

最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 2680 號裁定不同意見書

魏大曉 提 110.02.26

一、本案法律爭議問題分析

(一)提案庭提請本大法庭裁定之法律問題

企業經營者所提供之服務，違反消費者保護法（消保法）第 7 條第 1 項、第 2 項規定，致生損害於消費者之身體、健康，消費者依修正前同法第 51 條規定請求懲罰性賠償金時，該法條所稱「損害額」，是否包括非財產上損害之賠償金額？

(二)大法庭作成「包括非財產上損害賠償金額」裁定（下稱本裁定見解或稱肯定說）

大法庭裁定採肯定說主要理由，無非以：第一、「...準此，該懲罰性賠償，係以依消保法規定所生之填補性損害賠償請求權存在為要件，則其計算基礎之損害額，應指填補性損害賠償之數額」。第二、再結合消保法第 50 條第 3 項規定（消費者讓與消費者保護團體之）損害賠償請求權，包括民法第 195 條第 1 項非財產上之損害，明揭消費者之生命、身體、健康等為其保護之權利，消費者與企業經營者，就商品或服務所生爭議得請求填補之損害，包括民法第 195 條第 1 項之非財產上損害而為體系解釋，系爭規定所稱之損害額，除財產上損害額外，當包括非財產上損害之數額。第三、食品安全衛生管理法（食安法）第 56 條第 2 項消費者雖非財產上之損害亦得請求賠償相當之金額，消保法第 7 條第 3 項之規定亦屬填補性損害賠償，亦應作相同之解釋；第四、我國民法損害賠償制度功能，無論係財產上損害或非財產上損害賠償，均在填補被害人所受損害，即填補性損害賠償。

(三)肯定說理論，分法規範本身之解釋面，及法理基礎面兩部分。茲再予歸納整理簡化如下：

- (1) 法規範解釋面。肯定說係從消保法第 50 條第 3 項、食安法第 56 條第 2 項導出結論：消保法第 51 條所稱損害，包括「非財產上損害」。
- (2) 法理面。肯定說認為我國民法損害賠償制度功能目的，不分財產或非財產上損害僅「填補性損害」，無懲罰性功能。

二、本意見書採否定說，觀察理解方法

本案法律爭議關涉主題，即消保法第 51 條懲罰性賠償額計算基礎，因法條文義本身僅規定「消費者得請求損害額.. 倍以下之懲罰性賠償金」，至於損害究何所指，並無明確定義。本條屬實體請求權且名為「懲罰性賠償金」，其賠償額「計算基礎」，以消費者所受「損害額」倍數決定，再按加害人主觀責任因素，區分不同賠償倍數。本條之計算基礎當然含括被害人所受財產損害之賠償額，惟「非財產上損害」可否一併列入，乃系爭法律爭議所在。

系爭法律爭議之解釋，如僅侷限於「損害額」法條文義，確實無法獲得正解，也難服諸多爭議者，本席主張徹底的從「懲罰性賠償」性質、本條規範制度功能與目的，暨相關法規範作整體性觀察。尤其需要與民法「精神上慰撫金制度」之性格，相互對照，質言之，「慰撫金」性質，如僅係一種被害人肉體或精神上所受損害之金錢填補，則確實無法排除系爭法律爭議應採肯定見解可能；反之，「慰撫金」如含有與懲罰性賠償法規範目的相同之制裁或嚇阻作用時，則不無構成法治國原理一事不二罰之虞。

其次，懲罰性賠償制度畢竟不在填補被害人之損害，乃有制裁目的，基於權力分立、法治國原理，必需法有明文，不可任由法官造法。再者，消保法第 51 條規範意旨，倘其文義不明時（包括需合憲性或合目的性解釋），執法者應確實體認一事二罰涉及立法政策、立法形成空間，規范文義解釋，不得輕易啟動「法官造法」功能，採類推適用或擴張文義範圍之解釋方法，致使消保法第 51 條懲罰性賠償制度，脫逸文義範圍，流於法官恣意，且違反權力分立，侵害立法權。末者，本大法庭如有援引國情、社會環境背景顯不相當之外國法制，為比附援引時，亦應特別注意援引結果，會否造成本國既有法秩序之混亂衝突。

三、消保法第 51 條，無從自同法第 50 條第 3 項、食安法第 56 條第 2 項導出懲罰性賠償額計算基礎包括非財產上損害結論

（一）消保法第 50 條第 3 項、食安法第 56 條第 2 項，均無懲罰性賠償額計算基礎，包括非財產上損害之明文。肯定說以之作為相互印證，或作所謂體系解釋，建構出懲罰性賠償額計算基準包括非財產上損害，其方法只是相互取經，立論不足。

（二）肯定說再以「.. 再結合消保法第 50 條第 3 項，消費者保護團體受讓自 10 人以上消費者之損害賠償請求權，包括民法第 194 條、第 195 條第 1 項非財產上之損害」為據，推演出肯定說結論。

按消保法第 50 條第 3 項所讓與者，係指被害人財產所受損害（財產填補性賠償）及已被金錢量化後之精神上損害賠償（即慰撫金權利）。依民法第 194 條、第 195 條規定取得之慰撫金權利，已具讓與性，自得為讓與，但第 50 條第 3 項並無任何文義指稱係「懲罰性賠償金之讓與」，又如何連結及導出第 51 條「懲罰性賠償額」計算基礎，包括「非財產

上損害」。

侵權行為之加害人，應負回復原狀義務（如無發生該損害事由時，被害人該有之現狀），財產上損害乃實際損害，修法後民法明定其回復原狀可以金錢計算（兼採金錢賠償制）。但精神上損害之回復原狀，如何情況得認為已經回復，本難以界定，因而立法者特別規定，不能回復原狀時，得以金錢賠償代替，但限於法有明文者為限，此即慰撫金。法有明文者，民法第 18 條、第 194 條、第 195 條是。金錢量化後之非財產上損害賠償（慰撫金）為得讓與之標的。總之，消保法第 50 條第 3 項規定，消費者得讓與之標的，包括民法第 194 條、195 條之非財產上損害賠償，並無特別之處，換言之，第 50 條第 3 項，僅指得讓與之標的，包括已金錢量化後之慰撫金而已，並無懲罰性賠償之計算基礎包括慰撫金之意。

「填補性損害」係我國民法（德國民法亦同）損害賠償回復原狀制度（民法第 213 條），並與全部損害賠償主義，及禁止債權人得利原則，共同構成損害賠償基本法理。值得再特別指出的，損害填補原理不會因加害人之主觀惡性不同，而區分其損害賠償額，此為填補性損害原則之基本特性。按財產上損害賠償，即有此特性，但精神上損害賠償金（慰撫金）部分，當吾人判斷其屬性及其有無「懲罰性質」時，加害人主觀上之故意過失，會否影響其賠償重要觀察方法。如受其影響者，則其本質已非單純的填補性損害賠償，而有懲罰性或制裁性特質矣。消保法第 51 條，因分別加害人之故意、重大過失、過失，被害人得請求之損害額（倍數）不同。顯然的，本條懲罰性賠償制度不在填補被害人損害，而有制裁性。

總之，消保法第 50 條第 3 項所定，得讓與之損害賠償請求權，包括民法第 194 條、第 195 條第 1 項非財產上損害之文義，無特別之處，並無肯定說所稱之懲罰性賠償計算基礎，包括非財產上損害賠償額之意。

（三） 肯定意見再引食品安全衛生管理法第 56 條第 2 項規定為據，再連結消保法第 7 條第 3 項，作所謂體系解釋，得出肯定見解。

惟裁定所持理由，究指何意，似非明確，易被理解為懲性賠償亦屬「填補被害人之損害」，如正為此意時，顯係將懲罰性賠償之功能誤解為填補性賠償。姑不論其真正意涵，肯定說再將食安法第 56 條第 2 項，作為依據，但查食安法本條，固規定「消費者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，並得準用消費者保護法第 47 條至第 55 條之規定提出消費訴訟」。本條規定前段，及準用消保法第 51 條懲罰性賠償之規定，雖有實體權規範意義，但所謂準用消保法第 51 條規定，如被準用法條，並無懲罰性賠償計算基準包括慰撫金明文時，又如何相互援引作為肯定說依據，豈不相互取暖壯胆而已。

總之，消保法第 51 條懲罰性賠償損害額計算基礎，法無明文包括慰

撫金。

四、懲罰性賠償之性質及其功能

(一)問題核心

本意見書認為，系爭法律問題，似可從如下步驟探求：

第一、懲罰性賠償及慰撫金之性質為何，作為研究起點。因懲罰性賠償並非填補性賠償，已如前述。再者，兩者之功能目的是否相同，如功能目的均有「制裁目的，嚇阻不法行為發生，與社會防衛功能」，立法者以立法手段科予加害人利益或痛苦，自須立法明確，法官不得任意造法。

第二、本大法庭須處理者，金錢量化後之精神上損害賠償，是否單純的在填補被害人之損害而已，或含有制裁性目的？如有，則懲罰性賠償因有準刑事制裁或私的制裁性格時，以慰撫金作為計算基礎，會有一行為兩罰問題。

第三、如有一行為二罰情形時，究屬立法政策面之立法形成自由（立法權），或可由法官為完成社會防衛，嚇阻同樣行為發生，逕行參考或仿效外國立法例（或英美判例法）而為造法？

(二)從美國法懲罰性賠償之「制裁」性格談起

肯定說認為修正前消保法第 51 條懲罰性賠償，係參考美國懲罰性賠償法制而來（裁定理由三、(一)段）。但美國懲罰性賠償之性格（性質）為何？

本席非美國法懲罰性賠償制度專研者，依前大法官王澤鑑著「損害賠償法」所述，美國法制度源於英國法；懲罰性賠償在英國仍備受爭議；又指出美國法懲罰性賠償有準刑罰性質。另本案鑑定人戴志傑教授於鑑定意見，雖未明確表達準刑罰性格，僅透過美國多數說認為懲罰性賠償金不會因該被告不法行為受刑事處罰之可能性或確定性，即排除懲罰性賠償適用，戴教授再借由美國聯邦憲法第 14 修正案數額過度性之審查等，提出反思意見，認為目前美國法，加害人之不法行為受刑事與懲罰性賠償金責任後，再負懲罰性賠償，並不會構成雙重處罰，美國法重點已移到懲罰性賠償金數額之過度性審查等語。

據此，本席推認美國法之懲罰性賠償，有制裁屬性。且可與行政罰、刑事罰並存。惟王澤鑑教授亦指出，美國法懲罰性賠償目的，基本上除填補被害人所受之損害以外，有懲罰報應及嚇阻目的，被稱為準刑事罰或穿著民事請求權外衣之刑事制裁（氏著，損害賠償法，107 年 10 月版，第 418 頁）。此種性格，審酌賠償額時，應審酌加害人之主觀惡性，包括動機、目的、性質、手段、被害人所受之損害程度、加害人與被害人關係，甚至社會觀感及社會成員之情感好惡等。查本件消保法第 51 條正具備此特性。

(三) 金錢量化後之非財產上損害賠償-慰撫金，兼含懲罰（制裁）性格

我國審判實務，有關精神上損害賠償慰撫金之性質，認有填補被害人所受精神損害之填補作用並無爭議，至於有無慰撫性格，各個判決論述不一。當法院斟酌慰撫金額時，有為數頗多判決加人加害人之主觀故意、過失、被害人所受痛苦等因素（最高法院 97 台上 448、2526 號判決），或審酌兩造之過失責任比例（如 94 台上 1403 號、93 台上 69 號、92 台上 1982 號判決），更有審酌加害人手段之殘忍度者（台高院 93 重訴 44 號判決）。當然亦有未予審酌者，實難據此觀察實務真正態度，無從判斷作為慰撫金功能，究解為單純填補性格，或兼含制裁性格。

學說方面，多數說認含有「制裁性」（王千維「慰撫金與名譽權之侵害」，司法院編印，慰撫金酌定論文集，101 年 11 月研討會，305 頁）。我國精神上損害賠償法制係兼採瑞士、德國立法例，並將損害賠償分為責任法與賠償法，責任法（責任成立主觀原因）不影響賠償法之賠償責任範圍與數額。精神上損害賠償，吾人不能否定其有填補性格，至有無預防或制裁性格，雖法條文義未明確載入，王澤鑑教授則指出，已金錢量化後之精神上損害賠償（慰撫金）功能及其代表意義，有一種懲罰功能。主要理由，瑞士 1997 年民法修正案雖有將非財產上損害賠償廣泛金錢量化以加強保護被害人人格權聲音出現，惟恐報紙自由報導權受到限制，以及學者警告有使人格價值商業化之虞，最終仍採限於法有特別規定者為限，而金錢量化後精神上損害賠償請求權，則具可讓與性。至於精神上損害賠償性格，瑞士學者，有認係介於損害賠償與刑罰之間。金錢量化之精神上損害賠償，有強調填補性功能者，亦有重視其慰撫功能者，較有共識的，認為無刑罰性格，侵權行為法權威學者 Otfinger 則認為，Genugtunger（慰撫）確實含有懲罰性格。教授又指出，德國方面，金錢量化之非財產上損害賠償金性格，學說亦頗多爭議，但聯邦最高法院民事庭 1955 年 6 月 1 日會議，則認其民法第 47 條之精神上痛苦金（Schmerzensgeld）請求權，非為一般通常性的損害賠償，而為特殊性請求權，有雙重性功能，對被害人提供精神上之補償（填補），同時也有對被害人慰藉功能（慰撫），此說為多數學者所認同。亦有指出 Genugtunger（慰撫）之獨立性格，給予被害人精神上痛苦金（Schmerzensgeld），功能上遠非填補可言，而有預防功能，接近於制裁（Sanktionsnah）（按 Larenz 有不同之解讀，本意見書不再論述）。我國學者即據此指出，我國法之慰撫金性質除填補功能外，尚兼具填補與慰撫雙重性格，在決定慰撫金額時，填補損害與慰撫被侵害人的法律感情（Rechtsgefühl）應一併斟酌。且因慰撫金功能，有如刑罰、行政罰罰金一般有制裁功能，而有一定程度之預防性格。準此，慰撫金酌定量化，須審酌加害人之故意過失、侵害他人之人格法益獲得之利益，以調整賠償之數額，藉以發揮其嚇阻不法行為。但王教授強調，懲罰功能非民法之本質，

應強調其預防功能。

五、慰撫金功能不論作為制裁功能或預防功能，非經明確立法，否則不能重複處罰

(一)制裁性或預防性慰撫金屬立法形成，不容法官造法

精神慰撫金無論作為制裁或預防功能，基本上已脫逸填補功能，在損害賠償法理，並非單純的填補原理，而例外的准許被害人獲得實際損害以外之金錢賠償，對加害人言，乃係另一類型之制裁、處罰，因此慰撫金損害賠償必須法有明文者為限，此制度仍為我國現行法制，而前述瑞士修法時雖有放寬人格權損害金錢賠償之論，但終未被採納。由此可知慰撫金之容許性，須法有明文者為限且加害人須具主觀責任及不法要件。預防性或制裁性之非財產上損害賠償慰撫金制度，乃屬立法形成自由，權力分立下，屬立法政策面之決定。即須由立法者審酌現實社會環境、當下條件，大多數社會成員共同利益追求，在符合憲法比例原則下透過法定程序，就特定人格權不法侵害類型，立法形成一規範性慰撫金制度。在此前提條件下，雖有制裁或預防功能，並無不能特別立法雙重處罰可言。但如法無明文，此種制裁性或預防性之處罰性慰撫金，在大陸法系法官本應依法裁判，法官造法或為類推，則有侵害立法權，違反權力分立之虞。

(二)一行為同時違反不同或同一規範時之一行為二罰部分

民事損害賠償領域之慰撫金或懲罰性賠償制度，與刑事罰或行政罰間之關係，可否併存處罰？因各規範所欲達成目的不同，且處罰之種類不同（如沒收沒入，罰金罰鍰與給付被害人慰撫金），當可由立法者決定其併罰否。戴志傑教授前述美國憲法增修條文之意旨，此種併罰並不違憲。

又就單一行為可否於同一規範制定屬同種類之併罰，即性質相同之雙重處罰？釋字第604號解釋，立法者得以法律規定行政機關執法人員得以連續舉發及隨同多次處罰之遏阻作用以達成行政管制之目的，但仍須符合憲法第23條之比例原則及法律授權明確性原則。可見，法治國原理，如符合比例原則，經過立法或明確立法授權，非不得為併罰之立法。有關侵權行為損害賠償責任領域，除慰撫金外，另成立懲罰性賠償，在制裁或預防功能，產生併罰或重疊之「一行為二罰」，亦應為相同之解釋。惟仍屬立法形成領域，非法官造法空間。

(三)我國侵權行為法有關慰撫金請求權與懲罰性賠償兩罰尚乏明確立法或授權

消保法第51條之懲罰性賠償之計算基準，尚乏將慰撫金列入之立法條

文或立法授權依據，已如前述。本裁定肯定說所持之規範依據，食安法第56條第2項亦無此文義，無從為體系解釋以獲致肯定結果。顯然的，如欲達成肯定說目的，只能透過法官造法手段，但如前述，此涉及精神慰撫金本質即具有制裁或預防功能，消保法第51條懲罰性賠償金額計算基準，建立在損害額之倍數，在財產上損害，本質即在填補現實損害，懲罰性賠償以之列入計算，不生「二罰」問題。但在慰撫金賠償方面，因已有制裁或預防功能，再將慰撫金賠償額列入懲罰性賠償額之計算基準，自屬「二罰」。法治國原理，一行為二罰，依釋字第604號解釋意旨，非不得立法為之，惟大陸法系之我國法官，本於權力分立、不得任意侵入立法形成空間，尤其在具有立法政策面決定之領域。

(四)懲罰性賠償立法考量因素

眾所周知，懲罰性賠償所欲實現之目的，誠如本裁定理由所言，提昇全體國民生活安全與品質，維護國民人格尊嚴與人身安全與品質..等語。換言之，有藉懲罰手段作社會防衛、預防不法行為發生功能目的，該目的之追求固為正義守護者使命，是頂光芒萬丈至高無上冠帽。本案鑑定人戴志傑教授謂，立於國內民事損害賠償法制現狀之角度以言，政策上不應改變我國慰撫金數額估算的司法慣例而使之具有預防之功能，其論述基礎，無非翼求將慰撫金功能界定為「填補性賠償」，如此方可合理化懲罰性賠償計算基準，將慰撫金納入時，可避免被非難於有一行為二罰之困境。實則，計算基準要否列入慰撫金，誠如前述，可透過立法形成，在符合憲法比例原則條件下，光明正大為之，但無可諱言的，立法者須負「立法成敗」責任風險，惟如法無明文，由執法者將慰撫金納入計算基準，則須由造法之法官承擔。

無庸避諱的，財產上損害係現實損害，損害額明確，精神慰撫金具高度不確定性，易受執法者主觀因素影響，流於恣意，雖有倍數限制，因計算母數無限制，仍屬「無限責任」。而立法政策所須考慮之因素，我國現實環境、工商業普遍性之規模，及將增加企業經營成本，當然帶動物價指數等等，勢不能任以美國法係如何如何情況，當然成為我國之「應有」。

本席以2020-11-03 09:59 經濟日報 / 記者葉卉軒／台北即時報導為例。該報導內容「根據《2020年中小企業白皮書》資料顯示，2019年台灣中小企業家數為149萬1,420家，占全體企業97.65%，較2018年增加1.72%；中小企業就業人數達905萬4,000人，占全國就業人數78.73%，較2018年增加0.99%，兩者皆創下近年來最高紀錄，顯示中小企業為穩定經濟及創造就業的重要基石。在銷售額方面，2019年中小企業銷售額為12兆7,130億元，較2018年增加0.70%；其中，內銷額為11兆2,992億元，較2018年增加1.14%，且近年來皆呈正向成長。」，此編報導，足以顯示。中小企業為台灣經濟命脈所繫，而其規模資本、營業成本，均禁不起一次

無底洞之懲罰性賠償額給付。麥當勞一杯熱咖啡三級燒傷顧客大腿事件，被害人要求判賠美金 287 萬元(其中懲罰性賠償 270 萬美元)，最終判賠 64 萬美元(庭外和解金不詳)。台灣盛香珍蒟蒻果凍噎死事件，在國外被要求賠償 800 萬美元。本意見書不敢論斷其是否合理之理賠，至少可提醒立法者，懲罰性賠償如計算之母數無限制，即便限制其倍數，仍可造成中小企業之破產命運。如何抉擇，是立法政策面，惟可確信者，執法者在法無明文下，不得任意造法，或猜測立法者未來可能明確將慰撫金納入計算基礎(如預測將增訂民法第 195 條之 1)，而早一步搶戴那頂光芒萬丈至高無上冠帽。

六、本意見書結論

- 1、消保法第 51 條之懲罰性賠償，尚乏將慰撫金納入計算基礎之法律明文。
- 2、金錢量化後之非財產上損害賠償(慰撫金)，有雙重性格，填補被害人精神損害之填補性，同時兼具制裁或預防性格。
- 3、懲罰性賠償本質非在填補被害人之財產上與非財產上之損害，而有制裁性，因此加害人須有主觀之故意過失。此與民法之慰撫金賠償須法有明文，且具主觀要素者相同，可為慰撫金功能具雙重性依據。
- 4、非財產上損害賠償之慰撫金賠償與懲罰性賠償，因同一不法行為引致之賠償責任，與刑罰、行政罰如有併罰必要；或同屬民法之制裁性併罰，均屬一行為二罰，只能透過立法形成(含明確性授權)，符合比例原則下為之。我國法官受權力分立、法治國原理拘束，不得任意造法，否則逾越權限。
- 5、本裁定採肯定說，有違禁止一事二罰法治國原理及違背權力分立之虞。本席提出反對意見。爰敬陳理由如上。