

公司内部监督责任体系的困境

基于对监事的再考察

蔡 伟^{*}

摘 要 监事是公司重要的内部监督主体,但其难以有效发挥监督作用的一个重要原因是公司内部监督责任体系的困境。现有研究对此普遍没有清晰的理解,导致对监事作用存在认识上的错位。从比较和实证的角度,基于新的研究方法,有助于揭示公司内部监督责任体系存在的巨大困境,以及监事为什么不能发挥预期作用。从比较的角度,世界上公司的内部监督体系都面临着巨大的困境和冲突,并且普遍存在减轻公司内部监督者法律责任的趋势;我国的监事制度同样存在监督责任的悖论和困境,导致法律法规在现实中难以得到严格的实施。从实证的角度,分析证监会对上市公司监事的行政处罚,能够突显监事制度在实施中的问题,及其折射出来的内部监督责任体系的困境。现代公司治理的监督体系存在从单一到多元,从内部到外部的发展趋势。发展多元化的监督体系是我国加强对公司监督的必由之路。

关键词 监事 内部监督者 监督责任 证监会 上市公司

导 言

内部监督是公司治理的关键机制之一。在我国,如何构建有效的公司治理内部监督制度,一直以来都是深受关注的话题。传统上公司的内部监督者主要是监事;然而,人们普遍认为它是一个失败的制度,甚至可以被取消。^{〔1〕}因此,我国在2001年正式引入了独立董事制度以

^{*} 中山大学法学院副教授。

〔1〕 参见石少侠:“我国新《公司法》中的公司治理结构?”,《当代法学》2007年第6期,第4-6页;甘培忠:“论完善我国上市公司治理结构中的监事制度”,《中国法学》2001年第5期,第78页;谢德仁:“审计委员会制度与中国上市公司治理创新”,《会计研究》2006年第7期,第39-44页。

弥补公司内部监督的不足。对监事制度失效的原因分析,学界的主要观点有:监事和监事会缺乏必要的独立性;监事会的权力不大,与管理经营层存在信息不对称;缺乏必要的激励机制和约束机制;地位低、资源匮乏;受制于管理层/控股股东;制度移植时对背景因素存在遗失或忽视以及立法中的过度诉求造成的迷失。^{〔2〕}因此,有学者呼吁为我国的监事会探寻一个相对清晰、符合国情的定位,突出其地位,强化其权力,完善监事会制度的建设和外部环境的改善,使监事会真正发生作用等等。^{〔3〕}这些建议的一个潜在逻辑是,只要根据我国的实际国情明晰监事的“地位”,完善相应的环境,监事就能有效发挥其作用。

然而,既有研究忽视了制度本身可能存在的固有问题,尤其是责任体系的困境,导致对其作用的认识存在错位。本文从比较的角度探讨了公司内部监督者在西方国家普遍面临的问题和困境;同时基于对我国的实证研究,发现我国也存在着类似情形。监事面临的问题主要不是我国的“水土”问题,而是公司内部监督制度尤其是责任体系的困境。监事制度的失效源于制度本身,改进我国的“水土”,或者扬弃部分制度,并不一定能使它适应我国的“水土”。研究方法上,现有研究多集中于揭示监事的“无效性”(难以有效履行其监督职能),但鲜有从实证的角度去审视导致制度无效的内在原因。我国现行的监事制度建立已有二十多年(当然其原型还可以溯源到清末的《公司律》和民国的《公司法》),相关的法律法规制度也已经稳定成型,资本市场二十多年的发展也为审视制度有效性的研究提供了很好的“本土资源”,故而本文将对监事制度进行系统的实证研究。本文无意于多花笔墨讨论监事在我国的发展历史以及和西方国家具体制度的比较等既有研究已经多有论述的问题,而是将侧重于结合我国的案例实践,寻找和分析我国监事履行监督职能存在的主要问题,回到中国问题的研究方向。

在研究样本上,本文选择以证监会执行法律法规的行政处罚文书为研究对象。推动监事履行监督职能的机制很多(比如绩效考核、舆论等),但是法律法规才是最能从根本上通过规定职权支持和通过规定责任约束监事履行其监督责任的机制,因此本文以监事法规制度的实施为基石来考察监事监督,职权和责任的落实,从而窥视内部监督责任体系的困境。在我国资本市场,主要的法律执行机关是法院和证监会,而起诉上市公司监事没有履行监督责任的诉讼极少,无法形成足够数量的样本考察法院对监事监督职权和责任的理解和执行,因此,转以证监会的行政处罚为基础,将有助于保证一定范围之内样本的完整性。同时,上市公司是我国商事主体中治理水平和透明度最高的群体,上市公司监事所遇到的问题具有典型性和代表性,其违法违规以及折射出来的监事的监督问题及内部监督责任体系的困境更具有典型意义。综上,本研究考察了证监会对监事的所有行政处罚,从而提供中国样本来说明这一制度的内生困境,探讨在我国监事这一内部监督者是否与西方国家上市公司的内部监督者面临相同(或不同)的问题,以期用中国案例验证全球性的命题,印证全球公司治理的问题。

〔2〕 参见郭雳:“中国式监事会:安于何处,去向何方? 国际比较视野下的再审视”,《比较法研究》2016年第2期,第76—78页;甘培忠,见前注〔1〕,第79—80页。

〔3〕 参见朱慈蕴:“二十年的扬弃——中国大陆公司监事制度之走向”,《月旦民商法杂志》2013年第39期,第58页;甘培忠,见前注〔1〕,第82页;郭雳,见前注〔2〕,第87页。

一、比较视角下公司内部监督者的困境及法律实施难题

因为监事的责任在于监督,所以本文的比较考察侧重于公司治理中内部监督者的监督职能这一核心。监事是大陆法系的产物,普通法系中没有监事,而由董事、尤其是独立董事承担监督管理层的责任。本文既比较了大陆法上的监事,也比较了普通法上的独立董事。对法国法的内容,本文不具体区分监事、监察人、非执行董事、外部董事、独立董事等在不同法域或者语境下有不同叫法但是承担类似监督职能的内部人员,而统一用内部监督者来概括。

首先,世界上公司治理的内部监督者普遍存在独立性的悖论。从比较法的角度,独立性在西方主要国家都是非常模糊的概念。德国传统上一直都不乐意对监事的“独立性”进行规定。^{〔4〕}除了制定法之不周延以及滞后性无法囊括实践之种种情形外,独立性本身就有重大的争议。

在20世纪九十年代,德国企业出现的严重危机导致人们对监事会制度的有效性产生怀疑和反思。^{〔5〕}除了诸多法规强化监事职权的规定之外,^{〔6〕}2012年德国出台了公司治理的样本规范《德国公司治理准则》(German Corporate Governance Code),它对监事的独立性进行全面的修正并且列举可能导致监事失去独立性的因素。2014年6月《德国公司治理准则》进行了修订,修订版本的5.4.2部分规定:“本治理建议认为,如果监事会的成员和公司、它的管理层、控股股东和/或控股股东有关联的企业有某种商业或者个人的联系,导致他们会有实质性的和非短暂的利益冲突时,该等监事会的成员不能被认为是独立的。监事会不能有多于两名的成员是前管理层的人员。监事会成员不得在企业的重要竞争方担任董事或其它类似职位或者提供咨询类服务。”^{〔7〕}因为德国也是一个股权集中的法域,所以在监事与控股股东的关系上,也只考虑他们两者之间是否会存在实质性和长期的利益冲突问题。^{〔8〕}学界对此普遍持欢迎态度,但是实务界却给予猛烈的批评,对此规定存在的分歧,反映出了难以规定监事与控股股东关系的困境。批评意见主要认为,这一规定没有考虑到不同企业中职工参决制的特殊性,可能侵害控股股东对企业的正当领导权,因为相关法律法规已经对大股东和中小股东之间的利益冲突做出了全面的规定。^{〔9〕}上述意见冲突实际折射出了监事在公司中的地位困境:在以资本多数决为基础的公司治理体系中,监事如果真正“独立”于大股东,那么必将动摇

〔4〕 Wolf-Georg Ringe, “Independent Directors: After the Crisis”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Issue 3, 2013, p.418.

〔5〕 杨大可:“论监事独立性概念之界定——以德国公司法规范为镜鉴”,《比较法研究》2016年第2期,第91页。

〔6〕 同上注。

〔7〕 Available at http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_germany_24jun2014_en.pdf, last visited 20th October, 2018.

〔8〕 Wolf-Georg Ring, *supra* note 4, p.411.

〔9〕 杨大可,见前注〔5〕,第89页。

投资者的信心和当代股份公司治理的基础。

上世纪及本世纪初,日本对商法进行了数次修改,特别强调监事的独立性。1974年颁布的《关于股份公司监察的商法特别法》要求大型股份公司设置审计员,以履行监事和审计的双重职能,弥补普通监事财会知识的不足,应对公司财会丑闻,然其有效性存疑。上世纪末到本世纪初,日本的商法改革增强了监事的职权,在1982年的修法中强化监事与董事会的联系,强化监事的独立性,使监事更容易获得检查经费等,但这一修法并没有使监事真正有效地执行其监督与检查职能,他们仍然是公司的花瓶;此后在1993年、2001年和2002年,日本又进行了新一轮的商法改革,内容包括进一步的增加监事的数量和职权、设立独立监事、延长监事任期等。^[10] 这些在一定程度上可以认为是为了弥补监事的有限作用而采取的措施。经过多次具有针对性、连续性的修改后,目前日本的监事制度已经很少有进一步强化的余地。修改的结果虽然有助于提高监事的独立性,但监事与支配整个公司的经营者之间在信息、资金以及人力等各方面还是存在巨大的差距。^[11] 有学者认为,历次修改均无法改变经营者实际控制公司这一事实,导致难以选任出真正独立于经营者的监事,也使得监事无法有效地进行监督与检查;这正是日本监事制度修改中的瓶颈之所在。^[12] 然而,经营者控制公司这一事实难道是可以改变的吗?如果改变了公司如何运营?公司的治理结构又要如何安排?如果改变不了,那么监事的种种困境都将是无解之难题。

我国台湾地区在2001年对其“公司法”的修改也强化了监察人的独立性,增强其监督权力,同时规定监察人可以绕过董事会直接向经理人员索取信息,可以列席董事会,听取、收集公司各种业务执行的相关资料。^[13] 但是这些修改仍然无法有效的应对监察人受大股东控制而无法有效监督公司业务的困境;同时经理人如何能够听命于监事为其提供信息,尤其是对管理层不利的信息呢?我国台湾地区的这些规定实际上面临和日本着相似的问题。因此这些规定并没能达到预期的实施效果。台湾证券交易所的实证研究表明监察人实际上成为大股东的利益代表,难以有效保护小股东利益;在产生上多依靠董事支持,与董事熟悉,常碍于情面而包庇董事;同时,监察人是事后监察,无法在董事行使执行权时进行监督;等到政府等机构介入时,公司的利益已经受到严重损害。^[14]

在我国的公司治理体系中,独立性并不是监事的必须要求(此后采用的独立董事则明确有这一要求)。有学者认为我国的立法者只是希望限制那些存在不良记录的人员在一定时间内

[10] 姜荣吉:“难行监督之事的监事——日本监事制度的发展历程与启示”,《北方法学》2013年第6期,第54—56页。

[11] 参见姜荣吉,见前注[10],第57页;徐浩:“日本公司监事制度的演变及启示”,《日本研究》2011年第1期,第88页。

[12] 姜荣吉,见前注[10],第58页。

[13] 冯果:“变革时代的公司立法——以台湾地区‘公司法’的修改为中心考察”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2003年第2期,第109—110页。

[14] 陈文河:“上市公司外部董事及监察人行使职权成效之研究”,《台湾证券交易所八十八年度专题研究报告》,第1—2页。

(三到五年不等)不能担任监事;而对同样可能严重影响监事公正客观履职的“利益冲突”要件(独立性的要件)未给予充分关注。^[15]作为监督者而言,其职能的有效发挥无疑需要它具有独立性。比如我国的《人民检察院组织法》第9条就规定:“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受其他行政机关、团体和个人的干涉。”而监事本身就是公司的职员,监事的这一职位通常是兼职性质的,这对其独立性带来了挑战。有学者指出,我国的公司法律规范对监事的独立性没有明确的规定,缺乏确切的法律内涵。^[16]然而,作为一个公司的内设机构,如果赋予它“独立性”,又会带来很大的制度悖论和理论困境。在公司内部的三大机构中,股东以回报作为其投资的动力源;管理层以管理绩效为导向,同时处于各种监督机构的监督之下;而如果监事会获得“独立性”的话,那么他们在公司中的位置如何定位?他们是否可以在公司任职,领取薪酬?如果是,那么他们在公司中如何平衡和管理层的关系?如果是以兼职身份,他们无疑也面临着信息、时间投入等方面的困境(详见下文分析),同时又如何与独立董事区别开来?

与独立性密切相关的是监督者在公司中的地位,这必须在整个公司治理结构中进行探讨。在绝大部分的国家或地区(包括我国),上市公司股权结构集中,在大股东控制之下,公司治理的主要矛盾存在于大股东和小股东之间;而只有在英国和美国等数量极少的普通法国家,大型上市公司的股权结构通常才是分散的,上市公司治理的主要矛盾存在在股东和管理层之间。^[17]在股权集中的治理结构中,公司的人事安排受大股东这一出资方的影响很大。独立性通常关注的是监督者与控股股东的关系,而非与管理层之间的关系。^[18]寄希望于由股东(而大股东拥有非常有影响力的投票权)选出来的监事能够有效监督(大)股东,是不现实的。同时,如果公司存在数位有影响力的股东,监事可能代表不同股东的利益;不同股东有冲突时,监事的监督作用也会受到影响。除了可能受到大股东的影响之外,监事与管理层还存在上下属的层级关系;因为很多监事是公司的员工,由他们来监督他们的上级董事长、总经理等,的确是勉为其难。^[19]在股权分散的治理结构下,监督者不受大股东的影响,有一定的超然性。然而,内部监督者(比如独立董事)虽然由公司的股东选任,但是却通常由内部董事提名。严厉的监督者必定不受内部董事的欢迎,也就失去了被提名的机会。同时在整个专业市场中,内部监督者的作风的信息具有传递性,严苛的监督者也不受全市场的欢迎。因此,监督者如果要立足于这个市场,其必须对其监督的严厉程度进行把握。

公司的监督者与公司管理层的关系也存在很多的制度悖论。监督者如何保持和公司管理层的适当距离,这是一个无解的难题。人是社会的人,监督者和管理层之间也存在感情和关联,这可能会导致他们难以不偏不倚地履行监督职能。同时公司的经营管理权由董事会掌握,

[15] 杨大可,见前注[5],第88页。

[16] 杨大可,见前注[5],第89页。

[17] Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer, “Corporate Ownership Around the World”, *The Journal of Finance*, Vol. 54, Issue 2, 1999, pp. 471-517.

[18] Lucian A. Bebchuk and Assaf Hani, “The Elusive Quest for Global Governance Standards”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157, 2009, pp. 1301-1304.

[19] 罗培新、隋艳坤:“公司内部权力制衡之立法缺漏及其完善”,《江海学刊》2000年第1期,第64-66页。

监督者和管理者保持密切的关系能够帮助监督者获取更完整、真实和及时的信息;但也可能会使得监督者受到人情等的影响,导致其没法有效地保持客观中立的立场。同时,有效的监督要求掌握充分的信息,而公司的信息往往由管理层提供,无疑管理层通常会拒绝提供或者隐瞒有问题的信息给监督者。如果内部监督者对管理者产生了依赖性,会进一步便利管理者扭曲信息,导致信息失真;而如果他们远离公司的管理,则不能对公司的业务进行有效的了解,也不能进行有效的监督,因为监督必须建立在充分信息和对业务有效理解的基础上。如果监督者是一个团队,一般成员的信息依赖于召集人的话,那么监督者个体获得的信息更可能会失真,因为信息传递的链条更长。这些实际上折射出了监督者和管理者之间的距离困境。因此,董事(会)和监事(会)之间的关系是要分立还是合一,无论理论分析还是实证研究都没有有说服力的结论。^[20]

从比较法的角度,美国联邦对内部董事和外部董事是否履行了尽职义务施加了不同标准,这一标准根据他们在公司中的职位和个人的专业能力而定。通常是内部董事需要履行的勤勉义务的程度高于外部董事,其背后的逻辑是内部董事对公司的事务具有更多的接触和了解。^[21]而在澳大利亚,制定法上《公司法》(Corporations Act 2001)不区分不同董事之间的义务(包括监督义务),也就是说所有的董事都负有同样的义务,但是实践中有法院认为全职的执行董事比非执行董事(没有在公司承担管理的职能)负有更高的注意义务。^[22]这也说明了现实中人们对不同类别的董事(或者其它承担监督职能的内部人员)承担的监督义务的差别在认识上存在很大的分歧。

在监督内容上,监事对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督。现代公司治理极具专业性,公司的事务和市场状况纷繁复杂,很多领域要求相关人士具有法律、财务、会计等方面的专业知识。^[23]而任何个人都具有专业、知识、经历、时间和精力等的局限,监督者在履行监督职能上通常是兼职而非全职的身份,监督者又如何能够保证有足够的技能、时间和精力对公司所有的重大事项负责,履行全面的监督责任呢?在激励和约束机制上,与业务部门截然不同的,对履行监督职能的监事的绩效评价体系是很难有效建立的,因为这不能以出现多少问题(并且进行了有效监督)作为基础来衡量监督者工作的优劣;很多有效的监督是事前的,正是这些有效监督的存在,使得公司没有出现问题,但是这很难进行评估。所以,监督与否难以区别,不监督可能大家皆大欢喜,监督则面临种种困境,增加成本,这些会诱导监事们倾向明哲保身。很多时候监事本身就参与或者监督了公司计划的制定过程,计划的实施出现问题可能是管理层的落实有问题,也可能是计划本身有问题(比如脱离实际),因此制定者或者监督制定

[20] 龙卫球、李清池:“公司内部治理机制的改进:董事会——监事会二元结构模式的调整”,《比较法研究》2005年第6期,第64页。

[21] Andrew F. Emerson, “The Director as Corporate Legal Monitor: Environmental Legislation and Pandora’s Box”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 15, 1985, pp. 608—609.

[22] *Australian Securities & Investments Commission v. Vines* [2005] NSWSC 738; *Australian Securities & Investments Commission v. Macdonald* (No. 11) [2009] NSWSC 287.

[23] 甘培忠,见前注[1],第79页。

的人也难辞其咎。这会诱使他们怠于履行其监督职能。另外,如果由监事对公司计划的实施情况进行监督,也存在利益冲突的问题。

如此等等,尚无法全面囊括监督者在履行对公司管理层的监督职能时的困境。如果落实到法律义务和责任上,没有履行或者怠于履行监督职能会带来法律责任,而要建立一个有效的法律责任制度体系的前提是有一个明晰、可行的权职清单。但是,该监督什么,如何监督以及如何评估监督的效果都存在种种的困境。这些困境都使得法律责任变得模糊不清(请见下一节的实证研究)。在很多具体情形下,监督者是否应该发现问题,并有所“作为”,或者该监督者必须多大程度上“作为”来履行其监督义务,均存在巨大的争议。基于种种应该有所“作为”,但是实际上没有“作为”的情形下的责任范围如何界定,是实践和理论中共同面临的困境。^[24]因为在不同的情形下,不同的监督者因为其专业知识、从业背景、对公司和业务的理解程度等都存在很大的差异。一些情形在有些人看来是可能有问题必须进一步进行监督的,而在另外一些人看来则是正常的而无需加以特别关注或监督。同时,举证证明“作为”尚且容易,因为一个行为通常有记录;对于这种“不作为”无论是执法者还是其他人都难以举证,因为没有记录,证人或其它证据。^[25]

鉴于公司内部监督者履行其监督职能存在的种种困境,无论是日本、德国还是美国都怠于对监督者的监督职能进行严格的认定和施加严厉的责任。^[26]本世纪初日本对其《公司法》进行的修改主要是为了从责任上避免董事、监事因为疏忽而导致高额的赔偿责任,从而不敢有所作为,进而制约公司的发展。公司董事、监事基于善意或无重大过失的责任可以在一定的范围内得到减轻;同时对拥有不同职权、薪酬的董事、监事给予不同程度的责任减轻,以期能够实现权、利、责的平衡合理化。概言之,该修改的主要取向是合理减轻董事、监事的责任,同时通过配套规则防范可能产生的风险。^[27]

在德国,如果监事有理由相信他们是基于正确的信息为公司的利益而作出的合理判断,那么他们就没有违反对公司的义务。^[28]虽然监事也得勤勉认真地履行其职能,但是,监事只要要求具备一般的商业知识,并不要求具备某个行业特殊的知识,同时法院可能会对具有特殊资格的监督者(例如银行家、律师和会计师)施加更严格的标准。^[29]传统上,德国的监事并不适用

[24] Eric J. Pan, “Rethinking the Board’s Duty to Monitor: A Critical Assessment of the Delaware Doctrine”, *Florida State University Law Review*, Vol. 38, 2011, p. 209.

[25] Eric J. Pan, *supra* note 24, pp. 209—210.

[26] Renee M. Jones and Michelle Welsh, “Toward a Public Enforcement Model for Directors’ Duty of Oversight”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, 2012, p. 347.

[27] 徐澜波、胡钧:“日本董事、监事制度的修改及启示”,《法学》2003年2期,第118页;徐澜波、成杰、唐敏、戴永军等:“日本减轻公司董事、监事法律责任所引发的思考”,《政治与法律》2003年第1期,第89—92页。

[28] 隋平、罗康:“德国监事民事责任制度在实践中的障碍”,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第19页。

[29] Willi Joachim, “The Liability of Supervisory Board Directors in Germany”, *The International Lawyer*, Vol. 25, No. 1, 1991, pp. 60—61.

美国式的“商业判断规则”作为免责的抗辩,但是,法官在裁决监事的法律责任时,通常采取克制的态度,以免阻碍具有商业冒险色彩和企业家精神的活动。这种克制的态度实际上使得法院在司法实践中采用了类似“商事判断规则”的精神和做法。^[30] 2005年,德国联邦政府正式通过引入“商事判断规则”的立法建议;^[31]同年,德国《股份公司法》(Aktengesetz)第93条得到修订,它规定如果监事合理的相信他们是在适当信息的基础上为了公司的利益而行事,那么监事不会违反其对公司的义务。^[32] 这一修法的主要目的是为了促进商业活动的积极性和主动性,使得监事(也包括其他董事)正式受到美国式“商业判断规则”的明文保护。

在美国,证券委员会(Securities Exchange Commission)极少对独立董事这一监督者发起调查或者实施处罚。根据该委员会的一份报告,从1997年7月31日到2002年7月30日期间,它总共对上市公司的财务报告和信息披露事项发起了515次的执法行动,涵盖了869位个体(164个单位和705位个人);这705位个人都是经理和审计人员,没有一个是独立董事。^[33] 2005年,美国证券委员会执法部副主任Peter Bresnan评论说,该部门只会对独立董事就其所作出的信息披露或者陈述全然不顾的案子进行调查。^[34] 他的这一评论间接地表明他们不会对独立董事在履行监督公司事务的职能中的一般违法行为进行调查。

在美国,上市公司的外部董事对第三人承担的责任也明显有别于内部董事。外部董事只有在明知且故意违反证券法时才对第三人承担连带责任,否则他们仅对他们负责的部分承担责任。^[35] 在美国,很难有效界定董事监督责任的内容和界限,也没有有效的判例指引。^[36] 司法实践中法院并没有对监督者因为违反其监督职能而必须承担的责任做出系统性、一致性的判决。^[37] 同时,在现实中,极少有能够成功的对独立董事提起控告其没能履行监督义务的私人诉讼。比如在2000—2007年期间,只有很少比例的美国上市公司面临投资者提起对其董事(包括负有监督责任的董事)违反监督义务的诉讼,同时其中的绝大部分都被驳回,导致平均

[30] York Schnorbus, “Tracking Stock in Germany: Is German Corporate Law Flexible Enough to Adopt American Financial Innovations”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 22, 2001, pp. 612—14.

[31] Ulrich Seibert, “The Company Law Reform Projects of the German Ministry of Justice”, *The Rabbel Journal of Comparative and International Private Law*, Vol. 69, 2005, pp. 717—718.

[32] Ulrich Seibert, “The Company Law Reform Projects of the German Ministry of Justice”, *Rabbel Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Vol. 69, 2005, pp. 718—718.

[33] Securities and Exchange Commission, “Report Pursuant to Section 704 of the Sarbanes—Oxley Act of 2002”, pp.1—3. available at <http://www.sec.gov/news/studies/sox704report.pdf>, last visited 20th October, 2018.

[34] Cited in Hillary A. Sale, “Independent Directors as Securities Monitors”, *Business Lawyer*, Vol. 61, 2006, p. 1378.

[35] Zipora Cohen, “Directors’ Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, p. 373.

[36] Andrew F. Emerson, *supra* note 21, p. 601.

[37] Renee M. Jones et al., *supra* note 26, p. 347.

每年只有大约两个案子。^[38]因此,司法实践中鲜有独立董事因为没有履行应有的监督职责而承担责任。这些都导致现实中没能对监督者的职能的具体内容做出司法指引。有学者认为这一定程度上导致了监督者怠于履行其职能,而诱发了一系列的公司丑闻。^[39]同时,实践中还有一系列的机制来保护监督者(外部董事),使得他们免于因为没能有效履行监督责任而承担个人责任,这种机制包括保险机制和商事判断规则等。原哈佛大学法学院 Victor Brudney 认为,商事判断规则以及司法对外部董事这一监督者的态度反映了司法认可了他们在客观上没法有效履行其监督义务的实际困境,因此放宽了他们应该承担的勤勉义务的标准。^[40]事实上,虽然大家都认可公司内部监督的重要性,但是要采取何种方式进行监督,监督的性质如何,如何评估监督的有效或无效,从来都没有统一的认识。鉴于公司的内部监督者履行其监督义务的困境和难度,Brudney 早在 1982 年就慨叹:(公司内部的)监督职能是如此难以实现。^[41]

从上述分析中我们可以看出,公司的内部监督者履行其职能面临很多的困难和制约,其实际监督的效果很有限。法律法规难以给监督责任提供明确的规定或指引。在法律实施上,执法者也通常采用克制、谦抑的态度,使得监督者的责任没有得到很好的落实;这实际上是为了平衡监督者有限的权、微薄的利和过大的责之间可能产生的矛盾和问题,以免过度的干涉商业自由,顾及效率与公平,使得公司的人员免于顾虑责任而不敢采用积极行动来促进商业的发展。

二、我国监事的监督职权和责任

在分析证监会的行政处罚之前,本文首先对监事的职权进行概括,因为这些规定是处罚的基础。我国当代公司治理的首个权威性的法律设计是 1993 年颁布的《公司法》,该法第 54 条对监事的职权做了系统性的规定:“监事会或者监事行使下列职权:①检查公司财务;②对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督;③当董事和经理的行为损害公司的利益时,要求董事和经理予以纠正;④提议召开临时股东会;⑤公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。”在责任上,第 63 条继续规定:“董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损害的,应当承担赔偿责任。”但是这是是否包括应该监督而没有监督的“不作为”而导致的损害?这是一种违约责任,还是侵权责任?这里语焉不详。从字面上理解,这种责任是建立在“作为”的基础之上(“执行公司职务

[38] John Armour, Bernard Black, Brian Cheffins and Richard Nolan, “Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, 2009, p. 711.

[39] Renee M. Jones et al., *supra* note 26, p. 347.

[40] Victor Brudney, “The Independent Director—Heavenly City or Potemkin Village”, *Harvard Law Review*, Vol. 95, 1982, p. 638.

[41] Victor Brudney, *supra* note 40, p.362.

时”);对于不作为的情形,《公司法》并没规定,而不作为(该予以监督而没有采取措施)恰恰是公司内部监督者面临的核心困境之一(请见下文分析)。

2005年修订的《公司法》对监事的义务进行了调整和具体化,董事、监事和高管都负有一般意义上的忠实和勤勉义务。忠实义务和勤勉义务是普通法上的产物,忠实义务主要侧重于避免利益冲突,而勤勉义务则侧重于尽职尽责、善意、为公司的最大利益、负有类似人在类似地位应有的注意义务等。本文集中于监督职权,所以忠实义务和部分勤勉义务不在本文的探讨范围之内。鉴于职权是衡量是否履行了勤勉义务的基础,2005年《公司法》第54条列举的监事监督职权和1993年的版本类似,只是做了个别字眼的调整和加入了监事提出罢免案的权利。同时,第55条继续规定“监事可以列席董事会会议,并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司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其工作,费用由公司承担。”

2005年《公司法》第54条和55条列举的既是职权,也是一种“作为”义务,但是需要何种程度的作为才能合格地履行义务,法律并无明文规定,实际上也难以规定。这些监督职权的范围非常的广泛,实际上监事只能对管理层损害公司或者股东利益的行为进行监督,而不可能对所有的违法违规行为都进行监督,后者非但不能胜任,也会影响其主要监督职能的完成。^[42]在监事的损害赔偿责任上,2005年《公司法》第150条规定了董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。^[43]第153条规定了董事、高级管理人员(但是不包括监事)违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼。从该规定来看,股东没法对监事提起损害赔偿的诉讼。

对于股份有限公司而言,《公司法》规定了董、监、高基本的义务,《证券法》的体系则更侧重于从信息披露的角度去推动这些义务的落实,投资者(股东)也可以向董、监、高提起损害赔偿的诉讼。在上市公司监管上,证监会以信息披露违法作为处罚的依据,即一旦公司的信息披露的真实、准确、完整性出现问题,那么就可以判断监事没有尽到其监督的义务。1998年《证券法》第63条规定:“发行人、承销的证券公司公告招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告,存在虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,发行人、承销的证券公司应当承担赔偿责任,发行人、承销的证券公司的负有责任的董事、监事、经理应当承担连带赔偿责任。”这一条采用了推定过错的原则,即只要出现虚假陈述的行为,便可以推定相关主体具有过错,因此应当承担民事责任。^[44]对于董、监、高的责任归责原则存在过错责任、过错推定责任和无过错责任等原则的争论,本文的研究重点不在于虚假陈述的归责原则,因此不在此赘述。行为人无疑只对自己的过错负责,而不应对他人的过错承担貌似“连带”实则“连坐”的责任,同时通常其责任也有

[42] 甘培忠,见前注[1],第80页。

[43] 在此之前和之后(比如1993年、2013年)的《公司法》都有类似条款。

[44] 王利明:“我国证券法中民事责任制度的完善”,《法学研究》2001年第4期,第65页。

轻重之分。虽然有很多研究探讨了这一问题,但是如何区分不同主体(尤其监事)的不同责任是一个无解的难题(详见下文的实证分析),这也就体现了监事的监督职能及法律对其责任规定的困境。《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(2003年1月9日法释〔2003〕2号,下文统一称为《若干规定》)第21、23、24条对《证券法》的过错原则的适用方式明确为过错推定原则,有责任的董、监、高(以及其他有责任的机构和个人)如果“有证据证明无过错的,应予免责”。但是什么要素或者条件可以作为“没有过错”的抗辩,《若干规定》语焉不详。国外采用的已经尽到尽职调查义务、信赖专业第三方的专业意见等抗辩条件,^{〔45〕}在证监会的处罚案例中并未见明确的适用(见下文案例分析)。

2014年《证券法》第68条规定:“上市公司监事会应当对董事会编制的公司定期报告进行审核并提出书面审核意见。上市公司董事、监事、高级管理人员应当保证上市公司所披露的信息真实、准确、完整。”在责任承担上,2014年《证券法》第69条则和《若干规定》一样,明确为过错推定责任。从责任的举证方式上看,1998年规定的举证责任在于赔偿的要求人。当然,在理论上它要求外部人证明公司的内部人有过错,存在极大的难度。因为没有实践中的案例,我们无法看出其落实情况。而《若干规定》和2014年《证券法》的规定则由董、监、高自证无过错,否则必须承担责任,这实际上加重了董、监、高的证明责任。

从其它规范来看,监事需要承担的监督责任是非常广泛的。比如2006年颁布的《上市公司信息披露管理办法》的第3、12、15、24、38、39、40、43和58条几乎涵盖了公司信息披露中的方方面面,包括招股说明书、上市公告书、定期报告、临时报告等;同时在程序上,监事(会)还需要审核和书面说明董事会对定期报告的编制和审核程序是否符合法律、行政法规和中国证监会的规定,对公司董事、高级管理人员履行信息披露职责的行为进行监督。其它类似的规定有《上市公司章程指引》等的指导性规定。这些规定涵盖的范围包括实体和程序事项,监事的责任非常的广泛。同时,上市公司和相关信息披露义务人应当在其编制的招股说明书、临时和定期报告中保证公告内容不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,并对其内容的真实性、准确性和完整性承担个别及连带责任。如相关人员对临时报告内容的真实性、准确性和完整性无法保证或存在异议的,公司应当在公告中作特别提示或单独陈述理由。^{〔46〕} 否则一旦出现虚假陈述,上述相关人员就必须承担连带责任。这在下面的样本案例分析中得到一定程度的验证,因为这些监事(但不是违法公司的所有的监事)受处罚的理由都是他们对公司信息披露的违法行为没有尽到监督的责任。

综上,我国的法律法规体系对监事施加了非常广泛的监督责任。但是,从下文对证监会的处罚决定的分析中我们可以看出,这种规定在实践中难以得到全面、严格的实施。

〔45〕 Robin Hui Huang, *Securities and Capital Markets Law in China*, UK: Oxford University Press, 2014, p. 149.

〔46〕 见《上市公司日常信息披露工作备忘录——第一号 临时公告格式指引》公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号——年度报告的内容与格式、公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第3号——半年度报告的内容与格式(2013年修订)。

三、证监会对监事处罚的实证考察

本研究考察了证监会 2017 年之前(含 2017 年)对监事处罚的所有案例,并对之进行分析。通过对证监会网站公布的行政处罚决定的信息公开中以“监事”和“处罚”为关键词进行搜索,得到结果后对其逐一进行审读。因为本研究关注的是监事的监督责任,所以排除了部分出现“监事”二字但实际上与监事的职能无关的处罚决定,^[47]并且将同一事项但是又有两个或以上的处罚决定(比如对公司和部分内部人员分开处罚的)的合为一个,最终得到如下的案件数量:

年度	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
案件	1	0	1	3	4	4	6	6	4	3	5	14

通过对这些案例进行系统的分析,我们的发现如下:

(一)受处罚的监事对其监督职能承担全面、持续、严厉的连带责任

理论上,所有的董、监、高都必须为公司的信息披露承担一样的连带责任,这是一种全面的监督责任。信息披露只是一种表达途径,如果其披露的内容本身有问题(比如实际上存在关联关系但是相关方隐瞒了),那么信息披露也是有瑕疵的,除非该披露本身就指出了问题。一旦公司的信息披露没有达到真实、准确、完整的标准,那么所有的董、监、高都必须承担责任,但有充分证据表明其已履行勤勉尽责义务没有过错的除外(见 2006 年实施的《上市公司信息披露管理办法》第 58 条第 1 款以及上述的《若干规定》)。2014 年《证券法》193 条规定了在信息披露违法责任上存在“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”之分,而不存在有责任和无责任的区分;同时如果这些人员面临投资者的民事赔偿的诉讼时,都存在同等程度的赔偿义务。如同证监会在最近几个处罚中所指出的“信息披露的真实性、准确性和完整性,公司董事、监事、高级管理人员应当承担法定保证责任。”^[48]“发生信息披露违法时,其他主体是否发现、是否指出、是否存在过错、是否被追究责任,均不能免除董事、监事和高级管理人员的责任。”^[49]此外,“没有证据证明相关当事人履行了勤勉尽责的义务,仅以未参与具体决策或者

[47] 比如中国证监会行政处罚决定书(刘俊)[2017]75 号;中国证监会行政处罚决定书(曹玉彬、曹玉军、栾玲)[2016]117 号;中国证监会行政处罚决定书(深圳零七股份有限公司、练卫飞、刘彩荣等 9 名责任人员)[2015]91 号。

[48] 中国证监会行政处罚决定书(万福生科湖南农业开发股份有限公司、龚永福、严平贵等 21 名责任人)[2013]47 号。

[49] 中国证监会行政处罚决定书(广东省珠海市博元投资股份有限公司、车学东、蒋根福等 15 名责任人员)[2017]73 号;中国证监会行政处罚决定书(哈尔滨电气集团佳木斯电机股份有限公司、赵明、梁喜华等 23 名责任人员)[2017]97 号。

不知情为由,并不能免除其在信息披露上应当承担的法律责任。”〔50〕

同时,这种责任是持续的,这和“监事”之职位通常是兼职不相匹配。证监会在一个处罚决定中陈述:“针对部分当事人关于董事和监事不参与日常经营管理和财务运作、不在公司上班、无权查验原始凭证、银行账户或公司会计账册,且部分造假行为发生于任职前,审议签字时不知情、签字是程序性要求、是董事义务等申辩意见,我会认为:依据《中华人民共和国公司法》和《上市公司信息披露管理办法》等相关法律法规的规定,……包括外部监事在内的所有监事都应当关注公司信息披露情况、对定期报告进行审核。全体董事、监事、高级管理人员都应当对上市公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责。”〔51〕在有的案件中,有监事抗辩认为公司未向其提供相关材料和信息,导致其无法发现公司定期报告中的异常情况,因此无法对定期报告提出异议;监事认为自己履行了相应的职责。对此,证监会认为“鉴于(该监事)没有参与实施(公司)的违法行为,考虑到监事在信息披露方面的职责有限,我会不再认定(他)的责任。同时,按照上述原则,我会不再认定(公司)时任监事(共六人)的责任。”〔52〕但是,证监会接受这种抗辩是很少见的,因为在绝大部分的被处罚的案件中,证监会都是严格的认定责任,但是又处以较轻的处罚,高举轻放(没有监事被处罚的案件中则无法知悉证监会没有对监事进行处罚的逻辑)。“不知悉、未参与信息披露违法行为及相关人员隐瞒违法行为,均非法定免责理由。”〔53〕在一个案件中,监事知道了应该披露的事项,但是没有督促公司去披露的,也受到处罚。〔54〕

我国《证券法》的“虚假陈述”可以囊括一切的监督义务。一旦有违法违规行为,除非信息披露中就已经指出,否则该披露肯定涉嫌虚假陈述,所有的董、监、高都难辞其责。在“虚假陈述”中,理论上讲监事应该进行监督,并且发现及阻止了这种违法行为和虚假陈述的发生。但是,如何界定监事应该有但是实际上没有对管理层“执行公司的职务进行监督”呢?证监会总体上采用的是一种以结果为依据的归责原则,即只要出现“虚假陈述”,就可以认定监事没有尽到监督责任;当然,如本文实证研究所述,实际上并没有、也无法做到“有法必依”。这种客观归责原则使得法律法规无需事无巨细去规定种种会导致责任的情形,这是“不可能”的任务,避免了法律因为提供过度详细的指引而不当介入公司治理带来的种种问题,避免了监事全面积极的行使监督权而与管理层的管理权产生直接的冲突。因此,具有积极的意义。但是,这种做法没有区分监事与董事、高管的责任,产生了混同,带来了执法混乱。

〔50〕 中国证监会行政处罚决定书(荣华实业、张严德等20名责任人员)[2009]36号。

〔51〕 中国证监会行政处罚决定书(广东省珠海市博元投资股份有限公司、车学东、蒋根福等15名责任人员)[2017]73号。

〔52〕 中国证监会行政处罚决定书(山东华阳科技股份有限公司、刘敬路、闫新华等14名责任人)[2012]34号。

〔53〕 中国证监会行政处罚决定书(中国高科集团股份有限公司、余丽、周伯勤等13名责任人员)[2017]41号。

〔54〕 中国证监会行政处罚决定书(彩虹精化、陈永弟、李化春等6名责任人员)[2012]20号。

(二)连带责任没能严格执行折射监督职能的困境

监事承担的这种基于信息披露监督而产生的全面、持续、严厉的连带责任是否具有可执行性呢？通过对证监会的处罚决定进行分析，本文认为答案是否定的。

首先，我们通过对这些处罚决定进行总体的分析后有两个发现：一是虽然有大量的公司因为信息披露违规行为而受到处罚，但是这些公司中大量的监事没有受到处罚。从2006到2017年证监会发布了数百个涉及信息披露违规的行政处罚，而其中仅有51个处罚了监事，大部分的处罚决定中没有监事受到处罚，因此没有包含在这51个样本中；^[55]有的同一公司里面只有部分的监事受到处罚，而不是如同法律法规所规定的，公司所有的监事都负有监督的职权和责任而要受到处罚；^[56]有的同一公司内不同监事所受到的处罚的严厉程度不一样，比如监事长的处罚比监事重，但是处罚决定书并没详细说明原因。^[57]这些不一致体现了认定内部监督者责任的困境，证监会实际上是难以说明不同监督者之间的职能和相应不同责任的区别的。二是证监会对监事没有履行监督义务的处罚很轻微，处于法定处罚的较低范围内。2014年《证券法》第193条（以及1998年《证券法》的第177条）规定的是对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。而实际上，我们发现绝大部分被处罚的监事都是被处以警告加十万元之内的罚款，极个别的案例达到二十到三十万元的罚款。这种做法体现了证监会对监事这一监督者没有履行监督职能的采用从宽处罚的思路，这和上文所述的西方国家对上市公司的监督者没有依法履行监督义务也是处以较轻处罚的做法是一致的。

其次，本文通过对这些个案进行分析也发现这种全面的连带责任没有、也难以得到严格实施的。证监会上述的很多信息披露处罚决定中除了只有一部分的董、监、高受处罚（而不是所有的董、监、高都受处罚）之外，有的案例中根本就没有监事受到处罚，还有的案例中则变更为

[55] 比如中国证监会行政处罚决定书(王文)[2017]86号；中国证监会行政处罚决定书(北大医药股份有限公司、北京政泉控股有限公司、北大资源集团控股有限公司等8名责任人员)[2017]44号；中国证监会行政处罚决定书(中国高科集团股份有限公司、余丽、周伯勤等13名责任人员)[2017]41号；中国证监会行政处罚决定书(现代农装科技股份有限公司、李树君、张海等5名责任人员)[2016]118号；中国证监会行政处罚决定书(ST方源、麦校勋等9名责任人)[2011]36号；中国证监会行政处罚决定书(创智科技、丁亮等10名责任人员)[2009]42号。

[56] 中国证监会行政处罚决定书(张恩荣、张云三)[2017]88号；中国证监会行政处罚决定书(方正科技集团股份有限公司、北大方正集团有限公司、武汉国兴科技发展有限公司等21名责任人员)[2017]43号；中国证监会行政处罚决定书(北大方正集团有限公司、利德科技发展有限公司、西藏昭融投资有限公司等10名责任人员)[2017]42号；中国证监会行政处罚决定书(紫鑫药业股份有限公司、郭春生、曹恩辉等9名责任人)[2014]24号；中国证监会行政处罚决定书(李凯、田斌、范群华、钟家惠)[2013]5号。

[57] 中国证监会行政处罚决定书(深圳海联讯科技股份有限公司、章锋、邢文飏等18名责任人)[2014]94号；中国证监会行政处罚决定书(逢奉建、王利民、张志鸿等18名责任人)[2013]61号；中国证监会行政处罚决定书(哈尔滨电气集团佳木斯电机股份有限公司、赵明、梁喜华等23名责任人员)[2017]97号；中国证监会行政处罚决定书(江苏雅百特科技股份有限公司、陆永、顾彤莉等21名责任人员)[2017]102号。

只要在披露文件上签字就必须承担责任。^{〔58〕}也有部分案件变更了处罚的原则。比如在一宗只有一名监事受到处罚的案件中,根据证监会的记载,一名监事参加了会议并对交易标的资产评估情况、稀土价格下跌情况知情,所以对此后的信息披露问题负责(潜台词是不知情的监事不受处罚)。^{〔59〕}如上所述,有大量的信息披露违法违规案件根本没有监事受到处罚,所以也就看不出这些案件中证监会对适用监事责任的法律法规的逻辑。

在个别案件中,我们看出在信息披露违法行为发生以后,监事的积极作为有助于减轻其责任。比如在一个案件中,“时任监事(二人)提出,认真参加监事会和股东大会等各种会议,对定期报告进行审核并提出书面审核意见,采用定期或抽查的形式检查(公司的)财务,对发现的问题出具检查报告并要求整改;对违法行为不知情;二人均已不在(公司)任职,请求免除处罚。”对此证监会认为:“经查,现有证据不能证明(两位监事)忠实、勤勉地履行了职责。考虑到(两位监事)履行了一定的监事职责,没有参与实施(公司)的违法行为,其不知情是由于部分人员故意隐瞒造成的,在我会对(公司)立案调查之后积极督促(公司)进行整改,依照《行政处罚法》第27条的相关规定,不再对其罚款。时任监事孙某没有提出陈述申辩意见,但经我会复核,其履行职责的情况与(上述两人)一致,因此,不再对其罚款。”^{〔60〕}在该案中,监事被处以警告的处罚,不再罚款。但是这种案例是非常例外和少见的。

总而言之,证监会对处罚的说理不够详细,同时存在诸多不一致的情形,执法存在很大的自由裁量空间。除了上述的处罚决定书存在的差异以外,也存在大量的处罚尺度不一致的情形。比如有的案子证监会明确监事违法,但是没有加以处罚,^{〔61〕}有的明确情节严重,但是只是处以警告的处罚,而没有罚款,^{〔62〕}证监会也没有对这些差异进行解释。

从表象看,证监会的执法存在选择性和不确定性;而从更深层次来看,这实际折射出了我国和西方国家一样,在认定公司内部监督者监督责任上,面临着相似的困境,导致执法者无法严格落实这种全面、持续和严厉的连带责任。进一步的分析如下:

一是,监督责任究竟要如何落实,实际上无论是立法还是执法都难以有明确的指引。法律法规对于该履行监督职能而没有履行的情形,难以有明确规定。对于特定条件下,监事是否应该有所“作为”、该有何种“作为”会因人、因事、因情形而定,法律无法周延的加以规定。在西方国家的实践中,监督职能中的“不作为”而导致的责任也存在巨大的争议。在有些案例中,公司

〔58〕 中国证监会行政处罚决定书(安徽皖江物流(集团)股份有限公司、汪晓秀、孔祥喜等24名责任人员)[2015]21号。在中国证监会行政处罚决定书(江苏雅百特科技股份有限公司、陆永、顾彤莉等21名责任人员)[2017]102号中,证监会接受了“未在涉案年报上签字从而不应当承担该部分违法行为后果”的申辩意见。

〔59〕 中国证监会行政处罚决定书(上海创兴资源开发股份有限公司、陈冠全、周清松等10名责任人员)[2015]25号。

〔60〕 中国证监会行政处罚决定书(科达股份、刘双珉等13名责任人员)[2011]38号。

〔61〕 中国证监会行政处罚决定书(ST方源、麦校勋等9名责任人)[2011]36号;中国证监会行政处罚决定书(四环药业、陈军等12名责任人员)[2009]16号。

〔62〕 中国证监会行政处罚决定书(银河科技、潘琦等15名责任人员)[2011]19号。

运作出现问题时,公司的管理层和大股东通常是故意隐瞒了存在的问题,才导致信息披露出现违法违规;直到问题被媒体暴露或者监管层查处以后监事才知道问题。在一个案件中,当事人申辩:“三位监事都不是财务专业人员,在公司隐瞒相关财务数据作假和无作假迹象表露的情况下,无法对财务真假做出准确判断和甄别。会计师事务所出具无保留意见的标准审计报告后,更无法对年报‘准确性’进行辨识。”^[63]这实际上印证了双方信息的不对称以及经营者隐瞒问题对监督者有效履行其职责带来的不利影响。另外,公司的事务涉及方方面面,而监事在监督方面的时间、经历、知识背景都有局限,通常意义上也不参与到公司的核心经营管理中去,如何让监事去了解公司这么多复杂的事务,发现公司经营管理存在的问题呢?

二是,这种严厉的连带责任模糊了不同公司人员的职能分工,也没有区分不同人的专业背景在监督义务上的不同;证监会的行政处罚决定书常将董、监、高的职能和处罚混在一起。^[64]《上市公司信息披露管理办法》第58条规定了“上市公司董事长、经理、董事会秘书,应当对公司临时报告信息披露承担主要责任;而上市公司董事长、经理、财务负责人应对公司财务报告承担主要责任。”这一定程度上认可了分工与专业对责任的影响,但是这一规定对定期报告语焉不详,同时没有见到落实的细则。同时,和《证券法》的相关规定结合起来,我们同样难以区分不同群体的责任,尤其是董事、监事中专业背景的因素。在一个案例中,“当事人虽提出了各种辩解理由,如不知情、未领取薪酬、不具有财务专业背景等,但没有提供能够证明其已履行忠实和勤勉尽责义务的证据,因此不能免除其应当承担的法律责任。”^[65]实际上,要一个没有财务背景的人在公司财务方面和具有该背景的监事承担一样的勤勉义务是不科学的,同理也适用于其它很多需要较好专业知识的领域。

探讨公司内部人员(董事、监事等)对公司、股东或者第三人的责任,无疑必须明确该等人员与公司的关系,这是确定他们的权利、义务和责任的基础。公司的董事、监事等内部人员由股东通过股东大会任免。当代的公司法理论普遍认为这些内部人员与公司属于委托代理关系,公司治理中各种各样的机制的主要目的都是为了降低公司治理中的代理成本。虽然我国《公司法》第148条对公司的董、监、高规定了一般意义上的忠实义务和勤勉义务,但是这三种主体在公司中的角色、地位以及影响力等各种客观因素无疑是不一样的,因此,他们的忠实义务和勤勉义务的范围和具体落实也应该是不同的。^[66]同理,这也适用于他们违反这些义务而招致的责任。因为董、监、高的职权不同,如果承担同样的连带责任,这种权、职和责无疑是不对等,也是不科学的。

在公司的违法违规(包括虚假陈述)中,相关的责任主体可以分为三类:一是直接操纵违法

[63] 中国证监会行政处罚决定书(哈尔滨电气集团佳木斯电机股份有限公司、赵明、梁喜华等23名责任人员)[2017]97号。

[64] 典型案例可见,中国证监会行政处罚决定书(兰光科技路有志等16名责任人员)[2008]50号。

[65] 中国证监会行政处罚决定书(万福生科湖南农业开发股份有限公司、龚永福、严平贵等21名责任人)[2013]47号。

[66] 周林彬,文雅靖:“公司高管违反信义义务责任的司法适用现状与完善”,《求是学刊》2014年第4期,第77—78页。

违规行为的人员,这些人承担责任没有争议;二是其它董事,这些董事通常既有管理、又有监督的职权;三是监事、独立董事等只有监督、没有管理职权的人员。

第二类人员是一种积极的、干预性的监督,而第三类人员是一种消极的监督;第二类人员对公司的了解程度要远高于第三类人员,所以第二类人员的注意(勤勉)义务通常要高于第三类人员。如果要求第三类人员行使类似第二类人员的监督权,这种积极干预不但是不可行的(职位本身决定了其职能、信息来源等存在诸多的局限性),也有悖于公司不同机构的分工,因为公司不可能将同样的职权授予不同类型的人员;这同时会影响公司的效率(比如监事要求公司管理层将所知道的信息、文件等全面向监事披露将会耗费大量的人力和物力)。证监会的处罚中将第一类列为“直接负责的主管人员”,而对受处罚的第二、三类人员(需要注意的是并非所有的第二、三类人员都受到处罚)并没有区分,都是“和其他直接责任人员”。由于公司的经营管理活动由董事和高管负责,董事和高管的违法行为是监事承担监督责任的基础。因此,可以说监事的责任是次级、附属的责任。综上,第二、第三和第一类人员的责任明显不同。

与第一类人员通常因为“作为(违法行为)”而导致“虚假陈述”对第三人承担侵权责任不同的是,第二、三类人员不涉及“作为”,但是第二类人员因为其是公司董事,他们负有积极了解、干预公司决策和经营的职能,而第三类人员体现的是一种对公司严重违法或者监事应该知道而没有尽到注意义务去知道和监督而导致的“不作为”。监事的责任基础是怠于履行其监督责任,是一种较低程度的“不作为(没有发现这种虚假陈述)”而导致的责任。如果将这三种人员的责任混淆在一起,不科学也不可行。证监会对监事的较低程度的处罚,实际上已经印证了对不同类型人员区分的必要性。

三是,如果监事必须承担全面的连带责任,那么他们必须要有全面的权力来检查公司的运作。但是监事是否具有以及如何行使这种全面的权力,《公司法》语焉不详,现实中也不可能拥有这种权力。如上所述,监事去监督控股股东或者上级(董事长、总经理等)实属勉为其难。监事本身就是公司的职员,其职位、考核、薪酬等都由公司决定,如果他们发现公司经营情况有异常,通常也只能提醒,甚或视而不见。虽然证监会规定“监事应当对公司董事、高级管理人员履行信息披露职责的行为进行监督;关注公司信息披露情况,发现信息披露存在违法违规问题的,应当进行调查并提出处理建议。”^{〔67〕}但是我们并没有发现说明这一规定能够有效推动了监事实施这一职能的案例。即便监事提了建议,如果该建议没有得到管理层的采纳而导致信息披露问题,监事也是同样要承担责任的。在一个案件中,公司的监事会主席在公司收到涉及公司的法院判决后向总经理和董秘提出信息披露的要求,但是公司没有披露而导致虚假陈述,证监会的处罚决定书认为这不构成该监事减轻或免除处罚的情形。值得注意的是该公司的监事中只有监事会主席一人受到处罚,虽然该主席参与了前期诉讼的处理事宜,但是理论上讲其它监事也对信息披露负有监督的责任。^{〔68〕}在这个案子中,证监会的处罚适用不同的处罚原则,也缺乏详细和有说服力的说理。

〔67〕 《上市公司信息披露管理办法》第四十三条第一款,中国证监会2007年1月13日发布并实施。

〔68〕 中国证监会行政处罚决定书(金城股份、陆剑斌、吕立、胡庆)[2012]42号。

2013年《公司法》第55和119条规定监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况有异常,可以进行调查;必要时,可以聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。如果要监事聘用会计师事务所等进行协助调查,肯定会和公司的控股股东或者管理层发生冲突,可能导致还没等到聘请会计师等专业人士就被免去监事之职了。我们并没有发现现实中监事聘请会计师事务所协助调查某些特别事务的案例,而独立董事则有此类案例。比如上市公司乐山电力的独立董事就曾要求聘请会计师事务所对公司的担保事项进行审计。独立董事一方面不是公司雇员,不受制于公司,与公司有冲突最多也就不担任该公司的独立董事,另一方面如果不聘请会计师协助调查,给独立董事带来的风险(比如受证监会处罚)通常情况下都远远大于他们得到的利益(比如一年5到10万元的津贴)。而监事通常是公司的职员,所受到的制约远多于独立董事,因此,其履职的难度也就远大于独立董事。

四是,对于会计师等专业第三方的意见,监事能够给予多大程度的信赖?法律法规对此的规定非常不清楚。如果专业的第三方(包括监事聘请的会计师)没有发现信息披露(比如财务报告)存在的问题,而监事实际上采用了该第三方的意见,那么监事也是需要承担责任的。“作为上市公司董事、监事、高级管理人员,应当具备与职责相匹配的专业知识和专业水平,独立发表专业意见和专业判断,即使借鉴其他机构或者个人的专业意见,也要独立承担责任。不能以其他机构或者个人未发现、未指出为由,请求免除其主动调查、了解并持续关注公司情况、确保公司所披露信息真实、准确、完整的义务。”^[69]一个案例中证监会的《处罚决定书》陈述:“本案中,当事人提出的不知悉、向上市公司个别人员询问、基于对《审计报告》的信赖等陈述、申辩意见,不是法定的免责理由。”^[70]此类逻辑同样见之于其它的案例中。^[71]因此,虽然法律规定监事可以聘请会计师事务所协助其调查工作,但是这并不能在实际上消除监事的责任,所以这种聘请的意义大打折扣,也有悖于允许监事聘请专业人士协助调查的初衷。同时,这种做法对监事的专业能力提出了比专业人士还要高的要求,是不切实际的。

五是,在现实中,这种连带责任对于遏制违法违规的效果似乎也是有限的。从大量的监事没有受到处罚就可以看出这种处罚有效性的局限,因为如果处罚了监事能否有效防范虚假陈述(和背后的违法违规行为),那么证监会早就可以采用这一措施了。^[72]从另一个角度来看,如果一旦出现违法行为就严格落实连带责任和处以大量的行政处罚,这在现实中会引发后续一系列的问题,比如投资者诉请民事赔偿等,这些都将给上市公司带来后续的很多讼争。所以,证监会是比较慎用行政处罚的,而是通过采用非行政处罚性监管措施,或者交由交易所处

[69] 中国证监会行政处罚决定书(哈尔滨电气集团佳木斯电机股份有限公司、赵明、梁喜华等23名责任人员)[2017]97号。

[70] 中国证监会行政处罚决定书(文峰大世界连锁发展股份有限公司、江苏文峰集团有限公司、陆永敏等16名责任人员)[2017]2号。

[71] 中国证监会行政处罚决定书(张恩荣、张云三)[2017]88号;中国证监会行政处罚决定书(广东省珠海市博元投资股份有限公司、车学东、蒋根福等15名责任人员)[2017]73号。

[72] 我们不排除在一些案例中,监事向公司提醒某些违法违规行为,从而促使公司进行改进,消除了违法违规,当然也就免于处罚;这种信息属于内部信息,我们无法获取,也就没法用实证的案例加以证明。

理,从而使得处罚具有很强的谦抑性。如果在现实中监事对公司的监督职能必须承担全面、持续、严厉的连带责任,那么估计鲜有监事愿意担任这一职位,因为收益和风险差距非常的大。这也导致证监会不愿意、也不能严格实施这一责任。这些都反映出了监事责任的内在困境。

六是,证监会的执法也必须考虑公司内部的经营效率和监督的有机平衡。如果没有治理的效率,公司的目标将落空,从根本上影响股东的利益和商业社会的效率;执法者对监督人员过于严苛的要求会加剧监督人员与公司管理人员的紧张关系,无处不在的高强度监督可能会导致董事、高管人员谨小慎微,难以开展日常工作,更不用说进行带有风险但同时可能是具有更高回报的投资行为了。

综上,我国监事和其它国家的公司内部监督者一样,在履行职能时面临着很多困境。从法律的角度,我国监事权、职、责不对称,难以有效界定其权职和责任的边界,这给执法带来了很多的障碍。证监会的处罚表面上虽然并没有严格做到“有法必依”和“执法必严”,但是深层次的问题是监事的监督责任面临着种种困境而导致“法不可(严格)依”。

四、结 论

公司治理是一个经久不衰的话题。不同人对治理与监督制度是否有效存在不同的标准和理解。周期性的经济危机和时有发生的公司丑闻,常常使得公司的内部监督者处于风口浪尖。明确、具体、稳定的法律规定和科学的法律实施无疑是现代公司治理法律制度实施的基本要求。对于公司的内部监督,这种要求必须建立在对其权、职、责的科学认识的基础之上。目前,在全球范围内,公司内部监督者需要承担何种程度的监督职权,如何有效地履行其职权,对于怠于履行其职权的如何认定,如何进行处罚等问题还没有一个清晰的认识,或许根本就不可能有这种认识。这体现了公司内部监督责任体系存在的巨大困境。

从公司治理的结构来看,受到西方资产阶级分权制衡宪政思想的影响,近代公司治理在内部组织结构上也采用类似政治制度上三权分立的安排。但是,公司的这种治理结构实际上并不可能如同西方政治上的三权分立一样严格,因为政治上的三权是平行并列的,上面有没更高层级的机构(当然这里选民是一个非常模糊的实体),而公司里面实行的是资本多数决定的原则,这在股权集中的公司中尤为明显。

在我国,公司治理制度总体上是舶来品。现有研究认为我国公司内部机构的权力分配体现了行政化的立法思想,董事会的权力配置和角色定位符合公司治理受制于政治传统的原理,体现了对现有宪政制度的简单模仿。^[73] 监事会无疑也和董事会有相同的历史源起。1993年《公司法》颁布的一个重要目的是为了国企的改革服务,在国家所有权至上的理念下,不难理解我国采用这种“一主(股东)两翼(董事和监事)”立体三角的治理模式。它确立了股东会为核心

[73] 邓峰:“中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:比较法的考察”,《中外法学》2013年第3期,第98页。

的传统体制,认为股东会是公司的权力机关和意志机关。^[74] 在实践中,尤其是国企的官本位思想使得股东大会成为大股东会,董事会成员成为大股东的利益代表,监事会被大股东控制,丧失独立性,沦为摆设。^[75] 公司治理的这种制度安排符合路径依赖(path dependence)的理论。因此,监事的制度从一开始便决定了监事的弱势地位。和股东相比,监事受制于股东,期待监事监督股东可能出现的违法违规行(尤其是在股权集中的语境下)本来就不是制度设计的初衷;同时与管理层相比,监事也是处于弱势的地位,并且其监督职能的实施面临着种种的困境。所以无论在西方主要资本市场还是我国,内部监督者弱势的地位是公司的结构所决定的,期待他们能够实现强有力的监督功能是脱离实际和不现实的。尤其是公司的内部监督责任体系存在巨大的困境导致难以全面、严格的落实监事没有履行监督职能而引发的法律责任。

同时,现代公司治理的发展历史表明,单一的制度难以发挥非常大的作用。稳健和高效的公司治理并不是简单的由监事或者(独立)董事的监督而成就的,多元的监督机制起着相互配合的重要作用,内部监督者起着积极但并不是主要的作用。当代的公司治理正经历从一个内部监督到外部监督演化的过程,上世纪中后期以来,这一趋势更加明显。上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。它们都印证了单一监督的不足。当代公司治理通过多种多样的制度安排,发挥了专业人士的专业性和一定程度的独立性,同时推动公司治理的参与者抗衡公司内部人的恣意和违法行为。这种发展趋势无论是在西方主要资本市场还是在我国都已经被广为接受。如果没有认识到公司内部监督责任体系的困境以及公司治理监督职能的外部化和立体化,我们将难以承认监事(或者独立董事以及其它任何一种单一制度)的局限,可能会朝着不断强化某一种制度的方向去努力,但却难以取得期待的效果。因此,我们的公司治理要走出单一制度的误区,从系统上去推动各种监督制度相互作用,从而有效地制约公司的不法行为。

在我国的上市公司治理制度设计中,我们期待董、监、高等都对公司负有同等的监督义务,通过全面、持续和严厉的连带责任(当然对违法行为有主要责任和次要责任之分)来促使监事履行其监督职能。从《证券法》的修改来看,我国关于监事的监督责任立法上有加重的趋势,这和主要资本市场的做法存在差异。这种制度设计的起点是模糊的,它没能区分不同公司参与者的角色和相应的不同责任,法律实施的终点也是非常含糊和缺乏说服力的,它没能区分不同的角色带来的责任,最终导致存在很多混乱之处。当代公司治理发展的趋势是通过各种合理的措施减轻公司内部人员的责任,从而避免法律的强制力过度扩张,赋予公司更多的自治,鼓励商业探索、创新和冒险行为。

同时值得注意的是,加重或加大某种行为的法律责任通常并不能够有效的减少某种行为

[74] 张民安:《公司法的现代化》,中山大学出版社2006年版,第50页。

[75] 甘培忠,见前注[1],第78页。

的发生,而在现实中这种责任也是无法得到严格实施的。如同严打并不能有效减少犯罪率一样,目前也没有证据表明加重了董、监、高的责任就能够有效地减少虚假陈述(以及背后的违法违规行)的发生。相反,从证监会的行政处罚中可以看出,它反而因为不能严格落实而导致法律的实施存在混乱和很大的不确定性,这不利于法治的发展。我们只有在认识到公司内部监督责任体系的巨大困境的前提下,才能建立科学化和专业化的关于监事职能和责任的公司治理规则。比如给予他们合理的责任限制,以故意或者重大过失作为承担责任的基础,综合考虑职位、职能、专业背景、对专业第三方的信赖等各种因素对责任的影响。同时我们对于监事这一内部监督的单一制度的作用不必持有过高的期望,当代公司治理中发展出的多种多样的监督机制间接证明监事(或者独立董事)这种单一制度并不是很有效的,这背后责任认定的困境便是重要的原因。唯有发展适合公司的多元、立体的监督体系,才能符合当代公司治理的发展趋势。

Abstract: Supervisors are important internal monitors of corporations, but it is difficult for them to effectively play their supervisory role in practice. An important reason is that the responsibility system for such internal monitors faces dilemma. Existing studies do not have a clear understanding of such dilemma, leading to a misconception of the role of supervisors. This paper discusses the dilemma of the responsibility system for such internal monitors from a comparative and empirical perspective. From a comparative perspective, globally the internal supervisory system of corporations faces enormous dilemmas and conflicts, and there is a trend of reducing the legal responsibility of internal monitors. Corporation supervisors in China also face similar problems, which makes it difficult for regulatory authorities to strictly implement the law. From an empirical perspective, this paper analyzes the administrative punishment of the China Securities Regulatory Commission on supervisors of listed companies and discusses the problems in its law enforcement. Such law enforcement also reflects the dilemma of the responsibility system of corporate supervisors. This article concludes that the trend of supervisory system in modern corporate governance is towards pluralism and externality. Therefore, developing a plural supervisory system is desirable for China to strengthen the supervision over corporations.

Key Words: Supervisors; Internal Monitors; Supervisory Responsibilities; China Securities Regulatory Commission; Listed Companies

(学术编辑:邓 峰)

(技术编辑:周轩宇)