市公司协会等自律组织对独立董事津贴水平和制度进行指导，使独立董事的薪酬与尽责程度及公司治理规范水平挂钩。

### **（十）强化信息披露**

由于独立董事在公司治理中的特殊作用，因此应强化独立董事的相关信息披露要求。如独立董事发表意见应当明确为同意、保留意见、反对或无法表示意见，不能发表其他态度不明确的意见，也不能不发表意见；对独立董事的辞职或离任的相关信息披露进行强制规定等。

建立完善的独立董事制度，是贯彻落实《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》和《国务院批转证监会关于提高上市公司质量意见的通知》精神，切实保护投资者的合法权益，提高上市公司质量的重要环节。独立董事制度的不断完善，将优化上市公司的治理结构，促进资本市场持续健康发展，进而促进我国社会主义市场经济的持续健康发展。