

# 论侵权法上可得利益损失的合理确定性

## On the Standard of Reasonable Certainty of Lost Profits in Torts

阮神裕

RUAN Shen-yu

**【摘要】** 根据规范损害说来认识可得利益损失，原告无须通过损害数额的举证来证明可得利益损失的损害事实。因可得利益损失固有的未来性与臆测性，法官认定损害事实的过程实际上是根据基础材料与事物发展规律，依据一定的标准“预测”将来的可得利益是否发生。所谓基础材料与事物发展规律是指原告提供的以下证据，即不法行为发生前后的营利差额、排除不法行为后的营利状况、相同经营者在其他地区的营利状况等。而一定的标准是指合理确定性标准。合理确定性具有一定的灵活性，同时受到以下规则的影响：不法行为人规则、可获得之最佳证据规则和损害数额与证明标准的比例规则。可得利益损失的合理确定性标准检验与因果关系检验不同，前者仅针对可得利益损失本身是否发生的问题，后者则针对可得利益损失与加害行为之间的关联程度，二者不应被混淆。

**【关键词】** 侵权责任法 可得利益损失 合理确定性标准 因果关系

**【中图分类号】** DF526 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 05-0087-15

**Abstract:** In the view of legal damages, the plaintiff could prove the fact of lost profits without counting the amounts. The procedure of finding the fact of damages of lost profits should be a prediction, which means judges should be predict whether the lost profits would occur or not on the basis of some materials and causation. These materials is the proof of plaintiff, such as before-and-after profits, the profits without the tortious interfering, profits of other business of the plaintiff and so on. The standard of prediction is called reasonable certainty, it is flexible in accordance with these rules: wrongdoer rules, the best available proof and the amount at stake. The reasonable certainty is a elements of damages, differing from causation theory, to examine the fact of lost profits.

**Key words:** Tort Law Lost profits Reasonable certainty standard Causation

**【收稿日期】** 2017-03-19

**【作者简介】** 阮神裕，男，1992年7月生，清华大学法学院2017级博士研究生，研究方向为民法。

## 引言

可得利益损失,也称所失利益,理论界通常将之解释为:因损害事故之发生,赔偿权利人财产应增加而未增加之数额。<sup>〔1〕</sup>可得利益损失是损害的一种类型,与所受损害相对应,侧重的是尚未获得的利益因不法侵害而无法获得,故此具有一定的未来性与臆测性。我国现行法对违约导致的可得利益损失有一般性的规定,而对侵权行为所导致的人身损害中的可得利益损失的赔偿则采取定型化的赔偿标准。<sup>〔2〕</sup>但是,对于侵权行为造成的财产损害的可得利益损失,则没有如同违约损害赔偿那样确立一般的规则,只有少数司法解释做出了规定。<sup>〔3〕</sup>这些司法解释仅规定了少数几种特殊的可得利益损失,如车辆停运损失、商业秘密公开导致的可得利益损失和船舶可得利益损失,缺乏用来判断侵害财产的可得利益损失可赔偿性的一般规则。然而,司法实践中,很多案件面临各种类型的可得利益损失能否予以赔偿的复杂问题。学说与实务上,为判断可得利益损失是否应当赔偿,除了侵权责任的一般要件(加害行为、因果关系等)外,还提出了以合理确定性检验可得利益损失的标准。合理确定性标准来源于英美法系,其含义与性质为何、个案中怎样判断、该标准与因果关系要件有什么关系等问题,均有待深入研究。有鉴于此,本文将结合可得利益损失所固有的未来性与臆测性,通过评介英美法上之合理确定性标准,厘清重要概念与规则,以期理论界与实务界在可得利益损失应否赔偿的判断上能够逐步形成共识。

### 一、可得利益损失的特殊性

#### (一) 可得利益损失的损害事实的证明方法

在侵权诉讼中,损害是侵权责任的必备构成要件。因此,原告主张可得利益损失的赔偿请求时,须证明损害事实的存在。但是,何为“损害”,民法学上却有很大的争论。这一争论将会影响原告通过何种方式证明“可得利益损失的损害事实”这一构成要件,也就是说,原告是否必须通过损害数额的举证来证明损害事实的存在。要解决该问题,须先厘清何为损害的认识问题。关于损害的涵义,大陆法系民法界主要有以下几种观点。

其一,“差额说”。这种学说认为,损害乃“被害人财产总额,于侵害事故的发生与无该

〔1〕 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157页。

〔2〕 《合同法》第113条规定违约一方当事人订立合同时预见的可得利益损失应予赔偿。《种子法》第46条规定出售种子的经营者须承担种子质量有问题产生的可得利益损失的赔偿责任。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号)以及《侵权责任法》均对人身损害的可得利益损失,如误工费、残疾赔偿金和死亡赔偿金规定了定型化赔偿标准。

〔3〕 《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2012〕19号)第15条规定,道路交通事故的财产损失包括停运损失。《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》(法释〔2007〕2号)第17条规定,因侵权行为造成商业秘密公开的损害赔偿应当根据可得利益损失等因素确定。《最高人民法院关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》(法发〔1995〕17号)第1条规定船舶碰撞造成的财产损失包括预期可得利益损失。

侵害事故时所生的差额”〔4〕。基于此说，原告为证明可得利益损失的损害事实，须以计算出事故发生前后财产总额的差额为前提。故损害事实与损害数额具有同一性。也即“损害赔偿数额内嵌入损害事实之中，成为要件事实从而构成损害赔偿请求权的构成要件”〔5〕。

其二，“具体损害说”或“组织说”。主张这一损害观念的学说林林总总，包括真实损害说、直接损害说、客观损害说与价值赔偿说等。〔6〕各种具体损害说的共同之处在于：损害赔偿的对象（也即损害的本质）是物的毁损、灭失或者人身伤害本身，须采取客观的评价，作为损害赔偿的最低限额；至于因受害人的特殊情事，发生高于客观损害的损失的，则依据差额说进行认定和赔偿。〔7〕因此，若采这种学说，则原告在主张“真实损害”的赔偿时，就不需要通过证明损害数额来证明损害事实了。但是，如果原告主张的是可得利益损失，就是属于高于“真实损害”的损失，仍需依据差额说认定。故此，原告就必须通过提出损害数额的证据来证明损害事实的存在。

其三，“规范损害说”。“规范损害说”又包括两个类型：第一，德国学者 Steindoff 提出的“法律地位保护说”：“损害乃对于法律地位的伤害，亦即以权利侵害作为损害赔偿之依据。至于价值是否减少，则与损害概念无关。”〔8〕这种学说认为，损害就是权利侵害，故原告在请求损害赔偿时，只需提出权利侵害的证据就完成对“损害事实”的证明责任。第二，德国学者 Zeuner 提出的：“损害并非系以数字表示的计算上大小，而是两个状态的具体差异”。〔9〕这种学说认为，差额说的不足之处，在于要求以数字的方式表示不法行为发生前后的财产状况的差异，这事实上是“计算上的损害”，属于对损害的金钱评价（损害数额的确定）过程，而非认定损害事实的过程。因此，原告只需要提出证据，证明不法行为发生前后财产的事实状况存在差异，就完成对“损害事实”的证明责任。“规范损害说”的共同点是，原告证明“损害事实”时，没有必要证明“损害数额”，而是证明“法律地位遭受侵害”或者“事实状态的差异”即可。基于此，对可得利益损失的损害事实的证明，只要证明将来可能取得可得利益的法律地位遭受侵害，或者证明将来本可取得的可得利益因不法行为而无法取得（这一事实状态的差异）即可，而没有必要证明可得利益损失的数额。

其四，日本学者平井宜雄提出的“事实损害说”。损害是指受害人提出的其所遭受的不利益的状态，损害只是法官裁判的基础，法官据此做出金钱评价。〔10〕故损害事实

〔4〕 王泽鉴：“损害概念及损害分类”，《月旦法学杂志》2005年总第124期，第203页。

〔5〕 谷佳杰：“民事诉讼损害赔偿数额确定制度研究”，西南政法大学2015年博士学位论文，第95页。

〔6〕 真实损害说认为，损害指的是因财产被剥夺、毁损或身体被伤害等“真实损害”，构成损害赔偿的最低限额，除此之外，若有其他不利益的，则依据差额说进行认定。直接损害说认为，损害指的是对具有客观价值的财产的伤害本身，即“直接损害”。至于对物的侵害，受害人遭受比物的客观价值更高的损害时，则依据差额说计算。客观损害说认为，损害是指被侵害的权利或利益，与具体受害人的特别关系分离之后，独立考察的客观价值的减损，构成损害赔偿的最低限额，至于基于与受害人的特别关系产生的额外不利益，则依据差额说计算。价值赔偿说认为，损害指的是法律直接保护的客体所具有的客观价值，即“价值赔偿”部分，构成损害赔偿的最低限额，除此之外，若依据特别情事仍有不利益的，则属于“利益赔偿”部分。参见前注〔1〕，第124~127页。

〔7〕 参见陈聪富：《侵权违法性与损害赔偿》，北京大学出版社2012年版，第133页。

〔8〕 同上，第136页。

〔9〕 同上，第137页。

〔10〕 参见〔日〕平井宜雄：《债法各论》，日本弘文堂1992年版，第75页，转引自宁金成、田土城：“民法上之损害研究”，《中国法学》2002年第2期，第104~112页。

的认定与损害数额的确定，分别属于不同的思维过程，前者属于事实认定而后者属于法律评价。基于此，原告只需要提出证据证明其将来可以获得可得利益的状态遭受不利益，就完成了对损害事实的证明责任。同样，也没有必要证明可得利益损失的数额，因为损害数额属于法官的法律评价的范畴。可见，“事实损害说”与“规范损害说”具有相似之处。

综上所述，在如何证明可得利益损失的损害事实这一问题上，存在两个根本分歧的观点：第一种观点即“差额说”与“具体损害说”均要求原告通过证明可得利益损失的损害数额来证明损害事实。第二种观点即“规范损害说”与“事实损害说”则认为，可得利益损失的损害事实无须以证明损害数额为前提。至于“事实损害说”更是认为，损害数额是法官法律评价的范畴，无须原告举证。

本文主张采取规范损害说。具体理由如下：其一，我国法上未对损害的概念做出一般性规定，采取何种观念认识损害，均未违背现行法之意旨。其二，差额说本身在解决假设因果关系、损益相抵问题时，就存在缺陷。相反，若将损害事实与损害数额决然分立，前者作为事实认定的范畴，后者作为法律评价的范畴，则有利于判断损害的范围。其三，现行法承认精神损害赔偿数额由法官确定，不要求（也无法要求）原告通过提出损害数额的证据来证明精神损害的损害事实。这就意味着，差额说观念无法涵盖所有的损害类型。更何况《侵权责任法》第19条规定，财产损失按照市场价格或者其他方式计算。依此规定，法官既可按照原告所提供的市场价格的相关证据确定财产损失数额，也可径行酌定赔偿数额。换言之，“其他方式计算”作为兜底条款，可以解释为法律允许法官裁量评价。其四，《侵权责任法》第20条规定了侵害人身权益造成损失的赔偿数额确定方法，首先“按照被侵权人因此受到的损失赔偿”，其次“按照其（被告）获得的利益赔偿”，这两种损害数额的确定均须依赖于原告（被侵权人）提供的证据。最后，才“由人民法院根据实际情况确定损害赔偿数额”，即法官裁量评价损害数额。简言之，现行法规定损害数额可由法院酌定，故此原告在起诉时无须承担关于损害数额的客观举证责任。其五，基于可得利益损失的未来性与臆测性，对损害事实与损害数额的证明，实质上是法官根据基础资料与事物发展规律所做之预测，而非对已经发生之事实的发现，更难以要求原告证明准确的损害数额。

倘若采取差额说或者组织说认识损害的本质，原告就有义务提出证据证明损害数额（达到证明损害事实的效果），将不利于原告获得救济。例如，在一起产品质量责任纠纷案中，原告所提供的《技术鉴定报告书》是依据原告对种植数量、植株种类的说明所做出的，对损害数额的证明可能具有不确定性。但是，由于原告种植的黄瓜、角瓜已经全部绝收，故此，可得利益损失的损害事实是确实存在的（满足下文所说的合理确定性标准）。可是，一审与二审法院均驳回了原告的赔偿请求，这显然是不妥的。<sup>〔11〕</sup>

## （二）证明可得利益损失的特殊性

基于可得利益损失的未来性与臆测性，原告证明、法院认定可得利益损失的损害事实之思维过程具有一定的特殊性，而这一特殊性将会影响判断可得利益损失存否的证明标准。德国法学家恩吉施曾言：“在法院程序中的事实确定，在法律逻辑上，与历史的事实确定相近。一如历史学家基于供其支配的材料渊源去考察历史事实，在法院程序中将依据被告自己的解释，可能存在的供词也属于此解释，并借助所谓的证据手段，即勘

〔11〕 本案的基本事实是，原告购买了被告公司生产的棚膜进行大棚种植时，因棚膜破裂，导致原告在大棚内种植的黄瓜和角瓜全部绝收。参见“平振才诉哈尔滨常星塑业有限公司等产品质量责任纠纷案”，《吉林省高级人民法院民事判决书》，（2015）吉民申字第691号。

察物、文件、证人和鉴定人来考察有法律意义的事实”。<sup>〔12〕</sup>通常情况下，受害人对所受损害的证明是指如下过程：所受损害在过去确曾发生，只不过法官并非全知全能，无法直接知悉所受损害存在这一事实。所以，受害人请求赔偿时，有义务提供证据来证明所受损害的存在。例如，受害人因汽车遭受毁损而支付修理费，修理费便是所受损害，受害人提供修车发票，证明修理费的事实与数额。而法官则是通过庭审上对证据的感官认知，来“发现”所受损害在过去确曾存在。但是，受害人证明可得利益损失的损害事实的独特性在于：可得利益并非确曾发生之事，而是尚未发生之事，且因加害人之不法行为，可得利益将来可能永远不会发生。既然可得利益尚未发生（不存在），那么法官就无从“发现”可得利益损失的损害事实。相反，受害人所提供的证据，与其说是证明可得利益损失的损害事实，不如说是作为基础资料，供法官依据事物发展规律“预测”将来可得利益发生的可能性（也即损害事实）。例如，受害人因汽车毁损而停运，停运损失所依据的基础资料是该受害人往日正常运营所能获得的利润，而倘若没有其他干扰因素，受害人仍能正常运营的话，那么依据事物发展的一般规律，其将获得同样的或相似的运营利润。过去的运营利润显然不一定就是未来的运营利润，更不能等同于未来的运营利润，但却足以使法官“预测”未来的运营利润将与过去的利润大同小异。由此可见，法官在进行这一“预测”的思维作业时，将会受到以下两个因素的影响：其一，基础资料与事物发展规律；其二，法官预测时的态度。

所谓基础资料与事物发展规律，是指受害人提供的证据。基础资料是指对受害人现实情况的描述。例如，受损财产的用途、受害人在损害事故发生前的营利记录、是否就受损财产签订合同等特别情事以及取得可得利益的（自然或人为）条件如何。<sup>〔13〕</sup>这些证据，均可说明受损财产的经营状况、市场条件等。事物发展规律，是指法官基于经验法则或者逻辑推理等，从前述现实状况的说明出发，对未来将会如何发展做出预测。受害人提供的证据越充分，对现实经营状况的说明越细致，对市场条件的说明愈准确，那么基于这些基础资料和事物发展规律，法官就愈能确信可得利益损失这一损害事实的存在。

所谓法官预测时的态度意味着，如果法官采取宽松的态度，那么法官可能偏向于相信受害人的可得利益将来很有可能会发生；而如果采取严苛的态度，则法官可能偏向于受害人将来不会获得该可得利益。例如，有的学者提出：证明可得利益损失“损害数额”的证明标准（也即合理确定性标准）应当低于证明可得利益损失“损害事实”的标准。<sup>〔14〕</sup>也就是说，法官在判断证明可得利益损失的“损害事实”的证据是否满足合理确定性标准时，应当更严苛一些。而在判断损失“损害数额”的证据是否满足合理确定性标准时，应宽松一些。换言之，认定可得利益损失的损害事实的证明标准，并非一成不变的，而是可以根据不同情况或高或低的。“法官预测时的态度”，实质上就是法官依据某些规则调整的或高或低的证明标准。

## 二、可得利益损失须满足合理确定性标准

可得利益损失的损害事实的证明过程，实质上是提出基础资料与事物发展规律，由

〔12〕〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2014年版，第55页。

〔13〕参见田韶华：“论侵权法上可得利益损失之赔偿”，《法商研究》2013年第1期，第130页。

〔14〕同上，第131页。

法官据此预测,系争可得利益将来是否发生的过程。故,法官在认定可得利益损失将来是否发生时,必然因法官所处诉讼情境、先前理解等因素的不同,做出千差万别的判决。因此,法学研究者似乎有必要着力于研究可得利益损失的损害事实的证据类型和证明标准,以期提出若干明确的规则,供法官参考,做出同案同判、符合形式正义的判决。

对于如何证明(认定)可得利益损失的损害事实,国内学界已有若干讨论。有的学者主张,我国应当借鉴美国法上的合理确定性标准(reasonable certainty),认定可得利益损失的事实。换言之,可得利益损失在其太臆测、太过遥远和不确定的时候是不能获得赔偿的。至于如何在个案中认定某项可得利益损失是否符合合理确定性标准,有的学者主张参酌若干因素予以判断。<sup>[15]</sup>此外,也有法院的判决明确地指出,可得利益损失获得赔偿的条件之一为“合理的确定性”,“所谓可期待利益损失的确定性是指可期待利益损失的存在是一个确定的事实,至于合理的确定性,是指在证明标准上较积极损害的证明标准有所不同,只需达到合理的确定性即可。”<sup>[16]</sup>

由此可见,不管是理论界还是实务界,均在使用“合理确定性”作为判断可得利益将来是否发生的判断标准。那么,究竟何为“合理确定性”标准,本文认为,有必要借鉴英美法的成果加以讨论,并在此基础上进一步研究该标准对我国的借鉴意义。下文将详细阐述美国法上的合理确定性标准,之所以选取美国法,是因为美国判例法的合理确定性标准发展更为成熟。正如 Charles T. McCormick 所言,合理确定性标准可能是美国法院对普通法世界的损害赔偿规则最突出的贡献。<sup>[17]</sup>

### (一) 合理确定性标准的含义与性质

#### 1. 合理确定性标准的含义

在美国法上,最早将“确定性”(certainty)这一术语,作为判断可得利益损失是否可以获得赔偿的标准的判例是 Griffin v. Colver 案<sup>[18]</sup>。在该案中,原告与被告签订合同,约定由原告为被告的伐木场安装一台发动机。在原告安装完之后,被告因故没有及时支付合同款项。因此,原告起诉要求被告支付该笔款项。然而,被告提出原告没有及时交付和安装发动机,被告因此遭受可得利益损失(loss of profits),因此被告主张用可得利益损失抵消应支付的合同款项。法院认为,损害的自然属性和产生的过程须满足可确定性条件,方可获得赔偿。尽管确立确定性标准的 Griffin v. Colver 案属于违约纠纷

[15] 若干因素包括:(1) 受损财产的用途,例如用于营运的汽车可以获得停运损失,但私家汽车则不能获得停运损失。(2) 可得利益产生的基础,长期稳定的经营产生的可得利益损失具合理可确定性,投机活动的可得利益损失不具合理可确定性。(3) 取得可得利益的条件,如天然孳息因受自然环境、人为因素的影响而不具合理可确定性。(4) 受害人的营利记录。(5) 取得可得利益的特别情事,如受害人已就受损财产签订合同。除此之外,还有日常经验法则、交易习惯、行业惯例和逻辑推理,也可以成为法官认定可得利益损失确定性标准的方法。参见前注[13],田韶华文,第130页。

[16] “浙江恒盛木业有限公司与宁波立鑫液体化工运输有限公司、浙江豪博化工有限公司环境责任纠纷案”,《浙江省台州市中级人民法院民事判决书》,(2015)浙台民终字第840号。

[17] See Charles T. McCormick, *Handbook of the Law of Damages (Hornbook Series)*, St. Paul, West Publishing Co., 1935, p. 124.

[18] See Griffin v. Colver, 16 N. Y. 489, 495 (1858).

案件，但是美国法院几乎在违约和侵权案件中均适用了合理确定性标准。<sup>〔19〕</sup>时至今日，美国法上对合理确定性标准已达成以下共识。例如，《侵权行为法重述（第一次）》第912条规定，因侵权行为遭受损害者（包括可得利益损失），若受害人对损害程度与数额的证明，具备依侵权行为之特性与特定环境所允许的确定性时，受害人可以获得相应的赔偿。<sup>〔20〕</sup>再如，《美国法律百科全书》（*American Jurisprudence*）第340条对合理确定性标准的说明如下：损害，须是合理可确定而非臆测的，方可获得赔偿。在过失侵权场合，唯有以相当之证据，证明损失的存在达到合理确定性的程度，且足以以合理确定的标准计算损失数额时，受害人方可获得相应的赔偿。这一标准常常适用于可得利益损失案件，因为可得利益损失在本质上具有推测性，且难以用精确的方法计算数额。因此，对可得利益损失的证明如果含有一定程度的不确定性，并不妨碍该损失的可赔偿性。<sup>〔21〕</sup>《美国法释义》（*Corpus Juris Secundum*）第4章第36条则从反面做出说明：因违反合同约定，或者实施侵权行为所导致的不确定的、偶然的、推测的损害不能获得赔偿。若受害人主张加害行为所造成的可得利益损失的赔偿请求，则受害人有义务证明损害结果的发生具备合理确定性。<sup>〔22〕</sup>

综上所述，在美国法上，“合理确定性标准”是指，在判断可得利益损失的可赔偿性时，须有确切证据，对可得利益损失的存在举证所需满足的证明标准。

## 2. 合理确定性标准的性质

有学者认为，可得利益损失的合理确定性标准包含两个含义：其一，可得利益损失的存在须是一个确定的事实，而不是臆想的、虚构的、尚未发生的现象，即“可得利益损失具有确定性”。其二，原告只需证明可得利益损失具有合理的确定性即可，不需达到绝对的确定性，更不需要达到数学意义上的精确性。<sup>〔23〕</sup>换言之，可得利益损失须具备“确定性”，方可获得赔偿；而证明可得利益损失的“确定性”的证明标准，是“合理确定性标准”。从上述论述，可以发现存在这样一个问题，即“确定性”究竟系损害的一个构成要件（要素），还是证明损害事实的证明标准？所谓构成要件，是指法律欲赋予一定法律效果的案件事实的一般性描述；<sup>〔24〕</sup>构成要件要素，是指作为各构成要件内容的诸要素。证明标准，是指当事人提供的证据，是否可以证明其主张的事实的衡量标准，也即能否达到法院确认该事实真伪存否所要求的程度。<sup>〔25〕</sup>之所以有必要区分“合理确定性”究竟是构成要件要素还是证明标准，是因为在法律适用过程中，构成要件与证明标准承载着不同的功能。具体而言，如果将“合理确定性”作为损害的构成要件要素时，那么法官在判断某一可得利益损失是否具备合理确定性时，该判断的思维过程属于事实与规范之间的涵摄过程，属于法律评价的过程。相反，如果将“合理确定性”作为证明“损失存在”的证明标准时，那么法官在判断原告所提供的证据对“损失存在”（作为证明主题）的举证是否达到合理确定性标准时，该判断的思维过程属于证

〔19〕 See American Law of Torts, 2d. § 8: 35 Businesses, Lost Profits.

〔20〕 See Restatement (First) of Torts.

〔21〕 See 22 Am. Jur. 2d Damages § 340 (2016).

〔22〕 See 25 C. J. S. Damages § 36 (2016).

〔23〕 参见前注〔13〕，田韶华文，第129~130页。

〔24〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2013年版，第132页。

〔25〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2011年版，第159页。

据与事实之间的自由心证。

例如,王利明教授认为,“损害未来的利益或尚未发生的损害就不具有确定性”<sup>[26]</sup>,这样的说法实际上就是将“合理确定性”作为损害的构成要件要素<sup>[27]</sup>。相反,美国学者 McCormick 认为,合理可确定性标准是指,关于可得利益损失的确切证据(actual evidence)需满足如下标准——即理性人基于推理(inference)而非猜测(guess)可以认定损失确实存在,而且可以从中获得计算损失数额的数据。事实上,所谓合理可确定性标准(reasonable certainty)就是指可能性(probability),如果做出首个判决的法官选择了“可能性”(probability)这一术语,而非“可确定性”(certainty)的话,就不至于产生误会了。<sup>[28]</sup> McCormick 就是将“合理确定性”标准作为损失存在这一事实的证明标准。

尽管如此,本文认为,前述理论上的区别似乎并无实益。其一,与损害赔偿有关的问题,本身常常具有法律与事实二重属性<sup>[29]</sup>。故而,对“某一可得利益将来是否会发生”所做的判断,本身也兼具法律与事实两个问题的性质,所谓事实问题,是指法官不得不依据基础材料与事物发展规律,对可得利益的发生进程进行生活上的预测;所谓法律问题,是指法官在预测时,常常借助一定的法律规则或标准。其二,法官对可得利益损失事实的认定,本质上是在做“某一可得利益将来是否会发生”的预测,而这个预测所依据的基础材料,则是当事人所提供的企业营利记录表、相关证人的证言等证据,或者是当事人提供的证据所显示的事实,在证据与证据所显示的事实之间,似乎没有严格的边界。

故此,本文认为“确定性”事实上既是损害的构成要件要素,也是证明可得利益损失存在的证明标准。换言之,认定可得利益损失事实的实质,就是法官依据当事人所提供的证据,依据一定标准(合理确定性标准)预测损害是否具有确定性(也即可得利益将来是否发生)的思维过程。由此可见,法官所考量的证据类型和所依据的证明标准,便是认定可得利益损失事实的重要因素。

## (二) 证明可得利益损失的证据类型

可得利益损失的证据类型,是指受害人证明可得利益损失的存在与数额,可以提出的各种证据类型。也即前文所称的“基础材料与事物发展规律”。有的学者已经提出若干重要的证据类型,颇具启发意义<sup>[30]</sup>。本文将在此基础上,讨论美国法上臻于成熟的一些证据类型。

### 1. 不法行为发生前后的营利差额

不法行为发生前后的营利差异,是指受害人提供生产经营活动获利在不法行为发生前后的差异的证据。这些证据足以证明受害人确实遭受可得利益损失。例如在 Eastman Kodak Co. of New York v. Southern Photo Materials Co. 案,原告起诉称被告加入垄断协议,拒绝向原告提供原来一直提供的摄影器材,导致原告遭受损失。原告提交的证据包

[26] 王利明:《侵权责任法研究》,中国人民大学出版社2016年版,第318页。

[27] 事实上,将“确定性”作为损害的构成要件要素具有一定的合理性,据此可以限制一些当事人臆想的损害的可赔偿性。例如,当事人的“感情受到伤害”,这一损害就可能不具有“确定性”,故不能获得赔偿。同样,可得利益损失是否具有“确定性”,亦可能成为争论的焦点。

[28] See Charles T. McCormick, The Standard of Certainty in the Measurement of Damages. 43 *Yale L. J.*, 1933, p. 1111.

[29] 参见前注〔1〕,曾世雄书,第161页。

[30] 参见前注〔13〕,田韶华文,第130页。

括：过去的购销模式、营利状况以及在被告拒绝提供产品后立即发生变化的营利状况。法院据此判断原告证明的可得利益损失满足合理可确定性标准。<sup>[31]</sup>

## 2. 排除不法行为后的营利状况

原告提供证据证明了排除不法行为后的营利状况，也就证明了因不法行为而无法正经营期间的可得利益损失。这种情况常见于原告在不法行为实施前没有营利记录的场合。例如，原告是一家刚刚开业或者即将开业的超市等。在 *Ferrell v. Elrod* 案中，被告因违法解除租赁契约，导致原告无法正常运营零售店，原告起诉要求被告赔偿可得利益损失。为证明可得利益损失的合理可确定性，原告即提出因被告解除租赁契约而移转至另一个经营场所后的营利状况，法院采纳了该证据。<sup>[32]</sup>

## 3. 相同经营者在其他地区的营利状况

通常情况下，相同经营者在其他地区的业务营利状况也可以作为证据，证明可得利益损失的存在与数额满足合理可确定性标准。不过，这一般发生在原告在多个地区，均有相同或者相似业务的情形下。例如，在 *Lucky Auto Supply v. Turner* 案中，原告主张因被告违反授权协议，在原告提供的部分土地上建造停车场而非原告经营的汽车供给商店，当原告要证明可得利益损失时，提供了原告在其他地区的汽车供给商店的利润为48%，而被告部分建造停车场后利润仅有26%。法院采纳了这一证据。<sup>[33]</sup>

## 4. 同行业竞争者的经营状况

当原告遭受不法行为之损害时，可以提供同行业其他竞争者的营利状况，用以证明自己的可得利益损失情况。不过，提供这样的证据的前提是原告的经营方式与其他主体的经营方式具有可比性。例如，在 *Smith Development Corp. v. Bilow Enterprises, Inc.* 案中，原告起诉被告实施侵权行为干扰其在某地区的麦当劳开业，为证明可得利益损失，原告提交了以下证据：（1）麦当劳的市场研究经理对麦当劳连锁营业的标准开业程式的证词、麦当劳的全国广告节目以及质量监控措施；证人也作证说明当时同时开业的1200家麦当劳没有发生倒闭或者不获利的情况。（2）麦当劳的记录机构提供了附近25英里范围内的4家麦当劳的营利情况，并且作证说原告拟定开业的麦当劳店可以获得近9.2%的利润。（3）一位商业领域的教授作为专家证人提供的证词也通过分析和比较附近麦当劳店的营利状况，说明原告因麦当劳店未开业遭受9.2%利润的损失。一审法院没有采纳这些证据，原告提起上诉，上诉法院认为一审法院排除这些证据是不正确的，应当认定这些证据已经证明可得利益损失的存在与数额满足合理可确定性标准。<sup>[34]</sup>

## 5. 行业平均营利状况

提供相同产业领域内的平均营利状况也是一种常见的用以证明可得利益损失的方法。例如，在 *Vermont Food Industries, Inc. v. Ralston Purina Co.* 案中，原告系一家鸡蛋生产者，起诉被告提供的家禽饲料含有不正当的成分，导致原告的家禽产蛋量下降。原告在证明其可得利益损失的事实时，提供了其他大型鸡蛋生产单位的产量图表做比较，还提供了用被告生产的饲料喂养的家禽的产蛋量和其他饲料喂养的家禽产蛋量的比较图。被告认为，不能用其他大型鸡蛋生产单位的产量做比较，而应用原告以往的家禽

[31] See *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U. S. 359 (1927).

[32] See *Ferrell v. Elrod*, 63 Tenn. App. 129, 469 S. W. 2d 678 (1971).

[33] See *Lucky Auto Supply v. Turner*, 244 Cal. App. 2d 872, 53 Cal. Rptr. 628 (1966).

[34] See *Smith Development Corp. v. Bilow Enterprises, Inc.* 112 R. I. 203, 308 A. 2d 477 (1973).

产蛋量和现在做比较。但是,法院认为,原告提供的证据具有可采性,而且原告也提出充分的证据证明他饲养家禽等措施是规范的、符合生产要求的。因此,判决被告承担可得利益损失的损害赔偿责任。<sup>[35]</sup>

### (三) 认定可得利益损失的证明标准

认定可得利益损失事实的证明标准,也即合理确定性标准,是指当事人对可得利益损失的主张,相关证据的证明需要达到合理确定性标准。这样的定义,似乎给人空洞、循环的观感。<sup>[36]</sup>事实上,这是讨论“证明标准”这一问题所无法避免的困境。张卫平教授认为,抽象意义的标准只能作为指导性和导向性的路标,法官在适用一个抽象的证明标准时,肯定难免逃脱主观认定的窠臼,甚至想要建构具体的、客观的、细化的证明标准,也是不可能实现的乌托邦。<sup>[37]</sup>尽管如此,英美法上在适用“合理确定性标准”时,则或多或少地发展出一些规则,调整着法官的内心确信,即从宽或者从严认定可得利益损失的存在。兹列举如下,以供批评。

#### 1. 损害事实与损害数额区分规则

“事实与数额区分规则”(fact-amount rule),是指受害人可得利益损失的存在事实的证明须满足合理可确定性标准,但受害人对数额的证明标准则更加宽松。换言之,一旦可得利益损失的存在事实的证明满足合理可确定性标准,该损失数额的证明只需达到如下程度——有足够的证据足以使事实认定者据以计算损失数额即可。例如《美国法律百科全书》第343条:只要有一些证据,即便关于可得利益损失数额的证明具有一定程度的不精确性,也不影响受害人获得赔偿。也即,损失赔偿无须建立在数学意义上的确定性(mathematical certainty),只要提供据以计算损失数额的合理基础即可。<sup>[38]</sup> Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. 案是确立事实与数额区分规则的重要判例,在该案中被告与其他公司实施价格垄断协议,导致原告不得不削价销售。<sup>[39]</sup> 美国最高法院区分了可得利益损失“存在”和“数额”的证明标准:确实,(本案)损失的程度具有一定的不确定性,但损失的事实是确定的。原告证明损失存在事实的证据程度显然不同于陪审团用于计算损失数额的证据程度。因损失不满足确定性而不予赔偿,仅指不法行为的结果(即损失)不具确定性的情形,而非损失确实存在,只不过数额不满

[35] See Vermont Food Industries, Inc. v. Ralston Purina Co., 514 F.2d 456 (2d Cir. 1975).

[36] 同样,“高度盖然性标准”也是如此空洞的。例如,李浩教授认为,“法官基于盖然性认定案件事实时,应当能够从证据中获得事实极有可能如此的心证,法官虽然还不能够完全排除其他可能性(其他可能性在缺乏证据支持时可以忽略不计),但已经能够得出待证事实的十之八九如此的结论。”李浩:“民事诉讼证明标准的再思考”,《法商研究》1999年第5期,第19页。

[37] 参见张卫平:“证明标准建构的乌托邦”,《法学研究》2003年第4期,第60~69页。

[38] 参见前注〔21〕。

[39] 本案对被告与其他公司实施垄断协议没有争议,有争议的是,原告所主张的可得利益损失是否应当获得赔偿。地区法院的陪审团做出赔偿裁决,上诉法院撤销该裁决,认为原告未尽证明损失的举证责任。美国最高法院认为,原告提交的证据包括:其一,为实施垄断协议,被告以低于合理利润的价格,甚至低于制造成本的价格销售商品;其二,原告拥有有效的生产和销售组织,其生产的纸质产品,质量优于被告等三家公司;其三,在实施垄断协议之前,该商品的市价较高,为实施垄断协议,被告等三家公司削低价格;其四,有证据显示,原告的商品销售因被告的垄断协议和削价行为,而遭受实质性减损。从这些证据,足以粗略地估算损失的大概数额。基于前述证据,应当认定原告对可得利益损失存在的证明,已经满足合理可确定性标准。

足确定性的情形。<sup>〔40〕</sup>我国有的学者在介绍合理确定性标准时，也援引了这一规则。<sup>〔41〕</sup>

但是，倘若对损害的本质采规范损害说，那么这一规则的借鉴就须更慎重一些。首先，依据规范损害说，损害事实属于事实认定的对象，损害数额属于法律评价的对象。故此原告即便没有对损害数额提出证据，法官也应当裁量酌定赔偿数额。其次，还应当注意到在美国法上，尽管原告所提供的证据未达到前述标准，但是法官仍可判给名义性损害赔偿（nominal damages）。我国现行法上无所谓名义性损害赔偿。因此，尽管原告确实遭受一定的可得利益损失，但只要相关证据无法计算损害数额，法官就必须驳回原告的诉讼请求。换言之，依本文见解，尽管原告未能对可得利益损失的损害数额提供证据，但只要原告能够证明损害事实确实存在，也不妨碍法官依据自由裁量权酌定损害数额。

## 2. 不法行为人规则

不法行为人规则（wrongdoer rule）是指，如果法院因原告所提供的证据不足以证明可得利益损失的合理确定性而判决不予赔偿，那么将导致有过错的不法行为人脱逃责任，这显然是不公平的，因为正是不法行为人的过错使得可得利益不具有合理确定性。<sup>〔42〕</sup>因此，既然不法行为人造成损害结果，那么即便受害人对所失利益的证明并非十分准确，法院也应当判决不法行为人承担责任。换言之，如果被告的行为具有道德可责难性，那么，原告证明可得利益损失的证明标准便可以适当调低。美国法上确立这一规则的是 Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. 案，在该案中被告与其他公司实施价格垄断协议，导致原告不得不削价销售。联邦最高法院认为，在侵权行为本身就是造成损害结果不确定性之原因的情况下，倘若判决被告不需要承担责任、否决对原告的救济，那将是十分不公正的。在这种案件中，可得利益损失确实不能建立在臆测或者猜测的基础上，但只要有证据可以证明损害系因不法行为导致，即便损害是大概的，也不妨碍原告获得损害赔偿。因被告之行为造成了损害，故即便损失可以被确切地证明（而实际上原告没有达到这一程度），被告不能抱怨损失的证明不精确、不准确而拒绝承担责任。<sup>〔43〕</sup>

McCormick 认为，相比于不法行为人是单纯的过失或者没有远见，如果不法行为人是恶意的或者故意的，则可得利益损失的合理可确定性的证明标准就比较低一些。<sup>〔44〕</sup>这一观点值得借鉴。

## 3. 可获得之最佳证据规则

“可获得之最佳证据规则”（the best available proof）是指如果原告在其案件所允许之范围内，尽其所能，提供可获得之最佳证据，则法院一般判决原告已经证明可得利益损失的合理可确定性。相反，如果原告没有尽其所能，提供可获得之最佳证据的，法院将判决原告未证明损失的合理可确定性。<sup>〔45〕</sup>不过，有学者认为司法实践中“可获得之

〔40〕 See Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555, 562 (1931).

〔41〕 参见前注〔13〕，田韶华文，第131页。

〔42〕 See Robert L. Dunn, *Recovery of Damages For Lost Profits*, 6th Lawpress Corporation, 2005, p. 339.

〔43〕 参见前注〔40〕。

〔44〕 See Charles. T. McCormick, *The Recovery of Damages for Loss of Expected Profits*, 7 *N. C. L. Rev.*, 1929, pp. 235~248.

〔45〕 参见前注〔42〕，Robert L. Dunn书，第342页。

最佳证据规则”并不是一个严格的标准，法院在判决原告可以获得所失利益的损害赔偿时，如果原告业已提交可获得之最佳证据的，法院往往强调这一事实。相反，尽管可能原告没有提交可获得之最充分证据，但法院也判决原告可以获得赔偿，只不过不在判决中提到是否尽力提交证据。同样，如果法院认定原告未证明利润损失的合理可确定性的，则判决往往强调原告没有提供可获得之最佳证据这一事实。至于原告提出可获得之最充分证据，但却又不满足合理可确定性标准的，判决又往往不会明确地说明原告已经提交可获得之最佳证据。<sup>[46]</sup>

#### 4. 损失数额与证明标准的比例规则

“损失数额与证明标准的比例规则”（the amount at stake）是指原告所主张之损害赔偿数额愈高，所承担的举证的证明标准也愈高。这是因为，一方面如果原告仅请求小额损害赔偿，却要求其花费巨资邀请专家作证，显非公平；另一方面，将可能的赔偿数额作为合理可确定性的一个考虑因素，也有助于防止可得利益损失诉讼成为经济发展之桎梏。<sup>[47]</sup>例如，在 *Manouchehri v. Heim* 案中，一个手术医师因其购买之二手 X 光扫描仪不能正常工作而要求 2 500 美元的可得利益损失。原告对其损害的证明仅有自己的证词，却没有相关文件支持他的估算。当被告认为原告没有证明其所失利润具合理可确定性时，法院认为：“被告认为原告对所失利润的证明没有达到合理可确定性，我们不赞同这一主张。我们认为，当对所失利润提出精确的证据确有可能时，负担举证义务的一方应当提出这样的证据。然而，这一要求必须结合系争赔偿额来决定。赔偿额达百万之诉讼的证明标准，对小额纠纷而言，可能要求过苛。（本案）尽管原告的证据仅满足最低标准，但在本案语境下却是充分的。（原告的证据）细节与书面证据的缺乏，确实减损其证明力，但是地区法院仍认为，这些证据足以认定原告应获得 2 500 美元的损害赔偿。”<sup>[48]</sup>

#### （四）合理确定性作为标准的灵活性

基于可得利益损失（这一生活事实）本身所固有的特征，法官在认定可得利益损失事实时所从事的思维活动具有相应的独特性。换句话说，法官必须基于相关的基础资料与事物发展规律，依据一定标准，对被侵害财产将来所获收益是否具备合理确定性做出判断。可以想象，法官对可得利益损失的合理确定性所做的认定，必然将因个案事实情况不同，而具有千差万别的多样性。

本文希望能够从美国法的合理确定性标准的借鉴中，建构一定的规则或者方法，指引法官做出同案同判的判决。然而，这一努力似乎难以奏效，因为正如 Lloyd 指出的，美国法上的合理确定性标准，本身“似乎”就是一个不同法院各说各话的空洞标准。<sup>[49]</sup>尽管如此，本文认为，不能因此就将可得利益损失的合理确定性的判断完全纳入法官恣意裁量的范畴。关键的问题在于，可得利益损失的合理确定性判断确实无法如同适用“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人”一样，达到如此的精确程度。因此，对于可得利益损失的合理确定性的判断还是可以提炼出一定的标准的。标准

[46] See Robert M. Lloyd, *The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What it Really Means*, 12 *Transactions Tenn. J. Bus. L.*, 2010, p. 48.

[47] 同上，第 53~56 页。

[48] *Manouchehri v. Heim*, 941P.2d 978 (N. M. 1997).

[49] 参见前注 [46]，Robert M. Lloyd 文，第 13 页。

(standards) 是不同于规则 (rules) 的法律规范。“规则, 以一个或者几个事实决定其法律效果; 标准, 则须考虑全部或者绝大多数与之相关的因素。限速乃规则, 过失之判断则为标准。规则之优点在于确定性及事实问题之有限性; 缺点则在于不够灵活, 甚至是专制的 (arbitrary)。标准则是灵活的, 但因之是模糊的、开放的, 标准致使商业安排十分困难, 常常招致不可预见的司法裁量, 以及由此产生的高昂的司法成本。然而在非法律人的直觉里, 如果想要寻找行为的指引, 标准确实是更智能的, 且感觉更加清楚和精确。任何理性人均不会认为规则比标准好, 也不会认为标准就比规则好, 尽管一些法院单纯被规则的确定性所吸引, 而另一些法院则被标准的灵活性所吸引。”<sup>[50]</sup>

可得利益损失的事实认定适用的便是这样一个模糊、灵活的标准, 即合理确定性标准。不管将它作为证明标准, 还是将它作为构成要件要素, 均无法简单地建构出划一的规则, 据以判断纷繁复杂的可得利益损失是否具有确定性。法学研究者所做的贡献似乎就仅在提出“合理确定性标准”, 并且阐述在比较法上有哪些因素将会影响这一标准的高低, 或者提出一些证据类型, 以供当事人及法官参考。最后, 法学研究者只能无奈地倡议, 希望法官在撰写判决时, 能够将其真正所考虑的各种因素 (包括证据类型与影响证明标准的各个因素) 在判决书中明确说明。<sup>[51]</sup>

### 三、合理确定性问题与因果关系的区分

损害赔偿的因果关系问题, 包括两项内容: 其一, 因果关系是损害赔偿的构成要件, 即不法行为与损害之间须具因果关系, 损害赔偿请求权方得成立; 其二, 因果关系决定损害赔偿的范围, 即须与不法行为具因果关系的损害, 方属赔偿范围。<sup>[52]</sup> 不管是责任成立的范畴, 还是责任范围的范畴, 检验因果关系的理论大抵有以下几种学说: 条件说、相当因果关系说、可预见说与法规范目的说。<sup>[53]</sup> 我国学者在讨论可得利益损失的赔偿条件时, 也认为因果关系是限制可得利益损失的重要条件, 可得利益损失赔偿的因果关系判断具有特殊性, 但是其所强调的三个注意事项, 似乎与损害赔偿的一般因果关系没有差别: “可得利益损失须是因权益受损所致”、“可得利益损失原则上须是权益受损通常情况下导致的结果”、“可得利益须属于法规保护的范畴”,<sup>[54]</sup> 这实际上就是

[50] *MindGames, Inc. v. Western Publ'g Co.*, 218 F.3d 652, 657 (7th Cir. 2000).

[51] “It is now time for courts to explain clearly what they are doing. If a court decides that a claimant has or has not proven its lost profits with reasonable certainty, the court should not cite a rigid rule that purports to leave the courts no discretion. Instead, the court should list all the factors that went into its decision and explain why in this case these factors outweighed the factors that pointed to the opposite result.” 因此, 法院有必要解释他们的判决: 如果法院判决原告证明或者为证明利润损失的合理可确定性, 那么法院就不应该仅仅援引一条僵硬的规则, 仿佛法院没有任何自由裁量权。恰恰相反, 法院应当列明其考虑的各项因素, 并且解释为什么这些因素可以指向这一结论, 而非相反的结论。参见前注 [46], Robert M. Lloyd 文, 第 60 页。

[52] 参见程啸:《侵权责任法》(第二版), 法律出版社 2016 年版, 第 176 页。

[53] 条件说, 是指在哲学上 (自然科学上) 不法行为系损害发生的原因。相当因果关系说, 是指如果某种事件以一种并非无足轻重的方式通常提高了发生后果的客观可能性, 则该事件为该后果的相当条件。法规范目的说, 是指因侵权行为所生之赔偿责任须就侵权法规的意义与目的加以探究。可预见说, 是指损害赔偿范围以不法行为人预见之范围为限。参见前注 [1], 曾世雄书, 第 96~99 页。

[54] 参见前注 [46], Robert M. Lloyd 文, 第 132 页。

因果关系判断理论中的条件说、相当因果关系说与法规范目的说。不管是可得利益损失，还是所受损害，这些理论的运用似乎没有实质差别。

需要注意的是，实践中常出现混淆可得利益损失的合理确定性和因果关系判断的情形。例如，在一起交通事故赔偿纠纷案中，法官认为因为受害人与第三人签订的一年期供面合同的经营收益“不仅需要彭检风时间和劳动成本的相应付出，而且该预期利益的获得具有不确定性和非必然性，故依法不属于法律规定的财产损失范围。”<sup>〔55〕</sup>彭检风所主张的可得利益损失，无法获得赔偿的主要原因，其实应该是机动车交通事故与损害（订餐合同解除）之间可能不具备相当因果关系。至于彭检风所签订的为期一年的订餐合同的经营收益（作为可得利益损失）则应认为具有合理确定性。

再如，在“冯玉瑞诉国网黑龙江省电力有限公司哈尔滨供电公司侵权责任纠纷案”中，哈尔滨市中级人民法院认为，“冯玉瑞在购买1台热合机及3台设备尚未购置全部15台设备及未持续经营的情况下，要求国网哈尔滨供电公司赔偿其全部经营利润损失，将使冯玉瑞在少量投入经营成本的情况下直接获取经营利润。故冯玉瑞请求赔偿的利润损失与国网哈尔滨供电公司的侵权行为之间不具有因果关系，本院对此不予支持。”但是，黑龙江省高级人民法院则认为，“利润作为一种生产经营成果，它的产生需要各种生产要素结合的过程，在这个过程中，不仅需要机械设备的正常运转，还需人力，生产资料、水、电等综合投入，无论哪个生产环节都会导致利润无法实现或不能全部实现。故预期可得利益只是有得到的可能性，并不必然能实现。其额度客观上亦无法准确判定。”<sup>〔56〕</sup>两个判决理由的差别在于：哈尔滨市中级人民法院认为冯玉瑞主张的利润损失不能给予赔偿，是因为因果关系不成立；黑龙江省高级人民法院认为，受害人不能获得赔偿的原因在于现有证据不能证明可得利益损失的合理确定性。

本文认为，可得利益损失的合理确定性与因果关系问题存在以下明显的区别：合理确定性理论所针对的对象是“可得利益”本身的存在，既可说法律要求可得利益损失满足合理确定性的构成要件要素，也可说法律要求原告对可得利益损失的证明须满足合理确定性的标准。但不管如何，在检验可得利益损失是否满足合理确定性时，可以在一定程度上撇开加害行为不谈，单单评价该项可得利益将来是否会发生。相反，因果关系理论所针对的对象，则是“可得利益损失”与“加害行为”之间的关联程度，依据相当因果关系说，即是指加害行为通常情况下是否会导致该项损害。例如，在前述“彭检风

〔55〕 案件事实：曾志英驾车与彭检风发生碰撞，造成彭检风受伤，经交警部门认定，曾志英负事故的全部责任，彭检风不负事故责任。事故发生后，彭检风所经营的虎仔面馆因此停业十余天，并导致瑞莲美容养生会所解除为期一年的订餐合同。参见“彭检风与中国人民财产保险股份有限公司萍乡分公司等机动车交通事故责任案”，《萍乡市中级人民法院民事判决书》，（2016）赣03民终347号。

〔56〕 案件事实：2002年5月，冯玉瑞与平房村签订土地租赁协议，约定将甲地租赁给冯某创办祥和塑料加工厂。2004年3月，国网哈尔滨供电公司为建设输电线路，经哈尔滨市城乡规划局批准，与哈尔滨市统一征地工作站签订协议，由工作站负责征地，国网哈尔滨供电公司负责建设。但是，在具体施工过程中，国网哈尔滨供电公司未经批准，改变线路，将65号塔基建设在冯玉瑞租赁的甲地内。冯玉瑞起诉国网哈尔滨供电公司称，因国网哈尔滨供电公司未按规划建设65号塔基，导致冯玉瑞未能按照计划建设厂房——冯玉瑞本来计划购买15台设备进行加工塑料产品，但是因土地被侵占，其仅购买了4台设备，无法建立完整的生产线。故冯玉瑞要求国网哈尔滨供电公司赔偿损失，其中包括未能按时投产的停产损失182万余元。参见“冯玉瑞与哈尔滨市平房区平房镇平房村民委员会、国网黑龙江省电力有限公司哈尔滨供电公司侵权纠纷案”，《黑龙江省哈尔滨市中级人民法院民事判决书》，（2014）哈民一民终字第78号。

案”中，原告所要求的利润损失不能获得赔偿的主要障碍，并非基于已签订的合同的利润损失不具有合理确定性（相反，合同条款中的价格、数量确定，利润损失就具有一定的确定性），而是机动车交通事故通常情况下，不会导致订餐合同解除，也不会产生个体工商户停产的利润损失。而在前述“冯玉瑞案”中，原告所要求的利润损失不能获得赔偿的主要障碍，则在于该工厂尚未投产、15台设备仅购买4台，原告所主张的利润损失不能满足合理确定性标准，故无法获得赔偿。至于因果关系问题则不成问题——侵占他人工厂用地，通常情况下将会致使该工厂停产损失，自不待言。

事实上，美国法上明确地将合理确定性与因果关系作为判断可得利益损失能否赔偿的两个要件，相互独立。尽管各州法律各不相同，但是主张可得利益损失赔偿的法律要件，通常包括三个：（1）合同订立时，可得利益损失是合理可预见的；（2）被告的行为与损害之间具因果关系；（3）可得利益损失须证明具合理确定性。<sup>[57]</sup>

当然，因果关系理论与合理确定性标准也具有一定的联系。例如，相当因果关系理论认为，行为人的不法行为通常情况下，可以导致损害的发生。这本身就暗含着“损害的存在”的要求。有的美国学者认为，证明因果关系包括两个层次：（1）原告必须首先证明自己具有能力从事生产经营活动，且该经营活动能够产生利润；（2）若非不法行为，原告即可产生前述利润。这里的第一个层次，实际上就是合理确定性的要求。<sup>[58]</sup> 本文认为，应当分别考察合理确定性与因果关系，这是因为，可得利益损失本身所固有的特殊性质，使得检验该损失是否满足合理确定性标准具有重要意义，而且检验合理确定性标准与判断因果关系成立与否，分别采用不同的规则（要素），故应当予以区分，分别考察。

## 四、结论

综上所述，学说上应当采取“规范损害说”来认识损害，即损害事实与损害数额相互分隔，原告无须通过证明损害数额的方式，来证明损害事实的存在，也就是说，原告无法证明损害的数额并不妨碍侵权赔偿请求权的成立。

因可得利益损失本身所固有的未来性与臆测性，故此，在证明这一损害事实时应当采“合理确定性”的见解。当然，不管将合理确定性作为可得利益损失的构成要件要素，还是作为检验原告所提供的证据的证明标准，均有必要承认法官在判断可得利益损失的可赔偿性时，须单独地判断是否满足合理确定性标准。因合理确定性不同于因果关系判断，更侧重于可得利益损失本身是否发生。正是可得利益损失固有的未来性与臆测性，使得这一检验在实务中尤为必要。最后，为克服合理确定性作为标准的模糊性与不确定性，须由司法实践针对不同类型的可得利益损失做出判断，更须由法学研究者对既有判决进行总结与反思。

## 参考文献

[1] 程啸. 侵权责任法 [M]. 第2版. 北京: 法律出版社, 2016.

(责任编辑: 刘君博 赵建蕊)

[57] See PAPCCs § 12. 01 The Elements of Claims for Lost Profits.

[58] See 26 Am. Jur. Proof of Facts 3d 119 (2016) Lost profits Resulting from Tortious Injury to Business.