

财产事实支配的宪法定位 及其在数据财产领域的运用

杜牧真^{*}

内容提要 财产事实支配作为一种自由,是宪法和法律形成的财产权所保护的客体而非财产权本身。对于作为有别于权利的财产事实支配自由,宪法和法律无需加以创设,而只能予以确认并保护。为防止财产事实支配可能受到过度限制或不当干涉,对于财产权人与非财产权人的财产事实支配自由,我国宪法均以“法无限制即可为”的方式予以确认并保护。宪法对于财产事实支配的确认与保护,为国家设立了财产事实支配的保护义务,这包括国家消极保护义务与国家积极保护义务两方面。国家消极保护义务意味着,立法者不得以“法无授权不可为”的方式限制事实支配自由;国家积极保护义务意味着,立法者应具体形成能够保护公民对其财产的事实支配不受其他主体干涉的权利,从而使事实支配的国家积极保护义务在私权领域得以充分实现。基于财产事实支配的宪法定位可知,反对数据财产权利化的观点不能成立。

关键词 财产事实支配 数据财产 自由 权利 国家保护义务

目 次

- 一、问题的提出
- 二、财产事实支配与国家法律之间的关系
- 三、财产事实支配的宪法基础与规范含义
- 四、财产事实支配的宪法定位在数据财产领域的运用
- 五、结语

^{*} 中国政法大学数据法治研究院讲师。本文系科技部 2022 年度国家重点研发计划“社会治理与智慧社会科技支撑”重点专项“知识产权司法保护与跨部门协同服务关键技术研究”(项目批准号:2022YFC3303000)的阶段性成果。

一、问题的提出

支配权系财产权体系中的一项核心概念,涉及物权、知识产权以及新兴数据财产权领域。^①根据学界对“支配”的释义,其可分为事实支配和法律支配。事实支配是指,“对客体的事实控制,其必须具备的标准就是直接占有”^②,包括针对财产所实施的占有、使用、管理、消费等一系列事实行为。不难看出,事实支配的内涵非常宽泛:在物权领域,包括对物的占有、使用、收益与事实处分(如对物的消费)等;在知识产权领域,包括作品的发表、复制、改编以及专利的制造、使用等;在数据财产领域,包括“数据处理”以及《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》(以下简称“数据二十条”)所提出的“数据生产、流通”“数据资源持有”“数据加工使用”等。

鉴于事实支配系财产法领域特别是数据财产领域的重要概念,准确把握其内涵关乎传统财产法和新兴数据财产领域的学术探讨与制度建设实践。然而,数据财产领域针对事实支配却存在着一种认识,即认为对数据财产的事实支配是一项数据财产权利,换言之,数据财产权赋予了数据的事实支配的合法性。对于数据财产权人而言,其因享有某数据集上的数据财产权而获得该数据财产权所赋予的事实支配该数据集的合法性;对于非数据财产权人而言,其对数据的事实支配因合法性的缺乏而受到限制。^③

上述认识在一定程度上导致学界在数据财产能否权利化这一基本问题上仍未完全形成共识,对数据财产研究的纵深推进和对数据财产制度实践建设的有效回应带来了严重阻碍。具言之,一方面,司法实践中早已不乏将现行财产权适用于数据财产的裁判,^④近年来“数据二十条”还提出了“探索建立数据产权制度”的任务要求,这足以说明社会对于数据财产权利化的呼声;另一方面,学界也早已围绕数据财产的权利化问题展开了充分探讨,数据财产可以且应当纳入财产权客体体系目前已得到较多学者的认可。^⑤因此,就数据财产权利化这一基本问题本应已达成共识。然而,学界却仍有一部分学者基于上述财产事实支配的认识而认为数据财产的权利化面临着三项主要难题,即数据难以成为财产权客体的“财产权客体难题”、难以分配数据权利的“权利分配难题”、不利于数据价值充分释放的“价值阻碍难题”,并认为不应当以数据财产权模式来调整数据

① 参见张新宝:《论作为新型财产权的数据财产权》,载《中国社会科学》2023年第4期,第145-155页。

② 金可可:《论支配权概念——以德国民法学为背景》,载《中国法学》2006年第6期,第84页。

③ 参见周汉华:《数据确权的误区》,载《法学研究》2023年第2期,第6页;姚佳:《企业数据的利用准则》,载《清华法学》2019年第3期,第117页;周樾平:《大数据时代企业数据权益保护论》,载《法学》2022年第5期,第165-168页。

④ 参见北京市第一中级人民法院(2022)京01民终5972号民事判决书;北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第16204号民事判决书。

⑤ 参见李爱君:《数据权利属性与法律特征》,载《东方法学》2018年第3期,第68-69页;前注①,张新宝文,第145-163页。

财产。^⑥对此,尽管有些学者针对数据财产可权利化的反对论作出了一些回应,但却未从准确界定事实支配这一根本性视角来展开针对性的反驳,^⑦从而难以使数据财产权利化这一数据财产领域的基础性争议彻底尘埃落定。因此,准确界定事实支配对于推动数据财产领域的研究达成普遍共识至关重要。

那么,应该如何准确界定财产事实支配?其实,法律秩序是一个体系而非纯粹的集合,这体现在每一个规范的效力并非来源于其明确的规定而是更高位阶的法规范,它们最终均通向位阶最高的基础规范——宪法规范。^⑧由此,“财产法律制度并不是一个单纯的民法问题,它首先是一个宪法问题”^⑨。据此,对于与财产权密切相关的财产事实支配,应当从宪法视角加以准确界定。

首先,在认识事实支配的法律性质方面,只有从更为一般性的宪法视角来观察国家与法的内在结构,才能够窥见财产事实支配与财产权利在“人对物”(主体与客体的关系)和“人与人”(主体间的关系)之间的本质区别,从而能够准确地认识到财产事实支配系一项区别于财产权的自由。其次,在认识事实支配的合法性来源方面,只有深刻认识到宪法在形成、调整事实支配相关法律关系中的独立、统摄作用,方能看到对于作为有别于权利的财产事实支配自由,宪法和法律无需加以创设而仅能予以确认并保护这一客观事实。财产事实支配是“由宪法强制性确认的、各个个人普遍享有的不可转让、不可剥夺的支配物的资格”^⑩,其不以对具体的财产拥有权利为前提,也即,一个人并不会因为没有财产权而不具有宪法上取得、占有和使用财产资格^⑪。

鉴于此,本文拟从宪法视角展开来全面、准确地看待事实支配,并将其运用于数据财产相关现实问题的分析,从而推动数据财产领域研究达成共识,促进数据财产基础制度建设,并使研究成果在服务于新兴数据领域的同时“反哺”传统法学领域,从而使中国自主的法学知识体系能够顺应数字时代的发展需求。

二、财产事实支配与国家法律之间的关系

随着近代权利文化的兴起,“权利”一词被普遍泛用乃至滥用。^⑫其中,自由、利益、

⑥ 参见梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,载《中国社会科学》2016年第9期,第169-170页;丁晓东:《数据到底属于谁?——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护》,载《华东政法大学学报》2019年第5期,第78-79页;付新华:《企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权》,载《东方法学》2022年第2期,第140页。

⑦ 参见申卫星:《数据确权之辩》,载《比较法研究》2023年第3期,第1-13页;熊丙万、何娟:《数据确权:理路、方法与经济意义》,载《法学研究》2023年第3期,第54-72页;沈健州:《数据财产的排他性:误解与澄清》,载《中外法学》2023年第5期,第1165-1183页。

⑧ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第124-163页。

⑨ 赵世义:《论财产权的宪法保障与制约》,载《法学评论》1999年第3期,第7页。

⑩ 赵世义:《经济宪法学基本问题》,载《法学研究》2001年第4期,第38页。

⑪ 参见前注⑨,赵世义文,第8页。

⑫ See Norman P. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, St. Martin's Press, 1989, p.226-227; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980, p.198-210.

权能时常被冠以“权”之名而与国家法律所创设的权利混淆在一起。例如,霍布斯认为权利的本质是“做或不做的自由”^⑬;耶林认为权利的本质是利益;^⑭虽然《民法典》第240条将所有权释义为“……的权利”,但学理上却一般将它们称为权能。^⑮然而,厘清它们却是必要的,因为它们具有不同的法律含义。例如,《宪法》第51条就对自由与权利予以了区分。对于如此区分的意义,有学者指出,自由与权利主要分别对应的是国家消极不作为与积极作为。^⑯

由于事实支配本身属于一种自由,并在部分情况下还属于财产权权能,且行使该自由还能够带来经济利益。这意味着,在假定事实支配已被国家法律所涵摄的情形下,厘清权利与自由、权能、利益的关系,并探究事实支配究竟系权利,还是作为无法构成权利的自由、权能或利益,成为解答本文核心问题的重要前置性问题。

(一) 权利与自由、权能、利益的界分

1. 权利的必备要素:权利与义务的共生性

不可否认,回答“什么是权利”极为困难。^⑰笔者亦不致力于全面探讨“什么是权利”,而仅基于分析需要来回答“什么不是权利”,亦即,阐述权利的必备要素——权利与义务的共生性。

一项耳熟能详的基本共识性论断是,法律规范的本质是调整人与人之行为关系的社会规范,^⑱同时,其区别于其他社会调控方式的核心点是,其以“权利(权力)一义务”为“基本粒子”。^⑲由此可以肯定的是,法律上的权利与义务系“硬币之两面”,具有逻辑上的共生性。对此,贝克指出,权利的行使体现为对义务人之作为或不作为的要求,权利被侵害的实质是权利人的要求未被履行,权利救济的方式为强制履行与赔偿损失。^⑳霍菲尔德则更为直接地用由四组权利义务关系构成的法律关系“最小公分母”(the Lowest Common Denominators)来解构法律关系。

结合霍菲尔德对于“最小公分母”的解读来看,它们的一般含义及其在财产领域中的特定含义分别是:第一组,权利人有合法实施某行为(包括作为或不作为)的“特权”(privilege),包括事实支配某财产的“特权”,义务人对此“无权利”(no-right)干涉。不难发现,在财产领域,事实支配与“特权”近乎同义。第二组,权利人有要求他人实施某个行为(包括作为或不作为)的“权利”(right),包括要求他人不得事实支配其财产或

^⑬ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 1988, p.86.

^⑭ 参见[德]鲁道夫·耶林:《为权利而斗争》,刘权译,法律出版社2018年版,第21页。

^⑮ 参见王利明:《物权法教程》,中国政法大学出版社2003年版,第124页。

^⑯ 参见林来梵:《宪法学讲义》(第4版),清华大学出版社2023年版,第311页。

^⑰ 参见[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔评译,商务印书馆1991年版,第39页。

^⑱ 参见[德]萨维尼:《萨维尼论法律关系》,载郑永流:《法哲学与法社会学论丛》,田士永译,中国政法大学出版社2005年版,第4页;沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1988年版,第40页。

^⑲ 参见张文显、姚建宗:《权利时代的理论景象》,载《法制与社会发展》2005年第5期,第6页;黄文艺:《“法学”释义》,载《吉林大学社会科学学报》2000年第3期,第63-64页。

^⑳ See Lawrence C. Becker, *Property Right: Philosophical Foundations*, Routledge and Kegan Paul, 2014, p.8-11.

干涉其事实支配其财产的“权利”,义务人有遵照权利人要求来实施相应行为的“义务”(duty)。第三组,权利人有改变法律关系的“权力”,包括将财产权利进行法律处分的“权力”,义务人有承受法律关系被改变的“责任”(liability)。不难发现,“权力”与我国民法常称的形成权、法律处分权近乎同义。第四组,权利人有免受法律关系被改变的“豁免”(immunity),包括财产权人免受其财产权利被法律处分的“豁免”,义务人无能力(disability)改变权利人的法律关系。^②可见,贝克与霍菲尔德的权利理论均揭示了权利与义务的共生性。值得注意的是,严格来说,“特权”不应被视为一项法律授予的权利,“豁免”则应指“权利”与“权力”在享有与行使上的“独占性”或“专有性”。

权利与义务的共生性体现在:首先,从产生来看,授予某主体权利,必然意味着使其他主体担负了义务,反之亦然。有学者借助对霍菲尔德理论的质疑对此进行了反驳。其中,有些学者以汽车驾驶员系安全带或者以“不得残忍对待动物”的义务等为例,来试图说明义务(权利)的产生并不必然意味着权利(义务)的同步产生。^③然而,上述反驳逻辑实质上一方面将试图否认存在的权利限定为私权范畴,另一方面却又以公权领域的义务为例来反驳权利义务的共生性。但广义的权利既包括私权领域的狭义权利也包括公权领域的权力,同时,霍菲尔德未将其分析限定于私权领域,^④因此以上逻辑犯了“合成谬误”与“稻草人谬误”。事实上,公法在禁止某类主体实施相应行为的同时,必然同步赋予了公权力主体可以要求该类主体不得实施相应行为的权利。因此,上述例举的义务分别等价于可以要求相应主体必须系安全带、不得残忍对待动物的公权利。否则,约束公权力主体的“法无授权不可为”将遭落空,因为其可辩称其并非公权利的享有者与行使者。可见,以上反驳难以成立。

其次,从含义来看,权利的含义可以从相对应的义务含义中推断得出,反之亦然。但有学者提出了反对,其依据是“可选择性”与“应当性”之间的不可同义替换性:权利内含“可选择性”,义务则内含“应当性”,而“应当性”不能推导出“可选择性”。^⑤然而,以上分析混淆了权利内容的“可以”与权利行使的“可选择性”。关于权利的“可选择性”及其与内容之间的关系应当如此理解:“可选择性”是就权利的行使而非权利的内容而言,权利内容中的“可以”是指实施权利内容中的“要求”行为可以获得法律上的认可与支持。否则,如果采取上述将“可选择性”嵌入权利内容的理解,那么对于甲享有的以“可以要求乙按期给付欠款”为内容的权利,便成为了甲“可以要求也可以不要求乙给付欠款”,从而甲始终“不要求”的行为同样属于一直在行使其权利的状态,进而即便该“不要求”持续了三年以上,也不能认为甲系“躺在权利上沉睡的人”进而剥夺其“胜

^② See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, The Yale Law Journal, Vol.29:16, p.30-59 (1913); Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, The Yale Law Journal, Vol.26:710, p.745-752 (1917).

^③ 参见张恒山:《霍菲尔德权利概念释义之质疑》,载《法学》2024年第7期,第6页;陈景辉:《权利和义务是对应的吗?》,载《法制与社会发展》2014年第3期,第39-40页。

^④ See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *supra* note 21, 47.

^⑤ 参见前注②,张恒山文,第8页。

诉权”。以上区分不仅能解释诉讼时效问题,还有助于理解公权力的“权责相统一”：“权”指公权力内容上的“可以”（国家的认可与保障性），“责”指公权力行使上的“不可选择性”。此外,对于受教育权、劳动权等所谓的“复合性”权利也可基于以上区分来“庖丁解牛”。总之,权利内容之“可以”与权利行使之“可选择性”不容混淆,将两者混淆而展开的反驳难以成立。

最后,从行使与受到侵害来看,一方面,权利的行使必然指向对义务人作为或不作为的要求;另一方面,权利受到侵害的实质是义务人未满足权利人的要求。对此,有学者反驳道,一切权利并不均体现为对义务人的“要求/主张”,占有权、劳动权、休息权等权利便是此例外。^{②⑤}但其实,此类“权”是对由至少两项以上的“最小公分母”之组合的统称。例如,占有权至少包含了可以占有某财产的“特权”与可以要求其他主体不得干涉其占有的“权利”;休息权至少包含了可以休息的“特权”与可以要求用人单位不得干涉其必要休息、可以要求“国家发展劳动者休息和修养的设施”(《宪法》第43条第2款)的“权利”。同时,不指向义务人行为的“特权”并不属于权利范畴。因此,在去芜存菁后可以得知,上述反驳并不能成立。

总之,正如狄骥所言,“必须记住这种基本的观念:客观的法律包含有一种命令或一种禁止,此外就没有别的东西了”^{②⑥},授予权利的同时必然对另一方的自由施加了“必为”(命令)或“必不可为”(禁止)的限制。因此,作为具有“后国家性”的权利至少应具备的一项要素——权利与义务的共生性,该要素决定了权利与自由、权能、利益之间不容混淆。

2. 权利与自由、权能:被包含与包含关系

部分自由与权能的行使并不指向他人行为,这决定了它们与权利在概念范畴上构成包含与被包含关系。

首先,对于权利与自由,即便可以将权利涉及的“可以”或“可选择性”本身视为一种自由,但反之却不成立。原因在于,诸多自由的行使并不一定指向义务人行为,如鲁滨逊在其孤岛上的自由。正如狄骥所言,“鲁滨逊在他的孤岛上就因为他是孤独的,所以没有权利……如果有权利可言,人只有在他成为社会的一员之后,并且因为他是社会成员才有权利”^{②⑦}。可见,即便某种自由得到了国家法律的确认与保护,但如果此种自由的行使并不指向义务人行为,其只能构成宪法和法律创设的权利所保护的对象,而无法构成权利本身。

基于此,以自由与宪法、法律及其所创设的权利之间的关系为视角,自由可分为两类:第一,作为宪法、法律上的权利的自由。该类自由体现为其享有者可以要求义务人实施某特定行为,并且该“要求”受到国家强制力的保障,其本身因满足权利义务的共生性而构成宪法或法律所创设的权利。第二,作为宪法、法律上的权利所保护的对象自

^{②⑤} 参见前注②,张恒山文,第10页。

^{②⑥} [法]莱昂·狄骥:《宪法论》(第1卷),钱克新译,商务印书馆1959年版,第191页。

^{②⑦} [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁:法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第245页。

由。该类自由虽然因受到宪法、法律的保护而可能涉及权利,即可以要求他人不得侵犯该自由的权利,但该自由的行使并不指向任何义务人的行为,因而该自由本身并不构成宪法或法律所创设的权利,只能作为宪法、法律上的权利所保护的对象。

其次,对于权利与权能,通说认为权能指权利人在法律规定的框架内可以采取的各种行为。^{②⑧}据此可以认为,权能同样是一种自由,因此其与权利之间同样构成包含与被包含的关系。但值得注意的是,从享有者的角度来看,权能一般是针对财产权人而言的,但自由却不以此为限,而是包括了财产权人和非财产权人。

此外,还可以推知权利的另一项要素及其与自由(权能)的另一个区别,即权利的法律的创设性与“后国家性”:一方面,权利一定是来源于宪法、法律从无到有所创设,并后于国家而存在,对此,尽管在国家产生前,某人可以以其武力为威慑来要求他人实施特定行为,但这依据的是自然、物理之力而非授予权利的法律之力;另一方面,无法构成权利的自由却可以先于国家存在,例如人们呼吸、睡觉、事实支配各种物质资源的自由。基于此不难得知,霍菲尔的“特权—无权利”关系可以先于国家存在,但“权利—义务”关系则必须来源于国家法律的创设,这正如米尔恩所言,“霍氏的分析只把握了权利本身,而不问权利的来源”^{②⑨}。

3. 权利与利益:后者是前者保护的对象

“在传统法学理论体系中,制度和法律上所设计的权利以及通过权利可以实现的利益两者有时被混淆在一起。”^{③⑩}权利与利益不仅不能混淆,且也不构成包含与被包含关系。其原因在于,利益仅仅是权利的设立、行使所追求或产生的后果,这决定了其本身无法构成权利。耶林的权利利益说也曾被科齐奥尔批评,认为其混淆了权利的目的与权利的内容,权利服务于利益的保护,但其本身并非利益。^{③⑪}对此,有学者在对权利进行释义时予以了强调:“权利是……其目的是保障一定的物质利益或精神利益”^{③⑫}。有学者提出了“法律内容”与“社会经济内容”的划分,并将法律所创设的权利纳入前者,将法律所保护的利益纳入后者,以此来使法律关系理论更为贯通与自洽。^{③⑬}可见,即便如法谚语所言,“法乃利益之器”,但权利与作为权利目的之利益不容混淆。

(二) 事实支配构成权利所保护的对象而非权利本身

由上可知,尽管事实支配本身是一项自由并在针对财产权人时可称为权能,但因其行使指向财产而非他人行为而不能构成权利。同时,尽管行使事实支配自由对于人类而言利益攸关,且保障此利益是国家法律的重要内容之一,但利益本身无法构成权利。因此,无论是从本体论角度将事实支配理解为自由、权能,还是从目的论角度将其理解为利

^{②⑧} 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第131页。

^{②⑨} A. J. M. Milne, *Human Rights and Human Diversity: An Essay in the Philosophy Human Rights*, State University of New York Press, 1986, p.177.

^{③⑩} 莫纪宏:《论数字权利的宪法保护》,载《华东政法大学学报》2023年第4期,第9页。

^{③⑪} 参见申卫星:《溯源求本道“权利”》,载《法制与社会发展》2006年第5期,第84页。

^{③⑫} 周永坤:《法理学——全球视野》(第4版),法律出版社2016年版,第204页。

^{③⑬} 参见童之伟:《法律关系的内容重估和概念重整》,载《中国法学》1999年第6期,第24-32页。

益,均无法将其认定为宪法、法律所创设的权利本身,而仅能视为权利所保护的对象。需要说明的是,笔者以上界定仅仅是将权利本身与权利所保护的对象予以区分,并将事实支配定性为后者,因此并不会弱化事实支配所受到的法律保护力度。不仅如此,如此界定的优越性还在于能够使财产权理论符合基本法学原理与我国法权理论。

第一,上述界定能够使财产权理论符合一项法学界乃至于经济学界都公认的基本原理:财产权是“人与人”而非“人对物”的基本原理。^{③④} 由于事实支配指向了财产,如果认为事实支配是一项财产权利,将使得人们不知不觉陷入财产权是“人对物”的歧途,甚至认为“人对物”的关系是第一位的。^{③⑤} 但如果将事实支配划出财产权范畴之外,并将其认定为系“人对人”的财产权所保护的对象而非财产权本身,那么该基本原理便可得以彻底地遵循。可见,霍菲尔特的“特权”同样应当被排除在财产权的范畴之外。

第二,上述界定能够使财产权理论契合我国的法权理论。具言之,我国法权理论不认可天赋的自然权利,而是认为一切权利皆为法定权利。^{③⑥} 然而,人对财产的事实支配可以不依赖于国家而存在,亦即,“人可以依据事实物理上之力来对财产发号施令”中的“可以”显然在国家诞生前就已存在,这意味着如果将具有“前国家性”的事实支配本身独立地认定为一项权利,即将上述“可以”视为权利的内容,那么必然将与我国的法权理论相违背。因此,为契合我国的法权理论,应当将其认定为权利所保护的对象。

需要补充的是,以上界定相当于在将事实支配“特权”与要求他人不得干涉事实支配的“权利”相切割的基础上,对事实支配“特权”单独进行定性。但有学者对霍菲尔特将“特权”与“权利”进行切割的做法提出了反对。^{③⑦} 类似地,拉伦茨也曾指出,物权人可以对财产的事实支配与可以禁止他人对其事实支配的干涉是互为条件的“硬币之两面”,仅将前者“一面”视为后者“一面”的“反射”(Reflex)的做法是没有根据的。^{③⑧} 然而,在笔者看来,这一看法难以成立。

首先,从理论上,基于霍菲尔特提出的“小虾沙拉问题”(The Shrimp Salad Problem)可知,“特权”所强调的是,对于享有者可以实施的某种行为,“无权利”者并非不能干预,而是无法基于法律或权利来干涉。对于“无权利”者的干预,“特权”人还“无权利”依据法律加以对抗。^{③⑨} 可见,从逻辑上看,“特权”与排他干涉“特权”的“权利”并非“硬币之两面”,有学者之所以得出相反结论,其原因在于犯了“稻草人谬误”。^{④⑩}

^{③④} 参见《马克思恩格斯全集》,人民出版社1957年版,第52页;卢现祥主编:《新制度经济学》,武汉大学出版社2004年版,第64页。

^{③⑤} 参见王卫国:《现代财产法的理论建构》,载《中国社会科学》2012年第1期,第146页。

^{③⑥} 参见陈鹏:《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构造》,载《中国社会科学》2023年第12期,第121-122页。

^{③⑦} 参见前注②,张恒山文,第11-13页。

^{③⑧} 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第323-234页。

^{③⑨} 霍菲尔特引用了格雷的“小虾沙拉问题”来生动地解释了“特权—无权利”:小虾沙拉所有者对某人说道,“如果你愿意,你可以吃小虾沙拉,我们许可你这样做,但我们并不保证不干预你”。See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *supra* note 21, 47.

^{④⑩} 有学者在质疑该问题时提到,“霍菲尔特强调‘privilege’表达着他人(以Y为代表)对主体行为的不得干涉性”。参见前注②,张恒山文,第12页。

其次,从现实来看,“特权”与“权利”相割裂现象可在现实中找到例证。国家诞生以前仅存在“特权一无权利”的财产利用关系,即便在国家法律产生后,知识产权立法实践也表明在知识产权民事法律关系中存在“特权”与“权利”相割裂的现象。具言之,知识产权无法禁止他人对权利人事实支配其智力成果所施加的干涉,^④知识产权的“权利”(以下简称“排他共享权”)所能规制的是他人针对权利人智力成果所实施的,不对权利人事实支配其智力成果构成干涉的,共享性(或非竞争性)的事实支配行为(如复制、传播、演绎等),旨在保护的是权利人的投资回报利益而非财产的事实支配利益。^⑤因此,尽管公民对智力成果的事实支配受到宪法上的保护(如国家不得任意限制公民作品的出版、发表),但在知识产权领域,事实支配智力成果的“特权”与禁止他人干涉该“特权”的“权利”之间存在割裂现象。由上可知,以上界定并不会因“特权”“权利”的不可分割性而受到阻碍。

综上所述,事实支配仅构成宪法和法律创设的权利所保护的对象,而无法构成权利本身。正如有学者所言,对于“吃饭”“穿衣”“音乐演奏”等行为,只要与他人权益无涉,便在法律规范上具有惰性,属于“法律真空”或“法律不入之地”,法律不介入并予以评价。^⑥也正如耶利内克所言,“没有散步权和睡觉权,当且仅当这些个人行为没有处于和法律义务的关系之中”^⑦。因此严谨地看,事实支配的行使属于法律遵守的范畴,而非权利行使的范畴。同时,若将事实支配冠以权利之名,与其称之为容易让人望文生义的“事实支配权”,毋宁确切地称之为“事实支配被保护权”,而事实支配本身就是“事实支配被保护权”所保护的对象。

三、财产事实支配的宪法基础与规范含义

事实支配作为一项“前国家性”自由,无需依赖宪法、法律创设,而仅能被宪法、法律所限制或其他公民所干涉。^⑧为防止事实支配可能受到过度限制或不当干涉,宪法需要对其予以确认并保护。实际上,我国宪法以“法无限制即可为”的方式对事实支配予以确认并保护,其规范基础是《宪法》第13、51条等规定。宪法对于事实支配的确认与保护,为国家设立了事实支配的保护义务,这又包括消极保护义务与积极保护义务两方面。国家消极保护义务意味着,立法者不得以“法无授权不可为”的方式限制事实支配自由;国家积极保护义务则意味着,立法者应具体形成能够保护公民对其财产的事实支配不受其他主体干涉的权利,从而使事实支配的国家积极保护义务在私权领域得以充分实现。

^④ 参见湖北省高级人民法院(2003)鄂民三终18号民事判决书;山东省高级人民法院(2017)鲁民终708号民事判决书。

^⑤ 参见杜牧真:《数据难以确权的误区澄清》,载《中国法律评论》2024年第4期,第132-139页。

^⑥ 参见舒国滢:《法律上“可为”指令之语义与逻辑分析》,载《清华法学》2022年第5期,第20页。

^⑦ [德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第43页。

^⑧ 参见前注^④,格奥格·耶利内克书,第42-45页。

（一）宪法确认事实支配并加以保护的依据与方式

正如有的宪法学者所言,与“偏爱”财产权人的民法相比,宪法均一视同仁地对待财产权人与非财产权人,^{④6}能够保障一个人并不因为暂时没有财产而失去取得、占有和使用财产资格^{④7}。无论是财产权人对于其财产的事实支配,还是非财产权人对于他人私有财产、公共财产、无主财产的事实支配,均由宪法以“法无限制即可为”的方式进行了确认并保护,而下位的法律只能基于明确的规定来对其加以适当的限制。因此,公民可在宪法、法律明确限制的范围之外,以任何形式对财产加以事实支配,对此,无需再依赖于法律明确授权。

1. 《宪法》第13条对财产权人的事实支配予以确认和保护

首先,事实支配属于宪法财产权的“社会经济内容”,进而落入《宪法》第13条规定的范畴之内。《宪法》第13条第1款规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”由“财产不受侵犯”的规范表述可以看出,宪法财产权的目的是保护个人生存与自由所依赖的物质条件,这意味着宪法财产权不仅需要保护公民对其私有财产的控制状态,^{④8}还需要针对公民对其私有财产的事实支配自由予以确认。否则,该事实支配自由如果受到宪法、法律限制,即便公民拥有了丰富的财产,它们也可能因被束之高阁而无法满足个人生存与自由所需,进而使得宪法财产权的保障目的落空。可见,《宪法》第13条可以认为是对财产权人事实支配其财产的自由进行确认并加以保护的宪法依据。

其次,《宪法》第13条所确认的范围涵盖了一切类型的财产权人对其财产的事实支配。2004年《宪法》第13条修改时,原条文中的“所有权”被“财产权”所替代。从文义解释来看,“所有权”系物权的下位概念,“财产权”系物权的上位概念,涵盖了物权、知识产权等;^{④9}从目的解释来看,事实支配智力成果、数据等非物质性财产同样关乎个人生存与自由。例如,阅读著作不仅可以指导公民的生产、生活实践,还可以使公民能够用“思想武装头脑”,从而确保其自由意志不因他人的蛊惑而受到侵蚀。因此可以认为,《宪法》第13条所确认并保护的财产范围,既包括物权人对其所有物的事实支配,也包括知识产权人对其智力成果的事实支配,还包括数据财产权人对其数据财产的事实支配。

最后,《宪法》第13条的射程仅及于财产权人。《宪法》第13条第1款采用“合法的”字样,同时,该法第1至第3款均在“财产权”之前强调了“私有”二字。这意味着根据法律保留原则,《宪法》第13条的内容需要先由法律来形成,^{⑤0}并且该条射程仅能及于财产权人对其财产的事实支配。至于非财产权人的事实支配自由的确认与保护,则可以由《宪法》第51条来完成。

^{④6} 参见前注^⑨,赵世义文,第8页。

^{④7} 参见李龙、刘连泰:《宪法财产权与民法财产权的分工与协同》,载《法商研究》2003年第6期,第42页。

^{④8} 参见谢立斌:《论宪法财产权的保护范围》,载《中国法学》2014年第4期,第123页。

^{④9} 参见江平、巫昌桢主编:《现代实用民法词典》,北京出版社1988年版,第31页。

^{⑤0} 参见张翔:《财产权的社会义务》,载《中国社会科学》2012年第9期,第117页。

2.《宪法》第51条对非财产权人的事实支配予以确认和保护

首先,对于非财产权人的事实支配自由,尽管我国宪法未明确作出规定,但其可被视为一般行为自由并落入“非真正未列举的基本权利”范畴。^{⑤1}因此,不能认为未被宪法明确规定的事实支配自由是不被宪法确认并保护的自由。同时,虽然与散步、赏花等单纯的人身自由相比,事实支配自由的行使指向了财产,但这仅意味着其可能因落入他人财产权限制范围内而受到更多的限制,却无法否认其依然属于一般行为自由的范畴。

其次,《宪法》第51条对事实支配自由予以了确认与保护。有学者曾创新性地将《宪法》第51条建构为旨在为自由提供规范依据而非意在施加限制的概括权利条款,^{⑤2}对此,尽管存在一定争议,^{⑤3}但即便坚持该条款属于权利限制条款,由于先于国家的自由原则上不受限制,对其作出限制只能是例外,^{⑤4}该限制条款的目的与正当性在于调整基本权利冲突、维护并增进社会公共利益,^{⑤5}而非对一般行为自由加以无谓地限制。对此,从该条款后半句也可明显看出,该条款是以“法无限制即可为”的方式来对一般行为自由进行的限制,亦即,只要一般行为自由“不损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”,就是不受限制的。因此,基于《宪法》第51条,对于一般行为自由,无需再依赖于宪法明确的列举式规定。如此,属于一般行为自由的事实支配自由,自然便落入了“法无限制即可为”的确认与保护范围。

综上所述,任何公民的事实支配系由宪法所确认并保护的一般行为自由,其规范依据为《宪法》第51条。此外,对财产权人与非财产权人的事实支配予以确认并保护的规范依据还有《宪法》第33条第3款规定的人权保障条款。其原因在于,公民对财产的事实支配是实现其生存与自由的重要前提,如果该事实支配自由一概受到限制,那么人权将无从谈起。因此,对于事实支配的确认与保护当然落入人权保障条款范畴。

3. 宪法确认事实支配并加以保护的方式:“法无限制即可为”

对于“法无限制即可为”及与之相对立的“法无授权不可为”可以如此形象地理解:前者是国家在其产生以后,先将“前国家性”的事实支配一概确认为不受限制的自由,此后再出于维护、增进公共利益等需要,基于法律保留、比例原则等宪法原则,“谨慎”地通过宪法或由宪法授权法律来制定“有限”的限制性规范,从而对事实支配加以适当限制;后者是国家在其产生后,先将事实支配自由一律进行限制,此后再通过专门的授权性规范来针对某些特定的事实支配进行限制的解除,使其恢复为不受限制的自由。从法律效果上看,前者意味着事实支配只要不落入宪法、法律明确的限制范围,便处于为宪法所确认和保护“可为”状态;后者意味着事实支配只有落入宪法明确的授权范围,才

⑤1 参见王广辉:《论宪法未列举权利》,载《法商研究》2007年第5期,第61-62页。

⑤2 参见杜强强:《概括权利条款与基本权利限制体系——对我国〈宪法〉第51条的另一种建构方案》,载《人权》2023年第1期,第81-82页。

⑤3 参见前注⑤⑥,陈鹏文,第131页。

⑤4 参见〔德〕卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,世纪出版集团2005年版,第176页。

⑤5 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,商务印书馆2017年版,第249页。

能受到宪法的确认与保护,否则便处于受限制的“不可为”状态。显然,后者相较于前者,将使事实支配受到更大范围的限制。宪法确认并保护事实支配自由的方式是“法无限制即可为”而非“法无授权不可为”,亦即公民可以在宪法、法律的明确限制范围外,以任何方式对一切财产进行事实支配,而无需依赖于宪法、法律规范的明确而具体的授权。换言之,事实支配自由尽管受到限制,但该限制本身也是受到限制的。

一方面,公民事实支配财产的自由受到限制。对于财产权人而言,逐渐为人们所普遍接受的财产权社会义务观念认为,尽管财产权需要确认财产权人的事实支配自由并加以保护,但这并非是绝对的,而是需要受到限制。^{⑤6} 限制财产权人事实支配的规范来源是《宪法》第13条第3款和第51条等规定。根据《宪法》第13条第3款,在“国家为了公共利益的需要”的情况下,财产权人对其财产的事实支配可能因征收或征用而被剥夺;根据《宪法》第51条,财产权人在事实支配其财产时,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。

对于非财产权人的事实支配而言,宪法在确认其合法性的同时,也对其进行了限制。并且,相较于财产权人的事实支配,非财产权人事实支配的对象因财产权并非为其所有而可能受到更多的限制:当对象为自然资源等无主财产时,可能受到自然资源国家所有权制度的限制;当对象为他人财产时,则受到他人财产权的限制。其中,物权所有权的限制范围极宽,可以如《德国民法典》第903条所规定的那样“排除他人的任何干涉”,^{⑤7} 这意味着对于他人享有所有权的财产,非财产权人几乎无事实支配的合法空间。相较之下,知识产权赋予的是智力成果有限的限制,这为非财产权人事实支配他人智力成果提供了较大的合法性空间。例如,非财产权人一般可在《著作权法》第10条规定的作品使用方式外或第24条规定的合理使用范围内对他人作品进行合法地事实支配。

但另一方面,对事实支配所施加的限制本身受到限制,这一“限制之限制”至少体现在宪法对于事实支配所采取的“法无限制即可为”的确认与保护方式方面。对此,可围绕对基本权利构成限制的《宪法》第13条第3款、第36条第3款、第40条以及第51条展开分析。

综合来看,财产权人与非财产权人的事实支配均受到《宪法》第51条概括性限制条款的限制,但该限制采取的方式是“法无限制即可为”而非“法无授权不可为”。基于该条规定可以看出,对事实支配构成限制的是“国家的、社会的、集体的利益”与“其他公民的合法的自由和权利”。其中,由“合法的”规范表述可知,不为法律所确认的自由与创设并授予的权利无法对公民的事实支配构成限制。例如,公民可通过事实支配其刀具来制止他人的非法行凶行为;由于著作权法未授予作品欣赏权,其他公民当然可以以欣赏的方式来事实支配他人作品。因此,“其他公民的合法的自由和权利”相较于“国家的、社会的、集体的利益”,对事实支配所施加的限制范围更窄。进一步来看,相较

^{⑤6} 参见前注^{⑤0},张翔文,第106-110页。

^{⑤7} 参见《德国民法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2014年版,第285页。

于其他公民的“自由”,其他公民的“权利”对于公民的事实支配所施加的限制范围又更窄。其原因在于,前者是以“法无限制即可为”的方式所确认,而后者则是以“权利法定”的方式所授予,亦即,不仅物权遵循着物权法定原则,任何权利均隐含了“权利法定”原则,它们的产生或设立均须基于法律事先的明确规定。这决定了后者的范围较之前者更窄,进而决定了后者较之前者对于事实支配的限制范围更窄。可见,“国家的、社会的、集体的利益”对公民的事实支配所施加的限制范围最广,其他公民的“自由”次之,其他公民的“权利”再次之。但即便对于其中的限制范围最广者,其显然尚且以“法无限制即可为”的方式来限制事实支配,亦即,公民的事实支配只要不损害国家的、社会的、集体的利益,便是不受限制的。进而,根据“举重以明轻”的当然解释规则,至少可以肯定的是,《宪法》第51条概括性限制条款是以“法无限制即可为”的方式来对事实支配自由施加的限制。

个别来看,对于财产权人的事实支配而言,其受到《宪法》第13条第3款的限制,但该条款采取的是特殊法律保留。这意味着,就国家依据该条款来对事实支配所施加的限制而言,不仅要受到“依照法律规定”的限制,还受到目的(“为了公共利益需要”)与方式(“征收或者征用”)的限制。由此不难推知,该条款对事实支配施加限制的方式是“法无限制即可为”。对于非财产权人的事实支配而言,虽然公民的一般行为自由还可能受到宪法具体限制条款(如《宪法》第36条第3款、第40条等)的限制,但由于它们系对宗教自由、通信自由和通信秘密等的限制,在一般情形下并非针对事实支配所施加的限制,即便在特殊情形下落入它们的限制范围,其所施加限制的方式同样是“法无限制即可为”。例如,某些事实支配行为被认定为行使宗教自由或通信自由的行为,只要不破坏社会秩序或者不涉及“国家安全或追查刑事犯罪的需要”,便是不受限制的。

综上所述,与宪法、法律创设权利不同,宪法、法律无需对作为“前国家性”自由的事实支配进行创设,而仅能加以确认并保护。同时,对于宪法针对事实支配所采取的“法无限制即可为”的确认与保护方式,既可以从限制的角度将其理解为系对事实支配的适度限制,也可以从保护的角度将其理解为系对事实支配所采取的“限制的限定”之保护手段。这具体体现在:从财产的权属来看,无论是财产权人对其财产的事实支配,还是非财产权人对他人私有财产、公共财产、无主财产的事实支配,在宪法、法律明确限制的范围之外均“可为”;从财产的形态来看,宪法对于事实支配的确认与保护范围涵盖了针对一切形式的财产的事实支配,既包括传统有体财产、智力成果财产,也包括新兴数据财产。

(二) 事实支配的宪法规范含义:国家保护义务

与调整公民之间关系的民事权利不同,宪法基本权利调整的是作为权利主体的公民与作为义务主体的国家之间的关系。^⑤“法律保护的提供者与法律保护的(直接或间接)义务人均为国家,这是公法权利的独有特征之一……客观的法律规范在特定的方面规定

^⑤ 参见吴家清:《公民权利和国家权力的宪法学定位》,载《法商研究》1999年第3期,第45页。

国家机关为或不为特定的行为。”^{⑤⑨}因此,宪法规范对于事实支配的确认与保护,必然意味着为国家设立了保护义务。对事实支配的国家保护义务又包括国家消极保护义务和国家积极保护义务。

1. 事实支配的国家消极保护义务

“自由权无须国家创设,其实现程度取决于限制的多少,少一份限制,就多一份自由。”^{⑥⑩}宪法对于事实支配的确认与保护,首先是要求国家对事实支配自由“少一份限制”,并承担不得随意限制该自由的消极保护义务。承担此义务的主体既包括立法者也包括法律适用者。

具言之,事实支配的国家消极保护义务首先构成对作为“第一释宪者”之立法者的约束。这具体体现在:第一,下位法律仅能对事实支配自由的范围加以限制。事实支配自由已由宪法规范进行了确认,法律并无再次授予其合法性的必要性。更为重要的是,事实支配作为一项基本自由应由作为高级法的宪法加以确认,这意味着,认为事实支配的合法性来源于一般法律,相当于使“法律的相关规定等同于有关宪法规范的内容,那么法律就‘暗度陈仓’取得了宪法位阶,抹杀了宪法和法律的位阶区别”^{⑥⑪},与宪法和法律的效力关系相悖。因此,对于已由宪法确认的事实支配自由,法律仅能在此基础上基于法律保留原则进行限制。第二,下位法律对于事实支配所施加的限制本身亦受到限制。首先,比例原则能够在宪法层面发挥作用,并对限制基本权利的立法权进行限制已逐渐成为共识。^{⑥⑫}因此,比例原则可约束立法者,并构成事实支配的“限制的限定”。其次,就法律保留原则而言,目前在法律保留究竟是对基本权利的限制还是对该限制的限制这一问题上存在不同的理解,但即便采取前者的理解,^{⑥⑬}由于国家权力来源于宪法的授予,法律保留并不意味着基本权利可任由立法机关处置^{⑥⑭}。例如,《立法法》第6条的规定就构成对立法者限制事实支配的限制,其所要求的立法者在立法过程中应尊重与保障人权,意味着立法者不能基于法律保留原则来任意限制关乎人权的事实支配自由。其中,该“任意限制”当然包括立法者以“法无授权不可为”的方式来限制事实支配自由。由此可见,“法无授权不可为”必然使立法者因过度限制事实支配自由而违反其所负有的事实支配消极保护义务。

总之,事实支配的国家消极保护义务对立法者构成了约束,要求一般法律并无必要再规定授予事实支配合法性的内容,而仅能对限制事实支配作出具体规定,并且该限制还受到法律保留原则和比例原则等宪法原则的限制。此外,由于违法性是法律适用者

^{⑤⑨} 前注^{④④},格奥格·耶利内克书,第62页。

^{⑥⑩} 前注^{⑤②},杜强强文,第88页。

^{⑥⑪} 前注^{④⑧},谢立斌文,第120页。

^{⑥⑫} 参见陈征:《论比例原则对立法权的约束及其界限》,载《中国法学》2020年第3期,第147-148页。

^{⑥⑬} 参见王锴:《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》,载《师大法学》2017年第2辑,第79页。

^{⑥⑭} 参见陈楚风:《中国宪法上基本权利限制的形式要件》,载《法学研究》2021年第5期,第142页。

“依法”实施限制行为的前置性条件,^{⑥5}事实支配的国家消极保护义务对于立法者所构成的上述约束,至少因限制法律适用者“依法”的范围而同时构成对其限制事实支配自由的约束。

可见,财产法所创设的财产权,并不包含对财产权人事实支配其财产的自由授予,而仅体现为对非财产权人事实支配他人所有之财产的限制。换言之,将某财产的财产权授予某主体,并不意味着给予了该主体事实支配该财产的合法性依据:一方面,该主体对于该财产的事实支配来源于宪法规范“法无限制即可为”的确认而非法律规范的合法性授予;另一方面,该主体事实支配该财产的行为是否具有合法性与财产权的授予无关,而是取决于其是否落入宪法、法律的限制范围。

2. 事实支配的国家积极保护义务

在传统基本权利“自由权—社会权”的二分框架下,人们习惯于“自由权—国家的消极义务”“社会权—国家的积极义务”这样的对应关系。^{⑥6}在此理解下,似乎国家针对自由仅需承担消极义务。^{⑥7}但事实上,若国家不履行积极义务,自由将难以实现。^{⑥8}因此,国家不得非法侵害自由的消极不作为与保护其不受非法侵害的积极作为,才是国家保护义务的完整体现。^{⑥9}

事实支配的国家积极保护义务除了体现在司法与行政方面之外,还体现在更为重要的立法方面。总体上来看,基本权利价值辐射的全面性不等同于全能性。由于部分基本权利本身不能自足,宪法便留给了部门法具体形成基本权利的空间,将国家对此类基本权利的积极保护义务交由立法者来完成。^{⑦0}对于事实支配而言,由于宪法调整的是公民与国家之间的关系,其无法直接限制其他公民对事实支配自由所施加的干预或侵犯。国家为了充分履行其所负有的事实支配积极保护义务,需要奉行“禁止不足”原理,即通过制定一般法律(财产法)具体形成能够限制其他公民针对财产权人所实施的干涉其事实支配其财产的行为的“权利”(以下简称“排他干涉权”)。正如耶利内克所言,“对国家而言,私法的法律规范只是促使国家履行其保护义务的契机和条件。”^{⑦1}凯尔森也指出,“使制裁的执行有赖于某个人(原告)提起诉讼、授予技术意义上的‘权利’,是民法技术的典型。”^{⑦2}民法所设立的排他干涉权为国家强制力的介入提供了合法性依据,使得国家能够在民法领域“依法”履行事实支配的积极保护义务。

具体来看,一般法律具体形成排他干涉权的任务由物权法来实现,因此,财产权人的

^{⑥5} 参见前注⑧,凯尔森书,第56页。

^{⑥6} 参见杜承铭:《论基本权利之国家义务:理论基础、结构形式与中国实践》,载《法学评论》2011年第2期,第32页。

^{⑥7} 参见前注⑩,林来梵书,第311页。

^{⑥8} 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,载《中国法学》2006年第1期,第21页。

^{⑥9} 参见陈慈阳:《宪法学》,元照出版有限公司2005年版,第35页。

^{⑦0} 参见杨登杰:《基本权利私人间效力法理基础的澄清与重构》,载《中国法学》2023年第2期,第209页。

^{⑦1} 前注④④,格奥格·耶利内克书,第52页。

^{⑦2} 前注⑧,凯尔森书,第94页。

事实支配国家积极保护义务由财产法中的物权法来具体承担。从物权的救济权来看,古罗马法、德国民法等均确认了可以要求非法占有人返还原物与要求他人不得干涉事实支配的物权救济权,^⑭我国《民法典》第 235 至 237 条规定了返还原物、排除妨害、消除危险、恢复原状等请求权。由此可以看出,物权救济权所制止的是一切对事实支配行为造成干涉的行为,换言之,侵害物权的行为是违反“不得干涉物权人事实支配其财产”的义务的行为,因此根据上述权利义务的共生性可以推知,物权法所创设的物权为排他干涉权。

综合事实支配的国家消极与积极保护义务可知,对于事实支配与保护事实支配的排他干涉权,仅有后者才属于民事财产权的范畴,前者则仅能构成民事财产权所保护的主体。换言之,授予某主体民事财产权,并不是为该主体能够事实支配其财产提供合法性依据,而是为该主体能够要求国家来积极保护其事实支配其财产提供法律基础。需要说明的是,尽管《民法典》第 114 条第 2 款、第 240 条分别将物权与所有权定义为“对物……直接支配和排他的权利”与“所有权人对自己的不动产或动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利”,但基于权利与权能的关系可知,上述条款系对物权与所有权的权能而非权利的规定,所规定的内容中既包含物权法所创设的权利,也包含非来源于物权法创设而由宪法所确认的自由,亦即,“直接支配”“占有、使用、收益”以及“处分”中的事实处分是宪法所确认的自由,而并非一般法律(物权法)创设的权利。上述条款选择从权能而非权利的角度来定义物权与所有权的原因在于:由于法的一项重要功能在于为人们行为提供指引,^⑮权能能够更加直观地向权利人告知其“可为”的边界范围,因此更有利于实现物权法的指引功能。这就如同产品说明书主要描述的是产品的使用方法,而非产品的内部构造与内在原理。

综上所述,首先,事实支配指向财产而非义务人,故而仅能成为权利所保护的主体,却无法构成权利本身。因此,认为数据事实支配是一项数据财产权利的理解难以成立。其次,一切公民针对一切财产的事实支配由宪法以“法无限制即可为”的方式予以概括确认并保护,这意味着一般法律(财产法)不能独立授予事实支配合法性,而仅能对宪法所确认的事实支配进一步加以保护。换言之,财产法所授予的是保护财产权人事实支配其财产的排他干涉权,以及不涉及事实支配之保护的排他共享权,而不包括财产权人事实支配其财产的自由。将以上分析延伸至数据财产领域可知,数据事实支配并非系一项数据财产权利,同时,公民是否可以事实支配数据财产与其是否享有数据财产权无关,而与其事实支配数据财产的行为是否落入宪法、法律的限制范围有关。

四、财产事实支配的宪法定位在数据财产领域的运用

数据财产能否被权利化这一数据领域的基本问题至今未完全形成共识,主要是因

^⑭ 参见周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 2017 年版,第 396-401 页;前注^⑮,《德国民法典》,第 285、288 页。

^⑮ 参见周旺生:《法的功能和法的作用辨析》,载《政法论坛》2006 年第 5 期,第 112 页。

为学术界还存在一种认识,即认为数据财产的权利化面临着数据财产权客体难题、权利分配难题、价值阻碍难题三项难以逾越的难题,并在此基础上提出了对立性的替代方案。事实上,基于上述分析可知,数据财产权利化面临的所谓难题并不存在。

(一) 对数据财产权客体难题的回应

数据财产权客体难题论者认为,数据财产具有可复制性,其常常被拷贝成无数多份而被无数主体所同时事实支配,这意味着数据无法被某一主体所独占性地事实支配,进而决定了数据财产因无法满足财产权的“独占性”要件而无法成为财产权客体。^{⑦⑤}然而,基于事实支配的法律性质及其宪法定位可知,上述理由难以成立。

首先,需要明确的是,法律上所强调的“独占性”又称“专有性”,^{⑦⑥}指的是对财产权利的法律享有之“独占”,其强调的是某财产的财产权由财产权人“独占性”地享有,并排除他人的享有。例如,“一台电视机,已经是我的了,就不可能再由你享有所有权”^{⑦⑦}。不难发现,独占性或专有性与霍菲尔德所称的“豁免”近乎同义。如果将“独占性”理解为对财产的物理占有、控制之“独占”,将导致财产权陷入“人对物”的关系之谬误中。

其次,基于事实支配的法律性质可知,针对数据所实施的占有、使用、控制等事实支配行为因指向的是数据而非义务人,因而无法构成数据财产权本身。同时,基于事实支配的国家保护义务可知,数据事实支配自由已由宪法所确认,下位的数据财产法律并无再次授予其合法性的必要,而仅能具体形成能够限制他人对数据事实支配的权利。由此可知,就权利人自身事实支配其数据的自由与规制他人事实支配数据的权利而言,仅有后者才构成数据财产权的内容。进而可知,数据财产权人所“独占”的内容,是法律上规制他人数据事实支配行为的权利,而非物理上能够事实支配数据的特权。

因此,数据财产能否在物理上被“独占性”地事实支配与其是否满足财产权的“独占性”构成要件无关。事实上,“独占性”并非财产权客体的构成要件,而是一切权利的性质。这是因为,一切权利均有特定的主体,一切权利也均在享有层面上具有“独占性”。因此,只要法律设立数据财产权,数据财产便具备了所谓的“独占性”要件,权利人可以依据数据财产权来“独占性”地行使规制他人数据事实支配行为的“权利”。综上,数据财产权客体难题并不存在。

(二) 对数据权利分配难题的回应

数据权利分配难题论者认为,即便能够将数据纳入财产权客体,但在权利的初始授予方面将面临着难以分配的难题。具言之,要形成有价值的衍生数据,一方面需要数据处理者投入成本进行数据处理,另一方面这一过程离不开对个人数据的处理,这将会使衍生数据集中包含个人数据。据此,数据权利分配难题论者认为,如果将数据财产权授

^{⑦⑤} 参见前注⑥,梅夏英文,第169-170页;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》,载《中外法学》2019年第4期,第852页。

^{⑦⑥} 参见前注②⑧,梁慧星、陈华彬书,第11页;杨涛:《知识产权专有性特质的理论阐释》,载《法律与社会发展》2020年第3期,第155页。

^{⑦⑦} 孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,第75页。

予个人数据主体,将会增加处理者的数据处理成本,进而不利于数据处理者财产利益的保障并阻碍有价值的衍生数据之诞生;^⑩但如果将数据财产权授予数据处理者,又将使其获得了对数据进行任意事实支配的法律依据,进而使个人数据主体的隐私安全利益被侵害或陷入被侵害之虞。^⑪可见,在分配难题论者看来,数据权利的分配似乎陷入了难以兼顾数据处理者与个人数据主体双方利益的困境。

在“数据二十条”提出要“推动建立企业数据确权授权机制……保障其(企业)投入的劳动和其他要素贡献获得合理回报”的背景下,应当将具有财产性质的数据权利授予以企业为主要主体的数据处理者而非个人数据主体已逐步形成共识。^⑫因此,接下来还需要回答的问题是,将数据财产权分配给数据处理者,是否会侵害个人数据主体的隐私安全利益?

对此,有学者引入人格利益优先于财产利益的利益位阶理论予以回应。其指出,虽然将数据财产权授予数据处理者意味着赋予其事实支配数据的法律依据,但数据的事实支配涉及财产利益,因此应让位于人格利益,从而应受到限制。^⑬尽管该回应具有一定的说服力,但引入利益位阶理论这一“实体”必然削弱了该回应的说服力。其原因在于,各权利均应平等,不存在位阶之别。^⑭同时,直接导致“个人信息保护”首次写入《民法总则》的是侵犯公民财产利益的“徐玉玉电信诈骗案”,^⑮那么针对此是否意味着又需要再次论证个人财产利益优先于企业财产利益?抑或消极利益优先于积极利益?

显然,权利分配难题论者由于将数据事实支配视为一项数据财产权利,故产生了上述不必要的担忧,同时,上述回应者也未逃脱此窠臼,因此不得已而引入利益位阶理论。然而,如果基于事实支配的法律性质与宪法定位可明显发现,不仅分配难题并不存在,回应者也无需徒增上述“不必要实体”。

基于事实支配的国家消极保护义务可知,对于已由宪法确认的数据事实支配,一方面,下位的数据财产法律缺乏再次授予其合法性的必要。因此,将数据财产权授予数据处理者,实际上并未赋予其事实支配数据的合法性。另一方面,下位的人格权法、个人信息保护法可以对其进行适当限制。同时,与两项权利之间发生冲突而需要引入利益位阶理论不同,数据事实支配系一项自由而非权利,自由可受到法律与他人权利的限制本就不言自明。因此,数据处理者行使其事实支配数据的自由而落入人格权法、个人信息保护法等相关法律的限制范围内时,该自由当然受到限制,且该限制并不涉及利益位阶问题。

结合上述两方面可知,数据处理者能否事实支配数据与数据财产权的授予无关,而与其事实支配行为是否落入人格权法、个人信息保护法等相关法律的限制范围内有关。

^⑩ 参见丁晓东:《数据公平利用的法理反思与制度重构》,载《法学研究》2023年第2期,第26页。

^⑪ 参见前注③,姚佳文,第117页;前注⑥,丁晓东文,第79-80页。

^⑫ 参见杜牧真:《个人信息权的法益与性质的审视与再界定》,载《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2022年第1期,第23-24页。

^⑬ 参见沈健州:《数据财产的权利架构与规则展开》,载《中国法学》2022年第4期,第104-105页。

^⑭ 参见刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,载《中国法学》2002年第2期,第62页。

^⑮ 参见张新宝:《〈民法总则〉个人信息保护条文研究》,载《中外法学》2019年第1期,第60-63页。

进而,个人数据主体的隐私安全利益受保护程度与设立数据财产权并将其授予数据处理者本身无关,而与上述制度如何设计与适用有关。可见,将数据财产权授予数据处理者并不会损害个人数据主体的隐私安全利益。因此,数据权利分配难题也不存在。

(三) 对数据价值阻碍难题的回应

数据财产的非竞争性决定了其相较于不具有此属性的有体财产,在制度安排上更应当强调其社会化流通、共享性利用效率,如此才能使数据价值得到充分释放,这已基本成为数据财产领域的共识。在此共识下,数据价值阻碍难题论者认为将数据进行权利化,即以数据财产权模式来调整数据财产,将产生阻碍数据价值充分释放的弊端。其理由是,数据财产权模式本质上系确认数据的静态归属,相较而言,以合同法为基础来调整数据财产的数据合同模式和以反不正当竞争法为基础来调整数据财产的数据权益模式则是对数据利用行为的规制,而数据财产更应强调动态利用而非静态归属,因此相较之下,数据合同模式与数据权益模式更有利于促进数据的社会化流通、共享性利用;同时,就公众对于数据的社会化流通、共享性利用而言,数据财产权模式遵循的是不利于此的“法无授权不可为”原则,而数据权益模式则遵循的是有利于此的“法无限制即可为”原则。因此,在促进数据价值的充分释放方面,数据合同模式与数据权益模式更具优势。^⑧

然而,基于上文分析可知,数据价值阻碍难题论者对于数据财产权模式与其他模式之异同的理解难以成立,进而基于该理解而提出的数据价值阻碍难题实际并不存在。

第一,上述三种模式本质上均可认为是对数据事实支配行为的规制,同时,也都离不开对相关权利进行归属上的确认。一方面,基于事实支配的法律性质与国家保护义务可知,数据事实支配并不属于数据财产权的内容,限制他人数据事实支配行为的权利才属于数据财产权的内容。因此,数据财产权是对法律上限制他人数据事实支配行为的权利归属之确认,而非对物理上可以事实支配数据的自由归属之“确认”。据此可认为,上述三种模式本质上均是对数据行为的规制。另一方面,数据合同模式、数据权益模式同样离不开在具体适用中对相关权利进行归属上的确认,否则,它们将无法由抽象法律关系转换为具体法律关系。

第二,就社会公众对于数据财产的事实支配而言,上述三种模式均遵循的是“法无限制即可为”。基于事实支配的宪法定位可知,针对包括数据财产在内的任何财产的事实支配,其已由宪法以“法无限制即可为”的方式予以确认与保护,下位的一般法律仅能基于法律保留、比例原则等宪法原则来适当加以限制。因此,以下位一般法律来调整数据财产的三种模式均遵循的是“法无限制即可为”。认为数据财产权模式与权益模式的区别在于“法无授权不可为/法无限制即可为”的观点难以成立。

由上可知,数据价值难题论者所认为的三种模式之间的区别难以成立,由此引申出的在数据价值方面的影响之区别因而也难以成立。实际上,三种模式的主要实质区别在

^⑧ 参见前注⑥,付新华文,第140页;前注③,周樾平文,第165-168页。

于：第一，在规制数据行为的权利所针对的义务人范围方面，数据合同模式具有相对性，而数据财产权模式与数据权益模式则具有绝对性；第二，在法律处分数据财产的相关权利方面，数据财产权模式与数据合同模式所涉及的权利均具有可让渡性，即可以将该两种模式所涉及的权利让渡予他人享有，但数据权益模式所涉及的权利则缺乏可让渡性，其仅能够向某主体解除该模式的相关权利对其所施加的限制，从而使其原本具有的数据事实支配自由得以恢复，上述解除权利限制的行为即通常所称的许可行为。^{⑧5}

以上区别决定了三种模式在数据价值影响方面的真实区别。第一，缺乏绝对性的权利由于难以对抗不特定主体的数据免费“搭便车”行为，其不利于数据财产的供给激励并将阻碍数据财产的交易与“共同合理使用数据”（“数据二十条”）的实现，因此，数据合同模式反而不利于数据价值的充分释放，但赋予权利绝对性则可避免上述弊端。^{⑧6}可见，对于数据价值的充分释放，绝对性的权利是必要的，关键点在于把握该权利所规制的行为面之宽窄。因此，数据合同模式不可取。第二，在数据财产的相关权利缺乏可让渡性的情形下将产生的弊端是：因徒增数据交易成本而阻碍数据财产的单次、多次交易的达成，进而阻碍数据市场专业化分工的形成，不利于提高数据财产的开发、利用效率，但在数据财产的相关权利具有可让渡性的情形下，以上弊端则可得以避免。可见，使数据财产的相关权利具有可让渡性对于数据价值的充分释放同样是不可或缺的，因此，数据权益模式不可取。以上分析足以见得，数据价值阻碍难题同样并不存在。

综上可知，数据财产的权利化并无财产权客体难题、分配难题，并且在数据价值方面，将数据财产权授予数据处理者的数据财产权模式，不仅不会损害个人数据主体的隐私安全利益，同时还在充分释放数据价值方面独具优势。因此，综合比较来看，应当以数据财产权模式来调整数据财产。

五、结 语

习近平总书记指出：“数据作为新型生产要素，对传统生产方式变革具有重大影响。”^{⑧7}在数字经济时代，数据是重要的生产要素，而数据财产制度则对于充分释放数据要素价值具有重要作用。正是基于此，继“数据二十条”提出“探索建立数据产权制度”的任务要求后，党的二十届三中全会通过的《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》再次重申要“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。”这一方面体现出数据财产制度在数据基础制度中的核心地位，另一方面也显现出数据财产制度研究对于数据财产制度实践建设的有效回应有待加强。尽管数据要素所蕴含的

^{⑧5} 参见前注⑫，杜牧真文，第134页；前注④④，格奥格·耶利内克书，第51页。

^{⑧6} 参见杜牧真：《数据要素治理的经济学分析》，湖南师范大学出版社2024年版，第259-274页。

^{⑧7} 习近平：《不断做强做优做大我国数字经济》，载《求是》2022年第2期，第6页。

经济潜能并非传统要素可比拟,但从法律角度看,其并不必然超出财产法制度的“射程”,因为财产法制度本身就具有一定的弹性与社会适应性,能够有效应对瞬息万变的社会现实。在数据财产可权利化这一基本问题获得完全共识以后,数据财产领域的研究应当进入到更为具体的制度和规则的建构之中,例如精确界定数据财产权利的排他范围、构建符合数据特征的数据财产权公示规则、构建数据财产权的实现途径等,由此方能顺应数字时代的发展需求。

Abstract: The factual control of property, as a form of freedom, is the object protected by the property rights formed by the *Constitution* and laws, rather than the property rights themselves. The *Constitution* and laws do not need to create the freedom to dispose of property as a fact distinct from rights, but can only confirm and protect it. In order to prevent excessive restrictions or improper interference in the factual control of property, the freedom of factual control of property rights for both property and non-property rights holders is recognized and protected by the *Constitution of China* in the form of ‘unrestricted by law’. The *Constitution* recognizes and protects the factual control of property, and establishes a protection obligation for the state to protect the factual control of property, which includes both negative and positive protection obligations of the state. The negative protection obligation of the state means that legislators cannot restrict the freedom of factual control in a way that is ‘not authorized by law’; the obligation of the state to actively protect means that legislators should specifically form the right to protect citizens’ factual control over their property from interference by other entities, so that the obligation of the state to actively protect factual control can be fully realized in the field of private rights. Based on the constitutional positioning of factual control of property, it can be seen that the view against the legalization of data property rights cannot be established.

(责任编辑: 刘海林)