

经济正义视角下数据确权原则的建构性阐释

武西锋 杜宴林

摘要 数字经济是一种全新的经济形态,数据确权原则无疑是其中最本质、最根本的问题。中国正在经历一场从脱贫致富迈向共同富裕的重大政策变革,数字经济缺乏的不是经济效率,而是社会的公平正义。因此,数据确权原则的建构,应当在坚持以人民为中心的发展理念的指导下、共同富裕的发展战略部署下展开,以承载更高的价值追求。当前,不少研究机械地套用科斯定理,基于效率原则主张将数据确权于平台,这必然会进一步扩大数字鸿沟与财富鸿沟。努力实现经济正义是中国经济发展的价值取向,这将必然成为数据确权原则的逻辑起点。数据是消费者的数据,把数据赋权于消费者个人,是经济正义的内在要求。数据的非竞争性也使权能分离得以可能,只要满足平台的数据获取和使用需求,消费者数据产权不仅不会降低数据效率,反而有利于促进财富最大化,更重要的是能够实现全社会的公平正义。因此,“政府监管、个人所有、平台使用”理应是我国数据确权的最佳选择。

关键词 数字经济;数据确权;效率与公平;数字平台企业;共同富裕;个人信息保护;平台反垄断;数据权属

中图分类号 D90;F01 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)02-0176-09

基金项目 国家社会科学基金重大项目(17VHJ007)

众所周知,我国经济正逐渐进入数字经济时代。作为一种新型经济形态,数据成为其核心生产要素。所谓数据,是指与消费者有关,能够创造经济价值的非个人性数据(non-personal data)^[1](P4),其确权以及产权归属无疑事关所有者对数据的控制能力以及将数据转化为财富的能力^[2](P4)。但数据关涉的平台和个人双方,却是传统产权理论所未触及的新事物。这无疑意味着,数据确权已然成为重大棘手的问题——数据该确权于平台,还是消费者个人?当前,学界对此的研究主要集中于经济学界,他们多基于科斯定理,以“经济效率—财富最大化”为原则,主张把数据确权给平台,此即数据确权的“效率观”。但这种效率优先的致富观也带来了诸多价值失衡及发展性矛盾。尽管新近出台的《中华人民共和国数据安全法》为解决数据安全和权属问题提供了一些重要遵循,但仍有一些原则性问题和具体问题有待进一步确认和澄清。

为此,本文尝试采取解构与建构并重的思路逐一阐释,本文先梳理目前学界效率观数据确权理论及其由来,并在此基础上结合中国语境依次进行解构和批判,以社会公平正义为价值内核、纾缓经济效率与公平正义之张力为抓手,原则性地重构数据确权的理论框架。

一、一个有待商榷的原则:数据确权的效率观

近年来,学术界尤其是经济学界积极回应时代发展和国家需求,对数据确权问题展开了研究,并主流地基于“效率观”得出结论:应该赋权于平台享有数据产权,以实现财富最大化,才是更有效率的^[3](P9);数据是平台企业投资的产物,故其产权理应归投资人或平台的投资者^[4]。无独有偶,尽管法学界

相对沉寂,但也“以效率为主要价值考量”,主张“应将个人数据产权赋予企业”^[5](P131)。然而,该主张既不符合各国立法例和全球发展走势,也不符合中国发展数字经济的战略部署,还缺乏相关政策、法律、法规的确认。

(一)“效率观”之初步批判:对各国数据确权观的检视

时至今日,世界主要国家和经济体都已进入数字经济时代。既如此,考察各自的实践做法及相关代表性学说,无疑可以为我们提供有益镜鉴。当然,在学科视角上,根据研究的需要,我们将鸟瞰经济学、法学以及其他相关学科的研究成果。考察表明,数据确权相当复杂,绝对不可简单化处理,尤其不能一刀切地赋权于平台。恰恰相反,大多情形下,数据应赋权于消费者个人,至少必须视具体情况而定。

就法学而言,学界往往从公民权利尤其是隐私权的法律保护角度展开数据确权的理论构思,并最终赋权于消费者个人。当然,作为法学的永恒主题,权利之为权利,“要么是因为它自身直接对一项共同的善必不可少,要么是因为一个权威确认,对它的持有被认为是必须的”^[6](P103)。数据确权也不例外,确权于消费者,无疑表达了这样一种共识性的权利规范性立场,即由于数据确权问题往往与消费者权利纠缠在一起,那么赋权于消费者个人,对文明社会生活的共同善意义重大。这一点,从美国 Schwartz 教授将之解读为“个人信息商品化”的确权路径可见一斑,他将个人信息或数据视为可以自由转让和流通的无形商品,并提出了由五项内容组成的法律保护模式,目的是形成一个既尊重个人隐私又维护民主秩序的市场——一种共同善的市场^[7](P2056)。该法律保护模式包括:自由转让个人信息的权利,强制平台披露交易条件的违约规则,市场参与者(消费者)的退出权利,建立防止平台滥用市场支配地位的损害赔偿制度,以及监管数据市场和惩罚侵犯隐私行为制度。美国纽约大学的 Laudon 教授也建议,“以市场为基础”(a market-based)的隐私权法律保护路径,主张赋权于消费者个人,然后通过消费者与平台之间的谈判实现隐私权法律保护与数据市场价值的平衡。他指出:“我相信,通过市场化的操作方式来加强现有的隐私法律基础是可能的。”^[8](P93)

就经济学而言,其研究成果也同样倾向于确权于消费者享有数据产权。美国国家研究局的实证研究发现,“当公司拥有数据时,公司会过度使用数据,不仅不尊重消费者隐私权利”,而且还会“储藏数据而限制其他公司使用,从而降低数据的社会性价值”,而只有将“数据产权授予消费者才能产生最优的资源分配,消费者通过平衡隐私与出售数据带来的经济收益做出最佳选择”,这才是“数据确权最佳安排”^[9](P2857)。而德国马尔堡大学的 Kerber 教授不仅反对赋权于平台,主张消费者享有数据产权,而且认为单独某一领域的法律保护是不够的,应当创制更多的法律规则,为消费者数据确权提供综合化的法律保护方案,以此强化法律保障功能。他还直言“效率观”的错误在于:“经济分析通常仅仅聚焦于数据信息对增加财富的影响,但是这通常无法抓住隐私权这一基本权利的规范面向,由此造成了隐私权与经济效能之间的张力。”^[10](P857)这一观点极具震撼力,强烈表达了经济学界自身已开始对单纯的“经济效率—财富最大化”确权原则进行反思和反对。

法国埃塞克商学院的 Dosis 和 Sand-Zantman 教授对数据确权的研究更为精细,他们认为,数据产权的界定对市场参与各方具有重大经济影响,应当实证检验不同产权模式的效果,以最终确定数据产权归属。也即数据产权最优配置取决于数据创造市场和数据使用市场的权衡:如果前者更加重要,消费者就应该拥有数据;如果后者重要,就应该赋权于平台^[2](P3)。这可以视作数据确权的“条件观”,是数据确权问题上的第三条道路。但无论怎样,赋权于消费者无疑是其中的当然选项。

理论研究如此,实践上也不遑多让。欧盟作为世界上影响最大的经济体,其制定的《通用数据保护条例》被认为是最严格的个人数据信息保护法案。欧盟将消费者数据作为隐私权,纳入公民基本权利范畴,要求所有欧盟国家予以保护。2019年1月28日,法国基于该条例对谷歌公司(Google)首开巨额罚单,其基本意图就在于改变企业将收集到的消费者数据视为自有资产的做法,将数据确权于个人,加强消费者个人对数据的控制,也即企业仅仅是受用户托管使用数据而非拥有这些数据,数据“应当归个人

所有”,“数据所有权完全界定在个人身上”^[11](P28)。继欧盟之后,美国加利福尼亚州议会制定了《2018年加州消费者隐私法案》,同样严格保护消费者数据:不仅适用于加州所有的数据平台企业,而且适用于所有收集使用加州公民数据信息的全球数字平台企业。

综上所述,尽管数据确权问题相当复杂,但世界通行的惯例是,反对简单赋权于平台,让消费者拥有数据产权。

(二)“效率观”之再批判:中国数字经济是否缺乏效率

尽管的确存在商榷之处,但“效率观”确权理论通常还以最容易打动人的后果主义考量引发人们的现实思考和担心:如果不把数据产权赋予平台,可能会扼杀数字经济乃至中国整体经济的效率。事实果真如此?

显然,这种“效率观”后果主义担忧的背后,仍然奉行的是经济学研究范式中最重要财富最大化的理论和实践逻辑——一切经济活动的初始和终极目的均在于创造更多的财富。所以,受此影响的法律经济学、新旧制度经济学等尽管也接轨正义、公平等伦理价值,但通常也是以效率来诠释正义:“所有的法律活动和全部的法律制度都应当以有效地配置资源、最大限度地增加社会财富为目的。”^[12](P68)

这种进路在中国有深厚的现实根源。近代中国饱经沧桑、积贫积弱,必须强国富民、振兴中华。新中国建立之后,这种强国梦依然是国民的共同心愿。40多年来的改革开放历程为中国找到了一条有效的发展道路,即效率优先,经济增长。有效性累积合法性,效率因此也几乎成为一切决策的逻辑底色,成为一切经济制度乃至法律制度的基点。但凡谈及经济乃至法律领域的相关制度设计,人们首先想到的是效率。虽然有不少学者已经注意到其中的弊端,并提出效率与公平并重的发展理念,但整体而言效率仍然是首要衡量标准。由此不难理解,在当前数字经济高歌猛进的背景下,平台数据产权的主张何以如此大受欢迎。其潜在逻辑无疑就是效率,认为只有将数据赋权于平台,才能创造出更多财富,否则将扼杀数字经济乃至中国整体经济的活力。由此,“效率观”自然也成为数据确权于平台的不二选择。

就经济而言,不可否认,始终保持经济不断增长对于保障和改善民生具有特别重要的现实意义。但是,就本文所关注的焦点而言,我们认为,当下中国应把社会公平问题放到经济社会发展更加突出的位置,实现从“效率优先、兼顾公平”到更加注重“社会公平正义”的转变。相关数据可以佐证。首先,从经济增长来看,2020年第一季度新冠肺炎疫情之下,中国经济确实同比下降6.8%,但是在疫情得到基本控制之后的第二季度,经济同比增长3.2%,第三季度增长4.9%,第四季度增长6.5%,全年增长2.3%。中国是全球主要经济体中唯一实现经济正增长的国家^[13],在发展的效率上可圈可点。其次,具体到数字经济领域,数字经济在2020年也不可思议地逆势增长,规模达到39.2万亿元,比2019年增加3.3万亿元,保持了9.7%的高位增长,占GDP的比重达38.6%,该增幅是同期GDP增速的3.2倍多^[14](P5)。截至2020年底,我国市场价值超10亿美元的数字平台企业已经达197家,较2019年增加23家,价值规模达3.5万亿美元,同比增长56.3%^[15](P6)。由此可见,即使面临新冠肺炎疫情所带来的严峻考验,中国经济尤其是数字经济依然实现了规模、数量等各方面的快速增长。事实表明,对数字经济缺乏效率的担心是多余的。

我们再观察两组数据。一是最近两年中美富豪榜的对比情况。据权威消息,2020年疫情之下,中国内地创纪录地有400位富豪上榜全球亿万富豪,财富总额达2.11万亿美元,相比2019年增加了0.82万亿美元,而美国400位富豪榜的总财富只增加0.24万亿美元,新上榜者中国有68位,美国只有18位^[16]。2021年,中国内地富豪人数已经超过美国,达到626名,资产较上年增加5万亿美元^[17]。二是目前中国低收入群体的收入标准及人口规模。根据2018年国家统计局公布的标准,月收入在2000元以下者为低收入群体,2000-5000元者为中等收入群体,据此测算,目前我国大约有6.1亿的低收入群体^[18]。而且我们有理由相信,随着中国经济全面进入数字经济时代,数据拥有上的差异及算法等技术差异所造成的数字鸿沟必然会持续拉大经济不平等,如果不严加防范,这种数字鸿沟极有可能演化为财富鸿沟,进一步恶化社会的公平正义。

上述事实深刻地表明,当下中国经济应当更注重经济正义,应当以实现社会的公平正义为皈依。对此,经济正义论的集大成者马可·弗勒拜伊指出,中国应当将社会正义之考量,“通过社会财富的财产权和个体效能的策略嵌入在财富经济之中”^[19](P665)。而法国著名经济学家托马斯·皮凯蒂也认为,当下中国正全力以赴发展经济,试图通过经济的高速发展改变穷困人口的命运。短期看,这种发展模式给社会带来了巨大财富,能有效改变贫富落差和发展格局。但长远看,除非更加注重社会的公平正义,否则不大可行。因为在此过程中,经济结构、人与人之间的经济利益和社会身份均会发生深刻变革:下岗工人、失地农民、资源破坏以及相应的财富分配不公、社会两极分化,等等。基于此,所以他的大致结论是,若国家或政府能保证更均等地分配社会财富及其相应的经济权力,努力实现共同富裕,那么,这种中国模式才可以实至名归——结构上更加平等、面对私人利益更加注重保护公共福利^[20](PⅦ),且行稳致远。

由此可见,在当下的中国,效率与公平应当被视为经济活动的两大目标,两者相互关联、不可偏废,尤其要更加注重社会的公平正义。毕竟过往的经验一再表明,正义“恰恰才是效率得以实现的前提和条件”^[21](P28)。这就是说,对数据确权问题的思考必须超越数字经济本身,放置在中国经济社会发展的大格局中,放置在共同富裕的新发展道路中进行慎思,以调和经济效率与公平正义的矛盾。这也意味着,在制度尤其是数字经济的产权制度设计上,我国必须把坚持以人民为中心的共同富裕作为经济社会发展的原则,以公平正义为引领,重塑共同富裕的经济发展道路,“正确处理效率和公平的关系”^[22],以确保社会的公平正义。

二、科斯定理解决方案的内在缺陷与真正贡献

这样看来,“效率观”数据确权原则的确未切中我国发展数字经济的要旨,但其内在的科斯定理逻辑对数据确权的可能启示也是不可不察的,毕竟这是“效率论”者的核心理据。我们的分析表明,科斯定理对数据确权的真正贡献仅仅在于其方法论意义,而非提供现成的解决方案。要建构符合现实需要的数据确权理论框架,必须从中国实践出发,凸显数据确权的中国特色。

(一) 科斯定理与数据确权的内在关联

科斯定理也即科斯关于产权配置的思想。在科斯看来,产权界定的目标是追求经济效率,不同的产权界定会带来不同效率的资源配置:在没有交易成本的情况下,初始产权的任何配置都不会影响经济效率和社会财富;但是交易成本总会存在,当交易成本为正时,不同的产权界定对效率和财富的影响不同,有效的产权制度能够提供较大的社会财富;政府通过法律制度安排界定产权,应当把产权界定给能够使财富最大化的一方^[23](P76)。因此,从这个角度可以说科斯定理其实就是产权定理。他以妨害侵权的相互性问题为例进行了分析,认为解决产权配置的关键是要避免更严重的损害,也就是权衡哪种资源配置方式更有效率,能创造最大的财富,通过权衡最小成本和最大产值实现生产要素的最佳配置^[24](P837)。由此,权利配置事实也就是一种损害配置或获得了法律认可的“合法损害”配置,但这种法律认可的“合法损害”背后蕴含着经济学研究一贯崇尚的效率原则——一种可计算标准,以保证总量上的最大化。

数据确权也存在类似的相互性问题:平台使用数据往往侵犯消费者隐私,而加强消费者隐私保护会限制平台数据使用效率,从而降低财富产出。由此,问题的相似性以及科斯定理在中国的巨大影响力,致使不少学界同仁在数据确权上纷纷诉诸科斯定理,从效率原则出发认为平台应当享有数据产权。

(二) 数据确权与被误用的科斯定理

科斯定理所描述的市场是完全竞争的市场,生产要素是对抗性、排他性的,市场相关主体可以通过谈判将资源配置给能够创造最大财富的一方。排他性的生产要素最终只能由市场一方主体占有和使用,资源配置的结果在主体上具有唯一性,财富最大化的一方最终享有产权。这一点突出体现于“养牛和种植谷物”的经典案例中。在该案中,产权究竟应当界定给谁,取决于谁能创造更多的净剩余。如果养牛创造的剩余多过种植谷物创造的剩余,产权就应当界定给养牛者;反之,则应当界定给种植者^[24]

(P838)。但是,我们必须清楚认识到,由于数据具有非竞争性,数字经济中的生产要素及其性质已发生根本性变化。数据的非竞争性意味着在技术层面上,数据可以被无限地使用,任何平台都能够同时使用这些数据,而不降低其他任何平台或机构对这些数据的获取和使用效能。这也就是说,数据可以在更广泛的意义上使用,权利内部构成更加灵活,数据所有权和数据获取权的权能分离得以可能:消费者拥有数据产权并不会阻碍平台对数据的获取和使用,也就不会影响平台利用数据从事经济生产,自然也不会降低经济效率以及对社会财富最大化的追求。由此,套用科斯定理进行确权论证,显然属于误用。

除了非竞争性特质之外,数据还具有公共性或准公共性特征。也即就单独的个体而言,其信息具有个体性,但是当大量的个人信息汇集在一起形成巨大的数据库时,数据资源就具有了公共产品的属性。比如,国家可以利用数据信息破获跨地区网络诈骗犯罪等多种新型犯罪,也可以寻找失踪儿童,推动侦查从人工侦查向智能侦查转变。然而,相关研究已经表明,一旦授予平台独占性的数据产权,平台将垄断具有公共产品属性的数据,限制国家机关使用数据,降低数据使用的社会效益,数据的社会性价值自然受损。总之,数据要素的性质已经改变,科斯定理的产权界定前提已经不适合数据确权。

(三) 科斯定理的效率原则在数字经济中的效度

如前所述,正是由于担忧平台一旦丧失对数据的控制会扼杀平台的创新能力,影响财富最大化追求,才导致了数据确权“效率观”的盛行:“在制度选择和设计中要遵循福利最大化。”^[251](P62)然而这种担忧并没有确切的根据。事实上,既往经验一再表明,一旦平台“拥有数据,就会大幅度限制其他公司使用,从而降低数据效率”^[91](P2820)。这是因为平台拥有数据控制权,自然也取得了数据市场的定价权,就可能待价而沽,将数据出售给能够接受最高价格的受让方。其实质就是将数据资本化,阻碍了其该当价值的发挥。即使依法顶格处罚的惩戒措施有效,但因为法律保护机制通常都是事后性的,无法事前预防,因此只能有效缓解矛盾,不能从根源上有效预防和及时化解冲突。更糟糕的是,平台拥有数据之后,还很可能利用强大的算法权力将数据无限集中起来形成数据垄断,塑造一个社会性权力,而且正如阿尔文·托夫勒所言,这种新型社会性权力在某种意义上是一种更高品质的权力^[261](P16),很容易挑战国家权威。在数字经济发展过程中,这一点不能不引起我们的警惕,我们必须对数据确权于平台持谨慎态度。

(四) 科斯定理对数据确权的确切意义

虽然科斯定理的产权方案有效地解决了经济效率和社会财富最大化问题,但该方案存在一个“阿喀琉斯之踵”,那就是效率至上,忽视了社会的公平正义,最终也必然损害效率。也正基于此,约翰·霍布森教授一再强调,应该建立一个更加公平的社会秩序,“如果社会的某些成员拥有超过他们有效支配能力的财富而另一些成员极度贫穷,那么这在客观上是一种浪费和低效率”^[271](P107)。这一观点,对于数字经济乃至整个国民经济健康发展而言,无疑意义重大。必须重新认识和确立社会公平正义的基础性地位,必须注重用法律来保障数据确权问题上的社会公平正义。

上述论证已充分说明,由于经济环境的改变以及研究范式的局限,科斯定理并不能为中国数字经济的数据确权问题直接提供一个现成的解决方案。但科斯定理致力于反对纯理论研究,倡导从真实的经济世界中观察和理解经济问题。这无疑也是其方法论意义之所在。“科斯对方法论的规定是敦促大部分经济学家避开黑板经济学并采取和创造更真实的、能为理解经济系统的运行提供洞见的理论。”^[251](P242)具体就数据确权问题而言,这也意味着,不能简单套用科斯定理,必须从实践出发,构建适应中国经济发展需要的数据确权理论。事实上,这也是近年来法学实验研究兴起的核心旨趣:破除唯理主义法学分析范式的迷信,追寻一种嵌入了经验材料的“科学化”法学^[281](P45)。

三、数据确权的中国方案:“三位一体”的理论框架

立足于中国数字经济及未来经济发展战略,以公平正义为核心要义,将数据产权赋予消费者,才能真正回应数据确权的时代之需。这是一个原则问题,是所有相关制度安排的基点。在此基础上,正确定

位政府、平台和个人三者关系,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,超越平台数据使用与消费者隐私保护的二元对立格局,实行权能分离,既能保护消费者隐私,又能满足平台数据获取和使用需求,在真正提高数据使用效率的同时,得兼社会公平正义。消费者数据产权的理论框架见图1。

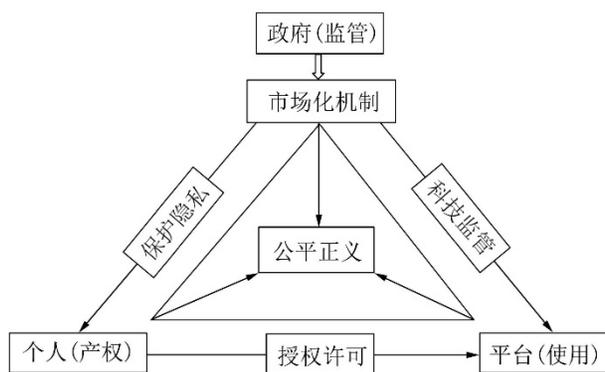


图1 消费者数据产权的理论框架

（一）政府在数据确权中的正确定位和职能

从理论上分析,数字经济的数据产权归属目前只有三种可能:政府、消费者和平台。就政府而言,不可否认,它对数字经济的发展具有极其重要的作用。因此各国都特别重视如何处理好政府与市场的关系,这直接关涉数字经济能否得以行稳致远、健康发展。区别于传统经济,数字经济正以数字化的知识和信息作为关键生产要素,引致了经济形态和市场体系的巨大变化,平台化的组织运行方式成为经济发展的新常态,同时也对原有的政府市场治理和市场监管模式带来了深刻的挑战:商业“杀熟”、精准诈骗、“人肉搜索”以及相应的服务缺失、规则缺乏、监管缺位、模式僵化等问题^[29](P80)。但这些挑战,显然绝非数据赋权于政府所导致的问题,更多属于如何更好地适应数字经济发展,建立、完善政府的治理体系和治理模式,加快培育支撑数字经济高质量发展的有效市场,以及对各大平台的运行进行更有效的监督和治理的问题。因此,近年来,世界各国为适应数字经济发展均针对性地加强了政府赋能建设,甚至为适应数字经济发展的需要,加强了数字政府建设,但核心指向依然在于增进数字经济市场导向下有为政府的能力建设,与数据赋权政府与否无关。事实上,数字政府建设所指的数据,显然是一种公共数据或政务数据,与数字经济所指的用户数据显然不是一回事,后者显然是一种私人信息或数据。

进一步言之,数字经济的发展在利益结构上呈现出双向性特征:一方面是基于对用户个人信息保护的需要,要求对个人信息的制造、收集、控制和传播等活动进行规制,并得到各国侵权法、个人信息保护法甚至宪法等一系列法律法规的保护;另一方面则是数据从业者或经营者基于对他人个人信息数据化利用的需要,即需要通过对个人信息收集和加工来形成某种数据资产,进行应用或交易而取得效益或收益。由此,从业者和用户就构成了数据活动利益关系的双方,如何从法律上设计或处理好用户和经营者之间的这种利益关系,就成为当前数字经济能否行稳致远、健康发展的关键和前提^[30](P63)。这就要求作为社会公共产品的提供者的政府,必须紧紧围绕着数字经济的合理关系和生态结构而布局。当前情况下,尤其应当以数字经济生态环境建设为抓手,强化数字经济市场秩序,打造公平有序的市场,同时要加快释放数据要素与培育数字经济主体,完善针对数据真实性、有效性、隐私性相关的法律法规,构建一种新的多元主体共同治理的格局,为赋能数字经济发展提供制度基础。数据确权应该按照数据活动的要求,通过一种赋予个人信息以财产权品格的新的设计,使得数据活动更加方便和顺畅^[31](P396)。

这表明,政府不适合直接拥有数据产权。加强消费者隐私保护和监管制度设计无疑才是政府该当的职责和作用。“管好那些市场管不了或管不好的事情。”^[32](P240)就前者而言,平台没有足够的动力保

护消费者隐私,消费者个人在面对强势的平台时处于天然的劣势地位,也无力为自己提供保护,因此,由政府通过立法、执法等活动提供法律保护是必然选择。就后者而言,政府必须不断提高数据监管和治理能力,建立健全适应现代科技发展的科技监管制度和体系,既确保平台数据获取和使用之需求,又要加强对平台数据使用合法性的指导监管,对侵犯消费者隐私行为、危害数据主权和安全等违法行为予以及时的处罚。总之,既有效保护消费者隐私,又通过监管创新来加强对平台的监管,才能保障数字经济秩序的公平公正、繁荣有序,促进数字经济的健康可持续发展。

(二) 消费者个人数据产权的比较优势

在可能的三种数据产权模式中,消费者个人拥有数据产权无疑是目前最优选择。其理由在于,数据是与消费者有关、能够创造经济价值和社会价值的信息,本质上属于作为自然人的消费者个人,是识别个人权利主体身份的重要的原发性凭据,其权属当属消费者个人,可谓“天赋产权”。这也应当成为与数字经济有关的所有法律制度安排的一切前提,并可能具有如下比较优势:

第一,可有效保护消费者隐私。在数字经济的全部发展历程中,消费者隐私屡被侵犯,这成为国家发展数字经济之痛。在保护消费者隐私的所有路径中,首要的就是要明确数据归属于消费者个人。由自然人的消费者个人拥有数据产权,是对数据隐私的最佳保护,也是对消费者的最大尊重。与此同时,消费者也有足够的动力和能力去保护个人隐私。

第二,有利于尊重市场规律。消费者拥有数据产权,自主授权数据或出售给平台使用,并从平台使用中获取收益,可以发挥互利共赢、利于社会福祉的优势。更重要的是,消费者拥有和控制数据,就可以获取数据市场上最重要的定价权,获得与平台平等的市场地位,消费者即可自主决定数据的占有、使用、收益和处分。具体权能包括是否出售数据及出售的方式,比如独家、打包出售,以及决定是否允许平台再次出售、转售给其他平台,等等,这种权能设计能有效提升数据的经济效益和社会效益。

第三,有利于发挥数据的价值。进一步的,因为消费者拥有数据,其就完全可以按照市场合约方式,从数据使用和转让中获取收益;就有足够的激励机制打破各自的数据孤岛,促进数据的开放和流动,发挥数据的价值,提升数据配置的效率。这不仅不会出现“效率观”所担心的数据使用效率降低的问题,反而能够为消费者个人和平台带来财富。

第四,有利于破解当前极为棘手的平台垄断问题。如前所述,平台垄断的根源在于平台使用算法权力,集中了海量数据并形成数据垄断权威,由此塑造了一种新型社会性权力,损害了社会公共利益。当前,以顶格处罚为主要表征的反垄断监管措施虽然对平台施加了前所未有的外在威慑,但因为无法从根源上化解平台数据集中的权威,而收效甚微,平台垄断数据要素市场的系统性风险仍然比较严重。从目前看来,要消解这一风险,除采取区块链技术分布式记载数据之外^[33](P85),由消费者拥有和控制数据,对数据垄断权威进行强力拆解,可作为破解垄断根源的重要途径。

(三) 消费者拥有数据与平台的创新能力

上已言及,数据非竞争性的特征使得数据可以实现权能分离,尽管“消费者拥有数据”与“平台获取数据”是两个概念,但二者可以并行不悖。也正因如此,中央文件一再强调必须根据数据性质完善产权性质。不能以提升平台创新能力的名义,想当然地确权于平台。因为事实上,确权于平台,除非平台足够自律,积极保护消费者隐私,否则社会公平正义无处安放、平台垄断化经营等弊端必然如影随形。而理论和实践已证明,在追求财富最大化逐利本性下,平台自律地保护消费者隐私,是不值得信任的。在创造财富与消费者隐私发生冲突时,往往会出现以牺牲消费者隐私为代价谋取利益最大化的情形。而由消费者拥有数据,不仅最大限度地避免了上述问题,而且同样能满足平台科技创新和财富创造的需要。即区分数据产权和数据获取或使用权,而进行权能分离的设计,发挥各自优势,各美其美,美美与共。对平台来讲,只要能满足平台数据的获取和使用,保障数据资源自由流通,就能提升数据效率,创造最大化财富。也即是说,在这里,数据获取比拥有数据更为重要。因而就数字经济而言,赋权于平台的

数据获取、使用权,是其健康发展的不竭动力,而赋权于消费者产权,则是数字经济健康发展的保护神。

数字经济的蓬勃发展是不可逆转的趋势,数据确权已成为数字经济研究中最本质、最重要的问题。中西方国家都共同面临这一挑战,而解决这一挑战在中国显得更为复杂和困难。原因在于,西方国家的数据确权整体上只有确权于平台或消费者个人两种选择模式,皆可归为私有路径,但因国情不同,我国又多了一种“公有”或“国有”^[34](P14)的可能。我们的研究表明,无论如何,数据都不应当简单地确权于平台,而应当优先确权于消费者,这是一个重大的原则问题,是所有其他相关制度设计的前提和基础。这不仅具有深厚的正义基础,而且符合市场经济的基本规律,是所有可能确权模式中的最优选择。这其中,数据的非竞争性使得权能分离得以实现,无疑是消费者数据产权最重要的密码,在得兼了公平与效率的同时,也契合了中国当前及未来的经济社会发展战略。

参考文献

- [1] Christian Rusche, Marc Scheufen. On (intellectual) Property and Other Legal Frameworks in the Digital Economy: An Economic Analysis of the Law. Research Gate, 2018-12-17. [2021-08-28]https://www.researchgate.net/publication/329751749_On_Intellectual_Property_and_other_Legal_Frameworks_in_the_Digital_Economy_An_Economic_Analysis_of_the_Law.
- [2] Anastasios Dosis, Wilfried Sand-Zantman. The Ownership of Data. The SSRN, 2019-07-16. [2021-08-28]<https://ssrn.com/abstract=3420680>.
- [3] 陈永伟. 数据产权应划归平台企业还是消费者? 财经问题研究, 2018, 411(2).
- [4] 朱海就. 平台该不该公有化——与赵燕菁商榷. 观察者网, 2021-01-11. [2021-07-12]<https://user.guancha.cn/main/content?id=445439>.
- [5] 张玉屏. 个人数据产权归属的经济分析. 江西财经大学学报, 2021, 134(2).
- [6] Thomas Hill Green. *Lectures on the Principles of Political Obligation*. Cambridge: Cambridge university press, 1986.
- [7] Paul M. Schwartz. Property, Privacy, and Personal Data. *Harvard Law Review*, 2004, 117(7).
- [8] Kenneth C. Laudon. Markets and Privacy. *Computerization and Controversy*, 1996, 39(9).
- [9] Charles I. Jones, Christopher Tonetti. Nonrivalry and the Economics of Data. *The American Economic Review*, 2020, 110(9).
- [10] Wolfgang Kerber. Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 11(11).
- [11] 易宪容, 陈颖颖, 位玉双. 数字经济中的几个重大理论问题研究——基于现代经济学的一般性分析. 经济学家, 2019, (7).
- [12] 陈国富. 用效率诠释正义. 读书, 2005, (5).
- [13] 中华人民共和国2020年国民经济和社会发展统计公报. 国家统计局官网, 2021-02-28. [2021-07-02]http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202102/t20210227_1814154.html.
- [14] 中国数字经济发展白皮书. 中国信通院官网, 2021-04-23. [2021-07-02]http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202104/t20210423_374626.htm.
- [15] 平台经济与竞争政策观察(2021). 中国信通院官网, 2021-05-28. [2021-07-02]http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/202105/t20210528_378126.htm.
- [16] 2020中国富豪榜TOP400财富达2.11万亿美元. 时代财经, 2019-11-06. [2021-07-14]<http://www.zgjr.com/yw/2020/1106/13387.html>.
- [17] 北京超越纽约成全球亿万富翁最多的城市: 中国首富排名13. 新浪网, 2021-04-08. [2021-07-14]<https://finance.sina.com.cn/jjxw/2021-04-08/doc-ikmyaawa8590390.shtml>.
- [18] 2018年全国时间利用调查公报. 国家统计局官网, 2019-01-25. [2021-07-14]http://www.gov.cn/shuju/2019-01/25/content_5361066.htm.
- [19] Marc Fleurbaey. Economic Theories of Justice. *The Annual Review of Economics*, 2019, 11(1).
- [20] 托马斯·皮凯蒂. 21世纪资本论. 巴曙松、陈剑、余江等译. 北京: 中信出版社, 2014.
- [21] 汪丁丁, 林来梵, 叶航. 效率与正义: 一场经济学与法学的对话. 学术月刊, 2006, 38(3).

- [22] 习近平. 在高质量发展中促进共同富裕 统筹做好重大金融风险防范化解工作. 人民日报, 2021-08-18.
- [23] 约瑟夫·费尔德. 科斯定理1-2-3. 李政军译. 经济社会体制比较, 2002, 103(5).
- [24] Ronald H. Coase. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, 2013, 56(4).
- [25] 斯蒂文·G. 米德玛. 科斯经济学——法与经济学和新制度经济学. 罗丽君、李井奎、茹玉聪译. 上海: 格致出版社, 2018.
- [26] 阿尔文·托夫勒. 权力的转移. 黄锦桂译. 北京: 中信出版社, 2018.
- [27] 马克·A. 卢兹. 经济学的人本化: 溯源与发展. 孟宪昌译. 成都: 西南财经大学出版社, 2003.
- [28] 杜宴林. 法理学实验研究的兴起与中国法理学观念的更新. 法制与社会发展, 2020, 151(1).
- [29] 徐梦周, 吕铁. 赋能数字经济发展的数字政府建设: 内在逻辑与创新路径. 学习与探索, 2020, 296(3).
- [30] 龙卫球. 数据新型财产权构建及其体系研究. 政法论坛, 2017, 35(4).
- [31] 劳伦斯·雷席格. 网络自由与法律. 刘静怡译. 台北: 商周出版社, 2002.
- [32] 中共中央宣传部. 习近平新时代中国特色社会主义思想学习问答. 北京: 学习出版社, 人民出版社, 2021.
- [33] 武西锋, 杜宴林. 区块链视角下平台经济反垄断监管模式创新. 经济学家, 2021, (8).
- [34] 侯晓东, 程恩富. 基于产权视角的平台经济反垄断治理研究. 管理学刊, 2021, 34(2).

A Constructive Interpretation of the Principle of Data Right Confirmation from the Perspective of Economics of Justice

Wu Xifeng (Criminal Investigation Police University of China, Jilin University)

Du Yanlin (Jilin University)

Abstract Digital economy is a new economic form, in which the principle of data right confirmation is undoubtedly the most essential and fundamental issue. China is undergoing a major directional change from becoming rich to common prosperity. What digital economy lacks is not economic efficiency, but social fairness and justice. Therefore, the construction of the principle of data right confirmation should be carried out under the development concept of taking the people as the center and the development strategy of common prosperity, so as to carry the pursuit of higher value. At present, many studies apply the Coase theorem mechanically, advocating that the data is confirmed based on the principle of efficiency, which will inevitably further expand the digital gap and the wealth gap. Economic justice is the value orientation of China's economic development, which will inevitably become the logical starting point for the principle of data right confirmation. Data is consumers' data, and empowering consumers is an inevitable inherent requirement of economic justice. The nonrivalry of data also makes it possible to separate powers and functions. As long as the data access and data use of the platform are met, consumers-own-data property will not only reduce data efficiency, but also promote wealth maximization. More importantly, it can achieve the whole social fairness and justice. Therefore, "government regulation, personal ownership, and platform use" should be the optimal choice for data right confirmation.

Key words digital economy; data right confirmation; efficiency and fairness; digital platform enterprises; common prosperity; personal information protection; platform antitrust; data right confirmation

■ 收稿日期 2021-08-18

■ 作者简介 武西锋, 法学博士, 中国刑事警察学院副教授、硕士生导师, 吉林大学理论法学研究中心副研究员; 辽宁沈阳 110035;

杜宴林, 法学博士, 吉林大学法学院教授、博士生导师, 吉林大学理论法学研究中心主任; 吉林 长春 130012。

■ 责任编辑 李 媛