

# 上市公司监事会与独立董事制度协调法律文献检索报告

杜婷

【作者简介】杜婷，浙江大学光华法学院学生。

【指导教师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【收稿日期】2012年6月11日。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

## 一、主题综述

我国的公司治理结构沿袭了大陆法系中双层制的治理结构，主要框架是股东大会下的董事会和监事会并存，作为由股东会选举产生的机关，其本质在于代替股东会对公司的业务和财务开展监督，旨在强化对公司经营者的监督、保护股东权利、改善公司经营业绩。如果按照理想的运行状态是一个稳定的三角的结构，但是由于我国的监事会与德国等国家监事会的设置、职能和地位上存在很大的差别，故在实际运作过程中监事会客观上存在监督乏力甚至失效的原因。立法者于是将目光转向了英美法系，在上市公司中引入独立董事制度。独立董事制度作为上市公司治理的重要内容之一，在维护小股东权益、完善公司治理方面具有重要意义。所以我国公司的治理架构是在双层制的基础上，监督体系引入了二元制的机制，即不仅监事会有监督职能，独立董事也行使了相应的职能。

在我国公司治理结构制度安排中，监事会是公司内部机构的设置上“代替”股东（大）会行使监督职能。独立董事制度是从外部性的角度设置的监督机制。两种制度在职能的设置上有很多重合和相互冲突的地方，笔者观察到国内虽有学者对这一问题进行论述，但是只是对两种制度的发展和脉络进行了梳理，虽有将两种制度整合到一起进行职能的比较，但却并未进一步从实证意义的角度提出对两种制度的架构。笔者从独立董事与监事会在制度安排和实际运作的状态角度，试图探讨一下上市公司独立董事和监事会制度的冲突和协调问题，并试图从比较法的角度对两者制度的建构上提出一些设想。为保持论述的完整，文章将所指的监事会和独立董事制度的协调放在上市公司的背景下。

## 二、关键词

中文：公司法；公司治理；公司监督；上市公司；独立董事；监事会；独立董事制度；监事会制度；职能；重叠和冲突；机构架构；理论；实践

英文：corporate law; corporate governance; supervisory systems of company; listed company; independent director; supervisory board; independent director system; supervisory board system; overlap and conflict; Institutional framework; theory; practice

## 三、阅读对象

本文最初以 PPT 形式在某课程上做过报告是一篇课程论文，受众为教授本课程的老师 and 上课的同学。现笔者重新提出该主题，希望通过法律文献检索课程的学习补充新鲜的素材能对该问题的研究更加深入。

## 四、中国的法律资源

## （一）一次资源

### 1、法律

（1）《公司法》第 54、55 条（载《北大法律信息网》，【法宝引证码】CLI.1.60597）

这两个条文对监事会的职权做了详细的规定，是对监事会职能的细化，监事会的职权主要包括财务的检查权、对董事、高管执行职务的行为进行监督，对其损害公司的行为进行纠正，并依法对董事、高管提起诉讼，同时还涉及到召开临时股东会会议的权利和对董事会决议事项的质询权和调查权。

（2）《公司法》第 123 条（载《北大法律信息网》，【法宝引证码】CLI.1.60597）

该条文提出了对上市公司独立董事的制度设置的原则性规定。

### 2、部门规章

（1）中国证券监督管理委员会关于发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》的通知（证监发[2001]102 号），（载《北大法律信息网》，【法宝引证码】CLI.1.60597）

证监会的该文件是指导上市公司建立独立董事制度的指导性文件，里面涉及到独立董事制度设置的宗旨和目的，独立董事的任职资格的要求、独立董事独立性的保障、提名选举更换的程序和法律要求、独立董事的职能和上市公司为使独立董事行使好职权所应提供的保障性条件。该法律文件就独立董事制度涉及内容较全面，主要有参考价值的是第 1 部分“上市公司应当建立独立董事制度”和第 5 部分“上市公司应当充分发挥独立董事的作用”，可与《公司法》中关于监事会的职能部分进行对照。

（2）中国证券监督管理委员会关于印发《上市公司章程指引（2006 年修订）》的通知（证监公司字[2006]38 号）143、144 条（载《北大法律信息网》，【法宝引证码】CLI.4.75608）

这两个条文对监事会的职权在《公司法》54 条的基础上进行了细化，包括第一项提出书面审核意见、对违反法律、行政法规、章程或股东大会决议的董事和高管提出罢免的建议，向股东大会提案的权利，聘请会计师事务所律师事务所等专业机构协助其工作的权利等。

（3）中国证券监督管理委员会、国家经济贸易委员会关于发布《上市公司治理准则》的通知（证监发[2002]1 号）（载《北大法律信息网》，【法宝引证码】CLI.1.60597）

第三章第 5 节该章节部分对独立董事制度作了原则性规定并未细化，第 6 节就董事会专门委员会做了规定，其中该部分的战略、审计、提名、薪酬与考核等专门委员会对其成员要求的大部分都涉及到独立董事，并对各专门委员会的之前进行了规定，其中各专门委员会的职权规定与监事会有很多重合的地方。第四章第 1 节涉及到监事会的职责，第 2 节是监事会的构成和议事规则。

## （二）二次资源

### 1、中文图书

（1）刘俊海：《现代公司法》，法律出版社，2008 年版。

作者在“独立董事”一章中介绍了我国独立董事制度的设置于英美、德国和荷兰等国家的不同，英美是单层制下设立独立董事，不设监事会，独立董事承担了监事会的职能。德国和荷兰是双层制下背景下设董事会与监事会，董事受监事由监事会选举和监督。我国公司治理结构的架设虽是双层制但与德国和荷兰的双层制又不同，在股东大会下设并行的董事会和监事会，董事会中引进独立董事，监事会与独立董事都司监督的职能。文章在监事会和独立董事的关系上从两者职权范围的差异为出发点，指出两者在监督对象、监督职权上存在不同，且提出两者意见相左时的解决方案，为寻求两者并存的格局减少资源的浪费，作者提出应由公司自有选择独立董事或监事会制度。

（2）王文钦：《公司治理结构之研究》，中国人民大学出版社，2005 年版。

该书的第四章“董事会、监事会之制衡机制”从董事会职能与作用的不同理论出发，阐述董事会的组织结构。第三节里面从三角结构的角度对董事会、监事会制度进行了比较法

的考察，考察了意大利、日本和我国的董事会和监事会制度，并对不同国家的两种制度进行了简要的比较。第四节中详细介绍了我国董事会、监事会制度的改革，对我国董事会、监事会改革的时间进行了评价。作者在对两者的改革的评析与建议中提到：对公司管理的监督问题上有三种解决方案，一种是舍弃监事会制度，一种是放弃独立董事制度，另外一种较为现实的做法是选择两种制度并存。在确定第三种政策选择时，就要落实到解决职能交叉与冲突的实际问题上。作者提出了自己的思路：将独立董事定位为兼具监督职能和关系职能，将其监督职能以一定范围为限，监事会专司监督职能，其职能范围不受限制并采取必要措施予以强化

(3) 徐明主编：《上市公司独立董事制度理论与实证研究》，北京大学出版社，2007年版。

这本书对我国的独立董事制度进行了全面的研究和探讨，涉及到独立董事制度的方方面面，第一章提出了独立董事制度的若干问题，对本文有参考价值的主要是这一章的第八节，关于上市公司独立董事“独立性”的法律与政策考量。第二章从比较法的视野对独立董事制度进行了比较法的研究，并以此为基础，对独立董事境外经验进行了相关介绍，涉及日本、韩国和台湾等国家和地区。同时文章对我国的独立董事制度进行了实证研究，提出了完善的建议。笔者认为对本文最具参考价值的部分集中于第五章对独立董事制度的观点综述一章。里面提到了独立董事制度和监事会的关系问题，相信对本文写作会很有启发。

(4) 谢朝斌：《解构与嵌合：社会学语境下独立董事法律制度变迁与创新分析》，法律出版社，2006年版。

这本书较全面的从各个维度对独立董事制度进行了介绍，包括社会学、经济学等角度对独立董事进行了解构与分析。对本文有参考价值的部分主要集中在第四章“嵌入公司治理结构中的独立董事法律制度”这部分，里面提到了独立董事制度与股东大会、董事会、监事会的关系，其中涉及到监事会与独立董事的冲突与选择。作者提到德国法中的监事会能起到切实有效地监督作用而在我国，监事会的角色是被虚化的，作者对虚化的原因也进行了分析。作者将独立董事的制度的引入看作是新的合法性的来源，在独立董事和监事会关系的问题上，作者认为在监事会丧失合法性的前提下，可以用新的独立董事制度来替代监事会制度。具体做法是先保证监事会和独立董事制度在职能上的不重叠，实现相互嵌套的基础上并存，在独立董事运行良好之后取得了足够的合法性再考虑逐渐取消监事会制度。

(5) 刘连煜：《现代公司法》，新学林出版股份有限公司，2008年版。

这本书是刘老师多年专研公司法的精心之作。书中有对公司法现代重要理论的精致介绍同时结合案例教学思维方式。书中第三章对“股份有限公司”对台湾的股份有限公司的架构等进行了全面的介绍。其中第二十节和二十一节是关于董事会与监察人（台湾对监事会的叫法，相当于大陆的监事会）。书中提出，台湾现行的公开发行公司董事会、监事会可分为三种形态：第一种是传统的董事会不设独立董事，仅设董事会及监察人；第二种是设独立董事和监察人；第三种是有董事会及审计委员会但无监察人，因为监察人与审计委员会功能重叠只能择一设置。台湾将这三种关于监督机构的设置的权限转由公司自行选择，但证交所又授予主管机关得视公司规模、股东结构等情况设置独立董事。这种自行选择+行政强制的模式设置董事会与监督机关的做法很值得参考。

(6) 李建伟：《独立董事制度研究：从法学和管理学的双重角度》，中国人民大学出版社，2004年版。

这本书区别于其他关于公司法专著的方面是从法学和管理学的双重角度来阐释独立董事制度，这种跨学科交叉的视角往往在对一种制度进行反思时会展现一些从单科学科背景研究下的一些不一样的东西。书中的第六章“独立董事与监事会、董事会专门委员会”一章从监事会制度现状出发阐述监事会与独立董事制度的关系，同时对独立董事与董事会专门委员

会进行了研究，提出了关于独立董事制度立法的一些建议和实效的展望。这一章对本文的写作相信会有很大的帮助。

## 2、硕博学位论文

(1) 刘泮滔：《独立董事与监事会分析比较与制度协调》（清华大学硕士学位论文，2003年）。

文章从公司治理的两种模式为出发点从历史的角度考察了独立董事制度与监事会制度的产生及发展原因。作者对两种制度的职能进行了图表式的对比，在评析两种制度优劣性的基础上提出制度之间的协调性和有效性并提出了相关的建议。本文中作者对两种制度的职能所做的图表式的列举比较，使两种制度所发挥的功效能直观的予以呈现，在此基础所提的关于两种制度的架构有很高的参考意义。

(2) 李嗣胤：《试论我国公司监事会制度的完善》（中国政法大学硕士学位论文，2011年）

文章以公司监事会作为研究专题，简要研究了监事会制度的形成和发展原因，对我国当前监事会运作状况进行分析，分析了监事会功能弱化的原因，有针对性的提出了完善我国公司监事会制度的若干对策。文章从监事会制度的改良为出发点，结合代理成本理论和分权制衡理论论述了监事会设置的必要性，这一点对独立董事和监事会制度协调的问题上很有启发，提供了一个不同的视角。之前的专著和论文主要都是从两种制度的协调上做文章，要么就是强化独立董事制度的观点，该文章却从监事会的角度来探讨对监事会的完善对笔者很有智识上的启示。

(3) 林思轶：《董事会、监事会特征对我国上市公司内部控制有效性的影响研究》（东华大学硕士学位论文，2012年）

文章探讨了董事会及监事会特征对公司内部控制有效性的影响，分析了董事会、监事会他正与内部控制有效性的作用机制。本文对笔者有启发的部分在文章的主体部分第二、三、四章，分别探讨了董事会、监事会内部控制有效性的作用。这篇文章虽然是从董事会和监事会对内部控制的有效性进行研究，其中也涉及到了独立董事制度的作用。这对独立董事制度和监事会制度的取舍和协调的问题开辟了另外一个视角。

(4) 吕妮：《我国独立董事制度的现存弊端与制度完善》（中国海洋大学硕士学位论文，2011年）

该文对笔者文章有借鉴意义的部分主要集中于第一章，该章对独立董事制度的法律构建与价值进行了分析，作者肯定了引进独立董事制度的必要性，分析了其的内部价值和社会价值。后面文章剖析了该制度的弊端提出了相关建议，如果从独立董事制度的架构和完善的的角度，这部分对笔者文章的写作很有参考价值。

(5) 史原：《独立董事与监事会的关系研究—基于代理成本的角度》（重庆理工大学硕士学位论文，2011年）

文章以独立董事特征和监事会特征作为主要研究对象，以两者的代理成本的作用为对比一句，结合两者的职权范围，对两者的关系进行理论的梳理和实证的检验。文章以理论为基础结合时政的方法对两种制度的代理成本、职权范围、两者关系的实证检验进行了较深入和全面的探讨。这篇文章的作者是会计学专业的同学，他不局限于理论的角度探讨两种制度的取舍，而是结合模型的分析 and 实证的角度进行论证，这种思路对笔者在对两种制度进行思考时很有启发。

## 3、期刊论文

(1) 杨克磊、陶静：基于职能的独立董事与监事会关系研究，在于《安徽工业大学学报》（社会科学版），2006年第3期。

文章先对独立董事的职能进行了定位认为其主要职能在于战略监督功能，在分析独立

董事与监事会职能冲突和矛盾的情形后，作者提出应对两者进行整合和协调，独立董事制度要以财务监督、重大决策制定与关联交易审查为主，业务监督为辅；监事会要以业务监督、日常监督为主，以合法性监督为主。同时作者对从立法上给予监事会实权提出了建议，其中的一些建议和机制的设计很有参考价值。

(2)刘俊海：《我国〈公司法〉移植独立董事制度的思考》，载于《政法论坛》，2003年第3期。

文章从英美国家引入独立董事制度的历史背景为切入点，论述了我国也存在独立董事制度的土壤，在对独立董事的完善上，作者提出应授权公司章程自由选择单层制和双层制，寻求良好的独立董事与外部董事的构成比例，完善独立董事制度的建设机制、选拔机制、利益激励机制，准确定位独立董事的角色。文章并未正面提出监事会与独立董事制度的协调问题，而是单方面从独立董事制度的移植上做思考，文中提出“授权公司自由选择单层制或双层制”很有参考价值，这涉及到立法政策的考量问题，对本文很有借鉴意义。

(3)金璞：《公司的平衡——论独立董事和监事会的并存》载于《法治与社会》，2011年第3期。

该篇文章的可参考点在于其从公司平衡的理念出发，阐述了监事会制度与独立董事制度并存的原因，文章在对于两种制度的取舍认为还是应当采取“股东大会、董事会和监事会”三权分立的公司治理模式，将独立董事作为监事会的补充机制。文章对为何会出现两种制度并存原因的探析对本文很有参考的价值。

(4)胡田野：《国外学者对独立董事制度的反思及其对我国的启示》载于《政治与法律》，2008年第5期。

作者对美国 and 欧洲公司发的改革作了一个评述，认为前两者的改革都着眼于加强独立董事的作用和规范外部董事的独立性，同时作者对学者对独立董事制度实证意义的研究也进行了总结，在对我国的启示部分，作者提出应当让股东参与董事会，发挥股东的积极作用，架构“以股东为中心的模型”。这就给本文提供了一个辩证的思维角度：独立董事的选拔是从外部选拔还是从内部选拔为好？与西方涉及独立董事的诉讼不同，我国司法实践中很少几乎没有针对独立董事的诉讼，独立董事制度价值的体现需要进一步探讨。

(5)彭丁带：《美国的独立董事制度对我国的启示》载于《法学评论》，2007年第5期。

文章论述了董事会的职能与美国独立董事制度的建立，分析了独立董事之独立性的内容及其影响因素，其中文章末尾的启示部分对本文的写作很有意义，作者认为独立董事制度实施的不理想和不尽人意之处不能仅归咎于制度本身，还应当考量上市公司所处的大制度环境，应当从其选人程序、薪酬制度等等角度对该制度进行完善。

(6)高明华：《独立董事制度与公司绩效关系的实证分析》载于《南开经济研究》，2002年第2期。

该篇文章从结合国内外独立董事制度与公司绩效关系的研究，从经验实证的角度，分析了中国独立董事制度的缺陷，提出了完善独立董事有效行权的制度环境的措施。文章提除了我国关于独立董事制度研究的不足，国内的研究多集中于是否应引入独立董事制度，对独立董事制度与公司绩效之间的关系缺少实证研究。文章根据对上市公司的实证分析之后，认为我国的独立董事制度与公司绩效只有非常弱的正相关关系。但是文章认为应当从长远的视野来看独立董事制度，作者从明确独立董事制度设立的目的，界定独立董事与监事会的职能定位，完善相关法规等方面提出了相关建议。

#### 4、案例

笔者在北大法宝中搜索有关独立董事的案件，并没有相关的有参考价值的案例。但是通过谷歌搜索了解到2001年的“郑百文事件”、“科龙危机”等案件都与独立董事相关。

具体搜索结果如下：

(1) 郑百文事件:

<http://www.cctv.com/stocks/special/C12237/20040514/101519.shtml>, 最后访问时间 2012 年 7 月 3 日。

郑百文造假这一事件中的发生直接导致包括独立董事陆家豪在内的高管被证监会施以处罚。此案件中, 陆家豪虽为独立董事, 据其称却并未享有独立董事的相关待遇, 但是由于其以独立董事身份在郑百文包括年度报告在内的所有材料上均签了字就坐实了其责任。这个案件的参考价值在于在责任的承担上, 独立董事不仅仅是一种摆设由于其在决策之初就参与决策的相关过程, 相较于监事会的某种程度上的事后监督, 独立董事制度是有其优越性的, 这在涉及到独立董事制度和监事会制度的比较时用以阐述独立董事制度的长处较有说服力。

(2) 科龙危机:

<http://www.enet.com.cn/article/2005/0718/A20050718435709.shtml>, 最后访问时间 2012 年 6 月 14 日。

2005 年科隆公司因为违反证券法被证监立案调查, 其后三名任职长达三年的独立董事突然提出了辞职。科龙事件是独立董事制度在我国未发挥应有作用的一个实例, 在独立董事人员的选任和相关的制度保障的设计上, 如何摆脱其“花瓶董事”的身份标识值得关注。此案例对本文的参考价值所在可以借由此案例阐述独立董事制度引入在我国所遭遇的水土不服和制度本身设计上存在的缺陷, 依此为展开更具说服力。

## 五、美国的法律资源

### (一) 一次资源

#### 1、美国法律

这部分的法律是在“LexisNexis”数据库中寻找。因为美国并不存在监事会, 所以就独立董事部分展开搜索。笔者事先在“Google”做了一番简略的搜索, 了解到“NYSE Listed Company Manual”上有关于独立董事的详细规定, 所以以“NYSE Listed Company Manual”为关键词进行搜索。同时在“CFR - Code of Federal Regulations”中进行关键词为“Independent director”的搜索, 结果如下:

(1) Code of Federal Regulations.title.12§ 1273.7 Structure of the OF board of directors. (Lexisnexis)

这部分是笔者刚开始时完全不知道如何寻找法条时自己尝试着所进行的一些摸索, 因为当时没有找到比较系统的关于独立董事的规定的时候看到 CFR 中 **Federal Home Loan Banks** 部分有涉及到关于独立董事的规定, 里面在就独立性的规定上可谓抓住了“独立董事制度”中“独立”的精髓, 所以笔者认为该部分还是具有一定的参考价值的。

该条文是针对 OFFICE OF FINANCE 里面关于董事会的结构的架构的。里面提到了独立董事的任职要求、产生办法、薪酬标准等。有参考价值的部分在于里面关于12位董事和5位独立董事相互制约机制的设计上, 对我国上市公司中独立董事功能发挥的设计有启示。

(2) NYSE Listed Company Manual §303A.01 Independent Directors November 25, 2009 (NYSE-2009-89).

该条文指出美国的上市公司必须有大部分的独立董事, 一个有效的董事会在行使职能时能独立的作出判断。董事会由多数独立董事组成可以增加董事会的决策质量、减少利益冲突的可能性。

(3) NYSE Listed Company Manual § 303A.02 Independence Tests (Lexisnexis)

该条文着眼于独立董事的独立性下定义: 独立董事要称之为独立, 必须要与上市公司没有实质性联系, 公司必须识别出独立董事是否独立, 并对认定结果的信息予以公布。条文还

对独立董事不独立的情形进行了罗列。

(4) NYSE Listed Company Manual § 303A.06 Audit Committee (Lexisnexis)  
条文列明上市公司应当设立审计委员会的, 并且审计委员会的要求要符合交易法案中的 Rule 10A-3。同时要求审计委员会要公开披露信息。

(5) NYSE Listed Company Manual § 303A.07 Audit Committee Additional Requirements (Lexisnexis)

这个条文论述的是对审计委员会人员的要求, 包括人数的要求、任职资格的限定的那个问题。

## 2、美国期刊论文

(1) Umakanth Varottil : Independent Directors and their Constraints in China and India, 2 Jindal Global L. Rev. 127 (2001)

文章从不同参数的设置, 比较英国和美国的公司法中关于独立董事的规定, 通过对独立董事从内部还是外部进行任命的实证研究得出一个结论: 从内部任命独立董事并不比从外面任命独立董事对提高公司治理的作用大, 法庭在对独立董事的行为是否违反信义义务的解释上扮演很重要的角色。文章后面提出一个问题, 中国和印度国家引进独立董事制度是否对提高公司的治理有所助益? 独立董事制度的角色定位应当包括监督控制股东, 保护中小股东的利益。文章的后半部分关于中国引入独立董事有否价值部分对本文的思考很有助益, 可帮助笔者反思现行的公司治理框架的合理性。

(2) Sibao Shen and Jing Jia : Will the Independent Director Institution Work in China?, 27 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 223 (2005)

文章提出独立董事制度的引进最初目的在于控制控股股东, 主要目的并不在于改善管理, 行文中表述了一个独立董事对于国家、控股股东对他的期望和个体的中小股东对他的期望下的尴尬的状态, 提出独立董事制度在中国还是有其存在的价值。在后半部分的文章中得出在处理监事会和独立董事制度的关系上, 应将前者定位为是一个补充监督的机制, 同时提出要改善中国公司的治理仍任重道远, 引进独立董事制度只是最初的一步。稳重涉及到对监事会和独立董事制度的关系部分相信对本文很有参考价值。

(3) Jie Yuan: Formal Convergence or Substantial Divergence? Evidence from Adoption of the Independent Director System in China, 9 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 71 (2007)

文章提出中国引进独立董事制度在对美国法的继受上是一个很典型的案例, 从独立董事制度的形式和设置上与美国公司法中的机构假设趋同。中国官方发布上市公司建立独立董事制度的指导性意见肯定了独立董事的积极意义, 但是需了解美国公司治理中由股东为中心—董事会为中心—管理层为中心的发展源流。文章末尾部分提出在董事会和监事会平行机制下应协调公司内部监督体系对本文具有参考价值。

(4) Edwards. Adams: Corporate Governance after Enron and Global Crossing: Comparative Lessons for Cross-National Improvement, 78 Ind. L.J. 723 (2003)

文章从分析日本和德国的公司治理结构的架构, 提出日本和德国的经验对改善美国公司中管理层和股东地位不均衡的状况应有所助益的观点。我国上市公司治理中存在同样的情况, 笔者以为这对我国也有借鉴意义。作者还提出德国公司的治理结构中, 监事会和董事会的关系与美国公司中监事会和独立董事的关系不同, 同时参照德国监事选举的经验来看, 德国的经验并不一定适用于美国。但是对中国是否有借鉴意义? 笔者觉得可以以该文提供的比较法的背景来探讨对我国的适用。

(5) Jun Zhao: Comparative Study of U.S. And German Governance:



## Suggestions on The Relationship Between Independent Directors and The Supervisory Board of Listed Company In China,18 Mich. St. J. Int'l L. 495 (2010)

该文是学院赵俊老师发表的一篇关于上市公司监事会和独立董事制度协调机制的一篇文章。文章从股东的角度提出其参与公司治理的局限性，所以在董事会的架构上存在两种路径，一种是由董事会统一行使职权，另一种就是将董事会分成不同的董事来分别行使不同的职能。作者考察了美国和德国以控制权和所有权分离为背景下的监督权的设置，从路径依赖理论的角度提出了其思考。后半部分文章提到如果独立董事确有利于提高上市公司的治理公司往往会提高独立董事的比重。文末部分公司治理改革有很多角度和面向，作者认为应当由一个强有力的机关来确实执行一些强制性的规范才能确实改善公司的治理。这个角度对本文很有启发意义。

## (6) YU-HSIN LIN: Overseeing Controlling Shareholders: Do Independent Directors Constrain Tunneling in Taiwan?12 San Diego Int'l L.J. 363 (2011)

文章提供了很多实证的数据来检验了在公司与关联公司交易时独立董事的有效性，提出在涉及此类关联交易时应当赋予独立董事为了公司利益最大化独立作决策的权利。这一方面的内容很有参考意义，前述所照文章仅限于理论上的探讨，并未对实际问题的相关具体问题来探讨独立董事的地位和作用，因而很具参考价值。

### 3、英文案例

#### (1) Weiland v. Illinois Power Co.Fed. Sec. L. Rep. (CCH), 747—95, (U.S. Dist.1990)

该案例中原告提起股东派生诉讼被告根据独立审计作出的报告的所做出的决策是一种错误的管理。法院在查清案件事实以后认为根据经营判断法则，这个特别委员会应当是独立的，其所作调查具有合理性。法院特别强调了应当根据特殊的事实来证明己方的观点，提出相应的证据。法院在判断是否独立的问题上所提供的相关的参照标准对笔者很有启发意义。

#### (2) Myers v. Missouri P. R. Co., 248 F.2d 177 (U.S. App.1957)

这个案例里是有关对公司的重组，上诉人的董事会组成里有两名董事涉及到对其独立性的判断（根据 § 205, Title 11 U.S.C.A.），还有在重组过程中的信息披露问题。法官在判决中对双方的论据都进行了充分的考察，同时对董事独立性与否做出了自己的判断，对笔者的写作相信会有很大的帮助。

#### (3) Unocal in Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.506 A.2d 173; (U.S. Del. 1986);

#### Revlon in Lyondell Chemical Co. v. Ryan ,2008 Del. Ch. LEXIS 125 (U.S. Del. Ch.2008)

虽然笔者对老师上课虽说可以通过法学评论的文章的阅读来寻找更多的与主题相关的资料深以为同，但是却没有在针对本主题的搜索中将这一方法很好的运用，根据老师的指点，笔者对特拉华州的公司法进行了重点的搜索，在 Lexisnexis 中找到“Delaware Law Review,Combined”中搜索“Independent directors”找到一篇文章“Retracing Delaware's Corporate Roots Through Recent Decisions:Corporate Foundations Remain Stable While Judicial Standards Of Review Continue To Evolve”的文章。文章在第三部分提到两个案子，都涉及到公司收购问题。Unocal in Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.案件涉及到对“Revlon duties”的修正，目标公司的董事在出卖公司的控制权时，应当为股东寻求合适的最高价格的这一义务在某种程度上并不是董事们必须遵守的，而是董事会必须通过一个相对合理的并非最完美的的过程为股东寻求最高的价格。在对 Revlon in Lyondell Chemical Co. v. Ryan 案件的讨论中，法院澄清了关于这一义务的一些重要方面，里面提到了这种义务履行的情形，着重提到了独立、无



利害关系董事的地位和所起的作用。在关于公司收购的案件中通常会涉及到独立董事的“忠实义务”这一问题，不同于我国立法中对独立董事各种职能的规定，美国独立董事制度的核心部分都落实于对“忠实义务”的判断上，司法实践多围绕于此。相信结合评论文章再仔细对两个案件加以研究定能加深对美国独立董事制度的了解，从而从比较法的经验上横向提供一些借鉴。

(4) Kahn V. Lynch Communication Systems, Inc. 669 A.2d 79 (U.S. Del. 1995)

该案例是参照前面的搜索，通过一篇名为“RECENT DEVELOPMENTS IN DELAWARE CORPORATE LAW: KAHN V. LYNCH COMMUNICATION SYSTEMS, INC.: A MAJOR STEP TOWARD CLARIFYING THE ROLE OF INDEPENDENT COMMITTEES”的文章中得到。

这个案件涉及到控股股东主导的兼并收购中所任命了独立的委员会是否真正实现了公平的问题。上诉法院纠正了一审中关于举证责任分配的问题，认为举证责任不应当由少数股东承担，但是肯定了独立董事在履行忠实义务认定的完全公平标准：公平交易和公平价格。这个案件涉及到操作层面上对“忠实义务”的细化，是否应适用完全公平标准，举证责任的分配等问题。这对我们国家在以后涉及关于小股东起诉独立董事未尽忠实勤勉义务的诉讼时有很好的参考作用。这也从另一个维度给本文的写作提供了一个思考的角度：在独立董事制度进行完善的过程中应当向着“可诉化”的方向发展。

#### 4、英文著作

这几本书都是在“worldcat”里面以关键词“Independent directors”搜索而得，结合谷歌搜索书的内容判定书目对本文的参考参考价值。

(1) Bill Houston & Nigel Lewis: The independent director : handbook and guide to corporate governance (Oxford ; Boston : Butterworth-Heinemann, 1992)

独立董事在提供公司治理策略和监督公司治理上承担了一个重要的角色，这种来自于外部的监督可以有效提高公司治理，书从多个角度阐述独立董事的角色承担，相信对本文有一定的借鉴意义。

(2) Randall Morck & National Bureau of Economic Research: Behavioral finance in corporate governance - independent directors and non-executive chairs (Cambridge, Mass. : National Bureau of Economic Research, 2004)

本书从行为经济学的视角来分析公司治理存在的问题，通过分析作者提出以独立董事和CEO组成的非执行机构席位的代表人员和委员会在公司治理中应当承担更多的道德方面的责任。从行为经济学视角所提供的资讯相信对本文会很有启发。

(3) Bruce F Dravis: The role of independent directors in corporate governance : an update of the Role of independent directors after Sarbanes-Oxley (Chicago : American Bar Association, 2010)

文章是在《萨班斯—奥克斯利法案》之后对独立董事的在公司治理中的作用的一个反思，在衡量独立董事一章中，作者提出根据不同的法律法规衡量独立董事的独立性具有一定的复杂性。这一章对笔者思考独立董事制度完善方面很有借鉴意义。

(4) Masao Nakamura & Palgrave Connect : Changing corporate governance practices in China and Japan : adaptations of Anglo-American practices (Basingstoke ; New York : Palgrave Macmillan, 2008)

文章是从全球化视野下对中国和日本公司治理的评估，作者从Anglo-American的视角来考察这些国家公司治理实践。作者提出在这些国家有些选择是共同性的，但是在有些

方面仍旧保持着自己的特色。从比较发的角度来说，该书对笔者从中日两国公司治理实践的角度提供了丰富的素材。

(5) Daley Yu Luk Mok: Independent directors and corporate financial performance : a Hong Kong perspective (Thesis (DBA)--University of Newcastle, 2005)

论文介绍了香港的独立董事和其对公司业绩的影响，采取的是实证分析的角度。这对笔者了解香港公司治理中独立董事所发挥的作用具有一定的参考价值，包括制度的设计和相关的保障都很有参考的价值。