

公平交易法損害賠償制度之 功能與詮釋

以第三十二條第二項規定為中心

黃銘傑*

目次

- 壹、前言
- 貳、公平交易法之規範原理與損害賠償制度
 - 一、公平交易法之規範原理
 - 二、公平交易法損害賠償制度之特色與類型
- 參、公平交易法損害賠償制度之功能
 - 一、三倍賠償責任之功能
 - 二、侵害利益制度之功能
- 肆、公平交易法第三十二條第二項規定之法律性質
 - 一、歸入權
 - 二、不當得利
 - 三、準無因管理
- 伍、公平交易法第三十二條第二項規定之適用
 - 一、「利益」內涵與舉證責任
 - 二、利益之推估
- 陸、結語

關鍵詞：三倍賠償、公平交易法、侵害利益、智慧財產權、損害賠償、舉證責任、懲罰性賠償。

* 日本國立一橋大學法學博士，現任中原大學財經法律學系副教授。

壹、前言

公平交易法（以下簡稱「公平法」）第三十一條規定：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」本條規定為公平法上損害賠償制度之基礎，條文中不曰「權利」，而以「權益」稱侵害客體者，實慮及公平法規範之特殊性。蓋，雖然公平法中亦不乏有類似智慧財產保護之規定，例如第十九條第五款有關技術祕密之保護、第二十條第一項對被普遍認知的表徵之保護以及第二十四條禁止榨取他人努力成果之行為等¹；然而，與商標法、專利法和著作權法等係以國家賦予特定當事人一定期間的專屬排他權，保護其商標、專利或著作之規範方式不同，在公平法的規範體系中，相關當事人並未取得此種排他性的獨占權，當事人之所以受到公平法的保護，乃是因為該法各實體規範條款係以「禁止規定」之方式，要求事業不得為特定行為²。在此規範方式下，當事人因此所取得者，當然非屬權利，而是一定的經濟或財產上之利益，此之所以公平法第三十一條之侵害客體，不限於權利，而擴及於包含權利、利益在內之「權益」是也³。

¹ 依據行政院公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）所頒佈的「公平交易法第二十四條之適用原則」四之（二）之 1 規定，此種「榨取他人努力成果之行為」，其類型具體上有依附他人聲譽、依附他人著名廣告、不當模仿他人商品或服務之外觀或表徵（但不包含已符合公平法第二十條第一項規定之構成要件者）等。

² 其中，可能產生爭議者，厥為第十八條有關維持轉售價格行為之規定，由於該條文言係以「約定無效」之規範方式，令事業喪失其從事維持轉售價格約定之誘因。因此，單從文義上而言，似與其他「禁止規定」條款尚屬有間，惟公平會於實務運作上，將本條規定亦當成一般禁止規定加以運用，故而實際上並無予以區別之必要。有關於此，參照拙著，〈維持轉售價格規範之再檢討〉，台大法學論叢 29 卷 1 期，台北（1999）。

³ 有學者更指出：「公平交易法第三十一條所指之權利乙節，應僅指第二十

上述禁止規定之規範方式，間接影響到公平法整體損害賠償制度之設計，從而在緊接著前述第三十一條之後的第三十二條規定，乃有不同於一般損害賠償制度之作法。該條規定不僅於第一項中，令法院得就故意為違法行為之事業，命為三倍以下之懲罰性賠償；第二項規定更將賠償額之計算，從賠償權利人之觀點，轉變至針對賠償義務人，進而要求「侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額」⁴。傳統上，以填補被害人所受損害及所失利益為重心的損害賠償制度⁵，因上述公平法第三十二條規定的存在，似有產生質變之情事。究竟，此一質變因何而生，其實質內涵、具體功能為何，在解釋、適用上，又應如何為之，令其預定功能得以發揮至最大效應？凡此種種，皆為面對公平法上述損害賠償制度時，吾人所必須回答之問題。雖然，有關公平法之損害賠償制度，國內學界迭有文章探討者⁶，惟其內容多著重於第三十二條第一項規定，詳細分析同條第二項規定之來由及意涵者，幾不可見。有鑑於此，本文對於公平法損害賠償制度研析之重心，乃置於第三十二條第二項，以補目前學界對此檢討之不足。

在上述問題意識下，本文於以下第二節中，首先針對公平法本

條之姓名權、商標權等而言。準此，違反公平交易法而同時構成民法第一百八十四條第一項前段之侵權行為者，應非常見。」參照曾世雄，〈違反公平交易法之損害賠償〉，政大法學評論 44 期，頁 354，台北（1991）。由此可知，在著重維護客觀的競爭秩序或交易秩序之規範前提下，權利實非公平法所欲保護之重心。

⁴ 以下，簡稱此公平法第三十二條第二項的規定內容為「侵害利益」。

⁵ 參照曾世雄，《損害賠償法原理》，再版，台北（1986）。

⁶ 參照曾世雄，前揭註 3；黃茂榮，《公平交易法理論與實務》，頁 517-522，植根法學叢書，台北（1993）；賴源河編審，《公平交易法新論》，第四部第一章〈民事責任〉（汪渡村執筆），元照出版公司，三版，台北（2000）；曾品傑，〈從民法到公平交易法——以損害賠償為中心〉，公平交易季刊 6 卷 1 期，台北（1998）。

身於法體系中之定位及其規範原理，加以說明，並藉此釐清公平法實體規範之類型及其與損害賠償制度間之關係；其次，在第三節中，承續前節之成果，分析公平法上損害賠償制度所具有之功能；接下來的第四節，則基於前述規範功能、原理論之啟發，探討公平法第三十二條第二項規定之法律性質；在第五節裡，則以公平法第三十二條第二項中「利益」之意涵與舉證責任之關係、利益之推估二者為例，闡述該項規定具體適用時，應注意之事項；最後，則就本文之論述，作一總結。

貳、公平交易法之規範原理與損害賠償制度

一、公平交易法之規範原理

若欲理解公平法上損害賠償制度之功能，首先吾人必須針對公平法本身在整個法體系中之定位，予以釐清。

基本上，對於現行法規範，吾人可大致將之歸類為二種不同類型：一種稱之為「普遍主義型法律」，傳統的民、刑、商法等著重權利義務規範之法律者，屬之；另一種類型稱為「管理型法律」，係由以實現公共政策為中心，強調資源分配規範之法律群所組成⁷。前者類型之法律，其規範原理乃是從形式的概念出發，基於法律要件、效果、事實認定等三段論法的邏輯推演，經由裁判過程，再由法官基於法規範調和、解決社會紛爭之觀點，平衡原、被告雙方間個別、具體的正義。相對於此，後者類型之法律，其主要立法目的並非為平衡當事人間的個別正義，所追求者乃是一定的社會、經濟政策目

⁷ 有關此二類型法律之分類，其基本特質、思考模式、規範程序等，參照田中成明，《法理學講義》，頁 86-90，有斐閣，東京（1994）；另參照拙著，〈經濟法基本性格論〉，政大法學評論 58 期，台北（1997）。惟需注意者，田中成明教授關於法律之分類，尚有第三類的「自治型法律」，但有鑑於此一類型的法律，與本文分析並無重大關連，故略去不予介紹。

標等總體之正義，法律於此所扮演之角色，實是如何實現此等社會、經濟政策之手段或工具，從而於此種政策導向型的法律中，其思考或決定模式，乃有別於傳統的民、商法等之要件、效果論，而係目的與手段間之關係。易言之，如何選擇最有效的手段，以最經濟的手法，達成該當法律所欲實踐之目的，厥為此等政策導向型的法律思考重心之所在。吾人可藉由下表之整理，將二者歧異處交互對照⁸：

法律類型	權益種類	法的程序	正義類型	思考模式	解釋準則
普遍主義型法律	權利、私的利益	裁判、紛爭解決	形式的正義	法的(準則或規範導向型之)思考	法的安定性
管理型法律	公益實現能力	政策、計畫	參加的、實質的正義	科學的(結果導向型、功利主義型之)思考	合目的性

毫無疑問地，當公平法第一條立法目的曰：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法」時，吾人已了然於心，公平法乃屬於上述分類中之管理型法律，從而其解釋、運用，當應依循管理型法律之規範原理為之。尤其是，就損害賠償制度而言，前述規範原理中之著重公益實現觀點、結果導向型或功利主義型之思考模式以及合目的性的解釋準則三者，特別重要。由於前二者之存在，使得公平法跳脫一般民法誠信原則或公序良俗之拘束，時而其指導理念被設定為經濟效率之實現⁹；由於

⁸ 參照糊澤能生，〈法をめぐる二つの概念群の統合方法 N ルーマン場合〉，早稻田法學 60 卷 4 號，頁 105-106，東京（1985）。

⁹ 參照賴源河編審，前揭註 6，頁 27-34（張長樹執筆）；曾品傑，前揭註 6，頁 100-101；劉紹樑，〈從意識型態及執行實務看公平交易法〉，政大法學評論 44 期，頁 19-21，台北（1991）。惟鑑於我國公平法之規範，乃由限制競爭規制與不公平競爭規制所構成，從而成此等論者多主張：有關限制競

後二者之運用，使得吾人於適用公平法的各條規定時，無論其為實體規定，抑或為程序、救濟規定，均應時刻對照於公平法之規範目的，以合目的性的解釋法則，尋求公平法規範理念之實踐。

二、公平交易法損害賠償制度之特色與類型

雖然，因為國家整體權力分配的設計，使得有關損害賠償之請求，必須經由司法程序為之，從而縱令是公平法上的損害賠償制度，其法的程序之實踐亦不得不落入前述普遍主義型法律之裁判程序中。然而，並不能因此立即主張，公平法上的損害賠償制度與一般民法規範的損害賠償制度，其本質、功能係屬相同。蓋，由於對管理型法律上述規範原理之認知，使得公平法的立法者在第三十一條之一般性損害賠償制度外，另於第三十二條規定中，追加二項特殊的損害賠償制度，藉以促進公平法規範原理與目的之實現。公平法有別於傳統民法損害賠償制度的特色，於焉產生，而此二項制度其來源、理論基礎又為何，值得深入探討。

（一）以金錢賠償為原則

民法上的損害賠償制度，從填補損害的觀點出發，故而其賠償方式以回復原狀為原則¹⁰。然而，不論是公平法第三十二條第一項之三倍賠償，抑或是同條第二項的侵害利益規定，胥皆以金錢賠償為基礎，此種以金錢賠償為原則之規範方式，突顯出公平法的規範客體所帶給予損害賠償制度之衝擊。蓋，正如論者所言：「違反公平交

爭規制，其目的應為經濟效率之實現；但於不公平競爭行為之規範上，其目的仍為公序良俗、誠信原則之實踐；縱使認為經濟效率於不公平競爭規制宗，具有一定意涵之論者，亦僅主張，經濟效率於此僅得例外地成為不公平競爭行為的違法性阻卻事由。然而，有關不公平競爭行為之規制，並非全然不可以從經濟分析方面著手，而主張其規範仍係從經濟效率提升之觀點出發。參照田村善之，《不正競爭法概說》，頁 9-20，有斐閣，東京（1994）若此，則整部公平法，其規範理念亦非不得視為經濟效率之促進。

¹⁰ 參照曾世雄，前揭註 5，頁 7-9。

易法，所破壞者非財物之本體，係交易秩序。」¹¹此種無形的交易秩序或競爭秩序，與其所處特定的空間與時間，具有密切關連，隨著時間的流逝、空間的變動，競爭秩序自亦產生變化；從而對於競爭秩序的破壞，除非時間能夠倒流、空間環境能夠完全控制，否則無法回復原狀。此舉導致公平交易法上的損害賠償方法，乃與民法上以「回復原狀為原則、金錢賠償為例外」之原則相左，而主要落於金錢賠償上，彰顯出公平法第三十二條規定於整體公平法損害賠償制度中所佔有之重要性。

甚者，造成此一原則與例外主客異位的原因之競爭秩序，其所蘊含的二種不同具體類型，各別產出了公平法第三十二條的二種特別賠償規定。

（二）競爭秩序類型與公平交易法第三十二條之關係

1. 競爭秩序之類型

一般而言，公平法上的實體規範所欲保護之競爭秩序大致可區分為二種類型，一曰自由競爭，一曰公平競爭。此由公平法第二章章名「獨占、結合、聯合行為」及第三章章名「不公平競爭」之設計，亦可窺知¹²。自由競爭所要維護者，乃是從「量」的觀點來維護

¹¹ 參照曾世雄，前揭註3，頁360。

¹² 當然，此一區分並不表示，第三章不公平競爭之規範條文中，不含有有關自由競爭規範者，在八十八年二月三日修正公布的公平法第十九條本文中，有關市場效果之要件，從過去僅有「妨礙公平競爭之虞」之要件，追加了「限制競爭之虞」的新要件，以更為明確的用語，表現出第十九條之規範行為客體不僅限於不公平競爭行為，亦含括限制自由競爭之行為。惟如此作法，是否得當，尚有商榷餘地，參照拙著，〈公平交易法第十九條之規範原理與架構〉，月旦法學雜誌 69 期，台北（2001）。此外，公平法第十八條有關維持轉售價格之規定，在其他國家都視為垂直的競爭限制行為，我國法制亦無特殊理由可以自外於此種規範體系，從而第十八條規定基本上亦應視為屬於有關自由競爭之規定。

競爭秩序，要求需有足夠的競爭單位或主體，能夠在市場上從事有效的競爭，而且其競爭行為不能受到不當的限制；公平法有關於此之條文，計有禁止濫用獨占地位行為之第十條、禁止聯合行為之第十四條、禁止維持轉售價格協定之第十八條及禁止有限制競爭或妨礙競爭之虞的第十九條第一、二、四、六款等規定。

相對於此，傳統的公平競爭規範所欲維護者，乃是從「質」的觀點出發，對於在競爭或交易上有違反商業倫理、道德之行為，予以禁止，令事業得以在公平、對等的基礎上，從事競爭；公平法有關於此之條文，計有禁止妨礙公平競爭之虞的第十九條第三、五款、禁止仿冒行為之第二十條、禁止虛偽不實廣告的第二十一條、禁止營業毀謗的第二十二條及第二十四條之禁止事業為欺罔或顯失公平行為之規定¹³。

其他國家法制，對此「自由競爭」與「不公平競爭」，多利用不同的專法予以規範。例如，在美國，有關自由競爭規範之法律，即一般所通稱的「反托拉斯法」(Antitrust Laws)¹⁴，有關不公平競爭之法規範，則有聯邦的「藍哈姆法」(Lanham Act)及各州「普通法」(Common Law)中之不公平競爭規範¹⁵；德國則以「營業競爭限制

¹³ 論者有謂，德國二部重要的公平交易法律中，不正競爭防止法所欲規範者，乃是「如何」的自由，營業競爭限制防止法則以「是否」自由，為其規範目的，其意即在於「質」與「量」之差異。參照蘇永欽，〈論不正競爭和限制競爭的關係——試從德國現行法觀察〉，台大法學論叢 11 卷 1 期，頁 72，台北（1981 年）。

¹⁴ 「反托拉斯法」乃有關自由競爭法律規範之總稱，其主要法律包括休曼法(Sherman Act)、克萊登法(Clayton Act)以及聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)等法律。有關此等法律條文之中譯，參照行政院公平交易委員會，《各國公平交易法相關法規彙編》，台北（1993 年）。

¹⁵ 有關於此，參照 The American Law Institute, Restatement of the Law (3rd) Unfair Competition (1995)。

防止法」及「不正競爭防止法」，保護自由競爭與公平競爭¹⁶；在日本，則有主要以促進自由競爭為目的的「獨占禁止法」和以維護公平競爭為職志的「不正競爭防止法」之存在¹⁷。我國公平法於民國八十一年制定時，有鑑於該二種法律，同以維持健全的競爭秩序為目的，從而乃將之合而為一，一起納入該法的規範對象中，此誠屬正確之舉¹⁸。然而，從我國公平法主要係繼受美、德、日等國競爭法制之觀點來看，於適用、解釋公平法之規定時，該等國家相關法律制度就成為非常重要的參考對象了。於此，吾人不禁要問，將自由競爭與公平競爭分別專法予以規範之作法，對於損害賠償制度的構成有何影響？

2. 競爭秩序類型與損害賠償制度

就法體系之觀點而言，前述有關自由競爭與公平競爭法規範之區分，最大意義在於，傳統上有關不公平競爭之法規範，乃是廣義的智慧財產（Intellectual Property）法之一環¹⁹，「巴黎公約」第十條

¹⁶ 參照蘇永欽，前揭註 13。

¹⁷ 有關此等法律條文之中譯，參照行政院公平交易委員會，前揭註 14。

¹⁸ 此一作法的正當化理由在於，盱衡各國不公平競爭規範的發展情勢，已逐漸從原有有關個人利益救濟及主觀權利維護的作法，漸次發展為重視公益的實現與客觀制度之維護，使得其與自由競爭規範二者間，界線逐漸模糊，而生統合之契機。有關不公平競爭概念的內涵及其與自由競爭間之關係，參照渋谷達紀，〈不正競爭の概念（一）（二）〉，民商法雜誌 123 卷 1、2 號，京都（2000）。

¹⁹ 國內多將「Intellectual Property」譯為「智慧財產權」，並將有關於此之法律稱之為「智慧財產權法」。然而，如同本文前言所述，法體系對於人類智慧的結晶物，並非專以賦予一定期間的獨占排他權之方式，加以保護，尚有透過如禁止第三人為一定行為之方式，保護此等智慧結晶；箇中，最著名者，除公平法上有關不公平競爭行為之規定外，厥為為保護營業秘密而於民國八十五年一月制定公布的「營業秘密法」，該法對於具有經濟、財產價值的營業秘密，並非以賦予排他性的獨占權之方式，加以保護，而係

之一即規定：

- 「(1) 各同盟國應確保同盟國家之國民免受不公平之競爭。
- (2) 凡違反工商業務之誠信競爭行為，均構成不公平競爭之行為。
- (3) 各同盟國家應禁止下列行為：
 - 1. 任何使公眾對競爭者之商號、商品或工商活動等，產生混淆之行為。
 - 2. 於交易過程中，以不實陳述損害競爭者之營業、商品或工商活動之信譽者。
 - 3. 於交易過程中，以標示或陳述，致使公眾對商品之性質、製造過程、特徵、用途或數量產生誤認。」²⁰

由我國公平法第二十條至第二十二條及第二十四條之規範，幾與本條內容重疊一事，亦可得知，不公平競爭規範為智慧財產法體系的一環，殆無疑義。此一認識，在有關公平法的損害賠償制度之理解上，具有重大意義。蓋，如同前述，公平法的損害賠償制度主要架構有三：(1) 第三十一條的一般性損害賠償之規定；(2) 第三

藉由禁止他人為特定侵害營業秘密之行為，保護此等營業秘密的經濟價值。根據「世界智慧財產組織」(World Intellectual Property Organization, WIPO)之見解，此等有關不公平競爭或營業秘密之規範，亦為智慧財產法體系之一環(WIPO (ed.), Introduction to Intellectual Property Theory and Practice 3-4 (1997))。若此，則「Intellectual Property」不應遽譯為「智慧財產權」，而應譯為「智慧財產」；若欲稱為「智慧財產權」，則其英譯原文應為「Intellectual Property Right」，此由最近世界貿易組織中「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)，即有「Rights」一字可以推知。綜合上述，本文以下對人類智慧結晶稱為「智慧財產」，而有關此等之法律，則稱之為「智慧財產法」。

²⁰ 本條中文翻譯，主要參照經濟部智慧財產局編，《巴黎公約解讀》，頁 99，台北（2000 年），而於部分文字依筆者個人見解，略作修正。

十二條第一項之三倍懲罰性賠償責任；(3) 第三十二條第二項的侵害利益制度。從比較法之觀點來看，第三十一條的一般性損害賠償制度，並無甚特殊性，所有國家都有本項制度²¹；較有檢討之必要者，厥為三倍賠償與侵害利益二者規範之源頭。

立法者在有關公平法第三十二條的立法理由上，都說明不論是三倍賠償責任，抑或是侵害利益制度，皆係參考美國立法例，但具

²¹ 於此，可能產生之爭議，厥為究竟公平法第三十一條所規定之賠償責任，係為過失責任，抑或屬無過失責任。或有從被害人救濟之容易性、執法成本等考量出發，而主張本條規定應屬無過失責任者，參照曾品傑，前揭註 6，頁 103-105。此一見解，其立論目的，值得肯定，惟對照於消費者保護法第七條無過失責任之設，不僅經過長期的努力，且必須藉由「危險」概念，於條文中明示之，始取得無過失責任之地位。相對於此，公平法上之被害人，不僅不限於消費者，且主要係為事業，加之其並無有關無過失責任之明文規範，解釋上似不得不認其屬過失責任。但正如論者在有關日本獨占禁止法的損害賠償制度上所說，只要可以舉證出違法行為的存在，一般幾乎都可推定其有過失，於不少情形，甚至可推定其有故意，要推翻此一推定，幾屬不可能之事，此事使得在獨占禁止法的違反上，過失責任與無過失責任間，並無重大差異。參照正田彬，《全訂獨占禁止法講座 II》，頁 356-357、363-364，日本評論社，東京（1981）。此外，肯定無過失責任之論者，所掛念的舉證責任負擔之問題，從公平法整體損害賠償制度之架構來看，應是第三十二條第二項處理之對象，而非為此目的，即反推第三十一條屬無過失責任。

體上，係參照何種法規而來，卻未言明²²。雖然於法案審查過程中，法案起草機關曾經指出，三倍賠償責任係仿照美國克萊登法第四條規定²³而設²⁴，但遍查立法資料，卻無法得知第三十二條第二項的侵害利益制度，具體上仿照美國何種立法例而定，包含克萊登法在內的反托拉斯法各個法律，亦無有關此種賠償制度之設。

雖然如此，二個線索卻指出，本項條文所仿照的美國立法例，當係聯邦商標法之藍哈姆法的相關規定。第一，從前面有關公平法的規範架構中，可以得知，既然有關自由競爭的反托拉斯法等法律中，並無類似本項規定之條文，則此一條文可能參照者，應是有關不公平競爭之法律，而如同前述，美國各州對於不公平競爭規範，主要係以普通法或判例法方式為之，從而無所謂「立法例」可資參照，於此僅剩下聯邦有關標章及不公平競爭規範的藍哈姆法了。第二，在有關三倍賠償責任的說明上，法案起草機關曾於立法過程中

²² 公平法第三十二條之立法理由如次：

- 「一、由於被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵。參照美國立法例，明定法院因被害人之請求，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害額之三倍。
- 二、侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當，故本條第二項參考美國立法例，規定被害人得請求專依侵害人因侵害利益所受之利益計算其損害額。」

²³ 克萊登法第四條第一項如是說：「因反托拉斯法中之禁止行為致其營業或財產上遭受損害之人，不問其系爭數額如何，得向被告之住所地、現在地或其代理人之所在地之該管地方法院，訴求三倍於損害之賠償金額、訴訟費用及合理之律師費用。」本項規定中譯，參照行政院公平交易委員會，前揭註 14，頁 2-6。

²⁴ 立法院秘書處編印，《法律案專輯第一百三十二輯 公平交易法案》，頁 231，台北（1992 年）。

指出：「本草案於經濟部研擬時，廖教授提出採二倍的賠償，但後來因為商標法第六十四條第三款有類似之規定，故而提高為三倍。」²⁵實則，商標法第六十四條從過去到現在，既未有所謂的第三款存在，即便是現行商標法有關損害賠償金額之第六十六條第一項規定，於立法當時亦未有此三倍賠償責任的規定。雖然有此疏失，但亦可窺知法案起草者，認識到商標法制與公平法間的關連性，而以商標法作為其相關規定起草之依據。

實際上，不僅我國商標法第六十六條第一項第二款²⁶有類似於公平法第三十二條第二項之規定，美國聯邦蘭哈姆法第三十五條第一項除於第一款規定，被害人可以請求以侵害人之侵害利益所得²⁷，作為其賠償額外；甚者，該項規定亦容許法院於依第二款判決一般賠償時，得視情況，命侵害人為三倍以下之賠償²⁸。若從公平法第三十二條規定，既有三倍賠償責任，又有侵害利益制度之規範架構來看，謂其係仿蘭哈姆法第三十五條第一項而來，似乎更為貼切。若此，則至少就公平法第三十二條第二項規定而言，於其解釋、適用時，美國蘭哈姆法第三十五條第一項的規範內容，就成為重要之參考指標。

²⁵ 同前註，頁 231。

²⁶ 商標法第六十六條第一項第二款規定：「商標專用權人，依第六十一條請求損害賠償時，得就左列各款擇一計算其損害：

二、依侵害商標專用權者因侵害行為所得之利益」。

²⁷ 美國法上，一般稱此侵害利益制度為「Accounting」。

²⁸ 該項規定前段如是說：「(a) When a violation shall have been established in any civil action arising under this Act, the plaintiff shall be entitled to recover (1) defendant's profits, (2) any damages sustained by the plaintiff, and (3) the costs of the action. In assessing damages the court may enter judgment, according to the circumstances of the case, for any sum above the amount found as actual damages, not exceeding three times such amount」。 15 U.S.C. §1117.

經由以上敘述，吾人可以得到二點初步的結論。其一，不公平競爭規範為廣義的智慧財產法體系之一部分，從而其損害賠償制度，亦與其他智慧財產法有相當的類似性²⁹。其二，公平法第三十二條第二項規定，係仿照美國聯邦蘭哈姆法第三十五條第一項而來，若此則後者之運用經驗，當為前者適用、解釋上，重要之參酌準據。有了這二點的認識後，我們可以依此進一步探討公平法第三十二條第二項規定之功能。

參、公平交易法損害賠償制度之功能

一、三倍賠償責任之功能

由上可知，在有關損害賠償制度上，公平法的立法者顯然無法滿足於僅是具有損害填補功能的第三十一條規定，從而乃針對管理型法律所特有的公益導向、政策導向之性格，另外制定出第三十二條規定。因為，如同前述，鑑於競爭秩序的不可回復性，使得公平法實體規範之主軸，必須置於禁止規定上；若此，則作為公平法整體規範體系一環的損害賠償制度，其所著重者，亦非僅止於損害填補功能，而係如何配合公平法實現競爭公益之意旨，防杜違法行為發生於未然，避免競爭秩序遭到無謂或無可回復的破壞³⁰。公平法第

²⁹ 除前述商標法第六十六條第一項第二款規定外，其他與公平法第三十二條第二項規定類似者，尚可見諸於著作權法第八十八條第二項第二款、專利法第八十九條第一項第二款、積體電路電路佈局保護法第三十條第二款、營業秘密法第十三條第一項第二款等規定。

³⁰ 尤其是，民國八十八年的公平法修正，採取了「先行政後司法」的規範原則，除了原本就於刑事上具有可罰性之第二十二條的營業誹謗規定外，其他實體規定的違反，其後並不直接科處刑事責任，僅而於其違反經公平會命其停止，仍不停止或再犯時，始行課責。此一修正，導致公平法上刑事責任的預防、遏止功能銳減，損害賠償制度所具有的此等功能，於此其重要性倍增。有關「先行政後司法」原則的理念與內涵，參照廖義男，〈

三十二條第一項規定的三倍賠償責任，清楚地表現出此種損害賠償制度之性格。

如眾所周知地，三倍賠償屬於懲罰性賠償制度中之一環，此一懲罰性賠償制度除填補無法請求之損害的功能外，尚具有遏阻或嚇阻功能、報復、懲罰功能以及私人執行法律等功能³¹。由此可知，納入三倍賠償責任後的公平法之損害賠償制度，其功能已遠超乎損害填補功能，而具有刑法、行政法等法律所預期之報復、懲罰、遏阻等功能。此由美國反托拉斯法權威 Richard A. Posner 法官，闡明為何賠償額設定為三倍之敘述，更可清楚地理解到本項規定之立法宗旨。根據氏之分析，之所以設定為三倍者，乃是因為立法者判斷，違反反托拉斯法之行為，其被查獲、處罰的可能性有三分之一，從而為了斷絕違法者之僥倖心理，乃設定三倍賠償額，令其無實施違法行為之誘因³²。立法者所述公平法第三十二條第一項規定的立法理由，避免「造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵」³³，相當契合於此一法理，忠實地繼承了美國法之規範精神。

由此可知，三倍賠償責任之目的，並不在於損害填補，而在於違法行為之預防、遏阻（deterrence）功能上。

二、侵害利益制度之功能

對於上述三倍賠償責任，不僅於立法過程中，立法者有針對其

公平交易法修正之重點與理由》，收錄於氏著，《公平交易法論集（1）公平交易法之理論與立法》，頁 324-331，台北（1995）；陳櫻琴，〈「先行政後後司法」之法律分析〉，收錄於氏著，《公平交易法與經濟政策》，翰蘆圖書，台北（2000）。

³¹ 詳細請參照陳聰富，〈美國法上之懲罰性賠償金制度〉，台灣本土法學 25 期，頁 39-41，台北（2001）。

³² See Richard A. Posner, *Antitrust Law An Economic Perspective* 226-27 (1976).

³³ 參照前揭註 22 之敘述。

意義、功能加以探討³⁴，立法後，亦可藉由各種有關懲罰性賠償的著作探討中³⁵，釐清其功能、宗旨所在。然而，針對同條第二項的侵害利益制度，除少數著作就其法律性質有所分析外³⁶，詳細闡明其具體規範功能者，幾所未見。職是之故，在有關其規範功能的探求上，吾人必須時而求助於美國學說與判例實務，針對其聯邦蘭哈姆法第三十五條第一項第一款之規範功能的說明。依照此等說明，侵害利益制度可能具有四種不同功能：(1) 損害填補；(2) 舉證責任之減輕；(3) 不當利得之剝奪；(4) 違法行為之預防、遏阻³⁷。惟經分析後，損害補償功能與該當制度實際運作有所矛盾，縱令後者附帶地具有前者之功能，但亦非其主要目的，而僅是實現其他功能時的副作用而已。

(一) 損害填補

最能顯現出公平法第三十二條第二項的侵害利益制度，應僅具有損害填補功能者，當是台北地方法院於民國八十九年八月間所做有關日本著名威士忌品牌「Suntory」遭仿冒一案判決中的理由陳述，其謂：「該條項僅係就損害賠償額以侵害人所受利益計算所為之特別規定，其請求權之本質仍為損害賠償請求權，而損害賠償請求權，以實際受有損害為要件，若無損害即無賠償可言，按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任 自應由原告就受

³⁴ 參照立法院秘書處編印，前揭註 24，頁 228-233。

³⁵ 有關懲罰性賠償制度，除前揭註 31 所舉之文章外，尚請參照謝哲勝，〈懲罰性賠償〉，台大法學論叢 30 卷 1 期，台北（2001）；林德瑞，〈論懲罰性賠償〉，中正大學法學集刊創刊號，嘉義（1998）。

³⁶ 參照曾世雄，前揭註 3，頁 359；黃茂榮，前揭註 6，頁 518-520。

³⁷ The American Law Institute, Restatement of the Law (3rd) Unfair Competition § 37 (1995)；Dennis S. Corgill, Measuring the Gains of Trademark Infringement, 65 Fordham L. Rev. 1909 (1997)。

有損害，及被告所受之利益負舉證責任。」³⁸在此想法下，該項判決雖肯定被告確有違反公平法相關規定之行為，但卻因為原告未就其確實受有損害及被告所得利益，盡舉證責任，而否定其得依公平法第三十二條第二項請求賠償。

本案判決在未深究公平法第三十二條第二項之規範功能下，不僅遽下結論將侵害利益制度之功能限縮於僅具損害填補功能，更同時否定其擁有減輕舉證責任之作用，進而間接地排除了其規範上所具有之不法利得剝奪及違法行為預防、遏阻等功能。其論理方式，乃是將傳統的損害賠償原理強套在擁有不同規範功能與原理的侵害利益制度上，爾後再依照自己所熟悉的舉證責任分配法則，進行推理。此種不從規範原理與功能，推出規範法則之論理方式，實有本末倒置之嫌，而其結論，也大大有商榷餘地。

依照判決理由所述，因為損害賠償原則要求，有損害始有賠償、無損害即無賠償，從而原告若未能對其損害加以舉證，則縱令被告因侵害行為受有利益，原告亦無法依本項規定，請求賠償。此種想法之所以成立，乃是其認為，原告所受損害與被告所得利益間，具有一對一的對應關係。申言之，被告因違法行為所獲利益，即是原告因此所失之利益。然而，吾人之所以對含括不公平競爭在內的智慧財產予以優渥的保護，特別賦予其一般損害賠償制度所未擁有的侵害利益法則³⁹，除因其權益客體之無體性，而其侵害有特殊型態外⁴⁰，更因為智慧財產所具有之規模經濟的特質⁴¹。因此規模經濟的特

³⁸ 台灣台北地方法院八十九年八月三十日判決，八十七年度訴字第一二七二號。

³⁹ 如同前述（參照前揭註 29），幾乎所有的智慧財產法的損害賠償相關規定中，都有此一侵害利益制度。

⁴⁰ 一般而言，對於有體物之侵害行為，吾人可以利用物理方法，將之置於自己的占有下，或圍起柵欄、或藏諸於保險櫃中，以防止他人的侵害行為。相對於此，智慧財產等無體財產由於屬無實體的存在，從而無法將之限定

質，使得被告所獲利益與原告所失利益二者間，無法呈現出一對一的相互對應狀況，進而否定了侵害利益的損害填補功能⁴²。

無庸贅言地，一項智慧財產之創出，其主要成本或耗費於研發階段（如專利）或在其初期或持續的促銷活動之投資上（如著名標章），此外在其進行大量生產時，廠房、機器設備等固定成本的支出，亦佔有重要角色。此舉導致針對每個物品單位所花費的變動成本，有時可能會變得微不足道。於此情形下，對具有此類經濟特性的智慧財產之侵害，就可能產生二種不同結果：（1）侵害人由於無須付出鉅額的研發或促銷成本，導致其整體產銷成本降低，使得其因每件仿冒品銷售所得之利益，遠高於被侵害人；（2）由於侵害人仿冒品的推出，增加了市場上的供給量，不僅侵害人多傾向於以低於被侵害人的定價銷售，被侵害人亦因為市場整體供給數量的增加，而被迫必須就其商品調低售價，再度壓縮被侵害人之利益空間。

有鑑於此，縱令被害人真能如前述台北地方法院判決所要求的，舉證出其本身因此所受損害；然而，此際之所受損害，其計算

於一定的物理空間中，因此侵害行為並無一定的空間限制，在各個地方都有侵害行為存在的可能，此舉使得權利人無法早期發現侵害行為之存在，而迅速地制止其存續。其次，由於智慧財產所具有之「非敵對性」（nonrivalry）或「集體消費性」（collective consumption）及「無排他性」（nonexcludability）等公共財特性（有關此等公共財的特性，參照陳昭南、朱敬一、許松根、林全等，《經濟學》，頁 245-246，華泰文化，台北（1998 年）），使得可能在同一時間，於不同地點，同時並存有多個侵害行為，結果使得智慧財產之侵害具有快速蔓延的特質。鑑於上述智慧財產侵害之特質，法律乃對其侵害行為，給予相對的優渥保障。有關於此之詳細敘述，參照田村善之，《知的財產權と損害賠償》，頁 122, 207-208，弘文堂，東京（1993）。

⁴¹ See Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice* 239 (2nd ed., 1999).

⁴² Corgill, *supra* note 37, at 1917-25.

若僅侷限於因侵害行為所減少之銷售量與其每單位製造所需的變動成本間之關係的話，則未將研發、促銷及其他固定成本，考量在內，其不當性顯而易見；再者，設若所受損害，係以被侵害人每單位所失利益乘以因侵害行為所減少之銷售量，則如同前述，因侵害行為導致被侵害人被迫必須調降其售價，此時所失利益之計算，仍無法忠實地反映出其真正所受損害。不論何者，在智慧財產的侵害上，多數案件其被害人所受損害或所失利益與侵害人所獲利益間，都無法呈現出和諧的對應狀態。若此，則定要強加被害人舉證責任，證明出其具體上受有何種、多少損害額，始承認其求償權利之論理，其理論基礎何在，令人不解。司法實務運作，在把立法者為特殊考量所定的特別規定，依舊牽制以一般損害賠償法則的枷鎖後，使得立法者的良法美意盡失。

此外，若真如前述判決所暗示的，所受損害與所得利益間，應具有一定的對應關係，則侵害人與被侵害人間，當以具有競爭關係者為限，如此方能將侵害人之銷售量，視為被侵害人因此所喪失之銷售量。然而，不僅我國公平法第三十二條第二項規定，並未將競爭關係作為當事人適格之要件，該項規定所繼受的美國法制，於此亦不要求二者間必須具有競爭關係⁴³。最顯明之事例，例如我國公平會對於冒用他人著名標章行為，其違反之成立，僅以榨取他人努力成果為前提，而不問二者間是否具有競爭關係⁴⁴。如此一來，更難肯定公平法第三十二條第二項之規範功能，主要在於損害之填補。

綜上而言，在缺少了所受損害與所得利益間，一對一的對應關係後，侵害利益制度所追求者，就不再是單純的損害填補功能了，

⁴³ See The American Law Institute, *supra* note 36, at 397.

⁴⁴ 參照前揭註 1 之敘述。另參照拙著，〈商號之登記、使用與著名標章之保護——商號法制、商標法、公平交易法的三不管地帶？〉，中原財經法學 6 期，頁 82-87，中壢（2001）。

而是有其更為高階的目標與功能。

（二）舉證責任之減輕

公平法第三十二條的立法理由有謂：「由於被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵」⁴⁵，故制定本條規定。雖然，上述文言，係敘述於同條第一項規定之立法理由中，惟三倍賠償責任所要求者，乃是「已證明」損害額之三倍。職是，三倍賠償責任之重心，在於「損害額不大」之情形，而非「甚難證明實際之損害範圍」上。由是可以推知，立法者意欲藉由舉證責任之減輕，以促進被害人的賠償請求意願，遏阻違法行為發生者，乃是同條第二項規定，而非第一項規定。此由立法者所強調的繼受美國立法例，其有關侵害利益制度成立原因之一，在於減輕被害人之舉證責任一事，亦可得知⁴⁶。

實際上，在有關智慧財產的侵害方面，因為前述智慧財產侵害所具有之各項特殊性，不僅導致損害範圍非常難以證明，亦使得侵害行為與損害間的因果關係之證明，呈現出難如上青天的困境。為減輕此一舉證責任負擔，以削弱違法行為發生之誘因，立法者乃創設侵害利益制度，將損害賠償運用之重點，由被害人轉移至侵害人，令被害人只要於一定程度上，舉證出侵害人的侵害所得利益，即可依此請求賠償。正如同論者所言：於侵害利益制度上，縱令「賠償權利人未蒙受損害，而賠償義務人受有利益時，賠償權利人仍得主張以賠償義務人所受利益計算損害額」⁴⁷。由此可知，此一舉證責任

⁴⁵ 參照前揭註 22 之敘述。

⁴⁶ See The American Law Institute, *supra* note 37, at 397.此外，日本不正競爭防止法上，與侵害利益制度相類似的規定，其制定主因亦在於舉證責任之減輕，參照小野昌延編，《新 注解不正競爭防止法》，頁 646（松村信夫執筆），青林書院，東京（2000）。

⁴⁷ 參照曾世雄，前揭註 3，頁 359。

減輕制度所適用者，不僅於損害範圍的確定上，就侵害行為與損害間的因果關係之舉證責任，亦一併加以減輕⁴⁸。

（三）不當利得之剝奪

侵害利益制度所具有之剝奪不當利得（unjust enrichment）功能，可以直接從其立法理由中窺知，「侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當」⁴⁹。美國法上，承認剝奪不當利得之起源，乃是因為受託人未經授權而使用信託財產，違反了其應盡之信賴義務（fiduciary duty）⁵⁰。由此可以得知，其行為之不當性，並不在於其因此而導致受益人蒙受多少損害，而係求諸於受託人未經授權或同意之財產使用行為。同樣地，公平法上侵害利益制度所具有的剝奪不當利得功能，亦不在於被侵害人因此蒙受多少損害，而在於侵害人侵害行為本身的不當性。只要侵害人有實施違法行為，並因此一行為而受有利益的話，就必須將其所得利益盡數吐出，而不得繼續擁有之⁵¹。否則，侵害行為將受到獎勵，而公平法

⁴⁸ 日本學說及實務上所強調者，即在於此一因果關係舉證責任的減輕，參照小野昌延編，前揭註 46，頁 648-649（松村信夫執筆）。惟因果關係詳究之，可分為二種不同類型，一種稱為責任成立因果關係，另一則為責任範圍因果關係，王澤鑑大法官對此二種不同的因果關係，有如下之敘述：「1. 責任成立因果關係所欲斷定的是「權利」受侵害是否因其原因事實（加害行為）而發生，因權利被侵害而發生的損害，應否予以賠償，係屬責任範圍因果關係的範圍。2. 責任範圍因果關係所欲認定的不是『損害』與『其原因事實』間的因果關係，易言之，即因權利受侵害而生的損害，何者應歸由加害人負賠償責任的問題。」參照氏著，《侵權行為法第一冊 基本理論、一般侵權行為》，頁 215，台北（1998）。公平法第三十二條第二項侵害利益制度所欲減輕之舉證責任，乃係後者之責任範圍因果關係。

⁴⁹ 參照前揭註 22 之敘述。

⁵⁰ Corgill, supra note 37, at 1931.

⁵¹ Id. at 1931-32.

利用禁止規定抑制違法行為發生之規範意旨，勢必無由實現。

（四）違法行為之預防、遏阻

與三倍賠償責任一樣，侵害利益制度亦具有預防、遏阻違法行為發生之功能⁵²。當吾人在前面有關減輕舉證責任和剝奪不當利得的敘述中，強調侵害利益制度之重心，並不在於被侵害人所受損害的多少，而在於侵害人之違法行為及因此所獲利益時，所意涵者，即是藉此而意欲預防或遏阻公平法違法行為之發生。此一功能之生，源於公平法規範目的係為維持競爭秩序之公益，從而單純地以損害填補為目的之賠償制度，其效益將僅止於實現當事人間的私利調整，而無法顧及整體公益。因此，乃必須設計出異於一般損害賠償原理之賠償制度，令其亦能貢獻於公益之實踐，立法者於此所慮及者，即是三倍賠償責任與侵害利益制度，而二者亦在此一違法行為的預防、遏阻功能上，展現其共同的接點⁵³。

綜上可知，具有舉證責任減輕、不當利得剝奪以及違法行為之預防、遏阻等功能的侵害利益制度，不僅於功能上超越了傳統損害賠償制度僅具有的損害填補功能，亦徹底地顛覆了吾人對於傳統的損害賠償制度所預定之舉證責任分配、損害額算定等法則的想法，而有必要配合其制度目的，重新認識此等法則於該制度中所具有之意義與作法。對於此一主張，或以為，如此解釋之侵害利益制度，已非損害賠償制度之一環，而隸屬於不當得利或無因管理之範疇中。就此，更換章節加以論駁。

肆 公平交易法第三十二條第二項規定之法律性質

國內法界關於公平法第三十二條第二項侵害利益制度之法律性

⁵² The American Law Institute, *supra* note 37, at 397.

⁵³ Corgill, *supra* note 37, at 1926-29.

質，大致有三種不同見解：(1) 類似民法第五六三條之歸入權者⁵⁴；(2) 不當得利⁵⁵；(3) 民法第一七七條第二項之準無因管理或不法之管理⁵⁶。本文則以為，侵害利益仍為損害賠償制度的一環，僅是鑑於其制度功能與特殊性，而必須賦予其新的解釋。以下，分述之。

一、歸入權

本說立論基礎不甚明朗，主張者僅舉出民法第五六三條及當時的專利法第八十三條等為據。若專利法「第八十三條」係為當時專利法「第八十二條」之筆誤，則其時專利法第八十二條第一項第二款相當於現行法第八十九條第一項第二款，確實係與公平法第三十二條第二項類似之侵害利益制度。惟以同類制度相互解釋其法律性質，陷於套套邏輯之論調，與沒有解釋相同，實不足取。從而，本說所強調者，當為民法第五六三條所寓含之歸入權想法。

然而，民法第五六三條第一項規定，乃係針對因負有信賴義務或忠實義務⁵⁷，而不應貿然從事競業行為的經理人，在沒有取得商號之同意下，即行競業，從而將其所得利益，視為對商號之賠償。雖然，如同前述⁵⁸，侵害利益制度的功能之一之不當利得的剝奪，其起源亦與受託人違背信賴義務有關，但在脫離信託制度，而為公平法所承繼時，已不以當事人間必須具備有信賴關係 (fiduciary relation) 為前提，始得進行求償。此由絕大多數違反公平法之加害人，與其被害人間，都不具有契約關係一事，即可窺知。若此，則以信賴關係的存在為前提之歸入權說，實與公平法之侵害利益制度理念不

⁵⁴ 劉紹樑，前揭註 9，頁 47-48。

⁵⁵ 黃茂榮，前揭註 6，頁 519。惟需注意者，黃教授雖舉出可利用不當得利之理論，說明本項規定性質，但其本身則不贊同此一見解。

⁵⁶ 黃茂榮，前揭註 6，頁 519-520；曾世雄，前揭註 3，頁 359；曾品傑，前揭註 6，頁 115。

⁵⁷ 邱聰智，《債法各論中冊》，頁 299，輔仁大學法學叢書，台北（1995）。

⁵⁸ 參照本文參之二之（三）。

符，而難能採用。

二、不當得利

無法律上原因而受有利益，致他人受損害者，應返還其利益，此為不當得利規範之宗旨。就其著重於侵害人所得利益之觀點上，不當得利與公平法之侵害利益制度，的確具有一定程度的親近性。然而，在不當得利制度下，受損人可得請求之返還利益之範圍，以受領人所得利益與受損人所受損害間，有因果關係存在為前提。故而，受損人所受損害較諸受領人所得利益為大時，後者固應返還前者其所獲利益；但於受領人所得利益超過受損人之損害時，則前者僅在後者所受損害之範圍內，負返還義務。理由在於，利益之所以超過損害，多係因受領人具有特殊技能或設備有以致之，若此則應對此等特殊技能或設備作出回饋，而將之扣除於利益返還範圍外⁵⁹。

上述不當得利原則，基本上仍未脫離前述損害填補的想法，從而要求所受損害與所得利益間，必須具有一對一的對應關係。然而，正如論者所言，公平法上不少違法行為，並不構成「財產利益」自受害人向加害人移動，此與不當得利之構成要件不相當⁶⁰。蓋，產生財產利益在加害人和被害人間移動者，多以二者間具有競爭關係為前提，但如同前述，公平法第三十二條第二項規定的適用，並不以當事人間具有競爭關係為要件⁶¹，拘泥於損害與利益間的對應關係之不當得利，於此實已與侵害利益分道揚鑣。此舉導致吾人無法以不當得利之法理，有效說明侵害利益制度之法律性質。

三、準無因管理

依據民法第一七七條第二項規定，於管理人明知為他人之事

⁵⁹ 以上，參照孫森焱，《新版民法債篇總論上冊》，頁 177，修訂版，台北（2000）。

⁶⁰ 參照黃茂榮，前揭註 6，頁 519。

⁶¹ 參照前揭註 43-44 及其本文之敘述。

務，而為自己之利益管理之者，成立準無因管理，其管理人與一般無因管理之管理人，負同樣義務。有論者認為，「只有在無因管理，受害人始得以相當於本人之地位，對加害人請求給付『因侵害所獲得之管理利益』」，也因此，只有準無因管理可以合理地說明公平法的侵害利益制度；「惟在此，加害人不但無管理受害人之事務的意思，而且其管理之事務亦不必然具有受害人之事務的性格，不過，即使如此，競爭者間在市場上本來即具有『消長』關係，在此意義下，事業之一方違反競爭法之規定，擴展自己之市場，具有奪取對方之市場的意義，就擴張之市場的部分，將其經營之市場論為受害人之市場，從而將該市場之經營論為管理受害人之事務，不無道理」⁶²。

誠然，在歸入權、不當得利與準無因管理三種理論中，第三種理論在說明侵害利益制度上，似乎最為有力。然而，對以準無因管理法理，說明侵害利益制度之見解，吾人有以下三點疑問。第一，準無因管理以明知或故意為要件，惟公平法第三十二條第二項似未將其請求前提限定於故意情形⁶³；若此，則對於過失之侵害行為，就難能以準無因管理說明了。第二，前述見解在佐證其論理時，強調因競爭者間的消長關係，而可擬制侵害人為被害人管理其事務；然而，如同本文一再強調地，公平法第三十二條第二項並未以當事人

⁶² 參照黃茂榮，前揭註 6，頁 520。

⁶³ 原始的行政院公平法草案第三十二條第一、二項規定，都未有「故意」要件，但在立法過程中，針對第一項，立法者認為，若於過失情形亦可以請求三倍賠償的話，則失之過苛，從而應限定於「故意」之情形，此乃現行公平法第三十二條第一項規定中，有故意要件存在之緣由。參照立法院秘書處編印，前揭註 24，頁 230-231。若就此立法過程中所表示之見解來看，立法者似乎並不認為依同條第二項所為之請求，必須以侵害人有故意為前提；否則，其應如同對待第一項規定之作法，在第二項中亦追加「故意」要件。

間具有競爭關係為要件。最後，準無因管理之成立，係以管理「他人事務」為前提，在被侵害人實際上並未於市場上有製造、銷售活動，或侵害人與被侵害人間無競爭關係，二者所處之市場並不相同時，是否還可以擬制「他人事務」的存在，就有問題了⁶⁴。

由上可知，不論是歸入權，抑或是不當得利、準無因管理，在在都無法充分說明公平法第三十二條第二項侵害利益制度之特質。之所以如此，最重要原因在於，侵害利益制度擁有前述諸多功能，此等功能非歸入權、不當得利或準無因管理任何一者，單獨可以完成的，從而企圖以其中任何一項理論解釋之作法，都難免會有不夠充分之遺憾。於此情形下，吾人或應回歸至公平法該當條項之文言，老實地將之解釋為損害賠償制度的一環。而對於其所具有與傳統損害賠償制度不同之特質，則應視為普遍主義型法律思想下所成型的損害賠償制度，在以插枝法方式納入管理型法律後，所必須作的調適對策。若能如此思考，則吾人於適用公平法第三十二條第二項規定時，將可跳脫傳統的損害賠償法則之窠臼與束縛，進而針對該項規定所欲發揮之規範功能，彈性地解釋其條文內涵，以徹底實現公平法維護競爭秩序之目的。

伍、公平交易法第三十二條第二項規定之適用

具有上述規範功能與特質的公平法第三十二條第二項規定，於具體適用時當然可能產生各種問題，本文於此無法就所有問題一一詳述，僅擇其中較為重要之「利益」內涵與舉證責任之關係及利益之推估二者，分析之。

一、「利益」內涵與舉證責任

一般而言，對於公平法第三十二條第二項規定所稱的「利益」，係指侵害人因侵害行為扣除成本後所得之淨利，多無爭議；問題癥

⁶⁴ 參照田村善之，前揭註40，頁100。

結在於，此際被害人所應舉證者，究竟是此一淨利，抑或無庸舉證出其成本，而僅須就其全部獲利（毛利）進行舉證，扣除必要成本之舉證責任，則落諸侵害人身上。美國蘭哈姆法第三十五條第一項⁶⁵及我國專利、商標、著作權等法制⁶⁶，顯然採取後者之立場，規定被害人僅須就侵害人之毛利進行舉證即可，至於如何扣除成本或必要費用以得出淨利之舉證，則由侵害人負擔之；若侵害人無法就此等成本或費用遂行舉證時，則以被害人所證明之毛利為損害額。然而，公平法第三十二條第二項，並未如同前述所舉各項規定，明示出此一舉證責任轉換的文言，從而法院在適用本項規定時，是否可以依自身之判斷，轉換當事人間的舉證責任，厥為問題所在。

對此問題，本文持肯定的態度，認為法院應只要求被害人就銷售總額行舉證即可，無庸證明其淨利額如何，理由有四：

（一）就比較法之觀點而言，由於一般人民於理解公平法第三十二條第二項規定之內涵時，多會參照我國法所繼受之母法其規定內容，在美國蘭哈姆法相關條文有此舉證責任轉換的規範之情形下，我國法若能作出同樣解釋，將有助於增進一般人民對於法規適用的可預測性或可預期性。

（二）從整體智慧財產法之規範體系來看，縱使有關智慧財產保護之規定，散見於專利法、商標法、著作權法、公平法等各個法律中，惟其保護目的、規範原理，實是一脈相通的。若此，則其他智慧財產法律為實現其規範目的所設計之舉證責任轉換的規定，於公

⁶⁵ 該項規定如是說：「The court shall assess such profits and damages or cause the same to be assessed under its direction. In assessing profits the plaintiff shall be required to prove defendant's sales only; defendant must prove all elements of cost or deduction claimed.」15 U.S.C. 1117 (a).

⁶⁶ 參照商標法第六十六條第一項第二款、專利法第八十九條第一項第二款、著作權法第八十八條第二項第二款、積體電路電路佈局保護法第三十條第二款、營業祕密法第十三條第一項第二款等規定。

平法有關智慧財產保護之規範上，自應有其類推適用之餘地。實際上，日本不正競爭防止法於一九九四年以前，尚未有明文規定，可將侵害利益推定為損害額，但彼國司法實務於有關著名標章事件之運作上，即類推商標法相關規定，減輕被害人的舉證責任⁶⁷。由此可見，就法理而言，其並未禁止此一解釋方式。

（三）由於公平法第三十二條第二項規定之目的即在於加重侵害人的風險、減低其侵害誘因，以遏阻違法行為的發生。為有效實現此一規範目的，勢必要進行舉證責任的轉換。蓋計算成本或必要費用所需之資料均存於侵害人手中，侵害人若事先銷毀或以各種理由搪塞推諉，拒不交出此等資料時，被害人將無由遂行此一舉證義務，結果勢將導致上述立法目的無由實現。故而有必要令最熟悉其成本、費用內容之侵害人，負此舉證責任，此舉不僅符合公平正義原則，亦促進訴訟程序之加速進行，契合訴訟經濟之理念。

（四）立法者未明文規定舉證責任之轉換，並非否定法院於適用本項規定時，不得以解釋方式，肯定舉證責任之轉換；正如同立法者於公平法第三十一條僅規定侵害人應負賠償責任時，並未排除法院得適用民法上其他損害賠償相關規定，以補該條規定之不足一樣。立法者於公平法第三十二條第二項規定上，亦希冀法院於適用時應審酌其規範意旨、違法行為類型、當事人間的地位處境、資訊擁有狀況、與其他法規間的均衡等等因素，就公平法整體規範目的及當事人間個別正義之觀點，合理地行使其裁量權，轉換舉證責任。立法者立法上之疏漏，需要司法實務予以補足。

二、利益之推估

若如同前述，被害人於舉證公平法第三十二條第二項之侵害利益時，僅須就侵害商品之銷售總額進行舉證即可，則將會產生下一個問題，亦即此一銷售總額的舉證，必須精確到什麼地步？

⁶⁷ 參照田村善之，前揭註9，頁118-120。

在美國蘭哈姆法相關規定的實務運作上，為有效實踐其規範之實效性，對此一銷售總額的舉證，並不要求其必須具有百分之百的精確度，只須其金額之計算具有合理的確定性即可⁶⁸。甚而，縱使侵害利益所得並非完全因為侵害行為而生，而可能部分係因為侵害商品本身所具有之特色所帶來的，但只要侵害行為構成相關銷售的一項實質要素，有關此一銷售的全部利益，即應視為侵害利益⁶⁹。如此作法，與侵害利益制度所欲發揮之減輕舉證責任的功能息息相關，鑑於當事人間的資訊不對稱性，若欲促使該當功能能夠充分發揮其效益，則在利益的推估上，應與美國法制有相同的運用方式。

陸、結語

我國法界，過去於論述各個法律中之損害賠償制度時，通常未就該當法律於整個法體系規範中之定位，事先予以釐清，導致動輒以與損害賠償制度或原理不符等理由，否定相關損害賠償規定可能出現的彈性的、動態性的解釋內容，長此以往，或將導致我國損害賠償法制發展的停滯，事屬不當。若此不良影響僅止於學界，則或可以欠缺學術對話為由，一笑置之；然而，如同本文前面所述，司法實務判決，在未深究公平法第三十二條第二項的規範意涵與功能

⁶⁸ 美國權威註釋書如此說：「The plaintiff has the burden of proving the defendant's gross profits with reasonable certainty; mathematical precision is not required. The defendant bears the burden of establishing which, if any, of the total sales are not attributable to the misconduct.」 See The American Law Institute, *supra* note 36, at 398.

⁶⁹ 「the wrongful conduct need not be the sole cause of the sales on which profits are awarded. Some sales may be caused in part by the defendant's misconduct and in part by other factors such as the intrinsic merit of the defendant's goods or the convenience of purchasers. If the wrongful conduct is a substantial factor in producing a sale, the defendant is liable for the resulting profit without diminution for other contributing factors.」 *Id.* at 398.

下，即基於傳統損害賠償法則之觀點，徹底地否定了該項規定之可塑性與伸展可能性，使得受害人雖確實受有損害，但卻求償無門。為泯滅法律規範與社會需求間脫節的鴻溝，吾人實有重新省思損害賠償制度功能之必要。本文從法律類型之分析出發，申述不同類型的法律所具有之不同規範原理，並主張因規範原理之不同，導致在各該法律中之損害賠償制度的設計，亦有其不同的功能取向與性質，而不能以一定型化的法則，制式地鑄模所有法律中的損害賠償制度，直接阻礙了該當制度發展的可能性，間接導致該當法律規範目的無法有效實現。如此立論，是否得當，筆者個人亦難有絕對的自信，僅借本文拋磚引玉，尚祈斯界先進不吝賜教。

中原財經法學

摘 要

我國法界，過去於論述各個法律中之損害賠償制度時，通常未就該當法律於整個法體系規範中之定位，事先予以釐清，導致動輒以與損害賠償制度或原理不符等理由，否定相關損害賠償規定可能出現的彈性的、動態性的解釋內容，長此以往，或將導致我國損害賠償法制發展的停滯，事屬不當。若此不良影響僅止於學界，則或可以欠缺學術對話為由，一笑置之；然而，本文以為，司法實務判決經常在未深究公平法相關損害賠償規定的規範意涵與功能下，即基於傳統損害賠償法則之觀點，徹底地否定了該等規定之可塑性與伸展可能性，使得受害人雖確實受有損害，但卻求償無門。為泯滅法律規範與社會需求間脫節的鴻溝，吾人實有重新省思損害賠償制度功能之必要。本文以公平法上之損害賠償規定為例，從法律類型之分析出發，申述不同類型的法律所具有之不同規範原理，並主張因規範原理之不同，導致在各該法律中之損害賠償制度的設計，亦有其不同的功能取向與性質，而不能以一定型化的法則，制式地鑄模所有法律中的損害賠償制度，直接阻礙了該當制度發展的可能性，間接導致該當法律規範目的無法有效實現。