

编者按:在惩治证券违法犯罪活动时,按照不同主体行为性质、责任轻重,实行精准打击,是确保法律责任落实到位、实现罚当其罪,落实对资本市场违法犯罪行为“零容忍”要求的关键。近年来,证券监管部门、司法机关大力推进“追首恶”,强调责任追究应落实到“关键少数”和具体责任人员。本期“专题笔谈”组织了相关专家学者,就如何理解“追首恶”的意义与价值、还需从哪些方面完善配套制度规则进行了讨论。

认定董事信息披露责任 应坚持“三个区分”

朱 庆* 周雪梅**

证券市场是一个极为复杂的系统。与证券信息披露相关的违法行为自缘起到产生后果,参与人员众多,涉及法律关系复杂,要精准界定责任性质,精确衡量责任大小并非易事。单就董事的信息披露违法责任而言,至少有3个问题一直悬而未决。其一,董事就信息披露违法的民事责任与行政处罚是何关联?民事责任应否以行政处罚为前置条件?若无必要,有行政处罚是否当然意味着应有民事责任?其二,限定到民事责任,董事的信息披露违法

* 安徽大学法学院教授、博士生导师,法学博士。

** 安徽大学法学院民商法专业博士研究生。

责任与发行公司的责任是何关联?若发行公司的财力足以承担相关责任,有无必要将董事列为共同被告?无论是何结论,其理论基础何在?其三,进一步限定到董事应作为被告承担民事责任场合,其责任性质是连带责任还是补充责任?若均有可能,其区分标准何在?

一、区分公法责任与私法责任

信息披露违法既可能带来行政处罚乃至刑事责任,也可能引致民事赔偿责任。我国曾长期以行政处罚作为证券民事责任的前置条件,将两者关联起来。^[1]自2015年实行立案登记制以来,这一“拉郎配”式的操作逐步被摒弃,^[2]但对两者逻辑关系的探讨仍极为有限,从而造成一系列认识中的误区。例如,董事因发行人信息披露违法而受到行政处罚,是否当然意味着其有过错,并应承担民事赔偿责任?

有意见认为答案是肯定的,因为两者构成要件相同,均考虑行为、后果、因果关系与过错四要件。既如此,便应得出相同的结论。实践中不少董事以“任职时间短”、“不知悉、未参与”、“不具备专业知识”、“违法行为系内部董事所控制实施”乃至“信赖中介机构意见”等理由申辩请求免责,但证监会认为上述申辩理由只是从消极层面证明自身“无辜”,此类抗辩恰好印证了董事未勤勉尽责存在过错的事实,故均未采纳。^[3]

我们对此持反对意见。根据《信息披露违法行为行政责任认定规

[1] 2002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》规定了证券虚假陈述民事案件中的行政处罚前置程序,要求必须具备证监会的行政处罚等才能获得立案。

[2] 2015年最高人民法院《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中明确,“根据立案登记司法解释规定,因虚假陈述、内幕交易和市场操纵行为引发的民事赔偿案件,立案受理时不再以监管部门的行政处罚和生效的刑事判决认定为前置条件”。

[3] 参见傅穹等:《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;甘培忠、周淳:《上市公司定期报告信息披露违法董事责任认定研究》,载《北方法学》2012年第3期。相关行政处罚决定书参见证监会[2017]97号行政处罚决定书、证监会[2017]102号行政处罚决定书等。

则》(以下简称《认定规则》)第 21 条,对董事的行政处罚,除不可抗力致无法履职外,免责事由仅反对和举报两种,结合实践中行政处罚的实际操作逻辑,只要董事在相关信息披露文件上签字并且未提出异议,或是提出异议但未明确记录,就应承担责任。可见无论是相关立法,还是实际操作,董事就信息披露违法的行政责任承担均不以其知悉违法事实为必要条件。尽管《认定规则》第 13 条将信息披露义务人的主观方面纳入考虑因素,但从体系解释与处罚实践来看,并未将其作为董事行政责任的构成要件。例如,一个由董事长亲自安排的非常专业而隐蔽的财务造假事项,外部审计与财务背景的董事均无保留意见或异议,对于无财务背景的外部董事而言,基本可断定其既不知道也不应当知道财务造假事实,因此其主观上并无过错。既无疑点,自然也没有理由要求重新审计,更无理由提出异议或反对。但即便如此,对其仍可课以行政处罚。这一设计彰显了监管部门对信息披露质量严格把关,对信息披露违法严厉打击的态度,是一种基于证券市场秩序利益的追求而牺牲个别董事经济利益的权衡之举,应予肯定。但上述逻辑并非可当然贯通至私法领域,因为后者相关法益均为私益,在平衡时更需强调公平。无论如何,董事的公法责任与私法责任应做区分,不应混淆。

二、区分外部责任和内部责任

信息披露违法民事责任的承担,有外部责任与内部责任之分。外部责任发生于发行公司与投资者之间。发行公司是信息披露义务人,当然也是信息披露违法行为的责任人。在其承担责任之后,可向负有责任的董事进行追偿,后者属于内部责任。《民法典》和《公司法》已有区分外部责任与内部责任之相关规定。例如,《民法典》第 62 条^[4]明确了因执行职务造成他人损害,法人与有过错的法定代表人之内、外责

[4] 《民法典》第 62 条规定:法定代表人因执行职务造成他人损害的,由法人承担民事责任。法人承担民事责任后,依照法律或者法人章程的规定,可以向有过错的法定代表人追偿。

任区分。《民法典》第 1191 条第 1 款^[5]规定了因执行工作任务造成他人损害,用人单位与有故意或者重大过失的工作人员之内外部责任区分。《公司法》第 3 条关于公司法人格独立之规定,^[6]第 149 条关于公司对董事追偿权之规定^[7]则为公司承担外部责任、董事承担内部责任提供了理论与法律依据。

《证券法》第 85 条后段规定了董事作为直接责任人员,应与发行公司承担连带责任,除非能证明自己没有过错。^[8] 对本条的通常理解是将内部责任外部化,以增强对投资者的补偿力度,同时加大对董事的追责力度。^[9] 这种解释路径符合本条字面意思,又特别符合保护投资者的趋势潮流,但缺乏坚实的理论基础,应在区分内外部责任的前提下,做目的性限缩。首先,综合《证券法》第 85 条前段与后段的表述,其区分了发行公司作为信息披露义务人对信息披露违法的无过错责任与董事作为直接责任人的过错推定责任,已显示出区分之意。其次,董

[5] 《民法典》第 1191 条第 1 款规定:用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后,可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

[6] 《公司法》第 3 条规定:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

[7] 《公司法》第 149 条规定:董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

[8] 《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。

[9] 在证券市场虚假陈述民事责任中,董事与发行人、上市公司之间的连带责任是一种法定责任,同时又是一种法定的加重责任。随着董事及董事会的职权日益扩大,为保护股东和债权人等投资者,立法者认为有必要通过法律的特别规定来加重董事的责任。另外,在诉讼中,如果让投资者来承担上市公司董监高存在过错的举证责任,无疑增加了投资者的诉讼难度,不利于其利益的保护。若由上市公司董监高承担过程错推定责任,这种举证责任倒置的措施,可以更有利地保护投资者的权益。具体参见李宗录:《对虚假陈述中董事与上市公司连带责任性质的反思》,载《理论界》2007 年第 2 期;马其家、李可佳、任欢编著:《证券法·原理、规则·案例》,清华大学出版社 2007 年版,第 152 页。

事与发行公司承担信息披露违法的连带赔偿责任,除其主观过错外,还应有足以产生连带责任的事由。否则,只能得出董事应当承担赔偿责任,而非连带责任的结论。

学界解释董事对信息披露违法承担连带赔偿责任的路径有多条,看似“条条大路通罗马”,实则无一不欠缺足够的法理基础。其一,共同侵权说。该说认为董事与发行公司是共同侵权人,故应承担共同侵权的连带责任。这一学说最大的缺陷在于董事是发行公司的内部成员,其以发行公司意思机关成员的身份参与公司意思表示,而非与发行公司并列的独立主体。说其构成共同侵权,就像是说一个人的大脑和一个人可以构成共同侵权一样荒谬。其二,保证责任说。该说认为根据《证券法》第82条的规定,董事对信息披露内容真实性负有保证责任,故应与发行公司共同就信息披露违法行为承担连带责任。^[10]这一学说混淆了证券法意义上的保证与担保法意义上的保证。前者带有公法性,是法律强加给董事的义务,不由得董事选择放弃。^[11]前者的内容至少包括保证尽职调查以发现可能存在的信息披露瑕疵,保证信息披露文件的真实性并为此承担被行政处罚的无过错责任风险,以及保证公司无法清偿信息披露违法侵权责任时,用自己财产承担连带赔偿责任。显然,只有最后一层意思才是担保法意义上的连带保证责任,而担保法意义上保证责任的发生前提是当事人明确作出意思表示。姑且不论董事为发行公司的侵权责任承担保证责任是否合理,是否符合其真实意思,单就意思表示内容而言,也无法得出明确的承担连带保证责任的结论。因为根据《民法典》第686条^[12]的规定,保证人未明确表明连带保证意思的,为一般保证。

当然,区分外部责任与内部责任,并非在任何情形下均应由发行公

[10] 《证券法》第82条第3款规定: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。

[11] 实践中多次出现董事不保证信息披露内容真实性的公告,其性质与法律后果应当如何尚有争议,但可以确定的是:其一,董事不能自行选择不保证;其二,法律后果更加偏重行政处罚而非民事赔偿。

[12] 《民法典》第686条规定:保证的方式包括一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任。

司先独立承担信息披露违法侵权责任,再向有责任的董事追偿。《证券法》第85条规定的连带责任仍有适用空间,只是应做目的性限缩,在特定条件成就时方可适用,具体限缩技术将在下面分析。

三、区分连带责任和补充责任

关于《民法典》第1191条第1款的用人单位责任,民法学界习惯于将其解释为“替代责任”,并认为其内核是“钱包理论”,即谁的钱包大就应当由谁先来承担赔偿责任。用人单位赔偿能力强,其工作人员造成他人损害,应由用人单位先承担赔偿责任再追偿。^[13]这一解释看似合理,但并未触及问题本质。如果“钱包理论”合理,应该是两个钱包大于一个钱包,让用人单位与其工作人员承担连带责任方合逻辑。那么,《证券法》第85条对董事承担信息披露违法连带责任的设计是基于“钱包理论”而进行的特别法规定吗?对此我们并不赞同。

用人单位承担其工作人员造成的侵权责任,其底层逻辑在于法人人格独立理论。用人单位通常为法人,法人内部工作人员代表法人做出的行为对外显示为法人行为,并由法人为此负责,这是法人人格独立题中应有之义。如果让法人工作人员为其职务行为对外承担责任,则相当于法人格否认,只有在极为例外的情形下方可适用。这里的“法人格否认”,与《公司法》第20条第3款^[14]规定的法人格否认制度同种有异。其本质上都是在个案中例外否认公司人格,只是前者主要针对董事,后者主要针对股东,前者主要基于证券民事责任,后者主要基于合同责任。

董事何时要为发行公司的信息披露违法行为承担民事侵权的连带责任?我们认为仅在其作为直接责任人,故意并主导实施相关违法行为时为适用。此时公司沦为董事谋取私利的工具,类似于法人格否认法

[13] 参见杨立新:《侵权责任追偿权的“背锅”理论及法律关系展开——对〈民法典〉规定的侵权责任追偿权规则的整理》,载《求是学刊》2021年第1期。

[14] 《公司法》第20条第3款规定:公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。

理中所谓“形骸化”,无法自主发布本该真实完整的信息披露文件。唯在上述情形下,令董事与发行公司承担连带责任始为合理。

若董事主观上并无故意,但基于其职责,知道或应当知道信息披露违法事项而未及时提出异议或反对,相关董事对违法事项应承担过失责任。这一责任的性质应属于补充责任,仅在公司无力承担全部责任时承担,在性质上应与连带责任严格区分。

结 论

为使信息披露违法中行政执法与民事赔偿的协调与衔接顺畅,优化董事民事赔偿制度,对信息披露违法中董事责任认定应坚持“三个区分”原则。第一,应根据违法义务为公法上的义务抑或私法上的义务,分别承担行政责任和民事责任。两者的构成要件不尽一致,亦不可互为因果。第二,在民事责任上,基于公司法人格独立理论,应区分外部责任与内部责任,公司对外承担无过错责任,董事对内承担过错责任。原则上应由发行公司先承担外部责任,随后再进行内部追偿。第三,董事与发行公司承担连带责任应作为例外,慎重适用。仅对直接参与造假的董事方可突破公司法人格独立的限制,令其与公司承担连带责任。同时,为最大限度保护投资者权益,在公司不能清偿时,可令有过失的董事承担补充责任。

(编辑:谢贵春)