

独立董事制度发展与优化

——从康美药业案出发

蒋哲诚

江苏大学法学院, 江苏 镇江

收稿日期: 2023年9月7日; 录用日期: 2023年9月18日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

独立董事制度与其他众多制度一样都是为了上市公司能够更好地发展而生, 在实践中大多数情况下却形同虚设, 在康美药业暴雷后, 众多独立董事纷纷辞职。其中暴露出来独立董事制度存在包括独立董事需要完成超过其能力范围的事项、薪资收入和责任不匹配, 考量独立董事是否尽到忠实勤勉义务的分析标准存在不完善之处在内的一些问题。从独立董事的定位和义务出发, 探究其中影响问题的关键因素。根据这些关键因素对症下药, 提出完善独立董事体系的建议, 通过完善独立董事的评估制度, 分配好独立董事和其他高管的权力义务, 探索独立董事的市场化、职业化发展机制, 细化完善独立董事的赔偿机制等方式促进提升独立董事的履职效能, 优化独立董事制度。

关键词

独立董事, 康美药业, 赔偿责任

Development and Optimization of the Independent Director System

—Starting from the Kangmei Pharmaceutical Case

Zhecheng Jiang

School of Law, Jiangsu University, Zhenjiang Jiangsu

Received: Sep. 7th, 2023; accepted: Sep. 18th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

The independent director system, like many other systems, is designed for the better development of listed companies. However, in practice, it is mostly non-existent. After the outbreak of the Kangmei Pharmaceutical industry, many independent directors have resigned one after another. Among

文章引用: 蒋哲诚. 独立董事制度发展与优化[J]. 法学, 2023, 11(6): 6217-6222.

DOI: 10.12677/ojls.2023.116891

them, it has been exposed that there are some problems in the independent director system, including the need for independent directors to complete tasks beyond their ability, mismatched salary income and responsibilities, and imperfect analytical standards for considering whether independent directors have fulfilled their duties of loyalty and diligence. Starting from the positioning and obligations of independent directors, we explore the key factors that affect the problem. Based on these key factors, propose suggestions to improve the independent director system, improve the evaluation system of independent directors, allocate the rights and obligations of independent directors and other executives, explore the market-oriented and professional development mechanism of independent directors, refine and improve the compensation mechanism of independent directors, and promote the improvement of the performance efficiency of independent directors and optimize the independent director system.

Keywords

Independent Director, Kangmei Pharmaceutical, Liability for Compensation

Copyright © 2023 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. 康美药业案情分析

1.1. 起因

2019年4月份,康美药业公司发布了一个前期会计差错的更正,在更正公告中,康美药业号称前期核算账户资金的时候存在“账实不符的情况”¹。造成货币资金多计了接近300亿元人民币。上述更正实际上说明了以往康美药业通过虚增营业收入的方式,虚增经营性的现金流入,给社会大众,尤其是市场上的投资者造成了公司盈利能力非常强的虚假错觉。由此引出一系列问题。

1.2. 事件发展与代表人诉讼

在康美药业开启法律诉讼阶段之前,从时间线上来看,首先,证监会就已经介入,除了发问询函之外(也正是问询函倒逼康美药业做出更正的会计更正),还在2020年5月对康美药业做出处罚²,认定康美药业作出的虚假陈述,对其董事监事高管予以处罚

其次,在2020年12月,11名投资者,向法院提出了提出普通代表人诉讼,在法院发布公告后又相继有当事人参加,授权给投资者保护机构中证中小投资者服务中心³。由于适用民事诉讼法中的特别默示参加,明示退出原则,最后5名原告表示明确不参加,最后达到了5500多名原告。

在随后的康美药业虚假陈述案中,也开创了多项先河。首先是2020年新证券法实施后首个特别代表人诉讼。其次是原告、被告人众多、赔偿金额巨大⁴,同时酌情判令江某等5名独立董事承担连带责任。

1.3. 结果:损失计算与赔偿责任承担

第一个需要解决的是计算问题。首先,是5万五千多名投资者的数量是如何计算出来的:第一,2017年4月20日虚假财务信息进入市场;第二,2018年10月16日媒体发布文章揭露,引起康美药业股价

¹<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1632254640125358448&wfr=spider&for=pc>, 2023年2月1日访问。

²<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101928/c1042341/content.shtml>, 2023年2月3日访问。

³<http://www.isc.com.cn/html/zxjs/>, 受投资者委托,提供调解等纠纷解决服务;为投资者提供公益性诉讼支持及其相关工作。

⁴广州市中级人民法院(2020)粤01民初2171号。

暴跌,法院认为该日期就是康美财务造假事件的披露日。因此两个日期之间买入并且 2018 年 10 月 16 日后仍然持有的就是财务造假的欺骗投资人,共有 55,326 人,法院通过风险评估扣除 3289 人。第三,2018 年 10 月 16 日至 2018 年 12 月 4 日康美股票换手率达到了 100%,也就是说这段时间内想卖的都找到家了,因此 12 月 4 日的股价不包含虚假信息,这一天被定为基准日,基准日股价和揭露日股价就计算出来了投资者的大致差额损失,加入佣金,税金等因素得出净损失 24.59 亿元,平均每人 4.7 万元。

在广州中院的判决书中除了康美药业长承担赔偿责任之外,其实际控制人马兴田夫妇和 4 名原高管承担全部连带责任,13 名董事监事高管承担 5%~20%的连带责任,负责康美药业的会计师事务所,正中珠江也需要承担连带责任,最后 5 位独立董事分别承担 5%或 10%的连带责任。虽然 2021 年 6 月,康美药业申请破产重整⁵,11 月 20 日破产重整草案通过,基本上会不由独立董事实际出钱赔偿了,但还是引发了一阵独立董事的辞职潮。除了给社会带来影响之外,这也引起了学界的注意^[1],部分学者开始思考我国上市公司的独立董事制度是否具有作用。

由于在我国,独立董事的产生需要董事会提名,股东会选举产生,最后是上市公司发放薪酬。也就是独立董事的任职和薪资待遇等都受制于大股东,其独立性不够完全^[2],价值比例过低^[3],实际地位低下,激励保护机制不健全等原因,共同导致了中国的独立董事就是摆设。加上康美药业案件带出独立董事“钱少责任大”的特点,许多独立董事都纷纷辞职。

2. 独立董事分析

2.1. 角色定位

首先,独立董事与普通的董事不同。独立董事不会在上市公司内担任其他职务,并且不会和上市公司存在利害关系。虽然从定义上来看,突出了其“独立”二字。独立董事的设置目的是保护小股东的利益,防止因为大股东占股权太大挤占小股东权益。独立董事也并非中国独有,相反是中国向世界学习借鉴的成果,1993 年的《公司法》中未对独立董事有过规定,而随着改革开放的进一步展开,1998 年的《关于进一步促进境外上市公司规范运作和深化改革的意见》开始逐步对独立董事作出详细的规定⁶。甚至纽交所还对上市公司中独立董事的数量提出了要求^[4]。独立董事设置的目的是表面上是为了均衡各个股东之间的权益,更加深层次的是为了完善公司的治理结构。在全球范围内上市公司主要的治理结构无非为三种,第一种是单层制度,公司有股东会和董事会构成,无监事会。第二种是双层制,公司由股东会、董事会和监事会构成,无独立董事。第三种是混合制,董事会和监事会都是围绕着股东会,有独立董事的存在,我国就采用的第三种。实际上严格意义上来说还有第四种,第四种是允许公司自己选择双层或单层。

2.2. 独立董事的义务与责任

2.2.1. 独立董事制度责任问题

目前独立董事主要存在以下几点问题,首先是独立董事和执行董事的权力责任分配不均衡。法律上对于独立董事做了很高的要求,不仅要求独立董事认可重大关联交易、提议聘请会计师事务所、提请召开股东大会董事会还需要对任命董事、聘用高管等事项作出意见,这样的高要求远远超出了大多数执行董事的能力范围⁷,这样的分配机制可以看成是独立董事权力大,但权力的背后也是责任。在独立董事的

⁵<https://m.yangtse.com/wap/news/1750852.html>。2023 年 2 月 3 日访问。

⁶《关于进一步促进境外上市公司规范运作和深化改革的意见》：“六、逐步建立健全外部董事和独立董事制度”。

⁷《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》：“五、上市公司应当充分发挥独立董事的作用(一)为了充分发挥独立董事的作用,独立董事除应当具有公司法和其他相关法律、法规赋予董事的职权外,上市公司还应当赋予独立董事以下特别职权:1、重大关联交易(指上市公司拟与关联人达成的总额高于 300 万元或高于上市公司最近经审计净资产值的 5%的关联交易)应由独立董事认可后,提交董事会讨论;独立董事作出判断前,可以聘请中介机构出具独立财务顾问报告,作为其判断的依据。2、向董事会提议聘用或解聘会计师事务所;3、向董事会提请召开临时股东大会;4、提议召开董事会;5、独立聘请外部审计机构和咨询机构;6、可以在股东大会召开前公开向股东征集投票权。”

能力客观上无法承担起责任时就给上市公司暗藏了隐患。

第二，独立董事承担重大的责任之下，其收益却是相对来说比较低。相对于执行董事或者高管，他们的薪酬都会和公司的经营数据相绑定，并且上市公司的高管均是高收入人群，然而在实践中独立董事的报酬通常只是比普通工人略高，其执行风险与报酬不相适应，并且也不会和公司的业绩挂钩。根据资料显示，我国独立董事的工资收入只有其他董事的七分之一[5]结合第一点来看，既要独立董事承担过多义务，却又不给独立董事与义务相对等的薪酬，在康美药业案件中，甚至每年只有10万左右工资的独立董事，可能需要承担1至2亿元人民币的天价赔偿，也就是说独立董事需要工作1000年左右其才足以承担赔偿责任，因此康美药业暴雷后，A股许多独立董事纷纷辞职。

2.2.2. 忠实勤勉义务

无可厚非，康美药业中，纵然有会计师事务所的审计问题，但是从一般常理来看，任何一个会计师事务所都不可能审计错300亿元的巨额资金，其中的监管环节必定出现了问题[6]。对于独立董事或者甚至于是上市公司的任何高管而言都需要对公司承担一定的忠实勤勉义务。值得引起注意的是，独立董事在上市公司中履行责任的时候，其忠实勤勉义务的范围大致边界在何处，毕竟独立董事的功能是有限的[4]。在厘清法律的边界后，才能给独立董事一定的心理预期，具有了指引性。在标准的选择方面，有几类不同的观点，第一类是主观学说，在考量独立董事是否尽到了忠实勤勉义务时，只要主观上其尽到了义务，则即使犯错也在所不问。并且能力越强的独立董事其需要尽到的义务也越多。该观点存在一定合理性，在独立董事犯错误给公司带来损失的时候，这样的考量方式就能比较有效地保护独立董事，但是其存在的问题就是证明的难度大大增加。第二个标准是客观的标准，在独立董事判断决策时，考量的是一般具有独立判断能力的人在当时的条件下做出此项决策是否满足了忠实勤勉义务。这样较为刚性的标准可以满足大部分条件，但是偶尔也需要第一套标准予以辅助。就如同康美药业案件中，计算出300亿元人民币的漏洞，尽到忠实勤勉义务的独立董事应当可以发现问题，并且承担其职责，但是其未能有效阻止灾难发生，因此即使其以超过其能力范围为抗辩也无法支持其理由。第三，引入独立第三方评估机构予以评析[7]，如果独立董事就相关专业事项向专业人士咨询，并根据咨询建议做出决策，也可以减轻或者免除独立董事的责任。

在考量独立董事是否尽到忠实勤勉义务时，以下几个因素可以纳入考量范围。首先是独立董事是否真的“独立”发表意见。独立董事需要在法律法规规定其需要发表意见时，独立发表支持或者反对的意见，并且应当记录其支持或者反对的理由，不能是人云亦云照本宣科。其次是独立董事参与不同的会议是否积极，在独立董事应当参会的会议中，其每年或者美半年参会率的高低可以予以评析，在独立董事具备参会条件的会议中，其参会率有多高。这些都是可以量化的指标，当然其参会不仅仅是要参会更是要符合较低标准的积极参与原则。如果独立董事，没有正当理由，长期并且持续不参加会议，则可能构成违反忠实勤勉义务。因为参会对于独立董事来说是了解公司决策考量出发点的重要场合，独立董事缺席会议可能会增加公司违规的风险[8]，并且在信息和交通高度发达的现代，远程连线也并非难事。

3. 独立董事优化对策

3.1. 完善独立董事体系制度

首先，完善独立董事的单独评估制度。例如上文提到的评估考量因素可以设置常态化，不让独立董事制度的制度设计浮于表面，使得其能够真正代表众多小股东的利益以及更好地维护上市公司本身的利益。虽然最高人民法院列举了一些独立董事可以被认定为没有过错的情形，但还是预留了“能够证明勤勉尽责的其他情形”的兜底条款。如果存在一些可供使用的认定标准[9]，评估认为独立董事已经勤勉尽

责，则很大程度上可以解决法律在适用中的难题。

第二是区分好，平衡好独立董事和其他董事与高管的权责体系。不能让独立董事的薪资报酬与其责任不匹配。例如在涉及其他高管和执行董事切身利益或者关联交易的情况下，独立董事应当承担起更大的判断和表决责任。在涉及细节性经营管理决策层面，不需要独立董事承担决策责任时，其可以仅仅旁听并在总结时作出发言陈述。在一些专业化程度比较高的情况下时，独立董事可以从实质性审查变为程序性审查。因为如果要独立董事进行实质性审查超过了其专业能力范围，其发表的意见或者投出的表决票实际上没有任何意义，相反还可能会影响公司正常的决策，因此要考虑独立董事的客观专业水平[10]。例如在康美药业案件中，独立董事们并不需要有足够的发现公司的财务报表造假，其只需要在程序上监督公司的整个财务报表的信息获取是否公正，应该进行审核的流程是否进行，聘请的独立审计机构是否有资格完成对应的任务，聘请的程序是否符合要求，是否存在可能影响公正的因素等等。如果一切程序上是不存在问题的，则结果出现差错也不可以从制度上追究独立董事的责任，只能从道德上追究。并且根据独立董事的专业技能提出不同的要求，分门别类，对于财会专业的独立董事相对来说提高一些要求，非财会类的独立董事降低标准。

3.2. 独立董事市场化发展

目前，我国的独立董事往往都不是职业独立董事构成，而是由大学教授或者知名学者构成。一方面是由于他们往往受限于体制内的约束，无法在商业上有盈利自然不会存在可能影响公平的利害关系。另一方面他们拥有丰厚的理论知识。但是，这样的独立董事一方面时间精力不足，专家学者在做学问上就需要消耗其大量时间，加之以教学任务的繁重压力，往往使得他们分身乏术。另一方面他们缺乏经营管理企业的经验，无法很好地履行职责。因此探索市场化独立董事选聘机制[11]，在引入市场化的竞选、聘用、考核机制的同时结合不同上市公司的特点增加专业考核环节[12]，满足不同企业对独立董事的需求。因此促使独立董事像职业经理人一样走入市场是一个可能的路径。

3.3. 独立董事赔偿方式的完善

在康美药业案件中，独立董事需要分别承担1亿~2亿元的连带赔偿责任。但是广州中院却没有提到如果独立董事如果履行赔偿义务之后，其如何追偿的问题。虽然这个问题现实中没有发生，因为康美药业走上了破产重整的道路并且有广药集团的支持。但是如果这种情况真的发生，那么独立董事真的向上市公司追偿则会陷入一定的难题，原因在于独立董事应当维护上市公司小股东的权利，那在小股东尚未完全受偿的情况下独立董事追偿中获得金钱又有违保护小股东的权利。对独立董事自身而言也会陷入悖论，如果其向公司追偿债权，则就是利害相关方，这样无疑会带来一些混乱。因此，如果对于后续的赔偿方式予以完善[13]，则会更加稳妥。其次，独立董事市场化发展中，必然可以出现独立董事保险制度，因为市场化之后，独立董事害怕像康美药业案件中的江某一样承担亿万万元的连带赔偿责任，于是就需要保险制度来予以保驾护航。其实不仅仅是保险制度，最高额赔偿限制也应当纳入讨论范围[14]，因为如果真的按照康美药业案件中的标准执行，独立董事需要在上市公司工作超乎社会一般心理预期的较长时间才能够有足够资金赔偿，完全属于权利义务不对等，长此以往可能会造成寒蝉效应。因此独立董事赔偿的相关事宜应当完善。

参考文献

- [1] 戴文涛, 刘秀梅, 曲京山. 我国上市公司的独立董事制度有作用吗?——基于一个外生政策冲击的检验[J]. 财经问题研究, 2018(11): 59-65.
- [2] 李润泽. 论公司治理结构下独立董事制度的完善[D]: [硕士学位论文]. 石家庄: 河北师范大学, 2023.

- [3] 高明华. 完善我国独立董事制度[J]. 中国金融, 2022(5): 85-87.
- [4] 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[J]. 法学杂志, 2022, 43(3): 1-27.
- [5] 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.
- [6] 王曙光, 董洁. 康美药业财务舞弊案例分析——基于审计失败的视角[J]. 财会通讯, 2020, 859(23): 116-120.
- [7] 汪青松, 罗娜. 独董独立性谜题与机制独立性再造[J]. 证券市场导报, 2022(3): 43-51.
- [8] 陆静, 张莹, 向诚. 独立董事制度对公司违规行为的影响——来自中国 A 股市场的经验证据[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2020, 26(5): 102-120.
- [9] 杨晨. 论上市公司独立董事的勤勉义务[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 辽宁大学, 2023.
- [10] 金婷. 独立董事的责任边界与问责路径[D]: [硕士学位论文]. 南京: 南京大学, 2022.
- [11] 张晓明, 李辉, 李辽宁. 建设市场化的独立董事选聘机制探索[J]. 西安电子科技大学学报(社会科学版), 2011, 21(1): 30-33.
- [12] 何振强. 增强独立董事独立性——独立董事选聘机制研究[J]. 农村经济与科技, 2018, 29(8): 130+132.
- [13] 冷静. 康美启示: 证券集团诉讼首案的制度突破与未尽议题[J]. 中国法律评论, 2022, 43(1): 78-92.
- [14] 李志刚, 邹宇, 叶林, 等. 证券虚假陈述纠纷中独立董事的赔偿责任: 案例、法理与制度完善[J]. 人民司法, 2022(1): 104-111.