

# 对我国独立董事制度的法律思考

湖北经济学院 杨菁

独立董事制度是我国在上市公司的内部监督机构——监事会不能充分发挥法定作用的情况下,借鉴国外的经验而创设的。创设该制度的目的在于进一步完善上市公司治理结构,促进上市公司规范运作。但从目前的实际情况来看,独立董事的独立监督作用并没有得到充分的发挥,创设该制度的目的还远远没有实现。笔者认为,这在一定程度上是由我国独立董事制度本身存在的一些问题造成的,这些问题如果得不到妥善解决,创设该制度的目的就不可能真正得以实现。鉴于此,笔者拟从法律角度谈谈个人的看法。

## 一、独立董事制度的移植问题

### 1. 独立董事制度移植的主体问题。

独立董事制度起源于英美公司法而非我国本土的法律制度,如今虽然被我国借鉴使用,但是仍然无法在我国现行法律法规中找到依据。目前,支撑所有上市公司实行独立董事制度的规范性文件仅有《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(简称《指导意见》)和由证监会和国家经贸委于2002年联合制定的《上市公司治理准则》,其尚属于部门规章。

这种把外国的法律制度拿过来“为我所用”的行为,实际上是一种法律移植行为。正如有关法学理论指出的那样,法律移植作为法律发展的一种非常重要的手段,是指特定国家(或地区)的某种法律规则或制度被移植到其他国家(或地区)。它所表达的基本意思是:在鉴别、认同、调试、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等),使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。概言之,法律移植就是一个国家出于发展本国法律的目的,将其认为对本国法律建设有益的外国法律拿来,并根据本国国情对其做适当的调和、修整,使其与本国法律制度融为一体。

而一个国家要想把某外国法律制度转化为本国法律制度,除了由国家的最高权力机关通过立法来进行之外,别无他途。因此,法律移植实际上是一种立法工作。既然如此,移植独立董事这一法律制度,就应该由我国全国人大及其常委会依照《宪法》及《立法法》的规定来进行,而不应该由证监会和国家经贸委来进行。所以笔者认为,由证监会和国家经贸委来作移植独立董事制度的主体显然是不适当的,至少显得其法律层次过低(第一层次是全国人大发布的各种法律,第二层次是国务院制定的各种法规,第三层次是国务院所属部门制定的部门规章)。因为“名”不正、“气”不足,所以“言”不顺。于是,独立董事制度执行起来就显得有些底气不足、力度不够。这一点已经从目前独立董事制度的执行情况中得到证明。

### 2. 独立董事制度移植的本土化问题。

法律移植涉及的另外一个问题就是本土化。所谓本土化,简单地说,就是使外国的东西符合本国的国情,与本国的事物融为一体,发挥作用。如果某一法律制度只是被移植过来,而没有被本土化,那么就会发生像器官移植一样的排斥反应——因无法融入本国的法律体系而与本国的其他法律制度发生冲突。而我国对独立董事制度的移植恰恰发生了这样的排斥反应:无法与我国现行的法律制度实现成功对接,进而实现本土化。

笔者认为,之所以会出现这样的结果,是因为现有的关于独立董事制度的规范性文件法律层次过低,与其他相关法律法规的法律层次不在同一水平线上,同时无法从其上层法(如《公司法》、《证券法》等)中为其找到依据,而且在现有的公司治理结构框架内,独立董事与监事会在职能上还存在着冲突。由于无法实现本土化,独立董事制度在我国就成了“无源之水、无本之木”。试问:这样的制度怎么能够呈现出勃勃生机呢?既然本土化是法律移植不可缺少的一个环节,那么独立董事制度的本土化也就应该由我国全国人大及其常委会来实现。实际上,依照法律规定也只有全国人大及其常委会才能通过立法工作,使独立董事制度与现行的相关法律实现成功对接(如通过修改《公司法》、《证券法》等法律,将完善后的独立董事制度纳入其中)。笔者认为,这才是从根本上解决独立董事制度本土化问题的关键所在。

### 二、独立董事的任职条件问题

《指导意见》指出,独立董事应当具备五个基本条件,如独立性、熟悉相关法律法规、有五年以上法律和经济等方面的工作经验等,而未对哪些人员不宜担任独立董事做出限制性规定。目前,我国上市公司聘请的独立董事,有一部分是证券监管部门和政府部门的离职、退休人员。上市公司之所以愿意聘请这类人员,在很大程度上是因为他们与原来所属的部门之间的联系并没有因其离职、退休而中断,他们对原来所在的部门依然有着一定的影响力。这些联系和影响力无疑对上市公司的运作(而不是规范运作)有利。

笔者认为,这种情况的存在对证券监管部门对上市公司进行有效监管是非常不利的。因为这些离职、退休人员往往会利用其影响力对证券监管部门的正常监管工作进行干扰。而在《指导意见》中,并没有针对此种情况做出相应的限制性规定。鉴于此,对上述离职、退休人员担任独立董事的条件做出适当的限制是非常必要的。可以规定从证券监管部门离职、退休的人员,在离开证券监管部门一定年限内,不得担任上市公

# 高校教育成本核算若干问题研究

中国人民大学 宗文龙 长春金融高等专科学校 李玉英

收付实现制到权责发生制的转换奠定了我国高校教育成本核算的基础。但在我国经济体制从计划向市场转轨的过程中,高校存在着一些带有浓厚历史痕迹的问题。这些问题使我国高校教育成本的核算变得复杂起来,构成若干具有中国特点的难题。

## 一、职工养老保险问题

在养老金制度改革的过程中,我国采用了“新人新办法、老人老办法”的过渡政策。对离退休人员,国家和高校继续负担其养老费用;对目前在岗的职工,遵循“社会统筹与个人账户相结合”的原则,养老金由高校和职工共同负担。从目前的情况看,部分经济发达地区的高校已经实行了“社会统筹与个人账户相结合”的养老保险模式,如上海、北京等,但还有相当一部分高校没有执行新的政策。这就为高校教育成本的核算带来问题。

概括而言,高校养老金问题可以分为两类:①有的高校已经实施养老金统筹改革,另外一些高校还未实施;②在已经实行“社会统筹与个人账户相结合”的养老保险模式的高校,离退休人员采用旧政策,在岗人员采用新政策。

那么,该如何使当期教育成本正确地反映实际的职工工资成本呢?

第一,对于离退休人员,无论是已经实行统筹改革的高校还是未实行统筹改革的高校,从目前来看都是采用老办法,由国家和高校各负担一部分养老金,高校支付的这部分费用与其教育活动无关,不应包含在教育成本中。

第二,对于在岗人员的养老金费用,则要区别是否实行统筹改革。已经实行统筹改革的高校,其支付的统筹保险应该属于教育成本的内容,但严格地说,这其中仍存在所采用的费用比率是否完全反映了实际成本的问题,只不过忽略不计罢了;还没有实行统筹改革的高校,是本文要重点讨论的对象,对于这部分高校,应该比照当地企业统筹保险费用比率计算实际的工薪费用。

目前,企业养老保险一般实行单位和个人统筹的办法,单位负担相当于职工工资总额20%的统筹款,个人负担工资额8%的部分。实际发放时,缴费年限未满15年的,可以按照上一年度职工平均工资的20%领取基本养老金;缴费年限超过15年的,每增加一年就提高一定的养老金系数,但最高不超过30%。同时,个人每月从其个人账户上领取的养老金为在职期间累计缴纳的个人账户余额除以120。比照企业的缴费标准,没有实行统筹改革的高校,在计算实际的工薪费用时,可以采用将职工工资总额的20%计入教育成本的做法。

公司的独立董事。这样的限制在律师代理业务中已经有所体现,而且取得了良好的效果。

## 三、独立董事的职责问题

《指导意见》对独立董事的任职条件、独立性、提名和选举、作用以及对何种重大事项发表独立意见、上市公司应当为其提供的必要条件等问题做出了规定。但对独立董事的职责却未做出明确规定。有人认为,可将上述发表独立意见的事项作为其职责。

笔者认为,这些事项如提名和任免董事、聘任与解聘高管人员、审查关联方的资金往来以及阻止损害中小股东利益的行为等可视为独立董事的一般职责,而具体职责很不明确,例如,独立董事中的会计专业人员,其具体职责是什么?能否在公布年报前查阅有关会计资料?因为许多问题是无法在会计报表中反映出来的,所以仅仅根据年报只能做出大致的判断。而根据这种大致的判断就予以签字认可,具有很大的风险性,日后一旦查出公司年报存在虚假揭露,则独立董事难脱干系,需负连带法律责任。可见,由于《指导意见》未对独立董事的具体职责加以明确,可能成为独立董事发挥正常作用的一大制约因素,这不能不说是《指导意见》的一大缺陷。

## 四、独立董事的责任追究问题

现行的独立董事制度并没有对独立董事的责任追究特别是没有对独立董事怠于行使职权的责任追究做出专门规定。在《指导意见》中只规定“独立董事连续三次不亲自出席董事会会议的,由董事会提请股东大会予以撤换”,而对其严重失职(其对职责的规定也不明确)如何进行责任追究未做出具体规定。这无疑是独立董事制度设计的一大缺陷。该缺陷的存在不仅意味着独立董事在违法、违规时得不到应有的“罪当其过”的惩罚,同时也意味着独立董事不必为自己的碌碌无为而付出任何代价。这无疑不利于上市公司的规范运作。

鉴于此,笔者认为,针对独立董事责任追究的问题专设一章“法律责任”做出规定是十分必要的。同时,在规定中还应该特别强调,独立董事如因怠于行使职权造成严重后果的,除了应该承担相应的赔偿责任外,还将被终身取消担任独立董事的资格。这样的“紧箍咒”一上身,独立董事就无法再作“花瓶董事”或“太平董事”了。

以上问题,建议在修订后的《公司法》、《证券法》和《指导意见》中做出明确规定,以促进我国独立董事制度的完善。□