

美容醫學醫療行為是否具消費行為性質的法社會實證研究 ：兼論醫療法第 82 條新法與消費者保護法適用之關係

劉宏恩（國立政治大學法律科際整合研究所副教授）

吳采玟（國立政治大學法律科際整合研究所碩士）

摘要

近年來，美容醫學的醫療糾紛與醫療事故不斷增加，且違法的醫美醫療廣告與行銷亦層出不窮。由於「非治療性美容醫學」是針對身體狀況健康的民眾施行，目的是為了滿足民眾個人主觀上對於美的追求或期待，它跟一般醫療行為的目的有相當明顯的差異。而且美容醫學商業化操作之下，會去鼓動吸引原本身體健康狀況良好的民眾來接受美容醫學處置，極容易讓原本並無健康或安全風險的民眾，反而因此新增加自己健康或安全上的風險。為了深入探討目前美容醫學的相關問題與社會實況，本研究採取醫美診所就醫經驗的深度訪談法與參與觀察法，並根據實證研究發現以及法學解釋方法指出：「非治療性美容醫學」依其性質與法律規範目的，應有消費者保護法之適用。

關鍵詞：美容醫學（Aesthetic Medicine）、消費者保護法（Consumer Protection Act）、美容手術（Cosmetic Surgery）、實證研究（empirical study）、醫療行為（medical treatment）

壹、緒論

近年來，關於「美容醫學」（一般民眾常稱之為「醫美」）的醫療糾紛或申訴案件不斷增加，而且經常佔據媒體版面。除了隆乳、削骨等明顯較具風險的美容醫學手術的事故頻傳，甚至連號稱低風險的微整型，例如玻尿酸或微晶瓷注射也多次傳出民眾因此失明或中風的嚴重事故¹。但是另一方面，與這些醫療糾紛與嚴重事故形成強烈對比的是：我們不斷看到美容醫學診所透過各類媒體管道廣泛宣傳，甚至以「無風險」、「午休來做下午上班」、「團購優惠」、「最低價／破盤價」、「買一送一」、「滿萬送千」、「預付折扣」、「週年慶」……等廣告訴求，來進行促銷並刺激民眾的購買慾望，且出現在電視購物及購物網站上標榜最低優惠價做商品販售²。雖然這些廣告幾乎都是違反醫療法規定的違法廣告，並已成為衛生主管機關最常見的違法醫療廣告案件來源³，不過一般民眾可能並不瞭解它們違法，反而被這些促銷手法所吸引，以致於即使主管機關三申五令禁止醫療機構以預付費用的方法來收費及行銷⁴，結果例如網紅「貴婦奈奈」夫婦的醫美診所卻仍然能夠以「預繳療程費用」等方式從眾多民眾吸金數千萬元以上後惡性倒閉⁵。

由於美容醫學在大多數情形下，是針對身體狀況健康的民眾施行，目的是為了滿足民眾個人主觀上對於美的追求或期待，這跟一般醫療行為的目的是為了治療、矯正或預防人體疾病、傷害或殘缺⁶，兩者有相當明顯的差異。在這個差異的前提下，醫美診所會希望積極推廣行銷，來刺激民眾使用醫美的慾望，應該是不難想像的事情。因為身體的疾病、傷害或殘缺的存在具有一定的客觀性與接受治療的必要性，難以藉由行銷手法或廣告來創造需求或刺激疾病發生率成長，但個人主觀上追求美的心理或對於自己外觀的期待，卻是可以透過廣告行銷來鼓動或改變的。再加上美容醫學是自費市場，不受健保給付制度的束縛，難怪美容醫學業務商業化的程度，極明顯高於傳統一般醫療。

但是美容醫學商業化操作之下，會去鼓動吸引原本身體健康狀況良好的民眾來接受醫療行為的處置，極容易讓原本並無健康或安全風險的民眾，反而因為接

¹ 張馨丰等，一病例報告：玻尿酸注射鼻整型術後單眼失明及兩側大腦梗塞，台灣家醫誌，24卷1期，2014年3月，35-40頁；蘋果日報，玻尿酸如閃電竄血管 熟女豐額竟失明，2017年12月10日報導，<http://tw.appledaily.com/new/realtime/20171210/1256495/>（瀏覽日期：2019年5月6日）；蘋果日報，隆鼻竟失明 注射微晶瓷慘劇頻傳，2015年1月31日報導，<http://tw.appledaily.com/headline/daily/20150131/36362386/>（瀏覽日期：2019年5月6日）。

² 中央社，消基會：8成6美容醫學診所違法促銷經營，2018年6月22日報導，<http://www.cna.com.tw/news/ahel/201806220128.aspx>（瀏覽日期：2019年5月6日）。

³ 台北市政府新聞稿，愛美行動宜謹慎 臺北市誇大不實醫療廣告3年裁處326件，2019年1月14日發布，http://www.gov.taipei/News_Content.aspx?n=F0DDAF49B89E9413&sms=72544237BBE4C5F6&s=88634C61CB27534D（瀏覽日期：2019年5月6日）。

⁴ 可參考衛生福利部衛部醫字第1051667434號令，2016年11月17日。

⁵ 聯合報，貴婦奈奈涉詐 境管前已赴美國，2018年12月6日，A10版

⁶ 可參考行政院衛生署衛署醫字第84068278號函，1995年12月01日。

受美容醫學而新增加自己健康或安全上的風險。有鑑於這樣的風險問題，以及美容醫學商業化運作可能對民眾造成傷害，我國衛生主管機關七年前開始陸續針對美容醫學提出若干管理措施或規定。例如：衛生福利部從 2013 年起推動美容醫學醫療機構的「美容醫學品質認證」，採取醫療院所自願參加的方式⁷。2015 年修正「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」（簡稱「特管辦法」），針對美容醫學操作醫師的資格與訓練背景提出要求，但規定兩年後才實施，可是次年在醫美醫療院所及醫師公會的壓力下，又再額外延後兩年實施；到了 2018 年，又三度修正上述辦法相關條文，把原本 2015 年規定對於美容醫學操作醫師資格要求的範圍減小、放寬（因此 2015 年較嚴格的資格要求從來不曾實施），新的規定自 2019 年 1 月 1 日起施行⁸。

不過，無論如何，我國衛生福利主管機關至今還是堅持美容醫學不是消費行為性質，不應受消費者保護法規範，而僅應受醫療法及醫事人員相關法規的規範，其理由認為：適用醫療法才更可以確保民眾進行美容醫學處置的安全性⁹；但是完全沒有說明其為何認為適用了醫療法，就一定必須完全排除適用消保法，才足以確保民眾安全。我國法院實務見解，於 2004 年醫療法第 82 條增訂第 2 項，將醫療機構及其醫事人員的損害賠償責任規定為以故意或過失為限之後，幾乎也都一面倒直接認定「醫療行為不適用消費者保護法」，完全沒有討論「醫療行為不適用消費者保護法(第 7 條)無過失責任」是否等於「醫療行為不適用(整部)消費者保護法」的問題，更沒有去區分醫療行為內部可能還有不同類型，例如美容醫學基於其商業化與消費主義的性質，是否仍有適用消費者保護法的可能性¹⁰。在論證上，以及針對規範對象的事務性質探求、規範目的探求上，法院現行普遍見解恐怕並不完整。

本文的研究重點，就是針對美容醫學此一規範對象¹¹的事務性質做進一步探求，並針對最新醫療法第 82 條（2018 年 1 月修正施行）之規範目的與立法理由做探求，進而論證美容醫學醫療行為是否應有消費者保護法的適用及其適用範圍的問題。就美容醫學的事務性質探求上，本文希望跳脫法釋義學的研究方法，而是真正從社會實況中去瞭解美容醫學的運作與問題脈絡，亦即本文將採取法與社

⁷ 衛生福利部新聞稿，衛生署推動美容醫學機構認證及執業人員之相關管理，2013 年 1 月 4 日發布，<http://www.mohw.gov.tw/cp-2640-23721-1.html>（瀏覽日期：2019 年 5 月 6 日）。

⁸ 見衛生福利部衛部醫字第 1051667901 號令，2016 年 12 月 9 日；衛生福利部衛部醫字第 1071665803 號令，2018 年 9 月 6 日。

⁹ 衛生福利部新聞稿，衛生福利部關於消基會發表「非必要之美容行為應屬消費行為，應受消保法規範」回應說明，2014 年 5 月 16 日發布，<http://www.mohw.gov.tw/cp-3201-21989-1.html>（瀏覽日期：2019 年 5 月 6 日）。

¹⁰ 吳采玟，美容醫學應否適用消費者保護法之研究：從美容醫學與一般必要性醫療之異同談起，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，2015 年 7 月，153 頁。

¹¹ 本文對於「美容醫學」的內容與範圍的界定，就是採取衛生福利部於 2015 年修正「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」時的界定，包括「美容醫學手術」（如隆乳、自體脂肪注射、削骨、拉皮、雙眼皮、鼻部整形、抽脂）、「美容醫學針劑注射」（如肉毒桿菌、玻尿酸）、「美容醫學光電治療」（如雷射、脈衝光、電波、超音波）三大類。

會研究 (law and society) 的實證研究方法¹²。並希望相關實證研究發現，可以作為進一步論證消費者保護法可否適用於美容醫學時的部分基礎或佐證。

貳、美容醫學醫療行為之法社會實證研究

針對美容醫學的社會實況與脈絡，本文採取質化研究方式做探求，並使用兩種具體研究方法：針對美容醫學使用者進行「半結構式深度訪談」(semi-structured in-depth interviews)，以及作者之一親自前往醫美診所參與就醫過程，進行「參與觀察」(participant observation)。

一、深度訪談法：對於美容醫學使用者之訪談

本研究以立意取樣方法，透過網路社群 PTT 的醫學美容板等網路論壇，徵求與連絡到十位過往曾有美容醫學服務使用經驗，且願意接受訪談的民眾。每位民眾皆個別深入訪談 40 至 60 分鐘，詢問他們使用美容醫學的想法、經驗與觀察。這十位民眾的基本資料如下：

編號	性別	職業	年齡層	施作項目	經驗
1	女	業務	25-29	肉毒、削骨	成功+失敗
2	女	公務機關助理	30-34	雷射治療、美白針	成功滿意
3	女	公關	25-29	自體脂肪補臉、雙眼皮	成功滿意
4	女	研究所碩士生	20-24	雙眼皮	失敗
5	女	服務業	25-29	鈿雅銘雷射磨皮、飛梭雷射痘疤術	成功
6	男	研究所碩士生	30-34	隆鼻兩次、下眼瞼、雙眼皮、飛縮、果酸換膚、	成功+失敗
7	女	服務業	20-24	自體脂肪豐胸	成功
8	女	老師	30-34	肉毒、玻尿酸、淨膚雷射、二氧化碳雷射、飛梭雷射、電波拉皮	成功+失敗

¹² Lawrence M. Friedman, *Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club*, 1 ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 1 (2005).

9	女	業務	25-29	埋線瘦身、肉毒、淨膚雷射、威塑抽脂（上下腹部、腰部）、LPG、傳統抽脂（手臂+後臂+腹部）、美白針、微晶瓷隆鼻、	成功
10	女	學生	25-29	正顎手術、聚左旋乳酸Sculptra 舒顏萃、淨膚雷射	成功

訪談所得到的資訊，經錄音與筆記整理受訪者口述內容，彙整有以下各點研究發現：

（一）對於美容醫學的性質的想法

關於美容醫學的性質及自己尋求美容醫學的原因，所有十位受訪者皆有類似想法與經驗：認為美容醫學其實是一種消費行為，而且醫美院所對待他們的態度也傾向於對待消費者的態度，而非對待病患的態度。許多受訪者都提到：使用美容醫學就類似去美容院做頭髮、做指甲，都一樣是為了美觀而做出之行為，只為追求外觀。

例如受訪者 2 表示：這就「只是做臉部保養，而且美容師說一堆人現在都有在用醫美，覺得這只是一種美容保養方式且比保養品有效」。受訪者 8 表示：「身邊幾乎所有人都全臉醫美，原本覺得不要浪費那個錢，但後來接觸後了解。覺得寧可把錢省起來不買保養品，也要用醫美。……化妝、保養品沒辦法做到像醫美的效果！」

受訪者 6 則說：「醫師、諮詢師對我的態度是消費者，我認為不是看病，我認為美容醫學服務非必要項目，當有多餘的錢就可以去，對本身而言此為美容費支出」。受訪者 10 也指出：「美容醫學是消費行為而非必要。與一般醫療行為差很多，一般醫療行為把不好的東西，如手術，壞的東西一定要拿出來或切掉。美容醫學不是，是原本好的東西也可能被切掉。目的是要讓患者開心---這應該也不算是患者吧？！是讓自己覺得不完美的人變開心。」

比較特別的是受訪者 9 的看法，她除了認為美容醫學是消費行為性質，也認為它可以有治療的功能。她表示：「美容醫學既是消費行為也是醫療行為，也可具有治療目的。它能治療本身局部肥胖之困擾。而臉部辱斗問題、咬合不正，會影響心理之健康，美容醫學服務治療心理部分」。

（二）前往美容醫學機構的第一線經驗：接觸醫美「諮詢師」的經驗

目前美容醫學實務上，民眾前往美容醫學機構／院所，第一線經常會先接觸到醫美「諮詢師」來給予民眾應接受哪種美容醫學服務的諮詢建議，但是其是否不具醫療專業卻提供醫療諮詢或診斷，以及其是否更像是一個推銷員或業務員的角色，屢屢引發爭議，甚至屬於違法¹³。本研究訪談的十位民眾皆有接觸醫美諮詢師的經驗，但是其中六位表示，其前往的醫美機構無從讓他們辨識諮詢師是否為醫護背景，因為其並未佩戴任何證件，有些諮詢師也根本沒有讓受訪者知悉其真實姓名，而是僅以英文短名的名牌表示或自稱。其他四位受訪者則曾接觸到佩戴護理人員證件的醫美諮詢師。

關於醫美諮詢師是否真的提供醫療專業諮詢與風險告知，還是更像是推銷員或業務員的角色，過半數的受訪者都表示自己曾有被醫美諮詢師「推銷其他醫美療程」、「前去諮詢施打 A，諮詢師又推薦應該也要打 B」的經驗¹⁴。例如受訪者 10 說：「諮詢師詢價像商人在推銷東西，我有跟諮詢師講價，談更好的價錢，幫忙點痣，送全臉的痣」。受訪者 3 說：「某醫美診所諮詢師會瘋狂推銷其他保養課程！」受訪者 9 則分享：「到醫美診所威塑腹部（抽脂）後，回診都沒有再看到醫師，只能看到諮詢師跟護理師，他們都是再跟我推銷其他療程。」

（三）風險告知與知情同意(informed consent)的過程

美容醫學的醫療行為與一般美容保養相比，是藉由手術、光電治療或針劑注射等具有侵入性的方法，來達成改變身體外觀的效果。由於其具侵入性，所以當然有造成傷害的風險，有時甚至是嚴重不良結果的風險。本研究訪談的十位民眾中，有受訪者 2、受訪者 4、受訪者 7 三位受訪者表示：醫美諮詢師或醫師根本沒有告知任何風險。受訪者 1 及受訪者 8 則表示醫師只有不完整地告知部分風險。而且受訪者 8 還特別提到：「一開始曾經診斷我的醫師與後來幫我施打的醫師為不同醫師，甚至施打醫師根本不是他們診所的醫師，所以我施打時根本不知道醫師是誰，這件事到已經要施打時我才知道。而且淨膚雷射、肉毒、玻尿酸都沒有簽同意書。……其他項目雖有同意書，診所都是到當天施作前才能讓我看到手術同意書。」受訪者 10 則指出：「手術同意書簽完就收走，沒有副本給我。醫師跟我說不會有後遺症。」此外，有四位受訪者覺得美容醫療院所對之有不實的保證或誇大說詞。例如受訪者 4 說：「該診所醫師跟我說手術終身保固，願意幫我修到好」。

（四）是否知道衛生福利部推動的「美容醫學品質認證」

¹³ 中國時報，滿街醫美諮詢師 衛福部稱違法，2019 年 3 月 1 日，A12 版。

¹⁴ 美容醫學實務上，為了表面上規避自己是在違法行銷醫療業務，經常將「療程」稱之為「課程」，所以許多受訪者遇到的醫美諮詢師都是以推銷「課程」之名來推銷「療程」。可參考蘋果日報，東森、momo 購物台好狂 違法賣音波拉皮，2016 年 11 月 29 日報導，<http://tw.appledaily.com/new/realttime/20161129/998333/>（瀏覽日期：2019 年 5 月 6 日）。

如本文之前所述，衛生福利部自 2013 年起推動美容醫學醫療機構的「美容醫學品質認證」，通過者並會給予合格標章，希望能幫助民眾做美容醫學醫療機構的選擇。但是本文訪談的十位民眾當中，高達九位完全不知道這個品質認證的存在。受訪者 8 並表示：「我覺得推廣得太爛！沒人知道！」至於受訪者 3 是唯一曾經聽過這個品質認證的受訪者，但是她表示自己選擇時不會考慮這個認證，因為重點是手術的技術哪裡好，不會去在意這個認證。

本文進一步查詢之後，發現這個「美容醫學品質認證」確實推廣上並不普及，這可以解釋為何絕大多數受訪者從未聽過。由於這個認證完全任由醫療機構自行決定是否參加，實際上有參與的醫療院所數量相當少。依據受委任辦理的財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會（醫策會）的公告，在 2014 年 6 月底時，全國總計約八百家經營美容醫學的醫療院所中，只有 34 家通過此一認證。到了 2019 年 1 月時，通過認證的醫療院所家數甚至再下降為只剩 27 家¹⁵。

二、參與觀察法：作者親自參與醫美就醫過程的觀察

爲了更深入瞭解美容醫學的諮詢及診療過程，且本文作者之一對於相關的美容醫學服務亦有興趣瞭解是否適合自己，因此該作者以擬使用美容醫學服務的民眾的身分，在不以研究者身分介入影響諮詢及診療過程的情況下，實地前往四間醫美診所接受美容醫學諮詢與診斷，親自進行參與觀察。這四間醫美診所的基本資料如下：

編號	前往諮詢項目	診所	美容醫學品質認證
1	縫雙眼皮、隆鼻	台北市信義區 a 醫美診所	無
2	縫雙眼皮、隆鼻	台北市大安區 b 醫美診所	通過醫策會「光電及針劑注射治療」認證
3	縫雙眼皮、隆鼻、肉毒桿菌瘦小臉	台北市信義區 c 醫美診所	無

¹⁵ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，美容醫學品質認證通過之醫療機構，2019 年 1 月 23 日更新，<http://www.jct.org.tw/cp-154-2710-f41ca-1.html>（瀏覽日期：2019 年 5 月 6 日）。

4	縫雙眼皮、隆鼻、肉毒桿菌瘦小臉	台北市中正區 d 醫美診所	無
---	-----------------	---------------	---

以下是作者前往這四間醫美診所接受美容醫學諮詢與診斷，於就醫過程進行參與觀察的實際經驗與研究發現。

(一) 台北市信義區 a 醫美診所

作者前往此診所諮詢雙眼皮與隆鼻。進入診所由櫃檯兩位小姐（未配戴任何護理師證件且僅有英文名字之名牌）接待，先請本人填寫「診療記錄單」之基本資料，之後由名牌上僅寫 Lin 的醫美諮詢師（此診所稱為醫學美容顧問）來填寫作者的「診療記錄單」。接下來的諮詢診療過程完全沒有醫師參與，事實上諮詢師告知：醫師平常並不會在診所，需另外約時間才可以看到醫師，而且約醫師諮詢需額外繳交醫師諮詢費用兩千元。

關於雙眼皮，諮詢師說明了可能採取的縫或割等不同方式。而關於隆鼻的問題，諮詢師展示了卡麥拉矽膠材質。當作者詢問「是否會有手術風險」，諮詢師回答「零風險，此僅為小手術。只要術後照顧依照我們指示都不需擔心」。接著諮詢師針對雙眼皮及隆鼻進行報價。

作者詢問是否有資料可以索取閱讀，諮詢師表示「整形無 DM，靠醫師技術」，並展示其他客人施行前後之照片給作者看。但諮詢師並未告知作者施行手術的醫師將會是哪位醫師及其醫師專科科別。事實上，即使到該診所的網站上去看，也沒有醫師全名，只能知道為蕭醫師、蘇醫師、李醫師，且其醫療經歷資料皆非常不明確，沒有任何醫師專科科別的介紹。

諮詢師全程以傾向於對待消費者的態度來提供諮詢，並以「客人」的用語來稱呼過去或現在前來接受醫美的民眾。而且於本診所參與觀察的過程，全程只有接觸到醫美諮詢師，就由該諮詢師來填寫「診療記錄」，民眾在沒有經過任何醫師診斷評估，且諮詢師也沒有做病人健康狀況評估的情況下，諮詢師就會逕行告知「零風險」，民眾可以當場決定接受某種醫美服務或療程。此外，諮詢師並告知：真正版本的手術同意書要到手術施行前才會提供給客人簽名。

(二) 台北市大安區 b 醫美診所

作者前往此診所諮詢雙眼皮與隆鼻。由該診所整形外科 R 醫師於診間內提供諮詢，醫美諮詢師（有配戴護理師證件）則在旁一起跟診。諮詢時填寫的表單其標題用語為「顧客資料單」，由醫師填寫諮詢診斷內容。R 醫師對作者解說雙眼皮及隆鼻手術。當作者詢問手術有何風險，醫師答：「風險即為感染，感染機率很低，縱感染將植入物取出即可。縫雙眼皮感染機率也很低，基本上吃藥即可。」

解說之後，醫師表示費用部分與其他問題則由醫美諮詢師解釋。

接著由諮詢師說明隆鼻材質與報價，且表示若選擇微晶瓷或玻尿酸則無法持久，CP 值較低，手術雖費用較高但可以永久。諮詢師並表示全身麻醉會交由麻醉醫師，加一萬元，手術前須先做健檢抽血、EKG 心電圖、胸部 X 光，此為麻醉醫師要求，且該診所只會由整形外科醫師施行手術。當作者詢問是否可以給衛教資料或手術同意書，諮詢師僅拿術前注意事項資料並講解之，並未提供手術同意書。

該診所有收取醫師諮詢費三百元，但並未開立收據。諮詢師與醫師態度表現比較傾向於面對消費者的態度。醫師及諮詢師雖有說明風險，但說明似乎仍不完整，若是參考衛生福利部公告的「上下眼瞼整形手術同意書及說明書(範本)」及「鼻部整形手術同意書及說明書(範本)」¹⁶，他們並未說明較嚴重的手術併發症及後遺症的風險可能性。

(三) 台北市信義區 c 醫美診所

作者前往此診所諮詢雙眼皮、隆鼻、肉毒桿菌瘦小臉。於本診所全程只有接觸到醫美諮詢師，沒有見到醫師，且醫美諮詢師並非護理人員。諮詢師未針對作者做任何健康狀況評估，就直接建議作者的確需要做雙眼皮，並說明應該要割除和修剪眼皮的位置。為了說服作者瞭解割雙眼皮的必要性，諮詢師甚至把作者的眼睛眼皮狀況跟七、八十歲的老婆婆相比，表示都是相同問題，等到作者年紀越來越大，問題會越來越嚴重。

關於隆鼻，諮詢師報價費用後並表示：無論鼻子的高度寬度鼻頭大小都可以應作者要求做修改。諮詢師也再次希望說服作者瞭解接受手術的必要性，她表示：「嗯～真的！你需要做！鼻頭要補一塊肉，醫師會取鼻中隔一塊來補。而且你鼻孔有缺損。」但是當作者詢問施行手術的醫師姓名，諮詢師僅回答是 S 院長，是整形外科醫師，但不能給作者名片資料。而當作者表達希望跟醫師直接諮詢，諮詢師說：「你無法先見到醫師諮詢，需要先確定手術時間，手術當天醫師當場諮詢診斷然後醫師就當場做，沒有考慮期間。」諮詢師並直接診斷說：作者的眼皮只有割跟縫兩種雙眼皮的方式，沒有其他方式。

作者接著詢問注射肉毒桿菌的療程，諮詢師請作者用力咬給她看，然後診斷表示作者有咀嚼肌（咬肌）、腮幫子的問題，需要施打肉毒桿菌。她表示自己本身也一直都有打，只在打的當下會有酸酸的感覺，但其他都不用擔心。而且現在是特價期間，作者要打肉毒桿菌的話，現在馬上就有醫師可以打，現在當場決定就馬上當場打。而且諮詢師說：無論是雙眼皮、隆鼻還是注射肉毒桿菌，通通不需要事先做任何身體檢查。而當作者詢問手術有無風險，她表示：「風險就是手術當天初期先不要揉眼睛，前幾天不要帶隱形眼鏡，隆鼻不要帶眼鏡」，然後就沒有說明任何其他可能風險。

¹⁶ 衛生福利部衛部醫字第 1051665809 號公告，2016 年 8 月 30 日。

特別值得注意的是：當作者向諮詢師詢問手術同意書和衛教資料，諮詢師直接拒絕提供，並表示「手術當天會給你手術同意書、衛教單，但不可以事先給你參考，要確定手術日期才會給」。作者表示自己目前都還不瞭解狀況，也還沒看到醫師不知道醫師的建議跟診斷，若不提供相關資料，要我如何確定要接受手術及手術日期？諮詢師還是表示無法提供，且關於手術風險她再次重申：「真的不會！僅瘀青有點腫，與視力也沒有影響」！且她表示施行手術的醫師會是整形外科醫師，施打肉毒桿菌的會是醫美專科醫師（但事實上我國專科醫師制度中根本沒有「醫美專科」存在）。

於本診所諮詢的過程，所填寫的表單標題為「顧客資料單」，諮詢師稱呼作者及其他使用者為「客人」，以對待消費者的態度與方式對待。諮詢師很像業務推銷小姐，不斷催促作者儘快決定施作，但是對於手術程序與風險卻又不肯提供清楚說明及資料。且不斷誇大作者外貌上的問題，希望讓作者覺得自己必須要做。

（四）台北市中正區 d 醫美診所

作者前往此診所諮詢雙眼皮、隆鼻、肉毒桿菌瘦小臉。由整形外科 T 醫師診斷諮詢。醫師仔細解說割雙眼皮、縫雙眼皮、釘書機縫的差別。對於作者詢問鼻孔形狀不美觀有缺的感覺，醫師則建議中間往前面拉，但若非很明顯不建議動手術。關於隆鼻，醫師認為作者鼻子不錯，但是問題在於牙齒，嘴巴凸起，需要磨骨，需要口腔外科，才能協助。醫師建議咬肌部分用肉毒桿菌可以最快矯正。臉面不用肉毒桿菌則需削骨，是頭骨結構的問題。肉毒桿菌需定期打，否則又會恢復。

接著醫美諮詢師（無護理人員證件）進行報價。雙眼皮手術原價四萬五，現在優惠價三萬八，但每個月優惠不一樣。開眼頭手術亦有原價與優惠價的兩種報價，而且如果同時開眼頭和割雙眼皮，可以再有優惠折扣。肉毒桿菌單次一萬五，但若每三個月施打一次共打三次，優惠價三萬六。以上都局部麻醉。都同一個醫師施作。

當作者要求先參考手術同意書跟衛教單，醫美諮詢師直接拒絕提供，她表示客戶先看沒有太大意義，要客戶確定要做才可以給看手術同意書，然後要簽名。作者表示不解，怎麼我還沒看到手術同意書，就要我先說我要簽，然後才可以給我看？於是進一步口頭詢問同意書內容，諮詢師回答同意書內容就只有提醒不要化妝、不要泡澡泡湯、不要碰到水，因為不是大手術，只是有些人會整個腫而已。

醫美諮詢師並另外推薦淨膚雷射療程（以「課程」稱之），全臉每次三千，十次優惠價為兩萬之課程，並提醒下個月的療程與手術費用可能會調整，這是本月的優惠價。她表示客戶需抽血付訂金之後才可訂手術時間，且不需要事先做其他身體檢查。

於本診所諮詢的過程，所填寫的表單標題為「顧客資料單」，諮詢師稱呼作者及其他使用者為「客戶」，以對待消費者的態度與方式對待。諮詢師或醫師會

去推銷或建議作者使用原先並未諮詢的療程或手術，且諮詢師不斷用優惠價或套裝折扣來吸引作者，用促銷手法來刺激前來諮詢民眾的慾望或需求，但在風險告知方面並未全面告知。

參、美容醫學醫療行為與消費者保護法之適用

一、非治療性美容醫學明顯具有消費行為性質

從以上法社會實證研究的發現可以知道：無論是美容醫學使用者或是醫美診所人員的「主觀」想法與態度，還是「客觀」外在的行為方式、付費方式，俗稱「醫美」的美容醫學實務都具有明顯的營利性、商業性與消費性，與一般醫療行為有十分明顯的差距，反而與一般商品服務的消費購買十分類似。美容醫學服務當中，雖然有部分情形，例如乳癌切除後乳房重建手術、唇顎裂(兔唇)修補手術等，是針對先天或後天身體上的缺損或傷害做矯正修補，確實是基於治療目的而有醫療上的必要性¹⁷。但是這些具有醫療上必要性的「治療性美容醫學」，是以客觀上的身體殘缺或疾病存在為前提，原本就難以用商業化的方式來刺激需求與鼓動消費，它們並不是我們現在看到的醫美行銷與醫美廣告亂象，以及輿論與社會大眾關注的醫美死傷事故與糾紛的爭議來源。

因此，精確地來講，針對健康民眾個人主觀上追求美的心理或其對於自己外觀的期待，而無醫療上必要性的「非治療性美容醫學」，明顯具有消費行為的性質。它與一般消費行為具有同樣的規範需求，例如基於風險承擔與預防能力、對商品服務的資訊知識能力、經濟能力地位上的落差，並考量原本健康的服務使用者之所以陷於風險，可能源於服務提供者的廣告或行銷所鼓動，因此這種美容醫學服務應當會落在消費者保護法的規範目的範圍內，使服務使用者受到消費者保護法的保護。

其實，我國現行法規當中，將美容醫學區分為具有醫療必要的「治療性美容醫學」，以及不具有醫療必要的「非治療性美容醫學」，並將兩者在法律上區分性質對待，已經有具體存在的法規實例。例如醫師法第 28 條之 4 禁止醫師執行中央主管機關規定不得執行之醫療行為，授權衛生福利部制定補充法規來界定何謂「不得執行之醫療行為」，衛生福利部於 2014 年 2 月公告其中一項補充法規：禁止醫師對未滿十八歲之未成年人施作非為醫療必要之美容手術項目¹⁸。此處，該補充法規明文以「非為醫療必要之美容手術」為各種美容手術中的一種類別。2018 年 9 月修正「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」時，衛生福利部將上述補充法規的內容文字微調後增訂進去，成為該辦法第 20 條，明文將

¹⁷ 洪嘉翎，臺灣美容醫學課徵營業稅之法政策研究，月旦醫事法報告，4 期，2017 年 2 月，184-203 頁。

¹⁸ 衛生福利部衛部醫字第 1031661030 號公告，2014 年 2 月 26 日。

美容醫學手術區分為「治療目的之美容醫學手術」及「非治療目的之美容醫學手術」，而將兩者區別對待。部分論者擔心兩者根本難以立法區分的問題，事實上並不存在。

又，包括衛生福利部等論者的見解，似乎誤以為：一旦將非治療性美容醫學定性為消費行為，就無法受到醫療法及醫事人員相關法令的規範，將難以確保民眾接受美容醫學處置的安全性¹⁹。此一見解對於法律的解釋適用恐怕有嚴重誤解，因為在法律上並沒有「某醫療行為具有消費行為性質，就無法受醫療法令規範」的問題，反而會因為某醫療行為兼具有消費行為性質，因此它將同時可能適用醫療法令與消費者保護法令，因此可以提供病人更多保護依據，將更足以確保民眾的安全性與權益。這與衛生福利部等論者的上述結論剛好相反。

亦即，「醫療行為」與「消費行為」兩者並不見得是互相排斥、非黑即白的不相容概念。以非治療性美容醫學而言，一方面它使用醫療技術與醫學專業知識，可能對人體造成風險與傷害，因此仍然需要納入醫療法、醫師法等法令中關於醫療行為與醫療業務的管理做規範；但是另一方面，它屬於非以治療為目的之非必要性的醫療，消費與營利的性質極為濃厚，基於其事物性質以及對於相對弱勢的消費者予以保護的立法目的，它同時也應被納入消費者保護法的規範範圍內。

在法律體系上，同一個事物或行為，因為同時符合多重性質與多種法令的規範目的，所以同時適用多種法律的情形，其實所在多有，例如交通事故造成傷害，同時會有民法上的侵權行為責任，也會有道路交通管理處罰條例上的罰鍰、記點等行政責任，這在法律體系上並沒有非黑即白、二者不相容的問題。非治療性美容醫學屬於同時兼具「醫療行為」與「消費行為」兩種性質的醫療服務，而既然它同時兼具兩種事物性質、符合兩種法令的規範目的，就應該可以同時適用兩種法令：醫療法與醫師法等屬於衛生福利部「行政管制」、課予醫療院所與醫事人員「行政責任」的法令；以及消費者保護法與民法第 193 條之 1 等關於「保護消費者權利」、以「民事責任」為主的法令。²⁰

二、法院實務認為醫療行為不適用消保法之見解於美容醫學難以成立

如同本文之前所述：我國法院實務見解，於 2004 年醫療法第 82 條增訂第 2 項，將醫療機構及其醫事人員的損害賠償責任規定為以故意或過失為限之後，幾乎已一面倒直接認定「醫療行為不適用消費者保護法」²¹。但是首先，在法學方法與理由論證上，這些判決完全沒有討論「醫療行為不適用消費者保護法(第 7

¹⁹ 同前註 9。

²⁰ 劉宏恩，醫美亂象與消費者保護法的適用，消費者報導雜誌，第 400 期，2014 年 8 月，56-61 頁。

²¹ 例如：最高法院 96 年台上第 2178 號判決、臺灣高等法院 96 年醫上字第 11 號判決、臺中地方法院 100 年醫字第 15 號判決。

條)無過失責任」是否等於「醫療行為不適用(整部)消費者保護法」的問題。究竟為什麼只因爲醫療法第 82 條針對醫療行為的過失責任的特別規定，就可以排除消費者保護法除了第 7 條無過失責任以外的全部條文，使得整部消費者保護法於醫療行為的服務皆無法適用？實務上很多醫療糾紛的原告(病方)之所以引用消費者保護法，根本不是主張被告(醫方)應負該法第 7 條的無過失責任，而是主張在被告有過失的前提下，應依該法第 51 條負懲罰性賠償責任；或是依據該法第 22 條主張被告應負廣告責任；或是主張被告違反該法第 10 條對於消費者的保護規定，構成民法第 184 條第 2 項的侵權行為.....等。但是針對這些主張，許多法院都直接以「醫療行為依照醫療法第 82 條不適用消費者保護法(第 7 條)無過失責任」爲由，便不再去解釋適用消費者保護法其他這些無關被告無過失責任的條文，這不但有文義解釋與體系解釋上的法學方法瑕疵，而且也忽視歷史解釋方法的以下重要事實：2004 年立法院修正醫療法第 82 條時，原本草案有醫療行為「不適用消費者保護法」的明文規定，但是後來審議時立法者卻予以刪除，僅保留排除無過失責任的條項規定。進一步檢索立法會議記錄並且發現：當時有 35 位立法委員提案，根本反對醫療法修法排除無過失責任，反而認爲應該全面適用消費者保護法。最後通過的立法顯然是妥協產物，所以僅僅只有排除無過失責任而已，不再規定「不適用消費者保護法」²²。

其次，即使 2004 年修正之醫療法第 82 條第 2 項「以故意或過失爲限」的規定，排除了消費者保護法第 7 條的無過失責任，吾人仍然必須針對醫療法該條項規定做目的探求，就該條項的適用做目的解釋，而不應只是機械式、形式主義的去做字面上的解讀與適用。如果該條項修正的立法目的，確實如同立法理由書中所說，是基於「醫療服務之提供，依本法之規定乃具有強制性及公益性，與一般消費關係之性質有所差異」的話，那麼，不具有強制性及公益性，而是屬於營利性與商業化操作，且對於民眾屬於非醫療上必要而有消費性質的「非治療性美容醫學」，並不應屬於該條第 2 項立法目的上所欲規範的醫療行為範圍。該條第 2 項的「(醫療)業務」，應目的性限縮解釋爲美容醫學以外的一般醫療，以及治療性美容醫學。不包括非治療性美容醫學。非治療性美容醫學仍應適用消費者保護法，甚至包括該法第 7 條無過失責任之規定。

此外，許多法院判決經常提出以下見解：醫療行為若適用消費者保護法，將造成醫師的防禦性醫療或保守性治療，反而對消費者不利。此一見解在一般醫療或治療性美容醫學雖然可以成立，但是在非治療性美容醫學的領域實在無法成立。因爲一般醫療的目的是在「治療」疾病傷害，希望透過醫療介入來「減輕」病人的疾病傷害對他的健康的風險，因此我們需要擔心醫師因爲害怕責任而消極保守，不願去積極治療病人。但是在非治療性美容醫學的情形，民眾原本並沒有疾病傷害，所謂健康的風險其實是美容醫學介入所帶來的，甚至是美容醫學業者的行銷宣傳讓民眾涉入了不必要的風險，因此我們需要擔心的剛好相反：醫師太過積極，爲了營利而平白增添了民眾的風險。

²² 立法院公報，93 卷 19 期，2004 年 4 月，257-309 頁。

三、2018 年醫療法第 82 條新法之立法理由與解釋適用

2018 年 1 月修正施行的醫療法第 82 條第 2 項，將醫事人員前述「以故意或過失為限」的損害賠償責任，進一步予以限縮為「以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限」，始負損害賠償責任。此次修法被認為是爲了讓醫事人員於救治疾病時能免於醫療糾紛恐懼，以致於採取防禦性醫療反而浪費醫療資源且對病人不利。其立法記錄中的修法理由說明如下：「醫療行為乃醫事人員出於救死扶傷之初衷，目的爲降低病人生命與身體的風險，並對社會具有公共利益。近年醫療爭議事件動輒以刑事方式提起爭訟，不僅無助於民眾釐清真相獲得損害之填補，反而導致醫師採取防禦性醫療措施，甚至導致醫學生不願投入高風險科別。」²³

此次修法時立法者再次明示：本條項限縮醫事人員責任的規範目的，在於醫療行為具有救治人命健康的社會公益性，且醫療行為的目的是爲了降低病人生命身體上的風險，所以希望藉由責任限縮來避免醫師採取防禦性醫療，並避免醫學生不願投入醫療糾紛較多的科別。在如此明確的立法理由與規範目的記載之下，本文前述所主張的，對於「非治療性美容醫學」不應適用醫療法第 82 條第 2 項，且應可適用消費者保護法的見解，實已取得更堅實的立論基礎。因爲「非治療性美容醫學」顯然不屬於目的爲降低病人生命與身體的風險、具有救治人命健康的社會公益性的醫療行為，反而恰恰相反，它對於原本身體健康的民眾是額外增加生命身體上的風險，而且是以商業化與消費主義的方式來鼓動或刺激民眾慾望，接受此種美容醫學服務。事實上包括該次修法領銜提案與主導審議過程的立法委員也公開表示：美容醫學是否屬於醫療行為，於本次修法後需要再定義。²⁴

肆、結論與建議

本文訪談研究與參與觀察研究之發現充分顯示：非治療性美容醫學在本質上，是美容服務的醫療化，或是運用醫療技術來做美容服務，換言之，醫療行為只是美容服務的一種手段，它要處理的並不是疾病或健康問題。由於美容服務對於健康民眾而言並不具有必要性或迫切性，因此國家健保或是私人保險都不可能給付，而必須民眾自費，所以它無論在當事人主觀、外觀或是性質上，都像是一種民眾可以支付更多費用來換取更多服務的消費。相對的，它也因此成爲許多醫師希望離開艱苦科別及健保束縛，藉由醫療業務獲得較多報酬的營業方式，具有

²³ 立法院公報，107 卷 9 期，2018 年 2 月，127-137 頁。

²⁴ 信傳媒，醫療過失去刑化不排除醫美？林靜儀：醫美是否爲醫療行為需再定義，2017 年 12 月 21 日報導，<http://www.cmmedia.com.tw/home/articles/7487>（瀏覽日期：2019 年 5 月 6 日）。

營利動機與營利事實²⁵。

在醫美廣告與違法行銷、違法收費的案件層出不窮且不斷增加，醫美死傷事故與醫療糾紛經常占據媒體版面的今日，衛生福利部過往這幾年對於美容醫學的管理與政策是否足以保護民眾，實在令人存疑。除了違法案件與事故糾紛實在太多且太過於日常可見之外，從本文的受訪者絕大多數從未聽聞衛福部推出的「美容醫學品質認證」，且唯一聽聞過的受訪者也表示其無參考價值，或許也可以看出這種消極等待業者自願接受認證與管理的措施，實益極為有限。為了亡羊補牢，衛生福利部就美容醫學問題三度修正發布的「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」，其對於美容醫學操作醫師的資格與訓練背景的要求，雖然終於從 2019 年 1 月 1 日開始施行，但是在醫美醫療院所及醫師公會的施壓之下，該辦法最後竟然只針對部分「美容醫學手術」（如削骨、拉皮、抽脂、腹部整形、鼻整形、義乳植入之乳房整形）做規範，至於其他美容醫學手術，以及目前違法廣告行銷及相關糾紛最多的「美容醫學針劑注射」（如肉毒桿菌、玻尿酸）與「美容醫學光電治療」（如雷射、脈衝光、電波、超音波），反而完全不在該辦法管理之列。衛生福利部妥協壓力而棄守自己保護廣大可能受害民眾之責的作法，實在令人非常遺憾。

在非治療性美容醫學中，醫病關係已經與一般醫療行為的情形截然不同。美容醫學使用者是原本健康的人，且自費付出較一般醫療（尤其在健保制度下）更高的費用，所以對於治療結果是否「滿意」可能會比較挑剔；而且，倘若自己原本的良好健康反而因為付費接受美容醫學服務而發生疾病傷害，勢必會更無法接受。另一方面，由於許多醫師是基於較豐厚的報酬獲益而從事美容醫學，醫師個人利益與病人利益之間潛在的利益衝突（conflict of interest）可能更大²⁶，再加上病人自居於付費購買服務的地位與想法，醫病間之倫理與互動與一般必要性醫療相比，已經有極大幅度改變，醫病間之信賴關係也已下降。在上述商業化與消費化的脈絡下，遊走法律邊緣的醫美廣告行銷與美容醫學糾紛勢必還會持續不斷。繼續使用管理治療目的之醫療行為的法規與模式來管理非治療性美容醫學行為，恐怕只會治絲益棼。

本文建議：在上述社會脈絡與醫美消費行為實況的條件下，由於衛生主管機關以醫療法及醫事人員相關法規來管理非治療性美容醫學，目前成效不彰且力有未逮，倘若能依照正確的文義解釋、體系解釋、歷史解釋及目的解釋做法律解釋適用，讓非治療性美容醫學受到消費者保護法的規範，使美容醫學業者同時需要遵守醫療法相關法規與消費者保護法相關法規，例如受到後者第 22 條廣告責任之拘束、第 17 條定型化契約應記載或不得記載事項之拘束、接受直轄市及縣市政府依第 33 條以下規定的行政監督、承擔第 51 條的懲罰性損害賠償責任。如此，才足以達成醫療法第 1 條「健全醫療事業發展，提高醫療品質，保障病人權益，

²⁵ 陳立軒、蔡仁雨，是美容醫學還是醫學美容，科學發展，485 期，2013 年 5 月，6-9 頁。

²⁶ 可參考劉宏恩，論生物醫學研究中利益衝突(Conflict of Interest)問題之規範：以利益衝突之基本概念及其規範上之必要性為討論核心，律師雜誌，319 期，2006 年 4 月，65-81 頁。

增進國民健康」的立法目的，以及消費者保護法第 1 條「促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質」的立法目的。也如此，美容醫學的發展才有可能永續經營，不會因為目前的亂象造成劣幣驅逐良幣、民眾信心喪失，未來難以為繼。