

国家介入超级平台公司治理的法理基础及制度构建

邹青松*

摘要: 超级平台公司承载着重大的公共利益,但传统的公司治理机制对其难以提供有效的保护。国家作为超级平台公司治理失败的剩余风险承担者,对公司治理施加干预具有正当性。黄金股是国家介入公司治理的一种特殊干预机制,它在我国表现为国家特殊管理股,并被初步适用于部分互联网平台公司。将国家特殊管理股引入超级平台公司治理的正当性前提是,其干预产生的成本应保持足够低的水平;传统的国家特殊管理股制度会造成过高的干预成本,因此不宜引入超级平台公司治理中。超级平台公司治理应转向一种新型的、干预成本足够低的国家特殊管理股制度,这一国家特殊管理股应定位为公司法框架下行使的行政权,其主体适用范围限制在“超级平台公司”,客体适用范围限制在“系统性风险”。其具体的实施机制,应当放弃通行的“股东+董事”的实施模式,而改采“股东+监事”的模式,并在此种模式下,赋予国家监事和国家股东特殊的权利地位。

关键词: 超级平台 公司治理 国家特殊管理股 黄金股 系统性风险 国家干预

一、问题的提出

近年来,互联网平台(以下简称平台)尤其是超级平台在快速崛起的同时,也给社会公共利益、国家安全制造了巨大的风险敞口,这不但促使诸多重要法律和监管措施的出台,也引发了学术界的空前关注。然而,就目前整体而言,无论是在立法层面、监管层面,还是在学术界,人们提出的应对思路,仍然体现为一种外部规范、事后补救的解决思路,这一思路在信息高度不对称、损害后果严重的超级平台领域,存在着极高的监管失灵风险。例如,2021年6月滴滴公司因海外

* 广东财经大学法学院讲师

基金项目:广东省哲学社会科学规划项目(GD23YFX01)

上市导致的数据安全问题,^①在引发监管风暴的同时,也证实了外部的、事后的规制思路在超级平台背景下的不足。

事实上,我国目前已经开始了对平台的不同规制路径的探索。近年来,我国有关监管部门和国家单位通过少量入股的方式,陆续获取了对部分平台包括北京微梦创科网络技术有限公司(新浪微博)和北京抖音信息服务有限公司(“字节跳动”于2022年更名为“抖音”)等知名平台的内部管理权利。国家在相关平台获得的特殊的内部管理权利,很大程度上体现了以国家特殊管理股实施治理的思路。尽管国家特殊管理股在有关平台内部治理中发挥的具体效力和作用机制仍不甚明确,但是国家关于平台规制的新思路——基于内部的、事前的视角的规制思路——已隐然浮现。国家介入公司治理一直是备受争议的话题,这一规制思路的变化无疑值得理论界的高度重视。

国家特殊管理股作为我国本土背景下的“黄金股”,代表了国家在公司中享有的“特殊权利”。然而,不论以何种形式的黄金股介入公司治理,在实践中历来都不乏争议,更何况针对的是作为私营企业的平台公司。究其原因,黄金股代表着国家权力,其对公司经营自由的深入干预可能引发权力滥用的后果。有鉴于此,笔者将聚焦于超级平台公司治理的国家介入问题,特别是国家特殊管理股在其中的运用问题。以期对我国公司治理制度的完善有所助益。

二、国家介入超级平台公司治理的法理基础

(一)超级平台公司治理的失灵

1.作为公共利益承载者的超级平台公司

进入数字时代,超级平台成为人类生活的中心场域,其作用的发挥直接攸关大众利益,成为名副其实的公共利益承载者。这尤其体现在以下几个方面:

(1)超级平台是基础设施提供者

超级平台是用户接入网络世界、实现互联互通的物质基础。学者们基于超级平台的公共属性,主张将其定义为“公共承运人”,^②或认为其具有公共品属性,是公共经营者。^③学术界甚至还有对平台应否纳入“关键信息基础设施”的讨论。^④超级平台也视自身为公共设施提供者。阿里巴巴集团控股有限公司创始人马云说:“我们认为未来阿里巴巴提供的服务会是企业继水、电、土地以外的第四种不可缺失的商务基础设施资源”;^⑤深圳市腾讯计算机系统有限公司创始人马化腾则直截了当地指出,平台是“基础设施提供者”。^⑥

^① 参见国家互联网信息办公室网络安全审查办公室:《网络安全审查办公室关于对“滴滴出行”启动网络安全审查的公告》,http://www.cac.gov.cn/2021-07/02/c_1626811521011934.htm,2021-09-01。

^② 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,《政法论坛》2016年第4期。

^③ 参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期。

^④ 参见王磊、马源:《新兴互联网平台的“设施”属性及监管》,《宏观经济管理》2019年第10期。

^⑤ 《马云:阿里是水电和土地之后的第四大基础设施》,http://tech.sina.com.cn/i/2015-10-09/docifxir-wnr6848903.shtml,2021-09-02。

^⑥ 参见《马化腾:腾讯作为平台型生态企业是基础设施提供者》,https://www.sohu.com/a/297383975_120065056,2021-09-02。

(2) 超级平台是数据的控制者

数据是数字时代的石油,我国更是将其定义为土地、劳动力、资本、技术之外的第五种生产要素。^①同时,数据中还包含了大量涉及公共利益、国家安全的信息。超级平台作为海量数据的掌控者,直接影响数据的收集、存储、使用、处理等关键环节。超级平台手握数据这一国之重器,其一举一动攸关公共利益和国家安全。^②

(3) 超级平台扮演着公共管理者的角色

在互联网社区内,超级平台以管理者的身份对海量的平台用户及其行为进行管理,行使所谓的“私权力”。^③在此过程中,超级平台就自然而然地行使着某种公共职能,承担着类似政府的角色,甚至构成了对政府的“行政外包”。^④脸书公司创始人马克·扎克伯格就直言不讳地说:“在很多方面,脸书更像一个政府,而不是一个传统的公司。”^⑤因此,超级平台的公共管理行为不但关涉数以亿计用户的个体利益,也直接关涉整个社会的公共利益乃至国家安全。

2. 超级平台公司治理对公共利益保护的先天不足

超级平台作为公共利益的承载者,也是数字时代各类社会风险的集散地。基于权利义务相平衡的原则,超级平台作为经营的受益者,其自身有责任防范因之而生的风险。然而,超级平台在公司治理价值理念上的缺陷以及其自身特性的制约,使其难以具备保护公共利益的能力。

(1) “股东利益最大化”与保护公共利益之间的冲突

现代公司法理论认为,公司法的主要任务是解决所谓的委托代理问题。在这一框架下,股东被视为公司唯一合法的委托人,基于此,公司唯一的合法目的即股东利益的最大化。^⑥为了贯彻股东利益最大化的理念,公司法一方面通过具体规范规定董事会及其成员一系列的义务和责任,另一方面又以兜底的形式,施加给董事会及其成员信义义务(包括忠实义务和勤勉义务)。我国公司法也秉持了股东利益最大化的基本价值理念,将实现股东利益作为公司存在的目的。在此背景下,作为公司企业的超级平台,同样也秉持股东利益最大化的理念实施公司治理。由此就产生了股东利益最大化与平台所具有的公共利益承载者角色之间的冲突。超级平台作为公司企业,在追求公司和股东利益最大化的同时,能否同时维护其所承载的公共利益,成为问题的焦点。而近年来部分超级平台的“野蛮生长”、无视国家安全利益进行海外上市,引发社会震动,表明这一问题的严重性已不容忽视。

(2) 超级平台背景下公司治理失败风险的加剧

公司法秉持的股东利益最大化理念引发了公共利益受损害的风险。在超级平台自身特性的加持下,有关风险进一步累积、叠加、放大,让人们愈加无法忽视其公司治理失败所能带来的重大消极影响。

① 参见《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》。

② 参见陈荣昌:《网络平台数据治理的正当性、困境及路径》,《宁夏社会科学》2021年第1期。

③ 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。

④ 参见许可:《网络平台规制的双重逻辑及其反思》,《网络信息法学研究》2018年第1期。

⑤ See David Kirkpatrick, *The Facebook Effect: The Inside Story of the Company that is Connecting the World*, Simon & Schuster, 2010, p. 254.

⑥ See Saule T. Omarova, *Bank Governance and Systemic Stability: The Golden Share Approach*, 68 (4) *Alabama Law Review*, 1034(2017).

首先,特殊治理结构引发治理失败的风险。超级平台公司普遍采用特殊的治理结构,使得公司治理失败的风险剧增。在互联网领域,许多超级平台公司采用了“双层股权结构”的治理模式。这一治理模式在实践中通常采用AB股结构,同时也有诸如阿里巴巴的所谓“合伙人制度”的变体结构。在互联网科技革命的浪潮下,“双层股权结构”受到平台公司包括超级平台公司的特别青睐,我国的香港联合交易所、上海证券交易所科创板也先后接受了这一股权结构的公司上市。平台公司采用“双层股权结构”模式具有很多优势,它能确保创始人维持控制权,让懂科技的、有长期经营规划的股东把控公司发展方向,从而有利于公司的发展壮大。但是其劣势也同样明显:拥有超级股权的创始人集中了公司大部分权力,使其得以以一人之意志代替公司之意志,平台公司治理失范的风险由此激增。在缺乏权力制衡的情况下,不但其他投资者的权益处在风险之中,社会公众利益遭受损害的风险也将进一步增加。

其次,协议控制架构隐含受外资不当影响的风险。超级平台公司普遍采用的协议控制架构,使得平台公司有受外国资本不当影响的风险。在我国,受特定的历史和经济环境等因素的影响,我国许多超级平台公司采用了协议控制的架构。在这一架构下,国内创始人在海外设立离岸公司,外国投资方则以此为操作平台,以所谓“协议控制”的方式对我国境内的超级平台公司治理施加影响。这一控制架构在过去20多年里为我国平台公司解决了海外融资的需求,具有其现实意义。但是,这一控制架构在某种程度上也规避了国家对外资在互联网领域的投资限制,使得外国资本能以协议的方式影响、控制公司的经营管理。在超级平台与公共利益日益相关联的情况下,其受外资控制的这一事实也使得公共利益甚至国家安全处在风险之中。协议控制架构平台的数据安全问题即引发了我国监管机构的担忧。

最后,“破坏性创新”加剧公司治理失败的风险。超级平台所具有的“破坏性创新”能力,加剧了其公司治理失败的风险。超级平台走在科技的前沿,具有极强的创新能力和意愿,屡屡突破现有制度和秩序,从而制造巨大的风险。以算法技术、大数据、人工智能、区块链等技术创新为代表,超级平台为人类社会提供了日益丰富的产品和服务,但是其创新所伴随的风险亦不可忽视,如脸书公司拟发行的虚拟货币天秤币(Libra)即可能引发系统性金融风险。^①以互联网+、共享经济等为代表的互联网商业模式的创新,在改变生产生活模式的同时,也对既有秩序带来前所未有的冲击,引发诸如资本无序扩张的担忧。在既有制度不能及时覆盖的领域,超级平台犹如脱缰的野马任意驰骋,公司治理失败的风险因此激增,并可能引发灾难性后果。

(二)国家介入超级平台公司治理的必要性与正当性

鉴于超级平台公司治理对公共利益保护的先天不足,国家介入平台公司治理成为一种可供考虑的选项。然而,现代市场经济奉企业经营自由为圭臬,国家权力向公司治理挪动的每一步,都需要接受最严格的检视和论证。

1.国家介入的必要性:对外部的、事后的规制路径的修正

事实上,国家对超级平台公司的规制从不缺位,甚至可以说已建立了完整的规制体系。《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》针对平台公司,分别规定了其在网络安全、数据安全以及个人信息安全方面的保护义务,由此形成了完整的规制体系;《中华人民共和国反垄断法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共

^① 参见许多奇:《Libra:超级平台私权力的本质与监管》,《探索与争鸣》2019年第11期。

和《消费者权益保护法》等法律也对平台公司的外部经营行为进行了规范。但是,上述法律体系能否达到预定的规制效果,从而实现对公私利益的协同保护,却令人难以完全放心。^①总的来说,外部规制是存在缺陷的。首先是外部规制本身的缺陷。由于超级平台运营具有极强的专业性、前沿性,加之在超级平台与监管者之间,横亘着巨大的专业上和市场上的信息鸿沟,因此在涉及对超级平台的监管时,监管机构常常陷入迷局,在公私利益的衡量中进退失据。其次是事后规制的缺陷。虽然有部分法律加强了超级平台风险防范的义务,但是并不能改变整体上依赖事后规制的现状。以事件发生为监管介入开始的事后规制,对超级平台系统性风险可能引发的难以弥补的灾难性后果,显然无能为力。^②

在既有的以外部的、事后规制为特征的规制体系无法达到理想效果的情况下,有必要考虑引入一种嵌入内部的、基于事前视角的规制路径,换言之,即考虑采纳一种对超级平台公司治理施加干预的规制思路。在内部视角下,原来居于超级平台外部的监管者,被赋予了内部活动的角色,因而得以更快更准确地获取经营管理信息,以作出有效的监管应对。在事前视角下,监管者将不再完全陷于事后补救的被动局面,而可以通过事前的行为监督甚至行为影响,将公共利益的考量纳入到其决策之中,从而从一开始就尽量避免不当行为及其严重后果的发生。在当下超级平台公司科技与市场发展一日千里、攸关国家重大公共利益的时代,采用一种内部的、事前的规制路径,亦即对超级平台公司治理进行干预,具有充分的必要性。

2. 国家介入的正当性:国家作为剩余风险承担者

现代企业理论认为,企业是系列契约的联结且具有不完全性,因此需要有人承担企业的剩余风险并行使剩余控制权。^③这一理论进而提出,应当由剩余风险的承担者获得剩余控制权,以保证企业能作出最有效率的决定,并避免道德风险。^④此即经典的“剩余风险承担与剩余控制权关系理论”。在这一理论下,股东作为公司资产的出资人和剩余价值索取权人,承担着经营失败的剩余风险,基于此,公司法将公司的剩余控制权配置给股东,以此实现权利义务的平衡。这一安排对普通的商事组织具有明显的合理性,不会引起很多争议。

然而,在巨大的负外部性之下,超级平台公司股东作为以出资为限承担损失的主体,事实上并非唯一的剩余风险承担者。作为公共利益承担者、国家安全保卫者的国家,也潜在地承担着超级平台公司治理失败所引发的巨大损害后果。更进一步地说,国家承担的是超级平台公司股东“承担有限责任”后的兜底责任,并且,从超级平台公司经营的巨大外部性来看,国家承担兜底责任的风险很高、规模巨大。国家承担的这些剩余风险,因并未显示在企业资产负债表上而容易被人们忽视,但是这不代表它不存在。与此同时,期待作为私营企业的超级平台将上述负外部性进行“内部化”,也是不现实的。唯一可行的办法是,让国家跟股东一样,也获得超级平台的公司剩余控制权。换言之,唯有在超级平台建立“剩余风险承担与剩余控制权”的对应关系,让国家获得介入平台公司治理的权利,才能防范超级平台公司治理失败给社会公共利益造成的巨大损害后果。

^① 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,《政法论坛》2016年第4期。

^② 参见余宇新:《超级网络平台监管的难点与治理》,《探索与争鸣》2021年第2期。

^③ 参见王浣尘、张文桥、陈明义:《论风险承担与公司治理》,《上海交通大学学报》(社会科学版)2001年第4期。

^④ 参见张维迎:《从现代企业理论看国有企业改革》,《改革》1995年第1期。

三、国家介入超级平台公司治理的国家特殊管理股路径

(一)作为国家介入公司治理手段的黄金股

在国家介入公司治理的诸多路径中,黄金股机制是近几十年来广受青睐但又备受争议的一种。实践经验显示,它能有效且精准地在特定重要企业中实现保护公共利益的目标,因此可以作为国家介入超级平台公司治理的一种选项。事实上,我国近十年来,已经从中央到地方开始了中国版的黄金股——国家特殊管理股——的制度实践,积累了一定的本土经验。在平台公司中实施国家特殊管理股制度,也初现端倪。

1.黄金股的域外实践:基于欧盟国家的考察

(1)作为国家“特殊权利”的黄金股

黄金股的概念起源于20世纪70年代末英国的私有化运动。彼时,英国政府对许多经济上具有重要意义的大型英国企业进行了私有化,在此过程中,英国政府在这些企业中保有了所谓的“黄金股”,这使其可以在某些重大决策事项中否决股东大会决议,而不论其所持有的股份数量。^①这一方法在欧洲私有化浪潮下,被群起效仿。法国、意大利、比利时、荷兰、葡萄牙、德国以及东欧许多国家都采取某种形式的黄金股机制,以维持国家对特定私有化企业的控制力。

总体而言,有关国家推行黄金股制度,通常有如下目的:一是确保国家对具有战略重要性尤其是在军事与经济安全方面的私有化企业保持控制力,防止外国控制;二是避免或减少后私有化时代基本社会服务的紊乱或政治动荡。^②与此相对应地,实行黄金股制度的企业也集中在对公共利益、国家安全具有重要意义的领域,如国防、能源、公共交通、媒体、电信等领域。^③

关于黄金股,各国并未对其进行法律定义,立法和司法文件中,往往是以“特殊权利(special right)”“特殊股份”予以指称。与此相对应,理论界则通常将黄金股理解为一种特殊的股份或监管制度,它赋予国家对某些重大的公司决定以持续性的权力,特别是那些已经私有化的前国有企业。^④显然,国家在特定企业的内部管理中拥有特殊权利甚至权力,是黄金股制度的核心特征。

(2)黄金股的合法性挑战及其豁免

黄金股在欧洲盛极一时,但旋即遭遇合法性危机。自1998年起,欧盟理事会以黄金股机制违反作为欧盟“四大自由”^⑤之一的资本流通自由为由,向欧洲法院提起针对相关成员国的系列诉讼。相关判决一是针对成员国对投资者的持股比例或投票的限制措施,二是针对成员国政府干预企业日常事务的规定。根据欧洲法院的观点,前者限制了投资者特别是外国投资者的投资

^① See Andrei A. Baev, Is There a Niche for the State in Corporate Governance? Securitization of State-Owned Enterprises and New Forms of State Ownership, 18 Houston Journal of International Law, 20 (Fall 1995).

^② See Robert C. Hockett and Saule T. Omarova, Public Actors in Private Markets: Toward a Developmental Finance State, 93 Washington University Law Review, 165 (2015).

^③ See Andrei A. Baev, Is There a Niche for the State in Corporate Governance? Securitization of State-Owned Enterprises and New Forms of State Ownership, 18 Houston Journal of International Law, 20-22 (Fall 1995).

^④ See Larry Cata'Backer, The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law, 82(1) Tulane Law Review, 5 (2008).

^⑤ 欧盟四大自由包括货物流通自由、人员流通自由、服务流通自由与资本流通自由。

权利和投票权,降低了投资者的投资意愿;后者赋予了成员国过大的自由裁量权,削弱其他股东的表决权并损害其他股东的正当权益;^①两者都违反了资本流通自由原则。

但是,欧盟法并非一概否定黄金股的合法性,它在确立资本流通自由原则的同时,又规定了黄金股的合法性豁免条件。根据欧盟法及其实践,黄金股机制被例外地豁免,须满足下列两个条件:一是该黄金股机制须符合公共政策和公共安全。至于何为“公共政策”“公共安全”,在法律上并无定义。迄今为止,欧洲法院在有关“黄金股”案件的系列判决中承认,电信网络在危机、战争或恐怖袭击事件中的可用性安全以及与公共安全相关的能源供应保障可以构成限制资本流通自由的正当理由。^②二是该黄金股机制须满足合比例性和法律明确性的前提条件。关于合比例性原则,欧洲法院要求,公共政策和公共安全必须予以严格解释,只有在对社会的根本利益构成“真实和充分的严重威胁”的情形下,它们才能被援引。^③据此,欧洲法院在针对葡萄牙的判决中认为,虽然公共安全是合法的目标,但是该国并未解释它为何认为设置黄金股的做法可以防止损害社会根本利益,因此其理由不能成立。^④关于法律明确性原则,欧洲法院要求,国家“特殊权利”的行使应受制于具体和客观的、可以降低不确定性的标准。^⑤例如,同样是在针对葡萄牙的判决中,欧洲法院认为,无论是该国相关立法还是所涉公司的章程,都未明确载明任何用以决定该“特殊权利”是否得以行使的标准;因此,这些不确定性构成了对资本流通自由的严重违反。^⑥

以比利时的黄金股机制为例。该国颁布的《1994年6月10日皇家法令》,使得比利时政府在国家管道运输公司拥有就特定重要事项“预先许可”以及指派两名联邦政府代表进入公司董事会的“特殊权利”。^⑦同时,该法还规定了对政府行使权利的限制以及相关企业的救济权利。据此,政府代表须在董事会决议后的4天内向政府提出意见,政府在接到意见后须在8天内行使撤销决议的权利;^⑧同时,相关企业有权向该国最高行政法院提起诉讼以撤销该政府决定。^⑨欧洲法院承认了这一机制的公共政策目的;同时,结合该政府“特殊权利”仅限于“非常特定的事项”,欧洲法院还认同了比利时政府“对实现目标已无更低限制性的方式”的辩护意见,比利时的黄金股机制后来也成为欧盟罕见的“幸存”案例。

2. 黄金股的中国本土经验:国家特殊管理股

事实上,黄金股已非域外之物,我国近年来大力推广的国家特殊管理股制度即属其中一种。尤其值得注意的是,这一中国版的黄金股机制,正在作为一种干预手段开始被引入到了平台公司治理领域。

(1) 国家特殊管理股:一场方兴未艾的制度实践

^① 参见[立陶宛]赵鑫臻:《欧洲“黄金股”制度评析与启示》,《科技与法律》2016年第1期。

^② See Tamas Szabados, Recent Golden Share Cases in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, 16(5)German Law Journal 1124-1125 (October 2015).

^③ See Case C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister, 2000, ECR I-1361.

^④ See Case C-171/08, Commission vs. Portugal 2010, ECR I - 6865.

^⑤ See Case C-543/08, Commission vs. Portugal 2010, ECR I - 11280.

^⑥ See Case C-171/08, Commission vs. Portugal 2010, ECR I - 6866.

^⑦ See Case C-503/99, Commission vs. Belgium 2002, ECR I - 4822.

^⑧ See Case C-503/99, Commission vs. Belgium 2002, ECR I - 4822.

^⑨ See Case C-503/99, Commission vs. Belgium 2002, ECR I - 4828.

国家特殊管理股制度是具有我国特色的公司治理干预制度。早在2013年11月12日党的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》就提出,要“对按规定转制的重要国有传媒企业探索实行特殊管理股制度”。2015年8月24日,中共中央、国务院印发的《关于深化国有企业改革的指导意见》规定,“允许将部分国有资本转化为优先股,在少数特定领域探索建立国家特殊管理股制度”,由此将特殊管理股制度的适用范围从之前的文化传媒领域扩展到了“少数特定领域”。随后,2015年9月,国务院在《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》中进一步明确规定,“在少数特定领域探索建立国家特殊管理股制度,依照相关法律法规和公司章程规定,行使特定事项否决权,保证国有资本在特定领域的控制力”。这在明确规定国家特殊管理股内容的同时,也确立了其作为我国国企混合所有制改革的制度支撑地位。

虽然目前的中央文件对国家特殊管理股的具体内容规定比较原则,但是仍能从中窥得其端倪。首先是其制度目的和权利内容。《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》阐释道:“设置特殊管理股是通过特殊股权结构设计,使创始人股东(原始股东)在股份制改造和融资过程中,有效防止恶意收购,并始终保有最大决策权和控制权。具体是将公司股票分为A类股和B类股两种,二者拥有同等的经营收益权,但创始人股东的股票(B类股)具有特别投票权,包括董事选举和重大公司交易的表决等。”^①其次是其适用范围。目前国家特殊管理股的适用范围已从文化传媒领域扩展到“少数特定领域”的国有企业。但何为“少数特定领域”,尚无明确规定。但是学者一般认为,其适用范围应当限于自然垄断行业,^②或者部分特殊行业(如石油石化、电力、通讯等领域)。^③这与域外黄金股制度的适用范围不谋而合。

国家特殊管理股不仅符合黄金股之国家“特殊权利”的本质特征,在制度目的、适用范围上,也与域外黄金股大同小异。因此,国家特殊管理股应属于我国语境下的一种黄金股。

(2) 国家介入超级平台公司治理:以国家特殊管理股的形式

根据国家企业信用信息公示系统的公示,由国家互联网信息办公室和财政部设立的中国互联网投资基金管理有限公司(以下简称“中网投”),已陆续通过旗下子公司入股了北京抖音信息服务有限公司和北京微梦创科网络技术有限公司,前者是抖音有限公司的子公司,后者则是新浪微博在国内的运营主体。该系统信息未显示更多关于持股比例、股东权利以及股权转让价格等细节,但是有资料显示,“中网投”有关子公司对相关公司的持股比例均为百分之一,且都能凭此持股任命一名董事进入相关公司的董事会。^④

以“中网投”为例,我们可以看出其股权投资符合国家特殊管理股的特征:作为国有企业的“中网投”,以投资的方式,在特定重要的平台公司中持有相当数量的股份,该股份除了含有相应的收益权,还拥有超出比例的管理权利;同时,有关平台公司都来自文化传媒属性强的领域。但是,“中网投”的相关投资也具有某种突破性,即这一“特殊管理股”的适用范围已经从原有的仅限于国有企业扩展适用到了作为私营企业的平台公司。与此发展相联系的是,早在2017年就有媒

^① 《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》编写组编著:《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2013年版,第349页。

^② 参见吴高臣:《国家特殊管理股的法律性质》,《法学杂志》2018年第1期。

^③ 参见戴苏琳:《国家特殊管理股制度探讨》,《中国金融》2016年第7期。

^④ 参见《中网投入股字节跳动和新浪微博,持股比例均为1%》, <https://xnews.jin10.com/details/80259>, 2021-11-23。

体报道,互联网监管部门和人民网将持有移动新闻平台北京一点网聚科技有限公司和北京铁血科技股份公司不到百分之二的股份,前两者据此股份可选任一名公司董事会成员,从而获得对公司经营管理的权利。^①上述事实表明,我国正在尝试通过以国家特殊管理股的形式来应对平台公司治理中公共利益保护不足的问题。

(二)国家特殊管理股引入超级平台的正当性前提

虽然目前只有少数平台公司引入了以国家特殊管理股为形式的黄金股干预机制,且集中在社交媒体领域。但是,考虑到超级平台所涉公共利益的广泛性,这一规制动向无疑会激发人们的想象:将国家特殊管理股作为国家干预涉及重大公共利益的超级平台公司治理的常规手段,是否合理且可行?

通常而言,在企业尤其是私营企业的公司治理中引入黄金股,首先需要面对的是企业经营自由的价值拷问,它甚至会引起疑虑、争议甚至批判。但事实上,黄金股并非洪水猛兽,须知黄金股的“始作俑者”正是奉经济自由主义为圭臬的老牌资本主义国家英国;黄金股实施机制并非千篇一律,而是可以量体裁衣,精准实现公私平衡效果。况且在欧盟资本流通自由大棒的严厉讨伐之下,仍然有成员国(如比利时)的黄金股机制经受住了考验而得以维持。作为践行社会主义市场经济道路的中国,没有理由从一开始就拒绝黄金股。

欧洲法院在裁判相关成员国的黄金股机制是否正当时,采用了比例原则的分析框架。这为我们分析国家特殊管理股引入超级平台公司治理的正当性提供了启发。比例原则是论证公权力干预私法自治是否正当的经典分析框架,据此,拟运用的干预措施须是在一个合理目的的前提下,在可以达到目标效果的数种手段中(适当性),属于干预程度最低、最温和的手段(必要性),且这一措施产生的成本与其所能达成的效益之间的对比是相称的(狭义比例)。^②在关于国家特殊管理股引入平台公司治理的正当性分析中,其目标合理性无须多言,关键在于对其适当性、必要性以及狭义比例的分析。

首先,对实现超级平台公司治理的公私平衡目标而言,国家特殊管理股是少有的有效手段。国家特殊管理股对实现干预目标的有效性在此不再赘言,需要特别进行比较的是广泛运用的内部管理专员制度。内部管理专员制度也同样代表了国家对公司治理的干预,但在实现公共利益目标上,内部管理专员制度所能达到的效果是无法满足目标效果要求的,究其原因:一是内部管理专员的功能首先在于确保企业对静态规则的合规,而难以在平台落实动态的公共利益;二是内部管理专员特定的、单一的职权使其缺乏应对平台综合的、复杂的公共利益问题的能力;三是内部管理专员作为公司高级管理人员的法律地位,^③使其难以获得贯彻公共利益所需的独立性保障。类似地,对超级平台要求设定合规官制度^④的做法也难以实现目标效果,即便合规官在职权范围上通常更为广泛,但是相对内部管理专员,他并不具有本质上的改观。因此,对实现在超级平台贯彻公共利益的目的而言,国家特殊管理股制度是能实现目标效果的有效干预手段,内部管

^① 参见郑志刚:《国家特殊管理股设计应该避免这些误区》,《财经》2017年第30期。

^② Vgl. Erbguth/ Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Nomos 2018, § 14, Rn. 53.

^③ 参见谭冰霖:《论政府对企业的内部管理型规制》,《法学家》2019年第6期。

^④ 例如,《欧盟数字服务法》第41条、我国国家市场监督管理总局2021年10月29日出台的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第5条都设立了超大型平台的合规官制度。

理专员制度和合规官制度则无法实现这一目的。

其次,在可以实现目标效果的措施中,国家特殊管理股制度是最温和的干预手段。对在超级平台贯彻公共利益这一目标,采取国有化或由政府派驻代表的干预方式,固然也能有效实现目标,但是这些手段过于激烈、极端,违背市场经济原则;相比之下,国家特殊管理股制度无疑是可实现目标效果的手段中较为温和的一种。

最后,在实现公私平衡目标这一效益大体恒定的前提下,起决定性作用的是国家特殊管理股制度的成本,这包括所涉超级平台公司经营的效率损失、国家公权力介入的行政成本、社会经济领域各主体的连锁反应,等等。这一成本归根结底又直接取决于国家特殊管理股制度的具体制度设计。换言之,设计一套干预成本足够低的国家特殊管理股制度是其获得正当性的关键所在。

综上所述,国家特殊管理股制度是目前诸多国家干预超级平台公司治理的手段中最为有效且较为温和的一种。但是,立法者应当设计出一套干预成本尽可能低的机制,以实现成本与效益的均衡,从而为超级平台引入国家特殊管理股提供足够的正当性。

(三)传统国家特殊管理股置入超级平台的缺陷

上述论证表明,国家特殊管理股引入超级平台公司治理获得正当性的关键在于干预成本的控制。然而,目前我国沿用的以传统国家特殊管理股的路径干预平台公司治理的思路,将产生过高的社会经济成本。

首先,国家特殊管理股制度对超级平台公司的治理干预程度过深。董事会是公司治理的核心机构,其独立自主也是公司自治的最重要体现。国家特殊管理股股东委任的董事代表着国家权力,将形成对公司董事会的制约。根据有关国家的特殊管理股实践,相关董事享有对特定业务进行直接干预的权利(如在文化传媒行业,其对出版物的内容和发行拥有决策权^①);退一步而言,即便该董事在董事会当中是否享有特殊权利无明确规定,但是作为国家权力的代表,其自然享有超出普通董事所具有的实际权威,从而产生董事直接管理业务、广泛干预企业自治的风险。^②在互联网背景下,超级平台公司业务复杂多元且各个领域相互交织,代表公共利益的董事若获得直接干预公司治理的权力,则无疑将对企业造成极大的负担和经营上的不确定性。国家特殊管理股的模式对超级平台公司治理的干预显然过深。

其次,购买股份成本高、国有资产流失风险大。根据国家特殊管理股迄今的实践,国家特殊管理股与普通的股票一样,具有经济权利,它的获得也需要通过投入资金购买。以目前微博、抖音平台为例,国家互联网信息办公室下属相关机构都通过获得上述两个平台公司百分之一的股权的方式,进而得以在两个公司行使国家特殊管理股权利。在这两个案例中,虽然相关机构为获得股权支付的对价尚无从得知,但考虑到两个公司的注册资本都不低,更不论两个公司在资本市场上可能的巨大价值,其资金投入应当不在少数。如若将此种模式推广适用到所有超级平台,则资金投入必将成为国家财政不可承受之重,从而使得以国家特殊管理股方式介入平台公司治理的路径变得不可行。更何况,这些超级平台公司身处市场、科技发展的最前沿,面临着极其激烈

^① 参见国家新闻出版广电总局2014年9月发布的《非公有制文化企业参与对外专项出版业务试点办法》第3条。

^② 参见王乐锦、苏琪琪、蔡好东:《我国国家特殊管理股制度构建:基于国外经验借鉴的研究》,《经济学动态》2018年第9期。

的竞争和优胜劣汰,其经营前景面临着巨大的不确定性,将巨额资金投入这些平台公司,也将面临极大的国有资产流失的风险。因此,国家特殊管理股介入超级平台公司治理,在经济上不具有可行性。

最后,国家特殊管理股制度的运用会引发国内外市场的担忧。国家特殊管理股制度设立后,主要推广适用于国有企业,并服务于混合所有制改革,这并不会引发太多争议。然而,超级平台几乎都是私营企业,将这一原本为国有企业创设的制度推广适用到后者,无疑会引发更多的关于违背市场经济原则的质疑,进而增加市场主体投资方面的疑虑。尤其是,我国超级平台大多有国际化发展的需求,这对壮大我国数字经济的影响力、输出我国文化软实力具有重大意义,而国家特殊管理股制度的适用,则难免引起他国用有色眼镜来看待这些互联网企业,为后者在海外发展增加障碍。

基于以上考虑,我国不应简单地将传统的国家特殊管理股制度照搬到超级平台领域,以避免产生过高的社会经济成本。相反,我们应当在为公共利益而作必要干预的前提下,以最小限度的方式实施介入。为此,我们应当重新设计一种有别于传统的、新型的国家特殊管理股制度,在赋予国家“特殊权利”的同时,在实体法上限制其作用范围、在程序法上严格规范其运作,从而使国家特殊管理股可以作为一种常规的、介入超级平台公司治理的手段。

四、将国家特殊管理股引入超级平台的制度构建

承前所述,国家介入超级平台公司治理的制度构建,将围绕国家特殊管理股的置入而展开。为避免产生过高的社会经济成本,国家特殊管理股应当以最低限度的方式介入超级平台。比较法上,比利时的黄金股模式是在欧盟严格的司法审查下得以豁免的一种黄金股机制,其“幸存”的关键在于其制度设计中体现的合比例性和确定性、对权力行使的严格制约以及对受影响主体的权利救济保障。这些因素可以为我国设计新型的国家特殊管理股提供诸多启发。

(一)新型国家特殊管理股:以权力限制为中心

根据上文提出的权力限制的原则,笔者在此提出新型国家特殊管理股制度的设计思路,以作为进一步制度构建的基础。这将区别于传统的国家特殊管理股制度。新的设计思路,包含国家特殊管理股的属性与特征、主体与客体效力范围等方面。

1.国家特殊管理股的属性与特征

(1)行政权的法律属性

与黄金股通常被不加分析地视为一种股权即私权利不同,笔者主张将国家特殊管理股明确定位为一种在公司法框架下行使的行政权。国家特殊管理股代表着国家对私营经济的直接干预,以公共利益为目的,以否决权为强制性手段,符合行政权的定性。^① 将国家特殊管理股定位

^① 参见胡建森:《行政法学》,法律出版社2015年第4版,第124~125页。

为一种行政权,能真实反映其本质属性。^①同时,对其属性的定位,事实上并非仅仅的概念之辩,而是为制度设计所必需。换言之,将国家特殊管理股定位为行政权,其下列相关特征能获得根本上的解释依据。

(2)基本特征

第一,依法无偿取得。国家特殊管理股的取得方式,将可以根据法律规定获得,而非通过支付对价获得。这是其行政权的特性决定的。如此就避免了在私权利属性下,国家需支付大额资金购买平台公司的特定比例的股份,并承担其作为私营主体的经营损失、同时也是国有资产流失的风险。这一取得方式将不同于传统的国家特殊管理股。第二,仅具有管理权利。在权利内容上,国家特殊管理股只含有管理权利,而没有财产权利。一方面国家特殊管理股的管理权利虽然在很多方面可以参照一般股份的权利,但是它作为一种行政权,享有特殊的权利和义务。另一方面,它不能享有财产权,这也与其股权的取得方式——依法无偿取得——相对应;国家若从这一干预中获得经济利益,则显然不具有正当性。第三,国家是最终的“权利”主体。从根本上来说,国家特殊管理股将由代表国家的监管机构持有。但是考虑到监管机构的权力属性,立法上最好的办法是,由监管机构委托相关联的国有机构(类似于“中网投”)来持有并行使股东权利。这一做法的好处是,相关国有机构毕竟处于市场环境之中,对互联网产业及其对公共利益的影响,都有较为直接和准确的认知,因此能更合理地行使股东权利,避免对企业的干预。同时,该国有机构可以选派特定人员(其雇员或在市场上选聘)进入企业内部(董事会或监事会),以具体落实国家特殊管理股的“特殊权利”。第四,行政法的救济路径。在国家特殊管理股权利实施过程中,其实施者难免与受影响企业及其股东产生争议,这些争议可以涉及相关企业是否落入超级平台定义、否决权行使条件是否满足等。作为一种行政权,在产生争议的背景下,应当可以适用行政救济的程序,为相关主体提供救济。相反,如果将国家特殊管理股定位为一种私权利,则相关争议则变成一种因公司内部治理而产生的争议问题,司法介入将陷入投鼠忌器的窘境,从而使得受国家特殊管理股权利行使影响的主体难以得到救济。

2.国家特殊管理股的主体适用范围:超级平台

基于限制国家特殊管理股干预权力的考虑,有必要对其适用的主体范围进行限制。对此,笔者主张,应当将其适用限制在超级平台的范围。原因在于,超级平台对社会公共利益有重大影响,是“系统性风险”的集散地,是国家特殊管理股适用的重点;而其他平台则不具有如此重大影响,无须采用这一规制手段。由此,关于国家特殊管理股适用主体的范围问题,即转变为何为“超级平台”的讨论。为实现国家特殊管理股限制国家干预权力的宗旨,有必要根据其制度目的、按照适当的标准,对超级平台进行定义;通过确保国家特殊管理股在必要的机构适用,以避免滥用。

值得注意的是,国家市场监督管理总局在2021年10月29日发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》中,提出将平台分为超级平台、大型平台和中小平台3个等级。从节约立法和执法成本的角度看,在新规则中援引已有的立法定义,具有简明便利的优势。但是考虑到国家

^① 美国学者白轲教授在论及国家基于监管目的而对企业进行参股的现象时认为,因为国家在此过程中可以调整其作为股东的地位,所以任何介入国内企业的国家活动,都应当视为一种直接或间接的规制。See Larry Cata' Backer, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, 82(1) *Tulane Law Review*, 64 (2008).

特殊管理股特殊的制度目的,在此不宜生搬硬套既有立法定义,否则可能导致无法合理确定国家特殊管理股的适用机构,即要么适用泛滥、要么漏掉应适用之机构,从而与国家特殊管理股的制度目的相悖。

为准确划定国家特殊管理股适用的主体范围,笔者主张采用列举标准的认定方法。《欧盟数字市场法》第3条对“守门人”采用了“确立定义标准+提出推定满足条件+授权个别认定”的定义方法,这极具借鉴意义。据此,我国可以先确立适用于平台的标准,此为必须满足的实质条件;然后在此基础上,提出推定满足前述标准的具体数据,此为形式条件,便于法律的灵活适用;最后,为避免执行前述推定满足条件导致的滥用或错漏,有必要赋予执法机构根据标准以及以此标准为基础列举的更详细的考虑因素,确定是否列入适用范围的权力。如此,可以更精准地确定有必要适用国家特殊管理股的平台公司,这一方面可限制国家权力的滥用,使监管机构将有限的执法资源集中在确须运用国家特殊管理股进行管理的平台公司,另一方面可以减少错漏,避免出现保护的漏洞。在此认定路径中,关键在于确定适用于平台公司的实质标准。对此笔者认为,其实质标准可以从用户数量、对生活的重要性、数据的重要性、社会动员能力、市场支配地位等方面进行确定。^①至于推定满足的条件和个别认定的授权,则可以由立法机关或执法机构根据其实质要求,结合现实状况予以具体确定。

3. 国家特殊管理股的客体效力范围:系统性风险

超级平台在其运营中,将在不同方面、不同环节产生社会风险,但这并不意味着,被确定为国家特殊管理股适用主体的平台,其所有风险都应纳入到其效力范围。这是因为,通常只有当没有更有效的手段足以应对涉及重大公共利益平台公司的风险时,国家特殊管理股才作为“最后手段”被采用。如此,才能尽量减少公权力的滥用,维护企业经营自由。因此,在确定好国家特殊管理股的主体范围之后,仍需要恰当地确定其在适用主体上可以适用的风险领域,此即其客体范围。

国家市场监督管理总局发布的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第6条提出了超大型平台可能产生的3类风险,即传播非法内容的风险、侵害消费者合法权益的风险以及不能正常提供平台服务、导致社会正常生活秩序、公共利益、国家安全受到侵害的风险。这一列举,显然借鉴了《欧盟数字服务法》“系统性风险”概念的具体分类。^②虽然欧盟立法者并未对此概念作出法律定义或具体阐释,但是通过借助经济学上常用的系统性风险概念,^③我们依然可以大体理解,这里所谓的系统性风险,应指超大型平台对作为一个体系的社会整体所能构成的严重不稳定或崩溃的风险。这一概念高度概括了超级平台所能给人类社会带来的重大的、难以预知的各类

^① 例如,我国《网络数据安全条例(征求意见稿)》第73条第10款提出了认定“大型互联网平台”的标准,即“用户超过五千万、处理大量个人信息和重要数据、具有强大社会动员能力和市场支配地位”。

^② 《欧盟数字服务法》第34条所提的系统性风险,包括传播非法内容、基本权利行使受负面影响、平台服务受蓄意操纵等几个方面。

^③ 美国经济学家乔治·考夫曼认为,系统性风险指的是系统在整体上崩溃(或损失)的风险或可能性,它区别于系统中个别部分或成分发生故障的风险,并且以大部分或所有的部分之间的联动关系为明证。See George G. Kaufman, Banking and Currency Crises and Systemic Risk, <https://web.archive.org/web/20031006100654/http://www1.worldbank.org/economicpolicy/managing%20volatility/contagion/documents/3qep2.pdf>, 2021-11-10.

风险,^①具有极强的涵盖力和解释力。我国的这一风险归类,较全面地概括了超级平台在运营中可能会产生的对公共利益的重大风险,可以援引为国家特殊管理股的客体效力范围,同时,笔者也将上述风险概括为“系统性风险”。

(二)新型国家特殊管理股的实施框架构想

从学者对欧盟各国所采用的黄金股模式的归纳可知,^②选择恰当的黄金股模式对实现国家干预目的、恰当把握干预分寸,具有重要意义。笔者基于公共利益保护与企业经营自由相平衡的考量,主张在我国超级平台引入一种干预程度较小的、主要通过发挥监督功能而保护公共利益的国家特殊管理股模式。在这一模式中,国家股东对公司重要的、涉及国家特殊管理股效力范围的事项具有否决权;同时,国家股东可以委任国家监事进入监事会,该监事只对公司管理层施加监督的影响,而不具体介入内部管理决策。显然,这一模式是一种区别于传统的国家特殊管理股的模式,即“股东+监事”的模式。在此,笔者有必要阐释,在新的模式下,为何采用股东搭配监事而非搭配董事的路径;此外,笔者还就新修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)所呈现的单层制治理趋势予以回应。

1.董事会与监事会对实施国家特殊管理股的优劣势分析

首先,以董事会制度实施国家特殊管理股存在较大劣势。一是引入国家董事将对超级平台的企业经营自由造成极大的干预甚至干扰。将国家董事置入公司董事会,其所代表的国家权力,将融入到平台公司日常的、具体的经营决策中,这超出了国家特殊管理股应主要发挥监督功能的设计初衷。从后果上看,它可能严重地制约企业的经营自由,极大地增加了企业经营的不确定性。在有关公共利益范畴在互联网时代难以确定的背景下,国家董事的权力也极易被滥用,从而可能造成对相关企业甚至整个行业发展的严重阻碍。二是在董事会设置代表公共利益的国家董事,将不得不面对董事会承担多重目标所导致的棘手问题,这些问题在理论界对“多重信义”模式的诸多批判中已有清晰完整的阐述。^③诚如有的学者所言,将公司董事会改造为一种“公共机构”或“准公共机构”,其定位将偏离它为资本服务的专有属性,公司将不复为公司。^④在我国公司法中,可以作为类比的董事会职工代表,也只在有限责任公司制的国有企业中作了强制性要求,在股份有限公司董事会中则只规定“可以有”职工代表,这显然不同于对监事会职工代表的强制要求,可见我国立法者对在股份有限公司特别是私营企业中设置承担公共使命的董事,还是持谨慎态度。

其次,以监事会制度实施国家特殊管理股存在明显的优势。一是监事会制度能够限制国家特殊管理股的干预力度,更好保障企业经营自由。如上所述,国家特殊管理股应对企业实施最低程度的干预,其企业日常经营管理层面主要发挥监督功能,而公司法监事会制度的功能设计也

^① 例如,超级平台在处理庞大用户的个人信息时,就可能产生“系统性风险”。参见姚志伟:《大型平台的个人信息“守门人”义务》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第2期。

^② See Stefan Grundmann and Florian Möslein, Golden Shares—State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects, April 2003, <https://ssrn.com/abstract=410580>, 2021-11-21.

^③ 参见[美]弗兰克·H.伊斯特布鲁克等:《公司法的逻辑》,黄辉编译,法律出版社2016年版,第131~135页。

^④ 参见施天涛:《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》,《中国法律评论》2020年第3期。

正在于此,因此对实现国家特殊管理股的制度目的具有天然的契合性。国家监事在公司法监事会制度框架下,主要对公司日常经营管理中涉及的国家特殊管理股效力范围内的事项实施监督,以保证董事会、管理层将其公益目的落到实处。由于监事不参与企业经营管理,因此国家监事对平台公司经营自由的干预也将被限制在一个最低的限度。二是仅仅从监事会本身的功能来说,监事会最适合作为贯彻社会责任的公司机构。监事会本身具有“准公共机构”的性质,外部监事来自经授权的社会公共机构,具有法理上的正当性,因此将监事会用于实现公司的社会责任,不但“完全没有问题”,还可以大大缓解公司利润目标与社会责任之间的矛盾和冲突,避免董事和高管在商业决策时的瞻前顾后。^① 基于相同道理,有学者提出将党组织嵌入监事会的主张,^②由此也可以更进一步地看出,监事会对恰当实现国家干预目标所具有的天然的、独特的优势。因此,借助监事会制度实现平台公司在日常经营管理中贯彻国家特殊管理股所代表的公共利益,具有功能上的契合性、理论上的充分可行性。

基于上述理由,笔者主张抛弃传统的“股东+董事”的实施模式,转而采用一种更加有利于在超级平台公司治理中实现公私平衡、更契合我国法治环境的“股东+监事”的模式。

2.“股东+监事”模式下的国家监事与国家股东的角色定位

在“股东+监事”模式下,国家监事和国家股东分别在不同的层面发挥国家特殊管理股的效力,并被赋予不同于普通股东和公司监事的权利地位。具体而言,他们各自将承担下列角色:

首先,国家监事将被定位为国家特殊管理股的“日常实施者”。国家特殊管理股欲取得预期效果,须确保其效力能在超级平台日常经营过程中得以发挥。对此,国家监事的存在具有关键意义:股东大会会期有限,且其可决议的事项限于公司重大事项,国家股东作用的发挥也因此受限;相反,国家监事则可以对董事会、管理层的经营管理活动实施日常的、持续性的监督,因此能在动态中贯彻落实公共利益目标,并且其通过监督活动所掌握的公司日常信息,对股东大会行使表决权也至关重要。因此,国家监事被定位为国家特殊管理股的日常实施者,处在实施机制的前端,负责对超级平台的日常经营管理活动进行监督,以及时、灵活、细致、持续地贯彻国家特殊管理股的使命。同时须注意的是,我国目前监事会制度存在独立性和权威性不足的弊端,难以有效地承担起上述使命。鉴于此,在当前监事会制度未有根本变革的前提下,有必要赋予国家监事特殊的权利和地位。这些权利可以包括独立监督权、信息权、同意保留权等方面,^③在规定其具体内容和权利行使方式的同时,也规定其与其他监事会成员的协调,以在既有公司法框架下实现这一特殊功能。

其次,国家股东将被定位为国家特殊管理股的“最后的管理者”。公司股东大会作为非常设机关的特性,使其对公司经营管理的参与只能通过行使对公司特定重大事项的表决权得以实现。这就从根本上决定了,在国家特殊管理股实施过程中,国家股东只能发挥基础性、关键性且非常态的作用,是公司的最后的管理者。国家股东与国家监事各自分工、相互配合,在公司治理不同

^① 参见施天涛:《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》,《中国法律评论》2020年第3期。

^② 参见杨大可:《论党组织与国企监督机制的融合》,《当代法学》2020年第2期。

^③ 参见王彦明、赵大伟:《论中国上市公司监事会制度的改革》,《社会科学研究》2016年第1期;杨大可:《论党组织与国企监督机制的融合》,《当代法学》2020年第2期;马更新:《〈公司法〉修订语境下的监事会制度架构变革探析》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2021年第3期。

的层面对防范系统性风险发挥影响力,形成全面的防范体系。与处在前端的国家监事相对应,国家股东则置于国家特殊管理股实施机制的后端,负责对重大的、超出国家监事影响范围的且涉及系统性风险的重大事项进行相应的把关,从而发挥着“最后的管理者”的角色。

3.国家股东的一票否决权

根据上述对国家股东的角色定位,在股东大会决议涉及重大系统性风险的重大事项上,法律将赋予国家股东一票否决权。这一安排将涉及两个问题。首先,国家股东在拥有否决权的同时,其股东权利是不完整的,如不具有就系统性风险相关事项的提案权、会议召集权;如此设计,可以限制其主动塑造公司意思、干预公司治理的能力。它将维持被动的、谦抑的裁决者的角色,公司其他主体为获得决议通过,势必要在制作或修改相关提案时考虑国家股东的意志,其实际作用自然显现。其次,关于否决权的适用范围,立法者需着重解决的问题在于如何避免否决事项的泛化,以防止国家特殊管理股权力的滥用及由此产生的法律上的不确定性。为此,笔者主张借鉴欧洲法院在有关黄金股合法性审查中所持的观点,要求国家特殊管理股否决权事项的设定须遵守明确性原则。^①

4.单层制模式下国家特殊管理股的实施路径展望

如新修订的《公司法》所显示,我国公司法将引入单层制,即公司可以在董事会中设立行使监事会职权的审计委员会,而不设立监事会。须强调的是,此“二选一”并非强制性规定,两者可以同时设立。

审计委员会为从属于董事会的专门机构,“对董事会负责并向其报告工作”;其监督职能指向公司的管理部门和工作人员。^② 通过对比,可知其并不能完全发挥现有监事会的功能,也不具备监督董事会及其董事的功能及为此所需的独立性。^③ 更何况,我国目前无论是新修订的《公司法》,还是既有的与公司治理相关的规章制度,都未能提供审计委员会职权、地位和运作的清晰规则。在此背景下,选派监管机构代表进入审计委员会的做法,将难以实现国家特殊管理股发挥监督功能的立法目的;同时,监管机构代表以审计委员会委员身份进入董事会,还会产生前述过分干预公司自主经营的风险。

鉴此,规定监事会为超级平台必设机构的做法,实为新立法趋势下的最佳选择。一是法律既然可基于正当理由赋予超级平台设置国家特殊管理股的义务,那么规定其应采用的有效的实施方式,也为实施这一义务的题中之义;二是依据上文认定标准,可被划定为超级平台的公司范围将极为有限,因此将监事会规定为超级平台必设机构的做法对公司法整体影响不大。

五、结 论

进入数字经济时代,超级平台已经成为国家重要的经济与社会力量,其不但承载着重大的社

^① See Case C-503/99, Commission vs. Belgium 2002, ECR I - 4834.

^② 参见中国证券监督管理委员会《上市公司治理准则》第38条和第39条、《上海证券交易所上市公司董事会审计委员会运作指引》第3条。

^③ 参见杨大可:《审计委员会能替代监事会吗?——兼论公司内部监督机构的应然职责》,《中国政法大学学报》2022年第5期。

会公共利益,也成为现代社会的风险汇聚地。然而,超级平台作为企业所秉承的股东利益最大化价值,以及其自身的诸多特征,使得其公司治理机制在先天上难以形成相应的公共利益保护能力。此时,立法者不应再墨守传统上“不干预”的成规,而应考虑赋予国家在超级平台公司治理中以积极的角色。黄金股是将国家权力引入私营企业公司治理的一种干预机制,具有多种表现形式;在我国,它以“国家特殊管理股”的形式运作,近期更是被初步适用到平台公司领域,这反映了国家规制这一领域的新思路,值得理论界的高度关注。黄金股(国家特殊管理股)的争议性在于,它有可能造成国家干预的泛滥,导致企业经营自主权严重受限并陷入不确定性之中。但是,它也并非洪水猛兽,其负面作用可以通过恰当的制度设计加以限制。对于国家特殊管理股在超级平台的适用,其获得正当性的前提在于,其干预造成的成本应降至足够低的水平。目前我国将传统国家特殊管理股适用于平台公司的做法,会导致干预成本过高、限制企业经营自由力度过大,因此并不符合这一前提条件。基于此,我们需要重新设计一种新型的国家特殊管理股。具体而言,对于其基本设计,应当还原国家特殊管理股的本质,将其定性为公司法框架下行使的行政权,并以此为出发点进行相应的制度设计;同时,为使其作用的发挥符合比例性原则,应当将国家特殊管理股的适用主体限制在所谓的“超级平台”,适用客体则限制在“系统性风险”。对于其具体的机制,为降低干预机制成本、保障超级平台的经营自由,立法者应当放弃通行的“股东+董事”的模式,而改采“股东+监事”的模式,并在这一模式下,赋予国家监事和国家股东特殊的地位。

Abstract: Super platform companies carry immense public interest, yet traditional corporate governance is ineffectual in safeguarding these interests. The state, as a bearer of residual risks from governance failures in super platform companies, has a justified role in intervention. “Golden shares” or state special management shares, are a distinct intervention mechanism, initially applied in specific internet platform sectors in China. The legitimacy of integrating state special management shares into super platform companies hinges on keeping intervention costs minimal. Existing systems, due to their high costs, are unsuitable for super platform companies. A novel, cost-efficient state special management share system is advocated, targeting “super platform companies” and “systemic risks”, transitioning from a “shareholder + director” model to a “shareholder + supervisor” model, and endowing state supervisors and shareholders with distinctive roles.

Key Words: super platform, corporate governance, state special management shares, golden shares, systemic risk, state intervention
