

## 公司法的“公”与“私” ——大型平台公司组织规范中的公共性考量

李 欢\*

---

**内容提要：**主流的公司契约理论将公司视为纯粹的私人事项，并在规则层面强调公司法的示范性和非强制性，但大型平台公司的出现使得这一理论面临挑战。基于广泛的覆盖范围、庞大的用户数量以及“市场—组织”的双重属性，大型平台公司获得了超越传统公司的影响力和市场地位，部分头部平台公司甚至成为具有公共性的基础设施。大型平台公司的属性变化带来了组织规则的调整，各国纷纷通过立法来强化外部介入，以防范可能的经营风险。在大型平台公司公共性不断彰显的背景下，公司组织规则的强制性开始得到彰显，公司法并非仅仅是帮助企业管理其内部事务的示范法，其亦应成为实现公共政策的有力工具。随着数字时代公司经营模式的变化，在公司法规则中加入公共性考量已经成为公司法发展中需要关注的新变化。

**关键词：**大型平台公司 公共性 外部干预 公司法修订

---

在主流的公司契约理论看来，公司本质是一组私人契约。<sup>〔1〕</sup>一般来说，公司的经营属于商业自治的范畴，公司法应当尊重公司的私人属性和自治权利，尽量减少国家管制和干预。但随着全球范围平台革命的推进，大型平台公司的兴起却使得此类公司的公共性不断强化，与传统理论所假设的私人模型产生了偏差。一方面，平台模式下的公司不仅是市场的参与者，更是市场的培育者和创造者，兼具组织与市场的双重属性。在工业时代的经济中，以物易物和交换活动的场所是市场，但在新兴的信息经济中，这些活动的源头是平台，平台不仅是一个商业组织，也是市场本身。<sup>〔2〕</sup>另一方面，随着行业的融合和市场扩张，以谷歌、腾讯、阿里巴巴等为代表的大型平台公司开始形成。

\* 李欢，华东政法大学传播学院讲师。

本文为江苏省社科基金“数智化时代深度伪造技术对网络公众情绪的诱导与防范研究”（22XWD001）的阶段性成果。

〔1〕 See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 Columbia Law Review 1416, 1425 (1989).

〔2〕 参见〔美〕亚历克斯·莫塞德、尼古拉斯 L. 约翰逊：《平台垄断：主导 21 世纪经济的力量》，杨菲译，机械工业出版社 2018 年版，第 63 页。

它们在核心业务之外不断拓展，逐步发展成为涵盖多种业务的生态系统（ecosystem），并在数字市场扮演着“看门人”的角色。公司规模扩大带来的不仅是覆盖人口和影响力的增加，也改变了原有的权力格局，特别是一些大型平台公司所创造的网络空间正日益成为一个准公共性的场所，平台公司的经营开始与社会公众密切相关。

长期以来，契约理论对公司模型的假设迎合了公司自治的发展趋势，将公司从强制性规范的枷锁中解放了出来，堪称英美公司法学金科玉律。<sup>〔3〕</sup>但从现实来看，大型平台公司的新变化却是客观存在的，而世界范围内针对大型平台公司的规则改革（如要求设立合规官、增加特殊的风险管理义务等）也越来越渗透出强制性干预的色彩。这使我们不得不去思考：大型平台公司是否已经同契约理论假设的模型那样产生了新的变化，在理论层面过度强调私人自治又是否忽视了大型平台公司经营的负外部性，今天的公司法组织规则需要如何作出针对性调整。

## 一、契约理论项下公司的私人属性

公司契约理论渊源于科斯（Coase）交易成本理论中的公司模型。科斯教授注意到，企业内部要素配置并不是按照传统经济学所假设的价格机制运行的，如果一个工人从部门Y流向部门X，他这样做并不是因为相对价格的变化，而是因为他被命令这样做。<sup>〔4〕</sup>在此基础上他进一步提出，企业的显著特征是作为价格机制的替代物，企业之所以诞生便是因为市场机制的运行是有交易成本的，而通过建立一个组织，并允许某个权威（一个“企业家”）来支配资源，就能节约某些市场运行成本。<sup>〔5〕</sup>这一假设将企业描述为一个市场之外的、以团体方式生产的组织，并且该团体具有一定的收益和成本。在《企业的性质》一文发表数十年之后，美国学者伊斯特布鲁克（Easterbrook）和费希尔（Fischel）在其基本模型的基础上进一步提出了公司契约理论。他们认为，公司是企业的子集，公司的唯一独特之处便在于他是一个筹资工具，公司的主要特征在于股东投入资本并享有公司剩余财产请求权，而无需参与企业经营活动。在公司中，公司各方参与人的地位通常取决于契约和相应的契约法，而不是公司法或公司作为一个实体的法律地位，公司应当被视为一个契约网（nexus of contracts）或一组明示和默示契约的集合体（a set of implicit and explicit contracts）。<sup>〔6〕</sup>

与一般的“要约—承诺”达成的合同不同，公司上的契约是一个非常广泛的概念，只要是当事人基于意思自治达成的安排就可归入这一范畴，并不限于双方的利益交换行为，几乎等同于协作。<sup>〔7〕</sup>公司是一组契约的集合体，这其中既有在谈判桌上达成的明示协议，也有一些固定的格式条款。还有一些则是隐性的契约，他们并非法律意义上的合同安排，而是人们有理由相信当事人会在类似的情况下订立那样的合同。<sup>〔8〕</sup>契约关系是公司的本质，这不仅包括公司与雇员也包

〔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14页。

〔4〕 See Ronald Harry Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386, 387-388 (1937).

〔5〕 See Ronald Harry Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386, 393 (1937).

〔6〕 See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Review* 1416, 1425 (1989).

〔7〕 参见黄辉：《对公司法合同进路的反思》，载《法学》2017年第4期。

〔8〕 See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Review* 1416, 1426-1427 (1989).

括公司与供应商、客户、债权人等。<sup>〔9〕</sup>按照契约理论的假设，公司并非是一个真正的实体，公司中各项制度的设定主要是为降低交易成本出现的，这是市场机制的结果。例如，有限责任仅仅是一个投资的属性而不是公司的特征，这只是一个向公司提供资本的人所承担的风险以其投资额为限。而法律人格和永久存续也仅仅意味着公司在被解散之前一直存在，并且拥有一个用于交易和诉讼的名称。公司人格是为方便使用的，而不是现实的存在。<sup>〔10〕</sup>以“自由契约”为出发点，契约理论揭示了“公司为什么存在，如何存在”的命题。公司不是上帝或者政府的恩赐，而是公司所有人与他人合意的产物，这很大程度颠覆了原有的公司法人理论。在法人理论学说看来，公司完全是法律的产物，相应的公司的设立和运行均需要依照法律的规定进行，而公司的特征如有限责任、法律人格等也是法律所赋予的。<sup>〔11〕</sup>而契约理论则将公司拉回了私人属性和强调自治的理论基点，正如学者所言：“公司契约理论为公司法研究重新注入了生机与活力，并显示出了顽强的生命力。”<sup>〔12〕</sup>

以私人属性为延伸，契约理论也重新界定了公司法的存在意义。既然公司是一种以私人契约形式存在的企业，那公司法存在价值是什么？如果市场机制下的私人的谈判可以完成整个公司的组织运作，即便取消公司法在理论上也是可行的，但显然世界范围的公司法却是普遍存在的。契约理论的解释是：公司法是一套现成的法律条款，这种类似示范文本的规则节省了合同各方进行谈判磋商的交易成本。公司法所确立的规则，如投票权规则、法定人数规则等，几乎是每个人都愿意采用的，而公司法通过免费提供这些规则，使得公司组织者可以更关注各自公司的特定问题，这是一种更为经济的做法。此外，公司法以及司法者所实施的信义务也可以填补私人契约的空白和不足，公司法补充了但并未取代私人之间的谈判。<sup>〔13〕</sup>如果合同各方通常能够创设出理想的争端解决方案，且这种方案优于在有限信息的约束下运用一般规则的专业人士所设计的方案，则最好将法院的命令视为背景因素，而不是争端解决的关键场所，法院的命令最终让位于私人秩序。<sup>〔14〕</sup>

相比在英美公司法学界的深入人心，契约理论在我国发展的时间还较为有限，理论界也大多将公司视为一种具有法人资格的企业组织形式。<sup>〔15〕</sup>公司是法律上的人，是依照公司法设立的、以营利为目的的社团法人。<sup>〔16〕</sup>但值得注意的是，虽然对公司的本质认识存在差异，公司法领域强调私法自治却是学界的共识。公司法向来都是列为民商法的范围，划入私法范畴的，<sup>〔17〕</sup>商主体对自身的事项有着自我管理的权利，其在管理上是自治的。<sup>〔18〕</sup>不仅如此，公司契约理论由于

〔9〕 See Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics* 305, 312 (1976).

〔10〕 See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Review* 1416, 1426 (1989).

〔11〕 参见施天涛：《公司法论》（第3版），法律出版社2014年版，第15页。

〔12〕 参见罗培新：《公司法的法律经济学进路：正当性及其限度》，载《法学研究》2013年第6期。

〔13〕 参见〔美〕弗兰克·伊斯特布克鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法的经济结构》，罗培新、张建伟译，北京大学出版社2014年版，第34页。

〔14〕 参见〔美〕罗伯塔·罗曼诺诺著：《公司法基础》（第2版），罗培新译，北京大学出版社2013年版，第11页。

〔15〕 参见朱锦清：《公司法学》（修订本），清华大学出版社2017年版，第2页。

〔16〕 参见顾功耘主编：《商法教程》，中国政法大学出版社2005年版，第56页。

〔17〕 参见谢怀栻：《外国商法精要》（第3版），法律出版社2014年版，第48页。

〔18〕 参见陈醇：《商法原理重述》，法律出版社2010年版，第291页。

为减少国家管制、尊重公司自治提供了强有力的理论武器，近年来也已经成为我国公司法改革的主导理论。<sup>〔19〕</sup>因此，从理论上来看，不管是中国公司法还是英美公司法都在强调公司的私人属性和自治逻辑，要求公司法规范尽量减少强制性干预。

## 二、大型平台公司的公共化趋势

从历史上来看，作为组织体的“公司”代表的是一种私人秩序。在中世纪的封建制度下，与宗教领域相对应的世俗领域逐渐变成了所谓的私人领域，其标志是一切活动都被纳入家庭场所当中，以家庭模式来塑造所有人类关系，最终发展出中世界城市特有的行会、工友会以及最早的商业公司。而公司（companies）这个词最早的意思就是“同吃一块面包”的人们。<sup>〔20〕</sup>契约理论与这一历史传统是一脉相承的，将公司本质视为一组私人契约或契约网，从理论层面将公司法纳入了私法自治的基本逻辑，公司的组织运行不再是法人拟制学说假设下的公权授予，从而成为完全的私人事项。这不仅有利于将公司从强制性规范中解放出来，而且其所倡导的自由主义精神也有利于公司充分发挥其自主性，从而促进经济的蓬勃发展。不过，伴随平台公司的异军突起，大型平台公司却显示出了公共化的特点，与契约理论假设模型的差异也日益凸显。

### （一）平台空间的公共化

从组织法的角度来看，平台公司是一个体现私人属性的法律主体。但作为一种新型的公司，平台公司利用网络技术创造虚拟的空间（市场）来促成信息、商品等交互并获得利润，这与过去从事工业生产和服务的公司并不相同。特别对于一些大型平台公司，其覆盖用户动辄数亿，它们创造的平台空间具有了“公共性”特征。平台通过将包括卖方、买方以及其他参与者在内的所有人连接在一起，制造一个虚拟的市场，并依靠个人、机构、资源在市场中的互动来创造价值。为了实现这一目标，平台必须保持开放以吸引足够的用户和参与者。其覆盖范围和对社会大众日常生活的渗透程度都是过去的公司所不具备的。在现实中，如果有公司建造了大楼并开展业务，没有人会怀疑这栋建筑的私人属性，但平台公司创造的网络空间，却呈现出了公开性、社会性、公共性的公共场所特征。<sup>〔21〕</sup>

桑斯坦（Sunstein）注意到，网络时代来临后，网络空间成为比街道、公园等更重要的表达活动竞技场，更多想法的交换和公共意识的塑造发生在大众传播和电子媒介上。在一个自由的社会里，人们有权接近、使用这样一个众人汇集的空间。<sup>〔22〕</sup>尽管平台是作为私人的平台公司所创造的，但当其被制造出来之后，就成为一个具有公开性的虚拟空间，在这一空间内各式信息汇聚、交流，并借助信息的交互实现购物、分享、服务等平台功能。英国学者卡罗来纳（Carolina）已经关注到了这一问题，她认为社交平台公司在公共空间和私人空间之外创造了一个公司、公民

〔19〕 参见冯果：《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》，载《中国法学》2021年第2期。

〔20〕 参见〔美〕汉娜·阿伦特：《人的境况》，王寅丽译，上海人民出版社2017年版，第21-22页。

〔21〕 参见朱健辰、金俭：《注意义务视角下网络空间的法律规制》，载《学习与实践》2020年第9期。

〔22〕 参见〔美〕凯斯·桑斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，黄维明译，上海人民出版社2003年版，第18-19页。

共有的空间 (corpo-civic space)，而对这一混合空间的治理需要确保平台公司的行为符合道德规范。为防止社交平台公司和其他网络平台公司损害其他方参与者利益，需要平台公司在作出有关客户的决策时保持透明和清晰。<sup>[23]</sup>

显然，今天的平台公司并非纯粹的私人企业，它们兼具市场和组织的双重属性。一方面，平台是一个参与市场竞争的商业组织，是一个市场主体，其以自己名义从事交易并独立承担责任。在其活动过程中，产品和服务的供给等均是在市场机制的引导下完成的，几乎都是分散决策、市场调节的产物。另一方面，与其他市场主体不同，平台也扮演了市场本身的角色。其通过提供一个信息交互的空间来获得利润，甚至在一定程度上成为具有准公共产品属性的新型经济社会基础设施。<sup>[24]</sup> 正如美国联邦贸易委员会现任主席评价亚马逊时强调的那样，如果不查看企业的结构及其在市场中扮演的结构性角色，就无法完全理解公司的权力和该权力的潜在反竞争性质。其创始人在创立这家公司时，目标不是单纯建立一个在线零售商，而是建立一个对商业至关重要的“公用事业” (utility)。<sup>[25]</sup>

## (二) 平台影响的公共化

网络技术的应用大幅度提升了平台公司的业务范围，而今天的大型平台公司很多时候已经获得了比肩民族国家的影响力。数亿人活跃在由平台开创的“数字王国”中，并按照平台制定的规则活动，除了没有传统意义上的“领土”之外，这些大型互联网平台公司的能量甚至超过了一般的实体国家。以著名的社交平台公司 Facebook 为例，早在 2011 年，Facebook 就拥有 7 亿用户，单纯按照人口数量来算，它已经是一个仅次于中国和印度的世界第三大“国家”。也正是基于该公司所拥有的强大影响力，美国学者在研究中将其与国家比较，并称之为“脸书斯坦” (Facebookistan)，<sup>[26]</sup> 而我国腾讯公司旗下的微信全球每月活跃用户也已经达到 12.6 亿，仅次于 Meta 的综合性通信产品。<sup>[27]</sup>

平台公司能量的增长，首先带来的是风险的公共化，原有的个别风险很容易成为全社会需要面对的公共风险。2020 年年初，新浪微博曝出了数据泄露的丑闻，约有 5 亿新浪微博用户数据被放置暗网交易，工信部也迅速对新浪微博相关负责人进行了问询约谈，要求新浪微博尽快完善隐私政策，加强用户信息分类分级保护，强化企业内部数据安全。管理。<sup>[28]</sup> 这并不是第一次发生大规模数据泄露事件，2023 年 2 月，来自国内淘宝、京东等购物网站的 45 亿条快递数据也被泄漏至外网，泄露的信息包括真实姓名、电话与住址等，数据高达 435GB。<sup>[29]</sup> 2018 年 Facebook 同

[23] See Carolina Are, *A Corpo-Civic Space: A Notion to Address Social Media's Corporate/Civic Hybridity*, 25 First Monday 1, 1 (2020).

[24] 参见《互联网平台治理研究报告 (2019)》，载 [http://m.caict.ac.cn/yjcg/201903/t20190301\\_195339.html](http://m.caict.ac.cn/yjcg/201903/t20190301_195339.html)，最后访问时间：2023 年 2 月 27 日。

[25] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710, 717 (2017).

[26] See Anupam Chander, *Facebookistan*, 90 North Carolina Law Review 1807, 1817-1818 (2012).

[27] 参见《微信 (WeChat) 2022 统计数据资料》，载 <https://www.imbee.io/resource/wechat-statistics-2022-tc>，最后访问时间：2023 年 2 月 27 日。

[28] 参见《被曝泄露用户数据 新浪微博被工信部约谈》，载 <http://news.eastday.com/eastday/13news/auto/news/china/20200324/u7ai9176047.html>，最后访问时间：2023 年 2 月 27 日。

[29] 参见《疑似 45 亿条个人信息泄露，电商物流行业数据安全警钟再响》，载 [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_22089167](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_22089167)，最后访问时间：2023 年 2 月 27 日。

样发生了令人震惊的数据泄露问题，约有5000万用户的数据被第三方不当获取。<sup>[30]</sup> 伴随着平台公司覆盖范围和用户规模的增长，原本纯粹的私人活动开始诱发公共性的风险，这是传统中小公司所不具备的。

其次，平台公司数据驱动的经营模式还可能造成全社会范围内的行为规训与伦理危机。网飞公司（Netflix）曾推出过一部影响巨大的纪录片《监视资本主义：智能陷阱》。监控资本主义描述的是一个数据驱动的过程，在这一过程中出售的商品是个人数据，而数据的获取和产生依赖于互联网的大规模监控。平台通常在没有征得用户同意的情况下，通过技术单方面渗透人们的生活。正如学者评价的那样：“毫无疑问，监视资本主义是一种驱动平台走向帝国的哲学，它不仅使消费者上瘾，亦带有预测能力。”<sup>[31]</sup> 在这种模式下，平台公司与用户之间事实上形成了一种不平等规训关系，借助数据挖掘平台公司不断影响和干预用户的行为模式，所谓平等自由的个体在平台的操控下被打磨成了现实中的驯顺模样。<sup>[32]</sup> 通过对用户行为的干预，平台公司获得了巨大的商业利益。但其风险也是显而易见的，个体的自由意志正在被膨胀的商业权力所侵蚀。正如德国哲学家韩炳哲所警示的那样，今天，我们正努力向数字化精神政治时代前行，精神政治正从被动监控向主动操控大步迈进。现在，就连自由意志本身也被操控了。<sup>[33]</sup>

### （三）平台权力的公共化

除了影响的公共化外，平台公司也很大程度上改变了当下的社会权力结构，原本作为私主体的公司开始获得了优于其他主体的优势地位，并且成为用户与政府之间的特殊权力中心，其结果是不均衡地赋予私营的平台公司更多的公共权力。<sup>[34]</sup> 在平台交易模式中，大型平台公司不再是一个纯粹的市场沟通者，而是成为一个市场的控制者，获得了一种单向的控制力。相比客户（或其他参与者），平台是具有特权的一方，其影响力越大，其他参与者的权利越受到限制。以电商平台亚马逊为例，许多中小型企业发现如果他们不使用该平台，将无法找到可行的替代方案接触线上消费者群体，一项调查显示约37%的卖家（约850000个卖家）将亚马逊作为唯一的收入来源。<sup>[35]</sup> 而腾讯、阿里、字节跳动等平台对竞争对手的链接封锁以及在本集团内部进行的数据共享，也直接影响到了市场竞争秩序以及市场准入门槛。为此，我国工信部还曾专门召开屏蔽网址链接问题的行政指导会，要求阿里巴巴、腾讯、字节跳动等平台在期限内解除平台间的屏蔽措施，否则将会对其进行处罚。<sup>[36]</sup>

[30] See Mike Isaac & Sheera Frenkel, *Facebook Security Breach Exposes Accounts of 50 Million Users*, available at <https://www.nytimes.com/2018/09/28/technology/facebook-hack-data-breach.html>, last visited on Feb. 27, 2023.

[31] See Kirstie Ball, *Review of Zuboff's The Age of Surveillance Capitalism*, 17 *Surveillance & Society* 252, 253 - 254 (2019).

[32] 参见汪志刚：《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》，载《法学研究》2019年第4期。

[33] 参见〔德〕韩炳哲：《精神政治学》，关玉红译，中信出版社2019年版，第16页。

[34] 参见崔保国、刘金河：《论网络空间中的平台治理》，载《全球传媒学刊》2020年第1期。

[35] See Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, *Investigation of Competition in the Digital Markets*, available at [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)? utm\_campaign=4493-519, last visited on Feb. 27, 2023.

[36] 参见《限期解除屏蔽网址链接！工信部召开行政指导会，阿里、腾讯等企业参会》，载 <https://m.21jingji.com/article/20210911/herald/b269ce2ecca9eb2ace240aac04d564b3.html?skinTheme=0>，最后访问时间：2023年2月27日。

不仅如此，在大型平台公司获得优势地位之后，其对有害内容或者商品的管理权限也成为一种准公共的权力。德国 2017 年推出《网络执行法》时，反对者就认为该法案会导致“私人执法”的出现，平台毕竟不是法院或其他合法的执法机构，其对用户内容的删除也没有明确的补救或者上诉机制。该法律将私人公司转变为了具有公共权力的审查员。<sup>[37]</sup> 平台中的管理规则往往是由平台制定并执行的，这本来是一种私人属性的空间管理权限。但在大型平台公司中，由于用户众多，这种治理权限就会走向公共化，甚至与公共言论、公共自由等联系在一起，而不再是纯粹的商业自治范畴。

### 三、可能的调整：大型平台公司组织规范理念的更新

在契约自由基础上，公司契约理论主张私法自治和公司私人属性。<sup>[38]</sup> 但在大型平台公司中，这一理论所强调的规范理念与公司实际状况之间的矛盾却日益突出。大型平台公司比起传统公司拥有更强公共性，这不仅体现在其覆盖人口众多、对整个外部市场运行和社会公共环境具有举足轻重的影响力，也体现在其既是“组织”又是“市场”的双重属性。作为以促进外部信息连接为基本经营模式的公司，大型平台公司是以公共化为常态的，动辄数千万的覆盖人口使得平台公司的一举一动都与社会大众相关，这种变化也正是当下的公司法所需要回应的。

从历史演变来看，公法和私法的划分来源于罗马法上对法（*ius*）和法律（*lex*）的区分，前者主要是一种依赖于世代相传的习惯来维持的家庭秩序，后者则主要是城邦颁布的法律。在罗马人的观念中，法代表的是一种自然形成的法，而法律则是人制定的法。后来随着城邦权力日益扩张，法和法律的界限也逐渐模糊，但社会结构和法律二元划分的观念在罗马人心中根深蒂固，最终演化结果就是罗马古典法学后期法学家乌尔比安正式提出了公法与私法的划分。公法是有关国家稳定的法，私法是涉及个人利益的法，公法散见于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中，私法则分为自然法、万民法和市民法。<sup>[39]</sup> 近代资产阶级革命以后，伴随着反对封建、追求自由的革命浪潮，“私法自治”的理念深入人心。理论界普遍认为，商法与民法同为私法的两大支柱，均以私法自治为原则，强调商主体的自治和自我管理，而公司法作为商法的特别法亦应遵循这一理念。契约理论与公私法划分的理论殊途同归，同样强调公司的私人 and 自治属性。公司法所发挥的功能主要是填补实际公司契约中的漏洞，它仅在出现第三方效应或后续条款的情况下才发挥作用，没有理由把公司法看作是施加强制性条款的法律规则。<sup>[40]</sup> 如果缔约各方能够无成本地谈判，各方就会达成协议，如果国家提供了次优条款或者它们根本不适合这种情况，缔约方可以自由修改

[37] See Heidi Tworek & Paddy Leerssen, *An Analysis of Germany's NetzDG Law*, 15 *Institute for Information Law* 1, 3 (2019).

[38] 参见黄辉：《对公司法合同进路的反思》，载《法学》2017 年第 4 期。

[39] 参见李中原：《欧陆民法传统的历史解读：以罗马法与自然法的演进为主线》，法律出版社 2009 年版，第 12-13 页。

[40] 参见〔美〕弗兰克·伊斯特布克鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法的经济结构》，罗培新、张建伟译，北京大学出版社 2014 年版，第 15 页。

这些默认规则。<sup>[41]</sup>

不过，将公司视为一组明示或者默示契约网却也掩盖了公司本身的法律人格和利益追求，这也使得契约理论很难解释当下公司发展中出现的一些问题。比如随着公司规模扩张，大型公司拥有了巨大的能量和影响力，公司的经营事实上很难被视为纯粹的私人事项。股东利益最大化的导向也使得公司财务造假、不正当竞争、环境污染、侵犯消费者利益等行为屡屡发生。<sup>[42]</sup> 特别面对今天这些公共性不断增强的大型平台公司，如果继续强调自治和股东利益最大化的治理目标，毫无疑问将会引发平台公司权利义务的失衡以及其他利益相关者的利益受损。学术界也已经关注到了其过度强调私人属性和股东利益最大化目标所产生的弊端，并针对公司的本质提出了一些修正和改良的学说，如公司社区理论、公司宪治理论以及团体生产理论等。波特姆利（Bottomley）就认为契约理论的分析框架纯粹是私人导向的，这使得立法者、司法者被迫承担起对为什么公司需要外部监管、为什么不能让市场自由运行的解释责任。而社会大众也用怀疑的眼光来评价侵入公司法的一些公法理念，如自然正义、程序正义、机会均等等。格林菲尔德（Greenfield）则表示：“将公司视为纯粹的私人事项显然是一种夸大，公司是一个为集体利益服务的工具，如果一个公司造成的社会伤害大于其带来的利益，任何国家都不会允许公司形成。”<sup>[43]</sup>

事实上，公司法从来都不是纯粹的自治法。公司法调整的法律关系多为平等主体之间（股东与公司、股东之间、股东与高管等）的关系，其大致属于私法的范畴；但现代公司法也包含很多强制性规定，内容往往涉及公司、股东、高级管理人员等的权利能力和行为能力划定，带有国家意志对公司生活的干预，渗透着浓郁的公法因素。<sup>[44]</sup> 特别是在上市公司中，公司法的强制性最高，这是因为在公开市场高频率交易的上市公司相比股东较少、个别交易的有限责任公司可能引发更大的风险。也正是基于此，格林菲尔德在《公司法的失败》一书中提出了“作为公法的公司法”这一命题。他认为，公司法被视为“私法”，它狭隘地关注管理层与股东之间“合同”中包含的权利和责任。这种公司法的私法观阻止了学生、学者和政策制定者将公司视为适当地受政府控制和监管的主体，这也使人们不太可能看到公司法变化可能产生的潜在积极影响。<sup>[45]</sup> 因此，政府对公司的监管是必要的，即使股东利益最大化是公司的最终目标，政府也通常需要通过干预来修复市场缺陷，而作为“公法”的公司法也需要解决外部性、集体行动、信息不对称、“公地悲剧”和自然垄断等问题。<sup>[46]</sup>

诚如他所言，公司规范还存在另一个层面，这个维度既不是横向的股东之间的利益平衡，也

---

[41] 参见〔美〕安东尼·佩奇：《公司法失败了吗——应对改革提议》，载 <https://www.civillaw.com.cn/bo/t/?id=36753>，最后访问时间：2023年2月27日。

[42] 参见〔澳〕斯蒂芬·波特姆利：《公司宪治论：重新审视公司治理》，李建伟译，法律出版社2019年版，第38-42页。

[43] Kent Greenfield, *New Principles for Corporate Law*, 1 *Hastings Business Law Journal* 87, 90 (2005).

[44] 参见刘俊海：《现代公司法》（第3版），法律出版社2015年版，第3-4页。

[45] See Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, University of Chicago Press, 2006, p. 29.

[46] See Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, University of Chicago Press, 2006, pp. 37-38.

不是纵向的支配股东和管理者之间的代理关系，它是支配公司的，需要确保公司在社会中是合法的。政府有权要求企业以这种方式构造其治理机构以实施某些公共政策。<sup>〔47〕</sup> 公司是一个在社会中存在的组织体，个体的存在在某种程度上是受到法律规范的，公司的存在同样不完全是股东的私事，公司治理中重要的一部分内容就是如何规范地组织一个社会化生存的商业实体，并使之符合社会利益。在这一过程中，公司法所要提供的恰恰就是外部介入的具体边界和规则。不过，实践中的公司法并没有发挥应有的治理功能，进步主义者一直专注于宪法和其他的公法领域，而公司法一直秉持着新古典主义和传统经济学的理论基础。这使得当下的公司法无法成为一个充分利用的公众政策工具。公司法应当成为监管公司的更广泛任务的一部分，它能够比其他形式的监管更有效地实现某些公共政策目标。<sup>〔48〕</sup>

#### 四、规则的扩展：大型平台公司组织规范重塑的具体内容

在公司发展的早期，由于其范围和影响相对有限，公司的存在主要是私人的事情。但今天的大型平台公司不仅拥有强大的经济实力，也会对个人生活产生重大影响。当下的公司法并非仅仅是帮助企业管理其内部事务的工具，还可以成为公共政策的有力工具，这种潜在的功能值得探索。<sup>〔49〕</sup> 近年来，欧盟、美国等关于平台公司的最新立法在公司组织结构以及业务规范方面均不同程度体现出了公共干预的色彩，这种变化也为我们当下思考公司法上的公私关系并进一步推进公司法改革提供了新的视野。

##### （一）公司组织中的公共干预强化

福山（Fukuyama）注意到，在一个 50 到 100 人的群体当中，有关谁诚实可靠或者好吃懒做的信息可以通过非正式闲聊的方式传播，群体内的监督是由群体自身完成的，而不必由专门的人来负责。但随着群体规模的扩大，监督和规范工作会变得非常昂贵，需要某些群体专门从事监督工作。<sup>〔50〕</sup> 对于公司这样一种社会组织而言同样如此，在公司内部，随着股东人数的增加和公司规模的扩大，公司股东之间不再是现实中有着密切社会关系的同盟，股权的分散化也使得公司加入了管理层等利益主体，这些都使得原有的熟人治理失效。为了促使公司的良性运转，此时就需要在公司设置专门的监督机关。在公司外部，当公司的经营范围和影响力较小时，组织体之间的交往以及组织体个人之间的交往秩序基本是由他们自己决定的，更多的是一种自发的秩序。但当公司的影响力不断扩张时，这种自发的监督秩序就会失效，此时则需要政府、司法机构等介入到新秩序的建构中来，这是一种自上而下的危机应对方式。

在过去的规则设置中，内部监督主要是借助监事会、外部董事等对公司中的各个主体进行

---

〔47〕 See Mark J. Roe, *The Institutions of Corporate Governance*, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=612362](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=612362), last visited on Feb. 27, 2023.

〔48〕 See Kent Greenfield, *Reclaiming Corporate Law in a New Gilded Age*, 2 *Harvard Law & Policy Review* 1, 2 (2008).

〔49〕 See Kent Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, University of Chicago Press, 2006, p. 153.

〔50〕 参见〔美〕弗朗西斯·福山：《大分裂：人类本性与社会秩序的重建》，刘榜离等译，中国社会科学出版社 2002 年版，第 271 - 272 页。

监督，而外部的监督主要是通过审计机构以及行政机关等实现的。比如《中华人民共和国公司法》（2023年修订，以下简称《公司法》）第208条就明确提出：公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。但随着平台经济的深化，为了解决平台经营“黑箱化”的问题，新型外部主体介入也出现在了立法层面。2021年出台的《中华人民共和国个人信息保护法》第58条规定，提供基础性互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当成立主要由外部成员组成的独立机构，对个人信息处理活动进行监督。此后，腾讯公司率先响应，宣布将成立“个人信息保护外部监督委员会”（以下简称“委员会”），并公开招募委员会成员。该委员会工作内容主要包括独立评议腾讯公司及各产品隐私保护相关工作、提出指导和修改意见等。<sup>[51]</sup>

在域外同样如此，欧盟的《数字服务法》也针对平台公司的组织结构做出了调整。一方面，《数字服务法》引入新的监督机构，他们被称为“数字服务协调员”（digital services coordinator）。数字服务协调员有权接受中介服务商就其遵守法案而做出的承诺，有权下令停止侵权行为，酌情实施与侵权相称的必要补救措施等。另一方面，《数字服务法》第41条要求公司在治理中建立“合规官”（compliance officers）制度，大型平台公司或大型在线搜索引擎服务提供商需要选任一个或多个具有专业资质、知识、经验和能力的合规官，对平台遵守法案的情况进行监督。不仅如此，法案还要求公司监管机构监督大型平台公司作出的治理安排，以确保合规功能的独立性，防止利益冲突。<sup>[52]</sup>

显然，平台经济发展过程中产生的问题已经成为各个国家发展中面临的新问题，传统理论强调单一的私人的治理路径并不符合平台公司的现实，而强化外部干预则成为新的发展趋势。暂且不论这种思路是否应该推广至所有类型的公司，至少在大型平台公司中，应当推崇一种内部自治与外部介入相协调的治理模式。

## （二）董事信义义务的扩张

随着大型平台公司在世界范围内的扩展，与之相对应的用户信息保护、数据泄露等问题也层出不穷。考虑到平台公司与用户之间的地位悬殊，理论界提出应当借助信义义务的制度路径，对大型平台公司课以特殊的注意、忠诚义务来强化对平台公司的监管，对董事“信息信义义务”的探索也成为传统信义义务新的发展方向。2014年4月，美国学者巴尔金（Balkin）在其博客发表了一篇题为《数字时代的信息受托人》的博文，该文章提出了这样的疑问：在医疗、法律等特殊行业中，法律往往会设置特殊的注意、保密义务，对于当代的一些网络平台公司而言，是否也应该像对待这些特殊行业一样对待。在此基础上，他进一步提出，如果这些网络服务提供商是信息受托人，那么即使没有明确的合同承诺，他们也有义务不使用用户的个人信息来损害用户的

---

[51] 参见《腾讯宣布将成立“个人信息保护外部监督委员会”》，载 <https://finance.sina.com.cn/tech/2021-10-15/doc-iktzscy9907321.shtml>，最后访问时间：2023年2月27日。

[52] See *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance)*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065&qid=1666857835014>, last visited on Feb. 27, 2023.

利益。<sup>[53]</sup>此后，巴尔金在2015年系统阐述了信息信义义务理论。他认为，信息时代的人类自由需要对新形式的社会和经济权力进行监管，许多收集、分析、使用、销售和分发个人信息的在线服务提供商和云公司应该被视为其客户和最终用户的信息受托人。基于这些公司所拥有的特殊权力以及他们与用户之间的关系，信息受托人应当承担特殊的义务，以不损害用户利益的方式收集、分析、使用、出售经营中获得的用户信息。<sup>[54]</sup>

从内容来看，所谓信息信义义务本质上就是针对网络平台公司所设置的一种特殊的信义义务，是对传统董事信义义务的扩张和发展。鉴于平台公司与其用户之间的不平等地位，该义务要求公司管理层在经营过程中，作为用户的信息受托人履行相应的忠实和注意义务，从而避免公司因为过度追求股东利益而损害用户的利益。这一义务的提出是以当下用户和平台间在信息交互中极不对称的地位为现实条件的，希望借助“信义义务”这一由来已久的法律制度，实现平台公司与用户利益的平衡。对于大型平台公司的管理层而言，信息信义义务要求他们将保障平台内的公平环境和相关者信息权益作为其义务的重点内容。比如，在决策中应该在程序和功能设置上提供更为多元的选择，允许用户选择非按照喜好推送的模式；在用户协议和退出规则上，减少不必要的障碍；不得利用信息壁垒和技术优势收集用户信息。当然，也有学者对该主张持反对意见，认为对股东的信义义务与对用户的信义义务之间存在矛盾，当两种义务发生冲突时，很难有效协调。<sup>[55]</sup>

尽管有关信息信义义务的争议目前仍未消弭，但从平台公司特别是大型平台公司监管的现状来看，这种探索是值得肯定的。互联网时代的来临使得平台公司正在由一个单纯的信息中介平台转换为用户获得信息的直接来源。并且借助大数据、人工智能等技术的支撑，平台对信息单方面的掌控和呈现都达到了前所未有的强度。而由此引发的用户权利保障、市场竞争秩序等都成为平台经济中突出的问题。公司并非是在仅仅包括股东的“真空”环境存在的，特别是在当下大型平台公司可能造成的信息风险已经不能忽视的情况下，信息信义义务的引入不失为新的制约措施，这与此次公司法的修订所渗透的目标也是一致的。公司在经营过程中需要充分考虑公司职工、消费者等相关者的利益，承担社会责任。<sup>[56]</sup>从这一角度来看，信息信义义务的引入无疑提供了更多的规范路径选择和司法裁判的衡量空间，值得进一步探索。

### （三）集团公司的业务分离规则

在针对银行体系的监管中，美国早期曾形成了一个著名的分业规则，即银行业与一般商业分离原则。其核心内容是将银行控股公司（bank holding company, BHC）的业务活动限制在有关银行管理以及与银行密切相关的范围内，通过区分银行业务与一般商业活动，将银行公司与一般

[53] See Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries in the Digital Age*, available at <https://balkin.blogspot.com/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html>, last visited on Feb. 27, 2023.

[54] See Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 UC Davis Law Review 1183, 1186-1187 (2016).

[55] See Lina M. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 Harvard Law Review 497, 508-509 (2019).

[56] 《公司法》第20条明确规定：“公司从事经营活动，应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益，承担社会责任。国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告。”

公司区别开来。之所以法律限制银行业参与一般商业活动，是因为银行可能通过不公平的信贷限制和其他反竞争的方法来影响其他公司的决策，不仅会损害个别商业公司的利益，也会对整个经济秩序造成冲击。与银行控股公司一样，今天大型平台公司在经济中扮演着越来越类似的基础作用，平台公司正在成为一个互联网经济的基础设施，这种集中控制水平会产生类似于银行业集中的危险。<sup>[57]</sup> 亚马逊利用平台优势打压并收购 Quidsi 就是一个代表。亚马逊在 2009 年表示有兴趣收购 Quidsi，但后者的创始人拒绝了亚马逊的提议。在拒绝亚马逊的提议后不久，亚马逊将自家平台上的尿布和其他婴儿产品的价格下调了 30%。Quidsi 的高管们发现，亚马逊的定价机器人正在追踪自家网站的产品价格，并通过降低亚马逊上相关产品的价格展开竞争。这种低于成本的定价严重侵蚀了 Quidsi 的业绩增长，而投资者也开始减少对其投资。最终，Quidsi 的创始人出于对亚马逊的恐惧开始就出售该业务与之进行谈判。<sup>[58]</sup>

正是基于大型平台公司市场地位的转变，在 2021 年推出的一揽子立法中，美国众议员贾亚帕尔（Jayapal）等提出了《终止平台垄断法案》（The Ending Platform Monopolies Act），其核心内容就是禁止具备主导地位的在线平台拥有或控制其他在线平台，并与其他业务产生非法的利益冲突。另一部《平台竞争与机会法》则直接禁止大型平台公司开展旨在削减竞争威胁以及强化自身市场控制力的收购行为，并明确了非法收购的情形和例外。<sup>[59]</sup> 这意味着，这些基础性平台公司将无法随意在市场上并购那些存在竞争关系以及利益冲突的公司。与之类似，我国市场监管部门也开始注意到了平台公司的大规模收购行为，市场监管总局还曾在 2021 年依法禁止腾讯收购斗鱼。理由就是此次经营者集中将强化腾讯在中国境内游戏直播市场和网络游戏运营服务市场的支配地位，具有排除、限制竞争效果。<sup>[60]</sup> 不过，从 2023 年《公司法》修订的结果来看，公司合并规则的改革主要集中在母子公司以及小规模合并的决议程序调整上。对于特定业务公司合并的问题，尚未作出特殊考量。但从实质意义上的组织法来看，考虑到公司的发展和存续目标，公司法规则同样需要关注竞争秩序对于公司经营决策的影响，探索特定的业务分离规则也是有必要的。

## 五、结 语

身处于一个虚拟空间不断扩展的时代，每天花费大量时间在互联网平台上购物、交友、获得信息与服务已经是现代人生活的常态。借助平台公司所创造的空间，各种要素得以突破空间与时间的限制，在更广阔范围内流动和配置，并促进了世界范围内经济的新一轮发展。但随着网络

[57] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710, 795 (2017).

[58] See Brand Stone, *The Secrets of Bezos: How Amazon Became the Everything Store*, Bloomberg, available at <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-10-10/jeff-bezos-and-the-age-of-amazon-excerpt-from-the-everything-store-by-brad-stone>, last visited on Feb. 27, 2023.

[59] See Ted Johnson & Jill Goldsmith, *House Judiciary Committee Advances Antitrust Bill that May Lead to Breakup of Big Tech*, WGAW Praises Vote, available at <https://deadline.com/2021/06/antitrust-tech-house-judiciary-google-facebook-amazon-apple-1234780024/>, last visited on Feb. 27, 2023.

[60] 参见《市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》，载 [http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjzp/202107/t20210708\\_332421.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjzp/202107/t20210708_332421.html)，最后访问时间：2023年2月27日。

生态的固化，各种超大型平台公司走向了一种寡头式的格局，甚至获得了一部分公共管理权限。这种现象的出现是传统公司法理论所未能洞察到的，公司法领域占据主导地位的“契约论”强调私法自治的理念已经出现了同平台公司特别是大型平台公司不相适应的部分。鉴于其不断强化的公共性，公司法需要重新思考契约理论框架下的公私关系，如何在规则层面纳入公共政策的考量，进而实现公共利益目标可能是未来公司法改革需要予以关注的问题。

---

---

**Abstract:** The emergence of large platform companies has challenged mainstream corporate contract theory, which treats companies as purely private matters and emphasizes the non-compulsory nature of corporate law at the rule level. Based on their wide coverage, large number of users and dual attributes of “market-organization”, large platform companies have gained great influence and dominant position, and some of the top platform companies have even become public infrastructure. The change of large platform companies has brought about the adjustment of organizational rules, and countries have adopted legislation to strengthen external intervention to prevent possible business risks. Corporate law is not only a soft law to help companies manage their internal affairs, but also a powerful tool to achieve public policy. In the context of the increasing publicization of large platform companies, the compulsory nature of their organizational rules has become a conceptual change that needs attention in the revision of corporate law.

**Key Words:** large platform companies, publicness, external intervention, company law revision

---

---

(责任编辑：周 游)