

中国监事会真的可有可无吗？ ——以德国克服监事会履职障碍的制度经验为镜鉴

杨大可*

内容提要：在我国，监事会自设置以来始终无法发挥应有作用，立法虽经不断努力完善，但效果不佳。学界逐渐产生将之取消或转为选设机构的声音。此观点的产生，实际上是基于对监事会履职障碍原因的误解。监事会必须继续并长期存在。因此应主要从监事会有效履职的全面制度保障方面予以完善，具体完善路径的探寻须以确定监事会履职障碍的根本原因为前提。德国克服监事会履职障碍的制度经验，例如监事选任机制、信息权制度、监事独立性保障以及公司机构在合规审查中的职权与分工等，可资借鉴。

关键词：监事会 履职障碍 德国经验 公司法修改

一、问题的提出

严重的大股东滥权和内部人控制现象导致我国公司管理与运行不畅、证券市场上违法违规行为泛滥以及中小股东利益受损。究其原因，公司法律规范中监事会法律制度的设计缺陷当属其一。在此背景下，一系列规范 [例如《公司法》(2005 年版)、^{〔1〕}《上市公司治理准则》(2002 年版、2018 年版) 以及《上市公司章程指引》(2006 年版)] 尝试对监事会制度进行完善，但收效甚微。赵旭东教授甚至认为：

“中国公司治理中最为失败的莫过于监事会。2005 年公司法修订时对监事会的职能和运

* 杨大可，同济大学法学院副教授、同济大学中德（国际）经济法研究所研究员。

本文为 2021 年上海市社科规划年度课题一般项目“全面加强党的领导背景下国企内部监督机制重构研究”（2021BFX013）的阶段性成果。

〔1〕 特别说明：由于 2013 年、2018 年两次《公司法》修正并未涉及监事会制度，而本轮《公司法》修改尚在进行中，因此本文仍以 2005 年版《公司法》为主要研究对象和法律依据，下文中的《公司法》若未特别说明，均指 2005 年版《公司法》。

行规则作了许多补充和修改,……但依然难以改变监事会形同虚设的局面。……效仿德日公司法的监事会制度在中国的经济、社会、文化条件下水土不服,无法发挥监督的功能,监事会的设置不但徒增公司治理成本,而且形成了公司监督万事大吉的麻痹意识,挤占了公司监督机制的制度空间。为此,学界已形成取消监事会的广泛呼声。公司法修改即便不宜作出彻底取消监事会的决策,至少也应允许公司自主选择监事会的设置,这也许是中国公司监督机制革新的重要突破口。”〔2〕

由于现行公司法规范中有关监事会运行的制度设计仍然过于原则,特别是上市公司对监事会组成、监事长(监事会主席)人选、监事任免、监事会日常工作机构设置、会议召开以及监事职责、履职要求和保障以及法律责任等问题,在实际操作中一直存在较大困惑,因而迫切需要得到进一步强化或明确。2015年末,中国上市公司协会经证监会批准发布《上市公司监事会工作指引》(以下简称《工作指引》),对上述问题做出积极回应。然而,鉴于其指导性自律规范的属性,《工作指引》仅将上述事项作为“倡导推荐事项”提出,未予以硬性要求,因此很难从根本上提振现行监事会孱弱的监督能力。由此看来,将《工作指引》中的相关规定有选择地融入法律规范就显得十分必要和紧迫。

2021年末,第十三届全国人大常委会第三十二次会议对《中华人民共和国公司法(修订草案)》(以下简称“草案”)进行了审议,并向社会公开征求意见。这是期待已久的新公司法草案的首次亮相。其中最引人注目的问题之一是传统“三会一层”公司治理架构是否会发生变化。通过仔细观察笔者发现,虽然草案新增第64条和第125条将监事会设置为可被董事会内设的审计委员会替代的可选择机构,但有关监事会的总体规定不仅与现行《公司法》基本保持不变,还在第77条中明确规定“监事会是公司的监督机构”,第81条有限地引入了监事会对董事、高管的信息权(监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告),可见立法者并不愿贸然彻底“放弃”监事会制度。〔3〕

对于目前监事会制度的存废,〔4〕或者说监事会变成任意性的选设机构的可能立法安排,笔者的观点非常明确:监事会必须继续并长期存在,特别是在像公司这样的营利法人之中应为必设机构。因为我国《民法典》总则编关于营利性法人的有关规定明确要求营利性法人必须拥有独立的监督机构,也就是说这个监督机构必须独立于经营管理机构,这意味着我国是明确采取二元制的公司治理结构的。所以监事会在现行法制环境下对营利性法人是必设机构,除非对《民法典》上述规则做出重大修改,否则可能出现立法矛盾。

此外,建议取消监事会或者将其变为选设机构的学者还提出另一个看似非常有力甚至无可辩

〔2〕 赵旭东:《公司法修订中的公司治理制度革新》,载《中国法律评论》2020年第3期。

〔3〕 需要注意的是,基于国资改革的安排,在国有独资公司的特别规定中监事会制度被明确排除,草案第153条规定:“国有独资公司按照规定不设监事会或者监事,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。……”

〔4〕 除上文提及的赵旭东教授外,还有多位学者主张废除监事会制度,例如甘培忠:《论完善我国上市公司治理结构中的监事制度》,载《中国法学》2001年第5期;谢德仁:《审计委员会制度与中国上市公司治理创新》,载《会计研究》2006年第7期;石少侠:《我国新〈公司法〉中的公司治理结构》,载《当代法学》2007年第6期;蔡伟:《公司内部监督责任体系的困境——基于对监事的再考察》,载《中外法学》2018年第6期。

驳的论据——经过 2005 年的《公司法》全面修订，监事会已经被赋予了诸多监督职权以及各种各样的所谓保障机制，但仍无法发挥应有作用，所以对于这样一个“花瓶”机构干脆弃之不用。对此，笔者认为虽然现行公司法规范关于监事会的规定看似美丽，已对其各项职权做出比较到位的规定，但却有若干非常重要的点没有真正落实。例如保障监事会有效和高效行使这些法定职权的配套机制长期缺位。比如监事会的信息权，监事会对董事会的人事任免权、薪酬决定权、工作安排权以及特定业务的同意保留权等，这些都是监事会对董事会（及高管）的经营管理行为实施合格监督的前提条件。只有在被赋予法定职权之外的履职保障性权力之后，监事会才能获得相对于董事会和公司高管的超然的独立性，或者说具备实施有力监督的权威性，才能使其真正成为董事会的上位机构。再如监事会的人员组成，包括每位监事的具体任职资格，我国现行公司法规范其实并非对此做出明确规定。同时关于监事会的具体运行机制，包括议事规程在内的自我组织，现行公司法规范也是极其粗疏的。对此下文将予详述。

二、中国立法者为完善监事会制度所做的努力

立法者已经认识到先天不足的制度、资质平庸的人员和内部监督责任体系的困境已经成为监事会合格履职的主要障碍。上文提及的 2018 年版《上市公司治理准则》（以下简称《准则》）、2005 年版《公司法》以及 2006 年版《上市公司章程指引》（以下简称《指引》）对现行监事会制度进行了全方位革新，主要体现在权限的扩展和监督手段的丰富以及职工监事制度的完善。^{〔5〕}这是值得肯定的。

（一）监督权限的扩展

1. 监督权

在我国，监事会监督权的范围一度模糊不清。大多数情况下，人们认为监事会的监督权实质上仅限于对公司财务状况实施审查，至于对董事会的经营决策和董事、经理以及高管的履职行为，监事会只有在确定其明显违法违规时才能过问。

随着《公司法》于 2005 年的修订颁布和《工作指引》的出台，监事会的监督权限得以明确：除了对公司的业务情况以及董事会和经理的履职行为进行“回顾型”监督之外，董事会的商业决策（企业计划）也被纳入监事会的监督范围（可被视为一定程度上的展望型监督）。根据《公司法》第 119 条结合第 54 条第 2 项、《指引》第 144 条第 3 项以及《准则》第 47 条，监事会有权对董事、经理和其他高级管理人员履职行为的合法及合规性实施监督。此外，监事会还可以对违反法律、法规、公司章程和股东大会决议的董事、经理和高管提出解职建议（即所谓的弹劾权）。

特别是《工作指引》不仅明确了监事会的监督对象和基本目标，而且对“董事会、董事”和“高级管理层和高级管理人员”分别列明监督重点，以便监事会据此建立科学全面且具可操作性的监督标准。此外，《工作指引》进一步建议监事会确立董事会及高管的履职评价机制并将相关

〔5〕 参见甘功仁、史树林：《公司治理法律制度研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 262 页及以下；刘俊海：《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社 2006 年版，第 387 页及以下。

内容列入年度报告。^{〔6〕}再者,《工作指引》还就监事会对“公司财务的检查监督”(第29至32条)、“公司内部控制、风险控制的监督”(第33至38条)、“公司信息披露的监督”(第39至44条)以及“公司重大事项审议监督”(第45至49条)做出若干具有极高可操作性的建议性规定,监事会的监督内容由此得到极大扩充和细化,应在本轮《公司法》修订过程中予以有选择的借鉴和吸收。

2. 查阅及审核权(又称检查、调查权)

《公司法》第119条结合第54条第1项以及《指引》第144条第2项均规定了监事会的审阅权。《公司法》未规定监事会在财务会计报告方面的参与权。依该法第165条第1款,财务会计报告应由公司制作并经会计师事务所审计。第166条规定,股份有限公司的财务会计报告应在股东大会年会召开前的20日前置备于本公司,供股东查阅。此外,《指引》第144条第1项要求监事会审核董事会制作的定期报告并向股东大会提交书面审核意见。

《工作指引》第16条规定:“监事会发现公司经营情况异常,可以进行调查。监事会可采用非现场检查、现场检查、审阅报告、调研、问卷调查、离任审计等方式开展工作,必要时,可以聘请第三方专业机构提供协助。”监事会由此获得了定期聘请外部专业机构协助其调查公司相关事项的制度依据。

3. 知情权和质询权

通过细致观察《工作指引》第14、15条可知,为切实保障监事合格履职所需的信息,公司应提供制度支持,鼓励监事依具体情况选择列席董事会专门委员会会议和高级管理层会议,并可对相关决议事项提出质疑或建议。此外,经理工作细则中应对向监事会报告的制度做出规定。为保证监事建议、质询权的有效实施,公司章程或其他相关制度可考虑做出如下规定,即“监事会向董事会和高级管理层及其成员或其他人员提出约谈、质询要求时,后者应积极配合,并在一定期限内进行安排”。

此外,笔者认为信息权制度在监事会合格履职过程中扮演着举足轻重的角色。简言之,监事会可要求公司建立完备的信息供给制度(如经营状况、财务状况等)和工作程序,若涉及重大决策事项(如重要合同、重大事件及案件、审计事项、重大人事变动事项等)须事前告知监事会。这意味着,若公司对监事履职所需相关材料提供不及时、不准确、不完整,则监事会可提出质询。尤其因信息提供不规范致使监事无法正常履职时,监事有权拒绝审议或签署相关议案和决议。如前所述,本次《公司法》修订草案第81条有限地引入了监事会对董事高管的信息权,在一定程度上弥补了监事会履职保障机制的明显短板,令人欣喜。

(二) 监督手段多元化^{〔7〕}

《准则》首先进行了若干有益尝试。依第47条第2句,监事会可独立聘请中介机构提供专业

〔6〕 更为可贵的是,《工作指引》提出的建议极具操作性:建议监事会对董事会、高管的履职评价结果进行“认可”“不认可”“弃权”或其他类似的等次划分;建议监事会对于被评为“认可”以外等次的董事、高管提出限期改进要求,对连续两年被评为“认可”以外等次的董事、高管,依公司相关规定的程序,提出罢免建议;建议公司监事会建立相关制度,将对董事会和高管的履职评价结果和评价依据等形成评价报告,作为监事会年度报告的一部分在年度股东大会上向股东报告,并报公司所在辖区监管机构。

〔7〕 参见前引〔5〕,刘俊海书,第388页;前引〔5〕,甘功仁、史树林书,第261页及以下。

意见。这无疑将对弥补目前监事会专业性不足的缺陷起到立竿见影的效果，但治本之策仍是通过成文法明确规定监事会在专业知识及经验方面的具体要求。此外第 46 条规定，上市公司必须“采取措施保障监事的知情权，为监事正常履行职责提供必要的协助，任何人不得干预、阻挠。监事履行职责所需的合理费用应由公司承担”。该条款对增强监事会在经济方面的独立性大有裨益，经济的独立将使监事会在对董事会实施监督时更有底气。同时，“监事的知情权”这六个字也让人眼前一亮，笔者认为这是构建我国监事会信息权制度的极佳切入点，只可惜立法者未进一步明确此项知情权的具体内容和行使方式，使其流于形式，操作性明显不足。

《公司法》肯定了《准则》的有益尝试。第 55 条 2 款规定：“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。”监事会的专业性和独立性由此得到进一步增强，长期制约监事会职能发挥的枷锁一定程度上被打破。再者，根据该条第 1 款，监事会有权参加董事会会议并就董事会决议提出质询和建议。这一规定看似平淡无奇，实则大有深意。监事会的信息权很重要的一项权能由此得到成文法的确认——在参加会议的过程中，监事会势必能够获得一定数量的经营管理信息，并通过行使质询权和建议权进一步提升这些信息的可信性和针对性。同时就董事会而言，它必须认真权衡监事会的合理建议，〔8〕这样一来，过于冒险或不合理（甚至董事会为一己私利）的经营计划可能被董事会自行否定，公司可能面临的风险和损失随之被消灭于无形。这绝对是非常高明且高效的公司治理手段。此外，该法第 52 条第 4 款和第 118 条第 4 款在保障监事独立性方面同样做出了贡献，其明确规定董事和高管不得兼任监事。

《指引》第 144 条第 8 项强调了上市公司监事会的查阅及审核权，监事会“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、律师事务所等专业机构协助其工作，费用由公司承担。”

三、我国围绕监事会制度展开的学理研究

除上述立法层面的努力之外，我国学界也始终关注着监事会制度的发展完善。对监事会制度的较系统研究，始于 21 世纪初期甘培忠、〔9〕李建伟〔10〕等学者的专文探讨，从该制度的体制性环境、制度安排以及与独立董事的关系等角度，以上市公司监事会制度的发展与完善为核心议题，涉及提升监事会地位、明确其与公司间的基本法律关系及其法定工作程序、引入独立监事、将财会知识作为监事必要任职条件、改革监事薪酬制度和构建监事责任制度等。随后，彭真明、〔11〕周梅〔12〕等学者专门对德国公司治理立法，尤其是监事会制度的最新发展做了较全面评介，针对包括监事会制度在内的公司治理体系提出了一系列中肯的完善建议，例如建立公司治理

〔8〕 参见前引〔5〕，刘俊海书，第 388 页。

〔9〕 参见甘培忠：《论完善我国上市公司治理结构中的监事制度》，载《中国法学》2001 年第 5 期。

〔10〕 参见李建伟：《论我国上市公司监事会制度的完善——兼及独立董事与监事会的关系》，载《法学》2004 年第 2 期。

〔11〕 参见彭真明、陆剑：《德国公司治理立法的最新进展及其借鉴》，载《法商研究》2007 年第 3 期。

〔12〕 参见周梅：《德国监事会制度的最新发展及对中国监事会发展的启示》，载《中德法学论坛》第七辑，南京大学出版社 2009 年版；周梅：《论监事会的信息获取请求权》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2013 年第 4 期。

运行评价机制、引入“遵循或解释 (comply or explain) 原则”模式、立足我国现有模式有效吸收具有普适性的优秀制度,以及从组织设置、职能划分、具体权利义务及职责方面进一步规范和充实监事会制度立法。其间,王保树^[13]通过对非上市公司治理实践的抽样调查,指出应通过多元保障措施(如信息获得、履职辅助及物质保障)保证监事会合格履职。

2010年后,赵万一、^[14]刘俊海、郭雳、^[15]蔡伟^[16]等学者的论著将监事会制度研究推进到一个新的阶段。其中,赵万一以法学研究为切入点,从不同视角对国内公司治理相关研究成果予以冷静审视和详尽评述,其内容涉及公司治理的范畴、理念、路径,其中在讨论监事会与独立董事关系后提出,应尽可能在现有机制框架内通过机构整合解决监督失灵问题,对新机构的设置应持审慎态度。刘俊海则明确指出脆弱的制度设计、虚化的机构和疲软的人员是导致监事会监督不力的根本原因,走出困境的方向是通过完善立法妥善处理独立董事与监事会二者关系,进一步提高监事会地位、强化其监督权限及手段并保障监事任职前的独立性。郭雳更是一针见血地指出,我国现行公司治理体系下的监事会形同虚设,看似周到的制度安排实属纸上谈兵。通过与该项机制的主要形成国和继受国,即德国与日本的细致比对,中国监事会失灵的主要原因在于移植时对制度背景因素的遗失或忽视、立法中过多诉求造成的迷失以及公司普遍存在的控制权特征的制约。确立更单纯的功能定位并允许公司进行模式选择的做法可考虑作为监事会改革的出路。蔡伟强调,公司内部监督责任体系的困境是导致我国监事无法发挥作用的主要原因之一,而这种体系困境已成为世界性难题并逐渐形成减轻公司内部监督者法律责任的趋势。在剖析证监会对上市公司监事所做行政处罚的基础上,我国监事制度的实际运行问题和内部监督责任体系的困境得以呈现。在现代公司治理监督体系日益多元并逐步外部化的大势之下,发展多元化的监督体系成为我国强化公司监督的必然之选。至此,我国监事会制度的研究已达到一个以解释论为主、兼顾实践发展的状态,制度完善问题属于其中最重要的理论板块之一。

综上,国内学者比较关注监事会制度的完善,已提出相当数量的改进建议且大多围绕加强相关立法的制度保障,强调应在现有制度框架下,立足我国国情,在审慎吸收国外先进制度经验基础上,对现行监事会制度进行整合和优化。主要涉及:监事会地位的突出、工作程序的规范、与独立董事关系的协调;监事任职资格和薪酬制度的改革、监事责任制度的建立;监事会履职的保障措施;等等。总体上讲,研究开展得较为稳健扎实,已确立优化监事会法律制度的基本方向。但是,结合现有公司实务需求,参照境外研究发展,似尚有进一步补充完善的空间。例如,在方法上,在先研究手段略显单一,对实证分析法和个案分析法使用较少;未突破成文立法规则比较的局限,较少以域外制度的可借鉴性和移植对象的可操作性为导向开展研究,少见深入到国内外立法、司法和理论各个层面的比较研究。在内容上,对监事会制度功能与定位的研究比较薄弱,

[13] 参见王保树:《非上市公司的公司治理实践:现状与期待——公司治理问卷调查分析》,载《当代法学》2008年第4期。

[14] 参加赵万一、华德波:《公司治理问题的法学思考——对中国公司治理法律问题研究的回顾与展望》,载《河北法学》2010年第9期。

[15] 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》,载《比较法研究》2016年第2期。

[16] 参见前引[4],蔡伟文。

过度强调监事会的事后纠察功能，忽视其事前“咨询者”角色的塑造及相应职权的配套。

四、监事会制度的德国经验

必须承认，我国的监事会制度属于学习德国制度的舶来品，因此密切关注并深入研究德国监事会制度的立法及运行实践是不可回避的作业，当然在学习的过程中须特别注意两国之间在社会、经济、历史等方面的差异，从域外制度所根植的经济背景、规则体系、价值判断和政策考量等层面进行深入比较研究。

监事会制度为德国首创并成为其二元制公司治理结构的显著特点之一。自问世以来，该制度已成为欧洲各界关注的焦点和各国效仿的对象。^{〔17〕} 欧盟委员会更是不遗余力地同步推进各国公司法的协调与监事会制度的推广。^{〔18〕}

始创初期运行良好的监事会制度在 20 世纪 90 年代逐渐暴露出各种问题，社会各界对其有效性产生怀疑。显然，监事会过去那种消极被动的态度和行为方式已无法满足现代公司治理的高要求。

（一）立法及司法层面对积极应对

立法先行。1998 年的《企业控制及透明度法》大幅降低了涉及监事会的强制性规定，同时补充了大量指引监事会行为的建议性规范。具言之，该法要求监事对董事会建立的风险管理体系实施监督并邀请决算审计人员列席年度决算会议并认真听取其意见。此外监事更被赋予与决算审计人员的缔约权。

2002 年的《企业透明度及披露法》同样采取若干重大举措，具有代表性的有：董事会向监事会提交的年度报告须详细说明企业计划的落实情况并分析其原因，而所有监事均可单独要求董事会提交附加报告。各专门委员会须定期向监事会报告其工作情况；监事会须制定并颁布一份关于附同意务的业务目录等等。

之后 2005 年《企业诚实经营及撤销权现代化法》的突出贡献是将商业判断规则引入《股份法》（第 93 条第 1 款），并通过第 116 条对第 93 条的援引而适用于监事会。在此规则保护下，监事会在对董事会实施监督和提供咨询时变得更加积极和大胆。

2008 年《有限责任公司法现代化及防止濫用法》^{〔19〕} 针对有限责任公司进行大幅改革，首先将针对上市公司的董事和监事的损害赔偿请求权的消灭时效从五年延长到十年（《股份法》第 93 条第 6 款）。若监事会例外获得公司代理权（《股份法》第 11 条）并做出相关意思表示（如解散董事会），则每位监事均享有受领权。

〔17〕 Vgl. H. Hoffmann, Mitbestimmung für Arbeitnehmer in Gesellschaftsorganen und grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Bonn 1976.

〔18〕 Vgl. Kolvenbach, Mitbestimmungsprobleme im gemeinsamen Markt, 1991, S. 22 ff.; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 25 ff. und S. 643 ff. sowie die Arbeiten an der 5. Richtlinie, abgedruckt bei Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 3. Aufl. 1991, S. 233 ff.

〔19〕 参见〔德〕马库斯·路德、盖尔德·克里格尔、德克·菲尔泽：《监事会的权利与义务》，杨大可译，张艳校，上海人民出版社 2019 年版，边码 50。

2009年《企业会计现代化法》^[20]针对不必或不得依《国际财务报告准则》进行决算的企业做出若干修订,同时完成了三项欧盟指令的转化工作。另外,该法还在《股份法》中引入以下新规:首先,在转化2006年的(新)决算审计人员指令第41条^[21]时,《股份法》第100条第5款和第107条第4款要求有独立的决算专家在监事会和审计委员会任职。其次,同样是在转化2006年的(新)决算审计人员指令第41条时,《股份法》第171条第1款第2、3句要求决算审计人员就公司内控及风险管理体系可能存在的缺陷和可能危及其自身独立性的情况做出说明。最后,《股份法》第161条改变并扩大了董事会和监事会的年度说明义务:原来,董事会和监事会只是基于《国际财务报告准则》建议而需说明其拒绝遵循《德国公司治理准则》某项建议的理由(第3.10条),但此项说明义务如今已被规定在《股份法》第161条第1款第1句之中。^[22]此前法律已要求公司确保公众可随时查询上述说明的内容。德国学界一致认为公司在其主页上公布其说明即可。而《股份法》第161条第2款现对此做出明确要求。而且此项说明义务的主体也从上市公司扩展到所谓的准上市公司,例如已在受监管市场上发行可交易债券的公司(《股份法》第161条第1款)。

2009年《董事薪酬适度法》除引入若干有关董事薪酬的新规外,还就监事会制度做出如下革新:首先,《股份法》第100条第2款第1句第4项中规定了针对前董事的所谓两年“冷却期”,在冷却期经过后相关人员可被选任为本公司监事。其次,《股份法》第107条第3款第3句规定,董事合同不得仅由某一委员会处理,而应由全体监事会表决通过。最后,《股份法》第116条第3款规定,若监事为董事确定了不适当的薪酬,则其可能向公司承担个人责任。^[23]

自2010年开始,德国立法者即着手《股份法修正案》的编纂工作并将最终版本确定为《董事薪酬控制权改进及股份法规则修订法》^[24]提交联邦议会审议^[25]。应主管法律委员会的建议,^[26]联邦参议院在其2013年9月20日的会议上召集了调解委员会。但遗憾的是该法暂时未能获得通过,而新的立法程序中该法是否会以及如何得到处理仍需拭目以待。^[27]该法给监事会制度带来两项重大变革:

第一,该法对《股份法》第120条第4款做出如下修正:上市公司股东大会必须每年就监事会的董事会薪酬体系做出决议,该决议对监事会具有积极或消极的拘束力。这样一来,股东大会中的相关讨论就不会过于抽象,监事会向其向股东大会提交的提案中应说明董事会主席、其代理人以及普通董事在其制定的薪酬体系中所能达到的最高薪酬数额。上市公司监事会由此丧失董事会薪酬的自治权,它需要依股东大会的指示行事。^[28]监事会丧失此项权限的主要原因就在

[20] 参见前引[19],马库斯·路德等书,边码51。

[21] Vgl. Abgedruckt und erläutert bei Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, S. 859 ff.

[22] Vgl. dazu Lutter, Kölner Komm. AktG, § 161 Rn. 87 f.

[23] 参见前引[19],马库斯·路德等书,边码52。

[24] 参见前引[19],马库斯·路德等书,边码54。

[25] Vgl. Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 27. 6. 2013, BR-Drucks. 637/13.

[26] Vgl. Empfehlungen des Rechtsausschusses und des Wirtschaftsausschusses vom 9. 9. 2013, BR-Drucks. 637/1/13.

[27] Vgl. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. 11. 2013 formuliert die Absicht, dass künftig die Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats über die Vorstandsvergütung entscheiden soll (S. 17).

[28] Vgl. Ähnlich schon immer die Rechtslage in der paritätisch mitbestimmten GmbH, wo die Gesellschafter verbindliche Vergütungsrichtlinien erlassen können, näher dazu unten Rn. 1136.

于联邦参议院对调解委员会的召集。^[29]

第二，依《股份法》第 394 条第 1 句由政府提名而选入或派入监事会的代表，“对于其应向该政府做出的报告，不受保密义务的限制”。根据《股份法》第 395 条，上述报告的受领人负有保密义务。此项规定通过《董事薪酬控制权改进及股份法规则修订法》而增加了第三句的全新表述：“第一句中报告义务可以以法律、公司章程或者监事会以书面形式公布的法律行为为依据。”这一表述明确地扩大了上述报告义务的范围，特别是此类义务今后可由相关公司的章程予以规定。

随着德国司法实践的日益丰富^[30]和上述法律规范的持续发力，监事会制度面貌一新，从监事会职责的扩大和监事的权利与义务的相应扩大即可窥见一斑。具言之，虽然监事会的首要职责（即监督董事会的经营管理）未发生改变，但监事会的角色却已由单纯的监督机构逐渐演变为同时共享经营管理权的咨询与共同决策机构。可见，监事会的职责不再只是回顾性的，更具有浓重的展望性意味。

（二）学界提供智力支持

德国学者对监事会法律制度的研究呈现逐步深入且角度愈发多元的态势。霍普特（Hopt）全面梳理德国及欧洲公司治理制度框架，特别是监事会制度法律规范。^[31]霍梅尔霍夫（Hommelhoff）明确了规范监事会制度运行的各类规则（包括法律、公司章程、准则和企业内部规则等）的效力层级。^[32]伯克利（Böckli）指明一元与二元经营管理及监督机制正在呈现逐步融合的发展趋势。^[33]宇特克（Oetker）强调董事会与监事会开展广泛合作具有重大法律意义。^[34]维特（Witt）则从企业管理学视角分析二者开展合作的必要性。^[35]维尔德和艾弗斯（v. Werder/Evers）阐述监事任职资格和薪酬确定方式对公司治理效果的巨大影响。^[36]赛博特（Seibt）强调监事会与董事会间的信息交流对提高监督效率具有积极作用。^[37]巴尔维泽（Ballwieser）指出在法律层面引入风险管理体系概念是对监事会信息权制度的重要补充，并明确了审

[29] Vgl. Empfehlungen der Ausschüsse vom 9. 9. 2013, BR-Drucks. 637/1/13.

[30] Vgl. BGH v. 25. 3. 1991-II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 130=AG 1991, 312; „Die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen, enthält die Pflicht, den Vorstand in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung zu beraten.“ BGH v. 21. 4. 1997-II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 255=AG 1997, 377 (ARAG).

[31] Vgl. Klaus Hopt, „Die internationalen und europarechtlichen Rahmenbedingung der Corporate Governance“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[32] Vgl. Peter Hommelhoff/Martin Schwab, „Regelungsquellen und Regelungsebenen der Corporate Governance: Gesetz, Satzung, Codices, unternehmensinterne Grundsätze“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[33] Vgl. Peter Böckli, „Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führung-und Aufsichtssystems“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[34] Vgl. Hartmut Oetker, „Vorstand, Aufsichtsrat und ihr Zusammenwirken aus rechtlicher Sicht“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[35] Vgl. Peter Witt, „Vorstand, Aufsichtsrat und ihr Zusammenwirken aus betriebswirtschaftlicher Sicht“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[36] Vgl. Axel v. Werder, „Qualifikation und Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern aus betriebswirtschaftlicher Sicht“ und Heinz Evers, „Vorstands-und Aufsichtsratsvergütung“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

[37] Vgl. Christoph H. Seibt, „Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat (dualistisches Leitungssystem) bzw. innerhalb des Verwaltungsrats (monistisches Leitungssystem)“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

计人员在公司治理中所应扮演的角色。^{〔38〕}路德（Lutter）详细阐述监事会制度在德国的产生、发展和基本运行方式，明确界定各公司类型中监事会及监事的权利与义务。^{〔39〕}林雷、克雷默、路德和维尔德（Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder）系统梳理《德国公司治理准则》发展历程及其针对监事会制度的完善建议。^{〔40〕}缪勒斯（Möllers）通过详述监事忠实义务的内涵，阐明监事履职过程中因利益冲突导致义务违反所引起的法律后果及应对办法。^{〔41〕}德国学界已形成共识，监事会的上述职责有助于使德国二元制公司治理结构兼具一元制公司治理结构的优势。

可见德国公司法学者对监事会法律制度完善方案的持续细致研究主要呈现三大特点：一是研究维度多、延续性好，且方法兼重规范研究与实证分析；二是内容紧扣监督意识的转变（由“被动回顾型”转向“积极展望型”）、权限内涵的扩充及保障等；三是成果对相关立法具有重大指导意义，有效推动监事会法律制度的革新。在学者与立法者共同努力下，前述一系列法律规范从监事任职条件及法律地位、监事会议事规则及专门委员会设置、大监督权概念的引入、多元履职保障措施以及实现监事独立等角度，为现行制度的良好运行提供了有力保障。在此过程中，立法者不断从学界获得技术支持，而学界亦从立法和司法实践中获得研究灵感和方向，两者之间已形成良性互动关系。

五、寻找困境破解之道的前提：履职障碍根本原因探析

为什么我国现行监事会制度会成为学者眼中“扶不起的阿斗”，甚至面临被取消之虞？笔者认为，造成这种困局的原因是多方面的：

首先，从我国的社会传统来看，很多国人长久以来一直认为社会秩序的维护必须依靠行政力量来实现，反映在公司实践中就是人们不信任作为公司内部监督机构的监事会有能力、有胆量、有决心对董事会（管理层）的经营管理行为实施铁腕监督，而更习惯于依赖公司内部最高权力机构——股东大会或公司外部的专门行政机构来完成这一任务。而从我国目前的公司实践来看：一方面，股东大会是名副其实的“大股东会”，^{〔42〕}对其负责的董事会和监事会也就相应地沦为大股东利益的代表和保护伞，内部监督举步维艰；另一方面，我国目前尚不存在对公司经营机构实施监督的专门行政机构，外部监督无从谈起。

其次，从我国的经济体制来看，国有企业转制而来的大型股份公司可能长时间无法根本消除计划经济给公司治理模式打下的深刻烙印，“新三会”短时间内仍未能接管“老三会”的权力，

〔38〕 Vgl. Wolfgang Ballwieser, „Controlling und Risikomanagement“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

〔39〕 Vgl. Lutter, Marcus/Krieger, Gerd/Verse, Dirk A., Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Verlag Otto Schmidt, Köln, 6. Aufl. 2014.

〔40〕 Vgl. Ringleb, Henrik-Michael/Kremer, Thomas/Lutter, Marcus/v. Werder, Axel, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, Verlag C. H. Beck, München, 2014.

〔41〕 Vgl. Thomas M. J. Möllers, „Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern“, in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., 2010.

〔42〕 参见前引〔5〕，甘功仁、史树林书，第256页。

公司实际运营仍由后者掌控。其中最突出的问题是国有股所有人（即可以在公司法层面上被问责的国有股东^{〔43〕}）仍然缺位。这意味着没有国有资产所有人的代表在公司内部履行监督职权。因此，打造合格股东就成为国有企业公司治理的核心问题，各级政府国资委（局）应运而生。但非常遗憾的是，国有资产管理体制迟迟未能依公司法规范完成蜕变，名为股东的国家（政府）仍受困于旧体制下的政企关系行为模式，“新三会”的建立未能实现公司内部制衡的美好愿望，公司法规范在保护国家股东的权益方面仍无用武之地。

最后，法律规范未能为监事会有效履职提供全面的制度保障。笔者认为，这是导致我国监事会始终无法发挥应有作用的最根本原因。主要体现在以下五个方面：

第一，监事的选任机制包括提名、选举和解聘程序均存在明显缺陷。无法期待这样漏洞百出的机制能够选出合格的监督人员。^{〔44〕}同时，我国公司法规范未要求公司依监督职责和专业领域确定监事所应具备的专业知识及经验，监事会内部因而无法据此分工，各司其职，各显其能。在这样的情况下，很难保证监事有能力和精力从其专业角度对相关业务可能给公司带来的机遇和风险做出正确评估。

第二，制定法层面的信息权制度长期缺位。若监事会不享有针对经营管理层的全面信息权，即便其作为董事会的上位机关并享有人事任命权，且监事均具备较高专业素养，也无法在不了解相关经营管理措施的确切内容的情况下对公司可能面临的机遇和风险做出准确评断。此时要求其合格履职实属奢望，更妄谈与董事会进行探讨并提出合理建议了。

正如格伦德曼（Grundmann）教授所说：“监事会的信息权毫无疑问是其监督权的基础。没有充分信息的监督是无法想象的。”这一关键问题长期被我国立法者忽视，却很早就得到德国立法者的关注，德国企业监事会的良好履职效果正是得益于信息权制度的立法保障。^{〔45〕}虽然我国本次公司法修订草案第81条有限地引入了监事会对董事、高管的信息权，从而在一定程度上弥补了监事会履职保障机制的明显短板，但从德国近年来的公司治理实践来看，只靠信息权这一味药是无法根治监事会的监督无力症的。在这方面，风险管理体系概念的引入以一种温和的方式修补并维护着德国现行的公司治理制度。笔者相信，得到风险管理体系进一步完善的信息权制度将最大程度地缓解我国监事会的监督无力症，这也因此成为我国立法进一步完善的方向。^{〔46〕}

第三，监事的独立性概念未得到法律明确界定，导致监事任职前和履职中的独立性无法得到保障。以股份公司为例，监事会在履职过程中的独立性被利益冲突和大股东或作为大股东代表的经营管理层所严重侵蚀，根本无法对大股东或经营管理层实施严格监督，维护中小股东利益和公司整体利益更是力不从心。尤其令人担忧的是，现行公司法规范对监事独立性未置一词，其法律内涵扑朔迷离。反观同样采取二元制治理结构的德国公司，2012年^{〔47〕}和2019年版《德国公司

〔43〕 参见徐晓松：《公司治理：“结构”抑或“问题”》，载《政法论坛》2013年第6期。

〔44〕 参见前引〔5〕，刘俊海书，第387页；前引〔5〕，甘功仁、史树林书，第256页及以下。

〔45〕 关于德国监事会信息权制度的基本构架，具体参见杨大可：《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。

〔46〕 详见杨大可：《论风险管理体系概念在法律层面的引入——以监事会的完善为目标》，载《当代法学》2015年第1期。

〔47〕 详见杨大可：《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。

治理准则》^{〔48〕}的出台有力助推监事独立这一浩大工程的顺利完工。为了更好地保障监事在整个履职过程中的独立性,准则委员会^{〔49〕}对监事独立性概念进行全面修正并大幅拓宽独立性丧失原因的范围。笔者未来将据此对目前开放性的监事独立性概念进行合理界定,以期为我国实现监事独立之路指出可能的前进方向。

第四,违背合规要求的行为将使企业遭受重大不利后果以及声誉的严重受损。设置合规管理体系在一定程度上有助于企业或企业集团避免或减少可能危及其存续的风险的发生。监事会的特定合规职责亦由此产生。《德国公司治理准则》第4.1.3条明确要求董事会采取针对公司风险状况的适当措施(合规管理体系)并披露其基本特征。笔者将深入研究《德国公司治理准则》与合规有关的修订以及监事会合规职责的具体内容,从而为我国立法清晰规定监事会的合规职责提供可资借鉴的域外经验。此外,鉴于监事会和董事会在公司运行过程中所享有(肩负)的不同职权(责),笔者将尝试厘清这两大公司机关在实施合规审查过程中各自的权责分配,以及二者开展合作的可能与具体方式,以期为我国未来公司法规范中合规管理制度的完善提供有益借鉴。^{〔50〕}

第五,就国企内部监督机制而言,《民法典》总则编对营利法人治理结构的规定使监事会成为所有蕴含营利性因素国企的必设机构。相较于股东(大)会和董事会,监事会因其监督职责(主要针对经营管理行为的合规性、合目的性和经济性)与党组织以“把方向、管大局、保落实”为核心的领导作用高度契合,可作为更为妥适的融合对象。然而目前公司法规范尚未对具体耦合模式提出设计方案。笔者认为,将党组织整体融入监事会的集中参与方式似乎更为可行。国企党组织本身(基于党管干部原则)享有针对董事高管的人事任免权、薪酬决定权以及针对“三重一大”事项的决策权(已具有同意保留制度的雏形),将成为监事会与之耦合后对公司经营管理实施高效监督的有力保障。^{〔51〕}与此相关联,在公司法规范未就上市公司专门委员会的设置做出明确规定的情况下,《上市公司治理准则》承担起设计其设置主体、设置权限、组成和主要职责的重担。但考虑到将董事会作为专门委员会设置主体存在自我监督之虞,进而加剧国有上市公司的内部人控制现象,因此应将专门委员会置于已与党组织有机耦合的监事会之下,特别是专门委员会设置权限的界定、各委员会权与责的厘清以及内部秩序与履职保障的搭建将成为学界和实务界的工作重心。^{〔52〕}

六、结语

我国立法者为完善现行监事会制度所采取的诸多措施固然出于良好的初衷且付出了艰辛的努

〔48〕 关于《德国公司治理准则》2012年之前各版本的介绍,可参见前引〔19〕,马库斯·路德等书,边码6、55、56以及其他相关论述;冯果、李安安:《金融创新视域下的公司治理——公司法制结构性变革的一个前瞻性分析》,载《法学评论》2010年第6期。关于2019年版《德国公司治理准则》的相关进展,请参见杨大可:《2019年版〈德国公司治理准则〉的两大革新》,载《燕大法学教室》2021年第3期。

〔49〕 该委员会由德国联邦司法部设立。

〔50〕 详见杨大可、张艳:《论德国监事会合规职责的制度内涵》,载《同济大学学报(社会科学版)》2019年第3期;杨大可:《德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及其对我国的启示》,载《证券市场导报》2016年第11期。

〔51〕 详见杨大可:《论党组织与国企监督机制的融合》,载《当代法学》2020年第2期。

〔52〕 详见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置——以2018年〈上市公司治理准则〉为起点》,载《北方法学》2019年第5期。

力，但实行以来收效甚微，仍难免给人以隔靴搔痒之感。

笔者认为，在现行法制条件下，监事会将在营利法人中继续并长期存在，因此各界不应继续纠结于监事会制度应否取消的问题，而是应致力于尽快找到切实提高监事会监督能力的办法（例如明确监事任职资格及其监督对象、标准和手段，鼓励监事会实行内部分工并建立相应的专门委员会，细化监事会组织程序，完善职工监事制度，等等），保障其监督独立性（其中最重要的是明确界定监事独立性的概念），在风险管理体系的辅助下确保其及时获得履职所需的全面信息（进一步细化和完善监事会信息权制度），并通过赋予其对董事的人事任免权、薪酬决定权以及工作组织权等一系列权限，建立监事会在董事会和管理层面前的权威和威慑力，使其有能力也有胆量对董事会和管理层实施铁腕监督，这才是我国立法者当前的首要任务。在这几个方面，德国监事会实践中的相关制度具有极高的可借鉴性和可操作性。

Abstract: In our country, the board of supervisors has been unable to play its due role since its establishment. Although the legislation has been continuously improved, the effect is not good. The academic circle has gradually produced a voice of abolishing it or turning it into an optional institution. This view is actually based on a misunderstanding of the reasons for the obstacles to the performance of the board of supervisors. The board of supervisors must continue to exist for a long time. Therefore, the improvement should be focused on the comprehensive institutional safeguards for the effective performance of duties of the board of supervisors, and the exploration of the specific improvement approach should be premised on the identification of the root cause of the barriers to the performance of duties of the board of supervisors. The institutional experience in Germany to overcome the barriers to the performance of duties of supervisory boards, such as the mechanism for the election of supervisors, the information rights regime, the guarantee of the independence of supervisors, and the authority and division of labor of corporate bodies in compliance reviews, is worth examining and learning from.

Key Words: board of supervisors, obstacles to performance, German experience, amendment to the corporate law

(责任编辑：周 游 赵建蕊)