

违约可得利益损失赔偿的确定标准

郝丽燕

内容提要:我国《合同法》第 113 条规定违约责任中可得利益的赔偿额度以“预见或应当预见”为界限,但是司法裁判中经常援用“确定性规则”对可得利益损失赔偿不予支持。“可预见性规则”是在因果关系之外的附加要件,其目的是为了限制可得利益损失赔偿,避免违约方承担过分的赔偿责任,而“确定性”则是诉讼中判断是否存在可得利益时的证明标准问题。英美法及大陆法在可得利益证明标准方面现阶段通常采“极大可能性”理论。“可预见性”和“极大可能性”涉及的是可得利益的不同方面,二者同时满足才能使违约可得利益损失得到赔偿。另外,在确定可得利益的数额时可以选择具体计算方法或抽象计算方法,抽象计算方法一般仅适用于商业领域。

关键词:可得利益 可预见性 确定性 具体计算 抽象计算

郝丽燕,济南大学政法学院讲师。

一 引 言

可得利益(lucrum cessans)损失赔偿制度肇始于罗马古典法时期,^[1]普通法时期的可得利益损害赔偿在莫姆森(Friedrich Mommsen)^[2]和科恩菲尔德(Richard Cohnfeldt)^[3]的研究之后便尘埃落定。现代损害赔偿法的基本理念首先是填补损失,即填补产生的不利,该理念下可得利益损失同样应当予以赔偿。如何确定需要赔偿的可得利益是填补损失理念下损害赔偿法中的一个困扰颇多的问题。

根据我国《合同法》第 113 条,违约责任中损失的赔偿额“包括合同履行后获得的利益,但是不得超过违反合同一方订立合同时预见或者应当预见到的因违反合同可能造成

[1] Below, Karl-Heinz, Die Haftung fuer lucrum cessans im roemischen Recht. Muenchen 1964, S. 1, 123.

[2] Mommsen, Friedrich, Beitrage zum Obligationenrecht 2. Braunschweig 1855, S. 134, 173.

[3] Cohnfeldt, Richard, Die Lehre vom Interesse nach roemischem Recht. Leipzig 1865.

的损失”。该规定包含了两大基本理念——完全赔偿(Totalreparation)和限制责任(Beschränkung der Haftung)。其中的“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益”体现了完全赔偿原则;“可预见性”要件则是限制责任理念的呈现。尽管我国理论界对“可预见性”无论在理论基础方面,还是在构成要件方面都有颇多研究,^[4]但是这些研究多限于以国外早期的研究为基础,对该规则存在的意义和内容等方面的研究并不十分全面。而在司法实践中,法院的裁判则很少将“可预见性规则”作为裁判的依据,^[5]当事人也极少用“可预见性”抗辩,法院在裁判中更倾向于运用“确定性规则”来判断是否存在需要赔偿的可得利益损失,这导致“可预见性”规则在一定程度上似乎被架空。因此有观点提出,应当在可得利益损失赔偿中构建“确定性规则”,^[6]但是“确定性”在各国司法裁判中逐渐被扬弃,因此该观点颇值商榷。另外,在可得利益的计算方面,无论是理论界抑或实务中都没有建立起具体可操作的计算方法。

面对上述问题,我们必须思考:在违约可得利益的损失赔偿方面,“可预见性规则”并非被所有立法例采纳,那么我国《合同法》把“可预见性”规定为可得利益损失赔偿的要件是否具有合理性;“确定性规则”是否能够作为可得利益损失赔偿的实体法要件;实践中如何确定应当赔偿的可得利益。鉴于此,本文除了从多个视角论证“可预见性”要件的必要性和主要内容之外,还将从证明标准方面论证“确定性规则”的不合理性,取而代之的应当是“极有可能性”的证明标准。在可得利益损失的计算方面,可以采取具体计算或抽象计算方法。

二 “可预见性规则”的必要性

(一)“可预见性规则”立法例

除了我国《合同法》第113条,要求应当予以赔偿的可得利益具有“可预见性”在其他国家的立法例中也屡见不鲜,比如《法国民法典》第1149条和第1150条、《意大利民法典》第1225条和《西班牙民法典》第1.107条;在国际性法律法规中,《联合国国际货物销售合同公约》第74条、《国际商事合同通则》第7.4.2和7.4.4条、《欧洲合同法基本原则》第9:502和9:503条等都规定了可得利益损失赔偿以“可预见性”为其界限。

损失赔偿的“可预见性”(foreseeability)是美国习惯法中的经典规则,多次在法律中予以规定。尽管时至今日,英国的Hadley vs. Baxendale案^[7]仍然对美国的损失赔偿法影

[4] 参阅范在峰、张斌:《两大法系违约损害赔偿可预见性规则研究》,《比较法研究》2003年第3期,第18页以下。

[5] 刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第88页;吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第70页。

[6] 吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第71页。该论文对1999-2008年间300件涉及可得利益的案件进行了统计,结果表明,仅15件在判决理由或当事人抗辩中涉及“可预见性”,而涉及“确定性”的达65件。

[7] 发生于1854年的Hadley vs. Baxendale案是英国法院在可得利益损失赔偿中引入“可预见规则”的第一个判决。1949年的Victoria Laundry Ltd. vs. Newmann Industrie Ltd.案的裁判修正了Hadley vs. Baxendale案中得出的结论,明确提出“可预见性规则”(contemplation rule)。

响颇大,被称为“英国和美国法科学生必读案例”,^[8]实际上在该案之前,美国法院在相关的裁判中就已经要求予以赔偿的可得利益损失应当具有“可预见性”。比如在1839年的Blanchard vs. Ely^[9]案中,原告向被告主张可得利益损失赔偿,判决援用了波蒂尔的学说,以损失不具有“可预见性”为由驳回了原告的诉讼请求。同年,路易斯安那州最高法院的一个判决同样运用“可预见性规则”,同样引用了波蒂尔的学说来进一步论证。^[10]塞吉维克(Sedgwick)的教科书中也以波蒂尔的学说为基础论证了“可预见性规则”。^[11]英美法中的违约责任是严格责任,“可预见性规则”当然与违约人是否有过错无关,这样一来“可预见性规则”在英美法中的适用余地明显要比在法国等大陆法系中更广泛。

德国民法对“可预见性”没有任何要求,因为根据《德国民法典》第249条,德国法的损害赔偿秉承“完全赔偿”原则(Totalreparation),违约引起的损害赔偿范围仅借助“因果关系”判断,无须考虑“可预见性”,只要与违约有相当因果关系的损害就会得到全部赔偿。^[12]同样对可得利益的损害赔偿不要求“可预见性”要件的还有瑞士债法。

现代民法对应当予以赔偿的可得利益损失的“可预见性”的规定主要区分为以下几种情形:不要求损失的可得利益具有“可预见性”,以德国民法和瑞士债法为代表;仅在一般过失性的违约中要求可得利益预见或者应当预见,法国民法、意大利民法和西班牙民法选择此类规范;无论故意违约(欺诈),抑或过失违约,都要求可得利益的“可预见性”,即可得利益的损害赔偿与过错无关,此为《联合国国际货物销售合同公约》以及英美法的道路。在可得利益的损害赔偿中引入“可预见性规则”符合现代损害赔偿理念的发展趋势,从多个视角看都有其存在的必要。

(二)现代私法理念下“私法自治”难以令人信服

波蒂尔认为,违约责任中的损害赔偿引入“可预见性规则”的法理基础是私人自治,^[13]不仅合同中约定的义务应当以私人自治为基础,不履行合同产生的法律后果也应当尊重当事人的意愿。当事人的意愿仅仅包括在缔结契约时债务人能够预见到的合同不依约履行时产生的法律后果,^[14]没有预见到的或者不能预见到的法律后果,则不能被当事人的意思所包含。

但是,私人自治在今天私法领域的意义不断降低,甚至被认为已经“走下神坛”,合同的内容及相关法律后果主要不再依赖于当事人的“意思”,^[15]而往往是法律直接规定的结果。“可预见性”在可得利益损害赔偿中是否有必要存在一度受到质疑。依波蒂尔的观点,保护私人自治恰是“可预见性”的首要任务,当私人自治的地位式微时,“可预见性”规

[8] General Electric v. Leslie Paper Co., 1993 WL 41429.

[9] Blanchard v. Ely, 21 Wendell 342, 348 ff. (N. Y. 1839).

[10] Williams v. Barton, 13 La. 404, 410 (1839).

[11] Sedgwick, Theodore, A Treatise on the Measure of Damages. New York 1847, P. 64 ff. ——Hadley vs. Baxendale 案也以该教科书中的论证为基础。

[12] DB 1956, 110; Palandt, Das Buergerliches Gesetzbuch. Muenchen 2007, Vor § 249 Rn. 6.

[13] Porthier, Robert Joseph, Traite des obligations. Dalloz-Sirey 2011, S. 181 ff; Finke, Stephanie, Die Minderung der Schadensersatzpflicht im Spanischem Recht. Goettingen 2005, S. 115.

[14] Porthier, Robert Joseph, a. a. O. S. 181 ff.

[15] 范在峰、张斌:《两大法系违约损害赔偿可预见性规则研究》,《比较法研究》2003年第3期,第18页。

则对违约可得利益损失赔偿的意义必然逐渐变弱。而且,无限制地适用“可预见性规则”会使当事人之间原本已经形成的平衡朝着更有利于债务人的方向发展。在现阶段法国的司法实践中,“可预见性规则”的意义确实已经大不如前。首先,法官在有些裁判中不再依职权审查损失的可预见性,只有当被告主张损失的“可预见性”时,法官才可以审查损失的可得利益是否已经预见或者应当预见,这样一来,“可预见性规则”就成为抗辩权,而非请求权成就的要件,但是实践中被告很少会主张“可预见性”。^[16]

波蒂尔的学说有其显著的时代背景,彼时私法领域强调当事人的“意思”,因此波蒂尔的学说在当时很容易被大家接受,但是事实上并没有其他充分的理由可以认为在出现履行障碍时允许当事人主张自己的“意思”可以覆盖到损害赔偿请求权。相反,为了实现私法自治,必须对通过私法自治取得的权利和法定权利进行同等保护,在法律后果方面,即要求对合同上的请求权的保护不能弱于对侵权请求权的保护,既然侵权请求权不受“可预见性规则”的限制,违约时的可得利益的赔偿从私法自治的角度看,也不应该受“可预见性”的限制。认为私人自治原则下当事人的意思仅仅包括赔偿可预见的损失的观点缺乏合理性基础,债务人的意思仅仅包括对可预见的损失进行赔偿的观点过于武断。^[17]因此,尽管波蒂尔的私法自治理论曾经对“可预见性规则”产生了深远的影响,但是时至今日,我们不再过于注重合同当事人的“心素”,因此,仅从私法自治的角度论证“可预见性规则”的合理性很难令人信服。

(三)社会发展的要求

违约损害赔偿法引入“可预见性规则”是对完全赔偿责任的限制。^[18]德国民法对可得利益之所以不要求可预见性,主要原因在于德国的损害赔偿法要求完全赔偿,适用“全部或无原则”(alles-oder-nichts-Prinzip),损害赔偿的目的在于使受损害人能够恢复到如同损害行为未发生时的状态(《德国民法典》第249条)。德国民法在确定损失是否应当予以赔偿时,要求违约行为与损失的可得利益之间存在因果关系,其他要件满足时,因果关系确定存在,那么能够依据《民事诉讼法》第287条证明的损失就应当予以赔偿,不受“可预见性规则”的限制。

完全赔偿原则长久以来受到不少批评,因为损害人的完全赔偿责任在现代社会中不再具备合理性,完全赔偿原则所保护的损失范围过于宽泛,对损害人的惩罚过重,没有考虑到他们的实际赔偿能力。^[19]特别是18世纪人类社会进入工业时代后,如果将损害人和受损害人的利益进行比较,完全赔偿责任的这种缺点更加明显。先进的机器设备、技术、材料等的使用隐藏了巨大的损害的潜力,频繁的交易活动同样会将一个因果链条上的损失无限扩大,看似普通的违约或侵权行为,在现代社会将引起一系列的连锁反应,完全赔偿原则可能会使损害行为人处于一种毫无保护的境地,有时可能危及他们的生存。另

[16] Viney, Genevieve, La Responsabilite: effets. Paris 1988, Nr. 319.

[17] Faust, Florian, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäss Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG). Tuebingen 1996, S. 199.

[18] 叶金强:《违约损害赔偿中的可预见性规则》,《南京大学法律评论》2001年春季号,第214页。

[19] Finke, Stephanie, a. a. O. S. 30.

外,因为在很多情况下确定过错时,采取了过错推定原则,侵权责任中又普遍引入了危险责任,这些都更加全面地保护了受害人的利益,损失赔偿法的这种对损害人不利的发展必须受到限制,因此很多国家的司法裁判或立法尝试设立考虑损害人利益的规则或原则,使他们免受无边界的损失赔偿责任的负累,比如《西班牙民法典》第1.103条明确规定了损失减少义务(Schadenminderungspflicht),《意大利民法典》也规定损失应该在“一定界限”内予以赔偿(第1225条,第1227条第二款,第2056条第二款)。

可得利益损失赔偿中引入“可预见性规则”,恰恰可以限制损失赔偿的范围,倾向于保护违约方,这一点明显与“全部或无原则”违背,德国民法无论是理论界还是实务界都回避“可预见性规则”。但是“可预见性规则”在其他多个国家的损失赔偿法中予以规定或承认,这种现象在一定程度上说明,仅仅依靠相当因果关系(Adaequanztheorie)和规范的保护目的说(Schutzzweck der Norm)为判断标准而确定应当赔偿的可得利益损失范围并不能适应现代社会的发展。随着技术的进步,交易形式的多样化、频繁化,仅仅根据因果关系确定的损失赔偿的额度有时过高,违约一方承担的赔偿压力过大,因此有必要借助“可预见性规则”来进一步限定应当赔偿的可得利益损失的范围。

(四)促进合同当事人间信息的交流

“可预见性规则”可以提高合同双方当事人在订立合同时相互交流与合同相关的信息的积极性。可得利益损失赔偿引入“可预见性规则”,促进了风险分配,^[20]特别是在无过错的违约责任中,比如英美法和我国合同法,可以借助可预见性将违约产生的损失在合同当事人之间予以分配,对于可预见的风险,由违约方承担,而对于不可预见的风险,则由非违约方承担。这样,为了让对方在违约时能承担可得利益的损害赔偿赔偿责任,双方当事人会尽可能把与可得利益相关的信息告知对方,特别是可能引起损害的信息。

信息的交流在合同中的作用主要表现在两方面,^[21]其一是当事人可以借助信息更准确地判断是否订立合同,以及合同内容,比如在订立买卖合同时,卖方承担的风险往往影响买卖合同的价格,在最终订立的买卖合同中,价格和对待给付实际形成了一种平衡关系,卖方未预见某种风险,当然不会将它计算在价格中;发生卖方违约时,如果让卖方承担未预见到的可得利益风险,则打破了订立合同时形成的给付与对待给付的平衡关系。信息交流的另一个主要作用在于,当事人可以通过信息交流提前预见可能发生的妨碍合同履行的风险,进而及时采取措施,有效地避免损失发生。并且双方交流的信息的详细程度,对风险的避免也有影响,信息不准确、不详细,当事人可能会错误估计风险,结果是可能无法及时采取有效的措施。鉴于上述情况,合同法的规则应当尽量促进当事人之间详细交流信息,“可预见性规则”的功能恰好在于,促进合同双方将有关于违约可能带来的损失信息告知对方,借此双方可以最公平的价格订立合同。另外,如果非违约方不告知违约方有关可得利益的信息,他就使违约方陷入了对自己承担的风险不明的状态,在这种情况下他如果仍然要求违约方赔偿可得利益损失,那么作为债权人的非违约方就有滥用

[20] Faust, Florian, a. a. O. S. 213 ff.

[21] Faust, Florian, a. a. O. S. 219.

权利的嫌疑。

法经济学的代表人物,美国学者波斯纳则把信息交流和“最低成本规则”(cheapest cost avoider)结合在一起讨论“可预见性规则”。波斯纳将“信息问题”和“谁承担风险费用最低”混在一起论证“可预见性”,实际上在充分获得信息时,哪一方承担风险更符合最低成本规则与“可预见性”并无关联。“可预见性规则”只是确定双方的风险分配,波斯纳却认为,借助“可预见性规则”可以将风险分配给承担风险成本低的一方。^[22] 此观点是对“可预见性规则”功能的曲解,如果买方得知卖方是最低成本方,那么买方将不会有强烈的动机将可能产生的可得利益的损失告知卖方,因为这样的信息不会为买方带来任何好处,只能使其支付更高的价款,^[23] 我们很难要求在商品社会中理性的交易人为了避免风险而主动支付更多的费用。因此,试图从经济效率方面寻求支持“可预见性”规则的论证角度失之偏颇。

(五)促进交易

保护合理预期被认为是合同法的基础,甚至是专有功能,^[24] 只有缔约人的合理期待得到充分保护,他才有可能积极地参与交易。违约可得利益损失赔偿中要求当事人对损失的可得利益“预见”或者“应当预见”,同样符合保护合理期待的需要。如果让合同的当事人在违约时承担不受任何限制的、不可预计的责任,当事人缔结契约的热情会被吓退,这样就阻碍交易的发生,进而阻碍经济发展的活力。可得利益本来就有不确定性,如果违约方承担不可预见的损失,那么合同当事人在订立合同时的顾虑就会更大。^[25] 没有人愿意承担不可估计的风险,“可预见性规则”可以使合同当事人避免承担不可计算的责任,当事人会有安全感,至少他们可以对自己在最坏情况下应当承担的责任的范围有所预见,交易双方才会更有意愿缔结契约,进而促进交易和经济的发展。

可得利益损失赔偿中引入“可预见性”要件符合违约损失赔偿法的总体发展趋势,该要件是对完全赔偿责任下损失赔偿额度的有效限制。在现代社会中,科学技术的发展、交易形式的发展等都使每个交易的背后隐藏着巨大的可得利益,一个损害行为可能引致不可估量的损失。完全赔偿理念下,违约行为人在某些情况下将承担过分的损害赔偿责任,这样会使人们在进行交易时非常谨慎,其结果必然不利于经济的繁荣发展。可预见性规则无论是从促进当事人信息交流,促进交易,还是从保护当事人合理预期,抑或合理分配风险的视角看,都有利于双方当事人订立合同、促进市场经济繁荣,促进社会整体经济利益的提高,这恰好符合《合同法》的主要功能。^[26]

[22] 波斯纳在《法律的经济分析》中提出,如果风险只为契约一方所知,那么契约另一方就不应对可能发生的损失承担法律责任。这一原则促使知晓风险的一方当事人采取适当的预防措施,或者在他相信另一方可能为更有效率的损失预防者或风险分散者时,可向该方当事人表明并向他支付代价,要求他承担这一损失风险。这样,就产生了以最有效率的方法分配风险的激励。——[美]波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第162页。

[23] Faust, Florian, a. a. O. S. 227.

[24] 参阅[英]P. S. 阿狄亚著:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第34页以下。

[25] Roujou de Boubee, Marie-Eva, Essai sur la notion de reparation. Paris 1974, S. 303.

[26] 参阅刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第85页。

三 “可预见性”的内容

(一)“可预见性”的对象

在可得利益的“可预见性”中,需要确定的另一个问题是“可预见性”涉及的对象是什么?我国《合同法》第113条中规定:“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”,从条文的规定可以认为,我国《合同法》要求可预见的内容是“损失额度”。

但是在有些立法例中则缺乏对“可预见性规则”的对象明确规定,对此问题因而存在争议。意大利和法国的理论学说和司法裁判曾经认为“可预见性”对象所包括的范围十分宽泛,除了损失本身之外,引起损失的事件、因果链条等都属于“可预见性”的对象。比如意大利学者迟罗尼(Chironi)就提出,“为了对损失承担责任,不履行一方必须能预见引起损失的原因。”^[27]另一位学者贝里尼(Bellini)称,“违约方如果能预见因果链,那么他必须赔偿该链条内的事件引起的损失。”^[28]这种观点显然将因果关系和“可预见性”混淆,进而使“可预见性”与完全赔偿原则一致,这与意大利民法典确立的违约可得利益损害赔偿中的非完全赔偿原则相悖。

可以确定的是,当前各国都不要对“违约”本身具有“可预见性”,而且这种要求也不符合逻辑,如果非违约方预见到了违约行为,他通常不会订立合同;如果违约人已经预见到了“违约”,仍然订立合同,那么很可能存在欺诈行为。目前关于“可预见性”的范围的争议之处主要在于,是否只要预见或者应当预见违约责任将引起可得利益的损失即可(即损失的类型),还是要求预见到具体的损失额度。英国的判例对该问题的表达相对清楚:没有任何判例要求损失的额度可以预见,相反在一系列判例中强调,对损失类型的可预见已足,^[29]但是也有例外的情况。美国的判例和理论对该问题的态度分歧很大:有只要求预见损失类型者,^[30]有只要求预见损失额度者,^[31]也有要求同时预见损失类型和额度者。^[32]

大陆法系的观点同样不能达成一致。一种观点认为,“可预见性”的内容仅仅限于损失的类型或构成损害的因素,与额度无关,只要损失从类型上看已经预见或者可以预见,换言之,只要预见或应当预见违约将引起可得利益损失,就应当进行赔偿,即使实际损失的额度远远超过可预见的损失额度。^[33]但是根据1924年法国最高法院(Cour de cass-

[27] Chironi, Colpa contrattuale. Torino 1987, S. 581 ff.

[28] Bellini, L'oggetto della prevedibilità del danno aifini dell' Art. 1225 c. c. In Riv. dir. Comm., 1954, II, S. 369.

[29] 转引自 Faust, Florian, a. a. O. S. 123.

[30] Restatement (Second) of Contracts, § 351 comments a (1979).

[31] Diamond/Fass, Fordham L. Rev. 63 (1994), S. 665 (707 ff.).

[32] Danzig, Richard, Hadley vs. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law, J. Legal Stud. 4 (1975), P. 327 (364); Eisenberg, Melvin Aron, The Principle of Hadley vs. Baxendale. Cal. L. Rev. 80 (1992), P. 563 (600).

[33] Prieto, ADC 1991, 1019 (1038). 但是,根据某些国家的法律,法官此时可以视具体情况削减损失明显超过已经预见或者可以预见的部分,比如《西班牙民法典》第1.103条明确规定法官有削减损失的义务。

tion)的裁判,损失的额度必须具有可预见性;^[34]在对该判决的注释中,莱斯科(Lescot)认为大概的估计值已足,不要求准确数值,这个要求显然有利于损害赔偿的债务人。之后,为了不使损害赔偿权利人遭受更大的不利,法国最高法院修正了该裁判观点,现今法国民法通常认为,第1150条关于限制债务人责任的规定,仅涉及对构成损害之因素的预见或者可预见,而不涉及用以赔偿损失的货币的价值。^[35]第三种观点则认为,“可预见性”的内容同时涉及可得利益和额度,该损失才可以得到赔偿,^[36]两者中只要一个不在预见的范围内,损失就得不到赔偿。

与各国国内法相同,《联合国国际货物销售合同公约》不要求对违约本身有可预见性,但是无论是根据文本解释,还是根据历史解释,该《公约》第74条第2款都更加明确地要求可预见性的对象涉及到损失的额度——与损失的类型无关,换言之,不需要预见损失属于可得利益的范围,可预见的损失的额度被视为责任的界限。^[37]

当我们预见到某个损失时,必然会涉及其具体的额度,一般情况下不存在没有额度的、抽象的损失,违约造成的损失从本质上看是“经济损失”,必然有额度。按目前的通说,“损失”的定义以差额理论(Differenztheorie)为基础,在该理论下,损失也应当有额度,审核是否存在损失时,不可能不涉及损失数额,否则无法确定是否存在“差额”。“可预见性规则”促进了合同当事人之间的风险的分配,甚至决定了合同的价格的确定,那么必须涉及到违约时产生的损失的额度。另一方面,可得利益是一种未来的利益,本身并不确定,合同当事人不可能预见到可得利益的准确的额度,因此对其额度只能要求违约方在订立合同时预见到“大概”的额度即可。

前文已经论述,无限制地要求违约人赔偿所有具有因果关系的损失,与现代社会的发展不相适应,“可预见性规则”的设立目的之一恰恰是限制应当赔偿的损失的范围,保护违约人,那么从逻辑上它应该也涉及损失的额度,超过预见或可预见的额度的损失不能得到赔偿。“可预见性规则”引入的目的之一是促进合同双方及时采取有效措施避免履行障碍发生,只有对损失的额度有所预见,当事人才能准确有效地判断采取多少措施才能避免损失的发生。相反,如果当事人仅仅认识到损失类型,实际上对决定采取什么措施并无很大意义,另外,损失的类型是否属于积极损失还是属于可得利益损失,既不影响损失的计算,也不影响风险的分配,因此可预见性的内容不应当包括损失的类型。

(二)判断“可预见性”的视角

“可预见性”是事后预测,即法官要在损害发生后将视角调回到订立合同时,来判断损失的可得利益是否已经预见或者应当预见,此时我们面临的问题是,以谁的视角来判断“可预见性”——以违约人的视角还是以契约双方当事人的视角?在此问题的基础上,另一个问题是,以具体的当事人视角(主观视角),抑或以抽象的当事人视角(客观视角)为判断标准?

[34] Civ. 7. 7. 1924.

[35] 罗结珍(译):《法国民法典(下册)》,法律出版社2005年版,第881页;Faust, Florian, a. a. O. S. 134.

[36] Faust, Florian, a. a. O. S. 330.

[37] Faust, Florian, a. a. O. S. 136.

1. 违约方视角

判断“可预见性”是否成就时,首先要确定的是,以违约方还是以合同双方为判断视角。日本的学说提出,“违约方”视角符合债权-债务的构成理论,而“合同双方”视角则是合同构成理论的要求。^[38]《联合国国际货物销售合同公约》第74条的表述为——违约方(vertragsbruechtiger Partei);《法国民法典》第1150条用了一个中性的表达“on”,其本意泛指某人,但是司法裁判和文献中的通说认为,判断的关键视角是损失赔偿义务人,即违约人;^[39]《西班牙民法典》第1107条则规定“(善意)债务人仅对订立契约时(已经)预见或者可以预见的损害或利益负赔偿责任”,其视角也是违约方;英美法中的相关表述则存在分歧,有时是“违约方”,有时则是“双方当事人”。在Hadley v. Baxendale案中,Alderson男爵明确表示“当事人双方的预计”;^[40]在Victoria Laundry案中Asquit法官则提出可预见性的视角是“双方当事人……或者之后的违约方”。^[41]美国法院大多数情况下认为可预见性的是“当事人”(the parties)或者“双方当事人”(both parties),^[42]但是理论界、《合同法第二次重述》以及《美国统一商法典》则一致认为判断可预见性的视角应当为“违约方”。^[43]我国《合同法》第113条将预见或者应当预见的视角明确规定为“违反合同一方”。这种将判断可预见性的视角确立为违约方的立法及判例更符合目的论,因为可预见性规则的意义之一在于,使违约方不必承担不受限制的、不可预算的责任,并无必要要求双方当事人都对可得利益有所预见。

2. 主观视角和客观视角

在确定应当以违约人视角判断可得利益的“可预见性”的基础上,另一个问题是,应该以具体的违约人还是以抽象的违约人的视角确定“可预见性”,前者也被称为“主观视角”,后者则是“客观视角”。

英国的Hadley v. Baxendale案和Victoria Laundry案认为不需要实际的预见,只要能合理推测违约将引起可得利益损失已足;Wadsworth v. Lydall案则更加清楚地表明判断可预见性应当是客观标准:“法院不必看具体被告的认识或考虑,而是看合理的人在相同情况下应当如何考虑。”^[44]美国的《合同法第二次重构》和《统一商法典》的表述同样是客观的标准。

但是我国《合同法》、《法国民法典》、《西班牙民法典》以及《联合国国际销售合同公约》,关于可预见性的表述都是“已经预见”或者“应当预见”,^[45]其中的“已经预见”是采主观判断标准,其考察的是具体的违约人在缔结契约时是否已经预见,对此并无疑问。但

[38] 参阅解亘:《我国合同拘束力理论的重构》,《法学研究》2011年第2期,第77页。

[39] Trib. Civ. de la Seine 28. 7. 1943; Paris 7. 12. 1948; Roujou de Boubee, Marie-Eva, a. a. O. S. 305.

[40] Hadley v. Baxendale, 9 Ex. 341, 354; 156 Eng. Rep. 145 (1854).

[41] Victoria Laundry v. Newman Industries, [1949] 2 K. B. 528, 539 (C. A.).

[42] 比如 Schroeder v. Barth, Inc. 969 F. 2d 421, 425 (7th Cir. 1992); Cort Furniture Rental Corp. v. Cafritz, 10 F. 3d 13, 1993 WL 478958, * 3 (D. C. Cir.).

[43] 转引自 Faust, Florian, a. a. O. S. 112.

[44] Wadsworth v. Lydall, [1981] 1 W. L. R. 598, 605 (C. A.).

[45] 《意大利民法》只规定“已经预见”,没有“应当预见”,这样一来,在意大利民法中,判断可预见性只能以具体的违约人为判断视角。

是对于“应当预见”，考察视角是具体的违约人是否应当预见，还是客观的抽象的债务人是否应当预见，则存在争议。鲁迈尔(Rummel)认为，应当以具体的当事人为判断视角，但是他没有对该观点进行进一步的论证。^[46] 通说提出，^[47] 判断是否存在“可预见性”不以最佳的观察者(optimaler Beobachter)为视角，而是以理想的、典型的债务人(idealtypischer^[48] Schuldner)为判断标准，这样的债务人不必具有所有的必要的经验和认识，即应以平均债务人的视角判断可得利益是否具有“可预见性”。

对于“应当预见”的解释，可以参考《国际动产买卖统一法》(Einheitliches Gesetz ueber den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.07.1973)第13条：“如果在法律中使用‘一方当事人知道或者应当知道’或者‘一方当事人认识到或者应当认识到’，或者类似表述，那么其意思是，理性人在相同的情况下应当知道或者应当认识。”法官在判断“应当预见”时，要将时间回调至缔结契约时，在这种情况下，对于法官而言，缔约人在缔结契约时的具体情况很难准确判断，如果把判断的视角定为具体的缔约人，一方面增加了判断的难度，另一方面也会增加判断的不准确性。因此，在判断“应当预见”时，以客观的理性违约方的视角来判断更具合理性。

(三)可预见性与因果关系

因果关系是损害赔偿法的核心问题。在确定损害赔偿的过程中，涉及两次因果关系，其一为损害人的行为与法益的侵害(Rechtgutverletzung)之间必须存在因果关系，此因果关系被称为责任成立的因果关系(haftungsbegruehende Kausalitaet)，该因果关系是违约责任和侵权责任中请求权基础成立的要件之一；另一个是指法益的侵害与产生的损失之间必须存在因果关系，被称为责任范围的因果关系(haftungsausfuellende Kausalitaet)，旨在确定须赔偿的损失的范围。本文所称的因果关系为后者。

确定因果关系时，目前主要的理论有相当因果关系理论(Adaequanztheorie)和规范的保护目的说(Schutzzweck der Norm)，鉴于对因果关系理论已有多篇著述进行阐释，本文不再赘述。在法律史上，因果关系和“可预见性”长久以来就容易混淆，时至今日，两者的区别仍然充满了不确定，^[49] 甚至有观点提出，“可预见性”扮演着事实因果关系的角色。^[50] 实际上因果关系和“可预见性”大有不同：首先，“可预见性”与因果关系涉及的时间不同，对前者而言，关键的时间是订立合同时，而对后者而言，关键的时间点是违约时，因为对法益的侵害和损失的形成皆因违约行为。其次，无论违约责任还是侵权责任，都要首先满足因果关系要件，而“可预见性”规则只是违约责任中的特别要件要求，侵权责任

[46] Rummel, Peter, Schadenersatz, hoehere Gewalt und Fortfall der Geschaeftsgrundlage. In: Hoyer, Hans/Posch, Willibald (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht-Neues Recht fuer den internationalen Warenkauf. Wien 1992, S. 182.

[47] Piltz, Burghard, Internationales Kaufrecht. Muenchen 1993, § 5 Rn. 451; Schwenk, Edmund H, Gewaehrleistung fuer Rechts-und Sachmaengel nach dem Uniform Commercial Code und dem Einheitlichen Gesetz ueber den internationalen Kauf beweglichen Sachen. In RabelsZ 35 (1971), S. 645 (668); Stoll, Hans, Inhalt und Grenzen der Schadenersatzpflicht sowie die Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht. In Schlechtriem, Peter, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht. Baden-Baden 1987, S. 260 f.

[48] DB 1980, 343.

[49] 德国有的学者在因果关系理论中用类似“可以预见”的表达，比如梅迪库斯在称“相当因果关系理论关键在于对因果进程的可预见性(Staudinger-Medicus, Kommentar zum BGB, 12. Auflage, § 249 Rn. 33)。

[50] 叶金强：《可预见性判断标准的具体化》，《法律科学》2013年第3期，第140页以下。

中的可得利益的损失赔偿不涉及“可预见性”。此外,因果关系是优先性评测标准,“可预见性”是附加评测标准,“可预见性”规则不能替代因果关系单独界定可得利益损失,换言之,在确定因果关系存在后,附加“可预见性”作为判断可得利益损失是否应该予以赔偿的标准,其作用体现在两个方面:一方面在过错责任的立法例中可以把一般过失违约引起的可得利益损失赔偿与欺诈和重大过失违约引起的可得利益的赔偿区别对待;另一方面是可以限制或缩减应当赔偿的可得利益损失的范围,减轻违约人的负担。

(四)对“可预见性”本身的证明标准

通说认为,实践中,证明责任方^[51]只要证明违约方“可能”(moeglich)具有“可预见性”即可,对“可预见性”的证明不应当要求更严格,比如不应要求“极大可能”(wahrscheinlich)——“一个理性人在一般情况下预计,不严重脱离事物的发展时可能产生的损失”。^[52]引入“可预见性”规则的目的本来就是受损失方的违约损害赔偿请求权进行限制,违约人是否已经预见或者应当预见可得利益涉及违约人或者理想的典型债务人在缔约当时的心素,本身举证就很困难,如果再提高证明标准,会进一步使受损失方处于不利地位。因此,不应该再通过举证难度进一步限制受损失方主张可得利益损失赔偿的可能性。^[53]

四 诉讼中的证明标准——“极大可能性”

“确定性规则”并没有在各国立法例的具体法律条款中予以规定,我国《合同法》同样没有规定“确定性”作为判断可得利益损失是否应当赔偿的标准,但是据统计,法院在实际裁判时更倾向于援用“确定性规则”进行裁判。^[54]大多数情况下,法院都是以原告主张的可得利益的损失不具备“确定性”而不予支持原告的赔偿请求,通常会用“难以确定”、“不确定”、“无法确定”、“难以确定”和“缺乏确定性”等不同的表述。^[55]事实上,所谓的“确定性”并非可得利益损失赔偿在实体法上的构成要件,而是程序法中的证明标准问题。

从比较法方面看,很多国家的司法裁判或立法在证明标准问题上的态度都经历了从“严格”到“宽松”的过程。美国法最初也要求可得利益的损失具有“确定性”,根据“格里芬诉考威尔案”的裁判,“确定性规则”同样是证明规则,即要求必须有清楚并符合要求的证据证明。这种要求显然加重了受损害方证明责任的难度,因此美国司法裁判对“确定性规则”的要求日趋缓和,首先提出了“合理确定性”证明标准,^[56]证明责任方只要证明

[51] 哪一方应当对“可预见性”承担证明责任,在理论中也存在争议,我国司法裁判中的观点同样有分歧:有的裁判要求受害方负举证责任或根据合同目的和内容推定违约人应当预见;有的裁判则根据被告的行业身份推定被告应当预见,要求被告,即违约人证明可得利益的不合理性(参见吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第71页)。本文认为,“可预见性规则”的功能是成立责任的要件,因此应当由债权人,即受损害方承担证明义务。

[52] Caemmerer, Ernst von/Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Muenchen 1995, Art. 74 CISG Rn. 34; Heilmann, Jan, Mangelgewaehrleistung im UN-Kaufrecht. Berlin 1994, S. 574.

[53] Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Stargaert, Monika, Kommentar. Berlin 1985, Art. 74 Anm. 2.

[54] 吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第70页。

[55] 刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第88页。

[56] 刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第91页;闫仁河、高亚春:《美国的违约可得利益证明规则及启示》,《理论探索》2010年第4期,第141页。

可得利益损失具有合理性即可,有观点认为,这其实是放弃了对确定性规则的要求。^[57]之后美国法院对证明标准的要求进一步宽松,关于可得利益损失的可能性程度,法院裁判中经常使用的词语是“probable”、“reasonably”、“likely”、“on the cards”等等。

英国判例中的表达同样不一致,但其程度都低于“极大可能性”(Wahrscheinlichkeit)。比如在 *Hadley v. Baxendale* 案中称:“损失必须作为违约的‘可能的后果’(probable result)具有可预见性”,但是对于“可能”并没有形成一个统一的判断标准,事实上也很难形成固定的、确定的评价标准。

西班牙民法对可得利益的“确定性”的证明要求与美国法相似,同样经历了从严格到缓和的发展过程。西班牙最高法院(Tribunal Supremo)的裁判在判定“确定性”时非常严格:原则上应当避免让债务人承担不确定的、期待形成的利益;只有当损害行为不发生时,十分确定能够产生的利益才是可得利益,仅仅推测或者不能确定无疑证明其具体性的利益,则不属于可得利益。^[58]理论界则认为这种要求过于苛刻,因为可得利益的性质使其证明难度非常大,因此应该在证明的严格程度与举证困难之间寻求一种平衡,理论中通常认为根据具体情况中的具体因素,客观上“非常可能”产生的利益就是可得利益。^[59]最高法院在1991年的一个裁判中援用了理论中的观点,不再要求严格证明责任。^[60]

上述可得利益的证明标准恰好与《德国民法典》第252条第2句的规定契合,该条款的文本表述为“根据事物的一般运行或者特殊情况……非常可能产生的利益,被视为可得利益”。该条款的表达看似是判断可得利益的标准,实际上其作用仅仅是为了使举证标准简单化,是对《德国民事诉讼法》第287条的补充。^[61]根据《民事诉讼法》第287条第1款,在调查可得利益是否存在及其额度时,法官可以在对所有因素进行评估后,依自由心证原则进行裁判。《德国民法典》第252条再次强调,对可得利益的证明不遵循严格证明要求,证明责任人只要陈述相关因素,并在《民事诉讼法》第287条的界限内证明根据“事物的一般发展规律”或“特殊情况”可得利益很有可能实现则足矣,并没有更严格的证明要求,这就是所谓的“极大可能性理论”(Wahrscheinlichkeitstheorie)。库博尔(Kuebel)的民法典草案中也提出,严格证明受损失人真正获得利益既不可能,也不能这样要求。^[62]

司法裁判中,对“极大可能性程度”(Wahrscheinlichkeitsgrad)的要求差异颇大,有的裁判仅要求存在“一定的”极大可能性(gewisse Wahrscheinlichkeit),^[63]有的要求“显著的极大可能性”(erhebliche Wahrscheinlichkeit),^[64]有的则要求“压倒优势的极大可能性”(ueberwiegende Wahrscheinlichkeit)。^[65]“极大可能性”决定了法官对应当赔偿的可得利益损

[57] 另可参见吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第73-74页。

[58] 转引 *Finke, Stanfanie*, a. a. O. S. 99.

[59] *Yzquierdo Tolsada, Mariano*, La responsabilidad civil del profesional liberal. Reus, 1989, S. 190.

[60] Entscheidung des T. S. vom 03.10.1991, RJ 1991 Nr. 6902.

[61] *Muenchener Kommentar-Oetker*, Muenchen 2016, § 252 Rn. 30.

[62] 转引自 *Bardo, Ulrike*, Die “abstrakte” Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfuellung beim Kaufvertrag. Berlin 1989, S. 125.

[63] BGHZ 29, 393 (398); BGH NJW 1995, 2227.

[64] BGH NJW-RR 1992, 997 (998).

[65] OLG Hamm NJW-RR 1996, 170.

失的确信程度,问题是,如何确定“极大可能性”是否存在。当然不能用准确的百分比来判断是否存在“极有可能性”,否则法官形成内心的确信的过程就降格为纯数学计算,这种客观化的“极大可能性”预测不可能成为判断的标准,不具有可操作性。法官形成内心的确信是一个综合考虑的过程,不存在理性怀疑的信任程度足以成就“极大可能性”,但是并不要求完全排除怀疑,因为“极大可能性”这个概念本身就包含怀疑的成分,只要法官对“怀疑”的态度是“沉默”,就可以据此判断可得利益具有“极大可能性”。^[66]

从法律条文的文本看,“确定性”并非赔偿可得利益的构成要件,我国法院在裁判中所要求的“确定性”实际是要求承担举证责任一方承担严格的证明责任,比如在“扬州市中环高科技塑业有限公司诉苏州世纪辰光网络科技有限公司等技术服务合同纠纷案”中,法院在裁判理由中称“因该推广实现的可得利益损失举证较为困难,具有相当的不确定性,难以准确确定可得利益损失数额”;^[67]在“济南蓝星医疗设备有限公司与贝克曼库尔特香港有限公司代理合同纠纷上诉案”中,原审法院认为,“……而且蓝星公司如果继续代理贝克曼公司产品,是否能卖出贝克曼公司产品及其价格等受多种因素影响都是不确定的”。^[68]这种严格的证明标准与比较法上对证明标准的“极大可能性”要求的发展趋势不一致。另外,从裁判理由看,“不确定”除了指向证明标准,还指可得利益的额度无法确定,这实际涉及到可得利益的计算方法问题。要求证明可得利益的“确定性”不利于受损害人,“可预见性”要件本来就是为了保护违约人,既然违约方在订立合同时已经能够预见到可得利益及其额度,如果再要求受损失方(原告)证明可得利益具有“确定性”,一方面增加了作为原告的受损方的负担,另一方面则又进一步加强了对违约方的保护,这种做法对受损害方过于不利,可以说是“矫枉过正”。因此,在证明方面应当不再要求证明其存在的“确定性”,只要原告能够证明按照事物的一般发展规律,可得利益“极大可能”能够发生足矣。据统计显示,我国的个别裁判对确定性的证据要求也有所降低,采“合理性”的标准,比如“安徽东方钙业公司、合肥水泥研究设计院与安徽国合工程咨询有限责任公司建设工程质量纠纷案”的裁判理由中称,“虽然没有提供确切损失数额的依据,但事实上因工程出现质量问题导致安徽东方钙业公司长时间不能按时生产,给其造成一定的误工损失当是在常理之中”。^[69]至于如何确定“极大可能性”,诉讼中法官应当在具体案件中视具体情况依据具体证据材料和自由心证来确定。

五 可得利益的计算

损害赔偿法领域另一个重要的、直接与损害人和受损害人的利益密切相关的问题是损失的计算,本文系可得利益的计算。在我国司法实践中,可得利益得不到支持的另一个

[66] *Halfpap, Frank*, a. a. O. S. 124.

[67] 转引自吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第72页。

[68] 参见(2008)鲁民四终字第52号民事判决书,或参见刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第89页,脚注24。

[69] 参见吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第71页。

重要原因也是其计算上的缺陷,法院通常认为可得利益损失“没有计算依据”和“无法计算”等。^[70] 比如在前述“扬州市中环高科技塑业有限公司诉苏州世纪辰光网络科技有限公司等技术服务合同纠纷案”中,裁判理由中的“不确定”更多的是指可得利益损失的数额无法确定计算。在“上诉人王琴因与被上诉人飞达仕空调(上海)有限公司承包合同纠纷案”中,法院认为“上诉人主张的15万元可得利益赔偿数额,其计算依据必须是基于今后被上诉人员工用餐份额不变,工作天数不变,经营成本不变等前提条件,而上述因素本身都具有不确定性,故上诉人主张的可得利益赔偿数额不具有客观合理性”,^[71] 其中的“不确定性”最终关乎的也是可得利益的计算。根据2009年最高人民法院颁布的《指导意见》第10条,可得利益损失赔偿额 = 可得利益损失总额 - 违约方不可预见的损失 - 非违约方不当扩大的损失 - 非违约方因违约获得的利益 - 非违约方过失造成的损失 - 必要的交易成本。在这个公式里,最关键的是确定“可得利益损失总额”,对此我国无论是理论还是实践中均未形成可操作的计算方法。

在合同不履行产生的违约损失计算方面,传统私法中区分为具体计算(konkrete Schadensberechnung)和抽象计算(abstrakte Schadensberechnung)。有观点认为,《德国民法典》第252条第2句在实体法上为可得利益的计算开启了具体计算和抽象计算两种可能性:“根据事务的一般运行”或者“根据特殊情况,特别是已经采取的预防和预防措施。”^[72] 实际该条款仅仅确定了举证责任的简单化,即使“根据事务的一般运行规律”计算可得利益损失,也是以具体的情况为基础,而且损害行为人方面可以提出反证,来证明受损害方没有发生可得利益的损失或者损失低于平均的一般情况,因此第252条第2句并没有从实体法上规定可得利益的计算方法。^[73] 具体计算是以非违约方,即债权人的特殊法律关系为计算基础的计算方法,^[74] 债权人需要就各个具体计算基础进行陈述并证明,证明标准遵循“极大可能性”理论。所谓的抽象计算是指受损害人的损失赔偿请求权与损失是否实际发生无关的计算方法,且不允许损害行为人证明实际并无损失发生或损失较小,或者证明难度很大。^[75] 但是,抽象计算的目的并不是在实际没有产生财产性损失的情况下也对非违约方进行“损失赔偿”,因此采用抽象计算方法时,非违约方也要证明,不发生违约时可得利益具有“极大可能性”。^[76] 简言之,认定存在可得利益损失后,在计算损失数额时债权人不必进一步证明具体额度,根据抽象计算方法得出一个最低额损失。

抽象计算方法仅适用于商人(Kaufleute und Gewerbetreibende),对个人和国库则不得

[70] 刘承睦:《违约可得利益损失的确定规则》,《法学研究》2013年第2期,第89页。

[71] 参见吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构》,《法商研究》2012年第2期,第72页。

[72] Timme, Michael, Die abstrakte Berechnung des Kaeuferschadens. In JA 1998, 895, 897 f; 参阅 Bardo, Ulrike, Die “abstrakte” Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfuellung beim Kaufvertrag. Berlin 1989, S. 141.

[73] Muenchener Kommentar, § 252 Rn. 31, 45 ff; Staudinger-Schiemann, § 252 Rn; Halfpap, Frank, a. a. O. S. 145 ff.

[74] Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung. Muenchen 2002, S. 150.

[75] Steindorff, Ernst, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung. In AcP 1959/1960, S. 433; Staudinger-Schiemann, Berlin 2005, § 252 Rn. 22 ff. 也有观点对“抽象计算”有不同的理解(参阅 Halfpap, Frank, Der entgangene Gewinn. Frankfurt a. M. 1999, S. 144)。

[76] Knobbe-Keuk, Brigitte, Moeglichkeit und Grenzen abstrakter Schadensberechnung. In VersR 1976, 411.

适用,因为通说认为抽象计算的基础是两个推定:假定债权人能够以市场价进行填补交易(Deckungsgeschaeft);假定非违约方从原合同中可以获得一般性盈利。^[77]这两种假定通常在商事领域才成立。^[78]至于到底是抽象计算还是具体计算可得利益,通说认为依德国民法本国法原告有选择权。^[79]但是在《联合国国际货物销售合同公约》中,因为其中的第75条和第76条明文规定了具体计算和抽象计算,通说则认为如果实际进行了填补交易,则要采具体计算,抽象计算仅仅是辅助性的。^[80]抽象计算的主要作用一方面可以减轻债权人的举证难度,另一方面作为商人的债权人一般不愿意对外公开账簿,抽象计算的基础主要的基础是市场价格(包括买入价格和卖出价格)和合同价格,因此他不必将账簿予以公开。^[81]这种计算方法更方便计算损失,因此本文认为在法律没有相关规定的情况下,应当允许债权人选择权。一般情况下,原告不能或者不愿意证明更高的具体损失时,才会选择适用抽象计算方法,从而得出抽象的损失。^[82]比如,未按时收到货物的买方可以用比市场价格更低的价格从他处购买到相同商品时,用具体计算方法得出的具体损失就低于抽象计算的损失,此时买方通常会选择用抽象的方法计算可得利益损失。但是就一个整体损失而言,原则上不能部分选择具体计算或部分选择抽象计算。抽象计算的另一个条件是,买卖物是市场上的流通物,换言之,要有可以确定的市场价格,这就要求在特定时间特定地点市场上能够买到一定数量的买卖物,^[83]否则无法确定市场价格。

(一) 买方转卖利益的损失计算

如果买方购买标的物之目的在于转卖获利,卖方不履行交货义务时,现实中的情况通常是,买方为了降低损失、履行转卖义务会在市场上其他处买入替代货物,换言之,买方通常会进行填补交易(Deckungsgeschaeft),然后再转卖。学术界甚至有观点认为,如果填补交易能够使损失减少,则买方必须及时进行填补交易,^[84]特别是当买卖物是市场上的畅销物时,买方很容易能够在市场上买到该物,并且能够借此避免转卖过程中的可得利益的损失,此时买方不能向卖方主张赔偿可得利益的损失。如果买方在这种情况下以高于市场的价格购买该畅销物,则他不能以此为由主张“具体损失”,因为此时买方对高于市场价的价格“与有过失”(Mitverschulden)。^[85]德国的司法裁判^[86]则对买方有利,认为买方没有义务进行填补交易。

在可得利益损失赔偿问题中,填补交易的价格一定高于原买卖合同价格,否则就不存

[77] Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung. Muenchen 2002, S. 150.

[78] Muenchener Kommentar, § 252 Rn. 47; BGH NJW 1980, 1742; NJW-RR 2001, 1645.

[79] BGHZ 2, 313; Steindorff, Ernst, a. a. O. In AcP 1959/1960, S. 431.

[80] 参见 Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Muenchen 2008, Art. 75, Rn. 13.

[81] 参见 Emmerich, In WM 1986 541, 544.

[82] Brox, Hans/Walker, Wolf-Dieterich, Allgemeines Schuldrecht. Muenchen 2002, S. 338.

[83] Knuetel, Christian, Schwaechen der “konkreten” und “abstrakten” Schadensberechnung. In AcP 2002, 564.

[84] Palandt, a. a. O. § 281 Rn. 26; Keuk, Brigitta, a. a. O. S. 161 ff; Muenchener Kommentar-Grunsky, Buergerliches Gesetzbuch. Muenchen 1993, § 252 Rn. 13. 司法裁判认为买方没有进行填补交易的义务,如果买方进行了填补交易,计算的损失就是具体损失:RGZ 99,46(49)。

[85] Steindorff, Ernst, Gewinnengang und Schadenberechnung des Verkaeufers. In JZ 1961, 13.

[86] BGHZ 62, 103, 107; BGH Urteil vom 22. 02. 1989, VIII ZR 45/88; OLG Frankfurt NJW 1977, 1015 (1016).

在损失,理论界的观点认为,买方的抽象损失就是后来买方买入该货物的市场价格与原买卖合同的价格之间的差额。^[87]而司法裁判则提出,抽象的损失是转卖的可得利益损失,因此应当用买方的转卖市场价格减去原合同价格。^[88]本文认为,买方购买货物时的实际价格通常是出厂价或批发价,它与转卖的市场价格之间存在一个商业利润,换言之,买方转卖的实际价格必然高于他买入的价格,因为有商业利润,包括了具体转卖的商业利润的可得利益损失实际是“具体损失”,而不应当是“抽象损失”。如果买方要求赔偿具体的可得利益损失,他必须得证明具体的转卖及价格具有极大可能性,并且卖方必须知道或者应当知道买方转卖的意图。^[89]

(二) 财产增加的损失

如果买方购买标的物没有转卖获利的打算,违约行为发生后的财产增值是否也应当被可得利益涵盖,进而予以赔偿呢?从“利益”的定义上看,要想获得利益,前期必须有所投入,这要求有财产价值的权利或法益的持有人主观上有将该财产性权利或法益投入使用或消费的意愿,且投入的目的是获得利益。按照该定义看,主观上取得利益的意愿至关重要,如果买方没有用购买的标的物获取利益的主观意图,则无从谈及“利益”。但是在可得利益中,“利益”是否要求权利或法益持有人的主观因素,则不无疑问。“可得利益”概念源于罗马法,莫姆森(Mommsen)把拉丁语的“*lucrum cessans*”翻译成“*entgangener Gewinn*”,但是他也指出,虽然“*lucrum*”通常翻译成“*Gewinn*”,但是两者并不完全等同,“*lucrum*”也可以翻译成别的词,比如“*Vorteil*”,因此“*Gewinn*”这个定义所包涵的某些因素不必然也是“可得利益”的组成部分,从莫姆森所列举的可得利益的类型中,^[90]我们也可以得出,损失赔偿法中的可得利益并不要求获取利益的主观因素。莫姆森对可得利益的定义是“所有被妨碍的财产的增加”;^[91]库博尔(Kuebel)在德国民法典的建议草案中明确提出,损害事件发生后的价值的增加也应当作为可得利益予以赔偿;^[92]《德国民法典》生效后,1903年菲舍尔(Fischer)在第一部关于损害赔偿的专著中也将可得利益定义为“所有的被妨碍的财产增加”。^[93]如果把买卖合同中的可得利益仅仅限于转卖所获得的利益,对可得利益的理解则有些狭隘,如果卖方履行合同,买方则可以取得标的物的所有权,其财产价值有所增加。损失赔偿的目的是为了使受损害方的财产状态恢复到合同依约履行的状态,这就是所谓的差额假设(Differenzhypothese),这也是可得利益应当得到赔偿的原因。^[94]在差额假定理念下,应当予以赔偿的不仅是财产的减少,还包括未发生的财产增加。因此,在买方无意转卖的情况下,违约行为发生后财产的增加也应当作为可得利益

[87] *Knuetel, Christian*, Schwächen der “konkreten” und “abstrakten” Schadensberechnung. In *AcP* 2002, 565.

[88] *BGH WM* 1965, 102, 104; *BGH NJW* 1998, 2901, 2902.

[89] *Steindorff, Ernst*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung. In *AcP* 1959/1960, S. 444.

[90] 莫姆森列举的其中一个可得利益损失赔偿的例子是遗产利益的损失,遗产不以继承人获取利益的主观因素为条件。

[91] *Mommsen, Friedrich*, Beiträge zum Obligationenrecht II; Zur Lehre vom Interesse. Braunschweig 1855, S. 11.

[92] 转引自 *Halfpap, Frank*, a. a. O. S. 79.

[93] *Fischer, Hans Albrecht*, Der Schaden nach dem Buergerlichen Gesetzbuch fuer das Deutsche Reich. Jena 1903, S. 49.

[94] *Bardo, Ulrike*, a. a. O. S. 88.

予以赔偿,买方只要证明财产的增加极有可能,通常买方再购买的市场价超过合同价格,即可认为存在可得利益损失,此时两个价格的差额即为可得利益损失。

(三) 买方违约时,卖方是否产生可得利益损失?

买方违约的情况下,即买方没有接收买卖物,也没有支付价款,这时卖方是否会产生可得利益损失,对于该问题存在意见分歧。一种意见认为,卖方可能有可得利益损失,但是关于可得利益的计算方法,则存争议:如果卖方此时只能以低于原买卖合同的价格将货物卖出,他的可得利益损失为原买卖合同的价格与卖出的市场价之间的差价;另一种观点认为,此时可得利益是应当履行时的购买价格与原合同价格之间的差价,因为此时的可得利益是财产的增加,与卖方是否卖出该标的无关,^[95]买卖物的价值应当用买入价格衡量。^[96]相反观点则提出,买方违约时,卖方的损失是直接的积极损失(damnum emergens),不存在可得利益损失。^[97]买方违约行为发生时,买方虽没有支付价款,但并没有直接引起卖方的财产的减少,因为卖方此时仍然拥有该标的物,还可以继续出卖该标的物,只有当卖方再次出卖的价格低于原合同的价格时,其才产生损失,因此,卖方的损失是间接的、指向未来的损失,属于可得利益损失。

这种情况下,如何进行抽象计算各方观点仍不能达成一致。学界通说提出可得利益额度是合同价格与卖出市场价格之间的差额。^[98]另有观点认为抽象的可得利益额为一般购买价格或者制造费用与合同价格之间的差额。^[99]因此,只有当卖方再次出卖的价格低时,才产生可得利益损失,那么可得利益的额度计算基础理应为前者。联邦法院的裁判观点对卖方十分有利:选择抽象计算时,履行合同时的必要的费用无需扣除;买方不能主张卖方可以将该物转卖于他人。^[100]即使卖方将标的物又出卖给他人,根据联邦法院观点,卖方依然可以主张赔偿可得利益损失,这种情况下可得利益损失是第二次交易中的获利,该观点的基础是,根据事物的一般发展规律第二买主无论如何都要在卖方处购买货物,如果第一买主履行合同,卖方就会多一个交易。卖方将标的物又出卖给他人时的上述计算方法在理论中引起了很大质疑,^[101]若采取这种计算方法,卖方实际上获得利益,损害赔偿法的目的在于填补产生的不利,而不应当使受损害方从损害赔偿中取得更多的利益,因此可以考虑将第二次交易视为获得利益,用损益相抵原则解决,这样更符合公平公正原则,也符合损失赔偿法的目的。如果卖方主张具体的可得利益损失计算,则要在诉讼中陈述并证明具体财产的具体变化情况。

(四) 其他问题

在计算可得利益损失时,确定市场价格非常重要,因为市场价格是波动的,与时间和

[95] Keuk, *Brigitte*, Vermoegenschaden und Interesse. Bonn 1972, S. 137 ff.

[96] RG 89, 282, 284.

[97] Steindorff, Ernst, a. a. O. In JZ 1961 12, 13 ff.

[98] Blomeyer, Allgemeiner Schuldrecht. Vahlen Verlag 1969, § 33 I 4 a (193 f.); Huber, Ulrich Leistungsstoerungen II. Mohr Siebeck: Tuebingen 1999, S. 236.

[99] BGH JZ 1961, 27, 28; Muenchener Kommentar, § 252 Rn. 46.

[100] BGH NJW 2000, 1409, 1410 NJW-RR 2001, 985.

[101] Staudinger-Schiemann, § 252 Rn. 24.

地点有关,因此可得利益损失的额度取决于确定市场价格的时间和地点。通说认为,判断市场价格的时间点是违约方陷入履行迟延时,或者是非违约方应当进行假定的填补交易时,通常是宽限期间经过,或者因为其他原因履行请求权消灭时,对此非违约方有选择权。^[102] 对于确定市场价格的地点,则应当根据不同的计算基础区别对待,可以卖方给付地的价格为标准,也可以买方的转卖地价格为标准。

在其他的交易中,比如在前述的 *Hadley vs. Baxendale* 案中,因为被告履行迟延导致营业时间推迟,企业的可得利益损失如果“按事物的一般发展规律”计算,即按照该企业一般经营情况计算,^[103] 原告不必对此更具体的证明。^[104] 但是如果根据特殊情况,特别是已经采取的准备和预防措施进行具体计算,则原告就要对具体影响可得利益计算的因素进行证明,证明的标准是“极大可能性”,得以证明的因素是计算损失额的基础,^[105] 一般只有根据特殊情况计算的可得利益更高时,受损害方才会选择这种计算方法。

能够得到赔偿的可得利益是“净利益”(Nettogewinn),与合同履行相关的费用(Aufwendungen)一般应当从中扣除,比如应当缴纳的所得税等。另外还应当适用“损益相抵”和“与有过失”等原则。

六 结 语

违约时的可得利益损失应当予以赔偿,这一点并不存在疑问。我国司法裁判很少适用“可预见性规则”,更倾向于以可得利益损失“不确定”为由不支持原告的可得利益损失赔偿的诉讼请求,但从其判决理由上看,并不能认为司法裁判扬弃“可预见性要件”,主要原因是可得利益的证明标准和计算上的问题。“可预见性规则”的引入符合目前关于可得利益损失赔偿的立法和裁判的发展趋势,该规则是在“因果关系”规则之外附加的要件,是对完全赔偿责任的限制,倾向于保护损害行为人,这一点也与现代社会的损害行为引起的损失的无限扩大的发展趋势相适应。鉴于可得利益的未来性、不确定性,要求违约方在订立合同时预见或者应该预见具体的、准确的额度太过苛刻,“可预见性”涉及的额度为大概估值已足。

“确定性规则”不仅没有规定在我国的《合同法》中,其他国家的可得利益损失赔偿规则的法律条文和司法裁判中同样没有引入该规则作为实体法上的要件。“确定性”从本质上看是程序法中的证明的严格程度问题,我国的司法裁判中所称的“确定”或“不确定”也是指程序中的证明问题,包括是否可以确定存在可得利益损失,也包括是否能够确定地计算出可得利益损失的额度。《德国民法典》第 252 条第 2 句认为,可得利益证明的程度

[102] *Huber, Peter/Faust, Florian*, Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht. München 2002, Rn. 214. 参见 *Bardo, Ulrike*, S. 130.

[103] 即使抽象计算也有其具体性,不能抽象地按整个行业的平均一般运行规律进行计算;也有观点相反,认为应该按照该行业的一般运行规则进行抽象计算(参阅:*Palandt*, a. a. O. § 281 Rn. 30)。

[104] BGH NJW 1964, 661, 663.

[105] *Staudinger-Schiemann*, Berlin 2005, § 252 Rn. 20.

应当简单化,适用“极大可能性”理论,原告只要证明可得利益根据事物的一般发展规律“极有可能产生”已足,这也与英美现阶段判例中的要求的发展一致。我国司法裁判中要求可得利益“确定”,这无疑增加了作为原告的受损失人的举证难度,与可得利益的证明标准在比较法上的发展趋势相悖,原告的可得利益损失赔偿请求权在这种严格的证明标准下很难得到支持,因此应当予以调整,确立新的证明标准。

从我国司法裁判的实践看,尽管法院在很多情况下不支持可得利益损失赔偿很少援用“可预见性规则”作为裁判理由,但是不能因此认为我国法院在裁判中不倾向于适用“可预见性规则”,因为只有计算出可得利益的数额后,才能适用“可预见性”规则,即在违约方可预见的范围内予以赔偿。为了计算可得利益的数额,应当允许当事人选择具体计算方法或抽象计算方法,后者仅适用于商事领域。

[**Abstract**] The loss of profit by breach of contract provided for in Article 113 of the Chinese Contract Law takes the “foreseen or foreseeable” as its standard of determination. However, the “certainty” rule is often applied in judicial practice to deny claims of loss of profit by breach of contract. “Foreseeability” is an element in the determination of compensation for the loss of profit in addition to causality, the purpose of which is to limit the compensation for the loss of profit in the interests of the delinquent party, whereas “certainty” is the standard of proof used for the determination of loss of profit. Currently both the Anglo-American law and the Continental law adopt the “very likely” doctrine as their standard of proof. “Foreseeability” and “very likely” are not in an either-or relationship, but can co-exist with each other as the two necessary conditions of the compensation for the loss of profit. In determining the amount of loss of profit, both concrete calculation methods and abstract calculation methods can be used.

(责任编辑:姚 佳)