

如何构建独立、有效的监事会？

张志坡

摘要：《公司法》规定的监事会制度存在缺陷，实践中监督效果不理想，监事会制度需要重构。监事会的功能发挥取决于监事独立性、监督可能性和监督有效性。改革监事的选任和解任规则，可以实现监事独立性。提升监事能力、扩大监事职权、保护职工监事权益可以确保监督可能性。强化监事会组织、改革监事行使职权方式、明确监事义务和责任、营造良好公司文化等可以提高监督有效性。有效的监事会治理将提升中国公司的竞争力。

关键词：公司治理；监事会；独立性；监事职权；有效性

[中图分类号] D922.291.91 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 02-0068-21

引言

若将公司比喻为汽车，董事会和总经理便是油门，监事会则是刹车装置。⁽¹⁾ 没有董事会和总经理的努力公司固然无法成功，但缺乏监督或者缺乏有效监督则公司容易走向毁灭，安然事件、世通丑闻、雪印不祥事即为明证。我国的监事会制度运行效果不尽如人意⁽²⁾，或者说“失灵”⁽³⁾“失败”乃至“完败”。⁽⁴⁾ 监事会制度改革势在必行。目前，《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）修订在即，监事规则亦作修订，此时，重思如何构建独立、有效的监事会制度正当其时。

监事会制度的成败，必须同时考虑制度与人的问题。正是因为各种原因，导致具体的监事不能监督、不敢监督或者不愿监督，使得监事会制度实质上“休眠”。尽管如此，我们并不能苛责于人，因为每个人都是理性的，难免怠惰，甚至软弱。要求职工监事监督，在没有制度保障职工利益的前提下，很多时候只能是立法者的一厢情愿。因此，监事会制度的构建必须让制度适应人，

【作者简介】 张志坡，法学博士，南开大学法学院副教授。

【基金项目】 天津市哲学社会科学规划课题“天津市优化营商环境立法研究”（项目批准号：TJFX19-003）。

(1) [日] 滨田道代：《日本企业的监察人制度》，载王保树主编：《转型中的公司法的现代化》，社会科学文献出版社 2006 年版，第 89 页。

(2) 赵万一主编：《公司治理法律问题研究》，法律出版社 2004 年版，第 284 页。

(3) 施天涛：《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》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 138 页。

(4) 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》，载《比较法研究》2016 年第 2 期，第 74、77 页。

让监事能够监督、敢于监督、愿意监督⁽⁵⁾，这是本文的出发点，也是本文与既有研究的不同点。监事会的职能和这一出发点决定了：监事必须具有独立性，制度必须保障监事监督可能性，促进监督有效性，不仅要给监事装上“牙齿”，还要给监事穿上“防弹衣”。相信立基于此的监事会制度改革，可以构造出相对独立、高效、有力的监事会，而这正是我国公司治理实践所需要的。笔者首先指出应坚持监事会制度，将其作为公司治理改革的重点；其后，结合《公司法》及2021年12月公布的《中华人民共和国公司法（修订草案）》（下称《公司法修订草案》）的规定，直接就如何保证监事独立性、如何让监事监督成为可能、如何提升监事监督成效依次展开，目的是为监事会制度的改革服务。

一、坚持监事会制度

即便我们大力推行独立董事制度并对此抱有期待⁽⁶⁾，在独立董事制度确见其成效以前，实不宜遽然废除实施已久的监事会制度⁽⁷⁾，这固然有路径依赖的考虑，也有制度实效的考量。实际上，英美独立董事制度的治理效果如何早已受到质疑⁽⁸⁾，迈尔斯·梅斯（Myles Mace）在其报告 *Directors: Myth and Reality*（1979）中指出，独立董事充其量只是公司圣诞树上的装饰品⁽⁹⁾；而且，多数研究成果显示，独立董事的存在与公司业绩的提升之间并无直接关联性，有趣的是，有时甚至会给公司绩效带来负面影响。⁽¹⁰⁾ 在我国，独立董事制度的效果同样不够理想⁽¹¹⁾，有学者将其深层原因归结于：引入独立董事制度的目的乃是获取制度的附属性利益、投国外资本所好，但并不愿意放弃管理权或者作出真正的改变。⁽¹²⁾ 另外，监事无法发挥监督作用的因素，在独立董事身上

（5）关于监事能不能监督、敢不敢监督、愿不愿监督的初步讨论，参见张志坡：《公司治理：监事会制度的挑战与兴革》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第51卷，法律出版社2012年版，第223-224页；关于监事会能不能有效监督、愿不愿有效监督以及是否有效监督的实证研究，参见张志坡、王果：《我国上市公司监事会治理的实践》，载《金陵法律评论》2014年秋季卷，第112-125页。

（6）中国证监会于2022年1月7日发布了《上市公司独立董事规则》（证监会公告〔2022〕14号），以规范上市公司独立董事的行为和相关运作，体现了中国证监会对独立董事制度的期待。

（7）对于监事会应否废除，相同观点，参见柯芳枝：《日本法上外部监察人制度之探讨》，载《台大法学论丛》第25卷第1期（1995年），第20页；刘连煜：《公司法理论与判决研究》（四），2006年自版，第22页。顾敏康认为，不改善监事会制度而倡导独立董事制度只会是一种“喧宾夺主”的做法；重点应放在加强监事会的监控职能上，而不是引入独立董事制度。顾敏康：《独立董事优于监事吗》，载滨田道代、顾功耘主编：《公司治理：国际借鉴与制度设计》，北京大学出版社2005年版，第76-78页。

（8）Victor Brudney, *Independent Director-Heavenly City or Potemkin Village?*, 95 *Harvard Law Review* 597 (1982).

（9）何美欢女士在考察了独立董事制度后，得出了类似的结论，其认为“总的而言，很难发现独立董事机制带来了什么好处”。何美欢：《公众公司及其股权证券》（上），北京大学出版社1999年版，第534页。

（10）Laura Lin, *The Effectiveness of Outside Directors as a Corporate Governance Mechanism: Theories and Evidence*, 90 *Northwestern University Law Review* 898 (1996); David Yemack, *Higher Market Valuation of Companies with a Small Board of Directors*, 40 *Journal of Financial Economics* 185 (1996).

（11）方流芳：《独立董事在中国：假设和现实》，载《政法论坛》2008年第5期，第110-115页。

（12）Bruce E. Aronson, *Changes in the Role of Lawyers and Corporate Governance in Japan-How Do We Measure Whether Legal Reform Leads to Real Change?*, 8 *Washington University Global Studies Law Review* 223, 238 (2009).

并未消除^{〔13〕}，其效果也就难以期待。从现行法和实践来看，独立董事与监事的功能存在一定交叉，但并不等同，独立董事作为兼职人士，有限度地参与董事会层面的治理，远无法代替监事的常规监督、专门监督。

《公司法修订草案》第64、125条在监事会（监事）之外，增列董事会内设审计委员会的选项，这既顺应国际潮流，又尊重公司自治，值得肯定。在董事会内设审计委员会的情况下，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”。最后一句特别提及“并行使公司章程规定的其他职权”，依笔者之见，这正是为了弥补审计委员会本职职权之不足，使其接近监事会，让公司内部监督工作没有漏洞。第64条第2款和第125条第2款即便只是指出，董事会内设审计委员会的有限责任公司和董事会内设审计委员会且其成员过半数为非执行董事的股份有限公司“可以不设监事会或者监事”，但从公司运作来看，公司作为理性的经济人，其明智做法是二选一，而非像现在实践中的审计委员会和监事会并存，既造成职权重叠又徒增运作成本。当规定审计委员会“并行使公司章程规定的其他职权”时，实际上也是以不设监事会或者监事为前提而进行的规范设计。需要指出的是，该规定还有进一步改进空间。因为该规定要在实践中发挥作用，以公司章程实际上赋予审计委员会其他职权为前提，而公司章程是否会对此加以规定，如果规定又规定哪些职权，具有很大的不确定性。此外，由公司章程决定赋予审计委员会其他监督职权，通常难以期待，因为没有人喜欢被他人监督，对公司具有控制力或影响力的人也不例外。公司内部监督是否存在漏洞并非单纯的公司利益、可以完全自治的问题，而是牵涉到广大中小股东权益、债权人权益等公司正义的问题。所以，《公司法修订草案》应对此加以明确规定，以确保不设监事会或者监事的公司中，审计委员会能够事实上发挥监事的功能。改进建议是：（1）将第64条两款内容顺序对调，第125条作相同处理，即将可以不设监事会或者监事的规定放在前面；（2）在此基础上规定“不设监事会或者监事的”有限责任公司（第64条）或者股份有限公司（第125条）中，审计委员会负责对公司财务、会计进行监督，并行使监事的其他职权。如此，审计委员会与监事会两项制度之间形成完美对接。

在我国监事会制度适应性不足的情况下，重要的工作是坚持监事会制度，并对之加以完善。《公司法修订草案》秉持这一立场，对监事会制度进行了修订。监事会（监事）作为监督机关，涉及监事会的组织结构、监事任期、监事会（监事）职权、监事会会议、监察费用等问题（《公司法》第51条至第56条、第117条至第119条）。从形式上看，除了监事任期条款外，前述其他监事条款在《公司法修订草案》中均有修订，归纳起来，有如下变化：一是不设监事会，设一至二名监事的内容单独设条加以规定，并适用于股份有限公司，删除有限责任公司股东人数较少情形的适用。同时，配合这一变化删除其他条款中“不设监事会的公司的监事”的内容。该修订有助于简化法条，而增列适用于股份有限公司则切合实际，满足实践中规模较小的股份有限公司的需求。

〔13〕 赖英照教授对我国台湾地区独立董事是否优于监事的判断，对于我们同样适用。参见赖英照：《最新证券交易法解析》，2009年自版，第199页。

二是将监事会“成员不得少于三人”修订为“成员为三人以上”，从否定表述改为肯定表述，从立法语言上看该修订妥当，但适用价值有限；更有意义的是，监事会会议召开应在3人以上。三是移动《公司法》第150条第2款的位置同时增加监事会的提交报告要求权，共同构成《公司法修订草案》第81条。本条在整合的同时，强化监事会的信息知情权，具有实质意义，是监事会规则变化中最大的亮点，后文对此还将进一步论及。四是监事会决议由“应当经半数以上监事通过”调整为“应当经全体监事的过半数通过”。该调整消除了可能的歧义，尽管《公司法》的原规定本应作如此解释。这些调整均值得肯定，然而，监事监督失灵的问题基本未被触及，多少有些“雷声大雨点小”，如果仅止步于此，那监事会制度的效果仍然难以期待。下面以《公司法》为基础，同时兼顾《公司法修订草案》的修订内容，围绕监事独立性、监督可能性和监督有效性提出诸多建言，有些看似较为激进，但依然有比较法上的立法例支持，期待本文有助于我国强大监事会的构建，并助力我国公司治理水平的提升。

二、保证监事独立性

监事会要发挥作用，监事必须具有独立性。这里的独立性，是指监事独立于被监督者——公司董事、高级管理人员；但是，在我国特殊的公司治理国情下，面对“大股东剥削小股东”这一根本问题^{〔14〕}，独立性还要求监事独立于大股东。即使不是每位监事均独立于大股东，也要保证监事会的多数成员独立于大股东^{〔15〕}，监事与被监督者在实质上不能构成利益同盟；否则，监事有所作为难以期待，夫妻档、一家亲的监事同样如此。^{〔16〕}监事的独立性主要是监事身份上的独立，即选任、解任独立于董事、高级管理人员和大股东。

（一）监事选任

在公司法的框架下，按照通常的选举做法，大股东既选举董事又选举监事，而且还占多数席位乃至全部席位。在实践中，监事受制于大股东及董事会的现象几为常态。^{〔17〕}这使得大股东及其选任的董事、监事之间很难发生实质性监督关系，而这种想象的制衡机制为大股东主导下的公司内部不法交易与损害公司利益、中小股东权益提供了温床。按照公司内部权力制衡之精神以及避免角色冲突之要求，这种集大股东、多数董事、多数监事利益一体、控制公司的行为应当避免，否则监事会制度的良法美意将无法实现，监事会运行的实践已经证实了这一点。根据监事会制度

〔14〕 朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社2007年版，第364页。

〔15〕 我国古代的监察制度与监事会制度具有相通之处，二者均履行监督职能，而监察之有力是因为监察机构只对皇帝负责、完全独立于被监督者。

〔16〕 在我国台湾地区公司实务上，颇多公司先生充任董事，妻子却担任监事，这种安排有违监事设立乃在监督董事不法、不当行为之目的。刘连煜：《公司法理论与判决研究》，法律出版社2002年版，第415页；赖英照：《最新证券交易法解析》，2009年自版，第198页。

〔17〕 马更新：《〈公司法〉修订语境下的监事会制度架构变革探析》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第3期，第114页。

的规范意旨，监事必须能以超然之立场行使职权⁽¹⁸⁾，以免监守自盗。⁽¹⁹⁾

现行法无力破解其自身规则带来的问题，基于此，为了保证监事独立性，实有必要对监事的选任规则进行再构造。具体而言，监事的选任构造模式有如下几种可供参考。需要说明的是，这里的设计主要针对股份有限公司，特别是上市公司。

1. 模式 1：明确累积投票制在监事选任上的应用⁽²⁰⁾

累积投票制可以为中小股东赢得一定的参与公司治理机会，而且监事之选任，若采此制，仅见其利，而无其弊，更易达监督之目的。⁽²¹⁾如果在选任时，将董事和监事联席合并选举⁽²²⁾，那么中小股东将有更多的机会选出自己的代表，从而减少代理成本以及大股东操纵公司的可能性。但强制要求公司采用累积投票制，有过度干涉公司自治之嫌，这违背了《公司法》的精神，该种模式适宜提倡，而不适宜强制为之。故可以采取选出模式（opt out），即由法律将此规定为默认模式，如公司不采此种模式，则在公司章程中另行规定，但应对此加以特别说明，以提示投资者公司可能被大股东完全控制的风险。

2. 模式 2：限制大股东对监事的选举权

大小股东关系的关键在于是否对大股东的表决权施加限制以及施加何种限制。⁽²³⁾基于这一精神内核，监事的选举模式可以分为如下子模式。

模式 2.1 韩国模式——超过一定比例的股票不得行使表决权。大股东在公司中有较多利益，按照一股一权的资本平等原则，其享有较多话语权、参与权，其对董事和高级管理人员进行监督是保护其自身利益的需要。韩国模式既考虑大股东的这种要求，又兼顾中小股东的利益。根据韩国《商法》第 409 条第 2、3 款的规定，在股东大会上选举监事，但是“持有除了无表决权的股份的发行股份总数的 3% 以上股份的股东，就其超过 3% 的部分的股份”，在监事的选任中不得行使表决权。公司还可以在章程中规定低于 3% 这一比例。⁽²⁴⁾有韩国学者认为这让大股东在事实上已经丧失了对监事选任的控制力。⁽²⁵⁾事实上，大股东的控制力正是问题之所在，是需要加以限制的。

模式 2.2 限制大股东选举监事的比例上限。当公司中小股东的股权相对分散时，韩国模式能否发挥作用值得怀疑。因此，较为有效的做法是，限制大股东的监事选举比例上限，其反面也可

(18) 张国键：《商事法论》，台湾三民书局 1993 年版，第 262 页。

(19) 潘维大：《公司法》，黄心怡修订，台湾三民书局 2006 年版，第 202 页。

(20) 施天涛教授同样主张累积投票制在监事选任上的应用。参见施天涛：《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》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 139 页。

(21) 柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 303 页。

(22) 为了匡正监事会制度的既有缺失，赖英照教授也提出董事、监事合并选举的建议。参见赖英照：《股市游戏规则：最新证券交易法解析》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 106 页。

(23) 何美欢：《中国上市公司“一股独大”的问题：尚未诊断，如何下药》，载王保树主编：《投资者利益保护》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 103 页。

(24) 《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 92 页。

(25) 李传超：《韩国公司监事分离选任制度对中国的启示》，载《研究生法学》2014 年第 4 期，第 142 页。

以说是对中小股东进行“配额”。⁽²⁶⁾ 大股东在监事会的非职工监事中的比例应不超过 1/3，以保证中小股东选举的监事能够监督董事、高级管理人员，间接抑制大股东的不法、不当行为，以达到维护公司利益和自身利益的目的。与大股东存在关联关系的股东应视为一体，方能取得实效。该做法兼顾大股东的监督利益和其他股东的监督利益，不失为一种良方。有学者提出一人一票的做法⁽²⁷⁾，这当然大大提高了中小股东提名监事的当选概率，但大股东提名的监事是否落选仍是不确定的。

模式 2.3 规定大股东不得同时选举董事和监事。其实质是剥夺大股东对监事的选举权，看似过于激烈，但是这种做法并无理论障碍，而且也有立法例可供参考。有学者研究指出，在我国控股股东控制董事会的情况下应“明确监事会代表除控股股东以外其他利害关系者利益”⁽²⁸⁾，这种认识符合公司内部权力制衡的原理。大股东滥用权利是较为普遍的问题，因此，现代公司法的一个发展趋势是限制大股东的权利，而且剥夺其对监事的选举权并不会导致其在公司中的合法权益受损，盖无论是谁选举的监事均是公司监事，需要履行监事职责，监督公司董事和高级管理人员；受到减损的只是大股东对公司的过度控制和不法觊觎。我国台湾地区“公司法”第 27 条第 2 项规定“政府或法人为股东时，亦得由其代表人当选为董事或监察人。代表人有数人时，得分别当选，但不得同时当选或担任董事及监察人”，大体也表达了这一思想。

3. 模式 3：遵循一股一权，限定监事人选

第三种模式，监事的选举仍遵循一股一权规则，但是限定监事的人选。譬如由某个公益机构确定监事的备选人，由股东大会在人选当中进行选举。这些人选要求具备较高的社会地位和专业知识，其珍惜这种得之不易的声誉，避免了监事受董事或大股东之利用，而监督实效得以无形提高。⁽²⁹⁾ 这种模式与外部监事的功能相当，也是一种可供参考的构造模式。老挝《企业法》第 52 条规定：“监事由股东大会从注册会计师协会人选名册中挑选任命。……股东大会规定监事的稽核费。监事在执行自己的工作时，必须在法律面前和对会计师协会规定的品行负责。监事独立执行自己的职务，只有法院或会计师协会有权罢免当事人的职务。”⁽³⁰⁾ 意大利的做法与此类似，监事也是由股东会选举公开的专业人员组成，这些人员必须拥有法律、会计等专业背景，解任同样需要满足法定事由，并须经过法院批准方为有效。⁽³¹⁾ 在老挝、意大利的这种模式下，监事的监督能力有保

〔26〕“配额”的说法来源于施天涛教授。参见施天涛：《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》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 140 页。

〔27〕施天涛教授主张“人头制”适用于私人公司较为适宜，马更新教授则主张上市公司选任监事时可考虑一人一票制。参见施天涛：《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》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 140 页；马更新：《〈公司法〉修订语境下的监事会制度架构变革探析》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021 年第 3 期，第 119 页。

〔28〕李维安、张亚双：《如何构造适合国情的公司治理监督机制——论我国监事会的功能定位》，载《财经科学》2002 年第 2 期，第 63 页。

〔29〕谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 808 页。

〔30〕米良、周麒主编：《东盟国家公司法律制度研究》，中国社会科学出版社 2008 年版，第 162 页。

〔31〕Lorenzo Stanghellini, *Corporate Governance in Italy: Strong Owners, Faithful Managers—An Assessment and a Proposal for Reform*, 6 *Indiana International and Comparative Law Review* 91 (1995).

障，且监事完全独立于公司，我国《公司法》若借鉴此种模式，有望取得良好效果。

模式 1 在大小股东股权比例悬殊的情况下很难改变大股东在监事人选上的控制力，模式 2.1 则从表决权上实质上限制了大股东对监事人选的影响力，模式 2.2 则兼顾了大股东和中小股东的监督利益，模式 2.3 和模式 3 可以保证监事的独立性，在设计上更胜一筹。从长远来看，以模式 3 最符合公司治理、权力制衡的目的，最符合监事会适应性的品格，因此，建议我国在《公司法》修订之时进行彻底改革，采取模式 3。

监事选任的配套改革——赋予监事会对监事候选人的同意权。监事的选举权固然重要，但监事选举回避不了监事候选人的提名，只有获得提名方有机会当选监事。因此，谁提名监事候选人很重要。实践中，大股东、董事会、监事、监事会、持股一定比例的股东均可能提名监事，而大股东、董事会提名的监事候选人的独立性有时值得怀疑。对此，可参考日本《公司法》第 343 条第 1 款，赋予监事会对监事候选人的同意权，以将存在利害关系、不宜当选为监事的人排除在外。在采取选任模式 3 的情况下，无须规定该同意权。

（二）监事解任

选任重在保证监事的独立性，并努力平衡大小股东的利益，而解任重为确保监事的地位，防止严于履行监督职责的监事反而遭到报复，被不当解任。故而，监事的解任同样应当予以关注，保证监事可以放心履行职责而无后顾之忧。

在监事选任已经采纳模式 3 的情况下，建议参考老挝《企业法》第 52 条的配套做法，监事在执行自己的工作时，必须在法律面前和对会计师、审计师、律师等协会规定的品行负责。监事独立执行自己的职务，只有法院或相关协会有权罢免监事的职务，该种模式将监事的独立性发展到了极限。

在监事选任已经采纳模式 2 的情况下，则按照选任与解任相一致的原则执行即可。在模式 2.1 下，监事解任之时，大股东超过特定比例的股票仍无表决权；在模式 2.2、模式 2.3 下，大股东之外的其他股东对其选举的监事有解任权，大股东对此无权置喙。

在监事选任采纳模式 1 或者在现行法的框架下，采纳股东大会特别决议解任监事的做法有利于保证监事地位的稳固。日本监事的解任要件是股东大会、类别股东大会的特别决议（日本《公司法》第 309 条第 2 款），目的在于“确保监事的独立性”。⁽³²⁾我国台湾地区在 20 年前“公司法”修订时也采纳了该模式（第 199 条第 2 项），因为如果可以利用股东大会普通决议，“随时将监察人予以解任；如此可能导致积极尽责的监察人，反而地位不保”；“将解任之决议，由原来的普通多数决，提升为轻度特别决议，间接强化了监察人地位的独立性”。⁽³³⁾若监事选任模式最终维持现行法保持不变或者保守地采纳模式 1，则修法时将监事解任决议由普通决议修订为特别决议有其必要。

(32) [日] 弥永真生『リーガルマインド会社法』（有斐閣，2006 年）248 頁。

(33) 赖源河等：《新修正公司法解析》，元照出版公司 2002 年版，第 286 页。

在监事辞任的情况下，应当保障监事的陈述权，通过监事与公司之间的沟通对话，可以更明确地认识问题所在，防止不当解任行为的发生。早在 2001 年，日本《商法》修订时就已经规定了监事辞职时的意见陈述权⁽³⁴⁾，韩国《商法》第 409 条之 2 也明文规定了监事解任的意见陈述权。这种意见陈述权是监事保护自己的防御手段，有利于减少不当解任行为，确保监事地位的稳定，该陈述权不得被股东大会剥夺。公司在监事被解任后的首次股东大会召开时有义务通知被解任监事出席陈述意见。在完善我国监事解任制度的问题上，如果未采用选任模式 3 的解任模式，则有必要引入这种意见陈述权，以保证监事地位的安定，在公司方无正当理由时，监事可以请求损害赔偿。

除了从正面保证监事的独立性外，也需要通过制度设计保证不合格的监事、在履职过程中丧失独立性的监事及时离开监事职位。⁽³⁵⁾ 如果公司不予解任，那么司法介入便成为必要。对此种情形，我国《公司法》并无规定，构成法律漏洞，在修法时，可借鉴德国《股份法》第 103 条第 3、4 款与韩国《商法》第 415、385 条关于法院解任监事、我国台湾地区“公司法”第 217 条第 2 项限期改选的规定，将该权利赋予少数股东，强化中小股东对监事会的监督。

三、监事监督可能性

监事监督可能性主要针对监事的能不能监督和敢不敢监督。能不能监督可以从主客观两方面观察，从主观方面来看，主要是监事的监督能力问题；客观方面是监督权限问题；敢不敢监督主要是职工监事的地位保障问题。

（一）提升监督能力

监事不仅需要关注其消极资格，而且需要关注其积极资格。从我国监事会运行实践来看，尤其如此，监事需要具备监督能力。具体而言，监事的学历、专业知识、工作经验等应当与其监督职责相适应，应当与董事、高级管理人员大体相当，否则其难当其任。对此，中国证券监督管理委员会发布的《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 45 条第 1 款中段规定：“监事应当具有相应的专业知识或者工作经验，具备有效履职能力。”然而，这一规定仅具有示范法的意义，并无法强制实行，因此，实践中这一规定贯彻得并不理想。有实证研究发现，监事会中财务会计人员的比例越低，上市公司违规情况出现越多。⁽³⁶⁾ 因此，《公司法》或者证券交易所应在上市条件中将此加以明确规定，如此才能尽可能地保证监事依靠自己的力量即可初步发现公司不法、不当行为的端倪，从而实现有效监督；即使无须全部监事均须具有会计或者财务背景，也至少要有一名会计或者财务专业人士担任监事。我国《澳门商法典》第 239 条即规

〔34〕〔日〕高橋均「企業統治と監査役制度の活性化」一橋法学 8 卷 1 号（2009 年）107 頁。

〔35〕主张应重视此点者，参见杨大可：《论监事独立性概念之界定——以德国公司法规范为镜鉴》，载《比较法研究》2016 年第 2 期，第 90—93 页。就此点而言，尚须考虑在个案中的利益冲突问题。

〔36〕王砚书：《我国上市公司监事会综合监控模式研究》，河北人民出版社 2010 年版，第 71 页。

定，监事会的一名成员或者独任监事必须是审计师，这种做法可供参考。

如果直接由立法规定采用前面的监事选任模式3，那么不仅监事的独立性有了保障，而且监事的专业性也有了保证，则无须重复规定监事的积极资格。

在现行法的框架下，实践中应强化监事任职中的教育、培训和经验交流，从而提升既有监事的监察能力。此外，借鉴日本的经验，成立专门的监事协会⁽³⁷⁾，不仅可以为监事提供业务指导，还能培养合格的监事人选，以提高监事监督的实效。

（二）调整监督权限

有些国家和地区的监事会制度经过改革，职权已经得到相当的充实，例如对信息的获取权，必要时召集股东大会、董事会的权利，违法行为阻止请求权，代表公司诉讼的权利等，这些权利已经不存在太多争议，在我国的公司治理环境下，特别需要检讨以下三项内容。

1. 监事监察定位

日本的监察人制度往往因公司的规模大小以及是否为公开公司而有很大差异。⁽³⁸⁾对于小公司而言，公司的监察人只有会计监察权，而大公司的监察人则既享有会计监察权，也享有业务监察权。其中，比较引人注目的是上市公司的监察人制度，对于业务监察的范围则值得探讨。这主要涉及业务的违法性和妥当性两个问题。一种意见认为，监事对董事执行业务的监督限于合法性；另一种意见认为，除了合法性之外，尚应包括董事执行职务妥当性的监督。⁽³⁹⁾笔者认为，公司的运营和业务执行涉及商业判断，具有专业性的特点，一般来看，监事并不适合对于这些商业决策作出判断，而且如果对其决策、执行的妥当性作出监督，容易造成董事会和监事会权力的混淆，如果过度介入，可能导致董事会权力的萎缩⁽⁴⁰⁾，影响业务执行的顺滑与效率。⁽⁴¹⁾实际上，日本通说认为监事监督权原则上限于监督董事执行职务的合法性，而不及于妥当性。⁽⁴²⁾但是，必须指出的是，在妥当性问题上，监事并非无所作为，有学说主张，“在明显可以看出业务执行不当，并该当于‘严重不当’”的情况下，仅就该范围内涉及妥当性监察。⁽⁴³⁾这固然是一种积极行动，即便没有达到该程度的情况下，如果业务执行存在一定的不妥当性，则监事也应当提出积极的建议，因为建议经过互动可能产生正确的导向作用。我国《公司法》第54条第1款规定的监事对董事会决议事项提出质询或者建议的权利，在一定程度上可以认为是对董事行为妥当性的监督。尽管如此，由于妥当性与否不容易识别，且可能因人、因公司情境、因商业形势不同而不同，故而，妥当性

(37) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社2011年版，第215页。

(38) [日] 滨田道代：《日本企业的监察人制度》，载王保树主编：《转型中的公司法的现代化》，社会科学文献出版社2006年版，第85页。

(39) [日] 石山卓磨『集中講義 会社法』（成文堂，1999年）268頁。

(40) [韩] 李範璨『比較企業法講義』（三知院，2000年）174頁。

(41) [日] 弥永真生『リーガルマインド会社法』（有斐閣，2006年）247頁。

(42) [日] 弥永真生『リーガルマインド会社法』（有斐閣，2006年）247頁。

(43) [日] 末永敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社2000年版，第169页。

的监督义务应限于“重大不当”的情形。

2. 优化监事职权

监事会的职权决定了监事会的地位，而且监事会作为监督机关，其拥有的职权应当与其职位相匹配，公司内部的权力也应当本着权力制衡、经济合理的目的加以配置。因此，参考国内外的监事会立法例和运行经验，我国的监事会职权改革应重视如下几点。

（1）强化监事会对董事、高级管理人员决定性的影响力

德国股份有限公司的监事会之所以强大有力，能够有效控制董事会，是因为监事会可以决定董事的任免^{〔44〕}，并决定董事的薪酬。美国独立董事的制度设计有异曲同工之妙，相同的工作是由独立董事为主体的提名委员会、薪酬委员会等委员会在董事会内部来完成的。由此可见，抓住了人事任免权及被监督者的薪酬决定权就等于抓住了“牛鼻子”，可有效制约董事和高级管理人员。因此，有学者认为，应“根据监事会监督发现的问题，介入董事、高级管理人员的提名与报酬方案的决定”^{〔45〕}；另有学者认为，应借鉴德国模式，赋予监事会对董事会成员的任免权和重大事务决定权等权力。^{〔46〕}2010年，日本法务大臣成立专门的“公司法制部会”，开始审议公司法修订事宜，同样考虑让监事会参与公司董事的任免^{〔47〕}，日本中央大学大杉谦一教授即主张此一立法论。^{〔48〕}可见，大幅提升监事会的地位，已成为监事会改革的重点。直接采纳德国式的这种模式亦无不可，只是直接从单层制进入双层制，跨度较大。

实际上，从我国《公司法》现状出发，同样可以有所作为。《公司法》已经赋予监事对董事、高级管理人员的罢免建议权，如果顺着这一规定加以完善，即赋予监事对违反法律、行政法规（特别是指违反忠实义务、损害股东权益的情形）或者违反公司章程或股东大会决议而给公司造成严重损失的董事、高级管理人员的罢免权，同样强化了监事会对董事、高级管理人员的影响力。

唯需要指出的是，这一改变只是为监事会影响董事会提供了更多的可能，并无法保证公司治理效果，在我国目前的公司治理实践中尤其如此，因为在公司大股东、董事会、监事会合谋损害公司利益、中小股东利益的情形，这一机制就会失灵。因此，这只是监事会改革的重要一环，而不是全部，只有将这一权力的赋予和监事独立性的制度结合起来，才能真的起到制约董事、高级管理人员，并遏制乃至消除大股东的滥权行为的作用。

（2）赋予监事或监事会聘用、解聘会计师事务所的决定权

根据《公司法》第164条第1款的规定，公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。如果公司上市，则财务事项的披露大多均须经过注册会计师的审计

〔44〕 这项权力被认为是监事会最有力并且最后的监督手段。而德国有限公司的监事会缺少这项权力，其监督效果同样不佳。详见朱泓睿：《德国有限公司“三分之一共决”监事会的法律地位》，载《德国研究》2018年第1期，第92-93页。

〔45〕 朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社2007年版，第329页。

〔46〕 王天刁：《公司治理与独立董事研究》，中国法制出版社2005年版，第118页。

〔47〕 [日] 江头宪治郎：《日本公司法制修正之方向》，蔡英欣译，载《月旦法学杂志》2011年第191期，第99页。

〔48〕 [日] 大杉谦一「監査役制度改造論」商事法務1796号（2007年）4頁。

并签署意见。然而，根据《公司法》第169条第1款的规定，“公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，依照公司章程的规定，由股东会、股东大会或者董事会决定”。实际上，无论由该款规定的哪个机关决定，都直接或者间接地取决于大股东或者董事会的意见，这在一定程度上使得会计师依附于大股东或者董事会，有时为了获得更多的业务难以作出独立的客观公正的审查和检验。不仅如此，有时会计师甚至协助公司董事、高级管理人员进行财务造假，这无疑增加了监事监督的难度。美国安达信的消失、日本 Misuzu 审计公司（中央青山审计公司）被迫停业均与此有关。⁽⁴⁹⁾ 德国的立法者亦发现了这一问题，而在1998年将聘任审计师的权利从董事会转到监事会身上，即可以认为是对此等情事的积极反应。⁽⁵⁰⁾ 《公司法修订草案》第211条第1款回应了这一问题，“公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，按照公司章程的规定，由股东会、董事会或者监事会决定”。该规定只是增列了监事会作为公司章程的选项，但很难期待大股东或者董事会主导下的公司会主动将聘用、解聘会计师事务所的权利配置给监事会。因此，对此的修改力度应进一步加大，明确只有监事或监事会才享有聘用、解聘会计师事务所的决定权。

根据《公司法》第54条第2款的规定，“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”。由于财务的专业性质，有时监事无法独自进行，有必要借助会计师事务所的协助，这实际上增加了审计的成本和费用；同时考虑审计的客观公正的要求，与其事后在发现疑难时再独立选任会计师事务所的协助，不如直接由监事或者监事会决定选任和解任会计师事务所。这同样支持赋予监事或监事会对会计师事务所的聘用和解聘权。⁽⁵¹⁾

国务院国有资产监督管理委员会印发的《关于加强和改进国有企业监事会工作的若干意见》（已废止，国资发监督〔2006〕174号）提出实行分类监督，要求监事会检查要充分参考和利用会计师事务所的审计结果。在会计师事务所的聘用、解聘决定权由监事会行使时，其审计结果会更真实、公正，更具有参考价值。

（3）监察费用的有关权利

监事作为公司的监察机关，其因为监察作业产生的费用，理应由公司承担。然而，监察费用的支付与证实的举证责任的配置对于监察费用能否及时、充分的实现至关重要。在韩国，费用的支出属于监察必要费用的证明责任由监事承担；在日本则采取举证责任倒置的办法，如果公司不能举证证明监事所请求的费用不属于执行职务的必要费用，则公司不得拒绝监事的请求。⁽⁵²⁾ 要保

(49) 《日本内部控制监督实务》，[日] 山本晃主译，东北财经大学出版社2010年版，第74页。

(50) [德] 泰赫曼：《德国股份公司的监事会：历史发展与现代挑战》，王彦明、孙昊译，载《社会科学战线》2015年第5期，第223页。

(51) 有学者表达了类似的想法，监事会对财务进行监督，“除了要求监事要具备相应的专业素质外，最为关键的是监事能够负责企业外部注册会计师审计事务，以确保选择的注册会计师对经理人的独立性、客观性和公正性”。王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社2011年版，第188页。

(52) [韩] 李範璠『比較企業法講義』（三知院，2000年）173-174頁。

证监事会的独立性，就需要从其经济来源、费用支出上保障其独立性，《公司法》第 56 条便明确规定，“监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担”，但并未对该费用的举证责任进行明确说明。从利于保障监事会监督工作的顺畅角度看，日本的做法较为妥当，对此发生争执诉至法院时应由公司方承担举证责任。对此，我国《公司法》应予明示。

另外，应赋予监事会监察计划和预算提出权。监事会于每年年初向股东大会提出其次年年度的监察计划，并提出履行该监察计划所需监察费用等相关预算，请求股东大会予以承认。这种准预算独立的方式可以使监事会具备更强的独立性。⁽⁵³⁾ 参考日本《公司法》第 388 条，除非已经证明有关请求的费用并非监事执行职务之必要，否则，公司不得拒绝。

(4) 应增加或者强化其他职权

除了如上三个方面需要特别注意外，尚应对监事会的职权作出如下完善。

① 细化业务监督权和财务监督权的内容，增加可操作性，并将监事或者监事会的职权延伸到调查子公司的业务和财务，但以必要性为原则。监督标准大体应考虑合法性、合规性、合目的性：合法性指确认董事或者高级管理人员无违法行为；合规性注重考察业务执行是否符合公司内部规章制度；合目的性强调对盈利前景、风险暴露、确保企业存续几方面加以考察。⁽⁵⁴⁾ 德国联邦最高法院在 1991 年的判决中，对此明确指出，监督针对的不仅是已经发生的事实，同样涉及公司政策上的基本问题，其必须同时考虑公司运营管理的合目的性和经济性⁽⁵⁵⁾，才不会落得个亡羊补牢、为时已晚。

② 强化监事的信息获取权。监事会获取必要的信息是监督的前提，因此，必须保障监事的信息获取权。当前我国的规定过于分散且不统一，《公司法》第 150 条第 2 款规定了董事、高级管理人员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的义务；相对而言，国有企业监事会的信息获取权在制度上更有保障。⁽⁵⁶⁾ 在立法层面，应统合既有规定，强化、明确监事的信息获取权，明确董事和公司高级管理人员就公司业务、合规体系和突发事件的报告义务，使监事会获取充分信息是董事会和监事会的共同责任⁽⁵⁷⁾；同时，从正面赋予监事以要求董事、高

(53) 黄铭杰：《公司监控与监察人制度改革论》，载《公开发行公司法制与公司监控》，2001 年自版，第 60 页。

(54) Uwe H. Schneider, Scholz GmbHG Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 52 Rn. 95f. 转引自朱泓睿：《德国有限公司“三分之一共决”监事会的法律地位》，载《德国研究》2018 年第 1 期，第 92 页。

(55) Bundesgerichtshof, 25. 2. 1991, Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen (BGHZ), Band 114, S. 127, 129 – 130. 转引自 [德] 泰赫曼：《德国股份公司的监事会：历史发展与现代挑战》，王彦明、孙昊译，载《社会科学战线》2015 年第 5 期，第 220 – 221 页。

(56) 国务院《国有企业监事会暂行条例》第 7 条规定：“监事会开展监督检查，可以采取下列方式：（一）听取企业负责人有关财务、资产状况和经营管理情况的汇报，在企业召开与监督检查事项有关的会议；（二）查阅企业的财务会计报告、会计凭证、会计账簿等财务会计资料以及与经营管理活动有关的其他资料；（三）核查企业的财务、资产状况，向职工了解情况、听取意见，必要时要求企业负责人作出说明；（四）向财政、工商、税务、审计、海关等有关部门和银行调查了解企业的财务状况和经营管理情况。监事会主席根据监督检查的需要，可以列席或者委派监事会其他成员列席企业有关会议。”第 8 条规定：“国务院有关部门和地方人民政府有关部门应当支持、配合监事会的工作，向监事会提供有关情况和资料。”

(57) 杨大可：《德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及启示》，载《证券市场导报》2016 年第 11 期，第 72 – 73 页；关于德国监事会信息权的详细讨论，参见杨大可：《德国股份有限公司监事会信息权制度评析及启示》，载《德国研究》2015 年第 1 期，第 70 – 81 页。

级管理人员提交执行职务报告的权力，也是有益的。《公司法修订草案》第 81 条采纳了这种“义务+权力”双向规定的做法，值得肯定。另外，还应将调查对象扩展到第三人，这里的第三人是指“为接受监督的公司的利益进行了某种活动的人”，例如银行、证券公司或者公证人。⁽⁵⁸⁾ 为了确保监事的信息获取权落到实处，应增加公司董事、高级管理人员及其他公司内部人员妨碍、拒绝或规避监事检查时的罚则。《公司法》第 150 条第 2 款（《公司法修订草案》第 81 条第 2 款）规定了董事、高级管理人员的信息提供义务，《上市公司治理准则》第 46 条中段仅规定了上市公司保障监事知情权的义务，但若无人配合乃至阻挠则缺少后果规定。对此，增加相应的罚则可以保证监事监督工作的顺畅进行；有的地区也有立法例支持，例如我国台湾地区“公司法”第 218 条第 3 项。

③ 增加董事、高级管理人员违反法律、行政法规、公司章程或者股东大会决议，或者有实施这些行为的可能，且这些行为存在给公司造成明显损害危险时，监事的停止请求权。其目的是在董事、高级管理人员的行为明显违法或不当时，及时止损，防止损害的发生或进一步扩大。

④ 仿韩国《商法》第 328 条、第 376 条第 1 款、第 429 条、第 445 条、第 529 条的规定⁽⁵⁹⁾，增加监事会的无效诉权，特别是公司设立无效之诉、新股发行无效之诉、资本减少无效之诉、合并无效之诉等。

（三）保障职工监事权益

《公司法》规定了职工监事，这是我国公司法的一大特色。正如学者所指出的那样，在我国，职工监事的存在，“是为了在行使公司的业务监督与财务监督中，发挥股东和职工的两个积极性，以体现股东民主和职工民主的要求”⁽⁶⁰⁾，这种规定的目的固然可嘉，但问题是，职工是管理层的下属，要铁面无情地监督自己的上司恐非易事。公司实践中也是如此，“由于大多数监事的职位或社会地位较董事低，同时欠缺所需专业知识，因此这些监事往往未能真正监察董事活动”，作为监事的职工代表其“工资和职位基本上都由管理层决定，在监督决策过程中往往首先考虑的是自己的员工身份，而很少考虑自己是公司全体员工的代表”⁽⁶¹⁾；“很多监事长由党委书记或工会主席担任，监事也往往是公司基层职工，本身已是董事长及总经理的下属，……因此监事会往往形同虚设，重形式多于实际”。⁽⁶²⁾ 固然，德国公司法中也有职工监事，但由于我国的监事会地位与德国的监事会地位不可同日而语，德国监事会“改成了一个对公司的业务执行官——董事进行选聘和监督的机构”⁽⁶³⁾，故而不具有可比性，或者可借鉴性，德国监事会中的职工监事制度运行良好，并不

(58) [法] 伊夫·居荣：《法国商法》（第 1 卷），罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2004 年版，第 407 页。

(59) [韩] 李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 538 页。

(60) 王保树、崔勤之：《中国公司法原理》，社会科学文献出版社 2006 年版，第 184 页。

(61) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 161 页。

(62) 何顺文、李元莎：《中国内地公司管治评析》，中国财政经济出版社 2006 年版，第 42、44 页；赵万一主编：《公司治理法律问题研究》，法律出版社 2004 年版，第 284 页。

(63) [日] 滨田道代：《日本企业的监察人制度》，载王保树主编：《转型中的公司法的现代化》，社会科学文献出版社 2006 年版，第 86 页。

能表明我们目前的规定合理、可行。

我国台湾地区“公司法”以及日本《公司法》在这点上的规定则较为合理，其将监事不得兼职的范围扩及于公司职员，这样不会造成监事名额的浪费，防止了监事产生之初即是“花瓶”的现象。有学者认为，“职工参与是公司法发展的一个趋势，因而，职工监事是必须的”。⁽⁶⁴⁾就事论事而言，这一说法值得商榷，从大陆法系来看，日本、韩国、我国台湾地区对此严格禁止，德国的监事权威又与此截然不同，不具有可比性；英美法系又无此项制度，趋势何来尚待论证，职工监事并非必须，职工的利益可以通过劳动法、集体协议、工会活动等实现，无须借助不能发挥效用的监事会制度。

但是，假如立法者认为职工监事作为我们的特色应予规定，那么我们需要考虑的问题就是如何让职工监事敢于监督、大胆监督。方案大抵有二：一是，依然在本公司职工中选任职工监事，但就职工监事的“职工”利益予以保障。例如，公司无正当理由不得解聘职工监事；公司在内部晋升、评级等活动中，不得故意损害担任监事的职工及其近亲属的利益。德国《参与决定法》第 26 条规定，职工代表监事不得因其在为一个为雇员或者被视为雇员的企业的监事会内从事活动而受到不利益。⁽⁶⁵⁾《法国商法典》第 225-80 条规定，由薪金雇员选举产生的监事适用第 225-28 条至第 225-34 条规定，即不丧失劳动合同之利益，其作为薪金雇员应得的报酬不得因其行使监事职责而减少。薪金雇员选举产生的监事只有因其履职中过错，应董事会多数成员的请求，经大审法院依紧急审理程序作出裁定，始得被免除职务。除薪金雇员本人提出解除劳动合同外，只有劳资调解委员会的裁判室按照紧急审理程序作出裁定，才能宣告解除薪金雇员选举的监事的劳动合同。⁽⁶⁶⁾这些规定可供参考。二是，从德国职工监事的做法中吸取有益经验，不采雇员或职工代表制，而采“工会代表”制（这里的“工会代表”是公司之外“工会”中的人士），本单位职工通过与工会代表监事发生联系，监督本公司的运营管理，实现本公司职工的合法权益。对于工会代表，同样应保证其身份、财产利益的独立性，不受其所任职公司或其关联公司的影响，如此，职工监事转化为工会监事，不仅职工的利益可以确保，而且工会监事的功能也有望发挥。

四、监事监督有效性

中国证监会发布的《上市公司治理准则》第 45 条第 1 款前段和中段规定：“监事会的人员和结构应当确保监事会能够独立有效地履行职责。监事应当具有相应的专业知识或者工作经验，具备有效履职能力。”我们即应以此为目标改造现有的监事会。监事会监督得是否有力，主要在人、在人的组织。因此，我们要通过完善监事的组织强化其监督效能，通过提供激励调动监事的监督积极性，通过强化监事的义务和责任给予监事以压力，并塑造良好的公司文化，从而提高监事会

(64) 赵万一主编：《公司治理法律问题研究》，法律出版社 2004 年版，第 288 页。

(65) 朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社 2007 年版，第 284 页。

(66) 《法国公司法典》（上），罗结珍译，中国法制出版社 2007 年版，第 134 页。

监督的有效性。

（一）强化组织构造：人员与场所

1. 明确监事会的相对规模

从监事的工作强度来讲，规模越大与董事、高级管理人员越多的股份有限公司，监事会的监督任务越重，因此监事会的相对规模便显得较为重要。德国监事会的规模可以认为便是以此为出发点的。较佳的做法是，由上市公司章程指引或者证券交易所将监事会的相对规模作为上市条件加以规定，以保障监事会与董事会、公司高级管理人员的抗衡。

2. 规定全职监事，限制监事兼职数

监事的构成可分为全职监事和兼职监事，相对而言，全职监事具有更多的时间和精力来监督公司事务，而兼职监事则由于职务众多，分身乏术，难以保证充足的时间、精力专门就某一公司的事务进行监督。

在日本，较大型的公开公司里不仅要求外部监事的人数占到监事会人数的半数以上，而且还必须通过互选推选出一名常勤监事，也就是全职、专职监事。在韩国，多年之前其《证券交易法》即已规定最近经营年度末资产总额达1千亿韩元以上的上市公司KOSDAQ上市法人必须设置一人以上的常驻监事⁽⁶⁷⁾，以保证监督工作的实效。我国《公司法》应吸取这方面的实践经验和研究成果，明确规定全职监事的一定比例或者人数，只有如此，方能保证监督的效果，如果一个公司的监事皆为兼职人士，其监督的效果难免让人怀疑。假如认为这一问题过于琐碎，可以在规章层次的文件中作出指引规定，或者作为上市条件由证券交易所进行规定。对于非全职监事的兼职数，同样应作出明文限制。德国《股份法》将监事的兼职数限定为10，《德国公司治理法典》兼职数限定为5⁽⁶⁸⁾，法国《商事公司法》监事的兼职数限定为8⁽⁶⁹⁾，可供参考，我国可以将兼职数限定为5或6。

3. 采行独立监事的方案

Simon & Winfried (2000) 通过对德国500家公众公司的调查分析，指出监事会中应该有来自外部的独立监事，以强化监事的监督机能。⁽⁷⁰⁾ 日本已经采取独立监事制度，且应占监事会的半数以上。⁽⁷¹⁾ 在我国，独立监事是否必要，取决于监事制度改革的力度。如果未来监事选任引入模式2或者模式3，则监事已经具有相当独立性，甚至完全符合独立专业人士的要求，便无须专门规定独立监事。在监事选任引入模式1或者维持现行法不变的情况下，对于上市公司宜规定一定数额

(67) [韩] 郑灿亨：《最近韩国股份公司支配结构的变化：以业务执行机关及监事机关为中心》，载王保树主编：《转型中的公司法的现代化》，社会科学文献出版社2006年版，第98页。

(68) 朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社2007年版，第248页。

(69) 杨宏芹、张岑：《股份有限公司监事会制度研究——法国商事公司法的启示》，载顾功耘主编：《公司法律评论》2012年卷，上海人民出版社2012年版，第91页。

(70) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社2011年版，第13页。

(71) [日] 落合诚一：《公司法概论》，吴婷等译，法律出版社2011年版，第125页。

的独立监事。

4. 扩张监事兼任禁止范围

我国《公司法》的监事兼任禁止范围明显过窄，无法适应监事独立性的需要。对此，应从三方面加以扩展。一是扩张及于公司的商业伙伴，例如公司律师，我国《澳门商法典》第 240 条第 1 款、日本判例对此均予以肯定。⁽⁷²⁾二是适应公司集团化的要求，参照日本《商法》2002 年修订⁽⁷³⁾、韩国《商法》第 411 条的立法例，将监事禁止的范围扩张及于子公司的董事、高级管理人员。三是董事、高级管理人员、大股东以及如上禁止担任监事职务的人员之配偶、三亲等以内血亲、姻亲或与董事、高级管理人员具有同一生计关系的人，应当明定不得担当公司的监事。此制参考了我国《澳门商法典》第 240 条第 1 款并略有改进，不仅消除了大股东对监事会的控制力，而且强化了监事的独立性。

5. 监事任期与法院干预

监事的任期长短影响监事地位的稳定。日本监事的法定任期从初始的 1 年，经多次修订，历经 2 年（1974）、3 年（1993），到现在的 4 年（2001），2005 年《公司法》保持 4 年未变，其修订理由是，任期越长，监事的地位也就越稳固。⁽⁷⁴⁾我国公司立法一直采 3 年制，相对合理，不过较德国、日本的 4 年制，仍然较短，从监事地位的稳固性来看，仍有延长空间。另外，对于有限责任公司，可以赋予公司更大的自主权，在规定监事任期下限的基础上，允许公司章程加以延长。在监事独立性无法确保的情况下，有必要参考我国台湾地区“公司法”第 217 条第 2 项但书，引入司法督促监事改选的做法，以防止公司故意拖延，维持大股东的利益联盟；在保证监事独立性的情况下，便无引入的必要。

6. 设置监事办公场所，监事（会）统领公司财务、会计部门

在实践中，尚须考虑监事办公场所问题。监事履行职责需要日常办公场所⁽⁷⁵⁾，以将监督常规化。从监督工作来看，应改变董事会或者高级管理人员领导公司财务、会计部门的做法，而由监事（会）统一领导。这一做法可以提升公司财务、会计人员的品质素养，增加其监察资源⁽⁷⁶⁾，降低监事监督成本，将公司内部监督机制系统化。此外，为监事会配备辅助人员，也是必要的。从日本的实践来看，一半左右的上市公司设有监事会辅助人员，平均人数为 1.93 名。⁽⁷⁷⁾这点也值得我们参考。

(72) [日] 田中誠二、堀口亘、川村正幸『新版会社法』（千倉書房，1991 年）246 頁。

(73) [日] 前田庸：《公司法入门》，王作全译，北京大学出版社 2012 年版，第 372 页。

(74) [日] 落合誠一：《公司法概论》，吴婷等译，法律出版社 2011 年版，第 123 - 125 页。

(75) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 194 页。

(76) [日] 日本内部監査協会、CIA フォーラム内部統制監査制度研究会「実効性ある内部統制を促進する制度構築の条件：内部統制の評価と監査の制度化に向けた提言」，載日本内部監査協会网 2006 年 3 月 3 日，<http://www.iiajapan.com/pdf/data/governance/Forum19.pdf>。

(77) [日] 经营法友会会社法研究会「監事指南（監査役ガイドブック）」商事法務（2015 年）14 頁。转引自郭雳：《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》，载《比较法研究》2016 年第 2 期，第 81 页。

7. 需要澄清的两个问题

(1) 监事以自然人为限

有学者提出我国应引入法人监事。⁽⁷⁸⁾但笔者认为,即便有些国家公司法中明文规定,“法人可被任命为监事会成员”(法国《商事公司法》第135条第1款前段),然而,“法人监事必须指定一名常任代表”(法国《商事公司法》第135条第1款中段),换言之,履行监事职务的依然是自然人。先规定法人得担任监事,再要求其应指派自然人为代表人行使监事职务,实属叠床架屋之规定,而且增加代理成本,并不可取。⁽⁷⁹⁾

(2) 非职工监事不应限定为公司股东

我国《公司法》第51条第2款前段规定:“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。”对此,有学者将其理解为非职工代表均必须是公司股东。⁽⁸⁰⁾笔者认为,只要监事会的成员满足了法定比例或者章定比例的职工代表,而且也有股东代表,即符合该条款的规定。换言之,监事会中完全可以有股东和职工之外的人士,也只有如此,才更有可能选出适格的监事。实际上,将“股东代表”做目的性扩张解释为“股东选出的代表”,更符合立法本意,符合监事会专业、独立的要求,在现行法的框架下,如此理解更为合理。在《公司法》修订时可以明确,公司可通过章程限定监事的资格,但是不得规定监事必须是公司股东。⁽⁸¹⁾

(二) 改变行权方式:单独行使与会议决议

监事会这一组织体的形式应予保留,因为监事势单力薄、单打独斗不利于对董事和高级管理人员的监督,监事会则可以成为监事个人的坚强后盾;而且,监事会的存在,有利于监事之间的沟通、分工与合作,实现监督效率的最大化。但是,监事行使职权的方式应以单独行使为原则,以会议集体行使为例外。

1. 监事单独行使为原则,集体行使为例外

日本、韩国和我国台湾地区的做法表明,监事个人行使监督权不仅可能,而且正当。实际上,对公司董事、高级管理人员进行监督,“判断是否违反法律法规或章程的问题并不是通过监事的多数表决来决定的问题”⁽⁸²⁾,因此,应采取监事单独行使制,这有利于强化个人的责任意识,避免集体决策、无人负责的现象发生。与此同时,也不反对必要时监事会以集体决议的方式活动,例如制作监事会监察报告,但是监事会不得以通过决议的方式限制各监事单独行使职权。对此,可直接借鉴日本《公司法》第393条的规定,明确各监事可以在监事会的监察报告中附记其意见,

(78) 周龙杰:《论法人监事的引入》,载《当代法学》2012年第3期,第72-77页。

(79) 宋刚、张志坡:《我国引入法人监事的再思考》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2014年第2期,第87-94页。

(80) 黄来纪:《公司法律制度比较研究》,法律出版社2012年版,第144页。

(81) 朱慈蕴等认为,未来不宜对监事是否持股作出硬性规定。朱慈蕴等:《公司内部监督机制:不同模式在变革与交融中演进》,法律出版社2007年版,第247页。

(82) [日] 落合诚一:《公司法概论》,吴婷等译,法律出版社2011年版,第127页。

以强化监事个人的责任。

2. 法定定足数的要求

为了保证监事会决议的科学性和有效性，应对监事会决议的法定定足数作出明确规定。就会议的运作而言，域外通常采取两步法，一是规定会议成立的法定定足数，二是规定经过出席成员达到一定比例之同意方可。前者解决决议成立问题，后者解决决议效力问题。《公司法修订草案》第 82 条第 3 款延续《公司法》第 55 条第 3 款的做法，并未规定监事会会议成立的定足数，而是直接规定“监事会决议应当经全体监事的过半数通过”。该规定从多数决的要求上看并无不妥，但如果考虑决议的体系构造，仍以两步法更为妥当。实际上，《公司法修订草案》第 68 条第 2 款董事会会议的规定即采取了两步法的设计，从体系上看，这也要求监事会决议与董事会决议之规定保持一致。

3. 提高监事会会议频率

《公司法》第 119 条第 1 款第 1 句规定了股份有限公司监事会每年至少召开两次会议的下限，《公司法修订草案》第 136 条第 1 款第 1 句保持不变。而根据学者的灰色关联分析证明，“监事会会议次数对监督绩效有着重要的影响”⁽⁸³⁾，从监督绩效的角度看，可参考我国《澳门商法典》第 244 条第 2 款，规定每季度召开一次监事会。

(三) 提高监督积极性：动力与压力

1. 完善监事薪酬体系

学者研究发现，各公司向监事支付报酬，其金额较公司其他高层都偏低⁽⁸⁴⁾，甚至“显得过低”⁽⁸⁵⁾。为了调动监事的监督积极性，可以比照公司董事和高级管理人员薪酬一定比例（如 60%~80%）确定监事基本薪酬，以与监事地位相当。同时，可考虑将监事收入与监督成效挂钩。有学者认为，可以根据检查出来的财务虚假份额或者高级管理人员舞弊额度，按一定比例作为监事监督的奖励⁽⁸⁶⁾；有学者认为，委托人可以规定监事的监控行为避免公司遭受重大损失时，按一定比例给予监事奖励。⁽⁸⁷⁾这种构想可供参考。

2. 充实监事义务与责任

从监事会的运行实践来看，监事受到处罚基本上限于证监会等外部机构的监督。由于外部监督的不及时、不全面性，很可能导致监事处于“有义务，无责任”的状态。因此，强化对监事履职的监督，应当侧重于公司内部的过程性监督和自主性监督。

囿于监事履职评价的困难性，将监事的财务监督、业务监督常规化⁽⁸⁸⁾、作业化是必要的，

(83) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 199 页。

(84) 朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社 2007 年版，第 285 页。

(85) 王砚书：《我国上市公司监事会统合监控模式研究》，河北人民出版社 2010 年版，第 24 页。

(86) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 195 页。

(87) 王砚书：《我国上市公司监事会统合监控模式研究》，河北人民出版社 2010 年版，第 109 页。

(88) 关于财务监督的常规化，详细讨论参见施天涛：《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》，载《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 143 - 144 页。

监事的监察日志、监察报告将是监事是否履职、履职是否合格的重要依据，从而把对监事监察效果的监督转化为对监察过程的监督，将难以评价的履职行为客观化。监事的监察日志、监察报告应提交股东大会，作为监事会报告的附件，供股东和职工监督，并为监事的连选连任提供根据。为了让监事监督有所依从和参考，可以借鉴日本的做法，制定示范性的“监事监查指南”。⁽⁸⁹⁾

尽管《公司法》和《公司法修订草案》规定了监事的诸多义务和责任，然而，对于监事对第三人的责任尚付阙如。在《公司法》修订时，应仿韩国《商法》第414条第3款、日本《公司法》第430条、我国台湾地区“公司法”第226条的做法，增加监事对第三人责任的规定，明确“监事对于公司业务的执行，如有违反法律、行政法规或者公司章程致他人受有损害时，对他人应与公司负连带赔偿责任。董事亦负其责时，监事与董事为连带责任人”。对于董事、监事、高级管理人员恶意串通损害公司利益的行为，应引入惩罚性损害赔偿制度。

3. 增强职务流动性

对于监事3年期、连选连任的做法，可能会有不同看法。赞成者可能会指出，3年期、连选连任，有助于监事熟悉公司事务，减少不必要的成本，可以更好地发挥监督作用。反对者则认为，监事乃在监察业务，须冷眼观察才好，久之难免与被监察的对象发生感情，碍于情面，势难完成其监察任务。⁽⁹⁰⁾笔者认为，监督重在保证其客观性和监督的实效，连任是否必然导致熟人的感情用事，端取决于监事个人的意志强度和人格品性。自古以来，我国社会崇尚人情，故而，监事以不连任为宜，但如果监事确实在其位、监其事、尽其责，则这样的监事连任效果更佳。在德国，为保证监事会的新鲜流动性，有总数20%以上的公司规定每隔一段时间必须改选监事会中的一部分成员，如“每两年改选股东监事一半”或“每次开股东大会时必须改选至少一位股东监事”。⁽⁹¹⁾这种运作模式实际上是对监事独立性丧失的预防，可以减少变质监事发生的概率，而且，监事任职的流动性有利于任职监事的内在性需要得到满足⁽⁹²⁾，从而提高工作积极性。监事职务的流动性有其合理性，表现良好的监事亦可以在流动中得到保留。

(四) 推进制度实施：公司文化与公益告发

1. 营造良好公司文化

在英美国家，MBA教育强调受信义务，强调董事和高级管理人员要将公司利益放在第一位，为公司和股东谋取最大利益，因此，对董事和高级管理人员进行监督理所当然。在我国，同样应

(89) 1975年3月25日，日本社团法人监事协会即制定有《监事监查基准》，后历经多次修订。

(90) 郑玉波：《公司法》，刘连煜增订，台湾三民书局2000年版，第155页。

(91) [德]福格：《股份法和股份真实：董事会和监事会的组织和任务分工》，Nomos出版社1980年版，第142页。转引自朱慈蕴等：《公司内部监督机制：不同模式在变革与交融中演进》，法律出版社2007年版，第251页。

(92) 所谓内在性需要，是指依靠工作活动本身或工作任务完成时所提供的某些因素而满足的需要。在同一岗位时间长了，就会产生厌烦感，而新的工作岗位会使人有一种新鲜感，工作本身的趣味性由此产生。当员工能胜任新的工作岗位，便可得到一种只有在工作任务完成时员工才会感到的满足。

营造良好的公司文化，强调公司对监事积极“监”事的肯定，从而让监事感受到，其所做的并非得罪人的差事，而是公司利益的守护者。此外，改变董事、高级管理人员对监事监督的对抗意识也很重要，实际上，董事、高级管理人员和监事只是分工不同但目的一致，均是为实现公司的最大利益而服务，他们有着广泛的合作空间。日本监事协会 2004 年 4 月的调查显示经营者积极的协作对于提升监事会的监督机能很重要。⁽⁹³⁾而在德国公司实践中，为了查明合规问题的事实真相，董事会和监事会通常会考虑合作审查，并制定共同“行动纲领”。因此，营造良好的公司文化，“变对立式监督为合作式监督”⁽⁹⁴⁾，可以取得更好的监督实效。

2. 健全公益告发制度

监事会监督是必要的，但仅有监事会监督是不够的。中国证监会等监管部门的不定期检查、公司内部人士出于公共利益的考量向中国证监会、新闻媒体或公司内部的通报（也称公益告发）⁽⁹⁵⁾、公众的参与均是可行的路径，法律应为此提供必要的保障。其中，公益告发不仅有利于强化公司遵法体制，而且将其与监事会制度相衔接，可以强化监事会获取信息、及时监督的能力，而监事会的独立性及其职能所在又反过来有助于保护公益告发者的合法权益。监事会制度的改革需要配套机制的健全和完善，公益告发应成为其中的重要一环。

五、结语

监事会制度的实效、监事会治理的成败不仅决定了公司可以走多远，还关系到公司正义、公司的国际竞争力乃至一国国民经济的健康发展，因此，构建强大的监事会至关重要。我国监事会制度的失败归根结底是制度缺陷造成的，在理论上和实践中，监事独立性无法确保，监事的监督能力、监督权限、监督时间、监督资源、监督保障等均成问题。笔者从我国大股东剥削小股东的公司治理问题出发，广泛借鉴域内外立法经验、实务做法和理论成果，从监事独立性、监督可能性和监督有效性三个方面提出改进方案和完善建议，以促成监事能够监督、敢于监督、愿意监督的效果。希望本文有助于我国监事会制度的改革，进而提升中国公司治理的整体水平，让中国的公司走得更远。

(93) 王世权：《监事会治理的有效性研究》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 74 页。

(94) 赵大伟：《监事会监督方式变革论》，载《当代法学》2017 年第 2 期，第 67 - 69 页。

(95) 李飞：《法律如何面对公益告发？——法理与制度的框架性分析》，载《清华法学》2012 年第 1 期，第 136 - 163 页。

How to Construct Independent and Effective Supervisory Board?

ZHANG Zhipo

Abstract: Supervisory board is an important part of corporate governance. The rules about the supervisory board in Company Law have severe defects and in practice the effect is disappointing. So, we need to reconstruct the supervisory board system. The function of the supervisory board depends on the independence of supervisors, the possibility and the effectiveness of supervision. The independence of supervisors can be realized by reforming the rules of appointment and dismissal of supervisors. Improving the ability of supervisors, expanding the powers of supervisors and protecting the rights of employee supervisors can ensure the possibility of supervision. To improve the effectiveness of supervision, we can strengthen the organization of the supervisory board, reform the way supervisors exercise their powers, clarify supervisors' duty and liability, and create a sound corporate culture. Effective supervisory board governance will enhance the competitiveness of Chinese companies.

Keywords: Corporate Governance; Supervisory Board; Independence; Powers of Supervisors; Effectiveness

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)