

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.004

欢迎按以下格式引用:许偲炜.要素市场化配置下数据财产权制度的建构[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(1):255-267. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.004.



Citation Format: XU Siwei. The construction of data property right system under market-oriented allocation of factors[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(1):255-267. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.004.

要素市场化配置下 数据财产权制度的建构

许偲炜

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:随着现代信息科技的发展,数据已成为与土地、劳动力、资本和技术并列的基本生产要素。数据要素具有无形性、可复制性、衍生性等基本特点,对于数据财产权的界定,不能完全按照传统的理念和方式进行,而应当根据数据的特点进行合理的变通。数据之所以能成为基本的生产要素,是因为其具有承载并提供信息、作为数字产品生产资料和作为数字经济的关键要素的基本效用。通过市场配置数据要素资源,能够不断优化资源配置,使越来越多的资源在优化的配置状态下被利用,提高资源的利用效率,优化市场要素供给。从法律的角度来看,资源市场配置实际上是通过覆盖资源的权利交易实现资源在不同主体之间的分配、组合。由于数据要素市场化配置要以数据产权转移的形式实现,数据产权是数据要素市场化配置的必要前提,数据产权制度安排将直接影响数据要素市场化配置的效果。因此,在法治社会,数据要素市场化配置必然仰赖健全的数据产权法律制度。从市场配置资源的要求出发,数据财产权制度应当使相应的数据产权符合独立性、明晰化和流动性的基本要求。但由于数据要素的特殊性,在数据产权制度的安排上也需要充分考虑数据要素的特点,进行合理的调整和变通。在数据产权制度的建构路径上,应当采用数据来源权和数据使用权二元结构的基本权利架构。数据来源权、数据使用权是数据财产权制度中的基础权利。数据来源权是数据最初来源的贡献主体所享有的权利,应根据数据来源权人对数据享有的基本利益规定来源权人知情同意的权利、维护数据真实性的权利、排除数据利用侵害的权利和参与利用收益分配的权利。数据使用权是权利人对数据要素依法享有的控制、使用开发、许可和处分的权利,包括数据控制权、数据使用开发权、数据许可权、数据处分权等具体的数据权利。数据使用权是数据要素市场化配置的主要权利形式,因此,数据使用权法律制度应赋予数据使用权高度的流动性。对于公共数据产权,应在区分无来源权主体的公共数据和政府公共数据(政务数据)的基础上,

基金项目:中国法学会2021年度部级法学研究课题“要素市场化配置背景下农村产权制度的完善”(CLS[2021]D67);重庆大学2020年度中央高校项目“主权数字货币跨境流动法律问题研究”(2020CDSKXYFX009);重庆英才计划“包干制”项目“依法推进数字中国战略实施研究”(CQYC202002004)

作者简介:许偲炜,重庆大学法学院,Email:806530950@qq.com。

分别作出相应规定。政府对公共数据享有利用权,但不得以营利为目的行使这项权利。

关键词:数据要素;要素市场化配置;数据产权;数据来源权;数据利用权

中图分类号:D922.16 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2023)01-0255-13

随着互联网、大数据、人工智能等信息科技的发展,数据在现代经济生活中扮演着越来越重要的角色。根据《2020中国大数据产业发展白皮书》的统计,2019年我国大数据产业规模已达到5379亿元,同比增长23.1%,预计到2022年将突破万亿元大关。根据国务院发布的《“十四五”数字经济发展规划》可知,“十四五”期间,我国数字经济核心产业增加值占GDP的比重将从2020年的7.8%提升到2025年的10%。数据作为重要的生产要素在经济生活中的应用日益普遍,并发挥着越来越重要的作用。数据要素市场化配置是提高数据利用效率的重要手段。2020年,《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》(以下简称《意见》)对外公布,其将数据与土地、劳动力、技术、资本并列,作为五大生产要素之一,并提出了“推进政府开放数据共享”“提升社会数据资源价值”和“加强数据资源整合和安全保护”等一系列推动数据要素市场化配置的举措。数据要素市场化配置的实现需要通过法律制度确立数据产权^①并给予其有效的法律保护为前提,因此,为实现数据要素的市场化配置,应加强数据基础产权制度的建设。本文将从数据要素的基本特点出发,根据市场化配置资源对产权制度的要求,就我国数据要素市场化配置背景下产权制度的建构进行专门探讨,以期对我国数据财产权制度的建设有所裨益。

一、数据要素及数据要素的市场化配置

(一) 数据要素及其特点

要素是社会生产过程中必需的物质或人力资源。随着人类社会的发展,用于社会生产的物质和人力资源也不断拓展。在自给自足的自然经济占主导地位的社会,人们主要通过向土地付出劳动,并以土地产出的劳动成果满足自己的需求,因而,土地和劳动力成为基本的生产要素。随着社会进入资本主义阶段,资本逐步成为通常情况下开展社会生产活动的必要条件,进而成为生产要素的基本构成。进入近现代社会以后,科学技术逐渐显示出其对社会发展的重要性。正如马克思所指出的那样,“大工业把巨大的自然力和自然科学并入生产过程,必然大大提高劳动生产率,这一点是一目了然的”^[1]。科学技术在社会生产中运用的普遍性和重要性大幅提升,因而也逐渐演化为现代社会的基本生产要素。伴随着计算机、网络技术等信息科技的发展,数据在社会生产活动中的应用越来越普遍,发挥的作用越来越大,被称为“新时代的石油”,成为信息社会大数据时代基础的社会资源^[2],其作为基本生产要素的地位也逐步得到了确立和认同。

数据的概念有广义和狭义之分。广义的数据一般从信息的角度进行界定,根据我国国家标准,数据是指信息的可再解释的形式化表示,以适用于通信、解释或处理^②,通常包括未经处理的数字、词语、声音、图像等。数据的本质是信息的载体,对数据按照某种有意义的方式进行排列组合就能成为信息。数据最初是在测量和统计中产生,并可以被记录下来用于计算、讨论和决策的信息和

^①本文讨论的是法律意义上的数据财产权,但是由于需要从生产要素的角度运用经济学的相关理论,故而无法完全避开经济学普遍使用的“产权”概念。本文在特定语境下使用的“产权”又并非纯粹是从法学意义理解的“财产权”。

^②参见:国家技术监督局发布的国家标准《信息技术 词汇 第1部分:基本术语》(GB/T 5271.1-2000)

事实。

在法学领域,根据《中华人民共和国数据安全法》第3条的规定,数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。狭义的数据专指在数字经济时代,通过二进制编码转换成比特形式,并可被计算机设备进行处理和存储的字符串信息^[3]。从某种意义上说,各种数据都可以被用于社会生产过程并发挥一定作用,因而本质上都属于生产要素的范围。但由于人们对数据作为生产要素利用的重视主要是伴随互联网、大数据、人工智能等新一代信息科技的发展而开始的,因此,通常从生产要素意义上理解的数据为狭义的数据,本文所指的数据主要也是从此意义上理解的。

与其他类型的生产要素相比,数据作为生产要素具有以下显著的特点。

(1)无形性^[4]。从本质上说,数据是一种可通过计算机识别的字符串,并不具备任何的物理形态,因而也不能对其进行实物的占有和控制。就原始代码而言,其本身没有任何的意义,但是数据通过不同的排列组合可以为人们展示有意义的信息。

(2)可复制性^[5]。数据在现代技术条件下可以实现几乎零成本的复制,因此数据可快速地扩散和传播,这也意味着数据权利极易受到侵害,并可能产生不可逆的结果。数据的可复制性使其在利用方面,呈现出零损耗的特性。数据的利用不会产生对数据本身的损耗,它可以无限地被众多的人使用而不会对其本身造成任何质和量的减损。数据参与生产过程之后仍然存在,并不会被消耗掉,可以被多次循环使用,且使用中还可能促进数据量的进一步增加,也没有污染、排放等问题^[6]。

(3)衍生性。数据利用的过程不仅不会对数据产生损耗,还会衍生出新的数据,这些衍生的数据同样可以在社会生产过程中被应用并发挥作用^[4]。

数据的这些特点表明,对于数据产权的界定,不能完全按照传统的理念和方式来进行,而应根据数据的特点进行合理的变通。

(二) 数据作为生产要素的基本效用

数据之所以能成为基本的生产要素是因为其具有以下基本的效用,并能社会生产过程中发挥重要的作用,数据的效用包括但不限于以下方面。

(1)承载并提供信息。数据是对已知或未知信息(连同元数据)的数字描述且在技术上能够成为数字运算的对象,是以可机读方式存在的电子化信息记录^[7]。数据是信息的表现形式,尽管其本身没有意义,但数据的排列组合可以为人们展示有用的信息,这是数据对于社会生产活动的基本效用。

(2)作为数字产品生产资料。信息技术的发展,使反映客观世界和人类思想活动的各种信息能够越来越多地被采集、转化为数字形式的数据,并通过计算机等机器进行存储、加工、传送和展示,由此使数据成为可用于生产各种数据产品(如各种文档、图片、音频、视频、数据库等)、取之不尽、用之不竭的重要“原材料”,利用数据可以进行大量信息类产品的生产,并通过各种载体和传输手段供给产品需求者,满足社会的各种需求。

(3)作为数字经济的关键要素。数字经济是直接或间接利用数据来引导资源发挥作用的经济形态,数据是发展数字经济的关键要素。数据要素的引入,使社会经济的发展摆脱了传统经济主要依靠人、财、物要素投入的局限,为经济发展提供了新的动力,开辟了更广阔的空间。通过数据及数字技术的运用,大量的生产过程可以通过数据实现精确管理和控制,各种经济活动也可以通过数据传递的方式完成。数据要素应用于社会生产过程可以全面提升其他要素的生产率,使投入同样传统要素的经济活动能够形成更多的产出,产生效率倍增的效果。数据要素的利用可使传统生产要

素数字化,必然会有力地促进产业的转型升级^[8],提高全要素生产率。由于数据的以上效用,必然会产生对数据和数据产品的巨大社会需求,为满足这一需求,各种与数据采集、加工、流通、存储、分析、应用和生态保障等密切相关的经济活动快速增加,催生和促进数字经济新产业、新业态和新模式的快速发展^[9],为社会经济创造新的增长点,注入新的发展活力和动力。

(三) 数据要素市场配置及其对数据产权制度的仰赖

1. 数据要素的市场配置

一般认为,要素市场配置是指在经济运行过程中通过市场机制反映的需求与供给变动引起价格波动从而实现对资源的分配、组合及再分配与再组合^③。通过市场可使资源在各经济部门,包括生产部门和流通部门之间进行有效、合理的分配^[10]。市场是资源配置最有效率的形式,由市场决定资源配置,就是依据市场规则、市场价格、市场竞争配置资源,实现效益最大化和效率最优化^[11]。数据要素的市场化配置,就是通过市场机制反映的价格波动,调节数据需求与供给关系,从而实现数据资源在不同的市场主体和经济领域中分配、组合及再分配和再组合。

从人类社会发展的历史来看,社会资源的配置方式主要有两种基本的形式:一种是通过公共权力的直接安排,对社会资源进行配置。例如,在我国计划经济时代,社会经济的各个方面均由政府通过计划进行全面地组织和安排,就是一种典型的权力配置资源的表现。另一种是通过市场对资源进行配置。由于政府的有限理性、信息不充分、权力滥用、腐败寻租、体制不健、机制不畅等原因,政府配置资源难免会出现低效甚至无效的结果^[12]。相对于政府权力配置资源而言,市场配置资源则具有明显的优越性。

第一,不断优化资源配置。“自愿的交换对双方都有利”,这是福利经济学的的一个基本定理^[13]¹³⁶。市场通过交易对社会资源进行配置并通过价格机制反应交易双方的需求与供给。通过不断的要素资源交易,可以使要素资源趋向于流入最需要并最能发挥其作用的市场主体和相关的经济领域,因而使资源的效用得到更好发挥。

第二,提高资源利用效率。“对财产权的法律保护创造了有效率地使用资源的激励”^[14],由于通过市场可以不断优化资源的配置,因而可使越来越多的资源在优化的配置状态下被利用,整个社会的资源利用效率将会得到普遍提高,使同样的资源投入能够形成更多的利用产出,从而实现社会财富的不断增长。

第三,通过不断改善供给质量推动社会总福利的提升。市场竞争具有一般均衡的效率^[15],市场通过竞争机制可以不断淘汰不能满足消费者或用户需求的经营者的产品,并使能够最大程度满足消费者和用户需求的经营者的产品获得来自市场选择(消费者、用户的“货币选票”)的更多激励,从而不断优化要素供给,使社会需求得到更好满足,实现社会总福利的不断提升。

当然,由于垄断、信息不充分、外部性、公共产品等因素的存在,市场也可能出现失灵,从而使其配置资源的效率受到影响。但是,只要市场能够有效地发挥作用,其优化资源配置、提升资源利用效率的作用就能得到基本的保障。

2. 数据要素市场化配置对于产权制度的仰赖

从法律的角度来看,经济学中所说的资源市场化配置实际上是通过覆盖各种资源的权利交易

^③参见:百度词条“市场配置资源”,网址:<https://baike.baidu.com/item/市场配置资源/911105?fr=aladdin>.

来实现资源在不同主体之间的分配、组合。在法治社会,数据要素市场化配置必然仰赖健全的数据产权法律制度。

(1)数据要素市场化配置要以数据产权转移的形式实现。从法律的角度来看,数据产权是存在于数据资源之上的、受法律保护的特定利益,这种利益在法律上可以表现为各种主体对于数据资源的财产权。数据要素的市场化配置是通过数据财产权的交易实现作为权利客体的各种数据资源在不同主体之间转移,进而实现某种数据资源在不同经济领域中的分布。

(2)数据产权是数据要素市场化配置的必要前提。数据产权表明了特定主体与特定数据资源之间的关系,市场化配置资源通过不同主体之间的产权交易实现。市场的本质就是交易,而交易是不同主体之间的利益交换。数据产权正是特定主体对于特定数据要素享有的受法律保护的利益。可见,数据产权的界定是数据交易发生的前提,也是数据要素市场化配置的必要前提。

(3)数据产权制度的安排将直接影响数据要素市场化配置的效果。数据产权制度如何安排将决定哪些数据要素可以进行交易,哪些不能交易,哪些交易会受到法律规定的条件和程序限制,如果违反法律规定进行数据交易就不能发生当事人预期的效果。同时产权制度安排具有降低市场配置资源成本的功能。如果法律没有对数据产权作出明确的界定,在交易过程中,双方则需要通过大量的交易准备和交易谈判工作进一步明确交易的对象,判断交易的利弊,并花费大量的人力、物力和财力采取各种措施,保障交易预期的实现,这必然会大幅增加交易的成本。

总之,数据要素的市场化配置是在特定的数据产权制度安排下进行的,产权制度如何安排将直接决定市场配置数据要素能否进行、市场配置的数据要素范围以及其配置资源的效果。

二、数据要素市场配置对数据产权制度的基本要求

《意见》指出,要“充分发挥市场配置资源的决定性作用,畅通要素流动渠道,保障不同市场主体平等获取生产要素,推动要素配置依据市场规则、市场价格、市场竞争,实现效益最大化和效率最优化”。为充分发挥市场配置数据资源的决定性作用,实现数字经济条件下各种数据资源的优化配置和高效利用,数据产权制度应从市场化配置数据资源的要求出发,进行合理的安排和建构。当前,我国现行立法中,对于数据产权制度的相关规定仍不完善,现有的规定仅限于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第127条,“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”。这一规定至多只能表明数据可作为一种财产获得法律的保护,但它并没有对以数据为客体的财产权进行界定。《中华人民共和国网络安全法》和《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)只是从网络安全和个人信息保护的角度对数据的采集和利用作出了必要的限制,也没有对数据财产权利的概念、内涵、类型和边界等作出明确的规定。我国数据产权制度的现状严重滞后于数据要素市场化配置的要求,亟需根据数据要素的特点对其产权制度进行系统的建构。本文认为,建构适应数据要素市场化配置的数据产权制度应当使相应的数据产权至少符合以下要求。

(一)数据产权的独立性

数据产权的独立性意味着作为数据产权的主体、归属主体的受法律保护的利益和产权的客体都应当具有相对的独立性。数据产权主体独立,意味着数据产权的主体应是能够按照自己的意思,以自己的名义独立进行产权交易活动,并享受权利、承担义务和责任的主体。产权体现的利益独立

意味着归属于特定主体的受产权保护的利益相对独立。权利本质上是受法律保护的利益^[16]。数据产权的独立性是数据要素可进行市场化配置的基本条件,在数据产权具备独立性的前提下数据要素交易才能正常进行。

(二) 数据产权的明晰化

产权是否明晰决定了市场能否安全地进行资源配置,进而决定市场配置资源的效果。根据法经济学理论,财产权制度有两项基本原则:第一,把私人在资源配置上的意见分歧所造成的损害降到最低(规范的霍布斯定理);第二,将阻碍私人在资源配置上达成协议的障碍减到最少(规范的科斯定理)^{[13][139]}。产权不明晰不仅可能导致市场主体将不属于自己的利益让渡给其他人,而且会产生过高的交易成本。

与其他要素市场化配置对产权明晰化的要求一样,数据产权的明晰化首先要求产权的客体应当明确,即数据产权所覆盖的数据资源的范围应当明确。其次,产权的内容应当明确。即数据产权的权利人享有哪些权利,权利享有的同时承担哪些义务和负担应当明确。最后,权利与权利之间的界限应当明确。在数据要素资源之上,如果存在多重产权,权利界限的明晰有利于避免权利主体间的冲突。

(三) 数据产权的流动性

在法治社会,数据要素市场化配置要获得法律的保障,数据交易的活动应符合法律的要求。市场配置资源的效率首先取决于可流动产权所覆盖的数据要素范围的大小,通常情况下,可流动的产权所覆盖的数据范围越大,市场配置资源的范围也就越大。其次,市场配置资源的效率还取决于产权可流动的主体范围的大小,产权流动的主体范围越广,意味着数据资源可以在更广泛的主体之间进行市场化配置,这将更有利于数据资源配置的优化。最后,市场配置资源的作用,还取决于流动成本的高低,有关数据产权的安排,应尽可能地降低数据产权的流动成本,尤其要重视降低市场主体发现交易机会的成本,对作为交易标的的数据资源的了解成本,数据交易的谈判成本,以及完成交易程序的成本。

产权的独立性、明晰化和可流动性是市场配置资源对产权制度的普遍要求,这些要求对数据产权制度也同样适用。但是,由于数据要素的特殊性,在数据产权制度的安排上也需要充分考虑数据要素的特点,根据市场配置资源对产权制度的一般要求,进行合理的调整和变通。

三、要素资源市场化配置下数据产权制度建构的路径

(一) 与数据相关的法律制度建构路径学说评析

从目前的情况来看,学界对于数据资源法律调整的问题,主要形成了两种不同的调整范式:一是以数据产权为基础的权利范式;二是不以数据产权为基础的行为范式^[17]。现行立法和司法实践对这两种范式都有一定的体现。就权利范式而言,现行《民法典》已将数据作为一种财产的类型予以了认可。就行为范式而言,《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国反不正当竞争法》以及《个人信息保护法》等,也有一定程度的体现。从学界研究的情况来看,主张权利范式的规制路径有通过物权、知识产权和人格权等法律制度进行规制的不同主张。主张行为范式的,在规制径上则有合同法、侵权法、反不正当竞争法和公法保护路径的分野^[18]。

权利范式中的财产权保护路径,主要有“数据所有权说”^[19]、“数据所有权+数据用益权说”^[7]、

“数据人格权和财产权+数据经营权和数据资产权说”^[4]等不同的学说主张。“数据所有权说”主张以数据所有权作为数据财产的权利形式,其中又有“单一所有权说”和“双重所有权说”之分。“单一所有权说”主张以单一的所有权作为数据财产权的唯一形式,“双重所有权说”主张将数据所有权设置为个人的名义数据所有权和企业的实际数据所有权。“数据所有权+数据用益权说”主张赋予数据原发者数据所有权,同时赋予数据处理者数据用益权。“数据人格权和财产权+数据经营权和数据资产权说”主张用户基于个人信息对数据享有人格权和财产权;数据经营者基于数据经营地位和经营资格享有数据经营权,同时基于其对数据的集合和加工享有数据资产权。知识产权保护路径的主张者认为,数据和知识产权的客体同样具有无形性和可复制的特点,因此可以借助知识产权法律制度对其予以保护。对于具有独创性的数据库和其他数据载体,可以通过著作权法关于汇编作品的规定予以保护。对于在数据库搭建中做出投入和贡献的,可以赋予其对数据库的特殊权。同时,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。人格权保护路径主张者认为,作为人格权客体的人格利益,是可以与自然人相分离的、独立的民事权利客体。而且,既有的法律已经充分认可了人格权的财产属性,因此可以通过人格权制度为个人数据主体的财产利用一并给予保护。

数据保护的行为范式中,合同法保护路径主张者认为,数据产权的确立不具有可行性。由于数据的无形性、可复制性和流通性的特点,无法脱离载体而存在,因而不可能成为民事权利的客体。现实生活中,大数据交易本质上是数据服务合同,因此完全可以通过合同制度对数据开发产生的经济利益予以明确^[20]。权法路径主张者认为,应修正责任规则、强化对数据利用行为的法律规制,来实现法律调整的目的。该说同样反对通过财产权制度对数据进行保护,认为通过责任规则,对数据关系进行调整更具优势。可以通过侵权制度的完善,有效规制数据利用的行为。反不正当竞争法保护路径的主张者认为,可以通过反不正当竞争法的商业秘密保护制度和该法的一般条款对数据的采集、利用等行为进行规制,规范数据使用行为。公法保护路径主张者认为,数据不具有独占性和排他性,是一种准公共产品,因此需要通过公法手段对数据进行保护。可以通过加强对数据的社会控制,强化平台内部的数据治理,构筑有效的外部监管,保护数据的规范运用。

以上关于数据关系法律调整的各种路径主张都从不同的角度对与数据资源相关的制度安排提出了不同的设想,对我国数据法律制度的建构进行了有益的探索。对于相关制度的完善,有一定的参考价值。

本文认为,数据资源的市场化配置,应以对数据产权的合理界定为前提。因此,上述各种制度建构路径的学说实际上并不存在非此即彼的路径选择问题。关于数据保护行为范式的各种学说,虽然对保护数据要素市场化配置过程中当事人的合法利益,防止各种侵权行为和违法行为的发生,维护公共利益和社会秩序都有重要的意义,但从市场配置数据要素资源的需要出发,通过法律合理界定数据产权似乎是一种必然的选择。

(二) 数据产权制度建构的路径设置

实现数据资源的市场化配置应按照权利范式的基本思路,从数据资源的特点出发,设置可以用于市场交易的数据产权。本文认为,在确立数据产权制度建构的路径时,需明确以下几个基本问题。

第一,数据的基本生产要素地位。《意见》明确将数据作为现代信息社会的基本生产要素,与土地、劳动力、技术、资本相并列。在数据财产权制度安排上应充分考虑数据生产要素的基本属性,数

据产权制度安排应着力确保数据要素能够在社会生产活动中得到充分、高效的利用。首先,数据产权制度的安排应有利于实现数据要素的优化配置。人类社会发展的历史经验证明,市场是实现资源配置优化的基本手段,因此,数据产权制度的安排,需充分体现市场配置资源的决定性作用,应根据市场配置资源的要求,使数据资源能够通过产权交易在不同主体和领域间畅通地转移、流动,实现数据资源配置的不断优化。其次,数据产权制度的安排应有利于实现数据资源的充分利用。一方面,应通过产权制度设计,激励数据资源开发,使尽可能多的数据资源能够作为生产要素用于社会经济活动;另一方面,应通过产权制度设计,激励更多的市场主体为不同的经济目的,充分共享、使用各类数据资源。数据财产权制度中,应当具有激励数据资源共享、利用的机制。最后,数据产权制度的安排应有利于实现数据资源利用效益最大化。尽管生产要素的利用是创造新社会财富的来源,但要素的过度利用也可能带来一些负面效应。与其他要素一样,数据要素不受约束地利用也可能带来严重的负面效应,如对个人隐私利益的侵害,对国家安全的危害等。因此,数据产权制度应当根据数据要素的特点,充分考虑数据利用可能带来的负面效应,对权利人设置必要的义务和责任,以确保在实现数据资源充分利用的同时,实现负面效应最小化和利用效益最大化。

第二,数据要素的特殊性。数据要素相对于土地、资金而言,它具有无形性、可复制性和无损耗的重复利用性;相对于技术而言,数据并不要求有先进性、创新性的特点;相对于劳动力资源而言,数据的利用不会对主体的人身利益产生任何影响。数据与这些生产要素的区别决定了其在产权制度的安排方面,也要体现自身的特色。

数据作为一种特殊的基本生产要素,意味着数据产权的建构无需严格遵守传统财产权制度的固有理念。实际上,从传统基本生产要素的产权制度来看,土地、劳动力、技术和资本产权制度安排都具有相互迥异的特点。例如,土地要素产权的基本结构是所有权、用益权和担保权;而劳动力要素的产权结构是劳动力所有权和使用权;技术要素的产权形式则主要包括专利权、专利实施许可权。由此可以看出,在基本生产要素的产权制度建构方面,其基本的理念和关注的重点可以是完全不同的。但是,作为基本生产要素,其在产权建构方面又都突出了对来源和利用的高度重视。因此,数据产权制度的建构,一方面要重视数据来源方面的利益保护,另一方面,也要重视数据利用的利益保护。

基于以上考虑,本文认为,数据产权制度的建构应当将重点放在数据要素的开发和利用两个方面。在数据要素开发方面,通过确立数据来源主体的来源权,在保护来源主体合法利益的前提下,促进数据的共享,增加作为生产要素的数据供给;在数据利用层面,通过确立各类数据利用主体相应的产权,推动数据资源的合理流动,优化资源配置,提高利用效率。在数据产权制度的建构路径上,应采用数据来源权和数据利用权二元结构的基本权利架构。

四、要素市场化配置下数据产权制度建构的基本思考

数据产权或数据财产权,作为一种新的财产权,其产权制度可按数据来源权、数据利用权和有关公共数据产权的特别安排这一基本框架进行建构。

(一) 数据来源权制度

数据来源权是指数据最初来源的贡献主体所享有的权利。从数据的产生方式来看,任何数据都有特定的来源对象。就整体而言,数据的来源对象包括三个基本方面:一是来源于人,包括人、人

类的物质活动和人类思维活动,如个人数据等(主体不包括人类,只能是特定的自然人);二是来源于客观世界,如各种气象数据、地理数据等;三是来源于机器,即通过信息技术、设备利用数据所产生的衍生数据。在数据来源权的建构方面,首先应明确相应数据的来源权主体,可根据来源不同设置人的数据、客观数据和衍生数据的权利主体。人的数据可分为个人数据、人类物质活动数据和人类思维活动数据。个人数据的来源权应当归属于作为数据获取对象的自然人;人类物质活动数据的来源权主体应为参与这类活动的人的集体;人类思维活动数据的来源权主体则应为产生相关数据的人类个体。客观数据的来源权应当归属于相应资源的所有人;而机器衍生数据来源权主体应当为对产生衍生数据的技术设备和系统享有所有权或管理权的人。但是,衍生数据往往由个人数据和客观数据通过机器的运用而产生。因此,衍生数据的来源权仅仅限制在机器衍生的新数据范围内,且不能侵犯个人数据和客观数据来源权主体的利益。

数据来源权主体的利益主要体现在其对数据利用的约束和限制方面。因此,对于数据来源权的制度安排,应主要考虑数据利用过程中可能对数据来源权人产生的利益影响。在通常情形,来源权人所享有的利益主要表现在以下几个方面。

(1)知情同意利益。即数据利用者要从来源权主体处获得相关的数据应让其知道获取数据的情况,并获得他的同意。

(2)要求利用者保持数据真实性的利益。即来源权主体可以要求利用者维持数据的客观真实,并享有根据自身实际情况的变化请求对数据进行调整或删除的利益。

(3)数据利用不能对其造成损害的利益。即要求数据利用者在数据利用过程中不得损害其合法权益,包括未经其同意不得泄露相关个人信息和其他信息的利益。

(4)参与数据利用收益分配的利益。即权利人可以参与数据利用过程中产生的收益分配。例如,对利用个人数据产生的收益,来源权人应当享有一定的收益分配权。当然,考虑到单个主体个人信息往往对于数据利用收益的贡献极小,而进行收益分配的成本又很高。因此,对于收益权可以根据具体情况由来源权人和数据利用者签订合同来约定。对于来自客观世界的的数据,利用者也应当允许相应的权利主体参与收益的分配。但由于对各种客观资源的数据获取往往具有开放性,因此,收益权也可以通过合同的方式进行约定,在没有约定的情况下应视为权利主体放弃收益权。衍生数据来源权主体对于该数据的应用也享有收益权,具体的收益权实现方式可由数据来源权主体与数据的再利用主体通过合同来约定。

数据来源权制度可根据来源权主体享有的以上四个方面的利益分别设定来源权人知情同意权、维护数据真实性的权利、排除数据利用侵害的权利和参与利用收益分配的权利。

数据来源权与来源对象密不可分,无论数据流转到哪里,经过多少次转手,来源权的主体都不会发生改变。因此,数据来源权本身不能转让。但数据来源权制度在给予来源权人充分利益保护的前提下,也应从市场配置数据资源的要求出发,健全数据共享激励机制,以使更多的数据资源能够通过来源权人许可流入数据利用领域。

(二) 数据利用权制度

对数据的利用应从广义上来理解,数据利用包含来源权主体对自己数据的利用和数据脱离来源对象而由非来源权主体控制并进行的利用。数据利用应包括对数据的采集、挖掘、清洗、加工、存储、传送、分析、使用等行为。由于数据来源权人的利益保护已在来源权制度中得到体现,因此,数

据利用权制度安排无需再对来源权主体的自主利用和非来源权主体的非自主利用进行区分。在数据利用权制度安排方面,可对自主利用和非自主利用同样对待,统一安排。

赋予数据利用者数据利用权的主要目的是保障数据利用者的合法权益,促进数据的高效利用。因此,数据利用权内容应当在充分保护数据来源权的基础上,对数据利用者的利益作出适当的安排。

1. 数据控制权

数据控制权,即数据利用者享有的对其合法取得的数据进行自主管理的权利。数据控制权类似于一般有形财产的占有权,由于数据的无形性,因而,利用权人无法现实的占有,但是,可以通过一定的技术手段,对其进行控制。基于数据控制权,权利人可以在满足法律要求的范围内决定或者变更数据的存储方式,约束数据爬行行为、依法删除或公开特定的数据^[7]。数据控制权是数据利用权人的基本权利,也是数据利用权人进行数据利用的先决条件。在不影响数据来源权和法律强制性规定的前提下,应当赋予数据利用者对于其所利用的数据进行充分有效控制的权利。

2. 数据使用开发权

数据使用开发权,是数据利用权人对其所获取的数据进行技术处理和应用拓展,以实现数据高效利用的权利。通过数据的使用开发,可以形成基于数据应用的各种数据产品,如图片、文字报告、数据库等,对于这些通过数据开发的数据产品,数据利用权人都应享有合法的所有权;基于数据使用开发权,数据利用权人也可以对相关数据进行汇集形成大数据,并为特定的目的加以利用;数据利用权人还可以将相关数据与特定的技术相结合,形成数字化的技术方案,用于生产过程和管理的数字化改造,实现数字技术的有效利用,等等。数据利用权制度仅需对数据使用开发权作出规定,无需就其使用开发的具体方式作出规定,这样更能体现对数据利用方式创新的包容。

3. 数据许可权

数据许可权,是数据利用权人许可他人利用数据的权利。由于数据要素具有无限重复使用而不产生损耗的特点,因此,在数据共享不损害公共利益和来源权主体利益的情况下,应当鼓励数据利用权人通过许可而使相关数据得到更广泛的应用。对于数据许可权,没有必要按照专利权的许可思路设置严格的条件和要求,应允许当事人就数据的使用范围、使用方式等进行自主协商,但应尊重数据来源权主体的权利并符合社会公共利益的要求。

4. 数据处分权

数据处分权,是数据利用权人对自己控制的数据享有的进行事实上或者法律上处分的权利,包括对相关数据要素的放弃或转让的权利。

以上是数据利用权的基本内容,由于数据利用在很多情形并不会直接产生经济上的收益,例如,利用数据承载的信息为科学决策提供依据,并不会直接产生收益,因此,收益权不应成为数据财产权的基本内容,但这并不排除数据利用权人可将数据要素用于生产经营活动,并获得相关产品和服务的经营收益。

数据利用权制度除应当对数据利用权的内容作出规定外,还应就数据利用权的合法取得方式作出规定。利用权人对因自己行为生成的数据或通过依法采集、受让、被许可、继受等方式取得的数据,享有数据利用权。

此外,法律制度还应就数据利用权人的权利保护作明确规定,数据利用权人应享有排除他人非

法干涉数据利用的权利,禁止他人窃取、妨碍和破坏数据的权利,以及在其利用权受到侵害时通过法律途径请求停止侵害、排除妨碍、消除影响、赔偿损失的权利。

数据利用权是数据要素市场化配置的主要权利形式,因此,数据利用权法律制度应在充分尊重数据来源权人利益和维护公共利益的前提下,赋予数据利用权高度的流动性。相关立法应当尽可能地拓展可流通的数据范围和数据可流通的主体范围,减少对流通的约束和限制,使更多的数据资源能够在更广的市场主体间进行流转,使市场优化资源配置的功能在数据要素领域得以充分地发挥。

(三) 对公共数据产权的特别安排

从广义上说,公共数据包括来源权不明和来源于政府的、可由社会共享的数据。目前一般将公共数据理解为,由政府履行职责和提供公共服务过程中采集和产生的数据。但实际上,公共数据除政府公共数据以外,来源权主体不明的数据也应归入其范围。对于公共数据的产权界定,也应区分以上两种情况。

对来源权主体不明的公共数据,无需就其来源权进行规定,数据的利用权应由社会共享。对于这一类数据资源,数据利用者在使用过程中,应当遵守法律、社会公共利益和公序良俗的要求。数据利用权人不享有排他的控制权和处分权,但可以对其进行一定的加工和经营。市场主体可在对这一类公共数据进行加工的基础上,与其享有数据利用权的其它数据结合,开展相关数据的经营活活动,这将有利于对数据资源的充分利用。

政府机关采集的公共数据,其来源权主体是为相关政府机关提供数据的自然人和法人;政府自身的数据以及政府在运用数据过程中产生的衍生数据,应以国家为来源权主体。政府对其采集的数据和自己享有来源权的数据,享有数据利用权。这意味着,政府对其搜集的数据在使用过程中也应充分尊重数据来源权人的利益。政府对公共数据的利用权,应当包括控制权、加工权、保护权和有限的许可权,但不应享有经营权和收益权。同时,政府在行使数据利用权的过程当中,应当根据数据的具体情况对相关数据进行分类管理。对需要公开和共享的数据,应及时开放,让社会共享;对需要在一定范围内共享的数据,应在限定范围内,实时开放共享;对不能共享的数据禁止开放,并应采取相应的保密措施,防止其泄露。政府不得经营其所控制的数据资源,以牟取利益。市场主体可以通过依法共享政府数据获得数据利用权,但这种数据利用权不具有排他性,不能够排除、限制他人对该公共数据的使用。

五、结语

实现数据要素的充分高效利用,应根据市场化配置资源的要求,结合数据要素的特点,建构与之相适应的数据产权制度。在建构路径上可采取数据来源权和数据利用权的二元结构,在数据来源权方面重点考虑来源权主体对于数据利用的知情同意利益、维护数据真实性的利益、要求数据利用不得对其造成损害的利益,以及根据数据利用情况参与收益分配的利益,并以法律的形式将这些利益权利化。对于数据利用权,应从激励数据充分高效利用的角度出发,赋予权利人数据控制权、数据使用加工权、数据许可权、数据处分权,使数据利用权成为市场化配置数据资源的主要产权形式。对公共数据应在区分其有无来源权主体的前提下,分别作出不同的制度安排。

参考文献:

- [1] 卡尔·马克思. 资本论(第一卷)[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局, 译. 北京: 人民出版社, 1975: 424.
- [2] 齐爱民. 数据法原理[M]. 北京: 高等教育出版社, 2022: 1.
- [3] 杨艳, 王理, 廖祖君. 数据要素市场化配置与区域经济发展: 基于数据交易平台的视角[J]. 社会科学研究, 2021(6): 38-52.
- [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): 63-77.
- [5] 李爱君. 数据权利属性与法律特征[J]. 东方法学, 2018(3): 64-74.
- [6] 田杰棠, 刘露瑶. 交易模式、权利界定与数据要素市场培育[J]. 改革, 2020(7): 17-26.
- [7] 申卫星. 论数据用益权[J]. 中国社会科学, 2020(11): 110-131, 207.
- [8] 罗培, 王善民, 王宇声, 等. 数据要素市场体系与机制研究[J]. 中国口岸科学技术, 2020(8): 31-36.
- [9] 俞林, 赵俊红, 霍伟东. 推进数据要素市场化配置 促进经济高质量发展[J]. 宏观经济管理, 2021(10): 48-54.
- [10] 卫兴华. 关于市场配置资源理论与实践值得反思的一些问题[J]. 经济纵横, 2015(1): 1-6.
- [11] 洪银兴. 实现要素市场化配置的改革[J]. 经济学家, 2020(2): 5-14.
- [12] 《经济法学》编写组. 经济法学[M]. 第2版. 北京: 高等教育出版社, 2018: 10.
- [13] 罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学[M]. 张军, 译. 上海: 上海三联出版社, 上海人民出版社, 1994: 136, 139.
- [14] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析(上册)[M]. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 40.
- [15] 保罗·A·萨缪尔森, 威廉·D·诺德豪斯. 经济学(下册)[M]. 第12版. 北京: 中国发展出版社, 1992: 1132.
- [16] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2004: 108.
- [17] 宁立志, 傅显扬. 论数据的法律规制模式选择[J]. 知识产权, 2019(12): 27-35.
- [18] 包晓丽. 数据产权保护的 legal 路径[J]. 中国政法大学学报, 2021(3): 117-127.
- [19] 冯果, 薛亦飒. 从“权利规范模式”走向“行为控制模式”的数据信托: 数据主体权利保护机制构建的另一种思路[J]. 法学评论, 2020(3): 70-82.
- [20] 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): 164-183, 209.

The construction of data property right system under market-oriented allocation of factors

XU Siwei

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: With the development of modern information technology, data has become a basic factor of production alongside land, labor, capital and technology. The basic characteristics of data elements include intangibility, replicability, derivative and so on. The definition of data property rights should be reasonably adapted according to the characteristics of data rather than carrying out in full accordance with traditional concepts and methods. The reason why data can become a basic factor of production is that it has the basic utility of carrying and providing information, acting as a means of production for digital products and as a key element of the digital economy. Through the allocation of data element resources through the market, the allocation of resources can be continuously optimized, so that more resources will be used in an optimized configuration state, the utilization efficiency of resources will be improved, and the supply of market elements can be optimized. From a legal point of view, the market allocation of resources is actually the distribution and combination of resources among different entities through the transaction of rights covering resources. Since the

market-oriented allocation of data elements should be realized in the form of data property rights transfer, data property rights are the necessary premise for the market-oriented allocation of data elements, and the arrangement of the data property rights system will directly affect the effect of the market-oriented allocation of data elements. Therefore, in a society ruled by law, the market-oriented allocation of data elements inevitably depends on a sound legal system for data property rights. According to the requirements of the market to allocate resources, the data property rights system should make corresponding data property rights meet the basic requirements of independence, clarity and liquidity. However, due to the particularity of data elements, it is also necessary to fully consider the characteristics of data elements and make reasonable adjustments and adaptations in the arrangement of the data property rights system. In the construction path of the data property rights system, the basic rights structure of the binary structure of the right to data source and the right to use data should be adopted. The right to data sources and the right to use data are the basic rights of the data property rights system. The right to data source is the right enjoyed by the contributor to the original source of the data, and the right to informed consent, the right to maintain the authenticity of the data, the right to exclude the infringement of data use, and the right to participate in the distribution of the proceeds of the use should be stipulated according to the basic interests enjoyed by the data source holder for the data. The right to use data is the right of the right holder to control, development, license and dispose of the data elements in accordance with law, including data control rights, data development rights, data licensing rights, data disposal rights and other specific data rights. The right to use data is the main form of rights for the market-oriented allocation of data elements, so the legal system of data use rights should give the right to use data a high degree of liquidity. For public data property rights, corresponding provisions should be made on the basis of distinguishing between public data without source right subjects and government public data (government data). The government has the right to use public data, but it cannot exercise this right for profit.

Key words: data element; market-oriented allocation of factors; data property rights; the right to data source; the right to use data

(责任编辑 袁虹)