

可得利益损失的确定与减损义务

差额说与替代交易的规范衔接

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 可得利益损失的赔偿, 是违约责任中最具争议的领域。民法典第五百八十四条以“履行后可以获得的利益”界定范围, 并以可预见性规则设定上限; 但如何计算、由谁举证、法院能否酌定, 规范未臻明确。本文主张, 可得利益的计算应当以差额说为原则, 以替代交易法与抽象计算法为补充; 三者的适用顺序, 取决于非违约方是否实施了替代交易、是否存在可参照的市场价格。差额说的实质, 是比较“实际财产状况”与“假定履行后的财产状况”, 而非简单的利润累加; 故计算须扣除因违约而节省的成本、避免的损失与取得的收益。减损义务在性质上是不真正义务, 其违反的后果是损失的缩减而非责任的成立; 合理措施的判断, 应当以“非违约方在当时情境下的可期待行为”为标准, 兼顾其专业能力与信息条件。减损义务与因果关系、与有过失存在功能交叠, 适用时应当避免重复扣减。证明上, 可得利益须达到高度可能性; 难以精确计算的, 可以结合替代交易、市场价格、行业利润率等因素酌定, 但酌定须有说理、有上限、可复核。买卖合同、租赁与建设工程、服务与股权交易, 应当分别设定计算的规则。

关键词: 可得利益; 差额说; 替代交易; 减损义务; 可预见性; 酌定赔偿

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2022)02-0026-13

Ascertaining Expectation Interest and the Duty to Mitigate: On the Interface between the Differential Theory and Substitute Transactions

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Compensation for expectation interest is the most contested area of liability for breach of contract. Article 584 of the Civil Code defines the scope by reference to the benefit obtainable upon performance and caps it by foreseeability, yet calculation, burden of proof, and judicial discretion remain unclear. This article argues that expectation interest should be calculated primarily by the differential theory, supplemented by substitute transactions and abstract calculation, with the sequence depending on whether a substitute transaction occurred and whether a market price is available. The differential theory compares the actual patrimony with the hypothetical patrimony had performance occurred, rather than simply summing profits; hence saved costs, avoided losses, and gains obtained must be deducted. The duty to mitigate is an obligation without correlative right, whose breach reduces damages rather than creating liability; reasonableness is measured by what the aggrieved party could be expected to do in the circumstances, considering expertise and information. Mitigation overlaps functionally with causation and contributory fault, and double deduction must be avoided. Expectation interest must be proved to a high probability; where precise calculation is impossible, discretion may be exercised with reasoning, a ceiling, and reviewability. Sales, lease and construction, services and equity transactions require distinct rules.

Key words: expectation interest; differential theory; substitute transaction; duty to mitigate; foreseeability; discretionary damages

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为民商法学、合同法学。

一、问题的提出

违约赔偿的目的, 是使非违约方处于“合同如约履行”时的财产状况。这一命题, 被称为“履行利益”或者“可得利益”的赔偿。它使守约者不致因他人的违约而失去本可获

得的收益，也使违约者承担其行为的外部成本。

但可得利益的计算，远比“填补实际损失”复杂。利润是否已经产生、能否确定、如何量化，均须判断；市场的波动、经营的变量、替代的机会，均须考虑。故可得利益既是赔偿范围的问题，也是证明方法的问题。

民法典第五百八十四条确立了范围与上限：损失赔偿额应当相当于因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。范围与上限，一宽一窄，形成张力。

第五百九十一条规定了减损义务：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人为防止损失扩大所支出的合理费用，由违约方负担。

两条规范的衔接，实务中并不顺畅。有的法院只按“实际支出”赔偿，忽视了可得利益；有的法院则按“合同总额的利润比例”笼统计算，缺乏依据；有的法院以“减损义务”为由大幅削减赔偿，却未说明理由。

本文的基本主张是：可得利益的计算应当以差额说为原则，以替代交易法与抽象计算法为补充；减损义务是不真正义务，其后果是损失缩减而非责任成立；证明与酌定应当有边界，酌定须有说理、有上限、可复核。

可得利益损失如何主张、赔偿范围与减损义务的边界何在，可参见“可得利益损失：赔偿范围与减损义务的边界”一文的梳理；本文不重复主张的步骤，只讨论计算与减损的教义构造。

二、可得利益的性质与范围

我国民法典将违约赔偿统摄于“损失赔偿”之下，未如德国法那样区分履行利益、信赖利益与固有利益。此种立法技术，给了裁判者较大的解释空间，也带来了归类上的困难：同一笔支出，究竟属于履行成本、信赖投入还是固有损害，往往取决于观察的角度。

归类的实益，在于扣除的规则。若为履行成本，则赔偿履行利益时须扣除；若为信赖投入，则赔偿信赖利益时不予扣除；若为固有损害，则无论何种利益均可另行主张。故分类不清，扣减便无依据。

实务中较为稳妥的做法，是把当事人的请求还原为“财产状态比较”：先确定若无违约时的财产，再确定实际的财产，二者之差即为应赔数额，至于该差额由何种利益构成，仅影响说理，不影响数额。

（一）履行利益与信赖利益

履行利益，是合同如约履行时非违约方可以获得的利益；信赖利益，是因信赖合同有效而支出的费用与丧失的机会。前者是“向前看”，后者是“向后看”；前者以履行后的状态为基准，后者以缔约前的状态为基准。

两种利益的赔偿，不能并用。若赔偿履行利益，则非违约方已经获得了合同履行的结果，不得再请求信赖利益的赔偿；反之亦然。择一适用，是为了避免重复填补，也是为了防止非违约方获得超过履行利益的收益。

实务中，有的当事人同时主张“已经支出的费用”与“合同履行的利润”，名为两项，实为重复。正确的做法是：以履行利益为请求时，已经支出的费用作为成本予以扣除；以信赖利益为请求时，则不得再主张利润。

区分两种利益的实益，还在于可预见性的判断。履行利益的可预见性，以“订立合同时”为时点；信赖利益的可预见性，通常较低，因为其往往涉及非违约方的内部安排。故在边界案件中，选择何种利益，影响赔偿的范围。

须注意，民法典第五百八十四条的表述是“包括合同履行后可以获得的利益”，说明可得利益是损失的下位概念，而非独立的请求权基础。故主张可得利益，仍须以违约为前提，以损失为要件。

确定性的判断，应当区分“损失的存在”与“损失的数额”。前者须达到高度可能性，后者只须有合理的估算基础。若把两者混同，则当事人常因数额难以精确而丧失全部赔偿，显失公平。

对于尚未发生的收益，确定性的判断可以借助“计划的可执行性”：当事人是否已经完成履行的准备、是否已经锁定交易对手、是否已经取得必要的许可。准备的越充分，收益的实现越可期待。

对于已经发生的收益减少，确定性的判断较为容易：只要证明此前的收益水平与违约后的下降幅度，即可推定。但须排除其他因素的影响，如市场整体下行、经营者自身的管理不善等。

（二）确定性的要求

可得利益的赔偿，须具备“确定性”。即依事物的一般进程或者特别情事，该利益具有实现的高度可能性。若仅为“希望”“期待”或者“假设”，则不予赔偿。确定性的要求，是防止赔偿范围无限扩张的闸门。

确定性的判断，不要求“必然性”。若要求必然实现，则几乎无可得利益可以赔偿，因为市场总有变数。通说采“高度可能性”标准：只要依通常情形，该利益极有可能实现，即可认定。

确定性的证明对象，包括：合同的存在与内容、履行的准备、收益的来源与计算方式、违约与收益丧失之间的关联。四者具备，确定性即可成立；缺一，则须补充证据或者调整请求。

对于新设企业、新开发产品、新进入市场的经营者，其可得利益的确定性往往较低。因为其缺乏历史数据，收益的预测具有较大不确定性。此时，法院可以参照同类企业的经营数据，或者按行业平均利润率计算，但不得凭空估算。

须注意，确定性与“数额的精确性”不同。确定性解决“是否有损失”的问题，精确性解决“损失多少”的问题。前者是门槛，后者是计算；门槛具备而数额难以精确的，可以酌定，但不能因数额难以精确而否定损失的存在。

可预见性的判断，还须注意“信息的传递”。若非违约方在缔约时已将其特殊需求告知对方，或者对方依其专业能力应当知悉，则可预见性成立；若其隐瞒了关键信息，则不得主张超出一般预见的损失。

格式条款中的“排除可得利益”约定，其效力须审查。若该条款系一方预先拟定、未与对方协商，且实质性地排除了对方的主要权利，则可以依民法典第四百九十七条认定无效；若系双方磋商的结果，则原则上有效。

（三）可预见性规则的限制

可预见性规则，是可得利益赔偿的上限。民法典第五百八十四条采“订立合同时”的时点，而非“违约时”。理由在于：合同订立时，双方可以据此分配风险；若以违约时为准，则违约方将承担其无法预见的后果。

可预见的主体，是“违约方”。判断的标准，是“一个理性人在相同情境下能否预见”，而非违约方的实际认知。若违约方具有特殊的知识或者信息，则依其实际认知判断。

可预见的对象，是“损失的类型”，而非“损失的具体数额”。只要损失的类型可以预见，即使数额超出预期，仍应赔偿。此点，是各国通例，也是我国学理的通说。

可预见性的证明，通常由非违约方承担。其应当证明：违约方在订立合同时，已经知道或者应当知道其特殊需求、其转售安排、其利润结构。若不能证明，则超出一般预见的部分不予赔偿。

实务中，有的法院把可预见性当作“兜底减责”的工具，凡数额较大即以“不可预见”为由削减。此种做法，混淆了“类型”与“数额”，也削弱了规则的确定性。正确的做法是：先判断类型是否可预见，再判断数额的计算是否合理。

在进入具体方法之前，须先解决一个前置问题：可得利益与“损失”的关系。若把可得利益理解为独立于损失的“所失利益”，则其赔偿以“履行利益”为限；若理解为损失的一种，则仍须受“填平原则”的约束。本文采后者。

三、差额说的适用与修正

差额说的适用，须防止“过度精细化”。若对每一笔成本、每一项收益都要求精确举证，则诉讼成本将超过争议标的，当事人反而得不到救济。故在合理范围内，应当允许估算与概算。

差额说与会计上的“利润”概念，并不完全等同。会计利润受折旧、摊销、税负等规则影响，而法律上的可得利益以“净增益”为准。二者在多数情形下一致，但在长期合

同、资产交易中可能背离，须作调整。

折现的问题，常被忽视。若收益须在数年后才能实现，则其现值低于名义数额；若按名义数额赔偿，则非违约方获得超额利益。故在长期合同中，应当按合理的折现率折算，折现率可以参照同期市场利率。

差额说的适用，还须处理“机会损失”的问题。若违约使非违约方丧失了与他人交易的机会，而该机会的实现具有高度可能性，则机会的丧失本身即为损失。其计算，可以按机会实现的概率乘以可得收益，但须防止重复计算。

（一）差额说的计算方法

差额说，是比较“实际财产状况”与“假定履行后的财产状况”，两者的差额即为可得利益。其公式可以表述为：可得利益等于假定履行后的财产减去实际财产。计算的关键，是构造“假定履行”的状态。

构造假定状态，须考虑三个变量：收益、成本与时间。收益是合同履行后本可获得的收入；成本是为获得该收入本应支出的费用；时间是收益的实现周期，须折现为现值。三者结合，才能得出合理的差额。

须注意，差额说不是“利润的简单相加”。若合同履行后，非违约方本应支出运输费、安装费、税费，则这些成本应当扣除；若因违约而节省了这些成本，则节省的部分亦应扣除。净额的计算，是差额说的核心。

差额说还须扣除“因违约而取得的其他收益”。例如，卖方违约不交货，买方转而以更低价格从他人处购得，则节省的差价应当扣除；若买方将原本用于履行的资金投入其他项目而获利，则该获利是否扣除，须看其是否因违约而产生。

损益相抵的规则，正是差额说的技术表达。民法典虽未明文规定，但学理与实务均承认：非违约方因违约而获得的利益，应当在赔偿中扣除。扣除的范围，限于“与违约有因果关系的利益”，而非一切获利。

替代交易的“通知”问题，值得注意。若合同约定解除后须通知对方，非违约方未通知即径行替代交易，其合理性可能受到质疑；但若通知已无实际意义，或者对方明确拒绝履行，则无须通知。

替代交易与“实际履行”的关系，亦须辨明。若非违约方先请求实际履行，遭拒后再实施替代交易，其替代交易的合理性不受影响；若其怠于请求，导致价格变动，则可能被认为未尽减损义务。

替代交易的“数量”，应与原合同相当。若非违约方超量购买，超出部分不属于替代交易，其差价不得主张；若购买不足，则未替代的部分仍按市场价格计算。数量的对应，是替代交易法适用的前提。

（二）替代交易法

替代交易法，是非违约方在解除合同后，以合理的替代交易替代原合同，以替代交易的价格与原合同价格的差额作为损失。其优点是计算简便、贴近市场；其前提是替代交易须“合理”，且在“合理期间”内实施。

替代交易的合理性，包括价格、时间、数量与质量四个方面。价格须接近市场价，明显偏离的，差额部分不予支持；时间须在解除后的合理期间内，拖延过久的，可能被视为放弃权利；数量与质量须与原合同相当，否则须作调整。

替代交易的对象，可以是同类标的物，也可以是功能相当的替代品。若替代品的功能优于原标的，则差额的计算应当扣除“增值”部分；若劣于原标的，则应当加上“减值”部分。功能的比较，须有技术依据。

替代交易法与时点，密切相关。若非违约方在价格低点时购买替代物，其损失较小；在价格高点时购买，损失较大。故替代交易的时点，应当合理，不能刻意选择对己有利的时点。恶意的时点选择，法院可以调整。

须注意，替代交易法并不排斥差额说。二者是同一原理的不同技术：差额说提供原理，替代交易法提供证据。若替代交易真实、合理，则其差额可以作为差额的证明；若替代交易不合理，则仍须回到差额说，以市场价格计算。

市场价格的确定，应当以“合同履行地”的价格为准，而非以“买方所在地”或者“卖方所在地”的价格为准。若履行地无市场价格，则可以参照邻近地区或者全国性的价格指数，并作运输成本的调整。

价格指数的选择，应当具有“代表性”与“可比性”。行业指数、期货价格、现货报价，各有其适用范围；选择不当，计算结果便失真。故当事人应当说明指数的来源与理由，法院应当审查其适当性。

抽象计算的适用，还须注意“投机性交易”的特殊性。若当事人订立合同的目的纯粹是赚取差价，其可得利益即为差价；此时，市场的微小波动都可能导致损失或者收益，计算的时点尤为关键。

两种计算的“时点”，应当一致。若具体计算以解除时为准，抽象计算亦应以解除时为准；否则，同一案件因方法不同而得出不同结果，难以服人。时点的统一，是方法选择的形式正义。

（三）抽象计算与具体计算

抽象计算，是以“市场价格的差额”作为损失，不考虑非违约方的实际替代交易。其适用前提，是存在“市场价”，即有组织的交易市场或者公开的价格指数。若无市场价，则不能适用。

具体计算，是以非违约方的“实际损失”作为赔偿，包括实际支出的费用、实际减少的收益。其适用前提，是非违约方能够证明其实际损失；若不能证明，则仍须借助抽象计

算或者酌定。

两种计算的关系，是“原则与例外”。通说认为，非违约方可以选择对其有利的计算方式；但选择之后，不得重复主张。选择的自由，体现了对非违约方的保护；禁止重复，体现了对违约方的公平。

抽象计算的优点，是客观、可预期；缺点，是可能偏离实际损失。例如，市场价格下跌，但非违约方并未实际购买替代物，其损失可能小于差额。此时，若一律按差额赔偿，则非违约方可能获得超额利益。

故抽象计算的适用，应当有“减损”的校准。若非违约方本可以更低的价格完成替代交易而未实施，则其差额应当相应缩减。校准的目的，是使赔偿接近实际损失，而非惩罚违约方。

四、减损义务的规范构造

不真正义务的概念，源自德国法上的“对己义务”。其特点是：义务的履行关乎义务人自身的利益，故法律不赋予对方请求权，只令义务人承受不履行的不利后果。减损义务，是其典型。

我国民法典第五百九十一条的表述是“不得就扩大的损失请求赔偿”，并未使用“义务”一词。故其性质，须通过解释确定：从效果看，义务人违反并不承担赔偿责任，只是丧失请求扩大损失的权利，确为不真正义务。

不真正义务的承认，意味着法院不能判决“应当减损”，也不能以“未减损”为由认定违约。其只能在确定赔偿范围时，作为扣减的依据。此点，须在裁判说理中明确，以免混淆。

（一）不真正义务的性质

减损义务，在性质上是不真正义务。其特点是：义务人违反义务，不产生损害赔偿责任，也不产生对方的请求权；其后果，只是使义务人承受权利的减损，即不得就扩大的损失请求赔偿。

不真正义务的构造，与真正义务不同。真正义务的违反，产生违约责任；不真正义务的违反，只影响赔偿范围。区分的实益，在于当事人不能请求法院判令对方“履行减损义务”，只能主张损失缩减。

减损义务的规范目的，是促进资源的有效利用。若非违约方坐视损失扩大，则社会资源被浪费，违约方的责任被加重，均不符合效率。故法律以“不予赔偿”为激励，促使非违约方采取合理措施。

须注意，减损义务的承担，不以“非违约方有过错”为前提。只要其未采取合理措施，即须承受缩减的后果，不问其主观状态。此点，与有过失规则不同：后者须有过错，前者不问过错。

减损义务的时点，始于“违约后”。在违约前，非违约方无减损义务；在违约后，其应当及时采取措施。若其不知违约，则自知道或者应当知道时起，始负减损义务。

合理措施的类型，包括：停止履行、转售货物、购买替代物、寻找替代交易、减少仓储费用、及时通知对方。不同类型的措施，其合理性的判断标准不同，须结合具体情境。

“继续履行”是否属于减损措施，存在争议。若继续履行可以避免更大的损失（如保住客户、维持信誉），则继续履行是合理的；若继续履行只会扩大损失，则停止履行才是合理的。判断的核心，是成本与效果的比较。

减损措施的费用，由违约方负担。此点，民法典第五百九十一条第二款有明确规定。费用的范围，包括直接的支出与必要的劳务；但以“合理”为限，超出合理范围的部分，不予负担。

减损措施的“及时性”，须结合信息的传递判断。若违约方明确表示不履行，非违约方应当立即行动；若违约方态度不明，非违约方可以给予合理的等待期。等待期的长短，取决于交易的紧迫性与替代的可能性。

（二）合理措施的判断

合理措施，是指一个理性人在相同情境下，为减轻损失而采取的措施。其判断，须综合考虑：措施的成本、措施的效果、非违约方的专业能力、信息获取的难易、交易的紧迫程度。

措施的成本，是判断的核心。若措施的成本高于可能减少的损失，则不属于合理；若成本较低而效果显著，则属于合理。成本与效果的比较，应当以“违约时”的信息为准，而非事后诸葛。

非违约方的专业能力，也须考虑。专业的经营者，对市场变化更为敏感，其减损的要求较高；普通的消费者，缺乏专业判断，其减损的要求较低。能力的差异，影响合理性的标准。

信息的获取，亦影响判断。若非违约方难以及时获得替代交易的信息，则其未采取替代交易，不构成违反减损义务；反之，若信息充分而怠于行动，则构成违反。信息条件，是合理性的重要变量。

须注意，减损措施不以“成功”为要件。只要措施在当时是合理的，即使未能减轻损失，其费用仍由违约方负担。以结果论英雄，会使非违约方不敢采取措施，反而不利于减损。

三者的关系，可以这样表述：因果关系解决“是否归责”，减损义务解决“是否减额”，与有过失解决“是否分担”。三者依次适用，层层过滤，最终确定赔偿的数额。

实务中，常见的错误是把“未减损”当作“有过失”，从而适用过失相抵。二者的构成不同，效果亦不同：前者是全额扣减扩大部分，后者是按比例分担。混用会导致数额的偏差。

（三）与因果关系、与有过失的交叠

减损义务与因果关系，功能上存在交叠。二者都可以缩减赔偿，但路径不同：因果关系判断“损失是否由违约造成”，减损义务判断“损失是否本可避免”。若损失本可避免，则其与违约的因果力减弱。

交叠带来的风险，是重复扣减。若法院既以“因果关系中断”为由排除扩大损失，又以“违反减损义务”为由扣减同一部分损失，则非违约方被扣减两次。正确的做法是：择一适用，或明确各自的扣减范围。

减损义务与有过失规则，亦有交叠。前者不问过错，后者须有过错；前者的后果是“不得请求扩大的损失”，后者的后果是“减轻赔偿责任”。二者的法律效果相似，但构成要件不同。

实务中，有的法院笼统以“双方均有过错”为由各打五十大板，既未区分减损与有过失，也未说明扣减的依据。此种做法，缺乏说理，也难以复核。正确的做法是：先判断减损，再判断与有过失，分别说明。

须强调，减损义务的适用，不得成为“减轻违约方责任”的万能工具。若非违约方已经采取合理措施，纵使损失仍然扩大，违约方仍应赔偿。减损义务的边界，是“合理”，而非“最优”。

五、证明与酌定

对于“收益的可预期性”，非违约方可以提供：以往的经营数据、同类企业的财报、行业的平均利润率、已经签订的转售合同。若干证据结合，可以形成完整的证明。

对于“违约与损失的关联”，非违约方应当排除其他因素的干扰。例如，市场下行导致的收益减少，不能全部归因于违约；其应当区分“违约造成的减少”与“市场造成的减少”，只就前者主张。

法院的调查取证权，在可得利益案件中尤为重要。账册、税务资料、银行流水，往往由一方或者第三方掌握；法院可以依申请调取，也可以依职权调查。调查的边界，是“与待证事实相关”。

鉴定与评估，是可得利益案件的常用手段。但鉴定事项应当具体，不能笼统地委托“评估可得利益”；否则，鉴定机构只能凭假设作出结论，缺乏可靠性。委托事项的精确，是鉴定质量的前提。

（一）证明标准与举证责任

可得利益的证明，适用高度可能性的标准。非违约方应当证明：合同的存在与内容、履行的准备、收益的可预期性、违约与损失之间的关联。四项具备，初步的证明即告完成。

举证责任的分配，须考虑“证据距离”。与损失相关的数据，往往由非违约方掌握；

与违约相关的信息，往往由违约方掌握。故应当根据具体事项，分配举证责任，而非一概由一方承担。

对于“减损措施是否合理”，举证责任在违约方。因为违约方主张非违约方未减损，须证明存在“更合理的措施”且该措施本可避免损失。若不能证明，则不得扣减。

对于“可预见性”，举证责任在非违约方。其应当证明违约方在订立合同时已知或者应知特殊情事。若不能证明，则超出一般预见的部分不予赔偿。

须注意，证明标准不因“数额巨大”而提高。有的法院对高额可得利益采取更为严格的标准，要求“精确计算”，实际上加重了非违约方的负担。正确的做法是：标准统一，方法灵活。

酌定的说理，应当具体到“数字的来源”。例如，酌定一百万元，须说明：参照同类交易的均价、扣除的成本比例、考虑的市场风险，等等。仅写“酌情确定”，难以服人，也难以复核。

酌定的上限，须与可预见性衔接。若酌定数额超过违约方订立合同时可以预见的范围，则违反第五百八十四条。故酌定之前，应当先划定可预见的边界，再在边界内选择数额。

酌定与调解，应当区分。调解是当事人合意的结果，数额可以偏离计算；判决是法律适用的结果，数额须有依据。故在判决中，不能以“便于调解”为由随意酌定。

（二）酌定的边界

可得利益难以精确计算时，法院可以酌定。酌定的依据，包括：替代交易的价格、市场的价格指数、行业的平均利润率、同类企业的经营数据、违约方的获利情况。依据越充分，酌定越可靠。

酌定不是“随意裁量”，而须遵循三个约束。其一是说理：判决应当说明酌定的依据、方法、考虑的因素；其二是上限：酌定数额不得超过可预见的损失范围；其三是可复核：上级法院可以依同样的依据复核。

酌定的方法，可以采“区间法”：先确定损失的下限与上限，再在区间内选择。下限通常为已支出的费用，上限通常为合同履行后的预期利润。区间的确定，须有证据支撑。

酌定还应当考虑“违约方的过错程度”。故意违约的，酌定可以偏向上限；过失违约的，可以偏向下限。过错的考量，不是惩罚，而是使赔偿与行为的可责性相适应。

须注意，酌定不得替代证明。若非违约方完全未举证，法院不得仅凭“感觉”酌定；只有在已有初步证据、但数额难以精确时，酌定才有空间。此点，是酌定正当性的前提。

六、类型化的展开

“连环买卖”的计算，须注意环节的区分。若买方将货物转售给下家，其可得利益为转售价与合同价的差额；但其向下家承担的违约金，须以“可预见”为限。若卖方在缔约

时不知转售安排，则违约金部分可能不予支持。

“市场价格”的选取，应当与合同的标的、品质、交付地相匹配。不同品质、不同产地的货物，价格差异较大；若笼统采用某一指数，计算结果便失真。故应当选取“同品质、同交付地”的价格。

（一）买卖合同

买卖合同的可得利益，通常表现为“转售利润”或者“使用收益”。若买方转售，其可得利益为转售价与合同价的差额，扣除转售成本；若买方自用，其可得利益为使用该物本可获得的收益。

卖方违约不交货的，买方可以主张替代交易的差价，或者市场价与合同价的差额。若买方已经与下家签约，其向下家承担的违约金，可以作为可得利益的组成部分，但须受可预见性的限制。

买方违约不付款的，卖方可以主张“货物转售的差价”。若货物可以转售，其损失为合同价与转售价的差额；若货物无法转售，其损失为合同价与残值的差额，扣除未支出的成本。

须注意，货物的“时令性”影响计算。季节性商品、易腐商品，其价格波动大，替代交易的时点尤为关键。若卖方迟延转售，导致价格下跌，其扩大损失的部分，可能因违反减损义务而不予赔偿。

租赁合同的“装修损失”，须区分“附合”与“未附合”。附合的装修，随房屋所有权转移，其价值可以作为损失的一部分；未附合的，承租人可以取回，不构成损失。区分的标准，是拆除是否损害房屋。

建设工程的“赶工费用”，可以作为损失主张。若发包人迟延交付场地，承包人被迫赶工，其增加的费用属于因违约产生的损失；但须证明赶工的必要性与费用的合理性。

建设工程的“停工损失”，包括人工、机械、管理的费用。计算时，应当扣除停工期间本可节省的成本；若承包人利用停工期间承接其他工程，其收益亦应扣除。

（二）租赁与建设工程

租赁合同的可得利益，通常表现为“剩余租期的租金收益”。若承租人提前退租，出租人可以主张剩余租期的租金，但须扣除其因重新出租而节省的成本与可能获得的租金。

重新出租的可能性，是计算的关键。若租赁市场供过于求，重新出租困难，则出租人的损失较大；若供不应求，则损失较小。举证的责任，在出租人一方；其应当证明市场的状况与重新出租的努力。

建设工程合同的可得利益，通常表现为“利润”。若发包人违约解除合同，承包人可以主张未完工程的利润，但须扣除其因解除而节省的成本。利润的计算，可以参照合同约定的利润率或者行业的平均利润率。

须注意，建设工程的“预期利润”与“实际支出”须区分。承包人已经完成的工程，其价款属于实际损失；未完成部分的利润，属于可得利益。二者可以并用，但不得重复计算。

服务合同的“客户流失”，属于可得利益的一种。若服务人因委托人违约而失去客户，其可以主张流失客户的利润；但须证明流失与违约的因果关系，以及客户回归的可能性。

股权交易的“业绩承诺”，与可得利益的关系须辨明。业绩承诺是合同条款，其违反产生违约责任；可得利益是损失的计算方式，二者可以并存，但不得重复。若承诺的补偿已经覆盖损失，则不得再主张可得利益。

（三）服务与股权交易

服务合同的可得利益，通常表现为“服务费”。若委托人违约解除，服务人可以主张剩余期间的服务费，但须扣除其为提供服务本应支出的成本，以及其因解除而节省的时间与资源。

股权交易的可得利益，通常表现为“股权增值”。若转让方违约不转让，受让方可以主张股权在交割日的市场价值与合同价的差额。市场价值的确定，可以参照评估报告、同类交易的价格或者公司的净资产。

股权交易的复杂性，在于“控制权溢价”与“协同效应”。若受让方主张其本可通过取得控制权获得额外收益，则须证明该收益的可预见性与确定性；否则，只能按一般的市场价值计算。

须注意，股权价值的波动性较大，计算的时点尤为重要。通说以“违约时”或者“解除时”为基准；若当事人另有约定，从其约定。时点的选择，应当兼顾双方的利益，避免一方承担市场的全部风险。

从比较法看，联合国国际货物销售合同公约第七十四条、国际商事合同通则第七点四点二条，均以“完全赔偿”为原则，以“可预见性”为限，以“减损”为调节。我国的规则，与之基本一致。

但比较法上的一个细节，值得借鉴：多数立法明确规定了“替代交易”的合理期间与“时价”的确定方法，使计算更具可操作性。我国司法解释已有所吸收，但仍可进一步细化。

规则的细化，不是为了增加技术门槛，而是为了减少争议。当当事人能够预见赔偿的大致数额，其缔约与履约的行为便更为理性；当法院能够依统一的方法计算，裁判的尺度便更为一致。

由此观之，可得利益的赔偿，不是简单的算术，而是事实、规范与价值的交织。事实决定有无损失，规范决定计算的方法，价值决定酌定的分寸；三者兼备，裁判才能既合法又合理。

对法官而言，最重要的或许不是选择哪一种方法，而是把选择的过程写清楚：为什么采用差额说，为什么不采抽象计算，为什么扣减这一部分。理由写清楚了，当事人纵有不服，也能理解裁判的逻辑。

最后须指出，可得利益的规则，最终服务于合同的信赖。当事人相信对方会履行，才敢安排生产、签订转售、投入资金；法律保障这种信赖，市场才能运转。规则的精细，正是为了守护这份朴素的信赖。

七、结语

可得利益的计算与减损义务，可以概括为三句话：方法上，以差额说为原则，以替代交易与抽象计算为补充；义务上，减损是不真正义务，后果是缩减而非责任；证明上，以高度可能性为标准，酌定须有边界。

本文的三个主张，都围绕“净损失”展开。差额说解决“赔什么”的问题，减损义务解决“赔多少”的问题，证明规则解决“如何证”的问题。三者依次展开，可得利益便从“抽象期待”变为“可算的损失”。

对裁判者而言，这一框架的实益是使审查有了顺序：先确定合同的内容与履行的状态；再判断是否存在可得利益；再选择计算的方法；再审查减损措施是否合理；最后确定数额并说明理由。五步依次展开，结论自然清晰。

对当事人而言，这一框架的实益是举证的方向：合同、订单、发票、运输单据、市场报价、替代交易合同，均可以作为证明可得利益的材料。证据充分，主张才有力。

还须看到，可得利益的赔偿，与市场的信用相关。若违约成本过低，则合同的约束力减弱；若赔偿过高，则交易的成本增加。恰当的规则，应当在两者之间保持平衡，使守信者受益，使违约者担责。

最后须指出，计算的方法再精细，也不能替代对事实的查明。可得利益的数额，终究取决于经营的实际状况；脱离事实的计算，只是数字的游戏。司法的严谨，首先是对事实的严谨。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第五百八十四条、第五百九十一条、第五百九十二条。
- [2] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）第六十条至第六十二条。
- [3] 王利明：《违约责任论》，中国人民大学出版社2021年版。
- [4] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2022年版。
- [5] 孙良国：《可得利益损失的确定》，《法学研究》2020年第6期。
- [6] 贺栩栩：《减损义务的规范构造》，《中外法学》2022年第1期。