

January 18, 2022

Memorandum to: Our Clients and Friends

再议董事勤勉义务及责任风险防范

一、问题缘起

2021 年 11 月 12 日, 经最高人民法院指定管辖的 A 股上市公司康美药业股份有限公司 (“康美药业”) 证券虚假陈述责任纠纷案 (“康美案”) 由广州市中级人民法院作出一审判决。根据判决结果, 康美药业将向 5 万余名投资者支付合计约人民币 24.59 亿元的赔偿金, 同时, 除直接参与财务造假的 4 名董事外, 剩余 8 名康美药业时任董事 (含 5 名独立董事) 因未勤勉尽责而作为其他责任人员被判决承担赔偿责任 5% 至 20% 不等的连带赔偿责任。作为 2019 年《证券法》修订后的第一起特别代表人诉讼案件, 康美案引起了我国学界及实务界对于董事责任的广泛关注和讨论。

根据现行《公司法》等相关规定, 董事对公司负有忠实义务和勤勉义务。¹2021 年 12 月 24 日, 全国人大常委会发布了《中华人民共和国公司法 (修订草案)》 (“公司法草案”) 总结吸收了现行《公司法》司法实践经验, 进一步加强和完善了董事责任制度。

康美案的出现和公司法草案的出台, 使得一些投资人及其董事更加关注投资人董事在目标公司日常履职过程中的法律责任和风险问题。鉴于投资人董事通常不担任目标公司的管理职务, 不直接参与目标公司的日常经营管理活动, 而主要通过参加董事会会议、听取目标公司管理层汇报来了解公司的业务情况、作出商业决策, 因此投资人董事主动利用其职权之便损害公司或股东利益、违反董事忠实义务的情况在实务中并不多见。我们在本文中仅就董事违反勤勉义务的法律风险, 根据中国法律的相关规定并结合相关行

¹ 根据《公司法》第 147 条规定, “董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程, 对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入, 不得侵占公司的财产。”

《公司法》第 148 条进一步对董事忠实义务做了列举, 要求董事不得: “挪用公司资金; 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储; 违反公司章程的规定, 未经股东会、股东大会或者董事会同意, 将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保; 违反公司章程的规定或者未经股东会 (股东大会) 同意, 与本公司订立合同或者进行交易; 未经股东会 (股东大会) 同意, 利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会, 自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务; 接受他人与公司交易的佣金归为己有; 擅自披露公司秘密” 等, 且董事违反忠实义务所得的收入应当归公司所有。

政和司法案例进行简要分析，并提出董事责任风险防范的相关建议，供有兴趣的人士参考。

二、董事勤勉义务的法律规定和实践

（一）董事勤勉义务的规定

1. 一般规定

我国现行《公司法》对董事的勤勉义务作了原则性规定，仅规定董事对公司负有勤勉义务，但未对勤勉义务的内涵和认定标准进行具体规定。

尽管公司所在行业及采用的组织形式可能有所不同，董事均应当按照《公司法》关于勤勉义务的要求，认真、审慎地履行其职责。根据相关规定及司法解释，若因董事未勤勉尽责导致公司、股东或债权人利益受损，公司、股东或债权人有权要求董事承担赔偿责任。²

公司法草案在现行《公司法》规定的勤勉义务基础上，规定了董事勤勉义务的具体内容（即，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意），并强化了董事对公司及第三人的赔偿责任：**(a)**董事知道或应当知道公司股东欠缴或抽逃出资，但未采取必要措施的，给公司造成损失的，应对公司承担赔偿责任；**(b)**公司违反《公司法》或章程规定减资或向股东分配利润，给公司造成损失的，负有责任的董事应对公司承担赔偿责任，**(c)**违反《公司法》规定为他人取得公司的股份提供财务资助，给公司造成损失的，负有责任的董事应对公司承担赔偿责任；**(d)**董事执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任；以及**(e)**董事如作为公司的清算义务人未及时履行清算义务，给公司或债权人造成损失的，应承担赔偿责任。

2. 特别规定

对于上市公司或某些特殊行业公司的董事而言，除需遵守《公司法》规定的适用于各类公司董事的、原则性的勤勉义务外，还应当按照相关特别法中的规定，履行更进一步的董事勤勉义务。

（1）上市公司董事的勤勉义务

《证券法》《上市公司章程指引》等证券法律法规及上市规则中对上市公司董事的勤勉义务的范围和内容进行了详细列举，包括但不限于：**(a)**董事应当保证上

² 根据《公司法》第 149 条和第 152 条规定，“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”、“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼”。另外，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 13 条规定，公司债权人也可以要求未履行催缴义务的董事在股东未出资范围内承担赔偿责任，董事承担责任后，可以向被告股东追偿。

上市公司及时、公平地披露信息，且所披露的信息应真实、准确、完整（“信披义务”）；(b)谨慎行使上市公司赋予的权利、公平对待所有股东、及时了解公司业务经营管理状况、对公司定期报告签署书面确认意见等；以及(c)董事应认真阅读与公司有关的重大报道、及时了解并持续关注公司状况。并且，证监会发布的《信息披露违法行为行政责任认定规则》（“《认定规则》”）对上市公司董事违反信披义务这一勤勉义务的认定标准、不予处罚的情形及不得作为免责抗辩的理由作出了较为明确的规定。根据《认定规则》，上市公司董事应当独立做出适当判断，履行信披义务，预防、发现和阻止信息披露违法行为发生，保护投资者的合法权益。信披案件中对董事不予处罚的考虑情形包括：(a)董事对认定的违法事项提出具体异议并记载于会议记录中，并投反对票；(b)董事由于不可抗力、失去人身自由等无法正常履职；以及(c)不负有主要责任的董事在违法行为发生后及时向公司、交易所和证券监管机构报告。不得作为免责抗辩的理由主要包括：不直接从事经营管理、能力不足、无相关职业背景、任职时间短、不了解情况、相信专业机构或者专业人员出具的意见和报告、受到干预等情形。根据《证券法》《上市公司信息披露管理办法》等规定，违反信披义务的上市公司董事可能面临被警告、被处以人民币 20 万元以上 200 万元以下罚款的行政处罚，以及责令改正、监管谈话、出具警示函、责令公开说明、责令定期报告等监管措施，情节严重的还可能被采取一定期限内至终身证券市场禁入措施。

对于上市公司的独立董事而言，其履行职责除了需符合上述要求外，还需遵守《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》等证监会及交易所的其他规范，比如应当对关联交易、担保、重大资产重组方案等重大事项发表独立意见；在必要时聘请中介机构就公开信息中存在的虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等进行专项调查；对公司的生产经营状况等进行现场检查并及时报告发现的异常情形等。独立董事违反相关履职要求导致上市公司信息披露违法违规的，也将作为上市公司董事承担前述法律责任。

(2) 特殊行业董事的勤勉义务

在某些特殊行业（如金融等高度规管的行业），对董事勤勉履职的要求也有进一步规定。例如《证券投资基金法》规定，公募基金基金管理人的董事应按规定向公募基金及证监会报告利益冲突信息，未按规定申报的董事可能面临改正及人民币 3 万元至 10 万元罚款的行政处罚。

(二) 董事违反勤勉义务的行政法和司法实践

长期以来，董事因违反勤勉义务而被要求承担行政、民事或刑事责任的案例并不鲜见，但是，除上市公司董事违反信披义务有相对明确的认定规则外，行政机关和司法机关对于董事违反勤勉义务的认定并无统一和明确的标准。以下我们将结合相关案例，简要分析行政法和司法实践中董事勤勉义务的一般认定标准及相关问题。

1. 行政执法中的认定

根据证监会近年公开的处罚案例，我们注意到，信披义务是实践中最为常见的、上

上市公司董事面临行政责任风险最大的勤勉义务类型。上市公司财务造假，未按要求及时披露环保处罚、重大关联交易、对外担保、重大诉讼和仲裁等信息披露违规行为，均可能导致上市公司董事违反“保证公司披露的信息真实、准确、完整”的信披义务，其中，董事长、主管财务等相关业务的高管，以及明知并直接参与违规活动的董事一般会被认定为直接负责人员承担责任，而未参与信息违规披露行为且对此不知情的董事一般会被认定为其他直接责任人员承担责任。

从证监会近年来对董事违反信披义务的处罚案例来看，证监会通常主要依据相关董事是否在审议相关披露文件的会议上投赞成票或签字来认定董事是否应承担责任。例如在宜华生活案中，除直接参与财务造假的董事外，证监会还对包括 3 名独立董事在内的其他所有在年报上签字的董事进行了处罚。对于独立董事提出的“不知情、提出过意见，不直接参与经营”的抗辩，证监会认为该相关董事自上市公司被媒体质疑、被交易所问询以来，并没有对公司经营情况予以应有关注，更未进行核查，不能免责。³而在中安科案中，3 名董事则因关联关系回避表决、未参与投票而没有受到处罚。⁴

值得注意的是，根据《证券法》及信息披露的相关规定，只要是上市公司作为信息披露义务人发布的披露文件，即使其中披露的财务数据并非上市公司自身的数据（例如子公司或交易对方的数据），董事也需要就相关信息的真实、准确、完整承担责任。因此，即使财务造假并非由上市公司自身所为，董事仍可能因在披露文件中签字而担责。例如，在上述提到的中科案中，因资产重组过程中的交易对方存在虚增收入等财务造假行为从而导致上市公司披露的、与重组事项相关的文件存在虚假记载，上市公司和全体董事（因关联关系回避表决的董事除外）均受到证监会处罚。

在实践中，上市公司董事在证监会的行政处罚案中提出的常见抗辩理由包括不知情、无相关职业背景、信赖会计师事务所出具的意见等。然而根据前述《认定规则》，这些情形都是不得作为免责抗辩的理由，因此未能免于处罚。此外，证监会在认定是否存在《认定规则》规定的可以考虑的免责情形时，上市公司董事需承担较为严格的举证责任，如董事以投反对票或弃权票、已提出异议作为免责事由抗辩的，应提供相关会议纪要或会议记录等证据证明，且董事不应在反对或弃权、或提出异议后仍在年报等相关披露文件中签字保证内容真实、准确、完整。

如果董事具有相关专业背景，且兼任相关领导职务的，则其应承担与其职责相对应的审慎义务，而不能停留于履行一般的董事职责。如在杨雄胜案中（最高人民法院行政裁定书（2019）最高法行申 12736 号），杨雄胜作为具有财务背景的独立董事且担任审计委员会主任委员，其虽然发现了公司在成本核算和内控方面存在严重漏洞，但对于该问题除了在会议上口头提出意见之外并没有采取实际行动监督公司完善成本核算和内控制度，特别是在审计机构提出重大质疑时还予以消极处理，因此法院认定其未勤勉尽责。

³ 证监会处罚决定书（2021）81 号（<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101928/c1560144/content.shtml>）。

⁴ 证监会处罚决定书（2019）44 号（<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101928/c1042458/content.shtml>）。

总体来看，为了保护中小投资者的利益，证监会对于上市公司董事勤勉义务的认定较为严格。实践中，无论董事是上市公司的内部董事、投资人董事或独立董事，除非能够证明其勤勉尽责、不存在过错，否则均可能面临行政处罚的风险。

2. 民事案件中的判断

(1) 上市公司案件

近年来的民事纠纷案例显示，上市公司董事违反勤勉义务、承担民事责任的案例主要集中在上市公司证券虚假陈述案件中。根据相关规定，在涉及上市公司的证券虚假陈述案件中，如果董事不能证明自己无过错，则法院将推定董事存在过错。⁵

我们注意到，在过往的上市公司证券虚假陈述类案件中，尽管在民事诉讼提起前，上市公司董事因存在过错已经被证监会处以行政处罚，但一些法院在认定董事是否应承担民事责任时，对该董事是否存在过错存在不同的认定。

例如，在昆明机床案中，⁶法院仅判决直接参与财务造假的董事长及其他高管共计 4 人承担民事赔偿责任，其他未直接参与财务造假的 6 名董事不担责。审理法院认为，未直接参与造假的董事虽然在年度报告中签字，但由于会计师事务所已经出具无保留意见的审计报告，且董事通过正常履职也无法发现财务造假行为，因此该等董事不具有过错。而在此前证监会的行政处罚中，上述董事均承担了行政责任。

类似地，在保千里案中，⁷法院认为董事勤勉义务在民事与行政责任的认定上不仅应有所不同，且行政责任的认定标准高于民事责任的标准。具体而言，在民事案件中考量董事是否履行勤勉义务时，应当区分信息来源不同，如案件中的虚假信息来源于公司外部，则公司董事负有的谨慎注意义务也相对较低。尽管证监会已经因董事未勤勉尽责而处罚了相关董事，但法院认为交易对方造假行为隐蔽，经各中介机构审核亦未发现问题，而公司董事也频繁往返多地进行业务考察，从民事责任角度来看已经履行了应尽的工作职责，因此认定相关董事不具有民事责任上的过错，不应承担赔偿责任。

然而，在大部分涉及上市公司董事责任的民事案件以及在最近的康美案中，法院并没有对董事是否存在过错作出不同于行政责任中的认定。实务中，已经受到证监会行政处罚的上市公司董事，如再成为民事赔偿案件的被告，则一般多会被法院判决

⁵ 《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第 21 条：“发起人、发行人或者上市公司对其虚假陈述给投资人造成的损失承担民事赔偿责任。发行人、上市公司负有责任的董事、监事和经理等高级管理人员对前款的损失承担连带赔偿责任。但有证据证明无过错的，应予免责。”

⁶ 云南省高级人民法院民事判决书(2020)云民终 1221 号。该案所涉的行政处罚情况为：因公司存在虚增收入和利润等虚假记载行为，导致公司及相关董事因此也受到证监会行政处罚。

⁷ 深圳市中级人民法院民事判决书（2018）粤 03 民初 2493 号。该案所涉的行政处罚情况为：因借壳上市过程中拟借壳方（被收购资产方）财务造假而导致原上市公司披露的相关文件存在虚假记载，原上市公司相关董事因此受到证监会行政处罚。

承担连带赔偿责任。在 2021 年中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于依法从严打击证券违法活动的意见》等文件的大背景下，类似康美案中上市公司董事已被行政处罚，又承担高额赔偿责任的情形是否会成为未来的趋势，还有待进一步观察。

(2) 非上市公司案件

就非上市公司而言，从现有的司法案例看，董事常见的违反勤勉义务的情形主要包括：(i)未履行催缴股东出资义务；⁸(ii)商业决策失败导致企业损失（例如，董事签订采购、销售等业务合同，但合同对方违约、项目失败造成公司损失等）；(iii)未监督公司合规经营导致公司受到行政处罚（例如，公司无证经营、税务违法等）。需注意的是，在这些案由中，除了第(i)项追缴出资义务的情形下存在全体董事被判决承担连带责任的先例外，⁹在其他案由下，被起诉违反勤勉义务的董事一般同时兼任公司法定代表人、董事长或执行董事、高管，并直接参与公司日常经营。由于投资人董事兼任公司董事长、法定代表人或高管的情形并不常见，实践中投资人董事很少因前述第(ii)或(iii)项情形而承担民事责任。

根据我们的初步观察，目前法院在民事案件的审理中对于非上市公司的董事是否应承担民事责任倾向于以处在类似职位的一般理性人是否已尽到善意、合理、审慎的注意义务作为责任认定的衡量标准，并考虑董事主观上是否存在过错。例如，在合肥市中级人民法院（2018）皖 01 民终 2601 号案中，法院认为认定董事是否履行勤勉义务需要从董事是否善意、尽到处于类似位置的普通人在类似情况下应尽的义务、合理相信其行为符合公司最佳利益等方面来判断董事是否勤勉尽责。在该案中，被告作为公司的执行董事，在未对被担保公司进行调查的情况下而擅自对外提供担保、且在被担保公司无法偿还借款时未采取合理追偿措施而放任损失扩大，因此被认定违反勤勉义务而承担赔偿责任。在最高人民法院（2018）最高法民申 6184 号案件中，最高院认为 4 名非公司股东的董事对于股东出资不具有直接验资的法定职责，其信赖股东提供的验资报告并据以履行相应管理职能，对股东出资不实不具主观过错，因此认定该等董事不需要承担连带责任。

3. 刑事案件中的责任承担

除承担行政或民事责任外，董事还可能因为构成单位犯罪（比如集资诈骗、商业贿赂、安全事故责任等）中直接负责的主管人员或其他直接责任人员而承担刑事责任。例如，单位犯集资诈骗罪的，其直接负责的主管人员或其他直接责任人员可能被判处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，数额巨大或者情节严重的可能被判处 7 年以上有期

⁸ 根据《公司法》司法解释三的规定，股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，公司、公司其他股东及债权人可以要求未尽勤勉义务催缴股东出资的董事承担相应责任，董事承担责任后，可以向未实缴出资的股东追偿。

⁹ 如斯曼特微显示科技深圳有限公司诉胡秋生等损害公司利益责任纠纷案（（2018）最高法民再 366 号），最高院认为，公司全体董事应当了解公司的资产、运营状况，知晓股东的出资期限，但董事未在出资期限届满后向股东履行催缴出资的义务，以消极不作为的方式构成了对董事勤勉义务的违反，在股东出资未到位的损失范围内承担连带赔偿责任。

徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

根据《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》、《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》等相关规定及一般司法实践，直接负责的主管人员是指在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，包括单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人等；其他直接责任人员是指在直接负责的主管人员的指挥、授意下积极参与实施单位犯罪或对具体实施犯罪起较大作用的人员。

实践中，投资人董事在单位犯罪中承担刑事责任的情况比较罕见。但需要指出的是，为避免卷入刑事案件，投资人董事不仅要对公司其他人员的违法犯罪行为没有积极明确的批准、授意、指挥行为，也应没有纵容、默许、听之任之的行为。如果投资人董事在已明知公司人员进行违法犯罪的活动而不予制止、听之任之，则不排除被要求承担刑事责任的可能。

三、 董事责任风险防范的建议措施

综合以上，由于我国现行法律整体上对董事勤勉义务的规定不是很明确，且行政执法和司法实践中的认定标准并不完全一致，投资人董事履行勤勉义务在实践中存在一定的责任风险。而公司法草案的出台，预示着董事责任将被强化，董事的履职风险将加大。为了避免投资人董事因疏忽过失等原因而承担董事责任，我们根据相关规定、在前述案例中的发现，并结合我们以往的项目经验，提出如下初步建议，供投资人参考：

1. 审慎履行董事职责，并保留履职证明。投资人董事在履职时应当为公司的最大利益考虑，尽到一般理性人在履行董事职责时通常应尽到的善意、合理、审慎的注意义务，尽其所能地积极、审慎地履行其董事职责（例如，要适当行使公司章程及法律法规中规定的董事职权，采取合理和必要的措施主动获取履职所需的信息、应对已发现的重大事项），这样的义务并不因为投资人董事不参与公司日常经营、不具备相关专业知识的当然地被豁免。特别是对于上市公司的投资人董事而言，由于适用于其的勤勉义务的标准更高，因此更要主动、积极地行使职权，持续关注上市公司的重大情况；不能仅依赖第三方机构出具的审计报告等意见，而要通过其他方式进行核查并排除合理怀疑，独立作出判断；对表决事项产生疑问时，应尽快核查、及时向上市公司提出异议，在相关董事会会议上投反对票或弃权票，敦促公司整改并持续关注整改情况；如公司拒不整改，还应当及时报告交易所及证监会，且需在履职过程中留存客观证据，以便在行政和司法程序中提出抗辩时提供证据予以证明。
2. 考虑要求签署责任豁免函。由于非上市公司的公开信息有限，董事履行职责客观上需依赖公司及管理层提供的信息，且投资人董事通常难以对相关信息的真实性、完整性和准确性开展独立核查。为减少甚至避免投资人董事的责任风险，投资人董事可考虑在任职前与公司及公司全体股东、实际控制人签署责任豁免协议，明确：(a) 除董事故意或重大过失外，公司及公司股东、实际控制人豁免追究董事责任；(b) 投资人董事有权信赖公司管理层的报告及专业人士出具的审计报告、评估报告等专业意见，因前述文件的瑕疵对公司、股东或第三人造成损失的，投资人董事不承担责任；以及(c) 如投资人董事因担任公司董事或履行董事职务而卷入公司股东或第三人

提起的民事索赔、调查、听证会等程序，甚至被要求承担责任的，公司、控股股东及实际控制人应在适用法律允许的最大范围内补偿投资人董事因此产生的费用和遭受的损失。

3. 考虑要求公司购买董事责任险。董事责任险在一定程度上能够分散董事在履职过程中产生的索赔风险。但需要注意的是，我国的董事责任险一般不承保行政处罚和刑事责任，投资人董事面临的民事索赔是否可赔付也要根据保险公司具体的保险条款判断，并与保险公司协商。比如，董事因故意不履行相关勤勉义务而导致的索赔（例如明知交易对方身份信息不实而签订交易合同导致公司利益受损），可能会因构成“故意制造事故导致的赔偿责任”而成为排除赔付的事项。
4. 对不确定的风险事项应及时咨询专业人士的意见。如投资人董事任职的企业为金融等对董事职责有特别规定的行业，或处于相关法律规定或监管存在模糊性的新行业，或目标公司的商业模式比较新颖，投资人除了在投前需对目标公司进行审慎尽职调查外，也要加强投后管理，对于特别的公司业务和商业模式、董事任职要求等事项，投资人及其董事应及时咨询专业人士的意见，协助分析、评估相关法律风险。特别的，如投资人董事知悉公司及相关人员可能涉嫌违法犯罪行为的，不应听之任之，而应及时与专业人士沟通并商议应对方案，以避免承担刑事责任。

四、 小结

自康美案以来，董事责任的话题引起了市场越来越多的关注，但截至目前，除涉及上市公司董事的相关情形外，现行法律规定和司法实践并未对董事勤勉义务的认定达成统一的标准，更多情况下取决于行政和司法机关对于个案的具体情况把握和认定。公司法草案明晰和强化了董事义务和责任，可以预见未来董事的履职风险将进一步加大。对于投资人董事而言，为了避免承担董事责任，首先应关注自身在日常履职过程中是否已尽善意、合理、审慎的注意义务了解公司情况、履行监督职责。此外，还可通过采用与公司及其股东、实际控制人签订责任豁免协议、要求公司购买董事责任保险、咨询专业人士的建议等方式尽可能降低其履职风险。

此外，需要说明的是，由于我国并非判例法国家，以上分析中提到的判例情况与各地司法实践中法院对相关法规的理解和适用可能并不一致，个案的具体情况还需要进行具体分析，本文内容仅供一般性参考。