

违约可得利益损失的确定规则

刘承魁*

内容提要：可得利益是合同法的中心关注，是当事人订立合同的目的所在，对其保护事关当事人交易的积极性和社会整体经济利益的增长，因此各国的违约损害赔偿制度对于可得利益损失普遍给予较高程度的保护。我国合同法等法律虽然明确设定了违约可得利益的概念和规则，但司法实践却表现得较为谨慎、保守甚至是消极，多数法院会因为可得利益损失的不确定性（证据不确定性和计算不确定性）而否定原告的主张。要改变我国法表达与实践脱节的现实困境，需要从程序和实体两方面确立可得利益损失的确定规则，一方面有效降低可得利益损失的证明标准，另一方面对可得利益损失的计算标准加以类型化，以有效保护非违约方的可得利益和期待利益，增强我国违约救济制度的适用性和操作性。

关键词：违约损害赔偿 可得利益 合理确定性 营业标准

一、导 言

合同法旨在保护合同当事人的“期待利益”。〔1〕按照阿蒂亚的说法，正是此种保护合理期待的愿望导致了合同法的产生。〔2〕合同法中的期待利益，在大陆法系又被称作“履行利益”，是指合同正常履行后当事人可以获得的利益，其实就是合同交易的整体价值。〔3〕当事人订立合同的目的就是为了取得此种期待利益，法院只有通过“让非违约方的状况如同合同被正常履行一样”的方法来保护非违约方在订立合同时的期待，才能有

* 中国政法大学比较法学研究院副教授。

〔1〕 E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law Business, 3rd ed., 1999, p. 16.

〔2〕 [英] P. S. 阿蒂亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第34页。

〔3〕 美国法学家富勒最早将合同损害中的利益明确区分为返还利益、信赖利益和期待利益三种。他认为，法律授予返还利益的目的在于阻止不当得利的发生；给予信赖利益赔偿的目的是为了使信赖他方允诺的一方处于允诺作出之前其所处的地位；授予期待利益的目的则在于使合同的一方当事人获得对合同的期待利益。See Lon L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *Yale Law Journal* 52 (1936).

效激励人们信赖允诺人的允诺，进而激励人们去积极地与允诺人打交道。

从内涵上讲，期待利益通常包括两部分内容，一部分是基于合同的固有交换利益，另一部分是以合同获得的财产为基础而产生的增值利益。后一部分才是可得利益的内容。比如，甲与乙签订买卖合同，按照合同甲有义务出售给乙一台机器，乙筹划将该机器投入生产，那么该合同当事人乙的可得利益是得到该机器后投入生产所得到的利润，而不包括作为合同履行标的的机器本身。虽然机器也是合同当事人的期待利益或履行利益的内容，但当事人订立合同的根本目的在于通过交易所得机器获取生产利润。可见，可得利益是一种典型的增值利益。

合同法应当对可得利益给予核心关注和重点保护，因为保护具有增值性的可得利益也就意味着保护人们的财富进取心，意味着激励人们通过合同交易这种市场分配机制去追求市场利润、创造经济价值、增加社会财富。正如法恩斯沃斯所说，将合同法的功能仅仅看作是保护合同当事人的期待利益，只是从当事人自己的角度得出的偏狭结论。从更为宏观的社会整体角度看，合同法的功能主要是通过鼓励当事人从事此类能促进生产力的交易，促进整体经济利益的提高。^{〔4〕}也就是说，合同法不仅能促进合同当事人期待利益的实现，更能通过支持可得利益赔偿的方式激励人们信赖他人允诺以促进利用合同的交易，并进而提高社会整体的财富积累和经济利益，这与自由企业制度的理念更加一致。^{〔5〕}因此，合同法应当以可得利益为其中中心关注，这也符合合同法鼓励交易的宗旨。

正是基于上述原因，对于违约可得利益损失，各国普遍采取了支持的态度。大多数国家规定非违约方有权获得因为违约方未如约履行合同而导致其没有实现的任何可得利益，这种完全赔偿原则已经成为私法领域的一项基本原则。^{〔6〕}当然，为了追求可得利益赔偿的公平，各国也通过例外排除的方式不同程度地限制违约可得利益赔偿，其限制规则包括债务人主观上的过错程度、损害的可预见性、违约与损害之间的因果关系、法官的自由裁量、减损规则以及损失的确定性规则等等。^{〔7〕}也就是说，各国法院对于违约可得利益赔偿采取了总体支持、例外排除的普遍做法。

遗憾的是，我国法对于违约可得利益损失虽有诸多条文加以规定，但法院判决却通常只是判予非违约方以实际损失而很少支持其可得利益损失的请求，可得利益损失的法律表达与司法实践存在较为明显的脱节。即便在1999年合同法和2009年最高人民法院《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》”）出台后，中国法表达与实践之间的此种紧张关系也没有得到有效缓解或改善。法律表达与司法实践的脱节成为可得利益损失在中国法中的典型困境。本文旨在从理论与实证结合之角度来呈现、分析此种困境及其成因并试图提出有现实可行性的解决之道。

〔4〕 前引〔1〕，Farnsworth书，第8页。

〔5〕 E. Allan Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 Colum. L. Rev. 1145, 1146 (1970).

〔6〕 比如，德国民法典第252条明确规定可得利益是指依事物的通常进程，或者依特殊情形，特别是依已采取的措施或者准备，可预期取得的利益。美国法院在经典先例格里芬案中指出，违约损害赔偿是以可得利益为基础计算出来的，法律在通常情形下都支持非违约方的可得利益，只有在可得利益很不确定或无法预见时才否认可得利益损害赔偿。See Griffin v. Colver, 16 N. Y. 489 (1858).

〔7〕 G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Clarendon Press, 1988, p. 56.

二、我国违约可得利益损失之法律表达与司法实践的脱节

（一）可得利益损失的中国法表达

对于违约损害赔偿，我国民法通则、经济合同法、技术合同法、涉外经济合同法都有一条基本相同的规定，即“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失”。至于该“所受到的损失”，这几部法律都未有进一步的解释，也都没有提到“可得利益”的概念。直到1987年，《最高人民法院关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》才在中国法律文件中首次提及“可得利益”的概念。^{〔8〕}《解答》明确了包括可得利益在内的违约损失都应该得到赔偿，在一定程度上减少了立法的模糊性。

1999年，合同法在第113条明确规定了违约损害赔偿包括可得利益损失在内：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，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，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”，从而在我国立法中首次明确了违约可得利益损失的概念。合同法颁布之后，种子法、农业法、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》等多个规范性文件也在特别法领域明确规定和认可了“可得利益损失”的概念和规则。^{〔9〕}2009年7月7日最高人民法院出台《指导意见》，合同法第113条规定的“可得利益损失”这一抽象一般性概念终于获得了具体的阐释表达和可操作性规范的支持。《指导意见》从区分可得利益损失类型、综合运用计算规则、适当分配举证责任的角度，提出认定可得利益损失的具体指导意见。它根据交易的性质、合同的目的等因素，将可得利益损失区分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型，确定了可得利益损失的计算公式，并将可得利益损失的举证责任分配给非违约方。^{〔10〕}尽管根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》，《指导意见》并不是司法解释，其法律效力值得怀疑，^{〔11〕}但该文件清楚确定地表达了最高人民法院对于可得利益损失的支持态度，却是毋庸置疑的。

（二）可得利益损失的中国法实践

尽管合同法等上述多个法律文件都明确规定了可得利益损失赔偿的概念和规则，但当司法实践中出现违约可得利益损失的诉讼请求时，法院基本都持一种十分保守的谨慎态度，或者说多数情况下不支持非违约方的可得利益损失请求。对我国司法实践状况的此种判断不仅来自于司法实务部门许多律师和法官的反映，更是基于笔者对相关司法案例

〔8〕《解答》第六（一）部分对涉外经济合同的违约责任规定：“一方当事人不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件的，……违约一方当事人赔偿另一方当事人因此所受到的损失，一般应包括……合同如能履行可以获得的利益（在国际货物买卖合同中，就是指利润），但不得超过违约一方当事人在订立合同时应该预见到的因违反合同可能造成的损失。”

〔9〕参见种子法第41条第1款、农业法第76条、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第17条第2款。

〔10〕具体见《指导意见》（法发〔2009〕40号）第三部分第9条、第10条和第11条。

〔11〕最高人民法院2007年4月1日实施的《关于司法解释工作的规定》第6条规定：司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。“指导意见”并不在内，因此它不属于司法解释。

的实证统计和分析。^[12]

从统计结果来看,截至2013年2月28日,“中国司法案例数据库”中收录有最高人民法院和各省高级人民法院审理的涉及可得利益的案件约100件,但对于可得利益损失否定者居多,支持者较少。在最高人民法院涉及可得利益损失的共计25个案件中,明确而完全支持原告可得利益损失诉讼请求的只有1件,即“日本隆昌交易有限公司与长沙阿波罗商业城合资合同、承包合同纠纷案”。^[13]也就是说,最高人民法院对于可得利益损失请求的支持率大约只有4%。在各省高级人民法院涉及可得利益损失的共计75个一、二审案件中,明确而完全支持原告可得利益损失的也只有5件,即福建省高院审理的“杨文元与杨文祥租赁合同纠纷上诉案”,^[14]浙江省高院审理的“深圳市鸿安货运代理有限公司与浙江山塔纺织有限公司海上货物运输合同无单放货纠纷上诉案”,^[15]江苏省高院审理的“苏州铸诚建设工程管理咨询有限公司与吴江城市投资发展有限公司技术咨询合同纠纷上诉案”,^[16]云南省高院审理的“玉溪滇雪粮油食品工业有限公司与云南玉溪大营街粮油贸易有限公司买卖合同纠纷上诉案”^[17]和广西高院审理的“陈美球与徐剑雄合作开发矿产纠纷上诉案”。^[18]各省市高级法院对于可得利益损失请求的支持率大约只有6.5%。

总体来看,最高法院和各省高院100个可得利益损失案件中只有6件得到法院支持(约6%的支持率),不支持或未予明确支持者却高达94件(约94%的否定率)。^[19]并且,即使是明确支持非违约方可得利益损失的案件,也要么是当事人请求和法院支持的可得利益损失数额较小,^[20]要么是法院最终通过支持可得利益但减少实际损失等其他损失赔偿的方式结案,实际上也未见得真正支持了原告的可得利益损失请求。^[21]总之,我国违

[12] 笔者的统计以“中国司法案例数据库”(包括最高法指导性案例、最高检指导性案例、最高法院公报、最高检公报、最高法院公布案例、审判指导参考、审判案例要览、法院案例选编、判案大系、最高法院网站、人民法院报案例指导等权威案例库)中涉及违约可得利益的最高人民法院和各省高级人民法院案例为基础。首先,之所以选择该数据库的案例作为统计基础,是因为该数据库案例在司法实践中具有高度公开性和较高程度的权威性,有着较好的代表性。其次,较高级别法院的司法判决更能代表一国法律实践对于某一问题的价值立场与基调取向。正因为如此,即便在毫无判例法传统的中国司法实践中,基层或下级法院的法官或参与诉讼的律师们才会经常通过各种方式去求证最高人民法院的相关法官们对于某个问题(包括对可得利益损失支持与否)的态度。

[13] (1999)经终字第88号。

[14] (2010)闽民终字第168号民事判决书。

[15] (2009)浙海终字第77号民事判决书。

[16] (2007)苏民三终字第0023号民事判决书。

[17] (2007)云高民二终字第206号民事判决书。

[18] (2007)桂民四终字第4号民事判决书。

[19] 佛山中院吴行政法官还对全国31个省市自治区法院涉及可得利益的判决作过一个更为全面的统计。在涉及可得利益赔偿的300个合同纠纷案件中,法院认为当事人请求的可得利益具有确定性,或即使难以确定但损失存在具有合理性,从而支持可得利益诉讼请求的仅有6件。参见吴行政:《论合同法上的可得利益赔偿》,法律出版社2011年版,第358页。

[20] 比如“深圳市鸿安货运代理有限公司与浙江山塔纺织有限公司海上货物运输合同无单放货纠纷上诉案”中,法院支持原告的可得利益损失总额只有25032.99元;“杨文元与杨文祥租赁合同纠纷上诉案”中,法院所支持的原告可得利益损失只有1.1万多元;“苏州铸诚建设工程管理咨询有限公司与吴江城市投资发展有限公司技术咨询合同纠纷上诉案”中,法院支持原告的实际损失和可得利益损失总额也只有59902元。

[21] 比如“苏州铸诚建设工程管理咨询有限公司与吴江城市投资发展有限公司技术咨询合同纠纷上诉案”中,原告主张咨询服务报酬313300元、额外咨询服务报酬309512元、经济损失7902元、可得利益21510元,但江苏省高院最终判令被告支付原告房租及利息损失7902元、可得利益损失52000元。尽管名义上支持了原告的可得利益损失(而且还高于原告主张),但实际上与原告所主张的损失相差甚远。

约可得利益损失的法律表达与司法实践存在较为明显的脱节,即便在1999年合同法和2009年《指导意见》出台后,此种脱节也没有得到有效缓解或改善。法律表达与司法实践的脱节成为可得利益损失在我国法中的典型困境。

三、我国法困境的原因分析

违约可得利益损失具有天然的不确定性。因为它是一种假如合同正常履行可以获得的期待利益损失,是一种假设或推测未来可以(would have)取得的而非真实发生的利益损失。^[22]为了消除可得利益损失的先天不确定性,西方各国主要靠因果关系理论、可预见规则、减损规则、过失相抵规则、损益相抵规则等来划定违约可得利益损失保护与否的边界。但我国合同法基本抛弃了大陆法系的因果关系理论,很少适用可预见规则和减损规则计算可得利益,将过失相抵和损益相抵主要应用于侵权法而非合同法中。这些可得利益损失限定规则的缺位导致司法实践中没有一个确定可得利益损失的有效操作标准,很容易因为非违约方可得利益损失不具备“确定性”而否定其主张。

可得利益损失的上述不确定因素导致我国司法实践中法官对于原告的可得利益损失采取较为普遍的消极否定态度。在笔者所统计的上述100个相关案件中,除了个别案件是因为合同无效、被告未违约、被告无法预见、原告亦有过错或违约在先、双方约定排除可得利益赔偿、合同解除无可得利益等原因而否定原告可得利益损失请求外,在大多数案件(近80个案件)中,法院基本都是因为原告所主张的可得利益损失缺乏确定性而不予支持,只不过法院在判决中会有难以确定、不确定、无法确定、不能确认、缺乏确定性等多种不同的表述方式。

从统计案件数量来看,影响可得利益损失之确定性的主要有两大因素。第一个因素是因证据缺乏而导致可得利益不确定,此类案件有50多件,大多表述为:原告可得利益损失缺乏依据、证据不足、证据不力、事实不清、没有事实根据、未提供相应证据证明等。^[23]第二个因素是因计算标准缺乏而导致可得利益不确定,此类案件有20多件,大多表述为:原告可得利益损失没有法律根据、没有计算依据、无法计算、基础不存在等等。这其实就是现实中可得利益损失不确定性的两个主要方面,即证据的不确定性和计算的不确定性。

证据的不确定性是违约可得利益损失得不到赔偿的首要因素。这涉及哪些证据可以纳

[22] Jonathan S. Coleman, "For Want of A Nail": Applying Florida's Reasonable Certainty Test to Lost Profit Damage Claims, 83 Fla. B. J. 10, 12 (2009).

[23] 典型案例有:河南省高院“哈尔滨哈汽与焦作化电案”((2005)豫法民三终字第42号民事判决书)认为,“关于焦作化电公司诉请中的可得利益,鉴于其只是提供了2号汽轮机运行日志,并未提交其他相关证据予以证明其损失,故焦作化电公司诉请哈汽总公司赔偿两年经济损失788万元证据不力,不予支持。”广东省高院“霍克能源与广州南通电案”((2004)粤高法民四终字第23号民事判决书)认为,“预期可得利益主要取决于销售额,……没有证据证明南通公司被取消总经销资格所造成销售下降的损失范围,故原审该项没有事实依据,应予纠正。”河南省高院“汤阴县远邦铜业与陈胜寿案”((2009)豫法民二终字第66号民事判决书)认为,“因远邦铜厂主张的2003年底库底存鱼和鱼苗的数量不能确认,所以其主张履行承包合同后可得利益594900元的基础亦不存在,远邦铜厂请求原保庆承担足额赔偿责任证据不足,不予支持。”安徽省高院“舒城路通与安徽省地质矿产勘查局案”((2009)皖民二终字第0007号民事判决书)认为,“路通公司主张的10765677元可得利益损失应由县政府、国土局赔偿的上诉请求,因双方当事人对违约责任并未进行约定,且路通公司在诉讼中也未能提供证据予以证实,故该请求本院不予支持。”

人有效证明可得利益损失的举证范围，原告所提供的证据要达到何种程度才可以证明可得利益损失的确定性，原告可得利益损失的事实和数额之证明应不应该实行差别标准，法官在确定可得利益损失的数额时有无自由裁量权等内容。可得利益损失天然的不确定性导致对其进行证明的难度。而且举证本身就是一种很沉重的负担，原告须对其假设成立的、可能获得的、具有不确定性的可得利益提供充分和确定的证据支持，无疑十分困难。再加之我国法律和法院并未就可得利益损失的有效证据、举证范围、证明程度、事实与数额区分等内容作出规定，更未根据可得利益的未来性和不确定性特点去采纳证据和分配举证责任，因此法院经常会因为证据的不确定性否定原告可得利益损失的请求。此外，为可得利益损失提供确定证据的难度还在于，原告的可得利益很容易受到其经营状况、经营成本、市场风险、管理水平等多种因素的影响，而这些因素本身都具有高度不确定性，从而影响原告证据的确定性和充分性。^[24] 总之，证据的不确定性是实践中法院否定原告可得利益主张的首要理由。

可得利益损失的不确定性还源于其计算上的缺陷。这涉及违约可得利益损失应当以何为计算依据和标准，应当以利润、营业收入、税收还是其他内容作为计算标准，应当以非违约方、违约方还是其他同行利润为计算标准，其他同行是某个特定同行还是整个市场全部同行，新营业利润如何计算，可否有其他替代标准等等。在所统计的 100 个相关案件中，有 20 多件是虽有证据证明原告有可得利益损失的可能，但却没有计算损失数额的确定标准与根据，导致法院无法支持原告的请求。统计案例中仅有的几个支持原告可得利益请求的案件，也主要是因为当事人对违约可得利益损失有所约定，法院比较容易计算和认定。这种情况包括：双方约定违约金包括可得利益损失；约定违约可得利益损失由第三方评估机构进行评估计算（或事后选定评估机构）；^[25] 约定计算可得利益的标准，比如按照合同总额的百分之多少来计算，^[26] 或者按照合同标的单价乘以合同数量来计算利润。^[27] 但实践中双方约定可得利益计算标准的情况并不多见。

计算上的不确定性来源于法律的粗漏，缺乏应有的操作性。尽管最高人民法院 2009 年《指导意见》规定了可得利益损失的计算公式，^[28] 2012 年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》更具体规定了买卖合同当事人可得利益损失的

[24] 比如，山东省高院“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，对于蓝星公司申请法院调取来的证据，虽然相同的仪器其他公司卖出了很高的价格，但是其买卖合同包含许多附加条件。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。蓝星公司从网上下载的中标公告，也因为其同样的不确定性而不能作为其主张可得利益的依据。参见（2008）鲁民四终字第 52 号民事判决书。

[25] 比如广西自治区高院审理的“陈美球与徐剑雄合作开发矿产纠纷上诉案”，（2007）桂民四终字第 4 号民事判决书。

[26] 比如北京市高院审理的“北京宣福房地产开发有限责任公司与北京华业行房地产经纪有限公司委托合同纠纷上诉案”，（2009）高民终字第 1596 号民事判决书。

[27] 比如河南省高院审理的“河南省沈丘县线材厂与杭州景迪印章制作有限公司等联营合同纠纷上诉案”中，就约定按照“每枚印章 70 元的标准计算利润”。参见河南省高院（2009）豫法民二终字第 77 号民事判决书。

[28] 即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。参见《指导意见》第 10 条。

计算公式,^[29]但这两个公式都对“可得利益损失总额”本身怎么计算没有任何明确说法,因而无法提供一种具有实践操作性的计算可得利益损失的确定标准。同时,最高法院对于可得利益损失的分类也有诸多不周延之处。比如,《指导意见》将生产利润损失界定为生产设备和原材料等买卖合同违约中的损失,但其范围不应局限于此。一是不应局限于买卖合同违约,运输合同、修理合同等服务合同违约也经常会导致非违约方的生产利润损失,英国经典的哈德利(Hadley)案^[30]就涉及承运人违约导致磨坊停工的生产利润损失问题。二是不应该局限于工业制造的生产领域,农业生产也应该包含进来并一起加以规制和处理。类似缺憾加重了可得利益损失计算上的问题。计算上的不确定性导致很多法院只得依靠日常经验法则等推理方式来否认原告的可得利益损失请求。^[31]即使是在那些支持原告可得利益损失的案件中,通过酌情、酌定、适当、估算甚至猜测等方式对可得利益损失及其数额进行判断的情形也随处可见。^[32]缺乏计算标准的另一个更为严重的实践后果是,它导致很多法院干脆就用“原告所主张之可得利益损失没有事实和法律根据,不予支持”这样一句话来轻易否定原告的可得利益损失请求,^[33]尽管法官心里很清楚合同法第113条关于可得利益的一般规定。

四、可得利益损失确定规则的建构

鉴于可得利益损失的重要性、各国的普遍支持态度和我国司法实践主要因其“缺乏确定性(证据确定性和计算确定性)”而不予支持的消极做法,我们有必要建构起我国可得利益损失的确定规则,不仅从程序上降低证明的标准,扩大证据的范围,而且从实体上类型化计算的标准来增强可得利益损失制度的操作性和确定性,改进我国可得利益损失的司法实践,增强违约救济制度的合理性。

(一) 程序确定性规则:证明标准的降低

从程序上来讲,可得利益损失的举证责任由非违约方承担(《指导意见》第11条之规定),而举证负担本身就是一种不利于非违约方的规则,对非违约方来说是一种“繁重的负担”。^[34]为了防止违约方从此种举证负担规则和其违约行为中获取不当利益,在非违约方

[29] 其第29条规定:“买卖合同当事人一方违约造成对方损失,对方主张赔偿可得利益损失的,人民法院应当根据当事人的主张,依据合同法第113条、第119条、本解释第30条、第31条等规定进行认定。”

[30] Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145(1854).

[31] 比如上海市高院在其审理的“王某与国泰君安证券股份有限公司等证券交易代理合同纠纷上诉案”中认为,“根据该权证的走势及合理估值,其能够获利的可能性也是微乎其微,相反,其产生交易损失的可能性更大,故上诉人主张可期待利益损失也无依据。”参见(2010)沪高民五(商)终字第31号民事判决书。

[32] 比如山东省高院的“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”(2008)鲁民四终字第52号民事判决书、宁夏自治区高院的“银川九龙海浴餐饮娱乐有限公司与宁夏银祥房地产开发集团有限公司房屋租赁协议纠纷再审案”(2009)宁民再字第6号民事判决书。

[33] 比如,海南省高院的“琼海市公共汽车公司与佟胜军经营权承包合同纠纷抗诉案”(2008)琼民抗字第8号民事判决书、福建省高院的“郑进洋诉晋江恒达陶瓷有限公司技术服务合同纠纷案”(2005)闽民初字第46号民事判决书、山东省高院的“马来西亚大同投资集团(纳冈)有限公司诉淄博张钢制铁铸管有限公司等撤销合资合同纠纷案”(2008)鲁民四初字第2号民事判决书、海南省高院的“洪漫宁等与海南至盛行食品有限公司等股权转让纠纷上诉案”(2008)琼民二终字第52号民事判决书等都是如此。

[34] E. Allan Farnsworth & William F. Young, *Contracts: Cases and Materials*, Foundation Press, 5th ed., 1995, p. 546.

举证责任负担的范围和证明的标准方面，似乎不能够对其有过高的要求，而是应当适当降低非违约方对于可得利益损失及其数额的证明标准，只有这样才能充分保护非违约方的利益，实现合同双方当事人的利益平衡。正如美国法官科尔斯所指出的，如果对可得利益损失的确定性发生疑问，通常来说应当作出对违约方不利的判决。理由是，由于不确定性是不可避免的，因此采取对受害方有利而对违约方不利的态度并非不恰当。^[35] 科尔斯法官的话代表了法律界对待可得利益损失举证的一种普遍价值取向。至于如何降低原告在可得利益损失方面的证明标准，建构合理的程序确定性规则，笔者认为应该从以下三方面着手：

1. 引入“合理确定性”标准

确定性是违约可得利益损失获得法院支持的关键所在。违约损害赔偿中的确定性标准要求必须有清楚并符合要求的证据来证明损害是实际发生的，而非偶然的、推测的、猜想的或微小可能性的，并且损害需要被证明到确定的程度。^[36] 与可预见规则的目的相同，确定性标准是美国法官为了限制陪审团决定违约损害赔偿时的自由裁量权并平衡违约方与非违约方利益而创设的损害赔偿限制规则，主要适用于商业交易的违约利润赔偿领域。麦考密克说，确定性标准可能是美国法院对普通法上损害赔偿制度最为杰出的贡献。^[37] 因为在确定性标准出现前，美国法院不承认违约损害赔偿中可以包含可得利益损失。^[38] 这一点与我国司法实践非常相似。当下我国法官否定非违约方可得利益主张最为通常的理由便是，由于没有一个有效的确定性标准作为参考，所以原告的可得利益损失因不具有确定性而无法得到支持。建立一个规范的确定性标准不仅能够弥补我国可得利益理论与制度上的缺漏，更能有效防止法官对于可得利益损失的恣意裁判或无所适从。

但强调确定性标准的问题在于，违约可得利益损失本身就是假设的，具有天然的不确定性，即使让原告倾其所能提供所有相关证据也不一定能够证明可得利益损失的完全确定性。因此，严格要求确定性标准无疑会严重损害非违约方的利益。因此，美国法院后来对确定性标准进行了改进，降低了非违约方的证明标准，提出了“合理确定性 (reasonable certainty)”这一颇具灵活性的标准。《美国第二次合同法重述》第 352 条有明确规定，“当损失的数额超出了证据所能证明的具有合理确定性的范围时，超出这一范围的损失不能得到赔偿。”现如今，富有弹性的合理确定性标准已经完全取代相对僵化的确定性标准成为美国法院判断违约可得利益损失的首要实践原则。

至于究竟何谓合理确定性、所谓的“合理”体现在哪些方面、如何判断是否“合理”，回答这些问题似乎并不容易。虽然合理确定性标准已经取代较为成熟的可预见规则成为美国合同损害赔偿司法实践中的最重大问题，但法院从未对何谓“合理确定性”一词作过真正的解释，而该标准的难度和复杂性也导致很少有学者进行相关学术研究，美国的《法律评论》上也几乎看不到研究合理确定性标准的学术论文。^[39] 尽管如此，也不

[35] United States Naval Inst. v. Charter Communications, 936 F. 2d 692, 697 (2d Cir. 1991).

[36] 前引 [1], Farnsworth 书, 第 829 页。

[37] Charles T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages*, West, 1935, p. 124.

[38] Charles T. McCormick, *The Standard of Certainty in the Measurement of Damages*, 43 Yale L. J. 1109, 1112 (1934).

[39] Robert M. Lloyd, *The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means*, 12 Tenn. J. Bus. L. 11, 11 (2010).

代表“合理确定性”毫无规律可循。从美国法院的具体实践来看，一般认为，如果原告能够举出自己既往的工作经验和经营业绩，自己在订立合同之前的详细商业计划和设计规划，被告在违约后的利润增长、同行企业增长利润等经济财务数据，业内专家意见，市场调查分析数据，合同履行的成本或企业运营成本等证据内容，法院就可以认定原告为其可得利益损失主张提供了一个“合理确定性”的基础，原告的主张就可以得到法院的支持。

当然，可得利益损失之合理确定性的证明难度会因为交易性质的不同而有很大差别。比如同样是买卖合同，卖方对于其所主张因买方违约导致其本交易失败的可得利益损失的举证并不困难，但如果是买方主张卖方违约导致其进一步交易落空的可得利益损失，则该损失具有合理确定性的证明就困难得多。再比如，当事人之间的买卖合同是一个内容较为复杂的未来长期合同，约定由卖方供给买方在未来若干年内所需要的所有货物，卖方违约导致的买方可得利益损失（合理确定性）也同样很难证明。此外，非违约方是既有营业还是新营业，是排他性独家销售代理还是非排他销售代理，其可得利益损失的证明难度也有很大不同。^[40]有时还允许法院考虑“当事人恶意违约等情形”来确定是否需要较低程度的确定性和证明标准。

值得关注的是，即使是合理确定性标准的要求，近些年来美国法院也有进一步放松的趋势。美国法院对于新营业之可得利润的承认、对于商业机会损失的倾向性支持、从损失的精确计算到大体估算的变化都体现了证明标准逐步放松和降低的趋势。违约可得利益的确定性标准从含义到适用范围都不断发生着变迁，甚至可以说经历了一个从“确定性”到“合理确定性”再到“合理可能性”的历程。^[41]其变化如此之大，以至于有专家怀疑法院是否已经实质上放弃了确定性标准。^[42]

总之，为了解决证据不确定性给可得利益司法裁判带来的实践困境和消极影响，借鉴和吸收美国法富有弹性且逐步放松的合理确定性标准并以此降低原告的证明责任，符合我国司法实践的现实情况和客观需要。

2. 建立“事实与数额区分”的证明标准

为了消除可得利益损失不确定性的天然弊端、降低可得利益损失的证明难度，除了引入合理确定性标准外，还需要建立对于可得利益损失的“事实与数额（fact-amount）”^[43]加以区分的证明标准，以进一步降低非违约方的举证难度，有效保护非违约方的期待利益。所谓“事实与数额”区分的证明标准，是指当事人只需要证明损害的“事实”具有合理确定性即可，而不用证明损害的“数额（范围或程度）”具有合理确定性。一般认为，区分损害事实与数额的证明标准是一种为了解决可得利益确定性规则的困境而发展出来的最为常用、有效的次规则（subdoctrine）。确定性标准不断宽松化的趋势也使得法官逐步放松对陪审团的事实审控制，允许陪审团推测可得利益损失的数额。^[44]也就是说，确定性标准从严格到宽松的变化为事实与数额相区分的标准提供了现实的可能性空间。

[40] Restatement of Contracts, Second, § 352, Comment b.

[41] 前引〔38〕, McCormick文, 第1114页。

[42] Brown v. McCloud, 96 Ore. 549, 552, 190 Pac. 578, 579 (1920); Story Parchment Co. v. Patterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555, 562 (1931). 也参见前引〔1〕, Farnsworth书, 第830页。

[43] 有时也被称作“事实与范围（fact-scope）”、“事实与程度（fact-extent）”区分的证明标准。

[44] 前引〔38〕, McCormick文, 第1114页。

区分损害事实与损害数额的证明标准是西方各国的普遍司法实践。美国最高法院1931年的经典先例指出，证明损害事实的证据与证明损害数额的证据是有明显区别的，证明损失数额的合理确定程度一般低于证明损害事实的程度，证明损害事实的证据必须确定充分，而证明损失数额的证据不够确定并不能成为否定原告请求的理由。^[45] 法院通常会对原告所提供的证明损失数额的证据持一种更宽容的态度，对原告提供的证明损失事实的证据则要求相对更严格。^[46] 此外，美国《统一商法典》第1—106条评论1也明确规定，损害赔偿不必达到数学意义上的精确程度，通常来说最多就是一个近似的数值。尤其是像商誉那样的根本无法精确计算的可得利益损失，就更不能要求对损失数额的确定性证明了。^[47] 可见，美国法事实上已经降低了违约可得利益数额的证明标准。

在大陆法系国家，司法实践也有意通过区分证明内容来降低非违约方的可得利益损失的证明标准。大陆法系区分责任成立的因果关系与责任范围的因果关系，前者关涉可得利益损失是否存在，后者关注可得利益损失的范围大小。比如，德国联邦最高法院在一个原则性判决中将因果关系区分为上述两种。按照该判决，责任成立的因果关系适用德国民事诉讼法第286条，应以完全确信证明之；至于责任范围的因果关系，则适用德国民事诉讼法第287条，其证明程度与前者不同。前者的证明度应达到可谓其为“真实”的真实性，而后者则仅要求较低的盖然性。^[48] 两大法系对于违约可得利益损失的证明规则虽然不同，但都基于同样的价值理念对违约可得利益损失之事实和数额的证明标准加以区分，有异曲同工之妙。

由于因果关系理论的废弃和确定性标准的缺乏，我国司法实践并未区分违约可得利益损害事实与损害数额的证明标准，导致原告可得利益损失之证成困难重重。比如，上海市高院曾经审理过一个转售合同纠纷案件。^[49] 该案原、被告签订了一份买卖冷冻柳橙汁的合同，供应期间为2005年3月至12月，总量为129.60吨，单价11.70元/公斤，实际每批订量以原告采购订单为准。2005年10月，原告与第三方签订了柳橙汁的转售合同，数量也为129.60吨，单价为15.80元/公斤，由原告在2005年12月31日前分批将货物送到该第三方指定的冷库，每批交货具体也以第三方发出的订单为准。2005年10月31日，第三方向原告发出订单，数量为10.26吨；第二天，原告向被告就相同数量发出订单。被告收到订单后，以价格上涨为由取消了订单并取消双方合同。于是原告起诉称被告违约行为造成了原告的可得利益损失，要求判令被告支付原告可得利益损失531,360元。该可得利益数额是由转售合同单价15.80元/公斤和原、被告合同单价11.70元/公斤之差价即4.10元/公斤，再乘上合同总量129.60吨得出的金额。上海市高院判决认为，本案原告主张的可得利益损失是以129.60吨这一合同框架数量为基础，而实际履行的数量可能多于该数量，也有可能少于该数量，关键还是得依据原告向被告发出的订单数量来确定。因此，原告以该框架数量为基础主张可得利益损失，显然存在不确定性，

[45] See *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 562 (1931).

[46] *Borden, Inc.*, 454 So. 2d at 1092; *Fritscher v. Chateau Golf & Country Club*, 453 So. 2d 964, 973 (La. App. 5th Cir.).

[47] *Restatement of Contracts*, Second, § 352, Comment a.

[48] 参见闫仁河：《违约可得利益赔偿的证明标准之完善》，《学术交流》2009年第4期。

[49] 详见上海嘉巢贸易发展有限公司和连丰食品原料（上海）有限公司买卖合同纠纷一案。

违背了可得利益损失的客观确定性原则，法院仅支持以下过订单的10.26吨为基础计算出来的可得利益损失。

本案争议焦点在于是应该以原告主张的合同总量还是被告主张的实际发生量为基础来计算可得利益损失。上海市高院在确定原告可得利益损失数额时采取以实际发生量为基础的标准。但原告已经与第三方签订了明确的与框架数量完全相同、与框架期限完全相符且12月31日前必定履行完毕的转售合同，按照合同法第113条之法理，如果原被告双方正常履行其合同，原告完全可以获得以全部数量129.60吨为基础的转售利润。法院在判断原告可得利益损失时，不仅没有考虑到可得利益损失合理确定性的证明标准，更没有考虑可得利益的损害事实与损害数额的证明应当加以区分的标准和观念，而是坚持自己理解的内涵模糊、外延不清的“客观确定性原则”，导致了其判决结果未能救济原告本可以取得的期待利益。

3. 放宽自由心证与经验法则之运用

要通过合理确定性标准和事实与数额的区分标准达到降低原告或非违约方举证责任的目标，尚需要放宽法官的自由心证和经验法则的运用，充分发挥法官的主观能动性。不管是合理确定性标准中的“合理”还是事实与数额区分标准中的“数额近似值”，在实践中都需要依靠法官的自由心证和经验法则进行判断。自由心证靠的不是法律预先设定的机械规则来指示或约束法官，而是由法官针对具体案情，根据经验法则、逻辑规则和自己的理性良心来自由判断证据和认定事实，并最终形成内心确信。在损害赔偿计算之领域广泛运用经验法则和自由心证，已经成为各国所认同的基本准则。^[50]

客观分析我国司法现状，自由心证原则在审判实践中已有大量运用。即便如此，在认定和计算具有先天不确定性、高度弹性和较高证明难度的可得利益损失时，仍需放宽法官自由心证之运用。尤其是当可得利益损失之事实合理确定但损失数额难以精确计算时，更需要法官依靠经验法则、逻辑规则和理性良心来认定证据事实，作出合理判断。而法官通过类推适用非违约方既往营业利润、非违约方在他处营业利润、同行业他人营业利润、市场营业行情变动、专家证言等标准来合理确定地支持非违约方的可得利益损失请求，更是法官放宽运用经验法则和逻辑推理进行自由心证的一个典型体现。

在笔者统计的案件中，也有一些以自由心证支持原告可得利益损失的案例。比如山东省高院在“济南蓝星医疗设备有限公司案”中认为，上诉人虽主张可得利益损失为1151200元，但结合本案实际，扣除上诉人直接损失后，被上诉人解除合同给上诉人造成的可得利益损失可酌情支持40万元。^[51]尽管法院支持的数额与原告的主张差距较大，但法院践行了当原告可得利益损失虽然不是很确定但却具有合理性时的酌定和推定的自由心证规则，值得肯定。

[50] 比如，瑞士债法典第42条规定“不能确定数额的损害赔偿应该由法官来自由决定”。德国民事诉讼法第287条规定：“若当事人于损害是否已发生，及损害或应赔偿利益的额度有争执，就此，法院在斟酌所有情事下，依自由心证决定之。”日本民事诉讼法第248条规定：“得认定有损害之发生，因损害之性质上，证明其数额极为困难时，法院得依言词辩论之全意旨，及调查证据之结果，认定相当之损害数额。”我国台湾2000年修订的民事诉讼法第222条规定：“当事人已证明受有损害而不能证明其数额或证明明显有重大困难者，法院应审酌一切情况，依所得心证定其数额。”

[51] (2008)鲁民四终字第52号民事判决书。

此外，放宽自由心证和经验法则之运用还可以通过将专家意见（也称专家证词）吸收为有效证据的方式实现。尽管《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》和新民事诉讼法都规定了专家意见和专家证词证据，^[52]但都没有明确专家意见的法律效力，因此司法实践中专家意见等主观性证据的证明力受到很大怀疑，大多受制于法官的自由心证。笔者认为，在可得利益损失的证明中，考虑到证明的难度和法律对于非违约方举证负担的规定，应该放宽采信此类证据的门槛，强化此类证据的证明力，通过降低可得利益损失的证明标准保护非违约方的利益。比如，当事人对建设工程的图纸设计完成量发生争议时，法院可以依据专家审定意见认定事实；当事人对有关财务费用发生争议时，法院可以依据会计师专家意见认定事实；当事人对营业可得利益损失的数额发生纠纷时，法院可以依据经济专家、市场顾问和其他财务专家提供的专家意见认定事实，特别是因违约导致营业设立失败时更是如此。^[53]上述专家意见具有较强专业性和较高可信度，应被纳入违约可得利益损失的有效证据中去。

值得注意的是，虽然应当允许法官依据经验法则和自由心证来判断当事人的可得利益损失，但应对其有严格限制，只有当非违约方能够证明有可得利益损失的事实但没有任何可以直接参考的标准时才能运用。

（二）实体确定性规则：计算标准之类型化

除了程序上的确定性规则之外，尚需通过计算标准的类型化来建构可得利益损失的实体确定性规则。鉴于最高人民法院《指导意见》和司法实践在可得利益损失计算标准上的含糊与缺漏，有必要为违约可得利益损失的确定设定更为明确清楚的计算标准，并通过分类和提炼加强其操作性。设定计算标准的基础，笔者主张以“营业”为其中心线索。因为可得利益主要是一种经济“财产利益”，通常表现为营业可得利润，^[54]并且此种营业利润标准也具有足够的包容性。笔者认为，确定可得利益损失的计算标准通常可以包括如下四类：

1. 自身营业利润标准

自身营业利润标准是指以自己的营业利润为标准来计算本次违约给非违约方造成的可得利益损失，这是计算违约可得利益损失最直接、最常用也是最得力的一类标准。因为不管是农业企业、工业企业、第三产业企业，还是生产企业、经营企业、转售企业，它们都有其法定工商档案或会计账簿所记载的利润，一般可以通过“实现利润÷营业收入”这一公式计算出企业的营业利润率。尽管此种营业利润会随着市场行情、经济形势、经

[52] 《证据规定》第61条规定“当事人可以向人民法院申请一至两名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明”；2012年新修订的民事诉讼法第79条也明确规定“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”。

[53] See *Louisiana Farms*, 685 So. 2d at 1107-1108; *Barneo Int'l, Inc.*, 684 So. 2d at 997-998; see also *Angelo & Sons, Inc.*, 671 So. 2d at 1288.

[54] 正因为如此，《指导意见》在第三部分第10条中明确规定：“人民法院在计算和认定可得利益损失时，……因违约导致人身伤亡、精神损害等情形的，不宜适用可得利益损失赔偿规则。”当然，也并非毫无例外。尤其是在“合同的目的是提供安宁和快乐的享受”（*Jackson v. Horizon Holidays Ltd* [1975] 3 All ER 92）、“合同的目的是为了摆脱痛苦和烦恼”（*Heywood v. Wellers* [1976] 1 All ER 300）、“违约导致生活上的不方便直接造成的精神痛苦”（*Perry v. Sidney Phillips & Son* (1982)）三种情形下，不承认违约（精神）可得利益损失似有不妥。

营好坏和利税政策等多种因素变化而有所起伏,但这不影响其为可得利益损失最得力的计算标准。

最通常的自身营业利润标准是非违约方的既往营业利润标准。这种标准可以根据非违约方过去一年或者几年的营业利润计算可得利益损失。比如, A 与 B 签订合同, 约定由 A 为 B 改造其既存的汽车电影院, 合同约定 A 应该在 6 月 1 日前完成改造工作。但 A 直到 9 月 1 日才完成。B 可以用该汽车影院停工改造之前甚至是完工之后的营业利润记录并结合其他证据, 来证明其可得利益损失的合理确定性。^[55] 还可以通过比较非违约方在违约前后的利润收入来计算其可得利益损失。^[56] 比如, 作为制造商的 A 与作为批发商的 B 签订一个买卖合同, 合同约定由 A 卖给 B 一定数量的塑料制品, B 将这些塑料制品转售给经销商。但后来发现这些塑料产品有缺陷, B 的经销商纷纷表达不满, 其中有些经销商拒绝继续向 B 下订单订购产品。此时 B 可以通过举证其与 A 这一交易前后的营业利润记录差别、其售货员的证词、其经销商的证词等证据内容来实现其可得利益损失的合理确定性, 并进而要求法院支持其可得利益损失和商誉损失。^[57]

另外一种自身营业利润标准是非违约方在其他场合的营业利润数据。一般情况下, 非违约方在其他场合经营相同或类似企业的营业利润可作为违约可得利益赔偿的证据。^[58] 这主要适用于非违约方拥有特许或连锁业务, 而其中一处业务受到违约方行为影响的情况。比如, 在某一案例中, 原告是一家连锁自动售货店的店主, 他通过自己在其他地区的业绩来证明受到违约行为影响地区的可得利益损失。原告的雇员证明各个地区的业绩是可比较的, 一个地区的业绩可作为其他地区的预期利益, 其他地区的业绩增长了 48%, 而同期受到违约行为影响的地区仅增长了 26%。法官采纳了该证据并基于此判决赔偿可得利益损失。^[59]

当然, 除了既往营业利润数据之外, 非违约方在违约前后的不同营业收入数据也可以作为计算其可得利益损失的参考标准。但法院在计算非违约方的可得利益损失数额时, 需要扣除非违约方取得这些营业收入的成本和花费。^[60] 但营业收入作为计算标准的问题在于, 企业的营业收入数据经常会做假, 即使是在会计账簿或工商档案中也是如此。我国商业实践中很多企业为了做大自己账面收入和资产规模以进入世界 500 强或中国 500 强等各种排行榜, 经常会进行虚假交易, 虚构企业营业收入。因此, 我国法院在以包含成本的营业收入数据为基础计算可得利益损失时应采取比营业利润数据标准严格的态度。

此外, 自身营业利润和可得利益损失还可以通过税务部门核定的应税所得额的相关比例加以计算。在这方面, 苏州市中院和江苏省高院曾经有过一个创造性判决。在江苏省高院审理的“苏州铸诚建设工程管理咨询有限公司与吴江城市投资发展有限公司技术咨询合同纠纷上诉案”中, 关于苏州铸诚公司的可得利益损失, 合同约定报酬总额扣除苏

[55] Restatement of Contracts, Second, § 352, Illustrations 5.

[56] See *Louisiana Farms v. Louisiana Dep't of Wildlife & Fisheries*, 685 So. 2d 1086, 1107-1108 (La. App. 3d Cir. 1996).

[57] Restatement of Contracts, Second, § 352, Illustrations 4.

[58] See, e. g., *Angelo & Son, Inc.*, 671 So. 2d at 1288; *Lavigne v. J. Hofert Co.*, 431 So. 2d 74, 77 (La. App. 1st Cir. 1983); *Folds*, 378 So. 2d at 1060.

[59] 参见闫仁河:《违约可得利益证据研究》,《中国流通经济》2009年第1期。

[60] See *Angelo & Son, Inc.*, 671 So. 2d at 1287-1288.

州铸诚公司已履行工作应得报酬，为 260000 元，一审判决按照苏州铸诚公司提供的税务部门核定的其应税所得额的 0.20 计算，酌情认定为 52000 元。二审法院最后认定，“关于可得利益的计算，一审判决系将合同约定的总报酬额与吴江城投公司本案中应支付报酬额之间的差额作为计算基数，并乘以应税所得额 0.2，该可得利益的计算方法与苏州铸诚公司主张的计算方法基本一致，因此不应视为超出当事人诉讼主张。”^{〔61〕}虽然推理稍欠，但此种营业利润和可得利益损失的计算方法值得肯定。

2. 他人营业利润标准

他人营业利润标准主要是同行利润标准，是指类推适用和参照执行同行营业利润来计算非违约方的可得利益损失。可以类推的同行利润包括三种：

第一种是特定同行的营业利润。该标准是指通过对具有可比较性的特定企业的经营利润数据记录进行类推适用，证明非违约方可得利益损失的合理确定性，并以该特定同行的营业利润为标准来计算其可得利益损失的数额。该标准是较为常用的一种类推和估算方法。所谓具有可比较性的特定同行，一般从如下因素加以判断：是否从事相同或近似产品服务之经营、是否采用相同或近似的经营方式、是否具有相同或类似的企业规模、是否处于相同或类似的经营区域和位置、是否具有相同或类似的市场份额占有率、是否具有近似的既往经营业绩和营业利润率、是否涉及产品、服务、数额规模、履行期限等相近似的交易的违约等。上述因素具备得越多，就越具有可比较性，在计算非违约方的可得利益损失时也就可以更多地类推适用该特定同行的营业利润标准。

第二种是同行的法定营业利润。该标准是指非违约方的可得利益损失可以依照法定规范性文件的规定加以确定和计算。同行法定营业利润标准涉及各个不同的行业，不管是建设工程、农业生产、汽车运营还是房屋买卖，都有相关法定规范性文件规定相关营业利润率，可以作为非违约方计算其可得利益损失的参照标准。以建设工程领域为例，实践中的建筑安装工程费用一般由直接费、间接费、利润、税金组成，相关规范性文件一般都会规定具体利润计算标准。比如，2008 年 1 月 1 日实施的《江苏省仿古建筑与园林工程计价表》，在其《附表六：仿古建筑及园林工程管理费、利润取费标准表》中明确规定了仿古类建筑工程利润费率是“人工费 + 机械费”的 12%，而园林工程的利润费率是人工费的 14%。

再比如，《福建省建筑安装工程费用定额》（2003 版）对于其省内建筑工程、安装工程、市政工程、仿古建筑及园林绿化工程、房屋修缮和抗震加固工程等建设工程的利润率也进行了明确规定。文件规定了三类利润率，即一类工程利润率为“人工费、材料费、施工机械使用费、企业管理费之和”的 7%，二类工程为 5%，三类工程为 3%。

其他如《安徽省建筑工程计价定额综合单价（2009）总说明及费用定额》等省市规范性文件也都明确规定不同建筑级别的利润率标准。尽管这些规范性文件主要是“编制施工图预算、招标标底或招标控制价、工程结算和调解处理工程造价纠纷、鉴定工程造价”的依据，其中所提及的利润率通常也只是一个幅度或定额，但却是利润计算和工程款结算的重要根据，对于非违约方可得利益损失计算的确定性具有相当的参考和适用价值。其他行业比如农业生产（按产量产值）、汽车运营（按运营收入）、房屋出租（按出

〔61〕 参见江苏省高院（2007）苏民三终字第 0023 号民事判决书。

租指导价)、房屋买卖(按房管局价格)等也都有一些关于利润标准的具体规范。必须重视这些同行法定利润标准的价值,可以结合其他相关证据来作为确定可得利益损失的重要参照执行标准。

第三种是同行的市场营业利润。行业市场利润标准是判断同行利润的另一种具体标准。当事人可以在合同中指定以某个特定市场的商品价格为准,比如约定买卖的铁矿石以指定的国际三大铁矿石指数(Platts指数、TSI指数、MB指数)之一为准;买卖的石油以指定的普氏指数或海湾石油市场指数为准;买卖蔬菜以指定的山东潍坊寿光蔬菜指数为准;买卖铜、铝、锌、铅等有色金属以指定的上海期货交易所有色金属期货价格指数为准等等。即使在当事人没有指定某一市场价格指数时,法院仍可以认定某些市场价格或利润指数具有普遍性,并以此作为计算可得利益损失的标准,比如“中钢协网”和“我的钢铁网”上的钢材价格和利润指数就具有很高的市场普遍性。对于当事人既没有指定市场价格或利润指数标准,又对合同市场价格或利润意见不一致的情形,法院“通常根据物价部门对同类标的物价款的认定进行确定或者委托的价格评估机构评估出的市场价格进行处理”。^[62]比如,福建省高院在其审理的“杨文元与杨文祥租赁合同纠纷上诉案”中指出,杨丽钦占用杨文元、杨文祥承包经营的虾池,确实给杨文元、杨文祥造成预期可得利益即租金的损失,其主张应当按同时期同一区域虾池出租给他人的价格计算占用费的损失理由成立。^[63]至于同时期同一区域虾池出租的市场价格,完全可以通过物价部门或价格评估机构的评估精确计算出来。

此外,违约方随后营业利润也可以作为非违约方可得利益损失的计算标准。比如在房地产开发经营领域,最高人民法院曾在1995年颁布过《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》,其中第41条明确指出:“合同一方违约致使合同无法履行的,应赔偿对方的损失。实际损失无法确定的,可参照违约方所获利润确定赔偿金额。”当然,违约方随后利润标准主要适用于竞业禁止行业。当原告起诉被告侵犯其商业机会或违反双方约定的竞业禁止条款时,被告随后取得的营业利润就可以成为原告可得利益损失的计算标准和计算根据,^[64]尤其当原告的营业权是一种独占性或排他性权利的时候更是如此。

3. 新营业标准

所谓新营业是指一个新设立(或意图新设立但设立失败)的未有任何可循营业记录的企业。对于新营业企业的可得利益损失,传统美国法律通过“新营业规则”对其保持普遍否定态度。根据新营业规则,不管非违约方提供多么具有说服力的证据,他主张的一个没有任何营业记录的新营业的可得利益损失不应得到法院的支持。^[65]而当非违约方主张一个未设立营业或设立失败营业的可得利益损失时,法院对于相关损害事实的证据要求更是十分严格。因为在法院看来,即使该营业设立成功并有着最好的市场环境,它

[62] 前引〔19〕,吴行政书,第236页。

[63] (2010)闽民终字第168号民事判决书。

[64] See e. g., Louisiana Smoked Prods., Inc., 673 So. 2d at 253; see also Melo-Tone Vending, Inc. v. Sherry, Inc., 656 N. E. 2d 312, 315 (Mass. 1995).

[65] See La. Civ. Code Ann. art. 2018 (West 1987).

能否成功存活并赚取利润也是不确定的，没有营业利润的历史记录根本无法证明其可得利益的合理确定性。^[66]

新营业规则同样来源于法院对陪审团的不信任。法院担心陪审团支持新营业的可得利益而判给非违约方过多的损害赔偿金会影响经济的正常增长。法院担心在没有任何营业利润历史记录的情况下，陪审团能否精确衡量各种现实因素计算出非违约方的可得利益损失；担心富有同情心但未经专业训练的陪审团是否会让非违约方大发横财、让高效企业意外受挫并阻碍市场经济的发展。法院还认为，证明新营业的可得利益损失会耗费法院大量的时间和资源，增加实质性的交易成本。^[67]这都是传统法律秉持新营业规则否定新营业可得利益损失的深层原因。

但如今，新营业规则逐渐废止。其衰落主要归因于美国经济、司法理念和科学证据方法的发展变化。法院逐渐认识到，仅仅因为是新营业无营业记录而否定非违约方的可得利益损失，对原告来说非常不公正，甚至会鼓励与其订立合同的当事人违约。到20世纪70年代和80年代初，法院也逐步认识到，新营业规则根本就不能促进社会经济目标的实现。因此，现代判例普遍认为，只要非违约方提供证据达到了可得利益损失之合理确定性的通常标准，即使是新营业也应该获得法院支持。营业利润的历史记录只是证明可得利益损失的方法之一而非唯一。^[68]当然，其他证明新营业可得利益损失达致合理确定性的方法包括非违约方有无相关营业经验，有无相应经营能力，有没有做好充分的营业准备，有无详细周密的计划和规划，资金有没有到位，有没有相关行业的许可证，专家证言，经营同种产品或服务、同等规模、类似地域的同行营业利润可否作为参照等等。

我国法中并无新营业概念和规则。但在司法实践中，法院对于刚刚设立或设立失败的新营业的可得利益损失主张持明确否定态度。例如，最高人民法院在“香港锦程投资有限公司案”中认为，“关于人民币1000万元的可得利益损失，……本案合作项目及合资公司所需的资金并没有全部到位，合作项目、合资公司亦没有实际运作，根本没有利润可言。何况合资公司是否盈利取决于诸多因素，故锦程公司仅依据政府文件认定其应当获得人民币1000万元的可得利益赔偿依据不足，本院对此不予支持。”^[69]再比如，西藏自治区高院在“西藏天知进出口贸易有限公司案”中也认为，“关于两原告提出500万元可得利益损失的赔偿，由于三方当事人所要成立的有限公司最终因未达成共识，股东在章程上未签字，章程作为成立有限公司的法定要件未能订立，公司也就无法设立，那么公司都没有设立，谈何经营，更无法谈可得利益损失，故两原告对可得利益损失的赔偿诉讼请求没有事实和法律依据，本院不予支持”。^[70]

[66] Nancy Scott Degan, Kent Andrew Lambert, *A Practical Guide to Commercial Damages in Louisiana*, 44 Loy. L. Rev. 257 (1998).

[67] Roger I. Abrams, Donald Welsch, Bruce Jonas, *Stillborn Enterprises: Calculating Expectation Damages using forensic Economics*, 57 Ohio St. L. J. 809 (1996).

[68] 同上文。

[69] 参见香港锦程投资有限公司与山西省心血管病医院、第三人山西寰能科贸有限公司中外合资经营企业合同纠纷案（（2010）民四终字第3号民事判决书）。

[70] 参见西藏天知进出口贸易有限公司等诉拉萨丰田汽车销售服务有限公司合资合同纠纷案（（2006）藏法民二初字第01号民事判决书）。

笔者认为,我国法院对于新营业可得利益损失的此种态度过于武断,不利于新营业合同守约方利益之保护,不符合当今合同法的发展潮流。尽管对新营业可得利益损失的合理确定性要求应当比旧营业更严格,在借鉴同行利润标准计算可得利益损失时也需要一些限制,但这并不代表法院不应支持新营业的可得利益损失。《美国第二次合同法重述》曾经对新营业的可得利益损失举例:A与B签订一合同,约定由A为B建设一个新户外汽车影院,6月1日完成,但A直到9月1日才完成影院的建设。尽管该影院是一项新营业而非旧营业,B仍然可以通过影院建成后的营业记录、同样位置相似影院的营业记录并结合市场调查和专家证言等其他证据,来证明其可得利益损失的合理确定性。^[71]此点值得借鉴。

4. 替代性标准

当上述诸种营业标准难以奏效时,仍可以针对违约损害的特殊情境采取特殊的替代性标准来支持非违约方的可得利益损失。

第一种替代标准是信赖利益标准。信赖利益损失是与期待利益损失并列的损失类型,它通常是指合同一方对他方允诺或合同的依赖并据之行为所受到的损害,是合同一方当事人在合同未成立、无效、被撤销或违反前合同义务时所遭受的利益损失。可得利益则不同,通常是合同有效成立生效但一方违约导致对方所遭受的应得而未得的利益损失。因此,二者在发生前提、构成要件、损失范围等方面都有根本不同。但二者并非毫无关联,信赖利益有时可以成为期待利益和可得利益的替代性计算标准。尤其是当非违约方提起解除合同之诉时,他完全可以选择履行利益赔偿抑或信赖利益赔偿,且二者处于竞合关系。如果非违约方已经信赖了该合同,那么即使他不能满足可得利益确定性的证明要求,通常也可以充分地证明信赖利益损失的范围。^[72]因为非违约方基于对合同的信赖所付出花费的数额通常不难证明,当他很难证明自己的可得利益损失时,就可以基于信赖利益标准来计算其可得利益损失。^[73]比如,A与B签订合同约定由A为B建设一栋新式建筑,B向A支付500万美元报酬。A基于信赖已经花费了300万准备履行合同,但B却取消了合同并命令A撤离工作地点。如果A没有充分证据证明其可得利益损失的合理确定性,他可以将基于信赖的300万花费作为可得利益损失的替代计算标准。值得注意的是,信赖利益损失与实际损失并不完全相同。前者除了包括实际损失的内容外,还包括机会损失等重要内容。

第二种替代标准是类推适用财产租赁价值或财产利息。当被告影响财产的使用但原告无法证明其可得利益损失的合理确定性时,可以类推适用财产租赁价值或财产利息标准计算可得利益损失数额。《美国第二次合同法重述》第348条第(1)项规定,如果一方当事人的违约行为延迟了对财产的使用,并且受损方无法以合理确定性证明该损失的存在,则受损方可以基于该财产的租赁价值或财产价值利息计算其损害。^[74]与信赖利益标准一样,尽管由此替代标准计算出来的可得利益损失数额较小,但毕竟达到了法院所认可的合理确定性程度。

[71] Restatement of Contracts, Second, § 352, illustration 6.

[72] 前引〔1〕, Farnsworth书,第835页。

[73] Restatement of Contracts, Second, § 352, Comment a.

[74] Restatement of Contracts, Second, § 348.

第三种替代标准是机会损失标准。此种替代标准主要针对射幸合同等特殊合同类型。当射幸合同的一方因为对方违约而主张可得利益损失时，其对可得利益损失数额的证明很难达到法院所要求的合理确定性程度，此时可以考虑根据机会损失这一替代计算标准对非违约方进行赔偿。这是美国较为普遍的做法，尤其是当射幸合同中的机会只可能是获利的机会时。如果原告被剥夺了获得奖金或者利润的机会，即使损害是不确定的，也应该给予救济。但救济不是基于合同的价值而是按照原告成功机会比例的价值（value of the chance）进行赔偿。比如，一项竞赛的10个参赛者每人都有相等的机会赢得10000美元的奖金，而其中之一被剥夺了参与的权利。有的法院根据此人成功的机会价值判给他1000美元的赔偿额，尽管如果此人参赛，他要么赢得10000美元，要么什么也得不到。法院认为，所关注的是获得业务以及赚取利润的机会有多大价值，如果根据可计算的几率，以及根据与可能性之大小特别相关的证据，可以对该价值进行公平的衡量，那么法院可以就丧失的机会价值判予赔偿。^[75]

Abstract: The lost profit is the central concern of the contract law and the purpose of the parties entered into the contract, the protection of which is related to the enthusiasm to exchange and the growth of the overall economic interests, therefore almost all the countries set a higher degree of protection of it. Although Chinese Contract Law sets clearly the rules of the lost profit, the judicial practice is much more cautious, conservative or even negative, that is, few Chinese courts support plaintiffs' claim for their lost profit because of its uncertainty. In the eye of Chinese courts, the uncertainty of the lost profit can be mainly classified into two kinds, one is the uncertainty of proof, and the other is the uncertainty of calculation. To change the predicament between Chinese law and judicial practice, a certainty rule of lost profit should be established on both procedural and substantive perspectives.

From the procedural perspective, what we should do is to lower the proof standard of the lost profit. Not only should we refer to the advanced experience in the United States, borrow its reasonable certainty standard of contract damages, and establish the proof standard of fact-amount distinction, but also full play the initiative, wisdom and discretion of judges to support the plaintiffs' claim for their lost profit. From the substantial perspective, we advocate "business" or operating profit as its central clue to set and categorize the calculation standard of lost profit, which includes the standard of one's own operating profit, the standard of others' operating profit, the new business standard and the alternative standard. Only in this way, can we protect effectively the non-defaulting party's lost profit and expectation interest, and enhance the applicability and operability of China's remedy system of contract law.

Key Words: damages for breach of contract, lost profit, reasonable certainty, business rule

[75] Chaplin v. Hicks, [1911] 2 K. B. 786. 前引 [1], Farnsworth 书, 第 834 页。