

doi:10.3969/j.issn.1672-4348.2021.05.013

# 论建设工程合同违约的预期利益损害赔偿

朱继鹏

(山东建筑大学 法学院, 山东 济南 250101)

**摘要:** 预期利益和可得利益基本上可作同义词使用, 预期利益损害赔偿请求权应以合同有效成立为基础, 在建设工程合同因发包人违约而被解除的情形下亦存在适用空间。对于建设工程合同中因发包人违约而产生的预期利益损失的具体数额, 理论和实践中存在鉴定法、类比法、差额法、估算法和酌定法等多种计算方法, 在适用上各有利弊。对于不同的建设工程, 应以案件事实为基础, 在可预见性的范围之内, 选择符合违约损害赔偿目的的方法确定预期利益损失的具体数额。

**关键词:** 建设工程合同; 发包人违约; 预期利益; 计算方法

中图分类号: D923.6

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2021)05-0476-08

## Research on compensation for damages of expected benefits caused by the breach of a construction project contract

ZHU Jipeng

(Law School, Shandong Jianzhu University, Jinan 250101, China)

**Abstract:** Expected benefits and available benefits can basically be used synonymously. The right to claim damages for expected benefits should be based on the effective establishment of the contract. There is also room for its application in the case that the construction project contract is terminated due to the breach of contract by the developer. Regarding the specific amount of losses of expected profits in the construction contract due to the breach of contract by the developer, there are multiple calculation methods in theory and practice, such as the appraisal method, the comparison method, the difference method, the estimation method and the discretion method, which have their own advantages and disadvantages in application. For different construction projects, the determination of the specific amount of losses of expected benefits should be based on the facts of the case, and the selection of a method that meets the purpose of compensation for breach of contract has to be conducted within the scope of foreseeability.

**Keywords:** construction project contracts; breach of contract by the developer; expected benefits; calculation method

合同法对违约损害赔偿的范围采用完全赔偿原则, 包括因违约行为产生的实际损失和预期利益损失。预期利益是合同履行后可以获得的利益, 法律规定预期利益的目的在于通过加重当事人的违约成本来遏制违约行为的发生, 保护守约方的信赖利益并弥补守约方因对方违约而造成的损失。《合同法》第 113 条对建设工程合同违约

情形下非违约方请求预期利益损害赔偿提供了法律依据, 损害赔偿的范围确定为因违约造成的损失, 包括合同履行后可以获得的利益。《民法典》继承了该条的规定, 一字未改地将《合同法》第 113 条的完整置于民法典第 584 条之中。另外, 《民法典》在第 933 条还增加了解除有偿委托和应当赔偿预期利益的规定。世界各国的民法典大

多确认了预期利益损失赔偿的信赖保护,如《德国民法典》第252条,《法国民法典》第1149条,《日本民法典》第416条,等等。

在《合同法》第113条施行过程中,最高人民法院以司法解释、会议纪要、判例等形式对预期利益损害赔偿责任的适用进行了指导与说明,以期维护因违约而受损害一方的合法权益,但是无论是从立法还是从司法实践的具体情形来看,预期利益损害赔偿都至少存在以下几个问题。一是预期利益的概念使用不清。如《合同法》在损害赔偿范围中用的是“可得利益”一词,而相关司法解释有的用“预期利益”,有的用“可得利益”。<sup>[1]</sup>另外,预期利益与信赖利益、履行利益等相关概念关系不清晰。二是预期利益损害赔偿应当如何计算,标准不一。司法实践中对未约定情形下的赔付责任见仁见智。<sup>[2]</sup>三是不同的预期利益损害计算方法。抽象的法律概念需要进一步解释,才能解决理论和实践中的具体问题,从而维护法律适用的统一。基于此本文以上述几个问题为导向,结合理论与实践,对建设工程合同发包人违约导致的承包人预期利益损害赔偿问题展开探讨。

## 一、预期利益与相关概念之间的界分

### (一) 预期利益与可得利益的关系

《民法典》第584条和《合同法》第113条所规定的违约损害赔偿范围,用的是“可得利益”一词,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》<sup>①</sup>用的是“可得利益”,而2009年最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)(法释[2009]5号,以下简称《合同法解释二》)第29条用的是“预期利益”一词,《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》(以下简称《买卖合同解释》)第29条用的亦是“可得利益”一词。从立法的时间和法条规定的内容来看,用词不一的原因大约有二:一是“可得利益”与“预期利益”含义相同,只是条文表述上的差异,但是这种解释会产生一个问题,即《合同法》是将“可得利益”纳入到损害赔偿范围之内的,而《合同法解释二》将“预期利益”作为综

合考虑非违约方损失的因素,与合同的履行情况、当事人的过错程度等量齐观,亦即该条只将实际损失作为判断违约金是否过高的基础,而将“预期利益”排除在外。不过,无论是根据《合同法》的规定还是学理的分析,“预期利益”都是违约损害的赔偿范围,其与实际损失都应当作为判断补偿性违约金是否过高或过低的基础。二是“可得利益”与“预期利益”含义不同,那么随之也产生一个问题,即《合同法解释二》没有将可得利益和实际损失共同作为判断违约损失的基础,这岂不是违背合同法的立法精神?综合以上两个原因来看,第一个原因较为合理,从司法解释的制定者对“预期利益”一词的解释中也可得出相同的结论,中国高级法官培训中心首届学术谈论会指出,可得利益是指当事人通过合同“预期实现和取得的财产增值利益”,即预期利益。<sup>②</sup>国内部分学者也持相同见解,如吴行政对于两者的关系也提出了相同的看法,认为可得利益与预期利益含义相同。<sup>[3]</sup>

可得利益与预期利益一词并无实质差异,那么对于《合同法解释二》没有将预期利益作为判断违约损失的基础而是将其作为综合考量因素之一,则至少说明了司法解释对于预期利益的损害赔偿问题不够重视,从而导致概念使用混乱、判断标准不一等现象的产生。在之后出台的《买卖合同解释》中采用了“可得利益”一词则与《合同法》中的表达接轨。抛开以上因素来看,“预期利益”较“可得利益”更能体现如下几个特点:一是“预”表明该利益在违约行为发生之时尚未发生但该利益是未来可以发生的,并且该利益的产生是可以预见到的;二是“期”表明该利益是合同当事人期待的、相对确定的且与合同的履行是有因果关系的,原则上如果不发生违约行为,该利益的产生将具有很大的确定性。“可得”一词并没有从时间维度和可预见性的角度说明该利益的属性,故本文使用“预期利益”一词,只有在提及相关法律条文时遵从法律条文的用语而使用“可得利益”的表述。

### (二) 预期利益与信赖利益的关系

《合同法》第42条规定了合同的缔约过失责

① 参见《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》第9条。

② 参见《中国高级法官培训中心首届学术谈论会论文集》,北京:人民法院出版社,1990年版,第546页。

任,通常认为合同一方当事人违反先合同义务,致使合同不成立、无效或者被撤销,应当承担缔约过失责任,赔偿对方当事人的信赖利益损失。<sup>[4]</sup>从该条的表达中可以看出,立法意图通过对信赖利益的赔偿使受有损失的一方当事人回到订立合同之前的状态,<sup>[5]</sup>对于合同关系存续状态下,信赖利益赔偿请求权是否有适用的空间,亦可以从信赖利益的目的进行解释,既然其目的是回到合同订立之前的状态,那么在合同关系存续期间,也是有可能出现这种情形的。信赖利益在建设工程合同违约中更多的是以所支出的费用或成本的形式展现出来的,在这种情形下,与其称之为信赖利益,倒不如称之为履约准备成本,而预期利益则是指合同履行之后可以获得利益。如上所述,把合同关系的发展历程看作是一条线段,其目的是使合同的非违约方通过预期利益损害赔偿前进到“线段”的终点。与信赖利益相比,预期利益更具有“利益”的属性。故从制度的目的和赔偿范围来看,预期利益和信赖利益的界限还是较为明显的。

### (三) 预期利益与履行利益的关系

履行利益是指合同的一方当事人通过合同的履行所能获得的利益。<sup>[6]</sup>预期利益与履行利益相比,则有时间维度的限制,强调通过合同的履行可在未来获取的利益。对于一个“善始善终”的合同而言,履行利益即当事人通过履行合同获取的全部利益。在违约情形下,履行利益则成为非违约方的一种损失,这种损失包括实际已经产生的损失和由于违约行为而丧失的预期可以得到的利益。在这个角度而言,履行利益是预期利益的上位概念。当然,在有些建设工程合同的履行过程中,当事人违约并没有造成实际损失,产生的仅是预期利益的损失,这时履行利益和预期利益就变成了同义概念。由此可见,在不同的合同中,两者的关系也有所不同。另外,无论是预期利益损害还是履行利益损害,都是法定损害赔偿的范围,与合同中约定应当支付的合同价款需要予以区分。故在建设工程合同违约的情形下,非违约方享有多项请求权,包括请求支付工程款、履行利益损失中的实际损失赔偿和预期利益损失赔偿。

综上所述,《合同法》关于违约损害赔偿范围

的一般性规定具体到建设工程合同而言,如合同无效则履行基础不存在,不会产生包含预期利益在内的履行利益的损失。因合同无效而产生的损失,属于信赖利益的损失,可以根据《合同法》第58条或《民法典》第157条请求有过错的当事人赔偿,但不能主张预期利益损失,最高人民法院的司法裁判亦持相同观点。<sup>①</sup>合同在违约情形下可能产生信赖利益损失和履行利益损失,两者的目的不同,前者的目的是让合同回到未订立之前的状态,而后者是为了让合同前进到履行完毕的状态,方向不同决定了两者原则上不能同时主张。<sup>[7]</sup>另外,建设工程合同解除权的行使与预期利益损害赔偿并行不悖,两者都是违约救济手段,司法解释<sup>②</sup>中亦有体现。信赖利益与履行利益中的实际损失都是已经发生的损失,故两者能否得到赔偿就取决于能否证明,而预期利益损失是还没有发生的损失,应当如何计量就成了预期利益损害赔偿的关键问题。

## 二、建设工程合同中预期利益损害赔偿的计算方式及其利弊分析

在建设工程合同发包人违约情形下,承包人主张预期利益损害赔偿大多都被法院驳回。原因大致有二,一是承包人不能举证,二是法院认为在合同未履行情形下使承包人获得预期利益未免显失公平。但是司法实践仍然为预期利益损害赔偿的计算方式提供了鲜明的素材,尤其是体现在观点各异但论证独到的司法裁判中。

建设工程合同中发包人存在两种违约形态,一是发包人违约导致合同无效或合同被解除,承包人无法继续完成剩余工程量而产生的预期利益的损失;二是发包人违约导致工期迟延,由于工期延长承包人产生的预期利益损失。《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》将提供劳务或服务的合同中因一方违约所造成的预期利益损失界定为经营利润损失,并明确了可得利益损失赔偿数额等于可得利益损失总额减去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、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的

① 参见最高人民法院(2017)最高法民终202号民事判决。

② 参见《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》第10条第二款。



交易成本。<sup>①</sup>但无论是哪种类型的损失,当事人均可就预期利益作出约定。预期利益损失赔偿以约定的利润率为依据进行计算,往往更能还原当事人的真实意思。事实上,因发包人的缔约优势地位,双方建设工程施工合同大多回避对承包人预期利益损失赔偿的约定,在没有约定的情形下,司法实践中就出现了差额算法、类比算法、综合裁量法等多种计算方法。不同的计算方法所确定的预期利益损害赔偿的数额可能会差额较大,利益纷争较大。到底哪种方式更有利于制裁违约行为、保护守约方,更有利于实现当事人之间的利益平衡,司法实践中见仁见智。<sup>[8]</sup>

### (一)合同无法继续履行时承包人预期利益损害赔偿的计算方式

#### 1.当事人约定预期利益损害赔偿的计算方式

当事人在订立建设工程施工合同时已经就合同的预期利润率作出明确约定,如在固定价款的合同中对于工程利润比例的约定、非固定价款合同中对于建设成本以外利润的约定;或者虽然在建设工程施工合同中约定,但是在双方往来的相关资料中已就利润率作出约定,如投标文件中载明的利润、合同价格清单分项表中的固定利润、工程量确认中载明的利润率等,这些都应视为当事人对于工程利润作出了约定。再结合当事人的过错程度、合同的履行情况以及诚实信用原则和公平原则,合理确定预期利益损害赔偿的具体数额。当事人对于工程利润的约定能在最大程度上符合当事人的预期,也是可预见原则的重要体现,应视为预期利益损害赔偿计量的首选方式。

另外,当事人如果在建设工程施工合同及其相关文件中并没有约定工程利润,而是约定了违约金(包括赔偿性违约金和惩罚性违约金),如无特殊说明,约定的违约金为赔偿性违约金。而赔偿性违约金则至少具有两项功能:一是担保合同的履行,二是合同违约后对非违约方进行赔偿,对于已经违约的合同而言,便可以发挥第二项功能。之所以约定违约金,很大程度上是为了减轻或者免除损失赔偿的举证责任,即只要约定的违约金条件成熟,无论是否产生损失(包括预期利益损失),都可以向违约方请求支付违约金。赔偿性

违约金与包括预期利益损害在内的法定损害赔偿目的相同,都是为了赔偿因违约而产生的损失,因此原则上不能同时主张,可择一个主张,但是根据司法解释<sup>②</sup>的规定,约定的违约金不足以弥补因违约造成的损失,权利人可以请求人民法院予以增加,这时需要举证证明预期利益损失大于约定的违约金,按照实际产生的损失进行赔偿。

#### 2.当事人无约定时预期利益损害赔偿的计算方式

在合同当事人没有就预期利益损害赔偿或违约金作出约定时,鉴于预期利益损害赔偿存在请求权基础,需要采用一定的方法确定预期利益的数额。实践中预期利益损失的确定主要有以下几种分类:

第一,根据双方往来资料载明的利润,法院酌定预期利益损失赔偿数额。一是人民法院参照投标文件中载明的利润,根据公平原则和诚实信用原则,兼顾当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,酌定预期利益损失,如江西省高级人民法院(2017)赣民终325号华泰建设工程有限公司、赣州开发区建设投资(集团)有限公司建设工程施工合同纠纷案。二是法院结合涉案合同履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素根据公平原则和诚实信用原则,参照合同价格清单分项表中的固定利润酌定利润损失赔偿,如新疆维吾尔自治区高级人民法院(2018)新民终524号庆华集团新疆煤化工有限公司与北京新源国能科技集团股份有限公司、宁夏庆华煤化集团有限公司等建设工程合同纠纷案。三是法院参照工程量确认书中载明的利润率,酌定预期利润损失赔偿金额,如乐清市人民法院(2018)浙0382民初10847号乐清市白象建筑工程公司与乐清市德嘉置业有限公司建设工程合同纠纷案。

第二,在现有证据无法准确核定预期利益损失的情况下,法院结合案情,酌定预期利益损失,如嵊州市人民法院(2017)浙0683民初4444号浙江亿厦建设股份有限公司与嵊州银河实业投资有限公司建设工程合同纠纷案。

第三,人民法院依据工程利润鉴定意见书酌

① 参见《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》(法发[2009]40号)第三部分第9条、第10条。

② 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第28条。

定预期利益损失赔偿金额,如江苏省淮安市中级人民法院(2019)苏 08 民终 601 号江苏弘瑞房地产开发有限公司与淮安市正达门窗有限公司、严中俊建设工程施工合同纠纷案。

无论是酌定还是鉴定,关于预期利益的计算方法都有较大差异,司法实践中存在的计算方式,如表 1 所示。

表 1 司法实践中所采用的预期利益计算方式

Tab.1 Calculation methods of expected benefits used in judicial practice

案件序号	案件名称	案情简介	预期利益数额计算方法
案例一	华伟公司与中建八局建设工程施工合同纠纷案 <sup>①</sup>	发包人华伟公司未按期支付工程款构成违约,导致合同无法履行,承包人中建八局请求支付合同未履行部分的预期利益。	鉴定算法:根据鉴定机构出具的鉴定意见书上所载明的数额判定预期利益损害赔偿数额。
案例二	甲公司和乙公司合作开发建设工程合同纠纷案 <sup>②</sup>	甲公司和乙公司合作开发某建设工程项目,乙公司违约,导致甲公司无法参与二期项目的开发和经营管理,甲公司请求乙公司赔偿预期利益损失。	对比算法:对比甲公司和乙公司前期合作的实际收益,确定投资回报率,再用具体的投资数额乘以投资回报率得出预期利益损害赔偿数额。
案例三	星城公司与润阳公司等建设工程施工合同纠纷案 <sup>③</sup>	润阳公司引起工期延误而构成违约,导致剩余工程搁置而最终无法履行,星城公司请求其赔偿未完成工程量的预期利益。	类比算法:审理法院认为建设工程施工合同可预见的可得利益为工程利润,一般情况下利润为 10%左右,用剩余工程量乘以 10%得出预期利益损害赔偿数额。
案例四	建安公司与昂鑫公司建设工程施工合同纠纷案 <sup>④</sup>	承包在建安公司与发包人昂鑫公司就某项工程签订施工合同,在此之后昂鑫公司又将该项工程交与其他施工人,建安公司请求赔偿预期利益损失。	差额算法:发包人昂鑫公司在招标时设定了该项工程的合理最低价,审理法院认为建安公司投标时超出该价格的部分即为其可以获得的利润。
案例五	中铁公司与万隆公司建设工程施工合同纠纷案 <sup>⑤</sup>	发包人万隆公司迟延支付工程款,承包人中铁公司根据合同约定解除合同,并请求发包人赔偿预期利益损失。	估算法:审理法院根据第三方出具的审计报告,结合合同已经履行部分和未履行部分以及施工过程中可能出现的签证变更和竣工后可能发生的费用,估算中铁公司的预期利益损失为 200 万元。
案例六	亿厦公司与银河公司建设工程合同纠纷案 <sup>⑥</sup>	承包人中亿厦公司因发包人银河公司违约与其协商一致解除合同,对于合同未履行部分,承包人请求发包人赔偿预期利益损失。	酌定法:根据本案现有证据,原告主张的预期利益损失无法准确核定,故审理法院结合案件的实际情况,对被告需赔偿的预期利益损失金额酌定为 300 000 元。

① 通过裁判文书网数据库进行检索,以鉴定算法确定预期利益损害赔偿的案例,参见最高人民法院作出的(2019)最高法民终 164 号。

② 参见《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要(第一辑)》中的 2019 年第 13 次法官会议纪要中所涉及的案例。

③ 参见(2018)皖 0722 民初 3490 号民事判决书,该判决指出:“建设工程施工合同可预见的可得利益为工程利润,一般情况下利润为 10%左右。”

④ 参见安徽省高级人民法院(2010)皖民四终字第 00080 号民事判决,该判决以建设工程合同承建价款减去合理最低价作为预期利益。

⑤ 参见江苏省镇江市中级人民法院作出的(2014)镇民初字第 104 号判决,该判决以当事人或第三方提供的证据为基础,采用估算的方法得出预期利益损害赔偿的具体数额。

⑥ 参见嵊州市人民法院(2017)浙 0683 民初 4444 号民事判决,该判决指出:“原告主张的预期利益损失无法准确核定,故本院结合本案的实际情况,对被告需赔偿的损失金额酌定为 300 000 元。”

在预期利益损害赔偿的计算无明确规定的情形下,上述六个案例分别采用了六种不同的方法来判定预期利益损害赔偿的具体数额,对于司法实践具有重要的借鉴意义。但是,对于不同的建设工程施工合同纠纷,采用何种方法计算预期利益损失的具体数额本身就是一项纠纷,因此有必要进一步分析不同的计算方法的利与弊。

### 3. 预期利益损害赔偿计算方式的利弊分析

鉴定算法主张通过委托鉴定的方式确定预期利益的具体数额,虽然鉴定意见对于合同当事人而言相对公平,但其中也有鉴定人的主观活动,首先由于鉴定水平的差异,不同的鉴定人可能会得出不同的结论;其次,申请鉴定所需提交的基础材料对于个案而言未必完备,这时鉴定便无法确定一个标准,鉴定机构不得不进行事实选择,由此也可能导致鉴定意见的偏差,甚至会出现“以鉴代审”的情况;再次,有些鉴定意见中只有损失赔偿的数额,而没有鉴定过程中所依据的事实和方法,难免使当事人对鉴定意见的客观性和科学性存疑。

对比算法和类比算法都能够提供相对确定的利润率,前者是参照一项工程其他部分的利润率,后者是参照承包人承建其他工程的利润率或同行业利润率,对于承包人而言符合可预见性原则,但这毕竟是承包人已经完成的工程的利润率,其中不包含合同履行中可能承担的风险。另外,个案的利润率不具有代表性,客观上该比例可能与合同未履行部分不成比例,由此成为发包人抗辩的主要理由。如果参照同行业建设工程的利润率,对于生产成本低于行业平均成本、利润率高于行业平均水平的承包人明显不公。

差额算法最大的特点是符合双方当事人的合理预期,但对于具体的建设工程合同而言,其未必存在适用的基础。差额算法中招标人可能并没有为工程设立合理最低价,而对于定额利润计算法而言,可能建设工程合同双方并没有将此作为合同的计价依据。

估算法或酌定裁量法具有相同的特点,强调合同履行过程中可能存在的风险,但是这两种计算方法所谓的综合多种因素过于抽象,作为判断

标准而言主观性太强,裁判者的自由裁量权较大,对于类似的案件不同的裁判者可能会得出天差地别的计算结果,对合同当事人明显不公。

对于因发包人违约而无法继续履行的合同,预期利益损失往往表现为剩余部分工程完工后可以获得的利润,理论上或司法实践中存在如上所述的预期利益损害赔偿计算方法。不同的计算方法各有利弊,应视案件的情况选择适用或结合适用。另外,还有一种违约形式可能会产生预期利益的损失,即发包人违约导致工期延迟而对承包人产生的预期利益损害。

### (二) 工期延迟时承包人预期利益损害

上文主要讨论建设工程合同因发包人根本违约而被解除时承包人预期利益损害的计算方法和利弊分析,但在发包人一般违约而导致工期延迟时,仍有可能给承包人造成预期利益损失。在合同订立时承包人对于工期存在一个合理的期望,并基于该期望计划下一建设工程,由于发包人违约打破了承包人的合理预期,使得承包人无法将生产资料和人力资源投入到新的建设项目,从而导致预期可得利益的损失,压缩了承包人在特定期间内的可得利润。合同法对于预期利益损害赔偿的规定属于一般规定,既适用于根本违约,也适用于一般违约,故承包人有权就发包人因一般违约而造成的工期延迟请求其赔偿预期利益损害,《建设工程施工合同示范文本》也作出了相同的规定<sup>①</sup>。

关于工期延迟情形下预期利益损害的计算方法,理论和司法实践中同样没有统一的意见,甚至在具体的案件中因工期延迟而造成的预期利益损害请求能否得到支持都存在争议,因为无论何种预期利益损害,在证明上都不是件易事。在国际建设工程实践中存在一种算法,称为 Hudson 公式法<sup>②</sup>,该算法用整个建设工程的总部管理费用和利润除以合同的总工期计算出每天的总部管理费用和利润,再乘以工程迟延的天数得出预期利益损害赔偿的具体数额。该算法具有一定的合理性,但是在不同工期利润可能不尽相同,故这种平均算法应当结合案件的具体情形判断能否适用。

① 参见《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)16.1.2、16.1.3 的规定。

② 该计算方法在《Hudson 论建筑与工程合同》一书中提出:预期利益等于合同总额中的总部管理费用和利润除以总工期再除以工期迟延的天数。



对于因工期迟延而造成的预期利益损害有时对承包人可能会造成具体的损害,也有可能因此而丧失订立下一个合同的机会,损失的范围尚不能确定,具体的损失数额更是无法用一个统一的方法计量,故因工期迟延造成的预期利益损害宜结合具体的案件综合判定。

### 三、现行建设工程合同中预期利益损害赔偿方法的反思

#### (一)“当事人约定”也受法律限制

对于建设工程合同中约定了预期利益损害赔偿数额或计算方法的,原则上应当尊重当事人的意思自治,但是如果根据约定得出的预期利益损害具体数额与实际不符,且这种不符是可以通过证据证明的,那么法律就有必要对此提供救济。具体可以分为两种情形,一是约定的损失赔偿数额低于实际可能发生的数额,此时承包人可以请求发包人赔偿实际高出的部分;二是约定的赔偿数额过分高于实际可能发生的数额,发包人亦可请求人民法院予以调减。由于发包人违约导致了承包人预期利益损害的发生,故只有当约定的数额过分高于实际可能发生的损害且按照约定数额执行显失公平的才应予以调整,至于什么是“过分高于”,可以参照合同法司法解释关于违约金的规定<sup>①</sup>。

#### (二)预期利益损害的计算方法的选择适用

理论上和司法实践中存在的各种预期利益损害赔偿的计算方法,对于不同的案件而言很难说哪一种计算方法是最合适的,各有利弊,故当事人应主张于己最有利的计算方法。

鉴定计算的方法,需要当事人向人民法院提出申请,但一定要存有鉴定所需的完备的材料,并选择权威的鉴定机构。对于鉴定可能存在的技术上的问题,不宜只听“一家之言”,在鉴定的依据和标准存在争议或不明确时,尤其是对于涉案标的额较大的合同,应依照程序法的规定申请鉴定人出庭说明情况,对于专业性较强的问题,可以申请专家辅助人代为质证。对于预期利益损害赔偿请求的当事人而言,申请鉴定不失为一种优先选择适用的方法。如果法院同意预期利益损失的鉴定申请,一般会采纳预期利益的鉴定结论作为认

定案件事实的依据;如果法院驳回鉴定申请,那么就相当于向当事人释放出“另寻依据”的信号。故在没有明确约定预期利益损失的数额或计算方式且没有其他证据证明预期利益损失的存在及其数额时,鉴定意见作为法定证据种类,无疑会成为裁判的重要依据。

对比计算和类比计算的方法,虽然能够根据特定的数据或公式计算出具体的结果,但是类比计算法中“参照物”的选择至关重要。对于工程完成部分与未完成部分或者不同工程之间利润相差过大的,如果适用类比计算法明显对一方当事人不公。故若某单项工程中各单位工程或分项工程收益比较均衡,可以选择适用对比计算的方法;而对于收益相对平稳、变化不大的类似建设工程项目而言,类比该项建设工程的利润率计算预期利益更优;对于利润水平和行业发展不相上下的个体企业而言,类比同行业利润率亦有适用的空间。

差额计算法符合双方当事人的合理预期,一定程度上也可以视为当事人对于未来利润所达成的合意,符合预期利益损害可预见性的要求。故若招标文件中招标人设定了建设工程的合理最低价,以投标价高出该合理最低价的差额作为预期利益的具体数额在选择适用上存在上述方式不可比拟的优越性。

估算法和酌定法具有灵活性,能最大程度上适应案件的具体情况,虽然存在主观性太强的问题,如果涉案标的额不是太大,便也不会得出过分悬殊的裁量结果,而且有利于提高纠纷解决的效率,不会因此而产生新的损失,具有适用上的优越性。因此,如果在能够证明预期利益损失确实存在或能够通过事实推定得出相同的结论,甚至该事实因众所周知或其他法定事由而成为免证事实时,而其具体数额又无从计算,估算法或酌定法会为预期利益的损失方提供“勉为其难”的救济。另外,同样基于主观性太强的特点,这两种方法在选择适用上应具有“最后性”,即穷尽上述方法仍无法计算出预期利益损失赔偿数额,但确有预期利益损失时可以选择适用。

不同的计算方法在选择适用上并无孰优孰劣之分,需要在公平和诚实信用原则的基础上,结合

① 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第29条第二款。

案件具体情况、合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素做出更能实现双方利益平衡的判断,择一适用或者组合使用。当然,预期利益损害赔偿的计算方法是一个开放的体系,随着法学理论的探索和司法实践的发展,应当逐渐探索建立起科学的多元化纠纷解决体系。

#### 四、结语

对于司法实践中请求赔偿预期利益损失的案件,鉴于预期利益本身的特点,往往很难举证证明,裁判文书网数据库中对于建设工程合同违约行为导致的预期利益损害赔偿不予支持判例居多。建设工程合同的质量与安全与特定的施工承包方密切相关,实现双方利益平衡的出发点应当是有益于有效的施工合同得以继续履行,对于违约方进行制裁使其赔偿相对方达到合同正常履行

的状态,因此,预期利益损失赔偿后应当实现合同的履行利益。如果不支持非违约方的预期利益损失赔偿而仅赔偿实际损失或者预期利益损失赔偿远小于违约方的违约获利,则势必任由违约方撕毁合同。故有必要构建一套预期利益损害赔偿的计算方法和认定规则。

建设工程合同中发包人违约给承包人造成的预期利益损失的确定,应当充分体现信赖利益的保护原则,首先应当尊重当事人的意思自治,在缺乏有效约定的情形下,应以案件事实为基础,选择适用不同的预期利益损害计算方法,力求弥补因发包人违约行为而造成的损失,但是为了防止违约损失赔偿过大导致双方利益明显失衡,预期利益损失赔偿应同时受到可预见性规则、过失相抵规则、损益相抵规则、减损规则等违约损害赔偿规则的合理限制。

#### 参考文献:

- [1] 刘承魁. 违约可得利益损失的确定规则[J]. 法学研究, 2013, 35(2): 84-101.
- [2] 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[J]. 法商研究, 2012, 29(2): 69-75.
- [3] 吴行政. 论合同法上的可得利益赔偿[M]. 北京:法律出版社, 2011: 436.
- [4] 崔建远. 合同法[M]. 3版. 北京:北京大学出版社, 2016: 373.
- [5] 韩世远. 合同法总论[M]. 4版. 北京:法律出版社, 2018: 796.
- [6] 王泽鉴. 民法学说与判例研究:重排合订本[M]. 北京:北京大学出版社, 2015: 1328.
- [7] 王利明. 违约中的信赖利益赔偿[J]. 法律科学(西北政法大學学报), 2019, 37(6): 120-130.
- [8] 郝丽燕. 违约可得利益损失赔偿的确定标准[J]. 环球法律评论, 2016, 38(2): 48-66.

(责任编辑:王圆圆)