

《证券法》(2019年修订)实施背景下 上市公司董监高法律责任探讨

王蕊* 辛烨**

摘要:2019年12月28日修订、2020年3月1日起实施的《中华人民共和国证券法》不仅对证券的种类、证券发行注册制规则等方面进行了明确规定,出于保障投资者合法权益之目的,也进一步完善了上市公司控股股东、实际控制人和上市公司高级管理人员的法律责任种类和责任体系,总体上大幅提高了上市公司控股股东、实际控制人和董监高等高级管理人员的处罚力度,加重上市公司董事、监事及高级管理人员的责任。由于2019年《证券法》对董监高法律责任的加重,随之而来的是监管政策的收紧,监管部门对上市公司董监高开出的多张罚单,给上市公司董监高敲响了警钟。在此背景下,如何正确履职,防范风险已经是董监高们关心的重点,本文将结合相关规定及近期监管部门的处罚案例进行探讨。

关键词:董监高责任 信息披露 勤勉尽责 履职关注事项

一、《证券法》(2019年修订)对董监高责任的影响

在《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)未明确董监高法律责任之前,董监高的法律责任主要源于《公司法》的有关规定,如《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第147条第1款之规定:“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”,奠定了整个董监高法律责任的基调。此外,《公司法》对该类主体的法律责任的内容主要规定有:不得利用关联

* 青岛大学法学院教师。

** 上海锦天城(青岛)律师事务所律师。

关系损害公司利益、接受股东质询、限期减持;董监高任职的禁止性行为,如挪用公司资金、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、未经股东会或者股东大会同意,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、违反对公司忠实义务的其他行为等。

而在《公司法》“法律责任”一章中未体现董监高这类主体的法律责任,仅规定由作为直接负责的主管人员承担责任或是对自身行为造成公司损害承担民事赔偿责任,其目的是出于对公司财产利益的保护,但对董监高履职并未发挥威慑作用。2019年《证券法》则是将董监高正式地划分为证券法律责任的承担主体,其立法的目的是维护证券市场秩序以及维护投资者的利益,围绕《公司法》中的忠实义务及勤勉义务,对董监高在证券法律领域提出了更高要求,其对于法律责任的内容及罚则细化的规定,具有更强的威慑力和可实施性。

《证券法》(2019年修订)对董监高法律责任的影响如下:

(一)处罚力度加大

行政处罚力度加重主要体现在两个方面:一是行政处罚金额绝对值的门槛大幅提高。例如,发行人在其公告的证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,即便尚未发行证券的,也处以200万元以上2000万元以下的罚款;已经发行证券的,处以非法所募资金金额10%以上1倍以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处以100万元以上1000万元以下的罚款。^①二是行政处罚金额的区间加大,让证券行政主管机关的处罚权自由裁量空间大幅提升。针对上市公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高管群体的行政罚款最高有30倍以上的涨幅,如《证券法》(2019年修订)第181条对发行人在其公告的证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处以100万元以上1000万元以下的罚款。

(二)系统地增加、强化了追究董监高法律责任的方式

在民事责任上,《证券法》(2019年修订)中的“投资者保护”专章极大地拓宽了

^① 参见《证券法》(2019年修订)第181条第1款的规定。

投资者维权的路径,通过明确和建立先行赔付制度、强制调解制度、支持起诉制度、代位诉讼制度、代表人诉讼制度、中国特色集体诉讼制度等,缓解投资者“求偿难”的问题。在行政责任上,《证券法》(2019年修订)赋予证券监督管理机构更加广泛的调查权限,如将可以查询的账户信息范围扩大到“其他具有支付、托管、结算等功能的账户信息”,^①有权力通知出境入境管理机关依法阻止涉嫌违法人员、涉嫌违法单位的主管人员和其他直接责任人员出境等。^②同时,《证券法》(2019年修订)还新增了“吹哨人”制度,鼓励对证券违法违规行为的举报,实名举报线索经查证属实的,给予举报人奖励。这些制度都将提高行政责任实现的可能性。

(三)信息披露义务的细化及扩大

《证券法》(2019年修订)大幅修订了信息披露的有关内容,显著增加了董监高的信息披露义务。此外,《证券法》2019年修订前在信息披露过程中未明确规定责任承担主体范围,导致信息披露的相关规定在实施层面收效甚微,2019年修订后的《证券法》,针对该现实问题,扩大了信息披露义务人的范围,同时也扩大了董监高信息披露义务的范围及责任,董监高在履行职责时需要注意以下几点:

1. 信息披露义务主体扩大。董监高的信息披露义务主体范围由原来的“上市公司董监高”扩大至“上市公司、符合条件的非上市公司包括公司债券上市交易的公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司等的董监高”。^③

2. 董监高的承诺需谨慎,信息披露内容范围扩大。从原来的对定期报告的披露,扩大至证券发行文件和定期报告、董监高的承诺信息。同时增加了不履行承诺给投资者造成损失的,应当依法承担赔偿责任的条款。此外,新增了当“公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化”^④时,需要履行信息披露义务的要求。

3. 信息披露程序及方式的明确。《证券法》在2019年修订前对信息披露的程序并无规定,《证券法》(2019年修订)为了夯实董监高责任,对此作出了明确的程序性

^① 《证券法》(2019年修订)第170条规定:“……(六)查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户、银行账户以及其他具有支付、托管、结算等功能的账户信息……”

^② 参见《证券法》(2019年修订)第170条的规定。

^③ 《证券法》(2019年修订)第79条规定:“上市公司、公司债券上市交易的公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司,应当按照国务院证券监督管理机构和证券交易场所规定的内容和格式编制定期报告,并按照以下规定报送和公告……”

^④ 《证券法》(2019年修订)第80条规定:“……(八)持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人持有股份或者控制公司的情况发生较大变化,公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化……”

规定:首先,监事应当签署书面确认意见,为了确保监事履责,同时落实监事对披露内容的责任;其次,董监高在无法保证信披内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的情况下,应当在书面确认意见中发表意见并陈述理由,而发行人应当披露。发行人不予披露的,董监高可以直接申请披露。^① 杜绝了董监高以“不知情、有异议”等理由不积极履行职责申辩、逃避处罚的情况。

4. 信息披露应当同时披露。《证券法》在2019年修订前为避免重要信息提前披露,提出了“在公告前不得泄露信披内容”,《证券法》(2019年修订)又明确提出了“信息应当同时向所有投资者披露”的“同时性”要求。

5. 可自主披露。作为信息披露义务人,董监高除了“证券发行文件、定期报告、董监高的承诺”等法定的信息披露内容外,2019年修订的《证券法》赋予了自主披露的权利,即“信息披露义务人可以自愿披露与投资者作出价值判断和投资决策有关的信息”。^② 当董监高对发行人信息披露内容有异议时,可以要求披露有关信息,可作为董监高是否履行职责的判断依据之一。

6. 发行人信息披露违规的过错推定责任。出于投资者保护目的,《证券法》(2019年修订)实施后投资者无须对董监高是否存在过错承担举证责任,相关举证责任转移至信息披露义务人。

(四) 扩大违法情形的认定范围规制短线交易

《证券法》(2019年修订)对短线交易的处罚力度由警告及3万元以上10万元以下罚款提高至10万元以上100万元以下罚款,此外,还对短线交易的认定范围做了如下变化:

1. 证券类型范围的扩大。短线交易的范围由股票扩大至股票及其他具有股权性质的证券。

2. 适用主体范围的扩大。触发短线交易的范围由上市公司扩大至股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司。

3. 违法情形认定的对象范围扩大。将上市公司董监高的家属的短线交易行为,视同公司董监高的短线交易行为,同样适用于“上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司持有百分之五以上股份的股东、董事、监事、高级管理人员,将其持有的该公司的股票或者其他具有股权性质的证券在买入后六个月内

^① 参见《证券法》(2019年修订)第82条第4款的规定。

^② 参见《证券法》(2019年修订)第84条第1款的规定。

卖出,或者在卖出后六个月内又买入,由此所得收益归公司所有”^①的规定。其中,“家属”的范围包括“其持有百分之五以上股份的股东、董事、监事、高级管理人员的配偶、父母、子女持有的及利用他人账户持有的股票或者其他具有股权性质的证券”。^②

(五)《证券法》(2019年修订)中落实限期减持制度

《证券法》(2019年修订)实施前,董监高限期减持的依据源于《公司法》以及《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》,《证券法》(2019年修订)对限期减持制度的以下内容予以明确:

1. 认可了交易所的业务规则以及《公司法》等其他法律、行政法规以及证监会关于限期减持的规定,即“遵守证券交易所的业务规则,不得违反法律、行政法规和国务院证券监督管理机构关于持有期限、卖出时间、卖出数量、卖出方式、信息披露等规定”^③。

2. 明确限制转让主体。持股5%以上股东、实际控制人、董监高以及持有IPO前已发行股份或定增股份的股东。

3. 明确违法转让的情形,包括持有期限、卖出时间、卖出数量、卖出方式、信息披露等方面不符合法律法规、证监会及交易所相关规定。

4. 扩大约束范围,将“限期买卖”变更为“限期转让”。

综上,上市公司及董监高责任的变化,反映出目前资本市场公司治理的发展及变化。资本市场的活力及健康发展取决于投资者保护的力度及范围、公司治理的优化及监管的容忍度。《证券法》(2019年修订)关于董监高责任的强化,是从行政处罚的加强、民事赔偿责任的追究力度加大、刑事责任威慑出发,从法律后果方面给予重拳出击,对董监高形成强大的约束力。同时,从保护投资人利益出发,强化董监高履职的全面性、忠实性、勤勉尽责标准,进而推动上市公司治理的全面提升。

① 参见《证券法》(2019年修订)第44条第1款的规定。

② 参见《证券法》(2019年修订)第44条第2款的规定。

③ 《证券法》(2019年修订)第36条第2款规定:“上市公司持有百分之五以上股份的股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员,以及其他持有发行人首次公开发行前发行的股份或者上市公司向特定对象发行的股份的股东,转让其持有的本公司股份的,不得违反法律、行政法规和国务院证券监督管理机构关于持有期限、卖出时间、卖出数量、卖出方式、信息披露等规定,并应当遵守证券交易所的业务规则。”

二、董监高责任相关问题探讨

《证券法》(2019年修订)第2条规定:“在中华人民共和国境内,股票、公司债券、存托凭证和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法;本法未规定的,适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。”将自身与其他法律规范形成了钩稽关系以作为法律适用的补充。《证券法》董监高法律责任的某些法律概念在实践中的适用,以及责任的认定有赖于其他法律规范的补充。本文结合实践对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定等主要问题进行了探讨:

(一)董监高与直接负责的主管人员和其他直接责任人员的关系

基于上市公司实际经营管理人员的特殊地位,董监高因具体的违法行为而承担法律责任的“路径”是多样的。董监高既可能因为“董监高”的身份而承担责任,也可能作为直接负责的主要管理人员和其他直接责任人员而承担责任。不只有发行人或上市公司的董监高可能承担责任,作为控股股东、实际控制人的董监高也可能承担责任。尽管《证券法》(2019年修订)中多次提到“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”,但法律本身及相关的司法解释、问答中并没有对其的认定方式作出明确说明,根据相关法律规范性文件与案例,关于直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定可以从以下逻辑入手:

1. 有关文件的规定

“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”早期是刑法单位犯罪罚则中的概念,是双罚制中“对单位判处罚金,并对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚”^①,或是单罚制中“只对直接责任人员进行处罚”的规定。但刑法中亦未对这个概念的范围作出明确规定。

2001年1月21日,最高人民法院颁布《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的第2条,单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定:直接负责的主管人员,是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,一般是单位的主管负责人,包括法定代表人。其他直接责任人员,是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,既可以是单位的经营管理人

^① 参见《刑法》(2020年修正)第31条的规定。

员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。^①

应当注意的是,在单位犯罪中,受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员,一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。对单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员,应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节,分别处以相应的刑罚。

2019年2月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》第1条第3款规定,“单位犯罪中的‘直接负责的主管人员’,一般是指对单位犯罪起决定、批准、组织、策划、指挥、授意、纵容等作用的主管人员,包括单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人、高级管理人员等”。^②

从上述规定座谈会纪要来看,直接负责的主管人员应当是对公司证券违法行为起决定性或支配性作用的人员,通常包括单位的法定代表人、主要负责人、实际控制人、高级管理人员等。

2.《证券法》(2019年修订)实施背景下的案例

2021年3月11日,中国证券监督管理委员会广东监管局作出广东证监处罚字〔2021〕5号《行政处罚及市场禁入事先告知书》,成为《证券法》(2019年修订)实施后的首张罚单。广东榕泰实业股份有限公司及15名人员均受到了广东证监局的处罚,涉嫌未在规定期限内披露2019年年度报告,相关报告未按规定披露关联关系、日常经营性关联交易,2019年年度报告问询函回复、澄清公告存在虚假记载,2018年年度报告及2019年年度报告未按规定披露日常经营性关联交易、虚增利润等事项,有关人员的承担的角色及法律责任情况不同(见表1)。

^① 参见《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的第2条,即“直接负责的主管人员,是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,一般是单位的主管负责人,包括法定代表人。其他直接责任人员,是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,既可以是单位的经营管理人员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。应当注意的是,在单位犯罪中,对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员,一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节,分别处以相应的刑罚,主管人员与直接责任人员,在个案中,不是当然的主、从犯关系,有的案件,主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的,可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯,且不清主、从犯,在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的,应当分清主、从犯,依法处罚。”

^② 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》第1条第3款的规定。

表1 广东榕泰实业股份有限公司有关人员的情况认定

职务	履职情况	责任认定	法律责任
董事长兼 总经理	未能及时组织编制完成2019年年度报告草案及提请董事会审议,知悉广东榕泰与中粤农资、和通塑胶、永佳农资、国华机电的关联关系并组织、决策上述关联交易事项,同时组织、决策、指使相关人员从事上述虚增利润事项;在其担任实际控制人后,组织、指使广东榕泰从事虚假披露2019年年度报告及问询函回复、澄清公告内容的行为	未按照规定报送年度报告的直接负责的主管人员、披露的信息有虚假记载的直接负责的主管人员	给予警告,并处以330万元罚款,其中对其作为广东榕泰未按照规定报送年度报告的直接负责的主管人员,给予警告,并处以30万元罚款;对其作为广东榕泰披露的信息有虚假记载的直接负责的主管人员,给予警告,并处以200万元罚款;对其作为广东榕泰披露的信息有虚假记载的实际控制人,处以100万元罚款
财务总监 兼董事	未能及时编制2019年年度报告草案并提请董事会审议,知悉广东榕泰与中粤农资、和通塑胶、永佳农资的关联关系及关联交易事项但未按规定向董事会报告,同时知悉并直接参与上述虚增利润事项	广东榕泰未按照规定报送年度报告、披露信息有虚假记载的直接负责的主管人员	给予警告,并处以160万元罚款,其中对其作为广东榕泰未按照规定报送年度报告的直接负责的主管人员,给予警告,并处以20万元罚款;对其作为广东榕泰披露的信息有虚假记载的直接负责的主管人员,给予警告,并处以140万元罚款
董事会 秘书	未能及时编制2019年年度报告草案并送达董事审阅	(已辞职)	给予警告,并处以20万元罚款
董事兼 副总经理	知悉广东榕泰与中粤农资的关联关系但未按规定向董事会报告	2018年年度报告未按规定披露关联关系、关联交易事项、2019年年度报告及年度报告问询函回复、澄清公告存在虚假记载的其他直接责任人员	给予警告,并分别处以75万元罚款
职工监事	协助虚构销售回款的代付款协议,是虚构销售回款的虚增利润事项的参与者	2019年年度报告及年度报告问询函回复、澄清公告存在虚假记载的其他直接责任人员	给予警告,并处以80万元罚款

续表

职务	履职情况	责任认定	法律责任
其他董事、 独立董事、 监事、 职工监事	在审计机构对广东榕泰 2019 年财务报告出具带强调事项段的保留意见后,未能对审计意见提及的明显可疑事项予以特别关注或关注但未勤勉尽责,并签字保证广东榕泰 2019 年年度报告内容真实、准确、完整	2019 年年度报告及年度报告问询函回复、澄清公告存在虚假记载其他直接责任人员	给予警告,并分别处以 50 万元罚款

结合上述广东榕泰实业股份有限公司有关人员的情况认定,在《证券法》(2019 年修订)的实施背景下,上市公司信息披露违规案件中对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定主要有如下特点:

(1)董监高均被认定为直接负责的主管人员和其他直接责任人员,但依据在案件中的不同角色,承担责任大小存在一定差异。

(2)是否对案件具有决策权,或对该违法行为发挥重要作用是认定直接负责的主管人员的依据。而该等人员通常为法定代表人、实际控制人、董事长、总经理以及违规事项所涉部门负责人等。对财务违规行为来说,财务负责人通常与法定代表人共同被认定为直接负责的主管人员。

(3)判断采取实质重于形式的原则,仍需要结合行为人在客观行为上对违规行为是否起决定性作用来判断,对客观上参与决策的董高通常将会被认定为直接负责的主管人员,而不是简单地将法定代表人认定为直接负责的主管人员。

(4)是否参与、是否知情均为处罚衡量依据。其衡量处罚轻重的考虑因素为:主要决策人员 > 参与人员 > 知情人员 > 未勤勉尽责。

综上所述,关于判断董监高是否属于“直接负责的主管人员”,应当先确认行为人是否属于决策机构的成员,再确认是否客观上对违法违规行为起决定性作用,满足两个要件即成为“直接负责的主管人员”。

(二)关于信息披露义务触发的时点

根据《证券法》(2019 年修订)“信息披露”一章第 78 条第 1 款的规定,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,并且新增了向所有投资者同时披露的规定。董监高作为信息披露义务人,应当遵守及时披露、同时披露的规定。

但《证券法》(2019 年修订)并未对及时披露的时间点进行细化的规定,在《证券

法》于 2019 年修订后,2021 年 5 月 1 日《上市公司信息披露管理办法(2021 年修订)》(以下简称《上市公司信息披露管理办法》)正式实施,结合《证券法》(2019 年修订)以及信息披露监管经验,对信息披露规则进行了细化。

根据修订后的《上市公司信息披露管理办法》第 24 条之规定:“上市公司应当在最先发生的以下任一时点,及时履行重大事件的信息披露义务:(一)董事会或者监事会就该重大事件形成决议时;(二)有关各方就该重大事件签署意向书或者协议时;(三)董事、监事或者高级管理人员知悉该重大事件发生时。”

完善了上市公司重大事项披露时点,明确董事、监事或者高级管理人员在知悉该重大事件发生时,上市公司即触发披露义务。因此,董监高知情时,不仅触发了上市公司的披露义务,亦触发了其作为信息披露义务人的信息披露义务。

(三)关于上市公司董监高勤勉尽责义务的认定

根据《上市公司信息披露管理办法》第 31 条之规定,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。第 51 条第 1 款之规定,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。

根据上述规定,勤勉尽责明确地成为董监高免责的事由之一。而董监高履职是否达到勤勉尽责并没有明文的判断依据,故其成为监管部门自由裁量的事项之一。结合相关处罚案例,是否勤勉尽责的标准仍有迹可循。

1. 董监高是否勤勉尽责,应考虑其学识、能力、态度进行综合判断。监管实践中经常出现董监高以“无相关专业背景,依赖相关中介机构判断”等理由进行申辩,监管部门通常对该理由不予采纳。但在“寰岛股份信息披露案”中,行政处罚机构提出,董监高在履职过程中,应当基于本人的学识、能力,以忠实勤勉的态度,依照法律、法规和监管规则的要求,排除来自控股股东、实际控制人、公司内部人以及其他方面的不当影响与干扰,对有关事项作出负责任的独立判断,并清楚自己行为可能产生的法律后果。

2. 勤勉尽责主要还包括三个方面的内容:上市公司信息披露的真实、准确、完整、及时、有效,有赖于全体董事和有关高级管理人员勤勉尽责,实施必要的、有效的监督。这种监督,既包括督促上市公司依照法律、法规规定和监管部门要求建立并完善信息披露制度,也包括通过日常履职和检查督促公司切实执行有关规则,还包括能够

及时发现公司在信息披露上存在的问题、及时督促公司改正,对拒不改正的要及时向监管部门举报。

三、《证券法》(2019年修订)实施背景下董监高履职注意事项

从《证券法》(2019年修订)到2020年以来的监管实践,都在证明着监管部门的态度,即《证券法》(2019年修订)的背景下,董监高不再是实际控制人、大股东的签字机器,而是需要切实地承担起公司合法合规经营的责任的主体。

在监管趋于严格且对加强董监高尽职履责要求的情况下,如何恪尽职守避免追责就成为上市公司董监高需要注意的事项。根据《证券法》(2019年修订)第24条第1款之规定,国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的证券发行注册的决定,发现不符合法定条件或者法定程序,尚未发行证券的,应当予以撤销,停止发行;已经发行尚未上市的,撤销发行注册决定,发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人;发行人的控股股东、实际控制人以及保荐人,应当与发行人承担连带责任,但是能够证明自己没有过错的除外。

如何证明自己没有过错就成了董监高申辩的重点。结合近期出现的案例,应当注意以下事项,以正确履职:

(一)合理使用董监高异议声明制度,仅声明并不一定免除责任

为规避法律风险,越来越多的董监高开始使用异议声明制度。但在监管实践中,出现了许多董监高在审议定期报告、财务报告中签字表示同意,又在信息披露后发表对披露信息无法保证真实性的情况,监管部门对该等情况均进行了否定。

2021年5月1日实施的《上市公司信息披露管理办法》结合监管实践对异议声明制度作了更明确的要求,并制定了明确的罚则。根据《上市公司信息披露管理办法》第58条之规定:“上市公司董事、监事在董事会或者监事会审议、审核定期报告时投赞成票,又在定期报告披露时表示无法保证定期报告内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的,中国证监会可以对相关人员给予警告并处国务院规定限额以下罚款;情节严重的,可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。”

因此,董监高保证信息披露内容真实性、准确性、完整性的责任并不因声明而当然免除,董监高在信息披露文件时应当勤勉尽责,若存在异议,应当在董事会或者监

事会审议、审核定期报告时投反对票或者弃权票。^①

(二)对履职信息进行留痕

《证券法》(2019年修订)实施后,基于投资者保护目的,将归责原则由过错原则变更为过错推定原则,即由董监高对自己不存在过错承担举证责任。因此在日常履职时,保留沟通交流的邮件、聊天记录以及签署的书面文件或发表的意见等,有助于证实已履行勤勉尽责义务,或证明一贯履职记录良好,从而免于承担责任。

(三)遵守对外作出的董监高承诺事项

近年来,上市公司大股东、董监高作出公开承诺未履行的情况时有发生,尤其是业绩补偿承诺与股份增持承诺等。而《证券法》(2019年修订)第84条第2款明确规定:“发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等作出公开承诺的,应当披露。不履行承诺给投资者造成损失的,应当依法承担赔偿责任。”落实了董监高承诺事项的法律效力。而因情势变更导致出现违反董监高承诺的事项时,则应当提前履行变更承诺的程序,取得多数股东同意。

(四)对专业机构意见不能盲目信任,应当具有独立判断。

上市公司董监高同外部中介机构并不能互相取代,而是相辅相成、互相促进的双重保障。虽然上市公司董监高在审议定期报告时,可以依据中介机构的结论进行判断,但是在信息披露违法情形发生时,不能以审计机构未发现、未指出为由而免除责任。

(五)积极配合监管调查

信息披露义务人及其董事、监事、高级管理人员,证券公司和证券服务机构应当及时作出回复,并配合中国证监会的检查、调查。^②仅2021年上半年,因拒不配合监管调查、删除信息等行为依据《证券法》(2019年修订)受到中国证监会处罚的案件就发生了两起。不配合监管调查已成为被处罚的独立事项,在监管机关对上市公司或个人进行调查时,应当积极配合,切忌阻碍监管机关开展工作。

^① 《上市公司信息披露管理办法》第16条第4款规定:“董事、监事无法保证定期报告内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的,应当在董事会或者监事会审议、审核定期报告时投反对票或者弃权票。”

^② 《上市公司信息披露管理办法》第50条第3款规定:“信息披露义务人及其董事、监事、高级管理人员,证券公司和证券服务机构应当及时作出回复,并配合中国证监会的检查、调查。”

四、结 语

《证券法》(2019年修订)实施背景下对董监高法律责任的加重,以及《上市公司信息披露管理条例》的修订,中国证监会加大对董监高证券违法违规行为的查处力度掀起的一波董监高“问责潮”均给上市公司董监高敲响了警钟。董监高不再是提线木偶,而是要切实承担上市公司内部质检员的角色。

而规避职业风险,落实《证券法》(2019年修订)及实施后出台的系列规定,明确权利义务边界是重要的一环,在提高履职能力、避免被监管处罚的同时,更重要的是真正地维护资本市场秩序、保护中小投资者利益,满足法律对董监高履职的要求。