

优秀论文：公司治理推行独立司法监理制度的可行性 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484399.htm

关键词：公司治理

独立司法监理 独立司法监理制度 可行性 引子：在这次《公司法》修改讨论中，健全公司治理结构是争议的重点，有关各方要求增加有关独立董事、独立监事和加大对公司的监督、提高信息公开透明度等方面内容的呼声都很高。但从我国实施独立董事、独立监事等公司治理结构制度过程中的出现的问题来看，笔者认为现有的公司治理结构制度体系都难以达到立法目的。应当探索建立具有中国特色的公司法人治理结构，笔者提出一种新的制度构建-----独立司法监理制度。 本文提出：1、公司治理应当借助市场中介组织的力量制衡，用市场的机制制衡；2、具有中国特色的市场制衡机制应该借助律师事务所这样一个独立和能够发挥制衡职能的机构去执行，即独立司法监理机构。3、独立司法监理是结合并发挥了不同于外部独立董事、外部独立监事、外部常年法律顾问等外部制衡治理结构的新角色作用，并形成相应的独立司法监理制度。4、目前公司应当履行适当和合理公开的经营信息比较分散和难以取得，有必要将必须公开的信息集中在某个机构或者该机构有权力直接取得上述分散在各处的信息，以此维护企业诚信和解决公司信息不透明的需要。5、独立司法监理机制是对公司内部有消极干预的外部制衡机制，因此不同于其他任何公司治理机制。6、独立司法监理机制对我国国有企业改制后的公司治理、一人公司监管、上市公司治理、投资者权益保护治理等方面均具有较大的理论

价值。一、独立司法监理制度的概念 独立司法监理制度是指独立于公司，依照法定或者约定代表社会公共利益和公司整体利益的独立司法监理机构（即律师事务所）对监理公司实行监理的制度。该独立司法监理机构与监理公司没有任何可能严重影响其做出独立客观监理的交易或者关系，具有独立意志。

二、独立司法监理的法律特征（一）有法律责任后果的独立性 独立司法监理的首要特征是独立性。主要表现在四个方面：

法律地位的独立。独立司法监理是经过股东会议选举产生或者经过司法行政部门经招投标程序产生，代表公司整体利益和社会公共事务利益对公司实施经营监理，因此并非由公司大股东推荐或者委派，也非公司的经营管理人员，享有对公司的独立的监理权。

经济地位的独立。独立司法监理必须与公司没有重要的经济联系或者业务往来，自身利益不会与公司利益发生冲突。

人格的独立。即独立司法监理独立于公司的股东会、董事会、监事会以及经理层。

法律责任主体的独立。律师事务所必须结合其专业对监理公司实施经营监理，如果因故意或者重大过失造成公司或者第三人发生损失，律师事务所及其独立司法监理必须要依法承担过错赔偿责任，因此必须保证其专业的独立操守。

意思表示的独立。基于上述独立的特点，独立司法监理必须要独立的表示其专业意思。（二）有更加全面的专家性和法律的专业性 独立董事或者独立监事的来源往往是拥有与公司经营相关的经济、管理、法律、金融、工程或者人事管理等方面的专业知识的资深人士或者其他在政府或者民间有一定影响力的人士。而笔者认为，由于受到专业的局限，独立董事或者独立监事都只能在其专业范围内发挥作用，这与公司治理

结构需要全方位制衡的目的不相适应，而律师事务所作为独立司法监管机构因其涉及公司的法律部门如劳动人事、投资、财务管理等都属于健全，且律师事务所在处理诉讼和非诉讼过程中在法律专业的基础上必须涉及社会、经济、管理、金融等各方面专业事务，因此，有更加全面的专家性，可以比独立董事或者监事发挥更加全面的监管职能。（三）有法律约束的客观公正性 独立司法监管机构凭借其复合的团队知识结构为公司的经营管理提供监管建议；因其独立性而衍生的客观公正性通过其监管意见书而表达出来。其客观公正的监管意见是保证其履行监管职能的必要保证。如果独立司法监管工作因故意或者过失造成公司整体利益或者社会共同利益受损，依法可以追究其过错赔偿责任，因此，独立司法监管机构必须要保证其监管客观公正。（四）有代表社会公共利益和企业整体利益的公信性 独立司法监管机构代表社会公共利益和企业整体利益对企业经营管理提供 监管具有公信性。因为独立司法监管机构即律师事务所本身代表了国家法律的实施，也代表了社会普遍公平，在社会上具有公信力；如在监管中代表弱势利益群体的利益对企业经营提出独立公正的法律监管，在公司治理结构内部对大股东形成制衡作用，也能够得到社会弱势利益群体的信任；在信息不对称的情形下代表社会提供消极信息披露，对于关联交易、信息欺诈、重大行为恶意隐瞒等行为构成制衡，在公司治理结构的外部对公司形成外部制衡，从而也能够获取社会公共群体的信任。（五）在立足于权利和权力基础上形成的监管职能具有消极干预性 独立司法监管机构所具有的监管职能只能对公司形成消极干预，因为公司属于私权主体，归根到底属于私权的

范畴，公司行为也属于私权的行使行为，除了私权权利主体外的其它主体没有权利也没有义务去影响其处分和使用私权的行为，这表现在独立司法监管机构在监理过程中对公司经营行为不具有表决权，对公司违法行为不具有主动披露权；但公司虽然是私权主体，但公司本身具有盈利为目的的目的性，注定了其必须对社会公共资源形成竞争，在这个阶段包括采取各种违法的行为或者不公平的手段展开竞争，这必然导致公共利益和企业整体利益的受损，这就需要外部能够进行必要的干预，传统上讲这属于国家的职能，但由于国家职能资源的不足和行使权力范围的限制，过大或过小的权力制衡都会达不到对公司治理的制衡，我认为这必须借助市场经济中所形成的市场机制特别是代表社会法律公信的律师事务所作为中介组织对公司形成机制制衡，这就需要律师事务所作为独立司法监管机构具有一定的干预性。因此，在立足于公司权利和国家法律权力的基础上形成的独立司法监理具有消极干预性。（六）独立司法监理范围具有有限干预性 独立司法监管机构在行使监理过程中并不是对公司经营行为的方方面面都行使全面干预，不影响公司作为私权主体应有的权利行使，不影响公司股东会决议、董事会决议、监事会决议的效力，不对公司的经营行为具有任何否决权利和表决权利，即独立司法监理在权力上具有有限性。独立司法监理干预的范围具有有限性，如仅对公司经营行为中可能严重影响企业整体合法利益和侵犯公共利益的行为进行消极的干预，如公司中存在的关联交易和自我交易行为、重大涉诉行为、信息欺诈行为、修改公司章程行为、在职竞业禁止行为、财务报表合法性保证行为等进行消极有限干预。三、实行独立司

法监理制度的作用：（一）实现公司治理结构的充分平衡的需要 公司治理内部结构中，受股东结构和董事和监事的来源影响，股东会、董事会和监事会无法真正发挥其相互制衡的作用；就在股东会内部也往往存在“一股独大”造成中小股东权利无法平等体现的失衡；又如监事会方面，监事会作为公司必设且专事监督职能的机构，本来应当对公司经营者构成强有力的监督，但实际监督效果却很差，基本上处于虚设状态。这属于内部的失衡。而公司内部治理结构与公司外部治理往往又存在矛盾，公司与社会公共利益往往面临着公权和私权的冲突，如公司利用信息不公开对社会发布虚假欺诈消息获取不正当利益，公司利用不公平手段获取社会机会资源，公司采取违法行为侵犯社会公共权利等，都导致了公司与社会之间的不平衡。独立司法监理机构在行使独立司法监理职能过程中，代表着社会共同利益和企业失衡主体的利益以法律的独立和公平行使消极干预职能，对企业的违法行为或者对企业对社会的不正当竞争行为行使有限干预，从而能够对企业的内部治理结构失衡和企业与社会之间的外部失衡形成制衡作用。（二）、保护弱势股东和利害关系人利益的需要 弱势股东不仅仅表现在中小股权的股东，其实也表现在一股独大的国有股权之中，因为管理经营国有企业的是形形色色的代理人，以行政授权为基础的国有企业代理人使国家对公司的控制表现为行政上的超强控制和产权上的超弱控制。国有股权在产权管理方面其实就是弱势股东，必须有市场机制中对国有股权的代理管理人如对企业的实际经营者形成制衡的机制，独立司法监理对经营者在经营过程中的关联交易和自我交易、在职竞业禁止义务、财务报表合法性保证等

方面实行的监理，其结果能够有效保护国有股权不受内部失衡造成非法侵犯。在代表中小股东利益时，独立司法监理有权对股东会中恶意侵犯中小股东权益的行为表明监理法律意见，监理法律意见的有限公开可以影响社会对公司形象的评价，从而消极干预公司的行为，有权代表中小股东行使质询权，从而从内部行使独立董事的监督权。

（三）、保护企业整体利益的需要 企业整体利益是指从企业整体出发所存在的共同的最大利益。这个利益要属于合法的利益，独立司法监理对严重违法的企业经营行为有独立表明监理法律意见的职能，从而监督企业的违法性损害企业整体利益；这个利益要不损害企业中中小弱势股东的利益，独立司法监理对中小弱势股东的权利进行了监理保护，从而维护了企业的整体利益；这个利益要不损害社会的公共利益，独立司法监理站在社会公共利益的维护角度出发，适当披露信息，对关联交易、财务报表合法性保证提供监理意见，从而让企业克制对社会的损害行为，从而达到维护企业整体利益的需要。

（四）、维护企业诚信和解决公司信息不透明的需要 企业诚信是维护市场公平的最基础要求，企业不诚信最主要的是企业信息的不对称，如虚假出资、抽逃出资行为；如合同诈骗行为；如虚假财务行为；如故意扰乱市场行为等等，这些行为主要原因是信息的不对称，市场上的相对主体不能获取有效信息从而作出错误判断是致使上述违反诚信的行为发生的主要原因，当前，表明企业诚信的应当向社会公开的信息资料存在分散和不容获取的特点，如分散在工商、税务、银行、会计师事务所、律师事务所等行政或者中介组织之中，而企业自身在不诚信的情况下，也存在故意虚构信息或者社会上不能获

取的现象。这这种情况下，有必要对企业应当向社会公开的必要信息集中在某个机构适当公开或者这个机构能够有权力查询上述分散在各处的信息，或者这个机构能够直接消极参与企业的管理从而第一手获取信息，这个机构我们认为只有律师事务所根据律师法作为独立司法监管机构的时候才能充当，在独立司法监管机构能够积极履行职能的情况下，便于社会的相对人能够方便作出正确评估交易风险，从而达到维护企业诚信的目的。（五）、预防法人犯罪的需要 法人犯罪是是1997年刑法修订后新增加的犯罪种类，《刑法》第30条的规定，公司、企业、事业单位、机关团体实施的危害社会的行为是单位犯罪，对单位犯罪除了追究直接负责的主管人员和直接责任人员的责任外，还要对单位判处罚金。企业法人犯罪尤其集中在与经济利益密切相关的走私罪、诈骗罪、破坏金融管理秩序罪、单位行贿罪、生产、销售伪劣商品罪、危害税收征管罪等犯罪中。通过对企业内部信息的适当公开，从而让企业在决策涉及法人犯罪的经营行为时，存在独立司法监管机构对企业行使消极干预的监督，决策人应当向独立司法监管机构保证其合法性，从而明确和警示责任主体，对存在的财务问题可以根据会计师事务所的报告提出法律风险监理意见，这种有限进入内部的干预行为能够有效防止法人犯罪的产生。（六）、一人公司和国有企业监管的需要 修改公司法中谈论的热点之一就是如果设立一人公司后如何监管的问题，而作为单一的投资主体在此问题上也可以视作为一人公司而探讨。本文作者认为，不仅仅上市公司，还包括一般的有限责任公司或者股份有限公司，由于其有限责任的法律特征，而对于社会存在必然的公平道义，通过

独立司法监理机构实行的监理，对公司经营行为实行动态的监管，如公司中部分信息必须向社会公开，从而达到对公司的监管由静态的监管进入动态的监管，由资源有限的行政监管进入到市场机制上产生的中介组织进行监理监管，这样股东的多少或者相互间是否有一定的制衡作用已经不重要，最关键的是这种动态的中介组织监管机制是否起到作用。（七）、机构投资者的需要 投资者高度关注所投资公司的治理情况，这切实关系到投资者的投资利益；特别是当公司股东从自然人股东向机构投资者股东转化之后，所有者与经营者的身份是分离的、明确的，所有者对经营者控制的欲望是坚实的，所有者与经营者有着不同的利益表现，由于存在信息不对称和道德风险，造成投资者必须要关注其投资的目标公司经营的健康和效率，即必须要关注其投资公司的治理机构。通过对公司治理结构和机制的安排来保证机构投资者的投资安全。投资者通过间接参与投资公司治理结构，和直接建立治理机制的方式尚不能有效保证其投资安全，必须借助市场的中介组织力量形成制衡机制直接介入公司经营之中。四、独立司法监理制度特点和作用，将其与其他外部制衡角色相区分，公司治理推行独立司法监理制度具有可行性。独立司法监理不同于独立董事、独立监事、法律顾问等组织结构角色，是市场经济中完善市场主体特别是发挥中介组织作用的一种新的尝试，它是我国在实行建筑监理后所进行的横向借鉴。独立董事和独立监事的来源不能保证其具有比独立司法监理机构更加全面的专家性，也不能履行好从合法性方面行使保护中小股东利益的监督作用，他并不代表社会公共利益去履行职责，由于基本上独立董事和独立监事的来源为个人

，因此在发生了责任之后往往无力去承担。而独立司法监管机构能够代表更加全面的专家性，也能够从法律的角度对公司经营予以监督；其从法律和授权的角度出发行使职权，代表了社会公正和社会公共利益，从而也保护了弱势股东和中小股东的合法利益。在发生责任之后作为法人也依法具有承担能力。法律顾问由于不具有法律和合同授权，甚至还不具有外部独立董事和独立监事具有的对公司经营形成的制衡权力，它对公司经营不具有干预性，从而无法对公司治理产生影响；它的作用仅能够保证公司整体经营的合法性，而对于公司经营是否损害中小股东，是否信息欺诈，是否损害社会公共利益等并不发挥作用，在传统公司治理中，法律顾问连外部制衡机制都无法发挥作用；而独立司法监管机构所具有的有限干预性和消极干预性特点，在尊重公司私权的前提下，代表社会公共利益和公司整体最大利益，进入到公司内部经营行使干预而不影响公司经营，从而形成有效的内外部相结合的制衡机制，它不是单纯的内部制衡或者外部制衡。目前，我国律师事务所和执业律师从总量上看，已经具备实行独立司法监管制度的组织特点可行性；独立司法监管制度从两个方面完善公司治理，在公司组织结构中引入独立司法监管完善其治理结构，从治理机制上引入了独立司法监管制度；在尊重公司作为私权的前提下，通过行使监管权力和履行监管职责，防止信息不对称所造成的投资欺诈，防止内部人控制和关联交易，从而可以有效保护公司的整体利益和社会的公共利益。独立司法监管制度对于促进我国国有企业改制和上市公司公司治理，和保障投资者的投资权益方面具有独特的作用，我们还将就独立司法监管和独立司法监管机构的

选拔出任、权利和义务、责任及承担方式等方面相继予以探索归纳，欢迎同行商榷。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com