



# 看独立董事对财务报告的法律 责任

## 从陆家豪事件

### 一、陆家豪事件的经过

2001年9月27日,中国证监会发布证监罚字[2001]19号“关于郑州百文股份有限公司(集团)及有关人员违反证券法规行为的处罚决定”,认定郑百文上市申报材料 and 上市公告书存在严重虚假和重大遗漏,虚假上市;上市后采取虚增利润、配股资金实际使用情况与信息披露不符、隐瞒大额投资及投资收益事项、编制虚假会计报表等手段,导致1996-1998年度的年报中存在严重虚假和重大遗漏,未能真实、完整地反映该公司的经营情况。该决定认定包括独立董事陆家豪在内的公司数名董事负有直接责任,对其分别处以10万元罚款。对此,陆家豪不服,提出行政复议,2002年3月4日证监会做出维持原处罚决定的行政复议决定。2002年4月21日陆家豪提起诉讼,请求撤消证监会对其处以10万元的处罚决定。陆家豪辩称说,他曾与郑百文董事长李福乾约定不参与公司的经营与管理,只是承担顾问性质的荣誉性角色,并且不领取任何报酬。他没有参加郑百文董事会第三届第三次会议等,故对郑百文股票上市前的违法违规行为

不应承担责任;在参加1996-1998年相关年会时,审查的有关文件是郑百文董事会办事机构事先打印好的董事会报告、总经理报告等,并对这些报告发表过赞同意见,但其并没见过郑百文的年度会计报表,无从了解会计报表中虚报当年利润、隐瞒亏损等问题,因此对公司的上述违法违规行为不应承担直接责任。2002年8月12日,北京市第一中级人民法院驳回陆家豪的起诉。陆家豪不服一审裁定,向北京高院提出上诉。2002年11月15日,北京市高级人民法院发出裁定书,终审裁定:驳回上诉,一审法院裁定驳回陆的起诉符合法律规定,应予维持。

该案已经终审,那么,作为不参与公司经营、没有看过财务报告的“荣誉性”的外部独立董事陆家豪该不该承担法律责任?本文将对此加以分析。

### 二、独立董事对财务报告的责任

#### 1. 独立董事的注意义务

现代公司法认为,董事对公司及股东负有诚信义务(fiduciary duty)。诚信义务包括注意义务和忠实义务两方面。董事的注意义务(duty of care and skill),在大陆法中叫善管义务,是指董事像普通谨慎人(common prudent man)在相似的情况下给予合理的注意一样,机智慎重地、克尽勤勉地(due diligence)管理公司事务。无论是大陆法的善良管理之注意义务,还是英美法的注意义务和忠实义务,都要求董事以合理的谨慎履行职责,发现并通过适当的途径制止经理的不当行为,否则,则未尽责任,如给公司和股东造成损失,应当承担民事责任。

判断董事是否违反注意义务通常以过失为标准。如果董事不能参与会议、了解公司经营的基本状况、阅读相当数量的报告、在危险信号出现时寻求所需的补救办法,或者,除此之外,他们还忽视了审查煞费苦心的行为的一般动机时,那么,就可认为董事违反了他们的注意义务。而如果一个董事具有特殊才能(如董事本人是律师或会计师),判断注意义务的标准应以其是否利用了律师或会计师在同等情形下所应有的审慎态度,其标准高于普通非律师或会计师的董事。

对于财务报告而言,董事会是财务

厦门大学会计学系 李明辉

报告的监督主体。经理编制的财务报告需要经董事会审核批准后,由董事会提交给股东大会。股东对董事存在信任和依赖,这种依赖就意味着董事应当对财务报告的质量承担责任。每一家上市公司在年度报告的“重要提示”中,都要郑重作如下承诺:“本公司董事会保证本报告所载资料不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,并对其内容的真实性、准确性和完整性负个别及连带责任。”因此,董事在审核财务报告时,必须谨慎从事,保证财务报告所包含的信息真实、公允。如果董事在审核财务报告时没有达到适当的谨慎标准,存在故意欺诈或者疏忽,导致财务报告发生错误呈报或构成误导,应当承担因此而给第三者造成损失的民事责任。

独立董事首先是董事,因此上述关于董事的有关法律对独立董事基本也是适用的。独立董事与其他董事一样,对上市公司及全体股东负有诚信义务。他们除具有公司法和其他相关法律、法规赋予董事的职权外,还有审核重大关联交易、提议聘用或解聘会计师事务所、独立聘请外部审计机构和咨询机构等权利,还要对可能损害中小股东权益的事项发表独立意见。正因为独立董事承担着制约控股股东和管理当局的职责,因此外部投资者对他们存在信赖,这种信赖就要求独立董事对公司和股东负有诚信义务。如其违反诚信义务,尤其是注意义务,不能独立、客观、公正地履行职责,对管理当局和控股股东的行为进行有效的监督与制约,应当和其他董事一样,承担相应责任。尽管按照有关判例,外部董事对经营的责任小于内部董事。但由于独立董事往往是专家,而且往往由独立董事组成的审计委员会等机构对财务报告进行监督,因此其注意义务的标准高于一般董事,独立董事对财务报告的责任实际上并不低于一般的董事。独立董事应当认真履行职责,包括审核公司的财务报表,以维护公司整体利益,防止虚假财务报告和其他侵害中小股东的行为。在美国,审计委员会成员如果没有能够复核和评估财务报表和相关的会计政策是否符合公认会计原则,将被认为是一项渎职行为 (malfeasance)。

## 2. 国外有关判例的规定

美国 1981 年 New Jersey 最高法院对 Francis v. United Jersey Bank 一案中的判决对董事 (包括独立董事) 的注意义务作出了规定。Pritchard & Baird, Inc (P & B) 是一家保险经纪公司。1973 年 Pritchard 去世后, Pritchard 太太继承了她丈夫在该公司的 48% 的股份, 并任该公司董事, 公司其余的股份由她的两个儿子拥有, 两个儿子均为公司董事, 其中一人负责管理公司日常事务。Pritchard 太太在丈夫去世的打击下, 卧床不起达 6 个月, 并开始酗酒, 从未过问公司业务。在几年之内, 两个儿子以贷款方式从公司转走大量公司掌握的属于客户的信托资金, 最终导致公司在 1975 年破产。而 Pritchard 太太不了解公司的业务, 她从未读过公司的年度财产报告, 更不知道资金被转移的事实。破产后, 该公司的破产受托人以 Pritchard 太太未能履行董事的注意义务为由提起诉讼, 要求她和她丈夫的遗产管理人 United Jersey Bank 赔偿损失。1978 年 Pritchard 太太去世后, United Jersey Bank 成为被告。在此案的判决中, 法院认为 Pritchard 太太因未能注意和防止公司信托资金之被盗用而有疏忽之责并且其疏忽是导致资金损失的直接原因, 该法院认为, 董事应当定期通过审阅财务报告以了解公司的财务状况。“董事”不是装饰品, 而是公司管理的一个基本要素, 因此, 任何董事不得以自己是“傀儡董事”为自己开脱责任。Pritchard 太太作为相当规模的再保险中介公司的董事, 应该得到并阅读该公司的年度财务报表。对于其儿子不断地利用“股东贷款”来提取巨额资金, 只要粗略阅读一下财务报表就能发现这种谋财强盗行为。

1968 年的 Escott v. BarChris Construction Corp. 案则对独立董事的注意义务作了明确规定。BarChris 公司是一个建筑、安装保龄球道的企业, 1960 年是美国第三大保龄球道制造商。BarChris 公司与顾客签订建筑安装合同时, 采取小额分期付款的方式, 待项目完成后再用应付票据把余款付清。1961 年, 由于进行销售回租交易, 公司在没有收到任何一笔巨额付款之前, 投入大笔资金在建造上, 这样公司必须进行融

资以满足其营运资金的需要。为此, 1961 年 BarChris 公司发行债券。但由于市场和竞争激烈的原因, BarChris 公司于 1962 年 10 月破产。债券投资人以及 BarChris 公司递交的 S-1 文件中存在不实陈述为由起诉 BarChris 公司以及包括公司主管、董事、承销商和会计师在内的所有参加准备文件的人。其中包括一位外部董事 Auslander。Auslander 当时是一家银行 (Valley Stream National Bank in Valley Stream, Long Island) 的董事会主席, 他是 1961 年 4 月 17 日当选为独立董事的, 当时申请发行债券的文件初稿实际上已经签发, 并没有他的签名。但他后来参加了董事会会议, 并与其他董事一起签发了申请文件的最后文本。Auslander 声称他不知道是在签署什么, 只是为了应付 SEC, 而且他只是在融资前夜才成为董事的, 根本没有时间熟悉公司事务, 但法院判令他仍应当承担责任。McLEAN 法官认为, Auslander 成为董事之时起就应当知道他的责任。只有尽一般谨慎之人在管理其自身财产时应尽的合理的调查, 才能够免除责任。一个审慎的人处理重大事件时, 不会对相关事实一无所知, 不会只听信陌生者的陈述, 不会依赖不涉及具体问题的一般信息。Auslander 并不能够以合理注意 (due diligence) 为由对计划书 (prospectus) 中存在的虚假记载和漏述辩护。但对于外部董事, 法院认为如果没有什么可以令其怀疑的理由, 可以相信并依赖注册会计师对专业内容的意见。法院如此判决, 目的在于告诫那些董事 (包括外部独立董事), 签署文件要以尽职调查为基础。

Francis v. United Jersey Bank 和 Escott v. BarChris Construction Corp. 表明, 定期审核公司财务报表是董事基本的注意义务, 如果其不能对财务报告进行适当的监督, 疏于注意义务, 将承担法律责任。对于那些“花瓶董事”, 同样不能够免除责任。如果其没有能力对包括财务报告在内的事务进行有效审核和监督的话, 可以辞职。傀儡董事如果不能像真正董事一样行事, 法律是不会宽恕他们的。

## 三、对陆家豪事件的分析

再来看看陆家豪事件。我国《公司法》发布时还没有强制要求设立独立董

事。因此没有就独立董事的责任做出规定,但是《公司法》第一百二十三条规定,“董事、经理应当遵守公司章程,忠实履行职务,维护公司利益,不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。”第二百一十二条规定,“公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”《证券法》第六十三条规定,“发行人、承销的证券公司公告招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告,存在虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,……发行人、承销的证券公司的负有责任的董事、监事、经理应当承担连带赔偿责任。”第一百一十八条规定,“董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任”。第一百七十七条规定,“依照本法规定,经核准上市交易的证券,其发行人未按照有关规定披露信息,或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏的,由证券监督管理机构责令改正,……对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以三万元以上三十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任”。另外,中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》规定,“独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。”上述规定虽然存在缺陷(在下文将予以论述),但仍可以作为判断陆家豪责任的基本依据。

郑百文的造假行为都经董事会决议通过,在审议年报时董事们都投了赞成票,陆家豪作为董事会的一员没有公开提出异议,因此,不能适用《公司法》第118条规定的免责条件。虽然不见得每一个董事对所议之事都了解,但他仍投了赞成票,就得对自己的行为造成的后果承担法律责任,而不管该董事是否在公司领取报酬。郑百文董事会连续

几年保证年报不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,并承诺对其内容的真实性、准确性和完整性负个别及连带责任。陆家豪没有履行董事对财务报告应尽的注意义务,理所当然应当对郑百文的虚假陈述行为承担责任,包括行政责任和民事责任。综上,笔者认为,对陆家豪处以罚款是恰当的。

#### 四、结束语

2001年8月16日中国证监会发布了《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,规定上市公司应当建立独立董事制度。2001年年报显示,已有326家上市公司选聘了独立董事。但是,目前上市公司独立董事很大程度上流于形式,许多上市公司的独立董事绝大多数是由公司领导“拉来”或请来的“人情董事”、“花瓶董事”,权利不清、职责不明,主要为了起宣传、广告作用,不能在财务报告、关联交易等问题上对管理当局、内部董事和大股东进行有效的制约和监督。2001年年报中,很难看到上市公司独立董事们的独立意见。

造成我国独立董事对财务报告监督不力的原因是多方面的,主要有:(1)缺乏独立性,独立董事的选举、聘任、报酬等实际上还是管理当局或大股东说了算,独立董事不独立。(2)独立董事缺乏法律责任意识。一方面现有法律不完善,缺乏对董事及独立董事注意义务及违反注意义务时的责任的规定。《公司法》缺乏对董事民事责任的规定,而《证券法》的规定又缺乏可操作性。证监会的《指导意见》仅仅是部门规章,法律层次较低,约束力有限。而且同样也不够完善,司法实践上也缺乏追究独立董事虚假陈述民事责任的制度保障,这样对独立董事不认真履行对财务报告、关联交易等事项的监督职责形不成有力的震撼作用;另一方面许多独立董事没有意识到独立董事与顾问的不同,将独立董事看作是名誉性称号或额外收入的来源,没有意识到他们的签字要承担法律责任。(3)独立董事缺乏财务、会计、经营管理方面的专门知识。许多上市公司聘请院士、教授等名人担任独立董事,这些人仅仅是某个领域的专家,对财务报告往往并不了解,无能监督;有些专家还同时担任多家公司的独立董事,难有足够的时间履行职责,无力监

督。(4)没有解决好独立董事的激励问题,独立董事缺乏监督的动力。

陆家豪的败诉,将在一定程度上促进独立董事们的法律责任意识,但无论在立法还是在司法上,我国独立董事的法律责任都还有待进一步的完善。具体建议从以下几方面完善独立董事的责任:

首先,应当在《公司法》中对独立董事的任职资格、比例、聘任、任期、工作时间、报酬等作出明确规定,以保证独立董事的真正独立。

其次,《公司法》应当对独立董事的注意义务做出规定。独立董事与其他董事一样,对股东和其他利益相关者负有诚信义务。独立董事的注意义务,可以参照一般董事的规定,但由于独立董事往往是专家,应当规定独立董事需尽其专业技能。当其违背诚信义务,不能独立、客观、公正地履行职责,对管理当局和控股股东的行为进行有效的监督与制约,给股东和公司利益造成损失时,应当承担相应责任。

再次,在《公司法》中对独立董事关于关联交易、财务报告等事项的职责做出具体规定。明确规定独立董事有关权利(包括信息知情权)和义务,使之权责相匹配,从而保证其真正发挥在财务报告、关联交易方面对管理当局的监督作用。

最后,在《公司法》、《证券法》中对独立董事的法律责任做出专门的具体规定,严格追究对虚假陈述负有责任的独立董事的责任,尤其是要强化独立董事的民事责任。独立董事不是挂名顾问,更不是荣誉头衔,而是要承担法律责任的。那些不能履行监督职责、看不懂财务报表或根本没时间看报表的独立董事,可以选择辞职。如果独立董事与内部人串通欺骗投资者、为管理当局的虚假陈述行为做帮凶,或者不认真履行应尽的义务,导致财务报告存在严重虚假陈述、大股东和管理当局严重损害公司和中小股东利益等后果时,除应当承担证券监管部门的行政处罚外,还要对投资者所受的损失承担民事责任,甚至倾家荡产。不允许存在什么“挂职董事”、“花瓶董事”。

(本文编辑 致冰)