

数据治理的公司法回应*

陈洪磊**

内容摘要:在数字经济时代,公司依然是数据搜集者、控制者和利用者的主要表现形式与组织载体,然而我国数据治理模式存在外部法律要求与公司内部治理机制的脱节。公司法回应数据治理可以修补数据风险规制链条的断裂,主动填补数据治理的规范漏洞,形成数据治理的合力与数字经济的全球竞争力。数据公司具有智力资本明显化、公司合规必然化以及公司目的多元化特征,但我国现行公司法未能较好地回应此类公司的新特质与新要求。对此,在数据公司治理机构设置方面,公司法应当全面性地改造股东会、董事会、监事会和经理层等治理机构,配置多元选项,允许公司在立法者设定的基本要求之上进行自治改造,架构起公司法回应数据治理的“骨架”。在数据公司治理机制配置方面,公司法应当更新信息披露机制、激励机制和约束机制,营造公开透明、智力资本受尊重、主体义务与责任机制夯实和数据社会责任践行积极的公司内部治理氛围,填充公司法回应数据治理的“血肉”。

关键词:数据治理 公司法 治理机构 信义义务

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2025.01.012

在数字经济时代,数据已成为可以评估当下可能性和预测未来趋势的重要生产要素,但“数据盛世”的背后也潜藏着新的社会风险和治理难题:数据泄露、数据窃取、数据滥用、数据垄断等愈演愈烈。如何进行数据治理,在防范数据风险与促进数据利用之间寻得平衡,成为当前各国法律规制的重要议题。在制度层面,我国通过制定《网络安全法》《个人信息保护法》等对数据风险的行为类型、法律责任等予以规定,立法体系日趋完善。在理论层面,学者们从宪法、民法、刑法、行政法、经济法以及国际法等多法域展开对数据风险的规制研究,具体研究焦点包括但不限于个人数据的宪法保护、数据确权与民法回应、数据犯罪治理、平台反垄断与反不正当竞争调控、数据风险的行政法监管、跨境数据传输的法律规制等。^①

事实上,数据价值的实现依赖价值链上的三大构成,分别是基于数据本身的公司(如 Twitter 那样拥有大量数据或至少可以搜集大量数据的公司)、基于技能的公司(如 Teradata 那样的咨询公司、技术供应商或分析公司)以及基于思维的公司(如 Jetpac 那样的具有挖掘数据新价值的独特想法的公司)。^②由此可见,公司依然是数据搜集者、控制者和利用者的主要表现形式与组织载体。而作为拟制“人”的公司必然要借助背后的公司机关作出数据决策,向外传递公司意思。换言之,数据价值的实现与数据风险的产生均始于公司机关的决策与公司内部的治理。既有研究虽然已经从多部门法角度为数据风险规制贡献了智识,但均停留在公司“表面”而未实质渗透至公司“内部”,欠缺公司法的回应策略,存在“外部法律要求与信息控制者内部治理机制脱节”^③的现象,难以达成数据风险“标本兼治”的目标。

公司法回应数据治理的核心是,借助公司法,实现对数据公司这类特殊公司的内部治理结构与治理机制

* 本文系国家社会科学基金项目“公司法制度竞争视野下股权结构变革研究”(项目编号:21BFX095)的阶段性研究成果。

** 吉林大学理论法学研究中心、法学院副教授。

① 参见许可:《论个人数据权利堆叠规范》,载《法学评论》2023年第5期;江海洋:《论数字时代个人信息的刑法保护路径选择》,载《当代法学》2023年第5期;齐鹏:《数字经济背景下“一带一路”跨境数据传输的法律规制》,载《法学评论》2022年第6期;刘维:《论数据获取型不正当竞争事例的规范构成》,载《当代法学》2024年第2期等。

② 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,浙江人民出版社2013年版,第160页。为行文方便,下文将这些公司统称为“数据公司”。

③ 周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》,载《法学研究》2018年第2期。

的关注,实现外部法律要求与数据公司内部治理之间的匹配。基于此,本文将经由观察我国现行数据治理体系和路径选择的缺陷,夯实公司法回应机制的正当性,剖析数据公司内部治理结构的新变化与现行公司法回应的不足,通过完善公司法规则填补数据治理的漏洞,补足数据风险规制链条上的基础一环和数据治理最后一公里上的缺失。

一、公司法回应数据治理的正当性

在数字经济时代,作为数据提供者的数据主体与掌握数据权力的公司之间的关系愈发脆弱,后者通过深度量化与全面嵌入使前者依赖其提供的许多不同种类的服务,但人们缺乏专门的知识,难以监督数据公司的行动,以防止他们违背我们的利益或背叛我们的信任。^④为纠偏利益的不平衡,各国普遍扩大数据公司的义务,^⑤要求其不得泄漏和滥用数据,维护数据安全。我国立法同样建构了数据公司的数据合规义务谱系,例如,《民法典》第111条以“任何组织”为个人信息保护的义务主体;《个人信息保护法》单设“个人信息处理者的义务”一章,且第58条对大型网络平台公司提出了更高要求;《数据安全法》第四章也规定了数据处理者的数据安全保护义务。此种规制模式呈现为以外观主义为原则建立的“数据主体—数据公司”的单层规制模式。然而,数据治理的逻辑链条并非止步于此,而是应当呈现为“数据主体—数据公司—公司机关”的双层规制模式。双层规制模式以数据公司为原点,其与数据主体的外部关系主要由侵权法、数据法等规范安置,而数据公司与公司机关的内部关系则应由作为组织法的公司法回应。在我国,公司法回应数据治理具有强烈的正当性理由与制度需求。

(一)数据风险的源头规制机制

从数据风险的产生路径角度观察,数据公司的股东会、董事会、经理等公司机关的不当决策以及董事、高级管理人员、普通职工等公司内部人的不法行为通过作用于具有社会性的公司而产生放大效应,从而引发社会风险。例如,在“上海Z公司、陈某某等人非法获取计算机信息系统数据案”中,公司首席技术官陈某便是指使汤某等多名公司技术人员,通过“外爬”“内爬”等爬虫程序,非法获取E公司运营的外卖平台数据,造成E公司直接经济损失4万余元。^⑥再如,2017年8月1日,数据堂(北京)科技股份有限公司因员工涉嫌侵犯公民个人信息罪而宣布公司股票暂停转让。一般而言,风险应该配备给能以最少成本减少风险的主体。从公司内部治理入手,若采取建置有效的数据合规监督体系,定期对公司数据系统采取安全检测评估等措施,则可以从根源处及时发现并遏制因公司内部人的数据侵权行为而产生的数据风险。因此,借助调整公司设立、运行、变更和解散以及在这些过程中公司和公司内部各利益主体之间权利和义务关系的公司法来回应数据治理,可以占据控制数据风险的最佳位置,相比于数据主体的事后维权和监管机构的事后审查,更能降低数据治理的难度,减少维权成本,以更小的规制成本获得更高的规制效益。

(二)数据治理合力的内生激励机制

无论是《数字中国建设整体布局规划》提出要“全面提升数字中国建设的整体性、系统性、协同性”,还是《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》要求“把安全贯穿数据治理全过程,构建政府、企业、社会多方协同的治理模式”,均表明,共建共治共享是我国数据治理的指导思想。经济社会各主体多元参与、协同联动,可以缓解动态的数字创新与相对静态的法律制度之间的矛盾张力,弥合鼓励数据创新与防范数据风险之间的鸿沟。^⑦其中,公司有效自治、公司内部管理与安全保障的加强,是构建多元共治的数据治理体系的重要一环。优秀的公司法可以为营造良好的公司内部治理格局提供参照,在数据搜集、控制与利用的不同意见中生成共识,合理配置公司内部监督权力以有效防范从公司内部产生的数据不

^④ See Jack M. Balkin, Information Fiduciaries and the First Amendment, UC Davis Law Review, Vol. 49, 2016, p. 1222.

^⑤ 参见李爱君、苏桂梅主编:《国际数据保护规则要览》,法律出版社2018年版,序第3页。

^⑥ 参见最高人民检察院:《最高检发布第三批涉案企业合规典型案例》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202208/t20220810_570413.shtml#1, 最后访问日期:2023年11月6日。

^⑦ 参见张吉豫:《构建多元共治的算法治理体系》,载《法律科学》2022年第1期。

合规风险,生成数据控制者合理利用和有效保护数据主体数据安全的内生激励和内部驱动,由被动地执行外部数据合规要求转变为内部主动合规。在此基础上,公司内部治理与外部干预和政府监督相互配合,将推动数据安全与数据共享治理目标的实现,反之,“在信息控制者利用激励和保护激励明显失衡的结构下……只是简单施加各种强制性外部要求,忽视信息控制者内在激励机制设计,并不能消除失衡根源”。^⑧

(三)数据治理漏洞的填补机制

面对大数据所呈现的数据量(Volume)、处理速度和转化成数据的速度(Velocity)、数据多样性(Variety)以及数据价值(Value)的“4V”特征,立法者对数据尤其是个人数据进行全面且及时的保护,不仅面临技术上的难题,而且会产生很高的保护成本。恰恰“以管理为基础的规制”特别适用于监管对象高度异质、监管绩效很难衡量的领域”,^⑨公司法回应数据治理便是此种规制模式。关注数据公司内部治理,可以深入组织内部,打开公司决策的黑箱,“借助公司当事方理性行为机制,诱使他们成为法律实施的促进力量,主动推动法律的实施”,^⑩以公司自治的灵活性和专业性持续地弥补立法规定的整齐划一与静态稳定,及时对最新出现的数据风险作出反应,主动进行数据合规。例如,董事的信义义务机制“是对公司合同予以细致规定和额外监督的替代解决方案。它以吓阻作用替代了事先监督”,^⑪从而指引董事会等公司机关灵活、及时地化解数据风险。与此同时,公司有效自治还可以不断推进科技创新,以技术更新降低数据伦理和安全风险,填补外部规制的漏洞和缺陷。概言之,公司治理中的自律机制(即内部利益主体之间的监督机制)能以较低的成本,“实现更加持续性的规制效果,也有利于鼓励权利主体积极行使自己的权利”。^⑫

(四)数字经济全球竞争的胜出机制

全球数据治理呈现出的一个共识趋势就是运用公司法机制强化数据控制者的自我约束。例如,在美国司法实践中,原告往往会积极地对董事和高级管理人员因公司网络安全漏洞导致的数据泄露提起派生诉讼,如 Wyndham 案、^⑬Target 案;^⑭也有不少股东依赖二级市场责任条款来追究董事对网络安全违规行为的个人责任。^⑮严重的网络安全威胁是公司价值面临的一种常见且日益增长的风险,让董事为此承担更多责任,在充分知情的基础上就影响公司数据安全的重要问题采取行动,是十分必要的。^⑯澳大利亚公司董事协会也表示:“网络数据犯罪的持续威胁及其可能对全球组织造成的重大损害意味着为网络数据攻击做好准备已经成为董事职责的一个组成部分。”^⑰而在欧洲等国家,立法者选择在公司治理结构中嵌入专门的数据合规机构。例如,《德国联邦数据保护法》第 4f 节要求自动处理个人数据的私人机构任命数据保护官,并强调其应当直接隶属于公共或私营机构的负责人,与公司内部治理建立起良好的沟通对话。数据保护官条款同样被作为欧盟《通用数据保护条例》的重要内容之一。在制度竞争的时代,从公司治理角度生成数据合规的约束性机制,实现对数据违法行为的持续性与内生性规制,促进公司法与数据法的融合,将进一步增强数字经济的全球竞争力。

^⑧ 同前注③,周汉华文。

^⑨ 洪延青:《“以管理为基础的规制”——对网络运营者安全保护义务的重构》,载《环球法律评论》2016年第4期。

^⑩ 蔡立东:《公司自治论》,北京大学出版社2006年版,第5页。

^⑪ [美]弗兰克·伊斯布鲁克、[美]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92页。

^⑫ 张怀岭:《公司治理视域下个人信息保护的实现路径——以〈公司法〉第147条的具体化为中心》,载《财经法学》2018年第5期。

^⑬ See Palkon v. Holmes, No. 14-CV-01234-Document 49 (D. N. J. 2014).

^⑭ See Davis v. Steinhafel, No. 14-cv-00203-PAM-JJK (D. Minn. July 18, 2014).

^⑮ See Ryder Gilliland & Skye Sepp, Blake Cassels & Graydon LLP, Boards and Black Hats: Potential Director and Officer Liability for Cybersecurity Breaches, <https://store.lsus.on.ca/Content/pdf/2017/CLE17-00201/CLE17-00201-pub.pdf> (last visited on Sept 9, 2022).

^⑯ See Brad Lunn, Strengthened Director Duties of Care for Cybersecurity Oversight: Evolving Expectations of Existing Legal Doctrine, *Journal of Law & Cyber Warfare*, Vol. 4, 2014, p. 35.

^⑰ Domini Stuart, Defence Mechanism (Australian Institute of Company Directors, 2016), <https://www.aicd.com.au/risk-management/framework/cyber-security/defence-mechanism.html> (last visited on Sept 12, 2023).

综上所述,公司法回应数据治理的目的在于贯通“数据主体—数据公司—公司机关”的规制链条,引导数据公司从数字经济的治理对象转向数字经济的治理主体,由被动合规转向主动回应,提升公司在数据治理活动中的参与感和获得感,^⑬形成数据治理的内生力量,如此能够有效补足行政监管与执法的外部治理不足,生成“内外联动”的合力。

二、数据公司治理的新变化

当前,我国经济运行逻辑从商品逻辑转换为数字逻辑,生产要素从传统的土地、劳动力、资本转向数据和技术,在此背景下,作为转型产物的数据公司同样呈现出不同于传统公司治理的新变化、新特质与新要求。

(一)智力资本明显化

在大数据时代,数据、技术与思维呈现三足鼎立的局面。^⑭无论是收集和掌握数据的公司,还是运用技术从数据中挖掘价值的公司,抑或是运用思维先人一步发现数据机遇的公司,在以数据为核心的基础上,均依托“智力”创造价值,并将大数据人才推向主导地位。正如谷歌的首席经济学家哈尔·范里安(Hal Varian)所说:“数据非常之多而且具有战略重要性,但是真正缺少的是从数据中提取价值的能力。”所谓的智力资本是指,“凝结在人体内的具有经济价值的知识、技术、能力和体力的总和”。^⑮在数据公司中,传统物质资本的稀缺性将大幅降低,取而代之的是极具辨识度的创业创意、不可复制的核心技术、引领前沿的商业模式和体系先进的管理方法等创新资本,这些智力资本的充裕度将成为制约公司从创立到壮大的关键要素。^⑯换言之,数据公司呈现从“资本雇佣劳动”到“劳动雇佣资本”的转型。这一转型在公司治理层面的表现是,公司应当通过体系化的制度设计及机制安排,促使公司的控制权向掌握智力资本的创始人及业务团队倾斜,在公司内部形成尊重智力资本的良好公司文化氛围,为企业家精神创造充足的施展空间。

在智力资本明显化的趋向下,数据公司也变得轻量化,成立一家公司几乎不需要成本。这一特征为公司背后的创始人或董事逃避责任提供了机会。例如,英国信息专员办公室(ICO)在2015年总共开出400万英镑的罚单,但只收到了一小部分,这是因为许多数据公司在被处罚后选择关闭。然而,他们很快又在一个新的公司实体中重新开业,管理人员、工作人员和办公场所均保持不变。^⑰

(二)公司合规必然化

一方面,数据公司结构的复杂性促使公司合规必要性的提升。传统公司的商业结构呈现为从供应商到顾客的单向线性流动的“管道结构”,而数据公司尤其是大型数据公司则转换为“平台结构”,不同角色的人以数据资源为关键要素,利用开放参与式架构的平台与其他人进行连接和互动,在不同的地点以不同的形式创造、改变和交换着价值。^⑱这一商业结构的变化带来的是公司规模的扩大、分工的细化和科层的增加,经营权的分布状态日趋复杂,公司治理结构成长为存在大量经营单位以及由各级经理组成的“M”型管理体制。由于内部人更为了解公司数据安全系统的弱点,更加清楚地知道他们可以利用的敏感数据的位置和性质,所以,监督有害的内部活动比防御外部攻击的难度更大。数据公司结构的复杂性和平台化与数据风险产生的内生化和隐匿化的结合,使得公司合规难度陡然提升,仅依靠董事会和监事会的日常监督或许有所不逮,这对数据公司合规提出了更高要求。

另一方面,数据合规规范的复杂性促使公司合规必要性的提升。在数字经济时代,数字公司面临着一项几乎无法完成的任务,那就是要遵守大量的有关数据安全和公司合规的法律法规,而且,在很多情况下,这些法律规定含糊不清,模棱两可,制度分散,缺乏具体的合规指引,也不乏内容龃龉之处。例如,《民法典》以私

^⑬ 参见孙跃:《数字经济时代企业数据合规及其构建》,载《湖北社会科学》2022年第8期。

^⑭ 同前注②,[英]维克托·迈尔-舍恩伯格,[英]肯尼思·库克耶书,第157页。

^⑮ 李友根:《人力资本出资问题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第128页。

^⑯ 参见胡晴、陈德球:《数字经济时代中国公司治理:理论范式与创新实践》,中国人民大学出版社2023年版,第103页。

^⑰ See Philip Trillmich & Tim Hickman, UK ICO Recommends Personal Liability of Directors for Breaches of Data Protection Law, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=45767c9b-1759-456b-b77c-8e4100302fa3> (last visited on Dec 5, 2023).

^⑱ 参见马平川:《数字经济的治理转型与秩序塑造》,载《法制与社会发展》2023年第1期。

密信息与非私密信息二分法展开对个人信息的规制思路,《个人信息保护法》则呈现敏感信息与非敏感信息的规制策略,然而,对于私密信息与敏感信息的关系,学界存在交叉重合说、独立区分说、私密信息覆盖说等多种观点,这导致两部法律在具体适用上存在争议,难以平衡个人信息保护与合理利用二者之间的关系。^④除了数据规范的复杂性之外,有关公司合规的规范同样呈现公司法与金融监管总局、证监会、国资委等监管规章的密度倒置,诸多合规要求呈尚未统一之势。^⑤因此,“遵守这些如乱麻一般且日渐增加的法律、规章、准则和合同义务恐怕是一个巨大的挑战,尤其是在大数据背景下,因为大数据背景下的数据量和数据种类,可能涉及数十项存在潜在冲突的义务和标准。”^⑥数据合规规范的复杂性除了依赖立法者清理、统一标准外,更需要数据公司坚守安全与合理的底线,通过采取必要措施来反映数据的机密及其所面临的威胁程度。

(三)公司目的多元化

对于一般的商业公司而言,公司目的是单一的,即为全体股东谋求最大利益,并认为这样也会间接地有利于其他利益相关的“选民”。然而,数据公司必须将它的工作中心从内部活动转向外部活动,“从关注股东权益和公司贴现现金流,转变成关注利益相关者和发生在公司外部的互动”,^⑦其目的不再是仅关注股东利益,而仍须注意消费者、雇员等数据主体利益及国家安全等公共利益,创造公司最大价值,承担社会责任。正如习近平总书记所言,“希望广大互联网企业坚持经济效益和社会效益统一,在自身发展的同时,饮水思源,回报社会,造福人民。”^⑧数据公司目的多元化的原因有二:

一方面,作为数据公司生产资料的数据来自消费者、供应商、雇员等数据主体,且多涉及用户的生物识别信息、健康信息、行踪信息等敏感或私密信息。例如,淘宝、拼多多首页的精准推送以用户过往的购物数据和相同人群的购物数据为基础,谷歌、百度的检索系统同样需要用户数据才能完好运行。在此基础上,作为数据搜集与操纵者的公司进一步增强了集权效应,往往“以一种更加巧妙、柔和、不会引起疼痛的方式将人类个体置于其统治之下”,^⑨以“非人格化的、弥漫性的、以数理定律的方式”隐秘地不受控制地滥用个人数据,而普通人几乎无从招架。^⑩数据公司生产资料的特殊性与不对等性不同于传统公司所使用的土地、劳动力等生产资料的物质性与独立性。概言之,数据公司最重要的价值是由社群用户创造的。如果数据公司没有了数据主体提供的数据,那么,他们将不复存在。

另一方面,数据公司尤其是大型平台公司具有明显的公共场域的属性,其提供了市场交易的场所与纠纷化解的机制,腾讯、字节跳动等这些大型数据公司更是深度参与了某些社会规范的形塑。^⑪它们已然不再是单一的中介平台,而是基于多边市场形成的公共场域。任何主体均应当对自身控制的场域负担相应的安全保障义务,具有社会性的数据公司在自身控制的场所中获取收益,自然应当成为数据风险的“守门人”,由以自身利益最大化为目标转换为关注广大消费者、数据主体的福祉和公共利益,践行公司社会责任。

经济学者的实证研究发现,表现出较弱社会责任的公司更有可能成为黑客行动主义者的目标,这些黑客试图窃取他们可以利用的数据,并在数据泄露后,大多数公司会选择调整公司治理结构,更换他们的首席执行官和首席技术官。反之,积极承担社会责任的公司被黑客攻击而泄漏数据的概率则相对较小。^⑫由此可

^④ 参见王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022年第1期。

^⑤ 参见陈洪磊:《公司董事合规义务的制度建构》,载《财经法学》2023年第6期。

^⑥ [美]詹姆斯·R·卡利瓦斯、[美]迈克尔·R·奥弗利:《大数据商业应用:风险规避与法律指南》,陈婷译,人民邮电出版社2016年版,第17—18页。

^⑦ [美]杰奥夫雷·G·帕克:《平台革命:改变世界的商业模式》,志鹏译,机械工业出版社2017年版,第19页。

^⑧ 习近平:《在网络安全和信息化工作座谈会上的讲话》,载《人民日报》2016年4月26日第2版。

^⑨ [法]马尔克·杜甘、[法]克里斯托夫·拉贝:《赤裸裸的人:大数据,隐私与窥探》,杜燕译,上海科学技术出版社2017年版,第4页。

^⑩ 参见郑戈:《在鼓励创新与保护人权之间——法律如何回应大数据技术革新的挑战》,载《探索与争鸣》2016年第7期。

^⑪ See Jeffrey Rosen, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, *Constitutional Law Review*, Vol. 6, 2013, p. 45.

^⑫ See Claire Lending, Kristina Minnick & Patrick J. Schorno, *Corporate Governance, Social Responsibility, and Data Breaches*, *The Financial Review*, Vol. 53, 2018, pp. 413 - 455.

见,一方面,数据公司积极承担社会责任更有利于维护公司数据安全,实现公司声誉与经济效益的同步提升;另一方面,公司应当通过调整公司治理结构与治理机制来主动履行公司数据社会责任。

三、公司法回应数据治理的缺失

公司法回应数据治理,不仅应防范数据风险,以规则架构约束公司数据不合规行为,而且应当尊重智力资本,通过制度设计激励创始人及业务团队充分发挥智力资本价值,通过数据的流通与使用激活数据要素潜能,实现数据的财产价值。虽然《数据安全法》《网络安全法》《个人信息保护法》等法律法规规定数据公司负有健全数据保护合规制度的体系义务,但究竟在公司法层面如何调试与实施,法律规范或付之阙如,或存在漏洞,这造成了数据治理逻辑上的断裂。鉴于公司“治理制度安排至少有两大目标:一是提供一种结构;二是提供机制”,^③故下文将从治理机构与治理机制两个方面展开讨论。

(一)公司法在公司数据治理机构设置方面存在缺失

公司的事务是由它的组织机构经营和管理的,公司治理机构组成了公司法回应数据治理的“骨架”。首先,从规范层面看,以《个人信息保护法》第66条、《数据安全法》第45—48条、《网络安全法》第59—69条为代表的行政责任以及以《刑法》第253条、第286条为代表的刑事责任,实现了对单位责任与其直接负责的主管人员和其他直接责任人员责任的划分,但公司内部责任人员的民事责任却形成了法律漏洞。该漏洞的填补需要与《公司法》中董事、经理等主体义务与责任规范衔接,但现行公司法并未在数据治理机构设置方面进行跟进。具而言之,虽然《数据安全法》第27条、《个人信息保护法》第52条和第58条试图设置数据安全负责人和管理机构、个人信息保护负责人以及由外部成员组成的独立机构等专门机构和岗位来贯彻数据治理理念,但并未明确这类主体在公司治理结构中的法律位置,这将难以追究公司内部责任人员的责任。

其次,从逻辑层面看,虽然数据公司对数据主体承担数据合规义务已被立法确认,但在公司内部,谁应当承担数据合规的义务,承担怎样的义务,公司机关承担的数据合规义务同数据公司直接向数据主体承担的义务是否一致,公司法等相关法律对此并未回应,数据规制的逻辑链条在公司层面戛然而止。目前关于公司合规管理的部门规章虽然规定董事会决定本公司的合规管理目标,对合规管理的有效性承担责任,^④但董事会与上文提及的数据安全负责人和管理机构、个人信息保护负责人是何种关系,仍需由公司法明确。

最后,从实践层面看,虽然有些上市的数据公司,诸如浪潮信息(000977)为推动数据与隐私安全工作开展,成立了数据与隐私保护委员会对个人信息保护进行统筹管理;值得买(300785)设立信息安全委员会,统一协调管理数据安全工作。但这些公司的数据机构主要集中在经理层面向,且上述公司多为《个人信息保护法》《数据安全法》等规定的重要的数据处理者或处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者。从更完备的角度观察,一方面,董事会、股东会、监事会等治理机构应当也可以进行相应调整以契合数据治理目标;^⑤另一方面,虽然大多数数据公司达不到立法者设定的“重要”标准,但并非意味着其不需要通过设置相关的机关或责任人来常态化地参与数据治理。对于上述两个方面,公司法并未作出回应。

(二)公司法在公司数据治理机制配置方面存在缺失

公司治理机制是公司法回应数据治理的“血肉”,串联着静态的公司数据治理机关,促使公司数据治理理念的有效落实。其一,公司法关于信息披露机制的规定尚未充分体现数据治理的目标导向。于实践层面,在2023年度,虽然诸如国投智能(300188)、汉得信息(300170)等数据公司发布了包含信息安全与隐私保护内容的社会责任报告或ESG(环境、社会和公司治理)报告,但这一做法并不普遍,例如,同为大数据受益股的华平股份(300074)、拓尔思(300229)等公司并未发布,而新大陆(000997)虽然发布了社会责任报告,但并未

^③ 参见李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理——法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第53页。

^④ 参见《中央企业合规管理办法》(国有资产监督管理委员会令第42号)第8条、《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》(中国证券监督管理委员会令第166号)第7条、《保险公司合规管理办法》(保监发[2016]116号)第7—8条等。

^⑤ 参见李传轩:《上市公司绿色治理的法理逻辑及其实践路径》,载《清华法学》2023年第5期。

披露公司进行数据治理的相关内容。^⑤ 这主要归因于规范层面的欠缺。虽然我国目前已经形成了由证监会行政规章和交易所自律规定组成的强制披露、不披露就解释、鼓励披露相结合的三层次 ESG 披露模式,但现行规范中强制性披露规则的适用范围仍较为狭窄,特别是信息安全与隐私保护这一社会问题均为鼓励性披露内容,这就导致了相关信息在精细化和针对性方面供给不足。而且,仅有《个人信息保护法》第 58 条要求公司定期发布个人信息保护社会责任报告,不仅未明确披露内容,且限定为“提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的数据处理者”。《公司法》第 20 条虽然鼓励公司公布社会责任报告,但在回应数据治理面向,无论是在强制性方面,还是在针对性、精细性和全面性方面,均存在欠缺。

其二,公司法关于激励机制的规定尚未充分体现数据治理的目标导向。一方面,《公司法》或许是考虑到智力资本的估价困难,容易出现灌水股,所以,并未允许数据技术、数据思维等作为无形资产的智力资本出资,忽视了人的因素在数据公司的重要性。另一方面,《公司法》第 144 条为适应不同投资者的投资需求,允许股份有限公司发行类别股,但实践中的众多创业公司均为有限责任公司,只有少数是股份有限公司,数据公司也不例外。《公司法》将类别股发行限定在股份有限公司的立法模式,未能为掌握智力资本的创始人或技术人员提供以股权方式锁定公司控制权的激励机制。

其三,公司法关于约束机制的规定尚未充分体现数据治理的目标导向。一则,董事、高级管理人员的忠实和勤勉义务的规定中并未直接点明数据合规义务,这一义务的具体内涵以及该义务应当在既有的《公司法》体系中如何安置,如何与忠实和勤勉义务契合等问题不甚清晰。二则,面对频发的数据侵权案件,数据公司及其股东并未依《公司法》追究董事等内部人员的民事责任,我国法官也未续造出追究相关主体数据不合规责任的司法经验。面对数据公司轻量化的冲击,负有数据合规责任的公司内部主体是否应对“赤裸裸”的第三人直接承担责任?公司和股东又应当如何追究这些主体的责任?《公司法》未供给良好的董事决策责任配置机制,这造成了数据不合规责任的分配失衡。三则,数据公司的决策者应当正视多元主体的正当利益诉求,平衡自身对金钱利益的追求、数据主体对隐私与自由的需求以及社会公众对科技创新、网络安全、经济发展的企盼等多方利益。《公司法》第 20 条虽然明确规定了公司应当承担社会责任,但如何在公司法上落实,如何指引相关主体的涉数据决策均不甚清晰。公司社会责任不应当是虚构的数据治理的幻象,而应当是可以具体执行的明确方法。

四、公司法对公司数据治理机构设置的回应

公司法对公司数据治理机构设置的回应,应当坚持两个原则:一是全面性原则。从公司类型角度观察,所有的数据公司均应当常态化地参与数据治理,公司法立法者应当突破《个人信息保护法》《数据安全法》等法律设置的重要数据处理者的限定,要求数据公司明确数据安全负责人或管理机构,落实数据合规责任。从公司机构角度观察,公司法应当通过改造股东会、董事会、监事会和经理层四类组织机构展开数据合规建设,实现数据治理理念在公司治理结构中的全面嵌入。二是区分性原则。由于改造公司治理机构是需要成本的,受公司类型、规模、组织机构、集团化程度等因素的影响,不同公司对改造成本的承受能力存在差异,且公司参与者需要建立最有益于公司的结构模式,而我们又不可能找到一个放之四海而皆准、适合所有公司的统一模式,所以,对于公司数据治理机构的改造,我们应当淘汰那些试图将所有的公司统一为单一模式的观念。公司法立法者应当提供多元选项,允许公司在立法者设定的基本要求之上进行自治改造。

(一)改造董事会以回应数据治理

“通过创造一个居于中心位置的决策者——一个连接点——并赋予其权威,企业得以用事后治理的模式取代事前谈判缔约的方法。不确定性和复杂性不再是问题,因为这个核心决策者可以运用其权力来采取相应措施应对新情况。”^⑥由于董事会与其他公司机关相比,具有效率、信息、专业等方面的比较与拣选意义上的治理优势,所以,无论是纵览全球公司治理策略,还是观察我国公司法修改轨迹,抑或是审视我国公司治理

^⑤ 参见新大陆:《2023 年社会责任报告》,http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-04-23/1219737279.PDF,最后访问日期:2024 年 5 月 7 日。

^⑥ [美]斯蒂芬·M·贝恩布里奇:《理论与实践中新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社 2012 年版,第 35 页。

实践,均呈现出一幅股东会远离公司的经营决策权力中心,而董事会走向公司治理舞台中央的生动图景。对于数据治理而言,同样如此,董事会占据了公司进行数据治理的权力中控系统的位置,同时作为任何公司文化变革的催化剂,^⑧其应当全面负责公司数据合规建设,对数据合规负领导责任。

从机构职能方面看,董事会应当负责审批公司重大数据合规事项,建构公司数据合规管理体系并确保其有效运转和持续改进,确保建立有效的数据违规举报与惩处机制,协调数据合规管理部门的职责与权限,引导培育公司数据合规自主性的企业文化等。其中的核心职能是建置数据合规体系,这是因为数据泄漏等数据安全事件可以通过实施监控计划来防范,如果公司的防火墙容易受到攻击或需要更新,或者黑客已经进入他们的系统,那么这一计划可以及时通知公司。^⑨例如,Wyndham公司正是因为操作系统过于陈旧,已经三年多没有更新,所以才没能够有效避免数据泄漏的发生。

从机构设置方面看,在董事会中嵌入数据治理职能主要有三种选项:选项一是新设一个全新的专门委员会,如数据治理委员会、数据安全与隐私保护委员会。选项二是改造董事会既有的委员会,赋予其数据治理功能。例如,三七互娱(002555)便由董事会战略委员会确定工作方向,批准和监督数据安全应对策略。^⑩选项三是由公司法定代表人或主要负责人担任数据合规第一负责人。该选项可以与选项一和选项二组合适用,也可以单独适用。单独适用场景一般发生在小型数据公司,以节约公司机构的改造成本。

从人员构成方面看,一是董事会中应当至少有一名拥有数据智力资本的董事,保障董事会的专业性。二是至少拥有一名具有法律背景的董事,保障公司数据决策的合规性。三是对于提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的数据公司,应当成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护等数据社会责任践行情况进行监督,以保证监督的客观性。四是董事会中应当有一名职工董事。尽管新《公司法》进一步完善了董事会中职工代表的有关规定,但仅对职工三百人以上不设监事会的公司董事会设职工代表作出了强制要求。之所以需要对数据公司作更严格的要求,是因为职工是重要的数据主体,通过这一安排不仅可以保护职工自身数据利益,也可以与消费者等其他数据主体产生情感共鸣,影响公司的数据决策。

(二)改造经理层以回应数据治理

“我国公司法上的经理是名副其实的公司业务执行机关,而且是主要的业务执行机关。”^⑪改造经理层是公司数据合规政策从纸面跃入实践的关键。从机构职能方面看,经理层的职能相较董事会职权更为细化具体,其应当根据董事会设计的公司数据合规管理体系制定具体的制度规范,并推动其有效实施;对日常数据合规管理情况进行评估与检查,采取应急处置和整改措施;对数据合规举报制定调查方案并开展调查,向数据合规第一负责人与董事会报告工作落实情况;组织或协助人事部门开展数据安全合规培训等。^⑫

从机构设置方面看,在经理层中嵌入数据治理职能主要有三种选项:选项一是成立信息安全与隐私保护部门,这是目前多数公司的选项。例如,科大讯飞(002230)成立了以执行总裁为主任的信息安全与隐私保护委员会以及专门的信息安全管理部,用以统筹规划管理公司的信息安全、数据安全与隐私保护工作。^⑬选项二是改造既有的经理层部门。例如,国投智能(300188)在经理层中的公司保密管理委员会下成立网络安全组与数据安全组,以此建立网络安全与数据安全管理与运营体系。^⑭选项三是专设一名数据合规官来具体

^⑧ See Thomas C. Baxter, Jr. & Chester B. Feldberg, Crisis Avoidance, Containment and Control: A Report from the Financial Services Front, *Banking Law Journal*, Vol. 117, 2000, p. 317.

^⑨ See Payne, Amanda Marie, What the Hack: Reexamining the Duty of Oversight in an Age of Data Breaches, *Georgia Law Review*, Vol. 53, 2019, p. 763.

^⑩ 参见三七互娱:《2023年社会责任报告》, <http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-04-20/1219692326.PDF>, 最后访问日期:2024年5月7日。

^⑪ 赵旭东:《再思公司经理的法律定位与制度设计》,载《法律科学》2021年第3期。

^⑫ 参见《深圳市企业数据合规指引》第14、15条。

^⑬ 参见科大讯飞:《2023年度环境、社会及治理(ESG)报告暨社会责任报告》, <http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-04-23/1219744480.PDF>, 最后访问日期:2024年5月7日。

^⑭ 参见国投智能:《国投智能2023环境、社会及公司治理(ESG)报告》, <http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-04-13/1219596325.PDF>, 最后访问日期:2024年5月7日。

负责公司内部数据合规治理事宜。这一选项主要针对的是规模较小的数据公司。

从人员构成方面看,经理层中应当至少包含一名具备专业资质的数据合规官,其既应当对数据处理和数据保护有一定的知识广度和认识深度,也应当具备法律专业知识,能够为公司数据活动进行专业的风险分析,以契合《个人信息保护法》《网络安全法》等法律法规对个人信息保护负责人和数据安全负责人设置的要求。数据合规官、数据安全负责人等在公司法中的定位应为高级管理人员,负有忠实和勤勉义务。

(三)改造股东会和监事会以回应数据治理

股东会是公司的权力机关,享有公司重大事务的决策权力。虽然股东表决权是一种特别的个体性和主观性权利,股东可以根据自己意志并为自身利益自由地形成表决意见和实施表决行为,^⑤但法律上可以引导股东表决应兼顾公司整体和长远利益以及其他主体的利益。《公司法》第20条虽然在一定程度上细化了公司社会责任的对象,但“公司职工、消费者等利益相关者的利益”“生态环境保护等社会公共利益”等表述并未具体到数据治理领域,难以为股东会决策提供明确的指引。对此,立法者可以将“等社会公共利益”稍作展开,表述为“生态环境保护、数据共享与安全等社会公共利益”,体现出对股东会转变经营方式的引导。

监事会是公司的监督机构,但新《公司法》重新配置了公司治理中的监督权力,允许公司选择单层制治理模式,即在董事会中设置由董事组成的审计委员会代替监事会,实现了公司监督权力向董事会的集中,这一变革使监事会成为了一个或有的监督机关。这意味着立法者只能在双层制治理模式下改造监事会。改造的主要方式是增强监事会的专业性,“我们需要的不是通常意义上的‘好’或‘卓越’的人,而是有专门特长的人,这样就可以为企业做出具体的贡献”。^⑥监事会中应当至少有一名监事具有数据合规或数据利用相关的专业知识或工作经验,以增强监督的有效性。当然,公司也可以自主选择设定更为精细化和专业化的监事会构成,比如,在监事会中设置数据合规与隐私保护专门委员会等。

五、公司法对公司数据治理机制配置的回应

静态的公司治理结构并不能为公司法回应数据治理提供完全动力,仍需要公司治理机制的有效运作,从关注制衡关系转向公司决策。虽然公司治理机制是多元的,但核心在于信息披露机制、激励机制与约束机制,公司法也应当主要从这三方面展开回应性变革。

(一)更新公司数据治理披露机制

一方面,立法者应当实现公司数据治理信息披露机制从无到有、从自愿性到强制性的转变。理论研究证成了目前的自愿披露无法自我解决市场失灵问题,对公司施加积极公开的义务是符合社会效益的,其能够节约交易成本,创造社会协作的巨大利益,营造诚实的文化典范。^⑦信息披露机制的更新强化有助于以较小成本降低数据公司与数据主体之间的信息不对称程度,便利利益相关者了解公司数据合规治理的表现,形成强大的外部监督力量,回归数据这一生产要素的社会属性。实证研究同样显示,ESG信息披露可以通过降低信息不对称程度和平抑投资者情绪缓解股价崩盘风险,^⑧减少公司因遭受黑客行动主义者攻击而泄漏数据的可能性。因此,《公司法》第20条第2款可以调整为,“国家鼓励公司参与社会公益活动,公布社会责任报告。但是,数据公司应当披露数据合规信息。”

另一方面,立法者应当实现公司数据治理信息披露机制从点到面,实现披露的全面性和精细化。目前商业实践中数据公司对数据治理信息披露的全面性和精细性呈现良莠不齐之态,例如,三七互娱(002555)《2023年社会责任报告》中单列“维护网络安全”一章,在这之下又详细分为五个议题,分别是“网络内容安全”“信息技术安全”“用户隐私保护”“未成年人网络安全”“开展负责任营销”,占14页篇幅。^⑨同为以游戏

^⑤ 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期。

^⑥ [奥]弗雷德蒙德·马利克:《正确的公司治理——发挥公司监事会的效率应对复杂情况》,朱健敏译,机械工业出版社2018年版,第174页。

^⑦ 参见楼秋然:《ESG信息披露:法理反思与制度建构》,载《证券市场导报》2023年第3期。

^⑧ 参见席龙胜、王岩:《企业ESG信息披露与股价崩盘风险》,载《经济问题》2022年第8期。

^⑨ 同前注^⑧,三七互娱报告。

开发、发行和运营为主营业务的游族网络(002174)发布的社会责任报告虽然也单独设置了“加强网络安全”专章,但仅包括“用户隐私保护”“数据安全及信息安全”两部分,且仅有3页篇幅。^⑨ 浙数文化(600633)发布的2023年度ESG报告只有两页涉及“信息安全与隐私保护”。^⑩ 相比后两个公司信息披露的简约化,三七互娱的信息披露机制具有显见的优势,呈现对利益相关者信息充分性和可用性的双向兼顾。对此,立法者应当建立统一的公司数据治理信息披露标准。考虑到《公司法》的内容容量与效力位阶,立法者可以在第20条第2款中设置转介条款,规定“具体披露标准由国务院相关部门另行规定”。但这些具体披露标准应当包括数据安全与隐私保护、数据技术与思维创新两个方面,涵盖数据治理的目标、风险、策略和成果四个议题。

(二)更新公司数据治理激励机制

《公司法》将党的二十大报告提出的“弘扬企业家精神”写入立法目的条款,实现了对数据公司尊重智力资本的顶层设计,但在具体规则方面尚缺乏充足的制度供给,在激励创业团队长期持续性地投入高质量的人力资本、技术资本和创新资本方面存在欠缺。

一方面,《公司法》应允许智力资本出资。《公司法》第48条虽然增补了股权、债权两种出资形式,但事实上并无实质性修改,智力资本依然不能作价出资。然而,这一限制既与股东出资交易的自治属性抵牾,而且会妨碍发挥各类新型财产的出资价值,难以适应数字经济时代对人力资源等商业资源的需求。以允许股东之间约定或董事会对智力资本出资的定价来化解价值评估难题,参照分期缴纳股款破解智力资本履行中的移转难题,配合智力资本价值的公开披露制度、股东补缴责任、其他股东承担连带责任以及竞业限制等配套制度来实现风险控制,^⑪可以满足具有数据技术与数据思维等不同人才的智力资本出资需求,激励业务模式与数据产业的创新。

另一方面,《公司法》应允许有限责任公司发行类别股。原因在于,相比数量有限的股份有限公司,有限责任公司才是我国资本市场中数量最多和最为活跃的主体,它们也是众多创业公司优先选择的类型模板。掌握知识、技术和高品质的创业者对公司控制权利益的偏爱与拥有资金的投资人对公司经济利益的追求之间的差异性,促使着股东同质化的裂解。类别股体现出强烈的合同性特征,其以尊重股东权利的个性化安排为制度设计主轴,为数据公司根据自身状况、公司目的和市场形势量身定制适宜自身的类别股构造提供了可能。^⑫ 该项制度更加契合有限责任公司自治和股东实质公平之精神,成为创业公司的普遍选择。例如,在美国,只有大约10%的上市公司发行了可转换优先股,但在封闭公司中优先股却被广泛使用,成为优先股发挥功能的首要场域。^⑬ 在我国,《深圳经济特区科技创新条例》第99条允许在深圳市登记的科技企业设置特殊股权结构,在公司章程中约定表决权差异安排,已经开启了我国有限责任公司发行类别股的制度探索。对此,《公司法》第65条应当明确有限责任公司可以发行类别股,但考虑到《公司法》第144条列举的股份有限公司可以发行优先股、表决权受限股、股权转让受限股以及国务院规定的其他类别股等形式,难以满足商事实践的需求,^⑭因此,有限责任公司发行的类别股类型可交由公司自治,为数据公司股权结构设计提供富有弹性的开放结构,使人们能够最大限度地探索未知领域,以应对变动不居的商业世界和适应日新月异的数字技术的发展。^⑮

(三)更新公司数据治理约束机制

首先,《公司法》应当扩张董事义务内涵,建构董事、监事和高级管理人员的数据合规义务,具体指引公司

^⑨ 参见游族网络:《2023年社会责任报告》,http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-04-29/1219873202.PDF,最后访问日期:2024年5月7日。

^⑩ 参见浙数文化:《浙数文化2023年度社会责任报告暨环境、社会及治理(ESG)报告》,http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2024-03-28/1219427545.PDF,最后访问日期:2024年5月7日。

^⑪ 参见梁上上:《人力资源出资的利益衡量与制度设计》,载《法学》2019年第3期。

^⑫ 参见王丹:《〈公司法〉修订背景下有限责任公司适用类别股的实践路径与理论证成》,载《财经法学》2023年第4期。

^⑬ See Ronald J. Gilson & David M. Schizer, Understanding Venture Capital Structure: A Tax Explanation for Convertible Preferred Stock, Harvard Law Review, Vol. 116, 2003, p. 879.

^⑭ 参见李安安、侯子璇:《契约式股权结构的公司法调整:回应型法的一个解释框架》,载《理论月刊》2022年第5期。

^⑮ 同前注^⑩,蔡立东书,第131页。

内部人员的行为。以董事为例,董事数据合规义务应当包括因董事主导公司从事数据不合规行为而产生的守法义务和由经理或职工主导而产生的监督义务。对于守法义务而言,其要求董事在履职时必须遵守有关数据保护和数据安全的法律数据不合规行为、行政法规等外部规范和公司章程等内部约束,不得利用公司泄漏和滥用用户数据、不背叛用户。《公司法》第179条赋予了守法义务的独立位置,但监督义务并未被立法者明确。该义务与数据公司合规必然化的特征相契合,可以类型化为以下三个子项义务:一是防范义务,即构建一个具有清晰导向、完备组织和协调应急方案以及高效监督和问责机制的数据合规管理体系;二是监控义务,即保证数据合规体系的有效运行和随时更新;三是应对义务,即在数据风险发生时,及时采取补救和应对措施,实现对下属的持续性监督与行为合规的促进。监督义务从根本上讲是诱导努力,而不是化解利益冲突,^⑦因此,立法者可以将监督义务作为勤勉义务的一环。尽管因所处公司位置差异,董事与数据合规官等高级管理人员、监事负担的数据合规监督义务的内涵存在宏观与微观以及监督对象等方面的差异,但其所具有的监督的本质属性并无二致。

其次,《公司法》应当夯实董事、监事和高级管理人员的数据合规责任,塑造有牙齿的义务规范。^⑧以董事为例,一则,董事对公司负担数据合规责任。《公司法》第188—190条为公司和股东追究造成公司利益损害的董事的责任提供了请求权基础。判断董事是否违反守法义务或许并无难事,但问题是如何判断董事违反以不作为为主要特征的监督义务。无论是在前述“Target案”中,还是在“Equifax Inc案”^⑨中,董事均在预警机制发出紧急警告后选择忽视,由此带来了大规模的数据泄漏,但法院基本上都因程序性障碍或者双方和解等事由驳回了股东对董事的索赔。这种宽松的裁判思路不仅让前SEC专员路易斯·阿吉拉尔(Luis Aguilar)感叹,“选择忽视或最小化网络安全监督责任重要性的董事会就是自寻死路。”^⑩对此,我国立法者和裁判者可以稍作责任严格化转向:一是摒弃商业判断规则所主张的重大过失标准,改采一般过失标准;二是配置举证责任倒置规则,要求董事承担已尽数据合规义务的举证责任。

二则,董事对第三人负担数据合规责任,实现董事责任的“穿透式”落实。数据的弥漫性、不可替代性以及数据公司的轻量化进一步加大了董事职务行为对外部第三人的影响,这使得双方之间的关系从间接地隔着公司这堵墙的虚化呈现出直接化的趋势。对此,《公司法》第191条通过调试法人机关理论为董事对第三人负担数据合规责任提供了请求权基础。但出于激励与约束的衡平,作为第三人的数据主体只能在董事存在故意或重大过失,诸如没有建置与公司数据风险水平相匹配的数据合规体系、对已经出现明显危险信号的数据风险视而不见等场景中,才能直接向董事主张责任,而不能任意扩张,避免董事责任过大而有识之士无意担任董事之职和打击商业创新的逆向选择。

三则,董事数据责任应当差异化配置。“董事地位虽平等,在决策中的具体角色则是‘差序格局’。”^⑪数据时代完成了知识的更新迭代,很多决策已然超出了日常生活的经验,董事会中精通数字技术的董事、具有数据法等相关背景的董事成为其他董事会成员作出决策时的依赖。对此,我们理应期待此类董事负担更高的注意义务,承担更重的责任。

最后,《公司法》应当供给公司实现数据社会责任的方法论,尊重数据公司目的的多元性。在数据立法领域,无论是《民法典》第1035条,还是《个人信息保护法》第4—5条均为处理个人信息的组织供给了“合法、正当、必要原则”的决策指引,这些规则暗含的一条逻辑线索是,公司涉数据决策应当遵循比例原则的精神。比例原则以目的正当性、适当性、必要性和均衡性的逻辑层级呈现出一套具有逻辑性延承的分析框架或论证程序,^⑫可以为数据公司践行社会责任注入方法指引,以促进利益相关者对话以及围绕公司决策展开更为广泛

^⑦ See William C. Bunting, A Simple Model of Corporate Fiduciary Duties: with an Application to Corporate Compliance, *Review of Law & Economics*, Vol. 17, 2021, pp. 583—614.

^⑧ 参见冯成丰:《没有“后果”的公司法?——论公司法上的恢复原状》,载《当代法学》2024年第3期。

^⑨ See *In re Equifax, Inc. Derivative Litig.*, No. 1:18-CV-00317 (N. D. Ga. June 1, 2020).

^⑩ Barry Dynkin & Benjamin Dynkin, *Derivative Liability in The Wake of A Cyber Attack*, *Albany Law Journal of Science and Technology*, Vol. 28, 2018, p. 42.

^⑪ 朱羿锟:《董事会运行中非理性因素的法律规制》,载《中国社会科学》2015年第8期。

^⑫ 参见蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,载《中国社会科学》2021年第4期。

的讨论,同时,可以在一定程度上打开董事会数据决策的“黑箱”,开启审查董事会决策的可能性。^③ 依循比例原则,公司在作出涉数据相关决策时,首先,应当具有数据处理和利用的特定、明确且合理的目的;其次,需要回答为股东利益而采取的手段或者限制非股东群体利益的手段和所要实现的目标之间是否有直接且合理的联系;再次,判断是否有一种替代方案既能够充分实现股东的目标,也对非股东群体的有关权利的影响较小;最后,需要进一步检验该手段对数据主体的不利益与股东群体利益的实现之间是否均衡。在依程序化的论证步骤展开决策分析时,可以以数据的分类分级为类型化依据,指引比例原则更为精细化的适用。例如,从合理隐私期待维度上,个人数据可以划分为三个层次:一是符合社会一般合理认知共识的私密数据,如有关性取向、性生活等;二是不具备私密性的一般数据;三是兼具防御性期待及积极利用期待的个人数据。^④ 对此,比例原则应当呈现出从严到松的阶梯式适用样态。

结语

在数字经济时代,作为数据的搜集者、利用者和控制者的数据公司对人类生活的影响愈发明显,在成长为做强做优做大我国数字经济的重要驱动力的同时,也担当着数据风险的生产者与控制者角色。然而,既有的数据治理体系仅停留在数据公司的表层逻辑,呈现外部法律要求与公司内部治理机制的脱节,忽视了作为规范公司内部治理的基础性法律——公司法——的治理效能。“面对风起云涌的信息科技革命,我国公司法需要未雨绸缪,积极推进制度变革,提升公司法的科技含量。”^⑤ 这既是数字经济多元协同治理能力提升工程的重要一环,也是现代公司法从商品经济逻辑迈向数字经济逻辑、不断适应数字化发展的自身革新。

Absrtact: In the era of digital economy, companies are still the main manifestation and organizational carrier of data collectors, controllers and users. However, there is a disconnect between external legal requirements and internal corporate governance mechanism in China's data governance model. Company law responding to data governance can repair the break of data risk regulation chain, actively fill the normative loopholes of data governance, and form the resultant force of data governance and the global competitiveness of digital economy. Data companies have the characteristics of obvious intellectual capital, inevitable corporate compliance and diversified corporate purposes, but China's current company law fails to better respond to the new characteristics and new requirements of such companies. In this regard, in terms of setting up the governance structure of data companies, the company law should comprehensively transform the governance institutions such as shareholders' meeting, board of directors, board of supervisors and managers, configure multiple options, allow companies to carry out autonomous transformation on the basis of the basic requirements set by legislators, and build the "skeleton" of the company law in response to data governance. In terms of the configuration of data company governance mechanism, the company law should update the information disclosure mechanism, incentive mechanism and restraint mechanism, create an open and transparent internal governance atmosphere, consolidate the main obligation and responsibility mechanism, and practice positive data social responsibility, and fill in the "flesh and blood" of the company law in response to data governance.

Key Words: Data Governance; Company Law; Corporate Governance Institutions; Fiduciary Duty

(责任编辑:李安安)

③ 参见陈洪磊:《论比例原则在公司法中的适用》,载《法制与社会发展》2023年第6期。

④ 参见北京互联网法院(2019)京0491民初16142号民事判决书。

⑤ 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。