

数据确权立法的体系分析及实现途径

谢立斌

[摘要] 数据是最具有时代特征的生产要素,是数字经济深化发展的核心引擎。为实现数据的高效流通,保障数字经济的长足发展,应当对个人数据、企业数据进行确权。当前,市场机制和法院对已有法律的扩大解释还无法完全满足数据确权的迫切需求,应当通过立法进行数据确权。只有不同类型和不同层级的立法相互配合,相互补充,才能共同完成数据确权的任务。数据确权立法构成对宪法财产权的具体化,应当遵守比例原则,实现公私利益之间、不同私主体利益之间的平衡。

[关键词] 数据确权;立法;财产权;利益平衡

[中图分类号] D922.16 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1007-5801(2025)01-0066-09

数据要素是数字经济深化发展的核心引擎,数据基础制度建设事关国家发展和安全大局^[1]。自党的十九届四中全会确认数据要素的概念以来,数据对提高生产效率的乘数作用不断凸显,成为最具时代特征的生产要素^[2]。2022年1月,国务院发布《“十四五”数字经济发展规划》,提出有序开展数据确权、定价、交易、建立数据资源产权基础制度、数据市场体系,要求在2025年初步建立数据资源产权制度、数据要素市场体系。2024年7月,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》强调,“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”^[3],明确了建立数据确权机制的要求。当前,建构数据确

权机制的现实需求不断增强,亟待从制度层面对此予以回应,为数据要素流转、数字经济发展提供长期、稳定的制度保障。

企业是掌握和运用数据、通过运用生产要素创造经济效益的重要主体。现实中,个人数据和企业数据权属还不清晰,企业对数据生产要素的利用面临一些障碍,给数字经济发展带来挑战^[4]。进行数据确权,即从法律制度层面明确数据处理活动中持有者、加工者等法律主体的权利内容,能够有效提高数据要素资源配置效率,有利于确保数据有序流通利用、保障数据安全、激励数据生产与供给^[5]。当前,学界已经对数据确权的必要性达成了共识,但对于数据究竟如何确权,仍然存在较大争议,而且相关研究

[收稿日期] 2024-11-18; **[修回日期]** 2025-01-10

[基金项目] 2022年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“基本权利比例原则审查:法益权衡的困境与出路”(22SFB3008);中国政法大学2022年校级科研创新项目“合宪性审查框架研究”(22ZYG82007)。

[作者简介] 谢立斌,中国政法大学比较法学院、中德法学院教授,博士研究生导师。

主要停留在部门法、尤其是私法层面,缺乏从宪法角度的基础、深入研究。现阶段探索数据确权立法,需要充分凝聚共识,进行统筹考虑,尤其需要注意三个问题。一是在厘清政府和市场边界的基础上澄清数据立法的必要性;二是结合我国的立法体系,明确何种类型、何种位阶的立法分别发挥何种功能;三是在宪法框架下,探讨从具体规则层面应当如何进行数据确权立法。

一、数据确权立法的必要性

习近平总书记强调:“要健全要素参与收入分配机制,激发劳动、知识、技术、管理、资本和数据等生产要素活力,更好体现知识、技术、人才的市场价值,营造鼓励创新、宽容失败的良好氛围。”^[6]对数据进行确权有助于明确数据之上权益的归属,有利于促进数据要素的充分利用,也有利于保障相关主体的正当权益。目前,人们已经对数据确权的必要性达成了共识,但是应当采取何种方式进行确权,依然存在较大分歧。不少学者在讨论数据确权时,常常直接诉诸立法。然而,尽管法律制度建构是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要途径,但并非唯一选择。立法作为一种社会公共资源,和自然资源一样是有限的,应当保持必要的边界,有所为有所不为,并非所有问题都需要并可以通过立法得到妥善解决。例如,有时候市场机制已经提供了良好的解决方案;有时候法官对已有法律作出的扩大解释已经能满足新问题对规范的需求。只有在这些途径均无法有效解决数据确权问题的情况下,立法才具有必要性。据此,我们需要对数据确权立法的条件加以详细论证,具体包括如下方面。

(一)无法通过市场机制进行数据确权

通常情况下,只有在明确了权利归属之后,资源才能够发生有意义的流动。但是,在一些情况下,虽

然没有创设相关权利,市场上也能够自发发生资源流动。体育赛事转播就是这方面的一个典型例子。赛事组织者可以借助其对赛事资源的控制,决定是否允许他人携带转播设备进入场馆并进行转播。转播者为了获得许可,只能就相应对价进行协商,直到达成一致,整个过程中原则上无需公权力进行干预。基于这一原理,我国法律和国际上的通行做法保持一致,没有正面规定相关权利,而是在《中华人民共和国体育法》中对这一市场机制进行了认可^①。

那么,在数据确权问题上,是否可以借鉴体育赛事转播的做法,由市场机制予以规范呢?目前,有学者主张通过合同来规范数据之上相关权益的转让^②。然而,在体育赛事转播中,体育赛事活动资源的拥有者同时也是控制者,而数据的控制者并不一定就是相关权利的持有者。在企业数据确权中,主要涉及作为数据来源的用户与企业之间、以及公开自身数据的企业和其他竞争者之间的关系。在用户和企业的关系中,企业并不需要经过用户同意,就能够通过各种技术手段采集个人数据,从而事实上持有了用户的部分个人数据。与此类似,在企业和竞争者的关系之间,一旦企业基于其商业模式公布了一些数据,其竞争对手事实上也能够访问这些数据。由此可见,数据的采集者或访问者与数据权益的正当持有者有可能发生分离,前者无需后者的同意就能够采集或者访问数据。而市场自发机制发挥作用的前提,是一方未与另外一方达成一致则无法取得对方控制的资源。由此可见,市场自发机制并不适用于数据确权。

(二)法律的扩张解释无法全面推进数据确权

既然无法通过市场机制来完成企业数据资源的配置,那么公权力就应当及时介入。公权力主要包括立法权、行政权、司法权。由于立法资源的有限性,以及对法律万能主义的警惕,我们一般首先考察

①《中华人民共和国体育法》第五十二条第二款规定:“未经体育赛事活动组织者等相关权利人许可,不得以营利为目的的采集或者传播体育赛事活动现场图片、音视频等信息。”

②代表性观点认为,数据交易本质上是数据服务合同(无名合同),应当适用合同法上无名合同的规则,受总则部分调整。参见梅夏英.数据的法律属性及其民法定位[J].中国社会科学,2016(9).

行政权和司法权在解决数据资源配置问题中的功能。在行政权和司法权中,行政权主要调整行政系统内部以及行政相对人与行政机关之间的关系。而个人数据的利用、企业数据资源的配置,主要涉及私人主体之间的关系,原则上较少受到行政权规范。此外,行政权受司法权监督,行政权进行的数据确权仍然有待司法权加以确认。因此,行政权进行数据确权的空间极为有限,下文主要探讨司法权在多大程度上可以进行数据资源配置。

在司法审判中,法院创造性地扩张解释一些并非针对数字经济而制定的法律,在一定程度上能够回应实践需求,保护相关主体的正当数据权益。例如,基于《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第二条中经营者不得从事不正当竞争行为的原则性规定,一些法院将利用爬虫技术获取他人数据等行为认定为不正当竞争行为,从而实现了保护正当权益的目的^①。又如,根据《反不正当竞争法》第九条保护商业秘密的规定,有法院认定企业持有的未公开数据具有“秘密性、保密性、价值性”,因此构成商业秘密,并加以保护。与此相似,有法院扩张解释《中华人民共和国著作权法》关于保护汇编作品的规定,将企业的数据集视为汇编作品加以保护^②。然而,在大数据时代,对已有法律作出扩张解释具有较大局限性,越来越无法满足日益发展的需求。就《反不正当竞争法》所提供的保护而言,要肯定存在正当竞争利益,在逻辑上恰恰要先肯定相关权利的存在。只有在企业享有相应权利的情况下,当这一权利面临被侵犯的风险时,该企业才享有相应的竞争利益。相反,如果企业并不享有相关权利,则较难主张其享有相应竞争利益。此外,企业数据之上的正当利益不仅可能被其他竞争对手所侵犯,也有可能被没有竞争关系的主体侵犯,在这种情况下《反不正当竞争法》就无法提供妥善的保护。由此可见,法院对相关法律进行扩张解释,难以从根

本上满足大数据背景下数据确权的实践需求。

与实务界的上述做法类似,学界有人主张要考虑企业“实际利益被侵害”的可能情形,通过侵权法、合同法、竞争法来保护企业数据^③。在本质上,这仍是通过法律作出扩张解释来实现数据确权。尤其是直接将实际利益等同于权利的做法,是有待商榷的。实际利益是否应当作为权利而予以保护,应当区分对待。如果个人对其享有的实际利益的形成并没有作出贡献,则取消这一利益并不构成对其权利的侵犯。例如,如果政府在住宅小区旁修建一个公园,则周边居民在没有付出任何投入的情况下获得了一个便利的休闲活动场所,这构成一个实际利益。若对此利益作为居民的权利予以保护,那么政府的行为就受到了限制,原则上不得未经补偿就取消这一利益,否则构成对公民权利的侵犯。如果后续需要将公园用于基础设施建设,就会面临侵犯居民权利的质疑。正确的做法是,对于个人享有的实际利益,应当首先判断其是否构成权利。只有在个人付出了相应投入等情况下,才应当将其作为个人权利加以保护。

综上所述,市场机制并不适用于企业数据的保护,因此需要公权力介入。而在公权力中,通过行政权和司法权来进行数据确权具有较为明显的局限性。因此,需要通过立法来对数据确权加以回应。

二、数据确权立法体系的构建

数据确权立法,就是通过立法界定数据之上的财产权,确定哪些主体对哪些数据可以作出或者不作出特定数据处理行为。财产权立法通常包括但不限于某一专门法律。只要一个法规范有助于明确权利主体是否有从事某一行为的自由,而且这一自由又具有经济价值,即属财产权立法。以物上所有权为例,《中华人民共和国民法典》第二百四十条规定:“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占

^①参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初第822号民事判决书,浙江省杭州市铁路运输法院(2017)浙8601民初字第4034号民事判决书,北京市西城区人民法院(2023)京0102民初第7890号民事判决书。

^②参见北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第16204号民事判决书。

有、使用、收益和处分的权利。”该条文属于财产权立法,但没有穷尽所有权的具体内容,必须结合很多其他法律规范,才能明确所有权人究竟可以作出哪些行为。例如,对私家车车主而言,《中华人民共和国道路交通安全法》上的限速规定、所在城市的限行规定都进一步明确了其可以作出何种具体行为,这些立法也属于财产权立法。由此可见,要明确财产权的具体内容和边界,就必须同时考察所有相关法规。这一原理也适用于数据确权立法。我们不能寄希望于通过一部法律一劳永逸地完成数据确权,而是要着眼于我国的社会主义法律体系,探讨法律、行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章在数据确权中分别承担何种作用,并由此明确不同立法主体在构建数据确权立法体系中所承担的职责。

法律可以对数据确权作出全面规定,尤其是可以创设新型财产权利。但需要注意的是,数据确权不属于全国人大制定的基本法律的调整范围,由全国人大常委会制定基本法律以外的法律对其予以规范即可。相关法律的制定受到两个方面的客观制约。一是法律具有原则性,往往需要由下位法进行具体化。二是立法所需时间较长,无法及时回应实践中的数据确权需求。为了保证立法质量,只有在进行了充分调查研究、积累了丰富经验之后,制定法律的条件才成熟。就数据确权而言,现阶段还需要继续为相关法律的制定作前期准备。

行政法规对数据确权也能够发挥一定作用。国务院可以为了执行法律、为了履行其行政管理职权而制定行政法规。此外,对于应当由法律规范的事项,国务院经全国人大或其常委会授权也可以制定行政法规。目前,由于相应法律尚未制定,也就不存在制定行政法规的空间。只有在法律出台后,国务

院才可为执行法律而制定行政法规。此外,国务院根据宪法第八十九条享有的行政管理职权不包含与数据确权有关的职权,故国务院也不得据此制定行政法规。在现阶段,国务院只有经全国人大常委会授权,才能够通过制定行政法规来规范数据确权。

地方性法规的位阶低于行政法规。《中华人民共和国立法法》规定,省级人大及其常委会可以制定地方性法规,较大的市的人大及其常委会可以就城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项制定地方性法规。由于数据确权不属于前述地方立法事项,较大的市的人大及其常委会不得对此进行立法。省级人大及其常委会制定地方性法规时,无需以法律为依据,但不得与宪法、法律和行政法规相抵触。由此看来,似乎省级人大及其常委会享有较大的立法空间。然而,就数据确权而言,如果不同地方对相关主体的权利义务作出各不相同的规定,必然将导致法制不统一。因此,关于不同主体对于企业数据享有何种权利,原则上只能由法律来作出规定,而不能由地方性法规来作出规定。目前,一些省、直辖市制定的地方性法规都恪守了这一界限,相关条款谨慎地采用了保护“法定”权益^①、对合法取得的数据可以“依法”使用和加工^②、对合法正当搜集的数据可以“依法”存储、持有、使用、加工、传输、提供、公开、删除等^③表述。“法定”“依法”之类的措辞都说明相关地方性法规所作出的规定并非是最最终的,而是需要遵守上位法尤其是法律的规定。例如,何为《上海市数据条例》第十二条第二款意义上关于数据的“法定”财产权益,应当遵照法律的规定。不过,这并非意味着地方性法规只能等待法律对数据财产权作出规定。地方性法规可以因地制宜,规定本地政府可以在不违背法律的前提下,在

①参见《上海市数据条例》第十二条第二款:“本市依法保护自然人、法人和非法人组织在使用、加工等数据处理活动中形成的法定或者约定的财产权益,以及在数字经济发展中有关数据创新活动取得的合法财产权益。”

②参见《上海市数据条例》第十四条:“自然人、法人和非法人组织对其合法取得的数据,可以依法使用、加工。法律、行政法规另有规定或者当事人另有约定的除外。”

③参见《北京市数字经济促进条例》第二十条第一款:“除法律、行政法规另有规定或者当事人另有约定外,单位和个人对其合法正当收集的数据,可以依法存储、持有、使用、加工、传输、提供、公开、删除等,所形成的数据产品和服务的相关权益受法律保护。”

裁量空间限度内进行形式选择,通过适当的公法或私法方式,完成促进数字经济发展的行政任务^[8]。

地方性法规的下一级规范为部门规章和地方政府规章。部门规章服务于法律或者国务院的行政法规、决定、命令的执行;省、设区的市人民政府制定的地方政府规章,服务于法律、行政法规和地方性法规的执行。由此可见,无论是部门规章还是地方政府规章,都服务于上位法的执行,也当然需要以上位法为依据。由于目前还没有出台相应的上位法,因此,在数据确权方面,尚不存在部门规章和地方政府规章发挥作用的空间。着眼未来,规章的适用空间主要是在上位法出台以后对其进行一定的具体化,为上位法的实施提供保障。

三、宪法视角下的数据确权立法进路

数据确权无论规定何种具体制度,都应确保符合宪法的规定、原则和精神。从基本权利角度而言,数据之上的财产权属于宪法财产权的保护范围,数据确权立法构成宪法财产权的具体化。为了避免相关立法因为违反比例原则而构成对宪法财产权的侵犯,应当妥善处理公私利益、私主体利益之间的紧张关系。

(一)数据确权立法作为对宪法财产权的具体化

基于我国宪法的规定,一项经济利益要么属于宪法第十二条意义上的“公共财产”,要么属于第十三条意义上的“私有财产”。对于公共财产和私有财产,分别适用不同的法律制度,相关的立法就构成了宪法第十二条、第十三条的具体化,也服务于这两个条款的实施。出现了新型经济利益的情况下,应当通过宪法解释,判断其在宪法上属于公共财产还是私有财产,之后再由立法作出具体规定。就数据而言,大体上公共数据属于公共财产,非公共数据则属于私有财产。企业数据属于非公共数据,因此在宪法上属于私有财产。立法者就企业数据进行确权,就是对宪法财产权进行具体化,明确谁可以对企业数据作出存储、持有、使用、加工、传输、提供、公开、删除等处理行为并享有相应的经济利益。换言之,

就企业数据进行的数据确权立法构成对宪法财产权条款的具体化。

立法者在规定宪法财产权的具体内容时,其关键在于如何妥善处理各种正当利益之间的关系。一方面,应当在公共利益和私人权利之间做好平衡。立法者可以为了公共利益而对个人权利作出限制,但不得违反比例原则^[9]。另一方面,也应当妥善对待不同私主体的正当利益,进行合理界定。若因公共利益、第三人利益而过分限缩权利内容,将导致对宪法财产权的侵犯。因此,如何处理这些利益冲突,构成了数据确权立法中的核心问题,下文分别对此展开探讨。

(二)数据确权立法中的公私利益平衡

原则上,为了越重大的公共利益,可以对权利设定越大的限制^[10]。因此,在个人权利与公共利益发生冲突的情况下,在维护公共利益必要的限度内,立法者可以对个人权利作出合乎比例的限制,追求两者之间的平衡。在数据确权立法中,立法者应当考虑的公共利益主要包括国家信息安全和数字经济发展。

国家信息安全是国家安全的一个维度。国家安全是具有宪法位阶的重大公共利益。我国宪法第五十四条规定:“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”在大数据时代,国家信息安全构成国家安全的重要组成部分。企业基于商业目的搜集的相关数据有可能涉及国家信息安全。尤其是在金融、科技、交通等关键行业,相关企业所收集的数据一旦流出,将对国家安全产生极大风险。任何形式的数据处理行为,都不得危害国家主权^[11]。鉴于此,在进行企业数据确权时,如果企业利益和国家信息安全发生冲突,则应当对企业的权利作出适当限制。基于这一原理,需就企业跨境数据传输、企业关键数据存储等方面作出一些特别规定。相较于国家信息安全风险,这些特别规定属于对私权利损害较小的措施,在对限制措施适用宽松审查基准的前提下,仍然能够得到正当化。

在数据确权立法中应当一以贯之追求的另外一

项公共利益为促进数字经济发展。促进经济发展是国家追求的一个正当目标,这在宪法文本序言第七段、宪法第七、八、十一、十四条中得到了充分体现。目前,数字经济在国民经济中所占比重越来越大,经济发展离不开数字经济的蓬勃发展。有鉴于此,数据确权立法应当进行有利于数字经济发展的制度设计。为此目的,立法者应当使资源得到充分利用,促进企业数据的流通,尽可能用于创造社会财富,以最大限度实现社会效益。为了避免数据资源被闲置,立法者在创设数据权利时,应当依据科斯定理,作出有利于数据交易的规定,尽可能降低进行协商和完成交易的成本,使数据能够从持有者流动到数据加工者等能够对数据进行有效利用的主体,以实现“数据价值的增殖”。基于对数据交易和数据流动的重要性认知,我国中央和地方立法都作出了有利于数据流动的规定。例如,《中华人民共和国数据安全法》的立法目标包括“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”。《上海市数据条例》中“促进数据依法有序自由流动”的规定,也具有代表性。促进数据流动,就意味着对数据持有者的支配权作出了一定的限制。只要不违反比例原则,这一限制就能够得以正当化,且不构成对数据财产权的侵犯。

(三)数据确权立法中的私主体利益平衡

数字确权立法不仅涉及公共利益和私有财产权之间的关系,也涉及不同私主体之间的利益关系,立法者应当予以妥善处理。具体而言,个人和企业之间、存在竞争关系的企业之间,都存在一定程序上的利益对立,立法者应当确保在对立利益之间取得适当平衡。

1.个人和企业之间的利益平衡

企业数据往往包含个人数据,这是由数字经济商业模式所决定的。在我国司法实践中,法院审理一些代表性案件时作出了如下归纳:众多用户作出的包括消费在内的各种行为外化为一定的数据,这一数据构成了原始数据^①;企业收集和处理大量原始数据,形成了大数据即数据集合,这构成企业的重要资源^②;通过对数据集合进行脱敏处理、挖掘等操作,具有巨大经济价值的产品得以形成^③。由此看来,用户的个人数据往往是企业数据的一个重要来源。因此,规定企业数据财产权的时候,需要关注企业数据中的个人数据,考虑用户的正当权益。学界普遍认为,在进行企业数据确权的时候,应当遵守在先权益^[12]。《中华人民共和国个人信息保护法》等法律也明确,企业应当尊重用户的人格权益。需要讨论的是,就企业数据中与用户相关的部分,就相关经济利益的归属应当采纳“完全由用户独享”“由用户和企业分享”还是“完全由企业享有”的方案?主流观点认为,不应当确认个人享有数据上的财产权益。一些学者认为,应当针对企业使用数据的行为征收专门税,通过税收补偿用户,以二次分配方式替代直接分配方式^[13]。还有学者主张,脱敏处理后的个人数据不具有人格属性,对信息主体无价值,相应财产权利应归属数据控制者^[14]。

本文认为,上述观点尚有一定商榷空间。毫无疑问,包括个人数据在内的各种数据具有经济价值,正因如此,企业才有强烈的动机对数据进行收集、加工。数据经济价值的分配,应当遵循宪法确立的分配制度。我国宪法第六条第二款规定了“按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。在数据确权中体现为以价值贡献作为数据经济利益的分配理由^[15]。关于这一问题,我们首先需要探讨是否存在

①参见安徽美景信息科技有限公司、淘宝(中国)软件有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书(2018)浙01民终第7312号。

②参见上海汉涛信息咨询有限公司与爱帮聚信(北京)科技有限公司不正当竞争纠纷案,北京市中级人民法院民事判决书(2011)中民终字第7512号。

③参见安徽美景信息科技有限公司、淘宝(中国)软件有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书(2018)浙01民终第7312号。

对个人数据之上的经济利益适用按劳分配规则的空间。这意味着需要考察谁进行了劳动,即谁将“数据”通过“融入劳动”从而转变为“有价值的数 据”。在用户和企业之间,对数据付出劳动者应当享有相应的经济价值。从用户角度来看,正是其日常行为产生了相应的个人数据。例如,个人进行消费需要投入时间精力,完成商品的比较、选择、决策和购买行为,最后才形成相关消费记录。从这个角度来看,购物等日常行为似乎构成了个人数据得以形成的劳动,个人数据的经济价值应当归其所有。然而,从这个角度来看待劳动,和人们通常所理解的劳动概念存在较大差异。劳动是“人类创造物质或精神财富的活动”^[16],在个人的日常行为中,只有“创造物质或精神财富的活动”才构成劳动,可以作为按劳分配的 依据。虽然个人出行、购物等日常行为是形成有关信息的基础,但是这些行为并不构成按劳分配制度意义上的劳动。由此看来,个人不能据此主张有关数据的经济价值归自己所有。

相比之下,数据企业收集用户数据的行为,的确是出于创造物质财富的目的。除数据收集外,数据企业还会进行数据分析、数据挖掘等行为。这与数据法学体系建立的“激励数据价值挖掘和数据合规技术原则”^[17]是一致的,即企业将数据分类加工转换形成数据服务,并最终创造出新的经济价值。由此可见,企业对包括个人数据在内的各种数据进行处理,所产生的经济价值似乎应当属于数据企业。但企业的数 据财产权不应建立在剥夺自然人对个人数据的经济利益的基础上。

从按劳分配的视角来看,个人的日常行为不构成作为分配依据的劳动,个人不能基于自己的日常行为而享有个人数据之上的经济价值。企业只能通过劳动,将无争议的数据,如公开的数据主张为自己的财产。鉴于用户的个人数据并非可以任意使用,企业收集个人数据的行为并不导致其获得相关权益。由此可见,从宪法规定的分配制度中,无法直接得出个人数据的经济价值应当归属于哪一主体的结论。

既然不能基于按劳分配原则得出个人数据之上

的财产利益归个人还是企业的结论,就只能回到个人数据本身的性质加以探讨。没有疑问的是,个人对自己的身体享有完整权利,这种权利不仅包含人格利益,也蕴含了财产利益。那么,个人数据是否也类似于人身,属于个人所有呢?在数字经济时代,个人数据基本上就是数字企业对个人各个方面以电子方式存在、可以由计算机读取的记录。固然个人数据不等同于人身,但是其与数据主体存在紧密联系。此外,个人肖像等个人数据所包含的财产价值已被确认为个人所有。基于这些考虑,将个人数据视为与人身类似的事物并无不妥,个人数据之上的财产权益也应当归于个人。当然,个人数据之所以有财产价值,是因为对其加以处理之后可能产生价值。数据企业投入一定成本之后对个人数据进行采集、处理之后,才能够实现相应的价值,这一价值不能完全被视为个人数据的价值。相反,个人数据作为原始数据只具有作为原材料的价值,而并非具有企业在进行处理之后实现的全部价值。至于作为原始数据的个人数据价值几何,则应由个人和企业协商一致所达成的契约所确定。与此同时,个人与企业的合意,就为企业加工处理个人数据提供正当性依据。

2. 企业之间的利益平衡

数据企业投入大量人力物力技术资源,收集并处理原始数据,形成有意义的数据集合,并进一步开发数据产品。这一过程中形成的原始数据、数据集合和数据产品具有不可忽视的价值,处于竞争关系的企业通常有获得他人企业数据的动机。着眼于此,数据确权立法应当合理地界定它们各自的权益。我们根据数据类型不同、数据是否公开等不同情况,分别予以探讨。有学者主张,企业数据分为公开、半公开和非公开三种^[18]。其中,所谓的半公开数据是指对部分人如付费用户公开的数据,最典型的情况为付费使用的数据库。由于半公开的数据是对部分人公开、对其他人非公开,分别可以归入公开和非公开数据两类,所以基于“公开数据—非公开数据”二分法进行讨论即可。

如前所述,我国司法实务将企业数据分为原始数据、数据集合和数字产品。其中,企业通常选择不

公开其收集到的原始数据,他人无法访问。在司法实践中,企业原始数据已经作为商业秘密受到保护,进而保护了企业的财产权益。原始数据经过处理之后,往往能够形成具有意义的数据集合如用户对某商品的评价,企业可以决定是否公开相关的数据集合。如果不公开,自然其继续作为商业秘密受到保护;如果予以公开,例如在电商平台上公布用户对商家的点评,则需要讨论应当对其提供何种保护。与此不同,数据产品都是公开的企业数据,只需要支付相应对价即可获取。非公开的数据已经作为商业秘密予以保护,未来立法中应当继续确认企业对非公开的数据享有财产权。当然,至于是否继续将其作为商业秘密予以保护,立法者可以自行决断。需要进一步讨论的是,对于公开的数据集合和数据产品是否应当提供保护,即是否应当将公开的数据上的经济利益确定为企业的财产权。

数据集合一旦公开,意味着包括竞争对手在内的任何人均可访问。实践中经常出现的一个典型问题就是,竞争对手是否可以通过爬取等技术手段采集相关数据。根据一种有代表性的观点,对于爬取行为应当可以作出一定限制,但是,这一限制“不应是完全排他性的”,否则与互联网的公共性和开放性相背离^[19]。然而,企业采集、存储、加工等一系列数据处理行为,都需要投入大量人力、物力,应当能够享有相应的劳动成果所带来的增值。如果竞争对手通过爬取行为来大规模采集相关数据并加以利用,则使得付出投入的企业不再享有优势,还完全可能引流一部分用户。如此一来,公开数据的企业在之前对原始数据的采集、分类、挖掘、公开等处理以及产品开发和运营上的投入,随即付诸东流。同时,这也变相鼓励企业不亲自进行原始数据收集和分类工作,而是采取搭便车的行为,不利于鼓励市场主体真正投入到原始数据的收集之中,影响数字经济中原始数据总量的增长。这一点也在司法实践中得到了

认同^①。未来的数据确权立法中,立法者应当吸收司法实践中的做法,确保企业对其公开的数据集享有完整而充分的权益。

既然企业公开的数据集合都受到保护,那么其数据产品更应受到保护。数据产品向用户提供个性化的服务,往往需要通过融合原始数据、数据集合和一定的算法,根据用户的需求提供信息服务。例如,一个导航应用就是一个典型的数据产品,汇集了电子地图、实时交通状况等原始信息,通过算法来向用户提供符合其出行偏好的出行方式和路线。企业在数据产品的开发中,必然付出大量的投入,未来数据确权立法应当保障企业就其数据产品享有充分的财产权益。

结 语

习近平总书记强调:“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。”^[20]数据要素的权益有序分配,将带动数字经济的快速稳定发展。因此,数据确权具有重大意义。通过市场机制和“法官造法”来进行数据确权存在明显弊端,应当适时推进相关立法。在本质上,数据确权立法构成对宪法财产权的具体化。为了确保立法不侵犯公民的宪法财产权,在数据财产权分别与公共利益、与他人权益发生的冲突中,立法者应当遵守比例原则。首先,在数据财产权与国家信息安全、促进数字经济发展等公共利益发生冲突时,立法者可以对数据财产权作出一定限制,但必须确保这一限制符合适当性、必要性和均衡性原则的要求。其次,着眼于用户和数字企业之间以及具有竞争关系的数字企业之间存在的利益冲突,立法者应当追求适当的平衡。就用户和数字企业之间的关系而言,应当对个人数据赋予类似于具有财产权利属性的人身的地位,确认信息主体对其个人数据的权益。原则上,立法者应当规定企业只有向用户个人支付适当对价之后,方能取得

^①例如,在大众点评网相关不正当竞争争议中,法院确认收集点评信息需要投入成本,由此产生的利益应当得到法律保护。参见上海汉涛信息咨询有限公司诉北京百度网讯科技有限公司、上海杰图软件技术有限公司不正当竞争纠纷案,上海知识产权法院民事判决书(2016)沪73民终第242号。

个人数据处理权限。就处于竞争关系的数字企业之间的数据集都享有完整的财产权益,并规定相应救济制度的关系而言,立法应当确认企业对未公开和公开制度予以保护。

[参考文献]

[1]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[N].人民日报,2022-12-20.

[2]国家发展和改革委员会.《“十四五”数字经济发展规划》学习问答[M].人民出版社,2022:3.

[3]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[M].人民出版社,2024:12.

[4]龙卫球.数据新型财产权构建及其体系研究[J].政法论坛,2017(4);张新宝.论作为新型财产权的数据财产权[J].中国社会科学,2023(4);申卫星,陆志鹏.数据产权论[M].商务印书馆,2024:227-257.

[5]申卫星,陆志鹏.数据产权论[M].商务印书馆,2024:43-46.

[6]习近平.发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点[J].求是,2024(11).

[7]梅夏英.企业数据权益原论:从财产到控制[J].中外法学,2021(5).

[8]张航.政府治理中公私法形式选择及其裁量[J].学习与实践,2023(2).

[9]谢立斌.基本权利审查中的法益权衡:困境与出路[J].清华法学,2022(5).

[10]谢立斌.论财产权的过度限制及其缓和措施——兼评管制性征收制度的借鉴[J].行政法学研究,2023(6).

[11]吕廷君.数据权体系及其法治意义[J].中共中央党校学报,2017(5).

[12]王利明.数据何以确权[J].法学研究,2023(4);熊丙万.论数据权利的标准化[J].中外法学,2023(5);阮神裕.论数据确权的一般化路径[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2024(5).

[13]熊丙万,何娟.数据确权:理路、方法与经济意义[J].法学研究,2023(3);周汉华.数据确权的误区[J].法学研究,2023(2);张牧君.用户价值与数字税立法的逻辑[J].法学研究,2022(4).

[14]彭诚信,杨思益.论数据、信息与隐私的权利层次与体系建构[J].西北工业大学学报(社会科学版),2020(2).

[15]李巧巧.数据产权的分配正义及其制度实现——基于马克思的产权论与正义观[J].行政法学研究,2024(3).

[16]中国社会科学院语言研究所词典编辑室编.现代汉语词典(第5版)[M].商务印书馆,2007:815.

[17]李爱君.论数据法学体系[J].行政法学研究,2023(5).

[18][19]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[J].法律科学,2020(2)

[20]习近平.不断做强做优做大我国数字经济[J].求是,2022(2).

(责任编辑 林珊珊)

Systematic Analysis and Implementation Approach of
Data Rights Confirmation Legislation

Xie Libin

Abstract: Data is the most characteristic production factor of the times which also the core engine for the deepening development of digital economy. To promote the efficient flow of data and guarantee the sustainable growth of digital economy, it is necessary to define rights of individuals and enterprises regarding data. At present, this urgent demand cannot be fully met by regulating the transfer of relevant rights and interests on data by contract through market mechanism and by expanding the interpretation of existing laws by courts. Legislation of different types and levels should cooperate and complement each other to jointly complete the task of data rights confirmation. As a concrete manifestation of constitutional property rights, data rights confirmation legislation shall not violate the principle of proportionality. A proper balance shall be maintained between data rights and public interests such as national information security, as well as between legitimate rights and interests of various private entities.

Keywords: Data Rights Confirmation, Legislation, Property Rights, Balance of Interests