

「事業」與「企業經營者」— 論公平交易法與消費者保護法 之責任主體

馮震宇*

目 次

壹、前 言	參、消保法與公平法之責任主體與其應負之責任
貳、公平法與消保法之關係	一、公平法之事業
一、公平法與消保法規範內容之不同	二、消保法之企業經營者
二、公平法與消保法保護範圍之不同	肆、結 論

壹、前 言

由於科技進步，新商品不但與時俱增，更因廠商運用大量生產，大量運用傳播媒體行銷的方法，使得消費者在龐大的資訊來源中迷失。另一方面，由於現代商品從生產到消費者過程日漸延長，在此種長途的行銷過程中，也可能發生產品變質或毀損的情形。再加上有些廠商品管不良，產品生產與設計有所瑕疵，卻未告知消費者，以致不當侵害消費者權益，因此先進國家無不以立法、司法及行政等措施，來保護消費者應有的權利，使得保護消費者已成為世界各國所共同承認之原則（註1）。

* 中原大學財經法律系副教授，美國康乃爾大學法律博士。

註1：各國有關於消費者保護之法規資料，可參考內政部社會司編印，《外國消費

而在世界潮流中，以法律保護消費者已經是全世界的共識。就消費者運動的發源地美國而言，在一九六二年，甘乃迪總統就在對國會所提出的特別咨文中，揭橥消費者四大基本權力：求安全之權利、明瞭事實真相的權利、選擇之權利、意見受尊重的權利。一九六九年，尼克森總統又提出消費者的第五種基本權利—請求賠償的權利。但是，真正有助於消費者的，則是美國在一九六〇年代中期之後所推動通過的十餘項法規。透過這些法規與其所建立之制度，並透過聯邦貿易委員會（FTC）與消費者所提出的產品責任訴訟，使得保護消費者之目標獲得落實（註2）。

在國際方面，聯合國也在經濟及社會理事會的要求之下，於一九七七年開始著重對消費者之保護，並於一九八五年通過「聯合國保護消費者準則」（註3），為各國保護消費者之法規制度，提供了一套有體系的立法藍圖與遵行方向。日本也在一九八六年通過「消費者保護基本法」。歐洲共同市場則有各種保護消費者的指令，

者保護法規資料選輯》，民國七十九年五月。書中收錄了日本、韓國、泰國、新加坡、香港、英國、瑞典、等國之各種消費者保護法規。

註2：美國消費者保護之機構可以分為諮詢機構、協調機構與執行機構三大體系。

在一九六四年，白宮設立消費者利益委員會作為基本政策之諮詢與溝通之諮詢機構；於一九七一年所成立之消費者事務局（Office of Consumer Affairs, OCA）則為協調機構；至於執行機構則為聯邦貿易委員會（Federal Trade Committee, FTC），尤其以其下所設之消費者保護局（Bureau of Consumer Protection）為主要之執行機關。除此之外，聯邦食品藥物管理局（FDA）、消費者商品安全委員會（CPSC）、以及其他聯邦與州機構，都可基於其本身之職責，執行有關保護消費者之任務。請參見陳駿斌，《消費者保護立法之研究》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，七十七年六月，頁三十三—三十五。

註3：聯合國於一九八五年四月九日之大會中，通過此保護消費者指導準則，為各國政府，尤其是開發中國家政府提供了一個制定與加強保護消費者的政策與立法架構。此項保護消費者準則之草案係於一九八三年完成，經過兩年之協商，而在一九八五年正式通過。同註1。

再由各會員國依據歐市指令訂定國內法（註4）。連中國大陸也在八十二年十月三十一日通過「消費者權益保護法」，並於八十三年一日正式實施（註5）。

相反的，我國的消費者保護法（以下簡稱為消保法）則是立法過程艱辛。從民國七十一年前行政院長孫運璿宣示，保護消費者乃為政府重要的責任，並指示內政部、經濟部等單位擬訂「消費者保護法案」開始（註6），直到在八十三年一月十一日立法院三讀通過、總統公布時為止，已歷經十一個寒暑。而和消保法同時展開立法程序之公平交易法（以下簡稱為公平法）則早已經在八十年二月四日完成立法，並於八十一年二月四日正式實施。

但是在公平法與消保法分別公布實施之後，卻可以發現此二種法律之規範範圍有所重複，例如，公平法雖將其所規範之主體稱為「事業」，而消保法則稱為企業經營者，但公平法所保護之對象卻不限於「事業」，而可包括消保法所稱之「消費者」。反之，消保法所保護之對象雖明文規定為「消費者」，但是事實上卻可包括公平法中所稱的「事業」。由於此兩種法律之間有重疊之處，且其目的都是在保護消費者，因此，如何劃分消保法與公平法之適用範圍與如何適用，都有待日後施行細則與法院判決之澄清。而為劃分二法之適用，則首先必須釐清二法責任主體之差別，亦即公平法之「事業」與消保法之「企業經營者」之範圍如何，方可對此二種法律之適用有所了解。

註4：此歐市理事會指令全名為「各會員國關於產品瑕疵責任的法律、規章及行政

命令之調和」（on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products）

，Council Directive, 85/374/EEC, July 25, 1985。迄今為止，已有德國、英國、比利時、丹麥、希臘、愛爾蘭、義大利、盧森堡、荷蘭、葡萄牙等十國遵照該指令規定完成立法。各會員國所通過之法規，請參見 32 I.L.M. 1347 ~ 1413(1993)。

註5：中國大陸之「消費者權益保護法」也在八十二年十月三十一日經過第八屆全國人大常委會第四次會議通過，並於八十三年一月一日正式實施。

註6：請參見立法院內政、經濟、司法委員會八十一年一月二十二日函，《立法院公報》，第八十二卷第七十三期，頁五十一。

貳、公平法與消保法之關係

一、公平法與消保法規範內容之不同

消費者保護法是我國近年來立法中影響範圍最廣泛，但是未來爭議性也將最多的一種法律。其影響層面最廣，不但在於其所涉及之領域包括法律、經濟、政治、以及各種專門學科，更在於其對於行政與司法之衝擊，例如在行政院成立消費者保護委員會，在各級政府成立消費者服務中心，並設立消費者保護官，採用團體訴訟等規定。而由於消費者保護法之內容橫跨公法、私法與訴訟法等各個法律領域，並在我國的大陸法系傳統法律制度中，滲入了英美法的色彩，使得我國傳統的大陸法規定也面臨衝擊，例如消保法對定型化契約、廣告、特種買賣、懲罰性損害賠償以及無過失責任制度等等，都對我國傳統的民法與訴訟法規定產生了重大的衝擊。此種現象，則非公平法所能及。

而造成此種影響廣泛現象之原因，則在於消保法規範層面之廣泛。而由消保法與公平法之規定內容而言，消保法除涵蓋了不公平競爭的問題之外，還包括了商品製造人與服務提供人無過失責任（包括警告標示與回收）、定型化契約、特種買賣（包括郵購買賣、訪問買賣與分期付款買賣）、消費資訊（包括廣告、中文標示、包裝）、行政監督、消費者保護官、消費爭議之處理（包括申訴、調解與消費訴訟）以及消費訴訟（包括團體訴訟、懲罰性損害賠償、不作為訴訟）等方面。相反的，公平交易法則對獨占、結合、聯合行為以及不公平競爭加以規定，範圍上相對較小。

至於在保護消費者與規範廠商商業活動方面，消保法與公平法有關不公平競爭之規定，則有相當之重疊，使得消保法與公平法之間究竟應該如何適用乃生疑義（註7）。事實上，由於保護消費者與防止不正當之商業活動之間，有相當的關聯

註7：事實上，早在消保法於立法之始，行政院就曾於七十四年九月間，交經建會研究消費者保護法與公平交易法合併立法或分別立法之可行性，七十五年行政院依照經建會研究及各界之意見，決定將公平交易法單獨立法；而消費者保護法部份則於七十六年一月十五日由行政院公佈，以「消費者保護方案」代替之。同前註。

性，因此，於美國就是統籌由聯邦貿易委員會負責（註8），而我國雖然於立法之際，有立法委員提案要求由公平交易委員會為消保法之主管機關，但是於最後之黨政協調之後，仍採取在行政院成立消費者保護委員會之方式處理（註9），造成我國法上消保法與公平法分而治之的情事。

二、公平法與消保法保護範圍之不同

在探討消保法與公平法之適用之際，首先就必須對消保法與公平法在執行過程中所可能發生之問題，例如保護之對象為何予以釐清。有關於立法者所欲保護之對象，可以從各法之立法目的中得知。例如，公平法第一條就強調，公平法之立法目的在於「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮」。相對的，消保法第一條所陳述的立法目的，則在於「為保護消費者權益，促進國民

註8：美國聯邦貿易委員會（FTC）下設有消費者保護局，可獨立對有害消費者之行為發佈禁止命令及處以罰鍰等權力，並有向法院提起民事訴訟之權。FTC的另一大部門，則為競爭局（Bureau of Competition），該部門之職掌則在於管理市場之不公平競爭（特別是對消費者詐欺之交易行為，或是限制營業競爭等行為）。請參見周宇，〈美國消費者保護制度之簡介〉，載於中華民國全國工業總會編印之《消費者保護與企業經營》，民國七十二年十月出版，頁七十，以及江美玲，〈美國聯邦貿易委員會保護消費者的做法〉，《今日經濟》，八十年五月號，頁八十一—八十二。

註9：民進黨立法委員原則上主張由公平交易委員會為消保法之主管機關，行政院也同意必要時可以將公平交易委員會之名稱改變，但是消保團體則反對此種方式，最後在消保法三讀前，確定由行政院設立「消費者保護委員會」，由行政院副院長為主任委員，並由有關部會首長、全國性消費者保護團體代表、全國性企業經營者代表及學者、專家為委員（消保法第四十條）。有關立法院就消保法主管機關之討論，請參見立委彭百顯、蘇煥智之發言，見《立法院公報》，第八十二卷第七十三期之院會記錄，頁一二六～一二九，以及消保法召委朱鳳芝之說明，見同公報，頁一三六～一三七。

消費生活之安全，提昇國民消費生活品質」，二者之立法目的顯然有別。因此，在決定保護範圍與適用之際，就必須考慮公平法與消保法之立法目的而作判斷（註 10）。

例如雖然公平法與消保法都對消費者加以保護，但是公平法因為保護之重點在於規範事業間之競爭行為，保護消費者只是一規範競爭行為的一種反射利益。因此，公平法對於「消費者」並無任何定義。相對的，消保法之主要立法目的，就是在於保護消費者。因此，消保法對於消費者乃有十分周密的定義與保護。

根據消保法第二條第一款，「消費者」就是以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。因此，只要是以消費的目的而(1)交易，(2)使用商品，或(3)接受服務之人，就是屬於消費者，至於有無支付對價（也就是不論是有償或是無償）並不是決定的因素。因此，只要是以消費為目的，不論民眾是花錢購買，或是交換，或是因為使用企業經營者所贈送的贈品、樣品，或是免費提供的服務而受到損害，都是屬於消保法所稱的消費者。

另外，由於消保法對消費者之定義中，規定消費者除直接購買商品或接受服務（交易）之外，還規定「使用商品或接受服務者，」因此和直接購買者有關係而使用商品的第三人，例如家人、親戚、朋友、同事、鄰居等，或是服務業者（例如美容院、醫院、保全業等）之顧客，只要有使用商品或是接受服務，就都屬於消保法所稱之消費者，故消保法所稱之消費者也包括美國產品責任法（註 11）上所稱之

註 10：此種立法目的之不同也決定了消保法之主管機關不是公平會，而是行政院所設立之「消費者保護委員會」。見《立法院公報》，第八十二卷第七十三期，頁一三六。

註 11：美國是產品責任（Products Liability）法律最發達之國家。其產品責任之制度，可以根據其歷史之演變，分為過失責任（negligence）、擔保責任（Warranty）與嚴格責任（Strict Liability）等三種不同之類型。受到傷害之消費者可以根據事實分別以不同之訴因（cause）加以主張，其關係，類似我國法律請求權規範競合之規定。美國產品責任中之嚴格責任規定，不但影響到我國消保法所採用的無過失責任之規定，也影響到歐市產品責任指令，而成爲各

使用者（ user ）在內（註 12 ）。

惟一般在討論消費者之時，都僅以自然人為限。但是消費者是否應該僅限於自然人，是否亦應該包括其他屬於法人的企業經營者？例如，甲公司向乙廠商購買電

國產品責任法之圭臬。不過，美國產品責任法迄今仍無具體之明文規定，而委諸判例法。但是，美國法律協會（ ALI ）所編纂的侵權行為整編（ Restatement (Second) of Torts ）第四〇二 A 條之規定，則成為嚴格責任之最具體說明，並為美國各級法院所遵循。其規定如下：

(一)任何物品因其瑕疵，對最後使用者或消費者之人身或其財產有不合理之危險時，於下述情形，出賣人對於使用人或消費者所遭受財產上之損害，應負賠償責任：

1. 出賣人從事經營此種物品之買賣（ Engaged in the business of selling such a product ）。
2. 依所預期，商品到達使用人或消費者，仍保持出賣時之狀態，並無實質改變（ substantial change ）。

(二)前項規定，於下列情形亦適用之：

1. 出賣人對商品製造及銷售曾盡其可能之注意（ exercise all possible care ）。
2. 使用人或消費者與出賣人之間並無任何契約關係，亦未向出賣人購買該產品。

有關美國產品責任制度之說明，請參閱王澤鑑，《商品製造人責任與消費者之保護》，正中書局，民國六十八年九月初版；馮震宇，姜志俊、謝穎青、姜丙俊，《消費者保護法解讀》，月旦出版社，民國八十三年三月，頁八十一以下；焦仁和，《商品責任之比較研究》，作者自刊，七十五年初版；王祖寵，〈商品製造者任論（上）〉，《法學叢刊》第六十期，頁十九以下。

註 12：例如甲向乙商店購買 A 食品公司所生產之食品，除供家人食用外，又贈送與朋友丙以及同事丁戊等人食用，結果大家都發生食物中毒的現象。如果依據民法規定，只有直接購買者甲可以依據契約責任規定向乙請求損害賠償，

視機，結果電視機爆炸，造成甲公司辦公室財產上的損失；或是購買汽車作公務車，但是汽車因為方向盤或煞車有瑕疵，而撞毀公司設備，此時屬於企業經營者的甲公司可否基於消保法向乙公司主張無過失責任？由於消保法並未對消費者限制為自然人，因此，只要是以消費為目的，屬於法人之其他企業經營者，也應該屬於消費者的範圍之內，可以認為是屬於消保法所稱之消費者。但是如果並非以消費為目的，而是基於轉售等其他目的時，則似不屬於消保法所稱之消費者。

消保法不但保護消費者，還保護消費者以外之第三人。根據消保法第七條第三項，企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者「或第三人」時，應負連帶賠償責任。問題則在於，消保法第七條第三項所謂的第三人範圍到底為何的問題。在美國產品責任法上，對第三人（*bystanders*）之認定原則，則為企業經營者只對在合理範圍內可以預見的第三人負責。雖然美國侵權行為法整編第四〇二A條明白的表示，對於商品造成第三人之傷害，是否要負嚴格責任並不表示意見，但是美國的判例法通說卻認為，商品製造人應該對所有「在合理範圍內可預見的第三人」（*reasonably foreseeable*）所受的傷害負無過失責任。例如若所生產的汽車具有瑕疵，則路上行人、車中乘客、與該車發生車禍的其他車輛中的乘客等，都是在合理範圍內可預見的第三人。因此，汽車製造商對於這些人所受到的傷害都要負無過失責任（註13）。

其他之人如果能證明乙有過失，才能根據民法侵權行為的規定對乙主張。

在消保法實施之後，除了為交易之人（甲）外，所有以消費為目的而使用商品或服務受到傷害的人（丙丁戊等皆為使用者），故都是消保法所稱之消費者，都可以根據消保法第七條第三項之規定，向乙及A依連帶責任請求損害賠償。請參見美國侵權行為法整編 Restatement (Second) of Torts, § 402A, Commentl.

註13：例如在 Elmore v. American Motors Corp., 451 P.2d 84(Cal.1969) 一案中，A 所駕駛的車子因為機件突然故障，而越過中心與 B 所駕駛之車互撞，A 與 B 乃對汽車製造商與經銷商提出嚴格責任之產品責任訴訟。加州法院就判決指出，雖然 B 只是第三人，但是因為製造商對其產品所可能造成之傷

此外，公平法與消保法之規範目的亦顯然不同。公平法係以規範「事業」及事業爭取交易的「行為」，其主要目的在維持資源分配的公平及合理，並間接嘉惠消費者。所以，公平法仍以消極方式達到保護消費者目的；相對的，有關與消費者直接發生利害關係之商品、銷售手段、及糾紛處理，則必須由消保法加以規範。是故，公法規範「行銷」，而消保法則規範「零售」的過程，以及日後所衍生之一切問題。例如，產品之不實廣告由公法管理，但是消費者因為不實廣告所誘發的消費行為所導致的權益受損糾紛，則由消保法規範（註14）。

因此，從立法院之立法資料中顯示，在適用消保法與公平法之際，對於二者都有規範之不公平競爭之部份，似採取分階段、分性質之方式加以處理。不過，於實際處理之際，仍有可能發生適用上之問題（註15）。此時，也就涉及此兩種法律所保護之對象與所規範之主體應如何認定之問題，由於涉及日後法律之解釋適用，實有必要加以澄清。

參、消保法與公平法之責任主體與其應負之責任

雖然消保法與公平法所規範之內容有所不同，但是在有關不公平競爭與保護對象方面，則有所重複，因此，在探討消保法與公平法之關係之際，就必須討論各法

害可以預見，故B仍然可以為原告。理由是商品的瑕疵對於第三人所造成的傷害若可以預見，那麼對第三人之保護應更大於對消費者與使用者的保護。

註14：請參見立法委員蕭金蘭於立法院二讀時，就消保法根據公平會之解釋所提出之書面意見，見《立法院公報》，第八十二卷第七十三期，頁一三四～一三五。

註15：於實際適用之時，仍有可能發生消保法與公平法競合之情事，此時，究竟應適用公平法或是消保法，則應探討二者在性質上是屬於請求權規範競合或是法條競合之關係，或是存有特別法與並通法之關係，而依據相關之法律原則加以處理。

所規範之責任主體有何不同，以釐清此二種法律適用之疑義。

一、公平法之事業

根據公平交易法，受到公平交易法規範，應負起公平法責任之主體，係以「事業」為限。而公平法所稱之事業，根據公平法第二條，則包括：(1)公司；(2)獨資或合夥之工商行號；(3)同業公會；(4)其他提供商品或服務從事交易之人或團體。雖然，凡是屬於公平法第二條所稱之事業都可以成為公平法所規範之對象，必須負起公平法之責任，但是公平法也提供了這些事業一些除外的規定。最明顯的，就是第四十六條，也就是「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法（公平法）之規定。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定。」另外，公平法第四十五條也規定，事業「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為」，也不適用公平法之規定。

由以上公平法之規定可知，依照公平法，應負責任之「事業」是採取列舉規定，凡屬於公平法第二條所定義之事業，就會受到公平法之規範。但是，公平法也採取概括條款之規定，將提供商品或服務從事交易之人或團體一併納入，成為責任之主體，使得公平法之責任主體不但包括法人與非法人團體等，還包括自然人。不過，由於公平法並未採取類似消保法的無過失責任與過失責任二種責任制度並存方式，因此各別之「事業」根據公平法所負之責任雖重，但因為公平法規範一致，爭議也當然較小。再加上公平法定有一年之緩衝期間，而且為避免與其他法律之規定發生衝突，也特別規定了除外條款，反而減少了公平法之衝擊。此外，由於公平法在適用時，應負責任之主體—「事業」之意義明確，亦免除了許多爭議。

二、消保法之企業經營者

相較於公平法責任主體與其應負責任之明確，消保法責任主體與其應負之責任則較不明確。其原因，則在於消保法雖以「企業經營者」為消保法之責任主體，但是卻對「企業經營者」所負之責任規定了不同之責任類型（無過失責任與過失責任）所致（註 16）。另外，消保法將服務業也規定為應負無過失責任之主體，而造成消

註 16：消保法所謂的無過失責任，乃是指因為商品或服務之瑕疵，致造成消費者生命、身體、健康或財產上之損害，而由商品製造人或是服務提供人就消費者

保法責任主體範圍之擴張與責任之不明。由於是否所有的服務業者都要負無過失責任之間問題，並無法從立法理由或是立法資料中得知，以致形成極大之不確定性。另外，由於消保法並未對消保法之基礎——消費、商品、服務等重要名詞加以定義，也造成哪些企業經營者應該負無過失責任，哪些又不需要負無過失責任的爭議。這種現象，可以從醫界極力爭取不受消保法無過失責任規範的行動中得知。

根據消保法二條第二款，企業經營者就是「指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」根據此項定義，消保法所稱之企業經營者不但包括其他國家產品責任制度中所稱的商品製造人（也就是與商品之設計、生產、製造及銷售有關的業者），還包括其他國家所未規定的服務提供人，也就是服務業者。可謂是全世界最先進（也是最有爭議性）的立法。根據消保法此種無過失責任立法的規定，所有參與商品設計、生產、製造、經銷、輸入或提供服務等行為之企業經營者，若因所提供之商品或服務造成消費者的損害，必須依據消保法負起無過失之連帶責任。

而對商品製造人與服務提供人，消保法又將其分為應負無過失責任之企業經營者，應負過失責任的企業經營者與擬制（或推定）為商品製造人而應負無過失責任的企業經營者等三類。由於消保法對於企業經營者，並未如公平法第四十六條之規定，將公營事業、公用事業以及交通事業暫時予以排除，因此不論公營或是民營的企業經營者、或是自來水、瓦斯、電力等公用事業，或是鐵公路、航空航天等運輸事業，就都受到消保法之規範。此外，由於消保法並未將企業經營者限制為自然人，因此，不論是法人，或是自然人，甚至是公平法所涵蓋之合夥等非法人團體等，只

的損害負其責任，至於商品製造人或服務提供人有無故意過失，在所不問，故為一種危險責任的立法，企業經營者只需要對不合理之危險負責，並非一般人所想像之無過失責任。原則上，無過失責任也就是由消費者先就其使用企業經營者所提供的商品或服務所遭受之損害事實加以證明，然後再由商品製造人或服務提供人，證明自己已盡善良管理人之注意義務，並無過失，以減輕責任之制度，目的在於保護消費者，並使消費者能獲得適當的救濟（損害賠償）。請參見馮震宇，姜志俊、謝穎青、姜丙俊，《消費者保護法解讀

要是以提供商品或服務為營業者，都有可能成為消保法之企業經營者。若因而發生消費爭議（註 17）時，就會成為消費訴訟（註 18）之被告。但若就消保法之規定而論，消保法所規範之企業經營者似可分為下列各類：

(一) 應負無過失責任之企業經營者

根據消保法第七條，從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。因此，所有會對消費者安全或衛生造成危險的商品製造人與服務提供人都要負起無過失責任。根據此種規定，應負無過失責任的企業經營者可以分為三類：(1) 提供商品的企業經營者，例如國內之各種製造業者以及生產農魚產品之業者；(2) 提供服務的企業經營者，例如醫師、律師、會計師、旅行業者等一般服務業者，以及各種商業產品之設計師，設計不動產與各式建築如公路、橋樑之建築師，結構技師、土木技師等；(3) 從事提供商品與服務的企業經營者，例如美容院、保全業、餐廳、百貨公司、遊樂場所、運輸業者等服務業等。由於從事商品與服務混合類型（Product-Service hybrid）之企業經營者，在本質上仍與商品有關，仍應就其所提供之商品負責，因此，於討論上，則可以分為商品製造人與服務提供人來加以探討。

1. 商品製造人

根據歐美各國有關產品責任之立法例，幾乎各國都對製造瑕疵商品之商品製造人課以無過失責任，由商品製造人對消費者因為使用或消費其所提供之商品所導致之傷害負其責任（註 19）。我國消保法也不例外，特別於消保法第七條，規定生產、

》，月旦出版社，民國八十三年三月，頁七十五。

註 17：消費爭議，是指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議，見消保法第二條第四款。

註 18：消費訴訟，是指因消費關係而向法院提起之訴訟（消保法第二條第五款）。

至於所謂之消費關係，依同條第三款，則是指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。但是，由於消保法對於何謂「消費」、何謂「商品」、以及何謂「服務」都未加以定義，使得消保法在適用上問題叢生。

註 19：有關商品製造人責任之專書，則可參見王澤鑑，《商品製造人責任與消費者

製造商品之廠商必須負起無過失責任。

但就消保法第七條之規定而言，對於消保法所稱的企業經營者仍有不甚明確之處，尤其是在有關於商品製造人與負無過失責任的服務提供人方面為最。例如，在有關於商品製造人方面，在產業界最流行的 OEM（原廠委託製造加工）以及 ODM（原廠委託設計製造）等交易類型中，到底何人為消保法應負無過失責任之企業經營者？依消保法之規定似乎只及於從事設計、生產、製造的廠商，而並不及於委託下單的廠商。除此之外，原料及零組件之製造者是否包括也不明。而如果商品的製造人不明時，究竟何人應該負責，也不清楚。

相對的，歐市產品責任指令與德國法，以及我國民法債編修正草案之規定，都對商品製造人都有明確之定義。例如歐市產品責任指令第三條就規定，商品製造人包括成品之產製者，任何原材料之生產者或零組件之製造者，以及任何將其姓名、商標或其他區別標示標附於產品上，以表明其為生產者均屬之。除此之外，商品製造人還包括(1)任何進口產品至共同體販賣、出租、或任何為其他型態分銷之人，均應被視為本指令所指之商品製造人且應負與生產者同樣的責任；(2)若商品之製造人無法確認時，商品供應者則視為商品製造人，除非其能在合理時間內把供應產品之商品製造人或個人通知受害者（註 20）。

至於德國產品責任法第四條，則明定商品製造人包括下列四種：(1)成品、原料及零件之製作者；(2)標示其姓名、商標或其他足以識別之標誌於產品上，而表彰其為製造人者；(3)基於出賣、出租、融資租賃或其他具有經濟上目的之銷售形式，在其營業活動範圍內，輸入物品於歐洲經濟共同體者；(4)於商品製造人無法確定之情形下，每一產品之供應商均視為其製造人。但供應商經被害人催告後，於一個月內通知被害人該產品之製造人，或向其自己供應該產品之人者，不在此限。輸入產品

之保護》，正中書局，民國六十八年九月初版。有關歐洲共同市場產品責任指令與英日德等國有關商品製造人責任之規定，請參閱王澤鑑，《產品責任特別立法之比較研究》，以及《產品責任現況之檢討及其發展趨勢》均收於氏著《民法學說與判例研究（三）》一書中，民國七十一年八月再版。

註 20：有關歐洲共同市場產品責任指令之介紹，請參閱黃立，《論產品責任》，《政大法學論叢》第四十三期，民國八十年十月，頁二一七四以下。

之人無法確定者，縱產品製造人之名稱已經得知時，亦同（註 21）。

而在我國，為解決因為瑕疵產品所造成的責任問題，法務部民法修正委員會於民國七十二年九月所完成的債編通則修正草案初稿中，特別增訂第一九一條之一，對產品責任加以規範。根據該草案，「商品製造人因其商品之通常使用或消費者所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造、設計並無瑕疵或其瑕疵為被害人明知或因重大過失而不知者，不在此限。稱商品製造人者，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人。商品之生產、製造或設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有瑕疵。商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任。」（註 22）

至於美國法上應依照無過失嚴格責任負責的主體，則包括任何從事對消費者銷售商品的人。因此，在美國法上，依照嚴格責任應該負責的主體，包括了產品的製造商、經銷商（包括大、中、小盤經銷商）、零售商、並且還包括屬於服務業，但是卻因其所提供之服務與商品間關係密切之原因，而應負責之餐廳等服務業者。不過，應該負責的這些主體並不一定要將所有的營業重心放在造成傷害的商品之上，只要是屬於該商品銷售管道中的一環，就要負責（註 23）。所以凡是供應會傷害社會大眾生命、健康、財產之商品的銷售者，即必須就社會大眾對此種商品的信任，

註 21：該法已經於一九九〇年一月一日正式實施。請參見詹森林，〈西德一九八八年產品責任法草案〉，《萬國法律》，民國七十七年六月號，頁九；以及朱柏松，〈商品製造人侵權行為責任法之比較研究〉，《台大法學論叢》，民國八十年，頁二六三以下。

註 22：由於民法債編通則修正草案尚未完成立法，因此，尚不會發生規定歧異之處，但是若債編第一九一條之一依照此草案完成立法，則將必然會發生法條競合之情形。

註 23：Restatement (Second) of Torts § 402A, Comment f。美國法律整編之評論雖然只是美國法律協會對條文之說明，但是卻廣為美國法所採納，故仍然有相當的法律效力。

負起一種特殊的責任。相對的，如果是消費者偶爾為之的出賣行為，只要沒有故意或過失，就不必負起特殊的責任。不過，對於不是從正常商業管道所販賣出來的商品，例如經由強制拍賣、破產拍賣或是大宗買賣（bulk sale）等所流出之商品，出賣人就不必負無過失責任（註 24）。

2. 服務提供人

商品製造人應對其所設計、生產、製造之瑕疵商品負責的問題，已經成為世界各國產品責任立法所共通的觀念，也使得產品責任制度成為保護消費者的一項主要法律設計。不過，各國都未對提供服務的企業經營者課以無過失責任，而我國消保法則明文將服務提供人也包括在應負無過失責任之企業經營者範圍之內。但是由於消保法對於所有服務業者是否都必須負無過失責任並無詳細之規定，又未對攸關服務業責任之「消費」與「服務」加以定義，故服務業者之責任仍有待澄清。而就消保法的影響而言，消保法將無過失產品責任的規定擴大至服務業，使得影響層面更為擴大，問題也更為複雜。例如醫生從事醫療行為時，是否要對病人負無過失責任就是一個十分棘手的問題。而在一般的商業活動中，到底哪些行業應負無過失責任，哪些又可以負過失責任，也不易區分。

可是對於此種影響重大的法律爭議，我們卻無法從立法院有關的議事記錄中得知到底整體服務業是否都要負過失責任。在立法院的會議記錄中，雖然消保法的召集委員立委朱鳳芝於二讀時，曾經於發言時指出，「至於服務業是否納入本草案，葉委員提議將醫療糾紛納入，本席認為，醫療糾紛應由醫療法規來規範，如消費者保護法第二條所規範的大都是『商品的交易與服務』，兩者並不相同。儘管如此，我們還是要廣納徵言，俾便對消費者的權益多與保障。」（註 25）由此可知，朱委員所指之服務似乎限於與商品交易有關之服務，但是由於消保法嗣後透過黨政協調之方式進行，因此究竟立法委員對此有無再作討論，討論的結果如何，都無法從攸關法律未來適用與解釋的立法院公報中得知，也使得服務業應如何適用無過失責任的問題無法獲得解決。

註 24：ibid.

註 25：見《立法院公報》，第八十二卷第七十三期，頁一三七。

由於立法理由資料的欠缺，法院日後在審理有關消保法的案件時，就必須就消保法的條文規定，作文義解釋，以決定服務業應否負無過失責任。不過，若從條文文義觀察，可以發現消保法已經將設計的服務業明文納入無過失責任的範圍（註 26 ），因此建築師、設計師甚至設計產品的工程師都應受消保法規範，並負無過失責任，這對於我國建築業界與產品設計業界將會有極大的影響。

不過，消保法所規定的無過失責任是否可規範整體服務業仍然有可議之處。目前除少數國家之外（註 27 ），其他國家之相關法令，例如美國法判例、歐市理事會所頒布的指令等，就都認為服務業者不負無過失責任。例如一九九〇年歐市執委會所草擬的「歐市瑕疵服務責任指令」（註 28 ）草案，就只採用過失責任，但隨後又撤回。此外，歐市於一九八七年所頒布的有關保護消費者安全或健康的指令（註 29 ）中，也將範圍拘限於「產品」，並未包括服務。可見歐市並未對服務業課以無過失責任。

就以產品責任最發達的美國而言，雖然美國法院力圖擴大產品責任的範圍，但是也只是將餐飲業、出租業、不動產業以及認證機構（ certifying agencies ）等行

註 26：消保法第七條就明文規定，從事「設計」、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。

註 27：中國大陸於八十二年十月三十一日通過，八十三年一月一日施行的消費者權益保護法也將服務業一併納入。其第十一條即規定，「消費者因購買、使用商品或者接受服務受到人身、財產損害的，享有依法獲得賠償的權利。」

註 28：此草案之全名為 Proposed Directive on liability for Defective Services, 20 Des. 1990, Com (90) 482 。但是由於牽涉廣，影響重大，所以該草案已為歐市執委會所撤回。

註 29：歐市對於消費者保護的指令名稱為「各會員國對於危及消費者健康或安全之產品相關法律之調和」（ on the approximation of the laws of the Member States concerning products which, appearing to be other than they are, endanger the health or safety of consumers ）, Council Directive, 87/357/EEC, June 25, 1987 。

業納入（註 30），對於提供專業知識與技能的專業人士，如醫療機構、牙醫師、律師、工程師、產品維修業等，仍認為不適用無過失責任。例如對於醫療機構，即使是發生輸錯含有肝炎或 AIDS 的血液，美國法院即認為醫院只對其過失負責，並不負無過失責任。例如在 *Magrane v. Spector*（註 31）一案中，被告牙醫在為原告進行皮下注射時，所使用之注射針筒突然折斷，使原告受到傷害，可是紐澤西州高等法院卻拒絕對牙醫師適用無過失責任，因為法院類似牙醫師等的專門職業技術人員與其客戶之間的關係，並不是商業買賣交易，而是一種提供專業技術與服務的關係，故不適用無過失責任之規定，只適用一般的過失責任原則。此項見解，並為美國其他法院所接受，成為將醫療服務業排除於無過失責任之外的有力說理。

雖然我國並不一定要保守從事，也可對消費者作更周延的保護，但是對於此種影響重大的立法則應從經濟層面加以分析，尋求最有利於整體社會的解決方式。若全盤採用無過失責任，則責任保險如何配合以及如何建立公正的鑑定制度，就應首先解決。由於立法理由與立法資料的欠缺，若消保法施行細則並未能對應適用無過失責任的服務業之範圍或對消費之定義予以明定，法院日後在審理有關消保法的案件時，就必須以個案判決的方式，來決定那些服務業應負無過失責任，對於法院而言，將是十分重大的責任。而對服務業者而言，由於法院是最終的決定者，在法院判決前，也將會處於一種責任不確定的狀態。

（二）負過失責任之企業經營者

對於與瑕疵商品與服務有關的企業經營者雖然要負連帶責任，但是並不是所有的連帶責任人都負無過失責任。根據消保法之規定，在消保法中負過失責任的企業經營者包括從事經銷的企業經營者（經銷商）（註 32）。這些企業經營者雖然不必

註 30：請參見 M. Stuart Madden, *Products Liability*, pp.87-104, 2nd Ed. (1988)。

註 31：53 N.J. 259, 250 A.2d 129 (1969)。

註 32：消保法第七條規定，從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。是故，本項規定，以指與消費者安全或衛生上危險有關之商品或服務，才負無過失責任，若與消費者安全或衛生無關者，則不負無過失責任。因此，若將消保法第七條第一項之

負無過失責任，但是仍然受到消保法其他規定，例如定型化條款、廣告、特種買賣、分期付款等規定的規範。

消保法考慮到經銷商對所販售商品的瑕疵或是警告標示的缺失負無過失責任、對於經銷商亦有所不公，所以特別在第八條對經銷商採取過失責任，因此雖然從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但是若從事經銷的企業經營者對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，就不必負責。

此種規定，對於國內的廣大從事經銷的企業經營者而言，助益極大。因為經銷商只要能證明其(1)對於損害之防免已盡相當之注意，或(2)縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，就可以免責（註 33），而製造商縱使證明自己無過失，卻仍然必須要負無過失責任，只能受到減輕責任的待遇，可見其間差異之大。由於第八條的條文採用「或」，因此，經銷商只要證明其中之一就可以免除責任。

此二項仿民法第一八七條與一八八條有關法定代理人與雇用人免責規定的立法，

規定，做限縮之解釋，則與消費者安全衛生無關的其他服務業者（例如律師、會計師等專門技術人士以及金融保險等一般的服務業者）亦將只負過失責任，此亦為歐美國家之現況。

註 33：「對於損害之防免已盡相當之注意」，究竟是指法律上的何種注意義務並不明。因此經銷商到底是只要負何種責任並不明確。由於本項免責規定與民法第一八八條雇用人的免責規定相似，根據國內民法學者的通說，應該由主張免責之人負較重的善良管理人之注意義務。而由本條之規定觀之，此種免責規定主要是為調和無過失責任之過苛，立法者並無欲降低經銷業者注意義務之意思，因此，對於此處所謂的「已盡相當的注意義務」，應解為經銷商已盡善良管理人之注意義務，方可達成消保法的法目的。至於「縱加以相當之注意而仍不免發生損害者」的情形，就是指從事經銷的企業經營者對於損害之防免雖未盡相當之善良管理人注意義務，但該消費者所受損害之原因，卻和經銷業者未盡之間並沒有因果關係。類似此規定的條文，可見於民法第一八八條第一項但書。但是學者則認為此規定純為注意規定，實際上能適用的

根據國內民法學者對一八七條與一八八條之解釋，認為應由經銷商就其防止損害之發生並無過失負舉證責任，如果經銷商無法舉證，就必須負責，故為一種舉證責任轉換的規定，也是一種過失推定的規定，學者稱之為「中間責任」（註 34）。不過於實際適用上，我國法院對於僱用人免責的證明事項多採嚴格立場，僱用人能夠因此免責的情形不多（註 35）。若在同理可證的情形之下，國內經銷業者若要舉證證明自己盡相當的注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，以免除自己的責任時，就必須在證據上多多加強。

不過消保法也規定經銷業者與應負無過失責任之企業經營者應負連帶責任。根據民法第二七二條以下有關連帶責任之規定，連帶債務人相互間之分擔義務，若無法律或契約之規定，應平均分擔其義務（註 36），是故，負無過失責任之企業經營者在賠償之後，則可以基於連帶債務人之內部關係，向經銷業者主張平均分擔義務。如此一來，經銷業者是否可以真正免責，仍有可議之處。

（三）推定負無過失責任之企業經營者

除了設計、生產製造商品或是經銷商品的企業經營者之外，在市面上流通的許多商品，都是由國外所直接輸入國內，供國內消費者消費。為使從事輸入商品或服務的企業經營者能夠與國內的企業經營者盡同樣的義務，並防止輸入商品之人輸入逾期或是有妨礙消費者安全衛生的國外商品，消保法也採取聯合國消費者保護準則與歐市產品責任指令的原則，特別於第九條規定，輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造商品或提供服務之提供者，負本法第七條之製造者

案例不多。請參見鄭玉波，《民法債編總論》，三民書局，民國七十四年，頁一八五一—一八六。

註 34：鄭玉波，前揭書，頁一七八，一八五一—一八六；孫森焱，《民法債編總論》，頁二一一，二一六，作者自版，民國七十九年。

註 35：孫森焱，前揭書，頁二二〇。

註 36：民法第二八〇條規定，連帶債務人相互間，除法律另有規定契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害，及支付之費用，由該債務人負擔。

責任，也就是以推定之方式，將這些企業經營者擬制為商品製造人，而負無過失責任（註 37）。根據此條規定，應負起消保法責任之此種企業經營者包括下面兩種情形。

1. 輸入商品或服務之企業經營者

根據第九條之規定，只要是輸入商品或服務的企業經營者，就必須對其所輸入的商品或服務所造成之損害負無過失責任。故受到本條規範者，不只限於國外廠商在國內的代理商，還包括進口水貨的貿易商以及其他進口商。至於輸入服務的企業經營者則包括一些代理國外服務業而對國內消費者提供服務的廠商，例如美容、顧問、經理等公司。

此項規定也與聯合國保護消費者準則第十項規定符合。根據該準則，「適當政策應確保製造商生產的商品在指定用途或通常預期的用途方面安全可靠。負責將商品向市場推銷的商家，特別是供應商、出口商、進口商、零售商等等，應確保由他們照管的商品不致因為不適當的處理或儲存方式而變成不安全，以及由他們照管的商品不致因為不當的處理或儲存方式而變得危險。」（註 38）

而在歐洲共同市場方面，歐市產品責任指令第三條第二款則規定，「以銷售、出租、租售或其他營業形態為目的，在其營業範圍內，將產品輸入共同體者，依本指令定義，視為該商品之製造人，負與商品製造人相同之責任，但不影響原製造人之責任。」此外，為解決與消費者安全健康有關之產品的輸入問題，歐洲共同市場更在一九八七年六月二十五日通過「各會員國對於危及消費者健康或安全之產品相關法律之調和」指令（見註 29），規定各會員國應採取必要之措施，以禁止包裝與真實內容不同，且對消費者健康及安全具有危險之產品的上市、進出口與製造，此

註 37：對於消保法之規定，學者王澤鑑表示，「若將立法視為一種商品或服務，本法規定難謂無瑕疵。」見氏著，〈消費者保護法關於商品責任及服務責任若干問題的探討〉，行政院消費者保護法有關商品及服務責任問題座談會附件。而第九條將製造者責任卻包括服務提供人責任，文義上即有不妥。

註 38：請參見內政部社會司編印，《外國消費者保護法規資料選輯》，民國七十九年五月，頁二〇三。

種規定就與消保法有關之規定相同。因此，對於進口商所進口之產品與消費者安全健康有關時，就應由進口商負責。

很顯然的，我國消保法對於進口商所負之責任與其他國家之立法例一致，但是卻無類似歐洲共同市場產品責任指令之「不影響原製造人之責任」之規定，似表示原製造人仍應負責。此外，消保法的另一問題，則在於有關商品的合法代理商與水貨商之間，就輸入商品所造成消費者之傷害，應該由何者負擔的問題。由於商標法明文承認「第一次銷售理論」（註 39），因此，國外商品可以透過代理商與貿易商（水貨）兩種管道輸入。不過由於水貨貨源常常無法從正常的行銷管道獲得，而必須透過特殊管道取得，例如國外地區代理商的切貨、清倉、拍賣等管道，因此對於是有保存期限的商品，如食品、化妝品等商品，常常會有有效期限即將屆滿，或是逾期的情形。但是，由於消費者不一定能從商品本體判斷其所購買之商品究竟為水貨或是正廠商品，使得進口業者之責任也不易釐清。

2. 改裝、分裝商品或變更服務內容之企業經營者

另外一種被消保法擬制為製造商，必須負起無過失責任的企業經營者，就是從事改裝、分裝商品或變更服務內容的企業經營者，而其中問題最大的，就是有關於組裝者（assembler）是否負責之問題。

註 39：商標法於八十二年十二月修正時，於第二十三條第三項特別規定，「附有商標之商品由商標專用權人或經其同意之人於市場上交易流通者，商標專用權人不得就該商品主張商標專用權。但為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，不在此限。」此項規定，乃明文承認第一次銷售理論，或稱為權利耗盡原則之具體表現。此理論之基礎在於，一旦商標專用權人將其商品公開銷售後，商標專用權人即已取得其合理之對價，就不得在對該商品嗣後之轉售行為加以干涉。立法委員之所以在商標法做此規定，主要是因為可口可樂一案所引發之「真品平行輸入」爭議所致。有關真品平行輸入之問題，請參閱全國工業總會所編印之〈談平行輸入〉一書，民國八十一年。有關商標法第一次銷售理論與相關規定，請參閱拙著，《了解新商標法》，永然文化出版公司，民國八十三年。

在國內，有關於改裝分裝商品的情形，可以用大宗物資進口業者為例。大宗物資所進口之穀物，於進口後，即自用或是轉售與國內之飼料或是食品業者，然後由這些業者在予以分裝或是加工處理。至從事改裝的企業經營者，則可以用改裝汽機車的汽機車行，或是組裝拼裝車的車行為例。如果以後因為它們所改裝的車輛肇事時，這些從事改裝的車行也必須要負無過失責任。因此，從事經銷的企業經營者，如果任意改變原廠的規格，而將商品加以變更時，就有可能從只負過失責任的經銷業者變成負起無過失責任的企業經營者。

除此之外，從事最終產品組裝的業者是否也是屬於此種法律推定為應負無過失責任的企業經營者，由於消保法並未加以規定，仍有待澄清。歐洲共同市場產品責任指令第七條第 f 款就對零組件製造廠商與組裝廠商間的此種責任分擔問題有明確的規定，亦即，零組件（ component ）製造人所製造之零組件瑕疵係因該產品設計所致，而該零組件已符合或已依商品製造人之指示（ instructions ）製作者，零組件製造人不負損害賠償責任，此種明確的規定，值得我國學習。

四) 有爭議之企業經營者

1. 一般消費者之銷售行為

除了以上的各種類型之企業經營者以外，有待討論者，就是對於一般消費者之銷售行為是否屬於消保法之管轄。

根據公平法第二條第四款，凡是「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」，都是屬於公平法所稱之「事業」。因此，公平法所涵蓋之範圍，不但包括法人、工商行號、同業公會等團體，還包括提供品或服務從事交易之一般自然人。

而根據消保法第二條第二項之規定，企業經營者則是以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，從此種定義而言，消保法所稱之企業經營者不但包括法人，還可能包括非法人團體或是自然人，只要其符合消保法第二條第二項之規定即可成為消保法所稱之企業經營者。因此，就此等規定而言，公平法與消保法之規定似乎一致。但是，實際上仍然有別。因為，消保法將企業經營者限制為必須以「為營業」為要件，而公平法則以「從事交易」為要件。二者之區別，則可以表現在一般人所為之銷售行為是否可以適用消保法或公平法之上。

在美國法上，應負無過失責任的經銷商係限於以經銷商品為營業（ in the busi-

ness) 之人，因此，個人偶然的從事銷售行為，例如搬家賣傢俱，出賣自己的汽車給車行或朋友，贈送親手做的食品與朋友等，都不屬於以經銷為業的商人，所以不負無過失責任（註 40 ）。但是，如果是從事經銷的商人，縱使發生傷害的商品並不是其主要的營業項目，仍然需要負無過失責任。例如電影院所賣的食品不潔造成看電影的消費者上吐下瀉，雖然電影院的主要業務為放映電影，販賣食品為附帶的業務，但是電影院仍要負無過失責任，此種形態在美國法上又稱為商品服務混合類型（ product-service hybrid ）（註 41 ）。

我國消保法既已經將企業經營者定義為指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務「為營業者」，因此，消法規範之對象似應該僅限於以營業為目的之商人，對於消費者偶一為之的銷售行為，因為這此消費者不屬於「為營業者」，故不屬於企業經營者，故似仍應該與美國產品責任法為相同的解釋。但是，就公平法而言，一般人所為之銷售行為，仍有可能屬於「從事交易」，而有公平法之適用。

2.二手貨業者

在經銷商的領域之內，還有一種容易引發爭議的行業，那就是從事二手貨買賣經銷的企業經營者，例如市面上最常見的就是二手汽機車的買賣的業者，在消保法的規範下，他們的責任為何並不明確。在美國法上，雖無定論，但是大多數的法院都認為從事二手貨的企業經營者並不負無過失責任，否則等於是這些業者保證那些已經使用多時的商品永遠不會造成損害一般。

例如在 Peterson v. LouBachrodt Chevrolet Co. , (註 42) 的案例中，二位就讀小學的原告在放學回家的路上，為駕駛一輛二手車的被告 A 撞傷。 A 表示其所

註 40 : Restatement (Second) of Torts, § 402A, Comment f.

註 41 : ibid. 事實上，在消保法中問題最多，而且也最常見的，就是此種商品服務混合類型。因為，除了純粹的商品製造人與純粹的服務提供人之外，其他的企業經營者都是屬於此種商品服務混合類型之企業經營者。有關美國商品與服務類型之討論，請參見 James A. henderson Jr. & Aaron D. Twerski, Products Liability, Problems and Process, 170-179 (1989) 。

註 42 : 329 N.E.2d 785 (Ill. 1975) 。

以會撞到原告主要是因為車子的煞車突然失靈，因此原告乃將出售給 A 二手車的 B 車行一起列為被告。不過，法院卻判決，如果 B 車行在處理該二手車時並無過失，就不負無過失責任，因為若要車行對於該二手車負無過失責任，等於是要求車行對於在其他人控制之下的商品保證其不出現瑕疵，未免不合理。縱使法院認為二手貨的企業經營者應該要負無過失責任，但是通常法院也准許這些企業經營者能夠從價錢和使用年限等方面，來主張其並不應該負責（註 43）。

由於我國消保法已經對從事經銷的企業經營者採取過失責任，因此，從事二手貨買賣的業者自然也負無過失責任，只要能證明其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，就可以免責。但是，此種過失責任的前提是從事二手貨經銷的企業經營者並無過失，也並未將該二手貨商品另行改裝或分裝。若有改裝或分裝的行為，根據消保法，就會被擬制為與商品製造人相同，應負無過失責任。而根據公平法，二手貨業者也是從事交易之人，因此當然屬於公平法所稱之事業，若有違反公平法之情事，例如不實廣告，即應受公平法之規範。

肆、結論

由於消保法之責任主體（企業經營者）與公平法之責任主體（事業）並不相同，因此，也造成消保法之「企業經營者」與公平法之「事業」意義是否相同之疑問。就公平法而言，由於公平法對於事業之定義明確，又無不同之責任類型，並作了若干除外之規定與訂定了一年之緩衝期間，使得公平法實施之際，對於國內業者之衝擊也較小。相反的，消保法由於未對消保法之基礎—消費、商品、服務等名詞加以定義，又將企業經營者所負之責任分為無過失責任與過失責任兩種，並將服務業也規定要負無過失責任，以致造成消保法責任主體不明，以及應負責任認定之困擾。

註 43：例如在 *Cornelius v. Bay Motors, Inc.*, 484 P.2d 299 (Ore. 1971) 案件中，原告花了 500 美元買了一輛車齡七年，已經跑了五萬英里的舊車。結果買來的當天煞車就失靈而肇事。法院就認為由於車齡已高，而且價值只有 500 美元，在此種情況下，出賣二手車的車行就不負無過失責任。

目前國內醫學界就一再呼籲將醫界排除於無過失責任之外，但是若將醫界排除，則其他服務業者，如律師、會計師、運輸業等等，都會要求比照辦理，反而不勝其擾。可行之計，乃是對消保法最根本之「消費」、「商品」與「服務」等名詞，於施行細則中加以定義，適當限縮消保法責任主體之範圍，或可免除消保法因為無緩衝期間與除外條款之缺失所帶來之疑義。

