

懲罰性賠償金之法理與應用

——論最適賠償金額之判定*

何建志**

目 次

- 壹、問題設定
- 貳、判定懲罰性賠償金的參考因素
- 參、關於懲罰性賠償金功能的各種理論
 - 一、補 償
 - 二、嚇 阻
 - 三、應 報
 - 四、嚇阻與應報的再思考
- 肆、關於我國法的相關問題
 - 一、規定懲罰性賠償金上限的立法政策
 - 二、司法實務運用
- 伍、結語及展望

關鍵詞：懲罰性賠償金、消費者保護法、嚇阻、應報、刑罰理論、社會控制、法律經濟分析、理性選擇、法理學

壹、問題設定

依我國目前民法學者的常見說法，損害賠償以填補損害為目的¹，因

投稿日：九十年四月十二日；接受刊登日：九十年十二月十日

* 匿名審稿人的意見使本文減少觀念表達上的不周延之處，特此申謝。

** 國立臺灣大學法律學研究所博士候選人

¹ 在國內研究懲罰性賠償金的著作中，大都會提及國內民法學者向來對於損害

此受害人得請求的賠償以所受損害為限。這種觀念可以追溯自近世歐陸法系民法的原則，因此對於近世繼受歐陸法系的我國而言，民法學者有如此的見解，自有其歷史脈絡可循²。不過，隨著我國商事與經濟法中陸續引進數倍賠償或超額賠償的制度³，懲罰性賠償金（Punitive Damages）⁴ 在我國私法體系中便開始佔有一席之地。而隨著消費者保護法第五十一條於

賠償制度的這項傳統看法，以比較懲罰性賠償金在我國法制中的可行性與正當性問題。關於我國學者的這種傳統看法，可參見學者謝哲勝的整理，見謝哲勝，懲罰性賠償，頁 3，收錄於謝哲勝著「財產法專題研究(二)」，頁 1-49，元照出版公司，1999 年。

² 由比較法制史的觀點來看，除了近代英美法系之外，在東、西方法制中都能發現數倍賠償（multiple damages）的制度，例如近 4000 年前巴比倫的漢摩拉比法典（Code of Hammurabi）、西元前 1400 年左右的希泰法（Hittite Laws）、西元前 1200 百年前的希伯來法、西元 200 年前的印度曼奴法典（Code of Manu）等，見 Owen（1976: 1262）。至於東亞，唐帝國（西元 618 年至 907 年）的唐律也有二倍賠償的作法（唐律名例律第 33 條），見戴炎輝，「唐律通論」，頁 320-321，國立編譯館，1964 年。如果定義上「我國」的法制史包含唐帝國的經驗，則數倍賠償在我國法制中並非是近年來才自英美法系引進的陌生制度。

³ 如證券交易法第 157 條之 1 第 2 項，公平交易法第 32 條第 1 項，商標法第 66 條第 1 項第 2 款，專利法第 89 條第 3 項，著作權法第 88 條，營業秘密法第 13 條第 2 項，消費者保護法第 51 條等。在此值得注意的是，以上條文的規範目的與功用並不當然相同，因此不宜貿然一概歸為同類，本文僅就這些規定在法律效果上的類似性，而稱之為數倍賠償或超額賠償規定。

⁴ 關於英美法上 Punitive Damages，消費保護法第 51 條稱之為「懲罰性賠償金」，而楊靖儀與陳聰富亦採用這個翻譯，見楊靖儀「懲罰性賠償金之研究：以評析消費者保護法第五十一條為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1996 年；陳聰富，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙，臺大法學論叢，27 卷 1 期，頁 231-264，1997 年。至於林德瑞與謝哲勝則稱之為「懲罰性賠償」，見林德瑞，論懲罰性賠償，中正大學法學集刊，1 卷 1 期，頁 25-66，1998 年；謝哲勝，懲罰性賠償，收錄於謝哲勝著「財產法專題研究(二)」，頁 1-49，元照出版公司，1999 年。就學術研究而言，筆者認為使用「懲罰性賠償」的用語可以更廣泛地指涉法律上的其他類似規定，而不會侷限於消費者保護法的規定。不過，筆者鑑於「懲罰性賠償金」已經是我國現行法的明文用語，因此在本文中採用「懲罰性賠償金」的用語。

民國八十三年制訂並施行，懲罰性賠償金的規定則進一步擴展到一般民生消費關係，而不再侷限於商事或經濟法的領域，因而大幅增加了懲罰性賠償金在私法案件的適用可能，也從此提昇了民法學界對懲罰性賠償金的討論興趣。由於學者向來認為我國損害賠償法的目的應該與歐陸法系國家作同一解釋，因而主張損害賠償係以填補損害為目的。在這種情形下，懲罰性賠償金如何能融入我國既有法律體系，在法理上便產生許多饒富趣味的問題⁵。

國內法學界關於懲罰性賠償金的研究作品，已經就懲罰性賠償金的歷史與基本概念有所介紹，並且就我國法上適用懲罰性賠償金的問題提出了一些見解⁶。本文則計畫探討法院應如何判定懲罰性賠償金，亦即判定懲罰性賠償金的考量標準何在的問題。除了法理方面的趣味之外，研究這個問題在實務方面有以下幾點意義：

首先，在憲政法律體制之下，對人民施加法律上的不利益，無論名稱或形式如何，在行為與制裁之間應當具有適當的比例關係，而不得課予恣意過度的制裁。因此有必要釐清判決懲罰性賠償金的標準何在，才能避免懲罰性賠償金的判定淪為法院主觀好惡與擅斷的產物，以合乎法治原則的要求。

其次，則是如何妥善發揮懲罰性賠償金的制度功能問題。如果懲罰性賠償金的主要目的誠如一般學者所說並非在於填補損害，則傳統民事損害賠償的判定標準或原則顯然就不當然能運用於懲罰性賠償金的案件。由於我國現行法已經明文規定了懲罰性賠償金，懲罰性賠償金案件的處理勢不可避免，然而「損害賠償以填補損害為目的」的傳統原則對於判定合理的

⁵ 我國學者對於懲罰性賠償金的疑問包括：民刑分立、民事損害賠償的目的、懲罰性賠償金與慰撫金的關係、懲罰性賠償金可否推廣到其他類型民事關係、懲罰性賠償金的上限、過失行為應否適用、法院判定懲罰性賠償金的標準等等，見陳聰富等，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙—民法研究會第九次研討會記錄，法學叢刊，169期，頁97-115，1997年。

⁶ 見本文註4中所列楊靖儀、陳聰富、林德瑞與謝哲勝等人之著作。

懲罰性賠償金數額卻沒有助益。事實上，我們也不可能貫徹「損害賠償以填補損害為目的」的理論，因為如此一來就不應該給予受害人任何懲罰性賠償金，而這種作法顯然違背現有法律的規定。因此一方面為了避免判定懲罰性賠償金的法律原則或標準出現空白，另一方面使法院能妥適運用懲罰性賠償金以帶來對社會最有益的效果，我們應當提供法院一套健全的思考方式作為裁量依據。

第三，唯有能夠在理論上對於懲罰性賠償金加以清楚定位，才能夠解決實務上的適用問題。由於懲罰性賠償金是我國現行法制中近年來才逐次建立的制度，因此國內學界與實務在懲罰性賠償金的適用上自然會出現許多疑問。不過，即使是在繼受英國懲罰性賠償金制度已經二百年以上的美國⁷，關於如何適用懲罰性賠償金還是一項爭辯中的問題。至少美國在三十年前左右還很少有懲罰性賠償金的判決，而且數額微小，直到近年來判決懲罰性賠償金的次數與數額才大幅增加⁸。而關於懲罰性賠償金的功能與意義，雖然美國法律實務界與學界很早便有研究⁹，但是熱烈廣泛的討論也不過是近一、二十年來才開始，而直到目前似乎尚未塵埃落定。就美國學者間的討論與聯邦最高法院的歷次相關判決加以歸納，可以發現其中二項主要的問題焦點：一、懲罰性賠償金的判決次數是否過於浮濫¹⁰，以

⁷ 關於美國繼受英國懲罰性賠償金制度的介紹，見 David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 MICHIGAN LAW REVIEW 1257, 1263-1264 (1976).

⁸ 這是美國學者 Ellis 與 Wheeler 等人的研究結論，並經美國聯邦最高法院大法官 O'Connor 加以援用，見 *TXO Production Corp. v. Alliance Resources*, 509 U.S. 443, 500-501 (1993).

⁹ 美國方面的早期的相關研究成果，可參見 David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 MICHIGAN LAW REVIEW 1257, 1277-1278 (1976).

¹⁰ 由於懲罰性賠償金的實施造成企業經營的巨大壓力，因而美國於 1980 年代中期開始出現企業界與學界的倡議改革聲浪。至於懲罰性賠償金的判決是否次數過於浮濫，以及正反雙方的論點，見陳聰富，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙，臺大法學論叢，27 卷 1 期，頁 231-264，1997 年。

及二、判定懲罰性賠償金的數額是否恣意而漫無標準。然而，如果由制度面加以考量，懲罰性賠償金判決的頻率多寡與否其實不是問題，重點應該在於這項制度是否正確，以及個案判定的數額是否妥當。換句話說，如果懲罰性賠償金制度本身以及判定的數額合理，即使判決頻率很高也未嘗不可^{11 12}。

以美國經驗來看，鑑於陪審團對於判定懲罰性賠償金似乎恣意而沒有客觀軌跡可循¹³，因此該國學者、立法機關與司法機關紛紛提出了各種補救方法，以試圖防止懲罰性賠償金的運用成爲脫韁野馬。而這些努力大致上可以歸結爲實體取向與程序取向等二大類方案。在實體取向方面，例如：由法院嘗試發展出判定懲罰性賠償金的考量因素，或者立法設定懲罰性賠償金的上限、立法將原告獲得的懲罰性賠償金一部分歸公^{14 15}。而在

¹¹ 學者陳忠五對於懲罰性賠償金的評論意見，見陳聰富等，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙－民法研究會第九次研討會記錄，法學叢刊，169期，頁102-103，1997年。

¹² 如果進一步觀察，判決懲罰性賠償金的次數與判決懲罰性賠償金的數額其實是同一問題的二面。關於審酌懲罰性賠償金數額的高低固然必須參考懲罰性賠償金的功能，而在個案當中有無必要給予懲罰性賠償金，其實也是來自於懲罰性賠償金的制度考量。

¹³ 懲罰性賠償金在美國法院的判定倍數是否沒有任何可預見的比例？新進的實證調查研究顯示，除少數特殊個案，懲罰性賠償金大致上與填補性損害賠償維持一定比率的關係，因此法院判定懲罰性賠償金的倍數仍有相當的可預見性，見 Theodore Eisenberg, John Goerd, Brian Ostrom, David Rotman, and Martin T. Wells, *The Predictability of Punitive Damages*, 26 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 623-661 (1997)。

¹⁴ 關於立法設定懲罰性賠償金上限與將懲罰性賠償金歸公的美國各州規定，見 *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 614-618 (1996)。(美國聯邦法院大法官 Ginsburg 的不同意見書附錄)。在中文資料方面，美國州法規定與聯邦國會的一些法案可參見謝哲勝的介紹整理，見謝哲勝，懲罰性賠償，頁24-26，收錄於謝哲勝著「財產法專題研究(二)」，頁1-49，元照出版公司，1999年。

¹⁵ 或許有人會質疑，爲何可以將勝訴原告所得的懲罰性賠償金予以部分歸公？這不是剝奪了原告的權利嗎？針對這項質問，我們可以找到一個正當化的理由：既然在定義上懲罰性賠償金已經不屬於原告所受損害範圍之內，則懲罰

程序取向方面：如提高懲罰性賠償金案件的舉證標準¹⁶、將判定懲罰性賠償金的工作由陪審團轉移至法官，或採用將責任成立與懲罰性賠償金二者分別審理(bifurcation of liability and punitive damages determinations)¹⁷等。這些實體上或程序上的限制方案，雖然在形式上各有不同，不過，究竟這些方案是否恰當，其實還是必須回歸懲罰性賠償金制度的基本面向加以評估。換句話說，思考懲罰性賠償金的功能何在，才是最重要的討論出發點。如果這些方案已經抵觸了懲罰性賠償金的制度功能，則不應該加以接受，反之，如果能促進懲罰性賠償金功能的發揮，則可加以適度採行。

由於訴訟體制差異，在以上這些程序性的方案中，如法官審理或二階段審理等，因為訴訟制度的差異，並不合我國的需要。至於提高舉證水準，似乎也不是解決懲罰性賠償金缺乏判定標準的關鍵因素¹⁸。而在實體的方案之中，顯然目前我國消費者保護法中的三倍賠償制度應該是參考美國的上限立法而來，因此可以有二項問題可以進一步研究：一、有沒有必要設

性賠償金就不是原告基於固有權利受侵害所能主張的既得權利。因此關於原告所能取得懲罰性賠償金的多寡，得由法律為實現其他目的而加以增減。

¹⁶ 美國有十八州立法提高懲罰性賠償金的證據標準，如 Colorado 採取「不容合理置疑」(beyond reasonable doubt)的標準，而其他十七州採取「明顯確信」(clear and convincing)的標準，見 Marc Galanter and David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 THE AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1394, 1455 (1993).

¹⁷ 關於採用分別審理制的美國各州規定，見 *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 618-619 (1996) (美國聯邦法院大法官 Ginsburg 的不同意見書附錄)。

¹⁸ 雖然有許多論者認為懲罰性賠償金的案件應該比照刑法上的證據標準，以保障被告的程序權利。不過，Galanter 與 Luban 認為懲罰性賠償金是私人間爭訟，而刑事訴訟是國家對人民的訴訟，二者有體制上的差異，因此在懲罰性賠償金案件仍然不宜將舉證標準提高到刑事訴訟的程度。刑事訴訟的高度舉證標準，乃是人民面對掌握強勢資源政府的一項保障，然而私人之間的訴訟不會有這種顧慮，更尤其是升斗小民所面對的被告是大企業時，如果提高舉證標準，對一般人民乃更加不利，見 Marc Galanter and David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 THE AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1394, 1454-1460 (1993).

定上限？如果有必要，則限額為填補性損害賠償的多少倍或多少數額以下為適當？二、在我國現行法規定的倍數或金額中，於個案應當課予被告多少金額的懲罰性賠償金？為了處理這二項問題，其實還是必須回歸到如何理解懲罰性賠償金制度功能的基本問題。

貳、判定懲罰性賠償金的參考因素

關於判定懲罰性賠償金的標準，美國 Alabama 最高法院於一九八七年曾經提出七個考量懲罰性賠償金數額的因素（factors）：①在懲罰性賠償金與因被告行為所生的實害或可能危害之間，必須具有「合理關係」（reasonable relationship）；②被告行為的可非難性（reprehensibility），如行為的持續期間、被告的意識、隱匿，以及過去有無類似行為及頻率；③如被告因不當行為而獲利，應當剝奪其利益使被告得不償失；④被告的財力；⑤應納入原告一切訴訟支出費用，以鼓勵原告追訴不當行為；⑥應考量被告所負擔的刑事制裁，以緩和懲罰性賠償金的數額；⑦應考量被告因相同行為所受的民事追訴，以緩和懲罰性賠償金的數額¹⁹。

在一九九一年的 Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip²⁰案，以上這些考量因素（簡稱「綠油因素」）雖然為美國聯邦最高法院大法官 O'Connor 與 Stevens 所支持，但是聯邦最高法院並未根據這些因素判定原審認定的懲罰性賠償金過高而違憲²¹。不過，聯邦最高法院於一九九六年 BMW of North America, Inc. v. Gore²²案，則基於三項指標（three guideposts）認為該案系爭懲罰性賠償金的數額過高（grossly excessive），因而違反實質正當程序原則而違憲：①被告行為的可非難性程度；②原告所受損害與所得懲罰性賠償金之間的比例（Ratio）有無失衡；③比較懲

¹⁹ Green Oil Co. v. Hornsby, 539 So. 2d 218, 223-224 (1989).

²⁰ 499 U.S. 1 (1991).

²¹ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 21-22 (1991).

²² 517 U.S. 559 (1996).

罰性賠償金與其他民事罰或刑事罰在類似案件上的懲罰數額，亦即參考現有的民事罰與刑事罰的罰款上限，以認定懲罰性賠償金有無過高²³。然而另一方面，聯邦最高法院仍舊不願意明文界定懲罰性賠償金違憲的明確界限（bright line），而這種作法則來自於聯邦最高法院一直不願意以「單純的數學公式」（simple mathematical formula）來認定違憲界限的心態²⁴。

美國聯邦最高法院之所以不對懲罰性賠償金違憲的界限明確表態，最可能的理由，應當是鑑於對懲罰性賠償金的制度意義與功能還未能完全掌握，因此寧願保留未來發展的彈性空間。這種觀念上的不完備，則直接表現為審酌參考因素的模糊含混與操作上的不確定。迄今為止，不論是「綠油因素」或是「三項指標」，這些審酌標準本身往往不明確，而且這些因素之間究竟彼此輕重或先後關係如何，也無從加以掌握。而我國學者林德瑞在參考美國學說與實務見解之後，則整理出十二項參考因素，但是他認為由於懲罰性賠償金制度的目標眾多，因此似乎不可能正確計算其數額²⁵。

雖然如此，在美國的州法院與聯邦最高法院關於懲罰性賠償金的判決中，其實已經有一個經常被提出的的判準，亦即，懲罰性賠償金與填補性損害賠償之間有沒有具備「合理關係」（reasonable relationship）²⁶。更進一步說，合理關係其實可以作為所有懲罰性賠償金參考因素的最上位概念。不過，究竟「合理關係」的有無應該審酌哪些因素，以及各因素的關係位序如何，卻一直沒有出現被公認的完整答案²⁷。或許在澄清了懲罰性

²³ BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 574-585 (1996).

²⁴ BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 582 (1996).

²⁵ 林德瑞，論懲罰性賠償，中正大學法學集刊，1卷1期，頁60，1998年。

²⁶ 在聯邦最高法院近年來三個重要判決中，合理關係之有無已經是大法官們的一項討論焦點。見 Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991); TXO Production Corp. v. Alliance Resources, 509 U.S. 443 (1993); BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

²⁷ 雖然某些法院使用「合理關係」審查陪審團判定懲罰性賠償金有無過高，不過 Ellis 認為「合理關係」其實是一個空洞的標準，見 Dorsey D. Ellis, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 SOUTHERN CALIFORNIA LAW

賠償金的功能之後，我們可以在這個問題上得到一個比較清楚的想法。換句話說，之所以在理論上有研究懲罰性賠償金制度功能的必要性，正是因為僅僅憑藉著過去個案所累積出來的種種考量因素，並不能對於判定懲罰性賠償金適當數額的問題給予有條理的滿意解答。

參、關於懲罰性賠償金功能的各種理論

顧名思義，懲罰性損害賠償的目的在於懲罰行為人。不過，在使行為人賠償被害人損害之餘，為什麼我們還要進一步懲罰行為人呢？²⁸所謂懲罰性賠償金的「懲罰」意義到底何在？究竟是行為人、行為或者是被害人的哪一種特徵，使得社會必須藉由民事損害賠償的方式施加「懲罰」？²⁹

關於這個問題在學說上有不同的看法。以美國法學文獻來看，比較有代表性的說法如 Owen，他曾經舉出懲罰性賠償金的功能有四種：³⁰ 一、懲罰（punishment）；二、嚇阻（deterrence）；三、使私人協助執法（law enforcement）；四、補償（compensation）³¹。至於 Ellis 經由整理司法判

REVIEW, 1,58-60 (1982).

²⁸ 筆者這項問題意識受到 Chapman 與 Trebilcock 著作中一段文字所啓發，該段落文字見 Bruce Chapman and Michael Trebilcock, *Punitive Damages: Divergence in Search of A Rationale*, 40 ALABAMA LAW REVIEW, 741, 761 (1989).

²⁹ 關於懲罰的意義與目的，近數百年來在刑罰學方面的文獻已經是汗牛充棟，並且已經累積了許多值得借鏡的成果。既然懲罰性賠償金具有懲罰的意義，因此毫不令人意外的是，在討論懲罰性賠償金的文獻當中，很多觀點都直接或間接援引自刑罰學理論。基於實益考量，在本文以下相關討論的部分，則不一一區分何種觀點來自於刑罰學理論，何種觀點來自於懲罰性賠償金研究者轉化自刑罰學理論的觀點，請讀者們予以留意。

³⁰ 但是 Owen 進一步認為嚇阻可歸於懲罰的功能之下，而誘導私人協助執法可同時歸於嚇阻與補償的功能之下，因此懲罰與補償是懲罰性賠償金最終的二大類目的，不過鑑於細分可以有助於澄清分析，因此整體架構仍是四分法，見 David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 MICHIGAN LAW REVIEW 1257, 1287 (1976).

³¹ 依照我國法律與學說上的慣用表達方式，關於違法行為所導致的損害，受害

決與學者意見，則歸納出七種關於懲罰性賠償金的目的：一、懲罰被告；二、嚇阻被告再犯；三、嚇阻他人從事相同行為；四、維護和平；五、誘導私人追訴不法；六、補償被告不能依法獲得填補的損害；七、支付原告的律師費用³²。而 Chapman 與 Trebilcock 則將懲罰性賠償金的功能分為補償、應報 (retribution) 與嚇阻三類³³。在國內研究者方面，楊靖儀與林德瑞所採取的四分法大體上不出 Owen 的架構，而陳聰富所採用的三分法則相同於 Chapman 與 Trebilcock (1989) 的分類³⁴。

如果我們加以分析，可以初步歸納懲罰性賠償金的基本目的大致上應該是 Chapman 與 Trebilcock 所認定的三種。首先，就懲罰目的而言，其實是對行為人的一種道德非難，因此可以歸為應報 (retribution) 觀點的一種³⁵。而誘導私人追訴不法其實是在增強法律嚇阻不法行為的效果，因此

人得以請求的救濟稱為「賠償」，而針對合法行為導致的損害，受害人得以請求的救濟稱為「補償」（例如徵收）。就懲罰性賠償金來看，這是一種針對違法行為所採取的法律行動，因此關於 compensation 作為懲罰性賠償金的目的，似乎應翻譯為「賠償」而非「補償」。不過，筆者在此認為「補償」是比「賠償」更好的翻譯用語，理由如下：一、以賠償的用語討論懲罰性賠償金的功能，在語意上容易與傳統上認為損害賠償制度的目的在於填補損害的觀念產生不必要牽連（見本文以下肆、二、(-)）；二、以補償的用語討論懲罰性賠償金，可以彰顯出一個很重要的涵意：法律之所以賦予受害人可以在損害範圍之外請求「非分之財」，其目的在於實現某些社會政策，而不在於填補受害人的「實際」損害。

³² Dorsey D. Ellis, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW, 1, 3 (1982).

³³ Bruce Chapman and Michael Trebilcock, *Punitive Damages: Divergence in Search of A Rationale*, 40 ALABAMA LAW REVIEW, 741 (1989).

³⁴ 楊靖儀「懲罰性賠償金之研究：以評析消費者保護法第五十一條為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1996年；陳聰富，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙，臺大法學論叢，27卷1期，頁231-264，1997年，林德瑞，論懲罰性賠償，中正大學法學集刊，1卷1期，頁25-66，1998年。應注意的是，縱然以上國內研究者採取的分類架構與某些美國學者相仿，但是在具體的理由構成與說明上並不盡然完全相同。

³⁵ 雖然有部分國內外學者認為懲罰 (punishment) 是懲罰性賠償金的目的之一，不過，如果說懲罰性賠償金的意義在於懲罰，其實近似於空洞的同義反複

可以歸於嚇阻的功能之下；所謂維護和平，其實就是不法行為受到嚇阻的結果，因此在基本原理上的討論沒有另行獨立列舉的必要。至於支付原告的律師費用，其實不外乎是鼓勵原告起訴維護權利，或是補貼原告的支出，因此分別屬於嚇阻或補償的功能。所以我們可以先就應報、嚇阻與補償這三種看法來討論懲罰性賠償金最主要的意義何在。

一補 償

認為懲罰性賠償金具有補償功能的想法大致如下：被害人在法律上得以請求的賠償往往有所不足，例如某些財產上或非財產上的損害，乃至於被害人為請求賠償所支出的訴訟或律師費用等，法律並不承認被害人可以請求賠償，因此懲罰性賠償金便可以提供法律救濟手段有時而窮的不足。不過，以懲罰性賠償金進行補償，其實並不適宜作為審酌懲罰性賠償金多寡的主要因素。

除了不正當的損害³⁶之外，法律之所以不承認某些損害可以獲得賠償，主要原因可能在於這些損害性質上不容易估計（如某些類型的非財產上精神痛苦），或者不容易由社會上一般人事先預見而加以預防或控制（如因果關係遙遠的損害，或者是連受害人或損害都難以預見的純粹經濟上損失）³⁷，因此在損害賠償法上無法合理加以操作，而只能由其他社會制度加以救濟，或者留待未來累積足夠經驗與知識後才加以處理。換句話說，即使這些情形構成了法律漏洞，這也是法律有意不予處理的漏洞。更何

（tautology），因此不是一種理想的說明。本文則使用應報的概念來討論懲罰性賠償金在道德層面上的非難意義。

³⁶ 法諺：「不乾淨的手不得主張權利」。

³⁷ 法治最基本的原則之一就是法律必須能夠引導人民的行為，換言之，人民必須能夠明瞭法律的規定而遵守法律的要求。這種法治理論的主要代表論述，見 Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, 93 THE LAW QUARTERLY REVIEW 195, 198 (1977)。從這個法理來看，就可以明白為何因果關係遙遠的損害或純粹經濟上損失不容易在現行民法的架構下受到救濟。如果廣泛承認這些損害可以被救濟，對於社會上一般人而言會是一項不確定而難以因應的法律負擔。因此關於這些損害的填補或分散最好是利用其它的制度（如保險）加以處理。

況，法律原本就無法完全救濟許多不幸的損害，因此唯獨在適用懲罰性賠償金的案例中被害人可以獲得額外救濟（懲罰性賠償金案例僅佔全體損害賠償案件中的一小部分），這顯然並不公平³⁸。

關於使原告能夠獲得足夠的訴訟費或律師費用，或許可以透過懲罰性賠償金而實現。不過就訴訟費而言，我國採取敗訴者負擔的制度，因此並沒有以懲罰性賠償金進行補貼原告的必要。而在律師費用方面，在我國則可以由法院在認定訴訟費用範圍時加以斟酌³⁹，懲罰性賠償金並不是達成這項目的唯一必要途徑。

更重要的是，我們很難用補償觀點來說明個案上懲罰性賠償金的差異。例如，為何某些案件需要高倍數的賠償其他則否，以及懲罰性賠償金適用於故意案件與過失案件的差異⁴⁰。而當懲罰性賠償金相對於填補性損害賠償的倍數差距很大，這更難以用補償觀點加以解釋。

基於以上分析我們可以發現：一、爲了增加被害人在法律上所得以請求的賠償範圍，應檢討各類案件本身既有的損害賠償理論與法院實務，不應當捨本逐末訴諸懲罰性賠償金。當我們一方面認爲被害人在法律上所能請求的損害賠償不足以填補實際損害，另一方面卻又以非填補實際損害爲

³⁸ 類似的看法，見 A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 939-941 (1998)。他們表示，由於美國有 94% 的案件並沒有獲判懲罰性賠償金，以懲罰性賠償金補充填補性損害賠償的漏洞，反而使這些漏洞在大多數案件不能獲得彌補。

³⁹ 民事訴訟法第 78 條：「訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。」第 79 條：「各當事人一部勝訴一部敗訴者，各負擔其支出之訴訟費用。但法院得酌量情形，命兩造以比例分擔或命一造負擔。」司法院解釋院字第 205 號：「吾國民事訴訟非採用律師訴訟主義，當事人所支出之律師費用，自不在訴訟費用之內。至當事之旅費及當事人確有不能自爲訴訟行爲，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認爲伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內，得令敗訴人賠償。所謂必要限度，依公爭或代理之事件及當事人、代理人之身分定之，當事人如有爭執，由法院斷定。」

⁴⁰ 如果就損害的嚴重性而論，顯然在過失案件中的損害不必然比故意案件中的損害更輕微。補償理論在此便無法說明懲罰性賠償金在故意案件與過失案件的適用差異。

目的的懲罰性賠償金彌補這種缺失，這會導致觀念上的自相矛盾與混淆。而這種矛盾與混淆則可能是我國學者對於懲罰性賠償金有所質疑或誤解的原因之一。二、某些被認為應當受到額外填補的損害，可以藉由法律上的其他措施加以滿足，不必然需要以懲罰性賠償金進行干預。三、即使懲罰性賠償金的運作具有補貼受害人的功能，這應視為懲罰性賠償金的附帶效果，而不是主要目的。

二、嚇阻⁴¹

以文獻上累積的資料來看，絕大多數的著作都是以嚇阻的觀點立論⁴²。為何嚇阻理論之所以如此受歡迎？大致上有以下二項主要原因：一、這種看法符合我們認為人具有趨利避害傾向的印象。二、在概念上這種觀點提供了相對上比較可操作的判斷標準，而不至於流於空洞^{43 44}。

⁴¹ Andenaes 曾經舉出歐陸與英語學界關於刑法上一般預防（general prevention）與一般嚇阻（general deterrence）的差異。一般預防的用語為歐陸學界所採用，而英語學界則使用一般嚇阻。前者除了刑法的心裡威嚇效果之外，還包含刑法的道德性、教育性與習慣性效果，而後者則僅包含威嚇性效果。Andenaes 認為在刑法上而言，一般嚇阻的用語有缺陷，因為它無法包含刑法的道德性與習慣性的效果。然而，只要能夠留意這種區別，則這等用語問題並無傷大雅，見 Johannes Andenaes, PUNISHMENT AND DETERRENCE 173-174 (1974). Ann Arbor: University of Michigan Press. 在討論懲罰性賠償金的英文文獻中，事實上幾乎一概採取嚇阻的用語。不過 Galanter 與 Luban 算是少見的例外，他們特別強調嚇阻理論屬於 Hart 所謂的法律「外部觀點」，並未顧及人民對於法律的認同。除了嚇阻之外，以懲罰強化人民對於規範的認同也是預防不法行為的方式之一，見 Marc Galanter and David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 THE AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1394, 1429 (1993)。基於 Andenaes 的觀點，就本文所處理的問題而言，筆者認為，由於嚇阻不具有道德上的涵意，正足以與應報的道德性相互區別，因此在用語上以嚇阻取代預防適合於本文的研究目的。

⁴² David F. Partlett, *Punitive Damages: Legal Hot Zones*, 56 LOUISIANA LAW REVIEW, 781, 795 (1996)。筆者本人閱讀迄今相關文獻的印象也與 Partlett 的結論一致。

⁴³ 為了嚇阻違法行為的發生，只要懲罰性賠償金是設定在使行為人得不償失的水準，便可以滿足嚇阻的要求。然而，應報理論主張「罪有應得」的看法，在操作上卻出現如何將惡性轉化成金錢上賠償數額的難題。

關於懲罰性賠償金的功能，我們可以在此先根據嚇阻理論可以提供一個清晰簡潔的說明：懲罰性賠償金的目的是在於補充填補性損害賠償的嚇阻漏洞。當填補性損害賠償的嚇阻力沒有漏洞或漏洞很小時，我們不需要課予懲罰性賠償金，或者只需要很微小的懲罰性賠償金；反之，當填補性損害賠償的嚇阻力有相當程度以上的漏洞時，便有必要課予懲罰性賠償金。由於嚇阻理論在基本觀念上非常的單純，因此不但可以在法律理論上為懲罰性賠償金提出一個合理的存在理由，而且可以在實務上釐清許多糾纏不清的問題。

在討論嚇阻理論的學者當中，大都或多或少使用了經濟分析的觀點。不過，楊靖儀認為法律經濟分析的觀點並不是很周全的理論，因為各學者基於經濟分析所得出的看法並不一致⁴⁵。這種質疑的產生，多少反映出關

⁴⁴ 另依 Dobbs 的看法，嚇阻理論有二項優點：一、提供懲罰性賠償金一個可以落實的衡量標準，而能夠對懲罰性賠償金提供一個界限。二、可以避免發生不足嚇阻或過度嚇阻的效應，見 Dan B. Dobbs, *Ending Punishment in "Punitive" Damages Deterrence-Measure Remedies*, 40 ALABAMA LAW REVIEW, 831, 858-860 (1989).

⁴⁵ 楊靖儀「懲罰性賠償金之研究：以評析消費者保護法第五十一條為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 97-103，1996 年。此外，她更批評經濟分析的預設不合乎現實，楊靖儀，同上論文，頁 101-103。楊靖儀的論點其實反映了一種對於法律經濟分析的常見質疑。對這種質疑可以有以下的回應：一、以各學者經濟分析的看法歧異作為反對經濟分析的理由，並不是一項有力的論點。例如，在傳統法律研究當中也向來充滿許多歧異見解，但是並不能僅僅以此認為傳統法律研究一無是處。再由 Thomas Kuhn 的典範 (paradigm) 理論來看，即使是自然科學的研究，也並不是一直就是在共識中進行研究，見 Thomas Kuhn, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTION* (2nd 1970), Chicago: University of Chicago Press.；二、Posner 曾說明，抽象化是科學研究的必要工作，既然經濟學是一種社會科學，則免不了會因為抽象化而與現實的各種具體現象的複雜性不盡一致。如果理論只是一味反映現實狀態的各種複雜性，那就不成其為理論，而只是一種對現象的零散描述，見 Richard A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 18 (1998), New York: Aspen Law and Business.；三、認為理論的正確性必須基於反映某種本質或實體，而不是在於實現人類的目的，這種觀點來自於認識論上的「本質論」(essentialism) 或「再現論」(representationalism)。關於「本質論」或「再

於懲罰性賠償金的經濟分析其實並不是一套單一的觀點，而這在討論懲罰性賠償金的早期文獻中的確並沒有被釐清。關於這個問題，Hylton 則明確地將經濟分析的嚇阻理論區分為利益消除（gain-elimination）與成本內化（cost-internalization）二種方式：前者是一種完全嚇阻（complete deterrence）或古典嚇阻（classical deterrence），來自於十八世紀時期義大利刑法理論家 Beccaria 與英國哲學家 Bentham 的理論；後者是一種適當嚇阻或最適嚇阻（appropriate or optimal deterrence），來自於二十世紀美國經濟學家 Becker 的刑罰理論⁴⁶。

(一)成本內化

在經濟學上，成本內化的觀點來自於外部性（externalities）的理論。就一般意義而言，外部性是指在未經交易的情形下，一個人的行為對他人所產生的影響⁴⁷。就外部成本而言，當生產者未負擔全部的社會成本，則可能會因此出現過量生產的情形，因此有必要將外溢的成本予以內部化，以導正至適當的生產水平。如果將法律作為成本內化的工具，則基於成本內化的觀點，法律的目的並不在於對特定的事物一概禁絕，而只是導引受管制的對象從事適度行為。

關於成本內化的懲罰理論可以追溯自 Becker⁴⁸。他主張最適量的刑罰是行為人造成的損害除以被逮捕的機率。而在懲罰性賠償金的文獻上，Landes 與 Posner 則提出以行為人被追究責任的機率判定懲罰性賠償金的

現論」的哲學預設及批判，以及法學上的意涵，見何建志，「法律的意義與詮釋」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1997年，尤其是第六章的部分。

⁴⁶ Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 *GEORGETOWN LAW JOURNAL*, 421 (1998).

⁴⁷ 外部性可以有正有負，正面的外部性可稱之為外部利益（external benefit），而負面的外部性則稱為外部成本（external cost）。正面外部性例如音樂家在家中練習樂器演奏，鄰人與過往行人可享受聆聽音樂的美感，如果學藝不精音聲擾人，則是負面的外部性。

⁴⁸ Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *JOURNAL POLITICAL ECONOMY*, 169 (1968).

想法。例如，如果假設行為人為風險中立者，並忽略案件的調查與法律成本，當行為人只有一半的機率被追究責任，則損害賠償數額應當是實際損害的二倍⁴⁹。

此後，Cooter 進一步闡明了損害賠償責任的結構特徵與懲罰性賠償金之間的關係，使我們更能理解懲罰性賠償金在損害賠償法上的功能。

首先，Cooter 指出，損害賠償法上存在著一個不連續性的行為人責任函數，因此產生了一種**門檻效果**（threshold effects）。所謂的門檻效果是來自於過失責任主義的一項特徵：當行為人採取的預防措施高於或等於法律標準，則行為人完全不須負起任何責任；反之，如果預防措施低於法律要求的標準，則行為人必須負起所有的責任。在過失責任主義下，行為人的責任取決於有無符合法律標準，而呈現全有全無的型態，然而就行為人的預防成本而言，卻是隨著預防措施水準的高低而呈現一種連續性的正向關係。準此，當預防措施低於法律標準，行為人必須負擔的成本為事故損害的責任加上預防措施的成本，而當預防措施高於或等於法律標準，則行為人只須負擔預防措施的成本，而無須負擔事故損害的社會成本，因此行為人最佳的策略是採取等於或略高於法律標準的預防措施⁵⁰。

其次，Cooter 則提出了所謂「**執行誤差**」（enforcement error）與「**倒數規則**」（rule of the reciprocal）對成本內化的公式加以表述。所謂執行誤差就是行為人被追究責任的機率，導因於被害人不知已經受害、被害人不知何人為加害人、被害人無法舉證何人為加害人，以及被害人無法舉證加害人的可歸責性等等因素。至於倒數規則，則是為了矯正執行誤差，因此將損害賠償的倍數設定為執行誤差的倒數，使行為人的預期責任相當於

⁴⁹ William M. Landes and Richard A. Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 160 (1987), Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 應注意的是，這裡的賠償數額是指被告應付的賠償總額，包含填補性與懲罰性損害賠償，因此懲罰性賠償金的數額應當是賠償總額減去填補性損害賠償的金額。

⁵⁰ Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW, 79 (1982).

預期的社會損害，以達成有效率的嚇阻⁵¹。

Cooter 以上的經濟分析說明了二項重要的觀念：一、當執行誤差小於一定程度的時候，法律並無必要課予懲罰性賠償金，因此並不是凡有執行誤差就必須課予懲罰性賠償金。只有當執行誤差大於一定程度的時候，才有必要以懲罰性賠償金克服執行誤差引發的違規誘因。二、由於門檻效果的存在，針對一般過失行為並沒有課予懲罰性賠償金的必要性，只有針對嚴重偏離法律標準的行為才有必要以懲罰性賠償金進行嚇阻，這就是傳統英美法上懲罰性賠償金僅限於故意或接近於故意的輕率或重大過失行為的理由。

(二)利益消除

利益消除與成本內化的差異在於這二種方法所採取的賠償基準點不同。成本內化以行為的社會成本（即受害人的損害）作為認定賠償金額的基準；而利益消除則是以剝奪被告因從事違規行為所產生的利益為認定基準。例如，當實施違法行為的利益為十萬元，被害人的損害為八萬元，而被追究責任的機率為五分之一時，成本內化法要求課予被告四十萬元的賠償總額，利益消除法則要求課予被告五十萬元的賠償總額。亦即，成本內化方式的賠償總額為八萬元除以五分之一等於四十萬元，其中填補性損害賠償為八萬元，懲罰性賠償金為三十二萬元。利益消除的賠償總額為十萬元除以五分之一等於五十萬元，其中填補性損害賠償為八萬元，懲罰性賠償金為四十二萬元。

值得注意的是，成本內化與利益消除都必須以事前（ex ante）觀點為

⁵¹ Robert D. Cooter, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much*, 40 ALABAMA LAW REVIEW, 1143, 1148-1151 (1989).關於 Cooter 的觀念可舉例說明如下：當預防成本為 110，損害為 600，而損害發生機率為 1/3，執行誤差為 1/2，此時預期損害為 $600 \times 1/3 = 200$ ，而行為人的預期責任為 $200 \times 1/2 = 100$ 。如果沒有懲罰性賠償金，則自利的行為人將會選擇違規，以負擔 100 的責任而省下 110 的預防成本。當我們以執行誤差的倒數即 2/1 作為加害人的責任，則加害人的預期責任便成為 200，因而可以導正行為人選擇以 110 的預防成本免除 200 的損害賠償，從而促成社會效率。

計算基準，而不能以事後（ex post）觀點計算。如果以事後觀點計算應予剝奪的利益，則本例的賠償總額只有十萬元，其中填補性損害賠償為八萬元，懲罰性賠償金為二萬元。以事前觀點計算應予剝奪的利益看似苛刻，但是鑑於行為人受到法律制裁的機率並非百分之百，因此以事前觀點計算才能維持嚇阻力。以本例而言，當被追究責任的機率為五分之一時，如果審判時法院只判十萬元的賠償總額，則行為時的預期成本僅只有二萬元（十萬元乘以五分之一），如此顯然造成嚇阻力不足⁵²。

一旦我們採用利益消除的嚇阻方式，即使行為所帶來的社會利益大於社會成本，但由於利益會因為法律上的制裁而最終不歸於行為人所得，因此對於潛在的行為人而言就不會有實施行為的誘因。至於在成本內化的嚇阻方式下，由於法律要求的賠償數額相當於行為的社會成本，當行為的利益大於社會成本時，這二者之間的差額利益還是可以歸行為人所享受，因此行為人會考量成本效益而決定是否從事行為。因此誠如前述 Hylton 所言，前者屬於完全嚇阻（complete deterrence）⁵³ 而後者是一種最適嚇阻（optimal deterrence）。

（三）二種嚇阻方式的相對優劣

成本內化或利益消除何者比較適合用來判定懲罰性賠償金？這是一個很複雜的問題，而難以一概而論。選擇計算方式的困難如下：首先，違法行為的樣態繁多，有時行為人的利益大於受害者的損害，有時則受害者的損害多於行為人的利益。由於利益狀態的多樣性，因此採取不同方式判定懲罰性賠償金，就可能產生過度嚇阻（overdeterrence）或不足嚇阻（underdeterrence）的效果。其次，在審判的時候，我們往往對於利益狀態不具有充分的資訊。我們或許可以認定出行為人的獲利，但是不清楚社

⁵² 目前社會上常見商家以處罰 20、30 至 50 倍不等的貨物價格作為嚇阻偷竊的手段，這種數倍賠償的作法可以基於事前觀點的嚇阻理論加以合理化。

⁵³ 為了避免誤會，我們有必要對 Hylton 所謂的完全嚇阻加以澄清。精確地說，完全嚇阻應當不是指在結果上任何違法行為的不發生，而只是在理論上就行為誘因的層面而言，行為人將會因為利益被悉數剝奪而沒有實施違法行為的意願。

會上有多少受害人遭受損害，或者我們可以估計社會上有多少人遭受損害，但是不一定要判定行為人的獲利如何。

雖然許多學者都運用了經濟分析為基礎的嚇阻理論，但是關於不同嚇阻方法的比較，在文獻上只有 Hylton 曾經從事進一步的探討⁵⁴。關於這個問題我們可以就以下幾點加以分析：

1. 嚇阻效果

當行為人的獲利大於受害者的損害時，在成本內化法下，行為人在支付了社會成本之後還可以保留利益減去損害的差額，但是在利益消除法下，行為人將會失去所有利益。在此情形下，利益消除法比成本內化法更具有嚇阻力，不過利益消除法可能會產生過度嚇阻的不良效果。

當行為的社會成本大於行為人的獲利時，使用利益消除法則使行為人付出違法利益，如此一來雖然可以經由使行為人無利可圖而達到嚇阻效果，不過卻也只是使行為人的利益狀態回復原狀，因此利益消除的缺點是可能會導致嚇阻力不足。反之，在成本內化法之下，行為人所付出的代價卻會高於個人的獲利，因此具有比利益消除更強的嚇阻力。

在比較以上二種情形之後，成本內化法似乎比較理想。當行為人的獲利大於社會成本時，成本內化不會有過度嚇阻的不良後果；而在社會成本大於行為人獲利時，因為這種行為是貪圖個人小利而造成別人更大的損害，因此即使有過度嚇阻的效果對社會而言沒有壞處，而使行為人承擔相當於社會成本的賠償義務，也沒有違反適度嚇阻的目的⁵⁵。

不過，在某些情況下，以成本內化進行適度嚇阻抵觸了法律制度賦予個人權利所追求的政策目的，因此即使行為人從事有外部性影響的行為可獲得大於受害人損失的利益，但是仍不應准許這種現象發生。

在何種情形下應禁止行為人從事有外部性影響的行為？Calabresi 與 Melamed 在他們的經典之作中提出了以財產法則（property rule）與責任

⁵⁴ Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 GEORGETOWN LAW JOURNAL, 421 (1998).

⁵⁵ 關於這二種方法在嚇阻效果差異的詳細討論，見 Hylton 同前註文。

法則 (liability rule) 作為法律應何時介入使用資源爭議的判斷標準。在財產法則之下，法律要求行為人應在獲得同意後才能使用資源；而在責任法則下，資源使用者可以在未經同意下使用資源，但是應在事後支付償金。換句話說，財產法則要求利害關係人應在使用資源前進行事前定價與締結契約，而責任法則不要求事前定價與締結契約，但要求事後定價與支付代價。Calabresi 與 Melamed 主張，在交易成本低的場合，應當實施財產法則，使當事人在市場中以主觀定價的方式完成交易。至於在高交易成本的場合，因市場交易的效率較差，所以應實施責任法則，由法院針對非志願的交易情形判定客觀的應付價格⁵⁶。在財產法則之下，為了防止行為人規避事前交易而自行任意從事有外部性影響的行為，我們有必要以額外的刑事制裁嚇阻這種行為，才能維護財產法則的有效性，否則，財產法則的要求將會落空。換言之，額外刑事制裁之所以具有正當性，乃是因為行為人除了造成個案被害人的損失之外，還破壞了法律制度的運作⁵⁷。

Calabresi 與 Melamed 的理論架構對於懲罰性賠償金的運用也深具啟發性。他們的推論證明了為何法律課予超過個案損失的制裁具有正當性。我們可以由此發現，在考量懲罰性賠償金的額度時，除了行為人利益與受害者損失的因素，我們也應當考慮權利制度本身這項公共財是否因為違法行為而受到破壞。如果任由行為人可以任意從事影響他人權利的行為，而僅在事後針對個案損害支付代價，則依據財產法則所設計的制度就難以維持，如此一來適合以財產原則而非責任法則保障的權利就失去了最佳的制度支持條件。

什麼情形適合以懲罰性賠償金作為維護財產法則的手段？

首先，我們可以發現，當運用市場比運用法院更能有效率處理交易問題時，則應以高額懲罰性賠償金作為防止行為人規避市場的手段。此時即

⁵⁶ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARVARD LAW REVIEW 1089, 1105-1110 (1972).

⁵⁷ 同前註，頁 1125-1127。

使行為人獲利大於受害人的損失，也應當課予行為人多於損害程度的賠償責任。

例如，過失行為導致損害是高交易成本的一種典型，因此利害關係人並非都能利用市場從事交易。當行為導致損害發生的機率很低時，行為人其實難以明確認知所有可能潛在的受影響者，也難以一一與受影響者進行交易。由於在行為人與潛在受害人之間存在著高度的搜尋成本，因此沒有必要以懲罰性賠償金強迫當事人進行志願性的交易。反之，當損害發生的機率很高時，行為人比較容易確定何人為可能的受影響者並與之進行志願交易，因此二者之間的交易成本下降，有必要以懲罰性賠償金來嚇阻非志願性的交易⁵⁸。

從這個觀點來看，便可以再度印證英美法在過去傳統上為何將懲罰性賠償金的適用限於故意或接近故意的輕率行為⁵⁹。在故意行為的場合，行為人原本可以與相對人進行志願性交易以滿足需求，因此當行為人捨棄市場而經由強迫或非志願方式滿足自己需求，便值得以懲罰性賠償金加以嚇阻。而在一般過失的情形，由於損害的發生機率低而使交易成本相對提高，因此便沒有必要以懲罰性賠償金加以嚇阻⁶⁰。

⁵⁸ Darryl Biggar, *A Model of Punitive Damages in Torts*, 15 INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS, 1, 10-13 (1995).

⁵⁹ 關於惡意 (malicious)、有意圖 (intentional)、輕忽 (reckless) 與輕率 (wanton) 等構成懲罰性賠償責任的類型，見楊靖儀註四論文，頁 17-18 的介紹。

⁶⁰ 當然，是否容易尋找到交易相對人屬於搜尋成本，只是整體交易成本中的一部分。除此之外，磋商談判也是影響交易成本的重要因素。因此在某些情況下，即使搜尋成本很低但磋商談判成本卻可能很高，從而整體交易成本仍然偏高。例如，如果行為人的需求只能透過特定人所提供的資源獲得滿足，而特定人所提供的資源只有行為人才有消費需求，則雙方處於雙邊壟斷 (bilateral monopoly) 地位，以致彼此間有難以克服的高度磋商談判成本。例如，英美法上的侮辱案件就接近於雙邊壟斷，因為侮辱意圖的實現在對象上具有不可替代性。從而侮辱案件適用懲罰性賠償金的理由並不全然基於交易成本考量。至於強暴或偷竊案例，通常性滿足或一般物質財貨在社會上並非沒有替代品，因此就比較不屬於雙邊壟斷情形。在此筆者感謝匿名審稿人提供意見，使筆者在這問題上能以更清晰方式表達個人意見。

第二種需要懲罰性賠償金維護財產法則的情形是涉及難以填補的損害。這種必須以高額懲罰性賠償金禁絕行為的情形，基本上的理由也是希望行為人在市場中進行交易，而不可抵觸財產法則的要求。不過，此處交易成本的考量則不是主要因素。由於某些不可替代物沒有市場價格，或者資源擁有者主觀上賦予極高的價值，一旦涉及資源利用衝突時不易在事後加以處理。如果我們對於創設消除特定風險的義務容易達成共識，但是對於風險實現所產生的損害賠償金額難以達成共識，則與其在事後花費心力解決法律糾紛，不如在事前設定高度賠償責任以充分消除風險行為的誘因⁶¹。

基於以上分析，我們可發現，由於財產法則要求不可在未經交易下影響他人的權利，而且為了維護財產法則的要求不至於落空，因此對於適合以財產法則加以保障的權利，有必要實施較高度的嚇阻。因此，如果行為人獲利小於社會成本，以成本內化法計算懲罰性賠償金即足以達成適度嚇阻；反之，當行為人獲利大於社會成本，則應以利益消除法計算懲罰性賠償金，以剝奪利益的方式消除行為人抵觸財產法則的誘因。簡言之，財產法則要求我們在成本內化法與利益消除法二者中，選擇額度較高的懲罰性賠償金以促使行為人進行事前交易。

另一方面，由於責任法則允許行為人可以在未經交易下行爲，而由法院事後決定行為人應付代價，所以對於適合以責任法則加以保障的權利，可使用成本內化法進行適度嚇阻，而不必然完全剝奪行為人獲利。

2. 可行性

利益消除與成本內化都各有一些實施上的困難。前者的困難在於有時我們不容易判定行為人的獲利多寡，而後者的問題在於我們難易確定行為所造成的社會成本究竟有多少。

⁶¹ 這種想法的基本論點，見 Robert D. Cooter, Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis, 60 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, 73, 78-79 (1997). 另外值得一提的是，其實這種理由也可以同時支持為何英美法在強暴或侮辱案例課予懲罰性賠償金的實務作法。

例如，爲了實施成本內化，必須以認定社會成本的高低爲前提。所謂認定社會成本，就是要估計社會上究竟有多少人因爲違法行爲遭受損害。可是，除了出面訴諸司法途徑追究責任的受害者之外，我們如何估計社會上未出面行使權利的受害人？在成本內化的公式下，損害賠償的總額取決於填補性損害賠償除以行爲人逃脫責任的機率，例如當逃脫責任的機率爲二分之一，則賠償總額應當是填補性損害賠償的二倍。然而我們如何認定行爲人逃脫責任的機率大小？固然我們知道當社會上的受害人越多，而出面追究責任的受害人越少時，行爲人的逃脫責任機率越大，反之則越小。可是，估計未出現的受害者人數在技術上卻有相當大的困難，這是成本內化理論一直無法完全克服的問題，也被 Sunstein 等人⁶²質疑爲無法在法院中加以實施⁶³。

鑑於成本內化法在運用上涉及估計行爲人逃脫責任機率的困難，Hylton 認爲利益消除法比成本內化法更容易適用，因爲法官使用利益消除法時不需要精確估計行爲人逃脫責任的機率，而只要大致認定賠償數額已經足以剝奪行爲人利益即可⁶⁴。不過，利益消除的可行性優點並不如 Hylton

⁶² Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, and David Schjode, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 THE YALE LAW JOURNAL, 2071 (1998).

⁶³ 關於認定未出現的受害人，除了必須估計沒有懲罰性賠償金之下的基本人數之外，懲罰性賠償金的存在也會導致這些人數的變化，當懲罰性賠償金的數額越高，則會有更多的受害者會出面求償，反之則越少。要確定懲罰性賠償金的適當倍數，則必須將這種互動效果一併考量，因此導致倍數的計算更加複雜。這種問題早由 Galanter 與 Luban (1993: 1451)所提出，Polinsky 與 Shavell，以及 Hylton 則各自提出了一些修正後的計算方法。見 Marc Galanter and David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 THE AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1394, 1451 (1993); A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 895 (1998); Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 GEORGETOWN LAW JOURNAL, 421, 463 (1998).

⁶⁴ Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87

所預期。嚇阻理論關於計算懲罰輕重是採取事前 (ex ante) 觀點而不是事後 (ex post) 觀點。這一點其實 Hylton 也應當知道，因此他在假設的一個例子當中表明，如果行為人從事違法行為可以節省六百元的花費，當被追究責任的機率為二分之一時，為了使行為人的預期制裁不低於六百元，利益消除的方法要求賠償總額應不低於一千二百元⁶⁵ ⁶⁶。由 Hylton 本人提出的這個例子來看，利益消除法仍然必須依賴估算行為人被追究責任的機率。因此相對於成本內化法而言，利益消除法在運用上並不完全具有他所宣稱的優點。

基於以上分析，筆者認為可以基於以下原則使用成本內化法及利益消除法：

在理論上：不論行為人獲利程度如何，計算懲罰性賠償金應以成本內化法為原則。但是在行為人獲利大於受害人損失時，如果交易成本低或涉及事後難以填補的損害，則宜使用利益消除法加以計算⁶⁷ ⁶⁸。

GEORGETOWN LAW JOURNAL, 421, 460-464 (1998).

⁶⁵ 同前註，頁 427。

⁶⁶ 如果法院在案發後判決賠償 600 元，雖然就事後觀點而言可以剝奪行為人利益，但是就事前觀點來看，行為人違法的預期成本卻只有 600 元乘以二分之一等於 300 元。為了使行為時的預期成本不低於行為人的獲利，事前觀點要求的賠償數額是行為人獲利除以被追究責任的機率，因此在本例中法院應判決 600 元除以二分之一等於 1200 元的賠償總額。

⁶⁷ Hylton 的建議則與筆者有所不同。他建議：當行為人的利益超過受害人的損失，應該以成本內化法判定懲罰性賠償金；當行為人的利益少於或等於受害人的損失，則用利益消除法判定懲罰性賠償金。此外，他也提出另一個比較複雜的建議案，見 Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 GEORGETOWN LAW JOURNAL, 421, 423, 444 (1998)。不過，由於筆者認為應以成本內化法為原則，而僅在例外條件使用利益消除法，因此筆者並不贊同 Hylton 的建議方案。如依據 Hylton 的建議，當行為人的利益少於受害人的損失時也以利益消除法判定懲罰性賠償金，則這種為個人小利而損害他人更大利益的行為可能受到不足的嚇阻。在這種情況下，如果依據筆者的建議，可以使用成本內化法充分實現嚇阻目的。

⁶⁸ 關於利益計算有一項問題值得加以注意：何種利益才是應加入計算的利益？這個問題涉及了我們應當使用何種評價標準認定應加入計算的利益，因此有

在應用上：最適嚇阻的實現需要建立在資訊充分的前提上。不過在現實案例中，難以避免資訊不完整的限制。因此在應用上採用何種嚇阻方法，取決於法院在個案中所獲得的資訊多寡，以彈性的原則儘量發揮懲罰性賠償金的功能。如果在個案中可以確定行為人的獲利大於社會成本，則用成本內化法計算懲罰性賠償金；反之，如果社會成本的多寡不明或難以計算，則可使用利益消除法以簡化計算困難。

或許有人會質疑，基於嚇阻理論課處懲罰性賠償金，其實是我們想像社會中有一群隱藏的受害人存在，然後要求被告在訴訟上為這些隱藏的損害付出代價⁶⁹。針對這種質疑，嚇阻理論可以回應如下：

一、爲了彌補認定上的恣意，我們可以進行調查或統計，以得出一個合理推計的數據。例如，在司法院釋字第二一八號解釋中，我國大法官已經承認以推計核定方法認定人民公法上金錢給付義務的合憲性。準此，以推計核定方法認定人民的金錢賠償責任在理論上並不當然構成違憲。又如，當資訊不充分以致受害人的損害無法獲得確實估計時，專利法第八十九條第一項第一、二、三款規定，以及著作權法第八十八條第二項第一、二款規定，均授權法院可以用其他替代方法估算加害人的賠償金額，甚至著作權法第八十八條第三項更授權法院可以使用裁量方法判定賠償金額。當然，以推計核定或裁量等方法判定賠償責任的高低，不可無限制加以使用，否則會有違反比例原則侵害人民憲法權利之虞。而在我國消費者保護法的懲罰性賠償金規定中，已經設定了法院從事估計或裁量的最高三

可能在實際操作上發生爭議。例如，當行為人的獲利被認爲違反道德，如果這些利益被列入或不被列入計算懲罰性賠償金的參考因素，則將會導致不同的懲罰性賠償金判決。不過，這種操作困難並非嚇阻理論的專有問題。在討論計算懲罰性賠償金的最佳理論時，我們應先決定何種理論在理論上的說理最完整以及在應用上最具有操作上的清晰性與可理解性。所以我們不應以個案中如何選擇實質評價尺度的問題否定嚇阻理論的優越性。因爲即使運用其他理論計算懲罰性賠償金，也都同樣面臨這種選取評價標準的難題。

⁶⁹ 臺大法律系李茂生教授與筆者討論相關問題時提出了這種質疑。筆者認爲這確實是一個值得認真思考的問題。

倍上限，因此還不至於有漫無邊際而導致憲法權利受不當侵害之虞。

二、即使在個案上我們無法獲得絕對精確的數據以操作最適嚇阻金額，嚇阻理論還是可以在觀念上提供方向性的指引。在不同類型的案件上，我們仍然可以判斷行為人逃脫責任機率的相對高低，因此在逃脫責任機率高的場合判定比較高度的懲罰性賠償金，反之則判定比較低度的懲罰性賠償金。如果不依據嚇阻理論的方式，則反而可能使法院的判決與懲罰性賠償金的目的背道而馳。

三應 報

(一)對嚇阻理論的批評

在傳統的刑罰學討論中，應報是與嚇阻理論長久以來分庭抗禮的另一種觀點，而這種對立也同樣發生在關於懲罰性賠償金意義的討論之中。應報理論對於嚇阻理論的二種主要批評如下：

1. 嚇阻理論不合乎道德與公平正義

關於嚇阻的正當性，在倫理學上最常被引用的反對意見來自於德國哲學家 Kant 與 Hegel。Kant 認為：「人，以及一般而言任何具有理性的存有者，其存在本身就是一項目的，而不僅僅只是為了他人意志而方便使用的工具。」⁷⁰。而 Hegel 則批評以嚇阻為基礎是對懲罰意義的誤解。懲罰犯罪並不是基於犯罪所帶來的惡害，而是因為法受到侵犯。至於威嚇則是以人缺乏自由為前提，從而對待人如同對待狗，而以棍棒加以威脅。由於法與正義僅能夠求諸於自由，而不能求諸於缺乏自由，因此基於威嚇理論所制訂的法典並沒有真正的基礎⁷¹。

嚇阻理論的最重要特徵在於將懲罰當作服務於社會目的的工具，而這是向來嚇阻理論最受反對者所詬病的。如果貫徹嚇阻理論，則懲罰輕

⁷⁰ Immanuel Kant, GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS 79 (Mary J. Gregor Trans.), In Mary J. Gregor (ed.), IMMANUEL KANT: PRACTICAL PHILOSOPHY 37 (1996) Cambridge: Cambridge University Press.

⁷¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT 70; 246 (1952) (T. M. Knox Trans.), Oxford: Clarendon Press.

重的考量便取決於社會需要，而不是考量行為本身的惡性，因此可能導致「輕罪重罰」或「重罪輕罰」的不公平後果。例如，爲了「殺雞儆猴」的目的而對某種行為施以重度的懲罰，從而被迫訴處罰的特定人就成了社會利益的犧牲品。

2. 懲罰性賠償金的嚇阻理論本身不盡符合現有法律體制

Partlett 認爲如果貫徹嚇阻理論，當行政管制與政府補償制度能夠以更低成本達成嚇阻效果，則侵權法中的懲罰性賠償金應該被這些行政手段取而代之。然而，實際上懲罰性賠償金並沒有因此而消失，而仍然繼續維持，這表示嚇阻只是懲罰性賠償金的一部分理由，而不是懲罰性賠償金賴以維持的全部基礎⁷²。而 Sunstein 等人的看法則是，如果純就民法而言，填補性損害賠償加上懲罰性賠償金可以構成充分與必要的嚇阻，但是如果社會上有行政法與刑法上的制裁，則懲罰性賠償金的嚇阻理論便不能自圓其說。換句話說，嚇阻社會上不法行為可以依靠行政與刑事制裁，而不必然需要懲罰性賠償金⁷³。

(二) 應報觀點下所判定的懲罰性賠償金數額

由於應報理論反對基於嚇阻目標判斷懲罰的輕重，因此只能依據行為本身的惡性 (heinousness) 處斷懲罰的程度。可是在民事領域的懲罰性賠償金，應當如何將惡性的輕重以金錢加以衡量？惡性應當以何種標準轉化成金錢數額？

對於這個在觀念上不容易回答的問題，Galanter 與 Luban 認爲可以區分二類情形加以處理：一、行為人基於財產利益而從事違法行為；以及二、行為人並非基於財產利益而從事違法行為。前者例如 Pinto 汽車案⁷⁴，對

⁷² David F. Partlett, *Punitive Damages: Legal Hot Zones*, 56 LOUISIANA LAW REVIEW, 781, 799 (1996).

⁷³ Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, and David Schjader, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 THE YALE LAW JOURNAL, 2071, 2084 (1998).

⁷⁴ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981). Ford 汽車公司所生產的 Pinto 汽車油箱位置設計有瑕疵，當車輛受撞擊時有可能導致油箱

於這類案件應當以被告所取得的利益作為懲罰性賠償金數額的下限。而在後者，例如婦產科醫師因為流連於觀賞歌劇而不願意立即趕回醫院接生，以至於嬰兒出生時腦部受損。在這種案例中，被告的惡性並非在於貪財，而是在於漠視他人的價值。為了使行為人能夠視人如己，因此可以用行為人自己的條件作為判斷懲罰性賠償金的標準。例如在前面的婦產科醫師執業過失案件，可以假設受害者成為一位成功的婦產科醫師所能取得的終身收入計算懲罰性賠償金數額⁷⁵。

雖然 Galanter 與 Luban 提出了以上的原則，但是他們的方案對於處理懲罰性賠償金數額並不完整。例如，當行為人基於財產利益而從視違法行為，如果行為人獲利微小而造成巨大損害時，以行為人獲利作為判定標準則顯然不適當；而在行為人並非基於財產利益而從事違法行為，如果行為人個人的社會、經濟條件惡劣，則不適合以這些個人條件作為判定懲罰性賠償金的標準。他們的方案之所以有這些缺點，是因為著眼於惡性的應報理論在概念上就有難以克服的先天困難。行為人惡性原本屬於道德評價的範疇，但是以金錢衡量道德品質高低則會出現概念轉換上的困難。

四嚇阻與應報的再思考

(一)倫理學與法價值論

應報理論的懲罰思想在於主張「罪有應得」，而嚇阻理論的懲罰思想則在於強調「滿足社會需要」，這二者之間是否真的絲毫不能相容？

首先，為了釐清嚇阻與應報二者之間的矛盾，我們首先應當區分事前（*ex ante*）與事後（*ex post*）二種觀點的差異。應報理論反對為了嚇阻社

破損漏油，但因汽車公司認為更正設計或設置補強裝置的成本超過利益，因此明知車輛有瑕疵而不加以改善。本案事故的受害人在車禍中即因油箱破損漏油助長火勢致一死一傷。本案陪審團為了剝奪被告此種違法行為的獲利，因此除了判定 280 萬美元的填補性損害賠償之外，更基於被告獲利 1 億美元的事實而判定 1 億 2,500 萬美元的懲罰性賠償金。不過這項天文數字的懲罰性賠償金後來被法官減為 350 萬美元。

⁷⁵ Marc Galanter and David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 THE AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1394, 1435-1439 (1993).

會上的違法行爲而針對被發覺的行爲人施以重罰，這是來自於事後觀點的立場。而基於事前觀點，嚇阻理論認爲既然法律已經規定了違法所應受的制裁，因此某些行爲人從事違法行爲後即使受到重度制裁，這也是咎由自取，因爲行爲人原本就可以選擇不從事違法行爲。例如 Hart，他認爲懲罰的目的在於設立行爲標準，並且對偏離標準者加以處罰，而由個人自行選擇服從或違反行爲標準⁷⁶。基於相同立場，Posner 則以彩券爲比喻說明了事後與事前觀點的差異。只要開獎前的得獎機會平等，當人自願買彩券，則輸家沒有理由抱怨開獎後的獎金分配不公平。同理，即使被逮捕的行爲人受到重罰而未被逮捕的行爲人絲毫未受罰，也不能據此認爲重罰不公平⁷⁷。

其次，以事前觀點證明嚇阻的正當性固然有相當的道理，但是應報論者仍然可能會基於某種對人類價值的預設而不贊成嚇阻理論。在某些應報論者看來，以重罰進行嚇阻形同於將受罰者當成實現社會政策的工具，而這種對人的觀點抵觸了人格的尊嚴。不過，這種觀點的主要代表者 Kant 固然強調人的存在本身就是一項目的，但是他另一方面也認爲不應當使人僅僅只是成爲他人的工具。換句話說，他不至於完全否定社會中人與人之間的工具性關係，只是在於強調不能夠完全無視於人格而將人貶低爲純粹的工具。而另一方面，懲罰的輕重與是否貶低人格並沒有絕對的關聯性，因爲 Kant 本人就明確主張應當對殺人者處以死刑⁷⁸。所以問題的關鍵在於：究竟何種條件下的懲罰才構成將人貶低爲純粹性的工具？

⁷⁶ H.L.A Hart, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 23 (1968), Oxford: Clarendon Press.

⁷⁷ Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 249 (1998). New York: Aspen Law and Business. 當然，以上這種嚇阻理論並非可以漫無邊際適用，必須附加一個限制才能具有正當性，即法律所要求的事項不能夠達到強人所難或令人難以遵守的地步。在符合這個條件下，對違法行爲人課予重罰才不至過於嚴酷。

⁷⁸ Immanuel Kant, THE METAPHYSICS OF MORALS 474 (Mary J. Gregor Trans.), In Mary J. Gregor (ed.), IMMANUEL KANT: PRACTICAL PHILOSOPHY 353 (1996) Cambridge: Cambridge University Press.

第三，如果由應報理論的觀點來看，自然是唯有實施「罪有應得」的懲罰才不構成將人貶低為純粹性的工具。不過，由社會學的觀點來看，行為的惡性通常取決於特定時空下的各種社會條件，少有所謂固定的本質可言⁷⁹。應報理論最有價值的貢獻，應當是在於警惕我們不可以恣意實施「輕罪重罰」或「重罪輕罰」，以免懲罰的施行流於不安定。可是，在人類社會中，關於何謂「輕罪」或「重罪」，乃至於何謂「重罰」或「輕罰」，除非我們訴諸於一套本質論的價值體系或是一套宗教信仰，否則應報理論並不能真正提供一個清楚的答案。為了判斷有無「輕罪重罰」或「重罪輕罰」，只能夠憑藉具體時空脈絡下的社會批判，而不是僅僅訴諸抽象的應報概念。如果社會對於某些價值的重要性已經具有共識，例如生命與人身完整的不可侵犯，則不論是基於所謂嚇阻或應報思想，都可以導出應該對違反這些價值的行為施加嚴厲制裁的結論。可是，如果社會對於某些價值尚未出現共識的看法，則在關於懲罰的輕重問題上，即便是在同屬應報思想的提倡者之間，或在同屬提倡嚇阻思想的提倡者之間，其內部也會有不一樣的意見。由此可見，問題關鍵不在於應報與嚇阻在懲罰目的上的說法差異，而是具體社會脈絡下對於行為的評價⁸⁰。

(二)法律體制

另外一種反對以懲罰性賠償金實現應報或嚇阻目的的理論認為，應報或嚇阻的目的應當藉由刑事罰或行政罰達成，而不應或毋需由民事賠償制度越俎代庖。誠然，以刑事罰或行政罰達成應報或嚇阻目的確實有某些民

⁷⁹ 當 Hegel 討論市民社會中的司法時，也承認懲罰的輕重並沒有絕對的標準，而必須取決於時代與社會條件。有時偷竊幾分錢或一顆青菜就可判處死刑，而在其他時代嚴重百倍以上的罪行卻得到輕微的處罰，見 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT* 140 (1952) (T. M. Knox Trans.), Oxford: Clarendon Press.

⁸⁰ 在不民主或威權統治的社會當中，由於政府經常會以維持安定的口號而恣意對妨礙統治者利益的行為加以嚴厲懲罰，因此以捍衛人權為職志的法學家經常會基於應報理論而批判官方的嚇阻措施。在這種情形下，嚇阻與應報思想的對立並非來自於理論的內涵，而只是反映了不同社會力量之間的抗爭與意識型態對立。

事賠償制度所不及的優點。例如刑事罰可以對違法行為人拘束身體自由，而行政罰更可以在發生實際損害之前進行罰鍰或停止營業等處份，而且還可以在違法狀態持續時加以連續處罰。不過即使如此，難道民事賠償制度就不能有任何嚇阻或應報的功能嗎？其實民事、刑事與行政分立的法律體制乃是社會演進的結果，之所以會有如此的演進，乃是因為如此的分化可以滿足社會生活複雜化的需要。我們可以進一步說，**民事法、刑事法與行政法的體系分化，是法律在技術層面上的差別，但是在價值理念的層次，這些法律所追求的目的卻都是一致的，即保障個人的合法權利**⁸¹。因此，只要能夠對實現保障個人權利有所幫助，我們便不需要執著於教條主義，而應該去思考由哪一種制度可以提供對人民最有效、便利的保障⁸²。

究竟懲罰性賠償金相對於刑事罰或行政罰有何特殊之處呢？

Posner 認為懲罰性賠償金提供了被害人另一種報復管道，使刑事制度所承受的壓力減輕。在輕微刑事案件，當填補性損害賠償很微薄或難以證明，而檢察官因為案件輕微而不積極辦案時，如果沒有懲罰性賠償金可以有意義地懲罰加害人，則被害人可能會挺而私力報復。而有了懲罰性賠償金，則可以鼓勵被害人以民事訴訟自行負擔訴訟成本（國家因而不須負擔

⁸¹ 國內法律專業人士在討論法律的興廢變更時，往往使用英美法系與大陸法系的二分法以排斥引進某些外國的法律制度。然而，在英美法系與大陸法系之間是否果真有本質上的鴻溝？Pound 在討論法律的意義時便指出，廣義的法律（Law）（相對於狹義的法律（laws））是由律令規定（precepts）、技術（technique）與理念（ideals）三者所共同構成。而世界上英美法系與大陸法系這二大法律系統的差異，則在於法律人如何處理塑造律令規定的技術方式不同，見 Roscoe Pound, JURISPRUDENCE v.2 107-116 (1959). St. Paul, Minn.: West Pub. Co. 基於 Pound 這種分析，我們可以清楚知道，律令規定的型態或許在各國之間有法律技術表現上的差異，但是這絕不當然意味著這些不同型態的律令規定在法律的理念上不同。如果僅僅以法律技術層面的因素而拒絕引進其他國家的法律制度，這似乎是略嫌輕率的思考方式。

⁸² 從實用主義（pragmatism）的觀點來看：「不管黑貓白貓，只要能抓老鼠就是好貓。」如果堅持本質上只能用黑貓或白貓抓老鼠，則違反實用主義的精神。關於法學上的實用主義，見 Richard A. Posner, OVERCOMING LAW (1995). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

刑事案件的訴訟成本，而且以民事罰取代刑事罰，更可使國家無須負擔執行刑罰的成本）。至於在同時構成侵權行爲的重大犯罪，當富有的被告可以因爲善用程序而得利，則懲罰性賠償金可以增加富有犯罪人的預期懲罰，因而發揮協助刑事制度的功用⁸³。

如果讓我們直探問題的核心，其實可以發現，**主張刑事罰或行政罰的存在可以使民事賠償制度不需要或不應該負擔嚇阻或應報功能的看法，這種觀點多少需要依賴行政罰或刑事罰在嚇阻或應報方面沒有漏洞的預設。**然而這是事實嗎？由公共選擇（public choice）理論來看，公務人員的行爲與決策考量也含有自利的因素，而不必然人人都在執法上都能夠符合公共利益或公平正義的要求。行政罰與刑事罰的發動與實施主要是仰賴公務人員來執行，而民事賠償制度卻是以人民爲主角。因此**懲罰性賠償金有鼓勵人民「為權利而戰鬥」的積極意義，促使人民能夠發展自主的權利意識，而不是依賴國家公務員照顧或恩賜的臣民⁸⁴**。此外，尤其是在公司或法人的情形，由於傳統刑法理論認爲法人原則上沒有接受刑事制裁的資格，而即使在罰金刑的場合，額度通常都不高，因此刑事罰如自由刑或罰金刑等對於法人的嚇阻效果或應報意義並不顯著，而高額的懲罰性賠償金對於法人正是能夠有嚇阻效果與應報意義的一種制裁方式。

（三）適當的懲罰性賠償金額度

依照本文先前已經提出的看法，補償的目的並不適合用來決定懲罰性賠償金額度的大小。因此接下來的問題是，嚇阻與應報的觀點在決定懲罰

⁸³ Richard A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 228 (1998). New York: Aspen Law and Business. 至於在行政罰方面，Posner 的論點其實也有適用的餘地，因此就不再贅論。

⁸⁴ 我國人民遇到權利受侵害的場合，經常訴諸於向民意代表、行政官員等乞求主持公道或哭訴陳情，而不是經由本人進行訴訟追究加害人的責任。法律或社會學者多將這種現象的出現歸咎於傳統文化。不過，這種現象在一定程度上與司法機關判定賠償的額度過於保守有關，如果司法機關的救濟偏低以致誘因不足，我們也難以期待一般人民都能勇於承擔訴訟上種種有形無形花費而爲權利積極戰鬥。

性賠償金數額上應當扮演何種角色？

Polinsky 與 Shavell 採取的立場是將二者分別考量再加以折衷。雖然他們的理論主要在於強調懲罰性賠償金的嚇阻效果，不過他們並沒有否認懲罰性賠償金的應報功能。他們認為最佳的懲罰性賠償金數額應該是折衷於最適水準的嚇阻與最適水準的應報之間。例如，假設最適水準的嚇阻數額是一百萬元，最適水準的應報數額是二百萬元，由於在一百萬元以內的賠償數額同時具有嚇阻與應報功能，如果賠償總額低於一百萬元，便無法滿足嚇阻與應報的要求，但是如果將二者的數額相加（即三百萬元），對於嚇阻與應報也都失之過當，因此最佳的賠償總額是在一百萬元與二百萬元之間。在這個額度之間，當數額增加，則過度嚇阻的社會邊際損失越大，但是另一方面則應報的社會邊際收益越大，因此最適的賠償數額是落在過度嚇阻的損失等於懲罰收益的損益平衡點⁸⁵。

Polinsky 與 Shavell 的計算方式預設了嚇阻與應報是懲罰性賠償金二種互相獨立的不同目的。不過由本文先前關於這二者的討論可知，其實嚇阻與應報並不全然沒有交集餘地，因此我們不需要在計算懲罰性賠償金數額時使用分別計算再加以折衷的二階段步驟。鑑於嚇阻理論已經為如何計算懲罰性賠償金數額提出了可操作性的標準，因此本文認為原則上以嚇阻目的為主加以計算即可，而這部份的懲罰性賠償金也足以同時具有應報的效果，因此不需要再額外考慮應報目的下的懲罰性賠償金數額。換句話說，應報目的的懲罰性賠償金由嚇阻目的的懲罰性賠償金所吸收。

Galanter 與 Luban 雖然也提出了基於應報觀點計算懲罰性賠償金的標準，可是就實際內容而言，他們的方案可以被納入嚇阻理論的架構之下。他們針對基於財產利益的違法行為所建議的判定標準，其實就是嚇阻理論的利益消除法。而他們就基於非財產利益的違法行為所建議的判定標準，其實可以相容於成本內化法。由此看來，Galanter 與 Luban 的方案所能解

⁸⁵ A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 955 (1998).

決的問題，嚇阻理論也可以處理，但是除此之外，嚇阻理論還能處理 Galanter and Luban 的應報方案所無法說明的現象。至於 Sunstein 等人，他們為了解決將惡性轉換為金錢數額的困難，建議可以用民意調查的方式製作一個懲罰性賠償金的判定標準表，其中將惡性分為若干等級，然後對不同級的違法行為處以額度不同的懲罰性賠償金，如此則只需要在審判中決定惡性的等級，而不需要再煩惱判定多少金錢的問題⁸⁶。Sunstein 等人建議的這種方式固然頗具創意，可是關於如何製作這套判定標準表，他本人也承認其中仍有一些困難。更重要的是，這種方法雖然可以在一定程度上克服將惡性轉化為金錢數額的客觀性問題，但是卻無法在個案中妥適發揮最適嚇阻的功能。

當然，由於本文立場認為嚇阻才是實施罰性賠償金的主要目的，因此或許有人會質疑：「為何應報目的必須屈居於嚇阻目的之下？」對於這個質疑，我們可以思考一下，**使行為人負擔填補性損害賠償的責任難道不是已經實現了「罪有應得」？為何還要再對行為人施以額外的制裁？**就概念而言，「填補性」損害賠償已經填補了行為人所造成的惡害，如果我們覺得行為人所負擔的責任還不足以實現「罪有應得」，則問題應當來自於填補性損害賠償的相關法律規定或法院實務，而不適合以懲罰性賠償金來實現「罪有應得」。

或許嚇阻理論的結論乍看之下與許多人的直覺不一致，不過，正是嚇阻理論對於懲罰性賠償金的意義提出了簡潔有力的說明：**懲罰性賠償金的目的是於補充填補性損害賠償的嚇阻力漏洞（這可稱之為關於懲罰性賠償金的嚇阻力補充性原則）。**

誠然，令行為人額外負擔懲罰性賠償金可以滿足「大快人心」的社會心理需求。不過，如果懲罰性賠償金的目的只是純粹為了大快人心，則這項制度的合理性便值得加以質疑。如果懲罰性賠償金的目的主要是在於嚇

⁸⁶ Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, and David Schjode, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 THE YALE LAW JOURNAL, 2071 (1998).

阻有害行為的發生（這種理由比較合理，在法治國家中也比較能通過違憲審查的考驗），則判定懲罰性賠償金的數額應以嚇阻理論為宜。

在最深一層的意義上，應報理論之所以能博取認同，與自然法理論的傾向有相當關聯。自然法理論的特徵在於相信有一套獨立於人類意志之外、客觀存在，而且對於人類有拘束力的規範法則。當這種思想滲入了關於法律制裁的討論時，往往有人主張制裁應當根據行為的倫理價值，而不應根據社會需要。

不過，倫理具有獨立性的論點即使曾經受到信仰，但是卻難以自圓其說。首先，這種理論不易解釋倫理的文化差異與社會變遷。其次，倫理本身就具有價值的觀念不利於思考的清晰化與操作的透明化。如果倫理本身不是工具而具有獨立價值，則倫理就是某種給定的事物。但是關於如何進行倫理判斷，卻沒有一套可以操作的程序，因此使倫理判斷容易淪為主觀情感的表達。反之，如果將倫理視為調節社會生活需要的手段，則我們可以根據社會條件與目的，對於倫理判斷進行有系統的分析與操作。

當我們以**工具性的觀點**思考倫理問題時，則可以發現嚇阻理論與應報理論的差異只是表面上的不一致，而二者都可以追求服務社會的共同價值。在過去的社會中，所謂罪有應得或倫理之所以具有客觀性與獨立性，主要原因是某些重要的社會條件在長期上具有穩定性，以致我們可以在不需要太多思考的情形下本能地援用某些規範，並能夠以此使社會問題獲得大致上令人滿意的處理。當這些規範經由人們的長久社會實踐所遵循，便經由「社會化」的過程使人在心理上產生認同，從而在印象上這些規範具有超越個人的獨立性與客觀性。不過，當社會變遷而且複雜程度增加時，這些經由歷史演化所結晶的規範便不一定能符合新的社會需要，因此有必要以有意識的「社會工程」加以調整。應報理論所訴諸的就是某些已經凝固的社會價值，而嚇阻理論所訴諸的則是以滿足社會需要進行人為而有意識的法律操作。雖然二者在操作方式上不一致，但是二者可以在滿足社會需要的共同目下獲得調和。

如果應報的價值最終也只能建立在服務社會的目的，而不具有價值獨

立性，則我們可以直接使用更清晰的語彙進行操作，以促進服務社會的功能。當應報的服務社會功能可以完全由嚇阻目的加以表現，而且可以因此清除應報理論的說理缺陷，我們就可以直接使用嚇阻理論處理制裁的法律問題，而不需要使用應報觀念操作法律制裁的程度。換句話說，由於應報理論在說理上有所不足，而使用嚇阻理論可以在觀念上提出更好的分析，因此單獨使用嚇阻理論就可以滿足操作目的。準此，筆者主張，應報目的的懲罰性賠償金應由嚇阻目的的懲罰性賠償金所吸收。

肆、關於我國法的相關問題

由於我國關於請求懲罰性賠償金只限於幾項特別法上的規定，在一般性的民事訴訟案件中仍然不得請求，因此實務上累積的案例仍然相當有限，而且絕大多數都是消費訴訟案件。因此本文以下僅針對我國消費者保護法上的問題加以分析檢討。

一、規定懲罰性賠償金上限的立法政策

爲了限制陪審團判定過高的懲罰性賠償金，美國已經有一些州立法制定懲罰性賠償金的上限。而我國消費者保護法第五十一條的賠償倍數限制規定，應當也是基於防止法院判決過高懲罰性賠償金的目的。不過，基於嚇阻理論，這種上限規定有所不妥。如本文先前所述，爲了發揮嚇阻效果，應當以成本內化或利益消除法計算懲罰性賠償金，當立法硬性限制了賠償倍數時，會使某些案件所課予的懲罰性賠償金無法發揮嚇阻效果⁸⁷。不過，即使上限規定並不符合嚇阻理論的要求，但是在某些情形下卻仍然有

⁸⁷ 我國學者陳聰富也反對上限規定，他的理由則是：一、在我國不須要擔心法院判決賠償金過高的問題（我國無陪審制度，而由法院向來在精神慰撫金上判決偏低的情形可證，即使沒有判決上限法院也不會作出「令人震驚」的高額判決）；二、上限規定使企業經營者有轉嫁成本而減少自身負擔的機會，毀壞了懲罰性賠償金的設計目的，見陳聰富，美國懲罰性賠償金的發展趨勢：改革運動與實證研究的對峙，臺大法學論叢，27卷1期，頁32-33，1997年。

相當的存在價值。例如，雖然 Polinsky 與 Shavell 的立場屬於成本內化的嚇阻理論，因此他們反對上限規定，可是他們也不否認，當陪審團的判定金額有系統性偏高的情形時，爲了矯正這種系統性偏差，立法設置上限的規定仍有實益⁸⁸。

本文認爲，究竟有沒有必要針對懲罰性賠償金立法設置上限，取決於我們如何控制法院的誤判風險，以及有無相關配套措施而定。當立法規定懲罰性賠償金的上限時，社會將承受在某些案件嚇阻不足的不利益，但是另一方面，這也會減少因爲法院判決數額過高導致過度嚇阻的不利益；反之，在沒有懲罰性賠償金的上限時，就不會出現嚇阻不足的法律上障礙，但是因法院判決數額過高以致過度嚇阻的機率可能因此增加。準此，如果法院對於適度懲罰金額的誤判可能性高，則確實有必要由立法機關設置某些限制，以將誤判過高賠償的不利益控制在一定範圍內；反之，則比較沒有上限規定的必要性。

由於懲罰性賠償金在我國屬於一項新近創設的制度，一方面在立法政策上並非全無爭議，而法院在處理這類案件上更沒有充分經驗可循，因此在目前階段而言，對懲罰性賠償金設置上限乃無可厚非。而如果法院在未來已經累積足夠經驗，而且社會在許多相關問題上也已經累積更多的政策共識，則上限規定的存廢就可以再加以重新檢討。關於未來可以選取的規定方式，有全無限制，全無例外的絕對限制，原則上限制但允許某些不限制的例外情形，原則上不限制但針對某些例外情形予以限制，乃至於調整倍數限制的高低等幾種類型。至於要選擇哪一種型態，應以控管誤判風險的原則加以判斷，當然，其他如我國案件的特徵、法院所發展出來的判決標準、以及實施上可行性等等因素，也應該在具體的判斷過程中加以參考。

⁸⁸ A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 900 (1998).

二司法實務運用⁸⁹

在消費者訴訟的故意違法案例中，法院有課予十分之一倍⁹⁰、一倍⁹¹、二倍⁹²及三倍⁹³不等的懲罰性賠償金；而在屬於過失違法的案件，則各有判決二十分之一倍⁹⁴、七分之一倍⁹⁵、二分之一倍⁹⁶與一倍⁹⁷的懲罰性賠償

⁸⁹ 本文以下所收集的案例均來自於司法院網站一二審裁判書查詢系統：
<http://wjirs.judicial.gov.tw/jud12/>。

⁹⁰ 臺灣臺北地方法院 87 年度重訴字第 123 號民事判決（以不實廣告銷售夾層屋）、臺灣臺北地方法院 87 年度訴字第 217 號民事判決、臺灣士林地方法院 87 年度訴字第 169 號民事判決、臺灣嘉義地方法院 87 年度訴字第 185 號民事判決、臺灣高等法院民事判決 87 年度重上字第 187 號民事判決等。

⁹¹ 臺灣高等法院 88 年度重上字第 44 號民事判決（夾層屋不實廣告）、臺灣高等法院 89 年度重上字第 12 號民事判決（不實廣告）、臺灣臺中地方法院 88 年度訴字第 2292 號民事判決（旅行社職員詐收旅遊團費）。

⁹² 臺灣板橋地方法院 87 年度訴字第 575 號民事判決。

⁹³ 臺灣臺北地方法院 88 年度重訴字第 792 號民事判決（銷售房屋不實廣告案）：「按居住處所之內外環境影響人類之生活情形至鉅，以台灣社會言，不動產之價格高昂，一般人購買房地為人生大事之一，須經長時間儲蓄，費盡心血，始有能力購買，然而一般人欠缺房地建築之專業知識，對於業者提供之圖說等資料，只能以一般常識進行了解；尤以在預售房地之場合，房屋尚未成形，房地之內外狀況只能由業者提供之資料進行想像，一般人對該等資料之信賴，更值保護，故預售屋之廣告，較諸成屋或其他商品之廣告，業者本應更為審慎以為之。……又被告宏盛公司之副總經理王武仁到庭猶稱該被告並無詐欺情事，足見被告宏盛公司迄無悔意。並斟酌本件其他一切情狀，認原告依上開法律規定請求被告宏盛公司給付已付價款三倍計算之懲罰性賠償金，為有理由，亦應准許。」

⁹⁴ 臺灣臺中地方法院 87 年度重訴字第 620 號民事判決（房屋廣告模型製作誤差致消費者陷於錯誤）

⁹⁵ 臺灣新竹地方法院 85 年度訴字第 1268 號民事判決（旅行社司機行車不當）。

⁹⁶ 臺灣臺北地方法院 83 年度訴字第 3324 號民事判決（台北市 260 公車煞車失靈）、臺灣高等法院 86 年度上更(一)字第二九八號民事判決（台北市 260 公車煞車失靈）、臺灣臺北地方法院 87 年度訴字第 686 號民事判決（護膚美容服務傷害皮膚）、臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 541 號民事判決（餐廳地面濕滑）、臺灣臺北地方法院 87 年度訴字第 2253 號民事判決（瑕疵車輛啟動暴衝）、臺灣臺北地方法院 87 年度訴字第 1427 號民事判決（公車司機行車不穩妥）、臺灣桃園地方法院 88 年度訴字第 617 號民事判決（游泳池更

金。在這些判決之中，法院並沒有基於任何有系統的理论從事裁量，而只是根據一些個別因素審酌懲罰性賠償金的高低，或者根本沒有交代任何審酌因素。而在已收集到的案例中，如我國經常出現的購屋糾紛，當被告故意以不實廣告行銷房屋時，最高⁹⁸與最低⁹⁹的懲罰性賠償金判決倍數差距為三十倍之多。然而，在這種性質上同類的案件中，我們卻很難發現這二者之間有任何重要的差異足以造成這種二極化的結果。

在我國法院判決中曾提出的審酌因素則有：被告行為的道德惡性¹⁰⁰、「斷臂非中彩」的法理¹⁰¹、取得不法利益的大小¹⁰²、有無受刑事制裁¹⁰³、原告受損害的程度¹⁰⁴、被告事發後的處理態度¹⁰⁵等。關於這些考量因素的適用妥當性，我們可以用嚇阻理論分析如下：

(一)被告行為惡性

以美國為例，被告的道德惡性往往是法院判決懲罰性賠償金的關鍵因素¹⁰⁶。不過，就理論上的分析架構與推理步驟而言，如果我們站在嚇阻理論的立場，不論是成本內化法或利益消除法，我們都可以清楚發現，被告

衣室未設置止滑墊)。

⁹⁷ 臺灣臺北地方法院 88 年訴字第 2039 號民事判決（五星級冰淇淋含玻璃碎片）。

⁹⁸ 見註 93。

⁹⁹ 見註 90。

¹⁰⁰ 臺灣臺北地方法院 87 年度重訴字第 123 號民事判決。

¹⁰¹ 相關案件見註 90。

¹⁰² 臺灣高等法院 88 年度訴字第 10 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 88 年度訴字第 19 號民事判決。

¹⁰³ 臺灣高等法院 88 年度訴字第 10 號民事判決。

¹⁰⁴ 臺灣臺北地方法院 87 年度重訴字第 123 號民事判決、臺灣新竹地方法院 85 年度訴字第 1268 號民事判決、臺灣臺北地方法院 87 年度訴字第 686 號民事判決。

¹⁰⁵ 臺灣臺北地方法院 88 年度重訴字第 792 號民事判決、臺灣新竹地方法院 85 年度訴字第 1268 號民事判決。

¹⁰⁶ 美國聯邦最高法院甚至認為這是判斷懲罰性賠償金是否具有合理性的最重要指標，見 *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 (1996)。

的道德惡性與嚇阻效果的實現並沒有必然、直接或等比例的關聯性。如果只考量被告道德惡性，可能會造成過度嚇阻或嚇阻不足的後果。例如，某些惡性重大行為被追究責任的機率很高，因此不需要再施加懲罰性賠償金以維持行為人的預期成本相當於社會成本；反之，某些不容易被發覺的違法行為即使在道德觀點上並非罪大惡極，但是為了防止人們在被追究責任的機率低時而恣意實施有害社會行為，因此高額的懲罰性賠償金即有其必要性，以維持行為人的預期行為成本相當於社會成本¹⁰⁷ ¹⁰⁸。又例如，在需要以利益消除方法進行嚇阻時，行為人的利益與惡性也不當然一致，可能行為人獲利大但道德可非難性不高，或者相反。準此，臺灣臺北地方法院八十七年度重訴字第一二三號民事判決的理由「懲罰性賠償……之設立目的在於對具有邪惡動機（evil motive）、非道德的（outrageous）、有意圖的（intentional）或極惡的（flagrant）之行為人施以一定懲罰，……故適用上極其嚴格」，並不合乎嚇阻理論的要求¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 關於以成本內化的嚇阻觀點否定考量被告惡性，另見 A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 905-910 (1998).

¹⁰⁸ 關於嚇阻理論與應報理論在分析與推論上的差異，在於前者不以行為惡性作為操作性的考量因素，而後者則直接以行為惡性論斷懲罰的輕重。就嚇阻理論而言，懲罰高低應取決於行為人所造成的社會成本，或是違法利益的大小。不過，社會成本或違法利益的大小，與倫理價值上的惡性之間，僅只有偶然的一致性，而沒有必然、等比例的一致性。如果在特定具體個案中，恰巧社會成本或違法利益的大小，與行為在倫理價值上的惡性具有一致性時，則此時運用嚇阻理論與應報理論會導致類似或相近的結論。不過，這只是二者在結論上的偶然一致，但是在分析與說理上仍是截然不同。更何況，在其它的案件上，二者間的結論往往南轅北轍。

¹⁰⁹ 學者謝哲勝則認為這段判決理由對於懲罰性賠償金的說明為部分正確。這段說明似乎認為懲罰性賠償金的適用對象應以故意為限，但是徵諸於美國法，輕率行為也在懲罰性賠償金的適用範圍之內。在美國法上，惡劣心態（malice）除了包含故意之外，也包括輕率的心態，而我國一般學者卻有所誤解。此外，謝哲勝認為本判決所准許的懲罰性賠償金為損害賠償數額的十分之一，金額顯然偏低而難以達到懲罰與嚇阻的作用，見謝哲勝，懲罰性賠償，收錄於謝哲勝著「財產法專題研究(二)」，頁 43，元照出版公司，1999

我國法院這種觀念可以追溯自學者朱柏松教授的見解。朱柏松教授這種見解的前提是他認為「就英美法體系而言，因為刑事責任與侵權行為損害賠償責任（即民事責任）並未完全分化，甚至於被認為不必予以分化。因此在損害賠償責任之中，加以懲罰性賠償，以填補刑事制裁的功能，或有其必要。但對於包括我國法在內的大陸法系，懲處行為人之惡性，已由刑事責任予以涵蓋，因此損害賠償之目的，完全只在於填補被害人所受之損害，殊無再課予懲罰性賠償之理由與必要」¹¹⁰。關於法律體系中民、刑事法律之分化，乃至於刑事法律在嚇阻或制裁功能方面有無漏洞，以及是否需要補充漏洞等問題，本文先前在參、四、(二)部分已有詳細討論，於此不再贅述。

在此值得加以進一步討論的是，如果我們由顧名思義的觀點來看，則能夠理解為何我國學者會認為懲罰性賠償金混淆了法律體系：由於「損害賠償」在性質上屬於「賠償」，因此「懲罰性」賠償金是一種違反固有法律體系的設計。既然懲罰性賠償金有紊亂法律體系的缺失，自然就不宜廣泛適用。不過，如果由法律發展歷程的觀點來看，透過「法律擬制」（legal fiction）的方式使某一項舊的法律制度能產生新的功能以滿足社會需要，則並非難以想像。依法律史學家 Maine 所觀察，在一個社會中雖然法律的文字不變，但是法律的運作在事實上已經與以往有所不同，這種變化現象即是擬制¹¹¹。準此，我們可以發現，雖然懲罰性賠償金（Punitive Damages）有「損害賠償」（Damages）之名，但是它的功能其實已經脫離了賠償的範圍。換句話說，懲罰性賠償金是一種在損害賠償名義下所擬制轉化的新

年。

¹¹⁰ 朱柏松，消費者保護法之成立、構成及若干問題之提起，法學叢刊，156期，頁46-47，1994年。

¹¹¹ Henry Sumner Maine, *ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS* 25 (1963). Boston, Beacon Press. 在此應當注意，Maine 提醒我們，他是基於法律發展的角度對法律擬制加以定義，而這種定義比羅馬法上或他同時代英國法律人的定義更為廣泛，見 Maine，同書，頁24。

制度。如果我們拘泥於文字概念的語意，當然可以將懲罰性賠償金視為混亂體系的畸形產物¹¹²。不過，如果由法律動態發展的層次來著眼，則我們可以為懲罰性賠償金制度的歷史變遷與未來展望提供另一種截然不同的新看法。

(二)斷臂非中彩

在我國法院的懲罰性賠償金判決當中，自從臺灣臺北地方法院八十七年度重訴字第一二三號民事判決在夾層屋不實廣告案件中課予十分之一倍的懲罰性賠償金之後，本判決的理由¹¹³在日後同類的消費爭議案例中，已陸續有其他同級或上級法院判決直接加以援用¹¹⁴。基於「斷臂非中彩」的法理，法院認為原告只應得到如此數額的懲罰性賠償金。不過，消費者保護法第五十一條的立法理由則明文表示：「為促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效，…而有懲罰性賠償金之規定。」可見懲罰性賠償金正是為了達成嚇阻與應報目的所創設的例外制度，因此在適用上應該以實現嚇阻與應報目的為取向。換句話說，懲罰性賠償金的立法意旨就是在於提供「中彩」作為誘因，鼓勵人民積極行使權利，以達成嚇阻違法行為的目的。因此法院以「斷臂非中彩」法理現縮懲罰性賠償金的數額，這樣的判決已經抵觸懲罰性賠償金的立法目的，而可能構成「判決違背法令」。當然，在

¹¹² Maine 在討論法律擬制時也一併洞察到了這種問題。法律擬制在法律體系中會引發歸類上的難題：關於一項法律規則如何被歸類，應當以文字名義或是以實際上的地位作為分類標準？Maine，同前註書，頁 26-27。

¹¹³ 臺灣臺北地方法院 87 年度重訴字第 123 號民事判決：「所謂懲罰性賠償係消費者保護法特有之賠償類型，非屬損害補償性質之賠償，此制之設立目的在於對具有邪惡動機（evil motive）、非道德的（outrageous）、有意圖的（intentional）或極惡的（flagrant）之行為人施以一定懲罰，阻嚇他人效尤之處罰性賠償，其性質及目的與刑事處罰無異，故適用上極其嚴格，參以『斷臂非中彩』之原理，本院審酌被告故意以不實之夾層廣告誘使原告陷於錯誤而與其簽約，及原告受損害之情節，認懲罰性賠償金以原告之實際損害即已付價金之十分之一為適當。」

¹¹⁴ 見註 90。

判決理由的前段部分其實也表示「懲罰性賠償係消費者保護法特有之賠償類型，非屬損害補償性質之賠償」，不過既然如此，為何在同一判決中卻又參考「斷臂非中彩」的法理？因此這構成了「判決理由矛盾」。

或許以上法院的心態是不想使原告獲得太多超過實際損害的賠償，可是如此一來人民進入法院起訴求償的誘因將會隨之降低。如果人民不樂於上法院主張權利，難道我們是期望他自力救濟或請黑道協助求償？因此法院應當揚棄狹隘的心態，而適當提高人民上法院請求救濟的誘因，如此則有助於培養出具有權利意識的國民。

關於買賣房屋的不實廣告案件，行為人的獲利完全取自於受害人的損失，因此行為人的獲利等於或小於社會成本，而在買賣雙方之間並沒有高交易成本的情況下，應當以成本內化的方式計算懲罰性賠償金。例如，假設行為人以不實廣告銷售房屋造成一百位消費者受害，每位受害人損失三十萬元，如果估計行為人被追究責任的機率為百分之六十，則行為人對每一勝訴原告應付的賠償總額為三十萬元除以百分之六十等於五十萬元，其中三十萬元屬於填補性損額賠償，而二十萬元屬於懲罰性賠償金。如果估計行為人被追究責任的機率為百分之二十，則行為人對每一勝訴原告應付的賠償總額為三十萬元除以百分之二十等於一百五十萬元，其中三十萬元屬於填補性損額賠償，而一百二十萬元屬於懲罰性賠償金。不過，由於現行消保法第五十一條對於故意行為的懲罰性賠償金設有三倍限制，因此每位原告除了三十萬元的填補性損額賠償之外，至多只能請求三倍為止的懲罰性賠償金即九十萬元。

關於以嚇阻理論計算懲罰性賠償金，或許有人會覺得這形同使勝訴的受害人瓜分未起訴受害人的利益，似乎不太妥當。這種疑慮其實可以被消除。我們可以思考一下，既然未起訴的原告已經放棄了個人可以起訴請求賠償的利益，與其將不法利益使行為人可以繼續保留，不如將這些利益分配給勝訴原告更能合乎公平正義。一方面原告進行訴訟必須消耗勞費，因此值得給予勝訴獎賞。二方面，懲罰性賠償金本身就是政策工具，因此判定數額高低應當追求政策目標的實現，而與原告的功勞大小或其他道德考

量沒有絕對必然關聯。因此只要在實現法律嚇阻力的必要範圍內，即使判定高額的懲罰性賠償金予原告，法院也無須過度保守¹¹⁵。

(三)被告不法利益大小

在成本內化法下，判定懲罰性賠償金的高低只需要考量社會成本，而不需要考量被告因為從事違法行為的獲利，唯有在使用利益消除的方法時，才有必要斟酌被告從事違法行為的獲利。

(四)有無接受刑事制裁

如果一項有害社會的行在私法與公法上都必須負擔責任，則這些責任都構成了行為人的行為成本之一。因此在嚇阻理論之下，應當在判定懲罰性賠償金時將私法以外的公法制裁一併加以計算。換句話說，在依據嚇阻理論計算出適當的懲罰性賠償金數額之後，必須扣除行為人所受的公法制裁。準此，不但行為人所受的刑事制裁必須加以考量，行政法上的制裁也應一併斟酌，否則將會導致過高的懲罰性賠償金。

關於這項問題，美國聯邦最高法院則認為，公法上的罰鍰或罰金額度屬於判斷懲罰性賠償金有無過高的指標之一。如果懲罰性賠償金的數額遠遠超出公法上的制裁，則懲罰性賠償金可能被認為過高¹¹⁶。不過，這種意見受到 Polinsky 與 Shavell 所批評，他們認為公法制裁的輕重並不一定能顯示行為人逃脫責任的機率高低，如公法制裁的輕重往往受到政治力影響，而且公法制裁的輕重可能已經考量民事制裁的存在而有所降低。因此公法制裁並不適合作為判斷懲罰性賠償金高低的基準¹¹⁷。本文的立場則是基本上比較贊成 Polinsky 與 Shavell 的論點，但是認為公法制裁仍然可以列入審酌懲罰性賠償金的考量，至於所佔比重如何，則難以一概而論，而必須依照不同類型案件而定。

¹¹⁵ 法律人對於這種政策取向而非道德取向的思考方式應當不會感到陌生。例如，無權占有人能夠因時效取得所有權、違法行為人因時效而得以免除刑事或民事責任等，都是這種政策思考下的典型產物。

¹¹⁶ 見 *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 583-584 (1996).

¹¹⁷ A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARVARD LAW REVIEW, 869, 907-908 (1998).

(五)原告所受損害

我國不少法院判決中曾參考原告所受損害審酌懲罰性賠償金的大小。關於原告所受損害在判定懲罰性賠償金上的影響，可以區分以下不同情形討論。

首先，本文先前已經說明，法院不應當基於補償理論判定懲罰性賠償金的高低。此外，當法院企圖以懲罰性賠償金補償原告應受補償而未能在法律上受補償的損害，反而可能導致本身立場自相矛盾。如果法院認定原告有應受補償的損害，大可從優判定合理的填補性損害賠償，而不應該捨本逐末訴諸懲罰性賠償金使原告獲得充分補償。而法律規定在過失與故意案件中得請求的懲罰性賠償金倍數不同，更可以佐證這項論點。過失行為導致的損害不當然小於故意行為，甚至往往超過故意行為所導致的損害。但是在判定懲罰性賠償金時，為何過失行為在額度上低於故意行為？其間差異何在？很明顯，補償理論難以對這一項問題給予令人滿意的解答¹¹⁸。

其次，基於嚇阻理論，原告所受損害只有在計算社會成本或與行為人應受剝奪的利益相互比較時才應當加以斟酌。在前者的情形，賠償總額應當是原告所受損害除以行為人逃脫責任的機率。在後者情形，如果在行為人與受害人之間原先不存在高度的交易成本時，如果法院發現被告從事不法行為的獲利大於原告所受損害，則可以將懲罰性賠償金設定在足以剝奪被告獲利的程度。

(六)被告事發後的處理態度

我國某些法院判決以被告事後態度或有無悔意作為考量懲罰性賠償金的因素。這種作法似乎是受到了刑法第五十七條第十款以「犯罪後之態度」作為量刑標準所影響。而在關於懲罰性賠償金的判定上，基於成本內化的嚇阻理論，凡是可以使加害人逃避責任的條件都是屬於執行誤差的因

¹¹⁸ 或許有人認為可以使用應報理論解釋為何故意行為比過失行為應受到更多制裁。不過，如先前本文參、四、(三)所述，由於應報理論本身在說理上有缺陷，又無法在觀念上提供清晰的操作方式，因此在補償理論受到駁斥之後，最佳的懲罰性賠償金理論仍應當是嚇阻理論而非應報理論。

素。當行為人在被害人發現損害後不積極與被害人商議和解，或甚至以惡劣態度相對，目的不外乎是想逃避應負的責任。因此，法院應當審酌被告事後惡劣態度對於被害人獲得應有賠償的影響力，當被告的惡劣態度對於原告求償造成的障礙越大，則懲罰性賠償金的數額應該提高，反之，則應當降低。

關於如何認定被告事後態度對於受害人獲得賠償可能性的影響，在理論上還有以下一些比較細緻的問題值得進一步深究：

一、本文先前已經指出，使用嚇阻理論計算懲罰性賠償金是基於事前（*ex ante*）觀點而不是事後（*ex post*）觀點。既然如此，為何可以將被告在事發後的處理態度列入審酌賠償數額的考量因素呢？爲了釐清這個疑問，我們應當對「計算賠償數額的基準時點」與「估計機率的程序」二者加以區分。關於採取事前或事後觀點計算賠償數額，是屬於前一種問題。在事後觀點之下，我們並不需要估計行為人被追究責任的機率，爲了判定賠償數額，我們只需要認定在個案中被告的實際利益或原告的損害即可。然而在事前觀點之下，我們除了認定在個案中被告的實際利益或原告的損害，還必須將行為人被追究責任的機率加入計算。從而在事前觀點之下，就會額外涉及到「估計機率程序」的問題，這個問題與採取事前或事後觀點的問題屬於不同層次，因此不至於彼此混淆。由認識論來看，當使用事前觀點計算懲罰性賠償金時，如果統計學上的抽樣越廣泛，則所形成的機率估計越可靠。每一宗案件都是一個統計學上的樣本，當一個新案件進入司法程序，便會增加我們所抽樣的樣本個數，從而影響我們對於機率的估計。因此我們在估計行為人逃脫責任的機率時，不應該忽視一宗個案的被告事後態度，否則會降低機率估計的可靠性。

二、懲罰性賠償金的存在會影響當事人的和解意願。在有懲罰性賠償金的制度之下，如果無法與受害人達成和解，則行為人可以預見會遭受到法院額外科處懲罰性賠償金的不利益。在懲罰性賠償金的壓力下，行為人有更強的誘因與受害人達成和解。但是由另一方面來看，受害人也可以預見到行為人面臨懲罰性賠償金的壓力，因此反而要求更多的和解賠償，從

而降低了行為人達成和解的意願。這二種效果可能同時存在，至於哪一種效果比較強，使得懲罰性賠償金究竟有利或不利於促成和解，則難以一概而論。在美國近年來也開始有學者企圖分析這個問題¹¹⁹，但是因為其中涉及了許多複雜變數，因此研究的結果仍然不明朗。另一方面，懲罰性賠償金的壓力效果也會對法院判定的賠償數額產生複雜的影響。如果懲罰性賠償金有助於促成和解，固然可以實現法律化解社會糾紛的理想，並且減少訟源，但是如此一來，和解案件既然是未經司法程序解決，就會影響法院估計行為人逃脫責任的機率（尤其是訴訟前的和解）。反之，如果懲罰性賠償金不利於促成和解，則會對法院產生相反的影響。這似乎發生了一個二難局面。

伍、結語及展望

關於懲罰性賠償金的功能與應用方法，目前在國內、外學說上仍然眾說紛紜。本文試圖為懲罰性賠償金在法律體系中建立一個正當化的存在理由，並且說明在司法實務上應當如何加以運用。就這個目的而言，嚇阻理論在觀念上比補償理論與應報理論能提供更好的**指導性原則**。當然，嚇阻理論本身也有一些實際操作上的困難，例如行為人逃脫責任的機率不易精確估計，以及人們的行為誘因結構複雜，以致我們目前使用懲罰性賠償金調控社會行為還未能達到理想境界。對於這個問題，我們不能奢求一蹴可幾的解決方案，而只能依據 Posner 倡導的實用主義精神，以「摸索前進」（muddling through）¹²⁰ 的方式逐步改進，以期能夠日漸趨於理想。

¹¹⁹ Herbert M. Kritzer and Frances Kahn Zemans, *The Shadow of Punitive Damages: an Unsuccessful Effort to Bring It Into View*, WISCONSIN LAW REVIEW 157 (1998); Thomas Koenig, *The Shadow Effect of Punitive Damages on Settlements*, WISCONSIN LAW REVIEW 169 (1998); Tom Baker, *Transforming Punishment into Compensation: in the Shadow of Punitive Damages*, WISCONSIN LAW REVIEW 211 (1998).

¹²⁰ Richard A. Posner, *OVERCOMING LAW* 404 (1995). Cambridge, Mass.: Harvard

由另一個觀點來看，嚇阻理論的這些困難也是嚇阻理論的優點。一個好的理論除了能夠將我們現有的各種觀念給予合理一致的整合說明之外，還必須能夠啓發我們發現新的現象，以增進我們的知識。以嚇阻理論作為觀察出發點，可以引導我們進一步追問法律與人類社會行動的一連串問題：法律對於人們的決策有何影響力？在資訊不足的狀況下，法院如何從事判決以進行社會控制（social control）？在法定的裁量權限之內，法院如何發展出一套可供檢證的標準以從事政策性判決？人們為解決糾紛進行談判時也會有資訊不足的問題，法律規定與法院判決是否能夠提供人們一個適當的參考架構？其中牽涉哪些因素？法律的實施與人類行動之間，相互影響與回饋反應的機制如何？¹²¹ 筆者相信，對於這些問題的深入研究，不但能夠提昇懲罰性賠償金理論的精緻程度，更能夠為一般性的法學研究帶來豐富的理論啓發。因此，嚇阻理論是值得我們開發的研究途徑。

University Press.

¹²¹ 在傳統的法學研究中，以上這些問題通常不是關心的焦點。不過，當社會已經發展到高度複雜性的階段，如果法學知識在學理上的精緻程度未能相應地提昇，將會導致法律人只能用固有的簡單概念去處理複雜的社會現象，這往往會帶來法律系統與其他社會次系統（如經濟、科技）的溝通失敗。例如，社會其他專業人士認為法律人的思維僵化無法符合社會現實，而法律人則抱怨「社會亂象」導致「法治不彰」。關於如何使法律系統與其他社會次系統能夠進行順利溝通，將是當代法律人所必須深思的嚴肅課題。