

— 民商法学专题研究书系 —

DULIDONGSHI ZHIDUDE

LILUN YU SHIJIAN

独立董事制度的 理论与实践

陈九振 著

知识产权出版社

DULIDONGSHI ZHIDUDE

LILUN YU SHIJIAN

独立董事制度的 理论与实践

陈九振 著

知识产权出版社

内容提要

独立董事制度，既是一个法学课题，也是一个经济学课题。本书介绍了作为舶来品的独立董事制度，在我国进行本土化改造的过程，从理论上和实践上对独立董事制度进行了深入的分析。本书在占有相对丰富资料的基础上，运用理论分析和实证研究相结合的方法、法律解释方法、经济分析方法等多种方法，对独立董事制度的相关问题进行了系统和深入的论证，进而提出我国建立和完善独立董事制度的有关建议。

责任编辑：王金之

责任校对：董志英

封面设计：Sun 工作室

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

独立董事制度的理论与实践 / 陈九振著. —北京：知识产权出版社，2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0136 - 6

I. ①独… II. ①陈… III. ①股份有限公司 - 企业管理 - 研究 IV. ①F276. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 156966 号

独立董事制度的理论与实践

陈九振 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编：100088

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 箱：bjb@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

传 真：010 - 82005070/82000893

责编电话：010 - 82000860 转 8112

责编邮箱：wangjinzhi@cnipr.com

印 刷：知识产权出版社电子印制中心

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：10.75

版 次：2010 年 10 月第 1 版

印 次：2010 年 10 月第 1 次印刷

字 数：269 千字

定 价：28.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0136 - 6/F · 207 (3072)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

摘 要

2001年8月,中国证监会发布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,成为独立董事制度正式在中国上市公司推行的标志。2005年10月27日新修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第123条从法律的高度对独立董事的存在进行了肯定。但是,我国实行独立董事制度的时间不长,目前还很难对其作出全面总结。对于独立董事制度引进和创新过程中的一些重大问题,例如英美国家产生独立董事制度的原因及其演进的历史进程、我国为什么要引入独立董事制度、独立董事制度的理论基础、独立董事的权利义务与责任、独立董事制度与监事会的关系等。如果不能从理论上进行完整和有效的解决,独立董事制度很难发挥实际效果。本书在占有相对丰富资料的基础上,采用理论分析和实证研究相结合的方法、法律解释方法、经济分析方法等多种方法,对独立董事制度的相关问题进行了系统和深入的论述,进而提出我国建立和完善独立董事制度的有关建议。

本书分为理论篇和实践篇两大部分,共九章。

第一章在对独立董事的内涵与特征等进行介绍的基础上,具体阐述了独立董事制度的缘起与发展,重点分析了独立董事制度兴起的原因及我国引入独立董事制度的背景和进程。

第二章详细分析了委托代理理论、利益相关者理论以及激励理论等支撑独立董事制度的主要基础理论,指出委托代理理论揭示了公司治理中内部人控制问题的实质;利益相关者理论

揭示了独立董事制度得以顺利实现的条件，并为独立董事的服务对象提出了内在的要求；激励理论则解决了如何激励与公司之间具有独立性的独立董事积极履行职责，发挥在公司治理中应有的作用问题。

第三章分析公司理论界与实务界对独立董事制度价值的不同观点。将各种观点进行整理，先论述肯定性评价，再谈否定与质疑性观点，最后再归纳出本书对独立董事制度价值的观点。

第四章从权利、义务和责任三方面讨论独立董事的法律地位，分析独立董事享有的特有权利和一般董事的权利，并探讨独立董事的忠实义务、注意义务以及其他法定义务，阐述独立董事责任的种类、性质和范围。

第五章在简要介绍董事会的职能和结构的基础上，具体阐述独立董事制度与董事会制度的关系，分析调整独立董事制度与董事会制度关系的思路，并论述独立董事与董事会专门委员会的关系，提出完善我国董事会制度的相关建议。

第六章在阐述现代公司内部监督机制和监事会制度的基础上，评价关于独立董事制度与监事会制度两者关系的学说，论述我国调整独立董事制度与监事会制度关系的立法与实践，提出有关我国监事会制度的完善建议。

第七章简要分析了保护中小股东权益的意义，分析国外立法对中小股东权益保护的基本做法，探讨我国在中小股东权益保护方面存在的问题及原因，重点论述独立董事制度与中小股东权益保护的关系，并提出关于中小股东权益保护的立法完善建议。

第八章探讨独立董事制度建设中的具体问题，详细论述独立董事的资格、独立董事的任免、独立董事的激励与约束、独立董

事的责任保险、独立董事独立性的保障制度等问题，并提出了完善我国上市公司独立董事制度的几点建议。

第九章分析关于独立董事制度的若干典型案例，结合具体案例，讨论我国独立董事制度立法及其实践中存在的问题，深入研究产生问题的原因，并针对具体问题提出相应对策。

目 录

第一章 独立董事制度概述	(1)
一、独立董事的内涵与特征	(1)
二、独立董事制度的源起与发展	(4)
三、我国独立董事制度的引入	(14)
第二章 独立董事制度的理论基础	(23)
一、委托代理理论	(23)
二、利益相关者理论	(34)
三、激励理论	(40)
第三章 独立董事制度的价值评价	(53)
一、关于独立董事制度价值的几种学说	(53)
二、本书关于独立董事制度价值的基本观点	(71)
第四章 独立董事的法律地位	(80)
一、独立董事的权利	(80)
二、独立董事的义务	(87)
三、独立董事的责任	(94)
第五章 独立董事制度与董事会制度关系及调整	(111)
一、董事会制度概述	(111)
二、独立董事制度与董事会制度关系及调整	(116)
三、独立董事与董事会专门委员会	(124)
四、我国董事会制度的完善建议	(138)

第六章 独立董事制度与监事会制度关系及调整	(146)
一、现代公司内部监督机制与监事会制度概述	(146)
二、关于独立董事制度与监事会制度两者关系的学说	(157)
三、我国调整独立董事制度与监事会制度关系的立法与实践	(161)
四、我国监事会制度的完善建议	(175)
第七章 独立董事制度与中小股东权益保护	(182)
一、股东权概说与中小股东权益保护的意义	(182)
二、国外立法对中小股东权益保护的基本做法	(187)
三、我国在中小股东权益保护方面存在的问题及原因	(190)
四、独立董事制度与中小股东权益保护	(198)
五、关于中小股东权益保护的立法完善建议	(210)
第八章 独立董事制度建设中的具体问题探讨	(232)
一、独立董事的资格	(232)
二、独立董事的任免	(240)
三、独立董事的激励与约束	(251)
四、独立董事的责任保险	(256)
五、独立董事独立性的保障制度	(261)
六、完善我国上市公司独立董事制度的几点建议	(270)
第九章 独立董事制度典型案例评析	(278)
一、大冶特钢独立董事事件评析	(278)
二、银广夏财务造假事件评析	(287)
三、猴王集团占用上市公司猴王股份巨额资金案件评析	(294)

四、兰州黄河股份公司内部人控制案件评析	(303)
五、伊利股份公司独立董事罢免案件评析	(309)
六、乐山电力公司独立董事履职受阻案件评析	(316)
七、上海第一食品公司独立董事维护中小股东利益案件 评析	(322)
主要参考文献	(326)
后记	(332)

第一章 独立董事制度概述

一、独立董事的内涵与特征

(一) 董事的类型

董事是董事会的成员，是董事会职权的实际行使者。^①按照来源的不同，董事可以分为外部董事和内部董事两种类型。

(1) 外部董事，是指由股东大会选举产生的、非公司的雇员担任公司董事，其主要特征是董事的外部性。外部董事也被称为非在职董事、非执行董事等。许多美国学者把外部董事分成灰色董事和独立董事。所谓灰色董事，是指除供职于董事会而与管理层相联系外，还与管理层有着个人和经济上联系的外部董事，一般包括执行董事的亲属、公司的律师、公司的投资者、公司的咨询顾问等。而独立董事既不能是公司的雇员及其亲属，也不应该是公司的供货商、经销商、资金提供者或是为公司提供法律、会计、审计、管理咨询等服务的机构的职员和代表。

(2) 内部董事，是指作为同时担任公司其他职务的公司董事。内部董事又被称为执行董事、常务董事、在职董事等。内部董事参加董事会是其义务，例如每个公司都有一个不成文的规定，就是内部董事参加董事会的活动时不能主张额外的报酬。

^① 赵旭东主编：《公司法学》（第二版），高等教育出版社2006年版，第384页。

(二) 独立董事的内涵

独立董事是指独立于公司管理层，除了收取费用和少量持股外，与公司没有任何可能严重影响其作出客观判断的交易关系，具有完全意志，代表公司全体股东和公司整体利益的董事。严格地说，独立董事除了董事身份及在董事会的作用外，不担任公司的其他职务，所以，独立董事实际上是独立非执行董事，其在身份上具有独立性、在工作上具有非执行性。美国的有关法律就规定，公司的独立董事不能与公司或者公司雇员存在雇佣、交易或者亲友关系。

(三) 独立董事和外部董事的区别

虽然独立董事有时也被称为外部董事或者非执行董事，但是外部董事和非执行董事却不一定符合独立董事的条件。在我国，有不少学者将独立董事等同于外部董事，或者是说独立董事包含外部董事。笔者认为以上说法并不完全正确，独立董事与外部董事是有区别的。至于非执行董事则是相对于执行董事而言的。但在英国的公司法中没有区分执行董事和非执行董事，兼职董事也常被认为是非执行董事。非执行董事是公司的外部董事，其作为董事会成员参与公司政策的制定等，但不参加公司的日常经营管理。非执行董事的典型特征是非执行性，即不具体负责公司某一部门或者业务的管理。独立董事是公司的外部董事和非执行董事，但其典型特征是独立性。按照独立性的要求，独立董事在公司相关利益者中不能代表或者倾向于任何一方的利益，还应超脱于公司本身的经济利益。通常，独立董事不能在公司内部任职，不能和公司存在任何经济的和非经济的利益关系，其应在公司运作、管理、发展战略等重要事务作出独立判断和恰当评估，以促

使董事会的决策更加科学化、民主化。而不符合以上条件的外部董事和非执行董事就不能作为独立董事。因此，可以得出结论，即外部董事包括独立董事和来自股东单位的、不在公司高级管理层任职的以及其他与公司大股东、高级职员存在情感和利益联系的从外面聘来的董事会成员。独立董事属于外部董事，但与普通外部董事相比，其任职条件更为严格和独立，故独立董事应是独立的外部董事或者独立的非执行董事。

（四）独立董事的特征

1. 独立性

独立董事和一般董事最主要的区别就是独立董事的独立性。具体地说，独立董事的独立性主要包括以下几个方面：一是人格独立，即独立董事独立于公司的股东、董事会和管理层；二是法律地位独立，即独立董事必须在股东大会上选举产生，而不能由大股东推荐或者委派，也不能作为公司的经营管理者，他们作为全体股东合法权益的代表对董事会决议享有表决权和监督权；三是经济地位独立，即独立董事应与公司没有重要的经济联系和业务往来，自身利益不与公司利益发生冲突；四是意思表示独立，即独立董事应从公司利益出发，在董事会对公司事务进行决策时作出独立的意思表示。

2. 兼职性

独立董事往往被称为公司的兼职董事，是因为独立董事不在公司内部担任经营管理工作，一般有自己的事务，例如教学、科研等。

3. 专业性

独立董事一般是具有较高水平的专业人士，在与公司经营相关的管理、经济、法律、会计等方面受过系统教育，有丰富

的理论知识或管理经验。

4. 客观性

独立董事作为外部董事具有的独立性产生了客观性，即独立董事在可能引发利益冲突的一些问题上，以其专业知识为董事会决策提供客观、准确的意见，并能排除其他人的利益干扰，公正地履行董事职责。

二、独立董事制度的源起与发展

（一）早期的公司董事

公司制起源于16世纪的英格兰，而具有现代意义的股份有限公司自19世纪初开始在西方国家发展起来。股份有限公司由于其特有的优势，在出现以后被广泛采用且迅速成为最普遍的企业组织形式。股份有限公司的有关法律赋予公司独立的法律人格，使其成为与出资人分离的法人。但是，也产生了一些问题，例如：股东的利益如何保护？由谁来监督公司的管理层？在现代公司制产生的初期，许多人就怀疑公司这种企业组织形式是否能生存下去。亚当·斯密曾经谈道：由于经理本身不是所有者，难以想象自利的经理会像照顾自己的财产那样小心、妥善地处理公司的财产，结果也就可想而知。

董事会是解决亚当·斯密所担心问题的一个天才发明。公司制度最初产生时，早期的立法者要求公司设立一个董事会，董事作为公司所有者的代表，负责对公司管理层进行监督。而早期的董事会完全由非执行董事组成，董事不能是公司的雇员，也不能从公司获取报酬，他们通常是当地有声望的商人，具有较为丰富的商业知识与经验，可以持有公司的股份，这被认为是一种激

励，能够使得董事们尽职尽责。

上述制度安排在公司规模较小时能够较好地发挥作用，但到了19世纪，随着交通和通信技术的发展，公司开始从事多样化的经营，并且扩张到新的地区和行业。在公司规模不断扩大和运作复杂性越来越高的时候，公司董事的职责也就越来越复杂。企业运作的复杂性导致公司管理的焦点由董事会转移到对管理层能力的重视。逐渐地，企业的决策和计划功能转移到管理专家手中，这些专家不久就开始进入董事会，执行董事与非执行董事的区别由此而产生，而西方国家的独立董事就是从早期的非雇员董事或非执行董事发展起来的。

（二）独立董事制度在英美国家的产生与发展

独立董事制度最早起源于美国。由于英美等国实行的一元制公司治理模式中股权高度分散、广大股东习惯于“用脚表决”，公司董事会结构中又缺乏常设机构来监督董事会的行为。为了避免董事会失灵和遏止管理层的内部人控制问题，就在其公司治理模式中逐步引入了外部董事和独立外部董事的做法。美国在1934年颁布的《证券交易法》中就涉及“非雇员董事”。1940年美国证券交易委员会通过的《投资公司法》规定，管理投资公司的董事会中独立外部董事必须占40%以上。经过几十年的实践，在20世纪70年代，独立董事制度成为一项普遍的选择，一些机构投资者如全美教师保险及年金协会和美国法律协会等也纷纷支持独立董事进入公司董事会的做法。美国纽约股票交易所于1978年6月规定，自1978年7月1日开始，凡在该交易所注册上市的企业必须设立由独立董事组成的审计委员会。1990年，美国《商业圆桌会议宣言》正式提出：“大型上市公司的董事会应主要由不在公司内享有管理职责的独立董事组成，此外，董事

独立董事制度的理论与实践

第一章 独立董事制度概述

会的一些重要组成部分，例如审计、薪酬、提名委员会，都应由外部董事担任。”1994年，全美企业董事联合会发表的报告也强调独立董事应在董事会中占多数。20世纪90年代，美国一些有名的公司也纷纷制定了本公司的治理准则，其中影响最大的公司治理准则是通用汽车公司、加利福尼亚公职人员退休系统和全美教师年金及退休基金。《通用汽车公司董事会指导原则》指出：“通用汽车公司董事会应将多数独立董事作为一项政策执行。就公司治理而言，董事会认为应由独立董事作决策。”

进入21世纪，美国安然公司破产等丑闻暴露，尽管安然公司的独立董事受到了来自媒体的尖锐批评，美国还是坚持继续强化独立董事制度。2002年7月20日，美国总统布什签署了《上市公司会计改革及投资者保护法》，也称为《萨班斯—奥克斯利法案》。上述法案被认为是继1933年证券投资法案之后美国最重要的法案。该法案在建立隶属于美国SEC的会计监察委员会的同时，坚持了独立董事制度，强调完全由独立董事组成的审计委员会在确保财务审计质量方面的重要性。该法案规定，聘请审计师、审计师提供非审计服务、审计师收费等事项必须经审计委员会批准，审计师必须向审计委员会报告重要的会计政策、各种可选的会计方法及审计师的意见、未调整差异明细表，同时向会计监察委员会报告。2002年8月16日，美国纽约证券交易所颁布了《公司会计责任与上市标准委员会报告》，该报告强调发挥独立董事的作用和增强独立董事的权限，要求上市公司必须在两年内使独立董事在董事会中占多数，上市公司必须设立完全由独立董事组成的审计委员会、薪酬委员会和提名委员会，审计委员会必须在聘任和解雇公司审计师方面拥有全权，并在批准任何由审计师提供的有实际影响的非审计报告方面有决定权。

英国，这个普通法系的国家，尽管在17~19世纪在公司法方

面创立了多项法律规则为世界各国采用，然而其对独立董事制度的建设却是 20 世纪 80 年代以后的事情，是受席卷西方国家的公司治理运动的影响。1982 年，英国建立了非执行董事促进协会。1991 年，英国伦敦证券交易所成立了公司财务治理委员会，并发表《卡德伯里报告》。之后，该委员会又提出了公司治理《最佳行为准则》。以上两份文件对于其他国家和公司制定公司治理准则具有重要的参考价值。《卡德伯里报告》指出，非执行董事的能力和数量是以他们对董事会的决策有实质影响力为标准的，应该至少有 3 名非执行董事，其中 2 名必须是独立的。《最佳行为准则》则强调非独立董事应对公司的战略、业绩资源包括关键人员的任命和行为等进行独立判断，除报酬和持股以外，大多数非执行董事应独立于管理层，与公司业务和其他可能影响其独立判断能力的活动无关，报酬应反映他们为公司所花费的时间。

1998 年，英国伦敦证券交易所制定了公司治理的《联合准则：良好的公司治理原则和最佳行为准则》，该准则要求董事会应在执行董事与非执行董事之间保持平衡，使任何人都不会在董事会的决策方面具有决定性作用。该准则规定，非执行董事应至少占董事会成员的 1/3，非执行董事应由有足够威望和能力的独立人士担任，并在董事会中保持独立判断。该准则特别强调，非执行董事的绝大多数应独立于高层管理人员，并与企业无任何商业关系和其他任何影响其独立判断的关系，非执行董事应在公司的年度报告中作专门说明。此外，伦敦证券交易所还要求上市公司在年度财务报告中披露他们是否遵守了以上准则所提出的各项要求。

（三）独立董事制度在其他国家和地区的推行

英美之外的其他发达国家是在 20 世纪 90 年代中期以后正式

独立董事制度的理论与实践

第一章 独立董事制度概述

建立独立董事制度的。加拿大多伦多证券交易委员会于1994年公布公司治理报告，澳大利亚董事学院、澳大利亚商业委员会、澳大利亚法律委员会、澳大利亚证券业协会等共同组建的工作组于1995年发布《公司实践和行为准则》，法国的证监会和私营企业协会于1995年发布《法国上市公司董事会报告》，比利时证券交易所于1998年发布《公司治理委员会报告》、《公司治理原则》。以上文件或报告都对独立董事的资格、比例、作用、职责等事项作出了明确规定。特别值得一提的是，在日本，经过长期的犹豫与徘徊，独立董事制度终于在2001年4月公布的《商法等法律修改草案征求意见稿》中得到接受，该征求意见稿要求大型上市公司董事任期不得超过1年，至少有1人为独立董事。此后，在2001年6月到2002年5月的时间里，日本政府和国会四次修改公司法，将公司法的条文由528条增加到596条，所修改部分涉及公司治理结构和独立董事制度的内容非常多，例如：对于现有的不属于中小企业但有一定规模的大公司，规定其享有选择权，由公司自行决定是否设置新的公司治理机构，而不予以强制，对于是否引入独立董事，由公司自决。若选择设置重要财产委员会的大公司以及视为大公司的公司，其具备董事人数在10人以上时，至少应有1名独立董事；选择设立监察委员会、提名委员会、报酬委员会等的公司，其监察委员会等专门委员会由3名以上董事组成，其中独立董事必须超过半数。

20世纪90年代末发展中国家才陆续建立独立董事制度。1997年亚洲金融危机爆发以后，亚洲国家与地区普遍都认识到，公司治理结构不健全是造成金融危机的深层次原因之一。公司治理结构的改革成为20世纪90年代末和21世纪初亚洲、非洲与拉丁美洲国家的重要任务。例如，2000年5月，韩国的一些学者向其本国政府提交一份报告，在报告中，他们指出，韩国公司

治理结构弱化是导致 1997 年韩国金融危机的主要原因；同时，他们在报告中还提出了一项重要建议：在韩国公司中引进独立董事制度。

印度产业联合会于 1998 年公布《公司治理准则》，该准则规定：“年销售额为 10 亿卢比以上的上市公司应有足够数量的、合格的、独立的非执行董事。如果公司董事长是非执行董事，则独立董事至少占 30%；如果公司董事长和首席执行官由一人兼任，则独立董事应至少占 50%。”

墨西哥于 1999 年发布《公司治理准则》，该准则规定，“建议独立董事和世袭董事应至少占董事会的 40%，独立董事至少占 20%”，“为了达到此目的，建议董事会应有一定数量的董事不参与公司日常的管理工作，并能带来外部的经验和独立的见解”，“为了使独立董事和世袭董事充分发挥作用，他们在董事会的比例应占有足够的数量”。

马来西亚高级财经委员会于 1999 年发布《公司治理报告》，该报告指出：“董事会应在执行董事和非执行董事（包括独立的、非执行董事）之间寻求一定的平衡，使任何人或小集团不能够在董事会的决策方面占有控制地位。”“为了有效地发挥作用，独立的、非执行董事应至少占董事会成员的 1/3。”考虑到在东南亚国家中家族企业数量较多和公司普遍存在控股股东的特点，马来西亚的《公司治理报告》还指出：“在公司具有控股股东的情况下，除了规定独立的非执行董事应至少占董事会成员的 1/3 以上之外，董事会应有足够的董事能够公平地反映股东的投资意愿，而不仅仅代表大股东的利益。”

南非企业董事联合会于 1994 年发布《公司治理国王报告》，该报告指出：“董事会应至少有两名具有重要影响和才干的非执行董事，他们对董事会的决策应能产生重要影响。”“非执行董