

试论如何保障独立董事的独立性

马继东 夏曙辉

独立董事制度是一项被众多国家广泛采纳的企业治理机制。国外众多企业的实践表明，独立董事制度在限制管理层行为、提高信息披露的数量和质量、保护股东（特别是中小股东）利益等方面都有积极的作用。在我国实施独立董事制度具有深刻的现实意义，相应的配套措施是其发挥作用的关键。《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》明确要求“进一步完善独立董事制度”；中国证监会在全面贯彻落实《意见》时，对这项工作尤其重视，各地证监局纷纷拿出实际行动落实这项工作，北京证监局率先创立了《上市公司独立董事联系制度》；贵州证监局则出台了《独立董事的推荐和选聘制度》、《工作保障制度》，并建立独立董事考评体系，完善独立董事辞退制度；新疆证监局也实施了逐家公司独立董事沟通座谈制度的方式，了解独立董事在履行职责过程中的情况。新颁布并实施的《公司法》、《证券法》均分章节再次强调了独立董事在我国证券市场的地位和作用。尽管如此，目前，我国上市公司的独立董事制度立法仍然存在着不完善，独立董事不能真正代表中小股东利益的现象。董事会失灵的主要原因在于公司被内部人所控制。许多公司不能充分认识独立董事的作用。独立董事制度，在我国上市公司建立过程中存在着法律法规不健全、现有的独立董事资质不够、激励约束机制不足、选聘和薪酬支付机制不够合理、与公司监事会的监督职能发生冲突等等问题。我国独立董事制度不应是国外制度的一种简单移植，如何实现独立董事制度的本土化，让独立董事真正发挥预期作用，建立和完善适合我国上市公司实际需要的独立董事组织方式，正是现在有待深入研究的课题。为此，如何能够更好地解决这些问题，让独立董事真正的独立起来，结合我国证券市场和上市公司现状，我们建议成立独立董事公会。

一、成立独立董事公会的必要性

第一，独立董事制度首创于美国，这不是偶然的。以英美为代表的公司治理结构为单层模式，设有董事会，而没有监事会。美国上市公司股权高度分散，没有一个股东能够对公司进行控制，导致了内部人控制。这种单层模式的公司治理

结构对董事会的监督制约不力，明显失衡。于是，为加强对内部人的监督制约、保护公司的利益和全体股东的利益，创立了独立董事，其后独立董事制度很快在国际上流行。据经合组织在“1999年世界主要企业统计指标的国际比较”报告中披露董事会里独立董事所占比例，美国为62%，英国为34%，法国为29%。推行独立董事制度已成为一种国际潮流，我国也融入其中。虽然我国的公司治理结构属德国、日本模式，以德国和日本为代表的公司治理结构属于双层模式，公司设有董事会，也有监事会。德国公司的董事会由监事会选举产生，且监事会领导董事会，董事会对监事会负责。日本公司由股东大会选举产生董事会和监事会，监事会监督董事会。可见，我国公司治理结构与日本相似，与日本不同的是我国为解决上市公司“一股独大”产生内部的人控制问题，又引入了独立董事制度。据统计，截至2004年底，我国已经有1377家上市公司聘任了总计4681名独立董事，平均每家上市公司已聘请了3名以上的独立董事。

2001年秋天以来，美国公司报出了一系列财务丑闻，导致安然、世通等大公司破产。为加强公司治理，2003年11月初美国证券交易委员会批准了上市公司治理新规则。按照新规则，在纽约证券交易所和纳斯达克证券交易市场上市的每家公司的董事会中，独立董事必须占多数。如果我国再引入这种做法，那么对独立董事的需求量将更大。为适应这种大趋势，满足对独立董事的需求，必须培育职业独立董事人才市场。所以从现实和长远的需求看，都有必要成立独立董事公会，培养和储备符合担任独立董事的人才，使其具有担任独立董事的资格和能力，根据需要为上市公司提供独立董事。

第二，我国逐步引进独立董事的并初见成效。从1988年我国H股公司按香港联交所的要求设立独立董事，到1997年12月中国证监会在《上市公司章程指引》中提出“可设独立董事”，再到1999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化运行和深化改革的意见》要求H股公司应有2名以上独立董事，最后中国证监会2001年8月发布《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》）。至今，正如证监会负责人在答记者问中所说的“独立董事制度的建立和实施对完善公司治理结构，保护投资者特别是公众投资者的合法权益等方面初步显现了效果”。例如：乐山电力的2位独立董事在2004年2月16日聘请会计师事务所对该公司近年来的关联

交易事项以及或有负债情况进一步专项审计，此为沪深两市开先河之举。据《21世纪经济报道》透露，乐山电力独立董事还在此前提请召开临时董事会，并呈报了包括“改选乐山电力董事长”等多项议案。这是继2003年4月ST南华独立董事方轮先生提议罢免未尽责董事长后的第二宗弹劾案。

新疆上市公司独立董事也在发挥作用。新中基独立董事就曾在董事会会议上否决九项议案中的六项，并在另一次会议上提议罢免一位副总经理获通过。然而，新疆啤酒花股份有限公司董事会艾克拉木却凭“一董独大”谋一己之利。直到他突然失踪，公司才发现啤酒花近18亿元的对外担保近半没有正式披露，同时还存在数亿元应收帐款。啤酒花担保链上的新疆众和、汇通水利、友好集团、天山股份等四家公司的经营受到了不同程度的影响。此事犹如炸弹，炸碎了新疆上市公司多年来在证券市场的良好形象。啤酒花事件从反面提出了强化上市公司董事会内部制衡机制的要求。这正是独立董事的使命，充分发挥独董作用需要有个组织。

第三，独立董事要真正发挥监督和制约控股股东及其派驻在董事会的代理人的作用，必须做到自身独立，确实“懂事”。

从独立性看，影响独立董事之独立性的源头在现行的提名及选举机制。目前，绝大部分独立董事是由控股股东或其控制的董事会，监事会提名产生的。被提名者有的是董事会某人的朋友或熟人。这样的独立董事就成为“人情董事”。说到底，“人情董事”是“关系董事”，起不到应有的监督制衡作用。在控股股东发生变化时，董事会发生更迭，其中也包括独立董事的更换，这就破坏了独立董事的稳定性。

2003年初，ST国嘉第一大股东在提出自行召开临时股东大会，要求罢免现任董事会的同时，还提出罢免两位独立董事。这再次说明控股股东惯于选用自己人做独立董事。为在源头上解决独立董事独立性问题，独立董事不应当由控股股东或董事会直接提名，应当由中小股东、投资者或作为第三方的中介机构提名。这也需要成立独立董事公会。

第四，影响独立董事之独立性最重要的因素是独立董事直接从上市公司领取津贴。而且津贴的多少，又由董事会制订预案，这意味着独立董事的津贴由被监督者决定。常言道：“拿人钱财，替人消灾”。在这种情况下，独立董事碍于情

面，很难履行独立监督的义务。为解决这个问题，需要由第三方向独立董事发放津贴，并且发放标准同独立董事工作业绩相挂钩。

第五，影响独立董事之独立性的另一重要因素是独立董事的工作由谁来评价。如果由上市公司的某一部门，甚至是由董事会来评价，那么独立董事是无法独立的。2003年5月，ST北科召开临时股东大会罢免了公司两位独立董事。ST北科新选董事会在说明为何罢免时，对其中一位的评价是“未尽责”、“不具备上市公司独立董事所必须的诚信品质”，并质疑其独立性。而《证券时报》记者在一篇《独董下课不能太随意》的短评中则对这两位独立董事评价道：“我们在公司2002年年报中可以看到，公司的两位独立董事对公司存在的问题和投资者需要了解的情况提出了非常中肯的独立意见，其中大多是投资者急于了解而无法了解的内容”。第三方的评价往往是客观的，对独立董事工作的评价应由独立的第三方进行。这也需要一个机构即独立董事公会。

第六，从“懂事”方面看，董事会是上市公司的决策部门，是上市公司的大脑，决定重大投资事项。董事会要制订企业的经营战略，决定公司的经营计划和投资方案，制订公司的年度财务预算方案、决算方案，制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案，还有再融资方案。独立董事面对如此复杂的重大事项需要有丰富的业务知识，仅靠单一的某方面的知识不可能胜任工作。独立董事中的会计人士精通业务，但可能对企业战略感到手足无措；生产或科技方面的专家，对生产了如指掌，但可能对会计方面的事务有老虎吃天之感。可见，独立董事应当是复合型人才。就是说，他既有一技之长，又了解上市公司决策所涉及领域的问题，能够独立做出判断。因此，懂事才能理事。独立董事是否“懂事”，不仅决定了他是否具有独立判断的能力，而且进一步讲，还关系到独立董事的独立性。如果“懂事”成为“软肋”，独立董事底气怎么会足？怎么能摆脱对董事会“内部人”的依赖。乐山电力董事长不是在为自己辩解的同时，还讥讽提出聘请中介进行专项审计的独立董事“对四个具有紧密联系因果关系的议案没有搞清楚吗？何况，证券市场在不断发展，新的事物层出不穷，需要市场各方面的人士不断学习。独立董事也不例外。但是谁能长期组织独立董事持续地专业培训呢？这当然需要一个专职机构——独立董事公会。

最后，当独立董事与董事会意见相左，发生矛盾时，谁来维护独立董事的

合法权益，谁来支持董事会内仅 1/3 的弱势群体的独立董事呢？乐山电力独立董事行使职权受阻，ST 北科两位独董被免职，都尖锐地提出了这个问题。答案只有一个：独立董事需要一个家。

二、成立独立董事公会的可行性

成立独立董事公会，可谓天时地利人和，水到渠成。其有利条件是：

第一，相关政策的建立和完善为成立独立董事公会创造了良好的政策环境。2001 年 8 月，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》，标志着我国上市公司独立董事制度的正式实施，该意见要求 2003 年 6 月 30 日前，各公司董事会成员中至少包括三分之一的独立董事。截至 2004 年底，4681 名独立董事任职于 1377 家上市公司，平均每家上市公司有 3 名以上的独立董事，会计专业人士占总人数的 31.7%，基本上达到了各上市公司的独立董事中至少有一名会计专业人士的要求。

2004 年出台的《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》也为成立独立董事公会创造了良好的政策环境。中国证监会有关负责人就如何贯彻落实国务院《意见》进一步完善独立董事制度答记者问时，特别强调证监会“推动成立独立董事自律组织，促进独立董事自律管理。”

近期，上海证券交易所周勤业副总经理透露，为了解决独立董事制度在实践中遇到的独立性和知情权的矛盾，监管部门正在研究成立全国性的上市公司协会，研究由协会来推荐、选派独立董事，并由协会向上市公司收取相关费用，向独立董事发放津贴或报酬，以从根本上保证独立董事的独立性。

第二，新公司法规定，上市公司可以设立独立董事，但独立董事的资格和如何设立、独立董事的职责如何界定等具体问题，公司法中没有进行详细的阐述，只是说具体办法由国务院规定，因而，证监会将对现行独立董事制度进行多项重大调整，成立独立董事自律组织会在政策上得到更大的支持，也必将引起证券市场各方面的注意。早在 2003 年 7 月的《证券时报》七日谈专栏，题为《独董何以“形似而神不至”》，曾提出设立一个独立董事薪酬基金，并将该笔基金交由一独立的机构管理和运作，所有上市公司的独立董事也由该独立机构选拔任用和考核。2002 年 12 月 18 日《上海证券报》题为《独董制度初见成效，提高监管效率》的调查分析现状，成立一个社会组织，以取而代之是很有必要的。该文还列

举济南证管办辖区调查问卷数据，称济南辖区有 72.3%的独立董事和 92.5%的上市公司认为有必要。我们有理由认为，这样的组织就是独立董事公会。

第三，在各地证监局的领导下，自律组织已经发挥和正在发挥着积极作用。各省市成立的上市公司协会或上市公司董秘协会，均已开展了一些有意义的活动，协会在努力提高会员的业务素质，抓好自律工作，充分发挥上市公司与证券监管部门之间的桥梁作用，协助证监局为各地证券市场的健康发展等方面做了不少工作。如：杭州证监局于 2003 年 6 月筹备、10 月成立的独立董事委员会，为成立独立董事公会提供了可借鉴的样板；新疆证监局在 2003 年建立的独立董事人才库储备了高质量的独立董事人才，为成立独立董事公会奠定了一定的基础。因此，在各地证监局的大力支持下，成立独立董事公会将会更进一步构筑和完善综合监管体系，可以及时纠正上市公司控股股东的不规范行为，保护投资者合法权益，维护市场和社会稳定，起到拓展协助配合监管的积极作用。

第四、独董公会是由独立董事组成的社会团体，主要职责是负责独立董事资格的确认、考核、奖惩及管理，制定公认的独董执业规范，建立独董评价体系，促使独董遵守客观、公正、独立的执业原则。独董公会实行会员制，会员分为团体会员和个人会员。团体会员由实行独立董事制度的股份公司组成，个人会员由取得证监会独董资格证书的专家、学者等适合担任独董的个人组成。会员采取自愿入会和推荐入会的原则，并由中国证监会制定统一的标准，对其进行考核，确认其资格。独董的提名、选举和更换都应依法规范地进行。当股份公司需要聘请独董时，可以向独董公会提出申请，由公会根据公司要求推荐独董人选，再通过股东大会进行聘任。公司按其聘请的独董人数向独董公会缴纳一定的费用。公会按每位会员担任公司独董的家数按月支付固定报酬，每个季度末根据信息披露及证监会对公司的监管情况来决定独董的奖惩。

三、独立董事公会应起到的作用和发挥的职能

第一，独立董事公会根据上市公司的要求为其选派独立董事。上市公司可以提出担任本公司独董的必需条件，也可以拥有提名权，但是决定权在于独立董事公会，独董对独董公会负责。独董公会根据新修订的《公司法》和《证券法》，以及公司治理准则等相关法律法规，制定和完善独立董事的行权等制度，明确独立董事存在的空间和条件，赋予独立董事特殊表决权，在制度上提升其监督制衡

的能力，明确独立董事的职能范围和对应的法律责任，使独立董事的意见和想法能够得到落实，权利能够得以实施。当独立董事受到大股东的不公正待遇时，可由公会来代表独立董事依法维护其合法权益，降低其履责的风险。

第二，独立董事公会根据独董在上市公司的任职情况进行考评。独董是否尽职现在基本无案可稽，既没有评价，更没有问责，干好干坏一个样，更多的是光拿钱不干活，甚至有些独董在任期内很少参加董事会，这种状态在成立了独董公会后可以得到根本上的改变，上市公司出事，独董必须连坐，除非有充分的理由负责，且独董公会在日常管理中会根据独董在上市公司的任职情况做相应的考评，做出称职、基本称职和不称职等评判，对基本称职和不称职的独董给出整改时间，如果还不能胜任的，宣布其不适合担任上市公司独立董事并劝其退出，并在媒体上进行曝光，在管理制度上杜绝独董的出工不出力现象。

第三，独立董事公会根据独董任职确定薪酬。独立董事的薪酬制定权由独立董事公会制定准则，并负责具体实施。现有的独董津贴五花八门，随心所欲，有年均3万的，也有年均36万的，差距之大足以说明薪酬体系的混乱。独董报酬可以根据独董任职公司情况制定相应的薪酬，并与公司业绩挂钩，业绩上升薪水就上升，根据独董在公司发挥作用的大小获得收入，独董薪酬由上市公司根据公司具体情况按标准统一划入独董公会帐户，再由独董公会根据独董任职情况进行综合考评后，依据结果发放到每一位独董的手中，从根本上杜绝“吃人嘴软，拿人手短”现象。

第四，独立董事公会对独董进行定期与不定期培训。从目前我国已聘请独立董事的公司实际情况来看，大多数的独立董事身兼数职，其履行独立董事职责的时间和精力难以保证，因而，对公司经营和公司财务所具有的敏感度就值得怀疑。所以，培养一支受过良好的经济、法律教育，又有一定的财会基础知识，而且对公司所处行业的发展有着深刻认识，并具备综合性的品质和能力的职业化独立董事人才成为独董公会工作的重中之重。根据我国的实际情况培养独立董事本土化，充分发挥证监会的行政监管职能，强化对独立董事的培训和考核，将现存的结业证书制改为资格证书制，实行执证上岗。通过积极稳妥的持续培训，致力于培育一个成熟的独立董事人才市场，并从制度上对独立董事的行为进行约束，促进独立董事制度的有效运行，真正实现独立董事的市场化、职业化。

独董要尽责,就有义务站在维护上市公司所有股东利益的基础上,深入思考,在公司做出的每一项重大决策时,客观公正负责地发表自己的见解,这就要求独董必须有能力尽责,而独立董事公会的一个重要职责就是对独董进行培训,不断提高独董的业务素质和综合能力,使其在上市公司需要做出重大经营管理的决策时候,避免因疏忽大意、决策失误给公司带来风险和造成重大损失。

第五,对独立董事“独立判断”的公允性进行界定。独董公会根据公司所需独董人选情况,通过公开和非公开信息进行公允性调查,该人选在过去3年内与公司经营管理和管理层有无直系亲属关系,有无合伙人关系,有无与公司有利害关系、可能妨碍对公司事务进行独立客观判断的,有无不符合证监会《指导意见》中关于独立董事任职条件等情况,并对调查结果出具公允性报告和备案,据其独立性进行考评做出是否适合担任公司独董的结论,给公司出具情况说明。

第六,建立独董诚信档案。对于没有尽到独董义务者,有以权谋私进行内幕交易形为的,有过损害公司利益和不能履行职责等不良记录的,将认定为不适宜从事独董工作,列入“黑名单”。对于一些在日常工作中确实有问题的独董,公司应及时上报公会,公会在深入调查的情况下,如属实则对该独董进行批评教育并限期整改,情节严重或拒不悔改的应在相应媒体上进行通报,甚至由公会取消其独董资格,并建议公司作出相应的改选工作。

第七,指导和协会独董获取充足的信息。《指导意见》规定:“上市公司应当保证独立董事享有与其他董事同等的知情权。凡须经董事会决策的事项,上市公司必须按法定的时间提前通知独立董事并同时提供足够的资料,独立董事认为资料不充分的,可以要求补充。当2名或2名以上独立董事认为资料不充分或论证不明确时,可联名书面向董事会提出延期召开董事会会议或延期审议该事项,董事会应予以采纳。”这就要上市公司应当为独董提供必要的工作条件,以保证独董有效行使职权。独董要有责任心、要发挥自己的积极主动性。独董不能仅阅读管理层送来的文件和报告,还必须进行现场考察,检查公司的财务报表和日常活动记录等,尽量做到以自己的“眼睛”来考察公司。独董公会将起到“眼睛”的作用,可以辅助独董在上市公司取得相关信息。并根据独董的社会任职情况考虑独董兼任的公司家数,以保证其有充分的时间履行自己的职责,切实改变独董“花瓶”的现象。

第八、独董公会的经费来源。独董公会作为一个服务性组织，而不是盈利性组织，其经费遵循“取之于民，用之于民”的原则，即当公司申请要聘任独董时，按公司所处行业、规模大小、所要求的人数、独董人选的综合素质向公会支付聘请费，并用这些钱成立专门的基金，作为支付独董的薪酬和公会运营的成本。

所以，我们有理由相信只有成立类似独立董事公会这样的组织才能从根本上保证独立董事自身的独立性。