

卡-梅框架下数据财产权益保护规则分类分级配置研究

丛颖男, 彭友, 朱金清

引用本文

丛颖男, 彭友, 朱金清. 卡-梅框架下数据财产权益保护规则分类分级配置研究[J]. 计算机科学, 2024, 51(8): 34-44.

CONG Yingnan, PENG You, ZHU Jinqing. Study on Classification and Grading Allocation of Data Property Rights Protection Rules Under C&M Framework [J]. Computer Science, 2024, 51(8): 34-44.

相似文章推荐 (请使用火狐或 IE 浏览器查看文章)

Similar articles recommended (Please use Firefox or IE to view the article)

[论算法解释权的重构——全算法开发流治理与分级分类解释框架](#)

Reconstructing the Right to Algorithm Explanation — Full Algorithm Development Flow Governance and Hierarchical Classification Interpretation Framework

计算机科学, 2023, 50(7): 347-354. <https://doi.org/10.11896/jsjcx.220900120>

[关于法律人工智能数据和算法问题的若干思考](#)

Insights into Dataset and Algorithm Related Problems in Artificial Intelligence for Law

计算机科学, 2022, 49(4): 74-79. <https://doi.org/10.11896/jsjcx.210900191>

[面向大数据应用的区块链解决方案综述](#)

Survey on Blockchain Solution for Big Data

计算机科学, 2019, 46(6A): 6-10.

[基于SQL Server 2000的企业数据仓库设计与应用](#)

计算机科学, 2003, 30(12): 92-94.

[企业异构数据流集成技术探讨](#)

计算机科学, 2004, 31(B09): 20-23.

卡-梅框架下数据财产权益保护规则分类分级配置研究

丛颖男¹ 彭友² 朱金清³

1 中国政法大学商学院 北京 100088

2 中国政法大学数据法治研究院 北京 100088

3 北京字节跳动网络技术有限公司 北京 100043

(cyn_2010@163.com)

摘要 在社会、经济数字化转型的关键时期,建立高效的数据要素市场是数字经济持续快速发展的重要基础和基本前提,也是多学科交融的时代课题。数据的财产权益保护制度是数据要素市场的基础制度,目前相关的理论探讨可谓百家争鸣,与法律规定和裁判观点共同构成了一张“规则清单”。卡-梅框架提供了一种以经济效率为标准的规则选择方法,与建设高效的数据要素市场这一政策目标相契合。在此框架下,从事前效率和事后效率两个视角分别对个人数据、企业数据和公共数据的财产权益保护规则进行比较和选择,发现对于个人数据和企业数据而言,提供事后救济的责任规则相比赋予绝对化财产权的财产规则更具效率;而对于公共数据而言,两者各有优势。基于此,进一步对个人数据保护提出了构建“三层构造”保护模式的立法建议和建立数据匿名化制度的构想,对企业数据保护提出了构建非绝对性财产权利的方向指引,对公共数据提出了建立三类规则相互配合的分类分级开放格局的建议。

关键词: 数据确权;卡-梅框架;数据要素市场;规则的效率选择;个人数据;企业数据;公共数据

中图分类号 TP182;DF529;DF0-059

Study on Classification and Grading Allocation of Data Property Rights Protection Rules Under C&M Framework

CONG Yingnan¹, PENG You² and ZHU Jinqing³

1 Business School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China

2 The Institute for Data Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China

3 Beijing Bytedance Network Technology Co., Ltd, Beijing 100043, China

Abstract In the critical period of digital transformation of society and economy, the establishment of an efficient data factor market is an important foundation and basic prerequisite for the sustainable and rapid development of the digital economy, and is also a multidisciplinary issue of the times. The property rights protection system of data is the basic system of data factor market, and there are hundreds of theoretical discussions on it, which together with legal regulations and judges' opinions constitute a “list of rules” to choose from. The C&M framework provides a method of rule selection based on economic efficiency, which is in line with the policy objective of building an efficient data factor market. This paper compares and selects rules for the protection of property rights of personal data, enterprise data and public data from two perspectives: ex ante efficiency and ex post efficiency, and concludes that for personal data and enterprise data, liability rules providing ex post remedies are more efficient than property rules granting absolute property rights, while for public data, each has its own advantages. Based on this, this paper further proposes a legislative proposal to build a “three-tier structure” protection model and a data anonymization system for personal data protection, the direction to build non-absolute property rights for enterprise data protection, and a proposal to establish a classified and graded openness pattern with three types of rules for public data.

到稿日期:2023-12-27 返修日期:2024-05-27

基金项目:2024年中国政法大学科研创新项目(24KYQN006);2022年国家重点研发计划“社会治理与智慧社会科技支撑”重点专项(2022YFC3303000);教育部人文社会科学研究一般项目(22YJC190003);北京市教育科学“十四五”规划课题(CECA22136)

This work was supported by the 2024 China University of Political Science and Law Scientific Research Innovation Project(24KYQN006), 2022 National Key R&D Program Social Governance and Smart Society Technology Support Key Special Project(2022YFC3303000), General Project of Humanities and Social Sciences Research of the Ministry of Education(22YJC190003) and Beijing's Education Science 14th Five Year Plan (CECA22136).

通信作者:朱金清(zhujinqing@bytedance.com)

Keywords Confirmation of data right, C&M framework, Data factor market, Efficiency selection of rules, Personal data, Enterprise data, Public data

1 引言

在新型工业化的浪潮之中,大数据、人工智能、云计算、物联网等技术驱动着社会数字化变革,平台经济、互联网经济、共享经济等新经济形态相继涌现,数字经济逆势增长,为全球经济复苏提供了重要支撑。从党的十九大提出建设“数字中国”,到党的二十大强调加快建设“网络强国、数字中国”,并作出“加快发展数字经济”的战略部署,我国数字经济在信息技术和国家政策的支持下持续快速发展。据中国信通院《中国数字经济发展报告(2023年)》显示,我国数字经济规模从2017年的27.2万亿元增长到2022年的50.2万亿元,2022年占GDP比重高达41.5%,实现了规模近乎翻番的跨越式增长。

数据法律制度建设与数据要素治理是数字经济建设的重要内容,也是数字经济保持高速发展、迈向高质量发展的必然选择。从十九届四中全会从国家战略层面提出将数据纳入生产要素,到《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》(下称《数据二十条》)提出“构建适应数据特征、符合数字经济发展规律、保障国家数据安全、彰显创新引领的数据基础制度”,国家始终以加强数据基础制度构建、支持数据要素市场建设为重要的政策目标。从地方数据立法实践来看,我国除港、澳、台外的31个省级行政单位中有30个省级行政单位从地方性法规、地方政法规章、地方规范性文件等不同层级进行了数据相关立法^[1]。此外,全国注册成立的数据交易机构已有60家,数据要素市场展现出巨大的发展潜力和法治化治理需求。

本文立足于建立高效数据要素市场的法治需求,聚焦数据财产权益保护规则的分类分级配置,以厘清数据财产权益客体为基础,从经济效率的视角对立法、司法实践和理论探讨中涉及的数据财产权益保护模式进行比较与选择,进而为数据立法的路径选择与制度建构提出建议,以回应政策号召与发展需求,为数据产权制度的建构与统合提供理论依据。

2 数据财产权益保护规则的建构需求与立法缺失

明确数据财产权益保护规则是释放数据要素价值、构建高效数据要素市场的基础和前提。数据被投入生产活动之中是数据从“资源”转变为“要素”的重要标志,这一转变过程往往需要经过大量的数据交易才能实现。换言之,数据往往需要经过纷繁的权属转移才能聚合成为对企业生产而言具备经济价值的数据要素。实际上,交易与定价普遍贯穿于各种资源要素化的进程之中。从土地、劳动力、资本、技术等传统生产要素市场化的一般过程来看,生产要素在经历从“资源”到“要素”再到“产品”的三阶段形态转变的同时,都在各阶段完成了权属转移和要素定价^[2]。由此看来,数据要素市场培育的基本前提是建立数据权属规则与定价机制,落实中央深改委第26次会议“统筹推进数据产权、流通交易、收益分配、安全治理”指示的首要任务是明晰数据产权,其中的立法任务

即为确定采取何种法律规则保护数据之上的财产权益。

目前数据权属规则尚不明晰,数据基础制度供给存在欠缺。在立法层面上,由于数据相对于传统生产要素具有非竞争、可复制、非排他、人格权益和财产权益交错等独特属性,数据权属立法因难以套用传统财产的权利配置模式而面临困境和缺位^[3]。也正是由于现行法并未明确数据财产权益的保护模式,因此,司法实践虽广泛承认数据之上存在无名的财产权益,但也只能依靠法官在个案中灵活运用和解释一般条款来实现权益救济。这种数据财产权益保护路径存在诸多不完备之处。表1列出了典型案例,这些案例的争议焦点都直指数据之上的财产权益归属。“孙某诉百度案”为关于个人信息侵权的人格权纠纷,虽然法院承认个人信息具有财产属性的态度值得肯定,但该案中原告的单条个人信息实际上仅具备因被商业利用而呈现财产价值的“可能性”,并非天然地具备财产价值,为何能适用财产损害赔偿值得商榷。“新浪微博诉超级星饭团案”对此问题给出了不同的回应,该案判决表明企业对个人数据的收集、整理和维护等商业利用行为是个人数据集合的财产价值来源,企业对其合法收集、整理的数据集合享有经营利益,试图展现个人数据权益通过企业合法利用转变为企业财产权益的过程。“淘宝诉美景案”则进一步阐明了单条用户数据本身缺乏财产价值,进而通过适用反不正当竞争法的一般条款保护企业的数据财产权益。从这些案例可知,对于个人数据而言,当前借助人格权诉讼保护个人信息之上的财产价值,既不有利于在个案中准确把握财产价值的保护力度,也难以以为个人信息财产价值的广泛利用提供普遍保护,同时因人格权被降格为交易客体的风险而导致企业利用个人信息财产价值的正当性存疑;对于企业数据而言,仅适用反不正当竞争法一般条款则使企业数据财产权益受保护的範圍仅限于市场竞争条件下的事后救济,难以从根本上达到定分止争的法律效果^[4],同时也因过度依赖一般条款而对法的安定性产生威胁。因此,当前的裁判路径仅为在立法缺失现状下的权宜之计,从立法层面实现数据确权才能抽薪止沸。

数据确权研究虽已在学术界掀起热潮,但基本共识尚未达成。现有研究大致可分为在现有法律体系内构造数据财产权和在传统法律体系外创设新型数据法律制度两类立场。持前种立场的研究主要从物权^[5-7]和知识产权^[8-10]两方面展开,试图在现有财产权体系内通过权利构造和制度设计弥补其在数据财产权益保护上的不适应,以实现法律体系的内部完善。持后种立场的研究则主张在现有法律体系之外,通过建构新型规则来应对现有法律体系的不完备。此类研究主要从“权利规范模式”和“行为控制模式”两方面展开,以模式选择为标准可将现有主张分为确立新型数据财产权^[11-12]、赋权与行为规制相结合^[13-14],以及完全依靠行为规制^[15]3类。

对于数据财产保护的法律规定、裁判观点和理论构想形成了一张可供立法选择的“规则清单”,须经立法者进行选择与统合才能形成完备高效的数据权属制度体系。在构建高效

的数据要素市场的政策导向和发展需求之下,如何在相互竞争的多个立法路径中筛选出最具经济效率的法律规则并结合数据分类实现体系统合,从法律经济学的视角来看就是规则类型的效率比较问题^[16]。卡拉布雷西(Guido Calabresi)和梅拉米德(Douglas Melamed)提出的卡-梅框架(C&M Framework)是规则分类和效率选择的基础理论,它从法律后果的

视角,将法律规则分为禁易规则(inalienability rules)、财产规则(property rules)和责任规则(liability rules)3种类型^[17],提供了一种从众多相互竞争的规则类型中选择最有效率的法律规则的分析框架。本文基于这一理论及其发展成果,试图基于效率选择的视角对数据财产权益保护问题的争议焦点加以评判,筛选更具效率的法律规则和潜在立法进路。

表1 涉数据权属纠纷的若干典型案例
Table 1 Some typical cases of data rights disputes

数据类别	案例名称	数据权属争议焦点	数据权属认定	法律依据
个人数据	孙某诉百度案	百度将孙某上传至校友录网站的头像置于搜索结果中,且收到孙某的删除通知后仍未予删除,这一行为是否侵犯孙某的个人信息或个人隐私。	法院明确“个人信息在互联网经济的商业利用下,已呈现出一定的财产价值属性”,孙某在本案中遭受了“财产损失”。	《民法总则》第111条、《侵权责任法》第20条等
	新浪微博诉超级星饭团案	云智联公司“超级星饭团”APP抓取并使用新浪微博涉案用户数据的行为是否正当。	法院鉴于新浪微博“为收集、整理数据,以及维护其互联网产品中的数据运行和安全而付出成本”和关于涉案数据归属的约定,认定新浪微博对涉案用户数据享有“经营利益”。	《反不正当竞争法》第2条
企业数据	淘宝诉美景案	淘宝公司对于“生意参谋”数据产品是否享有法定权益。	1. 对于用户而言,单个网上浏览行为痕迹的经济价值十分有限,网络用户对其不享有独立的财产权或财产性权益; 2. 对于网络运营者而言,其对网络原始数据受制于网络用户对其所提供的用户信息的控制,不能享有独立的权利。但是,运营者对其投入大量智力劳动成果开发的数据产品享有独立的财产权益。	《反不正当竞争法》第2条
	新浪微博诉脉脉案	1. “脉脉”获取并使用涉案新浪微博用户信息的行为是否合法正当; 2. 新浪微博是否可以就第三方应用使用其用户数据的不正当行为主张自身权益。	1. 第三方通过 OpenAPI 获取用户信息时应坚持“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权原则; 2. 数据的获取和使用,不仅能成为企业竞争优势的来源,更能为企业创造更多的经济效益,是经营者重要的竞争优势与商业资源。	《反不正当竞争法》第2条

3 数据财产权益保护规则的建构前提:厘清数据概念

3.1 数据概念的混序

数据概念是数据治理研究的逻辑起点,厘清数据的内涵及其与相邻概念的关系是建构数据基础制度的基本前提。目前,对数据概念的界定并非清晰明了。首先,由于不同学科话语体系之下数据的内涵不尽相同,以致学术界对数据概念的认知呈现差异。数据形式说者视数据为一种以比特方式呈现信息的外在表现形式,数据内容说者认为数据是电子化或数字化手段纪录的信息^[18],数据分层说者则主张数据是由内容和载体2层次^[7]或内容、符号和实物载体3层次^[5]构成的整体。进而,数据与相邻概念之间也并非泾渭分明,集中表现为“数据”和“信息”概念的混序,导致立法、司法中“个人信息”“个人数据”“敏感信息”“用户数据”“用户信息”等一系列术语普遍被交替使用。在立法中,法律和部门规章的文本对“个人信息”与“数据”概念混同极其普遍,据学者统计,至少有19部法律、627部门规章在同一文本中交替使用“个人信息”与“数据”两个概念^[19]。裁判文书中的混同亦不为鲜见,以前述“新浪微博诉脉脉案”为例,判决书中交替使用了“用户信息”“用户数据”和“数据信息”等表达,实际上都指向脉脉从新浪微博上抓取的数据。

学术界已有许多研究试图厘清数据的概念,虽然基本达成了“数据为信息的载体,信息是数据的内容”的共识,但是

仍然存在主张“数据与信息等同”与主张“数据与信息区分”的分歧。主张数据与信息概念等同的学者认为:首先,虽然“数据等于信息加载体”的说法看似具备解释力,但是数据的财产价值主要体现在作为内容的信息之上,因此数据和信息应受私法保护的核心内容具有同一性^[18];其次,当数据量达到一定的程度而能够称其为大数据之后,数据本身就是信息,因此在大数据时代更没有区分两者的必要^[20]。而主张数据与信息区分的学者则有“数据信息分层说”“数据大于信息说”和“数据小于信息说”3种观点。第一种观点如同上述“数据分层说”对数据和信息概念的界定;第二种观点则认为数据包含信息,数据上承载的内容包含信息与非信息^[21];第三种观点将数据概念限于网络语境之下,认为信息包含数据,除电子数据外,信息还可通过其他非电子数据的形式被记录^[15]。由此看来,对于立法和司法中“数据”和“信息”概念混用的问题,现有理论研究未能给出一个具有共识性的解决方案^[22]。

“数据”和“信息”概念的边界不清造成了数据财产价值保护的现实困境。将信息与数据混为一谈,直接导致其上人格权益与财产价值相互交错,而人格权益又不可让渡,以致难以正面回答数据是否能成为财产权益客体进而被企业控制和利用的疑问。以前述“孙某诉百度案”为例,法院未将附着于个人信息之上的人格利益和财产利益加以分离,在说理中将两类利益相混杂,最终在个人信息权益的人格权定位下以人格权保护之名而行财产利益保护之实。由于该案适用的人格权

之上的财产利益保护规则在补偿损失的目的之外,还强调发挥预防、制裁等多重制度功能,学界和司法实践中普遍主张在此规则下放松原告举证责任、缓和财产损失“差额说”界定标准^[23]。而又由于多数未经加工处理的单条个人信息本身的财产价值十分微弱,这一规则在个案中容易导致对个人信息财产价值的过度保护。因此,若不藉由数据与信息概念的区分实现人格利益和财产利益分离,既不利于个人信息财产价值的合理保护,也不利于企业对数据要素的控制和利用。

数据基础制度的建构既有培育数据要素市场,促进数据利用、共享和交易,发挥数据作为生产要素的财产价值的发展需求,又有维护数据之上人格利益的保护需求。以厘清数据的内部结构和数据与信息的关系为契机,对数据之上的多元利益作出各得其所的妥善安排和分别保护,无疑是必要的。本文也依照这一思路,先通过厘清数据的双层结构来界定数据与信息的关系,再讨论数据要素流通中数据财产价值的保护路径选择。

3.2 数据双层结构的厘清

符号文字的诞生让原本仅能储存于生理结构中的信息迁移到可视化的实体之上,信息储存方式的革新使得人类合作规模和程度摆脱了人脑“记忆过载”的限制;而归档、编目和检索技术的发明则赋予了文字处理大量数据的能力,让文字真正成为带来社会变革的生产力^[24]。无独有偶,第四次工业革命带来的数字化转型也以信息载体的革新为基础,以数据处理技术的变革为驱动。“万物互联”让有体物之上的信息以电子数据的形式呈现,为“大数据”的形成创造了可能,进而在数据分析技术的赋能之下转化为生产要素。从上述发展历程来看,信息从分散于人脑到能被集中储存处理,再到大数据时代广泛具备可计算性,每一次飞跃都得益于载体形式的不断变革。由此反观数据概念,纵然数据与信息联系密切、彼此依存,但两者显然不具有同一性。数据应当包含内容和载体两个层面,作为数据内容的信息古今如一地在社会生活之源不断地产生,而数据载体的逐步革新则让信息免于消散,广为传播,为人所用。

从立法进程来看,数据与信息的区分已成为最新的立法选择,数据包含数据载体和数据内容的双层结构是现行立法中数据概念的应有之义。首先,《民法典》的立法进程反映了对数据和信息的区别保护态度。最初,《民法总则(草案·一次审议稿)》对数据和信息笼统地采取了“数据信息”的表述,但二审稿则将“数据信息”拆解为“个人信息”和“数据”并在不同的条款中分别表述,转向了数据与信息相区分的态度^[25]。这种态度在《民法总则》和《民法典》中也得以延续和确认。《民法典》第111条为个人信息保护条款,在宣示个人信息受法律保护的同时树立了3项行为规范:1)正面要求获取他人个人信息应当依法取得并确保信息安全;2)反面禁止非法收集、使用、加工、传输他人的个人信息;3)要求不得非法买卖、提供或者公开他人的个人信息。《民法典》第127条则涉及数据保护,将其参引至有关法律。其次,《数据安全法》对数据概念的界定进一步反映出“数据等于载体加信息”的双层结构。从该法“数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录”的

定义不难分析出,数据是由电子或者非电子形式记录(即数据载体)和被记录的信息(即数据内容)构成的双层结构。

信息技术及其发展历程亦可印证数据包含数据内容和数据载体两个层次的双层结构。数据内容由早期的数值计算和逻辑符号转换逐步丰富到文本、图片、视频,特别是当前热门的短视频,覆盖的范围从单次科学运算的基本数据需求,发展到满足人们日常工作、社交等基本生活需求。数据内容的不断变化也推动了数据载体的快速发展,不同的历史时期信息的载体亦有不同的表现形式,从初代计算机读取的纸带到电流信号,再到最新的电子、光子等基本粒子,不同类型载体为计算机数据处理、远距离快速传输和大容量、低成本存储奠定了物质基础。因此,从自然科学的角度来看,数字时代中的数据可分为数据内容和数据载体两个层次是显而易见的。

3.3 作为财产权益客体的数据载体

对数据概念作出双层结构的阐释,不仅是因为具有立法依据和自然科学支撑,更是由于此种阐释能够回应数据立法“在发展中保护”的规范目的。正如上文所述,数据载体层立法的缺失使得人格利益和财产利益在个人信息之上交错,造成了诸多现实困境。对数据载体和数据内容加以区分,并将数据内容作为人格权益的客体,将数据载体作为财产权益的客体,实现人格权益与财产权益的分别保护是突破困境的合理路径。权益分置不但有利于合理确定个人数据财产价值的保护力度,更为重要的是,当个人数据经过数据企业的收集加工成为企业数据后,还得以从规范上解释企业数据财产权益的来源和正当性,能缓解企业的数据权益与自然人的的人格权益之间的紧张关系,为企业数据财产权益的保护提供了讨论前提。

数据双层结构下人格权益与财产权益的分置在现行法下具备规范基础。《民法典》总则编第111条第1句和人格权编第1034条第1款均规定“个人信息受法律保护”,从这两个条文所处的体系位置可见得《民法典》将个人信息作为人格权益的客体加以保护;而《民法典》第127条将数据与虚拟财产加以并列,体现了数据载体作为财产权客体的属性。

此外,数据载体作为财产权益的客体也具备法理基础。一般来说,财产权益客体需要具备稀缺性、价值性和可支配性3个特征。需要说明的是,数据内容与数据载体之间的区分是观念上的、相对的,从物理形态上来看,数据内容无法独立于载体而存在,数据载体在内容被剥离后也将变得毫无意义。在这种观念上的概念区分和权益分置安排之下,数据载体所呈现的财产属性实际反映的是数据整体的财产属性。因此,首先,数据载体的稀缺性体现在当前的数据供给难以满足企业的需求。即便互联网上数据源源不断地产生,企业想要获取具有商业价值的信息仍然需要花费较大成本,中小互联网企业与互联网巨头之间的“数据鸿沟”便是数据稀缺性的表征之一。其次,数据载体的价值性直接体现在数据交易的广泛存在,全国近年来建立了数十家数据交易市场,阿里巴巴为获取数据资源收购高德地图都是典型例证。最后,数据载体也具有可支配性。数字时代的数据载体虽然以比特的形式呈现,在物理上具有可复制性,但是数据持有者仍然可以通过技术

手段拒绝他人对数据的获取和访问,以实现数据载体的控制和支配。综上,数据载体成为财产权益的客体应无疑义。

4 数据财产权益保护规则的路径抉择:效率选择

4.1 卡-梅框架下数据财产规则配置的效率标准

卡-梅框架之下的财产规则、责任规则和禁易规则都明确了法益的归属,但其区别在于:财产规则将法益视为财产,允许法益自由转移,但将法益转移的唯一合法方式限定为自愿交易,禁止他人在未经所有者同意的情况下占有或破坏这种法益;责任规则在财产规则的基础上,还允许他人通过支付法定价格强制交易,以实现法益转移;禁易规则禁止私人将法益在某种或全部条件下出售^[17]。Ling^[26]于2012年从对实定法的观察出发,在原有框架基础上增补了“管制规则”和“无为规则”这两种规则类型。其中,管制规则明确了法益的归属且允许法益的私人转让,但是代表国家的第三方权威会严格限定法益转让的法定条件;无为规则在法定情形下否认或取消了一项利益获得法律救济的法益资格,自然无涉权益归属、交易和定价问题。鉴于这两类规则对补足分析框架的理论价值和在数据治理现状中的普遍体现,本文亦将其纳入到分析框架之中。

经济效率是卡-梅框架之下最为重要的规则选择标准,特别是在培育高效的数据要素市场政策目标之下更具意义。在卡-梅框架提出之初,其进行规则选择的标准包括经济效率(economic efficiency)、分配目标(distributional goals)和其他关乎正义的理由(other justice reasons)^[17]但由于分配目标和正义考量存在较大的不确定性,后续相关研究则主要聚焦于经济效率标准。本文亦考虑到,一是从政策目标来看,实现社会利益最大化的基本前提是“把蛋糕做大”,特别是在促进数字经济发展、培育高效的数据要素市场的讨论语境之下,法律规则对经济效率的影响无疑是进行规则选择时的首要考量;二是从法律特性来看,在一般情形下,私法上的财产制度关注分配问题时会面临错误定位(imprecise targeting)、不可测结果(unpredictable consequences)、高额交易成本(high transaction costs)和对投资动机的扭曲(distortions in incen-

tives)等问题,其与税法等公法制度相比在分配上并无优势^[27]。因此,本文在经济效率标准下讨论数据财产保护制度的选择与配置。

法律经济学对产权设置的效率选择的讨论肇始于著名的“科斯定理”。科斯定理指出,当交易成本为零时,私人谈判和交易将使资源有效率地使用,产权如何分配无关紧要;当交易成本高到使私人谈判和交易无法达成时,资源有效率地使用将取决于产权如何被(初始)分配^[28]。卡-梅框架则指出交易费用为零的理想情况鲜有出现,进而提出在交易成本较高的场景下财产规则优于责任规则。考察经济效率考虑因素的范围也随着研究的深入而不断扩张。卡-梅框架最初所考虑的经济效率包括管理成本和交易成本,后来又有学者考虑到了法院对于赔偿数额的“估价成本”,但本质上都是从产权设置决策作出后的视角讨论规则选择的机会成本。Bebchuk于2001年区分了“事前”与“事后”视角,创新性地从事前的角度考虑法律规则的经济效率,考察法律规则对投资等未来行为的激励或抑制作用^[29]。发展至今,财产规则和责任规则的选择成为了研究的重点,在这两者的比较之中,事后效率主要考虑交易成本和估价成本;若交易成本较低而估价成本较高则选择财产规则,若交易成本较高而估价成本较低则选择责任规则;事前效率则考虑对相关主体未来行为的导向,考察是否会出现过度投资、投资不足、道德风险或逆向选择等情况^[16]。对于数据要素市场而言,事后效率关乎要素市场的建设的成本,事前效率则关乎对投资、竞争等行为的引导和激励,两者应当在进行数据财产权益保护规则的选择时得以兼顾。

4.2 “规则清单”与选择方法

目前,立法、司法和理论研究都对数据财产权益保护问题作出了积极的回应,这些理论探讨与实践构成了一张可供选择“规则清单”(见表2)。从卡-梅框架的视角检视,个人数据之上财产权益保护路径之争主要体现在财产规则、责任规则和管制规则之间的选择和配置,关于企业数据财产权益保护路径和公共数据开放方式的争论则聚焦于财产规则和责任规则之间的竞争。

表2 卡-梅框架下数据财产价值保护的“规则清单”

Table 2 “List of rules” for the protection of data property values under C&M Framework

数据类型	财产价值保护路径	规则类型
个人数据	《个人信息保护法》第13-15条和《网络安全法》第41条规定了“知情-同意”原则,并设置了较为严厉的行政责任。	财产规则
	《个人信息保护法》第五章规定的个人信息处理者的义务。	管制规则
	《个人信息保护法》第13条第(二)至(七)项规定的“知情-同意”原则的例外情形。 “个人信息人格权说”主张将个人信息作为新型人格权保护 ^[30] ,个人信息的财产价值通过人格权商业化的方式利用 ^[31] 。司法实践中,上述“孙某诉百度案”在人格权纠纷的案由下,法院判决百度赔偿孙某在其个人信息之上遭受的财产损失。	责任规则
企业数据	“数据财产权说”主张将企业数据作为传统 ^[6] 或新型财产权 ^[11] 保护,其核心为设立数据财产绝对权。	财产规则
	主张构建非绝对性财产权利的学者认为应当设立“数据使用权” ^[32] 或“有限产权” ^[14] 保护企业数据的财产价值。	责任规则
公共数据	如表1所列,司法裁判普遍依据《反不正当竞争法》第2条判决侵权者承担损害赔偿。	责任规则
	有学者主张公共数据归属于政府 ^[33] 或将公共数据纳入为国家所有权的客体 ^[34] ,以形成公共数据“确权-许可-利用”的开发模式。	财产规则
	有学者主张对公共数据开放构建“选择退出”(opt-out)规则,让第三方以低成本进行开发,若发现问题再停止使用 ^[35] 。	责任规则

在培育要素市场的目标之下,在上述“规则清单”之中进行效率选择,除了要进行“事前”与“事后”的多角度分析,还要着眼于考察法律规则对市场整体运行的影响。特别是个人数据保护涉及对3类规则的选择和配置,更不应将选择视角局限于规则间的两两比较,而应整体考察与各类规则相匹配的市场类型。在交易可达成的预设前提之下,财产规则对应着交易自由、合法进行的“白市”;责任规则对应的是通过第三方

定价进行合法强制交易的“绿市”;禁易规则对应的是无交易的“无市”或私自非法交易的“黑市”;管制规则对应的是一定条件内合法交易的“红市”或将合法权利进行非法交易的“灰市”,无为规则对应着政府不干预,仅提醒交易双方风险自担的“黄市”^[16](见图1)。从对市场的影响来观察法律规则的后果,有助于决策者更清晰地认识到应当选择何种规则来建构一个较为理想的数据要素市场。

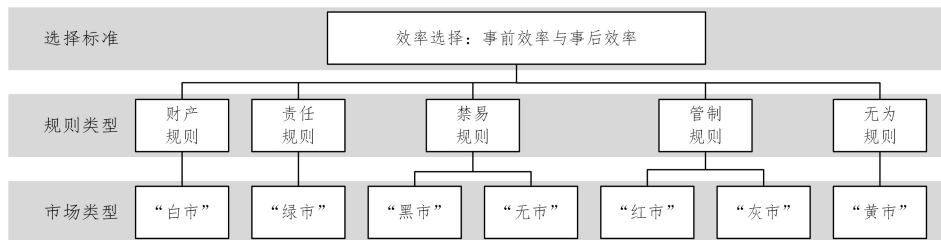


图1 规则效率选择的分析框架

Fig. 1 Analytical framework for efficient selection of rules

5 数据财产权益保护规则的体系统合:分类分级配置

行文至此,数据概念结构的分层、数据财产权益客体的确定、效率选择标准和分析框架的明确为数据财产权益保护路径的比较和选择提供了基本的理论基础。数据时代中数据来源的广泛性决定了数据类型的多样性,而不同种类的数据承载着不同的利益,面临着不同的治理问题,亦有不同保护需求。按照我国目前中央政策和地方立法对数据类型的一般划分,数据被分为个人数据、企业数据和公共数据。个人数据、企业数据财产权益保护规则和公共数据开放制度的立法路径争议焦点主要集中于财产规则和责任规则的选择,本文将对其分别作出回应。

5.1 个人数据:管制规则的坚持与责任规则的转向

5.1.1 财产规则的反思与责任规则的竞争

从数据的双层结构出发,数据是否关涉个人取决于数据内容层所包含的信息,故个人数据指内容层为具有可识别性的个人信息的数据。即便数据载体才是财产权益的客体,但其载体上承载的信息可以通过技术方法被解读、呈现,载体和内容的紧密联系使得个人信息保护立法对个人数据载体的保护形成了实质上的穿透,个人信息处理所受的制约会传导到对个人数据载体的处理之上。因此,讨论对个人数据载体的财产价值保护不得不关注个人信息保护。

如表2所列,我国对个人信息确立了以“告知-同意”原则及其行政责任条款为显著特征的财产规则。事实上,“个人信息未经同意不得处理”的财产规则正面临着诸多的挑战和责任规则的竞争。在司法实践中,典型者如被称为我国“被遗忘权第一案”的“任某诉百度案”,任某不同意百度展示可能对其具有负面影响过往职业经历等个人信息,要求百度删除相关的关键词和链接,但法院认为任某要求删除的个人资历信息“对于包括任某所谓潜在客户或学生在内的公众知悉任某的相关情况具有客观的必要性”,驳回了其删除的请求,并未认可任某对其个人信息及其相关数据具有完全的支配权。在数字经济时代的商业场景下,财产规则与数据企业对数据要素

的积极利用之间更是存在着经济成本过高、时间成本过高、获得授权的比例有限和二次利用困扰等诸多矛盾^[36]。此外,数据企业与用户之间地位的实质不平等亦给财产规则的保护效果带来了现实困境。用户不可能仔细全文阅读冗长的隐私政策,亦难以拒绝数据企业提供的服务,实际处于信息不对称和表意自由缺乏的弱势地位,其个人信息难以真正获得财产规则的有效保护^[37]。

责任规则与数据共享属性的契合使其成为了财产规则最有力的竞争对手。“数据人格权说”之下的人格权商业化路径给个人信息提供的便是责任规则保护。这一保护路径虽然也要求处理个人数据应获得个人同意,但是由于我国人格权侵权并不适用惩罚性赔偿,即便如前所述,数据处理者未经同意对个人信息进行商业化利用的赔偿数额可能突破“差额说”标准,但仍以数据处理者处理该个人信息所获利益为限,具体到特定人的个人信息之上的数额依然相对较低。在比较法上,德国通过对一般人格权的损害赔偿间接补偿个人财产损失,本质上也是一种责任规则^[38]。在大数据时代,单个数据难以产生价值,只有海量聚合的数据才能在数据分析的赋能之下显现出巨大的商业营销、社会治理等方面的价值。特别是对于联系方式、消费记录等“社会性个人信息”和用户画像等“复合性个人信息”,其本身的形成很大程度依赖于基础网络运营者和信息收集、处理者,其内含价值的挖掘更是依赖于数据的聚合和分析^[39],体现出了显著的共享属性。也正是如此,获取数据成为了企业并购最为重要的驱动力之一,中外平台企业频频发起“数据驱动型并购”^[40]。责任规则实质上是支持以第三方估价“强买”的规则,天然契合了数据的商业开发和数据要素价值的充分发挥的需求,与财产规则形成了互补与竞争。

5.1.2 管制规则、财产规则与责任规则的效率选择

在当前仅有数据内容层立法而缺失数据载体层立法的规则体系下,个人数据载体保护依附于法律对个人信息的保护,实际上对数据载体形成了以财产规则和管制规则为主的治理结构。数据财产权益保护制度的构建如何与现行的治理结构

协调,特别是在数据财产制度中如何处理财产规则与责任规则的竞争,是效率选择的研究重点。

管制规则试图将数据处理行为控制在“红市”之内,即便数据处理者获得了自然人的同意,也只有满足《个人信息保护法》中的法定要求才能对承载着个人信息的数据进行收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等处理活动。管制规则下的“红市”处于政府的严格监管之下,具备维护个人数据安全的基本要求,能够平衡数据保护和数据利用这两方面的需求,为数字经济提供良好的发展环境。但是,管制规则潜在的成本在于可能会因执法不力、权力寻租等原因而催生“灰市”,导致不符合法定条件的数据企业也能参与到个人数据的处理之中来,给个人信息保护带来极大的隐患。政府目前在个人信息和数据保护领域执法严格,特别是对“滴滴网络安全审查案”等一批大案要案进行严格办理和严厉处罚,对市场起到了广泛的威慑作用,能有效遏制“红市”之外“灰市”的滋生。因此,管制规则在政府的严格执法之下是有效率的,对数据要素市场的培育起到了积极作用。本文对个人数据保护的路径选择集中于对财产规则与责任规则之间的比较。

事后效率的衡量主要关注交易成本和估价成本的比较。在财产规则对应的“白市”中,由于自然人对其个人数据载体享有支配性的财产权,他人获取其个人数据需要得到许可并就价格协商一致。在此类市场中,虽然个人的人格利益和财产利益都能得到充分保护,但交易成本也会颇高。大规模的数据聚合是进行数据开发的前提。在现实中,如此大规模的协商本就难以实现,加之虽然客观上单个数据近乎无价值,但不同职业、教育、生活背景的自然人对数据价值的主观认知本就存在重大差别,特别是还易受到社会舆论等外部因素的影响^[39],导致数据更加无法聚合成大数据。在责任规则对应的“绿市”中,个人数据的估价成本则相对较低。由于数据的价值密度较低,个人对于自己单条个人数据的财产价值难以主张,现实中几乎不存在直接针对个人数据财产价值的争讼。即便争讼出现,由于大多数情况下单条个人数据中所隐含的“财产基因”的外显都依赖于数据企业的生产^[38],法院可如“淘宝诉美景案”否认单条数据的财产价值,而仅需在特殊的情形下依据当事人的举证进行估价。因此,在事后效率方面,个人数据财产价值保护的责任规则优于财产规则。

事前效率则主要考察规则对未来行为的激励效应。在投资激励方面,相对于财产规则,责任规则下“绿市”的低交易成本毋庸置疑地促进了“大数据”的形成和数据要素市场的活跃,为个人数据财产价值的释放和企业数据财产权益的形成提供了制度上的保障,对数据企业研发能力和盈利能力的提升都会有所助力,不会导致投资不足的问题。在逆向选择方面,财产规则会导致数据之上权利叠床架屋的“反公地悲剧”^[41],进而导致对数据利用效率更高、创新能力更强的企业无法从竞争中脱颖而出,难以在市场中享受超额利润等应有的优待,不利于激励数据企业创新。而在道德风险方面,在责任规则的“绿市”之中,纵然无法回避数据企业获取数据载体后滥用其上的个人信息这一现实风险,但该风险并非无法通过配套制度的构建加以规避,对此后文将予以详述。重要的是,

财产规则其实也不是避免道德风险的良方。畸高的数据交易成本会严重阻碍个人数据流通,使得财产规则在一定程度上实际发挥着禁易规则的作用。在巨大的数据要素需求和利润的推波助澜之下,禁易规则下的“无市”面临着转变为“黑市”的风险,这甚至将导致要素市场的经济效率更为低下。因此,责任规则在事前效率上总体优于财产规则。

综上所述,不论是从事前还是事后的视角分析,对于个人数据交易而言,责任规则下的“绿市”都比财产规则下的“白市”更具经济效率。在现行的个人信息保护制度中,以行政责任为表征的财产规则带来了较高的经济成本,而以民事责任为后果的责任规则更有利于数据要素的开发利用。对于未来的立法选择,坚持数据内容和数据载体的区分,在数据载体之上建立以管制规则和责任规则为原则,辅以财产规则的个人数据财产权益保护制度,能更好地实现遏制“灰市”和发展“绿市”,实现个人数据保护和利用的平衡,同时为个人数据向企业数据的转变提供正当性依据。

5.1.3 责任规则与财产规则的分级配置

从上文分析可知,责任规则虽然对于个人数据之上财产权益的保护更具效率,但是存在着个人信息滥用、人格权侵权泛滥的隐忧。数据财产制度要平衡促进发展和保障权益的双重目标,应构建以责任规则为原则,以呼应敏感个人信息保护和具体人格权保护的财产规则为例外的“三层构造”保护模式,实现对个人数据之上财产权益的分类分级保护。此外,对于难以被归入任何一类的“复合性个人数据”,本文提出了参照适用规则,同时倡导通过建构匿名化规则来实现从根本上化解个人信息被滥用的道德风险。

1) 个人数据财产权益保护规则的“三层构造”

个人信息保护法从个人信息中识别出了“敏感个人信息”并予以特别保护,实现了对人格权益的分类分级保护。对于数据载体之上财产权益的保护,亦应当依据对个人数据之下的细分类型进行财产规则与责任规则的精细化配置。

首先,对于承载着敏感个人信息的个人数据配置财产规则。此类数据包含的信息直接关系着个人的人格尊严和人身、财产安全,应当保持载体和内容同等的保护力度,非经个人单独同意不得处理,对违法者处以较为严厉的行政或刑事处罚,体现了在数字时代中对基本人权的强化保护。其次,姓名、肖像、荣誉和部分私密信息等个人信息虽不属于敏感个人信息,但处于具体人格权保护范围之内,对于承载着这类个人信息的数据载体应当依据具体人格权的相应权能配置财产规则。数据处理者非经个人同意不得以侵害具体人格权的方式不当处理此类个人数据,以避免载体层面上的财产保护与内容层面上的人格保护相冲突,防止在权利人不知情的情况下发生人格权大规模侵权。特别说明的是,相对原本此类个人数据仅受人格权单一保护的状态,对该类数据载体增设财产规则保护并非没有实际意义。数据载体上的财产规则设置将个人信息之上的财产权益从人格权益中分离出来,不但顺应了个人数据之上财产价值利用的普遍需求,还能够明晰地阐释个人数据中隐含的财产价值转化为企业数据财产权益的路径。最后,对于其他承载着一般个人信息的个人数据,则应“物尽

其用”,满足数据要素市场对经济效率的追求,对数据载体配置责任规则,赋予个人依据损害赔偿请求权向法院提起诉讼的权利,但对于严格履行个人信息处理者义务的企业,原则上不追究其未经个人同意而处理个人数据的行政或刑事责任。

此外,现实中还大量存在着承载着用户画像等“复合性个人信息”的个人数据,这类数据包含多类个人信息且以整体的形式存在,通常难以归类。该类数据由企业收集用户信息并经过处理后产生,从产生途径来看似乎更接近企业数据的范畴,但由于它往往包含了可识别到个人的信息,同时又具有明显的商业价值,因此个人数据财产制度也应当予以回应。本文主张,若该类数据关涉敏感个人信息,则适用“三层构造”的第一类规则;若虽不关涉敏感个人信息,但包含在具体人格权保护范围内的个人信息,则适用第二类规则;若仅关涉一般个人信息,则适用第三类规则。

2)建立个人数据匿名化制度的构想

上述“三层构造”及参照适用规则为个人数据之上的财产权益保护提供了基本的法律框架,但应当注意的是,这一参照适用规则为实现对数据之上人格权益的充分保护,不得不对多类数据复合而成的整体同等适用“顶格限制”。法律要追求人格权益妥善保护和财产价值充分发挥的最优效果,治本之策应当是通过构建匿名化制度,保证个人数据内容层的去识别化和防止再识别,将数据之上的人格属性予以剥离^[42]。实际上,匿名化制度的适用前景并不局限于承载“复合性个人信息”的数据,而可以成为保证各类个人数据剥离带有人格权属性的“可识别性”,进而在加工处理后转变为企业数据财产的基础法律制度。目前匿名化处理制度还不完善,但一个具有实践价值的理论构想是建立“层级划分”和“场景豁免”相结合的差别原则,并辅之以民事责任和刑事责任相结合的责任体系^[43]。在成熟的匿名化处理制度之下,数据人格属性和财产属性的分离或许将无需依赖于“数据内容”和“数据载体”这样的观念上的客体区分。数据企业在享受“绿市”的低交易成本和创新激励的同时,数据之上的人格权益也能得到充分保障。

5.2 企业数据:配置以责任规则为基准的保护规则

企业数据一般指由企业实际控制和使用的数据,既包括企业内部管理产生的运营数据、财务数据等,也包括企业从用户、市场等外部主体收集的数据。数据无疑是企业的一项重要资产,本文中表1列出了涉及企业数据的典型案例,其普遍承认数据的财产属性。虽然用商业秘密保护符合秘密性、价值性和保密性法定条件的企业数据并无疑问,但是法律到底如何保护公开的企业数据之上的财产利益却尚无定论。目前,学术界中“数据财产权说”与“数据使用权说”争锋相对,司法实践中则普遍依据《反不正当竞争法》第2条进行事后救济。从卡-梅框架的视角分析,现有分歧的本质是在财产规则和责任规则之间的不同选择,本文则从数据要素市场建构的视角比较这两者的经济效率。

从事后效率方面考察,首先从交易成本来看,虽然企业数据的潜在交易对象相对较少,企业对其数据的价值认知也更为理性,不会像个人数据那样因为交易对象数量众多和个人对数据价值的个性化认知而产生庞大的交易成本。但是,

数字经济广泛存在的“混合效应”和数据集中对企业市场力量显著的增强作用^[44],会使得以互联网巨头为代表的企业缺乏数据共享的动力,普遍拒绝数据共享,从而导致高额的交易成本依然存在。其次,对于估价成本,商业化利用的场景之下数据要素的公允市场价格相对容易获知,法院通过参考第三方估价确定数据价格的过程不会产生很大的估价成本。在美国的“海酷(HiQ)诉领英(LinkedIn)案”中,法院判决允许海酷公司访问领英用户已公开的数据,就是对责任规则的现实应用^[44]。因此,在事后效率方面,企业数据保护的责任规则优于财产规则。

从事前效率方面考察,数据具有价值随数量的增大而递增的“聚合效应”,而“白市”中高交易成本对数据流动的阻碍作用会将“聚合效应”的作用范围从整个市场限缩到单个企业或几个企业内部,企业数据的正外部性被大幅削弱,直接导致数字经济企业的整体经济效益水平较低。经济效益水平低下的后果是数据企业在资本市场上的吸引力不足,极可能带来产生投资不足的经济成本。同时,若采取财产规则,数据企业中逆向选择问题的加剧也会随之而来。由于数据企业仅能利用自己独占或为少数几家企业共同占有的数据进行生产,企业会筑起高高的数据壁垒,企业间的竞争实质上也演化为如“跑马圈地”一般具有较大负外部性的恶性竞争,极力推行数据垄断的企业将会是市场中的胜出者,“白市”最终也难以避免成为互联网寡头的领地。最后,在道德风险上,由于个人数据与企业数据两个概念定义的维度不同,两者不可避免地存在交叉^[3],且匿名化的企业数据在强大的算法技术下也存在被再次识别的风险。因此,即便仅对匿名化的企业数据通过财产规则保护,赋予企业以绝对、排他的财产权,个人信息被滥用和人格权益被侵犯的威胁也会一直存在^[32],企业的道德风险难以被制约。因此,在事前效率方面,企业数据保护的责任规则也优于财产规则。

综上所述,不论是基于“事前”的视角还是“事后”的视角考察经济效率,对于公开企业数据的流通交易而言,责任规则下的“绿市”都比财产规则下的“白市”更有效率。这意味着在数据要素市场的建设之中,在企业数据之上建立“新型财产权”等绝对权是低效率的,而建立“数据使用权”和“数据有限产权”等非绝对性财产权利更为可取。实践中,借以《反不正当竞争法》第2条保护企业数据虽然存在保护范围受限、削弱法的安定性等诸多问题,但不可否认其对于促进数字经济发展和责任规则下“绿市”的建构进行了有益探索。

5.3 公共数据:构建分类分级的有序开放格局

虽然目前公共数据的内涵并不明晰,但是《数据二十条》和各地方性立法基本确定了公共数据的来源和范围,即为党政机关、企事业单位在依法履职或提供公共服务过程中收集和产生的数据。公共数据规模大、质量高、标准较为统一,是数据要素中公共属性最强、可共享利用程度最高的数据类型,极具赋能价值。据麦肯锡测算,我国公共数据开放的潜在价值高达10万亿~15万亿元。但是,公共数据集中由公共管理和服务机构控制,若其控制者不采取数据开放措施,则相当于实施了禁易规则,公共数据要素市场将无从产生。

公共数据的保护和利用面临着两个层次的问题:1)数据开放的范围如何确定;2)以何种方式进行数据开放。对于前一种问题,禁易规则几乎杜绝了公共数据被开发利用的可能性,使海量的公共数据处于闲置状态,显然是不具备经济效率的。公共数据具有显著的公共产品属性,构建以开放为原则,以不开放为例外的制度是公共数据治理的应然选择,也是对政府信息公开制度的自然延伸。这一态度亦得到了现行立法的确认,《数据安全法》第41条规定“国家机关应当遵循公正、公平、便民的原则,按照规定及时、准确地公开政务数据。依法不予公开的除外。”但是,后一问题目前仍然悬而未决。有学者或依据公共数据资源和自然资源的共性主张公共数据归属于政府^[33],或从政治哲学的角度借助契约主义论证框架证成公共数据国家所有权^[34],以形成公共数据“确权-许可-利用”的开发模式;但亦有学者认为公共数据开放制度不宜以数据权属为基础,而应当从创造社会价值的角度采取“退出规则”这一责任规则^[35]。因此,建立何种数据开放制度是公共数据要素市场建设所面临的首要问题,其核心也在于财产规则与责任规则之争。

首先比较不同公共数据开放方式的事后效率。关于财产规则下的交易成本,鉴于目前公共数据基本通过网络平台统一开放,交易成本即为公共数据使用者申请数据开放的成本和数据控制者审核批准的成本,以及有偿开放数据的出让成本。关于责任规则下的估价成本,若采取先支付法定价格再获取数据这类“先付费再使用”的责任规则,即为有偿开放数据的定价成本;若采取产生侵权后承担侵权责任这类“先使用再付费”的责任规则,即为对损害赔偿的估价成本。由于数据控制者同时具有公共管理和服务机构的身份,因此有偿开放和经实质审批后才能开放的公共数据类型都应当被严格限定在特定范围内;同时,可开放数据并非普遍存在被侵权的风险,因此,存在估价成本的数据开放场景相对有限。综上所述,公共数据开放的交易成本和估价成本都仅在特定条件下才会产生,且可以通过制度化建设加以控制,财产规则和责任规则在事后效率方面并无明显的优劣之分。

事前效率关乎对公共数据开放与利用行为的激励作用,是本部分考察的重点。采取财产规则进行公共数据开放的优势在于:一方面可以直接适用成熟的国有资产管理体制,能够有效防止公共数据资产的闲置、滥用和流失^[35];另一方面,注重事前的资质审核,能够有效维护数据安全。其制度成本亦在于此,国有资产保值增值要求不利于激励公共数据控制者推动广泛的数据开放,事前审核批准的制度特性又不利于数据使用者积极获取数据,这都有悖于公共数据开放的初衷。采取责任规则意味着数据使用者可以直接获取可开放的数据,仅需在获取有偿数据时支付法定价格或在发生侵权行为时承担侵权责任。由此看来,财产规则不利于激励公共数据的广泛开放和利用,可能会带来数据行业投资不足的问题,但能有效规避市场对企业的逆向选择和数据滥用的道德风险;责任规则能有效激励数据的广泛开放和充分利用,不会导致数据行业投资不足,但可能会带来逆向选择和道德风险的问题。在事前效率上,财产规则和责任规则似乎顾此失彼,难以

抉择,但实际上通过分类分级开放能较好地实现效率优化。公共数据地方立法多将可公开的公共数据分为无条件公开和有条件公开两类,例如,《北京市公共数据管理办法》第19条规定“公共数据的开放分为无条件开放和有条件开放”,《上海市公共数据开放暂行办法》第11条将公共数据分为不开放类、有条件开放类和无条件开放类,《浙江省公共数据开放与安全管理暂行办法》第12条规定“公共数据开放属性分为禁止开放类、受限开放类、无条件开放类”。在这种分类之下,无条件公开的公共数据基本不危及数据安全,责任规则下的“绿市”可以最大程度地激励其开放和利用;有条件公开的公共数据具有被滥用的风险,财产规则下的“确权-许可-利用”模式更有利于维护数据安全。

综上所述,对于由公共管理和服务机构所控制的公共数据,一是要依据“以开放为原则,以不开放为例外”确定数据开放的范围,为数据要素市场的形成提供前提;二是对于可开放的数据,既不能延续以往自然资源管理中以确立国家所有权为前提的经营模式,也不能过度依赖于责任规则以激励数据开放,而应针对无条件开放的公共数据配置责任规则,针对有条件开放的公共数据配置财产规则,最终形成责任规则、财产规则和禁易规则相互配合的分类分级开放格局。

结束语 目前,理论和实务界对于法律如何保护数据财产权益的争议颇多,各类主张百家争鸣。本文打破部门法之间的藩篱,从法经济学事前效率和事后效率的视角对各类法律规定、裁判观点和理论构想进行效率选择和规则统合,一方面力图为数据基础制度构建寻找合适的进路,另一方面以求避免数据立法研究陷入各类学术主张自说自话的困境。本文从阐释数据的双层结构出发,主张通过数据载体和数据内容的界分实现个人数据之上人格权益和财产权益的客体分离,明确个人数据之上财产权益的客体为数据载体,人格权益的客体为个人信息。个人数据之上人格权益与财产权益的分离,一方面正面回应了个人数据之上的财产价值可被利用、应被保护,另一方面也解释了由其汇集而来的企业数据的价值来源和正当性依据。但是,数据之上具有财产价值并不顺理成章地意味着其应当受到绝对化的财产权的保护。本文以构建高效的数据要素市场为目标,基于卡-梅框架这一法律经济学经典理论对法律规则的类型划分,对个人数据、企业数据和公共数据财产权益保护的可能路径分别进行了效率选择,认为不论是对于个人数据还是企业数据,责任规则都优于财产规则,但对于公共数据则两者各有优势。进而,本文针对责任规则下个人信息被滥用的道德风险,提出了“三层构造”的分类保护方法和建立匿名化制度的构想,针对企业数据权属立法提出了建立非绝对性财产权利制度的方向指引,对公共数据提出了构建责任规则、财产规则和禁易规则相互配合的分类分级开放格局的建议。

应当注意的是,由于数据类型的多样性和利益的复合性,在卡-梅框架下进行效率选择的结果也并非完美无缺,决不意味着效率选择所认可的规则类型会是唯一的立法进路。一方面,在经济效率的目标之外,保护人格权益、保障公平分配等目标也十分重要,针对不同的具体场景,经济效率在必要时应

进行让步;另一方面,理想的规则并非是一成不变的,恰当的立法路径应当与国情民意相契合。例如,目前政府在个人信息和网络安全领域的严格执法使得管制规则在个人数据保护中是有效率的。但若该领域的执法力度减弱,“灰市”的滋生和壮大将导致管制规则不再高效。因此,数据财产权益保护和数据要素市场建构都是系统化的大工程,效率选择仅仅是提供了一种观察的视角,提醒我们清醒地认识立法选择的效用和后果。

参 考 文 献

- [1] SHI J Z. Local Legislative Practices in Basic System Construction of Data; A Preliminary Study Based on Policy Bibliometrics [M]// Digital Jurisprudence Review. Beijing: Commercial Press, 2023: 44-84.
- [2] RONG K, LU Z P. The Theory of Data [M]. Beijing: People's Publishing House, 2022: 44-46.
- [3] SHI J Z. Deconstruction of Data Concept and Construction of Data Legal System and Discussing the Connotation and System of the Discipline of Data Law [J]. Peking University Law Journal, 2023, 35(1): 23-45.
- [4] GI L L. The Judicial Dilemma of Enterprise Data Protection and the Dimension of Breaking the Situation: The Road to Typed Right Confirmation [J]. Legal Forum, 2022, 37(3): 109-121.
- [5] JI H L. Private Law Location and Protection of Data [J]. Chinese Journal of Law, 2018, 40(6): 72-91.
- [6] SHEN W X. On Data Usufruct [J]. Social Sciences in China, 2020(11): 110-131, 207.
- [7] JIANG C X. Data Private Law Attribute: Two-Layer Structure Perspective [J]. Legal Forum, 2022, 37(4): 119-126.
- [8] CUI G B. The Basic Theory of Limited Exclusive Right in Big Data [J]. Chinese Journal of Law, 2019, 41(5): 3-24.
- [9] KONG X J. Commercial Data Rights: A New Type of Industrial Property Rights in the Digital Age: The Affiliation of Industrial Property Rights and the Three Principles of the Ownership Definition [J]. Journal of Comparative Law, 2022(1): 83-100.
- [10] FENG X Q. Commercial Data Protection from the Perspective of Intellectual Property Rights [J]. Journal of Comparative Law, 2022(5): 31-45.
- [11] LONG W Q. On the Construction of New Data Property and its System Structure [J]. Tribune of Political Science and Law, 2017, 35(4): 63-77.
- [12] LI A J, XIA F. The Institutional Path of Data Property Protection [J]. Law Science Magazine, 2022, 43(5): 17-33, 2.
- [13] DING X D. Legal Protection of Enterprise Data Rights and Interests-Analysis: An Analysis Based on the Legal Nature of Data [J]. Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law), 2020, 38(2): 90-99.
- [14] FENG X Q. Property Right Protection and Institutional Construction of Enterprise Data in the Era of Big Data [J]. Contemporary Law Review, 2022, 36(6): 104-120.
- [15] MEI X Y. The Legal Properties of Data and the Position of Data in Civil Law [J]. Social Sciences in China, 2016(9): 164-183, 209.
- [16] LING B. Efficiency of Legal Rule: The Case of Environmental Protection Regimes [J]. Chinese Journal of Law, 2013, 35(3): 17-36.
- [17] CALABRESI G, MELAMED A D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral [J]. Harvard Law Review, 1972, 85(6): 1089-1128.
- [18] ZHENG J N. Exploration of the Property Law Attributes of Data Information Property [J]. Oriental Law, 2021(5): 43-56.
- [19] SHEN W X. Reconstruction of the Digital Rights System: Toward a Pattern of Differential Order of Privacy, Information and Data [J]. Tribune of Political Science and Law, 2022, 40(3): 89-102.
- [20] WU C H. Data Law [M]. Beijing: Law Press, 2022: 3-4.
- [21] HUANG G B, ZHANG S S, YAN X. Study on Conceptual Categories and Basic Types of Personal Data [J]. Library and Information Service, 2017, 61(5): 41-49.
- [22] ZHANG H. "Data" in Chinese Legal Texts: Semantics, Norms and Genealogy [J]. Journal of Comparative Law, 2022(5): 61-74.
- [23] YUE Y P. The Legal Protection of Economic Interests in Personality Right: Centered on the Interpretation of Article 20 of Tort Liability Law [J]. The Jurist, 2018(3): 77-89, 193.
- [24] HARARI Y N. Sapiens: A Brief History of Humankind [M]. LIN J H, translated. Beijing: China Citic Press, 2018: 115-127.
- [25] HU J H. Drafting History of the General Principles of the Civil Law [M]. Beijing: Law Press, 2017: 157, 186-187.
- [26] LING B. The Choice of Rules in Legal Remedies: Property Rules, Liability Rules, and the Law and Economics Reorganization of the Cameron Framework [J]. China Legal Science, 2012(6): 5-25.
- [27] COOTER R, ULEN T. Law and economics (6th edition) [M]. California, Berkeley: Berkeley Law Books, 2016: 7-8.
- [28] COASE R H. The Problem of Social Cost [J]. Journal of Law & Economics, 1960, 3(1): 1-44.
- [29] BEBCHUK L A. Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral [J]. Michigan Law Review, 2001, 100: 601.
- [30] WANG L M. The Status of Individual Information Right in Person Right Law [J]. Journal of Soochow University (Philosophy & Social Science Edition), 2012, 33(6): 68-75, 199-200.
- [31] CHENG X. On the Commercial Use of Personality Rights [J]. China Law Review, 2023, 49(1): 42-56.
- [32] FU X H. A Critique of the Protection Theory of Enterprise Data Property Rights: From Data Property Rights to Data Use Rights [J]. Oriental Law, 2022(2): 132-143.
- [33] ZHAO J B. Rationality and Legal Significance of Public Data Belonging to Government [J]. Journal of Henan University of Economics and Law, 2021, 36(1): 13-22.
- [34] YI J L. State Ownership on Public Data [J]. Legal Forum, 2022, 37(4): 107-118.

- [35] HU L. The Legal Status of Open Public Data in Local Legislation of China[J]. Local Legislation Journal, 2019, 4(3):1-18.
- [36] WANG L M. Utilitarianism of Big Data in Public Health Care [J]. Journal of Zhejiang Gongshang University, 2020, 162(3): 32-40.
- [37] WAN F. “Consent” and “Consent Withdrawal” to the Processing of Personal Information[J]. China Legal Science, 2021, 219(1):167-188.
- [38] PENG C X. Prerequisite Propositions and Core Paradigms of Digital Jurisprudence[J]. China Legal Science, 2023(1):85-106.
- [39] CAO B. On the Competition and Harmonization of Liability Rules and Property Rules in the Protection of Personal Information[J]. Global Law Review, 2018, 40(5):86-102.
- [40] WANG L. Antitrust Review of the Innovative Effect on Data-driven Merger and Acquisition[J]. Journal of Peking University (Philosophy and Social Sciences), 2022, 59(3):131-140.
- [41] TANG Y J. Economic Analysis of Data Property Rights[J]. Social Science Journal, 2021(1):98-106, 209.
- [42] JIN Y. Jurisprudential Basis and Normative Reshaping of Identification of Personal Information [J]. Law Review, 2017, 35(3):120-130.
- [43] WANG L M. Construction of Personal Information Anonymity

Rules in the Perspective of Big Data[J]. Journal of Yunnan Minzu University (Philosophy and Social Sciences Edition), 2021, 38(5):142-150.

- [44] MENG Y B, WEI K, GUO S Y, et al. Big Data Competition: Industry, Law and Economics[M]. Beijing: Law Press, 2020: 277-278, 367-377.



CONG Yingnan, born in 1985, Ph.D, associate professor, master supervisor, is a member of CCF (No. J0079M). His main research interests include big data on business and law, artificial intelligence, blockchain, Fin-tech, Reg-tech and complex system.



ZHU Jinqing, born in 1984, postgraduate, engineer, is a member of CCF (No. D0034M). His main research interests include database systems, content data analysis, artificial intelligence, and knowledge graphs.

(责任编辑:喻黎)