

# 特別專題

## 論美容醫學行為適用消費者保護法之法理與比較法問題

劉宏恩 (國立政治大學法學院生醫倫理與醫事法律研究中心主任)

「美容醫學」，或是一般民眾與媒體通常稱為「醫美」的醫療糾紛，近年來經常佔據媒體版面。不但像是隆乳、削骨等明顯風險較高的整型手術常有事故發生，而且包括標榜低風險的微整型，像是玻尿酸、微晶瓷注射也多次傳出民眾因此失明或中風的嚴重事故<sup>1</sup>。但是即使如此，各個美容醫學診所透過網路、電視或廣播等各類媒體所做的醫美廣告，仍然是一波又一波，並沒有受到這些醫療事故的影響，而是繼續經常以「無風險」、「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，來積極促銷並刺激民眾的消費慾望。但是這些廣告經常都構成違法醫療廣告，而且，醫美廣告已經成為衛生主管機關最常裁罰的違法醫療廣告案件來源。以台北市為例，根據台北市政府衛生局公告的「違反醫療相關法規裁處確定之案件一覽表」，於2022年4月、5月、6月、7月連續四個月，所有被依法裁罰的醫療院所人員，全部通通涉及美容醫學或醫美診所，並且每一件事由都是因為違反醫療法第86條而構成「違法醫療廣告」<sup>2</sup>。不過，一般民眾可能並不瞭解上述這些廣告違法，反而可能被這些促銷手法所吸引，醫美診所業者似乎也沒有因同業受裁罰而停止其五花八樣的各項促銷宣傳，不知是否因為一張五萬元的罰單對其而言還是遠遠低於違法宣傳帶來的收入<sup>3</sup>。

### 問題根源：美容醫學與一般醫療行為的性質與風險極為不同

為什麼美容醫學的醫療廣告遠多於其他醫療領域的廣告，而且明顯更為商業化操作，也因此違法宣傳促銷也較一般醫療行為更多呢？問題的根源應該在於美容醫學與一般醫療行為相比，在性質上及風險上極為不同。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，並不是以疾病為治療對象，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，兩者間有十分明顯的差異。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，但民眾個人主觀上追求美的心理或對於自己外觀的期待，卻是業者

可以透過廣告行銷來鼓動或改變的。而且美容醫學是自費市場，不受健保給付制度的束縛，因此收費項目及額度的彈性相當大，利潤也更為龐大許多，這也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<sup>4</sup>。事實上許多美容醫學診所雖然名義上的負責人是醫師，但實際上的經營者卻是商業公司或財團，是依照商業邏輯在經營與運作<sup>5</sup>。

此外，若是從「風險」的角度來觀察美容醫學，也可以看出它與傳統一般醫療的明顯不同。一般醫療通常是透過醫療行為的介入，來減輕或免除病人原先因為疾病而自己既有的健康風險或甚至生命危險。醫療行為雖然有風險，但是與病人原先疾病或受傷的既有健康風險相較，兩害相權取其輕，因此接受醫療行為的介入。但是，接受美容醫學的民眾通常原本並沒有既有的健康風險或生命危險，反而是因為接受美容醫學而去額外增加了他們的健康風險或生命危險。更有甚者，民眾之所以會去接受美容醫學，很可能就是美容醫學業者的商業化操作與廣告宣傳，去鼓動刺激而來的，業者有意去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。換言之，接受美容醫學的民眾的風險／危險，其實可能是營利目的之美容醫學業者所造成或增加的。也因此，在法律規範與課責上面，加諸美容醫學業者更高的責任與義務，其實是有學理上與實際上的正當性基礎。

## 許多國家對於美容醫學有不同於一般醫療的規範或法律解釋適用

基於美容醫學與一般醫療在性質上與風險來源上的明顯不同，許多國家對於美容醫學有相較於一般醫療行為不同的規範或法律解釋適用。例如在德國，其對於醫療廣告的限制原本就比台灣更為嚴格，有醫療廣告法 (Heilmittelwerbegesetz； HWG) 的專法，而且，對於美容醫學廣告又有比一般醫療廣告更為嚴格的限制。例如，禁止代言廣告：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推薦；禁止美容醫學手術前後對照廣告；禁止針對青少年及兒童為美容醫學手術廣告；禁止以提供免費諮詢、免費體驗、或是其試用品或換購券 / 體驗券，或作為競賽 / 抽獎獎品的方式做廣告；醫療廣告亦適用具有消費者保護功能的「不正當競爭防制法」 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb； UWG)，美容醫學診所亦可能屬於該法所稱之「事業經營者」，其醫療廣告與促銷行為屬於該法所稱之「交易行為」<sup>6</sup>。

不僅如此，在德國，就連一向被認為應具有謙抑性與最後手段性的刑法，基於美容醫學與一般醫療行為在性質上及對民眾造成風險上的不同，德國學說及法院實務也對美容醫學的施行做出更為嚴格的要求：醫師必須事先履行最嚴格的告知說明義務，而且因為純粹美容醫學的醫療行為

不具有拯救生命、健康的急迫性，所以沒有推測承諾的適用。德國學說與法院實務一致認為：告知說明的範圍與程度，與治療必要性及急迫性之間應該成反比關係：越緊急與越必要的醫療措施，說明義務之要求較低；反之，越不緊急與越不必要的醫療措施，說明義務之要求就越高。純粹美容醫學的醫療行為明顯屬於後者。也因此，一般醫療行為在情況急迫、病人無法表達意願的情況下，可以「推測承諾」來阻卻違法，但美容醫學不可以。由於接受美容醫學的民眾可能為身體健康的民眾，原本並無健康風險，並無接受醫療處置的必要，反而是因為接受美容醫學反而額外增加了其風險，所以為了讓民眾深思熟慮，美容醫學之醫療行為施行前，必須針對風險、副作用、失敗率與失敗可能結果等不利事項進行「毫不掩飾與保留的告知說明」(eine drastische und schonungslose Aufklärung)，且必須以「特別深刻的方式」(in besonders eindringlicher Weise)做說明。而且不只需要說明健康或安全上的風險，因為美容醫學的目的既然是追求主觀上的外觀，則風險與副作用的說明就必須針對主觀上外觀的可能結果做具體說明。例如：是否會有紅腫疤痕？可能會持續多久、多大尺寸範圍、在什麼位置？是否可能需要蓄長髮或改變衣著來掩飾？醫師倘若未履行上述嚴格的說明義務，就會導致病人的同意無效，進而使醫師實施的侵入性美容醫療行為(傷害行為)無法阻卻違法，而可能成立傷害罪<sup>7</sup>。

與我國同屬亞洲，且法律體系同樣屬於大陸法系的韓國，由於其美容醫學高度發達，近年來也經常為我國醫美業者及政府所借鏡。但是在韓國，美容醫學受到消費者保護法規的規範，並無疑義。該國的消費者保護主管機關「韓國消費者院」(Korea Consumer Agency) 並曾整理統計，該院處理的「微整型」等美容醫學的各種副作用的消費者申訴案件<sup>8</sup>。此外，藉由非治療目的、無醫療上必要性之美容醫學勞務提供，以取得報酬代價者，在韓國亦屬於銷售勞務之營業活動，需要課徵營業稅(又稱為消費稅)。而且不僅韓國如此，在德國、日本、英國、新加坡、比利時…等國皆然，無治療必要性之美容醫療服務提供，屬於營業稅／消費稅的稅捐客體。但是在我國，雖然財政部基於租稅公平原則有意比照各國作法，但由於醫界的壓力以及衛生福利部對醫界見解的支持，因此即使美容醫學在台灣已經高度商業化行銷、且許多醫美診所實際上是商業公司在經營，目前仍然將美容醫學醫療行為與一般治療性醫療行為同等看待為「醫療勞務」，不做任何區分，一律依營業稅法第8條予以免徵營業稅<sup>9</sup>。

### 美容醫學是否適用消保法的論證前提：「醫療行為」真的一律不適用消保法嗎？

美容醫學醫療行為與一般治療目的之醫療行為相比，它們在性質上、風險上、商業行銷與營利目的上，有以上所說的諸種不同，也因此世界上許多國家將其納入營業行為、交易行為及消費稅的規範範疇內，而且在美容醫學醫療行為施行時也可能課予醫師極為嚴格的說明義務，已如前

述。然而目前在台灣，無論是醫療主管機關衛生福利部，或是多數法院實務見解，仍然並未區分美容醫學與一般醫療行為在性質上及目的上的許多差異，認為美容醫學不適用消費者保護法。例如：公益團體消費者文教基金會於 2014 年 5 月召開記者會，主張非治療必要之美容醫學行為應適用消費者保護法，且主管機關應依該法公告「定型化契約應記載或不得記載事項」，以保障民眾；衛生福利部隨即以新聞稿回應，再次重申其見解：「美容醫學」應屬「醫療行為」之範疇，應依醫療相關法律規範，因為醫療本身存有不確定之風險，更應由受過專業訓練之醫事人員本於高度管理之專門職業法規及「醫療法」相關規範執行之，始得確保民眾進行美容醫學處置之安全性<sup>10</sup>。

若是仔細檢視許多類似衛福部上述見解（包括部分法院判決見解）的主張，可以發現其背後有三個邏輯前提或命題：(1) 「醫療行為」與「消費行為」是兩個非黑即白、彼此互斥的範疇，一個行為要不然就是屬於前者，要不然就是屬於後者，不可能同時兼具兩者性質而同屬兩個範疇的交集；(2) 「醫療行為」就只能適用「醫療法」等醫事法規，醫療行為一律不可能適用消費者保護法；(3) 美容醫學醫療行為適用「醫療法」等醫事法規，才更得以確保民眾進行美容醫學處置之安全性。但是這三個邏輯前提或命題都可能有所偏誤。首先，美容醫學並非一般以治療為目的之醫療行為，它雖然要由醫事人員施行並受醫療法等醫事法規的規範，但是基於其營業 / 商業性質、醫療處置目的及風險發生上的特徵，誠如本文前面論述的許多國家的規範與見解，它「同時」也應受到交易行為與事業經營者的相關規範，換言之，非以治療為目的之美容醫學行為可能同時兼具「醫療行為」與「消費行為」兩種性質，這兩者並無互斥而不可以有交集的問題。法律上，一個行為同時符合兩種規範的規範目的與事務性質及特徵，就有可能同時受到兩種規範的規範範圍所含括，法學方法上並沒有有一定非黑即白的互斥問題。

其次，「醫療法」等醫事法規屬於行政管制與醫事管理性質的法令，是就醫療行為的行政法面向做規範，但消費者保護法則為民事法之特別法，是就醫療行為的契約行為與民事責任面向做規範；這兩者係針對醫療行為的不同面向、基於不同規範目的而分別做規範，在法學方法與法律體系適用上，同一行為同時受到行政法規與民事法規的情形，在法律解釋及司法實務上極為常見，何來互斥的問題？

第三，衛生福利部等類似見解認為美容醫學醫療行為適用「醫療法」等醫事法規，才更得以確保民眾進行美容醫學處置之安全性，這在邏輯上與實際上都令人難以理解：為什麼美容醫學醫療行為「只」適用醫事法規，反而可以比它同時適用醫事法規與消費者保護兩種法規，能夠讓民

眾得到更大的保障？只讓美容醫學受行政法面向的規範，不受民事特別法的消費者保護面向的規範，民眾竟然可以因此得到更多更大的保障，這樣的邏輯究竟何在呢？

或有論者會引立法院於 2004 年修正「醫療法」第 82 條第 2 項，規定「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」，並於 2018 年再次修正該條項為「醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，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，負損害賠償責任」，上述規定已明文排除了消費者保護法第 7 條第 3 項的無過失責任，因此足以見得立法者已明示醫療行為一律不適用消費者保護法。但是這樣的見解有法律文義解釋、體系解釋、歷史解釋與目的解釋等法學方法上的重大錯誤。首先，醫療法第 82 條第 2 項僅針對「無過失責任」做排除，但是整部消費者保護法當然不是只有第 7 條一個條文，而且「無過失責任」的規定甚至只是第 7 條其中的一「項」而已，請問：為何醫療法上述規定僅排除了消保法中的一個「項」的適用，竟然等於排除了整部消保法共計 64 條的適用？為什麼醫療法上述規定排除了消保法無過失責任的適用，竟然就等於同時「順便」排除了消保法關於危險標示、廣告責任、定型化契約、直轄市縣市政府之調查與檢驗、消費者保護官、申訴與調解、懲罰性損害賠償責任……等所有對於保障民眾而言十分重要的規定的適用？這不但與醫療法第 82 條第 2 項的文義不符，在體系解釋上也殊難索解。

而在歷史解釋與目的解釋上，我們若是查閱立法記錄，2004 年立法院修正醫療法第 82 條時，原本草案有醫療行為（全面）「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。而且進一步檢索立法會議記錄還可以發現：當時曾有 35 位立法委員提案，根本反對醫療法修法排除無過失責任，反而認為應該全面適用消費者保護法。最後通過僅僅只排除無過失責任的立法是妥協產物，立法者不採納「不適用消費者保護法」的草案條文是有意予以排除<sup>11</sup>。

更有甚者，2004 年、2018 年兩次修正醫療法第 82 條第 2 項時，其立法記錄中的修法理由都明示：這是因為「醫療服務之提供，依本法之規定乃具有強制性及公益性」以及「醫療行為乃醫事人員出於救死扶傷之初衷，目的為降低病人生命與身體的風險，並對社會具有公共利益」<sup>12</sup>。營利性且商業化操作、對於原本身體健康的民眾增加不具治療必要性之風險的美容醫學，顯然不屬於立法理由中所稱之「具有強制性及公益性」的醫療服務，也不是「救死扶傷」、「降低病人生命與身體的風險，並對社會具有公共利益」的醫療行為，反而恰恰相反，美容醫學透過廣告行銷去鼓動健康民眾接受手術整型，為了其營利目的而「增加」了原本無病的民眾其生命與身體的風險。因此，讓其與真正具有公益性與必要性的一般醫療行為同樣享有責任減輕的法律效果，不但

對民眾而言保障不足，而且並不符合公平原則；反之，非治療性的美容醫學與一般消費行為具有同樣的規範需求，例如業者的風險承擔與預防能力、對商品服務的資訊知識能力、與民眾在經濟能力地位上的落差、業者因為對民眾製造風險而得以獲利.....等重要特徵。換言之，無論從立法歷史或是從立法目的之角度而言，無醫療上必要性、非治療性的美容醫學醫療行為不應適用前述醫療法第 82 條第 2 項的責任減輕規定，而是仍應適用消費者保護法的責任規定，方屬合理與正確的法律解釋<sup>13</sup>。

此外，許多主張美容醫學不適用消保法的論述或法院判決曾提出以下見解：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。然而，這個見解在有治療必要的一般醫療行為或許可能成立，但是在非治療性美容醫學的情形其實是難以成立的。因為誠如本文所不斷強調的：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」病人原本既有的疾病傷害對他的健康的風險，因此我們需要擔心醫師因為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，所謂健康的風險反而是美容醫學介入所帶來的，而且美容醫學業者的行銷宣傳往往造成民眾涉入了不必要的風險，因此在非治療性的美容醫學的情形時，我們需要擔心的不是醫師會防禦保守、太過消極，反而需要擔心醫師為了營利太過積極，而去平白增添了民眾的風險。

## 結論

本文以上的分析發現：無論從體系解釋、目的解釋等法律解釋適用方法，還是從比較法上面德國、韓國等國家的學說與法院判決見解，都可以得出「非治療性的美容醫學醫療行為應同時適用醫事法規與消費者保護法」的結論。目前衛生主管機關及許多法院實務見解，完全忽略「醫療行為」基於其性質、目的與風險發生可予以再類型化，也因此錯誤地將應適用於具有公益性與必要性的一般醫療行為的法理與前提，不做區分一律適用於屬於商業營利性、不具治療必要性的美容醫學醫療行為上。這樣的見解無論在邏輯上或是法學方法上，都有其嚴重的瑕疵，不僅對民眾造成權益保障上的嚴重不足，而且從法社會學的角度而言，亦與美容醫學實施的社會實際狀況及民眾認知近乎脫節<sup>14</sup>。事實上這樣的邏輯混亂與法律適用混亂不僅只存在於消費者保護法或醫療法的領域，而是包括在稅法上面也有令人難以理解的不公平現象：國家一方面在營業稅法上面，於面對醫美診所與醫師時，仍然認為美容醫學屬於具有公益性的「醫療勞務」提供，因此可免除業者營業稅；但是在面對一般民眾的個人所得稅問題時，卻又強調民眾接受非治療性的美容醫學手術等費用屬於消費性質，非屬醫療費用，不允許民眾於個人綜合所得稅中列舉予以扣除。與德

國、韓國等國家相比，我國這種整體法律解釋邏輯與體系上的混亂及不公平，令人感到相當遺憾。

基於法律適用的邏輯解釋、體系解釋、歷史解釋與目的解釋，本文認為：無論美容醫學或是傳統一般醫療，都仍然可能在適用醫事法規的同時也適用消費者保護法，至多只需討論醫療法第82條第2項是否排除了消費者保護法第7條第3項「無過失責任」的適用而已；而且，即使醫療法該條項排除了「無過失責任」的適用，其亦僅排除了一般治療性醫療行為的無過失責任，並未排除非治療性美容醫學行為的無過失責任；至於消保法無過失責任以外的其他規定，例如危險標示、廣告責任、定型化契約、直轄市縣市政府之調查與檢驗、消費者保護官、申訴與調解、懲罰性損害賠償責任.....等，應該在美容醫學或一般醫療行為皆仍然得予以適用。

## 參考文獻

1. 張馨丰等，一病例報告：玻尿酸注射鼻整形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。
2. 見<https://health.gov.taipei/News.aspx?n=4C2819E4A3157CA7> (瀏覽日期：2022年8月12日)。
3. 劉宏恩、吳采玟，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，月旦醫事法報告，32期，2019年6月，7-30頁。
4. 劉宏恩、吳采玟，同前註3。
5. 嚴雅芳，醫美公司開設診所 攻顏值商機，經濟日報，2022年1月9日，A4版。
6. 洪藝齊、劉宏恩，德國關於美容醫學醫療廣告之自律與法律規範，法律與生命科學，9卷2期，2020年12月，頁31-55。
7. 劉傳璟，單純美容醫療行為之刑法評價，月旦醫事法報告，64期，2022年2月，7-21頁。
8. 한국소비자원, 뽀뽀 성형시술 후 염증·눈꺼풀 처짐 등 부작용 호소 많아, <https://www.kca.go.kr/home/sub.do?menukey=4005&mode=view&no=1001809114>(瀏覽日期：2022年8月13日)。
9. 衛生福利部102年9月30日衛部醫字第1021681168號函；沈婉玉，醜不是病 醫美免稅優惠擬取消，聯合報，2014年7月7日，A8版。
10. 衛生福利部新聞稿，衛生福利部關於消基會發表「非必要性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)。
11. 立法院公報，93卷19期，2004年4月，257-309頁；劉宏恩、吳采玟，同前註3。
12. 立法院公報，107卷9期，2018年2月，127-137頁。
13. 魏伶娟，美容醫學與消費者保護法的距離，月旦醫事法報告，64期，2022年2月，32-45頁；劉宏恩、吳采玟，同前註3。
14. 見劉宏恩、吳采玟，同前註3之社會實證研究。