

关于我国引入独立董事制度的法律 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_B3\\_E4\\_BA\\_8E\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_c122\\_483619.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E6_88_91_E5_c122_483619.htm) 编者按：2001年8月16日中国证监会发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》的通知，通知中指出各境内上市公司“在2002年6月30日前，董事会成员应当至少包括2名独立董事；在2003年6月30日前，上市公司董事会成员中至少应当包括1/3独立董事”，从而拉开了我国上市公司中建立独立董事制度的序幕。中国证监会与清华大学经济管理学院及国家会计学院近期共同举办了独立董事培训班，其本意在于为上市公司培养合格的独立董事后备人才，一时报名者踊跃，均以为这是律师业务开拓的新途径。独立董事制度正是在为解决公司董事会失灵及内部人控制问题的背景下产生的，在上市公司中引进独立董事制度，对于改善上市公司董事会结构，强化对内部董事及经理层的约束，减少乃至消除内部人控制带来的问题，保护中小股东及利益相关者的利益和保证公司的规范运作，都可能产生积极的影响。本刊就我国上市公司建立独立董事制度的特殊情况及现实问题挑选了以下文章与读者共同探讨。?お??? 在人们热衷研讨如何修订公司法、完善公司法人治理结构、进行资产重组之际，中国的上市公司新近又刮起了一股“独立董事”的旋风，金融专家吴晓求出任首家核准制下发行新股的公司用友软件的独立董事、经济学家董辅被聘为国光瓷业的独立董事，萧灼基教授加盟大唐电信董事会等等，更起了推波助澜的作用。据悉至今约有60、70家公司现已聘请了独立董事，深沪两市尚有近1000家还未选定独立董事

，至少2000个独立董事之席虚位以待。日前中国证监会高层领导于香港的财富论坛上亦强调指出，引入独立董事是完善上市公司法人治理结构的新举措，在基金管理公司、证券公司、上市公司中要普遍推行，且独立董事要占董事会成员的1/3。但是，“独立董事制度”这个地道的舶来品，在中国公司法人治理结构的完善过程中，能否付诸成功的本土化实践？其理念、功效及于我国公司法律制度创新之意义到底如何？对这个问题实有理性、全面地讨论之必要。

### 一、独立董事制度探源

“独立董事”，源自“外部董事”(outsidedirector)，或叫“非执行董事”(nonexecutivedirector)，是英美法系的产物。由于英美公司法上一直实行“一元化”(又叫“单层制”)的董事会制度，在公司机关构造中没有独立的监事会，在现代公司日益巨型化，股权越来越分散化，股东大会中心主义向董事会中心主义、董事会中心主义又向经理中心主义的变迁潮流里，为抗衡董事会大权独揽，防止董事兼任公司高级职员带来的监督者与被监督者一体化的共谋，保护中小股东利益，美国证券立法中要求现代巨型公司中应有一定比例的董事不得兼任高级职员，以使董事会能切实督察高级职员经营活动。这应该是美国现代“独立董事制度”的立法基础。

在美国《1940年投资公司》第10(a)条中，其更明确规定董事会成员中至少40%的董事必须为外部人士。1977年经美国SEC批准，纽约股票交易所颁布一新条例，要求每家上市的本国公司“在不迟于1978年6月30日以前设立并维持一个专门的独立董事组成的审计委员会，这些独立于管理层的董事不得有任何会影响他们作为委员会成员独立判断的关系。”到了90年代，美国《密西根公司法》第450条率先正式创设独立董事

制度，该制度不仅规定了独立董事的标准，而且同时规定了独立董事的任命方法以及拥有的特殊权限。在英国，其董事会构成类似于美国做法，不过称为“执行董事” (service or working director) 和“非执行董事” (non-executive director)。1991年5月英国财务报告委员会、伦敦证券交易所和会计专业委员会联合成立委员会，该委员会1992年颁布《上市公司最佳行为守则》，对董事会构成作了如下规定：“董事会应该包括具有足够才能、足够数量、其观点能对董事会决策起重大影响的非执行董事”。并且伦敦证券交易所要求上市公司在年度财务报告中披露他们是否遵守此一规定。在香港地区，1993年11月联交所规定，每家上市公司董事会至少要有2名独立的非执行董事，如果联交所认为公司的规模或其他条件需要，联交所可以提高最低人数的规定。独立非执行董事有责任保证关联交易是按正常的商业条款进行，并不比公司与第三者进行类似交易的条件差。如果发现关联交易有损公司整体利益，独立非执行董事有义务向联交所报告。总之，独立董事制度最早发端于3040年代的美国，虽为英美法系的特殊产物，但作为改善上市公司治理机制的重要组成部分，90年代以来不仅在英美发达国家得到加强，而且亦受到其他国家、地区的重视和引用。

## 二、独立董事制度的利弊分析

独立董事制度的最重要理念即是其独立性。如香港学者何美欢指出的那样，尽管有非执行的、外来的、独立的各种修饰语，但重点仍在于这一带有价值判断的用语“独立”上。独立董事由于与公司没有任何股权关系，一般应有足够的时间、专业的知识、适任的能力履行其责，因而具备了独立、超脱、公正的品质。概括而言，独立董

事的主要作用有：(1)作为“中小股东”的代言人，有助于对关联交易的公平性作出有根有据的决断，防范不公平的关联交易。独立董事的天职即是代表广大中小股东的利益，在董事会常常被大股东控制、大股东或第二大股东等发生关联交易有失公平有损公司利益时，独立董事有权予以否决，从而保护中小股东不致遭损。(2)有助于董事会决策更科学化、民主化。独立董事往往是“学院派”、“智囊型”的行业权威、专家，能够作出有价值的商业判断，加之直抒己见的胆略、气魄，其参与董事会的出谋划策，能够大大提高决策拍板的正确性、科学性。(3)有助于增加公司信息披露的透明度、提高公司的知名度，树立良好的社会形象。独立董事具有独立的身份，因而能保障公司财务及公司业务披露更加公正，权威、透明。而且，独立董事一般为知名人士，可提高公司的知名度，树立起公司公众形象。在美国，有少数“外部董事”即是代表公众关系，如挑选一些民权活动的黑人、妇女以及代表消费者运动的积极分子来支持他们的董事会。当年克莱斯勒汽车公司面临破产危机时，即把董事会的一个席位让给联合汽车工人工会主席道格拉斯弗雷泽，以换取工会的支持，大大改善了公司的形象。据赫尔曼在《公司控制：公司权利》一书提供数据看，美国100家最大工业公司1475名董事中，内部董事占44%，外部董事占56%，而且，由外部董事组成的审计委员会(董事会附属委员会之一)已发挥了有效的公司财会监督作用。正如有光即有阴影一样，独立董事制度并非完美无缺，其有效性受到一些学者的质疑、挑战：首先，独立董事能否绝对“独立公正”？他们缺乏为股东利益最大化而行动的充分激励；独立董事还受到时间、信息、预算

拨款的限制；要使独立董事真正对内部人提交的关联交易决议作出判断，其成本费用高，对公司来讲却常常无效率。其次，引发“道德风险”。独立董事可能使控股股东以公正的外衣来保护自己。若有人指控控股股东压制少数股东，控股股东可以狡辩说“我获得了由可敬的独立董事组成后的董事会的同意”，这样减少了本来可以使其对自己的决定向公众承担责任的道德限制，甚至使其免于法律责任。再次，独立董事制度的设立主要出于英美国家单层制的公司权力框架内实现对公司管理层监督机制的自律性改良，而且必须有足够的独立的董事才能履行其责，而在设立了专门的监督机关监事会的大陆法系的国家，有无必要设置独立董事，值得进一步商讨。

### 三、我国独立董事制度的导入及其完善之道

我国素袭大陆法系文化传统为多，1993年的《公司法》确立了股东会、董事会、监事会三足鼎立的分权与制衡的法人治理机关。但作为监督机关的监事会，在实际中普遍存在监督规范性不强、力度不够，监督方式单一、效能不高，监督者独立性弱、权威性差等问题，据1999年4月19日《证券时报》报道，重庆百货甚至推出了首份没有监事会报告的年报。因此，如何完善公司监督机制，人们在寻求良策以求解决之道。一般认为无外乎两种：一是强化监事会自身积极功能，重点放在提高监事的积极资格和监事会的独立权限方面；二是引入独立董事制度，尤对上市公司防止关联交易大有必要。笔者以为，独立董事的引入与我国现存监事会的监控并不冲突、矛盾，而是兼容、互补。独立董事主要是来源专家、知名人士，与监事出自公司股东、职工代表不同。而且前者直接参与董事会决策，后者只起事后监督、干预作用。因此，独立董

事制度的确立，无疑是对我国法人治理结构的新突破与进一步完善。不过，独立董事在我国从制度设计到发挥效用，如何兴利除弊，仍有很长的路要走。至少我们应有以下三个方面思路加以完善：一是赶快修订完善公司法有关规定，增加设置独立董事的有关规定，强制规定上市公司必须聘请独立董事，且独立董事的人数应占董事会人数的一定比例，使独立董事制度从公司法渊源上提供法律依据。二是颁布独立董事有关条例、细则，对独立董事的组成，任职资格、职权、责任、如何管理(包括获酬)等详加规定，使之具有可操作性，既能保障独立董事真正独立的表决权、检查权等，又能切实制约其履行义务且需承担相应失职责任。这方面可参照发达国家的一些规定，如美国《密西根公司法》对独立董事不仅规定了独立性的标准，而且规定了指定方法，同时还规定了“独立董事”的特别权利：(1)独立董事必须由股东会选举产生，不得由董事会任命；(2)为保证独立董事的能力，董事必须具有五年以上的商事、法律或财务工作经验；(3)独立董事在过去三年内不得是 本公司或子公司的高级职员或雇员； 与公司之间从事过10万美元以上的交易； 上述两类人的直系亲属或是他们的合伙人，或与他们之间有业务关系； 独立董事在公司任职不得超过三年，满三年后，独立董事可以继续作为董事留任，但失去其独立董事的资格；(4)独立董事的特殊权力包括 由独立董事批准的“自我交易”法院可以从宽审查； 独立董事有权批准对董事因遭到指控所付出的费用给予补偿； 独立董事有权撤销一项由股东提起的派生诉讼； 如果他不同意董事会大多数人的决定，独立董事有权直接与股东联系，其费用由公司支付。三是应造就一

支能够胜任“独立董事”的人才队伍。目前，独立董事的出任多来自知名经济学家、财务专家，应尽快拓宽独立董事的来源渠道，如吸收法律专家、工程专家、社会活动家加盟等等。独立董事制度效用发挥如何，很大程度上取决于出任独立董事的资质、水平如何，因为徒法不足以自行。应该指出，独立董事制度本土化的实现意味着公司治理结构调整的一次时间不短的长征，任重道远，而且这一变迁将导致我国公司制度及公司立法史上一场不小的革命。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)