

独立董事虚假陈述行政法律责任的 归责原则及其改革

刘运宏*

摘要:法律法规和部门规章等共同构成独立董事虚假陈述行政法律责任的归责体系,确立了勤勉尽责作为独立董事归责的核心标准,但没有对勤勉尽责履职标准及其免责与否的具体规定。而独立董事因上市公司虚假陈述而受到行政处罚及司法审查的相关案例则对独立董事勤勉尽责的标准与行政处罚的归责原则作了补充性解释。这些案例确定的标准和原则构成了上市公司独立董事制度的重要内容,对相关制度完善和独立董事履职提供了实践依据。

关键词:独立董事 虚假陈述 行政处罚 独立董事制度完善

一、独立董事在虚假陈述案件中的行政法律责任规则体系

法律法规和部门规章共同构成了上市公司独

* 中国人民大学国际并购与投资研究所副所长,研究员。

立董事在虚假陈述案件中行政法律责任的规则体系。2001年8月16日,中国证监会颁布《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》),标志着我国建立了上市公司独立董事制度。《指导意见》颁布实施后,相关法律法规和部门规章均对上市公司独立董事制度作了补充与完善,共同构成了上市公司独立董事虚假陈述行政法律责任的规则体系。

法律是独立董事虚假陈述法律责任规则体系的主体,作为独立董事虚假陈述行政责任法律形式上的渊源主要是《公司法》《证券法》。2005年修订的《公司法》第123条规定:“上市公司设立独立董事,具体办法由国务院规定。”在法律层面上明确了上市公司独立董事制度。该法第146条至第151条又详细规定了包括独立董事在内的公司董事、监事和高级管理人员的忠实与勤勉义务。《证券法》对上市公司信息披露的要求和董事对上市公司信息披露督促、审核和保证义务及其法律责任的规定是独立董事虚假陈述行政法律责任的主要依据。《行政处罚法》则对包括独立董事虚假陈述行政法律责任在内的行政处罚程序及其从轻、从重和减轻、免除处罚的情形作了明确。法律是独立董事虚假陈述行政法律责任设定和实施的主要渊源,其他形式的法律渊源均受到法律的规范,或者均是在法律规范范围内的解释与延展。

更加详细具体的独立董事职责与责任的规定是以中国证监会规章和规范性文件形式出现的。2002年国家经贸委和中国证监会颁布的《上市公司治理准则》规定了董事会各专门委员会的构成、职责与职权,充实了独立董事在各专门委员会的岗位职责和责任。2018年中国证监会修改并颁布的《上市公司治理准则》在强化上市公司董事会专门委员会职责的同时,又增加了“上市公司股东间或者董事间发生冲突、对公司经营管理造成重大影响的,独立董事应当主动履行职责,维护上市公司整体利益”的规定,赋予上市公司独立董事独特的职责,也让独立董事在上市公司治理中的地位与职责的内容更加清晰。2022年1月5日,中国证监会颁布的《上市公司独立董事规则》整合了《指导意见》颁布以来有关上市公司建立独立董事制度和独立董事的独立性、任职条件、职责行使、选聘与更换以及履职保障等内容,是追究独立董事在上市公司虚假陈述案件中的行政法律责任的主要根据。此外,

中国证监会在其颁布的《上市公司收购管理办法》、《上市公司重大资产重组管理办法》、《上市公司证券发行管理办法》(已失效)、《上市公司信息披露管理办法》等部门规章中明确了独立董事发表独立意见的情形、规则和信息披露的法律责任,是独立董事证券虚假陈述法律责任归责的重要依据和补充。尤其是中国证监会于2011年4月29日颁布的《信息披露违法行为行政责任认定规则》,详细规定了信息披露违法行为的责任认定,从虚假记载、误导性陈述和重大遗漏的违法行为认定和信息披露违法责任认定时重点考虑的主观方面与客观方面、信息披露违法行为责任人员及其责任认定(责任大小、从轻与减轻处罚、免除处罚与加重处罚的情形)等方面,对包括独立董事在内的信息披露违法行为及其责任人法律责任的认定作了详细规定,是独立董事虚假陈述违法行为法律责任认定的主要法律渊源。

针对证券市场虚假陈述侵权民事赔偿责任的归责原则,还有司法解释这一法律渊源。2022年1月21日,最高人民法院发布了《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《虚假陈述民事责任司法解释》)。《虚假陈述民事责任司法解释》全面总结了2003年最高人民法院《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》(已失效)实施以来的市场发展与证券虚假陈述民事赔偿案件审判中面临的疑难问题,进一步细化和明确了证券市场虚假陈述侵权民事赔偿责任的构成要件及追究机制等内容,明确了虚假记载、误导性陈述、重大遗漏、未按规定披露等虚假陈述行为的界定,对虚假陈述认定中实施日、揭露日、重大性和交易因果关系等关键内容进行了优化完善,细化了对董监高和其他直接责任人员、独立董事、保荐承销机构、证券服务机构等主体的过错认定标准及免责抗辩事由,基本确立了以过错的有无及其大小作为民事赔偿标准的归责原则。虽然在虚假陈述违法行为要素的认定上,《虚假陈述民事责任司法解释》的规定与虚假陈述违法性认定上具有相同之处,但是以勤勉尽责义务履行为核心标准的证券虚假陈述行为法律责任归责原则,与以过错有无及其大小为核心标准的民事赔偿法律责任归责原则却有一定的差别。《虚假陈述民事责任司法解释》对虚假陈述案件中独立董事行政责任归责来说有参考意义,但不能直接成为其法律渊源。不过,中国证监会

针对上市公司独立董事虚假陈述违法行为所作的行政处罚,以及司法机关对该类行政处罚案件的司法审查,不但是对法律法规有关独立董事制度的进一步贯彻实施,而且在司法审查中确立的审判标准也是对上市公司独立董事制度完善的重要内容,有可能在总结实践经验后以司法解释或者法律规范的形式上升为独立董事虚假陈述归责的法律渊源。

二、勤勉尽责是独立董事虚假陈述法律责任归责的主要原则

综合《公司法》《证券法》《上市公司独立董事规则》《信息披露违法行为行政责任认定规则》等有关上市公司董事职责履行与虚假陈述行政法律责任的规定来看,是否勤勉尽责以及勤勉尽责程度是独立董事虚假陈述法律责任归责的核心标准,但是相关法律法规对勤勉尽责的内容与标准没有非常具体的规定。

《公司法》第149条至第151条对公司董监高勤勉义务及其法律责任的规定不够明确。针对独立董事虚假陈述法律责任及其归责原则的法律依据,主要是2005年《证券法》第63条、第68条和第193条的规定,2019年《证券法》第78条^[1]、第82条^[2]

[1] 新《证券法》第78条规定:“发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人,应当及时依法履行信息披露义务。信息披露义务人披露的信息,应当真实、准确、完整,简明清晰,通俗易懂,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。证券同时在境内境外公开发行、交易的,其信息披露义务人在境外披露的信息,应当在境内同时披露。”

[2] 新《证券法》第82条规定:“发行人的董事、高级管理人员应当对证券发行文件和定期报告签署书面确认意见。发行人的监事会应当对董事会编制的证券发行文件和定期报告进行审核并提出书面审核意见。监事应当签署书面确认意见。发行人的董事、监事和高级管理人员应当保证发行人及时、公平地披露信息,所披露的信息真实、准确、完整。董事、监事和高级管理人员无法保证证券发行文件和定期报告内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的,应当在书面确认意见中发表意见并陈述理由,发行人应当披露。发行人不予披露的,董事、监事和高级管理人员可以直接申请披露。”

和 197 条〔3〕的规定分别代替了 2005 年《证券法》的如上条款规定。从这些法律条文规定来看,独立董事作为确认上市公司证券发行文件和定期报告真实、准确和完整的签字人,在上市公司的证券发行文件或者定期报告出现虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等虚假陈述违法行为时,将以“其他直接责任人员”的身份承担警告或并处一定数额罚款处罚的行政法律责任。法律条文规定很明确,但是结合虚假陈述行政处罚案件作出与审理的实际情况来看,这项法律规定的內容又不够具体:独立董事未参与公司的经营与管理,对公司信息披露的内容不完全知悉,在公司控股股东或者管理层故意隐瞒相关信息、信赖外部审计机构审计结论而作的信息披露承诺、超出独立董事专业领域的事项而在审议中出现差错、任职时间与报告期间不匹配、担任独立董事的时间较短、未从上市公司取得津贴收入等情况下,独立董事是否还属于虚假陈述的其他直接责任人员而承担法律责任?独立董事积极的履职行为需要达到什么样的标准才算尽到勤勉尽责义务而免于行政处罚?这些情况是《证券法》规范所不能回答的问题。这个问题也需要在独立董事因上市公司虚假陈述受到处罚后提起行政诉讼的案例中予以明确。

当然,中国证监会于 2011 年 4 月 29 日颁布的《信息披露违法行为行政责任认定规则》从信息披露违法行为人违法行为的客观方面和主观方面综合审查认定其责任,行政法律责任的大小综合考虑违法行为人在信息披露违法行为发生过程中所起的作用、知情程度和态度、职务与职责及其履行情况、专业背景等因素,规定了从轻、减轻和从重处罚

〔3〕《证券法》第 197 条规定:“信息披露义务人未按照本法规定报送有关报告或者履行信息披露义务的,责令改正,给予警告,并处以五十万元以上五百万元以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以二十万元以上二百万元以下的罚款。发行人的控股股东、实际控制人组织、指使从事上述违法行为,或者隐瞒相关事项导致发生上述情形的,处以五十万元以上五百万元以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处以二十万元以上二百万元以下的罚款。信息披露义务人报送的报告或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的,责令改正,给予警告,并处以一百万元以上一千万元以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以五十万元以上五百万元以下的罚款。发行人的控股股东、实际控制人组织、指使从事上述违法行为,或者隐瞒相关事项导致发生上述情形的,处以一百万元以上一千万元以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处以五十万元以上五百万元以下的罚款。”

的情形,明确了认定为不予以处罚的情形〔4〕和不得单独认定为不予以处罚的情形〔5〕。2022年1月21日最高人民法院发布的《虚假陈述民事责任司法解释》进一步明确了独立董事没有过错而免于民事赔偿责任的几种情形。〔6〕但是,如上针对独立董事虚假陈述法律责任的规定,既没有穷尽所有不能独立免除行政法律责任的情形,也没有总结出独立董事在虚假陈述案中达到勤勉尽责标准的免除行政法律责任的一般规律,还存在着因法律适用范围或者效力等级的限制而在独立董事虚假陈述受到行政处罚案件的司法审查中难以适用如上规则的问题,独立董事虚假陈述的行政法律责任的归则原则亟须在总结实践与案例的基础上建立起独立而明确的规则体系。

令人欣慰的是,自从我国在上市公司建立独立董事制度以来,独立董事因为上市公司虚假陈述而受到行政处罚以及独立董事不服该行政处罚而提起的行政诉讼均有不少的案例,这些案例逐渐明确了独立董

〔4〕《信息披露违法行为行政责任认定规则》第21条规定:“认定为不予行政处罚的考虑情形:(一)当事人对认定的信息披露违法事项提出具体异议记载于董事会、监事会、公司办公会会议记录等,并在上述会议中投反对票的;(二)当事人在信息披露违法事实所涉及期间,由于不可抗力、失去人身自由等无法正常履行职责的;(三)对公司信息披露违法行为不负有主要责任的人员在公司信息披露违法行为发生后及时向公司和证券交易所、证券监管机构报告的;(四)其他需要考虑的情形。”

〔5〕《信息披露违法行为行政责任认定规则》第22条规定:“任何下列情形,不得单独作为不予处罚情形认定:(一)不直接从事经营管理;(二)能力不足、无相关职业背景;(三)任职时间短、不了解情况;(四)相信专业机构或者专业人员出具的意见和报告;(五)受到股东、实际控制人控制或者其他外部干预。”

〔6〕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》第16条规定:“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;(二)在揭露日或更正日之前,发现虚假陈述后及时向发行人提出异议并监督整改或者向证券交易场所、监管部门书面报告的;(三)在独立意见中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,但在审议、审核相关文件时投赞成票的除外;(四)因发行人拒绝、阻碍其履行职责,导致无法对相关信息披露文件是否存在虚假陈述作出判断,并及时向证券交易场所、监管部门书面报告的;(五)能够证明勤勉尽责的其他情形。独立董事提交证据证明其在履职期间能够按照法律、监管部门制定的规章和规范性文件以及公司章程的要求履行职责的,或者在虚假陈述被揭露后及时督促发行人整改且效果较为明显的,人民法院可以结合案件事实综合判断其过错情况。外部监事和职工监事,参照适用前两款规定。”

事在其中的勤勉尽责义务的认定标准、归责原则和免于行政处罚的原则,这些案例明确的标准和原则构成了上市公司独立董事制度完善的重要内容,也为上市公司独立董事制度的进一步修订与完善提供了实践依据。不过,这些案例是零星存在的,需要全面研究这些案例并系统梳理和总结其中的规律和原则。

三、判例确认的不能独立免除独立董事虚假陈述行政法律责任的情形

《信息披露违法行为责任认定规则》第 22 条确认了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、受到股东和实际控制人控制或者其他外部干预等,均不能作为单独免除包括独立董事在内的信息披露违法主体行政法律责任的情形,该项规定是信息披露违法行为受到行政处罚案件审理与审查实践的总结。除了如上规定的情形外,相关案例又确认了几种新的不能单独免除独立董事虚假陈述行政法律责任的情形。

(一)“未参与、不知情、无过错”不是免责的理由

该情形由北京市西城区人民法院在前锋股份信息披露违法行政诉讼案(以下简称“前锋股份案”)的判决中予以明确,该案二审行政诉讼案件进一步强化了该归责原则。

2016 年 9 月,四川证监局对前锋股份信息披露违法行为作出行政处罚决定(川〔2016〕1 号),独立董事陶某和陈某某对该行政处罚决定不服,向北京市西城区人民法院提起诉讼。行政处罚决定书认定:2003 年,前锋股份与山东鑫融科技产业有限公司(以下简称“山东鑫融”)签订协议,约定以前锋股份名义代山东鑫融出资 8700 万元入股五洲证券,前锋股份接收山东鑫融 8700 万元认股款项后,将该笔款项转入五洲证券验资账户,认购五洲证券的股份。孰料,五洲证券后来竟然破产清算,对山东鑫融的这笔出资款是否到位存在争议。五洲证券清算组于 2010 年 12 月 9 日向河南省高级人民法院提起诉讼,请求前锋股份

履行出资义务及相应利息,前锋股份一审败诉。此后,前锋股份提出上诉,二审又败诉,申请再审被最高人民法院驳回,案件处理经过了很长时间。到2014年10月该案件终于进入执行程序,前锋股份只好履行判决。对于这起影响重大的诉讼案件,前锋股份应该在诉讼发生之时依法履行信息披露义务,及时公布诉讼进展情况,并在2010年至2014年的各年度报告中依法披露相关信息。此外,在2011年至2015年期间,前锋股份北京子公司为前锋股份时任董事、总经理控制的公司申请贷款提供质押担保,前锋股份应当就其子公司发生的上述担保事项依法履行审议决策和信息披露义务,及时披露所发生的对外担保事项,并在2011年至2014年的各年度报告中予以记载和披露。但是,前锋股份均未依法披露上述信息,构成未按规定披露和所披露的信息有重大遗漏的行为。

四川证监局认为前锋股份的行为违反了2005年《证券法》第63条、第67条和第68条的有关规定,构成了2005年《证券法》第193条第1款规定的违法行为,据此除给予公司和直接负责的主管人员行政处罚外,还对包括独立董事在内的其他直接责任人员给予警告并处3万元罚款的行政处罚。陶某和陈某某认为,其作为公司的独立董事,对上市公司的信息披露违法行为“未参与、不知情、无过错”,所以不应承担责任。北京市西城区人民法院认为:不知情不是信息披露违法处罚案件的免责理由,董事应当对上市公司的经营状况包括法律风险、财务状况持续关注,积极获取相应信息,对涉及公司的重大诉讼及担保事项应当知晓,这是董事对公司承担勤勉义务的基本要求。该案二审的北京市第二中级人民法院进一步认为:依据2007年《上市公司信息披露管理办法》第38条〔7〕、第42条〔8〕、第58条〔9〕的规定,上市公司独

〔7〕 该条规定:“上市公司董事、监事、高级管理人员应当勤勉尽责,关注信息披露文件的编制情况,保证定期报告、临时报告在规定期限内披露,配合上市公司及其他信息披露义务人履行信息披露义务。”

〔8〕 该条规定:“董事应当了解并持续关注公司生产经营情况、财务状况和公司已经发生的或者可能发生的重大事件及其影响,主动调查、获取决策所需要的资料。”

〔9〕 该条第1款规定:“上市公司董事、监事、高级管理人员应当对公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责,但有充分证据表明其已经履行勤勉尽责义务的除外。”

立董事应当按照《证券法》的规定,真实、准确、完整、及时、公平地进行信息披露,负有勤勉尽责义务,应当了解并持续关注公司生产经营情况、财务状况和公司已经发生的或者可能发生的重大事件及其影响,主动调查、获取决策所需要的资料,这是对独立董事作为董事履行职责的基本要求,“未参与、不知情、无过错”不能单独作为独立董事虚假陈述违法行为的免责理由。

(二) 是否取得独立董事津贴及其数额不影响其承担虚假陈述法律责任

该情形在华泽钴镍未依法披露2017年年报和2018年一季报的信息披露违法行为行政处罚案件中予以确认。

2018年4月4日,武某和张某伟被华泽钴镍股东会选聘为公司独立董事,上市公司因各种原因未能依法在2018年4月底以前披露2017年年报和2018年一季报。针对华泽钴镍该信息披露违法行为,中国证监会依法对华泽钴镍和包括独立董事在内的信息披露违法行为人给予警告和一定数额罚款的行政处罚,独立董事武某和张某伟提出其于2018年4月4日才当选为独立董事,年度报告的延期披露在其被选举为独立董事时已成既成事实、其在两份延期披露的定期报告对应期间并未任职,且其直至卸任都未从公司得到报酬等抗辩理由,主张予以免于处罚。中国证监会经复核后认为:真实、准确、完整、及时地披露信息是上市公司的法定义务,上市公司董事、监事、高级管理人员应当勤勉尽责,保证定期报告在规定期限内披露,张某伟和武某自2018年4月4日当选华泽钴镍独立董事,但并无证据证明其于4月27日前对定期报告的披露采取积极有效的措施,该二人所称延期披露年报在其担任独立董事时已成定局、未从上市公司取得津贴等并非法定免责事由,不予支持。从该案中可以看出,是否取得独立董事津贴以及取得津贴的多与寡均不影响独立董事应当承担的法律责任。

(三) 任职时间较短或不在报告期内但对定期报告签字确认的不影响定期报告信息披露违法行为的法律责任

该情形不但在华泽钴镍2017年年报和2018年一季报信息披露违法的行政处罚案件中予以确认,而且在匹凸匹2013年年报信息披露违法行政诉讼案中得到认可。

张某伟和武某在2018年4月4日担任华泽钴镍独立董事,任职不在2017年年报和2018年一季报期间,但这并不影响其对2017年年报和2018年一季报信息披露违法行为承担行政法律责任。匹凸匹公司在2013年发生的对外担保和诉讼情况未在2013年年报中如实记载,上海证监局依法对其信息披露违法行为作出行政处罚,2013年12月27日才当选该公司独立董事的曾某某和张某某提出,他们于2013年年底才担任独立董事,对2013年上市公司的对外担保和发生的诉讼并不知情,因此主张免责。这两位独立董事在上海证监局没有支持其主张后遂以同一抗辩理由向上海市浦东新区人民法院提起行政诉讼,浦东新区人民法院没有支持该主张,并在判决中明确指出:“公众基于对独立董事能力、品行的信任而任命其为独立董事,独立董事应具备相应的能力,即使其未在签字的定期报告日期对应的经营期间任职,基于其自身的能力,其理应发现上市公司定期报告中存在的问题。”可见,任职期间不在报告期间内并不必然作为独立董事对定期报告信息披露违法行为责任承担的免责事由,因为上市公司独立董事负有保证公司信息披露真实、准确、完整的法定义务,特别是其对定期报告已签字予以确认,即应承担相关信息披露不准确的法律责任。

(四) 简单问询不足以达到勤勉尽责的标准

该情形由北京市高级人民法院在文峰股份信息披露违法行政诉讼二审案中予以明确。

2017年2月,中国证监会对文峰股份信息披露违法行为作出行政处罚决定,独立董事范某、江某不服该行政处罚决定向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼并向北京市高级人民法院提起上诉。行政处罚决定书认定:文峰集团与陆某敏于2014年12月22日签订股权转让协议,前者向后者转让其持有的文峰股份11,000万股股权(占上市公司总股本的14.88%),双方协商确定的转让价款总额为人民币86,350万元。经查,该股权转让实际是以自然人陆某敏的名义代文峰集团持有(股权代持),但是在2014年12月23日文峰股份发布的公告、2014年12月24日“文峰大世界连锁发展股份有限公司简式权益变动报告书”、文峰股份2014年年度报告以及2015年中期报告中均未如实披露股权代持事项。中国证监会认为:文峰股份等当事人的上述行为违反

了2005年《证券法》第63条、第67条第1款和第2款第8项^[10]、第68条的规定,构成2005年《证券法》第193条第1款规定的违法行为,在对文峰股份及其直接负责的主管人员作出处罚的同时,对包括独立董事在内的其他直接责任人员给予警告并处3万元罚款的行政处罚。独立董事范某和江某不服该行政处罚决定,向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼,在一审主张被法院驳回后,这两位独立董事向北京市高级人民法院提起上诉,在该案二审期间,独立董事范某提出:其除在2014年年度报告签署意见前认真核对过相关文件,已尽到勤勉尽责义务以外,在2015年中期报告签署意见前也主动询问了上市公司的董事长、董事会秘书和证券事务代表,并有相关“情况说明”予以证明,该行为表明其已尽勤勉尽责义务,因此主张免除其责任。北京市高级人民法院在否定口头询问和“情况说明”的证据力与证明效力的同时,进一步明确指出:在监管机构调查过程中明确告知范某上市公司存在股份代持的情况下,范某仍未给予足够、必要的关注,在审议2015年中期报告时未有效行使独立董事职权,未对股权代持事项是否应予披露作出独立的判断,对该中期报告并未提出有效异议及质询即签署书面确认意见。范某提出的已采取向公司个别人员询问等行为不足以达到对该信息披露事项已尽勤勉尽责义务的标准。故中国证监会综合认定范某未尽到独立董事之勤勉尽责义务,属于文峰股份信息披露违法行为的其他直接责任人员并无不当,范某应当对涉案信息披露违法行为承担法律责任。简单询问不足以达到勤勉尽责标准的归责原则,在否定一种行为模式的同时,也明确了对相关信息披露事项作出独立的审查与判断才算达到勤勉尽责的标准。

[10] 2005年《证券法》第67条第1款规定:“发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件,投资者尚未得知时,上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送临时报告,并予公告,说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。”第2款规定:“下列情况为前款所称重大事件……(八)持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人,其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化……”

四、独立董事免于行政处罚案件中确立的勤勉尽责标准

《上市公司信息披露管理办法》第 58 条第 1 款规定：“上市公司董事、监事、高级管理人员应当对公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责，但有充分证据表明其已经履行勤勉尽责义务的除外。”这也表明独立董事积极的履职行为的标准是勤勉尽责，但是哪些证据才能足够证明其已经勤勉尽责义务呢？从独立董事因提出充分的证据证明其已经履职勤勉尽责义务进而免于处罚的案例中能够找出其中答案。这方面的典型案例是南京中北案和博腾股份案。

南京中北在 2003 年和 2004 年的年度报告中隐瞒银行借款、应付票据未付、对关联方担保和关联方非经营性占用资金，涉及金额巨大。该行为违反了 1998 年《证券法》第 61 条的规定，构成了该法第 177 条第 1 款规定的信息披露违法行为。中国证监会在调查、审核的基础上，对相关信息披露违法行为人给予行政处罚，但是对在通过南京中北 2003 年年度报告和 2004 年年度报告的董事会决议上签字的时任独立董事均作出了免于处罚的决定。中国证监会在 (2010)10 号行政处罚决定书中将免于处罚的原因解释如下：第一，从三位独立董事多年的履职记录看，他们能够较好地参加董事会、审查议案材料、审慎发表意见、进行独立判断，曾经否决了经营层提出的不成熟的投资决策，并针对南京中北的公司治理和内控做了一些督促工作；第二，在发现南京中北存在巨额资金外流并损失的情况下，他们立即责成董事会质询管理层人员，督促董事会聘请江苏省外的会计师事务所对南京中北的贷款资金流向进行专项审计并就南京中北自查发现的问题立即向全体股东公开通告，同时及时向监管机构举报；第三，他们积极主动地督促公司追讨外流资金并进行内部整改。这是根据独立董事事前、事中和事后的具体表现而作出的综合判断。

南京中北案是在上市公司独立董事制度刚刚建立，《证券法》和《行政处罚法》颁布实施不久，其他配套法规尚不完备的背景下发生的案件，但是对该案件的调查和处理坚守了证券市场公开、公平与公正的

原则,也体现出监管机构判断独立董事是否履行勤勉尽责义务的标准与制度设计的智慧,为此后对独立董事在上市公司虚假陈述时免于处罚提供了可资参考与借鉴的“惯例”。博腾股份相关独立董事免于行政处罚也基本上是基于这个“惯例”而作出的。

2018年4月至2019年4月,在博腾股份实际控制人的指使及组织下,博腾股份以预付款、备用金等形式通过供应商和公司员工向实际控制人的关联方提供资金,存在控股股东及其关联方非经营性资金占用的问题,虽然在2019年4月底前上述关联方非经营性占用的资金及利息已归还,但是博腾股份在2018年半年度报告和第三季度报告中对该事项的记载存在重大遗漏,并对因相关资金占用引起的预付款和利润数据存在虚假记载。重庆证监局依据2005年《证券法》第63条、第67条和第193条第1款的规定对上市公司和包括独立董事在内的其他信息披露义务人作出了行政处罚。该公司独立董事、审计委员会主任委员郭某清在接到行政处罚预告通知书后请求免于行政处罚,其理由是“作为公司审计委员会召集人,本人通过电子邮件及短信要求公司内审部门关注关联交易和非经营性资金占用风险;在审议公司季报议案时,要求公司注意合规经营;在知悉公司的违法行为后,督促公司完善内部治理,加强资金占用审计,尽到了独立董事应尽的职责”。针对独立董事郭某清的该申辩意见,重庆证监局经复核后认为,独立董事郭某清在审议博腾股份2018年第三季度报告事项时给予了必要的关注,同时在知悉公司存在资金占用情况后积极采取补救措施,履行了独立董事职责,故对其申辩意见予以采纳,免除对他的行政处罚。^[11]

从如上免于独立董事虚假陈述行政法律责任的案例中可以看出,独立董事在上市公司虚假陈述案件中是否能够免于处罚,取决于其是否在该虚假陈述违法行为的防范中尽到勤勉尽责义务,而该勤勉尽责义务履行的标准是按照“事前、事中和事后”三个互为递进的程序而考量的:在虚假陈述违法行为发生前的履职期间,独立董事能够按照法律、监管部门制定的规章和规范性文件以及公司章程的要求履行相应

[11] 参见博腾股份《关于收到中国证券监督管理委员会重庆监管局行政处罚决定书的公告》,2020年5月18日。

的职责;发现虚假陈述违法行为时及时向公司或者监管部门报告该违法行为或者充分揭示其中风险;在虚假陈述被揭露后及时督促发行人整改且及时向公司或者监管机构反馈督促整改的结果。独立董事能提出“事前、事中和事后”勤勉尽职履行职责的证据,即可免于行政处罚。但是,这个实践中的做法需要总结并上升为相关法律规则或者以司法解释的形式将其认定为可裁判的规则。

五、结论与建议

自我国在上市公司建立独立董事制度以来,上市公司独立董事制度在不断地修改、补充与完善中,修改与完善上市公司独立董事制度的路径是规则的补充修订、相关案例实践的总结、案例实践总结并提升为上市公司独立董事制度规则的补充修改,并周而复始地循环往复,实现理论与实践的螺旋式发展与进步。这种发展与进步在独立董事因上市公司虚假陈述而受到行政处罚及其后行政诉讼的案例总结与规则修订中体现得更为明显:虽然上市公司独立董事制度的规范形式很明确,但是独立董事勤勉尽责的标准、行政处罚的归责原则、免于行政处罚的条件与举证责任等具体内容尚需在行政处罚和行政诉讼的相关案例中逐步实践并总结完善,从相关案例所认定的标准和“惯例”中总结出的一般规律又上升为独立董事因上市公司虚假陈述而承担行政法律责任的具体且更加明确的规则,而这种补充修订后的更加明确的规则又需要经受行政处罚与行政诉讼实践的检验,并形成更加完备的独立董事制度与规则,今后的上市公司独立董事制度的改革与完善还会依照该路径而发展下去,这就需要在修改上市公司独立董事制度与规则时深入研究相关实践及其案例,并将其归纳总结为更具明确、清晰和完备的制度与规则。

《证券法》规定了独立董事在虚假陈述违法行为中的法律责任,《上市公司信息披露管理办法》、《信息披露违法行为行政责任认定规则》确立了包括独立董事在内的上市公司董事虚假陈述法律责任归责的勤勉尽责免责标准,并对不予行政处罚和不单独考虑免除行政处罚

情形分别予以明确。但是,该部门规章一方面没有回答实践中独立董事提出的“未参与、不知情、无过错”、未取得津贴、任职期间与报告期不一致、问询并已履行职责等免责理由成立与否的问题;另一方面,也没有全面而系统地总结勤勉尽责的具体标准;同时也存在着部门规章在行政诉讼案件适用中因效力等级低下难以成为裁判规则依据的问题。《虚假陈述民事责任司法解释》在规定独立董事没有过错进而不承担民事赔偿责任的几种情形,并提出“独立董事提交证据证明其在履职期间能够按照法律、监管部门制定的规章和规范性文件以及公司章程的要求履行职责的,或者在虚假陈述被揭露后及时督促发行人整改且效果较为明显的,人民法院可以结合案件事实综合判断其过错情况”的民事责任归责原则,该原则与行政归责原则中结合事前、事中和事后勤勉尽责的证明标准不谋而合,但是该司法解释仅仅适用于民事赔偿的司法适用,独立董事虚假陈述行政归责原则需要建立独立的勤勉尽责证明标准及其规则。

前锋股份案、文峰股份案等行政诉讼确定的独立董事因上市公司虚假陈述而受行政处罚的归责原则否定了“未参与、不知情、无过错”、任职时间不在虚假陈述报告期、未取得津贴收入等理由的免责效力,补充了《信息披露违法行为责任认定规则》不单独考虑作为免责理由的情形。证券监管机构在证券虚假陈述行政处罚中免于独立董事因上市公司因虚假陈述而受到行政处罚的南京中北案和博腾股份案,则进一步明确了独立董事免于行政处罚的勤勉尽责义务的内容与证明标准,即独立董事需提供其在虚假陈述前按照规则出席上市公司的董事会和调研活动,全面了解公司经营管理和运作情况及其所议事项的相关材料,认真审议相关议案,客观公正地发表专业意见、对虚假陈述所议事项给予充分关注,以专业谨慎的职业态度审议相关事项,对其专业领域内的事项给予特别关注,对于非其专业领域内的事项以问询和质疑或者揭示风险的方式尽到一般注意义务、在虚假陈述违法行为发生后督促上市公司等相关主体纠正其违法行为,挽回违法行为相关的损失或者消除其不利影响,在上市公司等违法主体拒绝配合等必要情况下将该情况向有关监管机构报告。监管机构将综合考虑独立董事在虚假陈述违法行为发生事前、事中与事后的履职情况来认定其是否达到勤勉

尽责的履职标准,达到勤勉尽责的履职标准就免于其行政处罚。在《信息披露违法行为行政责任认定规则》等规则中将前述案例与实践确认的标准与规则上升为一般的法律规则,并将该规则上市为法律规范或者司法解释等裁判规则。

康美案件以后,虽然独立董事制度受到诸多质疑,但是肯定和完善上市公司独立董事制度^[12]的主张得到监管机构的普遍认可。中国证监会于2022年1月5日颁布了《上市公司独立董事规则》,并组织专门的力量研究如何制定独立董事制度,总结相关实践与案例中的一般性规律与规则,按照“规则完善——案例总结与提炼——总结和提炼的一般规则上升为制度性规则”的路径研究完善上市公司独立董事制度将是符合认识规律的务实性方案。^[13] 不仅目前对独立董事勤勉尽责义务内容与标准的认定及其相关规则的修改将遵循这个路径,而且在未来独立董事制度的修订与完善时也将按照该路径进行,也唯有如此,才让我国的独立董事制度的修改与完善更加科学、务实并具有操作性。

(编辑:张倩红)

[12] 参见刘运宏:《应肯定和完善上市公司独立董事制度》,载《上海证券报》2021年12月1日,第8版。

[13] 参见刘运宏:《独立董事因上市公司虚假陈述而承担民事赔偿责任的归责原则及其改革》,载《武汉金融》2022年第5期。