

服务品质;在企业管理的核心因素中,大数据技术与其高度契合。管理最核心的因素之一是信息搜集与传递,而大数据的内涵和实质在于大数据内部信息的关联、挖掘,由此发现新知识、创造新价值。大数据能够帮助公司在数据分析的基础上进一步挖掘细分市场的机会,最终能够缩短企业产品研发时间、提升企业在商业模式、产品和服务上的创新力,大幅提升企业的商业决策水平,降低了企业经营的风险;政府能够运用数据分析成为一种新型的社会治理模式。

### (二)数据具有人格权属性

数据具有人格权的属性。德国学者卡尔·拉伦茨教授认为,人格权是一种受尊重权,也就是说,人格权承认所固有的“尊严”以及人的身体与精神,人的实然存在与应然并存。<sup>[24]</sup>“人格权指以人的价值、尊严为内容的权利(一般人格权),并个别化于特别人格法益(特别人格权),例如生命权、身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操”。<sup>[25]</sup>“人格权是以权利者的人格利益为客体的民事权利。”<sup>[26]</sup>现代民法的人格权立法价值是以人为本,保障人格尊严、人的价值和人的主体性,根据人对自身的决定和支配需要和人的一般伦理观念设置了法律底线。我国《民法总则》第110条“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”中对姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权确认为“权利”。人格权的特征是一种原始的、专属的、绝对的、开放的。从各国立法对人格权的范围的规定来看,其随着当代社会变迁和社会关系的复杂化而不断扩展,人格权益日渐增加,旨在维护非物质利益的人格权的地位提高。法律创设了各种类型的人格权,通过法律技术将人的内在伦理价值外化于法律条文,形成对人格权的外在保护。从数据实践中所呈现的内容看,自然人的数据有姓名、身份证号、家庭住址、信用状况、运动轨迹等、各类证照号、收入、爱好等方方面面。这些内容中体现其人格尊严和自由意志,属于人格权的内容。尤其在实践中的人脸识别,人脸就是肖像,肖像是属于人格权。因此,数据如具有姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权的内容就具有人格权的属性。

### (三)数据具有国家主权属性

数据主权的理论基础是国家主权理论。16世纪法国思想家J.博丹创立的主权理论。他认为主权是一国享有的、统一而不可分割的、凌驾于法律之上的最高权力。荷兰法学家H.格劳秀斯进一步指出,主权即权力的行使不受另外一种权力的限制,当一国不受任何别国控制而处理内部事务时就表现为主权。主权是国家的基本要素之一,是国家的固有权利,<sup>[27]</sup>它表示一个国家在国际上的根本地位,是一个国家独立自主处理自己内外事务,管理自己国家的最高权力。没有主权,就不能构成国家。一国的数据立法及政策是国家独立自主处理内外事物的表现。数字经济是当前和未来经济发展的新空间,数据资源的控制和使用能力对我国经济、政治、文化等领域将产生巨大影响。国际国内形势均表明,数据主权将成为继边防、海防、空防之后,大国博弈另一个的空间。<sup>[28]</sup>许多国家和地区已经启动数据资源保护、数据安全体系建立完善和数据基础设施建设,增强数据安全保障能力,进而维护国家安全。国家将公民个人数据安全防护提升至主权的战略高度,为防范和减少本国公民敏感数据受外国政府、企业侵害提供了根本保障。

“棱镜门”便是数据主权典型事例,通过监控并窃取他国数据,其中包括大量涉及国家安全、国

[24][德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上)》,王晓晔等译,法律出版社2004年版,第282页。

[25]王泽鉴:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年4月第1版,第38页。

[26]谢怀栻:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

[27]①主权是国家固有的属性,具有不可转让、不可分割和不可侵犯的神圣地位,具有排他性;②主权是国家独立自主地处理内外事务的最高权力;③主权具有两重性:在国内有最高的对内主权,在国际上有独立的对外主权,二者是统一而不可分割的;④主权的内容包括领土完整、政治独立、经济自主和与别国的主权平等;⑤主权国家是国际法的主体,也是国际关系唯一的行为主体。该理论认为在国际社会中拥有主权的国家应有权独立自主地处理本国内外事务,决定内外政策,采取它认为合适的和必要的措施来保护自身的利益并实现既定的目标。

[28]人民网评论:G20国家以理念创新引领全球创新发展研究,载人民网<http://world.people.com.cn/n1/2016/0825/c1002-28665507.html>,2016年12月8日。

家利益及公民隐私的个人数据,如通信内容等,严重威胁他国主权。一些跨国企业也可能将经营中获取的我国公民个人数据秘密地向外国转移,为外国政府提供情报,损害我国公民的个人数据自决权利,也有损我国的数据主权。目前,在数据主权与跨境数据流动方面,存在“数据本地化”和“数据自由流动”的矛盾。如欧盟与美国2016年7月通过的《隐私盾协议》。欧盟希望尽可能防止本区域公民个人数据的外流,以保护个人隐私;但美国希望本国在欧盟的企业拥有更强的个人数据传输权限,隐私该协议只是暂时调和但未能根本解决双方在跨境数据传输规制上的分歧。<sup>[29]</sup>在国际数据合作共享方面,一些关键个人数据在尊重各国数据主权的前提下及时流动共享,对于反恐、打击跨国犯罪有重要作用。还有金融领域,一旦我国公民的个人数据被外国秘密大量截取的现象发生,就有可能致使金融行业瘫痪;又如基因领域,我国人口基因数据如果被境外机构窃取,用于研究我国人口特殊基因,研制生物武器,将严重威胁公众安全和国家安全。<sup>[30]</sup>据统计,<sup>[31]</sup>我国已成为互联网应用第一大国,也将是数据创造第一大国。<sup>[32]</sup>极大的数据体量和众多的互联网企业蕴藏着不可估量的经济发展潜力,极高的网民数量和复杂的国际数据关系说明了确保数据安全、保护公民利益和国家安全的艰巨性。

我国《网络安全法》规定关键信息基础设施的运营者在我国境内收集和产生的个人信息和重要数据原则上应当“境内存储”,<sup>[33]</sup>以防止关键行业的个人数据外流。这体现了数据主权性,将个人数据保护提升至国家主权的战略高度,通过法律加以规范。为保障数据安全,维护国家主权,许多国家采取了严格的个人数据保护规定,着力点是确保对本国公民个人数据管理的独立性和对本国数据的管辖权的完整性。国家网信办出台的《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第8条<sup>[34]</sup>和第9条<sup>[35]</sup>规定都充分体现了数据的主权属性。俄罗斯议会于2014年7月通过《个人数据法》,规定俄罗斯公民的个人数据必须保存在俄境内服务器上。<sup>[36]</sup>加拿大卫生部规定禁止本国公民的电子病历数据在美国境内处理。<sup>[37]</sup>欧盟于2016年年初通过并将于2018年实施《一般数据保护条例》,对跨境数据传输做出严格规定。亚太经合组织也在制定跨境隐私保护框架。上述举措与我国的“境内存储”

[29]吴世忠、桂杨旒、磨惟伟:世界网络强国信息安全的战略动向与政策抓手,载人民网<http://theory.people.com.cn/n1/2016/11/16/c40531-28872341.html>, 2016年12月8日。

[30]据《大公报》报道,罗湖海关连续查获旅客违规携带孕妇血出境,用于带往香港作胎儿性别等DNA鉴定。内地海关强调,血液中含有人类中药遗传信息,若被境外机构用于研究我国特殊基因信息,后果很严重。这也说明保护基因数据安全对维护国家安全有重要意义。载新华网[http://news.xinhuanet.com/gangao/2017-02/15/c\\_129480545.htm](http://news.xinhuanet.com/gangao/2017-02/15/c_129480545.htm), 2017年2月17日。

[31]截至2015年7月,我国网民数量达6.68亿人,网民规模全球第一;我国网络零售交易额规模跃居全球第一,2015年我国网络零售总额达3.3万亿元;拥有328家互联网相关上市企业,其中61家在美国上市,市值规模合计7.85万亿元,相当于中国股市总市值的25.6%。

[32]中国国际经济交流中心网络空间治理课题组:网络空间治理需把牢数据主权,载<http://www.npopss-cn.gov.cn/n1/2016/10/12/c219470-28772077.html>, 2016年12月1日。

[33]《中华人民共和国网络安全法》第37条。

[34]《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第8条规定:“数据出境安全评估应重点评估以下内容:(一)数据出境的必要性;(二)涉及个人信息情况,包括个人信息的数量、范围、类型、敏感程度,以及个人信息主体是否同意其个人信息出境等;(三)涉及重要数据情况,包括重要数据的数量、范围、类型及其敏感程度等;(四)数据接收方的安全保护措施、能力和水平,以及所在国家和地区的网络安全环境等;(五)数据出境及再转移后被泄露、毁损、篡改、滥用等风险;(六)数据出境及出境数据汇聚可能对国家安全、社会公共利益、个人合法利益带来的风险;(七)其他需要评估的重要事项。”

[35]《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第9条规定:“出境数据存在以下情况之一的,网络运营者应报请行业主管或监管部门组织安全评估:(一)含有或累计含有50万人以上的个人信息;(二)数据量超过1000GB;(三)包含核设施、化学生物、国防军工、人口健康等领域数据,大型工程活动、海洋环境以及敏感地理信息数据等;(四)包含关键信息基础设施的系统漏洞、安全防护等网络安全信息;(五)关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息和重要数据;(六)其他可能影响国家和社会公共利益,行业主管或监管部门认为应该评估。行业主管或监管部门不明确的,由国家网信部门组织评估。”

[36]前引[32]。

[37]中国应加快数据使用立法,守住“数据主权”,载新华网[http://news.xinhuanet.com/zgjx/2014-08/04/c\\_133530041.htm](http://news.xinhuanet.com/zgjx/2014-08/04/c_133530041.htm), 2016年12月5日。

如出一辙,也印证了个人数据保护对于数据主权的重要性和紧迫性。综上所述,数据权利是一种具有财产权、人格权和国家主权属性的新型民事权利。

## 四、数据权利的法律特征

### (一)数据权利是无体财产权

数据权利作为一种无实体财产权是由数据权客体“数据”的自然属性所决定的。数据权利的财产属性在前面已作分析,此部分主要分析其无实体性。数据是无体的,“体”是自然界固有的,是物质的,它必须依赖于一定的载体为存在条件。数据没有特定的实体、无色、无味、无质量、不占有空间、不具备可感性。数据如果不借助于一定的载体便无法存在。数据财产权的这种法律特征,是指数据权利不是因为有体之物而产生,相反它是依无体之物而形成。

### (二)数据权利与知识产权的区别

知识产权作为一种无体财产,在法律上确立了其独立于物权和债权的财产权地位。这体现了现代社会财产权观念的演进,财产权的存在不以具象化的、实在化的有体“物”为前提,而是可以表现为权利人对其经济利益的主张。由于数据权利的无体性,有观点主张,将“数据”纳入知识产权法律制度进行规范,<sup>[38]</sup>或准用著作权制度调整数据财产权为核心的法律关系。数据财产权与知识产权有交叉之处,但两者不是包含关系,知识产权不能包含数据财产权,其区别具体如下:

#### 1.数据权利客体“数据”不需要具有“独创性”

著作权保护下的作品以独创性为首要条件,独创性是作者自己选择、取舍、安排、设计的结果,不是依既定程序、程式、手法推理、运算而来,<sup>[39]</sup>强调选择和编排的独创性。数据并非均具有独创性,因而其上承载的财产性权利不能全部纳入著作权——知识产权制度进行调整。典型的例子是个人数据,其中绝大部分内容是对事实信息的记载,具备个人识别意义(如身份证号码)或仅仅是个人行为的记录(如运动轨迹),这些数据只是对客观事实的反映,不具有独创性。这既不是生成该数据的自然人的作品,也不是记录该数据的机构或企业的作品,更不是智力成果,显然不能成为知识产权的客体,无法适用知识产权法律制度。据著名咨询公司IDC的统计,仅在2011年全球被创建和复制的数据总量为1.8ZB(10的21次方),其中75%来自个人(主要是图片、视频和音乐)。<sup>[40]</sup>

#### 2.数据权利不具有期限性

知识产权具有期限性,只有在一定的期限内受到保护,超过了保护期限,作品就“进入了公有领域”,成为社会公共财富的一部分,专有权也就灭失了。数据一旦产生,具有永不磨损的特点。这一点与物有着根本的不同,作为物权对象的物不具有永存的特点。物权以物存在为前提,物灭失之后,物权也就消灭了。因此在法律上,不必为物权设定时间界限,而是任由物的自然寿命决定。数据的存在和再现不依赖于特定的物质材料,即使支撑形式存在的物质材料灭失数据仍然存在,数据的寿命是无限的。数据权利没有期限,因为数据权利有人格权属性。人格权是一种原始的权利,是与生俱来的,始于出生,终于死亡。因此,数据权利是没有期限的。

#### 3.数据权利的客体不具法定性

[38]2016年6月27日《中华人民共和国民法总则(草案)》第108条,曾将“数据信息”作为知识产权的一项内容,2016年10月31日的草案则将“数据信息”从该条删除,2017年出台的《民法总则》也未将数据信息确认为知识产权客体。立法文本的变化也印证了说明知识产权客体包括数据这一观点的不合理。

[39]冯晓青:《知识产权法》,中国政法大学出版社2008年版,第107页。

[40]统计数据来自The 2011 Digital Universe Study—Extracting Value from Chaos.International Data Corporation and EMC, June 2011. 转引自李国杰、程学旗:《大数据研究:未来科技及经济社会发展的重大战略领域——大数据的研究现状与科学思考》,《中科院院刊》2012年第6期。

知识产权的客体必须具有法定性,即成为知识产权客体的范围和条件,必须由法律加以确认,当事人不得随意设定。数据权利的客体不是法定的,如具有人格属性的数据不需要法律再加以确认。

#### 4.智力劳动成果不是数据的必要充分的条件

知识产权客体应当是智力劳动成果,具有商业价值的专有信息。数据不以是否为智力劳动成果和具有商业价值为条件。数据不仅可以不是智力劳动成果,也可以是没有任何商业价值或低价值的单个数据或是海量数据(海量的没有商业价值的通过技术处理可以产生有价值的信息)。

#### 5.知识产权取得与数据权利的取得不同

首先,知识产权取得的客体必须得到法律确认成为知识产权的客体。其次,知识产权取得必须经过法定程序。如取得一项技术发明专利权,必须经过申请、审查、公告、批准等程序。数据权利的取得不需要经过法定的程序。最后,知识产权的权利必须由法律授予,而不能当事人任意设定,如中国著作权法只规定了版权作品的署名权、发表权、修改权、保护作品的完整性权及使用作品和获得报酬等权利,当事人就不能随意设定阅读权。<sup>[41]</sup>数据权利取得不必然都是根据法律规定的取得,也不需要经过法定的程序,如具有人格权属性的数据就不用经过法定程序和法律的根据而取得。

### (三)数据权利与物权不同

#### 1.数据不同于“物”的特征

对比物之支配的排他性,数据之支配在客观上不具有排他性,这是由数据的非物质化形态决定的,这一特点与智力成果相似。数据与智力成果本身都不是物质实体。因此,在占有方面,对数据的掌握没有客观上的物理垄断性,同样的数据可以同时被多个权利主体掌握;同时,数据的使用价值和价值在其被支配的过程中没有损害,某权利主体通过对数据的运用或交易获得利益时,无法构成对其他主体通过相同方式获取直接经济利益的排除。

简言之,数据是一种不同于具有物质形态之“物”的客体,对数据的支配具有非排他、非损耗的特点。例如个人数据,数据所指向的个人自身可以使用,与此同时,企业在一定前提下也可以使用,政府机构处于社会管理和公共服务的目的也可以和个人、企业在同一时间使用相同数据。这三个主体对相同数据的支配并不彼此排斥,数据的使用价值和价值也没有因被使用而产生损耗。因此,数据与《物权法》上的“物”在属性上有明显差异。数据所承载的财产权的具体权利之归属和支配不同于有形物的占有和支配模式,适用于有形物的物权制度无法被套用在数据上。国外立法中,《俄罗斯联邦信息、信息技术和信息保护法》第11条第5款规定,对含有文件信息的物理载体的所有权及物权由俄联邦民法规定。<sup>[42]</sup>需要注意的是,此处的“所有权”、“物权”,是指对数据的物理载体如磁盘等适用物权制度,而不是载体所储存的数据适用物权制度。我国的实践中,大数据行业内关于数据使用、交易等自律规则出现了“所有权”一词。例如,《中关村数海大数据交易平台规则(征求意见稿)》第44条规定:“如收到关于数据侵犯所有权、隐私、国家安全的诉讼,本交易平台查证属实的,将停止相关数据交易服务,并冻结数据交易款项,涉及不能正常履行的买卖合同,由数据卖方承担买方损失,退还所得交易款。”其中出现了“侵犯数据所有权”说法。实际上,根据前文所论述的数据不是《物权法》上的“物”这一观点,讨论数据财产权时使用“所有权”概念是不合适的。我国民法中的所有权,若采用事实类型化的列举方式,可以简单概括为占有、使用、收益、处分四项权能,也就是权利人实现权利所能实施的行为。数据具有无形性、可无限复制并传播且价值不减损的特性。这两个特点共同作用的结果是,有些数据从被生成那一刻开始,不同主体便能够在一定限度内依其意思为某个或某些数据使用行为。例如,在占有方面,个人数据可能被不同主体记录或收集,个人可以获取并留存这些数据,同时其他主体并不丧失相同的数据记录,有时,个人也无法要求某些主体消除与其有关的数据(比如要求政府部门消除其身份证号码)。所以,“占有”这一概念在数据面前被解构了。在使用方面,个人信用数据是

[41]陈传夫:《高新技术与知识产权法》,武汉大学出版社2000年版,第9页。

[42]肖秋慧:《俄罗斯信息政策和信息法律研究》,武汉大学出版社2008年版,第261页。

评估个人信用状况的重要依据,在某些情况下,个人可以获取并使用这些与自己有关的数据,个人向商业银行借款时,商业银行需要使用个人信用数据评估其还款能力,个人和商业银行可以同时使用个人征信数据,且两者对数据的使用互不干扰。这种使用不以某一方对数据的“独占”为前提。在收益方面,个人可以选择同意或授权其他主体使用其个人数据来获取经济收益,企业利用其采集到的个人数据可以更好地进行决策,取得商业利益,某些个人数据可以同时为个人与企业带来收益。所有权这一概念旨在说明权利人与一切其他主体在法律上的关系,权利人可以要求一切其他主体对其所有之物不为一定行为,权利人可以按自己的意愿对其所有之物为一定行为,权利人可以创设自己与他人之间以该物为客体的法律关系,一切其他主体对所有权人之物所为的一定行为不产生法律效力。根据前文对数据财产权某些形态的分析可知,某些数据自生成起,其上的财产性权利就呈现出被不同权利主体各行其是的状态,每个主体都天然地无法实现对这类数据的完全支配或控制。而所有权,则首先要求权利人享有一束圆满权利集合,然后才能产生用益物权转让等法律关系,使他人合法享有该项具体权利;对比而言,数据财产权集合被某一主体完全享有在大多数情况下无法实现,其中各类具体权利分属不同主体。因此,数据财产权和传统的所有权结构存在巨大差异,无法以所有权概念为基础解释和构建数据财产权。

此外,有观点认为实际掌握大数据的主体享有数据的“不完整所有权”,因为数据掌握者对数据中包含的个人信息、涉密信息和知识产权属性信息等的使用和处分权能的行使要受到一定限制,对这些信息行使权利不得损害原信息权利主体的合法权益和国家、其他组织的利益。这种观点存在明显的缺陷,除了前文已进行的论述,还有一个原因是,对于包含人格权益的数据,显然不能将所有权归于大数据掌握者,这会使个人基于人格权益对个人数据的控制和支配陷入被动的局面。数据掌握者对个人信息等方面数据的使用和处分不仅受到一定限制,而是在很多情况下需要经过个人等主体的同意或授权,自然人对其个人数据享有人格权,在行使人格权方面具有主动性。

#### (五)数据权利客体与商业秘密

2017年11月4日修订通过的《反不正当竞争法》第9条规定了不得侵犯商业秘密。根据规定,商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密的显著特点是价值性(具有商业价值或可能带来竞争优势等)、秘密性(不为其所属领域的相关主体所普遍知悉和容易获得)、保密性(商业秘密保有人出于保持信息处于秘密状态的目的,对商业秘密采取了合理的保密措施)。<sup>[43]</sup>企业所掌握的一些数据确实具备上述特征,可以认定为商业秘密,通过反不正当竞争法进行保护。但在大数据背景下,并非所有数据、数据集合都属于经营者的商业秘密,并且反不正当竞争法不能充分保护数据财产权。

并非所有数据、数据集合都属于经营者的商业秘密。将信息认定为商业秘密的必要条件之一的具有秘密性,秘密性体现为“独占”或“独享”,只有一个或几个经营者掌握,不被普遍知悉和容易获得,这种物理性的垄断给经营者带来竞争优势。知悉的人越多,信息产生的竞争优势越不明显。然而,数据的特点是在可以复制并无限传播的同时,其商业价值未必减损,甚至被传播或使用得越多,价值反而越大。同一个数据集合,不同的经营者可能有不同用途或使用方式。有时,掌握数据或数据集合的主体希望更多人支付对价取得使用这种资源的许可,此时,数据的秘密性大大降低,而价值并非成比例递减。此外,大数据的特征之一是变化速度快,有些数据集合以数据流的形式存在,即数据实时变动,可以说在某一时间点上数据集合是静止的。但一般而言,这种数据集合的内容和范围处于不确定状态,这种数据集合中的数据对于掌握它的经营主体来说,未必具有商业价值,有些数据也无保密需求。因此,并非全部数据均满足商业秘密的三个特点,有些数据不是商业秘密,不能依据《反不正当竞争法》第9条来保护。

[43]《中华人民共和国反不正当竞争法》第9条。

反不正当竞争法不能充分保护数据财产权。直接原因是两者调整的法律关系有差别,根本原因则是两者法益不完全重叠。不可否认,无论是反不正当竞争法还是数据财产权制度的设想,法律的建构都最终是为了增进社会效益。然而,前者调整的显性法律关系是经营者间的关系,隐藏其后的则是其他经营者等主体,直接保护的是市场竞争秩序,鼓励公平竞争,出发点即是公共利益;而后者所调整法律关系主体是不限于经营者的权利人,没有隐性主体,不构成竞争法上实质的三方关系结构,直接保护的是权利人的私益,出发点是私益。

在效力范围方面,《反不正当竞争法》第2条第2款规定:“不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”反不正当竞争法主要规范经营者的经营行为,无法保护非经营主体的个人对其个人数据所享有的财产权。反不正当竞争法只能产生对抗市场竞争领域的商事主体的效果,数据财产权可以产生对抗其他一切主体之效果。在认定标准方面,反不正当竞争法提供的是一种兜底性保护,内容宽泛。不正当竞争认定标准主观性较强,裁决具有较大的不可预测性,可能导致权利人难以得到切实保护。因此,通过反不正当竞争法不得侵犯商业秘密的条款来保障数据财产权益是有缺陷的。

综上所述,数据、大数据的保护与反不正当竞争法商业秘密保护表面上存在交叉地带,但反不正当竞争法的保护与数据财产权制度的功能、法益均有显著差别,不宜将数据、大数据的保护完全纳入反不正当竞争法体系内。