

# 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，然而该案缺乏一个明确的勤勉归责标准，仅以违法决议中的签字便认定独立董事未勤勉尽责，判处其承担一定比例连带责任，这种结果导向的签字即罚模式缺乏法理基础，同时也过于机械和严苛。目前我国并未对独立董事勤勉尽责的具体内涵以及认定标准作出明确立法规定，这一立法空白导致现实中缺乏统一的、具有可操作性的法律规范，进而导致独立董事缺乏明确的勤勉履职指引及尽责要求。因此，我国应紧贴独董的特质确立特殊的专家标准，在归责时聚焦审查独立董事履职过程是否勤勉尽责，实现责任认定从结果主义向过程主义的转向，如此才能有效解决目前实践中的司法困境。

**关键词：**独立董事 勤勉尽责 虚假陈述 专家标准

康美药业独立董事因未勤勉尽责而承担了上市公司虚假陈述行为的连带赔偿责任，该案判决揭示了独立董事勤勉尽责与责任承担之间的紧密联系。<sup>①</sup> 独立董事担责系因存在《证券法》第85条的过错，<sup>②</sup>然该案以“独立董事如勤勉尽责不可能不发现虚假”以及“独立董事均在案涉报告中签字保证其真实、准确、完整”为据，在没有对“未勤勉尽责”进行充分说理的前提下将独立董事与内部董事进行一刀切的认定，将独立董事违法决议中的签字等同于未勤勉尽责存在过错并判决承担连带赔偿责任。

---

\* 武汉大学法学院副教授，武汉大学网络治理研究院副院长，法学博士。

\*\* 武汉大学法学院2022级硕士。

① 康美药业证券虚假陈述责任纠纷案，广州市中级人民法院（2020）粤01民初2171号民事判决书。

② 《证券法》第85条：发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员，应当与发行人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

此种“签字即罚”的归责模式颇有结果导向意味,<sup>①</sup>同时也没有对独立董事如何才算勤勉尽责以及应采何种标准进行判断等未决问题给出明确答复。该案是自独立董事制度引入以来该主体遭受的最为严苛的处罚,监管的重拳出击使独立董事责权利失衡引起了独立董事离职潮。为减少制度理想与现实的背离,未来立法应进一步细化独立董事勤勉尽责的内涵及其认定标准,只有确定一套具有可操作性的勤勉义务判断标尺才能使独立董事有效合规履职,解决实践中独立董事归责的困惑。

## 一、独立董事的角色定位及其勤勉尽责的制度内涵

独立董事是独立于公司股东且不在公司长期任职,并与公司或经营管理者之间不存在影响其对公司事务作出独立判断关系的董事。对于独立董事的职能定位,目前有两种主流观点:一是认为独立董事应当扮演监督角色,通过行使表决权来对公司的决策过程及内容进行监督。二是认为独立董事应落实治理角色,在公司经营过程中发挥专业优势为公司决策及发展作出贡献。除此之外,也有少部分观点认为独立董事定位应指向决策、监督以及咨询三位一体的角色。<sup>②</sup>之所以存在较多争论分歧系因现有立法过于抽象缺乏精准界定。宏观立法规定固然有其制度考量,但同时也会增加法院审判的自由裁量,增加实务中对独立董事职责作出扩大解释的可能性。

根据独立董事制度的相关规定可以推定其承担“治理监督专家”的角色最为恰当。首先,“治理”来源于立法要求,<sup>③</sup>法律指明了独立董事负有在公司决策过程中的治理义务。其次,“监督”系制度存在之根本,独立董事在上市公司对内部管理层扮演着特别的监督角色。最后,“专家”是独立董事的任职要求,其应积极运用专业背景对公司发展过程中的治理决策提出专业建议,促进公司健康运作和良性发展。上述三项对独立董事角色定位的重要性有所不同,若要求同时满足三位一体的职能未免过于苛刻,因此角色间的重要性应该是“监督为主,决策为辅,贯彻专业判断”。重要性的排序有以下考量:监督为主,因为这是独董制度引进的根本原因;决策为辅,因为独立董事的治理效果有赖于公司制度及管理人員的配合,其难以靠自身实现立法者

① 参见汤欣:《谨慎对待独董的法律责任》,载《中国金融》2019年第3期。

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

③ 蔡鑫磊:《我国独立董事制度的实践与反思》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期;《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》开门见山指出了制度设立的主要目的在于通过独立董事来完善公司的治理结构。

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。

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中，<sup>①</sup>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部性和兼职性的特点，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，并满足客观上的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。<sup>②</sup>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

---

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 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。<sup>①</sup> 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的重大事件保持必要关注,一旦发现公司运营出现违规情形则应及时作出披露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。<sup>②</sup> 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、准确和完整后,其应发表相关专家意见并对决议进行签署认定。法院应审查独立董事是否依《上市公司独立董事履职指引》充分行使其特别职权,如果独立董事借助专业协助后仍因各种因素难以发现问题,也应认定其符合实体性事项的要求。<sup>③</sup> 第二,独立董事应对公司经营的重大事项进行审核并给出建议。例如在审核上市公司对外担保时,独立董事应对担保决议程序和内容分别进行审查,若发现违规担保时应及时通过出具专家意见来进行纠正,若纠正无效则提请公司董事会或直接向证监会派出机构报告,积极留下勤勉履职证据。

## 二、理想与现实:独立董事勤勉尽责的认定之困

独立董事制度理想是能够发挥独董超然监督之效果,为管理层增添中枢力量使公司合规运行。然现今缺乏对其勤勉程度的具体要求,实践中不可预测的威慑对于激励独立董事勤勉履职固然有其效用,但应回归独立董事的地位和职责本身,若超越

---

<sup>①</sup> 《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》第12条:独立董事、外部监事每年为商业银行工作的时间不得少于15个工作日。独立董事可以委托其他独立董事出席董事会会议,但每年至少应当亲自出席董事会会议总数的三分之二。

<sup>②</sup> 参见刘运宏:《独立董事制度的理论与实践——怎样做一个合格的上市公司独立董事》,中国人民大学出版社2021年版,第291—292页。

<sup>③</sup> 参见赵旭东:《论虚假陈述董事责任的过错认定——兼〈虚假陈述侵权赔偿若干规定〉评析》,载《国家检察官学院学报》2022年第2期。

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。<sup>①</sup>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。<sup>②</sup>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个未决难题。

我国法律对独立董事勤勉尽责的内涵规定并不明确,对于如何才算勤勉尽责以及勤勉尽责的程度及认定标准均未作出立法回应。若独立董事勤勉尽责外延缺乏明

<sup>①</sup> 《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第1条第2项: 独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。

<sup>②</sup> 《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: “独立董事能够证明下列情形之一的,人民法院应当认定其没有过错: (一) 在签署相关信息披露文件之前,对不属于自身专业领域的相关具体问题,借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题的;……(五) 能够证明勤勉尽责的其他情形。”

确界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惑。法律应当具有可预测性,应当明确勤勉尽责的边界才能避免责任承担的不确定性,继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该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,<sup>①</sup>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。<sup>②</sup>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有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;<sup>③</sup>在行政处罚的案件中亦是如此,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;<sup>④</sup>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、准确、完整,其在虚假陈述报告上进行签字是未勤勉尽责的表现故将其认定为抚顺特钢信息披露违法行为的其他责任人员,<sup>⑤</sup>诸如此类的“签字即罚”行政处罚仍有很多。<sup>⑥</sup>综上所述,不论民事判决还是行政处罚,都是按照签字即罚的逻辑对独立董事是否勤勉尽责进行判断。签字即罚的归责逻辑

<sup>①</sup> 参见罗培新:《世行营商环境评估之“保护少数投资者”指标解析——兼论我国公司法的修订》,载《清华法学》2019年第1期。

<sup>②</sup> 参见曾洋:《重构上市公司独董制度》,载《清华法学》2021年第4期。

<sup>③</sup> 康美药业证券虚假陈述责任纠纷案,广州市中级人民法院(2020)粤01民初2171号民事判决书;福建众合股份有限公司证券虚假陈述纠纷案,福州市中级人民法院(2019)闽01民初1972号民事判决书;海润光伏科技证券虚假陈述纠纷案,南京市中级人民法院(2016)苏01民初539号民事判决书;协鑫集成股份有限公司证券虚假陈述纠纷案,南京市中级人民法院(2016)苏01民初2066号民事判决书。

<sup>④</sup> 中国证券监督管理委员会(2018)9号行政处罚决定书。

<sup>⑤</sup> 中国证券监督管理委员会(2019)147号行政处罚决定书。

<sup>⑥</sup> 中国证券监督管理委员会吉林监管局(2022)2号行政处罚决定书;中国证券监督管理委员会江苏监管局(2022)5号行政处罚决定书;中国证券监督管理委员会(2022)18号行政处罚决定书。

是：上市公司存在违法违规事实进而对独立董事的任职情况展开违法调查，以其是否在违法决议上签字来判断是否达到勤勉履职的要求，一旦签字即认定独立董事属于《证券法》第197条规定的“其他直接责任人员”，随后才考察过错抗辩理由，若独立董事无法举证其无过错那么就应承担连带赔偿责任。这种以“签字”为基准的结果导向判断逻辑将独立董事在违法决议的签字等同于独立董事的书面确定意见，一旦签署即代表独立董事对文件内容的真实性、完整性和准确性作出了保证，具有法律效力；一旦该决议被认定为违法，那么独立董事将会无一例外地承担上市公司信息披露违法的连带责任。而新《规定》在第16条第三款仍然是贯彻“签字即罚”的思维，尽管独立董事对虚假陈述事项发表保留意见、反对意见或者无法表示意见并说明具体理由的，但如果其最终在该决议中投了赞成票仍等同具有过错。签字即罚不仅忽略了独立董事履职过程中的其他努力，高估了独立董事在信息披露中的影响作用，更忽略了独立董事主观上是否有知晓违法和判断违法的能力与可能性。独立董事勤勉尽责应是一个动态的行为过程，审查决议仅仅是独立董事履职中的一个板块，若机械地依据违法决议上的赞成签字就直接对独立董事不加区分地盖棺定论认为未勤勉尽责显然过于严苛，因此我们不应将该独立董事对信息的保真义务等同于保证义务，若签字的独立董事并无过错，亦不应担责。<sup>①</sup>

其次，除了签字即罚认定模式存在的实践弊端之外，独立董事仍面临权责不一的诘难，监管者忽视了独立董事难以保持独立性去履职的现实情况而提出诸多超越其能力的职责要求，若无法满足则具有未勤勉履职的风险，过高的勤勉期待加剧了独立董事的任职风险及离职心理。《履职指引》第5条规定，独立董事负有董事的一般义务及勤勉义务；第14条和15条规定了独立董事负有上市公司董事的一般职权和六项专属于独立董事的特别职权，包括事先认可重大关联交易、提议聘请外部审计机构等；第16条规定了独立董事需要对上市公司重大事项发表独立意见的二十种情形。<sup>②</sup> 独立董事同时享有董事职权和特殊职权的立法规定可以看出监管者对“全能独立董事”的期待，赋予大量职权和义务以期靠独立董事制度解决上市公司治理过程中面临

<sup>①</sup> 刘俊海：《上市公司独立董事制度的反思和重构——康美药业案中独董巨额连带赔偿责任的法律思考》，载《法学杂志》第3期。

<sup>②</sup> 《上市公司独立董事履职指引》第14条：独立董事享有上市公司董事的一般职权；第15条：独立董事履职的特别职权，主要包括：（一）重大关联交易事项的事先认可权……（七）其他职权；第16条：独立董事应对（一）对外担保……（二十）独立董事认为可能损害上市公司及其中小股东权益的其他事项向上市公司董事会或股东大会发表独立意见。

的所有问题。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,其余部分的履职内容、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了独立董事制度的核心,独立董事制度引进的初衷是为了防止内部人控制而在上市公司设立一个超然监督角色,并不是意在公司治理引进又一内部管理执行人。独立董事职权的一体两面性已经使其负担远超内部董事,更何况实践中的公司治理并不利于独立董事去行使职权,独立董事不懂事、无法懂事的现象难以避免,无力行权却要苛以严厉负担,独立董事的权责在现实发展中已经严重失衡。根据权责一致、罚过相当的基础法理,监管人员在对独立董事是否勤勉尽责进行认定时应当注意独立董事权责的平衡,不应苛求独立董事实际阻止上市公司违法行为,否则错位激励将会陷入独立董事权责不一的诘难,要么导致独董就职后逃避责任,要么导致独董出于自保与内部人联合,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,也会使独立董事制度在我国失去健康发展的空间。

最后,由于独立董事与董事在勤勉义务上并无区分立法,实践在勤勉尽责的认定中对独立董事及内部董事采取一刀切的判断做法有违责任公平承担。独立董事与内部董事的地位及影响力有着本质不同,独立董事不论工作时间、影响力还是对决策发挥的推动力都无法与董事相提并论,因此对独立董事勤勉尽责的要求不应与董事采取统一标准。监管者从忽略了独立董事兼职性、外部性等特征,并未考虑到内外部董事在公司违法行为中所起作用的根本性差异,对二者提出相同的勤勉尽责要求既偏离实际,也缺乏基本的法理基础。

监管者希望独立董事成为一个事无巨细洞察一切上市公司治理问题的存在,然而理想与现实差距甚远,诸多独立董事不独立、难以懂事的客观条件使得独立董事不可能实现立法者的预期构想,因此监管者应及时厘清制度的现实发展和存在的认定困境,并对立法精细化缺失以及认定标准的制度真空作出改变。

### 三、独立董事勤勉尽责认定的域外经验与应然逻辑

独立董事勤勉尽责认定标准的确立是我国现在面临的紧要命题之一,尽责与否的判断将直接影响到独立董事责任的认定。自2005年《公司法》首次规定独立董事对上市公司及投资者负有勤勉义务后该制度就引起了我国学界的热议,但目前学界对于独立董事勤勉尽责应采何种认定标准仍未形成理论共识。



### （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,主观相辅”的主客观结合标准是目前主流,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则采取客观标准,不一致则采取主观标准;<sup>①</sup>其次,也有学者主张勤勉尽责应达善良管理人标准,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以判断;<sup>②</sup>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;<sup>③</sup>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职行为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独立董事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”。<sup>④</sup>

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。<sup>⑤</sup> 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、肖允丹:《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：<sup>①</sup>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：董事在履行职责时，应当善意地以该董事合理相信的为公司最佳利益的方式行事。并且该示范法第8.30节对勤勉要求作出了四个标准规定，包括：① 诚信，② 一个通常谨慎的人的谨慎程度，③ 在类似位置，④ 在类似情况。<sup>②</sup>可见美国法律规定董事要以同类情境下普通人处理自己事务的态度以及注意勤勉处理事务，程度符合一般勤勉履职的要求即可。美国的证券交易委员会(SEC)规则也确立了以合理调查(reasonable investigation)为核心的勤勉与否判断标准，如果独立董事能够证明其已经进行了合理调查便可认定勤勉尽责并免责，该合理调查应以一个谨慎的人在管理自己财产时需要保持的注意标准来进行。<sup>③</sup>综上所述可见美国采取一种较为宽松的勤勉标准，即使独立董事违反勤勉义务造成损失，只要没有同时违反勤勉义务和诚信要求，其责任就可依据公司章程得到减轻或者免除。不仅如此，美国法院实践中还为独立董事的责任防御探索出了商业判断规则，只要当事人与所作商业判断的内容没有利害关系，并且有正当理由相信其在当时情形下掌握的有关商业判断信息充分、妥当、可靠，有理由认为他是诚信地相信所作决定符合公司最佳利益，那么该经营者就无需为决策失误造成的损失承担赔偿责任。<sup>④</sup>这一规则将董事决策置于优先位，为美国的经营者提供了合理的容错机制，使其可以放心大胆地积极弘扬企业家精神进行探索，进而提升公司的竞争力。

德国《股份公司法》第93条规定：董事在履行业务时应负有一个正直有责任心的经理般的谨慎注意义务，如果董事违反这种义务应作为连带债务人对损失向公司负责。<sup>⑤</sup>与英美法系较为宽松的认定标准不同，德国国内法规定了严格的勤勉义务，要求董事在履行公司事务的注意程度应高于一般善良人，达到专家管理人的注意标准。在德国专家注意标准的要求之下，董事必须依据其所拥有的专业知识，遵守审慎

---

① 赵彩阳：《论我国董事勤勉义务的界定标准》，载《商业时代》2013年第31期。

② American Bar Association, the Model Business Corporation Act s.8.30.

③ U.S. Code of Federal Regulations 17 § 230.176.

④ 参见傅穹、陈洪磊：《商业判断规则司法实证观察》，载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

⑤ German Stock Corporation Act s.93.

尽责董事通常的谨慎、勤业标准去对待和处理公司事务,<sup>①</sup>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。<sup>②</sup> 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。<sup>③</sup> 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?<sup>④</sup> 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竞争的活力以及积极性,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董事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才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。<sup>①</sup> 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未能发现问题提供一个合理的免责路径。若一味贯彻签字即罚的结果归责思路,又未能提供合适的避险方式,将会使独立董事反向专注于规避责任而忽视了监督职能的核心。因此,未来应首先摒弃现有结果导向思维并实现以过程为导向的转变,在思维转变时也可参照美国的商业判断规则,为独立董事提供一条合理的免责路径,只要独立董事与决策内容不具有利害关系并在做出决策时基于善意尽到了合理注意,且有理由证明其商业判断决策是为了上市公司的最佳利益,就应当认定其勤勉尽责不具有过错,进而就无需为决策失误造成的损失承担赔偿责任。独立董事应当为上市公司信息披露违规承担民事责任,但该责任认定的关键不应在于违法决议上是否有独立董事的签字,独立董事担责应当是因为其在日常履职过程中未尽到合理的勤勉注意义务或主观上具有勤勉可能而没有合规履职,只有实现从结果转向过程的勤勉尽责认定思维才能确保后续对履职过程进行具体判断时不会受到签字所带来的先入为主的印象。

## （二）对独立董事与内部董事设置差异化法律责任

目前独立董事承担责任的依据以及权责的具体内容都来源于公司董事的相关规定,实践中对二者责任认定也趋向采取同一标准,然而,趋同化归责忽视了独立董事与内部董事之间的差异,将导致独立董事的权责失衡,<sup>②</sup>未来修法时不应继续混淆独立董事与内部董事,而应设置差异化的法律责任,明确一个独立董事单独适用的勤勉尽责判断标准。

<sup>①</sup> 参见袁康:《独立董事的责任承担与制度重构——从康美药业案说开去》,载《荆楚法学》2022年第2期。

<sup>②</sup> 参见林少伟:《董事异质化对传统董事义务规则的冲击及其法律应对——以代表董事为研究视角》,载《中外法学》2015年第3期。

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。其次,独立董事与董事的特征不同。独立董事具有外部性、独立性及兼职性的特征,立法者期待独立董事在公司发挥超然监督效果,但并未考虑到公司治理过程中正是基于这些特征才导致独立董事在信息调查时处于劣势,一旦内部人隐瞒便会导致独立董事难以履职,而董事是公司的常任员工,其内部性和专职性的特征使其可以参与公司经营管理决策的全过程且控制公司信息的披露。因此在新规定贯彻“追首恶”的理念下,董事应当对上市公司违法行为承担更重的责任,独立董事对此所附的勤勉义务理应较内部董事轻。最后,独立董事与董事的影响力地位不同。内部董事参与公司治理过程时处于公司最高执行机构的地位,其话语权和影响力能够影响公司员工及其他董事会成员的决策意愿,而独立董事则缺乏这种号召力和影响力,其对决策通过与否的作用微乎其微,二者对于违法决议的作用力有所不同,若以董事标准要求独立董事于理不合。

差异化法律责任是指法院在归责时应区分独立董事和内部董事并分别采用内外两套不同的标准,其中独立董事若未直接参与上市公司违法行为,其承担的勤勉义务标准应较内部董事轻;若其直接参与违法决议的过程,则应与内部董事共担风险。独立董事在上市公司的实际职权对其制止违法行为的实际作用有限,而董事对公司违法行为有着直接推动作用和影响作用,且独立董事不论薪资、地位、职权都不可能达到内部董事的高度,对独立董事勤勉尽责的判断理应较内部董事宽松。差异化问责也是目前学界大多数人的共识,但有学者也提出独立董事与内部董事勤勉尽责一体化适用具有一定的积极意义,同等对待能使两者的意见得到同等的重视。<sup>①</sup>然意见是否能得到同等重视与诸多因素相关,例如公司影响力、个人任职经历以及社会地位高低等等,其与一体化归责之间并无直接的因果关联。独立董事与董事之间存在着本质不同,而现在采取的“一刀切”进行勤勉尽责判断并趋同认定责任的做法忽略了独

<sup>①</sup> 参见傅穹、曹理:《独立董事勤勉义务边界与免责路径》,载《社会科学》2011年第12期。

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同的问题做出回应,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立董事索赔,独立董事面临的履职要求大幅提高已是不争的事实,未来应尽快在严格监管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事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。目前上市公司均倾向于聘任具有学历优势、专业知识及任职经验的各行各业专家来担任独立董事,目的是希望这些专家能够在公司治理过程中充分发挥专业对口优势来应对治理风险,达到增强公司治理力量及优化公司管理层知识结构的效果。这些具有行业背景的专家独立董事拥有较一般理性人更高的知识水平和专业能力,扎实的专业背景练就了独立董事对所涉领域专业问题的敏感度,因此独立董事在日常的监督及治理过程应当充分发挥专业优势,发掘其中缺漏及风险并及时运用专业知识来处理问题。独立董事在上市公司治理过程中扮演着“治理监督专家”的角色,该角色定位表明独立董事需将其专业判断贯彻整个履职过程,在专家标准的要求下当独立董事处理涉及其专业背景的公司事务时,应当超越一般理性人的勤勉标准达到专家标准的勤勉程度才能认定为勤勉尽责,并免于受到连带责任的风险牵连。

在独立董事勤勉尽责专家标准的要求下,勤勉义务程度会随着独立董事处理不同方面事务而有变化。具体应看该独立董事是否在处理与其专业相关的事务,若是,则应作出与该领域内专业人员水平一致且高于一般理性人应尽的合理谨慎判断;若不涉及其专业,则仅需符合一般理性人应尽的勤勉程度即可。专家标准虽然对独立董事勤勉尽责的程度提出了较高要求,但该要求合理限定在独立董事作为专家的能力范围之内,并没有超越其履职能力及履职可能性,从而放大独立董事一职的法律风险。在现行强监管的背景下,专家标准贴合独立董事作为行业专家的特点,将其责任的承担限定在专业领域内,已经在一定程度上合理减少了独立董事日

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否需要遵循下列两个步骤:第一,应先对独立董事履职的主客观方面依照一般理性人标准进行考量。主观上要求独立董事应在履职过程中保持善意且在其对公司事务进行判断时应秉持公司利益最大化的信念作出决策,然而,市场有风险,因此,即使是行业内顶级专家担任独立董事也无法确保其决策一定毫无过错,所以对主观勤勉尽责进行考量应回归决策作出时的市场环境去模拟判断。而客观上要达到勤勉尽责需要参照上述第一部分“独立董事勤勉尽责内涵”中列举的勤勉尽责程序性及实体性事项进行判断,只要满足了履职要求就应认定勤勉尽责。第二,在完成一般理性人标准考量后,若独立董事符合勤勉要求但仍未发掘出问题,审判人员就需要判断其是否因为专业领域不同导致未能察觉错误。此时若公司违法事务未涉及其专业的独立董事只要在满足一般理性人标准后即可认定为勤勉尽责,而涉及专业领域事务的独立董事仍需在符合专家标准的勤勉尽责要求后才可免于承担责任。实务中在对独立董事勤勉尽责是否达到专家标准进行判断时,应综合考量独立董事在其专业领域中的地位、在上市公司的任职经验及自身专业水平等等因素来作出不同的认定。如果独立董事秉持主观善意并以专家标准完成了程序性及实体性事务的勤勉要求后,只要其不存在重大过失就应认定为勤勉尽责。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负担风险,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人自危等现实问题,也可以正向激励独立董事勤勉履职、惩戒懈怠的履职态度。

## 五、结 语

独立董事对提升上市公司治理水平具有显著的积极意义,但裁判者不宜过度强化独立董事的注意义务和勤勉尽责要求,使其责任承担超出可预期和可承担的范围。独立董事勤勉尽责认定标准的制度优化,应当立足于独立董事与内部董事之间的差异化定位而确立针对独立董事的特殊归责思路,以专家标准作为独立董事勤勉尽责认定的考量标尺,使独立董事责任的承担回归其能力本身,实现权责的有机统一。此外,应摒弃实践中“签字即罚”的结果主义归责模式,将勤勉与否的审查聚焦于独



立董事履职全过程,从结果审查转向过程审查,从而确保独立董事勤勉尽责的认定更加客观公允。过于严苛的独立董事勤勉尽责认定标准,将在事实上造成独立董事的严格责任,由此引发的独立董事“离职潮”将从根本上动摇我国上市公司独立董事制度的根基,背离独立董事制度的初衷。因此,合理设定独立董事勤勉尽责的认定标准,并配合以独立董事制度的系统性重构,实现独立董事权利义务和责任的有机统一,是重新激活独立董事功能并优化上市公司治理的必然选择。