

可得利益赔偿中的证明标准：从确定性规则回归优势证据规则

严立*

摘要 在可得利益损害赔偿问题上,我国司法实践多采“确定性”标准,常以“可得利益不具有确定性”为由,否定原告的损害赔偿请求权。换言之,可得利益损害应当被证明到具有相当的确定性,原告的请求才能得到支持。此种证据法、程序法上的要求,与实体法上的因果关系、可预见性规则等迥然有别。不过,确定性规则在我国欠缺实定法依据,应予放弃;应回归定有明文的优势证据规则,进而放宽可得利益损失的证明标准。证明标准规则并非以三段论的方式适用,多种实质性的因素共同支配着法院对原告举证是否达到证明标准的判断。若可得利益损害的数额就其性质而言本就难以证明,则在确认损害事实已发生且原告已穷尽举证手段时,应赋予法官酌定一定数额赔偿的裁量权。

关键词 确定性规则 证明标准 可预见性 优势证据 事实与数额的二分

引言

依《民法典》第 584 条第 1 分句,守约方得向违约方请求的损害赔偿额包括“合同履行后可以获得的利益”(可得利益)。不过,司法实践中,当事人主张的可得利益损失常常被法院以“难以确定、不确定、无法确定、不能确认、缺乏确定性”等为由否定。^{〔1〕}这意味着,从裁判者的视角来看,可得利益损失只有达到一定程度的“确定性”,才能得到支持。而在实定法层面,《民法典》第 584 条第 2 分句确实对损害赔偿提出了限制条件,但除了可预见性规则以外,并未见关于确定性的要求。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第 108、109 条,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证

* 对外经济贸易大学法学院博士后。

〔1〕 刘承焜:“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。

据规定》)第86条关于证明标准的规则,也未提及对待证事实的证明应当达到“确定性”的标准。

确定性的要求对当事人权利有重大影响,与此形成反差,学说对这一规则的关注仍然较少。既有研究指出,我司法实践支持可得利益赔偿的比例极低,^{〔2〕}并主张借鉴比较法(尤其是美国法)的经验,放宽确定性之要求。^{〔3〕}另有学者主张,关于可得利益的证明,应借鉴德国民法上“极大可能性”的标准。^{〔4〕}既有研究形成了两项共识:第一,可得利益赔偿的尺度失之严苛,债权人利益未得到充分保护,亦无法有效地在事前防范违约发生;第二,应当降低可得利益获得赔偿的难度。但关于确定性规则的研究仍有推进的空间。首先,确定性规则在实定法上的正当性并非不言自明,既有成果尚未揭示其实定法依据;其次,既有研究虽指出了可得利益获赔困难的现象,但对确定性规则在实践中的具体适用,观察尚不够细致,法院对是否满足确定性的判断受到何种因素影响,少见讨论;最后,作为一个交叉领域,实体法与程序法的对话也不充分。

本文主要分为四个部分。第一部分分析最高人民法院的案例,指出尽管在实践中,确定性规则在多种意义上被使用,但正确的理解应当是将之作为证明标准规范。第二部分探讨确定性规则在我国没有生存土壤的原因,主张放弃确定性规则,回归实定法上有明文规定的优势证据规则。第三部分试图识别出影响法官判断原告举证是否达到证明标准的实质因素。第四部分则提出,即使将证明标准从确定性规则降低到优势证据规则,可得利益损害的准确数额仍然常常难以证明,故有必要赋予法官裁量相当数额赔偿的权力。

一、确定性规则的性质:实体与程序之辨

司法实践常常以缺乏确定性为依据,否定原告关于可得利益的诉讼请求。^{〔5〕}因此确定性规则尽管未见诸明文,却作为具有实效的规范,事实上支配着我国的损害赔偿法。^{〔6〕}

(一)“确定性”在实务中的语用歧义

自实体法角度言之,损害的事实需要“确定”,否则请求权无以成立,原告也无法提出明确的诉讼请求。而从程序法角度讲,原告对损害这一要件事实的证明,也应当达到“确定”的程度,否则法官无法判断事实是否存在、构成要件是否得到满足,便也无法作出判决。“确定性”在语用上的多种可能性,引发了对其属于实体法规范还是程序法规范的疑问。通过观察司法案例,也能发现最高人民法院在不止一种意义上使用“确定性”这一术语。

〔2〕 参见郭翔峰:“违约损害赔偿中可得利益的司法判定”,《人民司法》2017年第10期,第60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72—73页。

〔3〕 参见刘承魁,见前注〔1〕,第90—101页。

〔4〕 参见郝丽燕:“违约可得利益损失赔偿的确定标准”,《环球法律评论》2016年第2期,第65—66页。

〔5〕 刘承魁,见前注〔1〕。

〔6〕 参见徐建刚:“规范保护目的理论在违约损害赔偿中的适用”,《清华法学》2021年第4期,第107—108页;郝丽燕,见前注〔4〕,第58页;吴行政,见前注〔2〕,第71页。

第一种用法是在因果关系的意义上使用确定性的概念。常见的表述是“预期可得利益不应是主观上可能的，客观上还应是确定的，即因违约行为的发生使此利益丧失，若无违约行为，这种利益按通常情形是必得的”。〔7〕这样的说法似曾相识，它实际上是对因果关系之条件性(but-for test)与相当性的转述。因果关系的条件性与相当性，通俗地讲就是无此行为，必不发生损害，有此行为，通常足以导致此种损害，即为有因果关系。〔8〕将这个公式套用到可得利益的领域，“无此行为，必不发生损害”，就成了“若无违约行为，这种利益按通常情形是必得的”。“有此行为，通常足以导致此种损害”则被转述为“违约行为的发生使此利益丧失”。然而，因果关系的条件性是自然科学事实意义上的因果，〔9〕或者说是一种逻辑上的因果，可得利益却涉及对未发生之将来事实(future events)或者假想事实的预测。〔10〕即使不存在违约行为，逻辑上也并不能得出“必不发生损害/必可得利益”的结论，毋宁说可得利益作为一种假想事实，无论如何也并非“必得的”。〔11〕由是观之，最高人民法院转述因果关系的条件性与相当性，套用在可得利益赔偿的领域，可见地提升了可得利益获得赔偿的难度。

第二种用法指向损害这一事实在实体上是否发生。在一则案例中，原告与律师签订了风险代理合同，根据最终实现权利的不同方式，约定了不同的代理费计算标准与方式。原告虽获得胜诉判决，但其权利最终以何种方式实现，尚未明确。法院以不具有“确定性”为由，驳回了关于律师费的请求。〔12〕实际上，本案关于律师费的内容属于附条件的合同条款，条件尚未成就，债权债务关系自然尚未“确定”，原告亦暂时不对律师负给付代理费之义务。这个意义上的不具有确定性，是指损害事实在实体上尚未发生。〔13〕

第三种用法则指向损害这一要件事实在程序上能否证明。法律语境下的事实可分为客观的事实与法律的事实。〔14〕如果事实在客观上未发生，则实体上的构成要件自然阙如，上述第二种用法正是条件未成就，损害事实客观上未发生、实体上不存在。但即使客观上发生了损害事实，原告也还需要经由举证使法官相信“法律上”确实发生了损害，即原告为法官构建出法律上的事实；倘使客观上发生了损害，但原告举证失败，则客观上发生的损害在法律上也只能视

〔7〕 河南省建设集团有限公司、海南东方龙城房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院再审查与审判监督民事裁定书，(2019)最高法民申 3542 号。海口万诺投资开发有限公司、三亚亿泰投资有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案，最高人民法院再审查与审判监督民事裁定书，(2018)最高法民申 5153 号。含义大体相同的说理在实践中很常见，只不过可能有细微的文字出入。

〔8〕 参见郑玉波：《民法债编总论》，三民书局 1996 年版，第 156—157 页；曾隆兴：《民法债编总论》，三民书局 1994 年版，第 140 页。

〔9〕 王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社 2017 年版，第 91 页。

〔10〕 杨良宜等：《证据法》，法律出版社 2021 年版，第 780—781 页。

〔11〕 参见黄茂荣：“所失利益之赔偿”，《植根杂志》第 14 卷第 8 期(1998 年)，第 1 页。

〔12〕 云南鹏龙坤佳物流有限责任公司、中国华融资产管理股份有限公司云南省分公司金融借款合同纠纷案，最高人民法院二审民事判决书，(2020)最高法民终 122 号。

〔13〕 相反的条件成就、损害发生的例子，如江苏中陆航星航空工业有限公司、北京中陆航星科技有限公司企业借贷纠纷案，最高人民法院二审民事判决书，(2019)最高法民终 856 号。

〔14〕 杨建军：“法律事实的概念”，《法律科学》2004 年第 6 期，第 46 页。

为不存在。在这个意义上,客观事实是构建法律事实的基础,^[15]而法律事实是经过“司法剪裁”的客观事实。^[16]这是一个证据法问题,此种意义上的确定性,是指原告针对“损害事实及其数额”的举证达到了确定性这一证明标准。

所谓证明标准,即证明主体对案件要件事实的证明应当达到的程度,^[17]只有达到这一最低阈值,关于法律事实的命题才可能被判定为真。从法官的视角观察,则是“法官认定事实存在与否的心理标准,是作为衡量法官的心证程度是否具有客观性的一个外在尺度”。^[18]比如有的案例中,原告举示了过往的销售数据作为证明可得利益的基础,法院认为“房屋销售价款,因市场变化应存在不确定性……不能据此推断其因代销剩余房屋的可得利益损失的认定”。^[19]显然,原告提出证据试图证明可得利益损失,但法院认为该证据尚无法达到确定性这种证明标准的要求。^[20]类似的例子中,最高人民法院指出“可得利益的求偿需坚持客观确定性。本案中浙商大厦公司等也未充分举证证明房租损失的发生具有必然性”。^[21]这些案例中,法院在作出否定确定性的判断之后即批驳原告举证的不充分,正可说明法官是在证据意义上认为,可得利益因举证失败而不具有确定性。相反,在少数肯定的判决意见中,违约方主张预期可得利益不具有确定性,最高人民法院根据“本案已由有鉴定资质的鉴定机构对案涉项目预期收益依法进行估算”,驳斥了违约方的主张。^[22]法官之所以支持可得利益的主张,正是因为原告提出了鉴定意见作为证据,满足了证明标准的要求。此外,司法实践常在确定性之前冠以“客观”二字,即可得利益损失应当达到客观确定的程度。^[23]这里的“客观”显然不应当指损害事实在自然科学事实的层面已经实在发生(即属于客观事实),因为可得利益关涉对

[15] 只有被判定为符合客观事实(为真),才能成为法律事实。客观事实作为一种参照系,是“使真者”(truth maker),也就是使得某一种命题为真的东西。参见陈波:“客观事实抑或认知建构:罗素和金岳霖论事实”,《学术月刊》2018年第10期,第19页。

[16] 参见何家弘、周慕涵:“刑事诉讼事实观与真实观的学理重述”,《清华法学》2022年第6期,第24—27页。卢埃林(Karl N. Llewellyn)通俗地解释了这一过程,从案件的原始事件到呈现在判决书上的法律事实,中间已经过了多轮“筛选”。参见(美)卡尔·卢埃林:《荆棘丛:我们的法律与法学》,王绍喜译,中国民主法制出版社2020年版,第80—82页。

[17] 张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2014年版,第319页。

[18] 张伟:“‘相同’与‘差异’之间:民事诉讼证明标准的客观化初探”,《东南学术》2015年第3期,第193页。

[19] 杭州星纬商业管理有限公司、温州星耀房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案,最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2020)最高法民申5247号。

[20] 类似的案例如贵州妍绮房地产开发有限公司、惠水县自然资源局建设用地使用权出让合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1676号。

[21] 成龙建设集团有限公司、宣城市浙商大厦经营管理有限公司等小额借款合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法民终521号;长沙康域投资有限公司、容生幸股权转让纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2017)最高法民终916号。

[22] 陕西省渭南市临渭区民政局、渭南象山公墓运营管理有限公司等合同纠纷案,最高人民法院民事申请再审审查民事裁定书,(2021)最高法民申4557号。

[23] 最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法民终521号。中国铝业股份有限公司河南分公司、中铝矿业有限公司合同纠纷案,最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2019)最高法民申6473号。

未来状态的预测,而是指“事实认定结论必须具备足够的证据支持”,此种客观的证据支持正是法官形成心证的正当性基础。^{〔24〕}易言之,不是待证事实本身是客观的,而是支撑待证事实的证据是充分的。

(二)确定性规则的应然理解:作为证明标准的程序规范

就上述三种不同语义的“确定性”而言,前两种用法并未创设新的规范内涵。第一,在相当因果关系的意义上使用确定性的概念,是无必要的创制,使用因果关系作为理论工具便已足够,而且将因果关系条件性与相当性的表述套用到可得利益赔偿领域,可见地提高了可得利益获得支持的难度。第二,在损害事实实体上未发生的意义上使用“确定性”一语,亦并未赋予其新的含义,此时的不具有确定性,无非是在表达欠缺损害事实这一实体法上的要件。因此,所谓的确定性,应当理解为关于可得利益这一损害事实及其数额的证明标准规范。^{〔25〕}若原告的举证达到确定性的标准,损害这一要件事实在程序和证据的意义上得到确认,结果意义上的证明责任始得卸除。^{〔26〕}我国学说的主流观点也认为确定性规则实际上是一个证明标准的问题。^{〔27〕}

作为一种证明标准规范,确定性在各种类型的可得利益案件中均得到适用,典型的有经营利润、^{〔28〕}佣金、^{〔29〕}开发房地产的利润、^{〔30〕}土地被收储或者征收的补偿费、^{〔31〕}土地的增值利

〔24〕 熊晓彪:“证明标准多维解构与体系重塑”,《中国刑事法杂志》2023年第4期,第171—172页。

〔25〕 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152—169页;郝丽燕,见前注〔4〕,第58页。比较法上,此亦为绝对通说。See E. Allan Farnsworth, “Legal Remedies for Breach of Contract,” *Columbia Law Review*, Vol. 70, No. 7, 1970, p. 1210; Barry F. Smith, “Of Truth and Certainty in the Law: Reflections on the Legal Method,” *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 30, 1985, p. 98.

〔26〕 卞建林主编:《证据法学》,高等教育出版社2020年版,第232页。

〔27〕 参见刘承睦,见前注〔1〕,第88—89页;郝丽燕,见前注〔4〕,第58页;吴行政,见前注〔2〕,第73页;阮神裕:“论侵权法上可得利益损失的合理确定性”,《财经法学》2017年第5期,第92页;田韶华:“论侵权责任法上可得利益损失之赔偿”,《法商研究》2013年第1期,第129—130页。

〔28〕 镇远百龙旅游营销有限责任公司、镇远县人民政府合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1564号(经营旅游景区);安徽华阳汽车制造有限公司、芜湖市鸠江建设投资有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终708号(经营汽车制造厂);最高人民法院民事申请再审审查民事裁定书,(2021)最高法民申4557号(经营公墓);湖南华菱电子商务有限公司、湖南旻峰物流有限公司仓储合同纠纷案,最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2020)最高法民申6383号(经营仓库);北京北方电联电力工程有限责任公司、乌鲁木齐市交通运输局合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2020)最高法民终896号(经营高速公路);最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2019)最高法民申6473号(采矿)。

〔29〕 最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2020)最高法民申5247号(代销房屋的佣金)。

〔30〕 最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1676号。

〔31〕 大连市甘井子区革镇堡镇棋盘村民委员会、大连万宝实业总公司合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1998号。

益、^[32]政府补贴^[33]等等,最高人民法院在这些案件中均无疑义地提出可得利益损失须满足确定性的要求。需要说明的是,某种类型的可得利益是否应予赔偿,亦常涉及可预见性的问题,即该种可得利益是否属于被告可预见之范围,^[34]但法院常常将确定性标准与可预见性并称,要求可得利益损害须同时满足确定性与可预见性,^[35]足证确定性标准是不同于实体法上可预见性要求的程序规范。^[36]譬如上开关于经营利润的多数案件,双方当事人合作开发某项目(如旅游景区),被告完全知悉原告订立合同的目的与经济计划,亦完全了解原告对合同正常履行后获得营业利润的期待,并非不能预见此类型之损失,法院否定该请求权的理由是原告无法证明该损失已达到确定性的标准。

比较法上,学者也指出所谓确定性,是一项关于证据说服力(persuasiveness in the proof)之合理程度的标准。^[37]“损害赔偿数额的确定,须具备合理的,而非绝对的确定性……为损害计算提供一个合理的基础即为已足,即使根据该基础仅能计算出一个近似的结果。”^[38]

二、确定性规则的扬弃:回归优势证据规则

(一)确定性规则欠缺实定法依据

“确定性”并非我国法明文规定的证明标准规范。《民事诉讼法解释》第108、109条,《证据规定》第86条共同构成了我国民事诉讼证明标准的多元体系——排除合理怀疑、高度盖然性、优势证据,三种标准的严格程度由高到低。^[39]作为成文法国家,我国法官续造较高或较低的证明标准规范,无不需要实定法依据。^[40]在既有的证明标准体系之下,确定性规则是否有容身之所,便值得怀疑。与上述三种标准相比,“确定性”的严格程度如何,亦未见讨论。法院常常

[32] 深圳宝源置地有限公司合同纠纷案,最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2019)最高法民申4127号。

[33] 曾艺、吴皓附义务赠与合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法知民终443号(政府对专利的资助)。

[34] 姚明斌:“《合同法》第113条第1款(违约损害的赔偿范围)评注”,《法学家》2020年第3期,第187—188页。

[35] 最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终708号;最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1998号。

[36] 这样的见解已经被当事人注意到,并且塑造了当事人的诉讼策略,例如在诉讼中主张“该损失不具有明确的可预见性和确定性”。王春基、郑雪莲等相邻关系纠纷案,最高人民法院申请再审审查民事裁定书,(2021)最高法民申6477号。

[37] See *Gaasland Co. v. Hyak Lumber & Millwork*, 42 Wn. 2d 705, 257 P. 2d 784, 1953 Wash. LEXIS 502.

[38] Richard A. Lord, *Williston on Contracts*, 4th ed., Rochester: Lawyers Cooperative Publishing, 2021, § 64:12.

[39] 吴如巧:“我国民事诉讼证明标准体系的再检讨”,《南大法学》2023年第1期,第133—134页。

[40] 吴泽勇:“中国法上的民事诉讼证明标准”,《清华法学》2013年第1期,第88页。

要求确定性达到“客观”甚至“必然性”的程度，^{〔41〕}那么确定性的证明标准可说严于针对一般民事案件事实的高度盖然性；所谓的“必然性”，在文义上甚至比民事诉讼中最高的“排除合理怀疑”标准更为严苛。要言之，确定性作为一种证明标准规范，在实定法上欠缺依据，与既有的三种证明标准相比，其严格程度也并不清晰。

（二）确定性规则欠缺支撑性的“配套设施”

比欠缺实定法依据更难跨越的障碍是我国尚未建立起支撑确定性规则良性运转的“配套设施”，这意味着即使通过修改《民事诉讼法》或者司法解释引入确定性规则，可能还是无济于事。确定性规则之下，法律要求举证责任人提供在该案件情形下能够举示的最优证据（the best evidence），以支持对损害的计算。就此，常需借助专家证人、经济与金融数据、市场调研与分析、类似企业的营业纪录等证据以为判断。^{〔42〕}因此，判断是否达到确定性的证明标准，有赖于周密、详尽的事实调查，进而需要强有力的支撑性制度来保障事实调查的推进。

1. “案多人少”的现实压力

确定性规则的适用建立在周密、详尽的事实调查基础之上，这意味着沉重的司法负担。“案多人少”是我国司法体制中长久以来的难题。^{〔43〕}改革开放以来，法院受案数量急剧增加，有学者称之为“诉讼爆炸”，这是“案多”的侧面。^{〔44〕}另一方面，法官人数的增长却远远赶不上案件数量的增长；^{〔45〕}除了审理案件的压力，法官还不得不完成其他非审判类工作，这是“人少”的侧面。^{〔46〕}这样的现实压力下，似乎很难要求法官挖掘详细的事实细节，甚至学习某一领域的专门知识。

举例言之，在种植、养殖类纠纷中，我国司法实践往往不得不依赖司法鉴定认定可得利益损失，^{〔47〕}这在很大程度上与减轻法院工作负担的需求有关。比较法上的类似纠纷，却能够进行极尽细致的事实调查。譬如美国法上一个涉及鲑鱼养殖的案件，庭审中揭示出来的事实细节包括鲑鱼养殖的风险、成功率、养殖方法、原告提供的可行性报告以及大量的专家证词，以证明原告养殖是否可能成功。此外还有原告与第三人沟通出售产品的信件、全美每年的鲑鱼产量、成功的养殖户每年的销售量、拟收购原告产品的第三人如何消化该产能的商业计划等等，

〔41〕 如最高人民法院二审民事判决书，（2021）最高法民终 521 号。

〔42〕 Restatement (Second) of Contracts § 352 (1981), comment b.

〔43〕 何帆：“让法院更像法院，让法官更像法官——‘案多人少’是伪命题吗？”，载《北京日报》2015 年 12 月 14 日，第 18 版。

〔44〕 左卫民：“‘诉讼爆炸’的中国应对”，《中国法学》2014 年第 4 期，第 239—242 页。

〔45〕 程金华：“中国法院‘案多人少’的实证评估与应对策略”，《中国法学》2022 年第 6 期，第 242—245 页。

〔46〕 程金华：“法院‘案多人少’的跨国比较”，《社会科学辑刊》2022 年第 5 期，第 82—83 页。

〔47〕 最高人民法院申请再审审查民事裁定书，（2021）最高法民申 6477 号。

以证明原告是否能成功地销售其预估的产量。^[48] 这与彼国法官的工作压力相对较小,配备的司法辅助人员充足分不开。^[49]

也正是因为分身乏术,法官依职权主动调取证据、发现事实的动机也不强。在一个房地产开发的案件中,双方约定房屋建成后,由原告负责售卖,以所得房款折抵工程款。被告将案涉项目资产整体转让给第三人,原告因而无从获得销售房屋的价款以实现债权。^[50] 这样的案件中,案涉房屋已经出售,其销售价格有据可查,原告所主张的销售价款也完全符合《民法典》第584条第2分句的可预见性要件,但法院仍拒绝调取必要的证据,或许正是无力卷入复杂事实调查的生动反映。

2. 事实调查的权力与责任

我司法体制并不区分事实审与法律审,^[51]理论上每一审级的法院均有事实调查的权限。^[52] 这样的制度设计首先加剧了前述“案多人少”的矛盾。其次,实施调查的权力也意味着调查失当的司法责任;反过来,将事实调查与法律判断分开,则是使法官免于对事实调查负责的一种保护机制。既如此,在不区分事实审与法律审的体制下,法官为了规避可能的司法责任,便有动力采取保守的立场,从严把握可得利益之证明标准尺度。

而在区分事实认定与法律判断的法域中,仅负责法律判断的法官不需要为事实调查之结果是否妥当负责。譬如美国法,首先在陪审团与法庭的层面区分事实问题与法律问题,陪审团负责事实认定,法庭负责法律适用;是否存在可得利益损失及其数额,正是陪审团作为“事实发现者”(fact-finder)的职权所在。原则上,陪审团作出的事实认定将得到法官的尊重。法官既然无须为事实问题负责,自然有足够的信心认可陪审团作出的可得利益赔偿之裁定。其次在不同审级的法院之间区分事实问题与法律问题,初审法院(trial court)负责事实审,上级法院负责法律审。原则上初审法院作出可得利益赔偿的判决,将得到上级法院的尊重,除非严重缺乏证据或者存在显著错误,因为上级法院的法官也没有充分的自信确保其关于事实的判断一定优于下级法院的法官。^[53]

以此为借镜,可以观照我国的审判体制。研究表明,可得利益获得赔偿的概率与法院层级

[48] *Rancho Pescado, Inc. v. Northwestern Mut. Life Ins. Co.*, 140 Ariz. 174, 680 P.2d 1235, 1984 Ariz. App. LEXIS 369; also see Timothy Murray, *Corbin on Contracts*, Newark: Matthew Bender & Company, Inc., 2022, § 56.16.

[49] 据学者统计,美国的联邦法官人数占联邦法院总雇员的比例远远低于我国,这意味着每位联邦法官配备的司法辅助人员远超我国。程金华,见前注[46],第81页。

[50] 河南航天建筑工程有限公司、海南博亚房地产开发有限公司等合同纠纷案,最高人民法院其他民事裁定书,(2021)最高法民申4206号。

[51] 聂鑫:“第三审为法律审?——近代中国的学说、立法与司法实践”,《法律科学》2022年第5期,第35页。

[52] 何帆,见前注[43]。

[53] See *Venie v. South Cent. Enterprises, Inc.*, 401 S.W.2d 495, 1966 Mo. App. LEXIS 680; also see Murray, *supra* note 48, § 56.16.

成正相关,即法院层级越高,越可能支持原告的可得利益赔偿请求。^[54]原因在于,下级法院知道上级法院将全面审查案件的一切事实与法律问题,若其作出支持可得利益赔偿的事实判断,很可能在上级审中被推翻,从而影响绩效考核甚至承担司法责任,于是不支持可得利益赔偿成为了当前司法体制中,下级法院自然而然的选择。

3. 证人证言的采信

可得利益损失建立在未发生之假想事实的基础上,具有相当的预测性,^[55]因而特别依赖证人证言(包括当事人陈述),甚至在有些案件中,证人证言是能够证明可得利益损失的唯一证据。但我司法实践中证人出庭率较低,证人要么直接拒绝出庭,要么只愿意提供书面的证人证言。^[56]这对于查明可得利益损失而言,至为不利。此外,法官和律师似乎都倾向于认为,证人往往是当事人自己找来的,与该当事人多少具有利害关系,因此证人证言的真实性与证明力都值得怀疑。^[57]在这样的诉讼习惯与文化下,很难指望通过证人证言确定可得利益损失。

综上所述,确定性规则在我实定法体系中并无容身之所,此种法的续造欠缺规范依据,其正当性殊值怀疑。既有研究为了解决可得利益难以获得支持的问题,多集中在探讨如何降低确定性的标准、完善确定性规则的适用。^[58]但这样的观点首先无法回应欠缺实定法依据的难题。^[59]其次,确定性规则不能孤立地看待,脱离了具体的制度语境与现实土壤,贸然引入确定性规则,便可能成为破坏救济法体系的“异质因素”。学者提出的完善、修补确定性规则的建议,似乎尚未发挥降低可得利益赔偿难度的效果,也就不难想见。因此,应当摒弃确定性规则,为可得利益赔偿清除本就不应存在的规范障碍。

(三) 回归优势证据规则的正当性

破除确定性规则的迷思之后,需要进一步回答的问题是,可得利益的证明到底应当采取何种标准。学说和实践将“确信待证事实的存在具有高度可能性”(《民事诉讼法解释》第108条)解释为高度盖然性,作为一般的民事证据标准;^[60]涉及“欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明”(《民事诉讼法解释》第109条)适用排除合理怀疑的标准;一般的程序性事项则是优势证据规则(《证据规则》第86条第2款)作用的场域。^[61]排除合理怀疑是刑事诉讼的一般证明标准,对可得利益的赔偿而言显属过苛,故不足采。因此问题就聚焦为,在高度盖然性与优势证据规则之间应如何取舍。高度盖然性是民事诉讼的一般证明标准,优

[54] 郭翔峰,见前注[2],第60—61页。

[55] 陈起阳:“期待利益损失认定标准研究”,《社会科学战线》2017年第12期,第278页。

[56] 暨秉恒:“民事诉讼中证人出庭制度的反思与建构”,《上海政法学院学报》2013年第4期,第94—95页。

[57] 王亚新:“民事诉讼中的证人出庭作证”,《中外法学》2005年第2期,第136页。

[58] 参见刘承睦,见前注[1],第90—95页;吴行政,见前注[2],第73—74页。

[59] 因此有的研究者从立法论的角度提出,应当在实定法上引入关于确定性的规范。吴行政,见前注[2],第74页。

[60] 黄毅:“损害赔偿额之酌定:基于诉讼公平的考量”,《法学论坛》2012年第4期,第147页。

[61] 邵明、李海尧:“我国民事诉讼多元化证明标准的适用”,《法律适用》2021年第11期,第13—20页。

势证据则是例外标准,如舍一般标准而取例外标准,便需充分的理由,^[62]以下详述之。

1. 证明可得利益损失难度极高

可得利益是对未来事实的预测,其证明本就十分困难。按照损害赔偿的差额说,损害的确定需要比较请求权人现实的财产状态与假使未发生违约行为时假想的财产状态。^[63]若针对此种假想设置过高的证明标准,则原告的举证成本无疑会激增,请求权获得支持的可能性大大降低。在一个涉及出海捕捞三文鱼的案件中,法官说得明白:“被告主张,商业渔民面临的是大量无法控制的风险,例如潮汐、天气、市场行情、同一海域其他渔民的数量等等,毫无疑问这是正确的。但没有任何营业能够摆脱不确定性,如果法院总是抓住可能剥夺某一项事业之利润的风险不放,则将没有任何一个受害的原告可就其遭受的损失获得公正的救济。”^[64]

2. 证明标准过于严苛的弊害

作为一种可变的尺度,证明标准可理解为分配错误判决之风险的机制。若证明标准过严,则错误判决被告不承担责任、原告无法获得应有赔偿的风险加大,错判的风险主要由原告承担。反之,若证明标准过宽,则错误判决被告承担责任、原告受到过度保护的风险加大,错判的风险主要由被告承担。在这个意义上,证明标准背后潜藏着分配错判风险的法律政策与制度设计的道德成本。^[65]若针对可得利益设定过高的证明标准,原告承担大部分错误判决的风险与成本,便可能对其他可欲的价值造成消极影响。

首先是对交易成本和经济活动的影响。当事人在缔结合同后将对合同关系产生相当之信赖,基于此种信赖规划其生活,并确信若相对人违反合同,法律将保障其地位与合同得到正常履行一样,这正是损害赔偿法填平原则的意旨所在。^[66]经由这样的安排,合同制度与合同法保障了高效的生产活动,并降低经济运营成本。^[67]倘使极严苛地把握可得利益赔偿的尺度,非违约方的地位常常无法与合同正常履行一致,合同制度与合同法希图达成的效果即无法实现。最高人民法院即指出,若不赔偿可得利润损失,“显然将会在一定程度上鼓励甚至纵容当事人违约行为的发生”,正是对这种消极影响的洞见。^[68]

其次是对当事人诉讼策略的影响,法院倾向于适用严苛的审查标准否定绝大多数可得利

[62] See Michael D. Weisman and Ben T. Clements, “Protecting Reasonable Expectations: Proof of Lost Profits for New Businesses,” *Massachusetts Law Review*, Vol. 76, No. 4, 1991, pp. 194-195.

[63] 王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第64—70页。

[64] *Blanchard v. Makinster*, 137 Ore. 58, 290 P. 1098, 1931 Ore. LEXIS 148, also cited in Charles T. McCormick, “The Standard of Certainty in the Measurement of Damages,” *The Yale Law Journal*, Vol. 43, No. 7, 1934, p. 1124.

[65] 熊晓彪,见前注[24]。

[66] 谢鸿飞:“违约获益归入权的体系定位与适用限制”,《清华法学》2024年第1期,第80页。

[67] Bernadette J. Bollas, “The New Business Rule and the Denial of Lost Profits,” *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, No. 3, 1987, p. 874.

[68] 刘立新、刘冬青合同纠纷案,最高人民法院再审查与审判监督民事裁定书,(2018)最高法民申2258号。

益赔偿请求,当事人亦会对裁判结果产生此种预期,并调整其诉讼策略。譬如知识产权类案件中,当事人了解到基于实际损失或者许可费合理倍数的损害赔偿请求极难获得支持,便弃此二种方法不用,而直接请求法院酌定相当的法定赔偿额。^{〔69〕}长此以往,将形成一种恶性循环——当事人苦于请求得不到支持,于是没有挖掘并提出证据的动力,法院因欠缺证据,又无法基于实际损失或者许可费合理倍数算定赔偿。

最后是对法院创新与说理能力的影响。过于严格地适用证明标准规则,形成稳定的司法习惯和保守的司法政策后,将产生路径依赖——法院可以坦然地驳回关于可得利益的请求,而毫无说理、论证的负担,这在很大程度上扼杀了法官创新性地引入各种替代之计算标准或者方法的灵感与可能性。譬如在被告违约导致原告生产活动陷于停滞的场合,是否得以厂房或者机器设备的租赁价格作为替代生产经营之利润损失的尺度,实践中便少见讨论。^{〔70〕}

3. 例外地降低证明标准的正当性基础

尽管我国实定法已经建立了相对完善的证明标准体系,但在例外情形下,当证明存在特别困难或者有其他法政策考量时,^{〔71〕}为实现实体法或者程序法上的制度目的或价值,应例外地允许提高或者降低证明标准。^{〔72〕}首先,可得利益就其性质而言难以证明,向来属于需要降低证明标准的例外情形。^{〔73〕}其次,前文已经指出证明标准过于严苛的弊害,学说也注意到了实践中可得利益难以获得赔偿的现状,并呼吁降低其难度,足可说明司法政策转变的现实需求。故自法政策的角度言之,在可得利益领域降低证明标准,亦具备正当性。经由司法实践的探索,例外地在个别的实体事项中适用较低的证明标准,也符合证明标准多元化的趋势。^{〔74〕}

考虑到以上三方面的因素,将优势证据这一证明标准扩张适用于可得利益之证明,应具备充分的正当性。与本身充满不确定性的“确定性规则”相比,优势证据规则更清晰,且更具可操作性,司法适用将更加统一、融贯。^{〔75〕}

三、判断优势证据证明标准是否达成的实质因素

依《证据规定》第 86 条,“认为有关事实存在的可能性较大的,可以认定该事实存在”,所谓

〔69〕 蒋舸:“知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归”,《法商研究》2019 年第 2 期,第 190 页。厦门任和运动器材有限公司、永康市赛韩电子科技有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法知民终 2482 号。

〔70〕 买卖合同中有这样的先例,如“李明柏诉南京金陵置业发展有限公司商品房预售合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2016 年第 12 期。

〔71〕 赵信会:《民事证据法学原理》,中国人民公安大学出版社,第 303 页。例如社会法领域保护弱势者的法律政策,便可能体现在证明标准的设定上,参见陈光中主编:《证据法学》,法律出版社 2013 年版,第 371 页。

〔72〕 姜世明:《举证责任与证明度》,厦门大学出版社 2017 年版,第 144 页。

〔73〕 同上注,第 145—146 页。

〔74〕 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社 2019 年版,第 364 页。

〔75〕 See Weisman and Clements, *supra* note 62, p. 194.

优势证据规则,是指原告能够证明某一事实为真的可能性大于其为伪的可能性,^[76]而不是一方当事人提供的证据证明力大于对方。^[77]自概率言之,其为真的可能性应在50%以上。^[78]具体到本文语境,就是原告应证明其遭受了某数额之损害的可能性大于未遭受该损害的可能性。但这样的表达,尽管将可得利益之证明从繁重的确定性规则之下解放出来,却仍然显得抽象。^[79]预测是否满足优势证据证明标准的结果,依旧欠缺有力的抓手。

证明标准规范的适用,并不是“作为逻辑可推导或者通过客观要素可归纳的决定程序”,或者严格的司法三段论,而毋宁是一种对真相的“塑造性重构”。^[80]这种塑造性的重构,需委诸一个或数个具体、鲜活之人的判断,而他们的判断无疑取决于其心智能力、具体的教育与生活经历及其情绪特征与背景。^[81]准此而言,无论是本文主张采纳的优势证据规则,还是主张放弃的确定性规则,可以说都具备相当的不可预测性。但这样的认识并不令人沮丧,而恰恰说明了研究先例的重要性——原则上应当遵从我们的伙伴和同类的判断。^[82]

下文将基于我国的司法实践,试图识别出可能影响法官判断原告所举示之证据是否满足优势证据规则的实质性因素。法官对证明标准宽严尺度的把握,随着这些因素发生显著的变化。^[83]

(一)是否提供了可供检验的数据事实或者计算方法

首先是原告是否提供了可检验的数据及可靠的计算方法。经营利润是实践中最常见的可得利益损失类型之一,若原告能够提供可靠的数据以计算经营利润,则很可能获得法院支持。在一个合同纠纷中,原告请求赔偿经营菜市场的利润损失。该案的经营收入主要是出租场地内的分割商铺收取的租金,成本则是支付给案外人的租金、污水处理费、电费以及员工工资,这些项目均可查得确切数字,原告成功地获得了可得利益赔偿。^[84]类似的餐饮业的例子,原告提供了正常

[76] 参见易延友:《证据法学》,法律出版社2017年版,第623—624页;何家弘等,见前注[74],第352页。

[77] 错误的见解如王冬、陆春燕:“证据优势原则在民事诉讼中的具体运用”,《人民司法》2015年第18期,第78页。

[78] 爱德华·K.程:“证明责任的重构”,李静静译,《证据科学》2015年第4期,第461—462页。当然,这种数字上的论断,实践意义值得怀疑。

[79] 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第246页。

[80] 吴泽勇:“‘正义标尺’还是‘乌托邦’?——比较视野中的民事诉讼证明标准”,《法学家》2014年第3期,第158页。

[81] See Murray, *supra* note 48, § 56.16.

[82] See Murray, *supra* note 48, § 56.16.

[83] 这里需要回应的质疑是,既然主张抛弃来自美国法的确定性规则,何以下文又大量地使用美国法的素材作为论据呢?这其实并不矛盾。首先,尽管本文主张放弃确定性规则,采取优势证据规则,但仍然是在证明标准的主题之下展开讨论。其次,无论采取何种具体标准,影响法官判断的实质性因素都有相通之处。再次,无论具体采取何种证明标准,当确认损害事实存在时,赋予法官裁量相当数额的规则,也可作为他山之玉。

[84] 广州市左邻右里公司市场发展有限公司与黄勉、广州市天河员村华荣肉菜市场等合同纠纷案,最高人民法院申请再审民事判决书,(2015)民抗字第12号。

经营的利润数据,以及招商加盟的宣传资料对投资回报的预估,成功证明了可得利润损失。^{〔85〕} 这些获得胜诉判决的案件中,原告均提供了可供检验的数据资料,并获得了法院的认可。相反,如果违约之前原告并未盈利,则该数据事实极可能被认定为无法满足证明标准的要求。^{〔86〕}

就计算方法而言,法院常常可基于违约行为发生前后的利润数据,利用纵向比对的方法(before-and-after calculations)估算损害数额。^{〔87〕} 若原告与第三人订立了类似的合同,则横向比对将被认为是妥当的方法。譬如在此合同中未约定滞期费的计算标准,但在与第三人签订的彼合同中明确约定了滞期费,便无妨依据彼合同的标准计算此合同的损失。^{〔88〕}

(二)是否尽其所能地尽到了举证责任

原告是否尽可能提供了个案中最优的证据(best evidence),是决定法院判断是否满足证明标准的因素之一。与原告实际上提供的证据相比,客观上有更优的证据,而其怠于举证,则法院可能倾向于认为其未达到证明标准之要求。譬如司法实践中,当事人常常为了证明其可得利益损失而单方委托鉴定,但这样的鉴定结论一般无法得到法院认可,^{〔89〕}可能的理由正在于:如果双方共同委托或者由法院指定鉴定机构,可形成更优的证据,因此单方委托鉴定的当事人并未尽其所能地举证。

比较法上亦有相同倾向。在一个涉及竞业禁止的纠纷中,被告带走了原告约一半的客户,原告主张可得利润损失赔偿。但就利润损失的举证而言,原告仅提供了其董事长的证词,当被询问为何利润损失是其所主张的数额时,证人答道“我们按照被告从原告处获取客户之交易数量的10%确定利润”。初审法院指出,被告有权知悉这一利润是如何计算得出的,但原告拒绝披露其经营成本,也并未提供任何确定损害数额的可靠基础。复审的华盛顿特区最高法院亦同意初审法院的意见,指出,依常理度之,原告这样的公司一般有清晰的会计账目,据此证明被告“窃取”的客户量并非难事;会计账簿亦可用于证明原告之营业的净利润率。原告怠于为此,则可得利润之证明难以满足证明标准要求。^{〔90〕} 可见法院的逻辑在于,存在会计账簿一类更优的证据,而原告拒绝提供,则其并未尽其所能地履行举证义务。

〔85〕 湖南韶山毛家饭店发展有限公司、寇长华合同纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2016)最高法民再282号。

〔86〕 云南泰康消防化工集团寻甸有限公司清算组、云南常青树化工有限公司等合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法民终813号。

〔87〕 See Robert M. Lloyd, “The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means,” *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 12, No. 1, 2010, pp. 19-20.

〔88〕 南通振湘物流有限公司、扬州润航船务有限公司海上、通海水域财产损害责任纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2021)最高法民再300号。

〔89〕 云南汇和房地产开发经营(集团)有限公司、恒大地产集团昆明有限公司合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1396号。

〔90〕 *Nat'l Sch. Studios v. Superior Sch. Photo Serv.*, 40 Wn. 2d 263, 242 P. 2d 756, 1952 Wash. LEXIS 319; also see Murray, *supra* note 48, § 56.16.

(三) 违约的主观恶性

被告违约的主观恶性,亦即其违约行为在道德上是否值得谴责,是应当考虑且实际上得到考虑的因素之一。^[91] 被告违约的主观恶性越重,法院对原告举证之证明标准的审查就越松。^[92] 最高人民法院指出,酌定损害之数额时需要考虑的因素包括“在履行合同时对于诚实信用义务的履行状况”以及“违约行为的具体情节”,这无疑包括违约方之主观状态。^[93] 在一个合作开发地产的案件中,双方本拟在案涉地块上建设宾馆,宾馆未如约建成,被告非但未返还案涉土地使用权,反而在土地上建设了办公大楼。原告主张以宾馆建成后可以取得的租金收入作为可得利益赔偿。法院虽然并不认为原告已经达到了证明标准之要求,却考虑到被告后续行为的主观恶性,仍然酌定了相当数额的赔偿。^[94] 按照法院的逻辑,既然举证未达到证明标准的要求,便应当直接否定可得利益损害赔偿请求权,法院因此不得不将其酌定赔偿的正当性立足于减少讼累、化解矛盾。这样迂回的路径,与其说是否认原告举证达到了证明标准,毋宁说是基于被告的主观恶性,宽松地把握证明标准的尺度,并酌定了相当的赔偿数额。在一个相反的例子中,塌方造成无法继续施工,法院指出合同无法继续履行的原因是多方面的,并非被告之单方行为所致,进而否定了可得利益的赔偿请求。^[95] 正反两方面的例子均可佐证被告违约的主观情节对法院判断证明标准是否达成的影响。值得肯定的是,法院在说理中解释道德上的可非难性如何影响损害赔偿请求权,有助于实现损害赔偿法背后的道德价值。^[96]

(四) 诉讼请求的额度大小

尽管很少有法院明确指出,但原告请求之数额的多寡在相当程度上决定了证明标准审查的宽严程度。这是事理之当然,试想若原告请求的数额并不多,却需要负担较高的举证成本,显然得不偿失。反之,请求数额巨大,却采用宽松的审查标准,则当事人可能惮于进入金额巨大的合同关系,为经济运转带来负担。^[97] 学者注意到,法院“慷慨地”支持可得利益赔偿之请求,常常是因为当事人主张的数额本身就很小。^[98]

[91] 参见张红、裴显鹏:“民法典之可得利益赔偿规则”,《南昌大学学报》2022年第4期,第67页。

[92] 被告具有主观过错的行为,常常正是原告无法完成举证的原因,在这个意义上,降低证明标准亦有充分之正当性。参见阎巍:“对我国民事诉讼证明标准的再审视”,《人民司法(应用)》2016年第31期,第96页。

[93] 福建福昕软件开发股份有限公司、珠海金山办公软件有限公司计算机软件开发合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2020)最高法知民终1319号。

[94] 乌鲁木齐齐金扬子工贸有限责任公司、乌鲁木齐市沙依巴克区人民政府等合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2022)最高法民终210号。

[95] 大唐甘肃祁连水电有限公司、福建美丽生态建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2021)最高法民终1056号。

[96] See Lloyd, *supra* note 87, p. 48.

[97] See Lloyd, *supra* note 87, pp. 53-54. 在涉及专利的损害赔偿案件中,法院也会考虑原告请求之数额的多寡。See John M. Golden, “Reasonable Certainty in Contract and Patent Damages,” *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 30, No. Special Symposium, 2017, pp. 276-277.

[98] 刘承睦,见前注[1],第87页。

前揭“河南航天建筑工程有限公司、海南博亚房地产开发有限公司等合同纠纷案”中，被告将资产转让给第三人，以至于原告无法如约出售房屋获利，原告主张的可得利润接近五千万。该案房屋已经由第三人实际出售，因此其能够获得的利润其实不难证明，但法院仍然认为可得利益的不确定因素过多，否定了该请求权，并拒绝调取证明可得利益必要之数据事实。^[99] 另一个商品房代销的合同涉及 391 套商品房，原告已经售出部分房屋，后被告所有权人拒绝再与客户签订买卖合同，原告不得不解除合同。该案已有部分房屋的销售数据作为比对依据，应可达到可得利益之证明标准。但法院仍然以市场可能变化为由，否认已售出部分的房屋数据可作为其他房屋售出后可得利益之证据。^[100] 此类涉及房地产的案件，标的额虽大，法律关系与法律问题却未必复杂，如此判决结果，很难说不是受到了巨额之诉讼请求的影响。

（五）是否存在替代的计算方法

如何使当事人地位与合同得到正常履行一致的判断标准不止一种，这也就意味着计算损害赔偿的尺度不止一种，存在多种计算方法时，法院倾向于选择数额较小者。按照这个逻辑，若其他计算方法的结果高于实际的可得利益数额，则对可得利益之证明标准的审查就趋于宽松。例如原告专为履行与被告之间的合同建造了仓库，被告违约，致使原告无法从仓储经营中获得利润。那么使原告状态恢复至合同未被违反的状态，就至少存在两种计算方法：其一是经营仓库未来可得的净利润；其二是把建造成本平摊到整个约定的合作期内，再扣除合同解除之前期间对应的建造成本，剩余期间对应的建造成本即为原告所受损失。^[101] 一审法院以第二种方法算定损害赔偿，其数额较高，二审高院及最高人民法院则改以第一种方法计算，以可得利益而非建造成本作为损害赔偿的依据。

相反，若其他计算方法的结果低于实际可得利益之数额，则对可得利益证明标准的审查就趋于严格。例如双方约定了违约金条款，又另行主张数额更高的可得利益赔偿，则法院倾向于否认原告举证已经达到证明标准，^[102] 或者直接适用违约金条款。^[103]

四、优势证据证明标准的例外：数额难于证明时的酌定权

不得不承认，即使将可得利益的证明标准放宽到优势证据，仍有许多案件中的可得利益具

^[99] 最高人民法院其他民事裁定书，(2021)最高法民申 4206 号。

^[100] 最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书，(2020)最高法民申 5247 号。

^[101] 参见最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书，(2020)最高法民申 6383 号；湖南旻峰物流有限公司、湖南华菱电子商务有限公司仓储合同纠纷案，湖南省高级人民法院二审民事判决书，(2019)湘民终 837 号。

^[102] 最高人民法院二审民事判决书，(2018)最高法民终 124 号；最高人民法院二审民事判决书，(2017)最高法民终 916 号。

^[103] 最高人民法院二审民事判决书，(2018)最高法民终 124 号；最高人民法院二审民事判决书，(2019)最高法民终 1564 号。

体数额因其内生的不确定性而难以证明,此时是否直接驳回诉讼请求就万事大吉?自当事人视角言之,若损害确实发生,但其数额难以证明,意味着实体法上的请求权已经成立,仅因证据法上的要求无法满足即否定该请求权,似有欠妥当。^[104]因此,若可得利益的数额就其性质而言本就极难证明,原告穷尽举证手段也依然无法证明的情况下,应由法院酌定相当数额之损害赔偿。^[105]此时相当于法官实质性地为双方当事人之间分配合同风险,避免了一种全有或全无的救济方式。^[106]

比较法上,美国法出于缓和确定性规则之严苛性的需求,发展出事实与数额二分(fact and amount)的规则,即合理确定性的要求主要针对损害事实是否发生,而非损害的精确数额。^[107]“已经确立的规则是,阻却赔偿请求权的不是关于数额的不确定性,而是关于损害之事实(fact of damage)的不确定性。换言之,倘若已经遭受了实质的损害,仅仅无法证明该实质损害的精确数额,并不构成完全否定请求权的基础。”^[108]《日本民事诉讼法》第248条明确赋予法官此种裁量权,^[109]立法者以及学说上的主流见解认为本条是例外情形下对证明标准的降低。^[110]我国台湾地区“民事诉讼法”第222条第2项亦设有类似条文。^[111]

(一)酌定权的实然存在

我实定法上并无违约可得利益损失数额难以证明时,法院酌定相当数额之裁量权的一般规则,然而其他规则及制度中明显存在法官酌定权的痕迹。譬如人身损害赔偿、^[112]侵犯人格权导致财产损失、^[113]知识产权、^[114]反垄断^[115]等类型的纠纷,均可能发生可得利益数额如何证明的问题,法院在这些特别的实体法领域常常行使裁量权酌定相当的赔偿额。

即使具体就本文论述的违约可得利益赔偿而言,法院行使酌定权也并不鲜见。最高人民法院在一个迟延支付货款的案件中,正确地论述道:“德利宝公司……未收回货款达23307760

[104] 伊東俊明「損害額の認定についての一考察」岡山大学法学会雑誌61卷1号(2011年)53頁。

[105] 参见刘承睦,见前注[1],第94—95页。

[106] See Farnsworth, supra note 25, p. 1214.

[107] Murray, supra note 48, § 56.16.

[108] Lord, supra note 38, § 64:13.

[109] 伊藤真「民事訴訟法二四八条の意義と役割」私法第61卷(1991年)156—157頁。

[110] 高桥宏志:《民事诉讼法重点讲义》,张卫平、许可译,法律出版社2021年版,第59—62页。

[111] 曾品杰:“所失利益:‘最高法院’一〇二年度台上字第二〇二一〇号判决”,《裁判解读:民法》2014年第4期,第1—2页。

[112] 涉及人身伤害时有残疾赔偿金、死亡赔偿金、误工费损失项目的认定,此类型的损失都具有相当程度的不确定性。

[113] 参见王叶刚:“论侵害人格权益财产损失赔偿中的法院酌定”,《法学家》2021年第3期,第106—115页。

[114] 参见缪宇:“作为损害赔偿计算方式的合理许可使用费标准”,《武汉大学学报》2019年第6期,第159页;蒋舸,见前注[69],第184—192页。

[115] 李友根:“论竞争法中的法定赔偿:制度变迁个案的解剖”,《中国法学》2009年第1期,第145—162页;张家勇、李霞:“论侵权损害赔偿额的酌定”,《华东政法大学学报》2013年第3期,第20—31页。

元,对公司运营会造成一定影响,故其损失客观存在。”尽管债权人无法证明损失的具体数额,法院仍酌定了相当的赔偿。^{〔116〕}另在一个合作开发房地产的纠纷中,因被告违约,项目未如约开发,原告解除合同,最高人民法院指出“如《开发项目内部承包协议》得以完全履行,学海公司将可以获得该协议约定的收益”,这表明法院认可了损害事实的存在。就可得利益的数额,原告提供了其单方委托的鉴定机构出具的鉴定意见,法院承认此种可得利益具有“不确定性”,但仍然酌定了相当数额的可得利益赔偿。^{〔117〕}显然,这里的“不确定性”系针对可得利益的数额而言,而非指该损害事实是否发生。类似的案例中,出卖人交付的标的物不符合约定,导致买受人无法履行与第三人之间的买卖合同,此时转卖利益属于可得利益。但买受人与第三人约定的合同价款,除了标的物本身的价值,还包括后续服务(如包装运输费、技术服务费、技术培训费等)的价值,只不过并未明确约定后续服务费用所占合同价款的比例,这意味着可得利益的数额难以精确计算。法院将后续服务费酌定为30%,从合同价款中扣减,进而支持了可得利益损失赔偿。^{〔118〕}从上述案例来看,可以说酌定权在违约可得利益赔偿的领域也广泛存在。

(二)酌定权的规范基础

尽管实定法上欠缺关于可得利益赔偿领域酌定权的明文规定,仍不妨经由类推适用,为其找寻规范上的依据。可能的方案是类推适用《民法典》第1182条关于侵害人身权益造成财产损失,难以证明准确数额时由法院裁量的规则。其正当性依据在于,侵害人身权益的获益返还,学说上将之定性为权益侵害型不当得利,换言之,侵权人所返还的是本应当归属于被侵权人的可得利益,如许可使用费。^{〔119〕}既同为可得利益,便有类推适用的正当性基础。

自立法论角度言之,有诉讼法学者建议步趋德、日诸国,在《民事诉讼法》中引入酌定损害数额的一般条款,^{〔120〕}其问题在于可能引发酌定权泛滥的忧虑。此处面临的具体问题是,违约导致的可得利益损失常常无法得到赔偿,若仅为解决这一问题,似不必将酌定权整体扩张到民事诉讼法。即使是主张引入一般酌定权条款的学者,也承认应当经由类型化的方式限制此种裁量权。^{〔121〕}既如此,倒不如遵循既有的立法传统,^{〔122〕}直接在实体部门法中个别地赋予法官酌定的权限。尽管本文认同,这种酌定权本质上属于证明责任减轻或者证明标准降低的程序性规范,但程序性规范未必不能出现在实体法当中。^{〔123〕}相反,实体法上存在大量关于举证责

〔116〕 四川好彩头实业股份有限公司、德利宝(广州)香料有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2019)最高法民再307号。

〔117〕 最高人民法院再审审查与审判监督民事裁定书,(2018)最高法民申2258号。

〔118〕 米德(中国)复合材料有限公司、吉林重通成飞新材料股份公司合同纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2019)最高法民再26号。

〔119〕 朱荣荣:“获益返还的现实困境及其破解”,《西部法学评论》2021年第2期,第101—102页。

〔120〕 毋爱斌:“损害额认定制度研究”,《清华法学》2012年第2期,第121页;黄毅,见前注〔60〕,第146—153页。

〔121〕 黄毅,见前注〔60〕,第152页。

〔122〕 张家勇等,见前注〔115〕,第21—22页。

〔123〕 王磊:“论损害额酌定制度”,《法学杂志》2017年第6期,第111—112页。

任减轻的规范。^[124]

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》第 65 条针对“无法……确定非违约方在合同履行后可以获得的利益”的情形作出了规定,但仅局限在一物二卖的场合,法院得以违约方获得的额外利益作为非违约方的可得利益,尚难说确立了可得利益酌定权的一般规则。所幸,最终生效的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》(以下简称《合同编通则解释》)将本条改写为第 62 条,并大大扩张了适用范围。该第 62 条规定可得利益“难以……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”。

从“立法史”的角度看,《合同编通则解释》第 62 条以二重买卖作为“立法”模型,^[125]正因如此,将之解释为酌定权的一般规范,则表述略显简陋,其构成要件在此须予明确。首先是根据既有证据,在优势证据的标准之下,可以确认已经发生了损害之事实。尽管本条并未言明,但“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”的表述,已经暗含了可确认损害事实存在这一前提。其次,当事人应当穷尽合理的举证手段,^[126]过往的研究往往只提到损害数额难以证明或者证明存在重大困难,却未强调原告的举证义务。^[127]而赋予法官酌定权并不意味着直接豁免原告的举证义务,若程序上不令其先穷尽举证手段,则很可能发生怠于举证,甚至不举证的反向激励。^[128]当然,赋予酌定权本意就在于勿使原告负担过重的举证成本,^[129]故穷尽举证手段也是在合理成本范围内的穷尽,而非物理意义上的穷尽。最后,损害的数额无法准确证明,比如无法查明作为计算基础的数据事实,或者欠缺可靠的计算方法等。

五、结 论

确定性规则在实然层面限制着可得利益之损害赔偿,这是一种程序法、证据法上的要求。法院应严格规范术语的使用,因为它不仅仅是一个语词的问题。譬如,在因果关系的意义上混用“确定性”的概念,要求可得利益是“必得”的,便可见地提高了可得利益获得赔偿的难度。我国并不存在关于“确定性”的实定法规范,此种法之续造,不具有正当性。从比较法的视角观

^[124] 刘学在、阮崇翔:“论损害赔偿额之酌定时的举证责任减轻”,《河北法学》2019 年第 4 期,第 40—41 页。

^[125] “合同编通则解释(第二次征求法工委意见稿)”第 60 条提到“(违约方的)资质信誉、专业技术能力对获得该利益的作用”等因素。这显然仍是以二重买卖为原型的构建思路,例如出卖人凭借自己的信誉、技能将标的物以更高的价格售出。但在很多涉及可得利益的案型中,例如购买机器设备以供生产经营,似并无违约方利用其信誉、技能获得利益的问题。

^[126] 衡飞玲、冯文生:“酌定违约损害赔偿金额的适用”,《人民司法》2020 年第 14 期,第 38 页。

^[127] 王磊,见前注^[123],第 113—114 页。

^[128] 这在知识产权领域已经得到验证。参见蒋舸,见前注^[69],第 190 页。

^[129] 毋爱斌,见前注^[120],第 121 页。

察,确定性规则的运作以整体的司法体系、司法文化乃至法律观念为支撑,轻言“拿来主义”恐怕正是确定性规则阻碍可得利益获得赔偿的原因之一。故应当废止司法实践中通行的确定性规则,这是一种人为错误构建的障碍。可得利益,基于对未发生之事态的推想,本质上带有相当的不可预料性,故证明难度极大;为实现损害赔偿法的意旨与降低可得利益赔偿难度的司法政策,宜采实定法上有明文的优势证据规则。

证明标准规则的适用,并不是逻辑优美的司法三段论,而是综合多种实质因素权衡判断的结果。不得不承认,即使将标准放低到优势证据规则,可得利益数额的证明仍然充满未知,这里应当遵循“事实与数额”的二分,即使无法证明精确数额,也应当赋予法院酌定赔偿额的权限。此种酌定权,对放宽可得利益赔偿的尺度、吓阻当事人不诚信地违约而言,实益或许更加显著。就规范依据而言,可能的方案是类推适用《民法典》第1182条。将《合同编通则解释》第62条解释为赋予法官此种酌定权,可为本文观点张本。

Abstract: In its judicial practice concerning the issue of compensation for lost profits, China often adopts the “certainty” standard, commonly rejecting the plaintiff’s right to compensation on the basis that the lost profits lack certainty. In other words, the damage to potential benefits must be proven to a considerable degree of certainty for the plaintiff’s claim to be supported. This requirement in evidence and procedural law is distinctly different from the rules of causation and foreseeability in substantive law. However, the certainty rule lacks a basis in statutory law in China and should be abandoned in favor of returning to the clearly stipulated preponderance of evidence, thereby relaxing the proof standard for loss of lost profits. The application of the proof standard rule is not a matter of syllogism; a variety of substantive factors together govern the court’s judgment on whether the plaintiff’s evidence meets the proof standard. If the amount of damage to lost profits is inherently difficult to prove, then the judge should be given the discretion to determine the amount of compensation when the fact of damage is confirmed and the plaintiff has exhausted all means of proof.

Key Words: Certainty Rule; Standard of Proof; Foreseeability; Preponderance of Evidence; Fact and Amount

(责任编辑:贺 剑)