

【商事法】

让监事会的腰杆硬起来

——关于强化我国监事会制度功能的随想

施天涛

【作者简介】施天涛，清华大学法学院教授。

【原文出处】《中国法律评论》(京),2020.3.138~149

引言：问题在哪里？

在我国公司治理结构中，监事会与股东会、董事会是公司治理的三大机关，^①这样的公司治理结构体现了公司治理的三权分立、分权制衡的政治理念和宪制思想。^②按照这一理想化的设计模式，股东会是最高权力机关，公司的重大事项决策权归属于股东会；董事会是执行机关，负责公司事务管理和业务经营；监事会则是公司的监督机关，主要是为了公司和全体股东的利益对执行业务的董事、高管进行监管，防止他们做坏事，如果他们已经或者正在做坏事，监事会应当及时采取措施予以纠正。^③初看起来，这一制度设计似乎很完美，因为在公司经营管理活动中，有人负责拍板、决策，有人负责干活、执行，有人则专门负责盯梢、监督。如果一切皆如所愿，公司运行将保持良好状态，除非发生意外、天灾，或者市场发生情势变更，公司有盈利，股东有回报，管理者有报酬，职工有业可就，皆大欢喜。

然而，世间事不如人意者，十之八九。在实际运行中，时闻公司亏损，甚至倒闭、破产，皆出于人祸。公司丑闻屡屡发生，不曾间断；董事、高管利用手中权力肆意侵害公司和股东利益的情形实属常见，大股东、控股股东或者实际控制人直接或者间接利用各种手段，如关联交易、关联担保，抽逃、隐匿、掏空、盗窃公司资产情形更是层出不穷。何也？很

显然，公司治理机制没有发挥功效，尤其是公司监督机制失灵了。所谓分权制衡，分权是手段，制衡是目的。在法律设计中，权力是分开了，但却没有达到制衡效果。在公司治理的三权分立架构下，监事会最是无用，几乎成了法律摆设，甚至连花瓶都算不上。花瓶插上花还可以使人赏心悦目(如独立董事)，而监事会最多只是法律刻制的傀儡而已，虽有其形，不得其神。这种现象不仅发生在中国公司治理中，即便在世界范围内，也概莫能外。当然，在没有设置监事会制度的国家(如美国)不存在所谓的监事会失灵的问题，但这并不是说这样的国家就不存在监督失灵的问题。事实上，公司治理中的监督不力是一个普遍性的问题，只不过本文讨论的仅限于监事会。

上述现象出现的缘由在哪里？本文认为，其主要原因是，在这种制度设计中，没有赋予监事会足够的权威以对抗公司管理层和公司控制者，使公司监事会制度徒有其表，懦弱其心。公司法虽然在理念上设计了公司监督机制，但却没有考虑到监事会实际运行中的行动问题。也就是说，公司监事会事实上缺乏足够的动因、能力和激励将监督行动付诸实施。这都表现在监事会的具体制度规则中：如监事会缺乏独立性，包括监事的身份依赖和监事会的财务依赖；监事缺乏足够的知识、技能和经验；监事会在履行监督职责时，缺乏足够的执行力和措

施保障以及相应的激励和问责机制。一言以蔽之,监事会会被抽掉了“脊梁骨”,或者原本就没有给它装配,它的“腰杆”自然也就硬不起来。^④

一、监事会独立性的缺失与补救

在法理上,尽管监事会具有独立的法律地位,并与董事会平级,甚至公司董事、高管还是监事会的监督对象。但是,在现行公司治理的实际运作中,监事会缺乏独立性是显而易见的,这主要表现在两个方面:

1. 从监事会的成员构成来看,监事会缺乏独立性

我国《公司法》第51条第2款和第117条第2款分别针对有限责任公司和股份有限公司监事会成员的构成做出了相同的规定,即监事会应当包括股东代表和适当比例的职工代表,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。监事会的职工代表通过职工代表大会、职工大会或者其他形式选举产生。^⑤由此可见,我国监事会的监事主要由两种人担任:一是股东选派的代表;二是职工选派的代表。

一目了然,我们可以从上述规定中清楚地看到问题所在,即监事的身份决定了他们无法独立地开展监督工作。

就监事会中的股东代表而言,他们是股东选派的,股东选派代表监事依然采取的是“资本多数决规则”,即“一股一票”的表决规则。也就是说,谁的股权大或者股份多就能选出他的代表监事。这种选举方法的必然结果是,监事会中的股东代表也就是大股东的代表。尽管法律要求监事一经选出须独立地履行监督职责,维护公司和全体股东利益,但人都是有感情的,何况公司是由一系列经济利益关系构成的企业。无须多言,这样的监事必然会成为委派他的股东的代言人,执行其委派股东的意志,有意无意地维护甚至包庇其委派股东的利益和不当行为。董事会的董事也是以同样方式选举的,甚至公司高级管理人员也是大股东直接指定的,许多公司直接由大股东兼任董事长、总经理。由此可见,欲使监事中的股东代表去监督公司董事、高管和大股东、实际控

制人的行为,虽不能说是一件不可能的事情,但也是一件非常艰难的事情,因为他们本来就是一个利益共同体。

就监事会中的职工代表而言,他们是职工选派的。职工选派代表监事实行的“人头规则”,即“一人一票”,倒不用担心职工代表监事受到选派他的其他职工的控制和支配,但问题同样出在他的职工身份上。职工代表监事受雇于企业,与企业之间是一种劳动雇佣关系,是否雇佣他,薪水几何,晋级如何,均取决于他的雇主。他的雇主是企业固然不错,但企业却是控制在大股东、股东代表董事和其任命的高管手中。试想,职工代表监事如欲真正对公司董事、高管进行监督,恐怕其首先要考虑的就是会否因此而失业的问题。尽管职工受到劳动法保护,工会也会维护职工,但如果他的上级要想解雇他的话,也不是什么难事。一个可以想象的场景是,当职工监事向他的上级主管提出某种财务或经营方面的问题并要求其予以纠正时,他的上级主管很可能会态度谦和地表示接受,而随后这名职工监事可能很快就会接到解聘通知。理由可以是随意的,如市场不景气、产品无销路导致企业陷入困境而需要裁减人员,等等。由此可见,欲使职工代表监事监督公司董事、高管的行为,虽不能说是一件不可能的事情,但同样也是一件非常艰难的事情。

从公司监事会的成员身份的依附性来看,公司监事会不具有独立性。公司监事会不具有独立性,又何以指望它履行监督职责?显然不能。既然我们发现了问题的症结所在,相应的改革措施也就必须有针对性地进行,即改变监事会的结构失衡状态。

第一,在监事会中引进外部监事。引进外部监事的目的在于对抗大股东在监事会的控制性影响,平衡监事会中股东代表监事的利益和意志倾向,同时弥补职工代表监事的软弱性。这样一来,公司监事会的人事结构就形成了“三三制”的平衡制约格局,“三足鼎立”才具有稳定的对抗性。在一定意义上,股东代表监事倾向于代表大股东利益,职工代表监事倾向于代表职工利益,这也是可以容忍的。问题是公司中小股东、债权人和公众投资者以及其他

利益相关者的利益,谁来代表呢?只能是外部监事,它们来自公司外部,与公司、股东代表监事和职工代表监事不能有任何情感和利益瓜葛。他们进入监事会是会对大股东势力的一种遏制,被寄予能够独立地表达对董事、高管的监督意见的厚望。同时,他们还身负执行某种公共职能的使命。

第二,监事的选派应分类进行。就股东代表监事的选派而言,由于大股东已经在公司董事、高管的选派和任命上具有绝对的发言权或者事实上的掌控力,如果股东选派监事依然采取同样的直接选举方法,必然形成公司由大股东只手遮天的局面。因此,监事的选举应当区分开来。

股东代表监事的选举有三种可选择方案:一是采取累积投票制,尽量保障中小股东能够选出他们的代言人进入监事会。《公司法》第105条为采用累积投票制选举监事提供了法律依据。二是采取类别选举制,将股东代表监事的名额分别配给持有不同种类股份的投资者(股东),甚至可以对公众投资者直接采取配额方式。三是采取“人头制”,即按照股东人数选举产生,而不是按照持股比例选举产生。采取何种方案,可由公司章程规定。一般而言,公众公司采取累积投票制或者类别选举制较为适宜,私人公司采取“人头制”较为适宜。

现行的职工代表监事的选举没有问题。但法律应明确规定,职工监事任职期间不得无故解除其雇佣合同。解除职工监事的雇佣合同须经职工代表大会或者职工大会的同意。理由是,职工监事是职工选派的,受全体职工之托维护职工整体利益,为了保障职工监事在行使监督权力和履行监督职责时心中有底气,就需要解除其后顾之忧,而不能由其上级主管随意解聘。如果做得彻底一些,法律甚至可以规定,职工监事任职期间,不得解除其雇佣合同或劳动关系。

外部监事的选任应当吸收推选独立董事的经验教训。推选独立董事的现行做法是,公司内部人如董事长或者总经理推荐,股东会批准。这种做法实在不足取。为了保证外部监事能够独立地执行监督职责,就必须切割外部监事与公司及其内部人的

任何利害关系。如果还是由公司内部人举荐,股东会批准,无非还是亲朋好友、师徒校友,何谈独立性?即便没有上述关系,仅仅因为人家有举荐之恩,外部监事的腰杆也很难硬得起来。

鉴于大股东已经享有和行使了选派其代表监事的机会,因而就不能赋予他们再次独揽选择外部监事的权力。可以考虑由法律授权某些公共机构建立外部监事人才库,有兴趣的社会人士自愿申报,授权机构组织培训考核,建立起外部监事随意抽取系统和平台供企业选取。如此一来,选择外部监事的实质权力由监事会实施,股东会仅仅审查候选外部监事的资格条件是否符合法律、法规的要求,其实就是形式上经过一道任命程序而已。

第三,在监事会中设立专业委员会。对公司的监督工作是一项非常专业化的工作,需要相应的法律、财务知识和企业管理经验;同时,监督工作的具体建议、方案和实施还需要保持一定的独立性和科学性,避免决策的任意性。因此,有必要在监事会中设立专业委员会协助监事会工作,重要者如财务检查委员会、经营检查委员会、提名审查委员会。各委员会由外部监事任委员会主任,并接受监事会的领导。前两个委员会的名称即可清楚地表明其职责分工,无须多说。提名委员会的职责是负责与授权机构联系抽取外部监事候选人,审查是否符合担任公司监事的资格,考察是否具备胜任公司监督工作的能力,并将审查或考察意见提交监事会审议批准后,再行提交股东会审议。^⑥

2. 从监事会的财务支配来看,监事会缺乏独立性

但凡要做事情,就离不开经费支持。俗语云:兵马未动,粮草先行,就是这个道理。监事会欲行使监督权力,履行监督职责,必然会产生监督成本和费用。因监事会的监督工作是为公司利益而实施的,其费用自然应由公司承担。然而,如果监事会不具有独立的财务支配权,则必然会依附于公司管理层。

根据《公司法》第56条、第118条第2款规定以及第54条第2款特别规定,监事会、不设监事会的公司监事行使职权所必需的费用,由公司承担。

虽然《公司法》明文规定了监事会行使监督权力产生的费用由公司承担,但公司财务实际上掌握在管理层手中,这导致监事会行使监督职责所需经费必然受制于公司管理层,仰人鼻息,看人家脸色行事。监事会监督的对象是董事、高管,而所需费用又须经过他们之手,被监督的对象会乐意给予财务支持吗?肯定不会。他们必然会在监事会的监督经费上大做文章以便阻止监事会监督工作的进行,如在经费的预支、使用、报销等相关环节上制造障碍。久而久之,监事会主动行使监督职责的积极性就会被消磨掉。由此可见。关于监事会行使监督职责的经费问题,虽然公司法规定得明白,但实操上却是步步有障碍。监事会没有独立可支配的监督资金,是导致监事会不具有独立性的财务原因。

针对监事会缺乏独立的财务支配权,改革措施应从如下几个方面进行:

首先,公司应设立专项监督基金。公司法应当明确规定,公司分配当年税后利润时,应当从利润中提取一定比例的资金用于公司的监督工作。这个比例应当法定化,可比照公司法定公积金的提取比例。考虑到公司可能会出现亏损,导致无利润而无法提取专项资金的情形,应将监督费用的实际使用纳入公司管理成本,无论专项账户有无库存或剩余资金,基于监事会监督工作发生的费用均可直接报销。实际上,在公司亏损年份,公司财务、经营最有可能出现问题,也是最有必要强化监督的时候。

其次,监事会对专项监督基金享有独立自主的支配权。监事会为了履行监督工作所需要和使用的经费应由监事会自己制作财务预算和财务决算方案,在每年股东年会上报股东会会议审议审批。监督经费的实际使用应允许一定的上下浮动,比如遇到公司重大财务和经营异常情况时,监督工作量必然大大增加,可能会出现超支情形,如需要聘请专业的中介机构。因此,基于监督工作发生的调查、审计、差旅、会议等费用应以实际发生费用为准,应当允许费用超支。监事会具有独立的审批权,无须经由董事或高管审批、签字。譬如,一般性日常工作费用,由监事会主席和监事会专门财务人员审查签字

即可报销;如发生重大支出,则由监事会集体审议。

最后,公司法应明确监事享有报酬。监事会工作的现状是,大多数监事都是兼职的,他们的报酬来自他们的本职工作。这种状况应该改变。监事会的工作应当是常规性的日常工作,内部监事应当是专职监事,无论是股东代表监事还是职工代表监事,均应要求他们专职从事监事工作,当然也应当为他们提供报酬。比较而言,董事会的内部董事或管理董事可能不拿报酬,但他们可能具有另一个身份,即他们本身就是股东,他们可能并不在乎董事工作的报酬。私人公司基本上就是如此。无论他们是否实际从公司获取报酬,均不用法律规定,因为这是一个企业自主决定的事情。但法律赋予监事的职责是具有公益性质的监督职能,他们当然应该享受报酬。

监事报酬应当比照公司高管的平均水平确定。外部监事的报酬应当比照独立董事的报酬。但应注意的是,在我国目前公司实践中,独立董事的报酬偏低,这也是独立董事不愿意多付出精力的重要原因之一。因此,外部监事的报酬应当更加实质性一些。相应地,也应要求他们抽出更多时间实质性地投入工作。具体的工作分配和安排可授权公司章程或监事会工作规章规定。

二、监事的资质

公司董事、监事和高级管理人员是负责公司经营管理和监督工作的专业人员,为了能够履行其职责,他们应具备相应的履职品行、能力和经验。

《公司法》第146条第1款规定的不得担任公司的董事、监事、高级管理人员的五种具体情形虽然包含了对董事、监事、高级管理人员的品行、能力和经验的要求,但却仅是为他们列出不能担任职务的“负面清单”,即通常所说的消极资格。当然,这个负面清单是否全面和充分,是否有必要进一步完善,尚可商榷。^⑦

这种单纯的消极资格要求对于董事、高管是没有问题的,因为董事、高管负责公司经营管理在很大程度上是公司自己的事情,属于公司自治范畴。也就是说,选择什么样的人去经营管理企业,是否需要更为积极的能力和经历,由公司股东决定和选派即

可;如果确实需要特定能力和经验,公司自然会根据其自身情况决定,或者通过公司章程做出规定,法律并无必要做出一体要求。或者说,不宜由法律做出“一刀切”的规定。事实上,法律也难以提出一个普适性要求。

然而,这一理念并不适宜于公司监事的选任。由于监事履行的是监督职责,必然需要具有与其职责履行相匹配的能力和经历,因而有必要对监事的积极资格做出一定要求,使其在财务、法律和管理方面具有相应的履行其监督职责的能力和经历。对监事的品行要求主要针对的是其财务品行,而不是一般性道德要求。公司法关于董事、监事、高管的消极资格的规定已经包含了这种财务品行。公司管理者和监督者经管的是他人的财产,他们的手脚必须“干净”,且应具有一定的责任心和理财能力。公司法是从负面结果来判定董事、监事、高管的消极资格的。^⑧下面不再讨论监事的品行问题。

我国相关监管规则对上市公司的独立董事的积极资格提出了特定要求,正好契合了对监事积极资格要求的必要性。监事工作的性质与独立董事的工作性质具有很大的同质性,二者都具有对董事和高管进行监督的作用,如法律要求独立董事对公司财务、关联交易的特别关注等。只不过,独立董事的工作是双重的,既有监督的任务,又有参与公司经营决策的任务;而监事会则是全面负责监督工作的专门机构。

监事履行监督职责需要具备何种能力和经历?这得分开来说。股东代表监事和职工代表监事是由股东和职工选派的,似乎无法为他们设置更高的积极资格要求,但是法律可以为他们设置一般性积极资格条件,要求他们应具备与其履行监督职责相适应的能力和经历。譬如,他们应具备相应的学历或职称与合理的知识结构;具备履行职务所必需的经济、金融、财务、法律素质、知识和技能或其他有利于履行监事职责的工作经历或经历;能够阅读、理解和分析公司资产负债表、财务报表和财务凭证等,具有实际从事检查监督公司经营和财务的能力。

就外部监事而言,除了需要满足上述一般性要

求外,他们应是相关领域的专家,如经济、金融、财务、税务专家。所谓的专家,非仅指大学或者研究机构的学术专家之流,而是主要指从事这方面工作的实务专家,也包括具有经营管理经历和经验的经管人才等。

前面所讨论的监事的消极资格和积极资格,如果属于基本资格条件而具有普遍适用性,应尽可能加以提炼,吸收到公司法中直接规定;如果属于特殊要求(如基于公众公司与私人公司的差别要求)而不具有一般适用性,则可由相关监管机构规定。

三、监事会的执行力

《公司法》第53条和第118条第1款对监事会的职权做出了规定。《公司法》关于监事会职权的规定基本体现了监事会的职能。问题是,《公司法》虽然规定了监事会的权力,但实际上监事会却没有权威。也就是说,监事会在行使其监督权力时缺乏强制性制度保障。不能执行的监督权不过是一头“黔之驴”而已,虽然块头很大,但确实也就摆摆吓人的样子。

下面我们依次检索,评估《公司法》赋予监事会的权力是否具有可执行性,以及其可能具有的执行力有多大。

1. 检查公司财务

《公司法》将检查公司财务列为监事会的第一项职权。毫无疑问,这是正确的。监事会的监督职能首要地体现在财务监督上。但监事会如何行使财务监督权呢?《公司法》不明了。法律不能指明具体的财务检查事项,监事会如何执行?既然对公司财务的监督如此重要,法律就应明确监事会的职权范围,便于监事会依法行使其财务检查权力。

首先,监事会对公司财务的检查应该常规化。从公司经营规律来看,公司的常规财务报告包括临时报告和定期报告(年度报告和中期报告)(以下简称三大报告)。监事会的常规财务检查首先应包括对三大报告的审查。也就是说,公司董事会负责的三大报告需要同时获经监事会审查后,方能提交股东会会议审议。由于三大报告是公司向社会公众披露的文件,监事会审查后应由监事签章,对三大报告的

真实性、准确性和完整性负责,如出现虚假陈述、误导性陈述或重大遗漏,应与董事、高管等相关责任人承担连带责任。^⑨

与此同时,《公司法》第46条规定的董事会负责制定公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案亦应事先向监事会报告,经监事会审查后方能提交股东会审议。此外,监事会的常规化财务检查工作还体现在监事会应当制定监督工作规程,每年至少须对公司财务进行一次例行检查,并将检查报告反馈给董事会。如果发现重大可疑财务情况,可以要求董事会及时采取措施予以解决或者提出解决方案。

其次,监事会对公司财务的检查应当突出重点。毕竟公司监事会扮演的是监督者的角色,而不是取代公司管理层执行财务管理。因而,监事会的财务检查工作应当有针对性地进行,尤其是在监事会的常规和例行财务检查工作中发现可疑或异常财务情况时,应当主动地跟踪调查;必要时,可以聘请会计师事务所等中介机构进行协助。

《公司法》第54条和第118条规定:监事会、不设监事会的监事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。

《公司法》的上述规定指向的是“发现公司经营情况异常”,并非指向公司财务情况可疑。然而,当公司财务发生可疑情况时,更加需要会计师、审计师、评估师、律师等专业人员的帮助。可是,公司法在这里却没有兼而顾之。虽然可以从法理上解释出“公司经营情况异常”包含了财务可疑情形,但毕竟要费一番周折。因此,公司法修改时应明确同时适用于经营和财务两种情形。

最后,监事会在行使财务检查职权时应享有必要的权力,包括赋予监事会必要的知情权和调查权。譬如,监事会应当有权查阅公司财务会计报告、会计账簿、会计凭证等财务会计资料;有权要求公司有关财务负责人就有关财务、资产状况和经营管理状况进行汇报;必要时,要求公司负责人予以解释或说明。公司有关负责人或者财务管理人员必须配合,公司董事或高管不得阻挠和妨碍。

2.对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议

在监事会的监督职责中,除了检查公司财务这一重要事项外,另一项就是监督公司董事和高管。就该项监督职权而言,有两个问题需要解决才能有效执行。

其一,监事如何才能发现董事、高管的行为违法、违规、违章或者违反决议,或者其行为损害了公司利益呢?

依照《公司法》第54条和第118条,《公司法》规定的方式是监事列席董事会,如发现公司经营情况异常,可以调查,必要时可以聘请专业机构协助。但是,这样的通道尚不够充分,仅仅限于监事列席董事会,对决议事项的质询和建议太过于消极被动,还需要更为积极主动的保障措​​施。例如,董事会或者有关管理人员应定期向监事会通报其经营管理情况,发生重大事情或者异常情况应及时通报监事会;监事会可以召开听证会,就公司财务、经营、管理等重大事项向有关人员质询,监事会​​有权要求董事会或者相关管理人员说明相关情况和提供相关资料;公司相关财务报告,如月报、季报、年报等,应经监事会审核。

其二,如果监事会发现董事或者高级管理人员的行为违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议,提出罢免的建议,这种建议向谁提出来呢?

选择方案无非三种:一是直接向董事、高管提出;二是向董事会提出;三是向股东会提出。第一种方案可以直接否定掉,如果直接向董事、高管提出,那不是与虎谋皮吗?

监事会的罢免建议应当区分不同对象向不同机关提出:一是罢免董事的建议应向股东会提出。《公司法》虽然没有对此做出直接规定,但可以从公司治理结构中的权力分配规则推导出来。董事是股东会选派的,当然罢免董事的建议也就应当向股东会提出。二是罢免高级管理人员的建议应向董事会提出。公司经理等相关高级管理人员是董事会聘任的,自然罢免建议应向董事会提出。为防止董事会

的包庇纵容,如果董事会没有或者不愿意采纳罢免建议,必须在确定的期限内给出合理理由。这个期限可由公司法直接规定,也可授权公司章程规定。

3. 当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正

《公司法》赋予了监事会对错误行为的纠正权,要求董事、高管对其损害公司利益的行为予以纠正,但公司董事、高管并不受监事会领导,董事、高管拒不执行呢?同时,纠正权的行使还涉及对经营管理行为妥当性的判断,是否存在过分介入管理层商业决策之嫌呢?

监事会无法或者不应直接要求董事、高管对其错误行为进行纠正,还是要通过董事会较为适宜。因为董事会的职责就是负责公司的经营管理,是高级管理人员的领导机关,通过董事会要求高管纠正其错误行为,既不会直接介入公司经营层的商业决策,也便于纠正要求的执行。与上同理,如果董事会没有或者不愿意采纳纠正要求,也必须在确定的期限内给出合理理由。这个期限同样可由公司法直接规定,也可授权公司章程规定。

还有一个问题是,如果监事会对董事会拒绝罢免和拒绝纠正的理由不满意,监事会如何应对?也有两个方案可选择:一是提请股东临时会议裁决,如果错误行为已经发生或正在发生,可以提议召开股东临时会议予以制止;二是依照《公司法》第151条规定对董事或高级管理人员提起诉讼,请求法院做出罢免或纠正裁决。如果股东临时会议不能召开,或不能做出有效决议,或股东决议不能执行,就只能采取诉讼方式了。当然,监事会也可以直接提起诉讼,尤其是损害正在发生,情况紧急,如不及时提起诉讼,可能会使公司遭受不可挽回的损失的情况下,就只能寻求司法途径予以救济。

4. 提议召开临时股东会会议,在董事会不履行法律规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议

这一规定是对《公司法》第39条第2款、第100条赋予监事会提议召开临时股东会议权力的呼应。

然而,法律在这里赋予监事会的是提议权,如果

董事会拒绝怎么办呢?董事会清楚监事会提议召开临时股东会议的意图就是为了罢免它的董事、高管,或者纠正董事、高管的错误行为,如果董事会意欲庇护它的董事或者高管,董事会可能会直接拒绝监事会的提议,即使不直接拒绝,也可能会采取各种手段操纵会议日期或程序。究竟公司法是否授权监事会具有可以直接召开股东临时会议的权力,法律用语上的“召开”与“召集”有何区别,法律解释上颇费思量。有鉴于此,公司法有必要明确赋予监事会直接召开股东临时会议的权力,而不是迂回地向董事会提议。

5. 向股东会会议提出提案

向股东会会议提出提案,是直接向股东会提出还是通过董事会提出?因为按照《公司法》第102条第2款的规定,股东的提案须向董事会提交,且董事会有权审查股东提案的合理性。依此推理,监事会的提案同样须向董事会提交,且同样须经过董事会审查。同样的问题是,如果董事会拒绝怎么办?

既然前面已经建议监事会可以直接召开股东临时会议,监事会将其提案直接提交给股东会会议就是顺理成章的事情。监事会在公司治理结构中 with 董事会是各自独立、互不隶属的,它们同受股东会的领导,对公司各自独立地承担着自己的职责;董事会承担的是公司经营管理的职责;监事会承担的是监督公司管理层的职责。二者应同时并重,而非在名义上宣称监事会与董事会地位平等,却在事权上处处受制于董事会,甚至受制于经理层。

6. 依照《公司法》第151条的规定,对董事、高级管理人员提起诉讼

关于监事会的这一项职能,公司法专有规定,无须赘述。当董事、高管的行为损害公司利益时,监事会或者希望罢免他们,或者希望他们纠正其侵权行为,或者诉请他们赔偿公司的损失,均可以直接代表公司提起诉讼。值得一提的是,《公司法》第151条将监事会确定为派生诉讼“先诉请求”代表公司的第一顺位机关,董事会是第二顺位机关,恰好契合了本文的逻辑,强化了监事会在公司治理结构中的地位。

四、监事会的运作与监事的责任

《公司法》相关条文规定了监事会履行监督职责的运作规程,包括会议的召开、召集和主持,监事会主席或副主席不能履行或不履行职务的替补方案;监事的任期和改选、辞职和缺额的替补;监事会的定期会议与临时会议,议事方式和表决程序,决议通过的法定最低比例,以及会议记录和签名。^⑩

这些规定并不存在明显的原则性问题,基本上可以保障监事会的正常运行。但在如下两个方面需要进一步明晰和细化。

第一,究竟有哪些情形需要召开临时监事会会议,尚需进一步具体化。一般而言,当发生如下情形时,监事会应当及时召开临时会议:

(1)监事提议时。当监事在执行具体监督工作时,如发现公司经营异常或财务可疑情况,监事应当及时提议召开监事会临时会议研究对策和应对办法。

(2)监事会应当对公司股东大会、董事会会议进行审查,如发现存在违法、违规、违章或违反其他内部合规性要求时,监事会应当召开临时会议研究对策和应对办法。

(3)董事和高级管理人员的不当行为可能给公司造成损害或者严重影响公司的声誉时,包括前述需要建议罢免或要求纠正的情形。

(4)董事、高级管理人员被股东提起诉讼时,监事会应及时研究是否代表公司提起诉讼。

(5)授权公司章程规定的其他情形。

当出现需要召开监事会临时会议的情形时,法律应规定一个召开会议的期限。譬如,须自上述事实发生时7-10日内召开会议,较为适宜。就监事会的运作而言,应明确要求监事会主席负责监事会决议的落实和执行,并应当在下一次监事会会议上通报既有决议的执行情况。

第二,监事的勤勉尽责问题。监事担负着公司的监督工作,与董事、高管一样须对公司承担受信义务。从监督角度来看,监事同样是受人之托,亦是公司和全体股东的受托人,甚至某种意义上是社会公众的受托人。

《公司法》第六章规定了公司董事、监事、高级管

理人员的义务。该种义务就是受信义务,包括勤勉义务和忠实义务。这些法定义务自然对监事一体适用。只不过除了这样的一般性义务规范外,公司法还应针对监事的具体工作做出进一步要求。譬如:

(1)从最基本的层面来讲,监事应当坚持出席监事会会议,如果监事连出席会议这样的基本要求都不能满足,就很难说其是一名称职的监事。如不能参加定期会议,或者一年内两次不能参加临时会议法律应有解除监事职务的规定。

(2)对监事履职的业绩考察。譬如,监事是否具备实际履行监督职责的能力,监事是否投入充分时间和精力于具体的监事工作。又如,监事在履行监督工作中是否存在违法、违规、违章或者违反监事会决议的情形,其中包括监事受到有关监管部门处罚或者被证券交易所公开谴责的情形。再如,是否存在其他失职行为,包括在履行职责过程中接受不正当利益;利用监事地位谋取私利;在监督检查中应当发现问题而未能发现或发现问题隐瞒不报;泄露监督工作秘密等。当出现上述情形时,应视其情节严重与否给予相应的处理,如情节轻微,可根据公司监督工作规程给予相应的处分,如警告;如情节严重不适合继续担任监事的,可提请股东会罢免其监事职务,或者在股东年会上,或者召开股东临时会议。

(3)监事的责任可能涉及民事责任、行政责任,甚至刑事责任。这里主要谈谈民事责任。就监事民事责任而言,主要体现在勤勉注意义务。譬如,监事怠于履行监督职责使公司或者股东利益遭受损失,监事对公司或者股东应当承担赔偿责任;董事、高管的决策和行为被证明违法或严重损害公司利益,而该决策或行为已经提前向监事通告或者监事已经知悉或应当知悉,监事未提出反对意见或者未采取相应纠正措施的,监事与董事、高管承担连带责任。但是监事提出明确异议并记录在会议记录的,可以免责;监事在执行职务过程中违反法律法规使第三人遭受损害,监事与公司承担连带责任。

五、与董事会的联动关系

(一)关于公司社会责任的承担与执行问题

曾经的改革者为了强化公司的社会责任,试图

对公司董事会进行结构化改革,并提出了一系列改革建议。如在公司董事会增加职工代表和外部董事或者公共利益董事。激进者甚至建议董事的选举应当放弃“资本主义”,改而采取“人头主义”。改革者还建议,公司的商业决策应当考虑“其他利益相关者”和社会公众的利益。^⑩但是,公司毕竟是一种以营利为目的的经营实体,董事会和高管层是负责公司的业务经营和事务管理的专门机构。如果公司法改革脱离了公司的这一“营利性法人”定位而将公司董事会改造为一种“公共机构”或“准公共机构”,公司董事和高管极有可能因为害怕承担个人责任而一味逢迎“其他利益相关者”或者社会公共利益的需要而放弃对利润目标的追求。如此一来,公司董事会的定位就偏离它为资本服务的专有属性,公司不复为公司。

如果我们将这一社会理想转化为公司监事会的社会功能,则完全没有问题。公司监事会在公司治理机构中是执行监督职能的法定机构,也就是说,监事会本身就具有“准公共机构”的性质。因此,监事会成员的选举无论采用累积投票制或类别投票制还是采用“人头制”均不存在法理上的障碍;外部监事来自经授权的社会公共机构自然也就有了法理上的正当性。

监事会的工作主要包括两个方面的内容:一是对公司内部人的监督,主要是指公司董事、高管,也包括公司股东、控股股东和实际控制人。这是监事会的本分和固有工作,其目标是确保公司能够按照规范的治理要求运行,制止公司内部人的错误和不当行为,维护公司财产安全。二是履行相应的社会职能。这一职能是其第一项工作的自然逻辑延伸。公司财产安全得到了有效维护,不仅维护了公司股东的利益,而且维护了公司债权人的利益。因为在法律顺位上,债权人的债权清偿权在股东利润分配权和剩余财产求索权之前。同时,公司监事会还可以监督公司经管层的决策不得侵害“其他利益相关者”和社会公众的利益,如有此种情形发生,监事会有权要求其采取措施予以纠正,或者对有关负责人员提出罢免建议。监事会的这一工作也是为了满足

公司承担社会责任的要求。

公司社会责任的承担说到底总是需要特定的公司机构来负责执行。与其将这一责任单方面地交给董事会,不如将其转移给监事会,至少部分地转移给监事会。让监事会承担起原本意欲加诸董事会的公司社会职能,不仅能大大减轻董事会的负担,让他们将其主要精力服务于公司的利润目标,而且能大大缓解公司利润目标与社会责任之间的矛盾和冲突,解除董事、高管的后顾之忧,使其勇于任事,在进行商业决策时不至于瞻前顾后。

(二)关于独立董事与监事会的关系问题

现今我国的上市公司董事会必设独立董事,一些非上市公司亦设置外部董事。这是否会造成公司治理机关的重复设置,进而导致公司治理成本无意义的增加?独立董事与监事会制度有无必要并存,唯一的标准是需要检测一下它们之间是否具有功能上的可替代性。

在现代公司治理意义上,独立董事制度确实具有监督公司内部董事或管理董事的功能。尤其是在公司财务、关联交易等方面发挥着特别作用。此外,独立董事还被寄希望于承担起维护中小股东和社会公众利益的责任。在这一点上,它确实与监事会的功能具有同质性。但是,独立董事的身份是董事,其参加董事会会议,并享有表决权。也就是说,独立董事可以董事的身份直接参与公司的经营管理决策,并对其商业决策行为承担责任。在这一点上,它又与监事会的功能具有异质性。即便就二者的监督功能而言,独立董事的监督是决策中的监督,比较而言,监事仅能列席董事会会议,虽有质询权和建议权,但无表决权,监事会的监督体现为事后监督。因此,监事会不能取代独立董事,独立董事也无法承担监事会的工作,独立董事自身也是监事会监督的对象。

(三)关于管理层对监事会的配合问题

《公司法》第150条规定:“股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的,董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事

会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权。”

尽管这一规定为董事、高管配合监事会的工作提供了原则支持,但依然存在如何落实的问题。倘若这一规定无法具体执行,将会使该规定成为一纸具文。

其一,如果董事、高管拒绝提供有关情况和资料,妨碍了监事会行使职权,该怎么办?法律没有规定相应的法律后果和救济措施。当然,于此情形,监事会可以依据《公司法》第151条规定提起诉讼,但提起诉讼为不得已之手段。更为直接、有效、及时的方式应该是内部纪律处分和行政处罚。譬如,拒绝、无故拖延向监事会提供财务状况和经营管理情况等有关资料的;隐匿、篡改、伪报重要情况和有关资料的;拒绝、阻碍监事会监督检查和其他履行监督职责行为的,等等,可对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予纪律处分,直至撤销职务;给公司造成损失的,应当赔偿,情节严重,构成犯罪的,追究刑事责任。

其二,监事会是否有权要求董事、高管列席监事会会议并接受质询。按照监事会工作性质而言,监事会自然应当享有这样的权力。从实际监督工作需要来说,也确实有必要。原因有二:一是董事、高管有必要了解监事会的工作情况,尤其是当监事会发现了公司的经营异常或财务可疑情况时,董事、高管更有必要到会接受监事会的质询并就相关问题予以说明和解释。二是树立监事会的权威。一直以来,监事会的软弱形象纵容了董事、高管对公司监督机制的不尊重,视监事会为不存在。这种现象要改变,法律要为监事会撑腰。

需要讨论的问题是,有关政府部门,如市场监督管理、税务、审计和海关等部门是否有配合监事会行使知情权的义务?一定意义上,监事会的监督权力具有某些“公权力”或“准公共权力”性质,监事会的监督工作也必然涉及去政府有关部门调查取证,如果没有有关政府机构的支持和配合,监督工作则难以深入进行下去。如果有了政府部门的协助,监事会的监督工作就会更加顺利并有成效地开展。

结语:监事会的硬度离不开党组织的支持

在我国公司治理体系中,中国共产党在企业中具有领导地位,党组织在企业治理中发挥着重要作用和影响。^⑩我国《公司法》也对党在公司中的组织与活动以及公司应当为党组织的活动提供必要的条件做出了规定。

《公司法》第19条规定:“在公司中,根据中国共产党章程的规定,设立中国共产党的组织,开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。”根据《中国共产党章程》第30条的规定,在企业等单位中,凡是有正式党员三人以上的,应当成立党的基层组织,包括基层委员会、总支部委员会、支部委员会。

从目前党在公司中的组织和活动的实际情况来看,党的基层组织主要依托于公司董事会和经理层而建立,且大多数情形是由董事长或总经理兼任党委书记或总支书记或支部书记。这种做法似乎有些不妥。

众所周知,董事会是公司中负责经营管理的业务机构,其承担的义务和责任主要是追求和实现公司的利润目标;而企业中的党组织是政治组织体,它承担的是政治上的责任。企业中的党组织及其负责人的职责是“把方向、管大局、保落实”,^⑪“贯彻党的方针政策,引导和监督企业遵守国家的法律法规”。^⑫其中,包含了监督公司依法合规地开展产经营活动,保障公司的资产安全,执行公司的社会公共政策。如此看来,公司中党组织的政治职能与监事会的法律职能具有高度一致性。^⑬

另外,在公司实际运作中,大股东与公司董事会和经理层具有紧密的关系,如他们在经济利益上的一致性,职务兼任的普遍性,从而形成了公司大股东在公司中的支配性地位,如果再让董事长或总经理兼任党委书记或支部书记,不仅与公司中党组织的政治地位相冲突,而且进一步强化了大股东的控制性力量 and 影响。

因此,本文建议,公司中的党的组织应当以监事会为基础,党的组织、活动应当与监事会的组织和活动有效地结合起来。譬如,由监事会主席或副主席担任基层党组织的书记或副书记,或者基层党组织

中必须有一定比例的监事,或者监事会成员中必须有一定比例的党员监事。

这样安排的效果是非常明显的。监事会有了党组织的领导,监事会的监督工作获得了政治力量的支持,监事会监督工作的贯彻落实必然更加有效,更加有力量。如此,监事会的“腰杆”也就非常坚挺了。

注释:

①根据我国《公司法》的规定,有限责任公司称股东会,股份有限公司称股东大会;股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以设一名执行董事,不设董事会;可以设一至二名监事,不设监事会。为行文简洁,除非情形需要特别指明,本文一概称为股东会、董事会和监事会,以此代称股东会或股东大会,董事会或执行董事,监事会或不设监事会的有限责任公司的监事。本文讨论也将以监事会为中心而展开。

②参见施天涛:《公司治理中的宪制主义》,载《中国法律评论》2018年第4期。

③所谓股东会是权力机关,是指它作为公司的最高决策者,享有对公司重大事项的决策权和人事任免权。其实,董事会、监事会都是它们各自负责的经营、管理、监督业务和事务的决策者,并负责相应级别的人事任免。只不过有的重大事项和董事、监事的任免由股东会最后决定。

④事实上,我国的公司治理实践针对上市公司、金融机构和国有企业的监事会制度已经做出了许多有益的尝试,其中不乏有效措施,大可为公司法有选择地吸收适用于普通商业公司。有关法规和文件包括但不限于《国有企业监事会暂行条例》(国务院令[2000]第283号)、《国有重点金融机构监事会暂行条例》(国务院令[2000]第282号)、《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》(中国人民银行公告[2002]15号)、《上市公司治理准则》(证监会公告[2018]29号)、《上海证券交易所上市公司监事会议事示范规则》(上证上字[2006]325号)、《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》(深证上[2015]65号)等。

⑤一人有限责任公司的监事会适用之。国有独资公司的监事会成员构成亦大体相同。只不过国有独资公司的股东是国家,由国有资产管理机构履行出资人职责,因而,它的监事会成员由国有资产管理机构委派;其监事会成员中的职工代

表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产管理机构从监事会成员中指定。参见《公司法》第57条、第70条第2款。

⑥需要说明的是,根据我国《公司法》第51条第1款的规定,有的有限责任公司是不设监事会的。按照前述公司监事会成员身份比例的“三三制”结构配置,在公司设立监事会的情况下,固然没有问题,但在不设监事会的情形下,“三三制”这一做法就无法照搬适用。可以考虑在这种公司中专由外部人担任监事,是否设立专门委员会,如何设置,均由公司自己决定。

⑦《公司法》第146条第2款进一步规定,如果公司违反这样的规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现第1款情形的,公司应当解除其职务。

⑧另外,《公司法》第51条规定,董事、高级管理人员不得兼任监事。其意义在于监督者与被监督者不能合为一体,集于一身。

⑨参见《公司法》第68条第2款、《证券法》第82条和《上市公司信息披露办法》第24条、第39条、第43条规定。

⑩参见《公司法》第51、52、55、117、119条。

⑪参见施天涛:《〈公司法〉第5条的理想与现实:公司社会责任何以实施》,载《清华法学》2019年第5期。

⑫习近平同志在《坚持党的领导、加强党的建设是国有企业的独特优势》中指出:“坚持党对国有企业的领导是重大政治原则,必须一以贯之……中国特色现代国有企业制度,‘特’就特在把党的领导融入公司治理各环节,把企业党组织内嵌到公司治理结构之中,明确和落实党组织在公司法人治理结构中的法定地位……”参见习近平:《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版,第176页。习近平同志的讲话虽然针对的是国有企业,但目前普通商事公司也在强力地推行和落实。蒋大兴教授认为,党组织在企业治理中的“优越地位,是政治联系企业的正常现象”。参见蒋大兴:《政治/政党与企业——政治权力参与资源分配的文明结构》,载《当代法学》2018年第1期。

⑬参见《中国共产党章程》第33条第2款。

⑭参见《中国共产党章程》第33条第3款。

⑮在本文写作结束时,偶然发现杨大可教授关于党组织与监督机制的关系一文,该文观点与作者看法甚是契合,特推荐之。参见杨大可:《论党组织与国企监督机制的融合》,载《当代法学》2020年第2期。