

從廣告或媒體責任探討虛偽不實或引人錯誤之公平交易法第21條法律問題

■演講人：蔡明誠教授
（臺灣大學法律學院）

壹、問題及規範類型

廣告之類型與內容頗具多樣性，公平交易法難一一例示其類型或明定其內容。公平交易委員會對於公平交易法第21條案件之處理原則（下稱第21條處理原則）第17點有關表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示，共有29種之違法類型，其中以不動產廣告及美容瘦身廣告較為常見。本文將此29種違法類型，依據虛偽不實或引人錯誤的內容屬性區分成以下幾大類：

1. 主體或資格之誤認
2. 品牌、獎項或智慧權之誤認
3. 商品或服務來源或條件之誤認
4. 價格之誤認
5. 數字之誤認
6. 品質或功能之誤認
7. 誇大言詞而無實證者

貳、公平交易法第21條於公平交易法體系上之定位及法源

公平交易法於民國81年施行，當時臺灣正值經濟起飛，消費者保護觀念也開始萌芽，公平交易法第21條¹的立法目的為確保事業公平競爭，保障消費者權益，有效執行公平交易法。

公平交易法第21條第1項規範的主體為事業，對於「為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」之認定，只要事業對外表示行為有不實或引人錯誤之情形，即違反該規定。其中出現虛偽不實與引人錯誤是否須同時存在？或者引人錯誤是上位概念，而虛偽不實只是下位的其中一個類型？另外，虛偽不實與引人錯誤是否不限於表示或表徵，例如不作為、肢體上的干擾等，是否亦為公平交易法該處理的？

至於廣告代理業者與廣告媒體業者的部分，民國81年公平交易法第21條第4項規定，廣告代理業或廣告媒體業均以明知或可得知情況為要件。又民國88年公平交易法第1次修法時，酌作文字修正，將"應"字刪除，以增加行政裁量的空間。

民國99年6月公平交易法第4次修正，進行第21條第4項修正及第5項增訂，修正內容為增訂不實廣告薦證者須負民事損害賠償連帶責任之規定，並明定廣告薦證者之定義。民國100年11月公平交易法第5次修正，限定非知名廣告薦證者之民事連帶損害賠償責任及修正罰則提高特定行為之罰鍰上限。

公平會裁罰、法院進行判決時，除有不當得

¹公平交易法第21條，於民國104年2月4日修正公布，原條文第2項、第4項及第5項，移列第3項、第5項及第6項，原條文第3項移列第4項，並酌作文字修正。

利與侵權行為外，尚有公平交易法第22條營業誹謗之禁止、第24條其他欺罔或顯失公平行為的問題。其中，適用公平交易法第21條後，是否還同時適用第22條²？依據目前公平會的解釋，一旦適用公平交易法第21條後，便不再適用第24條³，亦即違法內涵沒有被涵蓋在公平交易法第21條時，才能適用第24條其他欺罔或顯失公平行為之規定。

參、構成要件

公平交易法第21條主要規範的對象為事業、廣告媒體業者及廣告代理業者，其中事業對於虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵的責任較重，而廣告媒體業者及廣告代理業者僅於明知或可得知的情形負連帶責任。

所謂「其他使公眾得知之方法」，依公平會的解釋，包括設置市招、散發名片、舉辦產品（服務）說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾等。不過個人認為除廣告外，引人錯誤的行為宜均包含在內。

公平交易法第21條所稱表示或表徵包含更廣，如以文字、語言、聲響、圖形、記號、數字、影像、顏色、形狀、動作、物體或其他方式足以表達或傳播具商業價值之訊息或觀念之行為。

至於在虛偽不實或引人錯誤的定義部分，虛偽不實指表示或表徵與事實不符，其差異難為一般或相關大眾所接受，而有引起錯誤之認知或決

定之虞者。引人錯誤則是指表示或表徵不論是否與事實相符，有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定之虞者。其中，商品是否有混淆誤認或近似，應以誰的角度認定？一般消費者與相關消費者有沒有差別？這在過去並沒有作區別，一般而言，應以相關消費者的角度來看。但亦有法規認為兩者皆應考量，這就會被挑戰是要以所有消費者的角度或相關可能購買的消費者的角度來看問題？會提到這個問題是因為是否有虛偽不實或引人錯誤應該採用客觀主義，而不是由當事人的角度來看。此外，虛偽不實指的是發送訊息的人有虛偽，而引人錯誤則是指接受訊息的人產生誤解，故將這兩件事當成同樣的行為態樣可能會出現爭議。

虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵的判斷在第21條處理原則的第7點有規定，其中提到「……相關交易相對人普通注意力之認知，……」，從公平交易法、競爭法與智慧財產法來看，「相關交易相對人」的用語較無挑戰的地方，而且相對於前面所提到的「一般或相關大眾」更加精準。

至於在第21條處理原則的第9點針對廣告是否虛偽不實或引人錯誤，應以廣告主使用廣告時之客觀狀況予以判斷，亦即要從相關交易相對人的角度來作合理判斷，而不是從個別消費者、公平會的專家或委員、法官來看。另外，如果適用公平交易法第21條後，是否還得適用公平交易法第41條⁴規定，以行政處分來停止系爭行為？就最高行政法院與公平會判決的文義來看，皆可同時適用。

所謂引人錯誤之程度，有沒有辦法將市場

²公平交易法第22條，於民國104年2月4日修正公布，條次變更為第24條。

³公平交易法第24條，於民國104年2月4日修正公布，條次變更為第25條。

交易參與者對於廣告錯誤認知的程度量化？對此，歐洲法院發展出對於消費者之交易行為不正當性之判斷標準，稱為消費者模式(Verbraucherleitbild)。這裡消費者指的是，以理性範圍內所能注意且具有知識能力所認知之平均消費者為準。過去德國法院實務上認為受到引人錯誤之顧客數量為10%，但最高法院部分判決認為應在四分之一至三分之一之間。

我國最高行政法院的判決中，對於不實廣告的影響範圍採取更廣義的看法，例如最高行政法院93年度判字第384號判決中提到，公平交易法禁止不實廣告之目的，在保護下列四種法益：競爭公益、消費者公益、受不利益之競爭同業、受不利益之交易相對人。至於在虛偽不實的看法上則是與公平會相近，依據最高行政法院86年度判字第2599號判決，所稱虛偽不實，係指表示或表徵與事實不符，其差異難為相當數量之一般或相關大眾所接受，……。

肆、公平會之解釋

一、僅供參考廣告等表示或表徵之免責主張問題

公平會在民國83年作出公參字第02266號函解釋，說明免責之廣告及公平交易法之適用時點，認為事業為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，即違反公平交易法第21條第1項規定，仍不得以已於廣告或契約上載明該表示或表徵「僅供參考」，而主張免責。不過因為公平交易法於民國80年2月4日公布，並在公布後1年施行。故事業於民國81年2月4日前所作之廣告有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，尚難依公平交易法予以規範。

二、真品平行輸入

依據公平會公研釋003號，針對真品平行輸入是否違反公平交易法之規定做出解釋。首先，因為平行輸入是真品，與仿冒之構成要件不符，所以不違反公平交易法第20條⁵規定。其次，認為真品平行輸入是否違反公平交易法第21條規定，須視平行輸入者之行為事實是否故意造成消費大眾誤認其商品來源為判斷。最後，若貿易商自國外輸入已經由原廠授權代理商進口或製造商生產者，因國內代理商投入大量行銷成本或費用致商品為消費者所共知，故倘貿易商對於商品之內容、來源、進口廠商名稱及地址等事項以積極行為使消費者誤認係代理商所進口銷售之商品，即所謂故意「搭便車行為」則涉及公平交易法第24條之「欺罔」或「顯失公平」行為。

三、電話號碼簿用戶名條

依據公平會公研釋字065號，針對電話簿中刊登家電類用戶名條是否違反公平交易法之疑義作出解釋，認為電話號碼簿上刊登用戶名條，對刊登營業用電話之用戶而言，其用戶名條雖不能具體表達其欲宣導之事項，惟仍能使消費者較易電詢該事業，進而與之達成交易，且事業亦可透過營利事業名稱之安排，使其用戶名條亦具有吸引消費者之可能。故營業用電話號碼簿之用戶名條即應受公平交易法第21條所規範。

四、表示與廣告物

公平會公研釋017號針對名片上學經歷記載不實是否違反公平交易法作出解釋，認為名片為一種廣告物，其上記載之內容，如屬交易上重要之事項，足以使可能之交易相對人誤信名片分發

⁴公平交易法第41條，於民國104年2月4日修正公布，條次變更為第42條，並酌作文字修正。

⁵公平交易法第20條，於民國104年2月4日修正公布，條次變更為第22條，並酌作文字修正。

者、或其任職之事業所提供之商品或服務之內容或品質者，該名片上不實之記載即違反公平交易法第21條第1項、第3項關於事業不得在廣告上對於商品或服務之內容或品質為虛偽不實或引人錯誤之表示的禁止規定。因此，如果名片上關於學歷之記載不實，且該學經歷與分發名片者所要推廣或銷售之商品或服務的內容或品質有關時，即已違反公平交易法第21條第1項、第3項規定，公平會得依公平交易法第41條之規定限期命其停止並改正。

五、新竹米粉

針對非新竹地區之米粉業者使用「新竹米粉」標示其產品，是否違反公平交易法，亦即「新竹米粉」究竟是口味之表徵或地理標示。公平會公研釋083號作出解釋，認為主要關鍵在「新竹米粉」究屬口味之表徵，抑屬地區性產品之表徵？若為口味之表徵，則無關製造地之標示，任何地區之業者均得使用，應無違公平交易法之規定。若屬所謂「地區性產品之表徵」，則非新竹地區所產而標示「新竹米粉」者，即構成公平交易法第21條產地不實標示。公平會根據新竹市政府之復函，認為「新竹米粉」雖與新竹季風有關，似屬地區性產品之表徵，惟以現今科學技術言，製成與過去新竹米粉相同口味並無困難，加以新竹米粉起源已難考據，其以新竹米粉名稱之使用已久，在消費者的生活經驗實已將之視為口味之表徵，故新竹米粉應屬口味之表徵。

伍、法律效果

前面討論過公平交易法第21條的構成要件，當這些構成要件成立後，就會有排除侵害及防止侵害(不作為)的(妨害)請求權。時效方面，自知

悉損害後不得逾2年。至於能否引用公平交易法第41條，規定限期命其停止並改正？依據目前最高行政法院的判決，以及公平會相關的文獻，應該可以進行行政救濟。

如果遭受侵害時，最直接的方式為排除侵害及防止侵害，但是否有可能將其所得利益除去？這在德國法是比較新的發展方向。依德國不正當競爭防制法第10條規定，如其以致生多數之買受人負擔之方式，取得利益時，得請求不作為之權利人返還該利益給予聯邦財務國庫。其中值得注意的是，請求權人為團體，包括為促進產業或獨立職業上之利益且具權利能力之團體、登記於合格機構名單中之合格機構，以及工商業公會或手工業公會，並不包含一般消費者。

當違反公平交易法第21條第2項時，究竟是效力規定或取締規定？實務上認為取締規定，違反者非當然無效。例如銷售房屋及停車位之代理商與訂購戶訂立之買賣契約，縱有廣告之不實，非當然無效，得本於廣告合約，請求給付報酬。此外，事業除了違反公平交易法第21條外，尚可能違反第22條、第24條等規定。觀察過去案例，公平會似乎將公平交易法第24條的規定作為一個補充規定，當違法內涵溢出公平交易法第21條時引用。

陸、事業、廣告代理業者或媒體業者等之法律責任

依據公平會對於命為刊登更正廣告案件之處理原則第2點，當所刊登之廣告有錯誤時，需刊登更正廣告。此外，廣告代理業在明知或可得知情情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任，此為民事責任，而

非行政責任。如果廣告主與廣告代理業或媒體業間，有免責之約定者，因該約定乃當事人間之內部約定，屬債權契約之性質，故對權益受侵害之第三人應無效力。

而公平交易法第21條第4項廣告媒體業適用範圍上，依據公平會公研釋002號解釋，認為公平交易法第21條第4項規定課以廣告媒體業負連帶民事責任，係以明知或可得知情況下始有適用。其目的在使廣告媒體業能對不實或引人錯誤之廣告作相當程度之篩選，因此該條所謂之

媒體業限於對廣告主或廣告代理業所提出之廣告有支配能力始有適用。違反公平交易法第21條第4項規定時，廣告媒體業僅負民事連帶責任，並無刑事及行政責任，而民事連帶責任乃普通法院審理之權責，故廣告媒體業之適用範圍仍由法院認定。

（本文係講座於民國104年1月27日假公平會競爭中心發表之演講內容，經暑期見習生一臺北大學經濟學系楊宗霖同學整理並經講座審訂）