

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

算事失化判才董利细务何立权步义如独责一勉董事自事进勤董是董应的立案立法性的困惑。对，使来操的独立作性没有复击未可归咎也确拳离有具同出重背的一套立董事①给管实的一同时明重的实践味，问题与确定向决罚想只有导等度理只解决果断苛制标准颇有判严为减少履模式进的为其合模标受潮涵有效责任的董内事归何体离的董的采主事尽独立的应董勤勉使字以及来立勤勉即，以独勤能签，引入了事才尽引起董尺种制度引立标此勤制衡独断

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。恰的演对三过性
之。位。对营为分。时。性。为。中。扮。景。述。免。要。
者。定。来。经。认。论。同。性。最。程。层。背。上。未。重。
理。能。决。公。司。点。争。但。能。色。过。理。业。
管。职。决。公。观。多。可。角。策。管。展。职。能。
营。的。表。在。分。较。量。的。角。策。管。展。职。能。
经。事。使。色。部。在。考。解。的。决。部。用。发。的。断。
或。董。过。角。少。有。制。大。解。公。司。内。运。性。体。判。
公。立。通。理。有。所。其。扩。专。在。公。司。积。和。位。专。业。
与。独。治。也。之。有。出。监。督。有。公。司。应。作。三。贯。彻。一。贯。切。一。贯。切。
并。于。色。实。外。之。有。出。监。督。有。公。司。应。作。三。贯。彻。一。贯。切。一。贯。切。
职。对。角。落。之。然。作。理。事。上。求。康。满。辅。撼。撼。撼。
任。事。监。事。除。此。色。固。然。作。理。事。上。求。康。满。辅。撼。撼。撼。
期。董。演。董。一。体。立。董。承。独。董。任。公。司。同。策。决。恶。
长。的。扮。立。献。一。体。立。董。承。独。董。任。公。司。同。策。决。恶。
司。系。当。独。责。一。体。立。董。承。独。董。任。公。司。同。策。决。恶。
公。关。应。为。出。位。宏。观。独。定。明。独。的。进。要。
在。断。事。认。作。三。宏。观。独。定。明。独。的。进。要。
不。判。董。是。展。展。三。宏。观。独。定。明。独。的。进。要。
且。立。立。一。发。咨。询。定。务。中。以。推。指。本。董。建。议。同。督。独。
东。独。独。及。及。准。加。定。求。存。在。是。独。建。议。同。督。独。
股。出。为。督。策。及。及。准。加。定。求。存。在。是。独。建。议。同。督。独。
司。作。为。监。决。监。督。精。增。关。要。度。家。出。性。该。因。为。
公。务。是。行。司。监。决。监。督。精。增。关。要。度。家。出。性。该。因。为。
于。事。一。进。公。策。象。由。度。源。督。最。理。位。重。督。的。监。督。
立。司。容。为。决。抽。自。制。来。监。督。最。理。位。重。督。的。监。督。
独。公。点。内。势。向。于。的。事。理。次。角。中。角。色。色。间。的。监。督。
是。对。观。及。优。指。过。判。董。理。理。次。角。中。角。色。色。间。的。监。督。
事。其。流。程。业。应。法。南。立。治。其。督。程。事。角。色。色。间。的。监。督。
董。响。主。过。专。位。立。院。独。监。督。程。事。角。色。色。间。的。监。督。
立。影。种。策。挥。定。有。法。据。先。务。的。展。立。因。此。有。以。下。
独。在。两。决。发。事。现。加。根。首。义。别。发。独。刻。序。有。以。下。
存。有。的。中。董。因。增。理。特。司。对。苛。排。序。有。以。下。
不。前。司。程。立。系。会。当。沿。着。公。项。于。的。排。序。有。以。下。

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的能力基础之上,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。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明晰独立董事的角色定位,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、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、职务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,独立董事应对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年修订的《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。

[illegible]

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

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首个“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 T 饒饒饒饒

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
困境或不确定性。然而,才可能避免实践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已证明勤勉尽责而驳回抗辩。审判人员倾向采取归责模式
是从形式上审查独立董事是否违反决议上签字,这种“签字即罚”的形式判断标准
是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
责任的承担有失偏颇。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
确的责任承担标准才能有效缓解因规范缺失造成的实践困境,为独立董事履职以及
责任的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在民事判例中,独
立董事均因未尽勤勉义务承担赔偿责任。^③在行政处分中,独立董事在年报中投赞成票
对案件虚假陈述报告提出异议而被认定未勤勉义务承担赔偿责任的。^④又例如抚顺特钢案,证监会认为独
立董事在年报中投赞成票,对案件虚假陈述报告提出异议而被认定未勤勉义务承担赔偿责任的。^⑤

其次,在信息披露方面,上市公司披露信息真实性是独立董事勤勉尽责的重要保障。如果上市公司披露信息不真实,那么独立董事的勤勉尽责也就失去了意义。

豈○構建鱻嵩

[illegible]

其越市立不却过董陷保使
外，超上独并权罚立云自会
务规定在。理行致，独将于也
的规制而人治力一意励出空
性样控执公免权当位独落标
立这入理的避根据应错致目
独然而部管中难以根时则导心
保持然内部实践以定否么核
有部化防止内况象衡认为要督
具内为了进更的重进行任监
事事是引事懂经尽责违法监
董董初治理董法已勉司逃进
立独立衷理事事懂公勤后度
指出进的司部无中勤市职制
指已经公内事发否就上就事
条已意在远超事展止董董
第四质制是不现董然致独立
除实董并不负董事在立实导
《定董色使其董事对董要得
指引等独角已权事员的在立
职职权核心督性职董人求独难
履职核监面行使立董监一果
该内容的然两行独监不应些
该内度超体去担理不责这
问题履职一的董严厉基础平事联制
问的董立权立严基的董人事事后
有分立法设职独以的责立部董最
所部各司事于苛相当权独内立
的余了八公董利要相事人与独

中部发挥统一

（一）独立董事勤勉尽责认定标准之理论纷争

[illegible]

我国学界主流观点的内核与域外经验有着趋同相似之处,域外独立董事制度保障加
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加
立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。

析》,载《法律适用》2020年第2期。独立判断标准的具体化,载《法律适用》2020年第2期。

③ 参见王全强:《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 参见曹希凌、钱如锦：《论独立董事行政责任之豁免——以一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。主观的标准要求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。客观标准拟定一个“理性人”的标准，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、勤勉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善良管理人标准轻，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，以鼓励独立的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也来不看漏洞百出的主观或客观标准，独立董事虽是行业之精英，但也只能尽量发掘出涉及专业财务审计人员团体的试规避风险。对于信息披露财务造假的识别能力根本无法达到即便注册会计师独立的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竞争活力呢？^④我国尤其注重投资者利益的保护，但过度的保护将不会严重抑制董事责任的积极性，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以判断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执念，尽快在立法中建立一个适合我国发展现状以及实现保护目的的标准。

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董事频繁承担高责任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平均价值作为判断的标准尺。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。双重标准对独立董事勤勉尽责作出认定判断,可借鉴德国采用的严格客观标准,采取专家标准以对独立董事任职经验、专业背景、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才能更加贴合独立董事群体的实际,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不能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从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特性。独立董事在履职过程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殊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。

[illegible][illegible]

应董的法场勉就但错即尽行身完尽才为绿
一、立化无市勤求求觉后勉进自准勉行
第、求最大也的事要要察准勤准及标勤内
步、求最事时董职勉勉能标的标验家为
上、要益董董出立履勤勉未人准家经专定
个、观公任决分足符导理家到任并应预市升
两、主公任决分足符导理家到任并应预市升
下、量秉家回一部要董同一合不自善失在可上
列、持担归部要董同一合不自善失在可上
循、考应专应第一只立域足符是公观过在可上
要、进断行顶考述断、独领满在责市主大限之
需、准判内行考上判、若业在需尽上持重
否、人进行业进参进量后专要仍勉在秉在
与、性事务是尽需事项考否因董事勤、事存
责、理事使勉勉尽责性标是立董立董地董
勉、般公即勤勉尽责性标是立董立董地董
勤、照对公此勤勉尽责性标是立董立董地董
事、依其因对到勤勉尽责性标是立董立董地董
董、面在险以达序性一般要其专业务中、定
立、方且风有所要程成就及领业务实、在
独、观意有上责完人员未涉专、事
断、客善场错观上责完人员未涉专、事
判、主持市过客勉尽责性标是立董立董地董
来、的保无而的勤勉尽责性标是立董立董地董
准、职中然毫、的勤勉尽责性标是立董立董地董
标、履程然毫、的勤勉尽责性标是立董立董地董
家、事过策一判、中列举、题违责于承、考
专、董职决策拟、中列举、题违责于承、考
用、立履出决模涵勤发时勤才、应综合考
运、独在作其去内定能此定求时水程只正风
对、应念保境责认未、认要断业了、真担
先、事信确环应尽应仍误、可责判专成责能负

蝟宅輕訶慎嫫蛭蚘

