

数据产品保护路径探究 ——基于数据产品利益格局分析

毛立琦^{*}

内容提要：数据产品是运营商对信息主体的原始数据进行生产加工后形成的产品。根据数据处理形式的不同，数据产品可以分为汇集型数据产品和演绎型数据产品。基于对各类数据产品依附的利益格局分析，汇集型数据产品的权益应由运营商行使，但应注意对信息主体权益的保护；不同于此，信息主体对演绎型数据产品已无法确定权益，所以运营商可以独立自主行使产品权益。运营商对数据产品的利益位阶越低，其利益受财产法律调整保护的力度相应越弱。基于对运营商利益与公共利益之间的权衡，数据产品适用权利保护模式时，必须满足权利授予的相关条件。对于无法达到权利保护模式的数据产品，行为规制模式提供基础性保护。针对数据产品的保护，两种模式相互独立，相辅相成。

关键词：数据产品 权利 利益 权利保护模式 行为规制模式

一、问题的提出

随着科学技术和互联网的不断发展，数据日益成为企业谋求经济转型和创新发展的突破点。在大数据时代，单个个人信息不具备商业化的条件，大数据的商业化利用才是促进社会经济发展的基石。^{〔1〕}网络运营商基于用户个人信息的原始数据进行收集、处理、加工、利用，形成数据产品，其对于企业自身发展与社会公共利益具有巨大价值。因此，如何有效对数据产品进行保护，就成为一个亟待解决的问题。

^{*} 毛立琦，南京大学法学院博士研究生。

本文为2019年度南京大学博士研究生创新创业研究计划“证券行业的反垄断豁免制度研究”（CXCY19-21）的阶段性成果。

〔1〕 参见李媛：《大数据时代个人信息保护研究》，华中科技大学出版社2018年版，第195页。

在淘宝（中国）软件有限公司（以下简称“淘宝公司”）与安徽美景信息科技有限公司（以下简称“美景公司”）不正当竞争纠纷案中，杭州市中级人民法院认为，美景公司利用其平台，共享淘宝公司开发的数据产品，涉案行为构成不正当竞争。^{〔2〕}但杭州互联网法院首先对用户个人信息、原始数据及数据产品进行了界分，认定淘宝公司对数据产品享有独立的竞争性财产权益，但是囿于“物权法定”原则的约束，并未认可淘宝公司对该数据产品享有财产权，而在《反不正当竞争法》一般条款下对涉案数据产品权益进行保护。^{〔3〕}

法律框架下调整对象不同的法律性质意味着不同的保护模式，也就意味着不同的交易成本与制度效率。^{〔4〕}李友根教授将法律视野中的利益分为以下四种不同形态：否定利益、放任利益、法益以及权利。^{〔5〕}对数据产品保护路径的探析，不仅是为了确定网络运营商对数据产品享有何种利益，更旨在构建一个平衡信息主体、运营商与社会公共利益的法律框架。数据产品肇始于运营商收集的个人信息，所以本文拟追本溯源，首先分析数据产品依附的利益格局，进而确定运营商对数据产品的利益性质，最终探究数据产品的保护路径。

二、数据产品的界定

目前，相关数据立法主要集中在个人信息保护方面，尚无法律法规对数据产品进行标准化定义，相关立法几乎为零。^{〔6〕}相较于立法的空白，理论界已经开始关注企业数据产品的保护，但是，对于何为数据产品，现有文献并未予以明确界定，多是将其作为现有概念直接使用。^{〔7〕}

在淘宝公司与美景公司不正当竞争纠纷案中，杭州市中级人民法院认为，数据产品所提供数据内容不再是原始网络数据，而是在巨量原始网络数据基础上通过一定的算法，经过深度分析过滤、提炼整合以及匿名化脱敏处理后而形成的预测型、指数型、统计型的衍生数据，其所呈现方式是趋势图、排行榜、占比图等图形，提供的是可视化的数据内容。^{〔8〕}

有的学者即是基于司法实践对数据产品进行界定。^{〔9〕}相较于此狭义的界定，《中国电子商务立法研究报告》认为数据产品是运营商基于自身业务需求，对用户个人信息进行收集、整理、分析及加工后得到的产品。^{〔10〕}有的学者指出数据库、数据平台以及数据决策等均属于数据产

〔2〕 参见杭州市中级人民法院（2018）浙01民终7312号民事判决书。

〔3〕 参见杭州互联网法院（2017）浙8601民初4034号民事判决书。

〔4〕 参见周林彬、马恩斯：《大数据确权的法律经济学分析》，载《东北师大学报》（哲学社会科学版）2018年第2期。

〔5〕 参见李友根：《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》，载《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学版）2009年第4期。

〔6〕 截至2019年4月10日，笔者在北大法宝数据库（<http://www.pkulaw.cn/>）以“数据产品”为关键词进行全文搜索，结果显示的108篇“中央法规司法解释”中没有专门涉及数据产品的文件。

〔7〕 有学者将“大数据”作为数据产品予以论述，如涂燕辉：《大数据的法律确权研究》，载《佛山科学技术学院学报》（社会科学版）2016年第5期；有学者将数据产品表述为数据财产，如郝思洋：《知识产权视角下数据财产的制度选项》，载《电子知识产权》2019年第9期；有学者在论述企业数据时，也有涉及数据产品，如李扬、李晓宇：《大数据时代企业数据权益的性质界定及其保护模式建构》，载《学海》2019年第4期。

〔8〕 参见前引〔2〕。

〔9〕 参见王江桥：《数据产品的权益归属及司法保护》，载《人民司法》2019年第8期。

〔10〕 参见全国人大财政经济委员会编：《中国电子商务立法研究报告》，中国财政经济出版社2016年版，第98页。

品。^{〔11〕}有的学者将数据的处理行为进一步划分为简单加工的汇集性处理和经过演算的分析性处理。^{〔12〕}

基于上文分析,本文对数据产品采取广义界定,即数据产品是运营商对于信息主体的原始数据进行生产加工处理后形成的产品,其不仅可以包含数据“质”的改变,也可以仅是数据“量”的集聚。^{〔13〕}数据产品既可以是可视化数据内容,也可表现为数据加工处理形成的计算机软件或者技术方案等。运营商对数据的处理环节不同,形成的数据产品利益格局亦有所不同。本文根据数据处理形式的不同,借鉴《著作权法》对作品的分类,将数据产品分为汇集型数据产品和演绎型数据产品,下文将具体展开论述。

数据产品涉及多方主体关系,依附着不同种类的利益,对于利益的选择与衡量标准,终究是价值判断问题。对于数据保护的利益衡量,以欧盟为代表的大陆法系优先保护信息主体的隐私利益,以美国为代表的英美法系则更注重数据开发成果的利用价值。^{〔14〕}随着数字经济的发展,建构在信息主体权益保护基础之上的莱斯格信息财产理论的单向性不足越来越明显,运营商的重心地位日渐凸显。^{〔15〕}数字经济逐渐体现为一种围绕数据经营和利用而展开的复杂关系,以一种运营商为重心的双向动态结构显示出来。^{〔16〕}

在信息主体利益与产业利益之间,本文认为,应以激励信息资源流通为首要价值目标。信息资源流通不仅是实现数据产品“赋值”和“增值”的基础,信息主体的数据安全也镶嵌在整个数据产业的发展之中。^{〔17〕}然而,目前对于信息资源流通激励的呼声远少于对信息主体赋权的呼声,因此本文将激励信息资源流通作为数据产品利益格局衡量的首要价值目标,以期提升社会总福利。

三、汇集型数据产品的利益格局

(一) 信息主体的利益

汇集型数据产品是指网络运营商对于原始数据进行简单汇集加工形成的产品。其已经具有区别于信息主体原始数据的形态、价值等,具有产品的属性。^{〔18〕}虽然该类数据产品可能开发程度较低,但网络运营商也对其付出了劳动。在大数据时代,汇集型数据产品具有非常重要的价值,是支撑数据产业发展的基石。

〔11〕 参见龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,载《政法论坛》2017年第4期。

〔12〕 参见高富平:《数据生产理论——数据资源权利配置的基础理论》,载《交大法学》2019年第4期。

〔13〕 在实践中,原始数据不仅可能来源于信息主体,也可能来源于公共领域,而原始数据的加工处理也可能有多方主体参与。为聚焦核心问题,本文将围绕数据产品的法律关系限定为最基础的法律主体之间,将数据产品的关涉主体简化成两大类,一类是提供原始数据的信息主体,一类是对原始数据进行生产、加工、分析、利用的网络运营商。

〔14〕 参见宋亚辉:《个人信息的私法保护模式研究——〈民法总则〉第111条解释论》,载《比较法研究》2019年第2期。

〔15〕 参见前引〔11〕,龙卫球文。

〔16〕 See Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, 50 *Stanford Law Review*, 1193 (1998).

〔17〕 参见前引〔7〕,郝思洋文。

〔18〕 参见前引〔12〕,高富平文。

1. 信息主体主动创制信息

在大众点评软件中，用户点评聚合形成的用户平台，即为典型的汇集型数据产品。大众点评运营商并未对用户的点评数据进行分析处理，仅是使其按照一定顺序排列展示。信息主体通过录制、拍摄、汇编、制作等创制、创作形成的各类数据，构成这类汇集型数据产品的核心内容。这类信息不属于个人信息范畴，多是信息主体自愿的表达，其创作过程反映了信息主体的思想。为了保护信息主体的权益，鼓励信息的创作和传播，当其创作成果满足《著作权法》要求的构成要件时，其可以享有著作权。

然而，信息主体主动创制的信息能否成为“作品”，较难判定。以大众点评网中的用户点评为例，对上海汉涛信息咨询有限公司与爱帮聚信（北京）科技有限公司的系列纠纷，2008年北京市海淀区人民法院一审认为，针对一个餐厅的点评内容即使存在感受、评价等方面的重复，但是因表达方式和能力不同，具有一定的独创性，属于作品范畴。^{〔19〕}2009年北京市第一中级人民法院二审认为，非常简单的用户点评难以达到法定的独创性要求，不构成作品；较为详细的用户点评，其中用于简单描述客观事实或观点的表达方式也非常有限，若给其著作权保护，会导致相关事实或观点被垄断。因此，其不必然构成作品。即使构成作品，因其包含大量对客观事实的简单描述，受《著作权法》保护的范围也非常有限。^{〔20〕}在第二轮诉讼中，2011年北京市海淀区人民法院再次重申其之前观点，认为因表达能力、角度、方式不同，在表现形式上体现作者的个性、情感、体验的评论，具有独创性，属于《著作权法》保护的作品。^{〔21〕}

即使信息主体主动创制的信息不构成作品，其也属于言论表达范畴，信息主体也付出了一定的劳动，基于洛克劳动价值理论，显然信息主体对其享有法益。^{〔22〕}但是，主动创制信息的商业价值离不开用户对数据的共享和企业的整合。企业并不是将收集到的数据简单相加，而是需要投入资金、技术，对数据进行进一步的分析、应用、共享、交换才能实现增值。从博客到微博再到大众点评，互联网时代人人都是数据的生产者，都在随时随地地共享信息，但是如果对其不能上升到著作权保护的高度，则这些数据单独仍不具备商业化条件，需要依赖企业的平台效用。因此，信息主体对其创制的信息享有的法益是其表达自由的积极自主利益以及不被整合滥用的消极利益。

2. 信息主体被动提供信息

除上述信息主体主动创制的信息外，汇集型数据产品涉及的信息也可能是信息主体为了从事某项活动或者接受某项服务而提供的个人相关信息，如身份、联系方式等。学界基本已达成共识，个人信息之上承载有人格利益、财产利益和公共利益。^{〔23〕}这类信息显然与人格利益紧密相关。百度、腾讯、阿里巴巴、新浪等大型互联网公司的《隐私权政策》均表明，如果收集的个人

〔19〕 参见北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第16204号民事判决书。

〔20〕 参见北京市第一中级人民法院（2009）一中民终字第5031号民事判决书。

〔21〕 参见北京市第一中级人民法院（2011）一中民终字第7512号民事判决书。

〔22〕 有学者基于自然权利理论和法律经济学理论论证个人信息财产权。参见邢会强：《大数据交易背景下个人信息财产权的分配与实现机制》，载《法学评论》2019年第6期。由于个人信息财产权的生成仍然存在争议，因此本文在此仍使用“法益”的表达。

〔23〕 如高富平：《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》，载《比较法研究》2019年第2期；刘金瑞：《个人信息与权利配置——个人信息自决权的反思和出路》，法律出版社2017年版，第138-139页；杨惟钦：《价值维度中的个人信息权属模式考察——以利益属性分析切入》，载《法学评论》2016年第4期。

信息包含个人特征信息或者结合后具有可识别性,均会进行匿名化处理。这同时也是法律的要求。^[24]换言之,如果运营商收集的是人格紧密型个人信息,在开发汇集型数据产品时,会进行匿名化处理。如果不通过特别的技术处理,将无法通过数据产品识别出信息主体本人,信息的人格利益一般不会被触及,因商业性开发人格利益产生的财产利益也将无从谈起。

根据美国合理隐私期待理论的发展,在 United States v. Miller 一案中,美国联邦最高法院确立了“第三方原则”,即个人在自愿的情况下,将自己的信息和资料告知第三方,就已丧失合理的隐私期待了。因为信息主体对其信息可能被第三方以外的人知晓是可以预判的,其应该承担外人知晓的风险,从而失去了合理的隐私期待。^[25]同理,在汇集型数据产品形成过程中,信息主体将其个人信息提供给运营商时,就已经丧失了合理的隐私期待,后续运营商在不违背法律和合同约定的情况下,如何开发利用和使用个人信息,已经不在信息主体的可控范围内。简而言之,被数据产品收集处理的个人信息背后承载的利益,仅是信息主体对其个人数据被他人收集、开发、利用的被动防御利益,以及不被整合滥用的消极利益。

(二) 运营商的利益

互联网时代,运营商可以基于原始数据进行个性化业务定制、产品智能创新等。原始数据被视为竞争资源、企业的新资产。^[26]本文认为,运营商基于合法方式,公开获悉收集信息主体的原始数据,并对其进行汇集性加工,形成的汇集型数据产品,网络运营商应该对其享有利益。

首先,根据法律规定,运营商按照规定的目的和方式收集个人信息,且被收集者对此知情同意,该行为不具有违法性。^[27]基于合法方式收集并利用个人信息,网络运营商对于个人信息的取得不具有违法性。正如淘宝公司《隐私权政策》所宣示的,用户信息收集、使用的规则符合法律规定的“合法、正当、必要”的原则要求。^[28]

其次,根据洛克的劳动价值理论,^[29]劳动可以作为财产获得正当性的基础。个人信息是一种流动性资源,网络运营商收集这些个人信息,并对其进行汇集性加工,付出了大量的人力、物力、财力,最终形成的数据产品也并非自然领域的产物,而属于劳动创造的内容,因此赋予运营商对数据产品的利益符合劳动价值理论。但是囿于洛克但书规定,^[30]运营商通过劳动获取权益的前提是,使原始数据脱离原始状态,即匿名化处理,同时其不能从中取出超出其能充分利用的部分,即不能侵占公共领域,确保其他企业也可以获得“足够多”和“足够好”的数据资源。

[24] 有学者对平台和应用的用户服务协议相关条款进行了汇总。参见侯媛:《反不正当竞争法视野下用户数据获取行为解读》,载《经济法学评论》2018年第1期。

[25] See United States v. Miller, 425 U.S. 435, 443 (1976).

[26] 参见前引[23],高富平文。

[27] 参见《网络安全法》第41条之规定。

[28] 参见淘宝网:《隐私权政策》,载 https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit_bul_taobao/suit_bul_taobao201703241622_61002.html?spm=a21bo.2017.1997523009.37.5af911d9cYf5SB,最后访问时间:2019年4月20日。

[29] 参见〔英〕约翰·洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第20页。

[30] 参见易继明:《评财产权劳动学说》,载《法学研究》2000年第3期。

再次，由于数据的非排他性和非竞争性特征，数据产品的开发利用可能会陷入“公地悲剧”，运营商也会因此丧失继续参与数据产品开发的动力。根据激励理论，数据财产制度可以实现外部价值内部化，将非排他部分转化为排他部分。^{〔31〕}因此，赋予运营商对数据产品一定的权益，运营商可以更有动力实施数据产品开发，推动企业研发大数据产品，从而促进社会经济发展。

最后，在大数据时代，运营商依靠数据创新发展俨然是一套完整的商业模式。尤其是，对于某些网络产品或服务，用户个人信息的提供有时是其功能实现所必不可少的。比如 Facebook 即可以控制信息主体从注册登录到在线发表，再到删除退出期间产生的所有信息，基于这些信息，运营商就可以进行定向营销或推送，以获取广告收入。

基于互联网企业的一般运营模式，数据已然成为运营商的一种商业资本。运营商依托该种商业模式实现自己收益的同时，也会增加消费者福利，促进国家经济结构转型。因此，为了更好运营该种商业模式，承认运营商对汇集型数据产品的法益是前提，也是必要条件。囿于本文研究框架，运营商对于数据产品是否享有权利等相关研究，在后文予以展开。

（三）平衡视角下的利益格局

基于上文分析，信息主体与运营商对于汇集型数据产品均享有利益。由于被汇集的信息种类不同，信息主体对汇集型数据产品的利益亦有所分别。当被汇集的数据构成“作品”时，信息主体对其享有著作权。但是，无论被汇集的数据是否构成“作品”，运营商都对汇集型数据产品享有利益。汇集型数据产品之上不同的利益格局，影响了产品的利益归属，进而决定了产品权益的行使主体和方式。

当信息主体主动创制的信息构成“作品”时，信息主体享有著作权，运营商对于数据产品仍享有积极自主的法益。类比“汇编作品”，汇编作品著作权人的权利行使，不能影响被汇编作品著作权人的权利。举重以明轻，根据利益位阶的衡量，运营商对数据产品的利益，不能影响信息主体的权益。当被汇集的数据是“作品”时，运营商需事先征得信息主体的同意，也即“知情同意原则”的适用。目前在运营商提供给信息主体的格式合同中，可能会包含一揽子授权协议，即信息主体将数据可能关涉的权利均授权或转移给运营商。^{〔32〕}关于此类格式合同及知情同意原则适用的讨论已有很多，本文在此不再赘述。^{〔33〕}

当信息主体主动创制的信息不构成“作品”时，信息主体享有表达自由的积极自主利益以及不被整合滥用的消极利益，其与运营商享有的积极自主利益如何衡平，则需考虑对公共利益的影响。正如上文的分析，主动创制的信息需要借助运营商平台，才能具有商业价值。并且，信息主体作为个体，其力量有限，难以与运营商或者第三方企业抗衡，很难维护自己的权益。因此，基于经济要素考量，在保护信息主体表达利益的前提下，应该更加重视对运营商和公共利益的维

〔31〕 参见石丹：《企业数据财产权利的法律保护与制度构建》，载《电子知识产权》2019年第6期。

〔32〕 参见《美团点评平台用户服务协议》，载 <https://rules-center.meituan.com/rules-detail/4>，最后访问时间：2019年12月4日。

〔33〕 如江帆、常宇豪：《个人信息保护中“知情同意”适用的困境与出路》，载《经济法论坛》2018年第2期；田野：《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》，载《法制与社会发展》2018年第6期；王文祥：《知情同意作为个人信息处理正当性基础的局限与出路》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2018年第S1期。

护。通过运营商开发的数据产品,公众有更多的机会和渠道接触和使用信息主体发布的信息,数据产品的运营流量也会因此增加,运营商也会更加注重数据产品的投资,保护信息主体的权益。简而言之,赋予运营商更多的运营利益,既有助于维护信息主体的权益,也可以促进信息资源的流动共享,实现数据产品的利益最大化。

当信息主体被动提供个人信息时,信息主体对其个人数据享有被他人收集、开发、利用的被动防御利益以及不被整合滥用的消极利益,相较于运营商的积极自主利益,处于利益位阶的下位。此时对于数据产品权益的行使,则可以由运营商主导。在实践中,运营商基本是通过格式条款来获取个人信息。国外很多学者运用社会交换理论阐释信息主体和运营商之间的营销互动。在电子商务环境下,信息主体将运营商对个人信息的收集看作一种交换投入,换取的回报则是运营商提供的服务、产品或者其他有价值的东西。^[34] 根据社会交换理论,信息主体会在提供个人信息之前进行成本—收益评估,预计信息的后续使用状况,并决定是否提供相应信息。根据调查,一般信息主体都会提供个人信息。^[35] 理论界对格式合同最主要的抨击在于无法有效保障信息主体权益,但事实上信息主体的人格权益和自我决定利益可以在个人信息及侵权法等相关法律体系下得到充分保护。^[36] 《合同法》对格式合同中双方交易能力的矫正实际上是对信息主体权益保护的锦上添花。

四、演绎型数据产品的利益格局

演绎型数据产品是指网络运营商对原始数据进行深度加工、演算分析后形成的数据产品。淘宝公司与美景公司纠纷中系争标的“生意参谋”即为典型的演绎型数据产品。相较于汇集型数据产品,演绎型数据产品已经识别不出原始数据,其是从数据中得出新知识、新发现,以做出预测性判断或者解决方案。^[37] 汇集型数据产品只涉及原始数据的“量”的积累,在演绎型数据产品中,原始数据的“质”已发生改变。

演绎型数据产品一般旨在发现分析对象的规律或预测未来趋势,因此其涉及的信息主体数据多是个人数字足迹信息,即特定个人使用计算机和网络的行为过程被网络服务记录下来而形成的行为轨迹或过程数据。^[38] 因为不具有“可识别性”,这类信息不属于个人信息范畴,并不直接关涉信息主体人格利益,更谈不上人格利益商业化利用产生财产利益。因此,参照上文的分析,信息主体对个人足迹信息不享有积极自主利益,只享有消极防御性利益。演绎型数据产品在经过深度加工演算后,已经无法识别出信息主体的原始数据,因此信息主体对于个人足迹信息的消极防御利益无法延伸至演绎型数据产品。此时信息主体对数据产品的利益,属于法律放任的

[34] See Laurence Ashworth, Clinton Free, Marketing Dataveillance and Digital Privacy: Using Theories of Justice to Understand Consumers, 67 *Online Privacy Concerns Journal of Business Ethics*, 107, 123 (2006).

[35] 参见刘金瑞:《个人信息与权利配置——个人信息自决权的反思和出路》,法律出版社2017年版,第39—50页。

[36] Vgl. Thouvenin, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 113/2017, S. 21, S. 25.

[37] 参见前引[12],高富平文。

[38] 参见前引[12],高富平文。

生活资源。^{〔39〕}

当汇集型数据产品是演绎型数据产品的原材料时，本文认为，信息主体对汇集型数据产品的利益无法传递到演绎型数据产品层面。如果信息主体对被汇集的数据享有著作权时，在经过对原汇集型数据产品深度加工后，已形成全新的数据产品，无法从中识别出信息主体的独创性表达，信息主体不再享有著作权。另外，基于财产权客体自由让与的特征，信息主体行使支配权只能一次性用尽，在其个人数据以被他人收集或被转让的方式脱离自己的支配之后，数据主体无法控制其个人数据的后续使用和后续转让，也无法施加任何限制。^{〔40〕} 因此为了维护数据产品市场的有效运行，信息主体的权益不能追及于演绎型数据产品。如果信息主体对汇集型数据产品只享有法益时，经过多环节加工后，信息主体的利益已经被显著淡化。由于演绎型数据产品依附的是海量原始数据，产品加工转化后，信息主体难以在其中识别出自身利益。因此信息主体的利益仅及于汇集型数据产品这一环节，相关权益主张可以在该环节得以解决，其利益无须扩张至演绎型数据产品环节。言而总之，信息主体对演绎型数据产品的利益，属于法律放任的生活资源。

相较于汇集型数据产品，运营商生产开发演绎型数据产品需要付出更多的劳动，演绎型数据产品也因此具备很高的商业价值。黑庭格曾指出，劳动者只能得到其中劳动增值的部分，且劳动付出需要与劳动成果相匹配。^{〔41〕} 因此，基于洛克劳动价值理论，运营商付出的增值性劳动可以获得相应的权益保护，增值性劳动越多，享有的利益权能越高。因而相较于汇集型数据产品，运营商对演绎型数据产品享有的利益位阶更高。

简而言之，就演绎型数据产品而言，运营商享有积极自主利益，信息主体的利益则属于法律放任的生活资源。根据利益位阶衡量，运营商对演绎型数据产品享有独立自主利益，可以自行决定行使方式。

然而，在淘宝公司与美景公司不正当竞争纠纷案中，杭州互联网法院仍坚持“用户授权+平台授权+用户授权”的三重授权原则。^{〔42〕} 立法上也呈现出该趋势，《网络交易监督管理办法（征求意见稿）》规定，个人信息在流通过程中，需逐次同意。对于“三重授权”原则，学者莫衷一是。^{〔43〕} 本文并不认可“三重授权”原则。首先，“三重授权”原则源于信息主体的个人信息权利，但是目前关于个人信息的性质仍有争议，从中延伸出的授权内容，也无法令人信服。该原则仍困于个人信息权的窠臼之中，强调对信息主体权利的保护，而没有深入分析数据产品之上的利益格局。另外，“三重授权”原则受“知情同意”原则影响深刻，但合意虚化问题严重，立法不去矫正“知情同意”原则背后的交易能力不对称，而是一味深化甚至增加同意环节，无

〔39〕 我国台湾地区学者曾世雄教授根据生活资源本位的观点，将民法所涵盖之生活资源分为权利、法益及自由资源。参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第53-69页。

〔40〕 See Julie E. Cohen, Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object, 52 *Stanford Law Review*, 1373, 1391-1392 (2000).

〔41〕 See Edwin C. Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 *Philosophy & Public Affairs*, 52 (1989).

〔42〕 参见前引〔3〕。

〔43〕 如许可：《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；徐伟：《企业数据获取“三重授权原则”反思及类型化构建》，载《交大法学》2019年第4期。

疑是徒劳无功。

五、数据产品保护路径的类型化

法律对数据产品背后的利益进行调整已无争议。利益保护可采权利保护模式或行为规制模式,前者通过设定具体权利类型以涵盖相应利益,并将相应利益划归权利人享有,赋予权利人一般性的排他可能性,后者则是从他人行为控制的角度来构建利益空间,通过他人特定行为的控制来维护利益享有者的利益。^[44] 理论界多主张对数据产品采取权利保护模式。^[45] 然而,在司法实践中,针对数据产品产生的纠纷一般适用行为规制模式,即在《反不正当竞争法》下予以解决。如果对某一种类的数据产品利益格局的分析,主要考虑信息主体与运营商的利益平衡,那么对于数据产品的具体利益类型及其行使限制,则主要关涉运营商利益与公共利益之间的平衡。

在淘宝公司与美景公司不正当竞争纠纷案中,杭州互联网法院认为,由于我国目前未对数据产品的权利保护做出具体规定,基于“物权法定”原则,不能给予其财产所有权保护。^[46] 当利益并非法律已经规定的权利时,可以基于事物本质的相似性理论,考察能否将该项利益解释归入某种法律规定的权利类别。如果无法走通,则可以考虑私法或者公法上是否有保护该种利益的规范。基于此种路径,可以打通权利保护模式和行为规制模式的界限,从而在一个更加广阔的背景上处理利益的保护问题,同时也可避免动辄在司法实践中创设新权利的风险。^[47] 本文即基于上述思路,在现有法律框架下探讨数据产品的保护路径。

(一) 权利保护模式

当运营商对其生产开发的数据产品付出了很多投资时,运营商当然可以享有利益。是否给予这种利益以权利的保护模式,除了内在正当性外,还需考虑外在必要性,即需考虑对公共利益的影响。在现行法律体系下,财产权不仅包括物权,还包括知识产权等。^[48] 法律调整对象的性质决定法律制度的类别。由于数据产品与知识产权客体在性质上存在内在相似性,^[49] 对数据产品法律制度的选择,可以借鉴知识产权制度。运营商对数据产品付出的创造性劳动越多,对数据产品权益的独占性越高,越易受到权利法保护。根据法律对数据产品的权利保护程度高低,下文将依次介绍专利权保护模式、著作权保护模式及数据库特殊保护模式。

[44] 参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期。

[45] 有学者认为立法对数据产品规定了一种新型的财产权利,如程啸:《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;有学者主张数据产品类似数据库或汇编作品,对企业数据权益采取邻接权保护模式更为合理,如林华:《大数据的法律保护》,载《电子知识产权》2014年第8期。

[46] 参见前引[3]。

[47] 参见方新军:《一项权利如何成为可能?——以隐私权的演进为中心》,载《法学评论》2017年第6期。

[48] 目前很多学者撰文建议对企业数据财产赋权,如高富平:《信息财产——数字内容产业的法律基础》,法律出版社2009年版;但是同时也有很多争议,有学者认为,数据不应纳入民事客体范围,不宜作为独立财产,如梅夏英:《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。因此本文仅在现行法律体系下对数据产品的权利属性进行分析,并不涉及数据产品上新型权利的生成。

[49] 参见郑成思:《知识产权法》,法律出版社2003年版,第127页。

1. 专利权保护模式

当数据产品表现为数据加工处理形成的计算机软件或者技术方案时，可以考虑用专利权进行保护。对数据产品的专利权保护主要表现为计算机程序的专利保护。国家知识产权局在《大数据及其知识产权保护》报告中展示，我国大数据领域的专利包括：特别适用于特定功能的数字计算机设备或数据处理设备或数据处理方法；单个组中不包含的装备、设置、电路和系统等；专门适用特定经营的系统或方法等等。^[50]

不同于著作权“思想、表达二分”的权利限制，专利权既可以保护计算机程序的算法，也可以保护依据该算法编写的程序代码。专利权赋予权利人的独占使用权，较之著作权更为强烈。然而，根据专利权“以公开换垄断”的思想，专利权仅保护权利人对专利信息的独占性使用，并不限制他人对信息内容的获取，他人可以对专利信息内容自由访问。

计算机程序的专利权保护需要满足相应的申请条件，即其需具有“新颖性、创造性、实用性”。互联网技术的高速发展导致现在代码开源盛行，反向工程接连不断，这些都给计算机软件的“三性”审查带来很大阻力。专利的审查流程复杂，审查周期长，并不利于计算机软件的实践应用，无法适应信息资源的快速流通诉求。

同时，计算机程序很容易与“智力活动的规则和方法”混淆。美国在司法实践中经常将作为数据产品的计算机程序认为是“在机器上运作的抽象概念和算法”，从而否认数据产品的“可专利性”。^[51]我国《专利法》也规定，智力活动的规则和方法不授予专利权。在实践中数据产品所涉及并应用的特定算法或者计算机软件，其属性往往属于此种形式，不具备专利性。实践中对于获得专利的大数据相关技术的类型和应用目的的统计结果也印证了这一观点。^[52]

2. 著作权保护模式

(1) 演绎型数据产品

运营商开发的演绎型数据产品，一般表现为偏好分析等类似研究报告的可视化数据内容。此时，数据产品完全脱离于原始数据，以期适应市场需求和用户体验，当其符合《著作权法》要求的“独创性”时，运营商可以对其享有著作权。

如果演绎型数据产品背后的数据代码的表达方式达到“独创性”标准，则可成为著作权的保护客体，即计算机软件。计算机软件指计算机程序及有关文档，其可以是具体的程序作品，也可以是特定问题的技术解决方案。计算机软件程序实质是算法设计思想代码化的过程，软件思想与表达此时混合在一起，难以区分。《著作权法》强调“思想、表达二分”，即只保护计算机软件的表达方式。然而，运营商构思的算法，作为计算机软件的核心，却不能被《著作权法》保护。显然，根据《著作权法》对计算机软件进行保护，范围过窄，保护程度太低。

如果演绎型数据产品是运营商应用特定计算机软件生成的产物，则需讨论计算机软件生成物

[50] 参见国家知识产权局：《大数据及其知识产权保护》，载 http://www.sipo.gov.cn/gwywzcqzlssgzbjlxkybgs/zlyj_zlbgs/1062627.htm，最后访问时间：2019年12月4日。

[51] See Mayo Collaborative Service v. Prometheus Laboratories Inc., 132 S. Ct. 1289 (2012); Alice Corp. v. CLS Bank Int'l., 134 S. Ct. 2347 (2014).

[52] 参见徐实：《企业数据保护的知识产权路径及其突破》，载《东方法学》2018年第5期。

的可“作品”性。《著作权法》仅保护人类的智力创作成果，机器或者程序产生的产品，并非由人类直接创造。在司法实践中，已有案例回应计算机软件智能生成内容的著作权问题。

在北京菲林律师事务所与北京百度网讯科技有限公司著作权侵权纠纷案中，北京互联网法院认为，作品应由自然人创作完成。在相关内容的生成过程中，软件研发者（所有者）和使用者的行为并非创作行为，相关内容并未传递二者的独创性表达，因此该内容不能构成作品。^{〔53〕}

无论计算机软件本身是否能成立著作权，使用功能性应用软件开发生成的生成物都不能作为汇编作品进行保护，因为存在思想与表达的混同。相反，如果不同的运营商就相同范围的数据使用该软件无法获得基本相同的生成物，则说明该计算机软件掺杂有人的个性化主观判断，存在个体差异，思想与表达并未混同，该生成物可以作为作品加以保护。^{〔54〕}当然，如果计算机软件具有深度学习等类人工智能的功能，并基于此生成产物，则落入人工智能生成物的研究范畴。本文在此不再展开论述。^{〔55〕}

（2）汇集型数据产品

相较于演绎型数据产品，运营商对于汇集型数据产品付出的劳动相对较少，且其权益的行使，仍需顾及信息主体的权益，所以其对汇集型数据产品享有的权能不如对演绎型数据产品享有的权能完整。但是，无论被汇集的数据是否构成“作品”，当汇集型数据产品对于数据的选择、编排具有“独创性”时，其可构成《著作权法》中的“汇编作品”。此时受《著作权法》保护的是独创性编排表达，并不是构成数据产品的数据本身。^{〔56〕}运营商仅有权排除他人对汇集型数据产品整体结构的复制、传播，不能禁止其他主体对汇集型数据产品中的信息或数据的利用。

另外，汇集型数据产品的“独创性”认定标准尚无定论，存在争议，在上海汉涛信息咨询有限公司与爱帮聚信（北京）科技有限公司的系列纠纷中，2008年北京市海淀区人民法院一审认为大众点评通过收集、选择和编排，将点评内容汇集成一个整体信息，大众点评对其享有汇编作品的著作权。^{〔57〕}2009年北京市第一中级人民法院认为，网友点评内容系按照时间顺序排列，此种排列方式不具有独创性，大众点评不享有汇编作品著作权。因此，对于汇集型数据产品“独创性”的认定还需考察被汇集的数据在选择、编排上的特殊性。^{〔58〕}

3. 数据库的特殊保护模式

《欧盟数据库指令》给予非独创性数据库以“特殊权利”（sui-generis right）保护，只要数据库制作人在数据库要素的选取、审核、呈现上进行了实质性投入，就可获得特殊权利的保护。^{〔59〕}实际上，非独创性数据库的特殊权利保护模式还是对早期“额头流汗原则”的继承，只要作品中

〔53〕 参见北京互联网法院（2018）京0491民初239号民事判决书。

〔54〕 参见王迁：《论汇编作品的著作权保护》，载《法学》2015年第2期。

〔55〕 相关研究如孙山：《人工智能生成内容著作权法保护的困境与出路》，载《知识产权》2018年第11期；孙建丽：《人工智能生成物著作权法保护研究》，载《电子知识产权》2018年第9期；李晓宇：《人工智能生成物的可版权性与权利分配当议》，载《电子知识产权》2018年第6期。

〔56〕 Lothar Determann, No One Owns Data, 70 UC Hastings Research Paper, 19 (2018).

〔57〕 参见前引〔19〕。

〔58〕 参见前引〔20〕。

〔59〕 参见王镭：《“拷问”数据财产权——以信息与数据的层面划分为视角》，载《华中科技大学学报》（社会科学版）2019年第4期。

体现了作者的“劳动”，就应当认为该作品具有独创性。^{〔60〕}

依据该制度，权利人拥有对数据库全部或实质部分的提取权和再利用权。2004年欧盟法院在 *British Horseracing Board v. William Hill* 一案中明确特殊权利只保护为了自己业务需要创作数据库而进行的数据选择、编排等，对于某一具体数据的生产投入并不受保护。^{〔61〕} 欧盟法院通过适用副产品理论（spin-off theory）区分运营商对数据选编的投入和对数据库创造的投入。^{〔62〕} 因此，特殊权利的保护模式仍然不能及于作为构成要素的每个数据本身。从利益衡量的角度，特殊权利制度依然旨在维护信息资源的流动，防止数据垄断。

目前我国没有专门的权利立法规定对于数据库投资的保护。在司法实践中，法院通过适用《反不正当竞争法》对非独创性数据库进行保护。如北京阳光数据公司与上海霸才数据信息有限公司技术合同纠纷案。^{〔63〕} 因此，我国仍坚持传统的《著作权法》的立法目的，对于不满足独创性要求的数据库，没有采用权利保护模式，而是采用行为规制模式，对此下文将展开论述。

4. 权利保护模式评析

信息的实质在于流动，自由流通的信息是科技发展、经济进步的动力，相比于有形财产而言，对基于无形数据发展而来的数据产品赋予财产权，需要权衡对信息自由流通及其他公共利益的影响。因此，如果运营商想对数据产品享有相关权利，必须满足权利授予的严苛条件，如著作权的“独创性”等。即使被赋予相关权利，在数据产品保护和防止数据垄断之间，运营商对数据产品权利的行使也会受到诸多限制。如囿于著作权“思想、表达二分”，无法给予数据产品以完整保护。简而言之，正如田村善之教授认为的知识产权制度是“行为规制物权化”的方法，^{〔64〕} 知识产权不强调对客体的圆满控制，而是在对客体的特定使用行为上架构利益空间。^{〔65〕}

通常认为，权利保护模式可以提供更周全的保护力度，然而技术规范并非如此。对于数据产品的侵权很难举证，所以容易应用到法定赔偿制度。《著作权法》的法定赔偿额度最高为50万元，而修订后的《反不正当竞争法》规定的法定赔偿额度则是最高为300万元。就此而言，反而是行为规制法提供的保护力度更大。

（二）行为规制模式

正如上文所述，数据产品的权利保护模式在某些情况下存在一些局限性。同时，运营商对某些其生产开发的数据产品的利益可能由于客体不确定、支配性不强或者排他性不足等原因并不适宜权利化，或者由于价值位阶不高而无法得到权利化，^{〔66〕} 因而此时运营商对数据产品的利益更适宜采取行为规制模式，包括一般侵权行为制度和类型化的《反不正当竞争法》。数据产品的开

〔60〕 参见郑成思：《知识产权论》，社会科学文献出版社2007年版，第208页。

〔61〕 See *British Horseracing Board v. William Hill*, case C-203/02 (2005).

〔62〕 Malte Grützner, *Dateneigentum-ein Flickenteppich*, 8 *Computer und Recht*, 485, 495 (2016). 转引自前引〔59〕，王镭文。

〔63〕 参见北京市高级人民法院（1997）高知终字第66号民事判决书。

〔64〕 参见〔日〕田村善之：《知识产权法的理论》，李道道译，载吴汉东主编：《知识产权年刊》（创刊号），北京大学出版社2005年版，第32页。

〔65〕 参见吕炳斌：《个人信息权作为民事权利之证成：以知识产权为参照》，载《中国法学》2019年第4期。

〔66〕 参见王镭：《电子数据财产利益的侵权法保护——以侵害数据完整性为视角》，载《法律科学》2019年第1期。

发与应用日益成为当前互联网行业的主要商业模式,是运营商获取市场竞争优势的重要方法。运营商基于数据产品开发产生的财产利益是产生纠纷的根本原因,也是阻却其他企业不当攫取数据的正当性基础。因此,本文仅在此讨论《反不正当竞争法》对数据产品利益的调整。

数据产品俨然已成为运营商的重要经营资源,无论其权利属性如何,均承载着重要的财产利益属性。在司法实践中,法院没有因数据权属不明和权利类型不清晰影响判断,而是灵活地避开权属认定难题,承认运营商对其开发的数据产品享有财产权益,在《反不正当竞争法》项下进行调整。^[67]

竞争法的立法目标在于保护自由竞争和维护消费者利益。^[68]根据运营商与信息主体之间的相关协议,运营商不仅要合法获取用户信息,同时还要妥善保存并使用它们。因此在《反不正当竞争法》项下对数据产品进行保护,同样可以实现信息主体利益、运营商利益和公共利益之间的平衡。

1. 一般条款规制模式

虽然法院目前普遍运用一般条款进行裁判,但是学界多认为广泛适用原则性条款会有一些问题,比如一般条款调整模糊、适用不稳定,法院无法统一认定诚实信用原则和商业道德等内容。^[69]法院适用《反不正当竞争法》第2条,不仅是对《反不正当竞争法》立法宗旨和一般条款核心意旨的诠释过程,亦是在包容性、开放性和不确定性之间寻求平衡的过程。^[70]换言之,一般条款由于具有模糊性,才更易根据个案进行利益平衡。同时,有的法院根据互联网行业中数据产品技术形态和市场竞争模式与传统行业存在的显著差别,为保障新技术和市场竞争模式的发展空间,创新提出一般条款的适用条件。

在北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案中,北京知识产权法院认为,除了最高人民法院在(2009)民申字第1065号民事判决书中提出的适用《反不正当竞争法》第2条的认定条件外,还应满足以下三个条件:第一,该竞争行为所采用的技术手段确实损害了消费者的利益;第二,该竞争行为破坏了互联网环境中的公开、公平、公正的市场竞争秩序,从而引发恶性竞争或者具备这样的可能性;第三,对于互联网中利用新技术手段或者新商业模式的竞争行为,应首先推定其具有正当性,不正当性需要证据加以证明。^[71]

诚然,原则性的一般条款更具灵活性,可以方便法院于个案中在数据产品权益保护和信息自由流动之间进行利益权衡。但是,为保障新技术和市场竞争模式的发展空间,法院在互联网大数据行业中适用一般条款时应秉承谦抑的司法态度。

2. 商业秘密条款规制模式

在北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案中,新

[67] 参见曾雄:《数据不正当竞争纠纷的司法实践——现存问题与解决路径》,载《信息安全与通信保密》2018年第11期。

[68] 参见陈兵:《反垄断法实施与消费者保护的协同发展》,载《法学》2013年第9期。

[69] 参见刘继峰:《论用户数据的竞争法保护路径》,载《价格理论与实践》2018年第3期。

[70] 参见郑友德、伍春艳:《论反不正当竞争法的一般条款——兼论〈反不正当竞争法〉(修订草案送审稿)第二条的完善》,载《电子知识产权》2016年第6期。

[71] 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

浪微博提出的诉讼观点之一是用户数据属于商业秘密。但是法院对此没有给予正面回应。^{〔72〕}在衢州万联网络技术有限公司与周慧民等侵害商业秘密纠纷案中，法院认为，网站数据库中的用户信息，能为运营商带来经济利益且具有实用性，不易为相关领域人员普遍知悉和容易获得，且已采取了保密措施，故上述信息符合商业秘密的构成要件。^{〔73〕}

数据产品作为商业秘密被保护，应符合其构成要件。商业秘密要求的“不为公众所知悉”与信息资源的流动开放特性可能存在不兼容。例如，在汇集型产品中，被汇集的事实类数据多来自公有领域，任何人都可以从公开渠道获悉。但是，数据产品作为整体，不应该将其人为割裂分析，“商业秘密”是要求数据产品作为整体具有秘密性。

2019年《反不正当竞争法》修订时，将该要件的举证责任转移给了侵权人。同时，在司法实践中，也出现了一系列数据库表、存储过程、源代码文件等被认定为商业秘密的案例。^{〔74〕}随着司法实践对商业秘密认定不断倾向作宽泛解释，通过主张商业秘密保护数据产品具有可行性。

3. 互联网专条规制模式

在2017年《反不正当竞争法》修订时，新增的第12条被称为“互联网专条”，拟将互联网领域的纠纷类型化纳入不正当竞争视野中。该条第2款的前三项都是从典型案件中抽象出来的规则。兜底条款的规定是为了给未来出现的新型不正当竞争案件留下适用空间。但是目前尚无适用互联网专条裁判数据产品纠纷的案件。有学者认为法院没有适用《反不正当竞争法》第12条，而是适用第2条的原因是，原告希望依据第2条认定被告行为违法，并以此确认相关数据权益，从而获得相应补偿。^{〔75〕}

但是，与《反不正当竞争法》一般条款类似，互联网专条的兜底条款也具有适用标准不清晰等问题。有学者认为，互联网专条的兜底条款更具有针对性，与数据产品纠纷更契合，适用该条款可以防止一般条款范围的不断扩大，分解一般条款的适用压力。^{〔76〕}但是，本文认为，并未被直接列举规定的数据产品纠纷同样存在兜底条款适用模糊的问题，而且，兜底条款并不能适用于所有数据产品纠纷，具体的司法适用条件仍需要在个案中予以明确提炼。

4. 行为规制模式评析

相较于权利保护模式，行为规制模式无法提供完整排他的数据产品权益保护。《反不正当竞争法》只能提供法益层面保护和消极保护，运营商无法基于数据产品正面设计权利，如设定抵押等。另外，《反不正当竞争法》只能调整经营者之间因为不正当竞争而产生的数据产品纠纷，相应地，对于行为人的约束也限定为立法列举的类型。

但是，通过行为规制法调整，更有利于数据产品各方利益的平衡。《反不正当竞争法》的制度价值并不在于保护某个经营者的具体利益，而在于通过对不正当竞争行为的认定和规制实现保

〔72〕 参见前引〔71〕。

〔73〕 参见上海市高级人民法院（2011）沪高民三（知）终字第100号民事判决书。

〔74〕 如“北京何晨亮等人侵犯商业秘密案”，参见北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第15447号民事判决书。转引自前引〔17〕，郝思洋文。

〔75〕 参见前引〔67〕，曾雄文。

〔76〕 参见前引〔69〕，刘继峰文。

护市场经济发展的目标。因此,《反不正当竞争法》必须落实多元利益保护的立法目的,在经营者利益、竞争利益、消费者利益之间寻求平衡保护。利益的冲突根源于制度的价值取向,而这又是一个随社会发展而不断变化的过程。因此,更具灵活性的行为规制法更具活力。法院通过合理解释行为规制法的原则性条款和类型化条款可以权衡各方利益冲突,实现利益之间的和谐共生,顺应社会的发展方向。这一点对于发展中国家尤其重要。行为规制法的能动性不仅体现在对利益的权衡上,还可以体现在对其他法律的不足予以弥补上。因为行为法提供“宽保护”,所以其可以成为各个法律之间协调联系的纽带,促使整个法律体系的和谐发展。

六、结 论

《国家信息化发展战略纲要》指明:“信息资源日益成为重要的生产要素和社会财富。”在信息时代,大数据持续激发商业模式创新,不断催生新业态,已成为互联网等新兴领域促进业务创新增值、提升企业核心价值的重要驱动力。单个数据不具备商业化条件,被运营商开发利用形成的数据产品才会产生巨大的经济价值。

本文对数据产品采取广义界定,即数据产品是网络运营商对于信息主体的原始数据进行生产加工处理后形成的产品,根据数据处理形式的不同,数据产品可以分为汇集型数据产品和演绎型数据产品,不同种类的数据产品依附的利益格局有所不同。

信息主体和运营商对汇集型数据产品均有利益,但根据不同利益的位阶衡量,汇集型数据产品的权益仍应由运营商行使,但其应注意对信息主体权益的保护;不同于此,信息主体对演绎型数据产品已无法定权益,所以运营商可以独立自主使用演绎型数据产品。

对具体某种数据产品的利益格局分析,主要考虑信息主体和运营商的利益平衡。但是,针对运营商对数据产品享有利益类型的判断及其行使,则主要关涉运营商利益与公共利益之间的平衡。运营商对数据产品的利益支配性越弱、利益位阶越低,其利益受财产法律调整保护的力度相应越弱。

由于数据产品与知识产权客体在性质上存在内在相似性,因此对数据产品法律制度的选择,可以借鉴知识产权制度。当数据产品满足《专利法》规定的“新颖性、创造性、实用性”时,运营商可以对其享有专利权。当数据产品符合《著作权法》要求的“独创性”时,运营商可以对其享有著作权。目前我国没有专门立法规定对数据库投资的保护。在司法实践中,法院通过适用《反不正当竞争法》对非独创性数据库进行保护。

相较于权利保护模式的严苛条件,行为规制模式更为灵活。数据产品的《反不正当竞争法》适用存在三种可能路径:第2条一般条款、第9条商业秘密条款、第12条第2款第4项(互联网专条的兜底条款)。在司法实践中,具体的类型化条款,应优先于一般条款予以适用。

我国没有对数据产品提供全方位的财产权保护,而是根据不同类型的数据产品,提供不同程度的保护,多头并举。权利保护模式和行为规制模式并不矛盾,二者相互独立的同时,对于无法达到权利保护模式要求的数据产品,行为规制模式提供基础保护。正如郑成思教授引述的国外学者的经典比喻,“专利法、商标法、版权法是浮在海面的冰山,反不正当竞争法是下面托着这三

座山的海水”^{〔77〕}，面对数据产品这一新型事物，在探究法律对其合适的保护路径时，根据制度选择原理，应优先遵循已有法律框架的制度设计。

Abstract: Data products are products formed by the operator's production and processing of the original data of the information subject. According to different data processing forms, data products can be divided into collective data products and deductive data products. Based on the analysis of the interest pattern of various data products, the interests of collective data products should be exercised by operators, but attention should be paid to the protection of the interests of information subjects. Unlike this, the information subject can no longer determine the interests in deductive data products, so operators can exercise product interests independently. The lower the operator's interest level in data products, the weaker their interest is protected by property law adjustments. Based on the trade-offs between the operator's interests and the public interest, when data products apply the right protection model, they must meet the relevant conditions for granting rights. For data products that fail to meet the right protection model, the behavior regulation model provides basic protection. For the protection of data products, the two models are independent of each other and complement each other.

Key Words: data products, rights, interests, rights protection mode, behavior regulation mode

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

〔77〕 前引〔49〕，郑成思书，第479页。