

数据产权保护的法律路径

包晓丽

【摘要】数据产权规则既是各方开展自愿交易的协商前提,也是裁判者界定何方受损或者受益的法定依据。公法规制与产权界定并非对立关系,行为规制是实现产权配置的外部手段,明晰的产权规则是行为规制的逻辑前提。我国数据保护立法存在权利范式和行为范式两种路径。前者包括财产权规则、数据的知识产权保护与人格权保护;后者涉及数据服务合同、侵权责任法救济、反不正当竞争法调整和数据人公法保护。鉴于数据是一个开放的权利束,单一的公法规制或私权保护、财产规则或责任规则都有其局限性,而应当建立多元共治的规则体系。在具体的规范类型上,与人格利益紧密相关的法律规范属于强制性规定,而财产利益的分配规则是任意性规定。

【关键词】数据产权;财产规则;责任规则;多元共治;规范类型

【作者简介】包晓丽(1991-),女,重庆人,法学博士,北京理工大学法学院博士后研究人员、智能科技风险法律防控工信部重点实验室研究员,研究方向为数据法、合同法。

【原文出处】《中国政法大学学报》(京),2021.3.117~127

【基金项目】本文为国家社科基金重大项目“健全以公平为原则的产权保护制度研究”(项目批准号:20ZDA049)的阶段性研究成果。

近年来,关于数据权属的争议在全球范围内广泛出现。无论是理论研究还是宏观政策,都已充分认识到了数据要素的经济价值,并强调加强数据产权研究的必要性。^①为此,法学研究的一个重要任务是构建数据生产与数据流通规则,为数据活动的利益相关方提供必要法律救济。提到法律救济的规则选择,我们往往离不开卡—梅分析框架这一主导范式。^②该框架实际上包括两个层面的内容。第一阶回应的是赋权(Entitlement)问题,即数据相关当事人的利益期待存在冲突时,何者的利益优先?对于这一问题的回答由于观察对象(数据文件或数据信息)^③和应用场景的差异,而呈现出学说竞争的局面。特别是在数据流动过程中,通过清洗、加工、挖掘等步骤形成的企业衍生数据与隐私紧密相关的个人原始数据难以在权属问题上作出绝对划分。既有讨论虽然积累了丰富的研究成果,但也不免陷入了僵局。^④然而,实践中数据纠纷与日俱增,研究数据保护路径

选择问题具有现实必要性。我们不妨“让子弹飞一会儿”,转而将目光投向第二阶——通过何种路径保护相关法益的问题,即究竟通过平台规制、财产权理论、合同法、不正当竞争法抑或侵权法的路径为各利益相关主体提供法律救济。^⑤因此,本文将在暂且搁置对各方利益边界与顺位判断有关争议的基础上,对数据保护的路径选择问题展开讨论,从而为数据纠纷案件的解决提供规则供给。后文将就数据产权配置的必要性、既有法律规则在数据保护问题上的适用性及其不足以及各法律规则间的协同关系展开论述,以期探求数据产权保护的实定法依据。

一、数据产权配置的必要性

“产权”一词通常指财产权(Property Rights),产生于经济学理论,并在法学领域得到广泛使用。它实际上是对民事权利的泛指,不仅包含所有权等物权,还包括债权、股权、知识产权及其他新型财产权。^⑥“产权是一种社会工具,其重要性就在于事实上他们

能帮助一个人形成与其他人进行交易的合理预期……是界定人们怎样受益和受损,因而谁必须向谁提供补偿以修正人们行动的规定。”^⑦大陆法以有体物为观察对象,建立了一套以所有权为中心,用益物权、担保物权与债权共同作用的财产权体系。与此相对,英美法并不强调所有权的概念,取而代之的是引入具体情境下的利益先后比较方法,从而对较优(通常是设立在先)的产权加以保护。该方法在数据场景下尤为适用。当社会生活由工业时代向数字经济时代转变,我们往往因缺乏既定法律规范而无法断定权利的性质。此时,裁判者可以通过判断哪一方的利益更强更优,而决定给予其保护;反过来,由此夸张了其世性,使其更接近于财产。^⑧

数据的价值不是天然存在的,而是被生产出来的。^⑨对于个人而言,数据要素是获得更好的智能化服务的经济基础。^⑩对于企业而言,数据是重要的无形资产,企业可以通过许可使用、转让、抵押等手段盘活数据资产。在大数据规模和价值增加导致界权成本相对不再高昂的情况下(获得许可的管理成本低于数据产品商业价值),向大数据集合提供有限的产权保护,然后由交易双方谈判以实现数据资源的最有效利用,并在发生数据侵权行为时为权利人提供有效救济应当是合理的选择。^⑪需要注意的是,数据产权的权能强度远不及所有权,其目的不在于赋予权利主体对数据的绝对控制与支配,而是为了向各参与方提供合理预期,并作为界定何方受损或受益的依据。此时,政府主要充当“守夜人”角色,即界定数据产权、制定交易规则、维持交易秩序和处置交易纠纷。

欧盟对数据的保护以保护人格尊严和人格自由为出发点,美国则设定了保护隐私和数据的商业化利用的双重目标,对隐私的理解也经历了从“作为秘密的隐私”到“作为控制的隐私”的转变。^⑫作为研究的后起之秀,我国数据保护立法应当体现我们独特的社会背景。我国数据市场以腾讯、阿里巴巴等本土企业为主,而非如欧盟一样被他国企业主导。在此背景下,我们的立法关注的是如何保护消费者利益、构建公平有序的市场竞争秩序、并为我国企业开拓海外市场创造必要环境。^⑬由此,既有研究发展出

四类观点:一是承认个人信息和衍生数据的财产权;二是主张个人信息适用人格权保护,数据产品适用财产法保护路径;三是不承认个人信息和数据产品的财产权,统一适用侵权法保护;四是采取行为规制的路径,认为数据利用和保护的关键不在于赋权,而在于国家、公司内部对数据开发和隐私保护的代码权限管理。^⑭

可见,我国数据保护立法存在权利范式和行为范式两种路径。实际上,否定对个人数据适用产权保护路径的根本原因,在于其认识论上认为所有的个人信息都与人格尊严有关,而与财产利益无涉。给予主体个人信息财产权保护不仅有悖于人格权理论和公共产品理论,而且还构成对信息自由或言论自由的威胁。^⑮但是,随着数据科学技术的发展,数据的财产价值凸显、经济价值巨大。十九届四中全会《决定》已经明确将数据作为生产要素并按贡献参与分配。我们应当既承认数据的人格权特征,也承认数据的财产权属性这一客观事实,从而为明确数据权属、促进数据合法流转、保护数据权利主体合法权益提供法律保障。此外,行为规制的正当性建立在数据产权明晰的基础上(利益冲突时何者优先),数据产权配置具有理论建构和政策判断上的必要性。关于数据产权分配的具体规则,鉴于笔者已经在另文中展开了较为细致的分析,在此不再赘述。^⑯下文将转入对数据保护的实定法依据的讨论。

二、数据保护的既有规则及其评析

既有共识普遍认为,数据是多方利益集合体,不适用以所有权为蓝本构建的排他、独占规则。但在具体制度设计上,发展出以数据产权分配为基础的权利范式,和不以数据权属的确定为基础的行为范式两大类。^⑰权利范式主要以现行物权法、知识产权法和人格权法律规范为制度蓝本。典型的如,主张在《民法典·物权编》确立数据原发者所有权和数据处理器用益权的二元权利结构,并在此基础上设置数据财产流转制度。^⑱行为范式从规则的实操性出发,主张以数据控制者基于事实控制的“数据使用权”替代企业或者个人的数据财产权。同时,为了减少数据流通的不确定性,法律应当提供两个方面的规则供给:一是数据控制者合法性判断规则;二是数

据流通利用的责任规制(侵权责任和违法责任)。^⑩

(一)数据保护的权益范式

1. 财产权路径及其评析

数据的财产权路径是指通过协商交易进行数据交换的模式。根据财产法规则,若某人希望移除原权利人的财产利益,须通过协商的方式与原权利人就权利的价格达成合意。财产权路径的支持者认为,明确个人数据财产权有利于加强用户与企业谈判时的筹码,更好地保护个人权益。第一,财产权的交易规则强化了个人对数据流转和利用决策能力。人们对隐私的价值判断不同,而数据财产化可以满足不同主体差别化的隐私需要。^⑪第二,既有法律规则已经直接或者间接将个人数据视为财产。欧盟《一般数据保护条例》实际上采纳了财产规则的救济手段,用户可以对违法数据处理行为进行申诉或者起诉,监管机构也可对违法数据处理者施加高额罚款。^⑫第三,财产权规则还能增强用户的议价能力。一旦承认了用户具有数据财产权,那么企业将就数据的开发主动与用户进行协商,从而改变用户弱势甚至被忽视的地位。^⑬第四,对于数据企业而言,明晰的产权规则也将使得企业的衍生数据具有正当性权源,从而激励企业更放心地投入数据生产与挖掘,促进数据行业的发展与繁荣。第五,新技术的引入如隐私参数平台协议(Platform for Privacy Preference)^⑭也将降低数据经营者和用户协商的成本,使得财产制度的适用空间越来越大。第六,侵权法保护不能建立一个长期连贯的、可行的信息隐私权保护机制。^⑮

根据侵权法规则,他人可以通过支付客观确定的价值的方式,在不经原权利人的同意的情况下,移除原权利人的所有权。^⑯从功利主义的角度来看,对个人信息客观定价似乎更有效率,它避免了与单个当事人谈判的成本。然而,对责任规则的偏好意味着个人信息的保护必须完全依赖诉讼程序个案评定,这将涉及诉讼当事人和司法系统大量的资金和时间支出。不同的是,财产法规则使个人拥有对信息最大程度的控制,并使利益相关方在不占用社会资源的情况下达成双方接受的交易。^⑰但财产权规则也存在制度上的缺陷:一是“同意”是被强迫的并

非出于真实意愿,用户往往面临要么接受要么放弃的困境。由于信息的不对称性,用户难以就“出售”其个人信息的风险作出准确估计。但为了使用某项服务,用户不得不同意转移其个人数据。二是在数据挖掘等能产生更多收益的场景下,用户无法得到补偿。三是数据企业在后续将丧失数据保护的动机而过度使用数据,用户隐私泄露的风险增加。由于双方无法在事前就隐私泄露的损害进行合理评估,且受损的对象具有不确定性,在此场景下交易的保护成本比协商成本显得更为重要。^⑱

2. 知识产权法保护及其评析

由于数据和知识产权的客体一样具有无形性、可复制等特点,不少观点认为法院可以通过现有的知识产权法律规则对数据纠纷予以救济。首先,对于内容的选编上具有独创性的数据库,其选择和编排行为可以通过《著作权法》关于汇编作品的规定予以保护。但汇编作品著作权路径的局限性在于,现实中不具独创性的数据是一种普遍存在,大多数数据仅是对社会生活事实的记录,达不到作品的要求。并且,其他竞争者通过改变数据的编排结构就能轻易规避著作权的保护。^⑲其次,数据企业还可以基于在数据库搭建中的投入和贡献,参照《关于数据库保护的指令》(Directive 96/9/EC)的规定,取得数据库特殊权(Sui Generis Right)。然而,自1991年美国联邦最高法院在Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.^⑳一案中,表达了由“额头汗水”向“最低程度创造性”规则转变,司法界对数据库收集者对数据库是否具有排他的财产性利益态度不一。再次,对于处于公开状态的非独创性大规模数据集合,可以提供有限排他权保护。对收集者付出实质性投入、达到实质数量的数据集,赋予数据收集者阻止他人未经许可向公众传播的权利。^㉑

实际上,知识产权保护路径的关键在于如何在维护公平竞争和促进科学文化进步的特殊公共利益的情况下,克服市场失灵给数据投资者带来的损害。由于知识产权法的目的在于鼓励和奖励创造性贡献,而数据保护法律制度的目的在于保护各方合理期待、鼓励企业投入以激发市场活力,两者存在一定程度的目标错位。因此,保护数据企业的权利并

不一定要通过将企业数据库作为知识产权的客体来实现,而完全可以通过改良现有反不正当竞争法,或者修正既有责任规则的方式上实现。^③

3. 人格权保护及其评析

还有学者主张对个人数据采取人格权保护的途径,并以《民法典》第六章“隐私权和个人信息保护”的规定作为实定法依据。理由包括:首先,作为人格权客体的人格利益可以与自然人相分离,是独立的民事权利客体。其次,既有法律法规已经充分认可了人格权的财产属性。无论是美国法上的公开权,还是我国法上为肖像付费的法律实践都证明了,除人格尊严之外,人格权也有一定的财产价值。^④再次,从欧盟《一般数据保护条例》的规定来看,某些条款(第9条、第22条)的确显示出对数据隐私的人格权保护。人格权路径或许能够适应时代需求丰富权利类型,为数据主体提供较为宽泛的保护。但对于企业而言,这同时意味着它们必须不断投入新的人力和资金成本,承担新的保护责任。事实上,我们很难说《一般数据保护条例》整体上采取了人格权保护的进路,而只能得出它强化了数据主体对数据的控制这一结论。^⑤并且,由于人格权概念的模糊性和开放性,还会导致权利边界的不确定性大大增加,法律结果的可预期性较弱。

(二) 数据保护的行为范式

1. 合同法路径及其评析

合同法路径保护数据的论证思路主要是:首先否定确立数据产权的可行性,然后根据大数据利用过程,将数据归为企业生产要素的一类或者数据服务合同的对象。一方面,数据权利化不具有可行性。数据具有无形性、可复制、流通性的特点,且无法脱离载体而存在,它不可能成为民事权利客体。数据的价值受制于其承载的信息的内容,数据本身并无独立的经济价值。数据还具有被多个主体分享的特征,权利主体不确定。并且,网络上存在大量公开数据,对这些数据确权亦不可能。另一方面,从大数据交易的形式来看,大数据交易合同本质上是数据服务合同。作为数据分析和挖掘对象的数据,它是企业经营要素或者生产要素的一种,本身并无独立的财产意义。因此,合同法路径的支持者认为,完

全可以通过合同法律规则对数据开发产生的经济利益予以明确,而无须新设个人信息财产权来解决。^⑥

然而,在法律不提供额外的产权保护的情况下,数据收集者的合同约束或技术措施的保护具有明显的局限性。首先,随着用户数量的增加,协议监督就变得困难。其次,即便数据收集者能够有效地向第三方传递合同约束,该合同约束也可能因违反知识产权法所维护的公共政策而得不到支持。再次,技术措施保护也不能完全让人满意,原因在于它总是有可能被破解,不能保证一直有效。^⑦

2. 侵权法路径及其评析

主张数据的侵权法保护的学者,同样反对对数据产权的保护。他们认为,财产权路径的劣势在于:数据滥用和衍生的数据犯罪行为频繁发生。财产权规则倾向于鼓励个人数据市场,而不是限制它。数据主体易于弃权与数据易转让的特点,将使数据主体丧失对数据的控制,数据事实上由企业掌控。^⑧受制于信息的非对称性和数据规模效应,数据的事前定价和补偿机制并不能有效发挥作用。^⑨据此,他们主张修正的责任规则更具优势。它不仅可以克服财产权路径事前协商不能的缺陷,同时还可能会成为一种可行的数据隐私方案。^⑩具体到规则设计上,构成要件方面建议确立三元归责原则体系,且不必拘泥于“实际经济损失”和“严重精神损害”的限制。^⑪在责任主体上,对于复数行为人导致损害的,若不能确定具体侵权人,由各行为人承担连带责任(能证明损害的发生不是由其行为导致的除外)。^⑫

不得忽略的是,侵权法路径也存在一定的缺陷。具体表现为:一是侵权法的保护方法过于消极,不利于数据行业的蓬勃发展,也不利于数据主体积极行使权利。对于非私密的用户数据,其流转不仅不会损害数据主体的人格尊严,还将为其带来一定经济利益,数据主体有积极利用这类数据的合理诉求。二是侵权法模式具有事后防御的特点,不能为数据保护提供一套清晰明确、贯彻始终的保护机制。三是从制度经济学的角度,在数据交易成本较低的情况下,采取财产权保护模式更为有效。根据科斯定理,交易成本较低的情况下,就数据的流转和

使用,各参与方可以通过有效协商加以确定。反之,交易成本越高,适用侵权法保护个人数据越有效。据此,有学者提出以股票交易市场为蓝本,建立数据交易市场。在此市场中,数据的交易成本能有效降低,财产权路径将更为有效。^⑩

3. 反不正当竞争法保护及其评析

由于现行法律法规未对数据权属问题作出回应,我国司法审判实践一般从不正当竞争的角度对不合理使用他人数据的行为进行规制。法律需要合理平衡数据先控者和后来开发者的既有投入和竞争自由,明确其他市场主体在使用他人已收集的信息时,应当在相对合理的范围内使用。具体地,主张数据的反不正当竞争法保护主要有两种途径:

一是商业秘密保护。对于构成企业重大商业利益且企业对此采取一定保密手段的数据,不乏观点认为此时可以适用法律关于商业秘密的规定保护数据权利。但应该注意到,企业数据构成商业秘密需要符合严苛的条件,特别是不为公众知悉以及采取了有效保护措施的要求。但正如大众点评数据、新浪微博数据,现实中不少数据来自公开领域,要符合数据的保密性条件是极为困难的。同时,将数据归入商业秘密,将面临与《民法典》对数据定位的冲突,并且商业秘密的定位可能导致保护不足。^⑪

二是一般条款保护。正如前文提到的大众点评诉百度案一样,司法实践中法院倾向于适用反不正当竞争法一般条款保护数据控制者的相关权益。对于无著作权的数据库,法院也常常适用不正当竞争法来保护其中不受著作权保护的数据内容。^⑫但一般条款保护模式具有较强的不确定性和个案性,削弱了司法的安定性,往往是立法上的次优选则。^⑬在判断后来者的行为是否具有不正当性时,法院常常综合考虑以下因素:数据量及其数据属性,数据生产的难易程度和成本付出,数据是否具有商业价值,该数据和竞争对手数据产品的相似性程度,竞争对手利用该数据进入市场的速度和初次建立该数据库所需时间的比较等等。^⑭

4. 公法保护及其评析

本质上,数据不具有独占性与排他性。不同于其他生产要素,它是准公共产品的一种,可以同时被

多人共享、也可以多次使用。^⑮尽管数据可以被用作记录、描述或者识别某人,但不意味着该数据就独属于该人所有,它是典型的共享性资源。^⑯并且,用户可能没有能力,也没有精力全面阅读并很好地理解数据收集者的隐私政策。他们还极有可能低估数据风险,发生风险误判。^⑰因此,有学者以域外经验并未承认对世性个人信息权为由,主张个人信息只能通过公法规制。^⑱

主张通过公法手段保护数据的学者提出了三种可行途径:一是强调数据的社会控制,而非个人控制。数据的社会控制把数据作为社会公共资源,数据处理行为合法性由社会成员共同决定。^⑲二是强化平台的内部治理,这就为平台运营者课加了用户数据的安全保障义务,包括:更新数据安全观念;配备具有相应资质的数据保护官,监督日常数据活动的合法合规性;将数据安全和隐私保护的理念嵌入产品开发的各环节,体现“隐私设计”(Privacy by Design)理念。^⑳三是构筑有效的外部监管。在消费者权益保护、反垄断方面,有效规制价格歧视和滥用市场支配地位的行为。^㉑

但是,数据的公法保护在解释力上同样具有不足:第一,数据的共享和信息的多重复使用特征并不影响数据的独特性和独占性。非公共数据具有内容上的独特性,并且数据可以被少数主体控制,也体现了数据的独占性。第二,用户数据是企业的重要竞争性财产,具有较高商业价值。在某一行业里,数据的商业价值会随着使用者的增多而减少。这说明了尽管数据在技术上可以被多个主体同时使用,但在价值上具有排他性和竞争性。^㉒第三,数据的公示问题可以通过公示账号或者区块链确权登记的方式实现,而非不可以通过法律手段彰显和维护。实际上,在个人信息的犯罪行为惩处方面,既要强调公法在个人数据保护中的重要作用,也不能忽略甚而否定私法的作用和意义。

三、数据保护的制度选择

行为经济学的研究已经证明了,用户具有的并非“全知全能的荒谬理性”,而是具有局限性的“有限理性”。因此,在数据政策的制定时不应以个体是“效用最大化者”为预设前提,而应当通过规则的建

构来重塑个体的选择“参照系”，“助推”个体调整经他本人认可的具有更高福利的行为。^④通过对数据保护规则之争的梳理我们发现，既有研究在认识论上存在两组对立：一是公法规制和私法确权之间的对立，二是在私法体系中财产规则与责任规则之间的对立。实际上，规制主义与权利主义并非对立的，行为规制的前提是某种好处(尽管不使用权利或权益的概念)应当得到法律的确认和保护。没有无权利的义务，行为规制是实现产权安排的外部手段。此外，数据的财产权保护路径和侵权保护路径并非一成不变的。正如物权人既可以通过买卖的方式转让权利，也可能基于他人的侵权行为行使损害赔偿请求权。数据场景下亦然，双方既可以通过协商定价的方式就数据权属变动达成一致意思，也可能因他人侵犯个人数据权利而主张赔偿的权利。唯一有差别的地方在于，在某些特定情形下，法律是否需要基于促进数据流通、实现更大社会价值的考量，从而强制数据流通。

(一)规则选择：多元保护机制

1.公私法协同

当前，一种流行的观点认为基于数据的公共性、代码控制性等特点，在具体制度选择上，应当以行为规制理论取代私法上的权利配置路径。^⑤即使赋予数据主体相应的民事权利，也不能切实保障其权利得以实现。据此，他们主张通过对企业课加数据保护义务，对其行为进行约束和监管的方式促进数据产业的有序发展。公法路径反对个人数据私法保护的关键原因在于，误将个人信息的私法保护等同于物权一样的绝对权和支配权构造结构。但是，个人信息的私法保护并不意味着要将用户对信息的权利界定为物权一样的绝对权和支配权，而应承认数据是包括公共利益、人格利益和财产利益的权益集。^⑥

事实上，从私法角度对个人数据的权益性质和范围的界定，与公法上对数据使用行为的规制(对数据滥用、歧视性定价、数据垄断等行为的监管)是各司其职，并行不悖的关系。一方面，行为规制建立在对权益位阶的判断基础之上。梅迪库斯指出，“要使他人所负义务在私法上得到实现，最有效手段即赋

予另一个人享有一项对应的权利”。随着社会关系日益错综复杂，行政法关注的重心不再局限于国家与私人间的利益冲突，还表现为以公共性为媒介的私益间的“分配法”。^⑦承认数据具有共享型的特征，并以此建立对应的数据产权规则，对数据市场的规制非常必要。另一方面，公法路径与私法路径各有侧重、各司其职。公法以公权力为基础，旨在为当事人的自由选择提供一种稳定环境，保护的是公共利益。^⑧公法规制的重点限于公平竞争环境的构建、基本人格权的保护等，而数据服务合同的条款设计、数据交易市场的建立应当交由私权路径加以保护。可见，数据的公法保护与私法救济并不冲突，而应当协同发挥作用。^⑨

2.财产规则与责任规则并济

现行法律框架主要区分“作为秘密的数据”和“作为控制的数据”，进而分别提供侵权法和财产法上的保护。对于侵权保护路径，无论认可数据作为民法认可的独立权利客体，抑或只是法律保护的利益，在数据权益受到侵害时，都可以依据《民法典》第一百一十一条、第一百二十六条、第一千一百六十五条的规定得到救济。对于财产权保护路径，不少美国法院将数据类比为“野生动物”，通常不承认收集前的数据属于财产的范畴，但主张最先收集数据的人有权对该宗数据主张权利。^⑩我国法律未就数据是否为财产权的客体作出明确回应，司法裁判通常认为数据具有商业价值，因此数据收集方具有竞争性利益(参见淘宝美景案和微博脉脉案)。

实际上，卡—梅框架明确了在权利的保护和规制过程中，对于不同的行为类型——自愿交易、侵权、禁止自由转让，适用不同的法律规则——财产规则、责任规则和禁易规则。^⑪对于同一宗数据，并非只存在一种保护路径，而应基于数据体现的不同利益类型以及不同的行为场景，适用不同的规则类型。具言之，我们应当首先判断系争对象是否是权利主体不可让渡的权利(如与人格尊严直接相关的个人敏感信息)。如是，则属于禁易规则调整的范围。对于可以让渡的数据权利，当交易会产生重大的负外部性，例如受害者人数众多，建立集体估价机制收效甚微，责任规则将发挥重要作用。^⑫在当事人

可就数据交易协商一致且订约成本较低的情形下,财产规则是为首选。

选择财产法路径抑或侵权法路径的因素包括效率、分配目标、避免对个人或社会的道德损害等,但效率是首要考虑因素。因此,问题的关键就转变为将数据价值交由市场决定是否有效的这一事实判断问题。主张财产权路径的学者普遍认为当事人可以通过有效协商,或者通过全国性数据交易所的方式确定数据价值。^⑤然而,主张侵权法路径的学者通常对交易成本的事实判断有不同的结论。他们认为如果对数据企业课以协商定价的义务,不仅会导致交易成本的增加,还很可能阻碍信息的自由流通。^⑥更糟的是,财产权路径还可能诱导当事人把数据作为盈利的手段,从而使数据主体将数据权利让与数据企业而丧失对个人数据的控制权。据此,侵权法路径的支持者主张背信原则(the Doctrine of Breach of Confidence)相较于财产权规则更加现实且更有优势,^⑦并极富创造力地提出了“资源占有人强制报价加第三方征税(Harberger Tax)”的定价方式。^⑧

事实上,二者并非必居其一的关系,而是相辅相成、相得益彰的关系。财产权保护有利于加强当事人对数据的控制、鼓励交易的自由协商,但是也有“敲竹杠”、阻碍数据尽其用的风险。侵权法规则正好相反。现阶段,各宗数据的市场定价还有难度的情况下,尽管侵权法救济将作为数据保护的主要手段,但与此同时我们还应加强数据产权制度建设。数据企业的数据权利是一种新型的财产权,不仅受反不正当竞争法上的保护,还应同时给予绝对权的保护。^⑨

(二)条文规范类型区分

服务于不同的区分目的,存在着就数据产权规则进行类型区分的不同进路。当某项数据权属规则成为当事人通过合同行为约定排除的对象时,服务于回答此种约定的效力的目的,我们可以将该类规范区分为强制性规范、任意性规范和混合性规范。当某项数据权属规则是当事人行为违反的对象时,服务于就该民事法律行为效力作出妥当回应的目的,我们可以将此类规范区分为倡导性规范、授权第三人规范和强制性规范。前后两个强制性规范既有

内在关联,又有功能区分。对于前一个意义上的强制性规范,由于其关涉公共利益的协调问题,因此排除适用该强制性规范的约定无效。对于后一个意义上的强制性规范,只有在其作为禁止当事人采取特定行为模式的强制性规定时,才有依据《中华人民共和国民法典》第一百五十三条判定是否为效力性强制性规定的必要。^⑩

回到数据产权规范,我们常常需要回答的是企业通过平台协议与用户就数据权属作出的约定是否有效。尽管各大互联网平台的用户协议都有类似“账号归属平台所有”的约定,如《腾讯微信软件许可及服务协议》7.1.2约定:“微信账号的所有权归腾讯公司所有,用户完成申请注册手续后,仅获得微信账号的使用权,且该使用权仅属于初始申请注册人。”但是,它的含义并不等同于账号内的数据也归属于平台所有。在此情形下,相应的数据产权规范不仅是当事人约定排除的对象,还是合同行为违反的对象。我们有必要明确该类规范到底是任意性规范还是强制性规范,从而妥当回答平台协议的约定效力。

数据实际上是一宗开放的权利束,^⑪其中的人格权益是与用户人格尊严和人格自由密不可分的,是用户不可让渡的权利,与此对应的法律规范属于禁易规则的范畴。平台即使通过补贴等手段诱导用户放弃数据中的人格利益的(如隐私),该类约定也因违反了公序良俗和强制性规范而归于无效。对于那些“关涉个人隐私核心领域、具有高度私密性、对其公开或利用将会对基本人格权利重大影响的敏感个人数据”,立法者应当通过权利化的方式加强敏感数据的保护;同时对企业苛加数据安全的重任,以增加消费者的安全感和信任感。

然而,对于数据中的财产利益,如数据迁移权、数据转让权、数据开发收益权等,双方可以通过协商的方式就数据权属与收益分配自行约定。当且仅当双方对前述内容未作约定或者约定不明时,法律才有必要通过前述产权规则为当事人提供最为公平合理的产权分配方案。在无法定无效的原因,或者数据中还承载了用户的人格权益(如继承的情况下),否则法院不宜轻易否定平台政策的效力。

结语

任何权利框架都并非空中楼阁,而需要具体制度规则的支撑。构建数据权利体系的一个重要步骤即在法律规则上对其予以妥当安排。在现行法律法规不甚直接的情况下,既有裁判往往通过隐私权规则对当事人予以救济(朱烨诉百度案),依据反不正当竞争法的规定解决企业间的数据纠纷(新浪微博诉脉脉案)。然而,数据的法律保护不应成为各部门法争夺话语权的“战场”,而应当充分发挥公法规制与私权保护、财产规则与责任规则的各自优势,形成多元共治的保护机制。财产权保护有利于加强当事人对数据的控制、鼓励交易的自由协商,但是也有“敲竹杠”、阻碍数尽其用的风险;侵权法保护正好相反。就数据权利规则的规范类型而言,其中的人格利益是用户不可让渡的权利,与此对应的法律规范属于强制性规范的范畴。而财产利益的分配规则是一项任意性规范,对双方的意思表示起补充解释作用。

注释:

①中共中央、国务院《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》明确指出要加快培育数据要素市场,根据数据性质完善产权性质,并建立健全数据产权交易机制。

②凌斌:《法律救济的规制选择:财产规则、责任规制与卡梅框架的法律经济学重构》,载《中国法学》2012年第6期,第5页。

③纪海龙:《数据的私法定位与保护》,载《法学研究》2018年第6期,第72页。

④姚佳:《企业数据的利用准则》,载《清华法学》2019年第3期,第115页。

⑤Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, "Property Rules", Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6(April 1972), pp. 1089-1092.

⑥田洪璠:《科斯定理中产权概念的法学解析》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》2011年第2期,第211页。

⑦Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", American Economic Review, Vol. 57, No. 2(May 1967), p. 347.

⑧冉昊:《论英美财产法中的产权概念及其制度功能》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2006年第5期,第35、40页。

⑨高富平:《数据生产理论——数据资源权利配置的基础理论》,载《交大法学》2019年第4期,第5页;崔国斌:《大数据有限排他权的基础理论》,载《法学研究》2019年第5期,第12页。

⑩申卫星:《论数据用益权》,载《中国社会科学》2020年第11期,第123页。

⑪崔国斌:《大数据有限排他权的基础理论》,载《法学研究》2019年第5期,第13页。

⑫詹姆士·Q.惠特曼:《西方文明中的两种隐私文化:尊严VS自由》,杨帆译,载《私法》2006年第1期,第159-161页。

⑬张金平:《欧盟个人数据权的演进及其启示》,载《法商研究》2019年第5期,第189页。

⑭(1)自然人个人信息权(兼具人格权和财产权属性)与企业数据财产权,龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,载《政法论坛》2017年第4期;许可:《数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,载《上海大学学报(社会科学版)》2017年第6期。(2)自然人数据防御权与企业数据财产权,程啸:《论大数据时代的个人数据权利》,载《中国社会科学》2018年第3期;(3)侵权救济论,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。(4)公法保护论,高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期;吴伟光:《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》,载《政治与法律》2016年第7期。

⑮刘德良:《论个人信息的财产权保护》,人民法院出版社2008年版,第60页。

⑯包晓丽、熊丙万:《通讯录数据中的社会关系资本——数据要素产权配置的研究范式》,载《中国法律评论》2020年第2期,第163-167页。

⑰宁立志、傅显扬:《论数据的法律规制模式选择》,载《知识产权》2019年第12期,第27页。

⑱申卫星:《论数据用益权》,载《中国社会科学》2020年第11期,第131页。

⑲高富平:《数据流通理论——数据资源权利配置的基础》,载《中外法学》2019年第6期,第1405页。

⑳劳伦斯·莱斯格著:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第248页。

㉑丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第47页。

㉒龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,载《政法论坛》2017年第4期,第71页。

②③一旦某个网站不符合用户的个人隐私参数,就将自动告知用户的技术手段。

②④Vera Bergelson, "It's Personal But Is It Mine Toward Property Rights in Personal Information", U. C. Davis Law Review, Vol. 37, No. 2(December 2003), p. 414.

②⑤Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6(April 1972), p.1092.

②⑥Vera Bergelson, "It's Personal But Is It Mine Toward Property Rights in Personal Information", U. C. Davis Law Review, Vol. 37, No. 2(December 2003), pp. 417-419.

②⑦Ignacio N. Cofone, "The Dynamic Effect of Information Privacy Law", Minnesota Journal of Law, Science and Technology, Vol. 18, No. 2(June 2017), pp. 545-547; Jerry Kang, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", Stanford Law Review, Vol. 50, No. 4(April 1998), pp. 1265-1267.

②⑧卯荣华主编:《〈民法总则〉司法适用于审判实务》,法律出版社2017年版,第215-217页。

②⑨See 111 S. Ct. 1282(1991).

②⑩崔国斌:《大数据有限排他的理论基础》,载《法学研究》2019年第5期,第9页。

②⑪J. H. Reichman, Pamela Samuelson, "Intellectual Property Rights in Data", Vanderbilt Law Review, Vol. 50, No. 1(January 1997), pp. 53-56.

②⑫刘德良:《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期,第90页。

②⑬丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第46页。

②⑭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174页。

②⑮崔国斌:《大数据有限排他权的基础理论》,载《法学研究》2019年第5期,第19页。

②⑯Jessica Litman, "Information Privacy/Information Property", Stanford Law Review, Vol. 52, No. 5(May 2000), pp. 1283, 1303.

②⑰Ignacio N. Cofone, "The Dynamic Effect of Information Privacy Law", Minnesota Journal of Law, Science and Technology, Vol. 18, No. 2(June 2017), p. 545-546.

②⑱Ignacio N. Cofone, "The Dynamic Effect of Information Privacy Law", Minnesota Journal of Law, Science and Technology, Vol. 18, No. 2(June 2017), p. 573.

②⑲叶名怡:《个人信息的侵权法保护》,载《法学研究》2018年第4期,第92-95页。

②⑳欧盟《一般数据保护条例》第82条第4项规定:“当多个控制者或处理者参与同一处理,或者控制者与处理者参与同一处理,且根据本条第2款和第3款规定须对处理导致的损害负责,为确保数据主体得到有效赔偿,每一控制者或处理者都应对全部损害负责。”《德国数据保护法》(BDSG)第3项规定:“在数据自动化处理的情况下,如果存在多个数据控制者且无法确定实际侵权人的,每个控制者都应承担责任。”

②㉑刘德良:《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期,第87页。

②㉒许可:《数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,载《上海大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第19-20页。

②㉓J. H. Reichman, Pamela Samuelson, "Intellectual Property Rights in Data", Vanderbilt Law Review, Vol. 50, No. 1(January 1997), pp. 139-142.

②㉔许可:《数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,载《上海大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第22-23页;卯荣华主编:《〈民法总则〉司法适用于审判实务》,第220页。

②㉕J. H. Reichman, Pamela Samuelson, "Intellectual Property Rights in Data", Vanderbilt Law Review, Vol. 50, No. 1(January 1997), p. 143.

②㉖周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道》,载《法学研究》2018年第2期,第6页。

②㉗高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期,第94页。

②㉘丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第203页。

②㉙梅夏英:《民法权利思维的局限与社会公共维度的解释展开》,载《法学家》2019年第1期,第183页。

②㉚高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期,第97页。

②㉛周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道》,载《法学研究》2018年第2期,第71页。

②㉜丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,载《法学研究》2018年第6期,第205页。

②㉝刘德良:《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期,第7页

②㉞那艺、贺京同:《行为经济学的兴起及其与古典经济学

关系的演变》，载《中国社会科学》2019年第5期，第74页。

⑤梅夏英：《民法权利思维的局限与社会公共维度的解释展开》，载《法学家》2019年第1期，第845页；高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018年第3期，第98页。另有不少公法学者持此观点。

⑥程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，载《中国法学》2019年第4期，第40页。

⑦王天华：《分配行政与民事权益——关于公法私法二元论之射程的一个序论性考察》，载《中国法律评论》2020年第6期，第88页。

⑧张淑芳：《私法渗入公法的必然与边界》，载《中国法学》2019年第4期，第96页。

⑨叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，载《清华法学》2018年第5期，第145页。

⑩Vera Bergelson, "It's Personal But Is It Mine Toward Property Rights in Personal Information", U. C. Davis Law Review, Vol. 37, No. 2(December 2003), pp. 403-414.

⑪Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6(April 1972), pp. 1092-1093.

⑫Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6(April 1972), p. 1111.

⑬Vera Bergelson, "It's Personal But Is It Mine Toward Property Rights in Personal Information", U. C. Davis Law Review, Vol. 37, No. 2(December 2003), pp. 417-419.

⑭Jessica Litman, "Information Privacy/Information Property", Stanford Law Review, Vol. 52, No. 5(May 2000), pp. 1294-1298.

⑮Jessica Litman, "Information Privacy/Information Property", Stanford Law Review, Vol. 52, No. 5(May 2000), pp. 1312-1313.

⑯具体而言，法律要求资源占有者需要对数据进行登记并对该数据提出合理估价，任何第三方只要支付此对价即可合法使用该数据。同时，政府会根据资源占有者的估价征税，通过税收制度的设计避免资源占有者过高估价的问题。See Eric A. Posner, E. Glen Weyl, "Property is Only Another Name for Monopoly", Journal of Legal Analysis, Vol. 9, No. 1(Spring 2017), pp. 51-52.

⑰程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，载《中国社会科学》2018年第3期，第102页。

⑱王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，载《法学杂志》2019年第7期，第13页。

⑲包晓丽、熊丙万：《通讯录数据中的社会关系资本——数据要素产权配置的研究范式》，载《中国法律评论》2020年第2期，第146页。

Legal Rules on the Protection of Data Property Rights

Bao Xiaoli

Abstract: Rules on data property rights are not only a prerequisite for voluntary transactions between parties, but also a statutory basis for the judge to decide who may suffer or benefit. Regulation and the distribution of data property rights are not mutually opposed. Behavioral regulation is an external means to realize the allocation of property rights, and clear rules of property rights are the logical basis of behavioral regulation. There are two legislative patterns of data protection: rights paradigm and behavior paradigm. The former includes property rights rules, intellectual property rights protection and personality rights protection; the latter refers to data service contracts, tort liability law, law against unfair competition and administrative regulations on data. Considering that data is an open bundle of rights, both administrative law and civil law, as well as property rule and liability rule have limitations. Thus a pluralistic rule system should be established. The legal articles closely related to personality interests are mandatory norms, while the distribution rules of property interests are arbitrary norms.

Key words: Data Property Rights; Property Rules; Liability Rules; Co-governance; Normative Types