

数据要素市场化背景下数据交易规则体系现实问题研究

● 霍科羽



[摘要] 在数字经济蓬勃发展的热潮中,数据作为数字经济的生产要素,日益成为社会经济发展的重要战略性生产要素。数据要素市场化是数据要素各项制度的重要实现机制。当前,数据要素还存在权属不清、侵犯隐私、交易流动制度不完善、定价难度大等风险问题。本文通过对现行法律法规以及数据要素发展现状进行阐述,对数据要素流转过程中存在的问题进行分析阐释,并针对相关问题提出了解决措施,以供参考。

[关键词] 数据确权;数据隐私;跨境流动;秩序规范

Q 数据确权:核心法律缺失

数据权利,包括数据财产权与数据人身权。数据财产权,包括数据所有权与数据他物权;数据人身权,即数据隐私权。数据确权的目的在于明晰这些权利的具体归属与界限。在我国现行法律体系中,《中华人民共和国刑法》《反不正当竞争法》可以保护数据本身不被破坏、窃取、不正当使用等。在当下的法律保护中,只对于数据权属保护做了概括性的规制,但缺乏实体法律对其进行保护。《民法典》第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”该条虽以引致条款的方式对数据保护作出原则性规定,但因其对数据权属问题的回避态度,其在解决数据财产持有、利用、收益、交易处分的实践中缺乏明确的法律法规条文依据,这给数据财产权的确权相关法律问题带来了一些难题。随着数字经济的快速发展,我国近年来也加大了对网络信息安全的保护和网络生态治理,相继出台了相关法律,为数据安全提供了强制性保障。但是由于数据要素的独特性及其产权的复杂性,我国现有法律法规并未对数据的权属等相关权利进行规制,并未明确数据产权的法律属性。对于法律未能明确进行数据确权规制,主要有以下几个原因:(1)数据要素的独特性。数据要素与其他传统要素不同,具有易复制性、非排他性、多样性等特点。数据交易中交付的只是使用权,并且数据流转过程较为复杂,交付的是原始数据还是处理后专门性数据产品区分难度大,这为交付产品的数据财产权区分提升了难度;(2)涉及主体的复杂性。对于数据确权规则的确定需要考虑多方主

体的利益,这是由于数据流转过程中涉及的主体复杂,数据或是数据产品来源不可控,在数据流转交易过程中容易产生权利界限界定的不确定性以及主体混淆、权利主体不清晰等现象;(3)数据确权的权利内容还不清晰。数据确权是以所有权与产权为基础框架,但数据要素用途广泛、应用场景广泛且流转次数较多,将上述基本权利与数据要素的具体运用场景相结合,会衍生出更多类型的数据权利。相对于数据所有权与财产权来说,这些结合具体运用场景的权利内容多样,需要更加灵活的法律对其进行规制。

Q 数据隐私:法律执行疲软

在大数据时代,个人信息、企业隐私逐渐成为相关企业提供服务和获取利益增长的切入点,成为公开在网络空间的“公共信息”。出于网络安全层面考虑,大数据技术已然成为个人隐私和企业隐私泄露的“隐患”,这不仅会给企业或个人带来一定的经济损失,还会对社会中大数据整体流通运行的信任度与运行范围产生威胁。

从法律规制方面来看,在大数据技术蓬勃发展的过程中,我国现有的大数据相关隐私保护法也在不断完善,我国现行法律规范已形成数据隐私保护的二元架构体系,其主要是以《中华人民共和国民法典》《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》等相关的司法保护与以《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国数据安全法》等为核心的公法保护。但是由于数据市场发展并不完善,当公民的隐私权利受到侵犯时,在如何发挥法律的强制性作用方面还存在一定的难度。

从私法保护角度来看，私法保护是建立在个人数据自我控制与自主决定利益基础上的，从而防止个人数据被非法收集和利用。私法保护通过释明个人享有的知情权、删除权等具体权利，构建了以“知情同意”为规则的私法保护体系，这在给予公民享有自己的私人数据自由的同时，也给相关部门执法带来了一定的难度。同时，私法规定的隐私侵犯的救济方式也为个人运用法律武器维护权益增加了难度。对于负有举证责任的消费者来说，如何收集到有效的信息、如何保证信息的真实性、如何证明自己的合法权益受到侵害等都存在难度。

从公法保护角度来看，公法保护建立在控制“数据权力”的国家保护义务基础之上，主要依靠我国设定的监管和合规框架以及配套执法制度。公法保护立足于国家强制力，多以命令式的形式规制数据收集者、处理者、使用者的强制性义务规范，这就会导致法律执行的难度增加。由于缺少奖励制度的设立，强制性的消极性义务会增加法律执行成本、降低法律执行效率以及有可能会出现问题消极执法的情况。

Q 数据市场：准入与退出不畅

数据交易主体主要包括大数据供应方、大数据交易平台、数据代理中介机构以及数据需求方。现有的数据市场治理建设方面缺乏上位立法和顶层制度方面的统筹，完整的法律与制度框架还未形成；数据市场整体法律体系层次性不够，仍然存在法律制度断层和相关政策碎片化问题。由此可以看出，现存数据市场管理制度体系化及法治化的程度不高，这对数据市场的准入与退出会造成一些不便。例如，准入标准单一，没有针对不同数据供应主体的差异化标准，无法实现多主体融入数据市场交易流通；准入与退出制度不完善，导致市场流转运作效率低；具有相关职责的行政执法主体职责不明确，行使权力不清晰，导致行政效率低等。

对于数据供应方来说，在现行的大数据交易模式下，数据供应方扮演着数据直接控制者的角色，在市场中流通交易数据的合法性、真实性、有效性都掌握在数据供应方的手中。因此，如何完善数据攻击方的法律制度设计是把握数据流通真实、合法、有效的重中之重。我国对数据源供给主体进行了多方面的规制：第一，制定了严格的数据供给主体资格认定标准。数据源供给主体应是根据《中华人民共和国公司法》设立的经营性法人组织；第二，制定严格的供给主体供给数据来源的安全标准，对数据安全进行了强制性规定。对于数据需求方来说，当前的数据交易模式下，大数据交易平台多采用会员制的交易形式，数据需求方需要先注册为平台会员，而后才能参与到大数据交易流程中。由此可以看出，为了进一步优化数据要素市场、规范数据管

理、建立健全权责清晰、安全有序的数据市场，法律对市场主体的准入与退出都做了严格、标准的规制。然而，这些法规对相关标准进行审查的具体内容、不同类型数据的差异化标准、具体负有某项职责的某个部门的权责划分等都没有进行系统化的规定，这就会导致市场主体的准入与退出制度程序较繁琐、效率较低。

Q 数据运营：秩序规范空白

随着互联网技术的发展，数据已然成为行业发展的重要战略资源，且被广大企业作为精准运营的决策依据。各行各业逐渐摒弃过去简单的基础性的流量思维，更加注重精准流量对于用户的身份标签、行为标签、兴趣标签等。数据运营就是依据企业经营的相关业务需要进行数据收集、数据分析，根据数据所展示的信息作出相关性决策。当前的数据市场上主要有两类数据运营，一种是公共数据运营，另一种为私人数据运营，即数据交易平台对其自主所有的数据进行运营，对其公共数据授权运营，如何选择适格的社会第三方是必须面对的重要问题。一方面社会第三方应当具有足够的维护数据安全的能力，并且还要有较高的技术开发能力，能够对公共数据进行有效开发。这就对相关管理部门选择第三方授权机构提出了严格的标准。相关管理部门既要考虑第三方交易平台的科学技术水平，又要考虑到保护数据安全的能力，这就需要有强制性的法律法规进行严格规制。但是囿于地方立法权限以及不同区域的差异化发展战略，还未形成体系化的数据运营规范，缺乏一体化的严格秩序规范。对于数据交易平台、相关企业机构的数据运营来讲，由数据交易平台主导的数据交易可分为原始数据交易、数据产品交易与数据服务交易。这对于数据交易平台内部来说，其需要不断提升数据运营的专业化程度与规范化程度。虽然每个数据交易平台内部都制定有自己的数据运营规范，但是为了进一步提升数据产品、数据服务的质量，防止数据交易平台之间的同质化竞争，谨防资源浪费与数据孤岛、区域壁垒、产业壁垒的现象出现，建立一体化的、体系化的数据交易平台数据运营规范迫在眉睫。

Q 数据交易：传统管理制度有待完善

数据要素的价值体现在数据多层次流转交易的过程中。在数据流转交易的过程中，不可避免地会产生各类风险，这就需要管理制度随着各种新型风险的出现不断进行完善。随着新技术、新业态的出现，传统管理制度显露许多不足，主要体现在以下方面：（1）传统管理制度亟待更新。现有的管理制度不适应建设全国一体化数据要素市场的需要；管理主体不明确。理论上，地方相关管理部门作为数据要素市场的重要管理主体，应当形成目标一致的合力参与到数据要

素市场管理中。但实践中,对数据要素市场的管理主要呈现出工业和信息化部、互联网信息办公室、市场监督管理总局等部门“多头管理”的格局;现行管理模式呈现碎片化,没有形成国家层面的管理制度和管理规则,多为地方相关管理部门制定的地方化管理规则。由于地方立法权限限制以及主要是为解决地方问题,其制定的相关制度不具有普遍适用性,不利于数据要素跨地区、跨行业流动中的安全管理。

(2)管理方式单一,缺乏多层次、多方面规制。当前我国对于数据要素市场的管理主要是刑事上的管理,主要是依靠《刑法》的严苛性和威慑性,对侵犯数据交易安全的不法行为进行处罚。不可否认,这在规制侵犯数据安全的不法行为上产生了显著效果。然而,在大数据时代,新技术、新业态不断更迭推新,推动社会经济产业发展转型升级,这一过程中会有更多危害数据安全的新手段出现,也会有更多新类型的风险出现。传统《刑法》在应对数据安全犯罪上受制于《刑法》的滞后性和谦抑性,只能在犯罪发生以后对相关行为进行评价,这种事后的评价对于数据安全的保护有其自身的局限性;《刑法》惯例多为事后管理模式。《刑法》事后管理的方式依靠国家刑法权对数据要素市场进行单向管理并不能发挥企业机构的自主约束、自我管理 etc 积极作用,也就无法达到企业、国家共同加强数据安全管理的理想效果,也不利于企业及时掌握市场信息变化以及及时应对变幻莫测的数据风险。总之,维护数据要素市场安全的传统管理并未形成统一的管理行为规制模式、缺乏多元化管理方式,并且由于客观因素的制约导致管理执行难度较大。

数据跨境:安全管理匮乏

随着经济全球化进程的不断推进,各国之间的经济贸易往来交流不断加强,数据跨境流动以其高频率、高速度、大规模导致风险指数攀升。数据安全是我国安全的重要组成部分,我国也高度重视对数据跨境流动的安全管理。但是由于我国数据安全立法起步较晚、出口贸易业务范围广泛,对于数据跨境管理的安全管理还需要进一步完善,这主要体现在以下方面:

(1)存在制度障碍。尚未出台关于数据跨境管理的专门性法律。虽然有《网络安全法》《数据安全法》以及一些专门性的规章制度,但是还未出台专门的法律对其进行规制,缺乏专门性的安全管理办法。目前,主要参考的配套规范虽然对数据安全评估的具体内容进行了细节划分,但是在实施效果上还缺乏强制性标准的效果以及各方主体对该规范的执行程度还有待提升;总体看,虽然《网络安

全法》《数据安全法》等已经构筑了我国数据跨境管理的基本框架,但如何证明我国对于某些数据的跨境流动进行限制符合“合法公共政策”的要求,并得到国际社会的认同,在国际谈判中如何证明该限制行为是正当的、必要的还存在一定的难度。

(2)管理模式单一。《网络安全法》确立了数据本地化存储与数据出境安全评估相结合的管理方式,但未能结合数据跨境流动的具体场景等进行多层次、差异化管理。将安全评估作为数据出境的必经程序在一定程度上压缩了数据流动的空间,有可能会不利于我国参与国际贸易活动;我国对跨境流动的所有数据没有在划分数据风险等级后进行安全评估,我国现有的安全管理模式趋向于更加严格的方向。这虽然可以降低跨境数据流动风险,但也在一定程度上阻碍了我国参与全球化进程中资金流、贸易流、金融流的流转往来。

(3)管理能力相对匮乏。由于数据跨境流动天然具有全球化的属性,突破了传统物理国界等方面的限制,因此,高标准的数据跨境流动规则也可能给防护实力相对较弱的成员带来网络安全等挑战。只有在本国相关管理部门有足够的管理能力和技术能力的前提下,才能为参与数字贸易活动提供必要的安全保障。因此,在面对层出不穷的国际数据风险时,我国监管机构应不断提升监管能力,不断完善信息收集管理能力,从而使其具备较强的实力来应对数据跨境流动风险挑战。

参考文献

- [1]韩旭至.数据确权的困境及破解之道[J].东方法学,2020,73(01):97-107.
- [2]张俊发.大数据时代个人数据的权利配置[J].华南理工大学学报(社会科学版),2021,23(05):69-77.
- [3]常江,张震.论公共数据授权运营的特点、性质及法律规制[J].法治研究,2022(02):126-135.
- [4]陈思.培育数据要素市场的逻辑理路、安全困境与应对策略[J].当代经济管理,2023,45(03):24-31.
- [5]于冲.数据安全犯罪的迭代异化与刑法规制路径——以刑事合规计划的引入为视角[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2020,50(05):93-102.
- [6]何波.中国参与数据跨境流动国际规则的挑战与因应[J].行政法学研究,2022,134(04):89-103.

作者简介:

霍科羽(2002—),女,汉族,河南商丘人,大学本科,郑州大学法学院,研究方向:民商法。