

值得关注的是,我国2017年3月15日出台、10月1日生效的《民法总则》为数据保护财产权化思路提供了一个接近于笔者构思的规范架构。该法的民事权利一章第111条、第127条采取了个人信息和数据分置的做法。其中,第111条确立了自然人关于自己个人信息权益的基本内容;<sup>[19]</sup>第127条规定了数据(含企业数据)和虚拟财产的保护问题。比较起来,第111条关于个人信息的规定较为实质、清晰;而第127条对于数据和虚拟财产的规定却较为模糊,该条表述为,“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”。解释上可以认为,该条对法律要对数据(包括企业数据)和虚拟财产提供保护进行了表态,但对于具体如何保护却未予实质化明确,而是交给了法律的另行规定。

那么,该条所说的保护,会不会就是笔者所提出的财产权化路径呢?笔者认为,应该通过体系解释进行详细分析。该章整体上都是规定民事权利的,从这个角度来说,对于数据的保护属于权利保护或者类似权利的保护应为体系之义。但是,从具体布局来看是否为财产权有些模糊:从第113条(确立财产权保护平等)开始到第125条看(民事主体依法享有股权和其他投资性权利),都属于广义财产权的规定,包括物权、债权、知识产权、继承权和投资性权利;到了第126条,不再使用用财产权的表述,而是使用其他民事权益的说法(民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益),紧接着就是我们讨论的第127条;之后,便是第128条,关于弱势群体的特殊权益保护规定(法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定)。那么,第127条所谓“保护”可以理解为哪种保护呢?是第125条之前明确的财产化权利,还是126条的其他权利,抑或是第128条特殊权益?笔者认为,这里应该有一些区分性:第127条的所谓数据,可以区分企业数据和非企业数据如公共数据等,两者在如何保护问题上有所差异。企业数据,鉴于其得以经济资源化的特点,对其应采取财产权的方式进行保护,这样合乎经济原理;非企业数据特别是公共数据,虽然也应当确立法律保护,但不宜采取财产权路径,根据其性质适于采取管理化路径。<sup>[20]</sup>

### 三、欧洲新兴的数据库特殊权利:数据财产权化的有限尝试

欧盟早在1996年开始,提出了数据库特殊权利的概念,试图在知识产权框架外尝试引入某种财产权化机制,以保护企业数据。基于欧盟范围内各国对于著作权法保护的汇编作品之独创性判断标准不一,且目录规则对于事实汇编作品的保护已经不足以支撑飞速发展的电子数据库,为保护数据库产业,发展欧盟范围内的信息产业市场,欧盟于1996年提出了《关于数据库法律保护的指令》(以下简称《指令》),用以直接保护因不符合独创性标准无法受到著作权法保护的数据库。《指令》第1条规定,数据制作者对其经系统或有序的安排,并可通过电子或其他手段单独加以访问的独立的作品、数据或其他材料的集合,可以享有特殊权利的保护。<sup>[21]</sup>具体而言,这是一种独立意义的专有财产权,为期15年。<sup>[22]</sup>这种权利的获得无需以数据库被认定为汇编作品为前提,<sup>[23]</sup>只要数据库制作人在内容收集、核准和提供等方面上有实质性投入,数据库制作入就可以获得这种特殊权利。其内容包括:权利

[19]《民法总则》第111条规定:“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

[20]青年学者许可博士也认为,《民法总则》第127条包含了对于数据权的确认,在它与个人信息权之间建立了折冲调和的关系。但似乎没有关注企业数据和非企业数据的区分问题。参见许可:《数据保护的三重进阶:评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,《上海大学学报》(社会科学版)2017年第6期。

[21]Directive No. 96/9/EC of the European Parliament and of the Council, of 11 March 1996 on the legal protection of databases (EB/OL).

[22]J. L. Gaster, The New EU Directive Concerning the Legal Protection of Data Bases, 35, 42 Fordham Intl' L. J. (1996). (《指令》采纳诸多利害关系人关于设立财产权的建议。)

[23][澳]戴维斯:《数据库的法律保护》,朱理译,北京大学出版社2007年版,第51页。

人可以通过许可合同转移、转让、授予他人;权利人还可以防止任何第三方对数据库内容的全部或实质内容进行提取和再利用。<sup>[24]</sup>在实践中,数据库的特殊权利不时被欧盟企业用来保护数据集。

应该说,数据库的特殊权利这种方式接近于将企业数据保护独立权利化建构,至少摆脱了依据著作权的汇编作品保护路径,仅以数据制作人有实质性投入为条件,并且具有对第三人实质提取和再利用的排除效力。但是这仅仅是企业数据保护独立化路径的开始,或多或少存在与著作权比对的成分,且很多理论上的问题并没有在相关论证中明晰,基于数据库的相关权利设计基础仍然模糊,权利范围也较为单薄。此外,欧盟对于数据库权的适用范围和标准本身还存在比较大的争议。例如,《指令》明确规定了要获得特殊权利保护,数据库制作人应对与数据库有实质性投入,实质性投入可以从数量和质量两个方面来进行衡量,包括时间、金钱、人力等因素。但是在实践中,欧洲法院(EJC)采用了副产品原则来区分对于创造和获取数据的投入;为此,荷兰胡根赫茨教授认为,根据副产品原则,只有直接对数据库的产生进行投资才会产生数据库权。<sup>[25]</sup>据此,欧洲法院在BHB案中裁定,数据库制作人的实质性的投资必须是针对在先存在的数据的收集与校正的,而不能是由数据库制作人通过自身活动创造的。因为对于这类信息数据的投资主要是用于创造、制作信息数据本身,而不是用于收集、矫正此类信息数据。<sup>[26]</sup>同时,欧盟也并未对于实质程度进行了有操作性的定量分析。因此,即便位于欧盟法域中,数据库特殊权利也并非企业进行大数据保护的首选。

#### 四、企业数据保护的功能聚合性与利益关系的交织性

企业数据财产权化保护路径,尽管具有可行性和必要性,但是我们必须正视一个问题,企业数据保护问题作为信息科技发展和应用在今天所产生的新问题,具有自身独立的诉求,但是从问题属性上看非常复杂。从企业数据保护具有的功能和利益关系角度观察,可以发现它具有很不同于典型财产权的复杂性,具体体现为保护功能的多重聚合性以及利益关系的繁复交织性。在这个意义上,企业数据可以财产权化,又不能单纯财产权化。

##### (一)企业数据保护功能的多重聚合性

企业数据保护从功能上承载了数据企业对于数据的经济追求,这是企业数据保护的元功能或者说肇始功能所在。没有这种功能驱动,也就没有企业数据本身。数据经济的本质就是将信息发展为经济要素,对其进行生产、理由和交换。企业数据化过程,是一个追求通过信息聚变形成经济价值的过程,即将从简单态的原初信息(包括个人信息)通过收集、加工聚变成为充满经济价值或者可以具有商品属性的企业数据,进而再走向加以应用或交易的过程。可见,这种信息化转变过程来源于企业有意识的数据资产化、经济化的追求和努力。企业有意识制作数据,是为了利用或经营它而获取利益。数据产业自20世纪80年代起开始发展起来,此后不断迭代升级,其动力即在于此。这种数据对企业有意识的经济追求的功能承载,直接成为企业数据保护及财产权化的必要性基础。

但是企业数据保护的功能却又不能限于这种企业自身的这种经济追求。这是因为,企业数据保护在功能上具有多重聚合的特点。企业所能利用的数据,不止个人用户数据或个人信息,还包括企业自身业务生成的数据、其他可以社会化、经济化的公有领域数据,如矿产数据、天气数据等;企业数据的产业应用,不仅在企业决策、定位广告等企业生产、管理和商业领域,也在社会公共管理甚至承担

[24] Directive, art 7(1)&(2). (“实质部分的判断可以从数据库内容的性质和数量上加以判断。”)《指令》还明确解释:“提取”是指“永久或暂时性的将数据库的全部内容或实质部分以任何方式或任何形式转移到另一个媒介上”;“再利用”则是指“通过发行复制件,比如出租,在线浏览或其他传播方式,使公众能够以任何形式获得数据库的全部内容或实质内容”。

[25] E. Derclaye, Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-Off Theory?, Social Science Electronic Publishing, 26(9) (2004).

[26] British Horseracing Board v. William Hill, case C-203/02 (2005).

公共职能的领域不断发展,如交通管控、风险预测、医疗保健、预防恐怖主义等。同时企业之间数据流通已经成为了全球化的产业,国际数据贸易、国内数据交易都已经成为了炙手可热的领域。企业数据依据其事物本质或者应用领域,不仅仅只具有对于企业自身的经济意义,它同时也承载着社会经济、信息社会、公共管理以及信息安全等方面的意义,这些功能属性不会因为企业数据个别财产化而消灭,相反它们始终聚合在一起不断提出强大的实现和保全要求。

首先,企业数据保护同时承载社会经济功能。随着信息科技发展的大数据业态的发展,大数据不断突显重要战略资源属性,比之土地、矿产、空域、海洋乃至无线电等资源有过之而不及,导致其不能仅仅从单个企业主体的经济功能去发挥效用,而是应当同时作为战略资源发挥应有作用或者说社会经济意义。在这个意义上而言,企业数据的私的经济意义的发挥,不能妨碍企业数据在大数据时代作为战略资源的社会经济功能的作用,相反应该形成一种作用互动。

其次,企业数据保护同时承载信息社会功能。企业数据本质上是可社会化信息,它是可社会化的这才可以进入社会经济利用。作为一条社会法则,我们对于那种可社会化的信息,原则上都有接触的社会权利,禁止任何人包括企业以任何方式消减这种社会权利或功能。这就是信息社会功能,明白地说就是社会知情利益。对于企业来说,对于企业数据看重的是其在可社会化条件下的经济功能。但是,企业数据不管怎么样为企业自身经济化,其作为可社会化信息的特点和意义不会消失,由此天然具有的信息社会功能也就必当如影附随。所以,企业可以基于经济意义在合法范围占有、加工甚至应用价值,但是存在一个固然前提的限制,这就是既有的信息社会必须依旧保证畅通。

再次,企业数据保护应当兼顾公共管理功能。许多企业数据兼具公共管理意义,这种信息数据化之后,可以成为数据经济的资源,同时也可以成为提升公共管理的资源。在这种情况下,企业数据保护应该兼顾公共管理功能。例如,交通信息数据产品,对于从事该产品开发的企业来说,这种产品是其营销对象,但是对于城市交通管理部门来说则具有改进交通管理的功能。很多时候,这两种功能是可以互通的不矛盾的甚至是相互促进的,但是有时候会存在不能兼容的情形或者环节。企业数据在发挥其自身经济功能的同时,应当兼顾公共管理功能,发生冲突时,必要时则以重大公共利益优于个别经济利益的原则处理两者的关系。

最后,企业数据保护必须承载信息安全功能。数据的信息属性告诉我们,其除了在社会经济、信息社会、公共管理方面等方面具有积极功能之外,也可能具有一种重大的消极功能,这就是信息安全功能。对于许多方面来说,信息公开、使用是一种积极利益,但是对于另外一些方面来说,信息公开、使用却可能是消极利益,对于个人、社会乃至国家的局部利益或者整体利益带来不利、威胁甚至是毁灭。这种情况提示我们,企业数据保护存在信息安全功能问题。企业数据经济功能发挥的同时,必须确保对于特定信息进行隐蔽、保密,使相关信息安全利益者处于安全状态。企业数据的经济化绝对不能以牺牲和妨碍这种信息安全为代价,必须每时每刻将这种安全放在经济功能之上,在不能兼容时必须以信息安全为绝对优先。

## (二)企业数据保护利益关系的交织性

企业数据的生产、持有和经营,首先是建立在企业对于数据的自身经济利益的追求之上,因而企业自身数据经济利益的形成、享有和实现,是企业数据中最核心的利益关系。但是,企业数据本身存在来源、运行经济环境、保护功能聚合等复杂性,导致在企业作为制作者、加工者对于数据具有核心经济利益的同时,同时还产生了其他多种利益相关性,进而形成了一种复杂的利益交织状态。在这种利益交织状态中,各种利益依据其性质和地位得到安排;企业数据的核心利益在得到保障实现的同时,有时也不断被切割和限制,进而达成数据各种利益关系的平衡和合理化。

### 1.个人信息和隐私的利益

这是基于企业数据来源特殊性所形成的利益。数据经营者所处理利用的数据集合之主要构成部分就是可社会化的个人信息。鉴于企业为了追求自身经济利益,可能毫无限制地收集、加工或使用个

人或用户信息,可能导致对于个人用户信息利益的侵犯或损害,各国立法都积极出台旨在企业数据化背景下保全个人信息和隐私利益的法律制度。其中,对于可以数据化的个人信息,给予了基本保护,对于其中涉及隐私利益的信息则是采用加强方式进行特别保护。

理论上,个人隐私信息中的绝对个人隐私也是个人信息的一部分,但是公法私法都将其隔离在可数据化之外,赋予其具有不可社会化的特点,来加以特别保护。立法上,甚至将个人隐私上升为宪法权利、基本人权。如美国1995年《关于隐私与信息高速公路建设的白皮书》,就将隐私区分为关于姓名和形象利益的隐私、关于私有财产的隐私、关于尊重他人不透露其个人信息的隐私等,前两种隐私被赋予绝对不可数据化的属性。我国《宪法》第40条规定了“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”;有关司法解释和现在的《民法总则》规定了自然人享有隐私权。这些从整体上可以推测出我国也确立了禁止通信秘密、具有绝对私密性的隐私不得社会化包括企业数据化的原则和界限。但是我们一些机构和企业家在实践中似乎经常忽视绝对隐私的不可数据化的绝对保护问题。<sup>[27]</sup>

我国2013年开始实施的首个个人信息保护国家标准——《信息安全技术公共与商用服务信息系统个人信息保护指南》,将个人信息分为一般信息与敏感信息,并规定对于个人一般信息的收集利用可以由主体默许同意,即信息主体不明确反对;而对敏感信息的收集利用则需要信息主体的明确授权。2016年11月出台的《网络安全法》第四章对于网络用户个人信息安全确立了保护原则和基本保护框架,但较为笼统,没有清晰区分一般个人信息和隐私信息。2017年3月出台的《民法总则》第117条关于个人信息的权利规定,确立了个人信息受法律保护的一般内容,但也同样没有细化区分一般个人信息和隐私信息。2018年,中央网络安全和信息化领导小组办公室等联合发布了《信息安全技术:个人信息安全规范》(GB/T 35273-2017,简称《安全规范》),进一步规定了个人敏感信息的概念、类型和传输存储的要求,按照约定目的、方法、范围处理使用个人数据的要求,以及“除目的所必需外,使用个人信息时营销处明确身份指向性,避免精确定位到特定个人”的要求。

我国以上法律法规和政策的要求,实际上可以理解为两点:其一,我国可以数据化的个人信息分为非敏感信息和敏感信息,这里理解上敏感信息包括隐私信息,但应该只限于可以数据化的隐私,必须排除绝对隐私。结合我国《宪法》、《刑法》和《民法总则》等重要法律规定,体系上应该排除其中的通信秘密和绝对隐私(如关于姓名和形象利益的隐私、关于私有财产的隐私),这些不属于可以数据化的隐私。<sup>[28]</sup>其二,数据经营者在收集、使用个人信息时需要依照法律法规并经个人同意,但对于其中虽经个人同意可以数据化的敏感信息(非绝对私密的隐私),则应当采用数据脱敏、匿名化等技术才可以数据化。

我国司法实践在维护个人隐私信息特别是绝对隐私方面存在差距。举例来说,2013年5月,我国法院在国内首个关于cookie技术应用与隐私权保护的案例,即用户诉百度公司隐私权纠纷一案中,作出终审判决,认为百度公司在设置默认同意机制下利用cookie技术为用户提供个性化广告推荐服务的行为并不构成对用户隐私权的侵犯。<sup>[29]</sup>网站会采用tracking cookies技术来采集用户信息包括浏览数据等,用户浏览该网站不同网页便将想要的商品放入“购物车”,结算时网站就可以从相关cookies提取信息。这些由cookies提取的信息由于指向个人隐私利益,实际属于敏感信息的范畴。欧美已经对

[27]不少知名网络企业家就经常有这样的思维和言论。参见李彦宏说中国人不在乎隐私,也许是互联网反垄断的开始,载虎嗅网[http://tech.ifeng.com/a/20180327/44921285\\_0.shtml](http://tech.ifeng.com/a/20180327/44921285_0.shtml),2018年3月31日。

[28]2018年《安全规范》中明确规定了“自然人的隐私信息属于个人敏感信息”,其个人敏感信息包括个人财产信息(银行账号、存款信息、征信信息、交易记录等)、个人健康生理信息(病症、医嘱单、病史等)、个人生物识别信息(个人基因、指纹等)、个人身份信息(身份证、社保卡等)、网络身份标识信息(系统账号、邮箱地址、用户个人数字证书等)、其他信息(个人电话号码、宗教信仰、网页浏览记录、精准定位信息等)等类型。遗憾的是,比较起美国1995年《关于隐私与信息高速公路建设的白皮书》可数据化隐私范围,这个范围显然过宽,不少信息类型涉及关于姓名和形象利益的隐私、关于私有财产的隐私的绝对隐私领域。

[29]参见Cookie隐私第一案终审:法院判百度不侵权,载新浪网<http://tech.sina.com.cn/i/2015-06-12/doc-ifxczyze9463119.shtml>,2018年3月30日。