

從民法到公平交易法 ——以損害賠償為中心

曾品傑*

目 次

| | |
|---------------------|----------------------|
| 壹、前言 | (二)公平法與民法第一八四條第二 |
| 貳、制定公平交易法的社會背景 | 項的關係 |
| 一、當時我國經濟市場的實況 | 二、請求權人 |
| 二、民法不足以規範競爭秩序 | (一)公平法第三十條 |
| 參、公平交易法之規範模式 | (二)公平法第三十一條 |
| 肆、從民法到公平交易法基本原則的修正 | 三、賠償義務人 |
| 一、從誠信原則到經濟效益原則 | 四、因果關係 |
| 二、從維護個人權利到制度性保障 | 五、損害賠償額 |
| 三、從所有權絕對和契約自由原則到其限制 | 陸、公平法與民法損害賠償的相關問題 |
| 四、從過失到無過失責任 | 一、法律行為違反公平法上規定的效力 |
| 五、從著重損害填補到強調行為抑制 | 二、懲罰性損害賠償與慰撫金得否併行請求？ |
| 伍、公平交易法損害賠償規定的解釋適用 | ——從立法政策上的妥當性立論 |
| 一、保護客體 | 柒、結論：兼論我國侵權行為法之未來 |
| (一)利益侵害保護要件之放寬 | |

* 作者現就讀於台大法律研究所民商法組三年級，律師、高考法制人員及格；在此要感謝王澤鑑大法官對本論文架構的指導，以及審查人對本文的指正意見。

壹、前言

我國民法，繼受自大陸法系，以契約自由原則和過失責任主義為其基礎，自民國十八年公布以來，民法便扮演著規範人民交易生活根本大法之角色。惟從七十年代以降，台灣經濟逐漸起飛，迨至八十年代初期，不但產業結構已從傳統的農業形態蛻變為現代以工商業為主的社會形態，而且整體的經濟發展也由開發中國家邁入已開發國家之林。然而，隨著產業結構之升級以及與時俱增的貿易自由化壓力，行政院面對當時國內市場中獨佔、寡占、結合、聯合和不公平競爭的普遍情形，為避免因此而扭曲了價格引導資源有效配置的機能，遂於民國七十年責成經濟部研擬公平交易法。其後經過十餘年間贊成與反對兩股聲浪的熱烈討論，特別是獨佔之部份與對公營事業是否列入該法規範的範圍，聚訟尤烈，最後終於在民國八十年二月四日經立法院三讀通過，並於民國八十二年二月四日正式施行。

公平交易法的制定，其目的即在防止上述扭曲有效配置的惡性蔓延，創建自由與公平競爭的經濟環境以利市場機能的運作，促進國民經濟之安定與繁榮。事實上，公平交易法之制定，一則配合經濟之國際化與自由化的政策目標，一則配合各國實施公平交易法的潮流（註1），是以，此一立法代表著我國經濟管制時代之結束，自由競爭經濟時代之來臨（註2）。

以下本文首先將從制定公平法的社會背景出發，說明台灣社會在七、八十年代產業經濟的狀況，其次介紹我國公平法係集合德、日、韓、美等國公平法規之大成，堪稱一融合了大陸法系與英美法系的規範模式。其後，將說明由民法到公平法之指導原則的修正情形，最後本文會試著對於公平法與民法的損害賠償問題，提出解釋適用的意見，並指明我國損害賠償法未來所可能發展的方向。

註1：公平交易法制之建立及其經濟分析 行政院研究發展考核委員會編印 第一頁

註2：賴源河編審 公平交易法新論 第九十六頁 月旦出版社股份有限公司 一九九四年十一月

貳、制定公平交易法的社會背景

一、當時我國經濟市場結構的實況

依研究報告指出，在民國七十年期間，就產業總和集中度而言，各產業最大五十家或最大一百家廠商之總和集中度，一般以電力、瓦斯及自來水供應業為最高，達100%；其次為銀行保險業、礦業、運輸倉儲通訊業、營造業、製造業，服務業及商業則最低。而且最大五十家廠商之規模遠大於次大的五十家廠商，此反應出最大五十家廠商對台灣地區的整體經濟活動，具有重要的影響。又若與美國相比較，一般而言，台灣地區之總和集中度要比美國來的高（註3），因此極容易形成獨佔或寡占。

其次，根據各種同業公會所提供以內銷數量為統計標準之資料顯示，當時國內水泥業、汽車製造業、機車製造業乃少數企業寡占市場。再者，依照物價督導會報歷年來的會議紀錄及各種同業公會之大會紀錄、理監事會議記錄，以及新聞之報導，時常可見彼時國內廠商利用正式或非正式協議，從事聯合壟斷或限制競爭之行爲者，例如玻璃業、砂石業、肥皂業、輪胎業之價格協定；水泥業之聯合控制市場價格及限制出貨量；棉紗公會之決議集體停工減產；食品飲料業、家電業及汽機車業對經銷商之限制轉售價格與限制經銷地區；肥料統一產銷組織之杯葛阻礙民營肥料廠之競爭；北市百貨小組阻止其他百貨公司之折扣降價等。可知國內獨佔、寡占、聯合壟斷及限制競爭之現象，相當普遍（註4）。此外，關於當時國內不公平競爭行爲的情況，有垂直約定價格、獨家交易安排、搭售、杯葛、低價傾銷、和仿冒等不一而足的情事。

二、民法不足以規範競爭秩序

首先，當時可用以規範限制營業競爭或壟斷情形者，僅能從民法第七十二條公序良俗的規定、第一四八條之禁止權利濫用原則、第一百八十四條第一項後段等規

註3：公平交易法制之建立及其經濟分析 行政院研究發展考核委員會編印 第八十四頁以下

註4：廖義男 公平交易法之理論與立法 第一九二頁以下 八十四年十月印行

定，尋求其私法上的規制；或尚可勉強引用「非常時期農礦工商管理條例」第十二、三十一條等作為行政管制的依據。然而，以上述之民法條文來處理營業競爭或限制營業自由的問題亦有適用上的困難，蓋諸如差別待遇、專屬限制或垂直之價格限定等，企業常係利用其事實上的市場地位，亦即至多僅可認為係事實上經濟霸力之濫用，而非「權利」之濫用；同時該等營業手段也非當然違反一般社會大眾的倫理價值和道德通念，而認係違反善良風俗；抑且如無法律明文之禁止規定，也不能當然認為係不法，從而當事人欲主張法律行為無效或請求侵權行為之損害賠償，即有困難（註5）。

其次，當時可用以規範仿冒、不實廣告等不正當競爭情形者，除依特別法如商標法、專利法來加以救濟之外，只能根據民法第一條的法理、與第一八四條第一、二項予以規制（註6）。惟上述條文或限於特定事項，或過於概括，或對財產上利益的保護要件過於嚴格，實不足以應付形態多元的不正當營業競爭行為。有鑑於此，識者紛紛指出經濟自由化和國際化既然是我國既定的經濟政策，因此在推行此開放競爭之初，應制定一套公平的競賽規則，以規範事業之競爭行為，俾維護正當營業之企業與消費者大眾，否則一旦弊病造成，事後再圖思價格管制的彌補措施，徒使社會負擔大而無當的成本而已，是以，應儘速制定公平交易法。

參、公平交易法之規範模式

公平交易法第五章係關於損害賠償的規定，一共有五個條文，茲擬逐一探求其所繼受外國立法例的規範模式，到底是採擇自大陸法系抑或是英美法系？如為大陸法系，又究屬繼受何國的法律規範？

一、第三十條

註5：廖義男 公平交易法之理論與立法 第三十七頁以下 八十四年十月印行

註6：我國首宗對不正競爭行為的判決係以民法第一八四條第一項後段，以及援引外國不公平競爭之立法例，如德國不公平競爭防止法作為法理而適用民法第一條為根據而下判決，請參閱 林敏生 不正競爭法理之適用在我國法制內成長茁壯——介紹我國法院首宗案例判決 律師通訊一三〇期 第四十頁以下

事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。

本條規定乃為保護被害人權益而設，係民法第十八條第一項（人格權之保護）、第七百六十七條中後段（所有權人之物上請求權）、第八百五十八條（地役權人之物上請求權）、以及第九百六十二條中後段（占有人之物上請求權）的重申。在比較法上，日本（註7）和韓國（註8）不正競爭防止法的規範體例與我國最為相近，略謂如下：因不正競爭行為而侵害自身營業上利益，或認為有侵害之虞者，得向法院請求禁止或防止其行為。其次，在美國克萊登法第十六條（禁止命令與假處分命令）（註9）、德國營業競爭限制防止法第三十五條第一、三項（不作為請求權）（註10）、與德國不正競爭防止法第十三條（不作為請求權）（註11）皆有類似的規定。

值得注意者，係德國不正競爭防止法第二十五條規定：為保全本法所規定之不作為請求權，縱與民事訴訟法第九百三十五條及第九百四十條所規定之要件不符，仍得命為假處分（註12）。德國民事訴訟法第九百三十五條及第九百四十條即相當於我國民事訴訟法第五百三十二條之假處分和第五百三十八條之定暫時狀態之假處分（註13）。由此可知，彼邦認為在訴訟程序上主張競爭法的不作為請求權，其要

註7：日本公平交易法相關法規彙編 第七十六頁 行政院公平交易委員會 八十五年四月

註8：各國公平交易法相關法規彙編 八—六三頁 行政院公平交易委員會編印 八十二年六月

註9：美國公平交易法相關法規彙編 第三十一頁 行政院公平交易委員會 八十四年一月

註10：各國公平交易法相關法規彙編 四—三六頁 行政院公平交易委員會編印 八十二年六月

註11：各國公平交易法相關法規彙編 四—九三頁 行政院公平交易委員會編印

註12：各國公平交易法相關法規彙編 四—一百頁 行政院公平交易委員會編印

註13：第五百三十二條第二項：假處分非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難之虞者，不得為之。

第五百三十八條：關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必

件的審查較諸於民法上的排除請求權為寬鬆，以因應制止性和滿足性假處分的緊急特性，並充分賦予權利人之事前預防與及時救濟之權利保障，俾儘速回復自由的競爭秩序，確保公平的交易環境；此項比較法上的啓發，可供我國學界、實務在解釋適用公平法第三十條時參考。

此外，論者有謂本條之排除侵害，在立法精神及適用要件上與損害賠償有諸多不同，舉其犖犖大者，可概列如下（註14）：

- （一）排除侵害，限於法有明文規定之情形，損害賠償則可因不同的原因而發生。
- （二）排除侵害乃直接打擊侵害，手段上比較激烈；損害賠償則藉助回復原狀或金錢賠償之方法，手段上比較溫和。
- （三）排除侵害，不論侵害有無故意過失或可否歸責，均應予以排除；損害賠償則以有無故意過失或是否歸責，以定責任之有無（註15）。
- （四）排除侵害，只問侵害是否存在，不問是否發生損害；損害賠償則以有損害為其前提。

二、第三十一條

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。

在比較法上，以韓國限制獨佔及促進公平交易法的立法體例與我國最為相近，該法第五十六條第一項規定：事業人或事業人團體因違反本法規定，致他人受有損害時，對該被害人負有損害賠償責任。同條第二項規定：依第一項負有損害賠償責任之事業人或事業人團體，對被害人無故意或過失者，得免其責（註16）。由第二項規定可得知該法第一項規定乃過失推定責任，自不待言。

其次，日本關於禁止私的獨佔及確保公平交易之法律第二十五條，亦與我國規

要者，準用之。

註14：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五二頁 政大法學評論 第四十四期

註15：黃茂榮 公平交易法理論與實務 第五一八頁 植根法學叢書競爭法系列（一） 一九九三

註16：各國公平交易法相關法規彙編 八—二七頁 行政院公平交易委員會編印 八十二年六月

定類似，該條第一項規定：事業進行私的獨佔或不當之交易限制，或使用不公平之交易方法者，對被害人，應負損害賠償責任。第二項規定：事業雖證明無故意過失，仍不得免除前項規定之責任（註17）。查本條採取無過失責任，係為減輕被害者的舉證負擔，同時使其損害容易填補，並課以較一般侵權行為為重的責任，以提高抑止的效果。此外，因為不許違反行為者主張其無故意或過失，本制度可謂具有審理迅速化的意義（註18）。根據立法過程的討論紀錄顯示，有委員以為我國係繼受日本法，採無過失責任（註19）。

至於日本不正競爭防止法第一條之二、韓國不正競爭防止法第五條、德國營業競爭限制防止法第三十五條、以及德國不正競爭防止法第一條（註20）等則皆以過失為其歸責原則。本文認為我國公平法係繼受自日本關於禁止私的獨佔及確保公平交易之法律第二十五條，蓋若繼受韓國限制獨佔及促進公平交易法第五十六條，則須將同條二項關於舉證免責部份一併予以規定，始足以顯示出過失推定責任的立法；而日本關於禁止私的獨佔及確保公平交易之法律第二十五條第二項乃明文排除事業舉證免責的可能，縱使我國公平法第三十一條未繼受該規定，在文義上並不有失於其作為無過失責任的體例。關於本條究屬故意、過失或是無過失責任的爭論，請詳後述。

三、第三十二條

法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，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。

註17：日本公平交易法相關法規彙編 第二十四頁 行政院公平交易委員會 八十五年四月

註18：來生新等四人 競爭法と消費者法の基礎理論 第一七〇頁 礪波野書院 一九九六

註19：立法院公報第七十七卷四十三期，第二一五四號，二二五頁，七十七年五月二十八日；立法院公報第七十九卷九十六期，第二四一六號，七十三頁，七十九年十二月一日。

註20：豐崎光衛 不正競爭と損害賠償 第五九三頁 我妻先生還曆紀念 損害賠償責任の研究 中冊 有斐閣

侵害人如因侵害受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額

。本項立法理由謂：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行為之縱容或鼓勵。爰參美國立法例而引進懲罰性損害賠償之規定。其次，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，縱賠償被害人之損害後，侵害人能保有不法所得，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行為所受之利益計算其損害額。

美國克萊登法第四條 a 項第一款規定：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。本條規範的對象為侵害人的故意行為，其主要目的在於對現在不法行為的制裁和嚇阻將來再發生同一行為，此即是所謂的懲罰性損害賠償。

又第四條 D 規定損害賠償額的計算方式，亦即：依本法第四 C 條 a 項第一款之訴訟，被告被判違反本法規定進行價格約定行為者，被害人損害之總額可由統計或抽樣方法，或先行計算出不法索價過高之數額，或是由法院依其裁量權以其他合理方法計算出損害之總額，毋需經由訴訟提起人之個別請求或由此等人就被害數額作個別舉證以查定出損害總額。本條乃鑑於就被害人個別損害為一一之認定、計算實有相當之困難，是以或採取統計上的估算方法、或以加害人不法所得作為賠償額，或賦予法院裁量權來計算損害額，以避免個別認定所伴隨的舉證困難、欠缺效率和訴訟不經濟。

四、第三十三條

本章所定之請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自為行為時起，逾十年者亦同。

本條乃民法第一百九十七條關於侵權行為損害賠償請求權消滅時效規定的再重申，由此可看出立法者認為公平法上損害賠償的性質就是侵權行為，在比較法上，吾人可從英國法和法國法的觀察中得到印證。英國在一九七三年以前並無可比擬德國的特別競爭法，法國在一九八六年之前也只以其民法第一三八二條，即一般民法

條文，來評斷不正競爭行為（註21）；誠然，競爭法在法國和英國，已部份發展為特別領域，實務上極少和一般侵權行為法有關，而在某些方面，亦已建立了實體競爭法所屬的特性，惟此並不能否認其侵權行為的本質，毋寧是為了因應競爭行為的特徵，而發展出另一特別的規範類型罷了。

五、第三十四條

被害人依本法之規定，自法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙。

其立法理由乃謂：被害人得請侵害人負擔費用，在新聞報紙登載判決書內容，以正視聽，亦兼具補償功效。此不但於我國商標法第六十八條、專利法第九十三條皆有相同的規定，在比較法上，德國不正競爭防止法第二十三條第二項、日本不正競爭防止法第一條之二第四項以及韓國不正競爭防止法第六條亦有類似的規定。

論者有謂本條是民法第一百九十五條後段之「排除違法狀態」規定所延伸出來的財產上請求權（註22），係第三十條排除侵害之後續規定，即為因排除侵害所必要方法之一；惟因第三十四條採概括規定，因而對於第三十一條損害賠償之情形，同樣亦能適用（註23）。本文以為上述見解實屬可採，首先，民法第一百九十五條第一項後段應不是非財產上損害賠償得以回復原狀為方法之規定，蓋非財產上損害賠償有其不可彌補的特性，本質上與回復原狀並不相容。其次，民法第一百九十五條第一項後段實係排除名譽受到貶抑的狀態，而公平法第三十四條只是將此違法狀態之排除請求權轉化成金錢費用的請求而已。再者，關於公平法第三十四條是否適

註21：楊君仁 譯 一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價
九十九頁 法學叢刊 第一六五期

註22：曾世雄 非財產上之損害賠償 第一三一頁 七十八年二月初版 曾氏否定了非財產上損害得以回復原狀之方法給與賠償的可能，而認為民法第一百九十五條第一項之後段規定名譽受侵害者得請求為回復名譽之適當處分，即為一違法狀態之排除。至於回復原狀與排除違法狀態之間的差異，請參見前揭書 第一三五頁

註23：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五七頁 政大法學評論 第四十四期

用於同法第三十條的排除請求權？比較法的觀察提供了肯定的答案，蓋德國不正競爭防止法第二十三條第二項規定：依本法之規定提起不作為之訴時，得於判決中，判予勝訴之一方有權將判決中指定之部份，於一定期間內，以敗訴一方之費用，予以公告之。因此本文對此亦採肯定的見解，應屬有據。

肆、從民法到公平交易法之基本原則的修正

一、從誠信原則到經濟效益原則

民法第一百四十八條第二項和二百一十九條所明定的誠信原則，在整個民法體系上是所謂的帝王條款，君臨法域。雖然公平交易法後半部係規範不公平的競爭行為，論者有謂在此法域「效能競爭」(Leistungswettbewerb)為其指導原則，意即競爭可促使企業努力於品質改良、價格低廉或服務周到，以爭取業務之擴展。倘一企業不致力於這種「效能競爭」，不以價格、品質、服務或有利之交易條件取勝，而採取毀謗他人商譽，或坐享他人成果等手段，自屬違法(註24)。

上述「效能競爭」的本質或可仍歸諸於誠信原則，惟公平交易法前半部所規範的對象是市場經濟的競爭秩序，與其說它要求事業須依誠信原則，踐行民法上所追求的社會公平、分配正義，以及保護弱者(扶助中小企業)等目標，不如說維持一個交易市場的競爭秩序其本質上是屬於經濟問題，所以在此法域的指導原則應是追求經濟效益(allocative efficiency)；意即消費者剩餘與生產者剩餘皆可以達到最均衡的程度，即達到 Pareto optimality 的境界(註25)。此時，若再託言誠信原則

註24：廖義男 公平交易法之理論與立法 第三十九頁、第三四七頁 八十四年十月印行

註25：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 第十四頁、第十九頁 政大法學評論 第四十四期 劉氏認為公平法前半部主要是在追求經濟效益，促進動的安全，後半部則在維護財產權之靜的安全；張長樹則認為公平法前半部固然以追求經濟效率作為其主要追求目標，惟後半部應先以營業之善良風俗為考量之出發點，而以明顯的效率提升或消費者利益，作為阻卻違法事由。請參見 賴源河編審 公平交易法新論 第五十頁 月旦出版 一九九四年十一月

亦為競爭法域之指導原則的話，則無異讓執政者披著泛道德化的說詞，與分配正義等空洞理論的糖衣，來干預市場的運作，而實行管制經濟。這樣一來，則不啻重蹈美國在七十年代所走過的冤枉路，也與最近歐市場棄法律形式主義，而轉為追求經濟效益的趨向有所抵觸（註26）。

二、從維護個人權利到制度性保障

民法上所保護的對象以個人權利為中心，如民法第一百八十四條第一項前段保護的客體，包括生命、身體、健康、名譽、物權等權利；關於財產上的利益，則須透過同條第一項後段、同條第二項，以及契約法中的債務不履行規定來加以保障。因此，整個民法規範乃植基於憲法上個人主義的思想，而在資本主義的社會背景下予以制定和繼受，其確立了全體國民作為平等的法主體地位、個人所有權的絕對化、基於個人意思合致的契約自由原則、以及過失責任主義（註27）。然而，隨著資本主義的高度勃興與巨大企業的發展，必然地造成中小企業的沒落，其不但在生產面榨取勞動者的成果，在消費面也犧牲一般消費者的利益，而有害於國民經濟。是以，公平法乃全面調整資本主義的再生產過程（註28），以追求經濟效益和效能原則為依歸，來避免無效率的生產所引起的弊害。

即便吾人認為公平法後半部關於不公平競爭的規定主要是在保障事業本身的權利或利益，惟公平法前半部關於限制競爭的管制規定，並非保護個別事業的「企業權」，而是維護一個有效率的營業競爭秩序（註29）。因此本文認為，就事業而言，公平法實具有雙重面向：事業就他人不公平之競爭行為請求損害賠償時，公平法具有保護個別事業主觀私權利的性質，但是當公平會對市場上他人之獨佔、結合、聯合行為予以管制時，此際公平法又具有提供營業競爭保護的客觀制度性保障的功

註26：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 第二十頁 政大法學評論
第四十四期

註27：來生新等四人 競爭法と消費者法の基礎理論第十二頁 嵯峨野書院 一九
九六

註28：四宮和夫 日本民法總則 第五頁 五南出版 民國八十四年八月

註29：陳清秀 公平交易法之立法目的及其適用範圍——以德國法為中心 第二十
二頁 植根雜誌第八卷第六期

能（註30，31）；即使個別事業因此而獲利，亦僅為整個制度性保障功能的反射、間接利益。是以，從民法到公平法中競爭法域的保護客體，即是由規範個人權利轉變到維持交易秩序的制度性保障之過程。

三、從所有權絕對和契約自由原則到其限制

民法上權利人基於所有權的作用，對其所有物原則上得任意為使用、收益、處分、並排除他人之干涉（民法第七六五條）；又基於契約自由原則，吾人得自由決定是否與他人締約、到底與何人締約、並自由地決定、變更、或廢棄契約的內容，以及決定契約的訂立是否須踐行一定的方式。此種自由的所有權與契約概念，自十九世紀以來，隨著個人主義及市場經濟的興起，成為私法理念，使個人從身份的束縛獲得解放，得發揮其聰明才智，從事各種經濟活動，對於社會進步，具有重大貢獻（註32）。準此，事業基於其對所屬企業之業務活動的支配力，以及主張享有契約自由的權能，原本即可自主地在商場上極其合縱連橫之能事，謀求企業體的最大利益，係屬當然。

惟公平法為維護交易秩序，確保公平競爭，就獨佔之事業以不公平之方法濫用其獨占地位之行爲，在第十條予以禁止。其次，為防止因事業結合所可能造成的弊害，有害於消費者利益，在第十一條規定擁有某種市場占有率的事業要為結合行爲時，應事前向中央主管機關申請許可。再者，事業間之聯合行爲，限制競爭，不但妨礙市場與價格功能，也有害於國民經濟，故在第十四條原則上禁止聯合行爲。此外，第十八條亦規定事業對於商品轉售價格限制之約定為無效等。上揭規定，皆構成了對於民法上絕對之所有權與契約自由原則的限制（註33），並可能成為民法第七十一條所謂的強制或禁止規定，甚至上述不公平競爭行爲亦可能該當民法第七十二條所謂的背於公共秩序或善良風俗之情事。

註30：楊君仁 譯 一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價
一〇〇頁 法學叢刊 第一六五期

註31：廖義男 公平交易法之理論與立法 第九頁以下 八十四年十月印行

註32：王澤鑑 台灣的民法與市場經濟 第二十二頁 民法學說與判例研究第七冊
一九九二年

註33：丹宗昭信 厚谷襄兒 編 獨佔禁止法の基礎 第四十二頁 青林書院新社

四、從過失到無過失責任

我國公平法第三十一條乃繼受自日本關於禁止私的獨佔及確保公平交易之法律第二十五條無過失責任的規定，已如前述。然而，國內論者對於我國公平法的主觀歸責要件究係故意、過失、或無過失仍聚訟紛紜。首先，論者有謂該條以故意為要件，蓋美國法上認為反競爭行為幾乎完全是故意的，如果說卡特爾聯合定價之協議是在「無故意、無過失、不小心、無意識」的狀態下所作的行為，似乎不合產業經濟學上的理論及實證，甚至根本不符經驗法則（註34）。其次，學者有認為違反公平法時僅表示扭曲交易秩序，與特種損害賠償所指的製造危險尚有不同。因為危險係針對人格權及財產權可能直接遭受破壞而言；扭曲交易秩序，既不生人命、身體傷害、健康受損或財產直接而劇烈之破壞諸問題，觀念上，危險較之扭曲交易秩序嚴重。準此，扭曲交易秩序之非難基礎，只能回歸民法以故意過失為標準，意即採過失責任主義；抑且，若以公平法並未明定故意過失之要件，因致有認為應採無過失責任者，似與損害賠償之一般理論脫節，有流於文義解釋之嫌（註35）。

此外，論者有取向於日本法為救濟舉證困難而採無過失責任的意旨，並認為公平法第三十一條乃有別於民法第一百八十四條過失侵權行為構成要件的規範形式，而贊成無過失責任（註36）。又有學者以為公平法中所規範的行為特色在於行為時經濟效果（亦即反競爭效果）之認定，而企業在為某行為時可能根本不知道其效果會是如何，在此情況下民事責任是否一定要故意或過失之要件始可？就公平法所規範的行為而言，在很多情況下並非「對」或「錯」的問題，而是「經濟利益分配」的問題，亦即在一個特定經濟行為發生時，如何去平衡受到影響之人共同經濟利益平均分擔之問題，所以公平法的損害賠償概念，應以當事人資源或經濟利益公平分配為出發點，而不應拘束於傳統故意或過失要件的認定，是以，關於無過失責任的

註34：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 第五十頁 政大法學評論
第四十四期

註35：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五五頁 以下政大法學評論 第
四十四期

註36：呂榮海等三人合著 公平交易法解讀 第一八八頁 月旦出版 一九九二年
二月

可行性，亦有必要加以考慮（註37）。

對此，論者有謂：公平法第三十一條因無明文規定，是否能如日本獨佔禁止法第二十五條第二項一樣解釋為無過失責任，有待探討。但如回歸一般民法的規定採傳統的故意過失理論，又會遭遇舉證困難的問題，因此解釋方向似可考慮舉證責任轉換的理論，即一旦加害人行為被確認違反公平法，則推定其有過失（註38, 39）。

本文認為公平法第三十一條為無過失責任：首先，本條若採過失責任，對被害人的舉證負擔乃過於苛刻。若解為如韓國立法例的推定過失責任，一則欠缺法律明文，蓋是否能透過民法一八四條第二項規定聯結上公平法第三十一條，尚有爭議；二則舉證責任是否倒置本質上實屬法院利益衡量的權能範圍，惟衡諸我國實務略嫌保守的立場，採取無過失責任應較能確實保障被害人的權益。又倘認為本條係故意責任，則明顯與我國損害賠償法上的過失責任主義相背，自不待言。其次，有鑒於公平法係制度性地保障市場經濟體制，對於事業提供有競爭秩序的經營環境上利益（註40），因此規制的重心應在於使競爭環境免於反競爭行為的干擾和影響，防阻其破壞經濟效益的追求，而有損於消費者利益；若又去要求事業的故意或過失責任，實不啻走回民法以個人責任為出發點的歸責思考模式，此與公平法所提供的制度性保障交易秩序之旨趣，大相逕庭，特予指明。再者，從法律經濟分析的觀點，法律規範效率的追求應考慮執行所需的行政成本（註41）。通常所稱行政成本包含資訊成本和請求成本。前者指法院認定被告之注意義務是否符合最適注意所需的成本，在無過失責任下是否盡到注意義務並非爭點，因此其資訊成本幾近於零，反之，

註37：蔡英文 第六場議題：罰則與民事責任之發言 第三六二頁 政大法學評論 第四十四期

註38：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四七一頁以下 月旦出版 一九九四年十一月

註39：孫其芳 公平交易法第十九條妨礙公平競爭行為規範之違反與損害賠償 第九十九頁 司法研究年報第十七輯第四篇 司法院印行 八十六年六月

註40：黃茂榮 公平交易法理論與實務 第五頁 植根法學叢書 競爭法系列（一）一九九三年

註41：蘇珍芬 商品製造人侵權責任歸責原則的經濟分析 第一三二頁 台大法律研究所碩士論文

過失責任下資訊成本則很高（此包含推定過失責任，蓋此時法院仍有認定被告舉證推翻法律上推定的成本）。至於請求成本則指提起訴訟的成本，包括確定損害、訴訟進行等之成本，本文認為立法政策上若不全面讓一般消費者具有公平法上請求權人資格，則整個社會的請求成本也不高（註42）。要之，無過失責任比起過失責任的行政成本為低。最後，從商場上的營業競爭活動來看，基於競爭者在其商標的知名度和聲譽上已經砸下大筆金錢，由此可導出一種競爭者的特別瀕弱性（註43），需要予以較高密度的保護，所以，無論是採故意過失責任或是推定過失責任，因仍涉及舉證（本證、反證）問題，對於競爭者的保障都嫌不周，對此應以採取無過失責任主義為當。是以，本文認為公平法第三十一條係採無過失主義，而這乃對民法過失責任原則的修正，自不待言。

五、從著重損害填補到強調行為抑制

自近代民刑責任分化以降，大陸法系的損害賠償法皆以填補損害為原則，此觀我國民法第二百一十六條第一項規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限」自明。惟我國公平法第三十二條繼受英美法上的懲罰性損害賠償制度，而所謂的懲罰性損害賠償，乃指除了填補性損害或象徵性損害賠償以外的損害賠償類型，其用以懲罰被告之惡性行為，以及抑止被告與他人在未來再犯相類似的行為（註44）。由此可知，懲罰性損害賠償制度係源於侵權行為法，其主要目的在於減少侵權行為事件之發生，建立安全之社會。所以，該制度最主要的機能在於懲罰、報復被告之惡行，並且防止將來類似不當行為的再次發生；次要的機能則在於強化法律執行與賠償損害，即藉由豐厚的賠償金獎勵私人提起訴訟，將不當行為人繩之以法，而減少公共部門之執行支出，具有執

註42：在日本主張獨佔禁止法第二十五條之損害賠償者，皆由消費者提起，到一九八一年為止尚乏由事業者提起之例，請參見 正田彬 全定獨佔禁止法Ⅱ 第三五三頁 日本評論社 一九八一

註43：楊君仁 譯 一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價 一〇一頁 法學叢刊 第一六五期

註44：楊靖儀 懲罰性賠償金之研究 第十六頁 台大法律研究所碩士論文 八十五年六月

行經濟的作用（註45）。

本文認為，公平法的懲罰性損害賠償在我國損害賠償法上最重要的意義，是將原本民法著重於填補損害的功能，在特定法域提升為亦強調抑制不法行爲的功能。詳言之，公平法係一法律與經濟規範的交接領域，因此，觀察公平法上懲罰性賠償的機能，不應僅從傳統損害賠償法的理論出發，更應從經濟分析的角度來加以理解。對經濟學者而言，侵權行爲法的主要目的應在於其遏阻的功能，使當事人產生防止損害或改變侵害行爲的誘因，以達成防止損害的目的（註46）。準此，懲罰性損害賠償不只對於被告個人有抑制再犯行爲的效果，同時也對其他本欲爲損害行爲者具有抑制作用，蓋若行爲人衡量其爲侵害行爲所獲得的利益不大，但卻須負很高的損害賠償額時，通常自然會放棄實行行爲（註47）。是以，從民法到公平法的損害賠償機能，正逐漸由著重填補損害的功能遞嬗到強調抑制不法行爲的作用。

伍、公平交易法損害賠償規定的解釋適用

一、保護客體

（一）利益侵害保護要件之放寬

公平法第三十條、第三十一條所保護的客體皆包含權利與利益二者，此乃擴大了民法關於利益保護的要件，合先叙明。本來，在民法的侵權行爲體系中，對於利益侵害的保護，除了依民法第一八四條第一項後段故意以背於善良風俗之方法加損害於他人的規定請求之外，就只能主張同條第二項違反保護他人法律的過失推定規定。公平法第三十一條係採無過失責任，已如前述，亦即將民法上對利益保護的主觀要件從故意、推定過失的程度，修正爲無過失，根本排除事業的主觀要件，此乃基於事業因他人違反公平法所受的損害，大抵上皆爲財產上的利益損失也。

註45：蔡英文 第六場議題：罰則與民事責任之發言 第三六三頁 政大法學評論 第四十四期

註46：蘇珍芬 商品製造人侵權責任歸責原則的經濟分析 第一〇二頁 台大法律研究所碩士論文

註47：楊靖儀 懲罰性賠償金之研究 第二十三頁 台大法律研究所碩士論文 八十五年六月

又倘若本條所保護的客體只及於權利，則受害事業勢必主張其「企業權」或「人格權」受侵害。固然依德國實務之見解，肯認此時有所謂的「企業權」或「企業經營權」受到侵害，但是德國通說則認為此並非一種存於企業之上具有支配內容的「權利」，僅僅是一種「一般條款」的確認，即認為在企業的經營活動領域內，如有特定行為構成其業務的直接侵害時，應不受許可，須受侵權行為法則之制裁。所以，從營業競爭的本質而言，以基本上不容侵犯性質的「權利」，作為對抗不正當營業競爭行為的基礎，並不妥適（註48）。

是以，本文以為公平法所保護的客體包含利益在內，乃取向於競爭法上的損害性質，堪稱得當，準此，公平法第三十一條所指的權利，應僅指第二十條的姓名權、商標權等而言（註49）。

(二)本法與民法一八四條第二項的關係

學者有認為公平法為民法第一百八十四條第二項所稱保護他人之法律，因而違反公平法所侵害的法益，雖非權利，仍得依民法第一百八十四條第二項請求損害賠償（註50）。其次，論者有謂：解釋上，一八四條第二項因屬例外性質之法律，因此不宜採擴張解釋，而公平法其立法目的在於健全市場交易秩序，並維持和促進公平、自由之競爭秩序，似不宜歸入民法一八四條第二項所謂的「保護他人之法律」（註51）。此外，在德國法上，可否透過民法中侵權行為法上違反保護他人法律之規定，聯結不正競爭防止法第一、三條規定，而導出對於個別消費者之侵權行為法上的保護，仍有疑問（註52）。

註48：廖義男 公平交易法之理論與立法 第四十三頁、第一七〇頁以下 八十四年十月印行

註49：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五四頁 政大法學評論 第四十四期

註50：黃茂榮 公平交易法理論與實務 第五二〇頁 植根法學叢書 競爭法系列（一）一九九三年；廖義男 公平交易法之理論與立法 第十頁 八十四年十月印行

註51：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四七二頁 月旦出版 一九九四年十一月

註52：陳清秀 公平交易法之立法目的及其適用範圍——以德國法為中心 第二十

本文認為公平法原則上並非民法第一八四條第二項所稱「保護他人之法律」，蓋該項係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的的公私法規。換言之，違反保護他人法律之構成侵權行為損害賠償義務，必須具備二個要件：一為被害人須屬於法律所欲保護之人的範圍，一為請求賠償之損害，其發生須係法律所欲防止者（註53）。首先，即便公平法第一條規定：為保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。惟大體上說來，公平法原則上在於保護競爭秩序，關於消費者利益的保障規定，舉其犖犖大者，似僅有第二十條的仿冒，以及第二十一條的不實廣告而已。是以，在一般情形，公平法所保障的主觀效力只及於事業，並不及於消費者，充其量消費者之所以受保護僅是基於反射利益的作用，應不成立所謂的保護他人之法律。

二、請求權人

（一）第三十條

事業違反公平交易法侵害他人權益時，該受侵害之他人，即為被害人，原則上其享有第三十條的排除請求權和第三十一條以下的損害賠償請求權。首先，關於第三十條，學者有謂：如將此一事前排除請求權適用於本法前半部的反托拉斯領域，將會導致哪些行為違反公平法尚在未定之天，卻先遭遇被排除的命運，而產生公共政策上的逆選擇：具有競爭關係的廠商，甚或消費者，極可能隨時訴請法院禁止此等違法性較不明確的行為。換言之，如果市場競爭變素因此增加，對於積極參與競爭的廠商，反而會有被嚇阻而不敢充分競爭的現象（chilling effect）殊非公平法本意。歸根究節，事前的排除請求權之所以不適用於規範競爭行為的模式，乃在其有別於所有權（民法第七六七條）這種對世權的模式，因為廠商不能說是市場中的客戶皆為其囊中物，這是要經過市場內角逐淘汰的程序才能分出高下，是以，未來在執行公平法時，對於民事救濟的選擇應以審慎的態度為之，並以金錢損害賠償為優先選擇（註54）。

一頁 植根雜誌第八卷第六期

註53：王澤鑑 違反保護他人法律之侵權責任 第一九六頁 民法學說與判例研究
第二冊

註54：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 四十六頁 以下政大法學評

本文認為若有人欲在競爭法域主張排除請求權時，法院應視該人以他造違反競爭法的何條規定作為理由來支持其行使排除請求權，而探求該條的規範意旨所保護的對象，並判斷該條的法益歸屬主體為誰，以為篩選請求權人資格的準據。其次，法院准否應斟酌被侵害利益的種類與侵害行為態樣之間的關係（註55），而為整體經濟的利益衡量，自不待言。

(二)第三十一條

因他人之違反公平法行為致受損害的事業，原則上當然是請求權人（註56），惟一般消費者是否得為本條之請求主體，學者間意見不一。首先有論者以為，事業因違反公平法所侵害之他人，可能為同一或類似業務之事業或相同業務之上下游事業或一般消費大眾。同業為直接受害人時，消費者則居於反射損害之被害人地位；本於損害賠償之一般理論排斥反射損害被害人之賠償請求權，消費者仍非賠償請求權人。消費者為直接受害人時，其當然有賠償請求權；問題是消費者的範圍如何劃定？若以商品或服務的實質消費者為範圍，明顯失之過窄，又倘以商品或服務在特定市場之可能消費者為範圍，則請求權人可能氾濫（註57）。

其次，有學者引介美國法的做法，對於當事人之適格，限於「直接買受人」（direct purchaser rule），亦即原告為直接買受人時，從事反競爭行為之被告不得因原告已將其溢付價格之價差轉嫁於下游廠商或消費者，而主張應將該價差別除於原告之損害賠償額之外。這是因為法院認為此時原告通常會因溢付價格而損害若干利潤，而且身為終局受害者的消費者往往人數眾多，但是個別損害不高，較難一一訴請救濟。又如延伸「直接買受人」原則之法理，則若原告並非直接買受人，而係消

論 第四十四期

註55：後藤孝典 現代損害賠償論 第二十八頁 日本評論社 一九八二年

註56：在八十四年度台上字第一四九六號判決中，上訴人以被上訴人違反公平交易法規定為由，請求侵權行為之損害賠償，並負擔費用於報上登載如原判決附件所示之道歉啓示；其請求權基礎似為公交法第三十一條，以及第三十四條。請參見 最高法院民事裁判書彙編 第二十期 第六八六頁以下 尤其是第六九一頁

註57：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五二頁以下 政大法學評論 第四十四期

費者，但直接買受人已將溢付價格與被告之價差轉嫁於原告，此時依美國法，原告仍不適格，因為倘要在重重銷售階段之中，決定各階段買受人的個別損害，此為法院無法勝任的艱鉅任務，不如專由直接買受人獨享全部求償的金額，以發揮訴訟誘因，美國法上這種變通的損害賠償係反映出以嚇阻為目的公共政策（deterrent policy）（註58）。

再者，論者有謂：即便有人認為，在濫用獨佔地位及聯合行為，因為已破壞競爭環境，濫用獨佔地位及為聯合行為之事業已使消費者蒙受價格不當之損害，因此消費者亦為被害人，應取得損害賠償之權利；但在不公平競爭之場合，自由競爭之本身並未受到拘束，僅是競爭手段不公平而已，並未剝奪一般消費者在自由競爭中的利益，故在不公平競爭，只有為不公平競爭行為之事業的相對人係被害人，一般消費者並非被害人。然而，像公平法第十八條所規定的「維持轉售價格」之行為、公平法第十九條第六款「不當限制交易相對人事業活動」之行為，以及第二十條仿冒之行為、第二十一條虛偽不實及引人錯誤廣告等不公平競爭行為，消費者都有可能因此而受害，自得請求損害賠償。只不過，涉及消費者之權益，常未大到足以提起民事訴訟的程度（註59）。

此外，有學者以為事業為不公平交易方法時，不僅有競爭關係之事業受有損害，一般消費者可能受有間接或直接之損害，理論上其損害可能是間接反射的，但就各消費者而言卻是具體、個別產生的，如事業為價格同步上漲時，消費者雖受到間接之不當高價與自由競爭價格兩者差額之損害，但此種損害不能認為因不公平競爭方法之事實上反射之損害而否認消費者得請求賠償。至於若考慮到消費者是否濫訴的問題，或許可引進日本「審決前置主義」以為解決（註60）。最後，有論者認為不必拘泥於從來的見解，不應區分直接或間接損害作為得否請求賠償的分際，而應從實體法上因果關係之相當性加以把握，只要證明消費者能證明其損害之發生與違

註58：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 四十八頁以下 政大法學評論 第四十四期

註59：呂榮海等三人合著 公平交易法解讀 第一八九頁 月旦出版 一九九二年二月

註60：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四六四頁以下 月旦出版 一九九四年十一月

反行為間有因果關係，均不妨承認其請求權（註61）。

在比較法的視野上，德國反不正競爭法於一九六五年引進消費者團體訴訟權，此可說是對其間反不正競爭法保護目的思潮改變之聲明，通說認為本法不應侷限於保護競爭者，而更須涵蓋對消費者的保護，但此種保護對於消費者而言，則較為軟弱，蓋透過團體訴訟，僅有集體的消費者保護，因此，蒙受不正競爭侵害或受有侵害之虞的消費者，亦未享有自己的訴訟權利（註62），這是基於立法者認為：唯有團體化的訴訟始可能有意義，因為個別消費者，通常並無充分之動機，亦無充裕資用的工具，去承擔競爭訴訟的花費冒險——瑞士反不正競爭法，證明這評估是正確的，因為自一九四三年瑞士反不正競爭法施行以來，規定個別顧客有訴訟權，但卻從未使用過。又即使瑞士立法者在一九八六年修法時，將訴訟可能性更加擴大，也就是在舊法上要求顧客須有經濟上的利益「損害」，現在則當「其經由不正競爭而受經濟利益侵害時」，顧客即擁有訴訟權。對此，德國學者認為是否消費者的個別訴權，因此而獲有重大意義，是令人懷疑的（註63）。其次，在奧地利法，它並不承認促進消費者利益為其獨立的保護目的，迄今一如早期的德國法，將其只理解為競爭者保護的反射利益，一般認為這是出於擔心在消費者有獨立訴訟的可能性之後，會引發訴訟洪潮。至於在日本法上，損害賠償請求權人並不限於違反行為的直接相對人（事業），也包含基於該違反行為而受有損害的一般消費者（註64）。

本文仍然認為，消費者得否為公平法第三十一條的請求權人，首先應探求該違法限制競爭行為或不公平競爭行為所抵觸法條的規範意旨，該條所保護的法益究係為何，又法益的歸屬主體為誰？論者有將公平法所保護的法益區分為公共利益、競爭利益、與交易利益三者。所謂公共利益，在競爭法指市場經濟制度的建立、維持以及市場競爭機能的維護所構成的利益；而所謂競爭利益，乃指參與市場的事業在

註61：孫其芳 公平交易法第十九條妨礙公平競爭行為規範之違反與損害賠償 第九十一頁 司法研究年報第十七輯 第四篇 司法院印行 八十六年六月

註62：陳清秀 公平交易法之立法目的及其適用範圍——以德國法為中心第二十一頁 植根雜誌 第八卷第六期

註63：楊君仁 譯 一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價 一〇四頁 以下法學叢刊 第一六五期

註64：正田彬 全訂獨占禁止法Ⅱ 第三六五頁 日本評論社 一九八一年

市場經濟體系中，可以經由提供商品或服務即有利之交易條件供交易相對人選擇，爭取交易機會，以獲得發展自己業務的利益。至於所謂的交易利益，則指交易行為發生時，或可期待其發生時，參與交易者間，亦即交易相對人間，因該交易所可獲得的利益（註65）。準此，在一般消費者因事業的違法行為致受有損害的情形，如本法第二十條的仿冒及第二十一條的不實廣告，首先要探求該違反行為所抵觸法條的規範目的，是否即在於保護一般消費者的交易利益，答案倘為肯定，則這時一般消費者亦為公平法第三十一條的請求權人，蓋此時消費者所受到公平法保護的程度並非僅為反射利益，而係一權利主體地位（註66）。

三、賠償義務人

依公平法第三十一條、第三十二條之規定，損害賠償的義務人應為事業。有學者以為，公平法對於複數賠償義務人的責任，除了第二十一條引人錯誤之廣告有明定連帶責任外，並未加以規定。因之，複數賠償義務人的賠償責任不可能連帶，只能為不真正連帶。其結果，複數賠償義務人各負全部賠償的義務，但每一賠償義務人所作之賠償給付，均為終局的給付，不再有求償或代位之可能。從此一角度而言，其結論非盡合理，公平交易法針對複數賠償義務人相互間之內部關係未進一步規定，顯有缺失（註67）。

其次，論者有謂在多數事業因違反公平法而被訴請賠償時，須依侵權行為之法理，負連帶清償之責任。準此，如果只有其中一事業因此賠償所有之損害，從落實公平法執行的公共政策觀點，即需探討是否應任由該事業向其他參與違法行為的事業求償。這時，倘若斟酌民法第二一七條的過失相抵，以及民法第三三九條故意侵權行為債務不得抵銷的規定，似乎提示對此等行為不應允許求償之法理。美國法判例對此採取禁止求償說，其理由為藉此發揮嚇阻事業從事反競爭行為的最大效果。

註65：黃茂榮 公平交易法理論與實務 第五頁以下 植根法學叢書 競爭法系列
（一） 一九九三

註66：關於日本法上反射的利益說與消費者權利保護說之間的論爭 詳請參閱 今村成和 私的獨佔禁止法研究（四）II 第三五七頁以下 有斐閣

註67：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五三頁 政大法學評論 第四十四期

如果公平法的目的也包括在從事違法行為的事業間取得公平，則美國法上的禁止求償說似過於嚴苛，因為此一見解使得某些參與違法行為但未被訴請賠償的事業不需負責。但是美國學者認為：倘若競爭法的目的在追求消費者利益（即經濟效益），則禁止求償說較符合此一目的。蓋從事違法行為之前，每一事業皆知其可能須負擔全部損害賠償責任（包括再追加兩倍的懲罰性賠償），而在被訴請賠償之後，每一參與違法行為的事業都有儘速和解的誘因，否則任何被告皆有必須負全部賠償責任的風險。準此，在事前，事業有儘早退出卡特爾的誘因，抑且，或許由於越大的事業越可能被訴請賠償，因此會越早退出，造成卡特爾的加速崩潰，以致市場早日恢復正常競爭的狀態；既然事後也有同樣的和解誘因，不但可以使得社會不必浪費訴訟資源再讓違法事業互相訴請認定內部求償的分擔程度，公平法的目的也可因而早日達成（註68）。

對此，論者有認為在聯合、或獨占時有二事業以上違反公平法時，應有民法第一八五條共同侵權行為規定的適用（註69）。本文贊成這種看法，蓋禁止求償說固然有其法政策上對違法行為的威嚇效果，但我國係大陸法系，所以對於法律問題的思考，應先在實定法中求其規範，若真有法無明文的情形，接下來再從法政策的角度加以考慮。本文認為公平法原則上是民法的特別法，是以公平法縱未規範關於複數事業違法行為的連帶責任，惟若其行為符合共同侵權行為的要件，則仍有民法第一八五條連帶責任一般規定的適用，自不待言。

四、因果關係

學者有認為對於因果關係的問題，應注意者有三：1違反公平法的損害賠償，仍應遵守損害賠償的一般理論，肯定行為與損害之間須有因果關係。2認定行為與賠償之間是否具有因果關係，不必藉助傳統學說，包括相當因果關係說。3行為與損害間是否具有因果關係，專依具體已發生予以賠償，亦即依公平法維護交易秩序

註68：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 四十九頁以下 政大法學評論 第四十四期

註69：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四六五頁 月旦出版 一九九四年十一月

之目的，以及公平法相關條文的文義個別評估解答之（註70）。據此，論者將因果關係的舉證歸納如下：1違反行為與被害人主張之損害間有事實上的因果關係，2該當損害為公平法保護之範圍。同時原告主張之損害與違反行為間是否有因果關係，應就公平法之意旨及目的來判斷，並以具體之訴訟行為為法政策之價值判斷（註71）。上述見解，足供參考。

五、損害賠償額

我國損害賠償法，原則上以被害人實際上所蒙受的損害為其範圍，然公平法第三十二條第一項規定：「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，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」。同條第二項規定：「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。」是為損害賠償的例外規定。本條第一項規定係將損害賠償的標準，由被害人轉為賠償義務人，以賠償義務人之故意為加重要件，提高其賠償額至損害額以上損害額三倍以下。

其次，本條第二項是關於損害額計算方法的規定，有論者以為此係參考民法第五六三條以及專利法第八十三條等民事法律的「歸入權」規定而制定，在執行公平法後半部份的規定之時，大致應為可行，但是如將此一擬制原則適用於本法前半部份之反托拉斯法領域是否恰當，不免仍有疑問。基本上，這種擬制規定將損害賠償額訂為「獨占福利之移轉」（welfare transfer），而不考慮社會淨損失（social deadweight loss），但是，依美國執行反托拉斯法的判例經驗，這種認定方式較適用於計算獨占行為或聯合行為所造成的損害情形，對於搭配行為、拒絕交易、掠奪式定價行為、違法轉售價格約定的情形，則不應擬制，而應以原告實際之所失利潤或可行取得的價格作為計算賠償額的基礎（註72）。

註70：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五六頁 政大法學評論 第四十四期

註71：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四六二頁以下 月旦出版 一九九四年十一月

註72：劉紹樑 從意識形態及執行實務看公平交易法 四十八頁 政大法學評論 第四十四期

又有學者認為此係借用準無因管理的觀念而來，蓋受害人以相當於本人的地位，對加害人請求給付「因侵害所獲得的管理利益」。關於本條項在損害賠償體制中所表達的意義，可概述如下（註73）：

1本條項的基本前提仍依附於賠償權利人以定損害賠償範圍。

2以賠償義務人所受利益來計算損害額者，係計算賠償權利人所遭受損害之替代方法。

3賠償權利人在所蒙受損害及賠償義務人所受利益兩者間，得擇一主張。

4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。

5賠償義務人未受有利益者，該條項之規定無適用餘地。

6本條項規定權利人得主張以義務人所受利益來代表其所受損害者，情形有二：或因所蒙受之損害難以證明，或因其數額少於賠償義務人所得利益。

有論者對於前述第4點有不同意見，認為公平法第三十二條第二項應是賠償額計算方法之一，故仍應以被害人受有損害為前提（註74）。

對此，首先本文以為公平法第三十二條第二項並非關於民法上所謂歸入權的規定，蓋歸入權是為了落實董事或經理人競業禁止的義務，為避免其有損害公司或商號利益之虞而設的規定（註75）。其次，本條項乃是民法上不法管理的重申，本來應類推適用民法第一七七條，而公平法第三十二條第二項以之作為損害賠償額的計算方法，是以，受害人主張不法管理人返還其管理事務所得之利益時，亦應於其所受利益範圍內，返還其所支出之費用或清償期所負擔之債務，自不待言（註76）。雖然加害人不但無管理受害人事務的意思，而且其管理之事務亦不必然具有受害人事務的性格，不過，即便如此，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，擴展自己的市場，具有奪取對方市場的意

註73：曾世雄 違反公平交易法之損害賠償 第三五九頁 政大法學評論 第四十四期

註74：汪渡村 賴源河編審 公平交易法新論 第四八一頁 月旦出版 一九九四年十一月

註75：柯芳枝 公司法論 第三〇四頁 三民書局 八十年九月

註76：王澤鑑 民法債編總論第一冊 第二七〇頁 八十一年三月

義，就擴張的市場部分，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，也不無道理（註77）。

陸、公平法與民法損害賠償之相關問題

一、法律行為違反公平法上規定的效力

日本關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律第一百〇二條規定：現有契約違反本法規定者，自施行日起失其效力。查此乃基於日本要完全排除在戰時經濟法制下的卡特爾契約、統制團體、控股公司等阻礙經濟民主化原因之故。準此，不但從前違反獨佔禁止法而現存的契約嗣後失其效力，而且連該法施行後之違法行為亦應解為無效，否則獨佔禁止法不啻就在否定其本身存在之目的（註78）。惟隨後彼邦學者關於法律行為違反獨佔禁止法之私法效力展開無效說、有效說，以及限制有效說的論爭，本文有鑒於我國公平法雖無類似日本法的條文，但仍會遭遇同樣的問題，是以擬將日本學說上的討論（註79）引介如下，俾供我國學界及實務參考。

首先，主張無效說之論者有謂：本法的禁止規定，並不單單限於壓制違反狀態的事實上存在或出現，尚且具有否認使產生違反狀態之法律行為效力的旨趣。一般說來，這種行為若不解為無效，則為該違反行為的事業者，便可強制其交易相對人履行違反法律的行為，會讓本法的禁止或限制規定變得毫無意義，並有礙於達成本法排除對一切事業活動所為的不當拘束之立法目的。抑且，本法規整的對象乃私人的經濟活動，而經濟活動是私法上效果形成的目的，若對於違反行為賦予當事人所意欲的效果時，則無異承認本法所阻止的經濟狀態出現，此乃有背於本法禁止規定的旨趣，固不待言。

其次，展開有效說論證的學者認為：從獨佔禁止法的立場來說，將違反行為解

註77：黃茂榮 公平交易法理論與實務 第五二〇頁 植根法學叢書 競爭法系列

（一） 一九九三

註78：小島康裕 民商法と獨占禁止法－獨占禁止法違反行為の私法上の效力問題をめぐつて－載於 川崎秀司先生、重倉抵祐先生古稀紀念 現代の民事法 第二五一頁 法律文化社

註79：今村成和 獨占禁止法新版 第二七一頁以下 法律學全集52-II 有斐閣

為無效不只是不必要而且也不充分，寧可忘卻法律所特別考慮之運用機構的精神，而不得不認為此係無益而有害的；何況，在私法上這會引起個人權利關係乃至於交易安全的廣泛混亂，所以不論從哪一面看來都不能維持無效說。又若光從與民法上公序良俗規定的關係來看，在對於交易安全無重大關係的純粹作為不作為義務為中心之債權契約，雖然其效果意思的內容本身很清楚地違反本法規定，例如卡特爾協定、杯葛協定、收買契約、排他契約、支配契約等，惟衡諸通說並不認為必然無效。此說的論證背景係由民法與經濟法的分離作為出發點，而認為私法乃追求利益一元主義，經濟法則追求利益多元主義，乃至於採取國法秩序二元論的立場（註80）。

限制的無效說則認為：一方面，若將違反獨佔禁止法的行為一律論為無效，似嫌速斷，蓋獨佔禁止法的禁止規定並非全部具有效力規定的性格，有些只是行政上的取締規定而已。又徹底的絕對無效說，不但攪亂既成的法律秩序，也顯著地有害交易安全。另一方面，參酌英美法關於限制交易契約評價，以及德國營業競爭限制防止法關於卡特爾限制方式的規定，原則上皆為無效，蓋交易限制協定背於公益，自不能肯認其效力也。是以，對於違反獨佔禁止法的行為要個別予以觀察，根據其波及自由競爭經濟之影響度、事業長期間活動的繼續性、事業在特定市場的佔有率、事業彼此間在經濟上的依存程度等作一總和的考察之後，再論斷其效力；日本實務亦同此見解（註81）。

要言之，在個案中判斷需尊重獨禁法上各禁止規定的旨趣，而斟酌違反行為違法性的程度與交易安全二者；同時應究明所違反的該規定到底是效力規定的要素較強，或是行政取締法規的要素較強。這其間的判斷基準係在於是否該私法上的法律行為係違反獨禁法的直接手段，並且當事人是否得以限定，倘此，原則上該法律行為應當無效。反之，假如私法上的行為是違反獨禁法的間接手段，或只是違反行為的結果，而該行為若為無效會波及、影響廣大的主觀範圍，對此原則上應認為有效

註80：小島康裕民 商法と獨佔禁止法－獨佔禁止法違反行為の私法上の效力問題をめぐつて－載於 川崎秀司先生、重倉抵祐先生古稀紀念 現代の民事法 第二六三頁 法律文化社

註81：可參閱 加藤雅信 現代民法學の展開 第一部總論・總則編 第六章 行政的取締法規違反行為の私法上の效力 第一六二頁以下 有斐閣 平成五年

(註82)。本文認為，在我國公平法上，除了第十八條明定事業限制商品轉售價格的約定為無效之外，上述日本法上之判斷基準可供我國實務在辨明違反公平法的限制競爭或不公平競爭之法律行為中，何者應予以評價為係違反公平法上的效力規定，而該當民法第七十一條的法律行為違反強制或禁止規定者，無效；何者應認為只是違反公平法上的取締規定，而構成民法第七十一條但書，而為有效之評價。

二、懲罰性損害賠償與慰撫金得否併行請求？—從立法政策上的妥當性立論

贊英美法上，使用懲罰性損害賠償最多的場合就是在惡意毀損他人名譽的情形，我國公平法第二十二條規定：事業不得為競爭的目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。若加害人違反該條規定，通常主觀上殆為故意，被害的事業自得主張同法第三十二條第一項的懲罰性損害賠償，惟此時衍生出一個問題：被害人能否既主張公平法上的懲罰性賠償，又請求民法第一九五條第一項之侵害名譽之慰撫金？例如「統壹鮮奶」為了競爭的目的，將自行以奶粉沖泡的牛奶使用與「味泉鮮奶」相同商標的容器包裝且加以出售，其後並散布「味泉鮮奶」濃度不足，致使「味泉鮮奶」營業信譽受損即是。當然在此會遇到六十二年台上字第二八〇六號判例關於法人名譽受損不得請求慰撫金見解的限制，惟識者對該判例的妥當性紛紛加以抨擊（註83），況且商標法第六十六條第二項也規定：商標專用權人之業務上信譽，因侵害而致減損時，並得另請求賠償相當之金額，因此就本例而言，既然法有明文，被害人當然得併行請求慰撫金與公平法上的懲罰性損害賠償，惟此種規範在立法論上的妥當性如何，殊值研究（註84）。是以，本文在此欲先評論該判例

註82：來生新等四人 競爭法と消費者法の基礎理論 第一七三頁 礪峨野書院
一九九六

註83：林永頌 法人名譽遭受侵害可否請求非財產上之損害賠償—兼批最高法院六十二年台上字第二八〇六號判例 萬國法律五十一期 七十九年

註84：我國商標法第六十六條第二項、專利法第八十九條第二項、著作權法第八十五條第一項不但有因名譽受侵害得請求慰撫金的規定，而且商標法第六十六條第一項、專利法第八十九條第三項、著作權法第八十八條第三項又都有懲罰性損害賠償的明文，是以在上揭三個法域中，慰撫金得與懲罰性損害賠償併行請求。

，再從懲罰性賠償和慰撫金的功能著眼，從立法政策上探討得否併行請求二者。

首先，該判例謂：公司係依法組織之法人，僅其社會價值與自然人相同而已。其名譽遭受侵害，無精神上痛苦之可言，登報道歉已足回復其名譽，自無民法第一九五條第一項之規定，請求精神慰撫金之餘地。本文認為最高法院以法人無精神上之痛苦為由，進而導出法人不得請求慰撫金，實非的論。蓋法人名譽受侵害，使法人原本的社會評價被貶損、低下，這就是非財產上之名譽損害；又在中日兩國的實務與學說中，慰撫金有客觀化和定額化的傾向，並不強調受害人的主觀感覺，此觀之嬰兒、精神病人、植物人亦得請求慰撫金自明，倘此，似無排除法人請求慰撫金之理由。再者，本文以為法人得請求慰撫金主要是基於法政策上的價值判斷，並不完全基於從社會、經濟的觀點出發的交易主體之實體性，蓋將無伴隨精神痛苦的非財產上損害，與有精神痛苦的非財產上損害等同視之，應係一價值判斷的問題，與法人的社會價值並無重大關連。準此，本文肯認法人得請求慰撫金，且認為最高法院似有變更該判例的必要。

此外，民法上之非財產上損害，如精神上痛苦或信用的貶損之損害，本質上不能回復原狀，即便依吾人之直覺認為精神上損害確係存在，但關於損害之程度的舉證乃不可能（註85）。是以，若貫徹無損害即無賠償之財產上損害賠償的原則，那麼受害人不但根本無法舉證其精神上損害的程度，法人也殆乎無法舉證其企業形象的貶抑，自無慰撫金之請求可言。其次，依我國實務與學者之見解（註86），於算定慰撫金時，應優先斟酌加害結果（包括被侵害的權益及損害程度）、加害人故意過失輕重、雙方當事人的資力。至於身份、地位、年齡、職業、家族關係等則為次要考慮的因素。如此一來，既然慰撫金的數額主要係取決於加害行為的性質、程度，則當然慰撫金具有加害行為抑制金的性質。因此，日本有力學者（註87，88）認

註85：後藤孝典 現代損害賠償論 第一八八頁 日本評論社 一九八二

註86：王澤鑑 慰撫金 民法學說與判例研究 第二冊 第二七七頁 八十年十月

註87：森泉章 法人名譽之毀損 團體法の諸問題 第一三八、一六四頁 一粒社
；後藤孝典 現代損害賠償論 第一八九頁 日本評論社 一九八二

註88：關於日本學界中慰謝料制裁說的抬頭，請參閱 吉村良一 慰謝料請求權
載於 星野英一所編 民法講座第六卷 第四三四頁 以下 有斐閣 一九
九二；吉村良一 人身損害賠償の研究 第一三〇頁以下 日本評論社 一

為慰撫金的本質應脫離傳統損害賠償法的窠臼，而於私的制裁說中尋求其存在面上的基礎，特予指明。

本文贊成慰撫金之本質乃私的制裁，蓋從侵權行為的經濟分析的觀點，非財產損害賠償的定額化，以及法院依加害人的故意、過失和相關情事酌定賠償額，實具有制裁加害人現在不法行為，與抑制將來侵害行為的功能。是以，肯認非財產上損害賠償的私的制裁性，將更能凸顯出法人依公平法就信譽受損除了財產上損害之外另得請求懲罰性損害賠償，但若依民法雖得依第一八四條請求財產上損害，惟依第一九五條第一項就名譽權卻無法請求非財產上的損害賠償之規範體系間的內在齟齬。誠然，民法和公平法規範之目的、主體、對象各不相同，惟法律上價值判斷的差異如無其實質的理由，則應透過解釋論來加以調整，俾使體系間更為和諧。

至於懲罰性損害賠償與慰撫金能否併行請求？有英美法學者認為懲罰性損害賠償應當包括慰撫精神痛苦之費用，所以懲罰性損害賠償又稱為「痛苦金」(smart-money)，即是闡明包括慰撫金之意。不過，多數學者認為，上述說法僅能反映早期懲罰性損害賠償之內涵，並不適用於現代之侵權行為法，蓋現代之侵權行為法已將「填補性損害賠償」(包括財產上與非財產上損害賠償)與「懲罰性損害賠償」兩者截然劃分(註89)。詳言之，美國學界明確區分懲罰性損害賠償與慰撫金二者，前者係以對加害人的處罰，後者係以補償精神上損害為目的，在適當的事件被害人得併行請求二者。但在英國學界，即便有判例區別上述二者，惟慰撫金從懲罰性損害賠償分離出來的意識並不十分明確，似乎在懲罰性損害賠償所散定的金額中，已包含慰撫金在內。然近來英美已將精神上的損害認為是現實損害，而懲罰性損害乃現實損害以外的賠償，準此，學者多認為在今天因為已經區別出懲罰性損害賠償與慰撫金的範圍，而肯認二者得併行請求(註90)。

本文以為懲罰性損害賠償的本質就是在制裁加害者的不當行為，而慰撫金的本質依本文暨日本有力說的見解，亦為一私的制裁，也就是同樣取向於制裁加害人的

九九〇

註89：楊靖儀 懲罰性賠償金之研究 第二十七頁 台大法研所碩士論文 八十五年六月

註90：田中和夫 英米における懲罰的損害賠償 載於 損害賠償責任之研究 中 我妻榮先生還曆紀念 第八九一頁以下 有斐閣

違法行止，既然二者的規範目的一致，則受害人僅得擇一主張，便能達到法規範上對加害人的懲罰、抑制效果，殊無允許受害人併行主張之理。是以，在立法政策上於過失毀損他人名譽的情形，受害的事業應得依民法第一九五條第一項主張慰撫金；於故意損害他人信譽時，受害的事業原則上依公平法主張懲罰性賠償較為有利，當然亦得選擇請求民法上的慰撫金，惟不管如何，此二者不得併行請求也。

柒、結論：兼論我國侵權行為法之未來

從民法到公平交易法，不啻就是從民法上誠信原則、個人主義、所有權絕對與契約自由原則、過失責任主義，以及填補損害原則遞嬗到注重經濟效益、建立制度性保障、明定強制或禁止規定、採行無過失責任、以及強調行為抑制的損害賠償機能之修正、與調整的過程。本文以為，一方面雖然我國是屬於大陸法系的國家，但近年來在公平法、消保法、商標法、專利法、著作權法、證交法等特別法域的立法中，也多所繼受了英美法關於損害賠償的規定，而採取懲罰性損害賠償的制度，著重制裁不法行為的思想；他方面於法學方法論上，也引進了法律經濟分析的思考方向，強調侵權行為的遏止功能。在這種立法與思考方法雙管齊下的影響之下，使得我國傳統侵權行為法上填補被害人損害之功能面臨了嚴重的挑戰。

誠然，特別法係植根於民法的理論基礎，但是當特別法上有背於傳統理論的懲罰性損害賠償規定累積到相當程度之後，就會由量變形成質變地反過頭來影響民法，修正固有侵權行為法的基本原則，從而吾人有重新調整損害賠償制度功能的必要，甚至應探討是否該於民法增訂懲罰性損害賠償的一般規定。按大陸法系以民刑責任分立而注重事後填補損害的思想，與英美法系由民刑責任未完全分化出發而導出之強調事前遏阻的理念，在我國特別法的損害賠償規定中相遇、交匯，進而互相影響。本文認為傳統民法嚴謹的體系、邏輯、和價值判斷提供了特別法解釋適用的磐石，而繼受自英美的特別法不但彈性化、活潑了民法基礎理論的思想，也為我國侵權行為法注入了經濟分析的觀念，此二者相互影響，交互作用，充實了民法的內涵，豐富了民法的生命。

本文認為，我國侵權行為法的未來，首先應該取向於調和被害人救濟與加害人制裁的指導原則，除了重視事後賠償損害之外，為因應以刑事法來規範企業不法行

為的無力現象（註91），不必謹守民刑責任的分際；且應同時在民法中強化事前預防與嚇阻的機能，來抑制加害行為，讓侵權行為法成為真正的民衆保護法。蓋本文以為民刑責任未分化下的民刑制裁其功能係有所不同：民事責任是在制裁加害人對於被害人的不法行止，乃一私的制裁，而刑事責任則是國家代表全體公民制裁加害人的法敵對行為，係一公的制裁，二者意義有別，特予指明。其次，關於慰撫金的本質，本文以為應屬於私的制裁，準此，在個案中法院得依加害人主觀上的惡性，酌定實際損害額兩三倍的慰撫金額度，來發揮懲罰的慰撫金之機能，以落實並調和損害賠償法上被害人救濟與加害人制裁的指導理念。最後，茲將本文理解所謂侵權行為法的未來面像，概列於下，尚祈方家不吝指正。

| | | | |
|-----------------------|---|---------------|-------------------|
| 侵權行為法的功能 (侵害權益的行為) | } | 救濟被害人－財產上損害賠償 | 回復原狀(原則) |
| | | | 金錢賠償(例外) |
| | } | 制裁加害人 | 非財產上損害賠償：慰撫金、謝罪廣告 |
| | | | 懲罰性損害賠償 |

註91：後藤孝典 現代損害賠償論 第五十七頁以下 日本評論社 一九八二

From Civil Law To Fair Trade Law
– Focus on Damage Compensation

Tseng Pin-chieh

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the provisions concerning compensatory damages in Chapter V of Fair Trade Law. Following an introduction, Part II inquires into the social background of Fair Trade Law; for instance, Monopolization, cartel, and boycotts are so popular in the market that Civil Law cannot effectively regulate the situation of restrictive trade.

Part III investigates the sources of legislative mode in Fair Trade Law. Part IV discusses the modification of general principles from Civil Law to Fair Trade Law, it contains from the principles of Honesty and good Faith to allocative efficiency, from individual right to institutional safeguard, from Absolute Ownership and Freedom of Contract to their limitation, from fault liability to liability without fault, from the compensation to deterrence.

Part V researches the interpretation and application to Chapter V of Fair Trade Law, such as its protection object, obligor, claimant, causation, amount in controversy. Part VI examines into the fundamental legal issues between Fair Trade Law and Civil Law. One attempts to investigate the effect of a juristic act at breaching an imperative or prohibitive provision in Fair Trade Law. The other intends to criticize the right *De lege lata* to claim the punitive damage and solatium simultaneously in a view of legislative policy.

Part VII concludes by offering a new perspective concerning the future of Tort Law in Taiwan.

