



元照出版提供

請勿公開散布

美國違約獲利歸入制度之 發展與實踐

——兼論適用於我國民法救濟之可行性

郭 冠 甫*

要 目

壹、前 言	參、違約獲利歸入之規範與適用之 類型
貳、美國法採行違約獲利歸入理論之 困境與突破	一、美國法律整編之規範
一、獲利歸入違反有效率違約理論	二、獲利歸入適用之違約類型
(一)有效率違約理論的崛起	(一)被害人之損失難以計算或無實 質損失
(二)對有效率違約之質疑	(二)加害人減少支出而獲利 (skimped performance, saved expenditure)
二、獲利歸入懲罰加害人	(三)加害人違反禁止條款 (negative covenant)
(一)傳統契約責任與獲利歸入理論 之衝突	
(二)獲利歸入遏止違約之前提	
三、小 結	

DOI : 10.53106/102398202024030176001

* 靜宜大學法律學系專任教授，美國威斯康新大學麥迪遜校區法學博士。本文承蒙二位匿名審查委員提供寶貴意見，受惠良多，謹此致謝。

投稿日期：一一二年四月十二日；接受刊登日期：一一二年八月九日

責任校對：張碧霞



(四)基於公共政策的考量	(三)分析結果
三、違約獲利歸入在第39條問世後之發展	三、獲利歸入與代償請求權
四、小 結	(一)代償請求權之基本目的
肆、我國採行違約獲利歸入制度之可行性	(二)適用範圍之擴張
一、我國現行獲利歸入救濟規範	(三)交易所得之類推
二、獲利歸入與不當得利	(四)代償請求權作為違約獲利歸入基礎之疑慮
(一)由「不當」之標準檢討	四、規範的損害概念
(二)由返還客體之範圍與數額觀察	五、小 結
	伍、結 論



摘 要

違約獲利歸入制度係以剝奪違約利得之手段，避免債務人因自身不當行為而獲利，具有遏止違約之效能。本文分析獲利歸入的目的，非在探討替代現行違約救濟制度之機制，而是尋求當補償性損害賠償對實現衡平原則力有未逮時，藉歸入性救濟矯正民事不當行為的可行性。本文係以美國違約獲利歸入之發展為主軸，分析實踐此制之困境與突破，就美國法律整編所建構之模式與要件為本，考察以往累積之案例，梳理歸納出適用之違約類型，同時觸及晚近實務上之發展與爭議。我國與大多數大陸法系國家相同，並未建構一致性之獲利歸入制度。倘我國立法者認有必要在民法中建立統一的獲利歸入規範，通過現行之制度如不當得利或代償請求權等之解釋與類推，似無法完全貼合獲利歸入所能發揮之效能。故本文以為，若以美國法為借鏡增訂特別請求權，將更能凸顯獲利歸入所欲達成之衡平目的。

關鍵詞：獲利歸入、補償性損害賠償、有效率違約、擬制信託，遏止違約、投機性違約、賠償不足、契約禁止條款、不當得利、代償請求權



壹、前言

所謂獲利歸入（disgorgement），係指法律強制剝奪被告不當獲取之利益，並將之交付於原告以資作為補償之救濟制度。獲利歸入並非嶄新之救濟途徑，就美國法而言，其應用範圍包括公法及私法領域，亦同時橫跨普通法與制定法的範疇，適用對象以違反忠實義務（breach of fiduciary duty）、保密義務（breach of confidence），或是違反特別法規之行為較為常見。除在不當得利與侵權行為法上的應用外，其他如「證券交易法」（Security Exchange Act of 1934）之詐欺或內線交易¹、「反托拉斯法」（Antitrust Law）之壟斷行為²、智慧財產權相關法規之侵害行為³，甚或是違反「詐騙及貪污集團犯罪法」（Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, RICO）所受之民事制裁⁴等相關規範或司法判決，皆見獲利歸入之身影。儘管獲利歸入貌似普遍受到法界的青睞，美國契約法典型的救濟方法則將之排除。長久以來，實務與學說咸認賠償的本質，在填補被害人所受損害或利益的喪失，被害人不應獲取超出實質損害之賠償。美國殿堂級的契約法論著「契約損害賠償中之信賴利益」⁵在哈佛法學評論發表後，契約損害賠償限於回復原狀利益（restitution interest）、信賴利益（reliance interest）及履行利益

¹ Security Exchange Act of 1934 § 21(d).

² Sherman Antitrust Act of 1890 § 4. 並未禁止以獲利歸入的手段防止該類情事的發生。

³ 例如美國專利法35 U.S. Code § 289 (a)、著作權法17 U.S. Code (Copyright Act of 1976) § 504(a)，以及商標法15 U.S. Code Ch.22 (Lanham Act) § 35 (a)等。

⁴ 聯邦第二巡迴法院認為獲利歸入屬RICO衡平法上救濟的一環。See *United States v. Carson*, 52 F.3d 1173 (2nd Cir 1995).

⁵ L. L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52-96 (1936).



(expectation interest) 等三項的論點，受到實務界全面的接受，美國契約法整編 (Restatement (Second) of Contract) 似亦刻意忽略獲利歸入作為違約救濟選項之可能性。然在某些違約的情況下，被害人可能無實質或具金錢價值之損失，加害人卻可能因其不當行為而牟取重大利益。若僅依契約利益原則判賠，原告可能僅獲名義上的損害賠償 (nominal damages)，而坐視加害人擁抱利得，此時則需運用衡平救濟的方法以杜此不正義。獲利歸入的作用即在藉由剝奪加害人投機所得，以期遏止違約或其他民事違法行為的發生。但實際上許多法院認為獲利歸入違反契約賠償原則，仍遵循20世紀初偉大法學家兼聯邦最高法院法官Holmes (Oliver Wendell Holmes Jr.) 的論點，認為履行契約義務之本質，在違約時應對訂約時可預期之利益加以賠償，僅此而已。既然獲利歸入已明顯的與此義務脫鉤，自然不為法律所接受。

然獲利歸入在特殊案例中，確有發揮衡平機能的必要性，固守傳統規制不合時宜，是以晚近英美契約法之變革應運而生。英國指標性案件Attorney General v. Blake⁶的出現開啟改變的契機。英國終審法院肯認，違約行為若損及被害人之正當利益，且在補償性損害賠償明顯不足之際，獲利歸入可作為維護公平之替代選項。受此案影響，美國法院逐漸認同獲利歸入的重要性，美國法律整編 (Restatements of the Law) 也順勢修正利益返還的規範，提供法院統一的參考標準。2011年出版的「回復原狀與不當得利法整編」 (Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment) 主要針對投機性違約 (opportunistic breach) 加以規範，意即違約行為係出於有意識的占便宜或不告而取 (conscious advantage-taking and taking without asking)、自私的 (selfish)、有利的 (advantageous)

⁶ Attorney General v. Blake, [2001] 1 AC 268.



或剝削性的（*exploitative*）等不當主觀意識⁷，被害人可向法院請求歸入加害人因此所獲取之利益。法律整編將違約利得歸入之要件具體化為蓄意（*deliberate*）、獲利（*profitable*），以及賠償不足（*inadequate*）等三項，即違約獲利歸入適用的範圍並未擴及所有違約的情況，而是限縮在蓄意的投機且有利益的行為，並在客觀上無法充分填補原告損害時，方有適用餘地，屬於例外的規定。

本文係以美國違約獲利歸入之進展為主軸，分析此理論融入傳統違約救濟制度之困境與可行性，就美國法律整編所建構之模式，考察以往累積之案例，梳理歸納出違約獲利歸入之適用類型，藉探討晚近違約獲利歸入之適用情形，預測未來之發展趨勢。我國與大多數大陸法系國家相同，並未建構一致性之獲利歸入制度，僅於少數的民法或民事特別法中添加歸入性損害賠償之規定，俱與其欲達之特殊立法目的有關。倘我國立法者認有必要在民法中建立統一的獲利歸入規範，得否基於現行之制度而以解釋或類推適用之方法將之擴及獲利歸入，抑或是必須建立新的請求權基礎，亦為本文所關注之焦點。

貳、美國法採行違約獲利歸入理論之困境與突破

儘管獲利歸入在許多民商法領域的運用並不罕見，但美國傳統契約救濟方法卻將之拒於門外，其原因雖眾說紛紜，然最重要者應與有效率違約理論以及契約責任不以懲罰為目的之原則有關。

⁷ Caprice L. Roberts, *Restitutory Disgorgement as a Moral Compass for Breach of Contract*, 77 U. CIN. L. REV. 991, 995 (2008-2009).



一、獲利歸入違反有效率違約理論

(一) 有效率違約理論的崛起

有學者指出，美國傳統契約法理論受功利主義（utilitarianism）及結果主義（consequentialism）之影響至深，與根源於「德行倫理學」（virtue ethics）的獲利歸入，在基礎概念上有所差距，導致二者難以共存。獲利歸入強調信守承諾，忠實履約方符合道德準則，違約之不當獲利理應遭到剝奪。但站在功利主義的立場，道德之最高原則，在擴大效率而達到最大幸福（maximum happiness）的結果。因此，選擇補償性損害賠償若能對社會福祉產生最有利的效果，即符合道德標準。據此推論，美國法對違約責任傾向採行「有效率違約理論」（efficient breach），應是該等主義發揮影響力的具體表現⁸。有效率違約論者批評，獲利歸入將加害人之違約獲利全數或一部移轉他方作為賠償，違約救濟的範圍將不限於履行利益的損失，被害人可能因此獲取過度的賠償，而超出履行利益的部分即可視為一種處罰。法律制裁之目的在懲罰侵害他人權益之不法行為人（wrongdoer）以及威攝潛在違法者，若違約的結果不致造成任何一方的受損，而有一方因此取得額外的利益或減少損失，似乎難以界定加害人即不法行為人。加害人背棄諾言，或許以道德觀點應將之歸類為不法行為人，但站在經濟學的角度上論之，此類加害人的行為恰是符合效率理論的表現，值得鼓勵。獲利歸入理論嚇阻違約的發生，以保障契約當事人之契約權利，債務人懼怕違約之利得或所減少之支出將全數轉予他方，因而放棄更具效率的違約行為，以致無法達到全體社會福祉之極大化。過於保護債權人而將違約者視為不法行為人的作法，勢必形成社會資源之不當

⁸ *Id.* at 999.



配置⁹。

自羅馬法以降，「契約嚴守原則」(pacta sunt servanda)係法律對契約義務的基本原則。雙方當事人間若具合法契約關係，債務人應受契約內容限制，依約履行其所承諾之義務，一旦違約不履行，契約之他方有權請求法院強制其履行¹⁰。時至19世紀末，此契約理論遭到美國法理學巨擘Holmes大法官的質疑。依Holmes氏在其經典演說「法律的道路」(The Path of the Law)中所述，「英美法的契約義務係指一種預期，當債務人不履約時，則必須支付他方損害賠償，僅此而已¹¹。」換言之，債務人可在履約及損害賠償間進行選擇，無須如契約嚴守原則般必須以履行作為預設的救濟；契約之一方在履行期限屆至前，不會受到任何的干涉，因此債務人可自由選擇違約，並以金錢賠償代替履行，也不致受到額外的懲罰¹²。Holmes氏刻意將法律上的義務與道德分離，契約不再神聖，締約之目的僅在維繫當事人間的經濟關係，契約的功能應從傳統民商法的束縛中得到解放，使其成為分散商業風險的合理手段。因此如果債務人認知履約可能導致不利益，即可藉支付損害賠償金，使其脫離履約義務。Holmes氏的主張並未論及違約之效率問題，僅在說明英美法之損害賠償責任係以金錢賠償為主，當事人無須拘泥違約的道德因素，直接以行為之後果追究責任即可。然在此基礎上，學

⁹ Zheng Xia, *Is the Law of Contract Seriously Defective if the Court is Unable to Award Restitutory Damages for Breach of Contract*, 5(4) CSCANADA 35, 37-38 (2009).

¹⁰ 林誠二，交易所得對價與代償請求權／簡評最高法院105台上2111號民事判決，台灣法學雜誌，382期，頁140，2019年12月。

¹¹ Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 462 (1897).

¹² OLIVER WENDELL HOLMES JR., *THE COMMON LAW* 301 (1881).



者開始著眼於契約的經濟效用，有認為履約與否並非契約法之關注核心，重要的是契約提供當事人履約或賠償的選擇，如果違約可提升經濟效率便不鼓勵積極履約¹³。亦有學者認為履約與否，係純以當事人經濟利益為決定因素，直言若債務人因違約而獲利，卻不致使他方當事人失去履約利益時，違約應該受到正面的鼓勵。如果契約法懲罰此種類型的違約，則是對社會資源有效配置的阻礙¹⁴。

美國契約法學者對有效率違約的論著逐漸累積，一般認為集大成者，當屬曾任聯邦巡迴法院法官之法律經濟學者Richard Posner。在其馳名論著「法律經濟分析」(Economic Analysis of Law)一書中，Posner氏對有效率違約提出重要的見解，認為契約當事人之所以企圖違約，係因債務人預測違約利益遠高於履約利益所致。因此，如果違約所需支付的賠償額度是有限度的，則違約將會受到激勵，而且理應如此。債務人履約的機會成本(履約所犧牲的代價)乃違約所生之收益，若此收益超出履約之利益，債務人若仍依約履行義務，則將導致其蒙受損失¹⁵。Posner氏所謂賠償額度限制，應可理解為以履行利益作為違約賠償的上限，亦即他方當事人之積極利益的損失。基此，違約成本得以控制與預測，債務人便可精確計算違約是否具有效率。Posner氏更進一步說明，許多加害人並非出於故意，也非企圖以違約牟取投機性的利益，僅在避免更大的損失或是追求合理的收益，若違約符合效率，債務人的決定應允以尊重，此時要求履行契約是不經濟的¹⁶。

¹³ Harvey Perlman, *Interference of Contract and other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine*, 49 U. CHI. L. REV. 61, 128 (1982).

¹⁴ Robert Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273, 284 (1970).

¹⁵ RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 89-90 (2nd 1977).

¹⁶ *Id.* at 95-96.



上世紀70年代末，美國契約法學界開始使用「有效率違約」一詞來涵蓋Holmes的契約選擇理論，認為現代契約所謂之契約義務非必然是履行義務，而是有義務選擇履約或負違約之賠償責任¹⁷。有效率違約的支持者試圖以經濟學上的效率理論將契約效率發揮至極致，以達到所謂的「柏雷多最適狀態」（Pareto Optimality）¹⁸。因此當賠償額足以完全彌補被害人履行利益上的損失，而允諾的一方亦可同時獲取較履約豐厚之利益時，社會資源即得到最有效的利用，間接嘉惠社會福祉的促進，契約便實現了柏雷多最適狀態。債務人違約的行為反而符合經濟學上對於效率的期待¹⁹。

Holmes氏在前述「法律的道路」中的經典格言，昭示違約救濟以金錢賠償為原則的概念，當違約發生後，法律救濟的重點已非強制加害人履行原契約義務，而是計算加害人所應負擔的金錢賠償數額。美國法將違約救濟的方法分為「法律上的救濟」（legal remedies）及「衡平法上的救濟」（equitable remedies）兩類。前者是指補償性之金錢賠償救濟，包括履行利益（expectation interest）、信賴利益（reliance interest）及回復原狀（restitution interest）等利益之損失²⁰；而非補償性賠償如強制履行（specific performance）、禁制令（injunction）、廢除（rescission）或追認（ratification）等則屬於後者。英美法院通常優先給予原告法律上的救濟，以金錢賠償

¹⁷ Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Note on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 COLUM. L. REV. 554, 558 (1977).

¹⁸ 柏雷多「最適狀態」係指經濟利益分配最有效率的狀態，亦即指利益不可能會因重新分配而更好。雙語詞彙、學術名詞暨辭書資訊網，國家教育研究所，<https://terms.naer.edu.tw/detail/1307531/>，最後瀏覽日：2022年4月7日。

¹⁹ Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, 18(1) J. LEGAL STUD. 1, 3 (1989).

²⁰ 郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，7期，頁272-279，2018年12月。



彌補被害人的損失，然在法律上的救濟明顯不足時，法院仍可命令以強制履行或禁制令等衡平法上的手段維護公平²¹。倘被告證明其已完全賠償原告損失，通常係滿足原告之履行利益，使其處於契約已被履行之相同地位，法院並不會要求被告履約，因原告的損失已獲得足夠的補償。據此，有效率違約論者認為只要加害人全額賠償履行利益的損失，則如同已履約一般，即便違約係出於故意，也不應受到道德的譴責或是任何形式的懲罰；另一方面，契約存續中有意違約之一方，無須付出相當的時間與金錢成本與他方協商解約，如此也不致造成社會資源無謂的浪費²²。

(二)對有效率違約之質疑

有效率違約理論在美國契約法中占有舉足輕重的地位，美國法律整編契約法第二次整編（Restatement (Second) of Contract）也為此論背書，正如該整編中「違約救濟」章節之引言所述，契約救濟的目的不在強制債務人履行契約義務，而在賠償債權人因違約所受的損失。債務人是否故意違約對賠償計算而言並無區別，懲罰性賠償金也非契約救濟之方法，適足的金錢賠償得以替代契約之履行²³。因此，倘加害人對他方之損失完全賠償後仍能獲得淨收益，則拒絕履行契約對債務人是有利的。儘管如此，實務界卻非全盤接受，仍有一定數量的判決拒絕單純由經濟學上的考量為度，蓋此論之基礎依附許多不切實際或無法證明之假設，與現實社會之生活經驗脫節，亦不符一般人對正義的認知與期待²⁴。有學者指出有效率違約

²¹ GORDON SCHABER & CLAUDE ROHWER, CONTRACTS IN A NUTSHELL 270 (1990).

²² Barry Adler, *Efficient Breach Theory through the Looking Glass*, 83(6) N.Y. L. REV. 1679, 1680-81 (2008).

²³ Chapter 16: Introductory Note, Restatement (Second) of Contract (1981).

²⁴ Roy Ryden Anderson, *The Compensatory Disgorgement Alternative to Restatement*



論者所持之假設不盡合理，例如債務人企圖違約之際，得以完全掌握債權人履行利益之數額，或是債務人之賠償責任僅有履行利益損害部分而無其他成本。就前者而言，有效率違約理論所假設的透明世界往往是不存在的。以雙重買賣為例，企圖違約的賣方在計算違約成本之際，必須完全掌握買方之投資成本及期待利益，但在現實世界中，很難想像契約雙方會無私地分享此類資訊，因此除非兩造以協商方式解約，否則加害人可能會付出高出違約獲利之賠償金，導致過度履約之無效率狀態²⁵。相反的，被害人在訴訟上可能因舉證失敗或是受限於法律規定²⁶而無法獲得充足的賠償，也就產生過度不履約現象，同樣產生無效率的結果²⁷。是以契約雙方都有相當的機率因違約行為而受損，違約恐難呈現經濟利益分配最有效率的狀態，顯見有效率違約論所預設的前提並不周延²⁸。

第二個假設與交易成本有關。有效率違約論者假設加害人的賠償義務僅限於他方履行利益的損失，嚴重忽略其他交易成本的存在。基於利己，被害人傾向高估賠償金額，反之加害人則期待儘量壓低，希冀契約雙方在賠償金額上取得共識往往不切實際，仍需透過訴訟或和解等程序允以確定。違約之事後協商所耗費資源通常大於解約之前協商，無論是律師費用、訴訟費用，蒐集證據的相關支出，乃至於上訴的時間成本都屬於無謂損失（deadweight

Third's New Remedy for Breach of Contract, 68(4) SMU. L. REV. 953, 958-59 (2015).

²⁵ 簡資修，一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害，人文及社會科學集刊，13卷1期，頁69，2001年3月。

²⁶ 例如契約法第二次整編所規範的限制，如損害之可預見性（foreseeability, § 351）、確定性（certainty, § 352），及防免性（Avoidance, § 350）等。

²⁷ 簡資修，同註25，頁70。

²⁸ George Klass, *Efficient Breach*, in *THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW* 362, 369 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Sapra eds., 2014).



loss)，雙方皆無法從此支出中獲利。這類費用導致社會資源得不到最佳配置，社會福祉無從處在最有利的狀態，致使社會產生淨損失²⁹。有效率違約論鼓勵債務人在符合效率的狀況下背棄承諾，勢必招致更多人尋求法院作出合理的損害賠償裁判，如此等同開啟防水閘門，令違約訴訟如洪水般湧向法院，徒增社會成本的耗費。此外，有效率違約論者鼓吹違約先於磋商的作法，也可能招致加害人日後無形成本的產生。斷然違約而尋求更豐厚利潤的當下，或可創造更高的效率，然與此同時也為未來經營埋下失敗的種子。違約對商譽之影響意味著商業機會的喪失，這類成本雖然無法直接表現在市場價值的減損，但加害人在業界的信用遭到質疑，勢必對爾後的經營產生負面的衝擊³⁰。

有效率違約論者將效率置於道德之上，契約唯一的價值，如Posner氏所言，在實現社會財富的極大化³¹。法律甚至是法院審判的基準理當以追求社會福祉為標竿。然此所形塑之契約價值觀，實與現今社會對正義的普遍理解不盡契合。有學者批判Holmes過於專注在契約的實用性與經濟上的意義，忽略違背承諾所引發的道德問題。契約上的允諾應與個人榮譽、誠實、品德及正義連結，隨意的違約並非符合道德的行為；然基於Holmes氏的詮釋，契約義務是偶然的且可與契約分離而不需絕對的遵守，如此一來道德選項將就此消失³²。道德在契約中所扮演的角色，係在要求債務人善盡履約的義務，縱使立約後債務人發現履約不利於己，仍必須信守承諾，或是誠懇尋求協商解約或修改契約內容之道，此乃世人之所以

²⁹ *Id.* at 368-69.

³⁰ Nina Khouri, *Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis*, 9(3) AUCKLAND L. REV. 739, 775 (2002).

³¹ *Id.* at 759.

³² Robin West, *Three Positivisms*, 78 B. U. L. REV. 791, 812 (1998).



願意締結契約之誘因。當事人締約之目的係在確認雙方有履約之意圖，非僅是要求對方在兌現諾言與損害賠償中作出選擇³³。倘若允諾只是一種偶然性的意願表達，則難以說服契約他方相信允諾方將竭盡所能地履行義務，債權人必時時處在被違約的風險中，契約所奠基之信賴關係不復存在，可能導致原可利用契約獲取所需資源之一方，傾向以其他花費較高或不具效率的方式（如自行生產或垂直整合上游供應商等）代之，藉以保證供貨無虞³⁴。反對者認為堅持契約選擇理論的結果，將不利於當事人對交易成本及預期利益的評估³⁵。堅守契約道德有助於培養供需雙方長期的商業夥伴關係，契約兩造若能建立穩定的供貨管道，原料供應者無須承擔貨物滯銷的風險，製造者更可致力於長遠的生產計畫，投注更多的資金於改善商品與刺激銷售³⁶，益於促進社會資源的有效配置，就效率的角度觀之，忠實履約未必遜於有效率違約。

道德必須被摒棄於契約法之外的論點，似乎與現實理解有所差距，事實上英美法法院在解決契約爭議中，經常使用善意（good faith）或惡意（bad faith）等字眼，藉加害人的主觀惡性決定賠償與否或數額的大小³⁷，或是傳統上不被承認之契約懲罰性賠償金（punitive damages），亦有州法院審判採納之例³⁸，顯見實務界並

³³ Melvin Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559, 574 (2006).

³⁴ Friedmann, *supra* note 19, at 7.

³⁵ West, *supra* note 32, at 812.

³⁶ Eisenberg, *supra* note 33, at 575.

³⁷ 例如在 *Greer v. LaSalle National Bank* 乙案，法院指出契約雙方負有善意與誠實履約的義務，賣方終止契約必須基於善意，如僅為賣得更高價格，其行為即是惡意，終止無效。 *Greer v. LaSalle National Bank*, 874 F.2 460-61 (7th Cir. 1989).

³⁸ 部分英美法系國家已逐漸摒棄懲罰性違約金不適用於契約救濟之傳統見解，



未完全遵循法律經濟分析理論，道德因素仍是重要的心證基礎。另外，有效率違約論者認為契約權利並非神聖不可侵犯的領域，對契約義務的允諾是具可替代性的³⁹。惟美國契約法仍將履約視為重要的契約目的，特別是關於規範商業行為之法律。依「美國統一商法典」（Uniform Commercial Code, UCC）在「要求提供充分履約保證之權」（Right to Adequate Assurance of Performance）小節之註釋中說明，「商業人士間之契約基本目的在實際履行，當事人不僅僅是為取得對方的承諾，或者為承諾加上贏得訴訟的權利而進行協商」⁴⁰。契約磋商所交換的允諾，必須是履約的保證，而非僅是取得請求損害賠償的權利。顯然實務界與法律規範並非全然接受有效率違約理論，依約履行義務仍占有相當重要的地位，事實上，契約之核心價值應在雙方依約履行義務，此乃締結契約之主要利益，即便加害人並未造成他方財務上的損失，但卻使被害人喪失請求對方履約之契約權利，損及身為債權人應有的地位，係屬無形的傷害。而補償性的損害賠償所提供的保障，僅在使被害人不因違約行為而蒙受財務上的有形損失，也就是對違約「結果」的救濟，而非如強制履行或禁制令等係針對違約行為「本身」進行救濟，屬於次要的

例如加拿大案例Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd (2000) 178 DLR (4th)、紐西蘭案例TAK & Co v. AEL Corporation Ltd (1995) 5 NZBLC 103，或是美國案例Travelers Indemnity Co. v. Armstrong, 442 N.E.2d 349 (Ind. 1984)。Khouri, *supra* note 30, at 743. See also John McCamus, *Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective*, 36 LOY. L. A. L. REV. 943, 949 (2003).

³⁹ 劉廷華，論有效率違約——一個完整的架構，華南理工大學學報（社會科學版），12卷3期，頁49，2010年12月。

⁴⁰ UCC, Section 2-609, cm 1 “...the essential purpose of a contract between commercial men is actual performance and they do not bargain merely for a promise, or for a promise plus the right to win a lawsuit”.



利益保護。故而認為補償性損害賠償可作為履行契約的替代，並非毫無疑問。倘若強制履行因故無從遂行，而補償性損害賠償又明顯不足，獲利歸入或可發揮衡平救濟的功能。儘管獲利歸入無法使債權人回復契約地位，不能作為完美的替代，但卻更接近強制履約所欲保障之主要利益。賠償金額不以債權人之履行利益損失為斷，而是瞄準債務人之違約利得，此獲利原屬被害人理應享有之利益，卻因違約而致其處於不利的地位，倘任由債務人保有此等所得，應視為對債權人契約上地位的削弱，不符合立約當時雙方通過自由意識所創造的公平關係。故要求債務人將獲利歸入，係針對侵害契約地位本身之救濟，與違約所導致之財務損失無關。獲利歸入所欲保障之利益與前述之主要利益相近，因此在無法實行強制履行的情況下，獲利歸入更適合作為履約的替代⁴¹。

二、獲利歸入懲罰加害人

(一)傳統契約責任與獲利歸入理論之衝突

一般認為，契約責任在於填補被害人之損失，使其回復違約發生前之法律地位，而非旨在懲罰或報復加害人，補償的結果不會使被害人取得較履約更佳的地位⁴²。獲利歸入強制加害人將不當攫取的利益交付他方，雖不符傳統認知的契約損害賠償原則，但卻能完全契合法律所追求的公平原則。自古人們倚賴自然法則，認為個人不應藉由損害他人利益而變得富有⁴³，不當行為者保有違約獲利是

⁴¹ Tareq Al-Tawil, *Corrective Justice and Deterrence: Can They Co-Exist?*, 6(1) EUR. J. LEGAL STUD. 109, 115-17 (2013).

⁴² E. ALLEN FRANSWORTH, *CONTRACTS* 730, 760 (4th ed. 2004).

⁴³ 例如君士坦丁時代即有*lure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*（根據自然規律，沒有人會因損害和傷害他人而變得更有）的法律原則。Al-Tawil, *supra* note 41, at 118 (fn. 31).



不合理的，必須允以剝奪。獲利歸入的目的在維持契約當事人間的正義，而非僅在填補原告的損失，所以即便原告可能因此受到過度補償，仍不能使被告獲有不當得利的機會。然而，過度補償的結果是否使獲利歸入具有懲罰之功能？容非無疑。

具懲罰性質之賠償旨在懲戒或嚇阻不當行為者，如惡意侵權行為人，計算基準係以行為人之違法作為或不作為為度，以不當行為造成個人或社會之危害強度決定賠償金額大小。懲罰性賠償在本質上與英美契約法所欲達到的補償功能迥異，故傳統上違約救濟並不存在懲罰性賠償金。獲利歸入數額之計算以加害人之獲利為限，而懲罰性賠償金額度之認定，除考量加害人所獲利益外，尚須斟酌過錯程度、經濟能力等因素，亦不限於違約之所得。兩相比較，懲罰性賠償金的機能類似刑事法制裁的報復主義，旨在懲罰被告故意或魯莽輕率之不當行為，而獲利歸入之懲罰性格較不明顯，更類似於不當得利之返還。但不容否認的是，獲利歸入含有嚇阻違約的特性，對於精於算計的加害人而言，獲利歸入代表著處心積慮利用補償性損害賠償漏洞所得到的利益，將因之化為烏有，加害人雖不至於因此受到懲罰，但為獲利所盡之努力皆付之東流。如此將有效避免契約之一方有意的無視契約義務，或是利用違約圖謀自身之不當利益。基此，儘管獲利歸入的作用非著重在懲罰加害人，但其所具備的嚇阻功能，仍與傳統契約損害填補原則發生扞格，這是否意味著英美契約法應將之拒於門外？

獲利歸入無法見容於一般契約損害賠償規範之因，在於違約救濟之目的並不存在懲罰或嚇阻加害人。承審法院不會考量加害人之主觀意識或對社會所造成的影響，無論是故意或過失、善意或惡意，或行為不當性等因素，俱無關於賠償數額的決定。然透過實務上的觀察，理論與現實似乎有所出入。有學者以補償性損害賠償為例，認為即使法院仍堅持賠償金額的估算僅與原告的履行利益相



關，但事實證明有些判決似乎藉由不同的損害賠償計算方式，刻意提高或降低被告的賠償金額，究其原因恐與違約行為之不法性、故意性，乃至於道德上可非難程度等因素有關。例如在被告不盡契約之特定義務而造成原告損失的案件中，法院對於補償性損害賠償的計算，可在完工費用（cost of completion）及價值減損（diminution of value）中擇一決之，無論何種計算方式皆符合填補損害之違約救濟原則。然而依不同機制計算之結果可能差距甚大，此時法院為何選擇其一而排斥其他？似乎可由判決用語中獲得解答。

舉例而言，明尼蘇達州最高法院在審理 *Groves v. John Wunder Co.*⁴⁴ 一案時便面臨上述損害賠償方式之抉擇。本案兩造就原告之土地締結租賃契約，被告在租約期間有權移除土地上的沙石，並使用土地上的洗選場。契約中載明被告有義務在契約屆滿後將土地整平，然被告將土地中有價值的沙礫移除後，意識到回復所需費用遠高於土地價值減損之賠償，於是選擇違約並支付損害賠償。審判中被告期待以價值減損計算賠償金，但法院發現被告之違約係基於故意且存在不良動機與目的（willful），因此判決被告必須支付完工費用，意即將土地回填平整之費用。法院面對被告蓄意違約的行為，在法律允許的範圍內，選擇要求被告付出較高的賠償金，即使判決未陳明懲罰被告之意，但無可否認的，懲罰與嚇阻扮演著左右心證的角色。

法院除使用故意（willfulness）來表示被告行為之不當性外，也會利用其他字眼，例如「不當的」（wrongful）、「故意的」（intentional）或直接使用「惡意」（bad faith），相反的，如果損害賠償採用對被告有利的方法計算，則會使用「意外的」（accidental）、不可避免的（inevitable），或是善意（good faith）等用語，以表明

⁴⁴ 286 N.W. 235 (Minn. 1939).



被告行為是值得原諒的⁴⁵。有些法院不但指摘被告之違約行為應受處罰，甚至關注原告在契約中所處的脆弱地位（*vulnerability*）。例如 *City Sch. Dist. Of Elmira v. McLane Const. Co., Inc.*⁴⁶ 一案中，原告學區僱用被告公司興建一座泳池建築，建物樑柱在安裝後出現瑕疵，原告遂向法院起訴被告違約，請求置換正常木樑之損害賠償，也就是完工費用。被告主張應以約定與實際木樑之價值差額作為賠償依據，僅願賠償價值減損的金額。法院認為建築包商無法履行約定的義務或履行有瑕疵，通常的賠償計算方式為更換或完工之合理費用，但此原則不適用於被告已「善意」履約但仍出現瑕疵，且更換瑕疵物勢必造成經濟上的浪費，而此時價值減損則是合理且恰當的計算方式。承審法院贊同原告之主張，認為被告之違約係基於惡意，在知情的狀況下，採用可能導致褪色的工法而使樑柱永久脫色，其行為故意偏離契約上的重要規範且情節重大，因此不適用價值減損法計算賠償金額。法院更發現原告亟需完成系爭建築，否則當冬季來臨時恐將造成更大的損失，故僅能被迫接受有瑕疵之樑柱⁴⁷。原告在契約關係中屈居弱勢，無法爭取契約預計的效果，若使用價值減損法則當更行削弱其契約地位，因此判決以完工費用作為計算基準當屬公允。

法院在決定損害賠償額度時，若非僅以填補原告損害之目的計算，而是通盤考量被告行為之可非難性或是其他因素，則傳統契約損害賠償原則，似非不可違逆。其實並非只有在決定完工費用與價值減損計算方法時，才會出現具有懲罰意味的判決，在其他形態的

⁴⁵ Marco J. Jimenez, *Retribution in Contract Law*, 52 U.C. DAVIS L. REV. 637, 668 (2018).

⁴⁶ 445 N.Y.S.2d 258 (N.Y. App. Div. 1981).

⁴⁷ *Id.* at 260.



契約爭議中也存在類似的情況。例如契約標的如屬市場上波動性高的商品，出賣人若違約拒絕交付標的物，買受人無法順利出貨予與其簽約之第三人，導致轉售利益的損失。對於此類契約爭議，法院可採用兩種方式決定賠償數額，其一為「實際轉售利益損失」（actual lost profits），以原告實際支出或預期利益損失為基準，但由於市場波動劇烈，違約時的商品市價如遠高於轉售利益時，也可使用第二種方式，即「假定的市場價值損失」（hypothetical lost profits）計算之，即約定售價與市價之差額。這兩種損害賠償計算方法雖為契約法所接受，但有時金額差距甚大，對當事人而言並非毫無區別，因此吾人似可由法院選擇之方式窺其所欲達到之目的⁴⁸。聯邦第七巡迴上訴法院審理TexPar Energy Inc. v. Murphy Oil USA, Inc.⁴⁹案時，顯示在填補原告實際損失外，法院也可能參考其他因素以斟酌金額之多寡。本案被告與原告締約出賣一批瀝青，原告也與第三人買家訂約轉售此批貨物。當瀝青市價上漲，被告即停止供貨，導致原告不但無法由第二契約中獲利，還必須賠償第三人買家之損失。原告起訴要求損害賠償，但卻不以履行利益損失請求，而是以被告違約時瀝青之市場價值與約定金額之差價計算損害賠償額。原告之所以如此請求，係因瀝青在被告違約時的市價較原告賠償第三人時高出許多，因此以假定的市場價值損失計算對其有利。被告抗辯其僅須賠償原告履行利益的損失，使其獲得有如履約一般之地位即可，賠償假定之市場價值損失將使原告納取不義之財。法院並不贊同被告的說詞，認為契約救濟之目的並不限於填補原告的損失，其他的考慮因素無須完全排除，履行利益損害賠償亦非唯一。本案法院最終判決原告請求有理，其主要考量恐與公共政

⁴⁸ Jimenez, *supra* note 45 at 683.

⁴⁹ 45 F.3d 1111 (7th Cir. 1995).



策有關，希望透過判決遏止違約的發生，藉此鼓勵契約當事人忠實履行義務⁵⁰。因此即使賠償的數額高於原告實際損失，也不失為合理的救濟方法。

(二) 獲利歸入遏止違約之前提

倘若法院在考量補償性損害賠償時，尚且摻入懲罰或嚇阻違約行為的因子，則不難想像傳統補償性計算原則並非牢不可破。適用違反原則的計算方法也非牴觸禁忌，仍有許多判決在彌補被告損害之虞，亦同時關注契約賦予債務人履行承諾之道德義務。畢竟法院並不樂見加害人將利益構築在自身不當行為之上，計算損害賠償時便有意無意的添加懲罰或威攝的成分。因此獲利歸入雖帶有威攝加害人的功能，仍應可見容於英美契約法。雖然適用此原則形同直接對決既有體制，但傳統理論尚未取得絕對優勢，是以獲利歸入擠身於契約救濟之列並非不可行。惟獲利歸入之適用應建立在一定條件之下，濫用的結果對一般被告亦有失公平。獲利歸入利用嚇阻違約之手段鼓勵履約，其目的在求取當事人間的公平，係具有衡平機能的違約救濟方法。因此適用的前提必須在被告的行為具有相當程度的不道德性，對原告產生明顯的不公平，獲利歸入方有其用武之地。

一般認為獲利歸入所針對的違約必須達到「損人利己」(cynical)的地步，但此一名詞卻稍嫌模糊以致眾說紛紜。損人利己是否必須伴隨著蓄意(deliberation)、惡意、不誠實(dishonesty)，或是顯失公平的行為(unconscionable conduct)，其實並未有一致的看法⁵¹。有學者甚至認為所謂的損人利己應從寬認定，任何會為

⁵⁰ *Id.* at 1113-14.

⁵¹ Katy Barnett, *Deterrence and Disgorging Profits for Breach of Contract*, 17 *RESTITUTION L. REV.* 79, 91 (2007).



債務人帶來豐厚獲利的違約行為，皆屬損人利己。被告如係故意違約，其必難以舉證違約獲利非出於不法⁵²。如此廣義的推定似乎失之籠統，對所有故意違約且有獲利之行為，均無差別的視為損人利己，雖然有利於獲利歸入的廣泛運用，但也可能產生濫用的疑慮。限縮損人利己的解釋仍有必要，有學者建議應由被告行為應受譴責之程度（*blameworthy*）分辨是否達到損人利己的地步，被告的行為若因不慎（*careless*）或無辜（*innocent*）所致，原告則無法請求獲利歸入救濟⁵³。此說略嫌簡略，類似的案件在不同法院審理時難有統一見解，可能因為審判者對違法行為之接受程度有異，出現完全相反的判決，因此仍有賴較為細膩的定義以助審判的安定性與可預測性。有學者進一步提出，損人利己違約需基於有意的行為，但並非所有有意或故意的違約行為皆可歸類於此，尚須達到有意識（*conscious*）或有意（*advertent*）的無視（*indifference*）原告契約權利的程度，才會得到應受的懲罰。因此通常的違約並不致落入此一範疇，即使在故意違約的情況下亦然⁵⁴。被告違約時不顧及雙方自由訂定的契約權利，為一己之私背棄諾言，僅為追逐更豐厚的利潤，此時獲利歸入的運用，即可示警被告或其他人不得從事損人利己的違約行為。

在實務上，法院無法直接決定被告是否主觀無視或忽略原告契約權利，必須透過其他客觀事實加以推論。有學者指出，除違約之結果可使被告獲取利益外，契約標的是否具有市場替代性，也是左

⁵² JAMES EDELMAN, *GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY* 85 (2002).

⁵³ Craig Rotherham, *The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs*, 66(1) *CAM. L.J.* 172, 189 (2007).

⁵⁴ Bruce Chapman & Michael Trebilcock, *Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale*, 40 *ALA. L. REV.* 741, 783 (1989).



右違約行為不當性的客觀因素。被告違約導致原告無法取得契約標的，但如果可在市場上購得相同的物品，則無須適用獲利歸入，被告最終仍獲與標的相同之物，而其另購之費用差價，也可藉補償性損害賠償獲得滿足。相反的，倘若標的物不具替代性，如不動產或部分稀珍商品等，被告知悉該標的之特性卻仍違約，有意忽略原告將因此喪失契約權利的事實，其行為可歸於損人利己，因此可適用獲利歸入以嚇阻之⁵⁵。是故，契約當事人如欲尋求以獲利歸入作為契約救濟方法，必須證明加害人在主觀上係出於損人利己的考量，且因此攫取可觀的利潤，而契約標的在客觀上欠缺可替代性，導致被害人無法如願取得其所期待之契約權利。由此觀之，獲利歸入並無法取代補償性損害賠償而成為原則規範，僅在符合上述主客觀條件下，例外的適用特殊形態之違約。

三、小 結

儘管批評與檢討的聲浪不斷，有效率違約理論仍占有絕對優勢，契約責任原則上也不以懲罰或遏止為目的。違約獲利歸入理論與美國契約法所信仰的基礎概念或有隔閡，但非完全不得見容於現行體制。因此在不顛覆基本理念的前提下，若能接納獲利歸入作為例外的規範，對損人利己之嚴重違約行為可發揮警示作用，避免有心人利用制度漏洞牟取不當利益。此觀點正逐漸改變美國違約救濟制度的原貌，下述美國法律整編的修正可為證明。

⁵⁵ Katy Barnett, *Substitutability and Disgorgement Damages in Contract*, in *EXPLORING PRIVATE LAW* 377, 379-80 (Elise Bant ed., 2010).



參、違約獲利歸入之規範與適用之類型

一、美國法律整編之規範

美國法院雖時而以被告違約之獲利作為損害賠償，然在適用上尚欠缺一致性的標準，此渾沌之狀況直至2011年美國法律整編修正後方得改善。獲利歸入的相關規定並未寫入契約法整編，而是置於回復原狀與不當得利整編第三版（以下簡稱「不當得利整編」）之中，顯見法律整編無意更動現行違約救濟原則，而是將獲利歸入納入不當得利之範疇。不當得利整編第四章「回復原狀與契約」（Restitution and Contract）中之第39條「投機性違約之獲利」（Profit From Opportunistic Breach，以下簡稱「第39條」）係依歷年法院判決整理歸納而成，該條第1項規定：「加害人蓄意違反契約致獲利，且現有之損害賠償救濟不能提供充足保護者，被害人得請求歸入違約之利益。本條所稱之歸入係可供選擇之損害賠償救濟方法」⁵⁶。據此，第39條羅列適用獲利歸入之要件，可簡化為蓄意（deliberate）、獲利（profitable），以及賠償不足（inadequate）等三項，唯有符合要件之違約行為，方得例外以被告之獲利計算損失。

首先，適用獲利歸入須以蓄意為前提。被告因疏忽（inadvertence）、過失（negligence），或嘗試失敗（unsuccessful

⁵⁶ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (1) (“If a deliberate breach of contract results in profit to the defaulting promisor and the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee’s contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach. Restitution by the rule of this section is an alternative to a remedy in damages.”).



attempt) 致無法履約的狀況，均無法適用第39條⁵⁷。第39條使用「蓄意」一詞，而非前述受到論者普遍接受的「損人利己」。依劍橋字典 (Cambridge Dictionary) 對deliberate的定義，係指有意或有計畫的行動或決定，通常導致對某人有害⁵⁸，與cynical或opportunistic同具負面意義，但程度上有所不同，因此無法交互使用。既然獲利歸入救濟方法含有嚇阻違約之目的，第39條應更加凸顯違約之不當性，使用蓄意一詞雖較單純的故意 (intentional) 更能表現主觀惡性，但在強度上似仍有不足。有學者指出，美國法院較常使用willful以表達故意且存在不良動機與目的的行為，也較接近「投機性」的意義。英國法院則是在經典案例Attorney General v. Blake的判決中，將「蓄意」與「損人利己」合併使用，藉以彰顯被告在道德層面上的不當性。故僅使用蓄意似乎無法令人直接聯想被告行為在道德上的可非難性⁵⁹。惟在第39條之註釋說明 (Reporter's Note) 中，被告行為被視為具「投機性」的前提，乃在利用原告在契約地位上的「脆弱性」以謀其利，藉犧牲原告契約權利換取較履約更高的利潤。原告的脆弱具體表現在其損害不易通過補償性損害賠償獲得完全的彌補，特別是在契約標的難以強制履行或以金錢評估價值。倘被告知悉此一境況並加以運用，致使原告被迫接受低於履約價值之賠償，其所獲利益即屬不當得利⁶⁰。由此

⁵⁷ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. f.

⁵⁸ Deliberate: (of an action or a decision) intentional or planned, often with the result of being harmful to someone, available at <https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%AA%9E/deliberate> (last visited: 2022.07.13).

⁵⁹ David Campbell, *A Rational Critique of the Third Restatement of Restitution* § 39, 68 WASH. & LEE L. REV. 1063, 1075 (2011).

⁶⁰ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §



觀之，第39條所設定之投機行為，必須同時滿足蓄意利用被害人之脆弱性、獲有較履約更高的利益，且預設之損害賠償明顯不足等三大要件，法院在認定三項要件具足，方准獲利歸入之請求。使用蓄意一詞僅在說明被告之意圖，而非代表完整的投機性概念，仍須有獲利與不足等要件的配合，才能顯現被告行為之不當性。至於蓄意是否應為必備條件，有論者由不當得利基本要件觀察，認為不需強調。不當得利整編並不以有意為要件，基於錯誤或緊急醫療服務等因而獲利益之所謂無辜受益者（innocent recipients）也需負返還之責，但限於現受利益的部分，而有意識之不當得利者（conscious wrongdoer）則應返還所有不當獲利及本於該利益之更有所得⁶¹。故而是否知悉不當得利之存在，僅因法規限制而影響求償內容，被告無從主張其行為非出於蓄意而免責⁶²。作為不當得利之一種類型，違約不當得利益亦不須將蓄意列為要件。然對於第39條的堅持，吾人似可推論該條編寫者並不樂見獲利歸入喧賓奪主，有意壓縮其存在的空間，將之定位為例外的衡平救濟途徑，僅在明顯不公平的情況下方有適用之餘地。

其次，被告需因違約而有獲利。所謂「獲利」，依第39條第3項的規定：「被告因違約取得之利益於扣除損害賠償責任後，大於履行契約所能實現之利益，違約即具獲利性。違約獲利包括節省支出及因違約所得之間接收益⁶³。」是以，被告違約獲利減去賠償原

39 cmt. b.

61 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 40 cmt. b.

62 Anderson, *supra* note 24, at 984.

63 RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (3) (“Breach of contract is profitable when it results in gains to the defendant (net of potential liability in damages) greater than the defendant would have



告損害後的利益，方得成為獲利歸入之標的。依美國契約法第二次整編第347條⁶⁴之規定，原告對履行利益損害賠償的標準，大致可簡化為「利潤損失」與「其他損害」之總和減去「可避免之損失」。利潤損失係指被告無法履行或瑕疵給付所造成損失之價值；其他損害則包括「附帶損害」或「衍生損害」（*incidental or consequential loss*）等間接損害⁶⁵。因此，如果交易標的具有市場可替代性時，被告違約所應擔負的損害賠償責任，不僅是原告另行購買替代物之差價，尚且包括因違約所生之附帶與衍生損害，除非被告得以高於市價甚多的價格轉售，否則在同一個交易市場中，被告獲利的機率其實是有限的。換言之，僅有少數獲利甚豐的違約個案符合第39條之獲利要件，再次說明獲利歸入歸屬於例外救濟之性質。

第39條的第三個要件為賠償不足，即補償性損害賠償不足以充分保障原告之契約權利。儘管不當得利整編明確規範賠償不足並非一般不當得利之要件⁶⁶，然第39條卻與原則相違，應是意在限縮獲

realized from performance of the contract. Profits from breach include saved expenditure and consequential gains that the defendant would not have realized but for the breach, as measured by the rules that apply in other cases of disgorgement (§ 51 (5)).”)

⁶⁴ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 347: (“Injured party has right to expectation interest as measured by: The loss in the value to him of the other party’s performance caused by its failure or deficiency any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach less any cost or other loss that he has avoided by not having to perform.”).

⁶⁵ 美國統一商法典UCC (UNIFORM COMMERCIAL CODE) § 2-715的規定，「附帶損害」指違約須支付的費用或倉儲、服務、補進貨物等費用；及延遲交貨或其他違約而附帶合理支出。「衍生損害」指未能滿足未違約方一般或特殊之需求而造成的損失，但需在締約時可預見，未違約方無法合理避免此損失。未違約方因此受到人身或財產損害，亦應賠償。

⁶⁶ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 4



利歸入之適用。依本條第2項規定，所謂賠償不足，係指「以通常之損害賠償方法不能保障債權人在替代交易中獲得與履行契約同等之契約權利」⁶⁷。誠如前述，違約救濟方法一般分為「法律上的救濟」及「衡平法上的救濟」兩類，美國契約法係以金錢賠償為優先，唯有在損害填補明顯不足時，法院才會考慮後者。衡平法上的救濟允許原告維持契約上的權利，對被害人而言最為有利，然一旦損害賠償足以填補原告之履行利益損失，法院通常會認定被告已了卻違約責任，無須再行履約。以可替代物作為契約標的時，原告可自市場取得與標的相同之物，差價部分經法律上的救濟而完全補償。若標的之價值無法以金錢衡量，或標的物在性質上具獨特性，可能產生賠償不足的問題，衡平法上的救濟方得介入。獲利歸入的作用實與衡平救濟如出一轍，但衡平救濟在適用上有時因客觀因素影響而受到限制，例如強制履行或禁制令的核發緩不濟急等，導致衡平救濟有欠公允或效果不彰，此時以金錢賠償為基礎的獲利歸入即可派上用場。獲利歸入既具相同的衡平功能，適用上又不受外因的制約，性質上不在強制被告作為或不作為，僅剝奪其違約獲利，故以之替代衡平救濟應屬妥適⁶⁸。然若未發生賠償不足之情事，則非屬投機性違約之範疇，獲利歸入自然無從適用。

(2) (“A claimant otherwise entitled to a remedy for unjust enrichment, including a remedy originating in equity, need not demonstrate the inadequacy of available remedies at law.”).

⁶⁷ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (2) (“A case in which damages afford inadequate protection to the promisee’s contractual entitlement is ordinarily one in which damages will not permit the promisee to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction.”).

⁶⁸ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. c.



二、獲利歸入適用之違約類型

抽象之要件需藉具體的案例以釐清其適用的範圍，以下就實際案例與第39條註解中之假設實例，分析歸納獲利歸入適用之違約類型。

(一) 被害人之損失難以計算或無實質損失

1. 契約標的為土地或不代替物

土地具不可替代的本質，令補償性損害賠償難以真正填補契約債權人的損失，故美國法院多以衡平法上的救濟，強制加害人履行契約義務。然在雙重買賣的狀況下，土地所有權若業已移轉第三人，強制履行必難以實施，此時部分法院傾向以加害人之獲利以充損害賠償。惟在獲利歸入理論尚欠成熟之際，法院僅能選擇以迂迴的方式，在契約雙方間建立「擬制信託」(constructive trust)關係，債務人將土地出賣予第三人，即視為違反信託義務，依信託法可請求歸入其獲利。所謂擬制信託，係法院依衡平法原則擬制信託關係所成立之信託，屬於法定信託，與當事人成立信託之意思無關，有別於意定信託⁶⁹；當被告以不正當或不公平的手段，如脅迫(duress)、詐欺(fraud)、不當影響(undue influence)、虛偽意思表示(misrepresentation)、錯誤(mistake)、無權處分(unlawful disposition)，或違反忠實義務(breach of fiduciary duty)等，獲取原告財產時，法院得運用此規則建立當事人間法律關係⁷⁰。

⁶⁹ 賴源河、王志誠，現代信託法論，頁30，2002年8月，3版。

⁷⁰ What is Constructive Trust, HG.org Legal Resources, available at <https://www.hg.org/legal-articles/what-is-a-constructive-trust-37117> (last visited: 2022.08.04).



例如在 *Coppola Enterprises, Inc. v. Alfone*⁷¹ 一案中，買受人向出賣人購買預售屋一棟，在約定繳清價金之期日前，買受人因無法取得貸款而向出賣人請求展延付款日期。賣方不但拒絕買方的請求，更直接將房屋售予第三人。雙方為此對簿公堂。法院認為，出賣人應允買受人在一定合理期限籌足價金，但卻將系爭之不動產違約轉售第三人，其所侵害者係買受人享有不動產利益之權，出賣人應將其獲利全數給付予買受人。法院採用的法理，即所謂的衡平法上的轉化（*equitable conversion*），屬於物權法上的原則。衡平法上的轉化係針對不動產的獨特性進行的一種推定轉化。買賣雙方訂立不動產交易契約時，買方便取得該不動產在衡平法上的所有權（*equitable title*），享有不動產利益以及要求賣方移轉所有權的權利，賣方保留其法定所有權（*legal title*）僅是作為買方付清價款的擔保⁷²。當出賣人違約不履行契約義務時，法院為防止行為人從不法行為中獲取不正當利益，於是在當事人間創造擬制信託關係⁷³。在擬制信託下，出賣人為不動產之受託人，買受人則為受益人，出賣人係以買受人之利益保管或管理該財產。基於信託法上的忠實義務，受託人管理信託財產時，應以受益人之利益為唯一考量，不得從事與受益人利益衝突或圖謀私利之行為。故違反信託義務所為之轉售行為而有獲利，買受人即可請求歸入⁷⁴。此類案件皆未直接認

⁷¹ 531 So. 2d 334 (Fla. 1988).

⁷² Equitable Conversion Law and Legal Definition, USLegal, available at <https://definitions.uslegal.com/e/equitable-conversion/> (last visited: 2022.08.04).

⁷³ Constructive Trustee, Oxford Reference, available at <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095634108> (last visited: 2022.08.04).

⁷⁴ E. Allen Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94(6) YALE L. REV. 1339, 1354 (1985).



定買受人有請求違約獲利歸入之權，應是在當時的時空環境下，獲利歸入理論未臻成熟，法院不願正面挑戰既有的損害賠償原則，故借用衡平法的轉化及擬制信託的法理，合理化此有違傳統損害賠償理論的判決。但也凸顯在系爭標的物具獨特性的案件中，法院鑑於一般損害賠償無法完全彌補原告的損失，有可能選擇以迂迴之方式剝奪債務人之違約獲利，而非執著在傳統的補償性損害賠償。

在不動產雙重買賣的個案中，以衡平法的轉化原則配合擬制信託的概念，確能促使法院達到預期的公平性目標。衡平法的轉化原則源於英國法，自18世紀以來受到美國廣泛的接受，但並非舉國皆然，仍有部分州法院的裁判明確拒絕承認，如紐約州、麻塞諸塞州、華盛頓州等。而在擬制信託方面，有學者認為，即便法院使用信託一詞，然僅是法院虛構的信託關係，目的在引用信託法協助其建構獲利歸入的正當性。然若將賣方視為受託人，則其必須承擔所有與信託法相關之忠實義務，如謹慎義務（*duty of care*）及忠誠義務（*duty of loyalty*）等，但雙方並無成立信託關係的意思，故對加害人而言，似乎加諸過重的義務⁷⁵。因此有些法院拒絕以衡平法的轉化與擬制信託為由，賦予原告獲利歸入之權，而是直接適用契約法。麻塞諸塞州最高法院審判之 *Lourin v. DeCarolis Construction Co.*⁷⁶ 一案即為適例。本案涉及土地買賣契約，原告向被告購買土地與房屋，契約中要求被告保留土地上的樹木、碎石、土壤等物，然於移轉前原告發現被告移除上述之物以為自用。原告在不動產所有權移轉後，以衡平法上的所有人身分，起訴要求被告返還利益。本案法官不採衡平法上的轉化原則，認為被告在簽約後至所有權移轉前，仍為法定所有權人，因此移除行為並不構成侵權行為法上的

⁷⁵ *Id.* at 1364-65.

⁷⁶ 363 N.E.2d 675 (1977).



侵占（conversion）。換言之，法院不承認原告在契約有效成立後即取得衡平法上的物權權利，也就不得依物權受到侵害為由請求損害賠償，而應援引契約法違約損害賠償以為救濟。然而被告的行為卻不致使原告之客觀利益受有明顯的損失，即便原告有權求償土地在移除樹木前後所減損的價值，也可能是微不足道的金額。儘管如此，本案仍判決被告須將其在樹木碎石上的獲利給予原告。法院所持的理由與被告違約意圖及賠償不足有關，認為被告故意的、蓄意的（willful and deliberate）違反契約中明示的義務，致原告明顯受有損害，卻又無法依契約之損害賠償彌補其所應得之完整利益。因此即便土地整體價值不變，被告之不當獲利仍不應構築在原告未來可取得之利益上，故其獲利應歸原告所享有⁷⁷。本案不循前述案件之迂迴路線，而是直接保障原告之契約權利，但判決中特別強調三點：(1)被告違約行為係出於蓄意；(2)契約損害賠償出現嚴重不足，以及(3)歸入救濟不具懲罰性，而是提供原告取回契約上權益的途徑。法院企圖藉由本案建立獲利歸入之要件與準則，但同時也意味法院並不將此救濟視為通則，僅例外適用於符合條件的契約爭議⁷⁸。

2. 契約利益無法以金錢計算

倘契約標的不具市場客觀價值或是無法以金錢計算，如保密或忠實義務的違反，被害人不易計算履行利益之損失，恐有補償不足的風險。忠實義務或不作為義務的違反，發生時通常已對債權人造成損害，難以依強制履行或禁制令維護原告權利，此時獲利歸入便值得考慮。例如在Eden Hannon & Co. v. Sumitomo Trust & Banking

⁷⁷ Eisenberg, *supra* note 33, at 584.

⁷⁸ Kelsey Hayward, *Disgorgement of Defendant's Gains from "Opportunistic" Breach of Contract: Its Fit in Rhode Island*, 22 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 614, 618-19 (2017).



Co.⁷⁹一案中，原告開發一款可有效評估融資租賃（finance lease）的財務模型，被告即聘請原告擔任顧問以取得該項技術，藉以訂定其所發行的租賃相關金融商品的價格。雙方同時簽有保密及不競爭條款，被告保證不洩漏技術資訊，也不利用此技術與原告競爭。然被告竟蓄意違背諾言，在原告參加競標的拍賣會上秘密投標，並成功得標。原告因此提告請求違約損害賠償，但卻無法證明被告的違約使其蒙受任何的損失，因開標結果原告僅排第三高標；換言之，即便被告未參與投標，原告仍無法得標。法院認為被告違約濫用原告的商業秘密，儘管實際損害賠償金額不易計算，仍可利用擬制信託將焦點集中在被告的不當獲利，而非原告的實際損失，以達雙重救濟目的，亦即在強制加害人放棄不法利益的同時，原告也得到應有的補償。法院之所以青睞擬制信託，係因信託具備結合財產與信任關係的本質，與違反保密義務案件之性質不謀而合，且違反信託法忠實義務之法律效果係將獲利歸入，恰可彌補賠償不足的缺陷。因此英美法院審理類似案件時，擬制信託成為合理解釋獲利歸入的工具。

美國聯邦最高法院在審理 *Snepp v. United States*⁸⁰ 一案時，亦採相同的法理。本案被告為前美國中情局CIA的探員，就任時曾簽署保密條款，保證不公布或發表職務上所知悉之機密，至於其他非機密資料的發布，亦應經過CIA的審查。原告離職後隨即出書講述其在CIA的工作經驗，書中涉及許多非機密的資料，然CIA在該書出版前對此一無所知。美國政府因而起訴請求法院核發禁制令禁止該書的販售，並要求剝奪被告所得之稿費。美國聯邦最高法院受理此案，確認被告違反出版前將本書送交CIA審查之允諾，除判決准許

⁷⁹ 914 F.2d. 556 (4th Cir. 1990).

⁸⁰ 444 U.S. 507 (1980).



核發禁制令之外，也同意被告應將其出版系爭書籍之獲利歸入於美國政府。法院認為，被告在CIA擔任機要職務，雙方的僱傭契約含有高度的信任關係，縱然洩漏的資訊非依法必須保密，不違反法定的忠實義務，但不影響擬制信託關係的成立。聯邦最高法院所持見解與前述Eden案相當雷同，肯認擬制信託係解決被告藐視信任關係的適當機制，如此才能合法剝奪被告之利得，否則在原告難以舉證實際損失的情況下，可能僅獲賠名義上的損害賠償。在傳統救濟不足以遏止情報人員利用政府資訊競逐私利時，有必要藉助其他可能的救濟方法以維國家安全，此時擬制信託成為法院的首選。因此本案判決仍圍繞在信託關係的建立，著重被告擬制忠實義務的違反。最終雖然被告的違約所得必須歸給原告，可惜聯邦最高法院並未正視獲利歸入列為違約救濟的可能性。

本案判決引用擬制信託，即認定被告所使用的CIA內部資料，係為美國政府的財產。對於此點，有學者持不同的看法，稱美國政府所持有之文件，並不在該國著作權法（Copyright Act of 1976, 17 U.S. Code）保護範圍內，因而無從主張所有權。美國著作權法基於「資訊自由法」（Freedom of Information Act of 1966）的精神，維護人民取得公共資訊的權利，在該法第105條規定，著作權之保護不及於美國政府之任何著作，無論公開與否。準此，聯邦政府職員因執行公務所製作的文書或其他創作，均屬無著作權之公共財，政府不得擁有著作財產權。其立法目的旨在最大容許範圍內，將政府資訊及時且適當的提供予社會大眾自由利用，藉以符合公開政府的資訊政策⁸¹。既然政府不被允許擁有情報資訊之財產權，自然也不得禁止官員及雇員散播此類資訊（此類資訊不包括總統行政命令

⁸¹ 邱炯友，政府資訊傳播與出版授權，研考雙月刊，25卷2期，頁39，2001年4月。



13526⁸²分類保密之國家安全資訊)。因此，聯邦最高法院若以擬制信託認定被告不當利用政府「財產」，則必違背國會刻意將政府一般資訊置於公共領域的本意，似有僭越立法權的疑慮⁸³。

相對於美國法院保守的態度，在大西洋東岸的英國便顯得激進。英國上議院（House of Lords）⁸⁴於2001年審判Attorney General v. Blake乙案（以下簡稱「Blake案」）時，掙脫傳統的束縛提出劃時代的見解。本案事實與前述Snepp案相當雷同，同樣是情報人員違反僱傭契約之保密約定，離職後出書洩漏在職時所知之資訊。英國政府向法院起訴，請求核發禁制令停止販售系爭書籍，並要求被告將所有版稅交給政府以充賠償。類似於美國司法實務，英國法院在處理違反不當使用他人財產之案件時，通常也會假借信託關係以達獲利歸入之目的，例如在英國早期案件Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph⁸⁵中，被告雖可依契約中特定之目的使用原告的電報線，卻違約進行逾越權限的商業用途，惟逾權使用的結果並不造成損害。縱然如此，法院仍以被告之契約義務在本質上與信託法之忠實義務相仿，認定其必須放棄違約之獲利並將之歸於原告。吾人實可推論，法院已先設定將被告之獲利歸入以為救濟，然受制於傳統賠償原則之故，祇能貼上信託的標籤，藉以成就衡平的目標。因此法院審判Blake案時，依然可假借信託關係，擬制契

⁸² 詳見Classified National Security Information, Federal Register, available at <https://www.federalregister.gov/documents/2010/01/05/E9-31418/classified-national-security-information> (last visited: 2022.08.10).

⁸³ Frederick W. Whatley, *Snepp v. United States*, 30 CLEV. ST. L. REV. 284, 284-85 (1981).

⁸⁴ 2009年前英國終審法院。

⁸⁵ [1912] A.C.555 (P.C).



約雙方的忠實義務，且英國著作權法保障政府文件之著作權⁸⁶，故不生前述有關政府資訊不屬於財產的疑慮。但承審法官卻跳脫傳統觀念的羈絆，直接挑戰以獲利歸入作為違約救濟之合法性。法院認為，雖違約損害賠償係以填補原告損失為原則，但不代表獲利歸入必須在所有的契約爭議中遭到排除。特別是針對某些例外情況而言，獲利歸入實為最適當的違約救濟途徑，獨缺法律之正式承認。所謂例外的情況，法院指出，應在窮盡補償性損害賠償仍無法使原告獲得完全的補償，而禁制令或強制履行等衡平手段又難以實施，且伴隨著契約義務含有忠實義務本質之情形⁸⁷。

雖然Blake法院肯認獲利歸入屬於補充性質之救濟，但卻未提出具體明確之適用準則，僅以模糊的、個案性的認定標準代之。法院認為建立固定的規則是不必要的，應經由承審法院通盤考量系爭契約之標的、違約條款之制定目的、違約時之客觀環境、違約所造成之結果與法律救濟的情況等因素，以決定是否施以獲利歸入的手段。本案法院似乎不願落入掛一漏萬的泥淖，選擇由法院自行認定使用獲利歸入的最適狀態，認為具體規範容易造成適用上的困難，並非明智之舉⁸⁸。即便如此，Blake法院仍然指出概括性、模糊的認定標準，強調獲利歸入的前提，應先確認補償性損害賠償是否造成賠償不足，以及被告因違約而獲有利益，是否基於侵害原告在契約上擁有的「正當利益」(legitimate interest)所致。首先，以賠償不足為要件，主要是呼應法院將獲利歸入視為例外救濟的堅持。本案判決並未對賠償不足的實際狀況多加著墨，嗣後有學者自歷年判決整理補充之，認為賠償不足包括：契約之履行無市場替代性、

⁸⁶ 邱炯友，同註81，頁37-38。

⁸⁷ Attorney General v. Blake, at 397-98.

⁸⁸ *Id.* at 398.



被告的損失難以藉由補償性損害賠償加以量化、案件起訴時被告已無法履行契約義務、僅能獲賠名義上損害賠償，以及損害賠償的結果不足以嚇阻違約等情形⁸⁹。簡言之，當市場替代品不存在，被告之損失難以計算或無法以金錢衡量，衡平救濟途徑又遭到封閉，唯法院仍認有必要嚇阻類似違約時，被告的獲利便有可能遭到剝奪。

以正當利益觀之，判決理由中未詳述確切定義，僅提及英國政府有正當利益防止被告藉由披露官方資訊而獲利，不論此資訊是否屬於機密等級，也無關洩密人是否在職⁹⁰。此說明不但無助於釐清正當利益的意義，反而使其益加模糊，以致學者意見紛歧。有論者質疑正當利益標準是否真有實益，畢竟幾乎所有的契約當事人對他方都有要求履約的正當利益。有議者反駁，認為如果適用契約損害賠償原則，契約當事人可在履行契約與給付損害賠償間擇一請求，若選擇後者，法院不會認為被害人的正當利益受到侵害，因為在通常的情況下，對被害人的金錢賠償足以填補其履行利益上的損失，此時正當利益即受保障⁹¹。本案多數意見雖對正當利益刻意營造不確定且開放性的定義，以圖創造更多的司法解釋空間，但嗣後的裁判似未增添太多的修飾。儘管如此，仍至少有二案對正當利益提出建設性的準則，主張所謂的正當利益，係指契約協商的核心或基礎利益，也就是雙方最重視的契約價值。無論是 *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Niad Ltd.*⁹² 中被告回報競爭對手汽油報價以利原告定價的義

⁸⁹ Ralph M. Cummington, *The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract*, in JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES 115, 127-33 (Charles Rickett ed., 2008).

⁹⁰ *Attorney General v. Blake*, at 287.

⁹¹ *Barnett*, *supra* note 51, at 82.

⁹² [2001] EWHC Ch 458.



務，或者是Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprise Inc.⁹³中限制被告移轉唱片著作權的和解契約，抑或是本案中原告期待被告善盡忠實義務與保密義務的約定，均為當事人進行契約協商之重要關鍵，亦即訂定契約之核心目的，此時原告即擁有防止被告違約獲利之正當利益⁹⁴。

有學者指出，Blake案之所以直接承認獲利歸入，乃肇因於本案之核心爭議係與忠實義務之違反有關。契約內容若牽涉忠實義務，法院通常較容易接受以獲利歸入填補原告的損失，畢竟原告的實際損失難以評估，法院傾向將損害計算的基準聚焦在被告之獲利以求公平。至於其他案件，有效率違約仍扮演重要角色，法院雖有可能違背原則准許獲利歸入，但在頻率上應遠低於涉及忠實義務的案件⁹⁵。另本案被告之違約行為事涉國家安全，違反重要的社會價值，幾近乎犯罪行為，法院有必要剝奪不當行為所獲得的利益，達到以儆效尤的警示效果，與一般違約狀況不宜等同視之⁹⁶。因此獲利歸入似乎肩負著維護社會利益的任務，但也使此救濟方法限縮在特殊個案上。再加上本案對獲利歸入之要件採取模糊的、開放性的規範，嗣後判決不易引用，除非系爭案件與本案具高度類似性，否

⁹³ [2003] EWCA Civ 323.

⁹⁴ Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in CONTRACT DAMAGES, DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 207, 234 (Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington eds., 2008); Solene Rowan, *The “Legitimate Interest in Performance” in the Law on Penalties*, 78(1) CAM. L.J. (2019), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3439120> (last visited: 2022.08.04).

⁹⁵ Caprice L. Roberts, *A Commonwealth of Perspective on Restitutory Disgorgement for Breach of Contract*, 65 WASH. & LEE L. REV. 945, 956-57 (2008).

⁹⁶ McCamus, *supra* note 38, at 968.



則補償性損害賠償仍會被優先考慮。無論如何，本案橋接獲利歸入與契約救濟的關聯，同時建立獲利歸入的要件理論，即便判決理由對此欠缺明確的規範，但英國終審法院肯認獲利歸入在契約救濟上的合法地位，間接激勵實務界與學術界對精確要件及適用範圍的解釋與研究。

(二)加害人減少支出而獲利 (skimped performance, saved expenditure)

1. 偷工

誠如前述，第39條所謂之獲利並不以積極獲利為限，消極減少支出甚或是偷工減料亦屬之。然早期案例多不支持將加害人節省之開支歸入，而是傾向以實際損失計算賠償金額，惟該等判決往往引發學者反對的論述。例如在19世紀末著名案例The City of New Orleans v. The Firemen's Charitable Association⁹⁷中，本案被告消防員慈善協會與原告紐奧良市締約，承諾在契約期間提供一定數量的消防員，以及一定長度的水管以為防火之用。契約期限屆滿後原告發現被告並未依約備足允諾之人員及設備，故起訴控告被告違約，並請求損害賠償。本案法院認為契約存續期間無消防事件發生，所以債權人並未因債務人未依約配置消防器材及消防人力而受損，至多僅得獲賠名義上的損害賠償⁹⁸，判決節省之費用不得歸入。有學者認為，系爭契約本旨在於發生火災時，被告可提供足夠的人力物力將火勢撲滅，然因契約期間未發生火災，故契約之主要目的業已滿足，原告無從主張被告的違約導致其蒙受損失，此時若請求被告將節省之費用歸入，顯然不盡合理，因而肯認此判決之正確性⁹⁹。相對的，也有學者對本案的見解持反面的看法，相信如此判決將引

⁹⁷ 9 So. 486 (1891).

⁹⁸ Campbell, *supra* note 59, at 1118.

⁹⁹ *Id.* at 1118-19.



起債務人投機性的押寶不履行，而獲取節省支出的利益¹⁰⁰。事實上，契約雙方明定消防員人數與器材數量，可推知約定價金的計算應本於此，原告所期待之消防保護規格並未實現，其所預付的金錢不應落入不履行契約義務者的手中，因此理應適用獲利歸入原則，避免不當得利的發生¹⁰¹。

在某些案例中被告企圖利用違約以減少履約之支出，尋求以原告實際損失作為損害賠償之依據，而非支付履約之費用，法院對類似案件之見解不一。如上世紀60年代之 *Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co.*¹⁰² 一案中，承租人向出租人租用農地進行煤礦開採，並允諾租賃契約期限屆滿後，將土地回復原狀歸還出租人。然考慮回填費用高於不回填造成農地市場價值之減損甚多後，承租人決定拒絕履約，選擇不回填而負價值減損之損害賠償責任。本案判決被告應補償原告之實際損失，賠償額限制在土地未回填所減損的價值，不以回填的費用計算。本案顯然傾向支持有效率違約理論，而非以被告違約所節省之費用計算損害。有學者批評，判決不應專注客觀市場價值的減損，而忽略土地對出租人之主觀價值，亦即土地完整性對出租人的意義。本案原告並非大型土地租賃公司，而僅是一般的家庭農業，所以對回復土地原貌的期待，應高於商業價值的考量，因此除非法院得依確切的事實，推論出租人不會將賠償金用於土地的回復，否則即應以履約之費用計算損害，藉以剝奪被告違約利益。

部分州法院對類似案件之態度，有時傾向支持履約之重要性。

¹⁰⁰ Eisenberg, *supra* note 33, at 593.

¹⁰¹ Anderson, *supra* note 24, at 995-96.

¹⁰² 382 P.2d 109 (Okla. 1962).



例如在 *American Standard Inc. v. Schectman*¹⁰³ 一案中，原告同意將土地上所有設備轉售予被告，前提是被告必須拆除所有設備與結構並將土地平整至一英尺深，俾利原告出售土地。然被告並未進行土地改良，審判中原告承認違約，但僅願賠償原告出售土地低於市價之部分，而非回填費用。法院指出，損害賠償金額的計算，若以被告未盡義務所生之土地價值減損為基準，則必須滿足以下前提，分別是被告債務不履行之行為非出於故意，以及大部分義務業已履行完畢，或是未履行之部分屬於附帶、非主要的契約目的，抑或是強制履約會導致經濟上的浪費。本案違約部分為契約的重要核心，且被告並未基於善意積極履行契約義務，法院遂以回填費用計算損害。此判決理由與獲利歸入之概念相近。

2. 換料

除前述偷工的情況外，債務人未經債權人同意，私自將約定之材料更換為價格較低之替代品，此減少成本支出的部分，亦應視為獲利而歸入予債權人，但仍需符合第39條之要件。例如在 *Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co.*¹⁰⁴ 案中，原告將其飲料配方授權被告生產裝瓶，被告逕自變更原始配方，以人工甘味劑替代蔗糖。由於產品口味不因配方改變而有所差異，銷售量亦未受到影響，原告亦未與被告事先協商堅持使用蔗糖，因此法院不認為債權人有任何的損害，所以無法取得債務人因節省開支所獲致的利潤¹⁰⁵。若以第39條的要件檢驗之，原告之行為並非出於蓄意，故雖有獲利仍無法認定為投機性違約，獲利歸入自然不得適用。又如在 *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent* 一案，本案債權人在建築完成之時，發現債務

¹⁰³ 439 N.Y.S.2d 529 (App Div, 4th Dept 1981).

¹⁰⁴ 988 F.2d 386 (3rd Cir. 1993).

¹⁰⁵ Eisenberg, *supra* note 33, at 593.



人以他牌的水管取代約定之品牌，然兩種品牌在品質上不分軒輊。如果堅持抽換為約定的品牌水管，則將耗費龐大的維修費用，並且必須將一大部分已完工之建築物拆除，所造成之鉅額費用將使債務人陷入極端艱困的境遇，以公平性而言並不適當，因此判決賠償兩種不同品牌水管的差價。有學者認為¹⁰⁶，依本案事實觀之，債權人如果獲賠鉅額的履約費用，常理推論應不至於將建築物毀壞進行水管抽換工程，畢竟兩種水管所產生的效能並無明顯的差異，因此最可能發生的結果，應是債權人直接將賠償存入銀行或移作他用，而非實際用於抽換工程。因此法院若以履約費用判賠，可能使債權人獲致一筆不義之財。然而若以債權人之損失計算損害賠償額度，則因使用他牌不會導致債權人遭受價值減損的結果，債權人不因債務人的違約而生實際損害，其履行利益並未受損，故賠償金額是零。相對的，債務人因而賺取不同品牌間的差價，也同樣的是一筆不義之財。有學者認為此類更換建材的案例中，含有強烈的道德爭議。債務人如果獲知市場上有與約定品牌品質類似但較為便宜的建材時，符合道德的安排，應是與債權人協商更換，在不違約的情況下獲取合理的利潤。然債務人未與債權人磋商，竟自行更換建材以謀賺取差價，導致債權人被迫接受廉價建材而求償無門，因而產生賠償不足的結果。債務人的作為可被認為是契約的濫用，類似於投機性行為¹⁰⁷，得以適用獲利歸入原則，以加害人之獲利，即品牌差價計算，應屬合理。

(三)加害人違反禁止條款 (negative covenant)

契約於主約外附加禁止或限制約定，常見者為不得競爭或權利

¹⁰⁶ *Id.* at 594.

¹⁰⁷ Farnsworth, *supra* note 74, at 1385-86.



行使之限制。此類約定繫於債務人信守其不作為之義務以保障債權人之特定權利，惟債權人往往不易舉證受有實質損害，而僅能獲得名義上之損害賠償，明顯暴露其在此類契約中之脆弱地位，此時歸入性救濟應可適時導入以解決賠償不足的問題。

1. 不得競業約定 (non-competing agreement)

在 *Y.J.D. Restaurant Supply Co. v. Dib*¹⁰⁸ 案中，契約本旨涉及企業轉讓，受讓人同意以一定金額收購出讓人企業之所有權利義務，雙方同時簽訂競業條款，規定出讓人在一定期間及地域不得從事類似的營業。嗣後出讓人違約開設類似的營業場所。受讓人發現後，請求法院核發禁制令禁止繼續營業，並請求損害賠償。禁制令部分並無爭議，然在損害賠償部分，受讓人卻無法證明實質損失。因此若以契約損害賠償原則判賠，原告的損失勢必因為牽涉許多競爭與經濟因素而難以正確且公平的評估，有違損害必須得以合理確定 (reasonable certainty) 的原則而無法求償，被告因而保有違約所獲致的利潤。故法院基於衡平原則判決債務人有意且不法的行為 (willful and wrongful acts) 造成債權人的損害，不得保有因自己過錯而攫取之利益，必須將其利潤全數歸給債權人。法院更直言，當雙方簽訂轉讓契約時，債務人已將其企業的無形資產，也就是商譽，在一定時間與地域售予債權人。債務人違約的行為實際上構成商譽的雙重買賣，此乃法所不容¹⁰⁹。

2. 區域劃分限制約定 (exclusive territory agreement)

在英國著例 *Wrotham Park Estate Co. v. Homes Ltd.*¹¹⁰ (以下簡稱「Wrotham Park」) 案中，出賣人將其土地售予開發商，但附加

¹⁰⁸ 98 Misc. 2d 462 (1979).

¹⁰⁹ Anderson, *supra* note 24, at 990-91; Farnsworth, *supra* note 74, at 1367.

¹¹⁰ [1974] 1 W.L.R. 798.



條款禁止買受人進行全區開發，僅得於契約所限定之區域內建築；買受人若欲增加建築面積，必須事先取得出賣人的同意。土地移轉後買受人不顧禁止條款的限制，非經同意不但在限建區域建築房屋，更將之出售牟利。出賣人因而向法院申請禁制令，強制拆除違約興建的房屋，並請求損害賠償。然而法院認為，該社區部分基礎建設及房舍業已完成，強制拆除勢將造成「不可寬恕的浪費」（unpardonable waste），並非明智之舉。因此法院引用英國「凱恩斯勳爵法」（Lord Cairn's Act, Chancery Amendment Act 1858），該法授權衡平法院（Court of Chancery）在禁制令顯有不當的情況下，得以損害賠償替代之。本案出賣人無法提出有力的證據證明其受有任何實質的損失，故若以補償性損害賠償方式計算，應無法獲得賠償。然法院認為，即便如此，買受人亦不應保有因自身不當行為所獲致的利益，法院從而創出有別於傳統的賠償計算方式，以假設雙方協商解除禁止約定之合理金額計算之。易言之，法院假設買受人非直接背棄允諾，而是與出賣人針對禁建部分進行協商，並以一定的金錢作為修改契約之「交換條件」（quid pro quo），則此假定的數額可作為損害賠償的估算的標準。本案法院認為此數額應相當於買受人違約獲利的5%¹¹¹。

此種類型的損害賠償，嗣後多被稱為「協商損害賠償」（negotiating damages）或「合理費用」（reasonable fee），性質上究為補償性（協商機會喪失的補償，或是契約權利侵害的補償），亦或是歸類為獲利歸入，容有爭議¹¹²。協商損害賠償係在要求被告將一部分獲利與原告分享，而非以原告之實質損害計算數額，亦

¹¹¹ Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, 71(4) MODERN L. REV. 559, 561 (2008); Farnsworth, *supra* note 74, at 1367.

¹¹² Cunnington, *id.* at 562-65; Cunnington, *supra* note 94, at 220-24.



即在補償性損害賠償明顯不足，且衡平救濟管道尚欠通暢之時，法院另闢蹊徑將焦點轉向債務人的獲利，無論債權人是否因違約而受有損害，債務人皆須以一定的比例的獲利，作為損害賠償之合理數額。足見賠償數額的計算無關乎債權人的損失，而是著眼於債務人違約行為之實際利得，應屬獲利歸入的一種形態¹¹³。這也是多數判決所採納的見解¹¹⁴。

Wrotham Park案對英美法國家在審判類似案件上產生一定程度的影響，例如英國案件Jaggard v. Sawyer¹¹⁵案中，債務人違反對土地利用之限制，法院拒絕核發禁制令而是引用Wrotham Park案之見解，以協商解約之合理金額判賠原告。加拿大卑詩省（British Columbia）最高法院審理Arbutus Park Estate Ltd. v. Fuller¹¹⁶一案時，亦採用雷同的主張判決違反禁止約定之被告，需將其違約之部分獲利（節省之費用）歸入於原告，即便原告並未受有實質損害。然Wrotham Park案所建立的理論尚未形成原則，仍有裁判與之背道而馳，英國案件Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.¹¹⁷即為適例。本案當事人就系爭土地達成買賣契約，其中附有限制開發之禁止條款，約定買方僅能依約興建一定數量的房屋單位。然買受人不願禁止條款的限制逾量建築，出賣人雖對違約知情，但並未及時訴諸衡平救濟手段，包括請求法院核發禁制令或強制履行，而是在建築完成後訴請損害賠償，要求依Wrotham Park案之計算方式賠償合理費用。然本案法官並不同意協商損害賠償的請求，仍然採用傳統方式計算，認定損害賠償的數額應以出賣人之履行利益損失為

¹¹³ Cunnington, *supra* note 94, at 225.

¹¹⁴ *Id.* at 226.

¹¹⁵ [1995] 1 W.L.R. 269.

¹¹⁶ (1976) 74 D.L.R. (3d) 257 (B.C.S.C.).

¹¹⁷ [1993] 3 All ER 705.



本。既然出賣人無法舉證損失的數額，法院最終以名義上的損害賠償金判賠。此案顯示英國法院並非全盤接受Wrotham Park形態之計算模式，仍有可能在傳統與創新間搖擺。事實上此類型的特殊計算方式有其侷限性，晚近英國最高法院在審理Morris- Garner v. One Step (Support) Ltd.¹¹⁸時指出，協商損害賠償僅限於有關不動產契約附有限制開發禁止條款的情況，其作用在替代禁制令，即便契約標的之價值並未減損仍得請求。至於其他種類的禁止約定，如前述之競業條款則無適用之餘地。

爭議問題在於法院訂定比例之標準為何？理論上雖得以社會客觀標準推算交換條件的價值，但所謂假設性的協商乃法院為平衡當事人之利益所創造之虛擬協商，決定賠償金額所依之準繩不易拿捏。當然，在英美法制度下，賠償金的多寡可交由陪審團依個案決定合理的比例及數額，但在欠缺相對明確的標準下，陪審團的任務顯得格外的困難，是否能保證判賠的數額符合公平原則，難以評估；特別是不同陪審團決定之賠償金差距甚大時，不免影響人民對法院的觀感¹¹⁹。更甚者，一定合理比例的求償數額，意味著債務人得以保留絕大部分的違約獲利，與第39條標榜的促進協商（incentive to bargain）之目的有所背離，故Wrotham Park形式的賠償計算方式，似乎不受美國法律整編的青睞。第39條註釋說明借用Wrotham Park之事實以為例示，但在結論上卻大相逕庭¹²⁰。法律整編認為以獲利歸入作為違約救濟之目的，係於避免債務人不積極磋商變更契約內容，卻利用投機性的違約以攫取不當利益。違約的代

¹¹⁸ [2018] UKSC 20.

¹¹⁹ Anderson, *supra* note 24, at 1011-14.

¹²⁰ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. e, illus. 11.



價若是將獲利全數吐出，債務人多會選擇與債權人重新磋商，以交換條件的方式保有一定的獲利。但如果違約的結果僅是將一部分的獲利歸入，以此替代實際協商變更契約內容所應付出的代價，債務人即可能不選擇磋商而逕行違約，因即便法院施以「協商損害賠償」手段，債務人喪失的利潤與磋商變更契約必須付出的代價無異，如此必不利於將獲利歸入充作引導磋商的誘因。是以法律整編認為應將違約的利潤完全歸入，如此一來，禁止條款之價值方能憑藉獲利歸入而得以妥善保障。

3. 禁止轉租之約定

紐約州 *Long Building Inc. v. Buffalo Anthracite Coal Co.*¹²¹ 一案涉及附有禁止轉租條款的租賃契約，承租人違約未經出租人同意將租賃土地的一部分轉租他人。出租人在契約到期後知悉轉租之事實，但無法確定承租人違約利得之金額。出租人認其在法律上的救濟不足，因此請求衡平法上的救濟，向法院要求將承租人轉租所得之租金充作損害賠償金。但法院不贊同出租人的主張，因其損失的額度得以一般正常的管道獲知，所以法律上的救濟是適足的。既然法律上的救濟途徑是順暢的，自然不許出租人尋求衡平救濟之道。本案並未論及獲利歸入的議題。第39條例示借用該案的事實¹²²，但修改為承租人之不當獲利已確定。出租人如得以在契約終期前發現轉租的事實，即可倚賴衡平救濟請求法院核發禁制令，因此出租人事後請求將轉租利潤歸入，應視為是禁制令的替代。

¹²¹ *Long Building Inc. v. Buffalo Anthracite Coal Co.*, 74 N.Y.S.2d 281 (N.Y. Sup. Ct. 1947).

¹²² RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. e, illus. 8.



(四)基於公共政策的考量

若案件涉及公共利益或公共政策時，法院可能利用獲利歸入的嚇阻功能，遏止危害公眾福祉之違約行為，其目的不僅在求當事人間的正義，同時藉由判決彰顯特定社會價值。以英國案件 *British Motor Trade Association v. Gilbert*¹²³ 為例，原告汽車交易協會為平抑二戰後汽車售價，要求消費者購買新車時，須與協會簽訂限制轉售的條款，約定買方於購買後兩年內如有出售之需要，應以一定折舊價格回售給原經銷商。此舉目的在穩定物價，同時抑制日益猖獗的汽車黑市交易。本案被告不顧條款之限制，違約在兩年期限內將其所購之車於黑市出售，且獲利頗豐。原告遂向法院起訴，請求被告負損害賠償責任，然卻無法證明其有任何履行利益上的損失。蓋回售的汽車會以相同的價格售予其他消費者，原告未因此而賺取差價，並無實質利益的產生，所以被告的違約行為不會造成原告損失。儘管如此，法院依然判決被告應將其在黑市的獲利歸入。判決理由中說明系爭之禁止條款並未對消費者形成不當的限制，其目的在保障公共利益，而非狹隘的利於原告或任何經銷商，同時此公共利益的考量也正反映原告之非金錢上的契約權利，應依衡平的途徑救濟之。有學者認為此類條款創造出一種契約的外部性，契約當事人因履行契約的結果，直接或間接對公益或社會上的某一群人帶來正面的影響，條款的內容非完全著眼於契約當事人的利益¹²⁴。在傳統的損害賠償金計算方法無從達到禁止條款之目的時，獲利歸入機制應被採納。

獲利歸入的應用雖可有效維護公共利益，但相對的有些禁止條

¹²³ [1951] 2 All ER 641.

¹²⁴ Eisenberg, *supra* note 33, at 592; Anderson *supra* note 24, at 1004; McCamus *supra* note 38, at 960.



款卻基於公益考量不得強制履行，此時作為替代措施的獲利歸入有可能遭到法院的拒絕。在損害不足時，法院通常允許以強制履行或禁制令等衡平法上的救濟補其不足。倘強制履行有窒礙難行之處，扮演替代角色的獲利歸入，應可發揮保護原告契約權利的效能。然衡平法上的應用有其限制，如艱困（hardship）、原告拖延起訴（laches），或是基於公共政策（public policy）等情事發生，被告得以該等原因作為抗辯的理由，法院可能因而不核發強制履行的命令¹²⁵。獲利歸入與強制履行同屬衡平法上的救濟，故法院在認定是否准予歸入時，也會基於同一法理，將類似的因素列入考慮。

第39條註釋說明中，舉例被告違反僱傭契約跳槽其他公司，新公司給付的薪資較舊公司高出5,000元。原告另行招聘替代員工，然每月需多支付2,000元。如果以補償性損害賠償計算，原告履行利益的損失為2,000元／月，亦即被告因違約仍可保留的利益尚有3000元／月¹²⁶。原告如果選擇以第39條要求被告將5,000元／月完全歸入，應舉證被告的行為係屬投機性違約。由此例示之事實觀之，被告違約行為應能滿足蓄意及獲利兩項要件，至於賠償不足的問題，則需視現有的損害賠償是否足以保護原告的契約利益。該例示之爭議核心在於離職後競業禁止之約定，被害人是否有權要求將加害人之獲利歸入。一般而言，無論是因個人專屬契約（personal service contract）或是僱傭契約涉及違約時，法院通常不會准許強制履行契約義務的請求。拒絕的原因與公共政策有關。美國憲法第13條修正案條文中規定除懲罰犯罪外，奴隸制和強制勞役都不得存在。嗣後此修正案之適用範圍逐漸擴大，特別是有關強制奴役的解

¹²⁵ Cummington, *supra* note 89, at 139-41.

¹²⁶ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. e, illus. 17.



釋，以強制手段迫使他人為勞動者，無論是否受有報酬，亦屬之¹²⁷。法院若以強制履行的命令強迫違約之當事人為特定的勞動，則不免產生強制奴役的疑慮，有違憲法所昭示之國家政策。故即便受僱人未遵守禁止條款，僱用人也僅能請求損害賠償；衡平法之救濟因抵觸公共政策之故，得到法院採納的機率不大。此時，獲利歸入通常也會遭到法院的拒絕¹²⁸。

三、違約獲利歸入在第39條問世後之發展

第39條的問世對獲利歸入的適用提供明確的指引，法院審理案件時亦不乏直接引用之例，而其中最具代表性者，莫過於美國聯邦最高法院於2015審理 *Kansas v. Nebraska*¹²⁹（以下簡稱「Kansas案」）乙案中對第39條之肯認。本案之核心爭議關乎州際水源共享協議，原告堪薩斯州主張被告內布拉斯加州違反雙方於2002達成之共和河（Republican River）水資源分配協定，於2005年至2006年間嚴重超量汲取河水，經協商失敗後訴諸法律途徑解決爭端。本案係屬州際糾紛，當事人之一方或雙方為美國的一州，聯邦最高法院依美國憲法第3條¹³⁰及聯邦法¹³¹之規定具為初審管轄權（original jurisdiction），其功能與事實審法院無異，並得指派特別主事官（Special Master）協助事實的認定及提供法律意見¹³²。根據特別

¹²⁷ See *Bailey v. Alabama*, 219 U.S. 241 (1911).

¹²⁸ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. i.

¹²⁹ *Kansas v. Nebraska*, 135 S. Ct. 1042 (2015).

¹³⁰ U.S. CONST. art. III, § 2.

¹³¹ 28 U.S.C. § 1251 (a).

¹³² Special Master, LII, Cornell L. Sch., available at https://www.law.cornell.edu/wex/special_master (last visited: 2023.03.08).



主事官之調查報告顯示，被告並未採取充足手段限制用水量，明知地（*knowingly*）違反協定，使原告嚴重暴露於風險中，但由於被告州之農用水價高於原告州，以致被告的獲利遠超過原告的經濟損失。因此特別主事官建議法院應命被告將一部分的所得歸於原告¹³³。聯邦最高法院接受特別主事官的意見判決被告敗訴，並依其建議確定損害賠償之項目與金額。判決中有關獲利歸入部分援引第39條之規定以為據，法院認為被告的行為與第39條之要件相符，而水價的差距對被告而言係為違約之誘因，故採用歸入性救濟當有效防止未來類似違約的發生，法院也同意特別主事官所建議之歸入金額，認定足以產生嚇阻違約的作用¹³⁴。

法院雖然認定本案被告應依第39條歸入違約之獲利，惟其中尚有疑點有待釐清。首先是適用範圍部分，本案系爭之協定屬於準公法性質，是否得以直接援引第39條，非殆無可議之處。依美國憲法規定，州際協定必須經過國會的同意¹³⁵，不能視為與私人契約完全相同，本案法院將處理私法契約之整編規定延伸至具公法性質之協議，是否意味聯邦最高法院在為第39條背書的同時，也將之適用範圍允以擴大。然判決中並未針對此點作出明確的說明，將來是否全盤適用於所有州際協定，抑或僅限於水源爭議，仍有待後續判決而允以確立¹³⁶。其次是成立要件部分，誠如前述，第39條所定之主觀要件為「蓄意」違約，然而本案法院並未堅守蓄意之要件，認為被告行為時「明知」有違約之重大風險仍「輕率」（*recklessness*）

¹³³ Theodore E. Yale, *A Recipe for Breach: Kansas v. Nebraska's Unclear Equity Standards will Breed Interstate Water Litigation*, 20 U. DENV. WATER L. REV. 53, 55-56 (2016).

¹³⁴ *Kansas v. Nebraska*, at 1058-59.

¹³⁵ U.S. CONST. art. I, § 10.

¹³⁶ Caprice L. Roberts, *Supreme Disgorgement*, 68 FLA. L. REV. 1413, 1420 (2016).



為之，不在乎該行為極可能剝奪原告依協定取得之水權，應將違約之獲利歸入。據特別主事官在其調查報告中對被告行為之描述，其中雖未明確斷定蓄意違反協定，但多次提及被告知悉違約之可能性，甚至期待違約的發生、儘管知有風險卻繼續進行可能導致違約之行作為、明知違約可能對原告產生重大的損害，仍選擇忽視其在協定上的義務等語¹³⁷。法院在此基礎上認定原告明知地違約而非遵循第39條之用詞，但透過報告中的用語，仍可嗅出其所欲傳達之意，乃在說明被告行為之不當性。因此本案所謂的明知應非單純的知悉，而是帶有負面之意，雖未及蓄意程度但同屬有意識的不當行為，因而判決被告必須歸入違約獲利。

對此，Thomas大法官（Justice Clarence Thomas）顯然不以為然，在不同意見書中批判「明知」與「蓄意」或「故意」明顯容有差距，指摘多數意見援引第39條卻不遵循要件，將明知或輕率行為與蓄意混為一談，整編之所以使用蓄意一詞，係在建構投機性之重要支柱，旨在避免債務人有意乘機占人便宜，而獲利歸入所針對者僅為最具不當性的行為，即蓄意違約之行為¹³⁸。多數意見卻創立新式的輕率型獲利歸入，明顯超越第39條之規範，此舉並不可取。Thomas大法官認為法院如欲採用第39條為獲利歸入之基礎，則必不可逸脫其明文要件，如未能證明被告違約係出於蓄意行為，獲利歸入應無適用之餘地¹³⁹。唯吾人亦可解釋，法院其實是對第39條之主觀要件進行重塑，認為以蓄意作為要件僅為排除被告因疏忽、過失，或嘗試失敗而無法履約的狀況¹⁴⁰，而明知且輕率應是蓄意

¹³⁷ *Id.* at 1430.

¹³⁸ *Kansas v. Nebraska*, at 1067.

¹³⁹ *Id.* at 1068.

¹⁴⁰ *Id.* at 1056-57.



之一種模式，皆可反映被告行為之可非難性，因此本案被告之行為似可滿足第39條之要件。

最後是金額部分，法院雖然肯認獲利歸入之救濟方法，但本案卻僅要求將一部分獲利吐出。法院對金額之認定係依特別主事官之建議，然關於計算基礎之說明則付諸闕如。如前述，整編不主張部分歸入以防止加害人保有部分不當利益，而若採部分歸入的計算方式，本案應類似於Wrotham Park案，將部分獲利作為合理費用，是一種交換條件的概念。惟法院並未在判決中提及該案，且採用部分歸入的理由也與合理費用無涉。法院強調本案系爭之標的具有公共政策層面之考量，是以法院認為協定義務之履行應優於損害賠償，如此方能維護各州對其自然資源之主權及執行國會通過之法規，而獲利歸入所蘊含之嚇阻遏止功能，有助移除傳統損害賠償方法所致之違約誘因，促進協定的穩定性。同時，獲利歸入亦可彌補原告非經濟上的損失，例如自治權的侵害及河流生態與文化利益上的損失，通常這些非經濟上的成本無法以市價評估，致容易遭到低估，因此法院肯認獲利歸入不以損害計算賠償之特性，恰能修正補償性損害賠償之缺漏¹⁴¹。至於金額之計算，法院僅稱根據特別主事官之評估及權衡被告違約之誘因，此金額足以激勵被告信守其在協定中之承諾¹⁴²。Thomas大法官指出，特別主事官之計算項目中不乏屬於履行利益損害之部分，如交易成本，明顯背離獲利歸入以違約所得計算賠償之原則，調查報告對此亦未作進一步說明¹⁴³。吾人似可推論，法院採用獲利歸入之目的，顯然是為打造一條嚇阻被告違約的鞭子，至於計算的標準與項目似乎並非法院關心的重點。然

¹⁴¹ Yale, *supra* note 133, at 61.

¹⁴² Kansas v. Nebraska, at 1024, 1059.

¹⁴³ *Id.* at 1070-71.



此不甚精確的估算方法並不符合第39條之精神，也可能使遏止違約的功能大打折扣，可惜聯邦最高法院並未藉此案確立獲利歸入計算的準則，將來不排除引發更多的爭議。

儘管本案多數意見言稱採用第39條，然並未完全貼合不當得利整編規範之獲利歸入要件，畢竟美國法律整編對司法不具法定拘束力，聯邦最高法院當可對第39條要件自由的擴張或縮小解釋，甚或予以適度的修正。值得肯定的是，聯邦最高法院以其高度直接承認獲利歸入在契約法上的地位，即便在適用上仍有部分的疑慮尚待釐清，亦不減本案在建立新型契約救濟方法上的正面意義。惟本案之不同意見書仍顯露部分聯邦最高法院法官對獲利歸入持保留的態度，其中又以保守派大法官Scalia（Justice Antonin Scalia）及Thomas反對最力。Thomas認為本案雖係州際爭議但本質上仍屬契約問題，理應適用契約法之通常救濟方法，指責多數意見忽視傳統契約原則，採用聯邦最高法院從未援引之獲利歸入理論，此新型的救濟途徑可能改變現行契約法之理論樣貌（doctrinal landscape），但實際運用此歸入性救濟方法的法院卻寥寥可數，建議勿將此新穎的想法注入本案¹⁴⁴。Scalia大法官更是大力抨擊法律整編，批判其背離有序整理普通法的初衷，提醒編寫者的任務係在對法律作有條理地敘述，而非將其對法律的期待灌輸其中。第39條僅呈現編寫者對獲利歸入的說明，缺乏有力判例支持法律的擴張。從而Scalia反對適用獲利歸入，指法院不應對諸如此類的整編給予任何的重視，其重要性更不及優秀學者或律師的建議¹⁴⁵。保守派不輕易接受新穎的法律規範，傾向積極地捍衛傳統本在意料之中，然不同意見書仍點出獲利歸入在未來適用上的困境。第39條在擬定上雖基於實際

¹⁴⁴ *Id.* at 1065, 1069.

¹⁴⁵ *Id.* at 1064.



案例，但不可諱言的，許多案件的結論並不支持獲利歸入，編寫者尚須自行詮釋或虛擬案例以說明之。或許獲利歸入係將來契約法的趨勢，但可否普遍性的受到各級法院的青睞，仍有待時間的證明。

Kansas案開啟美國聯邦最高法院承認獲利歸入的先河，其實在此之前，部分州法院業已在一定程度上運用獲利歸入理論進行判決。例如在 *Enslin v. Coca-Cola Co.* 一案中，僱用人未購置網路保全系統，導致受僱人之個資在公司電腦遭竊後外洩。賓夕法尼亞州法院認為儘管原則上獲利歸入並不適用契約關係，惟被告蓄意地忽視保障受僱人資訊安全的契約義務，故本案係屬例外可適用之範圍，從而准原告之請求將被告節省之開支歸入¹⁴⁶。然有些州法院的判決出現對第39條要件的修改。例如科羅拉多州上訴法院審理 *Watson v. Cal-Three, L.L.C.*¹⁴⁷ 案時，雖直接引用第39條（草案）卻在主觀要件上選擇與整編不同調。法院不採蓄意要件而是援引該州前例¹⁴⁸，認為加害人之行為若基於故意、情節重大，或不當得利數額無法估算時，被害人可獲賠他方之違約獲利¹⁴⁹。換言之，即使加害人之行為雖非基於故意或蓄意，然所造成的損害若已達重大（*substantial*）的地步，獲利歸入即為適當的救濟方法。科羅拉多州法院的見解在一定程度上擴張獲利歸入的適用範圍，惟此舉與整編意欲排除過失或非故意之原則有違，與聯邦最高法院在 **Kansas** 案的態度亦大相逕庭。聯邦及各州法院在承認第39條概念的同時，可能選擇自認適當的成立要件，而非機械式的接受該條之規範，顯見統一的見解似乎尚未成形，獲利歸入理論在美國契約法上的運用仍

¹⁴⁶ 136 F. Supp. 3d 654 (Pa. 2015).

¹⁴⁷ 254 P.3d 1189 (Colo. App. 2011).

¹⁴⁸ 900 P.2d 113 (Colo. 1995).

¹⁴⁹ *Watson v. Cal-Three, L.L.C.*, at 1194-95.



處在發展階段。

四、小 結

美國法律整編為長期爭辯之獲利歸入適用前提，整理成三大成立要件，本節在此基礎上分析美國及英國以往案例，歸納獲利歸入適用之違約類型。早期案例雖欲以剝奪被告獲利防止不當利益之流動，但受制於違約獲利歸入理論尚未成形，僅能藉擬制信託以達相同之法律效果。當代潮流則是受Blake案的啟發，逐步朝向違約獲利歸入合法化之方向發展。或許法律整編的出現代表獲利歸入的爭議已近尾聲，然事實證明相關的論戰尚未停歇。美國聯邦最高法院在Kansas案的判決，可視為法律接受違約獲利歸入的態度，然在內容上卻未必與法律整編步伐一致。故而在趨勢上獲利歸入作為違約救濟之例外規範應可確定，但適用要件上的共識仍需時間的淬鍊。儘管如此，法律整編所規範的要件，仍具有極高的參考價值。

肆、我國採行違約獲利歸入制度之可行性

一、我國現行獲利歸入救濟規範

類似於美國的立法模式，我國具歸入性質之民事權利救濟途徑，多以特別法明文規定為依歸，且與該法所欲實現之目的及保護之社會秩序息息相關。例如公司法有關歸入權之規定，即是利用剝奪違反競業禁止之經理人¹⁵⁰、執行業務之股東¹⁵¹或董事¹⁵²競業所得之方式，防止違反忠實義務及避免從中牟利甚或脫產之情事；證

¹⁵⁰ 公司法第32條（歸入權依民法第563條之規定行使）。

¹⁵¹ 公司法第54條第2項。

¹⁵² 公司法第209條第5項。



券交易法亦有類似之規範，上市櫃公司重要成員（董事、監察人、經理人、大股東等）短期（6個月）進出公司股票及具有股權性質之有價證券而有獲利者，公司得行使短期交易歸入權。短線交易歸入權之設計帶有懲罰之性質¹⁵³，目的在摒除短線交易之誘因及鞏固禁止內線交易¹⁵⁴之立法政策¹⁵⁵。獲利歸入以歸入權的形式存在於公司法與證券交易法，係在敦促負責人善盡忠實義務，同時警示大股東勿利用特殊身分攫取公司內部機密以圖私利，兩者皆以保護相對弱勢之股東與一般投資人為其鵠的，具有遏止不當或投機性獲利之效能，並期維護市場秩序健全發展。

此外，與侵害智慧財產權相關之立法，多允許被害人在「補償性損害賠償」與「侵害行為所得之利益」二者間擇一計算損害。無論是狹義之智慧財產權法律諸如著作權法¹⁵⁶、專利法¹⁵⁷、商標法¹⁵⁸等，乃至適用於特殊領域之廣義智財權法規，如積體電路電路布局保護法¹⁵⁹、營業秘密法¹⁶⁰、公平交易法¹⁶¹，或是植物品種及種苗法¹⁶²等，均賦予被害人選擇以加害人侵權利益計算損害賠

¹⁵³ 行政院金融監督管理委員會(93)金管證三字第0930129718號函釋，93年7月19日。

¹⁵⁴ 證券交易法第157條之1。

¹⁵⁵ 歸入權，財團法人證券投資人暨期貨交易人保護中心網站，<https://www.sfipc.org.tw/mainweb/Article.aspx?L=1&SNO=xb0NUVR0TuCaTjZ86ljEyw==>，最後瀏覽日：2022年12月11日。

¹⁵⁶ 著作權法第88條第2項第2款。

¹⁵⁷ 專利法第97條第1項第2款。

¹⁵⁸ 商標法第71條第1項第2款。

¹⁵⁹ 積體電路電路布局保護法第30條第2款。

¹⁶⁰ 營業秘密法第13條第1項第2款。

¹⁶¹ 公平交易法第31條第2項。

¹⁶² 植物品種及種苗法第41條第1項第2款。



司之無限責任股東，在利益衝突下必以私益為先而罔顧商號利益¹⁶⁵，故為保護商號經營權利，民法第562條明文禁止競業行為。違反競業禁止規定而獲有利益，依同法第563條之規定，商號得以該利益作為損害賠償，此為商號之介入權，性質上與公司法上之歸入權相當。此規範具有明確的立法目的，旨在針對忠實義務之違反所施之遏阻手段，藉以避免不當之競爭，屬於商號的特殊權利，並非普遍適用之原則。另外，民法第177條第2項規定管理人為己之私，明知為他人事務仍管理之，其因此所得利益準用同法第1項規定歸諸本人享有，此乃不法管理所生之法律效果。不法管理雖與獲利歸入同有利用剝奪不法者利得，以維護正義之功能，但其成立尚需建立在「管理他人事務」之要件上，而獲利歸入則是基於對違反契約義務之救濟，與他人事務無涉，兩者本質上顯有差異，不法管理與獲利歸入著實難以結合。

明確以獲利歸入作為維護權利之救濟手段，在我國民法規範中實屬罕見。然獲利歸入得否以現行法制的擴大適用，進而成為民事救濟制度之一種類型，分析如下。

二、獲利歸入與不當得利

(一)由「不當」之標準檢討

美國法律整編將違約獲利歸入納入不當得利範疇，顯見不當得利與獲利歸入具有相當類似的立法功能，在處理違反公平原則之資源流動上，可發揮利益平衡及遏止不當獲利之效用。不當得利與獲利歸入皆著眼於不當行為所獲取之利益，而非如補償性損害賠償

¹⁶⁵ 民法562條立法理由，法務部主管法規查詢系統，<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001351&LawNo=562>，最後瀏覽日：2022年12月22日。



般，以原告之實質損害或預期利益計算賠償金額。美國法律整編視違約獲利歸入為不當得利之一種類型，迥異於主流違約救濟途徑，然為免對傳統規範產生劇烈的衝擊，特設適用條件排除大部分違約情事，以例外規定的形態調整當事人間的利益關係。反觀我國不當得利制度並無類似獲利歸入的明文，若以解釋或類推的方法是否能推演出違約獲利歸入的結果，值得深入探討。

我國不當得利請求權基礎必須建立在無法律上原因的財貨變動¹⁶⁶，此變動致一方受益而他方受損者，受益之一方即應返還該利益¹⁶⁷。不當得利基於補償正義，保障不利益方之財產權或其他具有財產利益之權利¹⁶⁸。至於何謂無法律上的原因，亦即「不當」的標準，學說上素有「統一說」及「非統一說」之分歧見解。由不當得利法條觀之，民法第179條規定在欠缺法律上原因的情況下，有一方獲利致另一方損害之事實，便產生獲利返還之義務。條文中並未區分不當得利之事由，僅以無法律上原因概括之。若純以條文觀之，似可認定儘管不當原因種類繁多，但終極目標卻是單一的，即利益之返還，民法制定者不糾結原因，而以統一的概括性的要件作為基礎¹⁶⁹，此乃「統一說」理論所依。所謂無法律上的原因，應有其一致性的抽象概念，大致上不脫公平與正義，但也可能是權利或債權¹⁷⁰，「統一說」論者對此並未達成共識，也導致構

¹⁶⁶ 王澤鑑，不當得利，頁2，2009年7月，增訂新版。

¹⁶⁷ 民法第179條。

¹⁶⁸ 黃茂榮，不當得利的概念及構成要件(一)，植根雜誌，27卷4期，頁5，2011年4月。

¹⁶⁹ 同前註，頁7-9。

¹⁷⁰ 有學者將統一說的概括標準區分為：公平說、正法說、債權說、相對關係說，以及權利說等說。參見孫森焱，民法債編總論（上冊），頁150-152，2004年1月，修訂版。



成要件欠缺明確化，不足以說明所有不當得利的樣態，此乃「統一說」常受詬病之處¹⁷¹。再者，「統一說」所恃之抽象概念不備具體內容，僅以衡平理念充作標準，未免失之空泛，在實際適用上徒生更多的爭端¹⁷²。

反之，「非統一說」的支持者相信構成要件必須明確規範，造成財產利益不當移轉的原因各異，不可一概而論，應就基礎與內涵分別尋求其意義¹⁷³；雖不免繁瑣，但與「統一說」所持之抽象要件比較之，在現今日趨複雜的法律關係中，確實有其必要性。「非統一說」依利益移動的原因為基礎，將不當得利類型化為因給付而受有利益之形態（給付型），以及因給付以外事由而受利益之形態（非給付型）。所謂給付型不當得利，係指在「不具給付目的」（包括自始欠缺給付目的、給付目的無法達成及給付目的嗣後消滅等）¹⁷⁴時，受損人自願增加受益人財產所為之利益不當移動。非給付型不當得利則非基於受損人之給付行為，受益人增加利益之因可能出於其自身、受損人或第三人之行為，亦可為事件或法律規定等¹⁷⁵。非給付型不當得利又可細分為「權益侵害型不當得利」、「支出費用型不當得利」、「求償型不當得利」等三類型。其中有關權益侵害型不當得利之判斷標準，學說上雖有「違法性說」及「權益歸屬說」二說¹⁷⁶，惟目前司法實務採後說，「亦即倘欠缺法律上原因而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立

171 王澤鑑，同註166，頁28-29。

172 王澤鑑，同註166，頁32。

173 孫森焱，同註170，頁150。

174 孫森焱，同註170，頁155。

175 孫森焱，同註170，頁156-160。

176 王澤鑑，同註166，頁160、163-165。



不當得利。」¹⁷⁷ 受益人違反法律規範之權利歸屬而獲益時，即欠缺法律上的原因，不具保有給付利益的正當性，應依不當得利返還該利得¹⁷⁸。簡言之，當某權益應歸屬於權利人卻由他人享有時，此他人即無法律上原因而受有利益，符合成立不當得利之要件。

基此檢視違約獲利歸入得否適用不當得利的法理。若以「統一說」論之，無疑的違反衡平原則可視為無法律上原因，故在財產的變動中發生違反公平正義之利益移動，即得以不當得利調整當事人間利益關係。因此，若加害人負擔賠償責任後仍保有部分不當之利得，顯然違背公平正義原則，被害人得依不當得利請求返還該利益。惟我國學說與實務見解不從此說，咸認以「非統一說」為通說¹⁷⁹。儘管條文並未區分不當事由，僅是在立法階段省略工作的便宜之舉，仍需司法實務進行補強¹⁸⁰。因此欲藉「統一說」解釋違約獲利歸入的正當性，無異緣木求魚，應將目光轉向「非統一說」。就「非統一說」之不當得利類型觀之，違約的前提為契約有效成立，債權人的給付並非欠缺給付目的，而係基於履行契約義務，債務人依約合法受領契約利益應無不當，故違約不該當給付型不當得利之構成要件¹⁸¹。至於非給付型部分，違約係債務人侵害債權之行為，可能屬於權益侵害型不當得利。誠如前述，權益侵害

¹⁷⁷ 參見最高法院92年臺上字第2682號判決，最高法院98年臺上字第1156號判決。

¹⁷⁸ 王澤鑑，同註166，頁164。

¹⁷⁹ 王澤鑑，同註166，頁3；孫森焱，同註170，頁160；林誠二，民法債編總論——體系化解說（上），頁212，2000年9月。

¹⁸⁰ 黃茂榮，同註168，頁13。

¹⁸¹ 參見最高法院106年臺上字第1369號判決：「……倘當事人間有契約關係存在，則一方因他方之給付受有利益，即屬有法律上之原因，殊無由當事人就同一原因事實，同時以契約及不當得利作為請求權基礎而為請求之餘地。」



型不當得利以權利歸屬為檢驗標準，加害人之違約利得是否成立不當得利，應視該利得是否基於歸屬被害人之權益所獲。就常見之違約獲利歸入類型如雙重買賣為例，加害人將承諾售予被害人之物轉賣第三人並完成所有權移轉，加害人雖從中獲利，然利益的來源係基於所有人對其物為處分之權，而非違反法律規範之權利歸屬而獲益，並未侵害被害人權益，難謂無法律上原因，不成立不當得利¹⁸²。

(二)由返還客體之範圍與數額觀察

縱使違約與不當得利請求權得以併存，仍須面對不當得利返還客體之限制，而令獲利歸入無法存在於不當得利法制中。依民法第181條第1項規定，不當得利返還之標的以原物為原則，即受領人所受之利益在返還時尚現存在者，以及本於該利益更有所得之部分。所謂「更有所得」，包括受領標的之用益、權利之取得，以及原物之代償等¹⁸³。出賣原物之交易所得是否歸屬於更有所得之範圍，依目前通說見解係採否定說。實務上認為，原物在市場上以高價出售之所得，係基於受領人與第三人之契約所致，而非基於受損人之權利而生，受領人得要求返還之標的是原物受領時之市價，而非出售原物之對價¹⁸⁴。據此，即使受領人因交易原物而獲有高於市價之利益，受損人亦無從主張剝奪，從而難以達到獲利歸入遏止不當利得之目的。再者，依同條第2項規定，若所受之利益如為勞務、物的使用或消費、免除他人債務等性質，或其他特殊情形如受領人

¹⁸² 參見臺北地方法院105年重訴字第151號判決。余偉迪，英美法違約利益歸入救濟之研究，臺灣大學法律學系研究所碩士論文，頁126，2019年6月。

¹⁸³ 孫森焱，同註170，頁178-179。

¹⁸⁴ 司法行政部65年8月5日台(65)民字第06614號函，轉引自王澤鑑，同註166，頁238，註1。



將標的物出售並移轉所有權時，受領人不能以原物返還，則應返還其價額¹⁸⁵。至於返還價額之計算，係以受領人主觀上財產總額增加為準，抑或是基於原物之市場客觀價值為斷，容有爭議。早期最高法院判例認為，受領人因將原物出賣而不能返還者，其所賣得之價金即為所受之利益，為其應償還之價額¹⁸⁶。本件判例似採主觀說，受領人得逕將交易原物之對價視為利益，且以此計算價額。此雖與上述的返還標的之見解不一，但卻使獲利歸入融入不當得利制度出現一線生機。然依學者分析，不當得利之功能在於調整當事人間不當財產變動，至於超過客觀價值的獲利歸屬，其所牽涉之因素甚為廣泛，並非不當得利制度所欲解決之問題，應另立特別法因應之¹⁸⁷。且若以交易價金充作返還數額，在對價低於市價的情況下，惡意受領人原應將受領時所得利益、利息及損害賠償一併返還¹⁸⁸，卻可能因此減輕返還責任，不符法律加重惡意者責任之意旨¹⁸⁹。目前通說認為關於原物不能返還，該償還價額之計算，應以其價額償還義務成立時之客觀交易價值定之，採客觀說。另外，實務上認為不當得利制度之目的，固在對違反法律所定之財貨變動規則之行為允以匡正，受領人可依此取回錯置的利益，但必不得使其獲得高於受損部分之利益，以維公平。因此，受領人所受之利益如大於受損人之損害時，為免受損人反而因此獲得不當之利益，其返還範圍僅能以受領人所受損害計算之¹⁹⁰。採此見解的結果，致獲利歸入喪失存在於不當得利之可能性。

¹⁸⁵ 王澤鑑，同註166，頁239-240。

¹⁸⁶ 最高法院30年渝上字第40號判例。

¹⁸⁷ 王澤鑑，同註166，頁247。

¹⁸⁸ 民法第182條第2項。

¹⁸⁹ 王澤鑑，同註166，頁242。

¹⁹⁰ 最高法院99年臺上字第2255號判決。



（三）分析結果

綜上所述，通說不採對違約獲利歸入最為有利之「統一說」，在先天上已形同斷絕融入不當得利的途徑。而以「非統一說」檢驗之，違約行為在本質上非屬無法律上原因而受給付，不成立給付型之不當得利，或是以非給付型而言，契約債務人如未違反法律規範之權利歸屬而獲利，亦不構成不當得利。此外，學說及實務均認為受領人所能請求返還之標的與範圍，俱不及主觀之交易對價及高於損害之利益，受損人對超過客觀價額之獲利並無請求權，因而不具類似獲利歸入之機能。儘管不當得利制度貌似最能符合獲利歸入所欲達到的目標，惟我國當前的法律環境並不支持此一看法，欲以之作為違約獲利歸入的載體，顯然是不切實際的。獲利歸入與不當得利在理論基礎上具有相當類似色彩，皆旨在維護公平的權利分配秩序，然不當得利法制在我國之發展與實踐的影響下，與獲利歸入已分道揚鑣。倘民法其他規範亦具有衡平功能，應可引為探討違約獲利歸入合法性之資源。違約賠償責任中之有關代償請求權之規定，似可進入候選之列。

三、獲利歸入與代償請求權

（一）代償請求權之基本目的

我國民法並未針對違約訂定損害賠償原則，而是以通則的方式規定損害賠償之方法及範圍。依民法規定，損害賠償係以回復原狀為原則¹⁹¹，金錢賠償為例外¹⁹²；其範圍定在完全填補被害人之所受損害及所失利益¹⁹³。因此我國在損害賠償制度上採補償性損害

¹⁹¹ 民法第213條第1項。

¹⁹² 民法第214條、第215條。

¹⁹³ 民法第216條。



賠償原則，故被害人得以請求賠償之範圍，限於因損害之發生而造成現存財產積極的減少（積極損害），以及新財產之取得因損害事實之發生而受妨害者，但應具備客觀可得預期性（消極損害）¹⁹⁴。故損害填補的結果，期使被害人回復至「應有狀態」，而非僅是「原來狀態」¹⁹⁵，在契約行為上此即所謂的履行利益。原則上違約損害賠償以履行利益為限，賠償金額計算基準以被害人之積極與消極損害為度，加害人獲利多寡尚非考量之因素。

觀諸我國民法損害賠償範圍之一般原則，似無獲利歸入制度適用的空間，然在債務不履行效力之規定中，卻可能藏有獲利歸入概念踏進違約救濟體制之基石。依民法第225條規定，債務人因不可歸責於己之事由致給付不能，無須盡其原給付義務，惟債務人因其債務標的不能給付，而取得對第三人之損害賠償請求權，債權人得向債務人請求讓與該請求權，或交付其所受領之賠償物。此即所謂之「代償請求權」。實務上認為代償請求權之規範乃奠基在衡平思想上，旨在保障債權人之利益，不使債務人在免除給付義務後仍可取得給付物之替代利益，具有調整不當財產分配的效能¹⁹⁶；在功能論上似與獲利歸入及不當得利有異曲同工之妙。又損害賠償與代償請求權之性質不同，前者在填補被害人之損害，後者請求之客體乃替代利益，性質上類似抵押物或質物滅失之物上代位性¹⁹⁷，賠

¹⁹⁴ 最高法院48年臺上字第1934號判決。

¹⁹⁵ 最高法院98年臺上字第994號判決。

¹⁹⁶ 最高法院106年臺上字第696號判決。陳聰富教授見解不同，認為「債務人是否獲得不當利益，未必有直接關聯，無寧認為係因保護債權人之利益，使債權人有主張以賠償物代替原給付標的之權利，較為妥當」。陳聰富，代償請求權，台灣本土法學雜誌，32期，頁150，2002年3月。

¹⁹⁷ 民法第881條及第899條參照。林信和，給付不能、代償請求權與危險負擔，月旦法學教室，236期，頁41，2022年6月。



償物之價值可能高於損害¹⁹⁸。此一特性與獲利歸入額度不受履行利益限制之性質相符。然依法代償請求權之適用，以不可歸責於債務人之給付不能為前提，而違約獲利歸入通常發生在加害人因蓄意違約的情況，因此本條似與獲利歸入無緣鏈結。再者，關於代償請求權標的之範圍，直觀上應為給付之直接替代利益，例如侵權行為或債務不履行之損害賠償請求權或賠償物、保險金等。若代償客體不包括債務人與第三人就給付物之交易對價，則獲利歸入之適用亦將受阻。關於此二點，學說與實務上對代償請求權之詮釋與修正，業將其適用範圍與代償標的允以擴張，遂使之帶有類似於獲利歸入之效果。

(二)適用範圍之擴張

就適用範圍而言，不可歸責於債務人事由致給付不能時，債權人喪失請求債務人履行契約義務的權利，亦無請求損害賠償之權，倘債務人既已免於給付義務，豈有更獲額外利益之理，故應將此利益視為原給付之替代利益而由債權人享有，此乃代償請求權之作用。若給付不能之因係出於可歸責債務人之事由，依民法第226條第1項規定，債權人得向債務人請求債務不履行之損害賠償，理論上應可完全填補債權人之損失，無須另為規定代償請求權。申言之，替代利益乃債務人喪失原給付標的之補償，而損害賠償則係債權人因債務不履行所受之損害，兩者性質實非一致¹⁹⁹。立法者將不同基礎之給付不能賦予相異的請求權，足認兩者之規範目的與計算基準有區別之必要，不應混為一談。更有學者指出，第226條既然未列準用第225條代償請求權之規定，不可貿然適用。在可歸責

¹⁹⁸ 王澤鑑，民法學說與判例研究（第五冊），頁261，2004年10月。

¹⁹⁹ 吳志正，代償請求權若干爭議之辯證——最高法院106年台上字第696號民事判決評析，裁判時報，96期，頁22，2020年6月。



債務人致給付不能時，債務人之法定義務在填補債權人之損害，倘債務人對第三人有請求賠償之權利，是否行使該權利應本於其自由，債權人尚無置喙餘地。若允債權人亦享有代償請求權，則在請求債務人移轉賠償請求權時，勢必形同迫使債務人對第三人行使權利，有違權利自由之原則²⁰⁰。早期判例亦採否定見解，認為第225條第2項之適用，須以因不可歸責於債務人之事由致給付不能為前提²⁰¹。

弔詭的是，參酌民法第225條第2項之立法理由，可發現立法者似乎有意將代償請求權擴大適用在可歸責於債務人給付不能之情形。揆諸本條立法理由得悉，給付不能之債務人有權向第三人請求損害賠償時，「不問債務人應否負責」，應以此請求權替代債務之標的²⁰²。最高法院更依此認為，債權人得於行使損害賠償請求權或代償請求權中擇一主張，以保護其利益²⁰³，採肯定說。因此，即使給付不能之事由係基於可歸責於債務人之原因所致，亦不妨礙代償請求權之行使。但有論者透過立法例之分析，對此見解持保留的態度。該條立法理由係沿用大清民律草案之立法說明，然大清民律係仿照德國舊民法之立法例，不分給付不能之事由是否可歸責債務人，均賦予債權人代償請求權；若因可歸責債務人之事由時，債權人亦得請求損害賠償，惟須扣除依代償請求權所取得之賠償物或賠償請求權之價額。爾後此草案並未受到國民律草案之青睞，改採與現行制度類似之法規，係將是否可歸責債務人分別規範，二者

²⁰⁰ 王伯琦，民法債編總論，頁162（註一），1985年9月，12版。

²⁰¹ 最高法院69年臺上字第259號判決。

²⁰² 民法225條立法理由，法務部主管法規查詢系統，<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001351&LawNo=225>，最後瀏覽日：2023年2月8日。

²⁰³ 最高法院105年臺上字第2111號判決。



涇渭分明。論者認為會將立法理由誤植，乃民法制定之初便宜行事所致，今實務見解據此作出第226條類推適用第225條代償請求權之結論，似有待商榷²⁰⁴。

直接以立法理由論定立法者無意以歸責與否區分代償請求權之適用，或許容易招致批評，但若由其他法律解釋或類推適用的角度切入，似亦可達殊途同歸之效。持肯定說的學者認為，不可歸責之債務人尚且必須讓與賠償物或請求權，遑論嚴重程度更高之可歸責債務人之情況，益應使債權人擁有類似的權利。此乃「舉輕以明重」之當然解釋，無須另為規定²⁰⁵。亦有學者以給付不能的觀點論之，認為給付不能之結果無論是本於不可歸責或可歸責債務人所致，係屬同類事務，兩者皆生免除原給付義務之法律效果，嗣後債務人若另取得替代利益，此替代利益理應歸屬債權人，債權人從而有權請求轉讓此利益，不因是否歸責債務人而有所不同。民法第226條未積極規定準用第225條第2項，此係法律漏洞，應得類推適用有關代償請求權之規定²⁰⁶。肯定說論者不拘泥法律條文之字句，而以代償請求權之規範目的為基礎，依一般推理作用，以闡明法律真意，或秉持相同或類似事件應為相同處理之法理，以論理解釋或類推適用之方法擴張代償請求權之適用，有利債權人在可歸責債務人之給付不能時，除可請求損害賠償外，亦得尋求以替代利益滿足原給付利益之機會。債權人於此二請求權中擇一請求，並未使其獲得超額賠償，第三人亦未因此增加負擔，但對債權人利益之保障卻更形穩固²⁰⁷。由此觀之，肯定說之論點值得贊同。

²⁰⁴ 吳志正，同註199，頁23-25。

²⁰⁵ 邱聰智，民法債編通則，頁291，1987年1月。

²⁰⁶ 向明恩，論代償請求權，臺北大學法學論叢，120期，頁75，2020年12月。

²⁰⁷ 林誠二，同註10，頁136。



(三) 交易所得之類推

再由代償請求權之客體範圍論之，代償之標的係原給付之替代利益，賠償物或賠償請求權若基於侵權行為或債務不履行等違法行為所致，是以原給付轉化為替代利益，兩者間之同一性至為明顯；保險金在性質上與損害賠償相仿，亦應包括在替代利益內²⁰⁸。至於土地徵收補償金是否亦為代償標的，有學者認為補償金係公法上損失補償，與侵權行為所生之損害賠償性質雖有不同，但揆諸代償請求權之規範目的，乃基於公平原則，使債務人返還因標的物給付不能而取得之替代利益，為貫徹立法上價值判斷，應廣義解釋承認土地徵收之補償費屬損害賠償之範圍²⁰⁹。本見解後為最高法院所採，認為補償地價給付請求權非不得類推適用民法第225條第2項之規定，債權人應得請求讓與²¹⁰。由此可知，代償請求權之客體無須侷限在賠償物或賠償請求權，由原給付之客觀價值直接發生計算者²¹¹，亦屬之。然此範圍是否擴及債務人與第三人之交易所得，學者持肯定見解者眾，但仍不乏採否定意見者。

肯定說之主要論述中，有認為買賣契約與交付，在經濟上合為一體，交付係買賣契約之結果，因此給付不能非不得謂為契約之結果²¹²，故給付不能與交易對價可視為源於同一原因事實，基於保護債權人之立場，應許類推適用代償請求權之規定。也有學者以避免雙重利得的觀點分析，認為債務人如因出售原物而導致給付不能，既已無須再盡給付義務，但卻可基於不能之原因獲得交易對

²⁰⁸ 王澤鑑，同註198，頁259。

²⁰⁹ 王澤鑑，同註198，頁259-260。

²¹⁰ 參見最高法院80年臺上字第2504號判例。

²¹¹ 林誠二，同註10，頁141。

²¹² 史尚寬，債法總論，頁375，1983年3月，6版。



價，遂形成雙重利得。此非法律所樂見，故代償請求權之客體應類推適用及於交易對價，方屬公允²¹³。另一方面，否定說主要是由法律經濟學之視角論證之，以有效率違約理論分析交易對價作為代償請求權客體的合理性。有學者認為，交易上所得並非原給付之直接替代利益，而多與債務人為達契約目的所付出之時間、勞力、費用等因素有關，不純然是原給付之轉化，未必與原債權標的具客觀關聯性。倘交易利得由債權人享有，形同全盤否定債務人之努力，而債務人期以有效率違約獲取利益之期待亦將落空，尋找更佳交易對象的誘因蕩然無存，以致無法使資源得到最優化的分配，不利社會福祉之增進，故主張交易對價不應列為代償請求權之客體²¹⁴。亦有學者進一步說明，以剝奪債務人之利益為手段之法律規定，其背後之目的多與嚴格禁止某些特定行為有關，如禁止內線交易、智財權侵害，或不法管理，然交易利得之嚴重性與之無法比擬，因此不妨依有效率違約理論，令債權人保有此利益，以促社會資源之有效分配²¹⁵。

肯定說論點以同一性與避免雙重利得為中心，主張交易對價應類推適用而為代償請求權之客體，以貫徹代償請求權保障債權人權益之規範目的；否定說認為交易所得因牽涉債務人之締約技巧與努力，故不能視為直接替代利益，況剝奪利得的結果將不利資源之有效運用，進而損及整體社會福祉之提升。兩說論點持之有故言之成理，然司法實務需從中擇一立場審判之，依最高法院在2016年的判決觀之，係採肯定說。法院在判決中肯認，「交易之對價與損害賠償發生原因雖有不同，但在性質上同為給付不能之替代利益」，應

²¹³ 王澤鑑，同註198，頁265-266。

²¹⁴ 謝哲勝，法律經濟學，頁229-230，2007年5月。

²¹⁵ 林誠二，同註10，頁141。



類推適用民法有關代償請求權之規定，與損害賠償物同為債權人可請求交付之標的²¹⁶。判決主文僅以寥寥數句定調代償請求權標的之範圍，雖無法完全駁倒否定論者之觀點，然確能發揮定分止爭之效果。目前實務與學說大多承認交易對價歸屬於替代利益，因此受給付不能損害之債權人，可請求將債務人與第三人交易之所得交付之，以之代替原給付義務。如此操作的結果，庶幾與獲利歸入所欲達到之剝奪不當獲利的宗旨不謀而合。

四代償請求權作為違約獲利歸入基礎之疑慮

代償請求權經過學說見解與司法實務的詮釋，已然朝向寬鬆的方向發展。在可歸責於債務人致給付不能之情形下，如債務人業將契約標的物售於第三人且移轉所有權，而此交易對價之數額高於損害賠償，債權人自得以較有利之代償請求權替代損害賠償請求權而主張之。在法律解釋與雙重類推適用的加持下，代償請求權之性質與功能與獲利歸入益趨一致。然此是否足以說明，獲利歸入可藉代償請求權之擴張，成為違約救濟途徑之一環，不無斟酌的餘地。

首先，我國預設之違約救濟方法乃損害賠償，目的在填補被害人之所受損害與所失利益，亦即以被害人損失為計算基準；而依代償請求權請求移轉之替代利益，在性質上係原給付標的物之轉化，債權人之損害係以替代利益填補之。兩者非屬同類。交易對價類推適用替代利益的結果，似在承認被害人得以加害人之額外獲利彌補其損害。然吾人得否遽認擴大代償請求權之旨趣，係為在傳統損害賠償原則外，增添被害人之救濟途徑，事實上無論在學說或實務之討論上，均未見確切之證據。徵諸代償請求權之規範計畫，係以保障債權人之利益為宗旨，令其在無法行使原債權請求權時，得請求

²¹⁶ 最高法院105年臺上字第2111號判決。



債務人移轉替代利益以填補損害。故與其相信透過代償請求權之寬鬆解釋，得造就改變傳統違約救濟制度的契機，毋寧視代償請求權僅為救濟因給付不能致債務人免除義務所設之特別請求權，而在擴大適用範圍與替代利益標的後，在法律效果上恰與違約獲利歸入有所重疊。

其次，適用代償請求權之前提侷限在給付不能，非所有形態的債務不履行之債權人均可享有此權，其運用範圍顯然比英美法違約獲利歸入更為狹隘。我國民法上所規定之契約給付義務通常係以作為為內容，因此若發生雙重買賣，買賣標的所有權業已移轉，債務人無法履行給付義務而生給付不能，此時以代償請求權替代原給付，殆無疑義。現行民法並未規定以「不作為」為給付內容之契約，因此以不作為義務為標的之契約，係以無名契約之形態存在。倘債務人係違反不作為給付義務，如禁止興建之約定、保守契約秘密，或是競業禁止等，是否亦產生給付不能之債務不履行，目前實務上尚未給予明確的答案。有學者採肯定的態度，認為契約雙方約定以不作為為給付標的，倘給付為一次性，例如不參加投標，一旦違反義務即發生給付不能。若為繼續性不作為義務，例如不為營業上的競爭，總給付內容與義務存續時間有關，債務人不履行義務，就整體給付而言，構成部分給付不能²¹⁷。若採此見解，債務人違反契約中有關禁止條款之約定，當可成立給付不能之債務不履行，即有代償請求權之適用。即便如此，非所有違反不作為義務之給付不能皆可適用代償請求權，仍應視標的是否屬於替代利益而定，如因不為給付所節省之費用，因在性質上不屬於給付標的之替代利益，因此尚無代償請求權之適用²¹⁸。因此如前述獲利歸入常見類

²¹⁷ 王澤鑑，民法學說與判例研究（第八冊），頁137-138，2006年2月。

²¹⁸ 邱聰智，同註205，頁288。



型之加害人減少支出而獲利的情形，則無法以代償請求權請求移轉獲利。而在英美司法實務中亦不乏基於公共政策之考量，利用獲利歸入維護公眾福祉之例，此更與給付不能與否無涉²¹⁹。

第三，即便代償請求權在應用上與違約獲利歸入之部分功能有相似之處，然在基本概念上容有相當的差異。違約獲利歸入含有濃厚的遏止不當獲利之意涵，然所謂的不當獲利，則以加害人之行為具一定程度的可非難性為前提，美國法係以投機性之獲利行為作為判斷之標準。在投機性之要件中，除行為須出於蓄意外，尤以賠償不足，最能顯現獲利歸入之必要性。倘若傳統損害賠償足使債權人獲得完全的補償，獲利歸入即無適用之餘地。反觀代償請求權之規定，在可歸責於債務人致給付不能時，債權人可自損害賠償請求權與代償請求權中擇一行使，並未考慮損害賠償是否已足，僅單方面以債權人之最佳利益考量。以交易對價論之，債務人出賣契約標的於第三人而有獲利，其行為未必具有投機性，但即使如此，仍可依代償請求權之規定剝奪債權人之獲利。我國契約法原則上無懲罰之目的，因此債務人取得利益之原因，與債權人得否主張代償請求權並無關聯，在違約行為不具投機性時，交易對價亦得為替代利益而由債權人享有。以制度規範觀之，獲利歸入強調對不當利益的剝奪以遏止高度不法之投機性違約，而代償請求權之建立則專注於保護債權人利益，使其有權主張以替代利益代替原給付以減少損失，兩者之規範目的有所不同。

四、規範的損害概念

我國民法損害賠償之概念，係以完全填補被害人之損害為原則，至於損害之認定，傳統上以差額說為計算基準，即以被害人總

²¹⁹ 如前述British Motor Trade Association v. Gilbert乙案。



財產額，於侵害事故發生前後所生之差額，確定賠償金額。有學者認為，差額說僅是損害計算的方法，不應因此忽略損害賠償制度之規範目的²²⁰。法院審理損害賠償案件時，不應機械性地單純以差額說認定，仍需考慮權利或利益之價值、損害賠償所具有之權利保護功能、避免加害人獲取不當得利、對加害人之不法行為允以制裁等權利的規範意義，以資作為判斷賠償內容之標準²²¹，避免「無損害即無賠償」之僵化見解。此即「規範的損害概念」之主要內涵。實務上亦有採此概念之相關判決，由近期最高法院對一起房屋毀損案之判決²²²，可嗅出端倪。本件系爭建物因混凝土強度不足等違反建築法規之瑕疵，致傾斜無法居住而需拆除重建，原告被迫遷出。然因有他處可供居住，原告並未實際支出租金賃居。若採差額說，法院應認原告並未另行租屋，總財產額不因被告之行為而致減少，故不應准許損害賠償的請求，但本件裁判卻傾向承認物之租賃價值的看法，依與系爭同路段類似坪數房屋之平均租金計算使用利益之損害²²³。最高法院認為，實際租金支出係使用利益之損害數額的具體化，但非判斷損害額之單一標準。房屋在交易觀念上具有一定經濟價值，可依市場價值分析使用利益的損害額度，實際租金支出僅是方便計算損害依據，並非法院考慮准許該項損害賠償之唯一因素²²⁴。此判決凸顯實務對傳統差額說的檢討與修正，透過規範的損害概念塑造更形符合公平正義之損害賠償制度。

²²⁰ 陳聰富，人身侵害之損害概念，臺大法學論叢，35卷1期，頁63，2006年1月。

²²¹ 同前註，頁64。

²²² 最高法院107年臺上字第402號判決。

²²³ 郭冠甫，以美國法觀點論物的使用利益損害之賠償問題，靜宜法學，8期，頁248，2019年12月。

²²⁴ 同前註，頁249。



此一見解似可解開被害人因無損害而求償無門的枷鎖，法院自可依維護被害人契約權利為由，即便被害人之總財產並未減損，仍可將加害人之不法所得充當賠償金，藉以避免加害人保有該利益。倘若損害賠償非僅在計算財產減少之數額，其功能尚包含維護被害人權利本身之規範意義，當事人如能證明契約權利受損，依民事訴訟法²²⁵之規定，即使不能證明其數額或證明顯有重大困難的情況下，法院仍得以心證定其數額，但應在判決書中敘明所斟酌調查證據之結果，其內容如何，與應證事實之關聯如何，以及取捨之原因如何等心證之理由²²⁶。由此可知，法院心證需建立在充分的事實基礎上，不一定會逕以被告之違約獲利充作損害賠償，此非必然之結果，故可能僅在偶然的情況下，發生獲利歸入之效果。再者，目前實務上採規範的損害概念之判決，多與前述物之毀損、滅失，或是人身死傷²²⁷等權利或利益之侵害有關，且最高法院對採用規範的損害概念並未形成共識²²⁸。在缺乏具體且明確的標準下，抽象的規範意義可能導致認定上的落差，致法院見解發生歧異，因此是否可將其應用範圍擴及違約案件，並非毫無疑慮。法院若認剝奪加害人之違約利得，方能符合公平正義，在民法無獲利歸入制度下，

²²⁵ 民事訴訟法第222條第2項。

²²⁶ 參見最高法院43年臺上字第47號判決。

²²⁷ 如最高法院認為：「按被害人因身體健康被侵害而減少勞動能力所受之損害，其金額應就被害人受侵害前之身體健康狀態、教育程度、專門技能、社會經驗等方面酌定之，不能以一時一地之工作收入未減少即謂無損害。」參見最高法院96年臺上字第1907號判決，類似見解參見93年臺上字第1489號判決及92年臺上字第439號判決。

²²⁸ 如最高法院108年臺上字第1536號判決仍主張差額說：「按侵權行為賠償損害之請求權，以實際受有損害為成立要件，倘無損害，即無賠償之可言。」類似見解參見最高法院97年臺上字第2189號判決、最高法院86年臺上字第3200號判決。



或可另闢蹊徑利用規範的損害賠償概念維護被害人契約權益，然此作法尚待實務裁判進一步確定。

五、小 結

綜上討論，我國民事救濟制度並未就獲利歸入形成一致性的規範，雖有類似規定散見於民事特別法或民法債編，然規範之目的各異，難以視為普遍適用之制度。我國是否應仿照美國法的作法，為違約獲利歸入設計一套統一的準繩，正式將之納入違約請求權之基礎，目前尚未見諸民法修正之相關討論。與我國同為大陸法系的其他國家，絕大多數尚未建立完整的獲利歸入規範。荷蘭民法有近似的規範，規定因侵權與其他債務不履行而受損之被害人，得請求法院以加害人之獲利計算損失²²⁹。此看似符合獲利歸入精神之規定，卻遭荷蘭最高法院的駁斥，認定該條款僅為評估損害賠償的一種手段，並非獨立且具體之救濟措施，否認獲利歸入請求權之存在²³⁰。晚近對於獲利歸入的立法，多與侵權或非契約所致之義務違反有關，例如依中華人民共和國侵權責任法規定，侵權損害賠償原則上係以被害人之損失計算，但若損失難以確定者，得請求按加害人之侵權利益賠償，意即視獲利歸入為備位之請求權；歐盟「共同參考架構草案」(Draft Common Framework of Reference-DCFR)在第6條中，針對歐洲私法原則對非因契約造成他人損害責任之規範，亦鑲嵌獲利歸入之機制，儘管適用之時機限於在合理的情況下作為回復原狀的替代²³¹，其避免加害人得利及威嚇潛在不法行為

²²⁹ Article 6:104, Dutch Civil Code of 1992.

²³⁰ Ewoud Hondius & André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, in *DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD* 471, 481 (Ewoud Hondius & André Janssen eds., 2015).

²³¹ See DCFR VI.-6:101(4). Principles of European Private Law: Non-contractual



人之意圖甚為明顯。可惜的是，大陸法系國家之違約救濟制度仍不見獲利歸入的身影。

其實就制度層面而言，我國建構違約獲利歸入之一般性規定具有一定的條件。首先，大陸法系國家信奉自羅馬法以降所確立之「契約嚴守原則」，視違約為不道德之行為，因此流行於英美法系國家之有效率違約理論，不易得到大陸法系國家的青睞²³²，我國也不例外。獲利歸入制度為違約行為設置障礙，故在奉行有效率違約的美國不免掀起論戰，而我國在違約救濟上以要求履約為原則，目的與獲利歸入同在鼓勵立約人信守承諾，在適用上對整體制度衝擊較小。另外，獲利歸入在性質上具有遏止違約的功能，我國民事責任則僅在填補損害而不以懲罰為目的，兩者似有扞格，實則不然。獲利歸入係以剝奪債務人違約利得以為賠償，而懲罰規定則以加害人行為之嚴重程度及主觀惡性決定賠償額度，與違約獲利無一定之關聯。獲利歸入之作用在增加債務人之違約成本，利用趨利避害的人性，以促債務人善盡履約義務，與懲罰仍有不同。現行民法中不乏利用剝奪利得而產生遏阻功能之規範，如商號介入權或不法管理²³³，甚或是代償請求權，說明我國民事責任並非完全排除威嚇潛在不法行為人之可能。因此，在不破壞現有損害賠償體制與維護社會正義的雙重考量下，將獲利歸入以補充之角色納入違約救濟制度的範疇，似非無稽。

擴大代償請求權之適用雖可獲致類似獲利歸入的法律效果，卻無法涵蓋所有違約之形態，類推適用有其限制，且兩者之規範目的

Liability Arising Out of Damages Caused to Another (PEL Liab. Dam).

²³² Ronald Scalise, Jr., *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 AM. J. COMP. L. 721, 722-23 (2007).

²³³ 王澤鑑，*債法原理(一)基本理論 債之發生*，頁404，2006年9月，增訂版。



亦不盡相同。立法者若基於衡平理念與契約嚴守原則之思維，認為加害人不應保有違約之利益，則有必要積極建立違約獲利歸入請求權，以補充現行損害賠償制度之不足。獲利歸入之角色應設定為現有救濟方法之備位，故在適用條件上不可過低，否則當有取代傳統損害賠償制度以及過度保護債權人之疑慮。美國法律整編所設計的蓄意、獲利及賠償不足等三大原則，有效的將獲利歸入之適用限縮在一般人無法接受的投機性違約行為，充分發揮防止不當利得與遏止惡意違約的衡平功能，且作為例外的規範，尚不致影響整體違約救濟制度之運行，值得我國立法者參考。基於規範目的之類似性，或許可考慮將違約獲利歸入納入不當得利制度之範疇，對明顯忽視契約他方利益之蓄意違約行為，並造成被害人難以獲得充分補償之情形，由被害人享有違約利益。此規定勢必對現行不當得利制度產生衝擊，緩衝之計不妨考慮以增修條文，建立明確適用條件之方式因應，在調整當事人間不當財貨之分配與促進守約的同時，亦能凸顯違約獲利歸入之例外性。因此本文建議新增民法第181條之1：「債務人為受利益，故意違反契約義務，而依損害賠償之方法顯有重大困難或顯失公平者，債權人得請求債務人償還違反契約所得之利益」，以資因應。

伍、結 論

本文分析獲利歸入之目的，非在探討替代現行違約救濟制度之機制，而是尋求當傳統途徑對衡平原則的實現力有未逮時，藉歸入性救濟矯正民事不當行為的可行性。選擇以美國法作為討論的重心，係因違約獲利歸入之爭論已歷經多年，實務與學術之共識漸高，復因美國法律整編業就實際案例與學者論述，整理完成具體之違約獲利歸入適用準則，利於其他有意採納此制度之國家參考建立



統一的標準。違約獲利歸入制度衝擊美國傳統契約概念，如有效率違約理論與契約責任不以懲罰為目的之原則等，在適用上勢必引發相當的疑慮與阻力。惟美國法刻意將獲利歸入設定為備位的角色，意味補償性損害賠償之正統地位不被撼動，僅是針對處心積慮攫取不當利益的加害人，以剝奪利得增加違約成本的方式遏止違約。

美國獲利歸入的定位清晰，在功能上屬於衡平法上救濟的替代，旨在防止投機性違約的發生，成立要件定在蓄意、獲利及賠償不足等三項，如此設計注定獲利歸入不能被廣泛運用。本文爬梳以往的案例與學者見解，對可能適用的特殊違約情形加以分類，歸納出被害人之損失難以計算或無實質損失、加害人減少支出而獲利、加害人違反禁止條款，及基於公共政策考量等四大類型。這些類型的共通點在於傳統救濟機制對被害人明顯不公，加害人刻意忽視他方契約權利，利用制度缺陷牟取個人之私。即使在獲利歸入尚未受到普遍承認的年代，法院仍無法接受被告以不法的方式獲利，有制止的必要。惟實施的手段並非獲利歸入，多假借擬制信託的法理，但其所達到的法律效果與獲利歸入並無二致。然晚近的趨勢認為迂迴的手段不足以彰顯被告行為之不當性，也非契約法上的救濟途徑，從而傾向以新增獲利歸入請求權的方式，令違約救濟措施更臻完善。英國Blake案引燃英美法對違約獲利歸入理論的戰火，美國法律整編對長年論戰作出結論。然此結論在美國實務界尚未達到眾議僉同的地步，儘管聯邦最高法院肯認違約獲利歸入的合法性，但卻未完全遵從整編所設之要件，同時重量級的不同意見亦需受到重視。各州法院亦有零星違約獲利歸入之判決，唯在適用標準上未見統一。如此種種透露美國違約獲利歸入制度仍處於發展的階段。

獲利歸入的概念雖存在於我國民事制裁規範中，唯尚非違約救濟措施，但法院時而必須利用剝奪加害人利益的方式，求得當事人間的衡平。然而在現行的體制下，不論是不當得利或是不法管理都



無法作為獲利歸入的載體，唯有經過法律解釋與類推適用擴大涵蓋範圍的代償請求權，最接近獲利歸入所欲達到的法律效果。因此利用代償請求權作為迂迴的手段，法院也能擺脫補償性損害賠償的束縛，以加害人的利得作為補償被害人的基礎，類似於早期美國法假借擬制信託的作法。代償請求權係針對給付不能所設定之補救機制，不能涵蓋所有的違約情況，對於違約的主觀因素與客觀賠償不足亦未作出差別規範，是否夠格成為獲利歸入制度的基礎，不無商榷餘地。在現行制度無法貼合獲利歸入概念時，如立法者認為傳統違約救濟方法的限制，有可能造成明顯不公平的現象，似應積極賦予被害人請求獲利歸入的權利。藉由明確的立法與統一的標準，昭示法律遏止特定重大違約的立場，有助於違約風險的降低與衡平原則的維護。美國法律整編訂定的三大要件，或許容有修改與討論的空間，但自追求衡平、防止投機與立於備位的精神觀之，確實值得我國借鏡。



參考文獻

一、中文

1. 王伯琦，民法債編總論，12版，1985年9月。
2. 王澤鑑，民法學說與判例研究（第五冊），2004年10月。
3. 王澤鑑，民法學說與判例研究（第八冊），2006年2月。
4. 王澤鑑，債法原理(一)基本理論 債之發生，增訂版，2006年9月。
5. 王澤鑑，不當得利，增訂新版，2009年7月。
6. 史尚寬，債法總論，6版，1983年3月。
7. 向明恩，論代償請求權，臺北大學法學論叢，120期，頁51-144，2020年12月。
8. 余偉迪，英美法違約利益歸入救濟之研究，臺灣大學法律學系研究所碩士論文，2019年6月。
9. 吳志正，代償請求權若干爭議之辯證——最高法院106年度台上字第696號民事判決評析，裁判時報，96期，頁20-32，2020年6月。
10. 林信和，給付不能、代償請求權與危險負擔，月旦法學教室，236期，頁39-46，2022年6月。
11. 林誠二，民法債編總論——體系化解說（上），2000年9月。
12. 林誠二，交易所得對價與代償請求權／簡評最高法院105年台上2111號民事判決，台灣法學雜誌，382期，頁135-141，2019年12月。
13. 邱炯友，政府資訊傳播與出版授權，研考雙月刊，25卷2期，頁35-46，2001年4月。
14. 邱聰智，民法債編通則，1987年1月。
15. 孫森焱，民法債編總論（上冊），修訂版，2004年1月。
16. 郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，7期，頁267-294，2018年12月。
17. 郭冠甫，以美國法觀點論物的使用利益損害之賠償問題，靜宜法學，8期，頁217-257，2019年12月。
18. 陳聰富，代償請求權，台灣本土法學雜誌，32期，頁149-154，2002年3月。



19. 陳聰富，人身侵害之損害概念，臺大法學論叢，35卷1期，頁47-110，2006年1月。
20. 黃茂榮，不當得利的概念及構成要件(一)，植根雜誌，27卷4期，頁1-40，2011年4月。
21. 劉廷華，論有效率違約——一個完整的架構，華南理工大學學報（社會科學版），12卷3期，頁47-52，2010年12月。
22. 賴源河、王志誠，現代信託法論，3版，2002年8月。
23. 謝哲勝，法律經濟學，2007年5月。
24. 簡資修，一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害，人文及社會科學集刊，13卷1期，頁65-88，2001年3月。

二、外 文

1. Adler, Barry, *Efficient Breach Theory through the Looking Glass*, 83(6) N.Y. L. REV. 1679 (2008).
2. Al-Tawil, Tareq, *Corrective Justice and Deterrence: Can They Co-Exist?* 6(1) EUR. J. LEGAL STUD. 109 (2013).
3. Anderson, Roy Ryden, *The Compensatory Disgorgement Alternative to Restatement Third's New Remedy for Breach of Contract*, 68(4) SMU. L. REV. 953 (2015).
4. Barnett, Katy, *Deterrence and Disgorging Profits for Breach of Contract*, 17 RESTITUTION L. REV. 79 (2007).
5. Barnett, Katy (2010), *Substitutability and Disgorgement Damages in Contract*, in Elise Bant ed., *EXPLORING PRIVATE LAW*. (Cambridge: Cambridge University Press).
6. Birmingham, Robert, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273 (1970).
7. Campbell, David, *A Rational Critique of the Third Restatement of Restitution § 39*, 68 WASH. & LEE L. REV. 1063 (2011).
8. Chapman, Bruce & Trebilcock, Michael, *Punitive Damages: Divergence in Search*



- of a Rationale*, 40 ALA. L. REV. 741 (1989).
9. Cummington, Ralph M. (2008), *The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract*, in Charles Rickett ed., JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES. (Oxford: Hart Publishing).
 10. Cummington, Ralph (2008), *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in Djakhongir Saidov & Ralph Cummington eds., CONTRACT DAMAGES, DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES. (Oxford: Hart Publishing).
 11. Cummington, Ralph, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, 71(4) MODERN L. REV. 559 (2008).
 12. Edelman, James (2002), GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY, Oxford: Hart Publishing.
 13. Eisenberg, Melvin, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559 (2006).
 14. Farnsworth, E. Allen, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94(6) YALE. L. REV. 1339 (1985).
 15. Farnsworth, E. Allen (2004), CONTRACTS (4th ed.), Boston: Aspen Publishers.
 16. Friedmann, Daniel, *The Efficient Breach Fallacy*, 18(1) J. LEGAL STUD. 1 (1989).
 17. Fuller, L. L. & Perdue, William R., Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (1936).
 18. Goetz, Charles J. & Scott, Robert E., *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Note on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 COLUM. L. REV. 554 (1977).
 19. Hayward, Kelsey, *Disgorgement of Defendant's Gains from "Opportunistic" Breach of Contract: Its Fit in Rhode Island*, 22 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 614 (2017).
 20. Holmes, Oliver Wendell, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).
 21. Holmes, Oliver Wendell, Jr. (1881), THE COMMON LAW, New York: Dover Publications.
 22. Hondius, Ewoud & Janssen, André (2015), *Disgorgement of Profits: Gain-Based*



- Remedies throughout the World*, in Ewoud Hondius & André Janssen eds., DISGORGE MENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD. (Switzerland: Springer-Verlag).
23. Jimenez, Marco J., *Retribution in Contract Law*, 52 U.C. DAVIS L. REV. 637 (2018).
24. Khouri, Nina, *Efficient Breach Theory in the Law of Contract: An Analysis*, 9(3) AUCKLAND L. REV. 739 (2002).
25. Klass, George (2014), *Efficient Breach*, in Gregory Klass, George Letsas & Prince Sapra eds., THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW. (Oxford: Oxford University Press).
26. McCamus, John, *Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective*, 36 LOY. L. A. L. REV. 943 (2003).
27. Perlman, Harvey, *Interference of Contract and other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine*, 49 U. CHI. L. REV. 61 (1982).
28. Posner, Richard (1977), ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2nd), Boston: Little, Brown and Company.
29. Roberts, Caprice L., *A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract*, 65 WASH. & LEE L. REV. 945 (2008).
30. Roberts, Caprice L., *Restitutionary Disgorgement as a Moral Compass for Breach of Contract*, 77 U. CIN. L. REV. 991 (2008-2009).
31. Roberts, Caprice L., *Supreme Disgorgement*, 68 FLA. L. REV. 1413 (2016).
32. Rotherham, Craig, *The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs*, 66(1) CAM. L.J. 172 (2007).
33. Scalise, Ronald, Jr., *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 AM. J. COMP. L. 721 (2007).
34. Schaber, Gordon & Rohwer, Claude (1990), CONTRACTS IN A NUTSHELL, St. Paul: West Publishing.
35. West, Robin, *Three Positivisms*, 78 B. U. L. REV. 791 (1998).
36. Whatley, Frederick W., *Snepp v. United States*, 30 CLEV. ST. L. REV. 284 (1981).



37. Xia, Zheng, *Is the Law of Contract Seriously Defective if the Court is Unable to Award Restitutionary Damages for Breach of Contract*, 5(4) CSCANADA 35 (2009).
38. Yale, Theodore E., *A Recipe for Breach: Kansas v. Nebraska's Unclear Equity Standards will Breed Interstate Water Litigation*, 20 U. DENV. WATER L. REV. 53 (2016).



Development and Practice of Disgorgement for Breach of Contract in the US: The Feasibility of Applying it to Taiwan's Civil Law Remedies

Kuan-Fu Kuo^{*}

Abstract

Disgorgement is a means of depriving the debtor of the profit from a wrongful act, to prevent the debtor from profiting from its misconduct, and has the effect of deterring a breach of contract. The purpose of this paper in analyzing disgorgement is not to explore the mechanism to replace the current system of remedies for breach of contract, but to seek the feasibility of correcting civil misconduct through disgorgement remedy when the traditional means of achieving the principle of equity is insufficient. This article analyzes the dilemma and breakthrough in the practice of disgorgement remedy based on the development in the U.S, examines the accumulated cases in the past based on the models and requirements constructed by the US Restatement of Laws, sorts out and summarizes the applicable types of

* Professor of Law, Providence University; S.J.D., University of Wisconsin-Madison, USA.

Received: April 12, 2023; accepted: August 9, 2023



disgorgement remedy, and discusses the recent practical developments and disputes. Like most civil law countries, the general legal basis of disgorgement remedy in Taiwan is lacking. If the legislators deem it necessary to establish a uniform regulation of disgorgement for breach of contract, it seems that the interpretation and analogy of the current system such as unjust enrichment or claim of the return of reimbursement cannot fulfill the same functions and goals of disgorgement. Therefore, this article argues that if the special disgorgement claim is added by consulting the corresponding US law, it will better highlight the equitable purpose of this new contractual remedy.

Keywords: Disgorgement, Compensatory Damages, Efficient Breach, Constructive Trust, Deterring Breach of Contract, Opportunistic Breach, Inadequacy, Negative Covenant, Unjust Enrichment, Claim of the Return of Reimbursement