

cookies的使用进行限制,比如美国各大运营商均放弃用所谓不可删除代码技术来追踪移动用户的浏览习惯。不过,近期的“新浪微博诉脉脉反不正当竞争案”中,北京知识产权法院利用《反不正当竞争法》,在企业对第三人的关系上,间接维护了用户对于敏感个人信息的利益。^[30]

2. 基于企业数据的社会经济利益

企业数据不仅是产生企业自身的数据经济利益,本身在其享有、应用、交易的语境下也会因为数据化活动本身而影响特定经济和社会秩序,从而涉及社会经济利益特别是市场经济秩序。

首先,基于数据的活动,可能影响市场经济秩序,特别是影响公平竞争、公平交易和公平消费利益。企业基于数据应用,可能产生数据垄断、数据滥用、数据歧视等问题,违反《反垄断法》《反不正当竞争法》和《消费者权益法》,导致企业和竞争者、企业和消费者之间的利益冲突,损害竞争利益和消费者权益。这种情况与一般意义的反垄断、反不正当竞争、消费者权益保护具有相当程度的重叠性。从规范角度来说,很多仅仅是适用问题,但是也存在不少特殊的地方,不能简单适用反垄断、反不正当竞争、消费者权益保护,而是需要针对数据场景加以具体化甚至特殊化规制。

最近国内外关于基于数据算法的垄断、隐藏、歧视的例子,频频发生,暴露出这一事项上特殊立法的急迫需要。例如,Google公司Pagerank的数据垄断事件。Google开设搜索引擎功能,其Pagerank算法使得用户通过搜索产生的数据,可以被用来提升搜索体验,还可以被用来判断市场趋势或者针对用户兴趣投放定位广告或者预测流感蔓延趋势等,从而提高用户对Google搜索引擎的忠诚度。Google对Pagerank算法申请了专利,并利用这种数据专利形成数据垄断,通过所产生的超大量数据来挖掘相关市场利益,即使该专利终止,也可凭借其对各类数据的多年的垄断获得比较利益,严重损害市场竞争和消费者利益,进而也损害大数据产业发展本身。^[31]又如,美国Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech.一案,被告滥用拆封许可协议而形成过度保护。这种拆封许可协议声明该许可协议属于合同的一部分,拆开包装即意味着接受了许可协议条款,放弃一切品质保证权。该案中,幸好法院以许可方未于订立物质载体的买卖合同之时向被许可方披露拆封许可协议为由,最终拒绝承认拆封许可协议的效力。^[32]此外,实践中不少数据合同交易的转让方往往以双重搭配手法破坏交易公平。这些转让者以法律对数据保护不足为名,将数据交易拆分为许可交易+技术措施保留的双重搭配方式,以备对许可协议风险进行自力救济。这些技术保护措施,表现为企业作为权利人的访问控制、识别作品、控制特定使用等。数据企业通过这种方式,往往可能获得过当保护。一方面,此类数据许可合同多由许可方单方拟定,所以容易导致对市场弱势地位的被许可方的压制;另一方面,被结合使用的技术措施往往存在巨大的隐蔽性,容易沦为数据黑洞,导致歧视、不公平交易、垄断等后果。

其次,基于数据的活动,可能影响其他社会经济利益,例如劳动者利益等。根据现在的劳动法、社会保障法等法律,劳动者等享有劳动保障利益,社会经济成员享有必要的社会保障利益,但是,企业数据经济化的发展,也有可能使得这些特殊利益陷入困境。企业数据权利人的自利追求,容易和这些社会经济利益发生不协调甚至冲突,因此需要注意平衡和维护。

最后,基于企业数据,可能影响社会经济管理利益。大数据作为当今经济战略资源,体现着社会经济资源利益的需求。对此,国家对于企业数据作为社会经济战略资源的一面,以战略管理和宏观调控的方式,建立了特殊的配置和限制要求,这些都是强制性的利益设定,对于企业数据的核心利益和其他利益关系构成限定。

[30]法院认为,被告脉脉未经新浪微博及其用户授权,利用爬虫技术获取并使用用户的职业信息、教育信息,非法获取并使用脉脉注册用户手机通讯录与微博用户的对应关系,破坏了公平竞争秩序,构成了不正当竞争行为。法院还明确指出了微博平台对于用户信息的保护力度不足,“数据提供方不仅应将用户数据信息作为竞争优势来加以保护,还应将保护用户数据信息作为企业的社会责任”。从判决书中可知,法院实际上认为脉脉损害了个人用户关于敏感个人信息的知情权、授权或撤回同意的权利和用户的利益。参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

[31]Brenda M.Sims& Ted Sichelman, Data-Generating Patents, 111 NW. U. L. Rev. 377 (2016—2017).

[32]Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech., 939 F.2d 91 (3d. Cir. 1991).

3. 基于企业数据的公共利益和安全利益

企业数据保护本身承载着功能的聚合性,其中公共功能都要体现为法律上的特殊公共利益保障。国家法律在相关法律体系格局中,面向这些功能的要求,设定了相应的更高层次的不同利益机制。例如,信息社会畅通、促进和改善公共管理、维护信息和数据安全功能、促进和保障国际协作等。它们成为企业数据利益交织关系中的组成部分,依据其功能地位不同发挥利益平衡或限制作用。

企业数据内部和外部关系中,必须明确这些公共利益的存在,并予以足够的考量。一方面,数据制作者依据其数据财产权,可以享有由此带来的经济利益;另一方面,上述公共利益的尊重必须使之内化或者外加为数据财产权取得、享有和行使的必要条件或限制,从而构成一种制约。数据经营者在促进企业数据经营高效的目标下,进行数据收集、处理和应用等行为时,应当接受相应的管理要求,包括技术管理方面的要求,同时负担与这些利益进行协同的义务,确保基于这些利益的保障要求,进而促进数字经济稳步提升,保障大数据的公共安全,不断提升国家信息社会建设和信息化管理能力。

五、企业数据财产权化的结构设计问题

(一) 企业数据财产权化结构的复杂性

企业数据财产权保护路径的设计非常复杂。企业数据承载功能的多重聚合性以及所涉利益关系的交织性,导致它的财产权设计与民法上典型的财产权不同,即无法采取纯粹意义的财产权构造方式。它在形式上虽然采取私权形式,却需要兼顾与多种功能和利益进行协同,因此必须呈现为一种具有极强协同性的复杂财产权形态。在这个意义上,企业数据财产权虽然具有权利之名,但其结构实为一种极为复杂的法律秩序安排。在这一点上,与采取私权形式的知识产权机制,以及没有采取私权形式的企业竞争保护机制既相似,但更加复杂。

(二) 企业数据财产权的私益结构

企业数据财产权采取权利名义,旨在安排一种鼓励企业数据经济化的私有结构,这种结构体现为企业自身的可支配性和排他占有性私益。有了这些数据私益,企业的数据动力得到有效支持,企业的付出和努力得到合理肯定,企业的经营机制和作用得到有效安排和促进。不过,这种私益结构本质上只是一种鼓励技术,企业数据财产权设计的最终意义,在于通过这种权利私益结构的鼓励作用,最终实现整体数据经济的繁荣和福利的增进。这一点与知识产权和企业竞争利益的设计相似。也就是说都是以私权私利之名,行公权公利之实。^[33]

笔者的数据财产权化思路,总体包含数据经营权和数据资产权两种赋权构想,其中数据资产权属于最狭义的数据财产权。数据经营权,是企业对于数据得以经营的一种主体资格。基于这种资格,企业可以收集、加工、利用和交易数据。数据经营权有一般经营权和特殊经营权之分:一般经营权属于普通领域,企业可自动取得;但特别经营权涉及数据经营管制问题,适用于特殊领域例如金融数据、医疗数据、司法数据、电信数据等,需要建立依法引入许可、特许制度。无论何种数据经营权的行使,本身都存在最低要求限制,这就是要合法经营及合法收集,在涉及收集作为数据来源的个人信息时,尤其存在诸多保护限制。数据经营者不能毫无限制地穷尽收集其所接触到的全部个人数据,也不能将个人数据存储任意期限,还需要在收到数据后进行去标识化的步骤。欧盟GDPR、我国相关法律(例如将于2018年5月1日开始正式实施全国信息安全标准化技术委员会归口的《信息安全技术 个人信息安全规范》)都规定了数据经营者在获取个人用户数据时有目的合法性、取得需授权、数量最

[33]以美国商标法为例,美国商标法理论认为,商标权名为企业的一种权利,实际是保护消费者利益的一种特殊机制,即以刺激企业通过保护商标权而提升企业标识形象的方式,旨在使得消费者得以避免误认商品或服务。所以,美国法学院课程设置中,习惯将商标法与反不正当竞争法合在一起,叫《商标与反不正当竞争法》,原因在于功能接近。

小化、存储最短化、内容去标识化的要求,实际就是从数据取得、目的、数量、期限、内容上对数据经营者的权利进行限制。2018年年初的“支付宝年度账单”事件中,国家网信办约谈支付宝、芝麻信用两家公司负责人,就指出其收集用户个人数据的方式不符合规范的要求。^[34]

数据资产权,作为一种专有排他权,比对所有权、知识产权来设计,其私益结构部分,体现为企业对其数据在特定范围享有占有、使用、收益和处分的权利。可以设定期限限制,例如15年左右。又可以区分支配方面的权能和排他方面的权能两个方面:

首先是专有支配方面。包括:(1)对于数据的占有权,是指数据制作者在合法获取数据后,可以对经过其处理的数据集合享有一定程度的实际控制的权利。但这里存在一个直接的限制结构,个人信息主体随时享有撤回同意、更正、删除的权利,这就使得企业数据主体的权利不是完整的,其不能够完整地控制其已经收集的数据。(2)对于数据的使用权,是指数据经营者对数据可以加以利用的权利,可以将之分为内部使用和外部使用两种模式。内部使用是指数据经营者收集数据之后,自行处理分析,制作出有价值的数据集后,用以解决其预先设定的问题,比如风险预测,市场决策,广告投放等;外部使用则是数据经营者将其收集的数据传输给第三方,供其使用。内部使用不得超出其向用户收集数据时所说明的目的、使用方式、授权范围等,外部使用则另需用户授权同意并进行信息安全影响评估。(3)对于数据的收益权,是指数据经营者利用其数据集获取的经济利益的权利。一般企业作为数据经营者可以依据法律法规,遵循市场机制,自由进行数据集交易,获取正当利益。实践中的贵阳大数据交易所等正是这样进行资产化的数据集交易。(4)对于数据的处分权,指数据经营者依法对数据集进行“处理”的权利。英国《数据保护法》、德国《数据保护法》和欧盟的GDPR,对于这种“处理”的权利,采取了狭义定义,即包括存储、变更、传输、封锁和删除。^[35]然而,即使这样,狭义定义下的处分权也还有限制。比如对于存储的限制,不仅体现在存储的期限和模式(敏感数据加密等),还体现在对于存储地域的限制上。^[36]

其次是排他性的权能。上述数据资产的专有支配的内容同时具有排他性的效力,即可以排除任何第三人干涉(包括侵入、加害等)。正是这种排他性权能的赋予,企业数据财产权区别于一般的数据合同权利,可以对抗来自第三人的数据侵入、盗窃、非经授权使用等。

(三)企业数据财产权的限制结构

基于其他保护功能和利益关系的关联存在,数据财产权作为数据保护的一种复杂秩序安排,并非一种完全自在自为的绝缘化权利空间,除了私益部分建构之外,还应设计出许多限制结构,以使其具有足够的弹性和外接性,以便对接或协同各种功能和利益关系的实现。这种结构,或为保障数据经济秩序,或为促进数据公共利益,或为推进信息社会建设,或旨在保障数据安全等,不一而足。此外,数据经济具有巨大的潜在的应用场景,导致许多特殊的应用限制。

1. 基于数据的市场经济秩序限制

数据财产权设计应当注意保障数据市场经济秩序的公平有序和交易安全,包括致力于有效抑制或消除数据垄断、数据欺诈、数据歧视等破坏竞争和公平交易、损害消费者利益的现象。

首先,避免大数据产业垄断。应以《反垄断法》为基础,及早构建周密且有针对性的规则,对数据经营者的数据垄断活动进行限制。大企业的数据垄断带来的后果巨大:妨碍数据流通,限制数据产业发展,不利于经济增长,甚至阻碍国家大数据的战略发展计划实施。^[37]现实中,基于雄厚的资产基础、

[34]参见国家互联网信息办公室网络安全协调局约谈“支付宝年度账单事件”当事企业负责人,载国家网信办http://www.cac.gov.cn/2018-01/10/c_1122234687.htm,2018年3月30日。

[35]王玉林:《信息服务风险规避视角下的大数据控制人财产权利与限制研究》,《图书情报知识》2016年第5期。

[36]参见我国《网络安全法》第37条:“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。”同时该条还对数据的传输进行了限制:“因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估;法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”

[37]参见《国务院关于印发促进大数据发展行动纲要的通知》,国发(2015)50号;《国务院关于印发“十三五”国家战略性新兴产业发展规划的通知》,国发(2016)67号。

技术条件,互联网巨头企业几乎百分之百会获得数据经营能力,会加剧巨头企业垄断数据的市场地位,导致对数据市场秩序的威胁和破坏。例如百度、阿里巴巴和腾讯等大数据企业凭借其占据的互联网优势,掌握了大量数据,可谓“拿走数据的多,贡献数据的少”,但是其自身构建的数据体系并不开放。^[38]

其次,避免基于数据的不正当竞争和损害消费者权益。数据财产权并不赋予数据权利人得以从事不正当竞争和交易的市场地位,应尽早参照《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等,建立具有针对性的制度,包括数据公平交易规则、算法公开和监管规则等,禁止企业利用数据破坏市场秩序、妨碍公平竞争、损害消费者权益。

2. 基于数据的公共利益和福利限制

数据财产权设计应平衡好与数据相关的公共利益包括数据福利的关系,数据财产权不只是一是要鼓励企业自身的数据经济化,同时更要协同实现数据公共利益和福利,最终推动数据经济的繁荣。这里,既包括积极的协同,如建立数据共享、促进数据流通等;也包括消极的协同,例如为了维护数据公共利益,在特定的情况下合理限制数据财产权的排他性,使其不得对抗公共安全、科技进步等公共利益需要。这一点与知识产权很相似。

首先,建立数据强制公开制度。数据经营者基于其数据集合获得了与自然灾害、重大疫情、恐怖袭击、经济危机等危及国家安全、社会稳定的紧急状态相关的预测、结论、观点时,应明确数据经营者具有主动向国家相关机构及时公开其研究结果的义务。这种强制公开不意味着数据经营者就此抛弃其收益的权利,而是基于维护公共利益的考量,强调数据经营者应当主动承担的社会责任。

其次,建立数据强制许可制度。大数据的本质是要求数据的流动与开放,大数据增值的方式之一则是根据原有数据集合进行再创造。因此,可以参照专利法中的为实施从属专利需要的强制许可,当利益相关的第三方利用其合法购置的数据集合创造出有价值的新数据集合的时候,应当明确这种全新的数据集合是该第三方的数据资产,原数据集合的权利人在获得合理对价之后,无权向第三方“二次创作”的数据资产主张权利。

最后,为了促进科学进步,技术发展,可以考虑借鉴著作权法下的“合理使用”的制度设计。当以科研为目的使用数据集合时,数据经营人应以合理价格向科研人员公开其持有的数据集合;科研人员则应当以非营利为目的,合理利用数据集合,并不得恶意向第三方公开。

3. 基于数据的信息社会和数据安全限制

数据财产权设计还要注意信息社会畅通的需求问题和信息与数据安全的保障问题。必须对此作好设计。

信息社会要求,对应于数据财产权,就是要求赋予企业数据权时,必须继续保证数据的可流通以及可共享的渠道无障碍。信息公开不仅适用于公共数据,也适用于私有可社会化数据。当然,信息跨境问题具有特殊性,存在国家之间的博弈,但最终应该通过改进而促进跨境流通。

数据安全保障要求,实际上限制的是数据经营权,应明确具有数据安全实施能力的企业主体才可以享有数据经营权。根据目前数据安全保护的实践、国际和国内相关法律法规的规定和我国的《安全规范》中明确的标准,用以确保数据安全的手段基本有以下五类:第一是采用先进的技术措施,包括数据去标识化、数据脱敏、存取控制、数据加密、审计日志、安全协议等;第二是加强数据从业机构内部人员的管理与培训,比如签署保密协议,定期培训考核等;第三是构建个人信息安全影响评估制度并定期开展评估,妥善保管评估报告;第四是从从业机构内部要设立专门进行个人信息保护部门和负责人,保障信息保护工作的投资;第五是建立个人信息安全事件应急预案,定期演练,及时报告。从这五类保护手段可以看出,数据安全需要数据经营者的大量人力、物力和财力的投入,不是所有数据

[38]参见大数据产业遭垄断:拿走数据的多,贡献数据的少,载经济参考报<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-10-20/doc-ifxwzpsa8241057.shtml>,2018年3月30日。

经营者都有相当的技术、资本为其收集处理的数据提供符合标准的保护的。

4. 基于大数据应用层面的特殊限制

大数据存在不断迭代的应用问题,像云计算、移动互联网、人工智能、物联网等。数据财产权像树根和树干,大数据的各种应用则像树枝或树叶,形成一种互动关系,后者指向各种独特的应用要求,形成新的业态和利益类型,引发新的问题,从而导致更加特殊的规制要求。

首先,商业应用层面。以电商平台为例,电商企业对于数据资产的利用模式主要是市场营销,具体如电商企业针对消费者的精准营销,电商企业通过收集、处理、分析大量消费者的消费数据,比如偏好购买产品类型、购买产品的周期、购买产品的平均消费、消费者的生活环境等,得出消费者的消费偏好和兴趣偏好,从而根据其兴趣和以往产品花费金额准确推荐相关产品、商家,采取有针对性的营销策略,刺激消费者消费欲望,最终促成消费行为。^[39]实践中,阿里巴巴已经可以通过消费者在支付宝中授权其获取的定位信息,比如走入了专卖某种商品的店铺,直接判断出消费者近期内想要购买的产品,继而通过其旗下的淘宝向该消费者精准推送相关产品的销售信息。电商企业对于数据资产的利用模式众多,涉及个人信息的数据体量巨大,所以在电商层面应更侧重于保护数据安全和个人用户的隐私利益。由于电商企业数量众多,且企业之间的安全技术保障能力、资本基础等相差极大。因此笔者认为,考虑到数据安全和用户隐私保护的的重大性,应该将数据经营权集中给予有能力有技术的大型电商企业,但是同样应考虑中小电商企业对于大数据分析技术应用的需求。第一,从国家层面来讲,应当为电商企业数据经营权设置“高门槛”,尽量通过国家规制将数据经营权集中在有技术、能力、资本的大型电商企业或从事电商相关数据分析的企业机构中,由这些企业对数据进行各种技术化处理和保护。第二,要保证中小电商企业能够以合理对价获取大数据技术的使用渠道。第三,要建立电商行业内部监管体制、核查机制和问责机制,同时建立保护数据安全的规范体系,做到在保护数据的同时,保证被交易的数据分析结果是基于公平、诚实信用原则的基础所分析获得的。

其次,工业应用层面。这里可能涉及不同层次的信息化或自动化,也涉及不同方面如智能制造或智能服务。目前以无人驾驶、自动驾驶为例,这类技术的有两项重要的前提:第一是要有巨量数据作为基础支撑,第二则是要有处理巨量数据的能力。数据主要来源于两个方面:一是来自车载传感器获取的数据,主要用以判断车在路上的位置、速度、方向,障碍物避让,是否需要停车、减速等方面;二是来源于第三方的数据,比如与滴滴平台合作,获取其行车途中所得路况信息、天气信息、道路情况、交通信号标志、路标信息等数据,进而利用这些数据来对无人或自动驾驶的汽车将要面对的路况作一个有效的精准预测。^[40]无人驾驶、自动驾驶技术的研发离不开前面提到的数据“量”的支持和“质”的保证。因此,为了推动此类技术进步、行业发展,最重要的就是相关企业进行数据共享,以最全面最详细的数据为基础再利用数据分析技术进行利用。在实践中,早在2013年,为加快无人驾驶技术实现,谷歌与Uber建立了合作进行数据共享。因此,笔者认为针对此种类型的工业应用模式,国家层面上可以采取鼓励、扶持的政策来促进相关企业之间进行数据流通、共享,但是不能够强制企业公开其数据;同时应该在行业内部建立有效的数据共享机制,并辅以合理的监管制度,同时对于潜在的数据垄断可能性保持警惕。

最后,工商业复杂基础设施应用层面。我国的工业互联网几乎与发达国家同步起步,为了使国家工业体系智能化升级转型顺利开展,促进实体经济发展,就必须采取发展工业大数据技术、促进工业互联网平台建设、建立工业大数据中心等方式,而这些手段则都离不开基本的数据的共享与技术创新。因此,首先在国家层面上,需要由国家确立促进工业互联网建设的政策扶持,我国政府高度重视工业互联网建设事务,已经提出了《关于深化“互联网+先进制造业”发展工业互联网的指导意见》。在

[39]参见刘鹰:《浅析我国电商企业的大数据应用现状》,《商业时代》2014年第25期。

[40]参见滴滴大数据:出行公司干起了数据分析,但更看重无人驾驶,载和讯网<http://bschool.hexun.com/2017-01-16/187751518.html>,2018年2月5日。

这个指导意见中,国务院提出的七项任务和六项保障支撑方案非常具体详细,可操作性极强。在企业层面上,在肯定数据财产权上的基础上,需要鼓励互联网企业、工业制造业企业和科技创新企业进行大数据矿行业联合,即互联网企业、制造业汇总数据并分析,制造企业据此开展相关生产经营活动,科技企业则为数据分析、数据安全等方面提供保障并不断开发新技术。当然,打造健康完善的“工业淘宝”体系也要兼顾相关中小企业利益,因此更要开展数据合理有偿共享,技术合理有偿共享,建立联合监督机制促进行业自律,从而提升效率、降低成本,增强整个行业在国际上的竞争力。

结 语

企业数据保护是当前涌现的重要而迫切的法律课题,也是现有法律资源窘迫应对的法律难题。目前,从私法保护角度来说,企业数据保护走向财产权化新机制,已经成为一种越来越清晰的趋势。这种方式对于企业具有最佳鼓励和刺激的作用,使其乐于积极投入技术、资金和人力成本,不断开发新数据技术和方法,不断推出和改进数据产品,进而繁荣数字经济,促进社会经济发展。但是,数据财产权化设计应该注意,企业数据保护本身不仅仅承载企业追求经济化的功能,同时还具有功能的多重聚合性和所涉利益关系的交织特点。因此其设计应与民法上典型的财产权不同,不能简单化,而应该建立一种具有极强协同性的结构系统,体现为一种以私益结构为核心、多层限制为包裹的复杂法律秩序构造。在功能上,既要有利于充分刺激数据制作者的积极性,又要维护数据相关的各种功能和利益关系;在构造上,不是简单赋予权利人一个完全自在自为的利益空间,而是在赋予权利人必要私益基础上,同时设定诸多条件和活动限制,从而达成数据关联利益的平衡。