

数据财产赋权：从数据专有权到数据使用权

吴 汉 东*

摘 要：在数据产权立法例上，欧盟法曾采用数据库“著作权保护+特殊权利保护”的双轨制，但法律实施效果不好；中国法现采用“数据库专有赋权（著作权法）+不当行为规制（反不正当竞争法）”的规范体系，但难以满足大数据时代数据财产赋权的制度要求。数据产权立法具有提供新的制度产品的法律价值，表现为新的权利属性（信息产权范畴）、新的制度构成（多元性主体结构 and 多样性权能内容）、新的法律价值目标（以共享促流通）。根据国家政策指引和《中华人民共和国民法典》有关规定，参考欧洲议会和理事会《关于协调公平访问和使用数据和修订（欧盟）第 2017/2394 号条例、（欧盟）第 2020/1828 号指令的条例（数据法）》有关思想资料，我国未来数据财产赋权的法律构造可规定以下三类使用权主体：赋予数据处理者以有限排他为内涵的使用权；赋予数据来源者以访问、携带为要义的使用权；赋予数据使用者以对价许可为特点的使用权。数据财产赋权的立法可命名为“数据权条例”，不同于传统所有权制度和经典知识产权制度，其有限的保护范围（权利客体）、相对的排他效力（权能内容）、有效的共享流动（权利利用）构成了数据产权立法的主要内容。

关键词：数据财产赋权 信息产权 数据使用权 数据权条例

一、导言：数据财产赋权的立法依据和思想资料

建立数据产权制度是我国“加快建设数字中国”方略、促进数字经济发展的重大举措，也是规范数字市场治理秩序、完善数据基础制度的重要立法任务。产权是经济所有制关系的法律表现形式，其在立法层面面临的首要问题就是产权界定。在数据立法中，数据财产赋权具有产权界定之制度功能，即在私法领域赋予数据要素以财产属性，进行数据权利归属模式和权利运行机制的

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授
基金项目：国家社会科学基金资助项目(23&ZD161)

法律构造,以调整数据财产支配和流转的民事关系。

在我国,数据财产赋权立法凭借明确的政策指引和法律依据,并有域外立法例作为参考,有助于保证立法方案的科学性、合理性和有效性。具言之,其立法依据和思想资料涉及以下几个方面:(1)政策思想基础。我国数据产权制度的构建目前尚处于“政策指引”阶段。2022年《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《意见》)是一份关于建立数据产权制度的纲领性政策文件。《意见》强调“保障权益、合规使用”作为数据产权制度的政策要义,提出建立和实施“公共数据”“企业数据”“个人信息数据”确权授权机制的政策主张,明确“数据产权结构性分置”的政策指引,形成一整套具有现代性的中国(式)政策方案,为数据财产赋权立法活动奠定了重要的政策思想基础。(2)专门立法依据。如何设计数据财产赋权的具体立法方案有待进一步论证,但可以肯定的是,该项立法动议在我国民事立法中有着充分的依据。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”^①此处规定的数据是“具有财产属性的数据”,^②既区别于《民法典》第111条所指具有人格利益属性的个人信息数据,也不同于第123条知识产权项下的独创性数据库、秘密性数据产品。《民法典》第127条可视为数据财产赋权专门立法的指引和依据。立法者对数据作专门规定,旨在避免扩大知识产权保护范围而引发法律体系混乱的风险。^③因此,知识产权以保护具有创造性的知识财产为己任,其一般规则不适用于非创造性的信息资源——数据。在我国,数据产权制度虽然尚未制定,但是《民法典》第127条确认了数据财产赋权的民法依归,且为专门立法活动提供了上位法依据。(3)国外立法例借鉴。2023年12月,欧洲议会和理事会正式通过《关于协调公平访问和使用数据和修订(欧盟)第2017/2394号条例、(欧盟)第2020/1828号指令的条例(数据法)》(以下简称《欧盟数据法》)。《欧盟数据法》是欧盟数据战略一揽子计划的重要法律构成,其立法目标旨在实现数据财产赋权利益共享,促进数据资源自由流动。^④其法政策取向有两点:一是限缩1996年欧洲议会和理事会《关于数据库的法律保护的指令》(以下简称《欧盟数据库指令》)中数据制作者的排他性专有权利,在“数据保护”和“数据利用”的立法基点上特别构造了各方参与者数据共享机制;二是支撑欧盟单一数据市场的形成,与欧洲议会和理事会《关于欧洲数据治理和修订(欧盟)第2018/1724号条例(数据治理法)》(以下简称《欧盟数据治理法》)形成合力,分别设定共享数据与公共数据的访问机制和利用规则。总的来说,《欧盟数据法》意在促进数据流通的价值目标,重在以数据使用权为中心的政策取向,对我国数据产权立法有着重要的参考价值。在过去几年间,我国法学界对数据财产化问题展开了广泛的讨论,目前就是否需要对数据进行权利配置尚存有争议,即使主张数据财产赋权的学者也在法律模式选择方面意见不一。笔者对此不再评价,拟以“数据知识产权保护规则”为研究对象,从制度实践总结、理论基础建构、立法方案选择等方面提出若干意见。

^① 徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉译注》(精要版),中国人民大学出版社2022年版,第122页。

^② 参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第250页。

^③ 参见葛奕尘:《〈数据法案〉内容概要及解析》,载微信公众号“网络法前沿”,2023年12月3日。

二、数据财产赋权的制度实践总结：以专有权利为对象

（一）国际考察

在国际立法例中，数据保护最初是以著作权法为制度文本、以数据库为保护对象的。数据库的本意为“数据的集合”，是按照数据结构来存储和管理数据的计算机软件系统。就著作权客体范畴来说，数据库属于汇编作品的类别，即系统汇编作品、资料或其他信息材料并能借助电子手段感知的数据集合体。与传统汇编作品如选集、期刊、百科全书等不同，数据库以数字、符号、图案或其他信息片为构成要素，虽然可固定于介质但又是动态可变的，其使用须借助计算机和数据库软件才能实现。

国际公约重视数据库著作权保护立法。1979年，联合国教科文组织和世界知识产权组织提出工作建议，将数据库作为“信息集合物”或“编辑物”给予保护。1994年世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》第10条（计算机程序与数据的汇编）第2款规定：“数据或其他材料的汇编，无论采用机器可读形式还是其他形式，只要其内容的选择和编排构成智力创作，即应予以保护。”1996年世界知识产权组织《版权条约》第5条[数据汇编（数据库）]规定：“数据或其他资料的汇编，无论采用任何形式，只要其内容的选择或排列构成智力创作，其本身即受到保护。”正如有学者指出的那样，上述两个公约关于数据库保护的规定与《伯尔尼公约》第2条第5款有关汇编作品可版权性标准是一致的。但是，数据集合并即使付出很大的代价，若在没有由某一“作者”进行独创性选择和编排的情况下，则该数据库并不足以构成受保护客体。当时德、法、美等国法院即是以此界定数据汇编的保护标准。^①在上述国际公约的指引下，各缔约方著作权法都规定有数据库（汇编作品）保护的相关条款。

在国际范围内，欧盟数据库立法活动走在了前面。《欧盟数据库指令》创造性地提出数据库保护的双轨制，即同时对数据库提供著作权保护和特殊权利保护。《欧盟数据库指令》规定的著作权保护模式与上述国际公约一致，其特别之处在于数据库保护须采取“欧洲独创性标准”，即强调在选取和安排材料方面体现个人的智力创造性，从而将德国法中的“创作高度”和英国法中的“最低创造水平”统一到“欧洲独创性标准”之中。《欧盟数据库指令》规定的“特殊权利”模式，专门为不具有独创性的数据库创设了一种新的专有权利。“特殊权利”制度的立法旨趣不在于促进创作而意在鼓励投资，凡数据库开发者即制作者为数据的“采集、核准或表述”作出实质性投入，即可享有禁止他人调取和再利用之权利。数据库“特殊权利”是一种有别于著作权而自成一体权利，换言之，数据库制作者权与数据库作者权相并列，共同构成一个“完整的、全面的数据库保护体系”，旨在让知识产权法律涵摄有独创性和无独创性的所有数据库，以此作为欧盟数据市场的基本法律工具。基于此，有学者将《欧盟数据库指令》称誉为“具有里程碑意义的重大突破”。^②数据库“特殊权利”是一种新的制度产品，在当时引起了各国极大关注，以至世界知识产权组织在1996年12月举行的外交会议上即以“特殊权利”模式作为拟议的“数据库知识产权条约草案”的

^① 参见孔祥俊：《WTO知识产权协定及其国内适用》，法律出版社2002年版，第116～117页。

^② 胡坚：《数据库保护制度的里程碑——欧盟“数据库指令”评析》，《科技进步与对策》2005年第9期。

重要思路。^① 必须指出,“特殊权利”模式在欧盟的法律实践中并未获得成功,反而引起欧洲社会的广泛争议,并导致学术界的尖锐批评。

(二)中国考察

与欧盟奉行“著作权+特殊权利”的专有权保护双轨制不同,中国法对数据库采取“数据库专有赋权(著作权法)+行为规制(反不正当竞争法)”的规范体系。(1)著作权保护规则。1990年《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第14条以“编辑作品”指称汇编作品;1991年《中华人民共和国著作权法实施条例》将编辑作品的元素限定为“作品或作品的片段”,而使得汇编集成的数据库在法律适用上多有局限;2001年《著作权法》第14条将汇编作品的对象延伸到“若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料”,这一规定涵盖了数据库的编辑元素即作品、数据或材料,同时强调“内容的选择或者编排体现独创性”,明确了汇编作品(数据库)与汇编对象(数据元素)各自的著作权归属以及汇编作品著作权行使的规则。上述条款是我国数据库著作权保护的规范内容。在司法实践中,人民法院业已存在将商业数据作为汇编作品予以保护的诸多判例,如“上海汉涛公司诉北京搜狐公司侵犯著作权纠纷案”、^②“济南白兔公司诉佛山鼎容公司著作权纠纷案”、^③“北京四维公司诉奇虎公司著作权纠纷案”^④等案件中的数据库著作权人的权利主张都得到或部分得到人民法院的支持。(2)反不正当竞争规则。《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》)“一般条款”(第3条,1993年制定)和“互联网条款”(第12条,2017年增定)规制不当获取和使用他人数据的行为,以侵权救济方式间接对数据“权益”提供保护。无论是“一般条款”还是“互联网条款”,都不是数据库保护的专门条款,需要法官在具体案件中进行法律规范的扩张释义方可运用。我国现今数据纠纷主要依据《反不正当竞争法》解决,业已产生有一定影响力的标示性案例,如涉及用户信息数据集合的“新浪微博诉脉脉案”、^⑤涉及用户发布数据的“大众点评诉百度案”、^⑥涉及平台自采数据的“谷米诉元光案”、^⑦涉及衍生数据的“淘宝诉美景案”^⑧以及涉及数据权益纠纷的“奇虎诉百度案”。^⑨ 在数据财产纠纷中,反不正当竞争规则的立法成本最低,司法适用最多。然而数据竞争纠纷规制只能提供被动保护、事后保护,且是对特定权益进行个案保护。具言之,反不正当竞争规则虽然可以作为数据产权的兜底保护制度,但是不具有数据财产赋权之一般制度功能。^⑩ 因此,需要重点讨论

^① 该草案采取“特殊权利”模式,强调这种保护“及于独立数据库本身及其内容,但不及于生产、运行或维持数据库的计算机程序”。See Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases, WIPO Doc. CRNR/DC/6(Aug. 30, 1996), Article 1.

^② 参见北京市海淀区人民法院(2007)海民初字第5904号民事判决书。

^③ 参见广东省佛山市禅城区人民法院(2016)粤0604民初1541号民事判决书。

^④ 参见北京知识产权法院(2019)京73民终1270号民事判决书。

^⑤ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

^⑥ 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

^⑦ 参见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初822号民事判决书。

^⑧ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书。

^⑨ 参见北京市高级人民法院(2017)京民终487号民事判决书。

^⑩ 诸如著作权、专利权的知识产权与规制侵权行为的不正当竞争,有本原权利与救济权利之分,前者为以专有权利为中心的“基本权利法”,后者为以维护市场竞争秩序为主旨的“行为规制法”。参见吴汉东:《论反不正当竞争中的知识产权问题》,《现代法学》2013年第1期。

“专有权利”性质的数据财产保护制度的合理性和可适性问题。

1. 关于数据库著作权制度。数据库在数据元素的选择和编排上具有独创性,是其受著作权保护的核心要件。独创性要件指引下的数据选择和编排是“小数据”时代的著作权保护标准。首先,选择理论与现代数据库制作要求不尽符合。在数字经济时代,事实信息类数据库如金融数据库、商业数据库等往往是某类信息汇编的综合体,其价值实现在于数据信息本身而不在于独创性的选择。换言之,信息内容愈广泛,其创造选择空间就愈有限,全面性、系统性的数据汇集与数据制作者的个性化选择存在冲突。同时,编排理论与现代数据库应用需求也不相匹配。数据库编排涉及对数据进行排序或分组,包括数据存储的实际物理位置、数据信息单元的相互关系、数据汇编的整体模式等。如对上述要素进行特定化安排,则当然可以反映数据制作者的创作个性,但在大数据时代,许多行业的数据结构是按照统一标准进行处理的,以满足用户体验和使用为必要。这种自动化、格式化的数据汇编难以达到传统汇编作品的独创性高度。^① 正如有学者所言,著作权法关于数据汇编的规定是一种“排除数据规则”,是“小数据”时代的著作权保护法则。^② 概言之,数据集成性与作品独创性之间的紧张关系证成数据库著作权的制度局限。

2. 关于数据库“特殊权利”制度。从 1996 年《欧盟数据库指令》到 2023 年《欧盟数据法》,欧盟实现了欧洲数据市场从“数据专有产权”到“数据开放共享”的制度变革。早期的数据库“特殊权利”以非独创性数据为保护对象,赋予数据库投资者(制作者)与数据库创作者以相似效力的专有权利。在长达 20 多年的法律实践中,这一数据财产赋权模式并未达到立法预期的目标。欧盟官方于 2005 年和 2018 年进行了两轮立法效果评价,最终该制度被认为是“完全失败”的。^③ 数据专有权人的垄断和数据使用者特别是用户的缺位导致欧洲数据市场的失灵。《欧盟数据法》基于数据的流动性本质,制定了以数据使用为底层逻辑的规范体系。该法的功能和价值有以下几个方面值得关注:(1)制度矫正。《欧盟数据法》的目标之一在于打破数据控制者权利的绝对垄断,^④限缩《欧盟数据库指令》专有性的赋权,并设置了各方使用者的利益共享机制,具有制度补充和纠偏的意义。需要指出的是,在《欧盟数据库指令》有效存在的前提下,欧盟数据设权并非绝对的“去产权化”,^⑤而是将立法重心从制作者“数据专有”转移到各方主体“数据使用”。(2)制度创新。《欧盟数据法》的重要制度贡献是创制了用户“数据访问权”,为数据产品开发利用提供了开放、共享的法律路径。德国马克斯—普郎克研究所在《“关于构建欧洲数字经济征求意见稿”的立场声明》中指出:“数据产权保护模式的重心是确定一个有针对性的、不可放弃的数据访问权。”^⑥以访问权为核心的数据使用权是对数据产权利益的合理分配,不仅产生激活数据市场要

① 参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社 2022 年版,第 170 页。

② 参见崔国斌:《大数据有限排他权的基础理论》,《法学研究》2019 年第 5 期。

③ 参见司马航:《欧盟数据财产权的制度选择和经验借鉴——以欧盟〈数据法〉草案切入》,《德国研究》2022 年第 3 期;孔德明:《数据财产权到访问权:欧盟数据设权立法转型解析》,《比较法研究》2023 年第 6 期。

④ 参见司马航:《欧盟数据财产权的制度选择和经验借鉴——以欧盟〈数据法〉草案切入》,《德国研究》2022 年第 3 期。

⑤ 参见孔德明:《数据财产权到访问权:欧盟数据设权立法转型解析》,《比较法研究》2023 年第 6 期。

⑥ Josef Drexl, Reto M. Hilty, Jure Globocnik, et al., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy", Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-18, p. 11.

素的经济价值,也具有数据财产赋权的法律意义。(3)制度目标追求。《欧盟数据法》以实现欧洲数字经济发展目标为己任,是欧盟“数据战略”法律工具箱中的重要制度构成。在过去的几年间,欧盟先后出台《欧盟通用数据保护条例》(2019年)、《欧盟数据服务法》(2020年)、《欧盟数据市场法》(2022年)、《欧盟数据治理法》(2022年)等10余部法律。可以说,包括《欧盟数据法》在内的数据法律体系体现了欧盟致力于数字经济法治化的政策取向,以及“合理配置产权+有效监管规制”的政策逻辑。^①总的说来,《欧盟数据法》有别于过往的单一“特殊权利”制度,构建了一种新的数据权利体系,对不同的数据主体、数据类型和数据交易场景均作出了细化规范。

中外数据财产赋权的制度实践告诉我们,传统的数据库著作权制度和数据“特殊权利”制度在大数据时代已不敷使用。“分置的产权运行机制”是我国建立现代数据产权制度的重要指引;而欧盟以使用权为中心的数据共享机制则在立法文本上为我们提供了有益的参考资料。知识产权学界需要对上述政策主张和立法资料进行法理解读,并形成可供选择的制度方案。

三、数据财产赋权的理论基础建构:以信息产权为归宿

在数字经济时代,数字技术要素即算力(硬件)、算法(软件)和数字资源要素(数据)构成了三维融合的数字化经济元素,同时在私法上产生了具有客体意义的数字化财产。算力和算法可以作为智能技术、程序方法、计算机软件来寻求专利权以至著作权的保护,而算力和算法所作用的对象即数据资源,则需要对其进行专门的财产赋权。数据产权立法的主旨在于调整数据生成、加工、利用过程中的权属关系和利益分配关系,这是一种基于新的资源要素而赋予其财产利益的法律构造,在数字经济时代具有提供新的制度产品的法律意义。在非物质化财产革命的进程中,^②数据财产赋权的制度创新价值表现为新的客体属性、新的权利架构、新的价值取向,上述特征决定了数据权不同于传统物权和经典知识产权的法理基础。以下拟就数据财产赋权的权利属性、制度构成和法律价值目标作分析:

(一)信息产权的基本范畴

权利的类型化是民事权利体系化的基础。人身权与财产权的“二分”及有形财产权与无形财产权的“二分”,是以类型学方法^③构建财产权体系、明确数据权归宿的基本方法。因此,数据权是何类型的赋权,与其他赋权有何区别,是我们需要讨论的基本问题:

1. 权利的分类。财产赋权的分类是以客体即法律所保护的特定财产利益作为标准的,财产赋权制度体系是以“财产权客体谱系”为基础的。以客体本身是否具有物质形态,财产分为有形财产和无形财产,前者产生了有形财产的所有权,后者出现了无形财产的知识产权。与传统的动产、不动产不同,数据财产属于“新财产”的范畴。美国学者视野中的“新财产”,强调“财产与实物的联系被消除”“财产是无形体的”,^④该类财产主要有信息财产、金融财产(如代表金融财富的主

^① 参见周雪静、邱芹:《欧盟系列数据法案的启示:数据共享、利用与监管的未来是什么?》,载“赛博研究院”微信公众号,2022年6月16日。

^② 参见[美]肯尼斯·万德威尔德:《十九世纪的新财产:现代财产概念的发展》,王战强译,《经济社会体制比较》1995年第1期。

^③ 参见金可可:《债权物权区分说的构成要素》,《法学研究》2005年第1期。

^④ [美]康芒斯:《制度经济学》(上册),于树生译,商务印书馆1962年版,第95页。

观财产)、人格财产(如表现为商誉、信用的资信类财产)。^① 数据可归类为信息财产。该类财产是指附载于一定介质之上的资讯、符号和数据所构成的新型财产。在数字经济时代,数据与信息具有很强的共生性和相互依赖性。^② 具言之,数据是信息的表现形式和载体,而信息是对数据内涵的解释。在算力和算法的加持下,数据与信息之间存在转换关系,即数据经过加工处理后成为信息,而信息需要经过数字化转变为数据才能存储和提取。法律意义上的数据并非单指数字代码的组合,更指体现财产价值的信息内容。将数据权解释为“物权”“所有权”或“用益权”有悖于数据财产的客体属性,其权利类型的归属认定有所不适。

2. 权利的特性。财产权的属性区分是以特定客体的性质和特征为基础的。例如,所有权制度中关于动产权和不动产权的区分、知识产权制度中关于创造性权利和标志性权利的区分。数据权属于信息产权,有别于传统知识产权。信息产权是知识产权的上位概念,较之知识产权更具有客观性、适应性和包容性等特点。^③ 在信息理论中,信息具有多种类型。美国学者巴克兰德将信息分为“作为过程的信息”“作为事物的信息”和“作为知识的信息”。^④ “作为知识的信息”,是具有创造性产物属性的信息,是主体认知和理解事物和过程所生成的信息。在信息产权客体的名义下,有两种类型的信息:一是可获得经典知识产权保护的具有创造性智力成果价值的知识信息,即“作为知识的信息”;二是不具有创造属性但具有资源价值的信息,即自然存在的“过程信息”和“事物信息”,他们构成了具备“规模化”特征的大数据的信息内容,同时也决定了数据权有别于知识产权的制度特性。总的说来,信息产权是信息社会和数字经济时代出现的新型财产权形态。这种权利是区别于所有权的无形财产权,涵摄具有专有权利属性的知识产权和非专有权利属性的数据权。在国际上,关于经典知识产权之外的信息产权保护有两种模式:一是“信息资源所有权模式”(即绝对化赋权的“数据所有权模式”)。例如,《俄罗斯信息基本法》第6条明确规定,信息资源是财产的组成部分和所有权的客体。有关信息资源所有权关系交由《俄罗斯民法典》调整。二是“信息产权交易模式”(即“数据合同模式”)。《美国计算机信息交易法》规定,最终用户对于自己购买的计算机信息享有信息产权,不仅包括知识产权,也包括基于许可所获得的支配和控制信息的权利。^⑤ 笔者认为,上述两种模式并不可取,我们需要具有调整数据权属关系和流通关系功能的新的制度产品。

(二)权利分置的制度构成

在中国数据立法的语境中,数据产权的制度构成,应以权利分置为立法政策指引,以调整以数据处理者为中心的数据权益关系为立法要义,在赋权形式上可采取多元性的权利主体结构和多样性的权能内容构成。这一法律构造有别于知识产权专有权制度,具体表现如下:

1. 权利主体结构。民事主体的法律人格,即在民事关系中具有何种资格、享有何种权利,概由国家法律直接规定。同为直接支配客体并排斥他人干涉的管领权:所有权具有单一性、完全性、恒久性的特征,其主体结构可描述为所有权人与非所有权人的法律关系。^⑥ 而知识产权则经

^① 参见吴汉东:《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》,《中国法学》2005年第2期。

^② 参见冯晓青:《数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建》,《政法论丛》2021年第4期。

^③ 参见郑成思、朱谢群:《信息与知识产权》,《西南科技大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

^④ 转引自周庆山主编:《信息法》,中国人民大学出版社2003年版,第2~3页。

^⑤ 参见齐爱民:《私法视野下的信息》,重庆大学出版社2012年版,第396页。

^⑥ 参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年第3版,第318~319页。

历了从单一主体到多元主体的发展过程。例如,在著作权领域,由于地域性的关系,可能出现若干权利人彼此独立地对同一作品享有同一性质的权利,而且在作品的创作、传播和利用过程中,出现创作者、传播者、使用者等多种主体分享作品权益的情景,以至有美国学者将一部现代著作权法称之为协调各方主体权益关系的“平衡法”。^①与著作权有相似之处,数据权的法律构造在立法上是一种“数据产权结构性分置”的新型财产权结构,其目标在于界定数据生成、收集、加工、处理、交易、使用过程中各个参与方享有的合法权益,建立数据资源持有权、数据财产控制权、数据产品使用权等分置并立的权利运行机制。多重权利的权益分享是以“衍生性数据”为对象的,^②衍生性的数据特性构成了数据产权制度的底层逻辑。在各方主体的共同作用下,数据经加工、处理而产生市场利用的价值,形成诸如指数型、统计型、预测型等各种衍生数据资产,从而产生财产赋权且这一赋权是多方主体权益配置的需要。

2. 权利本体特征。权利本体所具有的特征,说明了权利自身的法律品格,从而将各类财产权区别开来。在民事权利体系中,绝对性和排他性是所有权和知识产权的共同特征,其差异在于前者是有形财产的所有权,后者是无形财产的所有权。《民法典》将物权概称为“直接支配和排他的权利”(第114条),而将知识产权表述为“专有的权利”(第123条)。在过往的学术研究中,一些学者或是借用所有权理论表述数据权的基本权能,赋予数据权以所有权的外观;^③或是将数据权视为知识产权的新成员,并多在“专有权利”的语义下进行解读。^④无论是传统的静态所有权权能(以对客体物的直接支配为要义),还是经典的知识产权排他性效力(以对智力成果的独占使用为特征),其制度主旨均难以适配数字经济运行过程中的数据权益共享需求。质言之,我们有必要超越绝对性财产权利的局限,在数据产品之上进行新的财产赋权。数据权利本体是财产权意义上的“权能”,涉及该项权利的内容及其作用,即数据权应包含哪些具体内容以及数据权行使所产生的各种作用。作为非物质性财产权,数据权与知识产权具有相同的基本权能,即支配信息产品所生之权能,包括使用权和排他权。虽然两者内容构成类似,但是权能作用有别。知识产权作为“专有的权利”,或者说是一种“合法垄断的权利”“市场独占的权利”,具有“独占使用”和“绝对排他”的效力特征。而数据权的基本权能有着自己的作用形式及其效力范围:(1)非独占性的使用权。数据制作者对其加工、处理的数据产品享有一定的实际控制和经营使用的权利,这种权利行使不具有“垄断”“独占”的状态,在“数据产权结构性分置”机制中,数据制作者与数据资源生成者、数据产品接收者可以共同利用同一数据财产。(2)非绝对性的排他权。数据权制度以数据适当控制和数据有效使用为赋权价值目标,法律并不授予权利人对一切人的排他权能,在用户对数据访问存取、第三方强制许可使用等制度的作用下,权利人得以行使的排他权范围存在诸多

^① See L.Ray Patterson, Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, The University of Georgia Press, 1991, p.2.

^② 在知识产权领域,保护对象多指称为具备一定要件而能得到赋权的客体,如著作权法中的“可版权性作品”,专利法中的“可专利主题”。从这一原理出发,赋权数据应为数据资源特定化部分,即“衍生性数据”。

^③ 有学者认为,数据权即数据控制者对“数据集合”享有的占有、使用、处分的权利,或称为“一组占有、使用、收益和处分的所有权体系”。参见石丹:《大数据时代数据权属及其保护路径研究》,《西安交通大学学报》(社会科学版)2018年第3期。

^④ 有学者主张,可以引用《中华人民共和国民法典》知识产权条款对企业衍生数据提供知识产权专有权能保护。参见许娟:《企业衍生数据的法律保护路径》,《法学家》2022年第3期。

限制。上述两项权能的特征,决定了数据财产赋权的特殊主体构成。

(三)数据财产赋权的价值目标

数据权的目标内容及实现途径的分析,涉及相关立法宗旨和实现目的的制度构成,从而为数据产权的法律构造提供指引。

1. 权利配置的价值取向。法律价值是立法活动的价值化选择。在信息产权的语境下,信息产品具有非物质性特征,对其本身不可能进行有形占有和控制,而需要法律对信息财产作出“纯粹法律的占有”^①的制度安排,这就是以权利配置为中心所建立的信息产品生产、流转和使用的法律秩序。其中,知识产权法以保护私权、激励创新为主旨,即以创新作为产权制度的价值灵魂。创新价值体现在知识产权政策制定和立法活动之中,如专利法保护新技术发明、著作权法保护新作品创作,即通过私人专有权利的赋予以激励人们不断进行新的智力创造活动。而数据产权制度以“保障权益、合规使用”为要义,在法政策意义上体现了对效益价值的追求。法律经济学的核心思想是效益或者效率,主张减少产权交易成本、实现财富增加的最优效益。数据权法律的效率价值追求,在制度设计层面表现为合理而有效的权利配置,使各方主体在数据财产赋权中达致一种“均衡”状态,即“每一方都同时达到最大目标而趋于持久存在的互相作用形式”。^②《意见》提出数据财产赋权须“根据数据来源和数据生成特征,分别界定数据生产、流通、使用过程中各参与方享有的合法权利”,这一政策蕴含着明确的效益价值和均衡状态的思想主张。

2. 权利证成的学理基础。关于信息产权本质的理论解释关系到产权界定合理性的证成。一般认为,知识产权制度的出现是“以公开换保护”。在西方学者看来,知识产权是以国家名义出现的社会与知识信息生产者之间签订的一种特殊契约,社会契约论构成了这一法律制度的学理基础。知识产权制度的本质是,创造者有义务将自己的信息产品加以公开,社会则承认其取得一定时期的专有权利。^③信息公开(公共产品属性)与权利垄断(私人产权属性)构成了知识产权制度的基本要义。与上述制度有别,数据权制度的设立,在某种意义上是“以赋权促使用”,或者说“以共享(权利分置)换流通(数据交易)”。数据通过流通实现价值。在数字经济运行机制中,数据流通表现为向他人提供数据或使他人接触或使用数据的数字活动状态。^④数据在其流通过程中,基于算法、模型、平台的聚合,与技术、资本、劳动和土地等生产要素相结合,才能创造价值而具有财产意义,实现从信息要素到生产要素的转变。可见,数据的可财产性在于数据使用所生之利益,而非取决于数据本身的价值状态。数据流通秩序的法律规制,其立法任务即是明确数据流通过程中各方主体的权利边界(数据财产赋权),提供数据生成、交易、使用的行为规范(数据合规利用)。使用权(以使用权能为构成的数据权)是为数据产权立法的核心要义。数据使用权的法律构造,具有两项制度安排任务:一是将数据处理者对其所控制数据享有的使用权,从控制使用事实上升为法定财产权利;^⑤二是对数据资源生成者和数据产品接收者赋予一定的数据使用权,

① [德]康德:《法的形而上学原理——权力的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第68页。

② [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1994年版,第22页。

③ 参见中国科学技术情报所专利馆编译:《国外专利法介绍》,知识产权出版社1981年版,第12页。

④ 参见高富平:《数据流通理论——数据资源权利配置的基础》,《中外法学》2019年第6期。

⑤ 有民法学者认为,存在两个层次的财产秩序:一是类型化的财产权,即法定财产权;二是非类型化的财产权益,即作为事实存在的法益。参见高富平:《信息财产——数字内容产业的法律基础》,法律出版社2009年版,第188页。

以此作为数据处理者权利的“反向设权”。总的来说,数据权具有不同于知识产权的法律主旨和制度构造,其有限的保护范围(权利客体)、相对的排他效力(权能内容)和有效的共享流动(权利利用)形成了数据产权立法的主要内容。

四、数据财产赋权的立法方案选择:以获取、使用为重点

民事立法意义上的数据财产赋权,主旨在于界定数据权利的归属、促进数据财产の利用,该项制度可命名为“数据权”或“数据财产权”(信息产权范畴),甚至称为“数据知识产权”(特别知识产权范畴)。^① 无论如何,数据权区别于传统所有权和经典知识产权,其立法有两个重要特点:(1)对多重数据主体赋权。与有形财产所有人和知识产权所有人的单一权利主体结构不同,数据权制度表现出“权利分置”和“权益共享”的多重权利主体结构。(2)以数据获取和使用规则为重心。有别于绝对权、专有权强调“独占”的立法体例,数据权制度是以数据使用为赋权内容,其主要规范为数据流通规则。^② 以下拟就数据权主要制度设计进行分析。

(一)数据财产赋权的多元主体构成

财产法是一个以权利为中心并按照权利分类所建立的制度体系。在法律文件的命名上,多是从权利本体称谓出发;在法律关系的规范内容方面,则往往通过对一方主体的赋权来界定另一方的义务。在立法上,数据财产赋权似乎可以规定以下3类使用权主体:

1. 数据处理者的权利:以有限排他为内涵的使用权。从数据使用创造数据价值的理念出发,数据财产赋权的首要主体是数据处理者,即对数据产品有智力劳动和资本投入的数据生产主体。数据处理者亦被称为“数据持有者”“数据控制者”“数据制作者”等。在数据产权立法中,数据处理者的主体人格具有首要位置,它决定了数据财产何以赋权、赋权有何内容,即数据权“主体—客体—本体”的逻辑联系。数据处理者条款主要包括以下几个方面:(1)“权利主体”,即“依法对原始数据进行聚集、存储、加工、传输、流通等处理行为的自然人、法人或者非法人组织”;(2)“保护对象”,即“为实现特定目的,并采取一定技术措施而形成的、具可公开性并得以登记公示的数据集合”;(3)“权能内容”,即“数据处理者对数据集合享有存储、加工、利用并排除他人不正当获取、披露、使用的权利”。^③ 数据处理者权的制度设计,有以下规范性要求:(1)数据来源正当。数据权客体是具有合法生成来源和不在先权益相冲突的数据产品。数据承载有个人信息的,其数据处理应遵循合法、正当、必要原则,不得侵犯个人隐私和个人信息权[《中华人民共和国个人信息保护法》第2章(个人信息处理规则)];同时,数据处理行为还应受到国家数据安全监管的规制,不得涉及国家核心数据[《中华人民共和国数据安全法》第4章(数据安全保护义务)]。以上要求构成了数据财产赋权的正当性原则。(2)数据控制合法。数据处理者控制数据产品的事实须由法律认可(权利登记和公示)才能上升为权利,并产生对抗第三人非法侵害的效力,这即是

^① 在国际知识产权文献中,独立于《伯尔尼公约》《巴黎公约》规定的著作权、专利权、商标权之外的新型权利,可称为“sui generis intellectual property”,即“特别知识产权”。

^② 欧洲议会和理事会《关于公平访问和使用数据的统一规则的条例(数据法)》即为典型例子。

^③ 相关条款内容参照中南财经政法大学知识产权研究中心承担的国家知识产权局战略研究基地2023年专项课题《数据知识产权保护规则研究》成果草拟,以下条款同。

从事实上控制到法律上控制的产权界定。以上要求构成了数据财产赋权的法定性原则。(3)数据处理者在行使权利时应负有一定的义务。数据处理者权的制度安排：一方面限缩了排他权的效力范围，对数据“特殊权利”而言是一种革命性改造；另一方面又明确了为他人提供数据使用便利的义务，履行义务是数据财产赋权的当然内容。需要指出的是，数据处理者在行使权利时应负有的义务是法定义务，且是“作为”义务，包括允许用户访问与携带的义务、接受安全监管的义务、向第三方开放使用的义务等，以上要求构成了数据财产赋权的权利义务一致性原则。

2. 数据来源者的权利：以访问、携带为要义的使用权。从“独占数据”到“使用数据”的立法目标的转换出发，数据财产赋权的另一重要主体为数据来源者。该类主体在欧盟的法律文件中被概称为“用户”，即数据生成的参与者、数据资源的提供者。用户通过使用相关产品或者接受服务产出了具有开发价值并可作为生产要素的数据。赋予用户访问权，对数据处理者权来说是“反向设权”，具有“保护—限制”的制度功能；对数据来源者权来说是“使用确权”，具有“分享—共用”的法律价值。数据来源者权的条款内容主要包括以下几个方面：(1)“权利主体”，即“通过使用产品或者接受服务而自动生成数据，得为数据处理者提供数据信息的自然人、法人和非法人组织”；(2)“权利内容”，即“数据来源者享有知情同意权、访问权、携带权”；(3)“权利行使”，即“数据来源者请求行使访问、携带权时，数据处理者负有提供便利的义务；为权利行使和履行义务的需要，数据来源者与数据处理者可通过合同约定数据处理的内容和方式”。数据来源者权的制度设计，是对数据生成作出贡献用户利益的合理关照，更是对以往专有权数据财产赋权的法律改造。上述权利及权利行使具有以下特点：(1)知情同意权是数据来源者的财产权利，更是自然人对其个人信息享有的人格权利(《中华人民共和国个人信息保护法》第44条)。知情同意权的行使得以数据权或个人信息权的名义主张，但个人信息权处于更高层次的法律位阶。(2)访问权、携带权分别是数据来源者权的重要权能，前者涉及对数据处理者所控制数据进行检索和存储，^①后者关系到从数据处理者那里将相关数据移转给第三方使用。^② 该类主体的权利即是相对主体的义务，在“反向设权”中，数据处理者负有提供便利的义务。(3)数据来源者的权利行使有一定限制，如访问权的行使不得侵犯数据持有者的商业秘密，携带权的行使须遵守数据移转的有关条件，数据接受的第三方主体须支付一定对价。

3. 数据使用者的权利：以对价许可为特点的使用权。基于促进数据要素利用和数据产品流通的立法取向，数据财产赋权有必要考虑数据使用者的权益诉求。该类主体是数据处理者、数据来源者之外的第三方主体，在欧盟法律文件中被称为“数据接收者”，在我国研究文本中表述为“数据同业经营者”。“使用者权”本是著作权法研究的专门术语，专指使用者对他人著作权作品依法自由而无偿使用的权益，对著作权人来说“权利限制”，对作品使用者来说是“权益分享”。^③ 数据使用者的权利的条款内容可以包括以下几个方面：(1)“权利主体”，即“为特定目的

^① 访问权中的“访问”源自计算机科学的专用术语，意为被许可接触数据，进而实现数据的获取和使用。完全意义的访问权包括“读取”“修改”“创建”“删除”等。

^② “携带权”又称为“可携带权”，这一概念最早出现在《欧盟通用数据保护条例》中，《中华人民共和国个人信息保护法》亦有相关规定。数据携带权是指用户以结构化、通用化或者其他可读的格式从数据持有者那里获取其提供的数据并将此类数据移转给第三方数据使用者使用的权利，其权利主体限于通过数据信息(如姓名、性别、地址等)可以直接或间接识别的自然人，不包括法人和其他组织。

^③ 参见吴汉东：《著作权合理使用制度研究》，中国人民大学出版社2020年第4版，第107~118页。

使用数据集合或者接受数据处理者提供的数据服务的自然人、法人和非法人组织”；(2)“权利内容”，即“利用权(对依法律规定或者合同约定获取的数据集合进行挖掘分析以获取信息利益的权利)、经营权(对依法律规定或者合同约定获取的数据集合进行加工处理以形成数据产品并进行经营的权利)”；(3)“权利行使”，即“数据处理者应当依法律规定或者合同约定为数据使用者使用数据提供协助义务”。

数据使用者权的赋权安排是对(数据处理者权)“权利限制”制度的改造,也是对(第三方使用数据)“侵权阻却”规范的重构,意在使第三方使用他人数据集合的利益具有某种权利属性。该项制度的立法趣旨包括以下几个方面:(1)数据使用者的权益也应具有数据财产赋权的立法意义,该类权利主体与数据处理者、数据生产者所享有的权利可概称为数据使用权,但不同主体对数据使用的权能内容及其效力范围有所不同。^①(2)数据使用者是接收数据的第三方,其使用数据的权源可以根据合同约定或者法律规定而产生。该类主体主要是数据同业的经营者或是使用数据的需求者,此外还应包括访问或使用数据的公共部门(包括立法、司法和行政机关)。(3)对不同数据使用者分设不同的使用数据条件:凡公务者使用,可采用著作权法上的合理使用规则,即自由访问、使用而无须支付报酬,但该类使用是作为内部资料使用,且使用方式不得影响权利人对数据的正常使用;凡经营者使用,可借鉴专利法上的公平、合理和非歧视原则,即参照“标准必要专利许可”规范,权利人对他人使用数据应取得相应报酬,但须以公平、合理的条件和透明的方式提供数据集合。

(二)数据产权的登记公示

数据产权登记不同于不动产及动产的权利变动方式,也有别于知识财产的权利产生模式,应是适合数据要素特性、能够发挥数据要素价值的新的登记方式。建立数据产权登记制度,是支撑数据要素确权、流通、分配、治理工作有效开展的基础,是数据资源转为数据财产权、落实数据要素市场化配置的前提,具有明晰数据权利边界、促进合规有效使用数据的重要制度功用。

数据产权登记的制度设计涉及以下问题:(1)自愿登记抑或强制登记。在著作权立法例上,曾经存在“有手续主义”与“无手续主义”之分。前者为“注册取得”,即以登记注册作为取得著作权的条件;后者为“自动取得”,即作品创作完成即可自动取得著作权保护。现代各国著作权法多采用自动取得原则,但许多国家仍以自愿登记作为补充。数据与作品同有信息产品属性,可遵循自动取得原则,不以登记作为财产赋权要件,但可作为权利存在的证明。因此,数据产权登记是为自愿登记。(2)形式审查抑或实质审查。在财产权登记制度中,登记机关对产权登记的审查标准有形式审查(有关申请书件及登记程序的审查)与实质审查(可核准登记的实质性条件审查)的区别。不动产登记以形式审查为主、实质审查为辅;发明专利授权需经过实质审查,实用新型、外观设计专利只需经过形式审查即可。有鉴于此,数据产权登记宜采取形式审查方式。登记机关可细化形式审查标准,要求申请人提供有关数据权合法性、真实性、可确认性的登记材料,并保留在形式审查存疑时要求申请人进一步提供说明材料的权利。(3)授权确权抑或权利公示。数据产权登记及其审查,既不是物权法上的权利变动(涉及物权的得失变更),也不是专利法上的权利

^① 在民法学者的研究中,诸如数据来源者、数据使用者被称为“非数据财产权主体”,以区别于作为数据权主体的数据处理者,但前者基于数据服务以及数据产品授权使用数据的权益也应具有财产赋权意义。参见张新宝:《新宝看法(87):以〈意见〉为指导探讨数据财产权基本问题》,载微信公众号“教授加”,2023年1月11日。

授予(涉及专利权产生程序),而是民事权利领域权利公示的具体表现。依公示原则,权利产生及变动须在国家主管机关办理登记并予公告。数据产权系自动取得,但因自愿登记而产生权利公示的效果。(4)生效要件主义抑或对抗要件主义。各国民法对权利公示之效力有不同规定。就数据产权登记而言,虽然不必规定登记是权利设立的依据,但是应确认登记是对自动取得之权利的确证,如权利未经登记公示则产生不得对抗善意第三人的效力。综上所述,可以将数据产权登记制度的要义概括为“自愿登记—形式审查—权利公示—对抗要件主义”。

(三)数据交易的合同规范

数据交易是数据处理者、数据来源者、数据使用者之间发生的数据流转关系,即数据处理者向数据来源者请求收集、加工、使用相关数据的情形,数据使用者向数据处理者请求访问、加工、使用相关数据的行为为数据交易行为,当事人双方应当采用书面形式签订数据交易合同。

数据交易是新领域、新业态中出现的一种新的民事流转关系,尚未成为“有名合同”而规定在《民法典》合同编“典型合同”之中。该类合同区别于“知识产权合同”,但可参照技术合同制度设定有关规范内容。数据交易合同是要式合同,应通过法律规定以列举方式提示合同内容,引导当事人正确设定数据权利、义务及责任。数据交易合同的一般条款包括:(1)项目的名称;(2)标的的内容、范围和要求;(3)许可使用(包括收集使用或访问使用)的期间、方式和范围;(4)通知、协助、保密等附随义务的履行;(5)衍生开发产品的归属;(6)违约责任。除上述一般条款外,数据交易合同规范还有两个特别值得关注的问题:(1)不公平合同条款问题。为防止大型网络平台和大型数据企业利用其数据资源优势及数字技术优势而设置不公平合同条款,维持公平交易市场秩序,有必要由数据主管部门制定“不公平条款清单”(如《欧盟数据法》第3章和第4章对不公平合同条款的规定),否定该类条款对合同相对方的法律约束力。(2)数据开放许可合同问题。这是借鉴专利法规定所采用的一种特殊数据交易合同形式。它是双方当事人在数据主管部门参与下基于自愿原则并以特殊的要约和承诺方式所达成的许可协议。^①其规范要义如下:数据处理者以书面方式向数据主管部门声明愿意许可任何单位或者个人使用已公开的数据集合,由数据主管部门予以公告,实行数据集合开放许可,数据使用者有意愿使用上述已公开登记数据集合的,依照公告通知数据处理者,并依照公告的许可使用费支付方式、标准支付许可使用费后,即获得数据访问使用许可。许可使用费的确定应遵循“公平、合理、无歧视”的原则。

五、结语：数据财产赋权的立法形式

数据财产赋权是反映数字经济客观规律的主观法则。在从政策调整到法律规制的转换过程中,立法是实现数字经济现代化治理的基础。“分置的产权运行机制”的政策是我国建立现代数字产权制度的重要指引,知识产权界需要对这一政策主张进行法理解读,并形成可供立法机关采用的法律方案。数据财产赋权在法律的具体表现形式上是按照一定体例编纂的专门法律。其法律规范文本类似于《信息网络传播权保护条例》《计算机软件保护条例》,可对数据财产赋权并采取专门立法方式。该专门法律可命名为“数据权条例”,但不以“权利保护”为题,以彰显“有限数

^① 参见黄玉焯、李建忠:《专利当然许可声明的性质探析——兼评〈专利法修订草案(送审稿)〉》,《政法论丛》2017年第2期。

据产权”和“有效数据利用”之立法主旨。数据财产赋权在立法事项上属于“为执行法律的规定需要制定行政法规的事项”(《中华人民共和国立法法》第 72 条)。根据我国立法权限的划分,全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,国务院制定行政法规。数据产权立法应当根据《民法典》第 127 条(数据保护条款)以行政法规形式出台的专门条例。有关数据财产赋权的行政法规是数据治理政策的规范基石和根本形式,或者说是政策法治化的最终形态。同时需要指出的是,行政管理部门制定的部门规章或地方政府规章,其立法权限和法律位阶不高,无法产生数据财产赋权的应有法律效力。数据财产赋权的立法内容,除满足行政法规的一般要求外,其重点规范内容还包括:以使用权益为中心进行数据财产赋权,规定数据处理者的权利以及相对应的数据来源者的权利、数据使用者的权利;同时,以数据交易合同和数据权利例外为要义进行数据流通规制,规定数据权利利用和权利限制,协调数据主体之间的利益关系,促进数据财产价值充分实现。

Abstract: In the legislation of data property rights, the European Union once adopted a dual protection model of “copyright protection and special rights protection” for databases, but the implementation has not been ideal. Currently, Chinese law employs a regulatory framework that combines protecting exclusive rights to database under the Copyright Law of PRC with regulating unfair competition practices under the Anti-Unfair Competition Law of PRC. However, this model struggles to meet the institutional demands for data property rights in the era of big data. Legislation on data property rights should fulfill the function of providing new institutional products, which includes claiming the nature of data property rights as information property rights, the institutional composition includes multiple subjects and diverse rights content, and the objective of value is to promote the circulation of data through sharing. Following the guidance of national policies and the specific provision of the Civil Code of PRC, and with reference to the Data Act in EU, the legal structure for data property rights legislation in China could stipulate three categories of right-holders. Firstly, to entitle data processors to use data with limited exclusivity. Secondly, to entitle data originators to use data with the accessing and carrying data. Thirdly, to entitle data users to use data based on licensing. The legislation of data property rights could be named as “Data Rights Regulation”. Distinct from traditional property rights systems and intellectual property rights systems, the main contents of the data property rights legislation include the limited scope of the object, the relative exclusivity of the content of rights, and the emphasis on data circulation and sharing in the utilization of rights.

Key Words: data property rights, information property rights, data utilization rights, data rights regulation

责任编辑 何 艳