

数据财产的排他性：误解与澄清

沈健州*

摘要 确立数据财产权的一大理论障碍在于数据自由流通的现实需求,其症结在于数据财产的排他性。事实上,认为排他性数据财产权会阻碍数据流通、有悖于数字经济发展规律的立场,乃是基于三种误解:一是过分着眼于数据利用过程的“非排他性”,忽略了数据利用的营利效果是稀缺和排他的。而数字经济对数据财产权抱有制度期待的根源恰在于后者。二是未重视公开数据与非公开数据的流通背景差异,也未区分数据的意定流通与非意定流通,因此误以“排他性财产权有碍公开数据的非意定流通”之一隅为全局。其实,排他性财产权对数据的意定流通有益无害,而权利限制规则足可兼容不同数据的非意定流通。三是误认为排他性财产权会排斥数据平行开发并助长数据垄断。但财产权本无排斥平行开发的规范效力,其对数据企业市场地位的间接强化也完全可在事后有效规制。澄清误解并妥善构建数据财产的排他性规范,可以消除数据确权的后顾之忧,充分发挥财产权在数字经济领域应有的制度功能。

关键词 数据财产 排他性 数据流通 数据垄断

一、问题的提出

数据赋权问题的悬而未决已然成为数字经济发展的制度性障碍。^{〔1〕}在此背景下,中央全面深化改革委员会第二十六次会议于2022年6月22日审议通过的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》,明确提出了“建立数据产权制度”的任务要求。从既往的研究来看,数据产权制度之所以未能水到渠成,是源于两方面的理论难题:其一,作为生产要素的

* 上海交通大学凯原法学院副教授。本文系国家社科基金青年项目“数据要素交易规则体系研究”(项目编号:22CFX027)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见申卫星:“论数据用益权”,《中国社会科学》2020年第11期,第110—111页。

数据时常承载用户个人信息,要为数据确立财产性权利,需要系统协调其与个人信息权益之间的关系;〔2〕其二,数据在相当程度上存在自由流通、共享的现实需求,难以简单地权利化。〔3〕时至今日,对于个人信息权益与数据财产权之间的妥善协调,学界不乏富有灼见的理论尝试,进而凝聚了“在优先保护个人信息等人格利益的情况下认可财产性数据权利”的初步共识。〔4〕相较之下,对于数据确权与数据自由流通之间的潜在矛盾,学界依然分歧悬殊。

数据的确权与流通之所以龃龉,症结在于数据财产的排他性问题——财产权具有排他性,而数据可无损耗、低成本无限复制,具有“非排他性”。〔5〕反对数据确权的观点据此认为,为具有“非排他性”的数据确立排他性财产权未必有实益,〔6〕反而可能因此排斥数据的平行开发,〔7〕阻碍数据流通并助长数据垄断,〔8〕最终有悖于数字经济发展的客观规律。〔9〕若上述对数据财产排他性的顾虑和质疑确属确论,则数据确权恐将面临根本性的否定。但现有数据确权的研究在着力协调数据财产权与个人信息权益的同时,却未对这一更为前置的问题给予充分关注并系统回应。

尽管在理论上面临争议,但数据确权和利用的现实需求依然存在。为此,不少讨论者为避免数据财产的排他性理论难题,选择放弃系统性的赋权方案,退而求其次,以更为婉转、迂回的方式解决数据的财产性问题。具有代表性的替代方案有三:其一,以关系进路取代赋权进路,即放弃体系化的权利架构,而试图“在主体间利益互动关系层面进行具体确权”,围绕数据所承载的诸多利益冲突,确立不同的“领域规则”。〔10〕其二,在不进行数据确权的前提下,为企业数据确立一系列“利用准则”并配置相应“权能”,以切实解决数据的利用问题。〔11〕其三,针对

〔2〕 参见王利明:“论数据权益:以‘权利束’为视角”,《政治与法律》2022年第7期,第107—110页。

〔3〕 参见高富平:“数据生产理论——数据资源权利配置的基础理论”,《交大法学》2019年第4期,第6—7页。

〔4〕 参见王利明,见前注〔2〕,第110页;熊丙万、何娟:“数据确权:理路、方法与经济意义”,《法学研究》2023年第3期,第55页;张新宝:“论作为新型财产权的数据财产权”,《中国社会科学》2023年第4期,第156—159页。

〔5〕 既有讨论对数据的这一天然属性有“非排他性”“非竞争性”“非对立性”等不同表述,但具体所指基本一致。参见纪海龙:“数据的私法定位与保护”,《法学研究》2018年第6期,第81页;丁晓东:“论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析”,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第2期,第95—96页;戴昕:“数据界权的关系进路”,《中外法学》2021年第6期,第1564页。

〔6〕 See Yochai Benkler, “Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 2000, p. 543.

〔7〕 参见纪海龙,见前注〔5〕,第83页。

〔8〕 参见梅夏英:“在分享和控制之间——数据保护的私法局限和公共秩序构建”,《中外法学》2019年第4期,第852页。

〔9〕 参见付新华:“企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权”,《东方法学》2022年第2期,第136—137页;周汉华:“数据确权的误区”,《法学研究》2023年第2期,第10—15页。

〔10〕 参见戴昕,见前注〔5〕,第1562页。

〔11〕 参见姚佳:“企业数据的利用准则”,《清华法学》2019年第3期,第123—125页。

他人某种特定而典型的非正当数据处置行为(如公开传播),赋予数据企业一种仅具有单一排他权能的“定向权利”,使数据企业仅可禁止他人进行该种特定的数据处置,而不具有其他对抗效力。^[12] 上述理论均尝试搁置“数据是否属于财产”的抽象追问,而致力于直接解决围绕数据所产生的具体纷争,体现了理论研究的问题意识和现实面相。

然而,数据财产的排他性难题并不会因另辟蹊径的确权方式而被掩盖或淡化。所谓排他性,其核心要旨在于一个权利对象(客体)对应一个权利,而不能同时对应两个以上内容互斥的权利。^[13] 若彻底否认排他性,则意味着一个权利对象(客体)之上可能存在互不相容的多个权利,而这将有悖于法律定分止争的制度功能。此处,即便采所谓关系进路,放弃数据的系统性赋权,也仍须对一系列数据利益冲突逐一决断;而以基于利用准则的“权能”代替“权利”,不同主体依“权能”所各自享有的“法律上之力”也可能发生交叉和冲突,此时法律仍须作出取舍。^[14] 法律最终决断和取舍的结果,不外乎令某方主体在竞争中胜出,从而得以优先于他方主体。这样的法律效果本质上依然是权利排他性的体现,即优先者得以在权利范围内排斥他人。至于单一排他的“定向权利”方案,其虽可解决一时之典型争议,但面对不断变化的数据利用实践,终不免挂一漏万;^[15] 而若与时俱进地对这一方案不断修正和完善,实际上也就迈向了系统化赋权。^[16] 可见,无论通过何种理论逻辑加以理解,通过何种专业术语进行表达,只要正视数据之上的财产性利益冲突,并让法律全面发挥定分止争的作用,数据财产的排他性本质就必将存在。就此而言,要体系化地“建立数据产权制度”,数据财产的排他性问题无疑处于核心和枢纽地位,是一系列制度规则展开的理论基础和逻辑前提,终究无法回避。

诚然,数据需要流通。但数据流通的现实需求未必与财产权的排他性格格不入。在认可排他性财产权的制度逻辑之下,完全可以通过妥当设置排他性规范的效力范围,以兼容数据流通的现实需求。事实上,现有对赋予数据排他性财产权的顾虑,大多源于以下三种误解:其一,混淆了“排他性”在事实层面与规范层面的不同含义,简单地以数据利用过程的“非排他性”掩盖数据利用结果的“排他性”,因而忽视了由此产生的数字经济对数据排他性规范的制度需求;其二,过分着眼于“确立排他性财产权可能不利于公开数据的非意定流通”,并误以该一隅为全局,未重视非公开数据在流通方面不同于公开数据的价值背景,也忽略了排他性财产权对数据意定流通的促进作用,因而未意识到赋权模式对妥善平衡数据排他利用与流通共享的理论优越性,并高估了行为模式这一替代方案的解释力;其三,未能准确把握无形财产排他性的基本原理与逻辑构造,以至于误认为排他性规范会阻却数据平行开发,并由此产生对制度性数据垄

[12] 参见崔国斌:“大数据有限排他权的基础理论”,《法学研究》2019年第5期,第22页。

[13] 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2021年版,第39—40页。

[14] 在法经济学的视角下,“权利”可以理解为“一束权能的组合”。只要所指向的内容明确而具体,将该“法律上之力”称为“权利”或“权能”,更多只是命名的区别。参见张永健:《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社2019年版,第92—94页。

[15] 显然,并非所有数据侵权行为都以单一形式出现,这也使得数据侵权的损失计算规则饱受争议。参见包晓丽、齐延平:“论数据权益定价规则”,《华东政法大学学报》2022年第3期,第76—77页。

[16] 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88—89页。

断的不必要顾虑。

有鉴于此,本文将在澄清上述误解的同时,系统讨论数据财产排他性规范的理论构造,明确数据在排他性规范之下有序流通的法律路径,并对排他性规范潜在的体系效应进行考察。本文希望,排他性规范的妥善构建能为数据的赋权之路清除理论障碍,充分发挥财产权在数字经济领域应有的制度功能,以此更富解释力地回应数字经济发展对民法学研究提出的时代之问。

二、“排他性”的两重语境:事实与规范

在以物权法为典型代表的财产法语境下,“排他性”通常侧重于规范层面,其意在表达一物(客体)之上不得同时存在内容冲突的多个权利,与一物一权原则密切相关。^{〔17〕}而物权排他性规范的存在,又以有体物占有和使用在事实层面的排他性为逻辑基础。通常情况下,一个有体物无法被多方主体同时占有和使用;并且,有体物的有效利用也往往建立在一方主体得以排除他人对有体物干涉的基础之上。若物的归属不明,不同主体之间相互争夺,任何一方对物的使用都无法排除他人干涉,自然也就难以“物尽其用”。^{〔18〕}为此,物权法通过确立物权的排他性规范,使物权人得以排除和对抗其他人,以实现有体物在事实层面的排他利用。在这一逻辑中,规范层面的“排他性”是手段,事实层面的“排他性”是目的。可见,虽然“排他性”在事实层面和规范层面有着不同含义,但两者被有体物不可改变的天然属性紧密关联,不予详加区分通常亦无伤大雅。

但对于有体物之外的财产权客体,区分事实与规范两种语境下的“排他性”却尤为必要。例如,作为知识产权客体的知识产品,即便其可以被多方主体互不干涉地使用,在事实层面体现出“非排他性”,但知识产权法也依然可以为其确立排他性规范。正所谓“知识产品是公开的,但知识产权是垄断的”。^{〔19〕}毫无疑问,事实上是否可能,与法律上是否允许,是分属于事实判断和价值判断的两个问题,不应混淆。只不过,有体物事实排他性与规范排他性之间的关联已深入人心,不言自明;而应否为数据确立排他性规范则是待议之题。职是之故,以下分别讨论数据在事实层面和规范层面的“排他性”问题。

(一)事实判断:数据利用的“非排他性”辨析

数据的客观存在形式以及可低成本无限复制的自然属性,都决定了相同的数据可同时被多方主体互不干涉地利用。学者将数据的这一属性归纳为“非排他性”“非竞争性”或“非对立性”,并以此否定数据作为财产权客体。^{〔20〕}其逻辑在于,有体物存在事实上的排他性,须在排除他人干涉的情况下方可有效利用,因此法律需要赋予有体物规范上的排他性以实现这一目

〔17〕 参见王利明:“一物一权原则探讨”,《法律科学(西北政法大學學報)》2009年第1期,第67页。

〔18〕 参见王利明:“定分止争与定纷止争”,《当代贵州》2015年第31期,第62页。

〔19〕 吴汉东:“关于知识产权基本制度的经济学思考”,《法学》2000年第4期,第36页。

〔20〕 参见纪海龙,见前注〔5〕,第81页;丁晓东,见前注〔5〕,第95—96页;戴昕,见前注〔5〕,第1564页。

的;而数据不存在事实上的排他性,其有效利用无须以一方排斥他人为前提,因此也就不需要规范上的排他性。然而,这一逻辑忽略了数据与有体物的另一重要区别——价值的实现方式。

就有体物而言,其价值通常可以经由人的使用行为而直接实现,例如人居住房屋、用钢笔写字等。在此过程中,只要无人妨害权利人使用有体物的行为过程本身,权利人便可通过自行使用有体物,自然而然地取得有体物的使用价值,实现其寄托于有体物之上的利益期待。但通常情况下,数据难以如同消费商品那样通过直接使用来满足人类需要,而是作为生产要素投入到特定的商业模式,以帮助数据企业在具体的经营中增加收益或减少成本。^[21]经营企业获取和利用数据的“醉翁之意”并不在于数据本身,而在于数据为企业带来的某种“人无我有”的商业优势。

于此过程中,他人直接妨害数据企业利用数据的行为,如将数据非法删除、篡改等,固然会阻碍企业实现数据的使用价值;但即便他人不对数据加以删除、篡改,而只是将数据复制后进行传播或使用,这虽未直接妨害数据的利用过程,却可能使数据企业无法获得“人无我有”的商业优势,导致数据利用的目的落空,最终同样影响数据的价值实现。换言之,允许他人任意复制、传播或使用数据,与允许他人任意删除和篡改数据,两者对数据企业造成影响的方式和过程虽然有异,但其事实后果却是殊途同归的,充其量也只存在程度上的差异而已。

可见,即便数据的利用过程具有“非排他性”,但基于数据发挥价值的现实逻辑,数据利用所产生的最终结果依然呈现出相当程度的“排他性”“竞争性”和“对立性”。数据纵可低成本无限复制,但数据所带来的利益却不行,而后者才是数据企业的核心关切。在数据所带来的利益是稀缺的情况下,仅强调数据本身是充裕的,^[22]显然无法作为否认数据排他性规范的有效论据。事实上,数据可低成本无限复制的自然属性之所以至今无法平息数字经济对数据赋权的制度期待,原因也正在于此。当然,应否通过确立数据的排他性规范来解决这一问题,尚须在价值判断层面进行讨论。

(二) 价值判断:无形财产的排他性规范

与数据的自然属性和价值实现规律相似的财产权客体,是作为知识产权客体的知识产品或智力成果。知识产权属于无形财产权,其客体同样可以低成本无限复制,呈现出利用过程的“非排他性”,但法律却为其确立了排他性规范。相较于《民法典》第114条所强调物权“直接支配和排他”的基本属性,《民法典》第123条则将知识产权描述为一种“专有的”权利。^[23]但事实上,“专有性”源于理论引入时对“排他性”的另外一种译法,^[24]知识产权理论也普遍认为

[21] 参见(英)伯纳德·马尔:《数据战略:如何从大数据、数据分析和万物互联中获利》,鲍栋译,机械工业出版社2020年版,第98页。

[22] 参见梅夏英,见前注[8],第855—856页。

[23] 关于《民法典》第123条“专有性”表述的更多评论,参见李琛:“论《民法总则》知识产权条款中的‘专有’”,《知识产权》2017年第5期,第12—16页。

[24] 参见杨涛:“知识产权专有性特质的理论阐释”,《法制与社会发展》2020年第3期,第150—151页。

“专有性”或“独占性”应当被作为“排他性”加以理解。^{〔25〕}其具体含义有二：其一，同一项知识产品上不得同时存在多个不相容的权利；其二，非经权利人允许，他人不得非法使用知识产品。^{〔26〕}可见，就规范效果而言，知识产权的排他性规范，与物权的排他性规范在逻辑上如出一辙；纵使认为作为客体的知识产品存在利用上的“非排他性”，但也并不妨碍法律为其确立排他性规范。

在功能主义的视角下，确立知识产权的排他性规范，一方面可以满足权利主体对知识产品独占利用的利益期待，从而建立知识创造的激励机制；另一方面，以排他性规范为核心逻辑的产权制度，是知识产权有效流转和市场配置的前提，能有助于实现知识产品利用的效益最大化。^{〔27〕}若数据存在与知识产权相同或相近的现实基础，则同样应该为其确立排他性规范。

对此，有学者提出质疑，认为数据的排他性规范并无必要：^①对于来自消费互联网的数据，物联网和云服务的普及会不断降低其收集和存储成本，而来自工业生产行为的数据往往属于企业运营活动的副产品；并且，由于数据的利用能够带来额外收益，企业本就不缺乏生产和处理数据的动力，因此数据的生产无须排他性规范的额外激励；^{〔28〕}^②由于数据利用的“非对立性”，建立在有体物基础之上的科斯定理^{〔29〕}不再奏效，因此资源有效配置未必与产权的清晰界定存在关联；^{〔30〕}^③即便数据的生产 and 利用需要规范层面的排他性激励，通过对作为数据载体的数据文件确立排他性规范即可实现目的，而无须为数据本身设定绝对权并赋予其排他性。^{〔31〕}

上述观点虽不乏洞见，但若对数据商业实践进行更为细致地剖析，则不难发现另外一番图景：

首先，大量数据仅是无用的副产品，须经分析和处理，方可折算为数据资本；而其折算方式又随数据的处理能力而不断变化。^{〔32〕}相较于未经加工的原始数据，更具价值的加工后数据才是数据赋权问题聚焦的对象。^{〔33〕}虽然原始数据收集和存储的成本有逐渐降低的趋势，但数据加工过程所蕴含的分析技术成本和企业研发成本，才是最终数据价值中所凝结“无差别劳动”的核心部分。对此，数据排他性规范的激励作用仍不可忽视。至于认为数据本身的营利能

〔25〕 参见吴汉东：“关于知识产权本体、主体与客体的重新认识——以财产所有权为比较研究对象”，《法学评论》2000年第5期，第5页。

〔26〕 参见吴汉东：“试论知识产权限制的法理基础”，《法学杂志》2012年第6期，第3页。

〔27〕 参见吴汉东，见前注〔19〕，第34—37页。

〔28〕 参见戴昕，见前注〔5〕，第1565页。

〔29〕 根据科斯定理，产权的清晰界定，可促使资源通过市场交易而得到有效率的配置。See R. H. Coase, “The Problem of Social Cost,” *The Journal of Law and Economic*, Vol. 3, No. 1, 1960, pp. 2-8.

〔30〕 参见唐要家：“数据产权的经济分析”，《社会科学辑刊》2021年第1期，第99—100页。

〔31〕 参见纪海龙，见前注〔5〕，第82页。

〔32〕 参见徐翔、赵墨非：“数据资本与经济增长路径”，《经济研究》2020年第10期，第41—42页。

〔33〕 加工后的数据也被称为“增值数据”或“衍生数据”。参见丁道勤：“基础数据与增值数据的二元划分”，《财经法学》2017年第2期，第8页；杨立新、陈小江：“衍生数据是数据专有权的客体”，载《中国社会科学报》2016年7月13日，第5版。

力就足以激励企业对其进行收集和利用的观点,同样难以经受推敲。将同样的逻辑套用于知识产权便可发现其不当之处:无论是否存在专利权制度,人类均有动力进行技术研发;无论是否存在著作权制度,人类均有动力进行文艺创作。诚然,在知识产权制度诞生之前,人类知识文明也从未停下前进的步伐,但知识产权制度对知识生产的激励效应依然是毋庸置疑的。^[34]同理,企业对数据生产的固有动力也并不是以否认确立数据排他性规范的激励效应;在激励机制的作用下,企业生产和利用数据的动力完全可能在原有基础上得到进一步提升。

其次,一如前文所述,尽管数据的利用过程存在“非对立性”或“非排他性”,但数据的利用结果,即数据所带来的商业优势和利益,依然是稀缺且排他的。若非固守“数据一概应该自由共享”或“数据世界遵循丛林法则”的先入之见,便不难发现数据存在交易的现实可能性与市场需求。而数据资源通过市场交易进行有效配置,无疑与数据产权的清晰界定密切相关。就此而言,科斯定理未必与无形财产格格不入。^[35]

最后,以对数据载体文件赋权取代对数据本身赋权的思路,一方面,其对处于非公开状态的数据保护虽可起到一定作用,但局限依然明显;另一方面,这一思路无法有效作用于处于公开状态的数据。就前者而言,通常情况下,若他人无法接触非公开数据之载体,自然也就无法接触非公开数据本身,但不可忽略的是,若他人已成功通过技术手段接触到了数据载体文件,并在不损及载体文件的情况下对数据完成了复制和传播,则权利人对载体文件的权利恐无法及于已经完成复制和传播的数据。就后者而言,大量作为生产要素的数据本就处于公开状态,他人无须侵入计算机网络系统等数据载体,便可轻易获取数据。^[36]数据虽然被他人获取和利用,但载体文件却自始未受侵害,此时数据载体的排他性规范同样鞭长莫及。^[37]事实上,引发学界对数据权属问题思考的大量现实争议,正是围绕对公开数据的获取和利用而产生的。^[38]

可见,无论在激励机制抑或市场交易的制度条件方面,数据均在一定程度上与知识产权存在相似的现实基础,排他性规范对此均有有用武之地。但数据天然的流通需求仍不可忽视。^[39]

[34] 参见徐瑄:“知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平”,《中国社会科学》2003年第4期,第150—151页。

[35] 早有研究意识到,尽管知识产品不同于有体物,但科斯定理所指出的产权明晰对资源优化配置的根本性影响,依然适用于知识产权;无形财产的特殊问题可在科斯定理的框架之下通过补正规则解决。参见张耀辉:“知识产权的优化配置”,《中国社会科学》2011年第5期,第53—60页。

[36] 例如在不侵入计算机网络系统的情况下,仅通过爬虫程序以网页抓取、屏幕抓取等方式获取数据。See Frank Jennings and John Yates, “Scrapping Over Data: Are the Data Scrapers’ Days Numbered?” *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 4, No. 2, 2009, p. 120.

[37] 数据与数据载体的关系,类似于作为著作权客体的作品与作为物权客体的纸质书等作品载体之间的关系;两者分属不同领域,适用不同规则,受侵害时也未必牵连。参见杨述兴:“论作品与载体的关系”,《知识产权》2012年第6期,第40—45页。

[38] 参见许可:“数据爬取的正当性及其边界”,《中国法学》2021年第2期,第167页。

[39] 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1407—1410页。

这样的流通需求有着公共利益的价值基础:提升信息的获取便利将有助于信息社会进步和社会福利提升。^{〔40〕}而在排他性规范的逻辑之下,权利人可一般性地排除他人对数据的获取和利用。于是,数据的排他性规范与数据自由流通的公共利益需要之间,便产生了潜在张力。要如何在两者之间求得平衡,实际上是应当如何构建数据排他性规范的问题。

三、数据财产排他性规范的理论构造

要构建一个足以兼顾数据自由流通的排他性规范,核心问题在于数据财产权利边界的划定。逻辑上,财产权利的存在是排他性规范的基础,权利边界之内便是排他性规范的作用范围。若权利边界划定的范围较大,覆盖了他人获取和利用数据的行为,则权利人可依数据财产权排除他人对数据的获取和利用,从而在根源上阻却数据自由流通;若权利边界划定的范围较小,无法覆盖他人获取和利用数据的行为,则权利人对此类行为须予以容忍,数据自由流通随之得以实现。

因自然属性的差异,数据与有体物的权利边界划定逻辑不尽相同。一般情况下,人对有体物的利用需要建立在对有体物占有的基础之上;而根据其自然属性,一个有体物难以同时被多个主体直接占有。如此,权利人得以排除他人对有体物的获取乃至于接触,是物权的当然之义。与此相应,有体物存在相对清晰的物理轮廓,物权人对有体物现实管领的客观状态,也足以勾勒出可被他人感知的权利边界。^{〔41〕}无论权利人将有体物置于密室中严加看守,抑或携带其招摇过市,物权的排他性规范均足以在权利人对有体物现实管领的范围内排除他人干涉,并不因有体物的暴露程度不同而有本质区别;无论他人入室窃取抑或于光天化日之下公然侵夺,均构成对物权的侵害,毫无疑问地面临着民法乃至于刑法的负面评价。

相较之下,数据财产权利边界的划定远比有体物复杂得多。一方面,数据天然可无损耗复制,他人对数据的获取行为未必损及数据本身的客观存在,因此权利人排除他人对数据的接触和获取,便未必像在有体物场合那样理所当然;另一方面,数据并无如同有体物一般的物理轮廓,这使其排他性规范的效力边界难以通过权利人的现实管领范围简单判断。在此情况下,数据财产权利边界的划定更多取决于数据身处的现实秩序以及由此塑造的价值背景,而这在公开数据与非公开数据上体现出重大差异。

(一) 公开数据与非公开数据的价值背景差异

数据财产排他性的效力边界,需要围绕排他性规范的制度目的加以考察。从现有的数据利用实践来看,他人对数据的获取和利用行为会对数据排他性规范的制度目的产生何种具体影响,取决于利用数据变现的不同商业模式。现有的数据变现商业模式大致有三种:其一,利用数据帮助企业率先作出有利可图的宏观商业决策,如网购平台根据不同商品的交易数据优

〔40〕 参见向运华、王晓慧:“大数据在社会保障领域的应用:一个研究综述”,《社会保障研究》2019年第4期,第102页。

〔41〕 参见董学立:“物权公示,公示什么?”,《比较法研究》2005年第5期,第25—26页。

化营销策略及存货配置,以增加销量或降低成本;其二,利用数据辅助针对用户的精准营销,如在大数据用户画像的基础上进行精准的广告推送以提高成交率;其三,以数据引导用户流量变现,如气象软件、地图网站通过气象数据、地图信息等吸引用户访问,形成用户流量,最终以广告加载等方式营利。^[42]

在前两种数据变现的商业模式中,数据通常处于非公开状态。在数据企业的视角下,将这类数据公开无异于主动为同业竞争者提供商业情报,而维持数据的非公开状态才能取得“人无我有”的商业优势。此时,数据企业非但不会公开这类数据,相反还可能将数据作为商业秘密以寻求法律保护。^[43]而不特定主体对这类数据的获取和利用,势必打破其非公开状态,这无疑将危及企业对数据最根本的利益期待。

第三种数据商业模式的核心在于用户流量变现,^[44]而由于用户流量需要通过数据的自由访问而引导,因此数据必然处于公开状态。在这样的商业逻辑下,与最终营利直接相关的是用户流量,^[45]处于公开状态的数据不过是服务于吸引用户流量这一目的的手段性工具。那么,只要数据所引导的用户流量不受影响,不特定主体对数据的获取和利用就未必危及数据企业的核心利益期待,从而形成“利己不损人”的局面。于此情形,数据自由流动的“利他性”便有了公共利益的底色。对此,我国互联网领域率先达成价值共识。中国互联网协会发布的《互联网搜索引擎服务自律公约》第8条规定:“互联网站所有者设置机器人协议应遵循公平、开放和促进信息自由流动的原则,限制搜索引擎抓取应有行业公认合理的正当理由……”与此相应,我国司法实践也采类似立场,认为公开数据以自由流动为原则,若数据企业无正当理由以技术手段阻碍他人获取其公开数据,可能构成不正当竞争。^[46]

由此不难看出,公开与否不只是数据存在状态的客观区别,由于公开数据与非公开数据的商业模式和变现逻辑各异,权利人在两种数据之上自始存在着不同的核心关切和利益期待,这形成了两种截然不同的利用秩序和价值背景。在这样的系统性差异之下,两种数据的权利边界和排他性规范自然也需要分别讨论。

(二)非公开数据的排他性规范

1. 非公开数据排他性规范的法律效果

数据的非公开状态服务于特定的数据商业模式,若其非公开状态改变,如原本用于独家商业决策的非公开数据被他人公开,则企业利用数据营利的目的便可能落空,数据的价值也就无

[42] 参见沈健州:“数据财产的权利架构与规则展开”,《中国法学》2022年第4期,第96—99页。

[43] 参见“北京中锐文化传播有限责任公司诉北京零点市场调查与分析公司不正当竞争纠纷案”,《最高人民法院公报》1999年第3期,第100—102页。

[44] 时至今日,“用户=流量=金钱”的公式早已成为互联网行业的共识。参见张诗婷:“对技术驱动下网络互动内涵建设的反思”,《当代传播》2014年第5期,第82页。

[45] 根据梅特卡夫定律(Metcalf's Law),网络平台的价值与该平台用户数量的平方成正比。See Carl. Shapiro and Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business School Press, 1999, p. 173.

[46] 参见北京市高级人民法院(2017)京民终487号民事判决书。

从实现。因此,要使非公开数据得以发挥其应有价值,势必需要允许企业维持数据的非公开状态,并排除他人对数据未经授权的访问和获取。这样的价值目标,与物权排他性的规范效果不谋而合。

在有体物的场合,由于有体物天然的稀缺性,要使权利人有效实现有体物的价值,惟有让权利人有权排除他人对有体物未经授权的接触和获取。在物权的逻辑构成中,这一价值目标正是物权排他性的规范效果:一物之上至多存在一个所有权,所有权人可据此排斥无权利的其他人。而在非公开数据的场合,尽管数据并不存在天然的稀缺性,但其价值的实现以人为地维持其稀缺状态为前提,因此同样需要使数据企业有权排除他人对数据的访问和获取。可见,虽然原因层面的逻辑进路有所差异,但非公开数据与有体物依然有着殊途同归的最终价值目标——允许权利人排除他人对权利对象(客体)的接触和获取。在有体物领域,物权的排他性规范已妥适地实现了这一价值目标,同理,这样的排他性规范亦可服务于相同价值目标在非公开数据上的实现。

既然两者的排他性规范效力大致相同,数据企业对非公开数据所享有的财产性权利,便与物之所有权有着相近的逻辑构造。^{〔47〕}在对数据的积极利用方面,数据企业可对数据进行自由支配,并可依其意愿自行决定是否将数据公开。在消极防御方面,由于非公开数据并无公开的访问渠道,并可能被数据企业进行技术加密,因此他人对非公开数据的侵害,通常需要以侵入网络或计算机系统的方式完成。在此情况下,除产生实际损失时的损害赔偿请求权外,数据企业还享有与物上请求权类似的绝对权请求权,可在他人的侵权行为造成实际损害之前,请求停止侵害、排除妨碍或消除危险。^{〔48〕}

对此,有学者认为绝对权请求权对于企业数据利益的保护没有意义:数据一经扩散,恢复原状或返还财产已无适用可能;而停止侵害、排除妨害、消除危险等请求权,其适用的判断因素内化在企业数据风险预防和控制措施体系中,且大部分为网络或数据安全规则所吸收。^{〔49〕}

稍加推敲,便不难发现这类观点的不当之处。首先,如果认为数据一旦被非法公开便无法适用恢复原状等救济措施,则同样的逻辑亦可适用于隐私权。照此逻辑,隐私一旦被他人非法公开,隐私权人无法请求恢复原状,而只能接受隐私长期处于公开状态的不利后果,并以此向行为人主张损害赔偿。但事实并非如此,在损害赔偿之外,权利人尚可依《民法典》第995条请求消除影响。同理,在数据被他人非法公开的情况下,也应允许权利人请求恢复原状。即便客观上难以全然恢复至数据被公开之前的状态,但通过请求删除数据或断开链接等,也可相当程度阻止数据进一步传播扩散。其次,尽管数据企业常以加密等技术手段对数据进行自我防护,

〔47〕 应当说明的是,若数据之上承载有用户个人信息,企业对数据的财产性权利还将受制于用户的个人信息权益,这集中体现在《个人信息保护法》中明确的一系列个人信息保护规则;但就用户是否对其个人信息享有财产利益的问题,理论上普遍持保守态度。参见张新宝:“论个人信息权益的构造”,《中外法学》2021年第5期,第1160—1161页;王锡锌:“个人信息权益的三层构造及保护机制”,《现代法学》2021年第5期,第116页。

〔48〕 参见申卫星,见前注〔1〕,第130页。

〔49〕 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1202—1203页。

且其防护措施在多数情况下可自行“排除妨碍”或“消除危险”,但这并不意味着企业就此丧失了寻求法律救济的权利。如果认为数据安全应当交由数据企业自行通过技术手段维护,仅将其作为一个“纯粹数据问题”,^[50]则无异于倡导丛林法则。事实上,权利救济与权利人事前的自力防护并不矛盾:若权利人事前的自力防护足以避免侵权损害,自然无须侵权责任登场;但若权利人的事前防护力有未逮,便需要绝对权请求权或侵权责任予以救济。此时,若绝对权请求权或侵权责任制度缺位,则将形成互联网技术上的“弱肉强食”局面:技高一筹者可肆意攫取他人数据,而技不如人者惟有任人“宰割”。即便《数据安全法》第 51 条明确禁止以非法方式获取数据,但从法律效果来看,该规范至多涉及对行为人的行政处罚,而无法为权利人提供足以与绝对权请求权相比肩的权利救济。

2. 排他性规范下的非公开数据流通

以是否基于权利人的意思为分类标准,数据流通可分为意定流通与非意定流通。非公开数据的意定流通,典型的如基于当事人之间订立的数据转让、共享、许可使用等合同所发生的数据流通。于此情形,数据流通基于当事人的“合意”而发生,该“合意”的核心内容在于“一方提供数据、另一方接收数据”。在直接效果上,无论该数据是否属于财产权的客体,是否对应着一项排他性规范,都不影响该“合意”内容的实现。不仅如此,在排他性规范之上建立相对明确的数据财产权利体系,通过模块化的法律机制应对现实世界的复杂性,对信息成本的降低还具有重要意义。^[51]可以说,排他性规范的存在并不会对数据的意定流通造成阻碍,相反,还可有助于降低信息获取成本,为数据的意定流通发挥潜在的促进作用。

排他性规范的效力主要体现在权利人与不特定主体之间,因此排他性规范与数据流通之间的紧张关系,大多发生在数据的非意定流通场合。由于非公开数据无法被不特定主体自由访问,因此数据流通的客观结果,或是基于他人对权利人计算机网络系统的侵入,或是基于法律特别的价值判断要求权利人提供数据。于前者,从我国《刑法》第 285 条规定的非法获取计算机信息系统数据罪所彰显的价值立场来看,这类行为并不具有正当性,理当使其落入数据排他性规范的效力范围,允许权利人行使绝对权请求权加以阻却或复原。值得讨论的是基于法律特别的价值判断而发生的数据非意定流通问题。

正如同物权的排他性一样,非公开数据排他性的规范效力也并非无远弗届。在所有权的社会化趋势发生之后,古典自由主义中财产权绝对、财产权神圣的观念也早已发生了极大缓和。^[52]物之所有权的效力虽仍可表述为“全面支配”,但却可能因公共利益、相邻关系等原因而以受限为常态。^[53]与此相应,非公开数据的排他性规范也可能让步于公共利益等特别价值,从而使数据发生非意定流通。根据《数据安全法》第 35 条之规定,当公安机关、国家安全机

[50] 同上注,第 1196—1198 页。

[51] See Henry E. Smith, “Property as the Law of Things,” *Harvard Law Review*, Vol. 125, No. 7, 2012, pp. 1697-1698.

[52] 参见王利明:“民法的人文关怀”,《中国社会科学》2011 年第 4 期,第 159 页。

[53] 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社 2004 年版,第 4—5 页。

关因依法维护国家安全或者侦查犯罪,需要调取数据时,数据权利人有配合提供数据的义务。由于数据处于非公开状态,国家机关无法自行获取,需要由数据企业进行数据共享或提供数据副本,这无疑意味着数据非意定流通的发生。但如同征收、征用规则的存在并不会否定物权的排他性一样,即便数据可能在特定场合下基于公共利益而发生非意定流通,数据财产的排他性规范也依然有存在之必要。于上述情形,数据企业履行配合提供数据的义务,并不影响其对数据原本的利用,以及依数据财产权对抗其他不特定主体的效力。

(三) 公开数据的排他性规范

1. 公开数据排他性规范的证立

相较于非公开数据近似于物权强度的、几乎可以排斥其他任何不特定主体的排他效力,公开数据特殊的价值背景决定了其具有更强的流通性。有学者据此认为在互联网的公共性、开放性背景下,仅通过反不正当竞争法对数据的非正当利用进行限制即可;^[54]若在排他性规范的基础上确立数据财产权,则将阻碍数据流通。^[55]显然,在面临较强流通性的情况下,应否为公开数据确立排他性规范,是需要细致讨论的问题。

事实上,该问题早以另一幅面孔存在已久,即数据保护的行为模式与权利模式之争。在两种模式中,前者以反不正当竞争法为核心,后者以财产法为核心。虽然两种模式在传统领域对权利人提供保护的差异显而易见,但仅就禁止他人对公开数据的获取和利用而言,两者却未必有本质区别。在行为模式的逻辑下,数据本身并无财产权的外衣,自然也就无所谓排他性规范,无论他人如何对公开数据进行获取和利用,均不存在侵犯财产权的问题;但在价值共识上,并非所有对公开数据的获取和利用行为都具有正当性,于不具有正当性的数据获取和利用行为便落入“不正当竞争”范畴,由反不正当竞争法规制。在权利模式的逻辑下,数据本身具有财产权的外衣,权利人可基于财产权的排他性规范禁止不特定主体对公开数据的获取和利用;但在价值共识上,确实又存在一些体现公共利益的数据获取和利用行为,于是一系列用于压缩排他性效力范围的财产权限制规则应运而生,这使得正当的数据获取和利用行为不能为排他性规范所禁止。

在价值判断结论相同时,即在讨论者对“何种情形下应当允许不特定主体自由获取和利用公开数据”达成共识的情况下,无论行为模式抑或权利模式均具有相当的解释力。于前者,“允许自由获取和利用公开数据的情形”属他人行为自由的范畴,而在此之外的数据获取和利用则属不正当竞争;于后者,“允许自由获取和利用公开数据的情形”同属他人行为自由的范畴,只要明确数据财产权的权利限制规则,使权利人无从禁止和干涉即可,而在此之外,他人对数据不合理的获取和利用则落入数据排他性的效力范围。无论讨论者对“允许自由获取和利用公开数据的情形”达成何种共识,两种模式均可通过调整“不正当竞争”或“权利限制”的范围进行妥当解释。可见,行为模式与权利模式在此处的分歧,更多体现为在理解和表达方式上的差

[54] 参见丁晓东,见前注[5],第97—98页。

[55] 参见袁文全、程海玲:“企业数据财产权益规则研究”,《社会科学》2021年第10期,第102—103页。

异;在逻辑的融贯与简练程度相当,且均符合既有表达习惯的情况下,两者于此难分伯仲。^[56]

然而,在数据被他人获取和利用之外的场合,行为模式的解释力则无法与权利模式相提并论。在权利模式中,权利人对公开数据的自主利用、共享、交易等一系列行为,均有本权依据;数据权利的取得、行使、变动、消灭等一系列具体规则,均得以在权利模式之下有序展开。对此,行为模式则缺乏解释力。即便认为权利人对数据的取得、利用和共享属行为自由的范畴,缺乏对本权的依据亦无妨,但对于数据权利得丧的时间判断、数据交易中的权利变动模式及交易安全保护,乃至将来权利人在数据之上设定担保权、用益权等定限权利,凡此种种,均为行为模式的解释力所难以企及。而将上述问题置于权利模式之中,则顺理成章。长远来看,对于数据利用与交易等一系列潜在问题之回应,以排他性规范为核心的数据赋权模式,均有着行为模式所望尘莫及的理论优势与制度功能。

2. 排他性规范下的公开数据流通

与非公开数据类似,公开数据的流通同样存在意定与非意定之分。由于排他性规范的确立并不会对公开数据的意定流通产生阻碍,此处主要讨论公开数据基于公共利益等法律特别的价值判断而发生非意定流通的问题。

要在排他性规范之下,无视权利人的意思而实现公开数据的自由流通,需要通过设置数据财产权的限制规则。对此,实定法中早有成例可循。例如,尽管著作权具有权利外衣,权利人可以一般性地排除他人对作品的获取和利用,但考虑到知识传播共享这一公共利益,^[57]我国《著作权法》第24条系统规定了著作权的合理使用制度;当行为人获取和利用作品的行为落入合理使用的范畴,便不受著作权排他效力的限制。同理,在确立公开数据排他性规范的前提下,同样可以通过合理使用制度容纳权利人不得排他的情形,从而实现正当的数据非意定流通。

但不可忽略的是,若数据的自由流通过分影响数据企业对公开数据的商业化利用,则数据企业可能因无利可图而放弃公开数据的生产。如此,数据流通纵有充分的制度保障,却不免陷入无数据可供流通的尴尬。为避免这类“竭泽而渔”的局面出现,公开数据的合理使用制度不应违背权利人的核心利益期待。

在利用公开数据营利的商业模式中,权利人将数据公开,使用户得以自由访问,而大量的用户流量使权利人得以通过广告加载等方式营利。故而,人为访问公开数据通常为权利人所乐见,鲜有争议。因权利人所不乐见而引发争议的,往往是通过网络爬虫程序大规模自动访问和获取公开数据的行为。^[58]网络爬虫并非普通用户,无法带来用户流量;且大量爬虫自动访问还可能加重网站服务器负荷,降低正常用户访问的流畅程度,^[59]从而妨碍流量变现。但另

[56] 参见沈健州:“民法解释选择问题的分析框架——以或有期间概念为分析范例”,《中外法学》2019年第4期,第1080—1086页。

[57] 参见杨利华:“公共领域视野下著作权法价值构造研究”,《法学评论》2021年第4期,第125页。

[58] 参见苏青:“网络爬虫的演变及其合法性限定”,《比较法研究》2021年第3期,第90—91页。

[59] 因爬虫程序大量访问而常年拥堵的网站,典型的如中国裁判文书网。参见许可,见前注[38],第182页。

一方面,公开数据若能为搜索引擎检索,无疑也可在一定程度上拓展用户渠道,间接促进流量变现,而搜索引擎又无法与爬虫技术割裂。^[60]可见,公开数据所负载的营利目的,与基于爬虫程序的数据非意定流通,两者并非势同水火;只要能将爬虫程序所带来的负面影响控制在合理范围之内,两者便可兼收并蓄,甚至相得益彰。

要实现这一效果,需妥善设计公开数据的合理使用制度。对此,既有司法实践对公开数据获取和利用的合理范围,已呈现出一定共识:一方面,考虑到搜索引擎是互联网信息流通极为重要的方式,且仅服务于搜索引擎的数据爬取往往并不会过分加重网站服务器负荷,若未造成其他损害,这类数据爬取行为通常被认为属于数据合理使用的范畴。^[61]在此情况下,若数据权利人无正当理由利用技术手段阻碍他人的搜索引擎访问数据,反倒可能构成不正当竞争。^[62]另一方面,若爬取公开数据用于同业竞争,则通常落入不正当竞争的范畴,而不属于公开数据的合理使用。^[63]

当然,在数字经济不断发展的时代背景下,行为人对公开数据的利用方式不一而足,权利人限制他人爬取其公开数据也可能基于不尽相同的原因。因此,对公开数据合理使用范围的界定难以一蹴而就,需要不断纳入多方面的权衡因素进行综合考量,并在数据利用的现实秩序以及司法实践中凝聚更多价值共识。但在合理使用的抽象判断标准上,不妨借鉴《著作权法》第24条的概括规定,即他人对公开数据的合理使用不得影响权利人自身对数据的使用,也不得不合理地损害权利人的合法权益。

四、排他性规范下的平行开发与数据垄断

数字经济的发展需要允许甚至鼓励数据的平行开发,同时也要防止数据垄断的发生。对此,反对数据财产权的论者提出,赋予数据排他性规范会形成数据平行开发的制度障碍,从而在一定程度上助长数据垄断。^[64]显然,若排他性规范存在诸多难以克服的副作用,以排他性规范为核心的数据财产权利体系势必也窒碍难行。因此,有必要围绕数据的平行开发与数据垄断,对排他性规范的体系效应进行系统检验。

(一)排他性规范对数据平行开发的影响

在讨论数据财产排他性规范的语境下,平行开发通常指不以权利人的数据为来源,而是通过其他方式自行开发并取得相同数据的行为,如不同气象软件运营主体均通过气象监测设备获取相同的气象数据等。对此,认为排他性规范会阻碍数据平行开发的观点所暗示的逻辑在

[60] See Sergey Brin and Lawrence Page, "The Anatomy of a Large-scale Hypertextual Web Search Engine," *Computer Networks and ISDN Systems*, Vol. 30, No. 1, 1998, p. 113.

[61] 参见北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第2668号民事判决书。

[62] 参见北京市高级人民法院(2017)京民终487号民事判决书。

[63] 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初822号民事判决书;北京知识产权法院(2019)京73民终2799号民事判决书。

[64] 参见纪海龙,见前注[5],第83页。

于,一旦为数据配置具有排他性的绝对权,则世上与此相同的所有数据,不问来源与出处,均为其权利客体;而权利人得以禁止他人对权利客体的获取和利用,是财产权排他性规范不言自明的效果。如此,排他性规范将在制度层面阻却他人对数据的平行开发。〔65〕

然而,他人平行开发所得之相同标的,究竟是否属于在先财产权的权利客体,不无疑问。就有体物而言,由于一物一权原则的存在,物之所有权的客体仅包括该有体物本身,他人平行开发所得之相同有体物对应着另一所有权,而非在先所有权的客体,自然也就难以为在先所有权的排他性规范所排斥。例如,某甲下海捕鱼,其对捕获的海鱼取得所有权;虽然该所有权的排他性规范足以排斥他人侵夺某甲所捕获的海鱼,却无法禁止某乙也下海捕获相同的海鱼并取得所有权。此时,甲乙二人所捕获的海鱼分属不同的物权客体,两者对各自捕获的海鱼分别取得所有权,互不干涉。当然,潜在的疑问是,数据与有体物不同,其无形无体且可低成本无限复制,内容相同的两份数据完全有可能被视为一个权利客体,因此不能简单套用有体物的逻辑。

事实上,即便是在既有的无形财产中,逻辑亦是如此。除物权之外,知识产权同属财产权范畴。与数据类似,作为著作权客体的作品,同样也可低成本无限复制,但经平行开发而来的内容完全相同的两份作品,依然分别对应着两项不同的著作权,并分属于两个不同的作者。〔66〕在关于著作权的既有理论共识中,著作权的侵权构成要件之一是“接触+实质性相似”,即无论两份作品何其相似,侵权的构成尚以行为人接触享有著作权的在先作品为必要条件。〔67〕若作品经平行开发而来,并无对在先作品的接触,则不构成侵权。此时,在后作品的作者仍可依《著作权法》第11条之规定,于作品创作完成时取得著作权;该著作权与在先作品的著作权互不隶属,分别由两个权利人各自享有和行使。当然,现实中两人创作出内容完全相同作品的可能性微乎其微,但举重以明轻,即便内容完全相同的作品尚且可以对应两项不同的著作权,那么内容不完全相同的作品就更是如此。

不难看出,在既有的财产权理论体系中,无论是有体物或无形财产,他人经平行开发所取得之标的,均不属于在先财产权的客体,自然也非在先财产权排他性规范效力之所及。同理,即便为数据配置具有排他性的财产权,也并不足以在制度层面阻却他人的平行开发。只要是独立收集取得的数据,行为人均可取得数据财产权;即便存在享有财产权的相同在先数据,行为人后取得的数据财产权也与之并行不悖。

除直接的制度性阻碍之外,排他性规范还可能面临对数据平行开发产生现实阻碍的质疑。在数据来源于用户的情况下,其他数据企业必须获得足够数量的用户,才有可能完成数据的平

〔65〕 正是基于这样的认识,才有学者主张将数据财产的排他性定位为“一种相对的排他权”。参见钱子瑜:“论数据财产权的构建”,《法学家》2021年第6期,第85页。

〔66〕 在现实中广泛存在的典型示例是,多人于同一时间、同一地点,以型号相同的设备,取同一景色各自拍摄照片。

〔67〕 参见吴汉东:“试论‘实质性相似+接触’的侵权认定规则”,《法学》2015年第8期,第66页。

行开发。然而,由于网络效应〔68〕的存在,大量用户可能集中在少数几个大规模平台,且用户的某一类网络服务需求通常可由一家平台满足,而无需再使用其他平台;同时,用户更换网络服务平台也面临较高的转移成本。〔69〕于是,不同平台企业之间便形成了“强者恒强,弱者恒弱”的竞争格局,〔70〕垄断随之更为容易产生。〔71〕此时,排他性规范纵未在制度层面禁止数据的平行开发,但若其客观上加剧了市场准入壁垒,从而增加其他数据企业的平行开发难度,这与直接禁止数据平行开发的实际效果或无太大差别。

这样的质疑,实际上是基于对数据垄断的顾虑。此处所谓排他性规范对数据平行开发的现实阻碍作用,也是通过数据垄断才得以最终体现的。因此,确有必要审视排他性规范与数据垄断之间的关系。

(二)排他性规范对数据垄断的影响

尽管数据垄断问题早已饱受关注,但时至今日,学界对于究竟是否真正存在所谓的数据垄断,尚未达成共识。〔72〕若数据垄断本身并不存在,则排他性规范可能助长数据垄断的质疑自然釜底抽薪,毋庸赘言。需要讨论的是,如果真的存在数据垄断,数据的排他性规范可能对此产生何种影响。〔73〕

要构成数据垄断,市场主体的垄断力量必须是因数据而增强的,这是讨论的前提。〔74〕根据控制变量法,若所有市场主体均拥有相同数据,而仍出现了垄断,则应当认为垄断与数据无关;只有当某市场主体拥有的数据为他人所无,并因此取得了垄断地位时,才可能称之为数据垄断。而一旦数据在不同市场主体间自由流通,非为某一主体所独有,数据垄断自然也就无从发生;反之,若数据因排他性规范而流通受阻,便无形中助长了数据垄断。这正是借由数据垄断反对排他性数据财产权论者的潜在逻辑。〔75〕

〔68〕 网络效应亦称网络外部性,通常是指当产品或服务形成网络时,市场参与者因此所受到的影响。例如,若不存在通信网络,单个电话的价值微乎其微;若电话用户众多,形成通信网络,电话的价值便随着网络规模的扩大而增加,也因此会有更多人愿意成为该网络中的电话用户。但也有学者指出,网络外部性存在被内化的可能,因此不完全等同于网络效应。参见闻中、陈剑:“网络效应与网络外部性:概念的探讨与分析”,《当代经济科学》2000年第6期,第17—19页。

〔69〕 参见张江莉:《反垄断法在互联网领域的实施》,中国法制出版社2020年版,第10页。

〔70〕 参见孙晋:“数字平台的反垄断监管”,《中国社会科学》2021年第5期,第105页。

〔71〕 See Daniel L. Rubinfeld, “Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries,” *The Antitrust Bulletin*, Vol. 43, No. 3-4, 1998, p. 861.

〔72〕 两派观点,分别参见陈兵:“‘数据垄断’:从表象到本相”,《社会科学辑刊》2021年第2期,第129—136页;梅夏英、王剑:“‘数据垄断’命题真伪争议的理论回应”,《法学论坛》2021年第5期,第94—103页。

〔73〕 囿于篇幅,本文在此仅将潜在的数据垄断作为数据财产排他性规范的体系效应加以考察,暂不多作展开。当然,关于产权制度与垄断之间关系的讨论是殊值关注的。See Jonathan Klick and Gideon Paruchomovsky, “The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No. 4, 2017, pp. 917-966.

〔74〕 参见丁晓东:“论数据垄断:大数据视野下反垄断的法理思考”,《东方法学》2021年第3期,第110页。

〔75〕 参见付新华,见前注〔9〕,第136—137页。

不难看出,即便认为排他性规范对数据垄断有潜在的促进作用,其最终效果也依然是通过阻碍数据流通产生的。如前所述,以排他性规范为核心的数据财产权制度可以有效降低信息成本,对数据的意定流通有益无害,因此需要讨论的仅是排他性规范对数据非意定流通所产生的现实影响。

于非公开数据而言,无论数据之上是否存在具有排他性的财产权,不特定主体均无法自由访问和获取数据。此时要无视权利人的意思,实现数据的非意定流通,惟有通过法律的特别规则,为权利人设定提供或开放数据的积极义务。^[76] 在解释路径上,若数据存在财产权的外衣,这一义务无疑构成对财产权的限制,使权利人无法依其意愿不提供或不开放数据;但即便数据之上没有财产权的外衣,这一积极义务也依然影响权利人的行为自由。两相比较,行为自由属人格权范畴,其权益位阶高于财产权,^[77]因此在价值判断的实体性论证上,^[78]限制行为自由的论证负担丝毫不亚于限制财产权。可见,否定具有排他性的数据财产权,对非公开数据的非意定流通并无丝毫助益。换言之,即便承认具有排他性的数据财产权,也并不会对非公开数据的非意定流通产生任何制度层面或现实层面的阻碍。

况且,在专利权同样具有排他性的情况下,现行《专利法》第53条也已将行使专利权构成垄断作为申请专利强制许可的法定事由,这为服务于反垄断的专利非意定流通铺设了成熟的制度路径。在此情况下,以防止数据垄断为目的的数据非意定流通,也大可遵循专利强制许可的制度逻辑,而无须在理论上另起炉灶。如此,确立具有排他性的数据财产权不仅无害于非公开数据的非意定流通,反而可以节省其制度实现的理论成本。

于公开数据而言,由于数据本就可被不特定主体自由访问和获取,因此要实现数据的非意定流通,无须为权利人设定积极义务,明确其负有容忍他人访问和获取数据的消极义务即可。逻辑上,若认可数据的排他性规范,则权利人可依排他性规范一般性地排除他人访问和获取数据,如此便与数据流通的价值目标相龃龉。但如前所述,不加区分地一概允许他人获取公开数据,可能不当损害数据权利人的利益,最终抑制其生产公开数据的积极性,导致竭泽而渔的现实效果。而要妥善实现数据“排他”与“流通”之间的价值平衡,以排他性规范为底层逻辑,辅之以公开数据的合理使用制度,无疑更富理论解释力。

可见,无论是公开数据抑或非公开数据,只要其非意定流通不因排他性规范的配置而受到不当阻碍,排他性规范就不会直接助长数据垄断。

当然,相较于拥有较少数据的小型平台企业,确立具有排他性的数据财产权无疑对大型平台企业更为有利,这可能在更为间接的层面强化大型平台企业的市场支配地位。但就类似于,机遇的增加总是对有备而来的人更有利,这实在无可非议。并且,允许市场主体通过正当方式

[76] 参见丁晓东,见前注[74],第115—116页。

[77] 参见王利明:“论民事权益位阶:以《民法典》为中心”,《中国法学》2022年第1期,第40—49页。

[78] 参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,《中国社会科学》2004年第6期,第107—114页。

增强竞争力以占领市场份额,从而获取更大利益,这恰恰是经济发展和社会进步的主要根源之一。^{〔79〕}与此相应,我国《反垄断法》对企业合理获取或强化市场支配地位的行为本身也并不加以谴责,^{〔80〕}只有当市场支配地位被滥用于排除、限制竞争时,方进行事后规制。^{〔81〕}正如同权利的享有和权利的滥用是两回事,大型平台企业通过数据财产权强化市场支配地位,与其滥用这一市场支配地位,实在不应混为一谈;即便市场支配地位被滥用于排除、限制竞争,亦可借助其他法律部门在事后进行有效规制。^{〔82〕}如果仅仅出于对这类间接“数据垄断”的顾虑,就在根源上拒绝以排他性规范为核心的数据财产权制度,试图以此稀释大型平台企业所积累的数据竞争优势,且不论其是否有助于治理目的的实现,至少其手段与目的不成比例,是典型的因噎废食。财产权制度固然无法一力解决包括垄断在内的一系列市场失灵问题,因而经济治理需要民法、经济法、行政法等诸多法律部门各尽其能、各安其分,数据治理亦然。

五、结论与展望

当数据作为生产要素为人类贡献特有价值,其便产生了财产化的趋势。如何对待数据之上的财产性利益,确属财产法中兼具前瞻性和基础性的“希尔伯特问题”。^{〔83〕}而数据确权所面临的理论障碍,相当程度上是源于学界对数据“排他性”的误解,以及由误解而衍生的制度顾虑。在对误解进行剖析和澄清的基础之上,本文得出如下结论:

第一,数据的“排他性”存在事实与规范两重语境。在事实层面,数据可同时被多个主体互不干涉地使用,呈现出利用过程的“非排他性”。然而,由于数据所能带来的利益有限,其利用结果依然是“排他”的。正因如此,行为人才希望能在规范层面排除不特定主体对其数据的获取和利用。这正是无论学界如何强调数据的“非排他性”,也无法消除数字经济对数据赋权抱有制度期待的原因。

第二,确立排他性数据财产权对数据的意定流通有益无害,而数据非意定流通的公共利益需要,可根据数据的公开状态不同而分别设置权利限制规则以妥善兼容。权利限制的具体尺度取决于数据利用的现实秩序,以及由此逐渐形成和固化的价值背景。数据财产权的边界也由此得以相对清晰地确定。

〔79〕 在自由竞争之下,通过正当途径争取市场支配地位的行为,对社会有益无害;有害的是通过不正当阻止竞争的方式所形成的垄断。参见张五常:《经济解释(卷三):受价与觅价》,中信出版社2019年版,第99—109页。

〔80〕 参见郑文通:“我国反垄断诉讼对‘滥用市场支配地位’规定的误读”,《法学》2010年第5期,第50—51页。

〔81〕 参见詹馥静:“大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开”,《上海财经大学学报》2020年第4期,第146页。

〔82〕 与此相似,法律应对滥用专利权造成垄断的行为,也仅通过特别规则加以限制,而非否定专利权本身。参见易继明:“禁止权利滥用原则在知识产权领域中的适用”,《中国法学》2013年第4期,第47—48页。

〔83〕 参见常鹏翱:“物权法的‘希尔伯特问题’”,《中外法学》2022年第2期,第306—308页。

第三,无论何种财产权,其本身均无排斥平行开发的效力,因此排他性规范阻却数据平行开发的问题自始不存在。在妥善配置数据非意定流通规则的情况下,数据财产权不会引发制度性的数据垄断;其对大型平台企业市场支配地位的间接强化,也完全可以在事后有效规制,无须因噎废食地在事前否定数据财产权。

澄清误解之后不难发现,尽管数据的自然属性和价值背景均与既有财产权客体存在重要差异,但其所承载的利益冲突形态仍未完全脱离财产法的现实基础。这意味着,数据的要素化利用对民事主体之间利益关系的改变,尚不至于全然颠覆既有财产权的基本理论框架。在此情况下,无论选择何种数据财产的权利架构形式,只要法律秉持定分止争的理念,对不同主体于数据之上互不相容的利益期待进行相对标准化的定维和划界,数据财产的排他性终究将在权利界限之内得以体现。正视这一点,方可激活财产权在数字经济领域中应有的制度功能,并通过更为整全地观照和灵活运用既有财产权的制度“工具箱”,为回应一系列数字时代的财产性问题提供更多逻辑融贯、体系精当、有助于凝聚理论共识的民法方案。

Abstract: The practical need for free data circulation has become an important theoretical obstacle to establishing data property rights, and its crux lies in the exclusivity of data property. In fact, the proposition that exclusive data property rights will hinder data flow and be inconsistent with the development of the digital economy is caused by three misunderstandings. First, the “non-exclusiveness” of the data utilization process is overemphasized, while ignoring that the benefits as a result of data utilization are scarce and exclusive, which is the main reason why the digital economy needs a data property rights system. Second, the difference between public data and non-public data in data circulation was not fully realized, and distinction between consent-based and non-consent-based circulation of data was not made. Therefore, it was mistakenly believed that “establishing data property rights might impede the non-consent-based circulation of public data” is the whole story. In fact, the establishment of exclusive property rights is beneficial to the consent-based circulation of data, while the non-consensus-based circulation of data requires differentiated rule design according to whether the data is public or not, which can be properly solved with the restrictive rules of property rights. Third, the misunderstanding that the exclusivity of data property rights can prohibit the parallel development of data by others, thus causing unnecessary concerns about institutional data monopoly. However, property rights have no normative effect of excluding parallel development, and their potential promotion of data monopoly can be effectively addressed through *ex post* regulation. Clarifying these misunderstandings and properly constructing the rules of exclusion in data property can give full play to the institutional function of property rights in the field of digital economy.

Key Words: Data Property; Exclusivity; Data Circulation; Data Monopoly

(责任编辑:贺 剑)