违约损害赔偿范围探讨

张用江

在违约损害赔偿中，争议最大、实践中出现问题最多的是损害赔偿的范围。本文针对这一问题，提出自己的探讨性意见。

一、损害赔偿范围以财产损害为限

违约所造成的损害有两种形式：财产损害和非财产损害，后者又叫精神损害。这两种损害有时单独发生，有时相伴而生。这两种损害是否都可以列入损害赔偿范围，各国的立法规定不尽相同。德国民法对于违约所造成的非财产损害，没有专门规定。从德国民法对损害赔偿的一般规定来看，违约造成的精神损害是不能要求赔偿的。日本民法对违约造成精神损害能否要求赔偿，亦无明文规定，有些学者主张可类推适用关于侵权行为的规定。从我国《民法通则》第120条的规定来看，能够请求精神损害赔偿的，仅限于侵犯了四种人身权即姓名权或名称权、肖像权、名誉权、荣誉权。违约造成精神损害是否可以类推适用《民法通则》第120条的规定，要求赔偿？笔者的回答是否定的。英美法主张，违约给对方造成精神损害的，可以请求赔偿。但这种赔偿只不过是一种名义上的赔偿，其作用在于承认债权人的合法权利受到了侵害。这与其说是违约赔偿责任，倒不如说是一种侵权责任。因为实际上它是因违约的后果给对方的名誉权、荣誉权造成的损害所应承担的法律后果。违约的损害赔偿责任，是一种补偿性的违约责任，没有惩罚性。而违约造成精神损害时，由于赔偿失去了赔偿的基础和衡量的依据，显然已不具备补偿性，而是一种惩罚性措施，这与违约损害赔偿的性质和目的是不相同的。

二、间接损失应纳入损害赔偿范围

损害赔偿的范围，是指违约造成损害以后，如何确定损害的范围，应根据什么原则来计算赔偿的金额。损害赔偿的范围是否应包括间接损失，法学界历来有争议。持反对观点的认为，间接损失是一种可得利益，可得利益毕竟不是现实的财产或利益，它的实现需要一个过程和具备一定的条件，伸缩性大，实践中难以解决其范围确定原则和计算标准。笔者认为，损害赔偿的目的旨在使受害人回复到损害发生前的状态，补偿受害人所受到的损害。因此，凡与违约行为有因果关系的一切损害，均应由违约方赔偿，而不论是直接损失还是间接损失。损害赔偿的范围应是直接损失和间接损失之和。这是因为：首先，对间接损失不加赔偿，不能完全补偿债权人因违约而受到的全部损失，不利于债权人利益的全面保护。当事人签订合同的目的是希望合同得到有效的履行，并通过合同的履行来实现自己的经济目的。合同一旦签订，当事人就会根据该合同的规定组织安排自己的生产经营活动，并以此合同为基

础，与其他单位签订相应的合同。因此，一旦第一个合同得不到履行，与此相关的合同便失去了履行基础而无法履行。实践中，大量合同不履行往往造成间接损失，并且有些间接损失要大于直接损失，如果债务人仅赔偿直接损失，便无法补偿债权人所受到的全部损失。其次，不赔间接损失是责任不明的表现。无论是直接损失还是间接损失，都是债权人因违约而受到的实际损失。如果债务人只赔偿直接损失，无异于让债权人承担了间接损失的赔偿责任。第三，不赔间接损失，不利于当事人认真履行合同。一些合同当事人往往见履行合同无利可图，宁愿赔偿对方的直接损失而不履行合同。如果不赔间接损失，势必助长了这些人任意毁约的心理。第四，不赔间接损失，不利于全面完成国家计划。

损害赔偿的目的在于补偿债权人所受到的损失，而不论这种损失是直接损失还是间接损失。因此世界大多数国家都明文规定损害赔偿的范围应包括间接损失。《法国民法典》规定，损害赔偿的范围一般应包括因不履行合同义务而使对方"所受的现实的损害和所失可获得的利益"（第1149条）。《德国民法典》规定，损害赔偿的范围应包括违约所造成的实际损失和所失利益两个方面，"依事物的通常过程，或已经进行的设备、准备或其他特别情形，可得预期的利益视为所失利益。"（第252条）所谓实际损失是指合同所规定的合法利益，由于可归责于债务人的事由而受到的损害；所谓所失利益，是指如果债务人不违反合同本来能够得到的、现在由于债务人违约而丧失了的利益。《1980年联合国国际货物销售合同公约》规定："一方当事人违反合同应负的损害赔偿额，应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。"（第74条）公约所采取的基本原理是，使受害一方的经济状况同合同得到履行时其原有的经济状况相等，通过赔偿，使受害方回复到如同合同得到履行时同样的境况。其他国家的民商法也有同样的规定。我国《民法通则》规定："当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。"（第112条第1款）《涉外经济合同法》第19条也有同样的规定。从我国现行立法规定来看，损害赔偿范围的法定界限是"相当于另一方因此所受到的损失"，包括直接损失和间接损失。

三、如何确定间接损失范围

间接损失，又叫"消极的损害"，是指应当取得并且可以取得而由于违约事实的发生没有取得的利益，我国习惯上叫做"可得利益"。如由于违约而使对方停工待料而未取得正常的利润。间接损失具有以下特点：1.可得利益是一种未来的财产利益，当违约行为发生时，它只是一种财产取得的可能性，并不是现实的财产或利益，使其变为现实的财产，尚需要一个过程。2.可得利益毕竟不是现实的财产，它的实现并非绝对确实，其真正变为现实的财产，需要具备一定的条件。3.可得利益的实现具有现实意义，只要具备正常的财产流转条件，它就能转化为现实的财产。只要不出意外，这种利益总是能实现的。

要把间接损失赔偿付诸实践，在理论上还必须解决如何确定间接损失这一问题。采取列举的方式来穷尽间接损失的范围在理论上是不现实的。关键是，在确定间接损失范围上，我们应遵循哪些规则。参照国外立法，结合我国的司法实践，笔者认为确定间接损失的范围，应遵循以下规则：

1.可以取得规则　间接损失，又叫可得利益，是指如果债务人履行了合同义务，债权人就可以取得的利益。《德国民法典》规定："依事物的通常过程，或已经进行的设备、准备或其他特别情形，可得预期的利益视为所失利益。"（第252条）所谓依通常情形可得预

期之利益，是指如果债务人全面履行了合同义务，依照事物的自然发展过程，债权人必然会得到的收益，如出租房屋必然会得到租金；商店正常营业，必然会取得正常利润；金钱中必然产生利息等等。反过来讲，这些利益的损失，是债务人违约所产生的合乎事物正常发展进程的必然结果，债务人应当给予赔偿。所谓依特别情形可得预期之利益，是指按照事物通常的发展，未必能取得的利益，但由于存在着其他特别条件而可能取得的利益，常常是债权人已经有了与违约合同相关的计划、设备或准备。特别情形下的可得利益能否列入间接损失范围，关键看债权人是否有某项特定的计划或准备，并为债务人所知或可得而知。需要指出的是，违约金的支付，表现为现有财产的减少，应当列入直接损失，但它却是间接损失而不是直接损失。违约金的支付这种间接损失表现为本来不应支付的财产而支付了。但违约金不支付这种利益，在债务人违约时，只存在取得的可能性，使其成为现实，尚须债权人向第三人履行另一个合同，而该合同的履行在债务人违约时，从理论上讲不是绝对可靠的。因此说，违约金的支付是一种间接损失。

2.合理预见规则　我国《涉外经济合同法》规定，损害赔偿的范围“不得超过违反合同一方订立合同时应当预见的因违反合同可能造成的损失”（第19条）。我国的这一立法规定是符合国际惯例的。《1980年联合国国际货物销售合同公约》规定，损害赔偿，“不得超过违反合同一方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预料到或理应预料到的可能损失”（第74条）。这就是在确定损害赔偿范围时，国际上普遍采用的“合理预见规则”。合理预见规则的著名案例是英国的哈德里诉巴辛达尔一案，案情是这样的：一家磨坊的机轴被损坏，磨坊主把机轴交给某承运人，委托他找一家工厂重做一个新机轴。承运人未能在合理期间内交付新的机轴，因而使磨坊停工超过了必要的时间。磨坊主要求承运人赔偿由于迟延交付机轴所造成的利润损失。上诉法院驳回了原告要求赔偿利润损失的请求。法院认为要求被告预见机轴损坏会导致磨坊完全停工是不合理的，因此，被告对于迟延交货造成的利润损失不承担赔偿责任。违约方只能对可以预见到的损失负赔偿责任，对于不能预见到的损失不负赔偿责任。问题是如何确定合理预见的标准，掌握这个标准的关键是不能使违约方以其事实上没有预见到损失后果为由而免除赔偿损失的责任。因为合理预见包括当事人已经预见到和应当预见到两种情况，如果当事人应当预见而事实上未预见到，当事人仍要负赔偿责任。所以，这个标准是指一个正常的、有理智的第三人处于违约方的情况下，所能预见到的后果。

3.合理计算规则　《民法通则》规定，当事人“可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法”（第112条第2款）。《经济合同法》也有同样的规定。可得利益的计算应建立在可靠的基础上，不能靠推理或想象。为了防止日后对计算标准产生分歧，当事人可以对可得利益的计算标准在合同中加以约定，可以根据相同条件下所获得的利益来确定损失的数额，或采取差额计算法。例如英国1893年货物买卖法规定，如果货物有行市，计算损害赔偿的范围，“应推定为合同价格与应交货之日或接受货物之日的市场价格之间的差价”（第51条）。《1980年联合国国际货物销售合同公约》规定：“要求损害赔偿的一方可以取得合同价格与替代物交易价格之间的差额……”（第75条）。

计算损害赔偿额时，当事人对计算方法有约定的，从其约定；货物有市场价格的，按差额计算法。在不具备上述条件下如何计算间接损失额？这的确是个非常困难的问题。因为间接损失的主要表现形式是利润，而任何行业的利润在不同地区不同时期都是不同的，是一个

可变量。有人提出这样一种想法，按照社会平均利润率或同行业平均利润率来算定间接损失额。这种想法是有积极意义的，但是目前却无法付诸实践。且不说目前我国没有全社会平均利润率，就连同行业平均利润率也无法确定。因而笔者提出，可比照受害人前一段时间的平均利润率或比照与受害人条件相同的第三人的平均利润率来计算间接损失额。比如某甲上个月盈利6万元，由于某乙违约致使甲停业10天，那么这10天损失的利润2万元就应当计入间接损失范围。对于一般行业，按照这种方法来计算间接损失额是可行的。对于随着季节更替盈利发生变化的行业，则应按照该受害人上一年度或与其条件相同的第三人同季节同时期的平均利润率来计算间接损失额。社会生活复杂多样，间接损失的情况千差万别，要想制定出全社会统一的、十分精确的间接损失额计算标准，是做不到的。只能根据每个违约案件的具体情况，在可靠的基础上实事求是地计算间接损失额。

4.减轻损失规则　《民法通则》规定："当事人一方因另一方违反合同受到损失的，应当及时采取措施防止损失的扩大，没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。"（第114条）债权人在对方违反合同时，负有及时采取有效措施尽量减少因对方违约所造成的损失的义务。受害方不应使损失继续增加，然后将这些损失都做为要求赔偿的数额。如果存在减轻损害的条件，而受害方没有及时采取有效措施，那么法院在判决中应当减去原告应该减轻并且能够减轻损失的那部分金额。

一般来说，损害赔偿的范围是直接损失和间接损失之和，这在民法理论上叫做"一般法定赔偿范围"。但在某些特殊情况下，损害赔偿的范围就只包括直接损失而不包括间接损失，这在民法理论上叫做"特殊法定赔偿范围"。例如《经济合同法》第41条规定，对于运输途中货物灭失、短少、变质等损害的赔偿就只包括直接损失而不包括间接损失。该法第40条关于加工承揽合同责任的规定、第43条关于仓储保管合同责任的规定也是如此。

间接损失的表现形式主要有三种：其一，合同得到履行后债权人可以得到的纯利润；其二，违约所造成的后果性损失，如由于违约而造成人身伤亡时当事人的工资损失；其三，孳息，主要表现形式是利息。利息可分为诉前利息和诉后利息两种。诉前利息是从应付款之日到起诉之日的利息；诉后利息，是指从起诉之日到结案之日的利息，利息应包括这两部分。既不能只还借款本金，不赔利息；也不能只赔诉前利息，不赔诉后利息。

四、约定损害赔偿范围

根据合同法原理，损害赔偿范围可以由法律规定，也可以由当事人约定。赔偿额之约定，为约定损害赔偿之额，故如无损害发生，则由债务人负举证责任免除给付约定赔偿额之义务。因而，赔偿额之约定，不同于违约金之约定，无论损害发生与否，只要有违约事实，债务人均得支付违约金。我国现行立法中找不到关于约定损害赔偿范围的规定，只是规定当事人可以在合同中约定对于损害赔偿额的计算方法（《民法通则》第112条第2款，《涉外经济合同法》第20条第1款）。有人认为这就是关于约定损害赔偿范围的规定。笔者不同意这种看法。损害赔偿额计算方法的约定，是指当事人在合同中约定，违约造成损害以后，根据什么原则，按照什么标准、遵循什么程序来确定损害赔偿额。按照约定方法计算损害赔偿额是以实际发生的损害为基础的，和实际发生的损害在范围上是大体吻合的。而约定的赔偿额由于是事先对整个金额的约定，这样约定的赔偿额可能高于实际损失额，可能低于实际损失额。因此，我国《民法通则》第112条，《涉外经济合同法》第20条不是关于约定损害赔偿

范围的规定。传统观点认为，当事人不能事先约定损害赔偿额。笔者认为，为避免损害发生后确定赔偿范围的困难和减少诉讼上的麻烦，当事人事先约定赔偿的金额，无论对双方当事人还是对司法机关或仲裁机关都是有利的。只要不违背法律或社会公共利益，不妨允许当事人在合同中约定损害赔偿额。

一般来讲，损害赔偿额的约定需要具备以下条件：1.赔偿额的约定，以原合同的有效成立为前提，即为原合同的从合同。因此，原合同无效或被撤销，那么赔偿额的约定也随之失去效力；原合同的债权转移，赔偿额请求权也随之转移；原合同债权担保，如无相反规定，也应认为担保约定赔偿额。2.约定赔偿额以金钱支付为原则，但特殊情况下也可以实物支付。3.赔偿额的约定必须在合同订立时或履行前。4.赔偿额的约定，以可归责于债务人的事由发生损害为条件，故有免责条件时，债务人无给付约定赔偿额的义务。

原则上讲，有约定赔偿额的，债权人请求赔偿时，依约定额，实际损失大小，在所不问。但是由于约定赔偿额是在损害发生前约定的，这样约定额和实际损害之间可能有差额。如果差额不大，债权人只能依约定额请求赔偿；如果实际损害明显高于约定额，债权人负举证责任，可就超过部分请求损害赔偿。如果约定额明显高于实际损害，人民法院得减至相当数额。借款合同中约定的损害赔偿额超过银行最高利息的，人民法院得减至与银行利息相当之数额。赔偿额的约定，不妨碍当事人解除合同，也不妨碍债权人行使其他违约救济权。

（作者单位：湖北省高级人民法院）

责任编辑：张　涵

试论精神损害赔偿数额的确定问题

关今华

我国民法通则第120条规定："公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。"该规定为我国确立精神损害赔偿制度提供了法律依据。在认识和实施精神损害赔偿制度过程中，最为困难的问题是如何确定赔偿数额。本文试就这个问题提出一些粗浅看法，以期引起进一步的探讨。

精神损害赔偿为一种特殊民事行为的赔偿，在我国，确定其赔偿数额具有以下特点：

1.精神损害赔偿数额的确定，是基于不法行为侵害民事主体的人格权而造成精神损害所引起的。如果不是因为侵害人格权所引起的精神损害赔偿，就无从谈起精神损害赔偿数额。

2.精神损害赔偿数额不是独立适用的责任形式。在国外，对精神损害案件，法院裁判赔偿金时，既可以是一种独立适用责任形式，也可以是附加并用责任形式。但在我国，从民法通则第120条规定来看，对于精神损害纠纷，只能在实行无财产内容的精神抚慰为主的责任形式前提下，根据案情需要侵害人赔偿损失的，才裁判予以受害人一定数额的赔偿金。然而，