

王保树/主编

商事法
专题研究文库

独立董事法律制度研究

谢朝斌/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

王保树/主编

商事法
专题研究文库

独立董事法律制度研究

谢朝斌/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

独立董事法律制度研究/谢朝斌著. —北京:法律出版社, 2004. 9
(商事法专题研究文库)
ISBN 7-5036-5032-X

I. 独… II. 谢… III. 股份有限公司—公司法—研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 074185 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.25 字数/555 千

版本/2004 年 8 月第 1 版

印次/2004 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5032-X/D·4750

定价:58.00 元

总 序

《商事法专题研究文库》是一套大型系列书,入选书目由清华大学商法研究中心和法律出版社共同确定,主要是商事法的专题研究著作。商事法研究中心虽属于并依托中国社会科学院法学研究所,但它是面向社会、开放的研究机构。因此,入选书目的作者不限于中国社会科学院法学研究所的学者,而是包括所内外的商事法学者,主要是中青年商事法学者。

无疑,书店里陈列的各类丛书已不算少。现在,我们也编写丛书之类的大型文库,很有凑“热闹”之嫌。然而,这只是就形式上而言。如就其实质而言,嫌疑就自然解除了。我本人热衷于两大研究领域,一是经济法,一是商事法。前者,需另作讨论。仅就商事法而论,如荀况在《劝学》中所云:“故不登高山,不知天之高也;不临深溪,不知地之厚也;不闻先生之遗言,不知学问之大也。”当我接触商事法的时候,深感如临浩瀚大海一般。从事对它的研究工作,当然要花“锲而不舍”之功,然而一旦略有收获,就会带来无穷的乐趣。就整个学界的商事法研究状况而言,不难发现有许多可喜之处,但也不容乐观。如何进一步繁荣商事法的研究?我以为应着眼于扎扎实实的基础工作,而不是盲目地追求轰动效应。正是从这一意义上考虑,商事法研究中心已着手做三件事:一是编写《商事法文库》,包括一套系统阐述商事法理论的著作;二是编写《商事法论集》,每年出版一卷,及时发表商事法学者的学术论文;三是编写本专题研究文库,陆续出版商事法学的专著。无疑,这三件事的目的是一致的,都是为了有效地促进

学界对商事法的研究,加强商事法学的学科建设。但是,其具体宗旨又有不同。以编写商事法专题研究文库而论,它主要是为了倡导和推动人们对商事法的专题进行深入、系统的研究,从宏观和微观的结合上精心解决商事法各领域的具体理论问题。没有对专题的认真研究,商事法学不可能有雄厚的基础,它也不可能有活力。当然,专题研究要难于教科书的撰写,它需剖析商事法某一具体领域的历史、现状、不同学术观点的争议,尤其须要有作者对该领域的自己的见解,纵然是一两点也好。然而,困难往往是同需要并存的。因此,解决这些困难的必要性是不言而喻的。

本文库不采用“命题作文”的做法,即不是先拟定选题再分配于作者,而是根据商事法研究的现状和发展趋势,选择含有某一领域相对成熟的研究成果(当然,并不要求已成定论)的著作列入本文库。本文库的选题标准是:(1)应是学术著作;(2)须是对商事法专题进行认真研究的论著;(3)须是符合学术规范的著作。选入本文库的著作不限于仅研究中国商事法,可以是商事法的比较研究著作,也可以是某个国别的商事法的专题研究著作。但不论是上述哪一类著作,都应是对商事法前沿课题和重大课题有深入研究的,都须有利于人们对商事法认识的深化,有利于人们对商事法的进一步思考。需要提及的是,经济法专题研究的著作也将依上述标准选入。但是,这并不意味着经济法属于商事法,它正如商事法不属于经济法一样。并且,选入本文库的经济法专题研究著作也应有利于经济法学的学科建设。一俟条件成熟,再另编《经济法专题研究文库》。

本文库的问世得益于中青年商事法学者的积极参与,编入文库的每一部著作都分别渗透着他们的心血。他们对商事法学的贡献,人们是不会忘记的。本文库的出版更得益于法律出版社的积极支持,当我向该社提出本文库选题的时候,他们立即欣然接受并给予了积极的合作。该社繁荣学术之举,使我和本文库所有作者都为之感动,谨在此表示诚挚的谢意!我衷心欢迎读者阅读本文库的每一部著作,并恳请学界同仁不吝赐教,提出您的宝贵意见。

万事开头难,但良好的开端就是成功的一半。本文库第一本著作的出版就预示着文库的美好未来,我对本文库的前景充满了信心。

王保树

序

2001年8月,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》,标志着独立董事制度正式在中国上市公司推行。此后,日本商法、韩国商法也以选择制的方式引入了独立董事制度。然而,独立董事制度源自美国等国,它有其自己发生作用的条件和土壤。在大陆法系国家和地区的公司法框架中,如何使它发挥作用,确实有许多深层次问题需要解决,相关的理论也需要人们去探讨。在这一背景下,谢朝斌博士推出他的力作《独立董事法律制度研究》,是有实践意义和理论意义的。

在我国,独立董事为什么会引起人们的广泛注意?可能有两个原因:一是上市公司的监事会的监督失灵,引入独立董事意在解决公司治理出现的困境。二是独立董事来自股权结构相对分散的国度,它在股权结构集中的我国能不能产生预想的效果,会不会出现“水土不服”而“南橘北枳”?这也是人们所关心的。需要提及的是,实践中人们对独立董事的态度也在悄然发生变化。开始,许多人对担当上市公司独立董事抱有很大的热情。而现在,人们担当上市公司独立董事的热情已远非当初。这种现象背后的深层次原因又是什么?对此,人们也很关心。作者追根溯源,揭示独立董事的法律功能,对于回答这些问题无疑是有益的。

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。然而,对于独立董事制度引进和创新过程中的一些重大问题,诸如独立董事在英美国家产生的原因及其演进和创新的历史过程、中国为什么要引入独立董事制度、独立董事的法律基础、独立董事的

功能定位、独立董事如何产生、独立董事的权利义务和责任、独立董事的独立性规制、独立董事与监事会的关系、独立董事制度的信息保障机制、独立董事的责任保险机制等等,如果不能很好地从理论上完整而有效地回答和解决这些问题,则该制度将无法产生预期的实际效果。因此,无论学术界抑或实务界都需要着力解决这些问题。《独立董事法律制度研究》一书也正是试图在这些方面进行探索。

作者运用历史分析、比较研究、系统分析及跨学科研究的方法,对独立董事制度进行了全过程、多视角的研究。通观全书,可以看到作者的主要结论是:

第一,独立董事制度是围绕独立董事这一基本范畴形成的法律制度。它是为确保独立董事能够实现其功能而由法律确定的有关独立董事的任职资格、选任和解聘、义务和责任等的规范体系。

第二,独立董事制度是 20 世纪初美国公司治理结构由“股东大会中心主义”过渡到“董事会中心主义”以后,在股东大会逐步形式化、董事会运转失灵以及内部人控制不断失控的过程中,为强化董事会的内部监督职能、维护股东及公司整体利益而产生的。第二次世界大战以后,以美国为代表的发达国家掀起了一场持续的“经营者革命”,这些国家公司治理结构中以内部执行董事和高级管理人员为核心的经营者实际控制了公司的决策权,内部人控制失控加剧,从而加快了独立董事制度创新的过程。20 世纪 80 年代以后,独立董事制度的基本制度体系逐步成熟;90 年代以后,开始为其他国家所借鉴。独立董事制度创新的过程是创设式制度变迁与移植式制度变迁、强制性制度变迁与诱致性制度变迁相结合的过程。

第三,在现代公司董事会内部,独立董事具有其他内部董事所没有的监督制衡作用和特有的决策参谋、战略咨询作用。独立董事制度的基本价值主要体现在,一是在公司治理结构中形成有效的制衡机制,防范和遏制“内部人控制失控”,二是完善董事会素质结构,提高董事会科学化决策水平,三是强化公司公开信息披露,保障公司财务及业务披露更加公正透明,四是弥补大陆法系和英美法系传统公

司治理结构的缺陷。

第四,独立董事制度在不同的公司治理模式下,功能定位不同。在采行一元制的英美国家,由于没有大陆法系公司中的监事会作为公司内部的专门监督机构,又由于其股权结构高度分散、股东一般远离公司的日常经营管理事务,独立董事的主要监督对象是公司经营者,独立董事制度的监督功能基本定位于监督制衡内部执行董事和经理人员、防范“内部人控制失控”;而在中国,由于存在股权结构高度集中和“一股独大”问题,独立董事制度的主要监督职能是监督大股东控制下的“内部人”,防止大股东与其控制下的“内部人”合谋,侵害其他股东和公司的利益。

第五,中国引入独立董事制度的过程,是借鉴英美国家公司治理经验的过程。但是,它必须紧密结合中国的实际,处理好独立董事制度本土化的一系列问题,特别是要协调好独立董事与监事会的关系。无疑,这一本土化的过程,也应是结合中国公司治理实践、法律文化传统,进行科学的制度设计和创新的过程,它将包括建立、健全独立董事资格制度、独立董事任免制度、独立董事职权制度、独立董事薪酬制度、独立董事义务与责任制度、董事会专业委员会制度及其独立性规制、独立董事的信息保障制度、独立董事责任保险制度等等。

显然,作者的上述结论,已将一幅关于独立董事法律制度的立体图像呈现在读者面前,显示了该书理论与实践相结合的特点和其所阐发的独到见解。

本书作者谢朝斌于20世纪90年代初获得经济学博士学位,并曾在日本东京大学留学,有良好的经济学知识背景。1999年开始,在我的指导下研习商法,打下了比较扎实的法学理论功底,获得法学博士学位。谢朝斌还是一个勇于开拓的实践者。正值我国国内投资银行刚刚开始组建之时,他于1993年初开始进入证券市场第一线,主持过像江苏春兰股份有限公司等中国第一批优秀国有企业的股份制改造和股票发行上市的辅导、推荐工作,有着丰富的国有企业改制和上市辅导运作经验,同时作为全国性证券公司的高管人员,对我国

股份公司的治理结构问题一直有着长期的关注和跟踪研究,感同身受,颇有心得。也正是因为他所具有的这种丰富经历,将法学、经济学和管理学融会贯通,理论与实践紧密结合,才对独立董事制度中诸多问题作出了深刻的分析和中肯的总结。由此而得出的结论和提出的建议,不仅对完善有关独立董事制度的相关理论具有重要意义,而且对于独立董事制度的立法和实践也具有指导意义。

我作为谢朝斌攻读法学博士学位期间的指导教师,深知他在攻读法学博士学位以及研究独立董事制度这一问题过程中所倾注的心血。他克服各种困难,潜心研究理论和现实问题,发表了不少著述;他还通过各种渠道搜集国内外有关独立董事的学术文献资料,在充分占有并深入挖掘资料的基础上,对独立董事制度进行了系统深入的研究,并取得了可喜的研究成果。本书就是在其博士学位论文基础上修改而成的。

在这本专著出版问世之际,我谨表示祝贺,并作此序把它推荐给读者。

王保树

2004年7月13日于清华园

内 容 摘 要

独立董事是董事之一种,但又不同于一般董事而具有一般董事所不具备的品格、特征和属性,即独立董事具有一般董事所没有的“独立性”之品格特征;独立董事的“独立性”,从根本上说,就是独立董事与所任职公司之间没有任何直接和间接的利益关系。

独立董事制度,是指围绕独立董事这一中心法范畴而形成的、以规范为基础而由多种法的成分和要素相互联结和有机组合、并贯穿于所有法律部门而存在的独立的法律实体装置。具体而言,它是为确保独立董事能够实现其功能而由法律法规确定的有关独立董事的任职资格、选任和解聘、义务和责任等一系列规制体系的总和。

独立董事制度是 20 世纪初美国公司治理结构由“股东大会中心主义”过渡到“董事会中心主义”以后,在股东大会逐步形式化、董事会运转失灵以及内部人控制不断失控的过程中,为强化董事会的内部监督职能、维护股东及公司整体利益而产生的。第二次世界大战以后,以美国为代表的发达国家掀起了一场持续的“经营者革命”,这些国家公司治理结构中以内部执行董事和高级管理人员为核心的经营者实际控制了公司的决策权,内部人控制失控加剧,从而加快了独立董事制度创新的过程。独立董事制度的基本制度体系到 20 世纪 80 年代以后逐步成熟;90 年代以后展开了全球化移植过程。独立董事制度创新的过程是创设式制度变迁与移植式制度变迁、强制性制度变迁与诱致性制度变迁相结合的过程。

在现代公司董事会内部,独立董事具有其他内部董事所没有的监督制衡作用,并以其开阔的视野和战略性眼光为公司发挥显著的

决策参谋和战略咨询作用。作为一种创新制度,独立董事制度的基本价值主要体现在:一是在公司治理结构中形成有效的制衡机制,防范和遏制“内部人控制失控”;二是完善董事会素质结构,提高董事会科学化决策水平;三是强化公司公开信息披露,保障公司财务及业务披露更加公正透明;四是弥补大陆法系和英美法系传统公司治理结构的缺陷。

独立董事制度在不同的公司治理机制下,功能定位不同。在实行一元制的英美国家,由于没有大陆法系公司中的监事会作为公司内部专门的监督机构、同时由于这些国家股权结构高度分散、股东一般远离公司的日常经营管理事务,独立董事的主要监督对象是公司经营者,独立董事制度的监督功能也就基本定位于监督制衡内部执行董事和经理人员、防范“内部人控制失控”;而在中国,由于存在股权结构高度集中和“一股独大”问题,独立董事制度的主要监督职能是监督大股东控制下的“内部人”,防止大股东与其控制下的“内部人”合谋,侵害其他股东和公司的整体利益。

中国引进和移植独立董事制度可以借鉴英美国家公司治理上的先进经验。但必须联系中国的实际情况,处理好独立董事制度本土化过程中的一系列问题,特别是要协调好与监事会的关系。能否有机协调二者关系,将决定独立董事制度在中国的移植能否成功。

独立董事制度移植的过程中,需结合中国现有的公司治理结构现实和法律文化传统,进行科学的制度设计和创新。中国本土化的独立董事制度将包括独立董事资格制度、独立董事任免制度、独立董事职权制度、独立董事薪酬制度、独立董事义务与责任制度、董事会专业委员会制度及其独立性规制、独立董事的信息保障制度、独立董事责任保险制度等等。

关键词:独立董事 法律 制度

Abstract

Independent directors, as one specific group of directors, distinguished themselves from general directors with their inherent characters, especially the feature of "independence". The independence, in the essence, lies in the fact that independent directors have no direct or indirect interest in the company where are incumbent.

The regime of independent directors is a substantive legal device deriving from the legal concept of independent directors and incorporating legal ingredients from various branches of law. Specifically, the regime includes a series of laws and regulations governing the qualification, appointment, dismissal, obligations and liabilities of independent directors. Needless to say, the purpose of the regime is to ensure the proper and effective functioning of independent directors.

The independent directors came into being at the beginning of 20th century when the corporate governance structure in U. S. transferred from the "shareholders centralism" to the "directors centralism". During that period, shareholders played a weakening role in the corporate business and the phenomenon of insider control went out of control concomitant with the malfunctioning of the board of

directors. After World War II, the “managers revolution” boomed in developed countries with U. S. as the representative. In those countries, the managers, i. e. the executive directors and senior officers had such a de facto control over the corporate decision making that the issue of insider control became increasingly serious. This factual background expedited the development of the independent directors regime. By the 1980s the independent directors regime had become fully developed and started being transplanted around the world after 1990s. The development of the independent directors regime is a process of invention and transplant under compulsion and inducement.

Within the board of directors, independent directors have a unique function of supervision and balance. With their diverse experience and strategic perceptions, independent directors assist the corporation in developing a strategy and making a decision. As an innovation, the independent directors’ regime finds its value in the following aspects: firstly, it has an effective supervision on the insider control within the framework of corporate governance; secondly, it upgrades the decision making capability of the board of directors; thirdly, it promotes the transparency of operational and fiscal affairs by strengthening the information disclosure; finally, it repairs the defects of the corporate governance in both civil law and common law jurisdictions.

The independent directors regime has different functioning orientation in different corporate governance systems. Unlike civil law countries, U. S. and U. K. do not have a Board of Supervisors as the special supervising agency inside their corporations. And the shareholders are usually isolated from the day-to-day management due to the highly dispersed shareholding distribution. Under these circumstances, the function of independent directors is oriented to supervising executive directors and officers for fear of losing control of

insider control. By contrast, due to the peculiar issues of highly concentrated shareholding structure and "one dominant shareholder" in China, the role of independent directors is oriented to supervising the insiders controlled by big shareholders in case that the big shareholders infringe the interest of other shareholders and the corporation itself in conspiracy with the insiders under their control.

The corporate governance in U. S. and U. K. provides a good reference to China during our establishing an independent directors regime. However, China should take into account its own specific situations when transplanting the independent directors regime, especially the reconciliation of independent directors and board of supervisors, which is the key to our success of transplanting the independent directors regime.

In transplanting the independent directors regime, China should make scientific design and necessary amendments in accordance with existing corporate governance mechanism and Chinese legal tradition. The independent directors system in China will cover the following aspects; the independent directors' qualification, appointment and dismissal, duty and authority, remuneration, obligation and liability, professional committees and their independence, information sufficiently safeguarded, liability insurance, etc.

Keyword: independent director law regime

目 录

引 言	1
0.1 关于本课题	1
0.1.1 研究缘起	1
0.1.2 研究路径	17
0.1.3 研究方法	19
0.2 文献综述	21
0.2.1 国内研究现状	21
0.2.2 国外研究现状	34
§ 1 独立董事制度导论	42
1.1 概念诠释与比较	42
1.1.1 概念界定的意义及方法论	42
1.1.2 董事的定义及分类意义	45
1.1.3 不同术语的诠释与比较	47
1.2 独立董事的品格及其界定	56
1.2.1 独立董事的品格	56
1.2.2 独立董事“独立性”界定的标准	57
1.3 独立董事“独立性”的规范界定	82
1.3.1 独立董事“独立性”规范界定的表达方式	82
1.3.2 独立董事“独立性”规范界定的形式	87
1.4 国外独立董事制度的基本架构	89
1.4.1 国外独立董事的资格制度	89
1.4.2 国外独立董事的任免制度	91

1.4.3 国外独立董事的权利与薪酬制度	93
1.4.4 国外独立董事的义务与责任制度	99
§ 2 独立董事制度变迁论	108
2.1 独立董事制度变迁的基本理论	108
2.1.1 法律制度:类型、结构与功能	108
2.1.2 独立董事制度变迁的基本形式	117
2.2 强制性与创设式制度变迁(一):独立董事制度的 起源	121
2.2.1 从股东大会中心主义到董事会中心主义:英美 国家公司法人治理结构的早期演变	121
2.2.2 美国公司董事会中心主义的先天不足及其失败 ..	127
2.2.3 独立董事制度的起源	132
2.3 强制性与创设式制度变迁(二):独立董事制度的 演进	137
2.3.1 20 世纪经营者革命:前提、背景、路径及内容	137
2.3.2 20 世纪经营者革命下的股东大会失灵	149
2.3.3 20 世纪经营者革命下的董事会失灵	161
2.3.4 20 世纪 80 年代以来美国独立董事 制度创新的直接原因	228
2.3.5 20 世纪 80 年代以来美国独立董事制度的演进 ..	247
2.3.6 美国公司治理实践中的独立董事	259
2.4 诱致性与移植式制度变迁(一):全球公司治理运动 中的独立董事制度移植与创新	264
2.4.1 从经济全球化到法律全球化	264
2.4.2 全球化背景下公司治理机制创新的动力和压力 ..	269
2.4.3 独立董事制度的全球移植与创新:法律全球化的 新诠释	275
2.5 诱致性与移植式制度变迁(二):独立董事制度在中国 的移植及其本土化创新	304