



Distr.: General
12 May 2020
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会

第五十三届会议

2020年7月6日至17日，纽约

与数字经济相关的法律问题——数据交易

页次

	页次
一. 背景	2
二. 何为数据？何为数据交易？	2
三. 行为方	4
四. 法律制度	4
A. 数据交易各方的权利和义务	4
B. 数据作为商品	7
C. 供委员会审议的几点思考	12
五. 对贸易法委员会相关法规的初步评估	12
A. 《销售公约》	12



一. 背景

1. 如 A/CN.9/1012 所述，根据一项预测，预计到 2025 年，每年创建的数据量将从大约 16 万亿千兆字节增加到 163 万亿千兆字节。¹联合国贸易和发展会议（贸发会议）在其《2019 年数字经济报告》中描述“数字经济”是因数据在驱动经济发展中的重要性而形成，有着涵盖一系列与数据相关的服务的“数据市场”。仅在欧洲联盟（欧盟），2020 年数据经济的价值（即数据市场对于整体经济的影响）估计为 4,770 亿欧元。²
2. 在数据经济中，数据交易沿着“数据价值链”进行，所产生的“数字智能”可用于为决策提供信息和开发新产品。³在这一价值链上，不同阶段所交易的数据类型都不同。虽然价值链一端的原始数据单独产生价值的范围有限，但沿着价值链生成的“派生数据”（即通过处理原始数据创建的数据）和“聚合数据”（即由各种数据源组成的组合数据集）具有巨大潜力。
3. 数据价值链不仅存在于国家层面，也存在于国际层面。跨境数据流动与国际贸易和发展特别相关。正如贸发会议所指出的，“全球数字平台的全球覆盖范围，以及它们由数据驱动的事实，导致大量数据在位于不同国家的用户和平台之间形成国际流动”。⁴
4. 鉴于数据对国际贸易的重要性，评估与贸易有关的现行法律对数据交易以及对数据在贸易中的其他用途的适用情况颇为重要。除其他事项外，本文不涉及隐私和数据保护法（请注意，这些问题会引起敏感的公共政策问题），⁵也不涉及知识产权法。

二. 何为数据？何为数据交易？

5. 根据国际标准化组织（标准化组织）制定的公认定义，“数据”是“以适合传输、解释或处理的形式化方式对信息的可重新解读的表示”。⁶在贸易法委员会电子商务法规中，对“数据电文”概念的定义是“经由电子手段、电磁手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或存储的信息”，这一概念背后是一种类似的理解，即数据是信息的一种表现形式。⁷根据标准化组织的定义，数据不一定是电子形式或机器可读形式，不过这种形式的数据在数字经济中提供了更大的潜在价值。⁸

¹ 世界贸易组织，《2018 年世界贸易报告：世界贸易的未来》（2018 年，日内瓦），第 28 页。

² 欧洲数据市场监测工具，可查阅 <http://datalandscape.eu/european-data-market-monitoring-tool-2018>。

³ 贸发会议，《2019 年数字经济报告——价值创造和获取：对发展中国家的影响》（2019 年，日内瓦），第 29 页。

⁴ 同上，第 89 页。

⁵ 委员会第五十一届会议决定，秘书处的探索性工作应“避免隐私和数据保护问题”：《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 17 号》（A/73/17），第 253(b)段。

⁶ 标准化组织，《信息技术—词汇》，ISO/IEC 第 2382 号标准，2015 年。

⁷ 《贸易法委员会电子商务示范法》，第 2 条(a)项；《联合国国际合同使用电子通信公约》，第 4 条(c)项。在《贸易法委员会电子可转让记录示范法》中使用了“电子记录”一词。

⁸ ISO/IEC 第 2382 号标准中“数据”定义的注释指出，数据“可以由人工或自动方式处理”。

6. 作为正在进行的制定数字经济原则的联合项目（下文第 15 段进一步讨论）的一部分，美国法学会和欧洲法学会正在研究适用于数据交易的法律规则，以期制定关于数字经济的原则（下称“美国法学会/欧洲法学会原则”）。⁹ 根据“美国法学会/欧洲法学会原则”目前的草案，“数据交易”是指“关于数据的控制或处理或该数据任何相关权利的交易”，¹⁰其中，“控制”定义为访问数据并确定其处理目的和手段的能力（不论有无这样做的权利），“处理”定义为包括诸如记录、组织、构建、存储、改编或翻改、检索、传输、挂钩或组合、限制、清除或销毁数据的操作。

7. “美国法学会/欧洲法学会原则”现草案特别规定了以下类型的数据交易：

- (a) 转移数据；
- (b) 提供或准许对数据或数据源的访问权；
- (c) 在线平台上共享数据；
- (d) 提供数据处理服务；以及
- (e) 提供便利数据交易的服务（包括通过在线平台）。

8. 为了澄清与数据交易相关的某些事项，日本经济产业省于 2018 年发布了《关于使用人工智能和数据的合同准则：数据部分》（以下称《经济产业省数据指南》），以期“促进合同的合理谈判和执行、降低交易成本，普及数据合同”。¹¹与“美国法学会/欧洲法学会原则”不同的是，《经济产业省数据指南》将数据生成作为单独一类数据交易处理。

9. 正如贸发会议所指出的，数字经济中所交易的各种类型的数据可以根据一系列不同标准加以分类，其中包括：个人或非个人数据；私人或公共数据；用于商业目的或政府目的的数据；公司使用的数据，包括公司数据、人力资源数据、技术数据或商家数据；结构化或非结构化数据；即时数据或历史数据；自愿数据、观察数据和推断数据；¹²敏感或非敏感数据；以及企业对企业数据（B2B）、企业对消费者数据（B2C）、政府对消费者数据（G2C）或消费者对消费者数据（C2C）。¹³这些分类表明，数据和数据交易可能涉及广泛的利益攸关方以及广泛的法律。

⁹ 这一联合项目详见：www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/。

¹⁰ “美国法学会/欧洲法学会原则”草案目前以美国法学会理事会第 1 号草案（2019 年 12 月 8 日）的形式提交到秘书处。

¹¹ 日本，经济产业省，《关于使用人工智能和数据的合同准则：数据部分》（2018 年 6 月），英文译本可查阅 www.meti.go.jp/press/2019/04/20190404001/20190404001-1.pdf。

¹² 根据世界经济论坛发表的一篇文章，“自愿数据”（即个人创建并明确分享的数据，如社交网络资料）、“观察数据”（即通过记录个人使用手机时的行为获得的数据，如位置数据）和“推断数据”（即根据分析自愿发布或观察到的信息得出的关于个人的数据，如信用评分）属于三类个人数据。见“*Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust*”（2014 年，日内瓦），第 16-17 页。

¹³ 贸发会议，《2019 年数字经济报告》，第 29 页。这些标准有几项主要涉及个人数据（即与身份已识别或可识别的个人有关的数据）。

三. 行为方

10. 数据价值链不仅涉及数据控制和处理的一系列不同阶段，而且还涉及一系列不同的行为方。这些不同行为方可按其在数据价值链上执行的功能加以定义，其中包括：

- (a) 数据生成方（即生成数据的人，包括通过机器或传感器生成数据，以及从其他数据生成数据）；
- (b) 数据主体（即与数据有关的人）；
- (c) 数据提供方（即提供数据的人，包括提供在线平台上共享数据的人）；
- (d) 数据接收方（即接收数据的人，包括取得在线平台上共享数据访问权的人）；
- (e) 数据处理方（即处理数据的人，不论该人生成还是接收数据）；以及
- (f) 数据平台运营方（即在在线平台上托管数据的人）。

四. 法律制度

11. 本节论及上文第 6 段所定义的数据交易的两个方面，即(a)数据交易各方的权利和义务，(b)数据作为一种商品。

A. 数据交易各方的权利和义务

1. 合同法

12. 就基于合同的数据交易而言，适用于数据交易的主要法律体系是合同法。为帮助理解各类所涉合同权利和义务，数据交易可分为以下三种类型的合同：

(a) 提供数据型合同——这类合同涉及数据提供方向数据接收方提供数据或数据访问权的交易，一般载明数据接收方的使用权及提供数据的其他条件。合同可以规定数据提供方放弃其对数据的控制权，在这种情况下，交易可比作数据的“转让”。或者，合同可以规定数据提供方保留其使用权。

(b) 数据生成型合同——这类合同确定各方对于新生成数据（例如，传感器产生的原始数据以及通过处理、分析、编辑和集成从原始数据导出的数据）的使用权。¹⁴双方还可以就数据内容的保证和数据的持续生成、利润和费用分配以及数据管理和安全相关问题达成协议。¹⁵

(c) 数据相关服务型合同——这类合同涉及提供数据处理服务，根据合同，一方有义务处理另一方提供的数据，并准予另一方对处理数据的访问权。

¹⁴ 《经济产业省数据指南》，第 5 页。

¹⁵ 同上，第 89 页。

这包括提供数据采集服务、基于云的服务、¹⁶数据解析、数据平台服务和电子传输服务。这些合同还涉及中间方为便利数据交易（包括通过在线平台）而提供服务。

13. 由欧盟委员会资助的数据共享支持中心倡议编写的一份报告发现，行业利益攸关方使用的示范合同条款一般包括与以下内容有关的规定：(一)数据的内容或性质（例如，个人数据、公共部门信息、机密信息）；(二)商业/企业条款（例如，补偿、合同期限、因故终止）；(三)控制权、“所有权”和使用权（例如，专属控制权、知识产权、限制）；(四)一般法律问题（例如，适用法律、争端解决）；以及(五)提供数据的服务（例如，可用性、反应时间）。¹⁷

14. 虽然合同法一般根据当事人意思自治的原则赋予合约条款法律效力，但合同法也包括若干规则和原则以维持每个法律制度都认为必要的商业关系公平程度。在数据交易方面，似乎不仅当事人之间在其合同所体现的权利和义务方面存在不确定性，而且律师和法官在适用合同法现行规则和原则方面也存在不确定性。举例来说，关于充分履约和隐含义务的合同法规则，例如与数据提供方式和数据质量有关的规则，可能需要考虑合同的性质和目的（即数据交易）以及既定的商业惯例（即数据市场参与方之间的惯例），这反过来又需要了解新兴的数据经济。

15. 近年来，这种不确定性推动了若干举措，特别是发布《经济产业省数据指南》，确立《关于通过欧盟农产业成员之间合同协议共享农业数据的行为准则》，以及制定“美国法学会/欧洲法学会原则”（应于 2021 年最后审定）。如美国法学会/欧洲法学会联合项目网页上所指出的：

在美国和欧洲，数字经济正在开始困扰消费者、数据驱动型行业和初创企业等利益攸关方，因为适用的法律规则和原则存在不确定性。从法律的明显不确定性——可能因此抑制创新和增长，到政府、立法机构和司法机构丧失控制权，再到消费者保护和基本权利方面的严重问题，无一不令人担忧。从更基本的方面来看已经存在着不确定性：哪些权利是各方“拥有”并且可以交易的，例如，谁“拥有”诸如驾驶联网汽车等活动所产生的数据，这些数据有什么属性和相关权利，以及谁可能需要为利用这些数据的经济潜力向谁支付补偿。这种不确定性削弱了数据交易所必需的可预测性，并导致立法者和法院努力去解决这些问题。

2. 货物销售法

16. 在许多法域，合同法由具体的货物销售立法补充。其中一些法域的“货物”概念仅指有形物。然而，其他制度下的“货物”概念更为宽泛。此外，“销售”一词通常涉及产权的转让（下文论及）。¹⁸

17. 很多普通法法域的货物销售法规是以英国 1893 年《货物销售法》（现已废

¹⁶ 秘书处最近发布了《关于云计算合同所涉主要问题的说明》，可查阅 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09103_eng.pdf。

¹⁷ 《数据共享支持中心报告：示范合同条款选编》（2019 年 7 月），第 6-7 页。

¹⁸ 见欧洲联盟法院在 *UsedSoft GmbH 诉 Oracle International Corp* 案中阐明的“普遍接受的定义”，下文第 28 段论及。

除)为基础的。其中一些法域的法院发现,这项法规不适用于软件,更遑论数据。¹⁹虽然新西兰等国的立法改革扩大该法范围后包括了软件,²⁰但该法似乎不大可能普遍适用于数据。在美利坚合众国,《统一商法典》没有具体涉及软件交易,但一些法院选择将其适用于此类交易。²¹值得一提的是,已提议将《统一计算机信息交易法》作为州立法机构采用的示范规则,以规范计算机软件和在线数据库等计算机信息产品的交易;²²但该法尚未广泛通过。

18. 在德国等大陆法法域,根据《民法典》第453条,关于货物销售的规定同样适用于权利和其他客体,其中可能包括数据。在法国,销售涉及根据《法国民法典》第1582条交付“物品”,其中不包括数据。在中国,根据《合同法》第一百三十二条的规定,买卖合同的规定适用于出卖人所有或者出卖人有权处分的标的物。在日本,根据《民法典》第555条,买卖合同涉及某些物权的转让,这些物权是就买卖标的物获得所有权利益和权益的权利。可以说,在中国和日本,现有的货物销售条款可能适用于数据,前提是承认类似于数据所有权的权利(见下文关于数据财产权的论述)。

3. 其他制度

19. 2018年,欧盟通过了非个人数据自由流动的框架条例。²³除其他事项外,该条例就制定数据可移植性行业行为准则作了规定,特别侧重基于云的服务提供商,目的是避免所谓的“供应商锁定做法”,并鼓励数据市场竞争。虽然这些行为守则不具法律约束力,但却对与数据有关的服务提供商规定了额外要求,如披露要求以及方便用户转换服务提供商的要求。²⁴

¹⁹ 在联合王国,关于1979年《货物销售法》,见英格兰和威尔士上诉法院, *St. Albans City and District Council 诉 International Computers Limited*, 案号 QBENF 94/1521/C, 判决书, 1996年7月26日, *All England Law Reports*, 第一卷。1996年,第4号;英格兰和威尔士上诉法院, *Computer Associates UK Limited 诉 Software Incubator Limited*, 案号 A3/2016/3823, 判决书, 2018年3月19日, *Lloyd's Law Reports*, 第一卷。2018年,第1号, [2018]EWCA Civ.518。在澳大利亚,关于新南威尔士州1923年《货物销售法》,见新南威尔士州最高法院, *Gammasonics Institute for Medical Research Pty.Ltd. 诉 Comrad Medical Systems Pty. Ltd.*, 案号 2009/14136, 判决书, 2010年4月9日, *New South Wales Law Reports*, 第77卷,第479页, [2010] NSWSC 267。

²⁰ 见2003年《货物销售修正法》第3节,该修正案现已反映在2017年《合同和商业法律法》第119(1)节中。

²¹ 例如,见纽约市民事法院, *Communications Groups, Inc. 诉 Warner Communications, Inc.*, 判决书, 1988年3月28日, *New York Miscellaneous Reports*, 第三辑,第138卷,第80页。

²² 全国统一州法专员会议,《统一计算机信息交易法》(2002年),可查阅 www.uniformlaws.org/viewdocument/committee-archive-52?CommunityKey=92b2978d-585f-4ab6-b8a1-53860fbb43b5&tab=librarydocuments。

²³ 2018年11月14日《欧洲议会和欧盟理事会关于欧洲联盟内非个人数据自由流动框架的第2018/1807号条例》(欧盟)。

²⁴ 见转换云提供商和移植数据工作组(SWIPO),“多利益攸关方团体提出行为准则,以便为全欧洲云服务客户提供竞争和数据可移植性”,新闻稿,赫尔辛基,2019年11月26日,可查阅 www.swipo.eu/media/SWIPO_press_release.pdf。

B. 数据作为商品

20. 数据价值链上各行为方之间并非总是处于合同关系中。因此，在数据被第三方使用的情况下（例如，根据普通法法域的合同相对性原则），行为方可利用合同法保护其在数据上的利益是有限度的。

21. 本节分析作为商品的数据所适用的法律制度，即(一)财产法，(二)包括刑法在内的其他法律制度。

1. 财产法

22. 目前，大多数法律制度似乎并不将数据视为财产权的客体。例如，阿根廷、²⁵法国、²⁶日本、²⁷俄罗斯联邦²⁸或西班牙²⁹的民法典中没有将数据作为财产权的客体。

23. 德国有几家法院已经承认，数据不属于《民法典》第 90 条下的“物”，因此不受为实物保留的传统所有权的约束。³⁰然而，就《民法典》第 823 条规定的损害赔偿索赔而言，删除保存在硬盘上的数据被认为是对硬盘上“财产”（“Eigentum” — “所有物”）的侵犯。³¹

24. 中国《民法通则》第一百二十七条表示数据可以受法律保护，但没有明确承认数据是财产权的客体。相反，该法只提到“凡法律规定保护数据的……，此种法律应予适用”。在 2018 年的一项判决中，杭州一审法院从竞争法的角度承认了一家网络运营商主张的大数据产品的权益，以保护该网络运营商对此类产品的投资。然而，由于目前没有任何涉及数据产品权利的立法，法院拒绝承认数据产品的所有权，指出所有权是一项绝对权利，如果将所有权授予网络运营商，将会把相应的义务强加于未知大多数人群。³²这一裁定于 2019 年得到浙江省高级人民法院的确认，该法院将数据产品中的权利和利益描述为“竞争性财产权利和利益”。³³

25. 在英格兰，“法律一直不愿意将信息本身视为财产”，上诉法院最近在 *Your Response Ltd. 诉 Datateam Business Media Ltd* 一案中确认，就英国普通法而言，电子数据库内的数据并非有形财产，因此：(a)信息不能成为占有留置权的客体（即受托保管人有权拒绝归还财产）；(b)扣留的数据不能成为侵占财

²⁵ 第 15 条、第 16 条。

²⁶ 第 544 条。

²⁷ 第 85 条、第 206 条。

²⁸ 第 128 条。

²⁹ 第 348 条。

³⁰ 例如，见康斯坦斯地区法院，案号 1 S 292/95，判决书，1996 年 5 月 10 日；德累斯顿高等地区法院，案号 4 W 961/12，判决书，2012 年 9 月 5 日。

³¹ 卡尔斯鲁厄高等地区法院，案号 3 U 15/95，判决书，1995 年 11 月 7 日；另见奥尔登堡高等地区法院，案号 2 U 98/11，判决书，2011 年 11 月 24 日。

³² 杭州铁路运输法院，淘宝（中国）软件有限公司诉安徽美景信息科技有限公司，浙 8601 民初 4034 号判决书，2018 年 8 月 16 日。

³³ 浙江省高级人民法院，安徽美景信息科技有限公司诉淘宝（中国）软件有限公司，浙民申 1209 号判决书，2019 年 7 月 2 日。

产索赔（即对不当侵扰财产的索赔）的标的。³⁴然而，法院认可的是，存在着承认数字化资料等无形物是一种新的财产类别的“有力理由”，但补充说，这一法律发展将需要“议会的干预”。³⁵

26. 澳大利亚的法院采取了类似做法。³⁶然而，新西兰法院对于在没有立法干预的情况下将普通法中的财产类别扩展到数字领域表现出更大的意愿。例如，在 *Henderson 诉 Walke* 一案中，高等法院承认，原告的数字文件是能够占有的，因此，对这些文件的侵扰可能会引起侵占财产索赔。³⁷法院补充说，这适用于一切“数字资产”，法院对数字资产的定义包括“以数字方式存储在电子设备上的一切形式的信息，如电子邮件、数字文件、数字录像和计算机程序”（请注意，这些数字资产与增编3重点关注的数字资产不是同类资产）。³⁸该案是否具有权威性尚不清楚，即一切数据，无论其结构如何，都可通过提出侵占财产索赔而受到保护，不过高等法院随后的一项判决指出，该案是将这种索赔延伸适用于“纯数字信息”。³⁹

27. 在美利坚合众国，一些州已接受将侵占财产索赔延伸适用于无形物。⁴⁰例如，在 *Thyroff 诉 Nationwide Mutual Insurance Co.* 一案中，纽约州上诉法院裁定，该州法律规定的侵占财产索赔延伸适用于“存储在计算机上且与打印文件无法区分的电子记录”，在这种情况下，电子记录包括存储在代理人可通过特许计算机进入的委托人计算机系统内的客户和个人信息。⁴¹然而，法院告诫称，它并没有考虑“无数其他形式的虚拟信息中是否有任何一种信息应受到侵权法的保护”。⁴²

28. 在欧盟，一些法律评论员发现，在 *UsedSoft GmbH 诉 Oracle International Corp.* 一案中，法院打开了讨论无形物所有权的大门。⁴³该案中，法院裁定，就《欧洲议会和欧盟理事会 2009 年 4 月 23 日关于计算机程序法律保护的 2009/24/EC 号指令》而言，通过互联网下载商业分发软件可能构成销售。法院在作出这一结论时认为，根据普遍接受的定义，“销售”是将“一件属于[一个人]的有形或无形财产的所有权”转让给另一个人以换取付款的协议，并据此推论，“产生……的商业交易，在用尽计算机程序副本的分发权时，必须涉

³⁴ *Your Response Ltd. 诉 Datateam Business Media Ltd.*，案号 B2/2013/1812，判决书，2014 年 3 月 14 日，*Official Law Reports: Queen's Bench Division.*，第 2015 卷，第 41 页，[2014]EWCA Civ 281。

³⁵ 同上，第 27 页。

³⁶ 见新南威尔士州最高法院，*Hoath 诉 Connect Internet Services*，案号 1599/02，判决书，2006 年 3 月 22 日，*Australian Law Reports*，第 229 卷，第 566 页 [2006] NSWSC 158。

³⁷ *Henderson 诉 Walke*，案号 CIV-2014-409-45，判决书，2019 年 9 月 3 日，[2019] NZHC 2184。

³⁸ 同上，第 263 页。

³⁹ *Ruscoe 诉 Cryptopia Limited*（停业清算），案号 CIV-2019-409-000544，判决书，2020 年 4 月 8 日，[2020] NZHC728，第 91 段。

⁴⁰ *Kremen 诉 Cohen*，案号 01-15899，判决书，2003 年 7 月 25 日，*Federal Reporter, Third Series*，第 337 卷，第 1024 页，[2003]USCA9 49。

⁴¹ *Thyroff 诉 Nationwide Mutual Insurance Co.*，判决书，2007 年 3 月 22 日，*New York Reports, Third Series*，第 8 卷，第 292-3 页。

⁴² 同上，第 293 页。

⁴³ 案号 C-128/11，判决书，2012 年 7 月 3 日。

及该副本所有权的转让”。⁴⁴该裁定是否适用于其他数字产品以及欧盟法律的其他领域仍有待考虑。

29. 将数据视为财产引发了一系列法律和公共政策问题。新西兰高等法院在 *Henderson 诉 Walker* 一案中对其中一些政策问题进行了评估，考虑将侵占财产索赔延伸适用于“以数字方式存储在电子设备上的一切形式的信息”，即法院所称的“数字资产”：

将侵权法律延伸适用于数字资产还有非常好的政策理由。目前，（民事）法律对以下几种情形提供保护：包含数字资产的有形资产被侵占；在违反保密或隐私的情况下获得在数字资产上记录的信息；或者，数字资产受合同、版权或专利的约束。然而，在不适用这些保护措施的情况下是有可能获取数字资产的，例如，黑客远程删除了公司服务器上非机密但有价值的计算机程序。

数字资产在现代世界可以具有巨大的商业价值，这意味着有一个重要的经济上的理由来确保法律为此类资产提供足够保护。

.....

退一步讲，数字资产应当受到财产法的保护，这似乎是显而易见的。数字资产具有财产的所有特征，而概念上的困难似乎主要产生我国有形财产法的历史渊源。数字资产与其所记录的信息之间存在着真实的区别。这种永久的信息记录在以物理形式存在时已经是可转换的，将法律建立在媒体形式的基础上过于武断，特别是在数字媒体已经在现代生活中承担了无处不在的角色的情况下。

30. 与此同时，法院承认存在相反的观点：

那些反对延伸适用的人表达了他们对占有概念如何适用于无形财产的担忧……。反对者指出，普通法并没有对任何有经济价值之物给予绝对控制，因为即使是有形财产也不会免受短暂侵扰，如视觉上的侵犯，而正是占有的概念为有形财产提供了限制性。

反对者还指出，普通法根据货物的物理特性精心制定了侵占财产类别（实际获取、扣留和拒绝归还、滥用以及转让给另一方）。他们认为，由于侵占财产是一种严格责任侵权行为，将侵权行为扩大到不确定领域的后果可能是有害的。

31. 在经济合作与发展组织（经合组织）范围内已经对一些公共政策考虑因素进行了评估。例如，工会咨询委员会发表了一份关于数字经济持续增长关键问题和建议的分析报告。委员会讨论了数据治理问题，并注意到创建更好的数据治理制度和法律规则的重要性。为此，委员会建议制定“关于数据所有权的标准，包括访问权、处理权和删除权，以及关于数据定价的标准”。⁴⁵经合组织秘书处还发布了一份关于二十国集团数字化转型关键问题的报告，其中指出，鼓励投资和共享数据的挑战之一是数据所有权。同时，委员会注意到，鉴于利益攸关方的范围以及他们可能寻求保护的权力的范围，例如，“对于数据

⁴⁴ 同上，第 42 段。

⁴⁵ 工会咨询委员会，《[数字化与数字经济：工会关键信息](#)》，2017 年 2 月，第 5 页。

的访问、创建、修改、打包、获益、出售或删除的能力，以及将这些访问权限分配给他人的权利，赋予数据上的所有权提出了更多挑战”。⁴⁶

32. 此外，在 2018 年关于在欧盟建立共同数据空间的通信中，欧盟委员会报告称，关于企业对企业的数据共享，利益攸关方“不赞成一种新的‘数据所有权’类型的权利”，理由是“企业对企业共享的关键问题与其说是所有权，不如说是访问的组织方式”。⁴⁷这似乎反映了法律评论中的主流观点，至少就非结构化数据而言是这样。在这方面，常作为不将数据作为财产权客体而提出的一个理由是数据的“非竞争”性质（即由于数据容易复制，一人使用数据并不限制另一人对数据的使用），还有就是很难单挑出某一种数据作为财产权客体。所提出的另一点是，简单地将数据定性为“财产”，而不首先查清需要作出这种定性的立法背景⁴⁸以及这种定性可能对其他情形产生的影响，这种做法是没有帮助的。

2. 其他制度

33. 一些法律制度针对某些类型的数据或数据表现形式提供了额外的保护“层”。例如，许多法域的法律赋予诸如版权、数据库权利、⁴⁹关于个人数据的权利以及关于商业秘密和机密信息的权利（或相应义务）之类的权利。数字经济对现行知识产权法制度的影响是世界知识产权组织秘书处目前正在研究的一个事项。⁵⁰此外，隐私和数据保护问题已明确排除在赋予该秘书处的任务授权范围之外。

34. 一些法域已经引入立法，就破产情况下第三方持有的数据规定了一些权利。卢森堡就是一个例子，该国于 2013 年修订了《商法典》，允许从破产云服务提供商那里检索所提供的数据库。51 其他一些法域已经引入立法，就第三方亡故或破产情况下访问其持有的数据规定了一些权利。⁵²

35. 一些法域可能在刑法中提供进一步保护。例如，在德国，《刑法》第 303a 条将操纵（包括删除）受第三方权利约束的数据定为犯罪行为（《德国刑法》第 303a 条）。纽伦堡上诉法院在分析是否存在第三方权利时指出，原则上，数

⁴⁶ 经合组织，《二十国集团数字化转型的关键问题》，为二十国集团主席国德国/经合组织联合会议编写的报告，柏林，2017 年 1 月 12 日，第 65-66 页。

⁴⁷ 文件 COM (2018) 232 final 9。

⁴⁸ 新西兰最高法院，*Dixon 诉 The Queen* 案，案号 SC 82/2014，判决书，2015 年 10 月 20 日，*New Zealand Law Reports*，第 2016 卷，第 1 期，第 678 页，[2015] NZSC 147。

⁴⁹ 例如，见《欧洲议会和欧盟理事会 1996 年 3 月 11 日关于数据库法律保护的第 96/9/EC 号指令》。

⁵⁰ 见知识产权组织，《数据驱动的世界中的知识产权》，*WIPO Magazine*（《世界知识产权组织杂志》），第 2019 卷，第 5 期（2019 年 10 月）。

⁵¹ 卢森堡，2013 年 7 月 9 日的法律对《商法典》第 567 条作了修订，*Official Gazette of the Grand Duchy of Luxembourg*，第 2577 卷，第 124 期（2013 年 7 月 18 日），第 2578 页。

⁵² 例如，见全国统一州法专员会议，《数字资产委托存取统一修订法案，附序言说明和评论》（2015 年），可副本 www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-40?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22&tab=librarydocuments，该法案已在美国几乎所有州颁布。另见加拿大统一法会议，《受托人存取数字资产统一法案》（2016 年），可副本 www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf。

据处置权属于记录数据的发端方。⁵³在法国，最高上诉法院在 2015 年的一项判决中裁定，从非公共网站下载数据以便将其保存在个人数据载体上并将其分发给第三方，可能构成盗窃。⁵⁴而在新西兰，最高法院在 2015 年的一项判决中裁定，数字录像属于 1967 年《犯罪法》所指的“财产”，因此，根据该法第 249 条，从闭路电视系统获取数字录像可能构成成为不当目的进入计算机系统的犯罪。⁵⁵

36. 一些法律制度还可能通过限制访问权或本地化存储来保护数据。在跨境情况下，除隐私权外，法律可能还会限制数据流动，以满足其他监管目标，如为审计目的获取信息。⁵⁶之所以这样做也可能是为了解决国家安全关切，或者帮助发展数字密集型部门的国内能力。⁵⁷跨境数据流动和数据本地化存储是目前在其他国际论坛上讨论的话题，包括作为“电子商务联合声明倡议”的一部分在世界贸易组织成员国之间就此进行讨论。

37. 总体而言，这些其他制度为寻求保护其数据利益的行为方提供的保护面似乎只是拼凑起来的。特别是，知识产权和类似制度仅为某些类型的数据或某些与数据有关的过程提供保护，而其他法律仅在某些情况下适用（如破产），或者仅适用于某些行为（如违反数据本地化存储要求的数据跨境转移）。此外，通过刑事司法系统寻求补救通常超出了商业当事人的直接控制范围。

38. 在不扩大现有财产法概念的情况下提高数据交易法律确定性和可预测性的一个选择是，法律可以承认数据上特殊权利的“捆绑”具有第三方效力。例如，关于美国法学会/欧洲法学会原则的工作正在制定两项可以对没有直接合同关系的另一人强制执行的权利，即：

(a) “蛙跳式权利”，即数据提供方有权要求数据的下游接收方遵守使用条款，即使数据提供方与下游接收方之间没有合同关系，条件是：(一)中间接收方按照与数据提供方商定的合同条款将数据传递给下游接收方，(二)这些合同条款要求中间接收方对下游接收方适用使用条款，以及(三)下游接收方违反了使用条款；⁵⁸

(b) 与共同生成的数据有关的权利，根据此种权利，参与生成数据的人就该数据拥有对抗数据处理方的某些类似于产权的权利，包括与下列方面有关的权利：(一)访问、提取或移植数据，(二)停止控制和/或处理数据，(三)更正数据，以及(四)经济利益份额。⁵⁹这些权利与隐私法中关于个人数据的权利有一些相似之处。

⁵³ 纽伦堡高等地区法院，案号 1 Ws 445/12，判决书，2013 年 1 月 23 日。

⁵⁴ 最高上诉法院，刑事审判庭，上诉号：14-81336，判决书，2015 年 5 月 20 日，*Bulletin Criminel*，第 2015 卷，第 119 期。

⁵⁵ *Dixon 诉 The Queen*。

⁵⁶ Francesca Casalini and Javier López González，“贸易和跨境数据流动”，《经合组织贸易政策文件》，第 220 期（2019 年 1 月 23 日，巴黎），第 5 页。关于针对数据处理自动化的早期国际规范制度，见经合组织，“理事会关于保护隐私和跨界流动或个人数据的准则的建议”（1980 年），第 C(80)58/FINAL 号文件，以及在欧洲理事会主持下缔结的《关于在个人数据自动处理中保护个人公约》：联合国，《条约汇编》，第 1496 卷，第 25702 号。

⁵⁷ 同上。

⁵⁸ “美国法学会/欧洲法学会原则”，第 3 号初稿（2019 年 10 月 15 日），已提交秘书处。

⁵⁹ “美国法学会/欧洲法学会原则”，美国法学会理事会第 1 号草案，原则 17-22。

39. 美国法学会/欧洲法学会原则还就数据的下游处理对行为方规定了几项通常不以合同为基础的义务。例如，数据提供方有义务采取合理和适当的步骤（包括技术保障措施），以确保接收方以及接收方可能向其提供数据的任何一方遵守数据提供方自己为了受保护第三方的利益而必须遵守的所有义务和限制。⁶⁰

C. 供委员会审议的几点思考

40. 如秘书处在其关于数字经济相关法律问题的说明（A/CN.9/1012，第 25 段）中指出的，尽管有合同作为基础，但数据交易各方的权利和义务仍然存在不确定性。因此，作为该说明中提出的工作计划的一部分，建议秘书处开展准备工作，以拟订一项关于商业目的数据交易各方权利和义务的立法案文。

41. 将数据作为商品创建新的权利会带来重大的公共政策问题，因为这是针对数据引入一种新的法律制度，所以需要仔细考虑所涉行为方的利益以及更广泛的社会、经济和法律影响。为了与委员会强调的“提出解决法律障碍和考虑到公共政策因素的解决办法”保持一致，⁶¹不建议目前就作为商品的数据上的权利开展准备工作，而应继续进行这一领域的探索工作。

五. 对贸易法委员会相关法规的初步评估

A. 《销售公约》

1. “货物”的“销售”

42. 过去几十年一直在就《联合国国际货物销售合同公约》（《销售公约》）是否适用于软件进行激烈的辩论。《销售公约》适用于“货物销售合同”（第 1 条第 1 款），因此，辩论集中在两个问题上：第一，软件是否可以被定性为“货物”（这一术语没有在《销售公约》中加以界定）；第二，合同下的软件转让是否可以被定性为“销售合同”。

43. 关于第一个问题，秘书处在 2001 年指出，《销售公约》“似乎体现了一个相当保守的‘货物’概念，因为法律文书和判例法都认为《销售公约》基本上适用于可移动的有形货物”。⁶²因此，包含计算机代码的磁盘或其他物理载体属于“货物”，但是，（通过网上下载等方式）所获取的计算机代码本身不属于“货物”。

44. 关于第二个问题，秘书处以前曾指出，虽然《销售公约》中没有定义“销售合同”一词，但其含义可以参照其语境，特别是《销售公约》中规定的销售合同各方的权利和义务来确定。因此，销售合同涉及货物的交付和财产转移，所以可以同许可协议区分开来。⁶³由于提供软件涉及复制数据（即计算

⁶⁰ “美国法学会/欧洲法学会原则”，第 3 号初稿，原则 27。

⁶¹ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 17 号》（A/74/17），第 210 段。

⁶² A/CN.9/WG.IV/WP.91，第 21 段。

⁶³ 同上，第 27-28 段。

机代码)，而不涉及“转让”数据，因此，提供软件只能被定性为许可，而非“销售”。相反，荷兰一家地区法院在 2015 年的一项裁决中认定，软件许可协议就《销售公约》而言是一种“销售”，因为软件的使用在时间上不受限制，而且软件是作为一次性付款而不是按月分期付款的结果而转让的。⁶⁴

45. 从软件再到数据交易又增加了一层困难，如上所述（第 22 段），这是因为大多数法律制度似乎不把数据视为“财产”。然而，欧洲联盟法院在 *UsedSoft GmbH 诉 Oracle International Corp.* 一案⁶⁵中的裁决涉及不同立法背景，可能被用来将一些数据交易，特别是数据提供合同比作销售合同。与数据有关的服务合同还会产生另一个问题，即提供服务是否构成合同的“绝大部分”，从而激活《销售公约》第 3 条第 2 款中的除外规定。

2. 实质性条款是否适合数据交易

46. 即使《销售公约》适用于数据交易，也会出现其规定是否适合处理当事人需要的问题。根据一项评述，《销售公约》实质性条款对数据交易的适用不会带来任何重大的新问题，因为绝大多数问题已经在软件交易方面进行了讨论和诉争。相反，其他评述则告诫不要将《销售公约》适用于新的领域，因为这些领域的商业现实可能不同于“国际货物销售”。虽然这些是关于软件的评述，但在新兴的数据交易领域，这些评述甚至可能更贴切。

47. 对《销售公约》实质性条款的分析表明，以下各段中讨论的关于当事人权利和义务的条款或许不适合处理数据交易当事人的需要。

第 38 条和第 39 条——检验货物的时间

48. 第 38 条规定，买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物。在数据交易中，买方很可能只能粗略地检验传输的数据，而没有办法检查所传输数据的准确性和完整性。因此，就数据交易而言，第 39 条中关于买方就货物不符合合同向卖方发出通知的时限（即在合理时间内或最迟在两年内）似乎不合理。

第 41 和第 42 条——货物的相符性

49. 关于货物与数据交易相符性的第 41 条和第 42 条的适用提出了几个问题。使用所提供的数据，可能因适用《欧盟通用数据保护条例》而受到限制。⁶⁶关于第三方权利，需要考虑到与数据所有权有关的问题。此外，个人数据所涉人员后来撤销对使用该数据的同意，可能会扰乱数据交易。

⁶⁴ Midden-Nederland 地区法院，*Corporate Web Solutions 诉 Dutch company and Vendorlink B.V.*，案号 C/16/364668，判决书，2015 年 3 月 25 日。

⁶⁵ 案号 C-128/11，判决书，2012 年 7 月 3 日。

⁶⁶ 《欧洲议会第(EU) 2016/679 号条例和欧洲委员会 2016 年 4 月 27 日关于在处理个人数据方面保护自然人和关于此类数据自由流动的条例》，废止第 95/46/EC 号指令。

第 45 条和第 74-77 条——损害赔偿

50. 在数据交易领域，损害赔偿的计算可能具有挑战性；例如，因果关系和损害金额的问题，其中数据是专门为产品营销目的而获取的，而这一点由于数据不一致而受到损害。

第 46 条——履约、替代货物以及通过修理补救

51. 如果货物与合同不符，第 46 条允许买方在某些情况下要求交付“替代货物”。值得注意的是，要求具体履约的权利没有加以保障，并且受到第 28 条一般规则的限制，该条规定，法院没有义务就具体履约作出判决，除非法院根据其本身法律对类似合同这样做。然而，在数据交易的情况下，交付“替代货物”这一要求很可能是不存在的，或者根本不适用。在数据载体损坏的情况下——第 35 条第 2 款(d)项规定包装不当属于此种情形，可以根据对数据使用的限制程度要求对数据载体进行修复或更换。

第 52 条——提早交货，超量交货

52. 根据第 52 条的规定，如果卖方在规定日期之前交货，或者交付货物的数量超出合同规定的数量，买方可以拒绝收取全部货物或多出部分的货物。在在线提供数据（如通过电子邮件）的数据交易中，买方可能无法拒收，尤其是多出部分的数据。

第 55 条——未定价合同

53. 如果合同已有效订立，但没有明示或暗示地规定价格或规定如何确定价格，第 55 条中的缺省规则是，以订立合同时此种货物在类似情况下销售的通常价格为准。鉴于这种情况下难以确定“通常价格”，将这种缺省规则适用于数据交易可能具有挑战性。

第 66 条——货物灭失

54. 第 66 条涉及货物灭失或损坏风险的转移。如果货物灭失是在风险转移到买方之后发生的，买方仍有义务支付价款，除非灭失是由于卖方的作为或不作为造成的。据称，关于风险转移的条款（第 66-70 条）可一般适用于数据，这些条款的任择性使当事人可以根据其需要调整规定。在数据交易中，“灭失”的概念可能与数据安全问题有关，但其含义并不那么容易理解。可以说，即使在“转让”数据的情况下，在买方收货并付款之前，卖方是不会清除所传输数据复件的。在数据许可的情况下，卖方将保留所传输数据的复件，因此这类数据永远不会灭失。

第 85 条和第 86 条——货物保全

55. 第 85 条和第 86 条规定了双方在某些情况下保全货物的义务。虽然“货物

保全”的概念在有形货物的情况下有其意义，但它似乎不适用于数据。实际上，数据的质量可能在一段时期内都不会改变，所以不存在保全数据的必要。

第 88 条——货物销售

56. 根据第 88 条，如果另一方当事人在收取货物或收回货物或者在支付价款或货物保全费用方面有不合理的迟延，则有义务保全货物的一方当事人可以采取任何适当办法把货物出售，但必须事前向另一方当事人发出合理的出售意向通知。这一条款似乎不适合数据交易，因为出于隐私或数据安全方面的考虑，合同可能会明确限制买方将数据转让给第三方的能力。

3. 梗概

57. 即使《销售公约》适用于数据交易，在其实质性条款如何适用上存在的不确定性表明，对于一种涉及数据交易当事人权利和义务的国际制度而言，《销售公约》不是一个适当的解决办法。尽管如此，《销售公约》仍不失为制定这方面统一立法解决方案的一种范式。