

数据交易违约可得利益的类型化研究

高郦梅*

内容提要：根据交易的给付特征和目的，数据交易合同的基本类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同和以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。不同类型的数据交易合同在可得利益的认定和计算上存在差异。以提供财产为主要内容的数据许可交易主要适用市场价格法和替代交易法，当二者都难以适用时，可以考虑引入合理许可费标准。以提供技术服务为主要内容的数据服务具有鲜明的定制化属性，尚不具备普遍适用市场价格法的条件，更可能的选择是以替代交易法为基础、以获利返还法为补充。数据许可和数据服务违约可得利益的酌定赔偿数额都需要注重对数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

关键词：数据交易 违约损害赔偿 可得利益 市场价格法 替代交易法

一、引言

中国已经迈入数字经济时代。数字经济时代是以数据作为社会基础资源，通过全面实现数据链接和利用达致社会产出和效益的人类社会新时期。^{〔1〕}新要素需要拥抱新市场，促进数据流通和交易是发挥数据对经济生活乘数效应的关键，也是建设数字中国的必要环节。《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》提出要完善和规范数据流通规则，构建促进使用和流通、场内场外相结合的交易制度体系。然而，现阶段我国数据交易面临诸多不确定性和法律障碍。数据交易作为数据价值实现的重要路径，其规范构造不仅影响当事人的利益诉求，

* 高郦梅，中国政法大学民商经济法学院师资博士后。

本文为中国博士后科学基金面上资助项目“数据流通的私法治理：路径选择与规则建构”（2022M723526）的阶段性成果。

〔1〕 参见高富平：《数据经济的制度基础——数据全面开放利用模式的构想》，载《广东社会科学》2019年第5期；徐晨、吴大华、唐兴伦主编：《数字经济：新经济、新治理、新发展》，经济日报出版社2017年版，第48、50页。

对数据要素市场的建设和发展也具有实践意义。其中，数据交易违约损害赔偿的规则适用是数据交易法律规范的重要部分，关系到合同主体的行为预期〔2〕和法律救济措施的完善程度。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第584条是数据交易违约损害赔偿的请求权基础规范。依据该条规定，我国在违约损害赔偿上采取的是完全赔偿原则，即违约损害赔偿的数额是违约方因违约所造成的损失，包括对实际损失和可得利益损失的赔偿。相较而言，数据交易违约可得利益具有较大不确定性，存在认定难、计算难的问题。一方面，“合同履行后可以获得的利益”在性质上具有未来性、期待性和可得性，旨在使守约方的状况如同合同被正常履行一般，是一种推测或假设将发生的状况而非真实发生的状况。〔3〕对于数据交易而言，由于数据具有无形性、非排他性、非消耗性等特征，守约方在确定可得利益方面存在很大难度。公开或有限范围公开的数据，公开范围增加一人并不会增加生产数据的成本。但不同数量的使用主体可能影响数据交易的潜在收益，〔4〕进而导致数据交易违约可得利益也存在差异。此外，不同的数据交易类型所体现的可得利益也需要类型化评估。

另一方面，数据产品或服务具有价值多变性，由此加剧了数据交易违约可得利益的不确定性和发散性，可预见性规则适用困难。数据产品或服务的价值受到多重因素影响：一是与数据规模和数据组合方式相关。从根本上看，数据的价值在于通过充分分析和挖掘不同来源的数据之间的关联实现“数据洞察”（data insight），不同的数据规模和数据组合带来的价值有所不同。二是与开发利用的场景相关。数据资源作为新的生产要素，可以在不同的场景创造不同的价值。数据价值与质量通常取决于利用方式和拟作的用途，在某些应用场景具有较高质量和价值的价值数据不一定在其他场景具有相同的价值。〔5〕三是与时效性相关。〔6〕从数据的生命周期来看，有“活力”的数据是时效品，因为数据的寿命是有限的。〔7〕通常而言，新旧数据之间总是不断更替的，新数据的价值优于旧数据，且后者的价值随着时间的推移不断下降。四是与数据处理能力相关。相同的数据运用不同的分析工具和运算方法得出的结论可能截然不同。可见，数据产品或服务价值具有多变性，这加剧了违约可得利益预见性的困难，因为违约方在订立合同时很难预见数据产品或服务的后续应用价值和开发价值。

为此，下文将在区分数据交易合同类型的基础上，围绕数据交易违约可得利益的范围和计算方法展开研究，以期协调交易当事人的合理预期，完善数据市场的交易制度。

〔2〕 See N. Jansen & R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, p. 1198.

〔3〕 See Jonathan S. Coleman, “For Want of A Nail”: *Applying Florida’s Reasonable Certainty Test to Lost Profit Damage Claims*, 83 Florida Bar Journal 11, 12 (2009).

〔4〕 这一结论同样适用于知识产权领域。相关研究参见 Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 *Philosophy & Public Affairs* 31 (1989).

〔5〕 See OECD, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report*, October 2014, p. 26, available at <http://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>, last visited on Oct. 20, 2023.

〔6〕 See Frank J. Ohlhorst, *Big Data Analytics: Turning Big Data into Big Money*, Wiley, 2012, p. 3.

〔7〕 参见王坚：《在线》，中信出版集团2016年版，第63-69页。

二、数据交易合同类型的区分

有关数据交易流通的域外法律实践呈现不同的样态。欧盟关于促进数据共享的法案（如《数据法案》）旨在推动数据顺畅流通，该法案要求数据共享必须公平、合理且无歧视，并重点强调了企业间数据合同的公平性。^{〔8〕}在数据合同内容上，欧盟《提供数字内容合同指令（草案）》创造性地规定了以数字形式数据、数字形式提供的服务和数据交互服务等为基本内容的提供数字内容合同，以此来规范提供数据和服务的交易。^{〔9〕}但由于提供数字内容合同的给付内容具有多样性和混合性特征，难以通过确定给付特征的方法将其纳入统一的合同规则。成员国存在类推适用消费者销售法、归入许可合同、单列为新型合同等不同观点和选择。^{〔10〕}在美国，关于数据利用的法律实践主要在竞争法的框架下展开。关于数据合同类型，《统一计算机信息交易法》在合同的特别类型部分规定了“访问合同”和“纠正和支持合同”。^{〔11〕}

在数据财产与合同类型的关联方面，有学者探讨了数据商品交易和数据服务交易之间在“权力”移转性、时间性、人身专属性等方面的区别，^{〔12〕}并指出与销售数据相比，以数据为基础的交易主要是服务模式，这也是解决市场失败的标准方案。^{〔13〕}一般而言，财产型合同和服务型合同是有名合同的两大基本类型，前者包含买卖合同、租赁合同等，后者包含承揽合同、委托合同、物业服务合同等。两者在合同履行方式、风险负担、违约损害赔偿责任等法律效果上存在区别。^{〔14〕}为了厘清数据交易违约可得利益的范围和计算方式，首先需要辨析的是数据交易的合同性质，究竟是定位于财产型合同，还是服务型合同。

从交易的给付特征和目的出发，提供财产的合同与提供服务的合同至少存在以下不同：^{〔15〕}一是对交易标的的控制不同。财产型合同中，有形财产可以移转占有，无形财产可以许可使用，而服务型合同无法在事先完全实现标准化与定型化，具有难以库存的特征。^{〔16〕}二是使用期限不

〔8〕 See European Commission, Data Act: Proposal for a Regulation on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data, COM (2022) 68 final.

〔9〕 See European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content, COM (2015) 634 final.

〔10〕 See N. Helberger et al., *Digital Content Contracts for Consumer*, 36 *Journal of Consumer Policy* 37, 42-43 (2013).

〔11〕 访问合同是一方授权另一方访问其信息处理系统或从信息系统获取信息的合同。纠正和支持合同是以提供与计算机信息运行有关的技术纠正和支持服务为主要内容的合同。See Uniform Computer Information Transactions Act (2002) § 611 (a). § 612 (a).

〔12〕 具体而言：第一，数据提供方是否丧失控制权不同；第二，交易是否具有持续性不同；第三，使用期限有所不同；第四，是否需要数据提供方亲自履行不同；第五，是否可以转售不同。See Herbert Zech, *Data as a Tradeable Commodity—Implications for Contract Law*, in Josef Drexler ed., *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 6-9.

〔13〕 See Wolfgang Kerber, *A New (Intellectual) Property Right for Non-personal Data? An Economic Analysis*, available at <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155649/1/870294326.pdf>, last visited on Dec. 31, 2023.

〔14〕 参见周江洪：《作为典型合同之服务合同的未来——再论服务合同典型化之必要性和可行性》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。

〔15〕 参见武腾：《个人信息积极利用的类型区分与合同构造》，载《法学》2023年第6期。

〔16〕 无形性（intangibility）、异质性（heterogeneity）、不可分割性（inseparability）、难以库存性（perishability）等常被视为服务的构成特征（所谓的IHIP特征）。See Sabine Moeller, *Characteristics of Services—a New Approach Uncovers Their Value*, 24 *Journal of Services Marketing* 359 (2010).

同。财产型合同的财产使用期限可能是永久的（如买卖合同），也可能持续一定时间（如租赁合同），而服务合同提供的服务在生产 and 消费上具有同步性，在时间维度上难以分割。三是履行方式不同。财产型合同一般不具有人身专属性，不要求亲自履行；而服务合同的履行质量与服务提供者的技能密切相关，因此一般要求亲自履行，服务受领者也不得随意转让债权。四是可转让性方面不同。无论是有形财产，还是无形财产，都能以转让形式交易，而服务型合同则较少采用转让模式。

对数据交易而言，实践中主要存在数据转让、数据许可使用和数据服务等情形。^[17] 数据转让，是指数据提供方一次性转移数据控制权给数据需求方而自身丧失控制权，如数据集的整体转让。数据转让具有一时性、财产性等特征，是典型的财产型合同。但数据的价值在于多次利用，“一次性买断”的数据转让远不如数据许可和数据服务有意义，实践中也较少采用数据转让的交易形式。因此，本文主要集中讨论数据许可使用和数据服务。数据许可使用以移转数据产品的使用权为给付内容，如数据被许可方通过调用数据许可方授权的接口（API）^[18] 获取相关数据产品的使用权，而数据许可方不丧失数据的控制权，最终形成对数据的共同控制或彼此独立控制。^[19] 如果作为许可标的物的数据产品构成著作权、专利权等知识产权客体，知识产权许可合同便是数据许可交易的形态。^[20] 即便许可使用的是事实类数据，也可以类推适用知识产权许可合同。此类交易中，数据许可方与数据被许可方处于一种有期限的持续性关系，由数据许可方履行传输、更新等义务以保证数据被许可方持续使用数据。^[21] 在财产型合同和服务型合同之间，许可使用合同更适宜归类为财产型合同，其与租赁非常接近，同样以财产为合同标的物，只不过租赁的合同标的物是有形物，许可合同的标的物既可以是无形物，也可以是有形物。^[22] 数据服务合同是以大数据分析应用技术为基础，满足服务受领方特定目的的合同类型，如提供技术预测、数据加工定制服务等。数据服务不以提供财产为标的，数据服务中涉及的“数据产品”是为服务受领方专门提供的服务成果，旨在满足特定商业目的，服务受领方难以转让。

综上，数据交易的基本合同类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同，以及以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。下文将分别讨论这两类数据交易合同的违约可得利益。

[17] 当然，数据交易的样态也可能是包含许可使用、提供数据技术服务等要素的混合合同。

[18] API 是互联网新的应用开发模式，有助于发挥数据资源价值，其内容包含数据传输、数据交换、数据访问管理等。See LendIt Fintech, *The State of Open Banking*, available at <https://blog.lendit.com/whitepaper-state-open-banking/>, last visited on Apr. 1, 2023.

[19] 参见许可：《数据交易流通的三元治理：技术、标准与法律》，载《吉首大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

[20] 数据产品构成知识产权客体的情况在实践中并不少见。例如在“四维图新科技股份有限公司与立得空间信息技术股份有限公司等著作权纠纷案”中，地图数据是否构成著作权客体是争议焦点之一。法院认为，现实世界的地理信息非常丰富，地图上能容纳的信息本身有限，筛选确定的信息必然要经过复杂的筛选过程，所以结果因人而异，导航电子地图有很大的创作空间，至少独立测绘的导航电子地图偶合或者与现有作品重合的可能性小。据此法院认为独立测绘的导航电子地图，通常可以符合独创性的要求。参见北京知识产权法院（2019）京73民终1270号民事判决书。

[21] 参见高郦梅：《论数据交易合同规则的适用》，载《法商研究》2023年第4期。

[22] 参见武腾：《数据交易的合同法问题研究》，法律出版社2023年版，第155页。

三、财产型数据交易的违约可得利益

（一）数据许可合同违约可得利益范围

数据许可合同的数据通常构成无形财产的客体（可能属于知识产权客体，也可能不属于），该类合同的违约情形主要包括权利瑕疵和物的瑕疵。^[23] 权利瑕疵源于许可方的权利瑕疵担保义务，即保证第三人对该许可标的物不享有任何权利。如果数据许可方无权或越权许可数据，影响数据被许可方行使许可使用权，则属于违反权利瑕疵担保义务，应当承担违约损害赔偿赔偿责任。因第三人享有权利而致使被许可方无法继续使用该数据时，数据被许可方的可得利益包括数据财产预期能够带来的经济利益。物的瑕疵指的是合同标的物在数量、质量等方面不符合合同要求。例如，实践中发生的访问障碍、数据毁损等纠纷在某种程度上体现的就是数据不符合可用性、完整性等质量要求。此时数据被许可方的可得利益可能是生产利润，也可能是经营利润，这取决于订立合同的目的。^[24]

根据《民法典》第 584 条的但书规定，违约损害赔偿不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。据此，数据交易违约损害赔偿的范围受到可预见性规则的限制。具体考量时，除了结合合同目的、合同内容、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素，还必须考虑数据本身的技术应用特征。

一方面，数据许可的合同目的和合同内容是基础判断因素。合同目的和合同内容体现了合同的保护范围，是当事人双方基于意思自治对损害赔偿风险的分配结果，根据合同自由原则，应当按照合同约定认定赔偿范围。也即如果合同内容载明了一方的合同目的，出于对意思自治的尊重，合同目的内的损害应当被违约方预见。同时，根据是否为合同内容所创设的典型风险，违约损害的可预见性也有所不同。如果违约损害是依事物的通常进程或交易观念产生的，数据许可中的违约方应当预见。具体来说，依事物的通常进程或交易观念产生的损害属于与合同性质和内容相关的典型风险，在英美法上被认为是“一般损失”（ordinary damage）。^[25] 这类损害一般推定违约方知情，应当予以赔偿，如合同标的物的价值。而在事物通常进程或交易观念之外产生其他特殊损害，只有在守约方事先告知、合同内容载明了其合同目的或有其他证据表明违约方明知其违约会产生何种损失时，违约方才承担赔偿责任。

另一方面，数据许可的合同主体、行业特点、商业模式、使用场景、预期投入成本、数据的外部性、交易习惯、磋商过程等也是判断可预见性的重要参考因素。上文提及的事物通常进程之

[23] 有观点将数据瑕疵分为效用性瑕疵、交易性瑕疵、权利性瑕疵等。参见许可：《数据交易流通的三元治理：技术、标准与法律》，载《吉首大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

[24] 根据《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》），可得利益损失主要分为三类：（1）生产利润损失。如生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失。（2）经营利润损失。如承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失。（3）转售利润损失。如先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失。在数据许可使用交易中，数据被许可方获得的是使用数据许可方数据的资格，一般不允许转售，因此可得利益属于转售利润的可能性较小。

[25] See Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*, Hart Publishing, 1998, p. 161.

外的损害是否应当赔偿,就需要对各种因素作出综合考量。典型如数据被许可方将数据产品转卖或加工处理后转卖,因许可方违约导致其无法履行其他交易或正常营业而造成的损失。此种情形的难点在于,当事人双方的合同仅是交易链条中的一个环节,守约方嗣后的交易或营业安排不一定都能纳入违约方的可预见范围。尤其是出于商业秘密保护的考虑或订立合同时后续交易尚未实际发生,守约方可能不会事先披露给违约方,此时如何确定违约方是否可预见就应当综合考虑合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等方面。例如,在商事交易中,根据合同标的的性质和交易类型,作为对该行业的发展模式较为了解的债务人很难说其料想不到守约方的大致安排,如果债务人违约,须对守约方后续交易受到的不利影响承担赔偿责任。^[26]

具体来说,如果数据许可合同双方当事人过去进行过类似交易或存在相关行业惯例,这些交易使相对方知晓违约可能产生的后果,或者在磋商时守约方提及了数据产品的后续安排和相关注意事项,违约一方当事人应当预见到违约行为对守约方后续安排或交易产生的损失。譬如,在“开平市捷安汽车租赁有限公司、佛山市北斗铭淇科技有限公司服务合同纠纷案”中,法院认为,由于被告提供服务的里程统计数据的完整性出现问题,导致原告因里程数据的缺失无法获得本应获得的油补,客观上造成了损失(正常履行合同后可以获得的利益减少),被告应当承担相应的违约责任。从双方在2019年11月到2020年期间微信聊天记录中的沟通和被告收取了35台车的追加服务费可以得知,被告对有关里程数据上传直接影响到原告能否获得油补是应当预见到的,故被告应当赔偿原告的相关损失。^[27]

与此同时,数据交易的技术应用特征、行业特点和商业模式也需要纳入可预见标准的考量范围。数据交易作为一种新交易样态,相关市场和行业尚处于起步阶段,为了激发市场活力,促进新行业的健康发展,不应施加过于严苛的赔偿责任。^[28]例如,数据有别于实物,通过数据技术预测的事件不是必然发生的,其质量具有较大不确定性,不易评价。在数据许可方违反物的瑕疵担保义务、造成预期的应用效果不能实现时,不能将被许可方的预期获利一概认定为可得利益。对此,考虑到数据被许可方基于数据产品作出的商业决策形式多样,如果借助合同内容、磋商过程和交易习惯都不能得出违约方对可得利益预见到的判断,那么就不宜要求违约方赔偿债权人的可得利益损失,否则会导致数据交易当事人因面临过高的市场风险而丧失交易积极性。

(二) 数据许可合同违约可得利益的计算

1. 抽象算法与具体算法的适用空间

在违约可得利益计算方面,传统私法存在具体计算方法(concrete assessment)和抽象计算方法(abstract assessment),或称为替代交易法和市场价格法。前者对守约方的具体情况加以考量,根据守约方具体遭受的损失来计算,旨在恢复守约方实际遭受的全部损失;后者则不注重守约方的特定损失和个人经济情况,将合同约定价格与市场价格的差额作为违约损害赔偿额的计算方法,旨在给当事人合理的赔偿。^[29]例如,债务人拒不交货时,具体计算方法考量的是债权人

[26] 参见浙江省高级人民法院(2010)浙海终字第113号民事判决书。

[27] 参见广东省佛山市禅城区人民法院(2022)粤0604民初5034号民事判决书。

[28] 参见齐英程:《数据服务提供者的质量瑕疵担保责任研究》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2022年第6期。

[29] 参见王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社1996年版,第432页。

进行替代交易实际支出的费用，而抽象计算方法则着眼于替代品的市场价格。

抽象计算方法和具体计算方法不能同时适用，对于二者关系的处理，存在不同立法例。例如，英国法以抽象计算方法为原则，具体计算方法为补充；德国法上，具体计算方法是基本计算方法，抽象计算方法的适用范围限于商业领域。^[30] 考虑到违约损害赔偿的计算是依损害的性质和损害的构成因素来决定，我国宜采取多元路径，即守约方有不选择替代交易法而选择适用市场价格法的自主权。在守约方不愿或难以从事替代交易的场合，市场价格法会成为一种重要的损害计算方式。例如，房屋买卖合同中，出卖人因房价快速上涨拒不履行合同，买受人可能没有经济能力实施替代交易，此时市场价格法就可以发挥有效作用。

在数据许可交易中，抽象计算方法和具体计算方法都有适用空间。一方面，数据许可具备市场价格形成的理论基础和现实基础。作为财产型合同的数据许可，其标的物具有可标准化的特征。一旦数据要素市场存在同类数据产品，数据许可交易就有评估参照物。实践中，许多数据许可合同的标的物都符合知识产权的客体构成要件，^[31] 数据许可合同的违约可得利益便可转换为知识产权许可合同违约可得利益的计算，其市场估值较为成熟。不以知识产权为基础的数据许可交易在运用抽象算法时，则有赖于数据产品标准化和数据要素市场的完善。有研究指出，上海数据交易所自揭牌运营以来，已成功对接 800 余家数据商，累计挂牌数据产品超过 800 个，数据产品交易额超过 1 亿元。未来可以依托数据交易所，探索建立类似股票价格指数数据要素价格指数，用以反映数据产品价格的水平和变动情况。^[32]

另一方面，替代交易法更能接近真实的合同履行后的状态，比市场价格法更为准确具体，是实现守约方合同履行地位的理想选择。相较而言，市场价格法的抽象性和推测性可能会在当事人双方之间产生更多争议，尤其是在补购异质商品时，守约方的证明难度更大，而替代交易法的守约方只需证明实际的交易价格，更具确定性。^[33] 更为重要的是，替代交易法对有效转化市场风险负担和鼓励当事人守约具有关键作用。在市场价格飞速上涨的情形，传统的市场价格法可能将风险转嫁给守约方，而采取替代交易价格与合同约定价格的差额会让违约方无利可图，减少对违约的激励效应。

替代交易作为数据许可违约可得利益的一种计算方法，其适用情形至少包括数据许可方不交付和数据被许可方拒绝接收与拒付价款。如果数据许可方没有交付数据产品，数据被许可方可以选择另行购买相同或相似产品，其损失为因此多支出的价款；如果数据被许可方拒绝接收数据产品并拒付价款，数据许可方可以选择以时价另行出售，其损失为售价低于合同约定价格的差额。但并非所有的替代交易都能产生法律效果，只有符合特定条件才是合理适当的替代交易。合理方

[30] See Bosil S. Markesinis et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd Edition, Hart Publishing, 2006, pp. 480 - 481.

[31] 经过深度加工的数据产品可能构成著作权、专利权、技术秘密等知识产权客体。实践中，有的法院便是通过知识产权来保护数据产品。如认为地图数据属于作品，参见北京知识产权法院（2019）京 73 民终 1270 号民事判决书。

[32] 参见王建冬：《全国统一数据大市场下创新数据价格形成机制的政策思考》，载 https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhzf/202305/t20230508_1355558.html，最后访问时间：2023 年 10 月 15 日。

[33] See Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 California Law Review 975, 1042 (2005).

式的内涵广泛,《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等多个立法例从时间、方式等方面规定替代交易需满足合理性要件,意在保护违约方,避免其因不适当的替代交易承担更重的责任。其中,价格合理是替代交易具备合理性的核心因素,即替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地市场价格的,替代交易可能被排除。不过,如果此时的替代交易具有紧迫性,不进行替代交易将导致守约方的损失扩大,则应当认为替代交易成立。

这就是说,替代交易的价格不必是最优的。^[34]替代交易价格高低的合理性有赖于市场状况、当事人是否存在急迫需求等具体情事。譬如,对于数据来源具有稀缺性^[35]的数据许可交易,如果数据许可方拒不履行合同,数据被许可方在作出合理搜寻后,以通常或有利的价格实施替代交易,即便替代购买的数据产品价格较高也是适当的。相反,如果替代交易与容易获得的相同或相似的数据的市场价格之间具有巨大差距,则此交易就不是以合理方式实施的。另外,基于数据许可标的物的特殊性和复杂性,一味要求完全相同质量的替代交易对守约一方当事人过于严苛且不具有现实可能性,对此应当着眼于合同整体,根据个案情况作出认定。^[36]当然,因替代交易避免的费用或损失应当在计算赔偿额时予以扣除,如数据储存费、数据传输费等由于违约方不履行而导致的附带损失或间接损失可能得到节省。

在选择替代交易法计算违约损害赔偿数额时,还需要注意区分交易的性质。相较于一时性合同,以持续履行债务为内容的定期合同的可得利益损失计算存在一定特殊性,如合同当事人面临合作时间长、资源投入大、合同履行的不确定性明显等困难。就此而言,在以持续性分享数据控制权为给付内容的定期数据许可合同中:数据被许可方提前解除合同的,违约损害不能按照剩余使用期限对应的价款计算,否则可能导致数据许可方将数据另行许可后双重获利;数据许可方提前解除合同的,数据被许可方不能获得剩余使用期内全部经营损失,否则会造成数据被许可方无需继续投入成本而获取经营利润的不公平情形。因此,需要明确守约方替代交易的适用方法和合理期间。理论上,影响替代交易时间的因素主要有合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等。基于数据交易的特殊性(如价格异质性强,替代交易难度较大),确定合理时间时应当尤其注意合同标的的特点。例如,如果由于数据来源单一,债权人进行替代交易较困难,应根据市场情况确定较长的替代交易期间。在具体计算时,持续性定期合同的守约方获取价款或报酬本身也存在成本支出,故可得利益损失数额应当减去守约方的履约成本,即守约方寻找替代交易的合理期限对应的价款扣除守约方为履约支出的合理费用。

2. 合理许可使用费计算法的补充

合理许可使用费标准是我国知识产权侵权损害赔偿的计算方式之一。在知识产权这类非竞争性权利遭受侵害时,加害人未经许可利用他人知识产权并不影响或排斥权利人同时利用该知识产权,权利人难以通过差额说获得赔偿。基于知识产权的特殊性,未经许可利用他人的知识产权,应当理解为侵害了权利人享有的排他利用权带来的经济价值。故权利人可依据合理许可使用费计算

[34] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期。

[35] 数据来源的稀缺性也被视为数据爬取正当性因素之一。参见许可:《数据爬取的正当性及其边界》,载《中国法学》2021年第2期。

[36] 参见王怡聪、孙良国:《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》,载《中国人民大学学报》2021年第2期。

损害赔偿，将权利人经法定程序允许他人使用特定权利而获得的许可使用费数额作为加害人损害赔偿的数额。^{〔37〕} 确定合理许可使用费数额时，可以运用“全部市场价值规则”和“分摊规则”。^{〔38〕}

在违约损害赔偿领域，同样会发生违约损失难以证明或计算的情况。比较法上，已存在相关的理论研究和司法裁判。例如，英国最高法院在 One-Step 案^{〔39〕}中指出，损害赔偿除了适用填补损失原则之外，还存在使用费原则（principle of price or hire）。如果被告未经许可使用原告有形财产或知识产权，损失难以确定，则不能根据填补损失原则获得赔偿。此时往往运用使用费原则，将未经许可的使用看作侵害权利人对财产的排他利用权，判决被告承担使用费赔偿责任以补偿原告被侵害的合同权利的经济价值。由此，将合理许可费作为违约损害赔偿的计算方法存在一定条件：一是按照传统损害赔偿制度“差额说”理论不能证明违约财产损失或损失难以确定；二是被告利用的是具有财产价值的权利，如所有权、用益物权、知识产权以及其他财产性权利。

本文认为，合理许可使用费作为数据许可违约可得利益的补充计算方法具有可行性和必要性。首先，数据许可违约可得利益难以适用“差额法”。“差额法”是计算违约可得利益的常见方法，即将违约行为发生时守约方的财产状况与合同履行后守约方所应处于的财产状况进行对比。由于无形物具有非排他性，所以数据许可既可以存在排他许可，也可以存在普通许可（非排他许可）。不同的许可方式意味着数据许可方未来提供同一套数据的限制不同。但是，即便数据许可方违反许可范围的限制，将排他许可的数据又许可第三方使用，也不影响被许可方同时使用。正是因为数据的非竞争性，守约方难以证明自己的所失利益。因此，不宜借助差额说来认定数据许可合同违约可得利益。其次，数据许可是对无形财产的许可使用交易，具有明显的财产性特征。如前文所述，很多情况下数据许可的标的物都构成知识产权客体，以知识产权为基础的数据许可属于合理许可费标准的典型适用对象。被告违反合同约定未经许可利用了原告的财产性权利，获得了原告失去的使用利益。在这个意义上，合理许可使用费代表的是被告利用原告财产权利取得的使用价值，属于对不当得利的客观评价，区别于违约获利返还中被告因违约获得的实际利润。^{〔40〕}

据此，当市场价格法和替代交易法均难以计算数据许可的违约可得利益时，合理许可使用费计算法可以成为第三种选择。合理许可使用费一般参考曾授权他方使用相同或类似知识产权或事实数据的许可费用，具有相对客观性和确定性，有利于限制法官的自由裁量权。

四、服务型数据交易的违约可得利益

（一）数据服务合同违约可得利益范围

数据服务合同是以大数据技术应用为内容的服务型合同，一般属于继续性合同。^{〔41〕} 该服务

〔37〕 参见冯德淦：《获利返还制度的法理研究》，载《法制与社会发展》2023年第1期。

〔38〕 参见缪宇：《作为损害赔偿计算方式的合理许可使用费标准》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019年第6期。

〔39〕 Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd [2018] UKSC 20.

〔40〕 参见黎珞：《作为违约损害赔偿计算方式的许可使用费——基于英国违约交涉赔偿制度的最新发展与我国相关案件的研究》，载《判解研究》第3辑，人民法院出版社2022年版，第202页。

〔41〕 参见林涸民：《个人数据交易的双重法律构造》，载《法学研究》2022年第5期。

可能涉及知识产权，也可能不涉及知识产权，常见于城市数字化、商业品牌规划、平台内店铺运营等场景。例如，在“赛迪顾问股份有限公司诉淄博华鸿印刷有限公司技术咨询合同纠纷案”中，法院指出：受托方应当围绕志鸿教育集团文化创意产业基地咨询项目的可能性、可行性、经济效益等具体情况，对项目建设所需资源与能力匹配度进行评估；对所采取的盈利模式以及投资收益性进行论证；对项目建设过程中的风险进行识别、评估和控制，从而确定该项目是否可行、能否成功，如何取得最大经济效益。^[42] 在进行评估的过程中，需要按照特定目标收集相关数据，经过加工分析，给出项目的完善建议。不难发现，当受托人通过收集海量数据并运用云计算等技术进行加工时，此种交易本质上就是大数据技术应用后，以相关数据产品为基础的服务合同。数据服务合同中的数据产品往往是为数据服务受领方专门提供的技术咨询成果，一旦实现数据受领方的特定目的，数据产品的价值便会衰减乃至消失，数据服务受领方难以将其转让或在其上设立担保。^[43] 数据服务合同旨在提供技术预测、定制加工等服务以满足特定商业目标，而不论是否存在财产权。如果数据服务提供方拒不履行合同或未能按照约定提供数据服务，数据服务受领方可以根据《民法典》第584条要求数据服务提供方赔偿损失。

一般来说，大数据技术直接服务于企业营销活动，主要包括改善市场营销效果和维护营业状况不遭受不利影响。就前者而言，如果数据服务提供方承诺产生特定服务效果，当大数据技术没有改善数据服务受领方的营销情况，则产生可得利益损失。如果未承诺产生特定服务效果，由于数据技术应用的不确定性，则难以证明营销效果本应当达到的水准，数据服务受领方可得利益的损失可能难以得到支持。就后者来说，如果数据服务的目的是维护数据服务受领方的营业状况不遭受不利影响，在数据服务提供方拒不履行合同或履行合同不符合约定时，由此产生的可得利益损失较容易认定。如在一起数据技术服务纠纷案^[44]中，原告与被告签订了技术服务合同，约定被告为原告提供“深度威胁识别”服务，包括对ATD节点的日常维护、监控和及时排除故障。双方约定了因服务提供方导致ATD服务中断且服务可用性未达到99%的损害赔偿计算方法。但未对因服务中断所带来的网站知名度下降、流量减少、网站收入下降等违约损害赔偿作出明确约定。该案中，故障导致原告网站不能被客户访问时间为29小时。如果按照该约定计算，原告因违约应赔偿的金额仅为1691.86元。法院认为，互联网运行具有连续性、不可中断性，网站的流量直接影响网站的收入。案涉故障不仅导致29小时客户不能访问，还导致修复后网站流量减少、收入下降的后果。结合合同履行情况、当事人过错程度等因素酌情支持被告赔偿原告经济损失30万元。可见，数据服务合同违约可得利益可以包括流量减少损失、广告收入损失等经营利润损失。

在可预见性规则方面，与数据许可合同类似，数据服务合同违约可得利益的范围需要结合合同目的、合同内容、技术应用特征、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素综合判断。

（二）数据服务合同违约可得利益的计算

1. 抽象计算法的难点

如前所述，抽象计算方法是按照守约方知道或者应当知道违约行为发生后合理期间内合同履

[42] 参见最高人民法院（2011）民申字第396号民事判决书。

[43] 参见武腾：《数据交易的合同法问题研究》，法律出版社2023年版，第165页。

[44] 参见贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔01民终10086号民事判决书。

行地的市场价格与合同价格的差额确定可得利益。在这个意义上，抽象计算方法是以前述市场价格与合同价格的差额为赔偿额，那么其适用显然需要存在时价。时价是同类商品经常交易的结果，且需要考虑不同交易主体适应的市场层级和市场类型。例如，批发商和零售商的相关市场价格就有所不同。^[45]

就我国数据服务交易的实际情况来说，抽象计算法最大的难点在于对数据服务同类交易的界定。正如前文所述，数据服务交易是专门为数据服务受领方提供数据技术预测、数据加工等数据服务的，其活跃程度高、时效性强，具有鲜明的定制化属性。数据服务的价值不仅取决于数据的质量、^[46]成本以及数据的层次和协同性，还受到数据服务受领方的风险厌恶程度、数据偏好、信息使用成本和变现能力等异质性因素的影响。^[47]不同于传统资产具有公认的交易价格，由于数据的用途和价值存在因人而异、见仁见智的特点，对数据设定具有共识性的对价并非易事。例如，关于数据的估值方法，传统的成本法、收益法、市场法在应用于数据这类新事物上都具有相当的局限性和不适应性，难以准确评估数据的真正价值。^[48]数据要素市场尚未完善前，数据服务受领方的异质性对数据服务价值的影响更为突出。我国数据要素市场正在建设，数据服务交易的样本量有限，已成立的大数据交易中心的运营情况和数据交易成交量也远低于预期。^[49]“这导致市场的价格发现功能并不健全，市场缺乏公允价格。”^[50]如果采用市场价格法计算数据服务交易的违约损害赔偿数额，需以违约行为发生后合理期间内合同履行地的相同或相似的数据服务的抽象市场价格与合同价格的差额为基础。这意味着抽象计算方法对市场环境要求较高，评估难度较大，^[51]需要依托市场上类似的交易进行类比。但目前数据市场环境的活跃程度不足，数据服务交易和数据积累不充分，尚不足以为抽象计算方法的普遍适用提供基础条件。

2. 具体计算法的适用

前文述及，具体计算方法着眼于守约方的实际损失，按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益。当一方当事人违约时，守约方及时、合理地实施替代交易有助于保护双方当事人的利益，也可以促进社会效益最大化。与数据许可一样，数据服务交易在运用具体计算法时也需要根据继续性合同的特性综合合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等判断替代交易的合理性。此处不再赘述。

实践中，替代交易法是计算数据服务违约可得利益的主要方法。例如，在“北京瑞达恒建筑咨询有限公司与企查查科技有限公司合同纠纷案”中，原被告双方签订《企业信息委托查询技术服务合同》，约定原告瑞达恒公司通过使用被告企查查公司的技术来优化其经营的“慧讯网”客户体验并提升网站的品质。被告企查查公司以预防征信风险拒绝履行合同义务，构成预期违约。

[45] 参见张金海：《违约损害赔偿中的抽象计算方法研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第3期。

[46] 一般可以通过数据质量的评价指标来明确数据质量要求，包括数据的采集方法、样本量、真实性、完整性、可用性、颗粒度等。参见吴江：《数据交易机制初探——新制度经济学的视角》，载《天津商业大学学报》2015年第3期。

[47] 参见熊巧琴、汤珂：《数据要素的界权、交易和定价研究进展》，载《经济学动态》2021年第2期。

[48] 参见茶洪旺、袁航：《中国大数据交易发展的问题及对策研究》，载《区域经济评论》2018年第4期。

[49] 参见中国信息通信研究院：《数据价值化与数据要素市场发展报告（2021年）》。

[50] 包晓丽、齐延平：《论数据权益定价规则》，载《华东政法大学学报》2022年第3期，第70页。

[51] 参见杭州国际数字交易联盟：《数据资产价值实现研究报告》，2023年2月。

法院认为，被告企查查公司未提供全部服务，原告瑞达恒公司有权要求被告企查查公司返还剩余额度款项 21000 元。同时，因被告企查查公司预期违约，导致原告瑞达恒公司为寻找可替代性服务，与案外公司北京金堤征信服务有限公司签订《数据服务合同（API 数据接口）》。《企业信息委托查询技术服务合同》与《数据服务合同（API 数据接口）》履行期限虽不同，但接口调用次数均为 1000 万次，而根据两份合同的约定以及行业习惯，接口调用次数是决定价格的主要因素。替代交易与被告企查查公司所提供的 174000 元 1000 万次查询额度相比，多支出了 76000 元，企查查公司应予赔偿。^[52] 该案件反映出，数据服务合同中服务提供者拒不履行合同时，服务受领方可以通常或有利的价格实施替代交易，即替代交易的价格不必是最优的。

3. 获利返还法的补充

传统上，获利返还是侵权领域的一项特殊损害赔偿计算方法，旨在威慑不法行为。^[53] 获利返还源于“任何人不得从其不当行为中获利”的古老原则，并为现代法所认可，其意义不仅在于丰富私法的预防功能，还可以协助惩罚赔偿制度，进而形成私法惩罚功能的梯度化和区分制。^[54] 《民法典》侵权责任编第 1182 条明确规定了侵害人身权益中损害赔偿的获利返还标准，此外，《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《个人信息保护法》在面临被侵害的知识产权、竞争利益、个人信息权益的损害计算问题时，也引入了获利返还标准。为了减轻司法证明难度和遏制不法行为，上述规范赋予受害方选择权，将实际损失与获利返还平行地确立为损害赔偿数额计算方法。

在数据服务合同领域，获利返还是作为补充性的赔偿方式还是独立的违约获利返还请求权？从违约救济体系的平衡性看，违约获利宜定位为补充性的损害赔偿计算标准。有别于侵权损害赔偿，基于对违约责任补偿性的认识，传统违约损害赔偿是以受害方的损害为中心作出的制度设计，旨在实现合同当事人的履行利益，故违约损害赔偿的计算方法几乎都以受害方因违约遭受的损失为判断标准。获利返还作为一种脱离实际损失的计算方法，^[55] 一般性地认可和适用违约获利返还会对违约责任体系产生冲击，如果不加限制地进行扩张适用，恐怕将异化损害赔偿体系的价值功能，长远上还可能阻碍合同订立、浪费社会资源。^[56] 然而，随着交易实践不断发展，违约行为具体样态愈发复杂，单纯从受害方视角坚持“以损害为中心”的违约赔偿理念难以有效发挥合同法的制度功能。在实践中，常常存在当事人损失难以证明而违约方却因故意实施违约行为获得巨额利益的情形。如一物二卖案件中，出卖人为了追求更高的价金，与第一买受人订立合同后，将标的物转卖给出价更高的第二买受人，如果仍然要求第一买受人证明实际损失或根据市场价值主张赔偿，那么违约方的赔偿责任将会低于其获得的利益，这无异于鼓励违约，削弱合同的制度功能。这就为获利返还的计算方法留下了适用空间。在满足一定的适用条件下，将数据服

[52] 参见北京市西城区人民法院（2022）京 0102 民初 12577 号民事判决书。

[53] 参见〔奥〕海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题（第一卷）——德国国家的视角》，朱岩译，北京大学出版社 2017 年版，第 37 页。

[54] 参见冯德淦：《获利返还制度的法理研究》，载《法制与社会发展》2023 年第 1 期。

[55] 参见缪宇：《获利返还论——以〈侵权责任法〉第 20 条为中心》，载《法商研究》2017 年第 4 期。

[56] 违约获益赔偿本身存在一定成本。See Craig Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32 Oxford Journal of Legal Studies 537, 542 (2012).

务交易违约方因违约获得的利益赔偿给守约方进而使其无利可图，在很大程度上是可行且明智的。^{〔57〕}

本文认为，将获利返还作为无法确定数据服务违约可得利益时的补充计算方法，有着重要意义。一方面，违约方的获利是其不法行为的直接后果，也是对守约方无形伤害的物质体现。^{〔58〕}在数据服务中允许依据获利返还标准确定损害赔偿的数额有助于补充市场价格法和替代交易法之不足。基于保护商业秘密等因素，守约方可能不愿意公开内部核算情况和业务联系，当其不能或者不愿证明具体损失且没有确定的市场价格时，允许以违约方的获利为标准计算违约损失具有实践必要性。也就是说，获利返还计算方法是一种兜底性方法，其适用顺序后于替代交易法、市场价格法等法律规定的其他计算方法，守约方不得直接主张依据违约方的获益确定违约损失。这也符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第62条规定的意旨。^{〔59〕}

另一方面，不同于有体物可以借助既有市场形成的评价体系确定其客观价值，数据服务的价值具有不确定性，因主体、场景、技术的不同而存在很大的差异。在数据要素市场尚未形成前，数据服务价值的确定会面临更加复杂的难题，尚不存在市场公允价格。基于此，数据服务的守约方很难证明因违约遭到的损失。相比而言，违约方获利是一个确定的事实，法官可以通过违约方财产状态的变化判断获利数额。不过，考虑到违约方不会主动公开账簿，守约方在证明违约方因违约行为获利的数额方面存在困难，有必要通过举证责任分配提高可行性或由法院依职权调查。

此外，获利返还需要受到一定的限制以避免法院滥用裁量权。^{〔60〕}具体来说，法院通过获利返还确定守约方可得利益损失时应当综合考量，参考因素包括违约方的过错程度、违约情节、违约方资质信誉、违约方专业技术能力对获得该利益的作用^{〔61〕}等。例如，数据服务合同的违约方虽然对所获利益作出了贡献，但如果属于恶意违约，基于对其主观不法的制裁，一般可以适用获利返还标准以维护合同严守原则。如果违约方主观非恶意，且所获利益主要是依托其专业技能等自身条件，则不应当将违约方因违约获得的全部利益确定为守约方在合同履行后可以获得的利益。

五、酌定赔偿数额的考量因素

当数据许可或数据服务违约造成的实际损失、许可使用费和获利数额均不能确定时，就需要

〔57〕 参见孙良国：《违约责任中的所获利益赔偿研究》，载《法制与社会发展》2008年第1期。

〔58〕 See Tareq Al-Tawil, *Does Restitution for Wrongdoing Give Effect to Primary or Secondary Rights*, 24 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 243, 268-269 (2011).

〔59〕 该条规定：“非违约方在合同履行后可以获得的利益难以根据本解释第六十条、第六十一条的规定予以确定的，人民法院可以综合考虑违约方因违约获得的利益、违约方的过错程度、其他违约情节等因素，遵循公平原则和诚信原则确定。”由此，违约方的违约获利可以作为一种补充性的损害赔偿计算方法。

〔60〕 有关违约获益责任构成要件的讨论，参见陈凌云：《论“违约方获益”之归属》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第4期。

〔61〕 比较法上，法院在判决违约获益赔偿的标准和程度时，通常将违约方付出的努力和技能作为自由裁量应当考虑的因素。判例可参见 *Earthinfo Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants Inc.* (1995) 900 P 2d 113; *Warman International Ltd v. Dwyer* (1995) 182 CLR 544.

法院根据实际情况酌定赔偿数额。对于数据这类无形财产，无论是所获利益，还是合理使用费和违约获利情况，守约方都面临相当程度的证明难题。因此，法院酌定赔偿在很大程度上伴随着所有类型的数据交易违约损害计算。不过，酌定赔偿并非一项独立的违约损害赔偿计算方法，而是以实际损失、许可使用费和违约获利数额难以确定为基础。未能证明实际损失、许可使用费和违约获利数额的数据交易守约方仍然可能获得法院酌定的赔偿。除了对合同履行情况、违约情节、违约方过错程度、可预见性等基础要素进行考量，数据交易违约损害酌定赔偿尤其需要注意数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

数据产品或服务在性质上有别于传统有体物，具有无形性、弱竞争性、动态时效性等特征，与其他数据结合衍生后分离难度大，如果出现违约情况，在酌定损害赔偿额时需要考虑此特性。在“北京精友时代信息技术发展有限公司与中国平安财产保险股份有限公司技术服务合同纠纷案”中，涉案合同中约定合同标的物包括数据库和数据，亦约定如合同不再续签，平安公司需删除数据库及数据。平安公司未删除配件数据的行为构成违约，需承担相应的违约责任。法院认为，尽管平安公司未依照合同约定删除数据构成违约，但平安公司已在原有数据的基础上增加了新的内容，部分数据也已经进行了更新，如果此时要求平安公司删除原有数据，将会对平安公司造成理赔工作中断等重大损失，实际上也难以操作，故综合考虑相关因素，包括汽车配件数据相对客观性，平安公司购买数据及更新均支付了对价等因素，在适当提高赔偿数额的基础上不再判令平安公司删除原有数据。^[62]

实践中，数据交易的标的特征往往导致守约方难以证明因违约遭到的损失或利益。考虑到此种情况，数据交易的当事人通常会在事前约定相应的违约金条款。当事人约定的违约金很大程度体现了当事人意思对违约损害赔偿范围的影响，本身具有对损害赔偿数额预估的功能。^[63]在“重庆祔山电子科技有限公司与陈某亮技术委托开发合同纠纷案”中，法院认为，委托方因受托方的根本违约行为所遭受损失数额不应受到约定的委托开发费用的限制，而需充分考虑涉案技术市场转化的预期，从而综合确定损失赔偿数额。在相应证据不足以证明委托方具体损失数额的情况下，合同中所约定的违约金，可视为对技术成果的市场转化价值的体现，用以确定赔偿数额。^[64]该案反映出，守约方基于对方违约而得到的违约损失补偿非常有限，不能达到鼓励创新与释放数据价值的目的。因此法院在确定违约赔偿数额时，有必要将约定的违约金纳入考量范围。

与此同时，违约损害赔偿额的最终确定，往往都是法官借助公平原则作出调整后的风险分配结果，^[65]而合比例性是公平原则在酌定损害赔偿中的重要体现。因此，合比例性也是酌定数据交易违约赔偿数额的重要考量因素。基于风险和收益一致性的基本法理，如果违约方承担与其获益不成比例的损害赔偿不仅不符合公平原则的要求，也破坏了当事人之间的对价关系。例如，当事人支付较低的价格往往意味着其没有承担较大风险的意思。换言之，即便损害可预见，也

[62] 参见北京知识产权法院（2021）京73民终2806号民事判决书。

[63] 参见徐建刚：《规范保护目的理论在违约损害赔偿中的适用——对可预见性规则的反思》，载《清华法学》2021年第4期。

[64] 参见重庆市第一中级人民法院（2020）渝01民终9969号民事判决书。

[65] 参见徐建刚：《规范保护目的理论在违约损害赔偿中的适用——对可预见性规则的反思》，载《清华法学》2021年第4期。

不能直接推定损害应当赔偿，此时还需要考察赔偿的合比例性，^{〔66〕}结合交易数据的对价、利用场景、市场前景、当事人的开发能力等综合判断。

六、结 语

《民法典》第584条是数据交易违约可得利益的请求权基础规范。但是，基于数据交易标的物具有无形性、动态性、定制性、价值的不确定性等特征，在违约损害赔偿规则的具体适用上需要作出相应调整。数据交易的基本合同类型可以分为以提供财产为主要内容的数据许可合同、以提供数据技术服务为主要内容的数据服务合同。在可预见性规则上，数据许可合同和数据服务合同违约可得利益的范围都需要结合合同目的、合同内容、技术应用特征、合同主体、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素综合判断。在计算方法上，数据许可交易以抽象计算方法和具体计算方法为主，当二者都难以适用时，可以考虑引入合理许可费标准。数据服务尚不具备普遍适用市场价格法的条件，更可能的选择是以替代交易法为基础，获利返还法为补充。数据许可和数据服务违约可得利益的酌定赔偿数额都需要注重对数据产品或服务的性质、违约金条款以及合比例性的考量。

Abstract: Depending on the payment characteristics and purpose of the transaction, the basic types of data transaction contracts can be classified into data license contracts, which are mainly for the provision of property, and data service contracts, which are mainly for the provision of data technology services. There are differences in the calculation of lost profits for breach of contract in different types of data transaction contracts. The market price and alternative transaction calculation methods are mainly applicable to data licensing transactions where the provision of property is the main element, and when both are difficult to apply, the introduction of a reasonable license fee standard may be considered. Data services, which are mainly based on the provision of technical services, do not yet qualify for the general application of the market price method, and a more likely option would be to use the alternative transaction method as a basis, supplemented by the profit return method. The amount of discretionary damages for breach of contract for both data licenses and data services requires a focus on the nature of the data product or service, the liquidated damages provision, and proportionality.

Key Words: data transaction, damages for breach of contract, lost profit, market price method, alternative transaction

(责任编辑：武 腾)

〔66〕 参见孙良国：《合同法中可预见规则研究》，载《国家检察官学院学报》2011年第6期。