

# 数据生产和流通阶段不公平数据使用条款的效力规制

于弋涵

**摘要：**当事人通过订立数据使用条款实现数据的共享和流通。数据使用条款不仅界定了数据的合法使用权限，而且是数据治理合同路径的基础。当数据使用条款以格式条款形式存在时，对不公平格式条款进行效力规制，是实现数据权益公平配置和维护数据流通秩序的关键。数据使用条款可应用于数据生产和流通两个阶段，应根据数据生产和流通的不同场景设定不公平条款的审查标准。在数据生产阶段，数据价值贡献者通过数据使用条款实现数据的内部共享，该条款与当事人的基础业务关系存在关联性。应区分数字产品和智能互联产品的数据生成场景，分别构建共同生成数据的权益分配规则。在数据流通阶段，市场主体通过数据交易或提供数据服务实现数据的外部流通，应分别以买卖合同和承揽合同规则为基准构造任意法规范。若数据使用条款严重偏离合同任意法规范并违背基本法律思想，该条款可能被审查为不公平。

**关键词：**数据使用条款 格式条款 数字产品 智能互联产品 数据治理

## 一、引言

数字经济的迅速发展使得数据成为市场竞争的核心资源。为激励数据价值的实现，数据确权成为当前学界广泛关注的焦点，即通过确立数据的财产权归属来构建相应的规则体系。<sup>①</sup>相较于数据确权，利用合同法规则实现这一目标可能更能满足数据权益分配的灵活性需求，并在现有法律框架内提供更加明确、可操作的规范。鉴于数据的非竞争性、非消耗性以及价值多元等特征，数据共享流通需要通过合同条款来明确各自的数据使用权限并分配相应的数据财产利益。当前学术界已展开了有关数据治理合同路径的探讨：有的学者认为依赖合同形成的数据访问机制更贴近数字经济的发展动态，并主张增加数据许可合同的专门立法；<sup>②</sup>有的学者从合同法的角度提出由具有利益关系的企业通过合同

〔作者简介〕 于弋涵，华东政法大学法律学院博士研究生，研究方向：财产法、数据法。

上海 201620

〔收稿日期〕 2024-11-05

① 参见龙卫球：《数据新型财产权构建及其体系研究》，《政法论坛》2017年第4期；龙卫球：《再论企业数据保护的财产权化路径》，《东方法学》2018年第3期；纪海龙：《数据的私法定位与保护》，《法学研究》2018年第6期；申卫星：《论数据用益权》，《中国社会科学》2020年第11期；许可：《数据权利：范式统合与规范分殊》，《政法论坛》2021年第4期；等等。

② 金耀：《数据治理法律路径的反思与转进》，《法律科学》2020年第2期。

和技术措施分配以实现企业的数据使用权，进而构建数据财产规则；<sup>①</sup>有的学者从程序规则设计上提出建立分散式、低成本的数据协商机制来完善缔约路径，以确立各方的数据权利；<sup>②</sup>有的学者以不完全契约理论为视角，<sup>③</sup>将数据视为初始不完全契约中的新收益，通过增加透明度义务和建立再次协商机制来配置数据权利。<sup>④</sup>支持数据治理合同路径的现有研究主要将合同视为一种法律工具，当事人需通过自主协商确立各方获取和使用数据的权限，但这些研究尚未充分探讨如何通过合同效力的干预来优化数据权益配置的问题。

当数据使用条款属于格式条款时，由于当事人议价能力的差异，格式条款的使用可能有损弱势方利益，故格式条款的公平性审查和效力规制对于实现数据权益的公平配置、维护良好的数据流通秩序具有至关重要的作用。在数据法律的框架内，可以将格式条款法塑造为一个促进数据权益公正分配的机制，通过私法的规范手段实现公法目标的私法化，从而最大程度发掘数据的潜在价值。由此，格式条款法通过合同的效力规范成为公私法领域接轨的关键机制。<sup>⑤</sup>格式条款规制分为订入规制与效力规制两个层面，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第496条第2款后半段属于格式条款订入规制，即通过施加透明度义务减少当事人间的信息不对称，保障合同双方的理性判断；而《民法典》第497条则是效力规制的法律依据，当格式条款出现权利、义务显著失衡的三种情形时可能被认定为无效。

为保证利益相关者和其他社会主体能够通过合同工具公平有效地获取数据资源，维护数据权利的合法配置，本文旨在构造不公平数据使用格式条款的审查机制及效力规章制度，并主要回答两个关键问题：其一，在谈判双方存在权力失衡的情况下，对不公平的数据使用格式条款进行效力规制的正当性基础；其二，为实现数据权益的公平配置和数据流通交易有序进行，应当明确数据使用条款的公平性判断标准。

## 二、数据使用条款的内涵及其规制的正当性

### （一）数据使用条款的内涵

为了促进数据的流通与共享，当事人必须通过协商达成明确的数据使用条款。数据使用条款的内容十分丰富，主要涵盖以下要素。其一，数据的范围。当事人应约定数据接受者使用数据的具体内容、类型等。其二，数据使用的目的。数据使用条款需明确约定数据将被用于的具体事务或业务领域。其三，数据使用期限。条款应明确数据使用的起始和结束时间，确保数据使用的时效性。其四，数据衍生产品权属和收益的分配。对数据的深入利用可能会产生新的数据衍生产品，数据使用条款需明确约定这些衍生产品上的权利归属和收益分配，以激励创新并保护各方的合法权益。其五，风险管理和责任分配。数据使用条款应包含对数据泄露、滥用等风险的管理措施，以及损害发生时的责任分配机制。

数据使用条款的应用具有必要性，主要基于以下三个原因。其一，数据的价值具有动态性。数据可以被不同主体以不同目的加以利用，从而创造出不同的价值。为确保价值创造与收益分配的合理

① 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》，《东方法学》2022年第2期。

② 毕金平、赵迟迟：《数据确权协商机制的构建——基于生成场景的多元化》，《科技与法律（中英文）》2024年第2期。

③ 彭辉：《数据交易的困境与纾解：基于不完全契约性视角》，《比较法研究》2023年第2期。

④ 侯利阳：《论平台内经营者数据的权利配置》，《政法论丛》2024年第1期。

⑤ 朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

性,约定数据使用目的是明确各方在数据开发中的贡献和进行相应利润分配的前提。其二,数据具有高度的风险性。当事人在使用数据过程中须采取措施防止数据泄露,以维护数据的保密性和完整性。此外,对数据使用目的的限制能够维护相关者的合法数据利益,防止接受者的数据使用行为侵犯数据提供者的商业竞争利益或者数据来源者的个人信息权益等,从而确保数据流通的公平性和安全性。其三,数据具有时效性特征。数据生产和价值实现往往依赖于特定的时间维度。因此,根据市场动态变化在合同中明确约定数据使用的时间限制,有助于确保数据在其最具经济价值的时间段得到合理利用。

数据使用条款的应用场景广泛。数据使用条款的应用场景不仅涵盖了数据生产过程中参与数据价值贡献的各方为实现内部数据共享而进行数据权益分配的场景,也涵盖了市场主体间以数据交易和数据服务为主要形式的外部数据流通场景。在数据生产阶段,数据使用条款有助于实现价值贡献者的内部数据共享。各方通过数据使用条款明确新生成数据(如传感器产生的原始数据以及经过处理、分析、编辑和集成的衍生数据)的使用权限,并就数据内容、数据管理和安全等问题达成协议。数据共同生成者对数据的价值贡献成为数据权益划分的重要依据,也是公法视角下干预合同自由的正当性基础。数据生产阶段的数据共享行为并不是一个独立的法律关系,而是与当事人之间先前存在的基础业务关系具有关联性。在数据流通阶段,当事人通过数据使用条款实现数据交易或提供数据服务。数据使用条款约定了合同双方的数据使用权限,包括数据的使用范围、目的限制和衍生利益分配等。数据交易或服务合同成为独立的法律关系,当数据使用条款以格式条款的方式呈现时,应当判断合同各方的权利义务是否均衡。总而言之,数据生产阶段数据使用条款的应用为利益相关者提供数据权益配置的合法基础;数据流通阶段数据使用条款的应用为数据的商业化利用提供了法律框架。

## (二) 数据使用格式条款规制的正当性

数据治理合同路径不仅体现了法律方法的创新,也反映了合同法对数据治理需求的回应。在制度意义上,数据使用格式条款的效力规制遵循了契约自由和契约正义的基本原则,纠正了数据使用合同双方谈判地位的失衡;在具体操作上,数据使用格式条款审查的具体规则应依据数据生产与流通阶段所呈现的不同数据应用场景来构建。

### 1. 维护契约自由与契约正义

当事人通过订立数据使用格式条款实现数据共享流通时,若一方利用其谈判优势地位使合同权利、义务背离公平原则时,该格式条款可能被认定为无效。为明确格式条款的定义,《民法典》规定格式条款应满足“重复使用”“未经协商”和“预先拟定”三要素,对三要素的理解和适用需要进行详细阐释。首先,对于“重复使用”这一要件,《德国民法典》第310条第3款第2项在商事合同中采纳了这一要件,但在消费者合同中,由于消费者通常被视为弱势一方,因此不需要满足“重复使用”的要件即可获得格式条款法的保护。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第9条第2款,该要件的举证责任倒置,即“从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的,人民法院不予支持。但有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外”。其次,“未经协商”应解释为“不能与对方协商”,<sup>①</sup>即接受条款一方无删除或改变条款内容之可能。尽管消费者可能认为花费时间和金钱去对合同细节进行讨价还价是无益的,但如果他们为了节约交易成本而放弃协商机会,司法干预合同的正当性将受到质疑。尤其是在更为注重契约自由的商事合同中,接受条款一方的企业拥

<sup>①</sup> 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社,2016年,第58页。



有比消费者更强的谈判能力，若本可协商而不为协商，则该条款不在司法干预范围之内。最后，“预先拟定”可以看作“不能协商”的充分不必要条件，其核心是接受条款一方无法对合同内容产生实质性影响，而不是要求一方必须经过“尝试协商”的程序或者条款必须是“预先拟定”。<sup>①</sup>

格式条款的运用在提高商业效率和简化交易程序方面发挥了重要作用，但同时也对合同法中的契约自由和契约正义原则带来了挑战。法律干预格式条款效力的正当性基础，应建立在民法的给付均衡原则之上，以确保维护契约正义。<sup>②</sup> 纳入合同中的格式条款仅被推定为具有合法性，必须经过合同内容的公平性审查。<sup>③</sup> 当格式条款严重损害接受条款方的利益时，承认其效力将会动摇意思自治的根基，此时法律有责任介入。在数据共享和流通中，如果一方因处于优势地位而预先拟定条款，导致另一方只能无条件接受（take it or leave it）条款，无法通过协商影响合同内容，这种非经单独协商的数据使用条款可能会压迫和扭曲接受方的自由意志，从而侵犯契约自由。例如，大型互联网企业在与用户签订的服务协议时往往是一份冗长而复杂的格式条款，其中包含了许多不利于用户的条款，而用户在使用相关服务时不得不选择接受这些条款。因此，对格式条款的效力进行规制，是维护弱势缔约方利益、实现分配正义的重要手段。

## 2. 纠正合同谈判地位的失衡

无论是在数据生产阶段还是在流通阶段，由于参与谈判的双方信息不对称和对数据控制力的差异，在达成数据使用条款时，往往会出现合同双方谈判能力失衡的情况。

在数据生产阶段，共同生成者会对共同生成数据的各自使用权限进行约定。如经营者与用户约定用户在使用数字产品或者智能互联产品时生成数据的权益分配，但经营者在与用户的谈判中常占据优势地位，可能导致用户的数据权益无法得到保护。这种谈判地位的不均衡有以下两方面的原因。其一，消费者与经营者之间存在信息不对称。经营者通常拥有更多的资源和专业知识，能够在合同谈判中制定有利于自己的条款，而作为消费者的用户往往对服务具有依赖性而处于不利地位。例如在平台场景中，平台利用其准立法权力，通过制定服务协议确立一系列规则体系，这些规则往往旨在减轻平台自身的责任、限制用户权益，将用户的虚拟财产置于不稳定的状态。<sup>④</sup> 平台还可能通过预设的格式条款，获得对用户生成数据的独家访问权限。其二，由于经营者可能参与应用程序的设计并控制数据，双方在数据控制力上也存在不平等。<sup>⑤</sup> 经营者通过设计用户界面、预设数据共享选项，以及对用户行为的隐性引导来操纵用户的选择和行动。<sup>⑥</sup> 收集数据后，经营者通过技术可以控制用户访问数据的渠道，使其成为数据事实上的排他支配者。经营者与用户在数据控制力上的差异，也导致双方谈判能力的不平等。

在数据流通阶段，数据交易或服务合同双方在数据使用条款的协商过程中也存在谈判能力的不均衡。谈判能力的强弱并不取决于企业的规模大小，而更多地取决于一方对数据的依赖程度、控制数据的能力、数据处理技术以及在数据生产链中的位置。<sup>⑦</sup> 欧盟《数据法案（草案）》曾将“被强加条款”

① “预先拟定”这一要件在比较法上的规定各异：欧盟《消费者合同不公平条款指令》第3（2）条控制的范围是单方强加“未经单独协商”条款，并且因条款之“事先拟定”，消费者“无法影响条款内容”；《德国民法典》第305条第1款也明确了“未单独协商”“预先拟定”和“为多次使用”三个条件，但仅在消费者合同规制“可以仅为一次使用而制定的条款”；《欧洲共同买卖法条例草案》取消了“预先拟定”要件，而独以“接受条款一方无法影响合同内容”定义“非单独协商”。

② 解亘：《格式条款内容规制的规范体系》，《法学研究》2013年第2期。

③ 朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

④ 朱家路：《虚拟财产视野下平台权力的规范路径——基于20份平台服务协议的实证研究》，《天府新论》2024年第3期。

⑤ 丁晓东：《个人信息公私法融合保护的多维解读》，《法治研究》2022年第5期。

⑥ Jack M. Balkin, “The Fiduciary Model of Privacy,” *Harvard Law review*, Vol. 134, No. 1, 2020.

⑦ See Josef Drexler et al., *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data*, 2022-06-13, [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3388757\\_4/component/file\\_3395639/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3388757_4/component/file_3395639/content), visited on 2024-11-05.

一方的范围限制在“中小微企业”，但这种通过市场份额或者经营能力对弱势主体的判断缺乏合理性，因为大企业也有可能对小企业控制的数据产生依赖性，从而使小企业拥有更高的议价能力。因此，数据流通中的强势谈判地位来自持有者对数据的控制以及需求者对数据的依赖程度。2023年11月，欧洲议会正式通过了《数据法案》，立法者在正式版本中取消了这一限制。设备制造商通常控制用户使用产品所产生的数据，而独立的维修服务提供商可能需要访问设备制造商的数据以开展正常经营活动，如果制造商拒绝合作，独立服务提供商可能因无法访问数据而不能提供服务。此时独立的服务提供商可能缺乏谈判优势，若制造商利用格式条款压迫其放弃数据利益，则该条款效力应受到规制。

### 三、二分视角下数据使用条款的效力规制路径

在探讨数据产权结构时，有的学者以数据的“生产—流通”为分析框架，在不同阶段分别配置数据控制权和数据利用权，以明确各方的权益和责任；<sup>①</sup>也有学者提出构造“数据来源者权+数据持有人权”和“数据持有人权+数据使用权”的“双阶二元”数据产权结构。<sup>②</sup>数据权利的内涵因数据生产、流通的不同阶段而呈现出多样性，生产和流通过程中数据权益配置的法律基础亦有所区别，前者依赖于对数据价值的原始贡献，而后者则依托于当事人之间的数据交易或服务合同，故而不同阶段数据使用条款的公平性审查标准应存差异。

#### （一）二分视角下数据使用条款效力规制之必要

##### 1. 生产阶段：实现数据权益的合理配置

数据确权与行为规制是数据治理领域的两种核心路径，均旨在确立和维护数据财产利益，但鉴于不同类型财产客体具有不同的特性和利用价值，选择与之相适应的治理路径十分重要。在数据生产阶段，合同法规则可以构建数据财产规则、实现利益相关者数据权益的合理配置提供有效解决方案。

第一，构造标准化的数据权利不适于处理复杂的数据利益关系，而通过合同划定数据使用权益则更加灵活。界定各方权利的赋权范式更适于一方主体主导的简单法律关系，而当涉及多方参与的复杂法律关系时，则需要构建“参差不齐”型的权利边界。数据所涉及的利益关系广泛且多样，难以用单一的、标准化的权利框架来全面描述和界定。即便尝试为特定主体设计模块化的数据权利体系，数据利益的复杂性最终也可能导致权利构造过于繁琐。<sup>③</sup>然而，产权设定的核心目的在于降低交易成本和提高交易效率，若权利构造过于复杂，反而会增加交易的难度和成本，从而与设定产权的初衷相悖，此时通过行为规制范式来构建财产规则具有更大的优势。<sup>④</sup>美国法律学会、欧洲法律研究所联合发布的《数据经济原则：数据交易和数据权利》（*Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights*，以下简称《数据经济原则》），划定了数据利益相关者访问和使用的权利规则。其倡导者托马斯（Thomas）和文德霍斯特（Wendehorst）指出，数据权益的保护可以通过构造合同法缺省规则的方式实现。<sup>⑤</sup>当事人通过在合同中约定数据的范围、格式、期限、使用目的等条件明确各自数据使用权限，并将合同作为维护自身利益的重要法律手段。

第二，通过行为规制路径实现数据治理又可分为“不正当竞争行为规制”与“合同行为规制”两类思路，但与合同法规制相比，前者在可预见性和规制效率方面存在明显的不足。虽然司法实践中

① 宁园：《从数据生产到数据流通：数据财产权益的双层配置方案》，《法学研究》2023年第3期。

② 张素华、王年：《数据产权“双阶二元结构”的证成与建构》，《中国法律评论》2023年第6期。

③ 许可：《从权利束迈向权利块：数据三权分置的反思与重构》，《中国法律评论》2023年第2期。

④ 申晨：《虚拟财产规则的路径重构》，《法学家》2016年第1期。

⑤ John Thomas, Christiane Wendehorst, *Response to the Public Consultation on “A European Strategy for Data”*, 2020-05-06, [https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Projects/Data\\_Economy/ELI\\_Response\\_European\\_Strategy\\_for\\_Data.pdf](https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/Data_Economy/ELI_Response_European_Strategy_for_Data.pdf), visited on 2024-11-05.

通过反不正当竞争法的适用为平衡数据权益保护提供了一系列规则,<sup>①</sup>但在规制效果上仍存在局限性。一方面,竞争法规制主要依赖于事后救济措施,并且法官通过个案分析来分配权利,这种做法导致了法律后果的可预测性降低,进而可能激发市场主体的机会主义行为;<sup>②</sup>另一方面,司法裁判和执行过程往往耗时较长,在此期间企业结构调整的复杂性和市场变化的不确定性等因素进一步削弱了救济措施的效率。相较而言,合同法规制能在满足当事人数据利益分配的个性化需求的同时,还能当事人在使用数据时提供合理的信赖基础,并通过合同法的具体规范降低交易成本,增强合作的稳定性。

第三,通过合同法规制实现数据财产权益的配置具有可行性。在现代法律体系中,私法规范可用来辅助实现公共政策目标,通过激励私人利益的实现减轻政府在执行监管任务时的负担,并提升监管效率。<sup>③</sup>在数据法律领域,平等主体间的民事规范对于实现数据政策目标具有重要意义。有学者提出,在合同法框架内建立适当的数据访问规则可以有效地实现数据权益的配置,而在双方议价能力不均衡的情况下,格式条款法中不公平条款的内容控制则是适度干预私法自治的合适监管工具。<sup>④</sup>合同法规制路径作为一种更加灵活且适应性强的权利构造方式,可以适应数据生产阶段利益关系的复杂性。<sup>⑤</sup>欧盟的《数据法案》虽然在制度上创新性地确立了用户的访问权和数据携带权,但并未明确这些权利的具体内容,它鼓励当事人通过合同来约定权利的具体内容,并通过将这些合同条款置于法案第13条对不公平条款效力的规制之下,以确保数据权益分配的公平性。<sup>⑥</sup>

## 2. 流通阶段:保障数据市场的有序运行

数据的流通经常通过数据交易或数据服务合同来实现,此时合同构成了一个独立的法律关系,而合同条款公平性审查是维护数据交易市场秩序的关键。鉴于格式条款违反给付均衡原则是其受到效力规制的重要法律基础之一,公平原则首先应具体化为对合同权利、义务是否严重失衡的判断,但这一判断仍具有主观性。鉴于合同法的任意法规范与格式条款法之间存在互动性质的制度关联,有名合同的任意法规范可以成为格式条款的审查标准。<sup>⑦⑧</sup>合同法的任意法规范也称缺省规则或默认规则(default rules),可以填补当事人未作约定所形成的合同漏洞,在订立阶段降低交易成本并维持交易的稳定性。<sup>⑨⑩</sup>当格式条款减损缺省规则并且背离基本法律思想时,可以推定该条款不公平,并由强加条款的一方承担证明责任。任意法规范在判断格式条款是否存在权利、义务失衡时具有关键作用,在合同条款公平性审查中,任意性规范将转变为强制性或者半强制性的规范,以确保各方的合法权益得到有效保护。《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》提出,要完善

① 数据需求方多以数据持有者拒绝开放数据构成垄断作为获取数据的理由。如淘宝(中国)软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案,参见杭州铁路运输法院(2017)浙8601民初4034号民事判决书;北京微梦创科网络技术有限公司诉云智联网络科技(北京)有限公司不正当竞争纠纷案,参见北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初24512号民事判决书。

② 熊丙万:《数据确权:理路、方法与经济意义》,《法学研究》2023年第3期。

③ 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社,2005年,第9页。

④ Grünberger Michael, "Data Access Rules: The Role of Contractual Unfairness Control of (Consumer) Contracts," in German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection Max Planck Institute for Innovation and Competition eds., *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021, p. 258.

⑤ 金耀:《数据治理法律路径的反思与转进》,《法律科学》2020年第2期。

⑥ See Josef Drexler et al., *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data*, 2022-06-13, [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3388757\\_4/component/file\\_3395639/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3388757_4/component/file_3395639/content), visited on 2024-11-05.

⑦ 杜景林:《合同规范在格式条款规制上的范式作用》,《法学》2010年第7期。

⑧ 贺栩栩:《〈合同法〉第40条后段(格式条款效力审查)评注》,《法学家》2018年第6期。

⑨ 如给付时间与地点、合同一方的附随义务、迟延履行及其他违约责任、瑕疵担保责任等问题,都是当事人不必在合同中约定的内容。

⑩ 许中缘:《论任意性规范——一种比较法的视角》,《政治与法律》2008年第11期。



和规范数据流通规则，为数据流通提供一个更加稳定和可预测的法律环境。欧盟《数据法案》第13条虽然针对数据共享和流通列举了不公平条款的审查标准，但只有第5款(c)和(e)项是数据合同特有的，欧盟委员会曾考虑构建数据分享合同的缺省规则以作为控制的基准，但因为可能会推迟《数据法案》的立法进程而作罢。数据交易或服务合同的类型界定成为数据使用条款公平性判断的基础和前提。数据交易或服务合同中的给付内容通常涉及数据许可的转让以及不同的数据使用目的。鉴于此，法律规范应当根据数据的特性和当事人各方的具体需求，对相关数据合同的任意法规范进行重新审视和构建。

## (二) 二分视角下数据使用条款效力规制之展开

数据使用条款的公平性判断十分复杂，涉及数据生成和流通阶段不同的法律关系，格式条款的审查标准也有差异。

在数据生产阶段，数据共享常依托于当事人的基础业务关系，如网络服务合同或者产品买卖合同，且数据共同生成者往往预先在合同中约定了数据使用格式条款。数据的典型特征之一是其场景依赖性，<sup>①</sup>不同场景决定了数据利益相关者的价值贡献方式。数据生成场景可以根据商业模式的差异划分为两大类。第一类是基于互联网平台的数字产品生成数据的场景，如用户在平台使用视频和音频内容、应用程序、电子游戏等各类软件过程中生成数据。这类数据主要来自用户的行为模式、偏好和反馈，这些数据对于个性化服务和市场策略的制定具有重要价值。第二类是依托物联网的智能互联产品生成数据的场景，如用户在使用智能家电、消费电子产品、工业机械、医疗设备等智能互联产品中产生数据。这些数据是智能互联产品在运作过程中产生的，对于后期产品的维护、优化和创新至关重要。不同的数据生成场景中用户和产品销售商或者服务提供商的数据共享需求和策略也有所不同，需要根据具体的商业模式和数据特征来设计合理的公平性审查标准。如在数字产品的数据生成场景中，消费者在使用数字服务时产生的数据大部分属于消费者的个人数据，而用户在使用智能互联产品时产生的数据不仅包括个人数据，还包括大量描述产品性能的非个人数据。这一方面决定个人信息权益保护成为数字产品生成数据利用规则的关注重点；另一方面，互联产品的用户作为数据的来源者和智能产品用户的双重身份在数据权益的分配过程中应享有更大的利益，这一点在数据权益的配置中应当得到体现。

在数据流通阶段，合法控制数据持有者可以将数据投入数据市场进行流通，此时数据持有的合法主体已经明确，数据流通构成了数据持有者的主给付义务。在流通阶段评估数据使用格式条款的公平性时，应当注意不公平条款的审查范围应排除合同的核心给付条款。核心给付条款是具体给付和对待给付的描述与确定的条款，如实际价格或费用、实际承诺的性能等。这些条款必然经过合同双方的充分评估、比较和谈判，并由市场经济中的供求关系来决定。<sup>②③</sup>因此，核心给付内容的合意度通常相对充足，并不满足格式条款内容规制规范的预设前提。<sup>④</sup>对核心条款公平性评估须结合市场因素和经济逻辑进行考察，这不仅超出了法律机构的能力范围，<sup>⑤</sup>而且不当干预还会增加市场失灵的风险性。所以核心条款仅受显失公平制度的规制，格式条款法的效力规制不应扩展至其适用。

## 四、数据生产阶段不公平使用条款的效力规制

在数据生产阶段，数据权益的分配往往依托于基础业务关系，并以格式条款的形式在数字产品合

① 鲍坤：《以要素流通为导向的数据权利理论及规范架构》，《上海大学学报（社会科学版）》2024年第4期。

② 王全弟、陈倩：《德国法上对格式条款的规制——〈一般交易条件法〉及其变迁》，《比较法研究》2004年第1期。

③ 贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，《法学家》2018年第6期。

④ 解亘：《格式条款内容规制的规范体系》，《法学研究》2013年第2期。

⑤ 休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社，2014年，第298—301页。

同或者智能互联产品服务合同中预先设定。平台运营商和智能互联产品销售商作为数据控制者，相对于用户通常拥有更有利的谈判地位。根据《民法典》第 497 条，<sup>①</sup> 接受格式条款一方的主要权利被不合理地限制或者排除时，该格式条款无效。因此，为避免用户受格式条款的不利影响，明确用户在不同数据生成场景中享有的获取和使用数据的权限范围是评估数据使用条款公平性的关键因素。

#### （一）生产阶段数据使用条款的类型化

上文述及，数据生成可划分为两大类场景。其一，基于互联网基础设施的数字产品使用过程中产生的数据，例如在线购物交易记录、社交媒体互动内容和流媒体服务的观看历史。为了充分挖掘数字经济的潜力，2019 年欧盟颁布的《关于提供数字内容和数字服务合同的某些方面的指令》（简称《指令》），规定了数字内容或数字服务合同的相关法律规范。《指令》定义数字内容或数字服务合同为“经营者向消费者提供或承诺提供数字内容或数字服务，消费者支付或承诺支付一定价格的任何合同”。<sup>②</sup> 2022 年，《德国民法典》转化欧盟《指令》的相关规定，在第 327 条以下新增了“数字产品合同”章节，专门规范涉及数字产品合同的法律问题。该法典明确了数字产品合同的定义，即经营者以提供数字内容或数字服务（统称为“数字产品”）作为标的，来换取支付价格的消费者合同，并将数字内容界定为以数字形式创建和提供的数字。其二，基于物联网基础设施的智能互联产品使用过程中产生的数据，如智能家居设备的状态更新、工业传感器的监测结果和车辆遥测信息。欧盟《数据法案》侧重于智能家用电器、智能工业机械等联网设备的用户使用互联设备而产生数据的治理，《数据法案》第 2 条将智能互联产品定义为“能够获取生成或收集与其使用或环境有关的数据，并能够通过电子通信服务、物理连接或设备访问传输数据的产品”。这两类数据生成场景虽然都依赖于网络连接，但互联网与物联网在应用场景、终端连接、数据类型、算法模型、适用条件以及用户群体等方面有显著差异，<sup>③</sup> 图 1 展示了两种场景下数据生成过程的区别。

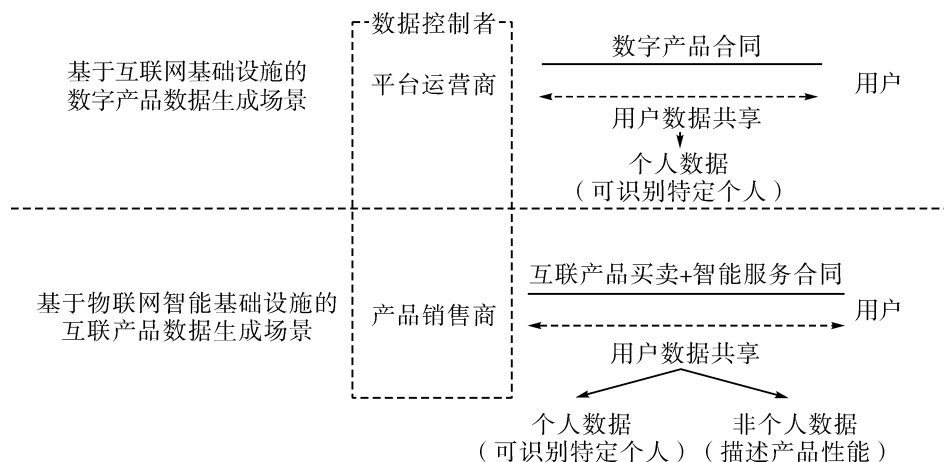


图 1 两种场景下数据生成机制的区别

数字产品和智能互联产品不仅在生成数据量级和技术门槛上存在差异，还在用户的法律地位、对数据的需求以及利益分配机制等法律层面呈现不同，包括以下三个方面。其一，从基础业务关系的角度来看，数字产品平台运营商与用户之间存在数字产品合同，而智能互联产品的销售商与用户之间的

① 《民法典》第 497 条规定了格式条款无效的三种情形：一是合同法定无效的情况；二是提供格式条款的一方不合理地免除或减轻自身责任、加重对方责任、限制对方主要权利的情况；三是排除对方主要权利的情况。

② 《关于提供数字内容和数字服务合同的某些方面的指令》规定，“数字内容”是指以数字形式制作和提供的数据，而“数字服务”是指：（a）允许消费者创建、处理、存储或访问数字形式数据的服务；或（b）允许共享或以其他方式与消费者或该服务的其他用户上传或创建的数字形式数据进行交互的服务。

③ 赵敏、朱铎先、刘俊艳：《人本：从工业互联网走向数字文明》，机械工业出版社，2023 年，第 6 页。



关系涵盖了买卖与服务合同的双重属性。<sup>①</sup> 在智能互联产品的数据生成场景中，用户生成的数据使用条款常在与经营者订立的买卖合同或者智能服务合同中约定。智能互联产品的销售方的主给付义务除了交付产品和所有权，可能还包括提供产品售后维修服务或智能配套服务。而当产品销售商不是服务提供商时，用户还需要再与服务提供商订立一个独立的服务合同，两份合同之间存在关联性。此外，用户还有可能同时购入数字产品和智能互联产品，因为互联产品的使用需要配套与之相关的数字服务。其二，从用户生成数据共享的层面看，用户使用数字产品产生的数据主要是用户的个人数据，而互联产品在与用户交互时还产生大量描述产品性能的非个人数据。在智能互联产品的数据生成场景下，用户应享有非个人数据的获取和使用权，因其不仅是数据所反映信息的来源者，而且还是智能互联产品的所有权人。这种所有权的延伸意味着智能互联产品用户不仅对个人数据享有个人信息权益，也应对由其产品产生的非个人数据享有数据权益。其三，从用户身份的角度来看，用户使用数字产品往往属于消费者，而智能互联产品用户可以是消费者或经营者。如航空公司作为企业用户，其购买飞机的目的在于商业运营，对飞机产生的数据进行分析 and 商业化使用，可能涉及航空公司与飞机供应商之间的竞争。此外，智能互联产品的生产和供应链条十分复杂，产品的生产不仅涉及零部件的供应，还包括用户购买产品后的运营和使用，这意味着上下游企业普遍具有获取和使用数据的需求，以优化产品设计、调适生产流程、升级用户体验等。

## （二）数据使用条款的公平性审查标准

### 1. 数字产品合同：个人数据的权益配置

在数字产品数据生成场景下，数据使用权益的分配与数字产品合同存在关联性，为防止平台经营者不合理限制或者排除用户的数据权益，应当明确平台经营者和用户对于共同生成的数据的合法使用权益，进而为数据使用格式条款的公平性判断提供基准。

对于用户而言，由于数字产品生成数据通常属于用户的个人数据，应依据我国《个人信息保护法》来维护数据主体的个人信息权益。《个人信息保护法》第四章明确规定了个人在信息处理活动中享有查阅权、复制权、数据携带权、更正补充权和删除权等权利。这些权利是个人信息主体维护其个人信息不受滥用的重要手段，也是对抗个人信息处理者、防止个人信息被不当使用的法律工具。如果平台经营者与用户的协议侵犯了用户的个人信息权益，根据《民法典》第 497 条的规定，该协议条款可能因排除用户的主要权利而被视为无效的格式条款。例如，《微信开放平台开发者服务协议》第 2.7.5 条规定“腾讯有权限制或阻止您获取用户数据及开放平台数据”<sup>②</sup>，该合同条款事实上赋予了腾讯限制或阻止用户获取数据的排他性控制权，且可能因排除了用户的主要权利而被审查为不公平的格式条款。

对于平台经营者而言，平台经营者需要在“合同必需”的合理范围内要求用户授权其使用个人数据。其一，《个人信息保护法》第 16 条明确否定个人信息与经营者一般性的产品或服务之间的对价关系，从而避免向用户施加不合理的负担。若授予个人数据处理权限是经营者提供服务所必需，且用户拒绝授予数据处理权限导致经营者履行主要义务出现重大困难，从而影响合同目的实现时，平台经营者可以根据诚实信用原则行使同时履行抗辩权，拒绝提供服务。<sup>③</sup> 这样既可以保障服务合同的正常履行，又避免侵犯到用户的个人信息权益。其二，应对履行合同必需的规则进行限制，以防止经营

① 如智能汽车的交易涵盖了车辆远程诊断、维修养护和自动驾驶服务等；智能恒温器、智能安防系统等智能家居设备交易则包括软件更新以及远程监控服务等；而智能灌溉系统或无人机喷洒设备等智能农业设备的交易包括数据分析服务、系统维护、作物管理建议等服务。

② 参见《微信开放平台开发者服务协议》，[https://open.weixin.qq.com/cgi-bin/frame?t=news/protocol\\_developer\\_tmpl](https://open.weixin.qq.com/cgi-bin/frame?t=news/protocol_developer_tmpl)，访问日期：2024-11-05。

③ 涉及违反附随义务的同时履行抗辩权的司法判决理由，参见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2021）最高法民终 1079 号。

者通过“认领义务”的方式，以履行合同必需为名，获取和处理大量可能不利于用户的数据。<sup>①</sup> 服务提供商的数据处理行为不仅要受到合同义务的限制，还应遵循目的正当性原则，进而确定合同必需的数据。例如，如果平台经营者将个性化广告作为合同内容，可能会对用户决策产生不当影响，甚至使用户成为被操控的工具。根据《个人信息保护法》第6条第1款规定，数据处理目的应明确合理，如个性化广告推荐服务不属于视频网络平台提供视频观看服务所必需时，不能以此强制要求用户授予相关个人信息的处理权限。

## 2. 智能服务合同：非个人数据的权益配置

随着嵌入式传感器、人工智能（AI）以及先进的移动通信技术的融合应用，数字经济已经超越了传统互联网平台运营商的商业模式范畴，通过智能化的联网设备与实体经济深度融合，实现了数字经济实体化。提供智能服务已经成为智能互联产品交易中的核心要素。用户在使用产品过程中产生的数据对于实现智能服务合同目的至关重要，这些数据不仅包含了个人使用习惯和偏好，还可能涉及产品性能和市场趋势等重要信息，因此应当对这些数据的权益进行公平合理的分配。相较于数字产品的应用场景，用户在使用互联产品过程中所生成的数据还包括描述产品性能或市场趋势的非个人数据。两种场景下的个人数据权益配置规则大致相同，而在非个人数据共享领域，需要重新界定智能互联产品用户的主要权利。

一方面，数据使用格式条款应保证用户对于非个人数据的合法使用权益。互联产品用户数据的生成是一个多方共同参与的过程，每个参与方均为数据价值的共同贡献者。为保障数据的共同生成者能够基于其贡献程度和具体需求公平地分享数据所带来的利益，必须确保他们能够在适当的方式和合理的范围内使用数据。例如，在智能互联汽车领域，传感器收集的行车数据对多方均有益处：对于作为实体产品所有权人的用户而言，这些数据有助于其提升驾驶技能、优化驾驶习惯，并在争议发生时作为重要证据；对于应用服务提供者或软硬件设计者而言，这些数据是制定用户服务方案、开发新产品并获取市场竞争优势的关键；对于智能汽车制造商而言，通过对数据的整合和处理，能够为其改进产品和开发创新服务提供支持。在智能互联产品服务合同的谈判过程中，服务提供者和产生数据的用户的地位具有结构性的不平衡，导致数据利益分配的格式条款可能不合理地限制或排除用户的数据使用权益，导致双方权利与义务之间的不平衡。<sup>②</sup> 以特斯拉 Model S 的用户手册为例，其规定特斯拉可将用户数据用于提供远程信息服务、故障排除、评估车辆性能、进行产品改进和设计研究等目的，但在非保修期内的维修服务之外，不向车主披露记录的数据，这实际上通过合同条款赋予了制造商对数据的排他性权利。然而，在车辆维权等特定情况下，维权者需要访问关键数据以确定车辆是否存在故障，<sup>③④</sup> 这要求数据使用条款既要保障制造商的权益，也要确保用户在必要时能够访问相关数据。当用户是企业时，用户访问和使用数据的目的还可能包括研发新的产品或者服务。《数据经济原则》第20条第1款列举了数据强制访问的五种情形，即数据共同生成者的数据使用利益，如用户为正常使用、维护或转售产品或服务所必需；对产品或服务进行质量监控或改进所必需；确定事实所必需；开发新产品或服务所必需；为避免反竞争锁定效应等。<sup>⑤</sup> 若合同约定的一方获取使用共同生成数据的

① 杨旭：《个人信息处理中履行合同必需规则的限制适用》，《法学》2023年第6期。

② 塞巴斯蒂安·洛塞等编：《数据交易：法律·政策·工具》，曹博译，上海人民出版社，2021年，第242页。

③ 在特斯拉刹车失灵维权案中，维权人无法获取车辆在事故前半小时完整的行车数据以明确自己的车辆刹车是否存在失灵的情况。

④ 参见西风 a：《特斯拉刹车失灵：真相难寻，市场变局，车主维权》，2023-06-07，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1768050043679830512>，访问日期：2024-11-05。

⑤ The American Law Institute, The European Law Institute, *Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights*, 2021-09-28, [https://principlesforadataeconomy.org/fileadmin/user\\_upload/p\\_principlesforadataeconomy/Files/Principles\\_for\\_a\\_Data\\_Economy\\_ELI\\_Final\\_Council\\_Draft.pdf](https://principlesforadataeconomy.org/fileadmin/user_upload/p_principlesforadataeconomy/Files/Principles_for_a_Data_Economy_ELI_Final_Council_Draft.pdf), visited on 2024-11-05.

范围超出或少于必需的范围，该条款可能会被认定不公平。

另一方面，用户与产品销售方对非个人数据的利益分配条款需实现各方利益平衡。共同生成者在使用数据时不得侵犯其他共同生成者及第三方的合法权益。欧盟《数据法案》明确禁止用户将获取的数据用于开发可能损害数据持有者创新利益的竞争性互联产品。尽管制造商通过分工优势取得了数据的事实控制，但这不应成为剥夺其他共同生成者数据使用权益的理由。基于此，共同生成者应享有平等的的数据获取和使用的权益，不受其他共同生成者的竞争性利益的限制而独立地使用共同生成的数据，以促进数据价值的共同开发。<sup>①</sup> 数据的使用必须避免侵犯第三方的商业秘密、知识产权和个人信息权益。当数据包含持有者或第三方的商业秘密或知识产权时，使用者与数据持有者应采取包括保密协议、访问控制协议、技术标准和行为准则在内的法律或技术手段，以确保数据的合法合规使用。此外，如果数据中包含个人信息，数据使用条款必须遵守《个人信息保护法》的规定，不得损害个人数据主体的合法权益，确保个人信息的安全和隐私得到充分保护，同时尊重和维护数据主体的知情权和选择权。

### （三）不公平数据使用条款的效力规制

不公平条款的效力规制是国家对于私人自治的强力干预，不合理或者过度的干预会降低数据持有者分享数据的意愿，加剧数据要素分享的匮乏。因此，只有当格式条款明显违反公平原则，导致使用条款双方权利、义务严重不平衡时，该条款才可能被认定为无效。比较法领域中的格式条款法通常采取“一般原则+具体列举”的审查模式，并且区分消费者合同与商业合同的内容控制规则。<sup>②</sup> 不公平条款的审查以公平交易和诚实信用原则作为一般原则，并辅以“黑名单”和“灰名单”的三层审查标准：若条款属于“黑名单”之列，其导致当事人合同权利、义务严重失衡，应当直接被确认为无效；若属于“灰名单”之列，法官可以通过交易环境和具体情景推定为无效；若不属于上述两类，则通过判断其是否造成“权利、义务严重失衡，损害消费者利益”来认定其是否属于不公平条款。《民法典》对于不公平条款的认定虽不区分“黑名单”和“灰名单”，但当格式条款涉及“民事法律行为无效的情形”“法定无效的免责情形”或者“排除相对方的主要权利”时，该条款直接无效，因此这三种情形可理解为“黑名单”；而当格式条款表现为“不合理地免除或者减轻自己的责任、加重相对方责任、限制相对方的主要权利”时，法官因需要对“不合理”的程度进行认定，可以将该条文理解为“灰名单”。不公平数据使用条款的审查应综合基础性合同的目的、关联合同条款和具体交易情景进行体系性解释和总体判断，<sup>③</sup> 即使某一条款造成了双方利益失衡，当其他条款给予另一方当事人一定替代性补偿时，就不应一概认为无效。<sup>④</sup> 此外，数据使用条款无效并不影响合同中其他条款的效力。

## 五、数据流通阶段不公平使用条款的效力规制

在数据要素市场中，数据的合意流通主要通过数据交易或数据服务合同来实现。当前，数据合意流通形成的法律关系应适用何种合同规则尚未明确，构建相关任意法规范是流通阶段不公平数据使用

① Matthias Leistner, Lucie Antoine, *IPR and the Use of Open Data and Data Sharing Initiatives by Public and Private Actors*, 2022-05-03, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2022\)732266](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)732266), visited on 2024-11-05.

② 例如欧盟《不公平合同条款的指令》（*Unfair Contract Terms Directive*）、《欧洲普通买卖法草案》（*Common European Sales Law*）、《德国民法典》、《法国民法典》等立法例。

③ See European Commission, *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Socles Law*, Brussels, 11.10.2011, COM (2011) 635final 2011/0284 (COD).

④ 马一德：《免除或限制责任格式条款的效力认定》，《法学》2014年第11期。



条款审查的核心。在域外，欧盟委员会在《构建欧洲数字经济》报告中提出通过创设合同缺省规则以实现数据合同各方的利益平衡；<sup>①</sup>《数据经济原则》规定的数据合同缺省规则也可以为公平控制标准的确定提供帮助。<sup>②</sup>在缺乏专门针对数据合同的法律制度规范时，可以类推适用《民法典》合同编中有名合同的相关规定，为数据合意流通提供法律基础。

### （一）流通阶段数据使用条款的类型化

合同类型的明确界定是格式条款内容公平性判断的前提。在实践中，实现数据合意流通的方式有两种，分别是“通过数据许可实现数据交易”和“提供数据并获取定制化服务”。以数据许可形式实现数据交易时，原持有者不丧失数据的控制权，最终形成双方对数据的共同控制或彼此独立控制的情形；提供数据定制化服务则是基于大数据分析应用技术，服务提供商通过数据的处理活动向客户提供满足特定目的的服务，如技术预测或数据加工定制服务等。数据服务同样涉及数据的提供，但其核心在于服务提供商对数据进行深度加工处理，并将处理后的结果交付给数据提供者。图2概括了数据交易合同与数据服务合同之间的主要区别。

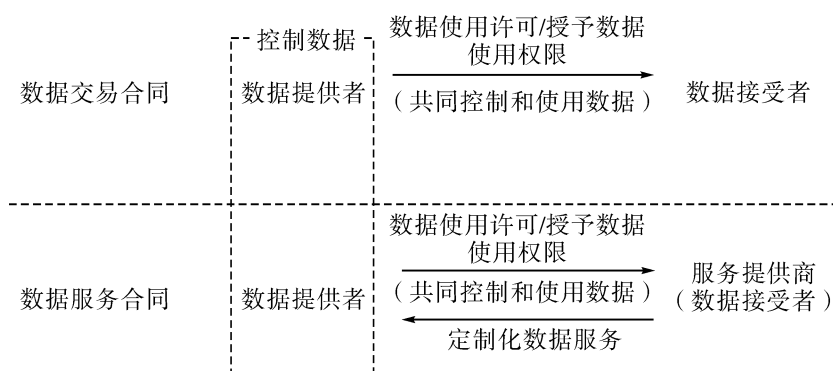


图2 数据交易合同和数据服务合同的区别

数据交易或服务合同的核心内容涉及数据使用条款，这些条款约定了双方的数据使用权限，包括数据范围、使用目的和使用期限等，为当事人提供了明确的使用指南，确保数据的合法合规流通。数据流通方式主要分为两类：一类是数据提供者允许接收者在其控制的介质上访问特定数据，例如通过API接口获取数据；另一类是数据提供者将数据传输到接收者控制的介质或交付载有数据的介质，使接收方能够控制特定数据。

### （二）数据使用条款的公平性审查标准

#### 1. 数据交易合同：以买卖合同规则为基准

合同任意法规范为数据交易提供法律框架，数据使用条款的公平性审查需要判断其偏离任意法规范的程度。当不公平条款的内容与法律基本思想背离，并达到不合理的程度时，应当认定该格式条款无效。《民法典》第646条规定，法律对其他有偿合同没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。但以数据作为交易标的的合同与传统买卖合同应存在相当的区别，因此本文从数据特征出发，对可能改变或限制传统买卖合同法中任意法规范的重点条款进行梳理，为数据交易合同中权利、义务显著失衡提供判断基准。

<sup>①</sup> European Commission, *Building a European Data Economy*, 2017-01-10, [https://eur-lex.europa.eu/content/news/building\\_EU\\_data\\_economy.html](https://eur-lex.europa.eu/content/news/building_EU_data_economy.html), visited on 2024-11-05.

<sup>②</sup> The American Law Institute, The European Law Institute, *Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights*, 2021-09-28, [https://principlesforadataeconomy.org/fileadmin/user\\_upload/p\\_principlesforadataeconomy/Files/Principles\\_for\\_a\\_Data\\_Economy\\_ELI\\_Final\\_Council\\_Draft.pdf](https://principlesforadataeconomy.org/fileadmin/user_upload/p_principlesforadataeconomy/Files/Principles_for_a_Data_Economy_ELI_Final_Council_Draft.pdf), visited on 2024-11-05.

第一，数据上并存多重利益，这一特性将影响瑕疵给付规则或减损规则。数据提供者提供的数据应当确保不存在数据质量瑕疵和权利瑕疵。数据质量瑕疵指的是数据在完整性和准确性方面的不足，而权利瑕疵则涉及数据的合法性问题，特别是当交易的个人数据未经数据主体明确同意时，数据上则存在权利瑕疵。然而，根据《个人信息保护法》第15条，“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意”。虽然数据主体随意撤回其同意可能会对数据交易造成干扰，但数据主体的个人信息自决权应受到优先保护，同意撤回权不因合同拘束力而受到限制。<sup>①</sup>但若交易的标的并非原始的个人数据，而是已经与其他数据结合，并经过分析和洞察，形成了新的数据集，则这些新数据不再属于个人数据主体撤回权的适用范围之内。此外，传统买卖合同规定了非违约方的减损义务，若买受人迟延履行支付货款或接收货物的义务，出卖人有责任采取如出售标的物等合理措施，但必须事先向违约方发出合理的出售意向通知。然而，减损规则在数据交易领域可能不完全适用，因为考虑到隐私保护或数据安全，原合同可能会严格限制卖方将数据转让给第三方。

第二，数据价值具有动态性，即数据的价值取决于在具体使用场景下所产生的经济价值。这一特性不仅影响价格规则和损害赔偿数额的计算，还影响数据衍生品的归属问题。数据不同于其他资源，其价值很大程度上取决于数据可以与哪些其他数据结合以及谁有权访问并使用这些数据。<sup>②</sup>若买卖合同未确定价格，则以订立合同时此种货物在类似情况下销售的通常价格为准，但数据的交易价格并不存在“通常价格”，而应取决于数据特定使用场景和目的所产生的经济价值。尽管不公平条款的规制并不涉及价格的判断，但是非核心条款的公平性可能需要价格条款进行综合判断。这一特征也会影响违约损害赔偿的计算，包括违约可得利益的计算。<sup>③</sup>此外，为了激励社会主体对数据价值的挖掘和对数据产品的创新，除合同另有约定外，因使用数据而创造的新的知识产权或衍生数据的持有权原则上应归属于接收者。当合同并未约定双方合作开发数据价值时，若合同中约定数据提供者对数据接受者加工后的结果享有权利，则该格式条款很有可能被认定为无效。<sup>④</sup>

第三，数据具有可复制性和非竞争性，这一特性将影响给付风险的转移规则以及合同终止后的清算规则。给付风险是指因不可归责双方当事人的事由标的物灭失、毁损时，债务人是否依然承担给付义务的问题。在一般买卖合同中，债务人通过分离与挑选完成对于种类之债的特定化，使其无需承担因不可归责的原因发生货物毁损灭失后货物的给付义务。但当数据提供者将原始数据的副本传输给接收者的过程中，若数据因不可归责的原因丢失或损坏，数据提供者并不免除再传输另一个副本的义务，因为数据作为一种资源可以以极低的成本进行大量的复制并产生多个副本，复制和传输数据的成本可以忽略不计。此外，接受者使用数据产生的衍生数据与原始数据可能共存，这会影响数据交易合同无效或者解除后的返还义务。如果甲在特定期间向乙授予数据访问权限，当数据交易合同无效时，乙的返还义务应包括删除乙可能保留的数据的任何副本，但当原始数据经过加工产生具有新的使用价值的数据时，乙的返还义务还应包括删除由原始数据产生的派生数据。

第四，数据通过电子方式传输，此特性对合同中的拒收规则和提存规则产生影响。根据《民法典》第629条，“出卖人交付的标的物数量超过合同约定的，买受人可以选择接收或拒绝接收超出部分”。但在数据的在线交易中，如果传输的数据副本数量超出合同约定或提前交付，接收方可能无法拒绝接受数据。一旦数据的在线传输完成，接收方将无法退回数据。此外，根据《民法典》第570

① 费安玲、陈晨：《个人数据交易中的同意撤回权》，《广西大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期。

② 如金融科技公司通过分析客户数据，从而准确评估其资信状况，可以为其提供相对应的信贷服务或其他个性化服务，这些具体的使用场景影响对特定数据集价值的判断。

③ 高郅梅：《数据交易违约可得利益的类型化研究》，《财经法学》2024年第2期。

④ Moritz. Hennemann, “Datenlizenzverträge,” *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 66, Rn. 20, 2021.

条，如果债权人无正当理由拒绝受领，债务人应采取提存措施以保全货物，但该规定针对有形货物才具有实际意义。由于数据的质量在一定时间内保持稳定，不会随时间而损耗或变质，故数据保全的必要性并不存在。

## 2. 数据服务合同：以承揽合同规则为基准

在数据服务的法律框架内，其规范与承揽合同的相关规定有着密切的联系。<sup>①</sup> 承揽合同强调的是承揽人完成特定工作并交付成果，而数据服务同样侧重于工作的完成及其成果的交付，如数据分析、基于云的服务等。这种相似性意味着，在没有特定法律规定的情况下，数据服务的法律关系可以参照承揽合同的相关规则来调整。例如，数据服务中的工作执行、成果交付、报酬支付等环节，均可借鉴承揽合同的法律框架，但还应考虑数据的特殊性质，如数据的无形性、可复制性以及数据安全和隐私保护的要求。

首先，数据服务完成的方式与《民法典》第 772 条第 1 款所规定的承揽合同中主要工作须由承揽人亲自完成的原则相呼应。鉴于数据的提供往往受到服务提供者的特定技能和条件的限制，除非合同双方有其他约定，服务提供方应亲自完成数据定制的主要工作。这一规定确保了数据服务的个性化和专业性，保障了工作成果质量的可靠性。其次，数据服务中工作成果的归属和转移规则同样可以借鉴承揽合同的相关条款。在承揽合同中，如果原材料由定作人提供，则工作成果的所有权归定作人所有，承揽人仅在完成工作后负有交付成果的义务，而不涉及所有权的转移；如果原材料由承揽人提供，则工作成果的所有权初始归承揽人所有，随后按照买卖合同的规定转移给定作人。<sup>②</sup> 在数据服务合同中，基础数据的来源可能由服务需求方根据合同约定提供，也可能由服务提供方提供，但工作成果的归属和转移都应遵循合同约定，并可参照承揽合同的规则来确定。最后，如果数据定制化服务合同旨在免除提供格式条款一方的主要责任且达到合同目的无法实现的程度时，那么这些条款可能被视为不公平。主要责任包括违约责任和瑕疵担保责任。当数据服务提供方不能按照合同约定提供服务或相应的工作成果时，应当为另一方因此遭受的损失提供赔偿；而当数据服务或工作成果不符合合同约定至合同目的无法实现时，服务提供方需要承担瑕疵担保责任，如重新提供数据服务等补救措施。

## （三）不公平数据使用条款的效力规制

在数据流通阶段，数据交易或服务合同的主体类型往往涉及商主体，故数据相关行业特点、商业模式、数据使用场景、数据的外部性、交易习惯、磋商过程等是判断数据使用格式条款是否严重偏离任意法规范的重要参考因素。在商主体间的数据流通中，合同自由原则尤为重要，因为与消费者相比，商主体通常具备更强的注意力和判断力，并且更注重交易效率。因此，在对商业合同不公平条款的审查过程中，即便某些条款被认为在权利、义务分配上存在显著失衡，商主体也被期待能比消费者更勤勉地进行自我调整，以减少对司法强制干预的依赖。故而如果商业合同中的条款符合良好的商业惯例，则数据使用条款可以适当偏离任意法规范。此外，由于数据的实现效果与使用价值具有多元性，市场参与者由于对本行业内数据的潜在用途和影响有着更深入的了解，因此能够在交易合同中对数据的使用权限和利益进行更为科学和理性的评估与分配。这种基于专业知识和市场经验的判断，往往能够形成行业内普遍遵循的商业惯例，并影响数据使用条款的公平性判断。因此，数据交易或服务合同条款的效力规制更依赖具体部门的特有的数据标准和实践指南，包括行业协会或者自律组织制定的数据共享准则等，如农业数据分享合同的欧盟准则、欧洲技术行业（Orgalim）工业数据法律指南，以及欧盟机动车辆维修和保养信息法规等。Robots 协议是搜索引擎行业普遍遵守的技术规范，工业和

<sup>①</sup> 高郦梅：《论数据交易合同规则的适用》，《法商研究》2023 年第 4 期。

<sup>②</sup> 宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，《经贸法律评论》2020 年第 1 期。



信息化部和中国互联网协会组织其他互联网经营者签署的《互联网搜索引擎自律公约》第7条中明确约定“遵循国际通行的行业惯例与商业规则，遵守机器人协议（Robots 协议）”，将 Robots 协议作为行业内的公认商业惯例和行为标准。

## 六、结 语

数据共享和流通常以合同形式实现。数据治理合同路径旨在实现当事人的意思自治，允许双方根据各自的业务需求，在合理的范围内充分利用数据资源，最大化其价值。为避免一方利用优势谈判地位损害另一方合法权益，当合同包含未经充分协商的格式条款时，须对其进行细致的公平性审查并进行合同效力规制。换言之，确保数据权益的公平配置和维护数据交易的有序运行是合同法在大数据时代的重要使命。在数据生产和流通的不同阶段，合同各方的利益诉求和法律关系不同，数据使用条款的公平性审查标准也应有所差异。

在数据生产阶段，应区分数字产品和智能互联产品的数据生成场景，分别构建经营者与用户共同生成数据的权益分配规则，并综合合同目的、其他合同条款和具体交易情景对条款的公平性进行审查。在数据流通阶段，数据持有者可以将数据进行市场化交易，或要求服务提供者提供定制化服务。数据交易合同和数据服务合同的任意法规范为各方之间利益的分配提供法律基准，并成为将公平性原则具体化的关键依据。如果数据使用条款严重减损任意法规范并且背离基本法律思想时，该条款可能会被认定为不公平，不公平的数据使用格式不具备法律约束力。表1概述了数据使用条款在两个不同阶段的类型及其相应的审查标准。

表1 数据使用条款的类型及公平性审查标准

数据的生命周期	数据使用条款的类型	公平性审查标准
数据生产阶段	数字产品合同中的数据使用条款	个人数据的权益配置
	智能服务合同中的数据使用条款	非个人数据的权益配置
数据流通阶段	数据交易合同中的数据使用条款	以买卖合同规则为基准
	数据服务合同中的数据使用条款	以承揽合同规则为基准

（责任编辑：武素迁）