

我国职工参与公司管理制度研究

【摘要】 在建立具有中国特色的现代企业制度问题上，公司法人治理结构的完善是其核心问题，国内法学家，经济学家对其论述颇多，其中职工参与公司治理的问题在近几年引起中国学者的广泛关注。本文在对西方国家职工参与公司制度比较分析的基础上，提出构建中国本土特色职工参与制度，以期完善我国立法鼓励并保障公司职工积极参与公司治理，建立符合市场经济要求的现代化企业制度。

现代企业制度的核心是建立符合我国国情的公司治理结构，随着经济全球化，国际竞争日趋激烈，最大程度挖掘企业的潜力，发挥企业的效能是我国需要解决的重大课题。到目前为止，不少国家公司法都规定了职工参与公司机关制度，但法无通法，由于各国社会经济条件和文化历史背景不同，各国职工参与公司治理都有自己的特色。我们有必要在借鉴西方国家先进经验的基础上，探讨我国职工参与公司治理的主要方向和制度安排。在企业制度创新过程中找出适合本土国情的中国职工参与公司治理模式。

一、 西方国家职工参与公司治理制度的比较分析

(一) 职工参与公司治理制度的确立

西方国家在长期的探索中引入了职工参与公司治理制度，体现了劳动者参与企业所有权分配原则，形成了资本所有者与企业劳动者共同治理企业的新型公司治理结构。所谓职工参与公司治理是一种由公司法规定的，职工以特定方式参与公司决策机构、介入公司决策程序，影响公司决策结果、监督公司决策实施的民主管理制度。“职工参与”一词最早出现在德国，与之相关的立法可以追溯到19世纪末。至今职工参与公司管理已经发展成为各国普遍关注的热点。公司的传统内部治理结构确立了股东本位原则，公司被单纯视为股东牟利的工具，“公司利益”视为“股东利益”的同一语。“只有以所有权形式为公司提供物质资本的股东才享有公司权力，他们对公司财产不仅享有剩余索取权，而且对公司的经营享有最高控制权。”股东最有积极关注与监控公司的经营，且较公司的其他参与者有动力校正经营者懈怠及道德风险。然而自20世纪初以来，这种被奉行为一种理想化、标准化的企业治理模式受到了企业社会责任（利益相关者理论）的挑战，职工参与公司治理是公司社会责任理念在职工利益领域的表现。依此观点股东只是公司利益相关者之一，除此之外公司的雇员、消费者、客户、当地社区及至其他影响公司和受公司影响的社会公众都分别与公司存在某种利害关系，故而亦是公司的利害相关者。没有这些利害相关者及其在公司中的权益，作为组织的公司将无法存续，公司正是所有利益相关者围绕权益获取和保护的合作博弈所形成的关系网。在所有利益相关者中，职工则是最重要的利益相关者。职工的工作、生活甚至养老都与公司的生存和发展息息相关，他们是公司发展的主导力量。这样公司法人治理结构被定义为股东、债权人、职工等利害关系人之间有关公司经营与权利的配置机制。各种利害相关者应当

共同参与公司治理。

随着技术进步，职工知识和技能水平的不断提高仅仅具有人力资本的劳动者，当他们把自己的体力和智力作为资本投入企业，不可避免要承担这种特定的“人力资本”投资相关的风险。尤其是在高度专业化人力资本方面的投资对于公司财富创造的方式极为重要的情况下，职工也是股东，他们也是剩余索取者并成为剩余风险承担者。“现在已不是一个劳动创造价值的单因素经济，而是资本和劳动共同创造财富的双因素经济。”现代公司已经成为多元利益联合体，不仅是资本联合，而且也是劳动与资本的联合，作为劳动者的职工是其不可忽视的构成部分。

（二）西方国家职工参与公司治理的方式及其成功经验

职工参与公司治理作为一种制度得以确立，是 20 世纪以后的事情。由于各国立法环境，经济文化背景各有差异，在公司治理模式的选择上也有所不同。从目前主要市场国家的实践看，公司治理结构主要有三种形式：①英美模式，主要特点股权具有高度分散化，流通性；机构持股力量在公司治理结构中作用弱小；单层治理结构，公司不设监事会，由董事会履行监督职责。②日本模式，法人持股率高，经营者在公司中居主导地位；公司内部决策权与执行权统一，监督和约束主要来自公司外部，一是来自交叉持股的持股公司，二是来自银行的监督。③德国模式，股权集中程度很高，银行参与公司治理；双层治理结构，股东会、理事会和监事会权责分明、相互制约；职工参与决定制，企业通过职工代表参与监事会和职工委员会，来实现其参与企业管理的“共同决定权”。公司治理结构形式的不同导致职工参与公司治理在参与方式、参与程度上有所不同。纵观西方发达国家职工参与方式可归结以下三种方式：

1. 信息参与方式

信息参与是公司职工通过特定机构或劳资协议参与公司管理，有权了解公司的经营状况，并向公司决策机关提出建议和意见。这种参与方式层次较低，参与程度也不够深。职工在参与过程中并无表决权和决策权。根据德国法所确立的“契约自由原则”，在不违背法律的前提下，雇员可以通过在劳资协议中确定其参与公司决策的范围和方式。内容主要涉及劳动时间、劳动报酬、职工福利等社会性问题。一般是先选出雇员的谈判代表，最后按法定程序进行谈判，然后签订集体合同。通过信息参与，促进双方在理解、信任合作的基础上达成双方利益的一致，这是作为企业重要利益相关主体在职工参与公司治理中的重要手段。

2. 职工参与公司机关

职工参与公司机关是一种由公司法规定的，职工利益代表与股东利益代表一道参与公司决策机关，共同介入公司决策程序，影响公司决策结果的公司民主管理制度，又根据各国选择公司治理模式的不同（双层制或单层制），而细化为经营参与方式和监督参与方式。

（1）经营参与方式

指由雇员代表直接进入董事会，参与经营决策。这一制度在 20 世纪 70 年代以来在欧洲得到了广泛的推行。法国、德国、丹麦、瑞典等国家都在立法中都规定了雇员进入公司董事会制度。德国 1976 年《参与决定法》第 33 条和 1956 年《冶矿业劳工参与法》13 条都规定必须在董事会中设 1 名劳方董事，由雇员代表担任，享有同等权利。法国 1986、1988 年对其《商事公司法》进行修订，规定了职工可选举适当数量的代表参与董事会，但董事数额不得超过四个；对

于上市公司，则不得超过五个；并且职工选举的董事人数不得超过其他董事人数的三分之一。《丹麦公司法》规定，在雇工超过 35 人的公司及前 3 个会计年度平均雇工超过 35 人的公司，职工有权选举董事成员，即使董事会人数少于 6 人，也要为职工代表保留 2 个席位。

(2) 监督参与方式

指雇员通过其代表参加公司监事会行使其经济参与决策权。德国 1956 年《冶矿业劳工参决法》及其补充法规定了雇员代表及股东代表在公司监事会中的“同等代表制”，适用该法的企业必须设立监事会，监事会一般由 11 名成员组成：5 名雇员代表，5 名股东代表及第 11 名成员。1976 年《参与决定法》也规定了雇员在监事会中的“同等代表制”。监事会负责公司经营董事会的任免，对公司经营董事会进行监督和检查。在监事会中雇员代表与股东代表的地位完全相等，股东不享有任何优先权。而且双方势均力敌，雇员有可能完全、充分的参与公司决策。法国劳动法规定，雇员人数超过 50 人以上的企业必须设立劳资协会，该协会有权从其成员中选出 2 名代表参加董事会或监事会，雇员代表应邀参加董事会或监事会的所有会议，并参加讨论，但无表决权。与欧洲国家不同的是美国公司法引入了“外部董事制度”，即在董事会中设置一个由来自于公司外部且独立于公司业务执行委员会的外部董事组成的内部委员会专门行使经营权，公司职工可以作为股东以外的成员被选为“外部董事”行使监督参与权。

职工参与公司机关制度不仅对公司职工法律地位的提升，谋求公司职工的最大利益有深远的意义，而且是完善公司治理的一个重要内容。

3. 职工持股参与

职工持股又称所有参与，是指职工通过持有公司股份成为其股东，并参加股东大会来行使其民主管理权利。这是美国和日本雇员参与公司管理的重要途径。

职工持股制度是一种由企业职工拥有本企业产权的股份制形式，在我国广泛存在的股份合作制就是这种制度的一种组织形式。职工持股制度起源于西方，一般被称为“职工持股计划”（Employee Stock Ownership Plans，简称 ESOP），是由美国律师路易斯·凯尔萨在 60 年代最先提出的。可以说，职工持股制度在西方的发展历程并不长，但它带来的制度创新意义和显著的实际效果则显示出强大的生命力。职工持股计划是在重振美国经济，改善传统劳资对立关系的背景下产生的，其基础思想是：在正常的市场经济运行的条件下，任何人不仅可以通过他们的劳动获得收入，而且还必须通过资本获得收入，这是人的基础权利。凯尔索认为，人类社会需要一种既能鼓励公平又能促进增长的制度，这种制度使任何人都可以获得两种收入，即资本收入和劳动收入，从而激发人民的创造性和责任感，否则社会将会因贫富不均而崩溃；对于美国经济而言，如果扩大资本所有权，使普通劳动者广泛享有资本，会对美国经济产生积极影响。

现在，ESOP 已成为西方职工持股制度的典型，虽然它也是众多福利计划的一种，但与一般福利计划不同的是：它不向职工保证提供某种固定收益或福利待遇，而是将职工的收益与其对企业的股权投资相联系，从而将职工个人的利益同企业的效益、管理和职工自身的努力等因素结合起来，因此带有明显的激励成份。推行职工持股的目的在于通过职工拥有企业一部分股份参与利润分配来提高对企业的关联度，曾强对企业的凝聚力，并为企业职工参与公司治理提供制度基础。

如今，以 ESOP 为代表的职工持股制度的发展已越来越趋际化。目前，美国已

有 9000 多家职工持股的公司，遍布各行各业，日本上市公司中的绝大部分实行了职工持股制度，英国 90% 以上的非国有公司都有职工持股。现在，欧洲、亚洲、拉美和非洲已有 50 多个国家推行职工持股制度，职工持股制度的国际化趋势日益明显。

欧洲国家规定的职工参与方式较为广泛，而且该模式将职工参与制度作为强制性条款进行规定，使职工的参与权能够获得充分的保障。但是，由于职工和股东之间缺乏资金连系的纽带，股东代表和职工代表在公司机构中的对立形象并未获根本性的改变，这在一定程度上影响了公司的科学决策和决策的效率。而偏重职工持股参与的美、日模式则体现为职工代表同时具有具有股东身份，这使得其在公司机构中易获得非雇员股东代表的理解和支持，公司决策的效率和科学性也随之提高。而且此模式将职工利益与公司经营效果直接联系，有利于提高职工对公司长期经营的关怀度。

二、我国职工参与公司治理的必要性分析

在我国职工参与权源于国家的社会政治经济制度，该权利的功能在于树立职工对公司和企业的主人翁意识，以公司利益的获得为轴心，全面实现公司设立的目的。该权利与其他主体的权利（如股东权利、经理的经营管理权）既可能对抗又可能合作，在公司诸多权利主体所形成的权利体系中具有衡平与制约的功能，因此在公司经营与管理的不同场合，该权利对于股权与经营权具有矫正和推进的双重功能。我国是实行生产资料公有制的社会主义国家，职工群众是国家和企业的主人。对国有企业实行民主管理，既是劳动者的基本权利，也是社会主义制度优越性的重要表现。

我国《宪法》规定：“国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。”国有企业改组为公司后，公司的职工仍然享有广泛的民主权利。在我国法律对职工这一主体所参与的社会关系的调整主要分为两个层次，首先受到《劳动法》调整，职工作为社会上的劳动者与企业发生劳动关系，该法第 8 条规定：“劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。”其次，职工作为公司法上的主体，又受公司法规制。我国企业职工参与公司的经营管理，在立法上主要体现在《公司法》第 16 条、第 52 条、第 55 条、第 68 条、第 121 条中，此外 1996 年 4 月 1 日中华总工会等部门颁发的《关于印发〈关于国务院确定的百家现代企业制度试点中工会工作和职工民主管理的实施意见〉的通知》，也提出了许多职工参与公司经营的意见。在非国有制企业中，职工仍是国家和社会的主人，职工参与公司管理是生产力发展规律和现代企业管理规律的要求，也是建立现代企业的必然产物。

在我国让广大职工参与公司治理不仅具有理论基础和思想基础而且具有很大的现实意义，在我国经济转轨过程中，国有企业的公司化改造中的内部人控制问题相当普遍。其根源于国家股和法人股的集中。在现代企业制度改革中，由于股权结构问题和监管不规范，内部人在事实上获得一定的控制权，而且内部人可能利用各种手段，扩大事实上的超过合法控制权的有效控制权。我国的内部人控制是事实上的内部人控制，比那些合法的内部人控制有着更为严重的不合理。流通股股权无法对管理层形成有效的约束，无法“用脚股票”对管理层形成有效的制约。上述控股股东主体缺位、少数股权股东又无法行权的股权结构导

致了“事实上”的内部人控制。所以，职工参与对管理层形成的监督功能在我国有更加重要的意义。何况，在某种意义上讲，职工参与公司治理，有助于解决信息不对称条件下监控经营者行为的困难，从而提高公司治理的效率。有效的公司治理结构是解决在信息不对称的条件下经营者追求自身的利益而损害公司利益的问题。职工的监督比股东监督更为有效，因为职工比股东更了解公司的情况，而股东对管理层的监督往往面临“信息不对称”的困难。

其次，公司治理结构中的职工参与可以为我国国有企业的职工真正成为主人提供现实的路径。我国的宪法和有关法律都规定国有和集体企业的职工是企业的主人，但在现实生活中却缺少实现这一政治理念的具体措施，职工的实际地位和其相距甚远。

再次，职工参与制度可以为我国非国有企业的职工提供法律保障。随着经济体制改革和国有企业比例的下降，企业职工的社会地位似乎也在同步下降。如果说，国有企业的职工还是理论上的主人，在非国有企业里，几乎没有一个职工还会认为他们是企业的主人。我们应当注意到，这个群体由于没有得到应有的法律保护有可能成为弱势群体，因为他们还不享有联合国《经济、社会和文化权利公约》中规定的罢工的权利和自由组织工会的权利。如果说，在国有企业中的职工因其为主人而不需要这些权利，而在非国有企业中，这两项权利却是十分重要和普遍存在的。所以随着非国有企业不断增加，职工参与在我国企业中更具现实需要。

三、我国公司中职工参与公司治理的立法缺陷及其完善

我国职工参与制度作为原来企业职工民主管理制度的延续和重塑，与原来的职工民主管理制度相比在某些方面有了一些进步，突破了我国传统企业采取较为单一的职工代表大会作为职工民主管理的基本形式的局限，公司法中规定了职工参与公司董事会和监事会的制度，借鉴了西方国家的先进经验，积极的拓宽了在职工参与公司治理的渠道。但推行公司制后，职工参与管理呈日益淡化的趋势，这与职工参与在制度设计上的偏差有关。

（一）职工参与公司治理的立法缺陷及原因分析

1. 信息参与

在我国职工的信息参与权主要是通过职工代表大会和工会来行使的。通过职工代表大会参与公司管理适用于国有独资公司和国有有限责任公司。根据《公司法》第16条第二款规定“国有独资公司和两个以上国有企业或其他两个以上国有投资主体投资设立的有限责任公司，依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会和其他形式实行民主管理。”《公司法》第55条、56条、121条、122条还规定，有限责任公司和股份有限公司研究决定有关职工工资、福利、安全生产、及劳动保护、劳动保险等涉及职工切身利益的问题，应当事先听取工会和职工的意见，并邀请工会或职工代表列席有关会议，若是研究决定生产经营的重大问题或者制定重要规章，也应听取公司工会和职工的意见和建议。这里规定了职工的建议权和知情权。

（1）我国职代会制度创设的理论根据具有局限性。职代会的设立思路是“该组织的设置在结构上是作为上层建筑的一个组成部分，它植根于生产资料社会主义公有制，企业生产资料归全体劳动者共同所有，劳动者是公有制企业主人这一前提。”在这种前提下，职代会是职工在企业中行使“主人”权力的最高机构，

职工是以所有者身份而不是以企业职工的身份参与企业管理。由此造成了当企业公有制形式存在差异时，职代会的权利就有了差别，当企业为非公有制性质时，职工的参与权就没了立法根据，所以可以不设立职代会。公司法中对非公有制的职代会未作出规定。这种规定有悖于职工参与制度的本旨。从职工参与公司治理的发源地西方发达国家看，职工参与公司治理的根据是现代化大生产。在社会化大生产的条件下，影响企业发展的外部因素错综复杂，市场瞬息万变，在企业内部则分工细密、协作复杂，这就需要民主管理、群力群策，提高企业的管理水平。职工参与公司治理是社会化大生产的产物，而与生产资料所有制并无必然联系。

(2) 国有有限责任公司的职代会和公司治理机构股东会、董事会、监事会职权存在冲突。随着现代企业制度的确立，国有有限责任公司股东会、董事会、监事会职权与职代会的职权发生冲突，职代会的职权几乎被新三会剥夺，仅剩下发表意见的建议权。同时也使《公司法》16条的条文陷于模糊不清并与其他条文的规定不协调。职代会与公司中“新三会”之间的关系衔接公司法在制度安排上没作出规定。“新三会”是指常态公司治理机构中的股东会、董事会和监事会。试行股份制和推行现代化制度以后，职工代表大会的基本权能已经为股东大会和监事会所取代，职代会、民主管理连同职工参与制实际上已经名存实亡。

(3) 公司法对职代会的法律地位没作规定。

(4) 法律对于违反职代会设置要求和职权的行为没有相应的制裁规定。从法理上讲，假定、处理、制裁三个要素是任何法律规范在逻辑上必须具备的。没有法律制裁规定，企业不设立职代会，不落实职代会的职权就不会受到法律的制约和处罚。这样职代会的实施就得不到法律的保障，从而影响职代会制度在实践中贯彻执行。

2. 职工参与公司机关

(1) 立法价值取向的矫正

我国《公司法》规定了国有独资公司和两个以上国有投资主体设立的有限责任公司的职工代表才能进入董事会。这是对职工经营参与的规定，该法第45条规定：“两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表应当由公司职工民主选举产生。”第68条规定：“国有独资公司设立董事会，其成员为3人至9人，董事会成员中应当有职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。”对于其他公司形式则一律不能有职工董事制度，充其量可以有职工监事制度。而我国监事在经营管理中的作用只限于消极性的监督而已，远不如董事在公司中经营中的角色活跃。这里存在两个问题：一是国有独资公司毕竟是少数，对绝大多数其他形式的公司来说职工代表不能进入董事会，并不能参与企业的生产经营决策过程。二是国有独资公司的职工有权入选董事会，而非国有独资公司的职工则无缘问鼎。这种立法思想把职工参与的范围限制在我国传统计划经济体制下职工习惯于企业的主人身份当家作主的国有企业，而对现在已经破土而出的民营企业则在制度构建上没有立法支持。造成了由于用工主体的经济性质不同使企业职工的政治待遇出现偏差。

西方国家的职工参与制度并不与公司的所有制挂钩，职工是否参与公司的管理机构一般仅以公司的规模，尤其是雇工的人数为准。达到这一标准的国有公司或非国有公司都要实行职工参与制度。

监督参与则体现为公司法第52条和124条。如52条规定，有限责任公司规模

较大的，设立监事会，其成员不得少于3人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。第124条规定股份有限公司设监事会，其成员不得少于3人，监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由职工民主选举产生。职工监事有权依法检查公司财务，对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督，当董事、经理行为损害公司利益时，有权要求董事、经理予以纠正，并可提议召开临时股东大会。我国《公司法》把监事会界定为与董事会处于同一地位并共同接受股东大会监督的公司机关。同样是采取双层制公司机关的国家，一般监事会是低于股东大会但高于董事会的权力机关。其权力范围包括任免董事会，对公司的重大经营活动直接决策并对董事会具有约束力，而在我国监事会的监督权限于脆弱，监督手段不充分的大前提下，职工监事制度远不如欧洲国家的职工监事制度更有利于维护职工的利益。笔者认为，在我国《公司法》规定的公司机关体系中，与欧洲国家公司法中的监事会的地位和职能更为相近的是我国的董事会制度，建议扩大职工董事的适用范围，如上文提到的，西方国家是以职工的人数作为职工参与机构设立的标准。在我国凡职工达到一定人数的公司（包括有限责任公司和股份有限公司）都必须统一推行职工董事和职工监事制度。这样才能使职工参与制度更具实效，并且为我国公司治理结构的完善提供很好的制度安排。

（2）职工参与公司机关条文缺乏量化操作条款

① 《公司法》对职工董事和职工监事的具体比例没加以明确规定。《公司法》虽然规定了国有公司职工董事和职工监事制度，但立法并没有具体规定职工董事和职工监事在董事会和监事会中所占的具体比例，也没有上下限的规定，而完全由股东大会在公司章程中自行规定。这种做法的本意是为了尊重企业自主权。在实践中则有可能造成职工董事、职工监事的比例过低，在董事会、监事会中没有影响力，使职工参与制度流于形式的问题。

② 职工董事、监事代表产生的程序不明确。根据《公司法》第45条第二款、第52条第二款的规定，无论职工董事还是职工监事都由公司职工民主选举产生，即职工董事或监事代表是采用民主的原则选举产生的。但在实际操作中由谁来主持这种民主选举呢？如果按原有的做法一般由职工代表大会选举产生，但企业公司改革后，并非所有的公司都设有职工代表大会，那么在那些没有设立职工代表大会的有限责任公司和股份有限公司由谁来主持这种民主选举呢？

③ 《公司法》对职工董事、监事的罢免问题没有明确规定。《公司法》只规定职工董事、职工监事由职工民主选举产生，但没有规定由哪一个机构更换。这也会影响到职工董事、职工监事参与公司决策的效果。

除上述不足外，我国《公司法》在公司职工参与制度还存在着职工代表的职责不明确、职工代表的法律地位不明确和没有相应法律责任约束等问题，这些都会影响公司职工参与制度的效果。

通过上述对公司职工参与管理制度立法不足的分析，我们可以看出我国《公司法》并没有全面地反映出职工参与制度应作为一种可取制度加以确立这一世界性发展潮流。对于其中的原因我们认为有以下几个方面：

首先，现行公司法把职代会、职工参与的理论依据仍然设定在生产资料公有制这一理论上。其逻辑思路是因为国家在全社会范围内实现了生产资料的公有制，劳动者成了国家的主人，既然是国家主人，就应当对所在国有企业的财

产拥有主人翁的权利，对企业拥有经营管理权。所以在国有公司中职工享有参与权，而在非国有公司或非国有资产控股的公司中，职工则没有参与权或参与权相对比较小。但单纯坚持公有制依据，对全社会范围内的企业职工政治经济权利的保障是不利的。

其次，公司法的立法价值取向有所偏颇。在传统的计划经济体制下，我国强调全心全意依靠工人阶级，职工被视为国家的主人翁、企业的主人。然而随着社会主义市场经济的启动，资本堂而皇之地成了一种生产要素，一种可以参与经济分配的要素。投资者、股东的法律地位和身份被社会重新确认，投资者意识、股东权意识空前觉醒。在这种社会背景下，股东利益至上、经济权利至上成为《公司法》一个重要的立法价值取向。由此造成了我国公司法关于职工参与权的内容规定主要侧重于职工切身利益的保护，或者说法律赋予职工的参与权仅仅是为了保证职工利益在公司的运作中不受歧视而已。立法上缺乏对职工参与权的主动规定，与公司法规定的较为完善的股权相比，职工参与权过于弱小。最后，由于我国的公司法是在我国公司制刚刚起步不久，公司法的研究和实践都尚未充分展开的情况下出台的，所以在职工参与制度的规范上尚未成熟，因此也难免有许多的漏洞和不足。

（二）完善企业职工参与管理的立法建议

鉴于我国公司法职工参与制度的若干不足和疏漏，笔者认为有必要在充分考虑我国国情以及公司制度发展现状的前提下，针对企业职工参与制度的不足，有选择地借鉴国外企业职工参与制度的合理作法，使企业职工参与制度成为有中国特色的社会主义公司法不可或缺的有机组成部分。因此，笔者认为，应从以下几方面对我国企业职工参与制度进行完善。

应当说，无论是计划经济体制下的职工至上的价值取向，还是市场经济条件下的股东至上的观念都是过激的。股东是公司得以成立的决定性条件之一，他的投资风险大于员工的失业风险已经是一个无需论证的事实。然而对公司来讲，职工又非局外人，已经成为公司利益共同体中的一员。公司职工的利益需要得到应有的关注，这不但是现代社会发展的必然要求，同时也是直接或间接地影响到公司效益的重要因素。因此笔者认为，在我国相当长时间内还处于社会主义初级阶段和社会主义市场经济社会的国情下，公司、股东和职工必须本着合作双赢的理念，在一系列职工参与管理制度的安排下，使各自的利益都能得到实现。

1. 企业职工参与制度的立法基础的调整

理论问题是整个职工参与制度构建的基础，也是完善职工参与制度的理论起点，因此有必要在提出完善职工参与制度具体立法建议之前，先探讨职工参与制度的理论基础。现行法律法规将职工参与制度存在的依据设定在生产资料公有制这一理论上。这种思路把将职工在国家政治结构中的地位同他们在企业中的地位混淆了，对职工参与制度而言，不仅使非公有制企业设立职工参与制度失去依据，也使得公有制企业本身职工参与制度的职权范围受到内涵不清的制约。因此单纯坚持公有制依据，对全社会范围内保障劳动者在企业中的经济和政治权利是不利的，它只能导致企业职工参与制度在理论和实践上的混乱。

既然目前职工参与民主管理的基础理论有所欠缺，那么职工参与理论的基础应该是什么呢？笔者认为，职工参与制度的理论基础在于“劳资同权、劳资平等”。劳资同权的含义是劳动力与物质生产要素同为资本，是资本的两种不同表现形式，企业是物质形态资本和劳动力资本结合的场所，劳动力与机器设备等资本

同样是生产要素，共同创造了企业的利润。因此劳动者也应取得与股东一样的对企业的控制权和利润分享权。现代企业理论肯定了劳动资本主义学说的观点，认为企业并非股东的企业，而是一种人力资本和非人力资本所组成的特殊契约。劳资平等的含义在于劳资双方人格平等。资方(股东)是资本的人格化，是生产资料所有权的体现。劳动者是劳动时间的人格化，是劳动力所有权的体现。劳动者与股东同为企业生产要素的所有者，双方法律地位平等。股东不得因为其作为生产资料的所有者，侵犯劳动者利益，从而使劳动者丧失其独立的人格。在现代企业中、所有权和经营权分离，企业的经营并不是单纯的财产管理，企业家所营运的对象是股东的资财与劳动者之劳动，营运妥当与否为资财所有者所关心，但也为劳力所有者所关心。因此，在企业经营管理过程中，既然股东有权参与企业经营管理，作为劳动者的职工也有参与企业经营管理的权利和必要。而如何行使这种权利，笔者认为股东大会为股东的表意机关，职代会是职工的表意机关，董事会、监事会由股东代表和职工代表共同组成。这就是设立职工参与制度的理论基础。这一立法基础不仅有助于构筑职代会、职工参与企业经营的法律地位，而且也与我国的国情政权的基础，社会主义制度的内涵要求相一致。当然劳资同权、劳资平等并不要求改变公司的组织和运行规则，而在于对资本权利有所限制。

2. 完善公司职工代表大会制度的立法建议

根据以上分析，针对我国公司职代会制度立法的不足，借鉴国外职工参与公司管理的立法经验，笔者提出以下完善职代会制度的立法建议：

(1) 明确职代会的法律地位。我国的职代会制度类似于德国的企业职工委员会，因此在这点上，我国可以参照德国 1972 年《企业组织法》中关于企业职工委员会的规定。德国法规定，职工委员会不是企业的领导机构，而是职工的代表机构，但可以依法参加企业内部的民主管理。因此，我国职代会应定位为职工的表意机关，是职工参与企业民主管理的基本形式，是其它职工参与企业民主管理的准备和确认机关。

(2) 调适职代会的职权。从德国企业职委会的规定来看，职委会参与企业的职权，基本上可以分成两个层次：一是仅限于通报、了解、建议、企业的事务享有决策权和否决权，这是较深层次的参与决定。为此，结合我国的国情，笔者认为调整后的职代会职权应为：① 对企业重大经营决策的知情权和建议权。② 对涉及职工切身利益的制度、规章的共决权。③ 对职工福利基金、公益金使用方案等有关职工生活福利重大事项的审议决定权。

(3) 确立与股东大会、董事会、监事会衔接方式和程序。我国除了必须在职权上对职代会与股东大会、董事会、监事会进行调适外，还必须确立职代会与股东大会、董事会、监事会衔接方式和程序。具体的建议是：① 职代会与股东会联系方式。凡持股的职工既为股东会成员，也是职工代表大会成员，由职工持股会选举职工代表参加股东代表会。② 职代会与董、监事会关系。职代会选举法定的职工董事和职工监事代表参与董事会、监事会，职工董、监事代表与其他董、监事代表享有同等的权利。③ 职代会与股东大会、董事会、监事会的程序关系的是：董事会拟制重要报告和文件后先召开职代会预备会，审议董事会的文件和报告，由职工提出意见和建议，然后举行董事会听取职代会的审议意见，然后再召开股东大会，确认文件和报告，最后召开职代会，发布股东会的经营决策并确定企业决策的具体实施方案。

(4) 扩大职代会的设置范围。德国等西方国家是以职工人数作为设置职工参与

机构的标准。如德国立法规定:凡职工超过 50 人的企业都必须成立职工委员会。那么我国公司法也应该不再以公有制而是以职工人数作为职代会的设置标准,凡公司的规模和职工人数达到一定标准的都必须设立职代会,这个标准具体为多少?笔者认为,针对我国小企业发展较快的情况,这个标准可以适当低一些。在具体法定人数上可参照《工会法》第十二条关于建立基层工会委员会的会员人数标准加以确定。

(5) 增加对违反职代会制度的法律规定的责任追究规定。法律应规定违反职代会制度所作出的行为无效。对该设而不设职代会的企业要处于一定的罚款,经指出仍不设置的可吊销营业执照,对直接责任人员也要科以一定的法律责任,这样才能确保职代会制度的法定权威性和执行力度。

5. 企业职工董事、监事制度的完善

(1) 摒弃以公司的所有制形式作为决定职工参与程度的不合理作法。西方国家是以职工的人数作为职工参与机构设立的标准。为了让我国职工参与制度更具实效,建议扩大职工董事和监事的适用范围。笔者认为凡职工达到一定人数的公司(包括有限责任公司和股份有限公司)都必须统一推行职工董事和职工监事制度。

(2) 对董事会、监事会中职工董事、职工监事所占的比例公司法应当有一个法定比例的规定。绝大多数国家都有职工董事和监事的法定比例。如奥地利 1973 年的《职工参与法》规定,监事会中 1/3 之一的成员由工人理事会指定。1980 年的丹麦《公司法》规定,雇工超过 35 人的公司,职工有权选举 1/3 的董事会成员。结合当前的公司治理机构的发展趋势,笔者认为,我国企业职工董事的比例应定在不少于四分之一。这个比例之所以没有定的过高,是因为二十世纪以来,科学技术急剧进步,生产水平迅速提高,市场经济日趋发达,公司的经营活动变得高度专业化和专门化。职工董事比例太高会影响董事会经营决策的质量和效率因此董事会的成员更多地应由专业人员组成。建议职工监事的人数一般不得少于监事会成员三分之一。

(3) 完善职工董事和职工监事的选举和罢免程序。职工董事和职工监事一般由工会委员会或职工参与制度专门小组组长联席会议提名,由职工代表大会按民主程序,实行差额、无记名投票方式选举产生,未经选举机构同意其他部门不得罢免。

(4) 赋予职工董事、职工监事一定的权利。就大多数欧洲国家现行的立法而言,职工代表与股东代表一般具备相同的权利和义务,在丹麦和德国职工代表与股东代表在公司机关中法地位几乎毫无二致。我国《公司法》对此采取避而不谈的态度,因此,我国《公司法》要明确职工董事、监事权利的规定。职工董事、监事在任期内与其他董事和监事享有同等的权利,职工董事、监事的具体权利应包括:① 董事会审议或决定公司的重大决策、决定公司公益金使用方案和其他涉及职工利益的重大事项时,职工董事有权代表职工充分发表意见,并提请董事会予以重视;② 职工监事有权依照法律法规和公司章程赋予的职权履行监督职责;③ 职工董事、职工监事有权列席职工代表大会主席团会议或职工代表团(组长)和专门小组组长联席会议;④ 职工董事、监事因故不能出席董事会、监事会会议时有权委托其他董事、监事代为行使职权。⑤ 职工董事、监事可以连任,在任职期间公司不得无故解除其职务。

(5) 增加职工董事、监事的义务规定。既然职工董事、监事享有一定的权利,相应地也要承担一定的义务。职工董事、监事的职责应包括下列几个方面:①

在董事会、监事会审议重大议案时，职工董事、监事应充分表达职工和工会的意见，并及时向职工和工会反馈。涉及公司商业秘密的内容除外；② 凡由职工代表大会及其工作机构作出决议的，职工董事、监事应按决议精神行使表决权；③ 职工董事、职工监事应定期向职工代表大会报告工作；④ 职工董事、监事应定期接待职工来访、接受职工的质询和咨询；⑤ 建立职工董事、监事工作记录制度，并通过厂务公开栏向职工公开其履行职责情况。

四、对我国职工持股制度的思考

和职工的管理参与一样，职工持股参与是职工参与公司治理的又一重要方式。职工持股参与实现了由资本雇佣劳动向劳动力占有资本的转化，为职工参与公司治理提供了所有权依据。在我国，职工持股是与国有企业股份制改造相伴而生的。目前，实行职工持股的地区、企业及涉及的职工人数、资金量已有相当的规模。

职工持股制度的理论与实践源于美国。美国在 20 世纪 60 年代开始推行“职工持股计划”（简称 E S O P）。其主要目的是缓和劳资矛盾、稳定职工队伍及留住人才，为企业筹集资本、防止公司被恶意收购等。目前美国推行 E S O P 计划的有 1 万多家公司，涉及员工 1000 多万，持有股本约 1200 亿美元。80 年代中期，我国的一些企业开始进行股份制改革和职工持股的试点。随着改革的不断深入，在国有中小企业和非国有企业进行公司化改造和推行股份合作制的过程中，职工持股出现了多种多样的形式。为了规范职工持股行为，使之健康发展，许多省市如上海、吉林、北京、江苏、天津等都出台了相关的地方性管理规定或实施办法，为职工持股的改革实践奠定了良好的制度基础。近年来，许多企业在改制过程中也都采取了职工持股这种形式。

（一）实行职工持股制度的目的

从理论上讲，推行职工持股制度的主要目的首先是明晰产权。国有企业改革过程中遇到的一个关键问题是，由于资产所有者没有人格化，造成名义上国有、事实上所有者缺位，职工持股使这部分资产明晰化了。其次，职工持股有利于建立企业新型的经营机制。由于职工拥有企业部分资产（股权），他们就会真正关心企业的经营情况，职工的行为目标就会更接近企业经营目标。然而，在实践中，企业推行职工持股制度的直接动因往往不仅仅是出于以上考虑。一部分企业实行职工持股制度主要的目的是为职工谋取福利，这部分企业通常效益较好，通过职工持股分红可以合理合法地直接分享部分企业效益。还有部分企业推行职工持股主要是为了留住关键人才、稳定职工队伍。比如一些高科技企业掌握关键技术的人员和业务骨干，一些以贸易业务为主的企业的营销人员，与客户建立了稳定的业务关系，通过推行职工持股制度，并在持股数量上拉开差距，使这些人员有较多的股份，就可以留住他们。另外还有一种情况，就是一些面临危机，特别是资金危机的企业，通过职工持股，一方面可以为企业筹集部分资金，另一方面可以使职工产生凝聚力，与企业共渡难关。总之，尽管推行职工持股制度理论上讲是为了明晰产权，转换经营机制，但实践中各个企业有其不同的目的，不能一概而论。笔者认为，在这个问题上，企业不应“赶时髦”，笼统的说为明晰产权而推行职工持股，一定要从实际出发，考虑是否需要和怎样推行这项制度。

事实上，即使在美国，推行 E S O P 的公司仅占 3%~4%，只是在公司出现特定情况时才推行。如股东想出让股份，由员工购买，总公司要关闭某分公司或子公司，由员工收购；公司为了防止恶意收购，将部分股份卖给员工等。

(二) 职工持股的比例

对规模较小、职工人数较少的企业,职工持股比例应较大,达到超过 50%的比例。对于规模较大、职工人数较多的企业,职工持股的比例不应超过 50%,但也不能太小,如小于 30%。作出这一结论主要是基于对公司有效治理结构的分析。现代公司理论认为,公司股权结构的合理配置应该是在分散基础上相对集中,既要股权分散,起到制衡作用,又要相对集中,有几个较大的股东。事实上,上市公司基本上都是这种结构。对于规模较大的公司,如果职工持股控股,会导致股权过于分散,虽然较大公司的职工持股通过职工持股会管理,但由于职工持本身比较分散,在涉及企业重大问题上难以产生主导意见,因此,这样的股权安排不利于企业长远发展。至于职工持股比例不能太小,则显而易见,太小了的确起不到激励作用。对于规模较小的公司,由于职工人数较小,易于产生主导性意见,职工持股控股,可以使职工能真正体验到是“企业主人”,激励作用很大,因此对企业发展较为有利。在我国推行职工持股制度较早的深圳,员工持股比例划分为三档:企业中股本在 5000 万~2 亿元的,职工持股比例可占 35%左右,1000 万~5000 万元的,可以到 49%,100 万元以下的,可以 50%以上,笔者认为基本上是合理的,可以作为参考。

(三) 职工股的资金来源

从职工股本身含义看,职工股应指职工用现金出资认购的股份。在美国,职工股一般交托管机构管理。通行的做法是,由公司向银行贷款交托管机构,或公司担保由托管机构向银行贷款。托管机构以此贷款购买公司股份,以后托管机构以从公司分得的红利偿还贷款本息,偿还完以后,股份即为职工持有。从我国部分试点企业的做法看,职工股资金来源有两种。一部分是职工现金出资认购,一部分为企业替职工贷款认购,即类似于美国公司的做法。值得注意的是,也有一些企业将工资结余、福利费、公益金等量化,无偿配送给职工。应该说,这部分资产本就属于职工,这样做是完全可以的。但笔者认为,首先这部分的比例不宜过大(如超过 50%)。因为配送比例过大,会弱化职工股的激励作用。其次,配送股份时应考虑到职工的工龄、职务。再次,配送的股份,职工应该只有分红权,没有所有权,在职工离开企业时,由企业按照一定的折价原则(如每股净资产)收回。

(四) 职工持股会的地位和作用

从各地制定的职工持股试点办法和企业实际运作情况看,实行职工持股制度的企业几乎无一例外地设立了职工持股会。尽管表达方式不尽相同,但各地在试点办法中对职工持股会的定位基本上是一致的。即是社团法人,是工会下属的从事内部职工股管理的组织,代表职工行使股东权利。笔者的观点是,设立职工持股会是管理职工股的一种组织形式,但不是唯一的组织形式。设立职工持股会是避免《公司法》中对有限责任公司股东人数限制而采取的一种组织安排,而不是为了有效管理职工持股而必须采取的组织安排。结论是:只有在公司是有限责任公司,而且职工人数较多(超过《公司法》最多 50 个股东的限制),则必须设立职工持股会,作为一个法人股东,统一代表职工行使出资人权利;而如果职工人数少于 50 人,或公司是股份有限公司,则职工完全可以直接作为自然人股东。

(五) 职工持股制度的配套政策

1. 职工股的法律地位。

按照我国《公司法》规定,有限责任公司或股份有限公司的股份分为国家股、法人股和个人股,而没有“职工股”。既不能把由职工持股会管理的职工股认为是法人股,也不能把职工股视为个人股,“职工股”缺乏法律地位。因此,为规范职工持股制度,国家应对《公司法》进行适当的修订,以明确职工股的法律地位。

2. 职工股筹集资金的用途。

从目前地方政府出台的职工持股试点办法看,对职工股筹集资金均作了严格界定,即仅限于购买本公司的内部职工股,不得用于购买社会发行的股票、债券,也不得用于向本公司以外的企事业单位投资。但实践中往往出现这样的情况,即母公司职工持股会作为法人投资者投资到子公司,这显然是违背了上述“办法”的规定。笔者认为,限定职工持股筹集资金用途是必要的。特别是购买社会发行的股票、债券,但对于投资到子公司,则是可以的。这样做主要是为了简化操作。因为如果母公司拥有几个子公司,分别组建各子公司职工持股会在操作上较繁琐,而只在母公司设立职工持股会,再由其投资到各子公司,可以简化操作。因此,有必要对以上“试点办法”进行修订,对这种情况,不予限定。

3. 税收优惠政策。

在美国,为了推广 E S O P,政府在税收方面给予一定的优惠政策。例如,员工持股获得的红利、出售股份收入转入退休基金等免交个人所得税;对于出售股份的股东,如果员工持股超过公司股本 30%,且股东把出售股份的资金投到一个美国公司,可以免交 28%的所得税;公司以现金付给员工的红利,公司可以减税;向职工持股 30%以上的公司贷款购买职工股的金融机构,其利息收入减半征收公司所得税等。从目前出台的地方性规定看,还没有涉及税收优惠政策,有必要对此问题进行深入研究,及早出台相关政策,推动职工持股制度的开展。