

“公益数据私人控制”的破解：确立私主体的数据开放义务

冉高苒, 高富平

(华东政法大学法律学院, 上海, 200042)

摘要: 全面数据开放是构建数据经济的制度基础, 而当前我国地方政府积极探索构建的公共数据开放制度存在明显局限。制度设计者未完全厘清公共数据的实质意涵, 造成大量公益数据无法通过公共数据开放制度得以有效流通利用, 出现“公益数据私人控制”问题。在数据财产权利义务平衡的框架下, 应当科学配置私主体的数据开放义务, 以化解“公益数据私人控制”造成的数据流通困局。基于私主体的社会性理论、公众受益权理论以及公益数据的公共价值分析, 私主体的数据开放义务得以证立。基于数据类型化的思路, 针对完全公益数据, 应当通过数据强制开放义务实现其公共价值; 针对非完全公益数据, 则应当通过激励政策鼓励私主体积极开放自身的数据资源, 扩大数据开放范围。在充分发挥数据公共价值的同时, 实现私主体利益与公共利益的平衡, 更好地实现全面数据开放的制度愿景。

关键词: 公共数据; 公益数据; 私人控制; 数据强制开放; 数据开放义务

中图分类号: D923

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)04-0073-12

一、引言

在数字经济时代, 数据通过直接或间接地揭示客观世界及其运行状态, 成为一种现代性生产要素^①, 成为经济和社会价值的新来源^[1]。为激发数据要素价值, 各国积极构建并实施数据开放政策。受益于政府信息公开制度的借鉴价值^[2], 政府数据开放率先成为国际热潮, 并发展为开放政府数据运动。无论是早期的开放数据运动, 还是当前我国地方政府积极推进的公共数据开放, 都试图将公共数据, 即以政府为代表的公共机构控制的数据, 进行开放利用以实现其价值, 例如地方政府相继出台了《上海市公共数据开放暂行办法》《贵州省政府数据共享开放条例》等规章制度。然而, 通过公共数据开放实现数据价值来造福社会不特定主体的实际效果仍有待观察。一方面, 大多数所谓的数据开放仅停留在信息公开与

数据发布的初级阶段; 另一方面, 地方政府对于公共数据的性质与定位尚存在偏差^[3], 导致大量涉及公共利益的数据因未被公共机构控制而无法得到有效开放利用。

本文并不试图在规范意义上重新构建一套完整的数据开放制度, 而试图从我国公共数据开放的缺陷入题, 将“公益数据私人控制”作为当前的主要制度困境, 对其现状和成因进行探讨, 努力回归数据开放的制度初衷——公共利益, 进而提出数据开放的优化路径——确立私主体的数据开放义务, 从而促进数据资源的流通利用, 扩展数据开放的实现路径, 优化数据开放制度, 为实现真正意义上的全面数据开放奠定基础。

需要特别说明的是, 本文所称公益数据指承载各类公共利益的数据资源^②。当数据在特定情形下涉及社会不特定主体的一般性利益时, 可因其涉及公共利益而被定义为“公益数据”。举例来说, 出于疫情防控需要, 由通信运营商控制的

收稿日期: 2022-10-28; 修回日期: 2023-04-24

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”(18ZDA145)

作者简介: 冉高苒, 男, 山西太原人, 华东政法大学法律学院博士研究生, 主要研究方向: 网络数据法; 高富平, 男, 山西闻喜人, 华东政法大学法律学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 民商法、数据法、智能法, 联系邮箱: rengenren@163.com

个人通讯位置信息涉及社会公共卫生事业时^[4],其性质已不再单纯是企业数据(或个人数据),而成为本文所指的公益数据。与当前地方数据立法中广泛使用的公共数据概念相比,公益数据更加强调数据资源本身的价值效能及辐射范围,而无论其由何种主体控制(或来源于何种行为),只要数据的有效利用能够提升公共管理水平,实现公共服务目标,都可以被纳入公益数据的范畴。

二、公益数据私人控制的产生与现状

(一) 公共数据开放的制度局限

在国际开放数据运动的推动下,我国开始探索符合自身特点的数据开放制度——公共数据开放。据不完全统计,我国已有超过20个地方政府出台了关于公共数据开放的政策性文件,其他地方的数据立法工作也在推动之中^[5]。有别于国际社会以国家规范和统一市场为目的的制度规范和倡议,地方政府主导的公共数据开放制度建设成为我国实施“国家大数据战略”^⑤的特色。

各地出台的公共数据开放政策文件中,对公共数据定义主要采取两种方式,有学者将其总结为“概括式”和“列举式”^{[3][4]}。两者都坚持将数据控制主体作为基本标准,即公共数据是行政机关(或公共管理机构)在履行法定职责(公共管理与服务职责)过程中收集和产生的各类数据。换言之,公共数据是被公共机构事实上控制的数据,对公共机构的不同范围划分则是各地关于公共数据定义的主要区别。比如《成都市公共数据管理应用规定》中的公共数据基本等同于政务数据,是“政务部门在依法履职过程中产生和管理的,以一定形式记录、保存的文字、数据、图像、音频、视频等各类信息资源”。上海和山东在公共数据的定义中将数据开放主体扩大到具有公共服务职能的事业单位和企业组织,在一定程度上扩大了公共数据开放的范围。例如《上海市公共数据开放暂行办法》规定:“本办法所称公共数据,是指本市各级行政机关以及履行公共管理和公共服务职能的事业单位(以下统称公共管理和服务机构)在依法履职过程中,采集和产生的各类数

据资源。”《山东省大数据发展促进条例》规定公共数据是“国家机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织、人民团体以及其他具有公共服务职能的企业事业单位等,在依法履行公共管理和公共服务职责过程中收集和产生的各类数据”。

由此可见,公共数据开放立足于对公共数据范围的界定。界定的标准和方式直接关系到数据范围和数据主体范围,进而关系到制度的实施价值和效果。目前,我国地方政府普遍采用“主体标准”界定公共数据,该标准所指公共数据一般包括:①政府或具有准公共职能的机构在行使有明确授权的公共职能的过程中自行获取的数据;②政府部门委托授权特定私营部门或个体行使特定公共职能过程中收集的数据^{[3][3]}。这一范围界定会引发两大问题:一是公益数据私人控制问题;二是公共机构/公共利益不当扩张问题。

在第一个问题中,公共机构对于自身控制数据的处理不存在明显的合法性障碍^④,但这种界定方式客观上导致了制度价值位阶的下降,背离了制度的初衷。这一界定标准忽略了一类重要的数据——被私主体控制的公益数据。这些公益数据对深入了解人口流动、生活变迁、疾病防治以及宏观经济形势都有重要作用,但由于被私主体控制,通常不能得到有效开放利用。对于第二个问题,立法者已经初步意识到公共数据范围上的局限性。2021年11月14日国家网信办发布《网络安全管理条例(征求意见稿)》,将公共数据的范围扩大到非公共机构控制的涉及公共利益的数据^⑥。这一规定不可避免地存在将公共数据与公共利益无限扩大、私人利益被不当“侵蚀”的潜在风险。从本质上讲,这一问题也是解决“公益数据私人控制”问题时采取措施不当所致。

综上所述,在当下的公共数据开放中,私主体事实上控制大量公益数据是一个未被重视和亟待解决的问题。

(二) 公益数据私人控制的困境与原因

公共数据开放的基本原理是:此类数据属于用公共资金生产的创新产品和服务,是尚未被开发利用的资源。因此,公共数据应尽可能地向公众开放并服务于社会公共利益^[6]。而大量公益数

据被控制在互联网头部企业、商业征信机构等私主体手中, 作为数据持有者, 私主体并无主动开放相关数据的法定义务和利益动机, 如何实现这类数据中蕴含的公共利益, 成为制度设计者无法回避的问题。

在“信息/数据社会”研究领域, “公益数据私人控制”现象及相关社会问题已为研究者广泛关注。在“监控资本主义”与“智慧城市”的相关研究中, 研究者一方面关注信息/数字资本主义的驱动、企业资本与政治权力之间的互惠关系, 另一方面也审视“智慧城市”数字化转型过程中私人权力对公共领域的入侵。私营科技企业主导甚至直接接管了部分地区的智慧城市建设与运营, 并以前所未有的方式参与到城市居民的日常生活中, 成为某种程度上的治理主体。此类私营企业掌握的监控能力和超强算力, 使其在合法名义掩护下滚雪球般持续获取海量数据^[7]。数据类型也不限于工业数据和产业数据, 还包括因其参与治理活动而积累下来的公民信息与公益数据。因此, 托萨教授将关于私主体参与公共事务的成因总结为: ①数字技术的本质; ②互联网的全球性; ③数字资本主义的现状^[8]。可见, 私主体已经不可避免地介入公共事业, 其控制的数据能够帮助解决许多公共问题, 但这些数据都以无形资产的形式掌握在私主体手中, 无法得到开放利用。这就是本文所述的“公益数据私人控制”的现实困境。

虽然我国地方政府已经在推进公共数据的开放, 但对“公益数据私人控制”问题却束手无策。一方面, 公共机构尚未做好利用这些数据的准备。公共机构在获取公益数据方面缺乏明确的法律授权, 仅有的零星规定也多是关于“企业数据报送”的。例如《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》明确了网络服务提供者应履行的自查义务和相应的报告义务^⑥;《电子商务法》在法律层面确认了平台经营者的数据提供义务^⑦;此外, 涉及数据报送义务的相关规定还散见于《互联网跟帖评论服务管理规定》《微博客服务管理规则》和其他尚未生效的规范性文件中^⑧。这些规范倾向于以日常监管为目的的信息获取, 旨在利用数据/信息中的内容价值而非计算价值, 且大多采

用“一事一议”的数据报送模式。这与公益数据的规模性挖掘和利用有着本质区别, 因此无法解决“公益数据私人控制”的问题。

另一方面, 私主体在数据开放过程中面临多重困难。数据开放直接关系到数据财产、安全责任以及数据治理等基础性问题。尽管关于数据开放的讨论如火如荼, 但相关制度构建还停留在公共机构控制的数据上, 为公共利益解锁私主体所控制数据的探讨尚未转化为一套成熟可靠的制度机制, 难以实现大规模、高效率、无争议和可信赖的公私数据双向流通。这使得私主体面临着数据“不能开放”“不愿开放”和“不敢开放”的困境。“不能”是因为公共机构尚未搭建起统一、安全、成熟的数据流通基础设施。“不愿”是因为法定数据开放义务和激励措施缺失, 甚至还要面临开放成本方面的考量。有学者认为, 虽然可能会出现数据开放, 但由于谈判地位不平等或聘请法律专家的成本过高, 这类合同的磋商可能会给弱势方带来昂贵的交易成本^[9]。“不敢”则来源于私主体对自身竞争性(数据)优势、商业秘密、数据安全及个人信息保护相关合规问题的担忧^⑨。因此, 即使自身控制的大量数据涉及公共利益, 私主体也没有义务和动力向社会(或者政府等公共机构)实行开放。

综上所述, 在当前公共数据开放框架下, 大量由私主体控制的公益数据得不到有效开放, 这是我国各地推行的公共数据开放政策存在的缺陷。虽然《网络数据安全条例(征求意见稿)》开创性地提出公共数据应该包括被私主体控制的部分, 但并没有为私主体向社会或者政府开放数据找到有力的依据和制度路径。因此, 我们需要为私主体开放公益数据寻找恰当的制度依据, 以更合理的方式来实现其承载的公共利益。

三、确立私主体数据开放义务的理论依据

为解决“公益数据私人控制”问题, 充分实现私主体所控制数据的公共价值, 本文通过为持有数据的私主体设置合理的数据开放义务, 实现对数据开放制度的优化。从私主体的社会性与公

共性、公众受益权理论以及私人控制公益数据的公共价值等三个方面进行思考,私主体的数据开放义务得以理论证立。

(一) 私主体的社会性与公共性

数据开放义务的主体性根源在于人的社会性。人是社会存在物,是社会关系的总和。马克思认为共同的社会性是每一个利己主义个人之间的相互依赖性,是把他人和他物作为满足自身欲望之工具的相互需要性^[10]。从这个角度来说,无论我们喜欢与否,也无论我们知道与否,只有在社会共同体中,个人才能获得全面发展的手段。也就是说,只有在社会中才可能存在个人自由^[11]。因此,为了进入社会或参加社会活动,个人必须向他人披露和公开自己的身份。社会也需要利用个人提供的信息,以及散落于各处的、可被搜集到的相关个人信息,来了解和判断个人。无论是个人数据还是由私主体控制的其他数据,必须通过数据/信息的交换和流通以实现人与社会的连接,从而建立社会关系,开展生产活动。

私主体的社会性不只体现在自然人身上,拥有集合力量的私主体组织同样具有社会性,并且在技术手段和商业模式的加持下,呈现出公共性特征。以网络平台为例,传统意义上的网络平台只是一种中介,允许“潜在的交易对手相互访问,并提供技术,让那些寻求向他们推销商品和服务的人能够清楚地看到用户”^{[12](137)}。随着互联网模式的持续创新和进步,网络平台已不仅是一种新商业模式、新社会技术或新经济组织形式,更成为一种网络时代的数字基础设施^[13]。这种数字基础设施重塑了社会交往、经济交流等关于连接、价值和声誉的生产、传播和评价方式^{[12](148)}。诸如腾讯、阿里巴巴等主流网络平台,往往以公用事业的方式运行并提供基本信息服务,这些服务对经济社会活动至关重要。同时,主流网络平台又形成一个庞大且高度分化的信息生态系统。这类私主体组织提供的便捷数字工具遍布全球,重构市场、社会和政治互动模式。数字基础设施的公共影响从“智慧城市”建设中得以清晰呈现,如阿里巴巴、腾讯等互联网企业,正在各地“智慧城市”的快速建设中逐渐“基础设施化”。阿里巴巴计划为杭州打造“城市大脑”项目;腾讯

的目标是为江苏省打造智慧交通、医疗服务和商业系统;百度则为雄安安装智慧城市系统^[14]。这些私营网络平台已经深入数字社会生活的各个方面,成为以公共性为核心特征、服务于全面深化改革和基层治理的数字基础设施。

私主体的公共性决定了其应当将控制的数据资源进行开放利用。私主体社会行为的公共性决定其控制的数据具有不同程度的公共利益相关性,因此,只要有足够的公共利益驱动,私主体就应当积极开放其控制的公益数据。《数据安全法》对数据的分类也在一定程度上说明了私主体数据的重要性与公共性。《数据安全法》的创新点之一就是数据作出了基础性分级分类。其第21条明确的“核心数据”概念并未采用控制主体标准,而是从数据价值的重要性方面进行了划分。这说明立法者清楚地意识到,在大数据时代,数据处理行为大量地发生在公共机构之外,私主体事实上掌握着影响巨大的核心数据资源,这些数据关系到国家安全、国民经济命脉、重要民生和重大公共利益。从国家层面来看,即便这些数据掌握在私主体手中,同样属于核心数据。由此推之,既然数据安全维度的制度考量已扩展至私主体控制的数据,私主体的数据开放义务便成为数据社会化流通的题中之义。

(二) 公众受益权理论

美国华盛顿大学的玛丽教授曾撰文指出,每当我们使用互联网或物联网时,都会将数据贡献给一个庞大且不断增长的数据池,它连接互联网并分享我们的数据。如果数据可供汇集并使用高级分析进行处理,那么分析结果可以用于满足私人利益和公共利益。将大数据视作公共资源,对于公众解决“无数据就无答案”的紧迫问题、纠正信息获取和知识控制失衡等方面的问题至关重要。为此,她提出为公众构建一种从私人控制数据中获益的权利^[15]。我们受其启发,将社会公众享有从数据中受益的权利称为公众受益权。

公众受益权理论认为,商业实体通过提供数字基础设施来获取用户数据,这些数据在以下三个方面具有公共资源属性:第一,用户通过自己的活动以及与数字平台和设备的互动促成了数据资源的产生;第二,私人的控制不会将数据资

源用于社会最佳用途, 反而可能实施侵害用户权益的行为, 比如电信诈骗、大数据杀熟等; 第三, 数据具有非排他性, 不仅具有商业价值, 在特定场景中还具有公共价值。公众可以通过合法途径获取数据, 并将其用于社会最佳用途, 这有利于培育数据要素市场, 遏制非法的数据爬虫。例如谷歌为定向广告、产品开发和其他商业战略收集的用户位置数据, 同样可以用于评估卫生防疫政策^[16]。因此, 当涉及公共利益时, 社会公众有权从私主体处获得相应数据。在一定条件下, 政府(或者公共机构)也有权代表公众获取这些数据, 并用于特定公共服务。

也有人认为, 从数据的非竞争性以及获取数据对数字经济的重要性角度来看, 公众受益权理论在涉及公共利益和科学研究时争议较小, 但应该谨慎对待其他一般社会公众对私主体控制数据的获取权或访问权, 即使它看似对市场竞争和创新有利^[9]。这种质疑具有一定借鉴意义, 即实现公众受益权不应当损害私主体对数据的合法权益。对于私人控制的公益数据而言, 有必要从以下三个方面对公众受益权进行限制: 第一, 公众享有对私人控制公益数据的受益权, 但不意味着颠覆现有对数据持有者合法利益的认可; 第二, 公众受益权不意味着将私人控制的公益数据完全无条件投放至公共领域, 而应当通过对使用主体、范围和用途的限制, 以保证数据持有者的合法竞争性利益不受损害; 第三, 公众受益权不能侵害个人隐私和数据安全。

综上所述, 数据源自社会中各主体的社会活动, 每个数据主体既是对客观世界的记录者, 又是被记录的对象, 同时也是利用数据认识客观世界的主体。数据是人类认识客观世界规律的工具, 国家法律应当保护每个社会主体获取和利用数据的权利。这既是每个自然人探索未知和思想自由(精神自由)的表现, 也是每个法人(及非法人组织)开展社会活动的前提。因此, 数据的公众受益权可以为私人控制公益数据的开放提供理论支持。

(三) 私人控制公益数据的公共价值

1. 信息/数据自由价值

无论是国际开放数据运动还是我国的公共

数据开放制度, 信息自由都是数据开放的重要价值基础。这种价值观念存在于各项国际公约及各国宪法层面的法律规范中, 即公民自由获取、持有以及传播信息是一项基本权利^[17]。《世界人权宣言》《欧洲人权公约》《中华人民共和国宪法》《美国信息自由法》等都对信息自由进行了明确规定^①。依据社会信息契约理论, 国家和社会赖以维系的纽带是其对各个领域信息的收集与传输。社会成员应当将专属自身的部分信息权利让渡给国家, 以促进公共福祉的实现。为实现这一目标, 国家有义务在管理这些信息的同时允许公众获取, 以满足公众参与社会事务以及自我发展的需求^[18]。在数据法领域, 信息自由是从未被遗忘的重要价值考量。《一般数据保护条例》(GDPR)在“鉴于条款”中明确表达了立法机构平衡数据保护权与其他基本权利(尤其是言论自由和信息自由)的立法目的^②。即使是个人信息, 也应当在“高保护水平之下, 在欧盟范围内以及与第三方国家、国际组织之间自由流通”^③。在数据财产权保护的相关讨论中, 研究者指出, 在没有任何额外实质性保护要求和保密要求的情况下引入“数据所有权”概念是危险的, 数据所有者经由所有权制度对数据享有排他性控制权利, 存在违反信息自由原则的风险^④。“数据所有权”理论因而备受质疑。

从信息和数据的严格区分来看, 随着深度学习和人工智能等大数据应用技术的兴起, 数据的生产性价值已经从单一的内容价值上升到计算价值。一方面, 数据自由可以直接促进数据要素市场发展, 带动新兴产业创新, 提高社会福祉; 另一方面, 数据自由是信息自由在大数据时代的体现, 将影响数字人权和数字民主的发展。面对技术“霸权”和算法决策, 私权利越发弱势, 甚至陷入了“数字鸿沟”、算法霸权和监控社会等困境中, 人权保护遭遇严峻的压力和挑战^[19]。因此, 随着技术、人权环境等的变化, 信息/数据自由已经具有新的制度语境, 即数据开放的公共价值已不再是化解信息不对称, 而是对数据和信息资源进行权益划定和平衡分配^[20]。

2. 市场创新与竞争价值

数据资源开放利用是社会创新的重要驱动

力。根据 OECD 的观点,所有新的进步只有进入市场,为社会创造利益,才能被称为创新。创新分为四类:产品创新、工艺创新、组织创新和营销创新^[21]。在数字经济领域也可以对应识别出这四种创新。首先,引入新的或显著改进连接设备构成产品创新。数字化互联设备的出现,一方面减少生产过程中的意外情况,提高生产效率,另一方面也促进传统产品和服务数字化,包括实现内容数字化和分发手段数字化,例如作品的数字副本就被视为产品和过程创新的完美结合。其次,数字化本身就是组织管理的创新。作为数字化转型的一部分,将企业、政府中的不同系统、机器和设备连接起来,以实现数字化联动,可被视为一种组织管理创新形式,能不断提高决策科学性和服务效率^[22]。最后,在数字经济环境下,新的商业模式和营销方式层出不穷。其中,商业模式创新以共享经济最为典型,而新兴互联网平台经济的营销模式创新,则包括定向推送、精准营销等。

公益数据的市场价值在于对竞争秩序的维护。开放私主体控制的公益数据对于促进良性竞争、防止数据垄断具有重要意义。一方面,从反不正当竞争的视角来看,由于数据价值的凸显和数据要素的稀缺,发生在数据生产、获取、流通等环节的法律纠纷屡见不鲜,其中以数据爬虫类案件最为典型。从 2016 年的“新浪微博诉脉脉不正当竞争案”^⑭、“大众点评网诉百度不正当竞争案”^⑮,到 2021 年的“微信诉极致了不正当竞争案”^⑯,数据爬虫已经成为网络平台开展数据争夺的主战场。究其根源,在于缺乏有效的数据资源供给,而最大限度地开放公益数据,是解决因生产资料短缺而造成的市场竞争秩序问题之关键^[23]。另一方面,从“数据垄断”^⑰的视角来看,网络平台对数据资源的控制虽然不属于法定财产权,但事实上却通过技术手段实现了对数据资源的集中垄断。有学者称之为“数字利维坦”^[24]。数据的大规模集中会造成数据资源控制的“极化”现象,控制数据多者所控制之数据愈多,控制数据少者愈难获取数据。倘若前者因利益考量拒绝将数据许可他人使用,将直接导致其他社会主体对数据资源的获取困难,从而催生出

数据灰黑产业,导致市场秩序的混乱。因此,在不侵害其合法权益的前提下,要求私主体开放所控制的公益数据,满足社会公共利益的基本需求,实现利益的基本平衡,是防止“数据垄断”的有效举措。

四、私主体数据开放义务的规则构建

数据持有者对其合法控制的数据享有财产性利益,但由于数据上利益的多元叠加性,数据利益协同成为蕴含特定社会目的的资源治理活动。确立数据财产利益的本质,不仅是促进数据持有者财富增长的手段,更是增加社会财富的手段^{[25](103)}。因此,对于公共机构和私主体而言,数据不单纯是获取私利的工具,作为数据持有者,二者也应当承担相应的社会义务。这既是权利义务一致原则的要求,也是提升社会整体福利的有效途径。在数据生产、重用和分享过程中,所有利益相关者之间应基于信任达成社会性契约,以确保自身不因分享数据而受到侵害,并且保证数据所创造的价值能持续、公平累积,这意味着社会中的每个主体都能有所收获^[26]。基于此,破解“公益数据私人控制”困境的根本方法在于确立社会公众对于公益数据享有的“普遍利益”,将数据开放义务作为数据持有者享有数据财产权益而相应承担的社会义务。

(一) 数据开放义务是数据财产的社会义务

数据开放义务的制度前提是数据持有者对其控制的数据具有财产性权益。虽然现行法律并没有明确所谓“数据财产权”的概念,但数据承载众多相关者的利益已经成为基本共识。《民法典》第 127 条为后续法律对数据、网络虚拟财产的保护留出立法和解释空间。《上海市数据条例》第 12 条指出,自然人、法人和非法人组织对其以合法方式获取的数据,以及合法处理数据形成的数据产品和服务,依法享有财产权益。《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》也提出探索建立数据产权制度,成为推动数据产权结构性分置和有序流通的

政策性指引。理论上, 数据财产利益保护的基础是排除他人干预和控制访问的权利^[27]。当数据持有者创建数据, 并将其存储在可以限制访问的系统中时, 已经基本实现了对这些数据财产的有效控制。因此, 对数据的事实控制成为一种数据财产权益的事实确认。

从财产法理论的视角来看, “财产权负有社会义务”是对“财产权绝对观念”的根本性反思。为了维护社会正义, 财产权应当自我限缩。在个人主张其财产自由的同时, 应使其财产有助于社会公共福祉的提升, 促进合乎尊严的人类整体生存的实现^[28]。设置这种社会义务存在多种途径, 有学者将其总结为: ①通过激进的改革措施重新分配财产; ②征收财产税和所得税; ③制定经济社会发展规划, 实行经济宏观调控; ④对所有权进行限制, 使所有权人作出某种牺牲; ⑤允许、鼓励各种非个人所有权形式^{[25](112)}。对于数据财产而言, 任何形式的数据流通一般都不需要移转数据本身, 即使是获取数据副本, 也并不妨碍数据提供者继续控制和使用这些数据。数据财产并不存在以转移占有为特征的征收、征用行为。因此, 法律政策更多是通过税收、宏观调控、权利限制以及产权形式的创新来实现数据财产蕴含的公共利益, 而只有后两种措施才是纯粹的法律手段。

私主体的数据开放义务是对数据财产权利的限制。在此义务的约束下, 当满足特定事由(一般为不同程度的公共利益)时, 私主体必须开放、流通其控制的数据, 用于社会公共价值的需求场景, 实现数据承载的公共利益。这种数据开放义务就成为私主体利用其数据增进社会整体利益的法定责任。一方面, 数据具有物理上的可复制性和使用上的非竞争性^[29]。这意味着在生产资料意义上, 通过数据开放使他人获得自己所控制数据的行为, 具有零边际成本特征, 并不会造成数据数量和质量的减损。另一方面, 由于数据价值的场景性特征, 不同数据被用于不同场景会产生截然不同的价值量。当数据被用于公共目的时, 不会直接造成对数据财产竞争性价值的降低。因此, 数据开放义务与物权的征收、征用不同, 不需要以所有权人明显的利益减损来换取公共

利益的增加。科学合理的数据开放义务并不会对数据持有者的财产利益造成直接损害。

更为重要的是, 将数据开放视作数据持有者基于数据财产的社会义务, 可以有效解决“公益数据私人控制”的难题。数据不是非黑即白的, 其本身的关联性和“共同生成性”决定任何数据在一定程度上都承载着特定的公共利益。即使是个人数据, 也可能因为关涉他人和社会利益而成为公益数据。在针对个人数据再利用的研究中, 有学者在GDPR的框架下划分出个人数据承载公共利益的不同程度, 并试图将其按照感知程度由低到高进行排序^[30](见图1)。理论上, 在完全服务于私人利益的数据和完全服务于公共利益的数据之间存在很多过渡情形, 私人控制的数据往往承载不同程度的公共利益, 因此, 私主体的数据开放义务也应当是不同的。

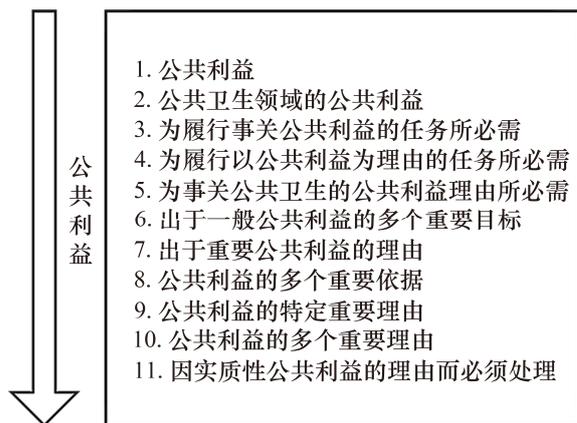


图1 GDPR中个人数据公共利益的分布水平

(二) 完全公益数据应当强制开放

如前文所述, 数据上公共利益的承载程度是如同光谱般过渡分布的。位于分布谱系的最远端, 当某一类的数据属于完全公益数据时, 虽然法律也承认其持有者的合法财产性利益, 但仍应承担数据强制开放义务以实现数据的公共价值(见图2)。因此, 在一般性数据开放义务的前提下, 为数据持有者设置基于完全公益数据的强制开放义务, 成为打破“公益数据私人控制”的关键举措。

设置强制开放义务的目的是破除在“公益数据私人控制”的情况下, 私主体自愿开放数据的

主观性障碍。但是这种强制性义务的履行必须满足两个条件：第一，数据开放是为了完全的公共利益而非私人利益；第二，数据持有者应当获得公正补偿。

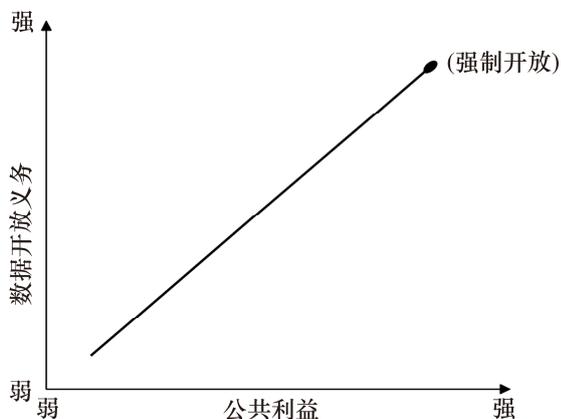


图2 公共利益与数据开放义务的关系

公共利益的法律界定一直处于理论困惑与实践需求的矛盾之中。事实上，学界一般认为“公共安全”“公共秩序”“公共服务”等目的都是涉及公共利益的典型概念。对于数据强制开放来说，一种科学民主的方式是通过“法律清单”将相关的公共事项予以程序化明确，以防止公共利益的无限扩张。正如阿道夫·默克教授所言，唯有用“法律形式”表现出来的国家目的才属于公共利益，只有将国家目的予以“法治化”才完成承认其为公益的过程^[31]。欧盟《数据法(草案)》的公开意见征询已经初步为数据强制开放寻找基本的目的类型，这也成为公共利益在数据开放领域的具体呈现形式，其中包括：①紧急情况和危机管理、预防和恢复；②编制官方统计数据；③保护环境；④促进更健康的社会；⑤提供更好的公共教育服务；⑥促进社会包容性；⑦基于证据的公共服务交付和政策制定^[32]。法国《数字共和国法》通过对“普遍利益”概念的解释，有效地扩大社会主体可以获得的私人控制数据的范围，具体包括：①公共事业或交通服务等委托公共服务的私营部门数据；②由政府发放补贴的重要私营部门数据(包括政府采购活动产生的数据)；③国家统计局所需的私营部门数据^[33]。这些域外的立法实践足以开启我国对私主体数据开放义务的探讨和尝试。

从公正补偿的角度来看，其主要功能在于保证强制义务在经济学意义上的理性，同时防止权力滥用。公正补偿的标准可以是数据持有者所承担的损失，也可以是数据接收者所产生的收益，但后一种解释可能会使政府丧失促进社会公共利益的动力^[34]。因此，市场经济国家的公正补偿标准是相对确定的，即被强制开放的数据通过公平市场交易所确定的价格。公正补偿就是这一价格所反映的“公正市场价值”以及相关的损失补偿。但是，数据的经济价值具有不确定性，往往只有在具体的使用场景中才能获得评估和衡量，因而这种看似通行的公正补偿方案在面对数据强制开放时将会遭遇困难。

从数据生产的角度来看，数据持有者对于数据的生产贡献更多体现在采集、加工、组织、治理等技术环节，而数据的价值又体现在具体的使用场景中。换言之，脱离场景的单一数据几乎没有任何价值。由于数据的非竞争性，对于数据强制开放而言，公正补偿的主要目的应当是弥补因公益数据开放而给数据持有者增加的运营成本(或称开放成本)，具体包括对数据进行去标识、结构化处理、定期更新等事项的成本开销。在现实商业活动中，由于经过治理的数据仍然可以从其他市场化、商业化的渠道获得成本收益和补偿，数据治理的费用并不是为开放数据而专门支出的。在这种情况下，数据强制开放应当被视为无开放成本。

数据强制开放义务可以通过强制缔约的方式实现。根据强制缔约理论，当事人在某些特殊情况下将会被迫与他人订立合同，其合同自由将在很大程度上被限制^[35]。对于数据而言，强制缔约是通过强制许可使用的方式使他人获得公益数据。与此相似，我国《专利法》规定，当“国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的”，可以通过“专利实施强制许可制度”来实现对专利技术的开放或者共享^⑧。受限于数据的价值呈现方式及技术依赖性，我们不应将数据开放刻板地理解为“向社会公众开放”，因为“重要的是目的，而不是其实现机制”^[36]。在这个意义上，即使要求公益数据的持有者与另一个特定私主体强制缔约(如要求医疗数据持有

者向特定疫苗研制企业开放数据), 而不向政府或者全社会开放, 同样应当被视为数据强制开放义务的履行。

综上所述, 基于确立公共利益的数据强制开放义务是破解“公益数据私人控制”难题的有效途径, 在具体实施环节还需要从目的、手段、补偿等方面进行全方位的限制, 以防止强制开放义务的无限扩展和泛滥。在这一方面, FRAND 原则可以为我们提供参考的基本制度逻辑和框架。对完全公益数据进行强制开放时, 必须考虑以下因素: ①明确且可证实的公共利益; ②数据使用行为(目的)限制; ③风险防范与安全保障; ④成本补偿; ⑤透明度与公众参与^[37]。

(三) 非完全公益数据的开放策略

除了前述完全公益数据外, 实践中更多情况是私主体控制的数据承载了部分的公共利益, 但该公共利益还未达到需要设置强制开放义务进行开放的程度。这种过渡状态下的公益数据可以通过多元激励机制来实现数据持有者的主动开放。

为实现非完全公益数据的开放利用, 政府应当探索和建立配套激励机制, 将对数据开放的倡议转变为一系列具有连贯性和系统性的激励性政策。事实上, 作为开放数据运动深化发展的结果, 很多国家政府在激励、推广、普及私主体开放数据方面已经取得进展, 而私主体(包括企业、社会组织、学术机构等)通过免费数据开放、数据共享和数据交易为更多的数据生态利益相关者带来了切实利益。例如美国专利商标局向从数据池获得创新专利的申请者提供快速申请途径, 从而激励网络平台公司参与数据池建设, 并向研究人员提供对数据的访问权限^[38]。其他形式的激励措施还包括建立相关税收优惠政策。通过设计包含增值税抵扣等激励因素的税务制度, 将企业采集、汇集、治理数据的费用纳入研发投入, 使其享受研发费用加计扣除税收的优惠政策。政府可以实施“以数抵税”政策, 对积极开放、分享数据并产生较大经济价值的私主体, 给予适当比例的税收减免; 针对具有较大社会公益价值的数据开放行为, 给予一定的税收优惠^[39]。也有国家尝试将数据开放作为“企业社会责任”评价的一部分, 借助“网络平台声誉机制”有效提升私主体

的数据开放积极性, 通过提高平台运作流程及对用户的透明度, 改善资源分配和增强服务交付能力来提升平台组织的运作效率^[40]。

综上所述, 政府可以通过培养私主体数据能力, 建立数据治理框架, 创建可重用的数字基础设施等方式激励私主体履行数据开放义务。在此过程中, 为履行数据持有者的数据开放义务, 促进公益数据所承载公共利益的实现, 美国纽约大学的“数据开放实验室”总结出 8 条路径, 具体包括: ①培养和构建私主体的数据能力; ②阐明数据开放价值并建立影响证明; ③建立新的数据中介; ④科学的数据治理和清晰的监管; ⑤构建可重用的数字基础设施; ⑥培养社会公众的数据能力; ⑦跟踪、监控并阐明决策依据数据来源; ⑧设立专门的数据管理人员^[41]。更多通过行之有效的市场激励、声誉激励以及政策激励等方式促进数据开放的实例, 此处不再赘述。

受益于“开源”理念^[42], 实践中已经存在大量私主体主动开放自身数据资源的成功案例, 并且初步形成具备可推广性的数据开放义务实现方案。在对数据开放运动的阶段性描述中, 数据开放义务由公共机构向私主体的扩张被视为“第二次数据开放浪潮”的重要特征, 其目的在于在孤立的数据资源中创造公共价值。典型的私主体数据开放义务的实现方式包括: ①公共开放接口; ②可信数据中介; ③数据池; ④建立研究分析合作伙伴关系; ⑤数据竞赛和挑战; ⑥智能生产等^[43]。上述各种数据开放方式都可以成为私主体履行数据开放义务的多元化路径。通过实现私主体与其他社会主体之间的数据协作, 能够激发和挖掘公益数据中蕴含的公共价值, 最终实现数据上多元利益相关者的利益协同。这也是构建全面数据开放制度的重要目标。

五、结语

本文对我国现有公共数据开放制度进行分析, 指出当前各地方政府推动的公共数据开放制度存在缺陷, 采用“主体标准”来界定公共数据将会导致大量涉及公共利益的数据无法得到充

分开放利用,造成“公益数据私人控制”的困局;提出在现有公共数据开放的基础上,探索一种以持有者数据开放义务为核心的数据开放制度。一方面,继续保持我国地方政府公共数据开放制度推进的积极性与稳定性,不对既有制度的基础性概念与原则进行颠覆性变动。另一方面,有效弥补因认知局限而造成的制度缺陷与不足,实现私主体所控制公益数据的社会化流通与利用。

《国务院关于印发促进大数据发展行动纲要的通知》预见性地提出“推动公共数据资源的开放应当通过政务数据公开共享,引导企业、行业协会、科研机构、社会组织等主动采集并开放数据”。由此可见,数据开放的范围本应当包含社会其他主体控制的与公共利益密切相关的数据^[44]。这是全面数据开放制度的题中之义。《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》也明确指出,政府部门履职可依法依规获取相关企业和机构数据,但须约定并严格遵守使用限制要求。这同样要求私主体履行一定的数据开放义务,以更好地实现公共目的。因此,对私主体而言,应当科学合理地配置数据开放义务。通过区分其控制数据的公共利益承载程度,差异化地采用引导鼓励、政策激励及强制开放等手段,保证其数据开放义务的实现。在尊重和保护数据持有者对数据财产享有合法权益的前提下,最大化地实现公益数据的公共价值,满足社会公众的普遍利益。本文正是在数据利益协同治理的层面上,为寻求多元利益平衡提供相应的制度构想。

注释:

- ① 2020年3月,《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》提出土地、劳动、资本、技术、数据五个要素领域的改革方向。针对数据要素,首次明确了加快培育要素市场的发展方向,要求加强数据资源整合和安全保护,探索建立统一规范的数据管理制度,提高数据质量和规范性,丰富数据产品。
- ② 我国《数据安全法》使用“社会公共利益”概念,并将其与国家利益、他人合法权益并列。学术界则认为公共利益是指不特定社会成员的利益,被视为一个社会存在所必需的一元的、抽象的价值,是全体社会成员的共同目标,是一个典型的不确定法律概念。

- ③ 2015年,党的十八届五中全会首次提出“国家大数据战略”,国务院发布《促进大数据发展行动纲要》;2016年,《政务信息资源共享管理暂行办法》出台;2017年,《大数据产业发展规划(2016—2020年)》实施。
- ④ 但仍需要妥善处理个人信息、商业秘密、企业组织合法财产利益、国家安全等问题。
- ⑤ 《网络数据安全条例(征求意见稿)》第73条第6项规定,公共数据是指国家机关和法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织履行公共管理职责或者提供公共服务过程中收集、产生的各类数据,以及其他组织在提供公共服务中收集、产生的涉及公共利益的数据。
- ⑥ 根据《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》之規定,网络服务提供者不得传输法律、法规禁止发布的信息,保存有关记录,并向国家有关机关报告。
- ⑦ 参见《电子商务法》第28条之規定。
- ⑧ 如《数据安全管理办法》《网络交易监督管理办法》《儿童个人信息网络保护规定》等。
- ⑨ 无论是公共数据开放还是本文试图构建的私主体公益数据开放,其制度设计的前提性条件都是已经妥善处理了数据上利益相关者的包括隐私利益、个人信息利益、商业秘密、知识产权利益等合法权利,即保证了所开放数据的“合法性”要求。
- ⑩ 参见《世界人权宣言》第19条,《欧洲人权公约》第8条、第10条以及《美国信息自由法》第一部分,《中华人民共和国宪法》第35、40条之規定。
- ⑪ 参见欧洲《一般数据保护条例》(GDPR)序言第4条之規定。
- ⑫ 参见欧洲《一般数据保护条例》(GDPR)序言第6条之規定。
- ⑬ 2017年欧盟委员会发布的“构建欧洲数据经济”通讯提出了构建“数据生产者权”的制度框架。但是,关于“数据生产者权”的批评却不绝于耳,批评者认为承认信息自由和保障信息自由流动是市场经济的关键原则,而“数据生产者权”将颠覆这一原则。
- ⑭ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。
- ⑮ 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。
- ⑯ 参见杭州铁路运输法院(2021)浙8601民初309号民事判决书。
- ⑰ 此处的“数据垄断”并不是法律意义上的垄断,而是数量的聚集。
- ⑱ 参见《专利法》第54条之規定。

参考文献:

- [1] 高富平,冉高苒.数据要素市场形成论——一种数据

- 要素治理的机制框架[J]. 上海经济研究, 2022(9): 70-86.
- [2] 丁晓东. 从公开到服务: 政府数据开放的法理反思与制度完善[J]. 法商研究, 2022, 39(2): 131-145.
- [3] 胡凌. 论地方立法中公共数据开放的法律性质[J]. 地方立法研究, 2019, 4(3): 1-18.
- [4] 许中缘, 何舒岑. 公共卫生领域大数据治理中个人信息的利用与保护[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(3): 20-31.
- [5] 国家工业信息安全发展研究中心. 我国数据开放共享报告 2021[EB/OL]. (2021-09-05) [2022-04-15]. http://dsj.guizhou.gov.cn/xwzx/gnyw/202109/t20210913_70063346.html.
- [6] THE AMERICAN LAW INSTITUTE AND THE EUROPEAN LAW INSTITUTE. Principles for a data economy: data transactions and data rights[EB/OL]. (2021-09-28)[2022-04-15]. https://www.ali.org/media/filer_public/ff/7c/ff7c5006-058e-4254-885d-b5d5725fd8be/date-economy-td2.pdf.
- [7] 徐偲骞, 洪婧茹. 谨慎对待城市“公私合营”与公共数据私人控制——评《数字化世界的智慧城市》[J]. 国际新闻界, 2020, 42(10): 159-176.
- [8] TDSZA S. Internet service providers as law enforcers and adjudicators: a public role of private actors[J]. Computer Law & Security Review, 2021(1): 1-17.
- [9] 塞巴斯蒂安·洛塞, 等. 数据交易: 法律·政策·工具[M]. 曹博, 译. 上海: 上海人民出版社, 2021: 174.
- [10] 卜祥记, 吴岩. 马克思关于人的社会性本质理论的内在张力分析[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2020, 41(3): 1-8.
- [11] 马克思, 恩格斯. 德意志意识形态[M]. 中央编译局, 译. 北京: 人民出版社, 2003: 63.
- [12] COHEN J E. Law for the platform economy[J]. UC Davis Law Review, 2017, 51(1): 133-203.
- [13] 张新平. 以平台为重点: 网络社会法律治理的新思路[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(2): 116-123.
- [14] 文森特·莫斯科. 数字世界的智慧城市[M]. 徐偲骞, 译. 上海: 格致出版社, 2021: 98.
- [15] MARY D F. The public's right to benefit from privately held consumer big data[J]. New York University Law Review, 2021(1): 1438-1492.
- [16] NATASHA L. Google is now publishing coronavirus mobility reports, feeding off users location history[EB/OL]. (2020-04-03)[2022-04-15]. <https://techcrunch.com/2020/04/03/google-is-now-publishing-coronavirus-mobility-reports-feedingoff-users-location-history>.
- [17] 齐爱民, 李仪. 论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间[J]. 法学评论, 2011, 29(3): 37-44.
- [18] 京特·雅科布斯. 规范·人格体·社会——法哲学前思[M]. 冯军, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 111.
- [19] 马长山. 智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障[J]. 中国法学, 2019(5): 5-24.
- [20] 马长山. 数字时代的人权保护境遇及其应对[J]. 求是学刊, 2020, 47(4): 103-111.
- [21] OECD. Oslo manual-guidelines for collecting and interpreting innovation data[EB/OL]. (2017-03-27) [2022-04-15]. <https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/statmanuals/files/9205111E.pdf>.
- [22] 潘红波, 高金辉. 数字化转型与企业创新——基于中国上市公司年报的经验证据[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(5): 107-121.
- [23] 高富平, 冉高苒. 数据生产理论下爬虫技术的法律规制路径[J]. 江淮论坛, 2022(5): 99-111, 193.
- [24] 唐皇凤. 数字利维坦的内在风险与数据治理[J]. 探索与争鸣, 2018(5): 42-45.
- [25] 高富平. 物权法原论[M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2014: 112.
- [26] WORLD BANK. World development report 2021: data for better lives[R]. Washington, DC: The World Bank, 2021.
- [27] 张永健. 物权法之经济分析: 所有权[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019: 82.
- [28] 张翔. 财产权的社会义务[J]. 中国社会科学, 2012(9): 100-119, 207.
- [29] JONES C I, TONETTI C. Nonrivalry and the economics of data[J]. American Economic Review, 2020, 110(9): 2819-2858.
- [30] MÉSZÁROS J, HO C H. Big data and scientific research: the secondary use of personal data under the research exemption in the GDPR[J]. Hungarian Journal of Legal Studies, 2018, 59(4): 403-419.
- [31] 陈新民. 宪法基本权利之基本理论(上)[M]. 北京: 三民书局, 1992: 137.
- [32] EUROPEAN COMMISSION. Public consultation on the data act[EB/OL]. (2021-12-06) [2022-04-15]. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/public-consultation-data-act-summary-report>.
- [33] OECD. Enhancing access to and sharing of data: reconciling risks and benefits for data re-use across societies[EB/OL]. (2019-11-26) [2022-04-15]. <https://www.oecd.org/publications/enhancing-access-to-and-shar>

- ing-of-data-276aaca8-en.htm.
- [34] 张千帆. “公正补偿”与征收权的宪法限制[J]. 法学研究, 2005, 27(2): 25-37.
- [35] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 9.
- [36] POLLACK M. Taking data[J]. University of Chicago Law Review, 2019(1): 77-141.
- [37] EUROPEAN COMMISSION. Towards a european strategy on business-to-government data sharing for the public interest[EB/OL]. (2020-11-02) [2022-04-15]. <https://econpapers.repec.org/paper/halwpaper/hal-02985735.htm>
- [38] MICHAEL M. The data-pooling problem[J]. Berkeley Technology Law Journal, 2017(1): 47.
- [39] 中国信息通信研究院. 数据资产化: 数据资产确认与会计计量研究报告[EB/OL]. (2020-12-09) [2022-04-15]. <https://www.sgpjbg.com/info/19610.html>.
- [40] REPUTATION INSTITUTE. 2017 Global CSR RepTrak [EB/OL]. (2017-09-13) [2022-04-15]. <https://www.eugene-or.gov/DocumentCenter/View/38403/2017-Global-CSR-RepTrak-Report>.
- [41] STEFAAN G V, ANDREW Y, ANDREW J Z, etc. The emergence of a third wave of open data: how to accelerate the re-use of data for public interest purposes while ensuring data rights and community flourishing [EB/OL]. (2020-10-01) [2022-04-15]. <https://opendatapolicylab.org/images/odpl/third-wave-of-opendata.pdf>.
- [42] 陈光沛, 魏江, 李拓宇. 开源社区: 研究脉络、知识框架和研究展望[J]. 外国经济与管理, 2021, 43(2): 84-102.
- [43] STEFAAN G V, ANDREW Y, MICHELLE W, etc. Leveraging private data for public good: a descriptive analysis and typology of existing practices[EB/OL]. (2019-10-01) [2022-04-15]. <https://datacollaboratives.org/static/files/existing-practices-report.pdf>.
- [44] 郑春燕, 唐俊麒. 论公共数据的规范含义[J]. 法治研究, 2021(6): 67-79.

The decoding of “private control of public interest data”: On the data opening obligation of private subjects

RAN Gaoran, GAO Fuping

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: Comprehensive data openness is the institutional basis for building a data economy, but at present, the public data openness institution actively explored by local governments in China has obvious limitations. The institution designer did not fully understand the essence of public data, which resulted in the fact that a large amount of public interest data could not be effectively circulated and used through the open institution of public data, and that the problem of "private control of public interest data" emerged. Under the framework of balance of data property rights and obligations, we should scientifically allocate the data openness obligation of private subjects to resolve the data circulation dilemma caused by "private control of public interest data". It is based on the social theory of private subjects, the theory of public beneficial rights and the public value analysis of public interest data that the data openness obligation of private subjects has been proved. Based on the idea of data typification, the public value of complete public interest data should be realized through the compulsory openness of data; As for incomplete public interest data, private entities are encouraged to actively open their own data resources through incentive policies. At the same time of expanding the scope of data openness, we should strike a balance between private interests and public interests so as to give full play to the public value of data, and better realize the institutional vision of comprehensive data openness.

Key Words: public data; public interest data; private control, mandatory data openness; data openness obligation

[编辑: 苏慧]