

# 数据财产设权的知识产权进路

吕炳斌\*

**摘要:**作为数字时代的一种新兴财产权,数据财产权不能凭空构建,而应以商业实践中的数据存在状态作为逻辑起点。商业实践中的大量数据受私人控制且处于保密状态,栖身于商业秘密保护之中。这是缺乏数据权利的专门保护制度、缺乏数据公开的法律保障下的无奈选择。数据保密可能造成数据保护力度过大、数据访问受阻以及“数据孤岛”和数据垄断等后果。人类社会需要一种激励和促进数据公开的法律制度。数据财产权可以充当此任。数据财产设权的目标不在于强化保护而在于促进公开,进而实现数据价值的网络效应。借鉴知识产权法的对价理论,数据财产设权可采取“以公开换权利”的进路。数据财产权以客体公开为前提,在体系上也将是一种与商业秘密相对应的法律制度。对实践中出现的数据“三权分置”可在知识产权视野下进行建构。

**关键词:**数据财产权 商业秘密 知识产权 数据三权分置

## 一、问题的提出

关于数据财产权的研究,我国学者大多寻求物权理论或知识产权理论的支撑,由此形成“数据产权”和“数据知识产权”两个概念。“数据知识产权”概念在国家政策文件中的出现可能仅出于一种朴素认知,却为知识产权视野下研究数据财产权提供了一种强大的动力。知识产权学界对数据财产权进行了一些有益探索,提出了“有限排他权说”<sup>①</sup>或“有限产权说”<sup>②</sup>“新型工业产权

\* 复旦大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(21BFX084)

① 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。

② 参见冯晓青:《大数据时代企业数据的财产权保护与制度构建》,《当代法学》2022年第6期。

说”<sup>①</sup>“信息产权说”<sup>②</sup>等不同观念。知识产权视野下的数据财产权研究也引起了一些民法学者的共鸣。例如,即使是主张数据财产权为独立于物权、知识产权的新型财产权的学者,也认可数据财产权保护可以“借鉴知识产权的保护路径”。<sup>③</sup>可见,知识产权的确可为数据财产权的构造和保护提供启发。然而,知识产权视野下的数据财产权研究还处于起步阶段,从整体上看尚存不足:在理论上,对知识产权理论和制度的借鉴尚停留在利益平衡等原则层面,<sup>④</sup>还较为抽象;在实践层面,所提出的权能如控制权、使用权的内涵笼统且模糊。事实上,还可以借鉴知识产权的设权思维,并结合政策文件中的有益探索,推动数据财产权的构造和发展。

## 二、数据财产设权的逻辑起点:商业秘密

在实践中,希冀得到数据财产权保护的主要是商业数据,关于数据财产权的研究也多以商业数据为核心展开,本研究因而也聚焦于解决商业数据的财产保护问题,而不涉及政务数据、公共数据的财产保护争议。数据财产权作为数字时代的一种新兴财产权,需要新设而生,而非对已有权利的确权,其逻辑起点应当是无权利的状态。并且,数据财产权不能凭空构建,其逻辑起点也应是商业实践中的数据存在状态。在缺乏权利保障的背景下,大量数据在实践中仍受私人控制且处于保密状态,在事实上受益于商业秘密保护,这应当是数据财产设权的逻辑起点。

### (一)数据的商业秘密保护

数据是否受到商业秘密的保护,从而使企业对数据拥有事实上的私人控制,可在我国法律框架下进行分析。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)第1条规定,商业秘密所保护的信息包括“与技术有关的数据”和“与经营活动有关的数据”。这使将数据纳入商业秘密保护成为可能。根据通说,商业秘密的构成要件包括秘密性、价值性和保密性。<sup>⑤</sup>司法实践中以秘密性要件为审查核心。<sup>⑥</sup>《规定》第3条指出,“秘密性”是指“不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得”。信息不为所属领域相关人员普遍知悉、不容易获得是消极事实,加之“容易”一词本身属于不确定概念,秘密性要件就具有了消极性和模糊性。尤其是当此种信息是企业从公开渠道收集时,他人是否容易获得此种信息?为进一步明确经营信息的秘密性判断标准,司法实践在对客户名单等典型经营信息的保护中进一步发展出了“深度信息”要求,不仅要求寻求商业秘密保护的信息区别于公开渠道可获知的信息,还要求有一定的深度。<sup>⑦</sup>就典型的大数据集合而言,尽管其中很多信息系从公开渠道收集,存在于公共领域中,但大数据的两个特点将使其满足深度信息的要求:一是数据规模巨大;二是数据集合通常经过了加工处理。(1)在司法实践中,“信息量较大”是判断相关信息是否属于深度信息的一个考

① 参见孔祥俊:《商业数据权:数字时代的新型工业产权——工业产权的归入与权属界定三原则》,《比较法研究》2022年第1期。

② 参见吴汉东:《数据财产赋权:从数据专有权到数据使用权》,《法商研究》2024年第3期。

③ 张新宝:《论作为新型财产权的数据财产权》,《中国社会科学》2023年第4期。

④ 参见武腾:《数据资源的合理利用与财产构造》,《清华法学》2023年第1期。

⑤ 参见《知识产权法学》编写组编:《知识产权法学》,高等教育出版社2019年版,第249~250页。

⑥ 参见顾韬:《关于侵害技术秘密纠纷案件审理思路及方法的探讨》,《电子知识产权》2015年第12期。

⑦ 参见最高人民法院(2021)最高法民再310号民事判决书。

虑因素。<sup>①</sup>其实,这涉及个别与整体的关系,以往典型案例的判决已经明确指出,虽然个别信息可以通过互联网公开获取,但是这不影响多个信息组成的涉案整体信息作为商业秘密得到保护。<sup>②</sup>例如,汇集众多客户的客户名册可构成商业秘密,这一原理完全可以用于大数据时代的数据集合。数据集合往往汇集了众多信息,更能够满足深度信息的要求。(2)经过加工处理的大数据集合更易满足深度信息要求。《规定》第4条第2款专门就“将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息”作出规定,认为其通常符合秘密性的要求。加工整理形成的新信息往往也符合深度信息的要求。

可见,大数据时代的数据集合可以满足商业秘密的构成要件。当然,由于保密状态是一种消极事实,加之处于保密状态的商业数据很难被侵犯,相关案件的确不多,处于保密状态的数据的占比也难以进行实证统计。但这不能否定大多数商业数据处于私人独占的非公开状态的事实。“事实上,公开数据是人类掌握数据的冰山一角。”<sup>③</sup>商业实践中的这些非公开数据的法律保护正是得益于商业秘密保护规则。不能忽略“绝大多数企业数据其实处在秘密状态的事实”。<sup>④</sup>欧盟数据法权威学者赫伯特·泽克就认为,商业秘密能提供一种事实上的排他性保护,是目前“保护数据独占性的最重要的法律工具”。<sup>⑤</sup>数据常处于私人独占控制之下,“公司对他们想要分享的数据以及他们想要设定的使用条件拥有自主权和控制权……拒绝访问是企业再利用数据时遇到的一个常见障碍”。<sup>⑥</sup>对一种非物质化的客体进行独占控制、拒绝访问,正是商业秘密保护在发挥作用。在“埃纳森诉加拿大案”<sup>⑦</sup>中,美国投资者主张其收集和加工获得的海洋地震数据是商业秘密,加拿大政府将其因监管而获得的此种数据向其他企业披露违反了保护商业秘密的国内法和国际法规则。可见,国内外企业都有将数据作为商业秘密进行保护的倾向。

## (二)数据商业秘密保护的成因

产业实践倾向于将数据保密,这实际上是一种无奈之举。数据是非物质化的客体,不受物权保护。按照世界是由物质、能量、信息组成的观点,<sup>⑧</sup>数据属于信息的范畴,知识产权保护的客体也属于信息层面。就现有典型知识产权而言,专利保护的是一种技术方案,商标保护的是极少数元素组成的符号,两者均与数据保护几乎无关。能为数据提供保护的是著作权,而大数据集合通常并不满足作品的要件,因而难以获得著作权保护。稍有规模的数据或以非结构化的方式呈现,或以简单的结构呈现,很难体现出具有独创性的个性化选择编排。海量数据的独创性编排自是

① 参见上海知识产权法院(2018)沪73民终79号民事判决书。

② 参见上海知识产权法院(2021)沪73民终805号民事判决书。

③ 《“从跟随,到引领——区块链的时代新征程”石宁博士在省区块链发展大会的发言》, <https://mp.weixin.qq.com/s/6tJpElFGFN2qHJw5igBaGw>, 2023-11-20。

④ 崔国斌:《新酒入旧瓶:企业数据保护的商业秘密路径》,《政治与法律》2023年第11期。

⑤ Herbert Zech, *Exclusivity in Data: How to Best Combine the Patchwork of Applicable European Legal Instruments*, in Sharon K. Sandeen, Christoph Rademacher, and Ansgar Ohly eds., *Research Handbook on Information Law and Governance*, Edward Elgar, 2021, p.72.

⑥ European Commission, *Study on Data Sharing between Companies in Europe: Final Report*, European Union, 2018, p. viii, p. xi.

⑦ See Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russell John Einarsson v. Canada, ICSID Case No.UNCT/20/6, Notice of Arbitration, 2019, paras.11-19.

⑧ 参见文兴吾:《现代科学技术概论》,四川人民出版社2007年版,第30页。

难事,检索技术的发达亦使之不再必要。<sup>①</sup>事实上,大数据技术追求的是数据的全面性而不是数据的独创性。因此,著作权法在大数据保护领域的作用空间非常有限,其只能解决小部分数据的保护问题,而其余的大部分数据又非天然地属于公共领域,这正是数据保护的难题所在。

现有的财产权制度在未达到独创性程度的数据保护方面存在法律空白。通过《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》)一般条款为商业数据提供的保护又具有不确定性,无法满足商业实践对确定性和普遍性的追求。由于缺乏数据权利的专门保护制度,数据持有人缺乏数据公开的法律保障,因而商业秘密成为商业实践中大多数数据保护的栖身之所。

### (三)数据商业秘密保护的负面效应

#### 1.易形成保护力度过大

在我国,商业秘密保护源于《反不正当竞争法》。该法并未赋予商业秘密权利属性,因此从表面上看,数据的商业秘密保护似乎只是一种法益保护,在保护力度上不如权利保护。但事实上,商业秘密的保护力度已经发展到类似于权利的程度。商业秘密保护已被认为是“类权利或者权利式的具体法益保护”。<sup>②</sup>这种保护力度的提升源于多方面的原因:(1)保护对象的特殊性。商业秘密处于保密状态,其享有者可以完全自主决定信息的使用和共享方式,事实上对信息享有专有、排他的控制权。(2)保护利益的扩展性。尽管《反不正当竞争法》保护的是竞争利益,但因竞争利益最终还是要落实到企业利益,故竞争利益和企业利益难舍难分。对企业财产利益的保护容易往排他性的方向发展,从而获得权利保护的效果。在实践中,商业秘密保护基本上是从企业的私人利益出发,而很少从其他企业的竞争利益或其他利益相关方的权益角度加以综合考虑。(3)救济机制的权利化倾向。在商业秘密的侵权救济上,人民法院在事实上使用的是侵权纠纷的分析思路,<sup>③</sup>在潜意识里受到知识产权裁判思路的影响,在侵权救济上更是与权利无异。

商业秘密保护力度易于过大,不仅在于其事实上已经达到了权利保护的程度,还在于其在某些方面已经超越了其他典型知识产权的保护力度。这表现在:(1)只要维持秘密状态,商业秘密可以得到持久乃至永久性的保护。(2)商业秘密的保护射程向访问端扩张。典型的知识产权并不控制社会公众对知识信息的访问,只不过是在知识信息的利用行为上构建排他性的权利,如复制权、信息网络传播权,此即“行为规制权利化”的赋权方式。<sup>④</sup>然而,商业秘密保护采取的是“访问控制”模式,将权利人的控制范围向前端移动,进而导致后续的所有利用行为都受权利人控制,相比之下,其保护力度已经超过了专利权、著作权等典型的知识产权。正如有学者指出:“从信息获取的角度而非使用的角度来看,商业秘密保护的法律是迄今为止最为强大的知识产权法。”<sup>⑤</sup>尽管商业秘密保护也存在不稳定性,有赖于权利人采取的保密措施是否有效,是“不稳定性”和

<sup>①</sup> 参见浙江省高级人民法院联合课题组:《关于企业数据权益知识产权保护的调研报告》,《人民司法》2022年第13期。

<sup>②</sup> 孔祥俊:《论反不正当竞争法“商业数据专条”的建构——落实中央关于数据产权制度顶层设计的一种方案》,《东方法学》2022年第5期。

<sup>③</sup> 参见李锐:《商业秘密侵权纠纷案件实证研究》,《人民司法》2022年第34期。

<sup>④</sup> 参见吕炳斌:《个人信息权作为民事权利之证成:以知识产权为参照》,《中国法学》2019年第4期。

<sup>⑤</sup> David S. Levine, Confidentiality Creep and Opportunistic Privacy, in Sharon K. Sandeen, Christoph Rademacher, Ansgar Ohly eds., Research Handbook on Information Law and Governance, Edward Elgar, 2021, p. 34.

“强化保护”的搭配组合。但是,只要保密状态得以维持,商业秘密的保护力度甚至可以媲美所有权,正是在这个意义上,主流教材将商业秘密的权利内容归纳为“占有、使用、收益和处分的权利”。<sup>①</sup>数据栖身于商业秘密保护之中,难免存在商业秘密保护易于过大的问题。

## 2. 易形成数据访问障碍

数据的商业秘密保护和数据访问之间存在明显的冲突。商业秘密最主要的特征是秘密性,其制度设计原本在于通过义务性规范禁止他人盗用商业秘密的不正当竞争行为。然而,随着商业秘密法的发展,其慢慢变为维护保密和独占状态的法律保障。正如有学者指出:“今天的商业秘密法越来越多地不仅仅是作为保护知识产权免受盗用的工具,而往往是作为一种无限制隐瞒的工具。”<sup>②</sup>数据栖身于商业秘密保护,这一负面效应将更为突出,极易导致数据访问障碍。例如,数据企业可以以其数据构成商业秘密为由禁止他人访问数据。商业秘密是一种事实上的保护状态,无须登记,也无须审查。因此,当一个企业声称其数据是商业秘密时,他人很难反驳。若任凭商业实践中数据保密的自发秩序不断发展,数据商业秘密保护将对数据的流通利用造成严重障碍。有学者认为,商业秘密在某种意义上具有信息披露的保障功能。例如,美国知识产权法学者马克·莱姆利认为,商业秘密保护解决了阿罗信息悖论的问题,允许在商业谈判中披露秘密信息,促进了商业伙伴间的信息流动。<sup>③</sup>不可否认,商业秘密制度的确允许小范围内的信息披露。但是,这种披露仍然局限于建立了信任关系的合作伙伴或潜在合作伙伴之间,与专利等典型知识产权具备的公开披露功能不可同日而语。可以说,商业秘密在某种意义上具有披露信息的功能,但非常有限。从整体上看,数据的商业秘密保护仍然是一种访问障碍,不利于数据在更广泛范围内的流通与利用。

## 3. 易形成“数据孤岛”和数据垄断

数据的商业秘密保护容易造成“数据壁垒”“数据孤岛”,并且容易滋生数据垄断现象。企业为了保护商业秘密,往往不愿意与具有竞争性或潜在竞争性的企业共享数据,这难免造成数据的孤立和封闭。商业秘密制度为企业隐藏和垄断数据提供了一种激励和保障,因此有学者将商业秘密下的数据保护称为“绝对垄断性保护路径”。<sup>④</sup>当然,在知识产权的视野下,专利是一种具有稳定期限的垄断,而商业秘密是一种期限不定的垄断,其是否具有垄断性尚需进一步审视。技术秘密的不稳定性主要体现于技术秘密容易被反向破解,但就数据而言,只要他人没有收集获得同样的数据集合,其秘密性就可以得到维持。在大数据时代更是如此,他人一般不会收集获得同样的数据集合。另外,只要保密措施得当,数据也不易泄露。因此,数据保密可以产生相对稳定的效果,其垄断性相比技术保密而言更为稳定。然而,数据的商业秘密保护会产生一系列的负面影响,不利于数字经济的发展。

<sup>①</sup> 吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2014年第5版,第336页。

<sup>②</sup> Charles Tait Graves & Sonia K. Katyal, From Trade Secrecy to Seclusion, 109 Georgetown Law Journal, 1337 (2021).

<sup>③</sup> See Mark A. Lemley, The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights, 61 Stanford Law Review, 336-338 (2008).

<sup>④</sup> 冯晓青:《知识产权视野下商业数据保护研究》,《比较法研究》2022年第5期。

### 三、数据财产设权的价值目标：促进公开

数字经济的发展迫切需要一种能够有效促进数据公开和利用的法律制度，数据财产的设置也应朝着这一方向努力。

#### （一）“强化保护论”的摒弃

就一般意义上而言，权利保护是利益保护的强化版。在财产权的发展史上，财产的权利化常常是强化财产持有人控制的制度工具。有学者指出：“当财产权正式化并得到法律认可时，事实上的控制权极少发生改变；相反，财产权的分配通常会巩固事实上的控制权。”<sup>①</sup>这种强化功能在权利人可对客体进行物理占有时尤为显著，权利的授予往往是对事实上的占有、控制的一种法律认可。那么，在数据领域，一个值得深思的问题是，数据财产设权的目标是否在于巩固乃至强化事实上的控制权？有学者将强化保护作为设权的目标，例如，有学者将“强化数据财产的法律保护”作为数据财产私法体系的重要组成部分；<sup>②</sup>更多的学者则是将强化数据保护和促进数据流通利用等其他目标并列，<sup>③</sup>尽管其考虑更为综合，但仍然将强化保护作为数据财产设权的目标之一。这种目标导向体现了权利化保护是利益的强化保护的固有思维，同时迎合了产业界的需求，但细究之下，可以发现“强化保护论”不值得提倡。数据财产设权不宜朝着强化数据财产利益保护的方向前行。当下，数据商业秘密保护的独占性与数据安全保护的公法强制义务形成叠加效应，导致我国对非公开数据的保护力度已经远超出普通财产权。企业数据在事实上已经可以获得很高的保护水平，有学者因此认为数据确权没有实际意义。<sup>④</sup>笔者认为，数据财产设权仍有必要，只不过在设权目的上需要反思，摒弃强化保护的固有思维。否则，如果不断强化商业秘密保护所形成的数据独占态势，那么数据访问障碍、数据孤岛等问题将愈发突出，这并非理性的设权方向。摒弃“强化保护论”意味着需要限制数据财产权的权能，同时也意味着数据财产设权的宗旨的改变。

#### （二）“促进公开论”的提出

提倡数据财产设权，旨在应对数据保密的负面效应。从现实来看，数据保密正是在缺乏产权制度下的无奈选择，但这并非社会所追求的理想状态。促进数据的公开、共享才是数据财产制度的价值目标。数据公开之所以是一个值得追求的价值目标，是因为：（1）其可以促进更广泛的企业间商业合作与协同发展。（2）其可以为创新提供强大的动力。通过让更多的人访问数据，新的洞察可被揭示，新的商业模式、产品或服务可能产生。（3）其可以促进数据驱动决策。数据的公开可避免基于有限或片面数据的决策。（4）其可以提升数据质量。当多个组织共享数据时，错误和偏见更易被发现，数据的准确性和可靠性将成为共同追求的目标。（5）其可以促进公共利益。数据公开可以帮助实现公共利益和社会目标，尤其是一些特定领域的数据有助于解决社会问题

<sup>①</sup> Katharina Pistor, Rule by Data: The End of Markets?, 83 Law and Contemporary Problems, 107(2020).

<sup>②</sup> 参见郑佳宁：《数字经济时代数据财产私法规制体系的构塑》，《学术研究》2021年第6期。

<sup>③</sup> 参见王利明：《数据何以确权》，《法学研究》2023年第4期；张新宝：《论作为新型财产权的数据财产权》，《中国社会科学》2023年第4期。

<sup>④</sup> 参见周汉华：《数据确权的误区》，《法学研究》2023年第2期。

或制定有效对策。(6)其可以推动数据标准化和互操作性。为了实现有效的数据共享和交换,数据格式的标准化将成为一种行业追求,这有利于推进数据治理的规范化。可见,数据公开不仅于社会有益,也于企业有益,是一个值得追求的价值目标。数据保密可能带来短暂的利益,但数据公开带来的利益更为久远、更为全面。

促进(激励)公开应该成为数据财产权的价值目标。这其实也为数据财产权的理论基础提供了一种新的解读。传统理论工具箱中的激励创新理论、激励投资理论、防止搭便车理论、公地悲剧理论等都不能很好地为数据财产权提供理论支撑,这导致数据财产权的理论基础尚不明晰。从目的论出发,可以将“促进公开论”作为数据财产权的理论基础。将促进公开作为数据财产权的价值目标,旨在实现数据价值。对于个体而言,数据价值通常是有限的,但对于社会而言,数据价值则具有“滚雪球”般的累积效应。质言之,数据的价值会在使用中不断增加,甚至无限放大。<sup>①</sup>由是观之,大数据的累积性特征并非单纯的技术特征,而在于价值驱动。借用计算机科学的理论可以更好地认识数据价值的实现原理。数据价值的累积递增效应其实是一种网络效应。计算机科学的通说认为,网络价值是非线性增长的。以太网的发明者鲍勃·梅特卡夫提出了“梅特卡夫定律”,认为一个网络的价值不仅与其规模成正比,而且与网络中连接的节点数成平方关系。<sup>②</sup>这是因为在一个连接度高的网络中,每个节点都可以直接或间接地与其他节点进行通信和交互,从而创造更多价值。例如,在一个只有两个用户的通信网络中,他们只能相互通信,价值受限;但是当用户数量增加到10个,网络中的连接组合就会显著增加,导致更多的信息传递和价值创造。因此,网络中每个节点的潜在价值随着节点数的增加而迅速增长。“梅特卡夫定律”强调了网络规模的重要性。尽管这一定律遭到了一些质疑,<sup>③</sup>但也通过多项实证研究得到了支持。梅特卡夫本人在提出此定律40周年之际,通过对脸书(Facebook)以往10年用户增长情况进行建模分析,发现其定律下的分析结论与脸书的相关收入变化基本相符,从而再次捍卫了“梅特卡夫定律”。<sup>④</sup>其实,其他试图对“梅特卡夫定律”进行批判和改进的观点都承认网络节点的增加会使网络的价值大幅增长,只不过对于增长的计算方式存在分歧。数据的价值也具有类似的效应。如果将利用和共享数据的主体看作一个个节点,这些节点的增加不仅会产生互联互通的效应,还会形成数据聚合效应,从而使数据的价值呈“指数级增长”而非简单的线性增长,这将推动社会效益的大幅提升。<sup>⑤</sup>

充分实现数据价值的网络效应有赖于数据的公开。在公开状态下,更多的使用者将导致更充分的数据价值挖掘,大数据的聚集价值、累积效应也将得以彰显。可见,在数据成为最重要生产要素的数字经济时代,数据公开有利于从整体上促进数字经济的发展。促进数据公开是一个值得追求的理性目标。数据财产权可以成为一种促进公开的制度安排。

① 参见高富平:《论数据持有者权:构建数据流通利用秩序的新范式》,《中外法学》2023年第2期。

② See James Hendler, Jennifer Golbeck, Metcalfe's Law, Web 2.0, and the Semantic Web, 6(1) Journal of Web Semantics, 14-20 (2008).

③ See Bob Briscoe, Andrew Odlyzko, Benjamin Tilly, Metcalfe's Law Is Wrong Communications Networks Increase in Value as They Add Members But by How Much?, 43(7) IEEE Spectrum, 34-39(2006).

④ See Bob Metcalfe, Metcalfe's Law after 40 Years of Ethernet, 46(12) Computer, 26-31(2013).

⑤ 参见周汉华:《数据确权的误区》,《法学研究》2023年第2期。

#### 四、数据财产设权的路径探寻：知识产权范式之借鉴

以商业秘密为逻辑起点的数据财产设权,需要一种能破解商业秘密负面效应的制度安排。这就自然而然地将我们的视野引入知识产权法体系。知识产权法在应对商业秘密弊端方面可谓已有成熟经验,“专利权—商业秘密”的对应范式堪称典范。在技术领域,人类社会设计出了破解技术秘密的专利制度,并且专利制度相比商业秘密制度更为发达。这也是因为人类更需要一种发达的、能够兼顾技术公开与技术垄断的法律制度。此外,著作权等典型知识产权也有促进信息公开的制度功能。数据财产设权可借鉴知识产权的范式,从知识产权法促进信息公开的设权进路中得到启发。

##### (一)知识产权制度的公开功能

知识产权制度的公开功能在专利制度中最为明显和典型。专利的英文“Patent”就有公开之意,公开可谓专利的本意所在。根据《与贸易有关的知识产权协定》第29条的规定,成员方对专利申请的基本要求之一就是技术方案的充分公开。根据这一要求,专利申请人应当将其技术方案作出清楚、完整的说明,达到本领域技术人员借助说明书就能实现的程度。<sup>①</sup>自20世纪以来,由专利说明书组成的技术文献构成了新技术信息的主体部分。<sup>②</sup>人类社会发明专利制度的一个巨大功能就是形成了一个宝贵的公众知识库。且不说独占保护期届满后,公众可自由、免费使用相应的技术方案;即使是在专利保护期内,他人也可以从公开的专利文献中得到启迪,改进发明甚至进行颠覆性、突破性的创新,从而形成“发明的竞争”。可以说,专利制度促进累积创新和持续创新、促进科技进步的政策目标正是通过其公开功能实现的。公开披露可谓专利制度的本质所在,是专利制度的首要功能。<sup>③</sup>著作权法尽管没有类似专利法的充分公开要求,但其整体制度也建立在作品公开的基础上,因而事实上也具有公开功能。从激励理论的角度来看,著作权法为作者创作提供激励,但这种激励的落实仍有赖于作品的公开。若作者完成作品后自己封存,则著作权法提供的经济激励就难以实现。著作权法运行的理想状态是作品的公开。在价值取向上,著作权法具有促进作品的创作和传播的双重功能,传播的实现也势必以作品的公开为前提。当然,著作权法并没有强制要求作品的公开,权利人可以选择公开与否,但在非公开的状况下往往难以实现其作品价值。专利法和著作权法尽管分别提供了确保公开和激励公开(而非强制要求公开)两种不同方案,但是都呈现出公开功能。

##### (二)知识产权法促进公开的对价设计

知识产权制度的公开功能虽然是结果层面的,但是法律不能无条件地强制要求知识信息公开,而是需要提供相应的条件,这种条件就体现为对价。正如有学者指出,在知识产权法的视野下,“鼓励公开的机制是近代国家‘创制’的、需经对价才能衡平并实现多赢的衡平机制”。<sup>④</sup>专利

<sup>①</sup> 参见《中华人民共和国专利法》第26条第3款。

<sup>②</sup> 参见郑成思:《信息、知识产权与中国知识产权战略若干问题》,载国家知识产权战略制定工作领导小组办公室编:《挑战与应对 国家知识产权战略论文集》,知识产权出版社2007年版,第1~6页。

<sup>③</sup> 参见吕炳斌:《专利披露制度研究:以TRIPS协定为视角》,法律出版社2016年版,第88~90页。

<sup>④</sup> 徐瑄:《知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平》,《中国社会科学》2003年第4期。

权是典型的对价交换的制度安排。对价理论又称激励专利公开理论,主张专利制度是国家授予有期限的财产权换取发明人的技术公开的制度安排。<sup>①</sup>这种对价交换以设权的方式进行,所设权利具有明确的内容和界限,解决了商业秘密保护存在的不确定性问题。这种权利也与专利法的公开要求相对应,由于专利法对公开的要求较高,相应地,专利权的排他性在各种知识产权中表现得也最为强烈,甚至达到垄断的地步。专利法正是通过这种具有确定性、排他性甚至垄断性的权利来激励和促进技术的公开。“以公开换垄断”是专利制度的特征所在,它被认为是“专利制度赖以存在的理论基础”。<sup>②</sup>但是,学术界很少用类似的表达描述著作权制度。其实,著作权法也为知识信息的公开提供了特定的对价,主要理由如下:(1)著作权保护虽然不以公开为必要,但是著作权的存在也是为了克服作品一经公开就会产生免费搭便车的市场失灵问题,著作权法通过赋权保障了权利人将其作品公开后不会丧失利益,反而能得到相应的排他权保护。(2)由于发表权的存在,公开与否是著作权人的自由,但是作品一旦公之于众,著作权人就可以享有更为丰富的权益,发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权等带有传播性质的权能的设置皆以作品公开为前提,作品若未公开,行使这些权利带来的获益就无从谈起。著作权法通过各项传播权的授予确保了公开作品的获益,这是作者将作品公开所获得的最为重要的对价。(3)著作权保护的条件是独创性,并允许“独立创作例外”,即不同的作者可以就独立创作的作品分别获得权利,这一设计也旨在激励作品的公开。若作品未公开,则他人使用的作品系独立创作的可能性就较高;若作品已公之于众,就可以推定他人已经有机会接触这一作品,从而难以落入独立创作例外。从这个意义上讲,作品公开可以相应地换取更强有力的保护。可见,典型的知识产权体现了对价交换的设权进路,权利的享有既是信息公开的对价,也是对信息公开的激励。

### (三)数据财产权作为数据公开的对价

在数据领域,数据公开带有促进社会福利的功利主义目的。通说所谓的数据在流通利用中产生价值和实现价值,<sup>③</sup>更多是从社会整体福利的角度而言的。如果从数据持有者角度而言,数据在保密状态下的利用可能更容易实现其独占价值。数据开放会减弱数据持有者的竞争优势,甚至壮大竞争对手的实力,“损己利人”并非经济理性人所欲,这是数据持有者倾向于数据独占和保密的直接原因。在缺乏对价的情况下,数据公开的社会功利主义目的很难实现。因此,要推动商业实践中存在的大量保密数据的公开,需要一种基于对价交换的制度安排。站在数据持有者的角度难免会有这样的问题:我为什么要将数据公开?我能得到什么样的好处?或许有人会说,数据公开后进行互惠的数据交换、增进商业合作机会、获得数据许可收入,这些经济获利可以构成数据公开的商业对价。但是,这些经济获利在保密状态下同样可以实现,并且可能更多。因此,潜在的商业对价尚不构成对数据公开的充分激励,还需法律制度的干预和补强。当然,法律干预可以通过直接设置义务的方式进行,但要求数据持有者直接承担数据公开方面的义务体现的是一种强家长主义干预的态势。直接施加这一义务似不可行,关键还在于如何为数据公开提供制度激励。其实,从义务规则出发的权利义务相一致理论也能进一步推导出,数据公开义务需要相应的权利来实现平衡,这也能支持数据公开需要设权的结论。不同的是,在对价理论下,数

<sup>①</sup> 参见梁志文:《论专利公开》,知识产权出版社2012年版,第41页。

<sup>②</sup> 曹新明:《专利侵权等同原则适用研究》,《知识产权》2023年第2期。

<sup>③</sup> 参见高富平:《数据持有者的权利配置——数据产权结构性分置的法律实现》,《比较法研究》2023年第3期。

据财产权作为数据公开的对价,通过权利规则为数据公开提供激励,而非强制要求数据持有者公开数据。在权利规则下,数据是否公开、数据持有者能否享受公开后的益处,是数据持有者的自由选择。这也说明,权利规则相比义务规则而言是一种较为温和的干预方式。

即使是对于按照商业规律要公开的数据,也有必要为其提供财产权保护。一方面,这是为了避免网络平台对此类公开数据施加访问限制。网络平台出于维护自己的商业利益,倾向于对按商业规律本应公开的用户评论之类的数据采取限制访问措施,包括需要登录才能浏览数据、访问终端控制、访问频率或访问量控制、跨平台浏览限制等。这些措施的目的在于防止他人爬取数据,但同样会造成数据的访问障碍,其根源也在于缺乏数据公开的法律保障。赋予公开数据财产权,就可以明确公开数据保护的边界,维护和促进而不是削弱这些数据的公开。另一方面,在数据保护时不考虑数据公开的动因,也可免去判断公开动因的成本和困扰。类似于著作权法对作品的保护逻辑,无论作品是否为作者响应产权激励而创作的产物,著作权法都提供平等保护,公开数据的保护也是同理。总之,数据与知识信息同属非物质化客体,其原理具有相通之处。基于增进社会整体福利的功利主义考虑,需要促进数据公开。在这一过程中,需要为数据持有者提供对价补偿。借鉴典型的知识产权制度的安排,权利授予与数据公开可互为对价。为了激励和促进数据公开,需要构建一种数据财产权,其客体则应当具有“公开性”的特征。<sup>①</sup>

## 五、知识产权视野下数据财产权的权能设计

数据财产权在体系上将成为一种与商业秘密相对应的无形财产权,其具体权能设计也可进一步借鉴知识产权制度的经验。

### (一)权能设计的基本考量

按照对价交换的设权范式,数据财产权和数据公开互为对价,前者以后者为前提,在知识产权法的视野下,可以进一步得出以下3点推论:(1)从公开的程度看,数据客体通常无法达到充分公开的程度,因此数据财产权的排他性的力度要弱于专利权。在原理上,大数据技术背景下的数据会自我更新与迭代,处于动态变化之中,这就决定了典型的大数据集合只能达到“概括公开”而无法实现“充分公开”。在实践中,一些地方先行先试的数据知识产权登记制度也只是要求登记人提供数据的应用场景、采集来源、结构规模、更新频次和样例,<sup>②</sup>采取的也是概括公开模式。在以公开换权利的思路下,公开程度受限自然导致其权能受限。(2)从公开的内容看,数据财产权旨在保护的数据集合在创造程度上较弱,既未达到专利法要求的创造性标准,也未达到著作权法所要求的独创性标准,因此其权能范围比著作权还要狭窄。在知识产权内部,著作权的排他性弱于专利权,不仅在于著作权存在独立创作例外,还在于著作权的权能设计更具行为规制的特色,是在发行、表演、信息网络传播等具体行为上架构权利,而不是在制造、销售、使用等较为概括、涵盖面更广的实行为上设置权利。数据财产权的权能设计不仅要弱于著作权,还需体现出更为精细的行为规制特色,其权能可在著作权基础上继续限缩。(3)数据财产设权的目的在于促进公

<sup>①</sup> 参见吴汉东:《数据财产赋权的立法选择》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第4期。

<sup>②</sup> 参见《浙江省数据知识产权登记办法(试行)》第2部分第4项;《山东省数据知识产权登记管理规则(试行)》第11条。

开,这意味着数据权能的设计需尽量有限。其实,无论是采用何种模式为数据财产权益提供保护,都需奉行“最小设权”或“最小干预”原则。例如,日本的数据竞争法保护模式将最小范围规制作为基本方针,避免将过多的数据利用行为纳入竞争法规制范畴。<sup>①</sup>数据的权利保护模式和竞争法保护模式只是路径不同,都需要在保护与利用之间取得平衡。促进数据的最大化利用,就意味着数据设权的最小化。以上3点对数据财产权的设计和构造具有基础性的意义。

## (二)知识产权视野下的数据“三权分置”

基于上述基本考量,我们可以进一步探寻数据财产权的具体权能。提倡数据知识产权的学者乐于重新构造一套数据财产权能,而忽视市场实践和政策文件中的有益探索。笔者认为,政策文件中初步探索出的“三权分置”方案已经体现着实践中的初步共识,也体现了可行的方向,数据财产权的构造可由此着手,无须另起炉灶,只不过需要对“三权分置”模式作进一步的理论阐释和权利构造。《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》第3条提出“建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制”。这一具有创新价值的“三权分置”模式是回应实践需求的制度创新,体现出淡化所有权、强调使用权的方向。数据财产权并非所有权。<sup>②</sup> 相比以“占有”为设权基础的物权思维,以“行为规制”为设权方向的知识产权思维可能更适合数据财产权的理解和架构。知识产权早就跳出以占有为基础的物权思维,构建的权利也采取了淡化所有权、强调使用权的思路,数据财产权完全可以沿袭知识产权的设权方法。

### 1.“复制—传播—演绎”框架下的数据持有权

数据持有权是最为基础和重要的数据财产权,可从数据的复制、传播、演绎角度对其进行理解 and 构造。数据持有权的正当性基础在于数据的收集和管理行为,此中体现了数据处理者的劳动,但并非独创性的劳动,从而数据持有者的权能可借鉴著作权“复制—传播—演绎”的权能框架,并对其适当调整,笔者将之作以下归纳:

第一,复制权的弱化。在著作权的视野下,复制权是最为基础的权利,是著作权中的首项财产权,著作权人可借由对作品复制行为的排他权来控制作品的后续利用行为。在数据领域,他人若要利用数据进行加工甚至形成新的数据产品,也以复制相应数据为前提条件。权利人应当对数据的复制行为享有权益,否则持有权就会被架空,但复制权的排他力度不宜过强。在知识产权法的视野下,复制权的弱化可通过特殊的许可制度实现,既有的制度经验包括强制许可、法定许可以及在标准必要专利领域中兴起的公平、合理、非歧视许可。这些特殊许可安排都体现了国家公权力对契约许可自由安排的干预,强制许可、法定许可体现的干预程度较大,无须权利人介入就可以实现许可,但这在数据许可场合很难实现。其根源在于典型的大数据集具有动态性的特征,难以充分公开,只能概括公开,若无权利人介入,则许可根本无法达成。因此,弱化复制权的可行方法是采取更为缓和的公平、合理、非歧视许可安排,要求数据持有人将数据以此等条件许可给他人,哪怕是竞争对手。在比较法上,欧盟的数据立法也体现了这一倾向。根据欧盟理事会《关于公平访问和使用数据的统一规则的条例》第8条第1款的规定,数据持有者有义务公平、

<sup>①</sup> 参见刘影、睦纪刚:《日本大数据立法增设“限定提供数据”条款及其对我国的启示》,《知识产权》2019年第4期。

<sup>②</sup> 参见林涓民:《数据产权登记的私法定位与制度设计》,《法商研究》2024年第5期。

合理、非歧视地将数据提供给其他商业主体。因此,在复制权设权的同时可以通过许可的特殊制度安排予以限缩。此外,在知识产权法视野下,数据复制权的一般例外也可借鉴著作权法的思路,如著作权法中允许对作品的适当引用,将这一逻辑推演到数据领域,他人小规模地复制使用数据可被认为是合理使用。

第二,传播权的保持。对于处于非公开状态的数据,若任凭他人传播,必将导致权利失控,因此赋予数据持有人以传播权具有必要性。对此,有学者指出,对于处于非公开状态的大数据集应当赋予有限排他权即公开传播权,“大致包含著作权法上的发行权、广播权、信息网络传播权等权利”。<sup>①</sup>著作权法上发行权的行使方式是向公众提供作品的原件或复制件,通说又将原件、复制件理解为一种物理载体,并考虑到物理世界的发行权和网络空间的信息网络传播权的规范目的基本雷同,因此数据之上不需要设置发行权。在大数据时代,数据的传播方式以电子方式进行,数据持有者所需控制的主要是类似于著作权法中的信息网络传播行为。由于《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)将信息网络传播权的规制对象限定为交互式传播行为,网络直播等非交互式传播则交由广播权规范,因此在数据财产权中,为了保持传播权概念与《著作权法》的一致性,数据持有者的权利可涵盖信息网络传播权和广播权,以便权利人控制数字空间的各种数据传播行为。

第三,演绎权的舍弃。著作财产权中除了复制权和诸项传播权之外,还包括改编权、摄制权、翻译权和汇编权,学理上将之统称为演绎权。<sup>②</sup>数据赋权具有功利主义的目的,即促进数据的整体社会福利的提升。要实现这一目的,需要促进数据的流通和利用,数据的流通并非终极目的,其目的仍然在于数据的开发利用。数据的开发利用在著作权法的视野下即为产生衍生作品的演绎行为,按著作权法的逻辑,应由权利人控制。但是基于数据流通利用可以增进数据的整体福利,且虑及数据财产权针对的是未达到独创性程度的信息集合,弱于著作财产权,笔者认为,数据持有者不应当享有类似于著作权中的改编权之类的权利。在立法上舍弃演绎权也是为了与数据的加工使用权保持逻辑上和体系上的协调。

## 2. 作为互惠安排的数据加工使用权

数据加工使用权是演绎权舍弃的自然延伸,体现了一种社会契约范式的互惠制度安排。社会契约论作为一种古典智慧,对当下的数据政策和法律制度安排仍然具有强大的解释力。有学者指出,数据财产的权利构造模式需具有“共享性”的特征。<sup>③</sup>笔者认为,数据的加工使用权意味着所有人都可以加工使用依法获得的他人的商业数据并产生权益。这一权利不是针对自己的商业数据,数据持有者对自己的数据进行加工使用无须法律授权。这一权利针对的是依法获得的他人的数据。“数据开放—加工使用”是一种互惠的社会契约安排,在这一安排下所有主体不享有对自己数据的演绎控制权,但有对合法获得的他人数据进行加工使用的权利。结合数据价值的网络效应,此种互惠安排不仅有利于实现社会整体目标,也可能对数据持有者产生积极作用,因为数据持有者也需要通过更多的数据加工使用提升其数据价值。互惠安排的落实有赖于设权。或许有人会提出,在数据持有者不享有演绎权的前提下,他人对合法获得的数据就有了加工

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 参见梁志文:《论演绎权的保护范围》,《中国法学》2015年第5期。

<sup>③</sup> 参见吴汉东:《数据财产赋权的立法选择》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第4期。

使用的自由,无须另行设置数据加工使用权。其实不然,如果没有法定的加工使用权,原数据持有人仍可能通过合同、技术措施对他人获取的数据的加工使用进行限制。在数字环境下,技术措施的限制变得更加容易,以法定的权利消除技术措施或合同的限制空间显得尤为必要。概言之,数据加工使用权不仅是一种互惠性的制度安排,也提供了一种确定性的法律保障。

### 3. 激励数据产品创新和公开的数据产品经营权

数据产品是数据加工处理的结果,<sup>①</sup>通常是在数据分析基础上形成的结构化、可视化的产品,可降低用户使用门槛,提高数据的效用。之所以要设置数据产品经营权,是因为:(1)数据产品不同于作为加工材料的数据,以一种新的形态存在,有独立保护的必要;<sup>②</sup>(2)数据产品体现了数据增值劳动,此种劳动值得法律予以激励;(3)数据产品虽然是数据加工、分析后形成的新的数据形态,但和数据难解难分,其存在和运营有赖于数据,二者之间存在很大的关联性。在提倡数据的互惠加工使用的前提下,数据产品很可能关涉源自他人的数据,典型的如数据产品的后台可能运用了他人的数据。此时,数据产品和原始数据就会形成竞争关系,数据产品经营者有被诉不正当竞争的风险,即使能够胜诉,但只要存在风险,数据经营者就会瞻前顾后。设置数据产品经营权可消除这种不确定性带来的法律风险。数据产品经营权的内容是公开地销售或许可使用数据产品的权利。此种权利的性质为排他权,即经营行为不受他人干涉,权利的边界是不得侵害数据产品所涉的原始数据持有人的权利。举例而言,如果A从B那里获得数据集合的复制权,也依法享有对复制得到的数据的加工使用权,却没有获得数据集合的传播权,那么A可以将此数据集合加工成数据产品出售,但不能传播数据集合本身。由此亦可见,数据产品经营权可为数据产品的创新和公开销售提供激励,并有利于促进数据领域的持续创新,这契合知识产权的激励原理。数据产品经营权的主要功能正在于此。

上述权能设计明确了数据财产权的边界,通过正面设权的方式也可明确他人未经许可使用公开数据的侵权界限。在本研究的设权框架下,未经许可大规模复制数据会构成侵权,少量复制数据可被认为是合理使用;未经许可传播数据同样构成侵权,但未经许可加工使用合法获得的数据不构成侵权;未经许可将合法获得的他人数据加工成数据产品出售也不构成侵权。上述权能设计有利于促进数据的公开:首先,数据财产权针对公开数据而设,以客体公开为前提,数据持有人中公开传播权的享有更是有赖于数据公开。其次,数据持有人中的复制权、公开传播权以及数据产品经营权都为数据或数据产品公开后的获利提供了法律保障,进而激励数据的公开。再次,数据加工使用权可为商业数据公开后的价值递增提供保障,在数据持有人的激励之下,加工使用后形成的新的数据又会公开,从而形成数据价值不断递增的良性循环,并实现数据价值的网络效应。最后,在法律上提供一种“以公开换权利”的制度安排并非意味着自动确保数据公开,而是为了促进公开。当事人自可衡量,是选择一种更为确定的权利保护状态还是选择具有不稳定性的保密独占状态。在专利制度诞生后,技术秘密保护制度依然存在。然而,专利制度有效地促进了类似的技术信息的公开,数据财产权的使命也在于此。

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

<sup>②</sup> 参见时建中:《数据概念的解构与数据法律制度的构建:兼论数据法学的学科内涵与体系》,《中外法学》2023年第1期。

## 六、结 语

以商业实践中数据的商业秘密保护作为事实起点和逻辑起点,人类社会需要一种促进数据公开的法律制度。数据财产权可以充当此任,成为破解数据保密、促进数据公开的制度安排。知识产权法对价交换的设权进路为数据财产设权提供了很好的思路。在知识产权法的视野下,数据财产权相比专利权、著作权而言有所弱化,尤其是数据持有者不再享有加工处理的演绎权能,这种弱化体现了社会契约范式下的互惠安排:人人放弃一点权利,但同时又可互相获益。数据财产权可借鉴知识产权思维得以构建,其与知识产权也存在契合性:(1)两者的价值取向一致,都体现了促进数据/信息的保护和利用的二元价值取向,且以促进利用为最终价值取向;(2)两者在制度架构上契合,两者的权利性质都为使用权而不是所有权,且体现出有限权能的权利构造;(3)两者在体系上契合,均属于广义的信息产权范畴,都旨在保护非物质化的客体;(4)与专利权这一典型的知识产权一样,数据财产权也和数据/信息的原始保护手段即商业秘密构成对应关系。在未来,将数据财产权纳入知识产权的范畴也并非不可能,反而是最为合适的,因为知识产权的体系早已扩张,不限于保护智力创造的成果,还保护商标等与智力创造关系不大的无形财产,呈现出体系的开放性和灵活性。数据财产权或许可以成为知识产权法面向数字时代更新与发展的宝贵契机。

---

**Abstract:** Data property rights, as an emerging property right in the digital age, cannot be constructed from scratch, but should take the state of data existence in business practice as the logical starting point. A significant amount of data in business practice is privately controlled and kept confidential, residing within the realm of trade secret protection. This is an inevitable choice due to the absence of specialized protection systems for data rights and the lack of legal safeguards for data disclosure. The consequences of data secrecy include the risk of excessive protection, restricted data access, as well as “data silos” and data monopolies. Human society needs a legal regime that incentivises and promotes data disclosure. Data property rights can serve this purpose. The purpose of data property rights is not to strengthen protection, but to promote openness, thereby achieving the network effects of data value. Drawing on the consideration theory of intellectual property law, data property rights can be established through the approach of “exchanging rights for disclosure”. Data property rights are premised on the disclosure of the object, and will also be a legal system corresponding to trade secrets. The tripartite division of data rights emerging in practice can be constructed under the vision of intellectual property rights.

**Key Words:** data property rights, trade secrets, intellectual property, tripartite division of data rights

---