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Ĝ相反证据”的过错认定模式式式式

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）2011—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

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[illegible]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,[illegible]

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

②

③

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

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十万元左右,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》2021 年第 1 期。

② 山东省济南市中级人民法院(2021)鲁 01 民初 3163 号民事判决书。

③ 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 1433 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 4 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、周佐军：《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》，《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》，《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因部责任人认定逻辑之改进》，《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）已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；（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 ĩfh 条规定了独立董事的免责事由

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理应承担民事责任。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

素。其次，独立董事的抗辩符合第 gH 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 gH 条第 h 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 h 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			W殕巖緑翌憧敫齢緑罿侐緑鋇忊媞緑鋇徹嫾掁

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。