

文章编号: 1674 - 5205(2018)06-0056-(011)

# 论网络用户对“数据”的权利

——兼论网络法中的产业政策和利益衡量

吕炳斌

(南京大学法学院,江苏 南京 210093)

〔摘要〕我国《民法总则》第127条创造性地引入了数据保护的规定,却未给出如何保护之作答。数据上体现的“内容”可以受到个人信息、著作权、商业秘密等保护,对之并无增添一个新的专门权利之必要。值得研究的是抽象层面的“数据本身”,即符号意义上的电子数据。网络用户应当享有的数据权利在法律上处于混沌状态;披着契约外衣的“私立规则”存在利益倾向上的严重弊端,侵蚀着用户的应有权利。数据权利构造的背后涉及网络法是否需要贯彻产业政策、异质利益之衡量这两大理论难题。数据上虽不宜设立所有权,但可以依循“绝对权化”的路径,构造一种强度适中的专有权利,从而融入既有的民事权利体系。就用户数据而言,具有确定内容、满足绝对权的特征,从而可以上升为权利的至少包括“专有访问权”和“可转移权”。在本质上,这两项权利与知识产权类似,也是将特定行为上附属的利益内容类型化地划归权利人专有。

〔关键词〕网络用户;数据;绝对权

**Abstract:** Article 127 of the General Provisions of Civil Law of China introduces the provision of data protection in an innovative manner, but it does not specify how to protect the data. The content of data may be protected by personal information, copyrights, trade secrets, etc., and it is not necessary to add a new special right to it. It is worth studying the abstraction level of the “data per se”, i. e., digital data in the symbolic sense. The user’s legal right to the data is in a state of chaos, and the “private ordering” in the contractual coat has a serious defect and tends to erode the user’s right. The construction of data right involves two essential theoretical problems that are whether or not to carry out industrial policy and how to make the balance between heterogeneous interests. Although it is not appropriate to establish ownership on data, it is possible to follow the path of “as an absolute right” to construct an exclusive right of moderate intensity for integrating it into the existing civil rights system. In terms of user data, there are at least two items that have fixed content and satisfy the features of absolute rights, thus can be raised to be legal rights “exclusive right of access” and “transferable rights”. In essence, these two rights are similar to IP rights in that they classify the interest attached to a specific act as exclusively belonging to the right holder.

**Key Words:** network users; data; absolute right

中图分类号: DF529 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2018.06.013

## 一、问题的提出

数据的法律保护是崭新的课题,并无成熟的外国法律可资借鉴。我国《民法总则》第127条创造性地引入了数据保护的规定,但并未给出如何保护之作答<sup>①</sup>。在《民法总则》生效后,数据权利之构造亟待加强研究。

我国学者在讨论数据时,在认知上持有不同的概

念。有些学者从广义上使用数据概念,将其界定为包括“网店、邮箱、游戏装备、虚拟货币、个人信息数据、电子账号等”。<sup>(1)</sup>有些学者将数据狭义地理解为个人信息方面的数据,<sup>(2)(3)</sup>存在将个人信息和个人数据这两个概念混用之倾向。也有学者将“衍生数据”和“原生数据”相区别,认为衍生数据是经过加工,而不再具有人格因素的数据,进而认为衍生数据是知识产权的客体,衍生数据的生产者对其应当享有数据专有权。<sup>(4)</sup>笔者赞同广义说,主要理由在于广义说契合

收稿日期: 2018 - 01 - 10

作者简介: 吕炳斌(1980—),男,浙江新昌人,南京大学法学院教授,中德法学研究所研究员,法学博士。

① 《中华人民共和国民法总则》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。”

《民法总则》的本意。《民法总则》在“个人信息”(规定在人身权部分)之外使用了一个“数据”概念(规定在各种主要的财产权类型之后)。可见,立法者倾向于赋予“数据”较为广泛的含义,并不限于个人信息方面的数据。

用户数据上体现的内容可受到个人信息、著作权、商业秘密等方面的保护,对之并无构建一个专门权利之必要。进一步值得研究的是抽象层面的“数据本身”,即符号意义上的电子数据。是否需要对此构造一种专门的权利?若数据的内容是版权作品,这犹如版权和物权之关系:版权之载体即数据是否存在类似于物权的权利?从一般意义上而言,数据作为信息内容的载体,其本身是否需要配置权利?对此,学界似乎尚未从抽象层面去剥离出“数据本身”加以研究。本文将对抽象出来的“数据本身”的权利配置展开研究,致力于填补这一空白。

网络用户对数据的权利几乎是一个被忽视的问题。网络法具有产业驱动的鲜明痕迹,我国的数据立法似乎是基于大数据产业发展的需求,现有的关于数据保护的研究大多聚焦于大数据开发者应享有的权利,这难免存在偏颇和缺失。

用户将数据上传到网络载体后,对存储在他人所有的服务器上的电子数据是否应当享有权利?法律纠纷往往发生在非正常状态,试假设两例以释明探讨这一问题的必要性。例一:在网络服务商破产之时,用户的数据能否得到优先保护?物权说(用户对数据享有类似物权的保护)和债权说(用户和网络服务提供商之间是债权债务关系)将得出不同的结论。例二:用户去世之后,数据能否继承?其答案也取决于用户是否就数据享有权利。这些非正常状态下的问题和纠纷并非不可能发生。下文探讨的典型例子——360个人云盘关闭事件即呈现了用户的数据保护问题。随着时间推进和技术发展,此类纠纷必将增多。对此,在缺乏专门法律规定的前提下,网络服务合同创设的“私立规则”决定着用户对承载于他人服务器上的电子数据所享有的权益。“私立规则”存在何种弊端?是否存在法律介入专门规定用户对数据本身的权利的必要性?其背后又反映着何种利益博弈?如何在这些不同利益之间寻求平衡?如何对网络用户的数据权利进行性质界定和具体构造?

## 二、网络“私立规则”之弊端及现行制度之不足

### (一)网络“私立规则”之弊端

在网络用户(数据上传者)和网络服务商之间,尚无专门的法律来规范两者的权利义务关系。网络

服务合同实际上在“私人造法”,制定了诸多“私立规则”<sup>①</sup>,其中不乏对用户权益的挤压和无视。这些“私立规则”披着契约的外衣进入法律视野。司法实务中,对两者之间关系的处理,一个自然的出发点是契约关系。

“私立规则”作为网络时代的一种自发秩序,旨在弥补制定法应对技术发展的滞后性,具有存在的价值,但其内隐的弊端也不容忽视。作为个体的网络用户在网络服务商面前存在天然的弱势。“网络用户”这一称谓即凸显出个体在网络上的弱势地位。个人介入网络空间是以“使用者”之名,且用户和网络平台之间的合同由网络服务商单方提供。网络服务商在虚拟空间扮演着规则制定的强者,规定着其控制的地盘中的外来者的权利和义务。产业驱动下的私立规则难免存在利益倾向,但用户也只能无奈接受。在当代社会,鉴于人们使用网络的强烈需求,很少有人会因为用户服务协议有失偏颇而拒绝使用网络即时通讯工具、网络储存空间和网络视频等服务。网络服务商往往利用契约条款减轻其负担,增加用户的义务和风险。网络私立规则导致的结果就是用户利益受到侵蚀。私立规则的弊病之例证是360个人云盘关闭事件。2016年10月20日,360公司发布公告称将停止个人云盘服务,要求用户在指定期限内完成下载数据<sup>②</sup>。该公司突然宣布停止个人云盘服务,打破了用户的信赖和预期,使得用户的权益在其私立规则之前却显得无从保障和救济。

《360用户服务协议》第3条规定:“鉴于网络服务的特殊性,用户同意360有权根据业务发展情况随时变更、中断或终止部分或全部的网络服务而无需通知用户,也无需对任何用户或任何第三方承担任何责任。”《360云盘产品软件许可使用协议》(2014年1月)第54条也规定:“360云盘不保证一定适合用户的使用要求和期望;不保证不受干扰或恶意攻击;不保证服务质量的及时、安全、可靠或不出现错误。”根据这些条款,360公司有权随时终止其服务,因此,其停止个人云盘服务并不违约。朴素的法感告诉我们,此类霸王条款有失公允。在服务协议中,网络服务商一味减轻和避免自身责任,其后果是侵蚀用户在法理意义上的应有权利。尽管由于下载宽限期的存在,至今没有用户就360个人云盘关闭事件起诉,这一事件

<sup>①</sup> 有学者在著作权法意义上使用过“私立著作权规则”这一用语,参见熊琦《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,《中国法学》2013年第6期,第79页。

<sup>②</sup> “360云盘服务转型公告”,<http://yunpan.360.cn/upgradeannounce.html> 2018年6月8日最后访问。

却足以引发对网络时代用户数据权利问题的思考。

因网络服务商单方面变更服务协议而发生的纠纷并非个案,在另一起典型案例“新浪邮箱缩减案”中,新浪邮箱将其容量由50M缩减到5M,极大地破坏了原告的信赖和期待。法院最终支持新浪网,认为其服务变更合法有效<sup>①</sup>。笔者认为,即使网络服务商提供的是免费服务,其背后却有着“免费+广告”的盈利模式,并不能以未直接向用户收费为借口而不保障服务质量。用户仍可存在对服务的质量和安全保障方面的合理期待。

总之,在新技术领域,往往存在传统法律无法及时应对的空白情形;网络服务商以契约为工具,在虚拟空间扮演着规则制定者的角色。然而,企业具有趋利避害,甚至无限追逐私利的内在动机,其制定的规则难免有失公允。要保障用户的利益,途径之一是从私立规则的外观即合同条款入手,通过格式合同的基本原理对合同内容进行规制,途径之二是赋予用户对数据的不容侵害的权利。

## (二) 合同法应对“私立规则”之不足

“私立规则”披着网络服务协议的外衣,以契约条款进行双方之间的权利义务配置。契约条款中存在的问题首先可以寻求合同法内部的解决方案。网络服务协议中的条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商,在性质上属于格式条款。在格式条款的法律框架下,可以对格式条款是否显失公平、是否因为违反强制性条款而无效以及是否存在未写入协议的默示性条款等展开审查。我国《合同法》第39条确立了格式合同条款的基本法律框架。在形式上,该条要求格式条款提供方以合理的方式提请对方注意在责任分配上有利于提供方的条款;在实质上,要求格式条款提供方在确立双方权利义务时遵循公平原则。

网络服务协议大多为“点击协议”。网络上的“点击协议”可谓本世纪“最大的谎言”。很少有用户去阅读这些协议。网站在设计上也往往诱使用户直接点击同意,而不去阅读具体条款。即使用户去浏览协议,免除或限制网络服务商责任的条款多隐藏于繁琐的诸多条款之中。很少有网络服务商在其合同中用特殊字体或特殊标志对免除或限制其责任的条款进行强调。此外,用户在注册时,并无机会和网络服务商进行磋商,不存在要求网络服务商对格式条款进行解说的机会,实际上难以满足法律的要求<sup>②</sup>。概言之,网络服务商是否采取合理的方式提示该条款,用户能否以合理的方式理解该条款,以及网络服务商是否就该条款作出必要的说明都存在问题。网络服务

商的很多格式条款难言符合公平原则。合意度低下和均衡度不足是法律介入不当合同的两个要件。<sup>(5)</sup>网络服务协议可谓合意度低下的典型情形,且诸多条款明显有失均衡。网络服务商不保障服务安全、可以随之终止服务以及单方禁止数据账户的继承和转让等规定,减轻和避免了其可能承担的责任和风险,却加重了用户的风险,有失公平。

格式条款在解释论上对于其前置问题——用户享有的主要权利——却无能为力。我国《合同法》第40条规定“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”。然而,用户对于数据具有哪些主要权利,在法律上处于混沌状态,导致格式条款规制的无奈。

法院在对格式合同条款进行内容规制时难免出现判决不一的结果,这影响着法律的确定性和人们的行为预期。并且,司法机关对格式条款的干预具有被动性和保守性,企业在负面判决之下,会对其他条款另作安排,仍然致使个人利益受损。<sup>(6)329</sup>通过具体案件的裁量对格式条款的内容进行规制显得不足。合同法对网络“私立规则”的规制能力较为有限。

在“私立规则”的网络秩序中,用户对数据的权益难以得到保障。在法律上明确网络用户对数据应当享有的权利,可为网络社会中的各方主体提供行为预期,从而增强法律的确定性和可预见性。在网络用户和网络服务提供者的关系结构中,存在着产业利益和个人利益的博弈。网络用户对数据享有的权利的背后也反映出互联网法律是否需要贯彻产业政策、异质利益的平衡之术这两大理论难题,这在根本上触及了网络法的原理。

## 三、网络法的理论难题: 产业政策和利益衡量

### (一) 互联网、法律与产业政策

现行制度允许网络产业通过合同约定来构造用户和网络服务商之间的法律关系,赋予网络服务商较大的权力和自由,使其可通过单方提供的合同减轻责任和风险,从较深层次而言,这可能具有促进网络产业发展的制度功效。如此安排的隐含结果是,法律承载了产业政策的功能。

在互联网法律领域,法律规则承担产业政策的功能并不罕见。一方面,产业利益会对立法者进行游说,施加影响;另一方面,立法者也需要从政策上考虑

<sup>①</sup> 来云鹏诉北京四通利方信息技术有限公司服务合同纠纷案,《最高人民法院公报》2002年第6期,第202-204页。

<sup>②</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)第6条。

促进新兴产业的发展。处于网络版权秩序核心地位的避风港规则从一般意义上免除网络服务商的版权审查义务,旨在减轻网络服务商的负担和责任,从而促进网络产业的发展。网络服务提供者不承担审查义务不仅是技术上的考量,还有政策上的缘由。这也体现了知识产权理论上的“政策工具属性”。<sup>(7)</sup>然而,随着网络产业的发展,一味促进产业发展的单向性法律思维也遭到了反思。知识产权的政策工具属性也并非一成不变。

产业政策在我国经济学界的争议也颇为激烈。在林毅夫看来,经济发展需要产业政策才能成功<sup>①</sup>。而张维迎则持相反观点,认为人类认知的局限和激励机制的扭曲,意味着产业政策注定失败,进而主张废除任何形式的产业政策<sup>②</sup>。尽管理论上对产业政策褒贬不一,但政府基于社会经济发展需求往往会对新兴产业施加优待政策。在信息产业发展之初,保护性发展政策往往是各国的选择。产业政策也影响并渗透到立法和司法,从而减轻新兴产业发展的法律成本。<sup>(8)</sup>然而,产业政策应当随着产业发展而相应调整。一味保护某个既存产业同时意味着对未来产业的遏制。在产业新兴之初,产业保护政策尚有可取之处;当产业发展到一定阶段,却要重新寻找新的平衡。

法律可以承担产业政策的功能,但产业利益只是利益平衡中的一个重要支点。法律应当将产业利益作为需要抉择和平衡的利益之一进行权衡。如果将产业政策和产业利益作为法律的唯一支点,无疑会导致明显失衡的畸形。过于强调产业政策,其负面效应将是,以产业发展之名侵吞个人利益,还会影响产业的创新发展。在当代社会,个人权利在法律体系中具有举足轻重的地位,也需要予以相应的保护。法律如何同时满足产业政策和个人权利保护则是个异质利益的平衡难题。

## (二) 异质利益的平衡之术

在利益法学视野下,产业利益和个人利益属于异质利益,其平衡向来是理论上的难题。产业利益似乎是一种整体利益,个人利益是否必然要让位于整体利益?利益法学源于对概念法学的反思和批判,认为通过构造概念来填补法律漏洞是一种有限的且不合理的方法。<sup>(9)</sup>德国学者拉伦茨认为,当利益发生冲突时,法官要根据具体情况赋予不同法益的“重要性”,从而完成个案之中的利益衡量。<sup>(10)276-286</sup>利益分析法学是一种重要的法学方法论,在民商法领域有着广泛的应用。利益分析和衡量不仅是司法中的必经步骤,也是立法者必须考量的因素。无论是通过法解释的路径还是通过立法的路径解决用户对数据的权利问

题,都必然需要对不同利益进行权衡。个人利益与社会利益之间的价值定位和位阶顺序是利益法学的核心问题。异质利益之间缺乏可比性和特定的基本尺度,造成了异质利益衡量的公度性难题。<sup>(11)74-77</sup>正如学者指出,“异质利益如何比较”、“个人利益与社会利益孰轻孰重”是社会哲学上的难题。<sup>(12)</sup>

异质利益的衡量虽不能进行量化的比较,却可在一些基本的社会价值和共识之上进行权衡。<sup>(11)97</sup>博登海默认为:“人的确不可能凭据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排。然而,这并不意味着法理学必须将所有利益都视为必定是位于同一水平上的,亦不意味着任何质的评价是行不通的。”<sup>(13)400</sup>拉伦茨认为,在基本法律价值的权利位阶中,人的基本权利相对于其他法益尤其是财产性的利益而言具有更高的位阶。<sup>(10)285</sup>自由、秩序、公平和效率等基本社会价值在整个法律制度中具有根本性的地位,在具体法律规则构造时也可发挥利益衡量的基点和核心的作用。人权性质的利益和财产性质的利益也可得出较为明确的衡量结果。

如何在产业利益和个人利益之间寻求理性平衡,将是互联网法律规制中的一个永恒命题。西方法学观念以个人利益为本位。中国社会有别于西方社会,传统文化中更为强调“家、国、天下”的集体观念,现代法律中也到处贯穿着社会公共利益至上的理念。西方的个人利益本位未必适合中国。即便撇开个人利益本位的西方法学观念,本文认为,用户的利益仍将具有更高的位阶,理由如下:第一,将产业利益纳入法律制度之中,本质上是基于“成本—效益”的实用主义理念,然而实用主义在很多场合需要让位于权利。<sup>(14)</sup>用户对数据的应有权利具有基本人权方面的根基。第二,“用户”一词暗示着网民是互联网世界的外来者,然而用户并非虚拟的代称,其背后是实实在在的个人。并且,“用户”一词也隐含着消费者的涵义。消费者权益扎根于民事权利,但已演化为一种基于弱者保护基本理念的特殊权利,体现出扩张性、权利义务的非对等性等明显特征。<sup>(15)</sup>在当代社会,没有一个人可以脱离于市场经济而存在,都逃脱不了成为消费者的命运。消费者权益表面上看是一种个人权利和利益,但由于消费者权益具有社会正义和经济

① 这一观点的分析,参见贾国强《张维迎 VS 林毅夫:产业政策存废之争》,《中国经济周刊》2016年第38期,第86-87页。

② 参见张维迎《呼吁废除一切形式的产业政策》,载“新浪专栏”2016年9月13日, <http://finance.sina.com.cn/zl/china/2016-09-13/zl-ifxvukhv8255545.shtml> 2018年6月8日最后访问。

秩序上的普遍性且具备典型意义,从而转化为社会利益。<sup>[16]</sup>第三,从整体利益和个人利益的比较角度,产业利益只能说是一种局部的整体利益,并不是真正的社会公共利益。而网民的利益却可以构成社会公共利益。公共利益是一个模糊的概念,但可以确定的是,它并不指向个体的利益,也不指向一个产业的利益;它指向的是一个不特定多数人群体的利益。在现代社会,任何人都是或有可能是网民,网民群体已经足以构成社会公众。我国司法实践中也有判决将网络用户的利益作为公共利益<sup>①</sup>。因此,产业利益高于个人利益是一个错误的命题。

网络用户的利益才具有更为扎实的法理基础,具有更高的位阶。然而,网络私立规则却违背了这一位阶安排,侵蚀着网络用户的个人利益,其结果是一种过于注重产业利益的失衡。要取得利益平衡的理想效果,有必要在法律上明确网络用户对数据应当享有的权利。

#### 四、数据的权利化路径及基本架构

##### (一)私法上利益的保护模式:权利化和行为规制

在私法原理上,利益尤其是财产性利益的保护模式主要有二:权利化和行为规制。<sup>[17]32[18]2</sup>此处所谓的权利化指的是“私法上所说的绝对权、支配权,最为典型的便是所有权”。<sup>[19]</sup>权利一词的含义较广,与行为规制相对应的“权利化”在私法上实际上是“绝对权化”。或者,按另一种理解,在相对权之外,还存在“绝对权利”和“绝对利益”。<sup>[20]</sup>对“绝对利益”的保护,其实就是行为规制模式。这种理解和“绝对权和行为规制的二元模式”在本质上是一致的。

对同样的利益客体,可以采取行为规制或权利化的不同保护路径。知识产权法借鉴自物权制度而构建,采取的是一种“将行为规制物权化的方法”。<sup>[17]32</sup>知识产权的权利人并非对客体享有圆满状态的绝对支配,而是就发明的制造、使用、销售,作品的复制、传播,以及商标的使用等“行为”的排他性、绝对性控制。以商标为例,从比较法上看,商标的保护经历了从反欺诈的行为规制到权利化的过程。现代商标法发端于普通法上的欺诈之诉。<sup>[21]</sup>反欺诈成为法院介入商标纠纷的突破口和依据所在。直到19世纪中叶,英国的衡平法院和普通法院对商标进行干预的基础仍在于欺诈性陈述,而非财产权。<sup>[22]</sup>最先提出将商标作为财产权进行保护的是韦斯特伯里勋爵法官,1863年,他在判例中提出“本法院将仅仅依据保护财产的原则,对于禁令而言,并不需要证明被告的欺诈

……”<sup>[22]</sup>由此给予商业标识以未经许可禁止他人使用的绝对权利,实现了商标的财产化转变。如今,商标权和专利权、著作权一样,都属于民法财产权体系中的绝对权。<sup>[23]</sup>由此也可见,权利化的一个优势在于,侵害权利之认定不以过错为要件,无需考虑侵权人主观状态,较之于行为规制,其保护力度更大。

“数据”和知识产权的客体类似,都具有无形性。数据上利益的保护同样可采取权利化或行为规制两种模式。笔者提倡前者,这需要进一步论证数据权利化的必要性和正当性;以及数据是否可以满足权利化的条件,或者说,数据如何进行权利化,从而融入民事权利体系。

##### (二)用户数据权利化之必要性和正当性

较之于行为规制而言,权利化具有若干优势。第一,如前提及,侵害权利之认定无需考虑主观过错,权利化提供的是一种更强有力的保护。第二,权利具有确定性,权利类型确定、内容确定,并且具有公示手段,保障着各方的行为预期。第三,权利保护具有主动性,而法益保护具有被动性。<sup>[24]</sup>权利边界之确定,加之权利状态之公示,他人需要承担对应的义务,权利人亦可积极主张权利,以维护和保障其权利之圆满状态。利益保护则不然,由于缺乏公示手段,利益主体无法积极主张利益之保护。只有当利益受侵害之后,利益主体方可请求保护,事后保护模式具有被动性。总体上,权利相对于法益而言是一种强化保护。笔者认为,用户数据上构造权利,对可确定的利益内容提供强化保护,是必要的和正当的,也可确保数据主体、网络服务商和社会公众等各方的行为预期。

在“用户—网络服务商”的关系结构中,用户具有天然的弱势地位。在网络用户权益受侵害时,势单力薄的个人往往不会诉诸法院。这一方面是因为用户在网络服务协议明文规定面前感到力不从心,另一方面也反映出用户的弱势和可怜。通过赋予专门权利、强化权利保护的方式,实现对弱者利益的保护,是法律应对社会关系结构失衡的一种策略。消费者权利即是例证。民法尤其是合同法对以消费者为代表的弱者权益保障起到基础性的作用。然而,为了更明确地为弱者提供保护,在传统的民法路径依赖基础上进一步地改造,产生了消费者权利。消费者权利的引入弥补了契约自由的不足。在法律上明确用户对数据的权利,同样是基于弱者保护的法律需求。在行

① 参见北京市高级人民法院(2013)高民终字第2352号。  
② Edelman v. Edelman, (1863) 1 De G. J. & S., 185, 199, 46 Eng. Rep. 72, 78 (Ch.)

为规制模式下,法益获得被动和消极的保护,不足以纠正“用户—网络服务商”关系结构中强弱程度的不均衡,将弱者一方的确定利益权利化,有助于在强者和弱者之间取得法律关系结构的平衡。

从公平的角度而言,企业的大数据和个人的数据均应得到保护。《民法总则》引入“数据”的背景是大数据产业的发展,很大程度上是在回应产业需求。将数据界定为“衍生数据”并认为其为知识产权的客体的观点即完全聚焦于大数据的法律保护。<sup>(4)</sup>基于大数据产业的数据保护论背后,存在着“商品化”到“财产化”的实用主义逻辑,体现的是一种基于经济学理论的“工具主义论”。<sup>(25)</sup>同时,这种论说也体现着产业政策和产业利益主导的立法模式,存在着片面性。诚如美国学者指出,大数据产业的发展存在“权力悖论”,开发大数据的机构将成为赢家,个人利益却可能受到侵蚀。<sup>(26)</sup>在权利本位理念下,权利在其他利益面前具有优先地位;尤其是与基于经济发展的产业利益而言,权利的位阶更高。个人的基本利益与企业发展的利益在位阶上本来就不是等值的。在法律上赋予网络用户对数据的权利,也是确认了个人的基本利益的较高位阶。赋予网络用户对数据的权利,其意义不仅仅是权利宣示,还在于对处于弱者地位的网络用户的偏袒性保护,以实现“个人—网络服务商”之间的结构平衡。

### (三)“数据”融入民事权利体系的路径:“绝对权化”

在《民法总则》之下,“数据”进入民事权利体系的通道已经打开。接下去的问题是,“数据”等新兴权利如何融入既有的民事权利体系?毕竟,如果“数据”在民事权利体系中难以立足,或者要破坏民事权利的体系性和逻辑性,那都不是我们期待的。

学界探讨的“新兴权利”(新型权利)是一个外延甚广的概念,其中不仅包括私法上的权利,也混杂着私法上的法益和公法上的权利。数据和个人信息无疑是最为显著的“新兴权利”之客体。《民法总则》将之纳入“民事权利章”,却未使用“数据权”、“个人信息权”的称谓,有意将其权利属性问题留待学者讨论。在个人信息保护领域,已经产生了个人信息在性质上的“权利”和“法益”之争<sup>①</sup>。然而,学者们在讨论个人信息是否属于权利时,可能持有不一样的权利观。肯定者可能是从一般意义上使用权利这一概念,而否定者往往持狭义的权利观,即将之限定为私法意义上的绝对权。笔者认为,“数据”可以融入私法“绝对权”的大家庭。至于理由,首先需要一探“绝对权”大家庭的真面貌。

#### 1.“绝对权”大家庭的真面貌

绝对权是大陆法系物权法教义学中的“核心概念”,<sup>(27)</sup><sup>650</sup>其原型是所有权,即“所有者被赋予对物的绝对控制之权利”。<sup>(27)</sup><sup>651</sup>基于物权和债权的“绝对权—相对权”两分法成为民法财产权的根基,具有体系完整和逻辑清晰的优势,不能轻易打破。比如知识产权纳入民法财产权体系,并非在权利类属上另起炉灶,而是采取了“物权化”或“绝对权化”的权利化路径。然而,在绝对权发展过程中,存在着“变”与“不变”。

鲜有学者对绝对权的发展变异进行系统阐释。在“绝对权”大家庭之中,存在着一些发展变异,试以一般人格权和知识产权为例阐述。一般人格权和知识产权融入民事权利体系,借鉴的都是绝对权的结构特征,但或多或少存在背离和变异。第一,就一般人格权而言,德国司法实践中发展出的“一般人格权”在学理上“被承认为一项绝对权利”。<sup>(28)</sup><sup>48</sup>然而,它其实是一种“有绝对权之名,却无绝对权之实”的权利,<sup>(29)</sup>原因在于一般人格权是一种“框架性权利”,其内容具有开放性和不确定性,界限并不清晰,在法律效果上也不具有绝对权的效果,即在违法性判断上未采用“结果违法说”。<sup>(29)</sup>德国学者直言:“我们只是使用‘一般人格权’来指称一个以不同强度给予保护的利益综合体。”<sup>(30)</sup><sup>218</sup>德国的潘德克顿体系之下,尚能发展出“一般人格权”这一绝对权的变异体,也足以说明民法体系并不是僵化的。第二,就知识产权而言,它并非对客体的绝对和完整的控制,而是采取“行为规制物权化”的路径,将特定行为予以类型化,并将之作为权利人的利益专属空间,并告之于众,要求他人不得侵害。各种知识产权类型的绝对权还存在强弱之分。发明专利权的绝对性、排他性在知识产权内部无疑最为强烈,而著作权的排他性则受制于“独立创作例外”,商标权的排他性则受制于商品或服务的类别。尤其是商标权的绝对性只是相对于同类或类似的商品(服务)而言,这使得其绝对性大打折扣,但这并不影响仍将其归入绝对权的大家族。此外,停止侵害等绝对权请求权,旨在保护绝对权的圆满状态。<sup>(31)</sup>然而,不受绝对权理念拘束,“停止侵害”这一绝对权救济方式予以适当限制,已成为知识产权

<sup>①</sup> 有学者赞许《民法总则》未使用“个人信息权”的术语,从而采取行为规制模式。参见叶金强《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,《中外法学》2017年第3期,第645-655页。有学者则主张《民法总则》规定的个人信息保护仍应采用权利化路径,主张赋予“个人信息权”。参见杨立新《个人信息:法益抑或民事权利——对〈民法总则〉第111条规定的“个人信息”之解读》,《法学论坛》2018年第1期,第34-45页。

界主流呼声。就无形财产而言,知识产权的法律规则无疑较为成熟。在权利内容和救济效果上可以进行灵活设计,但在体系上仍以纳入既有的权利体系为佳,这是知识产权法数百年发展的启示。

万变不离其宗,绝对权的根本特征一直得以维持。绝对权的根本特征需从其原型即所有权说起。“所有权具有以下三项特征:所有权是绝对的、排他的、恒久的权利。”<sup>(32)</sup><sup>210</sup> 知识产权无疑突破了所有权的恒久性特征。至于绝对性,知识产权也不再是对客体的圆满而绝对的控制,而是对特定行为的控制,也有所变通。而排他性则稳固如初,在知识产权等权利中一直得以维持。就绝对权的特征而言,德国学者归纳出“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三个教义学标准。<sup>(20)</sup> 前两个效能较为直观,而所谓“社会典型公开性”,指的是权利需要有确定的边界并可公示,其目的在于保障他人行为自由。三者之中,排除效能是“绝对权的根本特征”。<sup>(20)</sup> 就此根本特征而言,不容半点变通。知识产权的归属效能并不体现在对客体的圆满支配,而是对特定行为上附带的利益的绝对支配,并具有排除效能。一般人格权在社会典型公开性上也有所突破,但权利的排除效能也基本成立。总之,绝对权不必与其原型即所有权如出一辙,但需保留其根本特征。

## 2. 在所有权和行为规制之间:数据的“绝对权化”

最为彻底的权利化当然是所有权模式。然而,在数据上难以成立所有权,也不宜构建所有权。其一,用户一般将数据存放于网络空间,并不占有数据,其对数据的支配在很大程度上受制于网络服务商。数据主体的排他权难以按照物权所有权的占有、支配来构造。其二,用户对数据享有所有权这种最为圆满的权利,可能会给网络服务商施加过多的负担,导致用户和网络服务商之间的关系陷入困境。若赋予用户对数据的所有权,网络服务商对数据的安全保障要求就上升为保护他人物权的水准,将会导致其成本过高,造成新的失衡。

前文已经论证数据权利化保护的必要性,否定了行为规制模式,现在又否定了所有权模式。在所有权和行为规制之间,存在着“绝对权化”的可能性。所谓“绝对权化”,即是汲取绝对权的结构特征,却可不受绝对权理念之拘束,更不必拘泥于绝对权的原型即“所有权”的约束。它呈现的结果是一个弱于所有权的专有权利。毕竟,我们不需要打造一个与“所有权”一模一样的数据权利。只要排除效能这一根本特征得以保留,数据等“新兴权利”融入民事权利体

系,可以沿循“绝对权化”的路径,暂无必要构造一种新的民事权利类型。将数据权利纳入“绝对权”大家庭,这不仅仅是概念纷争,还涉及民事权利的逻辑自治和体系完整。万不得已,民事权利体系的完整性和稳定性不宜轻易打破。数据权利完全可以借鉴绝对权的结构特征加以构造,但对其权利内容可以进行灵活设计。法律的适当介入,规定用户对电子数据应当享有的专有、排他的绝对权利,不仅有利于改善网络用户的地位,也将有利于产业良性发展。用户拥有对数据的绝对权,会迫使网络服务商关注用户的数据权利,改造网络结构,开发用户友好型技术。用户数据权利的确立可能会暂时性地给网络服务商增加负担,但这种负担可以通过技术创新发展得到消解。

总之,数据的“绝对权化”构建的是一种弱于所有权的专有权利,它强于行为规制模式,也强于基于契约的相对权模式;权利的强度处于一个较为理想的位置,这一安排的背后体现着利益衡量。

### (四) 数据权利的基本架构

网络用户对数据的权利在性质上仍然属于财产权<sup>①</sup>,如本文开头指出,数据并不限于个人信息方面的数据,《民法总则》也有意将个人信息和数据分别规定,在体系上将后者置于财产权范畴。进一步的问题是如何具体构造数据权利。

依循“绝对权化”的路径,以权利的归属效能、排除效能和社会典型公开性为基准,只有可确定的、可类型化的利益内容,才可权利化。前已述及,“占有”或“所有”难以成为可权利化的利益内容。原因在于,网络用户的数据所有权很难进行事先的权利界定和公示。然而,在数据访问这一可以确定的利益内容上是可以成立归属效能、排除效能和社会典型公开性的。数据访问权归属于用户,可以具有绝对的排他效力。并且,数据访问这一确定的利益内容是可识别的。数据的保护措施即构成对数据访问这一特定利益内容的公示,满足社会典型公开性。社会典型公开性的宗旨系保障他人行为自由,网络用户就数据访问享有专有权利并不会在任何意义上影响他人行为自由。概言之,至少在用户对数据的访问上可以成立专有权利、排他权或绝对权。就用户数据而言,具有确定内容、满足绝对权的特征,从而可以类型化地上升为权利的至少包括“专有访问权”以及作为其延伸的“可转移权”。这也是用户数据权利的两大基本权能。

<sup>①</sup> 类似的观点参见:杨立新《民法总则条文背后的故事与难题》,法律出版社2017年版,第323页。然而,与笔者不同的是,该学者将《民法总则》第127条规定的“数据”狭义地理解为“衍生数据”。

在本质上,这两项权利与知识产权类似,也是将特定行为上附属的利益内容类型化地划归权利人专有。

### 1. “专有访问权”的具体构造

网络用户对其数据应当享有的基本权利之一是访问权。其具体构造涉及如下问题:如何界定访问权的性质?访问权存在什么例外?访问权如何保障?

(1) 访问权的性质:“专有”和“排他”。访问权仍然是汲取了绝对权的原型即所有权的内涵。物权所有权的本质在于对物的直接支配以及排他保护的绝对性。<sup>(33)</sup><sup>31</sup>所有权人对其物的访问是占有和使用这两个权项的内涵所在。换言之,物权内含着访问权的意蕴。然而,访问权也可脱离于物权式的占有而存在,这就解决了数据在非占有状态下的访问权问题。借由访问权,数据的“占有”问题得以回避,数据主体的确定利益内容得到了强化保护,却不会对网络服务商施加过多的责任,有望取得利益平衡。数据访问权可以满足绝对权的特征要件,在本质上具有专有性和排他性。从理论上而言,网络服务提供者也不应访问用户的电子数据,这也属行业惯例。密码的加密处理、服务器上的数据加密处理都不存在技术障碍。这不仅是保护个人隐私的需要,也是在保障用户对其数据的专有访问权。概言之,用户对数据的访问权是一种专有和排他的绝对权,其排除的范围不仅包括未经许可的第三人,也包括网络服务提供者。

(2) 访问权的例外及其正当性。物理世界中的权利存在例外,无形的知识产权也是如此,虚拟世界的数据访问权亦复如是。例外之一是安全的需求。若网络服务商发觉用户账号存在异常,应当通知用户。如果这一异常是用户在技术上无法处理的,比如出现黑客攻击等紧急情况,此时,安全保障将高于用户的专有访问。美国联邦贸易委员会早在2000年关于在线访问与安全的报告就指出“在访问和安全之间存在一个真正的冲突”<sup>①</sup>。在产生数据安全问题之际,网络服务提供者可以介入乃至访问数据。安全例外的正当性体现在安全和自由之间价值的抉择。在网络空间,安全具有更高的位阶。例外之二是司法和执法的公权力强制要求。在一般情况下,网络服务提供者及其员工应当保障数据安全,不泄露任何内容。但司法和执法的强制要求属于公权,其背后有着更为高阶的公共利益作为正当性支撑。当然,这些例外都需要相应的正当程序来保障基本的正义。这两种例外均属于特殊情形,与一般意义上的访问权的排他性并不矛盾。

(3) 访问权的保障及其理据。访问权的保障从另一角度而言即网络服务商的数据安全保障义务。

我国《侵权责任法》第36条和第37条采取了网络空间和实体空间的二元模式,并没有明确规定网络服务提供者的安全保障义务。基于法律上的模糊性,网络服务协议往往回避甚至否定网络服务商的安全保障义务。尽管在合同法原理上,服务合同中的安全保障义务是一种“为辅助债权人实现其利益,随合同关系的发生所发生”的附随义务,<sup>(34)</sup><sup>62</sup>但在司法实践中却未必能取得一致认识。有较新判决指出互联网企业“应将保护用户数据信息作为企业的社会责任”<sup>②</sup>。企业社会责任是安全保障义务的正当性理由之一。<sup>(35)</sup>以企业社会责任为依据要求互联网企业保护数据安全无疑不够扎实。

对网络服务商施加用户数据的安全保障义务具有合理性和正当性。第一,网络最初为一种中立性的工具;然而,自进入以交互性为特征的web2.0时代后,网络已成为具有公共性的社会空间,网络服务提供者的功能已经发生了质的变化,在相对程度上担当着社会性场所管理者的角色。<sup>(36)</sup>传统民法上的安全保障义务即是对物理性的社会性场所管理者施加的义务。物理空间和虚拟空间在人际交往功能方面日益趋同,在法律义务和责任上也应当一视同仁。第二,安全是消费者的一种最基本的需求。网络用户本质上是网络服务的消费者,对其虚拟、无形的数据同样具有安全保障的内在和基本需求。第三,安全保障也是用户对网络服务商的一种基本信赖。很难想象有人会将数据上传到一个安全没有保障的网络服务平台。基于信赖原理,网络服务商也应当提供安全保障。第四,从经济学角度而言,将数据的安全保障义务施加于网络服务商符合收益与风险相一致、节约社会成本的基本原理。互联网产业已成为当今发展最为迅猛的产业,网络服务商也已依赖收费会员服务、广告盈利模式和大数据开发利用等模式找到盈利途径。依据风险与收益相匹配原则,对网络服务商施加一定的风险责任也在合理范围之内。网络服务商在系统性、技术性的风险防范上处于更为有利的地位,从法经济学角度而言,是避免风险的较低成本者。

与理论期待相反,实践中绝大多数网络服务商在其私立规则中并不对用户的数据安全提供保障,反而

<sup>①</sup> See Final Report of the Federal Trade Commission Advisory Committee on Online Access And Security (May 15, 2000), section 2.6, <http://govinfo.library.unt.edu/acoas/papers/finalreport.htm>, last visited June 8, 2018.

<sup>②</sup> 北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终588号。

规定免责条款<sup>①</sup>。因此,有必要在法律上明确安全保障义务及其范围。在利益平衡理论视野下,兼顾网络产业发展之需求,网络服务商承担的安全保障义务需契合传统民法的合理注意义务标准。其合理性体现在:第一,保障义务与其运行规模相匹配,大型网络服务商应当承担更多的保障义务,中小企业的义务和负担可适当降低,这也符合用户的合理期待。第二,营利性的网络服务商需要承担更多的注意义务。纵观我国主流网站,大多为营利性,或直接收取会员费,或采取广告模式间接获益,从而均应承担数据的安全保障义务。第三,安全保障义务应当与当时的科技发展水平相一致,应当是在特定的技术发展阶段,用户可一般性地合理期待的安全保障水平。在现阶段,对数据删除或数据转移采取多重加密或认证的谨慎措施,在发生异常情况时对用户发出警示,都具有技术可行性,并不会为网络服务商施加过多成本和负担。

## 2. “可转移权”的具体构造

用户对数据的可转移权是专有访问权的延伸,也扎根于用户群体的基本需求和合理期待,此项权利存在的必要性和正当性无需赘述。进一步的问题有:可转移权的具体内涵和范围何在?在网络服务商终止服务乃至破产时,是否要优先保障用户数据的可转移权?用户数据是否可以继承?用户数据是否可以交易?网络服务商在用户数据转移时承担何种相应的义务?

(1) “可转移权”的旨趣。信息网络已经发展到交际网络时代,在传统的“网络服务提供者—用户”垂直关系之外,还需要考虑“用户—用户”的横向关系。在交际网络时代,用户之间互相交换数据成为一种需求。这也是用户对其自身数据的处置方式之一,对个人和社会均无弊害,法律上应予放行。此外,在网络服务商破产、终止服务等特殊情况下,用户数据转移的保障也是数据安全的外延所在。明确用户数据的可转移权,要求网络服务商在终止服务或破产时对用户数据予以优先保障,也可以避免在破产清偿顺位上的普通债权的不利地位。用户对数据享有的权利扎根于个人的基本权利,应当得到优先保障。

(2) 比较法:欧盟的“数据可携带权”。2016年制定、2018年生效实施的欧盟《一般数据保护条例》第20条引入了一项新的权利即“数据可携带权(right to data portability)”,规定用户有权将其个人数据从一个服务商(数据控制者)无障碍和便携地转移到另一服务商,并且在技术可行的场合,数据主体有权要求网络服务商将数据直接转移到另一网络服务商<sup>②</sup>。目前,用户在不同服务提供商之间转移数据,往往需

要先从一个网站下载,然后再上传到另一个网站,很不方便。欧盟引入的“数据可携带权”将极大地便利用户转移数据,增强用户对数据的控制力。欧洲学者指出,欧盟引入数据可携带权主要是为了便于用户在不同社交网络之间方便地转移数据。<sup>(37)</sup>目前的各主要社交网络为保护用户的稳定,有意将网络系统设计成互不兼容。在用户享有“数据可携带权”之后,一个社交网站的用户不仅可以无障碍地将其账号中的日志、照片和其他数据转移到其他社交网络,还可要求原先网络服务商予以配合、提供数据,在“技术可行”时还可要求网络服务商在不同网站之间直接完成转移。这一新型权利不仅适用于社交网络中的个人数据转移,还适用于云盘服务、手机应用等其他网络服务。

对“数据可携带权”的质疑主要有两方面:第一,不加区别地给网络服务商施加转移义务,可能会增加中小网络服务商的负担,最终这种负担将转移给个人用户;第二,数据可携带权存在与数据安全的潜在冲突。<sup>(38)</sup>依据数据可携带权,用户数据可以一次性地“无障碍”地予以下载和转移,可能危及数据安全。第二个问题本质上仍然是数据的安全保障问题,仍可在网络服务商的安全保障义务框架下得以解决。一个基本原则是用户数据的转移须以安全为前提。对于第一个问题,其关键在于如何在用户数据可转移权的具体内涵和范围的构造中取得利益平衡,从而避免网络服务商负担过重。

(3) 用户数据可转移权的具体内涵和范围。2016年,国内多家网络服务商限制或终止网盘服务,给用户造成了极大的不便。从网盘服务终止服务的事件看,我国引入类似于欧盟的“数据可携带权”有一定的必要性。在法律上明确网络用户转移其电子数据的专门权利,可避免网络服务合同中出现网络服务商不承担任何责任的霸王条款。欧盟的“数据可携带权”包括两部分:第一,用户享有对数据进行无障碍、便携地转移的权利;第二,在技术可行时,用户可以直接要求服务商在不同网站之间进行数据转移。

<sup>①</sup> 国内的典型例子如前文探讨的360用户服务协议,在国外网络服务商也经常规定其在安全保障方面的免责条款。See Simon Bradshaw, Christopher Millard and Ian Walden, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 63/2010, p. 21.

<sup>②</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, 4.5.2016, article 20.

对于后者,欧盟立法表述上也较为谨慎,以“技术可行”为前提。我国也宜谨慎,在目前技术背景下,尚不宜引入。若对网络服务商施加过多义务和责任,将不利于网络产业的发展。从而,可转移权所对应的义务也应聚焦于网络服务商对用户数据转移的安全保障和协助义务。

网络用户对数据可转移权的具体范围包括用户自己将数据从一个网站转移到另一个网站,也包括用户将其数据通过交易的方式转移给他人,还包括用户死亡后的继承转移、网络服务商终止网络服务合同甚至破产时的数据转移。就交易而言,用户对其数据有自主决定的基本权利,数据上虽不宜设定所有权,但非所有权的财产性权益也可进行交易。法律无需禁止,网站也不宜干预,反而应当提供用户转移时的协助和安全保障。就网络服务商终止服务合同甚至破产的特殊情形而言,网络服务商应当提供合理的宽限期供用户下载和转移数据。在破产场合,在所有权模式下,权利人可以享有一般民法上的物上返回请求权或者破产法上的“取回权”。在本文提倡的“绝对权化”保护模式下,网络用户的数据虽然不能享有“取回权”,但仍可基于可转移权这项专有权利得到利益的保障。在继承场合,用户数据大多数具有财产性利益,其继承具有一定的合理性,也应允许。

(4)网络服务商在用户数据转移中的义务。用户对数据的可转移权之实现有赖于网络服务商的配合,网络服务商在用户数据转移中的义务主要包括:协助义务和安全保障义务。网络服务商在用户数据转移时的协助义务,要求其在默认情况下保障数据的便携、无障碍转移。如果网络服务商基于网络服务的特殊性,要对数据转移施加限制,比如不允许交易或不允许继承,反而应以特别的方式明确告知用户,并取得用户的事先同意。网络服务商在用户数据转移时的安全保障义务是其对数据访问的安全保障义务的延伸。在便利数据转移和加强数据保护之间可能潜伏着冲突。若以维护数据安全、加强数据保护为导向,则需要严格控制数据转移。网络服务商在数据转

移时一方面需协助数据的便利转移,另一方面也需要保障数据的安全转移。在实践中,数据转移前的身份验证、数据的加密传输在技术上都具有可行性,不会为网络服务商施加过度成本。

## 五、结语

网络用户对电子数据应当享有专有访问权和可转移权等基本权利。数据权利系借鉴绝对权结构而构造的专有权利,其保护力度强于法益保护模式,也强于相对权模式,却弱于所有权模式,权利的性质定位和强弱程度体现着利益衡量。构造数据权利的背后也体现着公权力对网络用户这一弱势群体的偏袒性保护。明确这些基本权利,可以消除网络服务协议对网络用户权利的种种限制,从而取得网络用户和网络服务商之间法律关系的平衡。至于数据权利人和第三人之间的关系,可以在用户对数据享有的专有访问权、可转移权基础上,按照侵权法的基本思路予以解决。

网络用户对数据享有专有访问权和可转移权,网络服务商相应地承担安全保障义务和协助义务,从表面上看,这似乎对网络服务商施加了一定的负担,尤其是在以免费服务为主流模式的网络世界中更是如此。然而,网络产业已经发展出“广告+免费服务”的商业模式,且这一商业模式被法院认定为“互联网经营者的合法权益”而得到保护<sup>①</sup>。此外,网络服务商还通过大数据开发利用进行盈利。网络产业作为朝阳产业,其盈利模式也在不断创造之中。赋予网络用户数据权不会导致产业利益和个人利益之间的失衡,不仅不会造成阻碍网络产业发展的尴尬局面,反而有利于实现网络空间的利益均衡,并取得一个更为优化的网络法治环境。

<sup>①</sup> 参见北京知识产权民事判决书(2015)京知产民终字第2203号;上海知识产权法院民事判决书(2016)沪73民终75号等。

## 参 考 文 献

- (1)梅夏英.数据的法律属性及其民法定位(J).中国社会科学,2016,(9):164-183.
- (2)龙卫球.数据新型财产权构建及其体系研究(J).政法论坛,2017,(4):63-77.
- (3)齐爱民,盘佳.数据权、数据主权的确立与大数据保护的基本原则(J).苏州大学学报(哲学社会科学版),2015,(1):64-70.
- (4)杨立新,陈小江.衍生数据是数据专有权利的客体(N).中国社会科学报,2016-07-13(5).

- (5) 解亘. 格式条款内容规制的规范体系 (J). 法学研究 2013 ,(2) :102 - 118.
- (6) 苏号朋. 格式合同条款研究 (M). 北京:中国人民大学出版社 2004.
- (7) 王国柱, 李建华. 中国特色社会主义知识产权法学理论研究 (J). 当代法学 2013 ,(1) :3 - 13.
- (8) 徐伟. 网络服务提供者“知道”认定新论 (J). 法律科学 2014 ,(2) :163 - 173.
- (9) (德) 菲利普·黑克. 利益法学 (J). 傅广宇, 译. 比较法研究 2006 ,(6) :145 - 158.
- (10) (德) 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 (M). 陈爱娥, 译. 北京:商务印书馆 2003.
- (11) 梁上上. 利益衡量论(第二版) (M). 北京:法律出版社 2016.
- (12) 陈林林. 方法论上之盲目飞行——利益法学方法之评析 (J). 浙江社会科学 2004 ,(5) :62 - 70.
- (13) (美) E·博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法 (M). 邓正来, 译. 北京:中国政法大学出版社, 1999.
- (14) Peter Swire. Social Networks, Privacy, and Freedom of Association: Data Empowerment vs. Data Protection (J). North Carolina Law Review, 2012 90(5) : 1371 - 1415.
- (15) 钱玉文. 消费者权的法律解释——基于判例和法理视角 (J). 法学 2008 ,(8) :101 - 112.
- (16) 孙笑侠. 论法律与社会利益——对市场经济中公平问题的另一种思考 (J). 中国法学, 1995 ,(4) :53 - 61.
- (17) (日) 田村善之. 知识产权法的理论 (M) // 李道道, 译. 吴汉东. 知识产权年刊(创刊号). 北京:北京大学出版社 2005.
- (18) (日) 中山信弘. 多媒体与著作权 (M). 张玉瑞, 译. 北京:专利文献出版社, 1997.
- (19) 解亘. 驱逐搅乱著作权法的概念——“剽窃” (J). 华东政法大学学报 2012 ,(1) :20 - 28.
- (20) 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法 (J). 法学研究 2011 ,(4) :104 - 119.
- (21) Robert Denicola. Trademarks as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols (J). Wisconsin Law Review, 1982 ,(2) :158 - 207.
- (22) César Ramirez - Montes. A Re - Examination of the Original Foundations of Anglo - American Trademark Law (J). Marquette Intellectual Property Law Review 2010 ,14(1) : 92 - 165.
- (23) 王利明. 论我国《侵权责任法》保护范围的特色 (J). 中国人民大学学报 2010 ,(4) :1 - 8.
- (24) 孙山. 寻找被遗忘的公益 (J). 法律科学 2011 ,(1) :59 - 70.
- (25) Nadezda Purtova. Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation (J). European Journal of Legal Studies, 2010 ,2(3) : 193 - 208.
- (26) Neil M. Richards, Jonathan H. King. Three Paradoxes of Big Data (J). Stanford Law Review Online, 2013 ,vol. 66: 41 - 46.
- (27) (德) 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(上卷) (M). 张新宝, 译. 北京:法律出版社 2001.
- (28) (德) 马克西米利安·福克斯. 侵权行为法 (M). 齐晓琨, 译. 北京:法律出版社 2006.
- (29) 薛军. 揭开“一般人格权”的面纱 (J). 比较法研究 2008 ,(5) :25 - 39.
- (30) (德) 迪特尔·施瓦布. 民法导论 (M). 郑冲, 译. 法律出版社 2006.
- (31) 崔建远. 绝对权请求权抑或侵权责任方式 (J). 法学 2002 ,(11) :40 - 43.
- (32) (法) 弗朗索瓦·泰雷, 菲利普·森勒尔. 法国财产法(上) (M). 罗结珍, 译. 北京:中国法制出版社 2008.
- (33) 王泽鉴. 民法物权(第二版) (M). 北京:北京大学出版社 2010.
- (34) 马俊驹, 余延满. 民法原论 (M). 北京:法律出版社 2005.
- (35) 张新宝, 唐青林. 经营者对服务场所的安全保障义务 (J). 法学研究 2003 ,(3) :79 - 92.
- (36) 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务 (J). 中外法学 2012 ,(2) :395 - 410.
- (37) Paul De Hert, Vagelis Papakonstantinou. The Proposed Data Protection Regulation Replacing Directive 95/46/EC: A Sound System for the Protection of Individuals (J). Computer Law & Security Review, 2012 ,28(2) :130 - 142.
- (38) Peter Swire, Yianni Lagos. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique (J). Maryland Law Review, 2013 ,72(2) : 335 - 380.

( 本文责任编辑 焦和平)