

比较法视角下再论我国上市公司 公司内部监督机制改革

袁继尚*

摘要:我国长期奉行的“上市公司双核心监督机制”并未取得良好的治理效果,在 10 余年的实践中导致了监事会和独立董事的相互掣肘与双重架空。域外经验表明,只有权力边界清晰明确、公司机关分工合理,公司治理环境才能井然有序。鉴于此,一方面,应取消监事会的设置,重点完善独立董事制度,并下辖专门审计委员会监督公司运营。另一方面,内部监督机制的完善也应与外部治理环境的提升相辅相成;社会监督是内部监督制度有益且必要的补充。

关键词:内部监督机制 独立董事 监事会 上市公司 社会监督

上市公司作为公司发展的最高形式,其内部监督机制对于降低公司代理成本、维护全体股东利益起着不可忽视的保障作用。从 20 世纪 90 年代开始,世界各国的公司法改革进入白热化阶段。在这股公司法现代化改革的浪潮中,各国形成了各具特色的公司内部监督机制:从竞争到趋同,从趋同到融合,再从融合到创新。目前,世界范围内存在着四种公司内部监督机制,从监督实践来看,其均未有效降低公司管理层同公司所有者之间的代理成本。

一、国外上市公司内部监督机制的发展与现状评析

(一)以美国为代表的“一元制公司内部监督模式”

最初,美国公司坚守股东本位主义,视股东为构造公司治理结构的基本单元,只

* 中国社会科学院大学论文博士研究生。

有公司的所有者才是公司的成员,公司本身纯粹是公司所有者的联合体。在此指导思想下,美国上市公司内部逐渐形成了简单而直接的一元制公司内部监督模式,公司只设股东大会和董事会,不设监事会。因而,除股东大会和董事会作为必设机关之外,没有额外监督机构。此时,股东大会在名义上享有公司重大事项的决策权,董事会会在实质上把持公司业务的执行,同时还作为公司的内部监督机关而存在。董事会的监督对象主要是公司董事及高级管理人员,这本质上是“自己监督自己”,难免有监守自盗之嫌。由于没有权利分立,无法分权制衡,董事会的监督职能落实不到位。加之美国上市公司股权高度分散,中小股东也没有能力监督公司运营状况,导致内部人控制问题横行;随着内部人控制的愈演愈烈,董事会的监督职能日渐萎缩,20世纪中期,美国大型公司丑闻不断,董事会无力监察公司的不法行为,公众与公司之间产生严重的信任危机。^①

在多起案件审判中,法院要求内部人控制问题严重的上市公司改变董事会架构,强制要求外部人士担任公司董事会成员。在法院审判驱动公司治理结构改革的大背景下,外部董事制度应运而生;美国上市公司必须有相当数量的外部董事,他们不受公司大股东和管理层的制约和影响,可以对公司内部董事及管理层进行监督、遏制公司不法行为的产生,并以其专业知识为公司经营提供指导性意见,提高公司决策水平。1990年英国、加拿大、澳大利亚、爱尔兰等国相继学习美国,引入了外部董事制度;亚洲各国,如中国、日本、印度、马来西亚、新加坡、韩国等也在2000年前后引入了外部董事制度。^②在不同的国家或地区,对外部董事有着不同的称谓,有的称之为独立董事,有的称之为无关联董事,但本质上并无太大区别。

审计委员会是英美公司董事会下设委员会的典型,主要对公司重大事项进行事前和事中审计,确保董事会对执行董事会决议的经理层进行有效的监督。^③美国《萨班斯—奥克斯利法案》要求审计委员会全部由外部董事担任,并且负责外部审计的招聘和监督。^④薪酬与考核委员会并非常设机构,但普遍存在于英美上市公司中,他们

^① 参见官欣荣:《我国司法介入公司治理的迷惑及对策——华尔街金融危机背景下的新思考》,载《政法论坛》2009年第4期。

^② 参见[日]青木昌彦、张春霖:《对内部人控制的控制:转轨经济中公司治理的若干问题》,载《改革》1994年第6期;冯果:《浅析经济转轨过程中的“内部人控制”现象及其法律对策》,载《法学评论》1996年第6期。

^③ 参见于东智:《董事会、公司治理与绩效——对中国上市公司的经验分析》,载《中国社会科学》2003年第3期。

^④ 《萨班斯—奥克斯利法案》第301节规定:“上市公司必须设立审计委员会,该委员会的成员全部由外部董事构成。”

负责设计薪酬制度、批准公司股权计划。该委员会不同于其他监督机关主要为防治违法违规行产生,薪酬与考核委员会旨在通过创设竞争性的激励机制以激发公司管理层及员工的工作积极性。在功能上,这是一个具有积极作用的隐形监督机制。

从表面上来看,美国上市公司中由外部董事主导的专门委员会,似乎实现了较为完备的事前监督、事中监督和事后监督。^①但是,在长期的公司监督实践中,以外部董事为核心的监督机制会逐渐被公司内化,导致外部董事的“不外部”,或独立董事的“不独立”。由于外部董事的候选人主要由公司董事会提名,同非合意并购中的公司管理层一样,外部董事在聘岗续期时总有保全自身地位的现实激励,会倾向于以顺从公司董事会的方式获得自身任期的延长。因此,外部董事的利益有时必然会同公司股东的利益背道而驰。^②外部董事聘期越短的上市公司,独立董事同公司股东之间的代理问题越严重。当上市公司的外部董事完全被公司现任管理层攻陷后,外部董事及其各独立委员会将完全沦为公司管理层集权滥权的“帮凶”,^③反而为公司管理层损害公司股东利益的行为披上了合法的外衣,^④导致公司内部代理成本的加剧。

(二)以德国为代表的“二元制公司内部监督模式”

和美国不同,德国公司的治理结构是典型的二元制公司内部监督模式。德国公开公司由股东会、监事会和董事会三个机关组成。监事会横亘在股东大会和董事会之间,由股东大会直接选举、任命。最重要的是,在德国公司中,监事会和董事会呈垂直双层状态——监事会在上,董事会在下。

德国监事会制度具有如下特征:第一,监事会位高权重。通过任命董事会成员以及批准个别交易的权力,监事会几乎能够控制董事会。第二,监事会监督权力广泛。第三,职工通过参与监事会参加公司治理。第四,银行代表在监事会中也占有重要地位。银行可以向公司提供更多信用,而且也可以把货币资本的一部分在或长或短的一段时间内投入股票。通过将代表安插进入公司监事会,银行不仅是德国公司的债务人、投资人,同时还变成了监督者、指导者、所有者和运营者。总之,德国公司的监

^① 参见李建伟:《论我国上市公司监事会制度的完善——兼及独立董事与监事会的关系》,载《法学》2004年第2期。

^② 参见聂德宗:《对内部人控制的治理——美国公司治理模式及其变迁》,载《法律科学》(西北政法学院学报)1999年第5期。

^③ 在中国,有的独立董事被称为公司董事会的“橡皮图章”。See Linyao Tang, “Independent Directors and Insider Control in Chinese Listed Companies: A Practical Economic Analytical Framework of Law”, *Tohoku Law Review*, 2017, pp. 65-85.

^④ 例如,美国特拉华州法院就倾向于判决受到无关联董事批准的公司决策,受到商业判断规则的保护。

事会是一个举足轻重的权力机关;以股东群体、员工群体、上位银行共同组成的群体模式,是资本和劳动交相辉映的公司共同治理模式。

德国上市公司的监事会本是为行使监督权而设立的公司机关,但在实践中,监事会却充当了业务执行和业务监督的双重角色,在本质上仍是“自己监督自己”。^① 作为公司董事会的上位机关,公司重要决议虽由董事会作出,但要经监事会批准;在长期的审批实践中,公司董事会拿出的策略和方针,会逐渐适应公司监事会的批准风格,最终公司董事会形成的公司决议,只是代监事会提出其中意的公司决议而已;公司监事会反而变成了真正掌管公司经营权的实权机关。在这种情况下,怎么能够期望公司监事会对自己的决议进行切实有效的监督呢?此外,德国上市公司的监事会还包含大量的职工代表,他们无法真正监督作为自己上司的公司董事会,却有对董事会的决议不加区别地贯彻和执行的激励,甚至会边缘化监事会中不谙公司运营的股东代表和银行代表,在这个意义上,公司董事会和监事会本身就有深度融合的趋势,既容易忽略公司中小股东的权益,也无益于降低公司代理成本。

(三)以日本为代表的“并列制公司内部监督模式”

在亚洲国家中,日本是公司治理领域最兼容并蓄的国家之一,是欧美制度的移植大户。在公司内部监督模式上,日本立法者在吸取了美国与德国的经验后,在实践中发展出了适合日本现实情况的并列制公司内部监督模式——股东大会最高、董事会和监事会共存并行。

日本的这种并列制公司内部监督模式,在形式上类似德国二元制公司内部监督模式的构造,但在功能上却更接近于美国,因为作为日本公司内部专门监督机构的监事会,完全不同于作为董事会上位机构的德国监事会,却与从美国公司董事会职能中剥离而出的外部董事制度有几分相似之处。经过历次修法,日本公司监事会从最初“监督公司财务状况、督促董事业务执行、确保公司遵纪守法”的基础功能逐渐强化,其职权和地位也得到逐渐提高,却未能有效杜绝公司经营者的不正当行为。就理论而言,股东大会享有任免董事、监事以及决定公司重大决策的权力——监事会与董事会本来属于并列平行关系;但在现实中,日本公司中的董事会才是公司的实际控制人,经常是同时掌握决策权和业务执行权,这导致公司的监事提名权完全掌握在作为管理层的董事会手中。因此,监事会实行对董事会的业务监督和财务监督,其实是下

^① 参见龙卫球、李清池:《公司内部治理机制的改进:“董事会—监事会”二元结构模式的调整》,载《比较法研究》2005年第6期。

级监督上级,这样谈何容易?除此之外,同美国正好相反的是,日本上市公司股权结构相对集中,稳定股东扮演重要角色,公司间相互持股现象突出,因而上市公司中的监事多由与本公司存在交叉持股关系、借贷关系、关联交易关系的公司代表担任,他们往往同公司董事会是“一条绳子上的蚂蚱”,倾向于顺从和支持公司董事会的决定,而不是运用自己的“监督权”去否定它。

在上述大背景下,2001年日本通过商法修订,在现有并列制监督模式的基础上,又引进了独立董事制度,希望能扭转监事会制度失灵的不力局面。日本公司法创造性地允许公开公司以章程形式选择采用监事会或者独立董事制度,但独立董事与监事会在公司中“一山不容二虎”。若选择独立董事制度,那就必须同时设立审计委员会、提名委员会以及薪酬与考核委员会。在这些委员会中,外部董事至少要占半数。

在日本,多数上市公司还是延续了监事会与董事会并列的内部监督模式,因而无力控制公司代理成本的激增势头。少数采用独立董事制度的日本公司,也面临采用独立董事制度的美国公司中独立董事“不独立”的问题,并没有在实践中取得比采用传统监督模式的日本公司更好的治理效果。

(四)以法国为代表的“选择适用制公司内部监督模式”

法国公开公司的内部监督模式经历了从二元制向一元制的嬗变。公司股东大会是公司的最高权力机构,股东会选举产生董事会。公司业务由董事会经营管理,内部结构中没有监事会,董事会享有至高无上的权力。1966年随着法国《公司法》的修改,法国公司内部监督模式再次改变,形成了特有的选择适用制模式——公司可以在公司章程中自由选择美国的一元制公司内部监督模式或德国的二元制公司内部监督模式。^①

法国公司可供选择的德国二元制公司内部监督模式,不同于正统的德国二元制公司内部监督模式。首先,采取德国二元制公司内部监督模式的法国公司的董事会规模,被限制在微小水平,一般只有2~5人。与之相对应的是,公司监事会的规模却非常庞大,成员数可以多达30~50人,但本公司雇员不得超过1/3。其次,没有监事会的多数同意,董事会的决议毫无意义。监事会对董事会的耳提面命还体现在可以随时要求董事会提交工作报告。在法国的二元制公司内部监督模式框架下,公司监事会主席可谓“位极人臣”,关键是监事会完全不用对公司经营效益负责,这就为公司

^① 参见钟明霞:《欧美等国公司内部监督机制对我国的启示》,载《法律科学》2003年第4期。

监事滥用自身职权牟取利益留有充足空间。在法国上市公司内部,受监事会挤压,公司董事会职权虚化明显,公司的治理结构其实又回到了由监督自己的决策者和公司股东构成的一元制公司内部监督模式,欠缺真正独立于决策者的监督者,其监督效果可想而知。

法国的选择适用制公司内部监督模式赋予了公司较大的自治权利,有利于公司根据自身禀赋选择恰当的内部监督机制,并且已逐渐上升到欧洲法律体系的高度。这种选择模式在最新的欧盟《公司法》中得以延续。^①

二、中国上市公司内部监督机制的发展与现状评析

(一) 监事会制度的改进与独立董事制度的引入

早在2005年,在修订中国《公司法》的背景下,我国立法者经历了如何选择公司监督机制的讨论。学者们反思了1993年《公司法》施行后公司监督制度失灵的事实,就未来中国公司监督机制的选择展开了激烈的争论。证监会在试点独立董事制度后,于2001年全面铺展,最终造成了公司中监事会与独立董事并存的局面——职权冲突、资源浪费。^②在此基础和认识上,2005年《公司法》试图对公司董事会、监事会的职权进行梳理和明确,并大大强化了监事会的职权。2005年《公司法》当然是希望监事能够摘掉“事后监事”的帽子,个人利益逾期承担的具体职责产生了权属相关性:作为列席会议的监事,如果对明显错误的决议不质询或者不建议,也可能在事后的诉讼中承担违反信义义务的责任。^③

欧美国家推行以外部董事为主的一元制公司内部监督模式,德国推行监事会选举董事会的二元制公司内部监督模式,日本推行监事会董事会并列的并列制公司内部监督模式,法国推行可自主选择一元制或二元制的选择适用制公司内部监督模式,我国推行董事会、监事会、独立董事共同存在的“三元制公司内部监督模式”。因为独立董事同监事会并列,国内学者又将我国的公司内部监督机制称为“双核心监督机制”。

虽说“双核心监督机制”是我国的一个重大创新,但其存在固有缺陷。《关于在

① 参见钟明霞:《欧美等国公司内部监督机制对我国的启示》,载《法律科学》2003年第4期。

② 参见甘培忠:《公司监督机制的利益相关者与核心结构——由中国公司法规定的监督机制观察》,载《当代法学》2006年第5期。

③ 同上。

上市公司建立独立董事制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)颁布距今已经 19 年,这 19 年“双核心监督机制”的实践效果如何呢?实证研究表明,“双核心监督机制”没有实现其最初“完善上市公司治理结构、解决公司内部人控制严重、弥补监事会形同虚设”的立法目的,反而造成了监事会同独立董事之间相互推诿等更多更严重的公司治理问题。

(二)“双核心监督机制”的缺陷

总的来说,在我国上市公司中,一方面,监事会的职能日趋弱化,监督职能根本没有被落实;另一方面,独立董事不独立,独立董事既不能代表公司全体股东和公司整体利益,更谈不上对公司管理行为进行监督。^①

“双核心监督机制”具有以下固有的缺陷。

第一,我国《公司法》、《上市公司治理准则》和《指导意见》本身不完善,监事和独立董事履责无明确依据和参考,难以有效制止公司董事会的不规范行为。

第二,无论是监事会进行监督还是独立董事进行监督,监督机构最终代表的还是控股股东(大股东)的利益。监事会和独立董事看似是为公司利益行使“监督权”,但在实践中却多少沦为为公司控股股东服务的主体。即便是监事会中的职工监事,也不能真正代表职工的利益。高旭军教授称,监事会和独立董事并存是“由两个不同的机构代表相同的利益群体”“既无必要,也会严重影响监督效果”。公司执行层——董事、经理均由股东大会选聘,而股东大会中控股股东又具有压倒性的决定权,因而控股股东不难通过操纵选举监事会和独立董事的董事会来选取服从自己的“橡皮图章”。^②

第三,独立董事和监事会之间责任边界模糊。我国的相关法规没有能够明确规定,当监事会、独立董事不作为而导致公司和股东利益受到严重损害时应该追究谁的法律 responsibility。监事和独立董事之间是什么样的法律关系?监事和独立董事应当各自对公司不法行为中的哪一部分负责?这些关键问题在我国法律法规中均无法找到明确的答案。^③

第四,与法律责任边界模糊相对应,我国监事会和独立董事任务和职权边界不清。监事会和独立董事都作为监督机关而存在,却没有起到双倍的监督效果,反而更多的是双方互相推诿。综观《公司法》《指导意见》等,我国立法者不仅赋予了上市公

^① 参见李志强:《中国上市公司监事会制度研究与思考》,载《证券时报》2014年9月25日,第A16版。

^② See Linyao Tang, “Power Allocation in Hostile Takeover Regulation: Rethinking Chinese Fiduciary Duty, Board Neutrality Rule and Shareholder Rights”, *Tohoku Law Review* 47, 2017, pp. 115 - 123.

^③ 参见高旭军:《对我国上市公司“双核心”监督机制的反思》,载《东方法学》2016年第2期。

司监事会和独立董事相似的任务,也赋予了他们类似的职权。在文义上,独立董事和监事会重叠的职能很多,使独立董事和监事会之间相互推诿,任何一方都不愿较好地履行其监督职能,从而最终损害了公司利益。

第五,“双核心监督机制”低效却昂贵。一个上市公司至少要聘请3名监事,2~6名独立董事。上市公司要为他们支付相应的薪金、提供履职必需的工作环境,还得购买相应的独立董事责任保险,“以降低独立董事正常履行职责可能引致的风险”。长此以往,公司的合规成本足以抵销公司的大部分正常收益,到头来只是伤害了公司股东的利益。

总之,“双核心监督机制”的上述固有缺陷,已经成为我国公司治理现代化的阻碍。

三、外国公司内部监督模式对我国的启示

(一) 制度相较,没有孰优孰劣

从监督效果来看,无论上市公司选择了哪种监督模式,都面临无法有效降低公司内部代理成本的问题。这是由外部董事制度和监事制度的固有性缺陷导致的,与各国采取“一元制”“二元制”“并列制”还是“选择使用制”的内部监督模式毫无关联。作为公司监督者的外部董事和监事会的固有性缺陷,在于其监督和建议职权的相互掣肘,以及为使监督权起效而不可避免同公司管理层之间产生的纽带联结,反过来对监督效果造成的减损和伤害。以外部董事的相关研究为例证,学术界已经观察到,公司外部董事同管理层之间不同类型的隐性和显性纽带联结,对公司的内部监督效果、公司财务报告的客观性以及公司治理环境存在正面或负面的影响。

无论如何,外部董事和监事在任何公司架构下,都不可能完全站到公司现任管理层的对立面,化身为股东利益至上的投资者守卫。^① 由于任何一个监督者都无法获得监督公司管理层带来的全部收益,他们自然不会为此全力以赴;更何况,当铁面无私的监督,只是给遥不可及、素未谋面的股东个体带来并不立竿见影的好处时,即使是最有责任感的外部董事或公司监事,要责难、处罚和解雇一位未必有私交,但工作有交集的同僚,也会于心不忍,甚至顾虑重重。就算克服了恻隐之心与担忧,公司外部

^① 参见聂德宗:《公司法人治理结构的立法模式及发展趋势》,载《法学评论》2000年第6期。

董事和监事会也缺乏对公司管理层进行钳制和优化的手段,由公司外部董事和监事会领头的公司内部变革更是闻所未闻。总之,以外部董事和监事制度进行“排列组合”的一元制或多元制公司内部监督模式,并不能从根本上消除公司管理层同公司股东之间的代理成本,在很多情形下,甚至会成为公司内部代理问题进一步加剧的始作俑者。^①

(二) 制度选择,考虑背景环境

每个国家都在通过修法的方式,努力探寻一种适合本土的公司内部监督机制。虽然每一种类型的内部监督机制都已被深入研究,但是究竟哪一种类型更优、哪一种类型劣后,各国学者也莫衷一是,难以抉择。另外,独立董事制度与监事会制度的优劣之争,虽已有浩如烟海的学术论述,但依旧没有形成一个一致的、令人信服的结论。从各国推行的情况来看,可得出以下两个结论。第一,一元模式、二元模式、并列制抑或是选择制,均没有存在绝对优势的地方,但是均有取得良好施行效果的国家。由此可见,只是简单地移植或模仿域外的模式制度,却不对立法措施、制度安排进行相应配套规定,定然不会获得良好的施行效果。第二,独立董事制度和监事会制度本身也没有孰优孰劣之分,如何使用独立董事制度、如何使用监事会制度,是决定一个制度能起到多大效果的关键。很明显,在我国,监事会制度没有改善公司的内部治理环境,独立董事制度的有效性也备受质疑。

无论是一元模式还是二元模式,我们无法从模式本身去评价公司内部监督模式,只能从公司经营的质量业绩去观察分析。然而,公司经营的质量业绩本身由多种因素共同决定,如所处行业、经营理念、股权结构、资本市场发达程度等。一言以蔽之,公司内部监督模式的选择以相配套的制度背景为参考。^②

美国市场竞争激烈、强行信息披露机制完善,股东随时可以“用脚投票”离开治理环境欠佳的公司;公司管理层为防止公司被敌意收购、自身职位“朝不保夕”,会主动积极管理公司。然而,股东很难对这种被动和滞后的“主动”进行监督、评判,因此,美国在保持一元制模式的基础上,引进独立董事来对董事会进行有效的事前监督和事中监督,独立董事制度能够较为有效地维护广大的中小股东和公司整体的利益。

德国的证券市场不如美国发达,公司股权又比美国更集中,因而德国公司对银行

^① 参见唐林焱:《竞争视角下的非合意并购》,人民出版社2019年版,第108~119页。

^② 参见唐林焱:《我国要约收购及触发点的保留与改进——兼析与欧美上市公司收购规则的比较》,载《政法论丛》2018年第3期。

的依赖程度远远大于证券市场。由于银行与公司之间的紧密关联,德国银行普遍关注公司的运营状况。故而,德国公司内部设立了由银行、职工、股东共同组成的强力监督机关——监事会,并赋予其位于董事会之上的地位,从而能够较为有效地从多个角度监督董事会及经理层的行为。^①

日本股权结构同德国类似,法人持股比例远远高于个人持股比例,交叉持股现象严重,故而每个利益团体都倾向于派出自己的代表去监督公司管理层的经营决策。正是在这一意义上,日本也选择设立监事会这一专门监督机关,并在监事会监督功能不甚理想的情况下又引进了美国的独立董事制度,但在现实商业实践中,采用独立董事制度的公司并不多。

(三) 制度演进,监督机制趋同

虽然每一个类型都具有自己的特色和功能,但是没有一种完美的公司内部监督机制。各国都在不断探索、更新、研究、修法,以优化现有的内部监督机制样态。有学者指出,尽管不同国家和地区的公司内部治理结构有形式上的差异,但在功能上已经逐步趋同。

综观美国、德国、日本、法国的公司内部监督机制,就监督功能和权力分配而言,并没有实质性的差别。公司制度的产生以节省交易成本、提高经济效益为目的;由于现代公司所有权与经营权的分离,股东与董事会(经营层)之间的代理成本问题不可避免,故而,内部监察机关应运而生——股东通过此机关监督经营者的行为,确保公司正常、高效运转。当股东很分散时,他们需要选举出一个专门负责的机构或人员来达到监督的目的;当股东很集中时,也需要一个专门负责的机构或人员来达到监督的目的,以避免专权摄政、过度干预之嫌。^②

另外,将英美等国的独立董事制度与德日等国的监事会制度相比,从内部监督和决策执行的角度出发,也没有太大的区别。独立董事制度和监事会制度都讲究执行权同监督权的彼此分立,区别仅仅在于监督方式和途径略有区别。概言之,独立董事制度的核心,是监督机构的成员独立于决策机构的成员,而监事会制度的核心是监督机构本身独立于决策机构。

^① 参见彭真明、江华:《美国独立董事制度与德国监事会制度之比较——也论中国公司治理结构模式的选择》,载《法学评论》2003年第1期。

^② 参见黄勇:《法律移植与独立董事制度的完善》,载《行政与法》2009年第3期。

四、中国上市公司内部监督模式改革的路径选择

(一) 中国公司内部监督模式改革的主流观点

关于国内上市公司内部监督模式的改革,不外乎以下4种观点。

第一种观点认为,应当废除监事会制度,强化独立董事职权(美国模式);^①第二种观点认为,应当废除独立董事制度,强化监事会职权(德国、日本模式);^②第三种观点认为,独立董事、监事会可以并存,在划分清晰职权的情况下共同发挥监督职能(中国特色模式);^③第四种观点认为,独立董事、监事会两种制度可独立存在,但赋予公司任意选择权(法国、日本模式)。^④

对于这四种观点的研究和相关论述已经十分完备,在进一步探讨中国公司内部监督模式改进的方案之前,必须指出的是,“监事会”“独立董事”等不过是对实施某种特定功能的监督机构的一种称谓;只要能正常行权、实现其设立初衷,那么“监事会”或者“独立董事”的称谓根本不重要。^⑤相反,如果一个监督机构的存续不能够解决亟待改善的公司内部治理问题,缺乏其应有的监督实力,不能取得良好的施行效果,那么,该监督机构同样应当被取消或被变革。界定明晰的权力边界、厘清监督机构同公司各机关的关系是一项制度安排能够取得实效的关键。^⑥

鉴于此,结合国外经验与国内实情,一个有效的制度应该做到以下三点。第一,无论一元模式、二元模式或是三元模式,只有在监督者和被监督者能够分权制衡时,监督才会有效。第二,公司内部监督机关,数量多少并不重要,是否具有监督的手段更重要。第三,无论监督机构的名称是什么,是独立董事或是监事会,职权和法律责任都应当落实到位。

(二) 取消监事会,强化独立董事制度

中国上市公司的内部监督问题,有其独特的历史背景以及现实困境。

① 参见江平、邓辉:《论公司内部监督机制的一元化》,载《中国法学》2003年第2期。

② 参见陈桂华:《论我国上市公司内部监督机制模式选择》,载《甘肃政法学院学报》2009年第2期。

③ 参见罗礼平:《监事会与独立董事:并存还是合一?——中国上市公司内部监督机制的冲突与完善研究》,载《比较法研究》2009年第3期。

④ 参见张运所、秦玉彬:《论我国上市公司内部监督机制模式的选择——兼及独立董事与监事会的关系》,载《河北法学》2005年第6期。

⑤ 参见高旭军:《公司监督机制失衡症和独立董事》,载《南开学报》2003年第1期。

⑥ 参见孙强:《论上市公司内部监督机制的重构》,载《宁夏大学学报》(人文社会科学版)2011年第1期。

第一,中国上市公司现有内部监督体系的基本构架是监事会、独立董事并存,职权重叠、效率低下,这本质上是制度性缺陷导致的程序性无能。

第二,监督机关软弱无力,背离设立初衷。既然在实践中意义不大,那法律是否还有进行规定之必要?或许取消监事会乃是更为理性的选择。

第三,提升独立董事的地位和权力迫在眉睫。谁能对公司股东真正负责?只有由股东选举出来的“独立董事”。

第四,和监事会制度一样,独立董事制度的代理成本问题肯定是存在的,但倘若明确独立董事的角色定位,分清顾问与监督的主次,可以借鉴美国经验由独立董事组成一个专门的审计委员会对公司进行内部监督,也许达到更好的监管效果。

因此,依笔者愚见,中国上市公司治理环境的提升,要做到一扬一弃:应取消监事会,而重点提升独立董事的地位,通过合理的内部分权和制度设计,减少监事会和独立董事职权的交叉重叠。同时,简化独立董事及由独立董事构成的内部审计委员会的行权和监督流程,也非常重要。这种制度设计实乃是对公司所有人(股东)、管理人(董事)和监督人(独立董事)之间权力分立的初衷的强调。

五、结 语

要真正提升上市公司内部监督能力,最离不开的是外部治理环境的同步完善。

我国引进独立董事的初衷,是将独立董事制度视为解决公司问题的“灵丹妙药”。2000年前后,包括中国在内的亚洲数国(地区)先后引进独立董事制度,但这些国家(地区)随后发现,独立董事制度不仅没能解决现有的公司治理问题,还或多或少造成了一些新的问题。独立董事“不独立”,外部董事“不外部”,这是独立董事制度自身固有的弱点所造成的。

亚洲各国引入独立董事,几乎是效仿美国——诚然,独立董事制度在美国取得了很好的效果。而为何一项内涵明晰、操作简便的制度在亚洲各国为何不尽如人意?要解答这个问题,我们首先需要分析,独立董事制度在美国能够得到良好施行的根本原因究竟是什么。

依笔者愚见,美国所拥有的发达的公司外部治理环境,是独立董事制度能够强化公司内部监督职能的根本原因。换言之,美国的公司治理水平的提升,是一个由外而内逐渐发展起来的过程。而脱离了外部保障,内部系统的改革无法进行——最终将

导致内外交困的局面。

美国的外部治理机制包括高度透明的信息披露制度(约束经营者)、外部审计系统的监督机制(约束内部人)、经理人市场的口碑影响(约束管理人)、完备发达的公司控制权市场(约束所有人),这一系列制度先于独立董事制度而存在,是独立董事制度能发挥效用的根本原因和保障。^①

2002年在安然、世通事件等一系列公司丑闻爆发后,美国政府颁布了提高信息披露标准、加大信息披露深度、加强对经营者制裁力度的《萨班斯—奥克斯利法案》,旨在完善上市公司信息披露制度,增强对投资者的保护力度。除此之外,美国联邦政府和国会还采取了两项相关配套措施:第一,美国国会财政委员会对《萨班斯—奥克斯利法案》的施行状况进行听证,强势推行该法案的执行,加强对公司欺诈行为检举人的保护。第二,在联邦调查局设立公司欺诈热线电话,方便社会各界对公司舞弊行为等进行举报,将公司不法行为彻彻底底置于了“众目睽睽”之下。这一系列措施的出台,又给美国公司外部治理机制提供了一个新的武器,即“社会监督”。

在亚洲各国,大家普遍将提高公司监督职能的重点放在了完善独立董事制度或完善监事会制度上,而忽略了公司外部治理环境的提升才是解决问题的根本。总而言之,提高公司的治理水平应该双管齐下——内部监督职能当然应该有所提高,但不能脱离外部治理机制的同步完善。

^① 参见马俊驹、聂德宗:《公司法人治理结构的当代发展——兼论我国公司法人治理结构的重构》,载《法学研究》2000年第2期。