

上市公司独立董事的责任优化与制度适用

赵文婷

北京物资学院法学院, 北京

收稿日期: 2024年8月27日; 录用日期: 2024年9月19日; 发布日期: 2024年10月31日

摘要

独立董事制度是现代公司治理结构的重要组成部分, 在我国, 独立董事制度的引入初衷是为了弥补公司内部监督机制的不足, 但目前来看, 独立董事制度并未完全发挥出其应有的价值。由于独立董事的义务和责任规定泛化以及新旧独立董事制度更替等因素, 独立董事制度在权责认定、激励机制以及处罚判决方面的现行规定值得商榷。综合考量域外经验和中国国情, 从比较法角度来检讨我国的独董制度的缺陷。为了完善我国独立董事法律责任体系, 充分发挥其对上市公司规范运作的作用, 应优化责任标准及适用, 重视激励机制多样化, 引入独董责任限额制度, 进而推动上市公司治理结构的完善。

关键词

独立董事, 勤勉义务, 激励机制, 责任限额, 治理优化

Liability Optimization and Institutional Application of Independent Directors of Listed Companies

Wenting Zhao

Law School of Beijing Materials University, Beijing

Received: Aug. 27th, 2024; accepted: Sep. 19th, 2024; published: Oct. 31st, 2024

Abstract

The independent director system is an important part of the modern corporate governance structure, in China, the introduction of the independent director system was initially intended to make

up for the inadequacy of the company's internal supervisory mechanism, but at present, the independent director system has not fully exerted its due value. Due to the generalization of the duties and responsibilities of independent directors and the replacement of the old and new independent director systems, the current provisions of the independent director system in terms of the identification of powers and responsibilities, incentive mechanisms and penalties are questionable. Taking into account the overseas experience and China's national conditions, the shortcomings of China's independent director system are reviewed from the perspective of comparative law. In order to improve the legal liability system of independent directors in China and give full play to their role in regulating the operation of listed companies, we should optimize the liability standard and its application, pay attention to the diversification of incentive mechanisms, and introduce the liability limitation system for independent directors, so as to promote the improvement of the governance structure of listed companies.

Keywords

Independent Director, Duty of Diligence, Incentive Mechanism, Liability Limit, Governance Optimization

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2021年,康美药业证券虚假陈述民事赔偿案首次采用特别代表人诉讼机制,其判决结果引起轩然大波,5名独立董事被判承担5%、10%不等的连带赔偿责任,具体赔偿金额高达1.23亿元和2.46亿元,远超其任职所获¹。掀起一轮独董的辞职潮,引发社会各界对于独董制度的广泛热议。独立董事制度是我国资本市场改革开放的产物,系域外经验借鉴所得的舶来品。自2001年《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》发布,独立董事的职能始终强调其责任与义务履行,但在康美药业案之后,该职业的高度危险性使得风向突变为如何降低独董责任与义务,对此最高人民法院于2022年发布《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《2022司法解释》)作出回应。理想和现实背道而驰,作为“高危职业”的新贵,独立董事面临成本与收益不匹配的尴尬局面,随时背负着巨大的声誉和法律风险压力。将独立性的概念实质性地运用在公司治理实践并非易事,独立董事制度与中国特色市场经济土壤的无缝衔接还需要时间的打磨,当前我国独立董事制度不健全,缺乏相应的自律规范,人们对独立董事制度的认知度和信赖度还有待进一步的反思、探索 and 深化。

2. 独立董事制度基础理论分析

(一) 独立董事制度的历史沿革

1) 独立董事制度的起源

通常认为,独立董事制度起源于20世纪初期颁布的《投资公司法》,该法第10条a款:“与该公司存在利益关联的董事人数不得超过董事会总人数的60%”,即无利益关联者须占该注册投资公司董事会成员40%以上,罗斯福政府为了解决投资公司内部监督机制的不完善首次尝试界定独立董事的概念。美国独立董事制度在21世纪得到了极大的发展,2001年《投资公司法》修订促进公司治理透明度,强调

¹康美药业证券虚假陈述责任纠纷案,广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民初726号民事判决书。

独立董事的独立性，其要求独立董事所占比例须超过 50%，并且新的独立董事应该由原来的独立董事选举。伴随着美国资本市场的蓬勃发展，其上市公司也逐渐呈现出其自身制度的缺陷，尤其是“安然”[1]、“世通事件”[2]等一系列的财务造假经济丑闻，更是凸显了其现行法规体系的不足，并由此引发了对资本市场监管制度等方面的改革，使得公众将更多的期望放在了改善信息披露的真实性和可靠性之上。上市公司管理层与股东的利益往往不能完全吻合，因而产生了委托 - 代理问题，管理者作为信息的“供给方”，可以通过信息的发布进行干预以实现特殊目的，比如推迟披露时间以延缓不良新闻对市场的冲击，又或者通过操控应计项目以影响净利润，从而产生虚假、欺诈的财务信息，从而导致上市公司舞弊行为。因此，美国证券交易委员会通过了《塞班斯法案》第 404 条款，规定所有上市公司都要有自己的独立董事，并且每年都需要提交一份由独立董事代表董事会签署的年度报告。于 2011 年生效的《多德-弗兰克法案》进一步强化了独立董事制度，为确保对管理的有效监督，加强了董事会审计职能，要求由独立董事组成的风险委员会随之设立，并对独立董事的独立性作出具体要求。至此，独立董事制度成为美国公司治理体系中不可撼动的坚石。

2) 中国独立董事制度的现状分析

在我国引入、建立与发展独立董事制度的历程中，也存在着一个学习、探索与完善的过程。独立董事制度是对董事会进行民主监督的一项制度安排，是公司合规治理中的一种制衡机制。从英美法系引入的上市公司独立董事制度，其目的是为了消除“内幕交易”，维护少数股东及公司整体的利益，改善公司的经营状况。1997 年，中国证监会发布《上市公司章程指引》，首次提到独立董事，并倡导各上市公司“根据需要，可以设独立董事”；2001 年，《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》的发布意味着我国独立董事制度已初具规模，明确规定了上市公司独立董事制度的建立；2005 年，《关于进一步加强上市公司治理的通知》规定上市公司独立董事的设立；2006 年，《公司法(2005 修正)》在法律的位阶上实施强制性的独立董事制度；2010 年，《关于进一步加强和改进上市公司治理有关问题的通知》对独立董事的责任进行了更深层次的阐述，并对其提出了更高的要求，即上市公司要构建并完善独立董事的选任机制，并确保在董事会的成员中至少涵盖 1/3 的独立董事；2020 年，《证券法(2019 修订)》第 90 条规定了上市公司独立董事就股东权利代为行使征集制度。中国公司治理结构中独立董事的地位日益提高，最近我国公司法正值修订期，《公司法(修订草案三次审议稿)》中允许公司自由选择单层制或双层制，若按意大利、西班牙和法国三国的数据预测，我国未来 90% 的公司将采单层制，独立董事的比例在股份公司中将大幅度增加[3]。独立董事制度对于健全公司内部监督机制，保护中小股东的合法权益意义非凡，是我国建立、健全现代企业制度和法人治理结构的重要一步。

(二) 我国独立董事制度法理分析

1) 独立董事的概念界定

“独立董事”“外部董事”似有概念间交叉重叠情形，需进行厘清与区别。首先，根据《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定，将上市公司独立董事定义为“不在公司担任除董事外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。”其次，“外部董事”这一概念在我国的政策文件中只适用于国有独资公司，2009 年国务院国资委出台的《董事会试点中央企业专职外部董事管理办法(试行)》第 3 条将专职外部董事定义为“国资委任命、聘用的在董事会试点企业专门担任外部董事的人员。专职外部董事在任期内，不在任职企业担任其他职务，不在任职企业以外的其他单位任职”。综上笔者认为，根据定义内容，外部董事不在公司担任除董事外的其他职务，与公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的利益关系，即外部董事与上市公司独立董事相比在定义上稍显松散，二者成包含关系，区别不大。

2) 独立董事的权责分析

独立董事除了包括忠实义务和勤勉义务在内的一般义务外,还有作为独立董事的特殊义务要求,即信息披露义务。首先,我国董事负有忠实义务和信义义务在《公司法(2018修正)》第147条有明确规定,2022年新修订的《上市公司章程指引》第97、98条也较为详细地规定了董事的忠实义务和勤勉义务要求。第一,忠实义务是指在履行职责的时候,独立董事应该严格遵守法律和公司的规章制度,并且将公司的利益最大化作为自己的最终目的,当个人利益与公司利益发生冲突的时候,应该把公司的利益放在第一位,不能为了一己之私,而损害公司的利益,涵盖禁止自我交易、禁止竞业、禁止侵占公司财产、禁止挪用资金、以及禁止违规担保等。第二,勤勉义务要求独立董事应当以诚信的态度履行董事责任,并且必须是确有理由相信是出于公司利益最大化之目的,并以普通谨慎的人之标准合理地尽到所应有的注意程度,其标准认定属于客观标准与主观标准的结合。从主观标准上,独立董事在履职时所需的注意程度应该与其知识、技能和经验相符。从客观标准,独立董事在履职时须具备在类似公司或类似事项上具有一般常识、技巧和经验的童话所应有的注意程度。信息披露义务指保证上市公司所披露的信息真实、准确、完整、及时和公平的义务。作为特别法的《证券法》与作为一般法的《公司法》相比,无论是在发行还是交易情形下都更显严格,在事实上,我国涉及董事违反信息披露义务的绝大多数案件都是针对上市公司。同时,《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》对独立董事的职能要求进行了详细地列举,上交所和深交所分别发布的《上市公司独立董事备案及培训工作指引》等文件还对独立董事的独立性作了详尽的规范。

基于权责一致性原则,要求独立董事的责任应与义务相统一。第一,在独立董事的行政责任方面,独立董事承担行政责任的主要形式有警告、罚款、没收所得及被采取市场禁入措施,其中警告及罚款为独立董事承担行政法律责任最常见的形式。第二,在独立董事的民事责任方面,按责任相对方不同,可划分成对公司的责任和对第三人的责任两种类型。独立董事与公司之间有着一种聘用关系,如果独立董事没有履行自己的勤勉义务,那么就违背了两个人之间关于规范履行义务方式的约定,其所要承担的是一种违约责任,如果独立董事没有履行自己的忠实义务或者信息披露义务,那么就会对公司的合法权益造成损害,要承担的是一种侵权责任,违约责任和侵权责任构成了民事责任聚合。独立董事与包括股东、债权人在内的第三人之间并没有直接的法律关系,如果独立董事作为直接责任者参与进行了虚假陈述,并对第三人的合法权益造成了损害,那么他就会对此负有连带赔偿责任,若独立董事对虚假陈述无过错则无需承担民事赔偿。第三,在独立董事的刑事责任方面,虽然法律法规中对于独立董事暂时没有专门规定,但《公司法》《证券法》《刑法》等对独立董事追究刑事责任具有威慑力,在促进其合法履行职责方面具有积极的意义。

3. 我国现行独立董事责任标准的困境

有关独立董事责任标准的讨论,所考虑的因素集中于责权不对等、激励不明确,进一步具化为行政责任与民事责任的不相称。独立董事缺乏对风险责任的控制和承担能力,他们不直接参与公司的经营管理,主要通过参加董事会会议来进行表决。在履职的过程中,他们所依赖的信息主要由执行董事和高管提供,这些信息通常经过加工和过滤,是二手信息,因此存在严重的信息不对称问题。当公司管理层从事非法经营活动,使得公司及其董事处于高风险的境地时,独立董事面临着一系列困难^[4]。首先,他们可能很难察觉到这些违法行为的存在,因为相关信息往往被掩盖或隐瞒。即使他们发现了违法行为,并依靠外部的专业机构和律师团队提供独立的调查和法律意见也,可能缺乏足够的权力、资源和手段来预防和制止它们的发生。这主要是由于以下三点原因:一是,管理层通常拥有对内部信息的更全面和深入的了解,并能够控制和操作有关程序和记录,以便隐藏非法经营活动;二是,独立董事在公司中的权力

和地位往往较低，可能无法获得足够的支持和合作来开展彻底的调查和审查；三是，他们可能面临来自管理层或其他利益相关方的压力和威胁，以阻止他们进行进一步的调查和披露。基于此，独立董事需要克服许多困难才能有效地发现、预防和阻止违法行为的发生。

（一）权责认定缺乏合理性

尽管在法律上，独立董事与非独立董事享有同样的权利。但在现实生活中，我国目前的独立董事基本上都是兼职，他们也不需要全职在上市公司工作。一般情况下可以将其工作内容理解为出席董事会和股东大会，在会议中表达自己的意见并作出相应的决策。中国式的独立董事基本上都从律师、会计及高校教授等各专家学者中产生，其中相对弱势且单纯的高校教授兼职独董的比例正在进一步扩大。从当前上市公司独立董事的人员结构看，大部分都是从事教学工作的学者，其理论基础比较深厚，拥有比较显著的优势，但是缺乏实际经验和专业知识，也缺乏对公司经营决策的影响作用。另外，独立董事们在董事会中大都没有具体的职务，没有能够对公司的经营决策做出客观的意见和独立的判断，往往也不可能在短时间内迅速而准确地识别出风险和隐患。因此，根本就没有理由认为让独立董事与非独立董事一样负有相同的义务和责任。

（二）激励机制缺乏有效性

为更好地对上市公司的独立董事制度进行完善，提高其履行职责的能力，使其能够更好地发挥自己的作用，2023年4月14日，国务院办公厅拉开了上市公司独董制度的改革大幕，从多个层面对其提出改革要求，细化了我国独立董事制度各规则体系。尽管实施了对独立董事的精神激励，根据高层决策专家的特性增加了一些新内容，但从实际情况来看，“人情董事”“熟人董事”并不能在短期内根本消除，尤其是在当前独立董事声誉激励机制尚未健全的情况下，能否有效地调动履职积极性、能否填补现有薪酬体系的缺陷等问题还有待考察。

（三）行政处罚判决较为严苛

在现有的证券管理制度下，独立董事因上市公司违规行为担起更重的行政责任，也肩负起更多的罚金数额。现行法律对独立董事的义务作出了比较概括的规定，却没有在立法中对独立董事的行为标准进行明确，这就造成了行政机关或司法机关经常将独立董事与执行董事、高级管理人员等不做区别地进行处罚，也没有认识到独立董事与执行董事之间的身份差异。尤其是，中国证券监督管理委员会针对上市公司定期报告虚假记载的问题所进行的行政处罚，大部分的违法行为都与财务造假有关，而在上市公司审计委员会召集人中担任职位的独立董事，因其自身拥有的是财务会计方面的专门知识以及对审议委员会成员履行的职责，所以他们对在定期报告中出现的财务舞弊的情况所要负的责任也就更大，受到的惩罚也比其他独立董事要严重得多。通过对证监会或证监局的行政处罚决定书进行检索和筛选，在2022年度被行政处罚的28名独立董事中，有20名以不知情、已尽勤勉义务、未参与、公司隐瞒等理由进行申辩，均未获得证监会或证监局的认可和采纳[5]。从这一点可以看出，证监会在进行处罚时极为严厉，其对独立董事的处罚进行从轻减少的可能性很小。同时，独立董事的刑事责任并不是无迹可寻的，独立董事参与实施的内幕交易、违规披露及一些帮助行为构成犯罪，但实践中独立董事因涉嫌犯罪而被判刑的情况不多见，比较典型的包括2014年华工科技独立董事骆晓明因犯内幕交易罪、泄露内幕信息罪被判处罚金，以及2019年唐山港独立董事李冬梅因犯提供虚假证明文件罪被判刑。根据判例分析，内幕交易、违规披露罪可以说是当前我国上市公司独立董事最大的犯罪风险源。最后，相关利益主体与公司或者公司股东、董事、高管之间存在的民事赔偿难以优先处理。虽然，“民事赔偿责任优先”原则已成功地为《公司法》《证券法》《民法典》《刑法》等11部法律所引入，但长期以来，该原则并未得到学界重视，实务上也基本被搁置[6]，这可能导致相关当事人的权益、经济利益或其他合法利益遭受损害，无法及时受

偿，弥补损失。

4. 比较法分析

(一) 域外上市公司独立董事制度规制与实践

美国作为独立董事制度的起源地，美国独董被追责自掏腰包的情况非常罕见，其面临的责任风险较低。一表现在美国独立董事义务责任制度在适用范围上不断扩张，同时在规范标准上逐渐放宽。从美国法院的判决来看，在确定董事责任时，法院会考虑到其身份、职务以及所负责任的重要性，对负有主要责任的人会更进行更为详尽的调查，而独立董事在履行职责过程中则会独立地承担少的核实义务要求。美国重视独立董事的生存状态和发展问题，对其忠实性的辩护也有一个合理的限度，如特拉华州法院在一些董事被诉的案例中，判决内部董事承担责任，却以更低的注意标准宽恕了独立董事。二表现在美国独立董事激励履责机制多样化。美国的独立董事中商业精英的比重较高，以委托代理理论为基础的声誉约束机制可以更好地激励其珍惜羽毛。从发展过程看，各政治力量的均衡对抗美国外部董事的责任风险，每当法院判决独立董事承担自掏腰包的个人责任之时，各州就会通过立法为董事提供额外保护，这可能是各州为了经济发展和“营商环境”而作出的回应[7]。美国学者认为，独立董事的这种“低报酬-低风险”的机制是适当的，是富有激励性的。与此同时，机构投资者强烈呼吁向独立董事发放股权激励、限制性股票等股票薪酬，以使独立董事与股东间的利益一致[8]。三表现在美国独立董事获得更多的司法保护。公司法上的商业判断规则和证券法上的合理勤勉抗辩等从法律方面为独立董事履职尽责提供了有力保障。在美国的司法实践中，除了对具体的法律、事实进行调查外，独立董事还可以基于合理信赖专家意见、管理层提供的信息而进行相关的调查，如果独立董事积极地进行了相关的调查，查明事实，且该调查内容充分、完整，则可以免除其责任，对调查内容完备性的要求并不会影响独立董事合理勤勉抗辩成功概率的高低[9]。

在加拿大，独立董事在司法实践中并不承担过重的责任，主要集中在要求信息披露的透明程度方面，实际上，很少有因不实招股说明书或持续性报告不实而起诉独董的案例发生。相关法规对独立董事的赔偿责任进行了一定的限制，根据规定，只要独立董事没有故意参与虚假报告的制作，其在赔偿责任上的限制不应超过其年薪的一半。这一规定为独董提供了保障，使其更加安心履责，减轻了责任压力。在日本公司治理研究领域，也多主张限制对独立董事追究责任，减轻独董责任，以激励经营者在瞬息万变的市场环境下进行果断决策[10]。同时，日本法律对独立董事责任进行了专门的规定，明确了独立董事违反义务所承担的法律后果，并且为独立董事的责任限制和豁免提供了相对完整的制度设计，旨在使独立董事承担较其他董事更轻的法律后果，以确保更有能力的独立董事可以减轻后顾之忧以履行独立董事职责。

(二) 上市公司独立董事制度探索

毫无疑问，独立董事在各个国家的公司治理中都作出了重大的贡献，它的可移植性也是非常明显的，我国的独董制度还处于探索之中，从现实情况看外部监督机制存在着许多现实问题需要探索解决。不同国家和地区的具体的社会经济状况存在着一定的差别，同一项制度移植的效力也并非只存在于表面上，目前我国在独立董事方面的国情与美国还存在着很大的差异，因此不能简单地照搬美国做法，还应当根据中国国情进行探索。首先，从目前我国对于独立董事的职责和义务的规定来看，散见于多部法律、法规和规范性文件中，在实质性推行阶段，独立董事核心职能的客观定位尚未达成共识，至于独立董事权利与义务的具体设计、免责与保险机制等细节制度建构则更是后位考虑的对象，欠缺可操作性。究其原因，是因为独立董事的目标定位不明确。如果独立董事明确自己的目标定位，在其任职期间就能够专注、高效地履行自己应尽的职责和义务。反之，如果独立董事没有明确自己的目标定位，在面对利益冲突时就会不知所措，其在任职期间也就难以发挥应有的职能效果。其次，我们国家正处在一个转型时期，

信用制度还不健全，信誉机制的功能较弱，难以对独立董事进行有效制约，实际上，即使在美国单靠声誉机制无法有效规范董事行为，在某些情况下还是需要施加金钱责任以及股权激励等。关键在于独立董事的薪酬制度也由受控于大股东的董事会决定，独立董事所处的各个阶段进程都不得受制于大股东或管理层，不能为企业绩效和管理效益提供切实高效的理想化帮助，所以股权激励机制本土化适用还需经过考验，意欲通过独立董事来监督、制约大股东的立法目的难以实现。最后，独立董事对公司重大事项的否决权无法落到实处。再从我国当前的制度设计来看，独立董事更多地是在事前审查中发挥作用，由于其对经营者和大股东而言并不具有较强的威慑力，因此，独立董事对经营者和大股东的监督作用在实践中并未得到充分体现。所以即便独立董事能够及时发现重大问题，也只是一只没有獠牙的老虎，没有能力去制止控股股东和管理者的一意孤行，亦无法对大股东和内部董事所组成的利益同盟进行有效约束。

5. 独立董事责任标准的优化与制度适用的对策

(一) 完善独立董事的责任标准

上市公司是我国资本市场中最重要、最活跃的市场主体，上市公司治理是资本市场运行的基石。加强上市公司治理，完善中国特色现代企业制度，就必须进一步完善独立董事制度，这是我国资本市场基础制度建设中一项重要内容。在将司法判决、司法解释作为最终的救济手段加以确认和规定之后，对许多需要明晰、确定的基础性、制度性、日常性、行政性规定进行明确、修补和调整，就变得更加紧迫和必要。此次独董制度的改革又在独立董事责任认定上作出了具体回应，在详细列举独立董事责任认定考虑因素的同时，特别补充了独立董事的不予处罚情形，明确独立董事与非独立董事承担共同而有区别的法律后果。但这远远不够，一方面，我国现行法律需要对独立董事勤勉义务的判断标准作出明确规定，使得实践中对独立董事的履职标准统一化，增强独立董事制度在实践中的落实效果。清晰的尽责标准不仅可以对独立董事的行为起到有效的指导作用，还可以为行政执法工作树立标杆。为此有学者根据 15 件独立董事未尽勤勉义务行政处罚案尝试归纳我国独立董事被法律所期望的三条行事标准，包括体现勤勉义务的持续关注、了解公司事务行为和有效表达意见行为，以及体现注意义务的审慎调查核实行为^[11]。另一方面，我国证券市场的行政执法中对独立董事应缓和监管态度。行政责任属于公法责任，是为了惩处损害国家和社会利益的违法行为，具有对一定社会关系予以恢复的救济功能和通过剥夺能力、减少再次实施违法行为可能性的预防功能^[12]，其强严厉性体现了国家机关严格执法的态度。鉴于行政责任入责门槛应高于民事责任，为了解决独立董事在客观上无法有效履行义务的实际困境，在我国适当引入美国的商业判断规则，放宽了独立董事应该承担勤勉义务的标准，独立董事承担民事责任采取过错推定原则以及“谁主张、谁举证”的举证责任更为适宜^[13]。如前文所述基于美国国情其独立董事被追责自掏腰包的情况非常罕见，其面临的责任风险较低。在我国，对于独立董事的约束和处罚需要对独董保持一定程度的责任压力，促使其勤勉履职去对抗公司控制人。

(二) 重视激励机制的多样化

上市公司独立董事不仅以其所具有的知识和经验来获得报酬，更是以其多年奋斗所获得的良好声誉和社会地位来保证，独立董事激励机制是独立董事制度有效运行的关键。当前独立董事制度改革明确“建立独立董事声誉激励约束机制，将履职情况纳入资本市场诚信档案，推动实现正向激励与反面警示并重”，与此同时，真实市场中信息不对称现象普遍存在，在市场失灵情况下，独立董事的声誉水平并非总能正向激励其履职表现，其不良表现也不一定总会遭致声誉的损坏^[14]。为了推动独立董事市场走向成熟，有效发挥激励机制的完全作用，需要将薪酬激励机制建立的重点和突破口放在提升独立董事的可变薪酬激励之上，增加变动薪酬并适当提高变动薪酬在整个收入中的比重，建立一套有效的独立董事薪酬激励机制加以配合协作^[15]。在我国上市公司中，独立董事不仅在任职期间没有股权激励，也不存在对独立董事

进行股权激励的制度安排，而且期间所得津贴、报酬都很低，基本上与我国公务员的收入水平相当，而其对公司的贡献却往往不能得到有效体现，独立董事有陷入一种没有积极性的工作状态的倾向，此时如果增加处罚力度，势必会产生与之不相匹配的消极刺激，从而对股东产生极为恶劣的负面效应，这将妨碍上市公司应有的商业冒险精神，将使股东失去风险调节后的有风险获益机会。股权激励能够促使独立董事成为潜在中小股东，虽然独立董事广义上代表公司利益，但主要是代表中小股东利益来制衡控股股东，当独董被作为激励对象后，其本身就是潜在的中小股东，更有动力监督控股股东，有利于其监督职能的发挥[16]。

(三) 合理构建独立董事责任限额制度

我国在建立独立董事责任限制与免除制度时，可以考虑吸纳美国的独立董事补偿制度。一方面，在原则上法律不再对其进行详细的限定，仅仅是对进行一些宣示性条款即可，将具体的设定限额的权利交给了公司，公司可以根据自身的生产规模、交易风险等因素，来设定与公司的实际情况相一致的赔偿额度的最高上限。另一方面，将补偿制度的设计方式改为以董事胜诉为前提来对补偿独董的法律费用，以董事非故意和重大过失及不违反忠实义务为前提补偿其他责任。美国一些州的公司法在董事赔偿数额方面也设定了上限，依据我国国情，赔偿数额可以设为独董在其违反义务的公司获取的薪酬总额的5倍为限，实践中法官应当具体案件具体分析，运用自由裁量权在此限度内确定一个适当的数额，而不是机械地在所有案件中都采用同一个倍数值[17]。独立董事会在我国上市公司合规治理中起着举足轻重的作用，在很多情况下都要对公司决策以及公司债务负有连带责任，独立董事们无差别地共同承担责任从一定意义上消除了独立董事间的个人差异。广州市中级人民法院对康美药业案作出的判决，充分反映了不同类型的股东对公司的法律义务具有差异化的承担。有学者指出公司法修订时应当制定权责统一、尊重个体差异、科学合理的董事责任规制范式，在责任承担上进行类型划分，设定差异化董事责任限额，同时辅以过错程度以确立董事比例责任[18]，独立董事责任规制也可以借鉴此法。由于独立董事的决策给公司所产生的利润远超自己所得，所以如果独立董事在没有刻意或者有重大过错并且没有违背忠实义务的情形下给公司和股东造成了损失时，那么就应该对董事的赔偿责任进行限定。美国针对独立董事构建了责任限制与免除制度，美国独立董事只在重大过失或者主观故意时承担相应的责任，同时设置补偿制度，对独立董事与之履职相关诉讼费用以及律师费用等合理费用进行补偿。因为独立董事具有兼职的特点，所以并不是经常在所任职的公司中工作，他们在履行职责的时候，往往会受到一些时间差和信息差的制约，因此，要想更好地保护他们的利益，让他们有一个轻松的工作氛围，就必须对他们的职责进行一些限定和豁免。

6. 结论

上市公司独立董事制度的设计是用于规制证券市场中所存在的垄断现象，在与国际惯例接轨的驱动下，独立董事制度被当作良药被引进中国，借由别人的“药方”处理我国的“疑难杂症”势必会导致水土不服的情况发生。康美药业案是我国上市公司独立董事责任制度发展的一个里程碑事件，广州中院对其判决处罚更是引发了社会各界对于独董制度的热议，多名独董纷纷离职侧面印证对该药方不良反应，独立董事权责认定不合理、激励机制欠有效、判决处罚较严苛等制度性困境亟待解决，旧规已不能满足资本市场上市公司高质量发展的内在要求。实践中，域外独董很少被判决需要承担更多的责任，被判自掏腰包支付赔偿的情况更是微乎其微，其责任规范标准较为宽松，尽责激励机制更为多样化，也能获得更多的司法保护，借由商业判断规则和合理勤勉抗辩“保驾护航”提升抗辩成功概率。基于我国制度安排和司法实践，我国现行法律应明确对独立董事勤勉义务的判断标准，将声誉激励机制与薪酬激励机制相互配合，尝试设定差异化董事责任限额，并考虑引入补偿制度以缓和独立董事的紧张态度。当前，我

国正处在上市公司独立董事制度改革的关键时期,需要在坚持“过罚相当”原则的基础上,对独立董事进行精准追责,把握行政责任、刑事责任与民事责任间的责任。同时,也应当统筹考虑绝对赔偿数额与赔偿责任比例,避免出现只顾及责任比例而忽略绝对赔偿数额的问题。独立董事制度作为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分,在我国公司治理结构中的作用日益凸显。在当前优化资本市场生态环境、促进多层次资本市场建设的背景下,亟需完善独立董事责任制度,对于进一步强化独立董事履职能力、提升独立董事履职质量、保障公司治理规范高效运行等具有重要意义。

参考文献

- [1] 华尔街曾经的“造假大王”,令美国证监会蒙羞[Z/OL]. 网易新闻. <https://www.163.com/dy/article/J8H0SK3705566Z6B.html>, 2024-08-01.
- [2] 世通事件[Z/OL]. 百度百科. https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%96%E9%80%9A%E4%BA%8B%E4%BB%B6/6679827?fr=ge_al, 2024-05-10.
- [3] 王涌. 独立董事的当责与苛责[J]. 中国法律评论, 2022, 45(3): 64-77.
- [4] 郭富青. 我国独立董事的制度悖论、缺陷与解决途径——对“康美药业案”引发的独立董事辞职潮的思考[J]. 学术论坛, 2022, 45(1): 61-73.
- [5] 2022年度独立董事行政处罚分析报告[Z/OL]. 微信公众号. <https://mp.weixin.qq.com/s/ziWcWOyxL1lfsy7NwhxfKA>, 2023-02-20.
- [6] 蒋大兴. “民事赔偿责任优先”抑或“民事诉讼优先”?——“私权优先”应从实体规范向程序规则演进[J]. 中国社会科学院大学学报, 2023, 43(4): 27-45.
- [7] 邢会强. 美国如何追究独立董事的法律责任? [Z/OL]. 中国金融服务法制网. <http://www.financialservicelaw.com.cn/article/default.asp?id=9956>, 2021-03-15.
- [8] 王运通, 马黎珺. 金融机构独立董事薪酬激励研究[J]. 金融监管研究, 2022(7): 1-21.
- [9] 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, 15(5): 69-85.
- [10] 平力群. 日本公司治理平成改革评析[J]. 现代日本经济, 2021(3): 68-81.
- [11] 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[J]. 法律适用, 2020(2): 84-96.
- [12] 张旭. 民事责任、行政责任和刑事责任——三者关系的梳理与探究[J]. 吉林大学社会科学学报, 2012(2): 54-60.
- [13] 朱国华, 赵杨. 独立董事勤勉尽责标准研究[J]. 广西社会科学, 2022(12): 108-116.
- [14] 梅洁. 独立董事声誉激励研究回顾与展望[J]. 财会通讯: 下, 2017(12): 110-115.
- [15] 王琦, 王玉霞, 孟繁锦. 上市公司薪酬激励与独董监督决策研究[J]. 技术经济与管理研究, 2021(4): 46-50.
- [16] 马瑞乾. 双重股权公司治理制度改革研究——基于控股股东与独立董事的博弈分析[J]. 金融监管研究, 2023(1): 63-80.
- [17] 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, 35(1): 201-220.
- [18] 曾祥生. 董事责任规制的困境与应对——以董事个体差异为视角[J]. 法学杂志, 2022, 43(6): 102-116.