

Sun Yat-sen University  
Law Review

中山大学法学院 主办

# 中山大学 法律评论

第18卷

第1辑

谢进杰 主编

本辑主题

新兴实践命题的

学术叙事



中国政法大学出版社



Sun Yat-sen University  
Law Review

中山大学法学院 主办

谢进杰 主编

中山大学  
法律评论

第18卷

第1辑



中国政法大学出版社

2021·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中山大学法律评论. 第18卷. 第1辑/谢进杰主编. —北京:中国政法大学出版社, 2021. 9  
ISBN 978-7-5764-0020-5

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第188979号

---

出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)  
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司  
开 本 710mm×1000mm 1/16  
印 张 18.25  
字 数 285千字  
版 次 2021年9月第1版  
印 次 2021年9月第1次印刷  
定 价 89.00元

# 中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第 18 卷 · 第 1 辑 Vol. 18, No. 1 (2020)

主 编 谢进杰

编 辑 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 董淳锷 杜 金 梁丹妮  
廖艳嫔 刘 诚 毛 玮 王承志 杨 彪 张 亮

编 务 李奕然 罗欣怡

## 学术委员会

丁 利 高秦伟 郭 萍 郭天武 黄 瑶 李明章  
李 扬 李挚萍 刘 恒 刘 忠 罗剑雯 马作武  
聂立泽 任 强 王红一 谢进杰 谢石松 谢晓尧  
徐忠明 杨 彪 杨 鸿 杨建广 杨小强 于海涌  
张 亮 张民安 周林彬 庄 劲

邮 箱: sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址: <http://law.sysu.edu.cn/research/research8/1>

地 址: 中国广州市新港西路 135 号 邮 编: 510275

微 信: SUSYLawReview 微 博: 新浪“中山大学法律评论”

博 客: <http://sysulr.fydz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学司法体制改革研究中心

中山大学法学实验教学中心

## 目 录

- 003 大数据赋权正当性证成（李坪）
- 022 证据协商背景下的供述问题  
——基于以 Q 市 K 区为样本的实证分析（纪福和）
- 058 股权被冻结条件下股东除名的实效与反思（申长慧）
- 074 从 2019 年《海牙判决公约》的声明机制看国际立法协调  
——以诉讼费用问题为例（罗剑雯）
- 086 是妻抑妾：民国新会何氏告夫妨害婚姻之诉中的众声  
喧哗（丁艳雅）
- 133 社科法学的实践价值（沈明敏）

—  
论  
文  
—

- 159 “政法”传统的组织生成及转型  
——基于“党的领导”与“人民民主”的关系叙事（陈洪杰）

—  
评  
论  
—

- 187 行政法调整对象的重重叙事（毛玮）

—  
争  
鸣  
—

- 211 认罪认罚刑事程序：实证与比较的学术叙事（笔谈）（谢进杰、魏梦欣、伯恩敬、熊秋红、欧卫安、王晖、郭玉、李晓琤、何旭霞、宋福信）

—  
阅  
读  
经  
典  
—

- 271 作为方法的西北  
——基于《中国西北农牧民政治行为研究》的文本阐释（蒋华林）

## Table of Contents

### **Symposium: A Theoretical Study on the Upcoming Practices in the Implementation of Law**

- 003 Big Data Empowers Justification  
(Li Ping)
- 022 Research on the Issue of Provision under the Background of Evidence Negotiation: Taking K District of Q City as an Analysis Sample  
(Ji Fuhe)
- 058 On the Effectiveness and Reflection of Shareholder Expulsion Resolution in the Situation of Shareholding Being Frozen  
(Shen Changhui)
- 074 The Compromise of the Legislation Reflecting in the System of Statement of Hague Convention on Judgments 2019  
—A Sample from the Cost of Legislation  
(Luo Jianwen)
- 086 Wife or Second Wife?  
—A Strong Response in the Society When Ms He Sued Her Husband for His Damages to the Marriage  
(Ding Yanya)
- 133 The Practical Value of Social Science of Law  
(Shen Mingmin)

## Articles

- 159 The Formation and Transformation of the Tradition of “Political and Law”  
—Based on the Relationship Between “Party Leadership” and “People’s Democracy”  
(Chen Hongjie)

## Comments

- 187 A Trial-Levels Studies on the Subjects of Administrative Law  
(Mao Wei)

## Academic Debate

- 211 Criminal Procedure of Pleading Guilty: Empirical Research and Comparative Studies  
(Notes)  
(Xie Jinjie, Katherine Wilhelm, Ira Belkin, Xiong Qihong, Ou Weian, Wang Hui,  
Guo Yu, Li Xiaocheng, He Xuxia, Song Fuxin)

## Reading of Classic Works

- 271 An Analysis of the Mechanism of Action in North-West China  
—A Study on the Context of the Book *A Study on the Political Acts of Farming Residents in North-West China*  
(Jiang Hualin)

## 主题研讨——新兴实践命题的学术叙事

---

Symposium: A Theoretical Study on the Upcoming Practices in the Implementation of Law



# 大数据赋权正当性证成

李 坪\*

**提 要：**法律对大数据的权利配置并没有做出明确的规定，在 *GDPR* 的表述中，数据主体对其个人数据拥有权利，忽视了大数据收集者在收集过程中进行数据清洗付出的劳动及选择自由。大数据权利归属不明确导致产权意识匮乏，“爬虫”技术的使用成为获取他人已经收集的数据的主要手段。在现有数据纠纷中，当事人大多求助于反不正当竞争法进行利益保护，然而，反不正当竞争法通过行为控制，维护市场竞争伦理，却无法对大数据实现一般控制。对大数据赋权是数据行业实现数据正常流转的必要条件，且数据开放也需要激励机制促成。对个人数据保护引发的担忧成为大数据应用的实质性障碍，以数据主体权利为基础建构的个人数据保护框架，只能使得数据控制者被动接受数据主体的要求进行行为调整，而忽视了信息对等在个人数据保护中的重要作用，确定数据收集者通过合规监管获得权利，可以让数据收集者合目的地建构个人数据保护体系。

**关键词：**大数据；劳动价值；数据流转；个人数据保护；客体规制

## 一、问题与背景

数据是国家基础性战略资源。大数据的使用对经济增长有着巨大的促进作用，被形象地比喻为“经济增长的火箭燃料”<sup>[1]</sup>。2016 年我国工

---

\* 作者李坪，男，南京师范大学法学硕士，研究领域为知识产权法，E-mail: 727629321@qq.com.

[1] See Eric Everson, “Privacy by Design: Taking Control of Big Data”, *Cleveland State Law Review* (2017), p. 28.

业和信息化部印发的《大数据产业发展规划（2016—2020年）》指出，2015年中国信息产业收入已达17.1万亿元，2020年信息产业发展目标是大数据相关产品和服务业务收入超过1万亿元。大数据的应用促成数字经济的发展，数据产业的发展已经成为国家的发展战略。对大多数企业而言，在大数据时代的很多商机不是与人工智能相关，而是存在于更为平常的领域之中，在于更清楚无误的统计、监控与观察。<sup>〔1〕</sup>大数据对社会生活的影响从经济维度不断扩展，应用场景从单一的经济增长应用增加为智慧城市建设、民生服务、医疗保健行业、政府管理等多维度应用。大数据应用场景的多样化意味着大数据进入人类生活的层次越来越深，对个人生活的影响也越来越大。大数据应用场景的多样化与数据增长是相互促进的关系，大数据应用场景越广泛进入人类生活，数据平台的收集能力就显得越强势。数据的收集经历了被动、主动到自动三个不同阶段。第一个阶段的数据是记录运营活动的产物；第二个阶段是用户原创内容阶段，新型社交网络的兴起和新型移动设备的普及使得数据量呈急速增长的趋势；第三个阶段是感知式系统的发展，技术进步使得具有收集数据能力的传感器遍布社会各个角落，数据量爆发式增长，自动式数据生成意味着大数据真正产生。<sup>〔2〕</sup>社会化数据（social data）<sup>〔3〕</sup>由每个网络用户的微行为汇集产生，驱动数据使用者建立极具个性的数字档案，提高行动效率。

2019年9月，摩羯科技、新颜科技、存信数据、天翼征信高管被调查，随后公司发表声明暂停大数据服务。大数据行业进入前所未有的“整顿期”<sup>〔4〕</sup>。大数据“爬虫”技术的产生及其应用在一定程度上反映了社会个体对于数据产权意识的薄弱，深层次的原因在于现行的法律制度并没有对大数据的权利归属做出明确的安排。缺少对大数据权利归属

---

〔1〕 [美] 史蒂夫·洛尔：《大数据主义》，胡小锐、朱胜超译，中信出版社2015年版，第89页。

〔2〕 参见孟小峰、慈祥：“大数据管理：概念、技术与挑战”，载《计算机研究与发展》2013年第1期。

〔3〕 按照数据产生主体不同数据可分为：企业数据、机器数据、社会化数据。详细分类参见鲍亮、李倩编著：《实战大数据》，清华大学出版社2014年版，第30页。

〔4〕 黄鑫宇：“‘考’问大数据金融：爬虫为何受关注？”，载新京报网，<http://www.bjnews.com.cn/finance/2019/09/25/629271.html>，最后访问日期：2019年10月13日。

明确的安排不仅导致了市场对数据使用的无秩序状态，而且使得大数据的流转机制趋于无效率，大数据的控制者只能采取保密措施对大数据进行保护、维护大数据体现的经济利益，损害了大数据具有的原生公共属性。个人数据安全在大数据应用中引发了广泛担忧，大数据权利归属不明确无法将保护义务落实到具体的个体。

## 二、大数据赋权是数据流转的必要条件

互联网是大数据应用的发源地，互联网企业具有获得数据的先发优势。实践中面对数据行业的发展，有人也警醒地提出“打破数据壁垒，杜绝数据垄断”。数据开放的目的在于促进信息流动、提高系统服务耦合度及其协同工作能力。<sup>〔1〕</sup>对数据开放的认识也由“免费的啤酒”转化为“言论自由”。大数据的应用可以给使用主体带来经济上的利益。从社会福利角度来看，大数据还存在公共服务类大数据应用、研发类数据应用的具体适用情形<sup>〔2〕</sup>，数据开放有利于公共福祉的增加。大数据具有公共产品的属性，数据大量被收集、分析，客观世界以数字的方式在网络世界被重述，大数据可被理解为是对客观世界的数字化描述的方式<sup>〔3〕</sup>，客观世界以0、1的纯数字形式存在，允许个体完全地独占和私有，则意味着世界的组成元素被完全垄断，虽然大数据的独占和私有符合数据收集者、使用者等主体的利益要求，但数据的公共产品属性意味着数据流动或者一定程度上开放是必然的趋势。

从大数据反映的信息种类上看，大数据反映的信息存在公共信息和个人信息区别，虽然公共信息的“公共性程度”是相对可变的，公共信息和个人信息的边界存在模糊的情形，二者有时难以区分，但是对于公共信息资源的界定，借助特定阶段和特定条件的限定，对其外延仍然

---

〔1〕 [美] 克莉汀·L. 伯格曼：《大数据、小数据、无数据：网络世界的的数据学术》，孟小峰、张祎、赵尔平译，机械工业出版社2017年版，第5页。

〔2〕 参见樊重俊、刘臣、霍良安编著：《大数据分析与应用》，立信会计出版社2016年版，第22页。

〔3〕 参见王德夫：《知识产权视野下的大数据》，社会科学文献出版社2018年版，第70页。

能做出相应的认定。<sup>〔1〕</sup>公共信息构成了社会生产的动力，其不能让个体垄断。公共信息的收集、使用的主体不限于公权力机关，也包括社会中的私权利主体，在信息被大量收集的情形下，公共信息、个人信息都被整合，如同政府收集的公共信息应该开放一样，数据收集者至少应该开放公共信息。缺乏利用数据的法律框架是科学数据开放共享的法律障碍。<sup>〔2〕</sup>

数据的价值多维性意味着不同的数据使用者对于相同数据的分析不同会产生不同价值，一些对于某一数据使用者来说是多余的或者已经被闲置的数据，可能对于其他的数据使用者来说具有显著的经济价值，数据的流动会使得同一数据的利用价值最大化。在数据应用场景不断丰富背景下，鼓励数据流动可以促进数据的应用。在大数据应用场景虽然逐渐多样但是仍处于初级阶段的现实背景下，数据收集者实现经济变现的手段即为对数据的转让。在政策层面虽然数据流动与个人权利保护可能存在冲突，但政府并未禁止数据流动。欧盟的第 2016/679 号条例（EU）规定：关于在个人数据处理及此类数据自由流动方面对于自然人的保护，虽然强调的重点是对于自然人的保护，但并未否定数据自由流动的前提。

欧盟的《一般数据保护条例》（GDPR）的开篇即规定了该条例制定的目的——制定个人数据自由流动的规则。虽然规定了个人数据的限制处理权，但是数据的自由处理是原则。数据已不再是单纯的个体竞争工具，而是转化为了基础性的公共资源。《中华人民共和国网络安全法》第 3 条即规定，国家实行信息化发展与网络安全并重，推进网络基础设施建设和互联互通，鼓励网络技术创新。《互联网个人信息安全保护指南》第 3.5 条也规定了个人信息的收集除了有直接面对个人收集的方式，也包括共享、转让等间接获取方式。《贵州省大数据安全保障条例》第 13 条实行的数据安全责任制将责任主体涵盖至数据流动中的参与主体。《大数据产业发展规划（2016—2020 年）》中也明确要求利用大数据助推创新创

---

〔1〕 参见夏义堃：《公共信息资源的多元化管理》，武汉大学出版社 2008 年版，第 38—39 页。

〔2〕 盛小平、武彤：“国内外科学数据开放共享研究综述”，载《图书情报工作》2019 年第 17 期。

业，鼓励数据资源丰富的平台开放平台数据等公共资源实现创新创业。

数据流动或者数据开放的前提是明确某一主体对数据权利、对数据享有的权利是什么性质。只有通过在社会成员间相互划分对特定资源使用的排他权，才会产生适当的有效使用资源的激励。而不赋予特定权利类型保护，从短期来看，似乎任何人都可以使用数据，加速了数据的流动，但是从长远来看，只会导致某些具有技术优势的平台肆意争夺其他平台耗费劳动所收集的数据。数据所表现的信息具有无形性和动态性的特点，个人信息的控制与公共信息的数量并不是出于零和博弈的目的，从长远来看信息的完美控制会使得公共信息的数量最大化。<sup>〔1〕</sup>在未提供权利类型予以保护的前提下，没有足够的激励促进平台收集数据。排他权的创设是资源有效运用的必要条件，却不是充分条件，因为权利具有可转让性。<sup>〔2〕</sup>在数据市场中，法律对于数据可流转问题采取了肯定的态度，GDPR 即明确规定不得以保护个人数据为由，限制或者禁止个人数据的自由流动。在政策上甚至鼓励数据的流转，但是却没有明确数据的权利归属。

数据权利的确定是可转让性的前提，在权属不明确的情形下，转让无从发生。转让的本质是利益实现，如果权利归属不明确则意味着利益的否定，利益的载体只会成为争夺的对象，回到“一切人对一切人”的原初状态。权利的本质存在着“意志说”与“利益说”的争论，“利益说”认为权利的享有本质上是对社会个体利益享有的承认，大数据对于互联网企业的发展具有天然的优势，其基于大数据运作的精准化营销策略、企业业务创新、管理决策都蕴含着巨大的商业价值，数据应用还包括分析价值、安全价值、未来价值<sup>〔3〕</sup>。

社会个体的利益享有，只是权利创设的前提条件。创设新的权利类型对社会个体的某项事物进行保护，首先需要证成某项事物是否应该是

〔1〕 See R. Polk Wagner, “Information Wants to Be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control”, *Columbia Law Review* (2003), p. 998.

〔2〕 [美] 理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 41 页。

〔3〕 参见樊重俊、刘臣、霍良安编著：《大数据分析与应用》，立信会计出版社 2016 年版，第 30 页。

社会个体的权利，其次需要证成在现行的权利制度中没有权利类型可以对某项事物进行合目的性的保护。社会个体对某项事物拥有利益是对其享有权利的必然条件。数据对于互联网平台企业具有利益是显而易见的，这种利益即使除去了经济利益也依然存在。这意味着数据成为一种独立的权利类型满足前提条件。权利的证成还需要证明社会个体对事物某一方面的利益是使其他人承担义务的充分理由。〔1〕数据的权利证成在于数据对于互联网企业的竞争力有着重要作用，而这种重要作用不被社会其他个体侵害的理由在于对于财产性质的选择也是共有性质选择，无论是积极共有还是消极共有，物必须具体由个人拥有才有意义。〔2〕

大数据具有社会价值，数据的应用在灾害防治中发挥着越来越重要的作用〔3〕。数字疾病监测（DDD）的应用实践，如2014年西埃博拉病毒疫情的防治、2017年巴基斯坦登革热疫情的防治都已经表明，数据具有社会价值的属性。对大数据进行赋权是否会阻碍数据公共利益的实现成为必须考虑的因素。数据慈善（data philanthropy）中将数据开放供其他组织访问、利用，并不需要进行所有权的移转，而只是对使用权进行让渡即可实现数据作为捐赠财产的目的〔4〕。在将数据产权进行明确时，并不会因为产生一个排他性的权利，而阻止数据实现社会价值需要的开放、共享。如果不对数据进行赋权，将数据置于公共领域之中，似乎私营部门可以无成本地进行数据分析、使用数据。但是数据在社会价值之外还存在商业价值，不进行相应的赋权，意味着私营部门的商业价值得不到保障，而商业价值的保障，是促成公私部门合作的重要经济激励。“没有私营部门的支持，我们认为理所当然的艺术、保健和教育方面的许多公共方案将不存在。同样的精神应该扩展到大数据。”〔5〕

〔1〕 See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1988, p. 167.

〔2〕 参见〔澳〕彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2017年版，第84页。

〔3〕 See Jordana George, Jie (Kevin) Yan and Dorothy Leidner, “Data Philanthropy: An Explorative Study”, *Proceedings of the 52th Hawaii International Conference on System Sciences* (2019), p. 5858.

〔4〕 Yafit Lev Aretz, “Data Philanthropy”, *70 Hastings Law Journal* (2019), p. 1503.

〔5〕 Robert Kirkpatrick, “A New Type of Philanthropy: Donating Data”, *Harvard Business Review* (2013).

不对数据进行赋权，是对数据之上存在利益冲突的逃避。虽然不赋权可以将数据还原至原初状态，可以鼓励对数据进行开发使用并且可以以消极的态度回避权属争议，但是，在利益相关者不唯一的情形下，如果利益之间发生冲突则需要借助特定的工具进行平衡，否则将导致权利绿洲和权利荒漠的现象出现。<sup>〔1〕</sup>

### 三、大数据赋权是个人数据保护之法律基础

大数据的发展必须克服个人信息保护的障碍，我们正“梦游进入监视社会”<sup>〔2〕</sup>，“梦游”形象表明了社会个体在无意识的情形下被数据监控，进入了“风险社会”，个人完全暴露在数据之下。“监视”一词表明社会个体对于现状带有一种排斥感，隐私泄露的风险时刻威胁着个体安全，且呈现出高频性、数额大的特点。2019年“全国市场监管部门共立案查办各类侵害消费者个人信息案件1474件，查获涉案信息369.2万条，罚没款1946.4万元，移送公安机关案件154件。”<sup>〔3〕</sup>“19.16%的网络诈骗案件具有精准诈骗的特征，即不法分子获取公民个人信息后有针对性地实施诈骗，极大地提高了诈骗得逞的可能性。”<sup>〔4〕</sup>

数据歧视也影响着个体生活对平等价值实现的追求。个人隐私数据的泄露将颠覆传统意义上国家、企业和个人之间的权利关系。但是对数据隐私的分析应该引入一种利益视角，数据隐私的使用对个人、社区、组织、社会都存在利益。对个人而言，Netflix和Amazon推出的高度定制服务提高了个体生活效率，Comcast、AT&T等可以检测恶意软件保护个人人身财产安全；对社区安全来说，同意发送浏览器的崩溃报告、报告药物

〔1〕 参见周汉华：“论互联网法”，载《中国法学》2015年第3期。

〔2〕 See Jules Polonetsky, Omer Tene, “Privacy and Big Data: Making Ends Meet”, 66 *Stanford Law Review* 25 (2013-2014), p. 25.

〔3〕 万静：“2019 打击侵害个人信息行动收官”，载新华网，[http://www.xinhuanet.com/2019-11/20/c\\_1125251107.htm](http://www.xinhuanet.com/2019-11/20/c_1125251107.htm)，最后访问日期：2019年11月23日。

〔4〕 罗沙：“司法大数据：网络诈骗犯罪仍是‘社会毒瘤’”，载新华网，[http://www.bj.xinhuanet.com/rdsp/2019-11/19/c\\_1125249992.htm](http://www.bj.xinhuanet.com/rdsp/2019-11/19/c_1125249992.htm)，最后访问日期：2019年12月23日。