



# 公平交易法不實廣告規範之再檢討

劉 姿 汝\*

## 要 目

### 壹、前 言

- 一、問題意識
- 二、研究範圍及方法

### 貳、公平法對不實廣告之現行規範

- 一、公平法第二十一條
  - (一)商品與服務之廣告
  - (二)販賣或流通載有不實廣告之商品
  - (三)廣告代理業及廣告媒體業
  - (四)相關處理原則
- 二、公平法第二十四條

### 參、廣告主之認定

- 一、由公平法第二十一條第一項談廣告主之判斷基準
  - (一)為「商品」的廣告
  - (二)須參與標示或廣告之決定或完成之事業
  - (三)必須是提供商品之事業所為
- 二、廣告主之具體判斷
  - (一)以常見之產經銷型態為例
  - (二)新興銷售方式之探討——以郵購買賣為例

### 肆、不實廣告之行為客體

- 一、商品或服務之不實廣告
  - (一)銀行與郵購公司
  - (二)房屋仲介業
  - (三)商品與服務的區分
- 二、公平法第二十一條與第二十四條之混淆
  - (一)有關「列舉」或「例示」之爭議
  - (二)是否與商品有直接相關
  - (三)比較廣告
  - (四)公平法第二十一條與第二十四條之適用

### 伍、薦證廣告——論代言人責任

- 一、薦證者之定義與責任
  - (一)薦證者之定義
  - (二)薦證者之責任
- 二、薦證者受處分案
- 三、薦證者責任之探討

### 陸、結 論

- 一、廣告主之認定
- 二、不實廣告的行為客體方面
- 三、有關薦證者責任

\* 中興大學財經法律系副教授，日本一橋大學法學博士。

投稿日期：九十八年四月二十三日；接受刊登日期：九十八年六月一日

## 摘要

近年來，不實廣告的問題日益增加而受到社會大眾的諸多的注意關心。事業利用虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵來取得交易機會，不僅傷害了競爭者之間的公平競爭，亦損及了消費者的權益。公平法的第二十一條是規範不實廣告的主要條文，但其仍存在不少待解決的問題，一是關於如何認定廣告行為主體以及客體的問題，其還牽涉到與最高行政法院對於公平交易委員會（公平會）在適用公平法第二十一條與第二十四條之不同見解；此外，伴隨新的事業活動型態，諸如電視購物、郵購、電子商務等，新的廣告問題也隨之發生。當然包含了受到矚目的薦證廣告、薦證者等問題。因此，必須重新思考現行從公平法的角度如何規範不實廣告以有效地對抗不實廣告。

總言之，本文將針對公平交易法對於不實廣告之規範進行檢討。重點置於不實廣告在法律規範層面及實務運作上的發展，進一步希冀能建構一個更完善因應不實廣告的政策以及具體的規範準則。

**關鍵詞：**公平交易法、不實廣告、廣告主、郵購買賣、比較廣告、薦證廣告、薦證者

## 壹、前言

### 一、問題意識

廣告，向來是事業為促銷自家商品或服務最有效果的方法之一。廣告做得好，讓事業的銷售量得以增加，促進其競爭力，當然應有正面評價。但相反地，若事業為不實廣告，不僅破壞事業間之公平競爭，更是嚴重影響消費者權益。

在公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）所處理的違反公平交易法（以下簡稱「公平法」）案例中，亦以不實廣告的案例為數最多。公平法對於不實廣告的規範，主要規定於本法第二十一條，但礙於本條之構成要件，發生許多規範上的爭議：例如：如何認定本條規範之主體？即誰是廣告主的認定。再者，第二十一條所規範之行爲客體範圍為何？不實廣告是否會因爲第二十一條所舉之廣告內容項目，而有適用第二十一條及第二十四條之分歧？以及近年來受到矚目的廣告代言人責任，在現行法下有無規範的可能性？本文嘗試就這幾個重要的主題，在現行的規定下，從競爭法下對於不實廣告的規範目的來註釋條文的構成要件及規範對象，並對於實務上所實際面臨的廣告問題，進行全面性的檢討。

### 二、研究範圍及方法

爲了探討上述的問題，首先，瞭解現行公平法對不實廣告之規範內容爲何，才能對公平法之不實廣告規範做全面性之探討。首先，將討論主題分成不實廣告之行爲主體與行爲客體，以及薦證廣告三個部分做爲討論的主題。由於對不實廣告的規範，並非只有出現在公平法，消費者保護法中亦有之，其他食品衛生管理法等行政法規也有在其規範目的下處理不實廣告問題。但本文是從公平法的角度探討不實廣告，因此，必須從競爭的角度，理解不實廣告爲不公平競爭之行爲，以此爲基準來討論相關論理及案例，基本上，必須是以廣告標之商品或服務作爲競爭手段之事業，唯有此，該商品或服務相關之不

實廣告才能影響該事業在市場上之競爭。就與消費者保護問題之關係而言，公平法對於不實廣告之規範，主要也是從廣告的虛偽不實或引人錯誤的內容，是否造成消費者的誤認而造成不公平競爭為出發，因此除了競爭，亦存在著消費者保護的角度。但本文認為，不可全然將公平法中的不實廣告全然視為以保護消費者利益為目的，而逸脫競爭的目的，因為若事業與消費者間之廣告問題與競爭並無涉<sup>1</sup>，則不應屬公平法所應規範之範圍。

具體而言，本文將針對現行公平法對不實廣告之規範問題整理出以下幾個主要討論的部分，包括：(一)有關行為主體：事業所提供之商品、服務，由設計、生產透過各式各樣的行銷過程流通至消費者，而這一連串過程中之事業究竟何者應對不實廣告來負責？換言之，誰可被認定為「廣告主」而成為被規範之行為主體？(二)有關行為客體：公平法第二十一條將廣告分為第一項對「商品」的廣告及第三項對「服務」的廣告，但「商品」與「服務」的區分並非皆易，這樣分別規定於不同項，會有法條上適用的困擾；再者，由於公平法第二十一條第一項例示了十四項虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，進而引起不實廣告之內容若非在該十四項之內，是否則無法適用公平法第二十一條之爭議。或者，在比較廣告的類型，為何對他事業為不實廣告需是用第二十四條？簡言之，究竟廣告中對何種內容不實才是公平法第二十一條所規範之客體？以及，但礙於法條之構成要件，時而必須要適用第二十四條，是否造成法體系上的紊亂？(三)有關薦證廣告之規範：此為一般消費大眾所關注之主題，公平法及公平會常是被期待能解決此問題之對象，但依據現行公平法，公平會能做到什麼？此部分將以討論薦證人（也就是一般所稱之「廣告代言人」）的責任。(四)綜合前面

<sup>1</sup> 例如因不實廣告所衍生的契約糾紛，若屬於事業與消費者間的個案糾紛，則應以消費者保護法或民法處理之。有關消費者利益與公平交易法間之關係，以及公平法與消保法對不實廣告問題規範之差異探討，此本有許多不同見解。請參閱劉姿汝，消費爭議與公平交易法，行政院公平交易委員會第十六屆競爭政策與公平交易法學術研討會，2008年12月2日發表，頁1-12。

的幾個主題，最後試論修法之必要性與具體之修正建議。

## 貳、公平法對不實廣告之現行規範

要討論對不實廣告規範之問題所在，首先必須先瞭解現行公平法對於不實廣告之規範。

### 一、公平法第二十一條

#### (一)商品與服務之廣告

公平法第二十一條中，是以第一項為規範之重心：「事業不得在商品或其廣告上，或以其使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」由第一項規定可以得知本條所規範之客體主要是為「在商品或其廣告上，或其他使公眾得知之方法」為「虛偽不實或引人錯誤」之「表示、表徵」；而主體則是為此等表示、表徵<sup>2</sup>之「事業」。而第三項規定「前兩項規定於事業之服務準用之。」以示規範對象包含商品及服務的廣告。

#### (二)販賣或流通載有不實廣告之商品

此外，公平法第二項另有規定：「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。」規範對載有不實廣告之商品、服務（第三項）進行流通之事業，必須負行政責任，可以成為被公平會處分之對象。由此規定要件可得知，第二項所規範的行為主體是指並未直接為商品之標示或廣告，僅是對於已由其他事業為不實標示、廣告之商品進行販賣、運送、輸出、輸入之事

<sup>2</sup> 有關「虛偽不實或引人錯誤」以及「表示或表徵」之解釋，可參考公平會「處理公平交易法第二十一條案件原則」。以及劉孔中，論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告，公平交易季刊，第8卷第2期，2000年，頁1-35。

業<sup>3</sup>，以有別於公平第一項之廣告主，若此等事業自己亦為虛偽不實或引人錯誤之表示時，則亦有該當第一項之廣告行為主體之問題，但應該認定此時的事業只需該當第一項之廣告主，應無須另論第二項較妥。事實上，事業若僅是單純販賣載有不實廣告而被認定違反的案例並不多見，是否需要獨立於第一項之外另為獨立之規範對象，有商榷之餘地<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 對於販賣、運送、輸出入業者為行為主體之規定，尚有公平法第20條第1項：「事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：一、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。二、以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。三、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於未經註冊之外國著名商標，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項商標之商品者。」

<sup>4</sup> 就公平會適用第2項所為之處分案件看來，多屬於輸入業者與販賣業者之類型。關於輸入業者之類型，例如，公平會89年公處字第047號處分有關攝影器材行進口相機一案，該被處分人要求國外出口商於進口前撕去Refurbished（整理品）字樣，進口之後又未為標示說明該款相機為整理品，公平會認為公平法第1項及第2項不僅於事業有積極作為時論之，事業如以積極不作為而致虛偽不實或引人錯誤時，仍有違法之虞，因而認為該輸入相機之事業違反公平法第2項之規定。對於本案，公平會指出公平法第21條第1項包含隱匿資訊之不作為所引起之引人錯誤之行為，值得贊同。但是適用第2項之情形，必須是對載有不實標示、廣告之商品為運輸之情形，對於未記載而隱匿交易資訊之商品可否適用？本文對於公平會之見解持肯定之態度。第2項乃以第1項之成立為前提，第1項既已成立的情況下，輸入該商品之業者在理論上適用第2項應屬合理，公平會未拘泥於第2項之構成要件用字，實屬正確。但須為一提的是，若該相機輸入業者於進口後另自行對於商品為標示或廣告，則應論其第1項之責任。由於輸入業者，對於輸入之商品在國內而言應與製造業者相同，是商品最初的責任者（民法第191條之1或消保法第9條中對於輸入業者皆認為其責任應等同製造者），對於輸入載有不實廣告之商品，會影響商品之公平競爭。但若輸入業者根據消保法第24條的規定，對於輸入之商品或服務應附中文標示及說明書，所以若輸入業者已另為標示或說明書時，則亦應有第1項的責任。

至於販賣業者之類型，若同時該當公平法第21條第1項與第2項之要件時，有無同時適用之必要之問題。就公平會87年公處字第108號處分看來，公平會乃認為應該同時適用。在該處分案中，橡木桶洋酒公司販售由葉格公司所進口

### (三)廣告代理業及廣告媒體業

至於第四項規定：「廣告代理業在明知或可得而知情況下，仍製作或設計引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶賠償責任。廣告媒體業在明知或可得而知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶賠償責任。」可知廣告代理業及廣告媒體業雖然常被認為是不實廣告之共同行為人，但其僅負民事責任<sup>5</sup>，而無行政責任。這也正是可以證明，參與不實廣告行為的各層次事業中，若與廣告標的之商品或服務之競爭無關者，或許在該當共同侵權行為

之「黑老爺陳年21威士忌」、「豪情陳年麥芽威士忌」對於酒齡及原產地有虛偽不實及引人錯誤之表示（萊格公司已先前被公平會以違反公平法第21條為據被為處分），橡木桶公司不但銷售載有前述不實標示之酒品，還在自行出版之「橡木桶洋酒快訊」中刊登該酒品之名稱及照片，故公平會認為其行為不但有第2項之販賣行為，亦該當第1項為不實廣告表示之主體。但是，就公平法第1條及第2條之順序及構成要件看來，就如同前所述，第2項應是要規範未為不實廣告行為僅純粹販賣或輸入，而同時該當兩項之情形，不如將販賣、輸入商品的部分直接論為第1項中廣告行為主體之基本前提——提供商品，直接論第1項。要言之，事業若對於自己所販賣或輸入之商品為虛偽不實或引人錯誤之表示時，則該當第1項之違法要件，即使該商品登載有不實標示或廣告，似乎無須另論第2項；若自己並未對商品為標示、廣告，而是上游其他事業所為之時始適用第2項，是否在體系上會較為清楚。事實上如同前面所論，此等事業僅是散布不實廣告之協助者，其成為競爭主管機關之處分對象是否恰當，難謂無可議之處，因為公平法第21條之規範目的應著重於事業不得以不實之交易資訊為手段來達到不公平競爭之行為，但第2項之事業並未直接為標示或廣告，尤其是其中之運輸業者對於妨礙競爭之效果完全無涉，是否應該作為本條負行政責任之規範對象，值得商榷。若將其定義為不正競爭之行為類型，是否應如同第4項對於廣告代理業及廣告媒體業僅課以民事責任，讓受到營業利益上損害之競爭者對之求償，會較為妥當。

<sup>5</sup> 對於違反公平法第21條之不實廣告行為，其行政責任規定於同法第41條：公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。並且依公平法施行細則第26條之規定，公平會得命違反公平法第1項及第3項之事業刊登更正廣告。至於民事責任方面，則有公平法的30條至第31條之規定，包含除去、防止侵害請求權、損害賠償請求權。

下負連帶民事責任，卻不為公平會所處分之對象。

所謂廣告代理商，是指接受廣告主委託，與報社、雜誌社、電視公司等媒體訂立廣告委託契約；或負責計畫、製作、拍攝等均屬之<sup>6</sup>。廣告代理業與廣告主之間，乃因廣告之製作非廣告主所能夠勝任，而必須透過廣告代理業之協助使得已完成並刊登於大眾媒體，兩者間或為委任、或為承攬方式，但通常廣告主對於商品或服務之廣告相關內容多會指示廣告代理商，所以，廣告主不得以廣告委託外製而推諉廣告責任<sup>7</sup>。

廣告媒體業乃指報社、雜誌社、電視公司等提供廣告得以傳播讓大眾得知之媒介。而公平會對於本項所謂之媒體乃限於對廣告主或廣告代理業所提出之廣告有支配能力之可能足以篩選時始有適用<sup>8</sup>。廣告媒體業與廣告代理業同樣是屬於廣告主欲將廣告內容傳播大眾得知之必要途徑，但廣告媒體業僅提供時段或版面出賣給廣告主或廣告代理業，其並未直接參與廣告之製作，雖然會影響消費者因其刊載、播出之廣告內容而決定是否與廣告主為交易，但其對於廣告內容的影響力絕對不及製作完成廣告之廣告代理業來得大，所以必須限縮能直接掌控廣告內容者之廣告媒體業為限<sup>9</sup>。至於購物頻道，因為其不單只是提供平台或時段，購物頻道本身製播節目、提供主持人，並以自己名義銷售予消費者，已不能僅視為第四項的廣告媒體業，而是廣告主的身分，本文將在後面論述之。

<sup>6</sup> 莊春發、范建得，公平交易法第三冊——不實廣告，1994年5月，頁140。

<sup>7</sup> 行政院87年訴字第07250號再訴願決定書中曾述：「建築事業為參與市場競爭，從事交易之事業，自負有維護公平交易秩序及保障消費者利益之義務，是建設公司於委託他公司代為行銷廣告時，自應對其代為設計、製作之各類廣告及印刷品，負有管理及監督責任，以免造成消費大眾之錯誤認識及期待，不得以該事業委託他公司為之即排除其行政責任。」

<sup>8</sup> 公研釋002號解釋。

<sup>9</sup> 學者論及對於媒體之責任不應過於嚴苛，要求對於所有登載之廣告負責未免強求，故現行公平法第21條第4款應限縮至「明知」始負責較為合理。參考劉孔中，前揭註2，頁245-249。



#### (四) 相關處理原則

公平法第二十一條之適用，公平會定有許多相關的處理原則，這其中又以「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則（以下皆簡稱「二十一條處理原則」）」為最基本且重要，有關二十一條之相關解釋及適用原則皆涵蓋之。而眾所關心之薦證廣告問題，公平會則另定有「行政院公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」，將在後面另作解析。

## 二、公平法第二十四條

公平法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」是屬於公平法中的補充條款，當然亦包含補充第二十一條對不實廣告之規定。惟，目前實務上在不該當公平法第二十一條之構成要件的廣告行為，則必須適用公平法第二十四條認定其違法之情形，使得第二十四條在實際上亦成為不實廣告之重要規範依據，這是否妥適值得討論。

## 參、廣告主之認定

何者該當不實廣告的行為主體，也就是所謂之「廣告主」（以下對於廣告行為主體皆稱之為「廣告主」）是不實廣告規範之重要始點，因為事業必須符合廣告主身分之事業，才能追究其公平法第二十一條等之相關責任。

而從公平法第二十一條第一項規定來定義廣告主，應是指「為」虛偽不實或引人錯誤之表示、表徵之「事業」。但具體上應該如何認定，卻非十分明確。因為各種商品或服務的產銷過程相當多樣化，事業究竟應該與廣告之商品或服務有何關係，始該當公平法第二十一條之廣告主？商品之製造人也許並非自己為廣告，而是由其經銷之中盤或零售業者所為之；反之，若是商品製造人等上游業者所為之廣告，下游之零售業者若僅是引用或張貼，或甚至只是單純販賣商品或服

務，又該如何評價？此外，非明顯之產銷關係，例如：大型入口網站中所設的購物網，當販售商品的網頁中有不實廣告時，網站業者是否該當廣告主<sup>10</sup>？在郵購買賣盛行之今日，網站、電視等媒體在某些情況下已非單純廣告媒體業，是否應該負擔廣告主責任？以及郵購公司透過銀行對於信用卡持卡人所發行的卡友權益及優惠資訊等資訊刊物中，刊登販售郵購商品廣告，銀行在此郵購型錄廣告中究竟為何種角色？並非明確，值得探討。

以下，則以公平法第二十一條第一項之規定為主，來進行廣告主認定基準之探討。

### 一、由公平法第二十一條第一項談廣告主之判斷基準

在第二十一條第一項中，對於廣告主之定義是：「在商品或廣告上為虛偽不實、引人錯誤之表示、表徵之事業」<sup>11</sup>。第一項中所謂「為表示、表徵之行爲」，具體而言，應是指決定廣告或標示之內容之行爲以及將所決定之內容表現傳達，使大眾可以得知之行爲。這樣的行爲未必由單一事業完成，亦有可能關係到數個事業，例如由製造業者為標示、販賣業者為廣告，或經銷過程中歷經數個不同流通業者，各有廣告之情形，而此時，究竟該如何認定何者才屬於第二十一

<sup>10</sup> 以PChome網站為例，其有關購物的網站有線上購物、24H購物，商店街、集集市場、分紅網，還有露天拍賣等。露天拍賣是屬於拍賣型態的購物方式。

<sup>11</sup> 公平法對於「事業」之定義，在第2條中將其劃歸為：一、公司。二、獨資或合夥之工商行號。三、同業公會。四、其他提供商品或服務從事交易之人或團體；是從其在市場上之角色來定義，要求其必須以提供市場價值的經濟活動為常業的主體。對此，消費者保護法之中所稱規範對象「企業經營者」，原則上其亦符合公平法對事業之定義，只是名稱不同，但消費者保護法對於企業經營者則重於「產銷過程」，而將其定義在商品或服務之設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務者。參考廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合，律師通訊，4月號，1996年4月，頁19。此種垂直式的定義對於公平法在檢視事業在相關市場上的競爭問題時亦相當適用。至於公平法與消保法對事業在定義之相異處，參考劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，人文及社會科學集刊，第7卷第2期，2005年，頁6。

條所要規範之為不實表示、表徵之事業，便成為認定廣告主時之重要問題。

以下，即以公平法第二十一條第一項來討論商品「廣告主」之認定基準，由於該條第三項規定服務之廣告準用第一項之規定，故所論述之內容適用於服務之廣告主認定<sup>12</sup>。

### (一)為「商品」的廣告

要談認定廣告主前，先談論公平法第二十一條第一項之：「事業不得在商品或『其』廣告上，……」此處所為之「其」，究竟應指為何？對此，存在有不同見解。一是指「事業」，也就是此應定義為事業不得在商品或自己的廣告上為虛偽不實或引人錯誤之表示。另一個見解則認為是指「商品」，也就是事業不得在商品及商品廣告上為虛偽不實或引人錯誤之表示<sup>13</sup>。對於此一問題，就公平法第二十一條所欲規範之對象，或許後者較貼切，因為本條似乎著眼於是「商品」的標示與廣告，也就是可分為包含直接附著於商品之上的標示（本文以下皆簡稱此為「標示」），以及與商品分離獨立之廣告或其他使公眾得知之方法中所為之不實表示或表徵。兩者皆屬於現行第二十一條之規範對象，一般實務會將附著於商品之不實記載者稱不實標示，表示

<sup>12</sup> 涉及廣告活動的事業，其可能身在不同的環節，吳秀明教授，以公平會95年公處字第095051號處分為例，將其完整分類於十二種可能的角色：(1)廣告之設計者。(2)廣告之製作者。(3)廣告之出資者。(4)系爭產品之買斷者。(5)系爭產品之所有者（例如：「買斷」者）。(6)實際銷售者（促銷活動之實施者）。(7)因不實廣告獲利者。(8)知悉表示表徵為不實廣告或引人錯誤者。(9)對於廣告之散布、實施有監督、管理權責者。(10)對於營業活動相關之廣告內容之真實性，具有鑑別能力、識別可能者。(11)交易名義所彰顯者（例如開立統一發票者）。(12)廣告之外觀所顯示之廣告主（宣傳單上載有事業之識別文字及符號之問題）等。請參閱吳秀明，大型通路商之不實廣告責任——評台北高等行政法院九十五年訴字第四四七二號判決，台灣本土法學雜誌，第107期，2008年6月，頁38。上述之參與廣告活動事業之可能角色，值得吾等在討論各種情形下的「廣告主」認定時，作為分析之基礎。

<sup>13</sup> 此一爭議請參考公平會，競爭政策通訊，第7卷第6期，2003年，頁21-22。

有別於廣告方式<sup>14</sup>。標示方面的問題或為求規範統一，可以考慮將此部分歸由商品標示法規範（修正草案中已注意到此點），但現行法中應包含不實標示之規範<sup>15</sup>。

惟，從本條規範不實廣告之目的下，卻是將「其」解釋為「事業」可能會較為妥適，因為將本條第一項限縮於對事業自己的商品的相關事項，會導致比較廣告的情況下，對自己的商品不實或對於他事業商品不實，須分別適用第二十一條與第二十四條。有關第二十一條與第二十四條適用上的爭議，這部分在下一個討論行為客體範圍時會探討之。

### （二）須參與標示或廣告之決定或完成之事業

所謂「為」商品標示或廣告之表示、表徵者，該如何認定？基本上，即如同民法論意思表示時常提及，動機本身並無法律上之效力，必須透過意思表示而表見於外始生法律效力一樣，事業必須決定欲標示、廣告之內容，並且將其表現傳達讓大眾周知<sup>16</sup>。所以廣告主必須是決定標示、廣告內容，並將其傳達於大眾之事業始該當之。不過，所謂「決定」廣告中之表示、表徵，不應僅限於事業親為者，委託他事業完成亦應屬之。換言之，提供商品之事業，即使非直接或積極參

<sup>14</sup> 如同本文在第貳部分所述，公平會即是認為現行公平法第21條第1項之規定包含「商品標示」及「商品廣告」，而在修正草案中認為應將商品標示部分刪除，回歸由商品標示法規範。

<sup>15</sup> 公平會96年公處字第096066號處分的案件中，公平會對於購物台的不實廣告案例，即指出廣告主是對於商品的標示及電視購物廣告兩個部分為虛偽不實、引人錯誤之表示，公平會查處的標的包括電視廣告及商品包裝的標示兩部分。在日本亦是同時規範廣告及標示。參考矢部丈太郎，違反事件の處理，もちの不当表示をめぐって，國際商業，第39卷第1號，2006年，頁162-165，即是討論一個對年糕商品成分的不實標示案例。

<sup>16</sup> 公平會曾處理過一個案例，是依化妝品專櫃小姐對前來購物之消費者謊稱該消費者之同行同學購買此化妝品，以說服其購買，公平會認定事業是欺瞞無經驗人之欺罔行為，足以影響市場交易秩序，違反公平法。從此一案例可瞭解，事業對商品所為之不實表示，若非對不特定之大眾所為之，則不符合對廣告之定義，因而不適用公平法第21條，而必須適用第24條。請參考公平會82年公處字第075號處分。

與廣告內容之決定，但有監督、管理義務者亦應屬之；或甚至包含廣告內容之決定或完成雖另有他事業為之，但接受有關廣告內容之諮詢而提供意見，或將內容為修正等權利之事業，亦應屬於對廣告內容之決定有影響之行為<sup>17</sup>。但具體上要如何判斷，本文容後將以現行各種事業為例來進行討論。

有學者對於「廣告主需為決定廣告內容與散布傳播者」，認為在各產業型複雜之交易型態與關係下，可以作適度擴張，而提出「表現的廣告主」的見解<sup>18</sup>。所謂「表現的廣告主」是指事業雖未親為廣告內容之決定，但符合以下兩個要件者：1. 依廣告主之整體外觀呈現出其為廣告主。2. 對廣告內容之真實性有實施監督管理之可能性。此則是更具體的就名義、外觀上，以及是否有能力對廣告內容進行監督管理，作為判斷基準，值得肯定。

### (三) 必須是提供商品之事業所為

關於判斷廣告主，除了前面所討論之決定標示、廣告之表示、標示者外，是否還必須是提供商品之事業？針對此問題，從條文之敘述上並未明示。公平法第二十一條並非如日本之「不當贈品類及不當表示防止法」（簡稱「贈品表示法」）中<sup>19</sup>，對於不實廣告的規範主體

<sup>17</sup> 參考川井克倭、地頭所五男，Q&A景品表示法——景品・表示規制の理論と実務，改訂版，2004年，頁163。

<sup>18</sup> 吳秀明，前揭註12，頁40。

<sup>19</sup> 日本有關於不實廣告之規範，主要是在於獨占禁止法（本法全名「私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」，一般簡稱「獨占禁止法」或「獨禁法」），相當於我國的公平交易法。獨占禁止法以「私的獨占」、「不當的交易限制（聯合行為）」、以及「不公正的交易方法」三大部分為中心。關於不公正的交易方法主要由本法第19條規定下所禁止，而不公正交易方法的具體定義則規定於本法第2條第9項，共包括六種類型，其中第3款所定義之「為了使競爭者的顧客與自己交易，不當地引誘或強制之情事」，也就是所謂不當引誘顧客的行為，不實廣告行為亦屬於其中一部分。至於「不當贈品類即不當表示防止法」（即「不当景品及び不当表示防止法」簡稱「景品表示法」或「景表法」），是日本公正取引委員會（相當我國公平會）根據獨占禁止法第2條第9項對於不公正的交易方法的定義，另定「一般指定」及「特殊指定」作為更具體的內容指定。其中針對「一般指定」第8項

定義為：「對於有關自己所提供之商品或服務之交易從事不當表示之事業」，其必須限定於提供商品或服務之事業始能該當廣告主。相較之下，以我國第二十一條條文觀之，似乎對於不實廣告之廣告主似乎只要對商品之標示或廣告為不實之表示或表徵者即該當本條第一項。惟，從第二十一條第二項及第四項對於純粹販賣、運送、輸出、輸入業者以及廣告代理業、廣告媒體業等事業之責任另為規定，至於僅視為廣告之設計、製作或刊載者，則另應該當本條第三項之廣告代理業或廣告媒體業。如此可以看出，第二十一條第一項之廣告主應為商品標示、廣告之同時還僅是「提供」商品之事業，且也僅有限縮與此，才能與第二項及第四項所規範主體有所區隔，更進一步言，唯有如此才會影響商品或服務市場之公平競爭。所謂「提供」商品並為參與決定廣告內容之事業，可以是商品任何一個產銷階段之事業，其可以是製造業者、販賣業者，還可包括仲介業者等<sup>20</sup>。本文認為，事業是否從販賣商品中獲利，可視為判斷基準之一<sup>21</sup>。反之，若決定並為廣告之事業但並非提供商品者，例如廣告代理業及廣告媒體業並不適合被認定為第一項之廣告主，因為對該事業而言並沒有影響其與自己競爭

---

「欺瞞的引誘顧客」及第9項「不當利益引誘顧客」，關於有關消費者交易的附贈品的交易行為以及廣告等表示行為，另定「景品表示法」規範之。所以，景品表示法屬性上而言可謂是獨占禁止法之補充法。有關日本的景品表示法之內容，可參考劉姿汝，電子商務之不實廣告問題，月旦法學雜誌，第107期，2004年4月，頁88-90。

<sup>20</sup> 參考劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢，第51期，2002年，頁8。

<sup>21</sup> 只是獲利與否，有時候從形式上並不容易判斷。以本文中所探討之交易類型為例，在郵購公司與信用卡發卡銀行案例中，對於銀行按商品交易所收取之固定比例的費用，不認為是銀行所主張之手續費，是販賣商品之獲利，銀行因而該當公平法第21條第1項之廣告主；但網路交易之「商店街」案例，公平會卻接受商店街中設店之事業對於入口網站按每筆交易所給付之金額為手續費，因而認為經營商店街之入口平台網站不該當廣告主。究竟何種費用該視為交易獲利，何者又該為與交易獲利無關之單純手續費？恐怕應該有更明確之基準。重點不在收取的比例或形式上的名稱，而是該實質判斷收取費用之事業是否以系爭之商品作為自己競爭之手段。

者間之關係，而不實廣告之值得非難性之一，即在於使用不實廣告之事業以此不公平競爭之行為來妨礙與競爭者間之競爭，若欠缺之，則即使參與了不實廣告的某個環節，不應該該當本條所規範之廣告主。

至於所謂提供商品之事業，其前提是否應限定於該事業必須持有該商品之所有權？在本文以下討論的銀行信用卡廣告案例中，在公平會的處分書中之不同意見書裡出現了一個判斷基準，認為若持有所有權之事業為不實廣告時應該當公平法第二十一條第一項之商品廣告主，反之，若未持有所有權之事業為不實廣告，則至多該當第三項。關於此見解，個人較傾向反對之意見。所謂提供商品，並不一定要持有該商品之所有權，只要該事業屬於商品銷售過程中之一環即可。或許可以更具體的說，只要該商品的販賣，事業能夠從中獲得利益，更重要的是，藉由該商品的提供使得該事業能在其身處的相關市場中從事競爭，與競爭有關。商品所有權之有無並非本條之重點，一般而言，所有權的問題應該是屬於判斷是否該當垂直限制行為時之判斷基準<sup>22</sup>，而本條規範之行為並不屬之。此外，以此當作第一項及第三項之區分標準，也難謂精準，明明廣告之標的為商品卻因無所有權而歸到服務範疇，似乎不妥。

## 二、廣告主之具體判斷

雖然得以上述之基準來定廣告主，但如同前面所述，由於商品、服務有各種不同的產銷過程，認定上並非易事。以下，就以不同的產銷類型來討論何者可以該當公平法第二十一條之廣告主。

### (一)以常見之產經銷型態為例

商品從製造到消費者手中之流通過程，廣告由可能是其中任何一

<sup>22</sup> 在垂直交易限制的情況下，以轉售價格為例，若是未移轉所有權僅要求下游的販賣業者代銷情況下，沒有限制轉售價格的問題；但若是已經移轉所有權賣斷給下游販賣業者時，則應給予此等販賣業者有決定價格之自由，以資因應市場之競爭。為何賣斷時，下游業者有決定價格之自由，從common law的觀點言之，重在其已移轉所有權。

個環節之事業所為，以下僅以常見之產經銷型態為例討論之。

### 1. 製造業者、代工與出品業者

現在有很多商品，製造與出品之事業並不相同，商品由製造業者製造，再由出品公司負銷售之全責，兩者協力銷售商品；或是有些事業雖然商品上掛自己的品牌，實際上卻是找其他製造業者代工皆有之<sup>23</sup>。這裡會出現的問題多在於商品標示上，實際製造商品之業者多同時負責商品標示，此時，出品公司或品牌公司是否可視為標示行為主體？雖然，形式上標示是由製造業者所登載，但內容其實由出品或品牌公司所決定，代工或製造業者只是完全聽命行事，若為如此，行為主體應是該實際為標示內容決定之事業才是。所以，出品或品牌公司所負為公平法第二十一條第一項之責任，而非負第二項之販賣登載不實標示之行為。尤其是品牌公司找代工的情形，基本上應將該商品視為品牌公司自己所製造，由其負不實廣告之責任，非常合理。但若製造業者或代工業者亦有參與意思表示之決定，則其亦視為表示者之一，共同負第一項之責任。

### 2. 百貨公司等賣場

百貨公司或其他大型量販店等將賣場租借給業者，而該等業者若有不實廣告之行為時，百貨公司等是否亦該當廣告主？

首先，常見的案例是在百貨公司所刊登發送之宣傳廣告中，登有對於專櫃業者所提供之商品或服務相關之不實資訊。此等廣告是以百貨公司或賣場名義所刊登之廣告<sup>24</sup>，基本上該當「提供」商品之事

<sup>23</sup> 本文此處所論之出品業者或品牌業者，所要談的是目前有許多商品的產銷現狀。例如有些大賣場開始建立自我品牌，但產品卻是委託其他廠商製造；或者有些商品的製造商是委由經銷商出品，自己可能只是出示工廠名稱地址的情況。總言之，商品的製造商與所標示品牌或出品之事業是不同事業的情況。民法第191條之1的第2項所稱之情況應屬此種情況之一。

<sup>24</sup> 以前述吳秀明教授所評析之公平會95年第095051號處分為例，公平會即認為系爭商品之廣告，正反兩面皆有賣場（家福公司）之商業識別標示、網址以及「家樂福天天都便宜」等表示，其整體印象顯足以引起消費者對系爭產品係由家福公司門市所提供銷售，且得依廣告所載之商品及價格與原告進行交



業，且以自己的名義為之（例如：刊載商業識別標等），對於廣告內容應為監督以及有相當之決定性，因此認定其為廣告主應為妥當。另一種情況則是，承租百貨公司的專櫃或賣場在自己的櫃上公告不實的資訊。在此種情況，百貨公司是否該被認定為廣告主而為此不實廣告負責？以日本曾引起討論的「京王百貨公司」一案<sup>25</sup>為例：肉品販賣商「明治屋」於百貨公司中租用店舖販賣肉品，在賣場及肉品上的標示，除「明治屋」之相關記載外，還載有「京王百貨店 精肉舖」之名稱，日本公正取引委員會（相當我國公平會）認為百貨公司亦是該不實廣告之廣告主。若這些屬零售業的專櫃廠商本身並未為廣告標示，但其散發上游業者所提供之廣告傳單，以供宣傳商品，又該如何判斷？對此，有見解認為若強調廣告主須為決定廣告表示者，則該單純散發傳單之事業則非廣告行為主體<sup>26</sup>，在此見解下，或許只能認為該當第二項販賣載有不實廣告之商品之行為。

所以，在此種租借場地給他事業販賣商品的情形下，若百貨公司對於承租之專櫃廠商在商品相關之標示或廣告上，使用百貨公司自己的名稱或亦為內容之表示，且百貨公司可認定同為提供商品者，則百貨公司及承租兩方事業皆該當公平法第二十一條第一項之廣告主。若百貨公司在廣告上只出具自己的名字，並未另標示專櫃廠商之名稱時，例如：僅示「○○百貨蔬果部」所賣的蔬果，則只能以百貨公司為廣告主<sup>27</sup>。反之，若專櫃廠商以自己名義所為之不實廣告，百貨公司是否應該為此該當廣告主而負責任？此乃指有一些在全國各地的百貨公司等通路設有多數專櫃的事業，會用自己的公司或品牌名義統一登廣告，而將百貨公司等各通路據點羅列於廣告之中，此種類型之廣告方式基本上百貨公司並未對於廣告內容有任何參與，應不該當廣

易之認知。

<sup>25</sup> 平成14年（排）第27號。參考垣内晋治，平成14年度における景品表示法処理状況，公正取引，第633號，2003年，頁28-34。

<sup>26</sup> 川井克倭、地頭所五男，前掲註17，頁163。

<sup>27</sup> 川井克倭、地頭所五男，前掲註17，頁183。

告主。

### 3. 加盟體系

近年來，加盟制度從我們熟悉的超商、餐飲業至其他各類業種，都以相當的速度在不斷地成長，尤其在經濟景氣不甚好的情況之下，二度就業或自行創業成為尋求工作之新契機時，加盟制度常常成為大家的選項。所謂加盟經營關係，根據公平會所制訂之「行政院公平交易委員會對於加盟業主資訊揭露案件之處理原則」第二點之定義為：「係指一事業透過契約之方式，將商標或經營技術等授權他事業使用，並協助或指導他事業之經營，而他事業對此支付一定對價之繼續性關係」<sup>28</sup>。所以，加盟業主與加盟店，各是獨立之事業，加盟店的不實廣告，加盟業主未必同負廣告主責任，除非加盟業主有該當前述之廣告主要件。反之，加盟店若是刊載加盟業主所交付之商品、服務之廣告，加盟店在可以決定或參與廣告內容的情形下，還是有該當第一項或第三項之廣告主餘地，否則即屬第二項（及第三項）之純粹販賣刊載不實廣告商品或服務之事業。

### 4. 合作或贊助廠商

合作或贊助廠商的廣告責任問題，亦是常被論及的。此一問題，以前述之基準檢視，必須分成兩種情況來判斷，也就是該廠商是否符合商品提供之事業來作區隔。如果合作、贊助廠商本身亦參與商品之共同銷售，再加上對於廣告內容有事先參與之情況，則該當公平法第二十一條第一項之廣告主至為恰當；反之，若合作、贊助廠商本並非商品提供者，與商品毫無關係之情況下，又對於內容無從有任何干涉者，僅是提供場地或者經費，則站在競爭法的角度，實難要其負起第一項之責任。

#### (二)新興銷售方式之探討——以郵購買賣為例

在商品銷售方式多元化的現在，其中又以電視及網路購物等郵購

<sup>28</sup> 有關加盟制度，請參閱劉姿汝，加盟契約與公平法，法令月刊，第57卷第7期，2006年6月，頁4-20。

買賣的方式，因消費者不需要受限時間、場所即可以進行購物而受到歡迎，亦是事業擴充銷售通路時常做的選擇。

那麼，此等郵購買賣之不實廣告問題為何？首先，在消費者保護法中所謂之郵購買賣，根據消保法第二條第十款之規定：「指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」此種特種買賣與一般買賣不同之重點，在於消費者「未能檢視」商品即成立交易。是故，對消費者而言，郵購買賣之廣告所提供的資訊對於消費者決定是否購買該商品有舉足輕重之重要性，較一般消費者親自至店鋪購買更需要確保其真實性。但問題在於，郵購買賣中應由何者該當廣告主對不實廣告負責任？因為郵購買賣的型態中，往往有電視頻道、網站、以及型錄購物公司等交易平台來介入商品、服務之提供，此等平台業者是否該當廣告主，是常被討論的問題。

### 1. 電視購物

所謂電視購物，有(1)以廣告方式穿插於電視節目中，亦有(2)向電視台租下時段以節目方式撥出<sup>29</sup>，但最受到矚目的則是(3)專設購物頻道全天候販賣商品、服務的方式。

前面兩種電視購物型態，電視台不過是提供時段收取費用供事業販賣商品、服務，對於廣告並未參餘製作，對商品、服務之販賣亦無其他利潤之收取，實難被認定為廣告主，通常至多在知情或可得而知的情況下負第二十一條第四項的民事責任。

至於購物頻道，乃專為提供事業販賣商品、服務而設立之專屬頻道，不單是提供時段，還包括購物節目的製作統籌、提供主持人，並提供消費者電話專線負責訂購及送貨，重要的是可以從售出之商品獲得利潤。購物頻道以其所提供的商品、服務作為與其他購物頻道事業

<sup>29</sup> 現在有不少租用電視台時段的廣告，有主持人、來賓，廣告將節目化的問題頗為嚴重。如果此種節目中的商品牽涉虛偽不實、引人錯誤之內容，供貨廠商仍應該當廣告主，至於廣告節目化或節目廣告化的問題，則應透過廣電法等法規來規範之。

間競爭之標的，此等業者已非純粹媒體而是共同行銷商品或服務之事業。因此，購物頻道之媒體業者應該當公平法第二十一條之廣告主，而供貨之廠商，其提供商品又參與節目之製作，該當廣告主是自不待言<sup>30</sup>。電視購物其透過電視頻道放送深入各個家庭，影響力卻更為深遠，尤其近期電視購物頻道與日遽增，其發生的不實廣告問題不可小覷<sup>31</sup>。

## 2. 網路購物

事業透過網路販賣商品有許多不同的方式。有賣主自行建構網站設立虛擬店舖來販賣，亦有透過大型入口網站中的購物網站來販售。此外，透過拍賣網站販賣也是常見方式。

### (1) 自行架構網路商店

自己建構網站販售自己或他人商品，若對商品、服務為不實廣告時，當然該當廣告主負相關之責任。即使販售他人所提供之商品，只要該網站是以網站名義刊登廣告、提供商品與消費者交易的情況，就該當廣告主，應較無爭議。

### (2) 透過大型入口網站

PChome、Yahoo等大型入口網站中所經營的購物網站，亦為現在

<sup>30</sup> 參考公平會93年公處字第093115號處分書。本案中，在電視購物節目中對於商品的不實陳述，公平會認定電視購物公司（東森得易購公司）與商品供貨業者分別該當公平法第21條第1項之不實廣告行為主體。而同樣為電視購物之不實廣告案，公平會亦有僅處分電視購物公司者，參考公平會91年公處字第091180號處分書。就公平法第21條第1項的要件看來，除非商品供貨業者未對購物節目中之不實陳述作任何參與，該不實陳述全由電視購物公司自行後續添加，否則該提供商品又參與節目內容決定之事業，當然該當第一項的廣告行為主體。電視購物公司如同百貨公司，同時接納眾多業者所提供商品、服務在購物頻道中販賣，若僅處分電視購物公司，並不能根本解決不實廣告的直接源頭，容易讓此等供貨業者換個頻道或其他販賣方式繼續存在，所以，同時對於電視購物公司與供貨業者為處分才能對電視購物之不實廣告問題收到規範的實效。網路購物平台或其他類型的郵購方式亦應同理而為相同的處理。

<sup>31</sup> 有關電視購物在競爭法上的相關問題，可以參考日本公正取引委員會公布之「テレビショッピング番組の表示に関する実態調査について」，2003年。

廣為被利用的網路購物型態。此等大型入口網站所經營的購物網站型態可以分為兩種常見的型態：

#### ①線上購物網站的型態

其經營方式實可謂為一個虛擬的百貨公司，同樣是提供一個可以讓加入的廠商銷售商品、服務的地方，只因其非面對面販賣，所以關於付費方式以及送貨管道亦透過購物網站平台來統一運作（以網站名義為之），並可因此營造購物網站的整體性。購物平台網站是以這些廠商的商品、服務來與其他購物網站為競爭，同時對於售出的商品可以取得一定比例的利潤抽成。且就交易外觀論之，商品或服務的相關資訊，皆是由PChome網站表示之，並未有任何訊息可供消費者辨識是否另有供貨廠商，並且是以PChome的名義與消費者成立契約。再加上這些網站對於加入的廠商所提供的商品、服務及其相關標示、廣告有檢視權，並透過網站在首頁或各網頁或是對會員發電子郵件的方式來登載廣告，所以亦是廣告、標示內容的決定者之一，因此這些網站可以該當第一項之廣告主<sup>32</sup>。

#### ②商店街的型態

所謂「商店街」的型態，同樣是入口網站下所經營的購物網站<sup>33</sup>，在此種「商店街」的網路購物型態中所涉及之不實廣告問題，

<sup>32</sup> 以PChome（網路家庭公司）網站，97年公處字第097079號處分書為例。在本案中，提供販賣「微電腦負離子光觸媒臭氣空氣清淨機」商品的廠商，在PChome線上購物網站上刊載、散布對商品效能等之虛偽不實、引人錯誤之表示。公平會不僅認定供貨廠商為廣告主，對於網路家庭公司，認為其參與案關商品交易並不僅於廣告製刊，就整體商品交易流程觀之，PChome線上購物網站僅顯示網路家庭事業名稱，消費者於訂購時所認知交易對象即為網路家庭公司，並於交易完成由其開具銷售發票予消費者，是以由交易消費端觀察，網路家庭公司實處於案關廣告商品最末端出賣者地位，又網路家庭公司所賺取利潤為供貨廠商銷售價格與其進貨價格之價差，其將因製刊廣告、銷售廣告商品而直接獲有利益，因此認定其居於廣告主地位。

<sup>33</sup> 此種網路購物之經營方式重在各個網路店家之獨立性，以及購物網站（網路平台公司）之介入較為微薄之部分。「商店街」僅是其中PChome網站所用之名稱，在Yahoo奇摩網站則是「購物通」，名稱在各網站各有所異，但為易於說明以及配合討論之案例而取用「商店街」名稱。

事業透過商店街以自己的名義與消費者交易，對於商品、服務之廣告，應負廣告主之責任故無疑義，但提供交易平台之網站，是否該當廣告主？則似乎有待討論。所謂「商店街」，恰如其名，供貨廠商如同租借商店街的店舖一般，透過網站所提供的開店平台來販賣商品，由加入的各商店自行經網路來建置、更新及維護其網頁中之商店資訊，網站並不介入商品之廣告內容及刊登。所有的商品均由該網路商店自行銷售與寄送，並由該網路商店開立統一發票與消費者。就此等部分的型態而言的確有異於前述之A的型態，在A的交易方式上，是以購物網站的名義統一與消費者進行交易，網頁資訊中僅顯示購物網站公司的名稱，消費者無從另外得知商品提供廠商為何者，且最後乃透過網站之付款機制，並由購物網站公司名義開立統一發票予消費者。

對此，在公平會所處理的PChome網站的「商店街」中，網路店家涉及不實廣告一案，公平會即僅處分該網路店家而未處分PChome<sup>34</sup>。根據公平會的理由，主要是因為廣告是由網路商店所上傳或刊登，而非PChome，再者發票亦是由網路商店以自己名義所開立，因此，縱使PChome對於網路商店所收取之服務費用係以該商店每月營業額之3%為計算，仍難認定其為廣告主。從網站本身不介入廣告的內容、刊載的角度，否定其為「廣告主」，應可肯定。但若前述之「表現的廣告主」基準而論，對消費者而言，商店街雖然明白揭示供貨廠商（即：在商店街開店的廠商，都有其店舖名稱），但從入口網站首頁的畫面看來，其與前面①線上購物網站同列於購物的分類，且一旦進入購物程序，付款機制亦與①相同；再者，網站亦對商店街的網路商店收取營業額3%的服務費用，是否可以因此認為網站對於商品的販賣有獲利，且以商品的販賣最做為與競爭者間競爭之手段？就這幾點看來，網站對於其商店街中的商店為不實廣告時是否該當廣告主，並非完全無可議之處。或許因為在此種型態下，網站本身完全不

<sup>34</sup> 公平會公處字第095145號處分書。

介入廣告，不失為是一個可以免於被認定為廣告主之因素，但，其不介入廣告，究竟是「不為」廣告之監督，還是「不能」為之？若能為而不為，則或許即該當前述「參與標示或廣告決定或完成之事業」，又因為有獲利而被認為是商品提供者時，似乎不能因此而免責，必須該當廣告主<sup>35</sup>。

### (3) 拍賣網站

在拍賣網站中販賣商品、服務，對於該交易標的有不實廣告之行爲時，該賣方是否該當廣告主？基本上，不論該賣方是爲個人、或公司等其他非個人型態，只要其符合公平法所定義之「事業」即可該當廣告主。至於拍賣網站是否該當廣告主，對於賣家之不實廣告負責？原則上拍賣網站就如同前面所論之「商店街」類型，拍賣網站只提供交易平台，若其不符合決定廣告內容、提供商品、服務之角色，基本上不該當廣告主<sup>36</sup>。

### 3. 型錄購物——以銀行之型錄購物案件為例

郵購公司是以型錄提供消費者圖片、文字等有關商品、服務之資訊，並接受消費者訂貨之交易方式，在多年前已開始盛行，但後來網路、電視購物興起，有逐漸式微之情況，必須想出新的行銷方式維持生存。因此，透過與信用卡發卡銀行合作，在銀行寄發信用卡帳單或卡友資訊時，郵購公司提供商品或服務的購物資訊給信用卡消費者，銀行則提供刷卡服務，是一種常見的合作行銷方式。此種合作方式不但拓展郵購公司的行銷通路，對發卡銀行而言，也是一種吸引持卡人刷卡慾望的方式。

<sup>35</sup> 學者認為，必須對於廣告內容之真實性有實施監督之「合理可能性」。所謂「合理」與否，必須檢視廣告內容、表現方式等，商品或服務之種類、數量等，以及監督事業之人力物力等資源，綜合判斷非一概而論。參考吳秀明，前揭註12，頁44。

<sup>36</sup> 不論商店街或拍賣網站，若其與消費者之間，對有關在此等平台上所為之交易有提供購物保障之約定者，即使不該當廣告主，還是必須對消費者負相關擔保之契約責任。

惟，當郵購公司對於所提供的郵購商品或服務有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵時，銀行是否該當廣告主，而負擔第二十一條第一項（或第三項）之責任？根據公平會所制定之「公平交易法對於金融業經營行為之規範說明」，在九十三年修正時，即提到信用卡不實廣告之多種行為類型，還特別針對郵購商品部分，表示金融業者於郵購目錄中，就郵購商品之使用效果為虛偽不實或引人錯誤表示等行為，業已致使消費者誤認者，將有違反公平法第二十一條之虞。但此點日後因公平會於九十五年另定「行政院公平交易委員會對於銀行業廣告案件之處理原則」而刪除。在新的銀行業廣告案件之處理原則中，雖未直接明示「郵購商品」之廣告問題，但本處理原則第四點第十二款指出：「刊登廣告前，未查證供貨商所提供商品之內容、品質及效果，致有虛偽不實或引人錯誤者。」該當虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，即應可適用於「郵購商品」之情形。可知公平會應該還是維持銀行在此一交易型態中可該當廣告主之見解。

銀行是否應該負廣告主之責任？以聯邦商業銀行股份有限公司一案<sup>37</sup>為例（以下簡稱「聯邦商銀案」），公平會認為銀行與合作的郵購公司，對於在郵購目錄中對於商品之不實廣告，皆需負廣告主責任。此案被處分人進行行政救濟，在高等行政法院<sup>38</sup>及最高行政法院<sup>39</sup>的判決，皆贊同公平會之見解。但此種合作的交易型態下，本案的聯邦銀行曾對於自己非廣告主，而作以下之抗辯：(1)聯邦銀行僅是接受信用卡持卡人透過信用卡方式購買郵購目錄上之產品，並未從事產品之販賣、運送、輸出入。(2)郵購目錄上雖印有「聯邦銀行」字樣，但該目錄乃由郵購公司所編輯、列印，銀行僅是提供持卡人限於以刷卡的方式消費，並提供「刷卡」、「分期付款」之服務。(3)在郵購目錄訂貨單之「注意事項」上已記載，銀行與商品之出售人、進口

<sup>37</sup> 公平會92年公處字第092117號處分。

<sup>38</sup> 台北高等行政法院93年訴字第02742號判決。

<sup>39</sup> 最高行政法院96年判字第505號判決。



商或經銷商皆無任何代理或合夥之關係；而商品之出售、退貨、保固期內維修、及其他售後服務等事宜均由郵購公司負責，消費之持卡人不得以上述理由拒絕付款。(4)聯邦銀行與幼敏公司之間在契約中表示，銀行僅代銷郵購商品，而商品的郵購買賣契約之當事人乃幼敏公司與消費持卡人，銀行並非當事人，對於郵購買賣所生之爭議由幼敏公司負責解決，與銀行無涉。對於這幾點抗辯，似乎僅能表示誰應為消費持卡人之交易相對人，誰該負商品之瑕疵擔保責任，以及銀行與郵購公司間之交易關係（代銷等），並不能當作排除該當廣告主之理由，公平會及行政法院亦是相同看法。本文基本上亦贊同銀行應該認定為廣告主，從廣告主的判斷基準審視之，銀行對於郵購目錄之內容在刊登前，有經過審視同意後才印行的權利，且郵購目錄以及郵購訂購單上均使用「聯邦銀行」名義，且本案郵購目錄係以銀行信用卡持卡人為寄發對象，持卡人名單及地址由銀行提供，消費者之郵購訂購單亦以原告為窗口，訂購人僅得以銀行之信用卡刷卡始能達成交易，整體廣告印象及交易流程，皆與銀行息息相關，亦符合「表現的廣告主」的要件。至於銀行是否能夠代銷商品，此乃事關有無違反銀行法等規定，無妨廣告主之成立，更進一步言，若從信用卡市場來看，銀行透過郵購目錄銷售商品來刺激持卡人消費，則郵購目錄的不實廣告即造成對信用卡市場的不公平競爭，亦應該負「廣告主」的責任。

## 肆、不實廣告之行為客體

前面論述廣告主之認定之後，接下來要論述的是有關廣告行為客體的問題。公平法第二十一條第一項之規定可以得知，不實廣告之行為客體應是指事業所為之「虛偽不實或引人錯誤」之「表示或表徵」。然而，事業究竟在商品或服務的廣告上作何種內容所為的虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵才該當本條之適用，仍存在不少值得探討之問題。

具體而言，首先，一、公平法第二十一條於第一項及第三項分別

規定商品廣告及服務廣告，但實際上廣告內容是為商品或是服務並不容易區分，現行法條如此區分是否妥適？二、公平法規範不實廣告存在著時而第二十一條時而第二十四條的混雜狀態，此乃因為(一)公平法第二十一條第一項對於商品相關的何種事項為虛偽不實或引人錯誤之表示表徵列出了十四個項目，此究竟為列舉還是例示？因若為列舉，則未涵蓋在此項目中之商品內容涉及不實時，則可能需要適用第二十四條作為違法認定之依據。同時，(二)是否不實之內容必須與「商品」有直接相關？若是，則非直接相關之廣告內容又必須適用第二十四條。此外，尚有(三)比較廣告亦礙於現行公平法第二十一條第一項之構成要件，而造成同一則比較廣告中，須區分為該廣告內容對廣告主所提供的商品不實，亦或對廣告主以外第三人之商品不實，而有適用第二十一條與第二十四條之別。綜上，在實務上造成應屬於補充條款性質之第二十四條因而成為規範不實廣告之主要依據之一，此狀是否妥適，值得討論。以下，即以上述兩大主題進行討論：

### 一、商品或服務之不實廣告

公平法所規範之範圍除了商品還包括服務，故第二十一條第三項之規定：「前兩項之規定於事業之服務準用之。」因此，服務之廣告主在準用第二項及第一項的情況下，應是指在服務或其廣告上，或其他使公眾得知之方式，對於服務為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵之事業；以及根據第二項對於載有虛偽不實或引人錯誤之表示之服務，為販賣、運送、輸出或輸入之事業。所謂「服務」，究竟如何定義？在公平法中對於商品及服務皆無明文之定義<sup>40</sup>。相對於商品，服

<sup>40</sup> 消保法之規範對象同樣包括「商品」及「服務」，關於「商品」，在消保法施行細則第4條中有定義：「本法第七條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終商品、半成品、原料及零組件」；但關於「服務」之定義則付之闕如。原本消保法施行細則起草時，曾考慮將「服務」亦一併定義之，但最後決定不設解釋條文，使讓諸法院及學說依社會經濟發展及保護消費者之需要加以決定。參見朱柏松，消費者保護法論，增訂版，2001年11月，頁86。

務應該是指無形之勞務，具體而言應包含運輸、旅遊、保險、醫療、建築、飲食、教育以及其他可依委任等勞務契約加以處理之事務皆可該當之<sup>41</sup>。

但實際上，在商品與服務多元化之今日，再加上本法對「服務」沒有具體的定義，就很難避免商品與服務間無法清楚劃分的情形，卻因為現行公平法第二十一條將廣告內容分為「商品」或「廣告」，各適用第一項及第三項，會造成具體案例適用條文時，雖然難以分辨，亦不得不區分的困擾。以下，就以前面所論的銀行與郵購公司，與房屋仲介業兩個例子說明之。

#### (一)銀行與郵購公司

前面談到廣告主時所談論之銀行與郵購公司之合作交易型態，其不只是有廣告主的認定問題，亦有在此種交易型態中，銀行所提供的究竟是「商品」還是「服務」的爭議。所以，即使認為銀行是廣告主，但應適用公平法第二十一條之第一項或第三項因而成為問題。

以前面的聯邦商銀一案而言，不實廣告的標的是郵購公司提供之「商品」，所以從公平會到行政救濟之最高行政法院判決，皆認為銀行是對「商品」不實而該當第二十一條第一項之廣告主，而非第三項。但在本案的公平會處分中有委員提出不同意見書，認為銀行提供的非商品而是「服務」，理由可歸納為以下幾點：(一)認為第一項與第三項之適用區別在於「商品」所有權之歸屬。換言之，對於「商品」有所有權者，其廣告之若有虛偽不實或引人錯誤時，應是用第一項之規定；反之，若無所有權者所為之廣告，即應適用第三項，因其無所有權的情況下提供的是「服務」而非「商品」。(二)再者，提到並非只要與商品沾上邊即屬第一項之問題。判斷第一項與第三項之別時，除了著重廣告標的是否為「商品」之外，還要注意該事業之行業別及其行業交易之性質。(三)而關於郵購目錄上之「郵購注意事項」之說明，

<sup>41</sup> 朱柏松，同前註，頁88。

可以看出銀行對商品沒有「所有權」，而銀行的代銷行為，乃提供「服務」而已，所以依第一項論處有所不當。另外，銀行因為刷卡費用較一般為高就認定銀行對於郵購買賣獲有利益，並不妥當。基於上述幾點，不同意見書認為，即使要認定銀行為第二十一條之行為主體，也應該適用第三項，而非第一項<sup>42</sup>。對此，本文可以接受並非只要與商品沾上邊即屬第二十一條第一項之見解，或許應該就個案判斷之，但如同前面論述廣告主時已提及，並不贊同以「所有權」的有無來當作「商品」或「服務」的區別，對不實廣告所造成的不公平競爭規範中，「所有權」的有無並非是關鍵。

## (二)房屋仲介業

在前述聯邦商銀案的不同意見書中，將重點置於廣告主對於商品「所有權」之有無，作為區分該當第二十一條第一項或第三項之基準的意見中，還特別以房屋仲介業為例說明，認為房屋仲介業販賣房屋時，若對房屋沒有所有權時，提供的是服務，應適用第三項，若仲介業先從屋主處購屋取得所有權再出售時，則為提供商品，對房屋有虛偽不實或引人錯誤時則應適用第一項；再者，提到並非只要與商品沾上邊即屬第一項方面，則舉例房屋仲介業提出如「交屋後，仲介公司負責二十四小時安全監控服務」的廣告時，雖然是對商品（房屋）為相關表示，但實則以提供「服務」為交易內容，應適用第三項。

其實，就房屋仲介業而言，在房屋買賣仲介這一部分的業務，仲介業多未持有其仲介之房屋的所有權，就「所有權說」之下，房屋仲介業者若未持有房屋所有權而有不實廣告之行為時，應適用公平法第二十一條第三項，但公平會並非使用此一標準。就公平會例年來對於房屋仲介業的不實廣告適用第一項或第三項之標準看來，乃以仲介業究竟是對「房屋」為不實廣告，還是房屋以外之「服務」為虛偽不實或錯誤之表示為準。例如：八十六年的太平洋房屋一案，仲介業對於

<sup>42</sup> 請參考公平會92年公處字條092117號處分之不同意見書。

房屋之坪數及每坪成交單價為虛偽不實及引人錯誤之表示及表徵，即為第一項之適用<sup>43</sup>；而適用第三項之案例，則有九十二年永慶房屋刊播「永慶房屋領先信義房屋一分鐘」、「一分鐘配好對」之廣告內容，為引人錯誤之表示<sup>44</sup>，以及九十年城居有限公司未於廣告看板明示「加盟店」字樣一案等<sup>45</sup>。這樣的區分基準為何？應該可以看出公平會應是對「房屋」等標的為不實廣告者，不論其所有權是否歸屬仲介業者皆屬第一項；若不實廣告之內容是房屋等商品以外其他內容，則該當第三項。

基本上，房屋為不動產，符合商品之定義<sup>46</sup>。但是，所謂仲介乃屬民法上之居間，根據民法第五六五條之規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會，或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約」，居間契約之標的應為報告訂約之機會或為擔任訂約之媒介<sup>47</sup>，房屋仲介業者是以取得媒介顧客房屋交易作為和其他競爭者間競爭之內容，並非直接將房屋作為提供消費者之商品，就此點而論，將房屋仲介業者對消費者所提供之不動產買賣媒介認定為無形之服務，有其道理。所以，亦無須以「所有權」有無來決定第一項或第三項之適用，而至於仲介業者提供的是「商品」或「服務」，公平會的區分方式可謂妥當，但就其居間的性質，全部視為「服務」的提供，亦非無理。

### (三)商品與服務的區分

從上面兩個例子看來，究竟不實廣告的內容是屬於對「商品」還

<sup>43</sup> 公平會86年公處字第115號處分書。其他例子還有85年公處字第057號處分書、82年公處字第048號處分書、81年公處字第060號處分書等案例可供參考。

<sup>44</sup> 公平會92年公處字第092182號處分書。

<sup>45</sup> 公平會90年公處字第203號處分書。

<sup>46</sup> 公平法雖未定義「商品」，但就消保法施行細則第4條中之定義：「本法第七條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終商品、半成品、原料及零組件」，可知房屋可包含在內。

<sup>47</sup> 參考邱聰智，新訂債法各論（中），2002年10月，頁318。

是「服務」不實，的確會引起爭議。但本文認為，有些案例的確論其為「商品」或「服務」之廣告充滿疑問，但僵化式的區分並無太大的意義。對於此一問題，若第二十一條條文內若將商品與服務放在同一項，以「事業就其所提供之商品或服務……」的方式將兩者合一，應可免去區分的困擾。如此一來，即可著重在實質上究竟對於何種交易條件做如何之虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，引起多少誤認，致傷害與競爭者之間之公平競爭等重心問題之上，而非受阻於追究是「商品」還是「服務」廣告的困擾，可供參考。

## 二、公平法第二十一條與第二十四條之混淆

### (一)有關「列舉」或「例示」之爭議

公平法第二十一條第一項是屬於「列舉」或「例示」的規定？由於該條項對於廣告內容共具體指出十四個項目，若認為其為「列舉」規定，則未被舉出之其他廣告內容因被排除構成要件之外，而無法成為第二十一條第一項之規範範圍，必須適用第二十四條。

#### 1. 第二十一條第一項之規定與解釋

第二十一條第一項其規定為：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」在本條項之內容上，在列出時十四個項目後加上「等」字，可見所欲規範之廣告內容不應該只限於該十四個項目。再者，公平會對於公平法第二十一條之適用所制定「第二十一條處理原則」，其第二點：「本法第二十一條所稱商品（服務），係指具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等」，此可謂是對於第二十一條第一項所未舉之項目加以補充說明，說明第二十一條第一項之行為客體可包括與商品非直接之交易事項。惟，此並沒有解決第二十

一條第一項關於行為客體之解釋爭議。具體來說，就處理原則第二點之文義看來，乃以「本法第二十一條所稱商品（服務），係指……」之方式來表現。此種表現方式會引起的問題在於似乎是為「商品」定義作解釋，容易引起非議<sup>48</sup>。本文贊同「第二十一條處理原則」第二點所解釋的範圍，應屬於第二十一條第一項所規範的對象，但反對透過對「商品」的解釋為呈現，而是透過法條修正，將所有與商品交易相關之事項，不論是否屬商品本身的事項，事業的各種情況、交易的條件等皆應屬之。

## 2. 實務上見解之分歧

第二十一條第一項屬於「列舉」或「例示」之爭議，主要起因於最高行政法院在判決，對於公平會所處理之不實廣告案例適用第二十一條之行政處分有不同的見解所致。

最高行政法院實則並未在任何判決中直接明示第二十一條為「列舉」規定，但從幾則有關第二十一條之判決中，對於第二十一條之適用範圍之見解顯然比公平會在處分中所持的意見要來得限縮。其中，最明顯的可說是最高行政法院八十九年判字第三四四一號判決。在此案中，原告（即原公平會處分中之被處分人）在刊登其銷售之商品「瓦斯定時閉關防爆器」之廣告時，對於政府相關之燃氣法令規定為虛偽不實之敘述<sup>49</sup>，被公平會以違公平法第二十一條第一項為由，處分其立刻停止廣告並另行刊登更正廣告。對此，最高行政法院認為，公平法第二十一條第一項之所規定之虛偽不實或引人錯誤之標的，應僅限於「對商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地」等之表示或表徵，認為公平會的處分並未對於「燃氣法令規定」是否符合其中之項目而該當第二十一條第一項之構成要件加以認

<sup>48</sup> 見最高行政法院90年判字第700號判決中原告之主張，即提出「處理原則」第二點以解釋「商品」之方式來擴充第21條之規範範圍頗有疑問。

<sup>49</sup> 本件事實關係及公平會之處分，請參考公平會86年公處字第186號處分書。

定，而逕以違反公平法第二十一條第一項及同法第四十一條為據予以處分，有商權之餘地。此一判決理由，是否意味「燃氣法令規定」並不包含在第二十一條第一項所列的十四個項目之中，使人質疑最高行政法院是否認為公平法第二十一條第一項為列舉規定<sup>50</sup>。但最高行政法院在八十九年第三四四一號判決中始終並未認為公平法第二十一條第一項為「列舉」規定。

最高行政法院亦有與公平會持相同見解之判決，其中，最高行政法院八十九年判字第三一三九號判決是一個值得在此作為對照之例，在該判決中原告同樣是因為販賣瓦斯防爆器時在廣告上就燃氣法令為虛偽不實及引人錯誤之表示，而最高行政法院則與公平會持相同之見解，認為此行為違反公平法第二十一條第一項之規定，並未如最高行政法院八十九年判字第三四四一號判決，認為公平會需要對於「燃料法令規定」是否符合公平法第二十一條第一項所列之項目加以認定。對於此兩判決之歧異，應是最高行政法院八十九年判字第三一三九號判決在認同第二十一條第一項為例示規定的前提下，未特別將「燃氣法令規定」排除於規範範圍之外，而支持公平會之原判決。然而，最高行政法院八十九年判字第三四四一號判決，雖認為原告對消防法令所為不實之敘述是否該當第二十一條第一項所列之項目有商權之餘地，然判決中並未直接用到「列舉」字眼<sup>51</sup>，所以本判決是否緣於第二十一條第一項是「列舉」規定，而對本件中有關「燃氣法令規定」之虛偽不實及引人錯誤之表示適用該條項提出質疑，尚難直接論斷。其究竟是認為「燃氣法令規定」非第二十一條第一項所列之十四項目

<sup>50</sup> 公平會，前揭註13，頁11。在公平會第三場重要案例研討會中亦談及第21條第1項是列舉還是例示的問題。

<sup>51</sup> 本判決於理由中關於此點僅敘述：「……原告於廣告上就『燃氣法令規定』為虛偽不實或引人錯誤之表示，並未認定『燃氣法令規定』即符合上開『對商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地』等項目之規定……據以引用公平交易法第二十一條第一項……予以處分，其構成要件是否該當符合，難謂無商權之餘地。」



之一而質疑其適用第一項的正當性，或是實際上亦如同最高行政法院九十年第七〇〇號判決一樣，其實所著眼於是否與「商品」直接相關，值得討論。本文認為從最高行政法院八十九年第三四四一號判決的理由看來，似乎很難速斷即是前者，尤其是理由中，無明示第二十一條第一項為列舉規定，且非直接敘述「燃氣法令規定」非十四個項目之一，而是指出公平會處分中未認定其是否符合「對『商品』之價格、（十四個項目）……」項目之規定，因此，其重心與後者相同乃在於「燃氣法令規定」是否為『商品』有關的項目，而非指「燃氣法令規定」不該當所列之十四個項目之中。

至於學者間亦多採例示說，且多認為就條文之文義看來，似乎不可否認其強調與「商品」本身有關，但商品以外之其他如銷售動機、貨品存量等之虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵亦會影響公平競爭。亦有學者雖非直接贊成「列舉」說，但強調第二十一條是第四十一條的處罰要件，故其構成要件範圍必須明確，不能過度擴張<sup>52</sup>。所以，「例示說」應該是被較為接納的見解。本文亦贊同應採「例示」說，因為「列舉」會將第二十一條第一項所規範之範圍作過度的侷限，將會有更多的不實廣告態樣因此迫使適用第二十四條，實在不妥。

### (二)是否與商品有直接相關

再者，既然是為定義「商品」之用，因此對於最高行政法院認為第二十一條第一項所適用之行爲客體是否應侷限於與「商品直接相關事項」，亦引起爭議。最高行政法院九十年第七〇〇號判決將不實廣告之內容區分為是否與商品直接相關之內容，僅有與商品直接相關之內容始得適用第二十一條，若涉及商品本身以外事項之內容則應屬第二十四條之範圍。若採此番見解，則若無法明確區分表示或表徵的內

<sup>52</sup> 蔡墩銘教授認為第21條乃一處罰規定，不宜過度擴張。公平會，前揭註13，頁22。黃茂榮教授則認為就第21條為第41條之處罰構成要件而言應為「列舉」規定，但就規範目的而言，應以「例示」規定較為滿足規範上之需求。黃茂榮，公平交易法理論與實務，1993年10月，頁417。

容是否與商品直接相關，將產生無法確認應適用第二十一條或第二十四條之問題，但「直接」與「非直接」之區分法，似乎並非完全明確。例如，若認為第二十一條第一項中所列之「製造者」之有關表示為與商品直接相關事項，那麼關於製造者之成立年份的相關表示，是否可涵蓋於第一項中所示之「製造者」之項目中，似乎並不明確。這樣的問題似乎與前述之「商品」與「服務」之區分一樣，往往模糊了案件應該討論的重點。

所以，對於不實廣告之內容，應該只要引起交易相對人錯誤，不管是否與商品有直接關係，更不須限於第二十一條第一項所示之十四種項目，皆應屬於本條項規範之範圍才是。

### (三)比較廣告

所謂比較廣告，是指事業將自己所提供之特定商品、服務與競爭者所提供者列為比較對象，將兩者之內容或其他交易條件，客觀地測定或評價提供比較的廣告方式<sup>53</sup>。此等廣告方式無非是事業希望透過比較的方式，將自己的商品、服務勝於競爭者之資訊傳達給消費者，雖然廣告內容中涉及其他事業之商品、服務的陳述，但重點則在於說明自己的商品或服務的優點，與其他廣告方式並無差異。

不過，公平會對於比較廣告的型態中，因為礙於公平法第二十一條第一項及第三項是廣告主對自己的商品或服務為不實廣告。因此，事業若僅對於自身的商品或服務為虛偽不實引人錯誤之表示時，適用第二十一條；相對的，對於自己的商品或服務為據實說明，但僅對於被作為比較對象之競爭事業之商品或服務為虛偽不實引人錯誤時，卻非適用第二十一條而是適用第二十四條，而若兩者同時皆有虛偽不實

<sup>53</sup> 近年來，電信市場開放後，不論是行動電話或國際電話皆競爭激烈，各家業者常以比較廣告的方式來凸顯自己與其他競爭者間的差異以贏得消費者的青睞。公平會對於電信事業市場制定有「公平交易法對電信事業規範說明」，並於第8點「電信事業公平競爭行為之規範」中的不實廣告部分中，還特別指出比較廣告的問題。參考公平會2004年4月9日修訂之「公平交易法對電信事業規範說明」。

引人錯誤之情況，則同時違反第二十一條及第二十四條<sup>54</sup>，這樣的分割方式似乎同樣地存在不妥的限縮解釋現象。實際上，在廣告中對於他事業之商品、服務之虛偽不實引人錯誤之敘述，若涉及毀損他人營業商譽而論是否該當第二十二條之部分，由於此非第二十一條不實廣告規範目的所涵攝之部分，確實有另為討論之必要，但除此之外，對於不實比較廣告之法條適用一分為二，似乎不妥當。日本對於不實比較廣告，則著重於事業以不實的比較廣告讓一般消費者誤認其商品、服務比被比較之事業優良或交易條件較為有利而具違法性<sup>55</sup>，與其他不實廣告的類型在法條適用上並無不同，值得參考。

#### 四) 公平法第二十一條與第二十四條之適用

因為現行公平法第二十一條第一項之條文文義下，衍生出「列舉」或「例示」之爭；是否應該與商品有直接相關；以及比較廣告下要視對誰的商品不實等問題，造成對不實廣告的規範因此時而適用第二十一條，時而第二十四條，這樣的分歧是否妥當？

就公平法的規範架構，第二十四條在學說及實務上均認為是一補充條款<sup>56</sup>，故適用本條之規定時應符合其為「補充原則」之屬性，換言之，僅能適用於公平法其他條文所未規範評價之行為，若公平法之其他條文對於某違法行為已涵蓋殆盡，則只能以該行為是否該當該條文規定之構成要件來認定其違法性之有無，不得以未構成該條文之後再依第二十四條加以補充規範<sup>57</sup>。所以，若以第二十一條為例，當行

<sup>54</sup> 請參考公平會所制定，「比較廣告違反公平交易法一覽表」。該一覽表中對於比較廣告所牽涉可能違反公平交易法的情況，除了第21條及第24條的問題之外，還有第22條及第19條第3款之適用。

<sup>55</sup> 參考日本公正交易委員會所制定之「關於比較廣告在贈品表示法上之見解」（比較広告に関する景品表示法上の考え方）。

<sup>56</sup> 公平法第24條乃置於第三節的不公平競爭中，就體系而言應該是屬於不公平競爭相關規範之補漏條款，但由於就條文文義，或就公平會的見解看來，則亦涵蓋限制競爭的部分。請參考公平會所制定，公平交易法第24條之案件處理原則，第2點。

<sup>57</sup> 公平會，認識公平交易法，第11版，2007年，頁418。

爲人之行爲已屬第二十一條之規範範圍之內，卻因該行爲未該當違法之構成要件時，只能說該行爲未違反公平法第二十一條，不能再轉而檢視其是否有該當第二十四條的可能性，此點乃必須明確釐清的。

若依與商品或服務直接相關與否爲界，將不實廣告之規範一分爲二的情形下，第二十四條將因此與第二十一條位於同一位階，而非第二十一條之補充條款，此乃與第二十四條之「補充條款」的屬性不合，並非妥當。或許九十年第七〇〇號判決之見解下，認爲第二十一條第一項之規範目的本來即是限於與商品直接相關之事項，而有意排除非直接相關之事項，而將第二十一條第一項未規範的非直接相關事項由第二十四條來補充規定，所以並未破壞第二十四條爲補充原則的屬性。但是，如同前面已述，從公平法規範不實廣告的目的，以及公平會在「處理原則」第二點中之立場，在在顯示第二十一條第一項不應該侷限於所謂的商品直接相關事項。再者，廣告之內容，只要與交易有關，可能同時存在與商品或服務直接及間接之內容，而不論何者有不實內容，同樣會引人錯誤而造成不公平競爭，所以依最高行政法院之見解，則可能將同一則不實廣告在適用法條上造成切割，妥當性值得商榷。

因此，又可參照日本「景品表示法」中，對於不實廣告之規範客體究竟爲何，該法第四條第一項將其分爲三個部分<sup>58</sup>，一個是「商品或服務之品質、規格或其他內容」<sup>59</sup>，另一個則是「商品或服務之價格及其他交易條件」<sup>60</sup>，最後則是除了前面兩種類型外之「商品或交

<sup>58</sup> 景品表示法中對於廣告的規範主要在第4條。有關第4條之說明，請參考劉姿汝，前揭註19，頁89。

<sup>59</sup> 有關「商品或服務之品質、規格或其他內容」，具體而言，品質主要乃指的是成分和屬性，規格則是指國家或相關機關所制定之各種規格、等級以及基準等，至於其他內容則包括原產地、製造方法、使用方法、有效期限等。

<sup>60</sup> 「商品或服務之價格及其他交易條件」則是以該商品、服務與其他競爭者之間可供比較的交易條件為主。具體而言，除了主要的價格之外，尚包含售後服務的提供、贈品的有無。若有使交易相對人誤認其交易條件較競爭者有利之不實表示，則構成違法。

易有關之其他由公正交易委員會所指定之項目」<sup>61</sup>，將所有與交易之相關事項不論與商品直接或間接相關之事項都盡可能地涵攝於規範範圍之內，其對於規範之對象重點著眼是否引起一般消費者誤認、不當地引誘顧客、而有阻卻公平競爭之虞，只要是該當此等要件之不實內容，都成為被規範的對象，以達到規範以不實廣告所造成之不公平競爭的目的。所以，在日本的景品表示法第四條的規定下，將「商品」及「服務」的廣告置於相同條項，只要引起誤認之廣告內容，不論是否直接與商品或服務有關之所有事項皆涵蓋之，比較廣告亦不分對自己或他事業之不實，亦皆在同條的規範範圍內，可謂解決了我國公平法在不實廣告的行為客體認定上的問題，值得思考。

## 伍、薦證廣告——論代言人責任

有關廣告代言的問題，向來在不實廣告的討論中受到重視，過去曾有一則減肥的草藥廣告，使用之廣告代言藝人竟高達三十多人，但該商品竟使消費者服用後出現嚴重傷害甚至危及生命，影響層面甚鉅。由於在此類型廣告中，或以名人、專家等推薦產品的方式來傳遞商品、服務的相關資訊；或以實驗或所謂機關驗證來說明商品之效用，消費者往往因該代言人之正面形象或實驗之驗證進而採信廣告之內容。因此，若該等廣告涉及虛偽不實或引人錯誤之內容，將會造成不公平競爭，尤其混淆及誤導消費者的選擇<sup>62</sup>，是不實廣告中迫切需要解決的問題。

<sup>61</sup> 「商品或交易有關之其他由公正交易委員會所指定之項目」，則是除前述兩個部分之外的概括規定，但為防止範圍不夠明確，故以日本公正交易委員會所指定的項目為限。目前公告指定的項目有關於無果汁飲料水之表示，商品原產國之表示、消費者信用融資之費用表示、不動產之誘餌廣告、有關誘餌廣告表示等項目。

<sup>62</sup> 不實的薦證廣告容易誤導消費者之選擇，消費者權益。可參考Neil W. Averitt & Robert H. Lande, *Consumer Sovereignty: A unified theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 ANTITRUST L.J 720 (1997).

針對此問題，公平會公告了「行政院公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」（以下簡稱「薦證廣告之規範說明」<sup>63</sup>），讓薦證廣告的規範有一較為具體之基準。然而此一規範說明是否真能達到規範眾所關心之「代言人」不實薦證之問題？公平會在去年第一次處分了薦證者<sup>64</sup>，引起相當的關注與討論。現行的公平法下，是否真有追究薦證者責任之餘地，以下從薦證廣告之說明規範談起。

## 一、薦證者之定義與責任

針對薦證廣告問題所制定之「薦證廣告之規範說明」，基本上仍不能逾越公平法基本規範之對象及範圍，以及其屬於不實廣告問題之一的本質，自是不言而喻。因此，其所規範之對象與行為類型自應不得逸脫公平法的立法目的與範圍。

本規範究竟包括哪一些內容？具體而言共分為五大部分，分別是「背景說明」，「名詞定義」，「薦證者資訊之真實原則」，「薦證廣告之商品或服務涉及本法之行為態樣」，以及「違反本法規定之罰則與法律責任」。

### （一）薦證者之定義

在薦證廣告規範說明第二點的名詞定義指出：「薦證廣告」是指「任何以廣告主以外之他人，於廣告中以言詞或其他方式反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果，製播而成之廣告。」而薦證者則是「前項所稱於廣告中反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果之人，其可為知名公眾人物、專業人士（機構）及一般消費者。外國人從事上開薦證行為者，亦屬之。」在本說明規範中特別舉了許多範例說明薦證廣告與薦證者的態樣，以及何種情況合法或不合法，讓事業及消費者能夠瞭解。例如在第二點的五個

<sup>63</sup> 請參考公平會網站9月16日公告之新聞稿所附錄之規範說明全文。

<sup>64</sup> 公平會於2008年6月18日，公處字第097078號處分書中對於「全竹炭塑身內衣」涉及不實廣告一案中，不僅處分供貨及製播廣告之廣告主，亦對於廣告中參與商品代言之藝人加以處分。

範例之一，即舉了廣告中美食節目主持人表示對某餐廳之評語，即是一種薦證廣告。又，在第三點的範例中提到一當紅名模在廣告中擔任薦證者，陳述某廠牌除濕劑具有良好之除濕效果，非常有助其保存名牌服飾、皮鞋、皮件等。在此情況下，該名模必須確實有使用該廠牌除濕劑，始可作此種薦證廣告，日後倘該除濕劑成分有所變更時（如添加更有效的防霉配方致氣味有所改變），廣告主必須先洽詢該名模，確認其有繼續使用該除濕劑，且仍同意其之前於廣告中所為之薦證內容，廣告主始可繼續播出上開廣告。這些範例說明了薦證廣告與一般廣告的不同，以及對於薦證者於薦證時的要求。

### （二）薦證者之責任

在規範說明的第五點第二項中對於薦證者的法律責任部分規定：

1. 薦證者與廣告主故意共同實施違反本法之規定者，雖其本身不符合本法第二條第四款所稱之事業定義，仍得視其從事薦證行為之具體情形，依廣告主所涉違反條文併同罰之。2. 薦證者因上開情形而涉及其他法律之規範者，並可能與廣告主同負其他刑事責任及民事連帶損害賠償責任。然而，以公平法中主要規範不實廣告行為的第二十一條觀之，僅對於廣告主、廣告代理業、廣告媒體業之違法構成要件及相關責任加以規定，但並未對於所謂「薦證者」作任何規定，似乎難以依據本條追究薦證者之責任。因此在薦證廣告說明規範訂定之際，關於薦證者的法律責任是規定：「薦證者本身符合本法第二條第四款所稱之事業定義，雖非廣告主，但其薦證行為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為者，涉及違反本法第二十四條之規範。」而就是首先薦證者必須符合公平法規範對象「事業」之定義；再者，是適用第二十四條而非第二十一條。但實際上在認定薦證者是否為事業並非易事<sup>65</sup>，因而在九十六年對第五點進行修正，至於是否要修正公平法將

<sup>65</sup> 根據公平會為宣傳薦證廣告所公告之「本會對於薦證廣告之規範說明宣導綜合會談Q&A」中，對於薦證者在何種情形下始該當公平法所稱之「事業」的質問中，其回答為「薦證者須以從事薦證為業，經常從事廣告薦證之行為，

「薦證者」納入規範對象，公平會認為還需要觀察。以下則討論適用修正後第五點對薦證者責任規定下，處分薦證者的案例。

## 二、薦證者受處分案

公平會在九十七年公處字第九〇七〇七八號處分中的案例中，處分了三家經銷該不實廣告產品之事業以及一位薦證者。該三家參與經銷販售之事業在電視頻道宣播「全竹炭塑身衣」宣稱該產品能促進腹部脂肪代謝，刺激腸胃蠕動並能排除宿便、毒素，改善虛寒體質等功效，並經過工研院認證等等內容，卻無相關之佐證，而被公平會認定為虛偽不實及引人錯誤之表示。至於薦證者部分，由於該演藝人員在廣告中宣稱「連睡覺都能瘦，像我大概連續穿了一個多月，不知不覺瘦了兩公斤，而且腰圍也瘦了一吋多」。公平會認為知名公眾人物以親身體驗及經驗分享方式為廣告，是為薦證廣告，內容必須忠實反應薦證者的親身體驗之，結果，不得引用無科學依據或實證效果之表示，而且廣告中亦應明示薦證者達到廣告所稱效果之相關條件，始符合薦證廣告之真實原則。而本案之薦證者即欠缺了適當的事證，認為其充分使用該商品並達到所宣稱之效果，亦屬虛偽不實及引人錯誤之表示。

至於該演藝人員薦證者之責任，公平會是援引行政罰法第十四條第一項之規定：「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為之輕重，分別處罰之。」並敘明薦證廣告規範說明第五點，即使薦證者不符合事業之定義，得視其所從事之薦證行為之具體情形，依廣告主所涉條文併同罰之。因此認定該薦證者與廣告主有共同實施違反公平法第二十一條第一項行為，薦證者亦違反該條規定。所謂「故意共同實施」，處分書指出，係指違反行政法上義務構成要件之事實或結果，由二以上行為人於主觀上出於違反行政法義務之故意，並以利

---

始有可能構成公平法所稱之事業。……」其實，以薦證為業者恐怕不多見，而且以薦證為業，豈不就是職業薦證者，其薦證之內容真實性恐怕即有問題。這也難怪公平會需要修正規範說明。



用他方行為作為己用之意思，互相聯絡而為共同行為之決意，且於客觀上藉由彼此分工協力之方式共同實施違反行政法上義務之行為。公平會對於本案之薦證者認為其對不實之廣告內容，尤其睡覺都能瘦的效果，自己坦承並不確定，是否真的因使用該商品而瘦下來，並無確切事證，認為此薦證者對於系爭的薦證，內容足以使消費者產生誤認等情形，主觀上均已知悉並有意使其發生，符合「故意」之要件。再者，各行為人間客觀上是否共同實施違反行政法義務之行為，則認為該薦證者與其他被處分事業間，對薦證廣告之拍攝已有共識及決意，該薦證者以其名人身分擔任代言，使系爭商品與薦證者間之形象產生連結，其知名度與不實的薦證內容，增強對該不實廣告結果之發生有重要貢獻，認為足堪認定客觀上與廣告主共同實施不實廣告之行為。其實，本案另有號稱消費者之其他人亦在本廣告中宣稱不實療效，消費者本可該當薦證者，但公平會並未去論處這些人，或許基於公平會之認定，其他人並未具知名度不足以對不實廣告產生重要貢獻，但這是否足夠當成違法及處分與否之理由，還有爭議空間。因為以消費者身分為薦證，對廣告所產生的影響力未必低於名人，再者，彼等若亦不確切證明使用過系爭商品，或是否真的因商品而產生瘦身效果，僅因為名人的身分而決定是否須同負廣告人責任，不具足夠說服力。

### 三、薦證者責任之探討

以上述的案例看來，公平會似乎已從修正後的薦證廣告規範說明中，透過行政罰法第十四條之適用，尋得處分薦證者的方式。但這是否真的可行，應該還有討論空間。不可否認，要以認定薦證者該當公平法規範對象之「事業」並不容易，但用上述案件的要件下認定薦證者責任，本文認為應謹慎為之，過度追究非事業者行政責任，似乎並不符合公平法之本質。

此外，薦證廣告的重點應該置於薦證之內容是否真實。公平會的薦證廣告規範說明的背景中提到是參酌美國、日本等之相關規範，對於薦證廣告違反公平法之行為態樣，使廣告主、薦證者、廣告代理業

與廣告媒體業有所依循。在美國法部分，FTC訂有「FTC Guides Concerning of Endorsements And Testimonials In Advertising」<sup>66</sup>。在FTC的此一薦證廣告指導原則中<sup>67</sup>，首先是對於薦證者（背書者，endorser）做出定義，並以實例說明什麼樣的廣告屬於薦證廣告<sup>68</sup>，並在規範中分為消費者背書（Consumer endorsements）<sup>69</sup>，專家背書（Expert endorsements），以及組織團體背書（Endorsements by organizations），亦是以實例說明什麼樣的情況是符合上述身分的人所做的薦證廣告以及何者不是。在身分認定上，比較著重於身分必須真實，以及薦證者必須對薦證商品所傳遞的資訊必須切實及客觀且不違背消費者的信賴與期待。但FTC此一指導原則著重基於薦證人的身分，不論是使用商品的消費者，或專家、專業組織，都必須客觀地傳達對於被薦證商品之相關經驗、發現、意見，不能有任何會違背視聽者期待且破壞客觀性的薦證內容。所以，除了最基本的薦證者身分必須真實，且薦證之內容要客觀呈現不得誤導，特別要求薦證者不得與廣告主之間有破壞廣告客觀性、正確性之關係。

對於確保薦證廣告內容的真實性方面，美國FTC另於一九八四年訂有「FTC Policy Statement Regarding Advertising Substantiation」以針對解決廣告中標榜商品、服務之效果、功能者，規範廣告主必須依據

<sup>66</sup> 美國對於不實廣告之規範，主要是美國聯邦交易委員會法第5條(a)(1)，認為影響通商之不公平競爭方法及不公平或欺瞞的行為或慣行，為違法。本條具有消費者利益保護之性質，因此，以本條為依據所定之「FTC Guides Concerning of Endorsements And Testimonials In Advertising」及「FTC Policy Statement Regarding Advertising Substantiation」是被認為在保護消費者政策的一環。

<sup>67</sup> FTC乃是針對此種以背書及推薦為方式之廣告，提出在FTC法上執行的方針。

<sup>68</sup> 在Definitions中的所舉的實例二提到有兩位主婦在超市購買洗衣粉的廣告內容，說明這樣的內容乃是一個取材真實生活，取明顯為虛構之情節而非薦證廣告。而在我國公平會的薦證廣告規範說明第二點名詞定義中的範例四亦是以兩位主婦的洗衣粉廣告為例，雖然細部的情節不盡相同，但同樣提到取材真實生活的明顯虛構情節並非薦證廣告。

<sup>69</sup> 規範之中對於消費者背書時，要求必須是「真正」的消費者，有實際的體驗等要素亦被納入。

合理的根據（實證）的問題，當廣告主無法對於其所主張之效果提出有合理性根據之實證時，將有違反FTC法第五條a項之虞<sup>70</sup>。這樣的廣告實證規範，其他各國亦有許多之<sup>71</sup>。尤其是我國薦證廣告規範說明背景中所提到的日本，其並無美國FTC所制訂的針對薦證者規範的部分，但對於廣告的實證要求部分，於二〇〇三年並針對「景品表示法」修正後之第四條第二項的運用上<sup>72</sup>，另制定了「不當贈品類及不當表示防止法第四條第二項運用指針——有關不實證廣告規範之方針」<sup>73</sup>。相較於我國的薦證廣告規範，日本的實證規範有幾點相異之處：(一)日本主要是透過修法的方式將對於商品、服務所表示之效果、功能是否具備合理依據之舉證責任轉換給廣告主，以解決主管機關因為舉證之故而延誤處分之時間，求得有效率之規範。(二)因而基於此一修法所配合訂定之「不實證廣告規範之方針」，乃以要求廣告主如何對其所表示之「效果、功能」提出合理之依據為重點。換言之，其重在廣告主對於「效果、功能」如何舉證的問題上做出具體的方針。(三)並未提到廣告中表現「效果、效能」的薦證者問題。日本公平會的思維在於：廣告宣稱效果、效能的問題在於其真實性，因此以轉換舉證責任，並參仿美國之規定，要求在一定的時間內提出符合要求（如公正之第三人機關，該指針中還規定怎樣條件之機關才是公正機關）之

<sup>70</sup> 美國FTC在本政策中認為，廣告主對於合理根據的提出，對消費者而言是非常重要的。若無合理根據，消費者將會對於廣告主的廣告內容失去信心。顯見此規範對消費者保護之色彩。

<sup>71</sup> 除了美國之外，歐盟及其加盟國中的英、法國，澳洲以及日本、韓國皆有關於廣告內容須具備實證的相關規範。參考松風宏幸，諸外國の表示規制——不實証廣告規制，公正取引，第638號，2003年，頁26。以及南部利之，改正景品表示法と運用指針，2004年7月，頁120-127。

<sup>72</sup> 日本公正取引委員會於2003年在景品表示法第4條增定第2項，主要在於規範廣告內容真實性的舉證責任歸屬廣告主，其內容為：「公正取引委員會為了判斷表示內容是否該當前項第一款，在認為必要時，得對該事業限定相當期限，要求其證明該表示之合理根據之資料，在此種情形下，若事業未能提出資料時，……視為該當前項第一款之不當表示（即該當不實廣告之意）。」

<sup>73</sup> 有關修正之內容，參考河野琢次郎，改正景品表示法の概要と趣旨，公正取引，第633號，2003年，頁17。

實證，否則即可認定其為不實廣告。這樣的實證廣告規範方式，很值得我國參考，與其困擾於薦證者及其責任之認定，不如將重點置於要求薦證廣告內容之真實性。舉證責任的轉換方式，應能為主管機關解決許多規範不實廣告上舉證的困難，增加規範的效率<sup>74</sup>。事實上，薦證者本身並非直接與商品銷售有關（若真有關，又該當廣告主之認定要件，即可認定其為廣告主），與廣告主之各要件相去甚遠，卻要負擔違反公平法的行政責任，並不妥當，如同本文前面探討廣告主認定時所述，與商品或服務的廣告有關係的環節非常多，但並非全部該當公平法第二十一條所論之廣告主。

## 陸、結 論

從上述所論之廣告主認定，第二十一條所規範之行爲範圍，到薦證廣告，本文欲歸納出幾個重點與建議。

### 一、廣告主之認定

由於現行商品或服務的產經銷模式非常多元及多樣化，層層環節中，何者應該當廣告主，在認定上愈趨困難。但如同本文所提出的三大認定基準，也就是(一)為「商品」（或服務）的廣告。(二)須參與標示或廣告之決定或完成之事業。(三)必須是提供商品之事業，基本上不背離公平法的競爭本質與現行條文的範圍下進行認定，應是重點<sup>75</sup>。而其中當然是以第(二)及(三)點為必要。首先，事業必須對廣告有決定、監督的權利，所謂決定或監督並不以事業須親為廣告內容為要件；再

<sup>74</sup> 舉證責任所帶來的行政效率外，對消費者保護的層面來說也非常重要，可使消費者免於被無合理根據之不實廣告所侵害。川濱昇，不當な顧客誘引と景品法，公正取引，第685號，2007年11月，頁5。

<sup>75</sup> 本文再次強調，並非無視廣告問題中的消費者保護問題，但要排除與競爭無關消費者廣告爭議。因此，將重點置於從公平競爭角度出發的廣告規範。有了正確、真實的廣告資訊，在達到公平競爭目的的同時，必然也兼顧了消費者的利益。

者，廣告標的（商品或服務）必須對廣告主在市場上的競爭有所影響，所以必須是提供商品或服務之事業，「提供」並不以對商品具所有權為限。

## 二、不實廣告的行為客體方面

現行的公平法第二十一條的架構與要件下，產生兩個主要的問題。一是第一項與第三項分別適用所造成的區分困擾；另一個則是公平法第二十一條與第二十四條之適用基準。在第一個問題的部分，若能將現之第一項及第三項整併於同一項中，即可免除不知該適用何項之困擾。至於後者，本文認為，公平法的體系上，不應該產生讓屬於補充條款性質的第二十四條，在實際上成為與第二十一條同為規範不實廣告的主要條文。所以應該是讓所有與商品（或服務）交易相關之事項，不論直接或間接相關，不論是對廣告主自己或他事業不實，只要內容虛偽不實或引人錯誤，造成不公平競爭者，皆屬公平法第二十一條第一項之規範範圍，即可解決此問題。但公平會曾提出修正草案，針對此問題的解決方式是將現行公平法第一項對商品的廣告，將「第二十一條處理原則第二點」對商品的解釋納入第二十一條，這似乎並非妥當的方法，將商品作如此解釋還是會引起爭議，也沒有解決是否必須為商品之直接或間接事項之困擾<sup>76</sup>。雖然出發點是正確的，

<sup>76</sup> 公平會在初期的對外徵詢的草案版中，對於現行第21條第1項修正為：「事業不得在商品廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」以及「前項所稱商品，係指具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等。」作為第1項及第2項。此修正有幾個重點：（一）由於現行第21條第1項之規定下，不實廣告之行為客體包含商品本身的標示以及與商品分離之廣告，但商品標示部分由於商品標示法第4條及第6條已有規範，應回歸由該法規範。（二）現行第21條第1項究竟為列舉亦或為例示之規定，公平會與行政法院時有歧見，為解決此一問題而將第1項中所列之十四種廣告內容態樣刪除，僅規定不得在商品廣告上為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。（三）因此，修正草案第2項則針對何謂「商品」進行定義規定。此定義目前是規定於第21條處理原則之中。對商品為定義解釋的不妥前面已論述過。

但是不應該以解釋「商品」的定義為之。

### 三、有關薦證者責任

對於強調特別效果、效能的薦證廣告，其重點應該置於薦證的內容是否真實。雖然薦證者對於薦證廣告的影響很大，但是否需在公平法下將其納入規範對象，或者如前面討論的案例，以行政罰法的共同行為方式達到處分其之目的，恐有再討論之必要。就如同本文一再論述的重點，與牽涉廣告問題的環節有很多，但不是每個部分或角色都適合從競爭法的觀點規範之，以公平法第二十一條第四項的廣告代理業與廣告媒體業，只能對其追究民事侵權行為的連帶責任，即是一例。所以與其懊惱如何處理規範薦證者，不如回歸如何有效率追求薦證廣告內容之真實性。真假難以辯明之「薦證廣告」層出不窮之現在，為判斷真假，往往耗費主管機關許多成本，審理效率及成果亦受影響，因此若能如消保法一般將廣告內容之舉證責任轉由廣告主來承擔<sup>77</sup>，若不能舉證，則視為該廣告內容為虛偽不實，不但可以免去公平會之舉證困難，同時對於上述之真實性有待商榷之名人薦證等廣告內容都可以因此達到規範的目的。日本之「贈品表示法」在修法後，將實證廣告之責任轉換由廣告主負擔的作法，值得參考。

<sup>77</sup> 消保法施行細則第24條：「主管機關認為企業經營者之廣告內容誇大不實，足以引人錯誤，有影響消費者權益之虞時，得通知企業經營者提出資料，證明該廣告之真實性。」

## 參考文獻

## 一、中文

## (一)專書

1. 公平會，認識公平交易法，第11版，行政院公平交易委員會，2007年。
2. 朱柏松，消費者保護法論，增訂版，自版，2001年11月。
3. 邱聰智，新訂債法各論（中），元照，2002年10月。
4. 莊春發、范建得，公平交易法第三冊——不實廣告，漢興，1994年5月。
5. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，植根，1993年10月。

## (二)期刊論文

1. 公平會，競爭政策通訊，第7卷第6期，2003年。
2. 吳秀明，大型通路商之不實廣告責任——評台北高等行政法院九十五年訴字第四四七二號判決，台灣本土法學雜誌，第107期，2008年6月，頁35-53。
3. 廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合，律師通訊，4月號，1996年4月，頁16-36。
4. 劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，人文及社會科學集刊，第7卷第5期，2005年，頁1-19。
5. 劉孔中，論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告，公平交易季刊，第8卷第2期，2000年，頁1-35。
6. 劉姿汝，加盟契約與公平法，法令月刊，第57卷第7期，2006年6月，頁4-20。
7. 劉姿汝，電子商務之不實廣告問題，月旦法學雜誌，第107期，2004年4月，頁88-100。
8. 劉華美，最高行政法院有關不實廣告之裁判之評析，台北大學法學論叢，第51期，2002年，頁1-33。

### （三）其他

- ◎劉姿汝，消費爭議與公平交易法，行政院公平交易委員會第十六屆競爭政策與公平交易法學術研討會，2008年12月2日發表，頁1-26。

## 二、英文

- ◎Averitt, Neil W. & Lande, Robert H., *Consumer Sovereignty: A unified theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 ANTITRUST L.J 720 (1997).

## 三、日文

### （一）專書

1. 川井克俊、地頭所五男，Q&A景品表示法——景品・表示規制の理論と実務，改訂版，青林書院，2004年。
2. 南部利之，改正景品表示法と運用指針，商事法務，2004年7月。

### （二）期刊論文

1. 川濱昇，不当な顧客誘引と景品法，公正取引，第685號，2007年11月，頁5。
2. 矢部丈太郎，違反事件の處理，もちの不当表示をめぐって，國際商業，第39卷第1號，2006年，頁162-165。
3. 河野琢次郎，改正景品表示法の概要と趣旨，公正取引，第633號，2003年，頁17。
4. 垣内晋治，平成14年度における景品表示法處理狀況，公正取引，第633號，2003年，頁28-34。
5. 松風宏幸，諸外国の表示規制——不実證廣告規制，公正取引，第638號，2003年，頁26。



(三)其 他

- ◎日本公正取引委員會，公布之「テレビショッピング番組の表示に関する実態調査について」，2003年。

# A Study on the Regulation of False Advertising of the Fair Trade Law

Tsu-Zu Liu\*

## Abstract

In recent years, the false advertising have been growing and brought to public attention. Enterprise make or use false or misleading representations and symbol to get business transactions, it is injures not only fair competition among competitors, but also the welfare of consumer. Article 21 is the main regulation of false advertising in the Fair Trade Law. It also exists some disputes, the One is how to determine the range of the Advertiser and the object of Article 21, then the Administrative Supreme Court reversed the Fair Trade Commission (FTC) regarded Article 21 and Article 24 of the Fair Trade Law is necessary to be discussed further too. In addition, go along with the new business style, as like TV Shopping, Mail-order, E-commerce etc., the new advertising problems also have occurred. Thus, we have to reexamine the regulation of the Fair Trade Law for fighting the new false advertising actions effectively, including the issue of endorsements and testimonial in advertising, and how to decide the responsibility of endorser.

In sum, This article plans to discuss the regulation of false advertising of the Fair Trade Law. Emphasis will be placed on the legal and practice

---

\* Associate Professor, Department of Financial and Economic Law, National Chung-Hsing University.

Received: April 23, 2009; accepted: June 1, 2009

development of the false advertising, try to establish a more appropriate policy and legal standard for false advertising.

**Keywords:** Fair Trade Law, False Advertising, Advertiser, Mail Order Purchase, Comparative Advertising, Endorsement and Testimonials in Advertising, Endorser