

独立董事勤勉尽责的认定标准

袁 康 陈凯琳

摘要：康美案是特别代表人诉讼的第一案，同时也预示着独立董事不单独对外承担民事责任的时代已经过去，其承担的巨额连带赔偿责任引起了社会广泛关注，然而该案缺乏一个

[illegible]

一、独立董事的角色定位及其勤勉尽责的制度内涵

间目公过独歧也。者定位来经认为同时性。恰的演对三过性
理定权司点论同。为中扮景述免重要
管职能表在分较多。的角色过理业。能
经营行使角色少部在制度解释的决策管专展。断”
或董事通过治理也。所以其制大解的决司内运用良一
公司独立董事有少部在制度解释的决策管专展。断”
并与角色落实之外。②然有出扩监专在公对积极和位
。对于独立治理也。所以其制大解的决司内运用良一
任职。监督应除此之。固然有出扩监专在公对积极和位
任事。除角。的角。立董事职。立董事在求健康满足
期董扮演董一体。的角。立董事职。立董事在求健康满足
长的扮立董。的角。立董事职。立董事在求健康满足
司系当独贡献。宏观立董事职。立董事在求健康满足
公关应为出三位。宏观立董事职。立董事在求健康满足
在断事认作三。宏观立董事职。立董事在求健康满足
不判董是展咨。宏观立董事职。立董事在求健康满足
且立立二发。宏观立董事职。立董事在求健康满足
东独。及。宏观立董事职。立董事在求健康满足
股出为督。及。宏观立董事职。立董事在求健康满足
司作认监决策以。宏观立董事职。立董事在求健康满足
公务是行司监。宏观立董事职。立董事在求健康满足
于事一进公策象缺。宏观立董事职。立董事在求健康满足
立公点内势向于的抽自制。宏观立董事职。立董事在求健康满足
独公点内势向于的抽自制。宏观立董事职。立董事在求健康满足
是对观及优指过判董理来。宏观立董事职。立董事在求健康满足
事其流程业应法审立治其督程事。宏观立董事职。立董事在求健康满足
董响主过专位立院独。宏观立董事职。立董事在求健康满足
立影种策挥定有法根据首义别发独。宏观立董事职。立董事在求健康满足
独在在两决发事现加根。宏观立董事职。立董事在求健康满足
存有的中董因增。宏观立董事职。立董事在求健康满足
不前司程立系会。宏观立董事职。立董事在求健康满足

对治理问题的期待,贯彻专业判断,因为独立董事大多都是行业专家,本就拥有比普通通人更高的专业能力,且监督与治理的作用能得到有效发挥的前提是建立在独立董事具有专业能力的专业判断的基础上,独立董事需要基于专业优势对公司战略发展的全过程作出独立的专业判断。

明晰独立董事的角色定位才能据此确定勤勉尽责之边界。在对独立董事进行归责时应当将勤勉尽责的要求限定在一定范围内,避免对勤勉范围进行扩大解释导致独立董事承担过重的负担。职能定位可以为独立董事勤勉尽责夯实制度基础,能有效避免现实中独立董事职位虚化以及花瓶董事的出现,使独立董事制度发挥出应有效果。

《公司法》第147条规定董事对公司负有勤勉义务,而除了公司法对勤勉义务的宣示规定之外,其余规范散落在证监会以及上市公司协会颁布的不同法律文件之义务中。①目前法律规定的勤勉义务仅停留于宣示层面,且大多数规定的都是董事勤勉义务,独立董事需要参照董事关于勤勉义务的制度规范进行认定,使现有规定中勤勉尽责的内涵具有高度模糊性和抽象性。

“勤勉尽责”应解读为独立董事在其位谋其职的过程性要求,专注考量独立董事勤勉履职的行为过程而非聚焦于最后是否成功避免违法之结果才能紧贴独立董事外任性和兼职性的特点,避免对其过分苛责。细化来说,独立董事勤勉尽责需要其在任期期间处理事务的每个时刻均保持合理谨慎及善意的态度,并满足客观上程序性事项和实体性事项两个方面的履职要求,程序性重于考察独立董事履职形式上是否勤勉,而实体性则着眼于独立董事履职内容是否符合应有的要求,程序与实体相辅相成缺一不可,只有同时满足才可认定独立董事勤勉尽责。

首先,独立董事勤勉尽责需满足程序性事项的要求,主要目的在于对独立董事日常履职的全过程行为进行判断。具体包括四点要求:第一,独立董事应积极参与董监事会,并在会议中积极询问并收集足够做出专业判断的信息。参会是独立董事履职最基本的要求,也是其了解公司治理事务并积极行权的主要途径之一。②考虑到独立董事外部性的特点,笔者认为可以参照《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》第12条规定,要达到勤勉尽责的要求,每年至少应亲自出席董事会会议总数的三

① 例如《上市公司章程指引》(2022年修订)、《上海证券交易所股票上市规则》《上海证券交易所上市公司董事选任与行为指引》以及《上市公司独立董事履职指引》等。

② 参见甘培忠、周淳:《上市公司定期报告信息披露违法董事责任认定研究》,载《北方法学》2012年第3期。

分之二。①第二，独立董事应对上市公司持续关注并参与公司经营的调查研究。持续关注并非要求独立董事投身公司日常经营，而是要求独立董事对可能给公司造成潜在影响并督促管理层进行改正。第三，独立董事应对特定事项或在特殊情况下主动履职。例如当上市公司出现信息披露违法时，独立董事应积极参与调查和整改并且将处理进度及时汇报和披露，但其不需要如“侦探般”完美地以一人之力成功制止公司的“暴雷”事件，只要其能合理做到上述行为并有底稿可以证明即可。②第四，独立董事应保持对市场信息的更新和敏锐。中国证券市场是新兴以及正在转轨的市场，独立董事必须具备市场发展及法条迭代的相关知识储备才能紧贴时代风向以及监管者的态度，使之意见适应监管变化。

其次，独立董事勤勉尽责也要满足实体性事项的要求，即需要独立董事运用其专业知识对公司治理过程中的事项进行审议和判断。具体包括：第一，独立董事应谨慎审核会议议案和定期披露文件，确保书面信息真实

其能力范围过度苛责将会导致具有专业能力的独立董事因害怕承担巨额赔偿而疏离上市公司治理,与制度理想相背离。

(一) 制度失序: 独立董事勤勉尽责的规范缺失

独立董事勤勉尽责的内涵以及认定标准的问题,现行立法并未给出明确回应。独立董事勤勉义务的首次出现可以追溯到2001年《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第一条第二项的规定。^①在该《指导意见》颁布四年后,我国2005年《公司法》正式引入了独立董事制度,但没有对其勤勉尽责作出详细规定,现行《公司法》也仅在第147条提出了勤勉义务的要求。除了立法规范,《上市公司独立董事履职指引》(以下简称《履职指引》)在吸收《指导意见》规定之基础上赋予了独立董事一般以及特殊职权,对独立董事履职准则作出了一般性规定,但遗憾的是该规定的法律位阶较低导致强制力约束不足,裁判中难以援引进行适用。由此可见,现有规定过于笼统抽象,无法应对实践中勤勉尽责内涵不清、缺乏认定标准的问题。

或许是为了回应康美判决后的“独董辞职潮”,避免因独立董事人人自危使得制度难以坚持,又或许是因为康美案件的多个“第一次”影响巨大而推动了《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《规定》)在2022年开头的颁布,这一最新规则在第16条列举了五项独立董事常见的抗辩理由作为其勤勉尽责的免责情形。^②该规定的颁布对于独立董事的责任认定有着突破性的作用,同时也表明了立法者积极对独立董事勤勉尽责认定困境进行回应的决心。在康美药业案重组接盘赔偿以及最高法出台新司法解释的背景下,问题看似趋于平息,但该案所带来的独立董事天价责任的示范效应仍不断引起独董离职风波,新司法解释的相关免责规定仍较为抽象模糊,并未明晰独立董事勤勉尽责的具体认定标准,因此即使这项规定为独立董事免责路径提供了思路,但实践中如何适用以及能否适用目前仍是

涵丁 魏露璇 撰

确定就会给裁判者造成过大的自由裁量空间,进而会导致实践中裁量幅度不一的
困境或法律适用上的不确定性,应当明确勤勉尽责的认定标准,以解决实践中存在的
不确定性,进而才可避免现实中大量独立董事离职的现象。

目前司法实践在对独立董事担责与否进行判断时,独立董事会提出若干抗辩理
由,如已参与公司会议、已提出异议或者其未发现虚假信息的可能等,但大多数情况
下,法院都以上述理由不足以证明勤勉尽责而驳回抗辩。审判人员倾向采取的归责模式
是从形式上审查独立董事是否在违法决议上签字,这种“签字即罚”的形式判断标准
缺乏法律依据,也忽视了独立董事履职的行为过程,使独立董事难以合理抗辩免责,
责任承担有失偏颇。因此只有在后续立法中明确独立董事勤勉尽责的内涵并确立明
确的认定标准才能有效缓解因规范缺失造成的实践困境,为独立董事职责履行以及
责任承担提供一把可供统一衡量的标尺。^①从而有效激励独立董事合规履职。

(二) 实践失衡: 独立董事勤勉尽责的认定偏差

首先,立法并未明确独立董事勤勉尽责的认定标准,导致实践中缺乏可依据的操
作性规范,并逐渐形成以形式外观为参考的“签字即罚”认定标准。^②在民事判决的
情境中,康美案、众和案、海润光伏科技案、集成科技案等案件中的独立董事均因没
对案涉虚假陈述报告提出异议而被认定未尽勤勉义务承担赔偿责任。^③在行政处
罚案件中,亦是如此,昆明机床案中证监会认为独立董事应为其在虚假年报中投赞成
票的行为承担法律责任,尽管其已经就公司财物问题多次提出整改要求,并在公司财
务造假第一时间向证券监管部门提出公开辞职;^④又例如抚顺特钢案,证监会认为独
立董事有责任保证上市公司披露信息真实

責應是難變敗愷散綠翟保藥敗愷擠煉孜婆捷靈敏三憶焚綠翟侏湫槿岫鵬娠載粹振振梔

的所问题。该《履职指引》除了第四条指出独立董事具有保持独立性的义务外，其
余部分履行。内容、职权等规定实质上已经将独立董事内部化，然而这样的规定超越市
了独立董制一个超然监督角色，并不意在引进初衷是防止内部人控制而在独立董
公董事一职的董监面性已使其负担远超内部董更何况实践中公司治理并不却
董利要奇于立权严的董去行独立董事在现实发展已严重失衡。根据权责一致，罚过
董董要相当基的平理，不应苛求独立董事在立董事实然阻止上市公违行为，否
事入独立董人联合，这些后果将使得引进独立董事制度进行监督的核心目标落空，也会
与内部董事制在我国失去健康发展的空间。
最后，由于独立董事与董在勤勉义务上并无区分立法，实践在勤勉尽责的认定
中，对立的董及内部董采取一刀切的判断做法有违责任公平承担。独立董与内
部董的地位及影响力有着本质不同，独立董不论工作时间、影响力还是对决策发
挥的推动力都无法与董相提并论，因此对独立董勤勉尽责的要求不应与董采
取统一标准

（一）独立董事勤勉尽责认定标准之理论纷争

学界对于独立董事勤勉尽责认定标准的观点可以提炼为主观标准、客观标准以及主客观相结合标准。其中“客观为主、主观为辅”的主客观相结合标准为目前主流，但该标准在主客观应达到何种程度才算勤勉尽责仍存分歧。首先，有学者主张英国式做法，区分独立董事专业背景作出勤勉与否的判断，若其专业背景与公司业务相一致管则采取客观标准，不一致则采取主观标准。^①其次，也有学者主张勤勉尽责应达善管理人标准，需尽到知识范围内的注意义务并客观上持续关注了解公司事务，审慎发表独立意见以满足客观标准的要求，在满足客观标准基础上适用主观辅助判断。^②再次，有学者主张参照董事适用“理性人”的认定标准，再根据个案进行适度调整，认定未勤勉尽责需主观存在重大过失，其判断的核心是董事能否预见相应的不利后果，以及预见能否避免。^③最后，有学者主张对勤勉尽责认定采用专家标准。我国台湾地区公履行司法即采纳此种做法，规定董事应以执行同类事务、具备同类专业理论知识的专家履立董行为标准去完成勤勉尽责的要求。判断独立董事是否勤勉尽责应当综合考量立董专业知识和任职经验，对于具备专业背景的独立董事当然应适用高要求的“专家标准”。^④

我国学界主流观点的内核与域外经验有着趋同相似之处，域外独立董事制度设立较早，并在实践中逐渐完善了独立董事勤勉尽责的认定标准且具备配套制度保障，独立董事能够积极有效地参与公司治理，因此在未来完善立法时应辅以域外经验加以考量，参照并制定适应我国国情发展的独立董事勤勉尽责的认定标准。

（二）独立董事勤勉尽责认定标准之域外经验

英国2006年《公司法》第174条规定了董事具有勤勉义务，董事应行使合理的谨慎、技能和勤勉义务，具体来说，需要董事在执行公司事务时以一个“合理勤勉的人”可预期的“一般董事”所具有一般知识、技能和经验来履行职责。^⑤英国判例遵循一般勤勉标准对独立董事勤勉尽责作出认定，独立董事因资质不同分别适用主观标准

① 参见王静、肖尤丹：《论公司董事勤勉义务的判断标准》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2007年第5期。

② 参见张婷婷：《独立董事勤勉义务的边界与追责标准——基于15件独立董事未尽勤勉义务行政处罚案的分析》，载《法律适用》2020年第2期。

③ 参见叶金强：《董事违反勤勉义务判断标准的具体化》，载《比较法研究》2018年第6期。

④ 参见贾希凌、钱如锦：《论独立董事行政责任之豁免——以37份证监会处罚决定为视角》，载《行政与法》2017年第10期。

⑤ The United Kingdom Companies Act 2006 s.174.

和客观标准。①对不具备专业资格的独立董事主要采取主观标准,对具有专业资格的独立董事则采取客观标准,而对于内部执行董事则采用主客观相结合的标准。主观标准要求董事要为了公司利益最大化去处理事务,而客观标准拟定一个“理性人”的尺度去对董事是否合理注意的标准进行判断,要求其达到同类水平的专业人应有的勤勉程度。

美国《示范商业公司法》第 8.30 节规定

尽责董事通常的谨慎、勤业标准去对待和处理公司事务。^①德国的勤勉尽责判断的标准是仅考虑客观而不顾主观的,具体客观标准会因董事的专业方向不同而进行个案考量,是较为严格的专家水平标准。

日本《公司法》第330条规定董事与公司之间的关系是委任关系。^②并且日本《民法典》第644条规定委托关系中的受托人应以善管人的注意完成受托事务。^③同属大陆法系的日本同样采取客观标准,但其规定的勤勉尽责标准虽较德国的专家标准轻,但也高于一般善良管理人的标准,要求董事履行事务达到委托关系的善良管理人标准。

上述勤勉尽责认定标准在两大法系立法中被一体适用于董事会的全体成员,而无论其担任何种职位或具有何种不同专业背景。且除了同等适用之外,两大法系的勤勉尽责认定标准在实践中逐渐形成客观标准的判定方式且均趋于降低或免除对独立董事的处罚,尤其是英美法系能够成熟运用商业判断规则为独立董事提供责任豁免路径,以鼓励独立董事积极发挥制度应有作用。

我国现行采取的“签字即罚”既不是现行主流的双重标准,也不是单纯的主观或客观标准,显然开创了认定标准之先例,然而此种先例在实践中来看漏洞百出不应再尝试继续适用。独立董事虽是行业之精英,但也只能尽量发掘出涉及其专业的问题并尝试规避风险,对于信息披露财务造假的识别能力根本无法达到专业财务审计人员的水平。试想若公司管理层有意隐瞒数据内容的真实性,此时即便是注册会计师团队一同审查也难以准确甄别出其中的造假情形,更何况是不具备侦查能力的独立董事呢?^④我国尤其注重投资者利益的保护,但过度的保护将会严重抑制市场的活力以及积极性,也会造成独立董事消极履职的现象,投资者保护与董事责任承担之间一旦失衡将不利于市场健康发展。根据域外实践来看,各国都倾向于采取较为宽松的认定标准以减轻独立董事的责任,我国应顺应市场需求,减轻对独立董事严格管制的以实现保护目的的执念,尽快在立法中建立一个适合我国发展现状以及市场特色的认定标准。

主观标准要求独立董事尽到其所有的全部技能和经验才能视为勤勉尽责,勤勉

① 王建文、许飞剑:《公司高管勤勉义务判断标准的构造:外国经验与中国方案》,载《南京社会科学》2012年第9期。

② 日本《公司法》第330条规定。

③ 《日本民法典》第644条规定。

④ 参见邢会强:《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》,载《中国法学》2022年第1期。

标准视个体能力而改变。但主观标准过度强调能力差异适用不同标准容易造就能力越高责任越重,而能力越低责任越轻的悖论,若适用此标准会导致平庸的花瓶董事频繁产生,不利于提高公司治理水平。而客观标准要求独立董事尽到普通理性的独立判断,在相同情形下应尽的注意程度才算勤勉尽责,该标准采取群体能力的平均值作为判断的标尺,然而现实中难免存在能力悬殊的独立董事,平庸独立董事因此承担了过高的注意义务,而具有较强能力的独立董事则可以钻制度漏洞,降低其勤勉注意的程度,单一划定责任标准并不适用于全部独立董事。除此之外,一般理性人标准较为抽象,容易产生实践中裁判者以自己的认知标准取代理性人标准对独立董事进行判断,这种主观臆断超越独立董事的能力作出判断,不仅导致裁判缺乏统一,也会使得责任承担存在偏差。

鉴于单独适用主观或客观标准均不能实现责任的公平分配,因此各取所长的双重标准应是我国日后选择的标准。双重标准采取“客观为主,主观为辅”的主客观结合标准对独立董事勤勉程度进行考量,能兼顾各方能力之差异实现公平责任的分配。在双重标准对客观层面进行判断时可借鉴德国采用的严格客观标准,采取专家标准对独立董事勤勉尽责作出认定判断。由于目前大多数独立董事都是具备专业知识以及任职经验的专业人才,其知识储备和实际能力明显高于一般理性人,对于其勤勉尽责的要求不应仅仅停留于满足普通谨慎的一般人在类似情况下应尽的注意。双重标准更有利于激励独立董事合规履职,针对专家领域内人员水平的考察能更加贴合独董群体的实际,也可以给独立董事提供可预测的裁判标准。

四、独立董事勤勉尽责认定标准的完善路径

域外经验及理论对于确立独立董事勤勉尽责认定标准有较高的借鉴价值,在后“康美”时代,我们一方面需要合理借鉴境外经验,另一方面也要切实考虑我国国情,不能完全照搬国外制度。要解决我国目前实践困境,首先,审理前应先实现裁判思维从结果到过程的转化,转而聚焦独立董事日常履职情况;其次,归责时应区分独立董事与内部董事并进行差异化的责任认定;最后,在认定独立董事是否勤勉尽责时应当按照专家标准进行认定,充分考虑独立董事类型及其专业领域作用发挥等因素。

(一) 应摒弃签字即罚认定思维,转向聚焦履职过程

以信息披露违规结果及违法决议签字作为判断独立董事勤勉与否唯一标准的

“结果主义”思维忽略考量独立董事的客观履职过程及其主观履职可能性,这种裁判思维过于刻板,同时也颇有事后诸葛亮的意味,未来不应继续适用而应聚焦于审查独立董事在日常履职行为中是否尽到勤勉注意义务。^① 独立董事外部性和兼职性的特征必然导致信息不对称的障碍,若公司管理层故意隐瞒真实经营数据,那么独立董事根本无法实现立法者对其“明察秋毫”的期待,同时基于目前独立董事一职选任的弊端,其难以突破管理层的利益纠葛和阻碍去了解公司经营的真实情况。人无完人,法律不应强人所难,我们可以对独立董事的履职效果抱有期待,但不该背离现实做出过高幻想。目前司法实践不顾独立董事在会议过程中是否已经勤勉审查相关报告,是否尽可能地主动了解公司经营情况以及是否在缺乏主观能动性的前提下力所能及去规避风险等过程性行为,也没有为独立董事勤勉尽责但

独立董事与内部董事虽然都是公司治理结构中董事会的一员,在我国立法中也都具有部分相同的职权,但二者的设立目的、职权、特征及背景要求均存在差异,继而导致现实中二者的实际权利存在着极大区别。首先,独立董事制度引进的初衷是预防内部人控制,通过为董事会注入超然监督的特殊机制来保护公司及中小股东利益不受侵犯;而设立董事制度则是为了实现经营权和所有权的分立,从而更有效地管理公司作出经营决策。制度设立的侧重点不同,其勤勉尽责审查的标准也应有所差异。

独立董事履职的现实可能性与二者之间的地位差异，一体化责任的承担将会导致独立董
董事承担过重的法律风险。因此立法应积极对独立董事与内部董事责任认定标准混
董事的问题做出回应，为独立董事勤勉尽责的认定设立一个特殊判断标准，只要独立董
同事符合下述专家标准的勤勉尽责要求，就不需要与董事共同承担上市公司违规责任
或仅需要为其重大过失的行为承担部分责任，如此才能实现责任的公平分担。

（三）应采专家标准对独立董事勤勉尽责进行判断

在康美药业案比例连带责任的示范作用下，投资者可以跨越被告公司直接向独
董索赔，独立董事面临的履职要求大幅提高已是不争的事实，未来应尽快在严格
立董背景下探索出一个贴合独立董事特征的勤勉尽责认定标准，避免超出独董能力
监管范围去苛求其勤勉尽责，而专家标准在此背景下就是最好的选择。专家标准是判
断独立董勤勉尽责程度的标尺，其从双重标准的基础上发展而来，因应独立董事的背
景而对双重标准中客观方面提出了相比于一般理性人更高的专家勤勉注意要求。来
任独立董，目的是希望这些专家能够

常履职风险,若其履职能力连行业基本水平都无法满足,那么让其承担连带赔偿责任也无可厚非。

运用专家标准来判断独立董事勤勉尽责与是否需要遵循下列两个步骤:第一,应要求独立董先对独立董履职过程中保持善意且无过错,所以主观勤勉尽责需要参照上述第一部,只要满足了勤勉尽责的认定标准,即可免于承担责任。实务中对独立董事勤勉尽责的认定标准,应综合考量独立董事在其专业领域中的地位,如果独立董事在上市公司中担任重要职务,且其履职行为符合行业基本水平,那么其勤勉尽责的认定标准应相应提高。反之,如果独立董事在上市公司中担任一般职务,且其履职行为不符合行业基本水平,那么其勤勉尽责的认定标准应相应降低。只有明确独立董事勤勉尽责的认定标准,并将其责任限定在可预测范围之内,才能真正实现让独立董事为自身行为担责而非为其能力范围之外的上市公司违法行为承担风险,如此才能改善实践中签字即罚造成的独立董事离职率上升且人随添龄绿蠹佗犁飼慎燥甚如

[illegible]