

# 独立董事勤勉义务区分 与责任机制重构

万 斌

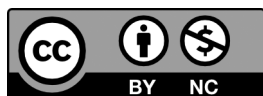
安徽大学法学院，合肥

**摘 要** | 独立董事的责任风险经由“康美药业案”增加后又呈现过度降低的趋势。独立董事的责任机制目前存在理论依据欠缺、缺乏差异化规制等问题。要精细化认定独立董事责任需要区分独立董事与内部董事、内部董事对独立董事，以及独立董事之间的勤勉义务。在责任形式上，独立董事应承担补充责任；责任具体认定上，设置责任限额、追偿权与合理信赖制度以实现独立董事“罚当其责”。

**关键词** | 独立董事；勤勉义务；董事责任

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



独立董事制度引入我国至今已有 20 余年。与全球公司治理的趋势一致，独立董事在我国上市公司的地位和作用也越来越重要。2021 年 12 月 24 日公布的《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称“公司法草案”）第一百二十五条规定：“设审计委员会且其成员过半数为非执行董事的股份有限公司，可以不设监事会或者监事。”其中的非执行董事在我国语境下即指独立董事。也就是说在监事会可能被取消设立的情况下，独立董事将在我国的公司治理中发挥关键作用。

基金项目：安徽大学法学院研究生“优质生源”创新项目（项目编号：M080148001）。

作者简介：万斌，安徽大学法学院硕士研究生，研究方向：公司法、证券法。

文章引用：万斌. 独立董事勤勉义务区分与责任机制重构 [J]. 社会科学进展, 2023, 5 (6) : 619–629.

<https://doi.org/10.35534/pss.0506057>

为了发挥制度作用,需要一定的机制督促独立董事勤勉履职。激励独立董事勤勉履职的方式有声誉机制和法律责任两种。声誉机制在我国以学者为主的独立董事群体中可能难以有效发挥作用,因此对独立董事仍需要施加一定的法律责任压力。<sup>[1]</sup>但我国目前对于独立董事强调的是其作为董事的责任,缺乏细致规定,且对于独立董事勤勉义务的认定也存在一定问题。本文通过提出对独立董事和董事勤勉义务的三层区分,并通过责任机制的重新构建以期对独立董事的处罚能够“罚当其责”。

## 1 问题的提出:独立董事责任承担的分化

长期以来,针对独立董事的诉讼很少发生,独立董事群体并没有感受到诉讼风险的存在,因此不需要责任保险也愿意任职。<sup>[2]</sup>虽然每年对独立董事有所处罚,并且处罚金额并不低,但大多数独立董事其实并未受到过处罚。在证券特别代表人诉讼机制的推动下,“康美药业案”的判决显示了独立董事在目前的责任机制下其实承担着巨大的民事责任风险,这似乎预示着独立董事将进入“强责任时代”,也引发了一波独立董事“辞职潮”。作为对学界和实务界对于独立董事责任讨论的回应,2022年1月22日施行的《最高人民法院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》”)在独立董事的责任标准上进行了大幅降低。公司法草案第一百九十条规定董事只有在故意或重大过失的主观状态下才承担对第三人的责任,依此标准,独立董事在证券虚假陈述中几乎不需要承担责任,因为独立董事的过失大多达不到重大过失的程度。笔者查询2022年之后的上市公司虚假陈述的行政处罚时发现,2022年以后证监会没有对独立董事进行过行政处罚。在“中安科案”的民事责任判决中,法院也以“其并非专业人士,要求其持续关注标的公司项目的履行进程,并对与标的公司经营状况相关的资料进行审核,显然已超出独立董事的职责范围”为由免除了独立董事的民事赔偿责任。<sup>①</sup>独立董事的责任风险甚至可能小于“康美药业案”判决之前,这样的急转向可能有矫枉过正之嫌。

① 参见湖北省武汉市中级人民法院(2022)鄂01民初7号一审民事判决书。

独立董事责任的分化,暴露了现阶段我国独立董事责任机制的缺陷。究其原因,是对于独立董事勤勉义务的认定规则过于宽泛,缺乏系统、合理的标准导致在责任认定上监管机构自由裁量权的恣意。对于独立董事,过高或过低的责任标准都不利于独立董事制度良性发展,合理认定独立董事勤勉尽责,以实现“罚当其责”才是我们应当追求的目标。

## 2 独立董事责任机制的缺陷

### 2.1 连带责任缺乏法理依据

传统观点认为,独立董事亦是董事。我国并未单独规定独立董事的责任承担,而是将其置于董事责任之下,《证券法》第八十五条规定的信息披露责任主体中的董事显然包括独立董事。“康美药业案”依据《证券法》第八十五条的规定判决董事与上市公司共同承担连带赔偿责任,尽管法官可能参考了“中安科案”的判决,适用比例连带责任将独立董事的连带责任限缩在 5% 或 10%,但五名独立董事仍要承担过亿元的赔偿责任,这对于年薪 10 万元左右的独立董事来说依然过于严苛。要求独立董事对于信息披露违规承担连带通常被理解为是一种法定的加重责任,目的是增强对投资者的保护,<sup>[3]</sup>但其实欠缺足够的法理基础。<sup>[4]</sup>多数人侵权责任承担连带责任的情形包括共同侵权与无意思联络但每个人的侵权行为都足以造成全部损害的数人侵权两种情形。<sup>[5]</sup>但对于独立董事而言,首先,在证券虚假陈述中,独立董事一般并不知情,并未参与隐蔽的财务造假,也没有帮助、教唆财务造假的意愿和动力,因此独立董事与实施信息披露造假的公司、中介机构等主体并无意思联络,不符合共同侵权的机理;其次,独立董事与其他主体的原因力并不是竞合关系,独立董事只是消极地未尽到注意义务而导致虚假陈述发生,单凭独立董事并不能造成信息披露违规的结果。因此,其实独立董事并不应当承担连带赔偿责任。比例连带责任即是严厉的连带责任引起反弹的结果。<sup>[6]</sup>

### 2.2 缺乏对于勤勉义务的差异化认定

《公司法》第一百四十七条规定董事对公司负有勤勉义务,独立董事作为

董事亦负有勤勉义务。但独立董事勤勉义务的认定标准始终未能在立法中明确。有学者指出,勤勉尽责与否的标准又是证券执法和司法实践中的一大难题,具有较强的主观性、弹性及模糊性。<sup>[7]</sup>由于《证券法》第八十五条在证券虚假陈述中采用的是过错推定责任,因此独立董事是否尽到勤勉义务即是其举证免责的关键所在。但实践中出于对投资者保护的角度,证监会几乎不予采纳独立董事提出的相应抗辩。证监会认定独立董事行政责任成立的唯一标尺,即是否在违法决议上签字。<sup>[8]</sup>有学者所言的“签字即罚”的规则便由此得出。这就造成了独立董事的免责仅仅停留在理论可能,实践中独立董事基本不可能抗辩成功,独立董事实际上与内部董事承担的是相同的责任。这种重身份责任、轻行为责任的责任机制,显然会产生以下问题:其一,忽略独立董事和内部董事在制度目标、履职方式上的不同。鉴于独立董事并不参与公司的经营管理,而主要职能是对公司行为进行监督,责任的同质性会导致对独立董事的责任过苛;其二,勤勉义务是独立董事免责的重要因素,对独立董事抗辩的一概否定态度会导致勤勉义务内涵的模糊,且对独立董事提出了不切实际的要求,独立董事可能反而因此不勤勉履职,产生反作用;其三,模糊独立董事之间在知识能力上的差异不利于实现独立董事之间的分工合作;其四,忽视了公司对于独立董事知情权的保障责任,公司不提供或提供虚假信息侵犯独立董事知情权应承担相应责任。

### 2.3 对于合理信赖的认定过苛

允许独立董事对专业人士合理信赖。在“金亚科技公司案”“华泽钴镍公司案”等行政处罚文书中,证监会均认为独立董事需要独立发表专业意见和判断,即使借鉴其他机构的专业意见也要承担责任,而不能因此免责,这是未勤勉尽责的表现。不使用“信赖”而使用“借鉴”“依赖”字样,表明证券执法机构基本上不允许其他人合理信赖专家意见的态度。<sup>[9]</sup>

《虚假陈述司法解释》第十四条规定董事不能仅以其不从事日常经营管理、无相关职业背景和专业知识和专业知识、相信发行人或者管理层提供的资料、相信证券服务机构出具的专业意见等理由主张其没有过错。实际上是延续了过往行政执法的一贯传统。而第十六条规定的借助专门职业的帮助不能发现问题的予以免责,其实这是独立董事的职权之一,只不过司法解释予以强调,期望能够引起独立

董事的重视。但独立董事独立聘请审计机构存在众多困难，至少在时效问题上就难以逾越，因此，这一条免责事由的作用有限，独立董事实际上仍然难以通过合理信赖进行免责抗辩。

### 3 责任认定的差异化——董事勤勉义务区分论

为了保护投资者，我国对于独立董事责任的认定采用过错推定责任，将是否尽到注意义务的举证责任倒置，独立董事应对于自己尽到注意义务进行举证。但由于注意义务的举证之困难，因此董事只需举证自己勤勉尽职，履行了勤勉义务即可免责。因此勤勉义务的标准实际上决定了独立董事的责任承担。勤勉义务标准高意味着独立董事难以举证免责。但目前来看，我国证券执法机构对于独立董事勤勉义务的认定有将“外部董事内部化”的倾向，因此将独立董事与内部董事的勤勉义务标准作出区分实属必要。

#### 3.1 第一层：独立董事与内部董事的勤勉义务区分

虽然在法律文本层面并没有实际区分独立董事与内部董事的勤勉义务，且证监会对于行政处罚中在财务报告上签字的独立董事的抗辩均予以驳回，但实务中二者的区分已经是一个共识：行政处罚层面，独立董事作为“其他责任人员”出现；司法实践层面，有学者统计了对于独立董事的民事诉讼情况发现，独立董事相对于内部董事极少承担民事责任，且其作出的抗辩会成为减缓责任的理由。<sup>[10]</sup>进行区分的理由在于独立董事与内部董事在履职方式、信息获取质量上都有较大差异。

（1）履职方式的区别。与内部董事作为经理人的定位不同，独立董事的职能主要在于内部监督，而并不参与公司的日常经营管理。独立董事最主要的履职方式就是参与公司董事会会议。有学者对江苏省上市公司的独立董事进行实证研究后发现，92.13%的独立董事主要履职方式是参加董事会，以及一些列席股东大会、参与调研及与管理层进行沟通等活动，参会次数在5到10次。<sup>[11]</sup>可见与内部董事相比，独立董事履职的方式有很大不同。内部董事作为公司的管理者，能够深度参与到公司的具体业务之中；而独立董事被认为承担监督职能，由于并不参与公司的日常经营管理，独立董事的履职事实上依赖于内部董事等

内部管理者提供的相关文件，然后其对文件进行审阅以试图发现问题。

(2) 获取信息质量的区别。影响独立董事履职的另外一个因素是信息质量问题。既然独立董事获取信息的方式基本来自公司，为了获得独立董事的通过，公司几乎不可避免地会采用向独立董事隐瞒信息或者提供虚假信息的方式。这就可能把问题转化为信息披露问题，独立董事因此会受到相应处罚。即使公司提供了真实信息，但这些信息的非完整性或滞后性也可能使得独立董事难以判断，因此可能随大流而投同意票。在相关资料送到独立董事面前时，可能已经经过了前期的数轮讨论。独立董事的作用仅在于审查这些资料，如此获取的信息当然是滞后的，甚至可能是虚假的。

因此，基于履职方式和获取信息质量的区别，独立董事的勤勉义务应低于内部董事。但国内外公司治理实践对于独立董事的期望又要求独立董事不能仅仅阅读书面文件，而需要采取积极层面上的行动，进行一定程度的合理调查，才被认为勤勉尽职。<sup>[7]</sup>《虚假陈述司法解释》第十四条第二款的规定也提示我们独立董事需要留存自己积极勤勉尽责的相应证据，而不能仅仅进行消极抗辩。具体而言，笔者认为独立董事除了通过参与董事会会议等方式获取相关信息外，还应当对上市公司的重大事项予以持续关注，通过公司主要业务领域内的相关专业网站上了解公司正负面动态等。在主观心态上，独立董事应当时刻注意保持质疑，对公司提供的信息认真审阅并提出异议。

### 3.2 第二层：内部董事对独立董事的勤勉义务

董事之间的勤勉义务与责任均应有所区分，是指董事的对外责任有所不同。除此之外，董事之间是否互负责任与义务？传统公司理论并不区分董事的个别责任与集体责任，董事义务具有单一性和纵向性，但董事之间的个体差异使得董事内部可能存在横向义务。<sup>[12]</sup>独立董事的履职主要依赖于董事等公司内部人对于其知情权的保障。《独董规则》第二十四到二十六条规定公司应当保证独立董事的知情权并保证独立董事履职。这意味着董事等公司内部管理人应当对独立董事负有相关信息披露义务。而独立董事遇到的信息屏障意味着内部管理人但现有独立董事承担信息披露责任中，存在逻辑悖论：上市公司未向独立董事披露真实、准确、完整的信息披露文件，或并未很好地配合独立董事进行合理调



查,是对独立董事知情权的侵犯,其责任应当在于公司,独立董事应据此向公司追责。但《独董规则》中规定“独立董事认为资料不充分的,可以要求补充”,可能使得知情权变成了独立董事的义务。<sup>[11]</sup>这样的规定显然并不合理。对于由此造成的信息披露违规责任,应当认为是公司没有保障独立董事的知情权,独立董事据此可以向公司追责,最终责任应当由公司,而不是独立董事来承受。

### 3.3 第三层:独立董事之间的勤勉义务区分

独立董事之间也应当进行区分。《独董规则》规定上市公司聘任的独立董事其中至少包括一名会计专业人士。实践中每家上市公司聘任的独立董事往往具有不同专业背景,如法律专业、管理专业等。不同专业背景的独立董事在保证信息披露真实、准确、完整时发挥的作用有所差异,显然在勤勉义务认定中应当有所区分,才符合社会分工的要求。对于独立董事来说,信息披露文件的内容可以分为专业内容和非专业内容,非专业的独立董事对于专业内容只负有较低注意义务,而对于非专业内容应负有较高注意义务,<sup>[13]</sup>如会计背景独立董事应当对于信息披露的会计事项具有更高的判断能力和义务,法律背景独立董事应当对于信息披露的法律事项具有更高的判断能力和义务等。笔者认为,就此可以把信息披露违规情形分为两类:一类是信息披露遗漏重大事项,即不“完整”,独立董事只负有合理调查的勤勉义务;另一类是信息披露虚假,即不“真实”“准确”,独立董事在负有合理调查义务的同时,相关专业背景的独立董事应当对于专业内容负有“专业人”的注意义务,其他独立董事只负有“理性人”的注意义务。

## 4 独立董事责任认定机制的重构

### 4.1 确立独立董事承担补充责任

根据《证券法》第八十二条的规定,独立董事对信息披露文件的真实、准确、完整具有保证义务。实际上从流程角度看,信息披露文件的形成过程经过了多个主体完成的前期工作,这时独立董事并未参与,独立董事仅在文件形成后对文件进行审核监督。如果信息披露文件是违规的,其实违规行为已经完成了,

对独立董事的期待在于只要其尽到注意义务，就能发现其中的虚假陈述。这样的独立董事侵权责任与《民法典》一千一百九十八条规定的第三人侵权情形下安全保障义务人承担的补充责任十分相似。对安全保障义务人行为与损害后果之间的因果关系是从“如果尽到了相应的安全保障义务，是否可以避免或者减轻损害后果”的角度进行理解的。<sup>[14]</sup>类推得到，独立董事承担的责任解释为补充责任更加合适。

董事责任的承担是一个两难的问题：如果要求董事与上市公司承担连带赔偿责任，则违反民法的基本法理；如果要求上市公司先承担责任，再向有过错的董事追偿，我国股权背景下上市公司向董事追偿的能力与动力都有疑问。从投资者保护的角度，允许投资者直接向董事追偿的设计实有必要。

笔者认为，在一定程度上修正董事承担民事责任的形式，使独立董事承担补充责任，可以实现兼顾尊重法人格独立与投资者保护之目的。首先，对于故意违规信息披露的行为，董事与上市公司毋庸置疑应承担连带赔偿责任。其次，对于违规信息披露具有过错的董事，应当仅承担补充责任，即仅在上市公司无力承担全部责任时承担，当然具体承担的数额还应该结合具体过错程度进行分别认定。对独立董事而言同时会产生的是，独立董事几乎不会故意参与财务造假等行为，且在适用证券代表人诉讼的情形下，上市公司一般都无力承担相应的责任，独立董事承担补充责任的风险依然不小，因此还需要对责任进行具体认定。

## 4.2 独立董事责任的具体认定

### （1）区分独立董事与内部董事责任：责任限额

对于独立董事责任的限缩，董事责任险是一个讨论较多的话题。虽然《独董规则》规定上市公司可以建立必要的独立董事责任保险制度，但作为一个新事物，董事责任保险的制度建立与市场接受尚需时日。因此就独立董事而言，建立独立董事的责任限额是一个更为现实的选择。从法经济学视角来看，对于独立董事的责任压力应当维持在一个适当的范围，无责任限额或限额过高会造成“寒蝉效应”，限额过低又难以督促独立董事勤勉履职。笔者认为，将责任限额设定为董事已经从上市公司获得的薪酬总额的三倍比较合适。一方面达到



这个限额的赔偿责任意味着董事不仅无偿为公司工作甚至要投入一定的金钱，有惩罚性质；另一方面对于具体的赔偿金额可以进行裁量，但不至于过高使得独立董事无力承担。

### （2）区分内部董事对独立董事责任：追偿权

独立董事承担相应责任后，可以向董事追偿。此时举证责任在于独立董事，其需要举证证明自己履行了勤勉义务，还要证明董事等公司内部人并未保障自己的知情权，导致了信息披露违规的发生。具体的赔偿数额仍需要法院综合勤勉义务的履行情况，公司内部信息屏障的情况进行综合裁量。

### （3）独立董事之间的责任区分：合理信赖

对于专业性内容而言，非专业的独立董事需要合理信赖专业人士的知识和结论才能做出判断。《虚假陈述司法解释》第十六条规定独立董事能够证明其“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”，应认定为没有过错。问题在于，这里的专门职业的含义为何？从证监会过往的行政处罚来看，这似乎要求独立董事自行聘请外部审计机构和咨询机构，且独立董事亦有相应职权，但这并不现实也不合理：其一，独立董事审阅相关文件的时间决定了其聘请外部机构就会使得公司信息披露时间违规，信息披露截止时间的压力会使得各方都不希望额外聘请外部机构；其二，为何不能信任公司聘请的审计机构制作的信息披露文件，而要另行聘请？这并不是一种经济的做法，且独立董事本身就是专业人士，为何不能信任专业独立董事的结论？因此笔者认为，在信息披露存在虚假信息的情形，基于对专业人士的合理信赖，非专业独立董事应当予以免责。如财务方面出现不实信息，除会计专业外的其他独立董事应当免责；而信息披露的合规出现问题时，除法律专业外的其他独立董事应当予以免责。

## 5 结语

现有的独立董事责任认定机制有缺陷且不够精细，通过对独立董事的履职情况、信息获取情况等具体区分独立董事与内部董事、董事与独立董事、独立董事之间的勤勉义务，以对独立董事的责任承担有所指导。在具体责任的认定上，

明确独立董事承担补充责任,且通过设定责任限额、赋予其向内部董事的追偿权和合理信赖其他独立董事以免责的机制,实现独立董事“罚当其责”的目标。

## 参考文献

- [1] 黄辉. 独立董事的法律义务与责任追究: 国际经验与中国方案 [J]. 中外法学, 2023 (1): 201-220.
- [2] 方流芳. 独立董事在中国: 假设和现实 [J]. 政法论坛, 2008 (5): 110-115.
- [3] 李宗录. 对虚假陈述中董事与上市公司连带责任性质的反思 [J]. 理论界, 2007 (2): 92-94.
- [4] 朱庆, 周雪梅. 认定董事信息披露责任应坚持“三个区分” [J]. 证券法苑, 2021 (3): 130-136.
- [5] 程啸. 侵权责任法 [M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [6] 王涌. 独立董事的当责与苛责 [J]. 中国法律评论, 2022 (3): 64-77.
- [7] 邢会强. 证券市场虚假陈述中的勤勉尽责标准与抗辩 [J]. 清华法学, 2021 (5): 69-85.
- [8] 傅穹, 曹理. 独立董事勤勉义务边界与免责路径 [J]. 社会科学, 2011 (12): 111-117.
- [9] 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 [J]. 中国法学, 2021 (1): 244-261.
- [10] 傅穹. 司法视野下独立董事的责任反思与制度创新 [J]. 法律适用, 2022 (5): 24-30.
- [11] 曾洋. 重构上市公司独董制度 [J]. 清华法学, 2021 (4): 156-175.
- [12] 林少伟. 董事横向义务之可能与构造 [J]. 现代法学, 2021 (3): 139-154.
- [13] 叶承芳. 证券市场虚假陈述民事责任归责原则研究 [J]. 中国市场, 2011 (5): 128-131.
- [14] 张新宝. 我国侵权责任法中的补充责任 [J]. 法学杂志, 2010 (6): 1-5.

# The Distinction between Independent Directors' Care Duty and Reconstruction of Responsibility Mechanism

Wan Bin

*School of Law, Anhui University, Hefei*

**Abstract:** The liability risk of independent directors has been increased by the “Kangmei Yaoye Case”, and then showed a trend of excessive reduction. At present, the responsibility mechanism of independent directors has problems such as a lack of theoretical basis and a lack of differentiated regulation. To refine the determination of independent director responsibilities, it is necessary to distinguish between independent directors and internal directors, between internal directors and independent directors, and between independent directors and independent directors. In terms of the form of liability, independent directors should bear supplementary liability; In terms of the specific determination of liability, the liability limit, recovery right, and reasonable reliance system are set up to achieve independent directors' “punishment and responsibility”.

**Key words:** Independent director; Duty of care; Director liability