

中国式监事会: 安于何处, 去向何方?

——国际比较视野下的再审视

郭 雳*

摘 要: 在我国公司治理体系下, 监事会的表现堪称失败。理论上均衡周到的安排实践中却饱受批评, 被指形同虚设。作为该项机制的主要形成国和主要继受国, 德国与日本提供了很好的参照系, 特别是后者在 2002 年、2014 年两次修法集中展现了制度变迁、现实考量及利益博弈。通过细致比对, 中国式监事会貌合而神离, 其失灵主要源于: 其一, 移植时对制度背景因素的遗失或忽视; 其二, 立法中过多诉求造成的迷失。此外, 我国公司普遍存在的控制权特征也具有制约作用。监事会改革的出路在于简化功能, 确立更加单纯而切实的定位。允许公司进行模式选择的做法, 也可以被考虑。

关键词: 监事会 公司治理 独立董事 职工保护和参与 公司法修改

全球不少地区在其公司架构中都设有监事会(board of supervisors), 例如德国(Aufsichtsrat)、⁽¹⁾ 日本(监查役会)。⁽²⁾ 当然, “监事会”这一相近称谓下的制度内涵却不尽相同。在没有类似机制的国家如美国, 亦有学者称赞监事会的设计区分了监察和执行、监督者(监事) 和被监督者(董事和经理)。⁽³⁾ 遗憾的是, 监事会在我国公司治理中的实际效用发挥整体上乏善可陈, 常遭受边缘化、质疑嘲笑甚而应被取消之议。本文拟结合相关最新发展, 对中国、德国和日本监事会制度进行比较, 审视这项机制在我国的失败之源, 呼吁公司法界对其存废改良加强认识和讨论。本文集中关注上市公司的监事会。

一、规则界域的我国上市公司监事会

我国《公司法》第 117 条第 1 款规定“股份有限公司设监事会”。根据相关条文要求, 监事会是指依法产生, 应向全体股东负责, 对董事、经理层等经营管理行为及公司财务进行监督, 维护公司及股东合法权益的法定常设机构。⁽⁴⁾

* 北京大学法学院教授, 法学博士。在本文写作中, Klaus Hopt 教授、Rüdiger Veil 教授、神田秀树教授、金建植教授、高旭军教授、习超教授提出了宝贵意见, 松尾刚行、孙天驰同学提供了出色的研究助理工作, 笔者在此一并致谢。

(1) 德国《股份公司法》(Aktiengesetz) 第 95 条规定, “监事会由三名成员组成。章程可增加成员人数。该人数应为三的倍数”, 并以资本金为标准具体规定了不同规模公司所设监事的最大人数。

(2) 日本《公司法》(株式会社法) 第 390 条规定 “监事会由全体监事组成。”如下文所述, 虽然为方便起见日文中的“监查役”常被译为监事, 但其与我国法律所指实有不同。

(3) Cherie J. Owen, *Board Games: Germany's Monopoly on the Two-Tier System of Corporate Governance and Why the Post-Enron United States Would Benefit from Its Adoption*, 22 Penn St. Int'l L. Rev. 167, 184 (2003).

(4) 李建伟《公司法学》, 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 329 页; 赵振华《公司法》, 法律出版社 2010 年版, 第 150-153 页。

(一) 结构、特征和功能

中国式公司监事会属于委员会型, 由三名以上监事组成。监事会每六个月至少召开一次会议, 监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会主席由全体监事过半数选举产生。监事会权能罗列不少,⁽⁵⁾ 但主要与对董事、高级管理人员运营公司及财务状况进行监管有关。

董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为三年。监事任期届满, 可以连选连任。值得注意的是, 中国采用职工监事制度。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表, 其中职工代表的比例不得低于 1/3, 具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事可以列席董事会会议, 并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会发现公司经营情况异常, 可以进行调查; 必要时, 可以聘请会计师事务所等协助其工作, 费用由公司承担。监事对公司负有忠实义务和勤勉义务。监事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。

(二) 监管部门与交易所的进一步要求

证券市场监管者——中国证监会出台了公司治理准则和指导意见, 以指导上市公司设立和维持高标准的公司治理, 其中一部分与监事会相关。《上市公司治理准则》(以下简称“《治理准则》”)第 4 章规定了监事会的责任、构成和会议规则, 其中第 64 条要求监事具有法律、会计等方面的专业知识或工作经验, 使其人员和结构能够独立有效地行使对董事、高管及公司财务的监督和检查。《治理准则》还规定了监事知情权和监事会发现上市公司违反法律、法规或公司章程行为时的报告义务。此外, 《上市公司股东大会规则》第 8-12 条、第 27 条详细规定了监事会召开特别股东大会的特殊程序。《上市公司章程指引》第 7 章规定了关于监事会章程的内容。《关于提高上市公司质量的意见》等对于监事会也有涉及。

与此同时, 上海证券交易所颁布《上海证券交易所上市公司治理指引》, 其中第 4 章与监事会有关。第 28 条规定公司可以任命独立监事, 公务员不能成为监事。第 32 条规定监事应公开和公司的利益冲突, 此外一个人“不能过多担任上市公司董事或者监事”。《上海证券交易所上市公司监事会议事示范规则》、《上海证券交易所上市公司内部控制指引》对于监事会的议事程序及其在公司内控中的角色作了特别规定。深圳证券交易所亦有类似安排。

(三) 公司治理中的其他相关机制

除监事会外, 我国还有其他一些公司治理机构, 尤其是董事会和股东大会。中国采取的是单层二元委员会结构, 监事会和董事会均由股东大会选举而产生。⁽⁶⁾

董事会是公司的常设机构, 由股东大会选举的董事组成, 代表公司并行使管理职权。⁽⁷⁾ 值得注意的是, 尽管董事(特别是内部董事)是监事会监查的对象, 由董事组成的董事会也监督董事和经理的公司运营。

独立董事常常是与监事会相伴的话题。2001 年, 证监会颁布《关于在上市公司建立独立董事制

(5) 参见我国《公司法》第 118 条、第 53 条、第 54 条。

(6) 范健、王建文《公司法》, 法律出版社 2011 年版, 第 375 页。

(7) 甘培忠《企业与公司法学》, 北京大学出版社 2014 年版, 第 220 页。

度的指导意见》,独立董事这一英美式的公司治理机制随后被引入我国《公司法》,并且中国并未舍旧纳新,而是在保留监事会的同时增加了独立董事制度。独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务,维护公司整体利益,尤其要关注中小股东的合法权益不受侵害。

独立董事制度在我国实施的效果并不太好。⁽⁸⁾ 常见的批评包括,独董的人选确定和产生机制受董事会、大股东影响极大,其独立性受到质疑。独立董事们并未展现出《指导意见》所要求的专业能力,也不总是有足够的时间和精力来履行职责。又如作为公司外部人员,独立董事通常没有机会获得第一手信息,而要依赖于内部董事和经理。⁽⁹⁾ 对此失望之余,一些学者提出应当废除设立独立董事的强制要求。⁽¹⁰⁾

与此相关的还有董事会下的审计委员会,它同样体现了美国式的公司治理。审计委员会是董事会内设的专业委员会,大部分由独立董事组成,主要负责监督信息公开、会计信息质量、内部审计和外部独立审计。⁽¹¹⁾ 《治理准则》第52条允许上市公司的董事会设立专业委员会,如审计委员会,并要求独立董事在其中应占多数并担任召集人,且审计委员会中至少应有一名独董是会计专业人士。

会计审计的确经常与监督发生联系。除了内部人的监查之外还有外部人的监查。根据中国《公司法》规定,公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告,并依法经会计师事务所审计。公司会计审计制度被认为有利于提高公司的运作水平。⁽¹²⁾

最后,股东派生诉讼为中小股东提供了监督董事和经理的途径。然而到2013年,实践中只出现过约80起派生诉讼,⁽¹³⁾ 而且大部分是针对中小企业的。此外,根据中国《公司法》第151条,股东派生起诉董事、高管可以向监事会书面请求,但没有明确允许监事会代表公司起诉。实际上,也几乎没有监事会直接主动起诉董事的。较早前的规则中曾规定有这一职权,⁽¹⁴⁾ 但在《公司法》制定过程中被取消了。⁽¹⁵⁾

二、围绕监事会的理论和实践批判

总体而言,中国学界给予监事会实际运行的评价很低。这些批评包括“形同虚设的状况”,⁽¹⁶⁾ “最尴尬的机构”,⁽¹⁷⁾ “有的公司将监事会搞成养老院”,⁽¹⁸⁾ 等等。同时,也有实证研究证明监事会的失效,⁽¹⁹⁾ 以及监事会不能发挥监督公司会计信息质量的作用。⁽²⁰⁾ 案例研究亦发现,在董事、经理损害

(8) Donald C. Clarke, *The Independent Director in Chinese Corporate Governance*, 31 Del. J. Corp. L. 125 (2006).

(9) 方流芳“独立董事在中国:假设和现实”,载《政法论坛》2008年第5期,第113页。

(10) 张昊“构建监事会与独立董事关系的法律问题研究”,载《哈尔滨商业大学学报》(社会科学版)2010年第3期,第111页。

(11) 参见《上海证券交易所上市公司内部控制指引》第17条“审计委员会职能”。

(12) 同注6引书,第437页。

(13) 张瀚文“我国股东代表诉讼的法律实证研究”,载《南方金融》2013年第7期,第85页。

(14) 原国家体改委《股份有限公司规范意见》(1992年)第65条第1款第6项规定,监事会的职责之一是“代表公司与董事交涉或对董事起诉”。

(15) 官晋东、冀蓓红“公司治理结构弊端之监事会制度的完善”,载《法律适用》2005年第11期,第94页。

(16) 李建伟:同注4引书,第331页。

(17) 李建伟:同注4引书,第331页。另见金亮“我国上市公司监事会制度失效分析”,载《法制与社会》2010年第7期,第51页。

(18) 常健、饶常林“完善我国公司监事会制度的法律思考”,载《上海社会科学院学术季刊》2001年第3期,第142页。

(19) 袁萍、刘士余、高峰“关于中国上市公司董事会、监事会与公司业绩的研究”,载《金融研究》2006年第6期,第30页。

(20) 薛祖云、黄彤“董事会、监事会制度特征与会计信息质量”,载《财经理论与实践》2004年第4期,第88页。

公司利益, 导致破产或者清算的恶劣情形下, 监事会几乎没有发挥警示或预防的功能。⁽²¹⁾ 在晚近的一系列知名案件中(如南纺股份、万福生科、广东新大地、和云南绿大地) , 监事会也都没有发挥作用。考虑到国内研究普遍的含蓄风格, 监事会在我国如此完败的现状不免令人触目惊心。那么问题出在哪里?

(一) 监事会地位低下、资源匮乏

很多上市公司忽视监事会, 只把它当成一种摆设。根据对深圳证券交易所中小板上市的私营企业调查, 大多数公司没有监事会办公室, 一半公司认为监事会不是常设的机构而是临时机构。硬件关联着软件, 为有效地监查经理, 监事会需要拥有准确而全面的公司信息, 一个解决之道是常驻公司内部。偶尔来公司浏览经理预先准备资料的兼职监事只能获得被编辑过的(有时甚至是捏造的) 二手信息, 至少部分监事应全职进场以便更好地发挥监查功能。但事实上多数监事不是全职且没有自己的办公室。

同样缺失的还有权力。有学者提出, 中国监事会不能发挥功能的原因是中国法律未给予监事会充分的权力, 来控制并监查经理和董事。⁽²²⁾ 根据中国《公司法》第 37 条、第 53 条和第 99 条, 选举董事和监事是股东大会的权力, 而非监事会的权力。因此, 监事会应像德国那样被赋予选择和解除董事、经理的权力。如下文所述, 这种观点虽不无吸引力, 但有必要结合德国具体情况加以认识。

(二) 职工监事制度徒具其形

实践中, 很多监事是公司内部人。而由于实行职工监事制度, 1/3 以上的监事为职工。但是职工基本上是经理的下属, 所以有学者指出, “被监查的人”反而成为事实上的“监查者”,⁽²³⁾ 因为职员的升降由经理决定, 所以前者不可能充分发挥其功能。即便抛开隶属关系不谈, 当监事会和董事会成员同为内部人时, 监督职能也很可能受到影响, 独立性打上折扣, 这种情况在国有控股公司尤甚。⁽²⁴⁾

党政组织关系有时也会使情况进一步复杂化。一些公司中设立的党委会扮演着重要角色。很多高管和部分监事也是党委委员, 决策重心或发生迁移。除此之外, 由于国有控股公司中高管多数都是党员,⁽²⁵⁾ 监事的党内地位可能会影响监事会的监查效力。比如监事的党内地位比其他高管低的话, 监事会未必能充分发挥其功能。

从人力资本来分析, 监事会不能发挥功能的另一原因是很多职工监事并非法律或者会计的专业人士。而为了有效地对董事、经理进行监查, 至少部分监事应当拥有法律、会计以及其他相关领域的专业知识。目前, 监事普遍缺乏专业知识的问题比较突出。

(三) 监事缺乏适当的考核和激励机制

要对监事会进行有效的考核、激励实际上是比较困难的。设想 A 公司监事会找到 100 个问题并指示经理纠正, 而 B 公司监事会找到 10 个问题, 哪家公司的监事会做的更好? 有人认为因为找到的问题数量多, A 公司的监事会做得更好; 但也有人会说, 由于 B 公司的监事会建立并维持了好的预防

(21) 陈建军 “如何完善我国公司监事会制度”, 载《经济师》2007 年第 6 期, 第 24 页。

(22) See Jun Zhao, *Comparative Study of US and German Corporate Governance: Suggestions on the Relationship between Independent Directors and the Supervisory Board of Listed Companies in China*, 18 Mich. St. U. Coll. L. J. Int'l L. 495, 506 (2010).

(23) James H. Feinerman, *New Hope for Corporate Governance in China?* China Q. 590, 607 (2007).

(24) Yuwa Wei, *Volatility of China's Securities Markets and Corporate Governance*, 29 Suffolk Trans. L. Rev. 207, 230 (2006).

(25) Lin Zhang, *Adaptive Efficiency and the Corporate Governance of Chinese State-Controlled Listed Companies: Evidence from the Fundraising of Chinese Domestic Venture Capital*, 10 U.C. Davis Bus. L. J. 151, 162 (2010).

机制,化解那90个问题于无形。而且,或许A公司实际存在的问题有1000个,监事会只是找到了其中10%,而B公司存在的问题只有10个,监事会成功地抓住了所有问题。

另一方面,如若缺少有效的考核和激励制度,就很难让监事履行职责,发挥作用。有学者提出,为更好地给予监事激励,监事报酬要反映他们的工作量,公司股票期权也可以成为报酬的一部分。⁽²⁶⁾同时,兼具激励和约束的考虑,有学者认为,应对公司特别是国有控股公司更多地采用外派监事。⁽²⁷⁾

(四) 与独立董事关系不清、叠床架屋

从其引进伊始,独立董事与监事会制度之间的关系就备受争议。普遍的认识是,独立董事源于英美法,而监事会是大陆法上的概念,两者可能存在一些矛盾和冲突,⁽²⁸⁾而彼此职能分工不清、界限模糊,⁽²⁹⁾容易造成重叠或资源浪费。有观点认为,独立董事在“事前和事中”发挥作用,而监事会在“事后”起作用,因而两种机制可以相互协调。⁽³⁰⁾然而,这种理论上的分工配合在实践中往往难以落实,反而容易在两者之间产生扯皮推诿、搭便车的问题。

(五) 受制于高管/控股股东

当然,中国式公司治理的根本问题还在于强势的高管经理层和过度支配的控股股东。⁽³¹⁾大多数中国上市公司都存在着控股股东。⁽³²⁾私营企业中,控股股东事实上集股东权与经营权于一身,通过委派经理实施控制。因为多数的监事是由股东大会选举的,所以监事会通常在控股股东(往往也在经理)的控制下。国有控股公司中,控股股东/经理对公司运作同样影响巨大,对其违法或者不妥当之处监事会很难进行纠正。

曾有上海的一家上市公司,在爆出违规后,总经理指示监事会来解决问题。也许不应质疑高管改正错误的意愿,但科层结构式的指示径直指向监事会——高管自己的监查机构,该事例确实颇具象征意义。经理层下意识地居于监事会之上,这种做法受到了学者的批评。⁽³³⁾进而言之,监事会在我国失去功能不仅基于法定职权多寡,更在于公司治理机制各组成部分在实际地位上的不平衡。这与同为大陆法系传统的德日也存在很大不同。

三、监事会在德国的应用

与我国情况类似,德国上市公司中具有代表性的公司类型也是股份有限公司(Aktiengesellschaft),其具备独立法律人格,基本资本划分为股份,以公司资产对债权人承担责任。

(26) 冯建生、徐会志“中国上市公司独立董事与监事会并构模式探析”,载《华北电力大学学报》(社会科学版)2005年1期,第39页。

(27) 杜习奇“外派监事会开展国有资产延伸监督案例研究”,载《理论观察》2014年3期,第61页。

(28) 同注6引书,第399页。

(29) 王欣新《公司法》,中国人民大学出版社2012年版,第294页。

(30) 同注26引文,第38页。

(31) Chien-Chung Lin, *The Chinese Independent Director Mechanism under Changing Macro Political-Economic Settings: Review of Its First Decade and Two Possible Models for the Future*, 1 Am. U. Bus. L. Rev. 263, 325 (2012).

(32) Wenge Wang, *Ownership Concentration and Corporate Control of Chinese Listed Companies*, 11 US-China L. Rev. 57, 80 (2014).

(33) 同注29引书,第141页。

(一) 德国监事会的功能

德国公司治理的特征是双层委员会制度, 监事会和董事会有高低层次之分,⁽³⁴⁾ 通常由董事会代表公司, 监事会监督董事会及业务经营。⁽³⁵⁾ 监事会是公司的领导机构,⁽³⁶⁾ 每年至少要开四次会议,⁽³⁷⁾ 负责选举董事,⁽³⁸⁾ 决定董事会的运营规则、⁽³⁹⁾ 董事报酬,⁽⁴⁰⁾ 可以撤销董事任命。⁽⁴¹⁾ 另外, 董事会有义务向监事会汇报。⁽⁴²⁾

德国式监事会兼具监督和指导职能。历史上监督功能先出现, 而后监事会又获得了指导公司管理的功能。⁽⁴³⁾ 监督功能方面, 监事会需要监督对公司发展可能有重要影响的事项,⁽⁴⁴⁾ 对监事会来说这既是权利,⁽⁴⁵⁾ 也是义务。⁽⁴⁶⁾ 监事会的监督不仅包括董事管理是否合法, 也包括其管理是否合乎目的和效率。

与此同时, 监事会虽不参与公司的日常运作, 但是对于公司的重要业务, 监事会有权决定是否同意。根据章程或监事会决定, 特定种类业务只有获得监事会同意以后才能实施。⁽⁴⁷⁾ 在实践中, 这类需要经监事会同意的事项主要包括不动产交易、新建工厂、担保和贷款、设立及关闭分店等。⁽⁴⁸⁾ 根据公司治理准则 5.2, 监事会主席需要定期和董事沟通, 在公司战略、商业发展和风险管理领域提供指导意见。

(二) 职工参与

德国式监事会的最大特点是职工参与制度。具体可分为以下五种情形: (1) 适用《矿业参与决定法》的公司, 监事会由 11 名监事组成, 4 名是股东代表, 4 名是职工代表, 其余 3 名是公益代表。(2) 适用《矿业参与决定补充法》的公司, 即属于矿业康采恩的公司, 监事会由 15 名监事组成, 7 名是股东代表, 7 名是职工代表, 最后一名是公益代表。⁽⁴⁹⁾ (3) 适用《职工参与决定法》的公司。职工人数 2000 名以上的公司, 适用该法。监事人数为偶数, 根据职工数量具体设定为 12 到 20 名不等, 其中职工代表和股东代表监事等额。(4) 适用《三分之一参与决定法》的公司, 职工数量为 500 名以上未达 2000 名, 监事会人数是三的倍数, 三分之一是职工代表, 三分之二是股东代表。(5) 不设职工代表监事的公司。当职工人数未达 500 名时, 监事会没有强制性的职工参与; 另外, 如果公司大部分是直接致力于党政、学术或者艺术时, 也没有强制性职工参与。

(34) 同注 6 引书, 第 437 页。

(35) 德国《股份公司法》第 78 条第 1 款和第 111 条第 1 款。

(36) 德国《股份公司法》第 76 条第 1 款; 另见胡晓静“德国上市公司中董事会与监事会的共同作用”, 载《当代法学》2008 年 3 期, 第 125 页。

(37) 德国《股份公司法》第 110 条。

(38) 德国《股份公司法》第 84 条第 1 款。

(39) 德国《股份公司法》第 77 条第 2 款。

(40) 德国《股份公司法》第 87 条第 1 款。

(41) 德国《股份法》第 84 条第 3 款。

(42) 周梅“论监事会的信息获取请求权”, 载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版) 2013 年 4 期, 第 27-28 页。

(43) 新山雄三:《ドイツ監査役会制度の生成と意義》, 日本商事法務研究会 1999 版。

(44) Wernhard Möschel:《ドイツ株式法》, 日本信山社 2011 年版, 第 74 页。

(45) 德国《股份公司法》第 111 条第 2 款。

(46) 德国《股份公司法》第 171 条第 1 款。

(47) 德国《股份公司法》第 111 条第 4 款。

(48) 高桥英治:《ドイツ会社法概説》, 日本有斐阁 2012 年版, 第 165 页。

(49) 在大型矿业康采恩的公司, 监事会由 21 名成员组成。

在多数情况下,监事会中股东代表监事和职工代表监事的意见是一致的,但是也有例外。⁽⁵⁰⁾ 如果股东代表监事和职工代表监事出现意见分歧的话,可以投第二次票而作出决定。⁽⁵¹⁾ 在强调职工参与、共同决策的理念下,监事会扮演着关键角色,一方面给了工会、职工委员会信息传递、意见表达的渠道,另一方面还能切实监督制衡董事、高管,包括解职表现不佳的经理。⁽⁵²⁾ 简而言之,德国式公司治理中监事会发挥了持续有效监督和确保职工利益的功能。⁽⁵³⁾

四、监事会在日本的制度演进与利益博弈

目前日本公司治理的特色是允许企业在这套方案中任选一种。根据2014年修改后的法律,日本的上市公司有三种选择:⁽⁵⁴⁾ (1) 单层双会模式(传统模式),公司设有董事会(取締役会)和监事会(監査役会),均由股东大会选举。(2) 单层委员会模式(美国模式),即公司只设董事会,没有监事会。董事会内部设置三个委员会:审计委员会(監査委员会)、报酬委员会及提名委员会(指名委员会),每个委员会的大多数成员由独立董事组成,股东大会选举董事。(3) 最新的混合模式,即公司不设监事会,董事会下设立名为“审计等委员会(監査等委员会,ASC)”的特殊委员会。

历史上看,日本的监事会制度最初是从德国和法国引进的。⁽⁵⁵⁾ 此后到1950年代,监事会拥有非常大的监查职权,不仅监查董事行为的合法性,也监查董事运作的适当性。⁽⁵⁶⁾ 二战后,受美军占领和美国法律的影响,日本公司法经历修改,监事会被认为没有那么必要。⁽⁵⁷⁾ 于是监事们被剥夺了监查经理行为的职权,而仅保留会计审计职权,⁽⁵⁸⁾ 然而会计审计本来是外部会计师的工作,可以说当时监事制度被视为是一项临时制度,未来注定会被废除。⁽⁵⁹⁾ 但是随后上市公司的会计丑闻表明董事会的监查力量明显不足,因此1979年日本立法者决定恢复监事监查经理行为的权力。⁽⁶⁰⁾ 2002年的公司法改革中,美国模式被引进,为日本公司提供了第二种选择。⁽⁶¹⁾ 最近2014年日本法律再次修改,引进了第三种选择——混合模式。此外,日本如今实际上强制要求上述三种模式的上市公司均设独立董事。⁽⁶²⁾

(一) 传统模式

传统模式下的日本监事会与中国的较为相似。董事特别是内部董事负责日常活动,重要事务由

(50) Dieter Sadowski et al., *The German Model of Corporate and Labor Governance*, 22 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 33, 38 (2000).

(51) 《职工参与决定法》第27、28条。See also Thomas J. Andre, Jr., *Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards*, 70 Tul. L. Rev. 1819, 1826-1827 (1995-1996).

(52) Steven N. Kaplan, *Top Executives, Turnover and Firm Performance in Germany*, 10 J. L. Econ. & Org. 142, 148-155 (1994).

(53) David Charny, *The German Corporate Governance System*, Colum. Bus. L. Rev. 145, 159 (1998).

(54) 江头宪治郎《股份公司法(株式会社法)》,日本有斐阁2015年版,第376页。值得注意,对小公司来说还有其他选择,如不设监事会而只设一两名监事等,但实践中其很少出现在上市公司。

(55) 山村忠平《監査役制度の生成と発展》,日本国际书院1997年版,第60-61页。

(56) 同注55引书,第79-80页。

(57) 滨田道代《日本会社法の歴史的展開》,日本商事法务研究会1992年版,第218页。

(58) 同注55引书,第66-68页。

(59) 松中学“監査役の身份危機”,载《商事法务1957号》(2012),第5页。

(60) 同注59引书,第9页;同注55引书,第80页。

(61) 同注54引书,第548页。

(62) Gen Goto, *The Outline for the Companies Law Reform in Japan and Its Implications*, 35 ZJAPNR / J. JAPAN. L. 14, 17 (2013).

董事会决定。设立董事会的公司有三名以上的监事, 大部分为独立监事(社外监查役)。⁽⁶³⁾ 监事的主要权责是监查董事的运作。⁽⁶⁴⁾ 当监事发现违法行为时, 他们应向董事(会) 汇报。⁽⁶⁵⁾ 如果董事的行为可能造成公司的实质损害, 监事可以请求法院制止董事的行为。⁽⁶⁶⁾

日本公司的监事现在基本上只有监查董事行为是否合法的功能。⁽⁶⁷⁾ 至于董事行为是否适当, 监事不能监查。一般来说, 适当性要由董事会决定, 但是如果不当性超出一定程度, 可能违反董事的勤勉义务, 那么在此种意义上监事也可以监查董事行为是否明显不当。⁽⁶⁸⁾ 譬如公司建厂购买不动产, 价格适当性不是监事会监查的, 可是如果价格太贵可能导致违反董事勤勉义务的, 监事就可以监查。监事有权调查, 要求董事和员工报告公司财产情况。⁽⁶⁹⁾ 另外, 监事应当参加董事会, 并且可以陈述自己的意见。⁽⁷⁰⁾

日本监事会的特点之一是每位监事均享受上述的所有权力。少数派监事甚至单一监事(不管多数派监事或者监事会是否支持他/她) 均可监查经理的行为, 向董事会报告, 甚至请求法院停止经理的行为。因此, 监事会只是一个信息、专业知识和经验分享的平台。⁽⁷¹⁾

与中、德两国不同, 日本的监事会没有职工代表。日本法律规定职工不能同时成为监事。⁽⁷²⁾ 日本的监事会由三名以上监事组成, 成员过半数为独立监事。⁽⁷³⁾ 事实上, 2014 年修法时, 工会提倡日本要引进职工监事制度, 但是基于以下原因未被立法者接受:⁽⁷⁴⁾ (1) 职工处于董事和经理的控制之下, 彼此在一个团队中合作, 而监事会要监查董事和经理的运作, 所以如果职工作为监事会的成员, 意味着被监查者参加监查, 可能导致监查无效或者无意义。(2) 一般来说内部监事以前是该公司的职工。那么, 至少一名监事已是职工可以信赖的前员工。⁽⁷⁵⁾

与此相关, 日本公司的独立监事有着不同背景, 但许多是会计师、律师或者其他专业人士。⁽⁷⁶⁾ 因为监事会要监查很多事项, 通常会指定一名或多名常设监事, 每天上班, 负责日常监查。⁽⁷⁷⁾ 同时, 为确保监事会的有效监查, 帮助人员是必要的。一半左右的上市公司设有监事会帮助人员, 平均人数为 1.93 名。⁽⁷⁸⁾ 帮助人员是公司职员, 由公司支付薪酬, 但要听从监事的指示。此外, 如果监事需要雇佣

(63) 日本《公司法》第 335 条第 3 款。

(64) 日本《公司法》第 381 条第 1 款规定“监事监督董事(设置外聘会计公司的, 为董事及外聘会计) 执行职务。此时, 监事须依法务省令的规定作成审计报告。”

(65) 日本《公司法》第 382 条。

(66) 日本《公司法》第 385 条第 1 款。

(67) 同注 54 引书, 第 523 页。

(68) 同注 54 引书, 第 524 页。

(69) 同注 54 引书, 第 525 页。

(70) 日本《公司法》第 383 条第 1 款。

(71) 同注 54 引书, 第 532 页。

(72) 日本《公司法》第 335 条第 2 款。

(73) 同注 54 引书, 第 541 页。

(74) 参见 <http://www.moj.go.jp/content/000049083.pdf>, <http://www.moj.go.jp/content/000054772.pdf>, <http://www.moj.go.jp/content/000072741.pdf>。

(75) 提倡职工监事制度的部分学者认为, 职工会更放心地与职工监事交流, 向他们举报。同理, 假如已经存在职工可以信赖的监事, 则不再那么需要职工监事。See Goto, *supra* note 62, at 31.

(76) 根据 2015 年日本监事协会的调查, 上市公司 21.7% 的独立监事是律师, 20.9% 是会计师或者税务专家, 这些专业人士占独立监事背景的最大部分, 此外 3% 是教授。

(77) 经营法友会会社法研究会《监事指南(监查役ガイドブック) 第 3 版》, 商事法务 2015 年版, 第 14 页。

(78) 同注 77 引书, 第 14 页。

专业人士(如会计或者律师),该费用也由公司承担。⁽⁷⁹⁾

(二) 美国模式

美国模式与美国上市公司的公司治理架构基本相同。采取美国模式的日本公司不设监事会,重要决定由董事会下设的委员会作出,这些委员会成员半数以上是独立董事。董事会的角色在于监查经理,日常运作则委托给后者。因为易于理解,美国模式得到了在日本的很多外国投资者的青睐。⁽⁸⁰⁾当然,美国模式在日本仅有十几年历史。⁽⁸¹⁾其被引进的初衷是通过赋予公司选择自由,日本公司会选择最适合本身情况的制度。⁽⁸²⁾然而实践中美国模式未被大量采用,日本有约4000家上市公司,只有100家左右采用美国模式,⁽⁸³⁾最近这一数量还有所下降。⁽⁸⁴⁾

日本公司普遍排斥美国模式事出有因。该模式下,董事提名和高管薪酬主要通过董事会提名委员会和薪酬委员会决定,为此需要说服占委员会多数的外部董事。而历史上,日本公司总经理的权力来源就是人力资源管理和报酬管理,引进美国模式意味着剥夺或削弱此权力。总经理不希望失去提名和薪酬决定权,因此一般拒绝美国模式。⁽⁸⁵⁾对于少数采用了美国模式的国际化日本公司,这种新型公司治理曾被寄望于提升企业价值、增强透明度和遏制腐败,⁽⁸⁶⁾然而最近东芝等丑闻表明其效果未必可靠。

(三) 混合模式

近年来,安倍晋三首相推行经济改革,热切希望外国投资者购买日本上市公司的股票。但是美国及他国投资者很难理解日本传统的监事会制度,进而对日本的公司治理心存疑虑。⁽⁸⁷⁾例如,监事没有董事会的投票权,因此监事会监查是否有效值得怀疑。⁽⁸⁸⁾针对这一问题,2014年的修法允许日本公司选择混合模式,融合此前的传统模式和美国模式。

混合模式和美国模式的相似处在于,都只有董事会而没有监事会,同时重要的运作决定可以委托给内部董事(但混合模式不设首席执行官)。混合模式和传统模式的相似处在于,混合模式设立的委员会很像传统模式的监事会,⁽⁸⁹⁾被称为监查等委员会。该委员会的委员都是董事,但在股东大会选举时一般董事和监查等委员会董事是分开选举的(在这个方面和传统模式的监事选举相近)。美国模式和混合模式的最大区别是,混合模式没有强制设立的提名和薪酬委员会。传统模式公司可以选择转化为混合模式,同时保持日式总经理的人力资源管理和薪酬管理权力。此外,监查等委员会的功能

(79) 日本《公司法》第388条,另见同注77引书,第26页。

(80) 对美国公司治理架构的批评意见,可参见 Kelli A. Alces, *Beyond the Board of Directors*, 46 Wake Forest L. Rev. 783 (2011)。

(81) Takashi Araki, *Changing Employment Practices, Corporate Governance, and the Role of Labor Law in Japan*, 28 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 251, 267 (2007)。

(82) 久保利英明、菊地伸《平成14年商法改正のすべて》,商事法务2002年版,第55页。

(83) 同注54引书,第381页。

(84) 阿部泰久《立法经纬から読む会社法改正》,新日本法规2014年版,第46页。

(85) 滨边阳一郎“监查等委员会设置会社の導入によるガバナンス改革の行方”,载《青山法務研究論集》2014年第9期,第17页。

(86) Makoto Toda & William McCarty, *Corporate Governance Changes in the Two Largest Economies: What's Happening in the U. S. and Japan?* 32 Syracuse J. Int'l L. & Com. 189, 205-206 (2004-2005)。

(87) 长友英资等:“グローバル社会における我が国コーポレート・ガバナンスの展望”,载《月刊監事》586号(2011),第6页。

(88) Bruce A. Aronson, *The Olympus Scandal and Corporate Governance Reform: Can Japan Find a Middle Ground between the Board Monitoring Model and Management Model?* 30 UCLA Pac. Basin L. J. 93, 140 (2012)。

(89) 混合模式的监查等委员会和美国模式的审计委员会非常相似,但前者还有权就董事提名和报酬向股东大会提出意见,从这个意义上讲,监查等委员会职权比美国模式的审计委员会略大一点。

与监事会近似, 原来的监事可以被提名为监查等委员会委员。通过采用混合模式, 把监事会转移到监查等委员会, 以前的独立监事变成了独立董事, 从而更容易被外国投资者所接受和认同。已经有近 300 家日本上市公司公开表达了想要转化为混合模式的意愿。⁽⁹⁰⁾

(四) 模式间博弈

目前绝大多数日本上市公司仍采用传统模式, 但其很难吸引外国人投资。同时, 日本公司常见的内部均衡制度由董事会构建, 通过总经理指导之下的员工维持; 相对而言, 作为董事会指挥系统之外的机构, 监事会比较难以嵌入内部均衡制度。⁽⁹¹⁾ 有学者批评指出, 为提高监事的监查效果, 其应当作为董事来实施监查, 在这方面日本的监事面临强烈的身份认同危机。⁽⁹²⁾

就此而言, 混合模式颇具吸引力, 因为监查等委员会委员也是董事。而对日本公司来说, 混合模式比美国模式更容易接受, 例如其更平稳地解决了人力资源和报酬权力的问题。但也必须指出, 美国模式和混合模式面临一个共同难题。在这两种模式下, 董事会的工作重心分别是监查首席执行官(美国模式)和内部董事(混合模式)。这意味着许多在传统模式下由董事会决定的重要运营决策, 在美国模式和混合模式下是委托给总经理的, 因此总经理的权力可能比传统模式下大。特别是因为混合模式下总经理还保有人力资源和薪酬决定权力, 这可能意味着在混合模式下总经理的权力将可能是最大的。

五、进一步的比较与借鉴

(一) 中国与德国

中、德两国公司法中的共同点是都设有职工监事。有学者认为, 职工参与是职工民主管理的一种方法;⁽⁹³⁾ 在坚持中国特色社会主义的前提下, 职工监事是项好的制度。⁽⁹⁴⁾ 然而如前所述, 由于不能独立于经理, 包括职工监事在内的内部监事饱受尖锐批评, 因此中国必须考虑如何加强职工监事的独立性。一个思路是由更高层次(如市/省总工会)的工会成员或派员而非本公司职工来担任职工监事。当然无论谁担任, 只要强力经理/控股股东存在, 只要监事的专业能力不足, 其功能的发挥就将受到很大的限制。

两者之间一个比较大的区别在于德国法中的监事会和董事会有高低差异, 中国法中则没有。简单来说中国公司的监事会比德国的弱。一部分学者提倡通过借鉴德国法来强化中国式监事会的权力,⁽⁹⁵⁾ 如否决重要决策的权力、⁽⁹⁶⁾ 知情权, 或者选举和解除董事。⁽⁹⁷⁾ 然而, 控股股东、强势经理(董事)的结构性矛盾仍在, 因为大部分监事要由股东选举产生, 监事会依然很难如愿行使新权力。

(90) 参见 <http://blog.livedoor.jp/kawailawjapan/archives/7846387.html>。

(91) 同注 59 引文, 第 6 页。

(92) 同注 59 引文, 第 8 页。

(93) Chao Xi, *In Search of an Effective Monitoring Board Model: Board Reforms and the Political Economy of Corporate Law in China*, 22 Conn. J. Int'l L. 1, 43 (2006)。

(94) 李胜利“独立董事还是监事会”, 载《生产力研究》2005 年 7 期, 第 158 页。

(95) 周梅“德国监事会制度的最新发展及对中国监事会发展的启示”, 载《中德法学论坛》2009 年 1 期, 第 102 页。

(96) 曹杰、李爱兰“论我国独立董事制度与监事会制度之冲突及选择”, 载《法制与社会》2010 年 10 期, 第 49 页。

(97) 叶成朋“公司监事会制度之完善”, 载《商场现代化》2011 年 6 期, 第 28 页。

此外,一些技术性改进包括借鉴德国做法,明确限制一个自然人担任监事的公司家数,目前对于独立董事存在类似要求,⁽⁹⁸⁾上海证券交易所也要求监事在就职前应就其是否有足够的时间和精力履行职责向监事会和董事会作出声明。这有助于确保监事有更多的时间和精力履行其职权,特别是在更多律师、会计师等专业人士担任独立监事的情况下。德国的其他某些做法,如由持股银行来选派监事会成员进行监督,目前在我国受限于《商业银行法》第43条金融与实业分离的规定,基本难以借鉴。

(二) 中国和日本

比较之前,必须指出的是日本的终生雇佣机制。⁽⁹⁹⁾多数日本上市公司的管理层均出身于自身员工,大学毕业以后就一直在该公司工作并最终升职到经理。他们视自己为公司的第一利益关系人,制约着股东行使控制权。⁽¹⁰⁰⁾在日本,至少对于很多上市公司,强势控股股东不是大问题。此外,就传统模式而言,日、中两国在独立董事和监事会制度并存方面是一致的,日本的基本思路是让两者尽可能协调和沟通,这和部分中国学者的主张一致。⁽¹⁰¹⁾

围绕监事会制度,两国存在若干差异及可资借鉴之处:

第一,虽然中国法律未禁止独立监事,但也没有强制要求设立。如前所述,40%以上的日本独立监事是会计师或律师,而在中国目前监事大部分是不具备专业知识的内部人。有学者提出,中国应引进独立监事制度,⁽¹⁰²⁾特别是增加有专业能力的监事。当然,对候选人的审慎选择和合理报酬是其发挥作用的前提,要确保他们有足够的的时间和动力来有效监查。此外关于监事教育,日本监事委员会(监查役委员会)提供有监事培训,中国亦可考虑引进由协会等机构提供的更加系统的专业培训。

第二,中国式监事会采取委员会制和决议行动,而日本则给每位监事个人充分的权力监查经理。这意味着,如果监事会在某个问题上不能达成一致,日本的监事可以个人身份行使自己的权力防止公司受损。有建议给予中国的监事更大的个人权力,⁽¹⁰³⁾当然在赋权坚持正确意见的少数派监事的同时,也有必要设置合理机制防止个别监事滥用其权力。

第三,一般而言,日本法给予监事更多的权力。我国可以考虑引进的做法包括:提名监事候选人时的监事同意权、限制董事会或者经理决定监事报酬的职权,此外可明确给予监事会将董事或经理诉至法院的权力,以制止可能损害公司利益的行为。可以进一步强化的还有监事知情权。在日本混合模式中,监查等委员会有权向股东提出关于董事候选人的意见,这或可视为是中国和德国制度的折中。我国也有学者提出,应将董事的提名及考核权赋予监事会,以使监督更有效力。⁽¹⁰⁴⁾

第四,日本监事会拥有常设监事和平均约两个帮助人员(在设立帮助人员制度的公司)。中国在

(98) 中国上市公司协会2004年出台的《上市公司独立董事履职指引》第5条第2款规定“独立董事应当确保有足够的时间和精力有效履行职责,原则上最多在五家上市公司兼任独立董事。”

(99) Ronald Dore, *Papers on Employees and Corporate Governance*, 22 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 159, 168-169 (2000-2001).

(100) John O. Haley, *Heisei Renewal or Heisei Transformation: Are Legal Reforms Really Changing Japan?* 19 J. Japanese L. 5, 13 (2005).

(101) Yonghui You, *Coordination and Perfection between Independent Director and Supervisor's Council*, 1 J. Pol. & L. 61, 63 (2008). 另见吴小评“关于独立董事与监事会功能整合的再思考——兼与日本比较”,载《黑龙江社会科学》2010年5期,第144页;田玮:“关于我国上市公司监事会与独立董事制度协调发展的探讨”,载《法制博览》2015年4期,第61页。

(102) 郑雄“完善公司监事会制度之思考”,载《怀化学院学报》2008年10期,第44页。

(103) 刘家胜“我国上市公司监事会功能保障完善对策探究”,载《淮海工学院学报》(社会科学版)2009年3期,第45页。

(104) 杨队赴“浅论国有企业监事会的地位和作用”,载《中国市场》2014年8期,第59页。

加强监事会时, 可以考虑引进常设监事⁽¹⁰⁵⁾ 以及帮助人员。⁽¹⁰⁶⁾ 同样, 在此之前应进行成本收益分析。

第五, 中国的上市公司不能像日本的那样自主选择公司的治理模式。因为每家公司的情况不同, 最合适的公司治理也不一样, 因此有学者建议中国引入模式间的选择和竞争。⁽¹⁰⁷⁾ 不过, 相应地, 允许多种模式并存可能会导致市场的混乱, 至少是在初期一段时间内。

最后, 日本允许公司决定选择传统模式、美国模式或混合模式, 最大动因在于吸引外国投资。一些公司采取美国模式或混合模式, 是希望使外国投资者更容易理解。中国的吸引外资传统上以外商直接投资为主, 但上市公司和证券市场在这方面也开始扮演越来越重要的角色。2015年5月李克强总理指出, 中国将继续坚持证券市场的开放进程。⁽¹⁰⁸⁾ 而要吸引国外投资尤其是来自英美的机构投资者, 比较直接的办法就是复制/模拟出一个其熟悉的公司治理场景。当然, 正如独立董事制度在许多移植国家的失败经历所展示, 当外国投资者发现改革只是形式, 新模式形似而实非, 投资将不再增加, 甚而会流失。⁽¹⁰⁹⁾

六、反思及结论

没有人会否认当学习国外经验时, 社会文化特征和其他相关国情应被认真对待。⁽¹¹⁰⁾ 然而中国公司引进监事会制度, 一些东西却在“移植”过程中被遗失或忽视了。例如职工监事被引入, 但德国职工监事机制设立和发展的前提是非常有力的职工保护和工会。更重要的是, 各国公司治理的生成机理未得到我们的深刻理解和省思。由于日本的终身雇佣和内部拔擢传统, 经理实际上较大幅度代表了员工等内部人的利益诉求, 因此压缩了职工监事存在的必要。相应地, 监事的角色主要是由具有专业能力的外部人, 从财务监督的角度通过个体行为来呈现的。在美国, 职工利益是由工会组织和利益相关者理论所涵盖的。在公司治理架构中体现得最突出的则是外部人(独立董事)对于内部人(CEO统领的管理层)行为的监督和背书, 因为前者占据绝大多数, 这一功能于是在单层董事会下以各个委员会的形式实现。同时作为继受者, 日本积极地进行着制度尝试及改良, 晚近为了吸引外资更相继提供了多元化的制度选项。

监事会在中国的另一个失败之源在于立法者引进时因试图追求过多目标而陷入迷失和自相矛盾。考虑到大多数监事由股东大会选举产生, 监事会的目标似乎是为了全体股东利益, 《治理准则》第59条也的确提到其“为所有股东负责”。与此同时, 近年来国家对中小股东保护不断强调, 结合累积投票权等规定, 监事会和独立董事一样对此恐怕也责无旁贷。但是, 职工监事的设置又为其赋予了更多一层的使命, 而财务审查、不法行为监控等对监事能力提出了极高要求。理想状态下无所不能、与董事会均衡匹配的监事会运行起来难免顾此失彼、进退失据, 而委员会式的工作机制使原本就难以承受之重更加无处安放, 南橘北枳的命运几乎从开始就注定了的。

改革并改善中国公司的监事会机制, 应当建立在前述审思之上。一个可资讨论的思路是针对不

(105) 蒋卫军、林小红 “论我国公司监事会制度的立法缺陷及其完善”, 载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版) 2008年1期, 第38页。

(106) 李海东 “国有企业监事会如何发挥作用”, 载《中外企业家》2014年3期, 第48页。

(107) 龙卫球、李清池 “公司内部治理机制的改进”, 载《比较法研究》2005年6期, 第71页。

(108) 李克强 “稳步推进股票市场对外开放” 2015年5月27日, <http://finance.qq.com/a/20130527/002754.htm>。

(109) Donald C. Clarke, *Law without Order in Chinese Corporate Governance Institutions*, 30 Nw. J. Int'l L. & Bus. 131 (2010).

(110) Michael H. Lubetsky, *Cultural Difference and Corporate Governance*, 17 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 187, 206 (2008).

同性质和需求的企业,确立差异化的监事会构成和定位。例如,对于国有控股公司,监事会的中心工作可转向侧重于职工参与和保护,因为财务审计方面已经存在有董事会审计委员会、外部审计以及国资审计等多重干预,而对于其他公司,监事会则不妨更多地加强财务审计方面的影响力,突出专业化和专职化,牵住解决大股东/内部人控制问题的牛鼻子。从理论上讲,如此将监事会的定位明晰化,将有助于克服委托代理环境下的代理人自利倾向、降低其推诿懈怠的可能,⁽¹¹¹⁾ 同时也可发挥作为委员会的监事会之协商沟通的组织体功能。⁽¹¹²⁾

我国现行《公司法》对于国有公司给予了一定的特殊规定,有些即涉及到监事会,只不过其主要集中于有限责任公司。未来将国有控股公司作为一种特殊类型的公司,在《公司法》中作出涵盖有限责任公司和股份有限公司等形态的专章规定,并根据上述思路规范其监事会颇有必要,甚至可以就国有控股公司单独进行立法,彻底解除统一型《公司法》面对多种场域下各类诉求难以调和的束缚。需要说明的是,任何严肃而有意义的机制或规则革新必须依托全面的调查研究、细致的成本收益分析以及广泛深入的论证。笔者无意终结围绕我国公司监事会的讨论,也不主张轻率地一否了之或者截取某些枝节片断就急于生搬硬套地提出改良方案,而是希望认真检视以往我国制度失败的根源,在深化认知的基础上重启对其的争鸣和探索。

本文主要对三国公司法律制度进行比较,表明虽然均名为“监事会”,其实际功能和作用机理却大相径庭。德国式监事会居高临下,监督和指导董事会及管理层,强调职工参与。日本从德国引进了监事会制度,但公司治理模式正越来越受到美国的影响,其监事会体制现在面临来自其他两个选项的竞争。允许公司根据自身情况在若干基本模式中进行选择,也可以作为我国的改革思路加以考虑,同时未来中国公司的监事会设计更需要确定重点、有所取舍,假如倾向于德国体制,则职工利益保护的色彩应得到强化;假如更青睐日本做法,则常驻公司的独立外部专职监事、帮助人员、个体履职等应受到重视。

另有几点需要说明。其一如前所述,中国式监事会的无效很大程度上归因于上市公司控股股东/经理的强势。即便法律给予监事更大的权力和独立性,倘若上市公司股权结构未发生变化,监事会的功能发挥仍将受到较强的制约。其二,本文集中讨论内部制衡及其对公司治理的影响,实际上外部制衡也非常重要。⁽¹¹³⁾ 有评论认为,具有中国特色的市场经济即体现为强有力的金融市场政府监督,⁽¹¹⁴⁾ 以及政府在上市公司持股。⁽¹¹⁵⁾ 此外,德国和日本传统的以银行为中心的外部制衡机制,⁽¹¹⁶⁾ 日本的交叉持股制度等,⁽¹¹⁷⁾ 也在公司治理中发挥作用。其三,中、日、韩等东亚国家引入独立董事概念,被认为旨在获取制度的附属性利益、投国外资本所好,却不愿意放弃管理权或作出真正改变,⁽¹¹⁸⁾ 这种舍本逐

(111) Paul Redmon, *Companies and Securities Law: Commentary and Materials* (5th ed., Thompson Reuters 2009).

(112) Margaret Blair & Lynn A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 Virginia Law Review 247 (1999).

(113) Clarke, *supra* note 109, at 131.

(114) Hua Cai, *Bonding, Law Enforcement and Corporate Governance in China*, 13 Stan. J. L. Bus. & Fin. 82 (Fall 2007).

(115) Iain MacNeil, *Adaptation and Convergence in Corporate Governance: The Case of Chinese Listed Companies*, 2 J. Corp. L. Stud. 289, 339 (2002).

(116) Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan, and the United States*, 48 Stan. L. Rev. 73 (1995-1996).

(117) 郭雳“交叉持股现象的分析框架与规范思路”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2009年第4期,第67页。

(118) Bruce E. Aronson, *Changes in the Role of Lawyers and Corporate Governance in Japan — How Do We Measure Whether Legal Reform Leads to Real Change?* 8 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 223, 238 (2009).

末取巧行为所导致的功能失调已为不断出现的公司丑闻所验证,有必要在包括监事会在内的后续治理改革中加以克服。

围绕监事会,我国学界曾提出过不同主张。一些观点指应废除监事会制度,⁽¹¹⁹⁾另一些学者认为可以保留监事会,同时采用一系列手段对其加以完善。⁽¹²⁰⁾无论如何,监事必须摆脱当前行使“廉价投票权”的“名誉”地位,⁽¹²¹⁾真正承担起某种“简单但切实”的功能。在《公司法》将迎来下一轮修订之际,监事会的存废改进理应引起同仁们的重视,而更关键的前提是去除以往的遗失和迷失,为中国式监事会探寻一个相对清晰、符合国情的定位。

Revisiting the Chinese Styled Board of Supervisors: How It Gets Failed? —An International Comparative Perspective

Guo Li

Abstract: The Board of Supervisors (BOS) of Chinese listed companies is widely condemned as a failure. Though seemingly well balanced in book, it has almost never achieved its goals in practice. Drawn from a thorough comparison with Germany and Japan, this paper identifies three factors explaining such a malfunction: the misunderstanding and misplacement in transplant, the incompatible and often disoriented multiple objectives, and the prevalent control pattern of Chinese companies. The key to further reform and improve the BOS is to narrow down its focus which fits best into Chinese circumstances. It could also be considered to allow companies to choose their own corporate governance model out of several basic options, as available now in Japan.

Keywords: board of supervisors; corporate governance; independent director; employee protection and participation; revision of company law

(责任编辑: 丁洁琳)

(119) 王砚书《我国上市公司监事会统合监控模式研究》,河北人民出版社2010版,第33页。

(120) 李建伟“论我国上市公司监事会制度的完善”,载《法学》2004年第2期,第78页。

(121) 薛祖云、黄彤“董事会、监事会制度特征与会计信息质量”,载《财经理论与实践》2004年第4期,第88页。