

德國關於美容醫學醫療廣告 之自律與法律規範*

洪藝齊**、劉宏恩***

摘要

美容醫學（以下簡稱「美醫」）係對生命身體安全可能產生風險之醫療行為。實務上，民眾因美醫行為致生命身體健康受有損害之案例並不罕見。雖然，美容醫學廣告及行銷涉及醫療業者的言論自由與營業自由，但是在美醫屬於非必要性之醫療的情況下，業者進行商業化運作以吸引民眾的誘因及可能性更大，也有部分美醫業者的廣告及行銷內容可能欲使民眾忽略醫療風險，甚至刻意隱瞞風險。為了保護病人與社會大眾的健康與安全，在許多國家（包含我國），醫療廣告都是屬於法令上特別予以管制的一種廣告類型。由於德國無論在大陸法系的國家當中，或是在醫療技術與醫學實務的發展上，都屬於極為值得參考的重要國家，而且德國特別針對醫療廣告立有專法，故本文以德國關於美醫等醫療廣告之自律與法律規範，作為研究與分析對象，包括「德國境內執業醫師專業規範」（MBO-Ä）、「醫療廣告法」（HWG）以及「不正當競爭防制法」（UWG）的相關規定，並介紹討論若干德國法院的相關判決。最後並提出對於我國主管機關的建議。

目次

- | | |
|---------------------------|---------------------------|
| 壹、緒論 | 參、德國法院對美容醫學廣告
之見解與相關判決 |
| 貳、德國關於美容醫學廣告的
主要規範 | 一、德國法院對美容醫學
廣告及行銷之見解 |
| 一、德國境內執業醫師專
業規範（MBO-Ä） | 二、法院對美容醫學廣告
及行銷之判決案例 |
| 二、德國醫療廣告法
（HWG） | 肆、結論與反思 |
| 三、德國不正當競爭防制
法（UWG） | |

關鍵字：美容醫學、醫療廣告、德國、法院判決、不正當競爭

* 投稿日：2020年10月15日；接受刊登日：2020年12月15日。作者十分感謝審稿委員的嚴謹指正與建議。

** 國立政治大學法律科際整合研究所碩士。

*** 國立政治大學法律科際整合研究所副教授。

壹、緒論

美容醫學（以下簡稱「美醫」）係對生命身體安全可能產生風險之醫療行為。事實上，民眾因美醫行為致生命身體健康受有損害之案例並不罕見，例如曾發生抽脂隆乳手術致死¹、隆鼻致死²、減肥胃繞道手術後不治³、電波拉皮險毀容⁴，以及網紅和美醫診所為美醫療程業配合作，致該網紅因注射玻尿酸而失明⁵等情況。雖然，美容醫學廣告及行銷涉及醫療業者的言論自由、營業自由，但是部分美醫業者之廣告及行銷內容似乎刻意欲使民眾忽略醫療風險，甚至刻意隱瞞風險⁶。例如美醫廣告中以藝人推薦、名媛御用等各種形容用語對民眾作招徠暗示；亦有美醫診所廣告是醫療團隊合照，卻未完全揭露醫師全名，

-
- 1 楊依嘉、黃建榮，醫美暗藏風險 愛美不成賠上命，華視新聞，2018年3月12日報導，<https://news.cts.com.tw/cts/general/201803/201803121916826.html>（最後瀏覽日：2020年12月15日）。
 - 2 邱俊福，知名整形醫師替病患隆鼻致死 死者姊姊淚控要真相，自由時報，2019年3月29日報導，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2743022>（最後瀏覽日：2020年12月15日）。
 - 3 女做胃繞道手術身亡 名醫遭起訴，華視新聞，2019年5月2日報導，<https://news.cts.com.tw/cts/society/201905/201905021959801.html>（最後瀏覽日：2020年12月15日）。
 - 4 賴淑敏、邱福財，電波拉皮險毀容 女子控醫業務過失傷害罪，公視新聞網，2019年5月9日報導，<https://news.pts.org.tw/article/431218>（最後瀏覽日：2020年12月15日）。
 - 5 劉子菱，「打針瞬間，右眼視線就只剩下一半！」冒牌生控訴醫美診所打玻尿酸讓他失明毀容，風傳媒，2018年8月3日報導，<http://www.storm.mg/article/472085>（最後瀏覽日：2020年12月15日）。
 - 6 劉宏恩、吳采玟，美容醫學醫療行為是否具有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，月旦醫事法報告，32期，頁7-30，2019年6月。

致民眾無法判定其是否係執業醫師⁷。美醫診所為達招徠美醫業務目的，以優惠折扣及誇大不實內容手段宣傳美醫療程之情況層出不窮；亦有美醫診所「預收」美容醫學療程費用，後來卻無預警歇業致醫療使用者（以下簡稱「醫用者」）無法接受完所購療程⁸等不當行銷行為發生。又，每至年節將近，亦總會見到主管機關及新聞報導呼籲民眾應當心違法美醫廣告及行銷⁹。

由於美容醫學通常訴求於健康民眾，以滿足其主觀上追求美貌的心理期待，在美容醫學屬於非必要性之醫療的情況下，業者進行商業化運作以吸引民眾的誘因及可能性更大。雖然美容醫學廣告及行銷涉及醫療業者的言論自由與營業自由，但是，當對於人民生命身體健康具有風險之美容醫學行為，可能以刻意忽略或隱瞞風險之廣告及行銷方式招徠民眾接受美醫療程時，對美容醫學廣告及行銷即有加以規範之必要。我國現行法雖有醫療法第 61 條、第 84 條至第 87 條等規定，以及主管機關相關函釋，對於美醫廣告及行銷之內容與方式、收費標準等設有種種限制，但前段所述之問題似乎仍然層出不窮。論者亦屢屢針對無治療上必要性的美容醫學，是否應該與具有治療必要性的一般醫療行為，在規範密度與法規適用上予以區別對待，提出

7 張菁雅，醫美廣告街頭林立 中市議員促加強稽查，自由時報，2019 年 5 月 28 日報導，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2804410>（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）。

8 楊淑閔，消基會：貴婦奈奈案突顯醫美法規應再加嚴，中央社，2018 年 12 月 7 日報導，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/201812070202.aspx>（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）。

9 翁浩然，母親節醫美促銷 別衝動埋單，聯合報，2019 年 5 月 7 日，D4 版。

法律上的討論¹⁰。究竟比較法上，是否其他國家有不同的規範方式或立法、執法經驗，其是否有可供我國對照檢討或未來參考之處，是為本文之研究立意。由於德國無論在大陸法系的國家當中，或是在醫療技術與醫學實務的發展上，都屬於極為值得參考的重要國家，而且德國特別針對醫療廣告立有專法，其法院判決中亦經常有相關案件，故本文以德國關於美容醫學等醫療廣告之自律與法律規範，作為研究與分析對象。

在德國，直至 2000 年該國醫界一般而言係反對醫療廣告，但基於德國基本法第 12 條第 1 項職業自由、第 5 條第 1 項言論自由，及其他德國憲法法院和歐洲人權法院之見解，其對於醫師刊載廣告之行為目前已稍予開放¹¹。德國現行對美醫廣告及行銷之規範可分為三個部分：「德國境內執業醫師專業規範」（Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, MBO-Ä）、「醫療廣告法」（Heilmittelwerbegesetz, HWG）、「不正當競爭防制法」（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG）。本文以下分別介紹之。

10 劉宏恩、吳采玟，同註 6，頁 22-30；魏伶娟，論非治療性微整型美容與消費者保護法之適用，*高大法學論叢*，12 卷 2 期，2017 年 3 月，頁 245-298。

11 *Arztwerberecht*, 4 März 2019, <https://www.mtp.org/magazin/2019/03/04/arztwerberecht/> (last visited: Dec. 15, 2020).

貳、德國關於美容醫學廣告的主要規範

一、德國境內執業醫師專業規範（MBO-Ä）

德國境內執業醫師專業規範（以下簡稱 MBO-Ä）為該國醫師的全國性專業自律機構「德國醫學會」（Bundesärztekammer）所制定，對於德國醫師有強烈的自律拘束力。該規範與美醫廣告及行銷相關的條文，為第 3 條及第 27 條¹²。第 3 條第 1 項規定，除了從事醫療專業工作外，醫師不得從事任何與醫學倫理原則不相符之活動，如禁止醫師將其名字或職業聲譽不正當地用於商業目的。

MBO-Ä 第 27 條第 1 項規定，遵守德國境內執業醫師專業規範之目的係藉由提供適當及充分資訊，避免與醫師自我形象相悖之醫療商業化，以確保對患者之保護。同條第 2 項規定，於此基礎上，醫師須提供患者客觀且專業之資訊。同條第 3 項規定，禁止醫師為違反專業倫理之廣告，特別是歌頌性、誤導性或比較性廣告，醫師既不應主動亦不應容忍他人為該類廣告。醫師不得藉由醫療專業行為來替自己或他人的商業活動或產品做廣告。醫師亦不得為其他法令所禁止的廣告。

12 (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 –*) in der Fassung der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt, A3. A8, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf (last visited: Dec. 15, 2020).

同條第 4 項則正面表列允許醫師對外公告的事項：(1) 依專科訓練規定所獲取之資格稱謂；(2) 其他依政府法令獲取之資格；(3) 主要專業活動領域；(4) 所屬專業組織。對於依專科訓練規定所獲取之資格稱謂，只能依照該規定所允許的形式來使用。對於其他依政府法令獲取之資格以及主要專業活動領域的公告，不得與依照專科訓練規定所獲取的資格稱謂互相混淆。同條第 5 項並規定：上述 (1) 至 (3) 事項的對外公告，必須該醫師並非僅偶爾從事該專業活動，始可為之。第 6 項並進一步規定：醫師應配合德國醫學會之要求，提供對外公告文件以接受審查，基於此目的醫學會並有權要求醫師提供更多相關資訊。

二、德國醫療廣告法 (HWG)

德國醫療廣告法 (以下簡稱 HWG)¹³ 旨在保護個人和公眾健康，立法者認為雖不需完全禁止宣傳藥品或醫療程序和治療，惟此等與醫療相關之廣告內容仍應受有限制。2005 年 9 月德國藥事法 (Arzneimittelgesetz, AMG) 第 14 次修正條文將歐盟指令 (2004/27/EC、2004/28/EC) 予以內國法化，同時亦針對醫療廣告法予以修正。修正後該法第 1 條第 1 項第 2 款便明文規定：本法適用於非必要性醫療之美容醫學手術廣告。再如同法第 3 條禁止誤導性廣告，以及同法第 11 條第 1 項後段禁止美醫療程以術前術後身體外觀狀況之比較，為誤導和違反倫理之廣告宣

¹³ Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbeengesetz - HWG), Zuletzt geändert durch Art. 12 G v. 20.12.2016 I 3048, <https://www.gesetze-im-internet.de/heilmwergb/BJNR006049965.html> (last visited: Dec. 15, 2020).

傳。這些規定使美醫廣告受到嚴格限制¹⁴。以下詳細介紹之。

(一) 規範對象

根據 HWG 第 1 條第 1 項，本法適用於以下項目的廣告：德國藥事法 (Arzneimittelgesetz, AMG) 第 2 條所稱之藥物；醫療器材法 (Medizinproduktegesetz, MPG) 第 3 條所稱之醫療器材；其他關於檢測、消除或減輕人或動物之疾病、痛苦、身體傷害或病理主訴之方法、程序、處置或物品；無醫療上必要而改變人體的美容醫學手術。

(二) 禁止醫療廣告刊載誤導性資訊

HWG 第 3 條明文禁止誤導性廣告。該條規定：醫療廣告須符合真實原則，不得宣稱實際上不存在的療效，或誤導廣告受眾使其以為有此療效，即使有療效亦不得給予廣告受眾其療效確定成功之印象。具體而言：禁止對藥品、醫療器材、程序、處置、物品或以其他方式提供之治療，提供關於其功效或效果之誤導性內容，禁止給予廣告受眾以下誤導性印象：(1) 治療確定可成功；(2) 若按預期方式使用，即不生有害影響；(3) 此廣告並非為了市場競爭目的而製作。該條亦禁止對於藥品、醫療器材、物品或其他治療方式之組成或性質，或程序或處置之方式，提供錯誤或欺瞞性的資訊；禁止對於其製造商、發明人或為其工作或製造人員之教育、能力或成就，提供錯誤或欺瞞性的資訊。

¹⁴ Ärztekammer Nordrhein, Informationen der Ärztekammer Nordrhein zur "Schönheitschirurgie", <https://www.aekno.de/wissenswertes/dokumentenarchiv/buerger-patienten/informationen-der-aerztekammer-nordrhein-zur-schoenheitschirurgie> (last visited: Jun. 17, 2020).

若違反 HWG 第 3 條所禁止事項，按同法第 14 條，行為人將被處以一年以下有期徒刑或罰鍰。又，同法第 15 條第 2 項規定，若因過失而違反第 3 條者，按第 15 條第 3 項後段，可處以最高二萬歐元之罰鍰。

（三）禁止醫療廣告刊載無法證實之資料

HWG 第 6 條禁止以下三種廣告：(1) 發表或提到並非科學上或專業上有資格之人所做的專家意見或證明，或是姓名、專業、地點等來源不明或日期不明的專家意見或證明；(2) 提及科學或專業等文獻，但並未明確說明該文獻是否係關於廣告之特定藥品、醫療器材、程序、處置、物品或其他方式的文獻，或未提出其作者、出版日期與地點；(3) 引用專業文獻，但是並未原文逐字引述或原始表格引用。

根據 HWG 第 15 條第 1 項第 3 款規定，因故意或過失違反 HWG 第 6 條均應視為行政違法行為，按第 15 條第 3 項前段，可處以最高五萬歐元之罰鍰。

（四）禁止醫療產品業者提供經濟誘因之原則與其例外

HWG 第 7 條禁止醫療產品業者提供或宣布利益和其他廣告贈品（商品或服務），亦禁止身為專業人員接受上述利益及贈品。但有以下例外情況：(1) 該利益或贈品屬低價值，並清楚標示廣告主或廣告商品之名稱；但若藥物之廣告贈與會違反藥事法（AMG）對藥物價格管制之規定的話，則禁止贈與。(2) 該利益或贈品僅屬於醫療產品／服務交易習慣中的附屬項目，具體而言，例如至業者處所或治療地點使用該醫療產品／服務之公

共交通費用，其合理費用之部分或全部補償。(3) 該利益或贈與係提供產品／服務之資訊或建議。(4) 免費向消費者提供之雜誌，而且依其外觀與設計，從封面便能辨識它的目的是用來吸引消費者與促進廣告主利益，且其印製成本低廉。

依據 HWG 第 15 條第 1 項，業者因故意或過失違反上述規定，或是身為醫療專業人員卻仍接受不應受之贈與或為其他廣告做宣傳，皆視為行政違法行為，依第 15 條第 3 項前段，可處以最高五萬歐元之罰鍰。

(五) 被禁止之醫療廣告類型

HWG 第 11 條列出多種被禁止之醫療廣告類型，其大多數規定涉及藥物廣告領域，主要規範對象為藥物製造商。而在 2012 年修正 HWG 時，已取消先前對醫師的部分禁令¹⁵，如禁止醫師穿著白袍（醫師服）出現於廣告中（Kittelverbot）¹⁶、禁止以外國語言或專業術語做廣告內文¹⁷等。修正後，部分放寬先前於 HWG 第 11 條第 1 項第 3 款中禁止使用有關診療個案的規定，限於在濫用、令人反感、誤導或可能致使廣告受眾錯誤自我診斷時才會被禁止。

HWG 第 11 條第 1 項第 2 款係禁止代言廣告的規定，禁止以科學家、醫療專業人士、獸醫專業人士或其他名人，來提供資訊或推薦以鼓勵民眾消費藥物。第 5 款則禁止廣告中濫用、

15 Ina Koker, Heilmittelwerbegesetz geändert, Münchner Ärztliche Anzeigen, 2013, S.14, http://www.aekbv.de/images/stories/aerzte/Links_und_Downloads/Heilmittelwerbegesetz_ma72013.pdf (last visited: Dec. 15, 2020).

16 未修訂前之 HWG 第 11 條第 1 項第 4 款規定，現已刪除。

17 未修訂前之 HWG 第 11 條第 1 項第 6 款規定，現已刪除。

使用引人反感的或是具誤導性的圖片，來顯示人體因疾病或傷害而發生的變化，或使用醫藥產品對人體或器官的作用。第 7 款禁止廣告宣稱倘若不使用該藥物，健康狀況將受負面影響或是無法改善。第 8 款禁止以廣告講座的方式來販售醫藥產品或是提供販售地點。第 9 款禁止以廣告目的含糊不清或無法明確識別其廣告目的之出版物來進行廣告。第 11 款禁止濫用、使用引人反感的或是具誤導性的第三人見證、感謝信或推薦，或是引用此等見證、感謝信或推薦。第 12 款禁止專門或主要針對 14 歲以下兒童為受眾的廣告。第 13 款禁止以競賽、抽獎或其他結果取決於運氣之措施或程序，來鼓勵不當或過度使用醫藥產品。第 14 款禁止以直接提供醫藥產品、或是其試用品或換購券／體驗券的方式做廣告。第 15 款禁止以直接提供醫療處置或其他方法、或是其試用品或換購券／體驗券的方式做廣告。此外，對於美容醫學手術，本條項特別規定：禁止透過比較手術前後的身體狀況或外觀的方式，來呈現該治療的效果，亦禁止專門或主要針對兒童和青少年為美容醫學手術之廣告。同條第 2 項並規定：供人類使用的醫藥產品對於醫療專業人士以外之人做廣告時，不得聲稱該產品的效果等同或是優於另一醫藥產品或另一治療方法。

根據 HWG 第 15 條第 1 項第 8 款規定，因故意或過失違反 HWG 第 11 條均應視為行政違法行為，按第 15 條第 3 項前段，可處以最高五萬歐元之罰鍰。

三、德國不正當競爭防制法 (UWG)

德國境內執業醫師刊登醫療廣告之行為，除適用前已提及之 MBO-Ä 和 HWG，亦須遵守德國不正當競爭防制法（以下簡稱 UWG）。又，雖 UWG 大部分規定並未具體涉及廣告促銷行為，而係一般商業或競爭，惟醫師刊登廣告應屬競爭行為之一種，當無疑問。

根據 UWG 第 3a 條定義，所謂「不正當交易行為」係指：行為人違反某一項為市場參與者利益而制定的市場行為規範，且此違反規範之行為明顯損害消費者、其他市場參與者或者競爭參與者之利益。此處的「市場行為規範」包括判例法以及前面章節介紹的 HWG、MBO-Ä 等法規範¹⁸。故違反 HWG 之醫療廣告可能違反 UWG，例如刊登美容醫學行為前後圖像之廣告，可能違反 HWG 第 11 條及 UWG 第 3a 條。再如 MBO-Ä 第 27 條第 3 項禁止醫師為違反專業倫理之廣告，特別是具有歌頌性、誤導性或比較性之廣告，醫師亦不得藉由醫療專業行為來替自己或他人的商業活動或產品做廣告，若違反此規範亦可能同時構成 UWG 第 3a 條所稱之「不正當交易行為」。

UWG 第 3 條第 1 項明文禁止不正當交易行為。同條第 2 項規定，針對或是接觸消費者之商業活動，若違反職業上之應有注意，且足以對消費者之經濟行為產生顯著影響者，其交易行

18 Arzt - Werbung - Öffentlichkeit, Bekanntgaben der Herausgeber, 2017, S. 4. https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Recht/Arzt-Werbung-Oeffentlichkeit.pdf (last visited: Dec. 15, 2020).

為屬不正當。同條第 3 項規定，本法附件¹⁹所列針對消費者之交易行為一律禁止之。同條第 4 項規定，針對消費者之交易行為之判斷，以一般通常之消費者為準，或若交易行為係針對一群特定消費者時，以該群消費者之通常成員為準。事業經營者若可預見其交易行為，僅對因精神或身體缺陷，或因年齡或易輕信此交易行為，而特別易受此商品或服務損害之某特定群體之經濟行為，足以產生顯著影響者，其交易行為須從該特定群體之通常成員之觀點加以判斷。

與第 3 條第 4 項相關者為 UWG 第 4a 條第 2 項末段規定之「侵略性的交易行為」，即該手段足以顯著損害消費者或其他市場參與者之決策自由，如第 4a 條第 2 項第 3 款，故意利用現實之不幸境況或此類悲傷事態加以施壓，以影響消費者或其他市場參與者的判斷力，並對其決策產生影響；第 4a 條第 2 項末段並明文規定，上述第 4a 條第 2 項第 3 款之適用應特別考量消費者其精神和身體上的缺陷、年齡、交易經驗之不足、容易輕信、恐懼和陷於困境。

觀察某些美醫廣告及行銷方式，其廣告文案、行銷手段係故意以人對老化與外表缺陷之恐懼、對完美外貌體態之嚮往為訴求，使醫用者因而陷於焦慮不安或不滿意狀態，進而影響其是否接受美醫療程之決策判斷。其應有違反 UWG 第 3 條第 4 項及第 4a 條第 2 項之可能。

19 可參照林易典，德國不正當競爭防制法 2017 年最新翻譯，<https://www.ftc.gov.tw/upload/6c044d79-bfb5-4427-ad82-8942d682e0f1.pdf>（最後瀏覽日：2020 年 8 月 14 日）；范劍紅、張琪，德國《反不正當競爭法》2016 修訂版，澳門法學，1 期，頁 78-80，2017 年。

違反 UWG 第 3 條之法律效果規定於同法第 8 條第 1 項，對於行為人實施第 3 條所禁止之不正當交易行為，得請求其除去妨害；若其有再度實施之虞，得請求其不作為。同條第 2 項規定，此等違法行為若係由某一員工或受託人在某一企業所實施者，亦得向企業所有者行使上述不作為請求權和除去妨害請求權。UWG 第 9 條係關於行為人因故意或過失從事第 3 條所列舉禁止之交易行為，即應賠償競爭參與者因此而生之損失。

同樣被認為屬於前述「市場行為規範」者，尚包括德國醫師收費標準（Gebührenordnung für Ärzte, GOÄ）。根據 GOÄ 第 5 條第 2 項第 1 段規定，醫師須於 GOÄ 所定範圍內，並考慮到合理執行該醫療業務之難度、時間和情況，來確定醫療費用。故若美容醫學醫師廣告刊登之服務收費違反上述收費標準，或低於適當費用表之最低費率而為折扣廣告，該行為除違反 GOÄ 第 5 條第 2 項第 1 段，亦可能違反 UWG 第 3a 條。

另，UWG 有若干個別條款明確規定禁止某些形式之廣告，如 UWG 第 6 條禁止比較廣告，即廣告內容未客觀地比較某商品或服務之實質、重要、可核查及典型的性質，或是未客觀地比較該商品或服務之價格；於商業交易中，在廣告者和競爭參與者間，或在他們提供的商品或服務間，或在其使用之標識間，造成使廣告受眾感到混淆之風險；貶損或詆毀其他醫師之聲譽或其醫療服務。前述行為亦容易於美容醫學廣告及行銷中常見。

UWG 第 16 條第 1 項係刑罰相關規定，行為人故意營造特別優惠之假象，並於公開告示中或針對較大範圍多數人之通告中，透過虛假陳述進行引人誤解之廣告，處兩年以下徒刑或罰金。

參、德國法院對美容醫學廣告之見解與相關判決

關於前述法規之解釋適用，德國法院歷年來有以下重要見解及判決，德國醫事法律師 Beate Bahner 並曾整理出若干被德國法院認為違法的美容醫學廣告類型，值得參考²⁰。

一、德國法院對美容醫學廣告及行銷之見解

德國柏林聯邦最高法院（Kammergericht Berlin）及德國柏林高等法院（Landgericht Berlin）之見解認為：相較一般醫療，美容醫學因可藉由健保以外收入取得財源，或可享有較廣泛的廣告自由；又按商業慣例，廣告主可能藉廣告引起他人對其服務之更多關注，此舉亦間接和其他美醫服務提供者產生競爭關係，然美容醫學服務對民眾而言，基本上是可有可無，並無必要性。²¹

而許多醫用者可能不知或對該等手術措施之想法相當模糊，且僅以美容醫學並不見得能解決醫用者潛意識中深刻的恐懼和希望。此外，於一般必要性醫療的情況下，患者之經濟風險通常由醫療保險承擔，但是美容醫學行為則須由醫用者單獨承受該經濟負擔。因此，一般醫療廣告與美容醫學廣告兩者所生風險不可能相同。若醫用者明白美容醫學只能起美化作用，且其必須單獨承擔費用，那麼醫師和醫用者間亦會缺乏特殊信任關係²²。

20 Beate Bahner, Das neue Werberecht für Ärzte. Auch Ärzte dürfen werben, 2013, S. 307.

21 KG Berlin, Urt. v. 12.11.2002 – 5 U 325/01 –, LG Berlin, Urt. v. 30.1.2003 – 16 O 561/02 –.

22 同註 20，頁 308。

Beate Bahner 指出：上述柏林最高法院對於美容醫學廣告的見解，揭示了對醫療廣告應如何評估的若干要素。由於是否接受美容醫學療程必須由醫用者於知情同意之下考量決定，那麼對於美容醫學之風險，廣告主必須充分提供給醫用者相關資訊。畢竟，民眾自由決定是否接受美醫療程，就需要承擔個人責任，儘管該決定可能主觀地提高生活品質，但是固有危險仍然存在，此危險不能被隱匿²³。

二、法院對美容醫學廣告及行銷之判決案例

(一) 禁止美容醫學手術前後對照圖

2016年6月8日科布倫茨高等法院第九民事庭(9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz)作出9 U 1362/15判決，認為在網路上刊登美醫療程術前術後照片，已違反 HWG 第 11 條第 1 項第 2 句及 UWG 第 3a 條「不正當交易行為」之規定；而且，縱使該美醫手術前後對照圖係出現於僅供已註冊之用戶才可訪問之網頁，亦不被允許刊登²⁴。

法院認為：本案被告以成功之美醫手術前後照片作比較，並透過詳細描述，使潛在醫用者可能據之做出錯誤之自我診斷，尋求非必要性醫療之美醫手術。即使該被告診所設定僅限已註冊之用戶才可瀏覽這些手術前後對比照片，法院仍然認為：此

23 同註 20，頁 312。

24 Wettbewerbszentrale, OLG Koblenz: Vorher-nachher-Bilder für Schönheitsoperationen sind unzulässig, https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_news/?id=1714 (last visited: Dec. 15, 2020).

舉無法替潛在醫用者提供足夠保護；且 HWG 對於美醫廣告之規範，亦於 2012 年 9 月明確加入第 11 條第 1 項第 2 句禁止使用美醫手術之術前術後照片，理由係立法者有意為防止人民在無任何須接受醫療之情況，將其自身暴露於醫療手術等風險中，故禁止用所謂前後對比照片以激起潛在醫用者之興趣，進而接受美醫手術。

此外，相對比之下，產生併發症及失敗之手術照片僅於實際接受美醫手術之當事人個人諮詢時才公開，該操作背後目的係使潛在醫用者認為該美醫診所成功率高、醫療技術甚佳，選擇使用該診所之服務。該行為即構成 UWG 第 3a 條，因其阻礙了 UWG 所要保護消費者取得產品和服務之訊息及作出與交易有關決策時之自由。

（二）禁止於美容醫學廣告中標榜投保信（Schutzbrief）

德國哈姆地區高等法院（OLG Hamm）於 2010 年 6 月 22 日做出 Az.I – 4U28/10 判決，禁止將「投保信」（Schutzbrief）意涵放入美容醫學廣告，因為法院認為其具誤導性。該案之系爭廣告標榜提供醫用者美容醫學療程中所需高品質醫材、安全麻醉、經驗豐富的美容醫學醫師之建議與操作及更多安全性；另無論施行美醫療程地點為何，與該美容整型外科協會相關之診所皆免費提供後續治療。²⁵

²⁵ Marc Sieper, OLG Hamm untersagt Werbung für Schönheitsoperationen mit dem Schutzbrief der Deutschen Gesellschaft für Ästhetisch-Plastische Chirurgie (DGÄPC), <https://www.rpmed.de/pdf/newsletter/100455-Newsletter-05-Beitrag-4.pdf> (last visited: Dec. 15, 2020).

原告檢舉該廣告，因其認為被告誤導潛在醫用者，從而導致不公平競爭。原告表示：廣告受眾熟悉保險業所使用之「投保信」一詞，意即若發生意外事故，憑此將獲保險公司協助，這意味著一種保證聲明。被告則認為其所刊載之廣告未具體明確指出「投保信」，且主張由於保證內容具多樣性，醫用者應會進一步詢問於相關情況下「投保信」所能保護範圍為何。

哈姆地區高等法院最終根據德國不正當競爭防制法（UWG）第3條禁止不正當交易行為之規定，以及其構成第5條第1項第1款「就商品或服務之重要特徵」足以引人錯誤之誤導性交易行為，判定系爭廣告形式之「投保信」被視為具誤導性而導致不公平。

法院的判決理由認為：若廣告內容給目標受眾不正確印象，並因此有可能影響其判斷，則該廣告便具誤導性。系爭廣告中所指之「投保信」常見於汽車等保險，但美醫手術並非典型受保險項目，若在美醫廣告中出現「投保信」用語，則潛在醫用者可能假設其於美醫療程中有權享受保險福利，但此並非被告真實之意思，故該「投保信」用語係模糊曖昧的。又，被告所宣傳之「投保信」承諾內容亦超出了其本來僅要招徠醫用者之目的；被告更將「投保信」所承諾內容稱為「新穎的」（Neuheit），然而提供醫用者高品質醫材、安全麻醉、經驗豐富的美容醫學醫師之建議與操作等，本係美容醫學從業者之專業倫理與義務。綜上，「投保信」給人之總體印象容易導致嚴重誤解，且可能影響潛在醫用者之判斷，故違反德國不正當競爭防制法（UWG）第3條及第5條第1項第1款之規定。

(三) 禁止以拍賣方式出售美容醫學療程

慕尼黑地方法院 (Landgericht München) 於 2009 年 8 月 13 日作出 GZ 4HK O 9341/09 判決，該案爭點為：醫療廣告法 (HWG) 第 11 條規範對象是否涵蓋美容醫學手術？以及拍賣美容醫學優惠券是否違反 HWG 第 11 條第 1 項第 13 款，禁止透過競賽、抽獎或其他結果取決於機會、運氣之程序，來鼓勵不當或過度使用醫藥產品？

系爭案件事實為一家美醫診所在 SüddeutscheZeitung 經營之 Kaufdown 網頁上，拍賣一張價值 3000 美元之美醫優惠券，此行為被德國社會競爭協會 (Verband sozialer Wettbewerb, VsW)²⁶ 警告違反 HWG 及 UWG，並對 SüddeutscheZeitung 提起訴訟。被告主張 HWG 第 11 條第 1 項明文之具體適用範圍包括藥品、治療方法及其他醫療用品，但非必要性醫療之美容醫學手術並未列於其內。原告則主張 HWG 第 11 條涵蓋美醫手術，因為 HWG 第 1 條第 1 項係通則定義，其管制範圍係：藥品、醫療設備、治療方法及對象和其他相關手段，非必要性醫療之美容醫學手術亦於其中。此外，原告主張以拍賣方式獲得美醫券之結果，係取決於機會，違反 HWG 第 11 條第 1 項第 13 款。惟被告認為拍賣的結果並非取決於隨機，而是優先原則，對於誰可獲得該優惠券已有明確規則，故該過程係已知，並不依賴於機會或任意性。

26 該協會成立於 1975 年，總部設立在柏林，惟該協會活動領域含括整個德國聯邦領土。該協會監督並對違反 UWG 者提出警告，可見 <http://www.vsw.info/00000098fd0d98b0b/index.html> (最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日)。

慕尼黑地區法院認為 HWG 第 11 條適用對象涵蓋美醫手術，法院見解認為美醫手術可歸類於「治療方法」（Behandlung），而該字眼於 HWG 第 1 條及第 11 條皆有明文。而法院亦認為拍賣是一至少主要依賴於機會之程序，因出價時有可能隨時干預其他感興趣的各方。

對於此判決有論者提出不同見解，認為「治療」和「非必要性醫療之美容醫學手術」是兩個不同概念，否則立法者應明確定義治療之概念，使其亦包含美容醫學手術。²⁷

（四）禁止以美容醫學療程作為獎品

柏林最高法院第五民事庭（5. Zivilsenat des Kammergerichts Berlin）於 2017 年 5 月 22 日作出 5 W 94/17 判決，禁止廣播電台以美醫手術為抽獎活動獎項²⁸。案件事實為 Radio RTL Berlin 廣播電台以「Arno 替你支付美醫手術」名義於廣播、網路和其他媒體上進行抽獎活動，要求聽眾將其認為自身不滿意部位之照片，透過應用程式以保密方式發送給特定醫師。此外，該廣播電台要求：當聽眾得知自己中獎時，須盡快聯絡該廣播電台以領取前述獎品。

27 Alexander Rathgeber, LG München I: Rückwärtsauktion für Schönheitsoperation verstößt gegen § 11 Abs.1 Nr.13 HWG, Urteil v. 13.08.2009, GZ 4HK O 9341/09, <http://www.rathgeber.net/schoenheitsoperation-rueckwaertsauktion-hwg-muenchen-2009-08-13> (last visited: Dec. 15, 2020).

28 Beschluss des KG Berlin vom 22.05.2017, Az.: 5 W 94/17, <https://arge-medinrecht.de/wp-content/uploads/2017/06/kg-5-w-94-17.pdf> (last visited: Dec. 15, 2020).

本案法院認為：中獎者當下由於免費獲獎的喜悅，可能使其未曾考慮其中風險，便做出願意接受美醫療程之決定²⁹。美醫手術亦受醫療廣告法（HWG）之規範，廣播電台此舉已違反 HWG 第 7 條第 1 項禁止醫療產品業者提供或宣布利益和其他廣告贈品（商品或服務）的規定，亦同時構成不正當競爭防制法（UWG）第 3 條禁止之不正當交易行為，依 UWG 第 8 條第 1 項，對於行為人實施第 3 條所禁止之不正當交易行為，得請求其除去妨害；若其有再度實施之虞，得請求其不作為。

而該案另可討論之處，係上述行為是否構成 HWG 第 11 條第 1 項第 13 款所禁止的，以競賽、抽獎或其他結果取決於運氣之措施或程序，來鼓勵不當或過度使用醫藥產品？成立 HWG 第 11 條第 1 項第 13 款前提係鼓勵不當或過度使用藥品，比如憑集滿多少藥罐換取抽獎機會等方式；有論者認為該款所規範者係藥品，禁止醫藥行業為促進銷售而以藥物做抽獎活動，以致降低消費者對用藥風險問題之實質判斷，應該不適用於美容醫學³⁰。本案判決中針對 HWG 第 11 條第 1 項第 13 款之適用問題，並未做出決定。

29 KG Berlin: Radio-Gewinnspiel mit Hauptpreis Schönheits-OP wettbewerbswidrig, 27.07.2017, <https://www.dr-bahr.com/news/radio-gewinnspiel-mit-hauptpreis-schoenheits-op-wettbewerbswidrig.html> (last visited: Dec. 15, 2020).

30 Schönheits-OP als Hauptgewinn bei Radiogewinnspiel stellt Wettbewerbsverstoß dar (2017), <https://www.kanzlei.biz/schoenheits-op-als-hauptgewinn-stellt-wettbewerbsverstoss-dar-kg-berlin-22-05-2017-5-w-94-17/> (last visited: Dec. 15, 2020).

（五）禁止提供免費諮詢服務作為美容醫學廣告

德國漢堡高等法院第15民事庭（LG Hamburg 15. Zivilkammer）於2015年9月18日作出315 O 115/15判決，禁止於美容醫學廣告中刊登「免費諮詢」之宣傳。本案原告係一負責維護其成員利益的商會，依法註冊成立，其法定職責之一是確保該行業之商業交易中遵守公平競爭規則。被告經營一家私人美醫診所，並於美醫廣告中刊登「免費諮詢」字樣。原告認為此行為違反醫療廣告法（HWG），依該法第1條第1項之明文，該法適用於美容醫學廣告，被告刊登該醫療廣告之行為違反了HWG第7條第1項，禁止醫療產品業者提供或宣布利益和其他廣告贈品（商品或服務）的規定，且亦不合同條項第4款所指之例外情況。法院認為：美容醫學療程相關之專家諮詢建議，屬於其主要醫療服務之部分，通常應收取對價，畢竟該建議攸關麻醉、手術本身、措施及相關可能的風險和併發症，藉由諮詢建議的對價成本，可以使潛在醫用者於聽取醫療建議後，較慎重做出有利自身之判斷，免費提供容易誘使潛在醫用者較為輕率做出決定。本案一路上訴至漢堡漢薩高等法院第3民事庭（Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 3. Zivilsenat），上訴法院於2017年11月9日作出之3 U 183/15判決亦維持維持原判見解。

肆、結論與反思

從上述討論可以知道：德國法令關於美容醫學廣告的管制相當嚴格。事實上，與美國等國家相較，德國社會輿論對於美容醫學行銷的容忍尺度似乎也較為限縮。舉例而言，德國早期亦曾有機會於電視上見到整形相關節目，如 2003 年播出的美國整形真人秀節目 *The Swan* 等，但近年來此等節目卻屢遭抗議與檢舉，如電視節目 *Big Brother* 就曾因在某集中出現有關美醫手術之建議而被投訴，此後即宣布不會在節目中進行任何美容醫學手術³¹。

此外，在其他許多國家（包括我國）的美容醫學廣告常使用的術前術後對照圖，前述德國科布倫茨高等法院所做的 9 U 1362/15 判決中亦予以明白禁止。再加上德國醫療廣告法（HWG）對於所有醫療廣告，無論是一般性醫療或是美容醫療的廣告，原本就有嚴格的規範，例如 HWG 第 11 條第 1 項禁止代言廣告的規定：禁止以科學家、醫療專業人士、獸醫專業人士或其他名人，來提供資訊或推薦以鼓勵民眾消費藥物；禁止廣告中濫用、使用引人反感的或是具誤導性的圖片，來顯示人體因疾病或傷害而發生的變化，或使用醫藥產品對人體或器官的作用；禁止廣告宣稱倘若不使用該藥物，健康狀況將受負面影響或是無法改善；禁止以廣告講座的方式來販售醫藥產品或是提供販售地點。而且，違反 HWG 者，亦可能該當違反不正當競爭防制法（UWG），使競爭同業或以促進工商業或自主的

31 Spiegel Online, Schönheits-OP im Fernsehen TV-Sendern droht Bußgeld, <https://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/schoenheits-op-im-fernsehen-tv-sendern-droht-bussgeld-a-309761.html> (last visited: Dec. 15, 2020).

職業利益為宗旨的團體，可據此對違法美醫廣告及行銷提出訴訟³²，雙管齊下構成了較其他國家更縝密之管制規範。

與德國對比，許多德國法令或是該國法院見解明白予以禁止的美容醫學廣告與行銷手法，在我國卻是司空見慣、極為浮濫。2016年時，我國主管機關雖然曾經試圖嚴格規範前面提到的術前術後對照圖，以及名人藝人代言等醫療廣告，但是相關法令發布才一個多月，就在醫師團體及相關業者的龐大壓力之下，被迫廢止原已生效施行的法令，重新發布大幅放寬限制的新法令，我國美容醫學業者及相關利害關係團體的影響力由此可見一斑³³。事實上不只是廣告問題，主管機關近年來基於保障民眾權益及醫療安全，希望針對美容醫學的醫療行為做整體性的規範，自2015年起年修正「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」），一直都頻頻遭遇醫師團體及相關業者的龐大壓力，以致於特管辦法的修正施行一拖再拖，原本條文對於美容醫學施行的限制越放越寬，甚至妥協於壓力在三年內三度修正上述特管辦法相關條文。衛生福利部棄守自己保護廣大可能受害民眾之責的作法，令人感到

32 UWG 第 8 條第 3 項。

33 見衛生福利部衛部醫字第 1051667434 號令，2016 年 11 月 17 日；衛生福利部衛部醫字第 1051666009 號令，2016 年 9 月 27 日。關於醫師團體及業者的反彈與施壓，可參考湯家惠，禁止藝人、醫師代言醫療廣告 400 位醫師連署反對，信傳媒，2016 年 10 月 11 日報導，<https://www.cmmedia.com.tw/home/articles/1254>（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）；「禁代言醫療廣告」政策 5 天 3 變！衛福部挨轟，TVBS 新聞，2016 年 10 月 5 日報導，<https://news.tvbs.com.tw/politics/677643>（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）；管太多 余天轟不知民間疾苦，自由時報，2016 年 10 月 1 日報導，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1037456>（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）。

相當遺憾³⁴。

由於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，反而因為接受美容醫學而新增加自己健康或安全上的風險³⁵。從這個角度就不難理解，為何德國相關法令與法院見解會對美容醫學廣告做出相當嚴格的限制。我國衛生福利部雖然自 2015 年起開始修正「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，並於 2019 年 1 月 1 日開始實施，但是仍然沒有針對十分浮濫的美容醫學廣告提出進一步的規則與標準，而且許多縣市政府衛生局對於違反現行法的美容醫學廣告並未嚴格執法，各縣市也標準不一³⁶。在美醫廣告與違法行銷、違法收費的案件層出不窮，美容醫學死傷事故與醫療糾紛經常占據媒體版面的今日，本文由衷期盼衛生福利部能參考德國法令與法院見解，為了保護社會大眾安全、避免不肖美醫業者藉由廣告宣傳反而劣幣驅逐良幣，提出對於我國美容醫學廣告更為有效的管理與政策。

34 劉宏恩、吳采玟，同註 6，頁 10 及 28-29。另可參考中華民國醫師公會全國聯合會，本會就 104.12.29 衛福部公告美容醫學列入「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」修正案處理概況，2016 年 4 月 12 日，https://www.tma.tw/meeting/meeting_info.asp?/6330.html（最後瀏覽日：2020 年 12 月 15 日）。

35 劉宏恩、吳采玟，同註 6，頁 7-9。

36 見洪藝齊，論台灣違法或不當美容醫學廣告及行銷之管制，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，2019 年 7 月，頁 76-81。