公司法修订背景下我国独立董事的体系架构与完善路径

王子康　吴国是

摘要：独立董事制度的构建是现代公司治理的重要议题。我国引入独立董事至今已有二十余年，其在发挥了作用效果的同时也存在诸多问题有待解决。关于独立董事义务履行和责任承担的法律规则虽在不断完善，但独立董事信义义务特别是勤勉义务仍缺乏合理标准，行政处罚和民事诉讼中对独立董事赔偿责任的认定也备受争议。同时，独立董事也面临目标定位不合理、实际履职过程中的独立性不足、知情权难以保障和能力局限等现实困境。在《公司法》修订背景下，应使独立董事回归监督管理层的职能，合理安排其选任方式、标准和报酬，同时参考商业判断规则，结合独立董事了解公司相关事宜的实际情况、自身专业能力和主观认识等方面，合理划定其责任边界。

关键词　独立董事

-9.69388..369444 0 0 21.302568188 TD

力度和数量的增加，[①]以及“万华之争”中独董投票表决结果的合理性争议[②]和“康美药业案”中独董的比例连带赔偿责任[③]等重大热点案件的推动，此前鲜被问津的独董制度重回聚光灯下，理论界与实务界关于独立董事权利义务和功能定位的讨论也一时激起千层浪。恰逢我国《公司法》修订，独立董事制度迎来了变革的契机。本文将在梳理独董制度运行基本逻辑的基础上，结合信义义务来分析我国独董制度的现实困境与原因，并尝试提出优化建议，以期为制度的完善提供

的积极和独立监督者。[①] 促成这种转变的重要理论驱动因素，是梅尔文·艾森伯格教授（Melvin Eisenberg）在《公司的结构》（The Structure of The Corporation）中提出的公司董事会监督模式，认为董事应将决策或政策制定的任务交给公司高管，其主要职能是监督他们的表现。[②] 监督模式很快得到了包括 SEC 在内的监管机构和大众的认可，艾森伯格因此得以在 1997 年宣布："监督模式的关键结构要素——包括至少拥有多数独立董事的董事会，以及审计、提名和薪酬委员会——已经确立。"[③]2001 年安然公司（Enron Corporation）丑闻爆发，美国通过了以监管模式为基础的《萨班斯—奥克斯利法案》（Sarbanes-Oxley Act），加强独立董事对公司管理层的控制，[④]强制上市公司设立完全由独立董事组成的审计委员会，董事会监督职能和独立董事制度正式写入法律。此后，美国三大交易所都修订了公司治理上市要求，要求大多数上市公司董事会的大多数成员必须独立于管理层，显著扩大了独立董事的职责和权力。[⑤] 美国公司独立董事的占比也因此不断扩大。2008 年金融危机后，《多德—弗兰克法案》（Dodd Frank Act）的颁布也进一步强化了独立董事制度，进一步促成了独立董事在公司董事群体中数量占比的提升。

美国独立董事制度肩负着监督管理层以维护股东利益的使命而诞生，伴随法律和监管政策的完善而逐步确立，也对世界其他国家的公司治理产生了深远影响。英国公司治理准则的初始版本基本上采纳了美国独立董事的概念，即没有明确要求独立董事要独立于大股东，但在此后 2003 年的修订中增加了这一要求。由于英国式的"遵守或解释"公司治理准则的吸引力，加上德国传统的公司治理模式弊端丛现，独立董事迅速在整个欧盟蔓延。[⑥] 同时，亚洲金融危机的出现，让发展中国家特别是亚洲新兴市场的国家意识到了完善公司治理制度的重要性。印度、马来西亚、泰国、韩国、菲律宾和新加坡等国都在几年内对上市公司董事会中的独立董事作出了规定，我国也不例外。但很多新兴市场国家的独立董事往往是由大股东或实控人提名，却又同

---

① See Jeffrey N Gordon and Wolf-Georg Ringe, "The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance", Oxford University Press, 2018, p.281, 282.

② Melvin Aron Eisenberg, The Structure of the Corporation 139－41 1976).

③ See Jeffrey N Gordon and Wolf-Georg Ringe, "The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance", Oxford University Press, 2018, p.281, 282.

④ See Renee M. Jones & Michelle Welsh, "Toward a Public Enforcement Model for Directors' Duty of Oversight", 45 Vand. J. Transnat'l L, 2012, p.343, 346.

⑤ See Jeffrey N Gordon and Wolf-Georg Ringe, "The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance", Oxford University Press, 2018, p.311.

⑥ 汪青松、罗娜：《独董独立性谜题与机制独立性再造》，载《证券市场导报》2022 年第 3 期。

时肩负着监督大股东和实控人的职责。①

《公司法》修订中正式将独立董事制度上升为法律规定，将具体规则的制定权限委任到国务院。现行《公司法》中关于董事信义义务的一般规定主要体现在第 147 和 148 条等条款中，包括忠实义务和勤勉义务。前者主要包括禁止自我交易、关联交易和同业竞争以及公司机会主义和报酬管理等内容，而后者仅有概括性规定。《证券法》中对董事的信息披露义务的相关规定被视为董事勤勉义务的范畴。2021 年《上市公司信息披露管理办法》进一步将信息披露义务的标准细化为及时、公平地披露真实、准确和完整的信息。2020 年 7 月中国上市公司协会发布《上市公司独立董事履职指引》（修订版）及《独立董事促进上市公司内部控制工作指引》，对独立董事的义务和职责进行了细化。2022 年 1 月，证监会在对《指导意见》原有内容统一编排和改写的基础上颁布《上市公司独立董事规则》，将《公司法》和《证券法》纳入上位法依据，并将原规定与《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》和《上市公司章程指引》等相关规定不一致的地方进行了修改和调整。[①] 与此同时，最高院在《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“《虚假陈述司法解释》”）中以“列举+兜底”的方式规定了独立董事的责任豁免理由，包括：①非专业领域内借助会计、法律专业职业帮助仍未发现；②发现后提出异议并整改或向交易所、监管部门报告的；③提出保留、反对意见并说明理由；④发行人拒绝其履职或受到发行人阻碍使其无法判断并向交易所、监管部门报告的；⑤其他违反勤勉义务的行为[②]。而证监会于 2023 年 4 月公布的《上市公司独立董事管理办法（征求意见稿）》中明确规定了独立董事对公司和全体股东负有勤勉义务，并在《虚假陈述司法解释》的基础上进一步提出了新的豁免情形：上市公司或相关方隐瞒，且独立董事不知或无法发现的。[③] 换言之，存在以上情形的，应当认为独立董事已经履行了勤勉义务。

尽管我国法律规定在不断完善独立董事的责任边界，但对于独立董事勤勉尽责的认定标准、未尽信义义务特别是勤勉义务而应承担的责任大小和形态，仍不够清晰，无法充分应对实践中可能存在的各种情形。例如，非专业领域独立董事未寻求专业人士帮助而未发现公司的虚假陈述行为，或是独立董事未发现属于其专业领域范围的公司虚假陈述行为等情形下，是否构成对勤勉义务的违反而应承担责任？这些不容易被清楚界定的情形往往是实践中争议的焦点。

---

① 参见《〈上市公司独立董事规则〉起草说明》，载 https://www.cnstock.com/image/202201/07/20220107192350493.pdf，最后访问时间：2022 年 6 月 28 日。

② 参见《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》第 16 条。

③ 参见《上市公司独立董事管理办法（征求意见稿）》第 3 条和第 45 条。

现有法律规则难以充分应对独立董事履行信义义务特别是勤勉义务的现实问题，可能有两方面的原因。一是由于忠实义务和勤勉义务两者对于违反信义的惩处机制和政策导向有所不同。忠实义务通常针对那些巨大的一次性盗用行为，行为人往往抱有“捞一把就跑”的心态，只有市场惩罚措施是远远不够，而责任规则是弥补其缺漏的最行之有效的办法。相对于不谨慎行为(勤勉义务)、盗用行为(忠实义务)更容易识别。[①]二是由于对独立董事勤勉义务的标准可能并未达成共识。有观点认为独立董事因具有专业知识且肩负比董事更多的监督责任，其勤勉义务应相对较高；另有观点认为勤勉义务本身比忠实义务更具灵活性，不应该施以更严格的规制。换言之，勤勉义务的判断标准相对主观，实难以文字列举之方式以明确，[②]只能在个案情形中具体判断。

近年来，在强监管政策的导向下，独立董事因上市公司受到处罚而被要求承担责任的情况屡见不鲜。在面临巨额的民事损害赔偿金时，独立董事频频“喊冤”以及“辞职潮”的出现，也反映出厘清独立董事信义义务特别是勤勉义务的体系架构从而妥善解决现实问题的必要性。为此，下文将进一步梳理独立董事的履职困境和制度问题，并在此基础上尝试提出相应的解决思路。

二、独立董事制度的矛盾与困境

目前实践中对独立董事制度的争议，往往来源于上市公司证券欺诈行为败露后面临处罚或赔偿时关于独董承担责任的合理性探讨。这是独立董事制度存在问题的最直观体现。而如前文所述，独立董事承担承担责任的原因是对信义义务的违反。那么，对于“为什么会违反义务？”以及“违反义务的标准即所设定义务是否合理”的分析就尤为重要。

(一)独立董事责任承担的合理性追问

独立董事违反信义义务的责任承担方式包括行政、民事和刑事。实践中争议较大也是暴露问题较为明显的，主要是独立董事的行政责任和民事责任。

从行政责任的角度看，中国证监会及其派出机构依据《证券法》等对上市公司独立董事作出行政处罚，包括但不限于警告、罚款甚至市场禁入措施等。独董承担责任

---

① [美]美弗兰克·伊斯特布鲁克著，罗培新、张建伟译：《公司法的经济结构》，北京大学出版社2014年第2版，第104页。

② 参见汪青松：《中国公司法董事信托义务制度评析——以英美公司法相关理论与实践为视角》，载《东北大学学报》(社会科学版)2008年第5期。

的情形一般是由于独立董事在上市公司存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的定期报告上签署了书面确认意见，因违反信息披露义务而作为“其他直接责任人员”被课以了相应的法律责任。独立董事事

对包括独董在内的其他责任人的追偿权利。这对于平均年薪仅为 5—8 万元的独立董事来说显然不够合理，引发独董“辞职潮”也在所难免。①

由上述分析可知，目前无论是独董行政责任还是民事责任的承担均存在较大争议。一方面，对于独立董事的行政处罚力度呈现加强趋势，民事赔偿方面也因证券集团诉讼的出现而面临大幅提升的可能。另一方面，独立董事在承担责任时有表现出一种“无辜”的“冤枉”的态度，认为自身已经尽到了勤勉义务，不应该过重甚至是任何承担责任。这种争议的存在共同指向了独董承担信义义务的理由和行权路径——“尽责标准是什么”和“履职困境有哪些”。

（二）独立董事目标定位的现实性考量

对独立董事施加何种义务与独立董事在公司治理中要实现何种目标息息相关。换言之，独立董事的信义义务边界应取决于其在公司治理中扮演的角色。正如前文所述，我国现有的法律规定并未明确划定独立董事之勤勉义务的范围，而要立足于职责定位在个案中进行具体分析。

在制度层面，独立董事被赋予了超越普通董事的权利和义务。这种设定反映了我国独立董事制度设计时对独立董事制度价值的高估，不恰当鸠娠■凊裝岭徹鈴緑篾雟寢殏啟徥雟鳭

理结构上来看，股东会提名选举产生董事会，而董事会产生高管，大股东与董事会、监事会事实上构成了“三位一体”的治理格局。大股东运用高比例的表决权决定董事的任免，从而选出自身利益的代言人，并把控公司的战略发展策略，独立董事事实上难以影响公司的决策。同时，相比于其他执行董事或是高级管理人员，独立董事往往是由在其他专业领域享有盛誉的专家学者等高级知识分子兼职担任，他们并不参与、也没有时间和条件参与上市公司的日常经营活动，不应当对上市公司的经营策略指手画脚，因此独立董事往往扮演的是“附议者”的角色。其次，独立董事的职能重心在于监督管理层，维护公司甚至是中小股东的利益[①]，但是区别于一般意义上的内部人自我监督。独立董事起源于上市公司股权相对分散的美

究也表明，没有证据证明董事会的独立性增强将改善公司的绩效。[①] 近期诸多国际研究成果也对于独立董事与公司业绩之间的关系持有怀疑态度。可见，独立董事能够有效减少公司内部的代理成本，但对公司的经营状况几乎没有影响。这也恰恰反映出独立董事与其他承担具体业务执行事宜的董事之间的差异，其并非全能董事，不能全面地参与公司治理活动。[②]

独立董事设立的初衷并非解决上市公司治理过程中的全部问题，而是聚焦于降低作为代理人的“董事会”与委托人“股东大会”之间的代理成本。许多研究表明，独立董事的作用更多体现在公司程式的遵守和作为判断董事责任的安全港上，而不可能由代理人去改变实质委托人的决定。[③] 从实践情况来看，独立董事似乎被赋予了过高的期待，“全能董事”的定位在现实中缺乏被实践的可能性。

（三）独立董事履职障碍的实践性分析

独立董事除被赋予过高期待（即存在着不合理的勤勉尽职认定标准）之外，其在履行

如在“袁某与万科企业股份有限公司公司决议撤销纠纷案”中，袁某认为公司独立董事张某平是与万科企业具有关联关系的企业的负责人，已经丧失独立性①；又如在“丘国强与厦门三维丝环保股份有限公司公司决议撤销纠纷案”中，丘国强主张公司董事会存在被大股东控制的情况，在此状况下独立董事也已丧失独立性。②曾任万科独立董事的华生教授认为，在独立董事的独立性本身存疑的前提下，要求其履行监督职责是十分困难的，事实上，独立董事制度大部分情况下仅仅能够做到为公司提供有限的信息和建议。③

其次，独立董事行使知情权障碍重重。独立董事虽然能够参加董事会，但其对公司日常经营的参与有限，对公司内部事宜以及财报相关数据并不熟悉，对财务报告的审核以及对公司经营状况的了解需要公司及审计机构给予积极地配合，否则难以基于足够的信息给出自己的判断。如蒋大兴在担任深圳莱宝高科技股份有限公司的独立董事期间提出异议声明，认为审计机构在早期未对其关注的审计数据提供足够详细的资料与解释，导致其难以对数据进行审查，进而怀疑 2021 年度公司财报数据的真实性、准确性和完整性。为履行自身勤勉义务，其主张通过公司聘请第三方审计机构对财报数据进行验证，但未得到全体独立董事同意，其后，其又向公司主张以个人名义聘请第三方审计机构审阅年报，又遭到公司以不符合法定程序及财务数据的保密性等理由的拒绝。④可见，若审计机构或上市公司不愿意配合独立董事开展监督活动，独立董事也难有作为。诚然，从逻辑来看，公司提供虚假或错误的数据信息从而误导独立董事绝不是独立董事主张免责的理由，因为这本身就是独立董事的监督范围。但独立董事的信息获取高度依赖于公司，缺乏行使知情权的保障也是现实存在的问题。

最后

股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案中,被告中安科公司、中安消技术公司已聘请专业中介服务机构对其重大资产重组置入资产进行了审计和评估,但均未发现置入资产存在营业收入及评估值虚增的情形。法院认为对于公司的独立董事而言,其并非专业人士,难以对持续性项目的标的公司的营业状况进行审查。① 又如"沈机集团案"中,受罚的独立董事申辩,其对审计机构提出严格要求并进行质询后才进行签字,并且对于公司系统性造假行为的辨识难度超过了注册会计师的一般能力标准,主张免除自身责任。② 再如"富贵鸟案"中,公司独立董事认为,富贵鸟公司执行董事与银行合谋,并对审计机构的问询作出不实回复,外部审计师尚且难以发现,独立董事更加难以察悉。③ 综合上述可知,独立董事的专业能力存在一定局限性,不能期待其发现所有的公司造假行为。司法机关以及证券监督管理机构在独立董事是否履行勤勉义务的认定上,应当充分考量到这一点。

三、独立董事制度的优化与展望

改进和完善独立董事制度,首先应正本清源,厘清制度目标和角色定位,并在此基础上安排合理的选任规则,探索独立董事尽职履行信义义务特别是勤勉义务的标准,合理划定其责任边界。

(一)独立董事制度目标的厘清

从制度层面来看,我国独立董事被赋予的期待是独立的决策和监督权,对公司负有信义义务。而从实践层面来看,独立董事往往总于履行职责,沦为公司的咨询专家。倘若独立董事需要承担的责任仅为提供咨询,那么则意味着独立董事制度被彻底架空,并无存在的必要。但需要注意的是,在主张独立董事应当勤勉尽责的同时,不应将独立董事塑造为解决公司治理中所有问题的"全能董事"。独立董事是公司事务的兼职参与者和外部人。如果他们把所有的时间都花在审计和确保高管薪酬合理上,就没有时间专注于重要的业务和战略问题。④ 也即,独立董事在履行信义义务的

① 参见上海金融法院(2019)沪74民初2509号。

② 参见《中国证监会行政处罚决定书〔2018〕9号》,载"中国证监会官网",http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101928/c1042628/content.shtml。

③ 参见《中国证监会行政处罚决定书〔2021〕71号》,载"中国证监会官网",http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101928/c1884412/content.shtml。

④ Roberta S. Karmel, "Realizing the Dream of William O. Douglas—The Securities and Exchange Commission Takes Charge of Corporate Governance", 30 Del. J. Corp. L. 79, 132 2005).

过程中很难挑战管理层的判断。

既然独立董事没有必要参与公司的经营决策，那么独立董事的制度重心就在于对公司的经营活动进行监督。正如前文所述，独立董事的设置可以有效缓解公司治理中存在的“内部人控制”和代理成本问题，防止大股东和管理人通过隧道挖掘、关联交易、

独立董事和监事会。徐明教授认为，

对上市公司的监管中不作为或是消极作为。

因此，若要充分发挥独立董事的外部监督作用，就应当在选任时就防止独立董事与上市公司之间产生人情关系或关联关系，并防止上市公司与独立董事之间产生直接的利益关系，以确保独立董事能够最大程度地独立于其任职的上市公司。

首先，从选取的权利分配来看，大股东一手遮天，推荐并选择独立董事的历史应当终结。一方面可以考虑由非控股股东独享独董的提名权、选举权和罢免权；另一方面可以考虑建立专门的独立董事派出机构，如中国投资者协会，在有资质的独立董事中通过摇号等方式遴选独立董事，由统一管理和分配。[①] 具体来说，就是由机构统一培训独立董事并进行考核，参与者在通过考核并获取相应证书之后，计入人才库，由派出机构派出独立董事前往上市公司。上市公司委托派出机构向其派出独立董事，并直接支付薪酬给独立董事派出机构，再由派出机构向独立董事发放薪酬；如果上市公司认为独立董事存在违反忠实勤勉义务的情况，或是有其他合理理由要求更换独立董事的，可以向独立董事的派出机构申请撤换，由派出机构决定是否进行更换。其内在逻辑在于将独立董事的提名权与选举权和罢免权从公司管理层分离，确保独立董事的选任不受到监督对象的钳制，从而保证独立董事独立于上市公司。

其次，从选取的方式来看，股东、董事、经理自行请托专家学者“友情”出任的方式已经不再适合独立董事严格追责的实际，专职化独立董事声誉市场的建立迫在眉睫。笔者认为，应该对独立董事的专职性提出更高的要求，结合前述措施，鼓励独立董事朝专职化方向发展。通过专业化培训考核等方式，培养专业化的专职独立董事，在专职化独立董事制度建设初期，可以考虑在证监部门比如投服中心等机构中选聘独董或以“挂职”方式履行独董的权利义务，让这些对独董履职有深刻认识的主体来以身作则，保护好投资者，并给其他独董做好示范。此外，声誉市场的建立也十分重要。应当尝试构建公司独立董事的声誉机制，并运用声誉市场的机制提供竞争环境，从而为优秀人才提供更多机会。良好的声誉市场机制可以反映出独立董事的专业性和负责性，并从海量的人才中选出优秀的独立董事，并促使独立董事更加谨慎地履行自身的勤勉义务，并防止“劣币驱除良币”。

最后，从独立董事的任职报酬与风险防范来看，有必要在合理范围内适当提高独立董事的薪酬，允许上市公司对独立董事在履职期间授予限制性股票激励计划，确保

① 参见刘俊海：《上市公司独立董事制度的反思和重构

其透明持股，实现利益捆绑和有效激励。亦可参照英美相关经验，根据独立董事承担的职责、时间投入和对公司的责献为标准支付薪酬，并对独立董事薪酬进行披露。[①] 此外，可以对独立董事履职提供制度层面的保障。如董事责任保险的普及和适用、建立独立董事减免责机制等；同时还应该对独立董事的工作留档进行规范，为独立董事履行工作职责提供稳定的预期和保护。

（三）独立董事责任边界的划分

如前所述，独立董事主要违反的是勤勉义务，但对于违反勤勉义务的认定标准却不够明晰。实践中呈现出的总体趋向是“独立董事承担的责任可能过重了”。但是，一味降低独立董事违反勤勉义务的责任承担并非良策，在探讨制度目标和选任规则的基础上，构建更为精细的责任承担标准或许才是当下更为合理的举措。

美国法下的“商业判断规则”（Business Judgment Rule）或许可以为我国独立董事责任的构建提供参考。商业判断规则上是英美法上对董事高管是否违反勤勉义务进行判断的依据，其最早确立于

的是，一方面，应认识到独立董事自身的局限性。单一独立董

相反，假如非专业的独立董事未聘请相关专业人士，但能够举证证明，即使是专业人士也无法发现问题的，独立董事也可以主张免除责任。这一判断的内在逻辑可以通过因果关系的切断进行解释，即就算独立董事聘请了相关专业的专家也无法发现损害行为的发生，那么这一损害结果与独立董事的不作为之间就不存在因果关系，因此也不应当由独立董事承担责任。

最后，主观方面，独立董事需证明，其善意地相信了表决事项符合公司的利益。独立董事根据其所处的具体决策场景尽到了适当注意义务且其主观上是为企业最大利益而决策的，即可以豁免承担决策失败的责任。①

四