

公司治理中监督力量的再造与展开

刘 斌

【摘 要】基于不同类型公司对监督力量配置的差异化需求,《公司法(修订草案)》在引入单层制公司治理架构的基础上,重新配置了公司治理中的监督力量,这是此次公司法修订中的重大制度革新。修订草案呈现出强化单层制下董事会监督职能和优化双层制下监事会制度等两条修法主线,释放了新的公司自治空间。就监督内容而言,监事会的监督包括财务监督、业务监督和人事监督,当前修订草案仅对审计委员会配置了财务会计监督职权,系立法者的主动选择而非规范漏洞。在监督深度上,监事会的监督系合法性监督,审计委员会则兼顾合法性监督与合理性监督,这是两种监督权配置上的最大差异。除财务会计监督的法定职权之外,公司可以通过章程将其它监督权配置给审计委员会。在股东控制突出的中国公司治理实践中,监督权的重新配置将产生体系效应:股东监督将面临相应强化的调试需求;董事会监督职责的融入产生了权力配置上的扩张需求;控制股东未纳入被监督对象,对其通过股东压制、实质董事、关联交易制度予以规制。《公司法(修订草案)》可基于前述整体视角予以进一步完善。

【关键词】公司治理;监事会;审计委员会;合法性监督;合理性监督

【作者简介】刘斌,中国政法大学民商经济法学院副教授、博士生导师,全国人大常委会法工委公司法修改专班成员。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2022.2.34~48

【基金项目】本文系中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(20CXTD02)和中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目的研究成果。

我国现行公司法上监督制度的运行效果差强人意,作为专门监督机构的监事会和肩负监督使命的上市公司独立董事均难谓实现立法目的。如何再造和重构公司监督制度广为公司法学界所关注,也被视为此次公司法修改的重要使命。然则,脱离了经营管理的监督权难免被边缘化,公司内部监督力量面临着固有的弱势地位制约,殊难以与决策者权力相抗衡,在我国公司控制股东主导的公司治理语境下更加明显。面对股东会、董事会、监事会近乎“三位一体”的存在,法律上预设的分权制衡模式难免流于纸上。^①对此,学者或主张强化监事会职权^②或主张取消监事会并将董事会改造成公司唯一监督机关^③,或主张同时强化监事会和独立董事为核心的两

种监督模式并赋予上市公司选择权^④,或主张发展多元化的监督体系^⑤,虽观点各异,但均对现行公司法上监督机制的实际效用持消极评价。近年来,国有企业改革转而寻求外部监督力量,在国家出资公司中实行外部董事制度,取消监事会设置,并通过审计署的审计监督力量增强监督效能,提供了公司监督制度改革的新路径。

面对公司监督制度的系统性困境,立法机关于2021年12月24日公布的《中华人民共和国公司法(修订草案)》(以下简称《公司法(修订草案)》)对公司监督机制进行了重大改革,重新配置了公司内部的监督力量。制度创新主要体现在两大方面:其一,基于单层制改革引入了董事会审计委员会,并区分有限

公司和股份公司分别设定了监事会的选择性设置要求;其二,对可能继续存在的监事会,进一步强化其法律地位与职权。公司治理制度的变革有着明显的联动效应,公司机构的设置或职权变革往往会导致公司治理体系的系统变化。《公司法(修订草案)》对公司内部监督力量的重新配置将导致机构自身职权的变化和机构之间的关系调整,并对公司治理的整体架构产生体系效应,殊值得探讨。有基于此,本文以《公司法(修订草案)》对公司监督力量的重新配置为契机,求解监督主体及其监督内容、监督层次,并在探讨具体监督职权的基础上剖析这一变化对公司治理系统的潜在影响。

一、公司内部监督力量的重新配置

在公司组织机构设置问题上,《公司法(修订草案)》的重大创新在于突破了强制性的双层制架构,允许公司有条件选择单层制模式:只设董事会,不设监事会。这种条件体现为董事会须设立负担财务会计监督职能的专门内设机构:在有限责任公司中,选出(opt out)监事会的条件是设置董事会审计委员会(草案第64条);在股份有限公司中,选出监事会的条件除了设置董事会审计委员会之外,还需要满足审计委员会的成员应当过半数为非执行董事的要求,并且审计委员会成员不得担任公司经理或者财务负责人(草案第125条)。由此可见,在选出监事会设置的条件上,《公司法(修订草案)》对有限公司和股份公司做出了区别对待:有限公司的董事会审计委员会未对非执行董事的构成比例作出限制,股份公司的董事会审计委员会则必须满足非执行董事过半数的要求,构成了两类公司的治理制度差异之一。在审计委员会的职权设置上,《公司法(修订草案)》对有限公司和股份公司未作区分,均规定了审计委员会负责对公司财务、会计进行监督,并行使公司章程规定的其他职权。循此规定,审计委员会的财务监督职权属于法定职权,而其他职权则有赖章程授予。由此可见,审计委员会的职权绝非仅限于狭义的审计,还包括财务、会计监督的相关职权,比如检查公司财务。职是之故,此次公司法修订中,有学者建议

将审计委员会的名称修改为监察委员会、监督委员会等。

与之同时,《公司法(修订草案)》明确了监事会是公司的监督机构(草案第77条),并且新增了关于监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务报告的规定(草案第81条),强化了监事会的权力。对于审计机构的选任,草案第211条新增可根据章程规定由监事会决定的选项。对于监事的解任,《公司法(修订草案)》第118条规定不得以临时提案的方式提出,将其与修改公司章程、增资减资、分立合并等需要绝对多数决议的重要事项相并列,昭示了对监事任职保障的强调。当然,对于监事制度最为重要的变化,当属于对监事责任的全面强化。《公司法(修订草案)》在延续了对董事、监事、高级管理人员的忠实义务与勤勉义务进行统一规定的基础上,对勤勉义务进行了具体化规定,要求执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。由此,监事未尽勤勉义务导致公司损害时的法律责任具有特殊性,或将对促进监事尽职履责产生责任一端的压力。域外法上同样出现了在监事未尽监督职能情形时被比较严格地追究监事责任的趋势。^⑥与此同时,《公司法(修订草案)》第182条新增了监事违反忠实义务时公司的归入权,解决了违反忠实义务时监事追责的法律依据缺失问题。由此,如果公司意图强化监事会地位,将能够在章程层面设定与监事会检查公司财务、调查公司经营情况异常、聘请会计事务所协助工作等职权匹配的权力组合。

除了前述一般情形下的公司监督机制变革之外,在以下三种特殊情形下,公司监督机制还面临特别的制度安排:

其一,在国有独资公司中,《公司法(修订草案)》明确规定取消监事会设置,但应当在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会,审计委员会的成员应当过半数为外部董事(草案第153条)。这是与近年来国有企业改革相适应的制度调整。中共十九届三中全会通过的《党和国家机构改革方案》明确,不再设立国有重点大型企业监事会。2017年,

国务院办公厅《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》提出,国有独资、全资公司全面建立外部董事占多数的董事会,国有控股企业实行外部董事派出制度,完成外派监事会改革。^⑦2018年,国务院《关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》提出,国有资本投资、运营公司设立董事会,不设监事会,其成员原则上不少于9人,由执行董事、外部董事、职工董事组成。董事会下设战略与投资委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会、审计委员会、风险控制委员会等专门委员会。^⑧目前,国务院国资委履行出资人职责的中央企业取消外派监事会后,也不再内设监事会,通过引入外部董事并成立董事会审计委员会等专门委员会发挥监督作用。

其二,《公司法(修订草案)》扩大了设置职工董事的公司范围,规定职工人数三百人以上的有限责任公司,其董事会成员中应当有公司职工代表(草案第63条)。立法机关公布的修订草案说明指出,该修改的原因在于:“现行公司法在职工董事的设置方面,只对国有独资和国有全资的有限责任公司提出了要求。为更好保障职工参与公司民主管理、民主监督,修订草案扩大设置职工董事的公司范围,并不再按公司所有制类型对职工董事的设置提出要求。考虑到修订草案已规定规模较小的公司不设董事会,并综合考虑中型企业划分标准等因素……”由此可见,该规定的直接原因系单层制改革后承接职工监事的对应安排问题。但是,现行《公司法》和《公司法(修订草案)》在监事会的职权中并未明确规定保护职工利益。追本溯源,现行《公司法》上之所以规定职工监事制度,系由于职工是除了股东以外最关心公司兴衰的群体,公司经营的好坏直接关系到职工利益;职工熟悉本公司情况,能够更好地发挥监事会的监督作用;职工参与公司的经营监督,体现职工利益,符合各国公司法的发展趋势。^⑨由此可见,职工监事的设置系在于提高监事会监督效率,间接实现保护职工利益的制度目的。相应地,职工董事亦应通过此种机制发挥经营监督作用,此种修改并未弱化职工利益保护。值得注意的是,对于职工人数在300人

以下的公司,其可以既不设职工董事,又不设职工监事。此时,《公司法(修订草案)》第19条所新增的社会责任条款明确要求公司从事经营活动充分考虑职工利益,这种要求贯穿于公司经营决策和执行的各个环节,强化了现行《公司法》上的职工利益保护,提供了更为直接的规范保护原则。

其三,对于上市公司,《公司法(修订草案)》第140条增加了独立董事的独立性要求,即独立董事不得在上市公司担任除董事以外的其他职务,且不得与上市公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。上市公司监事会与独立董事之间的职权划分问题长期以来面临争议,选择进行单层制改革的上市公司或将在机构设置层面对此问题在根源上予以彻底化解。对于维持监事会和独立董事同时存在的上市公司,以及其他同时设置独立董事和监事会的股份公司,该问题仍然有待解决。值得注意的是,《公司法(修订草案)》在上市公司部分延续了独立董事的设置要求,而对于其他股份公司则要求其审计委员会中过半数为非执行董事,并无类似于独立董事的独立性要求,仅要求具有董事身份与公司业务执行的分离性。

由此可见,《公司法(修订草案)》在公司内部监督力量的配置上,呈现出两条主线:其一,基于单层制改革引入了董事会审计委员会,并区分有限公司和股份公司分别设定了监事会的选择性设置要求;其二,对可能继续存在的监事会,进一步强化其法律地位与职权,优化监事会制度。这种改革路径,既给予了公司更大的自治权,给公司预留了单层制的选择空间,又给仍然保留监事会制度的公司提供了优化的制度供给。这种结构性的变革契合了世界各国公司治理结构向单层董事会的融合趋势,也凸显了我国公司法所面临的制度背景差异和既有的路径依赖。^⑩

尽管《公司法(修订草案)》在公司内部监督力量的配置上提供了前述规范供给,但是,制度创新之余仍然存在较大的解释空间:首先,董事会审计委员会和监事会的监督内容是否一致,是否均包括会计监

督和业务监督?在监督深度上是否均及于合法性监督和合理性监督?其次,就职权划分上而言,《公司法(修订草案)》审计委员会的职权范围小于监事会的职权范围,选择审计委员会设置后产生的权责虚位如何厘定?对于监事会召集股东会会议等职权,章程能否将其悉数平移至审计委员会行使?再次,从机构设置上而言,有限公司的审计委员会为何不要求过半数为非执行董事,如果由执行董事兼任审计委员会成员,其意义何在?此时,是否意味着公司的内部监督权彻底转向董事会的自我监督?如果董事会由控制股东或实际控制人操控,是否会恶化股东压制的情形?

二、监督主体、监督内容与监督深度

循立法技术标准,公司立法应当避免包括显性漏洞和隐形漏洞在内的法条漏洞,克服公司规范的体系遗漏和引致漏洞。^⑩在监督主体和监督职权的配置上,《公司法(修订草案)》对审计委员会和监事会的职权均予以了明确,是对公司内部监督机制功能价值的理性定位,并不存在显性的规范漏洞。但是,“对公司财务、会计进行监督”不仅涉及监督内容的问题,还涉及监督深度的问题。审计委员会的该项职权与监事会职权中的“检查公司财务”之间关系如何,亦有待探讨。

(一)监督内容:会计监督抑或业务监督

与我国现行公司法上监事会的职权相比,草案中董事会审计委员会的职权明显受限。现行《公司法》第53条明确列举了包括财务监督权、对公司经营活动的监督权、罢免建议权、召开临时股东会会议的提议权和特定情况下股东会的召集和主持权、提案权、代表诉讼权等职权以及公司章程规定的其他职权。《公司法(修订草案)》所规定的“会计财务监督”除了可承接财务监督权之外,并无法涵盖其他监督权限。进一步而言,就审计委员会的职权事项而言,“财务会计监督”的范围并不具体确定。参照现行公司法上监事会的财务监督权,系指“监事会可以对公司的财务状况进行检查,如查阅公司账簿和其他会计资料,核对公司董事会提交股东会的会计报告、营

业报告和利润分配方案等会计资料等,发现疑问可以进行复核。”^⑪依照立法者见解,“公司财务、会计制度是指以货币为主要计量形式,对公司的整个财务活动和经营状况进行记账、算账、报账,为公司管理者和其他利害关系人定期提供公司财务信息而形成的制度。”^⑫由此可见,由于公司经营活动通常伴随公司资金运动,通过财务会计监督可关联至与之相关的经营活动。但是,这是否意味着监督机构可以进而监督经营活动本身的合法性与合理性呢?对此,笔者持否定见解,无论我国公司治理实践,抑或国外立法例上,均对财务监督与业务监督进行了明确区分。

在上市公司治理中,治理准则系以软法形式推动公司治理,旨在促进上市公司自愿遵守最佳指引,普遍采“遵守或解释”的方式,并无法律责任必然跟进。与之不同,修订草案的规定则系法定职权分配,凸显了审计委员会进行财务会计监督的核心价值。这种从公司治理实践到立法认可,在德国等国家也经历了相当长的时间。^⑬在我国上市公司治理实践中,证监会于2018年修订后的《上市公司治理准则》中,其明确列举的审计委员会职权包括三类:(1)审计监督职能,监督及评估内外部审计工作,提议聘请或者更换外部审计机构,负责内部审计与外部审计的协调;(2)监督公司的财务信息及其披露;(3)监督及评估公司的内部控制。^⑭《公司法(修订草案)》所承认的审计委员会职权与公司治理准则的规定并不一致。修订草案明确确认的审计委员会职权是对公司财务会计进行监督,仅及于《上市公司治理准则》所规定的财务部分,并不包括内部控制等事项监督。

就域外公司法上的审计委员会而言,其职权范围不一。依据《德国股份法》第107条的规定,德国股份公司可以设监事会审计委员会,负责监督公司的财务会计程序、内部监督制度的有效性、内部风险管理制度和内部复核制度的有效性,尤其监督年终审计师的独立性和由该审计师额外完成的工作。^⑮相较于此,2019年修订后的《德国公司治理准则》规定,审计委员会的职责是“审查由董事会负责的会计工作,监督会计流程并关注内部控制制度、风险管理体

系和内部审计制度以及决算审计与合规机制的有效性。”^⑩由此可见,尽管公司治理准则与公司法存在部分差异,但《德国股份法》上的审计委员会负有比财务会计监督更为宽泛的监督职权。

在过去二十多年里,日本公司法对公司机构设置进行了多次调整。2005年,日本公司法废除了有限责任公司,实现了股份有限公司的一元化,并对股份有限公司作公开公司和非公开公司、大公司和一般公司的区分,在公司机构设置上引入了各种选择模式。就行使监督职权的机构,可以基于公司类型选择性设置监事会或监查委员会等机构。《日本公司法》第399条规定,监查委员会的主要职权包括:(1)职务监督,对董事职务执行情况进行监查并制作监查报告;随时要求董事及经理人及其使用人报告其有关职务履行的相关事项,或者调查监查等委员会设置公司的业务及财产状况。(2)财务监督,决定会计监查人的选任和解任的议案内容。(3)人事监督,在股东大会上对非委员董事的选任、解任、辞任、报酬陈述监查意见;监查等委员,认为董事有不当行为或有可能实施该类行为时,或者认为董事有违反法令或章程、或者有存在明显不合理的事实时,须及时向董事会报告该情况。(4)诉讼代表权,在设置提名委员会的公司和董事以及执行董事之间发生诉讼时代表公司的权利。^⑪与之相适应,《日本公司法》第405条第1款还赋予了监查委员会以调查权,包括调查公司的业务以及财产状况。依照《日本公司法》第407条第1款的规定,监查委员会还具有特定情形下请求执行董事或董事停止正在实施的行为的权利,包括在公司目的范围以外、违反法律法规和公司章程、有可能存在上述行为、以及该行为可能导致公司发生显著损害的情形。如果横向观察日本公司法上的监事职权与监查委员会职权,监事的监查亦包括会计检查和业务监查,具体包括请求报告以及调查的权利、监事对董事行为停止请求、公司与董事之间代表诉讼时代表公司的权利等等。^⑫但是,依据《日本公司法》第389条的规定,章程可以将监事的监查范围限定于会计监查,即选出(opt out)监事的业务

监查权。由此可见,日本公司法在引入公司组织机构选择制的同时,对监查委员会职权和监事会职权进行了相应配置。

我国台湾地区在2006年引进审计委员会制度时,明确规定监察人的相关规定准用于审计委员会,明显将审计委员会定位于监督机关。^⑬其公司监察人具有监督公司业务执行、调查公司设立经过、调查公司业务及财务状况、听取董事报告、查核公司之各类会计表册、列席董事会陈述意见、通知董事会或董事停止其违法行为、核查实物出资等职权。2018年“公司法”修正,增加规定监察人为监督之需,可以抄录或复制公司簿册文件等权力。相类似,韩国公司法亦规定,公司实行监察委员会制度的,应废止监事制度,可行使由监事行使的所有职权,包括业务监查权与会计监查权以及要求董事进行报告的权利与调查权、临时股东大会的召集请求权、董事会召集请求权、董事会出席与意见陈述权、董事会记录签名权、董事的违法行为停止请求权、在董事与公司的诉讼中代表公司的权利,以及各种公司决议效力瑕疵的诉权。^⑭

追本溯源,董事会专门委员会系美国公司治理的产物。在美国,董事会内部设置专门委员会是为了提高董事会效率,保障董事会决策的客观性,但公司设置何种委员会完全是公司自律行为,依公司章程而定。依美国《示范公司法》第8.25节之规定,除本法、公司章程或内部细则另有规定,董事会可以设立一个或多个委员会,并指定一名或多名董事会成员服务于任何委员会;在董事会或者公司章程或者内部细则规定的范围内,每个专门委员会都有权行使董事会权力。与之同时,监督义务被视为董事勤勉义务的重要组成部分,监督职权可在董事会内部进行自主分配。^⑮美国各州的法律并不要求设立审计委员会,但鉴于审计委员会在问责程序中具有重要作用,不乏主张在上市公司中强制设立审计委员会的呼声。^⑯由于大型上市公司的财务丑闻,美国于2002年7月颁布了《萨班斯—奥克斯利法》(Sarbanes-Oxley Act),以强化公众公司的财务监督。该

法第301条规定了审计委员会的设立、独立性要求和主要职责。依照该法,审计委员会的职责主要集中于财务会计领域的监督,包括:负责聘请注册的会计师事务所,决定其报酬,监督其工作;受聘的会计师事务所直接向审计委员会报告;接受、保留和处理有关会计、内部会计控制、审计方面的投诉;聘请独立的法律顾问或其他咨询顾问。^③由于该法系属于联邦证券法范畴,其并无法直接遁入公司法层面适用于所有公司类型。在这一点上,我国公司法则直接在组织法层面对审计委员会进行职权设定,二者具有不同的语境。

由此可见,对于审计委员会的职权,域外公司法亦有不同设定,职权范围或大或小,并无统一模式。《公司法(修订草案)》将审计委员会的监督职权聚焦于财务会计监督,系立法者的主动选择而非规范漏洞,也是对审计委员会监督效用进行理性定位后的职权配置。值得注意的是,除了财务会计监督职权之外,包括人事监督、会议召集与提议等职权虽然处于次要地位,但在公司治理中并非毫不重要。公司法层面对这些职权的省略,将对其他关联制度产生关联影响,原本通过监督机制实现的公司利益冲突治理,将不得不转而寻求其他机制解决。

(二)监督深度:合法性监督抑或合理性监督

除了监督内容的差异,监事会作为专门监督机构的监督和审计委员会作为董事会专门委员会的监督在监督深度上是否存在差异,亦值得关注。各国公司法上监督制度的形塑,并非在于一朝一夕,而是公司治理实践和公司立法之间多年互动的产物。譬如,在日本公司法上,内部监督制度历经1973年、1981年、1993年、2001年、2002年、2005年等多次改革。其中,1973年的监事制度修改将监事的职权从会计监督扩大到对董事一般职务的监督,后续多次修改则着力于监事的独立性、对董事会的报告义务、强化独立监事的要件等事项。在日本公司法上,监查委员会对职务执行行为的监督不仅要审查其合法性,也要审查其合理性,但监事会是否负担合理性监督则存在争议。日本学者通常认为,监事的监督仅

审查合法性,而不审查合理性,这是监查委员会与监事会的监督权之间的重大差异。^④也有日本学者认为,监事的监督不限于合法性的内容,肯定会涉及合理性乃至正当性的内容。^⑤尽管存在前述争议,但相较于监事会监督权,董事会监督权具有更加深入和全面的可能性。

依我国现行公司法,监事会的监督系合法性监督。譬如,《公司法》第53条所规定监事会的各项监督职权中,其第2项所规定的对公司经营活动的监督,即对董事、高级管理人员执行职务时违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的行为进行的监督,此时执行职务行为的不适当性体现在违反法律或者公司的组织规则,监事会的监督为合法性监督无疑。该条第3项规定了监事会纠正或者停止董事、高级管理人员侵害公司利益行为的监督权,此时由于侵害公司利益行为系对保护公司法律之违反,亦未超出合法性监督的范畴。这种合法性监督的深度要求在《公司法(修订草案)》中被延续。比如,修订草案第73条新增了监事可以作为撤销股东会或董事会决议的权利主体,产生撤销权的情形是程序违法或者内容违反公司章程。此时的监督仍然系对股东会和董事会决议合乎法律或章程的监督,属于合法性监督。

如果公司舍监事会而设董事会审计委员会,此时审计委员会的监督深度应当扩张至合理性监督。《公司法(修订草案)》虽然对此未予以明确,但可基于以下理由而厘定:

其一,基于审计委员会是董事会的内设机构,其成员具有董事身份,其参与公司决策,涉及决策的商事裁量,必然涉及合理性判断。譬如,就我国当前《公司法》及修订草案所沿用的资本维持模式之下,董事会所进行的违法分配行为有明确的法律规则,监事会对此可以开展合法性监督。据此,《公司法(修订草案)》第207条规定,公司违反规定向股东分配利润的,负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。但是,在公司清偿能力模式之下,公司清偿能力的判断本质上系商事裁量事项,董事需要承担相应的裁量责任,但不应扩张至不承担商

事裁量职能的监事会或监事。^④董事会中的独立董事,一方面基于董事会成员身份参与董事会决策和业务执行,另一方面又承担着对董事会进行自我监督的职责。这与监事会的监督不同,监事会并不参与公司的经营决策和业务执行,系专门负担监督职责的公司机构。由此,审计委员会的监督显然具有更加缜密和深入的可能性。

其二,事实上,监督本身与管理即难以区分,董事会对高管的绩效监督也可以被描述为管理公司的行为,参与管理也使得董事更为知情,管理和监督不可避免地交织在一起。^⑤采取董事会和监事会的双层设置时,由于执行机构和监督机构的主体区分,这种差别尚且明显。对于合并了监督职权之后的集权式董事会,监督与管理通常一体呈现,难以区分。比如,在进行关联交易的决策过程中,同时也负担着对关联交易公允性的监督。基于董事监督义务和风险管理体系的构筑义务等,无论代表董事抑或一般董事,均肩负着监督其他董事的行为是否遵守法律、公司章程并且合规的义务,使得参与管理和监督的边界更趋于模糊。^⑥

其三,权力配置涉及责任承担问题。监事会不承担商事决策职能,不承担合理性监督之义务,亦无需承担由此而生之责任。审计委员会的董事则不然,其违反合理性监督义务时,在故意或重大过失时不免存在承担责任之空间。^⑦譬如,在证监会新制定的《上市公司独立董事规则》中,独立董事的职权包括重大关联交易的认可权,对董事和高管薪酬、重大关联借款和资金往来发表独立意见的权利等等。^⑧由于关联交易本身关涉合法性和公允性等面向,这些监督职权本身并不限于合法性层面,已经扩充至合理性范畴。故而,审计委员会的监督及于合理性层面,亦是权责一致的要求。

由此,虽然《公司法(修订草案)》没有明确审计委员会的监督深度,但从其职能定位、职权属性和责任承担等角度,合理性监督应是题中之义。

三、审计委员会职权的章程调整与协调

在《公司法(修订草案)》的框架下,单层制治理模

式中的董事会审计委员会系法定机构,与其他专门委员会的法律地位并不相同;其职权包括法定部分和章程规定部分。那么,该法定职权是否能够成为章程所调整?其在法定职权范围内之决议能否为董事会所推翻?章程对审计委员会的职权授予能否一般性地引致监事会职权?均有待解释检讨。

(一)审计委员会的法定职权范围

通常而言,专门委员会作为董事会的内部工作机构,其设定并不具有公司法上的强制性。但是,审计委员会作为法定的专门委员会,其法律地位不同于任意性的专门委员会。这种法律地位上的差异导致董事会和审计委员会与其他专门委员会之间的关系完全不同。譬如,在美国法上,审计委员会曾经是一个简单的董事会委员会,几乎没有什么具体职责,但如今它成为公司治理的一个关键因素,《萨班斯—奥克斯利法》扩大其职责范围,不仅负担财务监督的职能,还成为员工投诉的渠道,举报人的热线,成为了所有差错问题的调查者。^⑨审计委员会之所以能够从其他专门委员会中脱颖而出,主要是因为法律对其作为公司治理的关键者的规范塑造。《公司法(修订草案)》同样实现了这一使命,使得审计委员会成为公司治理中的法定机构,这种法定性既体现在其职权内容的法定性层面,也体现在其与董事会、其他公司机构之间的关系层面。

首先,就审计委员会职权的法定性而言,其法定职权不得被公司章程所剥夺或限制。如果章程条款剥夺或限制了审计委员会的财务会计监督权,该条款因违反公司法的强制性规则而无效。但是,这种规范上的效力设定并无法确保公司治理实践中审计委员会的独立性地位。由此,域外立法上通常赋予审计委员会其他辅助性权力予以保障。譬如,《萨班斯—奥克斯利法》规定审计委员会负责任命、设定薪酬和监督公司的外部审计师,外部审计师系为审计委员会工作而非为管理层工作。前引《日本公司法》第405条第1款赋予监查委员会的调查权,亦属于确保其履职的辅助性安排。因此,建议《公司法(修订草案)》设定审计委员会职权与履职的“权力束”,以

确保其职权的有效行使。

其次,对于审计委员会与董事会之间的关系,《公司法(修订草案)》未予以明确规定。在境外立法例上,任意性的专门委员会作为董事会内设机构,系为了提高董事会运行效率,其设定与否及职权分配系公司自治行为。由此,对于接受董事会委任的范围内,委员会决议与董事会决议具有同等效力。但是,在专门委员会通知各董事后,董事会可以对委员会决议事项重新决议。对于履行法定监督职责的审计委员会,其决议应当具有终局效力,尽管其作为董事会内设机构应当向董事会进行情况报告,但董事会不应推翻其事权范围内的决议,否则将导致其法定职权无法履行。比如,《韩国公司法》第415条即规定,监察委员会做出决议后通知董事会的事项,董事会不得重新作出决议。^③这种内部完成监督的机制,在效用上致力于提升董事会效率。^④有基于此,虽然《公司法(修订草案)》在该问题上未予以明确,但基于审计委员会职权的法定性,应作前述解释。为避免解释适用争议,《公司法(修订草案)》未来可进一步予以明确。

(二)可由章程授予的审计委员会职权

由于不同类型公司对监督机制的需求差异,由此产生了差序化监督力量的配置需求。^⑤由于股东监督的作用差异,这种差异化配置的需求在封闭公司和公开公司之间最甚。笔者曾主张区分上市公司、公开公司和封闭公司的规制强度,在上市公司中维持多元化的监督机制,并逐次在公开公司和封闭公司中予以简化。^⑥对此,《公司法(修订草案)》虽然未实现法定的差序配置,但由于草案将财务监督职权之外的其他职权交由章程分配,扩大了公司的自治空间,实际上兼容了差序化监督职责的自治设定。

就公司章程授予的职权内容,现行《公司法》第53条所规定的监事会职权并无结构性障碍,均可通过章程的方式分配给审计委员会行使。前引韩国公司法 and 我国台湾地区“公司法”,均明确规定审计委员会准用监事职权的规则。在《公司法(修订草案)》中,审计委员会“负责对财务、会计进行监督”职权可

承接现行公司法上监事会“检查公司财务”的职权。现行《公司法》第53条第2至6项的典型职权亦可由审计委员会行使。除了这些典型职权之外,公司章程还可以授予审计委员会其他职权。

其一,基于审计委员会对董事和高级管理人员的执行职务行为监督,其固然可以向股东会或董事会提出罢免建议,对其损害公司利益的行为,亦可要求予以纠正或停止,均属于业务监督义务之射程范围。

其二,召集和主持股东会会议的权利。如果公司章程赋予审计委员会以业务监督权,在执行董事、高级管理人员实施违法或违反公司章程的行为并且拒绝审计委员会的纠正意见时,可能将导致公司利益的重大损害。此种情形下,监事会有权提议召开临时股东会,相应地,章程亦可授予审计委员会召集和主持股东会会议的权利,但应当以请求董事会召集且董事会怠于履职为前提。

其三,提案权。依据现行《公司法》第53条第5项规定,监事会有权直接向股东会议提出议案,其中即包括罢免董事的议案。^⑦如果董事会独立董事占比较少,董事会或无法形成罢免滥权董事的议案,此时赋予审计委员会以提案权,可以弥补取消监事会后的人事监督缺漏。需要探讨的是,此时审计委员会的提案范围是否需要限制在监督领域?如果广泛赋予审计委员会以提案权,或将导致其与董事会权力之间的冲突,加剧股东会中的程序乱象。因此,如果章程选择授予审计委员会以提案权,应进一步明确其提案权与董事会之间关系。

其四,诉讼代表权。在双层制治理结构中,由于董事会和监事会分担业务执行和监督职能,如果发生损害公司利益的诉讼,董事会可代表公司进行与监事之间的诉讼,监事会可代表公司进行与董事之间的诉讼。但是,改采单层制制度,这种利益冲突避免机制将消失,对于执行董事等与公司之间的诉讼,宜由审计委员会予以代表。

尽管通过章程的方式同样能够实现公司权力的内部分配,但章程条款的本身不免为大股东所左

右。如果在奉行资本多数决的股东会层面对审计委员会的职权作有限规定甚至不作规定,对少数股东的利益将构成消极影响。彼时,通过公司治理机构能够解决的利益冲突问题,或将游移至股东利益冲突层面。此外,对于诉讼代表权问题,其还涉及外部的司法机关等机构,在章程规定不明的情况下司法机关难以介入审查。故而,在进一步的草案完善中,在法律层面明确前述情形下的权力有无和行使方式问题,应是避免实践争议的更优方案。

(三)监事会的选出要求与职权协调

对于审计委员会和监事会的设置,域外公司法上通常规定仅能选择其一。譬如,《日本公司法》第327条规定,监查等委员会以及提名委员会等设置公司,不得设监事。^⑧《韩国公司法》第415条规定,公司设置监查委员会的,不得设置监事。^⑨这种选择要求,系为了保证公司执行权与监督权之间的平衡,避免监督权大于执行权,影响公司经营效率。与前述立法例不同,《公司法(修订草案)》规定设立审计委员会并满足特定要求的,可不设监事会或监事,但并未规定审计委员会与监事会的选设机制,易言之,公司可以同时设立二者,毕竟单一的监督机制效用不彰。虽然同时设立审计委员会和监事会也未必能够实现有效监督,但这种制度安排体现了多元监督机制并济的立法思路。在择一模式之下,二者的职权关系已如前述。那么,在并存模式之下,二者的职权又呈现出何种关系呢?

从《公司法(修订草案)》来看,虽然在形式上实现了单层制改革,但是仍然带有浓厚的双层制色彩。譬如,在审计委员会制度建设上,并未提供一个完全的法律供给方案,而是将其职权设定任务分别交由了公司法和公司章程来承担。立法上将审计委员会的法定职权限定在财务会计监督领域,恰恰是我国上市公司当前的双层制治理结构中监督权分配的推陈出新,即在监事会的基础上另行承认了审计委员会的财务会计监督权。在《上市公司治理准则》的基础上予以法律肯认,固然有其重要的立法价值,但也只是对上市公司治理实践的经验总结和推广,并未

从结构上改变监事会和审计委员会现有的分权设定。如果上市公司取消监事会,可以预见的是,由于审计委员会法定职权的有限性,监事会的其他职权仍需要通过治理准则或章程的方式予以纳入。作为公共产品供给的公司法,通过设定丰富的规则供公司选出(opt out),可能是一种更有效率的方式。

四、公司监督权调整的体系效应

在公司法上,专门设立的监督机构和配置的监督职权是典型和明确的,但是发挥监督作用的机制却是多元化复杂的。有学者指出,20世纪中期发展起来的敌意收购控制权市场,各种专业委员会(审计、提名、薪酬、战略等)的采用,机构投资者的发展,管理层持股,媒体监督,多种途径的诉讼机制,代理投票制度以及各种中介机构(比如审计师和专业的代理投票公司),内控制度和信息披露制度等等,都使得公司治理的监督机制呈现从内部到外部、从单一到多元、从平面到立体的演化。^⑩虽然前述机制均能发挥一定的监督功能,但很多制度本身是“非典型”监督机制,类似于担保中的非典型担保,虽然发挥担保功能,但其固有的法律结构却并非为监督而生。从《公司法(修订草案)》对典型监督机制的重塑而言,其亦将对其他非典型监督制度产生关联影响。

(一)股东监督的相应调适

对于上市公司和非上市公众公司而言,由于公司治理准则和交易所规则的作用,《公司法》所规定的监督机制能够得到具体规则的配合,共同发挥效用。但是,对于封闭性公司而言,其无法在公司治理上获得如此丰富的资源供给,前述监督机制的调整将产生更大的不确定性。如果封闭性公司选择维持监事会的设置,其治理结构将沿着此次公司法修订的另一条主线演进,即强化监事会的职权。如果封闭性公司选择设立审计委员会,立法上又未提供充分的制度供给,章程就成为重要的组织规则。但是,在我国公司普遍采取章程模板的情况下,如果章程又对审计委员会的职权未作细致规定,那么,此时公司的内部监督权将被实质性削减。由于公司内部监督权的配置实际上是公司治理中权力分配的结果,

持股较少的股东无法进入董事会,监事会可能成为退而求其次的选择。^④此时,监事会提供了一个中小股东对抗股东压制的权力平台。毕竟,在我国,大股东和小股东之间的利益冲突是公司治理冲突中最突出的矛盾。^⑤如果通过公司自治的方式将审计委员会的职权配置交给公司章程,占据资本多数决地位的大股东并无强化审计委员会监督力量的动力,审计委员会通过章程获得的职权甚至可能弱于原本受人诟病的监事会,进一步加剧股东压制的中国公司治理现实。^⑥

通过股东一端的监督,包括股东会监督和股东单独监督。此时,监督作用的发挥实质上从典型监督机制移转至非典型监督机制。事实上,在公司出现早期,公司管理的监督系通过年度股东会实现的。^⑦由于股东会的时段性和会议体形式,其无法实现持续性的日常监督,由此产生了设置专门机构负责日常监督的需求。尽管股东会的监督存在前述局限性,但选任董事或其他经营者的权力(任免权)是控制公司的关键策略,也是解决小股东和控股股东之间以及雇员与股东整体之间代理问题的核心策略。^⑧就股东单独监督而言,股东代表诉讼、股东压制救济、公司决议瑕疵诉讼等或将成为进一步仰赖的公司治理制衡制度,由此产生了进一步完善这些制度的需求。

(二)作为监督对象的董事会的权力匹配

无论是在单层制下,抑或在双层制下,董事会都是重要的被监督对象。但是,与监事会的合法性监督不同,审计委员会的监督也包括合理性监督。这种监督深度的扩张,应当建立在董事会权力绝对确立的基础之上。现行公司法上股东会和董事会的分权结构,使得董事会之于股东会,从原本应当实现的分权制衡模式变成了代议制下股东会的常设机构。^⑨在董事会缺乏经营中心的地位时,对其进行再充分的合法性和合理性监督都是无济于事的。现行《公司法》第37条所规定的股东会职权中涉及大量的经营者权力,构成了对董事会权力的极大侵占,但在《公司法(修订草案)》中并未予以调整。^⑩在此背景

下,即便修订草案取消了董事会和经理的权力列举,明确了董事会行使公司法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权,但这种“剩余权力”的授予仍然是具有极大局限性的。基于监督权的后端改革,作为“前端”的董事会权力亦有联动调整之需要。

只有将公司的经营管理权划归于董事会,并且确保这些职权不被股东会所剥夺,才能真正意义上实现董事会中心的确立。无论审计委员会或监事会,均难以抗衡和监督作为其选任者的股东会,更勿论对股东会决议的合理性审查。对于董事会机构属性的界定,立法者明确将董事会作为公司的决策机构,负责公司的经营管理。^⑪《民法典》第81条将董事会或执行董事明确为执行机构,产生了巨大的解释争议。^⑫《公司法(修订草案)》第62条进一步根据《民法典》的规定明确董事会是公司的执行机构,由此产生了对“执行”含义的解释空间。从公司法的角度而言,将董事会作为落实股东会决议视为“执行”的含义,并不符合董事会的公司法定位。^⑬从公司法意义上而言,此处的执行应系指对公司的经营管理事务的执行。相应地,修订草案中执行董事的概念亦应当和参与公司经营管理相关,而非与执行股东会决议相关。总之,如果不解决监督对象的权力错位,监督权实在难以有的放矢。

(三)控制股东未纳入监督对象

在监督对象上,现行公司法对监事会的监督对象设定为董事会和董事、高级管理人员等公司经营者,并未扩及至股东会、控股股东和实际控制人。对此,《公司法(修订草案)》呈现出了适度扩张。修订草案第73条,新增了监事对股东会、董事会决议的撤销规则:股东会决议违反召集程序,表决方式违反法律、行政法规或公司章程的,股东、董事、监事自决议作出之日起六十日内,可以请求人民法院撤销。由此,董事会或监事会的监督权实际上已经扩张至对股东会的合法性监督。有学者认为,在我国董事会权力不济的情形下,将内部监督的资源倾注于董事会或经营者身上,并不是富有实效的选择,公司法修改亟须增加的是对大股东形式合法而实质侵害中小

股东的滥权行为监督。^①对此,《公司法(修订草案)》将对控股股东和实际控制人的规制目标分散依赖股东压制(草案第20条)、扩大关联交易规制(草案第183条)、引入实质董事(草案第191条)等方式予以实现。^②由于法定代表人的选任范围为董事长、执行董事、经理,虽然有所扩张,但仍然都在监督对象的射程范围之内。对审计委员会的监督对象,修订草案同样遵循前述设定。

结论

面对公司治理中羸弱的监督力量,《公司法(修订草案)》对公司内部监督机制进行了重塑。这种重塑一方面契合了公司治理结构的单层制进化,另一方面也维持并优化了当前双层制结构中的监事会制度,兼顾了制度的创新和稳定,降低了制度转换成本。从监事会监督转向审计委员会监督,不仅是监督机构和职权的变化,更是监督深度的深入和优化。在审计委员会的职权设定上,《公司法(修订草案)》所采取的“法定+章定”的方式较好地赋予了公司自治权,公司可以通过章程的方式实现监事会职权的无缝转换和制度衔接。但是,在我国公司章程模板化和形式化的实践中,修订草案可对审计委员会职权作选出式规定,以丰富制度供给。对于涉及公司外部因素的代表诉讼权,则宜由公司法予以明定。此外,当前修订草案中公司监督权的调整方案存在巨大的溢出效应,需要联动扩大董事会职权并切实确立董事会中心地位,并在股东压制、关联交易、决议瑕疵诉讼等制度上予以协同考量。

注释:

①参见刘斌:《公司机构设置的组织法逻辑与改革路径》,《法律适用》2021年第7期。

②参见施天涛:《让监事会的腰杆硬起来》,《中国法律评论》2020年第3期。

③参见赵旭东:《中国公司治理制度的困境与出路》,《现代法学》2021年第2期;傅穹、曹理:《公司治理模式:全球一体化与中国本土化的相互渗透》,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

④参见高旭军:《对我国上市公司“双核心监督机制”的反思》,《东方法学》2016年第2期。

⑤参见蔡伟:《公司内部监督责任体系的困境——基于对监事的再考察》,《中外法学》2018年第6期。

⑥参见[日]近藤光男:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第301页。

⑦参见《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》,国办发[2017]36号,2017年5月3日发布。

⑧参见《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》,国发[2018]23号,2018年7月30日发布。

⑨参见安建:《公司法释义》,法律出版社2005年版,第82页。

⑩See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The End of History for Corporate Law, The Georgetown Journal, Vol. 89, p. 456(2001).

⑪参见刘斌:《中国公司法的立法技术革新——以立法技术瑕疵评估为中心》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2021年第3期。

⑫同前注⑨,第8页。

⑬同前注⑨,第234页。

⑭参见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置》,《北方法学》2019年第5期。

⑮参见《上市公司治理准则》(中国证券监督管理委员会公告[2018]29号)第39条。

⑯参见[德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第263页。

⑰参见杨大可:《2019年版〈德国公司治理准则〉的两大革新》,《燕大法学教室》2021年第3期。

⑱参见《新订日本公司法典》,王作全译,北京大学出版社2016年版,第168页。

⑲同前注⑥,第271页。

⑳参见王文宇:《公司法论》,元照出版公司2019年版,第477页。

㉑参见[韩]崔竣璿:《韩国公司法》(上),王延川、崔娥燕译,中国政法大学出版社2020年版,第513页。

㉒参见吕成龙:《上市公司董事监督义务的制度构建》,《环球法律评论》2021年第2期。

㉓参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议》(上卷),楼建波等译,法律出版社2006年版,第123页。

㉔See The Sarbanes-Oxley Act(2002), Section 301.

㉕同前注⑥,第290页。

㉖参见[日]前田庸:《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第378页。

㉗参见刘斌:《认真对待公司清偿能力模式》,《法律科学》2021年第4期。

㉘参见[美]斯蒂芬·班布里奇:《金融危机后的公司治理》,

李诗鸿等译,上海人民出版社2021年版,第58页。

②⑨参见[日]神田秀树:《公司法的理念》,朱大明译,法律出版社2013年版,第82页。

③⑩参见傅穹、陈洪磊:《商业判断规则司法实证观察》,《国家检察官学院学报》2021年第2期。

⑪参见《上市公司独立董事规则》(中国证券监督管理委员会公告[2022]14号)第21条、22条。

⑫See Thomas O. Gorman, Critical Issues in the Sarbanes-Oxley Act: Audit Committee, Lexisnexis, 2009, p. 1.

⑬同前注⑪,第403页。

⑭参见蒋大兴:《公司董事会的职权再造》,《现代法学》2020年第4期。

⑮参见刘斌:《公司类型的差序规制与重构要素》,《当代法学》2021年第2期。

⑯参见刘斌:《公众公司的公司法地位再审视》,《法学杂志》2021年第7期。

⑰参见赵旭东、宋燕妮:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2019年版,第113页。

⑱同前注⑬,第168页。

⑲同前注⑪,第403页。

⑳同前注⑤。

㉑当然,《公司法(修订草案)》取消了董事会的人数上限,

持股较少的股东可能将获得更多进入董事会的机会。

㉒参见叶林:《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第220页。

㉓参见李建伟:《股东压制的公司法救济:英国经验与中国实践》,《环球法律评论》2019年第3期。

㉔See European Model Companies Act(2017), p. 168.

㉕参见[美]莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,法律出版社2012年版,第43页。

㉖参见邓峰:《代议制的公司:中国公司治理的权力和责任》,北京大学出版社2015年版,第58-59页。

㉗参见赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2020年第3期。

㉘同前注⑨,第73页。

㉙参见梁上上:《公司权力的归属》,《政法论坛》2021年第5期。

㉚参见黄薇:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第200页。

㉛参见季奎明:《中国式公司内部监督机制的重构》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2020年第4期。

㉜参见刘斌:《重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义》,《比较法研究》2021年第5期。

Reconstruction and Development of the Supervisory Power in Corporate Governance

Liu Bin

Abstract: The "Company Law(Revised Draft)" reconfigures the supervisory power in corporate governance on the basis of the introduction of a single-tier corporate governance structure. The revised draft presents two main lines of revision, including strengthening the supervisory function of the board of directors under the single-tier system and optimizing the supervisory board system under the two-tier system, releasing new space for corporate autonomy. Comparing with the supervision contents of the board of supervisors, the current revised draft only allocates financial and accounting supervision powers to the audit committee. In addition, the company can assign other supervision powers to the audit committee through the articles of association. In terms of the depth of supervision, the audit committee takes both legality and rationality supervision into account, which is the biggest difference with the board of supervisors. In the practice of corporate governance in China, where shareholder control is prominent, the reconfiguration of supervisory power will have a systemic effect. The Company Law(Draft Amendment)should be further improved based on the aforementioned overall perspective.

Key words: Corporate Governance; Board of Supervisors; Corporate Audit Committee; Supervision on Legality; Supervision on Reasonableness