

《公平交易季刊》
第 31 卷第 4 期 (112/10)，頁 1-44
◎公平交易委員會

德國 2022 年不正競爭防止法新法關於資訊透明化之規範——兼談對我國公平法的啟示

楊宏暉*

摘要

德國不正競爭防止法新法於 2022 年 5 月 28 日起適用，此次修正同樣也是受到歐盟綜合指令轉換義務的督促所致，該指令重點在於課予線上服務業者一定義務，以促成 B2C 網路交易及廣告資訊的透明化，達到保障消費者權益之目的，同時也規定了個別消費者訴權與違法行為的行政罰規定，再次提高消費者保護密度。此次新法特別針對數位交易作出因應，分別針對影響力行銷的標示義務、產品排序參數的標示、顧客評價真實性的揭露、雙重品質銷售禁止等重點領域，環繞資訊透明化主題，作出相關的規定，其規範內容應可作為我國公平法執法與修法之參考。故本文在介紹上開修法重點之後，接著論述我國法的相應規定與類似之執法，而我國法的實務主要是針對個別事業而非中間事業為規範，因此，留下解釋適用的空間。本文認為將既有規定套用於交易中間人上，現行法並無難行之處，而消費者的自主決定是市場競爭的裁判者，近年來不正競爭防止法的重點，一直都放在資訊透明化或資訊不對稱問題的處理上，且這樣的規範方式，相對地簡單易行，而容易操作，並可增加法律的安定性。

關鍵詞：影響力行銷、產品排序、顧客評價、雙重品質銷售、資訊透明化、薦證廣告、廣告真實原則、口碑行銷、利益關係揭露、比較網站、不正競爭防止法、公平交易法

投稿日期：112 年 4 月 18 日

審查通過日期：112 年 9 月 25 日

* 國立中正大學法律學系教授，國立政治大學法學博士。本文曾發表於公平交易委員會「執法 30 週年回顧與前瞻學術研討會」，後再修改而成，並為國科會專題研究計畫 NSTC 112-2410-H-194-018-MY2 之部分內容。

一、前言

2021年6月10日德國議會通過「競爭法與營業法中的消費者保護強化法案」(Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht)，再次對「不正競爭防止法」(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb，下稱UWG)進行修正，並於2022年5月28日起施行¹，此一法案如同2008年的修法係受到歐盟「不當交易行為指令」(Directive 2005/29/EC²)的轉換義務所引發一樣³，這次修法旨在將歐盟2019年通過之「較佳之執行與現代化歐盟消費者保護法指令」⁴(一般稱為「綜合指令」，Omnibus Directive)在期限內轉換為內國法⁵，該指令更新了數個既有的消費者保護指令⁶，重點是透過課予線上服務業者一定義務，以促成B2C網路交易及廣告資訊的透明化，達到保障消費者權益之目的，顯見消費者保護將再度成為焦點。從而，德國在修法過程中，除了將綜合指令的相關規定進行修法之外，也引進了個別消費者訴權(UWG第9條第2項)⁷，以及侵害消費者利益(UWG第5c

¹ 與此同時，同樣受歐盟綜合指令影響而一併修正施行的還有「價格標示令」(Preisangabenverordnung, PAngV)，除了將條號重新作編排以利體系的實際適用外，實質修正重點在於強調「價格透明度」(Preistransparenz)的規範，包括「單價標示」、「單價計量單位的決定」、「單價與總價的並列標示」、「降價標示」、「押瓶費標示」、「充電站標價」等等。但本文囿於主題著重於UWG修法的設限之故，爰將價格標示部分的討論，暫予擱置。修法相關討論，可參閱Katharina Stange/Christian Ballke, „Die Novelle der Preisangabenverordnung,“ *LMuR*, S. 181-185 (2022); Günter Barth, „Die PAngV Novelle 2022 – Viele neue Hausnummern, ein Paar neue Häuser, manche frisch gestrichen,“ *GRUR-Prax.*, S. 249-251 (2022).

² Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). 亦有將之譯為「不公平商業行為指令」。

³ 楊宏暉，「歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革——以消費者保護的強化為中心」，*公平交易季刊*，第18卷第2期，75(2010)。

⁴ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

⁵ 參見歐盟綜合指令第7條。

⁶ 包括：不公平契約條款(Council Directive 93/13/EEC)、價格標示指令(Directive 98/6/EC)、不當交易行為指令(Directive 2005/29/EC)及消費者權利指令(Directive 2011/83/EU)。

⁷ 在此規定增訂前，消費者可以依德國民法第826條故意背俗侵權行為規定提出損害賠償請求，

條)⁸之跨境的嚴重違反(widespread infringement; weitverbreiteter Verstoß)⁹行為，得被課處年營業額 4%以下罰鍰(UWG 第 19 條)¹⁰，以便有效遏止違法行為的發生，再次提高消費者保護密度，也使得 UWG 再一次愈往消費者保護貼近¹¹。

而在實體規定上，這次的修法，係為因應數位經濟變遷與線上交易興起後所引發的一些新問題，提供明確的規範，以對數位交易行為作出因應，其重點包括：「影響力行銷(influencer marketing)的標示義務」、「產品排序(ranking)參數的標示」、「顧客評價(Bewertung)真實性」、「雙重品質(dual quality)銷售禁止」、「遠距銷售之堅持攀談(hartnäckige Ansprache)禁止」等。除堅持攀談之外，其餘皆跟資訊透明攸關，即使是對平臺的管制，亦然¹²，特別是針對交易中間人的資訊揭露規範。故本文以事業的資訊義務作為探討的主題，儘量將本次修法的實體內容，予以涵蓋。而資訊透明化或資訊不對稱的問題，一直是競爭法上重要的議題，數位經濟所引發的問題，更是當前的執法重點，雖然公平交易委員會(下稱公平會)於 2022 年底公布之「數位經濟競爭政策白皮書」，大部分著重於限制競爭行為的討論，但仍有一部分側重於網路廣告的討論，關注於社群網站廣告、直播廣告、一頁式廣告、搜尋引擎廣告、入口網站廣告、影音平臺廣告、口碑行銷、網紅行銷等新興議題¹³，

因此有無必要將不當交易行為指令第 11a 條引進，即引發討論。學界普遍認為民法救濟即已足夠，但立法者在此為個別消費者特別創造其訴權，以符合指令要求，其重要意義在於可透過 UWG 第 9 條第 2 項的團體訴訟予以實施。Vgl. Ansgar Ohly, „Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG im Überblick,“ *GRUR*, S. 769 (2022).

⁸ 包括：第 3 條第 3 項、第 4a 條第 1 項第 1 句、第 5 條第 1 項、第 5a 條第 1 項、第 3 條第 1 項。

⁹ 依據歐盟「消費者保護合作規則」(Regulation (EU) 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004) 第 3 條第 3 項第 a 款對於「嚴重違反行為」(widespread infringement)的界定，係指涉及二會員國以上或三會員國以上的不當交易行為；而「嚴重違反聯盟層級的行為」(widespread infringement with a Union dimension)，依第 3 條第 4 項，則是指不當行為至少傷害三分之二會員國消費者利益的行為。

¹⁰ Björn Kalbfus/Theresa Uhlenhut/Michael Feilke, „Umwälzungen im Wettbewerbsrecht: Kommen jetzt Massenverfahren und Bussgelder?,“ *CCZ*, S. 104-105 (2022).

¹¹ 這部分的發展趨勢，其實在 2008 年的修法就已顯見蹤跡了。參見楊宏暉，前揭註 3，117-118。

¹² Franz Hofmann, „Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen – Die neuen Transparenzvorgaben im UWG 2022 im Kontext lauterkeitsrechtlicher Plattformregulierung,“ *GRUR*, S. 780 f. (2022).

¹³ 公平交易委員會，*數位經濟競爭政策白皮書*，公平交易委員會，138-153 (2022)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>，最後瀏覽日期：2023/4/2。

顯示我國執法機關亦看到數位經濟的不公平競爭問題，甚至於過去實務也有類似案例的發生，但是規範的重點仍是著重於個別事業而甚少將焦點置於交易中間人上，職是之故，這部分法制的發展，應有值得留意及參考之處。

二、德國法新增之資訊透明化措施

消費者依 UWG 第 1 條規定，其免於受不正當交易行為所害之利益，亦與競爭者利益和市場參與者利益，同等受到保護，而受保護之消費者利益，包括消費者對於有效競爭之「競爭自治」（*wettbewerbliche Autonomie*）的利益、消費者對於「決定基礎」（*Entscheidungsgrundlage*）與「決定過程」（*Entscheidungsprozess*）的利益、以及消費者「免於騷擾」的利益¹⁴。其中，「消費者的自主決定」（*Selbstbestimmung des Verbrauchers*）是競爭的重要參數，凡干擾消費者決定的行為，如不實廣告或騷擾等，均為常見的不公平競爭行為，保護其自主決定，亦寓有消費者自我負責及維護其於市場競爭中的「裁判功能」（*Schiedsrichterfunktion*）之意，其保護也由禁止不實資訊的提供擴張至應積極提供正確的資訊，鑑於市場資訊的透明度也會影響到自主決定的健全性，從而觸及競爭秩序的好壞，在現代平臺交易的環境下，消費者進行交易時，通常未直接接觸到締約相對人及締約客體，對於契約的可信度，往往有賴其他方面予以佐證，例如使用經驗的分享、產品的評價或排序等，而作為商品或服務提供者的事業，因其對相關影響交易之因素的控制，較消費者為近，且資訊的正確性，又遠比只誤導部分消費者之不實資訊的禁止，來得重要多了，使得資訊理解的提供，比起資訊的設限，更為重要，但過多的資訊，也會造成資訊的混亂，在人的有限理性下，過多的資訊義務也會形成反生產的結果，只會增加事業的負擔，在數位經濟下反而可能不利於中小企業的發展；但若資訊的提供，可以簡單明瞭且讓義務事業留有依其成本效益的決定空間，則還是可以促進市場競爭的健全性，因此，在本次德國的修法中，「數位經濟」（*digitale Ökonomie*）的透明度再次成為重點¹⁵。其中，最直接相關的，就是影響力行銷、產品排序、顧客評價、雙重品質經銷等個別規定的新增，分別涉及利益關係的揭露、排序參數的揭露、評價真實性揭露的確保、品質差異的揭露，爰分項說明如下。

¹⁴ Axel Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, 1. Aufl., Mohr Siebeck, § 14 Rn. 1084-1086 (2011).

¹⁵ Karl-Nikolaus Peifer, „Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer),“ *GRUR*, S. 1454 (2021).

（一）影響力行銷

1. 影響力行銷之意義

影響者（influencer）意指在社群網路上能夠影響其他使用者的政治、社會和交易決定之人¹⁶，其通常會表現自己和自己的生活環境、日常和特殊情況、事件和情狀，目的在贏得用戶的認同並將之轉變為自己的追隨者（followers）¹⁷。因此，影響力行銷（又稱「影響者行銷」或「社群意見領袖行銷」），是一種「兩級傳播」的方法，藉由作為中介之影響者的高人氣，將之轉換為商品的買氣，對於行銷事業而言，只要找到一個好的影響者，就可以有效拉抬其商品的銷售量¹⁸，是「社群媒體」（social media）興起後產生的新廣告寵兒，比起傳統的薦證廣告，網紅（internet celebrity）對其鐵粉（stan）的推銷，更見促銷成效，藉此來提升品牌知名度、增強宣傳效果及驅動廣告效益和增加互動率¹⁹，改變傳統上事業直接對客戶為廣告而可能碰壁反彈的缺失，也使得這些影響者得以成為經營自身事業的廣告傳播者而可高度介入市場上的交易活動²⁰。既然其本質上是為了取代傳統直接廣告所為之替代措施，故其本身也是一種廣告，從而，只要影響者主觀上具為促進自己或其他事業商品或服務的銷售關連性，即有可能該當不正當交易行為。

影響力行銷一般認為是「原生廣告」（native advertising）的下位類型²¹，如 Facebook 上的動態贊助、建議貼文等，常見於網路平臺上，如部落格（Blogs）、YouTube、Facebook、Instagram（下稱 IG）、Twitter（現已更名為 X）等社群媒體，這類將廣告性格予以抹去，以減少觀眾抗拒心理的宣傳，一般有「隱藏式廣告」

¹⁶ Jochen Glöckner, „Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien,“ *NJW*, S. 3427 (2021).

¹⁷ Christian Alexander, „Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen,“ *ZUM*, S. 77 (2022).

¹⁸ Peter J. Fries, *Influencer-Marketing: Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media*, 1. Aufl., Springer, S. 5 f. (2019).

¹⁹ 邱淑華，「從意見領袖到影響者：談網路時代的影響力行銷」，*廣告學研究*，第 37 期，37（2012）。

²⁰ 楊宏暉，「影響力行銷中消費糾紛的責任認定」，*台灣法學雜誌*，第 387 期，170（2020）。

²¹ 原生廣告是在文字環境中嵌入不引人注意的文字廣告，完美地融合在網頁內容當中，讓閱讀者得以自然而然地閱讀下去，不容易發現自己在閱讀廣告的一種廣告形式。關於原生廣告之規範重點在於「透明化」與「揭露」，可參閱陳皓芸、楊燕枝、汪志勇、杜怡靜、王震宇，「公平交易法對網路廣告之適用與因應」，*公平交易季刊*，第 28 卷第 3 期，58-59（2010）。

(*verdeckte Werbung*)²²、「置入性行銷」(*Schleichwerbung*)²³或「偽裝性廣告」(*getarnte Werbung*)²⁴等形式，典型例子包括：書報雜誌的編輯者文章，其實包含廣告內容，或是在電視節目或電影中，對贊助廠商商品為特寫或陳述的行為²⁵，因此，規範重點便放在如何將其隱藏或偽裝打破，使之曝露於外²⁶。不過，UWG 這次增訂的影響者責任，這部分並不是受到歐盟指令影響的結果，而是將實務的看法予以整合後的規定，希冀透過明確的規定，讓影響者對於揭露義務的前揭要件，具備可預見性，以建立起影響者的安全港。

2. 影響者之交易行為認定

影響者藉由其作為事業與顧客之間的中介人，一方面為促進其廣告夥伴或贊助者的競爭，另一方面，成功的影響者也能發展自己的品牌，其對廣告客戶的價值取決於渠對其粉絲的影響成果而定。因此，影響者在功能性理解及客觀認定下，縱未銷售商品或服務，亦屬行銷自身形象或經由廣告收入予以商業化，應該符合「事業」概念，而有 UWG 的適用²⁷，但首先面臨的問題，是其推介行為是否受法律規範，涉及其行為是否為「交易行為」(*geschäftliche Handlung*) (亦有譯為「商業行為」) 之認定，依 UWG 第 2 條第 1 項第 2 款規定，交易行為係指有利於自己或其他事業於交易的一切行為，並與商品或服務之銷售促進具有「直接且客觀上關連性者」(*unmittelbar und objektiv zusammenhängen*)。相較於舊法，多了「直接性」(*unmittelbar*) 的要件，立法者原意是要減輕影響者的負擔，認為影響者未收取對價者，即與所推介商品之間，欠缺直接性，而可能只是為了增加自身知名度²⁸，但此點並無說服力且

²² 又有稱為「秘密行銷廣告」。參見同上註，67-71。

²³ Sabine Lettmann, „Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer,“ *GRUR*, S. 1210 (2018).

²⁴ 林易典，「論隱藏式廣告於競爭法下之適法性：歐體指令、德國不正競爭防制法與我國公平交易法規範之比較觀察」，收錄於：公平交易委員會，第 18 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版，278-279 (2011)。

²⁵ 吳秀明，「第二十四條 其他欺罔或顯失公平之行為」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列(二)——第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度委託研究報告，428 (2004)。

²⁶ 參見不當交易行為指令 (Directive 2005/29/EC) 第 7 條第 2 項及附件一第 22 點。

²⁷ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 78.

²⁸ BT-Drucks. 19/27873, S. 32.

理由過於粗略²⁹，且此一要件在 2005 年歐盟不當交易行為指令第 2 條第 d 款中就已存在，實務也早已作了符合指令的解釋，故並未對現況加以改變。從而，交易行為是指凡有利於自己或其他事業於交易締結前、締結時與締結後的一切行為，其與促進銷售、或促進商品或服務之購買、或與商品或服務契約之進行，具有直接且客觀上的關連者，從而，收取對價為他事業進行廣告，應屬交易行為³⁰。

如果從條文字義觀之，有無取得對價，並非是交易行為的必要條件³¹，因此，影響者的無償推薦，若其目的是為了增加自己事業的利益，是否仍構成交易行為，則須回到第 2 條第 1 項第 2 款的判斷，縱屬是無償之自我廣告，若與商品或服務之銷售具有直接關連性，亦屬交易行為，從而，只要是其他人無法辨識商業目的者，即負有標示義務；反之，若商業目的是公開的，則無標示的需求。因此，修法前聯邦最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）即確認影響者在 IG 上的公開貼文，係為了促進自身事業的銷售，仍屬交易行為³²。但若影響者只是建議或提及商品或服務但未獲得對價者，則其貼文目的可能僅是為了增加自身知名度而已，於修法後，未收取對價者即不具有商業目的而可能無涉交易行為³³，故前開修法前的聯邦最高法院見解即可能面臨修正³⁴。

3. 影響者之商業目的

(1) 商業目的之認定

除了影響者的交易行為認定之外，依 UWG 第 5a 條第 4 項，還必須有一定的商業目的而未揭露，才屬不正當交易行為。有爭議的是商業目的之要件，是直接從交易行為本身推知，抑或有其他主觀要件，聯邦最高法院曾認為只要從客觀之交易行為加以確認即可³⁵，甚至於認為即使要探討事業的主觀動機，也只要依客觀情況證據即可，如是否標記事業網站、有無提供折扣碼、有無購買連結、甚至於粉絲人數眾

²⁹ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 83.

³⁰ Dirk Bruhn, in: Wolfgang Gloy/Michael Loschelder/Rolf Danckwerts (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 5. Aufl., C.H. Beck, § 59a Rn. 31, 32 (2019).

³¹ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 79.

³² BGH, *MMR* 2021, S. 875 – Influencer I, Rn. 35.

³³ BT-Drucks. 19/27873, S. 32.

³⁴ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1459.

³⁵ BT-Drucks. 19/27873, S. 75.

多等等。此外，甚至於以 UWG 附件（黑名單）第 11 點之偽裝性廣告為例³⁶，條文上雖有「出於促進銷售之目的」（zu Zwecken der Verkaufsförderung）的要求，但認為只要透過編輯的內容得以促進商品或服務之銷售，即可推知事業主觀意圖的存在³⁷。因此，付費廣告但經偽裝為編輯內容而無法從其內容或其他形式看出具商業促銷目的者，即有本點的適用³⁸。

(2) 促進他人事業銷售

德國 UWG 第 5a 條第 4 項規定：「使交易行為之商業目的無法加以辨識出來，而此目的無法直接由情事中得出，且使之無法辨識係足以促使消費者做出其原本不會做出的交易上之決定者，其行為構成不正當。若其行為雖利於他事業，但其未由他事業就其行為有對價或其他類似給付之取得或獲允者，則不存在商業目的。取得或獲允對待給付係屬推定，但行為人如能證明其未取得者，則不在此限³⁹。」此一新增規定係為影響者提供一「安全港」（safe harbor），只要影響者為他事業推薦產品而未從中獲得直接財務利益者，即不適合解釋為具有商業目的⁴⁰，藉以跟一般未帶有廣告目的之使用心得分享相區別，同時也可與規範電信網路和廣播電視之特別法的相關規定作等同處理。但是，這也會削弱了對消費者及其他市場參與者的透明化保護⁴¹。因此，此項規定解釋上只處理為他事業利益之行為，並不包括為自己事業利益的行為，故自我廣告者，仍負有標示義務⁴²。

³⁶ Anhang 11 (als Information getarnte Werbung) zu § 3 III UWG: „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt;“

³⁷ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 77.

³⁸ Bruhn, a.a.O. (Fn. 30), § 59 Rn. 20.

³⁹ § 5a IV UWG: „Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.“

⁴⁰ BT-Drucks. 19/27873, S. 34.

⁴¹ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 84.

⁴² Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 766.

不過，有無收取對價這種內部事實，是外部人士所難以證明的，而且影響者對此情狀最為瞭解也最能掌握，所以條文採用「推定」（*vermuten*）方式，由其負反證推翻責任，例如：提出購買系爭商品的收據（*Kaufquittung*）⁴³或事業未為對價的確認文件，抑或以行為人的宣誓（*eidesstattliche Versicherung*）代之⁴⁴。

作為關鍵的對價認定，如廣告費的支付或商品折價，即明顯屬之，至於與對價並列之「其他類似給付」（*ähnliche Gegenleistung*），則包括佣金、他事業所寄送之產品而由其所使用或保有者、新聞之旅（*Pressereise*）、設備（如照相機和攝影機）提供（*Stellung von Ausrüstung*）或旅遊或設備取得之成本吸收（*Kostenübernahmen*）等等，對待給付也不必然必須具有時間上的直接相關性。但是，若僅是藉此提升自己的知名度，則不會被評價為對待給付，以及如果只是期望獲得對待給付，亦不該當。對待給付必須源自因此受益之該事業，若是透過受託第三人（如代理人）為之，依一般原則也可歸責於該事業，但是，若是經由獨立第三人為之，則不會被納入⁴⁵。

對於未獲對待給付之貼文及「點擊標註」（*tap tag*）⁴⁶，是否構成不當交易行為而有標示義務，過去則有不同見解，有法院認為是否負標示義務，取決於貼文是否為出於「編輯目的」或「廣告目的」而定，如果是編輯目的，如影響者穿著毛衣並連結商標，不構成交易行為，該貼文只是為粉絲滿足資訊的提供而已⁴⁷；但也有法院認為仍構成違法廣告，蓋透過上傳照片及連結企業帳號，即使得影響者客觀上具有促進他事業商業活動之性質，而該當廣告行為及負有標示義務⁴⁸，蓋不管是依新法或舊法關於交易行為之認定，都不以對待給付取得為必要，決定性的僅須促進他人事業或自己事業之銷售，即為已足，甚至於有法院認為即使事業宣稱未提供對待給付，但影響者在貼文中標記髮廊帳號，並稱讚其服務品質、氣氛及性價比，亦被法院認為是隱藏商業目的之違法行為⁴⁹，蓋過度地強調髮廊服務並附加連結，即在客觀上足

⁴³ 但若事業對影響者允諾說如果推介有成，將會以下一代的新產品免費或折扣取得者，應也可該當其他類似給付之獲允。

⁴⁴ BT-Drucks. 19/27873, S. 35.

⁴⁵ BT-Drucks. 19/27873, S. 34 f.

⁴⁶ 該標籤下藏有他網頁之超連結，以方便點選後，直接連結。

⁴⁷ KG Berlin, *GRUR-Prax* 2019, S. 69.

⁴⁸ OLG Braunschweig, *BeckRS* 2020, S. 8522.

⁴⁹ LG Koblenz, 08.04.2020 - 1 HK O 45/17.

以該當促進該髮廊的銷售⁵⁰。而且影響者也可能藉此行為吸引他事業的注意而期待建構出對其自身有利可圖的商業關係，不過，此時他事業並不用對影響者的宣傳不實負其責任，蓋其並未引發該行為⁵¹。

影響者若就其廣告貼文有從贊助事業處獲取對待給付者，則其貼文直接該當有利於他事業的交易行為，如利用 IG 的「點擊標註」連結至他事業的商品網頁或他事業的 IG 帳號，雖有認為應將影響力行銷的責任限縮於此促進他人事業銷售之類型⁵²。

但是，聯邦最高法院並未接受影響者為自身利益發展與他事業之關係，可以符合促進他事業的行為，而是採取「整體衡量」（Gesamtabwägung）的方法，視所張貼之商品照片、文字背景及連結等對影響者的商業利益而定，並看重追隨者通常對影響者的穿著和使用的商品會有興趣，依有無「宣傳過度」（werblicher Überschuss）以及有無提供使用者與他事業便捷的交易接觸為斷，或有無使相對人直接置於供應商的廣告影響範圍內⁵³，因此若是標記 IG 的商業帳號（Instagram Shoppingaccounts）或事業網頁時，應可該當；又或是行文之間以典型的廣告方式高度讚揚所介紹之商品者，亦可認為有宣傳過度，或是對第三事業與用戶提供直接的交易接觸，如利用圖片上的標記，點擊之後即連結事業帳號或商品及其描述和價格，或是連結至事業的外部網頁而得以購買該商品，亦可該當，但若連結至第三方所提供之中立資訊者，則不該當⁵⁴。

(3)促進自己事業銷售

影響者為了自己利益從事交易行為，如健身教練為了自己的健身課程、貼身訓練、營養補給的推銷，固屬具備商業目的。甚至於推銷自身的形象，以吸引廣告的投入，也不排除商業目的之該當，因此，社群網路中個人檔案的經營，如 IG 檔案，也可能因其有助於自身品牌的建構及形象維護（Imagepflege），而被視為是促進自己的事業經營，因其可提升自己的知名度、吸引跟隨者及提高關注數，而具有提高

⁵⁰ Martin Gerecke, „Die rechtliche Behandlung des Influencer Marketings – unverändert unbefriedigend,“ *GWR*, S. 44 (2021).

⁵¹ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 79.

⁵² Daniel Timmermann/Bianca Berndt, „Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation,“ *WRP*, S. 1001 (2020).

⁵³ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 57.

⁵⁴ Glöckner, a.a.O. (Fn. 16), S. 3429; Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 80 f.

自己廣告價值及促進自己事業的經營⁵⁵。據此，作為促進自身事業利益之交易行為，並不以有無取得直接或間接之財務利益為斷⁵⁶。

但若依新法第 5a 條第 4 項第 2 句來看，不是為了促進他人事業之銷售，只是提升自己知名度或是形象廣告，並不構成對待給付，故似無標示義務，修法理由中表示這類情況主要是有助於資訊提供及意見形成，而且也未獲取任何的對價，但是，仍然引發爭議。論者認為這類的單方面的讚揚或吹噓商品的貼文，不應豁免於 UWG 的規範，而認為法院不應固守於第 5a 條第 4 項第 2 句的文義，而應就可能的額外廣告效果進行內容上的判斷，甚至於影響者的貼文，目的是在為跟特定品牌或商品建立具體的合作關係這點而失其中立性，也不容加以忽視⁵⁷。但若其追隨者依個案情狀，可得而知其商業目的者，則無須為特別的資訊揭露⁵⁸。

4. 標示義務

條文規定是以商業目的無法辨識作為歸責要件，從而，欠缺廣告的標示，即可能因「隱瞞的誤導」(wegen Irreführung über die Tarnung)而被禁止(UWG 第 5a 條)⁵⁹，具有保護消費者及其他市場參與者之意⁶⁰；反之，若有足夠標示可資區別者，即不該當違法，故依此，影響者負有將贊助予以標示的義務，以將廣告性格曝露於外，使其「第一眼」(auf den ersten Blick)就可被辨認出，如果是以跑馬燈文字(Fließtext)為之而無法使人於第一眼即可辨認廣告性格者，則仍屬違法行為⁶¹。

對於如何標示，若網頁內容涉及商品廣告時，應使用「主題標籤」(hashtag)⁶²於開頭標明「#ad」或「#sponsored」，並於黑色字體環境以藍色字體突顯強調，以使閱讀者明白其背後贊助關係，若是在文末才標示，則非一望即知之適當標示⁶³；至

⁵⁵ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 37 ff.; Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 78.

⁵⁶ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 78.

⁵⁷ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1460.

⁵⁸ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 766.

⁵⁹ Hans-Jürgen Ahrens, „Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1)“, *GRUR*, S. 1211, 1213 (2018).

⁶⁰ Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 84.

⁶¹ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 81.

⁶² 主題標籤，又稱為話題標記、題標，是一種網際網路的元資料標籤，由一個#號加上一個詞、單字，或沒有空格的一句話所構成。

⁶³ OLG Celle, *WRP* 2017, S. 1236.

於不明確的標籤，如「#Ambassador」、「#Partner」、「#Spon」、「#sp」、「#paid」、「#commercial」、「#PR」等等，則應儘量避免使用⁶⁴，不過，也有法院認為標示「#ad」以指示廣告的存在⁶⁵，或以英文「#sponsored by」、「#powered by」而非德文標示，對於非精通英文者可能難以理解，故尚不足夠⁶⁶，建議用「#werbung」或「#anzeige」等德文標示⁶⁷。

假若影響者是為促銷自身事業，如其追隨者可精確認知時，則法院表示具體的標示是不必要的⁶⁸，但若貼文具有廣告與非廣告之混合性質者，若商業目的既無法從其 IG 帳號之個人檔案予以確認，也無法從其特別多的粉絲數或影響者的一般知名度，予以得出者，則宜解為具有商業目的而必須予以標示⁶⁹。

另外，依新法第 5b 條第 1 項第 6 款規定，對於在「線上市集」(Online-Marktplatz) (如 Amazon Marketplace、eBay 或個別獨立網頁之網路商店) 供應之商品或服務，其提供者應對線上市集依其自己聲明是否為事業⁷⁰，是故，對線上市集之經營者而言，其須索取該聲明，以將該提供者的帳號表明為事業，此一規定的增訂，也是將透明義務 (Transparenzpflichten) 往上提升的結果，此一規定也會跟影響力行銷間接相關，即影響者必須自己公開其貼文是否基於商業目的所為而決定是否負標示義務⁷¹，同時課予線上市集經營者有「組織義務」(Organisationspflichten)，予以依聲明揭露，但不因此負有查證義務。另依附件 (黑名單) 第 22 點，對於事業屬性之誤導，視為當然違法之不當交易行為⁷²。

⁶⁴ Thomas Fuchs/Caroline Hahn, „Erkennbarkeit und Kennzeichnung von Werbung im Internet – Rechtliche Einordnung und Vorschläge für Werbefragen in sozialen Medien,“ *MMR*, S. 503, 506 (2016).

⁶⁵ OLG Celle, *GRUR* 2017, S. 1158.

⁶⁶ BGH, *GRUR* 2014, S. 879 – Good-News II.

⁶⁷ Bruhn, a.a.O. (Fn. 30), § 59 Rn. 20.

⁶⁸ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 92.

⁶⁹ BGH, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 90.

⁷⁰ § 5b I Nr.6 UWG: „bei Waren oder Dienstleistungen, die über einen Online-Marktplatz angeboten werden, die Information, ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen eigener Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt.“

⁷¹ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1459.

⁷² Anhang 22 (Irreführung über Unternehmereigenschaft) zu § 3 III UWG: „die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;“

5. 特別法上的評價規範

若影響力行銷的媒介，涉及電信網路或廣播電視者，則有電信媒體法（Telemediengesetz, TMG）、廣電邦際協約（Rundfunkstaatsvertrag, RStV）或國家媒體協定（Medienstaatsvertrags, MStV）的適用，因其對廣告標示設有特別規定，故上開法規均構成 UWG 的特別法，但其規定仍具有市場行為規範之屬性，故仍可經由 UWG 第 3a 條之「違背法令之不正競爭」（Rechtsbruch）而適用 UWG⁷³，只不過在適用過程中，法院認為應優先考量特別法的評價，特別是言論自由與媒體自由面向的考量⁷⁴，故仍無損於 UWG 第 3a 條的適用⁷⁵。於 UWG 修正之後，依 UWG 的第 1 條第 2 項，於判斷是否存在不正當交易行為時，規範不正當交易行為的特別法規定，應優先於本法規定（如 UWG 第 5a 條第 4 項）而為適用⁷⁶，是故，在影響力行銷中，因上開電信媒體法等特別法只規定當獲得對價時才有標示義務的存在，從而會影響到本法的適用⁷⁷。但若特別法只是規範補充的資訊要求，則 UWG 第 5a 條及第 5b 條仍有適用餘地⁷⁸。

6. 產品事業責任

本項規定係以影響者作為規範對象，但對於產品的合作夥伴之供應事業，如何論斷其責任，學理上認為，對於委託影響力行銷的事業，則應視其涉入程度而定，如其作為違法行為之促使者，應可論為共同行為人，以落實對於不正當交易行為的有效對抗⁷⁹，甚至於若影響者的廣告方案獲得事業的認可並發布者，該委託事業亦因

⁷³ Ahrens, a.a.O. (Fn. 59), S. 1213.

⁷⁴ BGH, *MMR* 2021, S. 886 – Influencer II.

⁷⁵ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 763; BT-Drucks. 19/28783, S. 32.

⁷⁶ § 1 II UWG: „Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen gehen bei der Beurteilung, ob eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt, den Regelungen dieses Gesetzes vor.“

⁷⁷ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 764, 766; Alexander, a.a.O. (Fn. 17), S. 83.

⁷⁸ BT-Drucks. 19/28783, S. 31.

⁷⁹ Fries, a.a.O. (Fn. 18), S. 201 f. 美國 FTC (Federal Trade Commission) 的「廣告使用推薦與見證指導原則」(Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising)，亦有由薦證者與廣告主共同負有揭露義務之類似規定。See 16 C.F.R. § 255.5 ex. 7. 關於美國對這方面的執法，可參閱 Laura E. Bladow, “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing,” *59 William & Mary Law Review*, 1123 (2018).

將之「援為己用」(zu eigen machen)而成為廣告主。但是，如果只有單純的資助關係，則尚不足以共同行為相繩之⁸⁰。

(二) 產品排序

排序是指由事業所促成之商品或服務的「相對強調」(relative Hervorhebung)(UWG 第 2 條第 1 項第 7 款)，排名高低無形中會對消費者的心理產生聲望享受的快感，同理，在產品的排序中，也會有這樣的相同心理作用，同時在資訊提供中也扮演重要地位。而在數位經濟時代中，搜尋引擎和比價網站(Vergleichsportal)已成為當前消費者要從事交易前的當然準備工作，對於搜尋結果，一般消費者往往只會點擊排序的前幾名而已，以免浪費時間。因此，產品排序也成為事業間相互競爭的另外一個戰場。

一般消費者對於搜尋結果的排序方式，直覺上大概是評價最好、或最相關、或最常被查詢的、或最常(再)購買的，而不會想到是商場和線上平臺的自有商品，或是商場和線上平臺獲利最多的商品。對於排序到底是如何經由演算法得出，或是依哪些參數綜合判斷的結果，對於消費者而言，都是不可知的黑洞，因此，就留下可以操弄的空間，左右消費者的自主決定，使得交易受到平臺的操控而非由看不見的手所決定，從而，即可能不利於競爭秩序的維護，而有規範之必要。

產品排序是「演算法」(Algorithmen)的結果，而演算法被視為是一個黑盒子(black-box)，一般認為應具備中立性，並撇除「自我偏惠」(self preferencing)。因此，如果排序是付費的結果，即應予以揭露，競爭法上的「關鍵字廣告」(keyword-buying)規範，即涉及此一問題(UWG 第 5a 條第 4 項)，而過去法院也處理不少這類的問題，認為付費廣告以自然結果排序，以價格購買而未公開為廣告者，構成誤導⁸¹。而以「連結農場」(link-farming)⁸²進行搜尋引擎的優化處理，因其搜尋結果

⁸⁰ Christina-Maria Leeb/Marc Maisch, „Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?“, *ZUM*, S. 31 (2019).

⁸¹ Horst-Peter Götting/Sven Hetmank, in: Karl-Heinz Fezer/Wolfgang Büscher/Eva Inés Oberfell (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG*, 3. Aufl., C.H. Beck, § 4 Nr. 4 Rn. 108 (2016); Helmut Köhler, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, *UWG*, 40. Aufl., C.H. Beck, § 4 Rn. 4.31a (2022). 至於 metatag 方式，則須以攀附他人商譽或誤導相對人作為違法要件，從而使用一般名詞作為 metatag 者，即不該當。

⁸² 「連結農場」是透過創建一個堆砌大量連結而沒有實質內容的網頁，是為了交換連結而存在的

受到製造流量假象的操縱，以提高自身網站的搜尋排序與重要性，使得該連結農場亦具有廣告性格，而為違法⁸³。或是在比價網站廣告中，未揭露佣金約定者，亦構成隱匿重要資訊的誤導（UWG 第 5a 條第 1 項）⁸⁴。此外，事業使用「檢驗標章」（Prüfzeichen）以廣告其商品，但未揭露認證流程（zertifizierungsverfahren）所用以核發標章之標準者，亦同⁸⁵。

在此要處理的新問題，是要就排序結果，到底是依哪些標準形成的告知問題，讓光線照進這個黑盒子⁸⁶。一方面涉及被排序之市場參與者，因其商品的排序能見度愈高，即能帶動更多的銷售結果；另一方面，也涉及搜尋者的利益，因為通常其傾向於只會點選最前面幾個的排序結果，故其對於搜尋結果是不是符合邏輯的正確排序，以及是否與其期待相符合，亦具有重要利益⁸⁷。因此，受規範的對象，只有比較平臺（Vergleichsplattformen）、評價平臺（Bewertungsplattformen）和線上市集。對此，新法於第 5b 條第 2 項引進線上市集和中介服務（如比較平臺）的透明義務，要求這些事業應揭露排序的「主要參數」（Hauptparameter）及「主要參數權重」（relative Gewichtung der Hauptparameter），並以直接且易近用方式，標示於搜尋結果上。主要參數在條文中並未有所定義，而依歐盟綜合指令衡量理由第 22 點，意旨一般的標準、過程及特定信號。除此之外，事業對其排序系統的運作方式，包括演算法在內，並不須詳細公開，否則，即會和營業秘密的保護，相互牴觸⁸⁸。

但是，對於演算法所使用之標準，究竟應該揭露多少主要參數，以及「次要參數」（Nebenparameter）為何不用揭露，則不清楚；另外，對於主要參數與次要參數如何認定、各參數之間的權重關係如何及如何決定，也不清楚，特別是演算法若計算諸多參數而定時，揭露主要參數也可能助益有限⁸⁹。以 Amazon 的「A9 演算法」（A9 Algorithm）為例，影響商品排序的相關參數即包括：搜尋語義關連、銷售成績、

頁面，而連結間彼此互鏈，或指向特定網站，以增加被連結網站外部連結數量，藉此欺騙搜尋引擎蜘蛛程式，為目標網站獲得更高的連結廣度，而提升搜尋結果排名。

⁸³ Bruhn, a.a.O. (Fn. 30), § 59 Rn. 43.

⁸⁴ BGH, *GRUR* 2017, S. 1265.

⁸⁵ Wolfgang Büscher, in: Wolfgang Büscher (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag, § 5a Rn. 46 (2019).

⁸⁶ Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 785.

⁸⁷ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1457.

⁸⁸ BT-Drucks. 19/27873, S. 36.

⁸⁹ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1458.

點擊率和轉換率、產品庫存、價格、廠商或產品評價、有無產品圖片、有無促銷活動、銷售量短期激增、長期增長、產品贊助、產品標題和產品描述、關鍵詞、產品相關性、交貨和服務品質、人氣、回購率、回答客戶疑問、競爭商品數量等等。是否皆為主要參數，不易判斷。不過，就 www.amazon.com 的實際頁面呈現而言，用戶仍可依「特色」、「定價高低」、「平均顧客評價」、「出版日期」、「多數評論」等參數，重新排序其搜尋結果，似乎這些是該演算法的主要參數。

另外，UWG 於附件（黑名單）第 11a 點，亦對第 5b 條第 2 項進行補充，對付費排序的未揭露作出當然違法的禁止，針對搜尋結果之隱藏廣告構成對消費者隱瞞，加以禁止，即對於搜尋結果未明確揭露在搜尋結果中為排序更高而為之付費廣告或特別支付（如每筆交易的佣金或置入的不同津貼方案）⁹⁰，但是上架費或一般會費的未揭露，則不會該當⁹¹。從這點可知，UWG 對於付費排序並不禁止，只要其清楚明確地被公開即可⁹²。

這兩個規定都只適用於市集經營者或線上中介者，至於消費者有無締約，並不影響其適用。但不適用於事業自己只銷售自家商品或服務的線上商店⁹³，以及純粹搜尋引擎經營者，如 Google⁹⁴，蓋其已須依「線上中介服務規則」（Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services）第 5 條第 2 項⁹⁵處理⁹⁶。

⁹⁰ Anhang 11a (verdeckte Werbung in Suchergebnissen) zu § 3 III UWG: „die Anzeige von Suchergebnissen aufgrund der Online-Suchanfrage eines Verbrauchers, ohne dass etwaige bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen, ein höheres Ranking der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen, eindeutig offengelegt werden;“

⁹¹ Patrik Schmidt, „Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht,“ *IuR*, S. 134 (2022).

⁹² Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 785.

⁹³ BT-Drucks. 19/27873, S. 36.

⁹⁴ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1457.

⁹⁵ Article 5 II of Regulation (EU) 2019/1150: “Providers of online search engines shall set out the main parameters, which individually or collectively are most significant in determining ranking and the relative importance of those main parameters, by providing an easily and publicly available description, drafted in plain and intelligible language, on the online search engines of those providers. They shall keep that description up to date.”

⁹⁶ Henrike Weiden, „Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes,“ *NJW*, S. 2234 (2021).

（三）顧客評價

「口碑行銷」（word-of-mouth marketing）也是數位經濟下的競爭方式之一，商品和服務的「評價」（Bewertungen）係線上世界裡，對於消費者決定之確保與準備的重要工具，此一問題亦與遠距交易息息相關，蓋消費者無法親自接觸相對人，也無法透過現場的商品鑑賞而為交易決定，所以，其他消費者的評價，在「同儕效應」（peer effect）的影響下，即成為重要的參考指標。但實際上，有相當比例的網路上評價，是受到操控及不可信的，付費正評及競爭者負評，在網路世界裡都可輕易找到。評價制度不只影響顧客的購買決定，同時對於事業的聲譽制度也扮演重要角色。

雖然消費者評價具有個人的主觀性，但憑心而論，其評價結果，依一般而言，較少有被利益所操控，而仍具有一定的可信度（Authentizität），可在消費決策過程中扮演重要角色，有利決定的作成⁹⁷。在此設想之下，為了使評價得以真實反應，以避免灌虛評的出現，例如：購買正面顧客評價、免費贈送產品、刪除不利評價、自己評價等等，UWG 即有介入的空間。而在網路世界裡，除了購買評價或承諾回報以外，還可能有「點擊工人」（clickworker）或「機器人程式」（bot-programme）等方式，使評價短期內獲得大幅快速的增加，要用人為方式一一去檢驗這些評價的真實性，是不太實際的。

在新法增訂之前，實務上即透過中立性的誤導⁹⁸，或是隱匿重要資訊⁹⁹，予以處理，認為評價制度只有是客觀且不受第三人或事業之影響時，才是正當的¹⁰⁰，但對於評價的動機是否構成重要資訊，並不明確¹⁰¹。至少，消費者評價必須是真的來自於其他消費者所為，將評價之消費者是否真的使用或取得商品視為重要資訊，故 UWG 第 5b 條第 3 項規定事業自身所公開之評價必須符合真實性¹⁰²，但是，並不包

⁹⁷ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1455.

⁹⁸ OLG Frankfurt a.M., *GRUR-RR* 2020, S. 87.

⁹⁹ OLG Frankfurt a.M., *GRUR-RS* 2018, S. 40460.

¹⁰⁰ BGH, *GRUR* 2018, S. 636.

¹⁰¹ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1455.

¹⁰² § 5b III UWG: „Macht ein Unternehmer Bewertungen zugänglich, die Verbraucher im Hinblick auf Waren oder Dienstleistungen vorgenommen haben, so gelten als wesentlich Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben.“

括事業連結至第三方所提供之消費者評價¹⁰³。是故，只是將此一問題作表面上的處理而已¹⁰⁴，並未課予平臺事業有所謂的內容真實檢驗義務，因其欠缺「保證人地位」（Garantiestellung）¹⁰⁵，故只要求事業若公開評價時，則其對於「是否」（ob）消費者真正使用該產品，以及「如何」（wie）採取措施為相應的檢驗而負有確保義務。此一規定，於出賣人、市集經營者或評價網站經營者，皆有適用，即這些事業必須告知其於顧客評價公開前，是否採取措施以檢驗其真實性，若未採取這類措施，則其必須揭露之，但若有採用檢驗措施者，則其必須揭露為了檢驗消費者評價之真實性，採取了哪些程序或過程，例如只允許經由其平臺取得商品之消費者的評價，如 Amazon 的星級評價上即會加註「Amazon 驗證購買（Verifizierter Kauf）」以資和一般用戶評價相區別，以及依何種標準分類評價及是否全部評價（正面或負面）皆公開¹⁰⁶，以及如果有部分（負面）評價被刪除的話，是依何種規則而定，因這部分對於使用者判斷而言，會因剔除的不對稱性而使正面評價更為強烈¹⁰⁷。從其規定內容來看，也僅止於揭露義務而無控制義務，故最多只有間接誘因促使該事業為避免其聲譽受損，而採取一定之控制措施而已¹⁰⁸。因此，亦有認為對於誤導或被操縱之評價的實際上保護效果，其實有限，而且也僅止於顧客評價，並不及於產品測試者（企業經營者）的評價，另外對真正使用之消費者，付費所為之評價，其客觀性及可信度都有疑義下，也不能納入規範¹⁰⁹。

另在 UWG 的附件（黑名單）中額外規定了二種對消費者為當然違法的評價不實，附件（黑名單）第 23b 點¹¹⁰禁止在未有適當之檢驗措施下，「聲稱」（Behauptung）消費者評價是源自事實上使用或取得之消費者。據此，立法者對於事業的消費者評價之處理，課予了「組織義務」，即這些聲稱的事實必要具體存在，但其適用範圍

¹⁰³ BT-Drucks. 19/27873, S. 37.

¹⁰⁴ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 767.

¹⁰⁵ Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 782.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 19/27873, S. 37.

¹⁰⁷ Weiden, a.a.O. (Fn. 96), S. 2234.

¹⁰⁸ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 767.

¹⁰⁹ Schmidt, a.a.O. (Fn. 91), S. 136.

¹¹⁰ Anhang 23b (Irreführung über die Echtheit von Verbraucherbewertungen) zu § 3 III UWG: „die Behauptung, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung tatsächlich erworben oder genutzt haben, ohne dass angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zur Überprüfung ergriffen wurden, ob die Bewertungen tatsächlich von solchen Verbrauchern stammen;“

有點窄，即若無聲稱之存在，即無從組織監督起¹¹¹，此外，對於聲稱是否包括默示，還是只以明示為限，從當然違法嚴格禁止之立場，應限於明示始符例外從嚴原則，故若只揭露 30% 客戶滿意度，則有爭議，此時，可能須回到第 5a 條的重要資訊進行判斷¹¹²。但若事業未採取檢驗措施者，則其將此一事實揭露，立法理由中似認為也可滿足法律要求¹¹³，但此一弱點（Schwachstelle）的補救，仍有待討論¹¹⁴。

附件（黑名單）第 23c 點¹¹⁵則禁止錯誤消費者評價之傳遞或委託，以及在社群媒體上為促銷目的而扭曲消費者評價或推薦（Empfehlungen）。從而，選擇性地公開正評與刪除負評，或社群媒體上的「喜愛數」（likes），應可該當¹¹⁶。因此，評價只有是來自於真正自然人消費者且客觀上不受影響時，才是真正的消費者評價¹¹⁷。但若以負評可能有誤而全部自動刪除者，是否仍該當不法，不無疑問，過於嚴格的責任，則可能又走得太遠了¹¹⁸。此外，仍不清楚的是，若消費者評價是內容上有誤，或是「隱藏的自我評價」（getarnte Selbstbewertung），即匿名地對自家商品作出正面評價，是否也包括在內，以及事業付費給消費者所為之真實評價，因其內容可能沒有不實但確受到影響，從規範保護目的來看，應可包括在內，但若依字義的嚴格解釋無法涵蓋時，則不妨回到 UWG 第 5 條及第 5a 條的適用¹¹⁹。

（四）雙重品質

事業就外部看來是同一、但實則有不同品質及內容和組成之商品，在不同歐盟會員國間進行銷售，即構成「雙重品質」（Doppelqualität von Waren; dual quality）的

¹¹¹ Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 784.

¹¹² Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1456; Schmidt, a.a.O. (Fn. 91), S. 137.

¹¹³ BT-Drucks. 19/27873, S. 37.

¹¹⁴ Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 785.

¹¹⁵ Anhang 23c (gefälschte Verbraucherbewertungen) zu § 3 III UWG: „die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung;“

¹¹⁶ Schmidt, a.a.O. (Fn. 91), S. 138; Hofmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 784.

¹¹⁷ Schmidt, a.a.O. (Fn. 91), S. 138.

¹¹⁸ Ohly, a.a.O. (Fn. 7), S. 767 f.

¹¹⁹ Peifer, a.a.O. (Fn. 15), S. 1456; Sönke Ahrens, in: Gordian Hasselblatt (Hrsg.), *Münchener AnwaltsHandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Aufl., C.H. Beck, § 20 Rn. 353 ff. (2022).

問題，例如：在西班牙銷售之可樂配方不同，以致於跟在德國銷售的可樂，嚐起來不太一樣，即可能構成誤導消費者，特別是某些商品在中東歐會員國所銷售之品質，經常是低於西歐及南北歐會員國同一品牌同一包裝的商品¹²⁰，故新法於第 5 條第 3 項第 2 句增訂，儘管商品之組成或特徵有重大差異，但以相同商品在不同會員國間為銷售者，該當引人錯誤之交易行為，但若有正當且客觀之理由者，不在此限¹²¹。此一規定，係為補充既有之混淆危險而設，以保護消費者的信賴。依此，立法者並未禁止不同組成及不同特徵之商品，在不同國間進行銷售，而是只禁止把不同商品當作相同商品予以銷售的行為。因此，必須於個案中為具體的檢視，只要對消費者而言，該商品可以輕易分辨其差異時，即不該當禁止規定¹²²，例如：透過「標籤」（Etikett）標示其組成差異，並提醒消費者注意¹²³。如葡萄牙的可樂含糖量為 10%，比利時的可樂含糖量為 20%，但二國標籤卻是同樣的，雖在可樂瓶上小字印刷各自的語言，並在營養上正確標示含糖量，但因沒有特別強調，仍有可能違反本項規定。

依條文規定，品質差異程度，須有「重大差異」（wesentlich voneinander unterscheiden）才會受到禁止，換句話說，若只有些微的偏差，並不違反本項規定，但差異是否重大，條文並未有明文規定，因此，只能依個案認定，視商品組成的差異在消費者眼中，是否重大而定。

又對於品質差異，如有正當及客觀理由者，即不受禁止，例如：涉及原料的可得性或季節性、改善健康及營養的自願策略、就同一品牌商品在不同地理市場為不同數量或容量之包裝等等¹²⁴，因為歐盟綜合指令並未窮盡列舉，故若針對不同消費者偏好進行調整，亦可構成正當理由¹²⁵。依此，若玉米片在法國是以 650 公克包裝方式銷售，而在德國是以 875 公克包裝銷售，是因供應商認為在德國較大包裝比較

¹²⁰ Jörg Rosenow/Cynthia Staiger, „Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht,“ *GRUR*, S. 776 (2022).

¹²¹ § 5 III S. 2 UWG: „Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn 2. mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Markt bereitgestellten Ware vermarktet wird, obwohl sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder in ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist.“

¹²² 參見歐盟綜合指令衡量理由第 53 點。

¹²³ BT-Drucks. 19/27873, S. 33.

¹²⁴ 參見歐盟綜合指令衡量理由第 53 點。

¹²⁵ BT-Drucks. 19/27873, S. 34.

容易銷售者，因其成分相同，只是包裝不同，即使包裝差異並未特別突顯，因係為滿足兩地消費者的包裝尺寸願望，亦不構成本項的違反。

依本項負有義務者，為商品之「供應商」（Hersteller），因為其可決定商品之配方、特性、外觀、包裝及營銷。經銷商（Händler）因其僅銷售商品而未喚起消費者對於所經銷商品的同一印象，原則上不會該當本項的違反¹²⁶。而同一品牌之不同商品的銷售，也不受本項限制，除非其在自身網站商店上透過產品照片及產品敘述而未揭露其重大差異。另外，條文也未將服務並列，故服務也不在禁止之列。

三、我國相關規定

上開德國修法重點的四大領域，除「雙重品質」此一問題，因我國市場為單一，不像歐盟會有跨境交易而生同一商品不同品質之問題，在我國法上要發生規範需求的情況，也許機率並不高。但其他情形，如影響力行銷、產品排序、顧客評價，皆有規範之可能性與必要性，實務上也實際發生過類似的案例，可供討論，但大體而言，仍是偏重於個別事業違法行為的探討，而未如德國新法將重心放在交易中間人身上，從而，德國及歐盟關於中間人的規範取向，在平臺經濟愈重要的網路社會裡，益有參考及借鏡的價值。不過，要找出可跟德國修法相對應之規定與實例，並非易事，在無直接相關案例下，另佐以相近案例的分析介紹，勉為說明，茲分述如下：

（一）影響力行銷

1. 影響力行銷與薦證廣告

雖目前公平交易法（下稱公平法）條文未有針對影響力行銷的特別規定，但仍有薦證廣告的規定，可作為參考，廣告薦證人其實是影響力行銷的一種典型，包括「名人薦證」、「專家薦證」與「素人薦證」三典型¹²⁷，但是，薦證廣告主要處理的是廣告不實的問題，若廣告內容符合真實或是涉及主觀感受用詞，尚不落入公平法第 21 條的射程範圍內。此外，純粹的素人薦證，因其個別素人或消費者本身在網路社群裡，尚未具備一定之意見領袖地位，而難與影響力行銷劃上等號，其似乎比較接近下述之顧客評價規定要處理的問題，即素人薦證必須是真實使用其所薦證的

¹²⁶ BT-Drucks. 19/27873, S. 34.

¹²⁷ 楊宏暉，前揭註 20，178。

商品或服務。但是，影響力行銷則可能是這三者的綜合體，一方面其是一般使用者，卻有足夠的專業知識，並在其追隨者群中又具有一定知名度，除了具備形象及專業化，同時又是建立及傳布廣告的管道¹²⁸。

現行法關於薦證廣告之規範，主要見於公平法第 21 條，其規定有廣告薦證者之界定（第 6 項）及其民事責任（第 5 項），要求薦證者必須忠實反映自身之真實意見、信賴、發現或親身體驗結果，從公平法第 21 條將之另立民事責任規範看來，在體系結構上似乎認薦證者並非是銷售系爭商品或服務的廣告主，而是處於類似幫助行為的概念。過去在「全竹炭塑身衣案」薦證者○君即被公平會論為故意共同實施違法行為（行政罰法第 14 條第 1 項），認為其以名人身分擔任商品代言，使系爭商品與個人形象產生連結，並於廣告中陳述個人親身體驗結果，藉其知名度及不實之薦證內容，增強消費者對於系爭商品之信賴感，對該不實廣告結果之發生，具有不可或缺之功能性支配與貢獻，認定符合與廣告主共同實施不實廣告行為之客觀構成要件¹²⁹。依此，廣告薦證者原則上非屬廣告主，不直接負公平法第 21 條第 1 項的不實廣告責任，而是透過幫助行為的概念，將其於第 5 項中另為規定¹³⁰。從而，網路廣告以他人薦證或社群網站用戶（例如：部落客、網紅、直播主等）撰文或影音等方式推廣商品或服務者，於未符合真實原則時，與廣告主故意共同實施之薦證者或社群網站用戶（例如：部落客、網紅、直播主等），得依廣告主所涉違反條文併同罰之¹³¹。不過，作為意見領袖之影響者，因在其社群團體中具有知名度，非屬一般素人，故其賠償責任應不受十倍報酬的限制。因此，從公平法第 21 條的規範對象來看，實包含事業及廣告主的雙重涵義，而薦證者的預設角色不是廣告主而已，直接規定薦證者負民事責任，從而，字義上也就跳過對薦證者是否具事業屬性的檢驗問題。

但是，如果薦證者本身即是商品或服務之供應者，其即為廣告主之事業，得直接有公平法第 21 條的適用¹³²，如網紅銷售其個人專屬之 NFT¹³³，銷售行為即具事業資格，為自己直接經濟利益而為，即屬廣告主。另外，薦證者本身雖未直接提供商品或服務，但若網路上的網紅或直播主等意見領袖，在影片中說明或推薦商品、服務

¹²⁸ Fries, a.a.O. (Fn. 18), S. 41.

¹²⁹ 公平會公處字第 098094 號處分書。

¹³⁰ 謝杞森，「薦證廣告與薦證者之責任」，真理財經法學，第 6 期，75-76（2011）。

¹³¹ 公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則第 9、10 點。

¹³² 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第 6 點、（二）、1。

¹³³ NFT (non-fungible token) 為「非同質代幣」，係一獨特的數位資料，每個代幣均具有唯一性。

的同時，若有從相關販售中直接獲利，應可認為是非單純薦證者而有該當廣告主之可能¹³⁴，從而，將經常提供商品或服務從事交易之社群網站用戶（例如：部落客、網紅、直播主等），亦視為廣告主¹³⁵。但因是對特定粉絲為之，是否屬公平法第 21 條廣告責任之適用範圍，或有爭議，雖公平法上並未對廣告加以定義，雖有實務見解表明廣告係對不特定大眾為之¹³⁶，但觀諸消費者保護法施行細則第 23 條關於廣告定義，則僅以多數人為對象，並未限定於不特定人，應可涵蓋針對特定粉絲所為之廣告宣傳¹³⁷。

對此，公平會 2022 年 8 月修訂「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」，業已闡明「其他使公眾得知之方法」係指得直接或間接經由網路或實體管道使特定多數人、非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為，以因應現代網路廣告的精準行銷模式。

不過，公平法第 21 條只就廣告內容的真實性加以規範，對於廣告性格的隱藏與利益關係的揭露，囿於法條文義的嚴格解釋，似乎不能直接依該條規定論處¹³⁸。

2. 利益關係的揭露

關於影響力行銷的規範重點，其焦點是放在影響者的行為上，影響者經營型態的差異，以及其在個案中參與的角色，究為事業、中介平臺、事業受僱人等，會影響其不同責任的認定¹³⁹。若影響者未從商品銷售中分利，而是收取佣金報酬或免費商品或服務的話，並單純為商品或服務之推介行為而未涉及廣告不實者，有無公平法第 25 條的適用，依我國法規定，其前提必須是其本身合乎公平法第 2 條的事業概念，而網紅或 YouTuber 這類的影響者，常為自然人，當然不排除有組成專業團隊並

¹³⁴ 劉姿汝，「論日本不實廣告之規範與運用——兼論對我國法之啟示」，公平交易季刊，第 27 卷第 4 期，111（2019）。

¹³⁵ 公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則第 3、4 點。

¹³⁶ 最高行政法院 100 年度判字第 1709 號判決參照。

¹³⁷ 陳皓芸、劉姿汝、黃銘輝、杜怡靜，「我國不實廣告執法實務之評析——以公平法與其他法規之適用為中心」，公平交易季刊，第 30 卷第 3 期，88（2022）。

¹³⁸ 對此，亦有學者從廣告主角度，認為這類廣告，事業對於接收者根本隱藏其提供訊息屬於廣告之本質，使消費者在錯誤基礎上作成交易決定，仍屬公平法第 21 條之引人錯誤行為。參閱林易典，前揭註 24，290-291。

¹³⁹ 公平交易委員會，前揭註 13，152-153。

申請商號登記的情況，因此，是否符合提供商品或服務從事交易之人，有待個案檢驗。學說認為薦證者若有經常性收取對價而為薦證致被認為該當營業行為時，即可該當事業概念¹⁴⁰。依此，影響者若有經常性收取對價而為推介致被認為該當營業行為時，即應該當事業概念，故其如果有從贊助事業處獲得對價者，應可持肯定見解¹⁴¹。

是故，影響者收取對價受託從事商品或服務的推播，即使是對不同商品或受不同人委託，因該推播服務往往具有經常性，故影響者應可符合事業概念¹⁴²，從而，若有隱匿收受利益關係者，即可能對其觀眾產生不客觀的影響，而有規範之必要。

對於傳統的名人薦證廣告，一般觀眾大多可以輕易地判斷是廣告，而無須特別揭露內部關係，如同上述的「全竹炭塑身衣案」，一般人應可推知藝人○君是收取報酬進行薦證的¹⁴³，但如果是名人在新聞專訪中提到自己對商品或服務的使用經驗，則可能具有非一般大眾可合理預期之利益關係的存在，而構成應予納入規範之隱藏性廣告問題，致有揭露之必要¹⁴⁴。

¹⁴⁰ 吳秀明、沈麗玉，「公平交易法關於廣告規範之最新發展」，月旦法學雜誌，第 241 期，277（2015）；謝杞森，前揭註 130，59。

¹⁴¹ 至於支付對價讓影響者推介其商品的事業，是否有公平法上的責任，德國 UWG 上有所謂的濫用權威（*Autoritätsmissbrauch*）之不當影響（*unzulässige Beeinflussung*）或外行廣告（*Laienwerbung*）（UWG 第 4a 條第 1 項第 3 款），而例外地違法，現行法對這類行銷方式的評價由過去的採禁止原則改採合法原則，亦即其廣告性格被掩飾或有誤導的危險，或是對消費者構成不合理的騷擾，或於符合強迫要件時，才會構成違法。Vgl. Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, 10. Aufl., C.H. Beck, § 12 Rn. 34 f. (2016); Meinrad Dreher/Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl., C.F. Müller, Rn. 243 ff. (2018); 楊宏暉，前揭註 20，189-191。

¹⁴² 至於是否要薦證者量身打造「一定薦證收入門檻」始列為「從事薦證之事業」，學者間贊成者有之，參閱楊智傑、王思原，「不公平競爭法規對新興薦證廣告之適用與因應：美國、加拿大、英國、臺灣之比較」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期，53-54（2021）。但本文認為應只要從公平法第 2 條第 1 項第 3 款的事業概念中的「從事交易」及不成文要件的「經常性」，予以解釋認定即可，因此即使是為爭取曝光度而免費代言的素人，如符合經常性要件者，亦有可能為事業。

¹⁴³ 蓋一般名人從事薦證者，一般社會大眾可以推測其應從中受有報酬或利益，故縱未揭露，通常無引人錯誤之虞。

¹⁴⁴ 惟公平會實務上對於隱藏性廣告似有不同界定，係指廣告雖係由雜誌免費刊登，惟相關資料則由被處分人所提供，此種免費之工商資訊廣告，係為隱藏性廣告性質，殆無疑義。參閱公平會（89）公處字 139 號處分書及（89）公處字第 177 號處分書。然而，比較適當的見解，是臺北高等行政法院 98 年度簡字第 125 號判決中針對廣播電視法案件所使用的說法，即「系爭節目之音樂或歌曲，並無區隔『節目』與『廣告』之特定意涵，又未特別告知聽眾該等內容係屬廣告時段，進而認定原告違反節目與廣告應明顯分開以避免聽眾遭隱藏性廣告暗示影響之規範目的云云。」

對於社群網路之影響力行銷而言，內部之利益關係有無揭露，即涉及群眾資訊自主決定的保護問題，對於商品之推文，到底是「業配文」還是「評論文」的區別，關鍵在於獨立創作的有無，即產品評論是獨立自主的創作內容，而非如業配文是受到贊助廠商的影響¹⁴⁵，從而要求其必須於廣告中或廣告前，將利益關係予以揭露，以判斷有無商業動機，讓消費者對於是否正在閱讀觀賞廣告一事，具有警覺可能性，故在「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」中規定，薦證廣告以社群網站推文方式為之（包括網路部落客推文及論壇發言等方式），如薦證者與廣告主間具有「非一般大眾可合理預期之利益關係」，而未於廣告中充分揭露，屬足以影響交易秩序之隱匿重要交易資訊¹⁴⁶，涉及違反公平法第 25 條。

其中，利益關係是指薦證者與廣告主間具有僱用、贈與、受有報酬或其他有償（如提供試用品或是試乘機會）之關係¹⁴⁷。至於如何揭露才算充分，標記為廣告或是直接表明跟廠商合作，應可該當，關鍵點在於使受訊者可以直接清楚地分辨判斷即可。

至於誰負有揭露義務，依三星寫手門實務案例（公平會公處字第 102184 號處分書）及「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」，似乎只指委託之廣告主而言，但不排除從事薦證或中介之事業，亦負有揭露義務，從而應依公平法第 25 條為利益關係的揭露¹⁴⁸。又除揭露利益關係之外，若其同時符合薦證不實態樣時，則同時有

¹⁴⁵ 王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，東吳法律學報，第 28 卷第 4 期，148（2017）。

¹⁴⁶ 這類的廣告分離原則與標示義務，亦見於廣播電視法第 33 條、有線廣播電視法第 25 條第 1 項、衛星廣播電視法第 23 條等規定當中。

¹⁴⁷ 依此，薦證者與廣告主為親友間的無償或微小利益，似乎無須揭露，對此，學者認為之所以要求揭露，是因為是項關係的存在，可能影響薦證廣告接受者對該廣告訊息之評價，因此建議捨棄「有償／無償」之區別，改以薦證人與廠商間之關係是否「足以影響一般人對證言之評價」，來定義利益關係，並認為公平會所採之揭露以具有非一般大眾可合理預期之利益關係者為限，其判斷亦會有爭議，且揭露義務之遵行成本應該不高，故建議應一律揭露。參閱王明禮，前揭註 145，157。本文認為上開一律揭露之見解應屬可採，蓋對於薦證者而言，是否受他人所託，還是主動為之，自身最為清楚，而且揭露的成本其實很低，故以一律揭露為宜，甚至於該利益關係有無，係屬內部事項，外人無從得知，應可參考德國修法所採之推定方式，於發生爭訟時，由該影響者負舉證責任。

¹⁴⁸ 惟從「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」第 6 點來看，似乎只提到薦證者跟廣告主共同責任情形，似乎不認為薦證者可有單獨的責任，而薦證者倘為商品或服務之提供者或銷售者，即屬廣告主，所規定的服務，似乎不是指「薦證服務」，依此，則規範說明第 5 點未揭露利益關係之行為人，究指廣告主，還是薦證者，並不明確，就整個規範說明及第 6 點強調廣告主違反本法規定來看，似乎是指「廣告主」，但從範例所舉例子，卻又表明「張貼者應清楚明

公平法第 21 條第 5 項民事賠償責任的適用¹⁴⁹。

（二）產品排序

1. 搜尋排序之重要性

在網路滲透極為強的當代商業社會裡，如何在多樣化的眾多商品和服務之間迅速作出選擇，在購物網站林立且商品繁多下，消費者做到「貨比三家」還不夠，更要多方比較，才能從眾多品項叢林中找到物超所值的商品，往往利用比較工具是最快的，使得我國的網路上也出現各種的比較網站，可供消費者選購前的利用，如「FindPrice 價格網」、「飛比價格」(Feebee)等網購商品比較平臺，或是「Trivago」、「HotelsCombined」、「Skyscanner」等全球知名之旅館或機票價格的比較平臺。比價網站的出現，幫助消費者即時一次搜尋及比較各家商品，從商家角度觀之，透過比價平臺的轉介，有助於將潛在消費者引導至其網站，以促成交易，因此，如何導引便成為費盡心思的角力點。以 Trivago 為例，點選台北 W 飯店，則會連結到 Booking.com 的頁面；以飛比價格為例，點選 iPhone 可直接連到 momo 購物網。對於比較排序的結果，因為內容太多了，消費者為節省時間，往往只會關注瀏覽第 1 頁前面幾個的搜尋結果，因而引發如何優化排序結果的問題，也在網路世界裡，另外形成一個新的競爭場域，如何增加網路曝光度，即成為兵家必爭之地，也引發競爭規範的正當需求。

2. 排序廣告不實

不同於德國法已轉向關注比價中介人的中立性問題，要求中介者須將排序之參數及其權重，予以事先揭露，以讓消費者得以瞭解比較的基礎，並納入消費決定的

確地向留言板會員及讀者揭露他與製造商的關係，而製造商應提醒並監督張貼者揭露此一關係，似又指「薦證者」，且就第 5 點的用語來看，係以薦證者作為主詞，則有揭露義務者應屬薦證者。另 2007 年版本的薦證廣告規範說明，曾在第 5 點第 2 項第 1 款規定：「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 2 條第 4 款所稱之事業定義（現行版本已刪除此段文字），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。」從其文字強調薦證者不符事業定義來看，似又不是指薦證者。

¹⁴⁹ 相同見解亦見於美國 FTC「廣告使用推薦與見證指導原則」(16 C.F.R. Part 255)，薦證者依第 255.1(d)條，就其薦證陳述負其責任，而廣告主 (advertiser) 依第 255.1(d)條及第 255.5 條，負有利益關係之揭露義務。

參考，實質課予事業有組織義務，以納入行為事業的歸責。而我國目前尚未有任何比價網站的處罰案例，對於 Trivago 案中的排序，公平會於 2019 年 2 月公布調查結果認為其廣告用語並未違法¹⁵⁰。

而 Trivago 在外國的廣告聲稱可在該平臺上輕鬆找到「最優惠價格」，但其實是利用演算法，依飯店給的佣金高低排序，而有「推薦的不是最低價」和「拿豪華房型與低價房型比價」的情形，Trivago 甚至透過刪除線將原價碼劃掉，留下看似比較便宜的價格，也經常把同一間飯店的標準房與豪華房進行比較，而非同類型的房型，令消費者以為價差是網站篩選服務替消費者省下的錢，並引導消費者轉訂那些付佣比較多的飯店，澳洲競爭及消費者委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）以不實廣告違反消費者保護法為由提出控告，而法院也判決 Trivago 應處 4,470 萬澳幣（相當於新臺幣 9.29 億）的罰款¹⁵¹。

類似案例也發生在柏林地方法院對於 Booking.com 訂房網站的審理上，禁止該網站依佣金支付高低排序其受歡迎程度，認為此種操縱手法已該當 UWG 第 5 條第 1 項之引人錯誤行為¹⁵²。

3. 參數揭露的要求

未揭露排序參數之類似的案子，則以「中視收視率調查案¹⁵³」較為接近，「中視新聞全球報導」依據尼爾森收視率調查資料，系爭節目相較於同時段新聞節目，在全國各電視頻道新聞節目中，收視率確屬第一，故宣稱「全台灣最多人看的新聞」，並無引人錯誤情事；惟未同時揭露作為調查基礎之相關資料，如：調查時間、調查區域範圍、調查對象、調查方法、抽樣方法、抽樣誤差值、樣本數量及有效樣本數

¹⁵⁰ 公平會認為 Trivago 的廣告用語尚無違反公平法情事。參閱消費者保護處，「公平交易委員會認為 Trivago 網站尚無廣告不實」，經濟部水利署（2019/2/14），<https://www-ws.wra.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvb2xkRmlsZTIvbWVkaWEvMjE3NjIv5YW55bmz5Lqk5piT5aeU5ZO5pyD6KqN54K6dHJpdmFnb%2Be2suermeWwmueEoeW7o%2BWRiuS4jeWvpi5wZGY%3D&n=5YWs5bmz5Lqk5piT5aeU5ZO5pyD6KqN54K6VHJpdmFnb%2Be2suermeWwmueEoeW7o%2BWRiuS4jeWvpi5wZGYucGRm>，最後瀏覽日期：2023/8/24。

¹⁵¹ ACCC, Press release, “Trivago to Pay \$44.7 Million in Penalties for Misleading Consumers over Hotel Room Rates,” (2022/4/22), <https://www.accc.gov.au/media-release/trivago-to-pay-447-million-in-penalties-for-misleading-consumers-over-hotel-room-rates>, last visited on date: 2022/5/21.

¹⁵² LG Berlin, Beschluss vom 25.8.2011 - 16 O 418/11.

¹⁵³ 公平會公處字第 097165 號處分書。

量之重要交易資訊，而一般具公信力之調查報告，均會揭露前開資訊，以作為判讀調查報告結果數據之重要參考，且收視率高低亦為廣告投資的重要參考指標，影響電視媒體事業廣告收益及電視媒體產業競爭秩序，故其挾資訊不對稱之市場資訊優勢地位，隱匿重要調查資訊，以顯失公平之方法從事競爭或商業交易，核屬足以影響交易秩序及潛在交易相對人交易之顯失公平行為，違反現行公平法第 25 條規定。

4. 事業的不當排序優化

在未明文要求排序參數揭露下，我國實務上有更多案例是個別事業研究排序演算法，而自行進行網頁排序的優化，如類似排序結果之關鍵字廣告案例¹⁵⁴。關鍵字為搜尋網站建立索引資料最常採用的方法，以方便搜尋用戶迅速找到想要的資料，使得關鍵字的連結成為廣告素材，是故，關鍵字廣告是指一種藉由網路使用者輸入特定關鍵字來觸發特定廣告放送之廣告模式，通常由廣告主付費給搜尋引擎業者，並將廣告內容以超連結型態建置於搜尋結果網頁上之明顯位置，而與依被搜尋關鍵字的搜尋頻率排列的自然搜尋結果有所區隔，屬另外出現的廣告，可分為跳窗式廣告（pop-up）、排序廣告（paid listing）及內容導向廣告（context-based）等三種¹⁵⁵，其中，付費的排序廣告是目前比較常見的類型，使其廣告內容因使用特定關鍵字而較易被使用者所尋得，並可直接連結至廣告主設置的網站，目的在增加其網站的曝光率或到訪率，只要願意出價，即可在短期內看到成效。由於排序位置係以付費多寡來決定，故此一行為不僅會破壞公平競爭，使不付費之事業處於不利地位，也會使消費者獲得錯誤資訊。為避免違法疑慮，通常在搜尋排序上，關鍵字廣告會以不同背景顏色呈現而有所區分，並標示為「廣告」，而不同於自然搜尋結果的排序，使搜尋用戶直接就可明瞭是一種付費排序的廣告形式，而不至於發生誤導，但如未有明顯區隔者，則有該當混淆誤認之虞¹⁵⁶。所以，關鍵字廣告的非難，在其呈現形

¹⁵⁴ 如：公平會公處字第 105071 號處分書（維娜斯購買瑪麗蓮關鍵字案）、公處字第 107066 號處分書（中華電信購買台哥大關鍵字案）、公處字第 110081 號處分書（鄺泰購買悅夢關鍵字案）。

¹⁵⁵ 劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以 Google 為例」，月旦法學雜誌，第 235 期，71（2014）。

¹⁵⁶ 至於搜尋引擎業者販賣關鍵字廣告，如涉及他人商標，是否構成商標的侵權使用，則有爭議。參閱劉孔中，比較商標法，初版，新學林出版公司，369-370（2014）；陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任——以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第 28 期，155-158（2010）。

式，可能傷害他事業的經濟利益，而無助消費者搜尋成本的節省與正確資訊的取得¹⁵⁷，其目的在於增加所指定網站的曝光率與流量，而非藉由廣告提升形象，但仍有可能構成榨取他人努力成果之顯失公平行為而違反公平法第 25 條規定，因為購買的關鍵字常為他事業投入心血的名稱或著名商標，常見於使人誤認兩者屬同一來源或有一定關係之攀附商譽¹⁵⁸，公平會實務多半是以購買關鍵字之廣告主作為處分對象，而未特別論及作為廣告媒體業之搜尋引擎業者的責任¹⁵⁹。

相對地，民事法院開啟搜尋引擎責任的討論者，主要是「幸福空間關鍵字廣告案」，智慧財產法院認為 Google 將系爭商標「幸福空間」以關鍵字廣告出售禾林等室內設計業者，使其得以增加交易機會，顯係攀附上訴人長久以來努力經營之系爭「幸福空間」商標之知名度，榨取上訴人長期以來努力之成果，而 Google 販售系爭關鍵字廣告，於知悉系爭關鍵字廣告可能構成不公平競爭之情況下，未移除系爭廣告的行為，明顯幫助各廣告主事業進行公平法第 24 條（現為第 25 條）之不公平競爭行為，依民法第 185 條第 2 項規定應視為共同侵權行為人¹⁶⁰。最高法院則以 105 年度台上字第 81 號民事判決駁回 Google 上訴¹⁶¹。

另一與關鍵字廣告可達同樣效果者，即是利用自己網頁的「metatag」，自行將他人的商標名稱寫入，因 metatag 屬於隱藏式程式語言，只會出現在 HTML 的原始碼中，不會顯現在網頁上，故不會有侵害他人商標的問題，其主要功能是設計者用以提供與搜尋軟體相通之關鍵字，當搜尋軟體執行搜尋作業時，會搜尋資料庫裡所

¹⁵⁷ 但亦有認為其所造成之誤導成本，因消費者可即時退回，而無足輕重。參閱陳皓芸，「商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題——以臺日相關法制比較為中心」，公平交易季刊，第 27 卷第 3 期，130（2019）；黃銘傑，「關鍵字廣告與公平交易法——兼論『通知／移除』機制之適用問題」，臺北大學法學論叢，第 119 期，118-119（2021）。

¹⁵⁸ 牛曰正，「公平交易法第 25 條對不公平競爭之補充適用及其類型化之發展」，中原財經法學，第 47 期，38（2021）。臺北高等行政法院 99 年度簡字第 531 號判決：「藉由網路關鍵字查詢有關產品之銷售資訊，已為目前一般消費者所習用，且為業者行銷廣告之手法，是若以一般消費者已熟悉之同業產品名稱有關詞彙作為網路搜尋之關鍵字而購買廣告，利用一般消費者在搜尋同業產品之際，連結至販售自己架設之網站，以引誘其購買自己販售之產品，確係攀附他人營業信譽，並掠取其努力成果，已足以影響正常之交易秩序，悖離商業競爭倫理，而具非難性至明。」但廣告主如進一步於相關文案中放上系爭商標者，若有混淆誤認之虞，則可能另有侵害商標問題。

¹⁵⁹ 亦有認為刊登關鍵字廣告的搜尋引擎業者為廣告媒體業。參閱陳皓芸，前揭註 157，109。

¹⁶⁰ 智慧財產法院 102 年度民商上字第 8 號民事判決。

¹⁶¹ 關於本案中 Google 責任的批評，參閱陳皓芸，前揭註 157，131-134；黃銘傑，前揭註 157，93-94。但亦有與本案上訴法院持相同立場者，參閱劉孔中，前揭註 155，89-92。

有網頁 metatag 內容，及具有相關內容之網頁資料，但該 metatag 不見得即與內文具有關連性，是以，事業使用 metatag 技術，即可使其網站容易被搜尋引擎找到，藉以達到增加其網站的到訪率，而可能對於他事業之著名表徵或營業信譽背後所蘊含經濟成果之努力造成損害，影響到市場的公平競爭秩序¹⁶²。但若該 metatag 關鍵字與網頁內容相關性低而未進行優化者，即可能會自然排序在後，難達增強曝光目的。

因此，另一種可達排序往向的方式，即是在自己的網頁上進行「搜尋引擎優化」(search engine optimization，下稱 SEO)，使其容易被搜尋引擎「爬文」(crawling)及「收錄」(indexing)並「排序」(ranking)，依其相關性在自然搜尋結果頁面排序在前，不同於關鍵字廣告從頁面配置上即可輕易看出，其成效常常需要較多時間才能看到，SEO 是透過了解搜尋引擎的運作規則，調整網站的結構和內容，以提高其結果排序的方式，而跟關鍵字廣告運作的原理，有所不同，因此，如何讓網頁可被頻繁地被 Google 爬文，即是首要任務，並依排列參數（如關鍵字出現次數），調整頁面關鍵字的使用，以使其排序被往前提，其中撰寫網頁標題 (title) 及網頁摘要 (description) 為最基本 SEO 作法，強化關鍵字與網頁內容的關連性，以提高搜尋結果的排名，從而，若事業利用網頁之程式設計，不當使用他事業之名稱、商標、其他營業表徵或相關資訊以提升事業之網站搜尋結果頁面排序之位置，常見於購物網站上，如網站上未銷售特定商品，但將該商品名稱與自身網站建立關連性，藉以出現在搜尋結果頁面，吸引搜尋消費者點選連結進入其網站購買類似商品，藉以增加自身網站之到訪率。例如：網路使用者在松果購物網站搜尋過「悅夢床墊」，網站程式即會主動生成行銷文案網頁，以供搜尋引擎攫取，之後若有消費者在 Google 搜尋引擎查詢「悅夢床墊」時，搜尋結果便會帶出「悅夢床墊的熱銷搜尋結果 | 生活市集」、「人氣熱銷悅夢床墊口碑推薦品牌整理——松果購物」等搜尋結果項目，經消費者點選後即會導向「松果購物」，誤導使消費者產生可在松果購物網站購買悅夢床墊之錯誤認知，點選後才發現事業網站並未販售該商品，更會攔截該資訊所涉及事業網站之流量，本質上是一種「誘導／轉向」(bait-and-switch)的行為，透過網頁程式設計，以錯誤資訊吸引原本欲搜尋特定品牌商品之消費者造訪松果購物網站，進而選購其他品牌的商品，除打斷消費者正常的商品搜尋與購買過程，也會對有提供該等商品販售之任何相關網站交易機會造成妨礙，這種利用網頁設計技

¹⁶² 公平會公處字第 095035 號處分書（台大小博士攀附商譽案）。

術，攔截競爭事業網站之流量及妨礙相關網站之交易機會，構成公平法第 25 條以顯失公平的方法爭取交易機會之不公平競爭行為¹⁶³。

5.比較網站與榨取他人努力成果

此外，我國實務上另外衍生出這類比較平臺網站，未經被導引商家的同意予以擷取，而涉及有無榨取他人努力成果的問題。如「住通搜尋系統案」中，認定「住通搜尋系統」所顯示之物件地址，係依上訴人（台灣房仲）公開網站提供之物件資訊，以電腦進行綜合比對後所得之結果，被上訴人並未入侵或使用上訴人公司內部物件資料，且其未屏蔽原刊登委賣物件資訊之房仲業者的聯絡方式，未直接顯示物件之詳細資訊，故使用者可輕易知悉「住通搜尋系統」僅係單純提供房屋資訊之蒐集、整合及連結之功能，並未從事不動產之仲介服務，況搜尋結果亦設置連結回原刊登委賣物件之房屋仲介公司網站，故並未有任何積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之欺罔行為¹⁶⁴。從而，論者認為只要事業藉由其網站減少資訊搜尋成本，利用平臺收集、整合他事業網站的公開資料，即具有促進市場競爭之資訊透明作用，即使透過會員收費或網路廣告而獲有利益，但有就公開資訊再投入成本與競爭努力，以開發出符合市場需求的商品或服務，即難論以顯失公平行為¹⁶⁵。

¹⁶³ 公平會公處字第 111019 號處分書（松果購物攀附商譽案）。

¹⁶⁴ 智慧財產法院 107 年度民公上更（一）字第 1 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 1240 號民事判決駁回台灣房仲公司的上訴。但原審之智慧財產法院 104 年度民公上字第 2 號民事判決則採不同見解：「惟被上訴人就上開物件之招攬或重要資訊未作任何之努力與付出，復未徵得上訴人之同意，即擅自以連結之方式連結至上訴人之網站，大量擴充為己身網站內容，使上訴人之網站功能遭到取代，且極易誤導不知情使用者，誤認其與上訴人有合作關係。被上訴人榨取上訴人網站所登載之不動產租售資料，擴充為己身網站之資料，以達自身經濟目的之行為，核屬榨取他人之努力成果，足以影響價格、品質、服務等效能競爭本質為中心之交易秩序，並對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，構成顯失公平，而具商業競爭倫理之非難性，業已違反修正前公平法第 24 條及現行公平法第 25 條之規定。……但就被上訴人而言，該連結方式顯然已將系爭系統之內容延伸至上訴人公司網站，而就消費者而言，亦極易誤認兩造有何合作關係。……被上訴人並未付出任何努力，卻使用系爭系統，在使用者於系爭系統輸入搜尋條件並顯示符合之物件後，點選該物件連結至刊登該物件資訊之房屋仲介公司網站，以擴充為自身網站之資料，並藉以招攬更多會員人數，增加其會費收益之行為，核屬榨取他人努力成果之行為，足以影響交易秩序，並對其他遵守公平競爭本質之交易者而言，構成顯失公平。」

¹⁶⁵ 顏雅倫，「比價平台與網站資料保護之界線——最高法院 106 年度台上字第 1431 號暨 108 年度台上字第 1240 號民事判決」，台灣法學雜誌，第 393 期，190-192（2020）。

但是，在類似之「屋比房屋比價平臺案」中，智慧財產法院認為該比價平臺係彙整各家房仲網頁之公開資訊，依使用者所設定之搜尋條件而提供更多特定商品之相關公開資訊，該平臺可對物件資訊進行即時比較，並提供比較結果與相關網站連結，並非直接複製或擷取房仲網站資料，消費者仍須直接點選比價平臺所提供之連結即進入該房仲業者之官網，認為可促進房仲業間之競爭，間接提高對消費者之保障，且已標明足以區別「屋比」文字圖案，亦未直接從事買賣仲介，而未該當公平法第 25 條違法之顯失公平行為¹⁶⁶。但是，最高法院認為系爭比價平臺，以超連結利用房仲業者所努力建置之物件資訊內容，而僅限其招募之屋比經紀人，有首先回應買家提供仲介服務之機會，能否認該利用他人努力成果，推展自己「間接仲介」之行為應被容忍？且客觀上是否不致誤導房屋物件之可能買家僅與加入屋比經紀人之營業員接洽，由其提供仲介服務，從中攔截客源，而有影響仲介市場公正競爭秩序之情事？非無斟酌研求之餘地，而將原審判決予以廢棄¹⁶⁷。受到此一發回意旨的影響，其後智慧財產及商業法院 110 年度民公上更（一）字第 3 號民事判決即確認系爭行為為該當顯失公平，蓋歐克斯公司藉由先向加入屋比經紀人之會員收取費用，媒合買方與所屬屋比經紀人，進而由其取得居間或代理買方之機會，實與房屋仲介業者透過官網公開房屋物件資訊及聯絡方式，居間提供聯絡諮詢及促成買賣，再從中抽成之仲介行為無異，應認歐克斯公司係從事與房仲業者相互競爭之行為；另歐克斯公司直接彙整使用上訴人官網所建置之物件資訊，且經其轉介予買方之「屋比經紀人」可能不是買方搜尋結果所示來源之不動產經紀業者，倘由其他不動產競爭同業所屬經紀人透過「屋比經紀人」與買方完成交易，無異是剝奪受託房仲所屬經紀人的交易機會，導致實際刊登物件資訊之業者反而無法接觸到潛在買方，故歐克斯公司所為顯係不當利用上訴人努力建置之房屋物件資訊成果，推展自己具有媒合仲介交易之「屋比經紀人」功能，間接從事房仲業之競爭，已對上訴人爭取買方仲介交易及服務報酬產生不利結果，足以影響不動產仲介交易市場之競爭秩序；再者，潛在買方於使用「屋比聊天室」功能後，可能會誤認該屋比經紀人即係買方該搜尋

¹⁶⁶ 智慧財產法院 107 年度民公上字第 1 號民事判決。

¹⁶⁷ 最高法院 109 年度台上字第 1756 號民事判決。關於本案的評析，可參閱吳尚昆，「房屋比價網站的公平交易法爭議——最高法院 109 年度台上字第 1756 號民事判決簡析」，月旦會計實務研究，第 46 期，96-100（2021）；蔡岳霖，「比價平台的不當競爭風險——從最高法院 109 年度台上字第 1756 號民事判決談起」，月旦律評，第 10 期，118-125（2023）。

物件之原仲介業者，或與原仲介業者間有業務合作關係，故系爭功能，顯係不正利用上訴人於網頁所提供之房屋物件資訊，而有誤導買方之虞，屬足以影響競爭秩序之顯失公平行為。

上開二案的事實都是架設整合系統抓取他人公開之物件資料，並向使用者收取會員費，可知法院關心的重點在於有無將他人成果作為自己成果的誤認，而認為若只是就搜尋標的為資訊之蒐集整合與提供連結，縱自身有營利目的，只要未致使用者混淆，其資訊整合及客製化功能亦具有一定經濟價值，屬資訊服務業，並未從事不動產仲介業務，且通常也只有各家受該物件委託之房仲的業務員，能夠提供更具體的服務，故不致妨礙效能競爭，甚至於有助資訊的快速流通與透明，增加消費者的選擇機會，縱使有向使用者收費或降低房仲網站的流量，亦無可非難性，其著眼點應放在對交易相對人有無誤導作用上，從而，若有進一步會使買方誤導的相關措施，如前述之「屋比經紀人」功能使人誤認平臺亦提供系爭物件的諮詢或仲介服務者，即屬顯失公平行為。

最後，這類的比較結果排序，基本上是由使用者自行設定，可選擇依總價、坪數、單價、更新時間、或瀏覽人次等方式加以排序，這部分也符合主要參數的揭露。但若有排序結果非依上開法則之自然排序，如付費廣告優先者，若未有明顯揭露，應可有隱匿重要交易資訊之欺罔行為的成立。

此外，如果是未經同意，自行透過「網路爬蟲技術」擷取他事業房屋網出租物件資訊，將資料存入雲端資料庫後，充作自身 App 內容，並透過 App 將出租物件資訊提供給用戶，使其無須再連結至他事業網頁，將原本造訪他事業網站之用戶導向自身網站，減損他事業為吸引用戶所投入之努力，並將廣告版位提供給廣告媒合服務業者使用以獲取廣告費用分潤，則屬「抄襲他人投入相當努力建置之網站資料，混充為自身網站或資料庫之內容，藉以增加自身交易機會」之榨取他人努力成果的顯失公平行為¹⁶⁸。

¹⁶⁸ 公平會公處字第 106084 號處分書（豬豬快租榨取 591 租屋網案）。相同見解亦見於智慧財產及商業法院 109 年度民公上字第 2 號民事判決。

（三）顧客評價

1. 評價真實性

對於顧客評價的利用，可能涉及商品或服務的品質滿意度，或事業主體的可信賴度，而屬具有招徠效果之相關事項，評價是網購最重要的信任機制，如著名之 Amazon 購物平臺即非常重視評價的真實性，故將評價公開周知，則可能落入公平法第 21 條的廣告規範內，基於廣告真實原則的適用，必須忠實反映其真實意見，故事業如公開評價，則其必須確保系爭評價確為消費者個人的親身體驗，如打卡消費或是網購平臺上之買賣雙方互評，如果假使用評論推薦盛行，形成洗評價歪風，將不利於消費者的消費決定，故若能令事業因此負有一定之監督義務，即可導正虛假好評、買榜拉票、刷分控評、網路水軍等不正歪象，而使假帳號的評價口碑行銷受到遏止。是故，若事業在同一網站設立數個分身帳號，相互彼此各給虛假好評，創造出受到不同人好評的外觀，但其實是為短期內迅速累積大量好評的速成手法，即會構成評價不實，應予規範。即使不是建立網路水軍，也可藉由利誘方法來賺取好評累積。目前國內尚無違法操縱評價的實際法律案件，國際上比較著名事件即是 2021 年 Amazon 網路市集就大動作關閉上百家中國商家頁面，因為這些商家的「操控評價」（manipulating review）行為，如以折扣退款方式利誘他人發表正面評論，已嚴重影響 Amazon 的品質，而 Amazon 歷年也都在調整評論政策，藉以避免假評論影響到用戶購買商品的體驗¹⁶⁹。對此，德國法院亦認為，網路上公開之顧客評價，若是以付費或其他金錢利益獲取者，在未標明為付費的情況下，該當不公平的隱藏廣告，從而肯認 Amazon 網路市集得要求線上供應商不得在隱匿付費評價的情況下，銷售其商品¹⁷⁰。另外，對於不設限之按讚的心得分享機制，則因欠缺確認機制，不宜讓該事業承擔檢查義務。

關於 Amazon 的評價機制，在新法制定前，德國聯邦最高法院認為，Amazon 上的商品供應商，原則上無須對非其所發起之顧客評價承擔責任，除非將之引為己用（zu eigen machen），是否有將他人聲明引為己用之決定性標準，在於其是否對他方

¹⁶⁹ Heemie，「『刷好評』踩到紅線？傳亞馬遜平台多位中國大賣家帳戶被凍結」，INSIDE（2021/5/12），<https://www.inside.com.tw/article/23489-chinese-products-get-pulled-from-amazon>，最後瀏覽日期：2022/6/1。

¹⁷⁰ OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 22.2.2019 – 6 W 9/19.

聲明的內容承擔責任或予人其認同聲明的可歸責表象。至於 Amazon 上的要約，是否具保證人地位而須負有避免客戶評價誤導之法律義務，則須依個案衡量，必須考慮線上交易平臺的客戶評價系統是符合社會期望並受基本法保護，消費者對於產品發表言論之自由，以及購買前從各種來源（包括其他客戶的評價）知悉產品特性及利弊之資訊自由的利益，若線上交易平臺供應商自身提供誤導或錯誤的顧客評價，則其將為該顧客評價以行為人或共同行為人負 UWG 第 5 條第 1 項之引人錯誤責任¹⁷¹。不過，在新法施行之後，已明確禁止事業在未有適當檢驗措施下，即聲稱消費者是該商品的真實取得或使用者。

現行法雖然尚未有特別針對網路評價的相關規範，但相關法理，應可從薦證真實性切入。對此，國內學者引介日本「口碑行銷協議會」2017 年修訂「口碑行銷指引」，明確禁止非基於真實的虛偽口碑行銷，如向消費者支付對價而不當操縱按讚、關注等評價、透過自動化程式或人工反覆不當操控相關資訊的閱覽次數、惡意提供不實資訊或刻意留下非基於真實的評價、竄改其他消費者所提供的資訊、惡意攻擊廣告主的競爭對手使其評價下滑等行為，該指引雖屬業界的自律規範，不具法律上強制力，但若形成行業標準，將有助於維持行業的競爭秩序，營造網路廣告的公平競爭¹⁷²。上開指引是以「自律規範」方式，針對口碑操作，進行規制，而自律規範應可該當產業慣例，違反者，應可該當不符合事業上之注意且足以重大影響消費者的經濟行為者，構成欺罔或顯失公平行為¹⁷³。惟目前國內對於網路行銷一事，尚未有如「保險業招攬廣告自律規範」之類似規章的存在，所以只能回歸個案進行認定¹⁷⁴，並視其案情而適用公平法第 25 條，如屬涉及廣告不實者，則有公平法第 21 條的適用。

¹⁷¹ BGH, Urteil. vom 20.2.2020 – I ZR 193/18 (OLG Hamm).

¹⁷² 陳皓芸、楊燕枝、汪志勇、杜怡靜、王震宇，前揭註 21，53。

¹⁷³ 參照 UWG 第 3 條第 2 項。關於欺罔和顯失公平之判斷標準，可參閱吳秀明，「從行政法院判決看適用公平交易法第 25 條之共通原則與問題」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期，100-104（2021）。

¹⁷⁴ 德國廣告委員會（Deutscher Werberat）也公布有「廣告規範指引」（Leitfaden zum Werbekodex），揭示廣告行為的注意事項，但內容主要針對訴諸恐懼、害怕、情色、侵犯宗教信仰、暴力或攻擊行為、反社會行為、死者描繪、危險行為之模仿、歧視、物化、裸露色情等廣告禁忌，予以例示，但尚未有口碑行銷之相關指引。參見 Deutscher Werberat, „Leitfaden zum Werbekodex des Deutschen Werberats,“ <https://www.werberat.de/content/leitfaden-zum-werbekodex-des-deutschen-werberats>, last visited on date: 2023/6/14.

與上述針對自家產品所為之口碑行銷不同的是，針對競爭對手產品的負面行銷，關於這種行銷的爭議，實務上以「三星寫手門事件」最負盛名，同樣也可能不符評價真實性要求，在該案中被處分人等利用寫手，營造熱絡討論假象以批評競爭對手產品，從中給予發文報酬，公平會認為口碑行銷倘係以匿名發言之方法為之，會使消費者降低對行銷的認知，而提升該等目的性發言內容的可信度，故事業與寫手之間的利益關係，因會影響觀眾對相關意見的信賴度，故屬重要交易資訊，應予揭露，否則即有公平法第 25 條之欺罔行為，而台灣三星公司為本案系爭網路行銷服務之出資者及商品出賣人，為本案行為主體；鵬泰公司依系爭病毒行銷服務契約委託工讀生進行匿名議題操作，並依發文內容支付報酬，而商多利公司係再轉包商，受指示並充分知悉匿名議題操作，依行政罰法第 14 條第 1 項，均為故意共同違法之共同行為人¹⁷⁵。

類似案例亦見於「塑身衣之爭」，維娜斯公司與博思公司簽訂網路口碑優化服務合約，為維娜斯公司在網路討論區有關塑身衣品牌之討論串中，就瑪麗蓮公司之商品及服務，指示寫手發布負面評價及不實之負面體驗，導致瑪麗蓮公司的名譽及信用受損。法院判決瑪麗蓮公司依侵權行為法則為登報道歉，但以法人無精神上痛苦可言，駁回非財產上損害賠償請求¹⁷⁶。

不過，上面所述，都不是在事業自身網站所留的評價，而是在第三方網站留下對競爭者不利的負面評價或感想，以在同儕之間形成風氣，造成競爭公平的不利影響。

2. 買榜行為

與評價真實性類似者，為所謂的「買榜行為」，我國實務上常見於升學或考試補習班的榜單公布，透過榜單的高錄取人數來招攬學生，對此，公平會過去曾頒布「公平交易委員會對於升學文理補習班資訊揭露之規範說明」（已於 2015 年 4 月 8 日廢止¹⁷⁷），在規範之背景說明中提到，補習教育事業尚憑恃其優勢地位或利用資訊不對稱之特性，促使學生或其法定代理人為錯誤之決定或迫使學生或其法定代理人進行交易，從事限制競爭或不公平競爭行為，即有規範之必要，但在規範內容上

¹⁷⁵ 公平會公處字第 102184 號處分書。

¹⁷⁶ 臺灣高等法院 105 年度上字第 464 號民事判決參照。本案同時也涉及營業誹謗之刑事責任，參見臺灣高等法院 103 年度上易字第 1350 號刑事判決。

¹⁷⁷ 公平會公服字第 10412603321 號令。

則以處理退費糾紛事宜為主。不過，在「問答集」中針對學生並無在該補習班上課事實的買榜行為（購買同業考取學生之刊登榜單同意書），該補習班即涉及刊登不實榜單，違反公平法第 21 條，立案補習班由教育行政機關查處，未立案者則由公平會查處；又若學生僅參加單項課程，該補習班不得將該名學生錄取之所有成績據為功勞，只可刊登該生在該補習班所補習之課程，否則，亦如同上述處理¹⁷⁸。此一作法，與上述之評價真實原則意旨相同。

3. 付費評價之揭露

至於，雖是親身體驗的評價，但若事業有因此給予一些利益，如 Facebook 打卡按讚即贈送飲料、或是 Google 評論給五星好評即送冰淇淋等情況，基於客觀中立性的要求，該事業應也要一併揭露，才算合理，以讓其他消費者可以得知評價基礎而作健全的自主判斷，是該內部關係應可該當重要資訊。從而，應可構成隱匿重要交易資訊之欺罔行為，如進而有不實情事者，亦可該當公平法第 21 條之不實廣告，蓋評價本身即屬具有招徠效果之事項，並透過網頁向不特定多數人進行傳播。

四、結語

消費者的自主決定是市場競爭的裁判者，自主決定除了決定自由外，亦及於決定基礎的健全性，因此，近年來 UWG 的重點，一直都放在資訊透明化或資訊不對稱問題的處理上，不斷地強化重要交易資訊的揭露，一方面其相較於個別行為之不當性的認定上，在資訊有無揭露的判斷上，相對來得簡單，且容易做到，其執行成本也低。但另一方面，如何判斷事業有無揭露義務，便成為重要的前提，在數位經濟下，交易相關的資訊又扮演更重要的角色，也發展出新的資訊需求，使得深入影響交易決定之中間人，負起相關重要資訊的揭露義務，這部分德國新修法即借鏡侵權行為法「社會活動安全注意義務」（Verkehrssicherungspflichten）之創造及控制危險者，負有防範義務的想法，要求影響者、比價平臺及公開評價這類的交易中間人，

¹⁷⁸ 公平會，「行政院公平交易委員會對於補習班之規範說明問答集」，https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=http://www.ftc.gov.tw/upload/88d8b27a-369b-432b-b959-67bf512cabcc.pdf&ved=2ahUKEwjSzqfAqvP3AhUaAKYKHX6TC2kQFnoECAIQAg&usg=AOvVaw0_JP9uRfoJRnJvzpN_4IYT，最後瀏覽日期：2022/5/22。

應負有一定之重要資訊揭露義務，以確保消費者的自主決定，這些新的行為人形式，既不同於傳統的「妨害人責任」（*Störerhaftung*）¹⁷⁹，也跟上開侵權行為法上注意義務不盡相同，而是借用自這二者的概念，從風險管領角度，解決數位經濟下的新問題。

關於「利用資訊不對稱」或「隱匿重要交易資訊」的行為¹⁸⁰，一向被認為「顯失公平行為」與「欺罔行為」的重要案例類型¹⁸¹。例如：建設公司不當限制契約書審閱¹⁸²，或是要求位處交易中介而具有占據資訊的優勢地位者，必須誠實揭露交易相關重要資訊，才符合重視資訊透明、信實服務的行業規範¹⁸³，以及要求不得隱瞞「斡旋金」與「要約書」之替代關係¹⁸⁴，在此條文依據與實務經驗的基礎上，要將其適用範圍延伸至數位經濟之影響力行銷、排序與評價這類新興問題上，應非難事，只不過是將執法重點由個別事業轉向交易中間人而已，目前「公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則」亦已針對影響力行銷作出部分規定，相關之執法配備對於數位經濟下不正競爭行為的新規範需求，應已星火到位，就只待那蠢蠢欲動的個案東風。

¹⁷⁹ 相當於我國民法第 767 條第 1 項中段。

¹⁸⁰ 關於這一種行為的區分，可參閱廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司，652-653（2021）；吳秀明、楊宏暉、牛日正，公平交易法國內重要案之評析——以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年委託研究報告，118-138、191-197（2020）。

¹⁸¹ 吳秀明、楊宏暉、牛日正，同上註，200-203。

¹⁸² 「太平洋建設限制契約審閱顯失公平案」（公平會（90）公處字第 036 號處分書、臺北高等行政法院 91 年度訴字第 155 號判決、最高行政法院 93 年度判字第 613 號判決）。

¹⁸³ 「寶田仲介隱瞞買方出價斡旋欺罔案」（公平會公處字第 095119 號處分書、臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1348 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 1281 號判決）。

¹⁸⁴ 「光大仲介隱匿要約書欺罔案」（公平會公處字第 092049 號處分書、臺北高等行政法院 92 年度訴字第 5182 號裁定）。

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會(2022)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>。
- 牛曰正，「公平交易法第 25 條對不公平競爭之補充適用及其類型化之發展」，中原財經法學，第 47 期(2021)。
- 王明禮，「網路時代之薦證廣告與其管制」，東吳法律學報，第 28 卷第 4 期(2017)。
- 吳秀明，「第二十四條 其他欺罔或顯失公平之行為」，收錄於：廖義男主持，公平交易法之註釋研究系列(二)——第十八條至第二十四條，公平交易委員會 93 年度委託研究報告(2004)。
- 吳秀明，「從行政法院判決看適用公平交易法第 25 條之共通原則與問題」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期(2021)。
- 吳秀明、沈麗玉，「公平交易法關於廣告規範之最新發展」，月旦法學雜誌，第 241 期(2015)。
- 吳秀明、楊宏暉、牛曰正，公平交易法國內重要案之評析——以欺罔或顯失公平行為為例，公平交易委員會 109 年委託研究報告(2020)。
- 吳尚昆，「房屋比價網站的公平交易法爭議——最高法院 109 年度台上字第 1756 號民事判決簡析」，月旦會計實務研究，第 46 期(2021)。
- 林易典，「論隱藏式廣告於競爭法下之適法性：歐體指令、德國不正競爭防制法與我國公平交易法規範之比較觀察」，收錄於：公平交易委員會，第 18 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，自版(2011)。
- 邱淑華，「從意見領袖到影響者：談網路時代的影響力行銷」，廣告學研究，第 37 期(2012)。
- 陳昭華、陳育廷，「搜索引擎服務商之侵權責任——以將他人商標作為關鍵字廣告為中心」，月旦民商法雜誌，第 28 期(2010)。
- 陳皓芸，「商標法與不公平競爭規範下的關鍵字廣告議題——以臺日相關法制比較為中心」，公平交易季刊，第 27 卷第 3 期(2019)。

- 陳皓芸、楊燕枝、汪志勇、杜怡靜、王震宇，「公平交易法對網路廣告之適用與因應」，公平交易季刊，第 28 卷第 3 期（2010）。
- 陳皓芸、劉姿汝、黃銘輝、杜怡靜，「我國不實廣告執法實務之評析——以公平法與其他法規之適用為中心」，公平交易季刊，第 30 卷第 3 期（2022）。
- 黃銘傑，「關鍵字廣告與公平交易法——兼論『通知／移除』機制之適用問題」，臺北大學法學論叢，第 119 期（2021）。
- 楊宏暉，「歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革——以消費者保護的強化為中心」，公平交易季刊，第 18 卷第 2 期（2010）。
- 楊宏暉，「影響力行銷中消費糾紛的責任認定」，台灣法學雜誌，第 387 期（2020）。
- 楊智傑、王思原，「不公平競爭法規對新興薦證廣告之適用與因應：美國、加拿大、英國、臺灣之比較」，公平交易季刊，第 29 卷第 3 期（2021）。
- 廖義男，公平交易法，初版，元照出版公司（2021）。
- 劉孔中，比較商標法，初版，新學林出版公司（2014）。
- 劉孔中，「關鍵字廣告之商標法與競爭法爭議——以 Google 為例」，月旦法學雜誌，第 235 期（2014）。
- 劉姿汝，「論日本不實廣告之規範與運用——兼論對我國法之啟示」，公平交易季刊，第 27 卷第 4 期（2019）。
- 蔡岳霖，「比價平台的不當競爭風險——從最高法院 109 年度台上字第 1756 號民事判決談起」，月旦律評，第 10 期（2023）。
- 謝杞森，「薦證廣告與薦證者之責任」，真理財經法學，第 6 期（2011）。
- 顏雅倫，「比價平台與網站資料保護之界線——最高法院 106 年度台上字第 1431 號暨 108 年度台上字第 1240 號民事判決」，台灣法學雜誌，第 393 期（2020）。

外文部分

- Bladow, Laura E., "Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing," *59 William & Mary Law Review* (2018).
- Ahrens, Hans-Jürgen, „Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1),“ *GRUR* (2018).

- Ahrens, Sönke, in: Hasselblatt, Gordian (Hrsg.), *Münchener AnwaltsHandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Aufl., C.H. Beck (2022).
- Alexander, Christian, „Transparenz beim Influencer-Marketing – BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen,“ *ZUM* (2022).
- Barth, Günter, „Die PAngV Novelle 2022 – Viele neue Hausnummern, ein Paar neue Häuser, manche frisch gestrichen,“ *GRUR-Prax* (2022).
- Beater, Axel, *Unlauterer Wettbewerb*, 1. Aufl., Mohr Siebeck (2011).
- Bruhn, Dirk, in: Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 5. Aufl., C.H. Beck (2019).
- Büscher, Wolfgang, in: Büscher, Wolfgang (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag (2019).
- Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl., C.F. Müller (2018).
- Emmerich, Volker, *Unlauterer Wettbewerb*, 10. Aufl., C.H. Beck (2016).
- Fries, Peter J., *Influencer-Marketing: Informationspflichten bei Werbung durch Meinungsführer in Social Media*, 1. Aufl., Springer (2019).
- Fuchs, Thomas/Hahn, Caroline, „Erkennbarkeit und Kennzeichnung von Werbung im Internet – Rechtliche Einordnung und Vorschläge für Werbefragen in sozialen Medien,“ *MMR* (2016).
- Gerecke, Martin, „Die rechtliche Behandlung des Influencer Marketings – unverändert unbefriedigend,“ *GWR* (2021).
- Glöckner, Jochen, „Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien,“ *NJW* (2021).
- Götting, Horst-Peter/Hetmank, Sven, in: Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG*, 3. Aufl., C.H. Beck (2016).
- Hofmann, Franz, „Lauterkeitsrechtliche Haftung von Online-Plattformen – Die neuen Transparenzvorgaben im UWG 2022 im Kontext lauterkeitsrechtlicher Plattformregulierung,“ *GRUR* (2022).
- Kalbfus, Björn/Uhlenhut, Theresa/Feilke, Michael, „Umwälzungen im Wettbewerbsrecht: Kommen jetzt Massenverfahren und Bussgelder?,“ *CCZ* (2022).

- Köhler, Helmut, in: Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn, UWG, 40. Aufl., C.H. Beck (2022).
- Leeb, Christina-Maria/Maisch, Marc, „Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?“, ZUM (2019).
- Lettmann, Sabine, „Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer“, GRUR (2018).
- Ohly, Ansgar, „Die ab 28.5.2022 geltenden Änderungen des UWG im Überblick“, GRUR (2022).
- Peifer, Karl-Nikolaus, „Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer)“, GRUR (2021).
- Rosenow, Jörg/Staiger, Cynthia, „Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“, GRUR (2022).
- Schmidt, Patrik, „Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht“, VuR (2022).
- Stange, Katharina/Ballke, Christian, „Die Novelle der Preisangabenverordnung“, LMuR (2022).
- Timmermann, Daniel/Berndt, Bianca, „Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation“, WRP (2020).
- Weiden, Henrike, „Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes“, NJW (2021).

**On the New Provisions of Information Transparency in Germany's 2022 UWG
and Their Implications for Taiwan's Fair Trade Act**

Yang, Hung-Hui*

Abstract

The new German UWG, which was amended on June 10, 2021, came into force on May 28, 2022. This amendment was also influenced by Directive 2019/2161 of the European Union. The focus of this directive is to impose obligations of disclosure on online service providers in order to facilitate B2C transactions and the transparency of advertising, while at the same time better achieving the purpose of protecting the interests of consumers. It also stipulates individual consumers' rights of action and administrative penalties for illegal acts, which once again increases the intensity of consumer protection in the Act Against Unfair Competition. The new Act specifically responds to the digital economy, and makes relevant regulations around the theme of information transparency in key areas such as the disclosure obligation to influence marketing, the labeling of ranking parameters, the disclosure of the authenticity of customer evaluations, and the prohibition of dual-quality sales. The normative contents in this new act could be used as a reference for Taiwan's Fair Trade Act. Therefore, after introducing the key points of the above-mentioned UWG revision, this article discusses the corresponding provisions and similar enforcement of the Fair Trade Act in Taiwan. The practices of the Act in Taiwan are aimed primarily at the individual undertakings rather than the intermediate undertakings in the UWG. Therefore, there is still room for the normative interpretation of Taiwan's Act. This article holds the view that there is no difficulty in applying the existing regulations to the transaction intermediaries. The consumers' independent decisions are the judges of market competition from the perspective of the Fair Trade Act. In recent years, therefore, the key issues of the UWG have always concerned information transparency or the problems of information asymmetry, and such a method is relatively simple and easy to operate, and can increase the stability of the law.

Date submitted: April 18, 2023

Date accepted: September 25, 2023

* Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Ph.D., College of Law, National Chengchi University.

Keywords: Influence Marketing, Ranking of Goods, Consumer Evaluations, Dual-Quality Sales, Information Transparency, Testimonial Advertisement, Authenticity of Advertising, Word-of-Mouth Marketing, Disclosure of Internal Interest, Comparative Portal, Act against Unfair Competition, Fair Trade Act.