

完善公司治理的新思路：独立司法监理制度 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\\_\\_E5\\_AE\\_8C\\_E5\\_96\\_84\\_E5\\_85\\_AC\\_E5\\_c122\\_484777.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_AE_8C_E5_96_84_E5_85_AC_E5_c122_484777.htm)

关键词：公司治理 独立司法监理 独立司法监理制度 引子：在这次《公司法》修改讨论过程中，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不足以达到立法目的。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。1、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。

## 2、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标投标程序产生，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公共利益受损，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力 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力。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。3、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。上述独立司法监理制度所具有的特点，将其与其他外部制衡角色相区分开。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。而独立司法监理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；而独立司法监理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理制度的组织特点可行性；独立司法监理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理完善其治理结构，从治理机制上引入了独立司法监理制度；在尊重公司作为私权的前提下，通过行使监理权力和履行监理职责，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。独立司法监理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。

#### 4、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，独立司法监事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事，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，独立司法监事有权对股东会中恶意侵犯中小股东权益的行为表明监事法律意见，监事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，独立司法监事对严重违法的企业经营行为有独立表明监事法律意见的职能，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，独立司法监事对中小弱势股东的权利进行了监事保护，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，独立司法监事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事意见，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

继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。在这种情况下，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



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，通过独立司法监管机构实行的监理，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。5、

独立司法监理的法律地位（一）独立司法监理的产生 独立司法监理机构的产生选任程序可以通过两种方式产生，一种是根据监理公司与独立司法监理机构之间通过约定建立监理关系，另外一种是根据法定，由司法行政部门通过符合条件的独立司法监理律师事务所通过招投标产生。由于在现有的法律体系中尚无独立司法监理这个概念，而目前也没有公司法等相关的法律依据来调整独立司法监理制度，因此，要产生独立司法监理机构，可以基于上述两个方面途径来产生，前者是基于《合同法》，由企业或者投资主体和独立司法监理机构之间签订《独立司法监理合同》，通过合同形式授权独立司法监理机构行使独立司法监理权，在合同中明确独立司法监理机构的权利和义务以及法律责任，从而促使独立司法监理机构的公平独立行使监理职责，这样的目的是为了维护企业的整体利益和中小股东的利益；而对于后者，则主要针对企业没有一致通过聘用独立司法监理机构的情况下，如规模小的有限责任公司没有能力聘请或者存在争议无法统一聘请的决议，在这种情况下，企业可以委托司法行政部门或者司法行政部门可以依职权在具有独立司法监理资格的律师事务所中按照招标投标法的规定选择一家独立司法监理机构。

（二）独立司法监理的权利 独立司法监理的权利来源在没有明确法律依据的情况下，主要是基于《合同法》所授与的合同权利；另外，只有在完善法律法规和国家有关规定的情况下，如国资委、证监会及保监会等如制定了实行独立司法监理的指导意见的情况下，权利来源才具有更多的法律依据。我们认为独立司法监理的权利必须应当包括以下几项： 独立发表监理意见权 独立司法监理机构对公司经营行为实行监

理，有权利就公司在经营过程中存在的违法现象提出独立发表监理意见。如董事会的各项重要决策有没有损害中小股东的利益、股东是否能有效获取充分的信息、第三人是否有能力消极获得必要的公开信息、公司是否存在关联交易或自我交易、根据会计提供的公司财务是否真实和合法等等。对于存在的违法行为应该提出独立司法监理意见报告给公司。

**代表公司整体利益和社会公共利益行使质询权** 在涉及公司整体利益和社会公共利益方面的违法行为，独立司法监理有权发出监理质询权，被质询的公司应当根据质询内容在规定的期限内答复，在规定的期限内公司有权作出有保留存异议的答复。

**有限信息披露权** 行使有限信息披露是行使独立司法监理职能的重要方面，是公司外部治理机制能否发挥作用的关键，在享有有限信息的获取权的情况下，独立司法监理机构有义务消极公开这些信息，所谓消极公开，是指应社会第三人的申请而公开而非依职权主动公开的行为。披露信息必须是保证社会相关利益者在没有虚假信息干扰的情况下作出经营交易判断，促使违法经营行为透明化。有限信息披露还包括披露的信息并非包括了公司所有的经营信息，只包括根据法律和协议约定为了不损害公司和社会利害关系人的整体利益的有限的部分信息。

**公司会议列席权和见证权** 为了保证获取必要的信息和对公司的违法经营行为进行及时的监理评估，公司在召开公司会议时，独立司法监理机构必须列席，对于会议的决议和程序，必须提供形式见证保证其会议的合法性。

**报酬请求权** 独立司法监理机构基于合同约定或者招投标规定，对公司经营行为实行监理，并承担监理责任，且属于市场中的中介组织所进行的经营行为，因为必须体现

权利与义务相一致的原则而享有享有的薪酬。报酬的标准可以根据公司规模的大小和监理事务的复杂程度由双方协商决定，也可以由司法行政机关在招标投标时确定。 备案审核权 公司必须将应该公开的并独立司法监理有权知悉的监理范围内的财务报表、关联交易、配股增发方案和分红派息方案等提交独立司法单位备案，独立司法监理机构要审核上述经营行为是否符合法律、法规和章程的规定，并促使企业监理良好的内部控制机制。 提议权独立司法监理机构有提议召开临时股东大会、董事会、监事会的权利。 有限信息知情权 信息对称和确保知情权是独立司法监理机构履行职责和发挥作用的必要条件和关键所在，应使其所获得的信息足以让其发挥作用。对于公司中有权知悉的监理范围内的财务报表、关联交易、配股增发方案和分红派息方案等监理内容，要保证独立司法监理能够及时、客观和准确的获取信息，从而公正、有效的开展工作。但并不是监理公司的任何信息独立司法监理都有权获取，只是属于应当向社会公开的部分信息。因此为有限信息知情权，获取信息的范围应当通过合同来约定。（三）独立司法监理的义务 独立司法监理机构在公司经营管理中占有重要的地位，他们享有广泛的权利，也承担着多项义务。承担义务是保证司法监理独立公正的必要保证，因此这种义务不应当享有免责权利，反而在违反义务的情形下，独立司法监理机构应当根据约定或者规定对社会第三者或监理公司本身承担责任。我认为独立司法监理必须承担以下义务： 独立公正义务 应当独立履行职责，不受公司主要股东、实际控制人、或者其它与公司之间存在利害关系的单位或者个人影响。 忠实诚信义务 一般而言，独立司法监

理机构对公司整体利益和社会公共利益而言的忠诚义务体现为积极维护公司整体利益和社会公共利益，禁止从事任何损害公司整体利益和社会公共利益的行为。独立司法监管机构应当对企业整体利益和社会公共利益负有诚信和勤勉义务。大致而言，包括以下几个方面：独立司法监理不得因自己的身份而获取不正当利益；禁止利用职权收受贿赂、某种秘密利益或所允诺的其它好处；禁止侵占和擅自处理公司的财产；不得擅自泄露公司秘密；不得篡夺公司的商业机会；不得与公司恶意串通损害社会第三人的利益；在履行独立司法监理职责中不得用欺诈的方式损害企业整体利益和社会公共利益等。

**注意义务** 独立司法监管机构有义务对公司经营行为实行监理职责，行为方式必须是他从法律实务的角度为了公司的整体利益和社会公共利益而尽独立客观公正的法律评判，在此基础上所必需存在合理的注意。

**竞业禁止义务** 独立司法监管机构与其所监理的公司不得存在自营或者为他人经营与任职公司相同或者相似的交易活动。独立司法监理不得将自己置于其职责和个人利益相冲突的地位或者从事损害公司利益的活动，不得与公司串通损害社会公共利益。

**离任后义务** 离任后，独立司法监管机构必须承担离任后的义务，这些义务主要包括：离任后的合理期间内，以及任期结束后的合理期间并不当然解除，其对公司商业秘密的义务在其任职结束后仍然有效，直至该秘密成为公开信息。还包括特定的竞业限制义务，即在一定期间、领域、地域不得从事损害现公司的义务。还包括不得与公司从事特定财产交易的义务，独立司法监理合同终止后一定时间内不得利用其在任期间所创造的条件和机会与公司从事交易，也不得为与公司从事

交易而离职。还包括不得使用公司潜在的商业机会的义务，这种商业机会是独立司法监事在担任监事期间所获得的与公司经营活动有关的机会信息。(6)有限披露信息义务和保密义务 独立司法监事并非能够获取监事公司的所有经营信息，公司有权不向独立司法监事机构提供法律和协议没有明确约定的信息内容，独立司法监事机构能够对外行使信息披露也是严格根据法律和协议的约定而进行的，包括披露信息的范围、时间和方式；而不允许适当披露的信息，独立司法监事有义务对获取的公司商业秘密履行保密的义务。

### 6、独立司法监事的监事内容

独立司法监事的内容主要包括：（一）、信息披露行为 公司成立后应当履行对外的信息披露，主要包括定期报告和临时公告。定期报告主要包括年度报告、中期报告、季度报告和月度报告以及按照投资协议要求定期提交的信息披露报告；临时报告是指公司按有关法律法规及规则规定，也包括按照投资协议约定要求，在发生重大事项时需向投资者和社会公众披露的信息，是公司持续信息披露义务的重要组成部分。临时报告的披露标准主要有两个：一是重要性标准；二是及时性标准。前者衡量的是公司在发生什么样的事项时须进行披露，后者解决的是公司在发生重大事项时应在什么时间进行披露。

有限责任公司应当披露的重大信息至少包括： 公司的注册资本及构成； 公司经营范围； 主要的股份所有权和表决权； 公司治理结构及其组成人员及基本简历； 公司的经营经营场所及地址； 公司分立、合并； 公司重大的担保行为； 公司的中期和年度财务报表。

涉及公司的重大诉讼事项股份有限公司应当参照结合我国对上市公司信息公开的规定制定相应的信息披露标准

和范围。原则上包括：公司的经营方针和经营范围的重大变化；公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；公司发生重大亏损或者遭受超过净资产百分之十以上的重大损失；公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；涉及公司的重大诉讼，法院依法撤销股东大会、董事会决议；公司的中期和年度财务报表；法律、行政法规规定的其他事项。对于实质性必需的信息，独立司法监理制度要求公司应当及时的向独立司法监理机构对上述信息履行信息备案，而独立司法监理机构无义务向社会直接公开，社会相关利益者可以依法向独立司法监理机构查询。（二）、关联交易行为是否存在关联关系可以从两个方面界定：第一，是否存在控制关系。第二，是否存在重大影响关系。发生的关联交易主要有以下形式：公司与其关联公司进行资产买卖，为其关联公司提供担保，向其经营成员提供信用贷款或者借款，债务与控股公司债权充抵以及利用控制地位掠夺公司的利润等。笔者认为，在公司发生了重大的关联交易之后，应当及时向独立司法监理机构提供备案，独立司法监理应当履行其监理职责行使质询权和独立发表监理意见，但对外并不履行主动信息公开的义务。

（三）、重大涉诉行为 重大涉诉行为是指公司涉及到法律纠纷的法律后果严重影响公司经营的行为等。独立司法监理对公司重大涉诉行为的监理阶段，基本上可以分为诉讼（仲裁）立案阶段，诉讼判决（调解）结案阶段和生效文书的执行阶段，独立司法监理在上述阶段应当分别提出独立的司法监

理意见，接受信息备案，行使质询权等。（四）、公司合并、分立，对外重大担保和借贷行为 公司合并、分立以及对外发生重大担保及借贷行为，都直接影响了社会上相关利益者如债权人的利益是否能够实际得到保护的问题，特别是重大担保行为和重大的借贷行为往往在传统的公司章程和股东协议书中并没有明确界定属于股东会议表决的事项，更容易损害利害关系者和中小股东的利益。公司在发生上述行为后，应当及时向独立司法监理提供备案，独立司法监理应当提出独立的司法监理意见，履行质询权等。（五）、修该公司章程的行为 修改公司章程后，根据公司法的规定应当履行向工商行政部门的备案手续，与此同时，也应当向独立司法监理机构提供相应的备案。（六）、财务会计报告 公司应当按照会计法等法律规定，完善财务会计制度，在会计审计机构提供的验资报告、评估报告、财务会计报告的基础上，由会计师事务所承担报告的真实性和合法性，但上述报告应当同时交付独立司法监理机构备案，以方便利害关系人对上述资料的查阅和投资风险评估，目前，上述资料存阅于会计师事务所和工商行政部门。对上述资料，独立司法监理机构不对报告本身的真实性和合法性提供监理意见，但有权对财务会计报告的真实性和合法性行使质询权，公司及报告出具单位应当予以解释。（七）、其他所有可能损害公司整体利益和社会公共利益的经营行为 独立司法监理机制通过建立独立司法监理完善治理结构，通过独立司法监理制度完善治理机制，通过独立司法监理的公司治理行为，其目标是对公司所有可能损害公司整体利益和社会公共利益的经营行为履行监理职责，发表独立司法监理意见，通过对信息披露和关联交易等



行为实施监理，从而对公司形成有限干预，所以，独立司法监理所监理的具体内容包括了公司经营的所有方面，但不能影响公司的私权行使。这些监理的内容还包括自我交易行为和在职竞业禁止的行为等方面的监督。综上，监理履行的监理内容应当根据法律法规的规定或者通过委托监理协议来协议确定。

### 7、独立司法监理的激励机制

**（一）报酬激励** 独立司法监理按照法定和约定的条件履行监理职能维护公司的整体利益和社会的公共利益，承担着相应的义务和法律责任后果，因此从权利与义务的一致性原则出发给与相应的报酬（固定的现金支付）。报酬的支付标准由监理公司决定，除了约定的固定的现金支付的报酬外，独立司法监理机构不得与被监理公司和人员之间存在直接的经济利益，不得存在利害关系冲突的利益关系。作为报酬的标准还可以有法定的形式决定，如司法行政机关根据公司注册资金的大小和企业资本的大小核定一个监理费收取方案，在通过招标投标程序产生的独立司法监理时适用，也可以由被监理公司与独立司法监理机构之间协商产生。

**（二）声誉激励** 独立司法监理机构代表了法律的公平和社会的正义，因此其独立公正的声誉不仅仅是实行独立司法监理制度的必须，更是独立司法监理机构能够具备从事独立司法监理工作的从业资格，对于违反独立司法监理准则的独立司法监理机构将可能存在不能再继续从事独立司法监理工作的后果，因此，独立司法监理机构如能够保守其执业准则，也能够获得社会 and 企业的赞誉和信任。

### 8、独立司法监理的责任与保护

义务与责任为邻，没有责任的义务只不过是一致空文。独立司法监理机构在履行职责的过程中，如果违反独立司法监理义务，并给公司、股东及相

利益者造成非法损害，理应承担相应的法律责任。现阶段独立司法监理理论探讨阶段，在追究法律责任上，必须要结合独立司法监理机构在监理职责上的过错程度、赔偿金额和独立司法监理机构责任能力之间建立起应有的协调关系。因此，独立司法监理机构不仅需要足够金额的责任保险来抵御责任索赔风险，而且还存在对责任索赔进行强有力抗辩的特殊需求，这在客观上产生了对独立司法监理机构进行立法保护的需要。

（一）独立司法监理机构应负的责任

独立司法监理机构对被监理公司承担的民事法律责任，可能分别存在违约责任或者侵权责任两大类。因违反独立司法监理委托协议或其他特定义务而承担的责任成为违约责任，因违反法律规定的侵犯了他人财产的行为而承担的责任为侵权责任。在实践中，独立司法监理机构可能出现同一行为同时符合侵权责任和违约责任的构成要件，即导致责任竞合的情形。例如独立司法监理对监理公司负有忠诚义务，不得侵吞公司资产。假若独立司法监理在监理过程中实施了侵占行为，则不仅仅违反了监理委托合同，另一方面也侵占公司财物而侵犯了公司权利。从责任的形式上看，独立司法监理机构作为法人主体，可能因此承担民事责任，行政责任和刑事责任。民事责任的赔偿因违约和侵权而产生，行政责任是基于独立司法监理机构在履行监理过程中所承担的行政责任而产生，刑事责任则是独立司法监理和监理机构在履行监理的过程中违反刑法应当承担刑事责任而产生。独立司法监理机构在履行监理职责过程中损害社会公共利益和中小股东利益的，利害关系人和中小股东有权向独立司法监理机构主张损害赔偿，也可以要求独立司法监理机构承担提供证据协助义务从而向公司

或者控股股东提出赔偿请求等；在履行与投资者签订的委托  
监理协议后出现违约，投资者有权要求独立司法监理机构承  
担相应的违约责任。（二）责任的限额与免除从上述，独立  
司法监理机构在履行监理职责过程中面临着从业的风险，而  
在民事责任方面，无论是违约责任还是侵权责任等，都可能  
造成独立司法监理机构无法承担的法律后果；另外，由于独  
立司法监理制度尚处于探索阶段，在责任的承担上应当体现  
合理性，因此，在公平的原则下，我认为与独立司法监理所  
获取的报酬应当与所承担的法律风险相适应，在目前阶段，  
我认为在法律规则上或者委托监理协议中，应当明确对独立  
司法监理机构所承担的民事责任予以限额或者明确在什么情  
况下对其责任予以免除。免除并非是无条件的，只有在独立  
司法监理机构严格履行监理职责，在无过错的情况下通过协  
议约定或者法院诉讼裁定的方式才能够免除。在免除独立司  
法监理机构的责任下，如果公司存在相应的欺诈，应当加重  
对公司的民事惩罚。责任的限额或者免除，并不会影响独立  
司法监理制度所体现的诚实信用和制度作用。（三）必须要  
实行责任保险制度 独立司法监理在履行职责过程中因存在过  
失或者其他违反监理职责而被追究法人责任或者个人责任时  
，由保险人负责赔偿该司法监理及监理机构进行责任抗辩所  
支出的有关法律费用并代为偿付其应当承担的民事赔偿责任的  
保险。我国《保险法》第49号的规定，职业责任保险是责任  
保险四大类中重要的一类。通过职业责任保险，可以分散  
独立司法监理和监理机构在承担监理法律责任中的民事责任  
。（四）必须要实现律师事务所有限责任制度 从法人的角度  
看，通过协议的方式和法律规定对独立司法监理机构的免责

或者限额，以及实行责任保险制度，都避免不了独立司法监理机构作为法人所承担的法律风险，在考虑到我国目前律师事务所基本上为合伙制律师事务所的特点，律师事务所承担有限责任是市场经济中的必然趋势。律师事务所有限责任制度是指律师事务所作为法人制律师执业机构，股东以其出资额为限对公司承担法律责任，公司以其全部资产对公司债务承担法律责任，而执业律师按照过错对公司承担相应的过错责任。 综上，独立司法监理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理完善其治理结构，从治理机制上引入了独立司法监理制度；在尊重公司作为私权的前提下，通过行使监理权力和履行监理职责，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。独立司法监理制度对于促进我国国有企业和上市公司公司治理，和保障投资者的投资权益特别是中小股东的权益方面具有独特的作用，欢迎同行研讨。作者：四川泰和泰律师事务所 程守太律师 熊永文律师注：本文曾获中国律师论坛优秀论文奖 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](http://www.100test.com)