

## 公司高管的劳动者身份判定及其法律规则

● 谢增毅 \*

**【内容摘要】** 根据劳动者的定义与判断标准,公司董事、监事不具备雇员(劳动者)身份,但由董事会聘任或解聘的公司法上的狭义高管则具备雇员身份。由于公司高管雇员与一般雇员在职责与分工上的明显差异,所以对其不宜简单地适用劳动法上的一般规则。劳动法应在工作时间、最低工资、加班补偿、解雇保护以及合同订立形式等方面对高管雇员豁免适用一般规则或者提供相应的特殊规则。豁免对象或适用特殊规则的高管雇员的范围应严格限于我国《公司法》规定的高级管理人员以及董事会聘任的其他公司高管。

**【关键词】** 公司高管 劳动者 特殊劳动者 劳动法

我国在《劳动法》、《劳动合同法》等法律中并未明确界定劳动关系的内涵,董事、监事和经理人等公司法上的高级管理人员(以下简称公司高管)是否与公司建立了劳动关系,具备“劳动者”身份,是否以及如何受劳动法调整等问题一直都困扰着理论界和实务界。理论研究的薄弱、制度供给的不足以及现实案例的涌现皆呼唤立法者和裁判机构能够提供相应的规则。此际,不妨先从一个经典案例入手分析:李某原系甲有限责任公司董事长,根据甲公司章程的规定,董事长为公司的法定代表人,李某的任期为2008年5月1日至2011年4月30日,甲公司的营业执照上亦载明李某为公司的法定代表人。甲公司的股东分别为:李某、张某、孙某、仇某。2009年3月,李某将其在甲公司的全部股权转让给了甲公司的另一股东张某。4月,甲公司召开股东会并作出决议:免去李某公司董事长的职务,由张某担任公司的董事长。5月,甲公司依法办理了变更登记手续。在李某担任董事长期间,公司一直未与其签订书面劳动合同。随后,李某以甲公司未与其签订书面劳动合同、违法解除劳动合同等为由申请劳动仲裁,要求甲公司支付2008年6月1日至2009年4月31日期间的二倍工资、2008年5月1日至2009年4月31日的加班工资、违法解除劳动合同的赔偿金等。<sup>[1]</sup>此案提出了诸多有待解决的实际问题,比如,公司高管是否适用劳动法规则?如果适用,那么适用的规则是否应与劳动法一般规则有所区别?如何确认适用特殊规则的公司高管的范围?

据统计,截至2014年12月底,全国实有各类市场主体达6932.22万户,企业达1819.28万户,<sup>[2]</sup>由此推算,企业与公司高管群体的数量不下千万。与此同时,涉及公司高管及类似人员的劳动纠纷案件在全部劳动争议案件中的占比亦不容小觑。根据北京市海淀区人民法院的统计,从2010年至2014年,公

\* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

[1] 参见马君、刘岳庆:《公司高管人员劳动法保护的边与界》,《中国劳动》2012年第10期。

[2] 参见国家工商总局:《2014年度全国市场主体发展、工商行政管理市场监管和消费维权有关情况》, [http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/xxzx/201501/t20150123\\_151591.html](http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/xxzx/201501/t20150123_151591.html), 2015年11月4日访问。

司高管和高级技术人员所涉劳动争议纠纷数量从 449 件上升至 1 120 件,占同年劳动争议案件总量的比例从 12.4% 上升至 27.1%。<sup>[3]</sup>可见,对数量庞大的高管群体建立科学合理的劳动法规,明确其劳动法适用机制意义重大。

### 一、公司高管的法律地位及“雇员”身份的识别

公司高管有狭义和广义两种概念。狭义的公司“高级管理人员”,即所谓的“经理人”,是指“公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”,<sup>[4]</sup>不包括公司的董事和监事。而在广义的概念中,一般还包括公司的董事、监事等公司决策或监督机构的成员。<sup>[5]</sup>我国虽然在《劳动合同法》中使用了“高级管理人员”的提法,<sup>[6]</sup>但并未明确其外延,是否与《公司法》对“高级管理人员”的解释一致亦不明确。国内多数劳动法学者在研究劳动法问题时一般都未将董事、监事与狭义的“高级管理人员”作出区分。<sup>[7]</sup>

董事以及其他高级管理人员与公司的法律关系,主要是公司法的研究话题。在大陆法系国家和地区,董事、经理人与公司的关系一般被认为是委任关系。我国台湾地区学者指出,董事与公司之关系,从民法关于委任之规定;经理人与公司之间,系委任契约关系。<sup>[8]</sup>英美法系国家一般认为,董事及高级职员与公司之间是信托关系,董事和高级职员负有信义义务(fiduciary duties)。<sup>[9]</sup>虽然境外的制度和理论较为定型,但是关于董事和经理人的法律地位的争议依然存在。例如,有学者认为,无论以“代理”、“委任”、“信托”或其他类似的方式,欲概括地描述董事地位是不可能的,现代公司董事的权力、义务、利益和责任直接来自法律的规定,其与公司的关系应定位为“法定”更妥当。<sup>[10]</sup>可见,即便从公司法角度考察,董事、经理人与公司的关系性质仍不易确定。尽管董事、经理人与公司的法律关系仍存争论,但是我国公司法对董事、经理的产生、权利义务等都作出了相对明确之规定,特别是董事、经理在公司业务经营上的权力和义务较为清晰。<sup>[11]</sup>相反,从劳动法的角度看,董事、监事和经理人与公司之间的关系较为模糊,并且立法和裁判机构并未给出清晰的答案。事实上,公司的董事、监事与狭义的公司高管的产生方式、地位以及在公司中的作用有着很大的不同。

公司的董事、监事一般由股东选举产生,并作为公司机关的成员开展工作。董事会、监事会作为公司机构,独立行使公司的权力,特别是董事会行使着公司决策、选择管理者以及对管理者进行监督的重要权力。<sup>[12]</sup>而且,董事会具有独立性,“股东不能直接向董事会发出命令,要求其采取任何特定的行动”。<sup>[13]</sup>董事会事实上在公司运营中处于中心地位,对外也代表公司。由此可知,公司的董事、监事在职务产生和解除以及在公司中的地位和作用,与一般雇员接受公司的指挥、管理和指示有着很大的不同,因为从属性是雇员的本质属性。在德国,“雇员是指基于私人合同,处于‘人身从属(personal

[3] 参见北京市海淀区人民法院:《海淀区劳动争议审判情况白皮书(2015)》(2015年10月28日),<http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3824>,2015年11月4日访问。

[4] 参见我国《公司法》第216条。

[5] 参见王学力:《我国上市公司高管人员薪酬差异情况分析》,《中国劳动》2014年第5期。

[6] 我国《劳动合同法》第24条。

[7] 参见姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第54~59页;同前注[1],马君、刘岳庆文;李颖、宋纯峰:《涉及公司高管人员劳动争议案件探析》,《人民司法》2010年第23期。

[8] 参见梁宇贤:《公司法论》,三民书局2006年版,第117页、第431页。

[9] See Charles R.T. O'kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and Other Business Associations* (5th Edition), Aspen Publishers, 2006, p.235.

[10] 参见梅慎实:《现代公司机关权力构造论(修订版)》,中国政法大学出版社2000年版,第328页。

[11] 参见我国《公司法》第6章。

[12] 参见我国《公司法》第46条。

[13] Steven L. Emanuel, *Corporations* (4th Edition), Aspen Law & Business, 2002, p.54.

subordination) 关系中,而有义务为他人工作的人”,“这一准则的核心要素是人身从属性”。<sup>[14]</sup>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。”<sup>[15]</sup>可见,雇员的从属地位是劳动关系的应有之义。尽管我国在劳动法、劳动合同法等重要法律中并未涉及到劳动关系的定义和判断标准,但从行政部门的文件中可知,我国基本上也采纳“从属性”的理论及其相应的判断标准。<sup>[16]</sup>因此,公司的董事、监事等公司机构的成员与雇员的性质及地位有很大不同,在法律上很难认定其“雇员”或“劳动者”身份。

狭义的公司高管与董事、监事的地位和作用并不相同。根据《公司法》的规定,我国的高级管理人员主要指由董事会聘任或解聘的公司经理、副经理和财务负责人。<sup>[17]</sup>在美国,狭义的高管一般称为公司高级职员(officer),用来指代由董事会直接任命的公司管理人员,<sup>[18]</sup>负责公司的日常管理。在美国,董事会不仅可以任命公司高级职员,也可以在具有或不具有理由时解除其职务。<sup>[19]</sup>可见,与董事会作为公司的核心机构不同,狭义的公司高管由董事会聘任或解聘,向董事会负责,须接受董事会的指示和监督。从此点看,狭义的公司高管虽然享有广泛的管理公司日常事务的权力,但仍受制于公司董事会,因此,仍符合雇员的“从属性”特征。这也是虽然现代公司法认为,经理等高管是代理人(agents),公司是委托人(principal),并且由董事会对代理人进行监督,<sup>[20]</sup>但在法律上,一般都将经理等高管作为公司的雇员(employee)。在美国,高级职员一词意指在公司的管理层级中级别比其他雇员高的“公司雇员(corporate employee)”。<sup>[21]</sup>关于董事和高级职员是否具备雇员身份,美国《示范商事公司法》也有较明确的规定。该法在第1.40小节对雇员(employee)的定义中清楚地规定,“雇员包含高级职员但不包括董事。一个董事可以承担一种责任因而使他也成为雇员。”<sup>[22]</sup>同时还规定,“高级职员被解雇并不影响其合同权利,如果其与公司存在合同”,“高级职员的辞职并不影响其合同权利,如果其与公司存在合同”,而在董事部分,则无类似之规定。<sup>[23]</sup>这也再次证明了高级职员可以具备雇员身份,主张劳动合同权利,但董事不具备雇员身份,无法主张劳动合同权利。

在我国台湾地区,关于经理人能否适用劳动基准法同样存在争议。持“肯定说”者认为,公司负责人与经理之间就事务之处理,具有使用从属与指挥命令之性质,有劳雇之相对性;劳动契约并非以雇佣契约为限;劳动基准法系有关劳务条件之最低标准,与民法有关委任之规定并不冲突。持“否定说”者认为,劳动契约中的劳工具有从属性,与委任契约中处理一定目的之事务,具有独立的裁量权的受托人有别。持“折衷说”者认为,公司负责人对经理,就事务的处理,若具有使用从属与指挥命令之性质,且经理实际参与生产业务,即属于劳动契约的范畴,该经理与公司间即有劳动基准法的适用。反之,则否。因此,经理与公司间能否适用劳动基准法,应视具体状况认定之。<sup>[24]</sup>相较而言,“折衷说”更为可取,更符合公司的实际运作与雇员的本质特征。由此可见,经理人的雇员身份也是可以成立的。

综上所述,因董事、监事和狭义的公司高管在产生方式、地位和职责上的差异,前者不具备雇员(劳动者)的身份,后者则可以成为雇员(劳动者),并主张劳动合同的权利。

[14] Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p.45.

[15] A. C. L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2004, p.88.

[16] 我国原劳动和社会保障部于2005年颁布《关于确立劳动关系有关事项的通知》,明确了劳动关系判断的基本方法。《通知》主要采用从属性理论,劳动者必须具备人格从属性和组织从属性等因素。

[17] 参见我国《公司法》第46条、第216条。

[18] 同前注[13], Steven L. Emanuel 书,第76页。

[19] 同上注。

[20] 同前注[9], Charles R.T. O'kelley、Robert B. Thompson 书,第143页。

[21] 同上注。

[22] § 1.40(8), *Model Business Corporation Act* (2002), 3rd Edition, 2003, the American Bar Foundation.

[23] *Ibid.*, § 8.08, § 8.09, § 8.44.

[24] 同前注[8], 梁宇贤书,第129页。

## 二、公司高管雇员与普通雇员的差异

虽然狭义的公司高管仍符合雇员的一般含义,但由于其特殊的地位和职责,从公司法和劳动法角度看,其与一般雇员的差异主要体现在以下方面。

第一,公司高管雇员享有广泛的权力,可在一定程度上代表“雇主”。虽然具备雇员的身份,但作为公司高管,其负责公司的日常事务,享有广泛的权力和影响。正如美国学者指出的那样,公司董事会的存在是基于这样的前提:董事会监督管理层,选择管理者并在其表现不佳时将其解雇。换言之,管理层按照董事会的意愿行事。但事实恰好相反。董事们有赖于管理层的提名、薪酬和信息,而且很多董事不能或不愿花费必要的时间和精力去监督公司的经营,或者为公司的成功承担起财务的职责。<sup>[25]</sup>例如,在美国,2003年美国公司中董事花在董事会事务上的时间是月均19个小时,2009年在月均20个小时左右徘徊。<sup>[26]</sup>可见,董事对董事会和公司投入的精力是非常有限的。因此,公司经理人理论上受制于公司董事会,但在实际中享有很大的自主权和管理权。在美国的公开公司中,许多公司已经形成了以总经理(CEO)为中心的文化,CEO并没有受到有效的监督,实践中,许多公司的董事会听从于CEO,沦为CEO决策的橡皮图章。<sup>[27]</sup>在德国,高管职员(executive staff)也被视为单独的雇员类型。它是基于这样的假设——这类群体的问题和利益在许多方面与一般雇员并不相同;鉴于他们的职责,他们处于雇员对立面的地位。这一群体事实上的重要性要远超他们人数上较少的比例。<sup>[28]</sup>可见,高管雇员虽然也是“雇员”,但是在一定程度上代表雇主行使权力。我国公司法也规定了经理广泛的权力,包括主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;组织实施公司年度经营计划和投资方案;提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人;决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员等。<sup>[29]</sup>因此,经理人一方面受制于董事会,另一方面又拥有很大的自主权,在一定程度上代表着雇主,在大部分场合处于管理或控制公司雇员的地位。

第二,公司高管雇员通常拥有较高的薪酬,依其职务享有巨大的经济利益。在美国,1980年公司主要高管所得接近非管理员工所得的45倍,1995年超过了160倍,2000年为458倍。<sup>[30]</sup>公司经理人不仅获得远高于普通雇员的薪酬,甚至超过了董事的薪酬。2010年美国大型公开公司首席执行官的平均薪酬将近1200万美元,而非管理的董事的中间薪酬约为228540美元,也就说大型公开公司首席执行官的薪酬是董事的50倍。<sup>[31]</sup>在我国,总经理的薪酬也非常高,根据对2012年上市公司高管年薪的调研,上市公司董事长平均年薪为66.7万元,总经理平均年薪为67.1万元,其中中央企业控股的国有及国有控股上市公司董事长年薪为80.5万元,总经理年薪为81.3万元。<sup>[32]</sup>此外,通常情况下,公司高管的薪酬除了工资,可能还包括股票、期权等其他未来收入,而一般雇员仅能获得固定的工资收入,且工资数额有限。由于公司高管雇员的薪酬较高,故而其对公司承担的义务和责任较重,为公司付出的时间和精力也比一般雇员多。同时,高薪酬也意味着高管雇员职务的取得和丧失将给其自身利益带来巨大的影响。

第三,公司高管雇员的聘任和解聘方式具有法定性。由于经理人尤其是高级经理人承担着公司的重要职责,担负着公司法明确规定的权力和义务,故对其职务的聘任和解聘有着严格的法律规定。如前

[25] See Robert A. G. Monks and Nell Minow, *Corporate Governance*, Blackwell Publishers, 1995, p.184.

[26] 转引自樊云慧:《公司高管义务与董事义务一致吗?——美国的司法实践及其对我国的启示》,《环球法律评论》2014年第1期。

[27] 参见谢增毅:《董事会委员会与公司治理》,《法学研究》2005年第5期。

[28] 同前注[14], Manfred Weiss、Marlene Schmidt书,第50页。

[29] 参见我国《公司法》第49条。

[30] 转引自蒋建湘:《国企高管薪酬法律规制研究》,《中国法学》2012年第1期。

[31] 同前注[26],樊云慧文。

[32] 同前注[5],王学力文。

所述,在美国,高级职员由董事会聘任和解聘;在中国,经理等高管也是由董事会聘任或解聘的。<sup>[33]</sup>而且,法律并不要求董事会聘任或解聘经理等高管人员需要理由。相比聘任或解聘经理人的机构和程序的法定性,一般雇员主要通过和雇主签订合同的形式建立劳动关系,双方建立劳动关系的形式并无严格的法定要求,甚至雇员与雇主没有订立劳动合同也不影响双方劳动关系的确立。例如,我国《劳动合同法》第7条规定,用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。所以,劳动者即使未与用人单位订立劳动合同,也不影响双方劳动关系的建立。

第四,公司高管雇员自身地位和能力较强,需要法律介入的程度较低。由于高管雇员通常具有较强的个人能力,属于人力资源市场上的稀缺资源,与企业的谈判能力较强,加上在公司的运行中位高权重,因此与普通雇员相比,法律对其介入和保护必要性较低,故而留给高管雇员和企业自由协商的空间更多。美国学者 Paul Weiler 教授指出:“具有讽刺意味的是,法官创设的保护那些在劳动力市场上貌似无法保护自己的雇员的法律规则,实践的结果却是向上层(upper-level)雇员输送了市场上大多数的福利。”<sup>[34]</sup>实践也证明,高管在纠纷中的维权能力普遍较强。调研表明,高管和高级技术人员由于具备管理能力、工作经验、学历水平等方面的优势,往往能够收集和掌握核心证据,应诉能力较强,维权相对较为理性,胜诉比例明显高于普通劳动者。<sup>[35]</sup>因此,在劳动法理念上,基于高管自身的特殊能力和地位,对其保护程度可与一般雇员有所区别,应该赋予公司和高管更多的自由协商的空间。

由上可见,经理人与普通雇员差异较大,不能简单地将劳动法一般规则适用于经理人,是故,对公司高管提供相应的特殊规则成为必要。

### 三、公司高管雇员特殊规则的构建

由于公司高管雇员的特殊地位和工作职责,其经常处于指挥管理其他雇员的地位,因此,根据劳动法规的设立目的,劳动法的一些规则难以适用于高管,应对其予以豁免适用,同时在特定事项上对其提供有别于一般雇员的特殊规则。这些规则通常包括工作时间、工资制度、解雇保护规则、合同订立等。需要注意的是,劳动法规对高管(经理人)的不适用仅限于部分规则。故此,以下将着重探讨公司高管的特殊劳动法规以及特殊规则适用于高管的范围。

#### (一)公司高管的特殊劳动法规

1. 工作时间、最低工资和加班补偿制度。公司高管负责公司的日常经营管理,需要及时应对各种突发和复杂事务,不仅工作时间较长,而且经常需要加班。在美国,狭义高管的工作时间要远超董事花在董事会事务上的时间。据保守估计,2009年高管每周花在工作上的时间为50个小时,也就是每月200个小时,是董事所花时间的10倍。<sup>[36]</sup>而且高管较高的薪酬也暗含了对加班的补偿,因此,一般的工作时间规则和加班补偿制度难以适用于高管,否则因高管工作时间的灵活性和不确定性将带来诸多的法律纠纷。因公司高管一般薪酬较高,故最低工资制度对其而言也就失去了适用的意义。

一般工作时间规则不适用于高管也是许多国家的通行做法。美国《公平劳动标准法》对高管等白领雇员豁免了劳动法的一些规则。该法对拥有管理、行政或职业资格(executive, administrative or professional)的白领职员的雇主实施了豁免有关最低工资和加班补偿的政策。主要理由在于,这些白领通常获得很高的收入,而且他们通常每周的工作时间超过40个小时。按照2004年的规定,公司管理人员、行政人员和职业人员,如果他们每周的工资超过455美元,其雇主就有可能被豁免;此外,年薪超过10万美元的雇员的雇主也可能被豁免。公司管理人员(executives)必须符合一定的条件,其雇主的责任

[33] 我国《公司法》第47条。

[34] Paul C. Weiler, *Governing the Workplace: The Future of Labor and Employment Law*, Harvard University Press, 1993, p.159.

[35] 同前注[3]。

[36] 同前注[26],樊云慧文。

才可豁免:雇员的主要职责是作为其受雇企业、企业部门或其分支的管理者(management);通常且惯常地指示两个及以上雇员的工作;有权雇用或解雇其他雇员,或其关于雇用、解聘、晋升、提拔或其他改变雇员地位的建议或推荐具有相当的分量。雇员如果拥有企业不少于20%的股权权益,且积极参与公司的管理,也属于豁免的对象。<sup>[37]</sup>美国的规则主要考虑公司的管理人员是否真正具备管理的资格或地位,即有权对其他雇员进行管理、指挥和控制,若符合这一特征,其具备一般雇员所不具有的权力和地位,劳动法的最低工资和加班补偿制度便不再对其适用。

在日本,立法对高管工作时间也实行特殊安排。其《劳动基准法》第六章规定,劳动基准法有关劳动时间、休息和休息日的规定不适用于任何种类企业“具有监督和管理地位者或担任机要事务者”。<sup>[38]</sup>此即说明了“具有监督和管理地位者”与一般雇员的不同之处。管理监督者被除外适用的原因,乃是因为这些人员与经营者立于一体之立场,且具有重要的职位与责任,随着经营上的必要,某种程度上得自由裁量本身的工作时间,不受上下班的严格限制,即使对于其工作时间未严格规制,也不会有保护不周之情形。因此,对高管不应适用一般的工作时间规则。近年来,“管理监督者”的意义与判断标准受到诸多瞩目,其原因乃因许多连锁店产业中,雇主将店长认定为管理职,使其长时间加班又不给加班费,因而发生争议。<sup>[39]</sup>因此,一方面对高管应当提供特殊而灵活的规则,另一方面也应注意适用特殊规则的高管范围,否则可能使部分雇员被不当认定为“高管”而失去劳动法部分规则的保护。

在德国,根据《工作时间法》第18条的规定,该法不适用于高级雇员、主任医师以及公共服务机构的部门和人事负责人。<sup>[40]</sup>

事实上,我国有些地方性的规定也注意到了公司高管的特殊性。如2003年《北京市企业实行综合计算工时工作制和不定工作制的办法》第16条第2款就规定,“企业中的高级管理人员实行不定时工作制,不办理审批手续。”该规定给予企业在决定高管的工作时间制度上更大的自主性。

可见,对公司高管雇员豁免一般雇员的工作时间、加班工资和最低工资制度是许多国家的通行做法,这是由高管雇员特殊的工作职责和内容以及较高薪酬所决定的。我国未来可以在劳动立法中借鉴这一普遍做法,有关工作时间、加班工资和最低工资制度的一般规则不适用于高管。

2. 解雇保护制度。解雇保护即解雇雇员需具备正当理由和法定程序是劳动法为雇员就业安全提供的最有力保护,因此,高管如何适用雇员解雇保护规则是一个重要问题。由于高管的产生和解除程序、工作岗位和职责与一般雇员存在较大不同,因此,高管的解雇保护规则是高管劳动法规则的一个重要而复杂的问题,在我国也具有非常现实的实践意义。

2015年上海案例及其判决结果具有很大的影响力,也对该问题提出了许多有待解决的课题。该案的主要案情和处理结果如下:2014年5月13日,王茁被上海家化联合股份有限公司解除总经理及董事职务,理由是王茁的工作责任心不强导致普华永道对该公司内部控制出具否定意见的审计报告,并被媒体负面报道,对公司造成恶劣影响,为严重失职。王茁于2014年6月4日向上海市虹口区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁,要求恢复劳动关系。仲裁裁决支持了王茁的要求,上海家化不服裁决向法院起诉。一审法院认为上海家化并无证据可证明《内部控制审计报告》中指出的重大缺陷是由于王茁个人

[37] See Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp.342-344.

[38] 日本《劳动基准法》(2012年法律第42号)第六章第41条规定,“本章、第六章以及第六章之二规定的有关劳动时间、休息和休息日的规定,不适用于下列各项劳动者。(一)附表一第六项(林业除外)以及第七项所示企业的从业者;(二)无论企业的种类,具有监督和管理地位者或担任机要事务者;(三)监视或间断性劳动的从业者,其雇主须经行政官许可。”《劳动基准法》第六章为“年少者”,第六章之二为“孕妇产妇等”。附表一第六项的内容为“土地的耕作、开垦或者植物的栽植、栽培、选取或采伐业以及其他农林业。”第七项的内容为“动物的饲养以及水产动植物的捕捞或者养殖业及其他畜产、养蚕及水产的行业。”

[39] 参见侯岳宏:《日本管理监督者与工作时间除外适用之规定》,载黄越钦教授纪念论文编辑委员会主编:《社会公义——黄越钦教授纪念论文集》,元照出版有限公司2011年版,第197页、第199页。

[40] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第186页。

的严重失职、严重违纪所造成,诉求未获法院支持。<sup>[41]</sup>上海家化不服提起上诉。2015年9月25日上海市第二中级人民法院作出了维持一审的终审判决。<sup>[42]</sup>随后上海家化给王茜安排了新职务,要求每周提交不少于2万字关于中国文化研究的进展报告,薪酬为6000元/月。<sup>[43]</sup>

公司高管的职务解除与普通雇员解雇有诸多不同,结合上述案例来研究以下问题,以期在未来的立法或实践中予以明确。

### 第一,解雇是否需要理由?

由于高管通常由董事会聘任或解聘,为尊重董事会的集体决策权,且为迅速应对各种复杂情况,通常董事会聘任或解聘公司高管都无需理由,这是由董事会的地位以及公司追求效率的目标所决定的。因此,高管的解雇难以适用一般的解雇保护规则,即难以要求公司必须具备正当理由。事实上,董事会关于高管的聘任或解除职务的决定更多地是基于商业判断,而非客观事实,因此,雇主解雇决定的理由是否“正当”难以判断,法院也无从审查董事会作出的商业判断或事实判断是否“正当”。自然法律上也难以要求公司解雇高管必须具备正当理由。我国公司法关于董事会职权的规定也体现了这一点。董事会聘任或解聘公司经理都不需要理由。<sup>[44]</sup>

而且,对高管解除职务的原因不宜简单援用一般劳动者的解雇事由。因为法律对一般雇员的解雇理由相对严格,除非雇员有不当行为,或因身体原因、不能胜任工作或其他原因,雇主不得将其解雇。<sup>[45]</sup>而公司通常高薪聘用经理人并委以重任,自然对其有更高要求,希望经理人具有出色能力,为公司创造效益,带领公司取得发展。高管仅仅遵守一般雇员不被解雇的义务和标准,如没有“严重违反规章制度”、没有“严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的”,并不足以构成其为适格经理人的标准。在市场高度竞争的状态下,如果经理人能力平平,不能给公司带来价值、创造利润,即便其未出现一般雇员可被解雇的法定事由,也未必是合格的经理人。如果市场上有更有能力、更适合担任经理人的人选,也不应妨碍公司解聘现有经理人的职务,另聘他人。因此,在解除高管职务的理由上,不能简单地套用解雇一般雇员的标准,也不应要求董事会聘任或解聘高管必须具有正当理由。

### 第二,董事会解除经理人职务行为是否构成公司的“解雇”行为?

答案是肯定的。虽然董事会的“解除职务”行为无需理由,或者解除职务的理由正当与否无从判断,但解除职务的行为是由董事会代表公司作出的,当董事会作出决定后,经理人就无法也不应继续为公司工作,因此,应该视为“解雇”行为。实务中也难以要求董事会在解除职务的决定中,另外再作出“解雇”的行为。

### 第三,被解除职务的高管可否要求复职?

由于董事会的决议不应轻易被推翻,有关解除职务的决定往往难以撤销,而且,经理等高管的位置非常重要,且职数极为稀少和固定,当董事会解除高管的职务后,要恢复其职务在实务操作上也几无可能。因此,在法律上,高管被免职后难以要求恢复其职务。这一做法被美国和德国的立法所采纳。在美国,董事会可以随时解雇公司高级职员,尽管高级职员的劳动合同(employment contract)依然有效——董事会有权力解雇高级职员,相应地,高级职员有权起诉公司要求赔偿,但不可要求公司实际履行,即为其复职。<sup>[46]</sup>这是与一般雇员的解雇保护规则的差异之处。在德国,法律对高管也作出了特别而重要的规定。如在劳动法的核心立法——《不当解雇保护法》(Protection Against Unfair Dismissal Act) (2001年)中规定,第一章(主要是解雇的正当事由)不适用于下列人员:(1)在法人机构中,依法可以代表该法人的机构

[41] 参见上海市虹口区人民法院(2014)虹民四(民)初字第2100号民事判决书。

[42] 参见上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民三(民)终字第747号民事判决书。

[43] 参见《2015年劳动法典型案例大盘点》, <http://www.hr.com.cn/p/1423414969>, 2016年1月21日访问。

[44] 参见我国《公司法》第46条。

[45] 参见我国《劳动合同法》第39条、第40条。

[46] 同前注[13], Steven L. Emanuel书,第76页。

的成员。(2)在合伙中,法律、章程或章程细则规定的有权代表该合伙的人。这类主体事实上并不符合“雇员”的定义,难以作为雇员受到保护。该法第一章部分规定也不适用于管理董事(managing directors)、企业内部机构的主管(directors of establishments)以及类似的拥有独立的雇用或解雇雇员权力的管理雇员(managerial employees),这些人员如被解雇不得主张保留工作,但可以请求支付离职补偿(severance pay)。<sup>[47]</sup>

从上述案例也可以看出,实务中,若允许被解除职务的高管复职,将给公司经营带来极大的不确定性,对公司的正常经营造成影响。而且,劳动关系需要劳动者与雇主之间的高度信任来维系,如果双方对簿公堂,关系出现裂缝甚至破裂后,还允许高管复职居于重要岗位,由于高管之前掌握公司的大量信息以及其特殊影响力,将使公司的经营处于极大的风险之中。因此,不允许高管复职不管是从法理上还是从公司实际运作上看都是合理的。在上述案例中,法院最终采取了调岗的救济方式,这一做法是否妥当?笔者认为,司法实践中也不应采此救济方式。主要理由在于:高管的职务职数极少,且具有特定性,难有同等或类似的岗位,“调岗”无法达到“复职”的效果,调岗事实上难以实施。而且,“调岗”往往使高管的岗位出现落差,无法令高管满意,加上高管被解除职务前的特殊地位和影响,在“调岗”后,事实上也很难与公司以及同事处理好各种关系。因此,“调岗”并不是为被解除职务的高管提供救济的理想方式。上述案例的判决结果也证明了这一点。

#### 第四,如何为被解除职务的高管提供救济?

由于董事会解除高管的职务通常无需理由,而高管被董事会解除职务后,将面临巨额的工资薪酬以及名义等损失,复职无望之时如何提供救济是一个需要考虑的复杂的问题。在美国,由于劳动法奉行任意雇佣原则,雇主解雇一般雇员无需理由,并且也无需支付经济补偿或赔偿金。<sup>[48]</sup>美国的《示范商事公司法》在公司高级职员(officer)部分也规定,“对高级职员的任命本身并不产生合同权利。”<sup>[49]</sup>虽然雇主解雇雇员通常不需要理由,雇主也无需支付经济补偿,但允许双方通过合同对解雇的条件和赔偿责任进行约定。<sup>[50]</sup>由于高管被解除职务可能面临较大的损失,因此,在美国,如高级职员因董事会的免职而要求公司承担责任的话,应当与公司签订一份有期限的雇佣契约。<sup>[51]</sup>通过合同约定,高级职员可以要求公司支付赔偿金。在德国,由于德国本身就存在严格的解雇保护制度,<sup>[52]</sup>雇员可以直接要求企业支付离职补偿金,作为高管的雇员也可以要求公司支付赔偿金。两国的制度值得借鉴,在对待解雇高管的救济问题上,规定被解雇的高管不可以要求公司为其复职,但可以要求公司为其支付经济补偿金。由于在法律上很难要求公司解除其职务必须具备正当理由,且高管被解除职务时比一般雇员遭受的损失更大,因此,未来对经济补偿金的标准可适当放宽,允许经济补偿金的标准可以超出目前《劳动合同法》规定的经济补偿金标准。同时,应允许高管和公司在合同中约定公司解除其职务的补偿金或赔偿金。

3. 合同订立的形式。如上所述,狭义的公司高管与公司可以建立劳动关系,签订劳动合同。于是前述第一个案例引出了一个重要的实务问题,即高管未与公司签订书面合同时,可否主张二倍工资赔偿?笔者认为,答案是否定的。理由如下:第一,虽然高管没有与公司订立书面合同,但因聘任或解聘高管通常需要由董事会作出决议,给予聘任或解聘,因此,董事会的聘任行为可构成双方建立劳动关系的一种形式;第二,高管通常位高权重,其完全可以借助于自身的影响要求与公司订立书面劳动合同,若未订立书面劳动合同高管自身也有过错,则不可完全归咎于公司;第三,由于高管通常可以获得较高甚至巨额

[47] See § 14, Protection Against Unfair Dismissal Act (2001).

[48] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, L. Camille Hebert, *Employment Law*, Fifth Edition, West, 2015, p.727.

[49] § 8.08, § 8.09, § 8.44, Model Business Corporation Act 2000/01/02 Supplement, 3rd Edition, 2003, the American Bar Foundation.

[50] 同前注[48], Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, L. Camille Hebert 书,第728页。

[51] 参见钱玉林:《经理地位的法律逻辑分析》,《法学》2010年第8期。

[52] 同前注[14], Manfred Weiss, Marlene Schmidt 书,第131~133页。

薪酬,如果还支持其获得二倍工资,对公司而言并不公平。因此,在劳动合同的订立上,可不对公司高管的劳动合同形式作出严格要求,除非有例外情况,也不应支持高管要求公司支付二倍工资的主张。

#### (二)公司高管劳动法特殊规则的适用对象范围

除了明确公司高管雇员实体上的特殊权利义务外,应对哪些高管雇员适用特殊规则也是公司高管雇员特殊规则的重要考量内容。

从以上分析可以看出,美国、德国等对豁免劳动法规则的高管人员范围的确定较为灵活,主要看实际管理权限,尤其是是否享有单独雇用或解雇他人的权力,并且考虑其参与公司经营管理的程度、是否拥有公司股权、薪酬情况等。换言之,这些国家的法律只提供一个基本的判断标准,某公司职员是否属于应当豁免劳动法规则的高管应视具体情况而定。

毫无疑问,美国和德国的做法比较理想,也符合高管的特征和劳动法的目的。对此,我国该如何借鉴?由于国外的做法需要在个案中首先识别高管的存在,对裁判机构而言难度较大,加上我国劳动法对劳动者的整体保护水平和发达的程度与成熟国家相比仍有差距,适用弹性标准认定高管的存在,可能会因识别错误而使一部分雇员因此无法得到劳动法的完全保护,故而不宜赋予裁判机构过大的权力来识别高管的存在,并决定劳动法规则的豁免。考虑到我国对公司高管劳动法规则尚缺乏经验,当下借鉴国外高管范围的灵活判断标准的时机并不成熟,可以将豁免劳动法部分规则的高管范围明确限定在《公司法》所规定的狭义的公司高管,即公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。由于经理人的实质是由董事会任命的高管,除了《公司法》第216条规定的高管人员外,其他由董事会任命的管理人员也可以作为规则豁免适用的对象。

#### 四、结论与延伸

公司高管的劳动法规则是理论和实务的一大难题,我国立法与司法解释均未对此作出回应,但现实案例提出了诸多亟待确立的规则。根据劳动者的定义和判断标准,董事、监事等不具备雇员的从属性,不具备雇员的身份,由董事会聘任或解聘的狭义高管则可以具有雇员的身份。虽然狭义公司高管雇员具备雇员身份,但因其特殊的地位和责任,在权力的享有、高薪的获得、职务的取得和丧失的程序等方面均与一般雇员不同。因此,对狭义的公司高管雇员不宜简单适用劳动法的一般规则。根据高管的特点以及劳动法的立法目的,劳动法应在工作时间、最低工资、加班补偿制度、解雇保护以及合同订立形式等方面对高管豁免适用劳动法的一般规则或者提供相应的特殊规则。尤其是在高管的解雇规则方面,高管被公司解聘后,不可请求公司为其复职,但可要求公司给予其一定的赔偿。对高管豁免适用的规则或者适用特殊规则的人员范围应严格限于我国公司法规定的高级管理人员以及董事会聘任和解聘的其他公司高管。

公司高管是劳动法上一类典型的特殊雇员,立法理应构建相应的特殊规则。推而广之,除了公司高管外,随着用工形式的多样化,在劳动者内部存在着不同类型的劳动者,特别是越来越多的新型业态和灵活就业方式的不断出现,对传统劳动法提出了挑战。而且,用人单位也存在多种类型,不同类型和不同规模的用人单位对劳动法规则的需求和适应性也存在差异,因此,对不同类型的劳动者宜采取分层、分类的调整方法。当前,有关劳动法灵活性是否充足及其对企业用工成本的影响,以及劳动合同法修改的讨论已成热点问题。虽然目前学界对此仍存在较大争议,但对包括公司高管在内的不同类型劳动者提供差异化的规则,以适应现实之需,提高劳动法规则在此方面的灵活性和适应性,无疑是未来劳动合同法修改完善的任务之一。

(责任编辑:谢青)