

从创维事件反思建立我国上市公司董事责任机制

本文作者：蒋潇华 周芊 潘崑伟

2004年11月30日，香港廉政公署一举拘捕了创维公司10名高管，包括公司董事局主席黄宏生、3名执行董事、1名非执行董事和1名前任董事等，并随即对上述董事等高管提出起诉，主要罪名为涉嫌挪用公司资金4800余万元、涉嫌行贿会计师，伪造会计纪录等，后黄宏生获刑6年。而同一时期，我国证券市场上三九集团董事长赵新先挪用上市公司资金达25亿元，却在国资委的退休通知下平安着陆。这两件性质相同的事件在两个不同的证券市场制度下，却有着完全不同的结果。在香港证券市场上，挪用上市公司资金是犯罪行为，因此在严格的法律制度约束下得以遏制。而据统计在我国证券市场上，截至2005年末沪深两市还有396家上市公司存在大股东明目张胆占用资金的问题，占款金额共计约456亿元，却未见有公司董事、高管因此而承担责任。

这两件相同性质事件的不同结果比较可以让我们认识到，中国证券市场上之所以存在如此之多的侵害上市公司和投资者利益的行为，其主要原因在于我国尚未建立有效的董事责任及其追究机制。

董事会作为上市公司的执行机构，对于公司的行为起到至关重要的作用。公司是法人，是一层面纱，公司的行为主要是执行董事会决议，董事会决议是董事意志的体现，董事在董事会决议中行使意思决定权；股东大会决议的议案主要由董事会提供，且股东大会决议最终需董事会和董事执行落实。公司行为规范，即意味着董事行为规范；公司行为有过错，即意味着董事行为有过错。因此，上市公司违法违规行为的发生必然与董事未履行诚信勤勉的义务相关联。资金占用这种严重侵害投资者权益行为的发生也必定与董事个人行为的不规范密切相关。在上述案例中，我们可以看到，在香港证券市场上，公司行为不规范将导致对董事个人责任的追究。正是通过规范董事个人行为使公司行为得以规范，才使投资者的合法权益得以保障。而中国目前的证券市场上，由于我国尚未建立有效的董事责任追究和惩处机制，当资金占用等违法违规行为发生时，却极少有董事被起诉或受到处罚，严重侵害投资者权益的事件自然屡禁不止。

一、我国目前董事个人责任追究体系存在的问题

1、国外法律对于董事个人责任的认定和处罚一般都有明确的规定。

国外法律对于董事责任的规定集中于两点：勤勉(duty of care)和诚信(duty of loyalty)。围绕着这两个原则，国外的有关法律条款对董事个人责任进行了明确而详细地规定。首先是责任明确，英美法系一般都会在法律中明确董事对公司所负有的信托责任，如香港《公司条例》第一四四条第一款规定：“凡属有限公司，其董事、经理，或董事兼司理所负责任，如组织大纲有如此规定时，得为无限之负担。”这样一来，实际是明确了董事必须对公司违法行为承担有关责任，也就为司法实践中追究董事责任奠定了坚实的法律基础。在此基础上，发达国家法律均对董事违法行为规定了民事、甚至刑事责任，如美国《证券交易法》规定“任何个人违反本法或违反其下的任何规则和章程的任何规定，都是违法。任何个人和上述组织根据定罪，应被处以不超过1,000,000美元的罚款或者被判不超过10年的有期徒刑，或者同时处以两种惩罚。”应该说，国外相对严厉的董事责任追究体系对资本市场规范、诚信发展起到了极为重要的作用。

2、我国相关法律尚未能明确规定董事个人的权利与义务。

我国《公司法》第148条也明确规定了董事对公司负有忠实义务和勤勉义务，并于第149条列举了董事不得有的违反对公司忠实义务的行为，但未规定董事的具体勤勉义务以及董事未能履行勤勉义务时的具体责任。权利是承担义务的前提，责任是违反义务的法律后果。如果没有明确规定董事的权利、义务和责任，在董事不作为或没有履行勤勉义务时，在司法实践中就会缺乏追究董事责任的可操作性。

3、我国尚未建立有效的董事责任追究机制。

(1) 在行政处罚机制上，中国证监会对违法违规董事缺乏有效的惩戒手段，且稽查成本高、周期长。我国《证券法》对于违规董事的最高处罚仅仅限于最高罚款30万元及证券市场禁入，相比较德国《股份有限公司法》仅仅虚假陈述就要判处3年监禁的惩罚，显然缺乏威慑力。目前对一家违法违规上市公司的查处，按照正常程序通常需要1年乃至更长的时间，且稽查成本很高。目前我国上市公司仅仅为1390家左右，如果资本市场得到长足的发展，按照目前的查处效率和惩处力度，必定导致监管乏力，对违法违规董事无法形成威慑力。

(2) 董事个人民事责任追究程序复杂且缺乏可行性。我国《公司法》150

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。”但在司法实践中，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。因为事实上我国目前尚未真正确立有效的股东代表诉讼制度，并且目前投资者对虚假陈述行为人提出民事赔偿诉讼还必须以中国证监会或财政部等其他行政机关的处罚做为前置程序。新《公司法》的出台，虽然对于董事责任的诉讼代表权问题予以了明确，但中小股东维护自身权益依然困难重重，举证和诉讼成本高、程序复杂。

(3) 董事刑事责任追究实施力度不够。如针对目前刑法已规定虚假上市、向社会公众提供虚假财务会计报告等行为为犯罪并应受到刑事处罚，但实践中却很少有董事因此而受到刑事处罚，即使有，量刑也很轻。这并非董事的刑事责任法律规定不严厉，而是实施不力。

二、保护投资者权益，必须强化董事个人责任

目前，我国的证券市场正在实践中不断的探索和前进，对董事个人责任的追究体系也正在不断完善过程中。如新出台的刑法修正案（六）已规定将对上市公司管理人员等以无偿占用或者明显不公允的关联交易等非法手段，侵占上市公司资产并给公司造成重大损失的行为追究刑事责任。高级人民法院就新版《证券法》正在起草“证券民事侵权纠纷案件的司法解释”，以行政机关处罚作为证券民事侵权纠纷的诉讼前置程序可能被取消，大大简化了中小股东维护自身权益的程序等等。但要保护证券投资者利益，从根源上杜绝侵害投资者权益的行为，还必须要长期坚持树立和强化董事个人的责任意识，并在行政和司法实践中不断完善董事个人责任的追究体系。

1、在法律上必须明确规定董事的权利和义务，为追究董事责任提供明确法律依据。法律的完善是保护投资者合法权益的根本保障，建议有关部门尽快通过立法或司法解释的方式明确规定董事个人的权利，细化董事勤勉义务的定义。规定董事应当对公司遵守有关法律承担相应责任，特别应该规定上市公司董事违反《证券法》有关规定时，应该承担相应民事及刑事责任。只有明确规定董事个人的权利和义务，才能对未履行勤勉义务的董事追究责任，提供法律依据。

2、逐步建立有效的董事责任追究机制。

强化董事个人责任，必须从行政处罚、民事赔偿以及刑事责任追究三个层面

构建有效的责任追究机制。

(1) 提高证券稽查效率，有效减少证券市场违法活动。2006年5月，全世界著名的投资银行——摩根斯坦利公司在一起诉讼案件中拒绝交出对其不利的电子邮件，被美国法院要求承担“倒置举证”责任，即要求其证明没有欺诈行为，摩根公司仍然拒绝出示，结果被陪审团一审裁决赔款14.5亿美元。在我国证券市场犯罪活动中，由于存在严重的信息不对称、时滞性和隐蔽性，证券市场罪犯经常通过销毁证据或者拒不交出证据来逃避法律责任。借鉴美国这一案件的审理过程，我国法律应该赋予证券监管部门在掌握有关个人和单位一定的违法事实时，要求其承担“倒置举证”责任，这不仅将提高稽查效率、降低稽查成本，还将对证券市场犯罪活动起到有效地震慑作用，从而极大地起到保护广大中小投资者的作用。

(2) 简化股东诉讼程序，强化董事个人的民事赔偿责任。应通过完善立法细化派生诉讼的相关规定，如通过立法将股东代表诉讼作为一种非财产诉讼处理，并运用举证责任倒置原则以降低中小股东的举证和诉讼成本等等，为民事赔偿的有效执行提供切实的法律依据；必要时，可由证券投资者保护基金公司代表中小股东进行诉讼。

(3) 加大对董事刑事责任追究的力度。随着刑法修正案（六）的颁布，对董事刑事责任的追究已逐渐“有法可依”。但如何做到追究董事责任关键在于“执法必严、违法必纠”，因此，在我国的证券市场上还必须大力强化对董事刑事责任追究的力度，使严重侵害投资者权益的董事受到刑事处罚。