

公共数据开放共享法律问题研究

贺欣然

上海政法学院法律学院, 上海

收稿日期: 2023年10月15日; 录用日期: 2023年11月12日; 发布日期: 2023年11月21日

摘要

公共数据的开放共享是构建数字中国的重要基石, 也是推动经济高质量发展的重要举措。我国公共数据认定的立法经历了政务信息、政务数据、公共数据三个阶段, 各地对公共数据概念的界定在目的要件、主体要件和行为要件上各有特点, 尚未形成对其内涵和外延的统一规制。分析各地法律规范和域外三种公共数据开放模式, 我国公共数据开放共享存在公共数据概念和权属界定模糊导致其开放共享的范围模糊、开放共享的基础设施不完善、开放模式有待优化、开放共享面临安全挑战等问题。从明确公共数据的概念和权属、完善公共数据开放共享的基础设施、优化我国的公共数据开放共享模式、建立公共数据开放共享的监管制度四个方面对我国公共数据开放共享法律制度进行完善, 确保公共数据的开放共享能够切实发挥其对经济发展和社会治理的作用。

关键词

公共数据认定, 数据开放模式, 数据安全, 法律规制

Research on Legal Issues of Open Sharing of Public Data

Xinran He

College of Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 15th, 2023; accepted: Nov. 12th, 2023; published: Nov. 21st, 2023

Abstract

The opening and sharing of public data is an important cornerstone for building a digital China and an important initiative for promoting high-quality economic development. China's legislation on the identification of public data has gone through three stages: government information, government data, and public data, and the definition of the concept of public data around the world

has its own characteristics in terms of purpose elements, subject elements, and behavioral elements, and has not yet formed a unified regulation of its connotation and extension. Analyzing the legal norms of different places and the three public data opening modes of extra-territorial areas, the open sharing of public data in China has problems such as the vague definition of the concept of public data and the ownership of public data leading to the ambiguity of the scope of open sharing, the imperfection of the infrastructure of open sharing, the open mode to be optimized, and the security challenges faced by the open sharing, and so on. The legal system of China's public data opening and sharing should be improved in four aspects: clarifying the concept and ownership of public data, improving the infrastructure of public data opening and sharing, optimizing China's public data opening and sharing model, and establishing a regulatory system of public data opening and sharing, so as to ensure that the opening and sharing of public data can effectively play its role in economic development and social governance.

Keywords

Public Data Identification, Models of Data Openness, Data Safety, Legal Regulation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

新一轮科技革命后全球数字化、网络化、智能化蓬勃发展，数据成为了新兴的生产要素得到了国家和社会的关注，党的十八届五中全会首次提出了“国家大数据战略”，意味着国家把数据问题放在了战略高度。2016年发布的《促进大数据发展行动纲要》强调了数据开放共享的重要意义，标志着数据资源开放利用成为推动国家和社会建设的重要战略[1]。2021年，《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》将公共数据开放共享确定为2021年至2025年的重点任务。2022年发布的《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》将公共数据开放作为要素市场供给的首要环节。在此基础上，各地纷纷出台了公共数据的有关规定和实施细则，我国的公共数据开放共享工作取得了长足的进步。学界研究集中于公共数据开放共享的范围、公共数据的分类分级制度、公共数据的开放共享程序等方面。从全球范围看，2020年欧盟的《数据治理法案》作为欧盟“数据战略”规划中的第一项重要成果，其所要重点解决的正是数据开放秩序问题[2]。本文以公共数据概念认定的规范分析为切入点，分析了信息化、数字化时代我国公共数据开放共享在范围、基础设施、开放模式、安全性等方面存在的问题，并提出相应的法律应对策略，为我国公共数据的开放共享提供法律保障和支持。

2. 公共数据概念认定的规范分析与三要素体系

公共数据的认定是公共数据开放共享所要解决的首要问题，“公共数据”的概念是公共数据治理的基础，但其内涵和外延却没有一个明确的界定，国家层面尚未制定专门的公共数据立法，各地出台的地方性法规和地方政府规章对于公共数据的内涵界定不统一，因此有关公共数据的认定问题没有达到立法的一致性和学理届的共识性。分析各地公共数据立法的规范，找出抽象概念体系中的目的、主体、行为三要件，为公共数据的概念界定寻求统一的标准。

（一）公共数据概念的规范演变

公共数据概念的规范演变可以大致分为政务信息、政务数据及公共数据三个发展阶段。在第一阶段，数据共享和开放体系的核心是政务信息和政府信息，各规范对于这些概念的定义为公共数据的界定提供了借鉴。为了不与《政府信息公开条例》中的政府信息产生混淆，国务院在2016年出台的《政务信息资源共享管理暂行办法》中使用了“政务信息”的概念来搭建体系。此后，河北省、湖南省、北京市等地的地方立法以国务院出台的办法为样本，也使用了“政务信息”的概念搭建数据资源的共享立法体系¹。在第二阶段，中央和地方的立法大多使用到了数据的概念，厘清了与信息区别，即信息是对事件特定性的描述[3]，数据是信息表达的方式之一，除此之外还可以通过文字、语言、图像等方式进行表达[4]。国务院的部门规章《交通运输政务数据共享管理办法》和地方立法也逐渐开始使用“政务数据”的概念，并且与第一阶段的立法相比在实质上取得了拓展和突破。在《山西省政务数据管理与应用办法》第二十四条中将政务数据定义为“政务服务实施机构在履行职责过程中采集和获取的或者通过特许经营、购买服务等方式开展信息化建设和应用所产生的文字、数字、符号、图片和音视频等数据。”从此定义可以看出，与政务信息相比，政务数据将主体要素和行为要素进行了扩展，不再局限于政务部门和履行职责。在第三阶段，伴随着政务数据的不断开放，地方立法将目光转向了公共数据专门立法的探索，最早采用公共数据概念的是2017年浙江省出台的地方政府规章《浙江省公共数据和电子政务管理办法》[5]。2019年国家层面将公共数据立法纳入了立法工作规划中，此后各地方人大和政府相继出台了公共数据的立法，划定了公共数据的不同范围以及将公共数据的资源管理作为立法计划的重点。

根据公共数据概念的规范演变可以看出，在对数据共享和开放规制的初期，政府作为“一只看不见的手”，想要将数据纳入到自身可以控制的范围里，但由于信息化和数字化的发展需要释放数据红利，社会发展与数据的开放共享程度呈正比趋势，使得公共数据定义的目的要素、主体要素和行为要素进行了扩展，从而扩大了数据治理的领域。

（二）公共数据概念的三要件体系

从国家层面和各地方的立法来看，公共数据的界定的基本方式为主体要素、目的要素和行为要素相结合，通过三要件来界定公共数据的内涵和外延。但是对于哪些要件具体包括哪些内容和范围，在各地立法中存在着不同。在对公共数据概念进行界定时，应该以其产生环境、实践需求等为依据，对其进行统一的界定，在立法中也应该对其三个要件进行更为全面的考虑，以此来界定公共数据治理的边界，为立法提出指导意见，最终实现数据的良善之治。

1) 公共数据目的要件的范围。

在现有法律规范中，对公共数据目的要件的界定多集中于“履行职责”“提供公共服务”“生产经营活动”等方面。以各省市的有关公共数据的立法为样本，贵州省、吉林省、河北省、安徽省、银川市、上海市等地将公共数据的目的要件规定为“履行职责”²；浙江省和深圳市等地的公共数据目的要件在“履行职责”的基础上增加了“提供公共服务”；《南宁市公共数据开放管理办法》规定的公共数据的目的要件在“履行职责”上增加了“生产经营活动”。在对各地公共数据界定的目的要件类型化基础上，分析出公共数据作为公共资源，其存在价值在于公共利益的实现，其目的要件内要素的不断增加反映了随着信息化发展，公共数据的利用主体不仅只限于政府，需要更多进行开放共享，为社会发展作出贡献。

2) 公共数据主体要件的划定。

在现有法律规范中，对公共数据主体要件的界定主要有五种，第一种是政府部门及具有公共管理职

¹ 参见《河北省政务信息资源共享管理规定》《湖南省政务信息资源共享管理办法》《北京市政务信息资源共享办法(试行)》。

² 参见《贵州省大数据发展应用促进条例》《吉林省大数据条例》《河北省信息条例》《安徽省大数据条例》《银川市智慧城市建设促进条例》《上海市公共数据开放暂行办法》。

能的事业单位和社会组织，如《吉林省大数据条例》；第二种是国家机关与法律法规规章授权的具有管理公共事务职能的组织，如《浙江省数字经济条例》；第三种是政府部门及公共服务企事业单位，如《河北省信息化条例》和《济南市公共数据管理办法》；第四种是使用财政性资金的国家机关及公共服务企事业单位，如《安徽省大数据发展条例》和《贵州省大数据发展应用促进条例》；第五种是公共管理和服务机构，包括国家机关、具有公共管理职能的事业单位和社会组织，公共服务企事业单位。以现行的各地立法规范为基础，以公共数据治理目的为出发点，对公共数据的界定是为了更好的对其进行开放利用，公共数据的主体要件应当限定为具有公共服务能力、从事公共服务的主体。

3) 公共数据行为要件的厘定。

公共数据的行为要件是主体能够引起数据法上法律关系产生、变更和消灭的活动，根据现行规范中的动词看，主要分为四类：第一是使用最多的“制作或获取/收集”，如《河北省信息化条例》和《安徽省大数据发展条例》；第二是仅使用“获取”，如《浙江省数字经济条例》；第三是加入了“使用”，即将并非主体一手获得的数据纳入了公共数据的范围，如《贵州省大数据发展应用促进条例》；第四相较于其他规范条文，深圳市人大常委会试图将数据治理的相关行为都纳入行为要素当中，拓宽公共数据的外延³。

3. 域外数据开放模式及我国实践

(一) 政府主导型数据开放模式及我国实践

政府主导型数据开放模式意味着国家重视数据开放的顶层设计、对数据开放进行提前规划、制定并完善有关数据开放的法律法规并自上而下的推进计划的实施。政府主导型数据开放模式呈现以下四个特征：第一，国家统一规划并推动实施。公共数据的开放利用对推动社会发展有重要作用，但在数据出现的早期公众对其发挥的作用认识不强，需要以政府为主体来推动公共数据的开放利用。第二，有国家政策和法律法规来保障实施。如多国签署的《开放数据宪章》等，并定期发布全国性的行动计划，这一系列的操作无疑是政府主导模式在数据开放推进方面的巨大优势[6]。第三，注重建立国家层面统一的数据开放平台。以国家的平台为基础，确立元数据标准，划定数据开放的范围，促进公共数据的开放利用。以政府主导建立数据开放模式的代表性国家为加拿大，2011年起加拿大政府就将目光聚焦了数据开放立法，相继出台了《开放政府活动评估报告》《开放政府指令》《开放数据指令》《开放政府与隐私保护指导》等，并且建立了国家级的数据开放平台，供公众阅览和下载，同时积极加强与各州和其他国家的数据合作，建立了诸多协作关系。

目前我国的公共数据开放采取的是地方试点倒逼立法的模式，首先由地方进行了公共数据开放的尝试，构建了省级的公共数据开放平台和制定了规则，但尚未建成全国范围内的公共数据开放平台。

(二) 公众参与型数据开放模式及我国实践

公众参与型数据开放模式意味着公众对公共数据开放利用的意识强烈并且起到了重要作用，是自下而上的推动数据开放的，并且政府对于公众的信息权力给予了极大的尊重。以公众参与型数据开放模式构建公共数据开放体系的代表性国家为英国。英国想将公众参与公共数据开放活动上升为国家意志，因此在政策法规制定中将社会公众参与纳入并作为重要内容。同时，成立了公共数据工作组、数据战略委员会及开放数据研究所等数据开放促进机构，目的是吸引社会公众参与数据开放活动中来。

我国的社会公众对于数据开放的意识较为薄弱，对于政府的数据开放的政策法规监督意识不强。社会公众通过参与各类开放数据大赛、在政府网站上浏览政府公开的信息、以及有限参与政府决策如价格法领域规定的听证会等参与公共数据的开放利用。

³参见《深圳经济特区数据条例》。

(三) 政企合作型数据开放模式及我国实践

政企合作型数据开放模式以政府和企业之间的数据合作为前提，以经济效益为目的，政府给企业提供数据信息，企业将政府提供的数据进行加工利用，开发出可以提供公众服务的数据产品，从而提高公众利用公共数据的质量，实现政府、企业和公众三方获利。政企合作型数据开放模式的典型代表国家是美国，美国颁布的有关公共数据的政策，都在允许和鼓励企业或第三方机构对开放数据进行复制、开发、出售等增值活动。

我国政企合作型数据开放模式主要采用提供数据创业孵化基地、设立创新创业基金、减免企业税收等方式，同时深圳等地通过颁布政策鼓励企业积极参与到公共数据的开放利用中去。

4. 公共数据开放共享的法律困境

(一) 公共数据的概念及其权属界定模糊

在第一部分对于公共数据认定的法规分析中可以看出，我国目前立法中的公共数据使用的概念不一、内涵和外延也不确定。对概念的不统一，容易造成公共数据开放共享范围的模糊性。同时，概念的模糊一定程度上给予了政府控制数据的权力，成为政府限缩数据开放范围的“保护伞”，降低公共数据开放的质量[7]。

目前，我国有关公共数据权属界定的学说有公共产品说、信息资源说、国有资产说等，但都不符合公共数据开放利用的发展方向。公共数据作为新型的公共资源，应当符合社会公众共有的特点，并且可以供公众使用。从民法角度看，公共数据权利还存在以下两方面的问题：一方面是缺失民事角度规范公共数据的规定。当前公共数据开放共享的建构规则多通过行政权力和行政合同等手段来进行规制，偏离了完善产权保护制度的基本方向和推动数据要素市场配置的基本目标[8]。另一方面对公共数据权利的法律性质界定不明。用所有权作为基础构建公共数据的权利，很难证明有权追查、评估和监督数据利用行为，从而保护他人的利益。

(二) 公共数据开放共享的基础设施不完善

一方面是公共数据开放共享的平台存在问题。第一是未建立公共数据开放共享的国家级平台，影响了数据在地区间的流通。第二是部分地方虽建立了公共数据平台，但数据处理能力有限，存在碎片化、容量低、更新不及时等问题，影响了公共数据开放共享的质量。第三是公共数据开放共享是动态数字治理的过程，需要制度保障、机构协调和公众参与，仅依赖数据行政主管机关的自主行动是不够的[1]。另一方面存在的问题是我国公共数据服务和开放模式单一，更多依靠政府的作用发挥，公众、企业的参与意识不强，通过公共数据衍生的数据产品及服务丰富程度和定制化程度有待提高。

(三) 公共数据的开放模式存在问题

目前我国公共数据开放未形成具体的模式，现阶段更接近政府主导型，由政府主导公共数据开放，由政府统一建设和管理，统一平台和标准，由政府部门将数据开放给公众，比如上海市随身办平台，但未建立国家级的公共数据开放平台。该模式存在以下弊端：第一，建设投入大，维护成本高，且建成后不能实现全面、安全、稳定的运行；第二，各地政府分散管理、重复建设，缺乏统筹规划；第三，公共数据涉及到多个部门的利益分配问题，跨部门的合作协调难度大。而企业和公众还未实质进入到公共数据的开放共享中，亟待探索适合我国的公共数据开放模式。

(四) 公共数据开放共享面临安全挑战

公共数据开放共享之后，随着信息化的不断发展，政府、企业和公众对于公共数据的诉求不同，会存在一些开放共享时就无法预估到的安全风险。以 Strava 应用程序为例，该程序应用于户外运动健身的追踪，通过 GPS 和可视化热点图等手段定位和展现使用者的运动轨迹。在 2017 年 11 月发布的用户信息

中,泄露了美方军事基地和人员信息,此外脸书(Facebook)、滴滴出行等与我们生活息息相关的应用软件也存在此类问题。

为规避公共数据开放共享所带来的安全风险,我国陆续出台了数据安全领域的三大法律和政策为公共数据的开放共享保驾护航,即《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》。但这些措施对公共数据开放共享产生的限制,一定程度上又会影响公共数据开放的进程和利用效率。

5. 公共数据开放共享的法律规制

(一) 明确公共数据的概念和权属界定

法律作为一种社会规则,具有严谨性,概念要规范统一。法规中概念混乱不利于制度体系的系统性、协同性和适用性[9]。“公共数据”作为抽象概念,在各地立法中使用的名称不统一、概念解释时的目的要件、主体要件和行为要件也不一致,需要通过立法手段确定其内涵和外延。公共数据的概念界定应当使用统一的“公共数据”概念,继续坚持目的要件、主体要件、行为要件相结合的标准,三要件规定都应当与“公共管理与服务”的目标相贴合。

目前,在国家对公共数据的相关法律法规中,缺乏对其所有权的规制内容。公共数据是一种新兴的信息资源,它不是一种独立的、唯一的实体,而是一种无形的、非竞争性的、非排他性的资源[10]。如果通过所有权来构建公共数据的权属规则,在公共数据的开放过程中会大大增加侵权风险的发生,基于对于自身权益保护的自觉性,公共数据所有权的纠纷会长期存在并发生,一定程度会掣肘公共数据的开放共享进程。公物编在日本行政组织法中单独成编,公物可提供给集体使用但不具有所有权,公共数据以公共服务为目标,通过开放共享成为新的生产要素对使用者产生积极的影响。二者的客观属性和功能在一定程度上有契合点,可以参照适用,可以将公共数据定义为公物范畴,着重探讨其使用权的问题。公众基于公用目的共同使用公共数据,政府负有提供并管理公共数据的法定义务[11]。

对于公共数据的权属明晰可以采用宪法法律双层规制模式,该规制模式的具体表现为在《宪法》中明确公共数据的法律属性及其归属,可以参照土地等自然资源的权属配置,将公共数据规定为全民所有[12];在法律层面明确公共数据权利的内容及其具体行使,出台专门的公共数据基本法律来规制公共数据的占有、使用、收益、处分等权利及开放共享等内容。

(二) 完善公共数据开放共享的基础设施

建立国家级的公共数据开放共享平台,打造面向全国统一数据要素市场的公共数据基础设施建设,其中通过区块链、隐私计算等技术推广数据的安全流通交易,建立数据资源层面的互信互联互通则必不可少[13]。建立以目标任务、原则、公共数据对象特征与属性、数据分类维度与方法、数据分级维度与方法和管理要求六个要素搭建的公共数据分类分级标准模型框架[14],使得政府各部门能够了解不同类型和级别的公共数据所具有的特点及价值。同时公共数据的分类分级是一个动态的过程,根据应用场景的差异及现实条件的改变都会影响一般标准的适应性问题,所以在对一般标准进行普遍适用的同时需要对其进行补充,如山东省青岛市根据应用场景的不同,制定了不同的数据分级方式。

在此基础上,政府各部门之间需要加强沟通协调。由于不同部门之间掌握了不同类型和级别的公共数据资源,因此需要通过加强各部门之间沟通协调来实现信息共享。通过加强各部门之间沟通协调能够实现公共数据开放共享平台建设主体的多元化、开放共享程度及共享范围最大化、开放共享程度及使用范围最大化、开放共享方式及使用方式最大化以及开放共享平台安全保障制度化等目标。同时要积极探索区域之间公共数据分类分级标准的共享,加速构建地区间的联动机制,重视地区间的协作,主动分享由地区间协作实施公共数据分类分级标准的结果,这将有助于促进地区间数据要素流动、数据市场准入与监管的统一,进而对地区数据贸易与流通环境进行总体优化,并为制定有关公共数据分类分级的国家

标准提供地区试点经验。

(三) 优化我国的公共数据开放共享模式

目前,我国公共数据开放共享主要以“政府主导、企业参与、市场化运营”模式为主。在这一模式下,政府为数据开放共享的主体,通过制定相关政策法规和发展规划,明确公共数据的范围和属性,并对数据开放共享的主体进行组织管理,建立健全公共数据开放共享制度。但随着我国经济社会的发展以及大数据技术的快速发展,公共数据开放共享模式逐渐由政府主导、企业参与的“政府+企业”模式向“政府+市场”模式转变。这种模式下,公共数据开放共享主体主要包括各级政府部门、国有企业等。通过政府采购、合同管理等方式将公共数据资源开放给社会,从而为企业发展提供便利条件。而企业作为公共数据资源开发利用的主体,在获取公共数据资源后,可以将其进行市场化运作以获取利益。因此,在“政府主导、企业参与”模式下,需要对“政府+市场”模式进行优化和创新,最终达到政府、企业、公众三方共赢的目标。

(四) 建立公共数据开放共享的监管制度

在公共数据开放共享过程中,政府需要对其进行的监督、管理和指导,公共数据开放共享的监管制度可以分为事前、事中和事后监管三个阶段。事前监管是指政府通过制定相关法律法规和政策措施,明确公共数据开放共享的范围、内容和期限等,从而在一定程度上对公共数据开放共享进行事前规范。事中监管是指在公共数据开放共享过程中,政府通过制定相关标准和规范,对公共数据开放共享进行事中监控。事后监管是指当公共数据开放共享的内容出现违反相关法律法规或者侵犯他人权利的情况时,政府对其进行事后监督和审查,并根据相应法律法规的规定采取相应的措施。在公共数据开放共享过程中,政府通过制定法律法规政策保障、设立公共数据开放监管机构、建立公共数据利用者的登记备案制度来建立以事前规范为主、事后监督为辅的监管体系[15],将事前规范、事中监管与事后监督结合起来。

6. 结语

公共数据的开放共享,对完善我国经济发展和社会治理体系,推动数字中国的建设,具有重大而深远的意义。公共数据开放共享面临着诸多法律问题,因此要通过明确公共数据的概念和权属界定、完善公共数据开放共享的基础设施、优化我国的公共数据开放共享模式、建立公共数据开放共享的监管制度进行有效规制,从而为我国公共数据开放共享提供有力的法律保障和制度支撑。

参考文献

- [1] 徐珉川. 论公共数据开放的可信治理[J]. 比较法研究, 2021(6): 143-156.
- [2] 董宏伟, 王琪, 刘佳婕. 5G时代下《欧盟数据治理法案》的解读与启示之五——公共行政数据篇[J]. 中国电信业, 2021(7): 64-67.
- [3] 杨蓉. 从信息安全、数据安全到算法安全——总体国家安全观视角下的网络法律治理[J]. 法学评论, 2021, 39(1): 131-136.
- [4] 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+209.
- [5] 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.
- [6] 王贵海, 朱学芳. 国外典型数据开放模式分析及其在我国的实践与启示[J/OL]. 情报理论与实践: 1-10. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/11.1762.G3.20230224.1350.002.html>, 2023-05-26.
- [7] 杨东, 毛智琪. 公共数据开放与价值利用的制度建构[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2023, 36(2): 36-45.
- [8] 崔建远. 行政合同族的边界及其确定根据[J]. 环球法律评论, 2017, 39(4): 21-32.
- [9] 沈斌. 论公共数据的认定标准与类型体系[J]. 行政法学研究, 2023(4): 64-76.
- [10] 齐英程. 作为公物的公共数据资源之使用规则构建[J]. 行政法学研究, 2021(5): 138-147.
- [11] 肖泽晟. 公物法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 24-25.

- [12] 赵加兵. 公共数据的权属界定争议及其制度建构[J]. 河南财经政法大学学报, 2023, 38(3): 83-93.
- [13] 窦悦, 易成岐, 黄倩倩, 莫心瑶, 王建冬, 于施洋. 打造面向全国统一数据要素市场体系的国家数据要素流通共性基础设施平台——构建国家“数联网”根服务体系的技术路径与若干思考[J]. 数据分析与知识发现, 2022, 6(1): 2-12.
- [14] 周毅, 徐梦. 公共数据分类分级标准建设探析[J]. 情报探索, 2023(3): 24-31.
- [15] 王锡铤, 黄智杰. 公平利用权: 公共数据开放制度建构的权利基础[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(2): 59-72.