

数字经济中的两种财产权

从要素到架构

胡 凌*

摘 要 要素财产权和架构财产权是整个数字经济发展过程中出现的两类财产权利。由于近年来数据被作为一种新型生产要素强调,当下研究者更加关注前者而忽略后者。有必要在理论和实践维度证明,真正促进数字经济发展的是依托数据的基础设施功能而实现的架构财产权,该种财产权也是法律对互联网新型生产方式作出的有效回应。由于两类财产权在后果上都具有一定负外部性,有必要超越这一二分框架,进一步发挥数据基础设施功能,将依托于不同数字平台的架构及其市场连通起来,破除生产要素自由流动的障碍,使数字经济参与者能够在更大范围内参与公平分配。

关键词 要素财产权 架构财产权 基础设施 流动性 数据

引 言

自从信息技术不断在社会范围内扩展,出现了相当多的法律主张要求在数字化环境中确立诸种新型权利,以便超越传统类型的权利、与时俱进,例如个人信息权、虚拟财产权、被遗忘权、数据携带权,甚至人工智能主体权利、算法权利等,有些已经进入不同法域的立法,并产生了一定影响。其中影响较大的是以数据确权为典型代表的财产权主张。随着数据被广泛认为是像石油一样的生产要素,^[1]同时《民法典》仅就与数据相关的财产权益或者其他虚拟财产

* 北京大学法学院副教授。本文系国家社科基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”(项目编号:18ZDA146)的阶段性成果。

[1] 《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》(2020年)。

进行了原则规定,〔2〕于是开始出现了针对大规模数据集合进行确权的细化主张,特别是财产权益如何在相关利益方之间有效分配的问题。〔3〕这类广泛地围绕权利话语展开的讨论如果不是传统教义思维的简单延伸,就可能是新型经济形态在改变生产方式和生产关系以后要求在法律上推动相关权利确立的结果。〔4〕这类赋权要求的共同问题是,未能充分展示赋权本身究竟对何种政策目标有利,似乎只要沿着现有法律原理进行推理即可,只要拥有一个崇高的名分,其余的制度性问题都可以迎刃而解。且不论这是否触及所谓权利泛化的问题,〔5〕关键在于确权主张是否能够有效嵌入和解释过去二十余年中国互联网生长的脉络和治理轨迹。

本文将以数据确权为代表的生产要素权属主张称之为“要素财产权”,其认为为推动数字经济的高质量发展,有必要进行边界清晰地确权,否则难以开展相关交易,阻碍数据流通。〔6〕确权的原则可以根据劳动投入、用户协议、不同类型的权利(特别是物权)等进行认定。〔7〕目前这一思路被越来越多的学术研究接受,并不断细化。这一框架存在的核心问题是,如果不是就权利论权利的话,看起来是以法律体系以外的政策目标证成的新型权利,无法根据经验回应数据确权是否能推动价值生产,是否能推动要素的流动性,以及是否有助于更加公平地分配。对这些要点的回答有助于我们重新理解数字经济和数据要素的本质,以及互联网想要什么。〔8〕

与对数据(或其他要素)确权的主张相比,本文更关注经验,即实际上已经发生和形成的财产权利边界及其效果。本文认为,经过互联网行业二十余年的发展,平台企业不断通过技术、竞争法和商业实践已经在赛博空间中塑造出某种围绕“架构”组织起来的新型财产权利,即“架构财产权”,尽管这没有也不可能成文法中体现。架构财产权比要素财产权更能灵活地适应数字经济的发展,帮助整合碎片化的赛博空间,确保相关市场秩序和安全的逐步实现,并能更好地回应价值生产、流动性和分配。更主要的是,架构在不断完善过程中将具有特定功能的数据吸纳进来,成为数字基础设施,为灵活调配生产要素提供了稳定环境。

但架构财产权在延伸过程中容易走向其反面,对巨头平台而言即形成数据垄断,特别是构成了某种反流动机制,限制生产要素跨平台自由流通,因此需要重新认识作为要素的数据如何

〔2〕 《民法典》第127条规定,法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。

〔3〕 一个综述,参见许可:“数据权利:范式统合与规范分殊”,《政法论坛》2021年第4期,第86—96页。

〔4〕 参见胡凌:“平台视角中的人工智能法律责任”,《交大法学》2019年第3期,第5—19页。

〔5〕 关于法律上的泛权利化,参见陈林林:“反思中国法治进程中的权利泛化”,《法学研究》2014年第1期,第10—13页。

〔6〕 参见曾铮、王磊:《数据市场治理:构建基础性制度的理论与政策》,社会科学文献出版社2021年版,第15—18页。这种思维方式在大陆法系国家较为流行,参见(德)塞巴斯蒂安·洛塞等编:《数据交易:法律·政策·工具》,曹博译,上海人民出版社2021年版,第25—30页。

〔7〕 参见许可:“数据权属:经济学与法学的双重视角”,《电子知识产权》2018年第11期,第20—30页。

〔8〕 参见戴昕:“数据隐私问题的维度扩展与议题转换:法律经济学视角”,《交大法学》2019年第1期,第35—50页。

支撑架构的扩展,并探究如何以数据的基础设施功能为突破口促成架构整合,实现公共利益。^{〔9〕}从这个意义上说,本文认为数据要素确权本身的功能有限,在实现过程中仍然依赖于外部制度设计和供给,需要跳出确权思维而看到更为基础的市场机制的运作逻辑。重要的是理解数字市场如何不依赖于要素确权而良好运转,以及如何重新塑造了产权形态,这也为我们重新理解价值生成及其法律权利形态提供了有益视角。^{〔10〕}

本文的论述围绕上述两种财产权利展开。第一部分以数据确权为例,详细分析要素财产权的基本主张及其后果,认为该种主张实际上未能完全符合数据特性,实现起来对新经济运行的价值影响不大,反而可能增加社会成本,形成“确权悖论”;数字经济需要的数据权利实际上是一个整合性的、与架构相关的数据集合权利。第二部分分析事实上已经确立的架构财产权,法律和技术措施对架构的保护有助于数字市场的要素流动和平台建立起自身的私人基础设施,但对公共利益也具有一定的负外部性。第三部分进一步对两种财产权划分代表的不同法律思维方式进行讨论,从继续推进要素安全有序流动的角度探索折中方案,进而打通不同平台创设的架构,允许生产要素跨平台流动;其基础并非在要素层面确权或赋权,而是充分利用数据形成的数字基础设施,逐步实现更大社会范围内的公平分配和公共性。

一、要素财产权及其后果

(一)何为要素财产权

本文使用“要素财产权”一词粗略指代一种主张对进入数字市场的生产要素赋予以及划分财产权利的观念,特别是官方最近认可数据为一种新型要素,并在各地推动数据交易所的成立,都进一步催生了此类话语(由此后文在使用要素财产权时,主要指数据要素)。本文不拟重复已有关于数据财产的大量讨论,概括其主要思路是:数据并非一种特殊的东西(“21世纪的石油”),在财产法上完全可以拟制或想象为“物”或其他无形财产或“开放权利束”,^{〔11〕}因此可以在现有民法框架下关于物权或知识产权的制度中对数据财产边界进行清晰界定,^{〔12〕}特别如果特定数据上承载了若干不同种类的权利(如隐私等人格权),就需要尽可能地按照劳动贡献、合同关系、场景或者某个抽象的“比例原则”进行划定。这些做法都有一定道理,但也存在问题,例如,对劳动贡献的计算可能成本高昂难以精确或不同属性的权利很难通约;个人信

〔9〕 类似的思路,参见胡凌:“从开放资源到基础服务:平台监管的新视角”,《学术月刊》2019年第2期,第96—108页。

〔10〕 在互联网发展早期,经济学家就发现对待信息经济需要特定规则,而不是确权。参见(美)卡尔·夏皮罗、哈尔·瓦里安:《信息规则:网络经济的策略指导》,张帆译,中国人民大学出版社2000年版,第1—10页。

〔11〕 参见包晓丽、熊丙万:“通讯录数据中的社会关系资本——数据要素产权配置的研究范式”,《中国法律评论》2020年第2期,第146—168页;黄镔:“大数据时代个人数据权属的配置规则”,《法学杂志》2021年第1期,第99—110页。

〔12〕 参见申卫星:“论数据用益权”,《中国社会科学》2020年第11期,第110—131页。

息处理的知情同意往往只是形式；^{〔13〕}场景是什么从来都说不清楚；^{〔14〕}比例原则只是事后为权衡利弊做出的决策进行的貌似科学的合法性包装而已，^{〔15〕}但这些都妨碍研究者对于数据确权的热衷。

这种热衷可能来源于纯粹法学专业知识体系的不假思索的推演（因此和数学计算一样，仅仅在抽象概念和制度之间游走，和实际不发生任何联系），而且如果不考虑立法和落地制度成本，研究者完全可以在文字上为任何事物确权，而一旦试图对现实制度产生影响，就需要考虑确权主张是否契合了数据作为要素的特殊性。这种热衷的另一个智识性来源是处理物理世界交易行为的传统经济学，即认为只要市场要素作为财产的边界足够清晰，就可以通过契约方式实现商品化并促进安全流转和交易。因此无法想象某种模糊不清的生产要素如何使用，这会带来“公地悲剧”，互联网上出现大量数据侵权纠纷根源就在于数据权属没能有效界定。^{〔16〕}而且既然数据是石油，互联网的核心价值皆来源于此，就必须像知识产权一样为对数据价值进行发掘的投入提供足够产权激励。此外，并非不重要的实际考量是合法性，即可以通过确权以及交易过程将非法获取的数据洗白，实现继续流通。

要素财产权体现的法学思维方式将在本文第三部分反思，这里仅就经济学思维进行回应。首先，将无形的数据比拟为一种需要确定权利边界的物，实际上延续了物理世界中我们对静态财产的直觉认知和想象，而对于像数据这种不断大量生成且流动性极强的动态对象，很难划清其固定边界，或者细致区分起来成本很高。其次，将数据类比作石油是个错误（即使在修辞意义上也引人误解），和物理资源不同，数据分析仅具有统计价值，无法稳定地产生可见收益，因此不仅有必要将数据按照市场功能进行分类讨论，而且数据本身的价值只有和平台架构结合起来才有意义，将数字经济的价值来源全部归结为数据本身就是偏颇的。第三，数据财产权不能为数据控制者或数据主体提供交易或流动的充分激励，多年来不仅个人数据市场没能成立，一些地方建立的数据交易所也应者寥寥，这并非产权不到位，而是由于高质量数据供给不足以及市场基础设施不完善所致，如果可供交易的数据有用，即使边界不清也会有交易（最典型的是黑市）。最后，即使纸面上的确权实现，或者有数据交易所存在帮助黑灰产洗白，通过非正式渠道进行的数据交易（包括数据不正当竞争行为）也不会停息，这是互联网的内在逻辑决定的，^{〔17〕}且确权无法改变侵权行为的预期。

（二）数据的功能及其价值理论

因此，从科学认识角度说，虽然看起来是老生常谈，仍然有必要回到数据究竟为何物的讨

〔13〕 参见韩旭至：“个人信息保护中告知同意的困境与出路”，《经贸法律评论》2021年第1期，第47—59页。

〔14〕 参见胡凌：“功能视角下个人信息的公共性及其实现”，《法制与社会发展》2021年第4期，第176—189页。

〔15〕 参见戴昕、张永健：“比例原则还是成本收益分析：法学方法的批判性重构”，《中外法学》2018年第6期，第1519—1545页。

〔16〕 参见何波：“数据权属界定面临的问题困境与破解思路”，《大数据》2021年第7期，第3—13页。

〔17〕 参见胡凌：“非法兴起：理解中国互联网演进的一个视角”，《文化纵横》2016年第5期，第120—125页。

论。但使用“数据”一词还是太宽泛了,容易招致不同论者完全不同的想象,且不用说数据和信息在现实中交叉重合无法划清,数据所起到的功能也十分不同。为摆脱语词带来的困扰,本文试图按照数据贯穿于数字经济始终的功能展开讨论。^[18] 概括而言,经由信息系统和终端硬件/软件生成的数据大致可以分为展示性数据(I类)和辅助性数据(II类)。^[19] I类数据是人们在谈论数据确权时谈论最多的类型,围绕数据展开的不正当竞争案件也通常指涉这一类,主要是可供用户消费的视频、图像、文字、界面等信息集合。现有研究基本上能够就这类数据确权达成共识,即认识到其中蕴含的财产权益(甚至是竞争性权益)以及对数字平台的价值(例如,通过免费的方式吸引流量)。II类数据较少得到充分讨论,它们在数字市场形成和扩展的不同环节起到不同功能,如果缺乏这些功能,将不会稳定产生I类数据及其价值。II类数据并非为了供用户消费,而是实现某种市场基础设施的辅助功能,例如身份认证、行为分析、连接匹配和声誉信用。认证数据能够用来验证用户唯一性与真实性的标识信息(如身份证、电话号码、人脸、二维码),帮助建立账户;分析数据也被称为元数据,能够在底层根据用户行为自动记录追踪,形成赛博空间中的动态多元数字身份;连接数据用来实现自动化决策,根据已有的交易网络进行撮合匹配,表现为账户内推荐、派单、搜索服务等;声誉数据是平台或第三方对生产要素的历史流动过程与交易行为的累积性评估,往往表现为可量化的数据产品如分值。这些数据的功能能够有效增强进入数字市场的陌生要素或主体的可信程度,确保事后能够追踪,维护交易安全并能不断加速经济循环和生产效率。

不难发现,当用户通过身份标识符认证进入账户时,追踪和数据积累就开始了。即使用户并未进行直接的I类数据生产(如拍摄短视频或发微博),II类数据也仍然会被使用并发挥作用。^[20] 从这个意义上说,II类数据是一种依附性要素,无法脱离其他生产要素而单独存在,有效的数据利用势必要求从行为数据生产到分析到回馈的闭路循环不断加速,进而推动要素流动。互联网上的流动性体现为多种类型:第一类是早期互联网的“非法兴起”,实际上便利了信息内容从传统媒体转移至数字媒体,完成数字化转变;第二类是分享经济,物理空间中的网约车和骑手被数字平台调动起来,在服务过程中产生了动态移动;第三类则是通过低成本信息系统和终端动员大众生产,完成特定生产活动的时间分割与重新组合。新型跨时空的生产过程伴随着数字平台提供更多种类服务,持续涵盖用户的不同侧面,使交易能够不断精确和可预测。因此,II类数据的优势和价值在于动态地追踪,而非在真空中静态分析,不存在一个本质主义的数据价值,也就失去了独立确权的意义。

综上,当我们谈论数据权属时,首先要区分究竟是I类还是II类数据。II类辅助性数据实际上起到了市场基础设施的功能,很难进行权属分割,不论最初该种数据可能关联到用户个人

[18] 这可以取代语焉不详的所谓“场景”分析,一个具体应用参见胡凌:“刷脸:身份制度、个人信息与法律规制”,《法学家》2021年第2期,第41—55页。

[19] 这粗略类似于哈特对第一性规则和第二性规则的分,即后者是对前者的确认和支撑。参见(英)哈特:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社2003年版,第125—130页。

[20] 参见胡凌:“超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制”,《华东政法大学学报》2018年第1期,第6—21页。

或其他利益相关方,都需要以某种去标识化的方式进行处理,转化为公共信息,从而使平台上所有参与人都平等地享有该种信息服务。历史上看,数字平台在国家支持或默许下通过各种方式推动了私人数字基础设施的建设(如认证、物流、支付、纠纷解决、信用制度等),塑造了这类平台之上的有限公共性。因此如果涉及确权问题,应该说 II 类数据共同构成了一个整体,服务于平台企业及其上的流动要素。

那么如果是 I 类展示性数据,是否就意味着可以有效地确权划定边界?未必。从确权对象和成本角度看,由各类主体生产的大量数据有些属于著作权法保护的作品,更多的则过于碎片化或同质而不具有独创性。理论上讲,一个数字市场完全可以承认单条信息依据劳动而享有的产权,并为其单独定价,但往往过于琐碎,社会成本较高。由于信息生产的数量大、速度快,I 类数据的价值仍然强烈依赖于盈利模式的设计以及 II 类数据的功能。首先,经验中对大量碎片化的数据内容的定价方式往往要么是采用长时段集合性定价(如包月计费出租),要么采用打赏或广告分成方式,而非单条计费;其次,从数据生产者的角度看,重要的是通过一个有效的分发网络将信息内容精准推送给那些有需求的用户,以及通过即时打赏等制度获益,推动再生产;第三,个体数据的分析性价值只有放在更大数据集合中计算和分类统计才能实现;最后,声誉评分可以有效帮助确认碎片化劳动的长时段价值并积累信用。这些都得益于作为公共产品的分发网络、第三方支付、积分系统等基础设施,而确权本身没有那么关键。

这也进一步说明了,I 类价值并不完全通过要素本身的创造过程体现,在数字平台上是通过从生产到流通交易到消费反馈的周期不断加速和缩短而实现的,即交易过程和方式本身也塑造了产权形态和认知。^[21] 不论是支持网络同侪生产的经济学^[22]还是持有批判态度的传播政治经济学^[23]都将平台经济中的集合性价值归结为个体灵活劳动者的碎片化劳动创造和剩余价值的集体贡献,差异仅仅在于大众生产的分配指向。数据确权主张也可以利用此类理论论证成平台或用户享有某种财产权利的正当性。但前述分析指出,除了看到大众贡献外,还需要看到 II 类数据在价值整合过程中起到的关键功能。I 类数据带来的规模效应和行为剩余构成了价值生产的一小部分,更为关键的是 II 类数据通过连接、撮合、评分,在流动中不断积累价值,塑造安全环境。数据以何种方式被稳定地生产、分发、消费和再生产的链条强弱决定了数据财产权的形态。在一个生产循环链条较长而流动性弱的经济过程中,因为价值实现面临诸多不确定性,需要赋予生产要素以财产权利加以保护,从而确保在每一个生产环节给予参与者足够的控制、激励和预期,产权因此起到了制度性的劳动投入担保功能。但在循环链条缩短而流动性增强的规模经济过程中,生产者不需要产权保护作为投入担保和激励(生产和分发成

[21] 有观点认为这可以归属于算法在数据处理过程中的核心地位,参见韩旭至:“数据确权的困境及破解之道”,《东方法学》2020年第1期,第97—107页。

[22] See Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven: Yale University Press, 2006, pp. 14—19; Clay Shirky, *Cognitive Surplus: Creativity and Generosity in a Connected Age*, New York: Penguin Press, 2010, pp. 27—35.

[23] See Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York: Public Affairs, 2019, pp. 36—37.

本都很低),生产和交易的安全、速度和有效性就变得更加重要,^[24]而这一切现在是由一个更加自动化的平台网络实现的。这一理论有助于我们理解数据的集合性价值引擎往往在于流量以及完善的基础设施,确权只能将本来不大的碎片化价值固化,反而提升了交易和利用成本。有价值的商品化要素不一定需要法律确权来实现和保护,只要其所处的市场机制能够提供充分的替代性功能即可。如果说真正需要确权的话,那么数字平台只需要维持现有状态下的集合性数据池权利,并通过其他市场机制解决内部生产者之间的分配问题。

(三)数据确权的悖论

上文对作为一种规范性法律主张的要素财产权问题进行了理论反思,并主要将其看成是一个基于数字经济实践的事实状态。规范性主张可能的后果并不令人满意:允许基于劳动投入或合同授权的方式生成数据财产权意在促进交易,但实际上会由于定价的不确定而增加交易成本(而不是无法定价),而且还可能出现极端情况下用户不授权集合使用而形成的“反公地悲剧”,为整个数字经济的生产秩序带来很大的不确定性。上文提出的产权理论框架已经解释了作为生产要素的数据确权无助于整体价值生产,不能为要素低成本流动提供制度性激励,甚至也无助于在劳动者之间更加公平地分配。已经被写入《个人信息保护法》的、源自于欧盟《一般数据保护条例》的个人数据携带权试图围绕个人选择建构数据流动制度,但很难形成数据规模化的系统导向,不仅存在安全隐患,也容易冲击现有市场服务秩序。^[25] 由于作为副产品的数据需要在流动中产生价值,一旦通过权属固化就有可能通过交易所进行资产证券化包装,甚至衍生为不产生实际价值的泡沫。^[26]

就事实状态而言,数字经济已经表明无论是 I 类还是 II 类数据,都需要某种对平台产生的抽象数据集合的排他控制力和不受随意干预的权利,这是一个超越具体要素权属的集合性权益。^[27] 我们已经看到,在过去没有要素确权主张的平台经济发展过程中仍然保持了数据生产的稳定增长,事实上的数据交易并未减少。实践中数字平台之间的数据交易并非严格按照对价对数据进行确权和估值,而是将 I 类和 II 类数据看成一个整体,允许各自服务进入对方的架构开展竞争获取流量并交换衍生数据,共同增加数据池总量。^[28] 类似的广泛实践都表明,数字平台首要关注的并非具体要素确权,而是通过数据集合对生产过程进行调控的权利。下

[24] 在一些行业中创新速度超越版权法保护的例子,See Kal Raustiala and Christopher Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 105-108.

[25] 参见陈永伟:《从“围墙花园”到“互联互通”》,载经济观察网,http://www.eeo.com.cn/2021/0816/498793.shtml,最后访问日期:2021年10月1日。

[26] 一个没有根据的猜测是,考虑到当下 NFT 产品如此受欢迎,数据确权主张还可能为其他擦边球区块链数字产品(资产)提供了正当性证明,进而为热钱进入这一领域提供了一丝机遇,毕竟数字世界中什么都叫做数据。

[27] 参见胡凌:“商业模式视角下的信息/数据产权”,《上海大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第1-14页;崔国斌:“大数据有限排他权的基础理论”,《法学研究》2019年第5期,第3-24页。

[28] 关于数据流动许可使用的方式,参见高富平:“数据流通理论:数据资源权利配置的基础”,《中外法学》2019年第6期,第1405-1424页。

文将深入讨论,随着数字平台扩张,更多空间性的财产利益被探索出来,包括但不限于生产要素,平台企业不可能一一要求法律确权,只能通过竞争法来确保生产渠道在整体上的安全畅通,要素确权只是其中的一个侧面而已。

抽象的集合性数据权利不关心具体数据权属为何,而关心数据独占带来的成本收益。表面上看数字平台会充分尊重用户个体的信息自决权,允许用户自主转移他们数量有限的数
据,但基于市场秩序理由反对其利用第三方工具进行批量转移,同时将其对个人信息转移授权的选择在用户协议中约定为从属性的;当下对个人信息安全的强调在一定程度上也有利于大型平台形成更加封闭的数据独占环境,减少分享。此外,由于数字平台与其他生产要素的关系在法律上十分松散,对数据池(特别是II类数据)的笼统控制权实际上便于平台通过账户和数据分析增强对生产要素流动的控制力,并通过一般性使用合同掩盖起来。这都提醒我们,要理解数据权属的生成机制,需要回到基本的数字经济生产方式。

二、作为财产的数字架构

(一)架构财产权的兴起

如前所述,II类数据的数字基础设施功能有助于I类数据流动和产生价值,两类数据构成的集合性权益需要一个坚实“外壳”加以确认和保护,这一话语建构出来的外壳就是架构(architecture)。架构是一个拟制的抽象空间性概念,由数字平台通过技术和私人规范进行塑造和控制,允许生产要素通过账户在其中流动并产生价值,但账户权限无法超越架构有形或无形的边界。^[29]数字平台通过空间创设、企业兼并、第三方账户登录等方式不断扩展架构,扩大了要素活动的空间。其本身以开放方式吸纳更多生产要素,但同时由于数字基础设施的延伸而倾向走向封闭。

从某种意义上说,架构就是数字化生产方式本身,它定义了赛博空间如何按照控制/生产的逻辑被创制出来,要求涵盖硬件终端、服务器、传输管道等,包装成一个连续性的整体。前述讨论已经说明,法律介入具体生产要素的确权意义不大,但不意味着法律完全放弃介入生产过程。在互联网“非法兴起”的第一个阶段,法律较少介入文化媒介领域生产要素的数字化,促成了数字平台商业模式合法性的确立;但在第二个阶段,随着对灵活劳动价值的发现,大型平台企业开始要求法律保护排他调配自身架构内流通要素的权利,努力厘清法律上架构的边界,这主要通过大量不正当竞争纠纷(以及刑事纠纷)体现出来,并富有成效。^[30]

爬虫、外挂、广告屏蔽插件、可以跳转到独立搜索界面的输入法、浏览器网址恶意跳转劫持,这些看起来互不相关的正当竞争行为本质上都指向对生产要素和生产空间的争夺。(不

[29] 参见胡凌:“论赛博空间的架构及其法律意蕴”,《东方法学》2018年第3期,第87—99页;吴伟光:“构建网络经济中的民事新权利:代码空间权”,《政治与法律》2018年第4期,第111—123页。

[30] 在法律不起作用的时候,数字平台更多采用技术手段加以弥补,如流量监测、反爬、设置访问权限、封闭接口等。

正当)竞争规则最早起源于著作权法上对软件技术保护措施的保护规则,^[31]以及3Q大战后出现的保护软件正常运行不受干扰的规则,^[32]但随着终端软件逐渐演变成平台入口,平台竞争实际上成为了空间创设以及争夺对灵活要素的生产组织与控制权的过程,法律的功能也相应调整为保护作为要素和空间外壳的架构(但实际体现为可以作为财产形态理解的计算机系统、服务器、软件、管道等有边界的空间)。^[33]有趣的是,虽然此类案件大多按照不正当竞争纠纷裁决,并催生出关于《反不正当竞争法》第二条原则性条款的诸多教义学解释,但竞争法对具体不正当竞争行为的规制事实上保护了架构内要素不受随意侵犯,起到了弹性灵活的财产法功能。^[34]有观点认为,恰好是因为没能对生产要素确权,才使竞争法不恰当地接管了财产法或侵权法的地位,又因无法形成逻辑一贯的教义体系而沦为口袋条款,因此竞争法律规则应当谦抑,最好让位给明确的民事法律规则。^[35]但如果从数字平台的角度看,这一错位是有意义的:首先,法院将架构中的行为认定为发生在具有竞争关系的相关市场中,恰好与数字平台构建统一市场及其基础设施的努力不谋而合;其次,鉴于架构对要素不断增强的控制力,平台在大多数时候并不需要与要素保持紧密的法律关系,即要素的流动、交易与合作仍然具有相当的自主性(哪怕是名义上的);^[36]第三,只要数字平台保持数据集合的排他控制权以及不受侵犯,就可以确保架构内价值的稳定增长,降低内部确权成本,如果要素不断跨媒介/平台流动起来则不利于价值积累。

架构财产权的兴起和中国对于平台企业在互联网治理中的定位也相互契合。近年来平台企业的主体责任不断得到强化,成为在线活动管理的国家代理人。通过制订和强制执行在线规则,平台企业承担了发展数字经济和一定意义上公共管理的职能。保护其通过大量投入而构建出的虚拟空间利益,可以起到激励相容的效果。^[37]这构成了架构财产权的主体性和规范性基础。传统经济法着眼于对私人财产的外部性进行调节,而架构财产权的出现本身是对架构内要素价值和分配秩序合法性的确认,即承认平台企业有权组织生产和分配,自行调节架构内要素财产权,并减少法律干预,进而推动产生平台内市场的公共性价值。

[31] 《信息网络传播权保护条例》第4条。

[32] 《反不正当竞争法》第12条。

[33] 这一过程的最新形态是2021年国家市场监督管理总局《禁止网络不正当竞争行为规定》(公开征求意见稿)和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释(征求意见稿)》。

[34] 近年来围绕数据进行的不正当竞争损害赔偿数额不断增加,能够对侵权人产生一定的威慑力。另一个并行的现象是,财产法也能部分地起到竞争法功能,特别是在游戏、视频、文学领域,当事人并不真正关心特定作品的权利认定,而是关注侵权带来的流量损失。

[35] 参见张占江:“论反不正当竞争法的谦抑性”,《法学》2019年第3期,第45—59页。

[36] 这在零工经济话语中尤为明显,See Jeremias Prassl, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, New York: Oxford University Press, 2018, pp. 59—65.

[37] 参见周汉华:“探索激励相容的个人数据治理之道”,《法学研究》2018年第2期,第3—23页。很多时候平台企业的利益诉求通过模糊的“企业数据”主张出现,但两者并不完全等同,平台企业获取和控制的实际上是市场主体的数据。参见梅夏英:“企业数据权益原论:从财产到控制”,《中外法学》2021年第5期,第1188—1207页。

(二) 架构财产权的制度支撑与局限

只有在理解架构财产权的基础上,才能更好地理解要素财产权。首先,要素财产权只是数字平台希望合法利用并要求法律保护的诸多新型权益之一。限于立法、执法、达成共识、定价等高昂社会成本,诸如虚拟物品、流量、注意力、社会网络等动态且重要的权益无法被成文法完全确认和精确界定,但它们随着架构扩展和商业模式变化而不断出现(又突然消失),只能依赖竞争法通过行为规制在个案中加以缓解。不正当竞争行为层出不穷是数字经济的内在要求,不是竞争法或财产法的问题;以为只要对要素确权就可以确保真空中法律体系的稳定,这忽视了社会过程的复杂性,也误解了法律的功能。恰好是对平台架构的保护能够确保其稳定扩展,允许更多新型权益在架构内不断形成和开发。

其次,要素财产权主张的一个未言明假定是,对新型要素进行确权发生在稳定静态的市场交易环境中,并可以帮助进一步推动市场秩序的形成。对数字市场而言这一假定并不准确(对传统市场实际上也不准确),不仅架构外部存在着诸多不正当竞争行为,甚至数字平台本身也在不断进入和推动既有传统行业改变(这时在话语上就不算不正当竞争,而是叫颠覆式创新),是不稳定的经济形态。鉴于原本不存在平稳连贯的市场力量,在互联网不同层面充斥着大量服务提供者,他们之间的互动和创造事实上造成了赛博空间的碎裂化而非整合,要素也无法跨平台流动。促成架构财产从分散走向整合的力量并非法律赋权,而是经历了侵权洗白、谈判合作、兼并吸纳、股权控制等过程逐渐形成的。一旦架构的整合性与合法性确立,就为广阔的单一市场容纳更多要素自由流动提供了空间,也是将非法兴起过程合法化的空间。

第三,一套有效的产权制度不仅体现在对外防御和救济功能,也体现在对内产生效能的协同配套机制。作为整体性财产权益的架构已经在全面要求法律体系和概念进行转变,集中指向明确的利益关系,例如,架构要求通过格式条款约定用户仅能获得一种有限的使用权而非绝对所有权;反之他们在架构中的公开区域生产的信息内容授权平台以非排他、永久且免费的使用权;用户在架构内的一切行为数据会被记录和分析,以满足特定商业模式(如定向广告),或者改进服务(如个性化推荐);约定用户和平台之间是使用、合作关系,而非劳动关系,等等。^[38] 其中两个核心机制便是生产要素(物理的、虚拟的以及数据集合等)调配权与无所不包的合同化。一旦数字平台控制了生产过程,就可以自主根据商业模式设置不同层级的访问权(access)对内部要素权限与资质进行灵活地限定、调整和匹配;而作为格式合同的用户协议能够帮助数字平台获取形式上的合法性,做到既严格又松散,其公平性也较少受到司法审查。此外,国家不断加强对平台的主体责任要求也在事实上强化了平台义务,为其行使架构内自主管理提供了便利。

不难看出,数字经济中对于要素集合性权利及其边界保护的强调实际上反映了资本主义生产过程的升级而非降级。^[39] 这意味着数字平台对整个市场“系统”的控制能力已经超越了

[38] 详细的分析,参见胡凌:“合同视角下平台算法治理的启示与边界”,《电子政务》2021年第7期,第23—30页。

[39] See Zuboff, *supra* note 23, pp. 25—28.

对简单生产要素或上下游产业链的控制,不需要法律介入特定要素产权同样可以通过打造基础设施、发布交易规则、形成柔性声誉机制等实现要素的自主有序生产,法律介入赋权反而可能增加生产成本。正是在这个赋权维度上,架构完美地取代了法律,或者就是法律本身。^[40]但外部法律的功能对数字平台而言仍不可或缺,早期网络法的目标是确认数字经济生产方式的合法性以及缓解新旧利益冲突,确保生产要素持续稳定供给;随着数字经济的成熟,当下网络法开始被要求帮助破除平台内要素流动的障碍,推动数字基础设施建设,解决架构安全和秩序问题。

作为私人财产的架构尽管帮助实现了生产要素的数字化,带来了效率,无疑也具有负外部性。首先,架构扩展不仅意味着新空间的生成,也意味着对传统物理空间的吸纳,不仅吸纳传统私人空间,更吸纳了传统公共空间,这为私人平台本身的权力和法律地位提出了疑问。^[41]其次,作为数字基础设施的 II 类数据,尽管有助于市场秩序的安全稳定,但一旦形成循环规模加以延伸,会形成某种不断吸纳要素的反流动机制,数字平台也往往以信息安全为由限制流动,促成了特别是大型平台的封闭和自我优待,降低与其他平台的互操作性,从而引发关于数据垄断等问题的担忧。^[42]第三,最近我们已经看到围绕灵活用工法律性质和劳动者权利而产生的新型劳动争议,这说明架构财产权不必然保证劳动者能够参与更加公平的分配。^[43]我们需要重新思考两类财产权背后体现的思维方式,以及如何化解各自的负外部性并加以超越。

(三)理论的司法应用

和要素财产权一样,架构财产权目前仅停留在描述性理论解释和主张层面,即设想一个整合性的空间性权益,由空间的塑造者或控制者排他地获取或行使,而并非是一项既有的民事请求权。^[44]尽管如此,架构财产权对内能够进行要素资源价值的灵活分配,对外能够起到阻止他人未经许可或合法授权而对架构(平台企业合法提供的网络产品或者服务)进行妨碍、破坏或入侵的功能,这两种权能够比数据财产权更好地解决现实问题。^[45]

具体而言,从对内的视角看,架构财产权通过用户协议等方式对如何更有效率地使用要素资源进行了默认规定,例如,用户进行数据转移授权也需要得到在先平台的同意。^[46]从对外

[40] 这有助于我们重新思考“代码就是法律”的论断,该论断的原初含义,See Lawrence Lessig, *Code Version 2.0*, New York: Basic Books, 2006, pp. 16-19.

[41] 参见刘权:“网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角”,《法学研究》2020年第2期,第42-56页;周辉:《变革与选择:私权力视角下的网络治理》,北京大学出版社2016年版,第12-15页。

[42] 参见韩文龙、王凯军:“平台经济中数据控制与垄断问题的政治经济学分析”,《当代经济研究》2021年第7期,第5-15页。

[43] 人力资源社会保障部等《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(2021年)。

[44] 吴伟光称之为“代码空间权”,参见吴伟光,参见前注[29],第111-123页。

[45] 参见《反不正当竞争法》第12条。

[46] 新浪微博诉脉脉不正当竞争案,北京市高级人民法院(2016)京73民终588号。

的视角看,在涉及大量违法行为诸如①通过爬虫抓取竞争对手的信息内容,如图片、^[47]用户创作文字^[48]等;②在他人架构上争夺流量空间^[49]或添加外挂;^[50]③设置深度链接聚合盗版内容、^[51]屏蔽在线广告;^[52]④通过 cookies 等方式获取竞争对手中的信息内容^[53]等尚未被法律明确禁止的行为,就需要法院通过对不正当竞争行为的认定加以保护。在这些案件中,如果按照要素财产权的思路,需要对信息内容和数据如何在物权法或著作权法上认定为财产或作品进行详细的理论解释,还需要花费更多成本对可能的损害后果进行证明,而这些后果往往是抽象和不确定的。^[54]例如,在经典的“新浪微博诉脉脉不正当竞争案”中,法院也可以将被告的数据抓取行为还原成违约或个人信息侵权问题,但会涉及合作协议对标的约定不明确、难以量化造成的损害,或者涉及更多第三方用户权益的分割难题,因此对该行为以不正当竞争角度进行了阐述。法院对架构财产权的保护则降低了此类成本,即只要简单对双方构成竞争关系进行确认,将受损的利益解释为“竞争性权益”,就可以在客观上明确了不得通过爬虫技术或其他未经许可的方式非法进入平台服务器进行内容破解或单纯爬取公开信息内容。

这一理论应用的现实后果是,能够在边际上迅速解决纠纷,但也造成了地方法院不成系统地适用《反不正当竞争法》第二条的若干原则性标准,对何为商业道德、市场秩序等缺乏连贯解释,对架构财产权的内涵也没能进行深入探寻。国家市场监督管理总局2021年发布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》仍然遵循着行为规制的思路,将诸多新颖的不正当竞争行为进行了列举,从而可以由行政执法力量更加有效率地维护市场秩序,但其背后的财产法原理仍需要更为系统地表述。^[55]

三、市场与社会之间:要素与架构再平衡

要素财产权与架构财产权共同发生在数字经济的演进过程中,集合性的数据权益有效地与架构扩展相互配合,并通过 II 类数据的基础设施功能确保数字市场的高效稳定。本节试图对区分两类财产权的理论框架进行进一步应用和延伸。首先,从研究路径看,两类财产权实际上代表了法学中两种不同的思维方式,可以在不同层面帮助我们理解数字经济规则的运作;其次,从两种财产权想要实现的目标看,需要在反思其负外部性的基础上,通过外部力量的推动

[47] 大众点评诉百度不正当竞争案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第528号。

[48] 大众点评诉爱帮网不正当竞争案,北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第7512号。

[49] 百度诉搜狗不正当竞争案,北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第4135号。

[50] 腾讯诉外挂“飞机团”带大不正当竞争案,天津市滨海新区人民法院(2019)津0116民初697号。

[51] 合一公司诉百度视频侵犯著作权案,北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第27286号。

[52] 腾讯诉世界星辉不正当竞争案,北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初70786号。

[53] 腾讯诉多闪不正当竞争案,天津市滨海新区人民法院(2019)津0116民初2091号。

[54] 这类类似于新型的信息损害带来的问题,参见田野:“风险作为损害:大数据时代侵权‘损害’概念的革新”,《政治与法律》2021年第10期,第25—39页。

[55] 参见《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第四章。

来克服要素与架构各自的局限,通过超越单一平台架构的方式兼顾生产要素的流动和基础设施的稳定;第三,从分配环节看,这一框架还有助于思考财产权的社会功能,既需要促进价值生产,也需要在更大范围内促进公平分配,最终实现市场与社会的有机融合。

(一)两类思维方式

如前所述,集中于特定要素层面的财产权主张是较为常见的法学研究思路。这一思路从单一要素作为研究对象出发进行法律拟制的规范性分析,特别是从成文法出发按照既有权利规则体系进行定性、确权或赋权。如果数据能脱离其功能展开讨论,脱离其所依附的要素发挥作用,以及脱离其借以流动的架构而在真空中定性,那么已经出现的诸多关于虚拟财产属性、人工智能法律主体等讨论也就完全能够理解了,因为此类论证不用过多考虑现实状况与可能后果,只需要沿着特定概念逻辑推论就能言之成理,给出一个普世性答案。这种思路不仅容易将要素对象固定化,也看不到该要素与其所处环境之间的联系,特别是无法从生产方式和生产过程的角度理解要素的生成和流动,只见树木不见林,也就难以把握数据要素动态生成的特性。

由于确权对象的快速变化,集中于行为规制的竞争法裁判和执法模式对解决纠纷更加可取。立法者和法官发现,随着不正当竞争纠纷的快速大量增加,成文法无法穷尽列举出现的所有新型侵犯市场秩序的行为,只能转向原则性条款。但我们需要的不是单纯将行为类型化进行法律确认或开展研究,而是超越表面的非法行为方式,看到其背后代表的政治经济动因,理解数字经济想要什么,然后才回到市场秩序、商业道德和消费者福利的修辞进行利弊权衡。

反之,沿着架构财产权进行分析的思路超越了个体要素确权模式,不仅关心要素的生产和流动,也关心这种流动需要的辅助机制如何实现,因此是经验性地从整个生产方式和市场秩序出发追问新型经济形态需要何种法律权利,而不是简单套用概念。这一思路既看到作为外壳的架构的稳固性,也看到内部要素的流动性,但认为前者在地位上更加关键。将架构视为财产意味着不关注特定要素的确权结果,而是将其置于生产关系当中,看到赛博空间中的诸多权益相互交织和支撑,通过整体性的法律机制共同发挥作用,从而确保了集合性的数据池权利,单独为要素确权只是平台塑造的利益空间的一部分。这一例子还可以帮助我们在方法论上进一步认清如何基于经验而非想象开展法律研究,例如,如何将人工智能或算法黑箱的法律主体问题置于生产关系中理解,如何将无人驾驶交通事故责任分配问题置于智能网联车的商业模式下讨论,如何将人脸识别行为置于社会网络和认证过程下分析,等等。

前文已经论及,不论是要素财产权还是架构财产权思路都在其各自逻辑下存在缺陷:前者试图为要素赋权,在个体要素层面推动流动,但忽视其所处的环境和制度支撑,进而增加了整体社会成本,无法实现好的效果;后者虽然搭建了数字基础设施,也容易走向流动性的反面,使开放互联网逐渐封闭和封建化,这不符合要素跨平台安全有序流动的数字经济政策本意。两者某种程度上都试图回应如何在一个稳定环境中加强流动性的根本问题,只是各有侧重,那么如何将更大范围内要素流动性与确保安全秩序的基础设施结合起来将是未来市场经济和社会政策的核心要义。

(二)重新控制市场

市场从来不是自发形成,而是有外力帮助塑造了使其有效运转的机制,^[56]但其扩张过程中却常常以单一的商品交换逻辑不断吸纳既有生产和社会网络。^[57]数字时代的特殊性在于,市场更多地由数字平台塑造,一旦将架构认定为私人产权加以保护,就不可避免遇到强调以平台企业经营自主权为由自主管理市场忽视公共利益的问题。为限制数字平台走向封闭,思路应当是进一步强化竞争环境,通过公共机构的外部力量重新规制市场各类核心机制(如定价、流通、信用、支付等),思考如何从推动I类和II类数据共享的角度入手,特别是如何利用公共权力引导社会数据资源有效使用,目标在于在延伸基础设施的前提下推动生产要素跨平台流动,进一步增加数据的整体社会价值,逐步在市场机制中实现分配正义。下文将分别简要讨论三种按照这一思路进行的实践和设计:①征收哈伯格税(Harberger Tax);②通过公共数据带动数据资源交易;③延伸数据基础设施。

1、征收哈伯格税

作为一个古老的政治学观念,哈伯格税由艾瑞克·波斯纳(Eric Posner)和格伦·韦尔(Glen Weyl)在新经济语境下重新进行了解释。^[58]私人财产权可能有益于私人对自身财产的投入,但也可在转让时敲竹杠、抬高要价,从而限制交易和竞争(“财产就是垄断”)。而公共(集体)财产权则可以通过集中拍卖的方式分配资源,实现匹配效率,但会减少分布于私人手中的集体财产投入。因此哈伯格税的折中设计目标是平衡匹配效率和投资效率,希望为各方提供激励,充分利用有价值资产。其制度设计具有如下特点:①流动性维度:形式上社会主体具有私有产权,但处于不稳定状态,任何人的财产可能随时被他人强制买走;②双重约束报价:所有权人可以自己确定主观价格,但需按照该价格以一定比率纳税,报价过高纳税也多,报价过低可能被他人轻易买走,由此限制了过高或过低报价;③创新与投入:只有所有权人不断增加投入,才会使财产价值提升,得到有效利用,不然就转移给能够更好地利用该资源的人;④分配维度:税收用来进行再分配返还,以体现共有产权实质。

这并非仅仅是理论设计,互联网早期的非法兴起过程和哈伯格税的设计环境十分相似,在生产方式转型期起到社会范围内促进匹配效率的功能,后果是数字经济飞速扩张。如果对该制度框架进行改进,就不难得出:①流动性维度:形式上传统行业具有私有产权,但处于不稳定状态,任何人的尚未数字化的财产可能以侵权方式被他人强制数字化;②双重约束报价:在价格双轨制下(数字产品价格为零),报价过高更容易受到侵权,报价过低同样亏损不如合作,由此限制了过高或过低报价;③创新与投入:只有所有权人不断增加投入,付出维护和自我维权

[56] 参见郑永年、黄彦杰:《制内市场:中国国家主导型政治经济学》,邱道隆译,浙江人民出版社2021年版,第35—40页;(美)斯蒂文·K.沃格尔:《市场治理术:政府如何让市场运作》,毛海栋译,北京大学出版社2020年版,第25—27页。

[57] 参见(英)卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯钢、刘阳译,当代世界出版社2020年版,第15—18页。

[58] See Eric Posner and Glen Weyl, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton: Princeton University Press, 2018, pp. 30—42.

成本;或者主动将资产数字化,探索新生产方式,才会使财产价值提升,不然就转移给能够更好地利用该资源的人;④分配维度:国家尚未介入此类分配活动,仅仅将蛋糕做大,进行增量改革。但当时打击盗版不力相当于提高了税收,却未分配返还(产权保护等公共服务成本转嫁给传统生产者)。

随着当下的数字平台的架构走向封闭,生产变得稳定,投资效率提升,但同时更大范围内降低了匹配效率和流动性,数据及其附着的生产资源可能会无法得到有效开发和利用。作为思想实验,可以尝试重新逐步恢复上述哈伯格税的状态条件,在现有第三方开发模式基础上,推动特定平台企业相互合作进入共享流量。

2. 通过公共数据带动数据资源交易

传统的大数据交易所本身是一个市场模式,虽然采用了会员制等现代交易所的制度,但因为数据交易所本身不拥有任何数据,仅仅依靠第三方提供数据进行撮合匹配,就使得市场主体进入该平台的动力较小。因此关键是提供进入交易平台的第一推动力,即依托较为优质的数据吸引社会主体。从这个意义上说,各地负责归集和清理公共数据的大数据中心/大数据局比单纯的数据交易所具有天然的优势,如果能够转变为某种特定类型的交易所或进入交易过程,则可以避免现有公共数据开放过程中的诸多问题:①不需要把公共数据界定为国有资产,因为数据不是要清晰界分,而是要不断融合流动;②解决了信息匹配的问题,平台可以了解社会和政府各部门各自的需求和难点,从而定向要求匹配和生产;③能够评估特定种类数据的社会价值,从而探索一般性的数据定价标准和机制;④防止数据泄露和安全隐患,可以在封闭的环境中进行测试和监管;⑤确保运动员和裁判员分离,制定良好的交易规则。

因此大数据中心/大数据局可以在目前公共数据开放的制度前提下进行改进,探索公共数据的授权运营,维持无条件开放数据种类,同时对于具有特殊价值的数字数据实行有条件开放,通过半封闭的交易平台进行运营管理,该平台有权制定交易规则、准入与退出机制、提供数据产品、进行沙箱监管等。^[59]例如,《上海市数据条例(草案)》规定,市政府办公厅采用竞争方式确定被授权运营主体,授权其在一定期限和范围内以市场化方式运营公共数据,提供数据产品、数据服务并获得收益。授权运营应当签订授权协议,约定相关权利义务(第41条);数据产品和服务供需双方可以通过公共数据运营平台进行交易撮合、签订合同、业务结算等;通过其他途径签订合同的,应当在公共数据运营平台备案(第43条)。

3. 延伸数据基础设施

在市场运行过程中,依靠确权无法自动实现交易秩序,需要公共权力介入,使基础设施更加完善,重新掌控市场建设。互联网发展的经验表明,数字平台更倾向于建设自身的基础设施,但将其作为竞争手段不向竞争者开放,逐渐走向封闭。II类数据共享更加关键,有助于联

[59] 参见张会平、顾勤、徐忠波:“政府数据授权运营的实现机制与内在机理研究——以成都市为例”,《电子政务》2021年第5期,第34—44页。

通不同平台的架构,增强要素能力,从而实现 I 类数据在更大范围内的有序流动。^[60] 例如,通过公共机构共享认证信息,进而推动大型平台相互进入共享流量;推动平台劳动者声誉信息和评价的标准化,实现征信与社会信用信息的共享和利用,都可以进一步推动不同数字市场的数据价值交换。

(三)从生产到分配

一个完整的产权理论应当包括从生产到分配的全部环节。本文无法对数字经济中的分配机制进行充分讨论,但已经表明,无论是对展示性数据进行确权以及赋予数据主体携带权还是单纯保护数字架构,都不能很好地解决用户从自身活动中获益或者集合性价值在平台和用户之间公平分配的问题。传统的产权理论并不主要涉及分配问题,无论是要素财产赋权还是架构财产保护本质上都希望降低交易成本而促进交易得以安全有效地实现,进而促进数字经济的价值生产。这一思路仍然属于通过市场机制进行的初次分配,即有效推动各类市场基础设施做大蛋糕,让更多的生产要素参与其中获益。前述三类措施都可以看成是这一思路的具体应用,目的是引导特定平台架构中形成的数据池使用,促成合作,推动不同平台之间的基础设施互联互通,促进要素在更大范围内进一步流动。

同时需要看到,为了确保数据安全和交易秩序稳定,在实施过程中仍然需要在特定架构内促成合作,并尊重主导平台企业的基本控制和分配权力,这意味着上述举措仍然需要从架构内市场入手开展。另外,市场逻辑无法完全解决要素获得合理分配的机制,特别是当市场可以被数字平台系统地创设和控制的时候,因为生产过程本身就需要各类社会机制的支撑,如果不能对社会机制进行反哺和加强,数字经济将是不可持续的。例如,分享经济中的灵活用工部分地依赖劳动者在数字平台之外获得其他收入或保障,即使将数据解释为一种劳动,也不能在现有松散的非劳动关系下获得更多收益;劳动者的收益也并非仅仅是金钱性的,也包含大量非金钱性的收益和补偿,例如对持续性工作和劳动的承认等。因此就不能简单地想象一种真空中运行的市场和产权,而是需要回到具体的社会情境中理解和加强对劳动者的保护,实现有效的二次甚至三次分配。例如,在就业准入反歧视、最低工资和支付保障、休息制度、劳动安全卫生责任制、基本养老保险和医疗保险、职业伤害保障、工会或劳动者代表制度等方面都可以有较大空间进行探索,^[61]目的是在维持市场机制的基础上夯实相对应的社会保障制度。这些措施的理论意义是,在架构财产权日益重要的时代,可能需要超越传统上的初次分配机制,更加注重通过外部公共机构力量进行引导以及加强社会组织力量进行的保障。这不仅能够连接数字市场,还可能帮助重新发现社会,充分调动和发掘传统社会网络和实践中的治理要素与保障机制,摆脱简单的政府—市场二元框架,使社会主体能够更加积极地参与数字社会的建设过程中。

[60] 类似的观点,参见徐伟:“企业数据获取‘三重授权原则’反思及类型化构建”,《交大法学》2019年第4期,第20—39页。

[61] 人力资源社会保障部等《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发〔2021〕56号)。

四、结 语

本文在数字时代回应了法理学中关于财产权利的古老话题,即财产权如何创设、行使以及功能实现,特别关注新型权利的实效。和工业资本主义时代一样,互联网和网络法回应的核心问题始终是生产资料的稳定获取、生产过程的安全性以及价值循环的形成。一旦稳定的市场秩序在封闭的架构中形成,数字平台更加关注的是架构边界的清晰和不受任意干扰,而不是架构内要素的明确边界。虽然(特别是大型)数字平台也形成了一个市场,但平台企业只希望和生产要素保持灵活宽松的法律关系,并在事实上加强对它们的匹配和控制能力。无论是放松控制还是给与要素太多的权利都不符合其根本利益,相反只要法律能够确认集合性要素的财产权即可,这一点主要通过对无形资产流动的抽象边界加以保护的方式实现,即架构财产权。架构财产权的出现意味着资本主义生产过程在新技术条件下的升级,即从控制单一的生产工具和生产资料扩展至控制要素活动的“系统”。由此,数字经济繁荣的关键不在于特定种类的要素确权/赋权,而在于数字市场及其基础设施的完善。作为要素的数据仍然在打造强劲基础设施过程中起到关键作用,但其功能更加接近服务于不特定要素的公共利益。这就是为什么通过数字基础设施将不同市场连接起来变得如此重要,它可以帮助传统生产要素转化为新型数字要素,并以加强其流动性的方式为其赋能。因此在产权理论上,如果有任何贡献的话,本文没有特别强调劳动和其他资本投入、合同缔结等影响产权的因素,而是侧重分析生产渠道与交易市场的形成如何塑造了新型产权主张和边界,特别是对推动要素快速流动、缩短经济循环和价值实现周期的经济过程而言,具体的数据确权就没那么重要。更进一步,在 21 世纪,伴随着“无形经济的崛起”,数字平台之上的要素自主产权是否就会完全消亡,本文暂无法做出草率判断,还需要观察不同利益相关人如何在社会进程中认知和行动。

本文也尝试提供/复活了一个认知框架,用以分析我们在数字经济运行过程中遇到的新法律问题。作为上层建筑的法律从未像今天这样与经济生产方式联接得如此紧密。本文从权利配置的角度展示了法律的生产性面向,并提供了对法律与数字经济需求之间复杂联系的深入分析。^[62] 一个反复出现的道理是,尽管法律规则可能在真空中抽象出来并影响法律人的思维,但有效的规则最终需要通过探究经济过程和实质来加深认识和验证,即理解经济过程想要什么,何种程度需要法律进行回应。具体而言,数字平台将各类处于高度流动性状态的生产要素都纳入其中,改变了这些要素与传统生产组织与过程的关系,其关注的重点就不是工业资本主义时代的传统产权,而是更大范围市场内的生产和分配控制权,以及这些要素赖以流动和匹配的虚拟架构。熟悉数字经济过程的读者甚至可能会觉得本文并没有建构什么,只是在梳理经验逻辑而已,这虽然不意味着“存在即合理”,也是想借以展示实践沉淀下来的秩序远比理性建构的理论概念要复杂和稳定得多。

[62] 这一框架应用的其他例子,参见胡凌:“理解技术规制的一般模式:以脑机接口为例”,《东方法学》2021年第4期,第38—48页。

本文还进一步延伸了关于如何从功能角度看待数据的讨论。现有数据法律仅仅要求在重要程度上对数据进行分级分类管理,更为流行的思维方式则强调需要根据不同场景或比例对数据进行确权,但这些思路基本都没能深入下去,指向有意义的结论。本文从赛博空间架构的权力机制以及市场本身的运作逻辑出发,指出只有按照功能对数据进行分类讨论才可能帮助系统地厘清后续一系列延伸出来的法律问题。为使讨论更加精确,本文主张需要将展示性数据与辅助性数据区分开,对于前者而言,确权只需要在集合性权益层面实现即可,但后者能够帮助联通市场、促进要素有序流动,成为数字基础设施的一部分,应当逐渐引导联通至服务于更大范围内的市场,才有助于整个数据池公共价值的提升。从这个意义上说,纠结于“财产”这一概念甚至都没那么重要了。

Abstract: Property right of digital resource and of digital architecture are two types of property right emerging from the digital economy development. Recently data has been regarded to be crucial as a new kind of productive resource, therefore more studies focus on the former rather than the latter. It is necessary to clarify in both theory and practice that it is the property right protecting architecture, which is based on infrastructural functions of data, that is able to improve the digital economy. Such right also reflects certain effective response of law to new mode of production of the Internet. Since both property rights have negative externality aftermath, it is necessary to go beyond the current framework, make good use of data infrastructural function so as to connect digital architectures and markets of various platforms, overcome the obstacles of free flow of productive resources, and enable participants of digital economy to engage in fair allocation in a broader sense.

Key Words: Property Right of Digital Resource; Property Right of Digital Architecture; Infrastructure; Mobility; Data

(责任编辑:贺 剑)