

股份公司监事会独立性的强化与保障^{*①}

魏树发¹ 江钦辉²

(1. 福建师范大学法学院, 福建 福州 350007; 2. 福建广播电视大学莆田分校, 福建 莆田 351100)

摘要: 监事会的独立性是监事会监督职权行使的前提和基础, 必须加以强化和保障。对监事会独立性强化的制度设计, 应增设公监事和债权人监事。当公司正常营运时股份公司的监事会应由公监事、股东监事、职工监事组成, 当公司财务陷于困难时股份公司的监事会应由公监事、债权人监事、职工监事组成。对监事的提名、选举、任期、报酬等具体制度应进行必要的改革。

关键词: 监事会; 独立性; 公监事; 债权人监事

中图分类号: DF411.91

文献标识码: A

文章编号: 1672-335X(2010)02-0076-04

2006年1月1日生效的《公司法》(以下简称“新公司法”)第118条第二款规定:“监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表, 其中职工代表的比例不得低于三分之一, 具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。”与1993年公司法相比, 新公司法在股份公司监事会的组成上并没有进行改变。这意味着自1993年公司法实施12年以来, 股份公司监事会被形象地比喻成“聋子的耳朵”的最核心和关键因素——监事会独立性不足的问题没有在立法上得到修正。笔者认为, 监事会的独立性是监事会能够发挥应有的监督作用, 以制衡董事会的权力, 以及维护公司利益、股东利益及相关者利益的前提和基础。因此, 有必要单独对其予以重新审视并加以完善。

一、股份公司监事会不独立的缺陷所在

首先, 依据新公司法第118条第二款规定, 我国股份公司中的监事大部分由股东大会选举产生。而在我国, 大部分股份公司股权高度集中, “一股独大”造成公司内部人控制, 股东大会、董事会和监事会基本都操纵在大股东或作为大股东代表的经营管理层手中。再加上新公司法120条第三款的规定:“监事会决议应当经半数以上监事通过”, 即监事不能以个人的名义行使职权。这种制度安排, 容易导致监事会沦为大股东或作为大股东代表的经营管理层的代言人, 其独立性无从谈起。其不可能对决定其命运

的大股东或作为大股东代表的经营管理层实施有效的监督, 而维护中小股东利益和公司整体利益的职责更成了一种奢望。

其次, 新公司法未对监事的提名和股东大会选举监事的表决程序作出规定, 导致实践中虽然公司监事由股东大会选举产生, 但是股东大会表决任命监事也只是例行公事, 履行一下选举通过的手续而已, 实际上, 监事的提名和最终当选也基本操纵在公司经营管理层手中。陈少华等对22家设有监事会的公司调查就是其明证: 有一家公司的5名监事是由董事会决定人选; 另一家公司的3名监事是由国有股东兼主管单位指派; 还有一家公司的5名监事全部由股东大会选出, 其中没有职工代表; 一家公司的7名监事中除了3名由职工代表大会选出外, 其余由董事会决定。^[1]虽然新公司法在监事选举上规定, 可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议, 实行累积投票制。但笔者认为, 我国小股东与大股东在持股比例上相差悬殊, 累积投票制将难以发挥其作用。

再次, 虽然职工监事由职工代表大会选举产生, 但新公司法并未对职工监事的提名和职工代表大会选举监事的表决程序作出规定, 也未对职工监事的工作性质作出规定, 在实践中应实行兼职还是全职, 形式法律上并没有明确, 致使职工监事事实上与公司存在隶属关系和利害关系: 在工作上受管理层的领导, 在一定程度上与管理层有着千丝万缕的利害

* 收稿日期: 2009-12-28

作者简介: 魏树发(1963-), 男, 吉林梨树人, 福建师范大学法学院教授, 主要从事民商法、经济法研究。

①该文系中央广播电视大学(2008-2009年度)科研课题一般资助项目“公司内部监督机制研究与监督体系构建”的成果, 课题编号是GCQ1901。

关系,因而其难以对其“上级”的业务活动进行监督。南开大学课题组(2002年)的一项调查表明,73.40%的监事是来自企业内部的代表。^[2]据上海证券交易所对上市公司治理问卷调查显示,73%的公司监事会主席是企业内部提拔上来的,绝大部分公司监事会副主席和其他监事也是企业内提拔上来的,其工薪、职位基本上都由管理层决定。^[3]

二、股份公司监事会独立性的强化

(一) 创设公监事

要强化股份公司监事会的独立性,首先要实现其组成人员的独立性,而要实现组成人员的独立性,对此,为了增加监事会的独立性,有学者指出,引入日本的独立监事制度。即在监事会中引入半数以上的独立监事以解决监事会制度构造本身的缺陷,从根本上建立起有效的公司内部监督机制。^[4]对此,笔者曾提出不同观点^[5],认为该观点对监事会重新构造的思路是值得肯定的,但从实践效果来看,自中国人民银行于2002年6月发布《股份制商业银行独立董事和外部监事制度指引》和《股份制商业银行公司治理指引》以来,已有一些上市公司自愿设立了外部(独立)监事,但独立监事很少发表不同于公司董事会、经理层的意见。^[5]况且,从独立监事的提名、选举、任免、报酬等方面的制度设计来看,独立监事还是无法摆脱独立董事的命运。当然,我国台湾地区上市公司在引进日本的外部监察人制度时,完善了日本法上外部监察人限制的范围只局限于不能来自于公司或其子公司的内部人或者曾经是公司或其子公司的内部人,而将限制范围扩大到与该公司或该公司关联企业存在经济利益关系以及与该公司或该公司关联企业的高级管理人员存在私人关系或者经济利益关系都不能作为公司的外部监察人,取得了一定的成效。但由于台湾地区公司的经济类型与大陆不同,我们不能照葫芦画瓢,生搬硬套。不过,其外部监察人制度的理念和精神是值得肯定和借鉴的。

因此,我们可以借鉴美国立法中的独立董事制度中“独立性”设计的制度理念,结合日本公司法规定独立监事的人数为监事总数半数以上这种改革思路来解决这一问题,^[6]即让公权力适度干涉公司监督,建立公监事制度。所谓公监事,就是与股份公司没有“重要关系”,并具备相应资格的人选,经过法定的程序,经公监事协会提名,由专家委员会选举产生,并由商务部股份公司监管局向各个股份公司派

出的监事。具体而言,可在商务部下设股份公司监管局,由其向各个股份公司委派公监事,而且委派公监事人数应足以制衡内部监事,以委派的人数多于公司的内部监事为宜,并任命一人担任股份公司监事会主席。当然,为保证公监事能够真正独立行使职权,其人选需具备独立性标准。笔者认为,可以借鉴美国证券交易管理委员会(SEC)有关独立董事独立性的界定标准,即公监事与股份公司没有“重要关系”。^①此外,对公监事的“独立性”的判断,不仅应当注意其在身份上是否来源于公司或该公司关联企业的董事、经理或雇员,还应当特别注意以下两个因素:一是与该公司或该公司关联企业是否存在经济利益关系;二是与该公司或该公司关联企业的高级管理人员是否存在私人关系或者经济利益关系。^[7]

(二) 创设特定条件下债权人监事引入监事会以取代股东监事

根据经济学上的状态依存所有权理论,公司的剩余价值控制权并非一成不变,而是随着企业的运营状况发生变化。该理论的倡导者、经济学家布莱指出:如果企业处于“ $w \leq x < r + w$ ”的状态,^②此时股东的收益已经为零,其不再有做好公司经营决策的动力。为了保护自己的利益,债权人必须成为所有者并控制公司。^{[8](P103)}但状态依存所有权理论下公司控制权的转移并不是自然而然发生的,为实现控制权的有序让渡,相机治理机制被创设。即在一个公司营运过程中,由于主客观原因,已显露出公司经营陷入危机的苗头时,即公司收入不能支付负债时,债权人作为利益相关者,其未来的权益可能受到侵害,为实现资本保全,债权人必须享有一定的权利,能够按照法定的程序,要求重新分配控制权。^[9]相机治理机制的运用在国外公司法实践中并不陌生,其中以日本的主银行制度最为典型。所谓主银行制度是指按照主银行(主银行是指与某一个企业之间形成长期交易关系,企业从那里的借款占该企业借款总额最大份额的银行。^[10])和公司的事前约定,公司控制权将随着公司财务状况的变化而在主银行和经营管理者之间转移的制度。

笔者认为,在债权人享有公司剩余价值控制权的条件下,债权人通过选任代表和维护自己利益的监事进入监事会,以监督在公司不能避免破产时,董事等高级管理人员在债权人的利益和股东利益发生

①此处的“重要关系”包括以下五种情况:1.他是公司的职员,或者在此之前两年内曾是公司的职员。2.他是此前两年在公司内曾担任过CEO或高级管理人员的某一个人的直系亲属。3.他在此前的两个财务年度内,曾因商业关系而向公司支付过或收到过超过20万元的金额;或者,他在某一个商业机构中拥有股权或代表某一股权而有投票权,而该公司曾在此前两个财务年度内向公司支付或收到过一定的金额,并且该金额乘以他所拥有的股权比例后其值大于20万元。4.他是某一商业机构的重要管理人员,而该商业机构曾因商业关系而向公司支付或从公司收到过超过该机构年度总收入5%金额的款项,或者超过20万元金额的款项。5.他与过去两年内曾经担任过公司法律顾问的法律公司具有职业关系。

② x 为企业的总收入, w 为应该支付给工人的合同工资, r 为对债权人的合同支付(本金加利息)。

冲突时优先考虑债权人的利益。这样的制度安排并不会颠覆公司法的立法初衷,又能在一定程度上避免因公司风险超过股东的风险承担能力而对债权人造成的侵害。因此,当股份公司收入不能支付负债时,与其让其直接进入破产或者重整程序,还不如选择让掌握公司剩余价值控制权的债权人选任监督人代其监督公司的经营管理更有利于维护债权人的利益。综上,我国股份公司监事会建构后的组成人员为:公监事、股东监事、职工监事;当公司收入不能支付负债时,我国股份公司监事会的组成人员为:公监事、债权人监事、职工监事。

三、股份公司监事会独立性保障的程序制度设计

(一) 监事的提名和选举是监事会独立性保障的基础要素

1、公监事。正如日本和台湾学者认为,独立监察人(独立监事)的选任方式主要有四种类型:选任权归董事会;选任权归股东会;由股东会与监事会分享选任权和提名权;选任权归处于第三者地位的中立机构—证基会。^[11]笔者认为,选任权归中立机构这一思路值得借鉴。对于公监事的提名,可以在商务部股份公司监管局下成立公监事协会,由其负责全国公监事资格考试,由于公监事工作的特殊性和专业性,必须对参加公监事资格考试的人员设定一定的条件:(1)有五年以上从事法律、财务、会计、企业管理、宏观经济等方面的工作经验,(2)具有法律、财务、会计等相关专业本科学历并获得相应的学士学位;或者(1)有三年以上从事法律、财务、会计、企业管理、宏观经济等方面的工作经验,(2)具有法律、财务、会计等相关专业硕士研究生学历并获得相应的硕士学位;或者(1)有二年以上从事法律、财务、会计、企业管理、宏观经济等方面的工作经验,(2)具有法律、财务、会计等相关专业博士研究生学历并获得相应的博士学位。公监事资格考试每年举行一次,通过资格考试的人员录入公监事人才库。公监事协会只能从公监事人才库中选择人选,就其与股份公司是否存在“重要关系”进行考察的基础上提名并作出书面报告和说明。对于公监事的选举,笔者认为,可以在商务部股份公司监管局下设立专家委员会,该专家委员会由法律、经济、会计、财务、企业管理等各1名组成,采取2/3以上多数通过原则差额选举产生公监事,最后由商务部股份公司监管局向股份公司委派并向社会公布。

2、股东监事。对于股东监事的选举,可沿用新公司法的相关规定由股东大会选举产生,但选举方式应有改进:由法律直接规定强制适用累计投票制,实行差额选举产生,以参会股东的1/2人数和股份份额1/2双通过为原则。并且提名人要负责对其提名的股东监事的学历、专业、资历、经验、人脉、信用度以及是否适宜担任监事向股东大会作出书面报告

和说明。对于股东监事的提名,笔者认为,可以尝试在商务部股份公司监管局下成立股东协会,负责股份公司监事会股东监事人选1/2的提名。股东协会应对某个股份公司的适宜担任监事的股东就其学历、专业、资历、经验、人脉、信用度等方面进行全面的考核,并在考核排名的基础上提名股东监事人选。

3、职工监事。对于职工监事的提名,笔者认为,可以尝试在全国总工会下成立全国职工协会,由其某个股份公司的适宜担任监事的职工就其学历、专业、资历、经验、人脉、信用度等方面进行全面的考核和向股份公司职工代表大会作出书面报告,报告的主要内容是对职工监事的学历、专业、资历、经验、人脉、信用度以及是否适宜担任监事等方面作出说明,并在考核排名的基础上提名职工监事人选。对于职工监事的选举,由股份公司职工代表大会在全国职工协会提名的人选中产生,采取参会职工2/3多数通过原则,并实行差额选举制度。对于职工监事的工作性质,应为专职形式。

4、债权人监事。关于债权人监事的提名,笔者认为,可以由股份公司的监事会主席就债权人学历、专业、资历、经验、人脉、信用度等方面进行全面的考核并向债权人大会作出是否适宜担任监事等方面书面报告和说明,并在考核排名的基础上提名债权人监事人选。关于债权人监事的选举,应由债权人大会适用累计投票制的方式从监事会主席提名的债权人监事人选中产生,采取参会人数2/3和债权份额2/3通过原则,并采取差额选举的方式产生。

(二) 监事的薪酬支付和任期是监事会独立性保障的关键要素

笔者认为,公监事、股东监事、债权人监事、职工监事薪酬的支付要突破现行法律的框架,独立于股份公司外。因为如果把监事的薪酬支付权再交给股份公司管理层,那就会影响到他们的公正性及独立性,继而影响监督工作的开展。笔者认为,公监事的薪水实行年薪制,并以监事税的形式由国家税务总局向所有股份公司统一收取,再由商务部股份公司监管局向国家财政部报告具体任职于各个股份公司监事会的公监事名单,由财政部统一支付年薪,且薪酬水平不应低于该股份公司高管人员的平均薪酬。对于其他监事,也应突破目前由董事会和经理决定其薪酬的做法,实行由谁选任就由谁决定的做法。具体而言,代表股东利益的股东监事由股东大会选举产生,其考核与报酬由股东协会拟定初步方案后提交股东大会进行讨论决定,采取参加大会的股东人数1/2多数和股份份额1/2多数通过的原则,且薪酬水平不应低于该股份公司高管人员的平均薪酬。当然,股东大会的召开必须有1/2以上多数股东的参加,其作出的决定方为有效。代表职工利益的职工监事由职工代表大会选举产生,其考核与报

酬由全国职工协会拟定初步方案后提交公司职工代表大会进行讨论决定,采取参加大会代表的 1/2 多数通过的原则,并由法律直接规定股份公司职工代表大会就其报酬事项的决定具有股东大会决定同等的效力,公司董事会必须无条件执行,且薪酬水平不应低于该股份公司高管人员的平均薪酬。当然,职工代表大会的召开应以 1/2 以上多数职工的参加,其作出的决定方为有效。对于特定情况下的债权人监事,应当由债权人大会进行考核并决定其报酬。具体而言,由监事会主席对债权人监事的考核与报酬拟定初步方案,提交债权人大会进行讨论决定,采取参加大会的债权人人数 1/2 多数和债权份额 1/2 多数双通过的原则,且薪酬水平不应低于该股份公司高管人员的平均薪酬。债权人大会的召开以 1/2 以上多数债权人参加为前提,其作出的决定方为有效。

关于监事的任期,为了能够保证公监事、股东监事、职工监事、特定条件下债权人监事的独立性,不因时间过长而与董事、高级管理人员等坑漕一气。笔者认为:监事的任期应尽可能与高管人员的任期错开,且监事的任期不宜过长,以两年为佳。正如美国密歇根州公司法规定,独立董事不能在该公司担任独立董事一职超过三年,独立董事任职逾三年,可以继续留任,但会丧失其独立董事的资格。^[12]因为时间过长难以避免监事受公司董事、高级管理人员、控股股东等人员的收买、影响等而不能独立行使监督职权;时间过短则会由于监事获取的公司经营管理状况不甚了解而无法做出独立判断,以致无法行使监督职权。当然,对于特定条件下的债权人监事,其任期可以公司特定条件的存续期间为限。因为债权人监事产生的条件特殊,而且在债权人监事介入

股份公司监事会期间,股东监事将被暂停行使监督职权。因此,对于债权人监事的任期没有明确的时间界限,当公司进入正常营运时,债权人监事将被停止执行监督职权,而此时股东监事将被恢复行使监督职权。

参考文献:

- [1] 谢俊平. 关于完善我国公司监事会制度的思考[J]. 南方经济, 2003, (3).
- [2] 李维安, 张亚双. 如何构造适合国情的公司治理监督机制[J]. 财经科学, 2002, (2).
- [3] 张晓宇. 试论完善上市公司监事会制度[J]. 渝西学院学报(社会科学版), 2003, (2).
- [4] 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[J]. 比较法研究, 2009, (3): 93.
- [5] 江钦辉. 论上市公司公监事制度的创设[J]. 河北科技大学学报, 2008, (1).
- [6] (美)露西·A·贝伯洽克, 马克·J·劳. 公司所有权和公司治理中的路径依赖理论(2005年行动计划)(Lucian A. Bebchuk and Mark J. Roe A Theory of Path Dependent in Corporate Ownership and Governance(Working Paper), 2005, p. 20.).
- [7] 许琴. 论独立监事及其核心品格[J]. 法制与社会, 2007, (6): 797.
- [8] 张继迎. 博弈论与信息经济学[M]. 上海: 上海三联书店, 上海人民出版社 2001.
- [9] 丁广宇. 论有限责任公司债权人权利的回归——基于相机治理理论的探讨[J]. 法商研究, 2008, (2).
- [10] 刘毅. 日本的主银行制与银企关系[J]. 日本研究, 2003, (4).
- [11] 黄铭杰. 公司监控与监察人制度改革论——超越独立监事之迷思[J]. 台大法学论丛, 2003, (4): 40-41.
- [12] 殷盈盈. 论独立董事与监事会监督权之平衡——兼论《上市公司监督管理条例(征求意见稿)》[J]. 天府新论, 2008, (6): 129.

The Reinforcement and Protection of the Independence of the Board of Supervisors in Joint stock Companies

Wei Shufa¹, Jiang Qinhu²

(1. School of Law, Fujian Normal University, Fuzhou 350007, Fujian, China;

2. Fujian Radio and Television University at Putian, Putian 351100, Fujian, China)

Abstract: The independence of the Board of Supervisors is the prerequisite and basis to exercise supervisory board's supervision authority, which needs to be strengthened and protected. Considering the system design of the reinforcement of the independence of the Board of Supervisors, it is necessary to create public supervisors and creditor supervisors. The Board of Supervisors of the joint stock companies should include public supervisors, shareholder supervisors and staff supervisors when a company is in normal operation, and public supervisors, creditor supervisors and staff supervisors when in financial trouble. It is also necessary to reform the exact systems such as the nomination and election of supervisors, the supervisor's tenure and remuneration and so on.

Key words: the Board of Supervisors; independence; public supervisor; creditor supervisor

责任编辑:周延云