

论独立董事行政责任之豁免

——以证监会处罚决定为视角

钱如锦*

摘要:我国实践中对于违反勤勉义务的独立董事多课以行政处罚,独立董事提出的不知悉且未参与、信赖专业机构出具的报告等诸多申辩理由均未被证监会采纳。通过考察独立董事的特殊性,合理信赖与专业知识的偏好使其承担与执行董事不同的勤勉义务。赋予独立董事合理信赖权,并引入商业判断规则,可以为独立董事行政责任的豁免提供可能。

关键词:独立董事 行政处罚 合理信赖 商业判断规则

一、引言

2001年由证监会发布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中提出“上市公司应当建立独立董事制度”,并规定了独立董事的任职资格、权利义务等内容。同年,证监会就郑百文虚

* 华东政法大学经济法学院硕士研究生。

假陈述事件作出行政处罚决定,其中之一便是对时任郑百文独立董事的陆家豪处以 10 万元罚款,这成为我国第一件独立董事问责案。在独立董事刚刚引入之际,这更是引起了社会各界对独立董事法律责任的争论。时隔 14 年,最高人民法院通报的“2015 年度十大经济行政典型案例”之十一——“周可添、魏志达、陈凤娇、何祥诉中国证券监督管理委员会行政处罚案”,再次将独立董事的法律责任引入公众的视野。虽然在该案中,一审、二审法院都驳回了周可添等人的全部诉讼请求,但与陆家豪案不同,这次法院对案件进行了实体审理,并认定四名原告未尽力履行其监督义务,未能勤勉尽责,应对鸿基公司信息披露的违法行为承担责任。^{〔1〕}那么,独立董事的勤勉义务^{〔2〕}为何,又该如何认定其法律责任?

综观我国立法,在法律责任上并没有将独立董事与其他董事加以区分。不过,从学界的研究来看,大多主张应当将独立董事与其他董事区别对待,并在此基础上构建独立董事法律责任的限免机制,如建立独立董事责任保险、限定独立董事赔偿数额、引入商业判断标准、成立“独立董事协会”。但是不难发现,学界对独立董事法律责任及其限免的讨论大多集中于民事责任,涉及行政责任、刑事责任的较少。然而,我国实践中对违法的独立董事却多课以行政处罚。

下文将以证监会 2012 ~ 2016 年涉及独立董事的 37 份行政处罚决定书为视角,着重分析独立董事的申辩理由及证监会的认定结果,并探讨独立董事的勤勉义务及其判断标准,以期在此基础上提出豁免独立董事行政责任的可能路径。

二、我国独立董事行政责任的实证考察

目前,我国独立董事的履职行为主要受证监会的监管,其行政责任

〔1〕 详见北京市第一中级人民法院(2014)一中行初字第 304 号判决书。

〔2〕 通常将独立董事的义务分为忠实义务和勤勉义务,无论是违反哪个义务都要承担法律责任。由于从证监会的行政处罚决定来看,目前对独立董事行政处罚的缘由都是未勤勉尽责,故本文只讨论独立董事违反勤勉义务而应当承担的行政责任。

的承担具体表现为证监会的行政处罚决定。根据证监会行政处罚委公布的行政处罚决定书,2012~2016年,涉及独立董事的处罚决定书共有37份,累计先后处罚独立董事120人。每年的案件数目相对较为稳定,平均每年在7件左右;就单个案件来看,涉及的独立董事多为3人或4人。

(一) 法律责任的认定

从行政处罚的违法情形来看,每一个案件都是涉及信息披露违法,其中有4个案件同时涉及“以欺骗手段骗取发行核准”。主要包括以下几种情形:第一,未及时披露重大事件,如重要合同、重大诉讼事项、持股最多的前十名股东的股权转让、公司停产;第二,定期报告存在虚假陈述、重大遗漏,如未披露涉及公司的重大诉讼、未披露关联交易、虚增收入和利润、虚假披露主营业务情况、未按规定披露实际控制人及其控制关系等情形;第三,《招股说明书》等IPO申请文件中相关财务数据存在虚假记载,虚增资产或营业收入等。其中,独立董事受处罚的情形主要是后两种。就未及时披露重大事件而言,仅有当涉及公司的内部治理结构不规范时,如内部控制较差、信息披露制度不健全,才会认定独立董事也应当承担责任;^[3]一般情况下,并没有将独立董事纳入未及时披露重大事件的“其他直接责任人员”。^[4]

据此,受处罚的独立董事主要的行为形式是参与董事会,审议并签字通过有关董事会决议事项,包括半年度报告、年度报告等定期报告以

[3] 参见《中国证监会行政处罚决定书(振兴生化股份有限公司、史跃武、原建民等11名责任人)》([2014]104号);《中国证监会行政处罚决定书(深圳零七股份有限公司、练卫飞、刘彩荣等9名责任人员)》([2015]91号)。

[4] 参见《中国证监会行政处罚决定书(ST昌鱼、荆英海、王晓东、吴迪真等10名责任人)》([2012]4号)、《中国证监会行政处罚决定书[万福生科(湖南)农业开发股份有限公司、龚永福、严平贵等21名责任人]》([2013]47号)、《中国证监会行政处罚决定书(青海贤成矿业股份有限公司、臧静涛、吴茂成等13名责任人)》([2014]27号)、《中国证监会行政处罚决定书(上海超日太阳能科技股份有限公司、倪开禄、陶然等10名责任人)》([2015]10号)等。

及《招股说明书》等 IPO 申请文件。^[5] 独立董事对报告和文件签名,即签署了书面确认意见,也就应当对所披露的信息的真实性、准确性和完整性负责。若这些信息存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏,独立董事应当承担法律责任。这是证监会在认定独立董事行政责任时的推演逻辑。

不少独立董事在案件调查中提出了申辩意见,虽然具体的申辩理由形式多样,但大多独立董事申辩目的是证明其已履行了勤勉尽责的义务。义务是责任的前提,即只有当行为人违反了义务,才会要求承担法律责任。然而,独立董事依据申辩理由“勤勉尽责”提出的请求却并不都是无须承担法律责任。据统计,共有 26 个案件、78 名董事提出了申辩,其中 4 个案件未提出请求,其余案件的请求可以分为三类:第一,不应承担责任或不予行政处罚,有 3 个案件;第二,从轻、减轻或免除处罚,具体有从轻处罚、减轻或免除处罚、免于处罚等不同表达形式,共有 15 个案件;第三,其他形式,如请求警告处理、撤销处罚、酌情考虑等,共有 4 个。无论是从轻、减轻还是免除处罚,其逻辑前提都是应当受到行政处罚,而之所以会受到行政处罚是因为违法行为承担法律责任。结合独立董事的请求,可以发现他们对于勤勉义务、行政责任、行政处罚之间的关系并不明确。这或许也有法律知识不到位的原因,但是也与我国在立法上并没有明确独立董事的勤勉义务和法律责任的认定有关。

(二) 申辩理由的分析

虽然过半数的独立董事提出了申辩理由,但是从行政处罚决定书来看,所有的申辩理由都未被证监会采纳。^[6] 具体来看,主要有以下几种申辩理由:

[5] 有学者曾对 2004 年 4 月至 2009 年 10 月期间的 42 个涉及独立董事的行政处罚决定进行分析,认为“受处罚的独立董事的行为主要表现为以下两种形式:(1)参与审议并签字通过相关董事会决议事项;(2)由于上市公司未及时召开董事会而未能保证信息的及时披露”。这一结论与作者的统计结果不太一样。参见赵立新、汤欣等:《走出困境:独立董事的角色定位、职责与责任》,法律出版社 2010 年版,第 113 页。

[6] 当然,这并不排除可能存在独立董事因证明自己勤勉尽责而未被处罚,所以在行政处罚决定书中没有体现。不过,笔者暂未通过其他资料发现此类情况。

1. 不知悉且未参与

当公司被指出存在信息披露违法行为时,从现有的案例中可以看出诸多董事的第一反应便是“不知悉且未参与”。而证监会认为,虽然在上市公司的信息披露违法案中,“参与”或者“知悉”涉案违法事项特别是侵害上市公司利益事项的直接责任人是其打击的重点所在,但是那些所谓未“参与”、不“知悉”相关事项却未尽监督义务、未能勤勉尽责的责任人员依然负有不可推卸的责任,^[7]“对违法行为不知情、无法预见、没有参与不是当然的免责理由”。^[8]“不知悉且未参与”通常会有两种可能:一是董事勤勉尽责后仍然无法知悉;二是董事并没有履行勤勉尽责的义务,当然难以发现。因此,“不知悉且未参与”并不能当然免责,判断独立董事是否承担责任的关键,是独立董事是否勤勉尽责。

2. 公司故意隐瞒,未提供有关资料

独立董事不参与公司日常的经营管理,一般只有在召开董事会会议时才会参与,他们对公司情况的了解很大程度上要依靠公司提供的有关资料。若没有这些资料的支撑,有关报告中的虚假记载、误导性陈述或重大遗漏很多是较难发现的。因此,有近30名董事提出“公司在信息披露方面的违法行为被故意隐瞒,其无法发现”^[9]或“公司未向其提供相关材料和信息,无法发现定期报告中的异常情况”。^[10]对此,证监会在行政处罚决定书中通常没有作出具体的解释,而是概之以“现有证据不足以证明独立董事忠实、勤勉地履行了职责”。^[11]也就是说,需要独立董事证明即使其勤勉尽责也仍未收到公司提供违法行为

[7] 《中国证监会行政处罚决定书(宝安鸿基地产集团股份有限公司、邱瑞亨、任国强等15名责任人)》([2012]53号)等。

[8] 《中国证监会行政处罚决定书(上海超日太阳能科技股份有限公司、倪开禄、陶然等10名责任人)》([2015]10号)等。

[9] 《中国证监会行政处罚决定书(青海贤成矿业股份有限公司、臧静涛、吴茂成等13名责任人)》([2014]27号)等。

[10] 《中国证监会行政处罚决定书(山东华阳科技股份有限公司、刘敬路、闫新华等14名责任人)》([2012]34号)等。

[11] 《中国证监会行政处罚决定书(山东华阳科技股份有限公司、刘敬路、闫新华等14名责任人)》([2012]34号)等。

的有关资料。然而,对于这些事实的举证是非常困难的。

3. 信赖专业机构出具的报告

这也是独立董事常用的一个申辩理由。就独立董事所具有的专业知识而言,通常可以分为两种情形:第一,独立董事不具有财务、会计等专业知识,其作出的相关判断系依赖于会计师事务所等中介机构出具的审计报告等专业意见;第二,独立董事本身是财务专业人士,甚至是公司审计委员会的成员,但其也以根据会计师事务所的专业审计结果签字为申辩理由。虽然两种情形下,证监会都未予采纳该申辩理由,但是其判断理由并不完全相同。

在第一种情形下,证监会认为上市公司董事、高级管理人员对于公司事务的内部控制,与外部的监督和审计一样,均属于上市公司合法运作、公开透明的基本保障,两者是相辅相成、互相促进的,但是不能够相互取代,^[12]而且董事“还应当对提供给中介机构进行审计的上市公司相关财务报表的真实、准确和完整负责”。^[13]这似乎涉及独立董事对公司财务报表与中介机构审计报告该信任哪一个的问题。

在第二种情形下,证监会认为,作为专业人士应当对公司有关违法的财务信息予以特别关注。最为典型的是紫光古汉集团股份有限公司一案,该案的独立董事是湖南大学商学院教授并且具有良好的会计专业背景,虽然他对公司具体的经营情况可能并不清楚,但是作为专业人士对公司的财务造假应当予以关注,尤其是2005年年度报告中审计意见存在保留段,他也并没有做到足够的关注。^[14]

4. 已经尽到勤勉尽责义务

这几乎是每一位独立董事都会提出的申辩理由。具体的证明依据也有多种形式,如参加股东大会和董事会会议,并提出了专业意见;^[15]

[12] 《中国证监会行政处罚决定书(江苏舜天船舶股份有限公司、王军民、魏庆文等13名责任人员)》(〔2016〕116号)等。

[13] 《中国证监会行政处罚决定书(青海贤成矿业股份有限公司、臧静涛、吴茂成等13名责任人)》(〔2014〕27号)等。

[14] 《中国证监会行政处罚决定书(紫光古汉集团股份有限公司、郭元林、刘箭等8名责任人)》(〔2013〕9号)。

[15] 《中国证监会行政处罚决定书(山东华阳科技股份有限公司、刘敬路、闫新华等14名责任人)》(〔2012〕34号)等。

在日常履职中实施了多项措施,要求公司规范经营、防范风险;^[16] 主动过问公司事务,并积极提出意见、建议;^[17] 多次质疑公司业绩,就本案外的有关问题进行过调研。^[18] 从中可以看到,这些行为反映的主要是独立董事的日常表现,并没有正面对公司涉及的违法行为进行专门的陈述。证监会通常判定,独立董事所称的尽责行为与认定违法的董事会决议事项无关,现有证据不足以证明其在认定违法的董事会决议事项方面如何做到勤勉尽责。^[19]

(三) 处罚形式的考量

依据我国《证券法》规定,公司信息披露违法,对直接负责人下属的主管人员和其他的直接责任人员给予警告,并且要处以3万元以上30万元以下的罚款。在证监会的行政处罚中,可以分为两种形式:一是单独处以警告,共涉及10个案件、21名独立董事;二是警告并处罚款,罚款金额有3万元、5万元、6万元、8万元、10万元、20万元、30万元等,其中罚款3万元最多,占了半数独立董事。而根据前几年学者对2001~2007年的36个行政处罚案件的统计数据,其中独立董事被处罚的金额最高为5万元,最低为3万元。^[20] 即使考虑到违法性质、涉案金额等因素,似乎也能在一定程度上得出独立董事的处罚金额有增加趋势的结论。

从对所有违法人员的处罚结果来看,独立董事的处罚通常是同一案件的处罚决定中的最低两档。在同一案件中衡量具体责任人员的责任大小时,证监会会对每个责任人的行为与公司违法行为之间的因果关系进行分析认定,重点审查以下几个方面:一是各责任人在信息披露

[16] 《中国证监会行政处罚决定书(黑龙江北大荒农业股份有限公司、杨忠诚、白石等16名责任人员)》([2016]102号)等。

[17] 《中国证监会行政处罚决定书(中科云网科技集团股份有限公司、孟凯、詹毓倩等19名责任人员)》([2015]84号)。

[18] 《中国证监会行政处罚决定书(南京纺织品进出口股份有限公司、单晓钟、丁杰等13名责任人)》([2014]42号)。

[19] 《中国证监会行政处罚决定书[安徽皖江物流(集团)股份有限公司、汪晓秀、孔祥喜等24名责任人员]》([2015]21号)等。

[20] 尚兆燕:《独立董事法律责任的中国实践——来自证监会对上市公司处罚的经验证据》,载《山西财经大学学报》2010年第3期。

违法行为发生过程中所起的作用;二是知情程度和态度;三是职务、具体职责及履行职责情况;四是专业背景。^[21] 从中不难看出,同一案件中独立董事的责任往往相对较小。证监会也在不少案件中明确表示区分不同的情况,对独立董事进行了从轻处理。^[22]

从对独立董事和其他董事的比较来看,我国将违法人员区分为直接负责的主管人员和其他直接责任人员,而对于被认定为其他直接责任人员的董事和独立董事在同等的违法情况下,两者受到的处罚是相同的。综观所有的处罚决定书,除独立董事外,并未明确指出其他董事是否为执行董事或内部董事,因而较难准确地判断在执法实践中是否对独立董事和执行董事或内部董事的处罚进行了区分。涉及董事责任比较的仅有“山东海龙”一案。该案中,公司的一名外部董事提出“其与独立董事的义务和责任相同,处罚应一致”,但证监会认为“基于……董事身份、任职时间及签字情形,相较其他独立董事处罚较重体现了过罚相当的原则,不存在处罚过重的问题”。^[23] 虽然根据行政处罚决定书和证监会的表述,较难直接得出其他董事的责任相对重于独立董事,但结合其他案件,多数情况下对独立董事和其他董事同样的违法行为同等处罚,涉及的独立董事和其他董事多达数百名,若以任职时间和签字情形来区分,似乎这些案件中也应当将两者区分处罚。

三、独立董事的勤勉义务及判断标准

义务是责任的前提,没有义务就没有责任。从证监会的处罚决定书可以看出,独立董事承担行政责任的缘由都是由于未勤勉尽责。因而,独立董事的勤勉义务及其判断标准将直接影响到行政责任的界定与承担。

[21] 赵立新、汤欣等:《走出困境:独立董事的角色定位、职责与责任》,法律出版社2010年版,第118~119页。

[22] 《中国证监会行政处罚决定书(青海贤成矿业股份有限公司、臧静涛、吴茂成等13名责任人)》([2014]27号)。

[23] 《中国证监会行政处罚决定书(逢奉建、王利民、张志鸿等18名责任人)》([2013]61号)。

(一) 董事的勤勉义务及其判断标准

勤勉义务在各国公司法中存在着不尽相同的表述,美国这一义务被称为“注意义务”,英联邦国家则称将其称为“注意、技能及勤勉义务”,在大陆法系国家勤勉义务则通常被称为“善良管理人的注意义务(善管义务)”,但是,表述的差异背后蕴含共同的实质即对尽职尽责的要求。^[24] 其中,美国法中勤勉义务的定义是最富有代表性的。美国《示范商业公司法》第 8.30 条规定:“(1)董事会的每位成员在履行其董事义务时,应当本着(a)诚信;(b)以其合理相信符合公司最佳利益的方式而行为;(c)董事会成员或董事会委员会的成员在知悉与其履行决策功能有关的信息时,或者在履行其监督功能而施加注意时,应尽到一个处于相同位置的普通谨慎之人在类似情形下所应有的合理注意。”^[25] 我国学者在明确勤勉义务的概念时也多参考这一定义,^[26] 表达形式十分相似。

那么,什么是董事勤勉尽职的标准呢?因勤勉义务的义务主体为董事,本质上属于一种道德要求,并且人们对勤勉的理解在不同的语境中是不同的,勤勉的标准在不同法律体系下也会存在差异。^[27] 目前,普遍认可的是采取主客观相统一的标准。一方面,董事的行为必须根据其个人的技能、能力和经验来判断;另一方面,董事的行为是否适当,应当根据与其所处相同或相似情况的“合理人”作为客观的标准加以评断。^[28] 具体而言,对董事是否履行勤勉义务的判断需要综合考量多种因素:董事个人的知识、技能,公司性质、规模、内部分工,董事所知信息,事件紧急情况等。

(二) 独立董事特殊性对勤勉义务认定的影响

独立董事,本质是也是董事,对公司当然具有勤勉义务。但是,其

[24] 傅穹、曹理:《独立董事勤勉义务边界与免责路径》,载《社会科学》2011年第12期。

[25] American Bar Association, *the Model Business Corporation Act*, section 8.30(1998)。

[26] 王伟:《独立董事责任保险制度研究》,知识产权出版社2006年版,第79页;张忠野:《公司治理的法理学研究》,北京大学出版社2006年版,第111页;张开平:《英美董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第182页。

[27] 任自力:《公司董事的勤勉义务标准研究》,载《中国法学》2008年第6期。

[28] 张忠野:《公司治理的法理学研究》,北京大学出版社2006年版,第115页。

是否应当承担与其他董事同样的勤勉义务,在学界尚有争议。这就需要就独立董事的特殊性进行考察。

1. 信息不对称

独立董事的核心在于“独立性”:来源于公司的外部;不在公司担任除独立董事之外的其余职务,与公司及其公司的主要股东之间没有可能妨碍其进行独立的客观判断的关系;不参与公司的日常经营管理,履职的主要方式是参与公司的董事会和对特定事件发表独立意见。因此,独立董事的知情权本身就存在先天障碍。通常情况下,独立董事都是通过公司的内部董事或高级管理人员提供的二手信息进行判断。

为了加强独立董事的知情权,各国立法都会要求公司提供必要的保证。如我国证监会要求对凡是需要经董事会决策的事项,必须按法定的时间提前通知独立董事并同时提供足够的资料,并且独立董事认为资料不充分的,可以要求公司补充。然而,这在实践中并不是那么容易。公司若是故意隐瞒、不提供信息或提供虚假的信息,独立董事往往难以发现。

又如,若独立董事对董事会提案所涉及的财务报告的真实性和合法性存有疑问,可以按照法律规定可以聘请外部中介机构出具相关意见,且独立董事聘请中介机构的相关费用由上市公司承担。但在实践中,绝大多数公司并没有专门的资金供独立董事去聘请外部中介机构,也少有独立董事愿意先自己支付这笔钱,所以往往只有当公司管理层承诺支付费用之后,独立董事才有可能去聘请外部中介机构。这似乎就会存在一个逻辑悖论,即独立董事怀疑公司,却要公司付钱去证明其怀疑是否正确。其实施效果可想而知。

2. 参与程度较低

一方面,独立董事一般只会在召开董事会会议期间才会出现在公司,而董事会召开的频率并不多,时间也不长,往往只能就一些特定的事项展开讨论,难以涉及更多的公司经营管理事项。即使在美国,曾有统计显示,公司董事会每年平均召开 10~12 次会议,每次会议时间平均大约 4 个小时,无法对公司的许多特定事项进行深入的审查。^[29]

[29] [美]罗伯特·W. 汉密尔顿:《美国公司法》,齐东祥组织翻译,法律出版社 2008 年版,第 336 页。

另一方面,多数担任独立董事的人员,其独立董事的身份仅仅是一份兼职,投入的时间和精力并不多。虽然《上市公司独立董事履职指引》中要求“独立董事每年为所任职上市公司有效工作的时间原则上不少于十五个工作日”,“每年到上市公司的现场工作时间原则上不应少于十个工作日”,但是相较于执行董事而言,这样的工作时间是远远不够的。

3. 专业知识差异较大

公司之所以选任独立董事,往往是由于它不同于执行董事的影响力和专业知识。然而,要“同时找到一个既懂行业又懂管理的独立董事比较困难”,^[30]公司在选任独立董事时通常会考虑其所拥有的独特的知识结构和相关的专业背景,如财务专业、法律专业或行业知识,而不要求全才型的独立董事。因此,独立董事之间所具有的专业知识往往差异较大。

因为义务常常与知识、能力和背景相联系,^[31]在判断独立董事的勤勉义务时,不仅需要将其与执行董事相区分,也需要对不同的独立董事区分处理。如在公司财务报表作假的情况下,具有财务、会计专业知识的独立董事应当比执行董事有更高的警惕、注意义务,而对于仅具有公司战略管理知识或法律知识的独立董事应当比执行董事承担更轻的勤勉义务。

(三) 对勤勉义务判断标准的修正

根据独立董事的特殊性分析,囿于信息掌握较弱、参与程度较低和专业知识差异性大,在判断独立董事的勤勉义务时,应当区别于执行董事。

1. 合理信赖

通常情况下,董事有权合理信赖公司管理层能够适当履行职责,并且相信公司和中介机构提供信息的真实性、准确性和完整性,^[32]除非

[30] 桂小笋:《独董徘徊在看门人和内鬼之间 靠谱、合格的独立董事不好找》,载《证券日报》2016年1月28日版。

[31] 朱慈蘼:《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》,法律出版社2007年版,第133页。

[32] 谢朝斌:《独立董事法律制度研究》,法律出版社2004年版,第544页。

有证据证明其行为是非善意的,这是董事所应有的信赖利益。^[33]曾有学者将此称为“依赖权”。^[34]在美国《示范商业公司法》第 8.30 条中也同样有所规定:“董事有信赖下列人员所提供信息的权利:(1)一个或一个以上的公司高级职员或雇员,他们在履行职责时或者在提供信息、观点、报告或陈述时,董事有合理的理由相信他们是可靠的并且是有能力的;(2)法律顾问、正式会计或其他公司聘用的具有专长和技能的人,其所提供的信息资料属于其特殊的个人职业或专家技能范围,或属于特殊的值得信赖的人所提供的信息,这一点董事有合理的理由加以相信;(3)董事会委员会所提供的信息材料,没有参与该委员会的董事也有合理的理由相信该委员会是值得信赖的。”^[35]

基于合理信赖,独立董事也可以信赖其通过正当途径所获得的信息,尤其是由公司管理层、聘用的外部专家所提供的信息,独立董事不负有对这些信息的真实性再加以核查的义务。独立董事因为信赖这些信息而做出的判断即使对公司造成了损害或者违反了法律规定,也不需要承担法律责任。当然,若是独立董事明知或应当知道信息不真实或很可能是不真实的,那么就不能免除其责任。

2. 专业知识偏好

合理信赖并不是一项必然的免责理由,其考量的边界之一便是专业知识。独立董事往往是某一特定领域的专业人才,若是其通过有关专业途径获得的信息、报告正是其领域范围内,那么他比其他独立董事对该信息应当负有更高的调查义务。正如前述的“紫光古汉”一案,作为会计专业人才,该独立董事关注并核查公司年报中的审计意见保留段,应当是一项非常基本的要求。

具有专业知识的独立董事在选任时声称其拥有与公司经营相关的专业知识、技能,公司也因此才将其聘为独立董事,所以在其任职时公

[33] 张英:《独立董事基本问题的法律研究》,中国政法大学 2002 年硕士学位论文。

[34] 郭强:《独立董事制度与公司化中国》,载中国民商法律网, <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=8834>, 2017 年 2 月 28 日访问。

[35] American Bar Association, *the Model Business Corporation Act*, section 8.30 (1998 edition).

司和社会便对其比其他董事有更高的合理期待。^[36] 因此,对于这么具有专业知识的独立董事,立法者有理由要求其在履行与专业知识相关的职责时负有更高的勤勉义务。在判断标准上,应当适用高于其他董事的“专家标准”。^[37]

四、独立董事行政责任之豁免路径

依据权责利相一致的原则,独立董事在勤勉义务上的特殊性,不宜要求其承担过于严格的法律责任。应当在合理信赖和专业知识偏好的基础上,引入商业判断规则,使得独立董事包括行政责任在内的法律责任之豁免成为可能。

(一) 商业判断规则引入的可能性

为了限免独立董事的法律责任,通常有董事责任保险、责任限定合同、商业判断规则等。行政责任不同于民事责任,作为公法上的责任,它的目的在于惩戒和教育。若是通过董事责任保险或是责任限定合同来减免独立董事本应承担的行政处罚,将会减损行政责任功能的实现。而商业判断规则从义务出发,判断独立董事是否应当承担行政责任,具有合理性。

商业判断规则,源于美国的判例法,在《公司治理原则》中概括为“董事或高管人员在善意作出经营判断时如果符合下列条件,即履行了本条规定的义务:(1)与该经营判断事项无利害关系;(2)有正当理由相信其所掌握的与经营判断相关的信息在当时的情形下是充分的;(3)合理地相信该经营判断符合公司的最佳利益”。^[38] 这可以认为是

[36] 薛晟:《独立董事注意义务及其责任机制研究》,华东政法大学2015年硕士学位论文。

[37] 甘培忠、雷驰:《我国上市公司独立董事责任职权、义务与责任的重构——以独立董事和内部董事的区隔为中心探讨》,载徐明主编:《上市公司独立董事制度理论和实证研究》,北京大学出版社2007年版。

[38] 美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议》(上卷),楼建波等译,法律出版社2006年版,第160页。

商业判断规则的既定假设,在该假设成立的前提可以推定董事作出的商业决策是正确的。如果股东在代表诉讼中证明:缺乏善意;董事存在个人利害关系;对交易缺乏独立性以及董事在决策前没有搜集充足的信息等,则该假设可以被推翻。^[39]

商业判断规则有两项特征:第一,这是司法审查的一种推定方式,可以起到维护董事在公司经营上的自由决定权,排除或抑制司法的介入;第二,“经营判断”是其核心概念,即特指董事或高级管理人员在经营活动中所作出或未作出的决策。^[40] 因此,若将商业判断规则引入独立董事行政责任中,则需要有两点突破:一是审查主体从司法向执法的突破;二是适用范围从经营向监督的突破。

其中,第一点突破相对更为容易。无论是法院审查独立董事是否需要承担民事责任还是证监会认定独立董事是否需要承担行政责任,都离不开对独立董事是否履行了勤勉义务的认定。而商业判断规则在本质上就是问责标准,用以考察独立董事是否勤勉尽责。证监会在执法时,可以将自身定位于民事诉讼中的原告角色,推定独立董事在义务履行时勤勉尽责,其认定独立董事应当承担责任的办法是证明独立董事存在非善意、未运用专业知识等不尽责行为。当假定被推翻,独立董事可以申辩或申请举行听证会等形式,举证证明自己勤勉尽责。

第二点突破却有点让人难以接受。董事负责监督和批准公司的经营决策。^[41] 在这种体系下,董事的义务可以分为一般义务和监督义务,而商业判断规则仅适用于前者。^[42] 但是,独立董事并不如执行董事一样参与公司的经营管理,其更多的是扮演顾问和监督者的角色。因此,就独立董事而言,似乎已经丧失了运用商业判断规则的可能。此

[39] 梁爽:《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜》,载《中外法学》2016年第1期。

[40] 周天舒:《论董事勤勉义务的判断标准——基于浙江省两个案例的考察》,载《法学杂志》2014年第10期。

[41] Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda and E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (2nd ed.), Oxford University Press, 2009, pp. 5 - 14.

[42] Andrew Lumsden, *The Business Judgment Defense - insights from ASIC v. Rich*, *Companies and Securities Law Journal*, Vol. 28, 2010.

时,可以换一种思路,若将商业判断规则运用于监督受托人会怎么样?可以这样操作:将“经营决策”替换为“对公司特定事项之判断”,即独立董事所审议之董事会决议或独立董事就特定事项发表之独立意见;将“公司受到损失的后果”改为“违反法律法规的有关规定”,以是否违法判断行为后果;然后,再运用商业判断规则的有关内容。似乎这样也并不会产生多大的弊端。反而在一定程度上为独立董事免责提供了可能,这与我国推广和完善独立董事制度的需求不谋而合。

(二) 独立董事行政责任的豁免机制

我国证监会在实践中虽然会考虑到独立董事的特殊性对其从轻处罚,但是免除处罚的情况少之又少,而豁免行政责任的几乎不存在。因此,构建独立董事行政责任的豁免机制非常重要,具体可从以下两个方面展开。

1. 赋予独立董事合理信赖权

信息不对称是独立董事难以彻底解决的一个问题。由于独立董事对公司经营事务的参与程度较低,而亲自搜集信息又受到时间、精力、手段以及公司是否配合的限制,同时设立独立董事的上市公司往往规模较大、业务繁杂且专业性强,因此有必要赋予独立董事合理信赖的权利。

根据信息的来源,合理信赖的情形可以分为两种:一是公司内部董事、高管、董事会下的专业委员会在其职权范围内提供的信息、意见、报告以及陈述;二是公司聘请的外部专家或专业机构的专业意见或报告,如会计师事务所出具的审计报告、律师事务所出具的法律意见书。

但是,合理信赖并不是一味信赖。换言之,独立董事可以“合理”地去信赖公司内部人员或专业中介机构提供的信息。一方面,就信赖的对象而言,应当具有“无可疑状况”,可以通过所信赖的人的特质以及所信赖的董事或高管的专业水准、技能、经验等两个方面进行考察。另一方面,就独立董事而言,需要受到专业知识和任职岗位的限制:第一,当独立董事具有特殊技能、背景或专业技术时,那么其对本专业领域内的事项负有比其他独立董事更高的调查义务;第二,当独立董事为董事会下某专业委员会的成员时,这一任职将会对委员会的职能实现承担特殊责任,该独立董事对本专业委员会职权范围内的事项负有比

其他独立董事较高的调查义务。在这两种情况下,只有在该独立董事尽到相当于同类专业水平或类似经验水平的专业人员所应拥有的水平时,才能被视为恰当地履行了义务。

2. 商业判断规则的引入

明确独立董事之信息获取途径以及对此合理信赖之有效性,是独立董事获得商业判断规则保护的基础。^[43]应当在此基础上,通过立法和操作细则的制定,逐步形成商业判断规则的规范体系。

首先,需要明确商业判断规则的法律地位。为了能够将商业判断规则同时适用于司法和执法,一条合适的途径是将商业判断规则规定于《公司法》中。借鉴德国和日本的立法规定,可以将商业判断规则表述为:董事、监事、高级管理人员执行公司职务时,如果能满足下列条件则应视为勤勉义务已履行:(1)出于善意或者正当的理由;(2)合理地认为其所掌握的有关信息是适当的;(3)合理地认为符合公司的最佳利益。

其次,由最高人民法院和证监会共同制定操作细则。商业判断规则的内容非常丰富,既包括程序上的要求,也包括实体上的内容。就程序而言,主要是举证责任的分配方式。由谁承担举证责任需要就证据获取的难易程度进行权衡。就实体内容而言,需要结合主观和客观两个方面因素进行考量。具体的考量因素,包括但不限于以下几个方面:是否出于善意做出了相关决策、决策是否是为了本公司之最佳利益、出席董事会的情况以及在董事会上的表现、是否展现了其应有的专业水平、作出决策时的信息基础是否适当、决策本身的重要程度和紧急程度。

在商业判断规则的规范体系下,只要独立董事能达到立法的假定条件,对其作出的决策就可以获得免责。这为独立董事履行公司职务提供了参考标准,有助于促进独立董事勤勉尽责,同时也为独立董事的自我保护提供了合法的免责条件。

[43] 傅穹、曹理:《独立董事勤勉义务边界与免责路径》,载《社会科学》2011年第12期。