

外科新醫療科技之發展與醫療風險之界定與分擔
—外科醫療事故民事損害賠償

NSC 91-2420-H1-002-022

國科會研究報告

台灣大學法律系教授 朱柏松

壹、序論－台灣醫病生態環境之改變與醫療糾紛解決之方向

醫療人員的職責是在拯救病患的生命、診治病患的疾病，以確保病患的身體以及健康，進而保住、維護病患家庭的和樂，兼而達到社會的安定以及秩序的維護之目的，因此醫療人員的工作負擔是沉重的，但也因為醫療服務身繫病患的生死健康、和樂、幸福，在「視病如親」的醫病兩方的共同默契下，在我國醫療人員自來就是權威的代表、慈愛的化身，是故在庶民大眾的眼裡，儘管醫病之間的法律關係，仍無法自外於委任與受任的兩造間權利義務的法律關係，但在現實上，由於醫療人員係醫療上的專業者，病患的生命、身體健康，幾乎是只有仰賴醫療人員施以專業、技術的救治，始可以獲得確保，而且，如果現實上，病患的生命、身體、健康確實係經醫療人員的努力而獲得確保，則病患之對醫療人員，真是感激得恩同再造，並視之為再生父母。因此，傳統上，自來醫療人員在病患之間的認知，與其是具法律上之權利義務關係，不如說濃濃地具有專業、父權，以及感恩的情懷在內的多重情緒的。既使是最後病患不幸死亡、重傷，無法挽回生命或健康，但也因病患對醫療專業認知之不足，法律上的權利保護的意識薄弱，甚至於更重要的是，仍然是醫師視病如親，病患視醫師恩同再造的感懷氣氛，因此，鮮有醫療糾紛事故發生，其以醫療人員為被告而對簿公堂，爭得你死我活的畫面，則更是絕無僅有的事。

不過，在台灣，一九八〇年代是一個包括政治、經濟、社會甚至於人們思維法乃至於社會價值觀等急劇加以轉變、蛻化的年代。迄至一九八〇年代中期，台灣仍然實施戒嚴，儘管斯時政治在野勢力業已成為氣候，可帶給人民追求民主的氣氛與希望，但是也正因為如此，整個政治局勢更形詭譎、嚴厲。民國七十五年七月十五日國民黨政府被迫對外正式宣布解除長達四十餘年之軍事戒嚴。戒嚴的宣布解除，在其意義上應不只是對於國家、社會以及人民言行軍事管制的退去，更重要的是代表民權抬頭，人民權利意識的跳躍成長，以及社會組織的多元與活絡。因此，戒嚴的解除往好的方面加以認識是，因為人民有更大的政治活動空間，帶來了社會的活力與生機，但在相應的民主機制尚未完全建立，而能對於解嚴後的亂象有所制約的情況下，從壞的方面予以考量是，人民易於濫權、社會亦易於流為混亂、不安。台灣的面積儘管不大，但自一八九五年日本領台以來，由於積極投入甚多基礎紮實的建設工程，包括教育、衛生、水利等各方面，雖然日本對台灣的建設仍脫離不了殖民色彩，但五十年紮實的建設，早已使台灣初具有發展為現代化國家的條件與可能。可以這樣說，在日本領台的中期（亦即迄至 1920 年代），台灣可以說是中華民國眼下三十五省、十二院轄市，最具現代化條件的省份。由於由這樣一個現代化條件在民國七十五年政府宣佈解戒之後，整個台灣立即進入一個急劇銳化轉變的時代。

戒嚴體制的解除，最明顯的表現固然是人民基本人權，包括人身自由、不受軍事審判之自由、表現自由、集會結社以及秘密通信等在內之自由權，和平等權均基本人權完全回復，而應受憲法及諸實証法上之保護，從而得以實現全民民權政治的政治

体制。不過，戒嚴体制的解除更重要的意義，反而係由於國民上述自由權以及平等權受到尊重，而由以發生之人民權利意識的抬頭與高昂。透過表現自由以及集會、結社自由的充分享有，人民得以知悉自己權益之所在，以及人民權益之應受有何種程度之保護，這種民權政治的孕育，在台灣早在日治時期，即一氣呵成地漸次有其形成、確立的條件。這一個我國現代民權發展的過程，在人民私權利受害的救濟上，亦可以使吾人獲有充分的體現與瞭解。按人民的私權，誠然，自來的私法規範，不論是歐陸法抑或英美法，大率可分為人格權以及財產權，此二法益之受保護之程度，在大陸法體系之中，最初是以財產法益受較優厚的保護，人格法益之受到充分保護則是迄至二十世紀以後的事。而且，人格法益之受保護，鑑於當今社會係以科技成果為標的從事機械自動生產方式加以確立，由於此一社會之生產方式及生活結構，多具潛在危險性，是以今天諸文明國家，關於人格法益受害之救濟，多以超越自來民法典過失責任的歸責方式，以特別立法方式建立無過失補償責任方式加以解決，以期能對被害人提供最完整的保護，台灣在一九八〇年代政治邁入完全民主、法治以後，亦趕上這一波全民私權受優厚保護，以補償制度確立確保人民權益之政治目的。

外科醫學與內科及小兒科堪稱醫學上之三大主科，其被稱為醫學之主科者，除其為醫學基礎理論之所在之外，當然亦因其論理艱難，地位重要所由於致之。這其中特別是外科醫，由於醫學科技發展日新月異、日進千里，疾病之治療與改善，外科所占的角色居最重要之地位。不過外科的醫療行為多具侵入性，在每個病患各有其獨自之特性以及不特定性的情況下，外科的風險自然較其他醫學上之分科更為明顯、偏高。此外，亦因為外科醫療行為多具侵入性，外科醫師的養成時間亦相對地拉長許多，不過，也正因為外科醫療行為多具侵入性，在醫師個人體能仍無法超越人類自然生命法則的前提下，外科醫師的執業年齡亦備限制。當然，更重要的是，由於醫療科技不斷的進步，醫學理論日漸精準、完整、進步，醫療的技術、設備亦不斷地推陳出新，因此，正確地說外科醫學其實是一種必須仰仗花費巨資進行投資，從事的醫學。基於以上之所述，在結論上吾人可以這樣說，外科醫學不但是醫學的三大主科，甚至於可以說外科醫學是醫學的火車頭，但亦是最具危險性格的科學，故外科醫學的是否發展、成功不但與我國醫學技術水平的發展在世界醫學界居一席之地息息相關，甚至亦與國民生命、身體及健康之是否受到確保，有著不可分離的密切關係。

面對外科學上述的重要性以及潛在的風險性，在現代人民私權，特別是人格權之保護已朝無過失補償制度發展的時代趨勢下，外科醫學風險如何去加以分擔、消化，因外科醫療所致於病患之死傷等之損害之填補，究應如何與外科醫師權益之維護，乃至於我國整個外科醫學之發展取得一個平衡點，以下特別以整型、美容醫學以及外科醫療連續服務為主題，就外科醫療事故民事損害賠償分別為文予以分析、說明。

貳、整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範

一、前言

愛美是人的本性，不論男人或女人皆然，於是隨著醫療科技的愈形進步、精純，國民經濟生活條件的不斷提升，以及社會洋溢著欣羨美女、俊男的風潮，美容醫學、美容外科在近三、四十年來遂自整型外科獨立出來，而成為另一醫療科技領域。猶有進者，在各方殷切期盼、老中青各階層樂此不疲的情況下，美容外科大行其道，美容外科似已形成一項頗具商機的新興產業，而美容專業工作者大有趁此風潮賺進大把鈔票者。展望未來，只要經濟仍持續成長，國民生活水準仍不斷上升，崇尚、羨慕俊美的社會風氣如仍一直難以退潮，則美容醫學、美容外科仍將持續有其榮景。由於時代對美容醫學或美容外科的欲望就像無底洞一般，甚難有填滿的一天，於是明明是以人類的生命、身體以及健康為對象的醫療行為及技術，在今天，卻如同商品一般地透過讓人眼花撩亂、難辯真假的廣告與表示，向愛美的大眾從事「推廣」、「促銷」，並進而廣泛地從事美容、整型。由於美容醫學、美容外科施行的對象，與包括一般外科、內科、婦產科等普通醫學一樣，都為人類的生命、身體及健康，在醫療處理上亦當然難逃醫療的不特定性以及難予控制性，因此，美容、整型成功的案例固然很多，但失敗的情形更時有所聞。面對美容外科、美容醫學大行其道，整型、美容廣告充斥泛濫，並常見引發事端之事實，我國現有的法律體系究竟應如何對之有所規範，中央衛生單位究應如何予以面對並予處理，方能使之有一有效而且適切的規範作用，而使關係人的權利獲得確保，甚至對因而所有可能發生的社會問題得於防止於未然，都是吾人不得不認真並嚴肅加以面對之問題，故以下以所示標題為順序，做若干這方面法規範之分析與說明。

二、醫療行為與為給付效力之事實行為的差別及其法律規範之不同

本論文主要之目的係在於探討整型、美容醫學以及整型、美容廣告所為行為，在民事權利、義務關係，以及其因而致他人於損害時關於損害賠償責任之論斷，故有必要先對於醫療法律關係行為理論加以述說。依我國現有民事法學基礎理論，在論斷民事權利義務關係，亦即法律關係之效力時，除主體應具有完全能力、標的應屬確定、可能、合法之外，亦應以具有依法律所定，足以發生權利義務之原因事實，亦即法律事實為其必要，而諸多法律事實中，其最具重要性者乃為法律行為。所謂法律行為（Rechtsgeschäft），依自來學說，係為「以意思表示為要素，依意思表示之內容而發生一定私法效果的行為」（註1），這中間，特定之行為究否為法律行為，而被論斷足生一定民事權利義務關係，其最重要者係以該行為是否具有一定之意思表示，就反面之立場而言，但行為人如特定之行為，儘管係由具完全能力之人對符合一定適法條件之標的而為之者，如非具有意思

表示之有效要件，仍非可被論為法律行為，而得依現行民事法律規範去論斷有法律行為之效力。然者究竟什麼係意思表示？學說上稱意思表示（Willenserklärung）者，係指「表意人將其內心期望發生一定法律效果的意思，表達於外部的行為」（註2），依此一意思表示之概念界說，其足以構成法律事實，而發生一權利義務關係之要件的意思表示，其應以具有效果意思、表示意思，以及表示行為為必要。此與法律行為已具生效要件而發生法律上之效力，基於完成法律行為之目的，而有所行為，亦即給付，除給付之目的係為法律行為，而使給付仍應被論斷為法律行為之外，泰半皆屬於單純之事實行為（註3）者自完全不同。

該當醫院、醫師等醫療業者與病患間之醫病關係，就其本質而言，應屬單純的勞務提供關係（註4），既然醫病關係係屬勞務提供關係，則在私權利義務之論斷上，關於上述民事法行為理論，自亦有其適用之餘地。誠然，醫療法律關係之所以建立，並不排除因無因管理、公共衛生或社會安全等特殊情形，但絕對之大部分，則係來自於醫療業者與病患之間之契約關係，而契約乃是以兩造意思表示一致之法律行為也，故其權利義務關係仍應受上述現行法律行為理之規範。不過，所謂醫療為契約為法律行為而應受現行民法體系之規範者，僅在於醫療契約之成立及生效一點而已，至於因契約生效以後的給付部分，則因係屬事實行為，亦即該當為醫療法所規範之醫療業務之「醫療行為」（註5），現行民法體系自無同時亦應屬不可能對之加以規範，反而只能求諸於包括醫療法在內之醫療法規予以論斷。

儘管醫療行為就醫療法律關係，特別係針對醫療契約而言，依上面之所述，仍止於為該當債之給付之事實行為，而與該當為一般法律行為效力之給付的事實行為，應無所差異，並同應受現行民法體系之規範，然者，鑑於醫療行為事涉人民生命、身體及健康權益而為憲法基本人格法益之保障（註6），現行法秩序上，似又以特別法對之另有單獨之規範。依民國六十五年衛生署醫字第10七八八0號對於醫療行為所為之解釋，所謂醫療行為，係指「以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的所為之診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療之目的，所為處方或用藥等行為之全部或一部之總稱」。由於醫療行為之概念如上面所述，係涉及人民之生命、身體、健康之安全，甚至牽連及其個人家庭之幸福之行為，基於確保人命安全，權利的享有，我國現行法體系，不但對於從事於醫療行為之行業、工作設有包括醫師法、藥師法等專法予以規範外，甚至於連醫療事業的經營，亦設有醫療法予以詳盡規範。同時，也因為如此，儘管醫療行為在本質上屬於醫療人員對於特定相對人所提供之勞務行為，且現實上亦多為具對價給付之有償契約行為，但既使就醫療行為本身而言，亦應與一般的法律行為，甚或商業行為效力之事實行為，亦即給付，有著本質上的差異。具體言之，醫療行為儘管在行為之型態上可包含治療、矯正或預防疾病、傷殘或保健，但因其直接涉及人體生命與健康，故一遇生命、身體及健康出現狀況而有上述醫療行為之必要時，自必由病患或國家（指防疫、公共衛生）主動向醫療人員求診、求治，其目的只在於疾病的救治與預防而已，此與該當一般法律行為給付效力之事實行為，特別是商業行為，泰半以

謀取經濟利潤為目的者，自有絕對差異之所在。此點即使以行為之主体係從事醫療行為之醫療機構或醫師個人，亦應殆無稍異。蓋以醫療機構或醫師個人，雖因從事醫療而獲有報酬，甚至穫有豐厚利潤，但其仍須以科技專業的醫療技術，以為病患拯救生命、治療疾病或維持公共衛生及社會安全為其主要之職志。

由於為醫療行為效力之事實行為與一般法律行為效力之事實行為，特別是商業行為在概念上、本質上有上述之差異，因此，在我國現行法律體系規範上，在經歷相當程度的衝突與磨合後，終於在這方面分別確立其兩個完全不同的規範體系。具體言之，由於包括醫師等醫療人員肩負有拯救他人生命，維護他人身體、健康之義務，故設有醫師法、藥師法、護理法、護理人員法等技術專門職業法規範，使之有別於一般民法、公司法等商業行為之法律規範。至若一旦因醫療行為之實施致病患死亡或傷害時，在刑事責任論斷上，雖然我國刑法並未對醫療刑責論斷設特別規範（註7），現實上病患亦有常引過失致病患於死傷之理由，透過刑事訴追逼迫醫療人員就範之事實，但學理上乃至實務上，輕率肯認醫療行為之過失刑責之情形尚非多見（註8）。至於醫療事故之民事損害賠償責任，往昔以來，咸以一般債務不履行（加害給付）或侵權行為責任為論斷責任之基礎，但自民國八十三年元月公布、施行消費者保護法以來，學說與實務頗有以醫療行為仍屬服務行為，而主張應有消費者保護法適用之餘地，雖然此醫療民事責任法適用之爭議，現已因民國九十三年醫療法修正增列第八十二條規定，而暫告一個段落，但以醫療法第八十二條法規範為醫療業者民事責任論斷之解釋，則應被認為有比依民法過失理論去解釋，會有更大之解釋空間（註9）。總而言之，從總體來看，在以醫療為目的之法律關係中，該當為醫法律關係效力之給付行為，亦即醫療行為，與其他法律行為效力之給付行為，亦即事實行為，特別是商業行為有著截然不同之區別，而在法規範上出現有絕對之區隔，倒是一無可爭議之事實。

三、美容醫學與整型外科醫學之區隔

整型外科醫學之醫療行為，原亦在於病患疾病之治療、矯正以及復健，故其概念仍為醫療法或中央衛生主管機關所界定之醫療行為之意義所加以涵蓋，而應受醫療法等法規加以規範，而且，現實上，由於其行為旨在為疾病治療、矯正或復健，故應無所謂商機以創造商業利益，從而形成所謂之產業之餘地。但自美容醫學，特別是美容外科醫學崛起以後，美容外科醫師所為之「診療行為」究否為醫療行為，即引發爭議。本來，美容外科係因應國民所得提高、生活條件優裕、人類審美觀改變對於人體完美重視，以及醫療科技不斷革新、突破，而自形成外科發展出來，積極地以人體結構、生理機能的改變、轉換為其主要目的新型外科學。按美容外科（Cosmetic）如自醫療技術之發展史加以觀察，應係發展自形成外科（Plastic Surgery），而形成外科則又蕃衍自整型外科（Orthopedics）。整型外科最初僅在於處理骨骼，或關節等運動器官方面疾病之治療，不過，其後因醫療技術的進步，乃擴張其範圍至先天形態異常或後天受傷變形之修補與治療，包括鼻耳異常、口唇額裂、燒傷、燙傷及皮膚贅瘤、癌症之開刀、處理等。後者，

亦即先後天之形態異常或傷病等，原屬形成外科的領域，但今天形成外科似已為整型外科所吸收，一般統稱之為整型外科。整型外科所欲處理者，總應屬於身體的疾病或先天及後天的身體異常、變形，例如黑斑、贅瘤、曲張等。至於美容外科或最近通常可見的新稱呼形体美容醫學（Human Appearance）所欲處理者，雖亦不排除身體疾病、異常或變形之情形，但無寧是以病患本身主觀美容上的要求，其與醫療行為主要目的在病患疾病之處理者，尚有相當大的出入。因此，包括臉型雕塑、除皺、脫毛、洗刺青、護膚美白、隆鼻、抗衰老、醫技減肥、瘦身、健胸、隆乳，豐胸、豐頰、印堂填平、乳頭凹陷處理、乳線發育，以及眼皮手術等，均應不屬於整型外科之領域，而應屬典型美容外科的範圍。蓋其外科手術進行或醫學上之治療，都只在於滿足「病患」本身愛美的欲念，所謂「人工美女」是也，甚至於最近一般時間突然流行的整（陰）唇手術，竟是只在於達到穿緊身褲的目的而已。

依前面吾人所述，關於醫療行為之定義，証諸前段所說美容外科之意義，顯然美容外科「醫師」所為之行為，應不屬於整型外科之醫療行為，蓋以美容外科「醫療行為」之所以被加以進行，原非因「病患」係有身體不適、疾病（註 10）而等待診斷、醫療、救治，反而只是在於滿足個人主觀愛美之目的，對自己身體所為雕塑、加工之行為而已。故嚴格而言，此等行為自不應如一般醫療行為應受醫師法、醫療法等關醫事法規約束，而且，愛美既是一主觀具抽象意涵的概念，則為達到美的目的與境界，塑身美容的行為自可能因為滿足人類一定愛美的欲念，追求一定財產價值，從而以此創造一定經濟利益，例如塑出美女而成為名模以創出個人事業等，使美容醫學形成一個商業行為而發展成一項產業，故就本質以觀，美容行為應不屬整型醫療行為，美容醫學亦應非屬整型醫學而應為商學經營學的一部分，從而在法效果的論斷上，自應受一般法律行為之規範，其因而發生之法律責任之論斷，自應回歸到民法、消費者保護法乃至公平交易法等規範一般民事、商事等私法體系論斷其民事效力，並以一般刑法論斷其刑事責任。然則，由於美容醫學「診療」之對象仍為人體，儘管類似脫毛、洗刺青、護膚美白等都僅止於髮膚之傷，尚難致「病患」有生命、身體、健康於損害之虞，而與一般美容業者所得一為者殆無稍異，但包括体型雕塑、抽脂、瘦身、豐胸、削臉等具有侵入性的美容醫療行為，要說其無侵害「病人」生命、身體、健康之虞，則顯然應非現實。若係如此，關於後者，亦即，具侵入性的美容「醫療行為」，基於醫療法立法目的係在於保障醫療品質、保障病人權益，以增進國民健康之理由，則吾人以為此等美容醫療行為仍應被納為整型外科醫療行為（註 11），其執行各該行為之人自亦應具醫師執照，並應使其受包括醫療法等醫療規範之拘束。蓋唯有如此，上引醫療法之立法目的方可獲得實現（註 12），國民生命健康的法益乃能獲得周全之保護。不過，基於美容醫學，特別是美容外科商業利益之維持，以及其商機之掌握，似宜將美容「醫療行為」有所區分，使其分別受不同法律體系之規範，亦即，其屬於對「病患」無生侵入性作用者，可不依上面具侵入性作用行為一般之法律加以規範，反而僅受一般商業行為所適用之民法等一般法體系之拘束。至若「侵入性美容醫療行為」在語意上有曖昧不清，而生廣泛限制美容專門業發展之疑慮時，則吾人以為可以負面表列方式列舉「侵入性美容醫療行為」之具體內容，而使在列舉之美容

醫療行為仍與整形外科醫療行為一樣，而統受醫療法等法規之拘束，其他非在負面表列者，則排除醫療諸法之適用，而回歸現行民法等一般法律之規範。當然，以負面表列之方式處理有時並非容易，為期不失嚴苛，仍宜求諸醫療專業，以科技方法嚴予判斷。有再予強調者是，如已列入負面表列者，其行為即屬非一般美容業者所得一為之商業行為，而應受醫療規範之餘地矣。

四、美容醫學與整型醫學告廣內涵之分際

如就最廣泛之意義加以認識，所謂廣告，係指將特定事物公告於眾人使其週知之行為。其方法大率利用大眾視訊、文宣傳播，蓋非如此，不足達到廣泛散播之目的也。因此，可以想見的，廣告一事自古應已有之。不過，廣告在被使用於商業目的時，自來廣告充其量也只不過被認為，係在於引誘不特定人前來與為廣告之人締結契約以完成法律行為而已。然者，在科學技術不斷進步，生產方法自動化，呈現大量生產、大量銷售以及大量消費的今天，由於商品的製造者或服務的提供人，幾乎都無法由自己與商品的買受人或服務之被提供人直接接觸，而達到銷售商品或提供服務的目的。因此，廣告即成為生產者對其買受人表達促銷、說明商品或服務最直接而有效的手段與方法。基於促銷商品或服務之目的，在今天的商業社會裡，生產者也盡其所能地講求廣告的方法與戰略，考慮其廣告之內容與品質，務必達到一般買受人或接受服務的人，樂意而且輕易地打開自己的荷包去購買自己所生產之商品或提供的服務。不過，與此相對，由於廣告現實已成為直接與消費者連繫法律關係的一種方法，換言之，在一般消費社會裡，消費者對商品或務的認知，與法律行為之是否成立，廣告係取代過去雙方當事人間之意思表示，而成為直接之管道。職是之故，現行消費者保護法第二十三條明文規定，「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」，換言之，依消費者保護法本條之規定，廣告在今天已不再是往昔屬於業者促銷其商品或服務之方法而已，反而是論斷業者與消費者間權利義務甚至是責任的一個對象（消 23）（註 13）。

面對這種力求靈活而且五花八門的廣告促銷方法，在醫療服務的領域裡，是否亦可與商品販賣或具商業色彩的服務提供，例如旅遊服務一般一体適用。關於此，就醫療法現有的規定而言，無寧應是否定的。依醫療法第八十四條規定，醫療廣告僅以具醫療機構之身分者始得為之。而醫療機構所為之醫療廣告，其內容亦僅限於包括醫療法第八十五條所列（註 14），僅在於認定醫療機構之屬性以及瞭解醫療機構之身分而已。另外，醫療機構提供廣告之方法，亦只能據實以文字、視訊方式為之，不得以假借名義加以宣傳，利用出售或贈與醫療刊物宣傳方法為之（醫療法 86 條）。從上面醫療法關於醫療廣告之各條規定以觀，可知醫療法對醫療廣告保持極其審慎之態度。何以對醫行為之廣告，醫療法採取與一般商品販賣或服務提供之廣告完全相反，以極其保守、嚴格消極的態度予以限制？吾人以為，其理由還是因為醫療行為涉及以病患之其生命、身體、健康做對象而加以施行，其行為非可被認為一般商業行為，所由以致之。從維護人性尊嚴以及社會秩序的立場來看，吾人認為關於醫療廣告應以持保守的態度較適當。是故，關於醫療廣

告，現行醫療法第八十七條所規定嚴格限制之立場，在立法論上應被認為是具合理性及適當性的。本於此，醫療法第八十五條第六款關於醫療廣告內容，容由「中央主管機關刊登或播放」之其他事項，亦應僅容於認定屬性及瞭解身份的情形始有被加以容認之餘地。

不過，比較應受質疑的是醫療法第八十六條至第八十七條之規定，與同法第九條所規定之內容，是否呈現相互矛盾？因為醫療法第九條既已規定，凡利用傳播媒體或其他方法，宣傳「醫療業務」，從而招徠病患進行醫療者，皆屬於醫療廣告，而應使其發生一定廣告之作用，惟同第八十五條卻又將醫療廣告之內容限定為醫療機構、醫師屬性之宣示而已（註 15），此與第九條所規定得以宣傳「醫療業務」者，自有天壤之別。因為醫療業務，實際指的就是醫療行為，也就是包括診斷、檢驗、手術、疾病預防及治療等具體的專長、設備以及治病實際效果，凡此，依第九條之規定似皆應可為醫療廣告之內容，因為唯有將這些具體內容透過傳播媒體，或其他得以讓不特定之多數人所得知悉之方法媒介出去，方可能達到招徠病患就醫之效果。其實，現實上由中央衛生機關所肯定認為醫療廣告並屬合法行為者，亦往往不必以醫療法第八十五條所規定者為限（註 16）。醫療行為如吾人在前面所述及者，係在於為病患拯治生命、確保病患之身體與健康，故醫療行為之適當、正確行使，往往與病患之生命權是否確保攸關，基於此一前提，在讓病患得以獲得醫療機構資訊之廣告方面，自應力求明確而且客觀、詳實為其必要。因此，吾人自應肯定醫療廣告之規範所採取嚴格、審慎之態度與立場，不過，在廣告之內涵上似亦應可不必限於第八十五條之所列者，即使醫師之專科、細分科別甚至各種疾病病名，甚至醫院之設備、醫師之特別技能，凡為具體客觀存在事實之陳述者，皆應可容許為醫療廣告之內容。若係如此，凡非為客觀事實，或雖為客觀存在但性質屬價值判斷，包括具體的治療效果之揭示或比對、宣揚，例如神經外科醫師舉具體實例，廣告掲載曾使用何種技術，救活腦死病患等之情形，自皆不應在醫療廣告所容許之列。

美容醫學或美容外科如吾人在上面所述及者，其所實施之行為，應皆非屬於狹義之醫療行為，故在理論上雖其行為之對象亦是一般人體，但美容業者所為之行為既非可被論斷為醫療行為，理論上當然亦應無受醫療法規範之問題，不過，包括美容醫學，特別是美容外科，既曰美容醫學或美容外科，顯然，這些事業者所為之行為往往多有對「病患」之人體帶有侵入性之作用，此時，美容醫學或美容外科醫學對「病患」所施之美容「醫療行為」，嚴格而言，儘管並非屬救治病患疾病之狹義之醫療行為，但以其行為對人體具侵入性之作用，基於確保人民生命、健康之理由，就業者此一部分所為之行為，仍應以之論為醫療行為，而有使之受醫療法規範之必要。此點吾人在前面已有詳細說明。是故，關於美容醫學或美容外科之廣告方面，自亦應本前面之所述而為以下不同之區處：亦即，儘管美容學或美容外科所施行之美容行為，其對象仍為人體，但如其所為對「病患」並不具侵入性，亦即實務上所稱「不涉及影響或改變人體結構及生理機能者」，例如包括除斑、洗牙、洗紋眉、除胎記、齒列矯正、點痣、除粉刺或青春痘等，該業者之所為者，既使間亦有屬於醫療科技之領域，但在本質上仍應可被論斷與一般之美容行為同，

而從事此方面之行爲者，嚴格言之仍應屬於美容業者（註 17），其行爲性質吾人可認為仍屬一般具民事或商業性質之事實行爲，依吾人上面所持立場，自可屬應由民法等財產法加以規範之對象，則關於此方面之行爲所爲之廣告，吾人亦不必特意再以醫療法之規定對之有所規範，反而逕依消費者保護法或公平交易法等諸法加以規範即爲己足。反之，除此之外之任何有侵入性之行爲，儘管現實美容之結果，能爲「病患」本人帶來龐大經濟利益，間亦足可對社會經濟發展有所貢獻，仍應以其行屬一般醫療行爲，則關於其廣告自仍應本上面所述而受其規範（註 18）。

五、結語

孔子曾曰，「身體髮膚受諸父母不敢毀傷」，又曰，「父母在不遠遊，遊必有方」，身體、健康是受諸父母的東西，至爲神聖，自不得有任何毀傷，以免使父母掛慮，而淪爲不孝，即使罹有病患亦只能以中藥草細心調養以求康復，萬勿動刀予以割除、救治，而且，一旦生病，似只能在所居之地進行救治，萬不得已有外出治療之必要，亦必須將其行止、所在通知父母，使其有所知悉不爲其所掛念。孔夫子這種唯德、愚孝的思想，在今天個人主義、唯美主義、享樂主義，以及尊重生命尊嚴的二十一世紀的人們看來，不但是迂腐不切實際，恐怕也是荒唐可笑。其實，自近世紀自然主義思想抬頭、個人主義思想興起以來，生命權就一直與平等權、自由權、財產權以及工作權等同被列爲基本人權，被列爲應受國家統治機關之尊重與保護之基本人權。演變至今，包括生命權以及工作權，在各國憲法以及本於憲法而頒佈的諸實証法皆明列規範爲周全保護，且其保護之方法，更由消極地應由國家及其統治機關予以保障並不得侵害，發展至基於使國民享有其權利積極地課公權力機關負以協助國民享有此等權利之義務。例如，在生命、健康權的享有上課予公權力機關（衛生署等）積極推動公共衛生、防疫工作、強行實施全民健康保險等是，而在實証法上，包括生命、健康、身體等人格法益受損害之填補與救濟，早已逾越近代民法，以保護財產權爲中心的規範體制，一躍而成以保護人格法益爲中心之損害賠償法規範體系（註 19）。

整型外科如前面所述及者，係屬於以拯治病患生命、疾病或危險之科學，屬醫學之領域，醫師所爲之行爲亦屬醫療行爲無疑，故應受醫療法之規範並依醫療法規範論斷醫療關係之利義務。但與此相反者，美容醫學特別是美容外科，雖然包括整型外科在內諸醫學各科一樣，皆是以國民的身體、健康爲其「醫療行爲」之對象，但亦如吾人在前面之所述，美容醫學，特別是美容外科，完全係迎合人類愛美，力求身體形体美好的慾念，便乘醫療科技不斷地革新、突破而崛起、發展的新興「醫療科學」，其發展、興盛之背景無寧在於「滿足個人物慾」，而這種物慾係存在於「病患」以及美容「醫療業者」雙方的。因此，只要個人物慾的要求一天無法填滿，個人物慾的要求，就會不斷地力求升高其層級，美容醫學的內涵以及其層次亦將不斷地與日俱進。因此，美容醫學特別是美容外科之標的，在形式及外觀上固係爲國民之生命、身體與健康，但真正在實質所表現的法學價值，則亦有不折不扣之財產法益，職是之故，一旦因確保國民生命權而限制美容醫學

乃至於美容外科的生長、發展而阻礙業者商業利益時，二者之間即出現權利保護利益之衝突，對於在財產法益與國民生命法益之確保，在法律之規範與適用上出現矛盾時，依吾人在前面所述，現代憲政法理，首重國民生命權之保護的前提下，自只好犧牲為國民財產法益之工作權與財產權，以保護國民之生命權，蓋唯有如此，國民重要法益始將因此獲得確保，社會秩序亦將可因此而獲得維持（註 20）。

本於美容醫學與一般醫學如上述一般學術領域的區隔，以及其背後所涉基本人權保護的不同，依吾人的看法，儘管美容醫學其「醫療行為」之對象，既然不能免除地係為國民之生命與健康、身體，則依前面之所說，基於國民生命權基本人權應有優先保護之必要的大前提，凡具有對國民身體、健康，當然，更無例外地包括國民生命權，有加以侵入的任何處置行為時，其行為即當被論斷為通常之醫療行為，而應受包括醫療法在內之醫療法規範之拘束以論斷其效力，並因此與一般法律行為，特別是商事行為標的一給付之事實行為而有所區隔，而所謂「具侵入性之處分行為」，係指足以對人類生命、身體或健康足以造成生理上及心理上之完全變化之情形，即足該當。職是之故，只有非具有侵入性之處分行為，始非可該當為非醫療行為而統受現行民事規範之拘束以論斷其效力，蓋唯有如此，國民生命權始可獲得完全保護，而所謂基本人權之得依憲法而獲得保護之憲政目的，亦可因此而被加以達成。或許，本於上述概念之醫療行為，在理論上似難有單純美容醫學、美容外科存在的空間，換言之，在此醫療行之定義下所謂美容醫學、美容外科其實應與一般美容業難加區別而流為同義。不過，做為本文之結論，吾人仍有加以一言者，美容醫學與美容外科仍屬醫學，而與一般美容業，仍有區別之所在，蓋後者並非醫者，業者之行為仍非醫療行為。反之美容醫學或美容外科仍為醫學之領域，只以其醫療行為之目的並非在於診治病患之疾病，而係在在為「病人」美容，是美容醫學、美容外科仍與一般醫療行為大有區別。基於同時不完全剝奪美容業者以及美容醫學，特別是美容外科業者之財產權乃至於工作權等基本人權之保護，吾人主張寧可採取負面表列方式以區隔其法律規範，具體言之，具體明列所謂「具有侵入性之行為」之行為型態及內含，使之納入美容醫學，甚至容外科之領域，而受醫療法等規範，從而其他未經表列非具侵入性之行為，均被納為美容行為，而容由美容業者乃至美容醫學者自行任意為之，並使其依美容業法等相關一般私權利義務法律規範拘束。至於「具有侵入行為」中，何者係屬於美容醫學，特別是美容外科之行為，由於此部分之行為，吾人之見解仍屬於「醫學行為」，而為美容醫學乃至美容外科獨擅之領域，其行為仍須受包括醫療法等法規範拘束，儘管其該當為法律行效力一給付之事實行為，仍與醫療行為有其區別之所在，但基於確保人民生命法益之理由，各該負面表列之美容外科、美容醫學之「醫療行為」，既使因能為醫者或業者創出豐厚的財產利益，並為國家經濟之發展，但吾人以為仍宜採此方式予以具體臚列並加以表明（註 21），使之受到醫療諸法之規範而獲相當之限制。若係如此，其非在臚列之範圍者，以其尚具有財產權上之價值則自可被論斷為美容醫學者乃至於美容外科業者所得進行之「醫療產業」之範圍也。

註 1：參照施啓揚著，「民法總則」（民國 71 年自刊）第 196 頁至第 198 頁。

註 2：施著前揭書（註 1）第 230 頁至 231 頁。

註 3：不動產之買賣行為在債權行為之階段，毫無疑義地應屬法律行為，但在該當為給付之階段時，由債權人為不動產標的之交付，通說應無再為意思表示之必要，故屬事實行為，惟在不動產所有權之移轉方面，依我民法關於不動產物權變動之法律規範，仍應有為物權行為之必要，故在所有權之變更登記之情形，仍屬法律行為，此一分別債之目的，各就給付論斷其為法律行為或事實行為，亦於僅為債權行為之不動產承攬契約中可得一見。按承攬之目的僅在於一定工作之完成而取得報酬，故在建物承攬之情形，承攬人對定作人所負之義務，除工作（即建物）之完成外，尚應負有使定作人就建物取得所有權之義務，否則仍應屬於債務不履行。關於清償或給付之法律性質，可參照孫森焱著，「民法債編總論」（下）（民國 93 年 1 月修訂版，自刊）第 1024 頁至 1027 頁。

註 4：醫療法所規定之「醫療業務」在醫療實務上，自來固不認為係可適用「勞動基準法」加以規範之業務，但醫療業務為一種服務，醫病關係為勞務關係之立場，則並不為醫療界所否認。參照民國 78 年 9 月 26 日衛生署醫字第 800654 號令，及民國 78 年 11 月 8 日衛署字第 800817 號令。另關於此，亦可參照拙著「消費者保護法論」（民國 93 年 9 月增訂三刷，著者自刊）第 232 頁至第 240 頁說明。

註 5：醫療行為之概念如下面所述衛生署民國六十五年所界定者一般，固然泛指以治療、矯正或預防人體疾病、傷殘，或健康、保健為目的，對人類所為之診察、診斷，以及治療之所為一切之行為，但這些行為在本質上皆屬醫療業者與病患已建立醫療法律關係以後，基於該法律關係生效後之給付上之問題，故在本質上，皆因其間未再出現雙方當事人之意思表示，而應將之逕行論斷為事實行為。只是在現代醫病關係上對於一定治療行為之實施，特別是具侵入性之外科檢驗或治療，特重病患之自主決定權，因而有所謂「告知後同意（Informed Consent）」，此部分現實上仍具有在當事人間發生權利義務之問題，因此，如有違反告知後同意義務之事實，自仍有單獨以意思表示之違反，而以之論斷醫病關係當事人間之責任餘地。

至於該當為事實行為之醫療行為，在具体內涵之類型化方面，可以將之分為四大部分，其一為診斷，其二為治療，其三為復健，最後為追蹤。其中，診斷行為包括基於症狀判斷所為各項檢驗，而治療則包括用藥、輸液、輸血及插管等物理治療，以及開刀、手術等。原則上，在論斷醫療行為並用以探討醫病間之權利義務關係時，僅以一次的法律關係以為論斷，即使是長期性的治療亦然，除非雖為後續之治療，但非屬於同一法律關係之延續，例如感冒病患連續至診所接受三次之看診並取藥服用連續達十天之情形，斯時仍應視為有三次之醫療契約關係是。不過，在未有另以法律關係重新建立的連續性診治行為，例如一經診斷為特定疾病而被要求應即住院接受治療達十天、二十天之情形，此時，雖醫師對於病患每天晨昏前來查房並詳細為之診斷，亦仍只能稱之為本於一次醫療契約以論斷彼此之權利義務關係，亦即，此十天、二十天之住院治療，皆應被認為係屬原醫療契約效力之給付（事實行為）而已。發生醫病關係之法律事實，特別是醫療契約之兩造當事人，雖可想像係有複數的可能性，例如重症而且病況複雜而自就診開始即由數專科醫師共同會診，且一

直持續至最後之情形。否則雖在診斷與治療階段，除醫師之外尚有多數人共同參與之情形，例如在診察階段之醫師與護士，開立檢驗要求之醫師與從事檢驗之檢驗師，以及在治療階段猶如接力賽進行手續達十幾二十小時的醫療團隊，這一群人皆非可被論斷為醫療契約之一方當事人，反而只能被論斷為與病患成立契約之醫師的履行補助人。比較有問題是內外科分業之結果，如何去論斷醫病間之契約關係，例如經內科檢驗、診斷為胆結石而轉送外科進行手術之情形，因此時病患業已另與外科醫師成立另一個醫療關係，則自宜使之分別論以兩個醫療契約，並以此以論斷彼此間之權利義務。

最後關於醫療行為法效力論斷上，比較應加以提及者是，病患同時受領數個醫療契約之給付之問題，例如病患原已有心臟疾病，而於受心血管醫師長期治療之間，又因肝腸疾病而受消化道醫師之治療之情形，此時，如數種疾病雖同時存在於一個病患，但由於病患之接受不同醫師之醫療服務，應屬於在於兩個各自不同契約而發生之權利義務關係，故仍宜以兩個醫療契約之給付論斷其效力，惟若病患之所以集二個以上之醫療服務，係由於病患所罹者為重症相關科別醫師共同診治或以照會方式，由他科醫師予以診治，則在給付效力論斷上，此數共同診治或接受照會之醫師應只能被認主科醫療行為醫師之履行補助人，而難以此諸醫師係為共同契約當事人以論斷其權利義務。

註 6：針對醫師、藥師、護理師等醫療專業人員頒佈特別法以規範其工作、權利、義務，並使其於執行事務生義務違反時，使之課以異乎一般財產法行為所生之責任者，究否構成各該法律是否違反憲法保障人民工作權（憲法第 15 條）規定之問題，學理上似有探討的空間。我國憲法並未如美國在一七七六年獨立宣言，或其他國家之憲法中明白規定，人民有「生命、自由及追求幸福（Lives, Liberties and the Pursuit of Happiness）」之基本人權，但我國憲法之第十五條所規定之「生存權」即指生命權之本体（劉慶瑞著，中華民國憲法要義，民國 72 年 2 月修訂 12 版，自刊，第 82 頁），而與自由權、財產權等基本人權相提並論，實務上亦採與上述理論相同之立場，參照大法官會議釋字第 206 號及 404 號解釋。又，關於生命權為基本人權之理論述說，可參照蘆部信喜編「憲法Ⅱ—人權（1）」（有斐閣 1978 年初版）第 130 頁至 162 頁說明。

註 7：這是繼受自歐陸法之各國民刑法規定共有的特徵，蓋主觀的過失責任的概念，係源自於中世紀；羅馬法上之 *culpa* 無寧較接近危險責任，中世紀以返關於民刑事責任之歸屬與論斷，因受希臘主義（Hellenism），近世自然法思想，以及基督教義之左右，漸趨於主觀化，於是 *culpa* 遂蛻化為 *diligent* 及 *dolus* 兩義，前者即為與故意、過失相結合的主觀責任論斷的依據，民法學者更以此加上客觀的違法性（*objektive Rechtswidrigkeit*）相互配合而建立其民事責任論斷理論，而此一理論經潘蒂克吞法學（*Pandektenwissenschaft*）的導入，從而成為德國民、刑法上論斷特定當事人民刑責的基礎。但此一論斷特定民刑責任之方法，充其量亦僅以善良管理人之過失（*diligens pater familias*）為其歸責之依憑而已，尚未有特別針對醫者之民刑事歸責方法，另設以明文規範之。關於民事歸責理論，可參閱拙著，「商品製造人侵權行

為責任法之比較研究」(五南出版社民國 80 年 5 月初版)第 318 頁以下。平井宜雄著,「損害賠償法の理論」(東大出版會,1974 年 3 刷)第 324 頁至第 338 頁。

註 8：依「外科醫療科技之發展與醫療風險之界定及分擔」研究計劃(國科會,2002 年執行)所做問卷調查,就醫療糾紛適宜之解決方法,以 839 名醫師為對象調查之結果,認為宜以和解為之者占 49.8%,主張刑事制裁者為 1.9%,認為以刑事逼和者為 0.5%,而在以 820 名一般民眾為對象之調查中,認為宜以和解為之者為 50.4%,主張刑事制裁者 7.7%,以刑事逼和者為 3%。顯然主張課醫師以刑事責任者,即使在我國目前仍屬少數。

註 9 由於民國八十三年元月公布施行,民國九十二年一月修正、公布之消費者保護法第七條至第十條所規定之商品、服務責任,其服務之概念,現實上並無法排除醫療行為所致民事賠償責任論斷之適用,因此,儘管自該法公布、施行以來,已有甚多案例適用上述規定以論醫療責任,但這些條文自公布、施行開始,就一直引起醫療界的反彈,而設法欲予除去(其詳細可參照前揭拙著第 239 頁以下、第 261 頁至第 268 頁說明)。因此,民國九十三年四月修正現行醫療法時,乃於其第八十二條明文規定,「醫療業務之施行,應善盡醫療上必要之注意」(第一項)。「醫療機構及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)。從本條所使用文字以觀,很明顯可知對於一定醫療事故,究否應負損害賠償責任,似僅限於醫療人員係因違反醫療上之必要之「注意」,而於其該當有故意或過失之情形,始足該當之。其非由諸於醫療人員欠缺必要醫療上之注意所生之醫療事故,例如限於科技的發展或設備無法迴避之損害,或因情事緊急而無法免除病患於死亡、傷害之情形、或因病患個人特殊情事,以致無法避免病患於死傷者,皆非可為論斷醫療責任之理由。換言之屬於這一部分的損害,皆只能由病患自己予以承擔、吸收。這樣的法律規定固於醫師責任的減免有其優勢,然者,醫療行為之所以被加以行使或完成,並不必然僅以醫療人員已盡其心理上之注意為已足,反而無寧在絕大部分仍應以科技專業、技術之具備為不可或缺之條件,是故在論斷醫療人員對其病患無醫療責任時,即不能免除醫療人員對其病患無醫療科技專業,所致損害之歸責性之論斷。具體言之,病患醫療上之損害係屬非病程可能之結果者,或係為不可期或不合理之危險所致者,或為不可預知之緊急之情況所造成者,因性質上既非由諸醫療人員之故意、過失所導致,亦非屬於科學技術所可能一及,固不宜對醫療人員有課責之理由,但關於此,如吾人在前面所述及者,生命權終究係憲法上所應加保障之基本人權,因此,國家自應本於社會救濟的方式尋求解決的方法,例如設置救治基金或提供強制醫療責任險等是。但除此之外,吾人關於論斷醫療損害賠償責任的立場,固或以排除消費者保護法之適用,而適用醫療法第八十二條規定為可行,但醫療法律關係本多屬契約關係,故既使依醫療法第八十二條規定論斷醫療人員之民事賠償責任,仍應以之係屬不完全給付之債務不履行責任,關於過責條件之存否,仍應由醫療人員負免責之舉証,其以之為侵權行為責任,而主張仍應由病患對醫療人員具有可責性而加以舉証責任者,自絕非正當。至於醫療人員歸責性之存在,應絕無理由僅以醫療人員未盡主觀之注意為已足,亦非僅以抽象地盡以醫療

業務上之注意，以爲免除其責任之理由，反而係應依各種具體醫療行為在行為當時之醫療水準去論斷是否已有其科技專業，及具有因應其科技專業之客觀注意爲必要。蓋唯有如此方能給予醫療法第八十二條第一項及第二項有正確解釋。同時，亦應唯有如此，方能解釋何以醫療行為異於一般法律行為給付效力之事實行為，從而亦可實現憲法以生命權爲基本人權而被加以保護的理想。

註 10:爲醫療行為對象之一的疾病，一般之所說係指，人類身體之全部或一部分具有生理上或精神上之異常，而未能營正常機能之現象，故一旦有此現象而不加以治療、就醫，勢將於營生構成不便、造成生理殘缺或危及生命，故被論爲已生病者，總應以身體有該客觀異常之存在、營正常機能有困難或不能爲必要，從而如身體未具上述疾病之條件，而仍要求加以「診治」者，似皆應被認爲美容醫學的領域。

註 11:由於施行醫療法之故(醫療法公布、施行於民國七十五年)，既使自民國七十五年以返，所有關於美容外科、美容醫學，皆以包括深層肌膚更皮術、健胸豐乳、全身漂白、減肥等，而被指定爲係屬與人體結構及生理機能有所涉及、影響之行為，而統被納入醫療法之規範(參照 83.4.27 衛署醫字第 83021752 號令函)，甚至於連「以體育方法使人強身之內功、氣功等以運動爲目的之行為，如有涉及能治癒人身體內外各種疾病者，皆仍爲醫療法所規範對象(參照 70.12.18 衛署醫字第 35859 號令函)。本於此，真正美容業，以醫療主管機關之認知，係指其業務應僅爲從事人體表面化粧美容，而不得涉及影響或改變人體結構之生理機之行為爲限，從而包括隆乳、隆鼻、抽脂、雙眼皮....等暗示或影射之行為，皆爲醫療行為而非爲美容業者所得加以從事。

註 12:美容外科乃至美容醫學、技術愈發達、進步，基於人類愛美的天性，則不但因其可以塑出俊男、美女而使各「病患」得以實現人生的理想與目的，特別是事業上的成就，同時，亦由於美容業者、美容外科、醫學業者生意鼎盛，而可培養出類似林政誠(民國 93 年 12 月被綁架取贖)等減肥美容名醫，以及包括媚登峰、媚婷峰或群享國際公司等大型美容產業而帶來豐厚的經濟利益。但由於一直至現階段爲止，這些在美容醫學大顯身手並獲暴利的醫療機構或企業團體，其實似都因礙於醫療法等現行醫療法規範，而難謂無「遊走法律邊緣」，甚或被論斷早已構成違法而常遭衛生、司法機關之檢舉、取締，這樣就形成包括醫療法等限制美容外科、美容醫學之行為並嚴格限制其廣告內容，而扼殺容外科業者或美容企業的財產上甚至於工作上的基本人權，而被指爲各該法令之規範係屬牴觸憲法之法律爭議問題。實者，對於此，吾人的看法是，從事於美容醫療或美容事業，固可屬於人民依憲法可享有且受保障之基本人權(工作權)，其因經營美容醫療或美容事業而獲取之財產權，亦屬於憲法第十五條所應受保障之基本人權(財產權)，但關於生存權之保護，憲法似乎將之定於涉及社會秩序以及公共利益有關，爲高層次而應受較工作權及財產權爲高、爲優先加以保護之基本人權。大法官會議釋字第 404 號解釋云，「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計，惟人民之工作與公共福祉有密切關係，爲增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件得以法律爲適當之限制，此觀憲法第二十三條規定

自明，醫師法為強化專業分工，保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第四十一條規定，醫療機構之負責醫師應督導所屬醫務人員，依各該醫事專門職業法規定執行業務，均屬於增進公益之所必要....」（同旨尚見釋字第 422 號解釋）。是故醫療法對於雖非全屬狹義醫療行為之美容醫學或美容外科，在其「醫療行為」係屬有損及「病人」之身體、健康，甚至於生命安全，特別是具有侵入性者，採取適用醫療法之規定予以種種限制或課以特定之義務甚至責任者，應無以侵害特定醫療機構或企業團體之工作權或財產權，而被論為與憲法保障基本人權之規定相互牴觸。

註 13：關於廣告之意義、性質以及因廣告所發生之法律效力，可參照拙著，「論廣告媒體業者之損害賠償責任—兼評最高法院九十年度台上字第 0 二七號判決」，月旦法學雜誌第 91 期（20002 年 12 月號）第 8 頁至第 27 頁。

註 14：所謂醫療廣告，依醫療法第九條規定，係指，「利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為」，同法第八十七條規定，「廣告內容暗示或影射醫療業務者，視為醫療廣告」（第一項），不過，「醫療機構有關醫學新知或研究報告之發表，或病人衛生教育、學術性刊物，未涉及招徠醫療業務者，不視為醫療廣告」（第二項）。顯然，是否該當為醫療廣告之行為，應以是否該當下列兩要件以為論斷。其一是以傳播媒體或其他方法加以刊載之內容是否為「醫療業務」。其二是刊載醫療業務之目的是否在於宣傳以「招徠患者」。依上述醫療廣告之概念說明，廣告行為大率應僅以醫療機構或醫事人員所為之醫療行為為對象，故以藥品、藥材、儀器等物品為對象之廣告應不屬於醫療廣告。

註 15：不過，醫療法第八十五條關於醫療廣告內容之限制，依同條第三項之規定，似又毫無止境地不限制其內容，因為同條第三項規定，「醫療機構以網際網路提供之資訊，除有第一百零三條第各款所定情形外，不受第一項所定內容之限制，其管理辦法由中央主管機關定之」。該項所謂資訊，其實係泛指醫療有關之任何訊息，當然，這裡所說之資訊，通例也應以醫療業務之資訊為常，但即使是如此，其內容、類型幾已可至無限大。在網際網路非常普遍、發達且已成為現代人際傳遞資訊絕對主要方法的今天，醫療法一方面在本條第一項嚴格限制醫療廣告之內容，在第八十六條限制醫療廣告的表示方法，但卻又在最便捷、最普遍化的網際網路，無條件（除第 103 條 2 項所列 3 款外）容認醫療廣告之內容，是否已將醫療法單純化、淨化醫療廣告內容的立法目的全部予以斷送。

註 16：例如民國 70.12.18 衛署醫字第 358595 號令函即曰，「查刊登以體育方法使人強身之內功、氣功等運動為目的之廣告，其內容如刊載各種疾病之名稱，以及涉及能癒人身体內外各種隱疾症候之名稱名詞者，仍屬醫療廣告之範圍」。

註 17：民國 83.4.27 衛署醫字第 83021752 號令函謂，「美容業者之業務範圍，應係從事人体表面之化粧美容，不得涉及影響或已改變人体結構及生理機能之行為....」。

註 18：關於此，亦可參照衛生署 88.4.8 衛署醫字第 88011791 及 89.7.24 衛署醫字第 8901497 號令函。

註 19：關於此點可參照拙著，「侵權行為理論發展之新趨勢」，載法學叢刊第 153 期（第

39 卷 1 期)(民國 83 年 1 月號)第 41 頁以下。文中提及，自二次大戰以後，高科技不斷革新、突破，自動化生產普遍運用，市民生活漸次危險化，直接受到衝擊與影響者，就是包括國民之生命、身體、健康法益。因此，屬於此類法益受害之損害賠償特別法規不但數量上漸次發展、蕃衍，例如公害防治法、個人資料保護法、交通事故損害賠償法、核子損害賠償法，乃至於商品製造人責任法等，甚至於在歸責方法以及損害填補之方式上，亦漸次與往昔損害賠償法制有著完全不同。亦即在歸責方法上，危險責任甚至於絕對無過失結果責任漸次抬頭、興盛。影響所至，基於利益衡平以及社會安全之考量，因侵權行為所生損害的填補，亦多從包括基金或保險等方式從事損害補償方式著手，從而使往昔以來之損害賠償體制，反而漸次失其應有的主流地位。

註 20：或有謂美容醫學因具有財產權之價值，限制美容醫學的發展，將阻斷商機而影響國家經濟的發展，同樣亦為國家的發展及社會之安定帶來負面的作用，故美容醫學所顯現之國家財產權、工作權之基本人權之法益保護，應絕不應遜於國民生命權基本人權之保護。實則，生命權基本人權之受到侵害所導致於國家發展及社會安定之負面效力，才真正具有殺傷力，試以二 00 三年 SARS 給社會、國家帶來的衝擊，法定傳染病大肆流行為國家社會帶來的恐懼與不安，其程度是否遠遠超過石油危險，金融風暴所導致於國家、社會之颯搖與動蕩來得明顯、震撼，此不待吾人再予明言即可深切體驗。

註 21：余意以採取抽象之區隔方法為是，蓋美容醫學或美容外科既然為對國民生命、身體及健康具有侵入性，則其與一般醫療行為，在本質上並無差別，故如欲在具侵入性之行為概念上去尋求美容醫學與一般醫學之區別，恐因其概念確定曖昧而流於不易，故吾人乃主張二者仍以抽象之區隔為宜，其區隔之方法亦如本文內之所述者，一般醫學係指因病患患有疾病前來就醫而展開之醫學，而美容醫學特別是美容外科，則是「病患」基於滿足主觀愛美之欲望前來「應診」，而由醫師展開、進行之行為。當然，所謂有無疾病，總應以客觀醫學所知之標準以為論斷，「病患」主觀認識標準，應只是其中參考之因素而已。

參、醫療服務會員權之法律性質與效力

一、法律事實

「仕女麗園」美容事業是集合整形、美容、健康以及休閒娛樂事業的集團，自民國八十五年推出「美麗可以創造，運動生出健康」廣告，成立麗園之友會，廣發會員証吸收天下受愛美仕女，使之接受美容、健身以及醫療服務。甲經不起誘惑，在民國八十六年即繳付二萬元入會費，並依會員規則於接受各項服務時，依八折計價，會員資格存續期間十年。不過，自民國八十七年甲在麗園集團的整容因醫師之過失而失敗後，愛美欲念蕩然無存，乃自行將會員卡讓予乙，某日乙持之前往健身，竟以一般消費者之身分接受服務，而無法受任何優待，甲於是向麗園表示解約並欲索回會費，且對因整容失敗所受之損害請求賠償，但均遭麗園之拒絕。

二、基礎理論（之一）－繼續性之債權債務關係

如一般所知悉者，歐陸私法學上將私權曾為種種之分類，其中，在依標的加以區劃的領域內，其屬於財產權之部分，大致可包括債權、物權、準物權以及無體財產權等，其中後三者，皆有以實際之物或權利為其標的，唯獨債權係抽象地以他人之給付為權利之標的（民 199）。儘管給付，不論係積極的作為或消極地不作為，亦不論其作為或不作為，所指的皆屬於動態的現實，此與物權、準物權以及無體財產權，皆係以靜的現實為其標的，例如所有權以所有人之物之所有為客體，礦業權以礦業權人礦業權之享有為客體，其他無體財產權以其他任何之無體財產為客體之情形有所不同。因此，如法律係以對物權、準物權或無體財產權之保護為其首要或重心，以論其效力者，吾人輒稱之為靜的交易安全（註 1），反之，法律係在於保護因動態之作為所生之法律效果，以為法規範之核心者，例如善意受讓之保護、表現代理第三人權益之保護，乃至於買賣不破租賃方面之承租人權益之保護，皆屬於動的交易安全之保護的問題。

在債權的概念上，如上面所述者，現行民法規定固以給付為其標的，惟依其內涵，亦即民法第一百九十九條之規定，尚可包括積極（作為）給付、消極給付，以及具財產價值之給付與非財產價值之給付（註 2），不過，在德國民法成立之前，關於債權行為或債權契約，德國法學者 Gierke, Otto Friedrich von (1841~1921)

即曾將之區分為一時性的債權契約（vorbereitende schuldvertrag）以及繼續性的債權契約（dauernde schuldverträge），並且為之建立區別理論。該兩種契約之區別點在於，債務人之給付是否集中於一定之時點，如其給付係在於特定之時點（in einem Zeitpunkt），債之目的即足以實現者，其契約即屬於前者，反之，債之目的必須經歷一定期限（während eines Zeitraumes）始足以實現者，即為後者之契約。一般之債權契約，包括旅遊、指示證券、和解等都屬於典型的一時性契約，而租賃、寄託、保證、倉庫等則屬於本質的繼續性契約，不過，大部分之契約，其實都有可能兼具兩種契約之性格，例如買賣房屋固屬於一時性的契約，不過，類似繼續性之供給契約（Lieferungsvertrag），例如訂報、長

期訂購食品之類的買賣契約，即屬於繼續性契約，同樣地，贈與契約固屬本質上的一次性契約，但如長期性之定期贈與，則又屬繼續性的契約，至若以特定人之一生為期而長期贈與，則屬於終身定期金（民 729），是又屬於本質上之繼續性之契約矣。

繼續性之契約係屬於重層構造性之契約，與一時性之契約僅為單層構造性之契約有所不同，換言之，例如在繼續性供給契約中，甲牛排館與牛肉商訂定為期一年之牛肉買賣契約，約定由牛肉商每天供給一定數量牛肉，並由牛排館逐次給付價金之情形，其契約之構造，實包括以概括意思成立一年期的抽象的、概括的、買賣契約，以及，每日由牛排館與牛肉商現實完成的現實、各自的買賣契約，這種重層構造契約的關係，抽象、概括性契約其實並非為現實、各自契約全部的總合，同時，現實、各自契約亦不應只是抽象、概括契約給付的一部，雖然學理上仍將現實、各自契約之給付定位為抽象、概括契約的回歸給付（wiederkehrende Leistung），但它畢竟係為本於現實、各自契約所生之效力（註 3）。

由於繼續性之契約在抽象、概括契約與現實、各自契約之間，本質上各具有相當之獨立性，因此，原則上應各自依其條件論斷其效力，不過，抽象、概括契約之成立與生效，為各自、現實契約成立、生效之前提，故只有在抽象、概括契約成立、生效的情況下，始有談各自、現實契約之成立與生效的可能性，惟若抽象、概括契約已成立、生效，但各自、現實契約有不成立、無效，或其他債務不履行之事實時，究否將因此影響到抽象、概括契約之效力，關於此，吾人可分下列數點加以分析、說明。

（一）在現實、各自契約之成立與生效上，依吾人在上面之所述，其與抽象、概括契約本身應是各自獨立論斷，故應無由因此而使抽象、概括之契約亦因此而罹於不成立或失效，故在牛肉買賣的案例中，儘管每天的買賣行為皆屬於本諸抽象、概括契約而來，但各該各自、現實買賣行為皆為獨立之法律行為，自宜就其自身論斷其效力，應無由僅以一次、數次之各自、現實之買賣契約有不成立或無效、得撤銷之原因，亦使整個抽象、概括契約亦同時流於不成立或無效（註 4）。

（二）現實、各自契約有發生債務不履行時，其債務不履行之效力，特別是契約之解除，是否亦可及於抽象、概括之契約。其實針對此一問題，如同前面所指出者，抽象、概括契約與現實、各自契約之間原應有相當之獨立性，故原則上現實、各自契約債務不履行之效力（註 5），原應僅止於現實、各自契約之中加以論斷，例如同時履行抗辯以及瑕疵擔保之效力是，因此，在牛肉買賣之情形，牛排館上一次牛肉價金之未為給付，自可由牛肉商於次日為牛肉給付之拒絕，或當日牛肉價金之未給付，即構成牛肉商當日牛肉之拒絕給付，同理，出租人本月份未能使承租人就租賃物為合目的性之使用、收益，自無礙承租人為下月租金之拒絕給付（註 6），與此同理，其因債務人有債務不履行致債權人得請求損害賠償者，其效力當然僅止於該現實、具體之契約關係而已，與抽象、概括之契約無涉。

（三）不過，繼續性契約如因債務人在各自、現實契約中，因債務不履行足以使整個契約之目的無法達成時，債權人究否可以就抽象、概括之契約予以解除。債務人就各自、現實契約生債務不履行之事實而有理由由債權人就各該各自、現實契約行使契約解除權，此於法本應予容認，惟是否亦應因此而准許債權人就抽象、概括之契約亦一併解除。

關於此，吾人的看法是，除法律另有明文規定者外（註 7），如果各自、現實契約之債務不履行效力上足以使抽象、概括之契約之目的無法達成時，自應容許債權人解除全部之契約，並於受有損害時，向債務人請求損害賠償（註 8）。惟關於解除契約之效力上有兩點有特別加以說明者。其一是債權人行使契約解除權時，究否有必要對於債務人履行催告之義務。此點，若法已有明文，依法律之適用，例如租賃契約依民法第四百四十條，固無疑義者外，至於於法無所規定之情形，究否應為催告，現實上諸外國法例以及其實務上之表現並非一致（註 9），不過，依利益衡量原則，個人以為仍應有依民法第二百五十四條為催告之後，始可解除契約。其二則是，由於繼續性之契約，其時間延續往往甚久，同時，此類契約之標的，往往皆非適合於回復原狀，因此，既使容由債權人行使契約解除權，但關於解除之效力，當只容許向將來發生（民 263）。

於此有應加以一提者是，儘管繼續性之契約本質上仍屬於債權債務關係，而債之標的，如本文最初所提及者應為給付而已，並非現實具財產價值之物，不過給付不論係為積極之作為或消極之不作為，既使不必有以物介入其間而同為債之標的，但由於民法仍容許以有財產價值之給付為債之標的，因此，原則上債權本身即可為法律行為之標的而容許債權人予以處分，且其處分行為具準物權作用，一旦有處分之表示，其債權即生處分之效力（民 204、296）。是故，在房地買賣之情形，買受人在未自出賣人受領交付，並移轉所有權之前，買受人所享有之權利，當只有對出賣人請求交付標的物以及移轉所有權之債權請求權而已，但這一個請求權雖只是債務人之積極之作為，卻具有財產價值，故原則上自可得由出賣人將之讓與第三人，此一債權之自由讓與，在未有禁止讓與之特約前提下，其實，出賣人完全無加以禁止或置喙之餘地。

相對於一般之債權讓與，在繼續性之契約情況，其該當為契約之標的，除其給付因具財產價值，原則具有可讓與性者外，基於契約係繼續性之契約，則其繼續之本身，尚具有財產價值之外，期限利益為可以利息加以折算之財產，因此，繼續性契約之債權人，對於其契約標的之給付，在無明文禁止或限制，或該給付之性質係非屬一身專屬性，或當事人無特約禁止讓與的前提下，不但可將給付本身予以讓與，其期限利益亦可一併以具財產價值而加以讓與，且不問其給付只是單純的勞務或附以物而為給付之內容者，皆然；前者，例如以兩年為期之健身、美容服務，後者如對於特定物加以使用之借貸或連同收益之租賃契約是（註 10）。不過，類似於倉庫營業之債之關係，倉庫營業人之給付固為為他人保管物品，在繼續的倉儲利益下，寄託人尚有寄託物品之期限利益，凡此，皆可得為讓與之標的，不過，由於寄託人欲依倉庫營業之規定進行給付，勢必要交付倉單，則斯時讓與債權之同時，亦發生讓與受保管之貨物所有權之效力（民 616、618）。

由於該當為債之標的給付，不論作為或不作為，在具有財產價值的情況下，原則上有自由讓與的條件，在現代交易自由、迅速而且請求權抽象化的要求下，給付（債權）證券化則大行其道，這些絕大部分都是在繼續性之債權債務關係之下發生，例如高爾夫俱樂部、休閒活動中心，美容健身院、旅遊渡假村、資訊情報服務站等對於一般大眾所提供的服（勞）務，皆以加入為會員而給予會員証方式被加以提供，甚至就直接發行消費（卡）券之方式，由一般大眾自由購買而接受服務。凡此，在經濟面上固可發促進交易活絡經濟作用，但在法學理論的發展上則屬權利的證券化，財產抽象化的一種表現，這

是成熟資本主義社會，亦即消費社會必然發展的趨勢，現實上很難為善惡好壞批判，充其量應對因此而延伸出來的法律糾紛，尋求合理解決之道而已。

三、基礎理論（之二）－服務在消費者保護法之規範

服務者勞務也，亦即係指，「不以物之提供為目的，由特定人對他特定人所直接或間接加以給付之作為或不作為也」（註 11）。就這個關於服務的定義加以認識，顯然與民法所規定之勞務在意義上甚為接近。蓋如同上面所述及者，債之標的民法將之定位為給付，而給付則包括一定之作為與不作為，在作為與不作為係有一定之客體者，此種債務，一般即稱之為給與給付（*obligation de donner*）。反之，作為與不作為並無客體，而以作為、不作為自己為給付之目的者，此種債務則稱之為所為給付（*obligation de faire*）。前者，亦即給與給付，包括買賣、贈與、租賃、使用借貸等屬之，而後者，亦即所為給付，則包括委任、僱傭、承攬等在內之全部勞務契約，以及單純提供信用之保證或讓步之和解等屬之。只是基於債之目的實現，前者強調其結果的完整，以結果不符契約之條件，即成立債務不履行責任，而後者則強調其手段的無瑕疵，如在勞務之提供上有違反契約之條件，即構成債務不履行。基於此一劃分，故雖債之標的統稱之為付，但卻有給付類型之差異（註 12）。

不過，在民法領域裡，屬所為給付之債之標的係為一定勞務之提供，儘管如前段所述，民法勞務之概念與消費者保護法（以下或簡稱消保法）之服務概念接近，但由於民法所強調者為債之目的實現，亦即是債務之是否履行，因此，一遇有債務不履行之事實存在，即應有損害賠償責任之發生，因此，民法上之勞務應屬一定動態行為之表現，它是債之標的之本身，而且以勞務的完成為債之目的的實現。

不過，消保法上之服務之概念，卻有另一層特別之意義，依消保法規定，服務係屬於消費之對象，服務唯有係屬供消費之對象者，始有受消保法規範之餘地，惟所謂消費，依消保法關於消費者定義性規範之解釋，係指最終「交易、使用商品或接受服務之情形始足該當」（註 13）。至於所謂服務係供為消費之對象，在其內容上其可被加以考慮者，其一是與民法所規定之勞務相同，係指積極的勞務之提供，例如理髮、提供旅遊服務、委任他人辦理加入保險等，此時，雖其目的皆係其最終生活之所需，而受領他人所提供之服務，但其為服務乃為積極作為之提供，故不論在概念、形式與效力上，皆應與民法所規定之承攬、旅遊、委任等之勞務並無二致，從而在論斷法律效果上自應依民法上面各該契約之規定，以為論斷上之依據，不過，如果各該行為係附有定型化契約、消費資訊（例如不實廣告）之問題，於其係屬於最終消費上之服務提供之情形，自仍應有消保法規定之適用（註 14）。

至於服務係供為消費之對象之另外一個意義，則是完全異於民法僅著重於勞務現實提供之積極行為，而是以之為商品而加以交易的服務概念。這個概念之服務，幾乎可以貫徹至消保法之全部內容，例如在商品、服務責任之法規範，消保法第七條因所規定者為「提供服務」，在概念上與民法勞務契約積極為勞務行為應屬同其意義，不過，同法第八條、第九條之經銷或輸入服務，定型化契約一節所規範之服務之經銷或輸入，以及特種買賣一節之規定，更另有明文使之準用於服務（消 19 之 1）者（註 15），則自與民法上之勞務方面之規定，大異其趣。至於關於消費資訊之規定，例如廣告、表示亦由法文

明白規定適用於服務（註 16）之情形，更是消保法所獨有。現實上，在今天的社會裡，包括旅遊、保險、休閒娛樂等服務，不乏抽象化為一定之商品而從事交易，而這種以服務為物之私權利標的，確實並非為包括我國民法在內之歐陸現代諸國民法所曾加以規範者。

以服務為商品並進而加以交易固非屬民法所規範，僅得為消保法規範之對象，例如旅行社透過網路推銷旅遊路線，或以郵購買賣方式吸收他人加以入保險，皆應只能依消保法之規定以論斷其效力，不過，一旦現實進入勞務提供，例如旅行社帶團出國旅遊，則又回到民法一般勞務契約之法律規範之領域，只是，由於類似這方面之服務常例都存在企業經營者以及消費者之間，而且旅遊行為為最終消費行為，因此，一遇有法律上之糾紛出現，例如廣告、定型化契約條款等有虛偽不實或違反誠信，而於消費者顯失公平之情形，是又莫不回歸至消保法以論斷其效力矣。

於此有一併加以一提者是，服務被抽象為商品以進行交易，在今天熱絡的市場結構裡固不乏以一次交易之形態加以完成，但其以繼續完成方式加以實現者，基於經營事業之考量，以及消費者「消費效益」之權衡，其實，在今天更是如雨後春筍而屢見不鮮（註 17）。本案的事例其實就是吾人上述理論之最佳事証。

四、案例分析

就發生本案之上列事實以觀，其足為吾人論斷其法律效果者應可有下列四點：其一是廣告之作用及其因而所生效力。其二為甲加入麗園之友會之法律效力。其三為麗園集團向甲發行會員卡之行為的性質、作用，及其法律上之效力。最後則為甲向麗園集團請求損害賠償之可行性。茲依序本於前面理論之所述分析、說明之如下。

（一）廣告之作用及效力

廣告自來就是商業經營上之手段，具體而言，就是一種促銷方法，因此，談廣告無寧是屬於商業、經營之問題，鮮少有在法律上論斷其性質及效力的空間，充其量純就法律行為之理論而言，因為廣告可能就是形成法律行為的一個誘因、觸媒，因此，就民事權利義務關係而言，廣告充其量只被認識為要約前階段之要約之引誘而已（註 18），因此，應無論以任何法效力之可言，不過，自從公平交易法以及消保法，特別是後者對於廣告之性質以及效力為實証法之定位以後，廣告之法效論斷，頓成問題之所在而為學界所爭執。本案，由於是屬消費行為之案例，其所出現之法效力在論斷，自應優先適用消保法，故不能不先對此問題加以探討。

消保法第二十二條規定，「企業經營者應確保廣告內容之真實。其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」。依本條文字規定，就文理解釋之立場而言，由於廣告既該當為企業經營者對消費者所負之最低限度義務，則廣告本身應屬不折不扣之意思表示，從而廣告即應由自來被加以論斷之要約之引誘，而被提升為企業經營者對消費者所為之要約（註 19），一遇有消費者前來附合廣告所載之法律行為，即應以消費者有承諾，從而論斷契約廣告成立，即使消費者完全不知有廣告一事，亦然。不過，如果企業經營者所為之廣告不實，則亦因該廣告係屬於意思表示，自亦應有依意思表示或債務不履行等規定以論斷其效力之餘地（註 20）。

不過，對於消保法第二十二條之規定，吾人的解釋是，將廣告納為要約而賦予法律

行為之效力其實並非適當，而且何種內容之廣告始謂之具有法效意思，以之論斷為要約，其實恒難確定，因此，對於消保法本條之規定，吾人的立場是，僅考量可被論斷有意思表示作用之廣告的真實性，於其未具真實性時，因廣告係引發消費者從事消費的誘因，係可能導致契約在生效要件之欠缺，而形成締約過失之法效力（註 21）。然則，儘管本案有涉到廣告之事實，但被害人甲並未針對廣告係屬不實而受有損害，並以此主張權利，因此，本論文亦僅能就因本案有與廣告事實有所牽扯，而針對適用消保法第二十二條規定所生之問題加以探討，尚無得對本案在廣告上所生法效果為具體論斷。

（二）甲加入麗園之友會取得會員卡並進行消費之法律效力

麗園之友會或許係一個團體，但應不是一個與甲成立契約的法人格，反而在本案之中應以麗園企業與甲之間具有一個繼續性的勞務提供契約，這個契約的目的，是甲自入會後十年間有入園接受優待從事消費的法律關係，不過，這個契約如上面之所述，係屬於一個具抽象、概括性質與作用之契約，消費者現實從事消費時，尚被論應針對各該具體消費，而成立現實而且具體的契約給付效力，因此，在就具體、現實之契約論斷效力時，原則應不涉及到抽象、概括契約之效力。本於此，儘管消費者一直都是甲，但提供服務之人，卻非必然係屬於同一人，其法律關係亦非必然完全相同，例如甲今天來跳舞蹈，明天來瘦身美容，後天則來游泳、洗三溫暖等，此時，若因各具體、現實之契約有債務不履行等事實發生，原則上亦應僅止於各該契約發生效力而已，抽象、概括之契約必也在其存續受到影響，亦即整個債之目的難予達成時，始有因而消滅之理由。

（三）會員卡之性質、作用及效力

會員卡之作用形形色色，有為繼續性契約對價之預付，亦有為一定金錢價值之證明，例如享受優惠之 VIP 卡，不過，由於會員卡都是在繼續性之債權債務關係存在的前提下，始有被加以發行之餘地，因此，會員卡又是一定期限利益的表徵。不過，不論會員卡是對價之預付、金錢價值之證明或是期限利益之表徵，它應屬於廣義之有價證券（註 22）。在消費行為係具財產色彩的前提下，會員卡通常應是具有可讓與性的，不過，如同在前面所述及者，會員卡其實係一個繼續的債權的證券化，讓與會員卡其實亦等於讓與債權，原則上仍應受民法第二百九十四條之規範。此外，在會員卡係屬於勞務對價預付的情形，如同吾人在前面所述者，對價之預付除非基於在社會安全、公益之考量，法有明文禁止者外，原則上，基於契約自由，自應受到容認，不過，會員卡既為勞務對價之預付，在債務人現實上並未提供對價勞務之給付前，在契約關係終了時，自應容許持卡人請求返還剩餘對價，發卡人以定型化契約預先使時卡人拋棄此一權利，或於持卡人請求返還時有所拒絕者，均應有被論斷違反誠信，於消費者顯失公平，而有使其失其效力之餘地。

本案甲既因美容失敗，愛美熱誠頓失，而將會員卡讓與其友人乙，依上面所述，原則上應生讓與債權之效力，麗園集團固有可能在卡上以定型化契約條款方式記載，「本卡不得讓與，讓與者無效」，但這種片面以定型化契約剝奪消費者之權利，事實上於消費者並非公平，何況麗園提供者係為勞務給付，當然期待更多人來消費始符合其事業之目的，其以條款否定會員卡之讓與，其實亦與其事業經營形成矛盾，故此一條款應可能符合消保法第十二條之規定，而被論為無效。至於，乙前去消費持卡請求優惠不成，而由甲向麗園表示解約，欲索回會員卡剩餘價值，亦即繳付二萬元有十年的優惠利益，則每年之

優惠利益對價為二千元，甲係民國八十六年入會，八十七年或八十八年表示退出，因而向麗園表示返還一萬六千元或一萬四千元，究否有其道理？關於此，如吾人在前面之所說，會員卡在類型上有係屬於對價之給付等各不同的類型，在本案的情形，甲向麗園所付者雖非屬於提供服務對價之給付，但至少是接受服務所受優惠的先行給付，故本質上仍應有對價給付之色彩，故如甲之所以要退還會員卡，請求返還殘存未用的對價，係因麗園集團內整容失敗，對麗園集團之服務失去繼續享有之信心，所以才向麗園表示解除契約，而請求返還殘餘對價，此從利益衡量考量，甲向麗園集團表示解除契約請求返還上述金錢，應屬可被加以容認。若係如此，麗園集團以定型化契約片面表示不得解約要求退費者，當不無於消費者顯失公平，而足被論斷該條款為無效。

（四）甲向麗園解除契約，並請求損害賠償之可能性

如前面所提及者是，甲與麗園集團所成立之契約係屬一抽象、概括契約，原則上其效力並不必然因現實、具體契約之債務不履行行為而受解除或發生其他影響，不過，如果現實、具體契約之債務不履行，適足以使抽象、概括契約目的難予達成時，自應有容許契約當事人，就抽象、概括之契約行使解約權，企業經營者一方以定型化契約概括地否決消費之契約解除權者，其定型化契約之效力，應受質疑，此點業已在上段一併加以提及，茲不另述。

至於，甲因整容失敗而欲向麗園集團請求損害賠償，此問題應可以以下兩個重點分析。其一是所謂之整容其性質究竟為醫療行為，抑或為類似美容、瘦身，不涉及診斷、開立處方之單純經濟行為，蓋前者係屬醫療行為而有受醫療法規加以規範之餘地。後者之行為本身雖涉及人體健康，但自身終究是非屬醫療行為，故相關法規雖仍以之受衛生署監督管理，但如因此而致他人人格權於損害時，究否論以醫療責任則有待斟酌（註 23）。本案依事實之所述，似應被認為較傾向於類似外科整型之醫療行為，若係如此，即應受衛生主管之監督而適用醫療行為之規範。

至於在甲向麗園集團因請求損害賠償之問題，因本案如吾人在前面所述及者，麗園集團與甲之間所涉及者，既為消費行為，則本案究否適用消保法以論斷責任，即成問題（註 24）。首先應加以探討的是，麗園集團係一個法人組織且是一個以商業活動為目的的企業組織，不過，如同本文在法律事實所陳述者一般，集團下可能管轄甚多之行為主體，整形醫院或醫師也許就是麗園集團轄下的行為主體。整形行為如前面所述及者，係屬於應由領得醫師執照之醫療行為，如案例所述，甲之整形失敗致受有損害，係因醫師在執行整形時具有過失所致，則依吾人自來所持之立場，醫療事故因不排除為該當消費行為之診治行為所造成之損害賠償責任，故仍應有依消保法之規定，以論斷整形醫師責任之餘地（註 25）。

惟較成問題的是關於對甲連帶損害賠償責任之論斷問題。按擴大連帶責任之適用，為我國消保法之一大特色，例如其第七條規定生產業者間有連帶責任，第八條規定經銷業者與生產業者間之連帶責任（註 26）。依本文所引上述法律事實，甲加入麗園之友會成為會員而取得會員証後，先接受麗園集團旗下整形醫師之整形手術，但因整形手術失敗致甲受有損害，整形醫師依上引消保法之規定，對甲應負損害賠償責任，固無疑義，惟事業集團究否應有連帶賠償責任，則頗有待斟酌。在本案事實當中，整形醫師究竟是直接

受僱於麗園集團，或直接受僱於集團下之企業主，亦即整形醫院，具體事例所給事實並不甚明確，不過，其因而所生之賠償責任之論斷，在結果上卻有很大差別，似應再予分析之。

就上述兩種情況中，其為第一種之情形，亦即整形醫師直接受僱於事業主之情形，有係以整形醫師自身從事整形業務，但該整形醫院則屬事業集團所有，惟係由該整形醫師所主持者。但亦有該整形醫院係整形醫師經營之醫院，該整形醫師既是執業醫師，又是醫院之負責人。此二者中如係前者，由於醫院為事業集團所有，醫師只是受僱於事業集團去執行整形業務而已，則整形因過失所致於甲之損害，其實應如同事業集團直接致甲所生之損害，事業集團因此自應與醫師適用民法第二二四條之規定，論斷責任。不過，如果係後者，亦即，醫院係整形醫師自己所經營，只是該醫院被納入事業集團旗下，則於該整形醫師因過失致甲於損害時，由於醫師與其醫院已形同一體，斯時自無適用民法第二二四條規定論斷責任之餘地。不過，成問題者是，此時，事業集團與整形醫師之間，究否有無連帶責任，或適用民法第二二四條規定之餘地，則成問題。其實類此問題，很類似個人計程車靠行營業之情形，一般皆認為彼此之間仍有僱用關係存在，自應有民法第一八八條或第二二四條規定適用之餘地（註 27），個人對此立場表示贊同。

至於在第二種之情形，亦即事業集團自己經營醫院，使之獨立成一具法人資格之醫療機構，而由整形醫師受僱於該醫療機構從事整形業務之情形是。依現行醫療法規定，私立醫療機構之開設（註 28），固應以具醫師資格之人始得為之，但如為財團法人醫療機構，則可由該法人申請設立之，另外，上我國醫師法亦並未限定醫師不得從事其他事業，因此，一般商場的成功者輒有另行成立財團法人，而以該財團法人之名義成立醫療機構之情形，長庚、新光、國泰、和信等大型醫院，則是眾所知悉之適例，至於成功的醫者跨界經營事業者，更是不計其數，因此，在事業集團旗下經營醫療機構絕非絕無僅有。

不過在事業集團下之醫療院所提供醫療服務，有因而致病患於損害時，事業集團究有無與醫療院所及醫師本身對病患所造成損害，負連帶賠償責任之必要？關於此，吾人特將之稱為「二重連帶」，亦即，依法律規定，原只有特定債務人間生連帶給付之義務，不過由於法律適用之結果，尚有其他入亦可能發生連帶給付之情形，例如數限制行為能力人共同不法侵害他人權利時，本來依法律規定，應僅生民法第一八五條或第一八七條之連帶賠償責任之法律效果，不過，現因法律事實適用法律之結果，則究否應同時適用上引二條規定，使共同侵權行為人及其法定代理人連帶對被害人負損害賠償責任，則形成解釋上之問題。對於此問題，吾人寧可持肯定之立場（註 29）。本於此，類似本段前面所述之情形，固然，在現實上甲可以不必擔心其損害無法由事業旗下之醫療機構對自己加以填補，因為常態醫療機構應有財力去維持其營運，則自不易發生難予對被害人填補損害的情況，不過，純就法理而言，該醫療機構既為事業旗下之組成員，則於其組成員對第三者發生損害時，由事業集團對被害人連帶負賠償責任，亦當為法理所容認。

註 1：在近世資本主義社會尚未發達以前，財產法係基本的立場，係在於保護權利人既有之權利，因此，嚴格言之，所謂權利之保護，係法律消極容認、尊重權利人的一定法益而已，是故，其稱之為交易上之靜的安全保護，其實是有所矛盾的。不過，

自從近世資本主義社會交易臻於熱絡，基於保護社會經濟發展之考量，所謂動的交易（Sécurité dynamique, Verkehrsicherheit）之保護乃應運而生，文中所提善意受讓、表現代理、公信原則等皆屬於現代私法上動的交易安全保護的典型。本於此，既使法律關係人間有交易行為介入，但仍保護原權利人之權利之情形，例如雖有善意受讓，但被害人係該當我民法第九百四十九條及第九百五十條之情形者，原權利人之法益仍受到保護，此即交易上之靜的安全之保護。若係如此，所謂靜的安全與動的安全，皆應被認為係屬於現代資本主義社會交易活動下，私人權益保護相互對待之概念矣。

註 2：學理上尚有包括雙務契約與單務契約，有償契約與無償契約等近十餘種之契約類型劃分，此大率為除依標的內涵之不同之外，尚包括給付方法、法律關係等之差異所為之契約劃分，但此等契約類型區分，並無礙於契約之標的為給付之本質。

註 3：概括性契約意義下之各現實、各自之契約仍有其足為契約之獨立性格，例如為期一年的牛肉供給契約，在逐日的牛肉買賣中，買受人究應現實需要多少牛肉，每日的價額究竟多少，並非受制於抽象、概括契約的成立而同時確定，故性質上絕對與類似分期付款買賣，買受人每次究應於何時繳款，繳款究為若干，早已在最初契約成立時，即已確定，各期付款只為分期付款契約效力之顯現之情形，截然不同。

註 4：惟若各自、現實之契約具不成立或無效、得撤銷之情形甚為嚴重，事實上已足使成立抽象、概括契約之目的無由實現或達成時，解釋上，應可以債之目的無由實現，容由債權人以債務不履行之目的而解除契約。

註 5：抽象、概括契約與各自、具體契約在本質上具有目的與方法上之關係，具體言之，抽象、概括契約之目的係靠各自、具體契約之給付來加以實現、完成的，因此，純就法理而言，關於債務不履行之原因以及效力，應只能在各自、現實之契約中加以論斷，無需而且亦應無理由在抽象、概括契約中有其存在之空間。

註 6：實務上似多有強調唯有債務人雙方負有同時給付義務之情形，始有同時履行抗辯效力之可言（例如最高法院民國 89 年台上第 2746 號判決，及同年台上字第 2663 號判決）。不過，若本於契約之法理，只要是雙務契約，而且雙方所負之債務係基於對價關係（最高法院民國 33 年上字第 232 號判例），且為本於同一契約發生者（最高法院民國 89 年台上字第 1586 號判例），皆應有同時履行抗辯之效力發生的餘地，其無由同時履行抗辯者，僅於法律有明文排除同時給付之情形，始足當之。另外，所謂同時履行抗辯應以有同時給付為必要者，民法第 264 條之規定，在狹義上固係指一時性之給付而言，但如屬繼續性之契約，只要契約係屬雙務契約，且債務亦具對價給付，則不但對待給付有同時履行抗辯，既使非對待給付，亦應有同時履行抗辯之餘地。本於此，在本文所提之買賣與租賃之情形，牛肉之出賣人或房屋之承租人，對下次牛肉之給付以及租金之給付，皆應有拒絕付之餘地，此一說法，關於租賃部分可參照最高法院民國 89 年台上字第 422 號判決。

註 7：例如在租賃契約中之第 424 條、第 430 條、第 435 條 2 項、第 438 條、第 440 條、第 452 條，以及在委任契約中之第 549 條等屬之。

註 8：參照田中整爾著，「繼續的法律關係とその特性」，載「現代契約法大系」（遠藤浩

等監修，1983 年有斐閣出版）第一卷第 179 頁以下。

註 9：田中著前掲文（註 8）第 182 頁至第 186 頁說明。三島宗彥著「繼續的供給契約」，載「契約法大系」II（松坂佐一還曆記念 1962 年有斐閣出版）第 274 頁以下，以及今中利昭著，「ゴルフ法の基本構造」，載「民事特別法の諸問題」（1980 年第一法規出版）第 267 頁以下。

註 10：此時雖然出租人對於承租人所負之義務，僅是容忍承租人對標的物加以使用、收益，而不得對承租人主張，因自己對標的物享有所有權而得為使用、收益之消極債務，不過，也正因為承租人對租賃標的有積極加以使用、收益之權利，無形中使承租人對該租賃標的物有直接使用、收益之權能而有物權上之作用之存在。與此同理，在合夥之情形，由於合夥人之出資為合夥人全體之公同共有（民 668），不過，却也因合夥財產已非合夥人個人獨有之財產，而使合夥人與合夥財產之間形成獨立、分別的人格關係，因此，類似租賃、合夥等這類之繼續性契約，往往都會成為另一個權利關係，例如上面所述物權性、人格性的一種關連原因。關此方面之述說，可參照森孝三著，「一時的債權契約と繼續的債權契約」，載「契約法大系 I」（松坂佐一等還曆記念，1962 年有斐閣出版）第 91 頁以下說明。

註 11：參照拙著，「消費者保護法論」（民國 88 年增訂版，著者自刊）第 196 頁、第 235 頁以下說明。而歐洲共同市場「關於服務提供人責任之理事會指令提案」對於服務，則定義為，「並不指直接或專門以生產財物之行爲，或讓與物權或著作物之行爲，而係指在營業活動或公益事業之領域內，自主地被加以提供之有償或無償之所有給付行爲」。以上詳細，參照上引拙著第 224 頁。

註 12：給與給付由於以給付結果之完整與否以論斷債務不履行，故此種債務又稱之為結果債務（obligation de résultat），而所為給付却以行爲之完整性與否為論斷債務不履行之依據，故此種債務又稱之為手段債務（obligation de moyens）。

註 13：消保法關於消費一詞雖未見明文為定義性之規定，不過，從第二條第一款關於消費者之定義規定，即可推知消費之概念為何。條文中所指之消費，其意義究係何指，學說上咸係指最終之消費，亦即生活上之消費，故如基於生產而消費，即不該當為消費，現實實務上亦持相同之見解。其詳細可參照行政院消費者保護委員會 84 年 4 月 6 日台 84 消保法第 351 號、同 88 年 3 月 16 日台 88 消保法第 353 號，同 90 年 2 月 27 日台 90 消保法字第 237 號，以及 89 年 11 月 2 日台 89 消保法字第 1235 號各書函。

註 14：例如以廣告引誘他人參加旅行社所安排之海外旅遊，在旅遊契約上明白表示，「所有廣告僅供參考」，以致使信賴廣告而參加旅行團之旅客覺得旅遊品質不佳而欲終止契約，此時，關於終止契約，因消保法並未對之設有明文，而提供旅遊服務在性質上又係屬於積極之給付，因此，自應有民法第 514 條之 6 及第 514 條之 7 規定之適用，不過，關於廣告之效力等，自應有消保法第 22 條以下規定適用之餘地。關於其詳細可參照拙著，「論廣告媒體業者之損害賠償責任－兼評最高法院民國九十年台上字第二 0 二七號判決」（載月旦法學雜誌 91 期，第 18 頁以下說明，以及所引最高法院民國 88 年台上第 2209 號判決）。

- 註 15：關於服務究否可為特種買賣之標的，而受消保法規定規定之規範，雖然在消保法立法階段係持肯定之立場，但最終卻未被納入消保法而規定之。關於其詳細可參閱前揭拙著（註 11）第 321 頁說明。
- 註 16：消保法第二十四條雖只明文規定，「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示」，言下之意，應加以標示且應受商品標示法加以規範者，似只有商品而已，服務並不及之，因為其所引為標示之法律係為規範「商品」之商品標示法，故服務應無由依商品標示法而加以標示之必要。實者公平交易法第二十一條關於廣告、表示之規定，其第三項即規定，「前二項規定於事業之服務準用之」。而公平交易法為廣義之消保法，個人曾認為二法之間具有相互補充之作用，故消保法第二十四條雖僅規定「依商品標示法」，但該法關於標示、廣告之規範（商品標示法第 13 條），有一體適用之餘地。詳細可參拙著，「論公平交易法與消費者保護法之交錯」（載公平交易法施行十四年學術研討會論文集）第 607~608 頁之所述。
- 註 17：關於這方面詳細而深入之法理論述，可參照黃立等人共同研究之報告，「國外渡假村會員卡（權）定型化契約範本研究報告」（民國 89 年 8 月 15 日出版），特別是該報告之第柒、捌兩部分之敘述。
- 註 18：關於廣告之基本理論以及其在法律上之地位，純就法學之立場加以探討者，可參照尤英夫著，「廣告法之理論與實務」，2000 年增訂版，著者自刊。
- 註 19：參照最高法院民國 88 年台上字第 2209 號判決。惟尚有多數之判決仍以廣告為要約之引誘，例如最高法院民國 89 年台上字第 283 號判決，以及同院民國 89 年台上字第 746 號判決。
- 註 20：參照台北地方法院 87 年度重訴字第 304 號判決，以及最高法院民國 89 年台上字第 587 號判決。
- 註 21：關於此點其詳細可參照前揭拙著（註 14）第 24 頁以下之說明。
- 註 22：有價証券（Wertpapier，valuable instrument）者，表彰一定財產權之証券也，其權利之行使或移轉應以証券之占有或移轉為要件。有價証券在意義上有廣義及狹義，後者應係指依証券交易法加以規範証券（証交 6），但前者所包含則形形色色，本文所指會員卡係屬廣義之有價証券。
- 註 23：例如化妝品衛生管理條例、食品衛生管理法，雖皆以製造、銷售化妝品、食品等行為，涉及人身生命、健康等方面之安全，而將化妝品業、食品業之監督、管理之機關定位為衛生署（化妝條例 2、食品法 9）。不過，性質上與使用化妝品、食品關係甚至為密切之瘦身美容定型化契約範本（衛生署 86 年 6 月 26 日衛署食字第 86032697 號函頒），其第一條關於瘦身美容之定義，卻明文規定為，「本契約所稱瘦身美容係指藉手藝、機器、用具、用材、化妝品、食品等方式為保持、改良身體、感觀之健美，所實施之綜合指導、措施之非醫療行為」。
- 註 24：醫療責任究否適宜依消保法予以論斷，自消保法在民國八十三年元月公佈、施行以後一直就是法學、醫界引為爭論的話題。做為適用消保法以論斷醫療責任之實務見解，亦即所謂之「肩難產案」之實務上之態度，在最高法院民國 90 年 5 月判決（90 年度台上字第 709 號判決）發回台灣高等法院更審（第一審判決為台北地方法院 85

年訴字第 5115 號判決、第二審判決為台灣高等法院 87 年上字第 151 號判決) 後，兩造當事人最後竟選擇由馬偕醫院，應被害人以一百萬元填補損害之請求而告和解。馬偕醫院之所以選擇和解，據云係對於司法之不信任，以及深怕最高法院一旦下判決，因肯定被害人之請求，將形成定例而對醫界造成損害。不過，在現實實務上對於醫療行為究否適宜適用消保法為責任論斷，一直正反兩論並存（參照民國 90 年法院與消費者保護法適用座談會會議資料，第 3 頁至第 64 頁）。

至於在學說上此一問題亦是贊否兩論，關於其詳細理論除可參照前揭拙著，「適用消保法論斷醫師之責任」（註 11，第 229 頁至第 303 頁）外，尚可參照陳怡安著，「醫療服務嚴格責任之解釋論」（法學叢刊第 172 期，第 73 頁以下）、陳忠五著，「醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域」（本土法學雜誌第 7 期第 37 頁以下）、侯英冷著「談醫療意外的風險分担問題」（民法研究會第 26 次研討會），以及黃茂榮著，「醫療損害之危險責任」（植根雜誌 18 卷 5 期第 1 頁以下）。不過，最近學說之動向，似為應分別醫療行為之類型以及醫師自身之地位，分別論斷應適用之法律。具體言之，如係屬於個體醫療業者，以及醫療機構，因本身已具企業經營者之要件，自宜適用消保法以論斷醫療業者與醫療機構之責任。反之，如對於醫師個人，不論其係受僱於醫療業者或醫療機構，因不宜以該醫師為企業經營者，當無理由依消保法對之論斷責任。

面對醫療責任法規範上之上面的躊躇與爭執，在立法上立法機關亦曾試圖透過立法方式以求化解。立法院第四屆院會時，衛生署曾提出「醫療法修正草案」，於其第七十八條中明定，「醫療業務之施行，應善盡醫療上之必要之注意，醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人而應負損害賠償責任者，以故意或過失為限」。第七十九條則規定，「前條醫事人員因執行業務致生損害於病人，不能證明係該醫事人員故意或過失所致，且損害非病程可能之結果，係不可預期或不合理之危險，或不可預知之緊急情況所造成者，得請求救濟」（第一項）。「前項救濟基金，由醫療機構按其醫療用收入，依規定比例繳納一定數額設置之」（第二項）（以下略）。惟上述法案因未能在會期內完成立法，故已成廢案。現行消保法民國九十二年元月曾有過一次修正，在草案送立法院審議時，曾由高明見等立法委員提出修正案，於現行法第七條增列一項，明白排除消保法在醫療行為中之適用，惟此一修正案最後亦未通過，（其詳細參照立法院公報第 1462 期第 230 頁以下記載）。不過，民國九十三年四月第五屆立法院曾對醫療法進行修正，將上引醫療法原修正案之第七十八條至第七十九條改列為第八十二條，規定為，「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」（第一項）。「醫療機構及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），而完成修法並正式施行。因此，關於醫療事故之法律適用，似已排除消保法之適用而應使依醫療法上引條文以論斷之。惟醫療法第八十二條所規定論斷醫療責任，參酌原修正案增列第七十九條規定，而現行法卻將之加以刪除之立法背景，在實際之方法上，應被認為仍與消保法所規定者同其趣旨。

註 25：參照前揭拙著（註 11）第 231 頁至第 240 說明。有附言者是，適用消保法論斷商品或服務責任，依該法第七條第一項下段規定，應以企業經營者所提供之商品或服

務不符合其流通進入市場或提供服務時之科技專業水準之可合理期待全性為必要。具體而言，如商品或服務未符合此全性，其商品或服務，即應因而被論斷有依該法第七條第一項之規定加以論斷之危險，從而於其因而致消費者或第三人於損害時，即無庸再以有無過失為理由，而逕論企業經營者應對被害人負損害賠償之責任。是知消保法所規定者為一般所稱之無過失責任。亦即，消保法不再以民法傳統過失之理論去論斷企業經營者之責任，反而改以具有科技上之危險性之存在歸責之方法加以論斷。本於此，如在本案當中，整型醫院或醫師，係因過失而致甲於損害，則甲究否仍應依民法之規定（民法 184），舉証證明醫院或醫師有過失而請求損害賠償，依吾人之所見，應可不必如此，因為消保法既已明文規定，企業經營者唯有於其所交付流通市場之商品或其所提供之服務係具有其時之科技、專業水準時，始可以商品或服務危險性而獲邀免責，故只要商品或服務上市或被加以提供市場上時已有一定之科技專業能力足以排除其危險，則不論企業經營者現實無此能力、水準去排其商品或服務上之危險，即當然應有損害賠償責任。故此時若再要求被害人應依民法之規定對業者具有過失加以舉証，且於舉証成功時，始可達到損害賠償之目的者，顯然將因此喪失消保法無過失責任立法之趣旨矣。

註 26：惟除法律明文規定之連帶責任外，尚存在為數甚多因法律適用之結果所產生之連帶責任，關於其詳細可參照前揭拙著（註 11）第 123 頁至第 128 頁說明。

註 27：其實，此時如以整形醫師為服務之提供者，而以事業集團為服務之經銷業者，依消保法第八條之規定亦可獲得相同之結論。亦即，二者構成對甲之連帶賠償責任。

註 28：所謂醫療機構，依醫療法第二條規定，係指「供醫師執行醫療業務之機構，此機構依同法第四條至第六條規定」，皆應為法人始足當之。

註 29：關於此，實務上立場甚不一致，持肯定者有之（民國 71 年 6 月 14 日廳民一字第 0452 號函復台灣高院），持否定者亦有之（民國 76 年 11 月 2 日廳民一字第 2991 號函復台灣高院）。