

职代会的定位与功能重塑

谢增毅*

内容提要：职代会制度是我国颇具特色的一项职工参与制度。随着市场经济体制的建立以及企业治理制度的变革，职代会的地位和作用发生了变化，需要重新审视职代会的正当性。目前，有关职工参与的各种理论从不同角度论证了职代会的正当性，职代会对完善公司治理、加强公司监督、维护公司利益也具有积极作用。我国应通过完善职代会设立规则、职权设置，使传统的职代会与市场经济体制下的现代公司治理机制相契合，让职代会成为职工与企业协商沟通的主要平台，在新的体制环境下发挥协商和监督等功能。

关键词：职代会 职工参与 企业民主管理

自实行计划经济体制以来，职工参与企业民主管理一直是我国企业管理制度的重要组成部分。^{〔1〕}特别是，职工代表大会（职代会）作为一项发端于计划经济时代的制度，一直广泛存在于我国企业事业单位之中，在政治生活和企业运行中占有重要地位。职代会不仅是职工行使民主管理、民主参与的机构，也是企业治理机制的重要组成部分。在计划经济时代的国有企业，职代会甚至成为具有决策功能的机构，在企业运行中发挥了至关重要的作用。随着经济体制改革和企业治理制度变革，时至今日，职代会的性质和作用逐渐发生变化。作为一项具有长久实践基础和广泛影响的制度，职代会不仅事关广大职工的切身利益，影响职工在企业的民主参与权利，更关涉企业中职工与资本的地位和话语权。

一、职代会的嬗变：作用日渐式微与定位渐趋模糊

在计划经济体制下，由于国有企业一统天下，现代企业制度尚未建立，加上企业“主

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕“企业民主管理”是我国对企业实行的职代会、职工董事监事、厂务公开等制度的概括，是从企业实行职工参与民主管理的角度来概括企业治理的部分内容。国外更多使用“职工参与”的概念。“职工参与”主要从职工参与公司治理的角度，突出了职工的权利。由此可见，企业民主管理和职工参与主要是从不同角度描述了职工在企业管理中的地位和作用，二者的内涵和外延基本一致。如无特别说明，本文对“企业民主管理”和“职工参与”不作区分。

人翁”意识形态的影响，职代会在企业占据重要地位。1981年7月，中共中央、国务院转发《国营企业职工代表大会暂行条例》，指出企业的“职工代表大会（或职工大会）是企业实行民主管理的基本形式，是职工群众参加决策和管理、监督干部的权力机构”。依此条例，职代会是具有决策、管理和监督职能的企业权力机构。1983年《国营工业企业暂行条例》第4条规定，“企业实行党委领导下的厂长（经理）负责制。企业实行党委领导下的职工代表大会制（职工大会制）。企业在生产经营活动中实行党委集体领导、职工民主管理、厂长行政指挥的根本原则。”在当时的企业管理制度下，职工民主管理被作为和党委领导、厂长负责相并列的企业根本原则，在企业中具有重要地位。20世纪80年代中期，中国开始实行有计划商品经济，企业独立性和自主性增强，企业管理体制也逐渐发生变化。1988年全民所有制工业企业法的出台，确立了“企业实行厂长（经理）负责制”的管理体制，明确“厂长在企业中处于中心地位”。全民所有制工业企业法规定，企业通过职代会和其他形式实行民主管理，企业工会组织职工参加民主管理和民主监督。该法还明确了职代会的组成和职权，规定“职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构”。职代会职权比较丰富，包括建议权、决定权和监督权等内容。不过，该法不再将职代会定性为职工群众参加决策和管理、监督干部的“权力机构”，而是“职工行使民主管理权力的机构”。

从企业管理角度看，在全民所有制企业实行民主管理，让职工参与企业的决策、管理和监督，除了体现公有制经济优越性，体现职工“主人翁”地位，也是与全民所有制企业治理结构相适应的一种制度安排。由于当时国有企业尚未实行公司制，并未建立起现代公司治理结构，没有股东会、董事会、监事会和经理制度，客观上需要对厂长的权力进行制约和监督。这一点也体现在1986年的《全民所有制企业职工代表大会条例》中。条例第2条指出，“企业在实行厂长负责制的同时，必须建立和健全职工代表大会制度和其他民主管理制度，保障与发挥工会组织和职工在审议企业重大决策、监督行政领导、维护职工合法权益等方面的权力和作用。”审议企业重大决策、监督行政领导和维护职工合法权益是当时职代会的三项主要功能，维护职工合法权益并不是职代会的唯一功能。职代会制度和厂长负责制是相辅相成的，二者都是当时企业治理结构的重要组成部分。

1992年10月党的十四大明确提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，加快建立现代企业制度成为市场经济体制改革的一项重要内容。在此背景下，1993年中国颁布公司法，建立现代企业制度。公司法规定，国有独资公司和两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体设立的有限责任公司，通过职代会和其他形式，实行民主管理。公司法将实行民主管理的公司限定为国有独资公司以及其他国有有限公司，这些公司必须设立职代会。

公司法的颁布对职代会等企业民主管理制度产生了重要影响。国有企业改为公司，就必须适用公司法，而不再适用全民所有制工业企业法。根据公司法，在企业内部领导体制上，公司实行权责明确，相互制约的股东会、董事会、监事会和经理制度，它们分享公司的决策权、业务执行权、监督权和经营管理的权力，而不是实行厂长负责制，集决策权、业务执行权、法定代表权于厂长一人。公司职代会也不享有全民所有制工业企业法规定的全部职权。因此，公司法颁布后，职代会在公司制企业的地位和职权就发生了变化，发挥

作用的范围和方式也发生了变化。

2005年修订的公司法,在原则性条款中,将实行民主管理的公司扩大到所有公司。不过,职代会不再是公司必须设立的机构,公司可以通过职代会以外的其他形式实行民主管理。随着经济体制变革、企业治理机制变化以及公司法等立法的变化,职代会的地位、性质和职权变得模糊不清了。〔2〕

实践中,由于企业所有制变化以及相关法律不完善,职代会在企业并未普遍设立。据统计,建立职代会制度的企事业单位从1998年推行厂务公开时的27万家,发展到2007年的108.6万家。其中,公有制企业有14.8万家,非公有制企业有70.9万家。〔3〕而截至2008年底,全国实有企业971.46万户(含分支机构),实有国有企业56.88万户,集体企业85.67万户。〔4〕尽管职代会数字增长较快,但和同期全国的企业总数以及国有和集体企业数量相比,设立职代会的企业比例还是相当低的。

值得关注的是,虽然公司法等相关法律对职代会的定位和职权的规定不清,但由于职代会在我国具有久远和广泛的基础,许多省级区域制定了企业民主管理方面的条例。例如,有些制定了企业民主管理方面的综合性条例,〔5〕有些专门针对职代会制定了条例。〔6〕当然,这些地方企业民主管理或者职代会条例的内容并不完全一样,有些规定甚至大相径庭。

2012年2月,在全国总工会的推动下,中共中央纪委、中共中央组织部、国务院国资委、监察部、全国总工会和全国工商联联合下发了《企业民主管理规定》,对企业民主管理的原则、职代会制度、厂务公开制度、职工董监事制度等做了规定。《规定》要求,“企业应当按照合法、有序、公开、公正的原则,建立以职工代表大会为基本形式的民主管理制度,实行厂务公开,推行民主管理”。从该规定的内容看,企业必须建立职代会。由于该规定并不属于正式的行政法规或部门规章,职代会是否应当普遍设立、职代会的职权和运行规则如何设置,尚待进一步深入研究。该规定的出台也反映了加强对职代会等企业民主管理制度立法及其实施的研究的紧迫性,特别是职代会制度涉及公司治理制度,需与公司法等法律确立的制度相衔接。只有全国统一的法律或法规才能明确职代会的定位和功能,规范职代会的设立和运营,并对企业产生法律效力,引导企业的治理实践和民主管理实践。

二、职代会的正当性：职工参与理论的考察

在市场经济逐步成熟的今天,发源于计划经济时代的职代会究竟该存该废?职代会的

〔2〕 2007年劳动合同法第4条规定,企业有义务在制定与劳动者切身利益的规章制度或重大事项与劳动者协商,但并未涉及职代会的设立和组织。2007年,国务院国资委发布了《关于建立和完善中央企业职工代表大会制度的指导意见》,对职代会的职权、职工代表的结构、权利义务、职代会运作的基本程序、职代会的主要工作制度、职代会与公司治理结构的关系等事项进行了规范。该意见仅仅适用于中央企业。

〔3〕 何勇:《深入学习贯彻党的十七大精神努力开创厂务公开民主管理工作新局面》,《人民日报》2008年4月29日。

〔4〕 国家工商总局办公厅:《统计分析发布:2008年全国市场主体发展情况报告》,2009年3月, http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/200903/t20090320_50532.html,最后访问时间2013年1月9日。

〔5〕 截至2011年6月,制定企业民主管理条例的省市自治区包括福建、内蒙古、山西、江苏、天津、河南、湖北、贵州、青海、浙江、吉林、宁夏等。

〔6〕 截至2011年6月,制定职工代表大会条例的省市自治区包括河北、新疆、山东、江西、云南、黑龙江、湖南、四川、西藏、上海等。

正当性何在？鉴于职代会制度是我国职工参与企业民主管理的基本形式，探讨职代会的正当性，需要考察职工参与的理论基础，明确劳动和资本在现代企业中的关系，劳动者在企业治理中的地位和作用。当前，涉及职工参与的主要有企业自体理论、公司社会责任理论、利益相关者理论、人力资本理论和经济民主理论等。

企业自体理论，由德国学者 Walther Rathenau 在 1918 年提出，其后为德国和日本学界所热烈讨论，且在公司法乃至企业法诸多制度设计中，经常被引用为理论依据。^{〔7〕} 该理论认为，企业本身具有经济上、法律上及社会上的固有性及继续性价值，独立存在于股东之外，不因股东变更而变动，应将企业视为一个独立的法益来保护。^{〔8〕} “企业利益已成为一个广为接受和使用的概念。企业是一个独立的组织，它有着自己独立的利益，这一利益具体表现为投资者的利益、职工利益和其他参与者的利益。企业的机构在进行决策时必须考虑各方的利益。”^{〔9〕} 这种理论强调企业是一个独立的主体，企业利益包括股东、职工等利益，为职工参与企业管理提供了一种解释。

公司社会责任理论内容丰富。其代表性观点认为，公司除存在股东外，事实上还有其他团体，公司在决策上必须兼顾其利益，而不能仅以股东的利益为主。这些利益团体包括公司经营者、员工、主要供应商、主要债权人、主要消费者等等。这些团体对于公司的生存具有直接的利益，如果没有这些团体的支持，公司也将无法有效运作。有鉴于此，公司的目标应调和各种利害关系人之利益。公司业务的决定，应由公司的各种利害关系团体积极参与。^{〔10〕} 这种理论直接指出包括职工在内的利害关系团体应参与公司业务的决定。

利益相关者理论是对公司社会责任理论的一种继承与超越。一种流行的观点认为，股东之外的团体包括雇员、供应商和顾客，是公司的利益相关者。^{〔11〕} 基于公司治理角度，利益相关者理论强调，公司应在与利益相关者保持长期关系上进行投资，以便让所有与公司相关的人员都参与到公司活动中去，并为公司的成功作出贡献。公司不仅是实现股东利益最大化的工具，而且是将不同利害相关者群体的利益寓于其中的组织。^{〔12〕} 投资者、雇员和管理者是主要的利益相关者，与公司有着直接的利害关系，供货商、顾客或邻居与公司存在间接的利害关系。利害相关者公司的成就是在公司与雇员、供应商保持伙伴关系情况下共同创造的。比起只是低薪聘用而缺乏安全感的雇员和维持与供应商的疏松关系来说，这类公司能够赢得更大的效率。^{〔13〕} 公司治理制度将相应的决策和控制权授予利益相关者，与授予股东过多的控制权相比，或许会在激励财富创造中发挥更大作用。^{〔14〕} 相比公司社会责

〔7〕 参见王志诚：《论公司员工参与经营机关之法理基础》，载王保树主编：《商事法论集》第3卷，法律出版社1999年版，第154页。

〔8〕 赖源河：《学习商事法与经济法须有宏观的企划能力》，赖源河教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编：《财经法专论》，台湾五南图书出版有限公司1997年版，第5页。

〔9〕 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高旭君等译，法律出版社2005年版，第31页，第142页。

〔10〕 参见刘连焜：《公司治理与公司社会责任》，中国政法大学出版社2001年版，第122页以下。

〔11〕 Subhabrata Bobby Banerjee, *Corporate Social Responsibility: the Good, the Bad and the Ugly*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 26.

〔12〕 [英] 加文·凯利等编：《利害相关者资本主义》，欧阳英译，重庆出版社2001年版，第198页。

〔13〕 同上书，第21页，第197页。

〔14〕 [美] 玛格丽特·M·布莱尔：《所有权与控制：面向21世纪的公司治理探索》，张荣刚译，中国社会科学出版社1999年版，第244页。

任理论,利益相关者理论进一步突出了利益相关者的地位,并且明确指出公司的决策和控制应当有利益相关者的参与,为职工参与提供了正当理由。

舒尔茨、贝克尔等人于20世纪60年代提出了“人力资本”的概念,认为人力资本是经济增长的源泉之一。舒尔茨认为,人力是一种资本,特别是教育投资将促进人力资本收入的提高。人力资本理论用不同的理论和方法论证了人力资本在经济增长中的作用以及人力资本的要素。^[15]人力资本理论将人力作为和物质一样的资本,突出了人力的地位和作用,有利于凸显职工在企业中的地位,体现了职工之于公司的重要地位。

经济民主又称为产业民主。在韦伯夫妇时代,产业民主理论的最终目标是要通过经济的民主化克服资本主义的矛盾和实现社会主义。经济民主理论是西欧各国实现职工参与制度的主要理论基础之一。该理论的代表人物罗伯特·达尔明确指出,“如果民主在治理国家中是正当的,那么民主在治理经济企业中也是正当的”,我们有权利在我们的经济企业中民主地治理自己。^[16]民众及其代表有权利通过民主程序决定经济企业如何被拥有和控制,以实现诸如民主、公正、效率、适当的人的质量的培育等价值。^[17]职工参与企业决策正是经济民主的体现,也是经济民主的实践方式。经济民主或产业民主就是将社会政治生活领域的民主主义应用到产业或企业中的一种思想理念与实践。具体而言,就是承认在产业或企业的决策上,允许职工拥有发言权和其他民主权利。^[18]这一理论的核心是将政治领域的民主观念引入经济领域的企业治理,以此来论证作为企业成员的职工享有民主参与权利的正当性。

上述职工参与理论都从不同角度论证了职工参与的正当性和合理性,为职工参与提供了具有说服力的理由,也为我国职代会的存在提供了正当性解释。企业自体理论、公司社会责任理论和利益相关者理论将企业利益和股东利益加以区分,使职工等利益相关者的地位凸显出来,使职工参与管理和决策具有一定正当性。人力资本理论突出了劳动者的地位,明确了劳动力具有资本的属性,阐述了人力资本和物质资本在企业中的地位和作用。经济民主理论将民主的范围从政治领域扩大到经济领域,可以满足职工的诉求。

值得注意的是,从经济和实证角度看,很难有实证数据证明职工参与对企业业绩的正面和负面影响。即使在职工参与较为发达的德国,通常的观点是既没有数据表明职工参与或共决制度对企业产生了不利影响,也没有数据表明职工参与对企业表现产生了正面影响。事实上,企业的经济业绩取决于企业内部和外部诸多复杂因素,从实证或经济的角度考察职工参与对企业经济上的影响几乎是不可能的。就此而言,从政治的角度特别是职工民主权利的角度或许是论证职工参与正当性的一个良好路径。在我国,职代会不只是一项经济制度或企业管理制度,也是基层民主的一项重要内容。党的十八大报告也将职代会等企事业单位民主管理制度作为基层民主的重要组成部分。报告指出:“全心全意依靠工人阶级,健全以职工代表大会为基本形式的企事业单位民主管理制度,保障职工参与管理和监督的民主权利。”这从民主的角度肯定了职代会的正当性。或者说,职代会作为我国民主制度的

[15] Andreas Savvides, *Human Capital and Economic Growth*, Stanford Economics and Finance, 2009, pp. 5 - 7.

[16] Robert Alan Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, University of California Press, 1985, pp. 134 - 135.

[17] 同上书,第82页以下。

[18] 周超:《职工参与制度法律问题研究》,中国社会科学出版社2006年版,第72页。

实践形式之一，具有超越经济功能的重要政治意义。

从历史看，职工参与制度一开始并不是建立在经济因素的考量基础之上，而往往是政治、社会特别是劳资力量对比等历史因素促成其建立和发展的。例如，德国最具特色的监事会共决制度就具有深刻的历史背景。德国在监事会中实行资本和劳动者代表共决，最早是在煤炭和钢铁企业中实行的。二战以后，这些行业面临被盟军瓦解的危险，为了避免被瓦解的命运，这些行业开始寻求工会的支持。为了得到工会的支持，煤炭和钢铁行业的领导允诺监事会由同等数量的资方代表和雇员代表组成，实行共决。经过诸多争论，这项具有强烈职工参与色彩的模式被1951年的立法所采纳。1952年，政治和经济环境发生变化，由于不再面临危险，雇主没有必要再获得工会的支持，不肯做出让步，当年通过的企业组织法规定监事会的职工比例只有三分之一，低于煤炭和钢铁行业企业的职工代表比例。1952年立法之后，工会进行了大量努力，试图将1951年的立法模式推广到所有行业的企业。工会的努力导致1976年通过了一项新的职工参与立法，该立法是1951年和1952年立法的折中方案。^[19]可见，德国职工参与制度是政治、经济、社会、劳工力量等多种因素形成的。

总之，随着公司治理理论的发展以及职工参与实践的开展，职工和股东都被视为公司的重要利益相关者，公司在运营中必须考虑职工的利益。作为公司的利益相关者以及企业的成员，职工应当参与公司的决策和管理。上述理论也表明，职工参与和公司的所有权性质并没有直接联系，职工参与权并不是建立在劳动者是企业“主人翁”、企业是国有或集体所有的基础之上，职工参与的正当性缘于职工在企业治理中的地位和作用。尽管我国经济体制已从计划经济走向市场经济，企业所有制结构和治理机构也发生重大变化，但职工参与的正当性依然存在，职代会作为职工参与的基本形式，仍有其存在基础和生存土壤。

三、职代会的必要性和可行性

上述职工参与理论从不同角度论证了职工参与和职代会的正当性和合理性，从职工参与对公司治理的意义和作用看，建立职代会也有其必要性。

第一，职代会制度有利于公司与员工交流信息，促进公司的科学决策及其实施。通过职代会平台，不仅可以让职工更清楚公司政策制定的原因和目标、公司的经营状况以及公司利益所在，也有助于公司的投资者和经营者了解一线职工的工作状况以及公司运营的具体情况，促进信息的有效沟通，从而有利于公司决策的正确性以及政策的有效实施。诚如有学者所言，信息、商议与谈判三要素为确定伙伴关系与信任的工作关系奠定了基础。所有雇员均有权获得其工作公司的基本信息。如果工人打算迎接挑战，正视公司面临的困境和理解公司的管理决策，那么，信息公开对他们来说是最基本的要求。公司必须向雇员和工会提供公司的财务情况、政策导向、未来计划和将要做出的重要决策等常规信息。^[20]有

[19] Manfred Weiss, *Labor Law*, in J. Zekoll, M. Reimann (eds.), *Introduction to German Law*, 2d ed., Kluwer Law International, 2005, pp. 299 - 336.

[20] 前引 [12]，凯利等编书，第205页。

学者甚至认为,职工参与制的真正价值,就在于它是分享重大准确信息的一种手段。〔21〕职代会完全可以充当信息交流和协商的平台。

职代会也有利于激发职工的积极性和创造性。英国著名公司法学者高尔曾指出:“工人是公司中不可或缺的一个组成部分。”〔22〕在企业利益相关者中,职工是除股东之外最重要的利益相关者。职工的工作、收入、生活甚至养老都与企业的生存和发展息息相关,他们的利益受企业影响最大,同时其行为对企业的影响也最大。现代企业的成功在很大程度上要靠经营者和广大职工的工作积极性与创新能力。若没有广大职工的忠诚支持、协力合作,企业就不可能取得最大的市场价值。〔23〕通过职代会制度,让职工参与企业的决策和管理,有利于提高职工的主体意识和责任意识,增强公司的民主性,从而更好发挥职工为公司创造财富的积极性和创造性,促进公司政策的实施和目标的实现。

第二,职代会制度有利于加强对公司经营者的监督,提高公司的运营效率。现代公司随着股权的分散,所有权和经营权的分离越来越明显,公司股东监督经营者的难度也越来越大。为了加强对经营者的监督,公司法设立了监事会、独立董事、外部董事等制度,试图加强对公司高管的监督。但是,由股东选出的监事往往不参与经营,对公司的情况未必了解,而独立董事或外部董事由于远离本公司的经营和日常事务,虽然独立性强,但往往缺乏足够信息,对公司高管的监督未必有效。通过职代会建立职工的监督机制,可以发挥职工作为内部人的信息优势,促进监督的有效性。通过职工代表与公司经营者的协商沟通,分享公司经营策略和公司实际运营信息,可以防止公司经营者的专断行为或损害投资者或公司利益的行为,对公司高管形成一种监督。经济合作与发展组织《公司治理准则(2004)》特别指出,“利益相关者包括个人雇员及其代表机构应能自由向公司董事会反映他们对于公司高管非法或不当行为的担忧,并且不因此而权利受到损害。”〔24〕

第三,职代会制度有助于减少职工的从属地位,树立职工与投资者的平等地位。职工相比雇主或者公司高管具有一定的从属地位,这正是雇员的应有之义。德国学者认为,劳动法是关于劳动生活中处于从属地位者(雇员)的雇佣关系的法律规则(从属地位劳动者的特别法)的总和。〔25〕英国的劳动上诉法庭也指出:“雇员之所以被认为需要劳动法保护的原因在于他们和雇主相比处于从属和依赖的地位。”〔26〕职工通过职代会参与管理可以反映自身诉求,与雇主展开平等协商,维护自身合理利益,减少雇员的从属地位。德国著名劳动法学者 Krause 教授指出,德国监事会中股东代表和职工代表共决是对劳动关系基本现象的回应,雇员通过劳动合同将自己置于雇主的指挥权和组织权之下,劳动合同使雇员处于一种依附状态,通过共决虽然不能完全去除但可以缓和这种依附状态。要树立职工与投资者的平等合作者地位,就必须建立包括职代会在内的协商参与机制。

〔21〕 参见 [美] 奥利弗·威廉姆森:《资本主义经济制度——论企业签约与市场签约》,段毅才、王伟译,商务印书馆 2009 年版,第 445 页。

〔22〕 同上书,第 440 页。

〔23〕 郭站红:《职工参与公司治理法律制度研究》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 119 页以下。

〔24〕 OECD Principles of Corporate Governance 2004, p. 47, <http://www.oecd.org/corporate/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>, 2013 年 1 月 26 日最后访问。

〔25〕 [德] W·杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社 2005 年版,第 1 页。

〔26〕 A. C. L. Davies, *Perspectives on Labor Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 88.

职代会制度在中国由来已久。1949年《共同纲领》第32条规定，在国家经营的企业中，应实行工人参加生产管理的制度，即建立厂长领导下的工厂管理委员会。1950年，中央政府下发文件要求国营、公营企业建立工厂管理委员会，实行工厂管理民主。该文件确立的职工代表会议制度、管理委员会制度等，堪称我国当前职代会制度的雏形。^[27]自那时起，虽然职代会的地位和权力有所变化，但已深深扎根于国有和集体企业之中。上世纪多部法律法规都对职代会做了规定，而且有关职代会的规定还先于相关企业立法。时至今日，我国职代会制度已实行数十年，已为企业和社会各界所熟悉，具有广泛的制度基础和实践基础，且在我国政治和经济生活中发挥了重要作用。职代会不仅是一项经济制度，同时也是基层民主实践的重要组成部分。从地方实践看，很多地方专门针对职代会进行了立法，要求企业必须建立职代会。地方在职代会的制度建设和实践方面也具有了良好基础。

尽管经济体制和政治体制不同，许多国家也建立了类似我国职代会的职工代表机构。

(1) 德国的企业委员会。在德国，雇员人数超过5人的企业可以设立企业委员会。与我国职代会类似，德国的企业委员会由雇员代表组成。企业委员会的历史悠久。19世纪，作为对工人运动高涨的回应，雇主自愿建立了一些初步的职工参与形式。雇主之所以这么做，原因之一是使雇主在工厂的政策更具合法性。工会也逐渐支持在工厂层面实行职工参与，以限制雇主权。德国于1920年通过了第一部关于企业委员会的法律。20世纪20年代以后，工会试图克服工会和企业委员会制度上的分离，希望企业委员会参与企业更多事务，并为这两个目标而斗争。1952年，德国通过了新的企业委员会立法，1972年对该立法进行了修改，2001年再次修改，提高企业委员会对中小企业的适用性，增加企业委员会可用的资源，并扩大企业委员会在某些领域的权力。企业委员会制度也许是德国劳动法中最具特色的部分，其对德国个体和集体劳动法的几乎所有方面都有影响。^[28]从德国企业委员会的历史和制度可以看出，企业委员会的设立较为广泛，而且其权力也较为宽泛，是德国企业治理中的重要力量。

(2) 法国的雇员代表委员会。雇员代表的主要职责是充当雇主、雇员以及劳动行政部门的联络人。法律要求雇主须向雇员代表披露相关信息，雇员也经常通过雇员代表向雇主投诉，而不是直接向雇主投诉。法律要求雇员人数超过50的公司必须设立雇员代表委员会。与德国的企业委员会不同，法国的雇员代表委员会并不仅仅由雇员组成，还包括雇主代表，该委员会由企业负责人或其代表主持。^[29]

(3) 英国的职工代表机构。英国对职工参与向来采取保守态度，对欧盟有关职工参与的指令不甚积极。为了实施2002年欧盟《信息和协商指令》，英国于2004年通过了《信息和协商雇员条例》。根据该条例，雇主必须和雇员代表建立信息共享和协商机制。雇员代表由所有雇员选举产生，除非雇员和雇主另有协议，雇主应该安排选举，从每50名雇员中选出一名代表，组成“信息和协商委员会”。雇主应当向雇员代表披露相关信息并进行协商。^[30]

[27] 参见前引[18]，周超书，第197页。

[28] Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, pp. 222 - 223, p. 226.

[29] Blanpain, Bison-Rapp, Corbett, Josephs, and Zimmer, *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law-Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007, pp. 452 - 453.

[30] Gwyneth Pitt, *Employment Law*, 7th edition, Sweet & Maxwell, 2009, pp. 162 - 163.

由上可以看出,无论是大陆法系国家还是英美法系国家都建立了类似我国职代会的职工代表机构,职工代表机制的理论和实践已被广泛接受,只是职工代表参与的方式和程度有所不同。

总之,职代会不仅具有正当性,也有其必要性和可行性。我国不应放弃职代会,而应坚持并加以完善。

四、职代会的定位和功能重塑

我国实行市场经济体制改革以来,在现代公司治理结构中,股东会是公司的权力机构,董事会是公司的经营决策机构,职代会已非公司的经营决策机构。将职代会定位为公司的“权力机构”是不恰当的,也与公司法的规定相冲突。但将职代会作为“职工行使民主管理权力的机构”是恰当的,这一方面表明了职代会的机构地位,另一方面也突出了职代会的功能是为了方便职工行使民主管理权力,并可以囊括职代会作为职工代表机构享有的丰富内涵以及不同层次的权力。因此,“职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式,是职工行使民主管理权力的机构”在目前依然是适用的,只是职代会具体权力内容和权力行使方式需要与我国现行公司法以及公司实践相适应,并不断发展完善。

当职代会不再作为企业的决策机构,其究竟发挥何种功能,是职代会运营的一个核心问题。职代会的功能发挥取决于职代会的权力设置。目前,我国职代会的职权并没有全国性的统一规定,职代会的功能并不清晰。对职代会的功能塑造应考虑公司治理的相关法律以及实践需要。从目前我国地方立法看,职代会的职权一般包括如下几类:(1)审议通过集体合同草案;(2)选举职工董事、职工监事;(3)讨论企业直接涉及职工切身利益的规章制度草案或重大事项方案,提出意见;(4)监督企业执行劳动法律法规、履行集体合同和劳动合同等与企业用工有关的事项。^[31]可见,职代会的职权主要涉及与职工有关的事项,非与职工直接相关的事项,比如企业的经营决策、资本运作、市场运营等职代会并不介入。在上述权力中,第一类权力理论上应当属于工会,因为集体合同的订立主体为工会和企业。第二类权力由公司法所规定。职工董事监事依其设立目的,理应由职工选出,而非由股东选出。第三类权力主要是协商的权力,并与劳动合同法规定的原则一致。第四类权力符合职代会设立目的。职代会作为维护职工权益的机构,理应对企业执行劳动法律以及其他与职工直接相关的事项行使监督权。因此,根据目前我国的相关实践,职代会的权力可以概括为:对集体合同草案的审议通过权;对职工董事、监事的选举权;对规章制度和重大事项的审议建议权;对企业职工保护的监督权。如果抛开第一项应由工会行使的权力以及第二项职代会理应享有的权力,我国职代会的主要功能可归纳为“协商”和“监督”。这种功能定位既符合职代会在公司治理结构中的性质定位,也符合目前公司治理的一般实践。

将职工代表机构的主要功能解释为协商和监督也是国际上的一种主流做法。如经济合作与发展组织《公司治理准则(2004)》指出,在利益相关者参与公司治理过程的情况下,

[31] 参见《江苏省企业民主管理条例》第6条、《湖北省企业民主管理条例》第14条。

他们应该有权定期及时地获得相关的、充分的、可靠的信息；利益相关者（包括个人雇员及其代表机构）应能自由地向董事会反映他们对于公司高管的非法或不当行为的担忧。在法国，雇主在实施合并、工人转移、雇员解雇、裁员以及雇员培训等事项时必须向雇员代表委员会提供信息并与其协商。雇员代表委员会可以派两名代表参加股东会议，也可以派两名代表参加董事会以获取公司财务状况的信息。^[32] 在英国，除非雇主和雇员另有协议，雇主应当向雇员代表披露以下信息并进行协商：企业活动的进展以及企业的经济状况，企业用工情况以及危及用工时预计采取的措施，可能导致包括裁员或转让的企业组织实质变化的任何决定。对于最后一类，协商必须本着达成协议的目的进行。^[33]

从经合组织《公司治理准则（2004）》以及法国、英国的立法和规定可以看出，雇员代表机构的主要功能是获得雇主的相关信息，并与雇主进行协商，对雇主的行为进行监督，雇员代表机构并不过多介入公司日常的经营决策事项。从目前我国地方的相关规定看，职代会的主要职权也是协商权和监督权。未来我国立法应当明确职代会的主要功能是协商和监督，即获取信息并提出意见和建议，对公司的经营进行监督。职代会的权力设置不应当颠覆公司法中关于股东会、董事会、监事会和经理的权力配置格局，应主要围绕知情权、协商权和监督权展开。只有这样，才能消除企业对职代会的顾虑，鼓励更多企业设立职代会并发挥其应有作用。

职代会与股东会、董事会、监事会并不是相互取代、此消彼长的关系。股东会作为公司的最高权力机构，决定公司的经营方针、高管人选和公司组织变化等最重要的事务。职代会的职权只涉及与职工切身利益有关的劳动问题，除了选举职工董事、监事之外，并不参与决定公司的重大事务。关于董事会的权力，职代会也不加干涉，职代会只是在涉及劳动者利益的事项上，例如直接涉及职工切身利益的规章制度草案或重大事项方案上享有协商建议权。至于监事会与职代会的关系，监事会主要履行财务监督和高管的合法性监督，而职代会主要监督企业遵守劳动法律法规的情况，二者监督的内容和重点不同。

即使在国有企业和集体企业，职代会与现代“三会”也非对立和相互排斥的关系。尽管根据目前我国地方的相关规定，除了一般企业职工会享有的职权外，国有企业和集体企业的职代会的职权还可以包括“听取和审议企业生产经营管理重大决策、企业重组、改制、破产和裁员的实施方案，企业中高级管理人员的劳动报酬、廉洁从业情况的报告”，“通过有关劳动报酬、工作时间、休息休假、生活福利、奖惩与裁员、企业改制职工分流安置等涉及职工切身利益重大事项的方案”，“民主评议和监督企业中高级管理人员，提出意见和建议”等等，^[34] 但职代会的这些权力并非从根本上取代或动摇股东会、董事会和监事会的职权及其存在。在涉及股东会和董事会的事项上，职代会的主要职权是审议建议权，即对有关的生产经营管理事项提出建议，对与劳动者切身利益相关的事项享有同意或否决的权力。而在涉及监事会的事项上，职代会的主要职权也是提出意见和建议。职代会的这些权力只是从不同角度对股东会、董事会、监事会起到补充和协助的作用，无法也不可能取代股东会、董事会和监事会的职权和地位。相反，职代会的运作有利于提高公司决策的科学

[32] 前引 [29]，Blanpain 等书，第 452 页以下。

[33] 前引 [30]，Gwyneth Pitt 书，第 162 页以下。

[34] 《江苏省企业民主管理条例》第 6、7 条，《天津市企业职工民主管理条例》第 7、8、9 条。

性,增强公司监督的有效性,调动公司职工的积极性。

五、职代会制度建构的具体问题

职代会制度建构的第一个问题是,是否要求所有企业都必须设立职代会。基于前文对职代会正当性、必要性及可行性的阐述,理论上职代会应该也可以在所有企业中设立。实践中,不同地方的规定有所不同。一些省市的地方性法规要求所有企业设立职代会。例如,2007年《江苏省企业民主管理条例》规定,企业应当建立职代会制度。河南、湖北的规定类似。有的地方立法没有明确规定企业应设立职代会,如山西、天津市的规定。全国总工会的相关文件则要求企业普遍设立职代会。^[35]

不过,规模小或职工人数少的企业,设立职代会的必要性不大。雇员少的企业,雇主和雇员的关系通常较为紧密,双方容易进行沟通协商,而且职代会的设立、组织和运营也需要成本。从国外经验看,雇员人数少的小规模企业通常也不设立职工代表机构。例如,2002年欧共体《信息和协商指令》仅适用于在一成员国境内雇用至少50名雇员的企业或者雇用至少20名雇员的企业内部机构。我国可以总结地方的有益经验,根据企业职工人数要求企业设立职代会或职工大会,也可根据职工人数要求企业设立职代会或1~2名职工代表。要求所有企业包括小微企业都建立职代会既无必要也不可能。

职代会制度建构的另一个重要问题是,在职权设置上,国有和集体企业的职代会与一般企业职代会的职权相同还是应有所区别。

一般来说,职工参与权和企业所有制形式没有必然联系,职工参与制度不应区分企业的所有制形式。除了国有独资公司和其他一人公司,不同所有制的公司按照公司法建立的公司治理结构也几乎相同,均按公司法的要求建立股东会、董事会和监事会等治理机构,这些机构的权力在不同所有制的公司是相同的。与此相衔接,不同所有制企业职代会的职权也应当相同,否则会破坏公司治理基本规则的一致性。而且,职代会作为职工权利的一种体现,如果不同所有制企业的职代会权力不同,也意味着不同企业职工的权利并不相同,这对职工而言也是不公平的。

然而,考虑到我国当前阶段的特殊情况,公有制企业特别是国有企业职代会享有特殊职权也有其合理之处。首先,有利于克服国有企业所有者虚化的问题。国有企业往往由政府或者其授权的机构行使股东权利,股东行使权利的方式具有间接性。在当前的国有资产管理体制下,国有资产管理部門并非国有企业的真正所有者,所有者缺位问题依然存在。^[36]在此情形下,由职代会享有更多参与管理的职权,可以补充所有者缺位的弊端,有利于维护国家作为所有者的利益以及企业利益。让国有企业的职代会享有更多权力并不是基于职工是企业所有者或者“主人翁”地位,而是考虑国有企业特殊的所有制结构以及完善治理结

[35] 2004年中华全国总工会发布的文件《中华全国总工会关于进一步加强非公有制企业职工民主管理工作的通知》指出,职代会是有中国特色的职工民主管理制度,是包括非公有制企业在内的所有企业职工民主管理的基本形式。2012年2月,全国总工会等部门联合下发的《企业民主管理规定》,也要求“企业应当按照合法、有序、公开、公正的原则,建立以职工代表大会为基本形式的民主管理制度”。

[36] 徐传谔、闫俊伍:《国有企业委托代理问题研究》,《经济纵横》2011年第1期。

构的需要。第二，有利于加强对国有企业的监督。由于所有者的缺位以及委托代理环节多，作为国有企业的股东较难监督经营者的表现。特别是目前公司法建立起来的监督机制，包括监事会、独立董事、外派监事往往由于信息不对称，监督效果并不佳，让处在第一线的职工行使一定的建议权、监督权和评议权，可以发挥职工在监督上的优势，补充公司监督机制的不足。第三，国有企业职代会的职权作为一项传统的制度安排具有制度惯性。职代会在计划经济时代发挥了巨大作用，享有广泛权力，虽然很多传统的国有企业改制为公司，但公司的所有制形式并没有发生根本变化，只是组织形式和治理机构发生了变化。职代会作为职工参与企业管理的一种形式，其存在基础还在。而且，作为一种制度惯性和劳工政策，它与现代公司治理结构并非明显冲突，原先国有企业职代会享有的权力不宜做根本调整。第四，从境外经验看，职工参与机制并非在所有的行业或企业实行完全一致的模式和制度，上文提及的德国煤炭钢铁行业企业在监事会也实行不同于一般企业的职工参与模式。因此，考虑我国企业的现阶段实际情况，可总结地方相关规定的有益经验，赋予公有制企业职工代会特殊权力，更好发挥其监督作用。

Abstract: The system of employee representation committee (ERC) which is composed of the representatives of employees is a traditional part of Chinese employee participation system. With the establishment of market economy system and the reform of corporate governance, the role of ERC has become less important and its function has been weaker, which gives rise to the issue of reconsidering the legitimacy of ERC in modern enterprises.

The theories of *Unternehmen an sich*, corporate social responsibility, corporate stakeholders, human capital and economic democracy justify the system of employee participation as well as the existence of ERC in Chinese enterprises from different perspectives. In addition, the ERC has positive role in enhancing the communications between employees and managements, strengthening oversight of executives and lessening the subordination of employees, which will help to improve the corporate governance structure and safeguard the corporate interests. Thus the ERC should continue to exist in the new context of market economy with the diversity of corporate ownership.

China should integrate the traditional ERC system into the modern corporate governance structure by changing the rules related to the creation and power of ERC, and balance the roles and functions between ERC and other players, including shareholders, board of directors and board of supervisors. The new rules should ensure the ERC to serve as the main platform of consultations between employees and employers, by playing the role of consultation, oversight, etc, in the new context.

Key Words: employee representation committee, employee participation, democratic management in enterprise
