

独立董事虚假陈述责任判定的司法检视与完善

洪一帆*

摘要：为合理限定独立董事责任，亟须从裁判论方面完善独立董事的责任判定机制。在对327件案例统计分析后，发现相关规范存在冲突、行民责任认定机制混同、免责事由实操性不足、责任范围缺乏计算标准等问题，实有必要进行完善。从裁判依据来看，应当明确独立董事法律地位与归责原则，并科学妥善处理法律之间的适用关系。从法院与证监会的关系来看，应遵循法院主导、证监会协同的联动模式。从抗辩事由来看，宜进一步具体化免责事由，审慎综合考虑多种因素。从损害赔偿的计算来看，建议以过错状态合理区分责任方式，并借鉴门槛与深度理论精细化厘定赔偿数额。

关键词：虚假陈述 独立董事 免责事由 责任判定

一、问题的提出

2020年11月2日，中央全面深化改革委员会审议通过《关于依法从严打击证券违法活动的若干意见》，要求进一步加大对欺诈发行、财务造假等恶性违法行为打击力度。2022年1月21日，为进一步落实党中央方针政策，最高人民法院发布《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》（简称新《虚假陈述司法解释》），有力推进了我国证券法律体系的完善。随着证券市场相关主体责任的强化，独立董事面临诉讼概率增加以及巨额赔偿的风险。在上市公司虚假陈述案件中，由于职责身份的定位，独立董事没有动机去故意参与虚假陈述行为，却仍然要

* 贵州大学法学院硕士研究生。

和故意实施虚假陈述的上市公司及主要责任人共同承担连带责任。独立董事作为公司外部监督人,^①不应成为上市公司责任的承重墙。如何压实独立董事责任同时又合理地限定其责任,这困扰着司法实务工作者。

究其缘故,与传统责任判定方式难以回应责任严厉态势下的精准打击需求有着密切关系。随着行政前置程序的取消,“行政认定+相反证据”的过错认定模式的效能就显得格外有限。法院需要综合考虑职责、身份、地位、履职能力等多种因素,审判难度系数加大。同时,对于责任数额“酌定”的做法,其合理性也值得商榷。在证券集团诉讼的推行下,赔偿数额通常随着原告的数量累计达到一个极高的程度,这会容易导致“酌定”中固有的“主观性”体现在责任数额上,并放大到社会公众不能接受的程度。

严厉的责任与传统责任判定方式结合所造成的后果就是容易误伤独立董事。典型案例如康美药业案,该案判决5名独立董事承担的连带赔偿金额共约3.69亿元,单个独立董事的赔偿金额将高达1.23亿元或2.46亿元。根据康美药业独立董事每年税前平均薪酬约8万元来计算,^②最大者相差近3000倍。权益与责任如此严重不符的判决自然引发了独立董事的“辞职潮”。如何公平合理地认定独立董事的证券虚假陈述责任,兼顾投资者保护与市场归责的平衡是当前证券市场亟待解决的难题。目前学界多从立法论、监管论、控制论、履职论等方面来讨论如何完善独立董事制度,极少进行实证方面的案例研究。是故,从裁判论的角度探究证券市场虚假陈述中的独立董事民事责任认定问题具有一定的意义。

二、独立董事虚假陈述责任判定的司法检视

本文将对2014—2022年的司法案例进行两个步骤的考察,一是分析案件数量的整体趋势。二是对其中的典型案例进行具体分析,并分别从裁判路径、抗辩情况、责任比例等多方面做出统计和比较。

(一) 2014—2022年司法判例整体分析

笔者以“独立董事”为关键词,证券虚假陈述责任纠纷为案由,在北大法宝裁判网

^① 参见曾洋:《重构上市公司独董制度》,载《清华法学》2021年第4期。

^② 参见郭富青:《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》,载《学术论坛》2022年第1期。

进行检索,剔除重复、案件不详、无关等文书,筛选出有效判决文书共 327 例,案件审级包括中级人民法院、高级人民法院和专门人民法院,地域分布各地、时间跨度为 2014—2022 年,结果如图 1 所示。

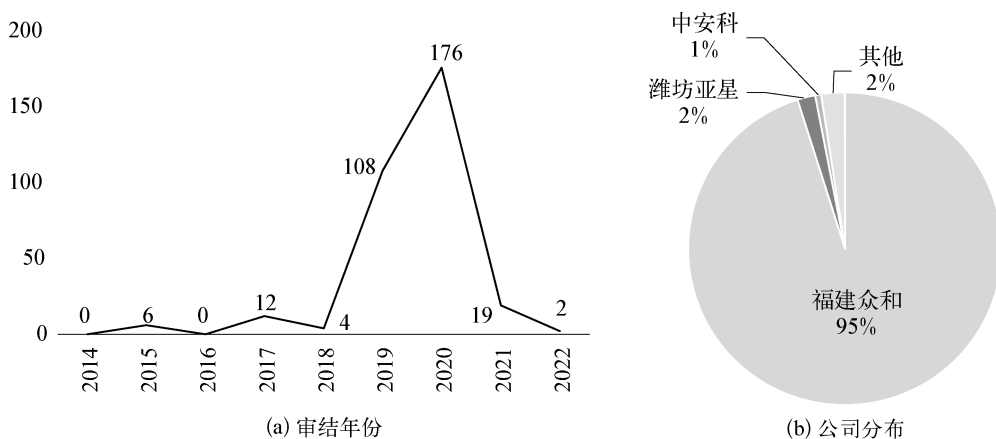


图 1 2014—2022 年司法判例整体分析

宏观而言,自 2014 年起案件数量变化不大。但 2018 年从 4 件增加至 2019 年的 108 件,随后继续增加到 176 件,在经过激烈增加后数量又回落到 19 件,近似于 2019 年之前的水平,到 2022 年只有 2 件。这体现了独立董事民事责任案件数量的突发性和集中性特征。证券虚假陈述案件一般会形成群体性证券纠纷,其中福建众和股份有限公司引发的诉讼案件最多,达 311 件,占比约 95%。这也在一定程度上解释了案件数量为何呈现突发性和集中性的特征。

自 2021 年伊始,案件数量锐减,原因可能在于福建众和公司群体性证券纠纷案的陆续审结。经过三年(2019—2021)时间,福建众和股份有限公司的三百多例股民索赔案终于落下帷幕,但“一案一审”的模式浪费了大量人力财力。随着证券特别代表人诉讼制度的逐步落实,这种传统的诉讼模式将得到一定程度上的改变。^① 证券特别代表人诉讼制度中“默示参加,明示退出”的模式大大增加了原告的人数,汇集了广大投资者的力量,使原来的多个平行诉讼分别审理变为一个案件集中审理。不难预见,未来此类诉讼将呈现“量少质优”的特点。案件数量的减少节约了司法资源,同时加大了对广大中小投资者的保护力度。但是,从另一个角度来看,这也意味着独立董

^① 徐文鸣:《民事责任能威慑证券市场违法行为吗——基于证券代表人诉讼判决的准自然实验》,载《广东财经大学学报》2022 年第 2 期。

事的民事责任被强化了。强化责任更需准确定责,如何在严厉惩处“首恶”的同时保护那些真正无辜的独立董事是需要思考的问题。

(二) 2014—2022 年典型案例的具体分析

微观视之,在证券纠纷示范判决机制的实行下,^①法院对群体性证券纠纷的判决高度一致,因此本文从每个群体性证券纠纷中选取 1 个,对选取后的总共 10 件案例进行实质性研究。^② 笔者发现独立董事民事责任司法判例具有以下特征:

1. 司法裁判中裁判路径有所差异

人民法院审理独立董事虚假陈述责任案件可以大致分为三种裁判路径:义务违反型、签字即罚型、^③行政依附型。具体而言,一是引用《公司法》和《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》对独立董事负有忠诚与勤勉义务进行论证,然后依据行政处罚决定书认定独立董事存在一定过失。在责任承担上,法院认为《证券法》第 85 条,^④其法律基础源于《侵权责任法》第 8 条(现为《民法典》第 1168 条)中关于二人以上共同实施侵权行为,由各侵权人承担连带责任的规定,但共同侵权需以共同的意思联络为前提,而对于独立董事而言,其往往与公司不存在侵权的共同故意,因此不宜适用《证券法》第 85 条,应承担补充赔偿责任。^⑤ 二是直接适用《证券法》第 85 条。法院首先以独立董事是否在相关年报、半年报上签字认定其过错,并按照签字的文件份数决定过错程度的大小,然后对独立董事的连带责任施加一定比例的限制,最后判决独立董事承担比例连带责任。^⑥ 三是依据《最高人民法院关于审理证券市场

① 示范判决机制是指法院在处理群体性证券纠纷中,选举具有代表性的案件先行审理、先行判决,通过发挥示范案件的引领作用,妥善化解平行案件的纠纷解决机制。参见《上海金融法院关于证券纠纷示范判决机制的规定》,载微信公众号“上海金融法院”,2022 年 1 月 12 号。

② 山东省济南市中级人民法院民事判决书,(2019)鲁 01 民初 3766 号;山东省济南市中级人民法院民事判决书,(2013)济商初字第 251 号;山东省高级人民法院民事判决书,(2020)鲁民终 3132 号;山东省济南市中级人民法院,(2021)鲁 01 民初 1694 号;上海金融法院民事判决书,(2019)沪 74 民初 2509 号;广东省深圳市中级人民法院民事判决书,(2021)粤 03 民初 3259 号;福建省福州市中级人民法院民事判决书,(2021)闽 01 民初 1024 号;广东省广州市中级人民法院民事判决书,(2020)粤 01 民初 2171 号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 01 民初 2071 号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 01 民初 539 号。

③ 参见赵旭东:《论虚假陈述董事责任的过错推定——兼〈虚假陈述侵权赔偿若干规定〉评析》,载《国家检察官学院学报》,2022 年第 2 期。

④ 《证券法》第 85 条规定:“信息披露义务人未按照规定披露信息,或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,信息披露义务人应当承担赔偿责任;发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,应当与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。”

⑤ 福建省福州市中级人民法院民事判决书,(2021)闽 01 民初 1024 号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 01 民初 2071 号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 01 民初 539 号。

⑥ 广东省广州市中级人民法院民事判决书,(2020)粤 01 民初 2171 号。

因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(2003年1月9日法释〔2003〕2号)第21条第2款作为追责依据,^①主要以行政处罚决定书认定过错,最后得出独立董事应当承担连带责任的结论。^②

出现三种判法的情况,除各法官职业水平各有高低外,主要是因为不同层次的法律规范,因各自调整的对象不同、适用的标准差异、逻辑建构的不统一等,造成难以调和的法理冲突,给司法活动造成相当的困扰。^③判法多样性将增加司法的不确定性,严重影响司法权威及公信力。

2. 法院倾向于“尊重”证监会的认定结果

案件审理中裁判者通常将行政处罚中的过错作为民事过错的认定依据。法院与证监会判定一致的案例有7例,占比70%,统计如表1所示。

表1 法院判定与行政处罚决定书判定比较

	是	否	总数
法院是否判定有过错	8	2	10
是否与行政处罚决定书判定一致	7	3	10

根据图表可知,法院对独立董事过错的判定与证监会的判定具有趋同性。行政处罚决定书中对独立董事是否勤勉尽责的认定很大程度上影响了裁判者的裁量。^④因此,通过对证监会的认定逻辑进行归纳分析,指出其与民事诉讼中认定标准的不同,有助于矫正司法裁判中依赖行政处罚认定独立董事过错的乱象。^⑤从证监会处罚情况看,独立董事大多是因上市公司违法披露信息而被行政处罚,虚假记载和重大遗漏是违法信息披露的常见形式。独立董事被认定未勤勉尽责均是因为在相关文件上签署书面确认意见。从申辩意见看,除证监会〔2020〕79号处罚决定中的独立董事外,^⑥其他

① 《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》(2003年1月9日法释〔2003〕2号)第21条第2款规定:“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。”

② 山东省济南市中级人民法院民事判决书,(2019)鲁01民初3766号。

③ 参见陈洁:《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》,载《中国法学》2021年第6期。

④ 参见曹兴权、洪喜琪:《证券虚假陈述中监事民事责任研究——兼论〈证券法〉第85条的适用》,载《北方法学》2021年第5期。

⑤ 笔者以“独立董事”为关键词检索了2020年1月至2022年1月中国证监会公告的行政处罚决定书,共计11件,其中签字独立董事被认定为有责任的占11件,处罚率100%。

⑥ 《中国证监会行政处罚决定书(辅仁药业)》(〔2020〕79号)。

独立董事均进行了申辩,但申辩意见无一被采纳,未出现被免除责任或者减轻处罚的结果。从处罚结果看,处罚的形式一般是警告加罚款,罚款的幅度区间在 3 万元至 60 万元,大部分是在 10 万元以下。由此可见,证监会存在“披露即担责,违规必受罚”的处罚倾向,但处罚幅度不高也使得这种处罚模式的副作用并不明显,^①罚款的低额度大体也能做到罪责相适应。然而,在证券集团诉讼制度实施的今天,赔偿金额动辄上亿元,“宁抓错,不放过”的过错认定思维所造成的不利后果很可能会被巨额赔偿责任极度放大。

3. 独立董事抗辩被采纳率低

独立董事的主要辩解事由大致分为四种,一是主张其主观上没有过错,具体理由包括不知情和未参与。二是主张其已经勤勉尽责,具体体现在多次催促改正、已实地调查。三是主张其收入与义务不匹配,有违公平原则。四是主张行政处罚不是民事定责的依据。对上述辩解事由,法院大都未采纳,而是将其作为责任减轻的因素进行对待。从分析的判例来看,结果如表 2 所示。

表 2 独立董事抗辩情况统计

	是	否	总数
独立董事免责抗辩是否被采纳	2	8	10
是否对独立董事责任进行单独考虑	8	2	10

从统计结果来看,在独立董事为被告的案件中,抗辩被采纳率仅 20%,除 1 例由于损失因果关系不符而未赔偿外,有 7 例案件最后以独立董事承担赔偿责任结案,占比 70%。如山东省济南市中级人民法院认为,“根据证监会行政处罚决定书中的认定,无证据表明董事、监事、高级管理人员在涉案事项中尽到勤勉尽责义务”。^②不同点在于有无对独立董事的责任进行单独考虑。大多数法院认为独立董事的责任认定应当区别于一般董事,占比 80%。如江苏省南京市中级人民法院认为,“综合考虑独立董事的职能定位、工作方式、知情程度和主观态度的基础上,按照过错与责任相适应的公平原则,以独立董事过失大小确定其责任”。^③上述法院对独立董事责任考虑

① 参见张婷婷:《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》,载《法律适用》2020 年第 2 期。

② 山东省济南市中级人民法院(2019)鲁 01 民初 3765 号民事判决书。

③ 江苏省南京市中级人民法院(2016)苏 01 民初 2066 号民事判决书。

虽有不同,但皆建立在独立董事责任成立的前提下。与之不同的是,上海金融法院通过分析外部董事和内部董事在公司中的职责、作用等,对外部董事和内部董事是否尽到勤勉义务分别做出认定,从而免除了独立董事的责任。^①

4. 判罚责任方式不一,赔偿数额差异大

在责任的承担方面,责任方式不一、判罚幅度差异大等现象已成常态。笔者对案件的责任承担方式进行了数量统计,结果如表3所示。

表3 案件的责任承担方式

责任承担	补充赔偿责任	比例连带责任	连带责任	免责	总数
数量	3	3	1	3	10

从案例样本来看,在总共10件案例中,独立董事免责的案例有3件,判决承担补充赔偿责任的和比例连带责任的各3件,承担连带责任的1件。对于责任方式,有些法院依据《证券法》第85条判以连带责任或比例连带责任,另一些法院则另辟蹊径,采取法律上的公平责任原则科以补充赔偿责任,给出的理由是只有主观故意才能适用连带责任。如南京市中级人民法院认为,“证券侵权责任的判定应当兼顾保护投资者合法权益与公平课予加害人责任的平衡,对陶明要求谢文杰对其全部投资损失承担连带赔偿责任的主张不予支持”。^②虽然这种判罚在某种意义上并未严格遵循独立董事承担连带责任的法律规定,但也反映了法院既要压实独立董事责任又想进行限定的艰难抉择。^③

赔偿数额方面,不同案件中独立董事承担的赔偿数额大相径庭,少者仅663.70元,多者高达2.46亿元,具体统计结果如表4所示。

表4 独立董事赔偿金额统计

案名	协鑫集成案	海润光伏案	中安科案	同德普惠案	康美药业案	福建众和案	张某与F公司案
赔偿金额(元)	663	762	181 064	140 000	246 000 000	81 068	15 398

① 参见《上海金融法院发布证券期货投资者权益保护十大典型案例》,载微信公众号“上海金融法院”,2022年5月15日。

② 江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民初2066号民事判决书。

③ 参见袁康:《独立董事的责任承担与制度重构——从康美药业案说开去》,载《荆楚法学》2022年第2期。

从统计结果来看,即使个案中的独立董事过错程度不同,但几何倍数的赔偿数额的差距也过于巨大。从独立董事的权益与责任比较来看,独立董事年薪一般仅8万元左右,^①动辄十几万甚至上亿元的赔偿责任,独立董事根本无力承担。法院应当适当考虑独立董事的责任能力,避免其权益和责任不一致。

三、独立董事虚假陈述责任判定之反思

对案例进行多角度考察后,我们发现司法实践中独立董事虚假陈述责任的判定存在诸多不足,下面将从裁判依据、过错认定、抗辩事由、侵权赔偿的范围及计算四个方面进行反思。

(一) 立法过于原则化,相关规范存在法理冲突

首先,不同判例的裁判思路存在差异,其背后原因在于立法过于原则化、相关规范存在法理冲突。历次《证券法》修改,都未对独立董事的法律地位、归责原则进行明确。司法判决中,独立董事通常归位于其他责任人员,这使得独立董事的法律地位具有一定的模糊性。立法的模糊性造成司法判决结果的差异化,如山东省济南市中级人民法院将独立董事认定为公司内部人的决策者,从而承担连带赔偿责任。^②相反,江苏省南京市中级人民法院则认为,考虑到谢文杰的身份角色系独立董事,不参与公司的具体业务,对于不实报告存在轻微过失,酌定在限额内承担补充赔偿责任。^③《证券法》第85条的原则性规定也使得司法裁判中法官自由裁量权过大,被告的举证是否符合“能够证明自己没有过错”,大部分取决于法官的价值判断。

其次,相关法律法规及司法解释存在冲突。独立董事过失侵权与上市公司实际控制人故意虚假陈述相结合造成投资者损害时,独立董事应当承担按份责任还是连带责任,依据的法律不同所得出的结论也不同。在《民法典》的逻辑建构下,上述行为属于无意思联络的数人侵权,又因为独立董事的过失行为通常并不足以造成虚假陈述案件的全部损害,所以宜认定为分别实施非充足原因的数人侵权行为。^④由此,独立董事应当适用

① 参见郭富青:《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》,载《学术论坛》2022年第1期。

② 山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01民初3765号民事判决书。

③ 江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民初2066号民事判决书。

④ 参见陈洁:《证券虚假陈述中审验机构连带责任的厘清与修正》,载《中国法学》2021年第6期。

《民法典》第1172条承担按份责任。^①然而,以《证券法》第85条来看,结果又有所不同,即使独立董事的过错状态为过失,也要承担连带责任。新《虚假陈述司法解释》将《证券法》第85条的“过错”内涵明确解释为故意与重大过失。^②虽然限定了“过错”内涵,有利于平衡各方权益,但一定意义上仍未化解不同层次不同领域立法所存在的法理冲突。^③

(二) 行政处罚与民事追责认定机制混同

以往证券虚假陈述案件司法判决中,独立董事的责任认定直接依据行政处罚决定书进行判决,这一方面是因为行政前置程序的存在,另一方面则是因为忽视了民事追责机制与行政处罚机制的差异性。虚假陈述的行政责任与民事责任在目的、法律后果、配套措施等方面存在诸多不同,证监会行政处罚决定书对独立董事过错认定不应作为民事裁判中的依据。

首先,证监会行政处罚与民事损害赔偿的目的不同。行政处罚的目的倾向于惩处,因此以结果为导向,以签字为标准,一旦上市公司被认定为虚假陈述,上市公司的董事、监事及高管常常被“一锅端”。^④相对而言,民事损害赔偿责任的主要功能是填补损害而非惩罚。所以,民事赔偿责任的认定更应注重原因力大小与过错程度。通过对比新《虚假陈述司法解释》与《信息披露违法行为行政责任认定规则》也能看出。其次,行政罚款是一次性的,而多个平行诉讼将累计民事赔偿的数额,数额的差距也给独立董事带来不同程度的责任负担。最后,《中华人民共和国民事诉讼法》第72条规定,只有经过法定程序公证证明的法律事实和文书才能作为免证事实。^⑤《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第93条所规定的当事人无须举证证明的事实也不包括行政处罚决定书中的事实。^⑥行政处罚决定书中的内容并

① 《民法典》第1172条:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担责任。”

② 参见林文学、付金联、周伦军:《〈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〉的理解与适用》,载《人民司法》2022年第7期。

③ 实际上,最高院在新《虚假陈述司法解释》修订过程中曾尝试规定相关责任主体主观过失情况下适用《民法典》第1172条,但如此规定有直接冲撞《证券法》之嫌而放弃。具体参见郭雳、吴韵凯:《虚假陈述案件中证券服务机构民事责任承担再审视》,载《法律适用》2022年第8期。

④ 参见邢会强:《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》,载《中国法学》2022年第1期。

⑤ 《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修订)第72条规定:“经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”

⑥ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022年修正)第93条规定:“下列事实,当事人无须举证证明:(一)自然规律以及定理、定律;(二)众所周知的事实;(三)根据法律规定推定的事实;(四)根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实;(五)已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的基本事实;(六)已为仲裁机构生效判决所确认的事实;(七)已为有效公证文书所证明的事实。前款第二至第四项规定的事实,当事人有相反证据足以反驳的除外;第五项至第七项规定的事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。”

不属于免证事实,然而司法实践中却并非如此。可以说,新《虚假陈述司法解释》的出现只是解决了取消行政前置程序的法律适用问题,并未根治司法实践中行政处罚决定书广泛引用在民事判决书中作为免证事实的弊病。

(三) 免责事由实操性不足

《证券法》第85条规定了独立董事的免责事由,即“发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,应当与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外”。“能够证明自己没有过错”是独立董事免责的唯一法定事由,但是要求何种证明,是否只限于纸质证明(如工作底稿、工作笔录),要达到何种程度的证明才能够免责,法律中皆未规定。如此缺乏实操性的免责事由,难免造就独立董事抗辩被采纳率低的局面,毕竟案涉独立董事通常已被行政处罚,法院面对证监会的“专业判断”,独立董事的辩解多少显得有些惨白无力。

2022年1月21日最高人民法院发布的新《虚假陈述司法解释》第16条列举了独立董事的五项免责事由,可谓开创性的突破。免责事由的实操性得到增强,但仍然存在一定的完善空间。例如该条第一款规定的“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”中的“自身专业领域”如何界定?“借助专门职业的帮助”是否包含公司内部的法律、会计部门?诸如此类的疑问还有很多,免责事由的精细化设计仍需要立法者、学者及司法实务人员的探索与努力。

(四) 责任方式、比例及数额缺乏统一标准

《证券法》只规定了连带责任这一种责任承担方式,而法院判决的责任方式目前有补充赔偿责任、比例连带责任以及连带责任,其原因在于责任方式缺乏类型化标准。法院在确定独立董事责任比例及数额时也无依据法律或者某种明确的计算标准,而是采取“酌定”的方式。5%和10%的责任比例经常出现,但是为何是这两种比例不得而知。责任数额更是悬殊,最高上亿元,最低仅为数百元。值得注意的是,群体性证券诉讼下,平行案件众多,即使是补充赔偿责任,在责任累加之后的数额也不容小觑。在证券集团诉讼中独立董事要承担的责任又要更加重。若不统一标准,容易滋生不公。例如,5%与10%看似差距不大,但在赔偿责任基数为上亿元甚至数十亿元的情况下,两者就是亿元的差距,殊不知裁判者一念之差就可能使独立董事多背负上亿元的巨额债务。可见,证券市场中独立董事责任比例及数额的计算标准等问题亟须相关法规予以明确。

四、完善独立董事虚假陈述责任判定的对策建议

独立董事民事责任制度在上市公司信息披露中具有不可替代的作用与价值,^①信息披露中未勤勉尽责的独立董事应承担民事责任。但是,严厉打击证券欺诈行为的同时也需考虑侵权人的权益保障,做到既促进独立董事勤勉尽责又不至于发生寒蝉效应。

(一) 明确独立董事法律地位,正确处理法律适用关系

在现有法律规范体系下,建议明确独立董事的法律地位,并科学地捋清不同层次、不同领域法律法规的适用关系,为司法实践中独立董事责任认定的案件审理提供规范指引,进而寻求过错与责任相适应的裁判结果。建议立法者将独立董事的法律地位归依于外部监督人,并在《证券法》第 85 条将独立董事单独列明,明确其过错推定的归责原则。

不同法律规范之间存在法理冲突的问题难以通过修法来解决。根据《证券法》修改周期来看,短期内再次修订的可能性极小。建议厘清法律规范间的适用顺序,以便统一裁判路径。在过错方面,裁判者应当适用新《虚假陈述司法解释》对独立董事的过错进行认定,且需要经过充分地论证说理,而不能再依赖于行政处罚决定书。在责任方式方面,应当适用《证券法》第 85 条及新《虚假陈述司法解释》第 16 条而不适用《民法典》相关条款。《证券法》与《民法典》是特别法与一般法的关系,在证券市场领域应当优先适用《证券法》。需要强调的是,司法实践中将《证券法》第 85 条适用范围限制在主观故意的做法与新《虚假陈述司法解释》第 16 条规定不符,应予以摒弃。例如江苏省南京市中级人民法院曾认为,“证券法规定的董事承担连带责任的适用范围是董事对上市公司虚假陈述存有主观故意的场合”。^②虽然这在一定程度上有利于责任与过错相适应,但是在新《虚假陈述司法解释》已经出台的情况下,应遵循该司法解释的规定。

(二) 构建人民法院主导、证监会协同的联动模式

最高人民法院、中国证监会 2022 年共同颁布的《关于适用〈最高人民法院关于审

^① 参见刘俊海:《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》,载《法学杂志》2022 年第 3 期。

^② 江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2016)苏 01 民初 2071 号。

理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》有关问题的通知(法〔2022〕30号)》(以下简称“《虚假陈述若干规定通知》”)规定了人民法院与中国证监会的联动。联动主要体现在四个方面:首先,人民法院受理证券虚假陈述侵权案件后,应通过中国证监会派出机构通知中国证监会。其次,人民法院可以依法向中国证监会调查收集证据。再次,人民法院调查收集的证据,应当当庭出示并经质证。最后,人民法院可向证监会征求意见,征求意见时间不计入审理时限。因此,在司法实践中,人民法院应做到以下四点:第一,突出人民法院在虚假陈述民事赔偿案件中的主导地位;第二,证监会对于行为人违反信息披露义务的认定只能作为意见使用;第三,人民法院与证监会相互配合收集证据,应在《民事诉讼法》规制下进行。第四,人民法院调查收集的证据要经过当庭出示及质证才能作为证据使用。可以说,《虚假陈述若干规定通知》排除了行政处罚决定书直接成为民事案件中认定行为人具有过错的证据的可能性。

(三) 进一步具体化免责事由,审慎核查多种因素

建议最高法院积极出台相关司法解释,进一步具体化独立董事免责事由,发挥其辅助立法、引导司法的功能。“自身专业领域”的判断可依据“证书+从业年限”的标准,如法律专业领域,只要具备法律职业资格证书以及在法律相关领域从业5年以上就可以算是自身专业领域。法律、会计专业机构宜不限于外部机构,独立董事对于企业内部的法律、会计部门也应当具有合理信赖。但是,为避免独立董事责任虚置的情况,也应当要求独立董事进行必要的调查,付出合理的行动。

另外,建议法院审慎核查多种因素,综合判断独立董事过错。独立董事身份特殊、获取企业信息先天性不足、法律预设与现实能力落差大,对于独立董事侵权责任的成立应当保持谨慎的态度。美国唐纳德教授认为,“如果独立董事将时间花在书面痕迹留存上,以期将来抗辩成功,那么独立董事制度的创造性就会降低。”^①新《虚假陈述司法解释》第14条规定:“发行人的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员主张对虚假陈述没有过错的,人民法院应当根据其工作岗位和职责、在信息披露资料的形成和发布等活动中所起的作用、取得和了解相关信息的渠道、为核验相关信息所采取的措施等实际情况进行审查认定。”该规定表明,法院审查认定过错时应当综合考虑独立董事的工作岗位、职责、作用、取得信息的渠道、采取的实际行动等多种因

^① See Donald E. Pease, *Outside Directors: Their Importance to the Corporation and Protection from Liability*, 12 Delaware Journal of Corporate Law, 25(1987).

素。其次,独立董事的抗辩符合第 16 条所列免责事由的,法院也应当勇于认定其没有过错而予以免责。最后,建议人民法院灵活运用第 16 条第 5 项的兜底条款,即“能够证明勤勉尽责的其他情形”,准确公平合理地认定独立董事过错。

(四) 区分责任方式,统一比例和数额计算标准

面对司法实践中判罚幅度差异大、责任范围不一的情况,建议以过错状态区分责任方式,并借鉴“门槛与深度理论”确定责任比例和数额。具体呈现如表 5 所示:

表 5 不同过错状态下的责任承担情况

过错状态	责任比例	责任限额	结 果
故 意			承担全部连带责任
严重过失	25%以上	N 倍年工资	N 倍年工资内承担连带责任
	15%—25%	4 倍年工资	4 倍年工资内承担连带责任
	5%—15%	3 倍年工资	3 倍年工资内承担连带责任
	5%以下	2 倍年工资	2 倍年工资内承担连带责任
轻微过失			免责

在责任方式上,宜以过错状态作为类型化的核心标准。^① 共分为三种情况:第一种,故意参与上市公司虚假陈述行为,应承担全部连带责任;第二种,具有严重过失的独立董事承担有限连带责任,并设置不同级别的责任限额;第三种,对轻微过失的独立董事予以免责。此种划分方式需要解决的关键问题是如何区分故意、严重过失和轻微过失。

第一,故意与重大过失的区分应以是否知悉为标准。根据新《虚假陈述司法解释》第 13 条,只有独立董事故意参与虚假信息披露文件的制作,或者明知信息披露文件存在虚假而不予指明的情况下,才能认定其具有故意的主观心态。

第二,对于重大过失与轻微过失的区分,建议以是否为核验相关信息采取必要措施为标准。首先,如果独立董事发现或应当发现危险信号后,仍未付出行动进行调查或补救应认定为重大过失,^②反之,可视其所采取行动的有效性,分别认定为轻微过失

^① 王涌:《独立董事的当责与苛责》,载《中国法律评论》2022 年第 3 期。

^② 参见邢会强:《上市公司虚假陈述行政处罚内部责任人认定逻辑之改进》,载《中国法学》2022 年第 1 期。

或无过错。其次,根据新《虚假陈述司法解释》第16条第2款的文义,独立董事能够证明自己日常勤勉履职的,或者虚假陈述被揭露后及时督促发行人整改且效果明显的,建议法院也可尝试认定其为轻微过失。^①

关于严重过失下有限连带责任的责任限额如何设置的问题,可借鉴“门槛与深度规则”。^②“门槛”指应当承担的责任比例,其确定可以原因力大小、过错程度为主要标准,同时参考双方经济状况和公平原则等多种因素综合判断。^③将“门槛”设置几个级别,例如5%以下、5%—15%、15%—25%、25%以上等,然后与之匹配相应的“深度”。“深度”往往由年工资的数倍组成,本文预设的薪酬倍数仅为方便举例说明而未经详细论证,具体的倍数设计应当考虑市场行情、独立董事的薪酬、实施效果等方面。例如第一档次5%以下匹配2倍的年工资、第二档次5%—15%匹配3倍的年工资,第三档次15%—25%匹配4倍的年工资,以此类推。这样既能够明确裁决出独立董事的过错大小,又不至于让独立董事承担过重的赔偿责任。

五、结 语

独立董事证券虚假陈述的责任判定处于证券法、公司法、侵权法等的交叉领域。建议立法者细化独立董事责任判定的相关规则、明确独立董事外部监督人的法律地位。最高人民法院可出台司法解释进一步具体化免责事由,并与中国证监会合作探索协同联动模式的构建,同时引入门槛与深度理论合理确定责任方式、责任比例及责任范围。而对于身处一线审判工作的法院法官来说,应当正确把握独立董事的责任尺度,综合多种因素,审慎厘定其责任。在更为宏观的层面,如何解释限额连带责任在《证券法》第85条下的适用空间、如何在立法中引入公司章程对董事责任的豁免制度、如何完善董事责任保险制度等方面,值得进一步研究。

① 《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条第2款:“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。”

② 参见曹明德:《论债券虚假陈述纠纷中的中介机构责任》,载《中国注册会计师》2021年第4期。

③ 参见张新宝、明俊:《侵权法上的原因力理论研究》,载《中国法学》2005年第2期。