

民营上市公司的公司治理改革 究竟遗漏了什么?

——基于中日比较法的视角

郭 远*

摘要:民营上市公司的内部监督机制之失效是我国现代公司治理下的一个重要问题。在我国和日本,由于外部市场监督和股东内部监督都没有起到应有监督效果,如何加强公司内部监督机构的监督作用显得异常重要。日本的经验表明,在参考美国先进立法经验时,应将传统企业文化对监督机制产生的影响作为重要考量因素。在我国,从古至今传承下来的父权至上文化影响着民营上市公司的内部监督机制。在这种传统企业文化下,为了加强我国民营上市公司中监督机构的监督作用,立法者可采取的立法策略为提高企业内中小股东和独立监督人员等“异姓宗族”的权限,同时限制拥有“父权”的控股股东/实际控制人的权限。

关键词:公司治理 监督机制 传统企业文化
内部晋升 父权至上

* 北京大学法学院经济法学 2018 级博士研究生、东京大学法学院特别研究学生。

一、背景与问题

在现代社会,公司无疑已发展成为商业的一个重要载体,当我们论及我国治理能力现代化的法治问题时,公司治理无疑是一个需要我国理论界和实践领域密切关注的问题。公司治理中,如何做好监督工作降低代理成本是至关重要的。在我国,上市公司普遍建立了以监事会和独立董事为核心的内部监督机制,有学者将这种监督机制称为“双核心监督机制”〔1〕。然而,遗憾的是,引入我国这种“双核心监督机制”并没有发挥应有的监督效果,其监督作用的失灵已成为一个老生常谈的问题〔2〕。这些年来,我国立法者借鉴了许多美国先进经验,望通过美国先进立法来解决此问题,然而却并没有发挥很好的效果。

邻国日本也同我国一样,参考了许多美国的经验,对其上市公司的内部监督机制进行着改良。日本通过2005年和2014年对《公司法》的两次修订,构建起了三种不同类型的上市公司,其分别有着独特的内部监督机构,代表着日本上市公司三种不同的内部监督机制。然而,在当今日本社会,日本上市公司经营管理层违法、违规事件却频频出现〔3〕。这似乎意味着,美国先进经验这套已有“处方”并没能解决日本上市公司的内部监督机制所存在的问题。对于日本立法者来说,找到这些问题的源头从而“对症下药”就显得十分有必要。

国情有别,日本上市公司的内部监督机制所含有问题显然并不一定就会在我国发生,但由于日本和我国一样大量借鉴了美国法,使日本的经验借鉴有很大可能给我国上市公司的内部监督机制该如何改善带来一些启发。同时,从下文的分析中可以看出,和我国相似,日本的

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

〔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》,载《比较法研究》2016年第2期。

〔3〕 参见〔日〕青木英孝:「コーポレート・ガバナンスと企業不祥事の実証分析」,载『経営學論集』2016年第86集。

外部市场监督和股东内部监督并没有发挥很好的效果,这使得在我国和日本,公司内部监督机制的监督作用显得非常重要,也使得日本成为我国一个很好的研究对象。

因此,本文将探讨导致日本上市公司内部监督机制改革失败的因素,希望从中得到一些启示,并以这些启示作为线索,在把我国民营上市公司作为考察对象〔4〕的基础上,试图找出致使我国民营上市企业内部监督机制出现问题的原因并提出一些改革建议,从而为我国治理能力现代化的法治问题下重要的一环——公司治理问题提供一些新的视点与对策。

下文将首先对日本上市公司的内部监督机制进行介绍并指出其存在的问题,总结出日本立法失败的原因。其次,在日本比较法的启示上,本文将对我国上市公司的内部监督机制的进行反思和提出相关立法建议。

二、日本上市公司内部监督机制的介绍

在日本现行法律体系下,上市公司可以任意选择采用以下三类公司设置模式:(1)监事会设置公司(以下简称传统公司);(2)指名委员会等设置公司(以下简称三委员会公司);(3)监查等会员会设置公司(以下简称单委员会公司)〔5〕

〔4〕 本文没有把国有上市企业作为考察对象的原因在于,虽然在我国,国有上市企业和民营上市企业存在不同的代理问题,一并讨论并不妥当。具体说来,在所有权集中的民营上市企业中,大股东和小股东之间的代理问题需要受到关注,而在国有上市企业中,代理问题更为复杂,因为作为大股东的国资委的目的并不在于保证自身利益的最大化,其还要考虑公众利益的问题。有实证研究也表明,在国有上市企业中,大股东利用决议优势榨取少数股东的行为一般不会出现。See Sheng Xiao & Shan Zhao, *How Do Agency Problems Affect Firm Value? —Evidence from China*, *The European Journal of Finance*, 20:7-9, 2014, pp. 803-828.

〔5〕 参见〔日〕江頭憲治郎:『株式会社法(第7版)』,有斐閣2018年版,第312页。这里需要注意的是,理论上,一些年末资产负债表上公司资产不到5亿日元和负债不到200亿日元的刚刚上市的日本公司可以采用只设置监事的公司设置模式,但在现实中日本几乎不存在这样的上市公司。

总的来说,在这三类上市公司中,董事会都承担着对董事的业务执行情况进行合法性和适当性监督的职责,^[6]并且在前述三委员会公司、单委员会公司^[7]和部分传统公司^[8]中,日本《公司法》要求设置会计监查人^[9]对公司的财务报表进行监查并制作会计监查报告。^[10]除了董事会和会计监查人这些共通的监督机构外,这三类公司还分别有着自己独特的内部监督机构。这三种独特的内部监督机构都在各自的公司类型中担负着主要的监督职责,由它们各自主导所构成的内部监督机制代表着日本上市公司的三种不同的内部监督机制。以下本文将传统公司、三委员会公司和单委员会公司的独特内部监督机构分别进行介绍并作出对比。

(一) 监事会

在传统公司中,独特的内部监督机构为监事会。

从结构上看,传统公司的监事会由3名以上监事构成,其中必须有1名以上的专职监事,并且监事会的构成成员中必须半数以上为独立监事(日语:社外監査役)。关于此处所说的独立监事,根据日本监事协会的统计,2018年,日本上市公司中的独立监事约有49.8%是由具有专业知识的公认会计士或者税理士(24.2%)、律师(22.1%)和大学

[6] 参见[日]伊藤靖史、大杉謙一、田中亘、松井秀吉『会社法(第3版)』,有斐閣2015年版,第176页。这里需要的是,在日本学界,一般使用日语“監督”来形容董事的职能,而对于监事(日语:“監査役”),则使用“監査”来形容其职能。“監督”和“監査”的分别是一个复杂的问题。简而言之,“監督”包含合法性和妥当性监查,而“監査”仅指合法性监查。但由于日本学界通说认为就算形式上不违反法律条文,在董事业务执行情况有着显著不当的情况下,监事会也应该能够行使其监查机能,所以实际上合法性和妥当性之间区别似乎没有强调的必要。基于该理由,再加上我国也没有像日本一样作出如此详细区分,本文以下将适用“监督”一词来统一描述。关于日本“監督”和“監査”的区分,可参见[日]得津晶:「会社法上の監査概念について:三種類の監査機関の妥当性監査権限」,载『法學』2016年第80卷第4号。

[7] 参见日本《公司法》第328条、第327条第5款。

[8] 年末资产负债表上公司资产超过5亿日元或者负债超过200亿日元的监事会设置公司,参见日本《公司法》第328条第1款。

[9] 此处所说的会计监查人是由公认会计士或监查法人等外部专家组成,其一般并不被认为是公司内部机构。见前注[5],第308页。

[10] 参见日本《公司法》第396条第1款。

教授(3.5%)构成,^[11]可以说具有一定的专业性。

监事由股东大会普通决议^[12]进行选任,选任上的监事有4年任期时间。但是在监事的任期期间中,股东可以通过股东大会特别决议^[13]解任监事。在股东大会上,各监事对选任议案和解任议案有权陈述自己的意见。另外,监事报酬的总额由股东大会普通决议决定,监事对此也有陈述自己意见的权利,而各监事的报酬则在股东大会确定的总额范围内由监事协商确定。

监事会采取独任制,即每个监事可以不通过监事会独自行使自己的监督权限,而这里的监督权限主要包括会计监督和业务监督。^[14]关于业务监督,主要指的是对董事(必要的情况下还包括职员和子公司)的业务执行情况是否违反法律和公司章程进行监督(合法性监督),其并不包括对董事业务执行情况是否妥当进行监督(妥当性监督)。^[15]但是,在董事业务执行情况的不当性超过一定的限度后,监事则可因为董事违反公司法规定的注意义务而对董事业务的妥当性进行监督。^[16]

(二) 监查委员会

三委员会公司是日本在2002年为了向美国公司治理靠拢而导入的制度。^[17]此类公司的董事会下设有指名委员会、监查委员会和报酬委员会,其中监查委员会为公司独特的内部监督机构。

监查委员会由3人以上的委员(委员需为董事)构成,过半数的委员必须为独立董事。这些委员任期为1年,主要通过董事会决议进行

[11] 参见日本監査役協会:「役員等の構成の変化などに関する第18回インターネット・アンケート集計結果[監査役(会)設置会社版]」,载 http://www.kansa.or.jp/support/enquet19_190524-1.pdf,第17页,2020年1月2日访问。

[12] 关于监事的选任决议,需要由有能行使决议权半数以上的股东出席股东大会,并通过出席股东大会半数以上决议权的股东同意。

[13] 关于监事的解任决议,需要由有能行使决议权半数以上的股东出席股东大会,并通过出席股东大会2/3以上决议权的股东同意。

[14] 同前注[6],伊藤靖史等,第191页、第199页。

[15] 同前注[6],伊藤靖史等,第194页。

[16] 同前注[5],第532~533页。

[17] 参见[日]紺野卓:「委員会設置会社における社外取締役の独立性についての研究:東京証券取引所のコーポレートガバナンス報告書を手掛かりとして」,载『専修マネジメント・ジャーナル』2011年第1・2号。

选任,并可以通过董事会决议对选上的委员进行解任,委员在董事会上对选任和解任没有陈述意见的权利。^[18]关于监查委员会各委员的报酬,需由报酬委员会来决定。

因为监查委员会的监督和前述监事会的监督在宗旨和目的上有着共通之处,监查委员会和监事会的监督报告内容有着类似的要求。^[19]但由于监查委员会隶属于董事会,相比于监事会,监查委员会的业务监督权限不仅包括对董事业务执行情况是否合法的合法性监督,还包括对董事业务执行情况的是否妥当的妥当性监督。^[20]另外,监事会和监查委员会之间最大的区别恐怕在于监督方法的不同。如前所述,监事会是采用的是独任制,而监查委员会则需要进行多数决来实行监督(比如,监查报告的内容需要监事委员会的多数决通过,业务财产调查权、子公司调查权都需要监查委员会选出的委员来行使),同时,监查委员会还通过董事会在公司内部设置的监督部门来进行组织性的监督。^[21]

2002年导入的三委员会公司在日本并没有得到很好的应用,根据东京证券交易所的统计,2018年度,在东京证券交易所上市的2635家公司中,三委员会公司只有71家,占有全体公司总数的2.0%。^[22]三委员会公司不被广泛利用的原因主要包括以下几个:(1)三委员会公司对独立董事人数的要求过于严格(董事会的3个委员会中独立董事人数都必须过半数),使得在独立董事人才较为缺乏的日本,上市公司难以达到要求;(2)三委员会公司中关于指名委员会有权决定董事候选人和报酬委员会对董事的报酬有着决定权的规定,损害了董事的利益,从而使得该类公司被公司经营管理者所抵制。^[23]

[18] 参见[日]村田敏一:「監査等委員会設置会社の創設とその課題:不思議なコーポレートガバナンス」,载『立命館法學』2015年第1号。

[19] 同注[6],伊藤靖史等,第208页。

[20] 同注[5],第570~571页。

[21] 同注[6],伊藤靖史等,第208~209页。

[22] 参见株式会社東京証券取引所:「東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書2019」,载 https://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq0000008jb0_att/tvdivq000000uu99.pdf,第66~67页,2020年1月2日访问。

[23] 参见[日]吉井敦子:「監査等委員会の導入とコーポレート・ガバナンスの進展」,北村雅史、高橋英治编:『藤田勝利先生古稀記念論文集グローバル化の中の会社法改正』,法律文化社2014年版,第58页。

(三) 监查等委员会

为了使独立董事制度能被更好的利用,^[24]同时,为了解决日本传统公司(传统公司)中存在的两个问题:(1)监事会结构复杂难懂问题;(2)与国际之间的脱轨而导致的日本公司对海外投资者的吸引力下降,进而导致其公司的国际竞争力下降的问题,2014年日本《公司法》修订中,创设出了在实践中被经营者所接受的、作为传统公司和三委员会公司的中间形态的单委员会公司。^[25]

在单委员会公司中,隶属于董事会的监查等委员会是相对于前述两类公司而言的独特内部监督机构,这一监督机构的设计结合了前述监事会和监查委员会的特点。

第一,从结构、监督方法和业务监督权限上来看,监查等委员会和三委员会公司的监查委员会有着相同的内容。监查等委员会也由3人以上的委员(委员需为董事)构成,过半数的委员也必须为独立董事。因为隶属于董事会,监查等委员会的业务监督权限同样包括了对董事业务执行情况的合法性监督和妥当性监督。其采用的监督方法为多数决而非独任制,并通过从公司内部设置的监督部门来进行组织性的监督。

第二,从监查等委员会委员的选解任和报酬上来看,其与监事会的监事则有着相似的内容。在选解任方面,监查等委员会的委员由股东大会普通决议进行选任(选上的委员任期为2年),并可经由股东大会特别决议进行解任。关于委员的选任议案,监查等委员会持有同意权和提案权,而关于委员的选解任议案,各委员在股东大会上有权陈述自己意见。关于报酬方面,监查等委员会委员的报酬总额由股东大会或章程决定,并且此金额会与委员以外的董事区别开来决定。在股东大会上,各委员对于报酬有陈述自己意见的权利。

另外,相对于监事会和监查委员会,监查等委员会中“等”字体现了其持有的两项前两者所并没有的特殊权限:(1)由委员会选出的委

[24] 参见郭远:《日本公司法改革和实施效果的经验与启示》,载《现代日本经济》2019年第4期。

[25] 参见[日]松岡啓祐:「会社法改正の概要とその課題について——平成26年改正の動向を中心に——」,载『専修大学法学研究所紀要』2014年第39号。

员在股东大会上,有对监查等委员以外的董事的选任和报酬的意见陈述权;(2)关于董事的利益冲突交易,监查等委员会对交易的承认可排除此交易下的董事的职务懈怠推定之规定。^[26]

(四) 三种监督机制的比较

上文对日本上市公司的三种不同内部监督机构(代表着三种监督机制)进行了介绍,将上述三种公司内部监督机构进行概括后,可以绘制成表1(引用的条文皆为2014年日本《公司法》):

表1 日本三类上市公司的独特内部监督机构对比

项目	监事会 (传统公司)	监查委员会 (三委员会公司)	监查等委员会 (单委员会公司)
构成 ^{注1}	3人以上,半数以上监事必须为独立监事,必须有1名以上专职监事(第335条第3款、第390条第3款)	3人以上,过半数的委员必须为独立董事(第400条第1款、第3款)	3人以上,过半数的委员必须为独立董事(第331条第6款)
任期	4年(第336条第1款)	1年(第332条第6款)	2年(第332条第1款、第4款)
选任 ^{注2}	①股东大会普通决议(第329条第1款) ②关于选任议案,监事会有同意权和提案权(第343条第1~3款) ③关于选任议案,各监事在股东大会上有意见陈述权(第345条第4款)	董事会决议(第400条第2款)	①股东大会普通决议,但会与委员以外的董事区别开来选任(第329条第1~2款) ②关于选任议案,委员会有同意权和提案权(第344条之2第1~2款) ③关于选任议案,各委员在股东大会上有意见陈述权(第342条之2第1款)

[26] 见前注[18]。

续表

项目	监事会 (传统公司)	监督委员会 (三委员会公司)	监督等委员会 (单委员会公司)
解任	①股东大会特别决议(第339条第1款) ②各监事在股东大会上有意见陈述权(第309条第2款第7项、第345条第4款)	董事会决议(第401条第1款)	①股东会特别决议(第339条第1款) ②关于解任议案,各委员在股东大会上有意见陈述权(第309条之2第7款、第342条之2第1款)
监督方法	独任制	利用内部监督部门进行组织性的监督	利用内部监督部门进行组织性的监督
业务监督权限	合法性监督	合法性监督和妥当性监督	合法性监督和妥当性监督 ^{注3}
是否要求设置会计监查人	上市大公司 ^{注4} 中要求设立(第328条第1款)	是(第327条第5款)	是(第327条第5款)
报酬	①章程或者股东大会普通决议决定(第387条第1款,决定总额上限即可) ②各监事的报酬由监事的协议决定(第387条第2款) ③对于报酬,各监事有意见陈述权(第387条第3款)	各委员的报酬由报酬委员会决定(第404条第3款)	①股东大会普通决议或章程,但会与委员以外的董事区别开来决定(第361条第1~2款,决定总额上限即可) ②各监事的报酬由监事的协议决定(第361条第3款) ③对于报酬,各委员有意见陈述权(第361条第5款)

1. 半数以上和过半数的规定在董事人数为偶数时会产生区别。

2. 三委员会公司中的监督委员没有任期的概念,但是此类公司的董事的任期为1年(第332条第6款),所以监督委员的任期为1年。另外,单委员会公司中,除了监督等委员的其他董事的任期为1年。

3. 监督等委员会还包括了两项的特殊权限:(1)由委员会选出的委员在股东大会上,有对监督等委员以外的董事的选任和报酬的意见陈述权。(2)关于董事的利益冲突交易,委员会对交易的承认可排除此交易下的董事的任务懈怠推定之规定。

4. 年末资产负债表上公司资产不到5亿日元和负债不到200亿日元的刚刚上市的日本公司(日本《公司法》第2条第1款第6项)。

三、日本上市公司内部监督机制的问题:影响监督效果的诸要素

如上所述,在现行日本的上市公司体系下,形成了拥有独特内部监督机构的三类日本上市公司,这三类日本上市公司代表着三种不同的内部监督机制,并沿用至今。此处需要我们思考的是,在日本现行的内部监督机制之下,日本上市公司的经营管理层真的受到了很好的监督吗?

(一)日本上市公司的外部市场监督和股东内部监督之失效

对于这个问题,首先厘清日本的外部市场监督机制和股东内部监督机制是否发挥作用是有必要的。其中原因在于,如果这两类监督机制正常发挥作用,那么,即使日本各类公司的内部监督机制没有发挥有效的监督作用,公司内的经营管理者也可能受到足够的监督。不过,从以下的分析看来,日本的外部市场监督和股东内部监督并没有发挥很好的监督效果。

首先,在日本,外部市场并没有起到其应有的监督作用。外部市场监督指的是公司外部的资本市场、经理市场和公司控制权市场等给经营管理层带来压力,让经营管理层为了保住自己的饭碗,不得不尽心尽意为公司谋取利益。^[27] 在上市公司股权结构分散的情况下,敌对收购便是外部市场监督的一种重要表现形式。也就是说,当公司经营管理层没有尽到其应有的职责时,公司股价便可能受到影响,引发市场上的其他公司对该公司进行收购,从而导致没有尽职的经营管理层被完成收购的外部收购者辞退。因此,经营管理层为了避免敌对收购的发生,会尽自己最大的努力为公司谋求利益,外部市场监督也因此发挥效果。但是,在日本的上市公司中,敌对收购很少发生。^[28] 实际上,在2005年,敌对

[27] 参见蒋大兴:《独立董事:在传统框架中行动(上)——超越公司治理结构改革的异向思维》,载《法学评论》2003年第2期。

[28] 参见[日]伊势田道仁:「敵対的企業買収に関する一考察:会社法二四七条一号(法令)の解釈について」,载『法と政治』2012年第63卷第1号;[日]宫岛英昭:「潮目が変わった日本のM&A——国内企業のM&A市場(上)」,载 <https://maonline.jp/articles/miyajima0720?page=3>,2020年1月2日访问。

收购曾一度让日本上市公司的经营管理层感到了来自外部收购者的威胁,然而,随着日本上市公司相互之间战略性持股的推进,^[29]敌对收购成功的案例寥寥无几,时至今日,日本公司的这些经营管理者可以说并没有受到来自外部收购者的压力。在这种情况下,日本的外部市场监督实际上并没有对上市公司的经营管理层起到理想的监督之效。

其次,在日本,股东内部监督也没有发挥应有的监督效果。这里的股东内部监督指的是公司股东通过选任和解任等方式对公司经营管理层进行的监督。对于上市公司的经营管理层来说,来自股东的内部监督也起着重要的作用,然而,日本上市公司的股东,特别是那些占有较大股权的股东却并没有起到监督公司经营管理层的作用。虽然如上所述,日本上市公司有着较为分散的股权结构,但实际上日本上市公司的市场中仍然存在一个主要的投资者,即传统机构投资者(如保险公司、金融信托投资机构)。但是在实践中,日本的这些传统机构投资者对公司治理却漠不关心,很少行使其自身持有股东权利去监督上市公司的经营管理层。^[30]日本上市公司的分散股权结构下控股股东的缺失,加上占有较大份额股份的传统机构投资者的监督不作为,便导致在日本上市公司中,经营管理层和股东之间可以说存在较大的代理成本,这意味着股东内部监督并没有起到对经营管理层的监督作用。

在外部市场监督和股东内部监督都没有发挥应有的监督作用之时,由公司内部监督机构构成的内部监督机制就显得尤为重要。然而,日本各类上市公司的内部监督机制发挥应有的监督效果吗?

(二)日本《公司法》下内部监督机构的监督效果:表面与现实

关于此问题,从上述三种内部监督机构下监督人员的选解任、报酬和构成等方面的立法上来看,日本《公司法》可以说给了其上市公司内部监督机构一定的独立性。具体来说:

第一,在日本,上市公司有着较为分散的股权结构,“一股独大”的问题并不存在,^[31]在这种股权结构下,实际上单一股东难以凭借一己之

[29] 同前注[6],伊藤靖史等,第153页。

[30] 参见[日]江头宪治郎编:『株主会社法大系』,有斐阁2013年版,第19页。

[31] 同前注[6],伊藤靖史等,第152页。

力决定上述三类内部监督机构的成员,因此,将内部监督机构成员的选解任和报酬的决定权交与股东大会多数决定有着一定合理性。

第二,对于选任议案,传统公司的监事会和单委员会公司的监查等委员会有着同意权和提案权,并且,在股东大会上,这两个内部监督机构的各成员对选解任议案和报酬也有着陈述自己意见的权利,这些规定都在一定程度上保证了这两个监督机构的独立性。而关于三委员会公司,从股权结构分散的角度上来看,虽然通过董事会会议便可解任监查委员会委员的规定似乎会给这些委员带来担心轻易丢失自己饭碗的压力,但实际上想要解任这些委员却并不简单。其原因在于,在三委员会公司中,董事会的成员来源于三委员会(指名委员会、监查委员会和报酬委员会),而三委员会在构成上都有着独立董事的人数需要过半数的规定。^[32]

第三,内部监督机构中专职监督职员的存在也在一定程度上保证了三种内部监督机制实际发挥监督效果。如上所述,在日本的传统公司中,法律要求公司监事会中必须设置专职监事。而关于另外两类上市公司,虽然法律并没有有关专职化的明文规定,但是由于不符合独立董事条件的公司内部董事在担任了监查等委员(单委员会公司)和监查委员(三委员会公司)之后,不能同时兼任公司的业务执行董事,^[33]因此,在实际上,就产生了不得不将这些内部董事进行专职化的需要。^[34]根据东京证券交易所的统计,2018年度,三委员会公司的监查委员会中,有60.6%的公司设置了至少1人的专职委员,其专职委员的人数平均为0.8人,而在单委员会公司中,有83.7%的公司设置了至少1人的专职委员,其专职委员的人数平均为0.92人。^[35]

可见,在日本上市公司分散的股权结构下,日本《公司法》关于内部监督机构的选解任、报酬和构成上的规定给予了其一定的独立性。表面上看,在这种独立性下,这些监督机构似乎能够发挥应有的监督效果。

然而,分散股权结构下内部监督机构的选解任、报酬和构成等方面

[32] 同前注[18]。同样,过半数的规定在监事会和监查等委员会中也存在。

[33] 参见日本《公司法》第331条第4款第3项,第400条第4款。

[34] 同前注[18]。

[35] 同前注[22],第105页。

的独立性并不意味着日本三种内部监督机构实质上的独立,也并不代表着日本上市公司的经营管理层受到了很好的监督。近年来频发的上市公司经营管理层违法、违规事件(如下文提及的日本东芝公司财务造假事件)便明确地反映出日本上市公司的内部监督机制依旧存在问题。在笔者看来,日本《公司法》关于上市公司内部监督机制的改革背后虽然参考了很多国外先进制度,但却并没有“对症下药”,即日本立法者虽然吸收了大量美国法的先进经验,但他们或许在吸收这些经验时,忽略了影响上市公司内部监督机制的一个重要要素——日本传统企业文化。

(三) 导致内部监督机构的监督失效的基本要素:日本传统企业文化

在论述该基本要素对上市公司内部监督机制的影响之前,有必要说明一下在日本国情之下的传统企业文化,也即内部晋升制度。

1. 内部晋升制度的由来与发展

所谓内部晋升制度,指的是新入职员进入公司后,经过常年在公司的就职从而一步步晋升至公司经营管理层的一种日本公司的内部高层选拔制度。^[36] 该制度并不是日本法律明文规定的一个制度,而是日本企业默认的一种企业文化。关于该制度的起源可从 20 世纪 20 年代开始说起。

内部晋升制度是伴随着终身雇佣制度的产生在 20 世纪 20 年代之后的日本开始形成的。^[37] 在那个年代,日本受到了俄罗斯革命和第一次世界大战后经济萧条的影响,劳务争议频发,与此同时,其重工业工厂开始采用大规模生产的生产方式,从而导致了专职化职工的需要,这些种种原因让很多日本的工厂主放弃了原来一直采用的承包经营制,开始雇用那些刚从学校里出来的毕业生,并以他们为中心进行专职训练与培养,形成了以工龄为晋升基础的内部劳动市场。^[38]

20 世纪 30 年代,日本的企业曾十分重视股东利益,股东也相应的拥

[36] 参见[日]江頭憲治郎:「会社法改正によって日本の会社は変わらない」,载『法律時報』2014 年第 86 卷第 11 号。

[37] 参见[日]谷川寿郎:「日本の経営に関する一考察:内部昇進制を中心として」,载『立教ビジネスデザイン研究』2015 年第 12 号。

[38] 参见[日]占部都美:『日本の経営は進化する』,中央経済社 1984 年版,第 38 页。

有很大的权限,^[39]但随着1937年以近卫文麿为中心的日本内阁成立之后,新体制运动得以推广,《临时资金筹集法》《国家总运动员法》相继出台,日本政府获得强权,从而使那些重视股东权利的日本企业被相应地赋予公共性,并向重视企业经营者和员工的方向进行转型。^[40]其后,伴随1939年《公司利润分配和金融通法》和1940年《公司经理统治法》的出台,日本企业向股东进行利润分配受到了限制,这给日本企业高层人员的构成带来了影响,使得由内部晋升产生的企业高层人员比例上升。^[41]另外,由于1939年被誉为“主银行制度开端的‘时局共同融资团’”的设立和1942年以《金融统治团体令》为依据的“全国金融统治会”的设立,第二次世界大战前在日本占比较大的直接金融被间接金融所取代,这种取代对日本企业的资本构造产生了一定的影响,进而也在一定程度上促进了内部晋升制度在日本企业中的应用。^[42]

在第二次世界大战之后,日本企业的特征可概括为董事会被内部晋升的员工所占领,^[43]可以说内部晋升的企业文化在日本企业中得到了延续。而到了21世纪,该延续也并没有被中断。有统计表明,在2014年东京证券交易所主板市场(东证一部)上市的公司中,高达70%的上升公司的经营管理者是由内部晋升的员工组成的。^[44]同样,具体到日本上市公司的内部监督机构,内部晋升员工为机构领导的比例也依然十分高。比如,据日本监事协会的统计可知,2018年在日本上市的传统公司(统计公司皆为上市公司,统计总数为1468家)中,有多达1104家(75.2%)公司的监事长是由公司内部产生的专职监事担任。^[45]

[39] 参见[日]渡辺茂:『ROE[株主資本利益率]革命』,東洋経済新報社1994年版,第34页。

[40] 同前注[37]。

[41] 参见[日]野口悠紀雄:『1940年体制(増補版)』,東洋経済新報社2010年版,第28页。

[42] 同前注[37]。

[43] 参见川本真哉:「20世紀日本における内部昇進型経営者」,載『企業研究』2009年第15号。

[44] 参见谷川寿郎「経営者内部昇進制についての一考察:日本とアメリカの比較実証研究を中心として」,載『ビジネスクリエーター研究』2016年第7号。

[45] 同前注[11],第28页。

2. 内部晋升制度对上市公司内部监督机构的影响

由上可得,在现代,日本上市公司可以说依旧深深地受到内部晋升制度这一传统企业文化的影响。在这种传统的选拔制度下,日本上市公司董事会、监事会的成员有很大一部分来自公司内部晋升的职员,这些内部晋升的职员牢牢占据了高层的职位,导致了日本上市公司董事会、监事会成员的流动性很低。在这种现状下,便容易产生以下这样一个问题:由于意识到一旦被解雇,自己将失去这长年努力获得的职务并很难在其他公司就职,因此,通过内部晋升制度进入公司董事会、监事会的内部职员往往不愿意在公司内轻易得罪他人。并且,这些内部成员在长年累月的交往中往往相互认识,从而在他们之间容易产生一种同伴意识,这使得他们更加容易在公司日常运营中相互包庇。^[46]

这种内部晋升的企业文化使得日本上市公司中的内部监督机构之监督效果大打折扣。在该企业文化下,由内部晋升而产生的董事和监事往往在各自所在的监督机构中掌握着一定的实权。这种由内部监督人员掌权的架构导致的结果便是,许多来自公司外部的独立监督人员丧失了监督的积极性。^[47] 这种积极性的丧失在三委员会公司的监查委员会或者单委员会公司的监查等委员会上或许会更加严重,因为这两种内部监督机构不同于传统公司的监事会(独任制),需经过集体作出决议来行使对经营管理层的监督权。

3. 具体案例

在著名的2015年日本东芝公司财务造假事件中,我们便可看出内部晋升制度这种传统企业文化给日本公司内部监督机构的监督作用所带来的影响。

东芝公司是日本知名的综合电机制造上市公司,其采用的是三委员会公司模式。由上文的介绍可知,三委员会公司实际上是日本上市公司

[46] 参见[日]須藤典明:「コーポレートガバナンスと会社法の改正:東芝問題を手掛かりに」,载『日本大学法科大学院法務研究』2018年第15号。

[47] 同前注[36]。

类型中对公司独立监督人员要求最高的公司类型。^[48] 但即使东芝公司采用的是这种公司类型,财务造假事件还是发生了,且若不是有内部人员向日本的证券交易委员会告密,^[49] 东芝公司财务造假事件到现在可能都还没被发现。

那么,东芝公司的监查委员会(内部监督机构)为什么没有发现早于2009年便已开始的东芝公司财务造假行为呢?细看东芝公司监查委员会的组成状况和权力分布能看出,虽然该监查委员会严格遵守了日本《公司法》的规定达到了独立董事过半数的要求(5名监查委员中有3名为独立董事),但是监查委员会的委员长却是由出身于公司内部董事久保诚来担任。从事后关于东芝公司财务造假行为的调查报告书中所记述的事实里可发现,关于本次的财务造假,实际上有一名监查委员已发觉了有一部分财务记载存在不妥,然而,在他将该不妥之处告知其他监查委员后,东芝公司的监查委员会却并没有对此事进行审议,最后此事也不了了之。^[50] 这样的事实反映出,东芝公司监查委员会的实权实际上是掌握在内部董事久保诚手中,而久保诚有很大可能性利用了自己的职权来袒护公司的经营管理者,关上了其他监查委员的嘴巴。这种行为可能使得其他独立董事的监督积极性降低,从而导致了由监查委员会为主轴构成的监督机制在东芝公司并没有发生应有的监督效果。可见,虽然日本虽然在选解任、报酬和构成等方面的立法上给了监查委员会的一定的独立性,但日本内部晋升的企业传统文化却让容易包庇公司经营管理层的内部董事掌权,降低了其他独立董事的监督积极性,从而使得东芝公司的监查委员会失去了其应有的监督之效。

[48] 如上文介绍,B类公司需设置指名委员会、监查委员会和报酬委员会这三大委员会,同时在这三大委员会中独立董事都必须过半数。因此,与只对监事会有半数以上独立监事要求的A类公司和只对监查等委员会有过半数独立董事要求的C类公司相比,B类公司的监查委员会一般情况下会有着相对较多的独立监督人员。

[49] 关于整个事件的详细经过,可参见[日]境新一:「東芝における内部統制の欠陥と不正会計に関する課題:経緯と諸要因の分析を通して」,载『成城大学経済研究』2016年第213号。

[50] 关于此报告书详细内容,可参见东芝会社:「第三者委員会調査報告書の受領及び判明した過年度決算の修正における今後の当社の対応についてのお知らせ」,载 https://www.toshiba.co.jp/about/ir/jp/news/20150720_1.pdf,第69页,2020年1月2日访问。

对于日本公司内部监督机制的失效,便有日本学者呼吁,要实现内部监督机制的实质上的独立,必须在将来自外部的独立监督人员置于主要内部监督机构的领袖之位,而不能让内部监督人员掌握监督机构的主导权。^[51]可见,由内部监督人员主导的监督机构是否真的能尽到监督之职是值得怀疑的,在日本内部晋升的企业文化下,我们更是要带着一个大大的问号来看待日本各类上市公司下由内部监督机构的监督作用。

(四) 小结

综上,在日本上市公司中,由于外部市场监督的不理想和股东内部监督的无力化,公司内部监督机构需发挥更强的监督作用。虽然日本立法保证了上市公司内部监督机构在选解任、报酬和结构上的独立性,并常年来通过参考美国先进经验进行了相应改革,但是日本立法者却忽略了内部晋升的传统企业文化给这些监督机构构成的公司内部监督机制所造成的影响,从而导致这些内部监督机制并没有发挥应有的监督效果。

其中的原因在于日本内部晋升的传统企业文化使得日本上市公司内部监督机构的主导权掌握在了内部监督人员手中,这些内部晋升的监督人员往往不愿意得罪他人并倾向于相互包庇,同时,他们的掌权降低了外部独立监督人员的监督积极性,这使得日本上市公司的内部监督机构因此并没有发挥其应有的监督之效。2015年的东芝公司财务造假事件便很好地反映出日本传统企业文化给公司内部监督机制带来的影响。因此,从以上角度进行分析,或许在日本上市公司现行的内部监督机制下,日本上市公司的经营管理层并没有受到足够的监督。

四、比较法启示下对我国民营上市公司内部监督机制的审视

(一) 对日本上市公司内部监督机制分析后的启示

从上文对日本上市公司内部监督机制的整理与讨论中,笔者认为可

[51] 同前注[36]。实际上,在美国也有着相似的讨论。See Klausner, *Fact and Fiction in Corporate Law and Governance*, 65 *Stan. L. Rev.* 2013, p. 1358.

得到以下一些启示:

其一,在考量上市公司内部监督机构的监督作用时,外部市场监督(如经营管理层受到敌对收购的威胁程度)和股东内部监督也应一并进行考虑。当两大监督机制较强的监督之效时,公司内部监督机制即使只有较弱的监督效果,上市公司的经营管理层也可能受制于两大监督机制而不敢胡作非为。但在外部市场监督和股东内部监督没发挥应有的监督之效时,上市公司内部监督机构是否发挥应有的监督效果就显得尤为重要。

其二,一个国家的上市公司内部监督机构之独立性不仅与监督机构的选解任、报酬和结构有所关系,还与该国的传统企业文化有着密切相关的关系。日本内部晋升的企业文化使得内部监督人员掌握了上市公司内部监督机构的主导权,从而在一定程度上减弱了各类公司内部监督机构的监督效果,如何解决这个问题需要日本学者和立法者进行思考。因此,要实现上市公司内部监督机构的实质独立,该国的传统企业文化也应是需要考虑的一个重要因素,应获得学者和立法者的注意。

其三,上市公司的主要内部监督机构应注重保证专职监督人员的存在。从上文对日本的相关介绍中,可发现绝大多数的日本上市公司的主要内部监督机构都有着专职的监督人员,这些专职监督人员保证了这些监督机构的实际运行。

(二)对我国民营上市公司内部监督机制的简介

我国民营上市公司采取的是单层二元委员会制结构,即公司的监事会和董事会均由股东大会选举产生,两者互不隶属并列存在。^[52]

监事会是公司的法定常设机构,也是公司的监督机构从而承担着监督公司经营管理层的职责,而董事会虽然受到监事会监督,但其也承担着对董事和经理的监督工作。^[53]与日本不同的是,虽然我国早在2002年《上市公司治理准则》(以下简称《治理准则》)第三章第六节中,便参照美国的公司治理,规定上市公司董事会中可以设立独立董事占多数的战略、审计、提名、薪酬等委员会,但是我国并没有规定专门委员会可以

[52] 参见范健、王建文:《公司法》,法律出版社2018年版,第327~328页。

[53] 同前注[2]。

替代监事会,因此,监事会依旧是我国上市公司的核心监督机构之一。

另外,除了监事会,我国《公司法》第122条规定,“上市公司设立独立董事,具体办法由国务院规定”,因此,我国民营上市公司中便普遍建立了以监事会和独立董事为核心的“双核心监督机制”,^[54]其与日本的传统公司有着一定的相似性。

然而,这种内部监督机制下,民营上市公司的经营管理层并没有受到很好地监督,在我国,“双核心监督机制”的失灵早已是一个老生常谈的问题。^[55]下文将以从日本比较法上获得的三个启示为线索,来对我国的民营公司的内部监督机制进行反思,并提出相关建议。

(三)对我国民营上市公司内部监督机制的反思

1. 外部市场监督和内部股东监督的失效

首先,在我国,由于民营上市公司“一股独大”的股权结构,使得我们难以期待外部市场监督来替代公司内部监督机制的监督作用。如上所述,由于上市公司之间的战略性相互持股和敌对收购成功案例屈指可数等原因,敌对收购在日本很少发生,因此,日本外部市场监督并不理想。同样,敌对收购在我国也很少发生,这其中原因之一和日本一样,可归结于敌对收购成功案例过于稀少,^[56]但在笔者看来,与日本不同的是,我国敌对收购很少发生的主要原因可能在于我国民营上市公司中所有权过于集中。根据亚洲公司治理协会的统计,2017年我国民营上市公司第一大股东的平均持股比例为32.31%,第二至第五大股东平均持股比例之和为22.68%。^[57]在这种股权结构下,公司外的收购者难以通过敌对收购获得公司控制权,敌对收购在我国鲜有发生。可见,民营上市公司的经营管理层实际上并没有受到来自敌对收购的压力,外部市场监督的监督作用在我国也难言理想。

其次,在我国民营上市公司中,股东内部监督也并没有发挥应有的监督之效。如前所述,我国的民营上市公司有着所有权集中的股权结

[54] 同前注[1]。

[55] 同前注[2]。

[56] 比如,近年我国著名的“宝万之争”的敌意收购案件中,最终公司外部的收购者宝能也没能成功收购万科。

[57] 参见亚洲公司治理协会:《中国公司治理进化史》,2018年发布,第88页。

构,在这种股权结构中,实际上公司的经营管理层往往由大股东自身就任或者被大股东所控制。有研究也表明,在我国上市公司,董事与大股东合谋,一起榨取中小股东的利益。^[58] 因此,此处的代理成本,与上文介绍的日本相关情况并不一样,其并非在股东(日本传统机构投资者)与经营管理层之间产生,而是在大股东和中小股东之间产生。此时,我国民营上市公司股东的内部监督问题实际上可转化为中小股东对大股东的监督问题。然而,有研究表明,在我国上市公司,即使大股东榨取中小股东的利益,中小股东对公司治理的态度却往往是“理性冷漠”而非积极监督。^[59] 这导致的结果便是,我国股东内部监督实质上并没有发挥应有的监督作用。

在上市公司“一股独大”的股权结构难以在短时间发生改变的情况下,我国的外部市场监管和股东内部监督都难以通过立法在短时间内发挥效果,此时,我国立法者应注重加强民营上市公司内部监督机构的监督作用,从而改善公司治理的效果。

然而,遗憾的是,我国民营上市公司的“双核心监督机制”却并没有发挥很好的监督之效。独立董事受制于大股东呈现出“花瓶化”,^[60] 监事会在公司中的地位低下独立性缺失,^[61] 这种种的原因使得我国民营上市公司的内部监督机制并没有起到很好的监督作用。这些年来,我国吸收了许多美国的经验,如上所述,要求上市公司设立委员会,望能解决“双核心监督机制”的失效,但收效甚微。^[62] 究其原因,可归结于我国立法者和日本立法者犯了相似的错误。也即,在吸收先进经验时忽略了传

[58] See Zhang, Min & Gao, Shenghao & Guan, Xinjiao and Jiang, Fuxiu, *Controlling Shareholder – Manager Collusion and Tunneling: Evidence from China*, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 22, Issue 6, 2014, p. 440.

[59] 参见郑秀田、许永斌:《控股股东攫取私利下中小股东的行为选择——“理性冷漠”还是“积极监督”》,载《经济评论》2013年第6期。

[60] See Varottil, Umakanth, *Independent Directors and Their Constraints in China and India*, *Jindal Global Law Review*, Vol. 2, Iss. 2, 2011, p. 129.

[61] 同前注[2]。

[62] 例如,根据深圳证券交易所的统计,我国91.80%的上市公司早在2007年便设置了审计委员会,但依旧频频发生财务报告违规的事件。参见鄢志娟、涂建明、吴青川:《审计委员会的功能缺失与公司财务报告违规——基于五粮液的案例研究》,载《审计与经济研究》2012年第6期。

统企业文化给公司内部监督机制带来的影响,没有做到“对症下药”。

2. 民营上市公司中父权至上文化的发展和影响

就像日本内部晋升的企业文化给日本上市公司内部监督机制带来的冲击一样,我国从古而来形成的父权至上的传统企业文化或许也给现行的“双核心监督机制”带来了深远的影响。关于此观点,可分为1993年我国《公司法》颁布之前和颁布之后两个阶段来进行讨论。

在我国,公司是一个舶来品,在与西方文化相接触前,我国历史上并不存在所谓的商事公司。^[63]然而,这并不意味着我国在1993年颁布《公司法》之前不存在公司。有学者指出,从功能主义的角度来看,我国古代的家族不但发挥着现代公司的许多功能,其也有着许多现代公司的表征,故这种以家族为单位的企业(以下简称家族企业)实质上便可认定为我国古代的公司,其运作以亲属法作为依据。^[64]在我国传统的亲属法上,父亲掌握着家族财产的处分权,家族内同性宗族成员对作为家族企业一家之长的父亲保持服从的态度,体现了一种父权至上的思想。^[65]同时,家族企业的构成实际上并不以血缘关系为基础,父亲可凭自己的意愿以通过收养、婚姻和签订劳动契约等方式将异姓宗族收入家族企业,这些加入家族企业的异姓宗族同样受制于父亲这位家长,服从于他的权威之下。^[66]这种同性宗族和异性宗族都顺从于家族之长父亲的家族企业可以说铸就了我国一种父权至上的传统企业文化。

在1993年我国引入《公司法》之后,父权至上的传统企业文化在我国得到了传承,其最直接的表现形式便是股东至上主义在我国的应用。1993年我国最初公布的《公司法》便将股东视作了公司的掌权者,无论是其条文中规定了股东会是公司的权力机构,^[67]还是设定了僵化的一股一权规则,^[68]1993年我国公布的这部《公司法》都体现出了一种股东

[63] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第32~34页。

[64] 参见[美]络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第62~92页。

[65] 参见[日]滋贺秀三:《中国家族法の原理》,创文社2000年版,第150~153页。

[66] 同注[64],第75~80页。不服从家族企业父权的成员会相应地被概念化为一种不孝行为。

[67] 参见1993年《公司法》第37条和第102条。

[68] 参见1993年《公司法》第106条。

至上主义的立法思想。虽然在2005年我国《公司法》改革中,立法者设置了控股股东义务和企业社会责任等对公司“家长”进行限制的条款,但是由于缺乏相对应的具体判断标准,2005年《公司法》实质上保持了股东至上主义。^[69]2013年《公司法》改革则主要是针对注册资本认缴制进行了修改,^[70]因此,我国公司法从制定至今,一直沿用的都是股东至上主义。这种股东至上主义可以说和我国父权至上的传统企业文化很好地完成了对接,其保护了在家族企业中掌权的父亲的权力,让从前的家族企业可以在保持父权至上这一传统企业文化的基础上向现代商业公司进行转变。因此,从我国公司法的制定史来看,可以认为我国公司法间接地维系了父权至上的传统企业文化。

不仅在我国公司法的具体改革中,在实践中,我们也可以看到父权至上的传统企业文化的延续。这种传统企业文化影响着我国现代的民营上市公司,特别是家族上市公司中,这种影响尤为明显。而据统计可知,在当今社会中,我国的上市公司中家族上市公司占着很大的比例。^[71]

对于我国这些大量存在的家族上市公司,父权至上的传统企业文化给它们的内部监督机制带来了很大的挑战。在这种传统企业文化下,我国绝大部分家族上市公司中依旧存在一个“家长”(通常是公司的控股股东或实质控制人)掌握着公司的实权,使得内部监督人员(如监事)如旧时家族企业中同性宗族一样,对该“家长”持一种服从的态度从而难以产生监督实效。而来自外部的独立监督人员则宛如“异姓宗族”,虽然不再以收养和婚姻等一些处于绝对劣势的方式对进入家族企业,但在进入企业后仍然被包围在众多的家族成员之中,没有实权。并且,大多数情形下这些独立监督人员的选任、解任和薪酬等重要事宜还是牢牢掌握在家族上市公司的“家长”手中,使得他们趋向于服从“家长”。在我

[69] See Charlie Xiao - chuan Wen, *Inside or Outside the Corporate Law Box? Shareholder Primacy and Corporate Social Responsibility in China*, Eur. Bus. Org. L. Rev., 2017, p. 172.

[70] 参见张元:《〈公司法〉资本制度修改对执行程序的影响》,载《法律适用》2014年第10期。

[71] 参见于晓东、刘刚、梁晗:《家族企业亲属关系组合与高校治理模式研究——基于中国家族上市公司的定性比较分析》,载《中国软科学》2018年第3期。

国实践中,我们可以看到许多独立董事实际上便是由于和上市公司的“家长”有着亲密的个人关系而被选任,^[72]我们难以期待他们背弃这些“家长”从而起到实质的监督效果。

(四)对我国民营上市公司内部监督机制的改革建议

在父权至上的家族企业文化依旧盛行于我国民营上市企业的情况下,要提高内部监督机构的独立性,加强中小股东以及公司内独立监督人员等“异姓宗族”的权限,并且限制控股股东/实际控制人等“父权”应能起到一定的效果。具体可采取的改革措施如下:

首先,让民营上市企业内家族以外的中小股东掌握一定的关于公司监督人员的选解任和薪酬之决定权限。例如,立法要求公司内部监督机构的监督人员必须有一定的比例由公司的中小股东进行选出,这些监督人员除违法或渎职等行为外的解任和薪酬的决定必须获得一定比例的中小股东的同意等,便可在一定程度上加强作为“异性宗族”的中小股东之权限,提高公司治理的效力。^[73]

其次,给予中小股东一定的权限或许并不足够,保证独立监督人员的存在,并让其掌握一定的实权也十分重要。相较于日本法中只保证了专职监事的存在之规定,为了让内部监督机构发挥作用,我国或许需要比日本法更进一步,立法保证监事会和董事会中都有专职独立监督人员的存在,从而提高内部监督机构的地位,保证内部监督机制实质运作。^[74] 同

[72] See Lin, Yu - Hsin, *Do Social Ties Matter in Corporate Governance? The Missing Factor in Chinese Corporate Governance Reform*, *George Mason Journal of International Commercial Law* Vol. 5, Issue 1, 2013, pp. 70 - 71.

[73] 实际上在我国已有实证研究表明,非控股股东董事要比独立董事(多为大股东提名)发挥更有效的监督作用,其监督能改善公司会计业绩。参见祝继高、叶康涛、陆正飞:《谁是更积极的监督者:非控股股东董事还是独立董事?》,载《经济研究》2015年第9期。另外,也有研究表明,在家族上市公司中,家族大股东在董事会或董监高中所占席位的比例越大,公司的关联交易行为越严重,公司价值折损也越厉害。参见魏明海、黄琼宇、程敏英:《家族企业关联大股东的治理角色——基于关联交易的视角》,载《管理世界》2013年第3期。

[74] 有研究通过案例分析得出,在由大股东控制的上市公司,独立董事的兼职或忙碌一定程度上导致其未能履行监督职能,故应延长独立董事在公司必要的工作时间。参见邱静、谢雨霖:《大股东掏空与独立董事监督失效——以ST华泽为例》,载《财会月刊》2019年第17期。

时,如上文中提及的日本学者对立法的建议将独立监督人员任命为监督机构的领导一样,这一建议或许在我国民营上市企业中也同样适用,这是因为让独立监督人员担任其所在监督机构的“一家之长”(如让独立监事担任监事长,独立董事担任董事长),可以让独立监督人员在公司内部组织机构的大多数成员都为家族内成员的情况下,拥有着一定的主导权和话语权,保持其监督的积极性。

最后,限制控股股东/实际控制人权限,从而在根源上阻碍我国父权至上的传统企业文化中一家之长对内部监督机构的控制。如前所述,我国实践中存在许多独立董事是因其与民营上市公司中的“家长”(控股股东或实际控制人)之间存在亲密关系而被提名并选任,我们难以期待这些董事发挥有效的监督作用。例如,在ST华泽大股东掏空公司的事件中,有观点便表明这跟该公司独立董事选聘被大股东控制有一定关系。^[75]因此,可立法限制控股股东和实际控制人提名独立董事的权利,将一部分独立董事的选任名额交给监事会或中小股东,进而保证独立董事不再“花瓶”。

结 论

在探讨如何解决我国民营企业公司治理下内部监督机制的失效问题时,外国先进经验的讨论和引进无疑是至关重要的。但是,一味地采纳和关注这些先进经验显然并不可取,其原因在于,许多有关治理的法治问题往往和一个国家自有的一些传统基本因素息息相关,本文所论述的公司治理下的内部监督机制问题与传统企业文化之间的关系便是一个很好的例子。

日本内部晋升的传统企业文化导致了日本上市公司的独立监督人员或许存在缺少权限和监督积极性较低的问题,使得即便日本立法者在选解任、报酬和结构上都保证了内部监督人员具有一定独立性的情况下,日本上市公司的内部监督机构也仍然没有发挥应有监督之效。公司

[75] 见上注。

内部监督机制的失效,再加上日本外部市场监督和股东内部监督都没有发挥理想的监督效果,导致了实践中日本上市公司经营管理层违法、违规行为的屡屡发生。

我国也和日本一样,外部市场监督和股东内部监督并没有发挥很好的监督之效,因此,如何通过立法来改善我国目前民营上市企业中监督作用表现不佳的“双核心监督机制”就变得尤为重要。而我国立法者在思考这个问题时,需要考虑的一个基本因素便是,我国从古传承至今的父权至上之传统企业文化。立法者需意识到,如同日本内部晋升的传统企业文化影响着日本上市公司内部监督机制的监督作用一样,我国父权至上的传统企业文化也同样影响着我国的民营上市企业,尤其是家族上市公司的内部监督机制。在这种传统企业文化下,如果要提升内部监督机构的监督作用,则提高“异姓宗族”的权限和限制“家长”的权限,也即,提高企业内中小股东和公司独立监督人员的权限和限制控股股东/实际控制人的权限应是加强我国民营上市公司内部监督机制监督效果的一个合理策略。同时,在引进外国先进立法时,与其毫无主旨地引入,或许考虑与该策略相关的先进方法之引入会显得更加合理。

(编辑:翟玉涛)