

# 国企混合所有制改革背景下员工持股制度的法律构建

蒋 建 湘\*

摘要:员工持股是国企混合所有制改革的重要形式。为推进我国国企混合所有制改革,法律需要明确规定国企员工持股主体的类型、持股者尤其是持股会的独立民事主体资格;确保员工股权具有一定的影响力、确保员工股权的行使效果;通过建立灵活的股权退出机制、提供政策优惠、保护持股员工权益等方式对国企员工持股参与予以激励。

关键词:国有企业 员工持股 混合所有制 主体资格 退出机制

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2016.06.022

## 一、引言

中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)指出要“积极发展混合所有制经济”。这是在对我国公有制和基本经济制度的有效实现形式经过漫长的探索之后,对社会主义市场经济发展方向做出的重大决策。毫无疑问,混合所有制经济的发展形式多种多样,实践探索的空间广阔。但是,《决定》也明确指出了一种最重要的形式即企业员工持股,“允许混合所有制经济实行企业员工持股,形成资本所有者和劳动者利益共同体”。2015年8月24日,《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》(以下简称《意见》)继续提出要“探索实行混合所有制企业员工持股”。

国企员工持股的正当性,首先在于员工与投资者之间的利益关系需要得到协调。一般认为,“雇员与投资资本之间的紧张关系一直存在”,<sup>①</sup>“在公司法上,股东是一个内部成员;与之相对照的是,雇员是一个外部人——一个契约工人……公司法将某些终身为一家公司工作并成为其各项活动必要组成部分的人视为外部人;相反,却将某些很可能是偶然地获得一些股份但没有其他任何参与活动的人,看作是一个拥有公司成员的权利及能力资格的内部人”。<sup>②</sup>显然,通过企业员工持股,可以实现劳动者的劳动联合与劳动者的资本联合的有机结合,增强员工对企业经营和发展的主人翁意识,<sup>③</sup>缓和员工与资本之间的紧张关系。同时,员工持股还可以改进企业治理,提升效率,“雇员参与到公司治理的核心,不仅将提升‘产品质量’,而且将提高决策的质量;此外,还能够一定程度上取代那种在确保公司遵从信托理念(即基于公司的利益)进行决策方面存在的缺陷的机制”。<sup>④</sup>因此,国企员工持股,符合社会主义基本经济制度的要求,对我国国企改制和发展混合所有制经济意义非凡,有人甚至称“员工持股改革是混合所有制最闪光的亮点”。<sup>⑤</sup>

\* 中南大学法学院教授、博士生导师

① [美]马克·J. 罗:《现代政治与所有权的分离》,载[美]杰弗里·N. 戈登、马克·J. 罗编:《公司治理:趋同与存续》,赵玲、刘凯译,北京大学出版社2006年版,第268—269页。

② 转引自[英]珍妮特·丹恩:《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版,第237页。

③ 参见王保树:《职工持股会的法构造与立法选择》,《法商研究》2001年第4期。

④ [英]珍妮特·丹恩:《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版,第234页。

⑤ 刘丽靓:《国资委官员:发展混合所有制不能开列负面清单》,http://news.xinhuanet.com/energy/2014-10/28/c\_1113002876.htm,2016-05-28。

但是,迄今为止,在中央层面,有关国企员工持股的规定,除上市公司外,<sup>①</sup>基本上仍属于原则性的宣示。<sup>②</sup>在地方层面,尽管国企员工持股实践已有 20 多年,但其一直处于“试点”状态,<sup>③</sup>并无统一、固定规则可循。至于有关“混合所有制经济”改革背景下的员工持股方案设计,全国上下正在探索之中。<sup>④</sup>基于此,笔者拟从推进我国国企混合所有制改革的角度,对国企员工持股的制度设计进行法律探讨。同时,由于持股形式、股权行使和持股参与是员工持股制度的核心内容,因此笔者在此主要对持股主体及其资格、股权行使的保障以及持股参与的激励三个问题进行探讨。

## 二、国企员工持股的主体资格

国企员工持股的形式可以多样化,为了实现国企混合所有制改革的目标,国企员工持股的形式也应该多样化。不过,不同的持股形式,往往体现为不同的持股主体。由于主体制度是国企员工持股最基础的制度,法律首先需要对持股主体的类型及其民事主体资格予以明确规定。

### (一)明确规定国企员工持股主体的类型

当前,我国国企员工持股主体的类型主要有自然人直接持股、持股会持股和外部转持股三种。(1)自然人直接持股。自然人直接持股就是由员工本人直接持有企业的股份,其实现了劳动者与资本投资者身份的合一。因此,理论上,自然人直接持股对改进企业治理具有重大的意义。从《意见》关于“支持对企业经营业绩和持续发展有直接或较大影响的科研人员、经营管理人员和业务骨干等持股”的规定来看,自然人直接持股也是中央鼓励的持股形式。(2)持股会持股。持股会持股是指企业内部员工个人出资认购本企业部分股份,并委托其自愿组建的持股会进行集中管理的一种持股方式。这种形式解决了有限责任公司股东人数限制的问题,不论员工人数多少,其股份均可以由持股会统一代持。(3)外部转持股。外部转持股是指员工通过投资设立具有独立法人资格的公司,其反过来对员工所在国企进行投资,员工间接地对其所在企业享有股权;或员工通过委托共同的受托人,由受托人运作员工购股资金,如信托持股。这种形式既解决了有限责任公司的股东人数限制问题,也避免了持股会形式下的持股会独立民事主体资格问题。

上述三种类型各有优点,也各有缺陷。笔者认为,就适用范围来看,自然人直接持股主要适用于员工人数较少的国企,或者主要适用于如《意见》所称的科研人员、经营管理人员和业务骨干等少数员工,而我国当前需要进行混合所有制经济改制的国企的员工人数一般都很多,如果将混合所有制经济确立为国企改革的方向,自然人直接持股事实上不可能成为主流形式。对持股会形式,其在我国当前面临的最主要问题就在于持股会的法律地位不明确,导致其在从事民事活动如代表员工行使权利、保护员工权利甚至参与诉讼(如诉讼主体资格)中面临诸多困难和争议。显然,持股会要代表员工从事民事活动,须具有民事主体资格,“民事主体是一个特定的法律范畴,它是‘私法上的权利和义务所归属之主体’,是指依照法律规定能够参与民事法律关系,享受民事权利和承担民事义务的人”。<sup>⑤</sup>对外部转持股形式,其同《决定》提出的混合所有制经济下“资本所有者和劳动者利益共同体”要求不完全一致,因为在这种形式下,员工事实上不能

<sup>①</sup> 2014 年国务院《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》指出:“完善上市公司股权激励制度,允许上市公司按规定通过多种形式开展员工持股计划。”不久,中国证券监督管理委员会即发布《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》。

<sup>②</sup> 例如,2008 年国务院国资委《关于规范国有企业职工持股、投资的意见》规定:“国有企业改制,可依据《中华人民共和国公司法》等有关法律法规的规定,通过向特定对象募集资金的方式设立股份公司引入职工持股,也可探索职工持股的其他规范形式。”2013 年 2 月初,国务院批转国家发展和改革委员会、财政部、人力资源和社会保障部制定的《关于深化收入分配制度改革的若干意见》也只是宣示性地提出“支持有条件的企业实施员工持股计划”。2015 年 8 月 24 日中共中央、国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》也只是原则性规定“坚持试点先行,在取得经验基础上稳妥有序推进,通过实行员工持股建立激励约束长效机制。”

<sup>③</sup> 例如,北京、上海、天津、江苏、浙江、宁夏、陕西、广东、甘肃、安徽、黑龙江、云南、青海、深圳、南京、厦门、济南 17 个省(直辖市、自治区)、市均制定过相关的职工持股试行办法。当然,这些试行办法适用的范围不一,有的适用于所有的企业员工持股,有的适用于国有控股、参股的股份有限公司和有限责任公司,有的适用于地方国有独资和控股的经营性企业,有的适用于国有企业改制设立的股份有限公司、有限责任公司、股份合作制企业等。

<sup>④</sup> 例如,2014 年 8 月 17 日广东省委、省政府颁布的《关于全面深化国有企业改革的意见》提出,“探索企业员工出资参与企业改制的路径,形成资本所有者和劳动者利益共同体。支持企业经营管理者、核心技术人员和业务骨干采取多种有效方式持股”。

<sup>⑤</sup> 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 303 页。

直接参与企业的管理。况且,外部组织的设立和运营管理均需要固定的投入,这些成本最终需要由入股员工承担,即这种形式会产生更高的代理成本。

由此可见,既然各种持股形式均有优劣,国企员工持股形式就应该允许多样化。法律在明确规定国企员工持股主体类型的同时,应允许各企业根据实际情况,综合运用各种形式,取长补短。

## (二)明确持股者尤其是持股会的独立民事主体资格

在前文提到的三种持股形式中,自然人直接持股和外部转持股的民事主体资格都不存在问题;对自然人而言,其自出生便取得民事权利能力,也可以独立享有、承担持股国企过程中发生的权利、义务;对从事外部转持股的公司、基金而言,其作为法人也可以独立享有民事权利和承担民事义务。但是,持股会的情况则不一样,其既不是自然人,也不是法人;其独立的民事主体地位存在争议,需要法律予以明确规定。

我国当前的民事立法基本采用了二元民事主体结构,《中华人民共和国民法通则》将民事主体规定在“自然人”、“法人”两章,即仅承认自然人和法人的民事主体资格。但是,正如有学者指出的,“在理论界,法布里求斯提出‘相对权利能力理论’,其核心是:应承认更多元的主体设计,使用更加具体的权利能力概念,使不同主体享有不同程度的权利能力。民事主体的范围不是由法律先验地确定,而是由法律对已存在的人和组织以一定标准筛选的结果”。况且,我国当前的民事立法同时也规定了个人承包经营户、个体工商户和个人合伙制度,说明立法者也已认识到除自然人、法人以外还存在第三类民事主体。因此,在民事主体范围中,除了自然人和法人,事实上还有非法人团体,持股会就是这种非法人团体,其应当具有民事主体资格。<sup>①</sup>从实践情况看,2000年以前,一些实行企业员工持股试点的地方便将持股会规定为法人。<sup>②</sup>实际上,我国当前相关立法也并不否认持股会的民事主体资格。<sup>③</sup>因此,无论是从理论上还是从实践情况看,持股会均可以作为独立的民事主体存在,法律确认持股会的民事主体资格并不存在障碍。

至于持股会的成立,我国当前一些省市明确规定了建立员工持股会的条件。<sup>④</sup>结合这些规定,笔者认为,持股会的设立应当包括以下条件:(1)公司发起人或股东会或董事会(如青海省规定为股东会、上海市规定为董事会)形成关于设立员工持股会的决议。这是因为,是否允许员工持股企业,首先要取决于企业的股东(或其授权的董事)是否同意。(2)企业员工有建立持股会的要求(如江苏省、北京市、天津市要求经企业职工代表大会讨论通过)。这是因为,持股会的设立必须基于员工自愿,即以员工有要求为前提。(3)持股员工必须超过一定的人数(如甘肃省、北京市、济南市规定为50人,青海省规定为30人以上)。这是因为,在员工人数较少的情况下,员工可以直接持股企业,无须另行设立持股会。(4)有持股员工共同制定的持股会章程(如陕西省、甘肃省、北京市、上海市、济南市均有此类规定)。这是因为,持股会章程是员工之间就如何通过持股会进行股权管理的协议,也是持股会具体运行的依据,没有此章程,持股会就无法运行。(5)建立有符合要求的员工持股会组织机构(如陕西省、甘肃省、青海省、北京市、上海市、济南市均有类似规定)。这是因为,持股会开展工作最终须有运行持股会的具体组织主体(笔者认为包括员工大会、员工代表大会以及员工代表大会的常设办公室,后文将予以论述)。(6)符合国企改革的其他条件。常见的要求如原企业资产必须重新评估,以及国企资产评估后须经国资委确认(如陕西省、上海市、天津市均有此类规定)。

符合设立条件的持股会需要取得登记才能最终取得民事主体资格,“自然人以人的身份而当然取得权

<sup>①</sup> 参见王楚云:《论员工持股组织的民事主体地位》,《法制博览》2014年第2期。

<sup>②</sup> 参见《各省市企业职工持股试行办法比较》,http://ce2293.com/show.asp?id=1332&Page=4,2016-04-25。

<sup>③</sup> 例如,2001年国务院办公厅《关于外经贸企业内部职工持股会法律地位问题的复函》指出:“职工持股会是公司工会内设的专门从事本公司内部职工股的管理组织,不必作专门的登记。同时,请你部会同有关部门继续研究外经贸企业职工持股会的法律地位问题”。该复函表明,不需要对持股会做专门的登记,更不一定要将其登记为法人,持股会同样可以作为事实的民事主体存在,“专门从事本公司内部职工股的管理”。

<sup>④</sup> 例如,天津规定职工持股会到市社团管理部门依法办理社团法人登记注册,宁夏规定职工持股会按有关规定到民政部门申请社团法人登记,青海规定各级民政部门是职工持股会的登记机关,云南规定职工持股会经体改部门批准,随公司成立(或增资扩股),工商部门登记取得法人资格。参见《全国各省市职工持股试行办法比较》,http://ce2293.com/show.asp?id=1332&Page=4,2016-04-25。

利能力即主体资格,而组织只有在符合法律规定的条件时才能成为民事主体”。<sup>①</sup>但是,持股会如何办理登记呢?显然,持股会不具备企业法人的设立要件,不可能成为企业法人。同时,持股会也不可能为社团法人,2000年7月6日民政部办公厅《关于暂停对企业内部职工持股会进行社团法人登记的函》规定:“由于职工持股会属于单位内部团体,不应再由民政部门登记管理。关于1997年四部委文件应停止执行问题我部已提出书面意见,国家体改办将综合有关部门意见后上报国务院。在国务院没有明确意见前,各地民政部门暂不对企业内部职工持股会进行社团法人登记;此前已登记的职工持股会在本次社团清理整顿中暂不颁发社团法人证书”。因此,持股会只能作为一种特殊的民事主体进行登记,即登记为前文所说的非法人团体,但这也意味着我国法律需规定相应的登记管理制度。

值得注意的是,实践中持股会同工会之间的关系一直没有理顺,持股会一般依托企业工会设立,但两者的区别是明显的。两者各自的宗旨和职能不一,“工会代表劳动者的利益,持股会代表股东的利益。持股会依托于工会,必然导致工会双重角色的冲突”。<sup>②</sup>这种角色冲突会给工会和公司带来隐患:以工会名义行事,过多考虑职工的利益,会损害公司其他股东及债权人的利益;而注重公司股东的角色,又会使工会名存实亡,成为摆设。<sup>③</sup>因此,在我国国企员工持股改制过程中,持股会应当同工会分设。

### 三、国企员工股权行使的法律保障

《决定》提出“形成资本所有者和劳动者利益共同体”的企业员工持股,就是希望员工能从企业获得主人翁或当家作主的感觉,把企业经营当做自己的事业,以激励员工关心企业、参与企业经营管理和提升企业的效率,这就需要法律对员工股权的影响力(含股权比例、持股员工的范围)和股权行使的方式进行设计。

#### (一)确保员工股权具有一定的影响力

一般情况下,股东的话语权以及股东同企业的利益相关程度与股东所持企业的股权的影响力相关。对国企员工而言,同样如此,员工所持股比例越高,持股员工越多,员工话语权越大,同企业的利益相关度越密切,员工就越有关心和参与企业经营管理的激励。对我国当前国企员工持股的情况,一些学者认为员工持股比例尚过低、参与持股员工的范围尚过窄,不利于对员工形成有效的激励。<sup>④</sup>从我国当前企业职工持股的比例来看,绝大多数企业内部职工持有的股份低于20%,一般在10%左右,较低的持股比例难以从根本上提高职工对企业的关切度和参与度,造成职工持股会难以在公司治理结构中发挥有效的作用,参与该计划的职工难以在更大范围内形成自己的利益保护群体,投资权益也就难以得到较好的保护。<sup>⑤</sup>但是,对员工持股的应然比例、参与持股员工的应然范围,当前社会各界也尚未形成共识。笔者认为,对职工持股比例、参与持股员工的范围的安排应当考虑如下几点:

1. 不追求员工控股。尽管足够大的持股比例(如持股50%以上)可以保证对员工的激励,但从现实情况看,我国国企实行员工控股的可能性不大。一方面由基本经济制度所决定,国企能够允许员工持股的比例不可能达到控股的程度,至少员工控股不可能成为一种普遍现象。另一方面,国企的总资产数额巨大,而员工能够提供的出资往往受到资金来源的限制,不可能提供足够大的资金持有大额的股份。实际上,从民营企业的员工持股比例看,也很少有达到职工绝对控股的程度。例如,阿里巴巴集团员工持股3%;阿里小微员工持股32.7%;奇虎360员工持股24%;百度员工持股9%;腾讯员工持股5%;多玩YY员工持股10%;去哪儿员工持股2.3%。<sup>⑥</sup>

① 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第303页。

② 王楚云:《论员工持股组织的民事主体地位》,《法制博览》2014年第2期。

③ 参见戎颖:《职工持股会法律问题探析》,《法学》1998年第9期。

④ 参见王晋斌:《解析内部职工持股计划制度设计》,《经济研究》2001年第7期。

⑤ 参见王晋斌:《解析内部职工持股计划制度设计》,《经济研究》2001年第7期。

⑥ 参见《互联网公司员工持股比例排行榜》,http://www.51gqjl.com/Item/3388.aspx,2016-01-14。

部分民营企业员工持股比例情况一览表

编号	员工持股企业	员工持股比	管理层(含创办人)持股比	持股员工占总员工数量比
1	阿里巴巴集团	3%	马云 7.3%+其他管理层 3.1%	65%以上
2	阿里小微	32.7%	不详	100%
3	奇虎 360	24%	周鸿祎 18.46%	不详
4	百度	9%	李彦宏 20.78%	不详
5	腾讯	5%	马化腾 10.25%	不详
6	多玩 YY	10%	李学凌 19.8%	不详
7	去哪儿	2.3%	庄辰超 7.23%+其他高管 23.27%	不详

2. 员工持股的比例大小应当取决于股权的分布状况。尽管员工不大可能控股国企,但并不意味着员工持股比例无关紧要,微不足道的持股比例对员工的激励效果也必定是微乎其微。因此,员工持股比例需要达到一定的程度才能发挥激励的效果。但是,这个数字并不宜由法律一刀切式地予以规定(如10%或20%等),因为股权能否发挥激励作用,很大程度上取决于该企业的股权分布状况。各个国企改制的情况不一,其股权分布状况也就不一。显然,在一个股权高度分散的国企中,即使是较低比例的员工持股也可能对企业的经营管理产生重要影响,反之亦然。因此,国企员工持股的比例大小应当取决于股权的分布状况,股权越分散,员工持股比例可以越小,反之亦然,具体比例应由改制主管部门或国企自行决定。

3. 在员工自愿的基础上尽量扩大参与持股的员工范围。尽管上文分析了股权的比例,但对股权结构的分析,不能仅停留在员工持股比例这一宏观的层面,而应进一步考虑员工的参与情况。当前,员工参与持股已经成为一种世界性现象。从我国当前民营企业的员工持股情况看(如上表),有100%员工广泛参与的企业如阿里小微,也有大多数员工参与的企业如阿里巴巴达65%,员工参与范围的决定权通常在于大股东或创始人。对国企改制而言,要发挥企业员工持股制度的真正作用,参与持股员工的范围就应当尽量广泛,对象应当是全体员工或至少是大部分员工,而非少部分骨干员工,“理由很简单,现代企业需要的是全体员工的智慧与努力,但在企业中,高层管理者和少数骨干员工实际上掌握了企业的话语权,很容易为自己量身打造相应的激励方案,普通员工在企业中处于弱势地位,激励方案很少涉及。如果员工持股计划覆盖面过窄,大量员工没有纳入激励范畴,不仅激励的效果会大打折扣,而且会丧失员工持股的本来意义”。<sup>①</sup>同时,尽管参与员工应当“尽量广泛”,但在国企改制中不应当成为一种任务和指标,而必须尊重员工意愿,否则,其效果就会与初衷背道而驰。“职工是否持股,最后取决于其自己的意愿,应遵循入股自愿原则,防止将职工持股制度异化为一种对职工的‘制度抢劫’。”<sup>②</sup>当然,值得注意的是,参与员工应当“尽量广泛”,并不要求所有员工持股平均化。国企及其主管部门可以明确规定持股额度的因素,如职工工龄、级别、业绩等因素,与员工对企业的贡献挂钩,并根据企业考核结果对职工持股额度进行定期增减调整乃至退出,以真正起到竞争和激励的作用。

总之,法律仅需原则规定员工股权应具有影响力,但对国企员工持股的具体比例、参与持股员工的范围不宜直接予以规定,而应该以授权性规范的形式规定由国企及其主管部门根据具体情况自行设定。

## (二) 确保员工股权的行使效果

如前所述,《决定》提出“形成资本所有者和劳动者利益共同体”的目的就在于希望通过让员工从企业获得主人翁或当家作主的感觉以激励员工关心企业、参与企业经营管理和提升企业的效率。但是,除自然人直接持股外,持股会持股、外部转持股这两种形式都不能很好地实现该目的。这是因为,在实践中,很多持股会、持股公司、基金空有员工参与之名,甚至只有共同承担风险之实。因此,保障持股会持股、外部转持股情况下的员工股权行使效果非常关键。不过,就保障员工股权行使效果的方式而言,持股会持股与

① 刘军:《员工持股计划的激励效应及政策完善》,《财会月刊》2014年第2期。

② 蒋大兴:《中国职工持股立法难点问题研究——一个经验、理论和立法的分析》,《法律科学》2001年第2期。

外部转持股这两种形式之间又有区别。

在外部转持股中, 国企员工与其所持股企业之间的关系(如参与决策和管理)被独立法人(公司、基金等)隔开, 员工对企业享有的股权只能由员工的代表者——外部转持股者——行使, 员工对企业的主人翁或当家作主感觉被打了折扣。为了增强员工与其所持股企业之间的利益相关性, 便需要尽量保障外部转持股者在行使股权时体现员工的意志。例如, 对从事外部转持股的公司, 在其内部治理表决机制上, 除了实行一般的一股一票制外, 还应当结合实行一人一票制。这样, 所有员工的意志都能够得到体现。至于从事外部转持股的基金, 其管理人应当按照全体员工(委托人)以民主方式所形成的意志行事。

在持股会持股中, 则可以通过缩短委托代理链条的方式以改进员工股权行使的效果。从当前实践看, 我国员工通过持股会参与企业经营管理的模式为: 员工大会选举理事—理事组成员工持股会理事会(有的称为持股委员会)—理事会对员工大会负责并执行员工大会的决议[理事长代表所有员工股东行使股东权利和承担股东义务, 如参加股东(大)会, 行使表决权等]—理事会代表员工股东向企业管理层选派董事。在这一模式下, 员工大会与理事会之间是一种委托代理关系, 理事会与董事之间又是另一层委托代理关系。但是, 这种模式实际上延长了委托代理链条, 增加了道德风险。正如有学者所指出的, 在职工持股关系中, “理事”主体不应当是理事会(有的称为持股委员会), 而应当是董事会——应当“将持股员工大会与员工持股会委员会(或理事会)的关系明确为委托—代议关系, 而非委托—代理关系。这一关系的明晰对于完善治理结构至关重要。员工持股会委员会是只应具有‘议事’的权力, 不应具有‘理事’的权力, ‘理事’的权力在董事会”。<sup>①</sup> 因此, 为了缩短委托代理链条, 有必要将现在的“理事”主体改为“议事”主体, 即在持股会的运行机制方面, 改由(持股的)员工大会选举员工代表大会, 员工代表大会作为员工大会的议事机构(其下常设办公室), 议事机构向董事会派董事, 董事代表员工行使权利。

#### 四、国企员工持股参与的法律激励

《决定》所提“形成资本所有者和劳动者利益共同体”目标的实现, 离不开员工的积极参与持股。而显而易见的是, 只有当员工能够从参与持股中获得好处(经济受益和管理参与)时, 其才会参与。这就需要法律对国企员工持股的激励机制进行设计。

##### (一) 建立灵活的持股退出机制

员工股必须能够自由流动。对员工而言, 能进能退的持股较于只进不退、或进易退难的持股必然更有吸引力。从效率看, 将员工的劳动者身份与其出资者身份完全固化也是无效率的, “劳动者与生产资料之间的直接经济联系必定会导致岗位或企业与劳动力之间关系的过度固化。这不仅不符合技术进步的要求, 而且也不符合市场经济的发展要求。在整个 20 世纪中, 企业管理理论尽管不断推陈出新。但要素之间不断优化重组的思想始终不曾被推翻”。<sup>②</sup> 因此, 如果要激励员工参与持股, 就应当让员工股尽量进退自如(包括退股和转股)。

众所周知, “退股”不为公司法所认可。但笔者认为, 除自然人直接持股外, 当前公司法对退股的限制并不影响持股会、外部转持股情况下的员工股的自由退出。这是因为, 尽管基于公司资本维持的需要, 公司法需要限制股东退股, 但其限制的股东是指相对于公司而言的直接、形式股东。这就是说, 对国企员工持股而言, 法律只是限制持股会股东、外部转持股股东退股, 而对持股会、外部转持股股东内部成员之间的股权变动则不过问。因此, 持股会股东、外部转持股股东在不减少其对公司所持股份的情况下, 可以在内部允许员工退股。具体而言, 当前一些地方的试点做法可以为此提供借鉴。例如, 深圳市规定的职工持股试点办法规定了备用金制度, 备用金是指员工持股会用于购买内部员工预留股份和回购脱离公司的员工所持股份的专项周转资金, 其来源为: (1) 以员工持股会名义贷(借)入的资金; (2) 新增员工认购股份所交

<sup>①</sup> 石宏伟:《员工持股企业公司治理机制探讨》,《证券市场导报》2013 年第 12 期。

<sup>②</sup> 陈淮:《员工持股难以解决国企根本难题》,《物流流通研究》2000 年第 9 期。

纳的资金;(3)内部员工预留股份每年所分红利。备用金主要用于:购买预留股份;回购脱离公司员工所持股份;归还员工持股会用于购买预留股份的贷(借)款的本息。<sup>①</sup>因此,在建立了持股会备用金制度的情况下,持股会股东、外部转持股股东就可以使用备用金对退出的员工持股进行回购。

对员工股的转让,尽管我国公司法上没有障碍,但实践中对员工股的转让通常予以限制,“我国各省市有关职工持股会的规范性文件原则上禁止或严格限制职工股的转让……理由主要有以下几个方面:持股职工享受了较多优惠;避免随意转让导致股市和职工股管理混乱;避免职工只注重投机获利而放松对企业的关心;随意转让股份职工将丧失股东身份,职工持股制不复存在”。<sup>②</sup>笔者认为,为激励员工持股,允许员工转让股权是必要的。况且,股权转让也是股东的一项基本权利。不过,股权转让也可能受到一些限制,如转让合意不得违反法律、行政法规的效力性强制性规定,不得超越持股会章程的约束,且通常仅限于持股会成员内部转让(持股会章程一般也有此方面的要求),等等。

### (二)提供政策优惠

从地方实践看,政府对国企员工持股采取鼓励措施较为常见,国企员工持股立法应对其成功经验予以借鉴,包括税收优惠和税收以外的其他优惠两种:

1. 税收优惠。通常是指对员工股的分红所得给予的税收优惠,“公司用来向职工无偿分配股份的利润可以免征或减征所得税”。<sup>③</sup>当然,也有学者认为对员工持股所获分红本就不应该征税,“一方面,持股职工的分红所得来自企业缴纳各项税收后的净利润,对分红收入再行征税构成重复征收;另一方面,与推动收入分配制度改革及国民收入倍增计划的目的相违背,因此建议国家立法规定减免职工持股分红的个人所得税,如参考个人投资者取得上市公司分红时执行的10%的暂行税率,或对员工购股薪酬采取零税率的税收优惠政策,以鼓励企业和职工积极参与推动持股计划”。<sup>④</sup>笔者认为,将税收优惠视为一种激励员工持股的方式是可行的,不过该方式不应该适用于所有的企业或企业的所有员工。这是因为,如果员工持股对企业和员工来说本身就是一种双赢,那么,这种税收激励并没有意义。即税收优惠应当仅用于那些需要员工持股而员工又不一定愿意持股的企业,如经营困难的国企。实际上,在地方员工持股试点中也有这方面的规定。<sup>⑤</sup>

2. 其他优惠。同税收优惠的适用条件一样,政府提供的其他优惠措施应当以促使员工从事一定的行为为目的,且这种行为应该是正常情况下员工不愿意从事的行为。在地方实践中,还有各种其他优惠措施。有的为了激励员工持股困难国企,规定员工购买股份可以分期付款;<sup>⑥</sup>有的为鼓励员工一次性付款给予价格优惠<sup>⑦</sup>。

### (三)保护持股员工的权益

在企业员工持股法律关系中,持股员工同其他员工、外部转持股股东(如持股公司和基金)、员工大会、员工代表大会以及员工代表大会选派的董事之间均存在利益关系。从激励员工持股的角度看,主要应防止持股员工的权益受到侵害,而这种侵害最可能来自部分主体(尤其是部分参股员工)对员工持股事项的操控进而损害其他广大员工的利益,这通常表现为内部人控制(如外部转持股中的持股公司被部分员工控

① 参见《各省市企业职工持股试行办法比较》,http://ce2293.com/show.asp?id=1332&Page=4,2016-04-25。

② 周凯:《职工股权退出机制的司法保障》,《人民司法》2009年第5期。

③ 李国海:《职工持股的法律调整》,《法商研究》1998年第4期。

④ 宗庆后:《关于积极支持企业实施员工持股计划明确职工持股会法律地位的建议》,《商品与质量》2013年第11期。

⑤ 例如,1997年9月30日深圳市人民政府发布的《深圳市国有企业内部员工持股试点暂行规定》第44条规定:“经营困难企业实行员工持股,经政府有关部门批准,员工股的分红可享受税收的优惠政策”;1999年甘肃省人民政府发布的《甘肃省股份制企业内部职工持股暂行办法》第29条规定:“经营困难的公司,经政府有关部门批准,职工股的分红可享受税收的优惠政策”。

⑥ 例如,1997年9月30日深圳市人民政府发布的《深圳市国有企业内部员工持股试点暂行规定》第53条规定:“对亏损严重的国有小型企业实施内部员工持股,鼓励员工按评估后的净资产值全额收购企业,若员工收购企业资金有困难,可与企业产权单位协商,采取分期付款方式实施内部员工持股”。

⑦ 例如,1999年江苏省人民政府发布的《江苏省国有企业内部职工持股暂行办法》第15条规定:“以产权受让方式实施职工持股的,职工购股一次性付清款项的可给予不高于10%的优惠”;1999年安徽省人民政府发布的《安徽省国有控股、参股公司内部职工持股试行办法》第9条第2款规定:“以购买企业产权的方式实行职工持股,一次付清认购款的,可给予不超过总价款10%的优惠”。

制、持股会持股中的员工代表大会被部分员工操控)。因此,保护持股员工的权益,关键在于防控这种内部人控制。

需要注意的是,在内部人控制持股会的情况下,被边缘化的员工只能求助于外力救济,尤其是司法救济。因此,相关法律有必要规定员工可以请求法院提供如下救济:(1)确认外部转持股公司、员工代表大会决议无效。对外部转持股公司、员工代表大会通过的违反法律、章程或内部约定的大会决议,法院可以应员工的请求而确认该决议无效。(2)解除董事的职权且采取补救措施。在董事损害员工权益的时候,为防止损害的继续和扩大,法院可应员工请求临时解除董事的职务,并采取补救措施(如指定临时董事直至选举产生新的董事)。(3)命令董事作出特定行为。如果董事的消极不作为损害了员工的利益,则法院可应员工请求命令董事作出该特定行为。(4)判令内部控制人员(如员工代表大会主席、董事)对其滥权行为造成的损失承担赔偿责任。

### 五、结语

混合所有制经济在我国的出现和发展,主要源于国企改革,源于寻找国有制同市场经济相结合的形式和途径,源于现阶段实行的适合中国国情的公有制为主体多种所有制经济共同发展的基本经济制度。国企改革的方向是建立现代企业制度,即现代公司制,而规范的现代公司制是股权多元化的。<sup>①</sup>显然,企业员工持股是实现国企股权多元化的重要途径,同混合所有制经济的精神相一致。上文主要从推进国企混合所有制经济改革的角度,对国企员工持股的主体及其资格、股权行使的保障以及国企员工持股参与的激励等问题进行了法律探讨。当然,国企员工持股,除了需要推动,也还需要规范。正如《意见》所指出的,要“完善相关政策,健全审核程序,规范操作流程,严格资产评估,建立健全股权流转和退出机制,确保员工持股公开透明,严禁暗箱操作,防止利益输送”。鉴于当前地方做法不一,在依法治国背景下,便需要对这些做法进行归纳总结,上升为共性的、普遍适用的法律化企业员工持股方案,使国企员工持股规范化。正如厉以宁先生指出的:“对于混合所有制问题当前讨论比较多的,就是员工持股制……应该从理论上搞清楚员工持股制度的意义和规范化的意义,这将使得现代企业制度逐步走向正规……一定要规范化。”<sup>②</sup>

责任编辑 翟中鞠

<sup>①</sup> 参见马相东:《混合所有制经济是基本经济制度的重要实现形式——访中国社会科学院学部委员张卓元研究员》,《新视野》2014年第1期。

<sup>②</sup> 厉以宁:《应正确理解员工持股制的意义》,《北京日报》2014年4月1日。