

国有企业外部董事制度实施现状与问题分析

罗 曼

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年4月3日；录用日期：2023年5月19日；发布日期：2023年5月26日

摘 要

为了促进国有企业尽快建立起现代企业制度，解决国有企业“内部人控制”的问题，保护国有出资人、企业及其职工的合法权益，2004年，国务院国资委将外部董事制度引入到了央企的企业中，之后，其他省份和城市也都纷纷效仿，并在国企中逐渐建立了外部董事。目前外部董事制度的施行已经取得显而易见的成效，但同时该制度相应的弊端与不足也在企业经营中逐步显露，如外部董事选聘方式和范围、外部董事职责与职权以及外部董事的法律地位以及承担责任的方式和标准等方面的法律规定均存在立法宽泛粗糙、不明确的问题，因此为弥补制度理论上的不足、避免企业在实践中走弯路，必须加强对该制度的研究以及设计，细化外部董事制度，促使其制度化、规范化、科学化。

关键词

外部董事，外部董事独立性，责任方式

Analysis of Implementation Status and Problems of External Director System in State-Owned Enterprises

Man Luo

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 3rd, 2023; accepted: May 19th, 2023; published: May 26th, 2023

Abstract

In order to promote state-owned enterprises to establish a modern enterprise system as soon as possible, solve the problem of “insider control” in state-owned enterprises, and protect the legitimate rights and interests of state-owned investors, enterprises and their employees, in 2004, the State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council introduced

the external director system into state-owned enterprises. Later, other provinces and cities followed suit and gradually established external directors in state-owned enterprises. At present, the implementation of the external director system has achieved obvious results, but at the same time, the corresponding drawbacks and deficiencies of the system are gradually revealed in the business operation, such as the mode and scope of selection and engagement of external directors, the duties and powers of external directors, the legal status of external directors and the way and standards for bearing liability and other aspects of the legal provisions are broad, rough and unclear legislation. Therefore, in order to make up for the theoretical deficiencies of the system and avoid detours in practice, it is necessary to strengthen the research and design of the system, refine the external director system, and promote its institutionalization, standardization and scientific.

Keywords

External Directors, Independence of External Directors, Modes of Responsibility

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 前言

从 2004 年开始, 国务院国资委为更好地规范董事会建设试点工作, 进一步加强和健全董事会治理机制而引进的一项重要举措。外部董事指的是由公司员工之外的人来担任的董事, 经过国有控股股东的推荐, 不在公司中担任任何职位, 享有对企业重大事务的决定权和对公司管理层的监督权。为了打破国有企业的内部人控制和大股东对小股东的制约, 改变权力缺乏制衡的情况, 对国有企业董事会的运作效率进行提升, 我国国企改革开始重视外部董事制度实施, 并逐渐构建出一套与国际竞争要求相匹配的规则体系。本文认为, 在企业战略决策中, 外部董事起到了促进和改进企业战略决策的双重功能, 并对企业管理层起到了控制和监督的作用。外部董事通常是从原国企领导、政府官员以及高校或研究机构的学者中任命。这三类外部董事通常都拥有较高的专业技术水平、经营管理经验以及职业道德。因此, 当内部董事与公司的利益产生冲突, 或是在制定决策时未能达成一致的时候, 外部董事不但能够弥补内部董事的知识不足或思维局限的缺陷, 还能够从一个客观且独立于企业外部的角度, 对公司的决策展开分析和审核, 这对于企业决策的民主化、科学化有所帮助。另一方面, 外部董事与内部董事或者监事相比较独立性更强, 更能够客观中立地对公司决策层及其做出的决策进行理性且客观的监督与评价, 有助于督促企业高管各司其职, 以公司发展为第一目标从事经营活动, 从而有助于国企制度改革与公司发展。但随着国有企业外部制度改革的深入与试点范围的扩大, 许多难题与弊端也随之浮现出来, 如外部董事选聘方式和范围、有关外部董事职责与职权, 以及外部董事激励机制等方面的法律规定, 均有立法宽泛粗糙, 不明确的问题存在。本文基于此, 对外部董事制度实施以来各学者对其的研究情况进行了系统的梳理、总结和评述, 以期给后续研究者有所借鉴与启示。

2. 国有企业外部董事制度概述

2.1. 外部董事制度的基础理论

与内部董事相比, 外部董事是一个相对的概念, 它是指由国有控股股东通过法律途径提名和推荐,

由任职公司或控股公司之外的人员(非本公司或控股公司员工的外部人员)担任的董事。董事会的权力主要是决定公司的重要事项以及监督经理层的工作,而外部董事在公司治理中发挥着重要的作用,其主要功能在于协助董事会消除管理者对公司的不利影响,使董事会对公司的治理与监督工作发挥最大作用。从上述规定可以看出,外部董事所拥有的权力和董事会的权力是不同的,美国纽约股票交易所的上市规则规定:在董事会的决议中应当列明外部董事的观点;公司的关联交易须经公司外部董事签署方可生效;由2个或更多的外部董事提出召集股东会议;外部董事可以直接向股东大会,证券监督管理委员会或其他相关机构汇报工作。美国纽约股票交易所的上市规则对国有企业外部董事的权力进行了逐一列举,这既能为其权力的行使提供了一个清晰、具体的基础,也能帮助我们更加细致、精确地评估其所承担的责任[1]。

《公司法》对董事会的权利与责任都作了明文规定,但在此基础上,能否对外部董事也施加同等的谨慎责任?对于这一观点,英国的弗斯特大法官主张,所有的董事都应承担相同的责任,而没有对内外部进行区别对待。但是,之后的大多数学者都认为,外部董事所承担的责任应该和内部董事所承担的责任相区别。在英国的传统案例法中,董事的谨慎责任被设定得很低。从外部董事的职权来看,就可以理解,因为外部董事的性质的特殊性,外部董事不能直接参与企业的具体经营活动,外部董事行使权力的方式是定期参加董事会会议和专门委员会会议,不可能对公司的业务保持与内部董事同样的关注。因而,要求外部董事承担同样的谨慎责任并不具有合理性。

与其它董事一样,外部董事也要进行任期评估和年度评估。在年度评价或任期评价为“不称职”或连续两个年度评价为“基本称职”的情况下,国资委将予以解聘,并对专职的外部董事予以免职。此外,外部董事在履职过程中有不诚信行为的,或因董事会决策失误导致公司利益受到重大损失而本人没有投反对票的,也将被国资委解聘或免职。

2.2. 国有企业外部董事制度的实施现状

国有企业外部董事制度在中国的实施现状可以概括为以下几个方面。首先,自2003年以来,该制度逐步在国有企业中实施,并已经被绝大部分国有企业所采用。其次,在实施过程中,国有企业外部董事的数量逐渐增加。根据2019年底的统计数据,全国国有企业外部董事人数已经达到近6万人。第三,随着外部董事数量的增加,一些企业开始注重外部董事的职业化水平提高,通过专业的培训和选拔来选出更具有经验和能力的人员。第四,国有企业外部董事制度的监管机制也在逐步健全。监管机构如国家发改委和国资委加大了对该制度的监督力度,以确保外部董事履行其职责。最后,尽管该制度在实践中取得了一定的成效,但仍然存在一些问题需要解决,例如外部董事的职业化水平不足以及法律规制不完善等。政府、企业和监管机构等多方面需要共同努力,来解决这些问题。

3. 国有企业外部董事制度存在的法律问题

3.1. 立法过于原则,实践中潜在法律风险逐渐滋生

外部董事作为舶来品,在我国的制度本土化进程中尚未达到完全成熟的阶段,因此不可避免存在立法粗糙,法律制度无法即时且科学地回应社会要求。我国外部董事制度再实施过程中,存在一些掣肘难题,从而导致各种法律风险滋生。一是掌握的履职信息不对称,一般未实质参与履职企业的日常经营管理,容易导致决策错误,或者给正确履职造成一定的障碍。二是履职能力不足,尤其是在当前国有企业治理改革、混合所有制改革以及对外投资并购等工作复杂情况背景下,董事会变得越来越重要,但是,随之而来的是国有企业高素质的董事人才短期,能力不足,也会产生法律风险。三是兼职与专职意见发生冲突,在实践中,外部董事一般具有较大范围独立行权性和高度专业性,维护国有监管机构作为股东

的权益，另一方面，兼职董事的行权，又可能往往与专职董事意见发生冲突[2]。

3.2. 法律层面对国有企业外部董事履职方面规定不完善

现行法律对于国有企业的外部董事在履职方面没有明确规定。虽然国有外部董事制度是国资监管过程中实践的产物，但由于缺乏明确的法律指引以及国有背景的加持，许多国有董事可能错误地认为自己只需要参加公司会议满足形式要求，只需要对委派单位负责即可，甚至可以超脱于责任[3]。这导致在实践中，外部董事的法律责任风险被忽视，严重情况下可能会面临法律追责，最终导致国有资产流失。因此，明确国有外部董事的主要法律责任，并采取预防风险的措施变得尤为重要。由于现行法律对于国有企业履职方面有没明确规定，导致外部董制事度执中行不可避免地产生一些问题。比如，第一，事前汇报制度弱化了外部董事对议案的决定权。在外部董事制度执行中，有一条规定，在董事会召开之前，外部董事必须将会议决策事项的审议意见或其对议案的审核态度向出资人提交，并经出资人审核无异议后，才能在董事会会议中提出。显然，这一规定不但侵犯了外部董事的独立投票权，也给了外部董事逃避问责的“正当理由”。

第二，一成不变的规定造成了外部董事履行职责时“徒有其表”的现象。在外部董事的职权内容方面，各地国资监管机构对外部董事履职标准的规定都是大同小异的，没有根据公司的规模和当地的经济政策制定出具有针对性的履职标准，例如，对兼职外部董事的工作时长要求为一个工作年度内同一任职公司的履职时间不少于 30 个工作日，出席董事会会议的次数不少于总数的四分之三。这种“一刀切”的规定，一方面会造成工作需求在标准之下的小型企业的的外部董事为完成任务而加重企业的决策负担，为了满足形式要求而不追求实质的决策效率与决策质量；另一方面，会让工作需求高于该履职标准的企业的外部董事消极怠工。

3.3. 立法对外部董事法律地位与担责方式规定不明确

目前国家法律法规尚未对外部董事、兼职董事进行区别对待，也未在追责方面或承担法律责任方面有所区分。比如《企业国有资产法》¹、《关于深化国有企业改革的指导意见》²。《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》³等文件中，对外部董事和其他普通董事承担责任的问题上，均未作实质性的区别对待，同时也没有再立法中明确规定外部董事的是否作为外部监督人的法律地位，因此司法实践中，容易引起司法判例的冲突与同类案件的判决存在巨大差异的情形[4]。

4. 完善外部董事制度的对策和建议

4.1. 细化法律制度规定，科学回应实践要求

立法应当注重以下几个方面，及时对外部董事制度的实践要求作出回应。

第一，要加大对外聘人员的培养力度。委派单位要对外聘兼职董事的任前、任中和任期履职进行强化，构建并健全外部董事的选聘和管理考核制度，拓展外部董事的来源渠道，提升国有外部董事、兼职董事的履职能力，并对经营投资风险的识别能力进行提升。

第二，对董事会的程序进行规范化。委派单位要严格执行集体审议、独立表决、个人负责的决策制度，在公平的基础上，充分地表达自己的意见，一人一票表决，构建起一套规范透明的重大事项信息公

¹《企业国有资产法》第七十一条规定：“国家出资企业的董事、监事、高级管理人员有下列行为之一，造成国有资产损失的，依法承担赔偿责任；属于国家工作人员的，并依法给予处分”。

²中共中央、国务院中发[2015] 22 号《关于深化国有企业改革的指导意见》提出：“要强化对董事的考核评价和管理，对重大决策失误负有直接责任的要及时调整或解聘，并依法追究”。

³国务院办公厅国办发[2017] 36 号《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》提出：“董事应当出席董事会会议，对董事会决议承担责任，董事会决议违反法律法规或公司章程、股东会决议，致使公司遭受严重损失的，应依法追究有关董事责任”。

开和对外披露制度，保证董事会会议记录和提案资料的完整性，构建起“董事会”的跟踪落实以及后评估制度。

第三，要健全评估与评估的工作体系。在委派机构进行委派之前，要对拟派人员的工作能力和专业特长进行充分的考量，要构建起一套对外部聘董事的考核和考评工作机制，使其与所担任的职务保持一致，使其更好地发挥自己的功能。

第四，建立完善外部董事人才库。为了加强外部董事的队伍建设，国资委可以利用社会相关部门，通过公开招聘，来广纳贤能，还可以根据需要，对专业人才进行针对性的培养。与此同时，还可以利用第三方的力量，来展开外部董事资格认证工作，建立外部董事人才库的准入标准与途径，从而形成规范化、系统化的外部董事人才库，为国有企业高质量发展提供有力的人才支撑。为了更好地从人才库中筛选出高素质的人才，笔者建议可以设立“信用档案”、“职业限制”等制度。实行“黑名单”，将具有不良记录或有重大违约行为的，以及在中央企业发生重大决策失误造成资产损失等事件中负有责任者纳入“黑名单”，并将其日常履行职责、考核评价、相关部门反映、职业道德等方面的问题纳入其个人信用档案，并将其纳入国家信用信息共享平台，以提升其震慑能力和影响力[5]。

4.2. 完善法律层面对国有企业外部董事履职方面的规定

1) 取消前置报告制度，保障外部董事的独立表决权

外部董事前置报告制度损害了外部董事独立行使表决权的权利，应当取消。同时为了避免外部董事审议决策时缺乏客观性，同时为了避免外部董事之间针对公司决议作出的决定发生冲突时无法调和。故建议健全外部董事召集人制度，召集人由外部董事定期推选产生，保障 2017 年《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》中提出的外部董事召集人制度得到有效贯彻和落实。通过设立外部董事召集人，可以在纷争发生时，由该召集人进行调解并做出最终决定。

2) 结合实际制订相关政策，避免外部董事职权浮于形式

外部董事就职的各公司规模大小，质量好坏，行业标准各不相同。因此，要结合企业的实际，进行详细的分析，并结合企业的实际情况，确定其履行职责的内容与标准。首先，要根据不同的公司制定相应的工作制度，并根据公司的经营状况，对其选择条件、履行职责的要求、权利义务、行为规范、选举程序、工作保障等进行规定。通过建立科学、合理的制度，对其履行职责的工作行为进行规范与评价[6]。

4.3. 明确外部董事法律地位，区分责任方式

根据丹东欣泰电气股份有限公司证券虚假陈述案⁴和斯曼特微显示科技(深圳)有限公司、胡秋生损害公司利益责任纠纷案⁵，可以得知，司法实践中，国有外部董事与其他董事一样对履职企业负有忠实勤勉义务，并不能因为其是受委派履职、国有股东背景等原因，就在法律责任的承担方面被区别对待，实践中，外部董事在任职企业进行相关重大决策中不担当、不作为，投弃权票、消极行使表决权的，最终承担被免职、解聘、严重情形者被移交司法机关承担法律责任的情况屡见不鲜。但是由于外部董事承担的职责与履职方式的特殊性，对于外部董事的归责方式与标准不能与其他普通但是完全一致。因此，笔者建议立法可以明确外部董事的法律地位，明确规定外部董事作为公司董事的独立地位与外部监督人的法律地位，通过法律赋予相应的职责，同时基于外部董事应尽的勤勉义务，规定科学的、合理的法律责任。建议立法者可以明确外部董事的归责原则，建立外部董事与其他董事基于履职内容和义务的不同而相应不同的担责方式，让外部董事能在法律框架中找到平衡点，屡好职[7]。

⁴(2017)京行终 3225 号——胡晓勇与中国证券监督管理委员会二审行政判决。

⁵(2018)最高法民再 366 号——斯曼特微显示科技(深圳)有限公司、胡秋生损害公司利益责任纠纷。

5. 结论与展望

通过梳理外部董事制度自开始试点施行到逐步扩大实施范围再到现在取得的显著成果与实践中的各种亟待解决的掣肘难题与缺陷,不难看出外部董事制度的施行取得良好的效果,创造了许多经济价值,同时此制度也越来越完善,不断在实践中发现问题并解决。比如,随着董事资料库的逐步建立,必然会拓宽外部董事人才的来源,同时,根据公开、公正、公平的原则,通过公开招聘或委托推荐的方式,选择外部董事。通过这种方式,我们可以获得更高的独立性。同时,报酬和激励制度的改善也有利于提高外部董事的独立性。然而,在外部董事制度中,外部董事的独立性问题始终是一个值得全面考量的问题,许多因素都会使其难以维持其应有的独立性。比如,在上面,作者提出了让企业通过填写问卷的方式参加外部董事的选择,但这只是理论上的,要想把这个理论应用到实际工作中,必须要有一个非常成熟和完善的制度作为支持,稍有不慎就会破坏外部董事的独立性,从而对公司的经营产生很大的影响。是故,对我国外部董事制度的完善和设计需要进一步完善,需要我们在外部董事的选聘机制、任职管理、履职保障及激励措施等方面提出更适合国有企业外部董事制度发展的建议,同时也要参考实践过程中的问题和思考,增强法律法规的科学性和有效性。

总之,外部董事制度作为国有企业董事会治理结构改革的重要一环,目前尚未发展到非常成熟的程度,仍然处在探索发展阶段。从外部董事制度的开始实施到成立中央企业专职外部董事党委。外部董事制度的执行一直坚持市场化方向,从外部董事遴选、聘任、职责、职权、激励、考核、评价、退出等各个方面不断予以完善。目前外部董事制度处于在不断尝试发展的阶段,虽然取得了一些成绩,但在法律制度完善方面仍然存在诸多问题,譬如立法过于原则,实践中潜在法律风险逐渐滋生,法律层面对国有企业外部董事履职方面规定不完善,立法对外部董事法律地位与担责方式规定不明确等等。这些法律问题的存在,严重阻碍国有企业外部董事制度作用的充分发挥,无法为国有企业改革提供强有力的支持。因此我国立法者应该合理学习借鉴国际公司治理体系中先进的外部董事法律制度,进一步细化我国相关法律制度规定,科学回应司法实践要求,更好地创新与完善这项制度。

参考文献

- [1] 黄滢. 国有企业外部董事工作机制研究[J]. 企业改革与管理, 2021(24): 14-15.
- [2] 蒋昇洋. 公司董事合规义务研究[D]: [博士学位论文]. 成都: 西南财经大学, 2022.
<https://doi.org/10.27412/d.cnki.gxncu.2022.000054>
- [3] 章鲁涛. 证券虚假陈述董事勤勉尽责抗辩的适用[J]. 投资者, 2021(1): 191-204.
- [4] 张颖. 中国国有企业外部董事制度研究[D]: [硕士学位论文]. 合肥: 安徽大学, 2020.
<https://doi.org/10.26917/d.cnki.ganhu.2020.000406>
- [5] 刘欣宇. 论独立董事与外部董事的界分——兼评“胡某诉中国证券监督管理委员会案”[J]. 广西质量监督导报, 2020(3): 117-119.
- [6] 陆敬武. 试论国有独资公司董事会制度[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2010.
- [7] 伯纳德·S.布莱克, 黄辉. 外部董事的核心信义义务[J]. 商事法论集, 2006(2): 213-216+219-244.