

摘 要

民法上損害賠償的主要原因，不外係侵權行為或債務（如契約）不履行。侵權行為之發生純出於偶然，當事人雙方事前並未（也不可能）就侵權行為發生之時間地點與法律效果等加以約定，但在契約當事人間，雙方可藉由磋商，協議契約之內容。尤其，契約當事人得依其需要，藉由契約條款來分配風險，此為契約可貴之處，也是它與侵權行為之重要差異。

當發生侵權行為或債務不履行時，多發生損害賠償之問題，現行民法似未體認上述兩者之分別，而明確區分兩者的賠償方法及賠償內容，而皆適用民法第二百一十三條至第二百一十五條。本文嘗試以比較法上及法律經濟分析出發，就英美法若干原則，如「預設規定」（類似我國補充規定）為著眼點，探討契約當事人從事契約活動時，對於衍生性損害（類似民法第二百一十六條第一項之所失利益）如何加以排除。預設規定除了彌補當事人契約不完全的「一般預設規定」外，尚有所謂「懲罰性預設規定」，所不同者在於後者係以當事人所「不欲」發生的法律效果為內容，目的在於鼓勵當事人揭露資訊，以最低的交易成本訂立契約，提升整體經濟效益。

其次，我國實務及學說對於損害賠償之有無及範圍，採取「相當因果關係」說，即依照一般客觀之判斷，有此行為即有此結果，是為有因果關係。本文介紹英美法中 Hadley 法則，即以「締約時能否預見」為認定損害賠償之範圍，尤其就衍生性損害部分，嘗試找尋一條折衷之道。最後，本文並以「個人電腦銀行業務及網路銀行業務服務契約範本」、「我民法第六百三十八條」及「千禧年資訊年序爭議處理法」為例，說明懲罰性預設規定之內涵與功能。