



《高大法學論叢》

第 12 卷第 2 期 (03/2017), 頁 245-298

論非治療性微整型美容與消費者保護法之適用

魏伶娟 *

摘要

近數十年來，於醫療實務最顯著的趨勢之一，即為「美容醫學」產業之興起，其中尤以光電性和針劑注射性為主之微整型美容最受青睞。惟隨著此類非治療性微整型美容迅速普及，相關醫療糾紛出現之頻率亦逐年攀升，從而在醫政管理上，衛生福利部欲進一步對於相關執業人員之資

* 東海大學法律學院助理教授，德國哥廷根大學法學博士。

本文初稿曾發表於 2015 年 5 月 2 日由國立中正大學法學院、財團法人民法研究基金會等單位共同舉辦之民事法學研討會。會中承蒙評論人最高法院前院長吳啟賓教授、中正大學財經法律學系曾品傑教授，以及其他多位與會先進惠予寶貴意見，謹此致上衷心謝意。又，對於兩位匿名審稿委員之細心斧正，並提供諸多細膩建議，亦在此特致謝忱。

投稿日期：08/01/2016；接受刊登日期：01/11/2017

責任校對：葉蕙禎、趙雨柔

格、技術訓練等加強管制，力圖針對美容醫學領域之亂象進行整頓。

在現行法規之框架下，實務見解多認為狹義醫療行為並無消費者保護法之適用，以免醫師出於自保心態，而傾向選擇不具危險性之醫療方式，卻捨棄對病患較為適宜、有積極成效但卻帶有較高不確定風險之治療方式；但此一考量若置於因微整型美容而產生之醫療糾紛，是否合理，猶存有討論空間。

有鑒於此，本文首先擬就微整型美容加以定性，亦即分析微整型美容是否屬於一項醫療行為，並比較微整型美容與狹義醫療行為在本質上之異同，在此基礎上反思將醫療行為加以類型化，並區別進行法律評價之必要性。其次，本文欲藉由兩則論點相歧異之地方法院判決，觀察實務第一線對於此類醫療糾紛是否適用消費者保護法之立場，並嘗試分析其思考脈絡與各自所提出之論據是否合理，目的在於審視：將消費者保護法適用於已偏離狹義醫療行為本質之微整型美容，其妥適性是否充分，並據此再次確認將醫療行為區別評價之實益。

A Study on Non-Therapeutic Micro Cosmetic Surgery and its Appropriateness of Applying Consumer Protection Act

Ling-Chuan Wei**

Abstract

In recent decades, the rise of aesthetic medicine has become a significant trend in medicine. In particular, micro-plastic surgery, including optical and injection treatments, is the most favored choice for patients. With the rapid popularization of the non-therapeutic micro-plastic surgery, related medical disputes are increasing every year. While Ministry of Health and Welfare attempts to tighten control over professional expertise and technical training to the related practitioners, it is still unclear about how to solve the medical lawsuits resulted from micro cosmetic surgery in the current legal environment. Traditionally, opinions of the court incline to the view that the general medical

** Assistant Professor, College of Law, Tunghai University, Dr. jur.,
Göttingen University, Germany.

treatment is not applicable to Customer Protection Law for it may encourage a doctor, in order to protect him/herself from any possible medical disputes, to choose a low-risk treatment instead of a proper, effective but high-risk treatment. But the following question is whether the argument still holds in the cases of micro cosmetic surgery.

In view of this, the study first tries to define the characteristics of micro cosmetic surgery – if it is a medical treatment and how it is different from general medical treatment. And I will further discuss if it is necessary to categorize medical treatments and to make a proper legal assessment for each of them.

Then by analyzing two judgments with different perspectives on the issue, the study will explore their standpoints and arguments about whether Customer Protection Act can be applied to the medical disputes from micro cosmetic surgery. In the conclusion, hopefully we can see more clearly about if the application is appropriate and what benefit it creates from distinguishing legal interpretation and evaluation to different cases.

論非治療性微整型美容與消費者保護法之適用

魏伶娟

目錄

壹、前言

貳、非治療性微整型美容是否屬於醫療行為之討論

一、醫療行為之定義

二、非治療性微整型美容與狹義醫療行為之異同

參、非治療性微整型美容是否適用消費者保護法之爭議與反思

一、兩則論點相異之地方法院判決

二、上開兩則地方法院判決所凸顯之法律問題

三、本文見解

肆、結語

關鍵字：微整型美容、醫療行為、消費者保護法、防禦性醫療

Keywords: Micro Cosmetic Surgery, Medical Treatment, Consumer Protection Law, Defensive Medicine

壹、前言

隨著美容醫療技術與器材之高度發展，以及社會大眾對於整型接受度大為提升，整型風潮於數十年間已席捲全台。依國際美容整型外科學會（The International Society of Aesthetic Plastic Surgery, ISAPS）針對 2014 年全球整型市場所進行之統計，接受微整型美容以調整外貌者，已大大超越選擇整型手術之人數¹，蓋相較於整型手術，以光電治療、或針劑注射為主之微整型美容²，強調無需開刀、療程時間短、傷口小且效果立顯等優點，致許多愛美人士趨之若鶩，甚至出現「午休美容」等稱號。

因微整型美容產業所帶來之商機無限，誘使更多醫師相繼投入，然而相關醫療糾紛出現之頻率亦逐漸攀升，衛生福利部（前行政院衛生署，以下稱「衛福部」）身為最高衛生及社會福利行政機關，負責全國衛生及社會福利行政

¹ Quick Facts: Highlights of the ISAPS 2013 Statistics on Cosmetic Surgery, <http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/July%202015%20ISAPS%20Global%20Statistics%20Release%20-%20Final.pdf> (last visited 11/17/2016)。

² 衛生福利部（以下稱「衛福部」）將美容醫學區分成三大類型：第一類是光電治療：如雷射、脈衝光、電波、超音波等；第二類是針劑注射治療：如注射肉毒桿菌素、玻尿酸或膠原蛋白等；第三類是美容手術：如抽脂、隆乳、隆鼻、植髮、雙眼皮手術、拉皮手術或削骨手術等。衛生福利部新聞（2013），〈衛生署推動美容醫學機構認證及執業人員之相關管理〉，<http://www.mohw.gov.tw/news/390928242>（最後瀏覽日：11/18/2016）。

事務，雖已意識到此一現象，而於 2015 年 12 月 29 日修正發布「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」（以下稱「特管辦法」）第 2 條條文之附表³，惟其對於非手術式美容醫學市場所帶來的影響，僅側重於對「醫療機構之條件」、「操作醫師之資格」，以及其他相關事項進行控管⁴，故在法制層面上，因微整型美容而發生之醫療糾紛，是否有適用消費者保護法（以下稱「消保法」）之空間，在實務上仍存有不同見解，而有加以討論之價值，亦為本文關切之主題。

事實上，現今社會所廣泛流行之微整型美容，與一般「以治療為目的之醫療行為」，在本質上存有相當之差異，故本文認為：若欲不帶偏頗地探討微整型美容適用消保法之妥適性，則不得不特別重視微整型美容所具備之獨特性，從而在文章架構上，本文擬先就「醫療行為」此一上位概念進行討論，並進一步確認微整型美容是否屬於一項醫療行為；緊接著就微整型美容與「以治療為目的之醫療行為」

³ 該特管辦法第 2 條附表之全部內容，全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawContent.aspx?PCODE=L0020075>（最後瀏覽日：11/18/2016）。

⁴ 請見該特管辦法第 2 條條文之附表項目名稱第二十（美容醫學針劑注射）、及第二十一（美容醫學光電治療）的內容。事實上，該特管辦法第 2 條條文附表中，項目名稱第十九至二十一有關操作醫師資格的規定，原訂於 2017 年 1 月 1 日施行，但 2016 年 12 月 9 日衛福部衛部醫字第 1051667901 號令修正發布第 11 條條文，將此規定延後自 2019 年 1 月 1 日施行。

有何異同提出說明，藉此初步反思：將不同本質之醫療行為區別評價之必要性。其次，本文將以兩則論點相歧異之地方法院判決為例，觀察司法實務第一線對於「非治療性微整型美容是否適用消保法」所採取之立場，並嘗試解析其各自的論述依據，從中再次對照連結「將不同本質之醫療行為區別評價」之必要，最後謹提出本文之結論與對此議題之初步看法，冀能拋磚引玉，以完善醫療產業變遷下之合理責任規範。

貳、非治療性微整型美容是否屬於 醫療行為之討論

一、醫療行為之定義

何謂「醫療行為」？無論於現行之醫師法或醫療法中，皆欠缺直接的明文規定。惟醫師法第 11 條第 1 項本文規定：醫師非親自「診察」，不得「施行治療、開給方劑或交付診斷書」；另同法第 12 條第 1 項規定：醫師執行業務時，應製作病歷，而病歷內容除應載明病人姓名等基本資料外，依同條第 2 項第 5 款規定：應載明「治療、處置或用藥等情形」，故吾人或得以上開規定之內容為基礎，並搭配衛福部對於「醫療行為」曾做出之相關行政函釋，嘗試拼湊此一概念之面貌。

首先，學說上多援引衛福部民國 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 107880 號函來說明醫療行為。據此所謂之醫療行為，係指「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為之全部或一部之總稱」⁵。此項定義在沿用數十年之久後，衛福部透過 1992 年 8 月 11 日衛署醫字第 8156514 號函表示：「按醫療行為係為指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱。」和過往所採取之基準相較，衛福部刪除了「保健」一詞，並將「直接目的」修正為「目的」；另新增「施術」、「處置」兩項行為與「處方」、「用藥」併列。嗣後，衛福部多次於不同函釋中，以此解釋「醫療行為」之概念⁶，從而應可視為衛福部所採取之代表性評斷標準。依其內容可知醫療行為主要涵蓋兩大類型⁷：

-
- ⁵ 轉引自陳聰富(2014)，〈醫療行為與犯罪行為〉，《醫療責任的形成與展開》，頁 85，臺北：國立臺灣大學。
- ⁶ 衛生署(84)衛署醫字第 84068278 號函、衛生署(91)衛署醫字第 0910062996 號函、衛生署(98)衛中會藥字第 0980006646 號函等。
- ⁷ 蕭翊亨(2005)，《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，頁 6，國立臺北大學法學系碩士論文。

第一、以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療行為；或是

第二、基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處分、用藥、施術或處置行為。

綜合上揭函釋以觀，衛福部過去長期以來認為：一項行為是否屬於醫療行為，應分別從主、客觀面進行觀察。就主觀面向言，乃側重在該行為是否出於治療、矯正或預防疾患等目的⁸；就客觀面向言，則應視是否具有診察、診斷、治療或後續的處分、用藥、施術、處置等行為存在。在同時具備主、客觀要件時，即可評價為一項醫療行為。

惟在醫政實務上，除上述以診療為目的者外，為能夠更廣泛的保障國民健康，衛福部亦常針對具體個案之不同情形進行相應解釋，以補充上述定義無法涵蓋而有所不足之處，例如：衛福部於民國 67 年 8 月 9 日衛署醫字第 701535 號函之見解，認為女子美容院設置三溫暖及浴室，兼營全身美容以紅外線照射，屬於醫療行為⁹；此外，於

⁸ 在此可比較對照日本傳統上對於醫療行為之定義，劉盈宏（2008），〈醫療服務責任之研究〉，《軍法專刊》，54 卷 1 期，頁 60；陳如昕（2010），〈醫學美容之相關民事法律責任探討〉，頁 5，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。

⁹ 轉引自吳志正（2006），《解讀醫病關係 I：醫療契約篇》，頁 36，臺北：元照。

民國 70 年亦曾就連鎖美容院刊登之廣告內容，涉及換膚的軟性換膚術和深層肌膚更皮術、健胸豐乳、全身漂白、減肥、永久脫毛…等情形，作成衛署醫字第 9344818 號函表示：「舉凡能影響人類身體結構及生理機能之行為，應屬醫師業務之醫療名詞」，亦即屬於醫療行為。據此可見，衛生署透過行政函釋逐步擴張「醫療行為」之內涵，在概念上將雖不具診療目的、但已達到改變人體結構或生理機能者，亦納入醫療行為之範疇內¹⁰。因此目前實務對於「醫療行為」之理解實涵括¹¹：

第一、出於診療之主觀目的，且同時具有診治等之實質客觀行為者（以下稱「狹義的醫療行為」）；以及

第二、雖非出於診療之主觀目的，但含有處方藥物或對人體有侵犯性之給與，或已達影響或改變人體結構及生

¹⁰ 同前註，頁 37。吳教授於頁 34 亦指出：衛福部之所以逐步以函釋放寬醫療行為之範圍，主要目的在於限縮不具醫師資格之人員所能從事類似醫療行為之範圍，以保障國民健康。

¹¹ 同前註，頁 36-37；另同參陳聰富，同前註 5，頁 85-86。陳教授認為：衛福部對於何謂「醫療行為」，係採取廣泛之認定，亦即：只要達到改變人體結構或身體機能之行為，均屬醫療行為，而應受到醫療法關於醫師資格、以及醫療業務行為等行政管理規定之規範，惟如此之認定，主要乃基於醫務行政管理上之必要，故不妨稱之為「廣義的醫療行為」，本文亦贊同此一見解。陳教授同時指出：是否上述所有行為，均視為刑法、或民法上的醫療行為，而受到與一般加害行為不同的評價，尚有討論空間。

理機能者（以下稱「廣義的醫療行為」）。

二、非治療性微整型美容與狹義醫療行為之異同

按衛福部之見解，所謂「美容醫學」係指由專業醫師透過醫學技術，例如：手術、藥物、醫療器械、生物科技材料等，執行具侵入性或低侵入性醫療技術來改善身體外觀，而非以治療疾病為主要目的¹²。據此，以施打雷射、或注射肉毒桿菌素等光電、針劑注射處置為主的微整型美容，亦屬美容醫學之範疇，則歸納現行官方對於美容醫學之相關定義與分類後，微整型美容可大致理解為：非以治療疾病或修補性重建為主要目的，而係透過非手術式、低侵入性之醫學手段，並結合美學理論，以達到維護或調整外貌體態之效，藉此滿足接受者主觀上對美的期待之美容方式。

在此理解下，並參照上開衛福部對於醫療行為擴大認定之立場，應可認為微整型美容作為「美容醫學」之代表類型，同時亦屬廣義醫療行為之一環。蓋微整型美容雖非以治療病人疾患為目的，而係出於個人主觀上對美的追求，從而與狹義醫療行為之出發點有所未合；惟此類不具診療

¹² 依衛福部之解釋，國內所稱「醫美」一詞，考量係為專業醫師、或護理人員於醫師的指導下執行醫療業務，應正名為「美容醫學」，而非「醫學美容」，參衛生福利部新聞（2013），同前註2。

目的之行為，因無論如何將對人體帶來某程度之侵入性給與，或影響、改變人體結構¹³，故目前醫政實務上，仍認為微整型美容泛屬醫療行為之概念範疇¹⁴。

從行為之內容觀察，不論係非以治療為目的之微整型美容、或以治療為目的之狹義醫療行為，皆屬醫師基於醫學專業知識與技術，由外部施加於人體內部者，從而狹義醫療行為所具有之特性，諸如：醫師之專業性、醫療行為之侵權性、病患之協力性、人體反應之不確定和不可預測性、醫學發展之有限性等¹⁵，亦屬微整型美容所固有之本質，而仍有賴醫師的專業知識、技術或儀器等，應由受過專業訓練之醫師親自操作，始能確保接受者進行美容醫學

¹³ TVBS 新聞（2015），〈隆鼻針戳破血管！微晶瓷逆流 致失明〉，<http://news.tvbs.com.tw/entry/565345>（最後瀏覽日：11/18/2016）。在本例中，即為醫師從外部注射微晶瓷進入接受者之鼻部，以墊高其鼻樑高度，惟在施打過程中因針頭戳破血管，使原應填充在山根處的微晶瓷逆流塞住視網膜動脈，導致接受微晶瓷美容的民眾因此失明。

¹⁴ 衛生福利部新聞（2014），〈衛生福利部重申「美容醫學」屬「醫療行為」範疇〉，<http://www.mohw.gov.tw/news/497946205>（最後瀏覽日：11/18/2016）；德國學者亦有傾向此立場者，vgl. dazu Heinz-Uwe Dettling/ Oeka Anna Böhnke, Nützlichkeit oder Gesundheitsförderung als Arzneimittelmerkmal? Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. 07. 2014 zu synthetischen Cannabinoiden, PharmR 2014, S. 344; Wolfram H. Eberbach, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, S. 764.

¹⁵ 吳志正，同前註9，頁47-198。

之安全性。

據此值得進一步思考的是：微整型美容與狹義醫療行為固有其共通性，惟亦不可忽視兩者在本質上之重大歧異。首先就動機言，微整型美容既係以改善接受者之外貌為訴求，故接受者往往是在生理健康之基礎上，決定進行外貌之調整，目的在於滿足其自身對美感的追求，自與因生理上不健康，而必須進行醫療診治之一般病患，在接受醫療行為之動機上存在根本差異。

具體而言，欲接受微整型美容者，在客觀上缺乏醫療介入之必要性；相較之下，一般病患因患有疾病，若非仰賴醫師進行治療，將無可避免地導致健康情況惡化。德國學界將此類新興醫療型態稱之為「滿足願望取向之醫療」（*wunscherfüllende Medizin/ Wunschmedizin*），同時亦認為其與傳統狹義醫療行為最大的差異之一，在於前者欠缺「基於健康因素而須接受醫療行為之必要性」，蓋按照「於德國境內執業之醫師專業規範」（*Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, MBO-Ä*）第 1 條第 1 項的規定內容：「醫師致力於人類健康…」；以及同條第 2 項規定內容：「醫師之任務在於維護生命、保護以及重新使人恢復健康、減緩他人痛苦、於他人陷入垂死狀態時，提供相應之援助…」，顯見傳統狹義醫療行為之核心本質，基

本上係以「健康狀態在客觀上受到侵蝕，因而須採取醫療行為以對抗疾病」為導向，確與微整型美容此類新興醫療行為有所不同¹⁶。

由此點延伸而出，在微整型美容中，不論係接受者、或進行操作之醫師，雙方在主觀上均非以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘疾等為目的¹⁷，且醫師縱拒絕提供此類醫療行為，亦不致造成任何人的生命、或身體、健康法益受到侵害¹⁸，故就選擇權之角度觀察，雙方皆有選擇是否提供、或是否接受微整型美容之空間。又，究欲選擇何種微整型美容療程，原則上亦因接受者之個人資力與偏好而有所影響¹⁹；而醫師則依其專業知識與經驗，從旁提

¹⁶ Vgl. Adolf Laufs, in: Laufs/ Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010, § 6 Rn. 21; Wolfram H. Eberbach, Die Verbesserung des Menschen– Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin–, MedR 2008, S. 326-327; Annette Prehn, Des Menschen Wille ist sein Himmelreich, aber auch auf Kosten der Solidargemeinschaft?– Wunscherfüllende Medizin und body modifications unter dem Blickwinkel der Leistungsbeschränkung in der gesetzlichen Krankenversicherung–, NZS 2010, S. 260.

¹⁷ 王皇玉（2005），〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則－評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，127期，頁53。

¹⁸ 事實上，微整型美容既是在接受者生理健康之情況下所進行的醫療行為，則選擇進行此類醫療行為，可能反而會使接受者之身體健康承受額外的損害風險。

¹⁹ Vgl. Christof Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin- Ein

供諮詢以供接受者參考。相較之下，在涉及狹義醫療行為之情況中，醫師拒絕、或終止施作醫療行為之空間受到相當的壓縮，從而就選擇權之面向言，微整型美容與狹義醫療行為亦存在明顯之不同。

再者，就是否具備營利性質而言，因微整型美容並未被列入全民健康保險之給付範圍²⁰，故有意接受者皆須自費，無由使社會大眾共同負擔相關費用支出；而醫師針對此類醫療行為之收費標準亦握有自我決定權，往往可由自

Medizinrechtlicher Beitrag zur Ethischen Diskussion „Enhancement“, 1. Aufl., 2009, S. 115. 對於此類新興醫療行為有所需求者，其經濟實力多半良好，且並非是以罹患疾病、而必須尋求醫療診治的角色出現，從而就形式上或實質上觀察，醫師在此類新興醫療關係中，不再處於強勢主導的地位，於傳統醫病關係中普遍存在的不對稱（Asymmetrie）特性，在此逐漸有所轉變。

- ²⁰ 全民健康保險法第 51 條第 3 款規定：「下列項目不列入本保險給付範圍：藥癮治療、美容外科手術、非外傷治療性齒列矯正、預防性手術、人工協助生殖技術、變性手術。」蓋此類整形美容醫療行為無助於增進保險對象之健康，不合於全民健康保險法之立法目的，故排除於保險給付之項目以外；而同樣的評價也應套用於非手術式、非以治療為目的之微整型美容。在德國法中，亦將所謂「滿足願望取向之醫療」，排除於公立健康保險機構（gesetzliche Krankenkassen）的給付範疇以外，蓋根據聯邦社會法院（Bundessozialgericht）長期以來所採取之見解，認為「疾病」之概念乃指涉身體或精神上的反常狀態，因而有治療必要性（Behandlungsbedürftigkeit），並且（或者）導致無工作能力（Arbeitsunfähigkeit），vgl dazu Annette Prehn, a.a.O. (Fn. 16.), S. 261.

費市場機制獲得高額利潤²¹，從而醫師較可能受到營利心態之驅動，為接受者實施、甚至鼓吹其嘗試更多非必要、不適合之療程²²，以致雙方極易形成相對立之利益關係。而在利益掛帥之氛圍下，此類非以治療為目的之醫療行為，實難被評價為一項以病人福祉為終極目標、具有公益性之醫療行為。

另就實際現況言，有鑒於龐大之市場商機，在美容醫學領域早已不同於過去「病患求醫」之醫病關係，而發展出成一項以服務和績效為導向之營利產業²³，尤其透過電視媒體與網路之強力宣傳，不斷誘發一般大眾對於美容醫學之興趣，琳琅滿目之微整型美容項目如同商品般陳列，供有興趣者進一步諮詢其價格與內容，而此項宣傳成本最終亦歸由接受者承擔，如此運作模式在在凸顯出微整型美容如同商品交易之商業性與營利性。相較之下，狹義醫療行為之出發點非為營利，而係為恢復病患生理健康、增進

²¹ Alex Kuczynski, BEAUTY JUNKIES: INSIDE OUR \$15 BILLION OBSESSION WITH COSMETIC SURGERY, 7-8 (1st ed. 2006); Wolfram H. Eberbach, a.a.O. (Fn. 16.), S. 327-328. 該文作者指出：廣泛的商業化（Kommerzialisierung）乃新興之「滿足願望取向之醫療」典型的伴隨現象（Begleitphänomen）。

²² 相同見解：趙西巨（2013），〈醫療美容服務與醫療損害責任〉，《清華法學》，2期，頁82。

²³ Wolfram H. Eberbach, a.a.O. (Fn. 16.), S. 328-329.

其福祉²⁴，其公益性甚為強烈，與微整型美容恰呈現明顯的對比。

綜上所述，非以治療為目的之微整型美容，實乃一項結合美學與醫學之醫療服務產業，不僅為廣義的醫療行為、同時亦可被評價為具有濃厚營利性質之消費行為，故本文認為：微整型美容雖如同狹義醫療行為一般，亦立基於醫師之醫學專業知識、技術，且屬於一項由外部對人體帶來侵入性給與之醫療行為，惟其核心價值顯已偏離狹義醫療行為，從而討論「因微整型美容而發生之醫療糾紛，是否適用消保法」之議題，應注意兩種醫療行為在目的、雙方選擇權之有無、是否具備營利性而缺乏公益性…等面向上所呈現之根本差異，據此更細緻化的調整對醫師相關責任之要求，始能較符合現實狀況。

觀察歐洲法院（Der Europäische Gerichtshof, EuGH）所作成之裁判，亦可見以目的取向，來解釋醫師的治療性醫療行為（ärztliche Heilbehandlung）之概念範疇者²⁵。而以 2013 年歐洲法院第三庭所面對之瑞典稅務局、和位於斯德哥爾摩之 PFC Clinic AB 整型機構（以下稱「PFC」）的

²⁴ 陳聰富，同前註 5，頁 84。

²⁵ Vgl etwa. EuGH, Urt. v. 10. 06. 2010, Az.: Rs. C-86/09, Rn. 35 bis 42.

法律爭議²⁶為例，PFC 長期提供美容整型手術，如：隆胸、隆鼻等，以及其他的皮膚照護服務，其向瑞典稅務局申請退還 2007 年 5 月之進項稅額，惟稅務局不僅拒絕退還、亦拒絕扣抵之²⁷。於該案中，瑞典最高行政法院提出了下列與本文主題相關之問題，請求歐洲法院對此進行先行裁判（*Vorabentscheidung*）：針對歐盟增值稅指令（*Mehrwertsteuer-Richtlinie*）2006/112/EG 第 132 條第 1 項（b）款與（c）款之規範內容²⁸，在解釋上是否包括美容手術、以及美容醫療行為（*ästhetische Behandlungen*）？亦即上揭服務是否亦屬於免增值稅之範疇？對此，歐洲法院第三庭表示：不僅於歐盟增值稅指令 2006/112/EG 第 132 條第 1 項（b）款所規範之「治療性醫療行為」，且包括於同條項（c）款所規範之「人類醫學領域中所進行之治療性醫療行為」，兩者在概念上皆指涉「以診斷、治療和（盡可能的）治癒疾病為導向之給付」；而根據歐洲法院過往之裁

²⁶ EuGH, Urt. v. 21.03.2013, Az.: C-91/12.

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.03.2013, Az.: C-91/12, Rn. 12 bis 14.

²⁸ 歐盟增值稅指令 2006/112/EG 第 132 條第 1 項（b）款規定內容略為：於醫療院所內進行之醫療行為與相關照護（*Krankenhausbehandlungen*），以及醫師之治療性醫療行為（*ärztliche Heilbehandlungen*）、還有與此具緊密關聯之營業、銷售…等，屬於免增值稅之範疇；而同條項（c）款則規定：於人類醫學（*Humanmedizin*）領域中所進行之治療性醫療行為，其由各會員國所定義之醫療、或醫療相關之職業人士所進行者，亦屬於免增值稅之範疇。

判見解，認為「致力於維持（*Aufrechterhaltung*）或重新恢復（*Wiederherstellung*）人類健康之醫療給付」，屬於歐盟增值稅指令 2006/112/EG 第 132 條第 1 項（b）款與（c）款所規範之範疇²⁹。由此可知，給付之目的對於吾人在判斷該項醫療給付是否屬於免增值稅範疇時，具有重大意義。當該項醫療給付乃致力於疾病或健康障礙之診斷、治療、治癒，抑或健康之守護、維持、或重新恢復時，即被歸屬於指令所規範之可免稅給付，因此一項基於疾病、受傷、或者先天性身體殘缺而進行之醫療侵入行為，即便帶有美容性質，亦屬之；相對而言，若一項醫療侵入行為僅純粹出於美容目的（*rein kosmetische Zwecke*）而進行，則非屬歐盟增值稅指令 2006/112/EG 第 132 條第 1 項（b）款與（c）款所規範之概念範疇³⁰。

至於我國司法實務上，根據「不同就醫目的」（亦即進行某項醫療行為，究係以治療為目的、或非以治療為目的）、或「病患已表明主觀所重視之事項」，而賦予不同程度之義務要求者，亦有所見。舉例而言，臺灣高等法院 96 年度醫上字第 11 號判決，即明確肯定醫師說明義務之範圍有其界線存在，惟其進一步具體指出：此一界線將會因病患接受

²⁹ EuGH, Urt. v. 10. 06. 2010, Az.: Rs. C-86/09, Rn. 41 bis 42.

³⁰ EuGH, Urt. v. 21.03.2013, Az.: C-91/12, Rn. 25 bis 29.

醫療給付之目的，究係為接受治療、抑或非為治療，而有不同認定。該案所涉之事實略為：上訴人因視力模糊而至被上訴人臺北市立○○醫院眼科就診，經被上訴人丙○○醫師檢查後，發現上訴人右眼患有白內障，並告知上訴人可施行白內障手術。之後上訴人回至○○醫院接受白內障摘除及人工水晶體植入手術，由被上訴人丙○○醫師負責實施，惟於手術過程中，上訴人發生極罕見之上脈絡膜猛爆性出血，而其術後視力受損。其中，就本件被上訴人丙○○醫師未向上訴人告知上脈絡膜猛爆性出血之罕見併發症，是否構成違反說明義務，臺灣高等法院認為：

(1)「基於對病患自主決定權之保障與尊重，上訴人固應事先認識本件手術之風險，並由其自主決定是否願意承擔該風險之同意，其同意則以丙○○之充分說明為必要。…至於丙○○是否為完全之說明，應視丙○○是否基於一般有理性之病患重視之醫療資料加以說明，其次如上訴人表明其主觀上認為將影響其是否接受該診療意願之重要事項，則丙○○亦負有說明義務。即依上訴人就醫目的判斷，該說明之項目或內容為一般合理病患所客觀重視，或本件上訴人表明為主觀重視者，即為丙○○說明義務之內容。然由於醫學非萬能而有其限制，…，應認為丙○○說明義務之範圍有其界線存在，亦即應考量上訴人接受醫療給付之目的，是為治療疾病或預防疾病之不同，而就丙

○○說明義務之範圍為不同認定。」

(2)「上訴人之目的如係接受治療者，因其疾病之治癒有其必要性及迫切性，此時丙○○必須立即進行醫療處置始能完成醫療給付，即使此類醫療行為具有罕見、極端之併發症或副作用，但對於一般理性之病患而言，基於疾病治癒之必要性與迫切性，即使知悉該罕見、極端之併發症，因該併發症之發生機率極低，與病症治癒之機率相較之下，尚不至影響其同意權之行使；…，因此應認為罕見、極端併發症或副作用之發生，丙○○並無告知之義務。」

(3)「但如上訴人之目的係為預防疾病之目的或非以治療為目的者，因其疾病之治癒並無迫切性及必要性，僅係為預防將來疾病之發生、或為諮詢意見而接受醫療給付，並不以治癒現已發現之疾病為必要，則上訴人對於醫療行為中發生罕見、極端併發症或副作用之忍受度較低，甚至會因顧慮併發症或副作用所帶來之不利益，而考慮不接受預防性之醫療給付，因此該併發症或副作用對於病患接受醫療給付時之同意權行使具有一定之影響，故應認被上訴人就醫療行為中可能發生罕見、極端之併發症或副作用，負有告知義務。」

在本件判決中，臺灣高等法院除以「一般有理性之病患所重視的醫療資料」為基準外，值得注意的是，其更具

體的以「病患之就醫目的」為經，配合「病患表明為其主觀重視事項」為緯，經多方考量後，始劃定出醫師說明義務的界線範圍³¹，並據此進一步判斷醫師是否已盡其說明義務。具體而言，法院在此亦基於病患接受醫療行為之不同目的，而對於醫師是否已善盡其說明義務，採取不同之評價標準，如此一來，亦將影響醫師、醫療機構後續在民事上會否被評價為構成侵權行為、或債務不履行，而須承擔損害賠償責任之結果。

藉由上開歐洲法院與臺灣高等法院之案例，本文欲與文章主題相連結並凸顯者係：在我國目前醫政實務之見解下，縱將非以治療為目的之微整型美容亦歸類為一項醫療行為，但仍不可忽略醫療行為之所以被進行，其背後不同之目的性。再者，不同目的取向之醫療行為，亦各自帶有其本質上的特殊點，是故對於醫療行為採取單一評判標準之作法，似有過於僵化、而未探究醫療產業現況之嫌。本文認為：將醫療行為按其目的取向、本質之異同而進行不同評價，應有其現實上之必要。其中微整型美容既屬一項不具必要性、帶有明顯商業營利性質之醫療行為，實與狹

³¹ 本文透過司法院法學資料檢索系統，輸入關鍵字「非以治療為目的」、並過濾其中與「醫師說明義務」相關之裁判後，採取相同界定標準者，另包括：臺灣臺北地方法院93年度醫字第5號判決、同院96年度醫字第12號判決，以及臺灣彰化地方法院95年度醫字第4號判決。

義醫療行為之內涵大異其趣，故應在此基礎上，相應調整對醫師責任之要求。

參、非治療性微整型美容是否適用消費者保護法之爭議與反思

承上所述，在此欲接續討論者係：非治療性微整型美容之接受者、與操作之醫師一旦發生醫療糾紛，是否有消保法無過失責任適用之餘地？抑或認為醫療行為應排除於消保法之適用範圍外，而微整型美容既如同上文之討論，歸屬於一項廣義醫療行為，自亦不受消保法之規範？

此項問題意識之根源，可回溯至我國消保法之獨特立法設計所致。按消保法第 7 條規定：「(第一項)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。(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。(第三項)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。」由本條文之文義可知，立法者將商品責任與服務責任併列，同時採取無過失責任制度，

目的在於合理分配危險活動所生之風險。惟對於「服務」之具體內容因缺乏進一步的定義，從而醫療保健服務是否應與其他產業服務有所區別，例外不受消保法規範，即成為一項待討論之議題。

自臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號判決一案（即「馬偕醫院肩難產案件」）³²將消保法適用於醫療事故以來，實務與學說針對醫療行為是否適用消保法之爭議，進行了長久且生動之討論。過去實務上雖各有採取肯定³³與否定³⁴見解之裁判，惟自民國 93 年醫療法第 82 條第 2 項規定修正以後，目前實務裁判多傾向「醫療行為不適用消保

³² 在本件判決中，臺北地方法院認為：醫療服務行為亦屬消費行為之一環。蓋「消費乃一為達成生活目的之行為，凡是基於生存、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」；而醫療行為「固與商品無關，且無營利性，惟其與消費者之安全或衛生有莫大關係，而自接受醫療服務者觀之，此屬於人類基於求生存之生活目的，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」。上開見解對於非以治療為目的、而具有濃厚營利性質之美容醫學行為，是否可評價為一項「消費行為」，亦提供重要之觀察角度。關於本件判決之意義與重要性，參楊秀儀（2014），〈臺灣醫療糾紛之迷思與真相—十五年回顧與展望〉，《月旦民商法雜誌》，45 期，頁 59-60。

³³ 如：澎湖地方法院 90 年度重訴字第 4 號判決、臺中地方法院 91 年度重訴字第 936 號判決。

³⁴ 如：臺北地方法院 87 年度訴字第 4511 號判決、同院 88 年訴字第 5027 號判決。

法」之立場，且似已有形成共識之勢；而學說上亦可見肯定與否定兩說並立，其相關討論極為熱烈，至今仍為學者關注之焦點³⁵。

惟如同前文所指出：若對醫療行為逕採取一貫僵化的法律評價，恐與現實之醫療產業現況產生極大落差，難與社會一般觀念接軌，從而針對微整型美容所發生之醫療糾紛是否適用消保法之議題，亦應密切注意此類廣義醫療行為所獨具之特性，依此逐步建構其論理基礎始較為適切。本文以下即以兩則論點相異之地方法院判決為例，觀察我國實務第一線對此議題所採取之立場，以及其各自論述之主要依據，接著將嘗試分析其論點是否能切實地回應社會現況。

一、兩則論點相異之地方法院判決

（一）臺中地方法院 100 年度醫字第 15 號判決

1、爭點事實

本件原告主張：被告醫師黃○服務於署立彰化醫院(配合行政院組織改造,於 102 年 7 月 23 日更名為衛生福利部

³⁵ 關於學說上肯定、否定兩說之爭議，詳參陳聰富（2014），〈醫療事故歸責原則與補償制度〉，《醫療責任的形成與展開》，頁 269-276，臺北：國立臺灣大學。

彰化醫院，以下稱「彰化醫院」)醫學美容科，原告在被告醫師的建議下，接受飛梭雷射手術以消除身上疤痕。未料，原告之疤痕於手術過後非但未消除，患部反而發炎潰爛，疤痕面積比療程進行前更大。其後原告經專業人士透露，方知其本身之體質不適合飛梭雷射，且飛梭雷射儀器會使疤痕色素反黑，對患者產生更嚴重之傷害。被告醫師未進行身體檢查，查驗、評估原告是否適合飛梭雷射，即進行手術，導致原告因該次美容醫療行為受有增生性疤痕、合併色素沉澱及皮下出血之傷害，故原告依民法第 184 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 195 條、第 227 條之 1 與消費者保護法第 7 條第 3 項之規定向臺中地方法院（以下稱「臺中地院」）起訴，請求被告醫師、被告彰化醫院連帶負賠償責任。

對此，被告醫師抗辯略稱：本件為醫療糾紛，不適用消保法自明，則原告主張被告過失侵權，未為任何舉證，於法不符；又本案經行政院衛生署醫事審議委員會認定，被告並無違反醫療常規、治療過程無過失，原告請求顯屬無據。而被告彰化醫院表示：本件並無消費者保護法之適用，且共同被告黃○之醫療處置均符合醫療常規，並無不當或過失，是原告請求被告彰化醫院就侵權行為及債務不履行負連帶損害賠償責任，應屬無據，資為抗辯。

2、判決要旨

在本件判決中，與本文主題相關之爭點在於：「非以治療為目的之醫療行為」是否有適用消保法之餘地？對此法律問題，臺中地院明確採取否定見解。其論據首先自消保法之立法目的出發：「因醫療行為充滿危險性，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費者保護法第 1 條第 1 項之立法目的甚明。」

在此基礎上，臺中地院著眼於醫療行為之有限性，認為採取無過失責任將導致醫師選擇防禦性醫療之不良後果：「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，醫師將選擇性地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1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，反而不能達成消保第1條所明定之立法目的。」

最後，臺中地院結合目前醫政實務對於「醫療行為」概念之廣泛解釋、以及醫療法第82條第2項規定，認為凡屬醫療行為者，不問是否以治療為目的，其損害賠償責任之存否，皆應以行為人之主觀歸責事由為判斷標準，而排除消保法中無過失責任之適用：「醫師為醫療行為之義務與責任，自應優先適用醫療法，除醫療法未規定，始適用其

他法律，參照現行醫療法第 82 第 2 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為限，又該條文並無區分『以治療為目的之醫療行為』及『非以治療為目的之醫療行為』，故於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 2 項之規範範疇。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。醫師為醫療行為之義務與責任，自應優先適用醫療法，除醫療法未規定，始適用其他法律。而醫師為醫療行為致生損害於病人時，醫療法第 82 條第 2 項明定應以故意或過失者為限，始負損害賠償責任，自不應捨醫療法而適用消費者保護法之規定。」

（二）嘉義地方法院 92 年度醫字第 6 號判決

與此相對，嘉義地方法院（以下稱「嘉義地院」）92 年醫字第 6 號判決³⁶對於「非以治療為目的之醫療行為」，是否適用消保法無過失責任之規定，卻得出截然不同之評價結果。

³⁶ 本案其後上訴至二審臺灣高等法院臺南分院（以下稱「臺南高分院」），作成臺南高分院 94 年度醫上字第 1 號判決。其中針對本文在此所討論之爭點：是否應參酌醫療行為之本質，而區分「以治療為目的之醫療行為」和「非以治療為目的之醫療行為」，並分別考慮有無消保法之適用？二審臺南高分院與一審嘉義地院所採取之立場相同，以下將再進一步說明之。

1、爭點事實

本件原告主張：原告之母張○○自懷胎即在被告嘉義基督教醫院由被告婦產科主任醫師戊○○進行產檢，前後產檢計 15 次，被告戊○○在歷次產檢為原告之母進行超音波檢查時，均對原告之母表示胎兒一切正常，建議自然生產即可，原告之母接受被告戊○○建議住進產房待產，詎在分娩過程中，胎兒頭部產出時始發現胎兒體重超過預期，被告戊○○雖使用真空吸胎器將胎兒產出，惟因胎兒體重過大在生產過程中造成原告右臂神經叢斷裂，原告目前右臂機能喪失 69.21 %。

因被告戊○○在產前錯估胎兒體重，且在遭遇肩難產時，顯未採取應變方法以避免原告手臂神經叢斷裂之悲劇發生，據此，原告之請求權基礎有二，其一為主張被告戊○○在產檢過程有過失造成原告右臂殘廢之損害，被告財團法人嘉義基督教醫院為被告戊○○之僱用人，依民法第 188 條及民法 184 條、193 條、195 條之規定應與被告戊○○連帶負損害賠償責任，其二為主張依消費者保護法第 7 條無過失連帶賠償責任。

被告則抗辯略稱：醫療行為適用消保法無過失責任制度，反而不能達成消保法第 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保法適用

之範圍之列。再者，被告不僅於產檢及接生過程無過失，亦符合當今之科技要求，從而原告請求被告負損害賠償責任，實無理由。

2、判決要旨

本件判決中，所涉及者雖為產檢、接生等「以治療為目的之醫療行為」，惟嘉義地院藉著與「非以治療為目的之醫療行為」進行分析、比較，以此作為前者不適用消保法之論據基礎。

嘉義地院首先指出，若單純僅就消保法第 2、3、4、7、8 及 9 條規定之文義觀察，同時參酌民國 85 年 12 月 31 日行政院函頒實施之中華民國行業標準分類，將醫院歸類於社會服務業中之醫療保健服務業，故醫療行為亦應屬於消保法所規範之範疇。然而，法律規定之文義若範圍過大，致其適用範圍過於廣泛而產生爭議，此時自應依立法目的，對法律適用進行合目的性之解釋。

據此觀點，嘉義地方法院從消保法之立法目的切入，進一步說明醫療行為、與消費行為在何種情況下應予以區別；又在何種情況下，醫療行為可歸類於消保法所規範之消費行為：「消保法第 1 條即明確揭示其立法目的在於『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』，又依消保法第 2 條第 1 款規定，所謂『消費者』

乃指『以消費為目的』而為交易、使用商品或接受服務者，著重在『以消費為目的』之行為，並非所有『商品交易或服務行為』都是消保法所規範之『消費行為』，再參酌辭海所載：『消費』乃人類為滿足慾望而使用耗財貨或利用服務之謂，故消保法之所欲規範之商品或服務之消費行為，自係指為滿足人類慾望而使用耗財貨或利用服務之行為，消保法係藉著規範此類消費行為，而達到提昇國民消費生活品質之目的。」

「然查，醫療行為依其目的可分成兩種，其一為『以治療為目的之醫療行為』，…。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。就『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，其與滿足人類一般慾望之行為不同，…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。」³⁷

³⁷ 作為本案上訴審之臺南高分院，亦肯認嘉義地院從「醫療行為之目的」出

二、上開兩則地方法院判決所凸顯之法律問題

歸納上開兩件實務裁判所討論之爭點可知，微整型美容究竟得否適用消保法，從中延伸而出且待討論之法律問

發，區別評斷不同目的之醫療行為，各自有無消保法適用空間之見解。在臺南高分院 94 年度醫上字第 1 號判決之判決理由中，其指出：「醫療行為依其目的可分成兩種，其一為『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。就『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，……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。」¹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。」

題包括：此類醫療行為可否歸類為一項消保法所規範之「服務」？以及微整型美容若適用消保法之服務責任，是否確將導致醫師採取防禦性醫療措施，從而出現「無法達成消保法立法目的」之不良後果³⁸？

三、本文見解

針對上開爭議問題，以下謹逐一提出本文觀點，並進一步反思微整型美容適用消保法有無其他意義存在。

（一）消費者保護法之「服務」概念，並未全面排除所有醫療行為。

首先，由於消保法本身並未對「服務」之內涵做出任何定義或限制，且將「商品」與「服務」併列，視為對等之規範標的而均適用無過失責任之立法，實屬少見，從而吾人難以藉由參考外國立法例來進行解釋，故有學者指出：醫療行為是否屬於消保法第 7 條所謂之「服務」，應同時慮及：醫療服務行為之特性，以及依消保法服務責任之立法政策，服務概念本身所應負載的規範功能、或消保法服務

³⁸ 於 1990 年代，德國國內已曾針對「醫療責任無過失責任化」的相關議題，進行過考慮，惟當時亦因擔憂引起防禦性醫療的不良後果，故最終未朝此一方向前進，參侯英冷（2015），〈德國醫療契約債編各論有名契約化〉，《月旦法學雜誌》，240 期，頁 171。

責任所欲實現之法價值後，為一價值判斷或價值選擇³⁹。

又就立法沿革以觀，消保法於民國 92 年修正公布前，雖當時「消費者保護法第 7 條條文修正草案」建議於本條第 1 項後段增設：「但危險係醫療行為內含之風險者，不在此限」⁴⁰，亦即將內含風險之醫療行為排除適用消保法，但此一提案最終並未通過。又，醫療法於民國 93 年進行修正時，行政院當初所提出之「醫療法修正草案」第 79 條（即修正後醫療法第 82 條）內容如下：「（第一項）醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。（第二項）醫療機構及其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。（第三項）前項情形，不適用消費者保護法之規定。」⁴¹但最終通過之醫療法第 82 條內容卻為：「（第一項）醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。（第二項）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

³⁹ 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）——最高法院九〇年度台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，36 期，頁 55。

⁴⁰ 立法院公報處（2002），〈立法院第 5 屆第 2 會期第 15 次院會紀錄〉，《立法院公報》，92 卷第 3 期，頁 149、180-181。

⁴¹ 立法院第 5 屆第 1 會期第 9 次會議議案關係文書，<http://lis.ly.gov.tw/lg/cgi/lgmeetimage?cfcacfcfc8cfc8c5cdcfcfd2cdc9c8>（最後瀏覽日：11/18/2016）。

賠償責任。」⁴²比照上述兩版本內容可知：行政院版修正草案雖欲明文排除消保法於醫療行為之適用，惟經立法院朝野黨團協商後，卻將行政院所提出之醫療法修正草案第 79 條第 3 項規定予以刪除。據此似可認為：立法者無意將醫療行為全面排除於消保法第 7 條所稱之「服務」範疇，因此應不能逕得出：醫療行為皆不適用消保法服務責任之結論⁴³。綜上所述，將非治療性微整型美容評價為一項消保法所定之「服務」，當屬有據。

（二）非治療性微整型美容適用消費者保護法不致引發防禦性醫療之不良後果，且未與立法意旨相扞格

其次值得思考的是，在非治療性微整型美容適用消保法之情況下，是否確如臺中地方法院所提出之論點：將導致醫師採取防禦性醫療之不良後果？實不無疑問。

所謂的「防禦性醫療」可大致劃分為：醫師出於自保心態而選擇病患、或是選擇保守醫療措施等不同面向，前者如醫師迴避面對高風險之病患；後者如醫師大量增加非

⁴² 立法院公報處（2004），〈立法院第 5 屆第 5 會期第 11 次院會紀錄〉，《立法院公報》，93 卷第 20 期，頁 56。

⁴³ 有學者認為：醫療法第 82 條第 2 項增訂條文，事實上僅重申向來民事侵權行為之歸責原則，並無太大意義，其射程也未及於全面排除消保法之適用，參楊秀儀、林欣柔（2004），〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 26。

必要的檢查⁴⁴，而非以救治病人之生命及健康首要考量。然而微整型美容之取向不同於狹義醫療行為，其無涉於疾病之診斷與治療，且進行此類醫療行為之動機，僅純粹為滿足個人對於外在美觀之要求，換言之，此時醫師所面對者，原則上乃一生理健康之個體，從而醫師若優先採取相對保守安全之醫療選項、盡可能降低接受者因進行微整型美容而帶來之額外生命、健康損害風險，亦難謂有何與消保法立法目的相扞格之處。

再者，微整型美容接受者在進行療程前，往往對於所欲達到之效果有所想像；而醫師於諮詢過程中，亦因無急迫採取醫療行為之壓力，故可藉由來回充分溝通，在掌握接受者主觀之期待後，憑藉其所具備之醫學專業知能和經驗，提供意見。此時療程項目如同商品一般，由接受者依其經濟能力自由挑選，蓋微整型美容並非健保所給付之項目，接受者皆須自費。如此的營利性質、以及醫師和微整型美容接受者之互動模式所形塑出的醫療服務生態，在本質上實不脫於消保法所欲進行規範之法律關係。

（三）非治療性微整型美容適用消費者保護法之其他意義

1、提供此類醫療服務之責任主體，無法主張不具主觀

⁴⁴ 同前註，頁 25，內文註 2 之說明。

歸責性而免責

消保法所規定之客觀歸責制度，以醫療服務是否「欠缺當時科技或專業水準可合理期待之安全性」為準，而不問提供此項服務者主觀上是否具有故意或過失。相對而言，在一般侵權行為法中，係以加害人因故意或過失不法侵害他人之權益，來連結損害賠償責任之成立；而契約責任下之債務不履行損害賠償請求權，亦以債務人因可歸責於己之事由，致未依債之本旨履行債務，作為債務人之所以應負損害賠償責任的要件。

以現行一般侵權行為法之框架來說，微整型美容接受者若欲根據民法第 184 條第 1 項前段之規定，向提供醫療服務者請求損害賠償，須後者具備違法性、歸責性、權利之侵害、損害之發生，並責任成立之事實與損害之發生間有因果關係，始足當之⁴⁵。此時基於法律要件分類說之分配標準，須由主張侵權行為損害賠償請求權之人、亦即微整型美容接受者舉證證明：侵害行為係出於提供醫療服務者之故意或過失，亦即其主觀上具有歸責性，此點往往對原告造成頗大的困難。

其次，微整型美容接受者亦可能依民法第 184 條第 2 項規定主張：提供醫療服務者違反保護他人之法律（如醫

⁴⁵ 臺北地方法院 104 年度重訴字第 722 號判決。

師法、醫療法)，致其發生損害，故應負損害賠償責任；惟提供醫療服務者若能證明其行為無過失，亦可免責。具體而言，本項規定仍以行為人主觀上具有過失為基礎，僅此項過失係由法律先行推定；但提供醫療服務者仍可舉證證明其行為無過失，而不負侵權行為之損害賠償責任。

至於契約責任下的不完全給付，係指債務人所為之給付，因可歸責於己之事由，致給付內容不符債務本旨，而造成債權人之損害所應負之債務不履行損害賠償責任。從而，不完全給付責任之成立，亦須以「有可歸責於債務人之事由」為基礎要件⁴⁶。雖實務見解多認為：針對債務人具有可歸責之事由，債權人不負證明之責⁴⁷，就此點而言對債權人尚屬有利，惟如同上文所述民法第184條第2項之情形，倘若非因可歸責於債務人之事由而引發損害，則債務人即可主張免責。

然而相較於侵權行為法所採取之過失或推定過失責任，以及契約法要求的債務人具可歸責事由，消保法第7條所規定之服務責任，因採取客觀歸責的無過失責任模式，故

⁴⁶ 最高法院 105 年度台上字第 475 號判決。

⁴⁷ 最高法院 82 年度台上字第 267 號判決。另，關於我國與德國在醫療糾紛採契約或侵權責任，於救濟上的差異與利弊，可參見黃立（2016），〈醫療糾紛處理的過程與發展—以德國民法為中心〉，《高大大學論叢》，11 卷 2 期，頁 7-26，亦有詳細的介紹。

與責任主體之主觀歸責性脫鉤，而側重於：其所提供之醫療服務進入市場時，是否符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性；若不符合上開要求，而生損害於接受微整型美容醫療服務之人，則提供醫療服務者即應負賠償責任。縱使提供醫療服務者能舉證證明自己並無過失、或已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，法院亦僅得減輕其賠償責任，而非據此抗辯即可完全免責。此項責任成立之合理性基礎在於：責任主體製造了一項危險來源，並藉此獲取了經濟上之利益，故理應承擔因服務所產生之損害⁴⁸。

換言之，將具有明顯商業交易性質的微整型美容適用消保法，會使得此類醫療服務提供者無法因自己不具主觀歸責性而免負賠償責任。藉此所彰顯者係：因非治療性微整型美容所引發之醫療糾紛，其討論重點不在於主觀歸責性之有無，而是移向風險分配之合理考量。具體而言，正因非治療性微整型美容相較於以治療為目的之狹義醫療行為，存有如上文所指出的本質差異，則考量到施作微整型美容將為生理健康之接受者帶來某程度之危險，以及從事此項活動之醫療服務提供者往往從中賺取高額利潤，故讓後者負擔消保法中的無過失責任，應無違反誠信原則或顯

⁴⁸ 楊佳元（2005），〈危險責任〉，《臺北大學法學論叢》，57期，頁105。

失公平之處。

2、懲罰性賠償金之制裁與防範功能

其次，消保法第 51 條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額 5 倍以下之懲罰性賠償金；但因重大過失所致之損害，得請求 3 倍以下之懲罰性賠償金，因過失所致之損害，得請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金。」此項懲罰性賠償金制度係「為促使企業者重視商品及服務品質，維持消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效」而設，亦即規範目的側重於制裁企業經營者之惡性，同時可望遏止該企業經營者及其他業者重蹈覆轍⁴⁹，以保護消費者不受企業經營者為獲利而為惡意侵害⁵⁰。從而懲罰性賠償金之請求，與民法上一般損害賠償制度、或消保法第 7 條第 3 項規定，係以「填補被害人所受損害」之取向不同。就此點而言，肯定非治療性微整型美容適用消保法之服務責任，亦具有其實質意義。

綜上所述，本文認為：即使微整型美容被歸類為一項廣義醫療行為，惟是否所有醫療行為而生之法律關係，皆絕無可能評價為一種消費者與企業經營者間，就商品或服

⁴⁹ 最高法院 104 年台上字第 358 號判決。

⁵⁰ 消保法第 51 條規定於 2015 年修正時之理由。

務所發生之法律關係，容有探討之餘地。在考慮微整型美容是否有消保法之適用時，首先就消保法與醫療法相關條文之修正歷程觀察，似未能直接得出「醫療行為全面排除於消保法之適用」的結論；且實務上常用以建構醫療行為不適用消保法之論點，主要為「將迫使醫師採取防禦性醫療措施，以致不能達成消保法『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』之目的」，亦不構成在微整型美容產業中，可排除消保法適用之有力理由，蓋吾人除難以想像醫師於競爭激烈之自費市場中，採取所謂防禦性醫療措施外；又退萬步言，縱使醫師選擇採取消極、相對安全之醫療措施，但對於一項本非必要之醫療行為來說，亦無不妥適之處。

事實上，恰如上開兩則地院判決同時強調者：針對法律之適用，應依立法目的而進行合目的性之解釋，故隨著醫療產業市場之變遷，對於因微整型美容所引發之醫療糾紛，若仍逕行套用實務長期以來就「狹義醫療行為不適用消保法」所提出之論理，是否屬於合目的性之解釋方式、抑或已偏離了消保法最初之立法意旨？不禁令人存疑。在考慮微整型美容與狹義醫療行為之差異後，肯定此類非治療性醫療行為將受到消保法規範，而把重點置於個案中是否符合消保法之構成要件，以俾在合理的基礎上，公平分配微整型美容所溢生之風險，並懲罰具有惡性之企業經營

者、嚇阻後續之仿效行為出現，毋寧為一項更真實貼近消保法意旨之選項。

肆、結語

隨著醫學技術以及醫療器材之高度發展，兼而社群媒體有意識的形塑審美標準，帶動了微整型美容之盛行。近年來，因相關醫療糾紛而涉訟之比例亦有逐漸升高的趨勢。在微整型美容療程中，醫師藉由注射填充物於人體內部、或操作高科技醫療儀器來調整接受者之外在體態，此類行為不僅依賴醫師所具備之專業知識、以及諸多醫學上之專業判斷，且將為人體帶來某程度之侵入性給與，故按照目前醫政實務之認定標準，仍認為其屬於廣義醫療行為之一環，而應受到相關醫療行政規範之拘束，如此始能較周全的保障醫療需求者之生命、身體與健康。就此一角度言，本文亦贊同將「醫療行為」之概念內涵予以擴大化，而不限於「以診療為目的」者，以便將來隨著醫療科技之進步，可即時、彈性的將新興醫療領域一併納入醫政管控之範疇。

然而，隨著「醫療行為」此一概念內涵之擴大，若仍將所有醫療行為皆逕賦予相同之法律評價，實過於僵化而未考慮現實醫療狀況。在現行司法實務中頗具爭議者，乃非以治療為目的之微整型美容得否適用消保法之問題，蓋

微整型美容既屬於醫療行為之一環，故實務上不乏據此認為：此時應適用醫療法來決定醫師之義務與責任，而排除消保法之適用；惟萬不可忽視者係：此類醫療行為在本質上帶有濃厚之營利特徵，與狹義醫療行為係以「恢復病人健康」為首要目的有所不同，故亦有認為：此類醫療行為無異於一般消費行為，而應有消保法之適用。目前司法實務對此議題所呈現之立場，尚難謂統一，而最高法院對此仍未表態，故目前因微整型美容糾紛涉訟之當事人，對於權利之主張尚充滿不確定性，長此以往恐將損及司法整體之公信力，且對於當事人權利之保障亦難謂周全。尤其是以改善體態外貌為號召、以專業醫師之醫學技術為必要之微整型美容，不斷透過大量廣告手段吸引大眾目光，誘使潛在需求者進一步了解此類非必要醫療行為之內容、以及可能達到之效果，目的乃為獲取更大的商業利益，已成為不爭事實。縱然微整型美容亦帶有狹義醫療行為之不確定性、侵入性、風險性等特質，但兩者之訴求與目的明顯有別，從而側重商業利益考量之非治療性微整型美容，是否仍應與狹義醫療行為一視同仁，實有必要審慎考慮。

綜上所述，可知吾人若未考量醫療行為之進行，可能帶有不同之動機、特性，即逕賦予所有醫療行為相同之法律評價，將出現醫療產業現況與一般民眾觀感脫節之結果，導致微整型美容一方面藉由「醫療行為」之名，而毋須受

消保法規範；另一方面，卻又從自費市場中賺取高額利益。有鑒於此，對於醫療行為是否適用消保法之爭議，本文認為：應配合進行醫療行為之目的性、必要性、醫師與接受者是否具有終局選擇權，以及醫療行為是否具明顯營利性而缺乏公益性等，為實質之認定。如本文所探討之非治療性微整型美容，即應劃歸為醫療行為下之新興獨立型態，而有消保法之適用，以便合理分配此類醫療糾紛下的風險與責任。

參考文獻

一、中文部分

王皇玉 (2005)。〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則－評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 50-63。

Huang-Yu Wang (2005). Plastic surgery, the consent of patient and the principle of reliance in medical treatment negligence – Opinion on the criminal verdict of Taiwan Taipei District Court, *The Taiwan Law Review*, 127, 50-63.

吳志正 (2006)。《解讀醫病關係 I：醫療契約篇》，初版。臺北：元照。

Chih-Cheng Wu (2005). *Legal Aspects of Physician Patient Relationship Medical Contracts*, 1st ed., Taipei: Angle.

侯英泠 (2015)。〈德國醫療契約債編各論有名契約化〉，《月旦法學雜誌》，240 期，頁 169-184。

Ing-Ling Hou (2015). Medical contracts as one kind of nominate contract in Germany's Civil Law: Kinds of Obligations, *The Taiwan Law Review*, 240, 169-184.

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）—最高法院九〇年度台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，36期，頁47-74。

Chung-Wu Chen (2002). The application of medical malpractice and the liability of consumer protection law (I) (The shoulder dystocia case of Mackey Memorial Hospital) a commentary on the supreme court's judgment of tai-shan-zi no. 709 in 2001, Taiwan Law Journal, 36, 47-74.

陳聰富（2014）。〈醫療行為與犯罪行為〉，《醫療責任的形成與展開》，頁83-127，初版。臺北：國立臺灣大學出版中心。

Tsung-Fu Chen (2014). Medical practice and criminal behavior, Formation and Evolution of Medical Liability, pp. 83-127, 1st ed., Taipei: National Taiwan University Press.

陳聰富（2014）。〈醫療事故歸責原則與補償制度〉，《醫療責任的形成與展開》，頁265-305，初版。臺北：國立臺灣大學出版中心。

Tsung-Fu Chen (2014). The liability rules for medical malpractice and compensation system, Formation and

Evolution of Medical Liability, pp.265-305, 1st ed.,
Taipei: National Taiwan University Press.

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。

Ju-Hsin Chen (2010). A study on the cosmetic medicine-related
civil liability, Master's Thesis, National Chengchi
University.

黃立 (2016)。〈醫療糾紛處理的過程與發展—以德國民法
為中心〉，《高大法學論叢》，11 卷 2 期，頁 1-76。

Li Hwang (2016). Development of medical disputes
regulation in the German Civil Law, National
University of Kaohsiung Law Journal, 11(2), 1-76.

楊秀儀 (2014)。〈臺灣醫療糾紛之迷思與真相—十五年回
顧與展望〉，《月旦民商法雜誌》，45 期，頁 56-73。

Hsiu-I Yang (2014). Myths and reality of medical malpractice
in Taiwan: 15 years after, Cross-Strait Law Review,
45, 56-73.

楊秀儀、林欣柔 (2004)。〈告別馬偕肩難產事件？—新醫
療法第八十二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112
期，頁 24-34。

Hsiu-I Yang/ Shin-Rou Lin (2004). Take leave of the shoulder

dystocia case of mackey memorial hospital ? – A
commentary on the new article 82 of medical care act,
The Taiwan Law Review, 112, 24-34.

楊佳元 (2005)。〈危險責任〉，《臺北大學法學論叢》，57
期，頁 87-119。

Chia-Yuan Yang (2005). Gefährdungshaftung (Liability of
Dangerous Activity), Taipei University Law Review,
57, 87-119.

趙西巨 (2013)。〈醫療美容服務與醫療損害責任〉，《清華
法學》，2 期，頁 73-91。

Xi-Ju Zhao (2013). Services of medical cosmetology and
medical malpractice liability, Tsinghua Law Journal,
2, 73-91.

劉盈宏 (2008)。〈醫療服務責任之研究〉，《軍法專刊》，54
卷 1 期，頁 58-83。

Ying-Hung Liu (2008). A study on service liability of medical
practice, The Military Law Journal, 54 (1), 58-83.

蕭翊亨 (2005)。《整形美容醫療責任與糾紛處理之研究》，
國立臺北大學法學系碩士論文。

Yu-Heng Hsiao (2005). Medical Liability and Malpractice of
Cosmetic Surgery, Master's Thesis, National Taipei

University Department of Law.

二、英文部分

Kuczynski, Alex (1st ed. 2006). BEAUTY JUNKIES: INSIDE OUR \$15 BILLION OBSESSION WITH COSMETIC SURGERY. New York: Doubleday.

Quick Facts: Highlights of the ISAPS 2013 Statistics on Cosmetic Surgery, at <http://www.isaps.org/Media/Default/Current%20News/ISAPS%20Quick%20Facts%20Highlight%20Sheet%20Final.pdf> (last visited 11/17/2016).

三、德文部分：

Dettling, Heinz-Uwe/ Böhnke, Ocka Anna (2014). Nützlichkeit oder Gesundheitsförderung als Arzneimittelmerkmal? Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. 07. 2014 zu synthetischen Cannabinoiden, Pharmarecht, S. 342-346.

Eberbach, Wolfram H. (2008). Die Verbesserung des Menschen – Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Medizinrecht, S. 325-336.

Eberbach, Wolfram H. (2011). Juristische Aspekte einer

individualisierten Medizin, Medizinrecht, S. 757-770.

Laufs, Adolf/ Kern, Bernd-Rüdiger (2010). Handbuch des
Arztrechts, 4. Aufl., München.

Prehn, Annette (2010). Des Menschen Wille ist sein Himmelreich,
aber auch auf Kosten der Solidargemeinschaft? –
Wunscherfüllende Medizin und body modifications unter
dem Blickwinkel der Leistungsbeschränkung in der
gesetzlichen Krankenversicherung, Neue Zeitschrift für
Sozialrecht, S. 260-266.

Stock, Christof (2009). Die Indikation in der Wunschmedizin –
Ein Medizinrechtlicher Beitrag zur Ethischen Diskussion
„Enhancement“, 1. Aufl., Frankfurt am Main.