

Inner Supervision Mechanism of Corporations

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公司内部监督机制

不同模式在变革与交融中演进

朱慈蕴等 著

本书不可能驾驭这样一个庞大的体系，全面论述公司的监督机制。相反，为了使讨论比较深入，本书不仅选择了将公司的内部监督机制作为研究的对象，而且更为集中在对公司内部专门的监督机制——独立董事和监事会的监督机制的讨论上。

司法部一般项目：01SFB2012
课题名称：公司监督机制比较研究


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公司内部监督机制

不同模式在变革与交融中演进

朱慈蕴 杨继
丁建勇 汪青松 著

F276.6
183

2007

图书在版编目(CIP)数据

公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进/朱慈蕴等著.

—北京:法律出版社,2007.3

ISBN 978-7-5036-7129-6

I.公… II.朱… III.公司—企业管理—研究 IV.F276.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第022457号

© 法律出版社·中国

公司内部监督机制
——不同模式在变革与交融中演进

朱慈蕴 等著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司印刷

印张 12.25 字数 313千

印次 2007年4月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7129-6

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

公司治理的完善一直是人们追求的目标。这种追求并不是纯理性的,而是为了解决公司运营和市场经济发展实践中的问题。因此,立法者、政府监管者、学者、公司都在为此而积极努力。不过,他们的侧重点不同。即使是学者,经济学学者和法学学者尤其是商法学者的任务也是不同的。商法学者的任务在于向公司治理的需求者提供不可缺少的公司法理念上的资源。而公司治理的实践是发展的,其层出不穷的各种问题需要人们去解决,因而公司治理的理念应是不断更新的。朱慈蕴等著的《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》的价值就在于它向人们提供了这种理念资源。具体地说,就是提供了关于公司内部监督的治理理念资源。

人们常提出这样的问题:什么是最好的公司治理模式?进而言之,什么是最好的公司内部监督模式?对此,人们可以作出各式各样的回答。但是,如果离开一个国家市场经济发展和公司运营的具

体环境回答这一问题,其答案可能是没有意义的。比较早地关注公司治理的国家,肯定会有较多丰富的公司治理经验;比较晚地关注公司治理的国家,会比前者经验少,但不会完全没有经验。并且,他们之间也不可能随手拿来对方的经验就可以当作解决本国公司治理问题的灵丹妙药。相反,他们只能探索解决本国公司治理问题的经验,因为,不同国家公司治理会有不同问题。无疑,这种探索也应该吸取他国有益的经验,因为,各国公司治理也面临相同的问题,有着共同的经历。然而,即使是后者,也需要与本国的实践进行磨合,以决定其取舍。所以,研究公司治理的理念不在于追求世界最好的公司治理模式和公司内部监督模式,而在于追求最适应本国情况和最能解决本国公司治理问题的模式,并最终创造出本国的公司治理模式。《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》不是简单地推崇哪一种模式,而是揭示不同模式的不同内涵和它们生长的不同土壤,以及它们各自运行的规律,尤其是注意不同模式的变革趋势,其目的就在于此。

如何对待监事会和独立董事?许多著述持各自维护一种制度的立场。显然,这样做,会产生旗帜鲜明和充分阐述某种制度优点的效果。但是,其间的绝对化就难以避免了。因此,很需要从比较与融合的视角讨论监事会与独立董事。《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》一书采取了后一种态度,它比较分析了监事会制度和独立董事制度的利弊得失,揭示了两者的融合趋势。表明,不同模式之间不只存在对立的关系,或者,其对立关系不是绝对的,在满足对实践的适应性的基础上相互交融是不可避免的。

在以往人们对监事会制度与独立董事制度的讨论中,似乎有一种将某种制度视为适用于所有公司的倾向。其实,这是一种误解。《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》的作者提出:“独立董事和监事会制度本身并没有孰优孰劣之分,而是各自具有不同的适应性。中国在公司内部监督机制的构建上,也不应当强行推行一种模式,而需要针对不同规模、类型的公司自身的特点,赋予公司一定的自主选择权,

以充分发挥两大监督机制的各自优势。”我认为,这种态度是可取的。从历史上看,不同国家创造了公司法上的不同的监督制度,它的意义不在于“放之四海而皆准”,而在于解决特定公司的公司治理问题。任何一个国家都存在多种不同的公司,不同公司的公司治理目标是相同的,但它们所面临治理的问题是不同。譬如,有限责任公司具有“人合”与“封闭”的特点,公司治理主要是解决控股股东与中小股东的关系问题,完全不必要依赖于独立董事(或外部董事),也不必要为此支付不必要的公司运营成本,设立监事会或一两名监事足矣。即使股份有限公司,差别也很大。发起设立的股份有限公司,实质上与有限责任公司差不多;上市公司则由于其公众性特点,引入独立董事可能有利于形成董事会的独立地位,使董事会真正成为公司治理的核心。当然,上市公司也不尽相同,股权结构集中的公司与股权结构分散的公司有着很大差别。如从不同股权结构的公司对监督机制的需求而言,监事会与独立董事的适应性也有明显的不同。正是由于监事会与独立董事对公司治理的适应性有差别,而不同公司对它们又有不同需求,因此,应尊重公司对它们的选择。换言之,公司法的任务是将不同的监督模式都规定清楚,而不是强制某种公司必须采用某种模式,选择何种监督模式,应由公司自己决定。进而言之,不论多么完善的公司法,也只能为公司提供一个治理的框架,千奇百怪的公司的治理只能在这个框架里发挥自己的能动性,创造自己公司治理的业绩。否则,怎么会在同一公司制度下产生天壤之别的公司治理结果呢?

如何使监事会和独立董事发挥作用?从实践中不难发现,它们面临着共同的挑战。首先,它们如何在自己的框架里对付控制股东滥用权利,这是一个必须面对的问题。在控股股东具有支配地位的公司里,一个真正具有独立性且能发挥作用的独立董事如何顺利地进入公司?如果这样的独立董事不能进入公司,即使采用独立董事制度,也会徒有虚名。在同样情况的公司里,如何避免出现监事会与董事会之间和睦相处有余而制约极度不足的现象。只要公司存在控股股东,其董事会的成员

的大多数和监事会成员的大多数一般会来自控股股东,监事会对董事会的制约往往会让位于和睦相处。在此情况下,监事会的监督职能就很难发挥作用。其次,不论是监事会还是独立董事,其监督所必要的信息是发挥监督作用的基础。如果没有这个基础,就很难逃脱“花瓶”的厄运。所以,不论是实行监事会制度还是实行独立董事制度,都必须着力解决这些问题。对此,该书的作者有很精当的论述与分析。

《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》的重点是讨论监督机制,但在公司治理中必须注意处理好监督与效率的关系。许多国家的公司治理关注公司的效率,因为,没有治理的效率,公司就没有竞争力。而在我国,人们大多基于我国的国情,不得不关注公司的内部监督。毫无疑问,当今中国的公司治理,抓住了监督机制问题就抓住了公司治理的关键之一。但是,应该明确,监督不是公司治理的目的,实现公司的目标才是公司治理的目的。同时,强调公司治理的效率是和实现公司的目标相一致的。因此,公司治理必须实现监督与效率的统一。不能没有公司治理的效率,没有了治理的效率公司目标就将落空,股东的利益就没有保证。同时,监督是不可忽视的,忽视了监督就不可能有完善的公司治理,也不可能有持久的效率。简言之,监督是必要的,但监督不是为了使董事、高级管理人员寸步难行,而是使其勤勉地忠诚地为实现公司目标而工作。

我很高兴为《公司内部监督机制——不同模式在变革与交融中演进》作序,我相信它的问世会使读者分享作者研究公司内部监督机制的心得,会使公司治理获得更优良的理念上的资源。我祝愿中国的公司治理走入一个新的天地。

王保树

2006年8月13日

于清华园

写在开篇的话

本书是为司法部资助的课题“公司监督机制比较研究”而作。当最终完成它的时候,却觉得有些话必须说在前面。

第一,自从公司成为市场经济的宠儿并迅速发展以来,围绕着公司自身制度的架构,人们一直都在试图解决这样的问题:如何在保持公司效率的前提下,最有效地监督公司经营层为公司和股东利益最大化而努力工作,或者说有效地阻止其为攫取自己私利而损害公司和股东利益的倾向;如何使监督成本最小而公司效率最高;如何更好地平衡围绕公司而产生的诸多利益关系,如股东与董事和经营层的关系,大股东和中小股东的关系,股东、经营层和职工的关系,股东与债权人的关系等问题。由此,衍生了20世纪80年代以来旷日持久的世界性的完善公司治理运动。世界各国公司法都在努力克服由于公司的“所有权与经营权的分离”而带来的代

理成本问题,^①也就是为保障出资人(股东)的利益,用法律的方式控制经营人可能给公司造成的损害,进而给出资人带来的不利益。

那么,何谓公司治理呢?其实,关于公司治理的含义可以从多个角度、多个层次加以理解,本书受主题所限,不能全面探讨不同角度、不同学派、甚至不同学科领域对公司治理含义的论述及其异同,而仅从公司制度安排的角度来讨论公司治理。这样,我们至少可以从狭义和广义两个角度考察:从狭义来讲,所谓公司治理是关于现代公司内部所有者对经营者的监督、制衡机制,即通过制度安排来合理配置所有者和经营者等之间的权力、义务、责任与利益分配关系。公司治理目标,就是要试图建立最优的公司机关权力构造模式,尤其是强化出资人(股东)对公司经营层(公司内部人)的制衡机制,体现公司对出资人的终极关怀,从而充分保障资本所有者的利益。^②从广义来讲,公司治理既包括公司自身的权力制衡体系,还包括公司本身的各种行为,以及由此涉及的公司与社会各方面的关系及其行为后果对社会各方的影响。^③因为本课题主要研究公司内部监督机制的问题,故而本书仅从狭义的公司治理角度出发,讨论有关完善公司内部监督机制的问题。

第二,即使我们把公司治理限定在狭义的角度,依然涉及本书将在多大范围内讨论如何完善公司治理问题。我们知道,狭义的公司治理主要强调的是如何对经营者进行监督,即通过何种制度安排来对经营者进行有效的监督。这种监督既可以来自于公司内部,也包含公司外部的监督。

就来自于公司外部的监督而言,主要有四个方面:一是债权人的监督。债权人是公司借入资本的所有者,虽然公司债权人对公司享有的只

① 梁定邦:“序”,载汤欣:《公司治理与上市公司收购》,中国人民大学出版社2001年版,第9~10页。

② 梅慎实:《现代公司机关权力构造论》,中国政法大学出版社1996年版,第1页。

③ 李健:《公司治理论》,经济科学出版社1999年版,第9页。

是一种债权,清偿期限届满时,公司必须还本付息,但当公司破产时债权不能全部清偿,债权人面临的风险是很大的。所以,债权人基于其自身利益的维护,会通过要求公司信息公开的方式进行监督。二是政府的监督。因为现代市场经济中,政府具有经济管理职能,即维护市场竞争秩序,调控宏观经济的总量平衡,并注重对弱势群体利益的保护。作为市场经济活动最主要的一类主体,上述的政府经济管理职能的行使,必然直接或者间接地涉及公司,如监督公司的竞争行为,约束公司自觉地履行社会责任,如维护职工利益、实施环境保护、引导公司实现宏观经济调控目标,由此发挥对公司经营者的监督。三是社会公众的监督。社会公众的监督具有广泛性,一方面可以弥补政府监督的不足,毕竟政府的监督力量是有限的;另一方面则是通过提高社会公众的维权意识,当公司经营者违法或者不当经营公司而致社会公众利益受损时,社会公众可以通过社会舆论乃至司法诉讼来追究经营者的责任,维护自己的合法权益。四是市场的监督。如经理人市场通过对经理人绩效的评价,约束经理人的行为;证券市场通过价格发现机制对上市公司股票的评价,对优质股票予以鼓励;证券市场通过信息披露机制的实施,构成对上市公司是否诚实信用的基本评价标准;产品市场的优胜劣汰作为公司的外部市场压力,只会对那些具有良好公司治理结构和完备的产品质量体系的企业情有独钟。

而来自于公司内部的各种监督则是公司法意义上基本的监督。所谓公司的内部监督,是指股东自己直接进行监督或者推举专司监督职能的人对公司经营者实施监督,例如独立董事的监督 and 监事会的监督。无论是股东自己监督还是通过独立董事或者监事会监督,由于这些监督者均属于公司内部监督机构或人员,或者说他们构成公司组织体的一部分,所以将其称为内部监督。在现代公司制度架构中,股东会作为公司的最高权力机关,主要是通过对董事的选任和解聘的权利,通过对公司重大事务的决定权,通过知情权、质询权、提议权甚至诉讼权的行使,发挥着对董事会及其经营层的最终监督权力。大陆法系的公司董事会虽

然是公司业务执行机关,但董事会内部成员之间有着相互监督的义务,董事会对其所聘任的经理人员负有监督义务。这种义务不仅是由于董事会会在绝大多数情况下需要通过会议体的形式形成公司的经营决策,因而董事会成员之间对给公司带来损失的决策负有连带义务,而且是由于所有董事接受了股东的委托管理公司财产,应当在其位,谋其职,共同对公司财产的保值增值服务。而在英美法系国家,独立董事的出现,更是在董事会内部产生了专司监督职责的董事。同时,大陆法系国家为了解决股东亲自对公司的董事及经营层实行时时事事的有效监督成本过高的问题,股东们愿意将自己的监督权委托给监事会这样的机关行使,由此,监事会以专司监督职能的身份发挥其监督职能。此外,无论从民主管理的角度,还是公司利益关系人的角度,公司中的员工参与公司管理和实施监督都具有积极意义。

可见,公司治理的目标就是在基本保障与公司相关的其他利益群体的利益的基础上实现股东利益的最大化,防止公司的经营者因道德风险的驱使而背离所有者股东的利益,其主要特点就是通过股东会、董事会、监事会及公司高级人员所构成的公司内部治理结构来实施监督,进行制衡。进一步而言,就是指由所有者、董事会及其高级管理人员和监事会三者组成的一种组织结构。在这种结构中,上述三者之间形成一定的制衡关系。通过这一结构,所有者将自己的资产交由公司董事会托管;公司董事会是公司的业务执行和业务决策机构,拥有对高级管理人员的聘用、奖惩和解雇权;高级管理人员受聘于董事会,组成在董事会领导下的执行机构,在董事会的授权范围内经营企业。^①但似乎在这样的情况下讨论完善公司治理,或者说讨论如何加强监督,依然涉及广泛的监督体系问题。

显然,本书不可能驾驭这样一个庞大的体系,全面论述公司的监督机制。相反,为了使讨论比较深入,本书不仅选择了将公司的内部监督

① 吴敬琏:《现代公司与企业改革》,天津人民出版社1994年版。

机制作为研究的对象,而且更加集中在对公司内部专门的监督机制——独立董事和监事会的监督机制的讨论上。这样做的原因,一方面是因为独立董事和监事会是两种主要的专司监督职能的机构,另一方面是因为我国公司实践已经突破了传统的监事会单一模式的状况,引进了独立董事制度。两种模式孰优孰劣抑或各有千秋,能否并存而又如何并存,是理论界和实务界都非常关注的热点问题。特别是对美国公司实践中独立董事的具体制度和德国公司实践中监事会独特的精致的组织架构的深入研究和介绍,无疑为我国应如何完善独立董事或者监事会制度提供了可资借鉴的成果亦或失败的经验等。

第三,对独立董事制度和监事会制度如何进行研究?本书在第二部分和第三部分分别对独立董事制度和监事会制度进行了非常系统的分析。前者,主要对美国的独立董事制度进行了考察,既分析了该项制度的产生背景、演变历程、构成要素、功能作用机制,也明确指出独立董事在制度设计中的理论预设和实际运行效果的背离。后者,主要以实行双层制公司结构的德国为蓝本,对监事会制度从监事会成员如何选举、任命,监事会享有的任命董事会成员和重大决策权的独特权力,到监事会的监督功能缺陷与如何完善,都作了详细考察、分析。当然,本书也对单层制下的东亚国家监事会的模式进行了对比分析,指出东亚模式下的监事会虽然运行效果不好,但形成这种状况是有其存在的客观背景。因此,东亚国家不可能采用德国的双层制结构之监事会,而只能在现有基础上对监事会制度进行改良。

在本书第二和第三部分,我们运用大量篇幅对我国的监事会现状和引进独立董事的状况都作了详尽分析,不仅注重了对两种制度本身的分析、研究,更注重对我国特有的公司历史、股权结构、资本市场、文化背景的分析,在此基础上提出完善这两种公司内部监督机制的构想和建议。期望这些建议能为我国相关制度的立法和司法实践所采纳。

第四,虽然本书已经将公司内部监督机制研究重点限定在独立董事和监事会的具体制度上,但在对独立董事和监事会制度进行结论性研

究的时候,我们还是觉得有必要将这两种监督机制如何再造的问题放在更为宽泛的语境下讨论。因为无论是独立董事还是监事会,其制度的完善并不仅是其自身的问题,而是由多重因素共同作用并影响的综合结果。所以,本书的第四部分在进一步明确两种监督机制各自的基本特征和所具有的优势与劣势,并聚焦各自监督机制完善之关键点,两种监督机制之融合的形式表征和实质要求,以及特别强调无论何种监督机制都应当尽可能营造双层制特点以使监督更有约束性的基础上,还分别就两种公司监督机制如何在公司各种监督资源的整合中再造,以及公司环境对独立董事和监事会之监督机能发挥作用的影响都进行了适当分析。前者涉及了股东行使表决权、知情权、诉讼权之监督性,职工进入董事会和监事会在参与公司决策中监督,债权人对公司、公司控制股东、公司董事监事和高管人员的诉求形成的间接监督,会计监察人制度的确立与监督的强化,以及公司社会责任下来自社会公众的监督等,都在一定程度上与独立董事和监事会的专门监督相得益彰;后者则透过公司股权结构的集中与分散、公司的封闭与公开之不同公司环境对公司监督机制所形成的不同影响,提出应当对不同环境下的公司监督机制再造采用不同的措施。当然,本书通篇所述在于如何强化公司监督机制,但绝不希图将监督者与被监督者之间对立起来,最终期待达致的目标是监督者与被监督者同为完善公司治理而努力。

目 录

第一编 完善公司内部监督机制是公司治理的关键

第一章 现代公司怎么了：公司治理山重水复 /3

一、从大宇汽车到美国安然：公司帝国轰然倒塌的巨响此起彼伏 /4

二、从业绩优良到黯然退市：中国股市虚假陈述阴霾云烟未尽 /7

三、道德风险与产权问题：公司治理该何去何从 /11

四、内部监督与外部监督：完善的公司治理主要依赖公司内功 /21

第二章 公司法律制度中的内部监督多重机制 /26

一、公司制度总体设计上的分权模式 /27

二、公司内部监督的多重机制 /32

三、中国公司内部监督机制的基本法制架构 /38

第三章 公司内部两种核心监督机制：独立董事和监事会 /44

一、公司内部专门监督机制产生的合理性分析 /45

二、两大法系下不同的公司内部核心监督机制比较 /53

三、独立董事和监事会的监督机制之融合化趋势 /61

第四章 完善中国公司内部监督机制的应然路径：兼收并蓄 /67

一、中国公司法移植监事会制度的合理性与先天不足 /68

二、中国公司治理引入独立董事制度的必要性与现实障碍 /75

三、中国公司治理需兼收并蓄两大监督机制之优势 /82

四、加强制度建设是中国完善两种公司内部监督机制的共同任务 /86

第二编 公司内部监管之独立董事制度

第五章 独立董事的演变：国际化的制度变迁 /97

一、背景：自治理论的萌发与放纵 /98

二、萌芽：代理问题、大萧条与新政 /100

三、诱因：丑闻、股东诉讼与外部董事 /103

四、发展：机构投资者、股东积极主义与独立董事 /106

五、国际比较：趋同、差异与发展 /108

六、反思与改革：安然事件后的独立董事 /111

第六章 境外独立董事的制度架构 /117

一、独立董事的任职资格 /119

二、独立董事的提名、选举方式与任期 /123

三、独立董事的比例 /127

四、独立董事的工作时间 /128

第七章 独立董事制度的运作机制 /132

一、独立董事的权利与义务 /132

二、独立董事的作用机制 /134

三、独立董事的激励机制 /139

四、独立董事的责任机制 /145

第八章 独立董事的价值与缺陷:理论与实践 /154

一、董事会:结构与功能 /154

二、独立董事的内在价值功能与外在价值功能 /156

三、独立董事的制度缺陷 /161

四、独立董事的实证研究:尺度与效率 /167

五、对实证研究的理论解释及评价 /174

第九章 我国公司实践中的独立董事制度 /178

一、我国引入独立董事制度的历史沿革 /178

二、我国独立董事制度的现行规定 /181

三、独立董事运作状况、问题与反思 /186

四、如何改善我国的独立董事制度 /199

第三编 公司内部监事会制度的功能解析与价值取向**第十章 监事会制度在各国的起源、发展与现状 /207**

一、德国监事会制度的起源和立法发展 /208

二、其他欧美国家对监事会制度的借鉴 /214

三、欧洲统一立法对监事会制度的规定和其对德国制度的影响 /215

四、欧美公司治理理论的新发展及其对德国监事会制度的影响 /218

五、日本监事会制度的发展和现状 /223

六、中国监事会制度的发展和现状 /228

七、欧陆模式监事会和东亚模式监事会之比较 /234

第十一章 监事会制度的组织架构 /237

一、监事会的人员构成 /238

二、监事会及监事的产生 /242

三、监事的任职资格 /246

四、监事的任期 /250

五、监事会负责人 /252

第十二章 监事会制度的运行 /256

一、监事会例会和特别会议 /256

二、监事会议事规则和表决制度 /258

三、监事会的职权 /264

第十三章 监事的权利、义务和责任 /283

一、监事的权利 /283

二、监事的义务 /291

三、监事的责任 /296

第十四章 监事会制度的总体评价和发展趋势 /301

一、各国对监事会制度的总体评价 /301

二、各国监事会制度的发展前景 /308

三、监事会制度的经济与法律意义 /312

四、监事会制度的制度局限和实践偏差 /315

第四编 内部监督机制在完善公司治理中再造

第十五章 内部监督机制再造：最终的关注点 /321

一、独立董事：坚持外部性特征与加强制度建设 /322

二、监事会：内生性利弊并存与追求监督实效的改革目标 /326

三、关注独立董事与监事会两种监督模式的融合 /329