

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論消費者保護法之服務責任

—以服務欠缺安全性為中心

Thesis on Service Liability in Consumer Protection Law

—Focusing on Defect of Service

黃園舒

Yuan-Shu Huang

指導教授：陳忠五 博士

Advisor : Chung-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 106 年 6 月

June 2017



中文摘要



在台灣社會中，服務侵害消費者或第三人之人身或財產完整性之新聞時有所聞，其中，尤以發生於 2015 年 6 月 27 日晚間之八仙粉塵爆炸事件，最令人們矚目與震撼，該事件亦為近 10 年來死傷人數最多的意外事故。惟不論眾多不幸意外事故之原因事實如何千差萬別，相同的均是留下一群突然遭逢意外事故，身心及經濟上受創嚴重的被害人。他們的弱勢處境於消費者保護法施行迄今已逾 20 年之今日，並未獲得顯著之改善，每當重大意外事故發生，仰賴善心捐款或是訴諸國家賠償的情形依舊屢見不鮮。是以，本論文以消費者保護法服務責任為題，聚焦於探討服務欠缺安全性之概念及認定。

服務無過失責任之規定，固為比較法上罕見之立法例，亦引發諸多在立法論層次上之質疑與批評，然基於商品與服務性質上之差異，不足以作為區別對待之正當理由、傳統契約責任對於接受服務之被害人仍有保護不足之處，更重要的是，實現危險之分配正義，以確保被害人人身或財產安全性之立法目的應予貫徹，故在解釋、適用服務責任相關規定時，應緊扣無過失責任之規範脈絡，以朝向改善被害人弱勢法律地位之方向邁進。至於在加強保護被害人人身及財產完整性之同時，如何達到合理限制企業經營者責任之目標，本文認為回歸服務責任之構成要件，妥善加以解釋與操作，依構成要件所負載之規範功能，已經足以劃定消費者保護之合理界線。

其次，本文於第四章對台灣實務案例進行觀察，指出過失概念的客觀化以及服務之特性，導致服務安全性欠缺與過失概念混淆不清。然而，若將向來習以為常之企業經營者觀察角度下的專業者水準，改為消費者觀察角度下的外行人水準，以判斷服務是否欠缺一般消費大眾通常可合理期待之安全性，且對服務進行整體性的觀察與評價，避免切割不同原因事實分別究責，並貫徹安全性欠缺為客觀歸責事由，無須考量應負責任者於行為時之個人特殊情事，應得釐清服務安全性欠缺與過失之差異。此外，在判斷安全性欠缺時，應將消費者保護法施行細則第 5 條規範之考量因素綜合判斷，於解釋、適用時，均應以消費者之安全標準為依歸。

本文期待我們能將原先投注於加害人之目光，轉移至弱勢之被害人身上，以一般消費大眾之觀點，作為安全性是否欠缺的判斷標準，擺脫服務安全性欠缺與過失混淆不清之泥淖，貫徹消費者保護法服務責任為無過失責任之精神，試圖改善被害人弱勢之法律地位，使他們能在遭逢不幸意外事故後，在最短的時間內，以最簡明、經濟的方式，獲得最充分、確實的損害賠償。

關鍵詞：消費者保護法安全性欠缺、過失責任、無過失責任、消費者期待、服務責任

Abstract

In Taiwan society, it may occasionally to hear that someone or their property have been injured and damaged by personal services. The most terrifying incident was Ba Xian dust explosion happened on June 27, 2015, with the largest number of casualties in the past ten years. Although there are many different causes and reasons for the unfortunate incidents, the common fact is that they left a group of victims after sudden incidents that have been forced to face physical, psychological and economic damage. Their disadvantaged situation has not been significantly improved for more than 20 years since the implementation of the Consumer Protection Act; whenever major accidents occurred, the victims can only rely on the goodwill donation from the society or resort to state compensation. In this regard, this paper intends to discuss on the service responsibility based on the Consumer Protection Law with a focus on the concept and recognition of "defect of service".

The regulation for non-negligence liability of the service, which is rare in legislation comparatively, has raised many questions and criticisms at the legislative level. However, the difference in goods and services is not justified for discriminatory treatment, and the traditional contractual obligations are inadequate for the victims of the service. More importantly, realize the distribution of justice, to ensure that legislation for the victim's personal or property safety should be implemented and the interpretation of the relevant provisions of the application of liability should be closely linked to the context of non-negligence liability to "improve the victim's disadvantaged position". As for how to achieve the goal of reasonable restrictions on the responsibility of the enterprise, this paper argues that the constituent elements of service responsibility should be properly interpreted and operated, and the normative function will be sufficient to define the reasonable boundaries of consumer protection.

In Chapter 4 of this paper, we observe the cases in Taiwan and point out the objectivity of the concept of negligence and the characteristics of the service, which leads to the defect of service and confusion in the concept of negligence. However, if the level of professionalism from the business operator's point of view is changed to the consumer, determine the standard of the reasonably expected safety for the general public with overall observation and evaluation of the service, avoid separation of responsibilities for different reasons, and define the defect of safety as

attributable liability, then distinction between defect of safety and negligence can be made with objectivity regardless of the individual's behaviors on the occasion. Besides, the judgment of the defect of safety should be made in accordance with Article 5 of the Enforcement Rules of Consumers Protection Law, based on assessment of the safety standard expected by the consumers.

In this paper we look forward to casting the eye on the victims instead of the doer of service. And we should judge the normal consumer's expectation for safety with the viewpoint of the public, focusing on the defect of safety, and discard confusion of the defect of service and negligence, to implement the concept of faultless liability for service as depicted in the provisions of the Consumer Protection Law, in order to improve the legal status of the victims, ensure that the victims can be adequately indemnified for their damages with most concise, economic and accurate methods in the shortest possible time.

Key words : Consumer Protection Law 、 defect 、 negligence liability 、 strict liability 、 expectation of consumer 、 Service Liability

簡目



第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 問題提出.....	3
第二章 消保法服務責任之歸責原理與法理依據.....	7
第一節 消保法服務責任之歸責原理.....	7
第二節 比較法之觀察.....	16
第三節 歸責原理妥當性之探討.....	35
第三章 限縮服務之範圍？.....	101
第一節 立法過程之討論.....	102
第二節 適用範圍無限制說.....	103
第三節 適用範圍有限制說.....	104
第四章 服務安全性欠缺與過失.....	167
第一節 安全性欠缺之概念與認定.....	167
第二節 過失之概念與認定.....	179
第三節 兩者混淆不清之現象.....	184
第四節 區別困難之可能原因.....	197
第五節 區別之必要.....	201
第六節 區別標準與實例操作.....	208
第五章 安全性欠缺之考量因素.....	233
第一節 服務之標示說明.....	234
第二節 服務可期待之合理接受.....	252
第三節 服務提供之時期.....	270
第六章 結論.....	283
參考文獻.....	289

詳目



第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 問題提出.....	3
第二章 消保法服務責任之歸責原理與法理依據.....	7
第一節 消保法服務責任之歸責原理.....	7
第一項 2003 年修正前消保法第 7 條之規定	7
第二項 過失責任與無過失責任歸責原理之差異.....	11
第三項 2003 年修正後消保法第 7 條之規定	13
第二節 比較法之觀察.....	16
第一項 英美法.....	17
第一款 英國法.....	17
第二款 美國法.....	19
第一目 商業上交易行為.....	20
第二目 專門職業人員之服務.....	24
第二項 歐盟法.....	29
第三項 日本法.....	30
第三節 歸責原理妥當性之探討.....	35
第一項 無過失責任正當化之根據.....	35
第二項 服務無過失責任之妥當性探討.....	37
第一款 肯定見解.....	38
第二款 否定見解.....	41
第一目 商品與服務性質差異.....	41
第二目 契約責任已能提供充分保護.....	43
第三目 安全性欠缺與過失區別困難.....	44
第四目 其他.....	46
第三款 本文見解.....	47
第一目 對商品與服務性質差異之回應.....	47
第二目 服務並無與商品區別對待之正當理由.....	58
第三目 傳統契約責任之保護不足.....	63
第四目 對安全性欠缺與過失區別困難之回應.....	96
第五目 對服務不應一概適用無過失責任之回應.....	97
第六目 對服務責任不當加重企業經營者負擔之回應.....	98
第三章 限縮服務之範圍？	101
第一節 立法過程之討論.....	102

第二節 適用範圍無限制說.....	103
第三節 適用範圍有限制說.....	104
第一項 限於本質上具衛生或安全危險之服務.....	104
第二項 限於與商品有關聯之服務.....	110
第三項 限於非專門職業人員提供之服務.....	112
第四項 醫療服務之特殊性？.....	115
第一款 醫療法第 82 條修正前	117
第一目 學說爭議.....	117
第二目 實務爭議.....	124
第二款 醫療法第 82 條修正後	130
第一目 學說爭議.....	131
第二目 漸趨一致的實務見解.....	134
第三目 醫療服務一律排除？.....	137
第五項 本文見解.....	159
第一款 應回歸服務責任之構成要件.....	161
第二款 限縮標準無法達到合理限制責任之目的.....	163
第三款 醫療服務無排除適用服務責任之正當性.....	164
第四章 服務安全性欠缺與過失.....	167
第一節 安全性欠缺之概念與認定.....	167
第一項 誰的合理期待？.....	168
第一款 學說見解.....	169
第二款 實務見解.....	171
第三款 本文見解.....	174
第二項 安全性欠缺之認定.....	174
第三項 小結.....	179
第二節 過失之概念與認定.....	179
第三節 兩者混淆不清之現象.....	184
第一項 KTV 槍擊身亡案	185
第一款 案例事實與判決摘要.....	185
第二款 判決評釋.....	187
第二項 汽車旅館毆傷案.....	188
第一款 案例事實與判決摘要.....	188
第二款 判決評釋.....	190
第三項 木新游泳池溺水案.....	191
第一款 案例事實與判決摘要.....	192
第二款 判決評釋.....	194
第四項 小結.....	197
第四節 區別困難之可能原因.....	197

第一項 過失概念的客觀化.....	198
第二項 服務之特性.....	199
第五節 區別之必要.....	201
第一項 貫徹服務無過失責任之立法目的.....	201
第二項 服務之特性並非毋庸區別之正當理由.....	203
第六節 區別標準與實例操作.....	208
第一項 主觀的歸責事由或客觀的歸責事由.....	208
第二項 企業經營者觀察角度或消費者觀察角度.....	209
第三項 行為本身或服務本身.....	211
第四項 本文見解.....	211
第五項 實例操作.....	216
第一款 責任主體有過失、安全性有欠缺的案例類型.....	217
第一目 汽車旅館毆傷案.....	217
第二目 木新游泳池溺水案.....	218
第三目 蒸氣太空艙排風管掉落案.....	219
第四目 小結.....	220
第二款 責任主體無過失、安全性有欠缺的案例類型.....	221
第一目 KTV 槍擊身亡案.....	221
第二目 肝臟血管攝影併發症案.....	225
第三目 八仙粉塵爆炸事件.....	227
第四目 因果關係之認定.....	228
第五目 小結.....	231
第五章 安全性欠缺之考量因素.....	233
第一節 服務之標示說明.....	234
第一項 標示說明與消費者期待之互動.....	234
第二項 安全性欠缺之考量因素或類型之一？.....	238
第一款 學說見解.....	240
第二款 實務見解.....	242
第三款 本文見解.....	247
第二節 服務可期待之合理接受.....	252
第一項 合理接受服務之概念內涵.....	253
第二項 實例分析與檢討.....	260
第三節 服務提供之時期.....	270
第一項 服務提供時期之概念內涵.....	270
第二項 實例分析與檢討.....	272
第一款 莒光號列車摔車死亡案.....	272
第一目 案例事實與判決摘要.....	272
第二目 判決評釋.....	275

第二款 林口農會電梯墜落案.....	277
第一目 案例事實與判決摘要.....	277
第二目 判決評釋.....	280
第六章 結論.....	283
參考文獻.....	289







第一章 緒論

第一節 研究動機

2015 年 6 月 27 日晚間，在八仙樂園游泳池內，由玩色創意國際公司與瑞博國際整合行銷公司所舉辦的「彩色派對--八仙水陸戰場 (Color Play Party)」活動中，疑似因彩色色粉引發粉塵爆炸，火勢迅速延燒，造成 15 人死亡、499 人受有程度不等的燒燙傷¹，此次事件是繼 1999 年 921 集集大地震以來，受傷人數最多的意外事故²。

由於燒燙傷傷患不論是當下或後續的醫療與復健費用皆相當可觀，第一時間雖然從各界湧入許多善心捐款，但是此熱潮亦隨著時間流逝而趨緩³，加之活動主辦人與玩色創意國際、瑞博國際整合行銷兩家公司名下又幾無財產⁴，被害人及其家屬擔心求償無門，遂有主張國家應負起賠償責任⁵，亦有要求政府應提撥一筆經費，幫助傷患負擔龐大的醫療費用⁶，而此些看法亦引發社會譁然與反彈聲浪⁷。對於本起意外事故，活動主辦人及公司應負起相關法律責任或許較無疑

¹台灣士林地方法院網站，<http://sld.judicial.gov.tw/news.asp?newsType=2&SEQNO=223127> (最後瀏覽日：05/06/2016)；聯合報 (04/13/2016)，〈受害者月底前申請團體訴訟 八仙塵爆消基會協助民事求償〉，B2 版。

²聯合晚報 (06/29/2015)，〈「傷者無需支付」龐大醫療費 健保專案包 新北市府發起募款 全部金額用於協助復健 花蓮縣府拋磚引玉 全年停放煙火捐出百萬〉，A3 版。

³相關新聞連結，<http://www.nownews.com/n/2015/07/24/1758554> (最後瀏覽日：06/07/2016)。

⁴聯合報 (04/27/2016)，〈受害者求償 209 億 呂：賠償以後再說 朱立倫呼籲八仙和解〉，A6 版。

⁵相關新聞連結，<http://www.peoplenews.tw/news/3ba03934-5b8b-4762-b921-cce692c25b72> (最後瀏覽日：06/07/2016)。

⁶相關新聞連結，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20150715001980-260402> (最後瀏覽日：06/07/2016)；聯合報 (07/15/2015)，〈「後續治療要廿、卅年」家屬：盼政府每年編預算〉，A7 版。

⁷相關新聞連結，<http://www.nownews.com/n/2015/07/16/1749793>；

<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=84946> (最後瀏覽日：06/07/2016)。

問，但是聲稱僅提供場地，並未安排以及參與活動規劃的八仙樂園⁸，是否有過失、是否應負起法律責任，亦引起廣泛之關注。



從此次事件可以觀察到的是，面對營業場所發生的意外事故，那些身心受創甚為嚴重，而且經濟狀況頓時陷入困境的被害人的無助感與無力感。弱勢的被害人及其家屬不是必須仰賴民眾的善心捐款度過難關，不然就是希望政府作為一個深口袋直接吸收、消化其損害，但是善心捐款畢竟過於浮動、不確定，而且經常隨著時光流逝而失去熱度，此外，不論是訴諸國家賠償或是要求政府提撥經費幫助傷患，事實上即是要求以全體納稅人的金錢填補部分人之損害，難免引起爭議。

另一有趣的觀察為，政府官員在事件發生後，尤其是在僅有活動主辦人被以業務過失致死罪起訴、判刑之情況下，出面呼籲八仙樂園應發揮企業道德，主動與被害人、家屬達成和解，創造雙贏⁹。此現象也突顯出在傳統過失責任主義下，無過失即不須負責，縱使損害之發生與加害人之行為或活動有所關聯亦然。也正因為如此，在意外事故發生後，常可見政府官員出面大聲疾呼企業經營者負起道義責任，企業經營者有時亦會對外表示其僅有道義責任，或是基於善意及對被害人之同情，全部或部分補償被害人，但此皆非所謂的法律責任¹⁰。同時，此情況也反映出在傳統過失責任主義下，由於被害人向業者求償之路倍為艱辛，訟爭結果亦經常不如預期，可能僅有部分賠償，更有可能必須獨自承擔損害，因此動輒訴諸愛心捐款或是要求政府補償或賠償。

⁸聯合報(04/19/2016)，〈假扣押八仙樂園 1.69 億 法院裁准 塵爆案相關賠償估計已超過 20 億 超過八仙資產 合議庭駁回抗告定讞〉，A10 版；聯合報(10/17/2015)，〈八仙未分紅沒事 家屬批檢方 抓小魚不抓大魚〉，A3 版；聯合晚報(06/28/2015)，〈八仙發慰問金：全力配合調查〉，A2 版。

⁹聯合報(04/27/2016)，〈受害者求償 209 億 呂：賠償以後再說 朱立倫呼籲八仙和解〉，A6 版；聯合晚報(04/26/2016)，〈張揆：法官會聽到民眾與家屬聲音 朱立倫籲八仙發揮企業道德觀，主動與被害人達成和解。〉，A3 版。

¹⁰聯合報(07/06/2015)，〈陳柏廷神隱？捐一億「不夠賠」新北市「不屑」侯友宜再轟「八仙過海嗎」〉，A5 版；聯合晚報(06/28/2015)，〈八仙發慰問金：全力配合調查〉，A2 版。

事實上，此種於營業場所發生的不幸意外事件層出不窮，觀察新聞報導及實務判決皆能得到印證，不論是在餐廳、美食街、醫療院所跌倒受傷¹¹；在 KTV 遭流彈擊中或遭漏電的麥克風電暈¹²；在旅社、夜店、醫療院所或其他營業場所發生火災而遭燒燙傷或死亡¹³；或是搭乘電扶梯或電梯卻因故障摔傷或死亡¹⁴等，每則案例的原因事實可能千差萬別，但是相同的卻是一群遭逢意外事故，而身心及經濟上受創嚴重的被害人。

因為過失責任不易成立，被害人難以取得損害賠償請求權，導致損害不容易獲得填補，復由於責任不易成立，已經處於弱勢地位的被害人更是欠缺足夠的談判籌碼，與企業經營者尋求訴訟外紛爭解決途徑處理爭議。究竟應如何改善被害人居於弱勢的法律地位，使其能夠迅速地獲得充分賠償？在我國法現行架構下，消費者保護法（以下簡稱消保法）服務無過失責任提供了一個可以思考的方向。

第二節 問題提出

我國現行消保法第 7 條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企

¹¹相關案例事實請參閱最高法院 100 年度台上字第 104 號判決（餐廳滑倒受傷）；台灣高等法院 104 年度上易字第 1104 號判決（餐廳樓梯跌倒）；台灣高等法院 102 年度上易字第 695 號判決（老人安養機構跌傷）；台灣高等法院 102 年度上易字第 71 號判決（醫院走道滑倒）；台灣高等法院 96 年度醫上易字第 1 號判決（醫院病房內滑倒）；台灣高等法院高雄分院 96 年度上易字第 34 號判決（百貨美食街滑倒）；聯合報（03/11/2016），〈男童百貨內滑倒 父母告業者〉，B2 版。

¹²相關案例事實請參閱最高法院 96 年度台上字第 656 號判決（KTV 槍擊身亡）；聯合報（11/12/2015），〈麥克風電人？少年唱 KTV 昏迷〉，A11 版。

¹³相關案例事實請參閱最高法院 93 年度台上字第 585 號判決（東賓旅社失火）；台灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1231 號判決（老人養護中心火災）；聯合報（03/19/2016），〈長期漠視公安 阿拉夜店燒死九人 老闆判五年四月〉，A14 版；聯合晚報（10/23/2012），〈家屬焦急 奔波找人 病患多為老人 分送 10 多家醫院〉，A3 版；

相關新聞連結，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151218/755662/>；<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20160313003276-260402>（最後瀏覽日：06/07/2016）。

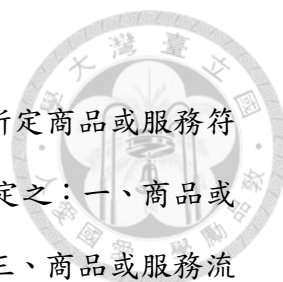
¹⁴相關案例事實請參閱最高法院 104 年度台上字第 1364 號判決（電梯墜落受傷）；最高法院 102 年度台上字第 1445 號判決（手扶梯跌傷）；聯合報（05/04/2016），〈電扶梯摔人 台鐵：每月兩次檢查保養 被虧電梯瘟 台鐵健檢不體檢〉，A3 版；聯合報（12/24/2015），〈像地震！手扶梯突停數秒 3 婦重摔受傷〉，B3 版。

業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。(第一項)商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。(第二項)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。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。(第三項)」

此種無論商品或服務，均課以無過失責任，就商品責任而言，無過失責任之採取，符合世界各國法制保護被害人之趨勢，學說及實務上較無爭議。然而，就服務無過失責任之規定，在比較法上頗為罕見，引起學說與服務業者廣泛之質疑。因此，在立法論之層次上，將服務無所區別地與商品同為無過失責任之規範，是否妥適？在傳統民事責任體系之架構下，是否足以承擔、負荷消費社會中服務責任之賠償機能？

其次，關於商品的範圍，消保法施行細則設有定義性規定，服務之範圍則無規定，準此，是否在理論上，任何具有一定經濟價值之勞務供給，均應包括在服務之範圍內，即有疑義。況且，服務之概念模糊、種類繁多，未區別種類全部課予無過失責任，是否妥適？有無必要界定服務之範圍，以合理限制企業經營者的損害賠償責任，有待討論。

此外，消保法施行迄今已逾 20 年，然而觀察法院為數眾多有關服務責任之判決中，對安全性欠缺之概念操作，與向來在操作過失之概念時並無顯著之不同，甚至二者經常混為一談。究竟在服務責任之脈絡下，安全性欠缺與過失是否為同一概念？若否，則是否必要、有無可能將二者予以區別？如何操作有助於區辨二者，以貫徹消保法服務責任之立法意旨？



最後，消保法施行細則第 5 條規定：「本法第 7 條第一項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」然而，上開三項考量因素應如何解釋？在具體個案中應如何適用，值得為進一步研究。

本文的論述大綱主要亦是依上開議題提出的順序開展，首先從立法論之妥當性出發，其次探討是否應以限縮消保法服務之範圍，達到合理限制企業經營者責任之目的，第四章則著重於安全性欠缺與過失的概念釐清，試圖尋找較佳之操作模式，將二者在概念上與實際適用上皆能有所區別，第五章則是針對安全性欠缺之考量因素進行討論，最後再就前開章節之內容進行回顧與展望，期能喚起對弱勢被害人之重視與關懷。



第二章 消保法服務責任之歸責原理與法理依據



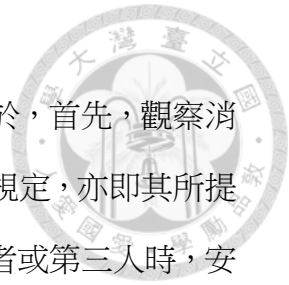
第一節 消保法服務責任之歸責原理

2003 年消保法第 7 條修正前，一般認為，商品與服務責任屬無過失損害賠償責任之規定，亦即責任之成立不以行為人有故意或過失為要件，確實改變了傳統民法之歸責原理，為我國弱勢被害人保護之重要里程碑。惟 2003 年修正消保法第 7 條，將安全性欠缺之概念界定為：「商品或服務不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」此項修正究竟僅為單純法條文字之修飾、調整，抑或涉及商品與服務責任歸責原理之更動，分析、探討如下。

第一項 2003 年修正前消保法第 7 條之規定

2003 年修正前之消保法第 7 條規定：「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（第一項）。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法（第二項）。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。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任（第三項）。」本條規定企業經營者對消費者及第三人之安全義務，要求企業經營者就其流通進入市場之商品或其所提供之服務，必須具備一定之安全性，以確保消費者或第三人的人身及財產之完整性，不致被流通之商品或提供之服務侵害¹⁵。

¹⁵陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 76。



一般認為本條係屬無過失損害賠償責任之規定¹⁶，理由在於，首先，觀察消保法第 7 條第三項之本文與但書規定，企業經營者違反第一項規定，亦即其所提供之商品或服務，具有安全或衛生上之危險，致生損害於消費者或第三人時，安全性即有欠缺，責任因而成立，不論其就損害之發生有無故意或過失，皆應負賠償責任，儘管企業經營者能證明其就損害之發生並無過失，亦只能依同條第三項但書之規定，作為減輕賠償責任之事由而已，並不妨礙損害賠償責任之成立。因此，法條用語上已經隱含安全性欠缺與過失之區別，前者為責任成立要件，後者僅是責任減輕要件，與責任是否成立的判斷無關。

再者，若比較同法第 8 條第一項之規定：「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，不在此限。」可以發現從事經銷的企業經營者之責任，為推定過失責任，蓋其如能證明其對於損害之防免已盡相當之注意，亦即其無過失時，即得免責。此規定之目的顯然是適度減輕從事經銷之企業經營者的責任，因此，消保法第 7 條作為商品與服務責任成立要件的安全性欠缺，顯然不能解釋為過失，否則將導致從事經銷之企業經營者的責任與從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者的責任，毫無不同之現象¹⁷。準此，消保法第 7 條之規定，相較於傳統民法契約責任或侵權責任，以過失責任主義為原則之一般規定而言，確實改

¹⁶馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊（2005），《消費者保護法解讀》，頁 71-75，台北：元照；詹森林、馮震宇、林明珠（2005），《消費者保護法問答資料》，頁 26，台北：行政院消費者保護委員會；郭麗珍（2004），〈我國產品責任法十年來學說與實務之發展〉，郭麗珍（等著），《消費者保護法制論文集》，頁 19，行政院消費者保護委員會編印；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 113-115，台北：翰蘆圖書；劉春堂（1996），《消費者保護與消費者法》，頁 104-106，台北：行政院消費者保護委員會。

¹⁷陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 51-52；陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域—臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 37-38；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 113-120，台北：翰蘆圖書。

變了傳統民法的歸責原理。



然而亦有不同見解認為消保法第 7 條於適用上，係先推定企業經營者有過失，而令企業經營者就其無過失負舉證責任，縱使企業經營者確實證明其無過失，法院仍得令其負全部或部分責任，此係採推定過失之中間責任，並非無過失責任¹⁸；亦有學者認為本條規定僅是舉證責任轉換之規定¹⁹。造成上開學說見解分歧的原因，可能是由於消保法第 7 條第三項但書規定：「企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」此與外國無過失責任之規定有所不同，而導致學者間對消保法商品與服務責任之歸責原理有不同之看法。有學者即認為消保法第 7 條一方面採無過失責任，另一方面又規定企業經營者若能證明無過失者，法院得減輕其賠償責任，此為我國法所獨創，舉世各國查無其例，但學者仍舊將消保法第 7 條之規定，定位為特殊的無過失責任，或具有台灣特色的無過失衡平責任²⁰。

事實上，若觀察該條之立法沿革，於最初立法委員提出之草案第 8 條第一項規定：「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。」惟第三項則是規定：「企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人者，應負賠償責任²¹。」此草案在歸責原理上係採無過失責任，且並無企業經營者得因證明其無過失，而減輕責任之規定。嗣後，行政院亦提出另一版本之消保法草案，其第 6 條第一項規定：「企業經營者就其商品或服務設計、生產、製造或輸入時應確保其商品或服務無安全或衛生上之瑕疵或不當之危險。」然同條第四項則規定：「企業經營者違反前三項

¹⁸林誠二(2010)，《債法總論新解—體系化解說—(上)》，頁 308，台北：瑞興圖書；林誠二(2002)，〈商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心—〉，《台灣本土法學雜誌》，41 期，頁 49-50。

¹⁹請參閱《民事訴訟法之研討》，5 冊，頁 301-302，駱永家教授發言部分，台北：民事訴訟法研究會。

²⁰王澤鑑(2015)，《侵權行為法》，頁 17，台北：自刊。

²¹請參閱《立法院公報》，77 卷 102 期 2213 號，頁 26-48。

規定，致生損害於消費者或第三人時，應負損害賠償責任。但企業經營者證明對於防免第一項之瑕疵或危險已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限²²。」



依學者之觀察，行政院所提版本，係採中間責任之型態，並非以無過失責任為歸責基礎²³。惟為使被害人權益受到充分保護，以加重業者責任，在立法院二讀程序中，採用立法委員所提出之草案²⁴。然而在進行逐條討論時，有立法委員提出，採取無過失責任，但規定無過失責任者與有過失者之賠償金額不同，亦即，提供服務者或企業經營者如無過失或已盡最大之注意，雖仍須賠償，但法院對其賠償額度可加以斟酌之看法，由於部分委員對該條文內容有異議，故予以保留，待下次討論²⁵。經過朝野協商後，在第三項加入但書之規定，即：「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任²⁶。」嗣後無異議通過。

由上述立法過程可以得知，基本上立法者就消保法商品及服務責任所採擇之歸責原理為無過失責任，但為避免對企業經營者事業之經營造成過重之負擔，才通過但書之規定。此外，依據通過之消保法第 7 條規定，只要商品或服務具有安全或衛生上之危險，並因該危險致生損害於消費者或第三人時，企業經營者即應負賠償責任，其有無故意、過失並不影響賠償責任之成立，充其量僅是作為減輕賠償責任之事由而已，並不能因此免責。

我國實務見解則是明白肯認消保法第 7 條性質上為無過失責任，例如最高法院 87 年度台上字第 242 號判決表示：「從事設計、生產、製造商品之企業經營者，依消費者保護法第 7 條第三項之規定應負連帶賠償責任之事由，為違反確保其提

²²請參閱《立法院公報》，78 卷 67 期 2283 號，頁 2-66。

²³朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 114，台北：翰蘆圖書。

²⁴請參閱《立法院公報》，82 卷 73 期 2672 號，上冊，頁 50-138。

²⁵請參閱《立法院公報》，82 卷 73 期 2672 號，上冊，頁 366-386。

²⁶請參閱《立法院公報》，82 卷 75 期 2674 號，上冊，頁 307-311。

供之商品無安全或衛生上之危險。如其商品有安全上之危險存在，即屬有所違反，應依該條項之規定負其責任，縱令其無過失亦同。」台灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決在探討醫療服務是否有消保法服務責任規定之適用時，亦提及：「醫療服務之目的在於治療，於診斷或治療過程中，無法確保『無安全或衛生之危險』，具有醫療不確定性及危險性，一旦有誤，損害甚鉅，因此，提供醫療服務者需負有更高之注意義務，自不待言；且消費者保護法施行細則第 5 條對於法文所稱『安全或衛生上之危險』定有明確之認定標準，已限縮無過失責任之範圍，至於醫療過程中可能發生不可控制之變數，若符合施行細則第 5 條之認定標準，自可排除無過失責任之適用。」

綜上所述，依據消保法立法過程之討論、對法條所呈現文義之解釋，以及實務見解之觀察，消保法商品與服務責任之規定，確實屬於無過失責任之一環，改變了向來過失責任之歸責傳統。

第二項 過失責任與無過失責任歸責原理之差異

消保法之商品及服務責任，性質上雖然是一種無過失責任，然而，無過失責任此用語容易使人誤解為即便企業經營者無過失，仍必須就任何損害結果之發生負責，抑或是企業經營者必須擔保其所提供之服務絕對不會造成任何損害。事實上，消保法之無過失責任並不是一種絕對責任、結果責任或擔保責任²⁷。

消保法第 7 條第一項所稱安全或衛生上之危險，係指比較法上「安全上瑕

²⁷黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁 9，行政院消費者保護委員會編印；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁 203，行政院消費者保護委員會編印；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九 0 台上字第七 0 九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 68。

疵」、「安全上缺陷」或「安全性欠缺」之意，安全性欠缺為消保法商品及服務責任之適用要件，其目的即在適度限制企業經營者之無過失責任，同時亦在正當化企業經營者應就損害結果之發生，負賠償責任之理由。換言之，企業經營者之所以須依消保法第 7 條之規定負損害賠償責任，並非單純因為商品或服務肇致損害之客觀事實，而是因為其所提供之商品或服務，具有安全或衛生上之危險，客觀上欠缺一定之安全性。而所謂欠缺安全性，係指商品或服務於其提供時，未具通常一般人、外行人可合理期待之安全性者，亦即商品或服務之提供，以一般社會大眾的角度為觀察，對消費者或第三人之人身或財產完整性造成不正常或不合理之危險²⁸。

然而，傳統過失責任之歸責原理則著重於以「法律對於行為人之行為予以譴責非難」，即將行為人於損害發生時的具體現實行為，與一個具有相當專業知識經驗且勤勉負責之社會理想人、善良管理人，於損害發生時所可能採取的抽象當為行為作比較，設若其間有落差或不合，即認定行為人有過失²⁹。

兩種歸責原理相較之下可以發現，無過失責任並非立基於對行為人義務違反之非難，而係就個別危險源所致損害做出風險分配，承擔損害者並非為其不當行為而負賠償責任；而過失責任則難以脫離對行為人之行為予以評價之性質。換言之，兩者主要之差異在於，究竟是在評價、非難應負責任者之行為，因其主觀上對損害之發生，具有一定之意識作用或未盡一定必要之注意，故應對損害發生之結果負責，抑或僅是基於風險分散的觀點，不問應負責任者主觀上之意識作用或注意程度如何，只要客觀上發生造成損害結果之特定事實，即應承擔損害發生之

²⁸陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 88-90。

²⁹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九 0 台上字第七 0 九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 35-36。

風險或不利益³⁰。



而消保法之所以選擇採取無過失責任之歸責原理，亦反映出消保法之立法者認為，傳統上以過失有無作為分配損害或承擔風險的標準，已經無法因應現代文明社會生活中，處處充滿危險事故的特質，乃改以安全性欠缺此歸責事由取代過失，作為正當化企業經營者之所以應對損害結果發生負責任的理由，以加重企業經營者的損害賠償責任，令其就商品或服務所生之損害承擔更多風險，使被害人的損害賠償請求權更容易成立。

第三項 2003 年修正後消保法第 7 條之規定

消保法第 7 條第一項於 2003 年修正為：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」與舊法相較，除將判斷安全性之時點予以明定為：「提供商品流通進入市場，或提供服務時」以外，在歸責事由方面，將「安全或衛生上之危險」，修改為「可合理期待之安全性」，並將原先施行細則第 5 條第一項但書之「符合當時科技或專業水準」之用語移至母法，並置於「可合理期待之安全性」之前。

而此次修正是否涉及消保法商品及服務責任歸責原理之變動？觀察修正理由³¹及修法過程的討論³²，可以發現此次修正是為了明確化第 7 條有關商品及服

³⁰陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 90。

³¹消保法第 7 條修正理由：「第一項所稱『安全或衛生上之危險』，應係指商品或服務欠缺安全性，而所謂『欠缺安全性』，指商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，爰參考歐體指令第六條並將本法施行細則第五條第一項及第二項規定修正予以納入。」

³²請參閱《立法院公報》，92 卷 3 期 3277 號，1 冊，頁 145-188。

務責任規定之成立要件，及為避免以未經母法授權之施行細則第 5 條限制母法內容之不當，故將施行細則之規定移列母法，並未論及歸責原理之更動。



多數學者認為此次修正，僅是於立法技術層面上將施行細則規定略做文字修飾調整後，納入或移列於母法之中，並無涉及商品與服務責任立法政策上之變動³³。換言之，修正前後之規範並無不同，舊法既是以一般大眾、外行人之合理期待判斷安全性是否欠缺，新法亦然。

惟另有不同見解認為，本次修正已實質上改變安全性欠缺之概念內涵及其判斷標準，亦即安全性欠缺的判斷標準，已經由一般消費者或社會大眾觀點下的外行人水準，變更為企業經營者觀點下的專業者水準，此將導致安全性欠缺與過失二種概念間更容易混淆不清³⁴。事實上，確實如學者所見，在消保法修正後，尤其是對於服務責任之歸責原理，漸漸出現見解表示已非無過失責任之規範，而僅係推定過失責任³⁵，更有學者指出在我國審判實務之操作下，企業經營者實際上僅負推定過失責任³⁶。

然而目前我國學說見解仍舊多以修正後之消保法第 7 條，其歸責原理為無過

³³吳瑾瑜（2010），〈馮京或馬涼？瑕疵擔保或產品責任？--淺析最高法院九八年度台上字第一三五六號判決〉，《台灣法學雜誌》，148 期，頁 200-201；曾品傑等（2009），〈民法研討會第五十一次研討會會議紀錄〉，《法學叢刊》，214 期，頁 164，曾品傑教授發言部分；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁 206-207，行政院消費者保護委員會編印；詹森林（2003），〈消費者保護法增訂及修正條文要旨〉，《台灣本土法學雜誌》，45 期，頁 212-213。

³⁴陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 34 以下。

³⁵蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，頁 87，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文；黃清濱（2006），〈醫療事故責任與消費者保護法適用之探討〉，《台灣醫界》，49 卷 3 期，頁 36；楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？－新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 26。

³⁶曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 105-109。

失責任為基礎展開論述³⁷，縱使有學者認為新修正之條文可能涉及立法政策之轉彎、歸責原理之變化，其仍主張為貫徹消保法立法目的，使商品與服務責任規定有獨立的規範功能，實現加強保護意外事故被害人的規範任務，安全性欠缺與過失二者之間，仍然必須加以區隔，故現行法於解釋論上，仍應將安全性欠缺理解為，一般消費者或社會大眾等外行人水準下之通常可合理期待之安全性³⁸。

在修法之後，實務見解一般仍認為消保法第 7 條係以無過失責任為歸責基礎，例如最高法院 104 年度台上字第 1364 號判決提及：「按企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任之規定，係因消保法第 7 條就企業經營者應負無過失賠償責任，基於衡平利益而設，固須由企業經營者舉證證明自己無過失。」台灣高等法院 104 年度再更(一)字第 1 號判決亦表示：「再按從事設計、生產、製造商品之企業經營者，依消費者保護法第 7 條第三項之規定應負連帶賠償責任之事由，為違反確保其提供之商品無安全或衛生上之危險。如其商品有安全上之危險存在，即屬有所違反，應依該條項之規定負其責任，縱令其無過失亦同。此為商品製造者之侵權責任（最高法院 87 年度台上字第 242 號、同院 88 年度台上字第 2842 號裁判參照）。」

再者，依據論者對法院判決之研究與分析，我國實務見解似乎並無明顯意識到修法後由通常、一般大眾可合理期待之安全性，改變為科技或專業水準可合理期待安全性，所可能造成歸責原理朝向過失責任傾斜的問題³⁹，大致上仍舊認為消保法採取無過失責任之歸責原理，然而，法院判決於具體個案涵攝時，是否出

³⁷黃楷超（2014），《服務提供者責任之研究》，私立逢甲大學財經法律研究所碩士論文；陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，國立政治大學法律學研究所碩士論文；張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

³⁸陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 63-64。

³⁹張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 97，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

現往過失責任靠攏，以及與過失責任混淆不清的現象，本文將在第四章第三節作進一步探討。



綜上所述，依據修法過程之討論、學說之分析以及實務見解，應可肯認 2003 年之修法並未變更消保法之歸責原理，退步言之，縱使認為本次修法已造成過失責任與無過失責任兩種歸責原理間之混淆、更動，然而，在解釋論上亦應由外行人之觀點判斷安全性欠缺，貫徹消保法無過失責任之規範目的，並與傳統過失責任加以區別。

第二節 比較法之觀察

就民事責任的歸責原理而言，我國通說及實務均認為，消保法商品責任及服務責任，性質上是一種無過失責任，相較於民法契約責任或侵權責任，以過失責任主義為原則之一般規定而言，消保法之規定課以企業經營者較嚴格之責任，令其就商品或服務所生之損害，承擔更多風險，以加強保障被害人之權益。

學說及實務就消保法第 7 條採取無過失責任之歸責原理，自消保法從 1994 年施行已逾 20 年之今日來看，似乎已無太大爭議，而真正引人矚目、引起學說及實務廣泛討論者應為：消保法將服務與商品並列，一併納入無過失責任規範體系。就商品責任而言，無過失責任之採取，符合世界各國法制保護被害人之趨勢，然而服務無過失責任之規定，則屬比較法上罕見之立法例。

觀察我國消保法之制定過程，不論是立法委員所提出之草案，抑或行政院函請立法院審議之草案，乃至嗣後立法院內政、經濟、司法三委員會所提出之審查會修正草案，以至院會討論通過的法案，均自始將商品與服務並列，課與企業經

營者相同之損害賠償責任，立法理由中亦未就服務為何採取法治先進國家所罕見之無過失責任為特別說明。在 2003 年消保法修正之際，雖有針對是否應將醫療服務排除消保法之適用為討論，然最終此意見未獲採納⁴⁰。由此可見，我國消保法第 7 條就商品與服務責任，自立法之時起即明定為無過失責任，於修法後亦未變動，似乎是立法者有意識之立法選擇；相對的，比較法對服務責任之規範及見解究竟為何，整理、分析如下。

第一項 英美法

第一款 英國法

早期英國實務見解區別商品交易與服務提供，基本上僅有商品交易始有違反默示擔保的問題，服務提供則否，縱使在服務提供過程中，被告使用有欠缺之商品，抑或該有欠缺之商品為原告所使用。隨後，實務見解在決定是否課予無過失責任時，漸漸放棄區分商品與服務，然而此僅限於原告與被告間有商業上交易行為，例如餐廳提供腐敗的食物。從另一個角度來看，當有欠缺之商品與專業服務有關，例如牙醫業或醫藥業，商品與服務之區別依然存在⁴¹。

在商業上交易行為方面，最先放棄區分商品與服務的判決為 *G.H. Meyers & Co. v. Brent Cross Service Co.* 案⁴²，案例事實略為，原告主張其將汽車交由被告（一家提供汽車維修服務之公司）維修，被告安裝 6 支由製造商提供之連接桿，然而其中 1 支卻因欠缺而斷裂，導致引擎受損。法院認為原告自行購買並安裝連接

⁴⁰請參閱《立法院公報》，92 卷 3 期 3277 一號，頁 148-150。

⁴¹See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 111-112 (1972).

⁴²【1934】1 K.B. 46, 53-54(1933).

桿，或是由被告公司安裝並無區別。不論是何種情形，消費者皆仰賴安全的商品被加以提供，而且被告因提供系爭商品而獲取經濟上之利益。因此，法院認為被告提供有欠缺之商品，違反默示擔保義務而應負責。



本件法院之見解為之後的判決所遵循，結果為違反默示擔保之責任，被加諸於理髮師使用有欠缺的染髮劑、獸醫師以有毒的物質注射於牛隻。然而，所有此類型的案例皆為混合式的交易，即介於商品買賣與服務之間，它們不同於純粹的商品交易，因為有勞力被加以施加，且也不僅僅是讓與所有權予消費者；從另一個角度而言，此類交易也不單僅為服務，該損害係藉由商品或實物所造成。除了商品與服務混合式的交易對服務提供者課以擔保責任以外，隨後，英國法院對於僅提供服務而未伴隨商品交易的契約，亦認為被告有擔保義務⁴³。

在專門職業人員服務的部分，由於無法確認、擔保服務之成果，因而毋須如商品責任一般課以嚴格責任。例如在 *Bolam v Friern Hospital Management Committee* 案⁴⁴中，原告主張其接受被告醫院之電痙攣療法，卻因被告未於手術前施用肌肉鬆弛藥物、未於手術中固定其身體，導致原告因肌肉過於緊繃，而在療程進行中摔落地面骨折。法院並未對服務提供者課以服務無過失責任，而是認為只要專門職業人員，遵照執行該特殊技術之一般技術人員的標準，即無過失可言。換言之，法院認為專門職業人員只要不違反過失責任之合理注意義務，即無須負損害賠償責任。

此外，1982 年商品與服務供給法（*Supply of Goods and Services Act 1982*）之第 13 條規定：「在服務提供契約中，經營商業的服務提供者，默示擔保以其以合理之注意與技術提供服務。」然而，依據英國學者之解讀，法文中所謂默示擔保

⁴³See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 115 (1972).

⁴⁴【1957】1 WLR 582.

僅係在契約關係中，審酌當事人是否已盡合理之注意與技術，以評價其是否有過失。準此，1982年之商品與服務供給法並未對服務提供者課以無過失擔保責任⁴⁵。

惟亦有學者提出一些反思，其認為服務雖然存在無法預期或確保最終成果之情形，然而，目前許多服務已機械化或自動化，一定結果的一致性已經得以被預見與期待，此外，嚴格責任未必意味著當服務未達到一定預期之成果，即歸責於服務提供者並一味加諸責任於其上。學者以較具爭議性的醫療服務為例，認為病患究竟僅接受藥物治療，或是進行手術治療，可能僅為醫師或病患之偏好或一時之選，然而，當法律僅保護病患免於與藥物有關的不合理風險，卻不保護其免於手術可能帶來之不合理風險，似不合理。事實上，手術並不需要完全治癒病患，但不應使病患的狀況每下愈況⁴⁶。

第二款 美國法

美國法關於服務責任之發展，與英國法院之見解類似，將商品買賣與服務提供分別處理，亦可區分為商業上交易行為與專門職業人員之服務兩種類型⁴⁷。在涉及有關服務之糾紛，原告除主張傳統過失責任外，亦不乏依統一商法關於默示擔保責任之規定，以及美國侵權行為整編第 402 節有關嚴格責任之規定請求損害賠償。

⁴⁵Geraint G. Howells & Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, 256(Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate, c2005) .

⁴⁶Geraint G. Howells & Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, 214-215(Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate, c2005) .

⁴⁷See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 116 (1972).

第一目 商業上交易行為



在商業上交易行為方面，早期美國法院見解認為，僅有商品交易始有默示擔保之問題，因此當出現商品與服務混合之契約，法院必須解釋、區辨系爭案件究竟屬於商品買賣或服務提供。當法院不願放棄此種區別模式，卻欲達到系爭商品與服務混合契約有默示擔保之適用時，法院將會試圖重新定義系爭交易本質⁴⁸。

例如在 *Worrell v. Barnes*⁴⁹一案中，原告與被告建築承包商締結契約，由被告改建其房屋。該契約需要木工及將一些家用設備安裝於既有的瓦斯系統。在施工的過程中，被告安裝有欠缺、可能造成瓦斯外洩的裝置，導致原告的房屋失火。若依循既有的標準，將會認為本件為服務契約，因為提供的物品相較於承包商的技能價值低微。但是，法院仍認為本件確實有違默示擔保，亦即提供有欠缺的瓦斯裝備構成商品買賣，然而，法院未就此結論多作解釋。

事實上，另一個較合理的方式為，縱使個案中契約並非嚴格的商品買賣亦有默示擔保的適用⁵⁰。以 *Newmark v. Gimbel's Inc.*案⁵¹為例，案例事實略為，原告前往被告經營的美容院，卻因被告雇用之造型師使用的髮型定型液引發頭皮發炎，導致原告頭髮掉落，原告遂主張被告違反擔保責任。陪審團認為本件交易性質屬服務提供，而非商品買賣，被告僅需就過失行為負責。

對此，上訴法院則有不同看法，其認為統一商法關於擔保責任規定之適用範

⁴⁸See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 117-118 (1972).

⁴⁹87 Nev. 204, 484 P.2d 573(1971).

⁵⁰See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 119 (1972).

⁵¹54 N.J. 585,258 A.2d 697(1969).

圍並不限於買賣契約，且亦不限制判例法走向對非買賣契約之契約類型發展默示擔保。法院認為並無正當理由將擔保責任限縮適用於商品買賣，當交易具有一方當事人較他方當事人處於更加的地位，瞭解及控制交易標的物之狀態，並分散危險發生時的損失時，縱使並非商品買賣，亦應有擔保責任之適用。消費者信賴零售商選擇供應來源之技能與判斷，因此零售商應承擔損失，並作為其企業經營的風險。其既然從交易中獲利，並處於得以藉由對供應商施加壓力以增進安全性的地位；況且消費者認識零售商，並得以之作為訴訟的對象，但對消費者而言，往往不知製造商為何，製造商也未必為消費者所在地之法院管轄。再者，供應商可以藉由談判或訴訟將損失轉嫁由製造商負擔。本件符合上述之情形，因此，法院認為使用髮型定型液發生之危險，應由被告承擔。

案件經上訴後，紐澤西州最高法院維持上訴法院之見解，認為本件交易混合商品買賣與服務提供，但課予純粹買賣契約擔保責任之政策性理由，同樣存在於如本件之商業上交易行為。至於被告抗辯美容業者提供之服務，不應與牙醫或醫師提供之服務為差別對待，因此皆不應負擔保責任，法院則認為兩者間有相當大之差異。美容業者係從事商業交易，但是牙醫與醫師則是專業服務。前者提供於大眾者為美觀或奢侈性質，使用的商品僅為費用支付的對象；但是牙醫或醫師無法對病患進行廣告宣傳，病患是因己身之病情需求才請求治療，牙醫或醫師始運用其專業判斷，診斷病人的病情、開處方或其他治療方式，並非機械性或常規性，而與美容業者不同。準此，學者認為 *Newmark v. Gimbel's Inc.* 案擴張了默示擔保或侵權法上的嚴格責任，適用於不合乎品質的商品在服務提供中被加以供應，然而法院卻謹慎地將此見解限縮於商業上交易行為⁵²。

⁵²See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 119 -120(1972).

另外，在 *Shaffer v. Victoria station, inc.* 案⁵³中，原告在被告餐廳飲酒，但是酒杯卻在原告手中破裂，導致原告受傷，法院除認為本件被告有違反默示擔保外，更肯定原告得依美國侵權整編二第 402 節 A 項之嚴格責任，請求損害賠償。

然而，若純粹之服務契約，而不涉及商品與服務混合之契約類型，法院之見解又是如何？首先，在 *Lewis v. Big Powderhorn Mountain Ski Corp.* 案⁵⁴，原告主張被告公司所提供的滑雪設備，其上之拉繩有欠缺導致其受傷，遂依被告違反默示擔保請求損害賠償。惟法院認為當服務提供未依附於商品則無擔保義務，而本件被告提供者為滑雪服務，無法將之認定為一項商品。原告雖主張服務有欠缺，並聲稱在拉繩操作上存在安全性之默示擔保，但所謂安全性之默示擔保，也僅為操作拉繩時不能有過失之意。因此，若被告操作拉繩時無過失則無庸負責。

惟亦有法官對多數見解持保留態度，其認為將服務的默示擔保限於伴隨商品買賣的類型並不合理，因為服務接受者會正當預期服務被適切地提供，一個購票接受滑雪服務的消費者，應會正當期待該設備將被安全地操作，因被告之操作導致消費者受傷，卻要求受傷的消費者去證明滑雪設備本身有欠缺並無道理。

此外，在 *Hoffman v. Simplot Aviation, Inc* 案⁵⁵中，原告將其飛機交由被告維修，被告之受僱人檢修與測試後，告知原告系爭飛機得安全飛行至被告之維修廠進行進一步維修，惟當原告駕駛系爭飛機至被告之維修廠時，卻因機翼支柱斷裂而失事撞毀，原告遂依擔保責任與嚴格責任向被告請求損害賠償。在嚴格責任之部分，法院認為相較於商品買賣，個人服務提供並不涉及因大量生產，而難以取得過失有關的證據。而且在個人服務提供之脈絡下，通常與服務提供者有直接接

⁵³91 Wn.2d 295 (1978).

⁵⁴69 Mich. App. 437, 245 N.W.2d 81.

⁵⁵539 P.2d 584, 97 Idaho 32.

觸，並知悉提供何種服務與提供服務之主體，此與商品製造人之嚴格責任有別。

在默示擔保責任之部分，法院則認為於個人服務提供之情形，默示擔保係指服務以如同工人一般的方式被提供，而標準將會因行為人的專門技術、服務的本質及行為人的過失可能導致他人損害的危險而有異。法院甚至引述指標性案例 *Gagne v. Bertran* 之法院見解：「人們尋求專家之服務是因為他們的特殊技能。他們有義務以與其擁有相同專業之人士通常技術與能力執行業務，若未盡此義務即應為其過失負責。其僱用人不能期待服務無過失，但可以期待合理的注意與能力。消費者購買的是服務，而非保險。」準此，本件法院認為提供個人服務之契約，若行為人無過失，則不違反默示擔保責任。

最後，再以 *Messer v. Hi Country Stables Corporation* 案⁵⁶為例加以說明。本件案例事實略為，原告接受被告公司提供的騎馬指導服務，過程中因馬鞍滑動導致行經石階小路時原告墜馬受傷。原告遂依商品責任之規定向被告請求損害賠償。法院認為馬匹上的馬鞍並非一項商品，尤其是在騎馬指導服務之情形。由於馬鞍對於系爭契約之主要目的而言僅是附帶的，本件契約為原告接受被告提供的 5 個小時騎馬指導服務，既然沒有商品存在，即不能主張商品責任。

如上所述，大多數美國實務見解認為，純粹服務提供不在商品嚴格責任之適用範圍，學者歸納出以下理由：提供服務人係一對一直接提供服務，並未透過中間人，服務仰賴的是提供人的技巧、知識與經驗，因此提供服務人被期待的是他們以善良管理人之方式提供服務；此外，服務提供之情形，找出損害發生的原因並無困難；再者，人無法像機器一般精準，人僅會被預期以合理注意提供服務，以過失責任為基礎究責較為適當。最後，在有關服務的交易中，焦點為人之行為，

⁵⁶2013 WL 93183(D. Colo. 2013).

並非商品的狀態⁵⁷。



雖然服務有上述特性，但是學者亦指出許多交易行為實有難以分類之困難，因為它們包含商品與服務二者，法院因此依賴許多標準以決定此種混合之類型是否應適用嚴格責任，例如以要素理論加以衡量，亦即若被告的技能、知識和經驗影響原告進行交易的決定，此種交易基本上是服務提供。反之，若原告並不在意被告的經驗與技能，而是因商品始締結契約，此種交易將會被認定為商品買賣⁵⁸。

另有法院認為應以控訴要點理論取代要素理論，亦即將重點置於損害發生之原因而非交易行為之本質。以 *Worrell v. Barnes* 案為例，依控訴要點理論，若本件瓦斯外洩是因有欠缺的裝置或接頭所引起，此案例將被歸類為涉及買賣的案型；換另一個角度觀之，若瓦斯外洩是因為被告技術不佳，此案例將被歸類為涉及服務提供之案型，無默示擔保與嚴格責任之適用⁵⁹。然而，亦有學者認為法院雖然仰賴各式各樣的理論，衡量買賣與服務混合型的案件是否應適用嚴格責任，卻未能發展及提出可以廣泛適用的標準以區別商品與服務⁶⁰。

第二目 專門職業人員之服務

至於在專門職業人員之服務方面，基於以下理由，法院並未課以無過失責任，首先，專門職業人員之交易行為係以服務為其內容，在傳統上，若交易並非

⁵⁷See Charles E. Cantu, A New Look at an Old Conundrum: The Determinative Test for the Hybrid Sales/Service Transaction under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts, 45 Ark. L. Rev. 920-922 (1992-1993).

⁵⁸See Charles E. Cantu, A New Look at an Old Conundrum: The Determinative Test for the Hybrid Sales/Service Transaction under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts, 45 Ark. L. Rev. 923-924 (1992-1993).

⁵⁹See 1 William D. Hawkland, Uniform Commercial Code Series §2-102:04, at 12(1984).

⁶⁰See William C. Powers, Distinguishing Between Products and Services in Strict Liability, 62 N.C.L. Rev. 415-416(1984).

買賣，無過失即無責任；第二，社會對於專門服務有其需求，像是醫師與牙醫師，比起課以無過失責任之政策考量更加重要⁶¹。



在早期的 *Perlmutter v. Beth David Hospital* 案⁶²中，原告在被告醫院接受輸血，卻因被告處理不當，致使其感染黃疸病，原告主張有欠缺的血液為其另行付款，構成買賣商品，因此其有權依擔保責任請求損害賠償。法院駁回原告之請求，認為此交易係為了醫療服務，故不適用擔保責任之規定。原告不應將交易一分為二，僅為了將血液提供當作買賣以適用擔保責任，簡言之，法院堅持系爭交易只能被當作一個實體。

惟亦有學者反對上開法院見解，其認為任何人涉入此類型的交易，不但信賴醫院員工之技能，亦信賴醫院員工所挑選、使用的商品具有安全性。在本件案例中，無可否認此種信賴存在，而且，原告並無機會去檢查該項商品，縱使有此機會，原告亦無受過相關訓練足以發現欠缺之存在⁶³。

Perlmutter v. Beth David Hospital 案之見解被法院廣泛的遵守，但是，亦可發現有些法院因醫院與血液銀行提供有欠缺的血液，而課予其嚴格責任，例如在 *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital* 案⁶⁴中，法院允許原告將交易分離成各組成部分，並將血液買賣從醫院的其他服務中抽出並分開對待。但值得注意的是，本件法院係基於商品買賣的傳統概念為此認定，而非認為系爭醫療服務有擔保責任之適用。

⁶¹See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 120-121 (1972).

⁶²308 N.Y. 100 (1954).

⁶³See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 121-122 (1972).

⁶⁴47 Ill. 2d 443 (1970) 266 N.E.2d 897.



另外，在 *Magrine v. Krasnica*⁶⁵案中，被告牙醫在為原告病患進行注射時，皮下注射針頭突然在原告口中斷裂，導致原告受傷，原告依據默示擔保之規定及侵權法上嚴格責任之規定，請求損害賠償。法院否定原告之主張，認為不應對牙醫師課予嚴格責任，牙醫師是否應負損害賠償責任，端視其服務提供是否有過失行為。嚴格責任僅能加諸於那些立於較佳地位，從某種意義上來說，其製造危險或是有較佳的能力或經驗去控制、察覺及發現欠缺。法院進而認為牙醫師在實施專業技能時雖得以控制其行為，然卻無法控制所使用設備之潛在缺陷，當其無法控制設備之潛在缺陷，牙醫師比起原告病患並未處於一個較佳之地位，即不應課予嚴格責任。再者，法院認為零售商和牙醫師並不相同，因為零售商與顧客間的關係與商品買賣有關，但是牙醫師與病患間的關係則聚焦於牙醫師的服務。簡言之，本件法院亦依據要素理論認為，當交易主要係為了服務而存在，不應適用嚴格責任。

對於上開法院見解，有學者表示不同看法，其認為當慮及嚴格責任之政策考量，零售商與牙醫師的狀況近似。首先，課予零售商嚴格責任之理由在於，他們為整體製造與行銷企業之一環，而且取得經濟上之利益，從而應該承擔有欠缺商品所生損害的風險。雖然牙醫師並未從商品買賣取得經濟上之利益，但是使用商品為服務提供不可或缺的元素，而事實上原告對此服務亦有支付對價。因此，零售商與牙醫師唯一不同的地方僅在於，前者係直接從商品買賣中獲利，而後者於提供專業服務時藉由使用特定商品而間接獲利。無論經濟利益如何取得，嚴格責任之政策考量應無不同。例如，原告對其所接觸之商品的信賴，並不會僅因為被告加以使用而非單純買賣而不同。事實上，因為專業人員具備較佳的經驗及醫療服務之本質，相較於一般零售商提供的商品，原告可能對醫師或牙醫師使用的工

⁶⁵94 N.J.Super. 228 227 A.2d 539.

具產生更深的信賴。而且，因為牙醫師的存在，更加影響原告檢查可能的欠缺及自我保護之機會⁶⁶。



事實上，並非只有學者對專門職業人員之服務適用無過失責任有不同看法，實務上亦有法官提出不同見解。在 *Clark v. Gibbons* 案⁶⁷中，原告因在家中滑倒導致右踝骨折，而於被告醫院接受手術治療，卻因被告醫師判斷錯誤，使麻醉效力在手術進行中即提前消失，原告因而受有嚴重之傷害。本件之多數意見主張應依過失責任解決此紛爭，並進而探討是否得依 *res ipsa loquitur* 原則，推定被告之行為有過失。

然而，*Tobiner* 法官卻認為本件應有無過失責任適用之餘地。其認為依目前的醫學知識背景，有些風險縱使是最為謹慎的醫師，亦無法避免導致意外的發生，這些意外往往連專家亦無法提出合理解釋。雖然大多數醫學從業人員在經濟上被責任保險所保護，醫院和醫師也可以將責任保險之費用，藉由較高額的醫療費用轉嫁由病患負擔，但是目前卻沒有構想出一套機制，可以保護醫師免於遭法院認定為誤診對其名聲之巨大衝擊。擴張 *res ipsa loquitur* 原則之適用，雖得將一些無法解釋的意外損失，由原告轉移由被告承擔，但事實上這些意外之發生，被告究竟有無過失並不清楚。因此，過失作為醫療責任之不可或缺之要件，目前已經無法提供周全之保障，同時，若堅持在所有的情形皆須明確地發現被告有過失始負責任，將會減損 *res ipsa loquitur* 原則將風險予以轉移之目的。唯有一個公開課以責任，而不需要任何過失的制度，才能避免不必要的過失推定，而且如此的制度才能確保無法解釋之意外發生時，不會由無助者獨自承受，而是由最有能力分散損害者承擔。其亦認為無過失責任有利於醫療爭議案件之當事人，尋求訴訟外紛爭解決途徑，即使少數案件進入法院，亦能避免指出醫療過程中有過失而對

⁶⁶See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 125 -126(1972).

⁶⁷66 Cal.2d 399.

被告所造成名譽受損之不利影響。



最後，再以 *Cafazzo v. Central Medical Health Services, Inc.* 案⁶⁸為例，案例事實略為，原告接受被告醫院所提供之下顎彌補手術，嗣後發現被告醫師植入之裝置有欠缺導致原告受有傷害，原告遂依美國侵權行為整編第 402 節 A 項，主張被告醫師及醫院應負嚴格責任。在醫院責任之部分，法院認為不應將侵權行為整編第 402 節 A 項之規定擴張及於醫院，理由在於，醫院並非商品的提供者，而是服務的提供者，使用植入裝置對醫院提供醫療服務之主要功能而言僅是附帶；課予醫院責任對安全性之提升或維持幫助有限，因為商品的安全並非仰賴醫院或醫師的評斷，而是那些研究、發展、生產及銷售商品者；進一步言，醫院並未涉入欠缺商品的生產與銷售環節中，因此並未處於一個較佳的地位以防止欠缺商品之流通。而且，將分散損失與使原告獲得賠償當作唯一考量，恐會導致絕對責任之產生，而非嚴格責任，缺乏合理的根據，並將焦點限縮於尋找一個深口袋。結論上法院認為醫院不同於製造商，無法分散風險，因此，基於侵權行為整編第 402 節 A 項之理論根據，其並非該條所規定之銷售者，故拒絕將嚴格責任之適用範圍擴張及於醫院。

綜上所述，美國實務絕大多數見解認為，專門職業人員之服務無嚴格責任之適用，學者認為法院顧忌將嚴格責任擴張及於專業交易之理由可能在於，如此擴張適用可能架空過失責任，且社會對醫療等專業服務之需求不容忽視、專業服務之提供亦對整體社會不可或缺，並無正當理由對專業服務提供者課以嚴格責任。然而，亦有學者認為上述理由並無說服力，首先，嚴格責任之適用範圍並非無邊無際，許多情形仍應適用過失責任；此外，當一群人所提供的服務對於社會愈為重要，愈不應對之課以無過失責任並無正當理由，此亦衍生一個困難的問題，即

⁶⁸542 Pa. 526, 668 A.2d 521, 1995 Pa.

必須決定哪些服務對社會而言是不可或缺，足以正當化其無嚴格責任之適用⁶⁹，上開質疑與批評值得思考。



第二項 歐盟法

歐洲共同體於 1985 年頒行關於商品無過失責任之指令，並於 1990 年提出服務責任指令草案，其消費政策處原有意就因服務所導致之人身與財產損害，如同商品責任指令採取無過失責任之制度，該草案之基礎原則為，損害係對社會之風險，其補償之成本應由所有相關者公平分攤。然而有鑑於部分利益團體堅決反對，且大多數會員國之法制，除於特殊行為領域之外，仍以服務提供人有過失為必要，因此各國之判例、學說就服務無過失責任之發展不足，而無過失責任制度影響甚鉅，因此，後來歐洲共同體服務責任指令草案並未採取無過失責任，而係維持過失責任主義，另以舉證責任倒置之方式加重服務提供人之責任⁷⁰。

服務責任指令草案⁷¹第 1 條第一項即規定：「提供服務之人因故意或過失於提供服務時，對於他人之健康以及身體之完整性，或對於包含服務對象物之動產或不動產之完全性所加之損害，負賠償責任。」同條第二項規定：「證明故意或過失不存在之責任，由提供服務之人負擔之。」簡言之，原告不須舉證證明服務提供人之故意、過失，而係由服務提供人證明其無過失始得免責。

至於故意或過失之判斷，同條第三項規定：「故意或過失之判斷，應以提供

⁶⁹See William R. Russell, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings L. Rev.* 129(1972).

⁷⁰馮震宇 (1998)，〈論服務業無過失責任之爭議〉，《中原財經法學》，4 期，頁 5；黃立 (1997)，〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，《律師雜誌》，217 期，頁 72-73。

⁷¹服務責任指令草案之中譯文，請參閱朱柏松 (1999)，〈消費者保護法論〉，頁 221-227，台北：翰蘆圖書。

服務之人的行為，在通常而且可預見之條件下，是否確保正當可期待之安全性，為考慮之對象。」同條第四項則規範判斷之時點：「其僅於提供服務之時點，或於該時點之後，有較佳服務存在，或有較佳服務存在可能性之事實，不得以之為有故意或過失之論斷。」

關於瑕疵服務責任規範之必要性，服務責任指令草案說明備忘錄第 1.4 條提出四點理由：第一、消費者及被害人因不具備專業知識，且於損害發生時，服務已不存在，使其處於極為不利的地位。第二、與瑕疵商品相較，瑕疵服務之被害人更屬不利，因為瑕疵商品發生損害時，常可對該商品或市面上尚存的同類商品進行檢驗，瑕疵服務則否。第三、瑕疵服務責任迄今並無明確的原則可以應用，對於案件的勝訴機率較難掌握。第四、自提供服務人的觀點而言，若對服務責任未有規範，將無法準確評估其風險，亦無法投保適當的保險。

然而，服務責任指令草案最終仍因反對者眾多，未獲歐洲理事會通過。

第三項 日本法

日本於 1994 年制定製造物責任法（又簡稱 PL 法），並於 1995 年 7 月施行，規範因製造物欠缺侵害消費者之生命、身體、財產時，企業經營者應負無過失損害賠償責任，為民法侵權責任法之特別法，將歸責原理從民法上的「製造業者之過失」變更為「製造物之欠缺」，藉由無過失責任化或嚴格責任化，減輕被害人之舉證責任，也使損害賠償請求權較為容易成立⁷²。

⁷²島川勝、坂東俊矢（2013），《判例から学ぶ消費者法》，頁 201-202，東京都：民事法研究會；伊藤進、木元錦哉、村千鶴子（2000），《テキストブック消費者法=Consumer act》，頁 223-225，東京都：日本評論社；速水幹由（1996），〈PL 法適用業種・非適用業種の責任と法務戦略(1)〉，《New Business Law》，591 號，頁 39。



在現代社會，對於服務之需求亦大增，使服務的品質成為一個重要的課題，特別是在服務的情形，確實存在與商品相異的特色。例如在商品之交易的情形，商品為有體物，在契約成立前可得事先觀察、接觸，而且，交易內容與過程環繞著系爭商品，使交易內容比較明確；相對於此，在服務提供之情形，契約成立前無法觀察、接觸該服務加以確認，此又稱為服務的無形性、確認困難性，實際得以感受系爭服務之時，大多數的情形已是契約成立後⁷³。此外，服務尚有時間與場所之拘束性、人之技能依存性、接受者協力性及繼續性等特色⁷⁴。

雖然接受服務者之生命、身體及財產有保護之必要，確保與規制服務安全性亦為重要課題，惟服務並非製造物責任法之規範對象，並無無過失責任之適用。在日本，所謂「服務欠缺」屬於較為陌生的概念，於個案中伴隨服務契約時，較多係以不完全給付，抑或未依債之本旨為給付的表達方式加以理解，履行契約時未盡到必要且合理的注意義務（通常為善良管理人注意義務），或未達成當初預定之成果，或有任何其他不當行為發生等因素，導致消費者受有損害⁷⁵。但是當企業經營者與消費者間在法律上無契約關係時，則依據民法侵權責任之規定加以處理。惟無論係依民法侵權責任之規定或依不完全給付之規定，基本上皆以過失責任主義為基礎⁷⁶。

首先，以一件接受美容服務導致嚴重過敏性皮膚炎之案例為例，原告為治療痤瘡改善外貌，前往被告美容院接受面部美容服務，嗣後引發過敏性皮膚炎，原告主張在接受美容服務前，即已告知有過敏性皮膚炎之病史，被告於進行美容行

⁷³伊藤進（2010），《私法論Ⅱ：消費者法・学校事故法》，頁 17-18，東京都：信山社。

⁷⁴中田裕康（1995），〈現代における役務提供契約の特徴(中)〉，《New Business Law》，579 號，頁 34。

⁷⁵河上正二（1996），〈商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)〉，《New Business Law》，593 號，頁 6。

⁷⁶伊藤進（2010），《私法論Ⅱ：消費者法・学校事故法》，頁 24，東京都：信山社。

為時，應有勿使原告受有皮膚傷害的照顧義務，被告卻未盡此義務，原告遂依民法僱用人責任之規定請求。



法院肯認原告之請求，理由為被告對一位有皮膚炎病史之消費者，應能認識皮膚炎可能再度發生或惡化，況且消費者於接受服務前已將病史告知被告，被告即應事先說明美容行為引發皮膚炎之可能性，或是推薦較為適合原告的美容產品等，即被告應有防止原告之皮膚傷害而為一些適切措施之義務。本件因為美容行為之實施傷害原告之皮膚，在整體服務提供過程中，被告之受僱人違反相關說明義務以及照顧義務而有過失，被告美容院應依日本民法第 715 條僱用人責任之規定，負損害賠償責任，惟原告於發現過敏性皮膚炎後，仍持續接受被告提供之美容服務，導致症狀惡化，應依與有過失之規定，酌減賠償金額⁷⁷。

此外，再以一件消費者於接受老人看護服務中跌倒受傷之案例為例，案例事實略為，原告接受被告提供之老人看護服務，一日原告手持拐杖欲自行進入廁所，此前被告受僱人雖有詢問原告是否需要其陪伴及幫助，但遭原告拒絕；嗣後原告於廁所內滑倒而骨折。原告主張被告之受僱人不應顧慮服務接受者之意見，而是必須盡其看護義務，遂依債務不履行及侵權責任之規定主張損害賠償。

法院認為被告提供之看護服務，應確實掌握服務接受者之身心狀態，並負有防止因利用設施而跌倒之事故發生之安全照顧義務，本件被告之受僱人應能預見原告手持拐杖在廁所內移動有滑倒受傷之風險，且從原告之年紀及健康狀況觀之，跌倒受傷將會產生嚴重後果，雖然原告拒絕被告之受僱人陪伴如廁，但是被告之受僱人不應逕任原告自行前往，而應說服原告，引領原告至馬桶旁。雖然受照護者有表示拒絕照護之意思，但掌握有關照護專門知識的照護者，應對受照護

⁷⁷平 11(ワ)第 28522 號判決，判時 1765 號，頁 24。

者，將不接受照護可能產生的危險性，以及為避免危險而有照護之必要性詳加說明，並說服其接受照護，設若被照護者仍真摯地明示拒絕照護之意思，始能免去照護義務。本件被告之職員未盡上述義務有過失，被告應負損害賠償責任，惟原告對於損害之發生與有過失，應酌減賠償金額⁷⁸。

再以一件有關醫療服務所生之糾紛為例，原告主張其子於醫院接受氣管切開手術後，醫師為其裝設由 A 公司製造、販賣之呼吸迴路機器，及由 B 公司輸入、販賣之呼吸迴路機器輔助用具，但嗣後卻因機器與輔助用具組合使用後，發生換氣不全之事故，導致其子不幸死亡，原告遂對 A 公司及 B 公司依據製造物責任法，對醫院經營者依據民法侵權責任及債務不履行之規定，請求損害賠償。

法院除認定 A 公司及 B 公司對於其所製造、輸入及販賣之商品皆有指示、警告上之欠缺，應依製造物責任法負損害賠償責任外，在醫療服務之部分，法院認為醫師為進行醫療行為而使用醫療器具之情形，有必要選擇適切之醫療器具；對於將呼吸輔助器具組合並加以使用的醫師而言，對於各器具的構造上特徵、機能、使用上的注意事項等應有基本的理解，以此為基礎選擇構成呼吸迴路之各種器具，以相互接續的狀態，按照原先之目的安全地發揮機能；醫師作為對人們生命、身體直接進行醫療行為的專業人士，以將生命、身體委由醫師診治的病患角度而言，醫師擁有上述程度之知識並有事前檢查、注意之義務應屬當然。而本件醫師違反事前檢查之注意義務而有過失，僱用醫師並經營醫院之被告，應依民法 715 條負起僱用人責任⁷⁹。

由上述案例可以發現，因為接受服務導致消費者或第三人生命、身體健康權受有損害之情形，在無針對服務為特別規定之情況下，僅能依日本民法第 415

⁷⁸平 15(ワ)第 1512 號判決，判時 1895 號，頁 91。

⁷⁹平 13(ワ)第 27744 號判決，判時 1846 號，頁 62。

條以下契約責任，或第 709 條以下侵權責任之規定請求損害賠償，基本上二者皆屬過失責任之範疇。但為使消費者或第三人之損害得以獲得填補，有學者觀察指出從過去至今之判例及學說發展，有將過失予以客觀化、抽象化及高度化，實質上有嚴格責任化之趨勢，有時甚至被評價為披著過失責任外衣的無過失責任⁸⁰。

尤其在特定領域，例如與食品與醫藥品有關事故，往往課以極為高度的調查義務，使注意義務高度化，或藉由事實上推定過失，實際上與無過失責任相當接近⁸¹。最高裁判所亦曾對醫療行為應有之注意義務表示意見，其謂：「從事與人之生命及健康照顧相關業務者，依照該業務的性質，為防止危險發生必須要盡到最嚴密的注意義務。注意義務應有的基準，一般而言為診療當時在臨床醫學實踐上的醫療水準，並不限於醫師與患者的特別合意，以超越前述醫療水準的醫療行為作為前提，嚴密、認真且誠實地盡到醫療應盡的注意義務，若未違背此注意義務，即不能以此義務違反為由主張應負債務不履行及侵權責任⁸²。」簡言之，因接受服務所生之損害雖然係以過失責任為歸責原理，惟學說及實務有透過對行為義務或注意程度採取高標準之要求，使過失責任較為容易成立。

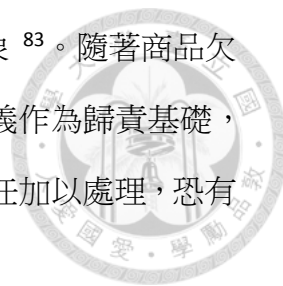
然而，亦有學者指出服務交易與商品交易，在概念上雖然得理解為服務交易係以人之行為作為交易的對象，商品交易為以有體物作為交易的對象，此區分方式看似明確，但是於商品交易，商品之製作、交付等皆伴隨著人的行為，使將二者嚴密地加以區別變得困難。例如，購入食材為商品交易；餐廳烹調料理為服務交易，但是觀察前者之情形，食材的製作、運送、販賣亦伴隨著人的行為，這些行為或服務增添了該商品的價值；再者，關於餐廳烹調料理，伴隨著料理製作之

⁸⁰速水幹由（1996），〈PL 法適用業種・非適用業種の責任と法務戦略(1)〉，《New Business Law》，591 號，頁 36。

⁸¹速水幹由（1996），〈PL 法適用業種・非適用業種の責任と法務戦略(1)〉，《New Business Law》，591 號，頁 40。

⁸²最判平 4.6.8，判時 1450 號，頁 70。

服務，「料理」此商品之交易也同時進行，商品亦為交易之對象⁸³。隨著商品欠缺所導致之事故，因製造物責任法之立法，改以無過失責任主義作為歸責基礎，則關於服務欠缺所導致之損害救濟，若仍維持依向來的過失責任加以處理，恐有不平衡之處，有加以斟酌、考慮之必要⁸⁴。



第三節 歸責原理妥當性之探討

第一項 無過失責任正當化之根據

侵權責任法上的歸責原理，除過失責任外，尚有無過失責任，德國法稱之為危險責任，在英美法上則稱為嚴格責任。其意味著侵權責任之成立不以行為人有故意或過失為要件，取而代之是以特定危險為歸責理由。申言之，即持有或經營某特定具有危險之物品、設施或活動之人，對於該物品、設施或活動所具危險的實現，致侵害他人權益時，應就所生損害負賠償責任，賠償義務人對該事故之發生是否具有故意或過失，在所不問⁸⁵。消保法第 7 條規定，企業經營者於其所提供之服務具有安全或衛生上之危險，致生損害於消費者或第三人時，即使其對損害之發生並無過失，亦應負賠償責任，即是基於危險責任之思想。企業經營者因其故意或過失之行為，侵害他人權利所生之損害，應負賠償責任，並無疑義，也易為人們所接受；然於危險責任，行為人即便無可資非難之故意、過失，仍需負

⁸³伊藤進（2010），《私法論Ⅱ：消費者法・學校事故法》，頁 16，東京都：信山社。

⁸⁴伊藤進（2010），《私法論Ⅱ：消費者法・學校事故法》，頁 24，東京都：信山社。

⁸⁵王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 15-16，台北：自刊。另有學者表示若損害轉嫁不以故意過失為其歸責原因，學說上稱為無過失責任，在契約外的損害賠償領域，我國學說所謂危險責任為最重要的無過失責任，但並不以此為限，諸如僱用人之衡平責任、犧牲補償責任均不以賠償義務人有故意過失為要件，從而，自民法損害賠償歸責原因之體系以言，危險責任顯然僅為無過失責任之一種，危險責任並無法等同於無過失責任，詳細論述請參閱陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（上）－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，16 期，頁 48-49。

損害賠償責任，其正當性究竟何在？



學者認為危險責任之基本思想在於對不幸損害之合理分配，係基於分配正義的理念，其理由可以歸納為：第一、提供服務之企業經營者為危險之製造者，由於其較接近危險發生來源，較有專業知識與技術能力得以控制危險，或預先採取各種防止危險發生之措施；第二、相對於一般消費者，企業經營者控制危險或採取預防措施所須支出之成本較低；第三、企業經營者控制或採取預防措施所須支出之成本，或其未能控制危險或採取預防措施導致損害發生，其所須負擔之損害賠償，一般而言，亦得經由價格機制或保險制度分散、轉嫁由一般消費者或被保險人集體分擔，如此一來，在成本分散由社會大眾長期性負擔後，不幸事件對被害人的衝擊將因而減緩；第四、企業經營者從事危險活動，通常亦獲取相對應之利益，從而應承擔較高之風險、負擔較重之責任⁸⁶。

過失責任與危險責任二種不同的歸責原理，也反映著背後不同之立法價值與目的。在過失責任體系之下，侵權責任之目的在於：劃定行為義務的界線。行為人之所以應負損害賠償責任，乃是建構於行為人侵害他人權益之不法之上，蘊含對行為人予以譴責非難之意味，屬於補償正義之領域。相反的，在危險責任體系之下，賠償責任具有一定程度準保險責任之色彩，賠償義務人並不是為其過錯負起損害賠償責任，法律制度是為了既已發生之不幸損害，尋求一套令人滿意且合理之損害分配機制，藉以實現分配正義⁸⁷。因此，消保法第 7 條規定之服務責任，並不是對企業經營者提供服務行為之不法性予以評價，亦非對其提供服務肇致損害之行為予以譴責非難，而是面對現代社會生活中，眾多難以避免的不可預知或無法確定之損害事故，在無辜的被害人與無辜的企業經營者之間作一選擇，決定

⁸⁶王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 702-703，台北：自刊。

⁸⁷張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 69，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；許朱賢（2003），〈解析醫療損害民事責任之歸責事由—過失責任與危險責任的兩個端點（上）〉，《軍法專刊》，49 卷 9 期，頁 33-35；黃茂榮（2002），〈醫療損害之危險責任〉，《植根雜誌》，18 卷 2 期，頁 12-13。

如何在當事人間合理分配損害與承擔風險⁸⁸。



而消保法就服務責任採取無過失責任的歸責原理，乃是鑑於現代社會各式各樣的服務，當其具有對一般不特定多數人反覆繼續提供之性質時，特別容易對一般消費大眾之人身及財產安全造成危險或威脅，因而基於危險責任思想，課予獨立自主規劃、組織、安排該服務提供，並以此為其專業活動或職業生涯的企業經營者，對消費者負有安全義務，要求企業經營者就其提供之服務，須具有一定之安全性，以確保消費者人身或財產之完整性，不致因服務之提供而被侵害。因為反覆繼續提供一定之服務，既然是一種危險來源，而獨立自主從事服務提供之人，即是危險來源的製造者，且該獨立自主從事服務提供之人，基於其對服務提供所擁有的指揮、管理、監督權限，處於比較有專業知識、資訊、技術、能力或設備，以預防或控制危險發生之地位，為保護一般而言在社會經濟關係上，處於弱勢地位的外行人或欠缺專業知識、資訊、技術或經驗之消費者，政策上有必要令以提供服務為營業的企業經營者，承擔較多的企業經營風險或較嚴格的法律責任⁸⁹。

第二項 服務無過失責任之妥當性探討

我國現行消保法不區別商品與服務，而將因二者所生之損害賠償責任，皆立足於危險責任之思想，同課以無過失責任，在比較法上較為罕見。外國立法例大多係將商品責任與服務責任分開加以規範，使其適用不同責任要件或法律效果，除了經濟政策之考量外，最主要的原因或許在於商品與服務性質上有所不同，前

⁸⁸陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17期，頁90。

⁸⁹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36期，頁65-66。

者涉及系列化、標準化、規格化之大量生產、行銷體系下之物，後者涉及方法、內容千變萬化的人之行為，從而將因商品或服務導致之損害，分別適用不同之法理⁹⁰。



在我國，雖不乏支持現行服務無過失責任立法例之看法，惟亦有為數不少之見解，於立法論之層次上認為，服務並不具備採取無過失責任之背景，將服務無所區別地與商品責任同為規範並不妥當，以下將先介紹在立法論上支持我國服務責任採取無過失責任的學說見解，其理由構成究竟為何，其次介紹反對見解的理由構成，最後再提出本文見解與學說展開對話。

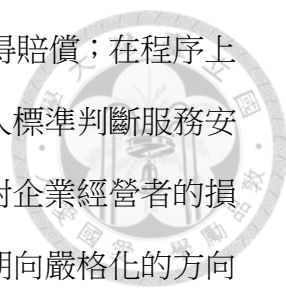
第一款 肯定見解

我國學說贊成、支持現行服務無過失責任之立法例，在理由構成方面，有學者參照歐洲共同體服務提供人責任指令草案說明備忘錄認為，一、基於消費者即受害人因不具備專業知識，且於損害發生時服務已不存在，使其處於極為不利之地位。二、與欠缺安全性之商品相較，當服務有欠缺時，被害人處於更為不利之地位，因為在商品欠缺而生損害時，經常可以對該商品或市面上尚存之同類商品進行檢驗，而缺陷服務則否。三、服務責任迄今並無明確之原則可加利用，對於案件之勝訴機率較難掌握。四、自服務提供者之觀點而言，若對服務責任未有規範，將無法準確評估其風險，亦無法投保適當的保險⁹¹。因此，服務無過失責任有其規範之必要性。

此外，亦有學者特別從改善消費者與被害人的法律地位出發，認為採取無過

⁹⁰陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九0台上字第70九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁37-38。

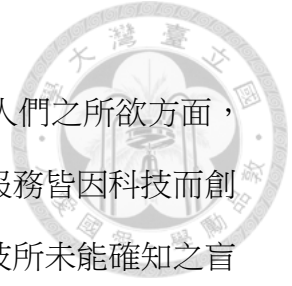
⁹¹黃立（2003），〈我國消費者保護法之商品與服務責任（二）〉，《月旦法學教室》，10期，頁87-88。



失責任，有助於消費者或被害人在實體上可以充分、確實地獲得賠償；在程序上可以迅速、簡易地獲得賠償。理由為在無過失責任下，以外行人標準判斷服務安全性是否欠缺，將使受有損害之消費者或被害人，較容易取得對企業經營者的損害賠償請求權，原則上比較容易獲得充分賠償；且當服務責任朝向嚴格化的方向發展，比較容易創造改革誘因或經濟壓力，逼使企業經營者願意往建立責任保險的方向努力，使之成為責任保險制度立法過程中有利的社經條件，為將來制訂法律建立責任保險制度預作準備工作，如此一來，得以實現損害確實獲得補償的目標；另外，責任保險制度若得以建立，則得透過責任成立要件的寬鬆化開啟責任保險理賠運作機制，以加速或促進損害賠償程序，使消費者或被害人可以在最迅速的時間內，以最簡易的方式獲得損害填補，同時責任保險之建立，亦有助於維護、提升企業經營者的商譽或形象；在公益的面向而言，亦有助於適度紓減訟源，促成司法資源合理而有效率的配置運用。

縱然在責任保險制度尚未完全建立之前，嚴格化的服務責任將使企業經營者被認定責任成立，或受敗訴判決的機率相對提高，此種權利義務關係的事前預測可能性，將使消費者或被害人談判籌碼相對增加，促使企業經營者積極、主動面對消費者或被害人受有損害之事實，以負責任的心態解決問題，容易促成和解或調解之成立，進而可以避免或減少消費訴訟，是故仍然可以發揮加速或促進損害賠償程序之功能；退步言之，縱使最終損害賠償當事人仍進入訴訟程序，消保法之服務責任係以外行人之標準判斷安全性是否欠缺，將由受理訴訟之法官代表一般外行之消費者加以判斷，此皆在法官的法律專業知識所能掌控的範圍內，不一定需要依賴相關領域內的科技水準或專業知識，因而可以大量減少專業鑑定此一調查證據程序，早日確定損害賠償權利義務關係，亦可使消費者或被害人迅速簡易地獲得損害賠償，同時亦能合理且有效率地分配司法資源⁹²。

⁹²陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50期，頁57-62。



另有學者認為，服務之於商品，在提供人們之所需、滿足人們之所欲方面，應無差異，尤其在科技不斷發達、進步與突破的今天，商品、服務皆因科技而創造，商品、服務皆以科技而組成，從而在商品方面，因具有科技所未能確知之盲點而流為「危險」的情況，應於特定之服務亦有存在之可能，而且現實上亦有此事實發生，換言之，在現代社會中，供一般人加以享受之服務，甚多具有高度科學專業的性格，其情形與商品責任中之商品相同，因此一遇有提供服務之企業經營者因所提供之服務具有缺陷，往往對被害人造成巨大的損害，而被害人於權益受有損害而欲請求救濟時，亦因缺乏此等服務方面的專業知識，於是依現有的司法體系主張權利或請求救濟時，絕大部分將因為無法為完全之主張、舉證而面臨敗訴的命運，是故我國消保法以服務為危險，對於因該服務自身加諸於消費者或第三人之損害為理由，以加重服務業者之責任，達到對於消費者如商品責任一般之保護，從危險市民化、消化社會損害以及維護消費生活連帶的立場而言，無寧是正當而且是合理的。因此，儘管在現有之各國消費者保護法中，鮮少有之立法例接納服務責任，但探討其源由，毋寧是經濟理由之考量，與危險法理之考量尚無直接關聯⁹³。

最後，有學者特別基於經營交易行為獲利與風險分擔、損失分配之觀點出發，主張服務業者經營企業即為獲取經濟上利益，若因而致生損害於他人，即應與商品製造人負擔相同責任，以及現代服務業大致採取大型企業之方式，如連鎖店、全國性銀行、大眾運輸業等，如商品製造趨向大量生產化一般，服務內容已然規格化、標準化，加之企業本身得以其大型經濟規模以及廣大經濟活動脈絡，分擔其商業交易行為可能導致之損害，就損失分散而言，顯然比起一般消費者更具有負擔能力，因此認為將商業交易行為之服務責任與商品責任同視，使消費者

⁹³朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 218-220，台北：翰蘆圖書。

易於請求損害賠償，尚無不妥⁹⁴。



綜上而論，持肯定見解的學者從不同面向分析、支持服務責任在立法政策上課以無過失責任並無不妥之處，甚至有其必要與優點，其理由構成相當具有說服力，非常值得參考。惟此處必須特別指出的是，持肯定見解之學者並非一致認為，所有類型的服務在立法論上皆適合課以無過失責任，部分學者對應受消保法規範之服務為一定要件之限制，藉以避免服務責任適用上可能無所不包、毫無限制之疑慮，而對於消保法服務責任之範圍是否應予限制的爭議問題，本文將在第三章為更深入的討論。

第二款 否定見解

第一目 商品與服務性質差異

否定見解有認為消保法對於服務採取無過失責任，係源於立法者將商品與服務並列，在商品無過失責任之趨勢下，所生之附隨效果。既然消保法之服務責任，某種程度而言是從商品責任擴張而來，故規範設計上欲使企業經營者就其提供之服務負無過失責任，關鍵在於服務於何種情狀下能與商品相比擬，惟有當提供服務在規範上與流通商品有相類似之特性時，將服務責任與商品責任為等價的規範設計，才具有正當性⁹⁵。然而論者歸納出服務具有以下之特性，與商品在性質上

⁹⁴陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 242-244，台北：元照。

⁹⁵游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期，頁 115；林忠儀（2004），〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁 173-174，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 87，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），〈論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條〉，頁 122-123，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

究有不同，因此不具相似的歸責基礎。



壹、無形性：服務所銷售者為無形的財貨，為一種勞務供給，涉及人的行為或活動；商品則大多數是大量生產或製造體系下，經由系列化、標準化或規格化過程所產生之物⁹⁶。

貳、變異性：又稱為品質客觀評價困難性，其內涵為同一項服務，往往由於服務提供人、服務時間、服務地點之差異，甚至消費者某種程度的介入，而有許多不同的變化，即使由同一人提供服務，服務品質也可能因服務提供者當時的精神及情緒而有所不同，導致平均的服務水準較不易維持。相較之下，現代之商品多以機械化製成，講究所謂規格化、標準化，是故商品之品質較容易控管⁹⁷。

參、同時性：又稱為不可分性或生產與消費同時性，其概念為服務於提供過程中，服務提供者與接受者必須同時在場，易言之，服務是一種活動的過程，在此過程中，服務的提供與消費是同時發生的，亦即產銷同步進行，因此，接受服務者與服務提供人有程度不一的接觸；然而商品之生產、製造過程中，消費者多無法親自參與⁹⁸。

⁹⁶陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 87，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 19-20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

⁹⁷陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 87-88，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

⁹⁸陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 88，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。



第二目 契約責任已能提供充分保護

論者認為我國消保法商品無過失責任之建立，其主要原因在於現代工商社會，商品通常以機器大量生產、大量製造，而且分工精細，各部門僅就一個單一步驟大量生產，消費者現實上無從了解商品之製造、裝配流程，往往也無從辨認真正的製造者，加上商品的流通管道快速便捷、無遠弗屆，消費者向零售商購買商品，零售商除非是大型量販店或連鎖店，其取得商品的過程中，亦須透過許多批發商、盤商等，並非直接向製造商品的企業經營者買入或銷售，因此在一般情形，消費者與製造人間存在許多中間商，各主體存在不同的契約關係。當消費者因商品欠缺受有損害，基於契約相對性，消費者僅得對有契約關係的零售商主張契約責任，對於製造、設計、生產或輸入商品之企業經營者，僅得依侵權責任之規定請求損害賠償，又因傳統侵權責任之成立要件，須由被害人舉證證明加害人之故意、過失，消費者對於專業之企業經營者在製造過程中有無過失一事，常有無法克服之舉證困難⁹⁹，是故為保護消費者之權利，而對製造、設計、生產或輸入商品之企業經營者課予無過失責任。

然而，服務並沒有大量提供服務的特性，其流通管道也有一定之侷限，服務提供者與消費者有較密切之接觸，相形之下較重視消費者之個人需求，通常消費者也有較多機會影響、甚至監督該服務之進行，雙方並不存在如商品製造人與消費者間，經濟實力特別顯著不平等的關係。再者，消費者既然直接自服務提供者

⁹⁹陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 5-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 18 以下，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 170，國立成功大學法律學研究所碩士論文；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 58-61，台北：翰蘆圖書；林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 17-18，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；劉春堂（1996），《消費者保護與消費者法》，頁 116，台北：行政院消費者保護委員會。

接受服務，對其主張契約責任應不似商品責任困難，縱於少數情形，受損害之人並非契約當事人，惟其與服務提供人之關係，往往亦不似商品責任之情形那麼遙遠。因此，提供服務所生之法律關係通常較為簡化，並不常見如同商品責任有多數責任主體之特性，當契約存在於服務提供人與服務接受者之間時，消費者受有損害，得逕向服務提供人主張契約責任，即便是無契約關係之被害人受有損害之情形，學理上亦得透過擴張契約責任的方式保護不特定之第三人¹⁰⁰。

依上述商品與服務之流通特性以觀，商品責任原則上著重以侵權責任作為請求權基礎，相反的，在服務責任之情形，接受者與提供者之間有程度不一之接觸，彼此之間通常有契約關係存在，在考慮服務責任的基礎時，通常要探詢雙方當事人就此所為的個別約定，此為基於私法自治原則對契約自由與自我決定權的尊重。因此契約責任之於服務而言，反而較侵權責任具有較大之運作空間及適用實益¹⁰¹。

第三目 安全性欠缺與過失區別困難

學說有認為消保法服務責任之成立以服務具有安全性欠缺為中心要件，安全性欠缺此一概念原本係商品責任下的概念，亦即存在於商品此一有形物上的客觀上欠缺；對於以無形勞務，即服務提供人之行為為規範對象之服務責任，應如何適用頗有疑義¹⁰²。詳言之，商品為人身體以外之物，與人之行為或活動無關，判斷商品是否欠缺安全性，並非針對企業經營者對商品之生產或製造過程中之行

¹⁰⁰林忠儀(2004)，〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁170、242-243，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞(1996)，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁17-18、86-87、93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁰¹林忠儀(2004)，〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁170、242-243，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞(1996)，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁19、86-87，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁰²林慧貞(1996)，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

為本身予以評價，而是針對生產出的商品，依商品導致損害之客觀事實，判斷其生產或製造是否不正常或不合理，而欠缺通常可合理期待之安全性，因此，商品安全性欠缺之判斷是針對商品本身，與行為人於商品生產或製造過程中，是否遵守一定之行為準則或善盡善良管理人注意義務無關。易言之，在商品的情形，過失與安全性欠缺所評價的對象不同，前者為行為，後者則是針對物。

相較之下，服務係由人之行為構成，並且係由服務提供者直接提供於消費者，由消費者直接受領服務，具有直接提供性，因此若欲判斷企業經營者所提供之服務是否欠缺安全性，不免將對服務提供者之行為進行有無過失之評價，如此一來，將導致對於服務欠缺安全性之判斷，成為對於服務提供人之行為是否有過失之檢驗，是故在服務責任中，安全性欠缺與過失之有無常常不易區分¹⁰³，此種現象於過失概念已朝高度客觀化發展後更加明顯，也造成我國實務在判斷企業經營者提供之服務是否有欠缺時，實際上經常是在判斷企業經營者有無過失，甚至以過失有無認定企業經營者所提供之服務，是否具備當時專業或科技水準可合理期待之安全性，或將兩者等同視之¹⁰⁴。

綜上所述，反對見解認為服務與人的行為密不可分，判斷服務欠缺安全性時，無法脫離對行為人的行為進行評價，實際操作的結果很有可能與判斷行為人有無過失相去無幾，因此，真正的服務無過失責任恐有窒礙難行之處。

¹⁰³陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心〉，頁 52-53，國立政治大學法律學研究所碩士論文；陳忠五(2002)，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)—最高法院九〇台上字第七〇九號(馬偕紀念醫院局難產案)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁 37-38。

¹⁰⁴陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心〉，頁 53-56，國立政治大學法律學研究所碩士論文；曾品傑(2007)，〈論消費者保護法上之服務責任—最高法院相關判決評釋—〉，《財產法暨經濟法》，12期，頁 106、109；陳忠五(2003)，〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50期，頁 45-49。

第四目 其他



其他對服務無過失責任之批評尚有，服務之概念模糊、種類繁多，各種服務業之間亦因從業方式、服務對象之不同彼此相差甚大，未區別服務之種類一概課予無過失責任，在法條適用上恐有疑義，舉例而言，許多服務行為無法以企業經營者與消費者兩造之概念予以認識，例如醫療服務、老人安養服務、教育服務等，倘將此等亦納入生產、消費之結構中，可能會有不盡合理之處¹⁰⁵。

再者，將所有服務皆課以無過失責任，對國家經濟亦是沉重的負荷。觀之國內從事服務之中小企業，由於經濟發展、產業轉型及國際化、自由化之推動，促使其快速成長，預料將繼工業之後成為未來經濟成長的主力，若遽然採行無過失責任，可能會扼殺服務業生機，導致經濟發展遲滯¹⁰⁶。

此外，無過失責任旨在分散損害之風險，以分配正義為其存在基礎，但是無過失責任之損害，往往在發生上與數量上，對於企業經營者而言具有不可預見性，故此負擔必須藉助保險機制分散出去，觀察立法通例，凡對特定服務課予無過失責任，勢必有責任保險制度相互配合，否則對於企業經營者課予過重之負擔，將使企業經營者走向破產而無法經營，更加阻礙國家經濟成長¹⁰⁷。

¹⁰⁵陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 48，國立政治大學法律學研究所碩士論文；吳正榮（2003），《「課後托育中心」服務於消費者保護法之適用與解釋》，頁 41，國立成功大學法律學研究所碩士論文；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 194，台北：翰蘆圖書。

¹⁰⁶林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 169，國立成功大學法律學研究所碩士論文；楊志宏（2001），《醫療行為適用消費者保護法之研究》，頁 84-85，國立中正大學法律研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 122-123，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹⁰⁷曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任—最高法院相關判決評釋—〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 57-58；吳正榮（2003），《「課後托育中心」服務於消費者保護法之適用與解釋》，頁 42，國立成功大學法律學研究所碩士論文。



第三款 本文見解

不論係在立法論上肯定，抑或反對服務責任採取無過失責任之學說，皆提出許多重要之理由支撐其論點，而欲評價現行服務無過失責任之立法例是否妥適，即有必要對上開理由為更深入之思考與探討，以下將分別針對：商品與服務是否確實存有性質上之差異，若有，此種差異是否足以合理化二者應適用不同歸責原理？又，契約責任是否足以提供同時身為契約當事人之被害人充分之保障？以擴張契約責任適用範圍之方式，是否足以保護非契約當事人之被害人？服務欠缺安全性與過失是否有區別困難之情形，若是，能否即據此正當化服務不應採取無過失責任？服務無過失責任是否確有不當加重企業經營者負擔之情事等問題提出看法，並與學說見解進行對話。

第一目 對商品與服務性質差異之回應

否定見解認為商品與服務在性質上有所不同，因此服務並無與商品同為無過失責任規範之妥當性，雖然論者歸納出若干服務之特性，但總結而言，無外乎服務為人之行為，屬於勞務提供，而商品則是可以與行為分離評價之物。相較於經過系列化、規格化、標準化的商品具有齊一的品質，由於服務與人之行為密不可分，涉及人的精神與情緒，不同人所提供之服務千差萬別，即使是同一服務提供者，在不同時間、不同地點，皆可能因個人因素而產生極大差異，加上服務提供的同時，消費者亦直接接受服務，其與服務提供人間有程度不一的接觸，甚至可能介入或影響服務之提供，故論者認為服務難以維持平均的品質。然上開服務與商品性質上之差異，是否可以直接推論，對於提供服務之企業經營者課予無過失責任，不具正當性與妥當性之結論，本文持保留態度，理由如下。

壹、服務之無形性不足以作為差別對待之理由

首先，服務是否必然為純粹之勞務供給，僅涉及人之行為活動，而商品是否一定是能與人之行為截然二分的物，商品與服務是否有如反對見解所言有如此明顯的性質差異，以致於在具體個案中必然可以為清楚、明確的劃分值得懷疑。服務雖然與人的行為息息相關，然服務與商品之間有時卻很難劃出涇渭分明的界線，原因在於服務之提供經常具有複合之性質，除了單純勞務之供給外，搭配一定硬體設施或商品之使用，俾使服務之提供能夠有效達成或最佳化，以滿足消費大眾之需求，此種情形甚為常見。而在各行各業中，所提供之服務幾乎皆包含此二部分，只不過在比例、程度上或有大小不等之差異。

以台灣高等法院 94 年度上易字第 39 號判決（【火鍋酒精爐灼傷案】）為例，其案例事實略為，被害人至餐廳享用紙火鍋時，服務生點燃酒精爐約 1、2 分鐘後，該酒精爐竟火花四射，灼傷手臂及左眼，被害人遂依消保法第 7 條之規定對餐廳請求損害賠償。有學者認為服務之提供若僅僅構成商品的一部分，最後呈現的是商品自身而非服務，就不屬服務責任之範疇¹⁰⁸，則在系爭案例中，或許可以認為餐廳最終所呈現於被害人的是紙火鍋料理此一商品，因此可以探討的是系爭商品是否有安全性欠缺。

台灣高等法院 94 年度上易字第 39 號判決亦採取類似見解，判決中雖然表示：「上閣屋公司及輔成公司所提供的是商品與服務混合之餐飲服務，而其餐飲服務之範圍，在至上閣屋台中旗艦店飲食之情形，依一般社會大眾之合理期待，除提供符合安全衛生之食品外，應包括提供一安全之用餐環境，亦即在一般社會通念中，餐飲業者應有提供安全用餐環境之義務。」但是判斷企業經營者是否應依消保法第 7 條負責時，則是將重點置於系爭紙火鍋酒精爐是否有安全性欠缺、

¹⁰⁸黃立(2002)，〈餐廳的商品與服務責任問題－評台北地方法院八十八年度訴字第二〇三九號及同院八十八年度訴字第五四一號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，83 期，頁 234-235。

企業經營者是否應負商品責任，例如法院表示：「上閣屋公司就系爭紙火鍋酒精爐係從事設計供餐飲使用之商品之企業經營者，而輔成公司就此則並為從事經銷供餐飲使用之商品之企業經營者，渠等所設計或經銷之商品既有前述安全上之危險，且與乙○○所受傷害間具有因果關係，輔成公司及上閣屋公司即應對乙○○負連帶損害賠償責任。」¹⁰⁹、「上閣屋公司係居於從事設計供餐飲使用之商品之企業經營者地位，而輔成公司就此並為從事經銷供餐飲使用之商品之企業經營者，依前揭說明，輔成公司及上閣屋公司即應就供餐飲使用之商品所造成之損害負連帶賠償責任。」

然而，系爭紙火鍋酒精爐亦可認定為，僅是餐飲服務提供過程中所使用之輔助物品，若從系爭意外的發生為服務生操作酒精爐不當，而一般人應可合理期待，於餐廳中享用餐點及接受其他服務之過程中，不會發生不合理的意外事故侵害其人身、財產完整性，若從此點著眼，似乎並非不能理解為提供之服務欠缺安全性。

事實上，縱使服務生並無操作酒精爐失當等情事，而是系爭酒精爐本身即有安全上欠缺，點燃後突然濺出火花燙傷被害人，雖有認為服務之提供若兼具行為與商品共同加以完成，而損害之發生係單純來自於商品或其輔助性之條件，服務自身根本無危險性，應只能論以商品責任而已¹⁰⁹。惟若換個角度思考，服務提供者將有安全性欠缺之商品作為輔助其服務提供之工具，對於一般外行、不具專業性，無從知悉、掌控整個服務流程，其中包括對於企業經營者究竟藉由何等商品完成服務，根本無從置喙之被害人而言，在餐廳享用鍋物料理卻毫無預警地遭火焰灼傷，難道不能評價為提供之服務欠缺安全性？

¹⁰⁹朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 204，台北：翰蘆圖書。

本件第一審法院（台灣台北地方法院 93 年度訴字第 226 號判決）表示：「**本件餐廳之商品，乃飲食及服務之提供**．．．．．本件原告所取用之**紙火鍋產品**確為被告所提供，並經被告丙○○負責點火，此種在消費者桌上點燃火焰之產品，其器具之安全性自應由被告負擔保之責，且被告之責任不因其將該產品留置於顧客桌上，即隨之消滅，其所應負之注意義務，亦不因此即轉由消費者獨力承擔，例如餐飲業者將熱湯杯交予消費者後，倘未盡相當注意義務（例如註記警語、提供隔熱裝置或者不破裂之器具等），縱然該湯杯係在消費者手中滑落而燙傷消費者自己，該企業經營者仍應為其未盡注意義務負其責任，本件被告所提供之紙火鍋係以燃燒酒精方式於顧客餐桌上加熱食物，本即具有相當之危險性，而消費者於食用食物時或因聊天、張望，通常無法時時刻刻注意火焰燃燒狀況，其因火焰之爆燃或噴濺所生之損害，**自屬被告提供之商品或服務之瑕疵。**」

觀察上開判決理由，法院認為餐廳所提供之商品為飲食與服務，之後雖亦提及紙火鍋商品，但大部分篇幅皆在論述企業經營者於將商品交付顧客後，應盡之義務內容、注意程度為何，此部分內容似乎可以理解為，法院在探究企業經營者於提供服務過程中，對被害人應盡之安全義務的內涵，論述到最後似認為，此時區別商品或服務有困難性及缺乏實益，故以「被告提供之商品或服務之瑕疵」較模糊的方式稱之。

由此可知，商品與服務在具體個案中，未必可以劃出一道清楚、明顯的界線，因此，與其認為商品與服務有本質上的差異，倒不如認為究竟應評價為商品或服務，許多時候僅是觀察角度不同所致。

再者，學說有認為商品為在大量生產或製造體系下，經由系列化、標準化或規格化過程所產生之物，與人之行為與活動無關，這樣的看法是否必然正確，亦

有疑問。在判斷商品是否欠缺安全性時，或多或少仍須考量商品的製造或生產過程，是否欠缺通常可合理期待之安全性，而商品之製造和生產，同樣也會涉及人的行為活動，以最高法院 104 年度台上字第 172 號判決（【速食店紅茶燙傷案】）為例，其案例事實略為，被害人至速食店購買雞塊、熱紅茶等餐飲，速食店之受僱人當場以紙杯盛裝熱開水所沖泡的紅茶後，即裝入紙袋交付予被害人，嗣後被害人搭乘其母親所駕駛之自用小客車時，紙杯杯蓋與杯體分離，熱紅茶外洩，導致嚴重燙傷。事實上，本件燙傷被害人之案例究竟係屬因商品（熱紅茶）肇致意外事故，或是因服務（餐飲提供）肇致意外事故本即不易區分¹¹⁰。

退步言之，縱使認為服務之提供若僅僅構成商品（熱紅茶）的部分，最後呈現的是商品自身而非服務，不屬服務責任之範疇，故應論斷是否構成商品責任、探討系爭商品是否欠缺安全性。然而，系爭熱紅茶的生產與製造也與人的行為活動有關，例如店員使用過高溫度的熱水沖泡紅茶、店員未將杯蓋予以固定，或是未將熱飲杯蓋以膠帶牢固黏住後，再以杯架固定於提袋中，相當程度亦牽涉到人的行為與活動，難謂完全無關。

在商品生產與製造的情形，得脫離對行為人行為模式或注意能力評價的原因或許在於，商品的生產或製造具有制式、劃一的特色，在生產、製造過程中，如有少數商品顯現出異於其他同種商品之不正常或不合理性，此時不問行為人是否已盡善良管理人之注意能事，即可認定商品安全性欠缺。然而，消保法第 7 條所謂商品欠缺安全性，除生產或製造上欠缺，還包括設計上欠缺與說明或警告上欠缺。商品的設計、說明或警告等，因為與行為人對商品的設計理念或商品行銷策略之決定有關，更是直接涉及到人類的行為與活動，無法單從商品的生產線或製

¹¹⁰陳忠五（2015），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，276 期，頁 98；認為商品責任與服務責任應嚴予區別，本件所應探討者為商品責任而非服務責任之不同見解，請參閱吳淑莉（2016），〈餐飲業之消保法商品及服務責任—熱紅茶案判決評析〉，《月旦法學雜誌》，252 期，頁 214-221。

造線加以判斷，而有自主、獨立之特色，因此也更加無法完全擺脫對行為人行為模式或注意能力之評價¹¹¹。



由上述分析可以得知，當服務之提供伴隨一定場地使用、設備及機器之運作，就有可能發生難以區別商品與服務之情形，而現代服務之提供，使用一定工具、設備加以輔助之情形所在多見，僅是不同行業間需求的程度有所差異而已，因此服務與商品之間確實存在許多模糊地帶，甚至在許多情形不容易斬釘截鐵地將兩者作一明確區分。另外，即使是商品責任亦涉及一定程度的人之行為，在生產或製造商品的情形，若聚焦於是否有某個別商品或少數商品，顯現出其在使用或消費過程中，異於其他同類商品的危險性，或許可以將商品與人之行為分離評價；然而，商品之設計與說明或警告，亦直接牽涉到人類的行為與活動，因此服務與商品二者間並非如反對見解所言，服務為人之行為，商品則為可與人類行為分離評價之獨立物品如此涇渭分明。

貳、服務之變異性不足以作為差別對待之理由

論者認為服務提供往往因為服務提供者、提供時間、提供地點之差異，而有許多不同的變化，即使由同一人提供服務，服務品質也可能因服務提供者當下的精神及情緒而有所不同，導致平均的服務水準較不易維持，因此服務具有變異性而與制式、劃一生產、製造之商品有所不同。

確實相較於在機械化體系下大量生產、製造之商品而言，服務是一種勞務供給，是由人的行為和活動構成，所以與人的精神作用或意識狀態密切相關，不可否認的是，每個人皆有其個別性、自主性與獨立性，因此提供服務的方式、內容大相逕庭，即便是同一人，也可能受當下時空環境、內外等等因素影響，調整、

¹¹¹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁37-41。

變更提供服務的方式與內容。但此處值得探討的是，論者所謂平均服務水準究竟所指為何，此亦涉及到消保法服務責任保護客體之問題。



消保法第 7 條以安全性欠缺作為服務責任之成立要件，而所謂提供之服務欠缺安全性，係指服務之提供未具通常可合理期待之安全性，於判斷時應視該服務之提供，對消費者或第三人之人身或財產之完整性，是否有不正常或不合理之危險。安全性欠缺之概念與物之瑕疵擔保責任上瑕疵之概念並不相同，此點亦為立法者所明認，因此特意不使用瑕疵二字，期能將安全性欠缺與瑕疵在概念上相互區別¹¹²。

詳言之，服務欠缺安全性，不以該服務之提供是否具有滅失或減少其價值之瑕疵，或具有滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，或缺少一定之品質作為判斷基礎，而是以該服務之提供對消費者之人身或財產完整性，可能肇致損害之各種情事作為判斷標準。因而，安全性是否欠缺與服務提供是否具有一定之價值或特性，足以達成一定之契約目的或發揮一定之經濟效用無關¹¹³。從消保法第 7 條第二項：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」的規定觀察更可明白，消保法服務責任所欲保護的法益僅限於生命、身體、健康、財產法益，亦即消費者的人身完整性與財產完整性，至於消費者基於契約關係而能享有的給付利益，並非消保法之保護法益¹¹⁴。

以台灣高等法院 89 年度上易字第 430 號判決（【護膚服務受傷案】）為例，

¹¹²朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 94，台北：翰蘆圖書。

¹¹³陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 98-99。

¹¹⁴陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）—最高法院九 0 台上字第七 0 九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 68-69。

被害人至髮型美容店接受全身護膚、去角質、美白服務，因服務人員未注意其所使用之去角質及美白商品，及其施用方法是否會造成皮膚傷害，致使被害人於接受服務後皮膚受有傷害。由於身體法益為消保法服務責任所保護之法益，故有服務責任之適用可能，惟仍須進一步分析服務提供是否有不正常或不合理之危險；假設在本件中，被害人之身體法益並未遭受侵害，而是未達到企業經營者所標榜皮膚去角質與美白之功能，此為契約預定效用之無法達成，僅涉及契約關係之給付利益，故並無消保法服務責任之適用。

再以台灣高等法院 99 年度重上字第 52 號判決（【溫泉會館溺斃案】）為例，其案例事實略為，被害人在溫泉會館的房間內休息，最後被發現時已不幸溺斃於溫泉浴池內，本件被害人於溫泉浴池內溺斃，為人身完整性之侵害，屬於消保法服務責任所欲保護之法益，至於消保法服務責任是否成立，須進一步判斷服務之提供是否有安全或衛生上之危險；然設若本件案例事實為溫泉會館因假日人潮眾多，導致服務人員無法在約定時間內替消費者辦理入住手續，而使消費者遲遲無法使用客房內之設備；或溫泉業者保證每間客房皆裝配有溫泉水，惟消費者打開水龍頭卻只有自來水傾瀉而出，此種狀況僅是服務之提供有滅失或減少其價值或契約預定效用之瑕疵，為消費者基於服務契約關係所享有之給付利益，並非消保法所欲保護之法益。

而論者提及服務難以維持平均水準與品質，並進一步提出標準化於提升服務品質的過程中扮演相當重要之角色，然觀察其所舉出的例子，例如，旅館應將殷勤的態度、賓至如歸的熱誠，以消費者更能感受之方式呈現出來云云¹¹⁵，無非皆是在論述服務是否具有一定之價值或特性，足以達成一定之契約目的或發揮一定之經濟效用，此部分顯為契約給付利益之範疇，而以服務契約上之特徵，進而

¹¹⁵林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 22-24，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

認為服務與商品具有不盡相同的特性，並以此作為服務不應在侵權責任法上課以無過失責任之理由，似有不妥。



準此，從被保護法益的觀點而言，必須是人身與財產法益之完整性被侵害，才可能構成消保法之服務責任，並非要求企業經營者應提供無瑕疵之服務，否則即應負起無過失責任，換言之，消保法僅是要求企業經營者所提供之服務，不得對消費者或第三人人身與財產完整法益造成不正常、不合理之侵害，而非要求服務契約必須達成一定之契約目的或發揮一定之經濟效用，不可不辨。

參、服務之同時性不足以作為差別對待之理由

再者，針對所謂服務具有同時性之特徵，亦即論者認為於服務提供過程中，服務提供者與接受者必須同時在場，兩者間有較密切之接觸，通常情形下，雙方亦有契約關係存在，因此接受服務之消費者可能會介入、影響、監督服務的提供。然現代消費社會服務之提供呈現多元與複雜的風貌，透過層層細緻複雜分工，甚至外包於其他業者提供服務之情形所在多有，與論者所設想之傳統型態的服務業，即由服務提供人於特定地域內提供服務、與被害人有較密切之互動，甚至經常與被害人間有契約關係存在之情形已有不同，縱使認為被害人與服務提供者間有一定程度的接觸與互動，更重要的或許在於，被害人是否確實有能力與地位去影響，甚至監督提供服務的企業經營者，甚有疑問。

以【八仙粉塵爆炸事件】為例，設若八仙樂園確實如業者所聲稱在整起事件中僅扮演提供場地租借之角色，並未參與活動舉辦與規劃¹¹⁶，在此種情況下，被害人能影響、監督八仙樂園服務提供之機會微乎其微；再者，雖然被害人係直

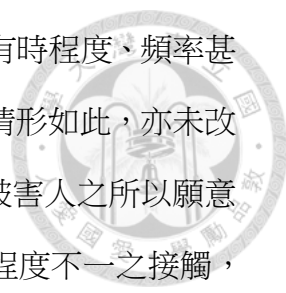
¹¹⁶聯合報（11/05/2015），〈八仙塵爆案 家屬提再議〉，A12 版；聯合晚報（06/29/2015），〈玩色賠不起 八仙責未明 求償恐漫長〉，A2 版；聯合報（06/28/2015），〈八仙：租給公關公司開趴〉，A3 版。

接參與玩色創意國際公司與瑞博國際整合行銷公司所舉辦之活動，惟一般外行、不具專業知識的被害人，是否有足夠的專業與能力知悉造成事故之彩色粉霧的成分，遇到火源極有可能會引發粉塵爆炸，甚至進一步去監督、要求企業經營者改用其他安全之色粉，以避免事故之發生？

再以最高法院 104 年度台上字第 358 號判決（【長灘島浮潛溺水案】），其案例事實略為，被害人參加富友旅行社所舉辦之長灘島 5 日旅遊團，富友旅行社再將行程轉由新台旅行社承攬，嗣後由領隊帶領被害人搭乘菲律賓 HAFTI 公司所有之螃蟹船，出海至景點珊瑚花園進行浮潛活動時，被害人因落入海中時未穿著救生衣，以致溺水昏迷，之後不治身亡。

於上開案例中，與被害人訂有旅遊契約者為富友旅行社，然而由於富友旅行社將行程完全轉由新台旅行社承攬，導致被害人與同為契約當事人之富友旅行社，在服務提供過程中的接觸、互動反倒不如新台旅行社頻繁，即使得認為被害人與新台旅行社互動密切，惟一般不具專門知識、經驗的被害人是否有足夠的能力與專業去影響、監督掌握著專業知識、有豐富經驗的企業經營者，例如了解該潛水地點潛在之危險，潛水時應該配戴何等裝備始為安全，進而要求企業經營者提供更具安全性之潛水裝備，甚至在旅程規劃上選擇其他潛水地點等，事實上被害人即是因為本身缺乏一定之專業與經驗，為避免出國到極度不熟悉的地方、在人生地不熟的情況下會發生一些障礙或危險，才需要依靠旅行社為其規劃行程、並在旅途過程中，引領被害人能在安全無虞的狀態下度假，若謂被害人有能力與專業去影響、監督旅行社，被害人又何須透過旅行社為其代辦出國相關事宜？

若將服務之同時性理解為，不論企業經營者與被害人有無契約關係，亦不問企業經營者間具體之分工關係究竟為何，被害人在企業經營者提供服務之過程中



接受服務，因而與企業經營者間有程度不一之接觸，此種接觸有時程度、頻率甚低，或許只是在一定時期內得以使用一定場地、空間，惟即便情形如此，亦未改變被害人接受企業經營者提供服務之本質，則換個角度思考，被害人之所以願意接受特定企業經營者所提供的服務，願意與特定企業經營者有程度不一之接觸，即是反映出被害人對該企業經營者抱有一定程度之信賴，很自然地，被害人當然亦會合理期待在接受服務之過程中不會發生不合理、難以預料之危險，侵害被害人之人身與財產完整性，而以提供一定服務為其專業活動或職業生涯的企業經營者，在其所擁有的指揮、管理、監督權限內卻發生不合理之風險實現，難道不應該對這些因為信賴企業經營者而放心、大膽將其人身、財產安全暴露於企業經營者指揮、管理、監督下的被害人，負起相應之責任？

再以【八仙粉塵爆炸事件】為例，縱使八仙樂園僅單純提供活動場地，與被害人間實際上並無契約關係，但一般人事實上應該無從知悉提供服務之企業經營者間究竟如何進行內部分工，加之活動宣傳及購得之票券上皆清楚載明活動在八仙樂園內舉辦，而八仙樂園又是國內知名的遊樂園區，被害人因而對之投以相當的信賴與期待，相信在八仙樂園內所舉辦的活動應當具有一定之安全性，因此才會放心地去參加活動，未料竟發生嚴重的意外事故，此時，提供場地供被害人使用、玩樂，且被寄予一定安全性期待之八仙樂園，難道不應該承擔此不幸損害，以保障被害人對於服務分工機制的信賴？

綜上而論，服務於提供過程中，服務提供者與被害人經常同時在場，因此服務的提供與消費係同時發生，服務具有或多或少的同時性，此特徵雖不容否認，但以此特徵進而推斷出接受服務之被害人有能力、經驗與地位可得介入、影響、監督提供服務之企業經營者，因此服務責任不應與商品責任同採無過失之歸責原理，本文持保留見解。再者，同時性之特徵若是描述企業經營者與被害人，於服

務提供過程中有程度不一的接觸，反而可以解讀為，被害人展現對企業經營者保護其人身與財產完整性一定程度之信賴，而應作為強化保護弱勢被害人之理由，而不是以服務具有同時性此特徵推導出弱化被害人保護的結論。



第二目 服務並無與商品區別對待之正當理由

另有論者著眼於商品與服務在性質上有所不同，因此認為服務並無與商品同為無過失責任規範之妥當性，然而，商品與服務在許多情況下無法截然二分，兩者間並無涇渭分明的界線，尤其在現代社會，服務之提供伴隨一定商品之使用加以完成者甚為常見，僅是各行各業間比例、程度上或有差異而已。換言之，服務之提供若作用於一定有形物之上，最後係以商品的方式呈現或交付給被害人，若因此造成人身、財產完整性之侵害，或許論斷商品責任較無疑問，較易為學者所接受，然而，事實上在此種情形，未必是企業經營者沒有提供服務，而是提供之服務已與商品結合，論斷商品責任亦足以保護被害人。

惟在許多情形，提供之服務未必直接作用於一定有形物之上，或雖施加勞務於一定有形物之上，但該有形物僅不過是提供服務過程中伴隨使用的工具或設備，最終並未直接以商品之方式呈現、交付於被害人或流通進入市場，設若同樣造成被害人人身、財產完整性之侵害，或許有時可以透過解釋，將之納入商品責任之保護範圍內，然擴大商品責任之適用範圍畢竟有其極限，而且若僅是因為作用於有形物之程度、比例間或多或少之差異，而導致必須分別適用商品責任與服務責任，依反對論者在立法論上之見解，前者為無過失責任，後者仍維持傳統過失責任，惟對於同樣在企業經營者指揮、管理、監督權限範圍內，人身與財產完整性同遭受侵害之被害人而言，似乎並無為此差別對待之正當理由。

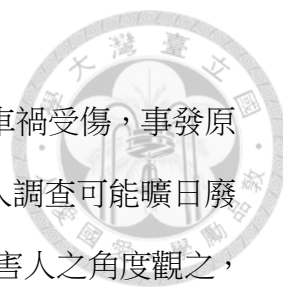
另外，持反對見解者曾舉出一例，某大廈為住戶安全，因此委由保全公司管制人員進出，並於地下室停車場入口設立崗哨，控制車庫大門之開合，但為住戶之方便，各住戶並各自保管車庫大門入口之遙控器，一日住戶甲駕車歸來，保全人員恰巧離開崗哨，甲乃自行啟動車庫門進入車庫，並隨即關閉車庫門，此際保全人員已返回崗哨，又指揮另一住戶乙駕車入庫，卻遭正要關閉之車庫門擊中，車頂凹陷，論者認為此時車庫電動門，即商品本身並無欠缺，純係保全人員操作不當所生之損害，故僅可以探討服務是否欠缺安全性¹¹⁷，簡言之，論者認為安全性欠缺者究竟存在於商品抑或服務，在概念上並非無從區別。

惟於具體個案中，損害之發生究竟係導因於商品欠缺安全性，或係因提供之服務欠缺安全性，抑或兩者皆有安全性欠缺，許多時候難以明確判斷。以最高法院 86 年度台上字第 1445 號判決（【仰德大道車禍案】）為例，被害人主張其搭乘企業經營者之公車，自文化大學至台北市區，途經陽明山仰德大道時，該公車因平時疏忽未保養及行車前亦未注意，導致煞車失靈而發生車禍，被害人因而骨折。本件導致被害人受傷者，究竟係公車司機駕駛山路時煞車不慎、司機平時疏於保養及注意故導致煞車失靈，抑或是因為公車本身煞車機件即有故障，或是上開因素皆而有之，在適用商品責任或服務責任時，認定上即會出現困難¹¹⁸。

退步言之，縱使認為最終得以透過證據調查，清楚辨明安全性欠缺究竟係存在於商品抑或服務，然值得注意的是，將勞力、時間、費用投入於調查事發原因，目的僅是為辨明應適用商品責任或服務責任，甚至依反對論者之見解，僅商品責任始為無過失責任，對這些人身與財產完整性遭受侵害的被害人而言是否有實益？是否足以保障其權利？是否為司法資源之浪費？

¹¹⁷林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 105，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹¹⁸陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 242，台北：元照。



以【仰德大道車禍案】而言，被害人搭乘公車卻突然遭遇車禍受傷，事發原因究為駕駛員駕車不慎，抑或煞車機件故障有時甚難辨別，深入調查可能曠日廢時，更重要的是，不論調查結果為何，本件車禍事故之發生自被害人角度觀之，皆不符合身為一個外行人可合理期待之安全性，皆會被評價為安全性欠缺。因此，耗費勞力、時間、費用調查事故原因，目的若僅係為辨明究應適用商品責任或服務責任，毋寧是司法資源之浪費，設若再進一步以事故發生原因為區別對待，對同樣遭受人身與財產完整性侵害之被害人並不公平。

再者，若回顧支持服務無過失責任立法例之學者所提理由，其中之一為，服務與欠缺安全性之商品相較，當服務有欠缺時，被害人處於更為不利之地位，因為在商品欠缺而生損害時，經常可以對該商品或市面上尚存之同類商品進行檢驗，而缺陷服務則否，因此其認為服務有課以無過失責任之必要性¹¹⁹。其中值得特別提出的是，持反對見解者亦對服務之特性為歸納，並肯認服務具有無形、易消滅之特性，甚至認為被害人於接受商品前，可對之加以檢驗並判定是否符合所需，且商品大多採機器自動化作業，因此品質較易控制，但是服務不然，因其生產與消費同時發生無法事先檢查，加上勞力密集、人又各有情緒及特質，因此服務之品質控制較為困難¹²⁰，然反對論者指出此等特性之目的主要係為了表達服務不具有與商品同課以無過失責任之正當性。簡言之，就立法論上持肯、否不同意見者，皆觀察到一些服務的類似特性，卻對此等特性作了截然不同的解讀。

事實上，反對見解所提出之觀察與理由若換個角度思考，未嘗無法成為支持接受服務之被害人，更需要受到消保法保護之理由¹²¹。蓋服務之類型多樣，有

¹¹⁹黃立(2003)，〈我國消費者保護法之商品與服務責任(二)〉，《月旦法學教室》，10期，頁87-88。

¹²⁰林世芬(1996)，〈論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條〉，頁23-24，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹²¹類似見解請參閱賴佳琪(2008)，〈公寓大廈管理服務人責任之研究〉，頁197-198，國立政治

時服務提供過程中由於伴隨、倚賴一定商品之使用與配合，導致商品與服務間存有模糊地帶，不易區別之情形有之；但不可否認的是，有些服務種類確實更偏重於勞務之提供，例如，國術館提供推拿服務、按摩業者提供指壓、按摩服務，由於服務之生產與消費同時發生，故被害人無法於接受服務前事先予以檢查。

此外，再因為此類型之服務偏重人類的行為與活動，而有自主、獨立之特色，導致被害人難以掌握服務之內容，相較於規格化大量生產之商品，被害人所面臨之風險與不安定性可能更高，若嗣後因服務欠缺安全性，導致被害人人身完整性受有損害，於斯時提供之勞務已不復存在亦無法再現，不若商品或許猶可在市面上找到相同或類似商品進行檢驗、比對，是故判斷服務是否欠缺安全性與判斷商品是否欠缺安全性，相較之下或許更為困難，就此面向而言，接受服務之被害人反而處於更劣勢之地位，應該更需要法律之保護。

人類社會發展至今，儼然已形成高度分工且高度專業的社會，不獨是商品，在服務產業方面亦是如此。自從人類脫離自給自足、凡事親力親為之生活方式後，生活需求就必須透過於市場消費與交易才能獲得滿足，惟並非人人皆有足夠的能力與資力成為企業經營者，且隨著社會分工越趨精緻，企業經營者與消費者之對極型態亦逐步成型，企業經營者與消費者間人力、財力、資訊力之落差因此日漸擴大，消費者對於社會分工機制之仰賴程度亦日漸升高¹²²。

以台灣高等法院 99 年度上字第 518 號判決（【蒸氣太空艙排風管掉落案】）為例，案例事實略為，被害人至被告美容機構接受蒸氣太空艙除體內毒素護理療程，其躺臥於蒸氣太空艙內僅露出頭部，不料在蒸氣太空艙啟動後不久，安裝在上蓋右側之塑膠排風管突然掉落，擊中被害人眼睛，致右眼水晶體移位脫落。系

大學法律學研究所碩士論文。

¹²²張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 18-19，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

爭蒸氣太空艙之進口要價高昂，組裝、操作與維護亦須仰賴一定程度之專業性，基本上一般民眾不會在自己家中添置並使用，若須利用系爭蒸氣太空艙接受特定療程，勢必只能透過掌握一定人力、財力、資訊力的企業經營者為其提供相關服務，此為社會分工日趨精緻所必然會面臨的現象，而在這樣高度分工的現代社會，一般人亦只能仰賴企業經營者為其提供服務，以滿足日常生活需求。而一般外行人根本無從知悉，企業經營者所掌握關於服務提供之種種資訊，要求外行人對所接受服務的各種細節均加以瞭解，不僅毫無期待可能性，亦無實現之可能性，甚至不啻是對社會分工功能之完全否定，因此除非人類要重返自給自足之生活方式，否則身為一個消費時代之消費者，不得不信賴掌握充分專業知識、累積龐大相關經驗的企業經營者，不得不信賴整體日趨細緻的社會分工¹²³。

而法律應當保障此種人們對分工社會之「信賴感」，此種「信賴感」不僅存在於商品，亦存在於企業經營者所提供之服務，因此，為保護現代消費社會下，在社經關係上一般而言處於弱勢地位的外行人，或欠缺專業知識、資訊、技術或經驗之人對社會分工體制之「信賴感」，消保法第 7 條因而要求企業經營者就其流通進入市場之商品或提供之服務，須具有一定之安全性，以確保消費者或第三人之人身或財產完整性，理由在於一般外行之消費大眾皆會期待、信賴於消費過程中，企業經營者會確保一定之安全性，使其等不致發生不合理、難以預見之意外事故，不論其究竟是使用商品或接受服務，換言之，侵害人身、財產完整性之損害事故，究竟是導因於商品使用抑或是服務提供，根本不是一般外行人關心的重點，蓋不論是商品欠缺安全性或服務欠缺安全性，皆是破壞消費大眾對整體社會分工體制之信賴感。

而且，在許多情形，消費者選用商品或服務經常僅是方便或恰巧為之，例如

¹²³張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 85-86，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

欲清洗汽車，消費者可能購買清理設備自行清洗，也可能至洗車店交由企業經營者清洗，有時僅為一時之選擇¹²⁴，惟重點在於，無論係使用商品或接受服務，一般人均會期待、信賴安全無虞，人身與財產完整性不會被無端、莫名侵害，因此應無嚴以區別商品或服務並為差別對待之必要與正當性。

綜上而論，就立法技術而言，我國消保法將商品與服務責任併列規範，同課以無過失責任，可以避免損害事故發生後，仍須判斷或區分究竟係因商品或因服務而發生系爭事故之難題¹²⁵，畢竟在商品之交易或使用伴隨提供一定之服務，或服務之提供伴隨或使用一定之商品比比皆是之現代社會，判斷、評價應適用商品責任抑或服務責任有時甚為困難。

此外，對於偏重於勞務提供之服務類型，一般外行人掌握服務之內容有一定之難度、面臨更高的風險與不確定性，而且於損害發生時，提供之勞務亦不復存在，若從這個角度為觀察，接受服務而受有損害之被害人，反而更需要無過失責任之保護。更重要的是，對於同樣對專業的企業經營者抱以相當信賴、同樣不幸遭受人身或財產完整性侵害之被害人，根本不具區分事故來源加以差別對待之正當性。

第三目 傳統契約責任之保護不足

在立法論上反對服務責任以無過失責任加以規範之見解認為，服務與商品之特性究有不同，由於服務並未涉及大量生產，接受服務者與提供服務者間有程度不一的接觸，彼此之間通常有契約關係，縱使在少數情形，被害人並非契約當事

¹²⁴陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 243，台北：元照。

¹²⁵陳忠五（2015），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，276 期，頁 98。

人，惟其與服務提供人之關係並不遙遠，因此提供服務所生之法律關係通常較為簡化，並不常見具有如同商品責任一般牽涉多數責任主體¹²⁶；再者，基於對私法自治、契約自由原則之尊重，企業經營者與消費者間之權利義務關係究竟如何，應探詢雙方當事人間之契約約定，從而契約責任已足以保護消費者之權益¹²⁷。亦有見解質疑當消費者已得透過契約責任之請求權，對企業經營者主張權利時，是否還需要在消保法中，建立無過失之服務責任救濟途徑來保障之¹²⁸？

針對上開見解，本文認為傳統契約責任在意外事故被害人之保護上，仍有一些未盡完善之處，因而難以妥善地處理在消費時代，人力、財力、資訊力等資源集中於企業經營者的分工社會中，層出不窮的因服務所導致消費者生命、身體與財產受有損害的賠償問題，理由分析如下。

壹、契約責任之歸責要件

按民法第 227 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。（第一項）因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。（第二項）」本條為不完全給付之規定，即債務人雖提出給付，但其給付不符合債之本旨之情形，債權人得依本條之規定請求損害賠償。

¹²⁶陳光岳等（2016），〈民法研討會第七十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，241 期，頁 142，詹森林教授發言部分；陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 87，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 19-20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹²⁷陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 87-88，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹²⁸陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 6，國立政治大學法律學研究所碩士論文。



值得注意的是，於 1999 年債編修正時增訂第二項之規定，因此，債務人之賠償範圍應不以瑕疵損害（即履行利益）為限；如有加害給付之情形，債權人亦得請求瑕疵結果損害（即固有利益）之賠償¹²⁹。實務上，以消保法服務責任為請求權基礎之被害人，亦不乏與企業經營者間有契約關係存在，因此同時亦依民法第 227 條不完全給付之規定請求損害賠償者不在少數。

惟按民法第 227 條之規定，債權人主張不完全給付而請求損害賠償，亦應以債務不履行之情事係「可歸責於債務人之事由」所致者為限。因此，被害人如欲依我國契約責任法上債務不履行責任體系，請求損害賠償時，仍應以有「可歸責於債務人之事由」為前提¹³⁰。而契約責任上之歸責事由得由當事人以契約訂定之，在未為特別約定時，法律若就可歸責於債務人之事由，設有個別規定者則依其規定，例如債務人有時僅就故意負責（第 466 條），有時僅就故意或重大過失負責（第 237 條、第 410 條），有時則是無過失之事變責任（第 606 條、第 607 條、第 634 條、第 654 條）或不可抗力責任（第 231 條、第 525 條）。若法律未為特別規定，則回歸民法第 220 條之規定，債務人責任之成立仍以債務人之故意或過失為要件¹³¹。

契約責任之故意一般亦如同侵權責任之故意，而援用刑法第 13 條之法律定義，除明知並有意使其發生之直接故意外，尚有預見其發生，惟其發生並不違背其本意之間接故意或未必故意¹³²。然而，所謂故意，無論是直接故意或間接故意（未必故意），均是一種行為人內心的心理狀態，一般人事後從外界往往難以

¹²⁹張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 23，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；姚志明（2003），〈民法債務不履行之新發展〉，《月旦法學雜誌》，99 期，頁 90-91。

¹³⁰王澤鑑（2006），《法律思維與民法實例請求權基礎理論體系》，頁 113，台北：自刊。

¹³¹陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成—契約法之現代化 I》，頁 59，台北：元照；王澤鑑（2006），《法律思維與民法實例請求權基礎理論體系》，頁 113-114，台北：自刊。

¹³²王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 332，台北：自刊；林誠二（2011），〈論過失與不作為侵權行為之認定〉，《台灣法學雜誌》，178 期，頁 114。

得知，必須仰賴許多客觀的事實，方足以推知行為人是否出於故意此心理狀態而債務不履行，認定上相當困難¹³³。



而債務不履行之過失，通說及實務以債務人違反注意義務程度之不同，將過失區分為抽象過失、具體過失及重大過失三種。有學者觀察指出我國多數見解認為債務不履行並非以抽象輕過失為原則，而是依民法第 220 條第二項之規定，依事件之特性為個案認定，惟其亦肯定若無法律特別規定將責任予以加重或減輕，原則上債務人應負抽象輕過失責任，此客觀化或類型化之過失¹³⁴。

另外，所謂債務人具有抽象輕過失者，向來見解認為係指債務人未盡善良管理人之注意義務，即將債務人個人在損害發生當時之注意能力，與交易上依社會一般通常觀念，具有相當知識、技術、經驗且勤勉、理性、謹慎、負責之債務人，在損害發生時應有的注意能力作一比較，倘若債務人個人於損害發生時之注意能力，不及於善良管理人應有之注意能力，即會被認定為有過失¹³⁵。再者，關於債務不履行歸責事由，通說¹³⁶及實務¹³⁷見解咸認為應由債務人負舉證責任，因為造成給付障礙的情事多存在於債務人方面，應由其負擔不能澄清的危險。

於企業經營者與消費者間有契約關係之情形，縱使債務不履行係由債務人，

¹³³陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 228-229，台北：新學林。

¹³⁴陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成—契約法之現代化 I》，頁 109-110，台北：元照。

¹³⁵陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 35-36。

¹³⁶陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成—契約法之現代化 I》，頁 60，台北：元照；孫森焱（2010），《民法債編總論下冊》，頁 591，台北：自刊；王澤鑑（2006），《法律思維與民法實例請求權基礎理論體系》，頁 114，台北：自刊。

¹³⁷請參閱最高法院 82 年台上字第 267 號判決：「民法第 184 條第一項前項規定侵權行為以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故意或過失負舉證責任（參照本院 58 年台上字第 1421 號判例）。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責（參照本院 29 年上字第 1139 號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。」

即企業經營者就其無可歸責事由負舉證責任，惟於面對實際個案中，法院是否有嚴以遵守此舉證責任分配原則？退步言之，縱然法院嚴以遵守此舉證責任分配原則，惟在實務操作之下，債務人被推定具有可歸責事由是否過於容易遭債務人舉證予以推翻，或被法院認定為債務人並無過失而免依不完全給付規定負損害賠償責任？

簡言之，在我國審判實務之運作下，主張債務不履行是否已足於保護生命、身體或所有權遭受侵害之被害人，使其獲得充分、確實之保障實有待討論。有學者即指出，我國民事審判實務在操作過失概念時，向來趨於保守，例如在醫療糾紛，刑事過失與民事過失毫無不同認定，對行為義務或注意程度普遍採取低標準要求¹³⁸，事實上此審判實務現況，不獨醫療糾紛有之，醫療責任以外之民事責任亦面臨此困境，以下試著舉出一些實際在我國發生的案例，為進一步的分析與討論。

首先，以台灣高雄地方法院 101 年度訴字第 1213 號判決（【雪世界骨折案】）為例，原告起訴主張其進入被告公司所設立之遊樂園，使用「運動滑雪道」設施，於乘坐該活動所提供之滑板，自高處沿雪道向下滑行，於滑行至下滑道終點前，因滑道雪量融化後露出下方堅硬木製地板，且現場人員疏於補充雪量保持設施之安全無虞，使原告所乘坐滑板因失去滑道雪量作為緩衝，而直接與地板撞擊接觸後產生劇烈震動，致原告腰背發生劇痛，無法起身移動離開滑板，而受有第一腰椎壓迫性骨折之傷害，遂依民法第 188 條、第 227 條第二項、第 227 條之 1、消費者保護法第 7 條第三項請求損害賠償。

¹³⁸王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 333，台北：自刊；陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（一）〉，《台灣本土法學雜誌》，39 期，頁 105-107；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九 0 台上字第七 0 九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 60-61。

法院先就被告公司是否應依民法第 188 條規定，與同為被告之系爭活動實際負責人連帶負責為判斷，認為認定被告有無盡善良管理人之注意義務，應以被告公司向高雄市政府投標時所出具之「高雄港 11 至 15 號碼頭短期活化計畫委託興建、營運案服務建議書」為重要依據，依該文件之內容，系爭設施之活動應由被告提供一定監督人員，並監督由 7 歲以上者始可使用。於調查證據後，認定事發現場之被告公司人員已盡其職責，有為指導使用、監督使用、適時補雪維護滑道雪量適宜使用之處置。復以原告提出案發現場滑雪道照片拍攝不甚清晰、原告對於系爭活動實際負責人所提業務過失傷害之告訴，亦經法院判決無罪確定，故以原告無法證明系爭活動實際負責人，有何不法之侵害行為，且有何悖於善良管理人注意義務之情事，不成立侵權行為，被告公司亦無須負受僱人侵權行為之僱用人連帶責任。

姑且不論法院以企業經營者向高雄市政府出具之相關文件，作為判斷善良管理人注意義務之標準，以及企業經營者之受僱人受無罪判決確定，作為無不法侵害行為之依據是否妥當，依一般舉證責任分配，侵權行為的被害人應證明行為人的故意或過失、損害及因果關係；而在主張債務不履行時，債權人無須證明債務人的故意或過失，而以證明債務不履行及損害及因果關係為已足，債務人則須證明有不可歸責於己之事由，始得免責¹³⁹。因此，若就舉證責任觀之，債權人主張債務不履行不須證明債務人有可歸責事由，理論上似乎較主張侵權責任有利¹⁴⁰。

學者於探討消保法第 7 條損害賠償責任之規範性質，究為契約法上之規範，抑或侵權責任法上之規範時，曾提及被害人若為契約之債權人，並據以主張不完

¹³⁹王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 83-84，台北：自刊；孫森焱（2010），《民法債編總論下冊》，頁 591，台北：自刊。

¹⁴⁰曾品傑等（2009），〈民法研討會第五十一次研討會會議紀錄〉，《法學叢刊》，214 期，頁 184，陳聰富教授發言部分。

全給付之損害賠償責任時，對於契約債務人之可歸責，本即得不負舉證責任，自無必要藉助無過失契約責任之救濟¹⁴¹，此見解似乎可以解讀為，若被害人與企業經營者間有契約關係存在，主張不完全給付時，無庸證明企業經營者有可歸責事由，其保障已與無過失責任等量齊觀。

惟在我國實務之操作下，被害人依據不完全給付請求損害賠償，是否已足以保障其完整利益，亦有待斟酌。於本件【雪世界骨折案】中，法院肯定兩造間有契約關係，惟其認為：「原告並無舉證證明被告公司於履行該次契約，有何可歸責之因素，致原告發生系爭事故之事實，則原告主張被告公司應負債務不履行責任，亦於法無據。」此結論與前開侵權責任之判斷並無二致，仍舊認為原告就企業經營者之可歸責事由未盡舉證責任，身為債權人的原告，並未享受到主張契約責任毋庸舉證證明債務人具可歸責事由之有利之處。

再以台灣高雄地方法院 93 年度國字第 7 號判決（【精神病患墜樓案】）為例，案例事實略為，原告之子因精神疾病而至被告醫院住院接受治療，竟於住院期間拆除床板架，並以遭破壞之床板架螺絲鐵桿強行破壞窗鎖後，自 5 樓病房窗戶跳樓，導致身體有多處鈍挫、撕裂傷、大量出血休克，最後急救無效死亡，原告遂依國家賠償法第 3 條第一項、消保法第 7 條、民法侵權責任及不完全給付之規定，請求損害賠償。

在侵權責任方面，由於舊醫療法第 40 條規定：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」法院將此規定認定為保護他人之法律，故進而討論是否因而推定被告有過失，而應依侵權責任之規定為損害賠償；以及被告之受僱人在照護上有無疏失，被告醫院是否因而應負連帶賠償責任。

¹⁴¹詹森林（2003），〈消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《民事法理與判決研究（三）-消費者保護法專論》，頁 195，台北：元照。



惟法院仍舊認為，被告醫院之病房設置合於建築法及有關消防法規之規定，復無任何不適當而有違背醫療法規定之情形，故不能僅因未加裝鐵窗即推定為有過失；又監視系統之用意雖用以觀察注意病患之安全，惟不能期待監視系統需分秒不離，原告之子僅利用將近 15 分鐘之時間，即破壞床板並毀壞窗鎖而跳樓，顯為常情所無法預見，被告醫院既已每隔半小時均對原告之子為特別護理觀察，應認已盡注意防範其自殺死亡之義務，自應認被告之醫護人員對原告之子在照護上並無任何疏失可言，被告醫院自毋庸依侵權責任之規定負連帶賠償責任。

本件法院亦駁回原告依不完全給付請求損害賠償，理由為：「債務不履行之構成要件須債務人在履行債務時有可歸責之事由而造成損害，且此可歸責之事由應由債權人舉證，又此可歸責之事由與損害結果間須有因果關係，債務人方須負損害賠償責任。．．．．原告復未能舉證證明被告於本件原告之子之死亡，有何故意或過失，或可歸責之事由存在，是原告請求被告應負債務不履行之損害賠償責任，亦無可採。」此見解似乎與我國通說及實務認為，債務不履行之可歸責事由應由債務人負舉證責任之見解有所矛盾¹⁴²。

退步言之，縱使法院嚴守當事人主張債務不履行責任時，應由債務人就其不可歸責負舉證責任，惟若法院操作過失之概念時趨於保守，對行為義務或注意程

¹⁴²相似之見解尚有台灣台北地方法院 102 年度消字第 10 號判決（【日航病發死亡案】），原告等主張，本件被害人由日本搭乘被告公司之飛機返回台灣，於回台途中突然身體不適，並向被告機上之空服員反應，惟被告之空服員未為適當之措施，如未尋求機上其他領有專業執照之醫療人員身分之乘客加以協助、未有尋求飛機緊急或優先降落之作為以行搶救等，導致消費者於送醫途中不幸死亡，原告等為被害人之妻與子女，遂依消保法第 7 條第一項、第三項、民法第 227 條第二項、第 227 條之 1 及第 188 條、第 192 條、第 194 條規定請求損害賠償。針對不完全給付之部分，法院的見解為：「查原告主張被告顯有未盡契約義務，應負民法第 227 條不完全給付之債務不履行責任云云，然被告業已履行其運輸旅客之責任，將吳光仁及家屬安全送抵台灣，而於發現吳光仁有疾病須救護時，亦已迅速提供必要之協助，此情業經本院論述如前，是原告既未能舉證被告有可歸責之事由，自難認被告就此部分有何不完全給付之情，故原告據以依民法第 227 條、第 227 條之 1 規定請求被告負損害之責，即難憑採，要難准許。」似亦要求原告仍應就被告公司之可歸責事由負舉證責任，此部分與我國通說及實務見解未盡相符。

度採取低標準之要求，則可以想見的是，債務人證明有不可歸責於自己之事由，應不甚困難，以前揭【精神病患墜樓案】為例，設若本件法院於舉證責任分配並無違誤，亦即在侵權責任方面因為有保護他人之法律存在，而推定被告有過失；在不完全給付部分亦由債務人舉證其無可歸責之事由，可以檢視者為法院對注意程度是否採用寬鬆之認定標準，使被告醫院容易舉證加以推翻？

首先，法院認為被告醫院的病房設置，合於建築法及有關消防法規之規定從而並無過失，惟符合相關規定，並不當然即可認定為被告醫院無過失，蓋相關法規規定可能僅是為維護公共消防安全所制定之最基本、最低度的法令規範，符合該等規定亦僅是滿足最起碼的法規要求，被告醫院亦可以建置比相關法規規定更為嚴密之防護措施，以避免病患墜樓之意外發生，例如，經查被告醫院的其他樓層除加裝鋼砂網外，更另外加裝鐵窗，惟本件精神病患住院之樓層則無同樣設備，相較之下，加裝鐵窗確實比起僅加裝鋼砂網更能保護病患之安全，從而應認為相關建築及消防法規僅是最低度之安全標準，即便符合亦不能當然可以認定被告醫院並無過失。

再者，病患可以自行在極短暫的時間內輕易拆除床板架，並以遭破壞之床板架螺絲鐵桿強行破壞窗鎖後跳樓輕生，似亦可以此作為被告醫院之防護設備並未發揮功效，而有不足之處；退步言之，縱使認為被告醫院之病房設置並無不妥之處，惟被告之醫護人員對病患之照護是否已盡善良管理人之注意義務？法院認為被告之醫護人員已每隔半小時對病患為特別護理觀察，因此在照護病患上並無疏失，誠然醫院之護理人員無法無時無刻集中心力僅照顧一位患者，惟當護理人員無法提供即時照護之際，應認為即是醫院裝設之監視系統發揮功能之時，但被告之醫護人員竟將曾有住院十次紀錄、多次顯現有自殺傾向之病患床位放置於監視系統無法監看之死角，此點亦應可認定被告之照護未盡善良管理人之注意義務而

有過失。



換言之，本件如對醫療服務提供者之注意程度，採用更嚴格之認定標準，例如考量病患墜樓對其生命、身體健康可能造成重大危險或損害、被告之受僱人為專業醫療、護理團隊，其對精神狀態不穩定之病患發生各種可能自殘、自殺等危險情況之預見、判斷與預防危險發生之專業能力、其為避免危險發生而採取預防措施與處置之可能性、被告醫院為以提供醫療專業服務為職業之企業經營者，依其醫療設備水準、人力素質及配置，應負較高之注意義務，並能合理期待其具有較高之注意能力等等因素¹⁴³，似乎可以認定本件被告醫院所提供之系爭醫療服務具有過失，而被告之舉證尚不足以推翻過失之推定。因此，由此案例可以觀察出即使在侵權責任部分，因為有保護他人之法律存在而推定被告有過失，或於主張債務不履行之情形，推定債務人有可歸責之事由，若法院操作過失之概念過於保守，被告或債務人亦能輕易舉證證明自己並無過失或可歸責之事由而加以推翻。

另以台灣高雄地方法院 103 年度訴字第 891 號判決（【托嬰中心猝死案】）為例，原告起訴主張，其將兩個月大之男嬰委由被告托嬰中心照護，被告之受僱人先以包巾包住男嬰全身及雙手，並使之採向側睡之姿後，於同日下午 1 時許即至托嬰室隔壁之教室用餐，期間被告之受僱人皆未曾返回托嬰室察看男嬰之狀態，直至該日下午約 1 時 25 分左右，訴外人前往托嬰室時，發現男嬰已全身癱軟、臉色蒼白，送醫治療後仍不幸死亡，原告遂依民法侵權責任、債務不履行及消保法第 7 條第三項之規定請求損害賠償。

¹⁴³陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 86-87。

法院採納鑑定結果認為本件男嬰死亡之原因為「嬰兒猝死症」，而原告亦無法舉證證明被告之受僱人以包巾包住男嬰全身和手，以及讓男嬰側姿入睡導致壓迫胸廓呼吸而窒息一事，並認為被告之受僱人食用午餐時間約有 20 分鐘，核與一般父母照顧親生兒女，用餐時怕影響小孩睡眠，而於另一房間用餐之情形，並無迥異，難認有違反善良管理人之注意義務，最終以原告未能舉證證明被告有違反照護契約，以及有可歸責被告之疏失之情事駁回原告之請求。

被告托嬰中心為以提供托兒育嬰服務為職業之企業經營者，被告所僱用之保母亦為專業人員，領有保母人員技術士證並受過專業訓練，其對於新生兒可能發生之各種危險因素應有預見、判斷之專業能力，以及對於照顧新生兒時應留意哪些細節，以避免新生兒脆弱身體可能造成之重大危險或損害應甚為熟稔，故應可合理期待其具有較高之注意能力，負擔更高之注意義務。

因此，身為一位專業的托兒育嬰人員，應可知悉將新生兒全身及手部以包巾包覆並使之側姿入睡，可能導致限制其雙手活動，造成部分胸廓不易舒張、擴大胸廓進行吸入氣體之動作，易導致新生兒呼吸肌痙攣、姿勢性窒息的結果，縱使其為讓新生兒能睡覺安穩故以包巾包覆、使之能頭形美觀故施以側睡，身為專業人員之保母應能預見、知悉有發生前述窒息危險之可能性，更應謹慎小心在旁照護，不應獨留新生兒一人於嬰兒室疏於看顧睡眠狀況，用餐時間亦應請託其他保母輪替照顧。簡言之，若法院嚴格化被告之注意義務，似乎可以直接認定本件被告提供之育嬰服務具有過失。

再者，既然得以認為本件被告之照護行為有過失，且亦無法排除包巾包覆新生兒並使之側姿入睡，有導致新生兒姿勢性窒息及猝死之可能，似應可以肯定本件新生兒之死亡，與被告照護上之疏失有因果關係，而得作出對原告有利之判斷。

綜上所述，於消費者與企業經營者之間有契約關係存在之情形，消費者如欲主張不完全給付請求損害賠償，理論上雖不須就企業經營者有可歸責之事由負舉證責任，惟於具體個案中，此舉證責任分配原則是否有被嚴格遵守容有疑義；退步言之，縱然法院貫徹舉證責任分配之原則，推定企業經營者有可歸責之事由，然而，既然謂之推定，反面言之亦表徵其有被推翻之可能，且若我國審判實務於個案中操作「過失」概念時過於保守，對行為義務或注意程度普遍採取低標準要求，再加上債務人身為一個在專業知識、技術與經濟地位大多處於強勢或優越地位之企業經營者，通常也擁有較為充裕的時間、金錢或精力蒐集有關證據資料，其舉證推翻此法律上之推定應不甚困難，其結果仍舊使身體、心理甚至經濟上已受創嚴重之弱勢被害人無法獲得充分、確實之損害賠償，因此主張契約責任仍會面臨歸責要件之考驗，尤其在我國審判實務現況下，難謂無庸證明企業經營者有可歸責事由，其保障已與無過失責任等量齊觀。

貳、契約責任適用範圍之限制與突破

反對服務採取無過失責任之見解認為，被害人既然係直接自服務提供者接受服務，當受有損害時，逕向服務提供者主張契約責任應不甚困難，縱使受損害之人並非契約當事人，亦僅為少數情形；退步言之，縱使於該等少數情形，受損害之人與服務提供者之關係，往往不似商品責任之情形如此遙遠，學理上亦得透過擴張契約責任的方式，保護不特定之第三人，因此進而認為主張契約責任已能充分保護因接受服務而受有損害之被害人¹⁴⁴。針對此種看法，值得進一步思考的問題是：消費者與第三人是否必然與提供服務之企業經營者間有契約關係？未具備契約關係是否真為「少數、例外」狀況？假設為真，則面對該「少數、例外」

¹⁴⁴陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 4-6，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 87，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 19-20，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

狀態，以擴張契約責任之方式，保護與企業經營者無契約關係之消費者或第三人是否為一個好方法？



一、契約責任適用範圍之限制

按契約責任的成立，以契約當事人一方違反契約義務，致侵害他方當事人的權利或利益為必要，而契約義務的違反，以契約義務存在為前提，契約義務的存在又以契約有效成立為必要。此外，基於契約效力相對性原則，負有履行契約義務的人，不是任何人，僅限於當事人一方，享有履行契約利益的人，也不是任何人，而是當事人他方¹⁴⁵。於契約當事人之間違反其契約關係上之義務致他方當事人受有損害，構成債務不履行時，原則上亦僅對受有損害之他方當事人負起損害賠償責任。準此，契約責任之「請求權主體」與「責任主體」之間必須具備因契約所衍生之債權債務關係，始有契約責任可言¹⁴⁶。以前文所提及之民法第 227 條不完全給付為例，其請求權主體原則上應以債權人為限；而責任主體亦應限於債務人。由此可知，契約責任的適用範圍，時間上必須限於契約有效成立以後，主體上必須限於契約當事人之間。

在此種適用範圍的限制下，是否足以充分保障因接受不具備安全性之服務而受有損害之消費者及第三人？由於提供服務之企業經營者與被害人之間有或多或少、程度不一之接觸，因此容易使人認為兩者之間有契約關係存在，確實不乏被害人於受有損害時，對企業經營者主張債務不履行責任，惟無法否認的是，我國亦有為數不少的實際案例為，企業經營者與被害人間根本無契約關係存在，基於契約效力相對性原則，該等被害人對企業經營者主張債務不履行將會發生困難，以下試舉一些實例分析、說明之。

¹⁴⁵陳忠五(2008)，《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 257，台北：新學林。

¹⁴⁶張譯文(2012)，《論商品安全性欠缺》，頁 30，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

以最高法院 104 年度台上字第 1364 號判決(【林口農會電梯墜落案】)為例，案例事實為，被害人於民國 93 年 3 月間前往新北市林口區農會(簡稱林口農會)參觀選購展示商品，於搭乘電梯上樓時，電梯突然下墜至一樓底，致被害人身體多處骨折及脫臼，經治療後雙下肢仍呈半癱瘓狀態。被害人及其配偶、子女，乃以林口農會、當初負責裝置電梯並曾經負責保養維護的台灣超技電梯工業股份有限公司(簡稱超技公司)、及事發當時負責電梯保養維護的元太機電有限公司(簡稱元太公司)為被告，分別就其所受財產上與非財產上損害，起訴請求損害賠償。

本件案例中，被害人於事故當日，係準備搭乘電梯至農會大樓 4 樓，參觀選購林口農會展售之商品，並準備與於系爭大樓中上家政課之母親一同返家，但是其並未購買農會所展示之商品，難認被害人與林口農會間有契約關係存在。此外，不論是曾經裝設且維護保養過電梯的超技公司，及事發當時負責保養維護電梯的元太公司，其契約相對人皆為林口農會，而非本件因搭乘電梯受有體傷之被害人。

類似於公共場所發生意外的案件尚有最高法院 102 年度台上字第 1445 號判決(【中友百貨手扶梯跌傷案】)，案例事實略為，被害人於民國 95 年 12 月 31 日下午五時左右，在中友百貨股份有限公司(下稱中友百貨)搭乘手扶梯由 2 樓前往 1 樓時，手扶梯因遭訴外人 2 位小朋友觸碰緊急按鈕而突然停頓，使被害人的身體急速往前傾倒，後又往後傾倒，導致腰部及臀部撞及手扶梯，受有第五腰椎腰弓骨折合併第一薦椎脊椎滑脫症、第四到五腰椎椎間盤突出、右側手腕三角纖維軟骨破裂等傷害。被害人遂起訴請求百貨公司賠償其因此支出之醫療及復健費用、就醫車資、看護費用、無法工作的收入損失、減少勞動能力損失、精神慰撫金及懲罰性賠償金。本件被害人與中友百貨之間亦無契約關係存在，因此，難以依契約責任請求損害賠償。

再以最高法院 93 年度台上字第 585 號判決（【東賓旅社失火案】）為例，原告主張其子即被害人與女友投宿於東賓大旅社有限公司（簡稱東賓旅社），被害人卻於民國 87 年 8 月 30 日凌晨三時五十分左右，因東賓旅社旁之來來車輛保管處西側疑似電路故障，引起電線短路而發生火災，濃煙漫延至東賓旅社，造成被害人逃生不及當場窒息死亡，原告遂依民法侵權責任之規定及消保法第 7 條第一項及第三項，請求損害賠償。

在本件案例中，被害人與來來車輛保管處無契約關係存在並無爭議，值得一提的是，雖然本件原告並未依契約責任之相關規定，向東賓旅社請求損害賠償，然而第二審法院（台灣高等法院 90 年度重上字第 435 號判決）為判斷被害人是否為消保法上之「消費者」，導致本件被害人與東賓旅社間究竟有無契約關係反而成為一個爭點，法院最終認為，住宿旅社通常並不訂立書面契約，住宿登記即為判斷契約當事人之依據，本件住宿係以被害人女友之名義登記，契約當事人即為被害人女友而非被害人；再者，被害人並非和其女友一起投宿，被害人係嗣後到場，又未登記，自無從與東賓旅社成立投宿契約之合致，故非消費者。

暫且不論法院以有無契約關係，作為認定有無消費關係之依據此見解是否正確，至少法院於認定事實後認為，被害人與東賓旅社間並無成立投宿契約之意思合致，是故本件被害人與東賓旅社間並無契約關係。或許原告亦認知到依據契約責任主張損害賠償，可能面臨本件契約關係有無成立、生效之爭議，且有遭受不利認定之虞，因此自始即僅依侵權責任為主張。

綜上而論，提供服務之企業經營者與被害人之間，無契約關係存在之情形所在多有，並非「少數、例外」狀況，尤其是許多在公共或營業場所發生的意外事故更是常見，這些人身、財產完整性受有損害之被害人，受限於契約責任適用範

圍之限制，因此無法對企業經營者依據債務不履行相關規定請求損害賠償。



二、契約責任適用範圍之突破？

欲以契約責任處理因接受服務所致之意外事故時，其適用範圍在時間上必須限於契約有效成立之後，主體上亦必須限於契約當事人之間¹⁴⁷，然而，從我國實際發生的案例中可以發現，許多接受服務之消費者或第三人與企業經營者之間並無契約關係存在，由於契約責任適用範圍之限制，導致其無從依據契約責任向企業經營者主張損害賠償。倘若有意藉助契約責任作為解決途徑，勢必需要突破契約責任在適用範圍上的限制，在時間上必須提前至契約有效成立之前；在主體上則必須擴大至契約當事人以外之第三人。前者涉及締約上過失之問題；後者則涉及附保護第三人效力之契約。

（一）締約過失責任

在【林口農會電梯墜落案】中，被害人僅是前往林口農會參觀選購展售之商品，與林口農會間並無契約關係存在；在【中友百貨手扶梯跌傷案】中，被害人僅是在中友百貨內逛街，與中友百貨間亦不存在有效之契約關係，設若有意藉由契約責任作為保護該等被害人之手段，可以思考者或許為：將契約責任之保護傘擴張及於契約有效成立之前，此涉及締約上過失之問題。

學者有認為當事人自為締結契約而接觸磋商之時起，即由一般普通關係進入特殊聯繫關係，從而締約當事人間亦存在如同契約締結後，存在於契約當事人相互間之信賴關係，此等法律關係之成立，與當事人之意思無關，亦與契約是否已臻締結及有效成立與否無涉。此時信賴關係雖非以給付義務為內容，但依誠實信用原則，仍產生如契約締結後各種協力、通知、照顧、忠實、保護等義務，而所

¹⁴⁷陳忠五(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁 257，台北：新學林。

謂締約上過失責任正是因故意或過失違反此種先契約義務¹⁴⁸。其中與上開案例較有關連者為，於締約過程中，因一方違反保護、照顧等義務侵害他方人身安全的損害賠償責任。



在德國，締約過失責任制度亦適用於締約過程中，因一方違反保護、照顧等義務，致侵害他方人身安全或財物完整性的損害賠償問題。例如 1911 年著名的【亞麻仁油布地毯案】中，被害人因選購被告商店內之亞麻仁油布地毯，商店店員在取出被害人指示的地毯時，不慎推落之地毯砸傷了被害人。法院認為，顧客要求展示地毯，店員為促使買賣契約成立答應顧客的要求而為展示，此時當事人間已形成一種為買賣而準備的法律關係，此種法律關係具有類似契約之性質，在出賣人與有意購買之顧客間產生了一種義務，故其在展示商品之際對相對人之健康及所有權應予以注意、保護，故商店對其履行輔助人之過失應予負責，明白承認契約進入磋商階段時，締約當事人即負有照顧對方人身安全的義務¹⁴⁹。

此外，於 1961 年的【香蕉皮滑倒案】，案例事實略為，被害人於進入被告商店後，在前往選購商品時，因踩到地板上的香蕉皮而滑倒受傷。法院認為，被害人以締結契約之目的進入被告商店時，彼此即發生法定債之關係，被告商店就屬於其組織領域內可能肇致損害發生之侵害狀態，應盡交易上必要之注意加以防範，且依契約法原則就其已盡必要之注意負舉證責任¹⁵⁰。由此可知，法院認為先契約保護義務之發生，不僅與事故發生時買賣契約是否締結無關，亦非以當事人已開始就契約之締結進行磋商為要件。

¹⁴⁸陳自強(2010)，《民法講義Ⅱ－契約之內容與消滅》，頁 99-101，台北：新學林；詹文馨(1990)，《契約法上之附隨義務－以德國法契約責任之擴大為中心》，頁 58-61，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；劉春堂(1985)，〈契約對第三人之保護效力〉，《輔仁法學》，4 期，頁 299-300。

¹⁴⁹林慧貞(2005)，《附隨義務與民事責任之發展》，頁 32-33，國立台灣大學法律學研究所博士論文；詹文馨(1990)，《契約法上之附隨義務－以德國法契約責任之擴大為中心》，頁 79-80，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁵⁰林慧貞(2005)，《附隨義務與民事責任之發展》，頁 32-33，國立台灣大學法律學研究所博士論文；詹文馨(1990)，《契約法上之附隨義務－以德國法契約責任之擴大為中心》，頁 79-80，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。



德國在 2002 年債法現代化法時，於第 241 條增訂第二項：「債之關係依其內容得使任何一方負有顧及他方權利、法益或利益之義務。」該規定雖然未表明債之關係亦得發生在無給付義務之情形，然而因該法第 311 條第二項肯認談判磋商開始，即可能發生以保護義務為內容之債之關係，不至於讓人誤解為保護義務之發生以給付義務存在為必要。此規定使長久以來學說、實務所肯定的保護義務得以明文化¹⁵¹。

我國民法第 245 條之 1 亦設有締約上過失責任之規定，有見解認為在有關場所責任之案例中，只要係欲與企業經營者締結契約，進入一定場所之消費者，無論最終該契約有無成立、生效，該等消費者得依民法第 245 條之 1 第一項第三款「其他顯然違反誠實及信用方法者」主張企業經營者因設置、管理場所不當，違反保護注意之附隨義務致其受有損害，應負締約上過失責任¹⁵²。在理由方面，論者認為締約上過失責任與契約責任較為類似，相較於侵權責任，在訴訟之主張上對於受損害之人較為有利¹⁵³。

然而，我國學說普遍認為該條規定在適用範圍、責任要件或消滅時效等諸多問題上，過於保守、前後矛盾，此充滿變數、欠缺明確一致、相互協調之立法政策，造成許多解釋適用上的疑義。而且，該條規定自 2000 年 5 月 5 日開始施行以來，至今已歷時多年，實務上涉及並適用該條規定之相關案例相當少見，該條

¹⁵¹陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成－契約法之現代化 I》，頁 237-239，台北：元照。

¹⁵²陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究－以責任成立之爭議問題為中心》，頁 76-77，國立政治大學法律學研究所碩士論文；侯英冷（2004），《論院內感染之民事契約責任－以爆發 SARS 院內感染為例》，頁 59-60，台北：正典；郭麗珍（2003），〈我國民事損害賠償法之新發展〉，《月旦法學雜誌》，99 期，頁 82-83。

¹⁵³陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究－以責任成立之爭議問題為中心》，頁 77、95，國立政治大學法律學研究所碩士論文；詹文馨（1990），《契約法上之附隨義務－以德國法契約責任之擴大為中心》，頁 82-83，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

規定是否有充分發揮其規範功能，令人懷疑¹⁵⁴。



退步言之，縱使可以透過解釋論，彌補我國締約上過失責任在立法論上的不足，然而試圖以擴大契約責任至締約階段的方式，保護人身安全或財物完整性，仍舊無法避免地要去認定保護義務的成立時點，問題是，契約的締結過程是一個漸進的時間發展歷程，其情形千差萬別，當事人間特殊信賴結合關係的形成，是一種逐步凝聚強化的流動過程，在具體個案中，往往難以明確劃分當事人為締結契約而接觸磋商之時間起點¹⁵⁵。此外，擴大契約責任之適用至締約階段，亦有可能係對當事人的意思為不當的擬制，而當事人是否存有締約目的實難以探知，若僅以當事人主觀上有無締約之意願，進而決定有無締約上過失責任之適用，徒增法律適用之不安定性¹⁵⁶。因此，就締約階段侵害他人權利的問題，有無必要藉由締約過失責任予以解決，本文持保留意見。

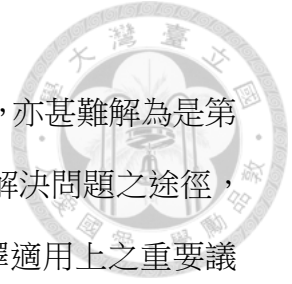
(二) 附保護第三人效力之契約責任

在【林口農會電梯墜落案】中，被害人除以林口農會為被告外，另以曾經負責保養維護電梯的超技公司，以及事發當時負責保養維護電梯的元太公司為被告，惟兩家公司係前後與林口農會締結電梯保養維護契約，其契約相對人皆為林口農會，而非本件因搭乘電梯受有體傷之被害人。在【東賓旅社失火案】中，被害人雖與其女友投宿於東賓旅社，惟經法院認定契約關係存在於東賓旅社及被害人之女友間，被害人並非契約當事人。

¹⁵⁴王澤鑑(2009)，《債法原理(一)：基本理論、債之發生》，頁267-284，台北：自刊；陳忠五(2008)，《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁274-275，台北：新學林。

¹⁵⁵陳忠五(2008)，《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁265，台北：新學林。

¹⁵⁶學者有認為締約上過失制度係為保障有意成立契約關係而進入特殊社會接觸的磋商階段當事人所建立之制度，倘若非有意與場所提供者成立契約關係，應不得適用締約上過失制度，避免造成締約上過失所保障之附隨義務與侵權行為法上之交易安全義務間難以區分之結果。詳細內容請參閱陳思荔(2012)，《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁77，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林慧貞(2005)，《附隨義務與民事責任之發展》，頁88-90，國立台灣大學法律學研究所博士論文。



上開兩則案例之被害人皆與企業經營者間無契約關係存在，亦甚難解為是第三人利益契約上之第三人或受益人，若有意藉助契約責任作為解決問題之途徑，是否擴張、如何擴張請求權主體及責任主體，則成為法律解釋適用上之重要議題。可以思考者或許為突破契約責任主體上之限制，將其保護傘及於契約當事人以外之第三人，此涉及附保護第三人效力之契約。

附保護第三人效力之契約理論，係對契約責任保護主體之範圍為一定之擴張，除債權人外，另及於與債權人具有一定利害關係、禍福與共的第三人，例如債權人的家屬、同居人、親友、受僱人、使用人、訪客等，使該特定的第三人與債權人一樣享有同等的保護¹⁵⁷。換言之，此一理論的基本論點，係認為契約履行過程中，債務人除對債權人負有保護、照顧等義務外，對與債權人具有一定利害關係的第三人，亦負有相同義務，債務人違反此等義務致該第三人受有損害時，亦應對該第三人負契約上損害賠償責任¹⁵⁸。依此理論，縱令非契約當事人的第三人因接受服務而受有損害，仍有依民法債務不履行，尤其是不完全給付之規定請求損害賠償之可能。

引進附保護第三人效力之契約理論，其目的即是在解決契約責任之保護主體過於狹隘之窘境，然而，此理論是否足以提供因不安全服務受有損害，卻與企業經營者間無契約關係之被害人充分保護，容有討論之空間。

首先，附保護第三人效力之契約理論雖為德國通說與實務接受，成為德國法的一部分，惟我國在法律無明文規定的情況下，此理論是否為學說及實務所採

¹⁵⁷陳忠五(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁 275-276，台北：新學林。

¹⁵⁸陳忠五(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁 276-277，台北：新學林；劉春堂(1985)，〈契約對第三人之保護效力〉，《輔仁法學》，4 期，頁 302。

納，亦有爭議。在我國，雖有學者介紹附保護第三人效力之契約理論，認為侵權責任體系不足以保護契約關係以外之第三人，從而肯認有繼受此一理論之必要性¹⁵⁹。惟亦有見解認為附保護第三人效力之契約理論，在適用範圍、責任要件、責任效力等方面，仍存有諸多疑問與缺失，若欲提供無契約關係之第三人完整之法律保護，仍應回歸侵權責任，妥適解釋其構成要件，充分發揮其應有之規範功能，因此對引進附保護第三人效力之契約理論持保留立場¹⁶⁰。

在我國審判實務方面，最高法院迄今為止，並無任何裁判明確承認附保護第三人效力之契約理論，僅台灣高等法院 98 年度上字第 877 號判決表示：「上訴人另主張依附保護第三人作用之契約關係、事實上法律關係、誠信原則，被上訴人對上訴人應負供電義務云云，亦核與債之相對性有違，殊不足採，蓋被上訴人僅得向上訴人之胞弟請求電費之給付，而不得向實際上亦使用供電之上訴人為主張，同理，上訴人既非契約當事人，自不得向被上訴人主張應負供電義務。又實際用電者如確因可歸責於被上訴人之事由而受有損害，尚非不得依其他法律關係為主張，亦難認有何顯失公平之處。此外，第三人利益契約，乃當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，第三人因此取得直接請求他方給付權利之契約（最高法院 92 年度台上字第 2581 判決要旨參照），是第三人利益契約須締約當事人明示向第三人為給付，而系爭供電契約並未有此約定，故上訴人主張與被上訴人間默示成立利益第三人契約而得請求債務不履行損害賠償云云，亦不足憑取。」由此見解可知，本件法院仍嚴守契約相對性原則，對於採納附保護第三人效力之契約理論採取較為保守之態度。

¹⁵⁹王怡蘋（2005），〈論德國法中契約對第三人之保護效力〉，《法學叢刊》，198 期，頁 145-146；詹文馨（1990），〈契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心〉，頁 186-188，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；劉春堂（1985），〈契約對第三人之保護效力〉，《輔仁法學》，4 期，頁 311-312。

¹⁶⁰陳忠五（2008），〈契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁 258、280-288，台北：新學林。

學者對我國實務進行觀察並指出，在第三人利益契約之情形，當事人間有無使第三人享受利益之意思不明時，實務見解在解釋當事人意思時，態度向來趨於謹慎，亦即在是否擴張契約效力主體範圍的問題上，當事人已有向第三人為給付的約定，只是有無使第三人取得直接給付請求權之意思不明時，實務見解已經不願採取從寬解釋之立場，更何況是在當事人完全未約定使第三人享有契約上損害賠償請求權之情形，難以期待我國實務在是否擴張契約責任主體範圍的問題上，採取積極、主動之態度。因此，對於我國實務繼受附保護第三人效力之契約理論，恐怕不宜過度樂觀¹⁶¹。

退步言之，縱使附保護第三人效力之契約理論為我國法所繼受，是否即能克服契約責任之保護主體範圍之限制，亦值得懷疑。附保護第三人效力之契約理論旨在將契約關係對債權人之保護，延伸及於與債權人有一定特殊關係之第三人，使該第三人亦得主張債權人基於契約關係所得主張的契約責任，則無法避免的課題是，如何界定該等第三人之範圍，若限制過嚴，則其適用機會將大為減少，有失創設此項制度之原意；反之，若第三人之範圍過於廣泛，則不免加重債務人之責任，甚至模糊契約責任與侵權責任兩制度之分際。因此，第三人應依何種標準加以確定，實為附保護第三人效力之契約理論最具爭議性之處¹⁶²。

為避免造成債務人之責任漫無邊際、氾濫失控，承受過於沉重、難以預見的負擔，因此並非所有的第三人，皆能受附保護第三人效力之契約理論保護，僅有一定範圍的第三人始有援引之可能。對此，德國學說及實務提出各種不同之判斷標準，斟酌各種契約的性質、目的以及具體個案中誠實信用要求，試圖合理界定

¹⁶¹陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 279-280，台北：新學林。

¹⁶²陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 80，國立政治大學法律學研究所碩士論文；陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 281-287，台北：新學林；王怡蘋（2005），〈論德國法中契約對第三人之保護效力〉，《法學叢刊》，198 期，頁 135；劉春堂（1985），〈契約對第三人之保護效力〉，《輔仁法學》，4 期，頁 310-311。

第三人之範圍，期能兼顧債務人及第三人之利益。透過判決的發展與學說的探討，經學者歸納後應具備的要件有：第一、第三人必須位於契約危險範圍之內。第二、原則上債權人與第三人間必須存在有禍福與共、利害一致的密切關係。第三、債務人於締約時對於上開要件應得合理預見或認識¹⁶³。



準此要件，在【東賓旅社失火案】中，被害人雖非契約當事人，惟其女友與東賓旅社間有契約關係，且案發時被害人亦同住在東賓旅社內，東賓旅社亦得合理認識及預見房客可能會攜伴入住，或有訪客來訪之情形，因此被害人或許可以援引附保護第三人效力之契約理論而受保護。惟在【林口農會電梯墜落案】中，被害人僅是眾多進出農會並搭乘系爭電梯之人，且亦難認為農會與被害人間有禍福與共、利害一致的密切關係，因此，本件之被害人援引上開理論，向電梯維修公司主張契約責任之保護恐有困難。

反對服務課以無過失責任的學說認為，提供服務所生法律關係通常極為簡化，並不具有商品責任多數責任主體之特性，在該法律結構中，縱使係非契約當事人之第三人受有損害，學理上亦得透過契約責任保護他人之效力加以解決。惟上開案例即足以表達擴張契約責任畢竟有其極限，就如同在附保護第三人效力之契約理論，一方面既要擴張契約責任保護主體之範圍，以加強保護第三人，他方面又為了避免債務人責任過於沉重，而必須限制第三人之範圍，導致此理論亦無法保護所有因接受不安全服務受有損害之第三人。

事實上，無論如何擴張契約責任請求權主體，基於契約相對性原則，契約的保護主體皆無法漫無邊界的擴張，因而勢必無法將所有的第三人完全劃入契約責任之保護範疇內¹⁶⁴，值得進一步思考的是，這些被排除在外的第三人是否全無

¹⁶³張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 35，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁶⁴張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 33，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳忠五

保護之必要？同樣皆為無契約關係之第三人卻享有不同的法律保障，道理何在？這是否說明了契約責任並無法妥適處理危險服務導致事故之問題？



參、維護契約之特別性？

論者認為商品責任原則上係以侵權責任作為請求權基礎，而服務責任通常涉及契約責任。我國民法雖無服務契約責任之概括規定，然就契約責任而言，我國民法係以債編為其主要規範。就民法債編典型契約之規定而言，相當於服務提供人之服務者，甚為繁雜，例如，僱傭契約中所稱之「服勞務」、承攬契約中所謂「一定工作之完成」、委任契約中關於「事務之處理」、居間契約「擔任媒介」之行為、寄託契約之「保管」物品，以及物品或旅客之「運送」等，不一而足，各有特色，加上社會生活迅速進步，新興之服務隨企業之活動應運而生，非典型契約不勝枚舉，服務契約所涉及之權利義務關係為何，需視個案事實究竟該當於民法債編中何種典型契約，抑或屬其他非典型契約而定¹⁶⁵。簡言之，其認為在考慮服務責任之基礎時，通常要探詢雙方當事人就此所為之個別約定，可能是法律所設計的典型契約，也可能是非典型契約，而於契約自由與自我決定權的尊重下應承認其效力，因為私法自治原則的承認，有助於促進最大的經濟效用¹⁶⁶。

亦有論者擔憂消保法之服務責任，在許多責任成立之實體法要件上皆優於契約責任，而當消費者依消保法向企業經營者主張損害賠償較易成功時，消保法之服務責任，在某程度上將壓縮到服務契約責任之適用空間，蓋無論係何種勞務契約類型，符合消費關係要件者即得適用消保法；無論契約內容如何約定，只要是欠缺安全性，企業經營者即違反安全義務應對消費者負責，消費者恐怕得以消保

(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁 285-286，台北：新學林。

¹⁶⁵林忠儀（2004），〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁 243-244，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 19-20，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁶⁶林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 87，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

法突破契約關係與侵權行為之界線¹⁶⁷。甚至有學者表示，原本應以加害給付處理的案例，目前皆得主張消保法，將會導致契約責任體系瓦解，使契約法淹沒在侵權行為法的大海¹⁶⁸。



上開質疑涉及在何種範圍內契約的特別性應予維護，亦即契約責任與侵權責任之分際問題，值得討論、思考之處甚多，然而相關問題的詳細檢討並非本文之目的，以下僅就消保法服務責任所欲保護的人身與財產完整性法益，是否屬於一種嚴格意義下的契約義務，而基於尊重私法自治、契約自由，契約之特別性應予維護進行探討。

按私法自治原則之意涵為個人得自由地依其意思形成、創設、變更或消滅私法上之權利義務關係，其賦予個人法律之力以實現自我的意志、使自我決定成為可能，也使法律所保障之自由得以獲得實現¹⁶⁹。而契約法旨在實現私法自治原則下，當事人自行安排的一定私法上法律效果，亦即劃定私法自治容許範圍，對於在契約自由容許範圍內的契約，賦予其訴求力，協助契約當事人獲得給付利益，達成契約目的。因此，契約法之制度機能原本即非對於當事人之完整利益賦予保障，其規範方式係以給付的概念為核心，又基於債之關係相對性，其效力不及於當事人以外的人¹⁷⁰。

然所謂侵權責任係指違反基於「社會生活關係」不得侵害「不特定人或一般人」權益此一「一般義務」，因而所生的損害賠償責任。因此，侵權責任的功能，

¹⁶⁷陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心〉，頁 31-33，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

¹⁶⁸陳光岳等(2016)，〈民法研討會第七十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，241 期，頁 138，陳聰富教授發言部分。

¹⁶⁹王澤鑑(2008)，〈民法總則〉，頁 264-267，台北：自刊；陳自強(2009)，〈民法講義 I -契約之成立與生效〉，頁 5-8，台北：新學林。

¹⁷⁰林慧貞(2005)，〈附隨義務與民事責任之發展〉，頁 13-14，國立台灣大學法律學研究所博士論文。

在於保護法律社會所有成員之固有益，故在任何人與任何人之間，均可能享有或負擔侵權責任關係上的權利或義務¹⁷¹。簡言之，人與人之間經營社會生活關係，在接觸往來的過程中，本即負有作為或不作為義務，性質上屬於一種法律規定或經由實務所承認、創設的一般義務，違反此種一般義務，即有構成侵權責任之可能。惟今日契約責任與侵權責任，在制度機能上並未堅持上開原則，尤其是藉由附隨義務的承認與發展，契約責任對於債權人的固有益也有保障功能，將原屬侵權責任範疇的權益保護事項，劃入契約責任職掌範圍，而與侵權責任出現重疊、交錯的現象¹⁷²。

我國學者將債之關係上的義務群區分為主給付義務、從給付義務及附隨義務，就附隨義務又區分為輔助功能及保護功能的附隨義務。而保護功能的附隨義務係契約當事人相互間，在契約訂立、履行、終了整個過程中，對他方生命、身體、所有權或其他財產利益應注意避免侵害之附隨義務。相較於給付義務，在實現契約當事人的給付利益，讓契約當事人能透過意思自主、意思決定，使自己負擔給付義務，目的在於使契約目的得以達成；保護功能的附隨義務，則使當事人免於給付利益以外其他法益的侵害，與契約目的的實現並無直接必然的關聯¹⁷³，此種義務的存在，亦不以契約有效存在為前提，既非附隨於給付義務而存在，也不是附隨於契約關係¹⁷⁴。此種義務在性質上屬於一般性的行為規範，類似侵權責任上的義務，而其所保護的法益，也不是嚴格意義的給付利益，而是固有益。通說肯定違反保護功能的附隨義務，亦得依不完全給付請求損害賠償，尤其民法第 227 條第二項明文承認加害給付在不完全給付中之地位，更彰顯

¹⁷¹陳忠五(2015)，〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁18；陳忠五(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體－「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁8-9，台北：新學林。

¹⁷²陳忠五(2008)，〈契約責任與侵權責任的保護客體－「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，頁17-18，台北：新學林。

¹⁷³王澤鑑(2009)，〈債法原理(一)：基本理論、債之發生〉，頁37-45，台北：自刊；姚志明等(2001)，〈誠信原則與附隨義務－民法研究會第二十三次學術研討會紀錄〉，《法學叢刊》，184期，頁145-146。

¹⁷⁴陳自強(2010)，〈民法講義Ⅱ－契約之內容與消滅〉，頁94-99，台北：新學林。

契約責任已擴張到傳統侵權責任法之領域，契約當事人之完整利益受到侵害，如今亦得依契約責任之規定主張其權利¹⁷⁵。



此種一般性義務原本即可透過侵權責任法加以規範，為何要將之納入契約責任之規範體系？民法第 227 條第二項之修正理由謂：「不完全給付如為加害給付，雖可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項」。

學者則認為，我國侵權責任法關於一般侵權行為未採概括主義，即民法第 184 條第一項前段規定其保護客體不及於純粹經濟上損失、被害人對加害人之過失須負舉證責任、僱用人依民法第 188 條第一項但書之規定，得證明對受僱人的選任、監督並無過失而免責，因此肯定違反保護功能的附隨義務亦得成立債務不履行責任，具有補充侵權責任法之功能¹⁷⁶。又為了彌補他方當事人在締約階段，或與債權人有密切關係之一定範圍第三人，依侵權責任相關規定請求損害賠償時，可能出現保護不周的情形，故對契約責任之適用範圍進行突破，而有締約過失責任及附保護第三人效力契約責任之發展。

惟在我國法之脈絡下，上開主張侵權責任相較於契約責任不利於被害人請求損害賠償之情形似不明顯。例如，我國實務對於民法第 188 條第一項但書規定採嚴格認定標準，舉證免責成功的案例十分罕見，縱使得舉證免責，僱用人依同條

¹⁷⁵陳自強(2000)，〈民法侵權行為法體系之再構成(上)－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，16期，頁49。另有學者認為民法第227條之文字規定與立法理由中，僅可包含「未依債之本旨之給付」，亦即與給付有關的義務違反，並未包含保護義務。其認為，保護義務在我國民法中仍屬法律漏洞，僅是學說依誠實信用原則所發展之責任類型。相關論述請參閱侯英冷(2004)，〈論院內感染之民事契約責任－以爆發SARS院內感染為例〉，頁150-154，台北：正典。

¹⁷⁶王澤鑑(2009)，〈債法原理(一)：基本理論、債之發生〉，頁45-47，台北：自刊。

第二項亦應負衡平責任¹⁷⁷。再者，針對侵權責任被害人對加害人之過失須負舉證責任的部分，亦非不得透過訴訟法，例如在個案中依民事訴訟法第 277 條但書之規定為舉證責任之調整；甚至透過實體法為推定過失或危險責任之規定，在侵權責任法的體系下解決問題。最後針對侵權責任法保護客體的侷限，主要是針對純粹經濟上損失，生命、身體、健康權與所有權等權利的保護，本來即為侵權責任法最基本、最核心的規範任務，是否有必要透過不斷擴張契約責任的方式，作為保護一般義務之手段，本文持保留態度。

論者所謂考慮服務責任之基礎時，通常要探詢雙方當事人就此所為之個別約定，可能是法律所設計的典型契約也可能是非典型契約，而於契約自由與自我決定權的尊重下應承認其效力，其立論基礎為對私法自治、契約自由的尊重，應維護服務契約的特別性。然而，僅有在契約當事人就其契約關係所涉及的權利或利益是否存在及其內容、範圍有特別約定時，契約責任始具有特別性，與侵權責任不同，而且，此一特別性應予尊重、維護。反之，在契約當事人間就權利或利益的具體內涵，未有所約定或約定無效時，契約責任與侵權責任應無本質上之不同¹⁷⁸。

事實上，越來越多契約上的行為義務，逐漸脫離個別的行为規範或行為準則，而屬於一般性的行為規範或行為準則，類似侵權責任上的行為義務。例如，服務契約中涉及保護人身、財產安全的附隨義務的創設。此種附隨義務，因服務契約之存在，而偶然地附著於契約關係上，成為契約義務的一部分，但也隨時得脫離於契約關係之外，成為一般性的行為規範或行為準則。其本質，非屬一種嚴

¹⁷⁷王澤鑑（2009），《債法原理（一）：基本理論、債之發生》，頁 275-277，台北：自刊；游明慧（2008），《論先契約之責任--以建構我國法治為中心--》，頁 291-292，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（2005），《附隨義務與民事責任之發展》，頁 88-90，國立台灣大學法律學研究所博士論文。

¹⁷⁸陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 25-26，台北：新學林。

格意義的契約義務；其發生，與當事人意思無必然關係，與契約關係存在與否，亦無必然關係；其所保護的法益，不是嚴格意義的給付利益，而是一種固有利益¹⁷⁹。因此，此等侵害他人人身安全或財產完整性的損害賠償責任問題，原屬侵權責任法之規範領域，本應適用侵權責任相關規定加以處理，且就此等義務性質以觀，應無維護契約獨立性或特別性之必要，亦無以侵權責任法破壞私法自治、契約自由之疑慮。

前開所舉之案例，被害人與企業經營者間無契約關係，僅依侵權責任相關規定主張者有之，例如：【林口農會電梯墜落案】、【中友百貨手扶梯跌傷案】、【東賓旅社失火案】等，當事人間有契約關係存在，而併為主張契約責任與侵權責任者亦有之，例如：【雪世界骨折案】、【精神病患墜樓案】、【托嬰中心猝死案】等。

實務上亦存在被害人與企業經營者間雖有契約關係，但僅依侵權責任相關規定請求損害賠償之案例，除先前曾提及之【火鍋酒精爐灼傷案】以外，再以台灣高等法院 103 年度消上易字第 4 號判決（【郵局犬隻絆倒案】）為例，案例事實略為，被害人至郵局寄信，在辦妥事務轉身欲離去時，遭由訴外人所攜帶進入，並躺臥於郵局內重要通道之大型犬絆倒，其因而撞及郵局內設置之白鐵傘架，致受有下巴 2 公分之撕裂傷，遂依消保法第 7 條及民法侵權責任之相關規定向郵局請求損害賠償。

觀察上開案例即會發現，有無契約關係並非重點，蓋不論是百貨公司、旅社、餐廳等企業經營者，應確保其供不特定公眾使用之營業場所具有一定之安全性，不會侵害他人的人身或財產完整性，抑或是托嬰中心或醫院等企業經營者，對被害人所負防免照護期間及過程發生意外的義務，不是一種基於契約關係所生，以

¹⁷⁹陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期，頁 18-19。


滿足契約當事人給付利益或履行利益為目的，且具固有的、嚴格意義性格的契約義務，而是一種不具契約特別性之一般義務，違反一般性義務原本即為侵權責任法之規範領域，反而是契約責任領域，不斷透過保護功能的附隨義務，將此種一般性義務納入契約責任之保護傘下。此種一般性義務的發生既然不以當事人間具有契約關係為必要，不涉及契約秩序或規範計畫的特別尊重，原非契約責任法固有的規範領域，因此，應無必要擔憂被害人得以藉由消保法突破契約責任與侵權責任之分野，破壞契約責任應有之規範功能。

進一步而言，當我們肯認某一涉及保護人身、財產完整性之義務僅是因為契約關係存在，而偶然地附著在契約關係上，成為契約義務之一部分，但也隨時得脫離於契約關係外，為不具契約特別性之一般性義務時，判斷被害人與企業經營者間有無契約關係、系爭契約究為典型契約或非典型契約、應如何為契約定性¹⁸⁰、具體個案之情形是否該當真正利益第三人契約之規定，使被害人得以對企業經營者主張契約責任等問題即不具重要性。

以最高法院 95 年度台上字第 2886 號判決為例（【停車場汽車淹沒案】），被害人起訴主張，其將汽車停放於被告亞太駐車企業股份有限公司（下稱亞太公司）所經營之停車場，適逢大雨來襲，亞太公司卻未將水閘門關閉，亦未通知其將汽車駛離停車場，導致雨水灌入停車場將其所有之汽車淹沒而受有損害，遂依民法契約責任、侵權責任之相關規定及消保法第 7 條請求損害賠償。

針對被害人主張民法契約責任及侵權責任之部分，更審法院（台灣高等法院 96 年度上更(一)字第 8 號判決）表示，被害人所停放車輛之系爭車位係由訴外人向他人所購買，訴外人並就上開車位之管理維護，與亞太公司訂立委任管理約定

¹⁸⁰學者認為若一定服務的提供有消保法的適用，在追究責任時，契約定性已不再重要。詳細內容請參閱黃立（1997），〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，《律師雜誌》，217 期，頁 72。



書及簽立管理公約；又訴外人購入上開車位後，始將上開車位提供予被害人停車使用，因此被害人主張其與亞太公司間就系爭車位之管理訂有委任契約或管理公約，並不可採。再者，訴外人與亞太公司間所訂立之委任管理約定書內，並未約定被害人得直接請求被上訴人給付，亦非屬第三人利益契約，是故被害人主張其為第三人利益契約之第三人，得直接請求亞太公司負車位管理維護義務亦屬無據。準此，法院認為被害人主張亞太公司違反委任契約或管理公約第 3 條第四款之約定，或因違反上開約定作為義務而構成侵權行為，應就其所有系爭車輛之毀損，負債務不履行或侵權行為損害賠償責任並無理由。

就被害人主張消保法之部分，法院首先認為消保法除保護消費者外，亦保護第三人，而亞太公司經營系爭停車場，提供車輛停放管理之服務，為企業經營者，遇有豪大雨發生時，自應將水閘門關閉，以防雨水灌入停車場而毀損車輛；再依亞太公司與訴外人之契約觀之，亞太公司於夜間仍有管理維護之義務。而且在本件事故之前，每逢豪大雨，亞太公司皆會公告關閉水閘門，因此法院認為亞太公司應於豪大雨時關閉水閘門，始符合專業水準可合理期待之安全性。然本件事故發生時颱風來襲降下大雨，亞太公司竟未關閉地下室水閘門，從而法院認為亞太公司提供之服務欠缺安全性，應依消保法第 7 條之規定負損害賠償責任。

經營停車場之企業經營者應確保其所控制、管理的營業場所具有一定之安全性，而此種防免營業場所發生侵害他人人身、財產完整性意外事故的義務，對於進出停車場、使用其設施之人，不論進出者與停車場間契約關係是否有效，企業經營者均應注意防範危險發生，本質上屬於對不特定多數人負有之一般義務。

試舉一例說明，假設有一車主開車進入停車場欲尋找車位，繞了一圈，發現停車場客滿欲離開改停車於他處，正在離開停車場之際，停車場天花板突然塌陷

掉落，導致車毀人傷，雖然車主並未與停車場間存在有效之契約關係，惟難謂停車場對其人身與財產之完整性無保護之義務。設若車主所搭載之家人亦因天花板塌陷而受傷、隨身財物毀損，同樣難以否定停車場經營者對該等人負有保護、照顧之義務，此為企業經營者對不特定人所負有之一般性義務。

再回到【停車場汽車淹沒案】，法院先是認定本件被害人與企業經營者間並無契約關係存在，亦不該當第三人利益契約之情形，因此被害人不得向企業經營者主張契約責任，緊接著法院認為企業經營者未違反上開約定義務，是故亦不構成民法上之侵權責任，惟企業經營者提供之服務欠缺安全性，對身為第三人之被害人應負消保法之服務責任。由此觀之，法院似乎是將契約義務當作民法上侵權責任之義務來源。而所謂不構成民法上侵權責任，若就判決前後脈絡為觀察，可能的解讀為亞太公司與被害人間無契約關係，本件車位管理維護義務為契約義務，被害人既非契約當事人，亞太公司對其並無上開義務，因此被害人主張亞太公司違反上開約定義務，構成侵權責任並無理由。

然而，一般認為消保法之服務責任係屬於侵權責任法上之規範¹⁸¹，若貫徹本件法院之看法，上開義務既為固有意義的契約義務，非契約當事人不得主張，因此亞太公司不負民法上之侵權責任，當然亦無須負起同為侵權責任規範體系一環之消保法服務責任。但是，法院之看法並非如此，其認為被害人與亞太公司間，雖無委任管理契約或其他消費關係存在，但不影響消保法之適用；惟在判斷企業經營者所負義務之具體內容時，卻又以亞太公司與訴外人之約定內容，作為認定

¹⁸¹黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁 10，行政院消費者保護委員會編印；謝哲勝（2013），〈現行商品責任規範的檢討〉，《台北大學法學論叢》，87 期，頁 67-68；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁 205，行政院消費者保護委員會編印；郭麗珍（2004），〈我國產品責任法十年來學說與實務之發展〉，郭麗珍（等著），《消費者保護法制論文集》，頁 19，行政院消費者保護委員會編印；詹森林（2003），〈消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《民事法理與判決研究（三）-消費者保護法專論》，頁 194-196，台北：元照；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 58-61，台北：翰蘆圖書。

企業經營者在夜間亦有提供管理維護義務之依據，前後似乎不甚一貫。簡言之，法院一面認為被害人依據約定內容主張民法侵權責任之規定並不可取，卻又一面以該約定內容肯認企業經營者對被害人有提供管理維護之義務。



對於本件判決之見解，首先，基於侵權責任保護主體之概括性格，任何人均為其保護之對象，若法院認為被害人為消保法所保護之第三人，其應當亦能該當於侵權責任所保護之任何人；若法院認為適用消保法不須顧及企業經營者與被害人間有無契約關係，則適用民法一般侵權責任之規定同樣亦不應有所限制。因此，系爭案例適用消保法服務責任，或是民法侵權責任應不致產生如此不同之結論。再者，本件法院見解之所以出現前後不一貫之現象，可能的原因或許為，其未釐清系爭企業經營者所負管理維護義務之性質，究竟為一般性義務或有尊重契約特別性之必要。

此種企業經營者防免其所控制、管領之一定空間、範圍發生意外事故侵害他人固有益之義務，應為無契約秩序特別性之一般義務，不會因為被害人與企業經營者間有無契約關係而有所差別。因此，縱使本件被害人與亞太公司之間無契約關係存在，亞太公司亦應保護其人身與財物之完整性，既然如此，被害人是否為契約當事人、是否為真正利益第三人契約之第三人並不重要，亦無須耗費過多時間與心力探究契約當事人是誰、契約當事人究竟有無使第三人取得契約請求權之真意。縱使被害人因不諳法律而不斷主張亞太公司違反委任契約或管理公約之約定，法院亦應行使闡明權，詢問被害人所欲主張者，是否為亞太公司違反管理維護義務，若答案為肯定，法院於認識、理解該義務之內涵後將之定位為一般性義務時，接下來須審酌者僅為亞太公司有無違反此一般性義務，而構成侵權責任即能妥適解決系爭個案。此外，系爭義務性質之正確定位，亦能避免如本件法院將契約作為侵權責任義務之來源，反面推論無契約關係即無義務存在，因此不構

成侵權責任之錯誤出現。



綜上所述，我國消保法服務責任所欲保護的人身與財產完整性法益，基本上並非嚴格意義下的契約義務，而是不具契約特別性之一般義務，違反一般義務原本即為侵權責任體系所規範之領域，因此以侵權責任之相關規定加以處理甚為自然，並無所謂以侵權責任法破壞私法自治、契約自由之問題。再者，認定此種企業經營者對消費大眾之人身與財產安全性予以保護、照顧之義務為一般義務時，判斷有無契約關係、是否擴張契約責任之適用範圍、個案中契約應如何定性、契約內容為何等爭點已不再重要，因此無須耗費無謂之勞力、時間、費用去調查、認定上開問題，進而得以促進訴訟，保護當事人之程序利益。同時，亦能避免法院作出無契約關係存在即無保護照顧義務，因此亦無由成立侵權責任之推論。

第四目 對安全性欠缺與過失區別困難之回應

論者認為對提供服務之企業經營者，不應採取無過失責任之理由另有：安全性欠缺之概念原本係在商品責任脈絡下之概念，對於提供勞務為規範對象的服務責任，恐有難以適用之疑慮，尤其在具體個案之涵攝上安全性欠缺與過失無法區別，此觀我國許多實務判決自明¹⁸²。

然而，服務與商品間存有許多模糊地帶，難以將商品單純歸類為有形物，服務就一定是與商品無關的人之行為、活動已如前述，因此服務之提供欠缺安全性，是否會因為服務的特性而導致無法適用，本文持保留態度。學者若是憂心安全性欠缺與過失難以區別，此一問題應不僅發生於服務責任，許多情形在商品責

¹⁸²陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心〉，頁 48-49，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林慧貞(1996)，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。相關判決研究請參閱曾品傑(2007)，〈論消費者保護法上之服務責任—最高法院相關判決評釋—〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 53-113。

任亦會出現類似難以區分之間題，若觀察我國實務判決，不僅服務責任出現過失與安全性欠缺混淆不清之情形，法院於判斷是否構成商品責任時，同樣經常以過失之有無加以認定商品是否欠缺安全性¹⁸³。



若支持、贊同實現危險之分配正義，讓較有能力分散因危險具體實現產生不幸損害之企業經營者負起賠償責任，以確保消費者或第三人人身或財產安全性此一消保法之立法價值判斷，則對於不論是商品責任或是服務責任，在體系上、解釋上、法律適用上即應緊扣無過失責任之規範脈絡，而法院判決亦應遵從此價值判斷之結果，因此不應該以安全性欠缺與過失難以區分為由，而索性不為區分並反對無過失責任之規範，反而應該是認識、理解安全性欠缺與過失之概念間為何難以區分，並嘗試找出區分兩者之關鍵點或可能性，方為解決之道，而此亦為本論文第四章所欲探討的重要問題。

第五目 對服務不應一概適用無過失責任之回應

亦有見解質疑消保法服務之概念模糊、種類繁多，未區別服務之種類一概課予無過失責任，在法條適用上恐有疑義，尤其是許多服務行為無法以企業經營者與消費者兩造之概念予以認識¹⁸⁴。

惟消保法既然對服務未加以任何定義，亦未為任何限制，任何具有一定經濟價值的勞務供給均應包括在服務之範圍內¹⁸⁵。從而，若純就法條文義而言，某一類型的服務可以該當、也可以不該當消保法上之服務。而在思考消保法服務之

¹⁸³詳細內容請參閱本文第四章第五節。

¹⁸⁴朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 194，台北：翰蘆圖書。

¹⁸⁵陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 40-41。

概念時，誠如學者所言，應該依據消保法服務責任之立法政策，從服務概念本身所應負載的規範功能，或消保法服務責任所欲追求實現的法價值，參照某一服務類型之特性，作價值判斷與選擇¹⁸⁶。因此，重點或許在於，某一類型的服務是否有本質上之特殊性，足以正當化將其例外地排除於消保法服務責任之適用範圍外，在我國引起實務與學說廣泛關注與討論者，係與醫療相關之服務是否為消保法服務責任上的服務，而此部分，本文將於第三章為進一步分析與說明。

第六目 對服務責任不當加重企業經營者負擔之回應

最後，論者認為無過失責任之損害，往往在發生上與數量上，對於企業經營者而言具有不可預見性，再加上我國並無責任保險制度相互配合，無過失責任將對企業經營者造成過重之負擔，使企業經營者走向破產而無法經營，阻礙國家經濟成長¹⁸⁷。

然而依據通說見解，消保法服務責任所欲保護之法益，僅限於人身完整性與財產完整性，而不包括具有責任範圍不確定性之純粹經濟上損失¹⁸⁸，因此是否有損害的發生及數量上不可預見性，值得懷疑。此外，消保法服務責任亦非結果責任或擔保責任，其成立必須具備安全性欠缺此一要件，企業經營者亦能舉證證

¹⁸⁶陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36期，頁54-55。

¹⁸⁷曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12期，頁57-58；林忠儀（2004），〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁169，國立成功大學法律學研究所碩士論文；吳正榮（2003），〈「課後托育中心」服務於消費者保護法之適用與解釋〉，頁42，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），〈論消費者保護法上服務提供者歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條〉，頁122-123，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹⁸⁸陳洸岳等（2016），〈民法研討會第七十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，241期，頁128，陳洸岳教授發言部分；王澤鑑（2015），〈侵權行為法〉，頁732-733，台北：自刊；陳忠五（2009），〈論消費者保護法商品責任的保護法益範圍〉，《台灣法學雜誌》，134期，頁82-85；詹森林（2007），〈消保法商品責任之保護主體與保護客體〉，氏著，《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論(2)》，頁67-68，台北：元照。

明，其所提供之服務並無任何過失以減輕賠償責任¹⁸⁹，屬於一種輕度的無過失責任，是否真會對企業經營者造成過重負擔？



實際上，消保法公布施行以來，迄今已超過 20 年，在採取無過失責任制度下，似乎也沒有造成企業經營者經常敗訴，一律應該負起賠償責任的情形；也沒有企業經營者因賠償責任過重而無法經營，對國家經濟帶來沉重負擔之情事發生。

建立服務無過失責任，提高保護消費者權益的同時，確實亦應廣泛健全保險體制，使企業經營者得以分散責任、轉嫁風險以減輕負擔¹⁹⁰。我國雖然目前尚未建立一套服務責任保險制度，惟不應該以此為由，而主張應降低企業經營者之責任風險，反而應該認為服務責任之嚴格化，可能對健全服務責任保險制度帶來新契機，原因在於服務責任之嚴格化，比較容易創造改革誘因或經濟壓力，促使企業經營者願意往建立責任保險制度的方向邁進，使之成為責任保險制度立法過程中有利的社經條件¹⁹¹。

¹⁸⁹黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁 9，行政院消費者保護委員會編印；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁 203，行政院消費者保護委員會編印；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 68；黃立（1997），〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，《律師雜誌》，217 期，頁 77。

¹⁹⁰王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 7-8，台北：自刊；黃茂榮（2002），〈醫療損害之危險責任〉，《植根雜誌》，18 卷 2 期，頁 14-15、24；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 219-220，台北：翰蘆圖書。

¹⁹¹陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 58-59。



第三章 限縮服務之範圍？



我國消保法第 7 條將商品與服務併列，統一規定企業經營者就其所設計、生產、製造之商品或其所提供之服務具有安全或衛生上之危險，致生損害於消費者或第三人時，應就其所生損害負賠償責任。依據上開條文，我國法上商品責任與服務責任法制，具有共通之法律政策，適用相同之構成要件及法律效果。關於商品之範圍，消保法施行細則第 4 條設有定義性規定，惟關於服務之範圍則無規定。消保法及施行細則皆未對服務加以任何定義，亦未對之為任何限制，從而理論上，任何具有一定經濟價值的勞務供給，不論為有形（如運送、修繕、清洗工作等）或無形（如供給信用、專業意見諮詢或建議等），均應包括在服務範圍之內¹⁹²，且服務與商品均為個別獨立之規範事項，是以就法條文義觀之，服務之提供不須與商品有關，又服務責任之本質並非債務不履行或契約責任，故服務之提供亦不以企業經營者與被害人間有契約關係為必要。

然而，對於是否任何具有一定經濟價值之勞務供給，均應包括在服務之範圍內，我國多數見解採取保留態度，有學者從法學方法論出發，認為在商品責任，若消保法施行細則未就商品範圍加以規定時，法院不會以所有商品皆為適用對象，必須有所選擇認定，是故不能逕以消保法對服務之範圍未設限制，即認為所有服務皆包括在內，而應依消保法的立法目的、服務的危險性、分散風險的可能性、舉證的困難等因素，決定應負無過失責任的服務¹⁹³。

更多見解則認為服務之概念模糊、種類繁多、內容廣泛，無法以單一之概念

¹⁹²陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）—最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36期，頁54。

¹⁹³王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁739-740，台北：自刊。

描述、歸納其定義，若未區別種類而將所有因服務提供所生之損害賠償責任與商品責任同視，一律適用無過失責任，恐怕對服務業者過於嚴苛¹⁹⁴，因此學說各自提出許多標準對服務之範圍加以限縮，以避免服務責任在實際適用上可能無所不包，毫無限制。

適度合理限制賠償責任確實為重要的政策考量，亦是任何責任體系所必須認真看待的課題。消保法服務責任並非完全且毫無限制地保護被害人的權益，亦非所有接受服務所生損害，皆應轉嫁由企業經營者承擔。本文所欲思考、探討的問題是，限縮消保法服務的範圍是否為落實合理限制企業經營者責任的最佳方法？若否，則應以何種方式達成適度合理限制責任之目的？以下將對立法及修法過程之討論、學說及實務相關見解為介紹，且特別就學說及實務上頗具爭議的醫療服務進行討論，並提出本文看法。

第一節 立法過程之討論

在消保法施行細則研訂過程中，原本對服務之概念有四個議案出現，其一是不另設條文規範；其二為「本法第 7 條第一項所稱服務，係指以處理或使用商品為內容而提供之勞務」；其三為「本法第 7 條第一項所稱服務，係指非以直接生產或製造商品，或移轉物權或智慧財產權為客體之勞務」；其四則為「稱服務者，係指醫療診治、提供住宿飲食、從事車船運輸等本質上具有衛生或安全危險之勞務行為」¹⁹⁵。

¹⁹⁴陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 242，台北：元照；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 169，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，頁 122-123，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

¹⁹⁵行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 84-85。

若觀察上述議案，第二方案係基於消保法將商品與服務並列規範之特色，而將服務之範圍限縮於與商品之處理或使用有關之服務。第三方案則是參照歐洲共同體 1990 年 11 月 9 日關於服務責任之指令草案第 2 條之規定而擬定，依該草案之規定，任何在營業活動或公共服務之領域，凡是非以直接生產或製造商品、或移轉物權或智慧財產權為客體，而係以獨立之方式所提供之任何有償或無償服務，均包括在服務之定義範圍內。至於第四方案乃是將服務之範圍限縮於本質上具衛生或安全危險之勞務行為¹⁹⁶。

經過討論後，研修小組對服務之規定修正為兩案，其一為對服務不設任何概念性文字，理由在於服務無過失責任為我國消保法所創，因欠缺相關案例及立法例，對服務之概念，難以周詳而嚴謹的界定，宜讓諸法院及學說依社會經濟發展及保護消費者之需要決定之；其二則是維持參照歐洲共同體 1990 年 11 月 9 日關於服務責任之指令草案第 2 條之規定對服務之範圍予以界定。惟最後在多方面斟酌及考慮下，決議對消保法第 7 條第一項所稱服務不設定義性條文，留待法院及學說因應社會、經濟發展及保護消費者之需要加以認定¹⁹⁷。

第二節 適用範圍無限制說

有學者認為消保法無明文規範何謂服務，因此大致可以認為，服務係指以獨立方式所為之交易，不論其有無對價，而其直接及全部之標的，並非動產之製造，有體或無體財產權之移轉者。換言之，其認為消保法所稱服務，並不以與商品有關聯的為限，與商品無關的服務業，如社會服務業（如醫療、教育等）；生產者服務業（如律師、會計師、通訊、金融、保險等）；個人服務業（如餐飲、旅館、

¹⁹⁶陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 42-43。

¹⁹⁷行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 120。

修理等)，均在消保法之規範範圍內，沒有任何除外規定，因此在適用上當然也沒有將特定行業除外之理由及必要¹⁹⁸。



亦有類似見解認為，消保法既將商品與服務併列，並且就服務之範圍並未設限，亦未列舉不適用消保法之特定服務，因此，就學理而言，本法所稱服務可以定義為：「非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給。」不僅是本質上具有衛生或安全上危險之服務，如醫療、運送、餐飲、住宿、旅遊等勞務供給有本法之適用；即使是本質上無衛生或安全上危險之服務，如律師、會計師、建築師、工程師等專業技術人員提供之勞務，乃至百貨業、量販業，甚至教育文化工作、公共行政業務，理論上亦均無排除適用之堅強理由¹⁹⁹。

第三節 適用範圍有限制說

第一項 限於本質上具衛生或安全危險之服務

如同於消保法施行細則研訂過程中，有一方案將消保法服務之範圍，限縮於本質上具衛生或安全危險之勞務行為，我國亦不乏學說及實務見解支持以此方式限制消保法服務責任之適用。

學者有認為採取不限制服務責任適用範圍之立場，將使消保法之適用規範過於廣泛而使適法性備受質疑，故基於消保法立法趣旨上之考量，同時亦是基於法

¹⁹⁸黃立（2002），〈餐廳的商品與服務責任問題－評台北地方法院八十八年度訴字第○三九號及同院八十八年度訴字第五四一號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，83期，頁234。類似見解請參閱賴佳琪（2008），〈公寓大廈管理服務人責任之研究〉，頁198，國立政治大學法律學研究所碩士論文；馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊（2005），〈消費者保護法解讀〉，頁89-90，台北：元照；馮震宇、詹森林、林明珠（1995），〈認識消費者保護法〉，頁55，台北：元照。

¹⁹⁹邱聰智（2005），〈消費者保護法上商品責任之探討〉，廖義男（等著），〈消費者保護研究（二）〉，頁67-68，行政院消費者保護委員會編印。

適用上之現實考量，而認為被論斷為有可歸責之服務，應以有安全或衛生上之具體危險之存在，而且消費者並因該危險而受有人身上或財產上之損害之情形，始有被論斷成立服務責任之餘地²⁰⁰。學者更進一步將服務之概念界定為：「不以物之提供為目的，由特定人對特定人所直接或間接加以給付具有自然科學危險性之作為或不作為。」其認為若根據此概念，參酌消費者權益保護之精神以及本法之結構，分析何者有消保法之適用，何者應排除於消保法適用之外，如此方可免除將所有服務納為消保法加以規範，所產生之法妥當性疑義²⁰¹。

就上開內容之文義為觀察，學者似乎認為將服務全面納入消保法之適用領域內有所不妥，故應將服務責任之適用範圍限制在具有危險性，且該危險又須具有自然科學性質之服務²⁰²。論者亦有如此理解者，將此見解定位為，係以提供之服務是否具有安全或衛生上之危險，為認定消保法服務責任規範對象之標準，而展開討論²⁰³。

有見解對此表示支持，認為消保法服務責任中所稱之服務，其適用範圍除了以消費關係之存在為前提外，從第 7 條法文之整體而言，似得將之為限縮解釋，

²⁰⁰朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 180，台北：翰蘆圖書。

²⁰¹朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 196，台北：翰蘆圖書。

²⁰²另有學者進一步閱讀前揭註文獻第三章〈論消費者保護法服務業者之責任〉及第四章〈適用消保法論斷醫師之責任〉，而認為作者並無限制服務責任適用領域之意，其真意似乎為：任何服務不論其是否具有自然科學危險性（如律師業、會計業），均有消費者保護法服務責任之適用，但於具體論斷服務責任是否成立時，其適用要件之一必須是該服務具有危險性，且該危險又須具有自然科學之性質，從而醫療業、律師業、會計師業所提供之服務均是消費者保護法所稱之服務，但醫療服務有可能被具體論斷成立服務責任，法律或會計服務則無此可能，蓋其屬人文社會科學上之專業服務，與自然科學上因科技原因所造成之安全或衛生上危險有別。請參閱陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 55。

²⁰³陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 15，國立政治大學法律學研究所碩士論文；陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 239-240，台北：元照；賴佳琪（2008），《公寓大廈管理服務人責任之研究》，頁 196，國立政治大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 91，國立成功大學法律學研究所碩士論文；張翠怡（2004），《旅遊服務於消費者保護法之解釋與適用》，頁 153，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

限於本質上有危害消費者或第三人生命、身體、健康及財產之安全性考量者，始該當於消保法第 7 條之服務²⁰⁴。其雖然意識到，或許會有其他見解認為可合理期待之安全性為責任成立要件之問題，但仍認為可將之解釋為不同層次之問題，換言之，消保法第 7 條之服務，解釋上應限於本質上會產生安全性問題者，至於此一服務所具備之安全性，是否符合當時科技或專業水準之可合理期待，始為責任成立要件之問題。

實務上有為數不少的判決表示，服務之範圍應限制在本質上具衛生或安全危險之服務²⁰⁵。以【東賓旅社失火案】之第二審法院（台灣高等法院 90 年度重上字第 435 號判決）見解為例，其認為：「消費者保護法固僅對『商品』加以定義，並未對『服務』加以任何定義，亦未作任何限制，是以提供服務為營業者，不問其是否與商品有關，由於其與消費者之安全或衛生有關，均為受到消費者保護法所規範之企業經營者。旅館業者、機車寄放業者服務之行為，核其性質，自提供旅館服務者、提供機車寄放者觀之，固與商品無關，惟其有營利性，且與住宿旅館、寄放機車消費者之安全或衛生有莫大關係，而自接受旅館服務者、機車寄放服務者觀之，其為以消費為目的而接受服務之消費者甚明（消費者保護法第 2

²⁰⁴林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 136-138，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

²⁰⁵類似見解請參閱台灣高等法院 97 年度上易字第 448 號判決（機車車架焊接服務）、台灣高等法院 95 年度上更(一)字第 131 號判決、台灣高等法院 92 年度上字第 724 號判決（公寓大廈管理維護服務）、台灣高等法院台中分院 92 年度重上字第 60 號判決（游泳池服務）、台灣板橋地方法院 91 年度訴字第 412 號判決（保養昇降機服務）等。此外，許多法院判決雖亦提及成立服務責任，應以服務在性質上有發生安全或衛生上之危險性，惟其究竟係指涉服務責任之適用領域抑或服務責任之適用要件，不甚清楚。以台灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 68 號判決為例，其表示：「惟依消費者保護法之立法目的，必須企業經營者所提供之服務有『安全』或『衛生』之危險而造成消費者之損害，方有適用消費者保護法之餘地。雖消費者保護法之規範非僅限於確保商品或服務無安全或衛生上之危險，而係包括保護消費者權益之眾多事項，但上訴人既本於消費者保護法之規定為主張，而依學說（朱柏松，消費者保護法論，86 頁、95 頁、166 頁）及實務見解，皆認為『要成立服務之企業經營者責任，應以服務在性質上有發生安全或衛生上之危險性者，始足當之。』，亦即消費者因使用商品或接受服務而致生損害（固有利益之損害），而此損害係因商品或服務之缺陷所致者，方適用消費者保護法，若單純係商品或服務本身有瑕疵者，而商品或服務並無安全或衛生上之危險，應回歸適用民法規定。否則消費者保護法豈非可取代一切與交易有關之民事損害賠償之法律。」其他採相同看法者，請參照台灣高等法院台南分院 102 年上字 3 號判決、台灣高等法院 97 年度重上字第 258 號判決。

條第一款規定參照)，參以消費者保護法第 7 條第一項規定：『從事提供服務之企業經營者應確保其提供之服務無安全或衛生上之危險。』，足見本法所稱服務之性質在於消費者可能由於該服務之提供陷於安全或衛生上之危險，是以提供旅館服務行為、提供機車寄放行為固非屬於商品買賣交易，而屬於提供服務之關係，然其與國民消費生活安全攸關，本於保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質之立法目的（消費者保護法第 1 條規定參照），應將之列為消費者保護法之規範對象。故旅館服務²⁰⁶、機車寄放應屬消費者保護法所稱服務之範圍，旅館、機車寄放保管處自係消費者保護法所稱之『企業經營者』。」

本件判決先是表達服務之提供不須與商品有關，雖然提及消保法對服務未為任何定義與限制，然在決定本件有無服務責任之適用時，仍舊將與消費者之安全與衛生有無關聯納入考量，認為本件之服務提供與消費生活安全有關，故屬於消保法所稱之服務。

再以台灣高等法院 96 年度消上字第 7 號判決為例，其認為：「消費者保護法對於商品或服務既未加以定義，倘企業經營者提供之商品或服務攸關消費者健康與安全之確保，為促進國民消費生活安全及其品質，即應有該法之適用。經查旅遊業者提供團體旅遊行程，其內容兼括行程規畫、餐旅、食宿及交通之安排，諸此皆已涉及消費者之健康及安全，依上開說明，自應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險，因此旅遊業者有本法之適用²⁰⁷。」簡言之，本件判決表

²⁰⁶以類似理由肯定旅館服務為消保法服務責任之規範對象者，尚有台灣高等法院台南分院 93 年度上字第 201 號判決，其表示：「解釋上所謂之『服務』應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且該服務有安全或衛生上之危險存在，消費者可能因接受該服務而受有人身或財產上損害之情形而言。本件上訴人許燕能經營汽車旅館提供住宿服務，本質上具有安全或衛生上之危險，自有消費者保護法所定服務責任之適用。」以及台灣台北地方法院 90 年度訴字第 1321 號判決表示：「又消費者保護法第 7 條第一項所稱之『服務』，應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險者而言；因之，本質上具有衛生或安全上危險之旅館服務，自有本法之適用。」²⁰⁷以相同理由肯定旅遊服務為消保法服務責任之規範對象者，請參閱台灣台北地方法院 96 年度訴字第 3719 號判決、台灣台北地方法院 86 年度訴字第 1326 號判決。另外，行政院消費者保護

示旅遊業者提供之服務，涉及消費者健康與安全之確保，因而屬於消保法無過失責任之適用對象。



而被部分實務見解認定為非屬本質上具衛生或安全危險之服務，而無消保法服務責任之適用者，其類型有如保險服務²⁰⁸、金融相關服務²⁰⁹、房地銷售服務²¹⁰等。

究竟消保法上之服務是否應限縮於本質上具有危險性之服務，此一問題亦出現在實務研討會之法律問題研究意見上，該次研討會之一則法律問題為，某文理補習班上課期間發生用電負荷過重電線走火引起火災，致上課學生多人受傷，除涉及其他法律外，補習班是否有消費者保護法服務責任適用？針對此問題，其中丙說即為：「按商品製造人責任之本旨在強調安全、衛生上之危險，本法第 2 條第二款所謂提供服務之概念，法律並無明文界定，惟所謂服務係指本質上有安全

委員會台 87 消保法字第 00561 號函亦肯認旅遊服務有消保法服務責任之適用，其謂：「查旅行業者對顧客提供之旅遊服務，為消費者保護法所稱之服務，其與消費者所生之關係為消費關係，應無疑義，故旅行業因其服務之提供所生之責任，自有消費者保護法相關規定之適用。」

²⁰⁸台灣高等法院 100 年度保險上易字第 9 號判決表示：「而上開第 7 條所稱之『服務』，應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險者而言。．．．．．本件上訴人就系爭保費，已因返還而無損害，業述如前，且系爭安聯保險、前述備金爭端與安全或衛生之危險無涉，上訴人依消保法請求懲罰性賠償，尚有未合，自無理由。」

²⁰⁹台灣台中地方法院 89 年度小上字第 63 號判決，本件事實略為消費者之提款卡遭竊，其主張被告銀行未能及時辦理掛失止付，導致存款遭盜領。法院表示：「依據消費者保護法條文之文義以觀，僅有與消費者安全與衛生有關之服務業始有令負無過失責任之必要性，至於其他服務業即不必負無過失責任，則前開法條對於被上訴人所屬之金融機構，是否有適用之餘地，已值探討；況且，被上訴人所提供之電話語音掛失系統得以正常使用，業如前述，則上訴人主張被上訴人應負消費者保護法之無過失責任，顯有誤認。」另外，行政院消費者保護委員會台 90 消保法字第 00239 號函表示：「金融服務業係屬消費者保護法第 2 條第二款所稱之企業經營者，但其所提供之服務，是否應負消費者保護法第 7 條之無過失責任，則仍應視個案之具體事實認定之。」

²¹⁰台灣高等法院高雄分院 90 年度上字第 127 號判決表示：「惟上開消費者保護法之規定乃係針對企業經營者所設計、生產、製造之商品或提供之服務，對於消費者不得有安全或衛生之危險性而立論。故其針對之企業經營者，除各式各樣之商品設計、生產、製造之廠商外，更包含與消費者之安全或衛生有關之服務提供之企業，例如運輸業者、影視遊樂業者等。因此所提供之服務若與消費者之安全或衛生無關之服務，自無上開消費者保護法之適用。查本件宏緯公司與上訴人間固訂有委託銷售合約，惟此項合約係約定由上訴人委任宏緯公司代理前揭房地之銷售事宜，則宏緯公司就此所提供之服務供係前揭房地之銷售，顯然與上訴人之安全或衛生無涉，上訴人依消費者保護法請求宏緯公司賠償，自無理由。」

衛生上危險之服務，補習班縱認係提供服務，且係營業者，惟所提供教學服務本質上並無安全、衛生上危險，至於補習班所提供場所，並非商品責任之範圍。」此見解即是將服務之範圍限制在本質上具有安全或衛生上危險之服務，而排除補習業者之服務責任。

然研討會研究意見最後並不採納此見解，而是採乙說，理由為：「本法第 2 條第二款規定企業經營者，指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。所謂服務係指無安全衛生危險之服務，補習班亦是以提供服務為營業者之一，為達到教學服務之目的，應提供合乎安全、衛生之場所，此為教學服務之附隨義務。如有違反致生損害，自有本法適用²¹¹。」

對於以企業經營者提供之服務是否與消費者之安全或衛生上之危險有關聯，為認定服務業者是否為消費者保護法適用之對象，我國學說亦有持反對見解者。有認為此標準不夠明確，實際適用上可能無所不包，毫無限制，並不妥適²¹²。

亦有學者認為消保法服務責任之規定，其立法目的在確保消費者或第三人人身或財產安全，其責任基礎在於，企業經營者違反其對消費者或第三人人身或財產之安全義務，從而解釋上任何可能造成消費者或第三人人身或財產損害之服務，均為消保法上之服務，不問該服務之提供本質上是否具有危險性。再者，若將服務依其本質上是否具有危險性再作分類，未來解釋適用上，不可避免地將必須面對何謂本質上具有危險性之服務、何謂本質上不具有危險性之服務、二者之間如何區別、其區別標準何在、本質上具有危險性應如何判斷等難題。而且，任何勞務供給之規劃、組織與從事過程中有所不當或失誤，即足以危害消費者或第

²¹¹行政院消費者保護委員會編印（1998），《消費者保護法判決函釋彙編（一）》，頁 361。

²¹²陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 250，台北：元照。

三人人身或財產安全，實在難以想像何種勞務供給係屬本質上不具有危險性之服務²¹³。



第二項 限於與商品有關聯之服務

如前所述，在消保法施行細則研訂過程中，有一議案為將服務定義為以處理或使用商品為內容而提供之勞務。此提案將服務之提供與商品作某程度之結合，目的係對服務之範圍進行限縮，以避免服務範圍過於廣泛，造成提供服務之企業經營者過重之負擔。

有見解對於以有無商品交易性質此要件限縮服務之範圍表示支持，其認為消保法第 7 條第一項以商品或服務之並列方式，將商品與服務視為同一規範目的下之兩種型態，因此條文中服務似應受商品之限制，而僅指具有商品交易性質之服務。再者，若參照美國實務見解，其將商品責任擴張到服務責任之適用時，亦指具有商品交易性質之服務，從而，我國消保法之服務亦應為如此之限縮解釋²¹⁴。

惟我國多數學說見解認為，服務不需要限於與商品有關者方有消保法服務責任之適用。理由在於，就消保法有關規定之文義、體系結構、立法目的而言，服務與商品均係個別獨立之規範項目，商品之交易或使用無須伴隨提供一定之服務，服務之提供也無須伴隨交易或使用一定之商品，換言之，服務責任不同於商品責任，而是獨立於商品責任以外的另一種民事責任²¹⁵。若將服務責任之成立，

²¹³陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 57-60。

²¹⁴吳建樑（1999），〈醫療關係與消費者保護法〉，《醫事法學》，7 卷 3 期，頁 25-26。

²¹⁵游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期，頁 120；陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 51；朱柏松（1999），〈消費者保護法論〉，頁 203，台北：

限於勞務之提供伴隨處理或使用一定商品的情形，將會造成在解釋適用上，必須區別何者為伴隨處理或使用一定商品之勞務提供，何者並非伴隨處理或使用一定商品之勞務提供，此種區別是否合理可行，誠有疑義²¹⁶。



此外，依據消保法施行細則第 4 條：「本法第 7 條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」對商品之範圍從寬界定，從而絕大多數服務之提供，將或多或少、直接或間接伴隨處理或使用一定之商品。舉例而言，餐飲服務須交付食品、飲料（如【速食店紅茶燙傷案】），提供餐具、食器（如【火鍋酒精爐灼傷案】）、運輸服務須使用動力交通工具（如【仰德大道車禍案】）、住宿服務須提供客房及休憩場所（如【溫泉會館溺斃案】）、美容服務須藉助商品、設備加以輔助（如【護膚服務受傷案】），由此可知，提供服務者往往會以商品為客體或使用商品而提供服務，與商品之處理與使用完全無關之純粹勞務供給，事實上將寥寥無幾，也無法達到限縮服務範圍之目的²¹⁷。

再者，若將服務之範圍限縮於與商品有關之勞務供給，但損害之發生卻並非肇因於該商品欠缺安全性，由於真正造成責任之原因事實並非商品本身，而是勞務提供具有安全或衛生上之危險，則將服務之提供限縮於與商品有關之勞務供給即變得毫無意義。而且，也會導致以下不合理之結果，即同樣為因勞務提供造成人身或財產之損害，在有些案例會因偶然地伴隨處理或使用一定商品，而有服務責任之適用；有些案例因為僅係純粹之勞務供給，未伴隨使用一定之商品或設

翰蘆圖書。

²¹⁶陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 51。

²¹⁷陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 52；林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 104-105，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

備，即非消保法上之服務，而不負服務責任，此種結論顯不合理²¹⁸。

綜上而論，反對以商品限縮服務範圍之見解認為，由於我國消保法之商品範圍本來就比較廣泛，甚至包含不動產，解釋適用之結果恐怕難以達到限制服務範圍之效果，甚至如何區別與商品有關之服務，以及與商品無關之服務亦有疑義。再者，以與商品之間有無關聯為要件對服務之範圍加以限縮，也可能導致混淆商品責任與服務責任，也與消保法在商品責任外另立服務責任之立法原意相悖。

在實務見解方面，亦多不採將服務限縮於與商品有關之勞務供給，除前述【東賓旅社失火案】之第二審法院（台灣高等法院 90 年度重上字第 435 號判決）見解外，再以台灣高等法院 92 年度上字第 596 號判決為例，其認為：「所謂『服務』之定義，依據我國消保法第 2 條第二款規定，凡以提供服務業為營業之人，均屬於『企業經營者』。又由第 3 條規定可知，在本法上係將商品與服務視為對等之規範標的。換言之，本法所稱服務並不以與商品有關連者（配銷服務業：如運輸、批發、零售，不過包裹旅遊與廢棄物品之服務，應出口貿易等）為限，與商品無關之服務業，如社會服務業（醫療、教育等）、生產者服務業（如：律師、會計師、通訊、金融、保險等）、個人服務業（如餐飲、旅館、修理等），均在本法規之範圍²¹⁹。」

第三項 限於非專門職業人員提供之服務

由於消保法第 7 條無過失責任，在文義上似乎可以包括所有服務業，造成許

²¹⁸陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 52。

²¹⁹其他類似實務見解，請參閱台灣高等法院 92 年度重上字第 362 號判決、台灣高等法院 90 年度重上字第 463 號判決、台灣高等法院 88 年度重上字第 505 號判決、台灣高等法院台中分院 95 年度醫上字第 9 號判決、台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 121 號判決。

多專門職業人員極力反彈，這些業者大力倡導專業服務不適用消保法²²⁰，理由略為，專門職業具有公益色彩，有別於一般消費事件；當事人間通常有契約存在，既已成立契約責任，毋庸再適用消保法，又專業服務已有其他法規可資規範，若再適用消保法，恐怕將使責任過重；再者，立法例上並無對專門職業人員有課予無過失責任之規定。

學說上有認為我國消保法對服務未加以定義，學說對服務業亦未加以類型化，我國實務對於不同種類的服務業是否適用消保法，亦未加以明確限制，似乎所有服務業者均為消保法無過失責任之適用對象，過於寬廣，有失妥當。因此，其參照英美法之發展，主張應區分為商業交易行為及專門職業人員之服務兩類，商業交易行為因經營交易行為獲利、損失分散之考量、商業上交易行為提供之服務與商品責任有時區分不易；消費者使用商品或服務僅為一時之選；以及現代服務業已如商品製造趨向大量生產化，服務內容已然規格化、標準化等理由，從而將商業上交易行為之服務責任與商品責任同視，使消費者易於請求損害賠償尚無不妥。然而，就專門職業人員所提供之服務，英美兩國均未課以無過失責任，尤其醫療服務之提供，學者則認為應採過失責任較為適當²²¹。

此外，另有見解認為專門職業技術人員提供之服務，仍屬於提供於大眾之服務，既然消保法並未明文排除專技人員服務之適用性，應無將之一概排除於消保法服務責任適用範圍外之理。但是對於專技人員之服務責任，應在適用消保法服

²²⁰例如中華民國建築師公會全國聯合會主張，建築師之各項業務與通常所稱以消費為目的之服務在概念上有別，又消保法所稱之服務應僅限於與商品提供有關之附隨服務，而建築師業務係獨立之服務，非附屬於商品之服務；且建築師之行為已有建築法之規範，建築師業依法非屬營利性質之專門職業，故應無消保法之適用，其建議於消保法施行細則中增訂，專門職業另有法律規定者不適用本法之規定。中華民國律師公會全國聯合會亦表示，律師提供法律專業服務，兼有保障人權，維護民主法治及社會正義，不同於一般消費交易，亦非提供規格化或可供消費之服務，而且律師與當事人間權利義務關係均由律師法予以規範，故不應納入消保法加以規範。詳細內容請參閱行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 167-170。

²²¹陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 242-249，台北：元照。

務責任之前提下，透過分析不同職業的專技人員服務所具有之特殊性，再來排除不適宜適用無過失服務責任之服務²²²。例如該服務行為與消費者可能產生之損害存有極不易確定之因果關係，應認為該服務不適合適用消保法之服務責任規範²²³。就具體之服務類型而言，除醫療服務外，學說有認為律師所面對的是無法完全控制的訴訟風險，我國亦無律師保險制度，因此，律師服務不應成為適用危險責任之對象²²⁴。

然而，學說上亦有主張專門職業及技術服務不應排除在消保法服務範圍之外，理由在於，專門職業責任通常隱含法律政策上的考慮，仰賴專業知識營業既然在社會上享有高所得，相對地，當其違反專業執業常規時，亦應課予較重的損害賠償責任，以使獲利與責任相稱。因此，專門職業責任在近來之發展一再有嚴苛化之趨勢。因而，不僅不宜以專業責任之性質獨厚於其他服務責任，反而更應嚴格認定，使專業人員負擔較重之責任。

而且，任何服務對社會皆有所貢獻，同時也會對他人造成損害，不應僅以其性質為照顧人類健康（醫療）、維護民主法治（如律師）為由，排除消保法服務責任之適用。再者，專業人員即便依法應設公會以維持紀律、採強制入會原則，抑或違法時有相關行政責任與司法懲戒程序以資規範，但是此種特殊要求均係為滿足社會大眾對專業者之期待，且有關專門技術人員之法律多為行政管制或行業自律之法令，違反此種法令不必然成立民事損害賠償責任，亦不得以此為由排除民事責任。對於有學者以外國立法例作為專門職業不應負無過失責任之理由，其認為此僅是立法論上的問題，不足以此作為解釋法律時，排除專門職業於消保法

²²²陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心〉，頁137-138，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

²²³陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心〉，頁120，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

²²⁴陳思荔(2012)，〈消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心〉，頁138，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

服務概念外的有力理由²²⁵。



另外，亦有學者認為我國消保法第 2 條所謂以提供服務為營業，從文義上而言，並未如其他國家之立法例，再區別為具商業性質之服務業與專門技術職業。因此，在解釋上，不但各種具有商業或營利性質的行業，如餐飲業、旅館業、旅遊業、運輸業、休閒娛樂業、婚紗攝影業、美容健身業、理髮業、通訊傳播業、廣告業、營造業、修理業、補習業、出租業、保全業、徵信業、仲介業、金融業、票券業、保險業、看護業等一般服務業，均有消保法服務責任之適用，即使其他如同律師業、代書業、會計師業、建築師業、工程師業、醫療業等專門職業及技術業，亦均受消保法服務責任之規範²²⁶。

第四項 醫療服務之特殊性？

消保法服務責任之適用領域最具爭議性者，應為醫療服務是否有服務無過失責任之適用。關於醫療行為造成損害所生之民事損害賠償責任，在消保法施行前，向來均係適用民法有關規定，以醫療事業機構或醫事人員之醫療行為，是否具有故意或過失導致病患受有損害，決定醫療事業機構或醫事人員，是否須依侵權責任或債務不履行之規定負損害賠償責任。消保法制定時，並未專門就醫療行為是否有消保法服務責任之適用特別予以考慮²²⁷。

在消保法公布施行後研訂消保法施行細則的過程中，引發許多爭議、出現許

²²⁵林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 108-115，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

²²⁶陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 53。

²²⁷陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 36-38。

多不同看法²²⁸。之後於民國 87 年台灣台北地方法院作出之馬偕醫院局難產案件判決，肯定醫療服務亦為消保法服務責任之適用領域，更是引發學界廣泛之討論與爭辯²²⁹。



於消保法修正之際，立法委員邱永仁等 37 位委員提出消費者保護法第 7 條條文草案，建議於第 7 條第一項後增列一段：「但危險係醫療行為內含之風險，不在此限²³⁰。」雖然該提案未獲通過，惟對此作出一附帶決議表示，為促進醫病和諧，對有風險不可預期安全性之醫療行為，不宜以單純之商業消費行為視之²³¹。與會委員希望在醫療法中可以明文規範，亦即以專法規範，尤其是配套的醫療糾紛處理法也必須規範醫病之間的爭議，但還是不適宜在消保法中排除適用²³²。

醫療法於民國 93 年 4 月 28 日修正公布，其中第 82 條規定：「醫療業務

²²⁸請參閱行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 52-68、196-214、281-301。

²²⁹相關討論請參閱陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期，頁 81-92；林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 4-12；侯英冷等（2002），〈談醫療意外的風險分擔問題－消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用－民法研究會第二十六次學術研討會紀錄〉，《法學叢刊》，47 卷 3 期，頁 165-188；陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（一）〉，《台灣本土法學雜誌》，39 期，頁 96-113；陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（二）〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 64-104；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九 0 台上字第 7 0 九號（馬偕紀念醫院局難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 47-74；陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院局難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 36-61；楊秀儀（2000），〈論醫療傷害損害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉，蘇永欽（等著），《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）：總則·債編》，頁 239-267，台北：元照；謝哲勝（2000），〈無過失醫療責任：醫師的夢魘？病人的救星？〉，蘇永欽（等著），《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）：總則·債編》，頁 275-301，台北：元照；侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期，頁 127-135。

²³⁰理由略為醫療行為有其特殊性、外國立法例無類似規定，其等主張排除醫療行為內含之風險有消保法服務責任之適用，至於醫療糾紛之處理解決，宜另訂醫療糾紛處理及補償條例，以專法規範，由專責機關處理，才能具體保障醫事人員及患病權益，達成醫病雙贏的和諧局面。於該草案中亦提及馬偕醫院局難產案件判決，足見該則判決對根深蒂固的醫療過失責任原則有不小之影響力。詳細內容請參閱《立法院公報》，92 卷 3 期，頁 179-181。

²³¹請參閱《立法院公報》，92 卷 3 期，頁 188。

²³²請參閱《立法院公報》，92 卷 3 期，頁 182，趙永清委員發言部分。

之施行，應善盡醫療上必要之注意。(第一項) 醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。(第二項)」一般認為，本條有關醫療責任之規定，目的在於排除醫療服務作為消保法適用的對象²³³。



以下將針對醫療服務有無消保法無過失責任之適用，介紹醫療法第 82 條修正前後的學說、實務見解及其理由構成。再者，若對醫療服務適用消保法服務責任持反對立場者，則面對其他與一般醫療行為不盡相同的美容醫學行為、健康檢查及醫院提供的各式醫護服務，例如病人的照顧、復健或住院服務，甚至是坐月子中心或老人安養機構等所提供之服務，是否也要一併排除適用消保法服務責任，相關理由構成是否充分、合理，並在最後提出本文之看法。

第一款 醫療法第 82 條修正前

第一目 學說爭議

醫療法第 82 條修正前，對於醫療服務是否為消保法服務責任所規範之服務，看法相當分歧，持肯定見解之學者從消保法之立法目的、病患與醫療機構是否分別該當於消費者與企業經營者等問題進行探討，並提出許多相當具有說服力之理由；惟學說多數仍持否定看法，並提出許多值得思考的觀點，分析、討論如

²³³陳忠五(2015)，〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期，頁 6-7；曾育裕(2009)，〈醫療糾紛民事過失責任之專題探討〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 11；陳聰富(2009)，〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則(上)〉，《月旦法學教室》，75 期，頁 91；邱錦添(2005)，〈醫療行為不適用消費者保護法之規定－依最高法院九十四年度台上字第一一五六號民事裁定〉，《全國律師》，9 卷 11 期，頁 69-07；姜世明(2004)，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，《月旦民商法雜誌》，6 期，頁 5。

下。

壹、否定見解

在消保法施行細則研訂之過程中，有許多醫界代表即主張醫療行為在於維護健康與病人之生命安全，並非在促進消費，有別於以消費為目的之行為；而病患與醫師亦難調為消費者與企業經營者²³⁴。另有論者則認為醫療機構或人員並非藉由反覆提供醫療獲利，並非商業上交易行為主體，故非提供服務的企業經營者²³⁵。

亦有見解主張既有的法律體系已足以保護病人的權益，因此無須對醫療行為課以無過失責任，例如有醫界代表主張醫療業務已有醫療法、醫師法及相關專業法規等相當完備之規範，消保法所課予服務業者的責任係屬過重的無過失責任，對醫界並不公平，故宜依醫療法、醫師法等作為論斷醫療責任之依據²³⁶。

學者則另有認為在消費關係中，商品製造人和消費者間，經常無契約關係，而侵權責任法的過失責任與僱用人對受僱人的中間責任，常使消費者沒有法律上的請求權基礎；相反的，醫療關係中，醫師與病人間通常有契約關係，侵權責任法的規定也提供病人法律上的請求權基礎，依此而言，立法者在立法當初自始就有規範病人法律上的損害賠償請求權，因此，病人的法益並沒有非得要透過無過失責任法加以保障不可²³⁷。再者，若係因為採取過失責任，病患通常由於醫學知識的欠缺，無法證明醫師的醫療過失，以致難以獲得賠償，惟醫療過失之舉證不易，應以舉證責任之倒置，推定醫療過失存在等方式，對醫師課以舉證免責之

²³⁴行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 52-53、64-68、199-207、283-285。

²³⁵游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期，頁 127。

²³⁶行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁 52、67-68、199-207、283-285。

²³⁷侯英泠（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期，頁 134。



義務加以解決，而非直接對醫師課以無過失責任²³⁸。



不少見解則是認為，醫療行為直接涉及病人之生命安全，尤其治療過程與結果充滿不確定性與危險性，例如同樣疾病發生在不同人的身上，可能產生不盡相同的症狀。另外，醫療行為的危險，原則上並不是由一般的醫療行為所引起，而是疾病本身與病人身體器官的反應；加上許多疾病療程的變數與併發症尚不為人所知，許多結果之發生非醫師所能控制，因此有別於一般消費服務²³⁹。

另有從風險分散的角度進行分析，認為採取無過失責任制度，理由在於風險之承擔與損害之分配，然而我國只有少數保險公司提供醫療傷害責任險，醫療機構無法經由保險方式分擔風險，結果終究係由病患承擔損失，從而必定增加一般患者之醫療費用，若因增加醫療費用，使一般患者無法獲得醫療服務，並不符合全民醫療之目的；再者，我國目前採取全民健保制度，醫療機構並無自由調整醫療費用之權限，因此制度上亦無法由病患承擔醫療傷害之損失²⁴⁰。

²³⁸陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75期，頁87。

²³⁹蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，頁85，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文；陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁136-137，國立政治大學法律學研究所碩士論文；陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75期，頁86；曾育裕（2005），〈醫療事故民事責任之演進與發展〉，《東吳法律學報》，17卷1期，頁144；邱錦添（2005），〈醫療行為不適用消費者保護法之規定—依最高法院九十四年度台上字第一一五六號民事裁定〉，《全國律師》，9卷11期，頁71-72；侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49期，頁129。

²⁴⁰蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，頁85，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文；劉又禎（2011），《藥師調劑之注意義務與民事責任》，頁233-234，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林幸怡（2010），《醫療機構之民事責任》，頁232-233，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；施瑋婷（2010），《醫療事故之民事責任論》，頁148-151，國立台灣大學科技整合法律學研究所碩士論文；陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75期，頁86；劉盈宏（2008），〈醫療服務責任之研究〉，《軍法專刊》，54卷1期，頁27；許森豪（2006），《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討—兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，頁66-68，國立成功大學法律學研究所碩士論文；葉柳君（2003），《醫療事故損害賠償問題之研究》，頁73-74，國立台北大學法律研究所碩士論文；楊秀儀（2000），〈論醫療傷害損害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉，蘇永欽（等著），《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）：總則·債編》，頁249-251，台北：元照；許忠信（1999），〈消費者保護法於醫療服務之適用與解釋〉，《醫事法學》，7卷3期，頁62；侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49期，頁130-131。



此外，有見解則是擔心醫療責任負擔增加，將促使醫師採取防禦性醫療措施，醫療手段之採取不再是為了病人之安全，而在於保護醫療人員。例如醫師為降低風險，將傾向選擇治療副作用較少之醫療方式，捨棄較有利於治療病患卻危險性較高之醫療方式，或拒絕看診危險性病人等。又過度採取醫療措施，將剝奪其他真正需要醫療服務病人之治療機會，增加醫療資源無謂的浪費，誠非病患與社會之福²⁴¹。

最後，值得一提的是，同樣立基於醫療行為之特殊性，有學者就醫療行為不應適用消保法之規定提出詳盡的論述²⁴²，其中除了類似前述人體反應的不確定性與醫學的有限性之外，其他理由尚有一般醫療行為並非一般因個人單方的利益

²⁴¹蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，頁 85-86，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文；梁瑋真（2014），《醫療行為之商品責任與服務責任探討》，頁 98，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文；陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 136-137，國立政治大學法律學研究所碩士論文；劉又禎（2011），《藥師調劑之注意義務與民事責任》，頁 233，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林幸怡（2010），《醫療機構之民事責任》，頁 232-233，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；施瑋婷（2010），《醫療事故之民事責任論》，頁 147-148，國立台灣大學科技整合法律學研究所碩士論文；李佩芳（2010），《微整形美容之民事責任》，頁 63-64，私立輔仁大學法律學系研究所碩士論文；陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期，頁 86-87；許森豪（2006），《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討—兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，頁 66-68，國立成功大學法律學研究所碩士論文；曾育裕（2005），〈醫療事故民事責任之演進與發展〉，《東吳法律學報》，17 卷 1 期，頁 144-145；邱錦添（2005），〈醫療行為不適用消費者保護法之規定—依最高法院九十四年度台上字第一一五六號民事裁定〉，《全國律師》，9 卷 11 期，頁 71-72；李毓珮（2001），《醫療糾紛處理機制之探討》，頁 138，國立台北大學法律學研究所碩士論文；崔萱傑（2000），《論醫藥分業與醫療服務責任之範圍》，頁 88，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文；侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期，頁 131；林世宗（1996），《消費者保護法之商品責任論》，頁 208，台北：師大書苑。

²⁴²學者雖然反對醫療行為有無過失責任之適用，然其認為在消保法之體系下，難以將醫療行為全部排除於服務責任之外，因此其主張對醫療行為進一步區分為純粹性醫療行為、技術性醫療行為、組織企業性醫療行為，其中純粹性醫療行為之風險屬於疾病治療本身內含之風險，不是透過醫療行為所產生，既然此與人體的不可預測性有關，因此風險應由病人負擔，不適用無過失責任；技術性醫療行為的風險是醫護人員施行醫療行為的過程中，對病人外加、突發製造的風險，因為屬於人為可控制的風險，由醫師負擔較符合公平正義；至於組織企業性醫療行為所產生的風險，也與病人疾病本身之不可預測性無關，對病人而言亦為外加、突發的危險，但醫院只要組織嚴密、合理即可將危險降到最低。從而其認為技術性醫療行為及組織企業性醫療行為皆有消保法無過失責任之適用。詳細內容請參閱侯英冷（2002），〈談醫療意外的風險分擔問題-消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用〉，謝哲勝（等著），《黃宗樂教授六秩祝賀-財產法學篇(一)》，頁 402-405，台北：學林。

所從事的危險活動，而是積極的雙面利益行為；一般醫療行為雖然有一定的危險，但不是因為醫療標準化、機械化、自動化而產生，而且在一般醫療行為也沒有標準化、機械化、自動化的情形。甚至其複雜性也不是單方面因為高科技運用而產生。所以，在一般醫療行為中，沒有因高科技運用而產生的特別危險。此外，一般的醫療行為不具奢侈性，不但是社會上有用的活動，並且是不可或缺的行為，與其他適用無過失責任的行為不能相提並論。猶有進者，所謂的危險分配不公平的現象，在醫療行為的醫療關係中並不存在，因為醫療行為乃是基於雙方的積極利益上所施行的，而且，病人為主要的利益獲得者。最後，依據法律的經濟分析理論所被期待的效果，如行為控制、危險降低以及完全的損害賠償，在醫療無過失責任下並無法實現²⁴³。

綜上所述，反對醫療服務有消保法服務責任適用之見解，主要的理由在於，既有的法律體系，不論是特別法、傳統侵權責任法及契約責任法，已經提供病患充分保障；醫療行為有其特殊性而有別於一般服務提供；在我國全民健保制度下，醫療機構無法經由保險方式分擔風險；若醫療風險無從分散，可能導致防禦性醫療行為之發生，因此，對醫療服務並不適宜課以無過失責任。

貳、肯定見解

肯定學說見解多針對接受醫療服務之病患，是否該當於以消費為目的而接受服務之消費者、提供醫療服務之醫療機構或醫事人員，是否屬於以提供服務為營業之企業經營者等問題展開討論²⁴⁴。

²⁴³侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49期，頁127-135。

²⁴⁴反對見解雖認為醫療服務適用無過失責任並不妥適，但其中許多學者依然承認若僅就消保法之法條進行文義解釋，難以否認醫療院所非企業經營者、病患非消費者，無法將醫療服務排除於消保法規範圍外，詳細內容請參閱劉盈宏（2008），〈醫療服務責任之研究〉，《軍法專刊》，54卷1期，頁17；馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊（2005），《消費者保護法解讀》，頁90、343，台北：元照；李毓珮（2001），《醫療糾紛處理機制之探討》，頁137-138，國立台北大學法律學研究所碩士論文；崔萱傑（2000），《論醫藥分業與醫療服務責任之範圍》，頁88，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文；許忠信（1999），〈消費者保護法於醫療服務之適用與解釋〉，《醫事法



學者認為消保法上之消費，係一功能性與相對性之概念，應依其所欲追求實現之法價值之不同，而有不同的概念內涵。其認為消費行為的認定，應從行為人之行為目的範疇，以及消保法之立法目的二個角度加以判斷。就行為目的範疇以觀，大致可以區分為私人活動領域與職業活動領域，若行為人從事交易或實際使用商品或服務之目的，係基於個人、家庭或其他私人生活上之需要，不論有償抑或無償行為，亦不論是否具有商業交易之性質，應傾向將其認定為是以消費為目的之行為。準此，只要是在個人、家庭或其他私人活動領域內而交易，使用商品或接受服務，即為消費者。

再就消保法之立法目的而言，即是欲保護從事交易或實際使用商品或服務之外行人或欠缺專業知識、技術或經驗之人，因此，從事交易或實際使用特定商品或服務之行為，如就該商品或服務之交易或使用，在利害關係人間存在有交易地位優劣，或專業能力強弱不一之社經關係時，應傾向將其認定為是法律上的消費行為。從而，一般病患前往醫院或診所求醫看診，乃基於滿足其私人生活上需要之目的所為之行為，且其接受醫療服務並不再用於生產或行銷目的，加以就醫服務之提供所需具備之專業知識、技術與資訊而言，病患與醫院或診所間確實存在一種相當強烈之依從關係，是故病患請求提供或接受醫療服務之行為，是一種消費行為，病患是消保法上之消費者²⁴⁵。

亦有見解認為醫療行為固然其本身極具科技專業性，醫療行為的對象亦為各有不特定性與相異性的人體，但就人類滿足生活上之需要，就人類經營社會生活

學》，7卷3期，頁49-50。

²⁴⁵陳忠五(2000)，〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7期，頁45-48。類似見解請參閱吳建樑(1999)，〈醫療關係與消費者保護法〉，《醫事法學》，7卷3期，頁6-8。

而言，仍屬不可或缺的一種行為類型，所以病患應為消費者²⁴⁶。



其次，學者認為消保法上企業經營者所提供之服務不須與商品有關，亦不須具有營利目的，而是只要在職業活動領域內直接或間接所規劃、組織或安排的具有反覆繼續同一性質之勞務供給，不論是否具有商業目的或營利目的，亦不論是否因而獲得一定對價，或該對價是否得依市場價格機制自由決定，更不論法律政策上，是否賦予該勞務追求公共利益之性格，而對該勞務提供市場加以特別干預管制，均無礙其為消保法之營業行為。而醫療服務之提供，屬於醫療事業機構或醫事人員職業活動範圍內的行為，加上就醫療服務之提供本身所需具備之資本、專業知識、技術與資訊而言，病患與醫療服務提供者之間顯然存在一種不平等的社經關係，因此，從消保法之立法目的而言，解釋上甚難獨厚於醫療服務，而認為醫療服務不適用消保法²⁴⁷。

再者，所謂以提供服務為營業的企業經營者，必須是就該勞務供給的規劃、組織或安排，具有指揮、管理、監督權限，且獨立自主從事經濟活動的事業單位或企業主體。亦即，消保法企業經營者的概念，除其所提供之服務須具有反覆繼續性外，尚須其在提供服務的活動領域上，具有獨立自主性。因此，學者指出真正該當消保法企業經營者之概念者，是事業單位或企業主體本身，不是其受僱人或從業人員個人。所以，就醫療服務之提供而言，消保法服務責任的責任主體，是醫療事業機構，而不是受雇於醫療事業機構實際從事醫療行為的醫師或其他醫

²⁴⁶朱柏松（1999），〈消費者保護法論〉，頁 233-234，台北：翰蘆圖書。相同見解請參閱林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 9-10；黃明陽（2005），〈消費關係與醫療行為之探討〉，黃明陽（等著），〈消費者保護研究（十一）〉，頁 46-47，行政院消費者保護委員會編印。

²⁴⁷陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期，頁 51-54。類似見解請參閱林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 84。

療人員個人²⁴⁸。



亦有見解認為，現今醫療機構公益性或營利性間之區隔已逐漸模糊，並將漸漸由公益的色彩轉為營利（商業）走向，再與消保法施行細則第 2 條之文義相互對照，則消保法所稱之企業亦不應侷限於狹義上，因此，可以斷定醫療機構為企業經營者²⁴⁹。

綜上所述，肯定醫療服務有消保法服務責任適用之學者認為，病患係以消費為目的而接受服務之消費者、提供醫療服務之醫療機構屬於以提供服務為營業之企業經營者，且就消保法立法目的以言，並無堅強的理由將醫療服務排除於消保法之適用領域以外。

第二目 實務爭議

在醫療法第 82 條修正前，醫療服務是否為消保法服務責任所稱之服務，法院實務有許多討論，雖然見解分歧，支持及反對者皆有，但據學者觀察，似以肯定見解為多數²⁵⁰。

壹、否定見解

否定醫療行為有消保法服務責任適用之反對見解，以台灣高等法院 89 年度重上字第 433 號判決為例，其認為：

²⁴⁸陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 62-64。


²⁴⁹林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 9。

²⁵⁰林忠儀（2004），〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁 111，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

「消保法及其施行細則就所規範之服務意義為何，並無明確定義，故就何謂消費性服務為一般性之定義，有其困難，自更無從僅以文義解釋判斷醫療行為有無消保法之適用，而應分別各個法律行為之性質，而為合目的性之解釋。按消保法第1條第一項規定『為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。』，此為消保法就該法之立法目的所為之明文規定，是為法律條文之解釋時，即應以此明定之立法目的為其解釋之範圍。在消保法中之商品無過失責任制度，由於消費者無論如何提高注意度，也無法有效防止損害之發生，是藉由無過失責任制度之適用，迫使製造商擔負較重之責任，換言之，製造商在出售危險商品時，會將其所可能賠償之成本計入售價之中，亦即將使產品危險的訊息導入產品價格之內，帶有分擔危險之觀念在內。

但就醫療行為，其醫療過程充滿危險性，治療結果充滿不確定性，醫師係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險行為量，將可能專以危險性之多寡與輕重，作為其選擇醫療方式之惟一或最重要之因素；但為治癒病患起見，有時醫師仍得選擇危險性較高之手術，今設若對醫療行為課以無過失責任，醫師為降低危險行為量，將傾向選擇較消極，不具危險之醫療方式，而捨棄對某些病患較為適宜、有積極成效之治療方式，此一情形自不能達成消保法第1條第一項之立法目的甚明。

另相較於種類及特性可能無限之消費商品，現代醫療行為就特定疾病之可能治療方式，其實相當有限，若藥物控制方式所存在之危險性，經評估仍然高於醫師所能承受者，而醫師無從選擇其他醫療方式時；或改用較不適宜但危險較小之醫療行為可能被認為有過失時，醫師將不免選擇降低危險行為量至其所能承受之程度，換言之，基於自保之正常心理，醫師將選擇性的對某些病患以各種手段不



予治療且此選擇勢將先行排除社會上之弱者，而此類病患又恰為最須醫療保護者。此種選擇病患傾向之出現，即為『防禦性醫療』中最重要的類型，同樣不能達成消費者保護法第 1 條第一項所明定之立法目的。而醫師採取『防禦性醫療措施』，一般醫師為免於訴訟之煩，寧可採取任何消極的、安全的醫療措施，以爭取『百分之百』之安全，更盡其所能，採取防禦性醫療，以避免一時疏忽，因未使用全部可能之醫療方法，藉以免除無過失責任。醫療手段之採取，不再係為救治病人之生命及健康，而在於保護醫療人員安全，過度採取醫療措施，將剝奪其他真正需要醫療服務病人之治療機會，延誤救治之時機，增加無謂醫療資源之浪費，誠非病患與社會之福。依此所述，醫療行為適用消費者保護法無過失責任制度，反而不能達成消費者保護法第 1 條所明定之立法目的。是應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消費者保護法適用之範圍之列。」

簡言之，上開見解認為解釋服務之範圍必須遵照消保法之立法目的。惟醫療行為充滿危險與不確定性，若將無過失責任適用於醫療行為，可能會使醫師採取防衛性醫療措施，反而不能達成消費者保護法第 1 條所揭示之立法目的。因此，應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消保法適用範圍外。

除了為避免防禦性醫療措施而採取否定態度的實務見解以外，亦有判決參照學說及英美法，將服務業者之責任區分為商業上交易行為與專門職業人員之服務，並進一步認為醫療服務並非消保法所稱之服務，此種看法以台灣高等法院 90 年度上字第 633 號判決為例，其表示：

「按消費者保護法第 7 條第一項規定：『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。』該項所稱之『服務』，消費者保護法及其施行細則並未加以定義，學說上固有依提供

之服務是否具有安全或衛生上之危險，予以界定者，惟其標準不夠明確，實際適用上可能無所不包，毫無限制，是否妥當，非無斟酌餘地。而依據英美判例，服務業者之責任區分為商業上交易行為與專門職業人員之服務，應為不同責任之認定。在商業上交易行為之服務，英國法院對服務提供者係採無過失擔保責任，美國法院則認為只在服務與商品混合契約始有無過失責任之適用，至於純粹服務契約，仍不適用無過失責任。至於專門職業人員之服務，尤其醫療契約之服務，無論是否涉及商品之使用，英美二國法院均認為專門職業人員僅負擔過失責任，亦即只需盡到合理之注意與能力，即無需負責，其理由如下：(一)醫學並非精密科學，醫療行為之治療過程與結果，充滿不確定性與危險性，非醫師所能控制。(二)醫療傷害損失無法經由保險分散，必須由病患承擔損失，以分散風險，從而必定增加一般患者之醫療費用，使醫療服務獲得不易，顯非病患之福。(三)醫療責任負擔增加，將促使醫師採取『防禦性醫療措施』，醫療手段之採取，不再係為病人之安全，而在於保護醫療人員。我國消費者保護法既繼受諸先進國家法典而來，就服務業者之責任，自應採取相同之見解。」

貳、肯定見解

肯定醫療服務有消保法服務責任之適用者，首見於著名之馬偕醫院肩難產判決（台灣台北地方法院 87 年度訴字第 5125 號判決、台灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決、最高法院 90 年度台上字第 709 號判決²⁵¹），之後亦有許多判決

²⁵¹馬偕醫院肩難產案中，最高法院以原審判決就服務是否欠缺安全性此一要件之認定，在鑑定意見取舍或其他應調查證據方面仍有不足而廢棄原審判決，並未探討醫療服務是否屬於消保法之適用領域，其真意究為無意對此表示法律見解；抑或以間接方式表示意見採肯定看法，畢竟其若欲採否定看法則必須進一步說明理由，並直接以此為由廢棄原審判決即可，並不需要進一步判斷系爭醫療服務有無欠缺安全性。簡言之，對於最高法院廢棄原審判決有二種解讀方式，其真意並不明確，詳細內容請參照陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 70-74，同樣認為最高法院並未明白表示意見者請參閱詹森林（2007），〈公立醫院之醫療行為與消保法之適用〉，氏著，《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論(2)》，頁 76，台北：元照。但亦有學者解讀為最高法院在本件係採取肯定見解，例如，林忠儀（2004），〈論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用〉，頁 115-116，國立成功大學法律學研究所碩士論文；黃立（2003），〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉，《政大法學

支持此見解，理由大致為，醫療服務亦為人類基於生存之生活目的，為滿足人類慾望之行為，故病患該當於以消費為目的而接受服務之消費者；此外，消保法上之服務並不以與商品有關者為限，也不以營利為目的者為限，復未明文將醫療行為排除在外，因此，本質上具有衛生或安全上危險之醫療服務並無排除適用之理由。再者，醫療行為具有危險性與不確定性，損害一旦發生，對消費者影響甚鉅，為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，以符合消保法之立法精神，醫療服務應有消保法之適用。而且，消保法亦非對提供服務之企業經營者課以結果責任、絕對責任，而是提供之服務具有安全或衛生上之危險始足當之，此已限縮無過失責任之範圍。最後，許多判決亦對可能造成防禦性醫療措施之疑慮作出回應，有認為此為立法政策之考量，不得據此即認為醫療行為非消費者保護法規範之範圍²⁵²；亦有認為防禦性醫療措施並非常態且並不妥適，不得以此為由排除消保法之適用²⁵³。

由於採肯定見解之判決理由大致相同，僅以理由構成較為詳盡的台灣高等法院台中分院 89 年度上字第 533 號判決為例，其謂：

「消費者保護法第 2 條固就『消費者』乙詞定義為以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，再『消費』乃為達成生活目的之行為，凡是基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面為滿足人類慾望之行為，均屬之，易言之，凡與人類生活有關之行為，均屬消費行為（詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法第五十五頁、消費者保護法問答資料第十一頁參照），準此，醫療服務之行為，自接受醫療服務者觀之，確屬人類基於生存之生活目的，為滿足人類慾望之行為，其為以消費為目的而接受服務之消費者甚明。況人之一

評論》，75 期，頁 22；黃茂榮（2002），〈醫療損害之危險責任〉，《植根雜誌》，18 卷 2 期，頁 32。

²⁵²請參閱台灣高等法院 90 年度重上字第 463 號判決。

²⁵³請參閱台灣高等法院台中分院 89 年度上字第 533 號判決、台灣板橋地方法院 91 年度重訴字第 285 號判決。

生，生老病死，幾無可免於接受醫療服務者，醫療服務行為既與生命、身體健康息息相關，為達上開立法之目的，自應受消費者保護法之規範。



再且，探究消費者保護法之立法理由，其無非係為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質之立法目的（消費者保護法第 1 條參照），醫療行為固具有危險性，惟其係病患基於生活所必要接受的一種消費行為，消費者無權選擇生病或不生病，病患亦無從選擇就醫或不就醫；醫院背負專業的設備、人才與病患的信賴，自應賦予最高的注意義務以提供服務。又醫療服務之目的在於治療，正因診斷或治療之過程中，無法確保『無安全或衛生之危險』，具有醫療不確定性及危險性，一旦有誤，損害甚鉅，因此，提供醫療服務者需負有更高之注意義務，自不待言。再者，消費者保護法對於提供服務者所負之無過失責任並非毫無界限，此觀諸消費者保護法施行細則第 5 條對於法文所稱『安全或衛生上之危險』定有明確之認定標準，均已限縮無過失責任之範圍。至於醫療過程中可能發生不可控制之變數，若符合施行細則第 5 條之認定標準，自可排除無過失責任之適用。況每一行業均有其不確定性及危險性，是原審法院僅因醫療服務恒具『無法確定之變數』為由，遽論與消費者保護法所規範之服務目的不相容，顯非的論。

消費者保護法於八十三年一月十一日公布施行，並未將醫療行為排除在外，亦未對『服務』作任何限制，而消費者保護法第二、三、四、七、八及九之規定，均係將「服務」與商品併列，視為對等之規範標的，並不限與商品有關，僅單純提供服務之企業經營者，自仍有消費者保護法之適用。又消費者保護法及施行細則固均未就服務之具體內容加以定義，惟自學理言之，所稱『服務』係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險者而言；因之，本質上具有衛生或安全上危險

之服務，如醫療、旅遊等勞務提供均屬之；而消費者保護法第二項第二款所稱之營業，亦不以營利為目的者為限，復為施行細則第 2 條所明定，是醫院確為本法所稱之提供服務之企業經營者，應無疑義。至依行政院消費者保護委員會八十四年三月二十一日台八十四消保法字第二八五號函（見行政院消費者保護委員會所編消費者保護法判決函釋彙編《一》第三〇四頁），雖謂『受僱醫師並非消費者保護法所稱的企業經營者』，然該函僅係針對受僱醫師而言，而本件上訴人甲○○與之成立醫療契約者乃係『澄清醫院中港分院』之企業經營者，是以上開函釋尚不足以影響本件是否有消費者保護法適用之認定。

至若醫師為規避無過失責任之危險，而採取拒看危險病人、不再嘗試無完全把握之手術或增加許多不必要之檢查、檢驗、治療或手術而造成醫療資源之浪費及醫療成本之提高，乃醫療院所拒絕負責之心態，究屬異常。醫療行為既攸關人類最寶貴之生命及身體健康，提供醫療服務者豈可不予尊重珍惜，善盡預防及避免危險發生之注意義務，如因此罔顧病人權益，任意增加社會成本，至非妥適，倘再據此作為排除消費者保護法適用之理由，更將嚴重違背社會大眾之期待，其理自明。至於立法政策允當性及外國相關立法例如何規定，僅足為將來修法之參考，並不能拘束消費者保護法之效力。」

第二款 醫療法第 82 條修正後

醫療法第 82 條第二項於民國 93 年修正為：「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」此後，醫療服務是否仍有消保法服務無過失責任之適用，學說上或有不同看法，惟此次修正卻為我國實務見解指明審判方向。

第一目 學說爭議



在醫療法修正後，雖然學說上仍有肯定醫療服務有消保法適用之看法²⁵⁴，但是多數見解認為醫療服務不再適用消保法之無過失責任²⁵⁵，在理由方面，多以醫療法為特別法，基於特別法優於普通法之法律競合原則，醫療法應優先於消保法而適用²⁵⁶。

有學者在認定醫療法與消保法究竟何者為特別法時，參酌立法史與立法資料，表示醫療法之修正係因學說與實務，對於醫療行為是否應適用消保法之服務無過失責任，在發生重大激烈爭辯過程中，立法者對於醫療事故責任採取的政策選擇。因而在法律解釋適用上，若仍然解釋消保法為保護消費者之特別法規，相對於醫療法應優先適用，顯然與醫療法修訂之立法政策背道而馳。是以，其認為在法律適用上，醫療法第 82 條應優先消保法第 7 條之適用²⁵⁷。

²⁵⁴楊絮雲（2010），〈我國消費服務爭議之民事判決之研究〉，頁 200，國立台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文；曾品傑等（2009），〈民法研討會第五十一次研討會會議紀錄〉，《法學叢刊》，214 期，頁 164，姜志俊律師發言部分；許玉珊（2007），〈論我國消費者保護法上安全性欠缺〉，頁 74，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 11-12；黃明陽（2005），〈消費關係與醫療行為之探討〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十一）》，頁 51-55，行政院消費者保護委員會編印。

²⁵⁵林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 84；陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期，頁 91-92；曾育裕（2009），〈醫療糾紛民事過失責任之專題探討〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 11；陳文洲、吳淑莉（2008），〈從馬偕醫院肩難產案談醫療行為在消費者保護法上的適用〉，《安泰醫護雜誌》，14 卷 3 期，頁 169；朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 96；張瑞倫（2005），〈人體器官移植或重建之商品責任〉，頁 64，國立清華大學科技法律研究所碩士論文；詹森林（2005），〈修正後的醫療法與民眾權益簡介〉，財團法人中華民國消費者文教基金會網站，<http://www.consumers.org.tw/unit422.aspx?id=98>（最後瀏覽日：3/21/2016）；姜世明（2004），〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，《月旦民商法雜誌》，6 期，頁 5。

²⁵⁶陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期，頁 91-92；張瑞倫（2005），〈人體器官移植或重建之商品責任〉，頁 64，國立清華大學科技法律研究所碩士論文；邱錦添（2005），〈醫療行為不適用消費者保護法之規定—依最高法院九十四年度台上字第一一五六號民事裁定〉，《全國律師》，9 卷 11 期，頁 71；馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊（2005），〈消費者保護法解讀〉，頁 287，台北：元照；崔萱傑（2000），〈論醫藥分業與醫療服務責任之範圍〉，頁 88-89，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文；侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期，頁 135。

²⁵⁷陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期，頁



另有學者亦參考立法資料，認為在消保法修法過程中，即有立法委員提議於該法增訂「醫療行為不適用服務無過失責任」之規定。雖未獲通過，但於修法時附帶決議：「為促進醫病和諧，對有風險不可預期之安全性之醫療行為，不宜以單純之商業消費行為視之」。由此可見，在立法論上，已有排除消保法適用於醫療行為之具體行動。

再者，修正後的醫療法第 1 條規定：「為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律規定」。該條已明定「保障病人權益」乃新醫療法立法目的之一，則就「保障病人權益」之事項，該法應屬專門立法，應優先適用；該法未規定者，始適用其他法律。雖然消保法第 1 條第二項規定：「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律」。惟「消費者之保護」與「保障病人權益」二者相較，前者係屬概括而抽象，後者則明顯更為特定且具體，故關於「保障病人權益」之事項，新醫療法第 82 條應優先於消保法第 7 條而適用。由此可見，針對醫療事故，新醫療法明顯採取過失責任主義，並藉以澄清有無適用消保法之爭議，甚至有意排除消保法之適用²⁵⁸。

然而，亦有論者對立法資料有不同解讀，認為當初行政院衛生署提出之醫療法修正草案第 79 條規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構與醫事人員因執行業務致生損害於病人者，應負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。前項情形，不適用消費者保護法之規定。」此版修正案有意明文排除消保法之適用，但最後並未為立法者所採，由此可見，立法院並

91-92。

²⁵⁸詹森林（2005），〈修正後的醫療法與民眾權益簡介〉，財團法人中華民國消費者文教基金會網站，<http://www.consumers.org.tw/unit422.aspx?id=98>（最後瀏覽日：3/21/2016）。

不希望全部之醫療行為均排除消保法之適用²⁵⁹。再者，消保法「有關消費者之保護」規定，屬於限制性的特別法，對於醫療法未作限制規定的特別法而言，屬於特別法的特別法，依據中央法規標準法第 16 條之規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」據此主張醫療法之修正，只是提供消費者另一種可以對醫療機構或醫事人員請求損害賠償之基礎，並未明文排除消保法服務責任之適用²⁶⁰。

雖有論者對上開見解表示支持，但其亦不否認醫療法第 82 條第二項為消保法第 7 條之特別規定，所以認為醫療機構或醫事人員，凡因執行業務對於病人所造成之損害，應優先適用醫療法過失責任之規定；只有在因執行業務以外之行為致生損害於病人，始有消保法第 7 條之適用，但是，由於醫事人員在醫療機構內所實施之各項勤務或工作，無一不在執行業務的範圍，因此，學者亦認為在現行法之架構下，消保法第 7 條之規定仍得適用於醫療行為者將微乎其微²⁶¹。

此外，也有部分見解認為消保法第 7 條，尤其是在 92 年修法後，已成為推定過失之服務責任；而醫療法第 82 條第二項只是重申向來民事侵權責任的歸責原則，並無賦予特別之意義，是以醫療行為雖排除無過失責任，但在解釋上並不當然排除消保法上之推定過失責任²⁶²。學者認為就歸責法理而言，消保法第 7

²⁵⁹魏伶娟（2017），〈論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12 卷 2 期，頁 283；黃立、嚴嘉雯（2004），〈醫療法修正後醫療糾紛之解決〉，行政院衛生署醫事處、財團法人中華民國消費者文教基金會合辦「醫療糾紛研討會」論文。轉引自林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 11。

²⁶⁰黃立、嚴嘉雯（2004），〈醫療法修正後醫療糾紛之解決〉，行政院衛生署醫事處、財團法人中華民國消費者文教基金會合辦「醫療糾紛研討會」論文。轉引自林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 11。

²⁶¹林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 11-12。類似見解請參閱黃明陽（2005），〈消費關係與醫療行為之探討〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十一）》，頁 51-55，行政院消費者保護委員會編印。其謂修正後醫療法並未排除消保法之適用，僅為消保法之特別規定，僅有正式醫療機構及具有合格證照之醫事人員的與醫療具有直接密切而必要的行為，醫療法既特別規定僅就故意或過失負責，因此始無消保法無過失責任之適用；惟醫療行為適用醫療法規時解釋上應予從嚴，並應個案判斷，避免導致最終所有服務行為全部不適用消保法之結果，對消費者權益造成傷害。

²⁶²蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，頁 87-88，國立陽明大學公共衛生研究所碩士

條第一項所謂符合當時專業水準可合理期待之安全性，與醫療法第 82 條第一項所稱醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意，二者應無不同，皆指抽象輕過失而言；惟消保法第 7 條第一項乃舉證責任的規定，反觀醫療法第 82 條並無類似條文，其進一步衡量蒐集、提出關於有無過失的事證，通常掌握在醫療機構或醫事人員手中，故在此範圍內，為減輕病人之舉證責任，讓醫療行為適用消保法服務責任，相較於適用醫療法第 82 條而言，應具有適度舒緩、平衡醫病關係上資訊不對等的作用²⁶³。

綜上所述，在醫療法第 82 條修正後，多數見解認為醫療法過失責任之規定為特別法，應優先於消保法服務無過失責任之適用；雖然學說上仍有不同看法，但是大致方向為醫療責任回歸以過失責任為歸責原則，若考量病患有舉證上之困難，至多在過失責任的架構下，轉換過失之舉證責任。

第二目 漸趨一致的實務見解

醫療法第 82 條修正後，實務見解則是漸趨一致，認為消保法之服務無過失責任不適用於醫療行為所造成的損害。許多最高法院裁判亦肯認，原審法院否定醫療服務有消保法服務責任適用之看法²⁶⁴。所持理由除了醫療法修法前已提及之醫療行為具有不確定性與危險性，因此醫師無法如同商品製造人一般控制最終服務品質；醫療傷害無法經由保險分散損失；參酌英美法，專門職業人員僅負擔

論文；曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 105-109；黃清濱（2006），〈醫療事故責任與消費者保護法適用之探討〉，《台灣醫界》，49 卷 3 期，頁 36-38；楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？－新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 25-26。

²⁶³曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 105-109。

²⁶⁴相關判決請參閱最高法院 102 年度台上字第 477 號判決、最高法院 97 年度台上字第 741 號判決、最高法院 96 年度台上字第 2738 號判決、最高法院 96 年度台上字第 450 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2178 號判決。

過失責任；將消保法適用於醫療行為將會造成防禦性醫療，反而有違消保法之立法目的，因此應該目的性限縮解釋，將醫療服務排除於消保法適用之範圍。與醫療法修正前唯一不同的理由在於，多出以修正後醫療法第 82 條第二項之規定，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任限於因故意或過失為限，從而醫療行為無消保法無過失責任之適用²⁶⁵。

以下僅以理由敘述較為詳盡的台灣高等法院 95 年度醫上字第 11 號判決為例²⁶⁶，其謂：「本院認為醫療行為並無消費者保護法之適用，茲論述如下：

一、就『文義解釋』論之：按修正前消費者保護法第 7 條規定：『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。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。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。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。』，故以文義解釋醫療行為應適用於消費者保護法，尚滋疑義；惟消費者保護法及其施行細則就所規範之『服務』意義為何，並無明確定義，故就何謂『消費性服務』為一般性之定義，有其困難，且若依前揭解釋方式，則民法各種之債中，以服勞務為其主要給付內容之契約關係，諸如僱

²⁶⁵ 相關判決請參閱台灣高等法院 103 年度醫上字第 24 號判決、台灣高等法院台中分院 103 年度醫上字第 8 號判決、台灣高等法院 101 年度醫上字第 26 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度醫上字第 10 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度醫上字第 9 號判決、台灣高等法院台中分院 100 年度醫上字第 5 號判決、台灣高等法院 99 年度訴字第 45 號判決、台灣高等法院 99 年度醫上字第 9 號判決、台灣高等法院 99 年度醫上字第 6 號判決、台灣高等法院台南分院 99 年度醫上字第 1 號判決、台灣高等法院 97 年度醫上更(一)字第 4 號判決、台灣高等法院 97 年度醫上字第 7 號判決、台灣高等法院 97 年度醫上字第 2 號判決、台灣高等法院台南分院 97 年度醫上字第 5 號判決、台灣高等法院高雄分院 97 年度醫上字第 3 號判決、台灣高等法院 96 年度醫上易字第 1 號判決、台灣高等法院台南分院 96 年度醫上字第 2 號判決、台灣高等法院 95 年度醫上字第 24 號判決、台灣高等法院 95 年度醫上字第 15 號判決、台灣高等法院 95 年度醫上字第 8 號判決。

備、委任等，亦均屬『與人類生活有關之行為』，而為消費者保護法所指稱之消費性服務，均適用無過失責任。此一解釋方式，將架空民法體系之適用範圍，諒非立法者之本意，則前揭文義解釋，失之過廣並非適宜。從而法學解釋應有其主體性，若以文義解釋方法無從探究之意涵，則不妨輔以其他解釋方式，以為探究，因此本院認不宜僅以文義解釋判斷醫療行為有無消費者保護法之適用，而應分別各個法律行為之性質，而為合目的性之解釋。

二、就『立法解釋』論之：按消費者保護法第 1 條第一項規定『為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。』，此為該法就其立法目的所為之明文規定，是對該法解釋時，即應以此明定之立法目的為其解釋之範圍。在消費者保護法之商品無過失責任制度，由於消費者無論如何提高注意均無法有效防止損害之發生，乃藉由無過失責任制度，課以製造商採取不讓危險商品流入市面，或以其他安全商品替代，使危險商品退出市場，以減少危害之發生，達成消費者保護法第 1 條所定之立法目的。但醫療行為依目前醫療知識其醫療過程仍充滿不確定性，現代醫學知識就特定疾病之可能治療方式，其實相當有限，醫師只能本於專業知識，就病患之病情綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險，將選擇性的對某些病患以各種手段不予治療，或傾向選擇治療副作用較少之醫療方式，捨棄較有利於治癒病患卻危險性較高之醫療方式，此種選擇治療對象及方式傾向之出現，即為『防禦性醫療』中最重要之類型，對以保護消費者權益為最高指導原則之消費者保護法而言，顯然有所違背，其不能達成消費者保護法第 1 條第一項之立法目的甚明。

三、就『目的解釋』論之：按醫療手段之採取係為救治病人之生命及健康，

就特定之疾病，醫師原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，且此所謂之最適宜醫療方式，並非以治療副作用之多寡及輕重為其依據，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險行為，將可能專以副作用之多寡與輕重，作為其選擇醫療方式之惟一或最重要之因素，反而延誤救治時機增加無謂醫療資源之浪費，並非病患與社會之福，是應以目的性限縮解釋之方式，將醫院及醫師所提供之醫療服務排除於消費者保護法適用之範圍之列。


四、再按醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。93年新修正醫療法第82條第二項定有明文。由醫療法既明訂醫事行為之損害賠償責任，非採取無過失責任，亦與消費者保護法規範之無過失責任體系相悖，本件雖係發生於修法之前，但其立法理由，仍可佐證醫療行為應排除在消費者保護法之適用²⁶⁷。」

第三目 醫療服務一律排除？

在醫療法第82條修正後，雖然學說上仍有不同見解，但審判實務紛紛明白指出醫療行為不再適用無過失責任，而回歸侵權責任法上的過失責任主義。然而，醫療服務種類繁多，例如醫療院所提供住院服務、健康檢查服務、藥事服務；或是醫療機構或私人開設、經營的產後照護服務中心（一般稱為坐月子中心）、老人安養中心；甚至是中醫診所或國術館提供之推拿、整脊、針灸等服務，亦有許多民眾認為具有一定療效。

在琳瑯滿目的醫療服務中，不乏以企業化經營、深具營利與消費性質、相當

²⁶⁷不同見解：台灣高等法院92年度重上字第362號判決以法律不溯及既往原則，認為發生於醫療法修正前之醫療行為仍應有消保法無過失責任之適用。



程度被業者包裝成商品促銷、招攬、販售的服務，而與典型、一般所謂維持生命或健康所不可或缺的醫療行為有所差異，其中引發廣泛關注與討論的是，以滿足求醫者之主觀美感為導向，利用現代醫學之知識、技術、藥物等所施行的美容醫療行為，這些形形色色的醫療服務是否在醫療法修正後也一併被排除於消保法之適用領域外？若是，是否會造成因排除之範圍過廣，而對消費者權益保護不周之現象？若否，則基於何種理由足以正當化此等醫療服務與典型、一般之醫療行為應為差別對待；在此同時亦會牽涉到其與典型、一般之醫療行為究竟應如何區分、如此的區分方式是否合理、可行具有正當性。以下將分別就學說及實務見解為整理與分析，並舉出一些具體的醫療服務類型，特別是引起熱烈討論的美容醫學行為詳加論述。

壹、學說見解

學者有認為隨著醫療法的修正，雖然醫療過失責任原則之地位已然穩固下來，而且更加確立其重要性，但其也指出醫療過失責任原則忽略被害人角度的醫療風險分配，並未從病患的角度思考問題，其固然可以說明為何醫療機構或醫事人員不必承擔醫療風險，卻無法說明為何病患必須自己承擔醫療風險。

現代社會醫療服務之提供，與傳統醫病互動關係，單純僅是醫事人員與病患間的個別醫療行為有所不同。醫療損害的發生，往往並非因特定醫事人員個人行為所致，而是由於醫療機構組織、管理、行政上的結構性因素。面對醫療服務的集團性現象，肇致醫療損害的原因事實，並非單純個別的醫療行為而已，尚可能是某種醫療危險物（儀器、設備、藥品或耗材），或有計畫、有組織的醫療危險活動（整體醫療服務）。而此等危險物責任或危險活動責任，通常以醫療機構為責任主體，適用比過失責任更嚴格的歸責原則，作為正當化醫療機構所以應負責任的理由，並以其他責任成立要件取代醫療過失，作為重新分配醫療風險的標

準。因此，醫療機構經營的產後照護服務或老人安養服務，如欠缺安全性（地板濕滑或電線走火等）導致產婦或老人人身損害，解釋上仍應有消保法第 7 條企業經營者服務責任規定之適用²⁶⁸。



事實上，論者雖有反對醫療行為適用消保法之服務無過失責任，然亦非主張將所有與醫療相關之行為一律排除，有學者表示其所指涉不適宜課以無過失責任之一般醫療行為，單純係指醫師的醫療行為，並不包含醫院的醫護服務，例如病人的照顧、住院服務等非醫師的醫療行為，因為這些行為的進行與完成，並不建立在病人身體反應的不可知性上，而是可以透過對安全性設施的投資，達到降低危險的效果²⁶⁹。

也有見解認為醫療機構所提供之醫療服務，並非只有醫師對病患的診察、手術，尚包含醫療機構提供的就醫環境、病房設施、手術器械等等，若醫療服務造成之損害並非含有高度風險與不確定性之醫療行為，而是例如醫院走道濕滑致病患摔傷、手術器械消毒不全致病患手術失敗、院內感染之管控不當導致病患染病等，事實上此種服務安全性欠缺，與一般商業交易服務並無不同，應依消保法第 7 條作為論斷責任之基礎²⁷⁰。然而，若屬醫師診療手術相關之醫療行為，而損害之發生係因該行為內含之風險，基於前述醫療行為之特殊性，自不宜課予無過失責任，惟論者亦承認，損害之發生究竟是否為內含風險有時確實不易區分，因此仍應就具體個案判斷之²⁷¹。

²⁶⁸陳忠五(2015)，〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期，頁 6-7；曾育裕(2009)，〈醫療糾紛民事過失責任之專題探討〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 17-18。

²⁶⁹侯英冷(1999)，〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期，頁 128。

²⁷⁰劉又禎(2011)，〈藥師調劑之注意義務與民事責任〉，頁 231，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；類似見解請參閱梁瑋真(2014)，〈醫療行為之商品責任與服務責任探討〉，頁 63-64，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文。

²⁷¹劉又禎(2011)，〈藥師調劑之注意義務與民事責任〉，頁 232，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

此外，有部分見解係以有無消費、營利及交易性質決定系爭醫療行為有無消保法之適用。有認為醫療法第 82 條第二項規定，僅係將具治療目的之醫療行為，排除於消保法無過失責任之適用，至於非治療目的之醫療行為，若運用醫學科技進行營利事業，符合消費屬性時，原則上並不排除適用消保法²⁷²。

再者，也有學者將醫療行為區分為商品化醫療行為與非商品化醫療行為²⁷³，前者之特徵在於，並非以治療疾病為主要目的、使用成熟且技術性的醫療方法、醫病之間有足夠的時間進行溝通，而無疾病治癒的急迫性、侵入性低、風險小、醫療糾紛少、醫師時間利益高，此類型之醫療行為可以透過安全投資之加強避免危險，縱使醫護人員放棄實施該醫療行為，也不會對病患造成不利後果，是故商品化的醫療行為有適用危險責任之實質合理性。亦有類似見解表示，醫療專業服務為醫師依據醫學專業知識、技術而提供之智慧性及勞務性服務，若是醫院中提供之非治療性飲食，由於並非醫師專業服務範圍，仍有消保法無過失責任之適用；但縱使是醫療專業服務，若被當作商品提供於消費者，而且依照商品之推銷方式大作廣告，仍應受到消保法無過失責任之規範²⁷⁴。

準此以觀，雖然大部分見解認為隨著醫療法的修正，醫療行為已無消保法服務無過失責任之適用，但是並非所有的醫療服務皆排除服務責任之適用，有認為醫療場所發生的意外事故，或與醫療行為無關的醫護服務仍有消保法之適用；亦有見解認為縱使是醫療行為，但是具有商品化、營利性，或是不具治療目的之醫療行為，仍應受消保法之規範。

惟究竟哪些類型的醫療行為或醫護服務有一定之特殊性，導致是否應適用消

²⁷²吳志正（2006），《解讀醫病關係 I：醫療契約篇》，頁 58-67，台北：元照。

²⁷³蕭翊亨（2005），《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，頁 115-125，國立台北大學法學系研究所碩士論文。類似見解請參閱蔡昀昕（2014），《以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構》，頁 165-184，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文。

²⁷⁴吳建樑（1999），〈醫療關係與消費者保護法〉，《醫事法學》，7 卷 3 期，頁 26。

保法服務責任之爭議並未隨著醫療法修正而弭平？以下將以學說上曾經有所討論之美容醫學行為、藥事服務及老人長期照護服務為例加以說明。



一、美容醫學行為

每當提及具營利性質、屬於奢侈性消費、儼然被當作商品加以推廣、促銷的醫療服務時，最常被提出加以討論的服務類型即為美容醫學行為。所謂美容醫學行為，或稱為醫療美容，有論者將之定義為透過手術、藥物及物理等手段，以達到改變人體外部型態、色澤、美觀等，以增強人體外在美感為主要目的之修復和再造美容²⁷⁵。亦有認為美容醫學在概念上係指純粹以滿足求醫者之主觀美感為導向，利用現代醫學之知識、技術、藥物等所施行的醫療行為，此等行為與促進身體健康、維護生理機能、延長人類壽命等並無直接關聯性，換言之，醫療美容並非以治療疾病為目的之醫療行為²⁷⁶。而醫療美容與非醫療性美容（或稱生活美容）之差別在於，後者僅是使用化妝或一般護理保養方法之修飾性美容，例如敷臉、臉部按摩、彩妝等，並不屬於醫療行為之範疇²⁷⁷。

隨著國人生活條件提升、醫療科技不斷進步，以及社會洋溢著崇尚貌美的風潮，美容外科大行其道，已形成一項頗具商機的新興產業，學說有認為美容醫學行為有別於傳統、一般的醫療行為，更接近典型的消費行為。從而，衍生出來的問題是，此種在性質上與傳統、一般的醫療行為不盡相同的美容醫學行為，是否也應一併排除於消保法服務責任之適用領域外？對此問題，即使在醫療法修正

²⁷⁵蕭翊亨（2005），《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，頁 5，國立台北大學法學系研究所碩士論文。

²⁷⁶許森豪（2006），《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，頁 98-99，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

²⁷⁷關於醫療美容與非醫療美容在實際個案中應如何區分，請參閱陳鈺婷（2014），《醫療契約與美容醫學契約民事責任之探討》，頁 20-22，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文。學者進一步指出若僅是人體表面之化妝美容、修護保養、瘦身健美，而不涉及影響或改變人體組織結構之生理機能，也無使用藥物或醫療器材設備，即無侵入性與創傷性，醫師之醫學判斷及技術不具價值性，則屬一般生活美容，並非醫療美容，亦不屬於醫療行為的範疇，其所提供之服務應受消保法服務責任之規範。請參閱陳如昕（2010），《醫學美容之相關民事法律責任探討》，頁 107，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。

後，學者之間仍存有許多不同看法。



(一) 肯定見解

肯認美容醫學行為有消保法服務責任適用之見解，多著重於探討美容醫療行為，與一般醫療行為相較之下有何不同之處，因此應與一般醫療行為區別對待，適用不同歸責原理。而論者所提出之美容醫療行為特色，或正當化其為消保法服務責任之規範領域²⁷⁸的理由在於：

1. 美容醫療行為的對象通常為人的外型，重在藉由外觀改變以滿足求醫者主觀的審美評價，與一般醫療行為的對象係人的傷病，重在生命權、健康權、身體權之維護，目的是在治療矯正或預防人體疾病、殘缺或傷害有顯著差異²⁷⁹。美容醫療行為僅係為了滿足個人愛美的慾望，不具公益色彩，與一般醫療行為可以促進身心健康、恢復生理機能、降低罹病率與死亡率，有益於社會國家的整體利益不同。由於無公益性可言，性質上為把生活中被評價為不必要的危險引入人間，製造額外且不必要的危險²⁸⁰。
2. 美容醫療行為之求醫者通常本身並無疾病，身體係處於健康之狀態，此與一般醫療行為之求醫者，因本身帶有疾病而內含一定之風險不同。因

²⁷⁸然而，其中有見解認為消保法服務責任並非無過失責任，而係推定過失責任，詳細內容請參閱蓋威宏（2014），〈台灣醫學美容管制之初探〉，頁 83-88，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文；陳文清（2009），〈非治療性醫學美容民事法律關係之研究〉，頁 106-109，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

²⁷⁹劉宏恩（2014），〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400 期，頁 56-57；朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 97。

²⁸⁰蔡昀昕（2014），〈以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構〉，頁 183，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；許森豪（2006），〈醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性〉，頁 99-101，國立成功大學法律學研究所碩士論文；蕭翊亨（2005），〈整形美容醫療責任與糾紛處理之研究〉，頁 116，國立台北大學法學系研究所碩士論文。

此，設若接受美容醫療行為後，不幸發生醫療意外事故，則可以確定事故乃因醫療外加的危險所致，並無疾病內含的風險參雜其中。從而，在因果關係的判斷上，即無如一般醫療行為須面臨不確定的因果關係之情形²⁸¹。

3. 美容醫療行為並無疾病治癒的急迫性，求醫者與醫師之間有足夠之時間進行溝通。在進行美容醫療行為之前不需經過複雜的診斷行為，從而，也不會產生診斷錯誤、延誤治療的過失爭議²⁸²。
4. 美容醫學充其量僅為就醫者達到改善外觀的效果而已，尚難認其已有為接受該等醫療行為之人取得絕對法益，是故，雙向積極獲利的現象在美容醫療行為上並不存在，而僅是醫療院所或醫師單向獲利的醫療行為。因此，在美容醫療關係中存在獲利者恆為獲利者，而受損害者恆為受損害者之現象，基於特殊利益的獲得，負特殊義務之代價的法理，從而應適用消保法無過失責任²⁸³。
5. 美容醫療行為使用成熟且技術性之醫療方法，此種醫療方法之實行成功與否，理論上醫護人員可以完全掌控²⁸⁴，與病人身體變化之不確定性，或目前醫學對人體知的有限性無關或極小，不屬於疾病治療本身內含的風險，理論上只要技術性之醫療方法施行上沒有失誤產生，應該不會有

²⁸¹許森豪(2006)，《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，頁 101，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

²⁸²蔡昀昕(2014)，《以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構》，頁 183，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；蕭翊亨(2005)，《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，頁 117-118，國立台北大學法學系研究所碩士論文。

²⁸³許森豪(2006)，《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，頁 102，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

²⁸⁴蔡昀昕(2014)，《以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構》，頁 183，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；陳鈺婷(2014)，《醫療契約與美容醫學契約民事責任之探討》，頁 129，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文。

危險產生或失敗之問題²⁸⁵。



6. 美容醫療行為之接受者在手術及處置期間，乃置於醫師或醫療院所所能掌控之領域，相關醫事人員、設備之安排與使用，均由醫師支配、主導，而非病人所能參與或影響，因此，美容醫療行為之風險僅醫療機構或醫師得以控制，同時，這些危險事實上是可透過強化醫療組織性醫療服務之內容，達到明顯降低，並非巨大到無法負擔之程度²⁸⁶。
7. 在美容醫療行為中，許多服務項目求醫者必須自費，與一般醫療行為適用全民健康保險制度不同²⁸⁷，因此即使美容醫療行為具有一定風險，醫療機構亦得以透過市場價格機制轉嫁由求醫者負擔²⁸⁸。
8. 美容醫療行為營利性質相當濃厚，經常可見業者藉由廣告宣傳刺激消費，此種醫療行為有商品化之傾向，對價關係亦相當明顯，具有強烈的商業色彩，接近典型的消費行為²⁸⁹。
9. 美容醫學行為應無發生防禦性醫療與浪費醫療資源之可能²⁹⁰，蓋若提

²⁸⁵許森豪(2006)，〈醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性〉，頁 101-102，國立成功大學法律學研究所碩士論文；蕭翊亨(2005)，〈整形美容醫療責任與糾紛處理之研究〉，頁 117，國立台北大學法學系研究所碩士論文。

²⁸⁶蔡昀昕(2014)，〈以經濟分析觀點論整形及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構〉，頁 184，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；許森豪(2006)，〈醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性〉，頁 102，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

²⁸⁷陳鈺婷(2014)，〈醫療契約與美容醫學契約民事責任之探討〉，頁 129，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；陳文清(2009)，〈非治療性醫學美容民事法律關係之研究〉，頁 102，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

²⁸⁸陳文清(2009)，〈非治療性醫學美容民事法律關係之研究〉，頁 105，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

²⁸⁹魏伶娟(2017)，〈論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12 卷 2 期，頁 284；劉宏恩(2014)，〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400 期，頁 57-58；陳文清(2009)，〈非治療性醫學美容民事法律關係之研究〉，頁 103，國立中正大學法律學研究所碩士論文；吳建樑(1999)，〈醫療關係與消費者保護法〉，《醫事法學》，7 卷 3 期，頁 26。

²⁹⁰魏伶娟(2017)，〈論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12 卷 2

供美容醫學服務之醫療機構採取所謂防禦性醫療行為，將會使服務費用大幅提升，則在美容醫學業界競爭下，所有提供服務者皆以費用較低的收費提供服務時，求醫者基本上不會選擇收費較高的服務提供者，故將造成收費較高之業者無法繼續經營²⁹¹。

(二) 否定見解

學說上亦存在否定美容醫學行為適用消保法服務責任之看法，理由主要為修正後醫療法第 82 條第二項，已排除醫療行為適用消保法無過失責任之規定²⁹²。

也有見解認為美容醫學行為並不同於一般消費服務，一般消費服務可以重新實施，且對於不同顧客的相同需求，其給付方式與內容差異不大，正常情況下也不會危及人的身體健康及生命；然而，美容醫學之接受者是以自己的身體作為客體來實施美容，具有個別差異性與一定侵入性、副作用與風險，仍屬於若欠缺醫師之醫學判斷及技術，則對人體會有危害之虞的醫療行為。

再者，目前並沒有毫無風險之醫學美容存在，由於受醫學科技水準與人體反應的限制，其過程本身就是以承擔一定程度之人體安全風險為代價來進行美容，因此，在進行醫學美容之前，不論是雷射或注射，尤其是手術，醫療需求者總是會慎重考慮，醫師會根據其身體條件、需求問題、健康狀況判斷是否適合進行治療、進行何種治療、風險與副作用為何，判斷本身就具有專業性、主觀性、經驗性與預測性。是故美容醫學施行上仍須醫師之判斷、裁量與操作，亦須醫療需求

期，頁 283-285；陳鈺婷（2014），〈醫療契約與美容醫學契約民事責任之探討〉，頁 129，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；蔡昀昕（2014），〈以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構〉，頁 182，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；劉宏恩（2014），〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400 期，頁 60-61。

²⁹¹陳文清（2009），〈非治療性醫學美容民事法律關係之研究〉，頁 105，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

²⁹²劉宏恩（2014），〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400 期，頁 61；林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 87-88。

者之配合互動，尚無法如商品事先無須考量個別差異性，而大量生產或制式反應化重複製造；也無法如商品可以立刻退貨、換貨，一旦施行，如手術已進行、藥物已注射、填充物已植入，若出現不良後果，也只能事後採取補救措施，不易短時間內回復原狀。因此論者主張，醫學美容事故衡諸我國經濟發展、保險市場、民情觀念，似無須以「治療目的性」有無之不確定性概念，切割是否有消保法服務責任之適用，而造成法律適用之不確定性²⁹³。

(三) 折衷見解

然而，有見解雖然認為美容醫學行為有別於一般醫療行為，故應適用消保法服務責任，但是否所有的美容醫療行為皆是如此，學說上又有不同看法。尤其是對於侵入性美容醫療行為，例如抽脂、豐胸、削臉等手術，論者有認為雖然依一般社會觀念，此種手術屬於具有商業性質之交易行為，同樣是滿足個人主觀愛美之目的，但由於對求醫者之生命及身體健康有高度危險性，仍不應適用消保法²⁹⁴。

另有見解則是認為，僅有微整形美容服務應有消保法服務責任之適用，理由在於，美容醫療行為或多或少都具有外觀形式上，或是目的上的醫療意義，難以與一般醫療行為為明確之區分。而美容醫療行為中較無爭議、可以抽離於一般醫療行為之外者，當屬微整形美容行為。

所謂微整形美容係統稱一些不需要或是只需要動一些小手術，可在短時間內復原或甚至不需要復原時間的整型美容方式，例如雷射美容、電波拉皮、施打肉毒桿菌、玻尿酸、膠原蛋白等行為。微整形美容的目的就是為了外表之美觀，而

²⁹³陳如昕（2010），〈醫學美容之相關民事法律責任探討〉，頁 106-108，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。

²⁹⁴蔡昀昕（2014），〈以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任－醫療責任之再建構〉，頁 183-184，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文；朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 96-99。

其外觀形式上進行微整形美容的方式也是以對人體侵害較小、危險性較低的方式進行，很多時候微整形美容甚至只是技術上的問題，與是否確實具備醫療專業知識並無太大關係，故不論從目的上或是外觀形式上，微整形美容似可將之從醫療行為中分離出來，而將之歸類為一般的消費行為，而有消保法之適用²⁹⁵。

二、其他醫護服務

我國學說除了對於美容醫療行為討論較為熱烈外，對其他類型之醫護服務為深入探討者並不多，以下僅以藥事服務與老人長期照護服務之相關學說見解為介紹。

有論者認為，藥師所為之藥品調劑，雖有販賣藥品，然仍包含藥師所提供的處方箋審查、調劑、用藥指導等專業服務，況且藥品調劑本來就是整個醫療流程的後階段，故對其課予之責任似可以參考醫療服務。如同醫療服務，藥師調劑服務中，亦存在與一般商業交易服務類似的服務類型，故應視調劑服務欠缺安全性之種類，決定其責任內涵。其主張若調劑服務之安全性欠缺，並非藥事服務中內含風險與不確定性的部分，而是例如藥師取藥錯誤導致病患誤服他藥，藥品倉儲不當導致藥品變質，藥品包裝瑕疵或說明不完全等，導致病患服藥後身體健康受損，此類情況係屬與一般商業交易服務類似的服務提供瑕疵，故此種安全性欠缺自應與一般服務相同，課予藥事服務提供者無過失責任²⁹⁶。

另有論者針對老人長期照護服務進行研究，認為服務內容主要包括：醫護照顧與生活維持。長期照護雖然係以提供醫療照護為主，但與醫院提供之醫療服務不同者在於，照護機構非以救治病患為主要給付內容，醫師主要工作在於轉介、

²⁹⁵李佩芳（2010），《微整形美容之民事責任》，頁 108-111，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。

²⁹⁶劉又禎（2011），《藥師調劑之注意義務與民事責任》，頁 234-235，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

認可治療計畫、定期進行身體評估與及早發現疾病病變以協助治療，此與醫師於醫院診治、救助病患之工作有別；其他醫護相關人員之工作，則以維持老人生理機能、避免疾病惡化及維持老人生活自理機能為主，較不會有所謂防禦性醫療行為；生活自理能力維持與休閒服務，則與一般勞務服務無異。照護人員係以專業知識，就老人之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫護方式進行照護服務，對以保護消費者權益為最高指導原則之消保法而言並不相違背，就生活自理能力維持與休閒服務，原本即屬消保法的規範範圍。

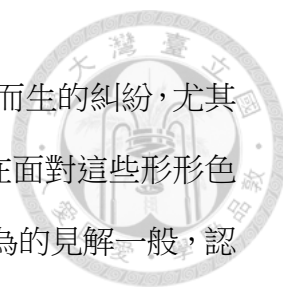
然而，長期照護機構在老人福利法第 34 條²⁹⁷規定下適用醫療法、護理人員法或其他醫事專門執業法等規定；而依照醫療法第 12 條第一項²⁹⁸後段規定，長期照護機構係屬非以直接診治病人為目的，而辦理醫療業務之機構；再依據修正後之醫療法第 82 條第二項規定及目前實務見解，醫療機構或醫事人員因從事醫療行為，或提供醫療服務造成他人損害，排除消保法無過失責任之適用。因此，長期照護機構於提供醫療照護服務時，僅需以故意或過失為限，負損害賠償之責；至於照護機構提供一般生活維持與休閒服務，原則上不適用醫療法第 82 條第二項規定。因此，在結論上，論者認為參酌現行法及實務見解，長期照護服務是否適用消保法之規定，應區分醫療照顧與生活維持二部分，後者仍有消保法服務責任之適用，以避免造成長期照護服務全部排除於消保法之適用領域外²⁹⁹。

貳、實務見解

²⁹⁷老人福利法第 34 條：「主管機關應依老人需要自行或結合民間資源辦理下列老人福利機構：一、長期照顧機構。二、安養機構。三、其他老人福利機構。（第一項）前項老人福利機構之規模、面積、設施、人員配置及業務範圍等事項之標準，由中央主管機關會同中央目的事業主管機關定之。（第二項）第一項各類機構所需之醫療或護理服務，應依醫療法、護理人員法或其他醫事專門職業法等規定辦理。（第三項）第一項各類機構得單獨或綜合辦理，並得就其所提供之設施或服務收取費用，以協助其自給自足；其收費規定，應報由當地直轄市、縣（市）主管機關核定。（第四項）」

²⁹⁸醫療法第 12 條第一項：「醫療機構設有病房收治病者為醫院，僅應門診者為診所；非以直接診治病人為目的而辦理醫療業務之機構為其他醫療機構。」

²⁹⁹萬旂芬（2009），《老人長期照護機構之民事責任》，頁 53-55，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文。



若觀察我國實務亦能發現許多因美容醫學行為或醫護服務而生的糾紛，尤其是因醫護服務而涉訟的案件，其類型相當多元。而當我國法院在面對這些形形色色因醫療服務而生的紛爭時，是否如同實務普遍對一般醫療行為的見解一般，認為在醫療法修正後，應一併排除消保法服務無過失責任之適用，回歸過失責任原則加以處理，值得研究。以下亦將分別對於美容醫學行為及醫護服務進行觀察與分析。

一、美容醫學行為

在司法實務上，有判決（台灣高等法院台南分院 94 年度醫上字第 1 號判決及其第一審判決台灣嘉義地方法院 92 年度醫字第 6 號判決）曾嘗試將醫療行為依據其目的分為二類，一種為「以治療為目的之醫療行為」，亦即以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為之處方、用藥、施術或處置等行為。另一種則為「非以治療為目的之醫療行為」，其包括實驗性醫療行為，例如為追求新的醫療技術、藥品或醫療器材所為之試驗治療等，或美容、整形、紋身、變性、隆乳及非治療性之人體按摩等。其中，「非以治療為目的之醫療行為」應適用消保法；惟「以治療為目的之醫療行為」應目的性限縮，排除消保法之適用。

在理由構成方面，法院認為：「『非以治療為目的之醫療行為』而言，其均屬為滿足人類追求商業利益、愛美、舒適等慾望，所為之非必要醫療行為，與一般消費行為無異，固有消保法之適用；惟『以治療為目的之醫療行為』，乃係保障全體人類健康生存所不可或缺之行為，依醫療法第 43 條規定，醫院診所對『危急』病人負救治義務，另醫師法第 21 條則規定，醫師對『危急』病症有強制診療義務，醫師或診所是不能拒絕亟需治療之病人，甚至醫師在情況危急時，縱使未經病人同意，亦得實施適當之醫療行為，可見此類以治療為目的之醫療行為具

有強烈濃厚之醫療倫理性，與以滿足人類慾望為目的之消費行為均得自由選擇接受與否，本質全然不同，而不得概括歸類於消保法所欲規範之消費服務範疇。

再者，醫師之診療義務，並非具有完全治癒病患病症之義務，而只是依據其症狀盡可能加以治療，蓋醫療行為受醫學知識技術之極限，無論如何高明醫術，亦有不能治癒者，而且醫療過程存在許多不可控制的變數，故極具『不確定性』與『危險性』，此正與消保法要求服務提供者確保『服務提供無安全或衛生上之危險』一節，顯不相容，在實際上難以適用消保法第 7 條無過失責任之規定。且如果將『以治療為目的之醫療行為』，視為一般的消費行為而適用無過失責任主義，將逼使所有的醫師採取提供能夠保護自己的醫療服務及措施，甚至拒看危險性的病人，或不敢嘗試沒有百分百把握手術，採取『防衛性醫療措施』將影響到醫學的進步，且對患者更缺乏保障，同時醫師為了保護自己，很多不必要的檢查、檢驗、治療和手術都會增加許多，造成醫療資源浪費及醫療費用的高漲，增加病人之負擔並危及健保制度之存續，有違消保法『保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質』之立法目的，故本院考量『以治療為目的之醫療行為』之特異性及確保消保法規範目的之實現，認為應以目的性限縮之方式，將『以治療為目的之醫療行為』排除消保法之適用。」

上開見解於一則因原告接受被告提供之美背、美腿、瘦腿之美容醫療療程後，導致患部發炎潰爛，疤痕面積擴大之糾紛中，曾被原告加以援引，主張本件美容醫療行為乃為求消除原告身體之疤痕，其目的並不是在治療、預防疾病、傷害、殘缺，而是屬於滿足人類追求愛美、漂亮慾望之非必要醫療行為，應有消保法第 7 條第一項之適用。

然此見解並不為法院所採納，於台灣台中地方法院 100 年度醫字第 15 號判

決中，法院基於醫療行為之特殊性，為避免造成防禦性醫療行為反而無法達成消保法之立法目的，及醫療行為應優先適用醫療法，醫療法第 82 條第二項並無區分「以治療為目的之醫療行為」及「非以治療為目的之醫療行為」，因此醫療機構及其醫事人員因執行醫療上之業務所生之損害，均屬醫療法第 82 條第二項之規範範疇，故認為原告依消保法第 7 條第三項之規定，請求被告負損害賠償責任並無理由。

事實上，將醫療行為區分為「以治療為目的之醫療行為」與「非以治療為目的之醫療行為」之實務見解並不多見，大多數見解認為美容醫療行為仍為醫療行為，無消保法服務責任之適用。理由大致上為，醫師與病人間具有特別的醫病關係，病人因病至醫療院所就診者，難認為係以消費為目的而接受服務，醫病之間亦無法比擬為消費者與企業經營者，就商品或服務所發生之法律關係；醫療行為若適用消保法無過失責任制度，恐將造成防禦性醫療行為、增加無謂醫療資源之浪費，反而不能達成消保法第 1 條所明定之立法目的，故應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消保法適用範圍之列；修正後之醫療法第 82 條第二項，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任限於因故意或過失所致，醫療行為自無消保法無過失責任之適用。簡言之，實務傾向對醫療服務不為任何區分，一律排除於消保法之適用範圍外。

無論是在學說上仍有討論空間，帶有些許治療為目的之美容醫療行為，實務認為無消保法服務責任之適用，例如病患因鼻腔淋巴瘤接受放射治療導致右頰凹陷，為使臉部豐腴，至被告醫療院所移植大腿皮瓣組織填補右頰凹陷，但手術卻導致其右大腿動脈受傷、一條靜脈凝結並被切斷、留下疤痕及手術傷口無法縫合等損害³⁰⁰；或是病患接受近視雷射手術後，主張受有後遺症之傷害³⁰¹；又例如

³⁰⁰請參閱台灣高等法院 99 年度醫上字第 6 號判決。

³⁰¹請參閱台灣高等法院 104 年度醫上易字第 3 號判決、台灣高等法院台南分院 96 年度醫上易字

病患因天生腋下多汗並有異味而困擾不已，故前往被告外科中心診所，於兩側腋下施作內視鏡旋轉刀狐臭刮除術以求改善，惟手術後其右側腋下皮膚組織卻缺血壞死，留有大片黑色疤痕，該疤痕已纖維化並有攣縮現象，迄今無法恢復³⁰²。

縱使是治療目的不甚明顯，僅係為滿足求醫者主觀美感為目的之美容醫療行為，例如，原告主張其至被告醫美診所為「飛梭雷射」美容手術，但醫師卻以雷射探頭對原告鼻頭部位集中猛打，最後造成原告鼻部潰瘍性傷口、鼻頭被削平之傷害³⁰³，法院認為本件係因原告至診所接受臉部雷射光之醫療行為而發生，屬醫療糾紛。再如原告主張其至被告診所進行「雙眼皮及自體脂肪移植豐頰整容」手術，術後卻產生臉部瘀青、左側神經損傷產生臉部肌肉萎縮、左側臉部不定時抽搐、顳顎關節異位併發疼痛及筋膜炎、左臉部肌肉纖維化等後遺症，而受有顏面神經病變及情感性精神病等損害³⁰⁴；以及原告主張其至被告診所接受奧莉薇小腿微雕手術，但並未達到瘦腿 3-7 公分之效果，小腿反而比起手術前有更粗大之情況，而且原告另於他日接受被告提供之自體脂肪填充蘋果肌手術，但術後左邊臉頰出現凹凸不平之現象，且嗣後更加惡化、明顯，右邊臉頰亦無所謂的立體圓潤蘋果肌之呈現，被告遂復為原告進行第二次蘋果肌手術，但雙頰卻產生重紅腫潰爛及流出組織液，且手術施作部分呈現凹凸不平、色澤怪異之情況³⁰⁵。

就上開兩則案例，法院皆認為系爭損害係因原告接受移植手術而發生，移植手術屬於醫療行為，非醫師不得施行。原告既主張其因系爭移植手術之施行，造成個人因此受有身體上之傷害而涉訟，堪認本事件之性質屬於醫療糾紛。而一旦被法院認定為醫療糾紛之醫療美容案件，即以前述一般醫療行為無消保法適用之

第 2 號判決。

³⁰²請參閱台灣高等法院 100 年度醫上字第 18 號判決。

³⁰³請參閱台灣嘉義地方法院 99 年度訴字第 607 號判決。

³⁰⁴請參閱台灣台北地方法院 96 年度醫字第 19 號判決。

³⁰⁵請參閱台灣台北地方法院 101 年度北醫簡字第 1 號簡易判決。

相同理由，排除於消保法之適用領域外³⁰⁶。



二、其他醫護服務

此處所稱之醫護服務係以廣義理解，舉凡醫療院所提供就醫環境、病房、設備、醫護人員提供一定照護服務，諸如住院服務、精神疾病患者療養服務、老人安養服務、產後照護服務、健康檢查服務等均為討論之對象。實務上亦有許多被害人主張，醫療院所提供之醫護服務欠缺安全性，而請求損害賠償之案件，法院是否肯認此類醫護服務有消保法服務責任之適用，分悉、敘述如下。

(一) 肯定見解

此類型之醫護服務，實務多肯認有消保法服務責任之適用，理由多係觀察醫療院所提供之服務內容或契約約定，即肯定醫療院所與受照護者該當於消費關係³⁰⁷。其中台灣高雄地方法院 99 年度醫字第 12 號判決，一件原告主張被告醫院附設之坐月子中心疏於照顧新生兒，導致其子左大腿患有蜂窩性組織炎、及腸胃炎、鵝口瘡、尿布疹等病症之案件中，法院雖然仍採實務一貫見解，認為醫療行為應無消保法之適用。但話鋒一轉，對於廣義之醫療行為，即醫療機構所提供之各種類型服務，是否有消保法之適用進行詳細的說明，值得參考。

法院表示：「一般所稱之醫療行為，態樣多端，我國醫療法規亦未就何謂醫療行為予以明確定義，而病患在醫療院所求診之過程中，亦不乏有客觀上無庸斟

³⁰⁶類似判決請參閱台灣台北地方法院 100 年度醫字第 9 號判決（乳頭重建調整手術）、台灣台北地方法院 100 年度醫字第 8 號判決（雷射及脈衝光療程）、台灣新竹地方法院 99 年度醫字第 2 號判決（拉皮、臉頰、眼周、眼皮整型美容手術）、台灣台北地方法院 96 年度醫字第 12 號判決（正顎削骨手術）。

³⁰⁷相關判決請參閱台灣高等法院 102 年度上易字第 695 號判決（老人安養機構跌傷）、台灣高等法院 96 年度醫上字第 6 號判決（護理之家延誤送醫）、台灣高等法院台中分院 99 年度上易字第 54 號判決（老人安養中心遭刺）、台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 420 號判決（老人安養中心照護不周）、台灣高等法院台南分院 96 年度上字第 106 號判決（精神疾病療養院突然暈倒）、台灣台南地方法院 100 年度訴字第 1539 號判決（養護中心照顧不周）、台灣宜蘭地方法院 99 年度訴字第 447 號判決（養護中心延誤就醫）、台灣台北地方法院 96 年度訴字第 4886 號判決（養護中心照顧不周）、台灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1231 號判決（老人養護中心火災）。

酌醫師或其他醫事人員是否可能必需採取防禦性之醫療措施，而應予排除消保法之適法俾免有礙病患保護之處，諸如醫師開立藥物後醫療院所之正確提供藥物、病房設施及必要人員之配備等，是若廣泛將醫療院所，或於概念上依社會通念可認為具醫療機構性質者，如安養中心、坐月子中心等內所從事之全部服務行為，均自消保法適用中予以排除，恐亦太過而無法妥適保護至醫療機構求診之人之消費安全，亦有違消保法所欲增進國民生活品質之消費者安全之旨。故除由醫師所進行之診察及治療行為等需賦與醫師本於專業予以判斷裁量者外，依前開論述，其餘之部分即應個案予以考量而斟酌是否有消保法之適用。

經查，兩造訂立之系爭契約為產後休憩契約，即系爭契約訂立目的在於照護甫產後之原告及新生兒，評估關於產後健康狀況，並提供居住場所及相關照護等服務，雖配置有一定醫師及護理人員負責相關醫療服務，而可認係屬廣義之醫療行為，惟與上開旨揭由醫師進行診察及治療疾病之積極性、核心性之醫療行為仍有不同。換言之，被告所附設坐月子中心雖提供關於產後婦女及新生兒相關服務，惟仍不若上開消保法應予排除適用之核心醫療行為，蓋坐月子中心提供之醫療服務，至多為提供一般健康檢查狀況之評估、照護產婦及新生兒等養護服務，並不及於積極醫療救治行為，自無庸斟酌是否可能有因採所謂防禦性醫療措施反而有害消費者安全之疑慮。

再佐以原告提出之坐月子中心定型化契約範本之內容觀之，第 4 條第一項約定：『乙方（即坐月子中心，下同）提供下列服務：一設置醫師或護理人員對產婦或嬰兒作健康狀況之評估。二嬰兒居住之場所、哺乳、洗滌工作、奶粉或其他相關物品之提供。三產婦居住之場所、膳食、衣物提供及洗滌。四產婦照護嬰兒之教導及健康恢復課程。五書報雜誌之提供。』、第 9 條約定：『產婦或嬰兒發生急、重病或其他緊急事故時，乙方應即送醫治療，同時依其設備採取適當救

護措施，並即通知緊急聯絡人。」（見本院卷第 120 至 123 頁），此契約範本與一般民間坐月子中心提供產婦產後坐月子服務內容之客觀事實大致相符。準此以觀，系爭契約訂立之主要目的既著重在原告產後身體之恢復、新生兒之照護，而提供適於養護之場所及設備，如遇有急病、重病或其他緊急事故時，尚應透過轉診或送醫治療，其提供之服務內容性質上屬看護護理性質，尚不應排除消保法之適用。」

簡言之，法院認為將所有廣義之醫療行為，皆排除於消保法適用範圍外，無法保護消費者之人身安全，因此應對具體個案進行判斷，若與醫師進行診察及治療行為等核心醫療行為性質不同，不至於發生防禦性醫療措施，則仍應有消保法之適用³⁰⁸。

（二）否定見解

然而，我國實務也出現一些從寬認定醫療行為、醫療糾紛，或從寬適用醫療法第 82 條第二項，排除消保法服務責任適用之見解，例如在臺灣高等法院 93 年度上字第 1064 號判決，原告主張其至被告醫院進行肝臟血管攝影等身體健康檢查，由於被告醫療處置錯誤，導致其因該攝影檢查造成急性脊髓梗塞症而下肢癱瘓。針對被告醫院為原告所作兩次超音波檢查、電腦斷層攝影及肝臟血管攝影等身體健康檢查之行為，有無消保法第 7 條之適用。

法院認為醫師於腸胃科門診時，依超音波檢查及電腦斷層檢查中懷疑有肝癌的報告，診斷原告應接受肝臟血管攝影檢查，以確定是否為肝癌，是醫師診斷原告應接受肝臟血管攝影檢查之行為，及施行該攝影檢查行為均已屬醫療行為，尚

³⁰⁸以非屬狹義、典型之醫療行為為由，肯認有消保法適用之判決請參閱臺灣高等法院台中分院 98 年度消上易字第 1 號判決（病房區域濕滑摔傷）、台灣花蓮地方法院 96 年度訴字第 54 號判決（病患在院內遭毆打）。

非原告所言屬於老人健康檢查階段，因此應排除於消保法適用範圍之列。

又例如在台灣台中地方法院 102 年度醫字第 16 號判決，原告主張其前往被告診所違法營業之坐月子中心坐月子，但因被告未能妥善照顧新生兒，導致新生兒不幸亡故。原告表示本件與被告間有關坐月子之法律關係，無非係由被告提供場所，而給予產婦與新生兒之膳食、哺乳、衣物、洗滌及照顧等服務，性質上與一般之坐月子中心並無不同，並非治療原告與新生兒之疾病，不僅在外觀上與一般認知之醫療行為不同，更與充滿危險性，治療結果充滿不確定性之醫療行為有別，自不能僅因被告具有醫師資格，即認為本件係屬醫療行為，而排除消保法之適用。惟此見解為法院所不採，法院認為被告有對新生兒為醫療行為，故系爭診所非僅提供膳食調養之服務，非為單純之坐月子中心，無消保法無過失責任之適用。

另於台灣高等法院 99 年度醫上易字第 6 號判決中，原告主張被告護理之家有照護上之疏失，導致受照護人身體健康惡化，送至醫院急救時已因肺炎死亡。法院則依醫療法第 82 條第二項認定醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，無消保法之適用，此為通說所採認，而駁回原告此部分之主張。

此外，亦有多起在住院治療期間發生意外事故，例如在台灣高等法院花蓮分院 100 年度重上字第 8 號判決中，原告主張其父因急性酒精中毒，有四肢無法活動、無法翻身、胡言亂語症狀，至被告醫院住院進行戒治治療，於 96 年 2 月 6 日用餐時，因食物噎住氣管，經急救吐出食物後，昏迷不醒，經台灣台東地方法院宣告為禁治產人。法院認為醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，93 年 4 月 28 日修正公布施行之醫療

法第 82 條第二項定有明文。依此一規定，被上訴人之損害賠償責任，以故意或過失為限，上訴人主張被上訴人應依消保法第 7 條第三項規定，負無過失之賠償責任，自非可採。



又如台灣台中地方法院 102 年度醫字第 27 號判決，原告於治療急性胰臟炎之過程中，因酒精戒斷而有譫妄之現象，而自被告醫院一樓窗戶往下跳，導致雙腳跟骨粉碎性骨折、第三腰椎之傷害。原告主張醫療機構之場所責任並未排除消保法之適用，本件被告醫院之窗戶因設置不當，造成原告摔落地面，有違消保法第 7 條之規定。但法院認為本件事故係因原告至被告醫院接受急性胰臟炎之醫療行為後所發生，屬醫療糾紛至明。又醫療責任應無消保法之適用，從而，原告主張，依醫療法第 82 條第二項之反面解釋，醫療機構之場所責任應有消保法第 7 條規定之適用云云，自無足取。

在台灣高等法院花蓮分院 100 年度重上字第 8 號判決以及台灣台中地方法院 102 年度醫字第 27 號判決中，當事人主張應適用消保法服務責任之部分，並非醫師診斷及治療之過程中有安全性欠缺之處，僅是醫護人員之照護服務或是醫療機構之場所、設備欠缺安全性，然此主張皆為法院所不採。

最後值得提出的是，當醫護服務伴隨後續一定之急救或診治行為時，也有實務見解籠統地一概以醫療行為為由，均認為無消保法服務責任之適用。在台灣高等法院 93 年度醫上字第 1 號判決中，原告（病患）因鬱症及雙極性情感失調經台大醫院收住入院，一日被發現以病房內驅蚊香的電蚊香電線上吊在浴室內蓮蓬頭下方，經緊急通知醫護人員急救，並轉入加護病房治療，但因發現太遲，以及當場找不到氧氣筒施給氧氣，病患之腦細胞已嚴重缺氧壞死，最後罹於植物人狀態。法院認為從事精神科醫療行為不適用民法第 191 條之 3 之規定、醫療行為無

消保法之適用。但是，法院在審酌其他請求權基礎時，卻又將醫院對病患自殺有無違反注意義務，以及醫院急救過程有無不當分別探討。



防免、注意病患有無精神不穩或自殺行為，本質上應與醫院對住院病人予以照顧、保護之醫護服務並無不同；若謂醫療行為無消保法之適用，應僅指涉對病患予以急救之部分，為何將醫護服務之部分一併排除法院並未多作說明；設若法院將醫護服務與發生意外後之急救過程，全部認定為醫療行為，為何僅有在探討其他請求權基礎時將其分開討論，在檢驗是否構成消保法服務責任時，即籠統認定為係醫療行為而無該法之適用，此種適用結果等同擴大醫療行為之範圍，同時也擴大了無消保法服務責任適用之範圍。

類似的見解尚有台灣高等法院 96 年度醫上易字第 1 號判決，原告主張病患住院卻因病房未於洗手間設置適當之扶手及地面溼滑等原因，於上洗手間時不慎摔倒，致右側腕骨粉碎性骨折，並於翌日進行手術治療；但手術後 3 日又於病房內，推開床上桌後站起身時滑倒，並於 9 日後死亡。法院先是否定本件有消保法無過失責任之適用，惟並未明言排除適用之部分，究為住院滑倒部分抑或進行手術部分，似將二者一體排除；然而之後探討病患家屬以債務不履行，以及侵權行為法律關係請求損害賠償有無理由時，卻又區分為診療上有無疏失、病房設施及照顧有無缺失進行討論。

設若單純因場所及設備欠缺安全性，不論係發生在醫療院所、百貨公司或其他營業場所，應該皆有消保法服務責任之適用，令人不解的是為何發生在醫療院所，僅是因嗣後復進行手術治療，即與手術部分被一併排除消保法之適用，似不合理。

第五項 本文見解



學說試圖定義消保法上之服務，或是從各種服務被提供之形式來區分服務之種類，以釐清服務責任之適用範圍，換個角度觀察，同時也是在作價值之選擇與判斷，決定哪些服務應受消保法之規範、哪些則在法外之地；劃定接受哪種服務之被害人才可以享有消保法之保護、哪種被害人僅能回歸傳統民法侵權責任或契約責任為請求。

事實上，對論者而言，更重要的是尋找出某些在本質上具有一定特殊性之服務，得以正當化將其排除於消保法服務責任之適用範圍，適度限縮服務責任之適用領域。其出發點或許在於，合理限制提供服務之企業經營者的損害賠償責任。由於消保法之服務無過失責任，在先進法治國家尚屬罕見之立法例，欠缺相關外國立法例與實務案例以資比較參考，而且服務在性質上與商品仍有差別，服務又牽涉人的行為，其種類與態樣極端複雜、變化多端，論者擔憂若不將服務之範圍以一定標準加以限縮，恐怕所有的服務種類皆有消保法之適用，而如此廣泛的服務範圍一律適用無過失責任，對提供服務之企業經營者而言過於嚴格，也可能影響國內服務產業之發展。

因此，學說上出現各種限縮之標準，除了較常見之限縮標準，例如，限於本質上具衛生或安全危險之服務、限於與商品有關之服務、將專門職業人員所提供之服務予以排除外，其他限縮標準尚有服務須限於與自然人之生命、身體、健康或財產有關聯者³⁰⁹；有表示服務之範圍應以無安全或衛生上之危險及危害消費者生命、身體、健康或財產之可能者為判斷標準加以限縮³¹⁰；亦有見解認為服

³⁰⁹行政院消費者保護委員會編印（1997），《消費者保護法專案研究實錄》，頁 268，廖義男教授發言部分。

³¹⁰行政院消費者保護委員會編印（1997），《消費者保護法專案研究實錄》，頁 268，林誠二教授

務之概念應該以不再用於生產之最終服務、商業上交易服務、服務具有依當時科技或專業水準不可合理期待的危險等標準綜合判斷³¹¹；另有針對專門職業技術人員提供之服務，是否有消保法之適用提出特殊看法，其認為若該服務與消費者可能產生之損害間，存有極不易確定之因果關係時，應認為該服務不適合適用消保法之服務責任規範³¹²。

而在極具爭議性之醫療服務部分，於醫療法第 82 條修正後，多數學說及實務將醫療行為排除於消保法之適用領域，但卻不得不面對如何界定醫療服務的難題，若所有與醫療行為有關之服務，皆不適用消保法恐會導致排除之範圍過於廣泛，不足以保障被害人權益，有鑑於此，在學說見解方面，有主張美容醫學服務有不同於一般醫療行為之特殊性，仍應適用消保法，然其中又有不同聲音表示只有侵入性低，或無侵入性之美容醫學服務始有消保法之適用。亦有論者將所謂醫療服務之特殊性質，用於檢證其他類型之醫護服務，認為藥事服務、老人安養服務某些服務項目，也擁有醫療服務之特殊性，因此這些項目亦不應適用消保法。在實務見解方面，多數判決從寬認定醫療服務，並將系爭服務排除於消保法適用範圍外，甚至許多學說上肯認應適用消保法之醫護服務，同樣被排除在外。

觀察上述見解，不論是否將其討論之範圍限制於特定種類之服務，大致上皆是藉由限縮服務範圍之方式，以達到合理限制企業經營者責任之目的，其出發點甚佳，但是否只能以此方式達成合理限縮責任之目的，本文持否定看法，認為回歸服務責任之構成要件，已能達到合理限制企業經營者責任之目的，實無必要提出各式標準限縮服務之範圍，此外，論者提出之限縮標準是否足以達到合理限縮責任之目的，值得懷疑；最後，將特別針對引發學說與實務廣泛討論之醫療服務，

發言部分。

³¹¹游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期，頁 118-125。

³¹²陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，頁 120，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

是否應排除服務責任之適用，若是，是否會有不盡合理之處表示意見。



第一款 應回歸服務責任之構成要件

合理限制企業經營者之責任確實是重要的法律政策，然而消保法本來即非絕對責任、結果責任，消保法之服務責任在宣示保護消費者權益的同時，也劃定了消費者保護的界線，並非完全且毫無限制地保護消費者的權益，要求企業經營者承擔所有因接受服務所生損害³¹³。

成立消保法服務責任必須滿足一定之構成要件，諸如「企業經營者提供服務」、「提供的服務欠缺安全性」、「侵害消費者或第三人之生命、身體、健康或財產」、「服務欠缺安全性與致生損害需有因果關係」³¹⁴。若妥善解釋、操作這些構成要件，依其本身所負載的規範功能，應足以達成合理限制企業經營者責任之目的。準此，究竟應以何種標準限縮服務之範圍即不是一個重要的問題。

事實上，觀察論者提出之限縮標準，例如為多數學說及實務見解所採，「以本質上具有衛生或安全危險」對服務範圍予以限縮，然而，若服務因具有一定之危險造成消費者受有損害，以「提供之服務是否欠缺安全性」之構成要件，亦能進行篩選與過濾，是否仍有必要於涵攝服務責任之構成要件前，先以本質上有無危險對服務加以篩選，此種篩選方式，有無可能係對實質上相同之要件為雙重評價，容有疑問。

至於其他限縮標準，同樣有此問題，例如「限於與自然人之生命、身體、健

³¹³張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³¹⁴王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁738-739，台北：自刊。

康或財產有關聯者」；「以無安全或衛生上之危險及危害消費者生命、身體、健康或財產之可能者」；「以不再用於生產之最終服務、商業上交易服務、服務具有依當時科技或專業水準不可合理期待的危險等標準綜合判斷」，可以發現這些限縮標準，實質上就是服務責任之構成要件，若是如此，逕以審查構成要件是否該當之方式，應該也能達到合理限制企業經營者責任之目的，似無必要再將構成要件當作限縮服務範圍之標準，造成審查上之不經濟。

又例如，有見解主張當專門職業人員提供之服務與損害間，有不易確定因果關係之情形（律師服務、會計師服務³¹⁵、金融機構提供之投資服務³¹⁶），應排除消保法之適用，然此應為檢驗服務責任因果關係之問題，並無必要將此作為限縮服務範圍之手段。而且該等服務類型，亦為於其職業活動範圍內直接或間接所規劃、組織與從事具有反覆繼續同一性質之勞務供給，屬消保法所欲規範之服務，而其不成立消保法之服務責任，理由應在於這些服務類型所造成之損害，多為純粹經濟上損失，依通說見解，純粹經濟上損失並不屬於消保法服務責任所保護之法益，因此服務責任之構成要件未能滿足，而不是對服務之概念予以限制³¹⁷。

設若上開服務造成消費者或第三人人身或財產完整性之侵害，例如律師、會計師事務所在接待客戶洽談業務期間，因用電負荷過重電線走火引起火災燒傷客戶，或是金融機構地板打蠟後未提醒消費者小心注意，導致消費者摔傷骨折，也應該有消保法服務責任之適用，只是此種情形可能較少發生而已³¹⁸。準此，毋庸直接將專門職業人員所提供之服務，均排除於消保法之適用範圍外，透過檢證

³¹⁵黃楷超（2014），〈服務提供者責任之研究〉，頁 155，私立逢甲大學財經法律研究所碩士論文。

³¹⁶游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期，頁 133。

³¹⁷相同見解請參閱林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 115-116，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³¹⁸陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期，頁 66。

服務責任之構成要件是否成立，依然可以達到合理限制企業經營者責任之目的。



第二款 限縮標準無法達到合理限制責任之目的

限縮標準除了多與服務責任之構成要件疊床架屋以外，事實上，以任何標準限縮服務之範圍皆有掛一漏萬、顧此失彼之處，如何解釋與適用同樣充滿許多不確定性。

例如為多數學說及實務見解所採，「以本質上具有衛生或安全危險」對服務範圍予以限縮，然而生活中隨處都可能充斥著各種危險，究竟何謂本質上具有危險之服務，恐有界定上之困難，反過來問，究竟何種服務本質上完全沒有任何危險，絕對不可能危害消費者或第三人人身或財產安全？若是以發生危險之可能性高低作為認定標準，又將會面臨此種可能性高低究應如何拿捏的問題³¹⁹。

又例如，有學者主張將專門職業人員所提供之服務予以排除，然而，在高度分工、組織與專業化之現代社會，任何企業經營者所從事之行業，皆可以評價為專門技術職業，若要以此標準篩選、過濾服務之範圍，不得不面對的問題是其所謂專門技術職業、專門職業人員所指為何，這些職業有何特殊性，足以正當化與其他行業所提供之服務應該差別對待。

準此，各式限縮標準是否能確實發揮限縮服務之範圍，並合理限制企業經營者責任之目的，有待商榷。

³¹⁹陳忠五(2000)，〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域－臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7期，頁57-58。

第三款 醫療服務無排除適用服務責任之正當性



接受醫療服務係基於滿足私人生活上需要之目的，加上就醫療服務之提供所需具備之專業知識、技術與資訊而言，病患與醫療院所間，顯然存在一種強烈之依賴與從屬關係，病患向來均是處於弱勢地位，醫療服務正是消保法所應規範之領域³²⁰，與其他同樣有較高危害人身、財產安全可能性之服務類型相較，並無特別例外排除適用消保法服務責任規定之理由。

反面言之，若企圖將醫療服務予以排除，同樣亦會出現應予排除與不應排除之醫療服務應如何區分之難題。以美容醫療服務而言，是否要區分有治療目的與無治療目的之美容醫學行為，例如有些人進行隆乳手術確實僅單純為了外形美觀，但亦有些人因為乳癌切除乳房而需要乳房重建，若手術過程發生意外事件，導致被害人受有損害，這兩種人是否應該被差別對待？有些人割雙眼皮或許單純係為了外表亮麗，但或許也有些人係為了改善睫毛倒插問題³²¹，甚至兩種目的兼而有之，此時究應如何認定治療目的恐生疑義。

類似的問題也會出現在整形美容與微整形美容間應如何區分、對人體侵入性有無或高低如何區分，何謂大手術、何謂小手術，除了難以區分的問題外，令人疑惑的是如何正當化對人體有較高風險，可能更容易發生意外事故之整形美容行為或是具有侵入性之手術，反而不應該適用消保法服務責任，反而更應該限制醫療院所之責任，此種適用結果似乎不甚合理。

³²⁰陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36期，頁68。

³²¹李佩芳（2010），〈微整形美容之民事責任〉，頁109，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。

此外，另一個可以察覺到的問題是，醫療行為被擴大解釋，使原本應該有服務責任適用之部分，也一併被排除在外，此種現象觀察實務見解尤為明顯，部分在醫療院所進行的健康檢查服務、產後照護服務、老人安養照護服務無消保法之適用，甚至是學說上普遍肯定仍應適用消保法之醫護服務，例如醫療機構地板濕滑導致病人受傷、精神病患趁隙於醫院內自殺³²²，亦能發現有部分實務見解將此歸類為醫療糾紛，認為無消保法之適用。

學者試圖針對醫療服務為特別處理，無可避免的就是醫療服務如何認定，尤其是應該以什麼標準加以界定始為合理，在在充滿著考驗，若範圍界定失當除了影響被害人權益外，也可能會造成對提供相同或類似服務之業者為不合理之差別對待，例如，實務見解有認為中醫診所提供之推拿服務為醫療行為，無消保法之適用³²³，設若提供推拿服務者為國術館或民俗療法業者，可否也認定為係醫療行為³²⁴？設若醫療院所提供美容療程，對求診者進行雷射，可以被解釋為醫療行為³²⁵，則一般美容院提供之雷射美容療程是否亦可認定為醫療行為³²⁶？若是，則醫療行為之概念是否過於廣泛，不足以保護被害人之人身及財產安全性；若否，為何相同之服務項目因為實施者之不同而待遇不同，是否合理，亦有待商榷。

準此，將醫療服務排除於消保法之適用範圍外，並非達成合理限制醫療服務提供者責任之好方法，不但學說及實務對醫療服務之範圍有許多不同看法，更可能造成醫療服務之概念被不當操作，尤其是醫療服務之範圍遭擴大解釋之結果。


³²²詹森林（2012），〈消費者保護法服務責任之實務問題－最高法院 96 年度台上字第 656 號判決、99 年度台上字第 933 號裁定及其原審判決之評析〉，《法令月刊》，63 卷 1 期，頁 5。

³²³請參閱台灣基隆地方法院 98 年度醫字第 1 號判決、台灣台北地方法院 93 年度醫字第 1 號判決。

³²⁴相關民事糾紛請參閱台灣高等法院台中分院 100 年度醫上易字第 3 號判決、台灣高等法院台中分院 99 年度醫上易字第 4 號判決，然法院並未對系爭案件有無消保法之適用表示意見。

³²⁵請參閱台灣台北地方法院 100 年度醫字第 8 號判決、台灣台中地方法院 100 年度醫字第 15 號判決。

³²⁶相關民事糾紛請參閱台灣桃園地方法院 99 年度訴字第 612 號判決，然法院並未對系爭案件有無消保法之適用表示意見。



綜上所述，避免責任氾濫失控固為一個必須嚴正看待的議題，然而，為達成此目標的方法，並非將精力集中於服務的定義或服務範圍的界定，蓋不論如何界定、限縮、排除皆無法提出一個放諸四海皆可施行的標準，難免會有掛一漏萬、前後不一貫之處。或許，一個可以思考的方向是回歸服務責任之構成要件，尤其是如何妥適解釋及適用「提供服務欠缺安全性」，此一居於關鍵地位的構成要件，以達成合理分配現代意外事故所造成之不幸損害此重要目標。

第四章 服務安全性欠缺與過失



第一節 安全性欠缺之概念與認定

一般認為消保法之服務責任屬於無過失損害賠償責任之規定，其出發點為面對現代複雜社會生活中，眾多難以避免的不可知或不確定損害事故，基於風險分配正義的理念，在無辜的被害人與無辜的服務提供者間作一選擇，決定如何在當事人間合理分配損害與承擔風險³²⁷。然而，既然服務責任之立法目的，係為了將在服務提供過程中所潛藏的風險，在被害人與企業經營者間作合理的調整與分配，即意味著服務責任並非毫無限制地保護被害人，而是在宣示何種風險應予轉嫁的同時，亦表明何種風險不予轉嫁。

所謂無過失責任不是絕對責任、結果責任或擔保責任，並非要求企業經營者就其提供服務所造成的任何損害結果皆須負責，亦非擔保提供之服務絕對不會造成任何損害³²⁸。針對損害的結果究竟應以何種標準始能合理分配損害、承擔風險，「安全性欠缺」此服務責任之歸責事由即居於關鍵地位。「安全性欠缺」即是針對損害的結果，決定是否應該重新合理分配損害風險，其功能在正當化企業經營者為何應就損害結果之發生負責，同時也設定被害人保護的界限，作為合理限制企業經營者服務無過失責任之標準。

³²⁷陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17期，頁90。

³²⁸張譯文（2012），〈論商品安全性欠缺〉，頁93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36期，頁68。

接下來的問題是，安全性欠缺之概念內涵為何？在具體個案中應如何加以認定？消保法將商品責任與服務責任併列加以規範，二者在構成要件及法律效果方面並無不同之處，皆以安全性欠缺作為歸責事由。然而，相對於服務責任而言，商品責任之理論發展較早、體系較為完備、學說討論亦較為豐富，因此，在解釋、認定服務安全性欠缺時，基本上應得參考商品安全性欠缺之解釋與認定³²⁹。而所謂服務之提供欠缺安全性，係指服務提供未能符合可合理期待之安全性，準此，對於服務提供的安全性期待究竟應如何加以理解，尤其是應以誰的角度加以觀察、判斷即成為服務責任的關鍵所在。

第一項 誰的合理期待？

在 2003 年消保法及其施行細則修正前，消保法第 7 條第一項規定：「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。」所謂「安全或衛生上之危險」，依修正前之消保法施行細則第 5 條第一項規定：「商品於其流通進入市場，或服務於其提供時，未具通常可合理期待之安全性者，為本法第 7 條第一項所稱安全或衛生上之危險。但商品或服務已符合當時科技或專業水準者，不在此限。」若單純就法條文義進行觀察，商品與服務應具備「通常」可合理期待之安全性，似乎係採取一般消費者之觀察角度。

此外，依據修正前消保法施行細則之立法說明，此項就安全或衛生上危險所為之定義性規定，係參考歐洲共同體 1985 年 7 月 25 日關於產品責任指令第 6 條及德國產品責任法第 3 條而設³³⁰。前者於第 6 條第一項中規定：「斟酌下列各

³²⁹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁37。

³³⁰行政院消費者保護委員會編印（1995），《消費者保護法施行細則研訂資料》，頁441。關於歐

款及其他一切情事之判斷，產品未提供人們可正當期待之安全性者，為有欠缺。」準此，欠缺之概念為不具備一定之安全性期待，而且是採取人們即一般大眾之觀察角度³³¹。後者則於第 3 條第一項中規定：「產品經斟酌所有之情況，尤其係下列情況，未提供得被合理期待之安全性者，為有欠缺。」雖然在法條文字上未明確揭示欠缺的觀察角度為何，但是德國學說傾向認為應以外行、不具專業知識背景的消費者標準，作為安全性欠缺論斷之依據³³²。而我國消保法既然是參考外國立法例而制定，在無特殊原因及考量的情況下，在解釋、適用時，上開比較法之見解即有相當的參考價值。

然而，消保法及施行細則於 2003 年進行修正，現行消保法第 7 條第一項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」與舊法相對照可以發現，舊法所規定之「通常」可合理期待之文字已遭刪除，並插入符合當時科技或專業水準等文字，此次修正立法者是否有意改變安全性欠缺之觀察視角，則有不同看法。

第一款 學說見解

在消保法修正前，我國學說及實際上深入討論可合理期待之安全性是以誰的角度出發者並不多，不過大致上皆同意應以一般、外行消費者之角度來評價安全

洲共同體 1985 年 7 月 25 日瑕疵產品責任指令之中譯文，請參閱劉春堂譯（1995），收錄於《外國消費者保護法》，3 輯，頁 158 以下，台北：行政院消費者保護委員會編印；德國產品責任法之中譯文，請參閱王廷瑞譯（1995），收錄於《外國消費者保護法》，3 輯，頁 68 以下，行政院消費者保護委員會編印。

³³¹張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 101，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 37-38；劉春堂著譯（1996），《消費者保護與消費者法》，頁 126，台北：行政院消費者保護委員會編印。

³³²張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 102，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

性是否欠缺³³³。在消保法修正後，學說上有認為此次修正僅是立法者單純移列法條文字，無關法條內容之實質修正³³⁴，若依此見解，修正前後之規範並無實質上之差異，因此安全性欠缺的觀察角度亦未變更，不論修正前後，皆是以一般外行人觀點下的合理期待作為判斷標準。

惟有不同見解認為，此次修正已不僅是單純的法條文字移列，而是根本變動了安全性欠缺之觀察角度³³⁵。理由在於，依據新法規定，所謂安全性欠缺是指商品於流通進入市場或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，依據此定義，所謂安全性欠缺是一種可合理期待之安全性，而安全性是否欠缺的判斷，必須取決於商品流通進入市場或服務提供當時的科技或專業水準。準此，安全性欠缺的判斷標準，已經由一般消費者觀察角度下的外行人水準，變更為企業經營者觀察角度下的專業者水準³³⁶。然而，學者亦表示為改善消費者或被害人法律地位，亦即在實體上，消費者或被害人的損害可以獲得充分、確實的賠償；在程序上則可以獲得迅速、簡易的賠償，安全性是否欠缺唯有採取外行人判斷標準始能達成此目標。在現行法之架構下，解釋論上可以努力的方向是，將修正後消保法第 7 條第一項規定文字予以切割，一方面無視於當時科技或專業水準等文字，將安全性欠缺理解為一般消費大眾等外行人水準之通常可合理期待之安全性，他方面將當時科技或專業水準等文字，理解為發展上危險意

³³³陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 90 以下；邱聰智（2005），〈消費者保護法上商品責任之探討〉，廖義男（等著），《消費者保護研究（二）》，頁 61，行政院消費者保護委員會編印。

³³⁴詹森林（2003），〈消費者保護法增訂及修正條文要旨〉，《台灣本土法學雜誌》，45 期，頁 212-213。

³³⁵吳淑莉（2015），〈從美國商品責任法論我國消保法商品責任之客觀歸責事由〉，《中原財經法學》，35 期，頁 23；陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 34-36。

³³⁶陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 34-36。

義下的嚴格科技或專業水準，並以之作為例外情形下企業經營者之免責事由³³⁷。

另有見解認為應對「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」分段加以觀察。由於在不同時空與科技背景下，將產生不同的安全性期待，而「當時科技或專業水準」僅是在具體化可合理期待的安全性，提供安全性期待一項考量因素與判斷時點，至於安全性期待是以誰的角度加以觀察，則並未加以說明。因此，在解釋上可能是參考當時科技或專業水準所得出的「內行專業者期待」，亦可能是參考當時科技或專業水準所得出的「外行消費者期待」。簡言之，其認為在現行法之法條文字下，專業者觀點或是外行人觀點，均有可能在法條文義範圍之內。然而，安全性欠缺之觀察角度，必然與其政策目的息息相關。消保法責任之核心意旨為保障社會對於分工機制之信賴，是故安全性之期待與信賴，應從消費者之觀察角度出發³³⁸。

第二款 實務見解

我國實務對於安全性欠缺之概念內涵，是否亦隨著將舊消保法第 7 條第一項及施行細則第 5 條第一項之文字合併規定而有所改變，值得觀察。台灣高等法院 95 年度消上字第 3 號判決表示：「次按修正前消保法第 7 條第一項規定：『從事設計、生產、製造商品之企業經營者，應確保其提供之商品無安全上之危險』；施行細則第 5 條規定：『商品於其流通進入市場時，未具通常可合理期待之安全性者，為本法第 7 條第一項所稱安全或衛生上之危險』。修正後消保法第 7 條第一項規定：『從事設計、生產、製造商品之企業經營者，於提供商品流通進入市場時，應確保該商品符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』。足見修正

³³⁷陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 57-64。

³³⁸張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 103-107，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。


前消保法第 7 條第一項係採『通常可合理期待之安全性』標準，修正後則採『科技或專業水準可合理期待之安全性』，本件自應適用消保法修正前之判定標準。」



由此以觀，本件實務見解似乎認為「通常可合理期待之安全性」與「科技或專業水準可合理期待之安全性」為不同之判斷標準，惟於判決書中並未詳細探究兩者之相異點究竟為何，甚為可惜。

若對我國實務見解進一步觀察，法院判決將通常、一般大眾可合理期待之安全性，與現行條文規定之科技或專業水準可合理期待之安全性兩者予以混用之情形並非少見。例如台灣高等法院 102 年度上易字第 71 號判決表示：「是依一般社會大眾之合理期待，馬偕醫院淡水院區除應提供醫療服務外，自尚應包括隨時提供一安全之空間以保障就醫民眾免於因前往接受醫療服務時受到其他之傷害．．．．．而系爭事故發生時，馬偕醫院淡水院區內走道上既遺留有水漬，導致上訴人踩踏而不慎滑倒，馬偕醫院所提供之服務，自尚未符合當時專業水準可合理期待之安全性，而馬偕醫院就其提供醫療服務之場所業已充分符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性等情，復未舉證以實其說，其就上訴人因系爭事故所受之損害，自應負損害賠償責任。」

又例如台灣高等法院台南分院民事判決 98 年度上字第 210 號判決，其謂：「次按從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性；又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。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任，消保法第 7 條第一項、第三項，分別定有明文。又消保法第 7 條所謂企業經營者提供服務時，應確保該商品或服務符合專業水準可合理期待之安全性，係指企業經營



者應保障其所提供之商品或服務本身之安全性，以保護使用此一商品或服務之消費者，不會因商品或服務欠缺可合理期待之安全性而遭受危害。經查，被上訴人之嘉義垂楊店係西式速食自助式餐廳，乃提供商品與服務混合之餐飲服務，而餐飲服務之範圍，在入內飲食之情形，依一般社會大眾之合理期待，除提供符合安全衛生之食品外，應包括提供安全之用餐環境，亦即為達到提供餐飲服務之目的，應有提供安全用餐環境之附隨義務。而一般消費者至自助式速食餐廳消費，可合理預期企業經營者提供符合衛生標準之飲食及符合安全之用餐消費空間，故可合理期待業者提供之飲食及用餐環境本身符合安全衛生之要求。」

上開所舉例之二則判決皆應適用現行消保法第 7 條之規定，然於闡釋安全性欠缺之內涵時，則將科技專業水準與一般大眾之合理期待夾敘夾議，並未嚴予區分。此外，亦有應適用現行法的實務見解，於判斷安全性欠缺時，明確表示其參考舊法時代的最高法院見解，例如台灣高等法院 100 年度保險上易字第 9 號判決謂：「而上開第 7 條所稱之『服務』，應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險者而言。又所謂『安全或衛生上之危險』，係指服務於提供時，未具通常可合理期待之安全性，且未符合當時科技或專業水準者而言，而是否具備通常可合理期待之安全性，則應以提供服務當時之科技及專業水準，以及符合社會一般消費者所認知之期待為整體衡量（最高法院 90 年度台上字第 709 號判決意旨參照）。」

循上而論，我國實務見解似乎並無明顯意識到修法將通常、一般大眾可合理期待之安全性，修改為科技或專業水準可合理期待安全性，所可能造成安全性欠缺之觀察視角，亦從外行消費者改變為內行專業者的問題。於解釋安全性欠缺時，將新舊法時代之法條、見解予以混合使用者所在多有。然而，撇開法院在解

釋法條時，字面上將通常可合理期待之安全性以及當時科技或專業水準夾敘夾議的情形，法院實際上究竟是從外行消費者的觀點出發，抑或以內行專業者的觀點闡釋安全性欠缺，毋寧是更重要的議題，對此，本文將於本章第三節為進一步分析。

第三款 本文見解

依據修法過程之討論及學者之分析，應認為 2003 年之修法並未實質變更消保法之內容，從而安全性欠缺之觀察角度在修法前後皆無變化。而判斷安全性之合理期待究應採取何種觀察角度，則與服務責任之政策目的有緊密關聯。既然消保法第 7 條之規範目的是基於公平與分配正義的觀點，認為傳統以過失有無作為分配損害或承擔風險的標準，已經無法因應現代文明社會充滿危險事故的特質，為加強保護意外事故的被害人，遂以安全性欠缺之概念取代過失之概念，令企業經營者負擔更重的損害賠償責任，使被害人損害賠償請求權朝向容易成立的方向邁進。而過去以專業者觀點判斷企業經營者或行為人過失之有無，或是部分實務見解以專業者觀點作為安全性欠缺的判準，皆無法達到在企業經營者與被害人間，重新合理分配損害與承擔風險之目的，也無法改善接受服務，卻發生不幸意外事故之被害人的法律地位，因此，若欲更確實有效的保護被害人，使其得以充分、確實地獲得賠償，採取外行人觀點判斷安全性欠缺即為一個值得努力的方向。

第二項 安全性欠缺之認定

關於 2003 年消保法及施行細則之修正，是否已經實質改變安全性欠缺之判斷標準雖然仍有爭論，惟不論採取何種看法，大致上皆肯定在法條解釋及適用

上，應該以外行人水準作為安全性欠缺的判斷標準為努力方向³³⁹，已如前述。準此，服務之提供欠缺安全性，應係指企業經營者所提供之服務，未具通常欠缺專業知識、經驗或技術的一般社會不特定多數人客觀上所能正當、合理期待的安全水準。

消保法施行細則第 5 條進一步規定：「本法第 7 條第一項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」因此，服務是否欠缺安全性，應參酌上開三項因素予以綜合判斷。一般而言，在通常條件或可合理預測之條件下接受服務，損害之發生越是無法正當預期或損害之程度越是嚴重，在一般人眼光中越容易被認為是不正常或不合理的危險，也因此較容易被認定為安全性欠缺。相反的，被害人越是不合理接受服務，例如接受服務時不配合或採取杯葛抵制措施，因此導致損害發生，較容易被認定為無安全性欠缺³⁴⁰。

以之前提出之【東賓旅社失火案】為例，被害人於旅館內住宿、休憩，亦未有不合理接受服務之情形，例如在旅館內任意點燃火燭、燃燒物品，卻發生火災導致被害人不幸窒息死亡，不論火災發生原因是旅館內電線短路所致，抑或鄰近建物失火因火勢難以控制而蔓延至旅館，皆已逾越一般消費大眾所能接受、想像的範圍，屬於服務欠缺安全性之案型。

同樣地，在【八仙粉塵爆炸事件】中，被害人僅是在舞池跳舞、玩樂，亦未

³³⁹陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究-以責任成立之爭議問題為中心》，頁 56，國立政治大學法律學研究所碩士論文；許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 108，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁 45，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

³⁴⁰陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 101。

有任何不正常接受服務的情形，現場卻突然發生爆燃導致多人嚴重燒燙傷或死亡，此種危險已經超出一般人通常所能認識或預見之程度，屬於不正常或不合理之危險，企業經營者應承擔此種危險所造成之不利益。



再以先前提及之台灣高等法院 93 年度上字第 1064 號判決（【肝臟血管攝影併發症案】）為例，被害人至被告醫院進行肝臟血管攝影等身體健康檢查，卻因系爭攝影檢查造成急性脊髓梗塞症而下肢癱瘓。據醫事審議委員會之鑑定書表示：「肝臟血管攝影檢查可能造成症狀，一般是與攝影中使用的對比劑有關，症狀可分為一般症狀，如口乾舌燥、有焦熱感和想嘔吐，以及對比劑過敏症。」而法院調查證據後認定，在進行肝臟血管攝影前，填具之同意書中已列出可能發生之併發症及副作用，並要求患者或家屬等關係人對副作用或併發症之說明如有疑問，在立同意書前詢問有關之主治醫師，被害人之配偶亦曾在該同意書簽名證明已瞭解可能發生之副作用及併發症，同意接受攝影檢查。

確實，對一般外行人而言，其根本無相關專業知識知悉並理解進行肝臟血管攝影檢查可能產生何種副作用，因此，一般社會大眾需要仰賴專業者將相關資訊釋放，通常一般人亦會合理期待提供服務之企業經營者踐行告知、說明、提醒或建議程序，使其得以評估、考慮是否接受系爭肝臟血管攝影檢查。設若確實如法院調查證據之結果，醫事人員已在肝臟血管攝影檢查前確實、充分地告知相關風險，被害人於瞭解對其作成決定有重大影響之資訊後接受服務，最後發生醫事人員所告知的相關併發症及副作用，例如被害人出現口乾舌燥、焦熱感或嘔吐感之不適症狀，此時應評價為服務並未欠缺一般人可合理期待之安全性，此種風險應為被害人應自行承擔之範圍。

然而，系爭案件所發生者卻是被害人因此罹患急性脊髓梗塞症，並導致下肢

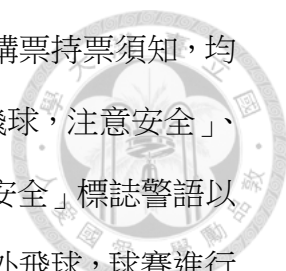
癱瘓的結果，此種危險的嚴重性已經遠遠超出一般人通常所能合理認知或期待之程度；再者，被害人係因醫師建議接受肝臟血管攝影，於過程中並無任何不遵守醫囑之處，遇有身體不適情形亦立即向醫師反映，系爭肝臟血管攝影所造成之危險對一般外行人而言，應可評價為不正常及不合理之危險。

至於在具體個案中究竟何種危險屬於不正常或不合理的危險，將由受理損害賠償訴訟的法官，代表一般社會大眾之觀點，基於外行人水準加以認定³⁴¹。事實上，除了已經量化之概念外，法律概念或多或少都具有判斷的不確定性，換個角度觀察，也可以認為此係法律概念在解釋與適用上所具有之一定彈性。因此，儘管認定何為一般人可合理期待之安全性，看法見仁見智，結論也因人而異，若是站在外行人之角度，並綜合消保法施行細則之考量因素綜合判斷何為安全性欠缺，涵攝於具體個案之中即使得出不同的結論，亦為法律解釋、適用之常態，並非安全性欠缺此概念過於抽象難以操作，或無客觀標準可資依循的問題。

以台灣台北地方法院 100 年度消字第 21 號判決為例，案例事實略為，被害人購票前往觀賞於新北市立新莊棒球場主辦之職棒比賽，卻於比賽進行中，遭選手擊出之平飛球擊中左眼，並受有眼鏡破裂，及左眼挫傷、角膜破皮、創傷性眼前房出血、青光眼、上眼瞼撕裂傷、外傷性眼眶內壁骨折併眼球凹陷等傷害，雖經治療矯正，左眼視力亦僅餘 0.05，無法回復受傷前之視力狀況，遂依消保法第 7 條等規定請求損害賠償。

暫且不論系爭判決是否將安全性欠缺與過失兩概念相混淆之問題，結論上法院認為被告並未違反消保法之規定，理由略為被告已為充分之警告標示足以使一

³⁴¹陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 59；劉春堂著譯（1996），《消費者保護與消費者法》，頁 126，台北：行政院消費者保護委員會編印。



般人知悉可能有遭飛球擊傷之風險，例如購票證明聯之背面或購票持票須知，均有註明「球場中請小心飛球注意安全」或「球賽期間，請小心飛球，注意安全」、於球場內野觀眾席間每格 1 至 2 根柱子張貼「小心飛球、注意安全」標誌警語以及比賽前之現場播報內容，會提醒注意球員擊上看台之強勁界外飛球，球賽進行中如有界外球產生，即會以事先錄製好之電腦音效檔廣播警告「界外球，請注意安全」。再者，法院認為棒球飛出場外，屬正常棒球比賽進行中之必然結果，觀看棒球比賽之一般人應有所認知棒球可能飛入觀眾席之危險，因此，消費者為避免可能遭棒球擊傷危險，應該自己作出選擇，或選擇有擋網的位置，或是享受視野清晰之臨場感，甚或享受接取界外球之樂趣，但須承受一定之遭球擊中風險，因此本件服務之提供並無欠缺安全性。

準此，本件法院認為觀看棒球比賽可能有遭飛球擊中之危險，應已為一般、外行人所知悉，而且企業經營者亦充分釋放此種危險可能發生之資訊，使消費者得以自行衡量是否觀看現場比賽，以及是否選擇有較充足防護措施之座位，從而，本件服務之提供並未違反一般消費者所期待之安全性，企業經營者無須為此種損害負責。

相同的案例事實，於界定一般人可以正當合理期待之標準時，也可以更高標準看待，進而認為一般外行之社會大眾可能無法知悉觀看球賽可能會不幸遭飛球擊中，或是無法理解被飛球擊中所造成之傷害可能相當嚴重，甚至雖然知悉有被擊傷之風險，但仍然合理期待擁有充分資金或經驗之企業經營者會施以更完善的保護措施，使其能享有安全無虞的觀賽環境，而且系爭個案之警告標示也可能被評價為不夠充分，例如購票證明聯背面或購票持票須知密密麻麻皆是文字，無法使一般人一目了然，清楚知悉可能發生之危險；警語牌有視角上的障礙，並非所有觀看球賽之人皆能看清楚警語牌所欲傳遞之內容，尤其本件係於夜間進行比

賽，光線相當昏暗，更增添辨識上開內容的難度；抑或縱使現場有廣播警告，但是球場人聲嘈雜，加油聲、吶喊聲此起彼落，根本難以辨明廣播之內容為何，綜合以上情形而傾向認定企業經營者提供之服務欠缺安全性。



本文認為若法院能擺脫一直以來專業觀點的拘束，改以外行人觀點評價服務有無欠缺安全性，不論具體個案解釋、適用安全性欠缺得出何種結論，均符合消保法服務責任企圖重新合理調整、分配意外事故風險的立法目的。

第三項 小結

消保法及其施行細則於 2003 年歷經修正，雖然對於該次修正有無變更安全性欠缺的觀察角度有不同見解，惟為貫徹在企業經營者與消費者間，合理分配損害與承擔風險之立法意旨，在解釋、適用現行消保法服務責任之規定時，安全性欠缺之判斷標準，仍應採取一般消費者或社會大眾觀點下的外行人水準。因此，所謂服務欠缺安全性應理解為服務提供本身，客觀上對一般不特定人或社會大眾而言，不具備通常可合理期待之安全性，而在形塑一般消費者期待之內涵時，應綜合消保法施行細則第 5 條之考量因素予以判斷。最後，在具體個案中，實際上將由法院代表一般消費者或外行人，對於何種危險係屬不正常或不合理的危險表示意見，進而形塑外行人觀點下的安全性標準。

第二節 過失之概念與認定

關於過失之意義，民法並未明文規定，向來學說見解有依據刑法第 14 條之規定，將過失解釋為行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者；

或對於構成侵權行為之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者。據此，所謂過失是指行為人未盡一定必要之注意的心理狀態³⁴²。過失之成立係以行為人對於損害之發生有預見及避免可能性為前提³⁴³。理論上，行為人是否已盡一定必要之注意，應以行為人個人之注意能力作為判斷標準，為主觀的過失概念³⁴⁴。

惟在主觀的過失概念下，過失的判斷將以行為人是否盡其個人之注意能力為準，不足以維持社會共同生活秩序，保障一般人之權益不受侵害，因此，關於行為人的注意能力，我國實務³⁴⁵及學說³⁴⁶採取善良管理人之注意程度，作為判斷行為人是否違反注意義務之標準。所謂善良管理人之注意程度，係以與行為人從事相同職業活動，或與行為人具有相同社經地位或背景，在社會一般通常觀念，擁有相當專業知識、技術、經驗且勤勉、謹慎、負責之人，在相同情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準。其認定過程係將行為人具體的現實行為，與善良管理人在同一情況下的當為行為作比較，若認定兩者有所差距，即行為人之行為低於注意標準時，為有過失³⁴⁷。此種過失概念是依客觀上一般、抽象的情事而為判斷，係一種客觀化或類型化的過失標準³⁴⁸。

³⁴²王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 333，台北：自刊；林誠二（2010），《債法總論新解—體系化解說—（上）》，頁 320，台北：瑞興圖書。

³⁴³王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 333-334，台北：自刊；陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 56，台北：元照；楊佳元（2005），〈侵權行為過失責任之體系與一般要件〉，《臺北大學法學論叢》，56 期，頁 243-244。

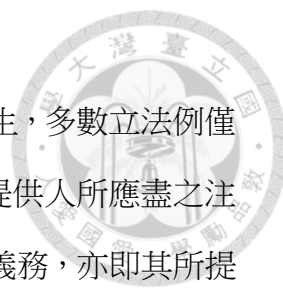
³⁴⁴陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 35。

³⁴⁵最高法院 19 年上字第 2746 號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任，但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」最高法院 26 年鄂上字第 3 號判例：「因失火燒毀他人房屋者，除民法第 434 條所定情形外，縱為輕過失而非重大之過失，依民法第 184 條第一項之規定，亦應負損害賠償責任。」

³⁴⁶王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 333-334，台北：自刊；林誠二（2010），《債法總論新解—體系化解說—（上）》，頁 322，台北：瑞興圖書；陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 56，台北：元照。

³⁴⁷王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 334，台北：自刊；陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 56-59，台北：元照；陳忠五（1999），〈校園學生事故中應負損害賠償責任之人〉，《台灣本土法學雜誌》，1 期，頁 81-82。

³⁴⁸王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 334-335，台北：自刊；陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 60，台北：元照；林誠二（2011），〈論過失與不作為侵權行為之認定〉，《台灣法學雜誌》，178 期，頁 115；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院



就比較法而言，如有因服務導致消費者受有損害之情事發生，多數立法例僅於該服務提供人有故意或過失時，始負賠償責任，惟對於服務提供人所應盡之注意義務，原則上亦從嚴要求，此項注意義務同樣為客觀之注意義務，亦即其所提供之服務，應符合一般合理且謹慎之服務提供人在具體情況中，所應有之標準，服務提供人不得以其個人生性疏忽或欠缺效率，作為抗辯事由³⁴⁹。

以【蒸氣太空艙排風管掉落案】為例，被害人躺臥於蒸氣太空艙內進行護理療程，卻遭原應安裝在上蓋右側之塑膠排風管擊中，致右眼水晶體移位脫落。依據法院認定的事實，本件意外之發生原因為系爭排風管經過長期使用，伸長壓縮及不同角度之彎折等動作，排風管之進風口元件之卡榫片發生磨損破斷，而導致排風管在使用中掉落。服務提供人雖辯稱平時有依據蒸氣太空艙進口公司所說明之流程保養，惟法院認為服務提供人於太空艙保固期滿後即由員工自行檢查及保養，並未委請專業人員進行保養，以免發生脫落之意外，應負過失侵權責任。換言之，法院認為一個謹慎、勤勉、有相當專業知識的護理療程服務提供人，縱使在機器之保固期間經過後，也會委請專業維護人員定期對機器進行檢查及保養，尤其是隨著機器使用期間日益增長，發生危險之可能性亦與日俱增，與嶄新的機器相較，更需要專業人員提供更詳盡、更全面之檢查及維護，以防範可能發生之意外傷及顧客，若僅是由員工自行檢查及保養，並未達到一般合理且謹慎之服務提供人，在具體情況中應有之標準，為有過失。

然而，縱使對注意義務應從嚴要求，惟在許多情況下，行為人對損害之發生無預見及避免可能性時，仍無法評價為有過失。以【八仙粉塵爆炸事件】為例，

肩難產案) 判決評釋》，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 34-37。

³⁴⁹詹森林（2012），〈消費者保護法服務責任之實務問題－最高法院 96 年度台上字第 656 號判決、99 年度台上字第 933 號裁定及其原審判決之評析〉，《法令月刊》，63 卷 1 期，頁 62。

若整起事件經過調查，八仙樂園確實僅扮演出租人之角色，純粹將場地出租於玩色創意國際公司與瑞博國際整合行銷公司舉辦活動，站在以出租場地為業之企業經營者角度以觀，一般而言，其義務應為提供具有安全性之場地交由承租人，使其能在承租期間不受干擾完滿使用，至於承租人要舉辦何種性質之活動、對於整體活動應如何規劃與安排、活動中應使用那些設備及器材，應非出租場地之業者所能影響及管控，而應由活動主辦人就系爭活動加以妥善規劃，並負起相關責任。若要求八仙樂園必須檢查所有活動中使用之設備及器材並確認皆安全無虞，例如，對此件意外發生最具直接關聯之彩色粉霧事先加以送驗、調查，確認有無危險性，課予此種注意義務似乎過於嚴苛。尤其，在此次事件發生之前，確實知悉彩色粉霧有爆燃危險者少之又少，在沒有任何損害發生之徵兆以前，檢查、確認所有活動使用設備、器材過於不切實際。準此，設若八仙樂園純粹僅為活動場地之出租人，實難認為其對於損害之發生，有違反善良管理人注意義務之處。

在眾多專門職業當中，學說上討論較為熱烈者仍為醫療過失之概念與認定。與其他服務提供人或專門職業人員相同，醫療過失概念亦是一種客觀化的過失標準，亦即醫療機構或醫事人員應盡一般理性專業的醫療機構或醫事人員處於相同情況下應有的注意程度³⁵⁰。而在醫療過失應如何判定，究應以醫療常規作為注意標準，或是醫療準則作為注意標準，抑或採理性醫師的注意標準，學說及實務或有不同看法³⁵¹。但觀察上述不同標準，所謂醫療常規為醫師之間依其職業上通常之實務操作所形成之醫療慣行；醫療準則為各種醫療專家對於各種醫療行為，集體制定的醫療行為規範，作為醫師個別執行醫療行為時之參考；理性醫師注意標準即以有經驗之專科醫師之專業能力來認定是否有過失³⁵²，這些標準卻都指向一個共同點，以醫療專業者之角度看待問題。

³⁵⁰陳忠五(2015)，〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁9-10；陳聰富(2011)，〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127期，頁397-398。

³⁵¹詳細論述請參閱陳聰富(2011)，〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127期，頁349-410。

³⁵²陳聰富(2011)，〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127期，頁349-410。



再以【肝臟血管攝影併發症案】為例，法院認為醫師安排病患進行肝臟血管攝影檢查之行為、執行本件肝臟動脈血管攝影手術，以及病患表示下肢麻木後之術後照護行為皆無過失，絕大多數係依據醫事審議委員會之鑑定結果而為判斷，而這些鑑定意見皆為立於醫療專業觀點下建構的行為準則。此外，本件另一個重要爭點為，進行肝臟血管攝影檢查之前，醫師有無告知病患相關併發症及其風險。對此，鑑定意見表示，因肝臟血管攝影檢查導致急性脊髓梗塞症非常罕見，國內未曾發生同樣病例，文獻上亦查無此種案例，因此並不屬於醫師施行肝臟動脈血管攝影檢查前應告知之事項，上開意見為法院所採。

對於醫療機構或醫事人員是否已盡醫療告知說明義務，學說上有提出理性醫師標準、理性病患標準與具體病患標準三種見解³⁵³。理性醫師標準係將說明義務的範圍和內容交由醫療專業判斷，換言之，係以一個理性醫師在系爭個案之情況下，都會告知病人的資訊為判斷標準³⁵⁴。而在本件中，由於肝臟動脈血管攝影檢查導致急性脊髓梗塞症過於罕見，一個理性醫師可能根本無法預見會在檢查後產生此種併發症，因此未告知病患此種風險，應認為並未違反告知說明義務。

理性病患標準係主張，告知的範圍及程度應由一般理性的病人，在系爭個案的情況下，都會想要知道的資訊為準³⁵⁵；而具體病患標準則是認為應依據個別

³⁵³吳淑莉（2016），〈論醫療法上違反告知後同意法則之侵權責任〉，《法令月刊》，67卷2期，頁43-45；陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁14-16；陳聰富（2009），〈醫療法：第六講 告知後同意與醫師說明義務(下)〉，《月旦法學教室》，82期，頁66-69；楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁28-29。

³⁵⁴陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁14；楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁28-29。

³⁵⁵陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁14-15；楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁29。

病患主觀上認知或期待提供的醫療資訊為準³⁵⁶。然而，縱使改以病患角度進行觀察，告知說明程度亦不可能漫無邊際，最終仍應以醫療機構或醫事人員可以合理預見的範圍為標準，且應限於與治療有關或必要的資訊，或依病患主訴的病情，或依醫療給付目的而作不同認定，凡此仍然無法擺脫理性醫師標準所強調的醫療專業判斷。因此，在醫療過失責任原則下，不可能完全基於病患的觀點，以決定醫療資訊提供的內容或範圍，只要以過失作為歸責原理，專業者的判斷仍有其無法取代之地位³⁵⁷。

綜上所述，為加強維護社會共同生活秩序，保護被害人權益免於受侵害，通說及實務係以善良管理人之注意程度，作為判斷行為人是否違反注意義務之標準。在認定行為人之具體現實行為，是否與善良管理人之抽象當為行為模式相符合，則須以與行為人從事相同職業或具有相同社經地位或背景之人，應有之專業經驗、技術或水準作為標準，此為一種專業者的判斷標準。再者，行為人應盡善良管理人之注意，亦即只有與行為人處在相同具體情況下的善良管理人，客觀可得預見及可避免時，始有過失之成立；若在具體情況下，善良管理人亦無預見及避免可能性時，仍無法評價為行為人有過失。

第三節 兩者混淆不清之現象

消保法服務責任以安全性欠缺取代過失，作為正當化企業經營者應負責任的要件，安全性欠缺與過失為不同之歸責事由，二者在概念與內涵上有所差異，在解釋與適用上亦應有所區別。然而，觀察我國實務見解可以發現，安全性欠缺與過失二種概念間經常出現混淆不清的現象，以下將舉出三則具有代表性的案例加

³⁵⁶陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁15。

³⁵⁷吳淑莉（2016），〈論醫療法上違反告知後同意法則之侵權責任〉，《法令月刊》，67卷2期，頁45；陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁15-16。

以分析、說明。



第一項 KTV 槍擊身亡案

第一款 案例事實與判決摘要

本件案例事實略為，被害人至錢櫃 KTV 消費時，隔壁包廂之訴外人為嚇阻友人繼續爭吵，先朝天花板開槍，再朝包廂隔間牆射擊，詎料子彈穿越隔間牆，導致被害人背部中彈身亡。被害人之父母、子女及配偶主張錢櫃 KTV 之隔間牆設施保護強度不足，且其服務生未留意包廂內發生槍擊事件，並及時前往查看、處理，故錢櫃 KTV 所提供之服務不具可合理期待之安全性且有過失，遂依消保法第 7 條第三項及民法債務不履行之規定，請求錢櫃 KTV 負損害賠償責任。

於論斷服務責任是否成立時，第二審法院（台灣高等法院 95 年度消上字第 1 號判決）區分「包廂隔間牆設施」以及「服務人員」二部分，分別予以判斷是否符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。

對於「包廂隔間牆設施」部分，法院表示，「被上訴人提供之 KTV 包廂隔間牆設施，於 89 年內部裝修完工後，即取得主管機關發給之合格證明，於本件槍擊案發生當時亦通過台北市政府消防局之安全檢查，有室內裝修合格證明、主管機關變更使用執照可證」、「消費者至 KTV 消費，可合理預期企業經營者提供唱歌、飲食，而隔間牆之設置係為提供不同之消費族群各自獨立不受影響之唱歌空間，故消費者可以合理期待 KTV 業者提供之隔間牆具吸音、防火功能。KTV 並非試槍場所，一般人至 KTV 消費，並不會合理預期包廂係供消費者談判、聚眾鬥毆，

故被上訴人之 KTV 包廂隔間牆不須具備防彈功能」、「被上訴人並非治安機關，亦無法律規定 KTV 應設置金屬探測門；而國內百貨公司、電影院、車站等公共場所亦無設置金屬探測門。上訴人主張：被上訴人應於 KTV 內設置金屬探測門等設施云云，與之社會大眾通常觀念不符。」因此，法院認為錢櫃 KTV 提供設施中之隔間牆，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。

關於「服務人員」部分，法院表示，「消費者因喜慶、生日、或其他歡樂事由，除盡情歡唱外，於 KTV 包廂內以跳舞、搖鈴、擊鼓、滑拳、鼓掌、甚或拉炮等方式助興，為社會共同生活經驗。被上訴人忠孝分公司 KTV 所使用之隔間牆，除使用石膏板外，石膏板之兩側，更附著有隔音效果之岩棉厚達 128.6mm，有成功大學建築系暨研究所試驗報告影本可稽。被上訴人當日位於工作平台之服務生，距離 707 包廂較遠，與加害人張雨正隔鄰之 706 包廂，禡博生之友人無法確認係槍聲，被上訴人之服務生更無從分辨」、「又，KTV 包廂講求氣氛，燈光本較黯淡，清潔人員清掃包廂時，垃圾大部分在地上，無法期待其仰頭檢查天花板上是否有彈孔，上訴人主張：被上訴人之服務人員未發現天花板上之彈孔，而有過失云云，亦不可採」、「被上訴人之教育訓練，雖要求服務生『留意包廂內設備是否有故障或損壞』、『留意包廂客人動向、狀況』、『包廂客人有特殊狀況立即退出包廂回報組長』，惟本件前 3 次槍擊發生時，706、707 包廂客人均未按鈴要求服務生到包廂。客人未按鈴，不能期待服務生逕自到包廂查探，打擾客人雅興。被上訴人之服務生在合理狀況，既不知有槍聲，自無進入 KTV 包廂查看及報警義務。」

綜上，法院認為，被上訴人服務生所提供之服務，已符合當時科技或專業水準合理期待之安全性，而無不完全給付之情形。高等法院上開見解與結論，均獲最高法院 96 年度台上字第 656 號判決予以維持，最高法院並無表示不同意見。



第二款 判決評釋

首先，法院區分「包廂隔間牆設施」以及「服務人員」分別論斷責任歸屬，似乎仍舊企圖指出服務提供人哪一個行為、哪一個環節未盡善良管理人之注意義務，應加以譴責、非難。於判斷「包廂隔間牆設施」是否欠缺安全性時，法院之依據為包廂隔間牆設施已取得主管機關發給之合格證明、於案發時亦通過台北市政府消防局之安全檢查等。然而，通過行政機關之安全檢查與取得合格證明等規定，為內行人依其專業知識、經驗所制定之行政上安全標準，是否即等同一般外行社會大眾可合理期待之安全性，有待斟酌。同樣的，之後法院表示並無法律規定 KTV 應設置金屬探測門，亦非站在外行消費者之角度論斷安全性是否欠缺。而且，法院認定 KTV 業者通過行政機關之安全檢查，以及無法律規定 KTV 應設置金屬探測門，前者係為表示 KTV 業者已盡一定之行為義務，後者則為表明 KTV 業者並無進一步設置金屬探測門之義務，實質上皆是在論證 KTV 業者有無盡到一定標準之行為義務，仍未脫離過失之判斷。

更明顯混淆過失與安全性欠缺兩種概念者，應為法院論述「服務人員」的部分。在結論上，法院判斷無安全性欠缺與不構成債務不履行之理由完全相同。若仔細觀察理由構成，消費者除歡唱外可能在包廂內發出各種聲響助興、包廂隔音效果佳、服務生距離案發包廂距離遙遠，因此無法分辨槍聲，無法查知意外之發生；清潔人員清掃包廂，無法預期其仰頭檢查天花板上是否有彈孔；客人未按鈴，不能期待服務生逕自到包廂查探，打擾客人雅興等，均是表達 KTV 之服務人員業已妥善運用其注意能力，已盡善良管理人之注意義務，其行為並無任何疏忽或不當之處，仍舊屬於判斷過失有無之問題。

第二項 汽車旅館毆傷案



第一款 案例事實與判決摘要

本件案例事實略為，被害人入住被告所經營之汽車旅館，當晚就寢後，卻遭 3 名訴外人侵入房間毆打成傷。被害人主張該起事故係因汽車旅館之櫃台員工，當晚未放下車輛進出管制柵欄，且未經照會擅將被害人住宿之房間告知 3 名訴外人，使渠等得以進入被害人房內將其打傷。遂依消保法第 7 條第三項及民法債務不履行之規定，向被告請求損害賠償。

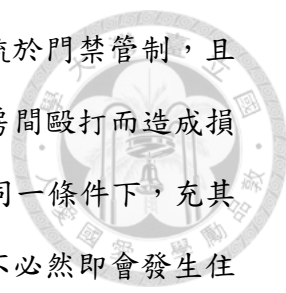
針對服務欠缺安全性之部分，第二審法院（台灣高等法院台南分院 93 年度上字第 201 號判決）表示：「消費者保護法第 7 條第一項所謂服務於提供時，應確保該服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，依同法施行細則第 5 條規定，應就服務之標示說明、服務可期待之合理接受及服務提供之時期加以判斷。據此上訴人許燕能所經營之汽車旅館，提供消費者住宿服務，並非僅提供房間供消費者休息或睡眠已足，尚須維護環境之安全與安寧，以讓消費者享受消費，否則環境喧囂不堪忍受，甚至隨時可能遭受陌生人侵入房間內加以干擾，豈能達到消費之目的？上訴人許燕能徒以已提供旅館業必要之硬體安全設施，對上訴人甲○○之安全已盡保護義務，認已符合消費者保護法第 7 條第一項之規範意旨，而不負保障上訴人甲○○於投宿期間，防免遭受外人侵入毆打之義務，顯與前揭說明相左，非屬的論。」、「上訴人許燕能所經營之汽車旅館，既設有專人管制車輛及人員之進出，且訪客並不能直接進入旅館內尋訪投宿之客人，必須由櫃檯人員通知投宿之客人以便其自行處理，乃上訴人許燕能之受僱人吳雅蘋，竟疏未放下柵欄管制車輛及人員之進出，復在未通知上訴人甲○○之情形下，擅將上

訴人甲○○住宿之房號洩漏予廖俊發等人知悉，致廖俊發等人得以從容侵入上訴人甲○○住宿之房內，將上訴人甲○○毆打成傷。則依前揭消費者保護法之立法意旨，及經營汽車旅館業專業上之要求，上訴人許燕能對上訴人甲○○所提供之服務，顯然不具可合理期待之安全性而有缺陷，且該缺陷與上訴人許燕能所舉房間地板濕滑、電線走火引發火警、及房間內物品擺設不當等情形相同，均屬服務本身之缺陷，仍應就本事件依消費者保護法之規定負責，無庸置疑。上訴人許燕能徒以其已提供旅館業必要之安全設施，本件純係因上訴人甲○○自己捨棄安全設施之保護，難令上訴人許燕能負消費者保護法之責任，洵無足採。」

嗣後，案件上訴至最高法院，最高法院 95 年度台上字第 1620 號判決表示：「查上訴人僱用之員工吳雅蘋疏於門禁管制，且洩漏被上訴人住宿房間號碼，固使訴外人廖俊發等人得侵入被上訴人未上鎖之房間，毆打被上訴人成傷，然旅館門禁不嚴，所影響者似為旅客房間之門戶安全，該旅客人身之安全是否因此即有受侵害之虞？被上訴人受傷既係廖俊發等人故意侵入其未上鎖之房間毆打行為所致，依一般情形，上訴人所僱用員工吳雅蘋之疏失，是否適於發生被上訴人被毆打成傷之結果？非無再推敲斟酌之餘地。」「其次，上訴人辯稱被上訴人故意不上門鎖，開放門禁，俾他人進入房間叫醒之，已授意櫃檯提供其房間號碼予他人等語，果屬實在，吳雅蘋提供被上訴人房間號碼予第三人之行為，能否謂為疏失？殊非無疑。」

簡言之，最高法院以被告之受僱人疏失，與被害人受傷有無相當因果關係、若被害人不上門鎖、開放門禁，則被告之受僱人提供房間號碼予第三人之行為是否能謂有疏失，皆有疑義，廢棄原判決，並發回高等法院。

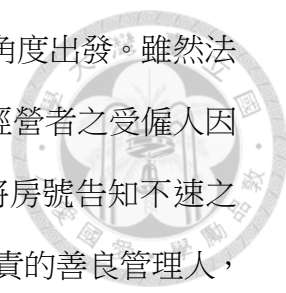
隨後，台灣高等法院台南分院 95 年度上更(一)字第 40 號判決基本上尊重最



高法院之見解，認為：「本件上訴人甲○○固因訴外人吳雅蘋疏於門禁管制，且洩漏上訴人甲○○住宿房間號碼，致遭訴外人廖俊發等人侵入房間毆打而造成損害之發生，惟在一般情形上，在『疏於門禁管制之不行為』之同一條件下，充其量僅將造成旅客之居住品質、個人隱私遭受不當干擾而已，並不必然即會發生住宿旅客遭人暴力毆打之結果；是上訴人許燕能之受僱人吳雅蘋疏於門禁管制，且洩漏上訴人甲○○住宿房間號碼之行為，僅係造成上訴人甲○○遭訴外人暴力毆打結果之諸多條件之一，且該條件與上訴人甲○○遭暴力毆打受有損害之結果間既不相當，核係為偶然之事實而已，難認二者間有何相當因果關係可言。」、「企業經營者依消保法第 7 條第三項規定，對於消費者或第三人負損害賠償責任者，除有違反同條第一項、第二項之行為外，並需消費者或第三人所受之損害，與企業經營者之違反行為間具有相當因果關係始可。本件上訴人甲○○係因訴外人廖俊發等人，故意侵入其未上鎖之房間毆打行為所致，上訴人甲○○之受有損害，與上訴人許燕能所僱用員工吳雅蘋之疏失，及其提供之服務間，並無相當因果關係，已如上述，上訴人甲○○主張上訴人許燕能應負消保法第 7 條第三項之損害賠償責任云云，即屬無據。」

第二款 判決評釋

首先，原審法院即台灣高等法院台南分院 93 年度上字第 201 號判決表明，企業經營者應維護投宿環境之安全性，不僅是硬體設備須具備安全性，除此之外的服務提供亦須具有一定之安全性，否則均屬服務本身之欠缺，應依消保法服務責任之規定負責，此部分見解值得贊同，蓋不論是硬體設施或其他服務提供，以一般人之角度而言，均構成企業經營者服務提供之內容，皆為一般人所合理期待之對象。



然而，法院於判斷安全性欠缺時，似乎並沒有從一般人的角度出發。雖然法院在結論上肯定系爭服務提供欠缺安全性，但是理由卻是企業經營者之受僱人因為疏失，未放下柵欄管制車輛及人員、未通知被害人即任意將房號告知不速之客。由此觀之，法院應是認為一個擁有相當專業經驗且謹慎、負責的善良管理人，在有訪客來訪之情況下，皆會先攔下車輛、確認人員之身分，並向被害人確認是否認識、有無意願接見，而本件櫃台人員卻輕率地讓陌生人進入旅館內，顯然與善良管理人在同一情況下的當為行為有落差，為有過失。準此，法院表面上係在判斷安全性是否欠缺，但是最後仍是以相當於過失的概念，作為肯定安全性欠缺的理由。

再者，最高法院係以企業經營者之受僱人的疏失行為，與被害人受有損害間，有無因果關係廢棄原判決，完全沒有提及原審在服務責任的因果關係判斷上有無瑕疵，究竟最高法院係將過失與安全性欠缺之間等同視之，認為以原審在疏失行為與損害間有無因果關係認定上存有疑義，予以廢棄即等同於指摘原審對服務責任因果關係的認定，抑或認為過失與安全性欠缺雖屬不同概念，但以疏失行為與損害間有無因果關係廢棄原判決即為已足，不得而知。惟值得提出的是，更審判決另外特別針對服務責任之因果關係表示意見，對於此部分論述，或許可以推論出法院認為服務責任有別於傳統過失責任，故應分開討論，但最終法院仍然無法避免將重點置於疏失行為及損害間有無因果關係，而導出與過失責任因果關係之判斷方式如出一轍的結果。

第三項 木新游泳池溺水案



第一款 案例事實與判決摘要

本件案例事實略為，被害人在訴外人所經營之木新游泳池溺水，當時訴外人所僱用之救生員並不在場，嗣後失去意識的被害人雖然被救上泳池，但是救生員卻以不正確之急救方式處置，未將溺水者側臥，亦未清除口內異物，延誤救援先機。待救護車趕到時，又未將溺水者以擔架抬出，致被害人死亡。訴外人就木新游泳池曾向產物保險公司投保公共意外責任保險，保險公司對該游泳池因疏失導致被害人死亡，應負理賠之責，但卻遭到拒絕，故被害人之繼承人本於繼承關係，及依消保法第 7 條、保險法第 94 條之規定，請求給付保險金並附加利息。

本件重要爭點之一為木新游泳池提供之服務，是否具可合理期待之安全性。第二審法院（台灣高等法院 93 年度保險上字第 24 號判決）採認中華民國水上救生協會之鑑定結果，認為相關法規並無強制游泳池必須配有擔架之配備，故業者對於游泳池救生設備之設置並無不當疏失；業者與救生員等人所涉及業務過失致死刑責部分，業經台北地檢署檢察官為不起訴處分，嗣後聲請再議亦經台灣高等法院檢察署駁回再議確定；本件上訴人無法舉證救生員施救過程有何不當之處，或證明游泳池經營者對於游泳池救生設備之設置有何不當疏失之處，木新游泳池已盡合理期待之安全性維護，系爭事故並非因木新游泳池無提供合理期待之安全性維護所引致。

而且，斟酌台北地檢署檢察官偵查結果，認定被害人直接死亡原因為窒息，引起窒息的原因為胃內未消化食物流入氣管內。由於被害人口中並無異物，救生員以肉眼觀察無法在口腔內看到異物，且被害人自游泳池拖上岸時尚有呼吸，救生員判斷未施以心肺復甦術，難認未盡注意，準此木新游泳池及其服務人員對於被害人死亡之發生，並無過失，木新游泳池不負賠償責任。被害人死亡之發生，

既與木新游泳池所提供之服務不具有因果關係，亦無修正前消保法第 7 條規定之適用，木新游泳池不負賠償責任，保險公司亦無須負賠償責任。



案件上訴至最高法院後，最高法院指謫原審未斟酌上訴人主張：「木新游泳池之救生員於事發當時，並未在游泳池邊，而依中華民國水上救生協會所出版之『水上安全與救生』中載明『祇要有泳客在池內游泳，救生人員就要就位』，本件救生員已明顯違反其義務，致錯失救援先機，而發生此一不幸之溺斃事件。救生員疏於對游泳池內之泳客為必要之注意，致被害人溺水死亡，其二人疏於注意之過失與被害人死亡結果之間，有相當因果關係。」、「業者經營游泳池，應知游泳池極有可能發生溺水意外而為危險源，對於游泳池應有監督義務，依其對於前述危險源之監督義務而具有保證人地位。業者經營游泳池，當知營業時間內應配置專任救生員於適當地點，預備救生器具備用，適當調配及管理救生員，以預防危險之發生，然游泳池內根未配置醫務室，亦未有擔架等設備供救生員使用，致使救生員竟需將患者抬出泳池，而無法使用擔架移動，業者疏於防止危險發生，至為明顯。『台北市衛生營業管理規則』所謂『預備救生器具備用』僅係原則性規定，而中華民國水上救生協會出版之『水上安全與救生』即已就上開原則性規定列明救生器具應包括『擔架二副』。且若於移動被害人時，備有擔架可使其身體保持水平，則呼吸道應可保持暢通，而恐無呼吸道阻塞之可能。」、「業者依法應有預防危險發生之注意義務，卻聘用不適任之救生員，任由救生員於工作時不在其位，疏於監督至明，並未於游泳池設置醫務室及未備有擔架，其違反注意義務，致被害人意外死亡，顯有過失，而其疏於注意之過失，與被害人之死亡結果間有相當因果關係。」

簡言之，最高法院以原審未說明上訴人上開主張不足採取之理由，仍以中華民國水上救生協會鑑定報告鑑定結果為憑，認上訴人未舉證證明救生員施救過程

有何不當、業者對游泳池救生設備之設置有何不當，復認木新游泳池已盡合理期待之安全性維護，自屬速斷，因而廢棄原判決。



案件發回後，台灣高等法院作出 95 年度保險上更(一)字第 1 號判決，基本上採納最高法院之見解，結論上認為木新游泳池之救生員施救過程有不當，木新游泳池救生設備亦有欠缺，其未盡合理期待之安全性維護，本件事故木新游泳池有過失，被害人之死亡亦與該游泳池之設施欠缺、人員處理不當有因果關係，木新游泳池應負損害賠償責任。除了最高法院提及之理由外，高等法院另表示，「顯然延滯報案十餘分鐘之事實，在救人分秒必爭之情形下，顯難謂木新游泳池於本件憾事之發生已盡合理期待之安全性維護。」、「二位救生員在等待救護車到來之過程中，竟未對亟待救援之被害人稍加一絲絲之注意，而任令其在等待之際脈搏、呼吸、心跳停止，未予任何之救助，則木新游泳池及其二人之舉措，顯難謂已盡『合理期待之安全性維護』。即便被害人在剛被抬救至泳池邊時尚有呼吸，救生員不敢施以心肺復甦術之辯詞可採，則其二人對於被害人在其等陪同等待之過程中停止呼吸，卻未加施救，不無過失。」、「救生員於事發後非僅未對溺者施行心肺復甦術及施行人工呼吸，甚至連最基本的清除阻塞物及暢通呼吸道均未施作，其等所做者，亦僅有檢查生理表徵後，將被害人側躺、蓋上毛毯。徵之水上救生應有之舉措，可見二位救生員於案發之際所為者，確與一般應有之要求相去甚遠，是其二人所為顯難謂已達『合理期待之安全性』。」

第二款 判決評釋

在原審即台灣高等法院 93 年度保險上字第 24 號判決中，法院先是肯定本件有消保法服務責任之適用，依此脈絡，法院接下來一般而言應該是檢證本件服務提供是否欠缺安全性，然而，法院所採認的水上救生協會鑑定報告，係從專業者

的角度出發，認定一個有相當知識、經驗，以經營游泳池為業的業者是否會配置特定救生設備，而行為人未配置特定救生設備之行為，是否未盡一定必要之注意而有疏失。



再者，檢察機關所為之不起訴處分書，旨在判斷相關人員是否成立業務過失致死罪刑，著重於行為人對於構成犯罪行為之事實，是否有怠於注意之心理狀態，其行為是否應被譴責、非難。由於刑事責任與民事責任有其功能與政策目的，縱使刑事過失和民事過失在定義上可以相同，但是多數學者認為實際在個案操作與認定時二者仍應有所不同，準此，在刑法上因無過失而不成立犯罪，在民法上亦得認定為有過失而構成侵權責任³⁵⁸，法院以檢察機關所為之不起訴處分書作為判斷民事過失有無之依據，似有值得商榷之處。惟無論如何，此部分皆為刑法與民法過失概念是否應有所不同的問題，不應出現在判斷服務是否欠缺安全性的脈絡中。

此外，原審法院認定救生員無法以肉眼察覺被害人口腔內有異物，以及被害人從泳池被救起後仍有呼吸，因此未施以心肺復甦術，亦是在判斷一個專業的救生員，是否已盡一定必要之注意，而無怠於預見或避免損害發生之情事，就此而言，法院仍然是在操作過失之概念。雖然法院表示服務責任之成立，不以企業經營者對其提供之服務，存有安全或衛生上之危險一事具有過失為要件，判決中也不斷出現「合理期待之安全維護」等文字，然而在實際操作上，判斷可合理期待安全性之依據與判斷過失之依據基本上完全相同，整體而言，法院並未將不同的兩個概念作一清楚的區別。

而在最高法院指摘原審判決漏未交代理由的事實中，明顯係以水上救生協會

³⁵⁸王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 333，台北：自刊；陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（一）〉，《台灣本土法學雜誌》，39 期，頁 105-107。

所出版的書籍，作為當時水上救生的客觀專業標準，最高法院認為一個在當時擁有相當專業知識、經驗且謹慎、負責的救生員，在泳客游泳時應會就位，以便遇有突發意外可以及時救援；另外，最高法院也認為一個在當時擁有相當專業知識、經驗且謹慎、負責的泳池經營者，應會設置醫務室及擔架等救生器具，然而本件的救生員與泳池經營者之行為，顯然並未達到此一客觀專業標準。

因此，最高法院認為其等皆違反注意義務，致被害人意外死亡，而有過失。準此以觀，最高法院並非指摘原審將安全性欠缺與過失兩者混淆，而僅是認為相關人員之注意義務應嚴格化，過失的認定應寬鬆化，雖然如此認定過失有利於被害人獲得損害填補，但仍舊有將相關人員具有抽象輕過失，以及所提供之服務欠缺可合理期待安全性兩者相混淆的疑問。

更審法院所作出之判決雖然先開宗明義表示本件有消保法服務責任之適用，但是隨後討論的內容卻是木新游泳池對被害人之死亡有無過失，是否屬於意外責任保險之承保範圍，對此，更審法院基本上採取與最高法院相同看法，以較嚴格的標準檢視相關人員是否盡到注意義務，而此標準大致上仍係參考水上救生協會著述的專業標準。

除了最高法院要求斟酌之事實外，更審法院更另指出，相關人員在延誤報案及未為基本施救行為，也有未盡必要注意之處，甚至明白表示檢察官不起訴處分並無拘束民事訴訟之效力。但有趣的地方在於，法院在認定行為人在哪一個環節的哪一個行為，違反注意義務而有過失時，「合理期待之安全性維護」一詞也經常伴隨著一起出現，而「合理期待之安全性維護」似乎又是在討論企業經營者提供之服務是否欠缺安全性，否則判決於前文肯定本件有消保法服務責任之適用即失去意義。若是如此，更審法院之見解似乎將過失與安全性欠缺當作相同或近似

的概念，當其認定某個處理過程中的行為有過失時，同時也認定服務欠缺安全性，準此，過失與安全性欠缺在更審法院的詮釋下依然沒有任何明顯的區別。



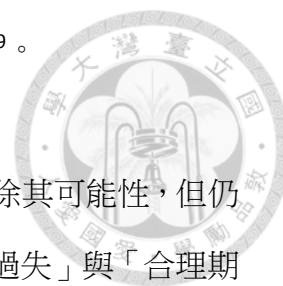
第四項 小結

觀察上開所舉之案例，可以發現不論是在【KTV 槍擊身亡案】、【汽車旅館毆傷案】抑或【木新游泳池溺水案】，事實審法院或最高法院之判決理由經常混淆、夾雜著過失與安全性欠缺，法院據以認定行為人過失有無的事實或理由，同時也是認定服務安全性是否欠缺的事實或理由。換言之，安全性欠缺與過失在我國法院的解釋、適用下並無明顯的區別，而且基本上法院係以行為人對於損害發生的預見可能性及避免可能性，或行為人對於損害的發生是否有疏忽、未盡一定之注意等判斷過失有無的因素，作為判斷安全性有無欠缺的因素。此種現象似乎可以說明，我國實務仍然難以擺脫立基於傳統過失責任主義，以論斷現代意外事故損害賠償責任的思考模式，而此種思考模式已然根深蒂固，導致迄今許多判決內容，依然無法釐清安全性欠缺與過失之間究竟有何不同之處。

第四節 區別困難之可能原因

觀察我國法院判決，經常可以發現安全性欠缺與過失二種概念被混為一談的現象，尤其是以認定過失是否存在的事實、理由作為判斷服務提供是否欠缺安全性的依據。為何實務判決常將安全性欠缺與過失二者予以混淆，或有認為理由在於現實訴訟過程中，當被害人向企業經營者請求損害賠償時，其請求權基礎除了消保法服務責任外，可能同時主張民法契約責任與侵權責任，法院在判斷企業經營者是否須依民法相關規定負責時，無可避免地必須探討行為人是否有過失，有時因為行文之方便，在判決文字中就可能混淆安全性欠缺與過失，因此只要法院

在論述過程中能明辨差異，仍可避免判決文字上混淆之現象³⁵⁹。



惟此種為論述方便所造成的字面上混淆，雖然不能完全排除其可能性，但仍不是最主要、最關鍵的原因，蓋縱使法院判決內文清楚表明「過失」與「合理期待之安全性」，然判斷所謂「合理期待之安全性」時，卻仍是依據判斷「過失」的相同事實及理由，僅是在文字、用語上明確區別二者，對於過失與安全性欠缺之概念釐清，似乎並無太大意義。至於服務之提供欠缺安全性與過失二種概念間，甚難明確加以區別之「實質」理由究竟為何，學者提出之主要理由為「過失概念的客觀化」以及「服務的特性」，介紹、分析如下。

第一項 過失概念的客觀化

在本章第二節曾經提及，有鑑於依行為人對於損害的發生，是否已經善盡其個人之注意能力，以判斷行為人過失之有無，此主觀過失的概念顯然不足以維持社會共同生活秩序，無法合理分配與填補損害，因此，學說及實務皆認為應提高行為人的注意程度，不採主觀的過失概念，而改以善良管理人之注意程度，作為認定過失的標準。

善良管理人之注意程度，係一種客觀化或類型化的過失標準，即行為人應具有其所屬職業，或某種社會活動的成員通常所具有的智識能力，而在認定過失有無時，通常不須考慮行為人個人之特殊情事，行為人若因本身智能發展或專業訓練不足，未達善良管理人之注意時，雖然無主觀上過失，但仍不能以此為由主張不負損害賠償責任。例如，小客車駕駛人不得以其視力減退，或是甫取得駕照，

³⁵⁹王勢豪（2013），《論消費者保護法商品責任及服務責任之可合理期待安全性》，頁 118-119，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

經驗不足而主張不負通常駕駛者應負的注意程度³⁶⁰；又如一般住院醫師雖為職業新手，其對危險認知與避免損害發生之注意能力，雖然實際上與一般具有知識與經驗的主治醫師有所落差，但是仍應盡到與主治醫師相同之注意標準³⁶¹。

準此，由於過失概念的客觀化，判斷善良管理人之注意能力，若嚴格要求或採取高標準的注意程度，甚至將注意義務之標準提升到無人能及的境界時，即可能超出行為人個人預見或避免損害發生的最大極限，導致行為人雖然已妥善運用注意能力，卻仍舊與善良管理人在損害發生時應有之注意能力有落差，而被認定為有過失³⁶²。換言之，過失責任的客觀化與嚴格化將導致某種程度向無過失責任趨近，兩種歸責原則實際上並非涇渭分明，而是存在著模糊地帶³⁶³，因此即有學者認為縱使未導入無過失責任，但透過實務與學說之發展，過失責任亦能發揮與無過失責任相同或接近的功能³⁶⁴。

第二項 服務之特性

另一個可能導致服務有無欠缺安全性與服務提供有無過失間，難以明確區別的原因在於，服務之特性。

³⁶⁰王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 334-335，台北：自刊；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 36-37。

³⁶¹陳聰富（2011），〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127 期，頁 395-396。

³⁶²陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 36-37；陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（下）－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 26-28。

³⁶³王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 700-702，台北：自刊；陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（下）－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 27-28。

³⁶⁴陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（下）－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 33-34。

學者認為服務是一種勞務供給，涉及方式上、內容上複雜多樣的人之行為與活動，與人的精神作用或意識狀態密不可分，具有個別性與自主性。服務提供是否有過失，必須針對服務的規劃、安排、組織過程中，行為人的行為本身予以評價，依提供服務肇致損害的客觀事實，比較善良管理人應有的行為模式或注意能力，判斷行為人是否遵守一定的行為準則，是否善盡一定的注意義務。同樣的，基於服務的特殊性，服務之提供是否欠缺安全性，不可避免仍然必須針對服務的規劃、安排、組織過程中，行為人的行為本身予以評價，依提供服務肇致損害的客觀事實，判斷是否不正常或不合理，是否欠缺通常可合理期待之安全性。由於服務的提供無法完全與服務提供者個人相分離，服務提供欠缺安全性的判斷，即容易與服務提供者於提供服務過程中，是否遵守一定行為準則或善盡必要之注意混淆不清，因而使服務提供欠缺安全性，在概念上難以與過失相區別³⁶⁵。

若與商品責任相比較，商品欠缺安全性的判斷係依據商品本身的呈現，就商品造成消費者或第三人的損害時，其損害以消費者期待的角度觀察，是否為一種可合理接受的結果發生；換言之，在商品責任之情形，所謂欠缺安全性係存在於商品本身的不合理危險，係對商品本身予以評價。而商品的生產與製造過程是否有過失，則是針對商品的生產與製造過程中，行為人的行為予以評價，判斷行為人是否遵守一定的行為準則或善盡必要之注意。此時，過失與安全性欠缺評價的對象即不相同，前者是針對行為，後者則是針對物，因而商品欠缺安全性與商品生產與製造過程有無過失應可區分³⁶⁶。

若將商品欠缺安全性的判斷模式套用於服務責任上，即判斷服務欠缺安全性時亦聚焦於服務提供本身的呈現上，可以發現評價的對象仍在於提供服務之一連

³⁶⁵陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁38-39。

³⁶⁶陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁37-38。

串行為本身，與判斷企業經營者是否有過失時所觀察的對象，並無不同³⁶⁷，簡言之，認定過失與服務欠缺安全性時，都無可避免地需檢視行為人之行為本身，導致在服務責任之情形，過失與安全性欠缺更加難以釐清。



第五節 區別之必要

隨著過失的概念客觀化，使過失責任與無過失責任兩種歸責原則之間存在流動性，以及服務的提供與人之行為密切相關，導致服務的提供欠缺安全性與服務的提供具有過失，兩者之間牽扯不清，實有區別之困難。惟基於以下之理由，過失與安全性欠缺兩種概念仍然應予以區別。

第一項 貫徹服務無過失責任之立法目的

首先，為了使消保法服務無過失責任之規定有獨立的規範功能，貫徹重新分配現代社會因提供服務所造成的意外風險，達到加強保護意外事故被害人之立法目的，應該區別安全性欠缺與過失二者³⁶⁸。除就法條用語觀之，服務之提供欠缺安全性為服務責任之成立要件，服務提供無過失僅是服務責任之減輕要件，與責任成立與否無關，兩者明顯為不同之概念，理應為不同之解釋。更重要的是，若將安全性欠缺與過失混為一談，將導致消保法服務責任，實則與一般的過失責任或推定過失責任毫無區別，結果係仍舊無法因應現代社會生活中，處處充滿危險事故之特質，更無法提供遭致不幸損害的被害人完善之保障，有違消保法企圖

³⁶⁷許玉珊（2007），〈論我國消費者保護法上安全性欠缺〉，頁 108-109，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 128，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³⁶⁸陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁 42-43。

以安全性欠缺取代過失，作為重新分配損害與承擔風險的立法意旨。



其次，雖然過失責任與無過失責任並非涇渭分明，而是有一定程度的流動性與共通性，有學者即主張在現代意外事故損害賠償責任領域，若將過失概念予以客觀化，以行為義務違反為中心，將行為人之注意標準提升，甚至達到無人能及之程度，則過失責任在實際運用下將與無過失責任相去不遠，過失責任亦能發揮與無過失責任相同或接近的功能，因此嚴以區分某法律規定究為過失責任抑或無過失責任缺乏實益，僅為理論之爭³⁶⁹。

但是，過失概念的客觀化仍舊有其極限，將行為人之注意標準提升至無人能及之程度，完全不考慮行為人主觀之可非難性，值得懷疑的是，此時「過失」是否仍為「過失」，恐怕此種不誠實的「過失責任」實已逸脫行為責任之本質³⁷⁰。

此外，縱使認為藉由過失概念之客觀化、注意義務之嚴格化，實際運用上亦可達到與無過失責任相同嚴格之程度，惟此目標之達成，亦需仰賴審判實務願意貫徹嚴格化之注意義務標準，否則過失責任的嚴格化也將淪為理論。但是，我國民事審判實務在操作過失之概念時，向來趨於保守，對行為義務或注意程度普遍採取低標準之要求³⁷¹，而且，在許多情形，由於法官缺乏特定專業知識與能力，因此必須將過失的事實認定送請鑑定，更有甚者，有時法院亦將法律評價，一併交由與行為人同行同業之專家予以判斷，此時，實難以期待一個特定領域之專家

³⁶⁹陳自強(2000)，〈民法侵權行為法體系之再構成(下)－民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，17期，頁26-28。

³⁷⁰張譯文(2012)，〈論商品安全性欠缺〉，頁68-71，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳忠五(2002)，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)－最高法院九〇台上字第七〇九號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁60-61。

³⁷¹王澤鑑(2015)，〈侵權行為法〉，頁333，台北：自刊；陳自強等(2002)，〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論(一)〉，《台灣本土法學雜誌》，39期，頁105-107；陳忠五(2002)，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)－最高法院九〇台上字第七〇九號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁60-61。

會將行為義務嚴格至無人能及之境界³⁷²。



過失概念之客觀化，確實可能導致在某些情形，過失責任與無過失責任下的安全性欠缺並無太大之差異，但是過失責任與無過失責任之歸責原理與法理依據究有不同，而且過失概念客觀化與注意程度嚴格化仍舊有一定極限，況且，面對我國實務保守操作過失概念之現況，實際達到行為義務嚴格化至客觀上無人能及的地步，恐怕不宜過度樂觀。而消保法服務責任以安全性欠缺取代過失，作為正當化企業經營者應負損害賠償責任的理由，即清楚地揭示責任成立與否的判斷與過失脫鉤，行為人有無過失並不影響服務責任是否成立，或許提供一個契機，使法院脫離過失責任之泥淖，尤其是脫離向來保守操作過失概念而對被害人保護不周的情形，準此，現階段之我國，仍有必要強調過失責任與無過失責任在制度上之差異，仍應區辨過失與安全性欠缺兩種歸責事由在概念上之不同。

第二項 服務之特性並非毋庸區別之正當理由

如同先前所述，商品與服務的性質差異，無法藉以認定服務無過失責任之立法不具正當性；服務的特性亦不足以推斷過失與安全性欠缺即毋庸區別。服務雖然與是一種勞務供給，涉及方式上、內容上複雜多樣的人之行為與活動，因此導致服務欠缺安全性與服務行為有過失間經常牽扯難分。但是在商品責任中，商品的設計或說明警告亦與服務的規劃、安排或組織有一定的相似性，和人類行為或活動的個別性或自主性具有密切關連，因此，商品的設計或說明警告上欠缺安全性，同樣可能發生與過失概念混淆不清的情形，而事實上，此種將安全性欠缺與過失混為一談的現象，不獨出現在判斷服務責任成立與否的判決中，在有關商品

³⁷²陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁60-61。

責任之判決中，未釐清兩者在概念上有所差異者亦不在少數。以下先針對法院就商品說明警告欠缺所表示之意見進行觀察。



以最高法院 96 年度台上字第 1136 號判決（【警用重機起火案】）為例，案例事實略為，台北縣政府警察局（原告）向汎德股份有限公司（被告）購買六十輛 BMW R850 RT 重型機車，一名員警在派出所地下室發動其中一台重型機車時，機車兩側排氣管突然著火，火勢延燒停放於地下室之其他汽機車及派出所之辦公廳舍，原告認為系爭機車具有品質及設計上之瑕疵；又於操作時既有起火之高度危險性，竟未於商品明顯處為警告標示，故被告應依債務不履行及消保法第 7 條第三項之規定，負損害賠償責任。

最高法院針對說明警告欠缺的部分表示：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法，修正前、後之消保法第 7 條第二項均定有明文。而於消費者不正常使用商品，可能發生危害之情形，如危害發生之可能非眾所週知，且該不正常使用之可能為企業經營者所得預見者，應認企業經營者仍負有警告之義務，始足以保障消費者之權益。本件系爭機車於地下停車場啟動慢車加速器暖車後，未立即騎走，任令引擎運轉五、六分鐘，縱認係不當使用，惟該不當使用行為可能引發機車燃燒，是否為眾所週知，而不待警告？製造商或被上訴人對該不當使用行為之發生可能性是否預見？此與被上訴人有無違反警告標示義務所關至切，不得恣置不論。」


其中，法院認為若企業經營者對消費者不正常使用商品有「預見可能性」，則企業經營者應有說明警告之義務。此種立基於企業經營者是否有預見可能性以建構行為義務之論述方式，實與無過失責任由消費者的角度出發，視一般社會大眾能否合理期待企業經營者揭露一定重要資訊有所扞格。

再以最高法院 98 年度台上字第 2352 號判決（【柔沛案】）為例，案例事實略為，被害人因患有禿髮症狀，經診所醫師告知目前市面上治療禿髮症狀的有效藥品，為美商默沙東藥廠股份有限公司臺灣分公司製造之柔沛藥品。嗣後被害人至福倫藥局自費購買系爭藥品，詎料服用一段時間後竟出現全身毛髮變白及透明化之現象。被害人主張系爭藥品已有案例通報，導致人體頭髮顏色改變之機率為 10 萬分之 1.8，有危害安全與健康之虞，卻未於藥品包裝或仿單上之明顯處為警告標示，其流通進入市場時，不符當時科技或專業水準可合理期待之安全性，遂依消保法第 7 條等規定向藥廠請求損害賠償。

本件最高法院基本上肯認原審法院（台灣高等法院 97 年消上字 5 號判決）見解，針對說明警告欠缺的部分，法院表示：「另檢視系爭藥品之仿單，主要以肝臟中代謝為警告，並無任何有可能導致頭髮髮色之轉變之警語。默沙東藥廠自系爭藥品上市後，明知已有七十一個案例會導致消費者之毛髮髮色改變，當知有安全性之合理懷疑，卻未於系爭藥品之外包裝或仿單上為適當之警告標示，其對系爭藥品乃有指示之瑕疵。」此部分的論述亦是以企業經營者之角度觀察，判斷企業經營者對於危險之發生是否有預見可能性，而非立於一般消費大眾之角度，判斷一般人通常是否會合理期待企業經營者揭露可能導致髮色轉變之資訊。

值得提出的是，將過失與安全性欠缺混為一談的實務見解，不獨出現在和人類行為或活動，較有密切關連之商品警告標示欠缺的情形，縱使係在其他已與人類的行為或活動自主性較無直接關連，而可以將安全性欠缺與否的判斷對象著重於商品本身的情形，例如商品生產或製造上欠缺，仍舊可以發現實務未釐清安全性欠缺與過失之差異。

再以【警用重機起火案】為例，對於系爭商品是否欠缺安全性，更審法院（台



灣高等法院 96 年度重上更(二)字第 89 號判決) 表示：「查德國聯邦機動車輛管制局 (KBA) 鑑於現代社會對於道路交通依賴之程度與日俱增，為保障道路使用者之安全，並使車輛製造商享有合法正當性，因而建立認證制度，以確保車輛之生產技術符合一定標準，促使參與道路交通之車輛及其機械與配備完成一定測試程序，以維護公路公安，而 ABE 技術標準認證係德國 KBA 所核發具有『全國通用效力』之國家型式認證。又系爭機車已通過德國 ABE 技術標準之認證，其中包含引擎、排氣管及冷卻系統之檢測，且被上訴人就系爭機車辦理進口時，亦已依『進口重型機器腳踏車之車型排氣審驗合格證明所需劣化係數認定原則』及『機器腳踏車車型排氣審驗合格證明核發及廢止辦法』等相關法令，取得重型機器腳踏車之車型排氣審驗合格證明等情，亦有製造確認書、系爭機車符合 ABE 技術標準文件、系爭機車規格數據表、行政院環境保護署 2001 車型年進口機器腳踏車符合第 3 期排放標準車型清冊、ABE 技術標準檢測資料及認證證明書可稽。是被上訴人據以抗辯系爭機車具有符合當時科技與專業水準可合理期待之安全性，尚非無據。」

由此可見，法院仍是以德國與我國的專業者觀點為論述重心，進而認為系爭商品並未欠缺安全性，而非以一般外行人的觀點評價商品是否欠缺安全性，實與向來實務藉由是否符合一定專業標準或相關法令，以判斷企業經營者有無過失的論述方式無太大不同。

另以台灣高等法院 98 年度消上易字第 1 號判決 (【電視機爆炸案】) 為例，被害人向康實科技股份有限公司，購買由泰瑞家電股份有限公司所生產之電視機二台，詎料其中一台電視機竟爆炸起火，引起火災，造成住屋及家具嚴重毀損，被害人遂依消保法第 7 條等規定，向康實科技股份有限公司及泰瑞家電股份有限公司請求損害賠償。

台灣高等法院 98 年度消上易字第 1 號判決雖然先是表示：「又商品製造人責任與一般之侵權行為責任，在歸責之論斷上最大的差異，在於前者僅須就商品或服務具有危險之客觀事實的存在，即足以論斷是否成立，而不去考慮發生危險之行為是否具有可歸責性（即故意或過失），故只須商品或服務於客觀上具有此危險，因而致他人於損害，即足以形成責任，此乃各國商品製造人責任法之通例。」但隨後又表示：「系爭電視機無端起火，造成火災之情，為兩造所不爭執，已如前述，另參以台灣台南地方法院 93 年度訴字第 1187 號刑事判決意旨略以：該案被告即上訴人法定代理人甲○○為降低電視機生產製造成本，製造利潤，將中古電視機即俗稱黑心電視機充作新品電視機販售，遭判處有期徒刑六年，併科罰金二千五百萬元等節，有台灣台南地方法院 93 年度訴字第 1187 號刑事判決在卷可參，足認系爭電視機於流通進入市場，或服務於其提供時，未具通常可合理期待之安全性。從而，被上訴人基於消費者保護法第 7 條規定，主張上訴人應負商品製造人責任，為有理由，應予准許。」

觀察判決內容，顯見法院雖然認為消保法商品責任之成立，不以企業經營者有故意或過失為要件，但是在判斷系爭電視機是否欠缺安全性時，卻仍引用被告的刑事有罪判決，似乎仍舊無法脫離指出及譴責被告不法行為之泥淖，與商品無過失責任明顯格格不入。

準此，在服務責任之情形，若安全性欠缺與過失予人無從區分的印象，與其說是因為服務的特性所致，不如說是因為相較於過失，法院對安全性欠缺此一概念仍然缺乏認識，此種操作安全性欠缺概念不熟稔的現象，其實也出現在商品責任的判斷上。而於我國學說上幾乎不見主張實務在操作商品欠缺安全性時，易與過失混淆，因此安全性欠缺與過失毋庸區分，或是逕認為商品責任實為推定過失責任之見解。從而，以服務的特性為由，主張過失與安全性欠缺難以區別，故無

須區別；或是以實務見解咸將二者等同視之，故推論服務責任實際上為過失責任，似有未當。



綜上所述，為了貫徹消保法立法目的，使服務責任之規定具有獨立的規範功能，實現加強保護意外事故被害人的規範任務，縱使過失概念的客觀化以及服務的特性，導致安全性欠缺與過失有時牽扯難分，二者仍有區分的必要。

第六節 區別標準與實例操作

為使消保法服務責任有獨立之規範功能，改善消費者或被害人的法律地位，安全性欠缺與過失應予區別，但真正的問題在於，究竟應該如何解釋始有助於將二者作較為清楚的區分？以下先介紹論者所提出的區別標準，其次再表達本文看法，並輔以先前提及之諸多實例進行討論，尤其著重於企業經營者可能無過失，但是提供之服務仍然欠缺安全性之案例類型，實際操作安全性欠缺與過失的區別標準在具體個案中應如何應用，並藉此顯現將二者予以區別之實益。

第一項 主觀的歸責事由或客觀的歸責事由

學者認為主觀的歸責事由，功能是在評價負責者是否欠缺必要的注意，涉及人類行為活動的不法性或是非對錯的問題，因而在判斷主觀的歸責事由是否存在時，必須採取主觀的、個別的判斷方法，必須考慮負責者是否具有一定的注意能力，是否妥善運用其注意能力。因此，負責者於行為時個人的特殊情事，或個人有無可譴責非難的事由存在，將成為重要的參酌因素。

至於客觀的歸責事由，功能是在決定負責者在何種條件下，應承擔損害發

生的結果，與人類行為或活動的不法性或是非對錯無關，而是涉及行為或活動的風險分擔，因而在判斷客觀的歸責事由是否存在時，必須採取客觀的判斷方法，不必考慮負責任者是否具有一定的注意能力，以及是否妥善運用此注意能力，因而並不需要考量負責任者於行為時個人的特殊情事，或其個人有無可譴責非難事由存在。縱使是客觀化的過失概念，於判斷過失時仍然必須考量行為人於行為時，是否有健全的識別能力或注意能力，或行為人於行為時所存在的個人特殊情事，或其個人有無可資譴責非難之處，從而仍無法完全脫離主觀歸責事由的色彩³⁷³。

對此見解，另有學者表示，以主客觀歸責事由區別過失與安全性欠缺並不妥適，理由在於，各國立法例共通趨勢皆已走向客觀化標準，認為過失並非對於個人行為予以譴責非難，此亦為我國學說及實務所肯認，若要回到主觀之判斷標準，似非妥當，而且亦難謂過失之概念即與風險分配無關³⁷⁴。

第二項 企業經營者觀察角度或消費者觀察角度

學者認為強調過失與安全性欠缺在觀察角度上之差異，足以區別二者。蓋過失乃是針對某個特定行為人的行為，在損害發生時，行為人是否未盡一定必要之注意，怠於預見或避免損害的發生。因此，過失是以行為人或損害賠償義務人作為觀察角度出發，此行為人或賠償義務人必須是具體特定的人。而在認定該行為人之具體現實行為是否與善良管理人之抽象當為行為模式相符合時，必須採取專業者的判斷標準，亦即與行為人從事相同職業或具有相同社經地位或背景之人，應有之專業經驗、技術或水準。

³⁷³陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁44-45。

³⁷⁴林幸怡（2010），《醫療機構之民事責任》，頁236，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。



然而，安全性欠缺是針對服務肇致損害的事實，決定該損害的發生是否屬於一種不正常或不合理的危險，而應由企業經營者承擔損害發生此一不利益。安全性欠缺必須是以被害人或損害賠償權利人作為觀察角度出發，此被害人或損害賠償權利人，並非具體特定的人，而是抽象、一般的第三人。在認定服務是否欠缺安全性，應採取所謂外行人的判斷標準，亦即通常欠缺專業經驗、技術或水準的一般第三人，所能合理期待的安全水準³⁷⁵。

若觀察、比較歐盟 1985 年 7 月 25 日瑕疵產品責任指令，以及 1990 年 11 月 9 日關於服務責任指令草案之相關規定，亦可佐證過失與安全性欠缺在概念上之區別。瑕疵產品責任指令所規範的商品責任為無過失責任，該指令第 1 條規定：「製造人對於因其產品之瑕疵所造成的損害，應負責任。」而不問製造人有無故意或過失。第 6 條第一項另規定：「在考慮包含下列事由之一切情事下，產品不具備人們當然可期待之安全性時，應視為有瑕疵：(a) 產品之表示。(b) 產品之可期待的合理使用。(c) 產品開始流通之時期。」但是，服務責任指令所規範之服務責任為推定過失責任，其第 1 條第二項規定：「證明故意或過失不存在之責任，由提供服務之人負擔之。」第 3 項復規定：「故意或過失之判斷，應以提供服務之人的行為，在通常而且可預見之條件下，是否確保正當可期待之安全性，為考慮之對象。」

法條文義同樣出現可正當期待之安全性，為何產品責任指令與服務責任指令為不同歸責原理？學者指出關鍵在於兩者主詞之不同。產品責任指令上之瑕疵，是指產品不具備人們可正當期待之安全性，而所謂人們是指一般大眾而言；惟服

³⁷⁵陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 52-53；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 49-50。

務責任指令上之過失，是指服務提供人之行為，在通常可預見之情況下，不具備可正當期待之安全性³⁷⁶。



綜上所述，學者認為安全性欠缺與過失區別的核心在於，究竟是採取一般大眾觀點下外行人水準，或是企業經營者觀點下的專業水準。此部分亦可從歐盟瑕疵產品責任指令，與服務責任指令的比較觀察中得到印證。

第三項 行為本身或服務本身

論者認為在判斷商品是否欠缺安全性時，係以商品自體呈現客觀上是否有欠缺作為判斷標準，而消保法商品與服務責任既然適用相同的構成要件，判斷服務是否欠缺安全性亦應以服務本身為基準加以評價。申言之，應以服務本體之呈現，包括其本體、包裝、廣告宣傳、使用說明，包括書面的或媒體的，甚至是銷售人員或售後服務人員等等，結合該服務在一般普遍社會向來的觀感，從以上各種表現帶給消費者的觀感，進而引起消費者對於服務在安全上之期待，此種期待並非是具體的某種設備或裝置的具備，而是消費者對於接受該服務在法益上一定程度不受損害的預期³⁷⁷。

第四項 本文見解

學者認為主觀的歸責事由係在譴責非難應負責任者，主觀上對損害發生未盡一定必要注意的心理狀態，而客觀的歸責事由則不問應負責任者主觀上的心理狀

³⁷⁶陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17期，頁90-91。

³⁷⁷許玉珊（2007），〈論我國消費者保護法上安全性欠缺〉，頁143，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

態如何，只要客觀上有肇致損害的特定事實即應負責，進而認為主觀的歸責事由或客觀的歸責事由，足以作為過失與安全性欠缺的區別標準。



此種區別標準確實有助於釐清過失與安全性欠缺，在概念上存有差異，但是亦僅止於指出判斷安全性欠缺時應不考慮何等因素，例如不需要考量行為人於行為時個人的特殊情事，或個人有無可譴責非難的事由存在，卻未表明於具體個案中判斷安全性欠缺時應考慮何等因素，或是應以誰的角度切入。

有許多實務見解亦意識到安全性欠缺與過失為不同的歸責事由，例如先前提及之台灣高等法院 98 年度消上易字第 1 號判決表示：「商品製造人責任與一般之侵權行為責任，在歸責之論斷上最大的差異，在於前者僅須就商品或服務具有危險之客觀事實的存在，即足以論斷是否成立，而不去考慮發生危險之行為是否具有可歸責性（即故意或過失），故只須商品或服務於客觀上具有此危險，因而致他人於損害，即足以形成責任，此乃各國商品製造人責任法之通例。」

事實上，此段論述在許多不論是有關商品責任或服務責任之判決中，都可以發現其蹤跡³⁷⁸，但是縱使法院知悉主觀及客觀歸責事由之不同，卻礙於對客觀歸責事由缺乏認識，在判決中亦只能以最為熟悉的主觀歸責事由，判斷企業經營者是否應負起損害賠償責任，以上開判決為例，法院最終是以刑事法院判決作為安全性欠缺之依據，仍舊未釐清安全性欠缺與過失為不同的概念。

學者另提出以企業經營者觀察角度或消費者觀察角度作為區別標準，即判斷過失時，所採取的標準為與行為人從事相同職業、具有相同社經地位或背景之人

³⁷⁸相同論述請參閱台灣高等法院 98 年度上字第 367 號判決、台灣高等法院 95 年度醫上字第 5 號判決、台灣高等法院 90 年度上易字第 570 號判決、台灣高等法院台中分院 99 年度消上字第 1 號判決、台灣高等法院花蓮分院 97 年度上字第 20 號判決。

應有的專業水準，此為專業者的判斷標準；而在判斷安全性欠缺時，則是以欠缺專業知識與經驗的一般消費大眾，所能合理期待的安全水準，此為外行人的判斷標準。本文認為釐清觀察角度究竟為專業者或外行人，確實足以將過失與安全性欠缺予以區分，而且在實際個案操作上，亦指出一個可以努力的方向。

我國實務在審理商品或服務責任之案件時，經常將安全性欠缺與過失二者混為一談，其主要原因在於，法院在判斷安全性欠缺時，大多數是從企業經營者的觀點出發，依據該專業領域內的知識、經驗、技術或水準，尋找企業經營者有無未達到專業水準之處，尤其當系爭個案涉及高度的專業知識或技能時，法官由於缺乏相關知識與技能，經常需要仰賴專業者進行鑑定，而嗣後法院即以此專業標準或鑑定結果，既判斷行為人有無過失，同時亦判斷服務提供是否欠缺安全性。此時，過失與安全性欠缺皆是以專業者的觀點出發，因此導致兩者幾乎沒有區別。

但是，若強調安全性欠缺係以外行人的角度進行觀察，與過失係以專業者的角度進行觀察並不相同，則在具體個案中，將由法官代表一般消費大眾的觀點，基於外行人的水準認定安全性有無欠缺，而對於危險是否為不正常或不合理一事，專業者觀點與外行人觀點難免有所差異，因此也使過失與安全性欠缺，得以藉由切入觀點的不同而相互區別。而且，當法院落實以外行消費大眾的觀點評價安全性是否欠缺時，由於此種判斷模式仍然在法官的法律專業知識所能掌控的範圍內，可以大幅降低因為個案涉及一定專業知識或技能，而需要專業鑑定的必要性³⁷⁹。

值得一提的是，論者在闡釋提供的服務欠缺安全性，此一服務責任之構成要件時表示，所謂專業水準為各服務行業客觀上應具的專業水準，此乃安全性的要

³⁷⁹陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50期，頁49-50。

素，寓有一定程度過失的意涵³⁸⁰。另有見解指出服務本身不具通常可合理期待之安全性，即為所提供之服務有欠缺，其具體的判斷標準則求諸於客觀上同類服務之一般標準，此與過失的客觀判斷標準甚為一致；以及服務在社會上往往形成職業，因此在概念上自難排除以業界常規為評斷欠缺的標準³⁸¹。

觀察上開見解，論者之所以認為安全性欠缺有一定程度過失的意涵，或是與過失的判斷標準相當一致，原因似乎也是在於，論者是以專業服務提供者的立場評價安全性有無欠缺。因此，若於判斷服務安全性欠缺時，改以一般、外行消費大眾的立場予以評價，或許可以適度區分安全性欠缺與過失兩個不同的概念。

再者，論者認為服務欠缺安全性係以服務本身為判斷對象，而過失則是由行為人的行為義務出發。若就商品的本體呈現加以觀察此種損害的發生，在一般消費者的觀點下是否可合理接受，確實可以將過失與安全性欠缺作一區別，但是由於服務涉及一連串人的行為與活動，若將關注的焦點置於服務的本體呈現，仍不免對企業經營者的行為及活動進行觀察，並不易脫離主觀的歸責方法³⁸²。

所謂對服務本身進行觀察雖然在概念上不容易操作，但是於具體個案中判斷服務安全性是否欠缺時，此標準至少提醒我們不要過度聚焦於某個特定的人之行為，而應把重點放在整體服務提供的過程，從被害人進入至其脫離企業經營者所管理與監督之範圍內，這個時空中所發生的危險是否為一般人所無法預期，換言之，判斷服務欠缺安全性應係對整個服務提供過程進行評價，而在此提供服務的時空中，可能參雜許許多多人的行為，可能伴隨多次設備及機器之運作與使用，這些不論是硬體或軟體的服務提供，均構成企業經營者服務提供之內容，而應盡

³⁸⁰王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 738，台北：自刊。

³⁸¹林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁 140-143，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³⁸²許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 108-109，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

量為一體的評價，無須將此過程強加割裂、分別究責，否則仍舊無法脫離譴責、非難某個特定的人之行為。



試以商品責任為借鏡，論者於探討商品責任是否應將欠缺類型化為製造上欠缺、設計上欠缺、說明上欠缺時表示，在我國商品責任體系下，商品欠缺本身即屬歸責事由，至於肇致商品欠缺之原因為何、欠缺原因發生於商品生產鏈上何種階段等問題，均非所問。而且，最重要的是，商品安全性欠缺之判斷，應從一般的、外行的消費者角度觀察之，然一般外行消費者應無法認知及理解商品之設計、製造、標示警告等生產流程；對於各該生產階段如何設計、製造、標示說明，始不至於造成不必要之損害，應僅有內行的企業經營者知悉，因此，倘若以個別生產階段作為安全性欠缺的分類基準，恐怕會有混淆觀察角度之可能；再者，過度強調以商品生產階段作為欠缺分類之標準，將使企業經營者的行為義務融入商品責任的體系當中，而此種解釋及適用方法，也可能導致向過失責任傾斜的情形³⁸³。

申言之，在商品責任中，縱使其最終評價的對象為商品本身的呈現，因此使安全性欠缺與過失二者間較為容易區分，但是若將商品生產階段予以割裂，區分為設計、製造、說明警告等階段，分別判斷是否有安全性欠缺，則容易滲入企業經營者的行為義務，而以行為義務是否達成作為無過失責任的判斷標準，亦有可能造成兩種歸責事由之混淆。對比之下，服務由於與人類行為活動密切相關的特性，以服務本身的呈現評價安全性欠缺，猶不易與過失相區別，設若再將整體服務提供流程予以切割並分別究責，同樣容易將企業經營者的行為義務，混入服務責任的體系當中，而無法擺脫追究企業經營者有哪些行為應該被譴責、非難，導致過失與安全性欠缺二者更加混淆不清。

³⁸³張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 163-167，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。



為貫徹消保法加強保護意外事故被害人之立法意旨，服務欠缺安全性與過失應加以區別，但究竟要以何種標準較容易將兩個不同概念予以釐清，係解釋、適用服務責任時必須面對的重要議題。本文認為學說之不同標準，皆可以作為釐清安全性欠缺與過失概念時的參考，但其中較為容易操作也是最重要的方式應為，將向來習以為常之企業經營者觀察角度下的專業者水準，改為消費者觀察角度下的外行人水準，由法院在具體個案中，代表不具專業知識及經驗的一般消費大眾，以外行人的水準判斷危險是否不正常或不合理、是否欠缺通常可合理期待之安全性。而在判斷安全性是否欠缺時，應對服務進行整體性的觀察與評價，避免切割不同原因事實並分別究責，否則容易將企業經營者的行為義務混入其中，導致不同觀點間的混淆，甚至完全偏離外行人的標準。此外，由於安全性欠缺為客觀的歸責事由，因此，應負責任者於行為時所存在的個人特殊情事，或其個人有無可譴責非難的事由存在，亦應摒除不予考量。

第五項 實例操作

安全性欠缺之概念是消保法服務責任中重要的一環，其內涵解釋上的應然面與實然面深深困擾著適用者，知道應以無過失責任之基礎看待服務責任之歸責事由是一回事，但是概念操作上是否有助於法院對安全性欠缺有更正確的認識，進而達到真正的無過失責任，又是另一難題³⁸⁴。過失與安全性欠缺依據上開學者所提出的判斷標準綜合考量，應得以釐清兩者在概念上的不同，但是另一個重要的問題是，上開判斷標準在具體個案中又應如何操作，因此，以下本文將以先前提及的一些實務案例，試圖在個案中具體化上開判斷標準。

³⁸⁴許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 141，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

再者，依據學者觀察指出消保法服務責任在實務操作下為推定過失責任，不生無過失責任之問題，從而其質疑是否存在提供服務之企業經營者沒有過失，卻須負消保法無過失責任的案例³⁸⁵。本文認為，在同時構成服務提供有過失與服務欠缺安全性的情形，企業經營者與消費者對危險發生是否通常、合理，看法可能已不盡相同，但是，將安全性欠缺與過失二者區別最大的實益仍是在於，對於內行人而言，企業經營者已盡善良管理人之注意義務，但以外行人的角度觀之，服務提供仍舊欠缺安全性，而應由企業經營者承擔此不合理的風險。究竟是實務上確實不可能發生此類型的案例，抑或是之所以查無此類型的案例，係礙於我國實務習於過失責任的操作模式所使然，值得研究，因此以下也將著重於責任主體無過失，安全性有欠缺的案例類型，以凸顯在概念與實際操作上區辨二者之實益。

第一款 責任主體有過失、安全性有欠缺的案例類型

第一目 汽車旅館毆傷案

首先，在【汽車旅館毆傷案】，誠如其第二審法院（台灣高等法院台南分院 93 年度上字第 201 號判決）所表示，一個經營汽車旅館，提供住宿服務的企業經營者，並非僅提供房間供消費者休息或睡眠即為已足，尚須維護環境之安全與安寧，否則環境喧囂不堪忍受，甚至隨時可能遭受陌生人侵入房間內加以干擾，豈能達到消費之目的？而究竟在個案中，應負責任者是否已盡其行為義務，以維護環境之安全與安寧，則應以與其從事相同職業活動，在社會一般通常觀念，擁有相當專業知識、技術、經驗且勤勉、謹慎、負責之人相同標準予以檢視。

³⁸⁵曾品傑等（2009），〈民法研討會第五十一次研討會會議紀錄〉，《法學叢刊》，214 期，頁 164，曾品傑教授發言部分；曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 61。

而在本件的情形，一個擁有相當專業知識與經驗的旅館業者，應會在有訪客來訪之情況下，攔下訪客的車輛，確認來訪者身分，並向房客詢問是否認識、有無意願接見，避免可能對房客的安寧甚至是安全造成侵擾的情形發生，因此，如本件櫃台人員草率地讓不速之客知悉房客的房號，以及使其進入旅館，應與善良管理人在同一情況下的當為行為有落差，為有過失。


同一案例若換另一個角度觀察，一般外行的消費大眾若入住旅館，應該也會合理期待在其住宿期間，不會發生不合理的危險，而不速之客突然進入客房將房客毆打成傷，此應為不正常或不合理的危險，是故服務提供欠缺一般人可合理期待的安全性。至於究竟企業經營者之受僱人任意洩漏房號的行為，或是未經查證即讓陌生人進入旅館的行為，是否未盡一定的注意義務，是否應被譴責非難，則非評價安全性欠缺時所應考量者。

第二目 木新游泳池溺水案

在【木新游泳池溺水案】中，一個有相當專業知識經驗且勤勉負責的泳池經營者，於營業時間內應會配置專任救生員，並囑咐、督促救生員堅守其責任崗位，隨時注意泳池內泳客的狀況，而且，也應深諳水上活動可能發生的各種緊急突發意外事故，因此應預先備妥足以應付、處理意外事故的救生器具與設備，盡其所能保護泳客的生命及身體健康。

反觀本件案例，事發當時，現場並無救生員留守，無法在第一時間將溺水的泳客救回岸上，嗣後亦未對溺水者施以最基本的急救措施，甚至延滯報案；再者，游泳池未配置醫務室、無擔架等設備供救生員救援時使用，準此，企業經營者在事故發生當時的各種舉措，與一個善良管理人的當為行為明顯有落差，應評價為

有過失。



同樣的案例，若改以外行人的眼光觀察，一般外行的消費者於停留在企業經營者經營的游泳池這段期間內，應會合理期待企業經營者確保最基本的安全性，不論是泳池的設備或是人員的配置。再者，一般外行人以日常生活中所獲取的知識，應能知悉水上活動有一定的危險性，因此若其不幸在水中抽筋甚至是溺水，應得合理期待現場服務人員能即時提供協助甚至是救助，而且，正是因為消費者有此種期待或信賴，才會選擇至企業經營者所經營的游泳池接受服務，因為若選擇前往一般河川或海岸戲水，可能就無專業人員在旁監督以確保其能安全戲水、游泳。本件被害人並無為超乎自身能力所及的行為，或不顧服務人員指示等不合理接受服務的情形，卻發生溺水昏迷最後死亡的嚴重結果，一般大眾應會評價為服務欠缺安全性。

但是，值得一提的是，所謂消費者期待並非對於具體的某種裝置或設備的具備，或是某個服務人員的行為或活動，原因在於，一般的外行消費者根本缺乏相關專業知識，以瞭解泳池應該配備何種設備、一個專業救生員在施救時步驟為何，或是如何施救最能將損害降到最低。而究竟經營游泳池應具備何種設備、專業救生員應如何對溺水者進行急救等問題，皆應由專業者依其專業能力進行判斷，而非外行人所能理解與關心者。甚至，若將評價的重點置於服務提供過程中某個特定行為，例如救生員未即時報案的不作為、未清除阻塞物及暢通呼吸道等，容易回到以專業者的角度看待個案中的行為人是否已盡其注意義務。

第三目 蒸氣太空艙排風管掉落案

再以【蒸氣太空艙排風管掉落案】為例進行說明，一個謹慎勤勉、有相當專

業知識，以提供護理療程為業的企業經營者，應可預見輔助療程進行的機器隨著使用時間及頻率的增加，發生故障或磨損進而危害消費者生命、身體健康的可能性也提高，考量危險發生對消費者法益侵害的嚴重性，加之此種精密機器的維護需要高度專業，恐非一般員工所能勝任，縱使在保固期間經過後，一個理性謹慎的企業經營者，應該仍會委請專業維護人員進行機器保養，避免機器因維修保養的不當或不足發生意外事故，但本件企業經營者卻任由員工自行檢查及保養，此與一個善良管理人在具體狀況應有之行為標準顯有落差，應認定為有過失。

若改以外行人的角度觀之，被害人進入企業經營者所控制、監督的場域接受服務，並無於接受服務時有不正常、不配合之行為，例如不聽從服務人員指示，任意觸碰機器開關或大力搖晃機器等，突然機器的一部分脫落擊中眼睛，導致水晶體脫落，此種損害程度相當嚴重，一般人根本無法正當預期，因此，應會被評價為服務提供欠缺安全性。而此次意外事故的發生，究竟是服務人員疏於保養所導致，抑或是人為操作不當所導致；服務人員是否已盡注意義務、企業經營者是否已盡監督義務，皆非外行人所關心，評價安全性欠缺時亦無需予以考量。

第四目 小結

綜上所述，不論是【汽車旅館毆傷案】、【木新游泳池溺水案】、【蒸氣太空艙排風管掉落案】，皆為責任主體有過失、服務提供亦欠缺安全性的案例類型，雖然結論上均為企業經營者應負損害賠償責任，但是仍能觀察出內行人與外行人在若干觀點上仍有不同，評價過失與評價安全性欠缺所著重之因素亦不盡相同，從而，過失與安全性欠缺在具體個案中透過若干判斷標準，依然有區別之可能。

第二款 責任主體無過失、安全性有欠缺的案例類型



雖然在責任主體有過失、服務提供亦欠缺安全性的案例類型，過失與安全性欠缺仍有區別的可能性，但是將二者予以區別，最大的實益毋寧是，責任主體無過失，但服務提供仍舊欠缺安全性，應由責任主體承擔此不合理風險的案例類型，以下將以【KTV 槍擊身亡案】、【肝臟血管攝影併發症案】與【八仙粉塵爆炸事件】為例，進行說明。

第一目 KTV 槍擊身亡案

在考量行為人是否違反注意義務，學者認為應考慮不法行為引發損害的可能性，與損害結果的大小，比較預防損害發生的負擔以及所受損害的社會價值與行為人不法行為的社會價值，綜合考量之。此項判斷，包括危險發生的機率、損害事件的成本、預防損害的負擔及不法行為與受害利益的社會價值等³⁸⁶。

在【KTV 槍擊身亡案】中，雖然於 KTV 發生槍擊事件，可能導致人員傷亡，損害情節甚為嚴重，但是此種現象以目前台灣社會的現況而言，發生機率甚微，若為此種偶然、少見之意外事故，必須對所有欲入場消費之人均進行檢查，或是設置金屬探測門，確認未持有槍械始能入內消費，抑或是要求所有包廂隔間牆皆須具備防彈功能，成本與效益顯然不符比例，因此，應認為企業經營者未防範、阻止持有槍械之人入場消費，或是未加裝防彈設施，並未違反注意義務。

其次，KTV 採取包廂設計，主要是為了讓顧客享有獨立且私密的歡唱空間，

³⁸⁶陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，頁 64，台北：元照。

因此業者並不適合在每個包廂內，皆安裝隱藏式錄影監視器，且為了尊重使用包廂的顧客，除非其要求服務人員前往包廂提供服務，否則服務人員亦不適宜隨時進入包廂查看，打擾顧客唱歌。而且，KTV 經營亦講求隔音效果，以避免包廂之間聲響互相干擾，因此，服務人員無法察覺包廂內傳出槍響，難謂其有未盡注意義務之處；再者，KTV 包廂內燈光原本即較為昏暗，服務人員清理包廂時，一般也僅是將注意力集中於地面有無垃圾、設備是否歸位等環境整理，難以認為一個誠實勤勉之人，會在無任何預警下，仰頭注意天花板有無彈孔。從而，若依本件的案例事實觀之，確實難以認為應負責任者有違反注意義務，而應負過失侵權責任。

但是，若從一般、外行的消費者角度進行觀察，本件被害人在包廂內歡唱，卻莫名遭隔壁包廂發射的子彈射穿牆壁而中彈身亡，損害程度過於嚴重，一般人無法合理預期，而且此次意外之發生並非導因於被害人不合理接受服務，例如故意挑釁導致別人憤而開槍。此種突如其來的意外事故所造成的嚴重損害，在一般人眼中屬於不正常或不合理的危險，從而得以評價為服務提供欠缺安全性。雖然應負責任者在本件案例中並無過失，但此正是面對現代社會生活中，眾多且難以避免的不確定意外事故，基於風險分配正義的理念，於無辜的被害人與無辜的企業經營者間作一選擇，真正發揮服務無過失責任保護弱勢被害人的規範功能之時。

值得提出的是，本件第二審法院（台灣高等法院 95 年度消上字第 1 號判決）認為，一般消費者可以合理期待隔間牆具有防火功能，但無法合理預期包廂遭他人用以談判、聚眾鬥毆，故包廂隔間牆不須具備防彈功能，而且設置金屬探測門等設施，亦與社會大眾通常觀念不符³⁸⁷。

³⁸⁷採取相似看法者，請參閱詹森林（2012），〈消費者保護法服務責任之實務問題－最高法院 96 年度台上字第 656 號判決、99 年度台上字第 933 號裁定及其原審判決之評析〉，《法令月刊》，



判決文義上似乎是以消費者之合理期待認定安全性有無欠缺，然而，換個角度觀察，似乎也可以闡釋為 KTV 業者僅能預期消費者在包廂內唱歌、飲食，難以預期包廂被用以談判、聚眾鬥毆，從而企業經營者裝設之隔間牆不需具備防彈功能，亦無須加裝金屬探測門，若是如此，則此部分之論述實係在表達企業經營者對損害之發生，無預見及迴避之可能性，因此並無過失。

如此推論之理由在於，法院在結論上似乎可以理解為，KTV 若發生火警，因隔間牆不具備防火功能，導致在包廂內的被害人受傷，對被害人而言係屬服務欠缺可合理期待之安全性，但是若 KTV 發生聚眾鬥毆事件，因隔間牆不具備防彈功能，導致隔壁包廂內的被害人遭子彈擊斃，對被害人而言，企業經營者提供之服務並未欠缺安全性，屬於一個被害人應自行吸收、承擔之風險。

然而，本件被害人係在通常條件下接受服務，並無任何不合理接受服務之情形，不論被害人係於包廂內因隔間牆無法防火導致燒燙傷，抑或是因隔間牆無法防彈導致受槍傷，此種損害之發生無法正當預期，損害之程度亦相當嚴重，在一般人觀點下，皆屬於不正常的危險，皆應評價為服務欠缺安全性。果爾，為何法院認為隔間牆無法防彈之情形，企業經營者所提供之服務未欠缺安全性，原因在於法院雖然表面上係以一般外行人的觀點評價安全性欠缺，但實際上仍然無法脫離以企業經營者是否得預見及避免損害發生之可能性，對系爭案件進行評價。

法院認為企業經營者無法明知或合理懷疑，甚至避免持有槍械之人進入 KTV，對於企業經營者而言，持槍進入 KTV 屬於罕見情形，如對所有欲入場消費

63 卷 1 期，頁 9；楊絮雲（2010），《我國消費服務爭議之民事判決之研究》，頁 175，國立台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文；直接表明係企業經營者無法預見他人持槍朝包廂射擊，故無欠缺安全性，請參閱陳洸岳等（2016），〈民法研討會第七十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，241 期，頁 128，陳洸岳教授發言部分。

之人，均進行檢查，確認未持槍後始能入內消費，成本與效益顯然不符比例，因此不應課以企業經營者裝設防彈功能隔間牆與金屬探測門之義務。就此而言，法院仍是站在專業者之角度，劃定其行為義務之界線，而未脫離過失之概念。

然而，一般消費者之期待應為在 KTV 包廂內，不僅可以享受企業經營者所提供之唱歌、飲食以及各自獨立不受影響之空間外，更重要的應為此一空間為一個安全、不會發生不合理危險的空間。換言之，消費者期待者應為在企業經營者提供服務之時空內，應具備一定之安全性，不至於發生意外事故侵害其人身與財產完整性，應非期待企業經營者具體的行為義務為何、企業經營者應如何提供服務、裝設何種裝備始能盡其行為義務，理由在於企業經營者具體行為義務之內涵為何，亦需要相當專業知識與經驗始能建構、確立，例如，一處公共場所應設置那些設施、配備何種設備、動線如何規劃、服務人員應如何提供服務等等，在在均非一般外行、無相關專業知識及經驗的消費者有能力加以理解。在現代精緻的社會分工下，外行人只能信任擁有專門知識、技能、經驗並以此為業之企業經營者為其妥善安排、規劃一個安全的消費環境，而究竟應如何建構安全之消費環境，應委由企業經營者依其專業能力加以判斷、決定。

準此，前往 KTV 之消費者，應能合理期待能安全地在包廂內盡情歡唱、飲食，發生火災導致燒燙傷、因 KTV 麥克風漏電而暈厥³⁸⁸抑或是突然遭流彈擊斃，以一般消費大眾之觀點而言，皆會被評價為不合理之危險，但是，缺乏專業知識與經驗的外行消費大眾，並無能力知悉何種建築材料可以防止火勢延燒、如何安裝麥克風等設備可以避免漏電、裝設何種隔間牆在隔除噪音之餘，尚能提升安全性，因此，究竟應如何建構一個安全的歡唱空間，例如，是否加裝金屬探測門、隔間牆是否需要具備防彈或防火功能，或是除此以外尚有其他更能提升安全性之

³⁸⁸聯合報（11/12/2015），〈麥克風電人？少年唱 KTV 昏迷〉，A11 版。

具體方式與措施等，應該均非消費者所合理期待之內容。



簡言之，法院判決雖然文義上採取消費者之觀點認定安全性欠缺，但實質上由於並未釐清不具專業知識的外行人，在具體個案中期待的內容為何，並且在判斷安全性欠缺時，並非對整體服務進行觀察，而是切割不同的原因事實，企圖找出企業經營者是否有值得譴責、非難之處，在此同時即將企業經營者的行為義務混入其中，難以純然貫徹消費者的觀點，所以在認定企業經營者無過失時，亦同時認定服務提供並未欠缺安全性，導致二者在概念上無從區別。

第二目 肝臟血管攝影併發症案

在【肝臟血管攝影併發症案】中，雖然法院從寬認定醫療行為，進而認為無消保法服務責任之適用，但是本件一個重要爭點，即在進行肝臟血管攝影檢查前，醫護人員是否已向病患詳加說明肝臟血管攝影可能的併發症或危險。由於相關醫療資訊是否為必要且有益的資訊，應由醫護人員向病患告知、說明，醫療專業者的觀點與外行、非專業者的觀點難免有些差異，因此本文仍以本則案例凸顯兩種觀點間的差異。

首先，鑑定書表示，肝臟血管攝影導致急性脊髓梗塞症在臨床上相當罕見，國內僅有出現一例因施行肺部動脈攝影導致急性脊髓梗塞症，甚至國外文獻上亦查無因肝臟血管攝影，導致急性脊髓梗塞症的案例。據此，由於在本件意外事故發生以前，國內外文獻及臨床上均查無此類型案例，則在當時醫療服務提供者的醫療觀點下，因醫學知識上的有限性，以致此等醫療資訊事實上無法被認知及取得，因而無法對病患為告知、說明，難以認為醫療服務提供者有過失。

相反的，欲評價系爭醫療服務是否欠缺安全性，則應從一般病患的觀察角度，以醫療外行人所能理解的安全水準，作為判斷標準。而依消保法施行細則第 5 條之規定，服務之標示說明為判斷安全性欠缺時的考量因素之一，而此考量因素亦應解為是外行人標準下的考量因素，係指服務提供過程中，就與危險之認知、察覺或避免有關的任何資訊，不問企業經營者是否具體認知、察覺或避免此項危險，只要在一般消費者通常所能合理期待的資訊範圍內，企業經營者即應對消費者為告知、說明，否則較容易被評價為服務欠缺安全性³⁸⁹。

對一般人而言，其根本無相關專業知識及經驗，知悉進行肝臟血管攝影檢查可能產生何種併發症，從而需要仰賴醫療專業者釋放相關資訊，而且當可能的副作用或併發症越是嚴重，對生命、身體健康所造成不良後果的可能性越大，一般人越是會合理期待內行人提供相關資訊，令其有機會考量各種利害關係，評估是否要接受此種有高風險的檢查項目。

在本件案例中，因接受健康檢查卻導致下肢癱瘓難以復原的結果，已經超出一般病患通常所能預期的程度，若知悉有癱瘓的風險，可能影響病患接受肝臟血管攝影檢查的意願。準此，應認為此種可能對身體健康造成嚴重後果的併發症為必要、有益的資訊，一般接受肝臟血管攝影檢查的病患，應會合理期待醫療院所向其揭露此等資訊。而本件醫護人員並未揭露此等重要資訊，且病患在接受服務時亦無任何杯葛或抵制醫囑的情形，卻發生遠遠超出一般病患通常所能認識或預期的嚴重危險，對一般外行人而言，本件醫療服務之提供應欠缺安全性。

總而言之，在醫療專業者的觀點下，由於進行肝臟血管攝影檢查可能併發急

³⁸⁹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 54-55；陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 100。

性脊髓梗塞症而使下肢癱瘓，此項醫療資訊在當時事實上無法認知，因此無法對病患為告知與說明，此時醫療服務之提供並無過失；但是接受服務之一般病患通常可合理期待服務提供者揭露此等資訊，因此醫療服務之提供仍欠缺安全性。惟此時醫療服務提供者可能得主張依據當時醫學專業知識，肝臟血管攝影檢查併發急性脊髓梗塞症的機率極低，甚至幾乎不可能發生，以致於醫護人員並無可能對病患踐行告知說明義務，然而，此為發展上危險或科技水準抗辯是否成立的問題，而非安全性欠缺與否的問題³⁹⁰。

第三目 八仙粉塵爆炸事件

最後再以【八仙粉塵爆炸事件】為例，設若八仙樂園確實僅是提供場地於其他業者舉辦活動，該場地亦無其他不備安全性，例如消防安全設備不足、逃生動線不明等情形，以一個提供場地的企業經營者角度為觀察，實無法要求八仙樂園對於其他使用場地的業者進行全面的監督，例如干涉整體活動的規劃與安排、控管所有活動中使用的器材與道具，甚至在無任何徵兆下，將相關器材與道具調查或抽樣送驗，若將注意義務苛刻要求至如此程度，事實上，也完全失去原本提供場地由他人舉辦活動的本意。因此，難以認為活動舉辦公司所使用的彩色色粉引發粉塵爆炸，八仙樂園有未盡善良管理人注意義務之處。

³⁹⁰關於發展上危險之概念及我國法是否採納，詳細內容請參閱吳淑莉（2015），〈從美國商品責任法論我國消保法商品責任之客觀歸責事由〉，《中原財經法學》，35期，頁11-18；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁210-214，行政院消費者保護委員會編印；陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50期，頁55-56；詹森林（2003），〈消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析〉，氏著，《民事法理與判決研究（三）－消費者保護法專論》，頁213-217，台北：元照；陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁54-57；劉春堂著譯（1996），《消費者保護與消費者法》，頁127-131，台北：行政院消費者保護委員會編印；黃明陽（1995），〈淺論發展上危險之責任〉，徐立德（等著），《消費者保護研究（一）》，頁135-148，行政院消費者保護委員會編印；黃立（1991），〈論商品責任〉，《政大法學評論》，43期，頁229-234。

但是，八仙樂園將其場地開放予持有活動票券之人入內遊玩，顯為對消費者或第三人提供服務，加之活動宣傳及購得之票券上，皆清楚載明活動在八仙樂園內舉辦，消費者或第三人因而對八仙樂園投以相當的信賴與期待，相信在八仙樂園內所舉辦的活動應當具有一定之安全性，縱使本案之消費者或第三人與八仙樂園間實際上無契約關係，然消保法服務責任之成立並不以當事人間有契約關係為必要，且不論八仙樂園與活動舉辦公司間之契約如何約定，均不影響八仙樂園直接對消費者或第三人提供服務的事實。

至於八仙樂園所提供之服務是否欠缺安全性，則應以外行、一般消費大眾的角度加以觀察，本件被害人僅是在舞池跳舞、玩樂，亦未有任何不正常接受服務的情形，例如不聽從服務人員勸告逕自點燃火燭或觸碰火源，但是現場卻突然發生爆燃導致多人嚴重燒燙傷或死亡，此種危險已經超出一般人通常所能認識或預見之程度，屬於不正常或不合理之危險，因此，應得評價為服務提供欠缺安全性。

準此，雖然八仙樂園之服務提供並無過失，但是消保法服務責任本來即不是對應負責任者之義務違反予以非難，而係就不合理危險所致損害重新合理分配。縱使企業經營者並無過失，然而立法者認為，相較於無辜的被害人，欠缺安全性之服務所肇致的損害，無辜的企業經營者顯然更有能力藉由服務的價格機能，或責任保險等方式將損害予以分散，因此基於風險分配正義的理念，與其將損害留在原處，讓身心受創已極為嚴重的被害人獨自承受，更適合將損害轉移由有能力之企業經營者分擔。

第四目 因果關係之認定

在此附帶指出，學者另質疑若服務提供沒有過失、符合當時專業水準，但是

服務提供卻欠缺安全性，此際應如何判斷與被害人所受損害之間的因果關係³⁹¹。此問題牽涉危險責任的因果關係應如何認定，值得深入探討之處甚多，礙於篇幅與能力，僅能在此點出問題並提出一些初步的想法。



我國通說就侵權責任的因果關係，向來皆依相當因果關係認定之，消保法商品與服務責任的因果關係判斷，大致上並無不同³⁹²。然而，值得思考的是，危險責任之歸責原因即在於分配因特殊危險產生之損害，特殊危險的實現在許多情況並不具相當性，若適用相當因果關係，將該等損害排除，即與危險責任之歸責原因相牴觸³⁹³。況且，相當性的判斷本身即易與過失之概念混淆³⁹⁴，若再以此判斷危險責任之因果關係是否會造成歸責原理間之混淆，亦有待進一步思考。

自比較法觀之，德國通說認為危險責任並不適用相當因果關係，至於理由構成，德國學者有認為，相當因果關係之所以將不相當結果排除，是因為不相當的結果與個人自主無關，相當因果關係端視結果是否為人的行為所控制，但是危險責任不是建立於行為，而是建立於被允許的風險，故不適用相當因果關係³⁹⁵。在希臘、葡萄牙、瑞典等國家，一些新興觀點亦指出，引進危險責任，必須放鬆因果關係之要求，不能透過相當性理論削弱嚴格責任的嚴格與客觀性，而使其接近、甚至成為過失責任³⁹⁶。

³⁹¹曾品傑等（2009），〈民法研討會第五十一次研討會會議紀錄〉，《法學叢刊》，214期，頁177，曾品傑教授發言部分；曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋一〉，《財產法暨經濟法》，12期，頁61。

³⁹²王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁733，台北：自刊；黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁36-37，行政院消費者保護委員會編印；邱聰智（2005），〈消費者保護法上商品責任之探討〉，廖義男（等著），《消費者保護研究（二）》，頁73，行政院消費者保護委員會編印。

³⁹³楊佳元（2005），〈危險責任〉，《臺北大學法學論叢》，57期，頁103。

³⁹⁴陳克明（2008），《論強制汽車責任保險法上之責任基礎》，頁146，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³⁹⁵楊佳元（2005），〈危險責任〉，《臺北大學法學論叢》，57期，頁103。

³⁹⁶Christian von Bar 著，焦美華譯（2003），《歐洲比較侵權行為法（下）》，頁674-675，台北：元照。

若不採取相當因果關係，則無過失責任之因果關係又應如何認定？關於此問題，我國學說多集中於探討同為無過失責任之強制汽車責任保險法之因果關係應採用何種標準³⁹⁷，學者有引介德國法之場所、時間密切關係說，此說認為只要損害之發生與動力車輛之利用，在場所上及時間上有密切的關係，即具備因果關係³⁹⁸，此見解亦為部分日本學說與實務解釋「自動車損害賠償保障法」所採納。

另有日本學說認為危險責任之歸責原因既非建立於人的行為，應屬單純之風險歸責，故不適用相當因果關係，而事實上因果關係與「自動車損害賠償保障法」接近無過失責任立法精神較為合致³⁹⁹。此外，亦有見解參考法國法採取之牽連關係，亦即只要動力車輛以某種形式參與、牽扯或涉入交通事故，即屬牽連其中，不問該車輛對損害發生是否有相當原因力⁴⁰⁰。而不論是德國的場所、時間密切關係說、法國的牽連關係說，抑或是部分日本學者提倡之事實上因果關係說，皆可認為係對向來所採相當因果關係的一種放寬。

事實上，相當因果關係中相當性之內涵與判斷，確實容易混雜過失之概念，並未契合無過失責任之歸責原理，而強制汽車責任保險法之立法目的⁴⁰¹，其中之一即是為加強保護交通事故之被害人，由於交通事故被害人的法律地位，長期處於弱勢且不利益的狀態，通常被害人身心受創極為嚴重、經濟情況頓時陷入困境，亟需在實體上可以充分、確實地獲得賠償；在程序上可以迅速、簡易地獲得

³⁹⁷詳細內容請參閱何克凡（2015），《強制汽車責任保險法汽車交通事故之研究》，頁 132-161，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳克明（2008），《論強制汽車責任保險法上之責任基礎》，頁 68-80，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；陳忠五（2005），〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，70 期，頁 77。

³⁹⁸陳克明（2008），《論強制汽車責任保險法上之責任基礎》，頁 31，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

³⁹⁹陳克明（2008），《論強制汽車責任保險法上之責任基礎》，頁 68-69，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁰⁰陳忠五（2006），〈新世紀法國侵權責任法的挑戰－以交通事故損害賠償責任的發展為例〉，《國立台灣大學法學論叢》，35 卷 2 期，頁 131-133；陳忠五（2005），〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，70 期，頁 77。

⁴⁰¹強制汽車責任保險法第 1 條規定：「為使汽車交通事故所致傷害或死亡之受害人，迅速獲得基本保障，並維護道路交通安全，特制定本法。」

賠償⁴⁰²。此部分與消保法服務責任之立法目的，期能改善消費者或被害人的法律地位，使消費者或被害人得以獲得充分、確實、迅速、簡易的賠償並無二致。

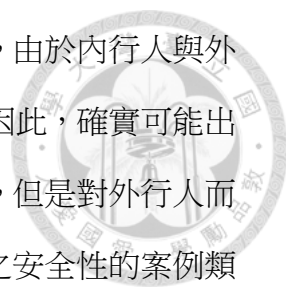
學說在闡釋強制汽車責任保險法之因果關係時，大致方向皆為放鬆因果關係的認定標準，避免以傳統相當因果關係作為認定標準時，因是否具有相當性存有爭議，削弱加強保護被害人之立法目的。而同樣以加強保護被害人，提升其等法律地位為目標之服務無過失責任，若以安全性欠缺取代過失，使消費者或被害人之請求權易於成立的同時，卻又不放寬因果關係之認定，動輒以不具相當性為由否定服務責任之成立，將與消保法之立法目的達成間有所扞格，未盡妥適。

從而，在認定服務無過失責任之因果關係時，上開在強制汽車責任保險法中，有關因果關係之討論即有相當之參考價值。事實上，不論是參考事實上因果關係，即相當於條件關係，認為被害人若不接受服務提供，即不生此種損害作為判準；或是參考場所、時間密切關係說，認為損害之發生與企業經營者提供服務，有場所及時空上之密切關係；抑或是參考牽連關係說，認為企業經營者因提供服務，不論僅是提供場所讓消費者得以進入其監督、控制的範圍內，或是除此之外尚有提供其他服務項目，例如飲食或是其他設備之使用，皆可評價為企業經營者以某種形式介入意外事故，且與被害人之損害在時間上與空間上具有一定之關聯，因此有牽連關係，皆為解釋消保法服務無過失責任之因果關係時，可以嘗試的方向。

第五目 小結

綜上所述，若嚴以區辨過失與安全性欠缺在概念上之不同，並於具體個案中

⁴⁰²陳忠五（2005），〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，70期，頁65-70。



貫徹以消費者之觀點，對服務整體進行安全性欠缺與否的評價，由於內行人與外行人對危險發生是否通常、合理，在許多情形觀點不盡相同，因此，確實可能出現以內行人角度觀之，應負責任者已盡善良管理人之注意義務，但是對外行人而言，危險之發生無法正當預期，從而服務不具通常可合理期待之安全性的案例類型。

實務在個案操作上無法區分安全性欠缺與過失的概念是否正確，已待斟酌，抑且，若依學者之觀察，在實務上應負起服務責任者皆為行為人有過失之情形，若無過失即無服務欠缺安全性可言，此現象某程度亦間接說明，法院是以操作過失相同的模式評價安全性欠缺。若再憑據此種將安全性欠缺與過失混淆不清的看法，進而認為行為人無過失，但提供服務欠缺安全性的案例類型不存在，似亦有待商榷。

最後，於判斷服務責任之因果關係時，基於危險責任之特性，以及達到服務責任保護弱勢被害人之立法目的，宜放寬因果關係之認定，而不論是以事實上因果關係說、場所、時間密切關係說或是牽連關係說作為判準，皆提供將來我國學說及實務可以進一步研究與發展的重要參考。

第五章 安全性欠缺之考量因素



所謂服務之提供欠缺安全性，係指企業經營者所提供之服務，未具通常欠缺專業知識、經驗或技術的社會一般不特定多數人客觀上所能正當、合理期待的安全水準。但是，社會一般不特定多數人之安全性期待仍然過於抽象，對此，消保法施行細則第 5 條進一步規定：「本法第 7 條第一項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」

由於消保法將商品責任與服務責任併列加以規範，二者在構成要件與法律效果方面基本上並無二致，而消保法施行細則第 5 條所提出之考量因素，不但於判斷商品安全性欠缺時應納入考量，於判斷服務欠缺安全性時，亦應予以參酌⁴⁰³。然而，不容否認的是，相較於服務責任，商品責任理論發展較早，體系較為完備，有豐富的比較法得以參考⁴⁰⁴，我國學說討論安全性欠缺之考量因素時，亦多以

⁴⁰³值得注意的是，消保法施行細則第 5 條文字雖然規定：「應就下列情事認定之」，似乎屬於列舉限制性質之規定，但為使一般消費者對商品或服務安全期待之內涵更加具體，使安全性欠缺與否之判斷臻於明確，一般認為，安全性欠缺之認定不限於前揭情事，解釋上應認為消保法施行細則第 5 條規定之 3 種情事僅為例示參酌之性質，不排除參酌其他情事加以認定，諸如成本效益關係、法令規定、檢驗標準或同業標準、商品或服務之種類、說明書或廣告內容等因素。究竟其他不成文之考量因素如何影響、形塑消費者之安全期待，值得深入研究，然礙於能力及篇幅，以下僅針對消保法施行細則第 5 條明定之考量因素與消費者安全期待間之互動關係加以分析、討論。相關討論請參閱王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 702-703，台北：自刊；王勢豪（2013），《論消費者保護法商品責任及服務責任之可合理期待安全性》，頁 125 以下，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 223 以下，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 91-93，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；郭麗珍（2001），《產品瑕疵與製造人行為之研究－客觀典型之產品瑕疵概念與產品安全注意義務》，頁 150，台北：神州圖書；陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 100；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 97-102，台北：翰蘆圖書。

⁴⁰⁴陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九 0 台上字第七 0 九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 37。

商品責任為對象。因此，於探討服務欠缺安全性之考量因素時，在方法上本文亦將參酌學說於商品責任之有關討論，並思考服務責任是否因為具有一定之特性，而於適用消保法施行細則第 5 條時，有應特別注意或強調之處。



第一節 服務之標示說明

所謂服務之標示說明，係指服務提供過程中，就與危險之認知、察覺或避免有關之資訊，不問企業經營者是否具體認知、察覺或可能避免此項危險，只要在一般消費者通常所能合理期待的資訊範圍內，企業經營者應為充分之告知、說明、警告、提醒或建議⁴⁰⁵。除消保法施行細則第 5 條揭示服務之標示說明，為認定服務欠缺安全性的考量因素以外，消保法第 7 條第二項復規定：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」上開關於標示說明之規定，皆是為具體落實消保法第 4 條⁴⁰⁶及第 5 條⁴⁰⁷之規範意旨。

第一項 標示說明與消費者期待之互動

由於在現代社會高度分工之狀態下，擁有專業知識、資訊及經驗的企業經營者，與缺乏專業知識、資訊及經驗的消費者，雙方之間在服務有關之資訊方面，熟悉度與掌握度都有相當的落差，而此種專業知識及資訊偏在所產生的問題，即

⁴⁰⁵陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁51。

⁴⁰⁶消保法第 4 條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」

⁴⁰⁷消保法第 5 條：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」

是服務責任所欲處理的課題之一⁴⁰⁸。當企業經營者壟斷服務之危險資訊時，消費者若缺乏充分的理解將無從作出理性的判斷，進而決定「是否」或「如何」接受服務。事實上，生活中隨處都可能充斥著各種危險，而企業經營者所提供之服務，亦無法確保其具有「絕對」的安全性，接受服務可能面對程度或小或大的風險，無疑是一種兩害相權取其輕及兩利相權取其重之觀念，特別是在接受服務與重大個人法益之間有所衝突時，消費者惟有透過充分之標示說明，始能明瞭接受服務可能承擔之風險，基於自主決定權在利與弊之間做取捨，若其選擇捨棄重大個人法益以換取接受服務之利益，於此情形下，消費者因接受服務所造成之損害，即不應要求企業經營者負責，而可正當化將損害留在原處之概念。準此，服務之標示說明最為核心之概念實為揭露相關必要、有益資訊，藉此引導、具體化消費者之安全期待，甚至能進一步預防損害及實現消費者之自主決定權⁴⁰⁹。

若服務之危險性已為一般消費大眾依據日常生活經驗得以知悉、認識，此時，內行人與外行人之間並無資訊上的不對等，因此，企業經營者毋庸藉由標示說明揭露服務具有一定危險性之資訊，而且，一般消費者既然已經清楚瞭解服務的危險性，其將不再對此種服務安全性存有期待或信賴，若消費者或被害人仍然選擇接受服務，此種風險實現不應轉嫁由企業經營者負擔。例如，一般外行人依生活常識與經驗，應能知悉捷運列車門與月台門關閉過程中，強行進入車廂可能有被夾傷的風險；或是火車或客運運行過程中，任意打開車門或是將頭、手伸出窗外有一定的危險性，從而企業經營者無須特別藉由標示說明，平衡其與被害人間資訊上的不對等，若被害人在車門關閉過程中強行闖入車廂而被夾傷，或是於大眾運輸交通工具運行中任意打開車門，或將身體部位伸出車外發生意外，此種損害應由被害人自行吸收。

⁴⁰⁸張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 180-181，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁰⁹黃凱紳（2012），《論商品警告瑕疵：歸責原理及妥適性的判斷》，頁 4-10，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；呂蘭蓉（2000），《產品指示說明問題之研究》，頁 8-15，國立成功大學法律學研究所碩士論文；周美雲（1997），《消費者保護法中商品責任之研究》，頁 107-108，台北：司法院司法行政廳。



標示說明作為內行人與外行人資訊溝通之管道，當企業經營者越是充分、越是明確地揭露資訊，其與消費者間的資訊落差將會縮小，雙方之間所認知的安全期待也會趨近。有一些情況為，一般消費大眾原先與擁有專業知識的企業經營者間有相當的資訊落差，但藉由充分的標示說明，已經弭平二者資訊與知識間的差距，使雙方所認知的安全期待幾乎趨於一致，此時，一般消費大眾既已知悉服務的危險性，若因此種一般消費大眾已然認知的危險肇致損害，企業經營者同樣無須負損害賠償責任⁴¹⁰。

例如軟膠鞋因為材質柔軟、鞋底較薄，穿著軟膠鞋搭乘電扶梯，鞋子容易被電扶梯捲入而受傷，在此種款式的涼鞋流行之初，一般消費大眾並不知悉穿著此類涼鞋搭乘電扶梯，可能有被夾傷的風險，但是在陸陸續續發生一些意外事故後，捷運公司即在電扶梯附近播放警語或是張貼圖示、標語提醒乘客注意特定穿著在搭乘電扶梯時必須格外小心，目前一般消費大眾應能認知此種危險，若穿著軟膠鞋搭乘電扶梯應自己特別注意，或是為避免發生危險，選擇走樓梯或搭乘電梯。

另以最高法院 104 年度台上字第 2328 號判決（【海水浴場溺斃案】）為例，案例事實略為，被害人入住萬里產業股份有限公司（下稱萬里公司）經營之太平洋翡翠灣福華度假飯店（下稱福華飯店），翌日進入鄰近飯店由太福育樂股份有限公司（下稱太福公司）經營管理之太平洋翡翠灣海灣俱樂部海水浴場游泳，卻不幸因海象危險發生溺水死亡事故，被害人之父母乃以萬里公司、福華飯店、太福公司等為共同被告，依消保法第 7 條第三項、民法債務不履行及侵權責任相關規定請求損害賠償。

⁴¹⁰張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 182-183，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。



一般外行、不具專業知識的消費大眾通常缺乏對海況的認識，不清楚在當日的氣候條件下適不適合游泳、戲水，而且氣候狀況攸關著消費者戲水時的人身安全，一般消費大眾應會期待、信賴企業經營者釋放天候狀況的相關資訊，甚至評估在此天候狀況下適不適合游泳、戲水，並對消費者作出實質建議。

本件企業經營者於福華飯店通往戶外設施區之入口驗票處，陳列各式明顯之告示立牌，使一般人於進入戶外設施區之前，得以瞭解海水浴場因風浪大而暫停開放使用之消息，並在通往海灘區之走道設置公安告示牌，以及在進入海水浴場前之土丘高處豎立紅色三角旗，復沿海岸構築沙堤等多重方式提醒顧客配合，應認為企業經營者已將攸關人身安全的重要資訊予以釋放，弭平專業者與外行人的資訊落差。在充分揭露天候狀況，且明白表示當日不適合戶外戲水的情況下，若被害人執意下水游泳導致發生意外事故，損害即不應轉嫁由企業經營者承擔。

再以台灣高等法院台中分院 103 年度上字第 494 號判決（【雲霄飛車致頸椎受傷案】）為例，案例事實略為，被害人前往被告九族文化村遊樂園遊玩，並搭乘「馬雅探險懸吊式雲霄飛車」設施，於搭乘過程中即感到頭部疼痛不適，在乘坐系爭雲霄飛車設施後休息片刻，仍感頭部疼痛、嚴重不適，後經診斷為第二頸椎骨折併脫位。本件其中一個重要的爭點即為，企業經營者是否有告知、說明患有某些疾病之人，不適合搭乘系爭雲霄飛車、在搭乘過程中應注意哪些事項。

由於國內外遊樂園眾多，不同雲霄飛車的速度、搭乘方式、賦予消費者感官刺激程度不盡相同，或許一般人知悉雲霄飛車屬於較刺激的遊樂設施，但是外行、不具專業知識的一般消費大眾，並不清楚搭乘特定雲霄飛車可能面臨何種風險、可能產生何種副作用、患有某些疾病者不適宜搭乘、乘坐過程應注意哪些事

項等，這些資訊與人身安全息息相關，一般消費大眾應會期待企業經營者釋放相關資訊，使其得以衡量自身的身體狀況，是否適合搭乘此種刺激且風險較高的遊樂設施，或是提醒消費者乘坐過程應注意的事項，以避免損害的發生。



本件依據法院所認定的事實，企業經營者於一樓排隊區及二樓月台入口處，均設有「搭乘注意事項告示牌」與「電視播放搭乘規則」；於每一乘員座位後方設有「示範搭乘雲霄飛車正確姿勢之告示」；並於系爭雲霄飛車設施內頻繁播放語音廣播，警示說明具有哪些特殊生理狀況的消費者，不適合搭乘系爭遊樂設施，搭乘過程應注意及配合的事項，否則可能導致何等身體不適甚至受傷的狀況，準此，應認本件企業經營者已將相關重要且有益的資訊揭露於消費者，使消費者得以理解乘坐系爭雲霄飛車的利弊得失，顯然足以影響甚至改變消費者對系爭服務的安全期待。

第二項 安全性欠缺之考量因素或類型之一？

消保法施行細則第 5 條第一款將標示說明，作為判斷消保法第 7 條第一項服務安全性欠缺與否的考量因素之一，當企業經營者揭露服務的相關必要、有益資訊，確實可能影響消費大眾對服務危險的認知，進而影響或改變消費者對服務的安全期待，若消費者對服務的安全信賴因充分的標示說明而降低時，即有可能被評價為服務提供並未欠缺安全性，已如上述。

惟消保法第 7 條第二項另針對標示說明作出規範，與消保法第 7 條第一項及消保法施行細則第 5 條第一款，似乎形成兩組規範基礎。論者對上開規範體例為形式上之觀察，認為現行消保法第 7 條之規定接近區別欠缺類型之體例，即將非

標示說明欠缺的構成要件規定於同條第一項，而將標示說明欠缺的構成要件規定於同條第二項⁴¹¹。然而，若觀察消保法第 7 條第一項與施行細則第 5 條第一款之規定，似又採取接近單一欠缺類型的體例，即將標示說明，作為判斷消保法第 7 條第一項可合理期待安全性概念的參考情事之一⁴¹²。

在實務見解方面，有許多判決將消保法第 7 條第一項與第二項，認定為不同規範基礎，於個案中分別判斷服務是否符合通常可合理期待之安全性，以及服務之標示說明是否欠缺。是故我國消保法究竟是將標示說明作為一種服務欠缺之類型，或僅為安全性欠缺的考量因素之一，即有待討論。

換言之，消保法第 7 條第一項、施行細則第 5 條第一款及消保法第 7 條第二項間之關聯性為何？是否應將第 7 條第一項與第二項之規定，當作各自獨立之規範基礎，各自檢證其構成要件及法律效果？究竟服務之標示說明與服務安全性欠缺之關係為何？企業經營者的危險揭露責任是否不能完全取代服務安全責任？此皆涉及標示說明之定位問題。以下將先介紹學說及實務對於標示說明與安全性欠缺間關聯性的討論，其次，論述本文對於標示說明是否有類型化，或與安全性欠缺分別檢驗之必要性與妥適性之看法。

⁴¹¹黃凱紳（2012），《論商品警告瑕疵：歸責原理及妥適性的判斷》，頁 11-12，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。類似見解請參閱黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁 38，行政院消費者保護委員會編印；曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 59；許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 43-44，國立台灣大學法律學研究所碩士論文；侯英冷（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務－台灣高等法院八七年上字一五一號判決評譯〉，《台灣本土法學雜誌》，37 期，頁 73-74；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 102-103，台北：翰蘆圖書；周美雲（1997），《消費者保護法中商品責任之研究》，頁 95，台北：司法院司法行政廳。

⁴¹²張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 139，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

第一款 學說見解



在探討商品責任的我國文獻上，經常可以發現論者將商品安全性欠缺區分為製造上欠缺、設計上欠缺、標示說明上欠缺等類型進行討論⁴¹³，在服務責任，亦有見解將服務欠缺安全性比照商品欠缺安全性，並於探討一則夜店火災事件時表示，夜店所提供的服務產品，含有設計上欠缺、製造上欠缺以及標示說明上欠缺⁴¹⁴。

另有見解則認為，服務欠缺安全性致侵害消費者或第三人之生命、身體、健康或財產者，自消保法第 7 條觀之，有兩種態樣，第一種為所提供之服務，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，即消保法第 7 條第一項之情形；第二種為所提供的服務具有危害消費者生命、身體、健康或財產之可能者，未於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法，即消保法第 7 條第二項之情形⁴¹⁵。亦有認為在消保法第 7 條之規範下，有三種分別獨立的請求權基礎，即商品責任、服務責任以及警告責任，在個案中應嚴予區分⁴¹⁶。

在區分欠缺類型的脈絡下，有見解認為若企業經營者已為充分之標示說明，卻仍有他種欠缺存在時，仍應受消保法第 7 條第一項規範之評價。而企業經營者

⁴¹³王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 728-729，台北：自刊；李鳳翱（2004），〈美國嚴格商品責任 兼論我國消保法商品責任之若干問題〉，《律師雜誌》，293 期，頁 63；李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十）》，頁 207-210，行政院消費者保護委員會編印；朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 102-103，台北：翰蘆圖書。

⁴¹⁴黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，黃明陽（等著），《消費者保護研究（十八）》，頁 36-38，行政院消費者保護委員會編印。

⁴¹⁵謝哲勝（2013），〈現行商品責任規範的檢討〉，《台北大學法學論叢》，87 期，頁 75；曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任—最高法院相關判決評釋一〉，《財產法暨經濟法》，12 期，頁 59；侯英冷（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字一五一號判決評譯〉，《台灣本土法學雜誌》，37 期，頁 73-74。

⁴¹⁶吳淑莉（2016），〈餐飲業之消保法商品及服務責任—熱紅茶案判決評析〉，《月旦法學雜誌》，252 期，頁 215-217。

在商品設計與製造時，必須在當時科技或專業水準下，盡其可能事先排除預見之危險，不能僅是以標示說明降低消費者對於商品設計或製造之安全期待⁴¹⁷。

詳言之，論者認為標示說明具有輔助性質及最後手段性，若能以設計或製造上之方法來避免危險之發生，則企業經營者必須優先採用該種方法事先排除危險，一項商品之設計或製造欠缺，是無論如何無法因商品之標示說明即成為安全的商品，標示說明僅於商品具有科學技術無法避免之危險，始有適用餘地。於我國之情形下，企業經營者為消保法第 7 條第二項之標示說明，只是表示不具標示說明上欠缺而已，仍有他種欠缺存在之可能，故仍受同條第一項規範之評價，且依消保法施行細則第 5 條之規定，商品是否有欠缺，應參考該條所列三款情形綜合判斷，不應於只盡標示說明義務，即可輕斷企業經營者免除消保法第 7 條之責任。亦有學者將此見解適用於服務責任，認為若危險的控制可能性在企業經營者，則企業經營者必須控制避免該危險發生，不會因服務已為標示說明而使服務具有可合理期待之安全性⁴¹⁸。

對此，有反對見解認為上開解釋方式，與消保法施行細則第 5 條第一款有扞格之處，蓋消保法既然以安全性欠缺作為歸責基礎，在規範上並無意毫無限制及保留地保護消費者的人身與財產安全，究竟是否欠缺安全性，應為比較後量差之結果，並不存在所謂本質上絕對安全或絕對危險之商品或服務，而一般消費者之期待即在劃定、判斷有無欠缺安全性及責任是否成立之基準。事實上，平衡資訊落差本即為消保法第 7 條第一項之規範重點之一，倘若企業經營者未為必要的標

⁴¹⁷郭麗珍(2001)，〈產品瑕疵與製造人行為之研究－客觀典型之產品瑕疵概念與產品安全注意義務〉，頁 145-147，台北：神州圖書。相同見解請參閱李玲瑩(2009)，〈論商品責任－以商品標示及舉證責任為中心〉，頁 18-19，私立東海大學法律學研究所碩士論文；呂蘭蓉(2000)，〈產品指示說明問題之研究〉，頁 13-15，國立成功大學法律學研究所碩士論文；蔡陸弟(1996)，〈消費者保護法中產品瑕疵之研究〉，頁 120-121，私立東海大學法律學研究所碩士論文；施柏宏(1995)，〈論消費者保護法之商品無過失責任－以第七條之解釋適用為中心〉，頁 82-83，私立東海大學法律學研究所碩士論文。

⁴¹⁸侯英冷(2002)，〈論消保法上醫師之安全說明義務－台灣高等法院八七年上字一五一號判決評譯〉，《台灣本土法學雜誌》，37 期，頁 73-74。

示說明，即容易被評價為未符合消費大眾可合理期待的安全性，而須依消保法第 7 條第一項及第三項負責，立法者將標示說明等資訊揭露義務於同條第二項另為規範似無實益⁴¹⁹。簡言之，論者認為要求企業經營者負有完全的安全義務，並與資訊揭露完全脫鉤解釋，與保障消費社會下的分工期待有所矛盾，在立法上建議刪除消保法第 7 條第二項之規定，維護消保法責任體系之一貫。

第二款 實務見解

我國許多法院判決將消保法第 7 條第一項與第二項認定為不同規範基礎，於個案中分別判斷服務是否符合當時專業水準可合理期待之安全性，以及服務之標示說明是否欠缺。

以【雲霄飛車致頸椎受傷案】為例，第二審法院（台灣高等法院台中分院 103 年度上字第 494 號判決）首先探討系爭雲霄飛車設施，是否符合當時專業水準可合理期待之安全性，法院以系爭雲霄飛車設施為世界專營遊樂設施設計兼製造廠商荷蘭 Vekoma 公司所生產，且乘客搭乘之座椅係採用人體工學配合一體式保險桿設計，並設計有頭頸保護設施；系爭雲霄飛車符合主管機關規定之安全標準，且企業經營者在每日開放供遊客使用前，均由維修部門之專業人員負責保養、維護及檢查；企業經營者業已充分告知揭示系爭雲霄飛車之危險性，以及不遵守注意事項可能造成頸部傷害之危害，因此法院認為系爭雲霄飛車設施並未欠缺專業水準可合理期待之安全性。

惟法院雖然在判斷是否構成消保法第 7 條第一項及第三項時，已經將標示說

⁴¹⁹張譯文(2012)，〈論商品安全性欠缺〉，頁 169-173，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

明列入考量因素，但是卻又接著探討企業經營者是否違反消保法第 7 條第二項之規定，認為系爭雲霄飛車設施現場立有告示牌記載搭乘規則及注意事項，且在設施內及雲霄飛車啟動前皆有播放廣播，因此企業經營者已於明顯處所為警告之標示。在結論上，法院認為企業經營者並未違反消保法第 7 條第一項、第二項及民法相關規定，不負損害賠償責任

再以台灣高等法院 99 年度重上字第 52 號判決（【溫泉會館溺斃案】）為例，案例事實略為，被害人與其女兒及女婿於 96 年 1 月 13 日前往天籟溫泉會館，當日下午被害人獨自在房間休息，待其女兒及女婿返回房間時卻發現被害人躺靠於浴缸內出水口下方，已無呼吸、心跳，經相驗發現被害人後腦勺及背部挫傷、肺部及鼻腔積水，死於意外。被害人之子女遂依消保法服務責任及民法相關規定請求損害賠償。

法院區分為三個部分進行討論，首先，法院認為「溫泉」商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能，因此企業經營者有於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法之義務；惟本件被告僅於房間床頭櫃抽屜內放置「溫泉使用須知」，難謂為適當、明顯之警告標示，違反消保法第 7 條第二項與第三項之規定。

其次，法院以無相關規定要求浴缸大小應符合之標準、浴池中之石階應屬坐台性質，難謂為建築技術規則建築設計施工編所規定之樓梯，應無台階級高在 20 公分以下之限制；企業經營者的建築物及設備尚符合我國之安全標準，此有使用執照、香港商羅便士國際保險公證人股份有限公司之公證報告可證；企業經營者於溫泉浴池旁設有扶手，浴池邊並有標示「緊急拉鈴」之設計，拉繩垂至浴缸上方 30 公分，於浴缸中伸手即可觸及，而浴池所使用之觀音石硬度較高且表

面較為粗糙，具有相當止滑性，進入浴缸前鋪設木板地板亦具防滑效果，準此，法院認為溫泉浴池設施部分並未欠缺可合理期待之安全性。



有趣的是，法院突然話鋒一轉，表示系爭溫泉浴池既大且深，進出浴池使用時確實需要特別小心注意，而且系爭溫泉浴池顯具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能，依消保法第 7 條第二項之規定，企業經營者應有於明顯處為警告標示之義務，然本件企業經營者未於明顯處張貼警告標示，而有作為義務之違反。

另外，對於櫃檯人員於事發當時，未能立即打開房門以致延誤急救時機，服務提供是否欠缺安全性的部分，法院認為一樓櫃檯於接獲通知客房房門無法開啟，至開啟房門鎖歷時約 11 分鐘，因發現門內以鍊條反鎖，再以老虎鉗破壞門鎖後進入歷時約 4 分鐘，應認在合理範圍內，難謂有何明顯欠缺合理期待之安全性。再參酌法務部法醫研究所解剖報告書推定之死亡時間，以及進入房內，發現被害人之身體已稍微僵硬之情況觀之，死亡時間應已經過相當時數，難認開啟房門之過程有何延誤救治之疏失存在。

結論上，法院認為企業經營者所提供之溫泉浴池，並無欠缺事發時科技或專業水準合理期待之安全性，且於事故發生後於合理時間內開啟房門尚無延誤救治之情，然企業經營者確實有於明顯處張貼警告標示義務之違反，且與被害人發生事故死亡間具有相當因果關係，應負損害賠償責任。

觀察上開二則判決，可以發現法院仍是習於將整體服務流程予以切割，區分不同階段或是不同行為分別追究責任，而且在評價安全性欠缺時，亦未緊扣外行人對服務的安全期待，許多部分皆是以專業者的立場，判斷特定行為或特定設備

是否符合一定專業水準。例如在【雲霄飛車致頸椎受傷案】中，法院認為系爭雲霄飛車設施，為世界專營遊樂設施設計兼製造廠商所生產，且經專業技師、政府機關定期安全檢查合格，並每日由專業人員維護保養，此部分的論述皆是評價遊樂設施符合一定專業水準，或是企業經營者已盡善良管理人之注意義務，與外行人的安全期待並無太大關聯。

在【溫泉飯店溺斃案】中，法院亦將評價的重心置於飯店內的特定設備，或是服務人員的特定行為，並非對整個服務提供過程進行一體性的評價，再者，法院依據企業經營者之使用執照，以及其他公司所出具的公證報告，認定系爭溫泉浴池並未欠缺安全性，此部分亦完全是以專業企業經營者的角度出發所為之判斷。使用執照涉及行政機關依其專業判斷是否符合相關法令規範，縱令符合法令規定，然而，法令制定的原因多端，有時僅是基於行政管理上的便利，甚至有時法令僅是訂出一個最低遵守標準，則在論證上是否能逕將法令規定與消費大眾之安全期待等同視之，即有疑問。此外，其他公司出具的公證報告亦僅代表專業、內行人的立場與標準，難謂一般、外行人之安全期待亦是如此。

另外可以察覺的是，二則判決皆將服務是否欠缺可合理期待之安全性，與標示說明是否充分、足夠分別判斷，但是在判斷服務欠缺安全性時，卻又再次提及個案中標示說明是否充分、足夠，究竟為何會出現此種重複評價的情形、有無必要對標示說明重複探討皆有待進一步討論。

至於標示說明與服務安全間的關聯為何，在【雲霄飛車致頸椎受傷案】中，法院雖然認為雲霄飛車設施及相關服務並未欠缺可合理期待之安全性，然仍緊接著探討標示說明是否欠缺；在【溫泉飯店溺斃案】中，法院認為浴池設施與相關服務，並未欠缺可合理期待之安全性，但仍有探討標示說明欠缺之必要。換言之，

法院似乎認為縱使商品或服務合於消保法第 7 條第一項之規定，但是如有造成消費者生命、身體、健康、財產之可能時，企業經營者仍有標示說明之義務。



上開見解與最高法院在【警用重機起火案】所闡釋者相同，甚至最高法院 95 年度台上字第 684 號判決更進一步明確表示：「消保法第 7 條第一項所規範者為商品之設計或製造之瑕疵或危險，同法第 7 條第二項所規範者則為標示或警告之瑕疵或危險，二者規範目的、範圍並不相同。製造商所製造之商品如不具備符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，即應依該條第一項、第三項規定負損害賠償之責任，並不因其有否於商品為明顯之警告標示而異。又商品雖合於第 7 條第一項之規定，但如具有造成消費者生命、身體、健康、財產危險之可能時，依同條第二項規定再課製造商有於商品明顯處為警告標示之義務。」

類似上開將商品或服務安全與標示說明脫鉤解釋的看法，在一則有關機車車架焊接服務欠缺安全性的判決中亦能發現，即台灣高等法院 97 年度上易字第 448 號判決表示：「除此之外，上訴人復無法舉證其於所提供之焊接服務，確實符合依當時專業水準而通常可以合理期待之安全性，則依前所述，被上訴人主張上訴人應就系爭機車車架斷裂肇事導致伊所受傷害，依消保法第 7 條規定負賠償責任，經核確屬有據。至於上訴人另辯稱本件即使適用消保法第 7 條規定，伊亦已事先告知危險，即不須負責云云。惟查消保法第 7 條第二項雖規定『商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法』，惟此僅係就商品或服務之性質上內含危害消費者之可能性時，企業經營者須負警告及告知義務之規定而已，然並非企業經營者一旦事先為警告，即不須就其所提供之商品或服務，確保其具有得合理期待之安全性，更非於商品或服務欠缺安全性，導致消費者損害，得據以主張免責之依據，至為明顯，上訴人此部分抗辯，亦非可採。」由此以觀，法院認為本件有商品或服務欠缺安

全性之情事，應依消保法第 7 條第一項及第三項負損害賠償責任，縱使企業經營者已為充分之標示說明，不過僅是不成立同條第二項關於資訊揭露之責任而已，企業經營者不得因此免除同條第一項及第三項之損害賠償責任。



依據以上對我國實務見解的觀察，可以發現不少判決將消保法第 7 條第一項與第二項認定為不同規範基礎，分別判斷服務提供之欠缺與標示說明之欠缺，甚至部分判決明確指出，縱然企業經營者揭露相關資訊，仍不影響因商品或服務欠缺安全性而生的損害賠償責任。

第三款 本文見解

學者有將商品欠缺類型化的概念應用於服務責任，而將服務欠缺予以類型化，尤其是區分為消保法第 7 條第一項的服務安全責任，以及第 7 條第二項標示說明責任，甚至有見解認為標示說明具有輔助性質，企業經營者必須盡其可能控制、避免危險的發生，不會因服務已為標示說明而使服務具有可合理期待之安全性，上開看法亦為不少實務見解所支持。然而此種將服務欠缺予以類型化之見解是否必要、妥適，有待斟酌。

首先，服務責任的規範意旨之一，即在保護消費者或第三人之合理安全信賴與期待，故安全性欠缺與否，應以危險之發生是否在一般人通常可合理期待之範圍內為斷，即是以外行人的角度對服務安全性之期待為標準。於此認知下，服務欠缺消費者可合理期待之安全性本身即為歸責事由，而導致服務欠缺安全性之原因為何，究為標示說明上之欠缺，抑或是服務提供過程中哪一個人的行為、哪一次硬體設備運作失當，皆非外行人所關心之重點。易言之，不論服務欠缺之原因

為何，皆會被消費者評價為服務欠缺安全性，而細分服務提供過程哪一個環節不符合消費者之合理安全期待並無必要。



事實上，我國消保法究竟為區別欠缺類型之體例，抑或是採取單一欠缺類型的體例，此問題的產生似與未進行全盤考量即為比較法之繼受有關。依學者之觀察，我國消保法第 7 條第一項及第二項規定，使用商品的設計、生產、製造、警告標示及緊急處理危險之方法等用語，似乎是參考繼受美國產品責任法的結果，相當於美國法上的生產或製造上欠缺、設計上欠缺、說明或警告上欠缺。

然而，就安全性欠缺的概念而言，消保法母法不但未設任何定義性規定，且未規定是否應對不同的安全性欠缺類型，採取不同的判斷標準，反而是參考繼受歐洲共同體關於產品責任之指令，制定的消保法施行細則第 5 條之規定，不使用設計、生產、製造、警告標示及緊急處理危險之方法等用語，而就何謂安全性欠缺設有統一的定義性規定，且不區別不同的安全性欠缺類型，一律採取統一的判斷標準⁴²⁰。又我國較為特殊的服務責任則是源於立法者將商品與服務並列所產生，與商品責任之法律政策、構成要件及法律效果並無不同。

在商品責任，美國現行法律制度下，對製造上欠缺採取無過失責任之立法模式，但對於與人類行為有密切關係的設計上及標示說明上欠缺，則傾向為過失責任，故其將欠缺之概念加以細分即有比要⁴²¹。然而，反觀我國現行商品及服務責任，皆係以消費者之合理期待作為歸責核心，欠缺之類型不論為何皆會被評價為安全性欠缺，且我國多數學說及實務見解甚至是立法者，亦未認為標示說明之欠缺應特別採取過失責任之判斷模式，因此在我國將欠缺之概念類型化，相較於

⁴²⁰陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁41。

⁴²¹黃凱紳（2012），《論商品警告瑕疵：歸責原理及妥適性的判斷》，頁65-74，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

美國法而言並非必要。此外，依據我國消保法第 7 條第一項及第二項之規定，違反的法律效果均為依第三項之規定負損害賠償責任，對於標示說明欠缺並無特殊之法律效果，更突顯消保法第 7 條第二項對標示說明另為規範並無必要性。

更重要的是，我國消保法之服務責任本質上屬於無過失責任，相較於過失責任側重於加害人行為義務與注意義務之違反，無過失責任並不探究企業經營者對於損害的發生有無預見可能性，而應只論究系爭服務之提供有無違反消費者的合理期待。一旦企業經營者提供之服務，安全性未符合一般消費者之合理期待，亦即有所欠缺時，企業經營者即應就此致生之損害負賠償責任。至於企業經營者是否知悉此種安全期待之存在、是否有經濟上、技術上或資訊上等能力得以排除、改善其服務提供之安全狀態、損害發生之機率與嚴重程度如何等因素，均不具有決定性之地位⁴²²。

準此，倘若不將服務之標示說明作為認定安全性欠缺之考量因素，而是將標示說明作為一個獨立於服務安全性欠缺以外之規範，似隱含著將企業經營者損害賠償之基礎建構於行為義務的違反上，而服務責任本質上既屬無過失責任，若以行為義務來界定企業經營者之賠償責任，理論上將有扞格之處。換言之，以無過失責任為號召與特色的服務責任架構下，並不見得適合融入企業經營者行為義務之元素，若以注意義務是否達成作為無過失責任的判斷基準，實為一種歸責事由邏輯上的矛盾⁴²³。再者，若將企業經營者之行為義務導入服務責任體系中，將使服務責任再度以內行的企業經營者之角度出發，此觀察角度已與消保法所確立之保護外行消費者對服務之合理信賴與期待相牴觸。因此，於我國消保法之架構下，並不適宜將服務安全性欠缺加以類型化，或將服務的標示說明為獨立規範與

⁴²²張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 150，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴²³許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，頁 134-136，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

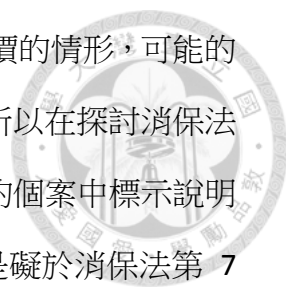
檢證。



以前述【雲霄飛車致頸椎受傷案】與【溫泉飯店溺斃案】之第二審判決為例，二則判決皆將服務是否欠缺可合理期待之安全性，與標示說明是否充分、足夠分別判斷，但是服務提供為一整體密不可分的過程，將此完整的過程予以割裂，探究標示說明是否不夠充分、服務設施是否欠缺安全性，似乎仍舊無法脫離譴責、非難某個特定行為之泥淖，也容易淪為探討企業經營者是否善盡一定行為義務，而與過失責任混淆不清。

此外，平衡企業經營者與消費者間的資訊落差，本來即為消保法第 7 條第一項之規範重點，例如在【雲霄飛車致頸椎受傷案】中，企業經營者設置許多告示牌以及不斷廣播注意事項，已為充分且明顯的標示說明，一般人即可知悉特定疾病患者不適合乘坐系爭設施、乘坐方式為何、過程應注意哪些事項等，這些資訊將會影響消費者對服務的安全期待，倘若消費者逞強、不顧自身生理特殊狀況選擇搭乘，或是乘坐過程中姿勢不當因而導致意外發生，整體服務將會被評價為未欠缺安全性，企業經營者無須負起服務責任。

同樣地，當溫泉飯店業者透過清楚、明確的標示說明，一般人即會知悉老年人或特定疾病患者，不適宜或應在他人的陪同下泡溫泉，或是溫泉浴池濕滑，應手握扶手緩慢進入等事項，而消費者的安全期待即會受到影響或改變。然而，在【溫泉飯店溺斃案】中，企業經營者將「溫泉使用須知」放置於房間床頭櫃抽屜內，一般人基本上不會在進入浴池時，特地打開床頭櫃抽屜，進而接觸到上開資訊，因此有關人身安全必要且有益的資訊，並未即時且有效地由內行人傳遞至外行人，也無法藉由資訊揭露進一步影響或改變消費者之安全期待，在消費者無不合理接受服務的情形下，即容易被評價為服務欠缺安全性。



另外，上開二則判決皆出現對服務標示說明重複探討與評價的情形，可能的理由在於，因為標示說明足以影響消費者對服務的安全期待，所以在探討消保法第 7 條第一項時，法院於具體化消費者之合理期待時，必須斟酌個案中標示說明是否清楚、明確，足以作為內行人與外行人溝通的橋樑，但是礙於消保法第 7 條第二項對標示說明另為規範，實務復將之與同條第三項搭配，認定為獨立的請求權基礎，而為避免裁判上的疏漏，再次對系爭個案標示說明是否充分、足夠進行討論，從而出現重複評價同一爭點造成審查上之不經濟的情形，此部分亦反映出立法例繼受時，未通盤考慮對法院判決所造成的影響。

再者，對於部分學說及實務見解認為，縱使企業經營者已為充分之標示說明，不過僅是不成立同條第二項關於資訊揭露之責任而已，企業經營者不得因此免除同條第一項及第三項之損害賠償責任，此種看法亦有待商榷。除了將服務安全與標示說明脫鉤解釋有所不當以外，事實上，服務的安全性為一種比較與量差的結果，並不存在所謂本質上絕對安全或絕對危險的服務，例如雲霄飛車相較於旋轉木馬或是遊園小火車，屬於較能帶給乘客感官刺激，相對地卻也伴隨更高人身傷害的風險，但是縱使是較不具有感官刺激性的旋轉木馬或遊園小火車，也可能發生乘客被夾傷或是跌倒摔傷的情形，難認為存在所謂絕對安全的服務。

然而，消費者對不同態樣的服務會有不同的安全期待，就如同消費者對整體雲霄飛車服務的安全期待，與對旋轉木馬及遊園小火車的安全期待並不會相同一般，所以在論斷服務責任時，我們即可藉由消費者之安全期待來界定系爭服務是否具有安全性，因此在規範上，服務責任並無意毫無保留地保護被害人之生命、身體、健康等權利。而當服務的標示說明已足以影響消費者之信賴與期待時，消費者於此基礎上所為之選擇與判斷，損益均應歸由自己承擔，蓋企業經營者已透過標示說明，彌平其與消費者之間資訊的落差，而當此資訊的揭露已影響、改變

消費者對安全性欠缺概念的情形下，消費者仍基於自主決定權接受服務致生損害時，已足以正當化將損害留在原處，而非轉嫁由企業經營者承擔。

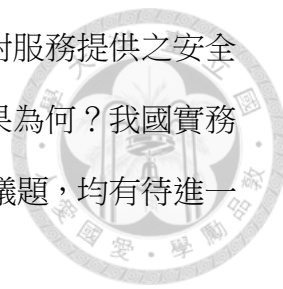


綜上所述，在確立服務責任為無過失責任，並欲將此立法之價值判斷於解釋論加以貫徹之前提下，若將標示說明與安全性欠缺脫鉤觀察、分別檢驗其構成要件，皆可能引發究為主觀之歸責事由或客觀之歸責事由、以企業經營者之觀點或以一般消費者之觀點等，使無過失責任與過失責任混淆不清之情形，特別是因為服務之規劃、安排或組織，本質上已與人類行為或活動之個別性或自主性具有密切關連性，更增添了服務安全性欠缺與過失間區別的困難度。故在解釋論上，於判斷消保法第 7 條第一項之安全性是否欠缺時，依據同法施行細則第 5 條第一款之規定，應將標示說明作為判斷安全性欠缺與否之因素，蓋充分之標示說明已足以影響，甚至改變消費者之合理安全期待，而基於此充足資訊揭露下所為之消費行為，即屬消費者自主決定權之展現，若因此所生之損害即不應責令企業經營者負責。此外，彌補資訊間之落差本即為消保法第 7 條第一項規範重點之一，倘若企業經營者未為充分之標示說明，該服務之安全性未能符合消費者之信賴與期待，即為有欠缺，本應依服務欠缺之規定負責。更重要的是，此種從企業經營者行為義務角度出發之規範模式，貿然引進於無過失責任體系中，容易使人陷入企業經營者合理標示說明義務界限之判斷，而使消保法之服務責任體系漸向過失責任靠攏，與無過失責任之體例不無齟齬之處。

第二節 服務可期待之合理接受

消保法施行細則第 5 條第 2 款將服務可期待之合理接受作為判斷安全性欠缺考量因素之一，然而，合理接受服務之概念內涵為何？是否與其他考量因素，特

別是服務之標示說明有一定之關聯性，進而影響一般消費大眾對服務提供之安全期待？當消費者或第三人未合理接受服務時，所衍生之法律效果為何？我國實務見解操作、評價合理接受服務之概念時，有何未盡妥適之處等議題，均有待進一步思考與討論。



第一項 合理接受服務之概念內涵

在商品責任之領域內，有學者認為所謂合理使用商品係指若消費者依目的使用商品，但仍致生損害於消費者，則可以評價為商品未具有通常可合理期待之安全性，不過以此種歸責方法論斷服務責任與事理不符，理由在於服務之接受，仰賴企業經營者之積極提供行為，而消費者則處於消極、被動的地位，難有非可期待之合理接受的情形。準此，學者主張只要消費者係以服務提供者提供服務之方式接受服務，並因而受有損害，對於消費者而言，因為皆屬於可期待之合理接受服務，企業經營者自應有被論斷責任成立之可能，惟此自與消費者可期待服務之合理接受並無直接關係⁴²⁴。

然而，服務提供過程消費者是否全然處於消極、被動的地位值得懷疑。事實上，在服務提供過程中，消費者並非純粹仰賴企業經營者之積極提供行為，許多情形消費者與服務人員間有許多互動，消費者在接受服務的時空中，亦有許多自主選擇的空間，例如企業經營者經營遊樂園供消費者入內玩樂，消費者可以選擇是否搭乘較具感官刺激性的遊樂設施，或是搭乘較為和緩的遊樂設施，甚至選擇僅在園區內散步或飲食；縱使消費者選擇搭乘較具刺激性之遊樂設施，其亦可選擇在遊戲進行中遵從服務人員之指示，亦可不顧自身安危，從事危險行為以追求

⁴²⁴朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 209-210，台北：翰蘆圖書。

更高度的感官刺激。換言之，整體服務過程並非單向由企業經營者提供服務，再由消費者消極、被動接受，反而是雙方之間在服務提供的時空中，有程度不等的接觸與互動。



既然提供與接受服務之間是一個雙向、互動的過程，則在評價服務是否欠缺安全性時，消費者接受服務的行為或態度即有列入考量之必要。因此，有學者認為將服務可期待之合理接受列為安全性欠缺之考量因素，目的是在要求接受服務者以通常、合理、可期待的態度接受服務，以協力確保服務提供過程的安全性，從而當一般消費大眾在通常條件或可合理預期的條件下，接受服務而受有人身或財產損害時，較容易認定為安全性有欠缺；反之，若於接受服務時，故意不配合或採取杯葛抵制等異常行為，而受有人身或財產損害時，較容易認定為安全性無欠缺⁴²⁵。

另有學者認為服務之不合理接受，應對照商品之不合理使用始能理解。商品之不合理使用，在美國法上區分為「無法預見的不合理使用」，與「可預見的不合理使用」二種情形。前者之情形例如瓶裝飲料不以開罐器開啟，卻以撞擊之方式開啟；後者之情形例如幼童有誤食清潔劑之可能，雖係不合理使用，但企業經營者應對消費者為必要之警告與指示，否則仍為商品欠缺安全性。

服務的不合理接受通常為未依服務原有的目的、頻率、方法等接受服務，參照上開美國法就商品不合理使用之解釋，亦可區分為無法預見的不合理接受與可預見的不合理接受。學者認為若損害的發生係肇因於消費者不合理接受服務，且為企業經營者所無法預見時，企業經營者無須負無過失損害賠償責任；若消費者

⁴²⁵陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）－台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17期，頁101。

之不合理接受服務為企業經營者所得預見者，企業經營者應對消費者為必要之警告與指示，否則即應負指示上欠缺之責任⁴²⁶。



然而，服務是否欠缺安全性係以一般、外行消費者之觀點對服務之狀態進行評價，而是否合理接受服務，在解釋與適用時，亦應從一般、外行消費者的角度出發，判斷具體個案中接受服務之行為與態度有無不正常、不合理之情形。因此，似無必要區分企業經營者可預見與無法預見的不合理接受服務。雖然企業經營者對於如何接受服務始為正常、合理有一定的預期與看法，就如同在論斷消費者是否合理使用商品時，有學者認為必須回歸商品之設計目的，並視在系爭個案中，消費者有無以嚴重偏離商品設計目的之方式使用商品⁴²⁷；惟不論是商品之設計目的，或是企業經營者對於消費者接受服務時應有態度之預期，皆僅是專業者對系爭商品與服務單方面之觀點與想法而已，或許可以將之列為判斷是否合理使用商品或合理接受服務之考量因素，但不應有決定性的影響。

再者，有見解認為於判斷何謂合理使用商品時，製造人之觀點為首要須列入考慮者，因為製造人有義務訂出使用商品須遵守的安全標準，其可能透過商品之裝備、或是透過商品之使用指示、或是透過其他決定消費者行為之情事，激起消費者之期待⁴²⁸，但是，此亦必須仰賴專業者將其對商品使用之期待有效率地、正確地傳遞於外行消費者。事實上，消費者合理使用商品或接受服務，與商品及服務的標示說明可相互連結，學者將商品與服務之不合理使用與接受，區分為企業經營者可預見及不可預見，並認為於企業經營者可預見之情形，應對消費者為必要之警告與指示，此亦可突顯二款考量因素間有一定的關聯性。

⁴²⁶林慧貞（1996），〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，頁 169-170，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴²⁷林世宗（1996），〈消費者保護法之商品責任論〉，頁 174-175，台北：師大書苑。

⁴²⁸郭麗珍（2016），〈商品之通常使用、可期待之合理使用及被害人與有過失之判斷〉，《月旦民商法雜誌》，53 期，頁 26；郭麗珍（2012），〈商品之通常使用與可期待合理使用之判斷（農藥產品）--最高法院 98 台上 1473 裁定〉，《台灣本土法學雜誌》，202 期，頁 202。



惟一般外行消費者在尚未獲得關於特定服務之專業情報時，以其過往日常生活經驗、教育知識為基礎，仍得認識特定接受服務之行為與態度可能導致危險之實現，若以此種態度或行為接受服務，應可評價為不合理接受，所生損害原則上不應轉嫁由企業經營者承擔。例如，一般人依據生活經驗及教育知識，應可知悉颱風天前往海邊游泳或釣魚相當危險，容易發生意外事故；搭乘雲霄飛車等刺激性遊樂設施的過程中，自行解開安全帶可能因此受傷；參觀動物園時不應跨越柵欄，進入動物欄舍；因此，若消費者在颱風天執意進入海水浴場戲水，或是搭乘雲霄飛車時為追求刺激而解開安全帶，抑或是攀爬、闖入猛獸欄舍，此種危險應已為一般人所認識，屬於不合理接受服務，企業經營者原則上毋庸為此負責。

然而，擁有專業知識的企業經營者，可能對於消費者應如何接受服務有一定的想法與期待，卻為一般外行消費者依其過往日常生活經驗、教育知識所無法認知，此時即需要仰賴企業經營者透過服務之標示說明，影響、形塑消費者對於接受服務方式、態度之期待，例如消費者或許知道颱風天在海邊戲水或釣魚的危險性，但是有時雖非颱風天，在風平浪靜下仍可能暗潮洶湧，抑或是系爭水域因水深不足並不適合跳水，此些資訊往往是一般外行人所匱乏的；又或許一般消費者知悉搭乘雲霄飛車任意解開安全帶非常危險，卻不一定知悉患有某些特定疾病之患者，不適宜搭乘系爭遊樂設施；再者，一般消費者應該知悉攀爬或闖入猛獸欄舍會發生危險，但若是搭乘遊園車參觀野生動物區，是否絕對不能開啟車窗及車門，或是有機會享受與動物近距離互動的樂趣，一般消費者可能不甚清楚。

當消費者在未掌握充分資訊的狀態下所為之判斷及行為，與企業經營者所期待消費者合理接受服務之態度及行為，有所落差或偏離時，由於企業經營者並未透過充分之標示說明，以平衡內行人與外行人之資訊落差，企業經營者所預期接

受服務之方式並未有效傳達於消費者，因此，無法逕以消費者偏離企業經營者預設之使用規則，而評價為消費者未合理接受服務。相反地，當企業經營者對於消費者應以何等方式接受服務之想法已經充分、有效傳遞於消費者，而影響消費者對服務安全性之期待時，若消費者接受服務過程中脫離或違反企業經營者之標示說明，將更容易遭評價為不合理接受服務。

例如，經營海水浴場之業者，依其專業認定某日之天候狀況不適宜戲水，或是海水浴場某一水域因水深不足不適宜跳水；遊樂園業者認定患有心血管疾病，或是曾接受過頸椎手術的消費者不適宜搭乘雲霄飛車；動物園業者認為其遊園車路線將經過猛獸區，為確保消費者安全，絕對不可以打開車窗或車門以免遭受動物攻擊，並明確將此等使用規則及應配合之事項告知消費者，若消費者採取不配合或杯葛抵制的態度或行為，則容易被評價為消費者未合理接受服務，所生損害不應轉嫁由企業經營者承擔。由此可見，服務之合理接受與服務之標示說明可以相互連結，皆為判斷安全性欠缺時重要的考量因素。

值得一提的是，學者雖指出兩個考量因素之間有一定關聯性，惟是否有必要將服務之不合理接受，區分為企業經營者可預見及不可預見二者，並認為僅有企業經營者可預見之情形，始有必要對消費者為標示說明，誠有疑問。是以，接受服務之行為與態度是否合理，仍應以一般消費者為出發點，企業經營者是否可得預見似乎不具重要性；再者，標示說明係指服務提供過程中，就與危險之認知、察覺或避免有關之資訊，只要在一般人通常所能合理期待的資訊範圍內，企業經營者應為充分之告知、說明、警告、提醒或建議，不論企業經營者是否具體認知、察覺或可能避免此項危險。準此，是否應為標示說明同樣應以一般消費者為出發點，若系爭資訊對消費者而言為必要、有益之資訊，縱使企業經營者無法預見，其仍應對消費者為標示說明，否則即有可能被評價為安全性欠缺，惟此時企業經

營者可能得主張發展上危險抗辯而免責⁴²⁹。



此外，論者有提出自甘冒險之概念，亦即服務已被揭露具有一定缺陷時，消費者雖明知缺陷存在，仍基於價格、便利或僥倖等因素，而繼續接受該服務，例如 KTV 經安檢不合格、航空公司經消保團體評鑑為飛安條件堪慮，消費者仍願意前往，此際若發生事故肇致損害，應如何解決⁴³⁰？論者參考美國法指出，對於被害人自甘冒險之行為，企業經營者得以助成過失為由主張免責；或是以比較過失理論為依據，而依過失的比例負擔賠償責任；在我國法上，此種情形企業經營者提供之服務有欠缺，應負無過失賠償責任；為基於公平原則，應依民法第 217 條之規定，就消費者自甘冒險之部分，准許企業經營者主張與有過失，減輕賠償責任⁴³¹。

然而，亦有不同看法認為，提供服務之情形與商品流通究有不同，只要企業經營者於發現服務有欠缺時，不繼續提供服務，消費者亦無機會接受服務而遭受危險，此與商品既已流通，消費者自甘冒險非企業經營者所能掌控不同，若企業經營者仍提供服務，消費者將會期待其已為改善而接受服務，因此，仍應由企業經營者負無過失責任⁴³²。

對於上述見解，值得思考的是，自甘冒險的概念在服務無過失責任之架構下有無必要存在？首先，自甘冒險與不合理接受服務二者間有許多重疊之處，是否得以在具體個案中為明確之區分，似有疑問，例如在颱風前夕前往海邊觀浪或衝

⁴²⁹陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁51-55。

⁴³⁰林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁170，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴³¹林忠儀（2004），《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》，頁50，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

⁴³²林慧貞（1996），《論消費者保護法之服務無過失責任》，頁170-171，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

浪、乘坐雲霄飛車不繫上安全帶或趁隙解開、攀爬或闖入猛獸欄舍等情形，消費者依據過往生活經驗與教育知識，應得知悉此種行為甚為危險，但卻基於尋求刺激等僥倖心態而為之，此種情形究應歸類為自甘冒險抑或是不合理接受服務？再者，現行服務責任之架構下是否無法處理所謂「自甘冒險」之問題，而有必要創造此概念解決問題，本文持保留立場。

以論者所舉 KTV 經安檢不合格、航空公司經消保團體評鑑為飛安條件堪慮為例，當消費者接觸企業經營者遭負面評價之訊息時，其對服務之安全期待雖然會受到影響，但是否已然達到接受服務非常容易發生危險，而對系爭服務已無任何安全期待之地步？尤其當企業經營者仍繼續提供服務時，亦可能使一般消費大眾認為，企業經營者已經改善相關有疑慮之部分，提供之服務已經具備相當之安全性。準此，在現行法以一般人的觀點判斷服務安全性欠缺之架構下，已經足以解決此問題，被害人自甘冒險之概念並無獨立存在之必要。

最後，對於不合理接受服務所衍生之法律效果為何，學說上有不同看法。有見解認為若消費者不合目的之接受服務，可以構成企業經營者之免責事由⁴³³。另有不同見解則認為，服務可期待之合理接受為安全性欠缺之考量因素，當一般消費大眾在通常條件或可合理預期的條件下，接受服務而受有損害時，較容易認定為安全性有欠缺；反之，若於接受服務時，故意不配合或採取杯葛抵制等行為而受有損害時，較容易認定為安全性無欠缺。換言之，消費者不合理接受服務，並不當然影響責任是否成立，而是在責任範圍層次中，可能衍生是否有與有過失的問題⁴³⁴。

⁴³³朱柏松（1999），《消費者保護法論》，頁 283，台北：翰蘆圖書。

⁴³⁴林宗穎（2009），《被害人與有過失之研究》，頁 240-241，國立成功大學法律學研究所碩士論文；陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 44-45。

上開討論涉及服務之合理接受在服務責任法上應如何定位之問題，究竟為免責事由，或是判斷安全性欠缺時其中一項考量因素。本文認為依據消保法施行細則第 5 條之規定，合理接受服務僅為一項於判斷服務是否欠缺安全性時應考量之因素，而且合理接受服務與服務之標示說明有一定之關聯性，當標示說明足以影響消費者對服務安全性之期待與想像時，消費者以偏離標示說明之方式接受服務，則容易被評價為未合理接受服務，進而傾向推導出系爭服務未欠缺安全性之結論。準此，判斷服務是否欠缺安全性時，不僅是服務之合理接受，服務之標示說明及服務提供之時期等考量因素亦應一併考量、綜合判斷，並無任何一項因素具有決定性的影響力⁴³⁵。

第二項 實例分析與檢討

在商品責任，可以發現部分實務見解將消費者合理使用商品作為責任成立之獨立要件，準此，僅當消費者合理使用商品，始有成立商品責任之可能；反之，若消費者未合理使用商品時，企業經營者毋庸就商品所生之損害負賠償責任。

以台灣高等法院 95 年重上字第 268 號判決為例，法院表示：「所謂商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，依該法施行細則第 5 條規定，應以：『一商品或服務之標示說明。二商品或服務可期待之合理使用或接受。三商品或服務流通進入市場或提供之時期。』認定之，是消費者依上開規定請求企業經營者負損害賠償責任時，依消費者保護法第 8 條之規定，雖毋庸證明商品流通進入市場時，具有符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，或其損害之發生與上開安全性有何因果關係，但依該法施行細則之上開規定，仍應舉證證

⁴³⁵張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，頁 208-209，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

明其係依商品之標示說明，在可期待之合理範圍內使用該商品而仍發生損害，亦即須證明其損害之發生與商品之合理使用具有相當之因果關係，一旦消費者已盡此證明之責，企業經營者即須證明其具有上開免責事由，否則自應負賠償責任。」簡言之，法院認為消費者合理使用商品為商品責任成立之前提，而且應由消費者先舉證證明其已合理使用商品。

在服務責任亦可觀察到類似見解，以【海水浴場溺斃案】之第二審法院判決（台灣高等法院 101 年度重上字第 114 號判決）為例，其謂：「是消費者依消保法第 7 條第 3 項規定請求企業經營者負服務損害賠償責任，固無庸證明服務流通進入市場時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，及其損害之發生與該服務欠缺可合理期待之安全性間有因果關係，惟就其損害之發生係依該服務之標示說明於通常使用狀態下所致一節，仍應先負舉證責任，於消費者證明其損害之發生與服務之通常使用具有相當因果關係前，尚難謂消費者之損害係因該服務之通常使用所致，而令服務提供者就其服務負賠償之責。準此，本件上訴人主張因萬里公司與太福公司未明確告知系爭海水浴場關閉、太福公司未於現場配置救生設備及充足之救生人員、所僱救生員之救援過程有瑕疵等，因而肇致林呈偉死亡之結果，既為被上訴人所否認，則依上開說明，上訴人應先就損害之發生係太福公司、萬里公司所提供之服務在林呈偉通常使用之情形下所導致者，負舉證之責任。」

依據上開判決內容，法院似乎認為消費者於通常使用情形下所導致之損害，企業經營者始有服務責任成立之可能，而且消費者應先舉證證明損害之發生，係依照服務之標示說明於通常使用狀態下所致。

實務部分見解認為消費者合理使用商品為商品責任成立之前提要件，可能係

受民法第 191 條之 1：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任」之影響，進而認為消保法商品責任雖未有明文，但仍應符合商品通常使用或消費之要件，並認為此要件應由消費者負舉證責任。惟上開見解不論適用於商品責任或服務責任皆有待商榷，理由在於此種見解與消保法施行細則第 5 條之規定，將商品或服務之通常使用或接受定位為安全性欠缺其中一項考量因素有所牴觸外，亦與消保法第 7 條之 1 的規定有所扞格。

消保法第 7 條之 1 第一項規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任。」從而，商品與服務未欠缺安全性應由企業經營者負舉證責任，則合理使用商品或接受服務作為安全性欠缺之考量因素亦同，應由企業經營者證明消費者有未合理使用商品或接受服務之情事；然而，若將合理使用商品與接受服務，定位為商品及服務責任成立之前提要件，且消費者須就此要件負舉證責任，如此運作之結果形同將原本應由企業經營者負舉證責任之要件，轉嫁由消費者負擔，係對消費者損害賠償請求權設下額外且不利之限制，有違消保法保護弱勢消費者之意旨，並不妥適⁴³⁶。

縱使不以消費者合理接受服務為責任成立之前提要件，或是要求消費者須先舉證證明其以合理方式接受服務，僅於判斷服務欠缺安全性時，再斟酌消費者接受服務的態度或方式，在一般外行人眼中是否異常、不合理，仍得妥適解決系爭事故風險分配的問題。以【海水浴場溺斃案】事實審法院所認定之事實觀之，例如「系爭事故發生當日，上開驗票入口處大門旁玻璃上貼有內容表明：『海水浴場風浪大，暫停開放。Beach closed』之壓克力告示；於驗票櫃檯上亦明顯置有書寫：『海水浴場暫時關閉』之字牌，其旁另立有表明「今日開放區域如下：

⁴³⁶林宗穎（2009），《被害人與有過失之研究》，頁 216-218，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

1. 花園戲水池（憑手環入池，如有需要請洽 B2 休閒中心櫃檯辦理。2. 彩虹池。
3. 沙灘區（海水風浪大，暫停開放。Beach closed）」等語之告示牌」；「太福公司於通往海灘區之走道口，立有 1 面大幅之『太平洋翡翠灣海灣俱樂部海水浴場公安告示牌』，依該告示牌之『水域遊憩活動警示旗幟簡介』，繪有紅色三角旗幟之圖樣，並標示紅色三角旗『代表意義：水域關閉，危險，請勿下水。』等字語。」；「沿著走道再往前走，在進入海水浴場前之土丘高處，於系爭事故發生當日有經太福公司以紅白相間旗桿豎立之紅色三角旗 1 支，亦有海巡隊於 98 年 9 月 26 日所拍攝之海水浴場插立旗幟照片及上訴人提出之現場照片可稽。」

由此可見，本件企業經營者透過多重的標示說明將當日海況不佳，不宜進入海水浴場的訊息傳遞於消費者，已經足以影響、改變一般消費者對服務的安全期待，則在如此充分的標示說明下，消費者仍執意冒險進入海水浴場，應可評價為消費者未以通常、合理之方式接受服務，所生損害即不應由企業經營者承擔。此部分與法院結論認為：「被害人忽視上開各種警告標示仍貿然涉險下海，即難認其溺水死亡係在通常使用太福公司所提供服務之情形下所導致。」進而否定企業經營者應依消保法第 7 條負損害賠償責任並無二致。

準此，似乎無須特意強調合理接受服務為服務責任之責任成立前提要件，亦無須要求消費者先行證明其以合理方式接受服務，對消費者之損害賠償請求權增加法律所無之限制，蓋將消保法施行細則第 5 條所列之考量因素綜合判斷，亦可對系爭服務是否符合消費者合理期待之安全性作出適切之評價。

觀察我國實務見解，另一個可以察覺的現象是部分判決寬認消費者之行為或態度為不合理接受服務，且為損害發生之重要或唯一原因，進而認定系爭服務未欠缺安全性。

以台灣高等法院台南分院 98 年度上字第 210 號判決（【餐廳滑倒受傷案】）為例，案例事實略為，原告於民國 97 年 7 月 14 日下午 1 時 50 分許，前往被告餐廳用餐，疑似因地板濕滑，導致原告走向櫃檯點餐時滑倒，造成左股骨粉碎性骨折，須住院接受治療及復健，原告遂依民法侵權責任相關規定及消保法第 7 條之規定，請求損害賠償。

法院先是表示：「所謂『符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』，依消費者保護法施行細則第 5 條規定，應就下列情事認定之：(1)商品或服務之標示說明。(2)商品或服務可期待之合理使用或接受。(3)商品或服務流通進入市場或提供之時期。」似將合理接受服務定位為判斷安全性欠缺之考量因素。

於判斷服務是否欠缺安全性時，法院亦將服務之標示說明列入考量，並認為原告於餐廳拖地之前，已經坐在等候區甚久，知悉地板甫拖完不久，且餐廳亦有擺放「小心地滑」之標示提醒消費者注意，此部分似是認為餐廳就其所提供之服務，已在安全方面為充足之標示說明。對於被害人是否合理接受服務，法院認為餐廳既已擺放「小心地滑」的標誌，消費者即應注意行進安全，且其本身長期左膝痛、身體微胖、行動不便、當天腳穿夾腳拖，更應於進行點餐行進間戒慎恐懼，乃竟捨此不為，竟邊與他人談話，邊走向櫃檯，因而滑倒受骨折之傷害，實難辭其責。準此，法院似乎認為本件被害人並非以合理、通常之方式接受服務，是故服務並未欠缺安全性。

對於法院將消保法施行細則第 5 條規定之項目定位為考量因素，並綜合判斷系爭服務是否欠缺安全性，值得贊同。惟法院似乎對於被害人是否合理接受服務採取嚴格之態度，認為被害人本身長期膝痛、身體微胖，又穿著夾腳拖鞋，在餐廳行走本應戒慎恐懼，卻與他人一邊行走一邊聊天，導致滑倒受傷，應評價為不

合理接受服務。前開見解對被害人顯然過於嚴苛，有待商榷。理由在於，被害人個人的特殊體質與其接受服務之態度是否合理似乎並無關係，而且餐廳為飲食及休閒之場所，不應要求用餐之顧客在接受服務過程中一舉一動都要戒慎恐懼、小心注意，再者，餐廳既然為飲食及休閒之場所，顧客穿著輕便，以放鬆的心情在餐廳內行走甚為自然，因此餐廳用餐環境之安全性，應經得起顧客以較為休閒、放鬆的狀態接受服務。從而，以一般外行人的觀點出發，穿著夾腳拖鞋、與他人一邊行走一邊聊天應未達到不合理接受服務之程度⁴³⁷，本件法院輕易將被害人行為評價為不合理接受服務，不符合保護弱勢、外行人之法律政策。最高法院 100 年台上字第 104 號民事判決對於上開見解亦採取保留看法，指摘原審法院不免速斷。

此外，若將合理接受服務與服務之標示說明綜合觀察，本件企業經營者擺放「小心地滑」之標示提醒消費者注意，是否已在安全方面為充足之標示說明，值得討論。系爭標示說明是否足以提醒消費者地板濕滑應小心注意，或是防止消費者得以接近濕滑的區塊，應考慮標示說明是否清楚、明確，例如標示之體積大小、擺放位置、呈現方式（是否以明顯之字體及顏色呈現）等因素，從一般人之角度，綜合判斷系爭標示是否使人容易瞭解危險所在並得以避免。而且，基於保護消費者之法律政策，服務是否已作足安全方面之標示說明，應從嚴認定⁴³⁸。

設若企業經營者以紅絨欄杆、柵欄、圍籬等工具將地板濕滑的區塊加以隔離，禁止消費者進入該區塊，基本上一一般人應會認為此為充分之標示說明，因此，若消費者不願配合，擅自進入該區域導致滑倒受傷，則不能認為係合理接受服務。反觀本件之情形，企業經營者在地板上放置小心地滑之標示，卻未為隔離設

⁴³⁷陳忠五（2011），〈在餐廳滑倒受傷與服務欠缺安全性—最高法院 100 年度台上字第 104 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，183 期，頁 18。

⁴³⁸陳忠五（2011），〈在餐廳滑倒受傷與服務欠缺安全性—最高法院 100 年度台上字第 104 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，183 期，頁 17。

施防止消費者闖入，一般人不容易知悉究竟餐廳內哪一區域濕滑危險，行走時應注意或是避免接近。如同本件原告所述：「跌倒之地點周邊並無放置有警告標示，僅於遠離櫃台之樓梯前放置有小心地滑標誌，此兩證人證述亦為原審法院所採信，假設證人所言屬實，亦見當時小心地滑標誌係放在樓梯旁，自然造成消費者誤以為要上樓梯時，必須注意小心跌倒，而往櫃檯點餐之路徑即無任何危險。」

設若上開陳述為真，應可認為企業經營者並未將地板濕滑的危險區域，透過標示說明有效地傳遞於被害人，在此情況下被害人因標示不明，誤入濕滑的區域而滑倒受傷，即難以輕易評價為未合理接受服務。準此，本件法院寬鬆地認定企業經營者已為充分妥適的標示說明，卻嚴格地要求被害人應戒慎恐懼、謹慎小心，否則即為不合理接受服務，與消保法保護弱勢消費大眾之立法意旨相悖，有待商榷。

再以台灣高等法院 96 年上易字第 829 號判決（【年長者手扶梯跌倒案】）為例，原告主張其於民國 95 年 6 月 27 日進入被告經營之捷運石牌站，欲搭乘第 2 號電扶梯前往車站 2 樓月台乘車時，卻因被告未於適當之處所擺設明顯提醒乘客注意安全之標示，或設置合適之車站人員進行指導，又未提供符合當時科技及專業水準而可合理期待安全之電扶梯，因系爭電扶梯速度極快，致原告無法站穩而跌倒，加以無相關人員緊急處理，電扶梯繼續運作上升，致原告頭部摩擦階梯而受有傷害。後雖經送醫急救並進行手術，惟術後僅得癱躺於病床，生活起居需他人照料，遂依消保法、大眾捷運法、民法相關規定請求損害賠償。

法院判決先係對於舉證責任之部分表示：「消費者請求商品設計等或提供服務之企業經營者負損害賠償之責時，就商品進入流通市場或提供服務時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，及其損害之發生與該商品欠缺可合理

期待之安全性間有因果關係，固毋庸負舉證之責。惟仍應就其係按商品之標示說明，於通常、合理使用狀態下發生損害之事實，應先負舉證責任。必於故消費者先證明其損害之發生與商品（或服務）之合理使用間，具相當因果關係，始得令企業經營者負損害賠償之責。」



觀察上開見解，法院似乎仍將消費者在通常、合理狀態下接受服務，認定為服務責任成立之前提要件，甚至要求被害人應先證明其已合理接受服務。惟服務之標示說明與合理接受服務，皆為服務欠缺安全性之考量因素，依據消保法第 7 條之 1 第一項之規定，服務未欠缺安全性既然應由企業經營者負舉證責任，則安全性欠缺之考量因素亦不應將舉證責任轉嫁由被害人負擔，準此，應由企業經營者證明被害人有未合理接受服務之事實，法院將合理接受服務評價為服務責任成立之前提要件，復要求被害人應先證明自己已合理接受服務，似有誤解。

其次，關於標示說明是否充分、被害人是否為合理接受服務，法院表示：「本件事故發生時，被告除於車站出（入）口處設置車站資訊圖（內含電梯指標）；於出入口、電梯側牆、月台層處設有電梯引導標示外。另於穿堂層電梯揭示電梯係供推輪椅、年長者等使用之旨。更於系爭電扶梯側牆張貼海報，提醒銀髮長者搭乘電梯，及於該電扶梯下乘場入口處，設有『站穩踏階、緊握扶手』之大型立牌。乃原告係 20 年 10 月 30 日生，於系爭事故發生時，為年近 75 高齡長者，又因重度肢障而領有身心障礙手冊，行動已然不便。未依上開標示或海報之指示，仍於一手拄柺杖，另一手提物件，而可認無法緊握扶手之情形下，前往搭乘系爭電扶梯，終致跌落電扶梯，自難認其係合理使用被告提供之服務或設施……又重度肢障，行動猶須藉助柺杖之年長者，猶如原告，不宜搭乘電扶梯，為常人所知。」、「本件事故之發生，實係原告未依指示（提醒），搭乘安全性較高之電梯，而於選擇搭乘電扶梯時，猶以雙手分持柺杖及物件，未緊握扶手、站穩階梯，

而顯未以通常合理之方式，使用被告提供之相關設施及服務所致。原告依消保法之相關規定，請求被告給付懲罰性賠償金，不應准許。」



簡言之，法院認為捷運公司已在車站內張貼許多海報、標語宣導年長者應搭乘電梯，且年長者不宜搭乘電扶梯應為一般人所知悉，原告於事發當時已屬高齡，又領有重度肢障之手冊，為行動不便之人士，搭乘電扶梯時未緊握扶手，難謂為合理接受服務。對此見解，首先值得思考的是標示說明之呈現及其內容，亦即捷運公司於車站內張貼之海報及標語，是否為被害人在搭乘手扶梯前即能接觸、知悉，縱使被害人透過海報及標語得以知悉車站內設有電梯，但是提醒被害人車站內有電梯得以搭乘，究與清楚告知特定生理狀況之人並不適合搭乘電扶梯，為求安全應改搭電梯，傳達於被害人之安全資訊顯然不同，應會左右服務是否欠缺安全性之結論。

因此，法院表示：「被告既已於系爭捷運車站之多處場所，標示電梯搭乘處，故即令被告將提醒銀髮長者搭乘電梯之海報，張貼於系爭電扶梯之側牆，仍難謂無輔助之效。」此見解並不妥適，蓋單純標示電梯搭乘處與清楚告知被害人電扶梯移動速度較快，年長者或行動不便之旅客應改搭電梯，二種情形不應為相同評價；再者，捷運公司將標示說明張貼於電扶梯之側牆，被害人於搭乘電扶梯前難以或是根本無法接收相關資訊，從而無法達到提醒被害人注意之效果，難謂為清楚、有效之標示說明。

此外，年長者不宜搭乘電扶梯是否已為一般人所知悉亦有疑問，尤其是公共場所之電扶梯速度、高度等皆不盡相同，特定電扶梯移動速度是否過快、行動不便之人士搭乘是否容易發生危險，一般人往往不甚清楚，而需要企業經營者加以提醒、建議，因此，不宜輕易認定系爭電扶梯之危險性已為一般消費大眾所認知。

而且，設置於公共場所之設施應更能承受、經得住不同類型的消費者加以使用⁴³⁹，年長、行動較為遲緩或是手提其他物品之消費者搭乘電扶梯，在一般人印象中，應仍屬於合理使用電扶梯之範疇。



準此，本件企業經營者之標示說明難謂清楚、明確，並未將其對旅客使用電扶梯之安全建議，有效傳遞於資訊弱勢的被害人，加之對於一般人而言，年長者、行動不便、手提其他物品之旅客搭乘電扶梯在日常生活中甚為常見，甚至一般人可能期待企業經營者所設置之電扶梯，得以承受不同類型的旅客以不同方式加以利用，從而，本件法院似乎過於寬認未合理接受服務之概念，而對被害人作出不利之判斷，顯非合理。

綜上所述，我國部分實務見解將合理接受服務，作為服務責任成立之前提要件，甚至要求被害人應先就合理接受服務之事實負舉證責任，除與消保法第 7 條之 1 第一項有所扞格，亦屬於對被害人主張服務責任之不合理限制，有待商榷。再者，縱使將被害人合理接受服務定位為安全性欠缺之考量因素，亦不應寬鬆認定被害人之行為與態度為不合理接受服務，甚至為損害發生之主要或唯一原因，仍應以一般外行消費大眾之角度出發，審慎判斷個案中被害人接受服務之行為與態度是否異常、是否不合理，而且於評價時應一併參酌個案之標示說明是否充分、明確，基於消保法保護弱勢外行人之立法意旨，標示說明是否足以將危險之相關訊息精確、有效地傳遞於被害人應從嚴認定，尤其在被害人未能充分認知服務之危險所在，即不應從寬評價為被害人之行為屬未合理接受服務，或為損害發生之主要甚至是唯一原因。惟當被害人之行為或態度於一般人角度觀之，雖仍屬合理接受服務之範疇，卻對於損害結果之發生有一定原因力，此時應為是否構成民法第 217 條與有過失之問題，而非直接導出服務責任不成立之結論。

⁴³⁹林宗穎（2009），《被害人與有過失之研究》，頁 272，國立成功大學法律學研究所碩士論文。



第三節 服務提供之時期

消保法第 7 條第一項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」此外，施行細則第 5 條第三款則揭示「商品或服務流通進入市場或提供之時期」，為判斷商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性的考量因素之一。以下將對服務提供之時期此考量因素之概念內涵為何、如何影響安全性欠缺之判斷、實務上又應如何解釋與操作為進一步之分析與討論。

第一項 服務提供時期之概念內涵

服務提供之時期在服務責任中的意義為劃定一個基準時點，並以該基準時點的社會現狀、一般人對服務安全性的想法與認知等，判斷具體個案中企業經營者提供之服務是否欠缺安全性，因此，作為判斷服務安全性欠缺之其他考量因素，亦應以服務提供之時期作為評價的基準時點。例如服務之標示說明應以服務提供當時，一般外行人是否通常合理期待企業經營者告知服務提供過程中，可能發生的危險因素；而服務可期待之合理接受，則為消費者接受服務之行為與態度，以服務提供當時的一般消費大眾角度觀之，是否不正常、不合理⁴⁴⁰。

此外，雖然消保法第 7 條第一項規定之法文為：「符合當時科技或專業水準

⁴⁴⁰陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九0台上字第第七0九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁51。

可合理期待之安全性。」若僅從法條文義觀之，服務提供之時期此考量因素，似乎得解讀為服務提供當時的科技或專業水準，惟外行人與內行人基於知識與資訊之不對等，對於服務安全性的認知難免存有落差，且為落實加強保護意外事故之不幸被害人之消保法政策目的，是以應貫徹從外行人的觀點衡量服務之安全性，準此，服務提供之時期，應解釋為服務提供當時的社會經濟結構下，一般消費大眾可合理期待之非專業或外行水準。

至於所謂「當時科技或專業水準」，應得作為形塑消費者對當時服務之安全期待其中一項參酌因素，蓋不同時代的科技或專業發展，亦可能透過媒體傳播或知識普及而影響消費者之安全期待，惟於具體個案中，仍應審慎判斷當時一般消費大眾對服務安全性之期待與想像為何，「當時科技或專業水準」僅能作為判斷時眾多考量因素的其中一項，而非逕將此因素作為唯一依據⁴⁴¹。

消保法對判斷服務安全性欠缺之基準時點有所規範，其目的在於強調不同時代有不同安全標準，服務之提供是否具備一般人所通常合理期待之安全水準，在程度上與時間之經過息息相關，往往會隨著科技的進步、技術的發展以及社會經濟結構變遷之時程不同，而有不同的認定。消保法並非強求服務應具有絕對的安全性，而是評價服務之安全性時，應考量在服務提供時期的時空背景下，一般消費者通常所能合理期待之安全標準為何，若服務提供時已經符合當時一般消費者所期待之安全性，則不構成服務責任，並不會因為嗣後科技進步、技術發展使消費者擁有更安全之期待而受影響。消保法第 7 條之 1 第二項規定：「商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項之安全性。」亦表明商品流通進入市場或服務提供經過多年後，商品老舊或服務過時本身，並非一種安全性欠缺之認定標準⁴⁴²。

⁴⁴¹張譯文（2012），〈論商品安全性欠缺〉，頁 213-214，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁴²陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八



第二項 實例分析與檢討

有趣的問題是，服務通常可合理期待之提供期間或是服務過時之概念，在具體個案中應如何解釋、適用？此外，現代服務之提供，使用一定商品或設備加以輔助之情形所在多見，設若作為輔助服務提供之商品或設備老舊致生損害，對服務安全性之評價是否產生影響？以下將以台灣台北地方法院 96 年訴字第 6806 號判決（【莒光號列車摔車死亡案】）及最高法院 104 年度台上字第 1364 號判決（【林口農會電梯墜落案】）為例進行討論。

第一款 莒光號列車摔車死亡案

第一目 案例事實與判決摘要

本件案例事實略為，原告主張其女於民國 95 年 10 月 25 日搭乘被告交通部台灣鐵路管理局所經營之莒光號列車，惟系爭莒光號車廂屬舊型車廂，列車車門係老舊之折疊式車門，採人工手動方式關閉，不具自動感應關門等安全裝置，而且被告於列車內僅配有一名列車長負責協助關妥車門，難以確保系爭莒光號列車於啟動或行駛之際，各節車廂車門均能保持關閉狀態，其女即因而不幸摔出車門墜落軌道轉彎處，而遭對向電聯車輾斃當場死亡，原告遂依消保法第 7 條及鐵路法第 62 條等相關規定而為請求。

十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋），《台灣本土法學雜誌》，17 期，頁 101。



被告交通部台灣鐵路管理局則抗辯，系爭列車服務並未欠缺安全性，理由除了系爭列車出廠時已通過主管機關之檢測，並定時施行檢修；系爭列車雖是折疊式車門，惟在列車啟動行進之際，均得保持緊閉狀態，且經「檢車段」人員、「行車副站長」、「旅客嚮導」等確認無誤該列車始行駛出發；被告於車門邊均設有「為了您的安全，行駛中請不要站在門口」警告標語，顯已善盡告知乘客勿站立於車門避免危險之義務；列車長已按規定巡視車廂並將車門關閉，勸導乘客勿站於車門口以外，值得注意的是，被告對於服務提供時期此安全性欠缺之考量因素為詳盡之敘述。

被告表示：「系爭列車在當時國內外科技水準，就旅客上下、與門之關閉，均是折疊式車門，在列車啟動行進之際，均得保持緊閉狀態，被告所提供之服務已符合消費者保護法第 7 條所定，當時科技或專業水準可合理期待之安全性，此安全性標準不因 92 年起因新型車種有自動感應門安全裝置而回溯評價。」、「系爭莒光號列車符合可合理期待之安全性，係以該車種於購買當時均是折疊式車門，在列車啟動或行進之際，均得保持緊閉狀態，為公知事實，行之多年，且已於門邊設有警告標示，不因新型車種有自動感應關門安全裝置而回溯評價。」、「消費者保護法施行細則第 5 條規定：『本法第 7 條第一項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：三商品或服流通進入市場或提供之時期』，及消費者保護法第 7 之 1 條第二項規定：『商品或服務不得僅因『其後』有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項之安全性』等規定，顯然就商品或服務之『安全性』為『時間』上之明確性規範與補充，立法意旨係避免因時間之經過，而將『昨是』皆落入『今非』之矛盾。是以，就系爭莒光號列車之服務與設備而言，依上開法規範意旨，亦不應再『其後』因新型之車種有自動感應關門之安全裝置，而可依此回溯來評價係爭之莒光號列車之安全

性設備即有瑕疵，蓋若以此解釋，將造成政府機關就大眾運輸工具之提供與服務，每因日後科技之發展而形成事後『遭索賠』之對象，然此顯非立法意旨。」、「上開之情，若以當年提供之車型『平快車』為例，即是為佐，上開車種之服務與設備，購買當時亦無如原告所稱須有自動門設備，甚至連系爭莒光號之摺疊式車門也沒有，然此為當時之科技水準下所發展出之車種，此為眾所皆知之事，是倘『今日』有人行走『平快車』車廂間掉落，則是否可以現行消保法規範？而認該車之設備或服務有瑕疵，而違反消費者保護法第 7 條規定？由此足見，以現今觀點，歸責過去莒光號之設備或服務有瑕疵，顯非確論。」

法院先是表示，本件因被告所提供之運送服務所生之爭議有消保法之適用，並認為依消保法第 7 條之 1 第一項之規定，應由被告舉證證明系爭 58 次莒光號列車設計符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。就系爭列車或是運送服務是否欠缺安全性，法院認為：「系爭 58 次莒光號列車車門為手動摺疊式車門，採人工手動方式開關乙節，有列車照片附卷可稽，且為兩造所不爭執，又證人即列車長張秋榮於警詢時證稱：系爭 58 次莒光號列車共有 11 節車廂，客車 8 節、電源車、行包車、車頭各 1 節，因車門是摺疊式的，不是自動的，我負責巡視車箱，火車經過八堵站後，我將未關的車門全部關上等語，證人即被告臺北機務段維修部門助理工程員劉騰祥到庭證稱：系爭 58 次莒光號列車摺疊門有 3 個安全步驟，如果關門有到定位，門不會自動打開，如果門沒有關到定位，例如只關一半，風一吹可能會打開，列車行進中，可能發生旅客將車門打開的情形，列車長會逐一檢查車門，以確保列車行進中門有關好，車輛每 5 天會進行維修 1 次，系爭列車於事發 4 天前及事發後第 2 天都有進廠維修，維修結果正常，車門沒有故障等語明確，並有客車臨修紀錄單為憑，可見系爭 58 次莒光號列車雖無車門故障之情形，惟於行進中得任人以手動方式開啟車門，或可能因車門未卡在卡榫上，而自動彈開，且無車門未關之相關警示處理裝置，僅配置 1 名列車長負責巡

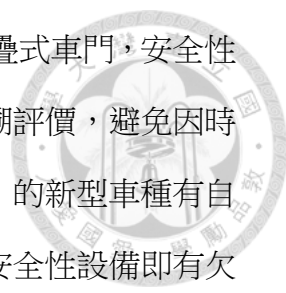
視 11 節車廂，被告復自承：依當時具體情形，若要求列車長同時間注意所有車廂與車門是否打開而隨時關閉，事涉預算編製，難具期待可能性等語，實難確保系爭列車各節車廂車門於行進間隨時保持關閉之狀態，顯有使通過車廂之乘客發生墜車之危險，難認已符合可合理期待之安全性，是被告前開所辯不足採取。」

在結論上，法院認為：「被告用以提供運送服務之系爭 58 次莒光號列車，有無法確保各節車廂車門於行進間隨時保持關閉狀態之安全上危險，造成原告之五女墜出車外，遭對向電聯車撞擊致死，足認被告危險責任之違反與丙○○之死亡間具有相當因果關係，是原告主張被告違反消費者保護法第 7 條規定，應賠償原告所受之損害，為有理由。」

第二目 判決評釋

本件法院雖未對「服務通常可合理期待之提供期間」此考量因素特別著墨，惟法院認為被告用以提供服務之莒光號列車，縱使事發當日並未故障，但亦可能因人為或其他因素，導致車廂車門無法隨時保持緊閉狀態而使乘客墜車死傷，因此應得評價為服務欠缺安全性，此結論值得贊同。

所謂服務提供之時期應考量某一特定時空條件下，一般接受服務者通常所能合理期待之安全標準。以事發當時民國 95 年為背景，一般乘客應會對於接受運送服務有一定之安全期待或信賴，從而正常於列車車廂內移動不論是上廁所或尋找座位，只要在沒有刻意於列車行進過程中打開車門為危險行為的情況下，無端摔出車廂而受傷、死亡，不論事故發生的原因係車門老舊或故障而無法閉合，或是其他乘客開啟車門，皆不符合服務提供當時消費者期待之安全水準。



至於被告一再抗辯系爭列車依當時國內科技水準，均為折疊式車門，安全性標準不應因 92 年起的新型車種，有自動感應門安全裝置而回溯評價，避免因時間之經過，而將「昨是」皆落入「今非」之矛盾；若因「其後」的新型車種有自動感應關門之安全裝置，而可依此回溯評價系爭莒光號列車之安全性設備即有欠缺，若如此解釋，將造成政府機關就大眾運輸工具之提供與服務，每每因日後科技之發展而形成事後遭索賠之對象，此情形顯非立法意旨。

對於上開抗辯，本文認為判斷服務是否欠缺安全性，仍應以運送服務提供當時時空背景之消費者期待出發。事實上，一般外行消費者並不清楚、也無法控制企業經營者以何種商品或設備輔助服務之提供，就以本件案例而言，一般外行之乘客並不清楚其搭乘之列車，究竟為自動或手動車門，何者擁有較高之安全性，其僅能信賴企業經營者依其專業，慎選輔助服務提供之商品或設備，僅能期待在企業經營者指揮、管理、監督之範圍內，不至於發生不合理、難以預料之危險。而以提供運送服務為其專業活動或職業生涯的企業經營者，以當時的時空背景而言，其可以選擇不同類型、不同安全程度之列車作為提供運送服務之工具，例如其可為了保障旅客安全，而將折疊式車門改為自動化車門，亦可維持舊式折疊式車門，但是以加強標示說明或增派人員巡邏、留意車門是否緊閉等方式維護旅客之安全。

惟無論企業經營者選擇以何種設備輔助服務之提供，究竟係增加經營成本以提高服務之安全性，或為節省經費繼續以舊式車種提供服務，皆非消費者所能置喙，而係完全在企業經營者的掌控之中。若企業經營者選擇繼續以老舊設備提供服務，卻發生當時一般接受運送服務之消費者所無法預期之不合理危險，即應對信賴整體社會分工，而將人身安全置於企業經營者監督、控制領域內之消費者負起服務責任。

綜上所述，以何種方式及設備提供服務，皆在企業經營者依其專業及能力所控制、管理之範圍內，而適合或應該以何種方式及設備輔助服務之提供，皆非一般外行人所能理解與干涉，其唯一關心者僅為企業經營者所提供之整體服務，是否符合當時一般外行人所能合理期待之安全標準。在【莒光號列車摔車死亡案】中，以民國 95 年之時空背景而言，搭乘火車無端摔出車廂，應不符合當時一般接受運送服務之消費者所能合理期待的安全標準，不論事發原因究為車種老舊、車門故障或其他消費者之不當行為，導致行車過程中車門突然開啟皆非所問。再者，本件亦無如被告所抗辯之回溯評價或將昨是落入今非之矛盾，理由在於，評價服務是否欠缺安全性之基準時點為「服務提供當時」，評價之對象為整體服務提供過程，而本件危險之發生確實已經超出「服務提供當時」一般乘客通常所能認識或預期的程度，為不正常或不合理的危險，應評價為服務欠缺安全性。

第二款 林口農會電梯墜落案

第一目 案例事實與判決摘要

再以先前提及之最高法院 104 年度台上字第 1364 號判決(【林口農會電梯墜落案】)為例，探討服務通常可合理期待之提供期間或是服務過時之概念。本件案例事實略為，被害人於民國 93 年 3 月間前往新北市林口區農會(簡稱林口農會)參觀選購展示商品，於搭乘電梯上樓時，電梯突然下墜至 1 樓底，致被害人身體多處骨折及脫臼，經治療後雙下肢仍呈半癱瘓狀態。被害人及其配偶、子女，乃以林口農會、當初負責裝置電梯，並曾經負責保養維護的台灣超技電梯工業股份有限公司(簡稱超技公司)、事發當時負責電梯保養維護的元太機電有限公司

(簡稱元太公司)為被告，分別就其所受財產上與非財產上損害，起訴請求損害賠償。



就超技公司提供之商品或服務是否欠缺安全性之部分，原審法院(台灣高等法院 101 年度重上國更(一)字第 2 號判決)認為：「系爭電梯於消保法施行前，即已裝置竣工流通入市場，超技公司於 82 年 1 月 1 日起至 83 年 1 月 10 日雖有就系爭電梯提供維護保養服務，惟依據消保法施行細則第 42 條之規定，於 83 年 1 月 10 日以前已流通進入市場之商品或已提供之服務，並無消保法之適用。另超技公司於 83 年 1 月 11 日起至 84 年 12 月 31 日期間雖有提供維護保養服務，但僅屬提供通常之保養服務，顯難以系爭電梯於該公司終止服務九年有餘後發生系爭事故，即認其提供服務欠缺安全性。」簡言之，原審法院認為系爭事故發生時距離超技公司終止維修保養服務合約已九年餘，難認超技公司提供之服務未達通常可合理期待之安全性，對此最高法院表示於法洵無違誤。

就元太公司之部分，原審法院認為：「元太公司自 86 年 1 月 15 日起至 93 年 3 月 23 日系爭事故發生時為止，受林口農會委託負責系爭電梯之通常維修保養。元太公司依約對林口農會提供之服務，係每月定期三次派遣技術人員施作及臨時故障時派員檢修等，就服務之時間分布為分析，屬於點狀服務型態，非帶狀或全面性常駐型服務，已難期待元太公司在非派員實際實施電梯保養維修服務時，亦保證安全無虞。且就契約目的以觀，電梯竣工後保養，雖在透過安全檢查及機件保養，洞燭潛在危險，防範未然，然此乃元太公司提供電梯保養服務對林口農會所負之契約責任，與消費者保護法第 7 條之危險防範責任，概念尚非完全一致。而系爭電梯於 93 年 3 月間因柱塞上部 U 型槽鋼斷裂墜落，既非發生在元太公司實際進行維修保養服務時，復無證據證明係提供服務行為所衍生之危險，縱認元太公司有未盡契約防免危險之義務，而須對林口農會負契約責任，但依當

時科技或專業水準及可期待之合理接受，亦難認元太公司未確保服務時符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，自難認元太公司有違反消費者保護法第 7 條第一項規定之情事，而須向非系爭保養合約之當事人即上訴人等負損害賠償之責。」

對此，最高法院有不同看法，其表示：「系爭電梯既於元太公司維修保養期間，因電梯之斷裂及煞停瑕疵而墜落機坑，發生系爭事故致孟昭萍受傷，原審未依消保法第 7 條之 1 第一項規定，命元太公司就其主張提供之服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性一節，負舉證責任，以究明依當時之電梯維修保養科技、專業水準或國家標準，是否不足以確保電梯使用安全無虞，達到發現潛在危險，防範未然之目的；徒以該目的僅為元太公司對林口農會應負之契約責任，認其提供之電梯維修保養服務，已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，無庸負消保法第 7 條第三項之賠償責任，不無違反證據法則之違法。」

至於林口農會之部分，原審法院認為：「林口農會為適用消保法之企業經營者，即應依消保法第 7 條第一項規定，確保系爭電梯於提供消費者搭乘服務使用之期間，具有符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，且該義務於系爭事故發生時仍處於繼續狀態，與系爭電梯何時竣工無關。是消費者於 93 年 3 月 23 日搭乘系爭電梯，發生系爭事故時，消保法已公布施行，自有適用，與消保法施行細則第 42 條不溯及既往之規定無涉。系爭事故發生之原因，係因系爭電梯柱塞上部 U 型槽鋼斷裂，且煞停系統未正常發揮其功能所致，自難謂系爭電梯已具備符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」就此部分，最高法院並未表示不同意見。

第二目 判決評釋



本件最高法院之見解，結論上可資贊同。首先，值得補充的是，對於民國 93 年之一般消費者而言，正常搭乘電梯，卻發生電梯車廂直接墜落至機坑底部，導致受傷、癱瘓，應為一種不正常、不合理之風險。將系爭電梯作為提供服務之工具或設備的林口農會，即應確保於其管理、監督的範圍內，不至於發生一般人無法正當預期的嚴重損害。林口農會雖抗辯系爭電梯於 81 年 1 月 1 日即建造完成，流通進入市場並提供服務，消保法係於 83 年 1 月 11 日始經總統公布，基於法律不溯及既往原則，系爭電梯應無消保法之適用。

惟於探究服務責任時，安全性欠缺與否判斷之基準時點應為服務提供當時，系爭電梯雖於消保法施行前即已竣工、運作，然企業經營者持續將系爭電梯作為提供服務之工具、設備，在意外事故發生當下亦是如此，而此意外事故對當時的一般人而言，損害程度過於嚴重、損害發生亦無法合理預期，應評價為服務欠缺安全性，並無法律溯及既往或回溯評價之問題。再者，若林口農會此部分之抗辯為有理由，未來企業經營者僅須以消保法公布施行前之老舊設備提供服務，即可豁免服務責任，此種結果顯然不合常理。

此外，對於系爭危險之實現，其他可以思考的責任主體為提供電梯保養、維護服務之企業經營者。超技公司與元太公司曾經先後對系爭電梯進行維修、保養，系爭事故發生時，對電梯提供保養維護服務之企業經營者為元太公司，由於元太公司在事發當時仍居於危險控制與預防之地位，以其為主體探討服務是否欠缺安全性較無疑問，然而，超技公司已經終止服務 9 年有餘，是否亦應負起服務責任則有疑義。

最高法院與原審法院認為超技公司所提供之服務並未欠缺安全性之主要理由為：超技公司僅提供通常之保養服務。惟若進一步思考，超技公司既已終止服務提供多年，系爭意外事故發生當時，其已非居於危險控制與預防之地位，而於評價服務欠缺安全性時，應斟酌服務提供之時期而為判斷，超技公司提供之保養維護服務迄事發當時已歷時多年，似得評價為服務過時，而服務過時本身，並非一種安全性欠缺之認定標準，從而亦能導出超技公司所提供之服務未欠缺安全性之結論⁴⁴³。

⁴⁴³陳忠五（2016），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，288期，頁67-68。



第六章 結論



在台灣社會中，服務侵害消費者或第三人之人身或財產完整性之新聞時有所聞，我國實務因此亦累積許多足堪研究之裁判。由此觀之，服務責任實已成為兼具理論及實務上重要性之議題，許多問題仍待進一步釐清。我國消保法第 7 條將服務與商品並列，一併納入無過失責任之規範體系，旨在改善因不安全商品或服務，受有人身或財產完整性損害之被害人長期居於弱勢的法律地位，使其能在無過失責任規範下迅速地獲得充分賠償。

由於服務無過失責任之規定，在比較法上甚為罕見，因此引發許多於立法論層次上之質疑與批評聲浪，惟商品與服務性質上之差異並不足以作為區別對待之正當理由、傳統契約責任對於接受服務之被害人仍有保護不足之處，更重要的是，實現危險之分配正義，讓較有能力分散因危險具體實現，而產生不幸損害之企業經營者負起賠償責任，以確保消費者或第三人人身或財產安全性，此一消保法之政策目標應予支持與貫徹，準此，現階段之我國仍有必要強調服務無過失責任之重要性，且在解釋上、法律適用上緊扣無過失責任之規範脈絡，而法院判決亦應遵從此價值判斷之結果，以實踐改善被害人弱勢法律地位之立法目的。

其次，有鑑於服務之種類與態樣複雜多端，若未予區別逕將所有因服務提供所生之損害賠償，一律適用無過失責任，恐怕對於企業經營者過於苛刻，因此，學說上出現許多標準，試圖限縮消保法服務責任之適用領域。然而，以任何標準限縮服務之範圍皆有掛一漏萬、顧此失彼之處，許多標準更是與服務責任之構成要件疊床架屋，在解釋與適用上充滿不確定性。合理限制企業經營者之責任固為重要的法律政策，然而消保法之服務責任在宣示保護被害人權益的同時，也劃定

了被害人保護的界線，藉由妥善解釋、操作服務責任之構成要件，依其本身所負載的規範功能，已經足以達成合理限制企業經營者責任之目的，因此，究竟應以何種標準限縮服務之範圍即非一個重要的問題。



又消保法自施行迄今雖已逾 20 年，然而安全性欠缺與過失之概念在我國法院的解釋、適用下並無明顯的區別，而且法院通常係以行為人對於損害發生的預見可能性及避免可能性，或行為人對於損害的發生是否有疏忽、未盡一定之注意等判斷過失有無的因素，作為判斷安全性有無欠缺的因素。法院無法釐清安全性欠缺與過失之間，究竟有何不同之原因，可能在於過失概念的客觀化，使過失責任向無過失責任趨近，以及服務為勞務供給，涉及方式上、內容上複雜多樣的人之行為與活動，與人的精神作用或意識狀態密不可分之特性，此皆導致在判斷是否構成服務責任時，過失與安全性欠缺更加難以釐清。惟為使服務無過失責任之規定有獨立的規範功能，貫徹重新分配現代社會因提供服務所造成的意外風險，達到加強保護意外事故被害人之立法目的，仍應區別安全性欠缺與過失。

至於究應如何區辨安全性欠缺與過失，應將向來習以為常之企業經營者觀察角度下的專業者水準，改為消費者觀察角度下的外行人水準，由法院在具體個案中，代表不具專業知識及經驗的一般消費大眾，以外行人的水準判斷危險是否不正常或不合理、是否欠缺通常可合理期待之安全性。而在判斷安全性是否欠缺時，應對服務進行整體性的觀察與評價，避免切割不同原因事實並分別究責，否則容易將企業經營者的行為義務混入其中，導致不同觀點間的混淆，甚至完全偏離外行人的標準；另因安全性欠缺為客觀的歸責事由，因此，應負責任者於行為時所存在的個人特殊情事，或其個人有無可譴責非難的事由存在，亦應摒除不予考量。

再者，消保法施行細則第 5 條對安全性欠缺之考量因素定有明文，使社會一般不特定多數人之安全性期待此抽象概念得以具體化。服務之標示說明為外行人與內行人資訊溝通之橋梁，即企業經營者應將一般消費者通常所能合理期待，有關服務危險之必要、有益資訊揭露、釋放予消費者，藉此引導、影響消費者之安全期待，若消費者對服務之安全信賴因充分的標示說明而降低時，即有可能被評價為服務提供並未欠缺安全性。然而，消保法第 7 條第二項另針對標示說明作出規範，與消保法第 7 條第一項及消保法施行細則第 5 條第一款似形成兩組規範基礎，導致標示說明究為一種欠缺之類型，抑或僅為安全性欠缺之一項考量因素存有疑義。

然而，考量彌補資訊間之落差，本即為消保法第 7 條第一項之規範重點，倘若企業經營者未為充分之標示說明，該服務之安全性未能符合消費者之信賴與期待，即為有欠缺，本應依服務欠缺之規定負責，更重要的是，將此種由企業經營者行為義務角度出發，區別欠缺類型之規範模式，貿然引進於無過失責任體系中，容易使人陷入企業經營者合理標示說明義務界限之判斷，而使消保法之服務責任體系漸向過失責任靠攏，殊有不當，因此，在解釋論上仍應將標示說明，定位為判斷安全性欠缺與否之考量因素，較能維持無過失責任體例之一貫性。

服務可期待之合理接受亦為安全性欠缺之考量因素，目的是在要求接受服務者以通常、合理、可期待的態度接受服務，以協力確保服務提供過程的安全性，從而當一般消費大眾在通常條件或可合理預期的條件下，接受服務而受有人身或財產損害時，較容易認定為安全性有欠缺；反之，若於接受服務時，故意不配合或採取杯葛抵制等異常行為，而受有人身或財產損害時，較容易認定為安全性無欠缺。又當擁有專業知識的企業經營者，對於消費者應如何接受服務有一定的想法與期待，卻為一般外行人依其過往日常生活經驗、教育知識所無法認知，此時

即須仰賴企業經營者透過服務之標示說明，影響、形塑消費者對於接受服務方式、態度之期待，此亦突顯服務之合理接受與服務之標示說明間可以相互連結，皆為判斷安全性欠缺時重要的考量因素。



此外，基於消保法保護弱勢外行人之立法意旨，標示說明是否足以將危險之相關訊息精確、有效地傳遞於消費者應從嚴認定，尤其在消費者未能充分認知服務之危險所在，即不應從寬評價為消費者之行為屬未合理接受服務，或為損害發生之主要甚至是唯一原因。惟當消費者之行為或態度於一般人角度觀之，雖仍屬合理接受服務之範疇，卻對於損害結果之發生有一定原因力，此時應為是否構成民法第 217 條與有過失之問題，而非直接導出服務責任不成立之結論。

又服務提供之時期此考量因素旨在劃定一個基準時點，並以該基準時點的社會現狀、一般人對服務安全性的想法與認知等，判斷具體個案中，企業經營者提供之服務是否欠缺安全性，因此，作為判斷服務安全性欠缺之其他考量因素，亦應以服務提供之時期作為評價的基準時點。而於具體個案中，判斷當時一般消費大眾對服務安全性之期待與想像為何時，消保法第 7 條第一項所謂「當時科技或專業水準」僅能作為判斷時之參考，而非唯一依據。此外，若服務提供時已經符合當時一般人所期待之安全性，則不構成服務責任，並不會因為嗣後科技進步、技術發展使消費者擁有更安全之期待而受影響。

向來之意外事故損害賠償責任，往往僅立於加害人之觀點，以加害人過失之有無，決定損害究竟應由加害人承擔抑或停留在原處。在以過失責任為歸責原理之脈絡下，被害人的觀點經常遭到忽視，加之我國審判實務以保守之方式運作過失之概念，對加害人之行為義務或注意程度普遍採取低標準之要求，而使遭逢意外事故而身心受創之被害人，其弱勢處境更加雪上加霜。縱使藉由過失概念之客

觀化、注意義務之嚴格化，終究將面臨一定極限。更重要的是，傳統過失責任之歸責原理，或許可以說明為何加害人無須承擔損害賠償責任，卻無法合理解釋為何被害人必須自己承擔風險。



消保法服務責任提供一個契機，讓我們將目光投注於弱勢之被害人，試圖努力去改善被害人之法律地位，使其能在遭逢不幸意外事故後，在最短的時間內，以最簡明、經濟的方式，獲得充分、確實的損害賠償。此目標之達成，仰賴法律之解釋、適用者勇於拋開向來過失責任判斷之束縛，貫徹以一般外行消費大眾之觀點，作為安全性是否欠缺的判斷標準，唯有如此，才能區別安全性欠缺與過失概念之不同，也唯有如此，才能真正確立消保法服務責任為無過失責任之精神，讓被害人之損害賠償請求權往容易成立之方向進行，使其有勇氣與尊嚴面對往後的人生。

較為可惜的是，消保法施行至今已逾 20 年，被害人之弱勢地位並無顯著之提升，每當重大意外事故發生，仰賴善心捐款或是訴諸國家賠償的情形依舊屢見不鮮，此現象亦顯現消保法服務無過失責任，並未充分發揮其規範功能，究其原因仍為判斷安全性是否欠缺時，採取專業者判斷標準，使安全性欠缺實質上與過失無異，準此，以一般外行人之視角闡釋安全性欠缺之概念，以契合無過失責任之規範脈絡，使服務責任之規定有獨立之規範功能，實現加強保護意外事故被害人之規範任務，在現階段之我國仍有強調、重視之必要。本文亦企盼服務責任之嚴格化，將成為建立一套健全責任保險制度之誘因與助力，使被害人之損害賠償請求權容易獲得滿足之同時，亦能兼顧企業經營者分散風險、減輕賠償負擔之需求。



參考文獻



壹、中文文獻（依姓氏筆劃排序）

一、書籍

- 王澤鑑（2015），《侵權行為法》，台北：自刊
- 王澤鑑（2009），《債法原理（一）：基本理論、債之發生》，台北：自刊
- 王澤鑑（2008），《民法總則》，台北：自刊
- 王澤鑑（2006），《法律思維與民法實例請求權基礎理論體系》，台北：自刊
- 朱柏松（1999），《消費者保護法論》，台北：翰蘆圖書
- 李英正（2007），〈論消保法上商品責任之危險議題〉，收錄於《消費者保護研究（十）》，行政院消費者保護委員會編印
- 吳志正（2006），《解讀醫病關係 I：醫療契約篇》，台北：元照
- 邱聰智（1996），〈消費者保護法上商品責任之探討〉，收錄於《消費者保護研究（二）》，行政院消費者保護委員會編印
- 林誠二（2010），《債法總論新解－體系化解說－（上）》，台北：瑞興圖書
- 林世宗（1996），《消費者保護法之商品責任論》，台北：師大書苑
- 周美雲（1997），《消費者保護法中商品責任之研究》，台北：司法院司法行政廳
- 侯英冷（2004），《論院內感染之民事契約責任－以爆發 SARS 院內感染為例》，台北：正典
- 侯英冷（2002），〈談醫療意外的風險分擔問題-消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用〉，收錄於《黃宗樂教授六秩祝賀-財產法學篇(一)》，台北：學林

- 郭麗珍（2004），〈我國產品責任法十年來學說與實務之發展〉，收錄於《消費者保護法制論文集》，行政院消費者保護委員會編印
- 郭麗珍（2001），《產品瑕疵與製造人行為之研究－客觀典型之產品瑕疵概念與產品安全注意義務》，台北：神州圖書
- 陳聰富（2008），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，收錄於氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，台北：元照
- 陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，收錄於氏著，《侵權歸責原理與損害賠償》，台北：元照
- 陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體－「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，台北：新學林
- 陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成－契約法之現代化 I》，台北：元照
- 陳自強（2010），《民法講義 II－契約之內容與消滅》，台北：新學林
- 陳自強（2009），《民法講義 I－契約之成立與生效》，台北：新學林
- 馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊（2005），《消費者保護法解讀》，台北：元照
- 黃明陽（2014），〈消保法產品責任之法制研究〉，收錄於《消費者保護研究（十八）》，行政院消費者保護委員會編印
- 黃明陽（2005），〈消費關係與醫療行為之探討〉，收錄於《消費者保護研究（十一）》，行政院消費者保護委員會編印
- 詹森林（2007），〈消保法商品責任之保護主體與保護客體〉，收錄於氏著，《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論(2)》，台北：元照
- 詹森林（2007），〈公立醫院之醫療行為與消保法之適用〉，收錄於氏著，《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論(2)》，台北：元照
- 詹森林、馮震宇、林明珠（2005），《消費者保護法問答資料》，台北：

行政院消費者保護委員會

- 詹森林 (2003),〈消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析〉,收錄於氏著,《民事法理與判決研究(三)—消費者保護法專論》,台北:元照
- 楊秀儀 (2000),〈論醫療傷害損害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉,收錄於《民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一):總則·債編》,台北:元照
- 劉春堂 (1996),《消費者保護與消費者法》,台北:行政院消費者保護委員會
- 謝哲勝 (2000),〈無過失醫療責任:醫師的夢魘?病人的救星?〉,收錄於《民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一):總則·債編》,台北:元照
- 行政院消費者保護委員會編印 (1998),《消費者保護法判決函釋彙編(一)》
- 行政院消費者保護委員會編印 (1995),《消費者保護法施行細則研訂資料》
- 行政院消費者保護委員會編印 (1995),《外國消費者保護法第三輯》

二、譯著


- Christian von Bar 著,焦美華譯 (2003),《歐洲比較侵權行為法(下)》,台北:元照


三、期刊論文

- 王怡蘋 (2005),〈論德國法中契約對第三人之保護效力〉,《法學叢刊》,198 期

- 
- 朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期
 - 李鳳翱（2004），〈美國嚴格商品責任 兼論我國消保法商品責任之若干問題〉，《律師雜誌》，293 期
 - 吳淑莉（2016），〈餐飲業之消保法商品及服務責任—熱紅茶案判決評析〉，《月旦法學雜誌》，252 期
 - 吳淑莉（2016），〈論醫療法上違反告知後同意法則之侵權責任〉，《法令月刊》，67 卷 2 期
 - 吳淑莉（2015），〈從美國商品責任法論我國消保法商品責任之客觀歸責事由〉，《中原財經法學》，35 期
 - 吳瑾瑜（2010），〈馮京或馬涼?瑕疵擔保或產品責任?--淺析最高法院九八年度台上字第一三五六號判決〉，《台灣法學雜誌》，148 期
 - 吳建樑（1999），〈醫療關係與消費者保護法〉，《醫事法學》，7 卷 3 期
 - 林誠二（2011），〈論過失與不作為侵權行為之認定〉，《台灣法學雜誌》，178 期
 - 林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140 期
 - 林誠二（2002），〈商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心—〉，《台灣本土法學雜誌》，41 期
 - 林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期
 - 姜世明（2004），〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，《月旦民商法雜誌》，6 期
 - 姚志明（2003），〈民法債務不履行之新發展〉，《月旦法學雜誌》，99 期
 - 姚志明等（2001），〈誠信原則與附隨義務—民法研究會第二十三次學術研討會紀錄〉，《法學叢刊》，184 期
 - 邱錦添（2005），〈醫療行為不適用消費者保護法之規定—依最高法院九

- 十四年度台上字第一一五六號民事裁定》，《全國律師》，9 卷 11 期
- 侯英泠等（2002），〈談醫療意外的風險分擔問題－消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用－民法研究會第二十六次學術研討會紀錄〉，《法學叢刊》，47 卷 3 期
 - 侯英泠（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《法學新論》，49 期
 - 陳聰富（2011），〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127 期
 - 陳聰富（2009），〈醫療法：第六講 告知後同意與醫師說明義務(下)〉，《月旦法學教室》，82 期
 - 陳聰富（2009），〈醫療法：第五講醫療侵權之歸責原則（上）〉，《月旦法學教室》，75 期
 - 陳洸岳等（2016），〈民法研討會第七十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，241 期
 - 陳忠五（2016），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，288 期
 - 陳忠五（2015），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，276 期
 - 陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期
 - 陳忠五（2011），〈在餐廳滑倒受傷與服務欠缺安全性－最高法院 100 年度台上字第 104 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，183 期
 - 陳忠五（2006），〈新世紀法國侵權責任法的挑戰－以交通事故損害賠償責任的發展為例〉，《國立台灣大學法學論叢》，35 卷 2 期
 - 陳忠五（2005），〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，70 期
 - 陳忠五（2003），〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論－消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期
 - 陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）

- 
- 最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋》，《台灣法學雜誌》，37 期
 - 陳忠五（2002），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）—最高法院九〇台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，36 期
 - 陳忠五（2000），〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）—台灣台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八十七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決再評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期
 - 陳忠五（2000），〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域—臺灣臺北地方法院八五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，7 期
 - 陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（二）〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期
 - 陳自強等（2002），〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會議題討論（一）〉，《台灣本土法學雜誌》，39 期
 - 陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（下）—民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，17 期
 - 陳自強（2000），〈民法侵權行為法體系之再構成（上）—民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》，16 期
 - 陳文洲、吳淑莉（2008），〈從馬偕醫院肩難產案談醫療行為在消費者保護法上的適用〉，《安泰醫護雜誌》，14 卷 3 期
 - 郭麗珍（2016），〈商品之通常使用、可期待之合理使用及被害人與有過失之判斷〉，《月旦民商法雜誌》，53 期

- 
- 郭麗珍 (2012),〈商品之通常使用與可期待合理使用之判斷(農藥產品)--最高院 98 台上 1473 裁定〉,《台灣本土法學雜誌》, 202 期
 - 郭麗珍 (2003),〈我國民事損害賠償法之新發展〉,《月旦法學雜誌》, 99 期
 - 許朱賢 (2003),〈解析醫療損害民事責任之歸責事由——過失責任與危險責任的兩個端點(上)〉,《軍法專刊》, 49 卷 9 期
 - 許忠信 (1999),〈消費者保護法於醫療服務之適用與解釋〉,《醫事法學》, 7 卷 3 期
 - 黃清濱 (2006),〈醫療事故責任與消費者保護法適用之探討〉,《台灣醫界》, 49 卷 3 期
 - 黃茂榮 (2002),〈醫療損害之危險責任〉,《植根雜誌》, 18 卷 2 期
 - 黃立 (2003),〈我國消費者保護法之商品與服務責任(二)〉,《月旦法學教室》, 10 期
 - 黃立 (2002),〈餐廳的商品與服務責任問題—評台北地方法院八十八年度訴字第○三九號及同院八十八年度訴字第五四一號民事判決〉,《月旦法學雜誌》, 83 期
 - 黃立 (2003),〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉,《政大法學評論》, 75 期
 - 黃立 (1997),〈消費者保護法對醫療行為的適用〉,《律師雜誌》, 217 期
 - 黃立 (1991),〈論商品責任〉,《政大法學評論》, 43 期
 - 曾育裕 (2009),〈醫療糾紛民事過失責任之專題探討〉,《台灣法學雜誌》, 140 期
 - 曾育裕 (2005),〈醫療事故民事責任之演進與發展〉,《東吳法律學報》, 17 卷 1 期
 - 曾品傑等 (2009),〈消保法服務責任之實務發展—民法研討會第五十一

次研討會會議紀錄》，《法學叢刊》，214 期


- 曾品傑（2007），〈論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判決評釋－〉，《財產法暨經濟法》，12 期
- 游進發（2012），〈消費者保護法上與商品責任等價的服務責任〉，《財產法暨經濟法》，32 期
- 馮震宇（1998），〈論服務業無過失責任之爭議〉，《中原財經法學》，4 期
- 詹森林（2012），〈消費者保護法服務責任之實務問題－最高法院 96 年度台上字第 656 號判決、99 年度台上字第 933 號裁定及其原審判決之評析〉，《法令月刊》，63 卷 1 期
- 詹森林（2003），〈消費者保護法增訂及修正條文要旨〉，《台灣本土法學雜誌》，45 期
- 楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？－新醫療法第八二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期
- 楊佳元（2005），〈危險責任〉，《臺北大學法學論叢》，57 期
- 楊佳元（2005），〈侵權行為過失責任之體系與一般要件〉，《臺北大學法學論叢》，56 期
- 劉春堂（1985），〈契約對第三人之保護效力〉，《輔仁法學》，4 期
- 劉盈宏（2008），〈醫療服務責任之研究〉，《軍法專刊》，54 卷 1 期
- 劉宏恩（2014），〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400 期
- 謝哲勝（2013），〈現行商品責任規範的檢討〉，《台北大學法學論叢》，87 期
- 魏伶娟（2017），〈論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12 卷 2 期





四、學位論文

- 王勢豪 (2013), 《論消費者保護法商品責任及服務責任之可合理期待安全性》, 國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 何克凡 (2015), 《強制汽車責任保險法汽車交通事故之研究》, 國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 李佩芳 (2010), 《微整形美容之民事責任》, 私立輔仁大學法律學系研究所碩士論文
- 李玲瑩 (2009), 《論商品責任—以商品標示及舉證責任為中心》, 私立東海大學法律學研究所碩士論文
- 李毓珮 (2001), 《醫療糾紛處理機制之探討》, 國立台北大學法律學研究所碩士論文
- 呂蘭蓉 (2000), 《產品指示說明問題之研究》, 國立成功大學法律學研究所碩士論文
- 吳正榮 (2003), 《「課後托育中心」服務於消費者保護法之適用與解釋》, 國立成功大學法律學研究所碩士論文
- 林幸怡 (2010), 《醫療機構之民事責任》, 國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 林宗穎 (2009), 《被害人與有過失之研究》, 國立成功大學法律學研究所碩士論文
- 林慧貞 (2005), 《附隨義務與民事責任之發展》, 國立台灣大學法律學研究所博士論文
- 林慧貞 (1996), 《論消費者保護法之服務無過失責任》, 國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 林忠儀 (2004), 《論我國消費者保護法「服務無過失損害賠償責任」之適用》, 國立成功大學法律學研究所碩士論文

- 
- 林世芬（1996），《論消費者保護法上服務提供人歸責型態兼評消費者保護法第七條、第五十一條》，國立中興大學法律學研究所碩士論文
 - 施瑋婷（2010），《醫療事故之民事責任論》，國立台灣大學科技整合法律學研究所碩士論文
 - 施柏宏（1995），《論消費者保護法之商品無過失責任—以第七條之解釋適用為中心》，私立東海大學法律學研究所碩士論文
 - 崔萱傑（2000），《論醫藥分業與醫療服務責任之範圍》，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文
 - 陳思荔（2012），《消費者保護法中服務責任之研究—以責任成立之爭議問題為中心》，國立政治大學法律學研究所碩士論文
 - 陳鈺婷（2014），《醫療契約與美容醫學契約民事責任之探討》，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文
 - 陳如昕（2010），《醫學美容之相關民事法律責任探討》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文
 - 陳文清（2009），《非治療性醫學美容民事法律關係之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文
 - 陳克明（2008），《論強制汽車責任保險法上之責任基礎》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文
 - 張譯文（2012），《論商品安全性欠缺》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文
 - 張瑞倫（2005），《人體器官移植或重建之商品責任》，國立清華大學科技法律研究所碩士論文
 - 張翠怡（2004），《旅遊服務於消費者保護法之解釋與適用》，國立成功大學法律學研究所碩士論文
 - 許玉珊（2007），《論我國消費者保護法上安全性欠缺》，國立台灣大學

法律學研究所碩士論文

- 許森豪（2006），《醫療行為適用無過失責任適宜性之探討—兼論醫療行為依其性質分類之可行性》，國立成功大學法律學研究所碩士論文
- 黃楷超（2014），《服務提供者責任之研究》，私立逢甲大學財經法律研究所碩士論文
- 黃凱紳（2012），《論商品警告瑕疵：歸責原理及妥適性的判斷》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 萬旖芬（2009），《老人長期照護機構之民事責任》，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文
- 游明慧（2008），《論先契約之責任--以建構我國法治為中心--》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 葉柳君（2003），《醫療事故損害賠償問題之研究》，國立台北大學法律研究所碩士論文
- 楊志宏（2001），《醫療行為適用消費者保護法之研究》，國立中正大學法律研究所碩士論文
- 詹文馨（1990），《契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 蓋威宏（2014），《台灣醫學美容管制之初探》，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文
- 蔡昀昕（2014），《以經濟分析觀點論整型及美容醫療侵權責任—醫療責任之再建構》，私立中國文化大學法律學系研究所碩士論文
- 蔡陸弟（1996），《消費者保護法中產品瑕疵之研究》，私立東海大學法律學研究所碩士論文
- 劉又禎（2011），《藥師調劑之注意義務與民事責任》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文

- 蕭翊亨（2005），《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，國立台北大學法學系研究所碩士論文
- 賴佳琪（2008），《公寓大廈管理服務人責任之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文



貳、英文文獻

- Cantu, Charles E., A New Look at an Old Conundrum: The Determinative Test for the Hybrid Sales/Service Transaction under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts, 45 Ark. L. Rev. 913 (1992-1993)
- Howells, Geraint G. & Stephen Weatherill, Consumer Protection Law, 256(Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate, c2005)
- Powers, William C., Distinguishing Between Products and Services in Strict Liability, 62 N.C.L. Rev. 415(1983-1984).
- Russell, William R., Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction, 24 Hastings L. J. 111 (1972-1973)

參、日文文獻

- 中田裕康（1995），〈現代における役務提供契約の特徴(中)〉，《New Business Law》，579 號
- 伊藤進（2010），《私法論Ⅱ：消費者法・学校事故法》，東京都：信山社
- 伊藤進、木元錦哉、村千鶴子（2000），《テキストブック消費者法=Consumer act》，東京都：日本評論社
- 河上正二（1996），〈商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)〉，《New Business Law》，593 號

- 速水幹由 (1996), 〈PL 法適用業種・非適用業種の責任と法務戦略(1)〉, 《New Business Law》, 591 號
- 島川勝、坂東俊矢 (2013), 《判例から学ぶ消費者法》, 東京都: 民法研究會



肆、裁判索引 (判決字號右、下方阿拉伯數字為本書頁數)

最高法院

最高法院 104 年台上 2328 號判決 **【海水浴場溺斃案】**

236、261、262

最高法院 104 年台上 1364 號判決 **【林口農會電梯墜落案】**

15、75、78、81、85、91、272、277

最高法院 104 年台上 172 號判決 **【速食店紅茶燙傷案】** 51、111

最高法院 104 年台上 358 號判決 **【長灘島浮潛溺水案】** 56

最高法院 102 年台上 1445 號判決 **【中友百貨手扶梯跌傷案】**

76、78、91

最高法院 102 年台上 477 號判決 134

最高法院 100 年台上 104 號判決 3、265

最高法院 98 年台上 2352 號判決 **【柔沛案】** 205

最高法院 97 年台上 741 號判決 134

最高法院 96 年台上 1136 號判決 **【警用重機起火案】** 204、205、246

最高法院 96 年台上 656 號判決 3、186

最高法院 96 年台上 2738 號判決 134

最高法院 96 年台上 450 號判決 134

最高法院 95 年台上 2886 號判決 **【停車場汽車淹沒案】** 92、94

最高法院 95 年台上 2178 號判決 134

最高法院 95 年台上 1620 號判決	189
最高法院 95 年台上 684 號判決	246
最高法院 93 年台上 585 號判決	【東賓旅社失火案】
3、81、85、91、106、112、175	
最高法院 90 年台上 709 號判決	127、173
最高法院 87 年台上 242 號判決	10、15
最高法院 86 年台上 1445 號判決	【仰德大道車禍案】 59、60、111
最高法院 82 年台上 267 號判決	66



高等法院

台灣高等法院 104 年上易 1104 號判決	3
台灣高等法院 104 年醫上易 3 號判決	151
台灣高等法院 104 年再更(一)1 號判決	15
台灣高等法院 103 年醫上 24 號判決	135
台灣高等法院 103 年消上易 4 號判決	【郵局犬隻絆倒案】 91
台灣高等法院 102 年上易 695 號判決	3、153
台灣高等法院 102 年上易 71 號判決	3、172
台灣高等法院 101 年重上 114 號判決	【海水浴場溺斃案】 236、261、262
台灣高等法院 101 年醫上 26 號判決	135
台灣高等法院 100 年保險上易 9 號判決	108、173
台灣高等法院 100 年醫上 18 號判決	152
台灣高等法院 99 年重上 52 號判決	【溫泉會館溺斃案】
54、111、243	
台灣高等法院 99 年上 518 號判決	【蒸氣太空艙排風管掉落案】
61、181、219、220	



台灣高等法院 99 年訴 45 號判決	135
台灣高等法院 99 年醫上 9 號判決	135
台灣高等法院 99 年醫上 6 號判決	135、151
台灣高等法院 98 年上 877 號判決	83
台灣高等法院 98 年上 367 號判決	212
台灣高等法院 98 年消上易 1 號判決	【電視機爆炸案】
206、207、212	
台灣高等法院 97 年醫上 7 號判決	135
台灣高等法院 97 年醫上 2 號判決	135
台灣高等法院 97 年醫上更(一)4 號判決	135
台灣高等法院 97 年重上 258 號判決	106
台灣高等法院 97 年上易 448 號判決	106、246
台灣高等法院 97 年消上 5 號判決	205
台灣高等法院 96 年重上更(二)89 號判決	【警用重機起火案】 205
台灣高等法院 96 年醫上易 1 號判決	3、135、151、158
台灣高等法院 96 年醫上 6 號判決	153
台灣高等法院 96 年上更(一)8 號判決	92
台灣高等法院 96 年消上 7 號判決	107
台灣高等法院 96 年上易 829 號判決	【年長者手扶梯跌倒案】 266
台灣高等法院 95 年重上 268 號判決	260
台灣高等法院 95 年上更(一) 131 號判決	106
台灣高等法院 95 年保險上更(一)1 號判決	194
台灣高等法院 95 年醫上 24 號判決	135
台灣高等法院 95 年醫上 15 號判決	135
台灣高等法院 95 年醫上 11 號判決	135

台灣高等法院 95 年醫上 8 號判決	135	
台灣高等法院 95 年醫上 5 號判決	212	
台灣高等法院 95 年消上 3 號判決	171	
台灣高等法院 95 年消上 1 號判決	185、222	
台灣高等法院 94 年上易 39 號判決		【火鍋酒精爐灼傷案】
48、91、111		
台灣高等法院 93 年上 1064 號判決		【肝臟血管攝影併發症案】
176、183、221、225		
台灣高等法院 93 年保險上 24 號判決	192、194	
台灣高等法院 93 年醫上 1 號判決	157	
台灣高等法院 92 年上 724 號判決	106	
台灣高等法院 92 年上 596 號判決	112	
台灣高等法院 92 年重上 362 號判決	112、137	
台灣高等法院 90 年上 633 號判決	126	
台灣高等法院 90 年重上 463 號判決	112、128	
台灣高等法院 90 年上易 570 號判決	212	
台灣高等法院 90 年重上 435 號判決		【東賓旅社失火案】
77、81、85、91、106、112、175		
台灣高等法院 89 年重上 433 號判決	124	
台灣高等法院 89 年上易 430 號判決		【護膚服務受傷案】 53、111
台灣高等法院 88 年重上 505 號判決	112	
台灣高等法院 87 年上 151 號判決	11、127	
台灣高等法院台中分院 103 年上 494 號判決		【雲霄飛車致頸椎受傷案】
237、242、245、250		





台灣高等法院台中分院 103 年醫上 8 號判決	135
台灣高等法院台中分院 100 年醫上易 3 號判決	165
台灣高等法院台中分院 100 年醫上 10 號判決	135
台灣高等法院台中分院 100 年醫上 9 號判決	135
台灣高等法院台中分院 100 年醫上 5 號判決	135
台灣高等法院台中分院 99 年上易 54 號判決	153
台灣高等法院台中分院 99 年醫上易 4 號判決	165
台灣高等法院台中分院 99 年消上 1 號判決	212
台灣高等法院台中分院 98 年上易 420 號判決	153
台灣高等法院台中分院 98 年消上易 1 號判決	155
台灣高等法院台中分院 95 年醫上 9 號判決	112
台灣高等法院台中分院 92 年重上 60 號判決	106
台灣高等法院台中分院 92 年上 121 號判決	112
台灣高等法院台中分院 89 年上 533 號判決	128
台灣高等法院台南分院 102 年上 3 號判決	106
台灣高等法院台南分院 99 年醫上 1 號判決	135
台灣高等法院台南分院 98 年上 210 號判決	【餐廳滑倒受傷案】 264
台灣高等法院台南分院 97 年醫上 5 號判決	135
台灣高等法院台南分院 96 年上 106 號判決	153
台灣高等法院台南分院 96 年醫上 2 號判決	135
台灣高等法院台南分院 96 年醫上易 2 號判決	151
台灣高等法院台南分院 95 年上更(一)40 號判決	189
台灣高等法院台南分院 94 年醫上 1 號判決	149
台灣高等法院台南分院 93 年上 201 號判決	【汽車旅館毆傷案】

107、188、190、197、217、220



台灣高等法院高雄分院 97 年上易 68 號判決 106

台灣高等法院高雄分院 97 年醫上 3 號判決 135

台灣高等法院高雄分院 96 年上易 34 號判決 3

台灣高等法院高雄分院 90 年上 127 號判決 108

台灣高等法院花蓮分院 100 年重上 8 號判決 156、157

台灣高等法院花蓮分院 97 年上 20 號判決 212

地方法院

台北地方法院 102 年消 10 號判決 **【日航病發死亡案】** 70

台北地方法院 101 年北醫簡 1 號簡易判決 152

台北地方法院 100 年醫 9 號判決 153

台北地方法院 100 年醫 8 號判決 165

台北地方法院 100 年消 21 號判決 177

台北地方法院 96 年訴 6806 號判決 **【莒光號列車摔車死亡案】**

272、277

台北地方法院 96 年訴 4886 號判決 153

台北地方法院 96 年訴 3719 號判決 107

台北地方法院 96 年醫 19 號判決 152

台北地方法院 96 年醫 12 號判決 153

台北地方法院 93 年醫 1 號判決 165

台北地方法院 93 年訴 226 號判決 50

台北地方法院 90 年訴 1321 號判決 107

台北地方法院 87 年訴 5125 號判決	127
台北地方法院 86 年訴 1326 號判決	107
板橋地方法院 91 年訴 412 號判決	106
板橋地方法院 91 年重訴 285 號判決	128
基隆地方法院 98 年醫 1 號判決	165
宜蘭地方法院 99 年訴 447 號判決	153
桃園地方法院 99 年訴 612 號判決	165
新竹地方法院 99 年醫 2 號判決	153
台中地方法院 102 年醫 27 號判決	157
台中地方法院 102 年醫 16 號判決	156
台中地方法院 100 年醫 15 號判決	150、165
台中地方法院 89 年小上 63 號判決	108
嘉義地方法院 99 年訴 607 號判決	152
嘉義地方法院 92 年醫 6 號判決	149
台南地方法院 100 年訴 1539 號判決	153
台南地方法院 93 年訴 1187 號刑事判決	207



高雄地方法院 103 年訴 891 號判決	【托嬰中心猝死案】 72、91
高雄地方法院 101 年訴 1213 號判決	【雪世界骨折案】 67、69、91
高雄地方法院 99 年醫 12 號判決	153
高雄地方法院 95 年訴 1231 號判決	3、153
高雄地方法院 93 年國 7 號判決	【精神病患墜樓案】 69、71、91
花蓮地方法院 96 年訴 54 號判決	155



外國法院裁判

英國

G.H. Meyers & Co. v. Brent Cross Service Co. 【1934】 1 K.B.46,53-54(1933).	17
Bolam v Friern Hospital Management Committee. 【1957】 1 WLR 582.	18

美國

Worrell v. Barnes 87 Nev. 204, 484 P.2d 573(1971).	20、24
Newmark v. Gimbel's Inc. 54 N.J. 585,258 A.2d 697(1969).	20、21
Shaffer v. Victoria station, inc. 91 Wn.2d 295 (1978).	22
Lewis v. Big Powderhorn Mountain Ski Corp. 69 Mich. App. 437, 245 N.W.2d	
81.	22
Hoffman v. Simplot Aviation, Inc. 539 P.2d 584, 97 Idaho 32.	22
Messer v. Hi Country Stables Corporation. 2013 WL 93183(D. Colo. 2013).	23
Perlmutter v. Beth David Hospital 308 N.Y. 100 (1954).	25
Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital 47 Ill. 2d 443 (1970) 266 N.E.2d	
897.	25
Magrine v. Krasnica 94 N.J.Super. 228 227 A.2d 539.	26
Clark v. Gibbons 66 Cal.2d 399.	27
Cafazzo v. Central Medical Health Services, Inc. 542 Pa. 526, 668 A.2d 521,1995	

Pa.28



日本

平 11(ワ)28522 號判決 32

平 15(ワ)1512 號判決 33

平 13(ワ)27744 號判決 33