

上市公司董事执业风险防范的相关问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_8A_E5_B8_82_E5_85_AC_E5_c122_484179.htm 文•金山 新疆天阳律师事务所 以安然事件为代表的一系列公司欺诈丑闻使得全球各国日益关注公司治理和证券市场监管，各国政府都制定了越来越严厉的法律，加强对公司的治理。2002年1月7日，中国证监会和国家经贸委发布了《上市公司治理准则》，在《准则》的规定下，董事与上市公司之间建立契约关系，契约内容具有法律效力，董事必须遵守，董事一旦违约，不仅要承担行政责任，接受证监会处罚，还可能被公司依据合同诉上法庭，承担民事赔偿责任，如果触犯刑律还将承受牢狱之苦。本文试图通过分析上市公司董事执业风险的种类、环节和成因，对上市公司董事执业风险防范的相关问题进行探讨并提出防范上市公司董事执业风险的相关措施。

一、董事执业风险的种类和环节 从风险学角度来看，风险是指在一定条件下和一定时期内可能发生各种事故的变动情况。风险有静态的，也有动态的；有系统的，也有个别的；有自然的，也有社会的。可以说，风险无处不在。同样，任何职业都存在风险，上市公司董事执业风险就是董事在上市公司执业过程中承担的各种风险。因上市公司董事会拥有管理公司事务的广泛权力，对公司行使着实际的控制权，如果上市公司董事会缺乏约束机制，必然导致权利滥用，出现“内部人控制”的“流行病”（啤酒花事件就是典型的一例），故上市公司董事执业风险更大，并且因任职期间所处证券市场发展阶段不同，公司治理结构不同、个人知识结构和经验不同

、担任的角色不同、存在很大差异。以下对董事执业中的风险种类和环节加以分析。（一）董事执业风险的种类 除按承担责任的类型（行政责任、民事责任、刑事责任）和按行为主体的主观状态（故意、过失、无过错）分类外，还可以按下述方法分类，以便系统、全面地了解董事风险的类型、风险产生的环节，以提高主动防范风险的意识。

1、按承担责任的内容分类（1）董事会决议（包括经营计划和投资方案、关联交易、对外担保等）违反法律、法规和公司章程或对公司造成经济损失时，对作出该决议负有责任的董事按照法律规定承担相应责任的风险。（2）董事在发现决议无效或错误，或因情势变更使决议无法继续执行后，未及时报告并启动决策程序，对公司造成损失时，督促该决议执行的董事承担相应责任的风险。（3）董事对虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的信息披露，承担个别和连带责任的风险。（4）董事对其自身违反法律、法规规定义务的行为（包括作为和不作为的行为，如提供虚假财务会计报告、操纵证券交易价格、泄漏公司秘密、从事竞业活动、谋取私利、不对损害公司利益的股东提起诉讼等），承担相应的法律风险。（5）董事对违反其与公司签订的《董事服务合同》约定的行为，承担相应的违约责任的风险。（6）董事对董事会聘用的经营管理人员的不法行为监督不力所负责任的风险。（7）因他人的不法行为或不当行为（如行政机关或大股东的干预、内部控制人对董事执业必须的资料信息的故意隐瞒等）给董事执业带来的风险。（8）其他未在前述7项中列示的风险。

2、按主体分类 虽然董事的责任就是要实现公司利益的最大化，而不是为了实现推荐其担任董事的股东利

益的最大化，由于担任董事的角色不同，往往代表的股东利益不同，对公司决策、经营了解的程度也不同，故不同董事的执业风险亦存在差异。（1）股东董事的执业风险：作为股东推荐的董事，因其在股东单位兼职或受其他利益的影响，在董事会审议有关议案时，往往不能代表广大股东利益；而是自觉或不自觉的代表股东发表意见，作出错误的决策。

（2）高管董事的执业风险：作为总经理（兼董事），应当对董事会决议执行过程中出现的因情势变更使决议无法继续执行的情况有全面了解，如果总经理（兼董事）在董事会上故意隐瞒该情况，未启动相关决策程序，对公司造成损失时，该总经理应当承担相应责任的风险。身在公司任职，更可能站在公司自身利益角度

（3）董秘董事的执业风险：董事会秘书往往受董事长的影响较大，当董事长违规操作时，董事会秘书如果缺乏原则性，可能会和董事长一并违规。当董事兼董事会秘书时，应当对信息披露事项有较全面的了解，如果该董事未履行职责，除承担董事会秘书的责任外，可能还会加大其作为董事的执业风险。如2004年6月23日，上海证券交易所对未按规定在临时公告和定期报告中及时披露重大事项的某股份公司及有关责任人进行公开谴责。同时对董事会秘书在知悉上述有关部分担保事项的情况下，未能履行董事会秘书职责，严重违反了《股票上市规则》的规定的行为进行谴责。（4）独立董事的执业风险：作为独立董事，往往要对关联交易的公允性发表意见，如果不履行独立董事的义务，不深入调查，仅凭公司提供的有限的资料进行判断，就可能得出错误的结论。律师或会计师担任独立董事时，应当对法律或财务特别关注，只有勤勉尽责，才能减免责任或降

低风险。如2001年9月，中国证监会在《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》中，认为郑百文及其董事应对年报中存在严重虚假和重大遗漏而违反《股票发行与交易管理暂行条例》的行为负责，并根据《股票条例》第74条及第2款，对郑百文及董事作出行政处罚，其中陆家豪被罚款10万元人民币。（5）董事长的执业风险：作为公司的法定代表人，与其他董事比较，董事长的权力最大，执业风险亦最大。公司如果缺乏监督机制，董事长再滥用职权，其执业风险不仅仅是民事责任，还可能是刑事责任。详见全国首例第一大股东状告上市公司（上海中华实业股份有限公司）及董事长（瞿建国）纠纷案和上市公司被刑事处罚第一例PT红光被判欺诈发行股票罪（其中，原董事长何行毅被判处三年有期徒刑）的报道。以上仅对不同主体的执业风险的一个方面作了介绍，如果作深入的分析，还可以列举出不同主体的其他方面独特的执业风险。

3、按风险产生的环节分类（1）经营计划、投资方案、对外担保、委托理财、收购或被收购等决策方面：对外担保、委托理财、收购或被收购都属于公司的重大事项，董事应当及时履行相关义务。在2004年6月被深圳证券交易所谴责的大冶特钢董事长朱宪国的行为就属于对相关收购传闻采取消极态度，没有及时向主要股东及实际控制人核实相关传闻的真实性的情形。（2）同业竞争和关联交易方面：董事应当履行竞业禁止义务、以及关联交易性质和程度的披露义务、表决时的回避义务。如违反上述义务，董事将承担相应义务。（3）高级管理人员的聘用和管理方面：董事对高级管理人员的聘用和管理既是其职权的行使，也是其义务的履行。如果董事通

过董事会决议将不符合公司法规定的人员聘用为公司高级管理人员，董事将承担相应责任。（4）信息披露方面：董事应当保证信息披露的真实性、准确性和完整性，对信息披露中的虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏负连带责任。董事一旦签字，如果出现虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，即使其辩称未经其审阅，也要承担相应责任，轻者被证券交易所谴责，重者承担民事赔偿责任甚至刑事责任。在信息披露方面，董事应当对未披露的信息承担保密义务，如果违反将承担相应责任。如2001年10月，深圳证券交易所对银广夏某董事擅自对外发布未正式披露的重大信息予以公开谴责的处分，并认定其不适合担任上市公司董事职务。（5）其他环节 通过上述分类，有利于界定董事执业中的责任，便于选择应当适用的法律。

二、董事执业风险的成因和对策

（一）董事执业风险的成因分析

分析风险的成因，有利于风险的防范。从董事执业角度来看，风险主要存在于系统风险和个别风险。以下进行简要的分析。

1、系统风险

证券市场本身就具有高风险性，加之我国经济处于转轨时期，存在法律、法规不完善（如法律尚无确立董事监视义务等）、法人治理流于形式、补偿体系未建立等，董事执业中的系统风险是客观存在的。作为执业人员，需要认真研究系统中每类风险的成因以有效的管理和控制风险。

2、个别风险

本文为便于讨论，将来自董事就职公司的风险归为个别风险。

（1）公司方面

公司治理因素，大股东干预、“内部人控制”、监事会形同虚设等。

（2）董事个人方面

主要是知识结构或执业经验所限、任职前未参加董事执业培训、不亲自参加董事会会议（如中国证监会江西监管局在《关于某某股份有限公司

有关问题限期整改的通知》中指出：独立董事对公司与控股股东及关联方之间的资金往来和关联交易，尤其是长期资金占用未按职责积极向董事会提出意见和建议。独立董事某某2003年5月至今有4次董事会会议均委托其他董事表决，未亲自出席会议）、董事会受时间、资料和经费等条件的严格限制；未勤勉尽责、缺乏为股东利益勤勉尽责的激励制度...（3）其他人员行为的影响因素，如知情董事的隐瞒行为或犯罪行为等，在各种成因中，因非法利益的驱使而从事故意犯罪的情形占有一定比例。

（二）董事执业风险的防范 董事执业风险的防范，应当从系统的角度出发，进行事前、事中和事后控制，以下结合董事执业风险的成因分析和工作经验，提出一些建议或具体做法。

（1）公司法人治理结构的完善是防范董事执业风险的基础，公司股东、董事、监事及高级管理人员应当按照《上市公司治理准则》的规定要求，全面提升公司的运作水平。

（2）公司经营计划和投资方案是公司经营方针和投资计划的具体化，关系到公司宗旨和目标的实现，董事应当根据经营决策规则的要求，在股东大会授权范围内，民主、科学地决策。在变更募集资金投资项目时，董事应当按照募集资金投资项目管理规定的规定办理。

（3）经营管理人员的聘任、管理及奖惩，是董事会决议能否有效实施的关键，董事会应当严格按照《公司法》第57条和第58条的规定，审核、选拔经营管理人员，并通过制定和完善公司内部控制制度，对经营管理人员实施有效的管理和奖惩，充分发挥经营管理人员的作用。

（4）对外担保决策具有较大的风险性，董事应当按照中国证监会2000年6月《关于上市公司为他人担保有关问题的通知》的规定；审核担保对

象的主体资格；担保金额；严格履行决策程序；及时办理反担保手续；适时跟踪了解被担保人的财产信用状况；当承担了担保责任后，应当及时采取有效措施向债务人追偿；在上述各阶段应当及时履行信息披露义务。（5）董事应当关注关联交易是否签订了协议，协议内容是否符合公允、稳定、明确具体的原则，并有明确的定价、支付、权利义务、违约责任等条款。是否履行决策程序及信息披露义务。（6）信息披露义务是上市公司的基本义务，是董事会重要的日常工作，关系到公司的形象及再融资，也反映了董事会的工作水平。董事应当按照法律、法规和公司章程的规定，正确区分强制性信息披露义务和自愿性信息披露义务，真实、准确、完整、及时地披露信息。（7）当上市公司控股股东增持、减持或质押公司股份，或上市公司控制权发生转移时，上市公司及其控股股东应当及时、准确地向全体股东披露有关信息。（8）董事会会议是董事行使职权的重要场所和议事方式，根据董事必须在会议上行事的规则，没有特殊情况，董事必须亲自出席参加董事会会议。同时做好会议记录的签字和保管工作。凡须经董事会决策的事项，上市公司必须按法定的时间提前通知董事并同时提供足够的资料，董事认为资料不充分的，可以要求补充。董事认为资料不充分或论证不明确时，可联名书面向董事会提出延期召开董事会会议或延期审议该事项，董事会应予以采纳。避免或减少董事执业风险，应当对董事进行培训，培训考核合格是担任上市公司董事的一个必要条件。通过培训进一步完善董事知识结构和执业水平，董事除应当熟知董事的权利与义务、了解董事各种责任的构成要件外、掌握董事免责的情形和实质条件，更重

要的是应当提高自身道德修养，创造良好的企业文化氛围。也正如康德所说：世界上只有两样东西最深刻、最值得人们敬畏在我头顶的灿烂星空和我心中永恒的道德法则。

三、董事执业风险补偿问题

在《上市公司治理准则》和《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中已有关于上市公司为董事购买责任保险和建立独立董事责任保险制度的规定，以降低董事正常履行职责可能引致的风险。早在2002年1月23日，平安保险公司与美国丘博保险合作推出适应公司防范董事执业风险需求的“公司董事及高级职员责任保险”，试图对“董事及高级职员在其执行职务的过程中，由于过错行为导致第三者遭受经济损失而依法应当承担的经济赔偿责任”进行保险，并将第一份保单赠送给万科，在国内保险市场掀起了不小的波澜，同时也引起上市公司的广泛关注甚至纷纷出台董事执业风险及防范办法等制度，希望免除或减轻董事在履行职务行为过程中的责任。但实际仅对导致第三者遭受经济损失而依法应当承担的经济赔偿责任的过失行为进行保险，并未囊括所有险种。通过研究和征询上市公司有关人员意见，我们认为除属于法定免责的情形外，还可以将董事行为划分为以下三种情形，并予以讨论。（一）应当给予补偿的情形

- 1、因公司治理结构不能确保董事会及董事按照法律、法规和公司章程的规定行使职权的（如因董事会的构成不合理、无法形成会议决议的、大股东操纵下形成的董事会决议的等等），但因董事会的原因造成公司治理结构不完善的除外。
- 2、因执行股东大会决议而造成损失的，但是董事会未能确保股东享有的对所表决的议案涉及的事实依据和法律依据的知情权的除外；
- 3、因股东大会未及时审议或否决董

事会报告而造成损失的；4、因履行《董事服务合同》约定的竞业禁止义务而失去同等待遇的职务或者就业机会的；5、因控股权转让等非正常离职或辞职而失去同等待遇的职务或者就业机会的；6、解除董事职务却没有正当理由的；7、因法律、法规规定不明确造成错误决议的；8、依据具有相应能力的中介机构及专业人士提供的咨询报告作出不当决议的；9、因尽到合理的注意义务，仍未发现其他董事或经营管理层提供的虚假信息或资料而作出决议的；10、其他应当给予补偿的情形（如因突发性事件形成的计算机等硬件设施无法工作而造成信息披露不及时；因具体工作人员失职造成的信息披露不及时；等等）。（二）可以给予补偿的情形1、因能力和时间所限，出于董事会高效运作的良好愿望而直接依据会议资料作出决策的；2、因情况紧急，为减少公司损失，违反程序性规范的规定或超越职权而作出错误决议的；3、作出错误决议后，及时予以纠正的；4、因他人的欺诈或胁迫作出错误决议的；5、其他可以给予补偿的情形（如保险合同条款中约定的保险公司不予理赔的部分情形等）。上述情形，须经股东大会批准后方能实施补偿。（三）不予补偿的情形1、构成犯罪的；2、故意或重大过失引致公司重大损失的；3、严重超越股东大会授权范围的；4、明显或多次不作为并且引致公司重大损失的；5、董事的行为属于法律明确禁止之列（即本制度第11条至第13条规定情形）的；6、董事在监事会或有关部门指出其行为的违法性或违规性后仍然继续错误执行决议的；7、不符合董事任职要求的董事作出错误决议的；8、其他不予补偿的情形（如保险合同条款中约定的保险公司不予理赔的另一部分情形等）。

本文通过对董事执业风险的讨论，意在增强董事的风险管理意识，建立风险管理流程，合理避免或减少风险。以下用《项目管理的艺术：与风险博弈》中的一段话结束本文。“在项目管理中，试图规避所有风险的项目经理是庸才，他会把项目的利润耗干；而不顾一切，抱着撞大运、到时再说的项目经理是赌徒，项目失败乃至公司倒闭是迟早的事；老练的项目经理知道哪些风险可以大胆一搏，而哪些风险是输不起的。管理风险是门技术，也是门艺术，带有博弈的味道。”

（中国律师\ 8）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com