

THE WAY OUT

The Role, Tasks, and Responsibilities
of the Independent Director



走出困境

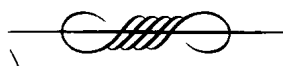
独立董事的
角色定位、职责与责任

赵立新 汤欣 邓舸/等著

课题研究获得上海证券交易所“上证联合研究计划”的资金支持

THE WAY OUT

The Role, Tasks, and Responsibilities
of the Independent Director



走出困境

独立董事的
角色定位、职责与责任

赵立新 汤欣 邓舸/等著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

走出困境:独立董事的角色定位、职责与责任 / 赵立新, 汤欣, 邓炯等著. —北京: 法律出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1156 - 1

I. ①走… II. ①赵… ②汤… ③邓… III. ①上市公
司—企业管理—研究—中国 IV. ①F279. 246

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 168732 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/22.25 字数/360 千

版本/2010 年 10 月第 1 版

印次/2010 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1156 - 1

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

课题负责人:赵立新 汤 欣 邓 舸

课题组成员:张子学 朱 庆 张 欣
石 磊 易鑫钰 焦明静
李洪亮 朱芸阳

前 言

自中国证监会 2001 年发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》，将设立独立董事规定为面向所有上市公司的强制要求以来，独立董事制度已经在我国上市公司中得到确立，独立董事对引导上市公司的规范化运作、完善公司治理起到了积极作用。但由于各种客观因素的限制，独立董事制度运行的效果仍然难以尽如人意。为了完善独立董事履职环境，在鼓励独立董事积极发挥监督作用的同时，应当进一步细化独立董事的履职要求，规定相应的行为指引和免责机制，避免独立董事承担过大的风险，吸引更多的独立人士担任独立董事，从而更好地发挥独立董事的作用。为此，中国证监会上市公司监管部、行政处罚委员会和清华大学法学院组成《独立董事行为指引》课题小组，借助证券交易所、中介组织等方面的力量，在充分调研，听取独立董事、上市公司、证券投资人、专业机构、证监会派出机构等方面意见的基础上，细化独立董事的尽责要求以及免责事由，拟定《独立董事行为指引》。作为《指引》的配套工作，围绕《指引》的规定及所涉争议性问题，课题组同时撰写了相关的课题报告，一则对《指引》规定的理由及依据进行系统说明，二则对一些争议性问题进行深入研讨，以进一步夯实《指引》的理论基础。目前，《指引》拟定的工作已经完成，而相关课题报告的全文，连同《指引》拟定过程中邀请江浙地区中小民营企业

业、在京央企及金融机构和中西部地方国企等具有代表性的上市公司中的独立董事代表,召开的四次专题座谈会全程记录,以及作为座谈会讨论材料、实质内容与指引保持一致的《独立董事履职要点》,一并收入本书,由此基本上反映了《指引》从酝酿、草拟、修改到定稿的全貌。

围绕独立董事“明责、尽责、问责、免责”的主线,本书分为七章进行论述。在第一章引言之后,第二章为独立董事在上市公司中的角色定位,从我国目前独立董事制度的制度设计、监管机构和法院对独立董事职能的认知及独立董事的自我认知等角度进行探讨,国内现有规则、监管机构和法院将独立董事定位为监督者,而独立董事对自身职能的定位则偏重于咨询专家,在分析比较了渐进发展论、监督论和咨询专家论几种观点后,本书认为现阶段对独立董事定位应以上市公司治理结构监督者为宜。第三章为独立董事的义务原理,在分析独立董事分别在公司法和证券法上义务的基础上,讨论了独立董事分别承担以上两种义务的关系。由于公司法和证券法在调整范围上紧密联系,独立董事在公司法上的日常履职与证券法上的信息披露义务密切相关,只有在日常履职过程中勤勉谨慎,在信息披露时才能做到切实履行职责;此外,公司法规制的是证券发行的内部程序,证券法规制的是外部程序,当公司的内部决策影响到证券市场价格形成机制和证券交易的公正性时,独立董事的义务就会发生交叉;最后,考察董事违反信义义务和违反信息披露义务的因素事实上基本相同。第四章为独立董事的职责,基本上是对《独立董事行为指引》各条内容的释义和展开。第五章为独立董事的行政责任,主要解决三个问题:第一,独立董事法律责任认定现状是什么?第二,独立董事的行政责任在认定过程中面临着哪些困惑?第三,自律性组织的规制体系和独立董事责任的认定情况如何?第六章为独立董事的责任保护和激励,认为需要通过立法和相关实践使董事责任保护机制得以规范化、体系化,并且应当善用薪酬机制(强式激励机制)和声誉机制(弱式激励机制)激励独立董事适当履行其职责。第七章总结全书并提出简短的政策建议。

目前,坊间已有相当一部分针对独立董事制度的研究,其中的部分著述采用历史研究、比较研究等方法,对于国内相关制度的历史渊源、存在问题和可以参考的国外经验进行广泛探讨,得出有益的理论探索结论。在吸收现有著作养分的基础上,《指引》课题研究和本书的写作进行了更为充实的准备和积累。具体而言:为及时沟通、汇报课题研究进展,听取各方意见,课题研究组织了一系列专题会议,充分听取了来自独立董事、上市公司及机构投资者等各方面的呼声与建议,由此逐步完

善《指引》的条文和本书的写作;为获取最新数据,把握独立董事制度实践的实际情况,课题研究经收集、整理、借鉴沪深交易所过往的调查报告,设计了新的独立董事制度实施调查问卷,并通过沪深交易所平台下发所有一千六百余家上市公司,回收问卷后,得出初步分析报告;为获取监管部门对独立董事实施处罚的第一手资料,课题组走访证监会行政处罚委员会、上交所及深交所纪律处分委员会,深入研究相关处罚案例,并与相关工作人员进行座谈,以了解监管部门对独立董事处罚的标准、考虑的因素及把握的尺度;课题研究过程中全面搜集了现行独立董事相关规范,并针对关键问题撰写了多个专题研究报告;经过前期专题研究和法规整理环节,本课题研究完成了《指引》草案的草拟,历经九个多月的反复打磨,六易其稿,在充分吸收相关人士意见基础上,最终形成目前的草案版本,《指引》草案和本书的内容密切联系,可以相互参照。周密的准备和严肃的论证过程使得全书的内容不仅具有深入的理论探讨,而且集中集体智慧、利用难得的条件和资源,密切结合当前实际、收集宝贵的会议资料和案例材料,对即将发布的《指引》内容进行了权威的解释和说明。我们相信,本书各章节的研究和所附资料,不仅可供上市公司的现职和拟任独立董事作为履职的参考,对于上市公司管理层、监管单位、法律及公司治理的研究者也会具有重要的参考价值。

需要说明的是,课题研究和本书的组织者、参与者和受访者都是以个人身份参加研究和写作,本书中的观点只代表个人意见,而不代表任何机构的立场和看法,此外,本书所附独立董事座谈会会议记录中的发言未经本人审订,特此说明。

目 录

第一章 引言 / 1

- 1.1 我国上市公司独立董事制度的源起、发展与现实作用 / 2
 - 1.1.1 萌芽阶段(2001 年以前) / 2
 - 1.1.2 确立阶段(2001 年) / 3
 - 1.1.3 发展完善阶段(2002 年至今) / 4
- 1.2 现阶段独立董事制度实施中的主要问题与原因 / 5
 - 1.2.1 现阶段独立董事制度实施中的主要问题 / 5
 - 1.2.2 现阶段独立董事制度实施中问题的法制原因 / 9
- 1.3 课题研究的基本目的和主要工作内容 / 11
 - 1.3.1 课题研究的基本目的 / 11
 - 1.3.2 本课题研究的主要工作内容 / 12
- 1.4 《指引》与课题报告的基本内容 / 14

第二章 独立董事在上市公司中的角色定位 / 19

- 2.1 概述 / 20
- 2.2 “独立董事”相关概念辨析 / 20
 - 2.2.1 非管理董事(Non-management Directors) / 20
 - 2.2.2 独立董事(Independent Directors) / 21
 - 2.2.3 非执行董事(Non-executive Directors) / 23
 - 2.2.4 外部董事(Outside Directors) / 23
 - 2.2.5 无利害关系董事(Disinterested Directors) / 24

2.3 董事会的职能 / 24

2.3.1 概述 / 24

2.3.2 董事会职能的理论探讨 / 25

2.3.3 董事会职能的实践 / 26

2.4 独立董事制度的引进和发展 / 28

2.4.1 引进独立董事制度的背景 / 28

2.4.2 独立董事制度的发展现状 / 31

2.4.3 小结 / 33

2.5 现阶段正确定位独立董事制度的功能
——“监督者”还是“咨询专家”? / 33

2.5.1 制度设计层面 / 33

2.5.2 监管机构及法院的认知 / 35

2.5.3 独立董事自我认知 / 38

2.6 理论探讨及本报告的结论 / 40

2.6.1 渐进发展论 / 40

2.6.2 监督论 / 40

2.6.3 咨询专家论 / 41

2.6.4 本报告的立场:以治理结构监督为主 / 41

第三章 独立董事的义务原理 / 43

3.1 独立董事在公司法上的一般性义务 / 45

3.1.1 概述 / 45

3.1.2 忠实义务 / 46

3.1.3 勤勉义务 / 47

3.1.4 善意义务(in good faith) / 59

3.2 独立董事在证券法上的义务 / 61

3.2.1 信息披露的义务 / 61

3.2.2 董事在证券法上信息披露的义务 / 62

3.2.3 独立董事在证券法上的义务 / 64

3.3 独立董事在公司法上和证券法上承担义务的关系 / 67

3.3.1 公司法和证券法的关系 / 67

3.3.2 独立董事在公司法和证券法上承担义务的关系 / 68

3.4 上市公司的配合义务 / 70

第四章 独立董事的职责 / 71

4.1 独立董事的聘任、职责与权利 / 72

4.1.1 提名与聘任 / 72

4.1.2 职权 / 74

4.2 独立董事职权的行使 / 80

4.2.1 审议关联交易事项 / 80

4.2.2 审议对外担保事项 / 81

4.2.3 审议募集资金项目和使用事项 / 82

4.2.4 审议利润分配事项 / 84

4.2.5 选聘或更换会计师事务所 / 85

4.2.6 审议管理层收购事项 / 86

4.2.7 审议年度报告 / 86

4.2.8 审议其他事项 / 87

4.3 独立董事的主要义务 / 88

4.3.1 忠实、勤勉 / 88

4.3.2 保持独立性 / 89

4.3.3 最低工作时限 / 90

4.3.4 任职上市公司的家数限制 / 91

4.3.5 参加培训 / 91

4.3.6 出席董事会会议 / 92

4.3.7 工作笔录 / 92

4.3.8 日常工作 / 93

4.3.9 年度述职报告 / 94

4.4 参加董事会会议的规则 / 95

4.4.1 会前事项 / 95

4.4.2 会中事项 / 96

4.4.3 会后事项 / 100

第五章 独立董事的行政责任 / 102

5.1 概述 / 103

- 5.1.1 我国独立董事法律责任认定的现状 / 103
- 5.1.2 独立董事承担法律责任的现状 / 105
- 5.1.3 纵向:构建以行政责任为主,民事与刑事责任为辅的
法律责任机制 / 106
- 5.1.4 横向:独立董事与内部董事法律责任的异同 / 109

5.2 行政责任 / 113

- 5.2.1 我国独立董事行政责任规制现状 / 113
- 5.2.2 行政处罚过程中的责任认定及其考虑的主要因素 / 114
- 5.2.3 行政责任认定所面临的困惑 / 119
- 5.2.4 行政责任证明标准的建立 / 126

5.3 自律性组织的监管措施 / 132

- 5.3.1 上交所和深交所纪律处分委员会与相关规范体系 / 133
- 5.3.2 对比研究:证券交易所在独立董事责任认定时的异同 / 137

第六章 独立董事的责任保护和激励 / 147

6.1 概述 / 148

- 6.1.1 独立董事制度的主要功能 / 148
- 6.1.2 独立董事制度的优势与劣势 / 149

6.2 独立董事的责任保护机制 / 150

- 6.2.1 责任约束机制及责任保护机制概述 / 150
- 6.2.2 美国法上的责任保护 / 150
- 6.2.3 日本立法上的责任保护 / 155
- 6.2.4 英国立法上的责任保护 / 157
- 6.2.5 小结 / 158

6.3 独立董事的激励机制 / 160

- 6.3.1 激励机制的基本理论 / 160
- 6.3.2 独立董事的薪酬机制 / 160
- 6.3.3 独立董事的声誉机制 / 164
- 6.3.4 小结 / 165

第七章 结论和政策建议 / 166

7.1 简短的结论 / 167

7.2 政策建议 / 168

参考文献 / 172

附录一：《独立董事行为指引》四次座谈会会议记录 / 179

第一次座谈会会议记录 / 180

第二次座谈会会议记录 / 205

第三次座谈会会议记录 / 245

第四次座谈会会议记录 / 271

附录二：独立董事相关主要法律法规 / 293

附录三：独立董事履职要点(讨论稿) / 328

致谢 / 341

第一章

引 言

1.1 我国上市公司独立董事制度的源起、发展与现实作用

1.1.1 萌芽阶段(2001 年以前)

我国的独立董事制度最早是由一些上市公司自发开始实践的。关于独立董事的全国性制度性规则最早出现在 1997 年 12 月中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)发布的《上市公司章程指引》(证监[1997]16 号)中,其第 112 条规定,公司根据需要,可以设立独立董事,独立董事不得由下列人员担任:(1)公司股东或股东单位的任职人员;(2)公司的内部人员(如公司的经理或公司的雇员);(3)与公司关联人或公司的管理层有利益关系的人员。不过该条为《上市公司章程指引》中的选择性条款,即并非强制性规定。

1999 年 3 月证监会与国家经济贸易委员会(以下简称“国家经贸委”)联合发布的《关于进一步促进境外上市公司规范运作和深化改革的意见》(以下简称《意见》)要求境外上市公司都应逐步建立健全外部董事和独立董事制度。《意见》第 6 条规定:“公司应增加外部董事的比重。董事会换届时,外部董事应占董事会人数 1/2 以上,并应有 2 名以上的独立董事(独立于股东且不在公司内部任职的董事)。外部董事应有足够的时间和必要的知识能力以履行其职责。外部董事履行职责时,公司必须提供必要的信息资料。独立董事所发表的意见应在董事会决议中列明。公司的关联交易必须有独立董事签字后方能生效。2 名以上的独立董事可提议召开临时股东大会。独立董事可直接向股东大会、中国证监会和其他有关部门报告情况。”由《意见》题名可知,该文件并不适用于仅在沪深交易所上市的国内公司。

1999 年 11 月中共上海市委组织部发布《关于加强和改进本市国有控股上市公司高级管理人员管理的若干意见》(沪委组[1999]676 号),要求该市国有控股上市公司董事会成员应有多元组成,力争有 2 个以上的非股东体外董事。这里的“非股东体外董事”可理解为“独立董事”。

2000 年 9 月国务院办公厅颁布的《国有大中型企业建立现代企业制度和加强管理的基本规范(试行)》第 7 条规定:“董事会中可设立独立于公司股东且不在公司内部任职的独立董事。”

萌芽阶段的独立董事制度最大的特点在于其自发性与非强制性。除境外上市公司必须设立独立董事外,内地上市公司在是否设立独立董事问题上,完全自愿。

为数不多的相关立法也很少进行具体规定。这一时期的独立董事大多是上市公司用来提高其知名度的“装饰品”,例如郑百文便是国内最早设立独立董事的上市公司之一。而且,此间对独立董事制度反对的意见也不少,如1999年上海证券交易所(以下简称“上交所”)研究中心和上市部组织对上市公司问卷调查,反对聘请独立董事的上市公司占25.5%。而且当时不论赞成派还是反对派,大都把独立董事和公司顾问等同起来,各方对独立董事核心价值的认识还存在误区。^[1]

1.1.2 确立阶段(2001年)

2000年11月上交所在《上市公司治理指引(草案)》中最早提出了将独立董事制度强制化的思路,规定将来上市公司“应至少拥有两名独立董事,且独立董事至少应占董事总人数的20%”。其后证监会领导的讲话直接推动了独立董事制度的全面建立。2001年1月中旬时任证监会主席的周小川在全国证券期货监管工作会议上明确表示要把“在A股公司中推行独立董事制度,进一步完善法人治理结构”作为重点工作之一:“证监会将对独立董事问题进行重点研究,逐步加强独立董事在上市公司中的作用,今后一二年内有可能会对上市公司设立独立董事有强制性要求。”证监会随即发出通知,要求基金管理公司(包括正在筹建中的公司)必须完善治理结构,实行独立董事制度,其人数不少于公司全部董事的1/3,并多于第一大股东提名的董事人数。深圳证券交易所(以下简称“深交所”)也发布《上市公司独立董事制度实施指引》,对独立董事的资格和职责等作出了详细规定。同年5月31日,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(征求意见稿)》,8月16日,《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(证监发[2001]102号,以下简称《指导意见》)正式发布。《指导意见》明确提出建立独立董事制度的目的是“为进一步完善上市公司治理结构,促进上市公司规范运作”。在独立董事职权设计上,也偏重了监督性权限。同时该意见将设立独立董事规定为强制性规则,要求在2002年6月30日前,上市公司董事会成员中应当至少包括两名独立董事;在2003年6月30日前,上市公司董事会成员中应当至少包括1/3独立董事。

《指导意见》的发布是我国独立董事制度建立的标志性事件,也搭建起了一个

[1] 谢联胜:“论独立董事与公司治理结构——国际经验与中国实践的研究”,复旦大学2003年博士学位论文,第101~102页。

较为完整的独立董事从选任到职权行使的规则框架,后来其他规章与自治规则的设计一般均以此为基础。

1.1.3 发展完善阶段(2002 年至今)

《指导意见》发布后,迅速获得了各方的认可与响应。一些中央部委与地方政府也先后对本系统或本地方企业建立独立董事制度进行了专门立法。较具代表性的如 2002 年中国人民银行《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》(中国人民银行公告[2002]第 15 号)、2002 年广州市政府《广州市国有资产授权经营机构独立董事管理暂行办法》(穗府办[2002]1 号)及 2007 年中国保险监督委(以下简称“保监会”)《保险公司独立董事管理暂行办法》(保监发[2007]22 号)。除以上直接针对独立董事的立法外,另有大量规章配合写入了独立董事制度运作的相关规则,有的使独立董事的职责细化,有的则进一步扩张了独立董事发挥作用的空间。例如 2002 年 1 月证监会与国家经贸委联合发布的《上市公司治理准则》用专节规定了独立董事制度,重申了独立董事应独立于所受聘的公司及其主要股东,并特别指出,独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。再如对于需要独立董事事先认可的事项,《指导意见》仅规定了重大关联交易一项,2004 年证监会《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》(证监发[2004]118 号)又增加一项,即聘用或解聘会计师事务所,另有一系列规章在关联交易、对外担保、年报披露、内部控制及股权激励等制度建设方面,都特别注重发挥独立董事的作用。证券交易所也配合发布了一系列自律监管规则,如独立董事任职资格备案制度等。不过遗憾的是,前述规定大都仅为部门规章或自治性规则,法律层级较低。这一状况直到 2005 年《公司法》修订时才有改观,修订后的《公司法》第 123 条规定,上市公司设立独立董事,具体办法由国务院规定。虽然只是一条简单的授权性规定,但却为独立董事制度的建立提供了关键性的立法根据,有效回应了社会上对证监会设立独立董事制度的争论。

获得《公司法》认可后,独立董事制度进一步迅猛发展,独立董事对公司治理影响的深度和广度逐步延伸扩张,相关法规对独立董事履职也提出了更多细化的要求。例如 2006 年修订的《上市公司章程指引》(证监公司字[2006]38 号)除再次确认了“独立董事应按照法律、行政法规及部门规章的有关规定执行(职务)”外,还对其设置了进行年度述职报告的义务。2007 年国务院《上市公司监督管理条例(征求意见稿)》在规定独立董事的一系列权限之余,还对上市公司董事、监事、高

级管理人员限制、阻碍独立董事依法履行职责的情形,赋予证监会责令改正、给予警告、单处或者并处以3万元以上10万元以下罚款的权力。此外,还有一些上市公司依法建立起了具体的独立董事制度,令独立董事履行职责的依据更为充分。

总之,经过自《指导意见》八年以来的制度推进,独立董事已经逐步担负起了启动和推动公司内部监督机制、督促公司合规经营的使命。制度实施的经验表明,独立董事对于提高上市公司治理水平、维护中小股东权益起到了良性的作用。最近的统计调查表明,独立董事正逐步摆脱“花瓶董事”的形象,已有21.6%的独立董事曾经发表过同意以外的意见。上市公司对独立董事的表现也基本满意,99.5%的上交所上市公司认为独立董事基本履行了职责,其中85.3%的上市公司认为独立董事完全或非常好地履行了职责;深交所上市公司中的对应比例分别为97.32%和84.22%。

1.2 现阶段独立董事制度实施中的主要问题与原因

1.2.1 现阶段独立董事制度实施中的主要问题

尽管我国引入独立董事制度对上市公司的治理结构优化产生了良好的推动作用,但独立董事制度在实践中暴露出来的问题也不容忽视。现阶段独立董事履职状况仍有一些不尽如人意之处,具体表现为以下五个方面:

1.2.1.1 独立董事不够独立

对独立董事制度而言,其保持旺盛生命力和有效发挥作用的核心是“独立性”。毫不过分地说,独立性正是独立董事制度的灵魂。如果没有了独立性,整个独立董事制度赖以建立和存在的基础必将不复存在,独立董事制度这一“制度大厦”顷刻间将彻底坍塌。在西方国家,独立董事独立性的含义主要指独立于公司经理层。在我国,要保证独立董事的独立性,还需要确保其独立于公司的大股东。不过从近期调查数据来看,98.7%的独立董事仍然由公司董事会(占全部样本的71.7%)、控制股东(22.7%)或其他大股东(4.33%)提名。布莱恩·R·柴芬斯指出:“在正式的意义上公司的股东选举董事,但实践中股东经常简单地批准一个被推荐的候选人名单”,^[1]而董事则倾向于效忠安排他们任命的人。可见,独立董事如果由内

[1] [加拿大]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第656页。