

中国式公司内部监督机制的重构

季奎明

[提要]在新一轮中国《公司法》的修订中,内部监督机制的重构应当是一个核心的议题。公司权力配置从股东会中心向董事会中心乃至经理层中心演变的过程中,我国公司独特的股权结构令大股东滥权压制的情况十分突出,内部监督的对象应随之拓展。经过大陆法系历史流变的监事会制度和“水土不服”的英美独立董事制度在我国被并用,这实质上未得公司权力“必要分离”的思想精髓,在正当性、充要性和效率性上均显不足。建议在公司治理上采用“软父爱主义”的做法,由《公司法》分别列举规定“一元制”下独立董事和“二元制”下监事会的运行机制,敦促当事人对两种监督模式和各模式下的子项规则进行自主选择并在章程中载明。在内部监督机制的有效边界之外,来自市场的外部监督可以成为必要的补充。

[关键词]股东压制;监事会;独立董事;选择式自治;外部监督;内部监督

中图分类号:DF411.91

文献标识码:A

文章编号:1004—3926(2020)04—0067—08

基金项目:国家社会科学基金项目“民法总则对公司法的补充适用研究”(18BFX127)阶段性成果。

作者简介:季奎明,华东政法大学经济法学院教授,法学博士、博士后,研究方向:企业法、金融法。上海 201620

公司制度堪称人类经济社会中最伟大的发明之一,它大幅度推进了资本的聚集,改变了生产方式与社会结构,促成了一次次的变革。从某种意义上说,没有发达的公司制度就无法形成先进的市场机制。为了顺应时代的潮流,我国在1993年首次制定了《公司法》,开始了企业公司制改革的征程。2005年《公司法》的大幅修订使得我国的公司制度更加契合市场经济的需求,体现了从“治乱之法”转向“自治之法”的理念变迁,对于公司治理也增加了大量的规范,试图通过完善治理来提升公司绩效。然而,中国式公司治理仍有其特殊的背景与问题,其中非常突出的一个困惑便是在股权相对集中、控制人影响显著的结构下如何落实内部监督。2013年的《公司法》修改着力变革了资本制度,但并未回应公司治理中的内部监督问题,而十三届全国人大明确将《公司法》修订列入了立法规划,完善公司的内部监督机制,避免公司利益格局的失衡,理应成为一项核心内容受到充分的重视。

现行《公司法》中与内部监督相关的规定主要包括:有限责任公司与股份有限公司监事会作为公司机关的设置、监事会的构成与决议规则、监事会的职权,上市公司设置独立董事的原则性规定。董事、监事、高管共同的忠实、勤勉义务,股东会、董事会的程序规则乃至派生诉讼在一定程度上也

可以构成制约。但是,这些规定的实效难言理想。事实上,内部监督的完善并不仅仅是关乎监事会的议题,只有经过体系化的思考后明确公司的内部监督是针对谁监督,权力由何种机构行使,监督的模式如何转变,《公司法》修订才能有的放矢。

需要说明的是,国有公司中特殊的监督问题,如内外部两个监事会、国家股东缺位造成的双层委托代理等,同本文市场化的讨论语境有所偏离,甚至需要制定专门的《国有公司法》加以解决,故下文暂不涉及。

一、内部监督对象的厘定:从董事、经理层到滥权股东

股东对公司出资后取得股权,经济学上一般将股权也视为产权的一种。然而无论根据哪个国家或地区的公司法,股权都无法赋予股东对于公司事务的直接控制权,公司制度中天然蕴含着一种投资权益与经营控制的分离。正是由于公司权力被析出,然后授予股东之外具有其他身份的主体,无可避免地出现了“代理成本”问题,因此公司的内部监督是十分必要的。但是,谁才是行使公司经济权力的被监督主体,却并不那么清晰。

(一)公司内部权力格局的演化

公司机关的权力毕竟是以股东投入的财产作为经济基础的,股东对公司实行民主管理便是最基本的制度逻辑,自然就形成了公司经营管理的

股东会中心主义。在这种早期的权力配置方式下,全体股东按出资比例来议决公司的几乎所有事项,甚至某些事项是否应由股东会决定,本身即取决于股东会的决议。但是,以股东会为中心的合议制管理方式只在理论上体现出高度的民主,实践中却存在难以克服的缺陷。首先,股东集体决策的成本高昂,会议的召集、通知、主持、表决均有相应的法律规定,不仅需要付出程序和时间上的成本,还面临着股东之间意思相悖进而形成决议僵局的风险。从广义上来说,除了上述集体决策本身造成的成本之外,还需要考虑集体决策无效率产生的成本。其次,股东(尤其是公众公司的股东)本身具有消极倾向,对公司所有权和控制权的分离接受程度较高,反而对出席股东会报以冷漠的态度。亚当·斯密对这一现象很早就有过精辟的论述“股份公司的经营,例由董事会处理。董事会在执行任务上固不免受股东大会的支配,但股东对公司业务多无所知,如他们没有派别,他们大多心满意足地接受董事会每年或每半年分配给他们的红利,不找董事的麻烦。”^[1] (P. 303) 本质则是由于信息不对称、搭便车问题和有限责任等因素,使中小股东缺乏出席股东会的激励机制。再者,我国的公司有特殊的投资人构成:封闭式公司“熟人化”“家族化”,经营权与所有权的分离不完全,大部分股东都担任特定公司职务而享有经营管理权,股东会中心与董事会中心的区分意义并不显著;公开公司上市可流通股票的投资人“散户化”,有明显的财务投资特征,这部分股东既不真正地关心公司经营,也缺乏实质参与管理的资质、能力。所以,各国立法虽然维持股东会作为股东民主的象征,股东却逐渐在实践中被公司经营者架空,股东会本身趋于形式化、空洞化。鉴于此,似乎应当把内部监督的对象锁定为董事会。

然而,在伯利—米恩斯式的两权分离被确立以后,公司的组织结构从U型单元结构(Unitary Form)向M型多事业部结构(Multi-Divisional Form)进化,^[2]董事会赖以作出决策的信息愈发不足,董事会也开始无法有效地控制经理层为代表的经营者,公司权力的又一次转移成为全球范围具有挑战性的课题。有学者指出,董事会空壳化现象主要体现为:(1)董事会会议频度低、会议时间短;(2)董事会会议议程基本上被经营者或兼任最高经营者的董事长所控制。主要成因除了董事对公司经营信息的掌握不完全、不对称,难以对公司经营决策作出客观判断以外,还包括经营者内

部人控制、董事交叉任职或兼职、对董事的激励不足和过度激励并存、董事会的规模与构成不当等。董事会的空壳化最终导致法律所规划的股东民主权利运行轨道被阻塞,股东会——董事会——经营者这一民主控制链条发生了断裂。随着股东会的权力被削弱,公司权力却未实际配置到董事会手中,而是形成了以经营者为代表的权力中心。^[3] 内部监督的对象也不得不随之下沉到经营层。

(二) 股权分置改革后的本土化问题

对公司的董事会、经营层进行内部监督的根本法理在于保障股东让渡出资的经济权利与组织民主权力之后的基本权益。因此,保护公司股东(尤其是公众公司中小股东)是公司内部监督制度的应有之义。从保护中小股东的视角出发,我国又存在股东压制的特殊问题。然而,中国式集中控股与大部分国家或地区差异显著:德国是家族、政府、外国投资者集中控股;日本属主银行和法人集中控股;我国台湾地区多为家族集中控股;我国香港特别行政区则为企业绝对控股;中国大陆属于克拉克曼、汉斯曼教授论著所称之“国家主导”。^[4]

在股权分置改革完成前,我国集中控股的典型形态是国有股的一股独大和绝对控制。股权分置之后,国有股权的集中度有一定程度的下降,第一大股东绝对控股的现象减少,公司股权从垄断性集中变为大股东之间相互制衡的相对集中。特别需要指出的是,在其他国家或地区,内部监督试图解决的委托代理问题是基于所有权和经营权的分离,核心是克服股东理性冷漠、董事会中心甚至经营者中心带来的缺陷,而我国公司的委托代理问题是基于股权高度集中,关键是防范大股东滥权。^[5]

随着近年来公司混合所有制改革的推行,^①以及资本市场对外开放程度的提高和机构投资者的兴起,我国公司的股权结构可望进一步优化,因而域外针对董事会中心或经营者中心而设计的内部监督机制具有普遍性的借鉴意义。同时,必须意识到的是,大股东内部控制的情况在相当长的时间内还不会在中国的公司治理实践中消失,公司法制度如何回应本土问题,将是一个现实的挑战。

(三) 中国公司法上内部监督对象的扩张

现行中国《公司法》对内部监督的规定是十分简略的。^②关于独立董事,只有一条原则性规定,通过证监会的规范性文件来对实践加以约束。法条中着墨较多的监事会似乎是立法者更为看重的内

部监督机关,有限责任公司与股份有限公司的规定差异微弱,其中核心是监事会的职权,包括检查公司财务、列席董事会会议并提出质询或建议、监督董事和经营者的职务行为、要求董事和经营者纠正、对董事和经营者提出罢免建议和诉讼、提议或在董事会缺位时主持股东会。显然,《公司法》将内部监督的对象定位于董事会和经营者。

然而,监督对象兼顾董事会与经营者并非是在认识到董事会中心向经营者中心演变的趋势之后作出的有意识选择,更像是一种“误打误撞”的契合。从权力派生关系来观察,我国的董事会是股东会的执行机关,经理层是董事会的执行机关,而且两层结构的权限划分也不清晰。为什么作为执行机构的董事会还需要一个具体执行机构呢?一种颇有价值的解释是,立法者在未能充分理解公司内部权力配置模式,尤其是对董事会的定位有误读的背景下,用自己最为熟悉的政治制度中的机制思想,自然填补了公司法立法时的理论空白。换句话说,股东会与董事会、经理层的关系模仿自全国人大和常委会、国务院的关系。事实上,在中国的实践中,董事会发挥的作用非常有限,许多公司不存在真正的董事会制度,专一独断的法定代表人制度也与合议、共管的董事会制度存在冲突。作为执行机构之执行机构的经理层,影响力更不宜被过分夸大。董事会之于股东会的关系,从原本可能的分权制衡式代议制民主,变成了常委会之于全国人大的常设机构。^[6] P.47 P.54-59) 因此,将内部监督的制度资源倾注于董事会或经营者身上,可能并不是富有实效的选择。

中国式的股东本位在公司的权力配置中依旧未被根本动摇,但需要强调的是,股东本位原是借助于股东会的集体合议机制实现的,如今却异化为少数大股东的滥权、压制。研究显示,在股权分置改革之后,大股东的资金优势和信息优势犹在,以获取“控制权私人收益”为目的的滥权行为依旧大量存在,但手法更为隐晦:非效率投资和擅自改变募资用途的情况少了,劣质资产参与配股、向大股东定向增发收购资产的做法出现;通过股利派现直接输送利益的行为被抑制,减持、高比例送股、转增相结合的方式增多。关联交易在外观上“非关联化”,但其本质未变。^[5]

依托内部监督防范大股东滥权,需要额外关注大股东的两种行为路径。其一,凭借“控股股东”身份在关联交易等可能损害公司及中小股东利益的事项上实施压制,行为程序合法,但实质构

成对其他股东的侵害。对待公司法上始终难解的股东压制问题,内部监督机关应当有所作为,在立法中强化其过程干预的功能,比如规定章程应当载明可能构成大股东压制的交易类型,并赋予监督机关否决权。此时,监督机关的监督对象从董事会、经营者拓展到被大股东掌控而异化的股东会。^③其二,以“影子董事”^④的形式实际决定了公司的经营事项,而其自身不在我国《公司法》规定的需要承担信义义务的董事、经理层之列,规避应负的法律义务。修改《公司法》时可以增加“实际经营者”的规定,或者直接统合于既有的“实际控制人”概念之中,将“隐藏在背后的董事”也纳入内部监督的对象范围。总体上,《公司法》已规定的对于董事、经理层非法行为的监督需要保留并完善,而结合我国现实亟待增加的则是对大股东形式合法而实质侵害中小股东的滥权行为的监督。

二、内部监督机关的设置:叠加双机构抑或强化单机构

以英美法系为代表的许多国家,在公司内部机关的设置上采取的是“一元制”模式,即公司不设置监事会,在董事会下设置由独立董事占多数的委员会,进而监督、约束经理层作出的各种经营行为。我国从1993年第一部《公司法》开始,就采取了“二元制”机构设置模式,也被俗称为“三会制”,即股东会选任董事会、监事会的三角形结构,在企业的公司制改革中更是提出了以“新三会”(股东会、董事会、监事会)替代“老三会”(党委会、董事会、工会)的目标,设置监事会来制衡董事会简直是公司知识谱系中的“先见”,无需论证,难以颠覆。有意思的是,自证监会在上市公司中要求设置英美式的独立董事之后,2005年的《公司法》也对上市公司规定了任用独立董事的强制性要求。而今,独立董事在未上市的金融公司、科创公司等具有重大社会影响力的企业中逐步成为了投资人自愿选择的“标配”。监事会、独立董事在同一家公司的并存,成为了中国式内部监督机构设置的最大特色。这一特色究竟是经验还是问题,理论与实务界莫衷一是。

(一)大陆法系监事会制度的流变及其在中国的问题

大陆法系不少国家的公司法中都规定了监事会的机构设置,但同一称谓之下“监事会”的地位与职权存在显著差异,最早也最有影响力的德国股份公司监事会就与我国的监事会定位迥异。当监事会这一公司机关在19世纪刚刚在德国公司

中出现的时候,监事会还是公司重要业务的决策机构,甚至直到1884年因严重的经济危机而修改《股份法》,着重强调监事会作为监督机构的地位并禁止董事会成员和监事会成员相互兼任之后,依然允许将公司业务执行权转交给监事会。事实上,1937年的《股份法》才彻底将监事会的领导和监督职能明确分开并沿用至今,监事会开始真正作为独立的机构,选任董事会成员并负责监督董事会的日常工作。^[5]不难发现,德国式的“二元制”不是三角型的,而是“股东会—监事会—董事会”自上而下的直线型:股东会仅负责监事会成员的任命,而不能决定公司管理机构的人员任用,监事会为董事会聘任合适的人员。监事会的监督针对的不仅是已经发生的事实,也必须关注公司政策上的基本问题,不仅审查公司、董事会的行为是否符合法律规定,也要考虑公司运营管理的合目的性和经济性。为此,监事会必须获取足够的必要且及时的信息,《股份法》允许监事会审阅公司账簿和文件,但是不授权监事会绕过董事会直接询问职工来获取信息,至少不得在没有任何缘由的情况下怀疑董事会提供的信息,同时强化了董事会对监事会的主动披露义务:董事会每年至少向监事会就企业规划中的原则性问题进行一次汇报,一年至少要向监事会汇报四次有关公司业务进展情况,特别是公司销售额和公司经营状况。在涉及重要业务时,监事会还负有独立获取完整信息并评估风险的义务。如果公司章程规定或者监事会明确做出决定对特定业务行使“同意保留权”,这项否决权也将形成一种预防性的监督。^[7]

我国《公司法》中三角型“二元制”的直接借鉴蓝本是日本。日本明治时代以后的商法制度受德国法的影响很深,也同时设置董事会和监事会,但监事会无权选任或解任董事,缺乏对董事会的事中监督和对企业重要经营决策的有效介入,而且监事会成员均来自公司内部,独立性严重不足,因此日本1950年、1974年、1981年、1993年商法公司部分的修订都将强化监事会的监督职能作为目标之一。其中,最具有意义的做法可能是要求公司选任与本公司或关联公司完全无利害冲突的人员担任外部监事,以防范内部监事的“合谋共串”与不作为。外部监事的引入无疑是受到英美独立董事的启发,2002年修法时,立法者干脆直接将独立董事制度也移植到日本公司法中,作为监事会的一种可替代形式,但效果甚微。^[8]

自我国的《公司法》实施以来,监事会的实际

运行其实出现了与日本相仿的问题,权威学者的调查研究发现:各类公司监事会获得监督所必要的信息仍以列席董事会为主要渠道,采用其他途径获取信息的比例很低,而列席董事会获得的信息大多是迟到的信息,无法满足监督董事的需要,尤其无法满足适时监督董事会决策的需要,监督信息不对称的局面没有根本性的改变。完善监事会的关注点集中在增加行使职权的保障措施、实现监事会成员结构的合理化和充实职权上。^[9]第一,在保障监事会行使职权方面,现行《公司法》已经规定了列席董事会的权利、查阅财务会计资料及会议文件的权利、履职的经济保障等,修法时需要着力加强的是董事会主动向监事会披露重要信息的义务,由法律列举必须向监事会主动汇报的事项、频率及内容要求,由公司章程选择载入,缓解监督信息不对称的困境。第二,在监事会成员的构成上,除了提高专业性之外,独立性是更为重要的因素。对于监事的消极任职资格,我国《公司法》已作出明确的规定,但仍欠缺德国法上对于监事兼任公司数量的限制。^[6]至于监事的独立性,日本的经验是引入无关联关系的独立监事,而德国《公司治理准则》的做法则是确保监事在整个履职过程中不丧失独立性,即不得与公司、公司机构、某一控股股东或某一关联企业之间存在可能导致重大且持续的利益冲突的业务或个人关系。^[10]前者是选任监事的准入性要求,后者是对监事行为的持续性要求,互为补充,对我国的弊端均有一定的针对性。第三,在扩充监事会的职权方面,德国监事会的功能变迁史可能带来的启示是,一个完全没有经营参与职权的监事会极易沦为董事会的附庸,日本式的三角型“二元”实践也从反面验证了对董事会没有重大约束力(比如人事影响力)的监事会难行监督之事。基于特定的知识路径依赖,我国很难变三角型的“二元制”为直线型的“二元制”,由监事会选任董事恐难以实现,但赋予监事会特定情形下对董事的直接罢免权是可行的,这比召集临时股东会来议决董事罢免提案(在董事为大股东利益代表的情况下基本很难成功)要有威慑力的多。同时,《公司法》可以列明或授权章程列明监事会能够行使“同意保留权”的商业决策范围,给予监事会经营判断的消极权利,将监督与决策职能在一定程度上贯通,缩短监督的“距离”。

(二)“水土不服”的独立董事制度

独立董事起源于英美法系,在董事会内部委员会制度下发挥着自我监督的功能。^[7]我国在已设

置监事会的背景下在上市公司中强制推行独立董事制度,被认为比较适合国内上市公司“一股独大”和“内部人控制”并存的现实,有利于优化董事会结构、强化内部制衡机制,更好发挥董事会监督职能并履行职责。^{[11] (P. 248)} 预期中,独立董事相对于监事会至少具有三方面的优势:第一,独立董事具有某些监事会不享有的特殊权利,如在决策过程中对关联交易发表意见,深度影响决议形成的过程;第二,独立董事是董事会内部的一员,把监督过程与公司的经营决策行为密切结合,更容易发现问题;第三,独立董事大多由会计、法律领域的专家担当,比监事更具专业优势。^[12]

然而,近年的实证研究难以支持上述预期,独立董事的平均现场办公时间畸少,亲自出席会议的比例偏低,尤其是在大股东、董事会提名独立董事的背景下,对相关事项提出异议的次数微乎其微。总体上,独立董事的存在及其比例与公司业绩的关联不明显,对公司治理结构的影响力也不足。对于深市中小企业板的研究甚至表明,独立董事的数量、任期与公司业绩成反比,与其行业专长对公司业绩的促进作用同样成反比。^[5] 更具有讽刺意味的是,有学者利用A股上市公司的数据,专门研究了法律背景的独立董事与上市公司违规犯罪之间的关系,统计表明具有法律背景的独立董事与上市公司披露的违规犯罪次数呈显著负相关关系,而与被稽查出的时间呈显著正相关关系。质言之,法律背景的独立董事在上市公司中不仅没有起到监督作用,反而是包庇了上市公司的违规行为。^[13]

淮南为橘,淮北为枳,一国特有的法律传统、经济背景才能支撑起本土化的制度。独立董事在英美被发展、强化的宏观背景是财务丑闻曝光、市场信心不振、金融危机爆发,微观原因是经理权力膨胀、代理成本畸高、内部监督失衡,战略投资者和长期股东的比例明显提升,公司中形成了强化内部监督的强烈需求。我国虽然也存在大股东控制的情形以及监事会失效的困境,但独立董事制度的形成并非市场的自发选择,更多缘于公司在香港等境外市场融资的要求与监管强制性制度变迁的综合作用。^[14] 从路径依赖和多元均衡理论来看,我国独立董事的引入并未明显打破现有公司结构中各方利益的均衡,也未直接损害各既得利益集团的所得,属于公司系统对变革容忍的弹性系数之内的局部调整。^[5] 这就可以解释,为何中国上市公司中的独立董事只是“聊胜于无”。当然,

检讨制度设计自身完备性的话,独立董事的“独立性”如何界定并在任职的过程中予以确保,^③ 董事会委员会怎样设立、运行并将独立董事的作用嵌入其中,应是修法时的重心所在。

(三) 独立董事的存废:一道殊途同归的选择题

从比较法上的成例来看,独立董事和监事会分别是“一元制”与“二元制”公司治理结构下对应的内部监督机关。在“一元制”体系中,信息的流通明显好于“二元制”,因为独立董事与其他董事会成员都在同一领导机构内,但是在公司业务执行人和非业务执行人之间拉开距离,有效行使监督职能就比较困难了。在“二元制”体系中,又会存在相反的问题。因此,并不存在完美而普适的监督模式。

与我国治理结构最为接近的日本,在英美“一元制”模式的影响下,于2002年商法修改时直接对独立董事和委员会制度进行了吸收。结果,招来了实务界很多反对的呼声:其一,日本企业多是家族企业,所有权与经营权划分困难,配置独立董事恐难以发挥其监督之作用,独立董事的职务行使流于形式将成必然;其二,20世纪90年代以来,日本经济一直不景气,公司经营困难且资源有限,实施独立董事制度缺乏现实条件,“一元制”监督模式无益于日本公司治理能力的提升;其三,基于“赛局理论”模型,再加上日本商法“二元制”的立法传统,强制要求公司增设独立董事,可能产生较高的社会成本。^{[15] (P. 256-279)} 日本立法者最终用一种折衷的方式加以回应:传统的监事会抑或独立董事主导的委员会都可以作为法律允许的监督模式,授权公司的章程选择并列明。而此后十年的实践状况却有些出人意料,日本监事协会的数据表明,2002年日本商法修改创设此项制度时,采用独立董事的公司有70家,到2009年增加到109家,随后呈现不断减少的趋势,截止到2011年8月9日,采用独立董事模式的公司数量只有87家,占日本全国上市公司总数的比例不足2%,设置传统监事会的公司仍占据压倒性优势。这样的结果可能会让人觉得吊诡,但在理解了日本的本土因素之后却又显得合乎逻辑:日本企业有终身雇佣和年功序列的文化,并不适应由外部的专业人士来管理公司;日本公司法赋予独立董事领衔的委员会以提名、薪酬等重大事项的专决权,容易引发内部董事与独立董事的矛盾;独立董事在各委员会中的任期只有一年,难以构建起合作信赖关系,确保监督的持续性。^[8] 客观地讲,日本在移

植独立董事制度上遭遇的“滑铁卢”,是本国的传统文化和当时的制度设计共同导致的,全盘否定独立董事的适应力是有失公允的。

如何在监事会与独立董事之间择选一个更有效率的制度,仍然是未解的难题,但从本质上分析,二者又有共通的思想内核。以“二元制”的鼻祖——德国股份法为例,德国的公司监事会也曾经是一个承担经营管理职能的领导机构,不过德国很早就认识到管理公司和监督公司的人员必须区分,所以才有了今天监事会和董事会的权力分工。相比之下,“一元制”治理模式的国家也并非不重视管理与监督职能的分离,它们将公司管理机构区分为业务执行人(Executive)和非业务执行人(Non-Executive)。与德国体制的最大不同是,职能分离并非法律上的强制性规定,并且管理机构的所有成员均共同对公司业务的领导决策负责,而德国的监事会作为一个独立机构,不负责领导决策而仅仅审查决策。^[7]由是观之,监事会和独立董事制度要实现的目标其实是公司内部权力的必要分离。

进一步来说,上述“必要分离”还凸显权力分离的必要限度问题,在我国的制度语境下演绎为监督权力被再度分离于监事会和独立董事手中是否具有正当性、充要性和效率性的问题。就正当性而言,自从有现代公司制度以来,公司的机关设置即以股东会加“其他”的复数形式存在,但各国公司法基本都规定同类职权由一个机关行使,内部监督权由监事会和董事会分享的体例并不能为比较法上通行的惯例所支持,反而有分权过度之嫌,令董事会的定位模糊不清。就充要性而言,应当表现为如欠缺监督权的二度分离,内部监督制衡的目标将无法实现,且二度分离足以实现预定目标。可是,从《公司法》和证监会规范性文件的内容来看,独立董事享有而监事会无法行使的权利可能主要体现在关联交易等事项的审议之上,如果没有完善的董事会专业委员会机制配合实施,法定的独立董事人数比例仍不足以真正影响决议。相反,赋予监事会“同意保留权”的实效可能更大,独立董事的设置既不充分也不必要。就效率性而言,将监督职权交由两个不同的公司机关行使,在法律中却缺乏精细的分工、协调规则,难免会出现掣肘、推诿的现象,徒增监督成本,甚至引发复杂的权力斗争和严重的监督漏洞,至少目前的实证研究都不能证明独立董事和监事会的叠加形成了额外的正向效应。所以,本文认为我

国将内部监督权分别配置给监事会与独立董事的做法并不科学,超出了公司机关权力分离的必要限度。

在讨论我国公司的内部监督机关设置时,人们通常会摆出“ $1+1<2$ ”的不等式,或者执着于比较两个“1”的大小。就像“1”本身是一个等量的数字符号一样,监事会与独立董事之间原本即无天然的优劣之分,独立董事在中国和日本的失灵在很大程度上是因为路径依赖。将两个“1”想当然地加在一起,倒不如“大写”其中的一个。

三、提升监督绩效的模式革新:自选式内部监督与外部监督的协同

为了提升内部监督的绩效,除了监督对象和机关设置等微观具体的问题之外,模式选择也是一个极为重要的方面。甚至可以说,只有在恰当的模式之下,前文所论及的种种改革才是有意义的。

(一)“选择式”自治对“填空式”自治的替代

从路径依赖的角度来说,完善监事会制度是在我国更可能成功的选项。从尊重实定法与降低实践沉没成本的角度来说,废除独立董事制度必然阻力重重。如何解决这个难题,日本与欧盟的立法方案给出了可能的范例。除了上文提及的日本立法规定以外,欧盟在20世纪80年代也曾经尝试推动股份公司的机构设置一体化,在激烈争论之后,《欧洲股份公司条例》确立了一种选择模式:公司可以自行在章程中决定,是采用董事会和监事会并存的“二元”结构,还是选择单一管理机构的“一元”结构。毫无疑问,这是立法技术上的有益探索。

自治是现代公司法无法阻挡的趋势之一,我国《公司法》对于公司自治事项的通常表述为“公司章程对……另有规定的,从其规定”“……公司章程另有规定的除外”“……除本法有规定的外,由公司章程规定”“……由公司章程规定”。无论其性质属于缺省性规范还是赋权性规范,公司自治(当然也包括公司治理的自治)都高度依赖章程。然而,我国各地的市场监督管理部门通常会为新设公司提供章程的示范文本,这本是一项有益的公共服务,但实践中章程范本对章程拟定的影响已经超过必要限度,市场监督管理部门未能转变国家严格规制公司之旧有观念,加上为了节约审查章程的成本并提高工作效率,经常拒绝接受有利于公司实际运作、符合公司实际需求的章程特别约定条款进行备案。^[16]政府借助登记这

个公司无法绕过的行政手段,异化了自身“行政促成”的功能定位,从公共服务者的角色蜕变为行政干预者。^[17]这警醒我们,授权股东根据公司法中的缺省性规范或赋权性规范在章程中无拘束地“填空”,看似给予更大的自治,实则容易走向反面,带来更大的低效率。

法律可以基于公共利益或者为促进当事人自身的利益而干预私人自由,后者被称为“父爱主义”或“家长主义”。“父爱主义”也有程度之分,“硬父爱主义”(Hard Paternalism)为增进主体福利对其选择施加实质成本(Material Costs),而“软父爱主义”(Soft Paternalism)仅仅影响主体选择而并未对主体选择施加实质成本。“软父爱主义”在保留选择自由的前提下对个体决策进行“敦促”(Nudge),借助于信息披露、警示、缺省性规则等策略,既保证了主体的选择自由,又引导个体的理性决策。个人的选择总是在一定的社会背景下做出的,这一背景被称为“选择架构”(Choice Architecture)。对“选择架构”的规划和设计会影响主体的选择结果。^[18]欧盟和日本立法在公司内部监督机关设置上的选择模式即是“软父爱主义”思想的体现,通过公司立法为投资人确立明确的选择架构,并授权(也是强制要求)章程作出选择。

变“填空”式自治为“选择”式自治在我国可以形成切实的积极影响。对于公司法列举并规定公司必须作出的“选择”,市场监督管理部门没有理由拒绝登记,进而使公权力归复本位。法院也无需再对《公司法》中为数不少的性质含糊的条款进行强行规范或任意规范的艰难识别,不用再为自治条款的效力判定花费极高的司法成本,“选择”式自治的法律确定性比“填空”式要高得多。在面对监督机制的多重选项时,股东等投资人都要先行省察自身需求,并主动进行损益分析。在做出若干重大选择前,当事人之间也必然会增加洽谈、商议的过程,促进公司内部治理的完善。^[19]

在“选择”式自治的框架下,公司组织机构的“一元制”或“二元制”可以由股东根据本公司的股权结构、人员资质、企业文化以及跨境融资需求等因素来自主决定。应当以“选项”方式写入《公司法》的核心内容包括但不限于:“一元制”下,董事会委员会的设置及权力,独立董事在各委员会中的权责,独立董事丧失“独立性”的可能情形;“二元制”下,董事会主动向监事会披露信息的范围、内容及频率,监事丧失履职所必需独立性的情形,监事会直接罢免董事的可能条件;监事会行使

“同意保留权”的商业决策范围。我国不成熟的投资市场非常需要“软父爱主义”的关怀,从法定示范条款中作出“选择”,比生硬的强制规定或者无边界的授权“填空”都更适应完善内部监督机制的需求。

(二) 外部监督对内部监督的补充

构建一个科学、有效的公司内部监督机制,核心是把经营权和监督权适度地分别配置给相互独立的权力主体。可是,无论在“一元制”还是“二元制”下,实现经营与监督的“独立”何其不易。前文一直在试图强调的“独立性”,即便在西方主要国家也仍是非常模糊的概念。例如,德国法一直都对监事的“独立性”进行明确规定,除了制定法无可避免的不周延以及滞后性以外,对“独立性”自身的界定也有重大的争议。^[20]英美独立董事的“独立”在法律上也没有统一的标准,虽然NYSE、AMEX、NASDAQ发布过一些解释的标准,人们仍在不断尝试更加精确地限定独立董事的范围,结果却总不甚如意。^[21]在我国,独立性并不是监事的必须要求,对独立董事则有原则性的限制。而且,在股权集中的治理结构中,公司的人事安排受大股东的影响显著,独立性通常关注的是监督机关与控股股东的关系,却不太重视监督机关与管理层之间的独立关系。如果再考虑到实际控制人的广泛存在、中国式权力文化的影响,要找到一个群体有可能、有能力独立地行使监督权力,确实显得有些理想化。

从法律义务和责任的角度来说,没有履行或者怠于履行监督职责会带来法律责任,而要建立一个有效的法律责任体系,前提是有明晰、可行的职权清单。但是,鉴于公司内部监督机关履行其监督职能存在的种种困境,无论是日本、德国还是美国都怠于对监督机关施加严厉的责任。正是由于法律、法规难以给监督责任提供明确的规定或指引,执法者通常也会表现出克制、谦抑的态度,使得监督机关的责任未得到很好的落实。这实际上是为了平衡监督机关有限的权、微薄的利和过大的责之间可能产生的矛盾。^[22]

从Cheffins等学者根据公司监督机制将公司治理结构划分为“外部人/臂距系统”(Outsider/Arms's Length System)与“内部人/控制人导向系统”(Insider/Control Oriented System)以来,人们开始更加清晰地注意到两类公司监督机制的显著差异:德、日的内部控制型模式以大陆法系股东和经营者之间的“委托—代理”关系为理论基础,股东

在董事会之外委托监事会行使部分监督权,德国还有“劳资共治”机制,日本有“雇员参与”机制,同时辅之以作为重要债权人/直接持股的银行的监督,共同制衡管理层;在英美的外部人控制模式下,虽然也有信义义务的约束,但这种消极追责的内部制约是十分弱勢的,对管理层的实质性制衡来自于公开公司严格的信息披露要求、完善的职业经理人市场与控制权市场的压力。^{[23] P.55} 公司需求因投资人而迥异,治理结构因法律传统而不同,不论如何,单一监督机制的“神话”已经在实践中破灭,内部监督是存在有效边界的,因势对内部监督与外部监督加以配比,灵活地兼采多种制约手段才是提升公司监督绩效的良方。

注释:

①当前的混合所有制改革遵循分类推进的思路,市场竞争类国有企业将进一步降低国家持股的比例,允许民营资本、外国资本、机构投资者等持股,对于优化大型公司的股权结构具有十分积极的影响。因此,除了转变政府职能、充分发挥市场的资源配置功能等目标以外,完善公司治理结构、提升公司经营效率也是本轮混合所有制改革的应有之义。

②《公司法》关于内部监督的规定主要集中在第51条至第56条(有限公司监事会)、第117条至第119条(股份公司监事会)、第122条(上市公司独立董事)。广义来说,还包括第147条至第149条(信义义务及其赔偿责任)、第150条至第151条(调查质询及诉讼权),以及第39条、第40条、第100条、第101条(股东会的提议、召集权)和第110条(董事会的提议权)。

③用监事会来监督股东会,并不符合我国当前公司法理论的基本认识,但从我国非常明显的公众股东理性冷漠出发,确保监事会的高度独立性,以钳制蜕变为大股东“暴政”工具的股东会决议,不失为一种具备正当性的手段。况且,监事会的异议、否决本身是需要承担法律责任的。

④“影子董事”是英国法上的概念,从1980年的《公司法》开始使用。英国的“董事”概念包括“任何担任董事职务的人,不管其名称是什么”,而“影子董事”被界定为“公司董事习惯于按他的指示或指挥而行事”的特定主体。“影子董事”通常表现为:(1)大股东为避免承担个人责任而拒绝成为董事,但其躲在幕后持续操纵着公司董事的行为;(2)某人因某种原因而不具备成为董事的资格,但在事实上操纵着公司董事会按其意志行事;(3)控股股东持续地操纵其子公司的业务活动。

⑤德国股份公司的董事会不仅负责公司日常的业务领导工作,还要确定企业的发展方向。在董事会的职能方面,《股份法》第77条不仅有意识地使用了“执行业务”的描述,第76条还用到了“领导”这一类的词,意在强调董事会的企业规划责任。重大决定必须由董事会亲自做出,并且为此共同承担责任。董事会并不听命于股东大会,只有在董事会对关于企业经营的问题提出要求时,股东大会才能做出决定。董事会也不听命于选任其成员的监事会,监事会只有监督的职权而不能直接发出指令,这也是对监事会执行职能剥离的贯彻。

⑥德国《股份法》第100条第2款规定,已在十家设有必设监事会的公司中担任监事职务的人不得再担任监事。

⑦董事会委员会制是指公司董事会设置战略委员会、审计委员会、提名委员会、薪酬委员会和考核委员会等独立机构,分别由

相当比例的独立董事参与其中,甚至担任召集人、行使一票否决权,制衡执行董事和大股东在董事会中的代表。

⑧虽然《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中规定了独立董事任职的消极条件,实践中对于如何界定“独立性”仍有争议,著名的“宝万之争”即是一个典型的例子。

参考文献:

- [1][英]亚当·斯密.国民财富的性质和原因的研究[M].北京:商务印书馆,1974.
- [2]Jill E. Fisch. Measuring Efficiency in Corporate Law, The Role of Shareholder Primacy[J]. 31 Journal of Corporate Law(2006).
- [3]郭富青.从股东绝对主权主义到相对主权主义公司治理的困境及出路[J].法律科学(西北政法学院学报)2003(4).
- [4]Henry Hansmann and Reiner Kraakman. The End of History for Corporate Law[J]. 89 Georgetown Law Journal(2001).
- [5]朱慈蕴,林凯.公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析[J].法学研究,2013(5).
- [6]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.
- [7][德]泰赫曼.德国股份公司的监事会:历史发展与现代挑战[J].社会科学战线,2015(5).
- [8]曹冬媛.日本公司监督模式的制度选择及其启示[J].江西社会科学,2017(1).
- [9]王保树.非上市公司的公司治理实践:现状与期待——公司治理问卷调查分析[J].当代法学,2008(4).
- [10]杨大可.论监事独立性概念之界定——以德国公司法规范为镜鉴[J].比较法研究,2016(2).
- [11]朱慈蕴.中国引入独立董事制度应注意的若干问题,公司治理与市场监管——比较与借鉴[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [12]赵旭东等.独立董事三人谈[EB/OL].http://article.chinalawinfo.com/Space/SpaceArticleDetail.aspx?AID=28364&AuthorId=132770&Type=1,2019-12-18.
- [13]吕荣杰,郝力晓,吴超.法律背景独立董事:监督还是包庇?[J].上海对外经贸大学学报,2017(6).
- [14]方流芳.独立董事在中国:假设和现实[J].政法论坛,2008(5).
- [15][日]田边光政.公司法要论[M].东京:弘文堂,2006.
- [16]潘林.论公司法任意性规范中的软家长主义——以股东压制问题为例[J].法制与社会发展,2017(1).
- [17]季奎明.商主体资格形成机制的革新[J].中国法学,2019(3).
- [18]Cass R. Sunstein. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism[J]. 122 Yale Law Journal(2013).
- [19]周游.从被动填空到主动选择:公司法功能的嬗变[J].法学,2018(2).
- [20]Wolf Georg Ringe. Independent Directors: After the Crisis[J]. 14 European Business Organization Law Review(2013).
- [21]易仁涛,阎梓睿.独立董事制度取舍论[J].法学杂志,2011(8).
- [22]蔡伟.公司内部监督责任体系的困境:基于对监事的再考察[J].中外法学,2018(6).
- [23]朱慈蕴等.公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进[M].北京:法律出版社,2007.

收稿日期 2020-02-01 责任编辑 苟正金