

新看门人：私营企业作为公共执法者

[美] 罗里·范·卢
林慰曾 译

摘要：全球最具影响力的商业巨头正日益承担起监管其他企业的公共职能。受行政机关强制指令的约束，Facebook 公司需要监控应用程序开发者的隐私保护机制；花旗银行需要核查旗下的客户呼叫中心是否存在欺诈性销售行为；埃克森美孚石油公司需要审查海上石油平台的环境标准。学术界长期关注政策制定者如何运用私人市场主体作为公共执法力量，如认证机构、会计师、律师等外围“看门人”。但他们鲜少探讨经济核心领域中大型私营企业被系统性用作监管工具这一新兴趋势。文章通过对科技、金融、能源、制药等支柱产业的案例研究，揭示了大型私营企业作为公共政策执行者日益崛起的现象。过去 20 年间，行政机关依据立法规范、指导文件和司法命令，强制要求这些行业的龙头企业履行公共监管职责。具体而言，企业须在商业合约中明确规定保留对第三方进行审查的条款，以此确保当发现第三方违规行为时它们能够对其施加压力或采取惩戒措施。这种治理模式具有重要的理论创新价值及政策启示：它不仅赋予企业更多公共责任、重塑公司治理结构，甚至可能引发商业组织形态的深层次变革，同时也为资源有限的监管部门提供了前景广阔的监管工具。但若制度设计失当，作为公共政策执行者的私营企业可能产生大量缺乏问责机制的问题。在当代企业与规制的理论研究中，学者应对私营企业作为公共执法者的现象给予足够重视。

关键词：私营企业；看门人；合同治理；企业责任；公共治理

[中图分类号] D971.2 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2025) 04-0122-37

引言

2018 年，脸书社交服务网站（Facebook）董事长兼首席执行官马克·扎克伯格因美国联邦贸易委员会（FTC）的创纪录巨额罚款^{（1）}，在全美电视直播的参议院听证会上接受质询。这场听证

【作者简介】罗里·范·卢（Rory Van Loo），波士顿大学法学院副教授。原文刊载于《弗吉尼亚大学法律评论》第 106 卷，版权归属弗吉尼亚大学法律评论协会（Virginia Law Review Association）。译文得到弗吉尼亚大学法律评论协会的授权。译者真诚感谢弗吉尼亚大学法律评论协会与罗里副教授对本文翻译工作的大力支持。本文关键词由译者拟写。

【译者简介】林慰曾，法学博士，湖南大学法学院助理教授。

（1）Cecilia Kang, *A Facebook Settlement with the F.T.C. Could Run into the Billions*, New York Times, 15 February 2019, at B6.

会的核心争议并非脸书对用户的直接行为，而在于其未能有效约束第三方机构，尤其是政治咨询公司“剑桥分析”（Cambridge Analytica）通过获取数百万用户账户数据干预选举并支持特定候选人的行为。在扎克伯格接受国会质询前，美国联邦贸易委员会已对谷歌和亚马逊提起诉讼，要求其承担监管第三方隐私侵权及未成年人游戏内购（其中单笔金额可达数千美元）的责任。这意味着美国联邦贸易委员会正强制要求科技巨头以传统上属于公共监管机构的方式，对其他企业的违法行为实施监管。

政策制定者在探索最优监管框架的过程中，逐步构建起庞大的私营部门执法体系。⁽²⁾ 既有研究主要聚焦于以提供辅助服务为核心职能的第三方执法主体，例如行业自律组织及监管机构授权的独立审计机构。⁽³⁾ 公司法视阈下的相关文献则强调由律师、会计师、认证机构等构成的“看门人”网络，防范企业合规与治理的失效。⁽⁴⁾ 例如，上市公司年度报告必须经注册会计师签署方可发布。⁽⁵⁾ 在此类传统私人执行的场景中，承担监管职责的“街头警员”多为市场边缘参与者而非核心主体。⁽⁶⁾

本文揭示了政策制定者如何将行业领军企业——经济体系的核心力量——转化为新型强势第三方执法者。美国前十大市值企业分布于信息技术、金融、能源及制药领域。监管机构已明确要求这些行业的龙头企业承担对第三方的监督职责：除美国联邦贸易委员会外，环境保护署（EPA）

(2) Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, 56 Duke Law Journal 377, 453 (2006); Cary Coglianese & David Lazer, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 37 Law & Society Review 691, 726 (2003); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 549–556 (2000); Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 Columbia Law Review 1367, 1369 (2003); Martha Minow, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 116 Harvard Law Review 1229, 1237–1242 (2003).

(3) Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, 56 Duke Law Journal 377, 452–458 (2006); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 635–644 (2000). 再举一例，在监管证券交易所方面，美国证券交易委员会高度依赖自律组织来监督违规行为并提出规则，相关研究参见 Jennifer M. Pacella, *If the Shoe of the SEC Doesn't Fit: Self-regulatory Organizations and Absolute Immunity*, 58 Wayne Law Review 201, 202 (2012). 法院也会指派第三方监督机构，相关研究参见 Veronica Root, *The Monitor-“Client” Relationship*, 100 Virginia Law Review 523, 531–533 (2014).

(4) John C. Coffee, Jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2006, p. 275; Assaf Hamdani, *Gatekeeper Liability*, 77 Southern California Law Review 53, 107 (2003); Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 Journal of Law, Economics & Organization 53, 54 (1986).

(5) 15 U.S.C. § 78m(a) (2018).

(6) 学术界还广泛探讨了自我监管作为近几十年来兴起的更广泛的新治理模式的一部分。如今，行政机构推行合作型和响应型的公共治理模式，旨在鼓励企业部门进行自我监管，相关研究参见 Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1995, p. 216; Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 University of California, Los Angeles Law Review 1, 4 (1997). 此外，大型企业大幅扩充了合规部门，从内部对企业进行监管，相关研究参见 Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2075, 2077 (2016); Kimberly D. Krawiec, *Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model*, 32 Florida State University Law Review 571, 572 (2005); Veronica Root, *Coordinating Compliance Incentives*, 102 Cornell Law Review 1003, 1004 (2017). 关于企业合规这一重要且新兴的文献，一直聚焦于企业自身在监管内部运营方面的作用，或者传统看门人在这一方面的作用。

与司法部（DOJ）要求英国石油等能源巨头审计离岸石油平台运营商的环保合规情况⁽⁷⁾；食品药品监督管理局（FDA）要求辉瑞等制药企业确保供应商及第三方实验室遵循健康安全规范⁽⁸⁾；消费者金融保护局（CFPB）则指令美国运通等金融机构监控第三方催收机构及呼叫中心的欺诈性操作。⁽⁹⁾

这种广泛征用企业作为执法主体（下称执法型企业）的模式，虽与传统第三方规制存在共性，却在本质上呈现出显著差异。以美国联邦贸易委员会早期对脸书的指令为例：美国联邦贸易委员会要求脸书聘请第三方审计机构（典型的传统看门人模式）对合规状况进行认证。⁽¹⁰⁾在此模式下，审计机构的主要制衡手段是拒绝签署脸书提交美国联邦贸易委员会的两年期报告。但脸书可通过更换服务机构实施反制。这种报复能力实质上削弱了传统看门人的制衡力量与独立性。⁽¹¹⁾

相较之下，执法型企业往往身兼受监管第三方主体的客户或核心商业伙伴的双重身份，其最有力的制裁手段（终止商业合作）足以产生毁灭性后果。正是这种客户关系，使传统看门人的制度缺陷转化为执法型企业的优势。概言之，政策制定者开始倚重经济体系中真正的看门人——那些掌控核心产品市场准入权的企业——来实施第三方监管。⁽¹²⁾

在揭示这一新型执法模式时，本文承继了关于私营部门与行政国家边界日益模糊的学术脉络。尽管既有研究尚未系统考察执法型企业的现象⁽¹³⁾，但它与传统第三方执法同样面临问责难题。尤其值得注意的是，这种征用型执法作为新兴准监管领域，因其免受司法审查推翻的特性，天然缺乏透明度及公开评论等传统公众参与机制，进而预防可能产生的问题。⁽¹⁴⁾

但若设计得当，执法型企业或能在问责机制上实现创新性突破。相较于传统看门人，直接面

(7) Consent Decree Among Defendant BP Exploration & Production Inc., the United States of America, and the States of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi, and Texas, at 32–33, In re Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico, on 20 April 2010, MDL No. 2179 (E.D. La. 5 October 2015).

(8) 21 C.F.R. § 211.22(a) (2018); FDA, *Letter from FDA Office of Regulatory Affairs to Meridian Medical Technologies Inc.*, U.S. Food & Drug (5 September 2017), <https://www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/2017/ucm574981.htm>.

(9) Joint Consent Order, In the Matter of Am. Express Centurion Bank, No. FDIC–12–315b, FDIC–12–316k, 2012–CFPB–0002 (F.D.I.C., C.F.P.B. 1 October 2012), <https://www.fdic.gov/news/news/press/2012/pr12114a.pdf>.

(10) Decision and Order at 3–4, In the Matter of Facebook, Inc., No. 092–3184 (F.T.C. 27 July 2012), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>.

(11) Joel S. Demski, *Corporate Conflicts of Interest*, 17 *Journal of Economic Perspective* 51, 57 (2003).

(12) 一家多元化公司可能同时扮演新旧两种看门人的角色。例如，通过允许一家公司同时担任商业银行和投资银行，法律使大型金融机构能够既作为传统看门人——通过承销证券来监督客户，这是出于避免1933年《证券法》下的责任。它同时可以作为新看门人，即对第三方企业进行监督，相关研究参见 Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 *The Journal of Law, Economics, and Organization* 53, 83(1986).

(13) 学者在讨论强制第三方治理时，要么只是简略提及，要么是在诸如刑法或国际法等更狭窄的语境中，相关研究参见 Larry Catá Backer, *Surveillance and Control: Privatizing and Nationalizing Corporate Monitoring After Sarbanes-Oxley*, 2004 *Michigan State Law Review* 327, 433–434 (2004); John Braithwaite, *Responsive Regulation and Developing Economies*, 34 *World Development* 884, 889–890(2006); Stavros Gadinis & Colby Mangels, *Collaborative Gatekeepers*, 73 *Washing & Lee Law Review* 797, 910 (2016); Itai Grinberg, *The Battle over Taxing Offshore Accounts*, 60 *University of California, Los Angeles Law Review* 304, 383 (2012).

(14) Rachel E. Barkow, *Overseeing Agency Enforcement*, 84 *George Washington Law Review* 1129, 1130 (2016); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 *New York University Law Review* 543, 647(2000); Lesley K. McAllister, *Regulation by Third-Party Verification*, 53 *Boston College Law Review* 1, 3–4(2012).

向消费者的执法型企业可能对公众诉求更为敏感。⁽¹⁵⁾ 承担公共执法功能的大型公司是公共监管的主要目标，行政机构通过监督此类公司实现有效监管，这种方式比传统看门人增设全新监管类别要容易得多。历史经验表明，企业征用机制在破解行政难题方面功不可没。例如，美国税制向个人所得税的转型便得益于此。⁽¹⁶⁾ 从类比的角度看，监管机构可通过执法型企业的力量，使分散的商业从业者保持合规状态。

本文无意鼓吹执法型企业模式，因其新颖性与研究深度尚不足以支撑规范性结论，但以开放姿态审视其优势，恰可回应行政法学界长期将私主体视为合法性威胁的批评。这种偏见阻碍了“探索私主体促进问责之路径”的学术想象。⁽¹⁷⁾

法定第三方治理机制亦为公司法前沿议题注入新动能。学者长期聚焦于董事信义义务、个人责任与组织架构等传统领域⁽¹⁸⁾，而征用型执法不仅重塑这些维度，更挑战了强调企业私主体属性的经典理论。根植于“企业是所有者、管理者、劳动者、供应商及客户间契约联结体”这一支配性隐喻的公司法理论⁽¹⁹⁾，正遭遇制度现实的挑战。当国家强制企业拟定执法导向的合同条款并监控外部关系的合规性时，国家客观上正在推动企业承担更显著的公共职能。

这一理论洞见超越纯粹学术范畴，直接指向立法实践与公司治理前沿。当前关于企业社会义务的顶层争论中，股东优先理论正面临利益相关者理论的强劲挑战。⁽²⁰⁾ 征用型执法通过国家向企业施加积极作为的公共义务，标志着国家（联邦）对企业监管渗透程度的根本性转变。在此背景下，相较于纯粹私主体认知框架下的空谈，商界领袖践行社会责任的呼声显现出更强的现实关联性。⁽²¹⁾

本文结构如下：第一部分梳理私营部门作为执法主体的传统模式；第二部分通过四大案例研究（美国联邦贸易委员会与科技行业、消费者金融保护局与银行业、环境保护署与能源业、食品

〔15〕 John C. Coffee, Jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2006, p. 13–18.

〔16〕 Ajay K. Mehrotra, *Making the Modern American Fiscal State: Law, Politics, and the Rise of Progressive Taxation, 1877–1929*, Cambridge University Press, 2013, p. 282–283.

〔17〕 Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 675 (2000); Sarah Light, *The Law of the Corporation as Environmental Law*, 71 Stanford Law Review 137, 139–141 (2019).

〔18〕 Foss, Nicolai J., et al., *The Theory of the Firm*, in B. Bouckaert & G. De Geest, Edward Elgar, Encyclopedia of Law & Economics, 3rd ed., 2000, p. 631.

〔19〕 Melvin A. Eisenberg, *The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 Journal of Corporation Law 819, 836 (1999); Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 Journal of Financial Economics 305, 360 (1976); Steven L. Schwarcz, *Misalignment: Corporate Risk-Taking and Public Duty*, 92 Notre Dame Law Review 1, 26 (2016).

〔20〕 Elizabeth Warren, *Companies Shouldn't Be Accountable Only to Shareholders*, Wall Street Journal, 15 August 2018, at A17; Martin Lipton et al., *It's Time to Adopt the New Paradigm*, Harvard Law School Forum Corporate Governance (11 February 2019), <https://corpgov.law.harvard.edu/2019/02/11/its-time-to-adopt-the-new-paradigm>.

〔21〕 商界人士的言论与现实依然存在一定差距。相关研究参见 Marcel Kahan & Edward Rock, *Symbolic Corporate Governance Politics*, 94 Boston University Law Review 1997, 2042 (2014).

药品监督管理局与制药业)解析美国监管部门如何构建第三方强制执行体系;第三部分探讨该执法模式如何重塑企业契约关系、治理结构及个人与实体责任配置;第四部分总结该模式对行政国家效能与问责的深远影响。

公司法和行政法学界持续数十年的争论,始终围绕“如何最佳调和企业参与者的私益以服务公共利益”这一命题。传统范式始于企业自律的愿景,其动力或源于市场激励,或出于规避法律制裁。尽管学者们认识到私主体执法的异质性,但尚未系统考察龙头企业承担第三方监管责任的新趋势。下文将回溯第三方规制的既有理论谱系。

一、传统模式中的第三方执法

公司法与行政法学界的研究者围绕“如何最佳调和企业参与者的私益以服务公共利益”这一核心命题,持续了几十年的探讨。⁽²²⁾从历史维度看,理论建构的起点根植于对企业自律的期许。其动力或源于市场激励机制,或出于避免法律制裁的考量。尽管学者们已充分认识到私营主体作为执法者的异质性⁽²³⁾,但现有研究尚未深入剖析大型企业承担第三方监管责任这一新兴趋势的深层意义。下文将系统梳理私人主体在第三方规制领域的既有理论谱系。

(一) 独立执法机制

企业间基于公共利益产生的相互影响的根源在于市场而非政府。要理解这种公私联结关系,首先考察行政国家的运作模式。监管机构在选择政策工具时享有广泛裁量权,其主要工具包括制定法律规则与提起诉讼。⁽²⁴⁾但如笔者在其他研究中所示,公共监管部门投入法律职能的资源,远少于其在监测活动中的投入资源。后者主要通过现场检查与远程信息采集以实施。当监管者在监测活动中发现企业的违法行为时,环保署巡查员、银行审查员等监管主体可以在司法系统外采取多样化应对措施:从要求企业整改的非正式措施到勒令停业整顿的正式措施。⁽²⁵⁾私营企业作为第三方执法主体,其职能与公共监管部门的核心职能(尤其是监督职能)具有同构性。

在缺乏法律强制的情况下,企业间基于自利动机的相互监督机制已然存在。例如,当土地作为贷款抵押物时,银行可能定期巡查该土地以确保借款企业未违规排放有害化学物质或损害抵押资产价值。⁽²⁶⁾保险公司亦会监控投保企业,防止其违法行为引发保险机构的巨额赔付。⁽²⁷⁾企业降

(22) Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, 93 Yale Law Journal 857, 857, 868 (1984).

(23) Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 Journal of Law Economic & Organization 53, 56 (1986).

(24) M. Elizabeth Magill, *Agency Choice of Policymaking Form*, 71 University of Chicago Law Review 1383, 1384–1386 (2004).

(25) Rory Van Loo, *Regulatory Monitors*, 119 Columbia Law Review 369, 373–375, 408–412 (2019).

(26) Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 Columbia Law Review 2029, 2053–2055 (2005); Kathryn Judge, *Interbank Discipline*, 60 University of California Los Angeles Law Review 1262, 1321–1322 (2013).

(27) Mark A. Cohen et al., *Deepwater Drilling: Law, Policy, and Economics of Firm Organization and Safety*, 64 Vanderbilt Law Review 1853, 1899 (2011); Shauhin A. Talesh, *Insurance Companies as Corporate Regulators: The Good, the Bad, and the Ugly*, 66 DePaul Law Review 463, 497 (2017).

低成本的预期驱动着此类监管行为，但其客观上促进了公共利益。这些经济利益能够推动外部主体“在常规商业运作中对重大管理决策形成制约”。⁽²⁸⁾

另一类私营执法主体是自律组织（Self-regulatory Organization），这类机构虽被称作政府“第五分支”的新形态，实则源于行业自治。特定行业的从业者或企业联合组建此类组织，例如证券交易商创立纽约证券交易所（NYSE）的初衷，即在于“通过排除不可靠、无信誉的投机者以提升行业整体信誉”。⁽²⁹⁾

近几十年来，私营部门的监管行为日益超越保护自身投资或成员利益的范畴，转向推动社会公益目标。沃尔玛超市对供应商施加回收利用与节能要求⁽³⁰⁾，耐克与苹果公司对制造工厂进行审计以防止童工等侵权现象出现⁽³¹⁾。此类行为最初多为应对负面舆情的被动举措，而今正转变为企业的主动作为：“企业不再仅仅是激进抵制运动的对象，其自身正逐渐转型为行动主体。”⁽³²⁾

以市场为导向的约束机制还包括认证体系。相关组织通过认证标识向消费者传递咖啡、水果等产品是否符合公平贸易与环境可持续标准的信息。⁽³³⁾ 此类标识通过激发消费者偏好，倒逼企业遵循更高标准。可见，企业正通过纯粹自主行动以多样化方式对其他企业实施监督。

（二）激励性执法机制

尽管私营部门自愿监管的部分动因在于规避公共监管⁽³⁴⁾，但前述案例均属法律未施加直接影响情境下的自主规制行为。政策制定者虽偶有介入的意图，却不愿以威权式强制手段迫使私主体行动。⁽³⁵⁾ 在此情形下，即使不强制推行私主体执法，仍可通过制度设计激励其自愿履行监管职责。例如，若法律规定制药企业须对原料供应商的违法行为承担替代责任，即使无法定审计义务，药企亦有动力主动审查供应商的生产流程。⁽³⁶⁾

激励型执法的另一典型应用是要求企业以数字化形式披露产品信息，以便中介机构利用数据辅助消费者决策。在线旅游平台（如 Expedia、Travelocity）的兴起，得益于政府强制航空公司在

(28) Frederick Tung, *Leverage in the Board Room: The Unsung Influence of Private Lenders in Corporate Governance*, 57 University of California Los Angeles Law Review 115, 120 (2009).

(29) William A. Birdthistle & M. Todd Henderson, *Becoming a Fifth Branch*, 99 Cornell Law Review 1, 4 (2013).

(30) Michael P. Vandenbergh, *The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance*, 54 University of California Los Angeles Law Review 913, 970 (2007). 相反观点可参见 Jonathan C. Lipson, *Promising Justice: Contract (as) Social Responsibility*, 2019 Wisconsin Law Review 1109, 1110 (2019).

(31) Barbara J. Fick, *Corporate Social Responsibility for Enforcement of Labor Rights: Are There More Effective Alternatives?*, 4 Global Business Law Review 1, 5–6 (2014).

(32) Sarah Light, *The Law of the Corporation as Environmental Law*, 71 Stanford Law Review 137, 139–141 (2019).

(33) Scott Burris et al., *Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship*, 41 Akron Law Review 1, 60 (2008).

(34) William A. Birdthistle & M. Todd Henderson, *Becoming a Fifth Branch*, 99 Cornell Law Review 1, 14–15 (2013).

(35) Colin Camerer et al., *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”*, 151 University of Pennsylvania Law Review 1211, 1212 (2003).

(36) Alan O. Sykes, *The Economics of Vicarious Liability*, 93 Yale Law Journal 1231, 1255 (1984).

线公开航班票价与时刻表的政策。此类中介通过构建信息透明的市场环境协助实现监管目标，从而抑制不良商业行为。⁽³⁷⁾ 尽管法律授权提供了信息基础，但未强制要求私主体必须利用该信息实施监管。

私主体还可通过提起诉讼或举报违法行为自愿担任执法者角色。许多领域的私人检察官制度赋予了公民通过诉讼执行公共法律的权利，此类法规常通过将违法企业支付罚金的一定比例分配给原告，为其提供经济激励。⁽³⁸⁾

相比于通过提起诉讼维权，公民和非营利组织可选择以举报人身份进行监督，而非直接发起司法诉讼。环保组织在巡查自然栖息地的过程中同步收集污染证据，这一活动因为尖端检测技术的普及而日益得到强化。⁽³⁹⁾ 与之形成制度协同的是“吹哨人”保护机制——通过提供法律庇护或经济奖励，鼓励企业雇员及第三方主动披露违法违规行为。⁽⁴⁰⁾

学者们还强调合同在自愿执法中的工具性作用。⁽⁴¹⁾ 企业常在无监管要求或为规避潜在监管风险时，自主缔结附属协议。这些协议源于私人协商，旨在限制企业因普通法侵权行为而承担法律责任的风险。⁽⁴²⁾ 自主审查不仅有助于减少违法行为，还可依据《联邦组织量刑指南》获得量刑减让。⁽⁴³⁾ 由此可见，政策制定者虽未直接强制执行，却拥有多元政策工具激励企业对其他企业实施监督。

（三）强制性执法机制

法律可强制要求私主体担任执法者，而非仅限于激励。“公司治理的核心往往在于看门人机制”⁽⁴⁴⁾，莱纳·克拉克曼（Reiner Kraakman）将其定义为：企业在采取特定行动前必须获得律师、会计师等专业人士背书的制度安排⁽⁴⁵⁾。例如，监管者可通过立法强制石油企业必须取得经认

(37) Rory Van Loo, *Rise of the Digital Regulator*, 66 Duke Law Journal 1267, 1269–1270 (2017).

(38) Barton H. Thompson, Jr., *The Continuing Innovation of Citizen Enforcement*, 2000 University of Illinois Law Review 185, 185, 216 (2000). 律师也有金钱激励来发起诉讼，这在一些执法领域起着重要作用，相关研究参见 Stephen J. Choi & A.C. Pritchard, *SEC Investigations and Securities Class Actions: An Empirical Comparison*, 13 Journal of Empirical Legal Studies 27, 28 (2016).

(39) Daniel C. Esty, *Environmental Protection in the Information Age*, 79 New York University Law Review 115, 209 (2004).

(40) Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107–204, § 806, 116 Stat. 745, 802–804; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111–203, § 922, 124 Stat. 1376, 1841–1849 (2010); U.S. Sec. & Exch. Comm’n, *Annual Report to Congress on the Whistleblower Program*, U.S. Securities and Exchange Commission (2017), <https://www.sec.gov/files/sec-2017-annual-report-whistleblower-program.pdf>, at 10.

(41) Jody Freeman, *The Contracting State*, 28 Florida State University Law Review 155, 155 (2000).

(42) Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 Columbia Law Review 2029, 2030–2031 (2005); Jonathan C. Lipson, *Promising Justice: Contract (as) Social Responsibility*, 2019 Wisconsin Law Review 1109, 1110 (2019).

(43) Jennifer Arlen, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, 66 University of Miami Law Review 321, 322 (2012).

(44) Mark J. Roe, *Delaware’s Competition*, 117 Harvard Law Review 588, 622 (2003).

(45) Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, 93 Yale Law Journal 857, 868 (1984); Jonathan C. Lipson, *Price, Path & Pride: Third-Party Closing Opinion Practice Among U.S. Lawyers (A Preliminary Investigation)*, 3 Berkeley Business Law Journal 59, 70–75 (2005).

证的第三方检测机构的证明，禁止其自主决定是否聘请检测服务。⁽⁴⁶⁾ 在此框架下，企业无法通过规避第三方监督降低成本。成文法与司法命令正迫使各行业企业接受第三方监督⁽⁴⁷⁾，学者认为这种“第三方认证实施的监管模式”或能纾解公共监管部门资源匮乏的困境⁽⁴⁸⁾。

需注意的是，单一看门人防范违法行为的能力具有局限性。私人审计师可能拒绝为欺诈性证券交易出具认证，此举虽可劝退部分察觉异常的潜在买家，但若法律未强制要求审计机构披露调查结果，证券发行方仍可转聘其他审计机构寻求认证。⁽⁴⁹⁾

以美国证券史为例：19世纪纽约证券交易所的交易量仅占全市场份额的零头，多数交易发生于“经纪人办公室、咖啡馆与街头”。⁽⁵⁰⁾ 20世纪通过牌照制度等改革逐步增强交易所吸引力，但直至1983年联邦立法才强制要求所有经纪商履行注册义务。传统看门人的监管效能从根本上取决于法律赋予的排他性强度。⁽⁵¹⁾

鉴于看门人在监管体系中的核心地位，学界对其问责机制多有探讨。⁽⁵²⁾ 2001年安然事件将此议题推向风口浪尖。这家被视为商业典范的能源巨头骤然崩塌，致使股东财富蒸发数十亿美元、员工养老金血本无归。其陨落震惊华尔街的深层原因在于：安然高管与顶级审计机构安达信（Arthur Andersen）合谋，将数亿美元亏损伪饰为巨额盈利。⁽⁵³⁾

尽管学界都认为看门人责任缺失是导致证券欺诈的主因，然而国会通过的《萨班斯 奥克斯利法案》亦对此应对乏力。⁽⁵⁴⁾ 与此相反，该法案要求美国证券交易委员会（SEC）制定审计师监督规则，但仍强制规定审计师必须对企业管理层关于内部控制的评估报告进行“鉴证并提出意见”。⁽⁵⁵⁾ 通过这种方式，法案将审计师塑造成一种法定的“吹哨人—看门人”混合角色，以增加

〔46〕 Douglas C. Michael, *Federal Agency Use of Audited Self-regulation as a Regulatory Technique*, 47 *Administrative Law Review* 171, 173 (1995).

〔47〕 Douglas C. Michael, *Federal Agency Use of Audited Self-regulation as a Regulatory Technique*, 47 *Administrative Law Review* 171, 175 (1995); Veronica Root, *The Monitor-“Client” Relationship*, 100 *Virginia Law Review* 523, 529–530 (2014).

〔48〕 Lesley K. McAllister, *Regulation by Third-Party Verification*, 53 *Boston College Law Review* 1, 5 (2012).

〔49〕 Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 *Journal of Law, Economic & Organization* 53, 58 (1986).

〔50〕 Stuart Banner, *Anglo-American Securities Regulation, Cultural and Political Roots 1690–1860*, Cambridge University Press, 1998, p. 256.

〔51〕 Cf. A.C. Pritchard, *Markets as Monitors: A Proposal to Replace Class Actions with Exchanges as Securities Fraud Enforcers*, 85 *Virginia Law Review* 925, 992, 1019–1020 (1999).

〔52〕 Assaf Hamdani, *Gatekeeper Liability*, 77 *Southern California Law Review* 53, 107–108 (2003).

〔53〕 Kathleen F. Brickey, *From Enron to Worldcom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley*, 81 *Washington University Law Quarterly* 357, 369, 381 (2003).

〔54〕 Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107–204, 116 Stat. 745 (2002); John C. Coffee, Jr., *Understanding Enron: It's About the Gatekeepers, Stupid*, 57 *Business Lawyer* 1403, 1409–1412 (2002); Assaf Hamdani, *Gatekeeper Liability*, 77 *Southern California Law Review* 53, 55–56 (2003).

〔55〕 Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107–204, § 303, 404 (b), 116 Stat. 745, 778, 789 (2002).

公共监管机构发现企业违规行为的可能性。

这些多样化的私营主体——无论是独立运作的、受激励的还是受法律强制约束的——不仅彼此并行运作，还与企业的自我监管和公共部门的监管形成平行体系。因此，监管应当从公私主体协同作用的整体视角加以考量。⁽⁵⁶⁾ 这些主体共同构成了一个监管生态系统，学界有时称之为“节点式治理”。⁽⁵⁷⁾ 各参与方在其中相互监督、互为支撑。

（四）现有模式的缺陷

尽管学界普遍承认私营主体执法的广泛性与异质性，但既有讨论始终缺失对“直接指令受监管实体担任执法者”这一法定要求的系统性考察。现有研究聚焦于如何激励或强制其他私营主体对受监管实体实施法律约束，而鲜有关注龙头企业被赋予第三方治理权的制度实践。即便偶有学者提及大型企业的法定第三方治理义务（如银行识别洗钱交易的刑事责任要求），亦多流于附带性论述或狭窄语境下的碎片化分析。

由此导致的结果是：尽管公司法和行政法学界关于第三方执法的研究成果丰硕，却未将企业日益扩张的监管角色与公司本质理论、企业社会定位等元命题建立理论联结。公司法的监督机制通常指向董事会监督高管履职、确保企业守法等内部治理情境。⁽⁵⁸⁾ 尽管如此，公司法学者关于看门人核心地位的阐释，为理解企业监管功能奠定了重要的理论基础。

行政法学研究通过揭示公私协作机制的演进脉络，同样提供了宝贵的理论基石。当私营执法主体从次级企业跃升为核心企业时，不仅加剧了既有文献指出的问责风险，更催生出新型监管动力。随着全球最具价值的企业被赋予更正式的外部监督职能，其势必将深度形塑治理范式、市场结构与行业规范。

二、案例研究

十大龙头企业主要分布于四大核心产业：信息技术、银行业、制药业及石油能源领域。本部分重点分析监管机构对于各领域头部企业的规制策略。选取这些容纳十大龙头企业的行业，系基于其显著的市场影响力与产业覆盖面，使其较之小型企业能够对更广泛的经济领域产生辐射效应。此外，当某一领军企业遭遇监管者执法时，同业竞争者通常会同步调整运营模式或合规策略以作应对。⁽⁵⁹⁾ 美国行政监管部门在获得国会立法授权后，已将特定监管职能委托给各行业具有系统重要性的市场主体。

(56) Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 549 (2000).

(57) Scott Burris et al., *Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship*, 41 Akron Law Review 1, 25 (2008); Zachary D. Clopton, *Redundant Public-Private Enforcement*, 69 Vanderbilt Law Review 285, 297 (2016).

(58) *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A. 2d 959, 967 (Del. Ch. 1996); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 858 (Del. 1985); Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 Northwestern University Law Review 547, 547 (2003).

(59) Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2075, 2090 (2016).

（一）联邦贸易委员会和大型科技公司

美国联邦贸易委员会向亚马逊、Facebook、谷歌及联想等大型科技公司颁布了针对第三方的监督令。⁽⁶⁰⁾ 目前最为详尽的监管细节体现在美国联邦贸易委员会对 Facebook 开展的两阶段调查中。2012 年，美国联邦贸易委员会完成针对 Facebook 违反《联邦贸易委员会法》中“禁止不公平和欺骗性行为”条款的首轮调查，认定该平台“通过承诺用户数据隐私保护，却屡次允许信息被共享和公开，构成对消费者的欺骗行为”。⁽⁶¹⁾ 调查的核心关切点之一在于 Facebook 如何验证第三方服务提供商的安全防护体系。

尽管执法令未具体界定 Facebook 的权责范围，但要求其定期提交审计报告。⁽⁶²⁾ 值得注意的是，在 2018 年的审计报告中，执行机构普华永道仅通过援引 Facebook 的公开政策，简要概述了其对应用开发者的基本要求。⁽⁶³⁾ 作为回应，Facebook 向美国联邦贸易委员会提交了强制性进展报告，详细阐述其履行合规承诺的具体措施。该报告披露了一个架构完整的第三方监督体系：Facebook 通过问卷评估服务提供商的隐私安全实践，并根据反馈结果或数据敏感程度，对特定对象启动针对性安全审计。此类审计由 Facebook 内部团队或专业安全机构实施，核心目标是“评估是否符合 Facebook 安全准则”⁽⁶⁴⁾，例如核查开发者是否依约删除用户个人数据。

剑桥分析公司滥用数百万用户数据干预特朗普竞选事件成为监管转折点，促使美国联邦贸易委员会重启调查程序以核实 Facebook 是否违反 2012 年和解协议。⁽⁶⁵⁾ 扎克伯格在国会听证会上承认平台对开发者的监管存在缺陷：“单纯赋予用户数据控制权并不充分，必须确保获得数据授权的开发者切实履行信息保护义务。”⁽⁶⁶⁾

相较之下，美国联邦贸易委员会针对亚马逊的执法行动呈现出差异化的监管模式。作为运营海量第三方应用商店的平台，亚马逊为安卓手机和 Kindle 用户提供游戏等应用程序服务。消费者

〔60〕 F.T.C. v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030, at *8 (W.D. Wash. 22 July 2016); Federal Trade Commission, *Agreement Containing Consent Order*, Federal Trade Commission (30 March 2011), <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/102-3136-google-inc-matter>; Decision and Order, In the Matter of Lenovo Inc., No. C-4636 (F.T.C. 20 December 2017).

〔61〕 Federal Trade Commission, *Decision and Order*, Federal Trade Commission (27 July 2012), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>; Press Release, *Fed. Trade Comm'n, FTC Approves Final Settlement with Facebook*, Federal Trade Commission (10 August 2012), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-approves-final-settlement-facebook>.

〔62〕 Federal Trade Commission, *Decision and Order*, Federal Trade Commission (27 July 2012), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>.

〔63〕 Rory Van Loo, *The Missing Regulatory State: Monitoring Businesses in an Age of Surveillance*, 72 Vanderbilt Law Review 1563, 1600-1601 (2019).

〔64〕 Facebook Compliance Report, In the Matter of Facebook, Inc., No. C-4365 (F.T.C. 13 November 2012).

〔65〕 Katy Steinmetz, *Mark Zuckerberg Survived Congress. Now Facebook Has to Survive the FTC*, Time (13 April 2018), <https://time.com/5237900/facebook-ftc-privacy-data-cambridge-analytica/>.

〔66〕 *Facebook CEO Mark Zuckerberg Hearing on Data Privacy and Protection*, C-SPAN (10 April 2018), <https://www.c-span.org/video/?443543-1/facebook-ceo-mark-zuckerberg-testifies-data-protection>.

在使用这些由第三方开发者全权控制的应用程序时，其购买行为直接关联开发者设定的价格体系（开发者获取 70% 收益）。由于应用程序内购界面完全由第三方掌控，联邦贸易委员会调查发现，亚马逊在相关争议交易的沟通环节几乎处于缺位状态。

联邦贸易委员会对亚马逊的执法行动展示了新型看门人责任理论的适用范式。作为运营聚合第三方开发者产品的应用商店平台，亚马逊通过安卓设备及 Kindle 终端向用户提供游戏等应用程序服务。消费者在使用过程中产生的交易行为，相关应用程序的定价权与 70% 收益分配均由第三方开发者主导。开发者控制着消费者使用应用程序时的界面，包括联邦贸易委员会调查的核心：应用程序内购买。⁽⁶⁷⁾ 此运营模式导致亚马逊在相关交易纠纷中呈现出显著的中立性特征。

尽管亚马逊既不直接运营应用程序，亦未介入消费决策或价格形成机制，且仅保留 30% 的收益分成，联邦贸易委员会仍基于双重连接点确立其法律责任。第一连接点源于应用商店的基础架构设计：在初始购买环节，亚马逊未以显著方式告知消费者潜在的应用内购买风险。应用程序的描述位于购买按钮下方，其中包含了此类信息。然而，亚马逊将该信息嵌入购买按钮下方应用程序的长篇描述中，并以较小的字体显示。就最初的购买而言，亚马逊没有足够明确地告知消费者可以在应用程序内进行购买活动。根据联邦法院司法审查结论，平台将提示信息置于购买按钮下方的冗长描述文本中，且采用视觉弱化字体呈现，该告知方式被判定不符合“合理显著标准”。⁽⁶⁸⁾

第二连接点涉及支付确认机制的技术设置。在长达数月的运营周期内，亚马逊支付系统实行“一键购买”模式，仅通过事后邮件进行交易确认。虽后续增设金额阈值（20.111 美元以上交易须密码验证），但该机制未能有效防范未成年人在视频游戏场景中的高频小额消费（单笔小于 20 美元，累计起来却产生了高额账单）。区别于 Facebook 案的和解路径，联邦贸易委员会始终坚持对亚马逊的诉讼立场。2017 年双方虽终止上诉程序并启动消费者退款计划，但新闻稿中没有表明联邦贸易委员会要求亚马逊平台设置持续性合规监督的条款。⁽⁶⁹⁾ 此程序安排既可能折射特朗普政府的新策略，也可能表明隐私问题比金钱损失更受监管机构的重视。该判例最终确立了平台义务要求：亚马逊必须构建有效机制预防第三方应用程序的欺诈性商业实践，以系统性降低法律合规风险。

（二）消费者金融保护局与大型银行

与聚焦金融稳定的银行监管机构形成对照，消费者金融保护局本可凭借直接对第三方服务商实施执法来履行消费者保护职能⁽⁷⁰⁾，但该机构选择通过要求银行对呼叫中心、债务催收机构、软

(67) F.T.C. v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030, at *1 (W. D.Wash. 22 July 2016).

(68) F.T.C. v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030, at *2 & 4 (W. D.Wash. 22 July 2016).

(69) Federal Trade Commission, *Amazon to Withdraw Appeals, Paving Way for Consumer Refunds Related to Children's Unauthorized In-App Charges*, Press Release (April 2017), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-amazon-withdraw-appeals-paving-way-consumer-refunds-related>.

(70) 12 U.S.C. §§ 1863, 1867(c) (2012); 12 U.S.C. § 5514(e).

件开发商及房地产律师等第三方实施管理来实现监管目标⁽⁷¹⁾。随着非银行金融科技公司（通常与传统银行合作提供数字消费者金融服务）的兴起，监管面临新的挑战。这使得针对第三方服务商的监管工具愈发凸显其重要性。⁽⁷²⁾ 目前该局已对摩根大通、富国银行、美国银行和花旗银行四大金融机构均采取了针对第三方的执法措施。⁽⁷³⁾

该局的第三方监管模式可追溯至其标志性执法案例。作为头部信用卡发行商，美国第一资本金融公司（Capital One）曾委托独立呼叫中心处理次级借款人的咨询业务。当信用评级较低的持卡人致电时，呼叫中心将其转接至专属销售团队。这些销售代表虽持有第一资本金融公司为确保合规而额外提供的产品销售话术，却频繁偏离既定流程。部分代表虚假宣传产品免费性质，致使消费者在两年间累计支付约 1.4 亿美元。另有代表刻意模糊产品自愿购买属性，涉嫌强制销售。⁽⁷⁴⁾

消费者金融保护局发现，该呼叫中心的员工从事了违反联邦法律的欺骗行为和做法。尽管该局未发现第一资本金融公司提供给呼叫中心的脚本有任何问题，但它认为“银行在合规监控、服务商管理及质量保证环节存在系统性疏漏，未能有效预防、识别或纠正不当销售行为”。和解协议特别要求第一资本金融公司提交须经监管部门预审的书面内部规则以强化第三方监督；建立定期现场审计机制评估服务商风控体系、业务表现及信息系统；保留对违规服务商的合同终止权。此外，第一资本金融公司除缴纳 2 500 万美元罚款外，被明确禁止“向任何第三方主张或接受赔偿”。⁽⁷⁵⁾ 这些禁止赔偿的规定为执法机构和企业提供了更大的动力去彻底做好监督工作，并解决了许多企业只是“表面文章”应付合规要求而没有真正努力的问题。⁽⁷⁶⁾

消费者金融保护局通过系列执法案例与政策指引，逐步构建并细化了第三方治理的监管框架。继第一资本金融公司案后，该机构对美国运通公司课以罚金，认定其存在欺诈性债务催收操作、超额收取滞纳金及基于年龄的歧视性定价等违法行为。值得注意的是，涉事第三方服务商呈现近乎 100% 的违规率（仅存单一例外），但监管焦点直指美国运通董事会及高管层，指控其在第三方

〔71〕 In the Matter of Dwolla, Inc., No. 2016–CFPB–0007 (27 February 2016), http://files.consumerfinance.gov/f/201603_cfpb_consent-order-dwolla-inc.pdf; Andrew Liput, *What Real Estate Closing Attorneys Need to Know About the CFPB, the OCC, and Third-Party Vendor Management Rules Affecting Residential Mortgage Transactions*, 28 Probate & Property 1, 2 (2014).

〔72〕 关于金融科技产生的影响，相关研究参见 Rory Van Loo, *Technology Regulation by Default: Platforms, Privacy, and the CFPB*, 2 Georgetown Law Technology Review 531, 544–545 (2018).

〔73〕 Consent Order at 4–5, In the Matter of JP Morgan Chase Bank, N.A., CFPB No. 2013–CFPB–0007 (18 September 2013); Consent Order at 10, In the Matter of Wells Fargo Bank, N.A., CFPB No. 2018–BCFP–0001 (20 April 2018); Consent Order at 8, In the Matter of Bank of America, N.A., CFPB No. 2014–CFPB–0004 (7 April 2014); Consent Order at 26, In the Matter of Citibank, N.A., CFPB No. 2015–CFPB–0015 (21 July 2015); Consent Order at 7, In the Matter of Nationstar Mortgage LLC, CFPB No. 2017–CFPB–0011 (14 March 2017).

〔74〕 Stipulation and Consent Order at 3–6, In the Matter of Capital One Bank (USA) N.A., CFPB No. 2012–CFPB–0001 (16 July 2012).

〔75〕 Stipulation and Consent Order at 4, 21–23, In the Matter of Capital One Bank (USA) N.A., CFPB No. 2012–CFPB–0001 (16 July 2012).

〔76〕 Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 Washington University Law Quarterly 487, 530 (2003).

合规管理体系构建方面存在系统性缺陷。

与此前第一资本金融公司和解协议相似，此次执法要求美国运通公司制定规则，以监督其服务提供商遵守消费者保护法的情况。更具突破性的是，和解协议特别规定：合规部门须按季度向董事会提交服务商的合同履行评估报告，并明确“董事会负有采取矫正措施的最终责任”。⁽⁷⁷⁾ 此项制度设计向金融业传递出清晰的监管信号：消费者金融保护局要求公司治理层深度介入第三方监督事务。

几年后，消费者金融保护局在针对花旗银行的标志性执法案件中（该行位列美国四大银行集团）⁽⁷⁸⁾，进一步强化了监管标准。证据显示，花旗虽参照第一资本金融公司案完善了电话营销的话术审查机制⁽⁷⁹⁾，但其第三方服务商通过规避监控时段的策略性操作，持续实施误导性销售行为。监管机构最终责令花旗实施第三方监督体系改革，并处3500万美元民事罚款。⁽⁸⁰⁾ 花旗银行的这一案例表明，仅仅建立监督体系是不够的。监督必须产生实际效果。

一起罕见进入审判程序的案件披露了更多有关第三方治理架构的细节。法院命令英国跨国银行汇丰银行（HSBC）对第三方服务提供商之间的合同样本进行审计。法院命令要求英国跨国银行汇丰银行对第三方服务提供商与客户之间的合同样本进行审计，以确保这些文件符合法律规定，并且“仅向借款人收取合法、合理且实际发生的费用”。⁽⁸¹⁾ 此判决将第三方治理义务从结果控制延伸至过程管控层面。

经历四年执法实践积累，消费者金融保护局最终发布《第三方监督指引公告》，系统阐明金融机构须在合同条款设计与合规管理体系中嵌入动态监控机制。⁽⁸²⁾ 相较联邦贸易委员会在Facebook案和解协议中模糊的责任主体表述，消费者金融保护局的监管文书明确划定了合规部门与董事会的职能边界，并通过事前规则审查与事后执行评估形成监管闭环。两机构虽在执法策略上存在差异，但均通过强制性规范确立大型企业第三方违法行为的预防性监管责任。

消费者金融保护局的和解协议比联邦贸易委员会的更详细，因为联邦贸易委员会没有明确指出Facebook内部，究竟是合规部门还是董事会等部门必须参与第三方治理机制。消费者金融保护局在实施此类和解要求方面也发挥着更积极的作用，会在第三方治理政策实施前后对其进行审查。⁽⁸³⁾ 然而，这两个机构都依赖于强制执行，明确要求大型企业对第三方的不当行为进行监督。

(77) Joint Consent Order, In the Matter of Am. Express Centurion Bank, No. FDIC-12-315b, FDIC-12-316k, 2012-CFPB-0002 (F.D.I.C. & C.F.P.B. 1 October 2012), <https://www.fdic.gov/news/news/press/2012/pr12114a.pdf>, at 3-5, 14-19.

(78) Lawrence G. Baxter, *Betting Big: Value, Caution and Accountability in an Era of Large Banks and Complex Finance*, 31 *Review of Banking & Financial Law* 765, 782 (2012).

(79) Cf. *In re Capital One Derivative S'holder Litig.*, 979 F. Supp. 2d 682, 697-701 (E.D. Va. 2013).

(80) Consent Order at 12-13, 26-45, In the Matter of Citibank, N.A., CFPB No. 2015-CFPB-0015 (21 July 2015).

(81) *United States v. HSBC N. Am. Holdings*, No. 16-0199, 2016 WL 1688047, at*11 (D.D.C. 14 March 2016).

(82) Bureau of Consumer Fin. Prot., *Compliance Bulletin and Policy Guidance*; 2016-02, *Service Providers* (31 October 2016).

(83) Bureau of Consumer Fin. Prot., *BCFP Supervision and Examination Process Manual 7* (March 2017).

（三）环境保护署和大型石油公司

2010年爆发的“深水地平线”漏油事故作为美国史上最严重的环境灾难之一。数十亿加仑原油倾泻入墨西哥湾的后果深刻重塑了近海石油监管格局。尽管英国石油公司持有涉事油井的主要开采权益，但事故的直接导火索源自瑞士越洋公司运营的深海钻井平台。当该平台发生沉没事故时，其与海底油井连接的管道破裂，导致原油从数千米深的海床持续喷涌。

若环境监管部门效仿消费者金融保护局的监管模式，或将单独起诉英国石油公司并要求其监督承包商（如越洋公司）。作为全球市值前十的能源巨头，英国石油公司选择规模较小的越洋公司作为承包商，恰如花旗银行委托独立呼叫中心开展营销业务。正如呼叫中心实际控制销售违规行为，越洋公司同样掌握着钻井作业的具体实施。^{〔84〕}

实践中，美国环境保护署与司法部采取了联合执法策略，同时对英国石油公司和越洋公司追责。但不同于针对小型呼叫中心和应用开发商的追责逻辑，越洋公司声名显赫。作为全球顶尖的海上钻井平台运营商，其2017年仍跻身全球1300家最具价值企业榜单。这证明跨国石油承包商不能因其与大型能源生产商的合作关系而豁免监管审查。

在责任划分层面，法律体系将大部分责任归咎于英国石油公司。该公司最终承担了近200亿美元处罚，而越洋公司仅支付14亿美元。^{〔85〕}这种差异化的追责逻辑植根于早期司法判例：鉴于《清洁水法》责任条款的表述模糊性，法院转而依据宏观政策导向，强调立法意图在于“使通过利用可通航水域及其毗邻区域获利并造成污染的主体，承担实现及维持水体清洁的主要经济责任”。^{〔86〕}通常而言，具备更强盈利能力的实体拥有更充沛的监测资源储备。

环境监管体系通过责任机制有效激发了企业的自主监测动力。^{〔87〕}在“深水地平线”事件之后，新的法规要求近海石油运营商确保其承包商遵守环境标准。^{〔88〕}监管部门更通过司法诉讼强化了这些基础要求。在“深水地平线”事件的和解协议中，英国石油公司承诺全面升级第三方监管体系，特别包含“承包商监督专项条款”，具体措施涵盖建立钻井与固井作业合同治理委员会、实施承包商审计制度等，并要求公司董事会对改进措施的制定与执行进行持续监督。值得注意的是，这些监督机制独立于英国石油公司合同规定的第三方审计义务，但公司仍须确保承包商完成此类独立

〔84〕 Lawrence G. Baxter, *Betting Big: Value, Caution and Accountability in an Era of Large Banks and Complex Finance*, 31 *Review of Banking & Finance Law* 765, 782 (2012); Cf. *In re Capital One Derivative S'holder Litig.*, 979 F. Supp. 2d 682, 697–701 (E.D. Va. 2013); Consent Order at 12–13, *In the Matter of Citibank, N.A.*, CFPB No. 2015–CFPB–0015 (21 July 2015).

〔85〕 Complaint at 7–8, *United States v. BP Expl. & Prod.*, No. 2:10–cv–04536 (E.D. La. 2010).

〔86〕 Order and Reasons as to Cross-Motions for Partial Summary Judgment at 20, *In re Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon”*, No. 2:10–md–02179–CJB–SS (E.D. La. 22 February 2012).

〔87〕 Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 *Columbia Law Review* 2029, 2041 (2005).

〔88〕 30 C.F.R. § 250.1914 (c) (1) (2013).

审计程序。⁽⁸⁹⁾

越洋公司的和解令未设定持续性第三方监督义务，但其条款中嵌入了综合性安全管理责任框架。根据和解文件要求，企业须对所有承包商开展资质评估，确保其运营符合安全环境管理体系规范。⁽⁹⁰⁾ 鉴于该框架同时包含多项与第三方无关的合规要求，难以据此认定其构成对第三方监督的强制性规定。⁽⁹¹⁾ 但通过类比解释规则，这些条款实质上要求越洋公司须遵循与英国石油公司同等的第三方监督标准。

对于位于陆地上的炼油厂，美国环境保护署也施加了类似的监督职责。在 2005 年的一起案件中，美国环境保护署发现埃克森美孚石油公司在伊利诺伊州、路易斯安那州和蒙大拿州的炼油厂经常排放有害污染物，违反了《清洁空气法》。为此埃克森美孚石油公司承诺每年“审查每个承包商的监测数据，审查内容应包括但不限于：每个技术人员监测的组件数量、监测事件之间的时间间隔、异常数据模式”。⁽⁹²⁾ 美国环境保护署并非总是如此明确地阐述其对第三方监督的期望。在另一起违反《清洁空气法》案件中，该案件涉及得克萨斯州一家制造工厂的类似违规行为，美国环境保护署并未确切说明埃克森美孚石油公司应如何对其承包商进行监督。⁽⁹³⁾ 相反，它规定，今后埃克森美孚石油公司“不得以任何其官员、董事、员工、代理人或承包商未采取必要行动以遵守本同意令条款为由进行抗辩”。埃克森美孚石油公司还被假定知晓其承包商和代理人“所知或应知的一切”。⁽⁹⁴⁾

即便在指令明确性不足的情况下（如得克萨斯州埃克森美孚石油公司案），行政机关仍得以第三方监督机制存在结构性缺陷为由追究企业责任。⁽⁹⁵⁾ 值得注意的是，行业实践表明：企业在构建内部管控体系时普遍参考监管先例形成的示范性效应。⁽⁹⁶⁾ 美国环境保护署通过个案中设定具体监

(89) Consent Decree Among Defendant BP Exploration & Production Inc., the United States of America & the States of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi, & Texas at 6–33, In re: Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mex., on 20 April 2010, No. 2:10–md–02179–CJB–SS (E.D. La. 2015).

(90) Partial Consent Decree Between the United States of America & Defendants Triton Asset Leasing GMBH, Transocean Holdings LLC, Transocean Offshore Deepwater Drilling Inc., & Transocean Deepwater Inc., In re: Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mex., on 20 April 2010, No. 2:10–md–02179–CJB–SS (E.D. La. 2013) at 16; 30 C.F.R. § 250.1914 (c) (1) (2013).

(91) 30 C.F.R. § 250.1900–1933 (Subpart S) (2013).

(92) Consent Decree at 110, United States v. Exxon Mobil Corp., No. 1:05–cv–05809 (N.D. Ill. 6 December 2005), <https://www.epa.gov/sites/default/files/2018-06/documents/exxonmobilcorp-cd.pdf>.

(93) 不过，该和解协议确实要求埃克森美孚石油公司的承包商采取积极行动，比如保存记录，相关研究参见 Consent Decree at 80, United States v. Exxon Mobil Corp., No. 4:17–cv–3302 (S.D. Tex. 6 June 2018), <https://www.epa.gov/sites/production/files/2018-06/documents/exxonmobilcorp-cd.pdf>.

(94) Consent Decree at 10, 75, United States v. Exxon Mobil Corp., No. 4:17–cv–3302 (S.D. Tex. 6 June 2018), <https://www.epa.gov/sites/production/files/2018-06/documents/exxonmobilcorp-cd.pdf>.

(95) Consent Decree at 66–67, United States v. Exxon Mobil Corp., No. 4:17–cv–3302 (S.D. Tex. 6 June 2018), <https://www.epa.gov/sites/production/files/2018-06/documents/exxonmobilcorp-cd.pdf>.

(96) Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, 114 Columbia Law Review 583, 585 (2014).

督标准（如埃克森美孚石油公司案的数据审查规程），事实上确立了全行业合规基准。尤其值得关注的是，主要石油集团及其核心承包商现均已接受直接监管指令，须对陆上、海上油气作业涉及的第三方实施全过程监督。

（四）食品药品监督管理局和大型制药公司

制药企业作为药品上市许可持有人，通常须与其他商事主体签订合同委托开展“加工、包装、储存或检测”业务。在四项典型案例研究中，美国食品药品监督管理局对第三方监管的责任设定展现出最高程度的规范明确性，其政策立场已通过多维度监管工具（立法规则、指导性文件及警告函）形成体系化政策框架。

根据 21 CFR 211.22 法规，各制药企业“应当设立独立质量控制部门……负责对合同受托方生产、加工、包装或储存的药品实施批准/拒收决策权”。⁽⁹⁷⁾但质量管控义务不限于终端产品检验，更延伸至对承包商原材料采购及生产工艺的全过程监督。食品药品监督管理局特别要求委托方在确认第三方内部合规体系的有效性后，必须实施合规审计程序。⁽⁹⁸⁾因此鉴于此，制药企业须构建涵盖承包商组织架构、原料供应链及产品的监管体系。

美国食品药品监督管理局将第三方行为的法律责任溯及受监管主体的治理层级。在《污染产品责任认定规则》中，该机构确立了“外部设施视为委托方生产体系延伸”的原则。⁽⁹⁹⁾通过现场检查后发布的警告信，食品药品监督管理局反复重申该归责理论。⁽¹⁰⁰⁾换言之，制药企业须对承包商行为承担如同自身分支机构般的法律责任。指导文件进一步明确，监管重点在于“委托方与合同设施间的权责关系界定”。⁽¹⁰¹⁾

合同安排不能使制药公司免于承担责任。美国食品药品监督管理局在一封警告信中，告知全球最大的制药公司辉瑞，“无论您与您的供应商之间是否存在质量协议等约定，作为药品生产商，您都需要为药品承担最终责任”。⁽¹⁰²⁾

然而，美国食品药品监督管理局并不完全依赖辉瑞公司来监管其独立承包商。食品药品监督管理局

{97} 21 C.F.R. § 211.22 (a) (2019).

{98} U.S. Food & Drug Admin., *Contract Manufacturing Arrangements for Drugs: Quality Agreements, Guidance for Industry*, U.S. Food & Drug (18 November 2016), <https://www.fda.gov/media/86193/download>, at 5.

{99} 21 C.F.R. § 200.10 (b) (2019).

{100} *FDA Warning Letter from Art Czabaniuk, Program Div. Dir., Div. of Pharm. Quality Operations III to James Stephen, President & Owner, Pharm. Labs. & Consultants, Inc.*, U.S. Food & Drug (29 August 2018), <https://www.fda.gov/ICECI/EnforcementActions/WarningLetters/ucm620002.htm>.

{101} *FDA Warning Letter from Cheryl Bigham, Dist. Dir., Kan. City Dist., Office of Regulatory Affairs, to Thomas Handel, President & Gen. Manager, Meridian Med. Techs., Inc., a Pfizer Co.*, U.S. Food & Drug (5 September 2017), <https://www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/2017/ucm574981.htm>.

{102} *FDA Warning Letter from Cheryl Bigham, Dist. Dir., Kan. City Dist., Office of Regulatory Affairs, to Thomas Handel, President & Gen. Manager, Meridian Med. Techs., Inc., a Pfizer Co.*, U.S. Food & Drug (5 September 2017), <https://www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/2017/ucm574981.htm>.

管理局仍会定期直接对这些第三方进行检查,并采取执法行动。例如,食品药品监督管理局在给一家独立制造商的一封警告信中写道:“您和您的客户辉瑞公司就药品生产达成了质量协议。作为合同链条的一部分,您对所生产的药品质量负有责任,无论是否有相关协议……”⁽¹⁰³⁾作为风险防控响应,辉瑞公司将组织治理要求内化为标准作业程序(SOP),通过合规审计、现场核查及体系评估实施常态化供应商管理。其供应商协议明确载入审查条款,针对违约行为可采取“合格供应商名录除名”或向食品药品监督管理局申报违规等处置措施。⁽¹⁰⁴⁾

(五) 案例总结

联邦监管体系的行为对社会公众已经形成了一种制度性预期:头部企业须对缔约第三方的违法行为承担监管责任。通过个案执法行动与颁布行业性指令,联邦贸易委员会、消费者金融保护局、环境保护署及食品药品监督管理局四大核心监管机构,均已对高市值企业课以第三方商业违法主体的监测与惩戒义务。此类企业实质上承担起新型看门人角色,其市场准入决策必须嵌入监管合规维度。⁽¹⁰⁵⁾这种“私人监管”机制的利益指向存在双重性:既可能特定化保护消费者权益,亦可扩展至环境公益维护或金融系统稳定等宏观价值。

监管实践的差异性折射出看门人治理范式的制度弹性。在出现违规行为的情况下,监管机构追责的对象限于委托企业,抑或同时追诉第三方?监管机构应提供多详细的看门人指令,又应多密切地监督执行监管的核心企业的行为?监管机构是应当通过个案逐步发展看门人治理模式,还是通过更明确的方式,比如指导文件和正式的规则制定来推进?

尽管本研究聚焦特定行业头部企业以保持论证聚焦,但其映射的监管范式具有普遍适用性。四大监管机构的管辖权实际上覆盖国民经济关键领域:美国联邦贸易委员会除规制科技巨头外还规制零售业,食品药品监督管理局的监管半径延伸至食品及膳食补充剂制造商。⁽¹⁰⁶⁾更为重要的是,第三方强制治理模式已实现跨领域扩展,典型如州际商务委员会要求货运运营商监督合同方遵守道路安全规章⁽¹⁰⁷⁾,以及联邦与州层面的医疗数据保护立法强制要求医疗机构监督商业伙伴合规⁽¹⁰⁸⁾。即便仅针对五大头部企业实施监管授权,行政机关实质上已实现监管资源的指数级延展。当前广泛的第三方执法实践活动已构成研究企业社会角色嬗变的重要基础:当市场主体被赋予准公共监管职能,其社会契约内涵必然发生范式重构。即便监管型政府仅征用五家最大的公司,

(103) *FDA Warning Letter from Diana Amador-Toro, Dir., Div. of Pharm. Quality Operations I, to Ketan Mehta, President and CEO, Tris Pharma Inc.*, U.S. Food & Drug (26 March 2018), <https://www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/ucm603613.htm>.

(104) Janeen Skutnik-Wilkinson, *Pfizer Quality Strategy Dir., Management of the Supply Chain: Excipients & APIs*, U.S. Food & Drug (4–6 October 2011), <https://www.fda.gov/downloads/drugs/developmentapprovalprocess/manufacturing/ucm288793.pdf>, at 3, 12.

(105) Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 *Journal of Law, Economics & Organization* 53, 54 (1986).

(106) *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066, 1069 (D.D.C. 1997); 21 U.S.C. § 350 (2012).

(107) 49 C.F.R. § 376.11 (2018).

(108) 45 C.F.R. § 164.504 (2018); Neb. Rev. Stat. Ann. § 87–808 (West 2018).

也意味着监管资源的大幅扩充。其范围已足够广泛，足以促使人们更广泛地探究其对企业不断演变的社会地位所产生的影响。

三、民营企业作为公共政策执法者的扩张趋势

本文核心研究目标在于解构公共规制权的扩张路径及其制度边界。当此监管范式转型被纳入理论观察视野，其即可与公司法的元命题形成学理对话：企业本质的再定义与社会责任的重构。通过重塑公私领域分野，第三方强制性治理机制为公司法的经典争议注入了新的规范维度：如何界定公司的法律人格？其对社会共同体应承担何种性质的义务？

公司契约理论所强调的私法自治特质，集中体现于将企业解构为“契约关系枢纽”的经典命题。⁽¹⁰⁹⁾ 鉴于契约安排必然存在的不完备性，公司法通过缺省规则填补合同缝隙以推定当事人真意。⁽¹¹⁰⁾ 尽管部分学者主张在公司治理架构中内化员工权益、环境可持续性等社会价值，并论证在商业判断规则下管理层的裁量空间⁽¹¹¹⁾，但多数判例法理及学界通说仍坚持股东价值最大化作为公司法的标准内核⁽¹¹²⁾。

值得注意的是，公司契约理论可能异化为抵制公共规制的工具。部分观点认为，将企业定位为私法协议集合体，实质暗含“政府干预私人合意具有非正当性”的价值预设。⁽¹¹³⁾ 这种论证逻辑强调公司的市场本位属性，反对“企业负有公共义务”的观点。⁽¹¹⁴⁾ 当然，私法自治存在不可逾越的边界：根据《特拉华州普通公司法》第 102（b）（7）条的规定，公司章程不得免除董事在

〔109〕 Melvin A. Eisenberg, *The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 *Journal of Corporation Law* 819, 836 (1999); Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics* 305, 305–360 (1976); Steven L. Schwarcz, *Misalignment: Corporate Risk-Taking and Public Duty*, 92 *Notre Dame Law Review* 1, 26 (2016).

〔110〕 Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 *Northwestern University Law Review* 547, 578 (2003); Bengt Holmstrom, *The Firm as a Subeconomy*, 15 *Journal of Law, Economics & Organization* 74, 80–81 (1999); Henry N. Butler & Larry E. Ribstein, *Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-contractarians*, 65 *Washington Law Review* 1, 3 (1990).

〔111〕 Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 *Virginia Law Review* 247, 299–301 (1999); Lisa M. Fairfax, *Doing Well While Doing Good: Reassessing the Scope of Directors' Fiduciary Obligations in For-Profit Corporations with Non-shareholder Beneficiaries*, 59 *Washington & Lee Law Review* 409, 438–440 (2002); Marleen A. O'Connor, *The Human Capital Era: Reconceptualizing Corporate Law to Facilitate Labor-Management Cooperation*, 78 *Cornell Law Review* 899, 936–965 (1993).

〔112〕 *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, 684 (Mich. 1919); *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 176 (Del. 1986); *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 34 (Del. Ch. 2010); Jill E. Fisch, *Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy*, 31 *Journal of Corporation Law* 637, 647 (2006); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown Law Journal* 439, 439 (2001).

〔113〕 Victor Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 *Columbia Law Review* 1403, 1408–1409 (1985).

〔114〕 Grant M. Hayden & Matthew T. Bodie, *The Uncorporation and the Unraveling of "Nexus of Contracts" Theory*, 109 *Michigan Law Review* 1127, 1127 (2011).

“故意违法”情形下的信义责任。⁽¹¹⁵⁾ 这揭示出企业本质的双重性——其内核虽属私法领域，但外延始终受制于公共规制。本研究后续将论证强制性治理机制如何实质拓展公司公共性维度，使之突破传统边界约束。

（一）委派公司作为监管者

行政机构的两项最基本的职能是制定和执行规则。如今，企业为公共利益履行这两项职能。它们并非自愿响应法律或市场激励而开展这些活动，而是直接受公共指令强制执行。

1. 规则制定权

本文聚焦于解析强制性治理权的兴起如何重塑企业角色，即通过法律强制力迫使企业将监管要求转化为合同条款。⁽¹¹⁶⁾ 企业的书面合同由此成为实施第三方治理的核心载体。以 Facebook 与联邦贸易委员会的和解协议为例，该平台承诺“通过合同约定服务提供商。服务商对于从 Facebook 获得的数据，须建立并维护数据隐私保护机制”。⁽¹¹⁷⁾ 在后续提交的合规报告中，Facebook 阐明其采用“标准化合同模板”体系实现第三方监督。Facebook 的法律部门严格审核偏离预设模板的特殊条款，确保所有合作协议均嵌入必要的隐私保护要求。⁽¹¹⁸⁾ 这一案例揭示了监管实践中日益凸显的主题：通过强制缔约，重构企业责任边界。

在消费者金融、制药及能源领域，合同约束机制同样被广泛运用。美国消费者金融保护局的一份指导公告指出：金融机构须在服务协议中明确合规要求及违约后果⁽¹¹⁹⁾；食品药品监督管理局要求制药企业与供应商的合同须载明合规体系架构并保留审计权⁽¹²⁰⁾；环境保护署则指令英国石油公司在新签钻井合同中增设安全组织准入条款。⁽¹²¹⁾ 这些强制条款已突破传统“自愿性次级条款”的定位，演变为具有法律效力的“基础性义务条款”。⁽¹²²⁾

假设这些强制性的合同条款合法有效，显然它们对同意接受它们的小公司具有法律约束力。即便合同双方并不期望合同会进入法院司法程序，这些条款仍能界定双方持续关系的范围。企业

(115) Del. Code Ann., tit. 8, § 102 (b) (7) (2011); Edward B. Rock, *Adapting to the New Shareholder-Centric Reality*, 161 University of Pennsylvania Law Review 1907, 1965 (2013).

(116) 与此相似，国会将权力授予各机构，相关研究参见 Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, 56 Duke Law Journal 377, 381(2006).

(117) Decision and Order at 5–6, In re Facebook, Inc., No. C–4365 (F.T.C. 27 July 2012).

(118) Facebook Compliance Report at 10, In re Facebook, Inc., No. C–4365 (F.T.C. 13 November 2012).

(119) CFPB, Compliance Bulletin & Policy Guidance No. 2016–02 Mortgage Servicing at 5 (3 March 2016).

(120) U.S. Food & Drug Admin., *Contract Manufacturing Arrangements for Drugs: Quality Agreements, Guidance for Industry*, U.S. Food & Drug (November 2016), <https://www.fda.gov/media/86193/download>, p. 4.

(121) Consent Decree Among Defendant BP Exploration & Production Inc., the United States of America, & the States of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi, & Texas at 6–8, In re: Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mex., on 20 April 2010, No. 2:10–md–02179–CJB–SS (E.D. La. 5 October 2015).

(122) Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 Columbia Law Review 2029, 2041 (2005).

会参考合同来了解各自的权益。第三方执行条款纳入合同的模式能够影响企业与外部各方的诸多关系。⁽¹²³⁾

更关键的是，这些条款将公共治理目标深度植入私法契约。长期以来，企业仅在利润驱动下偶然订立有利于消费者或环境的条款，即使是为应对法律而自愿加入的次级合同条款，仍保留着缔约方的自主权，因此具有浓厚的私人属性。⁽¹²⁴⁾相反，强制执行的合同则更彻底地施加了公共义务，企业成为公共义务的被动传导者。

合同第三方治理条款与其他合同授权有何不同？各种法规通过要求特定类型的合同必须包含某些信息来影响其形态。例如，根据《诚实借贷法》，信用卡公司必须显著标示年利率。⁽¹²⁵⁾《统一商法典》既规定了适销性的默示担保，又确立了善意行事的义务。⁽¹²⁶⁾立法对合同自由的限制既不新鲜也不罕见。

合同强制治理条款与传统合同规范虽在形式要件上具有同构性，但其法律实质标志着公权力对商事契约的深度介入。须特别指出，传统契约条款的本质功能是实现缔约方在经济理性和信息对称的情况下达成真正合意。⁽¹²⁷⁾例如，信息披露义务虽能提升市场透明度（如披露贷款综合成本），这类条款通过提升市场效率增进公共福利，但其直接受益方仍明确指向缔约方之一。⁽¹²⁸⁾

反观强制治理条款，其规范效力辐射至缔约关系外的社会主体。典型如相关行政机关要求脸书、花旗银行及辉瑞等通过供应商管理机制实现消费者权益保护，或强制埃克森美孚石油公司、英国石油公司建立承包商环境合规体系以维护公共利益。尽管缔约方可能间接受益于商誉提升或行业标准优化⁽¹²⁹⁾，且终端消费者（如社交平台用户或银行客户）亦属于广义契约关系人，但此类条款的规范动因显然超越传统契约相对性原则，缔约方获得的益处并不直接和明确。

国会不定期通过立法授权某些行政机构制定规则。例如，在 2008 年金融危机之后，国会授权消费者金融保护局制定众多消费者保护规则。⁽¹³⁰⁾类比而言，在第三方治理场景中，监管机构实则将部分规则制定权通过“二次授权”机制转予企业。监管机构本可依《联邦法规汇编》制定标准化合同条款（如特定隐私保护条款），但它们却选择采用“框架性授权”模式。这种非指令性的

(123) Lisa Bernstein, *Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts*, 7 Journal of Legal Analysis 561, 562–566(2015).

(124) Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 Columbia Law Review 2029, 2040–2041 (2005).

(125) Truth in Lending Act, Pub. L. 90–321, 82 Stat. 146 (1968) (codified at 15 U.S.C. § 1601 et seq. (2012)).

(126) U.C.C. §§ 1–203, 2–314 (Am. Law Inst. & Unif. Law Comm’n 1978).

(127) Oren Bar-Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, 2012, p. 32–33.

(128) 15 U.S.C. §§ 1605, 1637–1638 (2012).

(129) Cf. Ryan Bubbs & Prasad Krishnamurthy, *Regulating Against Bubbles: How Mortgage Regulation Can Keep Main Street and Wall Street Safe-From Themselves*, 163 University of Pennsylvania Law Review 1539, 1609 (2015).

(130) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203, 124 Stat. 1376, 2095 (2010).

方法反映了监管机构更广泛的策略，即由于信息和资源有限，将复杂的决策委托给私人机构。⁽¹³¹⁾

监管机构往往提供原则性指导，核心企业实际承担着“准立法者”角色。比如，监管者指示谷歌，要求“服务提供商通过合同实施并维持适当的隐私保护措施”。⁽¹³²⁾ 尽管核心企业通常不会公布其合同文本，但脸书的条款向应用程序开发者声明：“我们或代表我们行事的独立审计员可能会审计您的应用程序、系统和记录，以确保您对平台的使用以及从我们这里收到的数据是安全的……”⁽¹³³⁾ 因此，监管机构在不同程度上让企业自行决定如何最好地撰写该条款。简而言之，企业通过制定约束其他私人机构的合同条款，扮演了类似于国会期望行政机构承担的规则制定者角色。

2. 执行法律

强制性的第三方治理制度正推动大型企业承担法律执行责任。在参议院听证会上，扎克伯格面对参议员关于为何未有效监管应用程序开发者并追究其违反隐私政策责任的质询，回应称：“我们曾认为开发者承诺不出售数据即构成有效保证，但如今我们深刻认识到，单纯依赖开发者的口头承诺远远不够，必须建立切实的执行机制。”

联邦监管体系主要倚重持续性监督而非正式诉讼作为核心执法工具。典型例证包括：食品药品监督管理局与环境保护署对实验室和生产设施的定期实地检查，以及消费者金融保护局对金融机构的现场记录核查。当监管人员（通常称为检查员或审查员）发现违规行为时，往往直接采取整改措施而无须律师介入。⁽¹³⁴⁾

这种强制执行机制的核心特征在于监督职能的延伸。依照协议条款，Facebook 须对应用程序开发者实施“审计”。第一资本金融公司被要求对服务供应商开展“定期现场审计审查”⁽¹³⁵⁾；制药企业必须保留“对承包商设施进行合规审计的权利……”⁽¹³⁶⁾，法院更通过判决要求埃克森美孚石油公司核查分包商的监测数据⁽¹³⁷⁾。这些案例表明，在现代监管框架下根据公众的要求，企业实质上承担了传统公共监管机构的关键职能。

私营部门在实施监管监测时遭遇的挑战与公共监管部门存在历史相似性。例如，大众汽车公司多年来一直通过特定软件欺骗监管机构，使其误以为其汽车符合排放标准。该软件能够识别出

(131) Kenneth A. Bamberger, *Regulation As Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, 56 Duke Law Journal 377, 380–381(2006).

(132) Agreement Containing Consent Order at 5, Google, Inc. (F.T.C. 30 March 2011) (No. 102 3136).

(133) Rory Van Loo, *The Missing Regulatory State: Monitoring Businesses in an Age of Surveillance*, 72 Vanderbilt Law Review 1563, 1600–1601 (2019).

(134) Rory Van Loo, *Regulatory Monitors*, 119 Columbia Law Review 369, 412 (2019).

(135) Stipulation and Consent Order at 23, In the Matter of Capital One Bank, (USA) N.A., CFPB No. 2012–CFPB–0001 (16 July 2012).

(136) U.S. Food & Drug Admin., *Contract Manufacturing Arrangements for Drugs: Quality Agreements, Guidance for Industry*, U.S. Food & Drug (18 November 2016), <https://www.fda.gov/media/86193/download>, p. 4.

(137) Consent Decree at 110, *United States v. Exxon Mobil Corp.*, No. 1:05–cv–05809 (N.D. Ill. 6 December 2005), <https://www.epa.gov/sites/production/files/documents/exxonmobil-cd.pdf>.

何时进行排放测试，并隐藏实际的排放水平。⁽¹³⁸⁾ 与此相似，花旗银行虽建立了通话审查制度，但客服人员能精准识别被监控的通话时段，仅在未受监听时偏离标准话术。⁽¹³⁹⁾ 这些事例揭示，企业既有的监管规避策略与其应对公共监管机构时采用的策略具有同源性。

在对第三方实施监督时，大型企业的监管重点与公共监管机构存在高度重叠。现代监管的核心要求已超越单纯识别违规行为，转而强调构建健全有效的合规管理体系。⁽¹⁴⁰⁾ 这意味着监管方需要仔细审查被监管方的程序，确保其合规体系具有实质意义。⁽¹⁴¹⁾ 以 Facebook 对应用程序开发者实施隐私监管为例，执法机构不能仅停留在违规行为查处层面，还须全面核查开发者的数据安全制度框架。⁽¹⁴²⁾

有效的执法必须配套相应的制裁机制。监管制裁通常体现为市场准入限制机制，主要通过违规主体吊销许可资质来实现。这赋予了监管机构极具威慑力的执法工具，尽管其实际动用频率较低。⁽¹⁴³⁾

大型企业在履行监管职能时同样被赋予类似的准入控制权。根据货币监理署等监管机构与汇丰银行达成的协议，汇丰银行被明确要求对第三方供应商实施“适当尽职调查”，涵盖“资质认证、专业能力、市场声誉、信息安全、档案管理、业务连续性、及财务稳健性”等维度。⁽¹⁴⁴⁾ 这些标准与银行监管机构核发经营许可时的评估要素高度契合。更广泛地说，监管机构可能会要求私营企业在开始就对第三方的资质进行审查，并在合作存续期间保留因第三方不当行为终止合约的权利。⁽¹⁴⁵⁾ 与公共监管机构类似，大型私营企业实质上掌握着强有力的准入制裁权力。

尽管其基础仍属商业契约范畴，但企业越来越多地必须扮演类似于公共监管机构的角色：既要在第三方协议中嵌入公共利益条款，又须主动开展监管核查与规则执行。这种新角色不仅突破了传统企业定位的认知框架，而且有望推动公司治理模式、责任边界和组织结构的深层次变革。

（二）改变公司治理结构

公司法体系的核心架构聚焦于界定高管与董事的受托义务。⁽¹⁴⁶⁾ 在上市公司治理框架中，股

(138) Jack Ewing, *Inside VW's Campaign of Trickery*, New York Times, 7 May 2017, at BU1, 5.

(139) Consent Order at 12–13, In the Matter of Citibank, N.A., CFPB No. 2015–CFPB–0015 (21 July 2015).

(140) 相关内容参见《美国消费者金融保护局监管指南》，2012年秋季，第4页。

(141) Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2075, 2089 (2016).

(142) Decision and Order at 5–6, In the Matter of Facebook, Inc., No. 092–3184 (F.T.C. 27 July 2012), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>.

(143) Eric Biber & J.B. Ruhl, *The Permit Power Revisited: The Theory and Practice of Regulatory Permits in the Administrative State*, 64 Duke Law Journal 133, 137, 209 (2014).

(144) Consent Order at 11, HSBC Bank USA, N.A. (Off. of the Comptroller of the Currency 13 April 2011) (No. AA–EC–11–14).

(145) Consent Order at 7–8, JP Morgan Chase Bank, N.A. No. 2013–CFPB–0007 (Consumer Fin. Protection Bureau, 18 September 2013).

(146) William T. Allen & Reiner Kraakman, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen 6th ed., 2021, p. 229.

东并不直接参与日常运营管理，而是授权董事会及高级管理层行使经营权。当管理层决策偏离股东利益时，信托法成为追究责任的核心法律依据。⁽¹⁴⁷⁾此外，股东还可以对公司的领导层提起其他民事诉讼。本节将探讨第三方指令对个人责任的影响，以及此类责任机制所承载的公司治理价值。

特拉华州衡平法院在具有里程碑意义的 *Caremark* 案中确立重要判例：董事义务包含以诚信原则推动建立董事会认定的适当信息报告体系。“特定情形下该义务的疏失可能构成使董事对损失承担责任的责任要件。”⁽¹⁴⁸⁾后续司法实践进一步强化了董事的监管职责：他们必须构建风险监控所需的报告体系与内控制度，确保监控风险。⁽¹⁴⁹⁾但此类责任的认定存在严格证明标准。⁽¹⁵⁰⁾单纯证明公司存在客观合规缺陷并不足以追责，原告必须证实董事在监督体系构建中存在“主观放任”或“重大过失”的过错形态。⁽¹⁵¹⁾

第三方强制治理机制正在重塑董事会对股东的受托责任边界。第一资本金融公司股东诉讼案为此提供了典型的司法观察样本。原告援引消费者金融保护局（CFPB）的执法行动，指控董事会疏于对呼叫中心的监管义务。⁽¹⁵²⁾法院强调，依据特拉华州法律，原告须证明董事会存在主观恶意方能认定监督失职。鉴于第一资本金融公司对呼叫中心已建立基本管控机制，法院认定原告没有提出足够的事实来证明“董事会持续或系统性地未能履行监督职责”或“董事会完全未实施任何报告或信息体系或控制措施”。⁽¹⁵³⁾法院最终以简易判决驳回了诉讼，因为原告未能提出事实证明董事“故意选择不纠正不当行为”。⁽¹⁵⁴⁾虽然该案通过简易判决程序驳回，但其揭示的司法逻辑表明：当前州级公司法对董事在第三方监管中的责任要求，显著低于联邦监管机构的标准。⁽¹⁵⁵⁾这种制度落差或将推动未来公司治理规则的演进。

虽然“强制第三方监管”对州层面的法律责任影响有限，但其对企业治理结构的潜在影响不容忽视。行政机构通过设定董事会和解后必须采取的特定行动来明确其具体职责。以花旗银行和解协议为例，消费者金融保护局不仅要求董事会成立专注于合规的小组委员会，更具体规定该委员会须每月召开会议、留存完整会议记录，并向其区域主管季度性提交第三方监督进展报告。⁽¹⁵⁶⁾

(147) James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *Treatise on the Law of Corporations* § 9:1,10:1, at 2 (3rd ed., 2010).

(148) *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A. 2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

(149) *Stone v. Ritter*, 911 A. 2d 362, 370 (Del. 2006).

(150) *In re Fed. Nat'l Mortg. Ass'n Sec., Derivative, and "ERISA" Litig.*, 503 F. Supp. 2d 9, 18 (D.D.C. 2007), *aff'd sub nom, Pirelli Armstrong Tire Corp. Retiree Med. Benefits Tr. ex rel. Fed. Nat'l Mortg. Ass'n v. Raines*, 534 F. 3d 779 (D.C. Cir. 2008).

(151) *Stone*, 911 A. 2d at 369, 372–373.

(152) *In re Capital One Derivative S'holder Litig.*, 952 F. Supp. 2d 770,785 (E.D. Va. 2013).

(153) *Stone*, 911 A. 2d at 369–370.

(154) *In re Capital One Derivative S'holder Litig.*, 979 F. Supp. 2d 682, 701 (E.D. Va. 2013).

(155) 信托责任在普通法下通常设定了一个较低的标准，相关研究参见 Kelli A. Alces, *Debunking the Corporate Fiduciary Myth*, 35 *Journal of Corporation Law* 239, 254 (2009).

(156) *In re Citibank, N.A., Consent Order* at 26, CFPB No. 2015–CFPB–0015 (July 21, 2015).

此类监管细则通过将第三方持续监督责任提升至企业最高决策层，实质上消除了董事会以不知情为由推诿责任的操作空间。⁽¹⁵⁷⁾

尽管监管机构鲜少因第三方问题直接起诉高管董事，且责任保险通常能覆盖多数经济赔偿⁽¹⁵⁸⁾，但现行指令实质上构建了企业领导人对第三方行为承担个人责任的法律框架。根据《联邦贸易委员会法》确立的原则，当个人具备控制企业不当行为的权限且实际知晓（或应知晓）相关行为时，即须承担相应责任。⁽¹⁵⁹⁾ 鉴于多数和解协议与指导文件明确要求董事会或高管层履行第三方合规监督职责并接收定期报告，监管机构实质上是在设定“控制权”与“知情权”的法定要件。消费者金融保护局和联邦贸易委员会等机构已有针对个人监督失职采取执法行动的先例。⁽¹⁶⁰⁾ 因此，由于当前要求对第三方进行监督和施加影响的指令，公司内部人员未来可能会因第三方的行为而面临更大的个人责任。⁽¹⁶¹⁾

从更宏观层面观察，即便个人处罚风险尚未普遍化，监管指令已实质影响董事行为模式。既往企业执法案例推动大型企业合规部门快速扩张，如今这些部门的规模和影响力常常与法律部门不相上下。这些建制完备的合规部门普遍与董事会建立正式汇报机制。⁽¹⁶²⁾ 而针对第三方监督的具体要求，可能催生董事会对外部商业伙伴实施同等级别监督的行业新标准。

换言之，监管机构正通过将第三方合规监督纳入董事会法定职责，重构公司治理的责任边界。当企业被赋予监督第三方合规的法定义务时，该要求自然延伸至企业所有者、董事和管理层的个人责任范畴。监管细则对董事会行为的具体规范——包括会议记录要求、合规方案审批等操作细节——正在形成事实上的行业基准。即便尚未遭遇执法行动的企业董事会也不得不参照执行。这种监管实践可能突破传统州法中的商业判断规则及其他豁免条款构筑的责任保护体系⁽¹⁶³⁾，对董事责任认定标准产生深远影响。

（三）实体责任与治理结构的重构

公司法体系中，法律责任始终占据制度设计的核心地位。一些权威观点认为，有限责任是公司的标志性特征，实质推动了现代企业组织形态的演化进程。⁽¹⁶⁴⁾ 值得关注的是，监管机构强化

(157) Consent Decree Among Defendant BP Exploration & Production Inc., the United States of America, and the States of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi, and Texas at 32–33; In re Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico, on 20 April 2010, MDL No. 2179 (E.D. La. 5 October 2015).

(158) Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, 93 Yale Law Journal 857, 859 (1984).

(159) Fed. Trade Comm’n v. IAB Mktg. Assocs., LP, 746 F. 3d 1228, 1233 (11th Cir. 2014).

(160) CFPB v. D & D Mktg., Inc., CV 15–9692, 2017 WL 5974248, at *1 (C.D. Cal. 21 March 2017); Fed. Trade Comm’n v. Lifewatch Inc., 176 F. Supp. 3d 757, 773 (N.D. Ill. 2016).

(161) Cf. Stavros Gadinis & Amelia Miazad, *The Hidden Power of Compliance*, 103 Minnesota Law Review 2135, 2138 (2019).

(162) Michele DeStefano, *Creating a Culture of Compliance: Why Departmentalization May Not Be the Answer*, 10 Hastings Business Law Journal 71, 120–121 (2014).

(163) Del. Code Ann. tit. 8, § 102 (b) (7) (2011).

(164) Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 Georgetown Law Journal 439, 439–440 (2001).

第三方监管的态势正在重构企业间的法律责任关联网络,这种责任形态的演变不仅涉及企业实体层面的义务重构,更可能催生政策制定者始料未及的组织变革。

强制第三方治理可能会改变大型公司的组织结构。近几十年来,业务外包已成为企业剥离非核心职能的主流选择。⁽¹⁶⁵⁾企业决定外包的因素多种多样,包括节省成本和增强对远程方的监督能力。⁽¹⁶⁶⁾但有研究指出风险隔离亦是关键驱动因素。⁽¹⁶⁷⁾不管最初外包的动机是什么,第三方服务提供商通常会通过合同使外包公司免受诉讼。⁽¹⁶⁸⁾例如,一家债务催收公司曾为手机运营商斯普林特(Sprint)提供担保,使其免受与催收服务相关的“所有索赔、损害、损失、责任、成本、费用和合理的律师费”的影响。⁽¹⁶⁹⁾

若第三方监管指令突破此类法律保护屏障,则外包策略的经济价值或将面临重估。如司法实践所示,这种治理范式的转型已实质剥夺了大型企业通过外包转嫁公共诉讼责任的操作空间。⁽¹⁷⁰⁾仅此制度性变革本身,就可能显著弱化企业在规避第三方责任时对外包策略的依赖程度。

若外包业务无法继续为企业提供私人诉讼的豁免屏障,其商业吸引力可能进一步衰减。代理法作为核心法律工具,为私人诉讼主体追究企业对第三方行为的责任提供了主要路径:企业对第三方行为的控制程度越高,法院认定其作为委托方对代理方行为承担责任的概率越大。⁽¹⁷¹⁾除代理法外,多部专项法规亦确立了针对企业所控第三方行为的私人诉权,例如规制消费者领域不公平及欺诈性行为的法律条款。⁽¹⁷²⁾以威瑞森公司为例,其对电话营销商行为的控制力度越大,因营销行为受损的客户起诉威瑞森公司而非实际营销商的法律基础就越充分。当监管机构对第三方的指令要求与法院认定控制权的标准高度趋同时,外包策略在私人诉讼中提供的责任隔离效果将被显著削弱。值得注意的是,法院在判定电话营销商等第三方是否构成法律意义上的代理人时,

(165) Pennero Assocs., Inc. v. Sprint Spectrum, L.P., 499 F. 3d 1151, 1152 (10th Cir. 2007).

(166) George S. Geis, *Business Outsourcing and the Agency Cost Problem*, 82 Notre Dame Law Review 955, 963 (2007); George S. Geis, *An Empirical Examination of Business Outsourcing Transactions*, 96 Virginia Law Review 241, 242 (2010); Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus, *Macroeconomics* (16th ed), McGraw-Hill College, 1998, p. 32.

(167) Brown, Douglas & Scott Wilson, *The Black Book of Outsourcing: How to Manage the Changes, Challenges, and Opportunities*, Wiley, 2005, p. 384; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 Yale Law Journal 1879, 1879, 1881 (1991).

(168) Harry Rubin, *Supply-Side/Manufacturing Outsourcing-Strategies and Negotiations*, 38 Georgetown Journal of International Law 713, 728 (2007). 赔偿规则的可执行性因行业而异,相关研究参见 *Roberts v. Williams-McWilliams Co.*, 648 F. 2d 255, 264 (5th Cir. 1981); Michael D. Scott, *Scott on Outsourcing Law and Practice* § 3.03[H], at 3-56 (2010); Michael P. Vandenberg, *The Private Life of Public Law*, 105 Columbia Law Review 2029, 2044 (2005).

(169) Pennero Assocs., Inc., 499 F. 3d at 1156.

(170) 例如,美国食品药品监督管理局要求企业不得将法定监管责任再转包给第三方,环境法和消费者金融保护法在委托方面也有类似的限制。

(171) James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *Treatise on the Law of Corporations* § 1:24, at 119-120 (3rd ed., 2010).

(172) 例如,有几个州已经通过了《不公平和欺骗性贸易行为法》,赋予消费者起诉公司的权利。D.C. Code § 28-3905 (2018); Mass. Gen. Laws ch. 93A, § 11 (2018); Va. Code Ann. § 59.1-204 (2019).

会将企业监控行为（如审核营销话术脚本）视为控制权的实质性证据。⁽¹⁷³⁾然而，当前监管实践往往强制要求企业实施此类监控，甚至明确要求对第三方建立“控制”关系。⁽¹⁷⁴⁾这种制度性要求可能使企业陷入符合司法认定标准的控制地位，从而触发替代责任机制。某种意义上，新型监管规则正推动传统替代责任理论的复兴。

第三方监管指令衍生的责任风险升级正在重塑企业外包决策的风险评估框架。须特别澄清的是，通过并购获得服务提供商所有权未必直接导致责任扩大。在具有里程碑意义的美国诉贝斯特食品公司环境诉讼案中，法院确立了普通法下母公司对子公司环境责任的认定标准：美国环境保护署要求母公司承担子公司危险废物处理的清理费用，但美国最高法院裁定普通法责任的确立不仅需要证明所有权控制⁽¹⁷⁵⁾，还必须证明母公司直接参与了违法行为⁽¹⁷⁶⁾。

尽管并购子公司未必增加实体法律责任，却能实质性提升监督效能。作为独立法人实体，第三方服务提供商天然存在商业信息保密倾向。企业普遍严格保护商业机密，过度信息共享可能在未来更换服务商时削弱原提供商的竞争优势，但当服务商成为子公司后，此类信息壁垒将显著降低。

这种制度设计可能催生两种战略转型：企业或选择收购现有第三方服务商，或通过设立子公司发展新服务商，以此构建更高效的监督体系。该趋势隐含的前提假设是，强化监督可降低服务商的不当行为概率。若此逻辑成立，大规模强制性监管措施或将深刻重构企业的组织形态与商业生态系统。

（四）强化公共责任

义务履行机制的范式转型正在重塑关于企业社会责任的讨论框架。传统法律体系下，企业虽承担守法义务，却无主动增进公共福祉的强制性要求⁽¹⁷⁷⁾，且存在反对“对私营部门施加非理性社会义务”的规范性共识⁽¹⁷⁸⁾。

特定行业确实存在义务扩展的法定例外。公用事业公司和公共承运人必须以相当的价格向包括农村社区居民在内的无利可图的客户提供有线电视、互联网、电力和天然气服务。⁽¹⁷⁹⁾银行受《社区再投资法案》约束须覆盖金融服务薄弱地区。⁽¹⁸⁰⁾一些州和联邦法律要求医院承担法定非拒诊义务。⁽¹⁸¹⁾

(173) Fed. Trade Comm'n v. Lifewatch Inc., 176 F. Supp. 3d 757, 776 (N.D. Ill. 2016).

(174) Wells Fargo Bank, N.A., BCFP No. 2018-BCFP-0001, at 13-15 (20 April 2018) (consent order).

(175) United States v. Bestfoods, 524 U.S. 51, 57-58, 61-62 (1998).

(176) Northbound Grp., Inc. v. Norvax, Inc., 795 F.3d 647, 651 (7th Cir. 2015).

(177) James D. Cox & Thomas Lee Hazen, Treatise on the Law of Corporations § 9:1, at 2 (3rd ed. 2017).

(178) Morgan Ricks, *Money as Infrastructure*, 2018 Columbia Business Law Review 757, 833 (2018).

(179) K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, 35 Yale Journal on Regulation 911, 917-920 (2018).

(180) 12 U.S.C. §§ 2901-2908 (2012).

(181) Nicholas Bagley, *Medicine as a Public Calling*, 114 Michigan Law Review 57, 85 (2015).

与银行和公用事业公司帮助特定公众群体的要求不同，第三方治理机制并不局限于提供基本服务或作为公共承运人的公司。⁽¹⁸²⁾ 因此，它涵盖了更广泛的经济领域。此外，那些提供基本服务的公司可以通过提供其核心产品来履行强制性的公共行为，即使收取费用。⁽¹⁸³⁾ 相比之下，第三方强制治理机制要求企业采取除提供核心产品之外的公共行动，且不予补偿，从而使其进一步脱离了私营企业的范畴。

该机制与既有内部合规体系形成结构性差异：传统合规部门聚焦内向型风险管理⁽¹⁸⁴⁾，而第三方强制治理机制本质是外向型监管延伸。这种区别具有制度建构意义——内部合规要求可视为企业固有自我监管义务的延伸，而第三方强制则标志着监管权能的外化拓展。

尽管存在本质差异，第三方治理机制仍可纳入更宏大的监管演进谱系：从《萨班斯—奥克斯利法案》扩展美国证券交易委员会监管权限，到银行社区再投资义务，均体现联邦政府对企业治理的深度介入。⁽¹⁸⁵⁾ 随着时间的推移，这些以及相关的发展标志着联邦政府对公司的治理和运营进行了更多的干预。⁽¹⁸⁶⁾

第三方治理机制通过允许除美国证券交易委员会之外的众多联邦机构影响企业的关系、合同、董事会活动和责任。鉴于该机制存在的广泛公共影响力，在有关企业对社会应尽何种义务的辩论中，单纯强调企业私人性质的观点已不再那么有说服力。其他反对政府过度干预的论点，比如不当监管可能降低市场效率并构成负担的说法仍具有说服力。此时，监管者需要精准平衡公共利益需求与市场效率。⁽¹⁸⁷⁾ 然而，政策制定者似乎想当然地认为企业有义务积极为公共利益行事。

(182) 关于公用事业和银行业在基础设施服务方面的讨论，相关研究参见 Morgan Ricks, *Money as Infrastructure*, 2018 Columbia Business Law Review 758, 808–815(2018)。许多大型公司所提供的某些服务是必不可少，相关研究参见 K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 Cardozo Law Review 1621, 1690–1691 (2018)。

(183) 例如，为满足《社区再投资法案》的要求，银行可以向小企业提供贷款，相关研究参见 Michael S. Barr, *Credit Where It Counts: The Community Reinvestment Act and Its Critics*, 80 New York University Law Review 513, 523–526 (2005)。

(184) Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2082, 2108 (2016); Kimberly D. Krawiec, *Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model*, 32 Florida State University Law Review 571, 572 (2005); Veronica Root, *Coordinating Compliance Incentives*, 102 Cornell Law Review 1004, 1005 (2017)。

(185) Roberta Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 Yale Law Journal 1521, 1523 (2005)。

(186) Rachel E. Barkow, *The Prosecutor as Regulatory Agency*, in Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow, *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, p. 177; Cary Coglianese & David Lazer, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 37 Law & Society Review 691, 691–730 (2003); Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2075, 2088–2089 (2016); Mark J. Roe, *Delaware's Competition*, 117 Harvard Law Review 588, 591 (2003); Michael P. Vandenbergh, *The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance*, 54 University of California Los Angeles Law Review 913, 916 (2007)。

(187) Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 Northwestern University Law Review 547, 591–592 (2003); Roberta Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 Yale Law Journal 1521, 1529 (2005)。

四、扩张监管型国家的私营部门

行政法的核心关注点聚焦于未经选举产生的官僚机构的责任问题。⁽¹⁸⁸⁾ 行政决策的有效性对于行政法而言也至关重要。⁽¹⁸⁹⁾ 学界已将该领域的学术探索延伸至私人治理机制扩张这一新兴研究维度。⁽¹⁹⁰⁾ 本部分旨在系统性构建将执法类企业整合入监管型国家体系的制度框架。

(一) 执法型企业的有效性

商业监管中的一个核心问题是何种激励机制能够最有效地遏制不当行为。法律主要通过调整处罚的严厉程度或行为被发现的可能性来影响威慑效果。⁽¹⁹¹⁾ 但关于最优威慑模型的学术研究尚未形成统一定论。⁽¹⁹²⁾ 这种理论层面的不确定性，直接动摇了关于执法型企业效能判断的确定性。然而，由于执法型企业是新的威慑工具，有必要考虑何时使用它。

使用执法型企业的直接原因之一是国家监管资源不足。企业的合规部门在执法中发挥着重要作用。如今，在许多上市公司中，合规部门的规模和影响力已与法律部门不相上下。⁽¹⁹³⁾ 2004 年至 2016 年间，高盛集团的合规人员数量增长了两倍多，达到约 950 人。⁽¹⁹⁴⁾ 但消费者金融保护局负责监管高盛、花旗银行及其他众多大型银行的监测小组仅有 416 名人员。⁽¹⁹⁵⁾ 再举个例子，Facebook 最近新聘了数千名合规审查员，而其主要监管机构联邦贸易委员会的员工总数大约为 1 100 人。通过征用大型公司合规部门的部分人员来执行监管，政策制定者能够大幅扩充行政国家的监管队伍，实现监管网络的指数级扩张。在判断这种扩充是否有益时，观察者们会得出不同的结论，部分取决于他们是否认为当前公共监管资源水平已足够。

撇开资源是否充足的问题不谈，在直接监管与委托监管的路径选择中，国家仍存在多维权衡。当监管机构不如执法型企业有效时，一个合理的信号是后者拥有更优质的信息或更高的专业水平。监管的一大担忧在于，官僚机构缺乏足够的技能或信息来跟上私营部门的步伐。⁽¹⁹⁶⁾ 例如，

(188) Margaret H. Lemos, *Democratic Enforcement? Accountability and Independence for the Litigation State*, 102 Cornell Law Review 929, 942 (2017).

(189) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 Harvard Law Review 2245, 2331–2346 (2001).

(190) Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford Socio-Legal Studies, 1992, p.101–132; Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 University of California Los Angeles Law Review 1, 2 (1997).

(191) Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 Journal of Political Economy 169, 176 (1968).

(192) Richard L. Revesz, *Quantifying Regulatory Benefits*, 102 California Law Review 1423, 1424–1425 (2014); Keith N. Hylton, *Deterrence and Aggregate Litigation*, Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper, 2018, p. 17–45.

(193) Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, 57 William & Mary Law Review 2075, 2077 (2016).

(194) Sean J. Griffith et al., *The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance*, 21 Fordham Journal of Corporate & Financial Law 1, 37 (2016).

(195) Rory Van Loo, *Regulatory Monitors*, 119 Columbia Law Review 369, 436 (2019).

(196) Roy Andrew Partain, *Public and Private Regulations for the Governance of the Risks of Offshore Methane Hydrates*, 17 Vermont Journal of Environmental Law 87, 117–118 (2015).

有人指出监管机构难以理解复杂的算法，以此作为反对政府对亚马逊、脸书和其他科技巨头进行监管的理由。⁽¹⁹⁷⁾ 此外，由于传统的看门人并不参与产品生产环节，他们亦难以理解快速发展的技术密集型行业。

大多数执法型企业在日常运营中天然具备超越监管机构的信息获取能力，这种能力尤其显现在与其交易对手的直接交互场景中。基于业务关联产生的信息密度与专业契合度，使执法型企业成为特定监管领域的最适格主体。

需要明确的是，企业不一定在服务提供商所从事的所有业务方面都是专家。实际上，缺乏专业知识有时正是促使企业选择外包的原因。⁽¹⁹⁸⁾ 例如，银行发现监控第三方供应商的任务极其困难，尤其是那些提供复杂人工智能服务的金融科技公司和其他公司，比如聊天机器人、信用监控和欺诈检测等服务。⁽¹⁹⁹⁾ 尽管如此，监管主体的理解程度存在差异。大型企业在资源、人才、信息获取渠道和专业知识等方面具有比较优势，它们在许多情况下能够提供更出色的监控，从而更好地跟上形势。

信息优势的经济性体现于行为识别与成本控制双重维度。⁽²⁰⁰⁾ 对第三方监管的一个主要批评是该模式会增加交易成本。在高度分散的行业中，监管机构要监控所有实体比在少数几家大型企业集中的行业中面临更大的困难。⁽²⁰¹⁾ 建立沟通渠道、前往众多企业的所在地以及了解各机构的特殊性都需要支出费用。与行政机构和第三方检查员不同，执法型企业已经与交易对手建立了联系，并且已经具备了较高的专业知识水平，这意味着其在收集信息和培养专业知识方面花费更少。⁽²⁰²⁾ 被监管的第三方也相应减少了信息传递和解释方面的支出。执法型企业因此能够降低监管成本。

监管信息节省只是效率分析的一部分。如果新的看门人治理机制促使执法型企业更好地将自身业务活动的全部成本内部化，那么效率将会提高。但如果执法型企业因此将外部服务转为内部提供，那么效率可能会增加也可能会降低。如果节省成本或其他商业优势原本会促使企业依赖外部服务提供商，那么内部化带来的损失就需要与合规性提高和监管信息节省带来的收益进行比较。如果企业使用某些特定的外部服务仅仅是为了规避责任，那么面对新的看门人治理而将业务转为

(197) Ryan Calo & Alex Rosenblat, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, 117 Columbia Law Review 1623, 1633 (2017).

(198) Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus, *Macroeconomics* (16th ed.), McGraw-Hill College, 1998, p. 32.

(199) Kate Berry, *CFPB Catches Flak from Banks, Credit Unions on Risks of AI*, Am. Banker (6 December 2018), <https://americanbanker.com/news/cfpb-catches-flak-from-banks-credit-unions-on-risks-of-ai>.

(200) Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 573 (2000); Sidney A. Shapiro, *Outsourcing Government Regulation*, 53 Duke Law Journal 389, 390 (2003).

(201) Nicholas R. Parrillo, *Federal Agency Guidance and the Power to Bind: An Empirical Study of Agencies and Industries*, 36 Yale Journal on Regulation 165, 209 (2019); Kevin M. Stack & Michael P. Vandenbergh, *The One Percent Problem*, 111 Columbia Law Review 1385, 1393–1394 (2011).

(202) Kathryn Judge, *Interbank Discipline*, 60 University of California Los Angeles Law Review 1262, 1321–1322 (2013).

内部运营未必会降低效率。⁽²⁰³⁾ 这种动态平衡要求监管设计者精准识别企业外包决策的真实动因。

效率问题的复杂性进一步体现为合规信息的竞争敏感性特征。以亚马逊为例，其商业模式因系统性外包（涵盖云计算服务、小型服装生产及物流运输等多元领域）后实施垂直整合战略而备受争议。⁽²⁰⁴⁾ 强制性信息共享机制可能诱发市场扭曲效应：既可能助推服务提供商遭遇反竞争性市场排挤或被并购，亦可能迫使执法型企业陷入“企业规模大但是不具有经济优势”的困境。

相反，信息敏感性可能促使服务提供商规避与执行主体共享关键监管数据。当监督主体为行政机关或独立第三方检测机构时，此类风险显著降低，因其非市场竞争对手的定位消除了数据滥用隐患。⁽²⁰⁵⁾ 信息作为治理效能的核心要素⁽²⁰⁶⁾，在涉及敏感数据的合规监督场景中，引入公共监督机制或独立第三方机构不仅更具制度优势，甚至可能成为执法型企业监督体系不可或缺的补充架构。

监管体系碎片化衍生的管辖权重叠构成另一制度性挑战。实证研究表明，管辖权交叉的行政机构往往呈现执法惰性⁽²⁰⁷⁾，其深层机理在于责任分散效应，各机构均预期其他主体将履行主要监管职责。类似机制在公共监管部门、企业及服务提供商的三方关系中同样显现：各主体可能策略性规避监管投入，特别是在多企业共享服务提供商的场景中，市场主体存在“搭便车”动机，试图无偿获取其他企业监督投入产生的正外部性。⁽²⁰⁸⁾

更为根本的制度性缺陷在于，企业监督行为可能异化为“合规表演”——让企业向监管机构表明自己有所行动，从而免受监管责任，但实际上并未施加多大影响。⁽²⁰⁹⁾ 联邦贸易委员会在医疗保健行业诉讼中获取的关键证据极具警示意义：某企业向存在不当行为的第三方电话营销商发送书面谴责，该行为可能仅具程序合规的表象功能。该公司代表在发送合规邮件后向电话营销商保证：“我只是要面面俱到，这样没人能说我公司未尽告知义务，哈哈。”⁽²¹⁰⁾ 这赤裸裸地揭示了形式主义监管的运作逻辑。

这种对逃避监管的担忧表明，采用执法型企业所能节约的监管成本与简化的复杂性，须与其所需的公共资源投入进行动态平衡。不过，行政机构的监督仍是执法型企业相对于传统看门人具有内在优势的另一个领域。若采用私人检查员、会计师、自律组织或审计员，监管机构对私人执

(203) George S. Geis, *Business Outsourcing and the Agency Cost Problem*, 82 Notre Dame Law Review 955, 963 (2007).

(204) Julie Creswell, *Amazon the Brand-Buster*, N.Y. Times, 24 June 2018, at BU1; Jay Greene & Laura Stevens, *How Amazon Wins*, Wall Street Journal, 2 June 2018, at B1–B2.

(205) David Zaring, *Against Being Against the Revolving Door*, 2013 University of Illinois Law Review 507, 511–512 (2013).

(206) Matthew C. Stephenson, *Information Acquisition and Institutional Design*, 124 Harvard Law Review 1422, 1423 (2011).

(207) Jason Marisam, *Duplicative Delegations*, 63 Administrative Law Review 181, 211–212 (2011); Catherine M. Sharkey, *Agency Coordination in Consumer Protection*, 2013 University of Chicago Legal Forum 329, 357 (2013).

(208) Douglas Brown & Scott Wilson, *The Black Book of Outsourcing: How to Manage the Changes, Challenges, and Opportunities*, John Wiley & Sons, 2005, p. 47.

(209) Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 Washington University Law Quarterly 487, 541–544 (2003).

(210) F.T.C. v. Lifewatch Inc., 176 F. Supp. 3d 757 (N.D. Ill. 2016).

行者的监管将需要与更多实体进行互动。这些互动将需要监管机构投入资源与新的机构进行沟通、了解并对其提起诉讼。相较之下，既有监管体系已覆盖执法型企业，仅需拓展针对其看门人职能的监管维度，这使得公共问责机制的实施成本显著降低且更具可操作性。⁽²¹¹⁾

执法型企业的制度局限突出体现在制裁工具的有效性层面，其主要威慑手段仅限于业务终止权，即通过切断合作来惩罚违规第三方。这种惩罚力度远逊于公共监管机构的执法手段，且违规第三方仍可与其他企业继续合作。尽管随着行业集中度的提升，典型执行企业可能逐步积累更强的制裁能力⁽²¹²⁾，但在服务商客户群体分散的市场环境中，业务终止的震慑效应将大幅衰减。

这种制度约束引发了对执法型企业在对等商业关系中应用效能的质疑。通常而言，两家大型企业的深度合作天然具备信息优势，这为通过相互监督实现成本节约提供了可能。例如，脸书允许亚马逊、网飞和微软访问用户数据，包括读取私人消息。⁽²¹³⁾理论上，执法型企业对同行进行监督的范围越大，则可能会进一步缩小监管机构与被监管实体之间的资源和信息差距。⁽²¹⁴⁾势均力敌的看门人可能有一些作用，但实践中的监督效能仍受制于权力不对等关系，当执行方企业市场支配力弱化时，公共监管的深度介入仍不可避免。⁽²¹⁵⁾

评估机制效能的复杂性在于，大型企业作为外部监管者的实践尚未形成充分验证。相比之下，公共监管效能已获实证支持：美国环境保护署的检查频次每提升 10%，工厂污染排放量即可下降 3%。⁽²¹⁶⁾政策制定者亟待开展针对执法型企业监管效能的专项研究，特别是不同制度设计模式的比较分析。但须注意，公共监管、第三方监督与自我监管均存在失败案例⁽²¹⁷⁾，关键变量在于执法型企业及其交易伙伴可能承担的巨量合规成本。这种成本结构的特殊性要求监管设计必须建立在对企业行为激励的精准测算之上。

简言之，执法型企业的制度优势评估须综合考量多重变量：包括信息获取能力、监管数据的敏感程度、对交易对象的约束效能、外包机制的组织效率以及合规提升带来的社会溢出效应。理论推演显示，相较于承担相同职能的公共监管机构或新兴私营第三方监管组织，规模企业依托信息储备优势与运营成熟度可能更具成本效益优势。

制度设计层面仍存在待解决的关键命题，即激励机制的配比须明确作用主体（执法型企业或

(211) Andrew F. Tuch, *Multiple Gatekeepers*, 96 Virginia Law Review 1583, 1585 (2010).

(212) James W. Brock, *Economic Power, Henry Simons, and a Lost Antitrust Vision of Economic Conservatism*, 58 South Dakota Law Review 443, 452, 457 (2013).

(213) Gabriel J.X. Dance et al., *Facebook Offered Users Privacy Wall, Then Let Tech Giants Around It*, New York Times, 19 December 2018, at A1.

(214) Kathryn Judge, *Interbank Discipline*, 60 University of California Los Angeles Law Review 1262, 1321 – 1322 (2013).

(215) Jason D. Krieser et al., *Outsourcing Law and Business*, Law Journal Press, 2019, § 11.02(3) (e).

(216) Jinghui Lim, *The Impact of Monitoring and Enforcement on Air Pollutant Emissions*, 49 Journal of Regulatory Economics 203, 203 (2016).

(217) Edward J. Balleisen eds., *Policy Shock: Recalibrating Risk and Regulation After Oil Spills, Nuclear Accidents and Financial Crises*, Cambridge University Press, 2017, p. 435 – 482.

其交易对象)与作用强度。另一基础性抉择在于,除既有间接责任、替代责任及严格责任机制外,是否须设立针对执法型企业的专项治理标准。法律革新路径可部分矫正其结构性缺陷:强化制裁力度可通过授予针对第三方违规的私人诉权实现;建立违规行为强制申报制度可提升透明度;强化反垄断监管则能制衡其潜在权力滥用与敏感信息垄断风险。⁽²¹⁸⁾

评估执法型企业效能时,关键在于建立对替代监管模式的务实认知。现实政策选择往往不局限于公共监管机构与执法型企业的二元对立,亦非新旧看门人模式的简单更替。受制于行业从业者的游说压力,立法机构或难以为分散化第三方监管配置充足公共资源。在此约束条件下,核心议题转化为:尽管存在制度缺陷,执法型企业是否仍优于对分散第三方实施零监管的原始状态?若假设强化法律遵从具有正向社会价值,则该模式确为提升监管效能提供了潜在突破路径。

(二) 执法型企业的责任

行政法对早期私有化进程的核心担忧在于,私有化使政府免受问责,公众对私营实体的可见度或互动有限。⁽²¹⁹⁾将监管权责委托予执行企业的当代实践,可能加剧这种问责困境。由此引发关键制度命题:如何构建公众对执行企业合规促进效能的监督机制?集中体现为三种制度路径:司法审查机制、私人诉讼以及行政监管框架。⁽²²⁰⁾

司法审查体系为防范监管俘获提供制衡。执行企业在制定监督条款或作出监管决策时,往往豁免于《行政程序法》的程序约束与《信息自由法》的信息披露要求。⁽²²¹⁾核心制度风险在于,监管权让渡可能异化为市场垄断工具:大型企业借规则制定权巩固既有市场地位,挤压中小企业生存空间。现有学理建议提出:当行政机关对私人主体的约束机制存在结构性缺陷时,美国法院可援引宪法原则判定授权行为违宪。⁽²²²⁾

总体而言,依靠非授权原则的解决方案似乎不太可能奏效。国会只需在合法范围内提供“一个可理解的原则”⁽²²³⁾,这是一个宽松的标准,传统上对政府向私人主体授权的行为表现出高度的容忍⁽²²⁴⁾。然而,法院偶尔会表现出对“授权私人主体行使监管权力”的敌意⁽²²⁵⁾,并指出“对私人授权应比对公共授权进行更严格的审查”⁽²²⁶⁾。在具有代表性意义的美国运输部诉美国铁

(218) Stavros Gadinis & Colby Mangels, *Collaborative Gatekeepers*, 73 Washington and Lee Law Review 797, 910 (2016).

(219) Jody Freeman, *The Contracting State*, 28 Florida State University Law Review 155, 175–176 (2000).

(220) Michael A. Livermore & Richardb L. Revesz, *Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction*, 101 Georgetown Law Journal 1337, 1340 (2013).

(221) Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551 (1994); Freedom of Information Act (FOIA), 5 U.S.C. § 552(b) (2018).

(222) Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 Columbia Law Review 1367, 1370 (2003).

(223) Hampton & Co. v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928).

(224) Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 589–590 (2000).

(225) Ass'n of Am. Railroads v. U.S. Dep't of Transp., 721 F. 3d 666 (D.C. Cir. 2013), vacated and remanded sub nom, Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads, 135 S. Ct. 1225 (2015).

(226) Tex. Boll Weevil Eradication Found., Inc. v. Lewellen, 952 S.W. 2d 454, 469 (Tex. 1997).

路协会案中，美国最高法院认定美国铁路客运公司是政府行为体，回避了非授权问题，但在一份协同意见中，阿利托大法官指出：“将监管权让渡予私人实体，实为立法授权中最具宪政危害的形态。”⁽²²⁷⁾ 这昭示着非授权原则对执法型企业的制度约束潜力不容忽视。

学术界曾就援引美国宪法第十四修正案正当程序条款对具备国家行为体属性的企业施加宪法约束展开理论探讨。⁽²²⁸⁾ 适用于国家行为体的核心审查标准包括形成“共生关系”的实质性共同参与、公私主体间的强关联性以及承担专属性公共职能等要件，理论上可直接延伸至执法型企业的合规审查。但司法实践表明，即便私营企业深度介入电力供应、养老机构运营等公共属性显著的领域，法院仍普遍拒绝认定其构成国家行为体。⁽²²⁹⁾ 虽金融业监管局（FINRA）等获国会授权履行投资者保护职能的自律组织更具典型性，司法系统对其国家行为体地位的认定仍持谨慎态度。⁽²³⁰⁾

值得深入探究的是，相较于电力公司与养老院，执法型企业在常规商业活动外承担公共治理职能的特殊属性是否构成关键区分要素。尽管这一差异可能具有法理相关性并值得纵深研究，但必须承认“司法系统对受私人主体决策影响的个体保护力度及其审查强度依然有限”的现实。若执法型企业产生的法律效果与普通私人执行者无实质差异，则意味着行政国家的重要治理领域可能持续游离于司法审查之外。

私人诉讼机制为追责执法型企业提供了可能性。通过对比新型执法型企业与传统私人执行模式的监管架构差异可获得重要启示：在律师、会计师等传统看门人模式中，被监管实体直接承担监督者服务费用。这种客户关系极易引发监管俘获——监督者为维持客户满意度存在弱化监管的经济激励。⁽²³¹⁾ 而执法型企业的特殊之处在于，服务提供商通过关键资源供给（如亚马逊、脸书通过用户渠道控制）间接承担监督成本。若将“客户至上”原则具象化⁽²³²⁾，传统看门人处于服务者地位，而新型看门人则占据规则制定者的优势地位，理论上其独立性与抗俘获能力应显著增强。

此外，与旧的看门人不同，执法型企业直接与消费者打交道。因此，一些执法型企业的员工

(227) *Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. Railroads*, 135 S. Ct. 1225, 1233–1234, 1238 (2015).

(228) Ira P. Robbins, *The Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization*, 35 *University of California Los Angeles Law Review* 911, 915 (1988).

(229) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 351–352, 357–358 (1974); *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991, 1010–1012 (1982).

(230) Michael Deshmukh, *Is FINRA a State Actor? A Question That Exposes the Flaws of the State Action Doctrine and Suggests a Way to Redeem It*, 67 *Vanderbilt Law Review* 1173, 1178–1180 (2014). 法院在极少数情况下认定自律组织是政府实体，参见 Roberta S. Karmel, *Should Securities Industry Self-regulatory Organizations Be Considered Government Agencies*, 14 *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 151, 173 (2008).

(231) Veronica Root, *The Monitor-“Client” Relationship*, 100 *Virginia Law Review* 523, 531 (2014).

(232) Wilson Hunter, *Independent or Adrift at Sea: How the Concept of Independence Has Warped American Legal Ethics*, 34 *Journal of Legal Profession* 367, 367 (2010).

可能会更自然地倾向于消费者，从而可能倾向于那些需要法律保护的群体。更重要的是，消费者可通过“用脚投票”机制直接影响多数执法型企业的市场存续。这种直接利益联结机制为消费者抵制等倡导行动创造了条件。历史经验证明，此类压力能有效促使企业的合规化转型。⁽²³³⁾这也在一定程度上回应了学界关于“传统看门人因心理依附难以保持监管独立性，从而偏离公共利益”的理论困境⁽²³⁴⁾，为解决公共利益偏离问题提供了新路径。

市场威慑机制在约束私营企业责任方面存在结构性缺陷。消费者虽能轻易转换咖啡店等日常服务商，但在银行账户迁移或社交平台切换时面临显著转换壁垒⁽²³⁵⁾，数字产品领域尤甚。相关产品的可替代选项往往稀缺，用户仍须承担界面学习成本及数据迁移风险（如个人影像、社交关系等数字资产的不可移植性）⁽²³⁶⁾。即便存在竞品，这种市场选择权的实质受限，削弱了执行企业对声誉风险的敏感性，导致其较传统监管主体更漠视违规行为带来的公共声誉折损。⁽²³⁷⁾因此，威慑效能的评估维度须纳入消费者退出难度指标：用户转换成本越低，执法型企业面临的问责压力越强。⁽²³⁸⁾

此外，有效问责的前提是公众具备信息获取与效能评估的双重能力。要让消费者直接对执法型企业负责，他们必须能够了解该企业的执行情况，并且有能力评估其效果。可见涉及行政问责的主要机制之一是透明度。提升执法型企业角色透明度可借鉴现行行政披露制度，例如强制要求发布年度监管执行报告。⁽²³⁹⁾但实践层面，多数企业缺乏主动披露的内在激励。

信息披露程度取决于指令约束或公共部门的汇总发布机制。但公众要据此实施有效问责，还须具备执行效能的评估能力。这在常态监管中往往存在认知门槛，除非发生重大失职事件。行为法律经济学研究证实，消费者在评估产品隐性属性（如保修条款、隐性收费）时普遍存在认知局限。⁽²⁴⁰⁾尽管引入类似餐饮业卫生评级的独立评估体系或许能增强消费者问责效能，但在

(233) Michael P. Vandenbergh, *The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contracting in Global Governance*, 54 University of California Los Angeles Law Review 913, 917 (2007).

(234) Joel S. Demski, *Corporate Conflicts of Interest*, 17 Journal of Economic Perspectives 51, 57 (2003).

(235) Rory Van Loo, *Making Innovation More Competitive: The Case of Fintech*, 65 University of California Los Angeles Law Review 232, 244–245 (2018).

(236) Martin Moore & Damian Tambini eds., *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, 2016, p. 29–30 (2018).

(237) Sharon Yadin, *Regulatory Shaming*, 49 Environmental Law 101, 142(2019).

(238) Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970, p. 24.

(239) U.S. Nuclear Regulatory Commission, *Enforcement Program Annual Report–2015 4, 18* (Report No. ML16069A146, 30 March 2016), <https://perma.cc/ABCD-EFGH> (original url <https://www.nrc.gov/docs/ML1606/ML16069A146.pdf>).

(240) Oren Bar Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, 2012, p. 5–6; Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 University of Chicago Law Review 1203, 1217–1218 (2003).

银行、科技等高转换成本行业，用户因监管评级调整服务商的比例仍将维持低位。⁽²⁴¹⁾ 综合信息处理、决策理性与转换成本三重障碍，消费者选择机制仅能为执行企业构建有限的补充性问责层级。

当前法律框架与非政府监管机制的局限性，凸显了行政机构对执法主体实施动态监督的必要性。消费者金融保护局的运作模式为此提供了实证案例。作为核心监管主体，消费者金融保护局通过周期性审查机制持续追踪金融机构对第三方合作方的监管效能。例如，消费者金融保护局在常规合规检查中曾发现信用报告机构存在对第三方数据供应商的“持续性监控缺失与定期复审不足”问题。相关信息通过行业通报机制扩散后，信用机构系统性优化了内控流程。两年后的跟踪评估显示，消费者金融保护局认定“后续审查证实相关制度已实现实质性改进”，具体举措包括建立“违规数据供应商动态追踪体系”以及“终止不合规数据源接入”等强制措施。⁽²⁴²⁾ 这一实践不仅体现了监管机构对执行主体的审查职能，更通过信息公开机制强化了社会监督效力。

需特别说明的是，本部分论述并非穷尽性列举影响执法效能与责任体系的所有变量。潜在风险至少涵盖以下维度：其一，政府可能过度依赖具备利益关联的市场主体实施监管，导致专业监管能力退化与资源错配风险；其二，监管机构可能形成路径依赖，倾向于选择行业集中度高、便于实施规模化制裁的领域进行监管，进而加剧反垄断政策与执行效率之间的张力。

从宏观治理视角审视，政府借助企业延伸监管触角的模式须警惕系统性风险。这既包括传统监管套利行为的变异升级，也涉及权力扩张可能引发的政府行为异化。现有行政体系设置的制衡机制（如监察长独立调查制度）有必要延伸适用于被赋予监管职能的市场主体，以构建复合型监督网络。此外，关于效能评估与问责机制的设计，亟待建立涵盖成本收益分析、公共利益平衡及权力寻租防范的系统研究框架。

总体而言，相较于传统私有化监管模式，“征用企业作为监管者”的模式在效率提升、专业服务供给及消费者响应速度方面展现显著优势。但若制度设计存在缺陷，可能衍生出游离于公众监督与司法审查之外的监管盲区。关键特征之一在于要确保有一个行政机关来监督这些新的看门人。

(241) Barbara van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should Look Like*, 67 Stanford Law Review 1, 92–94 (2015).

(242) Consumer Fin. Prot. Bureau, *Supervisory Highlights: Consumer Reporting Special Edition 12* (Report No. 2017–03), <https://perma.cc/ABCD-EFGH> (original url https://files.consumerfinance.gov/f/documents/201703_cfpb_Supervisory-Highlights-Consumer-Reporting-Special-Edition.pdf).

五、结语

企业所扮演的公共角色以及行政国家的私人触角比人们通常所理解的要延伸得更远。凭借大型企业所拥有的巨大资源，行政机关如今指挥着一支庞大的影子监管队伍。这一发展态势在一定程度上有望填补资源匮乏且技术相对落后的行政机关所留下的监管漏洞。

“征用企业作为监管者”的模式标志着联邦政府通过重塑企业合同、关系网络、组织结构与治理模式，实现了对私权领域最激进的干预。客观而言，世界上最大的企业如今负有为公共利益采取行动的积极义务。政策制定者借此为“企业应承担更多社会责任”的诉求提供了制度背书，至少在国家征用企业执行公共职能层面树立了开创性先例。

股东仍是企业利益的最大受益者，行政机关仍是核心监管主体。但任何关于企业或监管的论述若忽视以下事实皆不完整：社会最重要的法律的执法前沿，正由作为看门人的大型企业构筑防线。这种公私权力的重新配置，正在书写国家监管演进的新篇章。

The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers

Rory Van Loo (Author)

LIN Weizeng (Translator)

Abstract: The world's largest businesses must routinely police other businesses. By public mandate, Facebook monitors App developers' privacy safeguards, Citibank audits call centers for deceptive sales practices, and Exxon reviews offshore oil platforms' environmental standards. Scholars have devoted significant attention to how policy makers deploy other private sector enforcers, such as certification bodies, accountants, lawyers, and other periphery "gatekeepers". However, the literature has yet to explore the emerging regulatory conscription of large firms at the center of the economy. This Article examines the rise of the enforcer-firm through case studies of the industries that are home to the most valuable companies, in technology, banking, oil, and pharmaceuticals. Over the past two decades, administrative agencies have used legal rules, guidance documents, and court orders to mandate that private firms in these and other industries perform the duties of a public regulator. More specifically, firms must write rules in their contracts that reserve the right to inspect third parties. When they find violations, they must pressure or punish the wrongdoer. This form of governance has important intellectual and policy implications. It imposes more of a public duty on the firm, alters corporate governance, and may even reshape business organizations. It also gives resource-strapped regulators promising tools. If designed

poorly, however, the enforcer-firm will create an expansive area of unaccountable authority. Any comprehensive account of the firm or regulation must give a prominent role to the administrative state's newest gatekeepers.

Keywords: Private Firm; Gatekeeper; Rule by Contract; Corporate Responsibility; Public Governance

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)