

## 《比较法研究》网络首发论文

题目：解释论视角下的侵害企业数据权益损害赔偿  
作者：潘重阳  
网络首发日期：2022-08-11  
引用格式：潘重阳. 解释论视角下的侵害企业数据权益损害赔偿[J/OL]. 比较法研究. <https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3171.D.20220810.1334.002.html>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

# 解释论视角下的侵害企业数据权益损害赔偿

潘重阳\*

**摘要：**侵害企业数据权益的行为无论是否受到反不正当竞争法调整，数据权益人请求损害赔偿的请求权基础都在于民法典第 1165 条第 1 款。受反不正当竞争法调整的侵害企业数据权益的行为，可以适用反不正当竞争法第 17 条关于损害赔偿数额确定的特别规范。而对于不受反不正当竞争法调整的侵害企业数据权益的行为，可以通过整体类推的方式确认获利返还标准，且数据权益人可以自行选择适用该标准抑或实际损失标准。除法定赔偿外，主张损害赔偿的数据权益人需要对损害和损害数额加以举证，但对于损害数额的认定可以适当降低证明标准。

**关键词：**数据权益；损害赔偿；反不正当竞争法；整体类推

## 一、问题的提出

在数字时代，数据作为一项重要的资源，日益成为企业经营中至关重要的竞争要素，而这也加剧了企业数据权益侵害现象的发生。以“大众点评诉百度”“微博诉脉脉”为代表的典型案例受到广泛关注。损害赔偿是民事权利救济体系的枢纽，<sup>1</sup>侵害企业数据权益纠纷中损害赔偿问题往往成为核心争点。然而，损害赔偿法的核心在于评价损害而非发现损害。在自然损害的产生与获得法律所肯定的赔偿之间，横亘着法律上具有可赔偿性的评价，<sup>2</sup>自然损害只有经过法律的评价才有可能构成法律上的损害，进而获得赔偿。在这一过程中，数据权益的无形性使得其与以有体物为对象的损害评价过程存在诸多差异。<sup>3</sup>因此，企业数据权益侵害中的损害赔偿问题成为司法实践中较为棘手的难题。

在目前关于数据权益的讨论中，数据财产权益的定性问题得到了最多的关注。这一认识顺序当然可以被理解，因为倘若数据权益可以被归入某一类民事权利之内，那么因循这一权利的保护规则，可以以最低的成本实现对数据权益的保护。然而，在数据权益定性的立法论讨论方兴未艾之时，从解释论的角度对侵害数据权益的损害赔偿在我国实定法的框架内进行评价，似乎才是当下的燃眉之急。因此本文并不试图从立法论的角度构建数据权益救济的体系，而只是期望从解释论的角度，在企业数据权益定性在短时间内尚不能达成一致的背景下，

\* 南京大学法学院助理研究员，法学博士。本文系国家社科基金项目（项目编号：18BFX122）的阶段性研究成果。

<sup>1</sup> 参见王利明：《我国〈民法典〉侵权责任编损害赔偿制度的亮点——以损害赔偿为中心的侵权责任形式》，载《政法论丛》2021 年第 5 期，第 16 页。

<sup>2</sup> Vgl. Dirk Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, 2019, S. 354, Rn. 2.

<sup>3</sup> 需要注意的是，企业数据的形态多样，当数据满足知识产权保护条件的情形可以直接受到知识产权法的保护。（参见冯晓青：《数据财产化及其法律规制的理论阐释与构建》，载《政法论丛》2021 年第 4 期，第 91—92 页）此时可以直接适用知识产权侵权损害赔偿的规则。在这一场合，数据不过是知识产权的载体或表现形式，此种数据并非本文所讨论的范围。本文主要针对尚无法通过知识产权、商业秘密获得保护的企业数据而展开，主要包括公开数据、半公开数据，以及不构成商业秘密的非公开数据。关于企业数据的类型，参见丁晓东：《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》，载《法律科学》2020 年第 2 期，第 93—94 页。

探讨企业数据权益侵害损害赔偿的法律适用问题。

需要说明的是，由于数据与个人信息联系紧密，在侵害广义的数据权益问题上，既有研究对于侵害个人信息的损害赔偿多有关注。<sup>4</sup>但这些研究对于侵害企业数据权益的损害赔偿而言并不具有太多的借鉴意义。侵害个人信息权益可能造成非财产损害，而侵害数据财产权益原则上并不涉及非财产损害问题。即便对于侵害个人信息权益造成的财产损害而言，侵害作为人格权益的个人信息权益所造成的财产损害，也与侵害作为财产权益的数据权益的损害赔偿适用完全不同的规则。加之非法的数据处理行为所造成的企业数据权益损害和个人信息权益损害可以独立进行法律评价，<sup>5</sup>因此本文的探讨并不涉及数据处理中的个人信息侵权损害赔偿，仅针对目前讨论尚少的侵害企业数据财产权益的损害赔偿问题而展开。

## 二、侵害数据权益损害赔偿的请求权基础

### （一）避免向反不正当竞争法逃逸

在司法实践中，侵害企业数据权益往往发生于具有竞争关系的企业之间，因此当事人普遍以不正当竞争行为侵害企业合法权益提起诉讼，法院也主要依据行为是否满足《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称“《反不正当竞争法》”）第12条第2款第4项<sup>6</sup>或第2条<sup>7</sup>，进而判断得否适用《反不正当竞争法》第17条的规定确定损害赔偿数额。有鉴于此，学者也将反不正当竞争法保护作为我国保护数据权益的路径之一，<sup>8</sup>甚至是公开数据的最合理保护路径。<sup>9</sup>然而，如果我们仔细观察这种普遍通过《反不正当竞争法》保护企业数据权益的司法现状，则可能会发现其中的问题所在。

一方面，并非所有侵害企业数据权益的行为均能受到《反不正当竞争法》的调整。不正当竞争行为中必须考虑竞争要素的存在，即便有观点认为应当对我国反不正当竞争法中的竞争关系进行扩大解释，<sup>10</sup>但倘若架空竞争要素，则恐怕导致《反不正当竞争法》对侵权法的不当侵入。基于此，有学者敏锐地洞察到互联网领域中的侵权行为正在“向反不正当竞争法逃逸”。<sup>11</sup>学界也已经开始认识到对于《反不正当竞争法》第12条第2款第4项网络不正当

<sup>4</sup> 参见杨立新：《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》，载《上海政法学院学报》2022年第1期，第1页以下；彭诚信、许素敏：《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》，载《南京社会科学》2022年第3期，第84页以下；杨显滨、王秉昌：《侵害个人信息权的民事责任——以〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的解释为中心》，载《江苏社会科学》2022年第2期，第75页以下。

<sup>5</sup> 在侵害企业数据财产权益导致个人信息权益受损的场合，两种损害也是相互独立的。即便需要在侵害企业数据权益导致数据权益人对个人信息权益人承担损害赔偿责任的情况下，该损害也可以被评价为侵害数据权益所造成的反射损害，只需遵循反射损害赔偿的规则另行讨论即可。

<sup>6</sup> 参见“深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案”，杭州铁路运输法院（2019）浙8601民初1987号民事判决书。

<sup>7</sup> 在2017年《反不正当竞争法》修订之前，原《反不正当竞争法》未对网络生产经营活动中的不正当竞争行为进行特别规定，因此法院多以原《反不正当竞争法》第2条关于反不正当竞争的一般规定，判断侵害数据权益行为是否构成不正当竞争。参见“北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司其他不正当竞争纠纷案”，上海知识产权法院（2016）沪73民终242号民事判决书。

<sup>8</sup> 参见许可：《数据保护的三重进阶——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》，载《上海大学学报》2017年第6期，第20页。

<sup>9</sup> 参见丁晓东：《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》，载《法律科学》2020年第2期，第97页。

<sup>10</sup> 参见王先林：《论反不正当竞争法调整范围的扩展——我国〈反不正当竞争法〉第2条的完善》，载《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期，第67页。

<sup>11</sup> 参见薛军：《互联网不正当竞争的民法视角》，载《人民司法》2016年第4期，第14页。

竞争行为兜底条款以及《反不正当竞争法》第 2 条的一般条款进行限缩解释的必要。<sup>12</sup>

以“微信诉聚客群控案”为例，法院以“网络经济已从传统经济的产品用户竞争更多地转向网络数据流量竞争”为由，认为“即使业务范围相差甚远的网络经营者之间，也会形成网络数据流量吸引力此消彼长的竞争关系”，并据此认定原告与被告之间存在“网络数据流量此消彼长的或然性对应关系”。<sup>13</sup>倘若果真坚持此种观点，似乎所有流量接入的网络服务提供者均可构成竞争关系，均可受到《反不正当竞争法》的调整。然而，该案与前述“微博诉脉脉”以及“大众点评诉百度”案存在明显不同，微信作为一款社交软件与群控软件之间的竞争关系并不明显，适用《反不正当竞争法》进行调整较为牵强。况且，即便是在竞争关系之中，考虑到“愚蠢的坏蛋”的存在，在非法处理他人企业数据侵害消费者权益时，加害人可能不仅没能获得竞争优势反而可能给竞争对手带来竞争优势，此时适用《反不正当竞争法》同样并无必要。<sup>14</sup>

事实上，法院之所以尝试适用《反不正当竞争法》一般条款（第 2 条）和兜底条款（第 12 条第 2 款第 4 项）对数据权益侵害进行保护，更可能是出于对数据作为一种竞争要素的过度解读。诚然，数据可能是网络产业中企业最为重要的竞争要素之一，但这并不一定意味着所有侵害数据权益的行为都必须受到《反不正当竞争法》的调整。通过《反不正当竞争法》的一般规定和网络不正当竞争的兜底规定保护企业数据权益并非也不应成为企业数据保护的唯一裁判依据，因此大可不必通过一再扩张《反不正当竞争法》的适用以实现对企业数据权益的保护。

另一方面，即便是在可以适用《反不正当竞争法》调整的情形中，数据权益侵害的损害赔偿请求权基础也并非存在于《反不正当竞争法》之中。在《反不正当竞争法》2017 年的修订中，立法者不再使用“侵害经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任”的表述，而是使用了“给他人造成损害的，应当依法承担民事责任”。在 2019 年的修正中，《反不正当竞争法》也同样延续了这一规定。从立法表述的转变来看，虽是旨在扩张不正当竞争行为的民事责任形式，<sup>15</sup>但客观上达到了将反不正当竞争法上的责任与民事责任相连接的功能。“依法承担民事责任”的表述使得本条成为参引规范中的指示适用性规范，<sup>16</sup>即应当直接适用其他民事法律规范确定民事责任。因此，《反不正当竞争法》第 17 条第 1 款本身并不是侵害数据权益的不正当竞争行为的请求权基础。侵害企业数据权益造成损害的，其请求权基础仍然应当存在于《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）而非《反不正当竞争法》之中。

这就意味着，在对侵害数据权益适用《反不正当竞争法》确定损害赔偿责任时，《反不正当竞争法》并非裁判所应依据的全部规范。即便认为所谓不正当竞争法“从侵权法向行为

<sup>12</sup> 参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019 年第 1 期，第 196—199 页。

<sup>13</sup> 参见“深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司等与浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案”，杭州铁路运输法院（2019）浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

<sup>14</sup> 参见焦海涛：《不正当竞争行为认定中的实用主义批判》，载《中国法学》2017 年第 1 期，第 155 页。

<sup>15</sup> 参见王瑞贺、杨洪灿主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，中国民主法制出版社 2017 年版，第 72 页。

<sup>16</sup> 关于指示适用性规范与指示参照性规范，参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016 年第 1 期，第 90 页。

规制法转变”，因此数据竞争权益的保护应该脱离于侵权的桎梏，<sup>17</sup>在涉及损害赔偿的问题时，也仍然无从逃避《民法典》侵权责任编的适用。综上所述，《反不正当竞争法》在调整范围上的限制和损害赔偿条款参引规范的性质决定了其无法独立作为侵害数据权益损害赔偿的请求权基础，回归《民法典》侵权责任编仍然是解决这一问题的必要途径。

## （二）作为请求权基础的《民法典》第 1165 条第 1 款

前已述及，在数据侵害行为满足不正当竞争行为的要件时，依据《反不正当竞争法》第 17 条第 1 款的参引，其仍需适用《民法典》侵权责任编尤其是第 1165 条第 1 款的规定确定损害赔偿责任。那么在因欠缺竞争关系等无法适用《反不正当竞争法》第 17 条第 1 款的情形，数据权益遭受侵害的受害人是否还可以依据《民法典》第 1165 条第 1 款主张损害赔偿请求权呢？这一问题的回答涉及到数据权益是否属于《民法典》1165 条第 1 款所保护的权益范围的问题。关于数据权益定性的问题在立法论上的研究颇为丰富。主张财产权、<sup>18</sup>用益权、<sup>19</sup>纯粹经济损失<sup>20</sup>等观点的学者均尝试以不同的权益类型解释数据的保护问题，观点莫衷一是，统一的意见尚难达成。

虽然立法论上的定性未有一致意见，但解释工作却不得不展开。基于对权利与利益的区分，有学者认为由于企业数据财产权益并非一项绝对权，因此宜通过对《民法典》第 1165 条的扩大解释，将违反保护性规范作为一种独立的侵权责任类型，并通过其他法律的转介实现对数据权益的保护。<sup>21</sup>这一观点显然受到了德国法的影响。由于权利保护的反面是对他人行为自由的限制，为避免施加不当的限制，《德国民法典》明确区分权利与利益分别提供不同程度的保护。然而，即便是在德国，基于对以不同媒介存储的数据进行保护的一致性要求，数据权益完全可以受到《德国民法典》第 823 条第 1 款的保护，而非通过第 823 条第 2 款借助“以保护他人之目的之法律”实现侵权法的保护。<sup>22</sup>况且，对于我国民法典第 1165 条第 1 款是否以对权利和利益的区分保护为基础，学界观点并不一致，甚至结合历史解释似乎可以认为立法者有意摒弃区分权利与利益的模式。<sup>23</sup>虽有学者认为，在具体的制度中这种区分仍然明显，<sup>24</sup>甚至认为应当在《民法典》第 1165 条第 1 款中解释出德国法一样的三个小一般条款，<sup>25</sup>但必须指出的是，纵使要对不同程度的法律上的利益进行区分保护，德国模式也并非必然。<sup>26</sup>继续严格限定《民法典》第 1165 条第 1 款所保护的仅限于绝对权，恐怕仍要重蹈德国法上缓和绝对权侵权而创设“营业权”<sup>27</sup>等概念以不断修补侵权法的覆辙。因此，上述观点恐有削足适履之嫌。

<sup>17</sup> 参见黄细江：《涉企业数据竞争行为的法律规制》，载《知识产权》2021 年第 2 期，第 55 页。

<sup>18</sup> 参见钱子瑜：《论数据财产权的构建》，载《法学家》2021 年第 6 期，第 79 页。

<sup>19</sup> 参见申卫星：《论数据用益权》，载《中国社会科学》2020 年第 11 期，第 117 页。

<sup>20</sup> 参见梅夏英：《企业数据权益原论：从财产到控制》，载《中外法学》2021 年第 5 期，第 1203 页。

<sup>21</sup> 参见王镭：《电子数据财产利益的侵权法保护——以侵害数据完整性为视角》，载《法律科学》2019 年第 1 期，第 45 页。

<sup>22</sup> Vgl. MüKoBGB/Wagner BGB § 823, Rn. 332.

<sup>23</sup> 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社 2010 年版，第 10 页。

<sup>24</sup> 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社 2021 年版，第 143—145 页。

<sup>25</sup> 参见吴香香：《中国法上侵权请求权基础的规范体系》，载《政法论坛》2020 年第 6 期，第 176 页。

<sup>26</sup> 参见叶金强：《〈民法典〉第 1165 条第 1 款的展开路径》，载《法学》2020 年第 9 期，第 27 页。

<sup>27</sup> Dazu vgl. MüKoBGB/Wagner BGB § 823, Rn. 361-363.

事实上,就解释论而言,《民法典》第127条在“民事权利”一章中对数据与网络虚拟财产进行了规定,已经认可了数据的财产权益属性。同时,我国数据安全法第51条虽然规定的是侵害数据权益的行政责任,但是其明确规定,开展数据处理活动在“排除、限制竞争”之外,尚存在“损害个人、组织合法权益”的情形。在体系解释之下,侵害数据权益的行为绝不仅能够通过《反不正当竞争法予以保护》予以调整和规范,通过《民法典》第1165条第1款为数据权益提供保护在实定法的解释中应当并不存在障碍。

### 三、损害赔偿数额的确定标准

前已述及,无论是否构成不正当竞争,数据权益人请求损害赔偿的请求权基础都在于《民法典》第1165条第1款。但由于《反不正当竞争法》第17条第3款、第4款确定了不正当竞争行为中损害赔偿计算的特别方式,从而与《民法典》关于损害赔偿的规则构成特别规范与一般规范的关系。因此,在侵害数据权益行为符合不正当竞争的构成要件时,应当优先适用《反不正当竞争法》第17条第3款、第4款,受害人可以主张依据实际损失、侵权获益予以赔偿,或在二者难以确定时由法院依据情节确定赔偿数额。而在数据侵权行为不构成不正当竞争时,则应当适用《民法典》侵权责任编损害赔偿的一般规范。《民法典》侵权责任编“损害赔偿”章对侵害人身权益与财产权益分别设置了不同的损害赔偿计算标准。企业数据权益作为一项财产权益,在其遭受侵害时主要应当适用《民法典》第1184条的规定。依据该条的规定,损害赔偿的确定标准为“市场价格”或“其他合理方式”。表面看来,上述两处规范对于损害赔偿的计算标准采取了完全不同的规定,但对于上述标准的具体适用事实上仍有解释的必要。

#### (一) 实际损失标准

无论是在适用《反不正当竞争法》第17条第3款抑或《民法典》第1184条确定赔偿数额时,实际损失都是无可争议的损害赔偿数额确定标准。在传统的侵害有体物场合,有体物的市场价格往往成为测算损害的依据。因循这一习惯,在数据权益的侵害中,对数据权益进行定价成为学者普遍关注的核心问题。有学者认为,在侵害企业数据权益的场合,应当依据数据产品的市场价格确定损害赔偿数额,<sup>28</sup>这一点在《民法典》第1184条中似乎同样可以得到印证,在该条中立法者也将“损害发生时的市场价格”作为侵害财产损害赔偿的计算标准之一。

然而,这一标准在侵害数据权益的损害赔偿中适用的余地恐怕较为有限。在权利继续存在说(Rechtsfortsetzungsgedanke)之下,损害赔偿乃是所受侵害的法益的客观价值替代,<sup>29</sup>但财产的客观价值仅在直接损害的赔偿中才具有意义,这也就意味着数据定价仅在侵害数据权益造成数据完整性破坏时对于直接损害的计算具有价值。但在实践中,破坏数据完整性造成直接损害的情形出现的可能性较小,大部分损害表现为对数据非法处理而导致的间接损害。而由于间接损害并非所受侵害财产权益价值的减损,因此所谓市价标准对于间接损害根

<sup>28</sup> 参见包晓丽、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77页。

<sup>29</sup> Vgl. BeckOK BGB/Johannes W. Flume BGB § 249, Rn. 111.

本没有适用的余地。<sup>30</sup>在此，数据权益的用益丧失本身并非可赔偿的损失，其必须转化为所失利益才能获得赔偿。<sup>31</sup>因此，在依据《民法典》第 1184 条确定损害赔偿数额时，侵害数据权益所造成的间接损害只能以第 1184 条中的“其他合理方式”确定。

需要说明的是，此处的实际损失主要表现为广告收入的丧失、会员资费的损失等营业收入的损失。除此之外，无论是基于《反不正当竞争法》还是《民法典》的规则确定损害数额，制止侵权行为的开支都构成实际损失。即便《反不正当竞争法》和《民法典》对此均未明确说明，但这不应当影响此种费用的可赔偿性。

## （二）获利返还标准

### 1. 借助整体类推实现数据权益侵害的获利返还

在依据《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款确定侵害数据权益的损害赔偿数额时，如果实际损失难以确定，以侵害数据权益一方的侵权获益作为确定损害赔偿数额的方式并无疑问。但是，《民法典》侵权责任编仅在第 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，而在第 1184 条中则语焉不详。因此，在侵害数据的行为不构成不正当竞争时，主张损害赔偿的数据权益人能否主张获利返还标准就存在疑问。

对于《民法典》第 1182 条所规定的获利返还能否适用于非人身权益侵害的场合的争论由来已久。持肯定观点的学者以其他权益侵害同样可能出现损害计算困难和获利剥夺必要为由，认为应当扩张《民法典》第 1182 条的适用范围。<sup>32</sup>持否定观点的学者则基于文义的限制认为仅能局限在侵害人格权的场合。<sup>33</sup>需要指出的是，通过第 1182 条将获利返还适用于非人身权益损害赔偿已经明显超越了第 1182 条“人身权益”的文义，在性质上已经属于以目的性的方式进行法律续造，而非狭义的解释。因此，本着以法律漏洞存在作为法律续造前提这一认识，<sup>34</sup>如果能够通过狭义的解释方法确定数据权益人是否可以主张侵权获利标准，那么此种狭义的解释方案应当优先适用。

在这一问题上，可以考虑的是《民法典》第 1184 条中的“其他合理方式”。在人身权益与财产权益二分的损害赔偿额确定方式中，企业数据权益应当落入财产权益的范围。因此，如果“其他合理方式”能够涵盖获利返还标准，那么自然可以依据该标准确定数据权益人的赔偿额。依据参与立法的工作人员观点，此处法律没有限制“其他合理方式”的具体所指，而是交由法官结合案情自由裁量。<sup>35</sup>最高人民法院也认为侵害知识产权的损害赔偿数额确定方法，如侵权获利、许可使用费倍数、法定赔偿等属于《民法典》第 1184 条中的“其他合理方式”，而且这些方式也具有适用于知识产权以外其他领域损害赔偿的可能。<sup>36</sup>学界也有观点认

<sup>30</sup> 参见李承亮：《〈民法典〉第 1184 条（侵害财产造成财产损失的计算）评注》，载《法学家》2021 年第 6 期，第 187 页。

<sup>31</sup> 参见[瑞]海因茨·雷伊：《瑞士侵权责任法》，贺栩栩译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 91 页。

<sup>32</sup> 参见王若冰：《获利返还制度之我见——对〈侵权责任法〉第 20 条的检讨》，载《当代法学》2014 年第 6 期，第 81—83 页。

<sup>33</sup> 参见石佳友、郑衍基：《侵权法上的获利返还制度——以〈民法典〉第 1182 条为中心》，载《甘肃政法大学学报》2020 年第 6 期，第 17 页。

<sup>34</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 246 页。

<sup>35</sup> 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社 2020 年版，第 63 页。

<sup>36</sup> 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 187 页。

为“其他合理方式”包括了侵权获利标准。<sup>37</sup>

但笔者认为，在相邻的两个条文中，立法者明确对两种不同的权益类型遭受侵害时的损害赔偿作出了不同规定，依据权益类型确定损害赔偿计算标准的立法目的不可谓不明显。作为兜底的“其他合理方式”必须应当是与市价标准具有相当性的标准。在直接损害场合，诸如鉴定价格、保险评估价格应当是“其他合理方式”的典型形态；即便是在间接损害中，也同样应当是以补偿性为必要条件的计算方式。而获利返还标准，作为一种脱离补偿性的计算方式，<sup>38</sup>并不具有与市价相当的性质。况且，如果在该财产损害赔偿数额计算的一般条款中确认获利返还的标准，使其在侵害有体物的场合均可以适用，将导致获利返还适用范围的明显扩张，以补偿为原则的损害赔偿制度恐将崩塌。因此，在解释上依据《民法典》第 1184 条直接得出不构成不正当竞争行为仍可请求获利返还标准赔偿的结论应属不妥。由此可见，狭义的解释排斥将获利返还标准作为不满足《反不正当竞争法》时数据侵害行为的赔偿额确定标准。此时，我们不得不回到法律续造的层面，追问对 1184 条进行目的性扩张或类推等续造的必要性及可行性。

从我国实定法规则来看，目前对于获利返还标准的规定主要集中于知识产权各单行法中的损害赔偿规则、《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款、《个人信息保护法》第 69 条第 2 款和《民法典》第 1182 条之中。倘若确有必要对侵害数据权益的损害赔偿适用获利返还标准，那么能否通过目的性扩张或类推适用的方式将这些规范适用于侵害数据权益的场合呢？作为财产权益的企业数据权益与《民法典》第 1182 条所保护的人身权益以及《个人信息保护法》第 69 条第 2 款所调整的作为人身权益的个人信息权益在性质上存在显著的区别。《民法典》第 1182 条或《个人信息保护法》第 69 条第 2 款中所规定的特别损害赔偿计算方法的“评价之决定性观点”<sup>39</sup>可能在于对人身权益的特别保护，直接通过目的性扩张将对人身权益的保护适用于企业数据这一财产性权益并不符合“评价之决定性观点”一致的要求。类似地，就各知识产权法单行法而言，数据权益与著作权、商标权、专利权的区别在于数据权益并非已经由法律所明确规定的绝对权，因此在类推适用时也有障碍。至于类推适用《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款，则同样可能面临基于竞争秩序维护从而肯定获利返还标准这一“评价之决定性观点”的障碍。因此，上述规则恐怕均无法直接通过目的性扩张或类推的方式适用于侵害数据权益的损害赔偿之中。

在类推也无法完成续造时，尚可考虑的是整体类推的方法。<sup>40</sup>事实上，在从更为宽广的视角上，可以发现无论是在侵害知识产权、不正当竞争抑或侵害人身权益损害赔偿的获利返还标准之中，均存在行为人利用他人非有体物之上的权益从事营利活动，而其损害难以计算这一核心事实。而恰恰是在这一基础之上，立法者才均采取了获利返还的标准确定损害赔偿

<sup>37</sup> 参见王利明：《侵权责任法研究》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 683 页。

<sup>38</sup> 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，第 85 页。相反的观点，参见 James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* 7 (Hart Publishing 2002)。

<sup>39</sup> 运用类推或目的性扩张填补开放漏洞时，均以待决事实与将适用的法律规范“评价之决定性观点”一致为前提。参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 258 页。

<sup>40</sup> 虽然整体类推与类推一样都是法律续造的一部分，但是在续造技术上，类推仍然优先于整体类推适用。参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 263 页。



数额。因此，在这些规范之中我们可以借助归纳得出这一一般性的结论：在侵权人利用他人非有体物之上的权益从事营利活动造成损害时，可以依据该营利活动中的获利作为损害的计算标准。而数据作为一项非有体物之上的财产利益，在他人通过处理数据的方式进行利用时，也同样应当允许数据权益人依据获利返还标准确定损害赔偿的数额。而且，基于法律评价一致性的原则，将这一一般性结论适用于数据权益侵害的场合也具有必要性。因此，笔者认为，借助于整体类推的方法，即便侵害数据权益的行为不构成不正当竞争，无法适用《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款，在损害赔偿中也可以将获利返还作为损害数额的确定标准。

## 2. 获利返还并非第二顺位的确定标准

尚有疑问者在于，如果数据权益人的实际损失可以被确定，是否还有获利返还标准适用的必要？或者从另一角度而言，数据权益人是否可以自行选择适用损害计算标准？在这一问题上，《反不正当竞争法》第 17 条第 3 款坚持将“实际损失难以计算”作为采取获利返还计算标准的前提。<sup>41</sup>据此，在数据权益人依据《反不正当竞争法》提起诉讼时，仅能在实际损失难以计算的情况下，方可主张以获利返还作为赔偿标准。同时，依据“法无具文”的解释原则，实际损失难以计算应当由法院进行认定，而非由当事人主张，否则“实际损失难以计算”的条件将沦为具文。因此，在严格依据文义解释的情况下，如果法院认为实际损害可以确定，那么依据《反不正当竞争法》主张损害赔偿的数据权益人如果不能证明其所遭受的实际损害，将无法获得赔偿。

然而，这一解释结论在整个法律体系之中却可能面临挑战。在规定获利返还标准的规则之中，我国民法典第 1182 条、著作权法第 54 条第 1 款和专利法第 71 条第 1 款分别修改了侵权责任法第 20 条、原著作权法第 49 条第 1 款、原专利法第 65 条第 1 款的表述，采用了直接将获利返还与实际损失平行地作为损害赔偿数额确定标准的模式。只有商标法第 63 条第 1 款尚采取与反不正当竞争法相类似的表述。前已述及，此处获利返还的规定旨在解决利用他人非有体物之上的财产性权益从事营利活动的损害赔偿问题。此时，对于均属此类的侵权行为是否有充足的理由进行两种不同的评价呢？一种可能的解释在于，人格权、著作权、专利权作为绝对权应当获得更为优越的保护，因此在其遭受侵害时，应当允许受害人自行从实际损失和获利返还标准中自由选择。然而，《个人信息保护法》第 69 条第 2 款所保护的个人信息权益同样并非《民法典》所确认的绝对权，<sup>42</sup>但也同样遵循获利返还与实际损害平行的原则。而商标权作为一项绝对权，依据文义其权利人也并没有获得优待。在此，并无理由认为法秩序有进行区分评价的理由。

事实上，作为一种独立的损害计算标准，获利返还出现的最重要原因在于被侵害客体的无形性与权利的非物质性使得损害具体化发生困难，<sup>43</sup>而这一原因在侵害数据权益的场合同样存在。同时，基于赔偿责任多元论的观点，获利返还标准与实际损害标准的并行乃是获利

<sup>41</sup> 参见王瑞贺、杨洪灿主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，中国民主法制出版社 2017 年版，第 73 页。

<sup>42</sup> 参见王利明：《论民事权益位阶：以〈民法典〉为中心》，载《中国法学》2022 年第 1 期，第 44 页。

<sup>43</sup> 参见黄芬：《人格权侵权获利赔偿的请求权基础研究》，载《法商研究》2019 年第 4 期，第 143 页。

返还作为独立的损害数额计算方式的必然逻辑结果。<sup>44</sup>因此，基于法律评价的一致性，为了避免适用中的矛盾，在数据权益遭受侵害的场合，无论是依据《反不正当竞争法》第17条第3款抑或《民法典》侵权责任编确定损害赔偿数额，均应当将获利返还与实际损失作为平行的确定损害数额的标准，交由数据权益人进行选择。

### （三）法定赔偿标准和法院酌定赔偿标准

在符合不正当竞争行为构成要件的数据权益侵害行为中，《反不正当竞争法》第17条第4款确定了在实际损失和获利均无法确定时，依据侵权行为的情节确定五百万元以下赔偿额的法定赔偿标准。<sup>45</sup>依据该款的规定，此种法定赔偿标准在适用上劣后于实际损失和获利返还标准应无疑问，且知识产权各单行法、《反不正当竞争法》《个人信息保护法》的相关条文也都确定了依据情节确定损害赔偿数额第二顺位。因此在侵害数据权益构成不正当竞争行为时，法定赔偿标准的适用并无疑问。

但是对于不能适用《反不正当竞争法》第17条确定损害赔偿数额的数据权益侵害行为而言，在实际损失和获利均无法确定时是否也应当存有第二顺位的损害数额确定标准呢？依据前文对于获利返还标准可适用性的论证，在知识产权各单行法、《反不正当竞争法》《个人信息保护法》和《民法典》均有类似的规定下，似乎同样可以借助整体类推的方法确认这一规则。但是，如果仔细观察知识产权各单行法、《反不正当竞争法》《个人信息保护法》《民法典》的相应规则却可以发现，此处立法者使用了并不相同的处理方式。在知识产权单行法和《反不正当竞争法》中，立法者规定了此种赔偿标准的下限或者上限；而在《个人信息保护法》第69条第2款和《民法典》第1182条中，立法者并未规定赔偿的上限和下限，而是交由人民法院依据实际情况确定。

这一看似微小的差异，使得两种赔偿标准在性质上产生了明显的差异。在确定了上限或下限的情形下，损害数额不再以实际损失或获利作为依据，法律直接确定赔偿数额的上限或者下限，由法官在法律规定的范围内进行损害数额的确定，因此这一确定标准普遍被称为法定赔偿。<sup>46</sup>直接依据法律规定确定赔偿数额是法定赔偿的核心特征，而在《个人信息保护法》第69条第2款和《民法典》第1182条中，法律并未直接规定损害赔偿的数额，法院并不能直接依据法律规定确定赔偿数额，而只能依据实际情况酌定赔偿数额。如此一来，在侵害数据权益造成的实际损失和获利数额均不能确定时，据以进行整体类推的规范内部似乎出现了评价的不一致，整体类推的根基似乎已被动摇。因此，无论是知识产权单行法和《反不正当竞争法》所规定的法定赔偿抑或《个人信息保护法》和《民法典》所规定的法院酌定赔偿似乎均无法类推至数据权益侵害之情形中。

然而，如果我们观察知识产权侵权司法实践却可以发现和立法完全不同的图景。在知

<sup>44</sup> 关于损害赔偿责任多元论及由此产生的获利返还与实际损害标准适用的顺序，参见李承亮：《多元赔偿责任论》，载《法学评论》2020年第5期，第80—81页。

<sup>45</sup> 《反不正当竞争法》本将法定赔偿标准局限于该法第6条、第9条的不正当竞争行为之上，但是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（法释〔2022〕9号）第23条对此进行了扩张，依据这一规定，侵害企业数据权益符合《反不正当竞争法》第2条和第12条的，同样可以适用第17条第4款的损害计算方式。

<sup>46</sup> 参见李永明：《知识产权侵权损害法定赔偿研究》，载《中国法学》2022年第5期，第176页；蒋舸：《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》，载《法商研究》2019年第2期，第182页。

知识产权侵权司法实践中，法定赔偿数额事实上经常被加以突破，各个单行法所确定的法定赔偿数额往往成为法官在综合各要素后酌定赔偿数额的依据。<sup>47</sup>这一现象是可以被理解的。无形财产损害和所失利益的计算难题势必导致实际损失证明的困难，而以获利返还标准确定损害数额也不得不面临难以获取侵权人账簿资料等难题，因此酌定赔偿实际上是侵害他人非有体物之上的财产性权利和利益从事营利活动中损害难以确定的必然要求。加之在知识产权侵权司法实践中，法定赔偿标准已经逐渐异化为酌定损害赔偿标准。因此，在侵害数据权益的场合，虽然不得类推适用法定赔偿的规定，但是法院酌定赔偿数额的规定仍然可以获得适用。且该种损害赔偿标准并不具有独立性，其仍不过是依据实际损失标准或获利返还标准之一确定损害数额的方式。

#### 四、损害及其数额的证明

##### （一）损害存在与损害数额均属待证事实

在主张损害赔偿的诉讼中，损害事实的存在与损害数额虽然往往被一并评价，但二者并非是完全等同的事实。就损害发生与否的事实而言，前已述及，即便侵害数据权益的行为构成《反不正当竞争法》第12条第2款第4项或第2条中的不正当行为时，数据权益人的损害赔偿请求权基础仍然在于《民法典》第1165条第1款，所以必须满足该请求权发生的要件。因此，如果数据权益人不能证明损害的存在，也就根本没有损害赔偿的问题。无论数据权益人主张采取何种损害赔偿确定标准，<sup>48</sup>均需证明损害的存在，否则就根本无法适用《反不正当竞争法》第17条所规定的损害赔偿赔偿数额确定特别规范。因此，在实践中有的法院一方面认为原告根本没能完成对于损害存在的证明，另一方面又以《反不正当竞争法》第17条第4款的方式确定法定赔偿额的做法值得商榷。<sup>49</sup>

而就损害数额而言，有观点认为，依据证明对象为“过去的事实存在与否”的观点，作为证明对象的待证事实应当体现为可以被判断为是否存在的某项事实。然而，由于损失数额并不能以事实存在与否进行判断，因而损害额并非一项事实问题而是一项法律问题，在性质上属于通过金钱对损害予以评价的问题。<sup>50</sup>倘若遵从此种观点，那么损害数额并不属于待证事实，自无举证责任的分配与证明标准的确定问题。相应地，损害赔偿数额也就并非由当事人证明的事项，而是由法官依据当事人就损害据以产生的事实，进行法律适用加以确定。这种将损害数额作为法律适用问题的认识，将使得当事人的证明止步于构成损害额的各种前提事实，在当事人完成这一事实的证明后，这些事实带来的损害额将不再受到当事人举证的影响。

<sup>47</sup> 关于我国法上法定赔偿制度运行情况，参见和育东：《知识产权侵权法定赔偿制度的异化与回归》，载《清华法学》2020年第2期，第150页以下。

<sup>48</sup> 在侵害知识产权的损害赔偿中，有观点认为，如果受害人主张以获利返还作为损害计算的标准，当事人只需证明侵权人获益而无需证明自身损害。（参见曹新明：《我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计》，载《现代法学》2019年第1期，第115页）但是，这种观点似乎模糊了作为损害计算方法的获利返还与作为责任成立要件的损害，因此为本文所不采。而就法定赔偿标准而言，也有观点认为，由于法定赔偿在性质上并非损害赔偿，因而其不以证明损害为要件。（参见王迁、谈天、朱翔：《知识产权侵权损害赔偿：问题与反思》，载《知识产权》2016年第5期，第39页）但事实上，法定数额只是免去对损害数额的举证，而非免除对损害的举证。

<sup>49</sup> 参见“上海汉涛信息咨询有限公司诉北京百度网讯科技有限公司等不正当竞争纠纷案”，上海知识产权法院（2016）沪73民终242号民事判决书。

<sup>50</sup> 参见[日]潮见佳男：《作为法官裁量问题的“相当损害额”：以日本〈民事诉讼法〉第248条的适用为中心》，姜荣吉译，载《北方法学》2014年第5期，第6页。

据此，在侵害数据权益的损害赔偿中，如果数据权益人能够证明损害据以产生的事实，例如用户数量的减少、广告收入的丧失等，那么数据权益人即完成了对于损害存在的证明，即便没有证明具体的损害数额，也不会因未能完成证明而遭受诉讼上的不利后果。

然而，这种认识似乎有待商榷。首先，上述观点将待证事实建立在“过去的事实存在与否”的立论之上，认为损害数额无法通过“存在与否”进行评价。如果将损害数额理解为数额的多寡，其确实难以构成“过去的事实存在与否”的评价。但是，损害的数额从另一个角度也可以被认为是一定数额的损失是否落入损害范围这一命题是否成立的判断。因此，损害的数额与损害是否存在一样均可以理解为“过去的事实存在与否”的命题，从而具备成为待证事实的资格。其次，损害数额作为一种待证事实是损害确定性要件的要求。损害的确定性作为损害赔偿中的隐性条件，即“只赔偿可以确定的损害”，在各国法律中普遍达成了共识。<sup>51</sup>而损害存在与否本身并不能解决损害的确定性问题，损害数额才是损害确定性的反映。<sup>52</sup>所以损害这一要件实际上包括了损害存在与否和损害范围多寡两个要素，<sup>53</sup>也正是因此，在明确规定损害证明责任分配的立法例中，损害数额的大小被认为是与损害一样由受害人负担证明责任的待证事实。<sup>54</sup>

不过，在数据权益遭受侵害的场合，基于不同的损害确定标准，需要损害数额的证明也不尽相同。在采用实际损失标准确定损害数额时，待证事实已经较为清晰，即数据权益人因侵害行为遭受的直接损害与间接损害。但是在采取获利返还标准确定赔偿数额时，损害以侵权人获利为标准计算，因此数据权益人应当证明的乃是加害人的获利。但是，在依据法定赔偿标准或法院酌定标准确定数额时，情况似乎稍有不同。在我国侵害数据权益案件的司法实践中，在采取法定赔偿标准时，法院一般不再将损害数额作为一项待证事实，即便当事人不能完成该事实的证明，也不会承担诉讼上不利的后果。<sup>55</sup>应当承认，法定赔偿作为一种金钱救济方式已经超越了损害的填补功能，所谓损害的确定性也就自然无从谈起。在此，立法者已经作出了即便受害人不能证明损害数额也同样可以获得金钱救济的决断，因此在依据《反不正当竞争法》第 17 条第 4 款确定损害赔偿数额时，即便不能完成数额的证明，也可以获得法定赔偿。

但是基于前文的论述，在《反不正当竞争法》第 17 条第 4 款无法适用时，数据权益人只能类推适用酌定赔偿的规则而不能适用法定赔偿规则。在酌定赔偿之中，损害数额并非无需证明的事实。数据权益人仍然需要就实际损害或侵权人获利进行举证，只不过在法院认为无法达到证明标准时，可以依据具体情形进行酌定。

## （二）损害数额的证明标准

在依据《反不正当竞争法》提起侵害数据权益损害赔偿的诉讼中，法院往往倾向于认定

<sup>51</sup> See Richard Hasen, *Remedies* 108 (4th ed., Wolters Kluwer 2017).

<sup>52</sup> See Harvey McGregor, *McGregor on Damages* 325 (18th ed., Sweet & Maxwell 2009).

<sup>53</sup> 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 283 页。

<sup>54</sup> 例如《瑞士债务法》第 42 条第 1 款明确规定了损害的证明责任分配，一般认为该条中的损害即包括损害事实与损害数额。参见[瑞]海因茨·雷伊：《瑞士侵权责任法》，贺栩栩译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 60 页。

<sup>55</sup> 参见“北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案”，北京知识产权法院（2016）京 73 民终 588 号民事判决书。

数据权益人没能完成对实际损害或侵权获利数额的举证，因此适用法定赔偿成为普遍结果。<sup>56</sup>这一现象也同样出现在客体同样无形的知识产权的损害赔偿诉讼中。在知识产权领域，法定赔偿的不当扩大也已经为学者诟病久已，动辄以损害数额无法确定为依据而适用法定赔偿成为普遍存在的现象。<sup>57</sup>应当看到，在数据权益侵害的场合，客体无形性客观上确实增加了损害计算和举证上的困难，但是法定赔偿并非解决这问题的唯一路径。况且，前已述及，在不构成不正当竞争的数据权益侵害中，依据现行法律并无法定赔偿的适用余地。因此，有必要通过其他方式解决数据权益损害数额证明的难题。

从比较法上来看，在损害赔偿诉讼中，对损害数额的认定相较于其他事实的认定多存有特别规范。《德国民事诉讼法》第 287 条第 1 款即明确对损害数额的证明采取简化证明的方式。在日本，立法者对于损害证明困难的情形，同样认为即便损害额的证明并未达到确信的程 度，法院也可以认定相当的损害额。<sup>58</sup>上述立法例虽然都达成了损害数额认定上的便捷，但对于其作用方式的认识并不相同。一般认为，德国民事诉讼法上实现的损害数额的简化证明是通过降低证明标准实现的。<sup>59</sup>而在对于《日本民事诉讼法》第 248 条的解释中，除损害证明降低说<sup>60</sup>之外，还有观点认为该条也包含了裁判者依据自由裁量认定损害额的内容，即自由裁量说。<sup>61</sup>在瑞士，依据《瑞士债务法》第 42 条第 2 款计算所失利益时，也往往被认为是通过法官自由裁量的结果。<sup>62</sup>必须指出，在损害数额的确定上，降低损害数额的证明标准并不意味着可以衡平地认定损害数额，<sup>63</sup>降低证明标准与无需形成心证的法官自由裁量是两种完全不同的路径。前者仍然要求对损害数额完成证明，只不过证明标准无需达到确信程度；而后者则完全不需要就损害数额的证明形成心证，法官便可通过自由裁量确定赔偿数额。

受比较法上的影响，在我国也有学者主张在非法定赔偿的损害计算中，应当通过降低证明标准的方式避免法定赔偿的不当扩大，<sup>64</sup>更有学者自立法论角度在更为一般的层面，主张通过降低证明标准的方式认定损害数额。<sup>65</sup>具体到侵害数据权益的损害赔偿问题上，基于前文的论述，法院酌定标准是一项可以通过整体类推的方法适用于数据权益损害赔偿的数额确定标准，但是其并非一项独立的损害赔偿确定标准，而是基于实际损失或获利返还标准确定损害数额的一种特别形态。无论是依据以整体类推的《个人信息保护法》第 69 条第 2 款

<sup>56</sup> 参见“北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案”，北京知识产权法院（2016）京 73 民终 588 号民事判决书；“北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司其他不正当竞争纠纷案”，上海知识产权法院（2016）沪 73 民终 242 号民事判决书。

<sup>57</sup> 参见曹新明：《我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计》，载《现代法学》2019 年第 1 期，第 123 页。

<sup>58</sup> 参见[日]伊藤真：《民事诉讼法》，曹云吉译，北京大学出版社 2019 年版，第 249 页。

<sup>59</sup> Vgl. MüKoZPO/Prütting ZPO § 287, Rn. 3.

<sup>60</sup> 参见[日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社 2008 年版，第 395 页。

<sup>61</sup> 参见[日]伊藤真：《民事诉讼法》，曹云吉译，北京大学出版社 2019 年版，第 249—250 页。

<sup>62</sup> 参见[瑞]海因茨·雷伊：《瑞士侵权责任法》，贺栩栩译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 60 页。

<sup>63</sup> Vgl. MüKoZPO/Prütting ZPO § 287, Rn. 3.

<sup>64</sup> 参见蒋舸：《知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归》，载《法商研究》2019 年第 2 期，第 188—189 页。有学者将侵害知识产权中的酌定赔偿与精神损害赔偿相对比，认为侵害知识产权中的酌定赔偿仍然需要依据举证形成心证，因而事实上采纳了降低证明标准的观点。参见张晓霞：《知识产权酌定赔偿立法之检讨》，载《科技与法律》2011 年第 6 期，第 21 页。

<sup>65</sup> 参见段文波：《事实证明抑或法官裁量：民事损害赔偿数额认定的德日经验》，载《法学家》2012 年第 6 期，第 172—173 页。

还是《民法典》第 1182 条，法院酌定赔偿均以实际损失或侵权获利难以确定为前提，此时未能证明实际损失或侵权获利的数据权益人仍然可能获得法院酌定的赔偿，并非数额的证明责任被免除，毋宁是法院可以适当降低实际损失或侵权获利数额的证明标准。例如，侵害数据权益造成广告收入降低的场合，当事人无需通过举证已经订立的广告合同证明其确实可能获得的收益，而只需证明其广告收入状况即可，法官在此无需达成对某一数额的确信，而只需依据一般情形认为该广告收入可以获得即可认定损害的数额。在此，证明标准虽然被降低，但如果法院仍然认为无法完成数额的证明，便不应进行酌定赔偿。

## 五、结语

在司法实践中，对于侵害企业数据权益的损害赔偿问题，大可不必将《反不正当竞争法》规则视为“救命稻草”，《民法典》规范已经为企业数据权益保护预留了充足的解释空间。虽然企业数据权益作为一项尚未由立法明确性的新兴权益类型，但是借助于法律解释的技术，现行法律制度可以为其保护提供基本依据。可以预见的是，伴随数字化时代进程的加速，人们对于数据权益的关注会日益增多。但是，在关注这些新兴权益的特殊性，致力于自立法论角度不断构建新理念、新学说、新制度时，我们也必须从解释论的视角挖掘现行法对新问题的回应能力。只有如此，才能有助于新兴权益中真问题的发现，也才能确保实现法秩序的统一。

### **On the Interpretation of Damages Caused by Infringement of Enterprise Data Ownership**

Pan Chongyang

**Abstract:** Regardless of whether or not the Anti-Unfair Competition Law applies, the basis for a data owner's claim for damages lies in Article 1165, Paragraph 1, of the Civil Code. For behaviors regulated by the Anti-Unfair Competition Law, the special rules for determining the amount of damages in Article 17 of the Anti-Unfair Competition Law may apply. For behaviors not adjusted by the Anti-Unfair Competition Law, the gain-based damage can be adjusted by an overall analogy, and the data owner can choose to claim either the actual loss or the gain-based damage. In addition to statutory compensation, the data owner who claims damages needs to prove the damage and the amount of damage, but the standard of proof can be appropriately lowered for the determination of the amount of damage.

**Keywords:** data ownership; damages; anti-unfair competition law; overall analogy

（责任编辑：丁洁琳）