

姚德年 著

我国上市公司 监事会制度研究

WO GUO SHANG SHI GONG SI

JIAN SHI HUI ZHI DU YAN JIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

姚德年 / 著

我国上市公司 监事会制度研究

WO GUO SHANG SHI GONG SI

JIAN SHI HUI ZHI DU YAN JIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:唐 鸥

图书在版编目(CIP)数据

我国上市公司监事会制度研究/姚德年著. —北京:
中国法制出版社,2006.9

ISBN 7-80226-537-1

I. 我... II. 姚... III. 上市公司-监督管理-
研究-中国 IV. F279.246

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第114244号

我国上市公司监事会制度研究

WOGUO SHANGSHI GONGSI JIANSHEHUI ZHIDU YANJIU

著者/姚德年

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230毫米 32

印张/10.125 字数/200千

版次/2006年10月第1版

2006年10月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-537-1

定价:18.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66066820

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

序 言

一、研究上市公司监事会制度的理论和实践意义

我始终认为，美国的强大不在于其先进的激光制导炸弹，因为穷兵黩武需要消耗内力，经常是一个帝国走向衰落的危险前兆；也不在于其辽阔的疆土，因为俄罗斯、中国以及一些小国联盟都不比它面积小多少；而在于它拥有一群雄视天下的上市公司，可口可乐、波音、花旗、宝洁、埃克森美孚、微软、通用电气、沃尔玛、英特尔……这些上市公司在一起组成的超级实力是令人敬畏的，恐怖分子可以通过飞机摧毁世贸大厦，但是不可能摧毁这些国际经济各个领域的霸主，而只要这些上市公司的

竞争力没有下降，那么美国的超级大国地位就不会动摇。

显然，我国现在已经意识到了证券市场的重要性了，并正在着力推进证券市场的发展。近年来，随着我国证券市场的发展，上市公司逐渐成为中国经济领域中的支柱力量，完善和发展上市公司的法律制度对促进公司的发展壮大、增强公司的竞争力具有重大意义。从某种意义上说，上市公司就是通过一组规则或契约将资本、人力和管理等各种生产要素聚合在一起的一个法律拟制的实体。公司的股东、债权人、管理层和普通职员都程度不等地承受着公司的经营风险。作为公司资金的提供方之一，公司债权人享有的债权具有一定的刚性，只要债务人不破产，债权人的权益就不会受到重大影响。但是公司的股东不能享有固定收益，只能依法享有公司经营的剩余索取权，而公司创造的剩余具有很大的弹性，所以，股东的收益面临较大的风险。通常说来，尽管同是资金的提供方，但是股东却比债权人更加关注公司的经营状况。一个制度越是能够让公司产生更大的剩余，则资金提供方越是愿意选择作为股东；相反，一个制度越是不能促进公司产生更多的剩余，则资金提供方便更多地倾向于选择成为债权人，甚至选择不向公司投资，改为持有现金或者持有政府债券。但是，拥有雄厚的所有者权益是增强公司信用，抵抗经营风险，从而增强公司竞争力的一个必要条件。所以，要发展和繁荣公司制度，我们就必须努力从制度上保障和促进公司股东的权益，这是我们研究公司制度的立足点。

上市公司的一个突出特点就是存在大量没有实际控制权的外部股东，与内部股东相比，外部股东的所有权和控制权分离得比

较彻底。于是，如何从制度上保障外部股东的利益就成为上市公司内部治理的核心问题之一。但是，内部股东以及执行董事与外部股东的利益并不一致，有时甚至恰恰相反，董事关心的是如何确保自己位置的稳固和在公司经营中分享到更多的利益，而外部股东关注的是如何能够让公司运营产生更多的利润；内部股东经常希望从公司控制权中获得额外的利益，但是外部股东不仅没有任何控制权收益，而且本身就是该类行为的受害者。所以，在内部股东和董事不会天然地增进外部股东利益的前提下，加强和完善对于上市公司内部监督机制的研究，尤其是对于监事会制度的研究，从法律层面上减小公司运营的制度成本，在公司理论上具有重要的价值。

我国现行的经济模式脱胎于计划经济也不过二十几年的历史，在很多领域，至今仍有浓厚的计划经济色彩，我国第一批上市公司距今也仅仅只有十几年的历史，在实践中，我们出现了很多类似“蓝田股份”的令人震惊的损害股东利益的案例，我们也有在促进国有企业改革的指导下系统性地侵害和掠夺外部股东利益的经历；在制度层面上，我们对于上市公司中的内部监督机制的研究并不充分，上市公司中的很多运营机制显得既不灵活，也不合理。这些问题的存在严重制约了直接融资的发展，资金所有者对于选择成为公司股东非常谨慎。我国现在的股权融资在全社会的投资总额中所占的比重不到5%，严重限制了优质企业的发展壮大；企业融资过分依赖银行贷款，也使我国的银行金融风险居高不下。因此，我认为，加强上市公司监事会制度研究，完善公司的内控制度，有利于提高上市公司的质量，增加证券市场的投资

价值，具有重要的实践意义。

二、国内外对于监事会制度的研究现状

国内现在对于上市公司监事会制度的研究主要侧重于在公司内部如何构造权力互相制衡的机制，让公司内部各个机构在权力互相制衡的体制下努力工作；对于我国现行的公司体制如何进一步充实和完善，对于公司法规定不够明确的地方进一步阐述或者补充。但是我个人感觉有几点不足，一是法学界过于纠缠于细枝末节，对于公司制度的理论阐释得很不充分；二是法学界的研究出发点比较混乱，过多地关注各个角色之间的利益平衡，很少有从公司制度本身的发展与衰落出发阐释相关公司制度的；三是法学界对于我国公司法构建的上市公司内部监督模式本身的优劣，并没有很多系统性的反思和阐述，学术界存在大量似是而非的观点。

发达国家，尤其是证券市场高度发达的英美国家，在经济学的支持下，近年来其公司理论研究有很多新的发展和突破。我认为其中比较突出的是公司的契约理论。传统的企业理论是把企业看作一个人格化的实体，并赋予它一个人格化的目标函数——利润最大化。但是契约理论的核心观点是把企业看作是一系列不完全契约的有机组合，是不同市场要素相互交易的一种方式。如果说传统的企业理论把企业看成是一种投入与产出之间的技术关系，那么契约理论则是把企业看作是一种人与人之间的交易关系，在契约理论看来，企业本身并没有利润最大化的目标函数，有的只是企业成员（包括股东、债权人、企业家、职工等）在约束条件

下的个人效用最大化。我个人认为，企业的契约理论对于解释上市公司中的很多现象和问题都有更多的说服力。但是由于英美国家中上市公司的内外部环境与中国差异很大，而且这些国家也有自己的历史包袱，现行的公司制度未必就是理想的公司制度，所以，对于这些理论我们还需要选择性地吸收，并创造性地运用于改造我国上市公司的相关制度。

三、本书的思路与结构

本书共分成四个部分，逻辑顺序分别是制度的法理分析、规范的比较研究、实践的实证分析和制度的检讨和完善。

第一章是“上市公司监事会制度的法理分析”。我认为只有在宏观背景下才能清楚地探讨具体问题，尽管监事会制度是公司内部监督制度的核心，但是，无论如何，它也仅仅是公司制度的一个组成部分。所以，在具体讨论上市公司监事会制度之前，我首先探讨了上市公司的一些基本制度问题，包括公司制度的由来、上市公司的本质、上市公司的目的以及上市公司治理的一些基本原则。然后，根据结构功能主义思路，我详细探讨了监事与监事会制度的含义、功能与目标，并且从理论和实证两个角度比较了不同公司治理模式下的监事会制度的内涵，纠正了学术界长期以来对于双层制公司结构和单层制公司结构的错误解读，并且给出了合理的划分标准，也澄清了多年来学术界对于监事会制度与独立董事制度的一些似是而非的见解。在本章的最后，我还比较深刻地论述了公司治理模式的选择与公司内外部环境之间的相关性，提出上市公司应该因地制宜地选择适合自己的治理模式，而不是

削足适履，照搬某些国家的经验，为本书后面的研究结论作铺垫。

第二章是“我国上市公司监事会制度规范的比较研究”。本章主要是从理论上探讨关于监事会制度的各种法律规范的利弊得失。首先是从纵向上探讨了监事会制度在我国的历史沿革，仔细考察了从晚清时期的公司法、民国时代的公司法以及解放初期的公司制度中关于监事会制度的规定及其历史背景。但是，由于我国解放后的相当一段时期实行计划经济，公司制度基本上废止，公司制度的研究与实践都发生了断层，计划经济之前的公司制度对于今天的影响已经非常微弱，所以，我们没有对于监事会制度的历史作过多地理论阐释。接着，我比较详尽地探讨了我国现行上市公司监事会制度的各种法律规范，包括监事会的人数、监事的任免和任期、监事的资格限制、监事的法律义务以及监事会的权限及其行使方式等问题，仔细分析了这些规范的原理与优劣得失，并且比较了海外重要法域的一些相关规定。

第三章是“我国上市公司监事会制度的实证分析”。本章主要是从实证角度考察监事会制度在我国的实践情况。全章共分成三个部分，第一部分是分析现行监事会制度的存在背景，从上市公司的来源、股权归属、股权分布以及法律环境等角度，考察上市公司监事会制度的生态环境。如果忽略这些背景因素，那么监事会制度的研究势必陷入“酱缸”或者逾淮之枳的困惑之中，为什么有些制度在海外有效，而在我国没有效？第二部分是通过实证资料，从监事会的规模、监事会成员的来源和任免、监事的专业背景、监事的持股情况、监事的薪酬制度、监事会的权限、以及监事与监事会的工作方式等角度，比较详尽地考察了监事会制

度的实践情况，这些资料和数据是研究中国上市公司监事会制度的现实依据。第三部分从实证角度深入分析和评估了监事会制度的实践效果，得出了监事会制度在中国上市公司中实践效果不佳的结论。接着从监事会的功能定位、监事的任免制度、监事的监督权限、监事的法律责任以及监事的监督能力等五个方面比较全面地分析了监事会制度失效的原因。

第四章是“中国上市公司监事会制度的检讨与完善”。这是本书最重要的部分，在前文的基础上，本章全面阐述我对于中国监事会制度的整体观点与改革建议。本章共分成两个部分。在分析了失效原因之后，我分别从监事会的功能定位、监事的来源结构、充实监事会的监督职权、增强监事的监督能力、强化监事会的法律义务和改革监事会的议事方式等六个方面阐述了我对于改革监事会制度的建议和构想。在本书的最后，我顺便阐述了从监事会以外的角度来强化对于上市公司董事和高级管理人员进行制度性约束的一些想法，包括董事的薪酬制度、信用评级制度、证券市场的监督以及经理人市场的监督等，以作为对于监事会制度的补充。在本章中，我提出并论证了关于改革中国上市公司监事会制度的一些重要观点和设想，比如，应该将监事会的功能定位为外部股东的利益服务，剥夺内部股东对于监事会成员的任免权，监事会成员由外部股东或者独立监事担任，并由外部股东单独表决，从而实现上市公司经营权与监督权的彻底分离；应该剥夺董事会对于外部独立审计师的提名权，并将该提名权授予监事会，以充实监事会的监督职权，等等。

目 录

序 言	(1)
第一章 上市公司监事会制度的法理分析 ..	(1)
第一节 上市公司概论	(2)
一、公司制度的由来与特征	(2)
二、上市公司的本质	(7)
三、上市公司的目的.....	(23)
四、上市公司治理的基本原则.....	(35)
第二节 监事与监事会制度的法理分析.....	(72)
一、监事与监事会的概念辨析.....	(72)
二、监事会功能与目标的法理分析.....	(75)

三、双层制下的监事与监事会内涵探悉·····	(86)
四、单层制下的监事与监事会内涵探悉·····	(91)
五、东亚模式下的监事与监事会内涵探悉·····	(95)
六、监事会与独立董事的功能比较·····	(99)
第二章 我国上市公司监事会制度规范的比较研究 ·····	(107)
第一节 我国上市公司监事会制度的历史沿革 ·····	(107)
一、晚清时期公司法中的查账人·····	(107)
二、中华民国时期公司法中的监察人·····	(112)
三、解放初期的公司制度和公司治理·····	(118)
第二节 我国上市公司监事会制度现行规范的比较研究 ·····	(122)
一、监事会人数的比较研究·····	(123)
二、监事任免和任期制度的比较研究·····	(130)
三、监事资格限制的比较研究·····	(143)
四、监事会权限及其行使方式的比较研究·····	(151)
五、监事义务的比较研究·····	(164)
第三章 我国上市公司监事会制度的实证分析 ·····	(170)
第一节 我国上市公司监事会制度的生态环境 ·····	(171)
一、上市公司的渊源·····	(171)
二、迅速发展的证券市场·····	(177)
三、上市公司的内外环境·····	(180)
第二节 我国上市公司监事会制度的实践解析 ·····	(201)
一、我国上市公司监事会成员的实际构成·····	(201)

二、我国上市公司监事会的工作方式	(228)
第三节 对我国上市公司监事会制度的实证分析	(247)
一、我国上市公司监事会制度的实践效果	(247)
二、监事会制度失效的原因分析	(254)
第四章 我国上市公司监事会制度的检讨与完善	(268)
第一节 改革上市公司监事会制度	(270)
一、重新定位监事会的服务对象	(270)
二、改革监事会成员的来源结构	(273)
三、充实监事会的监督职权	(275)
四、增强监事会成员的监督能力	(277)
五、强化监事会成员的法律责任	(278)
六、改革监事会的议事方式	(280)
第二节 完善董事会与经理人的外部约束机制	(281)
一、股票和股票期权的激励模式	(283)
二、根据经营业绩给予奖惩的激励模式	(288)
三、信用评级机构的监督	(290)
四、证券市场的监督	(293)
五、经理人市场的监督	(295)
主要参考文献	(298)
后 记	(307)

第一章 上市公司监事会制度的法理分析

众所周知，上市公司是人类社会历史演进中一项无与伦比的制度创新，它通过一系列巧妙的制度设计，吸引和聚集了大量的社会资金从事有组织的社会化大生产，极大地降低了交易成本，提高了生产效率^①；上市公司股权的分散、对投资者的各种制度保护以及证券市场的流动性，为民众进行股权投资从而分享经济增长提供了合适的制度工具，此举促进了整个社会的财富均衡化，为民主制度在

^① 为什么企业能够降低交易成本，提高社会生产力，请参见本书后面关于公司本质问题的讨论。

人类社会深深扎根，提供了经济上的保障^①；并且通过股份的自由买卖，实现资源的连续不断的优化配置，从而极大地提高了社会生产力，改善了整个人类的福利。但是，任何一个制度都有其内在的缺陷或者说是弱点，上市公司也不例外，由于公司的所有权与控制权在相当程度上处于分离的状态，如何确保公司的控制者能够最大限度地增进所有者的权益就成为一个非常复杂的制度难题。在本章中我们就尝试着借助监事会制度从理论上探讨这个问题。

第一节 上市公司概论

一、公司制度的由来与特征

在探讨公司的本质之前，我们先了解一下公司制度的由来，以及公司制度在何种意义上具有超越和创新价值，以作为我们探

^① 尽管从政治学上来说，民主指的是被管理者对于选择管理者以及公共事务决策的参与和决定的政治制度。但是，我认为民主的本质是民众对于公共事务的广泛参与，而这种参与热情在很大程度上取决于参与者基本的生存状况。很难想象，当人们生活在巨大的生存压力下时，他们会有什么心思去关心国家的公共事务和耐心地听取政客们天花乱坠的演说，他们更关心的是如何挣到下一顿饭钱。所以，政治学名言：“贫困是专制的温床”，我深以为然，只有社会中大多数人富裕了，民主才能逐渐深入人心。美国政治学者科恩说：“平等是民主合理性的关键”，也是极有道理的。参见：科恩《论民主》，北京，商务印书馆，1988年，第278页。在所有权利中，我认为经济上的平等是其他平等的本源。英国尽管在17世纪就建立了选举制度和政党政治，但是，在其后很长一段时间，只不过是精英政治或者寡头政治而已，并没有多少民众参与，那种民主实际上是一种漂浮的民主。我国民国初年的境况也是如此，宋教仁雄心勃勃地要竞选中国第一任民选总理，但是当时知道宋教仁这个名字的中国人大概不会超过总人口的1%，更遑论评价宋教仁的思想和治国方略了。

讨公司本质问题的前提。

人类社会几乎所有的重要制度都不是人们苦思冥想的结果，而是在社会实践中经过点滴积累、长期演变而逐渐形成的，不仅是社会组织和制度，而且自然界甚至人类自身的生物特征，都无不如此，这里的一切似乎都严格地遵循唯物辩证法中从量变到质变的规律。显然，公司制度也不例外。

公司制度的雏形，或者说公司制度的萌芽，一直可以追溯到11世纪前后出现在地中海沿岸的从事商事活动的经营实体。在罗马法、日耳曼法和教会法的共同影响下，这些商业团体逐渐被社会承认，并由此直接影响了后世的公司制度。在这些团体中，家族经营团体和康孟达（commenda）组织的影响最大。康孟达是拉丁方言，有信托委托之意。康孟达是一种商事契约，约定航海者和资金提供方共同出资，由航海者负责海外贩卖，盈利由双方按照出资额或约定比例分配，亏损则由航海者负无限责任，但是，资金提供方仅以自己的出资额为限对经营后果承担有限责任^①，这就是后来两合公司的雏形。

也有一种观点认为公司可能起源于中世纪的意大利及地中海沿岸的商业城市中涌现出来的家族经营团体。这些家族经营企业是陆上合伙的重要形式，由原来的独资企业演变而成。为了筹集更多的资金，这些独资企业逐渐吸收家族中其它成员加盟；或者原来的业主去世之后，由多个继承人继承的时候，原来的独资企业就演变成多个家庭成员共同投资、共同经营的企业，即家族经

^① 参见何勤华主编：《英国法律发达史》，法律出版社，1999年，第282页。

营团体。后来一些家族经营团体又开始吸收外姓人入伙，使得过去的血缘关系被逐渐淡化了，但是原来的共同投资、共同经营、共同承担风险和责任的特征被保留了下来，成为后来无限责任公司的雏形^①。

在中国明代以前的传统社会中，工业一般由官府把持，专门从事奢侈的消费品和有关国计民生的盐、铁、兵器以及钱币等生产，官府手工业享有垄断权，社会实行匠籍制度，绝大多数技术工匠需要为官府手工业组织工作。这种情况有些类似于我国后来的国有企业。明清以后，政府对于民间经济活动的限制有所放松，社会分工不断扩大，商品经济发展加快，很多企业的规模也相当大，有的企业甚至雇佣 2000 多名雇工。但是，在组织形式上，这些企业一直停留于独资企业或者合伙企业形式，始终没有发展出资合性质的公司制度^②。这种情况直到晚清的洋务运动才有所突破。

在英国，最早用公司（company）一词来表述商业组织^③的，是 16 世纪海外冒险性商业组织。从 14 世纪开始，英国国王开始通过颁发皇家特许令（Royal Charters）的方式，授予商人海外交

① 参见刘瑞复：《中国公司法》，法律出版社，1998 年，第 1 页。

② 王培：《晚清企业纪事》，中国文史出版社，1997 年，第 2-5 页。

③ 实际上，company 并没有确切的法律上的涵义，只要是多个人为了一定的目的组织起来的社团，不论是否以营利为目的，也不论该组织是否具有法人资格，皆可以称之为 company。牛津法律词典对 company 一词的解释为：“指数人出于共同目的而进行的组合，常常是为了营利而经营业务，对于合伙难以胜任的联合，常常采用这种组织形式，但是，这个术语也常指合伙，甚至可以指代个人经营者”。见 David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*. Oxford University Press, New York, 1984, p351。显然，本书中的“公司”指的是以盈利为目的的商业组织。