

数据确权：理路、方法与经济意义

熊丙万 何娟*

内容提要：关于数据之上应否确权的问题，当前有一种较为流行的看法，一方面基于数据的某种不确定性，认为数据确权欠缺可行性且会阻碍数据流通复用，不具有经济性；另一方面倡导一种场景化的行为规制模式，并辅之以当事人自主合同磋商机制，认为数据确权并无必要。但此种看法未能充分考虑数据市场的运行逻辑，过度放大了确权对数据流通复用的阻碍作用，且未能充分意识到行为规制模式背后隐含的确权思维，更未系统理解数据确权的社会经济意义。数据确权不等于确立一个财产所有权。相反，数据确权工作需遵循“财产权标准化”的一般原理，根据数据财产权利人与不同社会交往对象之间的社会关系熟悉度，分别构建相应标准化程度的数据财产权样态。数据财产权的标准化有助于在数据持有人与不同主体的交往活动中实质性节省交易成本，更有助于提升数据生产水平和流通效率。

关键词：数据财产权 行为规制 持有权 使用权 经营权

一、问题的提出

作为一种新型经济资源和生产要素，数据在国民经济建设和日常生活中发挥着日益重要的作用。在我国当前正在深化改革的数据基础制度建设中，应在数据上确立财产权，是关系到整个数据要素制度体系和市场建设的重大问题。2022年6月22日，中央全面深化改革委员会第26次会议审议通过了《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”），进一步强调要“探索建立数据产权制度”。实际上，自2017年民法总则第127条作出关于保护数据的宣示性规定以来，多个省市已先后出台地方性数据保护条例或其他类似文件。一些地方文件明确承认了数据上的财产权益，〔1〕并尝试将各方主体的数据财产权益作一定程度的标准化处理。〔2〕另一些地方文件虽然试图确定各相关主体对数据的利用

* 熊丙万，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员；何娟，中国人民大学法学院民商法学博士研究生。

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”（18ZDA146）的阶段性成果。

〔1〕 例如，《上海市数据条例》第12条第2款规定：“依法保护自然人、法人和非法人组织在使用、加工等数据处理活动中形成的法定或者约定的财产权益，以及在数字经济发展中有关数据创新活动取得的合法财产权益。”

〔2〕 《上海市数据条例》第14条、第15条规定了民事主体对其合法取得的数据享有使用权、加工权和处分权。

准则，却未涉及数据财产权问题。司法实践中，与数据上的财产权益有关的争议案件频繁发生。因缺乏明确的上位法依据，许多司法裁判并未采用“数据财产权”的概念表达，而仅在裁判说理中将数据上的财产权益认定为一种“竞争性利益”，并以此确定各方当事人的权利义务关系。^{〔3〕}但也有不少案件的裁判说理采用了“竞争性财产权益”的表达方式，在一个较为宏观的意义上强调保护数据上的财产性权益。^{〔4〕}

在学术研究层面，应在数据上确权的问题同样面临重大争议。不少文献在努力对数据财产权本身的结构和样态作描述性建构的同时，^{〔5〕}也多大致根据劳动激励理论、交易成本理论等一般财产理论较为笼统地述及数据确权的必要性。^{〔6〕}另有不少研究则明确反对在数据上构建具有排他性的数据财产权。^{〔7〕}个人信息保护法出台前，论者常以承认数据处理者享有数据财产权会牺牲个人信息权益或者导致数据财产价值分配不公为由反对数据确权。^{〔8〕}不过，一方面，该法出台后，个人信息权益保护将通过加强该法的实施来实现，确定数据财产权归属与此并无直接关联，^{〔9〕}因为在数据上确立财产权是以尊重个人信息权益等法定在先权益为前提的。^{〔10〕}另一方面，来源于分散的信息来源主体的数据经济价值有限，^{〔11〕}即便有必要对其信息原材料贡献作出经济补偿，也应通过税收等二次分配方案来实现，而无需向其直接分配财产权。总之，这样的忧虑在今天已在很大程度上得到化解。而新近的数据财产权否定论则侧重关注确权本身的经济必要性与可行性维度，认为在数据上引入一套财产权机制不仅不可行，而且还有害，会阻碍数据的流通复用和数据要素市场的建设。

迄今，数据确权倡导者与反对者之间并未就“数据应否确权”这一重大议题展开过系统、

〔3〕 在“新浪微博诉脉脉案”中，法院认为被告损害了原告的“竞争利益”。参见北京知识产权法院（2016）京73民终588号民事判决书。其他确认当事人对数据享有“竞争性权益”的案例，参见深圳市腾讯计算机系统有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院（2019）浙8601民初1987号民事判决书。

〔4〕 如“淘宝诉美景案”，参见浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01民终7312号民事判决书。类似案例，参见杭州执掌科技有限公司、杭州利导科技有限公司等与浙江中服网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，杭州铁路运输法院（2018）浙8601民初956号民事判决书。此外，在“谷米诉元光案”中，法院认为数据属于“无形资产”。参见广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03民初822号民事判决书。

〔5〕 参见龙卫球：《数据新型财产权构建及其体系研究》，《政法论坛》2017年第4期；龙卫球：《再论企业数据保护的财产权化路径》，《东方法学》2018年第3期；纪海龙：《数据的私法定位与保护》，《法学研究》2018年第6期；申卫星：《论数据用益权》，《中国社会科学》2020年第11期；许可：《数据权利：范式统合与规范分殊》，《政法论坛》2021年第4期等。

〔6〕 See H. Ulrich, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int., 1996, S. 565, quoted from Florent Thouvenin, Rolf H. Weber & Alfred Früh, *Data Ownership: Taking Stock and Mapping the Issues*, in Matthias Dehmer & Frank Emmert-Streib (eds.), *Frontiers in Data Science*, CRC Press, 2017, p. 115. 类似观点，参见石丹：《大数据时代数据权属及其保护路径研究》，《西安交通大学学报（社会科学版）》2018年第3期，第80页。

〔7〕 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；丁晓东：《数据交易如何破局——数据要素市场中的阿罗信息悖论与法律应对》，《东方法学》2022年第2期；王镭：《“拷问”数据财产权——以信息与数据的层面划分为视角》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2019年第4期；任颖：《数据立法转向：从数据权利入法到数据法益保护》，《政治与法律》2020年第6期；金耀：《数据治理法律路径的反思与转进》，《法律科学》2020年第2期；时诚：《企业数据权益保护的行为规制模式研究》，《大连理工大学学报（社会科学版）》2022年第6期等。

〔8〕 参见上引梅夏英文，第852页；徐文：《论个人数据的非财产性及其守护屏障》，《兰州学刊》2020年第9期，第51页。

〔9〕 参见王锡梓：《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。

〔10〕 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108页。

〔11〕 参见前引〔6〕，Thouvenin等文，第131页。

充分的辩论,甚至在“数据确权是否会阻碍数据流通和数据要素市场建设”等基础性事实争议问题上未能展开正面讨论。无论倡导论者还是反对论者,鲜少有人深入到真实的数据生产和流通情境,细致观察各方当事人的行为逻辑和交往规律。关于数据应否确权的争议问题,不仅是“数据二十条”之(二十)强调的关于构建数据要素基础制度体系的重大理论问题,也直接关涉到关于数据产权制度设计的公共决策。对这一问题予以专门评述,既有助于促进理论共识的形成,也有助于为相关立法决策以及司法裁判工作提供理论参考。为此,本文将先对围绕这一问题产生的学术争议予以系统回顾和评述,再结合数据流通复用的若干实践场景和真实市场逻辑测试既有学术主张的可靠性和解释力,然后厘清数据财产确权的意涵、方法与社会经济意义。

二、数据确权否定论的三大命题

总体而言,中外法域的确权否定论者大致提出了三大命题,分别从可行性、经济性和必要性的角度主张不宜在数据这类生产要素上确立财产权。

(一) 不可行:不确定性使然论

此种观点认为,数据的物理形态、经济价值和权利主体都面临不确定性,不宜在其上确立财产权:第一,数据在物理存在形式上缺乏确定性和独立性,无法被单个主体独占性控制,因此不能成为财产权客体。^[12]此外,数据常常不断变动,^[13]难以成为边界清晰的权利客体,进而影响在数据上确立财产权。^[14]第二,数据的经济价值具有不确定性,难以确定其能给需求方带来多大的利用价值,因此数据交易定价困难,也使其无法成为可以大规模流转的标准化商品。^[15]甚至有学者因数据无法在硬件之外单独存在而认为其不具有独立经济价值,不宜作为财产权客体。^[16]第三,即便在数据上确立财产权,也将面临权利主体确定困难。一方面,如前文所述,在信息来源主体与数据处理主体^[17]之间,应将何者确定为数据财产权主体,争议颇多。^[18]另一方面,大量数据常常由多方主体合作生产而成,在他们之间应将何者作为权利主体,也面临较大不确定性。^[19]

[12] 参见梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,《中国社会科学》2016年第9期,第169页。

[13] 在一些情形,例如网络服务提供者在向用户提供服务时,由于每次提供服务都会采集数据,的确导致数据不断变动。而在另一些情形,采集的数据并不会增长变化,例如数据采集主体与特定个人通过合同约定采集该个人的面貌、声音等数据。

[14] 参见前引〔7〕,金耀文,第83页。

[15] 参见前引〔7〕,丁晓东文,第150页。

[16] 参见前引〔12〕,梅夏英文,第171页。

[17] 根据数据安全法第3条第2款,数据处理主体包括数据收集者、存储者、使用者、加工者、传输者、提供者和公开者等多种意涵。本文中“数据处理主体”“数据处理者”等概念,可能指代上述部分或者全部类型主体。“数据持有人”也属于数据处理主体的一种。

[18] 参见前引〔7〕,梅夏英文,第852页。

[19] See G. Fröhlich-Bleuler, Eigentum an Daten? Jusletter, March 6, 2017, n. 23, 转引自前引〔6〕, Thouvenin等文,第119页。此外,数据还面临另一种不确定性:随着个人撤回同意的确立,包含个人信息的数据可能因个人撤回同意而被禁止继续流通,从而导致数据交易面临不确定性(参见前引〔6〕, Thouvenin等文,第136页)。但个人大规模撤回同意的概率较低,否则相关商业模式从一开始就难以展开。如果只有少量个人撤回同意,则不会影响正常的的数据利用。即便个人规模性地撤回同意,数据流通交易上下游环节的各数据处理者也可以通过合同约定对此类商业风险分配作出安排;如无约定或者约定不明,则可以根据情势变更原则请求调整合同内容。

（二）不经济：财产确权有害论

此种观点认为，在数据上确立财产权，不仅无法实现传统财产赋权模式所具有的节省交易成本、^[20] 激励生产^[21] 等目标，反而会造成一系列负面效应：第一，部分学者出于对个人信息（尤其是涉及隐私的个人信息）成为他人财产权客体的直觉性忧虑，^[22] 认为将其作为财产权客体可能导致隐私保护和数据价值的“探底竞赛”，使信息来源主体沦为弱势主体，并可能损害公共福祉。^[23] 第二，在数据上确立财产权会剥夺其他社会主体利用数据的机会，^[24] 影响信息的分享与流通，^[25] 甚至可能导致一些大型互联网企业形成垄断，^[26] 增加下游增值产品及服务进入市场的障碍。^[27] 第三，即便确立数据财产权，要实现对此种权利的保护，也需要投入巨大的监督和执行成本。^[28]

（三）不必要：行为规制与合同机制有效论

作为确立数据财产权的替代性方案，反对论者常主张采用一种所谓的行为规制模式，即通过对他人特定行为的控制来维护利益享有者的利益。^[29] 一种常见的规制方案是，通过反不正当竞争法的有关条款实现对数据利益的保护。^[30] 另有主张则认为，应当构建公法意义上的数据访问和操作规则，实现对数据法益的保护。^[31] 二者都试图通过对数据持有人以外的主体实施的特定行为予以负面评价，赋予持有人以消极防御性的事后救济方式实现对其的保护。^[32] 也有行为规制论者意识到，行为规制模式不能有效回应数据交易中数据财产利益的初始分配问题，并在行为规制论的基础上进一步提出，数据交易本质上是数据持有人为数据需求方提供服

[20] 参见前引 [7]，丁晓东文，第 150 页。

[21] 参见前引 [6]，Thouvenin 等文，第 116 页；前引 [7]，王镭文，第 111 页以下；戴昕：《数据界权的关系进阶》，《中外法学》2021 年第 6 期，第 1565 页。

[22] 参见前引 [7]，梅夏英文，第 852 页。

[23] 参见前引 [8]，徐文文，第 50 页以下。

[24] 参见前引 [7]，丁晓东文，第 151 页。

[25] See Adam D. Thierer, *The Internet of Things and Wearable Technology: Addressing Privacy and Security Concerns Without Derailing Innovation*, 21 (2) *Richmond Journal of Law & Technology* 75 (2015); Francesco Banterle, *Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma*, in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou & Thalia Prastitou (eds.), *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, Springer International Publishing, 2020, p. 219; Andreas Wiebe, *Protection of Industrial Data: A New Property Right for the Digital Economy?*, 12 (1) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 69-70 (2017). 类似观点，参见前引 [7]，梅夏英文，第 855 页；前引 [7]，王镭文，第 115 页；前引 [7]，金耀文，第 82 页；前引 [7]，任颖文，第 136 页。

[26] 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 103 页；前引 [7]，梅夏英文，第 852 页；参见前引 [7]，丁晓东文，第 151 页。

[27] 参见前引 [21]，戴昕文，第 1574 页。See also Jerome H. Reichman & Pamela Samuelson, *Intellectual Property Rights in Data*, 50 (1) *Vanderbilt Law Review* 51, 73 (1997).

[28] 参见前引 [12]，梅夏英文，第 177 页；前引 [7]，丁晓东文，第 151 页。

[29] 关于行为规制的一般性界定，参见叶金强：《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》，《中外法学》2017 年第 3 期，第 650 页。关于主张采行为规制模式保护数据权益的观点，参见前引 [7]，时诚文，第 84 页以下。

[30] 具体而言，此种方案又包括：第一，扩张适用商业秘密规则实现对数据利益的保护（参见卢扬逊：《数据财产权益的私法保护》，《甘肃社会科学》2020 年第 6 期，第 136 页）；第二，通过一般条款保护处于公开状态的数据。后者更为常见，在“大众点评诉百度案”（参见上海知识产权法院（2016）沪 73 民终 242 号民事判决书）、“新浪微博诉脉脉案”（参见前引 [3]）、“谷米诉元光案”（参见前引 [4]）以及“淘宝诉美景案”（参见前引 [4]）等案例中，法院均有援引。

[31] 参见前引 [7]，梅夏英文，第 866 页以下。

[32] 在个人信息保护领域，也有研究主张采行为规制路径。参见丁晓东：《个人信息的双重属性与行为主义规制》，《法学家》2020 年第 1 期，第 73 页以下。

务,适用数据服务合同规则即可,从而无需确权。〔33〕

三、市场逻辑下数据确权的理路

关于数据之上应否确权的焦点问题可以归结为:构建何种数据财产权益制度才能更好地促进数据要素的生产和利用,促进数据要素市场的发展。为此,有必要贴近真实的市场运行逻辑,细致观察和评价各方市场主体面对不同制度安排时究竟会作出何种行为选择,从而对多种制度方案作出更精准的比较。

(一) 数据确定性的评价维度

1. 数据的物理可特定性

确定性与特定性是两个不同维度的概念。然而,数据的物理不确定性使然论未能区分这两个概念,简单地将数据的(物理)不确定性等同于其不具有可特定性,进而认为数据难以成为一种权利客体。在开放API接口等数据交易形式中,作为标的物的实时数据因不断增长变化而常常在物理性状上呈现出不确定性。但是,这并不妨碍数据本身在物理上是可特定的。〔34〕一方面,确立财产权并不以对财产权客体作事无巨细的描述和展现为必要,而只要能将其与其他财产权客体区隔开来即可。民法典第396条规定的动产浮动抵押权即为典型例证,第411条规定的抵押权客体特定化事由,明确允许处于浮动变化中的财产成为财产权客体。类似地,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)第70条要求保证金质押需设立专门的保证金账户,以实现质权客体特定化,但并不要求被质押的保证金固定不变。〔35〕另一方面,数据持有人可以通过对数据的控制将其与其他数据区隔开来,实现特定化。这既可以通过控制数据载体实现,也可以通过加密措施、数据指纹等技术手段实现。总之,客体的可特定性要求不足以成为数据确权的实质性阻碍。

关于数据财产权利主体的确定性问题,一方面,由于信息来源主体的权益主要表现为个人信息保护法等确认的法定在先权益,因此不存在与数据持有主体之间的数据财产权益冲突问题。至于协作生产数据的多方主体之间的权益分配问题,尽管这类主体数量很多,但多个主体本身通常是特定的,且大多存在合作关系。他们之间若出现权属争议,首先应通过其合同约定确定权属分配。如无约定,允许他们分别、完整地行使财产权也是一种可行方案,因此也不存在权利主体无法确定的问题。后文将进一步阐述这一点。

2. 数据的价值确定机制

数据价值不确定论者认为,由于不同数据的内容和品质各不相同,在数据供需匹配过程中,需求方需要投入大量的信息搜寻成本才能确定特定数据可以给自己带来的使用价值。并且,使用价值确定困难还会造成定价上的困难。但这种看法既没有考虑到数据需求方的现实特征,也没有贴近市场交易逻辑去理解拟交易商品的价值发现实践智慧。

诚然,一宗数据如果不确权,就意味着需求方可以随意获取和使用数据,因而无需投入成

〔33〕 参见前引〔12〕,梅夏英文,第174页。还有观点认为,应当参照适用买卖合同的有关规则,必要时类推适用其他有关合同法规则。参见张阳:《数据的权利化困境与契约式规制》,《科技与法律》2016年第6期,第1112页以下。

〔34〕 可特定性,不但包括现在已经存在而可特定,而且包括依一般社会或经济观念可以特定,而不必在物理上必须特定。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25页。

〔35〕 参见程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第446页以下。

本去确认相应数据可以给其带来的使用价值。但是，对拟交易标的的使用价值的评估困难，并非数据交易领域独有的问题。这种困难在有体财产交易中同样存在，但通过样品买卖、试用买卖、附冷静期的买卖（如七天无理由退货）以及参照各种技术标准等方式得到了有效解决。类似经验也可用于解决数据使用价值的评估难题，如通过数据样本预估拟受让数据的使用价值。鉴于数据交易当事人通常具备的数据分析与处理专业技能，这并非难事。因此，所谓因数据使用价值确定困难而影响数据确权的看法，也难以成立。

当数据使用价值的评估问题得以解决后，数据难以定价的疑虑也就迎刃而解，需求方可以借助相似替代性方案的成本实现合理定价。此外，由于数据在物理上具有可特定性，数据的规模、来源以及未来增长前景等性质也可能作为定价的重要参考因素。关于同一宗数据对不同主体的价值不同可能带来的定价问题，则可通过个性化定价的方式解决。毕竟，数据要素市场中的需求主体通常不是大众消费者，而是对数据具有规模性需求且具备一定的数据分析与处理专业技能的主体。他们一般具有较为充分的机会和能力与数据供应方进行磋商、议价。因此，即便采用个性化定价的方式，也不大涉及大众消费者的利益保护问题。^[36]至于普通网民在日常生产生活中的数据利用需求，多不具有规模性，可以通过强化数据财产权的公共性、设计较宽松的合理使用制度来满足。

（二）权利确认与权利行使逻辑的区分

关于在数据上确立财产权会阻碍信息分享、流通甚至形成垄断的认识，不仅把事实原型局限在诸如公开数据爬取之类的非合意型流通，未能认识到数据流通方式的多样性，而且与不确定论类似，未能细致观察数据财产权的实际行使逻辑和市场对数据流通的调节作用，从而过度放大了数据确权对数据流通的阻碍作用。而关于数据权属状态模糊对数据持有人交易信心、交易动力的挫败和因此徒增的商业模式保守损失和交易风险处置成本等负面效应，则更是未被考虑到。

概括来说，数据流通方式可分为两类：一是合意型数据流通，即基于数据交易实现的数据流通；^[37]二是非合意型数据流通，即未经数据持有人同意的流通，这类数据流通常通过数据爬取等技术手段实现。^[38]要准确认识数据确权是否会阻碍数据分享与流通，有必要结合两类不同的流通方式进行细致观察。

1. 确立财产权与合意型数据流通

合意型数据流通既可能发生在公开数据上，又可能发生在非公开数据上。理论上讲，合意型数据流通是否为现行法律制度所容许，取决于法律是否设置明确的禁止性规范，而与法律是否确立数据财产权无关。其属于典型的私法范畴，应遵循“法无禁止即可为”的基本原则。法律通常只有在具备维护国家安全以及尊重信息来源主体的法定在先权益等特定事由时，才会对属于私人自治领域的合意型数据流通进行干预。因此，即便不确立数据财产权，法律也不会轻易禁止合意型数据流通。反之，即便确立数据财产权，只要存在上述法定事由，法律也会限

[36] 另一方面，在数据财产权受到侵害而需要计算损害赔偿时，损害赔偿的数额的确不容易计算。但这并非数据财产权领域的新问题，在知识产权领域甚至一些有体财产受到侵害的场合同样存在。关于数据权益定价机制的新近研究，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。

[37] 数据持有人将数据公开或者赠与特定主体，虽然不是基于双方当事人合意，而是基于数据持有人的单方意思，但从广义上来说，也可归于合意型数据流通。

[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166页。

制或者禁止相应类型的数据流通。

事实上,有些数据对持有人的业务经营至关重要,能否独家控制这类数据直接影响持有人的商业竞争力;无论是否确立数据财产权,持有人通常都不会轻易出让这类数据,自然也就谈不上确权会阻碍这类数据流通了。^[39]而就持有人本就有意出让的数据,确立数据财产权则明显有助于提升他们的交易信心和预期。就这类数据而言,在法律未明确禁止交易的情形下,当事人能否达成数据交易合意,虽然理论上主要取决于双方的供需是否匹配、交易对价是否合理等因素,但如果没有被明确赋予数据财产权,一方面,信息来源主体的权益主张和相应的行政执法(特别是个人信息保护执法)都具有较大的不确定风险,容易挫伤数据持有人的对外交易信心;另一方面,无论是直接受让人还是后续受让人,都可能出于对持有人是否享有合法出让权限的不确信而采取保守交易策略,^[40]因此会阻碍合意型数据的流通。

2. 确立财产权与非合意型数据流通

非合意型数据流通常发生在公开数据上。在地图导航、消费评价展示和人力资源信息发布等常见的网站或者平台上,公开数据容易被他人获取。非公开数据也可能通过特殊爬取技术被获取,尽管这在实践中并不常见。否定论者认为,一旦确立数据财产权,非合意型数据流通就会因为数据财产权主张而构成侵权。这不仅给普通大众的日常数据使用行为造成障碍,^[41]还会给数据的商业化利用带来垄断性风险。这种看法同样不仅不符合真实的市场运行机理和数据持有人的权利行使逻辑,而且忽视了基于财产权公共性考虑的法定利用机制,从而误估了数据确权对数据流通利用的阻碍效果。更重要的是,这种看法几乎未意识到不确权状态下的机会主义试探行为及其造成的一系列社会成本。

第一,这种看法未能区分权利的确权与权利的行使逻辑。在法律上赋予数据财产权人以排他性利益,并不意味着其必然会排斥他人获取和利用其数据。实际上,权利人几乎不会反对那些对其有利而无害的数据获取和使用行为。例如,对于一些机构将高等院校公开发布的师资、招生和就业等数据予以汇集和再呈现等有利于提升院校影响力的行为,只要不损及其社会声誉,即便行为人并未事先与院校达成合意,亦未支付对价,这些院校一般也不会主张其财产权。即便个别院校主张财产权,整体上也不会实质影响这种公益性数据汇集和呈现行为。^[42]而在另一些情形,多方主体之间可能存在规模性的相互爬取数据的需求,尽管是出于商业目的,但由于其对各方主体均有利,各方自然也不会排斥他方的数据获取和使用行为。例如,对于高德地图和百度地图这类通过公开展示数据提供服务的企业而言,为了提高服务质量,他们时常相互爬取对方数据完善自身服务。但由于业务高度同质化,即便允许对方爬取数据,也不会使对方取得明显超过自身的竞争优势,自然也不会要求对方支付数据使用费或者进行赔偿。^[43]此外,数据持有人通常是具有一定规模的市场经营主体,为了避免给大众留下过于“霸道”

[39] 当然,只要需求方的出价足够高,同样能就这类数据流通与持有人达成合意。毕竟,只要出价够高,作为企业的持有人本身也可能被让渡。

[40] Partnerschaft Deutschland/Lorenz-von-Stein-Institut/Universität Kassel/Fraunhofer Fokus, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, S. 78, Hrsg.: Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, 2017, <https://www.uni-kassel.de/fb07/iwr/oeffentliches-recht-it-recht-und-umweltrecht/team/prof-dr-gerrit-hornung-llm/schriftenverzeichnis>. Zugriffen: 6. März 2023.

[41] 参见丁晓东:《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》2020年第2期,第93页。

[42] 如果行为人谎报或者篡改数据,给院校造成负面影响,院校可能会对行为人主张权利,但也可能主张行为人侵犯其名誉权或者其他法定在先权益,而不是主张对数据的财产性利益。

[43] 这类情形毕竟较少,在构成竞争关系的各主体之间,大部分还是倾向于禁止对方获取、使用自身持有的数据。

的负面印象，也很少会对普通大众的小规模获取和使用数据的行为主张权利。

第二，这种看法没有充分注意到，任何财产权都因需要满足一定的公共性要求而面临各种法定限制。与传统的有体财产、智慧财产上的财产权一样，数据财产权也应当受到合理使用等制度的约束。对于个人研究学习、教学科研以及国家机关执行公务等数据利用需求，数据财产权人本就负有相当的容忍义务。确立数据财产权，并不影响这些数据利用需求的满足，也不会阻碍这个意义上的数据流通。并且，鉴于数据这类资源更容易被有限数量的主体所汇集和掌控，有必要适度强化其公共性色彩，^[44]数据领域的合理使用标准应当适度地宽松化。甚至，有一些基于生产经营需要的小规模数据利用（如网店店主为了改进自身营销品质而大量复制和分析同类网店的点评信息），既不会给数据持有人造成额外的数据运维负担，也不会引起竞争利益冲突，也应当构成合理使用。^[45]需注意的是，此种对数据持有人的权利限制不但需要满足合理性要求，而且常常以法定例外的形式出现，但不能是对他人持有数据的随意获取利用。

至于数据确权是否会导致垄断的问题，的确值得重视。特别是，不少数据处理主体（特别是消费互联网和工业互联网中的大平台）因率先获得数据资源优势而更容易形成市场支配地位，若不加有效规制，容易借助数据优势滥用市场支配地位，损害竞争对手和消费者的正当利益。^[46]“数据二十条”之（十五）也重申了反垄断法上关于不得利用数据优势排除、限制竞争的精神。然而，有必要区分法律意义上的垄断与大众话语中的垄断。通常来说，有必要通过法律手段干预的垄断，需要在反垄断法的规则框架下来评价。而反垄断法的基本哲学是，与轻易认定垄断并导致“误杀”（false positive）相比，从严把握垄断的构成要件并适度容忍反竞争行为（false negative）更加重要。因为误将一个本身并不损害竞争的行为认定为构成垄断，相比误将一个有损竞争的行为认定为不构成垄断，总体上讲对市场造成的负面效应更大。^[47]退一步讲，即便发生数据垄断，也可以通过不同程度的强制缔约规则解决。但无论如何，对数据持有人的垄断行为的认定和基于垄断事由对其施加的权利限制，是以例外形式出现的，而非一般性的常态限制。而且，限制的对象通常是“二选一”“区别定价”等对数据优势地位的滥用行为，而非数据持有人对数据本身的排他性控制。

第三，在赋予数据持有人财产权的情况下，对于他人的大规模商业利用行为，数据持有人的确有较大可能通过要求数据使用主体事前付费或者事后赔偿的方式行使权利。前者事实上属于合意型数据流通的范畴，只要法律未设置禁止性规范，即可在市场供需调节机制的作用下自发实现。至于后者，持有人请求擅自获取数据者按照合意流通对价标准赔偿其损失，恰好是商品市场流通规律的基本要求。实际上，由于存在较为明确的数据权利归属和损害赔偿后果，潜

[44] 参见谢鸿飞：《财产权的公共性》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2022年第5期，第15页。

[45] 许多商业模式（如前文提到的地图导航、消费评价展示和人力资源信息发布等）的市场运行逻辑本就是利用公开数据吸引普通用户使用其数据（即接受其服务），并最终通过广告等方式变现，而并不期待用户直接支付金钱对价。此时，用户数据使用行为之合法性经由双方订立的服务合同确认，不构成侵权，亦未落入合理使用制度的评价范畴。

[46] 在一起涉及滥用市场支配地位的新近案件中，一平台汇聚了大量的保险公司车险数据，但在许可二手车经营者使用这些数据时采取了区别定价，涉嫌滥用基于数据交易标的本身的市场支配地位。参见北京知识产权法院（2022）京73民初1330号民事案件受理通知书。

[47] See Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 (1) *Texas Law Review* 29 (1984); Jonathan B. Baker, *Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, 80 (1) *Antitrust Law Journal* 4, 23 (2015).

在的使用人一般会主动选择与数据持有人谈判交易数据，从而避免因非合意获取数据造成不必要的法律风险和经济损失。

的确，在确权模式下，无论要求事前付费还是请求事后赔偿，都构成数据使用人的成本。当这一成本高于数据使用人可能的获利时，其将倾向于不获取数据。在这个意义上，的确存在数据资源未被用尽的问题。但是，实践中的数据交易当事人并非大众数据利用者，通常能够较为理性地评估数据供需成本并协商定价。一般来说，只要需方报价能让提供数据的持有人有利可图，就有达成交易的空间。只不过，因流通复用产生的增值收益不能被需方独享，而需经过交易价格在供需双方之间进行分配。因此，在市场机制下，数据资源未被用尽的空间并不大，垄断则另当别论。相反，在不确权模式下，如后文将系统评述的那样，基于事后对他人数据获取行为（特别是爬取行为）的场景化个案判断零散地确定数据权利边界的做法，会让供需双方都面临较大的不确定性，激励潜在使用人采取机会主义试探行为，从而给供需双方造成一系列不必要的社会成本。

（三）行为规制模式背后的确权意识

还需注意的是，数据确权反对论者主张通过设定场景化的行为规则保护数据权益，其背后实际上也蕴含着一种确权意识，只不过是一种高度非标准化的数据财产权形态而已。行为规制论关注的重点是，数据持有人之外的主体可以基于何种事由自主获取和使用数据，或者反过来，其不得出于何种目的采用何种手段实施何种行为。^{〔48〕}这实际上也是在划定各方主体的财产权益边界，尝试在各方主体间分配对特定财产的利用机会。这也是为什么部分研究已经深刻地注意到，反不正当竞争法作为典型的行为规制模式，实际也承担着概括性地划分数据财产权的功能。^{〔49〕}只要反不正当竞争法的保护范围与力度足够强，同样可以实现在数据上确立财产权的效果。^{〔50〕}在这个意义上，行为规制模式与确权模式有一定的共通性。此种基于异质场景的“零售式”数据财产设权方案，不失为一种协调非合意型数据流通中数据持有人与其他数据使用主体利益关系的方案。

然而，这种分配是以一种标准化程度低的个案判断来实现的，且常常表现为争议发生后的事后判断，因此可预期性弱，容易诱发机会主义试探获取行为等一系列问题。很可能是为了弥补这一明显缺陷，有确权反对论者进一步提出了一种“基于数据占有的侵权责任保护机制”，^{〔51〕}赋予数据持有人以更为一般性的保护。但这也同样未正面回答，通过侵权责任规则保护的数据“占有”利益，其范围有多大、是否有较为明确的边界？如果边界不明确，非合意获取行为的合法性仍需诉诸一事一议的个案判断，实际上仍未解决缺乏预期性的问题。

反过来，如果边界较为明确，则会给潜在数据使用人提供明确的非合意获取后果预期。特别是，这有助于促使那些超出合理使用限度的潜在使用人从试探性擅自获取转向基于事前谈判的合意取得。这实际上已经转向了直接确立数据财产权的机制，明显区别于基于反不正当竞争法的事后个案判断机制。如果仍将此种较为明确的数据财产权局限在反不正当竞争法框架下处理，则会造成数据财产权规则的碎片化。如后文所述，需要通过较为明确的数据财产权规则解决的问题远不限于行为规制论者关注的公开数据非合意获取争议，还包括数据持有人的合意流

〔48〕 参见前引〔7〕，梅夏英文，第860页以下。

〔49〕 参见前引〔25〕，Banterle文，第214页。

〔50〕 参见前引〔7〕，丁晓东文，第156页。

〔51〕 参见前引〔7〕，梅夏英文，第864页。

通权限、数据交易当事人对第三人的对抗效力、数据协同处理者之间的权属分配等一系列难以通过反不正当竞争法解决的问题。^[52]

部分研究之所以认为行为规制模式有效，很可能是因为，面对实践中诸多关于数据财产权益的纠纷，司法裁判大多运用反不正当竞争规则解决。这可能使人误以为既有的反不正当竞争规则足以应对实践需求。但逻辑很可能正好相反，正是因为当前规则体系中并未确立数据财产权，一些案件的当事人因无法找到数据财产权的实定法依据，才不得不转而寻求反不正当竞争法的保护。因此，这类行为规制论实际上陷入了因果倒置的误区。更妥当的逻辑是，先确认一方当事人享有数据财产权，并明确其需要承受的合理使用限制，然后将那些超出合理使用限度的竞争性利用行为评价为侵权行为。

（四）作为合同机制预设的数据财产权

至于以合同作为补充机制维护数据流转秩序的看法，则忽略了合同机制同样依赖于财产权制度的一般原理。事实上，在数据交易中，如果没有界定明确的权利人及权利内容，则交易双方每次都需要对各自的权利义务等内容从头谈起，徒增交易成本，甚至数据出让方是否享有可合法出让的初始权利等问题，都难以在合同机制下解决。这表明，合同机制同样以界定财产权为最初起点和最终依归。至于那种希望通过将数据交易定性为数据服务从而回避数据初始权利确定问题的努力，则忽视了一个基本问题：将一宗数据交易标的定性为数据服务还是产品，直接关系到当事人的权利义务划分。^[53]将数据交易一律界定为数据服务，是对数据交易标的作了过分简化处理。在大量数据交易中，交易标的物明显是需要交付的商品。并且，即便将数据交易定性为服务，数据作为提供服务的工具，也同样面临初始权利归属的问题。

四、标准化思维下的数据确权

数据确权反对论者不仅未能贴近真实的市场运行逻辑，而且未能充分认识到行为规制模式背后实际隐含的确权思维。受此影响，他们也未能从财产权之标准化的视角系统理解数据财产权的配置机制。认识到数据确权不是一个有或无的问题，而是一个标准化程度的问题，就能更好地理解隐藏在行为规制论背后的数据确权思维。更重要的是，这有助于根据数据财产权利人与不同社会交往对象形成的社会关系建构不同标准化程度的数据财产权。

（一）财产权的标准化思维

倡导或者反对在数据上确立财产权，不能想当然地将其预设为某种单一的财产权形态，特别是以有体物为原型的完整所有权形态。即便在以有体物为客体的财产权体系中，也不能将财

[52] 通过行为规制模式解决这类问题，理论上也具有可行性，但这样的行为规则会演变成一套过分复杂的叙事规则，与直接在数据上确立财产权以划分各主体对数据的利用机会，并不存在实质区别。以行为规制模式之名，行财产赋权之实，反而不伦不类。类似观点，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20页以下。

[53] 数据产品交易与数据服务交易之间存在诸多差异：第一，前者需移转占有，后者主要是授予访问权；第二，前者交易后由需求方自行开发，后者中提供方需保障传输、后续供应，需求方使用即可；第三，前者通常是永久的，后者通常有期限；第四，数据服务提供方常需亲自提供服务，数据产品交易则并不总是关注由谁提供产品；第五，数据产品受让人常可让与权利，数据服务接受方则一般不可以。See Herbert Zech, *Data as a Tradeable Commodity - Implications for Contract Law*, pp. 6-9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063153, 2022年10月7日最后访问。

产权简化为个人对物的排他性控制。财产权调整的是人与人之间的关系,包括但不限于财产权人与陌生人之间的关系;赋予一个人特定财产权,意味着赋予其要求他人不得实施若干行为的“权力”。〔54〕确立财产权制度,解决的是特定社会关系中财产性利益的分配样态问题。〔55〕现代法律在有体物上建构的财产权制度之所以有广泛的规范效果,主要是因为这些财产权样态是围绕与财产权人相关的各种不同社会关系建构起来的。财产权人面对不同的社会交往对象,享有的财产权样态各不相同,特别是在标准化程度上存在差异。〔56〕

具体来说,在财产权人与陌生人(更准确地说,非交易当事人)之间,财产权是高度标准化的。它简明地向不特定陌生人宣示,未经许可不得侵犯权利人之财产。在财产权人与交易第三人之间,财产权是中度标准化的,用以提示第三人确认财产上是否存在特定权利负担,并通过公示制度向交易第三人传递这类信息。在共有人等内部人之间,财产权则是低度标准化的,主要用于解决共有人缺少事先商议机会以及有机会但没有约定或约定不明的问题,因此也允许共有人通过个性化约定划分财产上的利用机会并排除法定规则的适用。〔57〕在财产权人与直接交易当事人之间,财产权仅需进行倡导性的标准化,仅在当事人没有约定或约定不明时补充性地划分当事人之间的权利义务关系。在物债二分的财产权体系中,可通过约定排除适用的标准财产权规则一般被纳入合同法领域,尽管这些规则也发挥着补充性的财产权确定作用。

总之,即便在有体物上确立财产权,也是以特定社会关系为视角的。这一视角对理解数据上的财产权样态同样重要。〔58〕从社会关系的视角理解数据财产权,就不会将数据财产权局限于数据持有人与陌生人这一组社会关系上,而会有助于全面观察数据持有人分别与陌生人、交易第三人、协作生产主体以及直接交易当事人之间的社会交往特点,并形成一套关于数据财产权样态的系统认识。

关于数据确权的一种常见误解是,简单地将其等同于确立高度标准化的“数据所有权”。这其实是将观察视野局限于数据财产权利人与陌生人这一组社会关系上,并且预设了数据之上应该有一个类似物权意义上的完整“所有权”的理论前提。在这样的理论预设下,确立数据财产权当然是一件相当艰难的任务。因为一宗数据的生成常常需要以广大信息来源主体提供的信息为“原材料”。相应地,这样生成的数据从一开始就同步承载着信息来源主体的法定在先权益,且常受其持续约束。换句话说,数据上的权利条块分割现象常常从数据生成伊始就已注定,不宜确定某个单一主体享有完整的“数据所有权”。

尽管如此,在充分尊重和保护信息来源主体的法定在先权益的前提下,不妨碍一般性地承认和保护数据处理主体对其所持数据的财产权,并通过将一般财产权中的主要权能分拆为具体权利的方式来呈现数据持有人的财产权利。“数据二十条”在“数据产权制度”部分提出的“分别界定数据生产各参与方的合法权利”和“数据产权的结构性分置”方案,就包含了这两

〔54〕 有学者认为,私人财产赋予民事主体在一定领域内的主权。See Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 (1) *Cornell Law Review* 12 (1927).

〔55〕 See Joseph William Singer, Bethany R. Berger, Nestor M. Davidson & Eduardo Moisés Peñalver, *Property Law: Rules, Policies, and Practices*, 8th ed., Wolters Kluwer, 2022, A Guide to the Book, p. xxxii.

〔56〕 See Thomas W. Merrill, *The Property Prism*, 8 (3) *Econ. Journal Watch* 247-250 (2011); Thomas W. Merrill, *Property as Modularity*, 125 (1) *Harvard Law Review* 151 (2012).

〔57〕 关于有体物财产权的标准化问题的评述,参见熊丙万:《实用主义能走多远?——美国财产法学引领的私法新思维》,《清华法学》2018年第1期,第145页以下。

〔58〕 类似观点,参见前引〔21〕,戴昕文,第1561页以下。

个方面的意蕴。最初采集信息并生成数据的处理主体享有的财产权内容最为广泛，不仅包括自主持有数据的权利，还包括自主使用、经营的权利。^[59]“数据二十条”之（七）强调要“充分保护数据（信息）来源者合法权益……合理保护数据处理者对依法依规持有的数据进行自主管控的权益”，正是在国家政策层面对数据处理主体或者说数据持有人享有的一般财产权的概括性确认。

在此基础上，我们从数据财产确权的社会关系视角出发，结合数据持有人所处的多个社会关系类型，分别呈现其享有的不同标准化程度的数据财产权样态。

（二）标准化的数据财产权样态

由于将观察对象主要局限在数据非合意型流通（特别是公开数据爬取）之上，行为规制论者认为确权要么是确立类似于所有权的高度标准化财产权，要么是确立类似于反不正当竞争法上个案裁判式的高度非标准化财产权。但从广泛的社会关系视角，能够看到多种介于高度标准化与完全不规则的财产权之间的数据财产权样态。具体来说：

第一，在相对于陌生人的社会关系中，数据持有人享有“一般财产权”，有权自主持有、使用和经营依法处理的数据。与信息来源主体不得在法定在先权益之外向数据持有人另行主张数据财产权类似，非因法定事由或者合同约定，陌生人不得随意侵扰或者干涉数据持有人对数据的自主管控、自我使用和对外经营。在这组社会关系中，由于陌生人数众多且不特定，所以应当尽可能将财产权样态简化处理或者说高度标准化，让不特定的陌生人对权利人的权利内容一目了然，从而节省权利识别成本，降低识别错误的风险。通过法律规定的这种一次性确认，不仅使得数据财产权利人不必付出大量成本宣示权利，也有助于避免非交易当事人对他人财产产生“非分之想”，特别是减少机会主义试探获取行为带来的一系列问题。

在有体物财产上，这种“一般性财产权”表现为完全排他的所有权。在数据上，尽管因为受到信息来源主体的法定在先权益的约束而不宜确立“所有权”，但是可以通过明确排他性的数据持有权、使用权和经营权，实现数据财产权的高度标准化。具体而言，未经权利人同意亦无法定正当事由，任何人不得随意访问、复制、篡改、破坏或者删除数据（持有权）；不得干涉权利人自我使用数据（使用权）；不得阻碍权利人通过整体转让、许可使用、设立担保和投资入股等方式对外经营数据（经营权）。作为规范性概念，数据持有权与有体财产所有权中的占有权能具有功能相通性，强调的都是权利人防御他人侵扰或者干涉的自主管控力；但也因数据的可多点同步采集和可复制特点而区别于有体财产的占有，即容易出现数个主体同时持有同宗数据的“多重持有”现象。数据持有人的经营权也与有体财产所有权的处分权能具有一定的功能相通性，即有权通过对外让渡数据财产权的方式处分数据，但因常常负有各种法定的数据保存义务（为了保护信息来源主体权益）而不能随意销毁数据，因此其处分权能又明显弱于有体财产的处分权能。尽管如此，基于自主持有、自我使用和对外经营而产生的经济收益，原则上归于持有人；这也是数据持有人享有一般财产权的应有之义。“数据二十条”之（七）也明确强调充分保障数据处理者获得收益的权利。

第二，在相对于交易第三人的社会关系中，直接交易当事人可能享有“排他性使用权”或者“排他性经营权”。一些数据直接交易当事人之间可能希望作出诸如“独家许可使用”或

[59] 有学者甚至称其为数据处理者的“所有权”，尽管同时认为这有别于物权法上的所有权。参见前引〔5〕，纪海龙文，第83页，第89页。

者“禁止转许可”等具有排除第三人效力的交易安排。但数据上的“多重持有”现象,可能使交易当事人与潜在的交易第三人发生权利冲突。〔60〕这样一来,交易第三人就不得不投入各种成本去核验拟交易数据的权属信息。对直接交易当事人与潜在交易第三人而言,虽然潜在交易机会使得他们之间比陌生人之间熟悉程度稍高,但毕竟不如数据各协作生产者以及直接交易当事人之间密切。因此,在这组社会关系中配置的数据财产权样态,可以比前一种情形更为丰富,或者说对数据财产权作中等的标准化处理即可。具体而言,至少可以确立具有排他性的权利(例如,独家许可使用中,被许可人享有“排他性使用权”;禁止转许可交易中,许可人享有“排他性经营权”)和不具有排他性的权利(普通许可使用权、允许转许可的许可使用权)。随着数据登记机制的建立和完善,此种权利模块将得到公示支持和法律确认,建构上述权利模块就更具有可操作性。“数据二十条”之(三)和(十五)强调探索建立“数据产权登记新方式”,在国家层面对此提供了政策支持。〔61〕

第三,在相对于数据协作生产者的关系中,各协作生产者分别享有“平行使用权”和“平行经营权”。在不少情形,数个主体协作开展特定生产经营业务(如快递公司与物流信息平台协作提供快递物流业务),并在业务开展过程中附带协同处理和持有同样的数据,都如“数据二十条”之(七)规定的那样,为数据的采集作出了“劳动或者其他要素贡献”。在此情形,各数据协作生产者都在事实上持有同宗数据,且都可能主张和行使一定数据财产权的正当性。〔62〕的确,大型数字化平台企业已经或者将会日益深刻地认识到数据的潜在经济价值,并越来越有意识地与协作生产者就数据权属作出事前约定。但区别于以数据生产或者流通为直接目的的交易情形,这类数据是各协作生产人在开展主营业务过程中附带形成的副产品,常常并不是当事人在协作初期的核心关切。大量数据协作生产者并没有足够意识或者动力在事前约定数据副产品的相互权利边界,因此需要在法律层面提供一套系统性的解决方案。〔63〕

由于这类主体之间存在协作关系,相互之间交往关系较为密切,因此没有必要确立高度标准化的权利样态,而应当允许当事人作出个性化约定。既无事前约定也难以事后协商解决的,原则上应当允许各持有人分别、完整地享有相应数据的财产权。(1)与物权法上的共有不同,

〔60〕 例如,数据保管人(如云储存商)无权处分他人数据;又如,在数据的许可使用交易中,即便许可人与被许可人约定以独占许可或者排他许可的方式开展交易,许可人也可能将数据再行许可给第三人使用;再如,被许可人违反禁止转许可的约定向第三人转许可。

〔61〕 除了发挥公示排他性权属的作用外,数据登记系统还可以同步发挥关于数据财产权的合法性确认、存证服务、公共管理等多重作用。参见黄丽华:《关于构建全国统一的数据资产登记体系的思考》,《中国科学院院刊》2022年第10期,第1431页。

〔62〕 在一方当事人委托他人代为采集数据或者帮助储存保管数据的情形,合同目的明确,受托方虽然持有数据,但通常并无自主持有的意思,也缺乏享有使用权和经营权的合理预期。

〔63〕 在另一些情形,虽有数个主体协作开展特定生产经营业务,但只有一个主体附带处理和持有数据,并面临其他协助主体的数据分享主张。“顺丰与菜鸟数据争议案”等就是典型例证。顺丰作为承运人与作为物流信息平台的菜鸟协作开展快递物流业务。顺丰曾与菜鸟同步持有在提供快递服务中获取的蜂巢快递柜取件数据,但后来关停了菜鸟的数据获取接口;菜鸟则要求顺丰分享该数据,并因此引发争议。但是,菜鸟是否有权请求顺丰分享数据的问题,在性质上主要是关于双方快递物流合作协议的解释问题(特别是要看是否影响合作开展快递物流服务的合同目的的实现),而不是数据权属本身的问题。不过,如果合同目的决定菜鸟有权获得该数据,仍然会引发数个主体同步持有同宗数据的现象和权属分配问题(但本案争议最终经国家邮政局协调解决,并未进入司法程序。参见国家邮政局的官方声明:《国家邮政局协调解决菜鸟顺丰数据互通问题》, <https://www.spb.gov.cn/gjyzj/c100015/c100016/201706/0db2813737134c3485827b3de43fd90a.shtml>, 2023年2月27日最后访问。有关本案的更多报道,参见《顺丰菜鸟“数据断交”:每天影响百万消费者》, <http://jingji.cctv.com/2017/06/02/ARTIXZA-xqBciYig95MMzGb73170602.shtml>, 2023年2月27日最后访问)。

各数据持有人可以并行自主使用、经营所持数据并取得相应收益，无须经过其他权利人同意。这主要是因为，有体财产的共同生产者或者买受人通常以相应财产的生产或者取得为直接交易目的，并共同为之作出专门投入，且在没有约定或者约定不明时可以根据投资比例进行实物或者价值分割。作为对比，数据的各协作生产方之间的交易目的通常并不在于取得数据本身，只不过在协作开展其他业务的过程中附带地生成了数据副产品。各方通常没有为数据作出专门投入，更谈不上确定投资比例和生产贡献。因此，在这类协作生成的数据副产品上不宜采取共有规则。相反，平行地赋予各持有人数据使用权和经营权是一个更妥当的方案。^[64]这样不仅不与各交易当事人的交易目的和预期相抵触，而且会更充分地拓展相应数据的利用空间和经济价值（特别是因为存在供给竞争关系而降低需求方的数据获取成本）。实际上，我国一些数据交易所自主制定的交易准则已经对这类数据设立了平行使用权和平行经营权规则。^[65]（2）这也不同于数人分别占有数宗相同有体财产时的权利样态。由于有体财产不具有低成本复制的特点，每人可以分别享有其所占有财产的所有权，一人对一宗财产所有权的行使不影响他人的财产价值和权利行使。数据则不然，各数据持有人的对外经营权之间可能存在竞争关系，甚至可能因为一个持有人的放弃行为（如公开数据并允许免费复制）而彻底丧失交易价值。而且，鉴于此类数据的副产品属性以及各协作人之间的交易目的和预期，其他持有人也没有充分的正当性阻止此种弃权行为。（3）这更不同于专利权的先申请原则，在同时发明同样技术的数人之中，先提出申请的发明人将排除其他发明人而独享专利权。

此外，在广义的数据财产权谱系上，那些以数据生产或者流通为直接目的的交易当事人之间，也存在数据财产权确定问题。只不过这类问题属于合同法调整的范畴，区别于前述三种社会关系中的数据财产权。这类当事人不仅有明确动力和机会开展专门磋商，而且常常会根据个性化的商业需求约定纷繁复杂的数据财产权样态，因此不需要在法律上对其作任何标准化处理。不过，出于节省谈判成本和争端解决成本考虑，可以在合同法层面对这类当事人之间的财产权样态作倡导性的标准化，在合同约定不明时起到补充的解释作用。^[66]至于具体应当配置何种补充性规则，已经超出了本文讨论范围，需结合数据生产和流通的特点开展进一步研究。

（三）标准化财产权的限度

为了尽量减少财产权的负外部性，除了正面确立数据财产权利人在不同社会关系中的权利模块，还有必要从反面规定数据财产权应当受到的限制。^[67]有体物财产权面临权利取得（如毒品上不得成立财产权）、权利内容（如相邻关系）和强制剥夺（如善意取得）等私法上的限制，以及征收征用等公法上的限制。^[68]这种正面和负面相结合的确权法律技术在股权、知识产权等无形财产领域同样适用，并同样可以用于解决数据财产权可能引发的负外部性问题。

数据财产权人首先要面临来自各类信息来源主体之各种法定在先权益的常态化限制。其

[64] 当然，各持有人在使用和经营平行持有的数据时，不得侵犯其他持有人的商业秘密等在先固有权益。

[65] 例如，上海数据交易所制定的《流通数据处理准则》第4条第4款规定：“持有合法正当来源的相同或类似数据的数据持有人享有相同的权利，互不排斥地行使各自的权利。”

[66] 至于直接交易当事人之间订立的合同可能涉及的外部性问题，并非数据领域的独有问题，而是合同法领域的普遍问题。

[67] 这也符合近现代财产权制度发展史上的一般规律，即一方面尽可能明确财产权人的权利排他性，另一方面通过各种法定限制措施避免不正义。See Henry E. Smith, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 (S2) *The Journal of Legal Studies* 453, 459-460 (June 2002).

[68] 参见前引[44]，谢鸿飞文，第6页以下。

次，他人有合理使用需求时可以直接获取和使用公开数据，而不必经过数据财产权利人同意，也无需支付使用对价。这与相邻关系人的必要利用、著作权的合理使用制度有诸多相似之处。第三，数据财产权人凭借数据优势滥用市场支配地位、妨碍市场竞争的，如果滥用行为直接关涉数据本身的交易，数据持有人则可能面临民法典第494条确立的强制缔约规则的约束，不得拒绝他人合理的数据交易请求。第四，政府部门出于公共利益保护之必需，可以依法定职权和程序强制数据持有人披露和提供相关数据。^[69]

尽管数据持有人的财产权面临前述限制，但与有体财产权和知识产权面临的限制类似，这些限制本身是以法定例外的形式出现的。信息来源主体的法定在先权益和政府部门基于公共管理需要而施加的限制，自不待言。他人的合理使用也需要在使用目的和范围上满足合理性要件，为应对滥用市场支配地位行为的强制缔约要求更是需要满足反垄断法上的严格构成要件。若无法定正当事由，他人或者政府部门不得随意获取数据持有人自主管控的数据，也不得随意侵扰或者干涉数据持有人自我使用和对外经营数据。

即便是他人对公开数据的获取利用行为，也不例外。虽有行为规制论主张通过“一事一议”的方式事后个案评判爬取行为的正当性，法院在最初面对“数据爬取类”案件时也需要通过“一事一议”积累裁判经验，但在此种模式下，数据持有人与获取人之间的权利边界明显缺乏可预期性且易发生机会主义试探获取行为。近年来，随着此类案件的增多，法院逐渐凝聚了较高的数据财产权规则共识。除了经数据持有人同意使用^[70]和合理使用这两种正当事由外，规模性地获取他人持有数据的行为原则上构成侵权。从域外来看，历经长达五年的多级审理，备受关注的“hiQ实验室诉领英数据爬取案”近期尘埃落定。美国法院最终也确定，他人不得违反与公开数据持有人的用户协议规模性地抓取和使用数据。^[71]在此背景下，将在多次“一事一议”中积累的规则共识上升为一般性规则，在满足他人合理使用需求的同时，有助于解决行为规制模式导致的权利不确定性和机会主义试探获取问题，也有助于增强包括公开数据和非公开数据在内的财产权规则的体系性。

（四）标准化的开放性问题

为了保证数据财产权能够有效回应未来不断新增的数据利用方式和权利主张，数据财产权体系，无论是正面确立的财产权利还是反面施加的权利限制，都需要保持一定的开放性。

在有体物财产上，即便许多法域秉持物权法定原则的严格限制，随着社会生产和人们交往方式的日益丰富，物权的开放性也得到了不同程度的拓展。相较于原物权法，民法典在物权编新增了居住权这一用益物权类型；承认了土地经营权，^[72]放宽了对农村土地的权利分割限制；将海域使用权、土地经营权扩展为抵押权客体，明确规定应收账款质押的客体包括未来的

[69] 有关数据权利可能受到的限制的研究，参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，《清华法学》2021年第6期，第89页；Andreas Wiebe, *Protection of Industrial Data: A New Property Right for the Digital Economy?*, 12 (1) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 68-69 (2017).

[70] 同意也可以是默示的，且常以商业惯例的面貌出现，典型如高德地图和百度地图之间相互默许的互爬实践。

[71] See *LinkedIn Wins hiQ Lawsuit*, LinkedIn Company News, Dec. 6, 2022, <https://news.linkedin.com/2022/december/hiqlinkedinlawsuit->; Sarah Wight, *Major Win for Our Members in Court Ruling Against Personal Data Scraping*, No. 4, 2022, <https://blog.linkedin.com/2022/november/4/update-hi-q-legal-proceeding>; 郑雪：《领英大战 hiQ 五年迎终审，数据爬取与隐私保护诸多问题仍待厘清》，《21世纪经济报道》2022年12月9日，<http://www.21jingji.com/article/20221209/herald/bc53fb40d56d51e8f900367281ba961a.html>, 2023年1月25日最后访问。

[72] 尽管既有研究对土地经营权尤其是流转期限为五年以上的土地经营权到底是物权还是债权存在不同理解，但其至少具备了成为具有对抗效力的财产权的条件。

应收账款，且承认了非典型担保的效力等。数据财产权同样是渐进发展的，从早期经个案裁判确立的竞争性利益、竞争性财产权益，逐渐发展到“数据二十条”明确承认的数据持有权、使用权和经营权，再到一些数据交易所制定的交易准则在协作生成的数据之上确立的平行使用权和平行经营权。

面向未来，数据财产权应努力保持一种开放性的标准化权利体系，为其权利模块和分割方式留下更多空间。从正面看，未来会有更多今天无法想象的数据利用实践，需要通过法律确认其权利内容。从反面看，随着数据利用实践的发展，数据财产权人行使权利引发的社会负外部性也可能随之增加。因此，对数据利用的限制同样需要保持一定的开放性，尽管权利限制通常以法定例外的形式出现。例如，为了维护数据安全，数据处理者对数据的销毁义务未来也可能构成对数据处理者的一种限制。^[73]

五、数据财产权标准化的经济意义

根据数据持有人与各类社会关系相对人的交往特点，对数据财产权作不同程度的标准化处理，明确数据持有人在相应社会关系中的权利模块和边界，有助于在多个层面实质降低各方当事人在数据生产和流通过程中的经济成本，从而提高数据生产和自用水平，增强交易信心，节省交易费用，解放和发展数据生产力，促进数字经济转型和助推数字文明建设。前文在评述确权与不确权两种方案对数据要素市场各参与者的行为影响时，在不同程度上评论到这两种模式的社会经济效应差异。现作一系统评述，以便更好地阐明数据确权的经济社会意义。

（一）面对陌生人的财产守护成本和商业挫败损失

在行为规制论提倡的事后个案确权机制中，持有人在用户协议中事前安排的数据获取条款几乎不会被严肃对待，单方获取行为（特别是爬取行为）的合法性以及不法获取的赔偿数额需要诉诸事后的零散判断。如果仅从需方的获取便利性和及时性上看，如此的确有助于降低其获取成本，至少节省了其与数据持有人的谈判成本。然而，如此却会让数据持有人和潜在获取人都面临较大的权属不确定性。即便法院事后认定特定爬取行为构成不法侵害，在确定损害赔偿数额时也容易偏离双方均愿接受的价格预期，并进一步加剧数据财产权及擅自获取成本的不确定性。

上述不确定性很容易诱发潜在需方的机会主义试探获取行为。特别是在数据持有人利用公开数据提供服务的商业模式中，持有人不得不公开展示数据，他人更有机会和动力去试探，以冒险追逐不确定性带来的投机利益。但是，这不仅会增加投机获取者的一系列试错成本和司法争议解决成本，而且常被行为规制论者忽略的是，这会促使数据持有人在面临规模性获取风险时付出不菲成本加大技术保护措施投入，^[74]以防止他人轻易搭便车并获得竞争优势。当反爬技术措施成本高到一定程度后，数据持有人则可能采取更保守的商业模式，降低数据公开品质、提高访问门槛甚至放弃开展相应经营活动。这不仅徒增网络服务提供者的商业挫败损失，^[75]还会降低广大用户可以获得的服务品质。

相比而言，事前确定数据持有人面对陌生人的财产权利，不但有助于明确双方预期，减少

[73] 参见赵精武：《从保密到安全：数据销毁义务的理论逻辑与制度建构》，《交大法学》2022年第2期，第28页以下。

[74] 参见前引[52]，崔国斌文，第17页。

[75] 参见唐郡：《数据基础制度奠基：淡化所有权，优先流通》，《财经》2022年第19期，第12页以下。

潜在需求者的投机试错成本和数据持有人的财产守护成本、商业挫败损失，而且不会实质性阻碍数据在市场机制下的流通利用。此外，对于非公开数据，虽然确权与否一般不会影响数据持有人的财产守护成本和商业挫败损失，但如前文所述，在确权的背景下其更有信心和动力将数据投入市场流通。

（二）交易中的权属识别成本

除整体转让外，出让人与受让人在数据交易中常常持有同样的或者密切关联的数据。因此，确保出让人与受让人在约定的权利边界范围内行使权利至关重要。例如，在独家许可交易中，被许可人在许可范围内享有排他性使用权，许可人在许可范围内不得再度许可第三人；在禁止转许可交易中，许可人仍然保留了相应数据的排他性经营权；在担保交易中，提供担保的数据持有人的经营权也将受到相应限制，凡此等等。将这些数据财产权样态作标准化处理并予以公示，将有助于节省交易第三人的权属信息获取成本。“数据二十条”明确回应了关于是否建立数据权利登记机制的学术争论，^[76] 强调探索建立“数据产权登记新方式”，且目前正在国家和地方层面快速推进，这将大幅减少交易第三人对此类权属信息的获取成本。

数据确权反对论者认为，如果确立数据财产权，需方就需要寻找权利人并与其磋商，这会增加权属识别成本及交易谈判成本。^[77] 数据确权的确会引发此类成本。但是，数据毕竟存储在特定物理介质上，可以从控制介质的主体处与权利人取得联系，在信息时代确定权利人并不困难；而要确定登记的数据权利人，则更为便利。在确定权利人后，如果需方认为该宗数据能满足自己的需求，其可以与权利人展开谈判，通过合同交易实现数据流通。^[78]

实际上，对于非公开数据，即便不确权，需方想要获取数据，仍然需要与数据持有人谈判，付出谈判缔约成本。原因很简单，数据持有人通常会以该数据需要专门收集或者加工为由，拒绝需方的免费获取请求。对于公开数据，需方在不确权时固然不用面临权利主体识别成本和谈判成本，但如前文详述，这些成本并不会实质阻碍有价值数据交易的磋商和展开，却会实质降低需方在权利模糊状态下的投机试错成本和数据持有人的财产守护成本、商业挫败损失。从更宏观的社会角度看，不确权还会影响数据持有人（特别是专门非副产品类数据）的生产积极性以及整个数据产业链中的资源供给品质，并不经济。

（三）交易当事人之间的谈判及归属确定成本

潜在交易相对人识别权属信息后，有助于推进数据交易。这既包括数据财产权人对一般财产权或者部分使用权、经营权的让渡性交易，也包括当事人协作生产、利用数据的非让渡性交易。在这些交易中，在数据上确立标准化的财产权有助于节省交易当事人的缔约谈判成本。

1. 让渡性交易当事人的缔约谈判成本

随着数据技术水平的不断提高，数据利用方式会不断拓展，数据交易形式也会更加丰富。但常见的数据交易会逐渐形成相对稳定的形态。例如，在持有人许可他人使用数据的让渡性交易中，由于直接关系到交易对价高低，当事人通常会在合同中约定数据的用途、用量，被许可

[76] 支持设立数据公示系统的研究，参见前引〔5〕，龙卫球文（《数据新型财产权构建及其体系研究》），第75页；方印、魏维：《数据信息权利的物权法保护》，《西部法学评论》2018年第3期，第30页等。反对观点，参见高富平：《数据流通理论——数据资源权利配置的基础保护》，《中外法学》2019年第6期，第1412页以下；前引〔7〕，金耀文，第83页等。

[77] See Pamela Samuelson, *Privacy as Intellectual Property?*, 52 (5) *Stanford Law Review* 1135 (2000).

[78] 如果是公共数据，则可以在满足特定条件时请求开放共享。参见王锡锌、黄智杰：《公平利用权：公共数据开放制度建构的权利基础》，《华东政法大学学报》2022年第2期，第64页。

人是否享有排他性使用权、转许可权或者更大范围的对外经营权等。在数据上确立标准化的财产权，可以用简要凝练的语言表达丰富的内涵，如“排他性许可使用权”“普通许可使用权”足以涵盖被许可人是否独占性享有使用权的各种情形；“转许可权”的有无，也简明扼要地代表着被许可人可否将数据二次流通。短短几字便足以让交易当事人快速明确不同的交易内容，从而避免每次交易都事无巨细地从头谈起，节省其缔约谈判成本。

2. 非让渡性交易当事人的归属确定成本

在多个数据处理主体协作生产数据或者就一宗数据开展合作利用的非让渡性交易中，确立标准化的数据财产权同样有助于节省关于新生或者衍生数据的归属谈判成本和谈判机制系统性缺失时的争议解决成本。一方面，如前所述，数据的“副产品”属性决定了大量情形中的数据协作生产者没有足够的意识和动力就此作出事前安排，面临系统性的权属约定缺失。在此情形，在事前设置一套数据财产权归属规则，有助于节省事前谈判成本和事后争端解决成本。另一方面，事前在数据上确立财产权，还有助于节省数据合作利用中的剩余价值〔79〕归属确定成本。数据持有人除自我使用、许可他人使用或者向他人整体转让数据外，还可将数据作为一种生产性投入，用于与他人合作从事特定生产经营活动。如果将数据作为设立或者加入法人、合伙等商业组织的投资，则需要将其与自己的财产进行区隔，使之成为组织体的财产。〔80〕但是，如果仅仅将其用于与他人开展一般性合作（而非设立或者加入商业组织），在合作结束后，该宗数据及其利用过程中伴生的其他数据的归属问题，同样容易发生争议。如果当事人无法通过协商解决，事前确立的数据财产权亦能有效节省此类归属确定成本。

（四）破产和执行风险的规避成本

由于将实践原型局限于公开数据，确权反对论者更没有注意到数据确权对于解决破产情形下的数据财产取回问题〔81〕以及强制执行程序中的案外人合法权益保护问题〔82〕的重要意义。例如，一宗数据的权利人甲与乙公司订立合同，由乙提供数据云存储服务，当乙破产时，如果不确立数据财产权，权利人甲将缺乏取回该宗数据财产的法律依据。该数据可能会被认定为破产财产，权利人仅能作为普通债权人。类似地，如果不确立数据财产权，当云存储服务提供商乙成为被执行人时，作为案外人的权利人甲同样可能面临其依据民事诉讼法第234条提出的案外人异议不被支持的风险。为规避此类风险，数据持有人只能采取其他替代性措施（如改进自身数据存储技术，以增强自身数据存储能力和安全防范能力），并需要为此支付额外的技术改进成本。如果确立了数据财产权，前述问题便能迎刃而解。

结 论

数据作为一种新型生产要素，大幅提升了我们对社会组织和运行规律的认识水平，并正在持续放大和增强传统生产要素的生产力，不断改善和发展社会生产关系。但大数据需要大智慧，〔83〕

〔79〕 参见前引〔56〕，Merrill文（*Property as Modularity*），第152页；前引〔6〕，Thouvenin等文，第128页。

〔80〕 此时，数据已属于组织体财产，该组织体终止时剩余财产的分配，依据组织法的有关规定。

〔81〕 有关破产程序中数据权益保护的研究，参见前引〔5〕，纪海龙文，第85页；前引〔6〕，Thouvenin等文，第118页；程威：《破产程序中数据权益之保护——以信义义务为视角》，《财经法学》2022年第4期，第115页以下。

〔82〕 参见前引〔5〕，纪海龙文，第85页。

〔83〕 See Andrew McAfee & Erik Brynjolfsson, *Big Data: The Management Revolution*, 90 (10) *Harvard Business Review* 60 (2012).

特别是需要一套与数据生产要素的形态和特点相契合的现代权属观念与方案。具体到数据之上应否确权的问题,一方面,我们需要贴近数据要素的流通复用实践,结合数据要素市场的真实运行逻辑准确评估各种数据财产权益制度方案的社会经济效果,避免因诉诸过于朴素的经验直觉或者脱离事实原型简单适用某种理论而产生误判。本研究表明,在数据上确立财产权的方案给数据流通复用造成的障碍远没有想象的那么大,相反,此种方案有助于从多个方面大幅节省数据生产和流通复用的经济成本,从而更好地发挥数据要素的经济价值。另一方面,面对诸如数据财产权益制度安排这类新兴产权问题,我们当然需要十分清楚地认识到数据与传统实物之间的重大差异,但这并不意味着可以忽视甚至直接抛弃人类社会在财产权制度发展进程中形成的一般经验。相反,从“财产权标准化”的一般经验出发,根据数据财产权人与不同社会交往对象之间形成的社会关系特点,分别构建相应标准化程度的数据财产权样态,有助于构建系统且富于解释力的数据财产权体系。在更为一般的意义上,当传统制度和学说面对包括数据科技在内的新生科技的挑战时,我们仍然不能轻易放弃对理论融贯性和体系性的追求,特别是应尽可能地避免诉诸零散的个案判断来解决数据权属这类系统性问题。

Abstract: Currently there is a prevailing theory on whether it is necessary to introduce a property right regime on data. According to his theory, on the one hand, the delineation of data property rights is neither feasible given the inherent uncertainty of data nor economical as it will hinder the flow and reuse of data; on the other hand, the introduction of a scenario-based behavioral regulation model, supplemented by contract negotiation mechanisms premised on party autonomy, has rendered the property rights-based entitlement mode unnecessary. However, this theory fails to adequately apprehend the logic of the data market and therefore overstates the impediment created by property rights-based entitlement to the data flow. It also fails to fully understand the property rights-based thinking implicit in the behavioral regulation mode, let alone the overall socio-economic implications of such entitlement. Entitlement does not necessarily mean the establishment of an independent category of property rights. Instead, it needs to follow the general principle of “standardization of property rights” to construct data property rights modules standardized to the extent corresponding to the social proximity of the right holder with related subjects. Standardization of data property rights can substantially reduce transaction costs during the interactions between data holders and other subjects and improve data production and the efficiency of data circulation.

Key Words: data property right, behavioral regulation, right to hold, right to use, right to manage
