

## 论私人的政府数据使用权

吕富生\*

---

**内容提要：**政府数据具有公产属性，全体国民系政府数据的真正所有人，国家基于公共信托法律关系成为政府数据的形式所有人并享有数据支配权。该支配权属于公法规范下概括性的管理权，并由作为国家代表的行政主体具体行使管理、维持数据资源效用的职责。但全体国民作为抽象的集合性主体，无法直接行使作为所有人所享有的数据权利，使用政府数据的权利需要回归个人、法人和其他组织。原则上私人可不经行政主体的特别批准，在不违反强制性规范的前提下即可对作为公共信托财产的政府数据进行自由、平等、免费的使用。私人对政府数据的使用方式包括直接使用和增值使用、公益性使用和商业性使用。

**关键词：**政府数据 数据开放 公共信托 数据使用权

---

数字经济已成为新时期带动经济发展的核心动力，而数据资源则是其中的关键生产要素。<sup>[1]</sup>当前，大量数据被政府掌控，其价值并没有得到充分释放，即便政府部门有心开发，往往也缺乏相应的数据挖掘能力。相比之下，企业、非营利组织和个人等具备挖掘数据价值的动力、资金、技术优势，对于社会需求具有敏锐的“嗅觉”，但却苦于无充分的数据可用。政府将数据“深藏闺中”造成了极大浪费，由此掀起了政府数据开放运动。但对于政府数据价值的释放而言，数据开放只是起点，关键还在于政府数据的再利用，即私人<sup>[2]</sup>针对政府部门所持有的数据所进行的不同于数据初始的公共行政用途的二次开发活动。<sup>[3]</sup>但需要探究的是，政府数据应归谁所有，政府部门在数据开发过程中需承担何种角色，私人使用政府数据的权利依据又源于何处。

\* 吕富生，中国信息通信研究院产业与规划研究所研究员。

本文为国家自然科学基金重大项目“大数据法制立法方案研究”（18ZDA136）的阶段性成果，并受“中央高校基本科研业务费专项资金”和“中央财经大学科研创新团队支持计划”资助。

[1] 参见许可：《数字经济视野中的欧盟〈一般数据保护条例〉》，载《财经法学》2018年第6期。

[2] 本文所称“私人”为广义上的“私人主体”概念，包含个人、非政府组织和企业等主体。

[3] 参见2013年欧盟修订的《公共部门信息再利用指令》（Directive 2013/37/EU）第4条。

## 一、政府数据具备公产属性

### （一）作为权利客体的政府数据

当前对于“政府数据”尚无统一、明确的界定。2015年国务院发布的《促进大数据发展行动纲要》（下称《行动纲要》），虽有23处提及“政府数据”，但却并未明确何为“政府数据”。国内第一部较为完整的数据地方性法规《贵阳市政府数据共享开放条例》将政府数据界定为“行政机关在依法履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的各类数据资源”。政府数据不同于旨在保护公民知情权的“政府信息”或“政府资讯”，也不限于行政主体在业务范围内产生的“政务数据”，但与具有公共管理和服务职能的企事业单位所管理的“公共数据”相比，政府数据的范围又相对较小。

对于“数据”能否成为权利客体曾存在一定争论。梅夏英认为，数据虽是一种客观存在，但缺乏权利客体需具备的确定性、独立性特征，且以比特形式存在的数据本身并不能创造新的民事权利关系，因此无法成为民法上的客体。<sup>〔4〕</sup>李爱君则提出与“数据非客体性”不同的观点，其认为，可以借鉴知识产权的独占制度，通过法律形式赋予数据主体控制权来满足权利客体的确定性与独立性要求，且数据并非以比特本身而是以比特所含内容来界定权利义务关系，譬如智力成果是以其内涵的信息，而非智力成果的外在表现，来彰显其价值。<sup>〔5〕</sup>

虽然学术界曾对“数据的客体性”存在一定争论，但随着大数据产业的发展，数据价值已被充分认识，实践中的法律应用趋向于将数据视为法律关系中的权利客体。例如，《湖南省地理空间数据管理办法》将数据视为知识产权的客体予以保护。<sup>〔6〕</sup>《中关村数海大数据交易平台规则》提出了数据所有权的概念。<sup>〔7〕</sup>最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》则将企业的客户数据纳入商业秘密的保护范畴。<sup>〔8〕</sup>而在微博诉脉脉不正当竞争一案中，法官以反不正当竞争的路径对数据进行保护。<sup>〔9〕</sup>为适应不断变化发展的数据应用实践的管理需要，将“数据”纳入权利客体的范畴予以规制十分必要。

那么，应将数据视为何种权利的主体予以保护呢？对于“数据所有权”的观点，不论是完全所有权说还是受限所有权说，<sup>〔10〕</sup>均无法解释将“数据”纳入物权的范畴会难以兼容的尴尬。一

〔4〕 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。

〔5〕 参见李爱君：《数据权利属性与法律特征》，载《东方法学》2018年第3期。

〔6〕 《湖南省地理空间数据管理办法》第26条规定：“地理空间数据知识产权依法受到保护。使用共享获取的地理空间数据，应当尊重原权属单位的知识产权。”

〔7〕 《中关村数海大数据交易平台规则》第44条规定：“如收到关于数据侵犯所有权、隐私、国家安全的诉讼，本交易平台查证属实的，将停止相关数据交易服务。”

〔8〕 参见《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（最高人民法院法释〔2007〕2号）第13条。

〔9〕 在新浪诉脉脉一案中，法官认为，未经“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”三重授权而获取和利用用户数据的行为，可能因违反商业道德和市场竞争秩序而构成不正当竞争。参见北京市知识产权法院（2016）京73民终588号民事判决书。

〔10〕 持完全所有权说的学者认为，个人对数据拥有绝对的权利，不论数据被流转至何处或基于此产生了何种新数据。参见纪海龙：《数据的私法定位与保护》，载《法学研究》2018年第6期。部分所有权说也即受限的所有权，如丁道勤认为，若数据处理者对基础数据的处理应用产生了增值的效益，其就享有对增值数据的所有权。参见丁道勤：《基础数据与增值数据的二元划分》，载《财经法学》2017年第2期。

方面,数据无法满足物权法“一物一权”的要求,数据的流动性和非排他性也对物权的公示公信原则带来了挑战;另一方面,当数据主体权利遭受侵害时,也难以采用物权方式进行救济。<sup>[11]</sup>而债权的方式虽可以实现数据使用价值在市场主体之间的有效转移,但相对性的权利保护力度又相对有限。<sup>[12]</sup>部分数据虽然蕴含智力成果,但数据的流通属性使得知识产权的保护难以推进。<sup>[13]</sup>而仅靠竞争法或公序良俗原则的保护路径,实则是将再利用主体的财产权益视为保护强度相对较弱的纯粹经济利益而进行保护。<sup>[14]</sup>

由于张力有限的传统权利框架无法应对瞬息万变数据时代带来的机遇和挑战,本文倾向于以立法构建独立数据财产权的方式对相关主体权益予以肯认和保护。<sup>[15]</sup>新兴数据权利体系的构建也并非不可行。雷磊提出,一项新兴权利的证成,须保证该项权利具有确认合理性、法律体系容纳性和可被实现可能性。<sup>[16]</sup>而数据价值实现过程中利益肯认的正当性,《民法总则》第127条留下的制度空间和基于财产权等基本权利的衍生可能,加之《俄罗斯民法典》独立数据权利设置的域外经验和股权等新型权利设定的先例,为独立数据财产权的构建提供了合理、合法与现实的证成可能。

## (二) 政府数据属于公产

政府数据的公益属性和财产增值属性,使得公产理论成为论证私人使用政府数据正当性的可能解释路径。作为权利客体的政府数据具有不同于个人数据和企业数据的特征。一方面,政府数据具有公益性。这是由政府数据来源、用途的公共性和受益群体的不特定性,以及管理主体的公共属性决定的。任何人无法对政府数据主张独占,任何人的使用也不能降低数据内在效用和排除其他主体使用。另一方面,政府数据具有可增值性。除了具有量的优势,政府数据覆盖领域广泛,时效性和权威性更强,且与经济民生高度相关,潜在经济效益和广阔的市场利用前景吸引着市场主体投入政府数据的增值开发。

法国最先发展出公产(domaine public)相关理论,公产是指为满足公用目的,供公众使用或行政主体公务使用并受公法调整的财产。<sup>[17]</sup>与公产概念相类似,德国行政法学者则概括出公物(Offentliche Sache)概念。<sup>[18]</sup>由于我国尚未确立公产(物)法,应借鉴法国公产理论还是德国公物概念,学术界仍有争议。本文采纳“公产”一词,是基于以下考虑:其一,公产与公物分别立基于“财产”和“物”,而“财产”系“物”的上位概念。就数据的非物权属性来说,“财

[11] 数据一旦为侵权人所控制,便无法撤销控制或恢复原状。参见张素华、李雅男:《数据保护的途径选择》,载《学术界》2018年第7期。

[12] 参见苏今:《大数据时代信息集合上的财产性权利之赋权基础——以数据和信息在大数据生命周期中的“关系化”为出发点》,载《清华知识产权评论》2017年第1辑。

[13] 参见前引[4],梅夏英文。

[14] 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。

[15] 支持数据独立财产权保护路径的学者的相关文章还有龙卫球:《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;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;张玉洁、胡振吉:《我国大数据法律定位的学说论争、司法立场与立法规范》,载《政治与法律》2018年第10期。

[16] 参见雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,载《法学论坛》2019年第3期。

[17] 参见王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第236页。

[18] 参见周刚志:《公物概念及其在我国的应用——兼析〈物权法草案(征求意见稿)〉相关条款》,载《现代法学》2006年第4期。

产”外延的宽泛性提高了权利主体对数据资源支配的灵活度。<sup>〔19〕</sup>其二，公产强调财产内含的权利和价值，而公物更为关注财产客体的形态或形成方式。<sup>〔20〕</sup>数据作为权利客体，已逐渐脱离传统的物质存储方式，流动性的特点导致其形态和形成方式不再容易把握。其三，广义的“财产”概念能适应公共资源不断扩张、变化的需要。我国《宪法》便采用“财产”的表述，如《宪法》第12条规定的“社会主义公共财产”。

就公产的构成要件来说，张建文认为，公产的界定存在“归属标准”和“用途标准”，前者要求该财产应属公共主体所拥有的财产，后者则是根据物之用途来确定，即公产应为公共主体或者公众所使用的财产。<sup>〔21〕</sup>法国法采用“用途标准”，即要求公产须是为满足公共目的而供公众直接使用或公共主体用于公务用途的财产。<sup>〔22〕</sup>而朱虎认为，是否构成公产可从财产与公共利益关联程度、财产开发利用负外部性和规制执行成本三方面进行判断。<sup>〔23〕</sup>本文认为，单以主体进行判断的“归属标准”易发生公产垄断和权力寻租，进而导致公产私有化，仅凭“用途标准”又存在公权力滥用而变相侵害私人财产的风险。因此，在某一客体构成财产前提下，构成公法意义上的“公产”应同时满足“归属标准”“用途标准”“效果标准”，即该财产应为公众所直接使用，或由公共部门支配但用于公共用途，且若不将之纳入公产范畴进行管理将会导致公共利益受损的结果。依此标准，政府数据属于公产。因政府数据具有财产属性，与社会公共生活息息相关，并由政府部门管理和支配，用于满足开放政府建设和经济社会发展需要的公共用途。就管理效果来看，若将政府数据的提供排除出公共部门的职责范围，则极易出现数据垄断、数据滥用、数据侵权等损害公共利益的现象。因此，应赋予政府数据公法意义上的公产地位。

有学者提出，依政府数据的概念，政府虽为数据生成或采集主体，但其生成或采集的数据未必就是公共资源，例如税收征管部门采集公民个人数据用于个税申报，公安部门采集个人数据用于治安管理，这些数据仍为个人数据而非供公众使用的财产。<sup>〔24〕</sup>该种观点忽略了公产的性质划分，通常来说，依照公共目的实现方式，公产分为公众用公产和公务用公产。对于前者而言，普通公众得直接使用并享有收益，而后者则是行政主体出于公务需要而使用的财产，公众从行政主体提供的公共服务中获得间接利益。政府数据也涵盖公众用数据和公务用数据两种类型。公众用数据即政府直接向社会开放供公众使用的数据，如统计数据、气象数据等。而公务用数据则是政府为了提高服务效能自己开发利用数据，以向公众提供政府数据增值产品和服务，公众利用的是政府提供的服务而非数据本身，如电子政务、智慧城市建设等。前述学者所描绘情形主要是政府使用公务用数据以增进管理效能促进社会福祉的情形，而本文所探讨的可供私人自由使用的政府数据主要限于公众用数据。

〔19〕 参见李爱君：《数据的权利属性与法律特征》，载《金融创新法律评论》2018年第1辑。

〔20〕 参见刘艺：《公物法中的物、财产、产权——从德法公物法之客体差异谈起》，载《浙江学刊》2010年第2期。

〔21〕 参见张建文：《论公共财产的界定标准：评宽明诉九江市城乡建设局遗赠扶养协议纠纷案》，载《中国青年政治学院学报》2012年第2期。

〔22〕 参见前引〔17〕，王名扬书，第239-240页。

〔23〕 参见朱虎：《国家所有和国家所有权——以乌木所有权归属为中心》，载《华东政法大学学报》2016年第1期。

〔24〕 参见肖卫兵教授于2019年3月30日在中央财经大学“政府数据开放的理论与实践”学术研讨会上所作的题为《我国政府数据开放环节立法》的报告。

## 二、政府数据归全体国民所有

### (一) 关于公产所有人的讨论

关于公产所有人的判断,学界也存在一定争论。有学者从实现公产目的出发,认为公产所有者及所有者权利的讨论不是必需的。例如,杨解君等提出,公产的界定主要关注公共利益的实现,归属问题不是公产法的重点,不必陷入公产所有者及所有者权利的泥潭。<sup>[25]</sup>余睿则指出,公产所有人的安排,意在使公主体可以更好地管理、维护公产的状态。但不论是否享有所有者权利,公主体均需承担公产的管护义务,盖因这一义务来源于其行政职权而非具有私法色彩的所有权。<sup>[26]</sup>部分学者和一些地方立法则倾向于将行政主体定位为公产所有者。如河北省规章制定部门在对《河北省政务信息资源共享管理规定》进行解读时提出,政务信息资源均归政府所有。<sup>[27]</sup>有学者提出,不同数据的权属不同,具有非排他性的基础数据应为全民所有,而具有一定竞争性的作为准公共物品的数据,其所有者可能为政府或第三人。<sup>[28]</sup>澳大利亚则将“数据属于国有资产”作为数据开放共享的六大原则之一。<sup>[29]</sup>我国福建省和广东省汕头市等地也尝试以规章的方式,将政务数据资源划归为国家所有。<sup>[30]</sup>而反对国家作为政府数据所有人的观点主要存在以下两方面考量:一方面,根据“加工”或“添附”原理,国家既非数据再利用法律关系当中的加工人(开发者)又非原所有人(数据来源主体),因此国家并非权利享有者和义务承担者。另一方面,数据保护的相关制度主要存在私法规范之中,除非国家以私主体身份参与数据法律关系,否则与数据权利的私权属性存在逻辑障碍。同时,承认公权力主体公产所有人地位可能会使公产遁入私法,容易发生数据垄断和权力寻租,诱发公产私产化而损害公民利益。

### (二) 全体国民系政府数据所有人

结合公共信托理论和域内外相关数据立法实践,本文支持全体国民作为政府数据所有人的立场。公共信托理论最初由古代罗马法的共用物或公有物概念发展而来,即不易或不应由私人获取和管理的公有物,应由全人类共同享有,任何团体和个人均可不受限制地使用。<sup>[31]</sup>而后英、美等国将这一观念发展为公共信托理论。<sup>[32]</sup>英美法传统的信托制度为信托财产设置了双重所有人结构,即受托人基于他人利益而管护信托财产,系信托财产形式所有人(legal owner),而作为

[25] 参见杨解君、赖超超:《行政法上的公物:从概念到效果的分析》,载《东方法学》2006年第2期。

[26] 参见余睿:《公共财产所有权的法律属性》,载《江西社会科学》2015年第1期。

[27] 《河北省政务信息资源共享管理规定解读》中“需要说明的有关问题”部分指出:“机关单位在依法履行政府职责过程中制作、获取或者产生的信息资源、以财政性资金为主投资建设的信息资源、通过特许经营和购买服务等方式开展电子政务建设及应用所产生的信息资源都属于政务信息资源范畴,都归政府所有。”

[28] 参见范佳佳:《中国政府数据开放许可协议(CLOD)研究》,载《中国行政管理》2019年第1期。

[29] 澳大利亚政府信息管理办公室(AGIMO)在其发布的《公共服务大数据战略》中明确了公共数据的国家资产属性。

[30] 《福建省电子政务建设和应用管理办法》第9条规定:“应用单位在履行职责过程中产生的信息资源,以及通过特许经营、购买服务等方式开展电子政务建设和应用所产生的信息资源属于国家所有,由同级人民政府电子政务管理部门负责综合管理。”《汕头经济特区电子政务建设管理办法》(汕府令第164号)第27条第2款也作出类似规定。

[31] 参见〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第141页。

[32] 参见邱秋:《公共信托原则的发展与绿色财产权理论的建构》,载《法学评论》2009年第6期。

受益人的委托人实则属于信托财产实质所有人 (equitable owner)。<sup>[33]</sup> 由信托理论承继而来的公共信托制度旨在使公众有权使用公共信托资源，公共信托财产即受托人为公益目的而承诺信托所取得的财产。公共信托理论最初仅适用于以自然资源为主的领域，随着社会的发展，共用物的外延也不断扩展，与公共信托财产“存在原因的公共性”和“存在目标的公共性”内在本质的契合性，使得本身蕴含着公共利益的作为公产的政府数据亦有可能纳入公共信托财产的范畴而适用公共信托理论。<sup>[34]</sup>

根据公共信托理论，国家仅为政府数据的“形式所有人”，政府数据的真正所有人应为全体国民。作为信托财产信托人的全体公民享有使用和获得信托财产增值利益的权利，并可对受托人履行受信义务的行为进行监督，如果作为受托人的政府违背了善良管理人的义务，信托人可以主张权利救济。作为受托人的公权力主体，基于信托人的信任，其需要确保政府数据的使用是符合公共利益的，并尽到忠诚和注意义务，协调和处理公共财产上存在的多元利益冲突，不能为维护一部分人利益而忽略或损害国民的整体利益，以保障信托目的的完满实现。<sup>[35]</sup> 政府仅是接受国民的委托，为了公民的利益而负有控制、管理和保护作为公共信托资源的政府数据的职责和义务。由此，公共信托理论可以厘清政府数据国家所有和国家负有数据管理义务之间的复杂关系，亦即化解国家既为公产所有人又为公产管护者这一表面上的混乱定位。美国便是公共信托理论的代表，美国联邦有关法律规定，政府数据是属于全民的共同财产，国民仅是将数据交由政府信托管理，不应由政府单独享有，公民应该从公共资产中获得利益。<sup>[36]</sup>

综上，政府数据具备公产的基本属性，且基于公共利益的需要，结合公共信托理论可论证全体国民的政府数据实质所有人地位。同时政府数据为全民所有与我国“国家所有，即全民所有”的宪法规范并不冲突。基于公共信托理论，该宪法规范表达的是公共财产“形式所有”与“实质所有”的双重所有关系，国家仅是公产的形式所有人。“国家所有”的设置需要以民主原则为基础，其意在实现对公产的保护和合理利用，以对抗“任何组织和个人”的恣意使用。<sup>[37]</sup> 双重所有的权利体系有助于理解该宪法规范，防止可能发生的国家与全民的背离。

### 三、行政主体行使政府数据支配权

政府数据为全民所有，而仅是政府数据形式所有人的国家应履行的受信义务具体表现为何种权责？又该如何行使？与民法上的所有权有何关系？

#### （一）行政主体为政府数据支配权人

国家是政府数据的形式所有人，但从严格意义上说，国家基于政府数据的“形式所有人”地位而享有的权利是一种公法上的支配权，该支配权主要体现为代替全体国民管理、维持数据效用

[33] 或分别称为“普通法上的所有人”和“衡平法上的所有人”。参见侯宇：《美国公共信托理论的形成与发展》，载《中外法学》2009年第4期。

[34] 参见吴凌畅：《从“公共财产”到“公共财产法”——以财税法学科研究定位为视角》，载《财经法学》2017年第1期。

[35] 参见郑戈：《公民权的身份、财产与契约维度——一种基于公共信托原理的公民权理论》，载《交大法学》2012年第1期。

[36] 参见廖淑君：《政府资讯加值利用与管理法制研究：以美国及英国为例》，载《科技法律透析》2007年第7期。

[37] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015年第5期。

的职责，并由作为国家代表的政府具体行使。正如《物权法》第45条赋予国务院的“国家代表”地位一样。<sup>[38]</sup> 作为一项概括性的管理权，公法上的支配权不同于私法上的支配权，而更多表现为行政主体的管护义务。<sup>[39]</sup> 奥托·迈耶较早提出了“公法上的支配权”概念，但在早期德国、法国的研究中，公法上的支配权仅是公法所有权的一项附庸。<sup>[40]</sup> 而后，日本学者原龙之助跳出所有权公私性质的无谓争论，将公法上的支配权发展为独立的权利类型，从功能主义视角将公产的支配权纳入管理法范畴而设置为一项概括性的管理权。<sup>[41]</sup> 因此，公法上的支配权是以维护公产可用状态和使用秩序为目的并区别于民法支配权的一种公权力。

具体而言，政府对于政府数据的支配权具有双重属性。一方面，该数据支配权是确保政府履行信托义务的有效手段。首先，政府须通过数据管理和维护来保障政府数据价值的存续，确保政府数据保持物理上和法律上的可利用状态。其次，政府负有开放数据供公众使用的义务，包括数据直接向公众提供和数据经开发形成公共产品和服务后向公众提供。最后，政府负有管理、维护以及维持数据公用秩序的职责和义务，包括一般数据平等、非排他自由使用和特殊数据因资源有限性或为防止“拥挤效应”的许可使用。另一方面，这一支配权还须受到公众利益的监督和限制。其一，政府不得违背数据公共属性而滥用数据支配者地位，政府利用数据获得收入的活动将受到限制。其二，政府不得对公众获取和利用数据的行为设置任何排他或歧视性的障碍。其三，政府也不得随意放弃或转移数据管理职责，否则将受到行政责任追究。<sup>[42]</sup>

## （二）政府数据支配权不属于所有权

行政主体以公产“形式所有人”代表身份所享有的政府数据支配权，作为公法上一项概括性的管理权，不属于所有权。甘超英认为，不应将形式上的“国家所有”视为一种国家权利，“现代公法上的国家或政府无权利，政府对于公产的所有和管理，是政府对人民应尽的责任，是一种公法上的义务，但绝非权利”。<sup>[43]</sup> 谢海定指出，国家所有作为国家活动的一种形式表达的是一种所有制度，无法从“国家所有”中直接导出“国家所有权”。<sup>[44]</sup> 私法（如《物权法》）上的“国家所有权”仅是“国家所有”制度的实现形式之一，并受其约束。<sup>[45]</sup> 正如李忠夏所强调的，“宪法上‘国家所有’条款的设立并非建立一种‘国家’作为所有权人对‘财产’的一种宪法上的诉求”，<sup>[46]</sup> 应将“国家所有”条款置于“公共财产”项下解释，而不应与“私有财产权”相对应而形成“国家所有权”。<sup>[47]</sup>

[38] 《物权法》第45条第2款规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权……”

[39] 民法上的支配权亦称“管领力”，是指权利主体对占有之物得为支配并排除干涉的权利，表现为直接管领和控制的权利。参见王泽鉴：《民法概要》，北京大学出版社2011年版，第481-482页。

[40] 参见梁君瑜：《论公物利用法律关系的权利（力）构造》，载《大连海事大学学报》（社会科学版）2015年第4期。

[41] 参见〔日〕盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第255-256页。

[42] 参见肖泽晟：《社会公共财产与国家私产的分野——对我国“自然资源国有”的一种解释》，载《浙江学刊》2007年第6期。

[43] 甘超英：《新中国宪法财产制度的历史回顾》，载《中国法学》2010年第4期，第137页。

[44] 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016年第2期。

[45] 参见前引〔23〕，朱虎文。

[46] 前引〔37〕，李忠夏文，第83页。

[47] 参见李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析——以“国有财产”和“自然资源国家所有”的类型分析为例》，载《交大法学》2015年第2期。

同时，行政主体的数据支配权不属于数据所有权，除考虑到支配权的公私性质差异外，还存  
在数据作为权利客体而需进行的特殊考量。一方面，数据非物权客体特征是采用“数据所有权”  
表述的最大障碍。另一方面，政府数据所涉主体的利益多元将导致承认数据所有权会产生所有者  
难以认定的障碍。个人、企业、政府均在数据产生、汇集、存储、加工等环节注入了生产要素，  
是承认数据初始主体的所有权并予以保留还是赋予数据控制者所有权存在较大争论。针对类型多  
样、利益多元的政府数据，无论是设定“一刀切”式的所有权归属标准还是采用类型化的分析方  
法都将难以进行。此外，有国外学者从数据控制者管理义务的视角来否定“数据所有权”的表  
述。Chisholm 认为，“数据所有权概念具有误导性，数据所有权只是一个类比，而非专业的术  
语，应适用数据管理权来精确地赋予参与数据治理各方以责任和义务”，Scofield 也建议将“所有  
权”替换为“管理权”，进而要求数据主体承担更广泛的责任。<sup>[48]</sup>

因此，公法上支配权的独立性、数据的非物权客体特性和所有者的认定难题，导致“数据支  
配权”是更优于“数据所有权”的表述，数据管控义务的视角也更符合数据治理的要求，尤其在  
政府数据领域。

#### 四、私人享有政府数据使用权

政府数据具有公产属性而为全体公民所有，但实际上却由代表国家的政府所管理和支配，全  
体国民作为抽象集合性主体，无法直接行使作为所有人所享有的数据权利。因此，有必要探讨个  
人、法人和其他组织等私人主体独立行使政府数据使用权的可能。

##### （一）私人使用政府数据的权利基础

借助公共信托理论否定了行政主体的公产实质所有人地位而赋予其公产支配权后，若再将公  
产使用权独立，则需要处理好政府数据使用者与数据所有者、管理支配者三方主体之间就数据使  
用行为发生的法律关系。当数据所有者、支配者和使用者统一为一体时，即作为政府数据所有人  
的全体国民享有完整的占有、使用、收益和处分的权利，此时公产利用法律关系简单且明确，但  
会存在以抽象的全体国民身份具体行使权利的现实不能的障碍。当政府数据所有者与支配者相区  
分，但支配者未将其享有的使用权让渡，即仅存在两方主体时，作为公产支配者的行政主体出于  
公共行政需要也可以代表国民对数据进行利用，但行政主体使用的数据仅限公务用数据，且会存  
在效率低下和公权滥用的风险。行政主体并非政府数据的最佳使用人，由此便产生了让渡政府数  
据使用权的必要。但当三项权利分属于三个主体，即形成了作为公产所有人的全体国民、作为公  
产支配权人的行政主体和作为公产使用权人的私人这一多元复合型公产法律关系时，私人作为政  
府数据使用人的权利基础应源于何处？

上述问题的症结在于公产的使用权和所有权或支配权在主体上是否要求一致。私人以个体身  
份利用公产时，其无法以公产所有者身份直接行使权利，因公产所有人的地位是赋予全体公民这  
一抽象集合体的。而政府作为公产国家支配权人的代表，控制和支配着公产的使用、收益和处

[48] 参见付伟、于长铨：《数据权属国内外研究述评与发展动态分析》，载《现代情报》2017年第7期。



分。那么，是否意味着政府当然享有排除私人使用公产的权利而独享公产使用权？即便政府具有让渡公产使用权的必要，但私人承接权利的途径或基础何在？

易于理解的私人公产使用权获取途径是经法律或行政主体授权而使用公产，包括一般许可和特别许可。但许可使用的方式所应用的公产类型有限，主要限于具有排他性的公产，且常会演变为行政主体对公产开发利用的变相限制，容易出现权力“寻租”。对于不具有排他性的政府数据来说，许可使用的方式并不现实。且相较于许可使用，自由使用才是公产最基本、最主要的存在方式，也是公产公用本质最为明显的体现。<sup>〔49〕</sup>所谓自由使用，即作为个体的法人或自然人，无须行政机关特别批准，在不妨害他人利用的情形下，都可以以符合公用目的的方式对公产加以利用。

那么，为何私人可对非排他性公产进行自由使用呢？对于其权利正当性的探讨存在以下四种说法。一是反射利益说，即认为公产的提供虽是为了公共利益，但私人却也因此收获了反射利益，私人得以在公产提供的范围内自由使用。但该反射利益仅是事实上的一种利益，部分主体因此受到的不利益却不能主张司法救济，故而反射利益说常被学者所摒弃。<sup>〔50〕</sup>二是平等权构成说，即公众得自由平等地利用公产，对自由使用的限制实际上构成了对公众平等权的侵害，进而将公产的平等利用权上升为一种基本权利。但平等权需结合公产的适用领域具体存在而不能单独成立，如就业平等。<sup>〔51〕</sup>三是主观公权利说，该说认为公产的自由使用是个体为追求寓于公共利益中的共享份额而享有的个人公法利益，国家有为公众提供公产并保障其得以自由使用的义务，但一味地将自由使用视为公权利不利于法秩序的安定。<sup>〔52〕</sup>四是公共信托理论，即国家受公众信托对公产进行管理，享有的仅是公产的形式所有权，全体公民乃是公产真正所有人，作为财产共有人之一的个体自然享有自由利用公产的权利。<sup>〔53〕</sup>同时，作为信托财产的公产，需遵循以下原则：其一，信托财产应为一般公众所直接使用，而不能以间接实现公益目的方式提供，故国家对于信托财产的管理不同于对国有资产的支配；其二，信托财产应为多数人所使用而不能为少数人所独享；其三，国家不得将信托财产转让给私人或变更其用途。<sup>〔54〕</sup>

以上四种学说虽切入点不同，但均肯定了公众的公产自由使用权。相较之下，基于公共信托理论而形成的公众为公产主人的公众本位观更体现以人为本关怀，且政府数据非排他性特征更契合公共信托理论对信托财产的设定。作为受托人的政府部门，享有的主要是一种纯粹管理性权利，而作为公共信托资源受益人的具体公民，则享有作为信托财产的政府数据的纯粹收益性权利，并主要通过自由使用的方式直接获得该收益。<sup>〔55〕</sup>侯宇指出，公众的这一收益权是根植于全体国民的实质所有人地位而形成的，即基于民主基础上形成的公产利用机制，并对国家管理行为享有实际的督促权。<sup>〔56〕</sup>综上，具体公民享有使用政府数据并从中获益的权利，但个体的政府数据使用权

〔49〕 也有学者称为“一般使用”。参见周许阳：《公物理论视角下的尾号限行——反思与重塑》，载《行政法学研究》2016年第5期。

〔50〕 参见前引〔40〕，梁君瑜文。

〔51〕 参见杨解君、赖超超：《公物上的权利（力）构成——公法与私法的双重视点》，载《法律科学》2007年第4期。

〔52〕 参见梁君瑜：《作为复合型主观公权利的公物利用》，载《时代法学》2015年第2期。

〔53〕 参见前引〔42〕，肖译晟文。

〔54〕 参见梁风云：《行政公产研究》，中国政法大学2001年硕士学位论文，第57-58页。

〔55〕 参见周小明：《信托制度比较法研究》，法律出版社1996年版，第29页。

〔56〕 参见前引〔33〕，侯宇文。

不具有排他性，不能排斥他人对同一数据行使相同的权利。

### （二）非排他性凸显数据使用权价值

使用权与所有权的捆绑，限制了生产资料使用的时间和空间范围。对使用价值的认识，使人们逐渐产生以实体租赁为代表的闲置资源共享以发挥剩余价值的需求，进而承认使用权的独立性。可见，使用权的独立性并非数字经济时代的特有现象。<sup>〔57〕</sup> 物权的排他性特征，导致即便可独立行使的物的使用权在同一时间和空间内也仅能由同一人享有。使用权的独立并非激活共享经济蓬勃发展的真正原因。在信息网络未充分发展之时，共享经济基本模式就已经存在，但缺乏及时、高效的使用权需求对接平台使得使用权分离的价值易被忽略和埋没。信息网络社会带来的连接成本降低使得物的使用需求得到精准、快速匹配，才迎来了共享经济的春天。因此，“排他性”仍对使用权价值的充分释放形成了限制。不同于物的使用权排他性，除了完满具备使用权剩余、不存在不能分离的客观不能两个条件外，数据使用权的非排他性使得数据利用还可以在同一时间、同一空间内让渡于多个主体，且不同主体的数据利用互不影响也不产生损耗。数据的非排他性让使用权价值发挥得淋漓尽致。

具体来说，数据使用权具有非排他性是由数据可零成本复制和利用非损耗性的特性所导致的。一方面，权利主体对数据的掌握没有客观上的物理垄断，加之数据天然具有流通和分享的特性，数据可以无限地复制和传播，同一数据可能同时被多个主体所同时掌握和使用，且数据流通越频繁，支配者对数据的控制能力越弱。另一方面，数据的开发与利用具有非损耗性特点。某一主体对数据的开发利用，无法构成对其他主体以相同方式获取数据价值的障碍，甚至可以产生新的价值增量。<sup>〔58〕</sup> 这两方面的特征使得数据的使用价值具有无限挖掘的可能。

但数据使用权的非排他性与数据支配权的特定性并不必然冲突。首先，使用不要求以支配的意思为要件，而只要求以现实的、直接的占有为前提。而占有仅是一种事实，强调对客体的事实控制，在数据使用领域，就有可能存在多人同时占有、同时使用的可能。其次，行使非排他性的使用权，并非否定了数据控制者的支配权，而是在肯定数据支配者控制权的基础上，否定支配权与使用权一体化，将其中的使用权分离并非排他地交由其他主体使用，即在不改变数据归属前提下，对数据分别加以利用。再次，数据使用权非排他性还激活了创新活力。数据控制者通过开放数据使用权，使得原先寄托于数据控制者之下进行数据开发的劳动力，转变为自主开发利用数据的劳动者，开发者不再受限于数据支配权便可进行自由选择和自由创造，使得权利和权力真正回到人本身。最后，数据支配者将数据的使用权适度让渡还可实现多方共赢。数据支配者可以在使用权让渡情况下继续获取利益，且流通速度和范围越大，数据利用率越高，为其带来的利益就越大，使用者也获得了选择和创造新价值的机会。

### （三）私人政府数据使用权行使方式

由上可知，对于不具有排他性的公众用政府数据，公众享有自由使用的权利。该权利表现为私人可不经行政主体的特别批准，在不违反强制性规范前提下，即可对政府数据进行自由、平

〔57〕 参见前引〔12〕苏今文。

〔58〕 参见前引〔5〕，李爱君文。

等、免费使用。但该自由、平等和免费也非绝对。自由使用以不违反社会公共利益、不对他人的合法利益和正常使用构成妨碍为前提。例如，对公开数据恶意频繁爬取的行为因不当侵占和消耗了平台共有资源而减损了他人获取的效率和机会，应受到限制；重要数据因涉及数据主权和国家安全而在跨境转移时需要满足安全评估要求。平等也不意味着不加区分地对待，譬如政府针对社会迫切需求产业的数据研发给予相应资金和技术补贴。一概免费也未必合理，政府数据再利用领域，也可以存在一定的效率性收费和成本性收费。

政府数据使用权的行使方式根据私人数据利用程度的不同，可以分为直接使用和增值使用，根据使用目的的不同，又可以分为公益性使用和商业性使用。<sup>〔59〕</sup> 直接使用是指私人将获得的政府数据未经特别加工而直接用于生产、生活需要。数据速递和数据再现是常见的政府数据直接使用方式。数据速递，是指私人及时利用政府提供的数据因节省了时间成本而发现了新的商机。<sup>〔60〕</sup> 例如，企业通常通过政府开放的数据帮助自己作出经营决策，农民根据政府机构每日发布的气象数据而安排生产、生活活动等。数据再现，是指私人主体为借助政府数据的权威性和公信力而将政府部门提供的政府数据在自身或第三方平台上再度呈现的形式。例如，美国 Yelp 网站通过收集旧金山市政府开放的餐厅卫生检查结果数据，并在其网站上展现餐厅的卫生情况，帮助消费者找到卫生健康的餐厅就餐。<sup>〔61〕</sup> 我国某网络订餐平台通过对接上海浦东新区市场监管部门长期积累的企业“赏罚”、信用等级等数据，帮助消费者理性选择，倒逼餐饮行业提高整体质量。<sup>〔62〕</sup> 政府数据的增值使用，是指数据使用权主体通过对数据进行整合、挖掘和加工而使数据价值得以再次释放的过程，实现公益性目标或营利性目标是增值加工的主要动力。

数据的商业性增值使用，是指数据利用主体以营利为目的而进行的政府数据增值活动，企业通过发挥其资金和技术优势，挖掘出政府数据潜在的经营空间，生产出符合公众需求的政府数据增值衍生品。不同类型数据的市场价值实现机制不同，导致针对不同政府数据进行商业性再利用的方式也具有多样性。<sup>〔63〕</sup> 从当前数据市场化手段的实践来看，常见的政府数据商业性使用的价值实现方式主要有两种：一是数据改装，即通过数据组织、载体形式等数据包装方法的重组来满足市场需求。<sup>〔64〕</sup> 例如，北大法宝、无讼等专业数据库通过整合司法部门公开的裁判文书而向社会提供文书数据检索服务。二是数据内容增值，即针对特定用户的需求，对有市场开发前景的政府数据资源进行内容上的提炼、加工以及知识创造。<sup>〔65〕</sup> 例如 Monsanto 公司利用美国政府免费开放的农作物收成数据、气象数据和土壤质量数据，为农民提供农业种植信息和意外天气保险服

〔59〕 See Jetzek, Thorhildur, The Value Generating Mechanisms of Open Government Data, 12 *Geoforum Perspektiv*, 48-56 (2013).

〔60〕 参见夏义堃：《政府商业性信息资源获取与利用的市场化模式探讨》，载《图书情报工作》2009年第7期。

〔61〕 参见高丰：《共治共创视角下的开放数据发展：趋势、挑战和反思》，载《大数据》2016年第17期。

〔62〕 参见张克平、陈曙东主编：《大数据与智慧社会》，人民邮电出版社2017年版，第201页。

〔63〕 See Ahmadi Zeleti et al., Exploring the Economic Value of Open Government Data, 33 *Government Information Quarterly*, 535-551 (2016).

〔64〕 参见前引〔60〕，夏义堃文。

〔65〕 See Gustavo Magalhaes, Catarina Roseira, Open government data and the private sector: An empirical view on business models and value creation, 33 *Government Information Quarterly*, 1-10 (2017).

务。<sup>〔66〕</sup>有学者提出，政府数据的增值使用，尤其是以营利性为目的的商业化增值使用，可能构成对于公产的特别使用而应采用特别许可的方式进行管理。然而，数据不同于传统的以物作为使用对象的公产，数据价值多元化和用途多样化使得相关规则无法限定政府数据使用目的的特定框线，如何构成明显偏离政府设定的一般使用的特别使用难以判断。而政府数据的公益性增值利用主要指非营利组织出于公益目的对政府数据进行的再利用。如高校等科研机构基于科研需要而对政府数据进行分析利用，推动数据开发领域产学研模式的形成。印度一些非营利组织则帮助社会公众将政府已开放数据整理转换成可用的数据类型，公众还可通过非营利组织提供的交互平台表达政府数据需求，进行开发交流，发布数据创新应用等。<sup>〔67〕</sup>

## 五、结 语

政府控制着海量数据却往往对数据开发“无从下手”，私人拥有资金、技术和动力却经常只能感叹“难为无米之炊”。基于公共信托理论，作为公产的政府数据可以也应当尽量交由私人进行自由、平等和免费使用，以实现数据开发领域的“耕者有其田”。然而，私人在开发利用政府数据的过程中，并非不存在障碍或不受任何约束，市场亦无法独自应对私人的数据“不会”和“不当”使用等问题。因此，伴随着政府数据开发活动愈加广泛和深入，今后仍需我们思考如何引导和监督私人的政府数据再利用问题，以确保私人的政府数据开发行为始终在法治轨道上运行。

---

**Abstract:** Government data is “domaine public” and all citizens are the equitable owner of it. The state, based on the theory of public trust, is the legal owner of government data and has the right to control it. The right of control belongs to the general management under the norms of public law. The administrative subject, as the representative of the state, specifically exercises the responsibility of managing and maintains the utility of data resources. As an abstract collective subject, citizens can not directly exercise the data rights enjoyed by all people. Therefore, the right to use government data should ultimately return to individuals, legal persons and other organizations. In principle, without violating mandatory norms, private individuals can use government data which is public trust property free of charge, freely and equally without the special approval of administrative subjects. The usages of government data include direct use and value-added use, public welfare use and commercial use.

**Key Words:** government data, data open, public trust, right to use data

---

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔66〕 参见高丰：《开放数据：概念、现状与机遇》，载《大数据》2015年第2期。

〔67〕 See Glover Wright, Pranesh Prakash Sunil Abraham, Nishant Shah, Open government data study: India, Open Society Foundation Report, pp. 26 - 28.