
大数据“聚、通、用”的法律困境与出路

——以贵州省大数据“聚、通、用”建设为样本

彭剑鸣¹

贵州警察学院

摘要： 贵州大数据“聚、通、用”面临数据聚集速度较低、共享交换水平和数据应用质量不高的问题，主要原因是大数据的财产性质及其产权尚未明晰，大数据蕴含的法律问题始终是大数据发展中的“达摩克利斯之剑”，大数据运用的法律边界并未厘清。可以采取如下方式解决：准确厘定各义务机关在大数据“聚、通、用”中的利益分配，优化人力资源考核的指标体系，确定数据挖掘整理者的产权与责任，对大数据“聚、通、用”中的刑事责任追究持审慎姿态，对个人数据的挖掘与使用持慎重态度。

关键词： 大数据；“聚、通、用”；法律困境；对策；

在信息快速传递的背景下，海量数据的聚集、各个信息点的联通、海量数据的使用，既是新时代必须解决的问题，也是世界走向未来的推动力，为此，各种关乎大数据“聚、通、用”的技术问题、社会管理问题以及相应的法律问题应运而生。本文对大数据“聚、通、用”的法律困境及其出路进行讨论。

一、贵州省大数据“聚、通、用”存在的问题

(1) 在“十三五规划”期间，贵州省确定了“大扶贫、大数据、大生态”三大战略行动，目前，大数据战略行动处于如火如荼的发展态势。大数据“聚、通、用”是贵州省大数据发展的核心和基础，充分挖掘大数据的商用、政用和民用价值是大数据发展的目标。近年来，在大数据“聚、通、用”的发展中出现了一些亟待解决的问题，主要表现为：

(一) 数据聚集的速度不快

迁入的系统大多数是门户网站和小型应用系统，对于人口、法人、自然资源和空间地理、宏观经济四大基础数据库等不少数据量大、服务公众面广、实时数据更新快的应用系统尚未迁入平台。各部门、各市州对政府数据聚集共享的应用系统迁入速度缓慢，甚至出现了市州政府自建政府数据中心和异构云平台的苗头。

(二) 数据共享交换水平不高

一是数据交换共享容量少，目前只有工商、税务、质监等少数部门开展数据交换，其他部门的数据交换仍然具有很大的拓展空间；二是数据烟囱普遍存在，条块分割的体制成为数据互通的重要障碍，中央垂直管理的部门条数据难以与各级政府块

¹作者简介：彭剑鸣，男，重庆璧山人，博士，教授。研究方向：刑事法学。；

收稿日期：2017-11-23

数据实现共享。有的部委下发的应用系统，省级部门无法整合，数据难以导出；三是共享技术有待提升，数据分级分类、数据目录梳理等标准和规范相对滞后，导致跨部门、跨领域共享难以实现。

（三）数据应用质量不高

不少部门应用系统仍属孤立的信息化应用，数据整合应用水平不高，主要停留在行政审批流程简化等公共服务方面，在宏观经济决策、经济运行分析等方面跨部门业务协同应用较少，政府数据共享价值尚未得到充分发掘。

二、大数据“聚、通、用”中存在问题的原因分析

大数据“聚、通、用”中存在的问题固然具有技术的属性，但作为理性行动主体的人具有最大化自身利益的趋向，法律则是各行动主体达成共识的行动边界，唯有遵守法律规范，才可能使各主体的利益最大化。故这些技术问题不过是法律问题的技术性折射。

（一）大数据的财产性质及其产权尚未明晰

经济学家假定人是理性的，理性的人获取利益最为有效的方式即是享有财产权利并据此实现各种收益，而且为保障这种利益的持久性，理性的人享有诉讼权利。

对于贵州省的大数据建设而言，数据聚集较慢的原因也许是多方面的，但其中一个较为重要的原因，或许是参与聚集数据的主体对于数据的性质及其可能产生的影响尚不能排除全部疑虑——诸如自己的行为是否损害其他人的权利，自己的行为是否会遭致不利的法律后果，自己的行为是否在出让自己的利益，自己出让利益的行为是否可以获得相应的对价。正是因为法律上的指引并不清楚，以至于人们对自己的行为犹豫不决。

有学者研究后认为：“大数据具有财产属性，是信息财产权客体，是大数据控制人的数据资产。”^[1]尽管如此，由于尚无相应的规范明确大数据的财产性质，而所有的大数据“聚、通、用”参与者都已经预知其可能会产生相应的使用价值，同时，对数据的生产、挖掘、编排本身也确实蕴含了相应的价值，故作为社会活动主体的人对其可能产生的利益密切关注无可厚非。正因为大数据的财产性质及其权利归属还没有相应的法律规范予以调整，大数据“聚、通、用”的各个行为主体采取观望的策略就可以理解，由此而出现的“聚、通、用”行动迟缓就成为必然。

（二）大数据蕴含的法律问题始终是大数据发展中的“达摩克利斯之剑”

就中国社会的管理系统而言，社会管理规范中存在管理规则结构断裂的现象⁽¹⁾。由于中国社会不时出现未尽符合历史唯物主义认识路径评价同一事件的现象，加之中国具有较为稳定的内在行动准则，而“我们必然是生活在由我们自己的文化所制度化了的那种你我之间泾渭分明的架构中”^[2]。因此，要求行动者突破既有规范确定的行动准则进行“创新”，并不能使行动者对既有规范确定的边界及其消极法律后果完全释然，在新规范确定其行动边界之前，既有规范总是高悬于其头顶之上的“达摩克利斯之剑”，其行动迟缓就成为题中应有之义。

建成法治社会已经成为中国社会转型的目标，而“法治的基本点是很清楚的，即留给执掌强制权力的行动自由，应当减少到最低程度”^{[3]74}。这昭示权利主体的权利保护是法治的基础，限制社会管理者的权力是法治的外在表现形式。管理者收缩权力并赋予权利主体广泛的行动空间，仅仅作为社会的“守夜人”存在于社会之中，是社会保持活力的重要方式；但当权力主体的社会活动和创新主体的行动混同时，就出现了权利和权力的混同，此时，权力主体也不得不顾忌自己作为行动者可能遭致的法律评价，从而使其行动呈克制状态。

1. 个人权利的保护边界并未解除

现有的各种管理数据无一不与人直接相关，而且保护人的权利是社会管理的目的，正如希腊哲学家普罗泰戈拉所说：“人是万物的尺度，是存在的事物存在的尺度，也是不存在的事物不存在的尺度。”^{[4]87}因此，既有法律规范中对于自然人人身权利、财产权利的保护是明确的。然而，大数据的“聚、通、用”必然涉及到个人的人格权、隐私权和财产权，操作者在行动时基于移情心理而产生的内心犹豫与行动阻却是难以克服的；而且，从目前的法律规范考察，对个人信息数据的交易，需要得到个人的许可。因此，行动者难于克服对自己行为可能受到的消极评价的恐慌，在行为上就行动迟缓。

2. 法人权利的保护边界并未解除

自法人制度设立以来，对法人享有的商业秘密和其他知识产权的保护，以及其他权利的保护，法律规范都已经定型化；而大数据“聚、通、用”之于法人商业秘密的影响尤为巨大，而且可能因商业秘密被挖掘而导致关联的其他权利一并被损害，由此可能产生的法律后果足以令具体实施该项工作的人员提心吊胆。

3. 国家安全的边界并未解除

依据现行数据开发和数据交易的规范，涉及国家安全的数据禁止交易，违反该规范将要承担严重的法律责任。国家安全具体化为各行业、各部门日常工作在国家安全层面的要求，同时，由于国家安全法和保密法对保密对象采取概述的方式界定，故关涉社会生活的各个数据均可能存在危害国家安全的隐患。由此，对规范的敬畏感制约着数据的深层挖掘和基础数据的运用。

4. 公共安全的边界并未解除

恐怖主义活动已成为危害公共安全的重要行为，为此，刑法诸修正案不断对恐怖主义行为犯罪化，既表达了对恐怖主义活动的高度重视，也体现了抑制恐怖主义活动的需求。然而，大数据时代的数据挖掘和数据“聚、通、用”都存在被恐怖活动组织利用以攻击整个社会的可能性。为此，为了充分保障数据安全，设置相应的保障措施，甚至是隔绝保护措施。

这一系列障碍及其蕴含的可能危险，足以使任何一个理性的人对大数据的“聚、通、用”保持相对冷静的态度，从而使其发展速度并不如自上而下的管理者所期望，但其中蕴含的合理性是值得关注的。

（三）大数据运用的法律边界并未厘清

大数据的运用是“聚、通、用”的核心。大数据的使用主体大致可以划分为社会管理者、数据服务者、科研群体、消费群体。

1. 社会管理者对数据的使用

中国的管理架构呈现为以“事权”为核心划分的状态，每一项事权的数据需求和数据信息都具有特殊性。大数据“聚、通、用”则是将各种事权项下的数据进行聚合、融通和使用，从而使过去相对封闭的各种数据以“整体”的方式呈现在管理者面前。它不仅使管理者能够全面了解被管理对象的真实状态，而且会影响管理机构对管理对象的评价，甚至会左右管理者之于管理对象的行动。由于行政管理权对管理对象产生的影响非常大，故要求管理者只能在其“事权”范围内对数据进行相对公允的判断与运用，但这种边界并没有清楚地厘定。

2. 数据服务者对数据的运用

数据服务者对数据的运用表现为通过相应的技术手段对数据进行挖掘而形成相应的服务数据，有的数据是其提供免费服务的方式获得，有的则通过激励数据上传者的方式获得，有的则是以支付费用的方式获得。这些运用方式中，既存在合法的行为，也存在非法的行为，然而，由于大数据时代的权利维护成本高昂，以致于权利主体对自身权利的维护并不积极，也没有相应的效果，使得数据服务者的数据运用行为处于不断触碰法律规范边界的状态，甚至出现了不断损害权利主体权利的现象。由于这些行为并未得到及时有效的遏制，甚至一些犯罪行为也没有得到及时有效的否定性评价，从而产生了不良的示范效应，也对数据的正常“聚、通、用”带来了消极影响。

3. 科研群体对大数据的运用边界

科学研究对数据的运用一直都是世界公认的无边界的行爲，直接获取公开数据并用于科研，其合法性自不待言；但大数据时代对数据的挖掘与运用不具有当事人同意使用该数据的前提条件，已经超出了传统意义上的数据获取与运用行为。此时即面临其获得数据、挖掘数据的行动边界问题。他们获取、挖掘数据研究普遍规律的问题似乎不涉及边界问题，可针对个体的研究必然涉及是否对个体的权利造成损害的问题，但这种边界并不清楚。

4. 数据使用者运用数据的边界

对于数据提供者提供的数据，数据使用者是否应当履行注意义务，以及在何种程度上履行注意义务，尤其是在关涉前文所述的诸多法律边界时，数据使用者是否应当注意，对此也没有进行深入的讨论。

在边界没有厘清的背景下，中国人对自己的行为呈现出两种不同的选择趋势：一种是因为没有清楚的边界而放纵自己的行为，即使损害其他主体的权利甚至是民族利益、国家利益也在所不惜；另一种则截然相反，基于对法律规范可能对其行为产生的消极评价而固步自封，从而对大数据时代的各种行为保持高度的克制。基于中国国民性的审视，之于大数据的发展采取的这两种策略也许都无可厚非，但由于大数据时代已经到来，而且大数据对未来社会的影响已初见端倪，故厘清行动边界或许更有利于大数据的“聚、通、用”。

三、相应的对策研究现状

（一）个人权利的保护

保护个人权利不仅是法治社会的基本原则，也是人文主义精神在当代的要求，因此，个人权利保护是大数据“聚、通、用”迈不过去的一道坎。有学者明确提出：“个人信息权具有与大数据时代特征相适应的独特内涵，其范围、内容均无法为其他权利所替代，社会情况的深刻变化呼唤个人信息权的诞生。在法律属性上个人信息权是一项独立的人格权。”^[5]有的学者基于对现行个人信息保护模式的反思，认为采取现行个人信息利用的法律措施已不具有现实可操作性：“在大数据时代，保障个人信息安全的着力点应聚焦于：改变个人信息收集的‘个人许可模式’，让数据使用者承担责任；推行新技术‘差别隐私’，用于保障个人信息安全；制定《个人信息保护法》，以加强互联网个人信息的保护。”^[6]

征求每一个权利主体的同意是不现实的，而数据挖掘是一种专门的技术手段，使用者基于技术优势而进行的利用已远远超出了公众的想象。因此，将责任加于使用者，同时按照信息的无危害适用、轻度危害适用、重度危害适用而赋予使用者不同的义务要求，在保护个人权利的前提下推动大数据时代各种信息的使用，以便于更好地适应大数据时代所面临的各种机遇与挑战。但将数据中关联个人权利的注意义务和责任追究加诸数据使用者，其中蕴含的风险也是显而易见的，因为“人们是理性的，这样一个简单设定很有用，但人们也知道它太夸张。正如赫伯特·西蒙曾特别强调的，人们都只有有限的认知能力。然而，认知能力中的某些局限却可以相当容易地与理性行动的基本模式相协调”^{[7][19]}。数据使用的风险判断取决于使用者，难于切实对数据使用者的使用行为划出清晰的边界。

（二）数据权利的保护

对数据挖掘者的数据权利，有学者已予以充分注意，认为“大数据具有财产属性，是信息财产权客体，是大数据控制人的数据资产”^[1]，而且有学者已明确提出对该数据权利应当予以充分保护，因为“大数据交易平台的建立让信息不再是一座座孤岛。然而我国大数据交易尚处于起步阶段，在相关法律政策缺失的情况下，大数据交易面临着巨大的产权风险”^[8]。目前，各个数据交易中心虽然有自行采取的保密措施，但通过制度建构更有利于解决数据产权人之间财产权利的保护，保障数据交易，加速数据流通与运用，有利于推动数据的“聚、通、用”。

由于目前大数据交易中心尚属于相对稀缺的资源，故中介机构和数据卖方、买方之间的利益分配机制大多通过个别协商或者中介机构定价的方式实现。该方式在数据交易初期似乎是适宜的，但随着社会的演变，应当建构相对稳定的方式，以促进交易双方、交易中心均能够获得中位的利益，从而有利于长期合作机制的建构。

（三）促进大数据“聚、通、用”的制度建构

有学者从政务数据的开放、共享技术及法律与资源进行分析，“发现当前我国政务大数据开放与共享的现有障碍是顶层设计仍不完善，相关法律法规较为滞后，部门之间存在壁垒，缺少统一的元数据标准，政务大数据开放与共享过程中供给与需求脱节以及公民隐私权面临侵犯的风险”，并由此提出以下观点：“在大数据时代应建立全面开放、协同共享、平等对待、知识产权保护 and 隐私保护等基本准则，以公共价值为基本取向全面实现政务大数据的开放与共享。”^[9]这提供了政务数据开放与共享的制度建构设想。

相对于商业数据、个人数据而言，政务数据开放、共享的制度建设可能相对简单，因为法律规范已规定政务数据应当公开，并可以在此基础上公开使用。然而，对于商业数据、个人数据的开发与共享，也许是大数据时代需要重点建构的制度。

四、解决大数据“聚、通、用”困境的法律路径

就贵州省大数据“聚、通、用”目前面临的困境而言，应当处理好以下法律关系：

（一）各个政务机构之间的法律关系

从经济学的视角审视，由于大数据的“用”蕴含了巨大的商业利益，各个建设主体对大数据的建设都抱有极大的热情。中国社会的管理机构具有经济建设和社会管理的双重职能，而且，前者在经济社会管理中占比较重。因而，大数据“聚、通、用”建设应处理好各个政务机关之间的利益分配关系，否则，就会在大数据“聚、通”中出现各种困难，而消解这些困难非常艰难，即使是依赖行政措施强制推进，也会因各个主体的内心抵触而使数据质量不高。

（二）干部评价指标的优化

有学者指出：“官僚行政人员必须以社会所认可的目的为主，在其中找寻自己主观的行动意义，而政治家则为它自己行动的意义关联去创造出社会的认同。”^{[10]139}也即获得群体认同是绝大多数行政管理人员行动的重要追求，在中国语境中则表现为人力资源管理机构对其行动的肯定性评价。

在大数据建设时代，大数据建设所取得的成就对各个管理者、行动者获得人力资源管理机构的肯定性评价及其未来的发展具有重要作用；而且，与生态建设比较，大数据建设因参照标准相对较低而更容易获得肯定。因此，他们做大数据的热情更高，工作的力度更大。

为推动大数据“聚、通、用”的有效展开，人力资源管理部门可以在现行制度架构中平衡大数据建设和其他建设的评价指标，传递人力资源管理评价管理者工作成就的价值取向，促使其更加理性地选择自己的行动。

（三）确定数据挖掘整理者的产权与责任

1. 产权

（1）数据挖掘者与加工者的权利。对网络使用者因 cookies 软件而留下的使用痕迹，数据收集者和挖掘者充分利用并整理形成的数据信息，较原始数据具有聚集性强、信息量大的优势；而且，经过信息加工形成的新数据文件，更便于网络用户使用。对此，有学者研究指出：“用邻接权法保护大数据不仅有较好的适用性和制度上的比较优势，而且有可资借鉴的国际立法先例，同时我国司法实践亦有相近似的尝试。大数据邻接权法律体系的内容包括主体与客体、权利类型、权利行使限制、保护期、侵权行为及侵权认定、法律责任和责任豁免、举证规则。”^[11]该观点可以有效解决数据挖掘、加工者的权利保护，从而保护其在大数据时代的行动积极性。

（2）委托加工既有成果的数据化权利。对以专项委托并支付费用方式将既有成果数据化的行为，应当在项目书、合同书中确定数字化之后的成果的产权。不过，鉴于目前贵州省大数据建设主要由管理机构推动，建议在合同书、项目书中约定为一次性转让著作权，以利于厘清权利边界，避免今后可能出现的纠纷。

2. 责任

本着权利与义务对称的基本原则，既然数据挖掘、整理者享有权利，则其也应承担相应的义务——包括相应的民商事义务和行政管理中的义务。有学者称，由数据使用者承担相应责任的意见是可取的，但对单纯的数据消费者而言，由其承担责任则似乎不当。

（四）追究大数据“聚、通、用”行为的刑事责任应持审慎态度

大数据“聚、通、用”关涉诸多法律关系，而刑法则调整其中严重损害权利人利益和社会公共利益的行为。“中国人具备很多令人赞不绝口的素质，尊重律法，仿佛是他们的一大天性。……中国人尊重律法，因为他们怕吃官司……。”^[12]¹²³需要注意的是，此处的“律法”更多的是指刑事法律。一旦存在刑事法律的威慑，在充分发挥主观能动性从事创造性活动时，行为人一般会采取克制态度。然而，作为一个新生事物，大数据“聚、通、用”对人类社会的影响尚不确定。“与‘邪恶’共存并非易事。……如果在某些情形下对于刑事制裁的使用尚存争议，那么选择不为似乎就是我们所能做出的最好的答案。”^[13]²⁵⁵故对于大数据时代行为人挖掘、聚集数据行为的犯罪化，应当持慎重态度。

当然，对刑法典已经明确规定的犯罪行为，行为人在大数据“聚、通、用”中涉嫌犯罪的，应当依据刑法规定并按照刑法理论的指引认真甄别，避免司法过错的出现。

（五）对个人数据的挖掘与使用持慎重态度

人本主义思想是人类社会前行至今的重要动力，秩序建构的目的之一即是充分保护个人权利。在大数据时代，人一旦丧失了人格权，则将丧失所有的尊严和自由，故对个人数据的“聚、通、用”应持审慎态度。然而，大数据“聚、通、用”又不可能离开作为社会活动主体的“人”（包括法人），但分别征求每一个人的意见并获得授权是不可能的，而且实际生活已经昭示了个人数据在未经权利主体个别同意的状态下被海量挖掘与使用。基于此，似乎可以考虑通过规范的修改与设置，设定为以同意授权为原则而申明不同意授权为例外。在规范中应当明确，对个人信息挖掘与使用而产生的经济利益和社会管理利益，源数

据主体享有一定的份额，且该部分收益用于公共事业，对该部分收益及其用途应当向社会公开。

五、结语

无论我们愿意还是不愿意，大数据时代已经到来，是随波逐流还是趁势而起积极应对，两种不同的态度或许会产生迥然不同的结果。“自由与秩序不是相互矛盾的，而是相辅相成的。”^{[14]28}积极处理好完全竞争环境下的产权划分，或许有利于推动大数据时代自由与秩序价值的协调性实现。

参考文献：

- [1]王玉林，高富平.大数据的财产属性研究[J].图书与情报，2016（1）：29-35+43.
- [2]露丝·本尼迪克特.文化模式[M].王炜，等，译.北京：社会科学文献出版社，2009:6-7.
- [3]弗里德里希·冯·哈耶克.通往奴役之路[M].王明毅，等，译.北京：中国社会科学出版社，1997:74.
- [4]策勒尔.古希腊哲学史纲[M].翁绍军，译.济南：山东人民出版社，1992:87.
- [5]张里案，韩旭至.大数据时代下个人信息的私法属性[J].法学论坛，2016（3）：119-129.
- [6]侯富强.大数据时代个人信息保护问题与法律对策[J].西南民族大学学报（人文社科版），2015（6）：106-110.
- [7]罗伯特·C·埃里克森.无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷[M].苏力，译.北京：中国政法大学出版社，2003:191.
- [8]汤琪.大数据交易中的产权问题研究[J].图书与情报，2016（4）：38-45.
- [9]翁列恩，李幼芸.政务大数据的开放与共享：条件、障碍与基本准则研究[J].经济社会体制比较，2016（2）：113-122.
- [10]WOLFGANG S.Wertfreiheit und Verantwortungsethik:Zum Verhältnis von Wissenschaft und Politik bei Max Weber[M]//马克斯·韦伯.学术与政治.钱永祥，等，译.桂林：广西师范大学出版社，2005:139.
- [11]秦珂.大数据法律保护摭谈[J].图书馆学研究，2015（12）：98-101.
- [12]雅瑟·亨·史密斯.中国人的性格[M].李明良，译.西安：陕西师范大学出版社，2010:123.
- [13]哈伯特L.帕克.刑事制裁的界限[M].梁根林，等，译.梁根林，校.北京：法律出版社，2008:255.
- [14]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂.刑事政策的主要体系[M].卢建平，译.北京：法律出版社，2000:28.

注释：

- 1 本部分内容来源于致公党贵州省委2016年10月的专题调研报告。

2 其中的典型表现在于，中国传统上是且目前仍然是管理者推动演变的社会，作为社会常设管理规范的法律经常处于相对滞后状态，这种大陆法系国家屡见不鲜的现象因中国社会目前处于急剧变更的时期而表现得尤为突出。