

第九章 董事的义务与责任

引言

现代公司的权力分配正由早期的股东大会中心主义向董事会中心主义转变，董事会实际上已经成为公司治理的中枢机构。作为对内决定公司事务、对外代表公司的董事，其权力也日趋扩张。基于权力与责任相对称的原则，在董事权利扩张的同时，有必要强化董事的义务，并建立行之有效的责任追究制度。目前，我国《公司法》等相关法律法规未能就此做出相应的可操作的规定，存在立法漏洞，加之股东代表诉讼等制约董事行为的机制尚未确立，由此导致上市公司治理结构存在重大缺陷，中小投资者权益遭受侵害十分严重。现正值推进资本市场稳定发展关键时刻，而健全上市公司治理机制是其中最重要的一环，因此，进一步完善相关法律法规以规范董事的义务和责任制度，具有突出的现实意义。

董事的义务

英美法系的权利和自由决定理论认为，如果一个人享有的权力会使另外一个人的法律地位发生改变，这种权力就必须附加一定的义务，以维护受这种权力影响的人之利益。董事无论作为公司的代理人还是受托人，在公司事务管理和对外代表方面都有一定的权力，所以董事必须承担相应的民事义务。概括起来，这些义务主要是忠实义务和注意义务。公司董事在行使自己的权力时，必须善意地从公司利益最大化角度出发，否则构成权力滥用。目前国际上对“公司利益”的认识呈扩大化的解释，即不仅包括股东的利益，也包括公司债权人利益以及其他相关人利益。在此共识基础上，无论是公司股东还是公司债权人应有权要求董事对自己承担义务。

1. 董事的忠实义务

董事所承担的忠实义务（Duty of Loyalty），即要求董事忠实于公司的利

益，不得将董事或董事关联人的个人利益置于公司利益之上，当其自身利益与公司利益发生冲突之时，董事必须以公司的最佳利益为重。英美的公司法学者将董事忠实义务的外延概括为四类：（1）涉及到董事与公司之间的交易；

（2）经营者报酬的确定；（3）董事利用本应属于公司的机会牟利；（4）动机不纯的公司行为。从立法上来看，两大法系国家均要求董事的行为必须忠诚地服务于公司的最大利益。如日本《商法》第254条第3项款规定：“董事应该遵守法令和章程的规定以及股东大会的决议，对公司负有忠实执行职务的义务”。在英国的公司法中，通过要求董事承担忠诚的责任来规范其行为。这些忠诚的责任包括：真诚地行事的责任、非为不正当目的而行事的责任和不占用公司经营机会的责任。美国的《示范公司法》和德国的《公司法》通过对董事自我交易的限制和竞业禁止来充实和完善董事忠实义务的内涵。

我国现行法律法规中对董事忠实义务的规定主要反映在《公司法》中。

《公司法》的忠实义务的规定分为两个层次：（1）忠实义务的概括式内涵规定，体现在《公司法》第59条第1款：“董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司地位和职权为自己谋取私利。”

（2）《公司法》第59条第2款至第62条采取列举方式规定了忠实义务的外延，包括以下具体内容：①关于不得受贿和侵占公司财产的义务（《公司法》第59条第2款）；②不得擅自处分公司资产的义务，如不得侵占公司财产、不得挪用公司资金或将公司资金借贷给他人，不得将公司资产以其个人名义或者以其他人名义开立帐户储存，不得以公司资产为本公司股东或者其他个人债务提供担保（《公司法》第59条第2款、第60条）；③竞业和自我交易限制义务（《公司法》第61条）；④未经允许不得泄露公司秘密的义务（《公司法》第62条）。除《公司法》外，中国证监会颁布的《到境外上市公司章程必备条款》和《上市公司章程指引》对董事的忠实义务也作了较为详细的规定。

尽管我国的法律法规对忠实义务比较重视，但是仍有不完善之处，主要表现在以下四个方面：一是采取罗列的方式规定董事的忠实义务，而缺乏对忠实义务本质的提炼，无法对法规颁布以后再出现的新现象进行规范，一旦发生法律纠纷，无法追究当事人的责任。二是对忠实义务的外延规定存在漏洞，例如，没有经营者报酬方面的规定，自我交易没有对间接利益（间接的自我交

易)的情况进行规范, 竞业禁止方面也未涵盖禁止篡夺公司机会的情况等。三是我国《公司法》的部分规定过于严格, 不符合效率原则, 也背离国际立法潮流。四是对董事自我交易的规定比较原则化, 存在许多含糊和笼统的地方, 对利益冲突和交易细节的披露、批准程序和表决制度、董事会的作用等均未涉及, 这就给管理者的机会主义行为留下了法律空白, 使股东利益得不到有效保护。

2. 董事的注意义务

注意义务 (Duty of Care) 是英美法系的称谓, 在大陆法系被称为 “善管义务”。注意义务产生于董事与公司间的受托关系, 实质是一种管理义务 (Management Duty)。其含义是董事必须以一个理性、审慎的人在相似的情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能履行其职责。如果董事履行其职责时, 没有尽到应有的理性和审慎, 他应对公司承担赔偿责任。注意义务范畴主要分为两种: 一是政策决策是否适当的“职务适当行为”的注意义务; 二是对委托执行经营决策的经理层的监督是否适当的“职务懈怠行为”的注意义务。

董事的注意义务是比较抽象的义务。其判断标准一般应兼顾主客观两方面。主观上看, 董事应按照诚实信用原则竭力处理公司事务。客观上看, 董事应尽到与其具有相同的知识、经验的人所应有的注意程度。英国对董事注意义务的判断标准分为三类: ①对于不具有某种专业资格和经验的非执行董事, 适用主观标准, 即只有尽了自己最大努力时被视为履行了合理的注意; ②对于具有某种专业资格和经验的非执行董事, 适用客观标准即只有其履行了具有同类专业水平或者经验的专业人员应履行的注意程度时, 才被视为尽到了合理的注意; ③对于执行董事, 则适用更严格的推定知悉原则, 不论执行董事是否具有所受聘职务所应有的技能和知识, 只有其履行了专业人员应履行的技能和注意程度, 才被视为合理地履行了技能和注意。

美国《示范公司法》第8节第30条董事行为一般准则 (a) 规定: 董事在履行注意义务时, 应做到①怀有善意; ②要像一个正常的谨慎的人在类似的处境下应有的行为那样注意; ③采用良好的并且他有理由相信符合公司最佳利益的方式。在长期的司法实践中, 美国法院还逐步确立了一项关于董事免于就合理

性的经营失误承担责任的法律原则，即著名的“商业判断准则”（Business Judgement Rule）。根据美国法律协会起草的《公司治理规划》（The Corporate Governance Project of the American Law Institute）4.01条C项规定：作出经营判断的董事或高级职员，在符合下列条件时，就被认为是诚实地履行了本条所规定的义务：①他与该经营判断无利害关系；②他有正当理由相信他掌握的与上述经营判断有关的信息在当时的情形下是妥当的；③他有理由相信该经营判断是和公司的最佳利益相符合的。

我国法律法规中有关注注意义务的规定散见于一些规范性文件之中。《股份有限公司规范意见》第62条规定：“董事对公司负有诚信和勤勉的义务”。

《上市公司章程指引》（以下简称《章程指引》）第81条规定：“董事应该谨慎、认真、勤勉地行使公司所赋予的权利”。《到境外上市章程必备条款》

（以下简称《必备条款》）第115条规定：“公司董事、监事、经理和其他高级管理人员都有责任在行使其权利或者履行其义务时，以一个合理的谨慎的人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能为其所应为的行为”。中国证监会和前国家经贸委共同颁布的《上市公司治理准则》第34条规定：“董事应保证有足够的时间履行其应尽的职责”。

然而，作为我国现代企业基础的《公司法》对董事的注意义务未加以明确，这是我国《公司法》的一个漏洞。从上面的情况可以看出我国董事注意义务的立法缺陷主要表现在以下三个方面：一是立法层次较低。注意义务的规定只出现在部门规章，没有出现在公司法中。部门规章的法律约束力不强，尽管证监会可以通过一些行政手段（如上市审批、配股资格审批等）保证这些规定的执行，但这些手段只能作用于事前，且一旦发生法律纠纷，难以通过诉讼途径追究董事的责任。二是适用范围窄。《必备条款》的适用对象是境外上市的公司，《章程指引》和《治理准则》的适用对象是境内上市公司。这些部门规章只是对上市公司施加注意义务要求，大量的有限责任公司和未上市公司则没有规定。三是规定过于简单，缺乏注意标准的规定。《必备条款》第114条规定“董事应当真诚地以公司最大利益为出发点行事”，这是一个主观规定，对于其在实践中如何操作，没有进行细化。第115条关于“合理谨慎的人”的规定，看似一个注意程度的客观标准，但这个标准也缺乏细化和明确解释，这就给法

官以较大的自由裁量权，而从现实的角度来看，由于我国司法系统中缺乏评判公司事务的专业法官，注意义务的标准不明确存在较大弊端。

我国董事注意义务缺失产生的原因很多，从立法和司法的角度来说主要有三个方面。

首先是国有企业改革的指导思想问题。我国《公司法》颁布于1993年，当时正处于从计划经济向市场经济转化的初期，其时国有企业改革的指导思想是解决企业缺乏活力和政企不分的问题，国有企业改革围绕放权让利的思路展开，反映在公司立法上则多侧重增加企业经营者、公司董事的权力，而忽视和淡化其义务和责任。虽然《全民所有制工业转换经营机制条例》第48条规定了厂长、其他厂级领导和直接责任人员对于经营管理不善的行为承担法律责任，但由于立法中缺乏判断此种义务的标准，致使大多数违反注意义务的企业经营者在企业亏损或破产时都能逃避法律制裁。受这种指导思想的影响，公司法没有写入注意义务。

其次是立法根源及公司机关配置问题。大陆法系将董事和公司之间的法律关系看作委任关系，这在很大程度上可以套用民法上的诚信原则，对董事的注意义务形成有效约束。而我国没有完整的民法典作为私法制度的一般框架，诚信原则也没有深入人心，通过民商法典来规制董事的注意义务缺乏现实性。在公司机关配置方面，我国采取与英美不同的监事会制度，以期对董事会和董事的行为形成制约，但我国监事会缺乏必要的强制手段，且人员往往依附于董事会，无法对董事会形成有效制约。

最后是注意义务在立法上也有一定的难度。注意义务的标准往往具有较大的主观性。“合理注意”、“真诚”等都属于主观内容，将其通过法律的形式定性出来，存在一定的难度。这也是英美关于注意义务的规定主要见诸于判例法的原因。在董事责任的认定方面，也很难将正常的商业风险造成的公司损失同注意义务未尽而造成的损失区别开来。这些立法难度也是我国注意义务立法缺失的重要原因。

我国注意义务的立法缺失，无疑会放纵公司董事玩忽职守和不负责任行为的滋生和蔓延。这在公司运作中，主要表现为两种形式：一是公司决策的随意性，重大经营决策（包括用人不当）和投资决策失误屡见不鲜，而法律对此却

无能为力。在公司制改组过程中，许多公司仅仅是原国有企业的翻牌公司，董事会成员多数为原企业的干部，不具备应有的业务素质，缺乏公司有关业务发展和经营管理的经验，甚至沦为公司的橡皮图章，怠于公司事务的管理，造成公司管理混乱，经营决策重大失误乃至恶意决策频频不断。二是独立董事的“花瓶现象”。独立董事制度建立的初衷，在于规范上市公司治理结构，抵制董事会中“内部人控制”和“大股东控制”，维护中小股东的利益。然而，在实际运作中，相当多上市公司的独立董事，仅被当作“摆设”。上市公司热衷于找学者或地方上有名望的人士做独立董事，似乎更希望通过名人当独立董事提高公司的社会地位，增加公众对公司的信任度。有的名人同时担任几家上市公司的独立董事，其能否按规定“每年为上市公司的工作时间不应少于15个工作日”令人质疑。从实际情况来看，经济学家或大学教授担任独立董事，虽有助于拓展上市公司视野，却未必熟悉企业的经营管理。有些独立董事不重视职责，甘愿充当挂名董事，甚至有的担任独立董事数年，却没有出席过董事会，只“委托”其董事长代行使表决权，没有真正履行自己的职责，起不到独立董事的应有作用。

专栏9.1

“花瓶董事”与公司治理

日前，PT郑百文前“社会董事”——陆家豪因不服中国证监会对他做出的罚款10万元的行政处罚而状告中国证监会一事，经媒体的渲染，顿成公众瞩目的焦点。这一事件之所以引人关注，并不在于这又是一例“民告官”的诉讼，而在于陆家豪所谓的“顾问董事”或“社会董事”的身份以及由此所折射出的目前中国上市公司治理机制的困境。正如陆家豪所一再声称的，他当时接受郑百文的邀请出任社会董事时，只是把自己定位于一个顾问性质的荣誉角色，而且当时郑百文的领导层也明确承诺他不参与公司的经营管理、不领取任何工资薪水，只担任相当于公司顾问这样的“名誉职务”。显然，从一开始，陆家豪就是一个“花瓶董事”。而事实上，陆也的确履行了“花瓶董事”的责任：由于事务繁忙，他在担任郑百文董事期间根本没时间到公司去，连董事会会议也多次缺席。然而悲剧就此发生。因为在法律上，陆并不仅仅是郑百文的顾问，而是其董事会的一员，理应对董事会的决议承担责任。正是基于陆的董事身份和他对通过郑百文虚假上市申报材料 and 虚假年报的董事会决议的无异议性，证监会做出了对包括陆在内的郑百文董事会成员的行政处罚。

事实上，在中国的证券市场上，陆家豪事件并非一个孤立的事件。众所周知，中国的上市公司大部分由原来的国有企业改制而来，由于一股独大，大部分上市公司虽然形式上都建立了股东会、董事会、监事会和经理层等法人治理结构，但是作为公司治理核心的制衡机制仍然竟告阙如，大股东操纵董事会、董事长一人说了算、监事会流于形式、经理层内部人控制等问题十分普遍。在上市公司的大多数董事会成员由大股东选派的条件下，大股东的意志必然顺理成章地成为董事会的决议，这时参与表决的董事的角色与陆家豪这样的“花瓶董事”又有什么区别呢？在这种股权结构下，出现大批“不懂事”的董事难道有什么奇怪的吗？

也许正是看到了中国上市公司治理结构的上述缺陷，中国证监会以保护中小投资者为由，力促上市公司建立独立董事制度，要求所有上市公司在2003年6月底之前独立董事的数

董事，都应对公司股东和债权人承担责任。”

20世纪80年代以来，英美法系国家对董事义务的一个重要发展是强调董事对债权人的义务。英国、澳大利亚、新西兰的判例表明，即便在公司出现不能清偿的事情之前，董事也对债权人负有某些义务，其内容类似于应该向股东承担的以一定注意和技能行事的义务。但在英美法系上更重要的发展是关于濒临破产公司的董事对债权人的义务。从财务上看，一旦公司不能清偿到期债务或其清偿能力遭到怀疑时，也就是公司濒临破产时，其每股净资产将体现为负值或可能为负值。在这种情况下，股东作为所有者的权益将不复存在，公司的所有人实际上是债权人，董事对股东的义务顺理成章地转变为对债权人的义务。

美国公司法规定，公司董事对股东负有义务是原则，对债权人负有义务是例外。不能偿债的公司，或虽可声辩有清偿能力而实际上财务困难的公司，其董事对债权人的首要注意义务是其决策必须从资产受到威胁的债权人的立场出发。这项例外规则的基础是信托基金学说（Trust Fund Doctrine）。该学说认为，当公司不能清偿债务时，债权人是唯一对其资产享有权益的人，是该公司资产负债表上的所有人（equitable owners）。董事将不再代表股东的利益，而是为了债权人的利益，成为公司资产的受托人或准受托人（quasi-trustee）。如果董事故意欺诈性地转移公司资产，导致公司不能偿债，特别是使董事或股东受益的资产转移，即便是杠杆收购，董事也会被判承担个人责任。

董事对公司承担各种民事义务的原则已经为我国《公司法》所规定，问题在于，董事所承担的此种义务是否是对股东和债权人所承担的民事义务，公司法及其他法律法规并未做说明。即使《公司法》第212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”，也仅处以“一万元以上十万元以下罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任”。并没有关于股东或者债权人因此受到损害，董事对其承担赔偿责任的规定。根据上海证券交易所研究中心2004年问卷调查，在208家上市公司中，只有1家公司的董事认为自己应对债权人承担义务。实践中，我国上市公司中小股东权益以及债权人的权益难以得到有效的保护，甚至破产欺诈的现象也并非鲜见，这同我国缺乏董事对第三人民事义务的规定不无关系。

董事的责任

董事的责任是董事义务必然的逻辑延伸。董事违反法律、法规和公司章程规定的各项义务就要承担相应的法律责任。这是因为董事会的行为是通过董事的行为实现的，无论是董事会决议，还是股东大会决议违法，董事均应承担相应的法律责任，因为上述决议的议案或者由董事提出，或者体现董事的意志，董事行使了意思决定权。而且，基于社会学和心理学的分析，个人责任可以鼓励董事去监督公司内部其他人的行为，有利于公司治理的改进。在我国现行法律制度下，公司董事法律责任的规定，依据其行为人违反法律的性质分为刑事、行政和民事三类法律责任。

1. 行政责任

董事承担的行政责任指公司董事违反国家行政法规的规定，由国家行政职能部门追究的责任。行政责任包括行政处分和行政处罚两种。我国《公司法》没有对行政处分的形式作具体的规定，而在其“法律责任”一章中对行政处罚的形式做了详尽具体规定。这些处罚形式主要包括：罚款；没收违法所得；取消资格；责令停止违法行为；责令纠正违法行为等。我国《证券法》以及证监会的大量部门行政规定也对上市公司董事的行政责任做了详细规定。例如，1997年3月证监会颁发的《证券市场禁入暂行规定》第四条规定：“上市公司的董事、监事、经理和其他高级管理人员有违反行政法规行为之一或对该行为负有直接责任或直接领导责任的，除依法给予行政处罚外，中国证监会将视情节，认定其为市场禁入者，被认为市场禁入者的上市公司董事、监事、经理及其他高级管理人员，自中国证监会宣布决定之日起三至十年内不得担任任何上市公司和从事证券业务机构的高级管理人员职务，情节特别严重的，永久性不得担任任何上市公司和从事证券从业机构的高级管理人员职务”。总体来看，我国法律法规中对行政责任的规定较为丰富，这反映了政府行政管制较严的偏好，同我国证券市场集中监管模式的选择和市场的成熟程度也有着密切的关系。从国际上已有的实践来看，集中统一监管模式的国家往往侧重追究行政责任，而采取自由放任态度的国家往往侧重追究民事责任。证券市场比较成熟的国家侧重追究民事责任，市场不甚发达的国家侧重追究行政责任。

由于证券市场监管职能没有理顺及政策导向等原因，1995年之前上市公司董事遭受处罚的情况并未出现。对上市公司及其董事的行政处罚自1995年开始，此后呈现逐年增长趋势，处罚力度也逐渐加大。1995年证监会仅对厦门泰达股份有限公司作出一例处罚。1996年证监会对大连冷冻机股份有限公司、广东美的集团股份有限公司等五家上市公司董事作出处罚，处罚原因包括擅自发布重大事件的信息、提供虚假证明文件或隐瞒事实等，处罚形式包括对董事长提出通报批评、对全体董事处以警告、对在董事会决议上签字的董事处以警告等。1999年证监会以“将贷款借给关联公司用以上市申购股票并分得利润”为由对浙江震元股份有限公司董事长作出警告并罚款3万元的处罚，这是我国首次对上市公司董事处以罚款，反映监管机构的处罚已不仅限于批评和警告，而开始采取较严厉的处罚措施，表明我国上市公司董事承担的行政责任在逐渐加重。根据2002年1月15日的最高人民法院司法解释，“人民法院受理虚假陈述民事赔偿案件，须经中国证券监督管理委员会及其派出机构调查并作出生效处罚决定。当事人依据查处结果作为提起民事诉讼事实依据的，人民法院方予依法受理”，这表明，行政处罚现在已被列为上市公司董事承担民事责任的前置程序。

从上面可看出，我国上市公司董事行政处罚具有以下特点：

(1) 行政处罚的力度不断加大。表现在四个方面：首先是董事责任从无到有。在1995年以前，基本上无董事责任，1995年以后开始加大监管力度，董事责任的追究才被提上日程。其次，董事责任从轻到重，从对董事进行批评、警告到罚款和市场禁入等。三是加大了违规行为的查处力度。在被称作中国证券市场监管年的2001年共有60余家上市公司遭到通报批评、公开谴责、调查和查处。突出的有亿安科技、ST康达尔、银广夏、麦科特、PT郑百文等。处罚除了针对上市公司外，也对部分上市公司董事施加警告、罚款等处罚。

(2) 处罚受政策影响明显。长期以来，我国证券市场的监管工作以维护市场稳定和为国有企业筹集资金作为政策取向，客观上纵容了市场违规行为。在不同时期，基于不同的监管需要和政策，处罚标准和尺度不同，有时处罚面宽，处罚较重，有时处罚面窄，处罚较轻，政策性特点明显。

(3) 处罚存在滞后性。证券监管机构作出的处罚常常滞后，有的违规行

为发生后四、五年才给予处罚。例如，蓝田股份有限公司的造假行为发生四年之后才被查处，而对于湖南张家界旅游开发股份有限公司1996—1998年度的虚假财务信息，直到2001年证监会才作出相应的处罚。严重的滞后性导致处罚难以达到其应有的警示和预防作用。

(4) 不同类型的董事受到相同的处罚。我国《公司法》对董事类型未作区分，实践中对董事的责任也未根据其不同的类别而分别追究。不同类别的董事享有的权利和承担的义务有所不同，各类董事履行职责的环境和条件也存在差异。内部董事直接参与公司生产经营的全过程，而外部董事一般不介入公司的具体经营，难以象内部董事那样深入了解公司事务和获取全面的公司内部信息，不加区别地对不同类型的董事追究同样的责任，是过于简单和不合理的，也不符合法律责任追究的一般原理。

从以往证券监管部门的行政处罚情况来看，处罚力度总体偏轻，威慑作用不足。许多遭受处罚的国有上市公司的董事或其他高管人员往往只被其原有的行政主管部门调离原工作岗位（易地为官），或许还有可能得到提升。而罚款因为金额不大，也不能起威慑作用。2001年1月至2002年7月的18个月中，证监会做出43个处罚决定，其中关于董事责任的有17起，违法违规行为集中在虚增利润、虚加信息披露等方面，涉及金额较大。在这43个处罚决定中，三分之一的处罚决定使用了“严重”和“重大”等字眼描述违法行为，但最重的罚款只有30万。

2. 刑事责任

董事所承担的刑事责任指因董事违反国家《刑法》中关于公司董事侵占、损害公司财产等方面的规定，由司法、审判机关所追究的法律责任。由于在现有条件下，我国还几乎没有公司董事在违背受托责任时担负了有实际意义的民事判决，刑事责任成为董事违法时所承担的主要法律责任形式之一。目前，董事所承担的刑事责任主要集中在欺诈上市和财务造假等方面。例如，我国《刑法》规定：“在招股说明书、认股书、公司和企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大，后果严重或有其他严重情节的，处以5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金额1%以上5%以下罚金；对于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，严重损害股东或者他人利益的，对其负责的主管人员

和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处2万元以上20万元以下罚金。上述行为的行为主体是公司，但公司的主管或直接责任人员须承担刑事责任”。

在董事的刑事责任追究方面，目前主要存在以下突出问题：一是追诉不力。尽管我国证券市场上欺诈上市、财务造假等事件被曝光的并不少，但董事因此受到刑事处罚的十分少见，而且即使违法行为受到刑事处罚的，量刑也比较轻，有的还判了缓刑。轰动一时的琼民源案最后判决的结果是两位主要责任人分别被处以有期徒刑两年和三年，与该案件本身的恶劣程度相比，严厉与否不言自明。但对比其他国家法律法规，我国对董事犯罪规定了较重的法定刑。例如，《德国股份法》所规定的公司董事犯罪最高法定刑皆为3年自由刑，我国刑法规定的公司董事犯罪法定刑多为5年、7年，最高可达15年；对公司董事受贿犯罪的，日本商法典规定最高法定刑为5年，我国刑法第163条规定最高法定刑为15年并没收财产。从这个角度来说，我国对董事刑事责任规定并非不严厉，而是实施不力的问题。

二是适用领域的不平衡。根据《刑法》第166条规定，国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务之便，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以上有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑并处罚金：（1）将本单位的盈利项目交由亲友进行经营的；（2）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己亲友经营管理的单位销售商品的；（3）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。然而，这些规定并不适用于非国有企业的董事和经理层，因此造成法律适用上的不公平。

第三是“以罚代刑”的问题。行政处罚和刑事处罚所针对的行为都是违法行为，对于尚不够刑事处罚的违法行为，依照法律、法规或者部门规章的规定，应当给予行政处罚的，由行政机关给予行政处罚。违法行为已经构成犯罪的，应当由司法部门依法追究刑事责任。在我国法律制度中，刑事案件统一由公、检、法三个司法机关管辖，行政机关在处理行政处罚案件时，如果认为该违法行为已构成犯罪，必须移送对刑事案件有管辖权的司法机关依法处理，不得以行政处罚替代刑事处罚。实践中，行政执法机关有时出于本部门利益的考虑，或者因为部分行政执法人员业务能力差，不能准确地判定罪与非罪等缘故，对该移送的刑事案件不移送，罚款了事。“以罚代刑”往往也是行政机关

腐败表现之一，影响了对法律的实施。

3. 民事责任

我国《公司法》和《证券法》对于董事向公司承担的民事责任有明确的规定。《公司法》第63条规定：“董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任”。第118条规定：“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，参与决策的董事对公司负赔偿责任。”在“法律责任”一章中

《公司法》还具体规定了董事应向公司承担民事责任的特定情形。《证券法》第63条规定：“发行人公告招股说明书、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，发行人应当承担赔偿责任，发行人的负有责任的董事应当承担连带赔偿责任”。《公司法》首次以法律的形式确定了董事对公司的民事责任，《证券法》明确了董事对公众股东的民事责任，填补了我国传统立法对法人的主要责任人偏重承担行政和刑事责任而不直接负民事责任的空白，突出了董事个体的民事责任，是立法上的重大进步。

虽然我国在董事承担民事责任方面有明确的法律规定，但司法实践中却几乎没有公司董事因违背受托责任而承担了有实际意义的民事责任，董事民事责任的承担客观上被虚化。这主要是因为我国法律法规比较粗陋，可操作性差。我国的法律体系是大陆法系，只能先有具体的操作细则，法院等司法部门才可以进行具体操作，而缺乏诸如意见、办法之类的相关法规支持衔接，法院往往不受理民事侵权赔偿案件，实践中就以罚代赔，公司或投资者的诉权被变相剥夺。

2002年1月15日，最高人民法院发布《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》（以下简称《通知》），开始有条件地受理由虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件。《通知》对受理该类案件的案件类型、必要的前置程序、管辖法院、诉讼时效、以及诉讼形式等作了具体规定。根据《通知》，法院目前只受理虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件，且必须有证监会查处这一行政处罚前置程序。诉讼时效为两年，自证监会及其派出机构作出处罚决定之日起计算。依据最高人民法院司法解释的精神，股东追究董事

的民事责任是指董事作为信息披露的真实性、准确性、完整性的责任主体，在所披露的信息出现违背事实真相的陈述或记载时，连同公司成为共同侵权人而承担的民事侵权责任。2003年1月9日，最高人民法院出台《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》，自2003年2月1日起施行。这标志着追究公司董事民事责任的司法实践制度亦已建立。

尽管如此，当前我国董事民事责任追究制度依然薄弱，法院受理董事民事赔偿案件存在较大障碍。首先，从实体法的角度讲，《公司法》和《证券法》既未明确规定董事民事责任承担的原则和方式，也未规定判断投资者遭受的损害与内幕交易、欺诈和操纵市场等行为之间因果关系的标准。其次，从诉权的角度来讲，我国尚未建立股东代表诉讼制度。我国《公司法》第111条规定：

“股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。”但并未规定股东有权代表公司向董事会和相关董事以及侵害人索赔，以及对提起诉讼的股东进行补偿。当上市公司受到来自大股东的侵害时，公司董事会自己不会去追查自己的责任，而小股东却无权也缺乏动力去代表公司进行诉讼。第三，从诉讼方式的角度来讲，我国尚未建立集体诉讼制度。我国的《民事诉讼法》第55条虽然规定了多数人诉讼制度，但实际上却难以操作。小股东诉讼成本太高，即使胜诉了所得的赔偿也不足以弥补诉讼费用。实践中还没有过真正成功的应用。第四，从判决效力的角度来讲，我国的民事判决没有扩及效力。因同一事件中受害而未参加登记的权利人无法直接适用法院的判决。亿安科技股民诉讼案最终采取的是人数确定的代表人诉讼，即使判决胜诉，也只有参加诉讼的300多名股东可以适用该判决，其他人则只能重新提起诉讼。

专栏9.2

首起证券民事赔偿何以和解

昨天，上海投资者彭女士诉嘉宝实业公司等证券虚假陈述民事赔偿案以和解方式结案，成为我国首起了结的证券民事诉讼案。被告之一、嘉宝实业董事陈伯兴一次性补偿彭女士800元，彭女士亦向法院提出撤诉。

尽管彭女士只拿到800元，这离其当初起诉要求的1300多元赔偿额还有差距；尽管这800元从字面上理解，仅是双方考虑到各种因素确定的一种补偿，而非赔偿；尽管双方在此案的各类问题上分歧依旧，并在《和解协议书》上出现“被告认为原告起诉依据不足，原告对此表示注意”的模糊性辞令，但毕竟这是我国证券市场投资者第一次从上市公司或其高管手中获得的第一笔补偿，也是上市公司或其高管为其虚假信息披露所“埋”的第一笔单。应该说，这是我国证券市场民事赔偿机制不断健全的体现，将极大地鼓舞广大中小投资者的信心。正如彭女士在接受本报记者采访时所表示的，尽管对此案以和解方式了结有些遗憾，但毕竟弥补了一部分损失，而且，这会极大地增强其他参与证券民事诉讼的投资者的信心。

此案能以和解方式解决，有几占因素不容忽视：首先，因为原告起诉金额较小，相对

诉讼的风险而错失市场良机，以保证公司的竞争力，英美公司法容许为董事履行职责提供两种形式的保护机制：一是授权公司在章程中对董事的某些责任作出限制或免除；二是由公司为董事投保董事与管理人员责任险（即D&O 保险，以下简称“董事责任险”）。

1. 董事民事责任的免除

在实践中，为了充分调动董事管理公司事务的积极性，促进公司事业的发展和实现公司利益最大化，依照公司法的“赋权型”规定(Enabling Provision)制定的公司章程可规定董事责任的免除或限制制度。

一般而言，董事违反义务，对公司所承担的损害赔偿责任可通过三种途径得到免除：第一，因股东会决议而免除。第二，因公司董事会决议而免除。如美国《示范公司法》第8.31节规定：“董事的责任可由董事会决议免除，但是，此种免除须以有利害关系的董事没有参加董事会决议、董事已向董事会就其有关的交易情况作了完全的说明为发生效力的前提条件”。三是因法庭的同意而免除。董事在管理公司事务时，如果所作出的决议是基于合理的资料，采取的措施也是适当的，则即便此种决议对公司造成的损害是严重的，灾难性的，董事也可不对公司承担责任，公司股东不得阻止、撤销或攻击董事的决议。

就董事责任可以免除的范围而言，通常免除或限制董事责任仅适用于董事违反注意义务的场所，而不适用于董事违反忠实义务的场所。1986年美国《特拉华州普通公司法》第102条(b)(7)允许公司在章程中规定“免除或限制董事因违反公司和股东的受托义务而承担的个人金钱赔偿责任，但以下责任不得限制或免除：(1)违反公司或股东的忠实义务；(2)非善意的作为或不作为，或故意的错误行为或违法行为；(3)本法第174条所规定的责任；或(4)董事从特定的交易中获得不适当的个人利益。”

我国《公司法》在第118条第3款对董事的免责作了相应的规定：“董事应当对董事会决议承担责任。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，参与决议的董事应对公司负赔偿责任。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。”至于董事其

他责任可否免除，有权作出免除责任的机关是什么，现行的《公司法》均未予规定。

2. 董事责任保险

在董事法律责任日益强化的今天，客观上需要某种风险分担机制，激励董事们为促进公司的商业利益而积极、正常地履行职责。董事责任险因此应运而生，它为董事在无法以“免除或限制责任”的方式保护其利益时提供了另一种保护手段。在投保了董事责任险后，按照保险合同，一旦董事们面临诉讼，保险公司会赔偿董事的抗辩费用。董事责任的保险范围只包括符合责任标准的恰当行为，但假公济私、欺诈、知法犯法或者其他蓄意的不法行为等，不属于保险范围。目前，美国大公司的90%以上已实施董事责任保险。根据美国《示范公司法》规定：“无论公司是否有权对其董事承担的责任予以补偿，公司均有权购买和维护以董事因资格或地位而承担的责任为保险标的的保险”。美国许多州特别授权公司购买董事责任险。鉴于董事责任险对董事尤其是在董事会中占相当大比例的独立董事的重要性，一些州特别立法规定公司应为独立董事提供除传统董事责任险之外的保护，例如以董事为受益人设定的信托等。

随着我国市场经济的发展以及董事责任的日益加重，董事、经理的经营风险相应增加，这为我国建立董事责任保险制度提供了原动力。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》，并认为“上市公司可以建立必要的独立董事责任保险制度，以降低独立董事正常履行职责可能引致的风险”。2002年1月7日，中国证券监督管理委员会和国家经济贸易委员会联合颁布的《上市公司治理准则》中第39条规定：“董事会决议违反法律、法规和公司章程的规定，致使公司遭受损失的，参与决议的董事对公司承担赔偿责任。经股东大会批准，上市公司可以为董事购买责任保险。但董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任除外”。2002年1月23日，平安保险公司与美国丘博保险集团合作在我国首次推出了该险种，并将价值500万元人民币的保单免费赠送给了深圳万科企业股份有限公司，后者因此成为我国首个董事责任险的受益者。董事责任险在我国推出后，也引起上市公司广泛关注。根据上海证券交易所研究中心2004年问卷调查，在208家上市公司中，有122家上

市公司认为有必要购买董事责任险，表明我国董事责任保险不仅获得了理论界较广泛的认同，而且也成为实务界的现实需要。

专栏9.3 高管任职有了避险渠道

市场期待已久的我国第一个“公司董事及高级职员责任保险”昨天终于亮相，该险种是由中国平安保险股份有限公司与美国丘博保险集团合作推出的新险种。它为公司董事及高级职员的任职风险转移提供了可靠的保险渠道。

随着我国上市公司民事责任赔偿制度的逐步建立和完善，上市公司的预期风险将逐步增大，上市公司高级职员对其自身的任职风险的转移要求会越来越高。根据《上市公司治理准则》有关规定，上市公司董事和高级管理人员给公司及股东造成损失的，要承担民事赔偿责任。然而，个人的财产终究难以保证足够的赔偿，而董事责任险就可以承担该赔偿责任。正是在这种情况下，董事及高级职员责任保险应运而生了。

董事及高级职员责任保险在国际上已经得到广泛的推广，但是在国内还一直未有保险公司涉足，此次国内首家董事及高级职员责任保险的出台，为国内公司的董事及高级职员提供了任职风险的配套转移机制，将有利于上市公司董事及高级职员安心工作，营造良好的公司治理氛围，促进公司法人治理结构的不断完善。

董事及高级职员责任保险是一种对公司董事和高级职员在行使其公司董事和高级职员职责时由于其符合责任标准的行为而造成的赔偿的合同。该险种有效地利用了保险工具，将上市公司的董事和高级职员所承担的责任风险转嫁给保险公司，由保险公司按保险合同约定来承担董事和高级职员由于职责失误而导致的经济赔偿责任。

为该产品提供技术支持及再保险支持的美国丘博保险集团成立于1882年，是全球领先的专业保险机构，曾在去年被《福布斯》杂志评为“美国最佳保险公司”，也是享有盛誉的为高科技产业提供保险产品和服务的专业公司。丘博保险集团副总裁、亚太区行政和金融风险部地区经理斯蒂芬·布拉塞纳先生表示：“中国经济飞速发展，对保险产品提出了新的需求。新产品将有助于公司有效地进行风险管理和责任控制，在中国加入WTO后的新环境中掌握先机。”

中国平安保险公司董事长兼CEO马明哲先生在发布会上说：“多年来，平安积极致力于产品创新和服务创新。此项保险产品的创新是公司经营理念的具体体现。与全世界最优秀的保险公司合作更是平安一贯的策略，平安愿与国内外的各方合作共同促进中国金融服务业的健康成长。”

万科企业股份有限公司在险种发布会上与平安保险签订了第一份“董事与高级职员责任保险”。万科董事长王石表示，他非常高兴平安选中了万科，因为这种保险与寿险一样需要投保，平安给万科投了信任票。他在接受记者采访时认为，投保这个险种有两个好处，一是保障股东的权益，二是可促使高管人员更尽职尽责。我国能推出这个险种是市场成熟的标志，也是市场发展的结果。当然，保险不可能解决市场上的问题，保险只能帮助公司股东规避风险，而买保险的过程本身就是市场的净化过程。平安保险财产险部总经理史良洵介绍，该险种涉及法律问题较多，只承担民事赔偿责任，不承担刑事责任。在确定公司董事及高级职员责任保险的费率时，平安需要考虑多种因素，即要根据上市公司的质量来确定费率，并将通过提高费率来控制保险公司的风险。

目前，5至6家上市公司已有投保意向，40多家上市公司进行了咨询，史良洵有信心，并期待这个新险种在较短时间内有较快发展。

资料来源：新华网，2002年1月24日

小 结

董事义务和责任制度是公司治理的核心问题。我国公司法等相关法律法规

严厉，而是实施不力的问题。

五是法律法规虽在董事民事责任方面有明确的规定，但在我国的司法实践中，几乎没有公司董事因违背受托责任而担负了有实际意义的民事判决，董事民事责任的承担客观上被虚化。当前，由于《公司法》和《证券法》既未明确规定董事民事责任承担的原则和方式，也未规定判断投资者遭受的损害与内幕交易、欺诈和操纵市场等行为之间因果关系的标准，同时我国还缺乏股东代表诉讼、集体诉讼等机制，董事民事赔偿制度仍然存在较大障碍。

六是在董事民事责任的免除和董事责任保险方面，我国的相关法律规定也存在诸多不完善之处。为确保公司有效运作和对董事的有效激励，在强化董事的受托责任的同时，应考虑如何保护董事的正当利益，激发董事的积极性和专业管理能力，提高企业的决策质量和公司活力。这方面需要借鉴其他国家的成熟经验并加以利用。

大量的理论和实践表明，健全的董事义务和责任制度是决定公司运作和发展质量的重要条件。鉴于我国董事义务和责任制度存在较多问题，已经严重影响到我国企业公司的治理水平，甚至威胁到了上市公司进一步的生存和发展，尽快强化我国董事的义务和责任具有较大的迫切性。从我国现阶段的情况来看，必须从立法、司法和监管等多方面着手，完善我国董事义务和责任制度。

1、完善公司立法中的董事义务制度。鉴于我国公司立法没有设立董事的注意义务，对疏忽的董事没有明确的诉权，将董事注意义务法定化、明确化具有较大的迫切性。我们认为可以从三种途径弥补这一立法不足：一是在制订《民法典》时，明确董事与公司存在委任关系和信托关系，根据委任和信托原理，董事必须承担注意义务，并规定注意的判断标准（规则）及责任形式；二是修改《公司法》，概括性地确立董事的注意义务，并明确判断的标准（规则）；其三是制定法规要求各公司在其章程中明确董事对公司所应负的具体注意义务及判断的标准（规则）。

我国公司立法还应增加董事对第三人民事责任的规定，要求董事在滥用职权而对公司破产负有责任时，以及董事有其他违反义务的行为时，对第三人产生的损害与公司一同承担赔偿责任。董事对公司所承担的法律 responsibility 虽然可以被公司免除，但如果此种免除因此而危及公司债权人的利益，则公司债权人可以

向法庭起诉，要求法庭撤销公司股东大会所作出的免除董事责任的决定。

2、引入“影子董事”概念，对控股股东施以严格责任。影子董事是英国公司法明确定义的概念，英国公司法将这样的影子董事在承担义务场合视为正式任命的董事，并对其课以严格的责任。在我国，实践中亦存在着影子董事的情况，有的董事为逃避法律责任的追究，安排既无管理能力也不实际行使权利的人名义上出任董事，而自己则退居幕后，隐名操纵。此外，某些上市公司的控股股东，利用对公司的影响力，干预董事的意思决定，事实上行使董事的职权，甚至将上市公司作为自己的提款机。影子董事尽管名义上不是董事，但却是实际上的权利行使者和直接责任人，如不对其行为予以追究，有悖于公正原则。因此，在我国有必要引入影子董事的概念并且明确规定影子董事与其他董事承担相同的法律责任。

3、强化董事所承担的民事责任。我国董事责任追究制度存在重行政刑事、轻民事的现象，这既不符合国际证券立法的发展趋势，也不适应我国证券市场发展的实际需要。当前应通过立法和司法解释细化证券违法行为的民事责任，而《公司法》等相关法律法规的修改中应进一步完善董事民事责任制度，规定更为科学、合理的董事责任追究民事实体要件和程序保障，更好地发挥其应有的法律功能。

4、加大对董事刑事处罚力度。美国证券民事诉讼得以进行的另一个原因是强大的刑事责任作为后盾，许多董事和公司高管人员在刑事责任的威慑之下，更倾向于通过民事诉讼私了。对我国来说，民事责任制度建设是法律框架里非常重要的一环，但短期内对约束董事行为的效果不佳。我国目前司法体制尚不完善，突出地表现在法院独立性不够，运作受到地方政府干预，缺乏处理相关证券诉讼的经验和能力，股东民事诉讼制度很难实施。因此，建议在短期内强化刑事责任，打击董事和高管滥用公司财产、转移股东财富的行为。

5、引入集团诉讼和股东派生诉讼程序，提高法律条文可诉性。条文缺乏可诉性是我国现行《公司法》的重大缺陷之一，导致了《公司法》缺乏权威性和适用性。引入集团诉讼和股东派生诉讼程序可以提高《公司法》的可诉性，是公司法改革时必须认真对待的问题。集团诉讼有利于小投资者的投诉及解决法院拥挤问题，也大大提高法律法规的权威性和适用性。而股东派生诉讼机制

可以在是指当公司怠于通过诉讼手段追究有关侵权人员的民事责任及实现其它权利时，具有法定资格的股东为了公司的利益而依据法定程序代公司提起的诉讼。我国立法应确立此机制，以进一步督促董事尽职尽责，维护公司利益，履行受信托义务。

6、健全董事责任保险制度。我国的董事责任保险尚处于起步阶段，一些相关的制度和规定还不完善。在借鉴发达国家成熟经验的同时，应该在以下方面进行明确规定。一是董事责任保险范围应该是董事在执行职务过程中因其符合责任标准的适当行为而给公司或第三者造成的损失所承担的民事赔偿责任。至于其他与职务无关的行为或者故意行为给上述客体造成的损失，均不应列入保险范围。二是董事责任保险的保险费原则上由公司支付，作为正常支出记入成本。但为适当增加董事积极进取的压力，可规定董事负担小部分保险费。三是通过对保险中免责事项的范围、自己负担的数额等规定统一、明确的标准，以减少因对赔偿范围的认识不同而产生的不必要的争端，避免保险公司之间因赔偿范围的不同而产生不正当竞争。