

论侵权责任法上可得利益损失之赔偿

田 韶 华

(河北经贸大学法学院教授 河北 石家庄 050061)

摘要:侵害财产权造成之可得利益损失之赔偿应当为侵权损害赔偿的内容。此项损失之赔偿应当满足确定性和因果关系两个要件。其中对于确定性的证明应区别于积极损害,采合理确定性标准,但此项标准不适用于可得利益损失金额的证明。可得利益损失的计算应细化计算方法和计算标准。对于计算方法,应当根据个案的具体情况,采公式法、差额法、类推法、酌定法等多种方法。对于计算标准,原则上采主观标准,但为减轻受害人的举证责任,也可以采取客观计算标准。在计算可得利益损失时,应当考虑假设原因并对赔偿责任予以适当减轻或免除。

关键词:侵权责任法 财产权益 可得利益损失 确定性规则 计算方法 计算标准

一、问题的提出

所谓可得利益损失,也称所失利益,“即新财产之取得因损害事实之发生而受妨害,属于消极的损害”。^①此种损失既存在于合同领域,也存在于侵权领域。就侵权法上的可得利益损失而言,其主要有以下情形:(1)因侵害人身权而造成的可得利益损失,如因劳动能力的丧减或生命的消逝而导致的未来收入损失等;(2)因侵害财产权益而造成的可得利益损失,如因经营性财产遭受毁损而造成的利润损失等。对于前者,《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第16条规定的残疾赔偿金、死亡赔偿金被认为是受害人未来收入损失的赔偿。^②对于后者,无论是《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)还是《侵权责任法》均未作明确的规定。虽然最高人民法院曾颁布过几个涉及可得利益损失赔偿的司法解释,但这些司法解释只适用于特定的案型且规定较为笼统,无法从中抽象出可得利益损失赔偿的一般规则。^③

这种立法状况导致司法实务部门存在诸多认识上的分歧和困惑,主要表现在以下几个方面:

1. 可得利益损失是否属于一般侵权损害赔偿的范围?除司法解释明确承认可得利益损失赔偿的特定案型外,在其他财产损害赔偿案件中,法官的认识不尽相同。多数法院经由“间接损失”这一概念将可得利益损失纳入侵权损害赔偿的范围,^④但也有法院以法律没有明文规定为由拒绝给予赔偿。^⑤

2. 以何种标准判断可得利益损失应否予以赔偿?这个问题在实践中基本上都是由法官根据个案的具体情况加以判断的。但是,在那些支持可得利益损失赔偿的判决中,法官很少说明具体理由。而在那些不支持可得利益损失赔偿的判决中,法官给出的理由又不尽相同,详情如表1所示。

基金项目:河北省社会科学基金资助项目(HB11FX018)

表 1

案件名称	裁判理由
淮阳县通华丝织厂与周口市建筑公司建筑工程承包合同质量侵权纠纷上诉案 ^⑥	对鉴定机构认定的间接损失按项目投产后利润计算300余万元,证据不足,不予采信
孔令安与刘海江财产损害赔偿纠纷上诉案 ^⑦	即使没有侵权行为,合同利益也不可能实现,间接损失不可避免,故对赔偿间接损失的请求不予支持
杨维信诉三亚市中亚信托投资公司海口证券营业部股票侵权纠纷再审查 ^⑧	由于股票投资本身有风险,股票的分红、派息、配股等不具有必然性和确定性,因此对请求被强行平仓而丧失的分红、配股等权利的损失不予支持
重庆市黔江区民族医院与重庆市黔江区永安建筑有限责任公司、重庆市黔江区供电有限责任公司财产损害赔偿纠纷案(以下简称“民族医院与永安公司等损害赔偿纠纷案”) ^⑨	民族医院要求赔付停电期间的营业损失,性质属于纯粹经济损失,故对其诉讼请求不予支持

3. 如何计算可得利益损失?关于可得利益损失的计算方法和计算标准,目前除侵害知识产权的情形外,法律对侵害其他财产的可得利益损失赔偿并未作出明确的规定,法官的做法也不尽一致,如表2所示。

表 2

案件名称	可得利益损失的计算标准
宋加义诉宋加信财产损害赔偿纠纷案 ^⑩	依2009年度高台县棉花收购平均价格和罗城乡棉花亩平均产量计算收益损失
高思宝等诉淮南矿业(集团)有限责任公司张集煤矿等财产损害赔偿案 ^⑪	依法院委托安徽众信会计师事务所及淮南市农业技术推广中心的鉴定结论计算收益损失
刘月龙与郭春东、中国阳光财产保险股份有限公司通辽中心支公司等机动车道路交通事故责任纠纷上诉案 ^⑫	依松原海峰价格评估有限公司作出的评估结论计算停运损失
杨照斌、陈勇、张丞、孙树香与新乡市金诺商贸有限公司财产损害赔偿纠纷上诉案 ^⑬	依受害人租赁合同中所定租金价格计算租金损失

至于可得利益损失的计算方法、应当遵循的原则以及主客观标准分别应在何种情形下适用等问题,更是没有法律规则可循。

虽然可得利益损失之赔偿是合同法和侵权法均要应对的问题,但从目前的立法和研究成果看,只有《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第113条对之作了明确规定,学术界也有一定的研究,^⑭而对于侵权责任法上的可得利益损失赔偿除立法缺失外,学术界也鲜有专门的探讨。事实上,侵权法上可得利益损失赔偿的复杂性和难度丝毫不亚于合同法上的可得利益损失赔偿,并且由于赔偿的基础不同,其制度设计也有独特之处,亟须展开深入研究。

二、可得利益损失的类型及可赔偿性分析

(一)可得利益损失的类型

在实践中,因侵害财产权益而造成的可得利益损失可以作以下分类:

1. 从产生的情形看,可得利益损失主要可分为:(1)因物遭受损害产生的可得利益损失,典型的如受损车辆在不能使用期间的停运损失;(2)因知识产权遭受侵害产生的可得利益损失;(3)因商业侵权行为产生的可得利益损失,如因实施侵害他人商业秘密等不正当竞争行为、垄断行为、非法干预他人的交易和商事活动等产生的利润损失;(4)表现为纯粹经济损失^⑮的可得利益损失。

2. 从内容看,可得利益损失主要包括:(1)孳息损失,具体又包括天然孳息和法定孳息;(2)利润损失,

如因用于营利的物、知识产权、商业秘密等遭受侵害而产生的生产经营利润损失；(3)转售利益(出售价与市价之间的差额)，如所有权人将其所有的物以高于市价的价格与他人订立买卖合同，但因该物被毁损无法履行合同从而不能获得高于市价的利益；(4)涨价利益损失，如物被毁损或股票等被盗卖后遇价格上涨，而受害人无法享受该涨价利益；(5)其他可得利益损失。

(二)可得利益损失的可赔偿性分析

侵害财产权益之可得利益损失属于损害赔偿的范围已被许多国家和地区的立法所承认，如《德国民法典》第252条、《荷兰民法典》第6:96条第1款、我国台湾地区“民法”第216条等。并且，英美法系国家的判例也从未将可得利益损失赔偿排除在侵权损害赔偿范围之外。^⑤

虽然《侵权责任法》并没有关于可得利益损失赔偿的一般规定，但目前的司法解释、司法判例以及学者的论述其实都未将此种利益损失赔偿排除在侵权损害赔偿范围之外。笔者认为这一理解是完全正确的。因为依完全赔偿原则，损害赔偿的目的是填补受害人所遭受的全部损害，而所谓全部损害既包括现有财产利益的减少，也包括未来可得利益的丧失。而在我国目前的立法状况下，上述理论完全可以通过对相关法条进行法律解释付诸实践。相关法条主要有：(1)《民法通则》第117条第3款。学者多认为《民法通则》第117条第3款和第2款分别系对间接损失和直接损失赔偿的规定。^⑥而可得利益损失作为一种典型的间接损失，自然应当包含在“重大损失”的范围之内。(2)《侵权责任法》第19条。该条规定的“财产损失”，可以解释为既包括直接损失，也包括间接损失；或者说既包括现实损害，也包括可得利益损失。^⑦

至于在可得利益损失表现为纯粹经济损失的情形下能否予以赔偿则较为复杂。因为在纯粹经济损失概念得到认同的法域里(英国法、德国法等)，为避免“诉讼闸门”大开和责任过于宽泛，该种利益损失原则上不被法律所认可，受害人难以获得赔偿。^⑧虽然在我国法律上并不存在纯粹经济损失的概念，但其作为一个有效的法技术工具为解决此类问题提供了一个较为明晰的思考路径，因此有必要将其引入。事实上，在我国的司法实践中已经出现运用这一理论进行裁判的案例。例如，在“民族医院与永安公司等损害赔偿纠纷案”中，永安公司在建设施工过程中不慎损坏了某供电公司的电力设施，导致停电事故发生并影响民族医院的正常运行而造成其可得收入减少，民族医院请求永安公司对此项损失予以赔偿的请求得到一审法院的支持，而二审人民法院则以此项损失属于纯粹经济损失为由未支持民族医院的请求。在笔者看来，二审人民法院的判决结果固然值得肯定，但需要指出的是，由于《侵权责任法》并未将纯粹经济损失排除在侵权法的保护范围之外，因此与直接将此种损失排除在法律救济范围之外的做法相比，从侵权责任的构成要件特别是过错、因果关系入手分析并进而否定此种情形下侵权责任成立的做法可能更为妥当。^⑨此外，还需要注意的是，对纯粹经济损失不予赔偿的理论并不是绝对的，其适用也存在例外。例如，在因专家不实陈述以及故意侵权等造成他人纯粹经济损失的情形下，各国一般都会支持受害人的赔偿请求。我国法律上也存在此类规定，如《中华人民共和国证券法》第173条的规定就是对纯粹经济损失赔偿的肯定。

三、可得利益损失的赔偿条件

与积极损害相比，可得利益损失系建立在单一或复数之假设事实上，非为实际发生之损失，因而具有一定的预测性。为避免责任过于宽泛和不确定，法律需要为此种损失的赔偿设立一定的标准或条件。两大法系国家和地区的立法和司法实践均对此作了有益探索，在以下两个方面基本达成共识：(1)该种损失应具有客观确定性；(2)该种损失应属于因果关系范围内应予赔偿的项目。^⑩也就是说，作为一个普遍的规则，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得到赔偿的”。^⑪笔者认为，上述认识具有一定的合理性和可操作性，值得我国借鉴。下面分别对以上两点认识予以分析。

(一)可得利益损失的确定性规则及其适用

1. 可得利益损失的确定性及其证明标准。所谓可得利益损失的确定性，是指可得利益损失的存在“是一个确定的事实，而不是臆想的、虚构的、尚未发生的现象”。^⑫这实际上也是所有可得赔偿性损失所必须具备的要件。^⑬不过，由于可得利益损失具有未来性、假设性的特征，因此其确定性的证明标准较积极损

害的证明标准有所不同,这已为许多国家及地区的立法和司法实践所证明。在美国,一个被学术界和实务界广泛接受的标准是合理确定性标准。这意味着原告只需要证明可得利益损失具有合理的确定性即可,而不需要证明其具有绝对的确性,更不需要还原为数学意义上的精确性。^⑤大陆法系国家和地区的立法者和学术界也存在类似的认识。例如,对于我国台湾地区“民法”第216条第2项的规定,法官多将其解释为对所失利益之“客观确定性”的规定;^⑥而“通常情形”这样的表述意味着可得利益以通常足以可能取得为已足,并不以绝对确定取得为必要,在实际上减轻了受害人对可得利益损失确定性的举证责任,^⑦从而达到了与美国法上合理确定性标准同样的目的。笔者认为,上述认识符合可得利益损失的特征,值得我国借鉴。

至于“足够的可能性”或“合理的确性”在个案中的判断,笔者认为应当重点考察以下因素:(1)受损财产的目的。如果受损财产在损害事故发生前系用于营利或收益(用于营运的车辆、用于生产经营的设备以及农作物或知识产权等),那么一般应当认定可得利益损失的存在;反之,原则上不予认定。例如,一辆私家汽车的所有人请求赔偿车辆在修理期间可能出租而丧失的租金损失,由于这一损失就难以满足确定性的要求,因此就不应予以赔偿。(2)可得利益产生的基础。一般而言,如果可得利益系基于受害人长期而稳定的劳动、生产经营等而产生的,那么认定可得利益损失存在的可能性更大一些。但是,如果该利益的取得系建立在市场行情等不确定因素基础之上,那么较难满足确定性的要求。后者在司法实践中主要有两种典型表现:1)在房屋遭受毁损时,受害人往往以房价上涨为由主张涨价利益损失;2)在股票遭受损害时(股票被盗窃或盗卖),受害人往往主张股价升值利益损失及股利损失。从司法实践看,我国台湾地区法院对这两类案件原告请求通常不予支持。其主要原因在于无论是房屋价格还是股票价格,均随市场的波动而涨跌,其升值并非不变的法则,涨价本身仅属可能,并不具有客观性。^⑧祖国大陆人民法院在司法实践中原则上也持相同观点。^⑨(3)取得可得利益的条件。如果在损害行为发生时可得利益仅具有理论上的可能性,而尚未具备足够的取得条件,那么不宜认定其具有确定性。这里最值讨论的是天然孳息损失的赔偿。天然孳息的一个重要特征就是周而复始,甚至不断递增,如桃树每年都会结果。是否受害人于未来生存中可能获得的天然孳息均属于赔偿的范围?笔者对此持否定态度。因为天然孳息的产生受自然环境、人为因素等各方面不确定因素的影响,在取得条件尚不充分的前提下,受损财产于未来循环周期中可能产生的孳息实际上只是一种理论上的可能性,尚难满足确定性要求。就此而言,将天然孳息的赔偿范围限定于与财产本体直接相连或者处于同一生产周期的损失(母畜死亡时所怀的仔畜,果树被损坏时即将或已经结的果实等)更为合理。^⑩(4)受害人在损害事故发生前的营利或收益记录。虽然此种记录表明的是受害人遭受损害事故之前的营利状况,但从中却可以推定其获得未来利益的可能性,因此是证明可得利益损失确定性的最好证据。这里的问题是,在受害人因尚未营业或者在遭受损害事故前终止经营而不存在营利记录时又该如何处理?在美国,一些州曾经适用所谓的新商业活动规则拒绝对受害人提供救济,因为其认为一项新的商业活动的未来利益无法通过确定的数据推算出来。^⑪不过,新商业活动规则近年来已为美国的大多数州所放弃。例如,在“海伦娜化学公司诉威尔奎斯案”^⑫中,美国法院的法官指出,仅仅缺乏以往的营利记录这一条件,并不能当然排除一项新的商业活动将来获得利润的可能性。对此,笔者认为,虽然过去的营利记录通常是证明受害人获得预期利润的最有力证据,但并非唯一证据,因为对于损害确定性的认定,最重要的不是精确地计算所失利益,而是能够从出具的证据中推定损害后果的存在。因此,如果受害人能够出具一些证据如将来的订单,或者证明同行业中与受害人情况相似的企业在没有受到损害事故的影响下通常可以获得利润等,就应据此认定可得利益的确定性。(5)取得可得利益的特别情事。虽然可得利益损失在通常情形下不可能发生,但如果受害人能够证明有产生该损失的特别情事(受害人已经订立的合同、采取的措施等),那么也可以认定此项损失的存在。例如,就物之毁损灭失而言,一般情况下不存在转售利益损失,但如果受害人证明其已以高于市价的价格与他人签订了买卖合同,那么可以认定此种损失的存在。^⑬

除上述因素外,日常经验法则、交易习惯、行业惯例、逻辑推理等也可以成为法官认定可得利益确定性

的方法。我国人民法院在此方面也有所尝试。例如,在一起因盗窃股票引发的损害赔偿案件中,受害人张春英继承丈夫名下的股票被证券公司员工盗走,故主张赔偿自己的股票损失和升值损失共计46万余元,但一审、二审人民法院均仅支持赔偿股票票面损失价款的请求,而对股价升值利益损失和股价红利损失的赔偿请求未予支持。最高人民法院再审后认为,虽然股票所代表的股权价值具有一定的不确定性,但股票价值的实际实现也与投资者的投资习惯密切相关;而张春英被盗卖的股票是其丈夫的遗产,且其本人对股票交易的相关手续一无所知,对股票市场知之甚少,更谈不上通过短线操作的方式获利,故其是有可能获得股票被盗卖后的股价红利和升值的,因此对受害人的请求予以一定支持。^⑧在此案中,最高人民法院通过运用日常经验法则并在逻辑推理的基础上得出科学的结论,其做法值得肯定。

2. 确定性要求与可得利益损失金额的证明。上文对可得利益损失的确定性及其证明标准的探讨基本上是在该损失事实是否存在这个层面上展开的,那么,上述标准是否也适用于损失数额的认定?两大法系国家和地区的立法和司法案例对此普遍持否定的态度。在英美法系国家,越来越多的法官认为,合理确定性标准只适用于可得利益损失发生事实的证明,至于损失金额的证明标准应当较前者更为宽松。例如,在“GHK协会诉梅耶集团公司案”^⑨中,法官指出:“法律只要求受害人为所失利益金额的计算提供一个合理的基础,即使这个计算结果只是近似的……如果损害的事实是确定的,则允许法官在表明损失数量的确信的证据的基础上推论损失的数量”。^⑩在大陆法系国家,法律对于损害金额的证明也表现出较大的灵活性,如《荷兰民法典》第6:97条、《德国民事诉讼法》第287条、《意大利民法典》第1226条之规定就是适例。上述国家的做法值得我国借鉴。虽然在侵权损害赔偿诉讼中,受害人原则上应当就其遭受损害的数额提供证据,但若要求其证明并非绝对确实取得的可得利益损失数额则未免过于苛刻。因此,对于损失数额的证明无须满足合理确定性标准,只要能够满足较低的盖然性标准即可。在此需要指出的是,降低可得利益损失数额的证明标准,并不意味着受害人就不需要承担任何证明责任,实际上其仍然需要为法院的估算提供一个合理的计算依据。因为如果其连这一点都无法做到,那么对可得利益损失的发生就很难认定。例如,在美国的司法实践中,企业经常因其名单或广告在电话册或企业名录中被遗漏而丧失可得利益提出诉求,法院则经常驳回,因为他们不能证明如果其被列入了名册将会增加的交易数量,实际上其也就很难证明可得利益损失发生的事实。^⑪

(二) 可得利益损失赔偿责任之因果关系要件的认定

承担可得利益损失赔偿责任需要满足的第二个要件是因果关系,即该损失必须属于因果关系范围内应予赔偿的项目。至于因果关系的判断,一般分为事实因果关系和法律因果关系两个方面。对于前者,各国一般采无之则不然标准;对于后者,两大法系国家和地区的思考路径有所不同。英美法系国家多采近因理论,即对近因的判断通常考虑损害可预见性、直接性以及政策考量等因素。大陆法系国家和地区则多采相当因果关系理论。这一理论要求损害结果是在事物的正常发展过程中产生的,而并非在反常的、完全不可能的、偶然的情形下产生的。但从因果关系判断理论的发展以及司法实践看,各国和地区很少坚持一种标准,法规保护目的、可预见性、政策考量等因素均发挥着重要的作用,这也使得因果关系的判断方式逐渐成为一种考量诸多要素的灵活分析方法。^⑫

上述结论同样适用于可得利益损失赔偿。不过,鉴于可得利益损失赔偿的特殊性,其因果关系的判断应当特别注意以下几个问题:(1)可得利益损失须是因权益受损所致。如果可得利益损失与权益受损无关而是由市场的变动、经营状况的恶化等导致的,那么不能认为符合因果关系要件。例如,我国台湾地区法院就曾经以原告不能证明其主张的销售差额中究竟有何部分之金额与系争专利权遭受侵害有因果关系,从而对原告之可得利益损失赔偿请求不予支持。^⑬(2)可得利益损失原则上须是权益受损通常情形下导致的结果。如果可得利益损失是在偶然的、反常的情形下遭受的,那么因果关系难以成立。(3)可得利益须属于法规保护的范畴。如果此项利益并非受财产损害赔偿制度保护,那么不能满足因果关系要件的要求。不过,祖国大陆的人民法院在物之损害赔偿案件中就有支持受害人因修理受损物而无法正常工作产生的“误工费”的判决。^⑭笔者认为这一做法值得商榷。因为设立物之损害赔偿制度的目的是使人们免受因物

无法所有、不能使用而导致的危险,而受害人因花费时间修理受损物而耽误工作显然不属于法律所要避免的危险。如果受害人主张的“误工费”是其因不能使用受损物而导致的收益损失,则另当别论。

这里还需要特别讨论的是特别情事下可得利益损失赔偿责任的因果关系认定问题。如前所述,大陆法系国家或地区的民法大多规定,虽然在通常情形下不可能发生,但依已订计划、设备等特别情事有可能产生的预期所得也属于可得利益损失的范围。对此,各国或地区的规定不尽一致,分歧主要在于是否要求加害人对该特别情事有所预见。在我国台湾地区,一般认为,此种情形仍应以相当因果关系理论为判断标准,即在通常情形下,有此特别情形足以产生可得利益损失时即成立因果关系。^⑩据此,加害人对该特别情形是否有所预见并非需要考虑的因素。而《日本民法典》第416条第2款规定,因特别情事所生损害,只有在债务人预见或者能够预见该情事时,债权人方能请求赔偿。该条原本是为违约行为之“应该赔偿的损害的范围”设定界限,但1926年在“富喜丸号案”^⑪中日本大审院的法官明确认定“于侵权行为中……应该类推适用”。相比之下,笔者更同意后者的观点。因为所谓特别情事并非在事物的通常进程中存在的,如果加害人对此根本无法预见而仍要对其课加责任,那么显然过于苛刻。^⑫需要注意的是,由于侵权行为的当事人不像合同当事人那样在损害事故发生前有着密切的接触,因此在可预见性标准的判断上应采客观标准,即对无法预见的(而不是未预见到的)特别损害不承担责任。^⑬

四、可得利益损失的计算

(一)可得利益损失的计算方法和计算标准

可得利益损失的计算方法在英美法上主要有3种(主要针对利润损失而言):(1)差额法,即把原告在侵害实施之前或结束之后的经济状况与受到侵害期间的经济状况相对比,并将两种状况之间的差额作为利润损失;(2)类推法,即以与原告处于相同或相似境况,但未受到加害行为影响的企业的利润作为参照系,来推断受害人可得利益损失的大小;(3)“无之则不然”标准,即在认定如果不存在加害行为原告将会如何行为的基础上计算利润损失,如对原告在损害期间的计划销售额进行估计并以此计算利润。^⑭

大陆法系国家和地区的民法未对可得利益损失的计算方法作出明确的规定。我国台湾地区的学者多基于我国台湾地区“民法”第216条的规定提出两种计算方法:(1)抽象计算法,即在计算损失时只考虑一般人通常情形下可得预期之利益,而不考虑受害人的实际处境。例如,烧毁他人已出租的房子,在计算租金损失时,不以实际出租金额为准,而以同一地段的一般房屋出租之租金额为准。(2)具体计算法,即在计算损失时“非以一般人之处境而系以赔偿权利人之实际处境为依据”。^⑮此外,大陆法系国家或地区一些特别法还规定了损害计算的特殊方法,如我国台湾地区“专利法”第89条、《日本特许法》第102条第1项等均对专利侵权损害赔偿的计算方法作了明确的规定。《民法通则》和《侵权责任法》均未对可得利益损失的计算方法予以规定。虽然《中华人民共和国专利法》第65条、《中华人民共和国著作权法》第48条、《中华人民共和国商标法》第56条规定了实际损失难以确定时的几种计算方法,但对于可得利益损失如何计算并未作出明确的规定。不过,一些地方人民法院对此作了尝试,如《重庆市高级人民法院关于确定知识产权侵权损害赔偿数额若干问题的指导意见》第4条对侵害知识产权的可得利益损失的计算方法作了明确的规定。这一规定虽然便于操作,但由于其适用范围有限而不足以作为计算可得利益损失的一般规则。

笔者认为,在可得利益损失赔偿金的计算上,首先应当区分计算方法和计算标准。前者系指采取何种数学上或其他方法得出损失的数额,而后者则指在计算时是采用客观标准还是采用主观标准。就计算方法而言,我们可以从美国在司法实践中的做法,我国台湾地区“专利法”、《日本特许法》的有关规定以及重庆市等地方人民法院的探索中总结出计算可得利益损失的一般方法。具体来说,计算方法主要包括以下几种:(1)公式法,即根据所失利益类型的特性,采用不同的计算公式予以计算。例如,物不能使用期间的利润损失或租金损失的计算公式为:受害人的日平均利润(租金)乘以不能使用的期间;侵害知识产权的利润损失的计算公式为:侵权人的销售数量或合法产品的销售数量乘以单位利润;土地或农业生产资料遭受毁损而造成收益损失的计算公式为:单位平均收益乘以遭受损失的财产数量。(2)差额法,即以侵权行为

发生前后受害人的利润差额计算赔偿金,但使用这种计算方法时要特别注意因果关系的证明。(3)类推法,即找出一个与受害人有相同或相似的生产经营状况的企业,以其在未遭受损害事故的情形下所获得的利益作为计算受害人损失的基础。这种计算方法适用于新成立的尚未开展商业活动的企业。(4)获益赔偿法,即在受害人的损失难以计算时,可以加害人因侵权所获得的利益作为计算赔偿金的依据。此种计算方法目前在我国的知识产权侵权赔偿中有所体现,笔者认为其可以扩张适用于所有加害人因侵权而获利的情形。(5)酌定法,即在受害人能够证明损害的发生却无法证明损失金额且依上述方法也无法确定损失的情形,法官可依自由心证对损害数额酌情确定。对此,许多国家和地区的立法和司法实践都予以认可。^⑦目前在我国,只有专利法、商标法、著作权法对此作了规定,可以考虑将其扩张适用于所有侵权损害赔偿案件。

至于计算标准,又有客观标准与主观标准之分。前者是指在“计算损害时……仅斟酌普通因素”即客观因素,后者则指“兼而斟酌客观因素与主观因素”(受害人本身的特别因素)。^⑧由于可得利益特别是利润的大小常因个人经营能力的不同而有所差异,因此原则上应采主观标准,即以受害人实际的利益取得情况为标准计算。对于一个财务制度非常健全的生产企业,利润损失通常是受害人在以往一定期间的平均生产经营利润。一般而言,在以下两种情形下利润损失的计算可以采用客观标准:(1)对于那些新成立的尚不存在以往营业记录企业以及财务制度不健全无法计算出其同期平均利润率的企业,可以同行业平均利润作为计算标准;(2)为减轻受害人对可得利益损失数额的举证责任,也可以适用客观标准,这在许多国家或地区的司法实践中已得到承认。例如,在英国法院审理的船舶损害赔偿案件中所谓利润损失通常是指“同样类型的船在遭受损害的情形下的通常收益损失”。^⑨而在我国台湾地区司法实践中,法官也通常依“财政部”所订营业事业各业所得额及同业利润标准计算可得利益损失。^⑩

(二)可得利益损失计算的基准时和基准地

损害计算的基准时,是指以哪一个具体时点作为判断损害是否存在、损害大小以及损害程度的标准。^⑪这个问题之所以重要,是因为从侵权行为发生后至法院确定赔偿责任以及实际赔偿之前,受害人的损害可能会不断地变动,以何时为基点计算损害对当事人影响甚大。对此,各国或地区法院的做法有所不同,如英国法院的法官认为基准时是更接近损害发生的时点,比利时法院的法官认为基准时是裁决时,^⑫日本实务界认为基准时是“侵权行为发生”时,^⑬我国台湾地区法院的法官则认为基准时是起诉时或请求时。^⑭《侵权责任法》第19条规定,财产损害计算的基准时原则上是“损失发生时”,但该条同时规定允许存在例外。而在笔者看来,可得利益损失计算的基准时就属于这个例外。因为此种损失不同于物之毁损等直接损失,前者系一次性完成的终局性损害,计算基准时以损害发生时为基准时较为妥当,而可得利益损失并非在损害事故发生时即已确定,是随着时间的推移逐步出现和发展的,其计算的基准时不可能界定为损害事故发生时。因此笔者认为,将基准时向后移至人民法院裁决时(准确地说是第一次“口头辩论结束的时间点”^⑮)更为妥当。

关于损害计算的基准地,一般认为应当是侵权行为发生地,但这并不总是适用于可得利益损失的计算。因为侵权行为发生地与受害人的所失利益有时并不存在空间上的联系。例如,甲的企业在A地,其用于营利的汽车在运输途中的B地被毁损,若以B地的利润标准计算甲的利润损失显然不合适。于此情形,将受害人取得利益所在地或其营业所在地作为计算的基准地更为合适。

(三)可得利益损失计算的特殊问题

1. 假设因果关系与可得利益损失的赔偿。假设因果关系要解决的是这样一个问题:加害人的行为已经导致损害发生,但即使没有此行为同样的损害结果也会因另一独立的原因事实而发生。那么,在此情形下,加害人的赔偿责任可否因另一独立的原因事实之存在得以限缩或免除?这个问题在可得利益损失的情形下也会发生。例如,李某在给自家的玉米喷药时,药水飘到张某的西瓜地,致使西瓜大面积受损。张某要求李某赔偿西瓜苗费500元,化肥费1000元,西瓜收成损失2万元。而在人民法院判决前,一场洪水将张某种的西瓜都冲走。^⑯此时,李某是否还应当对该种损失承担赔偿责任呢?笔者认为,这个问题的

本质实际上并非因果关系的认定问题,而是损失的计算问题,即在损害事故发生以后发生的或者确定要产生的影响损害质与量的事由在计算损害时应否予以考虑。对于可得利益损失赔偿而言,这一答案是肯定的。这是因为:一方面从损害计算基准时的角度看,在基准时之后发生的事件原则上不能影响损害的计算。但是,如前所述,可得利益损失计算的基准时并不在损害事故发生时,而是在人民法院裁决时,因此在裁决之前发生的事由应当对损害的计算产生影响。另一方面,可得利益损失并非在损害事故发生时即已确定,而是随着时间的推移逐步出现和发展的,有可能与假设原因造成的损害并存。如果不考虑假设原因而将责任完全由加害人承担,则将造成不公平的结果。从德国学术界主流观点和相关司法判例看,其也是认为可得利益损失的计算应当考虑假设原因而对责任予以减轻或免除的。^①这值得我国借鉴。据此,在前述西瓜案中,李某对瓜苗费应予赔偿,而对2万元的收入损失则不应赔偿。

2. 重复计算之避免。对可得利益损失的赔偿还要注意避免重复计算。这主要是指以下情形:(1)受害人采取合理措施避免了利润损失的情形。在赔偿预防费用之后,就不能再支持可得利益损失赔偿请求。(2)支持了可得利益损失赔偿请求的情形。此时就不能再支持为了取得该利益而支出必要成本的请求。例如,在因毁损农业生产资料而产生的损害赔偿中,如果支持了对收益损失之赔偿请求,那么就不应再赔偿受害人为获得收益而付出的购买化肥、农药等费用。还需要讨论的问题是,在物遭受全损时赔偿了重置费用或新物,是否还应再赔偿可得利益损失?在前述日本“富喜丸号案”中,受害人请求赔偿受损船只的价金和其原本可以得到的租船佣金,但法院的法官认为,“船价的赔偿中也包含了通常由船的使用收益的可得利益,因此,没有在船的价格之上再附加租船佣金赔偿的必要”,从而不支持租金损失赔偿之请求。^②在我国也有法官认为,在汽车整体报废且按受损前的全价进行赔偿后不应再支持停运损失之赔偿。^③对于上述做法,笔者不完全赞同。其理由在于:一方面赔偿重置费用或新物对受害人而言意味着其可以通过利用新物而重新获得利益,因此对于赔偿后的可得利益损失确实不应再予以支持;另一方面,在损害事故发生后至加害人实际赔偿前通常有一段时间间隔,在这一段时间内受害人原本可以获得的预期利益应予以赔偿。例如,在法国,如果财产(营利性财产)用于专业目的,那么在财产被修理好或更换之前的利润损失都必须赔偿;^④在美国密苏里州发生的一起交通事故损害赔偿案件中,法院不仅判决加害人赔偿受害人重置汽车的费用,而且还判决加害人赔偿受害人自事故发生至重置期间2年内的利润损失。^⑤笔者认为,上述做法符合完全赔偿原则,值得我国借鉴。

注释:

①④参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第6册,中国政法大学出版社1998年版,第34页,第31页。

②参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第133—137页。

③参见《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第20条、《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第24条、《最高人民法院关于商标权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15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、《最高人民法院关于交通事故中的财产损失是否包括被损车辆停运损失问题的批复》、《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》第1条、《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第9条,上述条文均明确规定将可得利益损失纳入侵权损害赔偿的范围。

④参见安徽省宣城市中级人民法院(2010)宣中民一终字第00720号民事判决书,安徽省淮南市中级人民法院(2009)淮民一初字第0003号民事判决书。

⑤参见河南省南阳市卧龙区人民法院(2010)宛龙安民初字第45号民事判决书。

⑥参见河南省高级人民法院(2002)豫法民一终字第500号民事判决书。

⑦参见河南省开封市中级人民法院(2011)汴民终字第1092号民事判决书。

⑧⑨参见海南省海口市中级人民法院(2002)海中法经再字第9号民事判决书。

⑩参见重庆市第四中级人民法院(2006)渝四中法民一终字第9号民事判决书。

⑪参见甘肃省张掖市高台县人民法院(2010)高民初字第631号民事判决书。

⑫参见安徽省淮南市中级人民法院(2009)淮民一初字第0003号民事判决书。

⑬参见吉林省松原市中级人民法院(2012)松民一终字第382号民事判决书。

⑭参见河南省新乡市中级人民法院(2011)新中民一终字第788号民事判决书。

⑭⑭参见吴行政:《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》,《法商研究》2012年第2期。

⑮参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2001年版,第33—34页。

⑯⑰⑱参见[德]U.马格努斯:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第87页,第100页,第285页,第122页。

⑲参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2012年版,第32页;覃有土、晏宇桥:《论侵权的间接损失认定》,《现代法学》2004年第4期。

⑳参见杨立新教授主持的《中华人民共和国侵权责任法司法解释草案建议稿》(修改稿)第35条,<http://WWW.yanglx.com/disppnews.asp?id=1043>,2012-09-01。

㉑参见[意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第3—12页。

㉒英国法官解决纯粹经济损失问题不是诉诸损害赔偿这一概念,而是诉诸“注意义务”。德国法官主要是根据《德国民法典》第823条的规定,把纯粹经济损失直接排除在侵权法的保护范围之外。而比利时、法国、意大利等不存在纯粹经济损失概念的国家则往往通过灵活的因果关系规则予以判断。参见[意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第154页。

㉓⑳See Paul McDonald and Daniel J. Murphy, Recovery of Lost Profits Damages: All Is Not Lost, Maine Bar Journal Summer, 2009.

㉔Lowe's Home Ctrs. v. Gen. Elec. Co., 381 F.3d 1091, 1096 (2004).

㉕参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第191页。

㉖See Robert L. Dunn, Recovery of Damages for Lost Profits, 6th ed, Westport, Conn.: Lawpress Corp., 2005, pp. 16—24.

㉗参见我国台湾地区“最高法院”1990年台上字第249号民事判决书。

㉘参见黄茂荣:《债法总论》第2册,中国政法大学出版社2003年版,第70页。

㉙参见王剑:《协议期待利益损失赔偿》,<http://WWW.studa.net/minfa/080817/11354183-2.html>,2012-09-05。

㉚See Kinesoft Dev. Corp. v. Softbank Holdings, Inc., 139 F. Supp. 2d 869, 908 (N. D. Ill. 2001).

㉛See Helena Chemical Co. v. Wilkins, 47 S. W. 3d 786 (Tex, 2001).

㉜参见我国台湾地区“最高法院”1992年台上字第277号民事判决书。

㉝参见潘从武:《再审判决:股票被盗卖被害人获赔46万》,http://WWW.legaldaily.com.cn/index_article/content/2012-02/14/content_3349460.htm?node=5955,2012-09-04。

㉞See GHK Associates v. Mayer Group, Inc., 224 Cal. App. 3d 856, 873, 4 (1990).

㉟㊱See Robert M. Lloyd, The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means, University of Tennessee Legal Studies Research Paper, No. 128, November 2010.

㊲⑳参见[荷]J.施皮尔主编:《侵权法的统一:因果关系》,易继明译,法律出版社2009年版,第188—189页,第185—187页。

㊳参见我国台湾地区“台湾高等法院台中分院”1999年诉字第67号民事判决书。

㊴参见上海市第二中级人民法院(1992)沪中民上字第1232号民事判决书。

㊵㊶㊷参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第205页,第205页,第426页。

㊸See Richard M. Wise, FCA, FCBV, ASA, Quantification of Economic Damages, The Law of Damages, Faculty of Law, McGill University, October 18—19, 1996.

㊹㊺参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第159页,第164页。

㊻例如,《荷兰民法典》第6:97条、《欧洲侵权法原则》第2:105条、《意大利民法典》第1226条对这一问题都作了相应的规定。

㊼[1956]1 W. LR. 714, CA.

㊽参见我国台湾地区“最高法院”2002年台上字第1749号、2007年台上字第1523号民事判决书。

㊾㊿参见廖焕国:《假设因果关系与损害赔偿》,《法学研究》2010年第1期。

㊿参见我国台湾地区“最高法院”1983年台上字第3823号、1992年台上字第2961号民事判决书。

㊿参见黄文煌:《侵权法上的假设因果关系》,《中外法学》2011年第3期。

㊿参见袁文报:《李某该承担什么责任》,《人民法院报》2006年8月21日。

㊿参见河南省高级人民法院(2001)豫法审监民字第239号民事判决书。

㊿See Gateway Foam Insulators, Inc. v. Jokerst Paving & Contracting, Inc., 279 S. W. 3d. 179 (Mo. 2009).

责任编辑 耿卓