

上市公司治理中董事监督义务构造研究

马 赛

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年8月7日; 录用日期: 2023年8月29日; 发布日期: 2023年11月7日

摘 要

随着我国资本市场不断发展, 上市公司治理丑闻时有发生, 显示出我国上市公司治理仍存在诸多问题。而上市公司治理机制失灵往往会导致公司和公众投资者遭受巨大损失。我国《公司法》从创设至今已经五次修改, 将域外独立董事制度和监事会制度纳入公司治理体系, 但效果不甚理想。本次《公司法》修订重点之一是公司治理模式中股东会中心主义向董事会中心主义的转变。董事不仅需要承担经营责任, 还需要发挥监督作用, 填补公司内部监督制度上的缺位。

关键词

公司治理, 董事义务, 董事会中心, 公司内部监督

Research on the Construction of Supervisory Obligations of Directors in the Governance of Listed Companies

Sai Ma

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 7th, 2023; accepted: Aug. 29th, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

With the continuous development of China's capital market, scandals have occurred frequently in the governance of listed companies, indicating that there are still many problems in the governance of listed companies in China. The failure of the governance mechanism of listed companies often leads to huge losses for companies and public investors. Since its establishment, China's *Company Law* has been revised five times, incorporating the system of independent directors and

supervisory boards from outside the country into the corporate governance system, but the effect is not ideal. One of the key points of this revision of the *Company Law* is the shift from shareholder centrism to board centrism in the corporate governance model. Directors not only need to bear operational responsibilities, but also need to play a supervisory role to fill the gaps in the company's internal supervision system.

Keywords

Corporate Governance, Obligations of Directors, Board Centralism, Internal Supervision of the Company

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

关于法人机关职权配置与公司治理中心主义问题的讨论从未停止过。随着董事在上市公司治理中的地位不断提升,我国《公司法》(修订草案)对董事权力用概括性规定替代了列举性规定,并不再强制保留监事会这一法定监督机构,引导上市公司设置单层制治理模式。公司治理模式呈现出向董事会中心主义倾斜之势。我国上市公司董事监督义务制度的不完善使上市公司治理呈现出监督力度不足的局面。实践中,董事多数情况下代表选举他的股东的利益,成为股东的传声筒。而作为舶来品引入我国的监事会,作为法定的监督机构作用甚微,也无法对控制股东、实际控制人形成有效制约。近年来,我国上市公司治理丑闻事件频出。自“康美药业案”宣判后,各上市公司独立董事普遍产生“责任焦虑”,纷纷向公司递交辞呈。收益与责任的不匹配、履职规范和追责机制的缺失使得独立董事作为外部主体对公司进行监督的设计化为泡影。中国证监会在长期的执法实践中,不断探索并塑造董事“监督义务”的概念来引导董事履行监督职责,但其在构成内涵与适用条件上均存在模糊之处。这一方面导致裁判者出现多种裁判标准并存的局面,另一方面也导致董事产生如何履职、履什么职的困惑。董事对企业负有经营职责,其有着客观的优势与天然的条件对公司进行监督。在我国上市公司治理中引入董事监督义务,明晰董事监督义务的内涵,或能弥补当前公司内部监督体系不足,使公司走上良性之治的道路。

2. 我国上市公司治理董事监督义务困境分析

董事会系公司必设机关,董事虽由股东(大)会选举产生,但其所负义务指向整个公司。董事具有经理的任免权,在公司中体现出“承上启下”的作用,其对于公司治理的重要性不言而喻。我国现行《公司法》第147条规定了董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务,第148条对董事、高级管理人员所负义务进行列举式规定。大而全的立法表述不足以厘清忠实义务和勤勉义务边界,理论界对此也有不同认识,由此导致的后果是司法实践的混乱,公司法规范目的难以实现。

2.1. 董事监督义务的内涵模糊

董事具有忠实、勤勉义务不仅是我国《公司法》的规定,也被大多数国家所认可。实践中,董事在管理公司时经常难以把握职权边界。若凡事皆亲力亲为,既不符合实践经验,也会使董事分身乏术,降低管理效率与效果的同时也会使的公司各机关职责划分出现矛盾。面对实务中千差万别的情形,裁判者的裁判理念及依据呈现出扩张化趋势,这一趋势的弊端在证监会对上市公司进行监管时得以显现:忠实

勤勉内涵的不明导致难以对公司董事作出处罚或者作出不当处罚。2005年《公司法》修订后，勤勉义务与忠实义务共同构建起董事信义义务的规范框架，证监会开始在“勤勉尽责”概念下推导出董事责任^[1]。例如在深大通案¹中，证监会援引《上市公司信息披露管理办法》第35条，“董事应当了解并持续关注公司生产经营情况、财务状况和公司已经发生的或者可能发生的重大事件及其影响，主动调查、获取决策所需要的资料”。由此不难看出，证监会认定董事对企业不仅负有经营管理责任，还需要对企业全方位进行监督。这与美国公司法实践中所确立的“红旗信号”(red flags)标准有一定相似之处。即在有可能给公司造成重大损害的事件发生时，董事监督义务随即触发，须对此实施应对行为。但《上市公司信息披露管理办法》第35条的表述仍显宽泛，难以形成具体的裁判标准。在上市公司中各董事所承担的具体职责存在差异，在我国公司治理实践中集权化特征是常态，并非全体董事都负责企业具体的生产经营管理。依据董事身份可将董事分为内部董事与外部董事两类，其对于公司的影响力与掌控力之差异不言而喻。脱离经营管理的监督制度难免会被现实所边缘化。法律规定和公司自治实践的断层导致了我国预设的股东会、董事会、监事会的分工模式流于形式。

2.2. 董事监督义务过于苛刻

2021年4月22日，康美药业因不能清场到期债务被债权人广东揭东农村商业银行股份有限公司诉至人民法院。据判决书显示，凡在康美药业2016至2018年年报及半年报上签字确认的董事需在投资者损失损失的100%、20%、10%、5%的范围内承担连带赔偿责任。此案引出了董事在上市公司治理中的作用以及董事的权利、义务、责任之间的关系、界限应当如何划分这一现代公司治理焦点。涉案董事多以不知情、未获益、已尽勤勉义务为由进行辩解，均未得到法院支持。董事是否参与财务造假行为、是否在财务报告中签字、是否属于财务工作人员、是否参与公司日常经营管理是法院考量董事担责的主要标准。遗憾的是法院并未释明董事承担责任数额的具体计算依据，这无疑会导致上市公司董事在参与公司决议投票、签字时畏手畏脚，导致“寒蝉效应”。在“中安科”案中，证监会对董事应负监督责任的表述为：应当具备与职责相匹配的专业知识和专业水平，独立发表意见、承担责任，不能以信赖其他机构所作结论为由，请求免除其主动调查、了解并持续关注公司的生产经营情况及财务状况、确保公司所披露信息真实、准确、完整的义务²。从上述案例可以推知，裁判者在判定上市公司董事是履职是否适当时标准存在差异。从案件本身出发，会产生疑问：舞弊和侵吞公司资产的行为往往是经过精心策划的，不参与经营管理的董事是否有能力发现并阻止其发生呢？

3. 域外主要国家关于董事监督义务的构造机制

3.1. 美国董事监督制度的构造

美国在过去数十年当中对董事监督义务不断进行探索和研究。现代公司法上董事监督义务始于1961年的Lutz v. Boas案。法院认为被告董事放任公司进行无序的商业活动，对于公司相关经营事项毫不知情，缺乏对公司管理的关注，判令其对公司所遭受损害承担连带责任³。监督义务的内涵要求和判断原则在两年后的Graham v. Allis-Chalmers案中得以明确⁴。Wolcott法官认为董事应当根据对公司员工的了解进行差异化监督，在公司层面应根据实际情况建立监督体系。可见董事监督义务早已作为一项积极义务存在于董事体系义务之中。在公司治理实践和司法裁判的共同推动下，监督型董事会已成为公司治理的主流模式。董事(会)需承担企业内控体系的制定、维护及监督责任。典型的是COSO内部控制框架在安然事

¹ 《中国证监会行政处罚决定书(深大通及相关责任人员)》([2010]41号)。

² 《中国证监会行政处罚决定书(中安科股份有限公司、黄峰、邱忠成等7名责任人员)》([2019]44号)。

³ Lutz v. Boas, 171 A.2d 381 (Del. Ch. 1961)。

⁴ Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company, 188 A.2d 125 (Del. 1963)。

件爆发后成为美国上市公司的行为范本，即董事负有三项具体职责：① 确保公司财务报表信息可信；② 确保合规；③ 确保业务高效执行。《萨班斯法案》也规定纽交所上市公司需引进 COSO 内部控制框架进行公司治理。

纵观美国立法现状，法律允许董事会将经营权限下放，但同时需对业务的执行进行监督，即董事会对公司经营的监督职责不得授予他人[2]。在董事发现“值得怀疑的情形”后不采取应对措施则须承担法律责任。事实上，董事监督义务作为一项积极义务而存在于相关体系。在具体案件中，法院一般采取两要件对董事监督义务履行情况进行审查：首先，董事需要构筑并实施信息报告体系。其次，董事需要对其所建立的报告体系的实施情况进行监督。由此衍生出“红旗信号标准”和“商业判断规则”。前者强调董事遇到“异常事件”时需要有所作为，而“异常事件”的判断则需要进行个案判断，信号的来源及频度会影响董事所负义务范围。后者的核心是董事在履职过程中会涉及到诸多判断事项，假如董事依据正常商业判断而做出的行为最终导致公司利益受损，则董事不具有可责罚性。此项规则目的旨在保护董事在正当范围内行使职权而无需担心受到法律的制裁。

3.2. 日本董事监督制度的构造

日本法上，公司与董事之间属于委托关系，董事对公司负有善管注意义务，即需要对公司其他董事或者职员进行日常监督，例如是否出席公司重要会议及按时提交报告等。早期日本法上将董事分为业务执行董事与其他董事，其他董事负责监督业务执行董事，业务执行董事的监督义务指向的对象包含公司职员在内的公司业务整体，由于两者地位、职权的差异，当公司受损时其与损害结果之间的因果关系也不相同。在实践中，发生公司职员的违法行为时，董事常以“不知晓”为由进行抗辩。日本立法者也意识到要求董事对公司职员行为进行全方位监督并不可行，因此日本引入了企业内部控制体系——董事应当构筑内控体系并确保其有效运行，但负有此项义务的主体仅限规模较大且设置委员会的公司。与此同时，日本《公司法实施规则》第 100 条规定了构建内控体系的类别，包括合规体系、信息保管体系、风险危机管理体系等七项[3]。至此，董事监督义务与风险管理体系的构筑义务相结合。日本法上判断董事监督义务履行与否的关键在于审查董事是否构建了公司内部监督检视机制、是否使该机制有效运作等[4]。此外，法院在对体系进行审查时也会运用商业判断规则。董事在作出决策时所面对的商业情况千差万别，对此，法院会在尊重董事自主经营裁判权的基础上，考量董事是否已尽善管义务。例如对于公司的非执行董事，即使穷尽其所能尽之方法，仍无法阻止违法行为发生的可能性。

4. 我国上市公司董事监督义务的完善

4.1. 确立上市公司董事监督义务及相应责任

从美国、日本两国公司治理发展经验来看，监督义务系董事工作的应有之义。近些年来我国 A 股市场因信息披露不实受到处罚的企业不在少数。构建切实有效的公司治理体制需从实际场景出发。以往我国通过设立监事会这一专职来监督企业经营的效果甚微，董事的身份和地位决定了监督职能在客观上只能由董事会承担。建议将董事监督义务纳入董事体系义务范围，董事应当对业务经营负有相应的监督义务，并明确监督职权不得进行授权、委托。另外，从我国长期形成的公司治理环境来看，董事会实质上大多是控股股东或者控制股东的代言人，董事长对于董事会的影响深远，我国现行《公司法》中仅在第 147 条笼统规定董事负有忠实义务和勤勉义务显然不足以起到指引和规范作用。有学者认为，董事监督义务的免责事由应当区分为事先的义务和事后的义务。前者对董事的要求是基于其身份特征，建立内控监督的体系并促使体制有效运行。后者类似于美国的“红旗信号”标准，即在有重大事项发生时，董事应采取相应行动对重大事项进行识别、确认及应对。如此考量的益处在于能够从实质上而非形式上对董

事进行综合性评价,做到权责一致,奖罚相当。另一方面,也是鼓励董事在日常履职过程中有意识的留下行为轨迹和书面证据。建议对董事监督义务进行划分。公司董事均有义务构建合规体系,负责经营管理的董事负有主动识别风险的义务,其他董事负有被动识别的义务。建议立法对公司董事长、总经理、财务负责人等特殊身份人员进行专门规定,设置高于一般董事的监督义务。在具体内容的构建上,可以参考美国和日本的立法及实践经验。董事义务的核心是推动机制的建立以及实施监督行为。机制建立主要包括建立上市公司的信息收集与传递,推动公司合规、内控机制的建立,使公司的商业运行符合国家法律、法规等。监督行为主要包括对于前述机制的日常监督,以及易导致特别风险发生的领域,如公司重大关联交易等进行专项监督。

4.2. 明确监督义务的适用条件及免责事由

从美、日经验来看,裁判者考察董事是否已尽监督义务需要结合个案的具体情况,而非仅因其具有董事身份实行无差别对待。对董事监督义务范围框定过窄无法起到震慑作用,对范围框定过宽,意味着对董事所做任何商业决策都进行司法审查,显然也不利于企业发展。故应当对董事监督义务的责任认定依据具体不同董事的身份和职权进行精细化考虑,设定符合实际情况的免责事由。在“南京中北案”中⁵,董事因积极参与董事会议、审慎发表意见、否决经营层提出的不成熟的投资决策以及发现公司资金出现问题后立即质询管理人员等监督行为而被证监会免于处罚。但此类董事“成功免责”的案例却少之又少。正因为董事无法做到对上市公司的各方面都做到充分了解,司法审查时应当结合实质行为来评判董事履职是否合格,如简单的按照一定比例判定则董事监督义务最后可能变成简单的结果责任。例如对独立董事与非独立董事进行责任区分。根据《上市公司独立董事履职指引》的规定,我国对独立董事履职要求相对较低,有限的工作时间和身份的特殊性决定了其在推动公司监督体系的作用是有限的,不应对其规定过高要求。同前文所述,董事监督义务免责事由应建立在事前推动机制设计、运行以及事后进行风险应对之上。前者如董事基于身份积极参与董事会会议并基于自身技能和经验提出看法,尽力促进公司监督体系运转、维护内部控制,关注公司重大风险领域等行为;后者如在发生公司重大风险时立即向公司或相应监管机构汇报,聘请会计师事务所进行审计等。

5. 结语

综上,随着公司治理水平的不断发展,董事负有监督责任已逐渐成为各国的共识,不少公司更是将监督职能放在董事责任之首。立法应当明确董事监督义务的内涵及边界,引导公司构建完善的制度体系。在认定董事责任的问题上,亟需改变董事会责任连坐的追责观念^[5]。注重董事履职过程的实质而非只看重不利结果。妥当设定董事的免责事由,最大程度上保持公司治理的高效性,发挥董事在公司经营中的中流砥柱作用。

参考文献

- [1] 吕成龙. 上市公司董事监督义务的制度构建[J]. 环球法律评论, 2021, 43(2): 87-101.
- [2] 邓峰. 代议制的公司: 中国公司治理中的权力和责任[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 30.
- [3] 梁爽. 内部控制机制的法律化路径——以日本法上董事内部控制义务为视角[J]. 金融法苑, 2015(1): 56-73.
- [4] 近藤光男, 主编. 最新日本公司法[M]. 梁爽, 译. 北京: 法律出版社, 2016: 192.
- [5] 赵旭东. 中国公司治理制度的困境与出路[J]. 现代法学, 2021, 43(2): 89-105.

⁵ 《中国证监会行政处罚决定书(南京中北、郭试平等7名责任人员)》([2010] 10号)。