



上市公司财务造假，失察独董该如何免责或担责



【财新网】(专栏作家 王光明)康美药业案件的核心问题是财务造假，即虚增收入及利润，虚增货币资金以及未按规定披露关联交易情况。广州中院认为，独立董事虽未直接参与财务造假，但其“在案涉定期财务报告中签字，保证财务报告真实、准确、完整”的行为，已经构成虚假陈述，并且对公司长时间大金额涉及众多会计科目的财务造假“不可能不发现端倪”，故认定独立董事均对此负有过错，应承担连带责任。

知名财会专家刘姝威也认为，“康美药业造假手段很容易识别。”

那么，上市公司财务造假，没有参与造假的失察独立董事（下称“失察独董”）一定得挨板子吗？板子要如何打才更合理呢？独董有没有免责的可能呢？（注：本文讨论的仅仅是独董对财务造假未明察的过失情形。如果独董是故意参与造假，当承担连带责任，无须讨论。）

一、 独立董事是特殊董事

所谓独立董事，是指不在上市公司担任除董事外的其他职务，并与公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断关系的董事。独立性和专业性是其基本特征。一方面，独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务；另一方面，独立董事的角色侧重于特别关注中小股东的合法权益不受损害，某种意义上是中小股东的代言人。

因为独立性要求，独立董事不参与公司日常经营管理，即不执行公司的业务，所以，独立董事也叫外部董事。也因此，独立董事不拿薪水，只

领取履职津贴。

独立董事实则是一种特殊董事，其对公司运营的注意义务要远远低于公司内部董事；否则，如果深度参与，就可能丧失了其角色的独立性和外部性。

二、 注意义务标准与财务造假的识别

董事义务的标准，是董事责任的基础。关于董事义务，特别是注意义务的标准，是有一个认知过程的。比如，英国通过判例，经历了一个从主观标准到主客观相结合的过程。即，公司董事须具备合理勤勉之人所具有的①人们可以合理地期待于履行同样职能之人的一般知识、技能和经验；②该董事所实有的一般知识、技能和经验。

而美国则是从判例中发展出“经营判断准则（Business Judgment Rule）”作为董事义务标准的。其核心意思是，董事会作决策时，只要是依据合理信息而为之合理行为，即使其结果对公司是不利的甚至灾难性的，也并不加重董事的责任。

虽然英美的董事义务标准主要解决公司内部股东与董事之间的信托关系问题，但考虑到投资人也是法律上的小股东，且独董的定位本来就是小股东的代言人，投资人的索赔本来就具有双重性，因此，在这里援引英美的董事义务标准，作为讨论的参照，并无大碍。

中国呢，在过往的处罚案例中，对于上市公司的普通董事，中国证监

会一般是以“一个合理谨慎的人在相似的情形下所应有的谨慎、勤勉和技能”为标准，判断董事是否履行了注意义务；同时，对于独立董事的处罚，往往比普通董事要轻。这个并不难理解，参加经营管理的董事对公司更加了解，而且往往是违法违规行为的直接负责人员，理应受到更重的处罚。而独立董事，如前所述，其注意义务的标准本来就应该低于普通董事，即使有疏失，为公平起见，其承担的责任也应该小于那些直接负责的董事。

具体到财务造假问题，更需要具体分析。事实上，只要公司的实际控制人、业务执行董事和财务等部门存心造假，不参与经营管理活动的独董要发现问题并不容易。因为，首先，独董大多不熟悉市场和公司业务，缺少感性认识；其次，以个人的精力和专业能力，独董不可能去核实每一个交易，检查每一份凭证；也不是每个独董都有审计师的函证手段和尽调经验。

更重要的，送到董事会审议的公司财报等，都是经过专业审计的，且正常情况下审计师都是无保留意见的。专业人做专业事，基于专业信赖，独董难有正当理由去怀疑财报；除非审计师有保留意见或者掌握了其他可信的相反证据，而这种情形并不多。

因此，单凭个人的能力，要求独董，特别是非财会专业的独董，对财务作假做到明察秋毫是很困难的；特别是，如果审计机构也参与作假或者放水，要求独董识假知假，则更是强人所难。刘姝威所言“康美药业造假手段很容易识别”，其实是假定所有的独董都拥有像她一样的财务技能，

这是有点脱离实际的。

三、 独董特权与责任豁免

虽然对独董而言，识别财务造假不太容易，但独董只要读懂了证监会的规定，要在公司财务造假的情况下，独善其身，也并非不可能。

为保证独董能够独立有效履职，中国证监会在《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中，赋予了独董下列特别职权：

- 1、重大关联交易应由独立董事认可后，提交董事会讨论；独立董事作出判断前，可以聘请中介机构出具独立财务顾问报告，作为其判断的依据。
- 2、向董事会提议聘用或解聘会计师事务所；
- 3、向董事会提请召开临时股东大会；
- 4、提议召开董事会；
- 5、独立聘请外部审计机构和咨询机构；
- 6、可以在股东大会召开前公开向股东征集投票权。

这其中，最结实的防火墙就是，独立董事可以就重大关联交易聘请财务顾问，就公司的财报聘请外部审计机构。试想，如果独董行使了这项特权，聘请了自己的财务顾问或审计机构，他们就重大交易或公司财报得出了与公司聘请的中介机构一致的结论，这时候，独董再签字，出了问题还

能追究独董的责任吗？法律不强人所难，只要独董穷尽了所有的手段，按照经营判断准则，独董的签字就应当认定是“依据合理信息而为之合理行为”，按证券法第 85 条的但书条款，属于“能够证明自己没有过错”的情形而应当免责。

当然，独董如果要独立聘请外部中介机构介入，大多数情况下，是会遭到公司阻拦的，因为它会增加公司的成本，延宕交易或财报完成的时间，特别是如果心中有鬼的话，更害怕露馅。即便如此，只要独董提出来了，就留下了勤勉尽责或独董的特殊职权不能正常行使的证据，独董依然“能够证明自己没有过错”。只是，实务中恐怕鲜有独董行使过这项特权。如果行使这项特权的独董多了，估计很多造假也就胎死腹中了。

四、 交易成本与责任限制

康美药业一审判决出炉后，一石激起千层浪，立即出现独董的辞职潮。这不难理解，看似风光的独董，原来潜在责任是不可承受之重。须知，多数情况下，独董的津贴并不高，每月几千块钱而已。这样一个利益不大、风险畸高的职业，一下子就失去它的吸引力。

预览已结束，完整报告链接和二维码如下：

https://www.yunbaogao.cn/report/index/report?reportId=1_29910

