

“卡—梅框架”下我国数据共享治理的理念嬗变与规则重塑*

曲君宇**

摘要：数据作为国际竞争新焦点和经济发展新引擎，价值发挥赖于共享。对此，我国虽已构建了以“卡—梅框架”下的多种治理规则为内容的数据共享治理体系，初步实现了“有为而治”。然而“有为”并非“有效”，其中仍潜藏着诸多问题。原因在于，过于侧重经济效率的传统国家治理理念与我国高质量发展的内在要求适配性不足。因此，应树立以提升社会整体效用为目的、推动市场向善为功能、平衡主体权利为手段的新型治理理念，并以此为指引合理划定各类数据的初始权属；增补数据共享的双向激励措施；健全数据共享的强力威慑制度；搭建科学的数据共享“禁区”，完善数据共享治理体系的理论支撑和规则设计，进而助力数字红利的充分释放与公平分享。

关键词：数据共享；“卡—梅框架”；治理规则；社会整体效用

一、问题的提出

现代思想家马歇尔·麦克卢汉曾感慨：“人们曾以采集食物为生，而如今却要重新以采集信息为生。”事实上，在以广泛连接和海量数据为基础，以互联网技术为载体，以算法为内在驱动的“赛博经济系统”中，^① 公民的数字化生存以交换和牺牲自

* 本文是国家社会科学基金青年项目“个人参与数据收益分配法律制度研究”（项目编号：23CFX037）的研究成果。

** 曲君宇，法学博士，贵州大学法学院校聘副教授。

① 徐恪、李沁：《算法统治世界 智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社2017年版，自序第1页。

己的数据为代价,^①企业发展和政府运作则以获取和分析数据为驱动。而随着深层次价值被不断拓掘,数据已成为国际竞争新焦点——谁率先实现了对它的合理利用,谁就掌握了信息全球化的主动权和话语权。^②然而,数据具有的数量庞大、价值密度低、复用性强等特征决定了其价值需要依靠不断融合以形成规模聚集效应来提升。故各国都在积极推动数据的有序共享,如美、欧、日、韩为此先后公布了“大数据战略”“欧盟数据战略”“面向2020的ICT战略”“大数据中心战略”等相关战略,试图在数字化博弈中抢抓先机。我国也未居于人后,早在《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》《新一代人工智能发展规划》等文件中就对数据共享提出了倡导,从而为其推进创造了有利条件。但在此欣欣向荣的局面下,也潜藏着诸多不和谐现象,例如,个人数据被过度授权、企业数据被大型互联网平台企业独占、公共数据被行政机关无序开放等。这些现象已对我国进一步推动数据有序共享形成了实质性障碍,而其产生原因在于我国尚未实现对数据共享的有效治理。

目前我国对数据共享治理所做的理论研究已较为丰富,例如,在个人数据共享治理方面,有学者认为个人数据涉及人格尊严,应归属于个人,因而个人授权是其重要共享路径。^③也有学者提出,不同的个人数据对于个人的重要性并不等同,均需授权方可共享将有损于社会整体利益,故应对其进行分级治理。^④在企业数据共享治理方面,有学者提出为促进企业数据共享,应暂时搁置其权属争议,并基于公共利益、消费者福利等要素设计相应治理规则。^⑤有学者补充认为,可根据不同类型的场景,对公开性各异的企业数据施加不同程度的保护。^⑥在公共数据共享治理方面,有学者表示只有使政府从权力本位走向责任本位,实现权责一致和有法可依,才能真正破解公共数据共享壁垒。^⑦另有学者提出,公共数据是政府的重要财产,应基于使用目的、方式和范围的差异,为其设计不同的共享治理规则。^⑧上述研究真切回应了我国数据共享实践中存在的各种治理难题,在其引领下,我国制定了一

① 王秀哲:《信息社会个人隐私权的公法保护研究》,中国民主法制出版社2017年版,第78页。

② 京东法律研究院:《欧盟数据宪章——〈一般数据保护条例〉GDPR评述及实务指引》,法律出版社2018年版,序一第1页。

③ 王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

④ 王怀勇、常宇豪:《个人信息保护的理念嬗变与制度变革》,载《法制与社会发展》2020年第6期。

⑤ 姚佳:《企业数据的利用准则》,载《清华法学》2019年第3期。

⑥ 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》,载《法律科学》2020年第2期。

⑦ 张亚楠:《政府数据共享:内在要义、法治壁垒及其破解之道》,载《理论探索》2019年第5期。

⑧ 李海敏:《我国政府数据的法律属性与开放之道》,载《行政法学研究》2020年第6期。

系列相关立法如《个人信息保护法》《数据安全法》等,初步形成了数据共享治理体系,实现了从“无为而治”向“有为而治”的转变。

然而,既有研究仍存在些许不足:一方面,其多侧重于在特定维度下对数据共享治理的探讨,因而在完整性和系统性上稍显欠缺;另一方面,其虽然皆谈及了国家在数据共享治理中的地位与功能,但意见并不统一,故该问题还需进一步辨明和论证。这些不足导致我国构建的数据共享治理体系尚不健全,还需加以补充与完善。有鉴于此,笔者试图采用“卡—梅框架”作为分析范式,对数据共享治理问题做整体性研究。“卡—梅框架”由卡拉布雷西等提出的“财产规则”“责任规则”“禁易规则”,^①以及凌斌补充的“管制规则”“无为规则”组成,^②是一种从保护效果出发,对权益的配置及救济进行类型化的法经济学分析范式,多适用于权益配置争议颇大的治理问题,如排污权配置问题、^③物权配置问题等。^④而数据共享乱象频发,其也开始被用于分析数据共享治理问题。例如有学者提出,在为数据确立治理规则时,可以将“卡—梅框架”作为检验标尺,以考察治理规则的选择是否会影响数据的利用,进而影响大数据价值的实现。^⑤也有学者指出,以“卡—梅框架”为基础,对数据进行类型化并采用“菜单规则”的治理模式,能更有效地实现数据共享中的利益平衡。^⑥

在笔者看来,选择“卡—梅框架”分析数据共享治理问题的原因有三:首先,其与数据共享的本质属性相契合。数据共享本质上是各方主体对自身数据权益的转移,而“卡—梅框架”既可以被用于考察是否应当将某种数据权益赋予特定主体,也可以被用于判断应采用何种方式对数据权益进行转移,进而确保数据共享的社会效果。其次,其为数据共享治理提供了统一视角。数据共享治理具有的交叉性、动态性、复杂性和开放性特征,易于造成多头治理下不同治理规则间的竞合与留白。但

① [美]卡拉布雷西、米拉姆德:《财产规则、责任规则与不可让渡性:“大教堂的”一幅景观》,载[美]唐纳德·A.威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社2005年版。

② 凌斌:《法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》,载《中国法学》2012年第6期。

③ 杨峰、刘先良:《卡—梅框架下我国排污权担保的规则配置研究》,载《现代法学》2019年第5期;郭楠、秦鹏:《油污生态损害救济的规则选择——基于“卡—梅框架”展开的分析》,载《社会科学》2016年第8期。

④ 汪洋:《地下空间物权类型的再体系化——“卡—梅框架”视野下的建设用地使用权、地役权与相邻关系》,载《中外法学》2020年第5期;郭洁、姚宇:《卡—梅框架下我国物权保护规则的配置研究》,载《政法论丛》2017年第6期。

⑤ 刘铁光、吴玉宝:《大数据时代数据的保护及其二次利用侵权的规则选择——基于“卡—梅框架”的分析》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期。

⑥ 肖冬梅、文禹衡:《法经济学视野下数据保护的规则适用与选择》,载《法律科学》2016年第6期。

在“卡—梅框架”下，行为是什么并不重要，关键在于其是否满足/违反相应规则，以及由此产生何种法律效果，这就为数据共享治理提供了“统一视角”。最后，其丰富了数据共享治理的规则菜单。数据共享中各方主体间的地位极不平等，政府和企业既是社会管理者、市场主导者，也是数据的控制者与处理者；个人既是被管理者与消费者，又是不具备数据处理能力的数据供给者。这种不平等会导致市场秩序失衡，而“卡—梅框架”提供了五种国家干预力度不一的治理规则，立法者可根据需要挑选适用，以维护数据共享市场的稳定发展。

在“卡—梅框架”下，本文试图通过类型化的研究方法将数据依产权归属划分为个人数据、企业数据、公共数据，并将过去放任各方数据共享主体野蛮生长、自由竞争的治理规则界定为“无为规则”，而将现有治理规则纳入以财产规则、管制规则、责任规则和禁易规则为内容的“有为规则”之中。在对各类“有为规则”存在的诸多现实问题进行检视后，探明其形成的共性原因——治理理念与我国高质量发展的内在要求不具适配性。再通过对数据共享的治理目的、治理功能、治理手段的再认识，形成新型数据共享治理理念，并以此为指引对治理规则予以重塑。希望能借此完善数据共享治理体系的理论支撑和规则设计，并最终助力于数字红利在我国的充分释放与公平分享。

二、“卡—梅框架”下我国数据共享治理的问题检视

利用“卡—梅框架”进行历史验证可以得出，由于未探清其共享规律，我国在数据价值初显时采取了放任各方主体自由竞争的无为规则进行治理。而随着对规律的洞察，我国为数据共享建构了以财产规则、管制规则、责任规则和禁易规则为内容的治理体系，但该治理体系尚较为粗陋，并不能为各方数据共享主体提供明确、合理、全方位的指引。这导致不同数据共享主体间对数据的争夺并未停止，且争夺手段从技术层面的数据爬虫、隐秘算法，到协议层面的排他性条款、默示同意，再到法律层面的司法诉讼、刑事检举，可谓层出不穷且愈发激烈。只要有利可图，各方主体都“不吝于行”。因此，仍需对该治理体系做进一步检视。

（一）财产规则：数据共享的权属前提失灵

“卡—梅框架”下的财产规则指国家允许和保护权益自愿交易，且赋予归属者完整定价权。其正当性在于，每个人都具有独一无二的主体性，可以主宰自己的意志、选择自己的行为、谋求自己的利益、承担自己的责任，^①并在此过程中获得效用的提

^① 王丽萍：《私法语境中的人》，载《文史哲》2011年第1期。

升。这意味着法律应当尊重意思自治,毕竟“法律之目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”。^① 可行性在于,通常情况下“定价制度导致各要素的采用会产生最大的产品价值,并比其他别的制度的成本少”。^② 因此,采用财产规则对数据共享进行治理,大多可以促使数据供给方与数据接收方通过磋商找到双方收益的最大公约数,若同时未产生负外部性——一般而言皆是如此,则社会整体收益也将最大化。然而财产规则的构建应以权益的初始归属明确为前提,否则若任何一方不具有受法律保护的合法权益,各方主体将丧失就权益转移达成合意之动力。根据科斯定理可知,由于存在交易成本,权益的初始归属配置应谨慎,以避免阻碍其有效转移。

目前,我国虽已通过立法对个人数据、企业数据、公共数据的初始权属进行了初步确认及范围划分,如《数据安全法》规定,国家保护个人、组织与数据有关的权益;《个人信息保护法》规定,个人数据是以电子或以其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种数据,不包括匿名化处理后的数据,但其在合理性和明确性方面尚有欠缺。一方面,我国关于个人数据初始权属的范围划分不合理。虽然以个人可识别性作为数据是否属于个人数据的判断依据符合人本主义倡导,体现了我国保护公民人格尊严之决心,因而具有相当程度的正当性,但如此得出的个人数据范围宽泛,赋予了市场能力微弱的个人过多初始权益。根据“效率就是通过将法定的权利分配给将会购买它的一方面被促进的”这一法经济学原理,^③ 个人数据作为数据共享中的关键一环——企业数据和政府数据大多是由其加工处理而成的,若范围太过宽泛,则因个人定价能力不足产生的不效率和分散谈判导致的高成本将给数据共享造成不便。另一方面,我国对企业数据和公共数据的初始权属范围界定并不明确。事实上,除个人数据的初始权属范围通过“正向概括”的方式给予了明确界定外,企业数据和公共数据的初始权属范围都未得到法律直接确认。二者虽看似可以分别被简单解读为“由企业合法收集而来的数据归属于企业”“由政府合法收集而来的数据归属于政府”,^④ 但实则由此而确认的数据权益不仅包含初始权益,也包含合法取得的继受权益。由于继受权益并非财产规则建构的前提而是财产规则建构的结果,所以其在初始权益归属界定中的误入会导致不同主体对相关数据定价权的争

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2016年版,第35页。

② [美]罗纳德·H. 科斯:《社会成本问题》,载陈昕主编:《财产权利与制度变迁 产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,格致出版社2014年版。

③ 林立:《波斯纳与法律经济分析》,上海三联书店2005年版,第231页。

④ 《数据安全法》第三十二条第一款规定:任何组织、个人收集数据,应当采取合法、正当的方式,不得窃取或者以其他非法方式获取数据。

夺,造成法律保护效果的扭曲。

(二) 管制规则:数据共享的柔性引导匮乏

“卡—梅框架”下的管制规则指国家通过设置权益转让的法定条件,有限度地允许和保护权益的自愿交易。^①对买卖双方的权益自愿转移进行国家干预之原因在于其具有外部性,可能会对社会整体效用额外产生非基于二者效用变化因素以外的积极或消极影响,故需要通过法律矫正消弭外部性,使各方主体利益重新达到衡平状态。由于管制规则仍以维护市场机制作为主要目的,只是同时“为在它支配下的人们提供外部性较大的内在化的激励”,所以并不采用强制性程度较高的手段,而是根据权益转移的社会效果差异分别施以不同的柔性引导,对“给予了其他主体以无须补偿的收益”的正外部性行为,^②采用正向激励加以支持,对“给予了其他主体以额外担负的成本”的负外部性行为,采用负向激励加以限制,以“平衡个人利益与社会利益,实现利己主义和利他主义的结合”。^③通过管制规则对数据共享进行治理,理论上有利于引导和规范各方主体的数据共享行为,进而使个体利益与社会整体利益趋于统一并共同促进。毕竟,在具有正外部性的数据共享活动中,数据供给方与数据接收方未必总能就数据权益的转移价格达成一致,当二者意见相左时,若不能由国家代表“无端受益”的社会分担部分成本以消除分歧,数据共享将难以实现,各方都无法从中获益。然而,在具有负外部性的数据共享活动中,数据供给方与数据接收方即便就数据权益的转移价格达成一致,但若不能由国家代表“无端受损”的社会获取部分收益以填平社会损失,数据共享将成为一场被滥用的“损公肥私”游戏。

在实践中,管制规则适用的成功与否取决于国家干预能力,若干预能力较差,可能会导致其无作用甚至产生反作用。而就目前我国数据共享的治理情况看,管制规则虽已经逐步得到重视并在立法中有所涉及,但总体仍较为匮乏。一方面,我国正向激励大多停留在口号倡导阶段,而缺少具体措施。例如,《数据安全法》在总则中即提出我国应“鼓励数据依法合理有效利用,保障数据依法有序自由流动,促进以数据为关键要素的数字经济发展”,全文中也多次出现“鼓励”“推进”等带有激励

① 崔淑洁:《数据权属界定及“卡—梅框架”下数据保护利用规则体系构建》,载《广东财经大学学报》2020年第6期。

② [美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》(第16版),萧琛等译,华夏出版社1999年版,第263页。

③ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第108页。

性质的词语,^①但未附有行之有效的制度设计,使得国家对数据共享的支持难以落在实处。另一方面,我国虽已设计了部分负向激励措施,但仍有待增补。因为现有措施如数据分类分级保护制度、数据安全审查制度、数据出口管制制度等,虽然也起到了较好的管制效果,但化解的大多是数据共享在数据安全、市场竞争、公共管理等领域产生的负外部性,而几乎未涉及福利分配领域的负外部性,然而后者亦有较强社会危害性,会使数据共享的制度维护成本由社会所共担,引发的两极分化将由社会所直面。^②对此有学者指出,数据处理者在技术不透明的市场中,常常通过具有非正义前见但形式合法的方式,将弱势数据共享主体排除在数字红利的分配过程之外,以获得超额红利,而国家对此难以矫正。^③若不能消弭此负外部性,不仅会阻碍我国经济的高质量发展,甚至还会产生溢出效应,引发一系列社会问题。

(三) 责任规则:数据共享的刚性约束不足

“卡—梅框架”下的责任规则指国家承认与保护权益,但允许其在获得法定补偿时被强制转移。其逻辑思路为:国家基于通常状态下的公平正义以及效率考量将权益赋予一方主体并提供保护,但特殊情形下保护该权益反而会导致严重的不公或不效率,故需通过刚性约束对其进行强制转移。即便允许对该权益加以强制转移,出于维护基本市场秩序的原因,“买方”仍应根据“填补损害原则”支付客观确定的价值作为对“卖方”的补偿。^④值得注意的是,由于责任规则对“卖方”权益支配权和定价权的强制剥夺会破坏“财产私有”和“意思自治”,^⑤使“卖方”主观效用价值在经第三方权威定价时遭到剔除,以至于“填平”补偿大多并不等值于“卖方”损失。所以该规则的适用应依据减少交易成本、避免逆向选择、预防道德风险等多种理论,以卖方损失是“不道德”或“极其不效率”的为限度,从而确保对“卖家”权益的限制和剥夺真正使社会整体受益。因此,通过责任规则对数据共享进行治理就是以“强制共享+法定补偿”为手段,实现对数据供给方与数据接收方所享有之数据权益的再分配,进而克服市场失灵,使数据发挥更大社会价值。

面对目前数据共享市场中频发的乱象,责任规则可发挥重要作用,然而我国健

① 据统计,在《数据安全法》中“鼓励”和“推进”各出现过三次,“促进”出现过九次。

② 一方面,倘若各方主体在数据共享中享受了这种公共产品,从而获得了红利收益以及效用提升,但却未拿出部分收益用以支付相应的对价,会使得该成本最终由全社会所共同承担。另一方面,数据共享中的各方主体间地位、能力悬殊,故即便是基于合意的数据共享仍可能会引发社会的两极分化。

③ 郑智航、雷海玲:《大数据时代数据正义的法律构建》,载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

④ 徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

⑤ Jules L. Coleman & Jody Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 YALE L. J. 1335 (1986).

全责任规则的进展却较为缓慢。一方面,我国为数据市场构建的强制共享制度尚未形成体系闭环,企业数据仍游离在外。在个人数据、公共数据、企业数据三者的共享治理中,前两者都已先后设立了强制共享制度。如《政府信息公开条例》中不仅规定了应被强制共享的公共数据的概括范围,还对其中的重点类目予以了列明。而在《个人信息保护法》所规定的合法共享个人数据的七种情形中,除个人授权外,其余皆属于强制共享范畴。然而对于后者,即便已有多起因企业数据独占引发的重大市场纠纷如菜鸟网络与顺丰的数据争夺案、腾讯诉抖音案等,我国仍未能下定决心构建强制共享制度,以至于市场面临企业数据供给不足的风险,为互联网平台巨头建立市场壁垒形成数据垄断提供了可能。另一方面,我国为数据市场构建的法定补偿制度难以为实践提供明确指引。如上文所述,在数据共享中,数据接收方无论是通过强制共享还是侵权的形式获取了数据权益,都需要给予数据供给方一定的法定补偿,该法定补偿虽可能为某种对应义务甚至为“0”,^①但更多呈现为货币。然而数据权益的价值评估具有复杂性,^②导致我国始终未能就侵权赔偿金制定统一标准,而是广泛采用以损益酌定为主、综合考量为辅的标准确定其价值。^③该标准具有高度不确定性,其造成的法律预测功能的丧失不仅会使掌握权力的裁判者面临严峻能力挑战与道德风险,^④还会使各方主体无法对行为后果作出理性预判,而这无疑会对数据强制共享的效果造成减损。

(四) 禁易规则:数据共享的行为边界不清

“卡—梅框架”下的禁易规则指国家承认与保护个体权益,但不许其在即使是自愿的买卖双方间进行转移,包括剥夺权益拥有者的转移自由和权益相对人的转移自由。过去学界证成禁易规则的理由主要聚焦于权益在买卖双方的转移可能会产生负外部性,故需通过禁止性规定维持权益配置的既有状态。^⑤该理由虽然正确但并不充分,因为其是基于完全理性假设推导而出的,但在现实中无论个人还是组织的理性都是有限的,会不可避免地受到“框架效应”“禀赋效应”“现状偏好”等因素影

① 在公共数据的强制共享中,数据接收者所付出的法定补偿一般为“0”,在个人数据的强制共享中,数据接收者所付出的法定补偿一般为特定的数据处理及数据安全风险防范义务。

② 熊巧琴、汤珂:《数据要素的界权、交易和定价研究进展》,载《经济学动态》2021年第2期。

③ 目前我国关于数据侵权赔偿标准的最新规定见于《个人信息保护法》第六十五条之规定:“因个人信息处理活动侵害个人信息权益的,按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益承担赔偿责任;个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”

④ 付子堂:《法理学初阶》,法律出版社2015年版,第99页。

⑤ 郭洁、姚宇:《卡—梅框架下我国物权保护规则的配置研究》,载《政法论丛》2017年第6期。

响而形成对损益的误判,^① 并因此“经受没有在交易条款中说明的成本和效益”。^② 这意味着权益在买卖双方间的转移会因内部性而不能总使二者共同获益,一方的获益常以另一方的损失为代价。然而“就具体交易而言,最佳的结果是使交易主体都能实现自身利益最大化,应该是一种正和博弈”。^③ 况且在损失规避心理的作用下,“失去”所造成的痛苦远大于“得到”所带来的快乐。^④ 所以,国家出于抑制内部性的考量,为避免一方主体因误判造成的福利损失偏差过大而设立禁易规则也同样成立——民法中有关“重大误解”“显失公平”之规定都属此列。综上,采用禁易规则对数据共享进行治理,有助于帮助各方主体划定行为界限,避免数据权益因“非道德”或“非理性”转移而造成严重损失。

然而,我国目前虽已在数据共享治理中为禁易规则搭建了基础框架,但具体内容仍有待填充。一方面,我国施予数据供给方的禁易义务因无逻辑主线贯穿而略显驳杂。我国为数据供给方所设之禁易义务从数量上看并不少,在《数据安全法》《个人信息保护法》《网络安全法》《政府信息公开条例》《人类遗传资源管理条例》《个人金融信息保护技术规范》等中都有规定,^⑤ 但逻辑主线不清晰,甚至与财产规则的制度设计混杂。如禁止政府非法向他人提供涉及国家机密、个人隐私、商业秘密等内容的数据之规定看似属于禁易规则,实则并非如此。因为其中部分数据并不属于政府,只是被政府基于法定职责收集、利用——既然政府无产权,自然不可擅自共享,故该规定只有部分属于禁易规则。这种驳杂的义务设计既给数据供给方带来沉重负担,又难以起到充分取缔“非法市场”之作用。另一方面,我国施予数据供给方的禁易义务因过于抽象而可操作性不足。在数据共享中,数据接收方通常为政府和企业,其出于自利动机,总会试图扩大数据收集范围。当数据供给方亦为政府或企业时,由于能力、地位相近,这种“各凭本事”的竞争并无不妥。但当数据供给方为个人时,则后者即便有“知情—同意”机制下的形式授权作为保障,仍将因能力、地位

① 郭春镇:《法律和认知神经科学:法学研究的新动向》,载《环球法律评论》2014年第6期。

② [美]丹尼尔·F.史普博:《管制与市场》,余晖等译,格致出版社2017年版,第45页。

③ 应飞虎:《信息、权利与交易安全——消费者保护研究》,北京大学出版社2008年版,第6页。

④ 张华新:《个体决策行为的经济和心理分析——2017年诺贝尔经济学奖获得者研究成果述评》,载《上海经济研究》2017年第12期。

⑤ 例如《数据安全法》禁止任何境内的组织、个人非经主管机关批准向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据;禁止关键信息基础设施的运营者向境外提供重要数据;禁止政府非法向他人提供在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据;禁止受托为政府维护电子政务系统,存储、加工政务数据的经营者擅自向他人提供公共数据;《人类遗传资源管理条例》禁止任何组织和个人未经安全审查向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供人类遗传数据,更禁止外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构向境外提供我国人类遗传数据。

不对等而陷入“同意困境”中。对此，我国虽已设计了相应的克制义务，规定个人数据的收集需以正当、必要为限，然而该规定过于笼统，在实践中并未得到有效履行。

三、“卡—梅框架”下我国数据共享治理的理念嬗变

“卡—梅框架”作为一种法经济学分析范式，可能会被误解为纯粹以技术性指标作为国家治理的决策依据，而缺乏价值判断。但实则其背后潜藏着由政治立场、经济利益乃至思想文化冲突所造成的深刻理念差异。就同一现象，在不同治理理念的指引下运用“卡—梅框架”进行分析将产生各异的结论及应对策略。^①就数据共享治理而言，为更充分地发挥数据价值，世界各国都秉持着有为而治的理念。但与他国之不同在于，我国还须在其中嵌入创新发展、协调发展、安全发展及共同富裕等多重价值考量，因为这些价值因素是我国高质量发展的内在要求，而“高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务”。^②如此一来，过于侧重经济效率的传统治理理念在数据共享治理中表现出适配性不足，^③所以需对“卡—梅框架”加以改良以使之成为数据共享治理提供更契合我国价值追求的指引。

（一）目的嬗变：从维护经济效率到提升人民效用

在国家治理中，“卡—梅框架”可通过类型化梳理将各种治理措施涵摄于特定规则类型之内，以比较其权益保护效果并为选择提供依据，但前提是为其预设治理目的。因为国家治理是人民意志的产物，受“目的律”支配，^④缺少治理目的作为支撑，价值判断将无从谈起。对此，治理数据共享是为了使其发挥最佳社会作用的回答属于“正确的废话”，必须更进一步明确何种社会效果为佳，而这也是争议之焦点。若

① 例如，对于提倡“自生自发秩序”的哈耶克而言，其在规则选择时大概率会倾向于先选择无为规则，后续再将其演进为财产规则。因为在其眼里，法律就是由某一项行动的实施者所共同把握的指导该行动的目标与知识。对于强调“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大和主要的目的，是保护他们的财产”的洛克而言，其更有可能选择的是财产规则。对于提出“庇古税”设想的庇古而言，管制规则的吸引力显然更强。

② 曹立：《全面建设社会主义现代化国家的首要任务》，载全国哲学社会科学工作办公室，<http://www.nopss.gov.cn/n1/2022/1228/c219544-32595187.html>。

③ 鉴于经济效率是创造物质财富之关键，所以世界主流资本主义国家普遍将其作为国家治理的重要追求甚至唯一追求。例如，美国反托拉斯法就将经济效率作为垄断治理的唯一追求。反观我国，在改革开放以来的很长一段时间内，都秉持“发展经济才是硬道理”的态度，将提升经济效率作为国家治理的首要追求，而这种过于侧重经济效率的理念也反映在了各国对数据共享的治理中，如《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》中即将“促进数据合规高效流通使用、赋能实体经济”作为主线任务。李剑：《平台经济领域的反垄断法实施以经济效率目标为出发点》，载《中外法学》2022年第1期。

④ 吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史》，中国法制出版社2011年版，第11页。

依据“仓廩实而知礼节，衣食足而知荣辱”的传统治理理念，由于提高社会生产效率将使每个个体都能因物质财富的充裕而受益，故数据共享的治理目的应主要定位于促进社会生产效率。该理念的合理性在于其以传统经济学理论作为理论基础，以理性经济人为假设前提，以多数人所共同偏好的经济效率为锚定标尺，不仅可以较为普遍地反映社会需要，且相对客观，易于测量。然而其缺陷在于过分看重经济效率，甚至将之视为唯一价值追求，为此不惜牺牲人类社会千百年积淀而成的伦理道德准则——而它们在历史的进程中已经成为任何人都难以否定的东西。^① 美国联邦最高法院曾指出：“公民和立法者可能会正确地坚持，为了威慑他们认为的具有道德冒犯性的行为，他们愿意容忍一定的经济福利损失，尽管这些行为能够带来更大效益；效率只不过是众多考虑因素之一。”^②这说明经济效率固然重要，但其不应当成为国家治理的唯一目的，在数据共享治理中尤其如此。理由有二，一是部分数据具有基本人格权利或国家安全属性，其社会意义无法以经济价值衡量，如若强行定价，不仅是对人格之物化及国格之降等，亦不利于高质量发展和高水平安全的良性互动。二是在以经济效率为中心的数据共享治理体系下，不仅数字红利难以为各方主体公平分享，而且由于马太效应的加持，弱势主体的原有权益也将被剥夺，而国家的责任之一就是维持社会经济力量的平衡，其只有将不平等控制在可接受范围内，才能避免社会不公正和失去民众支持。^③ 这对以共同富裕为目标，强调协调发展的我国而言尤是。

既然如此，治理数据共享的目的应确立为何呢？笔者认为，上文所提炼的人权保护、经济效率、社会公平和国家安全等价值因素之间虽然存在矛盾与冲突，以至于均无法得到国家的无限承认和绝对保护，但可以为它们找寻可通约的本质以为遵循。习近平总书记指出：“高质量发展，就是能够满足人民日益增长的美好生活需要的发展。”^④可见，从高质量发展的内在要求看，这个本质指向人民的幸福，亦即社会整体效用最大化。原因在于，首先，人民幸福是实现人权的結果，其必然以人民的基本权利得到有效保障为基础，而强调社会整体效用又为集体人权的理论嵌入提供了土壤。因此，用社会整体效用最大化吸收人权保护合乎情理。其次，虽然社会整

① 张利春：《日本民法中的利益衡量论研究》，山东大学2008年博士学位论文，第124页。

② [美]莫里斯·E.斯图克、艾伦·P.格鲁内斯：《大数据与竞争政策》，兰磊译，法律出版社2019年版，第312-313页。

③ 约翰·考姆勒斯、康蓉：《过时的新古典经济学范式该改变了》，载《中国社会科学评价》2021年第2期。

④ 林江：《深刻把握经济高质量发展的内涵要义》，载全国哲学社会科学工作办公室，<http://www.nopss.gov.cn/n1/2023/0920/c219544-40081631.html>。

体效用最大化并不等价于社会经济效率最大化,但前者是后者的升华——创造物质财富的目的是为人所用,故没必要舍“人本主义”而逐“拜物主义”。况且,二者虽不等价却具有高度正相关关系,毕竟人民幸福离不开丰富的物质作为支撑。同时,人民幸福也需要社会公平。研究表明,福利转移造成的社会损失几乎是因资源配置失当造成的社会损失的2到40倍。^①这意味着忽略了公平的效率对增进人民幸福并无显著意义。因此,社会整体效用最大化可以视作经济效率与社会公平的衡平。最后,幸福感以安全感为前提,而维护国家安全正是使人民获得安全感的重要途径,因此社会整体效用最大化可以对其进行覆盖。综上,凝聚了各种价值因素之本源内核的社会整体效用最大化具备作为治理数据共享目的正当性。若将其填充至“卡—梅框架”中,则国家在进行规则的权益效果比较时将不再拘泥于追求量化的经济效果,而会纳入更多的道德伦理考量。事实上,目前我国对此已有关注。例如,将个人数据的初始权益赋予个人的理由为其关涉个人之人格尊严,所以应由其自决。将蕴含国家机密的公共数据纳入禁易规则治理亦是同理。但对治理目的之考究尚未十分明确,导致选择治理规则时仍存在犹疑和错判。因此,将社会整体效用最大化明确为数据共享治理之目的势在必行。

(二) 功能嬗变:从克服市场失灵到推动社会向善

革新数据共享治理理念不仅要以社会整体效用最大化作为治理目的,还应当以此为锚点对治理功能加以调适。所谓功能,是指事物对外界所产生的影响,其通常难以改变,但对复合功能的整体调适除外。运用“卡—梅框架”分析可知,不同治理规则在数据共享治理中所发挥的功能各有侧重,其中无为规则和财产规则侧重发挥数据共享市场的自我调节功能;管制规则和责任规则侧重发挥国家对数据共享市场的引导和教育功能;禁易规则侧重发挥国家对数据共享市场的强制功能。通过对各类治理规则的混合搭配,可以使国家把握数据共享治理的整体功能导向。故针对不同治理目的,需调适相应治理功能以确保二者匹配。当以经济效率最大化作为治理目的时,鉴于市场机制本身具有抑制私人力量、限制竞争与自我调节的功能,我们通常将治理功能聚焦于克服数据共享市场的失灵现象,^②即无市场失灵则无国家治理。且即便存在市场失灵,鉴于政府也同样可能失灵,所以仍需对其谨慎施为。^③易言之,市场失灵是国家治理的必要条件而非充分条件。因此在数据共享治

^① 任剑新:《美国反垄断思想的新发展——芝加哥学派与后芝加哥学派的比较》,载《环球法律评论》2004年第2期。

^② 吴玉岭、陈潭:《消费者福利——美国反垄断政策的终极目标》,载《消费经济》2004年第6期。

^③ 薛克鹏:《经济法基本范畴研究》,北京大学出版社2013年版,第146页。

理规则的配比上,会赋予无为规则、财产规则更大权重,确保市场在资源配置中起决定性作用。当治理目的转变为社会整体效用最大化时,再以克服数据共享的市场失灵作为治理功能就有些不合时宜了。因为市场机制之“有效”,本质上是一种社会达尔文主义,其强调“物竞天择,适者生存”,即谁最能发挥资源的价值,谁就享有资源的支配权(价高者得)。人类文明之所以能被称为文明,正是由于人类在一定程度上摆脱了“丛林法则”的自利性逻辑,而建立起了平等博爱的道德性逻辑。所以从该角度看,对数据共享市场所形成的有效而非道德的秩序予以放任乃至确认是站不住脚的,其亦不符合协调发展、共同富裕的高质量发展要求。

对以克服数据共享的市场失灵作为必要治理条件加以证否后,需要为社会整体效用最大化目的下的数据共享治理确定新的功能导向。对此笔者认为,以“推动社会向善”作为替代既具备理论正当性又具备实践合理性。从理论层面看,由于人本主义社会中“人生来就是而且始终是自由的,在权利方面一律平等。社会的差别只能建立在公益基础之上”。^①故治理数据共享市场与否的关键不在于市场机制是否有益于效率提升,而取决于其能否让大多数人民获得福祉而非成为使少数人受益的工具。若数据共享市场所形成的自生自发秩序只能加剧社会两极分化,^②那么它所倡导的形式上的市场权利和市场机会平等实则是强者施予弱者的不平等,而国家要做的就是对这种“非文明”逻辑所引发的那些按照社会普遍接受的价值标准不能接受的后果加以及时、有效应对,^③以实现社会善治。从实践层面看,即便在尊崇市场经济的资本主义国家,治理也从未被局限于在市场失灵条件下实施。无论是过去英国的“圈地运动”、美国的“马歇尔计划”,还是如今各国推出的“数据战略”,原因虽各有不同,但均可加以印证。而在我国,基于克服市场失灵以外的其他促进社会公益的理由进行数据共享治理,契合“满足人民日益增长的美好生活需要”的高质量发展要求。事实上,我国自改革开放以来取得的巨大发展成就不能简单地通过西方传统经济学理论作出解释,因为其本身就是我国创造性探索的成果反馈——既源于对市场规律的尊重,也与国家正确指引与推动密不可分。综上,数据共享治理之功能应往“推动社会向善”导向调适,以促进相应的规则搭配创新。对此,我国虽已在数据共享治理规则的配比中尽可能地降低了无为规则的比重,并在财产规则中加入了促进社会公益的权属设计,但由于管制规则、责任规则和禁易规则不完善,功能转

① 法国人权宣言(1789)第一条。[法]托马斯·皮凯蒂:《21世纪资本论》,巴曙松等译,中信出版社2014年版,第1页。

② 何渊主编:《数据法学》,北京大学出版社2020年版,序第5页。

③ 卢代富:《经济法中的国家干预解读》,载《现代法学》2019年第4期。

换效果仍不明显。因此尚需根据新的功能定位继续加以调适。

(三) 手段嬗变：从机械运用权力到平衡主体权利

继目的确立和功能调适后，革新数据共享治理理念的下一步是优化治理手段。因为无论是目的实现还是功能发挥，都离不开科学的手段。在“卡—梅框架”下，数据共享治理规则间的区别不仅体现在功能上各有侧重，也与采用了各异的治理手段有关。例如，同样是市场自我调节功能，无为规则采用的是市场放任手段而财产规则采用的是赋权激励手段；同样是发挥国家对市场的引导和教育功能，管制规则采用的是赋权抑或限权激励手段而责任规则采用的是公权强制手段。申言之，同一治理功能可采用不同手段实现。然而不同治理手段的作用机理不同，则其结果相异。例如，若采用无为规则配置数据资源，则各方主体对于数据共享的主观能动性会空前提高，争夺程度会甚为激烈，同时政府的治理成本会降至最低。而若采用财产规则配置数据资源，则各方主体对于数据共享的主观能动性会受产权制约，争夺程度将趋于温和，同时政府将要负担为数据权益提供保护的治理成本。所以对各种治理规则所作之搭配还应考虑该方面影响。在以克服市场失灵为功能导向的背景下，对数据共享的治理可偏重采用市场放任手段和公权强制手段。其逻辑在于，未探明数据价值及其共享规律前，市场放任相较于赋权激励更易于激发各方主体的主观能动性，且治理成本更低，所以应优先选用。而一旦数据共享主体的自利行为造成了破坏性影响，则通过执行力强、见效快的公权强制手段如刑罚手段加以治理，可以更迅速地消弭市场负外部性。这样的治理强调使数据共享主体遵从而非信服，对权力的运用较为机械，故治标而不治本，且可能造成政策连贯性不足，使部分主体在政策转换期间获得超额红利或遭受过重惩罚。但其契合人的“自利”天性，可以在激发主体活力同时抑制其“为恶”，所以具有一定合理性。然而在以社会向善为功能导向的背景下，其将不再适宜。原因在于随着价值不断拓掘，数据已愈发受到各方主体的关注，此时再对市场予以放任只能诱发无序竞争和过度竞争。此时弱势主体将无从受益，而这并不符合社会向善之追求。但若因此而一味通过公权强制手段对数据共享主体所有不满足社会向善要求的行为予以处罚或禁止，则其创新性乃至生产积极性都将遭到严重抑制，而这显然并不能让社会变得更美好。例如，若要求任何类型的个人数据共享均要遵循“知情—同意”机制，则政府与企业收集个人数据的意愿和能力将大幅下降，而由此带来的效用损失也会牵涉个人。易言之，二者的结合不适用强调社会公益但又无法背离个人自利天性的数据共享治理中。

若上述治理手段不宜被适用，数据共享治理又当选择何种手段？对此笔者认为，与其希冀国家机械运用“不顾及施加对象是否情愿的情况下强迫对方服从一定

意志的力量”,^①对不符合社会预期的非良善行为进行治理,不如通过预先对数据共享主体的权利作出更科学、合理的平衡与分配来建构良好竞争秩序,以使各方均能得其应得之利益,负其应负之责任。^②在现代化国家中,“如果说治理是一种权力,那它表现为一种柔性且有节制的权力”。^③具化于数据共享治理中,即不再简单地将数据共享主体视为治理对象而更尊重其意志和权利,不再生硬地适用强制手段而是更注重运用激励手段,不再选择结果控制而更注重过程引导与参与^④——这一切都要依靠对数据共享主体的权利作出增减以形成良性平衡来实现。平衡主体权利的科学之处在于能够弥合市场自治与权力他治间的鸿沟,而不必在二者中作出两难选择,进而摆脱“一放就乱,一管就死”的尴尬境地,使不同数据共享主体的关系得以协调。一方面,其遵循利己主义的人性规律,以赋权激励为治理基调,坚持相信以数据共享主体之意思自治为支撑的市场机制可以在资源配置中起决定性作用,而非由国家代替数据共享主体作数据资源的配置判断。另一方面,其弘扬利他主义的道德风尚,通过调节激励的正负、力度等,影响数据共享主体对自身行为的价值预期,进而引导他们自愿作出符合社会期许的行为选择。毕竟,“想让数据由取之于民归之于民演变为用之于民,重点是确保数据共享主体的利益与我们自身的利益保持一致”。^⑤综上,数据共享治理应更多采用有利于“平衡主体权利”的治理手段。对此,我国在数据共享治理中虽已通过普遍采用财产规则代替无为规则,赋予了各方主体以初始产权,并通过纳入责任规则和禁易规则,划定了其行为的基本边界,但负责提供额外激励的管制规则缺失较多,对数据共享治理的指引被动且僵化,因此有必要更为主动、灵活地对其进行权利调节以实现数据共享的有效治理。

四、“卡—梅框架”下我国数据共享治理的规则重塑

在以提升社会整体效用为目的、促进社会向善为功能、平衡主体权利为手段的新治理理念确立后,我国应以此为指引,对前述梳理中存在诸多问题的各数据共享治理规则进行校正与重塑,进而形成外在系统完整、内在逻辑自洽的数据共享治理体系。在“卡—梅框架”下,该治理体系的整体性规则安排包括,一是以财产规则作为基础性规则,负责为数据共享主体创造自由行为的空间;二是以管制规则作为辅

① 周光辉:《论公共权力的强制力》,载《吉林大学社会科学学报》1995年第5期。

② 梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2013年版,第145-146页。

③ [法]让-皮埃尔·戈丹:《何谓治理》,钟震宇译,社会科学文献出版社2010年版,第4页。

④ 蒋建湘、李沫:《治理理念下的柔性监管论》,载《法学》2013年第10期。

⑤ [美]安德雷斯·韦思岸:《大数据和我们》,胡小锐、李凯平译,中信出版社2016年版,第Ⅷ页。

助性规则，负责为数据共享主体提供合乎社会预期的行为指引；三是以责任规则和禁易规则作为补充性规则，负责为数据共享主体维护自身权益提供最后的法律屏障；四是以无为规则作为例外性规则，负责为尚存巨大争议的难题留存一定治理余地。^① 该治理体系下各规则的具体完善建议如下。

（一）财产规则：合理划定各类数据的初始权属

个人数据范围界定不合理以及企业数据和公共数据的初始权属界限不明确是导致数据共享权属前提失效的主要问题。对此，建议我国根据基本权利理论和劳动价值理论，在数据的初始产权配置中以社会整体效用最大化为考量基准，分别采用“合理限缩”和“正向概括+反向排除”的方式对其加以克服。一方面，建议我国将个人数据的范围合理限缩为“已识别或者可以直接识别的与自然人有关的各种数据”。理由在于，我国所坚持之人本主义，并非不顾人民现实需要的“空想化”保护，而是立足社会实际发展状况下的“解人民之所急，供人民之所需”。虽然“个人数据是信息社会个体性存在的方式和基础，维护这种私人自主性行动和决定的自由是共同社会存在的基础和核心”，^② 但它同样是培育数字经济的重要养料，而数字经济的发展会使人民广泛受益，所以在对人民的不同需求作出审慎的利益衡量后，有必要将个人数据中非紧密关切个人之基本权利且能进一步促进个人物质生活丰裕及便利的部分加以割舍，以最大化满足人民需求。而符合该条件的限缩方向就是将个人数据的“可识别”向“直接可识别”限缩。对于已识别出个人身份的数据属于个人数据范畴无须多言。对于尚未识别出个人身份的数据，仅因其具有可识别性就将之归入个人数据已丧失了原有的理据。毕竟随着科技进步，即便是经过匿名化处理的数据依然可以通过各种技术手段间接识别出其所属的自然人。^③ 这使得可识别性已不具备区分个人数据与非个人数据的意义，只能导致个人数据对其他类型数据的非理性覆盖，进而造成数据共享受阻。因此，基于“法律不强人所难”，可以暂时将通过直接观测无法识别其身份的数据复归于无初始产权归属状态，允许各方主体在不进行“逆向身份推导”的前提下对其自由流通与利用，等待身份加密技术突破后再对其权属作重新界定。

① 由于无为规则仅作为数据共享治理中的例外性规则加以适用，而其研究内容又是“何种情况下不应当对数据权益进行法律确认”——与财产规则之研究内容为一体之两面，所以本文将之纳入财产规则部分作一并研究。

② 王秀哲：《信息社会个人隐私权的公法保护研究》，中国民主法制出版社2017年版，第65页。

③ 陶盈：《我国网络信息化进程中新型个人信息的合理利用与法律规制》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。

另一方面,建议我国以“正向概括+反向排除”的方式将企业数据和公共数据的范围分别界定为“企业(政府)在生产经营(提供公共服务)过程中合法收集的无主数据和经对继受取得的他主数据的加工所形成的数据,但后者不包含可直接识别到个人身份的数据”。“正向概括”强调收集或加工是对企业数据和政府数据进行赋权的正当性来源。以“劳动”作为赋权基础的原因在于,虽然复用性特征使数据再利用成本几乎为0,但其并非凭空产生,而需要由相关主体通过处理方能形成。若不对数据进行赋权,将抑制生产投入,导致“公地悲剧”。若将初始权益赋予生产者以外的主体,则不仅会抑制生产积极性,还会增加数据共享的磋商成本,故建议将数据的初始权益赋予最看重这些权益的人即生产者,这样不仅有利于激发其数据挖掘动力,促进数据生产,还可以降低数据共享成本。^①“反向排除”则聚焦于调和基本权利理论和劳动价值理论的冲突,避免对个人数据的重复赋权。不同理论对数据初始权属的配置方案是不同的,同一类数据不能同时遵循两种理论,而个人数据的初始权属已根据基本权利理论得以清晰界定。因此,企业或政府可以通过合法授权继受其部分权益,但若未将其匿名化,则处理后的数据仍属于个人数据,企业和政府对其不具有所有权。如此不仅能预防企业和政府对个人数据的侵占,也为个人数据可携权的实现提供了权益基础。值得注意的是,由基本权利理论得出的个人数据通过“正向概括”足以明确界定其范围,无须再“反向排除”,不然将导致循环论证,故应将《个人信息保护法》中关于“个人信息不包括匿名化处理后的信息”之规定删除。另外,与知识产权相比,数据生产的投入相对较小,激励也可适度缩减。因此,不应设立对无主数据的先占排他规则,即各方主体对无主数据的原始取得互不冲突,可以各自收集无主数据并被分别赋予对数据的初始权益。

(二)管制规则:增补数据共享的双向激励措施

数据初始权属明确且合理划定为各方主体的意思自治提供了空间,使其获得最大程度的自我满足成为可能。但若要实现数据资源在社会整体范围内的优化配置,尚需结合各方主体的现实需求,从正向和负向两个方面增补激励措施,以调节私人成本与社会成本的差距,消弭外部性。^②在正向激励方面,建议我国着重增补对企业的“数据公益捐赠所得税扣除”“数据开放财政补贴”,辅之以对个人及政府促进数据共享行为的各式激励措施。因为通过比较可知,在各类数据共享主体中,企业的市场化程度最高,独占数据以谋求自利的动机也最强,需要规模化、稳定化的经济

^① [美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第52页。

^② [英]庇古:《福利经济学》,朱泱等译,商务印书馆2006年版,第150页。

激励方能扭转其价值预期。而个人和政府除了重视数据共享所带来的经济收益外，还会考虑诸如人格尊严、便利生活、公共安全等因素，更需多重激励措施并举。“数据公益捐赠所得税扣除”和“数据开放财政补贴”之所以可以承担激励企业之重任，原因在于其分别通过“当企业捐赠数据为社会所共享时，国家根据受赠数据的经济价值给予相应的所得税扣除”和“当企业无偿或低价开放其数据为社会所共享时，国家根据其行为产生的社会价值给予财政补贴”，不仅为“良心”企业减负，使其轻装上阵，给社会创造更多财富；同时也为“求数据而无门”的企业排忧解难，向其提供公平的市场竞争机会；还可借此为消除两极分化创造有利条件，故而对促进社会向善具有多重意义。由于篇幅所限，在此不对上述措施的理论证成和制度构想多作赘述。^①而针对个人和政府则既要有经济激励，如财政奖励，也要有非经济激励，如给予荣誉表彰；既要有普惠激励，如对因使用数字人民币而方便税收征管的个人予以税收优惠，^②也要有个别激励，如对主动报告自身特殊病理数据的个人予以治理费用减免，以实现多角度、全方位的激励覆盖。

在负向激励方面，建议我国主要聚焦于增补对企业数据垄断的监管措施，并适当加强对政府滥于或怠于数据共享时的履职督促。首先，将个人排除在负向激励之外是因为其大多不具备主动收集、利用数据之能力，以至于在数据共享中几乎都是以供给方身份出现。市场地位的被动决定了其行为通常只产生正外部性，而以未增进而非减损社会公益为由对其予以负向激励并无正当性。毕竟“在任何给定的时刻，个人都拥有创造某些形式的‘不经济’的权利”。^③退一步讲，纵使其消极的“拒绝共享”行为因涉及法定义务被否定，继续叠加义务与强制其履行义务相比亦非更优解。其次，鉴于其他领域的负外部性均已设计了相应的负向激励措施，应将缓解企业与企业之间、企业与个人之间的福利分配不均作为治理重点。而导致上述现象发生的主要根源在于互联网巨头企业对数据的垄断。因此，我国应秉持“依法保护合法收入，合理调节过高收入，坚决取缔非法收入”之态度，^④对互联网巨头企业实施更严

^① 曲君宇：《数据公益捐赠所得税扣除的理论证成与制度构想》，载《税务研究》2022年第11期。

^② 数字人民币引发的货币流通强监管效应传导至税收领域将形成的涉税信息高度透明化现象，易言之，税务机关可以借助个人对数字人民币的使用实现便利的税收征管。胡元聪、曲君宇：《数字人民币对税收正义的影响研判及因应对策——以涉税信息利用为切入点》，载《税务研究》2021年第5期。

^③ [德]埃瑞克·G.菲吕博腾、[南]斯韦托扎尔·平乔维奇：《产权与经济理论：近期文献的一个综述》，载陈昕主编：《财产权利与制度变迁 产权学派与新制度学派译文集》，刘守英等译，格致出版社2014年版。

^④ 2021年8月17日，中央财经委员会召开第十次会议，研究促进共同富裕问题时对此作出强调。《中央财经委会议：合理调节高收入，取缔非法收入》，载中华网，<https://finance.china.com/domestic/11173294/20210818/37258914.html>。

格的反垄断监管。具体措施包括：将数据的市场占有情况如占有数量、质量、种类及时效等纳入市场支配地位的认定依据中，以避免“假阴错误”使社会遭受巨大损失；^① 将除价格外的其他竞争参数如隐私保护力度、产品或服务的质量、信息披露状况、数据可携的便利程度等纳入滥用市场支配地位行为的认定依据中，以保护个人的非经济福利及自主选择权；将“数据课税”^②纳为新的管制措施，^③以削减其超额利润用作福利转移，同时降低中小企业的进入壁垒。当然，上述措施之核心目标并非剥夺互联网巨头企业的生存机会或自主经营权，而旨在规范其数据共享行为，从而促进分配正义。最后，虽然基于职责所系，政府对于数据的合理共享一般乐见其成，但并不排除其会在自利性驱使下对此作出妨碍，如滥于收集数据或急于公开数据——现实中该现象不在少数。所以设置适当的负向激励措施如通报批评、晋升否决、行政处分等以作约束亦为必要。

(三) 责任规则：健全数据共享的强力威慑制度

纵使管制规则的完善使数据共享主体获得了更多促进社会公益的行为激励，然而“人的利他主义的范围是有限的，而且是间歇性的，而侵犯的倾向确是长存的，如果不加以限制，就足以导致社会生活的毁灭”。^④因此，针对数据共享中出现的严重不公或效率低问题，建议我国通过健全企业数据的强制有偿共享制度，^⑤以及数据侵权的法定赔偿制度加以克服。所谓企业数据强制有偿共享是指当具有市场支配地位的互联网巨头企业无正当理由而拒绝数据共享时，允许其他企业在经法定程序并支付对价后强制共享其企业数据。该制度有助于破除垄断壁垒，从而增加数据供给，具有构建之正当性。具体设计思路为，首先，建议将适用对象限于具有市场支配地位的互联网巨头企业，以避免其借助资金优势对中小企业形成数据逆向传递。应强调，由于目前对互联网巨头企业的市场支配地位认定能力显著不足，可以先将《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》之简化标准作为过渡性认定方案。其次，建议将适用范围限于企业数据，但豁免涉及商业秘密的数据。因为商业秘密数据与

① 叶明、张洁：《大数据竞争行为对我国反垄断执法的挑战与应对》，载《中南大学学报（社会科学版）》2021年第3期。

② 邓伟：《数据课税理论与制度选择》，载《税务研究》2021年第1期。

③ 欧盟拟定中的新规数字服务法案(DSA)中提出拟要求网络平台巨头需向欧盟支付一定的合规监管费用，可高达年净收入的0.1%。《首次！欧盟拟向大型网络平台收取年收入0.1%的合规监管费》，载微信公众号“竞争法与商业战略”2022年4月7日，<https://mp.weixin.qq.com/s/0SFAVD4TWuxKIDgQqUwxuQ>。

④ [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第191页。

⑤ 胡元聪、曲君宇：《商业信息数据有偿共享制度构建研究》，载《福建论坛（人文社会科学版）》2020年第9期。

普通企业数据不同,其所含经济利益巨大,强制共享等于切断企业命脉,孰为不智。当然,对于何为商业秘密数据尚需重新阐释,然而因篇幅所限不作详述。再次,建议设置“依申请”和“参照适用”两种启动程序,^①在引导其他企业寻求“市场优先”的同时降低其申请成本。以申请作为程序启动条件是为了进行“市场优先”引导,毕竟市场机制所带来的大多是双赢结果。而“参照适用”是为了减少同类情形的重复申请,实现制度便捷。最后,建议渐次采用公允价值标准→重置成本标准对数据进行定价,以使补偿更为合理。^②其中公允价值标准因最贴合市场而先予采用,重置成本标准则因可在填补互联网巨头损失外,帮助其他企业节约时间成本而备选采用。

法定赔偿制度是指在数据侵权中,作为被侵权人的个人可以根据拟制的一定金额或金额范围的赔偿标准向侵权人求偿。该制度所具有的社会效果包括:为“无形”的数据侵权损害提供确定的裁判指引,提高各方主体的行为预测能力;合理填补被侵权人遭受之无妄损失,稳定市场基本秩序和维护社会形式正义;对作为弱势一方的个人予以倾斜性保护,平衡市场主体能力和促进社会实质正义。具体设计思路为:首先,建议将适用对象限于个人。一方面,个人数据中包含人格要素且通常不成规模,使得其客观价值难以评估。另一方面,政府和企业是大数据技术的掌握者、数据资源的控制者,而个人则多是不具数据处理能力的数据供给者,这种地位落差又加剧了个人证明侵权损害结果的难度。所以基于双重困难考量,应当为此类侵权拟制类似《消费者权益保护法》中的法定赔偿金额,以增加保护个人数据的砝码,^③至于其余二者遭受侵权则仍可在原有框架内予以保护。其次,建议将法定赔偿的适用次序置于酌定赔偿与综合赔偿之间。因为通过拟制而来的赔偿金额即使再科学,也很难比由确定的损益结果所酌定出的赔偿金额更符合损害填补之目标,故酌定赔偿具有优先性。而若全赖于由裁判者在自由心证下综合考量各类因素以得出赔偿金额时,规则将不再具有任何形式的稳定性,故除非适用其他赔偿标准将显失公平,否则不宜适用综合赔偿。^④最后,建议在确定赔偿金额及其范围时根据侵权人的主观过错类型加以区分。在过失侵权中,侵权人主观恶性不大,赔偿金额设置应以行为与责任相适应为原则,无须过高。在故意侵权中,侵权人有意干涉他人对

① “依申请”指其企业数据有偿共享应由其他企业向国家数据管理部门申请,经其审查确无正当理由并批准后方可进行。“参照申请”指在某企业申请有偿共享之前,已经有其他企业获得了相同批准,该经营者可以向国家数据管理部门申请直接参照适用原有有偿共享许可决定。

② 姚佳:《企业数据的利用准则》,载《清华法学》2019年第3期。

③ 肖冬梅、文衡:《法经济学视野下数据保护的规则适用与选择》,载《法律科学》2016年第6期。

④ 曲君宇:《我国消费者数据权益保护私力救济路径之重构——从公私分治到公私融合》,载《商业研究》2021年第5期。

数据的行权自由,主观恶性明显,使得该行为应归入财产规则的治理范畴。因此,有必要设置较高的赔偿金额,同时允许被侵权人在酌定赔偿与法定赔偿中择一适用,作为对被侵权人的惩罚与警示。

(四) 禁易规则: 搭建科学的数据共享“禁区”

数据共享通常是有益于社会的,但并非总是有益于社会的。当某类数据共享行为普遍产生难以消解的强负外部性或强内部性时,基于成本收益考量,事前禁止是优于事中监管或事后调整的明智之举。同时,在具有强负外部性和强内部性的数据共享行为中,否定性评价指向的对象不同。前者产生的否定性评价主要指向数据共享关系中的主动行为者,即数据供给方;后者则多指向数据共享关系中的地位强势者,即数据接收方。所以,禁易义务应据此分别施予数据供给方和数据接收方而不能仅施予一边。因此,建议以“保障国家安全”为逻辑主线给数据供给方填充禁易义务,以“确保正当必要”为逻辑主线给数据接收方填充禁易义务,通过搭建数据共享“禁区”,为各方主体提供底线保护。将“保障国家安全”作为向数据供给方施予禁止义务的逻辑主线是因为从应然上看,危害国家安全的数据共享行为具有强负外部性,且其一旦达成,造成的损害对本国公民具有普遍性和严重性,难以通过事后补救的方式消除;从实然上看,虽然目前施予数据供给方的禁易义务较为驳杂,但在总体国家安全观的引导下,能提炼出其重心在于“保障国家安全”,故将其作为逻辑主线统合零散义务更具可行性。具体设计包括:首先,建议在数据共享中采用属地原则,倡导数据的本土化处理,对数据尤其是重要数据的跨境共享进行严格控制。其次,建议在数据共享中兼采属人原则,根据数据供给方身份是否属于我国而施以不同程度的禁易义务。再次,建议在数据共享中兼采对等原则,根据相关多边或双边条约、协议的规定,对国别身份不同的数据供给方施以不同程度的禁易义务。最后,建议结合上述内容将各类涉及国家安全的禁易数据加以统合,制定多层次的禁易数据目录,在强化数据主权的同时,避免禁易规则与财产规则的混杂,为数据供给方提供明确行为指引。

以“确保正当必要”为逻辑主线给数据接收方填充禁易义务的理由在于避免因仅靠“知情—同意”机制“一条腿走路”而使作为弱势主体的个人陷入“同意困境”,毕竟经过实质化后的现代法律并不依赖于缔约主体是平等的这样一个虚构,而是使得信息、权力和能力上的结构性优势有可能受到经验上的分析和具有法律调节能力

的评价。^① 易言之,较之于过去偏重产权和契约自由而言,现在政府更需要不断地对此干预,以给公共利益提供适当的地位,这是今天的社会革命的意义所在,^② 也是数据共享治理的发展方向。然而,正如庇古所言,“标准化几乎不可避免地会阻碍人们开发新式样、新生产方法和新创意”^③。对增加数据接收方禁易义务的可能担忧是其会降低市场活跃度,抑制创新。该担忧不无道理,因为数字经济的繁荣在某种意义上正是建立在自主经营与自由竞争的基础上。对此笔者认为,根据场景公正理论为数据接收方划定“正当必要”的行为边界是兼顾个人基本数据权利保障与市场机制维护的科学途径。场景公正理论是指个人数据是构成场景的基本要素,因而个人数据共享是必要的,但场景的差异会导致各方主体的利益和风险分配发生变化,因而基于公正考量,应给予不同场景下的数据共享以区别性约束。^④ 事实上,我国目前已将场景公正理论应用于实践中,例如《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》为常见类 App 收集个人数据提供了正面清单。然而其侧重确保个人在仅提供必要个人数据的情形下享受 App 的基本功能服务,而非防止“知情—同意”机制的滥用。所以有必要基于不同的应用场景,为个人数据的收集设计负面清单,如在消费类场景中将种族、民族、信仰等主体身份特征明显且与个人之人格尊严息息相关的数据列为共享禁区,以督促数据接收方克制最大化收集个人数据之冲动。当然,若其对个人数据的收集具有法定事由,则可以突破共享禁区之限制,但当法定事由消失后,应及时予以删除及停止利用。

五、结语

科学研究的深入使人类社会进入了技术大爆炸时代,然而“无论技术是否利用新近的科学研究,它总是道德哲学的分支,而不是科学的分支”。^⑤ 易言之,新技术的研发与应用须以促进文明为宗旨,契合伦理为原则,否则其只会将社会带向毁灭。回归本文,技术进步引发了数据的生产要素化,使其成为重要资源,而要最大限度地发挥数据价值,根本在于促进其共享。《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》中明确指出,我国要建设和运营国家数据基础设施,促进数据

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间 关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 501 页。

② [美]罗纳德·H. 科斯:《社会成本问题》,载陈昕主编:《财产权利与制度变迁 产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,格致出版社 2014 年版。

③ [英]庇古:《福利经济学》,朱泂等译,商务印书馆 2006 年版,第 233 页。

④ 赵祖斌:《从静态到动态:场景理论下的个人信息保护》,载《科学与社会》2021 年第 4 期。

⑤ [德]尼尔·波斯曼:《技术垄断 文化向技术投降》,何道宽译,中信出版社 2019 年版,扉页。

共享。加快建立数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护制度,提升数据安全治理监管能力,建立高效便利安全的数据跨境流动机制。^①由此可见,数据共享治理是我国未来的重要任务。在治理过程中,我国应着力解决两个问题,一是何为有效的数据共享治理,二是如何实现有效的数据共享治理。对此笔者认为,当人民在数据共享中得到普遍的效用提升,社会在数据共享中逐步向善向好,各方主体的权利在数据共享中达到矫正后的实质平衡,便可谓之为符合高质量发展要求的“有效治理”。而在以“卡—梅框架”为分析范式所归纳而成的数据共享治理体系下,通过合理划定各类数据的初始权属、增补双向的数据共享激励措施、健全数据共享的强力威慑制度、搭建科学的数据共享“禁区”,对强势主体予以适当的行为约束,同时对弱势主体予以合理的引导与保护,则是遏制无序共享、实现有效治理的具体路径。

^① 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》,载微信公众号“新华社”2024年7月21日, <https://mp.weixin.qq.com/s/qkxJb-QvHzLNqC80NUEmZA>。