

公共数据“三权分置”路径的理论证成与具体展开

叶明,朱佳佳

(西南政法大学 经济法学院,重庆 401120)

摘要:公共数据确权问题关乎公共数据能否安全、高效地流通利用,故成为当前社会治理热点问题。公共数据确权具有充分的事实依据和规范依据,并逐渐衍生出行为规制路径与确权路径、传统确权路径与新型确权路径的争议,但各路径皆有诸多缺漏。“三权分置”路径作为其中的主流路径,其适用于公共数据确权仍有待理论证成与具体解构。在理论证成方面,从经济学视域观之,其不仅可降低交易成本以提升产权效率,也可避免陷入“公地悲剧”与“反公地悲剧”以实现利用均衡;从法学视域析之,其区分权利客体以实现公共数据分类分级确权,辨别权利主体以保障与平衡来源者、持有者和使用者的利益,分设权利内容以兼顾安全与效率价值。在内容构造方面,数据资源持有以公共机构对公共数据资源的合法持有为成立要件,包括管理和流转权能;数据加工使用权以使用者对公共数据集合的合法取得为成立要件,涵盖加工和使用权能;数据产品经营权以数据产品持有者对数据产品的合法持有为成立要件,包含管理、使用、处分和收益权能。

关键词:公共数据;“三权分置”;数据资源持有权;数据加工使用权;数据产品经营权

中图分类号:D923 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)01-0043-13

一、问题的提出

公共数据作为国家的战略性资源,其有效利用不仅可改善公共管理与服务,亦可繁荣数据要素市场,而明晰的产权制度是其有效利用的重要前提之一。然基于公共数据形态多样化、参与主体多元化、法律关系复杂化的特征,公共数据能否确权、如何确权皆未有定论。理论层面,关于公共数据可否确权,仍有少数学者坚持确权弊大于利;关于公共数据如何确权,传统确权路径与新型确权路径的争议已“势如水火”,且已构设的产权路径仍“良莠不齐”。实践层面,国内外公共数据确权的实践探索亦收效甚微。欧盟尝试探索数据赋权模式,构建公共空间和跨部门治理机制以规范公共数据共享利用,美国则以个人隐私权保护为基础,强调自主交易以推动公共数据开放利用,然国际上尚未成功探索公共数据确权路径,因而公共数据确权是一个全球性难题。在中国,由于传统确权规则难以直接适用于公共数据确权,无法为相关利益主体提供周延的保护,关于公共数据资源的争夺与冲突层出不穷,公共数据流通利用效率低下。^①为摆脱公共数据流通利用的困境,《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(简称“数据二十条”)提出构建数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权分置的产权机制,然当前该路径并未经过理论的充分论证与实践的全面检验,其可否以及如何适用于公共数据确权尚未知悉。

对此,笔者在分析公共数据可确权的基础上,全面梳理现有确权路径并权衡其利弊,以证实“三权分置”路径为当前公共数据确权的最优解,再从经济学视域和法学视域论证此路径契合于公共数据确权,并对此路径的权利成立条件与内容开展具化分析。

基金项目:2023年度国家社科基金重大项目“数字经济时代竞争政策定位与反垄断问题研究”(23&ZD076),2023年度国家社科基金一般项目“个人信息的竞争法保护疑难问题研究”(23BFX186)

作者简介:叶明,男,法学博士,西南政法大学经济法学院教授、博士生导师;朱佳佳,男,西南政法大学经济法学院经济法专业博士研究生,西南政法大学竞争法研究中心助理研究员。

^① 参见李爱君:《论数据权利归属与取得》,载《西北工业大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第91页。

二、公共数据确权的依据与路径

由于公共数据的经济价值^①不甚明确,^②公共数据的物理形态缺乏确定性和独立性,^③公共数据能否确权仍存争议。对此,有必要先寻求公共数据可确权的依据。

(一) 公共数据可确权的依据

1. 公共数据可确权的事实依据

公共数据能否确权,源于公共数据可否承载财产权利,即公共数据能否作为财产,从事实层面而言主要在于其是否具备经济价值,即能否有对价或让与,或得以金钱表示,^④而经济价值的评判标准在于是否具备使用价值和交换价值。^⑤

公共数据是否具有使用价值在于其能否满足人们生产、生活的需要。一方面,公共数据的非排他性决定其可同时满足多主体的使用需求,^⑥公共数据的非消耗性与积累性决定使用行为不仅不会减损其价值,反而会促进其实现增值,^⑦因而公共数据的自身特性决定其为可用之物。另一方面,公共数据的利用可生成大量有用的信息或信息产品,从而满足企业生产、政府治理、市场交易之需求,因而公共数据的效用决定其为有用之物。

正如稀缺性是资源配置的前提,公共数据是否具备交换价值在于其是否具备稀缺性,即“相对于需求,物品总是有限”的状态。^⑧首先,公共数据并非天然生成,其生成需投入人力、技术、资金等生产成本,此成本决定其具有一定的稀缺性;其次,尽管公共数据具有一定的公共性,但其常由各公共机构通过技术手段实现控制,并可与其他财产区分,因而公共数据也并非可随意获取,其可控制性决定其具有稀缺性。公共数据的稀缺性决定需求方需付出相应对价,尤其是高价值的公共数据集,往往处于供不应求的状态。足见,公共数据具有稀缺性,也因此具备交换价值。

2. 公共数据可确权的规范依据

公共数据并非具有使用价值即可成为财产,仍需法律赋权方可实现从资源到资产的转变,易言之,公共数据可确权不仅需有财产化的事实依据,也需有财产化的规范依据。

端视域外的相关政策与立法,不难发现公共数据的财产化已为大势所趋,公共数据确权探索正有序开展。首先,以欧盟为例,欧盟1996年颁布《关于数据库法律保护的指令》(*Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases*),赋予数据库生产者“特殊权利”,^⑨构建著作权与“特殊权利”并行的数据库保护模式;2003年出台《公共部门信息再利用指令》(*Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the Re-Use of Public Sector Information*),将公共数据确立为信息资产,并通过两次修改以进一步推动公共数据利用;2017年发布《构建欧洲数据经济》(*Building a European Data Economy*),意在在非个人数据之上创设数据生产者权,推动非个人数据的开发与利用;2023年出台《数据法案》(*Data Act*),赋予来源者以用户访问、请求共享和利用数据的权利,赋予持有者以事后异议权及救济权利。由是观之,欧盟将公共数据视为新型财产,并尝试通过赋权模式推动公共数据开放与再利用。其次,以美国为例,美国1966年出台《信息自由法》(*Freedom of Infor-*

① 一般而言,单条公共数据的经济价值微乎其微,因而笔者所讨论的经济价值是指具有一定量级的公共数据的经济价值。

② 公共数据经济价值的不确定性体现在其经济价值受用户的适用性、信息含量、信息新颖性等自身因素的影响以及受让人、数据使用者主观特性的影响。参见郑佳宁:《数据信息财产法律属性探究》,载《东方法学》2021年第5期,第46页。

③ 部分学者认为数据在物理存在形式上缺乏确定性和独立性,无法具备排他性,因此不能成为财产权客体。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,第169页;纪海龙:《数据的私法定位与保护》,载《法学研究》2018年第3期,第81页;丁晓东:《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》,载《法律科学》2020年第2期,第96页。

④ 参见王泽鉴:《民法总则》(第2版),北京大学出版社2013年版,第217页。

⑤ 参见谭启平主编:《中国民法学》,法律出版社2015年版,第80页。

⑥ Charles I. Jones & Christopher Tonetti, *Nonrivalry and the Economics of Data*, *American Economic Reviews*, Vol.110:2819, p.2821 (2020).

⑦ 随着公共数据积累量增加,从公共数据的搜集、加工,再到公共数据的分析、交易,每一个环节都将产生巨大市场利益。

⑧ 参见[美]保罗·塞缪尔森、[美]威廉·诺德豪斯:《经济学》(第18版),萧琛译,人民邮电出版社2008年版,第4页。

⑨ 《关于数据库法律保护的指令》第7条第1款规定,各成员国应在数据库内容的获取、检验核实或选用方面,赋予在质量与数量作出实质性投资的数据库制作者以防止对数据库内容进行摘取与或反复利用的权利。

mation Act),以信息公开为基础,增设公众对政府信息的访问权;1996年,国会曾提出《数据库投资和知识产权反盗版法案》(Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996)以创建数据库产权,但因过度保护数据库建设者利益而被否定;2013年发布《开放数据政策——将信息作为资产进行管理》(Open Data Policy—Managing Information as an Asset),强调将公共数据作为资产进行管理与开放利用;2019年出台《联邦数据战略和2020年行动计划》(Federal Data Strategy 2020 Action Plan),明确将联邦数据作为战略资产进行管理与使用。由此可见,美国秉承谨慎的确权态度,采用实用主义路径,重在推动公共数据开发利用,但部分联邦、州级和地方政府部门试图尝试探索公共数据确权立法。此外,英国、德国、日本、澳大利亚等国家也在积极探索立法,以强化对公共数据的开发利用。概言之,大多数国家虽未明确公共数据权属,但皆通过制定政策与法规将公共数据视为资产,逐步探索公共数据确权路径。

梳理国内相关政策与立法可知,中国已出台多项政策与立法以推动公共数据确权。政策方面,2020年,《中共中央 国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出“构建数据产权制度、完善数据权属界定”的重要目标;2022年,《“十四五”数字经济发展规划》要求有序开展数据确权、定价、交易,统筹公共数据资源开发利用;同年,“数据二十条”要求建立公共数据的分类分级确权授权制度,实施公共数据确权授权机制;2023年,《数字中国建设整体布局规划》要求加快建立数据产权制度,推动公共数据汇聚利用。立法方面,尽管中央层面尚未出台立法明确公共数据产权,但地方各省市纷纷出台立法将公共数据视作重要的新型财产,少部分省市已对公共数据确权开展立法探索。^①由此看来,众多政策与立法的制定为中国公共数据确权提供了重要的规范依据,也表明中国对公共数据倾向于采用赋权路径。

(二) 公共数据确权路径的争议梳理与释评

1. 公共数据确权路径的争议

第一,行为规制路径与确权路径的争议。针对公共数据是否需确权,仍有少部分学者反对公共数据确权,认为公共数据的物理形态、经济价值和权利主体面临不确定性,赋权模式不仅难度大、成本高,也可能损害个人隐私、商业秘密,甚至导致公共数据垄断,阻碍公共数据流通与利用,因而提出应从关注数据权属转变为对数据行为规制的路径,^②主张采用合同法路径、反不正当竞争法路径等行为规制路径。^③与此相对,大部分学者基于对公共数据可确权的共识,提出了诸多确权路径。

第二,传统确权路径与新型确权路径的争议。早期,部分学者推崇传统确权路径,旨在将传统财产权理论直接或间接套用于公共数据确权。传统确权路径存在所有权路径和知识产权路径的争议,所有权路径强调明确公共数据的归属,又存在国家所有路径^④和分别所有路径^⑤的分歧。持知识产权路径的学者认为公共

^① 部分地方立法文件对公共数据产权予以探索。如《西安市政务数据资源共享管理办法》对政务数据资源权利以及不同主体享有的数据权利进行了明确规定;《鄂州市数据确权管理制度(试行)》《长沙市政务数据资源管理办法》《广东省政务数据资源共享管理办法(试行)》明确了公共数据归属于政府;《重庆市政务数据资源管理暂行办法》《福建省政务数据管理办法》明确政务数据资源属于国家所有,纳入国有资产管理;贵阳大数据交易所《数据确权暂行管理办法》对数据主权予以清晰界定。

^② 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,第177页;韩旭至:《数据确权的困境及破解之道》,载《东方法学》2020年第1期,第103页;金耀:《数据治理法律路径的反思与转进》,载《法律科学》2020年第2期,第83页;戴昕:《数据界权的关系进路》,载《中外法学》2021年第6期,第1561-1580页;丁晓东:《数据交易如何破局——数据要素市场中的阿罗信息悖论与法律应对》,载《东方法学》2022年第2期,第151页。

^③ 行为规制路径包括反不正当竞争法路径、合同法路径。反不正当竞争法路径主张通过《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条、第12条或扩张适用商业秘密规则实现对数据利益的保护。参见卢扬逊:《数据财产权益的私法保护》,载《甘肃社会科学》2020年第6期,第136页;孔祥俊:《论反不正当竞争法“商业数据专条”的建构——落实中央关于数据产权制度顶层设计的一种方案》,载《东方法学》2022年第5期,第23-24页。合同法路径认为可引入以数据服务合同为核心的契约群,辅以技术调整和侵权救济的模式对数据提供保护。参见张阳:《数据权利化困境与契约式规制》,载《科技与法律》2016年第6期,第1110-1118页。

^④ 部分学者基于不同理论提出劳动赋权说、自然资源说和公共信托说,认为公共数据归属国家所有,提倡国家所有路径。劳动赋权说借鉴洛克的财产权劳动理论,认为政府的劳动所得应归政府所有,公共数据系政府在公共财政支持下依法取得,因而宛如政府的劳动所得,政府按照原始取得理应是公共数据的所有人。参见朱宝丽:《数据产权界定:多维视角与体系建构》,载《法学论坛》2019年第5期,第80-81页;自然资源说基于法教义学理论,通过对《中华人民共和国宪法》自然资源条款进行目的性扩张解释,将公共数据纳入国有自然资源,从而证成公共数据归属国家所有。参见张玉洁:《国家所有:数据资源权属的中国方案与制度展开》,载《政治与法律》2020年第8期,第16-19页;公共信托说借助契约主义论证框架,认为公共数据国家所有可置换为一个虚拟的公共信托协议——国家受全民之托管理公共数据。参见衣俊霖:《论公共数据国家所有》,载《法学论坛》2022年第4期,第107页。

^⑤ 部分学者基于所有权分配的一般原理,认为公共数据中的个人数据仍属于个人,公共数据中的企业数据仍属于企业。参见徐金波:《政府数据开放的规范构造》,载《情报杂志》2021年第7期,第142页;部分学者基于数据源发者理论,认为数据所有权应当属于数据得以产生的创造者,提出公共数据由中央和地方分别所有。参见李海敏:《我国政府数据的法律属性与开放之道》,载《行政法学研究》2020年第6期,第152-153页。

数据的特征与知识产权的客体要求相契合,^①因而公共数据可成为知识产权的新财产形态。鉴于对公共数据属于何种知识产权客体的认知不同,知识产权路径又存在“著作权+邻接权”路径^②和邻接权路径^③之间的分歧。至中后期,部分学者意识到传统确权路径的不足并革旧图新,借助权能分离的范式以跳脱传统财产权路径的思维定式,构造适用于公共数据确权的新路径。新型确权路径存在新型知识产权路径^④、新型所有权路径^⑤、“三权分置”路径的分歧,其中,新型所有权路径又存在两权分离路径^⑥和“三三制”路径^⑦的争议。

2. 公共数据确权路径的释评

清晰的产权路径是公共数据流通利用的前提,然由于公共数据确权面临数据形态多变性、数据利益多元性以及权利构造复杂性等困境,何种确权路径适合于公共数据有待商榷。对此,有必要衡量各确权路径的适用性,以有效纾解确权困局。

首先,公共数据采用赋权路径毋庸置疑。行为规制路径名为对确权争议的回避,实则是对确权难题的逃避,本质上仍为非标准化的财产权确权,不仅难以厘清各主体的权益边界,也可能阻碍公共数据持续、高效地流通利用。合同法路径忽略了合同机制依赖于财产权制度的一般原理,且合同对第三方不具有约束力,也难以将合同之外的公共数据纳入保护范围。^⑧反不正当竞争法路径将公共数据降格为一种受法律保护的纯粹经济利益,且只能规范具体的市场竞争行为,所提供的是一种事后救济,对公共数据财产的保护更为孱弱。^⑨因此,行为规制路径难以形成对公共数据的普遍保护,确权路径虽任重道远,但也势在必行。

其次,传统确权路径难以涵盖与统摄公共数据确权。所有权路径方面,公共数据的可复制性、非排他性与所有权路径不相适配。公共数据的生成、流通与使用伴随多主体的参与,且其可复制性也造成相关利益主体繁多,因而厘清其所有权归属绝非易事;所有权的排他性也与公共数据的共享性、公益性相悖,适用所有权路径反而可能适得其反,引发各主体对公共数据的争夺与控制,妨碍公共数据流通利用。知识产权路径方面,以著作权保护公共数据局限较大,著作权要求作品具有独创性,尽管公共数据与著作权的客体存在一定的交叉可能性,但大部分公共数据在内容或编排上难以符合独创性的要求;^⑩以邻接权保护公共数据也较为狭隘,且不言中国对数据库并不给予邻接权保护,即便将公共数据纳入邻接权的保护范畴,也需对知识产权制度体系进行重构,何况邻接权的本质在于保护数据库制作者的利益,而非公共数据本身。概言之,传统确权路径的适配性和可操作性较差,难以形成体系化、全面化的公共数据确权路径。

再次,新型确权路径可能存在浅尝辄止、贪功冒进的情形。其一,新型知识产权路径较难实施,数据信息权虽是通过知识产权制度保护公共数据的美好构想,但其不仅需耗费较大的制度成本,也可能泛化知识产权制度的保护范围,导致数据主体间的权利存在抵牾,数据信息权的绝对性也难以平衡来源者与持有者之间的

^① 持知识产权路径的学者认为公共数据具有无形性,而知识产权是一种无形财产权;公共数据具有可复制性和非损耗性,而知识产权具有“客体共享、利益排他”的特征;公共数据的本质为信息,而知识产权法就是信息保护法,因此,公共数据的特征与知识产权的客体要求相契合。参见北京互联网法院课题组:《数据权益知识产权司法保护的体系协调与规则创新》,载《法律适用》2024年第4期,第106-107页。

^② “著作权+邻接权”路径以独创性为标准,符合独创性要求的数据库以汇编作品加以认定,以著作权加以保护;不具备独创性的数据库以邻接权加以保护。参见李小侠:《试析数据库的邻接权保护》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2010年第2期,第27页;秦珂:《大数据法律保护探讨》,载《图书馆学研究》2015年第12期,第101页;王渊、黄道丽、杨松儒:《数据权的权利性质及其归属研究》,载《科学管理研究》2017年第5期,第40页。

^③ 邻接权路径强调统一从邻接权进行公共数据确权。参见王超政:《论数据库的邻接权保护》,载《湖北社会科学》2012年第11期,第158-160页;王超政:《科技推动下的邻接权制度体系构建》,载《中国版权》2013年第2期,第21-24页;林华:《大数据的法律保护》,载《电子知识产权》2014年第8期,第84-85页。

^④ 新型知识产权路径旨在创设数据信息权为一种新的知识产权,将数据作为新型的知识产权客体,以实现公共数据确权。参见王广震:《大数据的法律性质探析——以知识产权法为研究进路》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第61-62页;易继明、钱子瑜:《数据权利界定的路径》,载《学习与实践》2023年第3期,第29页。

^⑤ 新型所有权路径在保留所有权的基础上对所有权权能加以分离,并配置给不同主体。

^⑥ 部分学者基于“权利束理论”区分来源者和处理者权利,构建“所有权—用益权”的两权分离结构。参见王利明:《数据何以确权》,载《法学研究》2023年第4期,第56页。

^⑦ 部分学者遵循秩序概念基础上的层级性思维,提出横向分层和纵向分阶的“三三制”确权路径。参见申卫星:《论数据产权制度的层级性:“三三制”数据确权法》,载《中国法学》2023年第4期,第39-47页。

^⑧ Sharon K. Sandeen, *A Contract by Any Other Name Is Still a Contract: Examining the Effectiveness of Trade Secret Clauses to Protect Databases*, *The Journal of Law and Technology*, Vol.45:119, p.119 (2005).

^⑨ 参见许可:《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23页。

^⑩ 参见钱子瑜:《论数据财产权的构建》,载《法学家》2021年第6期,第77页;锁福涛、潘政皓:《数据财产权的权利证成:以知识产权为参照》,载《中国矿业大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第64页。

利益。其二,新型所有权路径属于“换汤不换药”,难以实现多元主体权益并行不悖的状态。新型所有权路径仍保留了所有权,难以明确公共数据的权利归属,易造成来源者与持有者的利益冲突,且所有权的强排他性极可能限制公共数据的流通利用。

最后,择选“三权分置”路径作为公共数据确权的突破口。公共数据确权的实现并不能一蹴而就,因时而变、随事而制是构建与完善数据产权颠扑不破的实践真理。一方面,传统确权路径有其特定的适用范围与功能定位,并非为数据保护而专设,^①相较于“旧瓶装新酒”,探索新的确权路径更具现实意义。另一方面,新型确权路径虽是对数据产权的美好期许,但并未经过实践的千锤百炼,公共数据确权路径倘若选择不慎,将招致较高的制度成本和较差的制度效果。而“三权分置”路径作为国家层面提出的确权新思路,以数据持有为基础,突出数据加工使用权和数据产品经营权,通过构建包容性的产权框架以灵活配置权利或权益,^②以免陷入绝对权的困境,相较于其他新型确权路径具备更大的实践可能性。

3.“三权分置”路径的适用困局

“三权分置”路径作为“数据二十条”所提出的确权路径,逐渐成为数据确权路径的主流。然“三权分置”路径并未达到粲然大备的状态,其可否涵盖与统摄公共数据产权仍有待论证。

一方面,“三权分置”路径是否契合公共数据确权有待探讨。其一,“三权分置”路径的重要目的之一是促进公共数据价值持续增值,“三权分置”路径所构设的产权结构可否降低公共数据的流通交易成本,扩大公共数据供需规模,提升公共数据产权效率,又可否避免公共数据因闲置导致的低效利用困局,抑或避免公共数据因过度利用导致的外部性困局,这些问题亟需理论支撑。其二,“三权分置”路径能否区分公共数据的信息内容以及符号形式加以确权,可否保障和平衡来源者、持有者和使用者利益,是否可兼顾公共数据利用安全与效率,此类困局亟待解惑答疑。

另一方面,“三权分置”路径所构建的数据权利如何展开有待细化。“三权分置”路径虽提出了数据资源持有、数据加工使用权、数据产品经营权的明晰框架,但对三种权利的逻辑关系为何,三种权利的成立条件为何,三种权利所包含的权利内容为何,“三权分置”路径皆留有空白,导致其如何适用于公共数据仍缺乏操作性,因而有必要填充和调和此产权框架的具体内容,以实现三种权利内容分明、并行不悖的状态。

三、公共数据“三权分置”路径的理论证成

产权兼具法学与经济学的内涵。“三权分置”路径是否契合公共数据确权,有待从经济学、法学领域的不同逻辑范式和本位追求加以证成。

(一) 经济学视域下“三权分置”路径的理论证成

1. 交易成本:“三权分置”路径可降低交易成本以提升产权效率

制度经济学认为产权效率与交易成本密切关联,权属不确定的交易行为将产生额外的效率损失,即“无形的交易成本”。作为新制度经济学的鼻祖,科斯在《社会成本问题》中揭示了产权的不同安排对资源配置效率的作用,包括科斯第一、第二和第三定理,^③其强调交易成本是影响产权效率的主要因素之一,当交易成本为正时,市场不能自行克服交易成本对资源配置效率的负面影响,需通过产权供给寻求使交易成本最小化的制度安排。为证成“三权分置”路径是否适合于公共数据确权,可借助交易成本理论予以分析。

从产权的有无对比来看,“三权分置”路径可减少产权的不确定性,降低交易成本,实现公共数据的有效配置与利用。受交易主体的有限理性、交易信息的不对称、交易风险的不确定等因素影响,公共数据的流通利用不可避免地存在交易成本。具言之,当产权缺失或不明时,公共数据主体之间的权利难以相容,市场价

^① 参见龙卫球:《再论企业数据保护的财产权化路径》,载《东方法学》2018年第3期,第51页。

^② 参见房绍坤、周秀娟:《企业数据“三权分置”的法律构造》,载《社会科学战线》2023年第9期,第228-231页;黄婷:《数据产权“三权分置”框架下数据商业化利用的冲突及应对》,载《湖湘论坛》2023年第5期,第95页;李宗录、李雨桐:《数据产权“三权分置”的私法逻辑》,载《行政与法》2023年第8期,第105-108页;郭雳、尚博文:《数字经济时代的数据要素流通——以产权“结构性分置”为视角的分析》,载《中国政法大学学报》2023年第4期,第49-52页。

^③ 在交易成本为零的环境下,产权安排对资源配置效率没有影响,即科斯第一定理;当交易成本为正时,产权的初始界定有利于提高效率,即科斯第二定理;当交易成本为正时,不同的权利界定和分配会带来不同的资源配置,产权制度的设置是优化资源配置的基础,即科斯第三定理。R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, Vol.26:837, p.838-844 (1960).

格机制难以正常运行,监督机制存有漏洞,易造成灰色交易屡禁不止、交易成本居高不下、违规与违约风险与日俱增。持有者为防范交易风险和保障交易安全,需投入额外的维护成本和监督成本,潜在需求者偏向于采取机会主义行为,这也增加了谈判成本、争端解决成本等交易成本。一旦交易成本超过收益,持有者与潜在需求者的交易意愿锐减,则会导致公共数据供需严重不足,市场配置效率低下。根据科斯第二定理,当交易成本为正时,权利初始界定对公共数据资源的配置效率尤为重要。“三权分置”路径为公共数据设置了全面、清晰的产权结构,这有助于确定交易对象、形成交易合理预期、降低交易风险、提高交易效率,从而降低交易成本,激励公共数据有效供给和利用。

从产权的效率对比来看,“三权分置”路径相较于其他确权路径更易降低交易成本,实现产权效率的最大化。根据科斯第三定理,如若公共数据未得到良好的产权制度供给,则易致使交易成本增加,产权效率低下。以传统确权路径为例,如赋予来源者排他性产权,囿于知情同意原则,公共数据流通易陷入为一致同意而支付高昂费用的窘境;如赋予持有者排他性产权,持有者为独享经济利益倾向于垄断公共数据资源,导致数据供给不足与流通成本增加。传统确权路径以排他性的产权设计,在先数据权利对在后数据利用形成了难以逾越的成本屏障,导致公共数据流通陷入一潭死水,产权效率低下。不同于传统确权路径,“三权分置”路径遵循公共数据的非排他性,对不同主体配置以合理权利,以期实现产权效率的最大化。在交易成本方面,正如初始权利应赋予能以相对较低交易费用解决外部性问题的一方,公共机构作为公共数据的持有者,具备强大的管理能力和安全保障能力,“三权分置”路径赋予其持有权,可降低搜寻成本、信息成本、监督成本等交易成本。数据企业作为主要的数据使用者和产品生产者,具备优质的技术、资金等优势,“三权分置”路径赋予使用者以使用权和经营权,可降低议价成本、决策成本等交易费用。在经济效益方面,公共数据的非排他性表明其可同时被多人使用,且边际成本接近于零,不仅不会降低其使用价值,反而会增加社会总价值,因而实现其经济效益最大化的产权路径,需促进其重复高效利用。“三权分置”路径通过产权结构性分置,最大化促进公共数据的再利用,而此额外使用带来的边际收益远高于边际成本,可不断扩大交易的正外部性溢出。一言以蔽之,“三权分置”路径通过最小化交易成本与最优化经济效益,以最大化产权效率。

2.“公地悲剧”与“反公地悲剧”:“三权分置”路径可实现公共数据的利用均衡

“公地悲剧”理论由哈丁提出,^①强调产权不明或缺失导致公共物品被过度使用而面临枯竭的窘境。^②“反公地悲剧”理论由黑勒提出,^③是指产权分割的过度排他性导致公共物品利用不足而被闲置的窘境。倘若没有明确的产权制度加以规范,公共数据利用极易陷入“公地悲剧”,倘若产权制度设计失当,公共数据利用也可能陷入“反公地悲剧”。“三权分置”路径可有效避免陷入此两种悲剧,实现利用均衡。

“三权分置”路径可有效避免公共数据利用陷入“公地悲剧”。公共数据这块“公地”蕴含巨大的经济与社会价值,在没有明确产权制度的约束下,部分主体在巨大的经济利益诱惑下,可能毫无节制地收集、交易、利用公共数据,导致“公地悲剧”风险凸显。公共机构不得不投入额外的财政资金以推动流通利用,但由于没有相应的收益回报弥补成本,利用体系难以维系。对此,“三权分置”路径赋予持有者以管理和流转公共数据的权益,以弥补其管理成本和保障数据管理,避免公共数据被过度利用,将外部问题内部化;“三权分置”路径赋予适格的使用者以使用权,从而引入市场机制,激励并约束其依法依规获取、使用公共数据,促进数据的可持续性利用;此外,“三权分置”路径赋予使用者以经营权,防范数据产品被他人随意利用,防止数据产品的低质化和泛滥化。总之,“三权分置”路径对公共数据使用加以规范与限制,以免陷入“公地悲剧”。

与此同时,“三权分置”路径可有效避免公共数据利用陷入“反公地悲剧”。其一,“三权分置”路径可改善供求关系以化解数据流通障碍。在供给端,“三权分置”路径赋予持有者以持有权及对等的义务,持有者需按时、保质、保量收集、汇聚和管理数据,并借助开放、授权运营等方式向市场主体供给数据,以解决供给侧

^① 公地作为一项资源或财产有许多拥有者,每一主体皆有使用权,但没有权利阻止其他人使用,而每一个人都倾向于过度使用,从而造成资源的枯竭。Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, Vol.162:1243, p.1244(1968)。

^② 参见[美]罗纳德·H.科斯等:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2014年版,第71页。

^③ 公地虽然存在众多产权所有者,但为了各自利益的最大化,每一主体皆有可能设置障碍阻止他人利用“公地”,导致资源的闲置和使用不足。Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anti-Commons: Property in the Transition from Marx to Markets*, Harvard Law Review, Vol.111:612, p.622(1998)。

矛盾;在需求端,“三权分置”路径赋予适格的使用者使用权和经营权,保障其获取与使用公共数据的权益,以解决需求侧矛盾。其二,“三权分置”路径借助正和博弈的思维,通过产权分享模式发挥各主体的优势,实现整体效益的最大化。“三权分置”路径设置持有权以发挥公共机构的管理优势,通过收益分配机制弥补其成本投入,鼓励其开展公共数据共享、开放、授权运营以促进数据规模化利用;“三权分置”路径设置使用权以满足使用者需求,设置经营权以保障其收益,从而发挥其技术、资金等优势,激励其加工数据产品或服务,最大化释放公共数据价值。概言之,“三权分置”路径可改善供需关系,推动公共数据流通,通过产权共享促进公共数据利用,避免陷入“反公地悲剧”。

(二) 法学视域下“三权分置”路径的理论证成

1. 权利客体:“三权分置”路径可实现公共数据分类分级确权

权利客体是权利设立的基础。^① 基于公共数据包含内容层和符号层的双层结构特征,“三权分置”路径采用类型化的方法,对内容层、符号层加以区分确权,为公共数据确权筑牢逻辑与事实相统一的基础。

在内容层,“三权分置”路径意在区分公共数据所承载的不同内容信息,以分级确权实现普遍性保护。正如信息是数据的内容,讨论公共数据产权不可割裂数据与信息的关系性,^②由于不同公共数据承载的内容信息可能不同,其可能成立不同的权利形态。例如,部分公共数据包含个人信息、商业信息等信息,可能优先适用个人信息权^③、隐私权、知识产权等权利的强保护模式,此外,由于公共数据的内容可能承载多重利益,倘若对此不予以区分,则可能造成数据之上的权利冲突。对此,“三权分置”路径并非基于所有权以构建绝对性保护,而是基于排他性适中的持有权以形成普遍性保护,即公共数据之上存在在先权利时,则优先适用强保护模式,因而“三权分置”路径所设置的财产权并不会与在先权利相冲突。不惟此也,“三权分置”路径赋予持有者持有权及对等的义务,持有者需在不损害来源者权益的情况下管理和流转数据,以保障来源者的在先权利。是故,“三权分置”路径区分公共数据的不同内容信息,兼容部分数据的强保护模式,并以持有者的弱保护模式实现普遍性保护。

在符号层,“三权分置”路径区分公共数据在生命周期中的不同形态,以分类确权实现动态化保护。公共数据经历采集、存储、传输、处理、利用等不同阶段,在形态与价值不断变换的同时,呈现不同的符号形式,形成“数据资源—数据集合—数据产品”递进的生命周期。^④ 鉴于此,“三权分置”路径并未将不同符号形式的公共数据混为一谈,而是在充分考量其演变逻辑的基础上,分别设置数据资源持有权对应数据资源,数据加工使用权对应数据集合,数据产品经营权对应数据产品,所设权利与不同形态的客体一一对应。因此,“三权分置”路径设置的权力结构契合公共数据的形式变化特征,可对其实现动态化保护。

2. 权利主体:“三权分置”路径可保障与平衡来源者、持有者、使用者利益

产权并非指人与物间的关系,而是指由物的存在及使用所引起的人之间相互认可的行为关系。^⑤ 正如利益是权利构成的本质要素,^⑥公共数据确权本质上是保障和平衡相关主体的利益。公共数据确权牵涉来源者、持有者、使用者,“三权分置”路径可充分保障与平衡三者利益。

一方面,“三权分置”路径可充分保障三者的各自利益。就来源者利益而言,来源者作为公共数据生成的核心主体,其合法利益自然需延伸至数据之上。如若否认来源者权益,盲目流通利用公共数据,则可能导致来源者利益受损。^⑦ “三权分置”路径优先保障来源者的在先权益,在后权益的行使不得侵犯来源者权益。就持有者利益而言,持有者将杂乱零散的原始公共数据转为公共数据资源,这为其权利获取提供了正当性基础。“三权分置”路径催生持有权的新权利样态,旨在保护持有者对数据资源的合法控制状态,为其依法管

① 参见方新军:《权利客体的概念及层次》,载《法学研究》2010年第2期,第36页。

② 参见程啸:《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105页。

③ 个人信息权是指本人依法对其个人信息所享有的支配、控制并排除他人侵害的权利,其权利内容具体包括信息决定权、信息保密权、信息查询权、信息更正权、信息封锁权、信息删除权和报酬请求权。

④ 参见申卫星:《论数据产权制度的层级性:“三三制”数据确权法》,载《中国法学》2023年第4期,第28页。

⑤ 参见[美]罗纳德·H.科斯等:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2014年版,第168页。

⑥ 参见梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2013年版,第23页。

⑦ 参见程啸:《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31页;高富平:《公共机构的数据持有者权——多元数据开放体系的基础制度》,载《行政法学研究》2023年第4期,第23页。

理、流转数据提供正当性依据。就使用者利益而言,使用者是数据价值的主要创造者,其要素投入是其权利成立的正当性基础。“三权分置”路径赋予使用者以使用权和经营权,为其获取利用公共数据畅通渠道,并充分保障其获取收益的权益。

另一方面,“三权分置”路径可平衡三者间的利益。第一,“三权分置”路径通过产权分置合理分配权益,以平衡三者之间的利益。“三权分置”路径并未赋予三者绝对的支配权,而是赋予来源者一种消极防御的权益,赋予持有者持有权及管理、流转的义务,赋予使用者使用权、经营权及数据安全保护义务,来源者不得阻碍持有者、使用者对公共数据的持有、利用,持有者不得损害来源者的在先权益和干扰使用者的在后使用和经营权益,使用者不得损害来源者和持有者的在先权益,三者权益并不存在位阶之分,而是相互独立与制衡。第二,“三权分置”路径通过冲突解决机制和责任追究机制以化解权利冲突与侵害行为,平衡三者间的利益。当存在权利冲突时,“三权分置”路径的权利设置存在优先保护在先权益的顺位逻辑,可作为权利冲突解决的重要标准,即持有权的行使以不损害来源者权益为前提,使用权和经营权的行使以不损害来源者和持有者权益为前提,此外,冲突双方可自主协商处理,也可提请主管部门协调解决。当存在数据泄露、滥用或非法交易等权利侵害行为时,“三权分置”路径提供了严格的责任追究机制,通过区分权利主体,明确各方在数据利用中的责任,以遏制和惩处权利侵害行为,监督管理主体需及时发现并纠正侵害行为,并可依法对侵权方追究责任,受害方可通过投诉、诉讼等方式请求救济与赔偿。

3. 权利内容:“三权分置”路径可兼顾安全与效率价值

“三权分置”路径旨在摆脱规范主义在数据确权中的桎梏,诉诸功能主义的解构范式,新设持有权、使用权和经营权为权利内容,促进公共数据高效、安全地流通利用。

第一,“三权分置”路径合理设置权利与义务,以发挥产权制度的预防功能和约束功能,保障公共数据安全。在产权制度不明或缺失时,相应执法、司法标准不一且难以实施,公共数据流通利用的违法成本较低,这易导致黑市交易猖獗、流通秩序紊乱、安全隐患激增。在产权制度清晰时,公共数据流通利用更为频繁,也易引发数据安全风险。对此,在预防功能方面,“三权分置”路径明晰各产权主体的权利和义务边界,不仅为其规定了明确的行为模式和法律后果,也为监管部门提供了明晰的安全监督标准,以发挥产权制度的预防功能,防范公共数据安全风险。在约束功能方面,“三权分置”路径秉持“谁持有、谁负责”“谁使用、谁负责”的安全理念,在不同阶段对持有者、使用者设定相应的安全义务与责任,以发挥产权的约束功能,维护公共数据全生命周期安全。如在数据生产阶段,持有者需积极履行数据安全义务,防范他人非法获取原始公共数据,否则将承担相应的安全责任。

第二,“三权分置”路径通过对产权解构殊,以发挥产权制度的资源配置功能和激励功能,促进公共数据高效地流通利用。倘若没有合理的产权制度,数据资源汇聚难以保量保质,数据集合利用难以提速提质,数据产品交易难以扩量增效。对此,在资源配置功能方面,“三权分置”路径设置持有权以适配于数据资源汇聚和管理需求,强化使用权以立足于数据集合使用价值,放活经营权以着眼于数据产品交换价值,形成以使用权为核心的产权制度,实现从数据支配走向数据利用的转变。在激励功能方面,“三权分置”路径充分考量各主体的要素贡献,借助收益分配机制赋予各主体与其投入成比例的收益,以提升预期收益的确定性,不宁唯是,此种比例性的收益分配标准虽存在收益差异,但可避免绝对平均主义的弊端,依托实质公平分配调动主体的能动性,激励各主体积极投身于数据生产、流通和利用。

综上,从经济学视域观之,“三权分置”路径不仅可降低交易成本,提升产权效率,也能实现公共数据利用均衡;从法学视域视之,“三权分置”路径可实现分类分级确权,保障与平衡来源者、持有者和使用者的利益,并兼顾安全与效率价值。因此,“三权分置”路径适用于公共数据确权恰如其分。

四、公共数据“三权分置”路径的具体展开

“三权分置”路径的“权”并非法学上的规范权利概念,其如何适用于公共数据确权仍有待深入解读。对此,有必要对此“三权”进行具体阐释,形成公共数据确权之基本范式。

(一) 数据资源持有权:“三权分置”路径的基础

数据资源持有权与数据加工使用权、数据产品经营权存在着衍生关系,是二者的前置性基础权利,设置

数据资源持有者,目的是保障持有者的合法权益,持续丰富公共数据资源的供给。

1. 数据资源持有者的成立要件

第一,公共数据资源是数据资源持有者的客体要件。学理方面,公共数据资源存在“狭义说”^①、“中义说”^②、“广义说”^③之分,三者对“政务数据资源属于公共数据资源”异议不大,主要分歧在于公共服务数据资源的范围;实践方面,大部分省市立法虽采用“主体要素+内容要素+行为要素”的规范逻辑,但对各要素的认定标准存有分殊,部分省市并未将公共服务数据资源纳入或全部纳入范围之内。^④究其根本,学理与实践的争议源于对公共性的界定不同,公共性是公共数据的建制基础和正当性来源,而作为一个抽象概念,其难以具备准确统一的内涵,但并非完全不可衡量,可藉由公共数据资源的构成要素加以具化。

主体要素方面,主体要素的公共性要求公共数据资源的产生主体是公共机构,而由具有公共利益属性的公共财政资金和社会捐赠资金支持,是判断公共机构的重要指标。^⑤因而除国家机关、行政机关及具有公共管理和服务职能的事业单位外,公用事业运营单位和公共服务企事业单位也应纳入。此外,如将私主体纳入主体要素的范畴,则无异于对其施加共享、开放等强制性法律义务,反而不利于激励数据生产与利用。

内容要素方面,内容要素强调公共数据资源的产生过程,现行立法主要采用“履行公共管理职责、提供公共服务、生产经营活动”等加以界定,^⑥前两者属于公共事务,具有较强的公共性,而后者更体现私利性,可能过分扩大公共数据资源的范畴,引发自利性与公共性的冲突,因而宜将“履行公共管理职责”和“提供公共服务”作为内容要素。

行为要素方面,行为要素是指公共数据资源的产生方式,现行大多立法常用“制作、收集、采集、产生、获取”等词加以描述,^⑦少数立法使用“处理”等词作为行为要素。^⑧行为要素对公共数据资源的外延并无实质影响,只需通过规范的法学概念加以标识。“获取”“处理”并不包含数据产生之义,不宜作为行为要素,“制作、收集、采集、产生”更能体现公共数据由无到有之义,且“制作、收集、采集”可表达数据生成的主动性,“产生”则暗含数据生成的被动性,更建议搭配使用以保证定义的严谨性。职是之故,公共数据资源应采取“中义说”,即指公共机构在履行公共管理职责和提供公共服务过程中收集和产生的数据资源。

第二,公共机构是数据资源持有者的主体条件。端视各省市相关立法可见,大部分立法采用公共机构描述公共数据资源持有者,但对其范围界定大相径庭。^⑨对此,公共机构可从如下几点加以界定:首先,公共机构并非仅限于收集主体,而应是合法持有主体。基于公共数据的可复制性,公共数据资源并非仅是原始数据原件,也包括原始数据副本。相对应地,公共机构不仅可持有自己收集的公共数据资源,也可依法持有其他公共机构收集的公共数据资源,因而可享有公共数据资源持有者的主体应是合法持有主体。其次,公共机构应具备数据管理能力和数据安全保障能力。公共机构应拥有数据管理的权限与能力,且其安全保障能力应与公共数据治理职责相匹配。^⑩例如,欧盟《数据治理法案》(Data Governance Act)要求主管部门需具备技术

① 持“狭义说”的学者将公共数据资源等同于政府数据资源、政务数据资源。参见袁康、刘汉广:《公共数据治理中的政府角色与行为边界》,载《江汉论坛》2020年第5期,第121页;商希雪:《政府数据开放中数据收益权制度的建构》,载《华东政法大学学报》2021年第4期,第61页。

② 持“中义说”的学者认为公共数据资源包括政务数据资源和公共服务数据资源,但对公共服务数据资源的范围存在争议。参见余筱兰:《公共数据开放中的利益冲突及其协调——基于罗尔斯正义论的权利配置》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2021年第3期,第84页;郑大庆、黄丽华等:《公共数据资源治理体系的演化模型:基于整体性治理的建构》,载《电子政务》2022年第5期,第80页。

③ 持“广义说”的学者认为公共数据资源不仅包括政务数据资源和公共服务数据资源,也应将国家机关及其他公共机构以外的社会主体所控制的与公共利益密切相关的数据纳入公共数据的学理范围。参见郑春燕、唐俊麒:《论公共数据的规范含义》,载《法治研究》2021年第6期,第74页;夏义堃:《数字环境下公共数据的内涵、边界与划分原则分析》,载《中国图书馆学报》2024年第2期,第103-107页。

④ 例如,《无锡市公共数据管理办法》《上海市公共数据和一网通办管理办法》在内容要素上采用“履行管理职责”加以规范;《成都市公共数据管理应用规定》采用“政务部门”的表述方式,将政府数据等同于公共数据;《广东省公共数据管理办法》《浙江省公共数据条例》在主体要素上将部分公用事业运营单位和公共服务企事业单位排除在外。

⑤ 参见沈斌:《论公共数据的认定标准与类型体系》,载《行政法学研究》2023年第4期,第70页。

⑥ 参见郑春燕、唐俊麒:《论公共数据的规范含义》,载《法治研究》2021年第6期,第72页。

⑦ 在地方性公共数据立法文件中,云南、福建、山东、江苏、浙江、新疆、内蒙古立法采用“收集和产生”描述行为要素;吉林、安徽、上海立法采用“采集和产生”描述行为要素,江西、黑龙江立法采用“产生和获取”描述行为要素;广东、广西采用“制作或获取”描述行为要素。

⑧ 在地方性公共数据立法文件中,北京立法采用“处理”描述行为要素;湖南立法采用“产生、处理”描述行为要素。

⑨ 例如,《浙江省公共数据条例》并未将教育科研、医疗卫生、社会福利等公共服务主体列为公共机构;《广东省公共数据管理办法》并未将公共企业、事业单位和社会团体列为公共机构;《浙江省公共数据条例》未将教育科研、医疗卫生、社会福利等公共服务企事业单位列为公共机构。

⑩ 参见夏义堃:《数字环境下公共数据的内涵、边界与划分原则分析》,载《中国图书馆学报》2024年第2期,第104页。

能力以及法律等专业知识,以保障公共数据利用的合法性与合规性。最后,在公共数据资源采用“中义说”的基础上,公共机构的范围也逐渐清晰。详言之,一是各级行政机关以及具有公共管理和服务职能的事业单位;二是人大、政协、监察、公检法等国家机关;三是供水、供电、燃气、通信、民航、铁路、道路客运等公用事业运营单位;四是教育、卫生健康、社会福利、环境保护等公共服务企事业单位。

第三,合法持有是数据资源持有权的要件。其一,持有强调公共机构对其所持有的公共数据资源的事实管领力。持有是对特定主体与特定数据之间事实控制关系的描述,公共机构若要获得数据资源所有权,则需形成对公共数据资源的合法控制状态,即凭借合法方式或手段有意识地控制,此种控制状态也表明持有的动态性与持续性。其二,鉴于公共数据的无形性,此种持有并非需建立在有形载体之上。载体是服务于数据价值实现的工具,公共机构可通过占有存储载体、托管存储和传输、控制访问与处理权限等方式,实现对数据资源的实际控制,而非一定为数据载体的所有者。^①

2. 数据资源持有权的权利内容

第一,管理权能是持有者对公共数据资源进行管理之权能。一方面,持有者需在法定职权范围内行使管理权能,此种持有权具有有限的排他性。持有者可对其所持有的公共数据资源进行合法控制,防范他人非法侵扰,但这并非代表持有者可禁止他人获取公共数据资源。持有者可通过建立与管理公共数据平台,按照分类分级要求创建并及时更新公共数据库,确保公共数据的规范性、完整性、准确性、一致性、时效性和可访问性,^②从而实现有效控制和管理。另一方面,持有权不仅是持有者之权利,亦是持有者之义务,持有者需对公共数据资源实施安全合规的管理。具言之,持有者应落实法律法规的数据安全保护要求,建立健全本单位数据安全管理制度、安全防护技术标准、安全事件应急预案等,以制度规范指导安全管理;持有者应建立安全常态化运行管理机制,设置数据安全岗位,配备安全管理人员,并定期组织安全教育和培训活动,以改善安全管理;持有者应结合采取身份认证、访问控制、数据加密、数据脱敏、数据溯源、数据备份和隐私计算等技术措施,以技术应用强化安全管理;持有者还需定期或不定期开展安全检查、评估和演练,在发现安全风险时及时采取补救措施,以配套措施落实安全管理。

第二,流转权能是指持有者同意他人获取或使用其所持有公共数据资源的权能,包括通过转让持有、许可使用等方式推动公共数据共享、开放、授权运营。在转让持有方面,持有者需根据共享需求清单、责任清单和负面清单,依法依规实现公共数据资源在不同部门、不同层级间的共享,转让人和被转让人皆可取得对所转让数据的持有权。在许可使用方面,开放和授权运营成为公共数据利用的主渠道,被许可人在许可范围内享有加工使用权。就开放而言,持有者可根据开放目录,通过提供数据下载服务、应用程序接口等方式开放公共数据,而对于禁止开放的公共数据,持有者不得开放;对于无条件开放的公共数据,持有者需通过统一开放渠道向公众免费、无差别地提供;对于受限开放的公共数据,其流转存在一定限制,在申请主体合法地提出申请后,持有者应考量申请主体的信用等级和安全保护能力,并会同数据提供主体审核确定是否开放。就授权运营而言,持有者按照“原始数据不出域、数据可用不可见”的要求,可向适格的市场主体授权运营,对于禁止授权运营的公共数据,持有者不得授权;对于限制授权运营的公共数据,持有者需对其予以技术处理后方可授权;在授权运营协议不生效、无效、被撤销或者终止时,持有者应撤销账号或重置密码,并监督被授权主体删除相关数据。

(二) 数据加工使用权:“三权分置”路径的核心

公共数据的价值在于利用,数据加工使用权是“三权分置”路径的核心权利。设置数据加工使用权,在于保障使用者依法依规行使数据权利,推动使用权交换与市场化流通。

1. 数据加工使用权的成立要件

第一,公共数据集合是数据加工使用权的客体要件,有必要明晰其内涵和外延。首先,公共数据集合不同于原始公共数据,是对原始公共数据整理、清洗之后形成的数据合成,即对原始公共数据进行了去标识化、脱敏化、可读化处理;其次,公共数据集合不包括禁止开放和禁止授权运营的公共数据资源,此类数据具有较

^① Andreas Boerding, Nicolai Culik & Christian Doepke, et al., *Data Ownership—A Property Rights Approach from a European Perspective*, *Journal of Civil Law Studies*, Vol.11:325, p.355-356(2018).

^② 参见李爱君:《数据要素市场培育法律制度构建》,载《法学杂志》2021年第9期,第25页。

高的安全等级和敏感程度,若直接投入流通使用,可能侵害个人隐私、商业秘密、公共利益乃至国家安全。

第二,使用者是数据加工使用权的主体要件,在不同使用场景中,对使用者的要求不同。公共数据主要存在开放场景和授权运营两种利用场景,在开放场景中,无条件开放场景对使用者一般无条件限制,有条件开放场景则要求使用者具备一定的安全保障能力。在授权运营场景中,鉴于对效率和安全的双重考量,运营单位需具备一定的安全保障能力和基础业务能力,以保证授权运营效率可观、风险可控和责任可溯。

第三,合法取得公共数据集合是数据加工使用权的行为要件,产权登记则为对抗要件。一方面,只有满足合法取得的前提,使用者才有权加工使用数据集合。合法取得包括两种情形,一种是持有者对其合法持有的数据集合,有权依法依规加工使用,另一种是使用者通过开放或授权运营等渠道合法获取,因而合法取得并非要求使用者对数据集合享有事实管领力。^①在开放场景中,使用者获取有条件开放的数据集合需经审核同意,并应签署安全承诺书和开放利用协议。在授权运营场景中,使用者需与授权单位签订授权运营协议。另一方面,产权登记并非数据加工使用权的生成要件,而应作为对抗要件。数据加工使用权主要由合同创设,因而宜采用登记对抗主义,即需经登记才能对抗第三人,使用者具有自主决定是否登记的选择权。

2. 数据加工使用权的权利内容

数据加工使用权兼有“加工成数据”和“对数据使用”之义,^②是包含加工权能、使用权能的复合权利。加工权能是指使用者通过对原数据集合汇总、转换、分析等处理方式,生成新数据集合或产品的权能。数据加工是数据流通的中间过程,加工数据的目的仍在于使用。使用权能是指使用者通过分析、利用等方式使用数据集合的权能,既包括对数据集合的直接使用,也包括对加工所形成的新数据集合或产品的间接使用。

数据加工使用权的行使也存在一定限制。一方面,数据加工使用权的行使,需遵循合法、正当、必要和诚信原则,按照法律规定或合同约定的使用范围、方式、目的、期限使用数据集合,不得侵犯来源者和持有者的在先权益,不得损害市场交易秩序。另一方面,数据加工使用权的设置存在与其相对应的安全保障义务。使用者需在保护公共利益和保障数据安全的前提下,依法依规加工使用数据集合,并应采取加密、去标识化、匿名化等安全保障措施来保障数据安全。发生安全事件时应立即采取应对措施,并及时向主管部门报告。

(三) 数据产品经营权:“三权分置”路径的宗旨

数据产品是公共数据的最高价值形态,相应地,数据产品经营权是“三权分置”路径的最终目的或宗旨。设置数据产品经营权是对数据产品持有者权益的全方位保护,有助于鼓励使用者积极加工数据产品,进一步培育数据要素市场。

1. 数据产品经营权的成立要件

首先,数据产品是数据产品经营权的客体要件。对数据产品的定义争议由来已久且尚未有定论。纵然诸多文件对数据产品展开解释,但对其认定标准仍语焉不详,鉴于此,需对数据产品进行明晰界定。其一,数据产品区别于数据资源和数据集合。数据产品虽来源于数据资源或数据集合,但经过使用者的筛选、特定组合、系统整理、深度开发等处理,已经被赋予了更高的价值,而数据资源和数据集合皆未经过深度加工,形态与价值具有一定的不确定性,因此,为促进公共数据价值增值,不宜将数据资源和数据集合列入数据产品的范畴。其二,数据产品应以“实质性加工”和“创新性劳动”为认定标准。^③“实质性加工”强调对数据集合的深加工,如分析过滤、提炼整合、脱敏处理,利用数学模型和算法对数据进行计算;“创新性劳动”是指赋予数据产品比数据资源和数据集合更高价值的智力和体力劳动,此价值不仅包括“量”的集聚,也包括“质”的改变。^④“实质性加工”偏向于数据产品的形成过程,以区分数据产品与数据资源、数据集合;“创新性劳动”更偏向于数据产品的质量认定,以区分合格产品与不合格产品。二者并非独立的并列关系,满足“实质性加工”的技术程度则可判断其是否符合“创新性劳动”。

其次,数据产品持有者是数据产品经营权的主体要件。数据产品持有者是数据产品的实际控制者,具体包括数据产品的生产者和继受取得者。其一,数据产品生产者可作为数据产品经营权的主体。由于数据产

^① 参见高富平:《大数据知识图谱:数据经济的基础概念和制度》,法律出版社2020年版,第77-78页。

^② 参见刘文杰:《数据产权的法律表达》,载《法学研究》2023年第3期,第46页。

^③ 参见孙莹:《企业数据确权与授权机制研究》,载《比较法研究》2023年第3期,第61页。

^④ 参见毛立琦:《数据产品保护路径探究——基于数据产品利益格局分析》,载《财经法学》2020年第2期,第96页。

品之上凝结了生产者的人力、物力等成本投入,参照《中华人民共和国民法典》第129条关于原始取得的规定,生产者理应作为数据产品经营权的主体。对于合作开发所形成的数据产品,数据产品经营权的主体归属应以相关协议和法律规定作为认定依据。其二,数据产品持有者还包括继受取得者。生产者可借助授权许可协议,通过独占许可、排他许可、普通许可的方式,授权其他社会主体经营,其他社会主体因授权许可而合法继受取得经营权。双方可在授权许可协议中对经营权的归属作出特别约定,授权许可协议对归属未约定或约定不明时,可依事实行为予以认定,并可由双方协商解决。

最后,数据产品经营权宜采用登记对抗主义。“数据二十条”第3条提出“研究数据产权登记新方式”,数据产品经营权的登记可预防权益纷争,保障市场稳定有序,也可推动数据产品的持续开发与利用。数据产品经营权的登记包括首次登记和许可登记,首次登记在于明示经营权的原始取得,而许可登记则是在首次登记的基础上明示授权使用状况。首次登记需对是否符合数据产品的构成要件进行认定,而许可登记则不需再对此进行实质审查。故许可登记时登记机构的审查职责应予以淡化,仅需对授权许可协议的真实等进行形式审查,以当事人意思自治为主。此外,数据产品经营权的登记宜采用登记对抗主义,即权利的生效是以原始取得或授权许可协议为判断标准,登记只是对权利变动效果的确认。

2. 数据产品经营权的权利内容

一是管理权能。数据产品持有者可合法管理持有的数据产品,防范他人非法访问、使用、窃取、仿冒和伪造,并可根据数据产品的商业价值,对数据产品进行销毁、撤除、更新等。与此同时,数据产品持有者不得利用市场竞争优势实施不正当竞争或垄断行为,损害市场竞争秩序,也不得损害公序良俗、商业道德和公共利益。

二是使用权能。数据产品的使用包括内部使用和外部使用,内部使用是指数据产品持有者有权使用自己持有的数据产品,外部使用是指数据产品持有者通过许可使用合同供他人使用数据产品,如为他人提供预测、分析等服务,双方可在许可合同中明确使用主体、方式、范围、期限、限制条件、费用标准等。

三是处分权能。数据产品持有者可通过整体转让、融资担保和投资入股等方式经营数据产品,数据产品持有人不仅可将数据产品转让给他人经营,还可将数据产品作为资产进行融资担保和投资入股,以实现数据产品的资本化。

四是收益权能。收益权能是数据产品经营权的核心权能,是指数据产品持有者通过使用、处分数据产品并获取收益的权能。根据数据产品的使用目的,收益权能的行使存在一定的限制。数据产品如若被用于公共治理、公益事业,数据产品持有者不可获取收益;如若被用于产业发展、行业发展,数据产品持有者可通过出售或者许可使用获取利益,共同持有者可根据约定和法律规定分享收益。

五、结语

公共数据可否确权以及如何确权迄无定论,有必要从学理争鸣中正本清源,以寻求契合公共数据的确权路径。源于公共数据经济价值及立法与政策的推动,公共数据确权具备充分的事实及规范依据。通过对公共数据确权路径争议的梳理与释评可观察到,行为规制路径难以立足,传统确权路径难以涵盖与统摄公共数据确权,新型确权路径存在浅尝辄止、贪功冒进的情形。“三权分置”路径适用于公共数据确权可定分止争,然其面临缺乏理论论证与内容支撑的适用困局。在理论证成方面,从经济学视域观之,其可降低交易成本,避免陷入“公地悲剧”与“反公地悲剧”;从法学视域视之,其可实现公共数据分类分级确权,保障与平衡来源者、持有者和使用者的利益需求,并兼顾安全与效率价值。因此,“三权分置”路径适用于公共数据确权恰如其分,未来应在理论探索与实践运用中对其加以完善。

Theoretical Justification and Concrete Implementation of the Path of “Tripartite Rights Separation” for Public Data

YE Ming, ZHU Jiajia

(School of Economic Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The confirmation of public data rights constitutes a critical foundation for ensuring secure and efficient circulation and utilization of public data, positioning it as a pivotal issue in contemporary social governance. The confirmation of public data rights fundamentally originates from its propertization potential. The nonexcludability, nonconsumptiveness and utility nature of public data collectively establish its use value, while its nonscarcity nature generates its exchange value, so these factors create the factual foundation for the propertization of public data. Furthermore, the formulation of numerous policies and legislative instruments provides critical normative legitimacy for the propertization of public data. Therefore, the confirmation of public data rights possesses substantial factual and normative basis. Based on the premise that public data can be subject to right confirmation, both theoretical and practical circles have gradually given rise to debates between the regulatory approaches and the empowerment approaches, as well as between the traditional paths and the innovative paths for right confirmation. However, each approach has significant limitations. For instance, the regulatory approaches essentially evade the challenge of right confirmation, remaining a form of nonstandardized confirmation of property rights, the traditional paths struggle to comprehensively cover and govern confirmation of public data rights, while the innovative paths may suffer from superficial implementation or premature advancement. The path of “tripartite rights separation”, as the predominant rights confirmation pathway, can be selected as a breakthrough for confirmation of public data rights, but it still requires rigorous theoretical justification and detailed deconstruction for effective application to the confirmation of public data rights. From the economic dimension of theoretical justification, utilizing Coase theorem, the tragedy of the commons and the tragedy of the anticommons, this path not only optimizes property efficiency through minimizing transaction costs, but also establishes a balanced utilization mechanism that circumvents both the tragedy of the commons dilemma and the tragedy of the anticommons dilemma. From the legal dimension of theoretical justification, this path establishes a comprehensive mechanism through the three elements of rights. It differentiates the content layer and the symbolic layer of public data to achieve categorical and hierarchical classification of confirming rights over public data, it specifies the subject of rights to ensure equitable protection and balanced interests among data providers, holders, and users, and it also delineates the content of rights to optimize the equilibrium between the values of security and efficiency. In terms of concrete implementation of the path of “tripartite rights separation”, it is based on the data resource holding right, centers on the data processing and use right, and aims at the data product management right. The data resource holding right takes public data resources as its object, public institutions as its subject, and lawful possession as its behavioral requirement, and this right encompasses the ability to manage and circulate public data. The data processing and use right takes public data collections as its object, users as its subject, lawful acquisition as its behavioral requirement, and property registration as its adversarial requirement, and this right grants processing and use powers. The data product management right takes data products as its object, data product holders as its subject, lawful possession as its behavioral requirement, and property registration as its adversarial requirement, and this right includes management prerogatives, usage permissions, disposition authority, and commercial benefit entitlements.

Key words: public data; “tripartite rights separation”; data resource holding right; data processing and use right; data product management right