

《公平交易季刊》  
第八卷第二期(89/4)，pp.1-36  
◎行政院公平交易委員會

## 論欺罔與虛偽不實、引人錯誤之標示或廣告\*

劉孔中\*\*

### 摘 要

依據本文之論證，

1.公平法第二十一條之「虛偽不實」與「引人錯誤」，並沒有區別之必要，而應以公平法第二十四條之「欺罔」為其共同之上位概念。詳言之，「欺罔」、「虛偽不實」及「引人錯誤」三者應該是可以交互替代的。

2.不論欺罔、虛偽不實或引人錯誤均欲防範行為相對人有受到誤導之虞，亦即標示或廣告未能符合行為相對人主觀認知上之期待，至於該標示或廣告在客觀上是否絕對的正確，並非重點。故公平會「處理不實或引人錯誤之表示或表徵原則」七之（三）（：「表示或表徵具有多重解釋時，其中一義為真者，即無不實。惟其引人錯誤之意圖明顯者，不在此限。」）見解之妥適性，即不無商榷之餘地。具體言之，若一「多義表示」被其相對人中相當數量之人所理解之某項意義，並不符合實際之情況，可能構成「引人錯誤」，縱使為表示之人並未意識到此種多義性，亦不得不允許他人對其主張該項表示中

---

\*本文初稿曾發表於1998年3月20日「公平交易法學術研討會」（由行政院公平交易委員會、台大法律系等單位主辦），並於會中承何之邁教授提出多項指教，特此致謝。又，本文蒙匿名審查人諸多指正，一併致謝。最後，台北市榮民總醫院婦產科主治醫師暨陽明大學臨床楊再興副教授對本文之結語多有啟發，借此謹表由衷謝忱。

\*\*本文作者為德國慕尼黑大學法學博士，現為中央研究院中山人文社會科學研究所法律組副研究員，中央大學產業經濟研究所法律組兼任副教授。

一種對其不利但卻是可合理理解的解釋。

3.見證廣告以客觀第三人對系爭產品或服務之真實經驗為訴求，並非訴諸感性或形象的廣告，所以會被消費者重視，因此必須就其「真實經驗」所陳述之資訊與事實的真實性負責。

4.標示或廣告之內容的真實性可以證明者，例如其主張之市場占有率、銷售量、商品之特性、功能、數據或特殊成分等，應由從事該標示或廣告之事業為其內容之真實性（當然強調感覺與形象之廣告並無真偽可言）負舉證責任。至於系爭廣告是否有誤導相當數量行為相對人之虞，則應由公平會負舉證之責。

5.更正廣告可使受誤導之虞的相對人修正其認知與決定，甚至修改其與廣告主之契約關係，較單純課處罰緩卻容忍相對人繼續受誤導，更具積極意義與防止虛偽不實與引人錯誤之標示或廣告的效果，公平會實應多加利用。

## 壹、問題之提出

公平交易法（以下簡稱公平法）第二十一條對事業（包括廣告主、廣告代理業、廣告媒體業，甚至包括一般之販賣、運送及輸出入事業）就商品或服務之標示及廣告做了頗為廣泛的規定：「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（第一項）。事業對於載有前述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（第二項）。前二項規定於事業之服務準用之（第三項）。廣告代理業在明知或可得知情形下，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。廣告媒體業在明知或可得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，亦與廣告主負連帶損害賠償責任（第四項）。」此外，公平交易委員會（以下簡稱公平會）於民國 83 年底公布「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」，並頻頻修正之（迄今共歷經四次修正：民國 85 年 12 月 24 日第 269 次委員會、86 年 10 月 15 日第 311 次委員會、88 年 4 月 6 日第 387 次委員會及 88 年 11 月 3 日第 417 次委員會）。公平會在該原則中界定何謂虛偽不實及引人錯誤，並詳列其行為之類型。統計資料顯示公平會處分的案件中以違反公平法第二十一條者占最大宗<sup>1</sup>。事實上，在公平法施行之前後，類似公平法第二十一條之規定亦散見於各種法規，而其使用之語彙包括虛偽、虛偽不實、誇張、捏造事實、易生誤解到誤信之虞不等。

本文希望解答以下數個問題：1. 公平法第二十一條中虛偽不實或引人錯誤之標示或廣告的意義、構成要件為何？實務上頗為氾濫之見證廣告的合法界限何在？2. 虛偽不實或引人錯誤之標示或廣告的舉證責任應該如何分配？3. 商品或服務之標示或廣告縱然虛偽不實與引人錯誤，但是有無應例外容忍之情形？亦即在公平法第二十一條有無類推適用公平法第二十條第二項而排除適用第二十一條第一、三項之可能？4. 廣告主、廣告代理業及媒體業從事、製作或傳播虛偽不實或引人錯誤標示或

---

<sup>1</sup> 公平會 81 年至 88 年 7 月 7 年多來對違反公平法之行為作成之處分共計 1,246 件，其中以違反第二十一條之虛偽不實或引人錯誤之廣告與標示之處分最多，共計 622 件，占總處分案件之半數。資料引自公平會網址：<http://www.ftc.gov.tw/stat1b.htm> 公平交易統計類。

廣告時有何法律責任？其中是否有值得檢討之處？5.公平法第二十一條與其他法規之關聯性如何？其彼此間應該如何分工或合作？在討論的過程中，本文亦將一併檢討公平會相關實務之得失。

## 貳、虛偽不實與引人錯誤標示或廣告之意義

### 一、以欺罔為共同上位概念

在開始討論之前，我們想先回顧一下本條之立法史。最早由廖義男教授提出的「公平交易法草案」於第四十條第一項（：「企業不得為競爭之目的，而於營業交易中就其營業所提供之商品或服務，違反商品標示之義務，或就其性質、內容、產地、製造方法、價格計算或價目表、進貨方法或進貨來源、所得獎賞、存貨數量、銷售或提供服務之動機或目的等作引人錯誤之表示。」）僅提及「引人錯誤」，而經濟部提出之公平法草案第二十條第一項（：「企業或其他從事交易之人不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之原產地、製造地、加工地、品質、內容、製造方法、用途、數量或價格，為虛偽不實或引人錯誤之表示。」）則將「虛偽不實」與「引人錯誤」並列，此項用語一直沿用到本法第二十一條。

本條之立法理由為：「事業常為競爭之目的，於商品或其廣告上或以其他使公眾得知之方法，就商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等做虛偽不實或引人錯誤之表示，致他人誤信而與之交易遭受損害，故明定禁止。」然而持平而論，此項立法理由幾乎只是將條文重寫一遍，並無真正理由，而且其說明有明顯錯誤之處，因為如果必須「致他人誤信而與之交易遭受損害」，則本條難有適用之機會。不過，在法治後進的我國，對於立法者於新興法律領域所制定的新法律（例如公平法），吾人宜將之理解為方針性質較大（當然涉及刑事責任之規定不能做此種解釋），其文字或理由僅在於指稱其意圖之大概，因此主管機關、司法及學說應該有較大的「法律續造」空間。依據公平會訂定之「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」，公平會認為「本法第二十一條所稱虛偽不實，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，而足以引起錯誤之認知或決定者。」（第五點）「本法第二十

一條所稱引人錯誤，係指表示或表徵不論是否與事實相符，足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者。」（第六點）此項定義均以是否足以引起相當數量之一般或相關大眾之錯誤認知或決定為依歸，值得贊同。以下試舉美國及德國法制之發展為佐證。

美國聯邦對不實廣告的規範主要是依據藍哈姆法（Lanham Act），該法第四十三條(a)項之文字在1989年修正以前僅禁止「虛偽不實之描述或表現」（false description or representation），但是在美國判例法的發展中卻一直認為該法第四十三條(a)項並不限於實際的虛偽不實（literal falsehood），而包括「引人錯誤」的描述或表現。聯邦第二巡迴上訴法院於1978年 *American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson* 一案中即表示：「藍哈姆法第四十三條(a)項所包含者並不限於實際的虛偽不實，乃無庸置疑。……否則在最需要對抗以巧妙而深思熟慮的諷喻（innuendo）、間接模仿以及模稜暗示從事欺罔時，吾人將束手無策。此外，廣告之真實或虛偽不實應以相關大眾之反應為準，亦是一項明確的原則」<sup>2</sup>。此廣義之解釋才能因應不斷推陳出新的行銷廣告手法。藍哈姆法第四十三條(a)項於1989年11月16日被修正為：「(a)(1)於商業中使用文字、名詞、名稱、符號或設計或其聯合式、或虛偽不實之來源指定、虛偽不實或引人錯誤之事實描述或表現（false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact）而

(A) 足以混淆、誤認或欺罔關於其與他人之從屬性、關係或關聯、對其商品或服務或商業活動之來源或他人對之提供贊助或許可之情事者，或

(B) 在商業廣告或促銷活動中，不實表現其或他人商品、服務或商業活動之性質、特徵、品質或地理來源者，

得由受到或可能受到此種行為損害之第三人，以民事訴訟要求其賠償。」1989年的修法，不過是將判例法之內容予以法典化。此外，美國聯邦交易委員會法第十七條（15 USC 55）(a)項亦開門見山地表示：「不實廣告就是對重要項目引人錯誤之廣告。」再者，吾人可援引德國不正競爭防止法第三條之發展，該條於1969年以前禁止「對營業關係之虛偽不實表示（unrichtige Angaben）」，但是當時之學說及

---

<sup>2</sup> 577 F. 2d 160 (2d Cir. 1978).

實務對於虛偽不實表示之理解，均不是客觀意義下的虛偽不實，而是相對人所認知的、主觀的虛偽不實，即引人錯誤的表示<sup>3</sup>。前述條文文字於1969年修改為「引人錯誤表示」時，亦只是將此項通說成文化。

綜上所述，本文認為公平法第二十一條規定應與該法第二十四條合併觀察。公平法第二十四條為「不公平競爭行為之概括規定」，因為「不公平競爭行為之態樣繁多，無法一一列舉」，故「除本法已規定者外」，「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。」而公平法第二十一條即為該法已規定之一種不公平競爭行為之態樣。至於公平法第二十一條與第二十四條二者間之關係，既非請求權競合，亦非特別法（*Spezialvorschrift, lex specialis*）優於普通法之法律競合關係<sup>4</sup>。而是公平法第二十四條為上位抽象規定，可用來網補該法第十八條至第二十三條之漏洞，而後者為前者之具體案例。違反第二十一條之行為必定違反第二十四條之概括規定，因此該二項條文應該具有上位概念與具體案件間相互說明之關係。

準此，公平法第二十一條之「虛偽不實」與「引人錯誤」，並沒有區別之必要，而應以公平法第二十四條之「欺罔」為其共同之上位概念<sup>5</sup>。詳言之，公平法第二十四條之「禁止欺罔」具體到第二十一條，即是禁止有欺罔之虞之商品或服務的標示或廣告。因此公平法第二十一條所禁止之虛偽不實及引人錯誤均只是禁止欺罔在商品或服務之標示或廣告之具體例示，「欺罔」、「虛偽不實」及「引人錯誤」三者應該是可以交互替代的（*interchangable*）<sup>6</sup>。論其實際，公平會前述原則第五點

<sup>3</sup> Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht（以下簡稱 Baumbach/Hefermehl）§ 3 Rdnr. 21 UWG (19 Aufl. 1996).

<sup>4</sup> 劉孔中，「公平交易法第二十四條之研究」，公平交易季刊，2卷3期（83年7月），第1-30頁（第10頁）。

<sup>5</sup> 美國聯邦交易委員會第14條（15 USC 52）規定，散布或使人散布不實廣告（*false advertisement*）之行為構成該法第5條(a)項所禁止的「不公平或欺罔之行為」，前者即為後者之具體案例，適可用來佐證本文之見解。

<sup>6</sup> 黃茂榮認為一個「不實廣告」必須「引人錯誤」始有加以規範之必要，見氏著，公平交易法理論與實務，民國82年，第423頁。周德旺認為「虛偽不實與引人錯誤是一件事的前因後果，並非兩個獨立的概念，一個虛偽不實但不引人錯誤的廣告，最多只是一個『誇大』的廣告，應不具公平交易法上的可罰性」，見氏著，透視公平交易法，民國81年，第207頁；李建榮則認為公平法第二十一條規定之「虛偽不實」，縱非贅文，亦應非本條之重點，重點應在「引人錯誤」部分，若僅虛偽不實而無引人錯誤之虞，應不具非難性，見收錄於賴源河，公平交易法新論，民國83年，第391頁。

與第六點極為類似，並且也是以「引人錯誤」為「虛偽不實」之上位概念，因為前者包含「表示或表徵雖然為真，但仍足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者」以及「表示或表徵與事實不符，而足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定者」（此即與公平會所定義之「虛偽不實」相差無幾）。

因此，本文建議以欺罔來統一解釋虛偽不實以及引人錯誤。在本文的論述中，除非另有對比性之使用，否則欺罔、虛偽不實、引人錯誤均為可交互替代之同義詞，但為行文簡便，有時僅使用其中之一或之二，為避免誤會，核先說明。

## 二、構成要件

既然欺罔為虛偽不實及引人錯誤之標示或廣告的共同上位概念，則欺罔之構成要件應亦可適用於後二者<sup>7</sup>。本小節即就此進一步申論如下：

### (一)以標示或廣告之相對人有受到誤導之虞為已足

首先，公平法第二十一條及第二十四條均以預防危險發生為目的，故並不要求虛偽不實及引人錯誤之標示或廣告確實為發生危險之原因（即不需要因果關係）<sup>8</sup>，亦不需要危險轉化為具體之實害，而以有誤導之可能性為已足<sup>9</sup>，因此公平法第二十一條立法理由所提及之「致他人誤信而與之交易遭受損害」，既以「因果關係」，復以「遭受損害」為要件，應屬錯誤，吾人僅可將此段文字理解為該條諸多立法原因中之一種。其次，不論欺罔、虛偽不實或引人錯誤均欲防範行為相對人有受到誤導之虞，亦即標示或廣告未能符合行為相對人主觀認知上之期待，至於該標示或廣告在客觀上是否絕對的正確，並非重點<sup>10</sup>。換言之，吾人應該重視的是標示或廣告所訴求之相對人對該標示或廣告之認知，而原則上比較不是其客觀上的意義。故公平會「處理不實或引人錯誤之表示或表徵原則」七之（三）（：「表示或表徵具有多重解釋時，其中一義為真者，即無不實。惟其引人錯誤之意圖明顯者，不在此

<sup>7</sup> 關於欺罔之構成要件，見劉孔中，前揭文，第18-21頁。

<sup>8</sup> Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl. 1995. S. 244.

<sup>9</sup> UWG Großkommentar (以下簡稱Großkomm./Lindacher) § 3 Rdnr. 32 UWG (1992).

<sup>10</sup> Köhler/Piper Gestz gegen den unlauteren Wettbewerb (以下簡稱Köhler/Piper) § 3 Rdnr. 134 UWG (1995).

限。」)見解之妥適性,即不無商榷之餘地。對於此種所謂「多義表示」(mehrdeutige Angaben),其相對人各憑其知識、背景而有不同之認知或決定,是極為正常的,而作此表示之人自然必須對因此可能引起的各種不同認知之正確性負責,此亦為德國多年來學說與實務一致的見解<sup>11</sup>。具體言之,若一「多義表示」被其相對人中相當數量之人所理解之某項意義,並不符合實際之情況,即在具備後述二項構成要件之情形下,可能構成「引人錯誤」,縱使為表示之人並未意識到此種多義性,亦不得不允許他人對其主張該項表示中一種對其不利但卻是可合理理解的解釋,此時亦無庸論其是否有引人錯誤之意圖。在德國實務上,德國聯邦最高法院曾對此做出相當多判決,以下三個判決特別值得我國參考:

1.與實際銷售價格比較而並列之“正常價格”(regulärer Preis)標示,既可能被理解為標示人先前之銷售價格,亦可能被了解為製造商之建議價格,復可能被認知為係其他競爭對手一般要求之價格,故若事實上不能完全符合此三種可能情況,即構成引人錯誤(BGH GRUR 1970, 609)。

2.“世界上銷售最多的電動刮鬍刀”之廣告,被判定引人錯誤,因為一般大眾會因此認為該刮鬍刀不僅是世界上第一品牌,而且在德國也是第一品牌,然而事實上卻是另一個品牌在德國明顯領先所有其他品牌(BGH GRUR 1972, 129)。

3.補習班“無效退費”之保證,亦被判定引人錯誤,因為消費者不僅從中得出“若補習無效,退還學費”之認知,並且更錯誤地認為廣告主提供「補習一定有效」之擔保(BGH NJW 1983, 1327)。

## (二)須足以誤導相當數量之行為相對人

再者,必須有相當數量之行為相對人有受到誤導之虞。然而到底多少數量之行為相對人始能稱為相當數量?此涉及到吾人對於消費者指導形象(Leitbild)之判斷。德國不正競爭防止法第三條之司法實務顯示,消費者是非常需要保護,因此對廣告有嚴格之要求。對於此種嚴密保護消費者之司法實務,德國學說中不乏採批評見解者,以 Bayreuth 大學 Emmerich 教授為例,他強烈抨擊在德國聯邦最高法院

---

<sup>11</sup> Baumbach/Hefermehl § 3 Rdnr. 44 UWG; Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 163; Emmerich, a.a.O. S. 236.



及科隆高等法院的領導下，法院認為消費者接近輕度白癡（*Debilität*）、未成年（*unmündig*），故需要廣泛的輔導才能對抗最輕微的引人錯誤廣告。他並且指摘此種消費者之指導形象與歐洲聯盟所要求的獨立、資訊充分且理性的形象抵觸，德國法院應迅速變更其主軸見解，不可再以此種嚴苛之規定排除外國產品進入德國市場<sup>12</sup>。然而我國之消費者可能比較符合德國法院眼中的指導形象，本文確實懷疑在大量虛偽、誇大廣告充斥的消費市場，消費者是否具備理性經濟人（*homo oeconomicus*）所需要之資訊、冷靜與客觀性，尤其其身陷在劇烈動盪、光怪陸離、教派紛陳、救贖與毀滅不斷交替的社會，受到各種媒體（尤其是有線電視）日以繼夜、無所不在的強大催眠之中<sup>13</sup>。因此前述「相當數量」之門檻不宜太高，德國<sup>14</sup>及美國<sup>15</sup>實務大致均接受10%~15%之消費者為相當數量，我國應該亦可以以此為一般之標準。當然若涉及攸關人身健康、安全之標示或廣告，則可以更低之百分比認定相當數量，但是同時必須適當考量市場上自由競爭之需要。然而不幸的是，公平會在民國87年4月21日（87）公參字第8601261-9號函表示（事涉好潔工業股份有限公司檢舉嘉聯實業股份有限公司生產之「白人牙膏」模仿「黑人牙膏」名稱及商品外觀）：「況根據貴公司所提供，於85年間委託香港商……所作市場調查結果顯示，有六成六的消費者並不認為案關兩產品是由同一家廠商所生產，僅有三成四的消費者認為是由同一家廠商所生產。」言下之意是認為縱使高達34%之消費者受到誤導，但仍然有66%之消費者未受誤導，故公平會不應介入。此項見解極不利消費者之保護與競爭秩序之維護，誠屬謬誤，學說對此已有批評<sup>16</sup>。

惟如何認定多少百分比的消費者有受到誤導之虞，在德國與美國實務上均不常採用市場調查<sup>17</sup>，因為德國不正競爭防止法對於違反其第三條之引人錯誤之防止，是以提起民事不作為訴訟為手段，而原則上法官得依據一般之經驗法則、個人之人

<sup>12</sup> Emmerich, a. a. O. SS. 230, 272.

<sup>13</sup> 以婦女美容瘦身之廣告為例，於1994年~1995年短短一年之間，在電視、報紙、雜誌分別躍居十大廣告商的第1、第2與第7名，廣告量總計高達76億1千多萬元，引自孫秀蕙，解讀美容瘦身廣告，見中華民國廣告年鑑編纂委員會，中華民國廣告年鑑1996~1997，第118頁。

<sup>14</sup> Emmerich, a. a. O. S. 234; Köhler/Piper § 3 Rdnr. 99 UWG.

<sup>15</sup> 劉孔中，前揭文，第20頁。

<sup>16</sup> Kung-Chung Liu, *Unfair Competition Law in Taiwan*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* Vol. 30 No. 4/1999, 377-402 (393).

<sup>17</sup> 劉孔中，前揭文，第19頁。

生經驗及專業知識，認定行為相對人之主觀認知，並不需要經過提出證據之程序，特別是系爭商品為日常用品或法官亦屬於系爭行為所針對之相對人團體時，更是如此。只有在欠缺明確及可使用之經驗法則的情形，市場調查方為不可或缺<sup>18</sup>；至於美國，一方面藍哈姆法亦是以民事訴訟為救濟途徑，另一方面聯邦交易委員會法第五條(a)項授權聯邦交易委員會以行政作為（停止命令）禁止欺罔之行為。在此種程序中要求原告必須以科學方式完成之市場調查來證明多少百分比之消費者有受到誤導之虞，欠缺期待可能性，因為市場調查成本很高<sup>19</sup>，對於小額之民事賠償或行政機關必須大量處理之案件而言，確實無法採用。因此，原則上公平會及各級法院採取「模擬法」即可，也就是將自己想像成系爭行為之相對人，並且揣摩其對系爭行為可能有的反應。在模擬的過程中，公平會及法院必須放棄或忘卻其處理公平法之專業知識及經驗，否則，很難以公平法第二十一條及第二十四條矯正市場不正之競爭行為。反之，若民事賠償之數額可觀或系爭案件之公共利益性質很高，則仍然應採取市場調查之常規，以科學說服代替主觀判斷。

### (三)有使行為相對人在重要事項上受到誤導之虞

最後，必須標示或廣告之行為相對人關於重要事項有受到誤導之虞。對行為相對人而言，會影響其經濟行為的因素很多，舉凡個人喜好、風尚、需求、收入、對未來之預測、親友之影響、企業之形象、產品或服務之品質、價格等。然而吾人認為，對消費者決定是否購買系爭產品服務而言，係屬重要之資訊方為「重要事項」<sup>20</sup>。公平法第二十一條第一項認為重要之項目，雖然在立法過程中不斷增加，但是始終局限於與商品本身或其附隨之贈品、贈獎有關者—至於為他人或自己之商品，應非所問—<sup>21</sup>，如其價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、

<sup>18</sup> Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 989ff. UWG ; Köhler/Piper § 3 Rdnr. 88ff UWG.

<sup>19</sup> 以台灣為例，一項以訪談完成之問卷調查，約需花費20萬元（每份300元×700份），見劉孔中，商標法上混淆之虞之研究一書，第119頁及第126頁。

<sup>20</sup> 劉孔中，前揭文，第20頁。

<sup>21</sup> 然而公平會（85）公處字第4號處分書卻認為，第21條之適用限於「對於自己商品」所為之表示，若為對於他人商品之虛偽不實或引人錯誤之表示，則應適用公平法第19條第3款，見公平會公報，5卷1期（85年1月），第17頁。此項見解既無比較法之依據（德國不正競爭防止法第3條未有「針對自己商品」之限制），亦未見於立法理由，徒然治絲益棼，誠屬多餘。本條之重點既然在於避免行為相對人在重要事項上有受到誤導之虞，則所究問者應為其重要性，自不能因為涉及

使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者及加工地等。因此本條項固然應該儘可能從寬解釋，例如包括其所得之獎項，但是終究有其概念上的外緣極限，而不能包含其他重要事項，例如關於事業本身之項目（其身分、資格、營業狀況、與其他事業、團體或機關之關係）、乃至銷售之動機或目的等<sup>22</sup>。對於此種欺罔之防制，必須假手第二十四條加以網補。

### 三、虛偽不實或引人錯誤之類型化及其效力

在面對諸如欺罔、虛偽不實或引人錯誤等抽象法律概念或概括條款時，前二小節之上位概念與構成要件式的說明，對許多人來說，仍然顯得只是以另一組抽象的用語來描述原來的抽象概念。在法學方法論上，將實際累積出來之案例分門別類，形成各種具體、實在的類型，以便將抽象法律概念具體化的類型化工作，就有其必要性與正當性。公平會在多年實際執行公平法第二十一條之後，將其處理之各種案件類型化並文字化於「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」之中，自然值得贊同。然而類型化的工作是在各種案件中找出其共同特徵，因此是在歸納中帶有一定程度的概念化。公平會在前述原則第二十二點洋洋灑灑列出三十種虛偽不實或引人錯誤的「類型」<sup>23</sup>，雖然很詳實地反應出其實務中曾發生過案件之面貌，但類型化之深度似乎可再加以講究，否則易使得讀者迷失於繁複多變的案例之中，而無

---

他人商品而即不論其重要性。然而值得慶幸的是，公平會並未於86年將此見解納入「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」之中。又，在公平會於88年1月13日第376次委員會議修正之「比較廣告違反公平交易法一覽表」（見公平會公報，8卷4期[88年4月]，第6頁），公平會認為「廣告中有具體比較對象，廣告主本身提供之商品或服務有虛偽不實或引人錯誤之情事，被比較對象之商品或服務亦有虛偽不實或引人錯誤之表示，但未符合公平交易法第22條要件者」，違反公平法第21條。

<sup>22</sup>但是在公平會的處分實務上卻採取與德國不正競爭防止法第3條相同之立場，而將與商品本身無關之諸多項目（例如系爭事業與他事業之關聯性、事業之公共或公益性質，以及使人誤認參加人或交易相對人有鉅額收入等）一併納入公平法第21條之適用範圍。公平會「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第2點亦規定：「本法第21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，包括事業之身份、資格、營業狀況，與其他事業、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。」

<sup>23</sup>公平會「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第22點規定：表示或表徵有左列情形之一者，為本法第二十一條所稱之虛偽不實或引人錯誤：（一）表示或表徵使人誤認事業主體係他事業之（總）代理商、（總）經銷商、分支機構、維修中心或服務站等具有一定之資格、信用或其他足以吸引其交易相對人與其交易者。（二）表示或表徵使人誤認政府機關、公益團體係主辦或協辦單位，或與政府機關、公益團體有關者。（三）表示或表徵使人誤認他事業名稱或產品品牌已變更者。（四）

法掌握系爭抽象概念之核心。本文建議前述原則第二十二點中（十）～（十三）可以形成“關於價格特徵之引人錯誤”一大類型，（一）、（二）及（四）～（九）可以形成“關於營業特徵之引人錯誤”一大類型，（十五）～（二十）、（二三）、（二六）及（二八），可以形成“關於商品或服務特徵之引人錯誤”，而（二一）、（二四）、（二五）、（二七）、（三十）則可以形成“關於交易特徵之引人錯誤”一大類型，另外再以“其他之引人錯誤”為網補用之類型。

其次，前述原則第二十二點認為其所例示之三十種類型即「為本法第二十一條所稱之虛偽不實或引人錯誤」，採取「當然違法」（*illegal per se*）之簡化立場。不過，這可能是有問題的，因為第一，公平法第二十一條之目的是防止標示或廣告所訴求之相對人有受到誤導之虞，而是否有此種可能必須視具體個案當時之實際情況而認定之，故不適宜事先一律認定此種類行之行為均有誤導相對人之虞；至多，僅能推定其帶有此種效果，而容許行為人反證之餘地。另外，在法學方法上所謂之「類型」，因為其特徵常以不同之強度出現，故本來就是帶有開放性、變動性，而

---

表示或表徵誇大營業規模、事業或商品(服務)品牌之創始或存續期間且差距過大者。(五)表示或表徵偽稱他人技術(合作)或授權者。(六)表示或表徵使人誤認已取得特定獎項，以提升商品(服務)之地位者。(七)表示或表徵使人誤認其有專利、商標授權或其他智慧財產權者。(八)表示或表徵使人誤認係特定商品(服務)之獨家供應者。(九)表示或表徵使人誤認其商品(服務)有投保責任險者。(十)表示或表徵訂價長期與實際售價不符且差距過大者。(十一)長期以特價或類似名義標示價格，而實為原價者。(十二)有最低價格之表示，然無符合最低價格商品(服務)或符合最低價格商品(服務)數量過少，難為一般人所接受者。(十三)表示或表徵使人誤認給付一定價格即可獲得所宣稱之商品(服務)者。(十四)表示或表徵之具體數字與實際不符，其差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。(十五)表示或表徵說明服務之項目或等級與實際之差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。(十六)表示或表徵說明商品(服務)具有一定品質，然差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。(十七)表示或表徵使人誤認商品(服務)已獲政府機關核發證明或許可者。(十八)表示或表徵援引公文書敘述使人誤認商品(服務)品質者。(十九)表示或表徵使人誤認出版品之實際演出者、撰寫者或參與工作者。(二十)表示或表徵使人誤認商品具有特定功能，且差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。(二一)實際附有條件、負擔、期間或其他限制等，而表示或表徵未予明示者。(二二)表示或表徵將不同資格、性質、品質之商品(服務)合併敘述，使人誤認所提及商品(服務)皆有同等級之資格、性質、品質者。(二三)表示或表徵產品原產地(國)之標示使人誤為係於該原產地(國)所生產或製造者。但該產地(國)名稱已為產品通用之說明者不在此限。(二四)多層次傳銷事業所為表示或表徵使人誤認參加人有巨額收入者。(二五)銷售投資性商品或服務之事業所為表示或表徵使人誤認加盟者或經銷商有巨額收入者。(二六)表示或表徵使人誤認節目收視率者。(二七)表示或表徵之利率與實際成交之利率不符，其差距逾越一般交易相對人所能接受程度者。(二八)表示或表徵使人誤認其商品(服務)之製造者或提供者。(二九)表示或表徵使人誤認政府將舉辦特定資格、公職考試或特定行業之檢定考試者。(三十)表示或表徵就贈品(或贈獎)活動之優惠內容、參加辦法(人數、期間、數量、方式)、抽獎日期與實際不符；或附有條件、負擔或其他限制未予明示者。

不是一成不變的「是或不是」<sup>24</sup>。

#### 四、再以見證廣告為討論焦點

虛偽不實與引人錯誤標示或廣告之總表現型態繁多，本文無法一一探討，以下專就在我國實務上特別嚴重卻又缺乏妥善規範之見證廣告，進一步剖析其相關之問題。在公平會的實務上曾出現過一件見證廣告之案件，適可作為本處討論之楔子：某食品股份有限公司以某位名編導（以下以男主角稱之）為其進口銷售之「X牌高鈣維他命低脂奶粉」，在電視及報紙上從事所謂「見證廣告」。男主角在電視上說他的小孩長的比他高，是因為選對了「X牌高鈣維他命低脂奶粉」，而該產品之平面廣告則刊載「選對奶粉，歹竹也能出好筍！男主角的兒子長高的秘訣就是——每天兩杯X牌高鈣維他命低脂奶粉」，巧妙而生動地使用民間諺語「歹竹出好筍」，使人印象深刻。據悉系爭奶粉為82年10月上市之「X牌成人低脂奶粉」調整配方、重新設計包裝而於85年8月更名之產品。然而有消費者懷疑「X牌高鈣維他命低脂奶粉」於85年8月始開始上市，男主角之子怎可能喝才剛上市的奶粉就能長高？遂向公平會檢舉，此廣告因為不實、誤導消費者，故違反公平法第二十一條<sup>25</sup>。

##### (一) 意義

一般廣告是「老王自己賣瓜」，由於是為自己之利益，當然不免「自賣自誇」，自吹自擂；而相關大眾對於此種市場叫賣（*marktschreierisch*）式的廣告，比較不會當真，因此受誤導之可能較小。然而，有許多廣告是以廣告主以外之第三人（可以是個人，也可以是機關、團體或法人等）來「幫老王賣瓜」，或藉助其知名度、專業權威、客觀使用產品之真實經驗、或訴諸其發現與確信，使得相關大眾因為其係中立之第三者而相信廣告不僅是吹捧而是事實。目前我國法律學界對於此種廣告尚未有通用之名稱，本文將之稱為見證廣告，大致與德國法上所謂「以第三人之陳

<sup>24</sup> Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 303; Bydliniski, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 1991, S. 544.

<sup>25</sup> 根據吳英同「不實廣告類型及案例分析」之報導，公平會第297次委員會決議認為本案「僅係反映個人實際使用之經驗或主觀之意見」，並無不實廣告之問題，故不予處分。見公平交易季刊，6卷1期（87年1月），第125-148頁（第138頁）。

述所作之廣告」(Werbung mit Äußerungen Dritter)以及美國聯邦交易委員會「背書及證詞廣告準則」中<sup>26</sup>所稱之「背書及證詞廣告」(endorsements and testimonials)相當。本案廣告依其具體內容應可認定為此處所稱之「見證廣告」,即男主角以使用系爭產品於其兒子之實際經驗為該產品廣告。

## (二)法律評價及合法界限

見證廣告在我國非常普遍,在有線電視的化粧品、藥品、醫療或瘦身商品或服務的廣告上更可說已達到泛濫的地步。然而我國法律對見證廣告之規範密度很低,新聞局「電視廣告製作規範」(85年5月30日修訂)第十七點僅規定:「個人見證廣告,僅得以個人對商品之喜好與選擇為表現方式,不得有超過個人意見之暗示。(第一項)前項廣告送審時須檢附見證人使用證明。(第二項)」而公平會公布的「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」,甚至完全未提及見證廣告。我們認為見證廣告以客觀第三人對系爭產品或服務之真實經驗為訴求,並非訴諸感性或形象的廣告(Gefühls-und Prestigewerbung),所以會被消費者重視<sup>27</sup>,因此必須就其「真實經驗」所陳述之資訊與事實的真實性負責<sup>28</sup>。國際商會(ICC)一九八七年修正之自律性質的「廣告實務之國際行為規範」第六條即規定:「鑑定或見證(Gutachten oder Zeugnisse)必須為真實並且經鑑定人或見證人之經驗證實者,始得在廣告中引用。鑑定或見證之內容過時或因其他理由不再合用者,不得使用之<sup>29</sup>。」前述美國聯邦交易委員會「背書及證詞廣告準則」亦要求:「背書(及證詞)必須始終反應背書人之誠實意見、發現、確信或經驗。此外,背書中不得有欺罔之內容或廣告主無法證實其真實性之內容」<sup>30</sup>。又隨著社會大眾日益高漲之健康意識,國民對於食品與藥品之健康功能極為重視,因此以此為訴求之廣告普遍流行,頗能打動消費者,故對於食品尤其是所謂「健康食品」廣告之真實性的要求,有必要較一般商品廣告為嚴格,誠如德國聯邦最高法院於1980年Topfit Boonekamp

<sup>26</sup> 見FTC, Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 16 CFR § 255 (1998版)。

<sup>27</sup> Baumbach/Hefermehl § 3 Rdnr. 84 UWG.

<sup>28</sup> Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 1 UWG.

<sup>29</sup> 引自Schricker (Hrsg.), Recht der Werbung in Europa, S. 166 (1995).

<sup>30</sup> 16 CFR § 255.1 (a).

一案中的判斷：「鑑於健康對於社會大眾之重大意義，有助於維持或促進健康之商品的評價隨之提高，因此以此為訴求之廣告亦特別有效。故凡是涉及健康之廣告，均必須對其內容之正確性、單義性及明確性（Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit）有特別嚴格之要求<sup>31</sup>。」而此亦為德國一般學說之共識<sup>32</sup>。我國於八十八年一月十四日立法通過之「健康食品管理法」雖然在民事責任與行政責任上加重虛偽不實、誇張及超過許可範圍之廣告的廣告主與傳播業者之責任，但是並未對廣告之正確性及其舉證責任有更嚴格之要求，令人殊為遺憾。

其次，值得探討的是，廣告主可否支付見證人報酬或給予其他利益。對此，本文採肯定見解，因為除了在所謂公益廣告之外，廣告之商業本質必然涉及報酬或其他利益之支付，而且財產權的發展趨勢是「知名度可以作為一種（甚至可以繼承）之財產權」<sup>33</sup>，故從事見證廣告時，只要其見證內容為真實，見證人並無不可收取報酬之理。不過，必須提醒注意的是，見證人在廣告中表示使用系爭產品時，必須是所謂事先「善意」（bona fide）的使用者<sup>34</sup>，而非出於廣告主在其使用前之收買（erkauft）<sup>35</sup>。

最後，在採用消費者之見證作為廣告時，由於廣告所訴求之其他消費者一般均會期待，他們實際使用系爭產品或服務時，會得到與廣告中消費者相同之經驗或結果，因此廣告主應在廣告中提醒消費者：每個人所處之情況及條件不同，其使用系爭產品或服務之經驗或結果，當然也不可能相同。以在我國特別盛行的增高、減肥、瘦身、美身廣告為例，產品或服務之功效與個人之體質關係密切，並不是每個人都能達到相同效果。所以廣告主應明確且顯著地揭示：「在指定之情況下，可以得到何種一般可以期待之效果」，或「見證人之經驗並不能完全適用於其他消費者所一般期待達成者」<sup>36</sup>。其實類似此種揭示之義務，已見於香菸盒上吸菸有害健康、酒類商品標示飲用過量有害健康之標示以及基金投資不擔保最低獲利之說明上<sup>37</sup>。

<sup>31</sup> GRUR 1980, 797, 799.

<sup>32</sup> Emmerich, a. a. O. S. 271 ; Köhler/Piper § 3 Rdnr. 67 UWG.

<sup>33</sup> Seemann, Prominenz als Rechtsgut, UFITA, Bd. 131 (1996), SS. 5-48 (S.7).

<sup>34</sup> 美國聯邦交易委員會「背書及證詞廣告準則」，16 CFR § 255.1 (c).

<sup>35</sup> Baumbach/Hefermehl § 3 Rdnr. 84 UWG.

<sup>36</sup> 美國聯邦交易委員會亦採此立場，見16 CFR § 255.2 (a).

<sup>37</sup> 在公平會88年2月24日第381次委員會議決通過之「對瘦身美容業消費資訊透明化暨不當行

### (三)本案見證廣告之評價

本案系爭見證廣告所見證之事實為，「男主角兒子長高的秘訣是每天兩杯 X 牌高鈣維他命低脂奶粉」。然而男主角之子如果有喝 X 牌奶粉的話（不過發育中青少年會飲用「成人低脂奶粉」之情形，比較可能在不甚關心子女成長之家庭中發生，而男主角的家庭是否如此，頗令人懷疑），其在被檢舉時所喝的奶粉為調整配方前之「成人低脂奶粉」，而不是「X 牌高鈣維他命低脂奶粉」。因此，見證人最多只能就前者見證，而不能見證後者。系爭見證廣告應該已超越見證人之實際經驗，而有牴觸法規之虞。其次，本案商品奶粉為一般商品，而且本案廣告係針對發育中之青少年及其父母，故應以渠等之認知為準。依筆者之揣摩，發育中之青少年以及本身身材不高或「望子成龍，望女成鳳」的父母，對於能幫助其或其子女體格成長的廣告抵抗力自始較弱，再加上此種奶粉在名稱上特別標舉「高鈣」、「維他命」及「低脂」多種成分，更容易使其動心；更何況本案男主角在有線電視台主持節目，始終強調其真實、鄉土的一面，因此很得觀眾之信任與好感。故本案廣告應該有足以引起相當數量之相關大眾關於重要事項之錯誤認知或決定之虞，因而違反公平法第二十一條第一項。縱使本案二種奶粉之成分大同小異，然而系爭商品之表徵在成分相同的情形下，竟由「成人低脂奶粉」改變為「高鈣維他命低脂奶粉」，既變更其訴求之對象（由成人轉變為發育中的未成年人），復增加其強調之成分（由「低脂」增加為「高鈣維他命低脂」），亦誠屬可議<sup>38</sup>。

## 參、舉證責任之分配

於公平會依據檢舉或職權而決定（因為事涉競爭秩序、公共利益）調查處理事業之標示或廣告是否違反公平法第二十一條時，應該由誰就系爭之標示或廣告是否虛偽不實或引人錯誤負舉證責任？本文認為標示或廣告之內容的真實性可以證明者，

---

銷行為處理原則」中，並未對瘦身美容業慣用而且對消費者最具說服力之見證廣告有所規範，殊為可惜。

<sup>38</sup> 依據新聞局「電視廣告製作規範」第 20 點（七），「食品廣告內容涉及低鹽、低糖、低脂、低膽固醇等含量者，其認定標準以該商品之含量，須低於同類商品平均含量之半，並檢附證明文件」。



例如其主張之市場占有率、銷售量、商品之特性、功能、數據或特殊成分等<sup>39</sup>，應由從事該標示或廣告之事業為其內容之真實性（當然強調感覺與形象之廣告並無真偽可言）負舉證責任。原因在於一方面標示或廣告必須有所本，事業自始不得為沒有根據之標示或廣告；另一方面，標示或廣告之真偽由系爭事業舉證最為經濟；再者，公平會往往欠缺判斷特定商品或服務廣告真偽之專業知識，經常必須向商品或服務之主管機關請教，一來一往之間，無法迅速有效制止不當之廣告。至於系爭廣告是否有誤導相當數量行為相對人之虞，則應由公平會負舉證之責。相對於新聞局「電視廣告製作規範」課予特定廣告須以證明文件證明其真實性之明確規定，公平會「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」立場顯得不夠堅定，其中第十二點規定：「檢舉他事業為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，應請檢舉人提供相關商品、包裝、廣告等事證，委託他人檢舉者並應備委任書，並釋明他事業所為表示或表徵足以使一般人就有無虛偽不實或引人錯誤之情事產生合理之懷疑。未依前項提供相關證物或釋明者，應以書面通知檢舉人請其於十五日內提供。」若程式不備而得以補正者，「應限期函請檢舉人補正，逾期未補正者，得停止處理。」（前述原則第十三點）似乎課予檢舉人比較多的舉證責任，而該原則第十四點僅規定，公平會得通知被檢舉事業陳述意見或提出資料，反而並未明確要求其為其可證明真偽之廣告負證實之責。

## 肆、虛偽不實與引人錯誤標示或廣告之容忍

商品或服務之標示或廣告足以使相當數量之行為相對人就重要事項受到誤導之虞時，即構成公平法第二十一條第一項所禁止之虛偽不實及引人錯誤，已如前述。本條項所保護之法益主要有三種，即行為相對人不受誤導之利益、行為人之競爭對手公平競爭之利益以及一般大眾享有不受扭曲之效能競爭之公共利益<sup>40</sup>，其範圍很

<sup>39</sup> 行政法院 84 年度判字第 246 號判決即表示：「又具體數字表示商品之占有率者，應就其數據之真實性負舉證責任」，見公平會編印「公平交易法行政裁判案例彙編（第二輯）」，第 464 頁；行政法院 85 年度判字第 2814 號判決亦表示原告對其廣告單上所稱「十年銷售已突破一百萬台」乙節負舉證責任，見公平會前揭書，第 941 頁。此外，新聞局「電視廣告製作規範」第 7 點第 2 項亦規定「電視廣告內容如涉及商品之特性、功能、數據或特殊成分者，應檢附確實證明文件。」

<sup>40</sup> 歐洲聯盟 1997 年 10 月 6 日修正通過的 97/55/EC 指令（可稱為引人錯誤廣告與比較廣告指令）

廣，效力很強。然而經濟生活及外國經驗告訴我們，並不是每一個虛偽不實與引人錯誤之標示或廣告均應一律禁止，而是在嚴格的條件下有時應例外予以容忍。例如：

## 一、善意使用自己姓名做為標示或廣告

事業主以其自己姓名善意使用於商品或服務之標示或廣告上，屬於行使其人格權中姓名權之正當行為，原本即無禁止之理，縱使在行為相對人中間有引起誤導之虞，亦然<sup>41</sup>。故公平法第二十條第二項第三款之規定應可類推適用於同法第二十一條第一、三項之情形。然而為了平衡事業主使用自己姓名之正當利益及公平法第二十一條第一、三項所保護之法益，似乎應可進一步類推適用公平法第二十條第三項之規定，而要求該事業主附加排除混淆之適當說明。在外國姓名與消費者對於特定外國商品或服務之偏好相聯結之情形下，善意使用自己外國姓名尤其容易引起消費者對使用人之商品或服務之來源產生混淆，此時特別有必要課其排除混淆之義務。

## 二、具有準財產價值之標示或廣告

任何廣告主原則上均不得主張其有繼續使用足以誤導大眾之標示或廣告之正當利益，縱使其經年使用該項標示或廣告而從未受到質疑或責難。然而不可否認的是，廣告主長期、未受責難並且特別是善意使用之標示或廣告，對其會具有一種準財產之價值（Besitzstand），而在例外的情形有值得保護之正當性，例如當誤導之虞的質與量雖然均非不重要，但終究仍屬輕微<sup>42</sup>，以致公眾利益並不要求禁止該項標示或廣告者。德國聯邦最高法院有一個判決在此可為適例：一家啤酒股份有限公司成立於 1872 年，該公司 50 年來一直使用“Kulmbach 第一家啤酒”（Erstes Kulmbacher）之標示，從未受到質疑。事實上，該公司雖然是 Kulmbach 第一家製造啤酒之股份有限公司，但卻不是 Kulmbach 最早的啤酒製造商。不過，此項標示仍然被容忍<sup>43</sup>。

---

第一條即明白宣示以保護消費者、執行職業或經營事業之人以及保護公眾不受引人錯誤廣告誤導為其目的。

<sup>41</sup> Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 255, 256 UWG.

<sup>42</sup> Köhler/Piper § 3 Rdnr. 143 UWG ; Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 252, 259-260 UWG.

<sup>43</sup> BGH GRUR 1957, 285.

### 三、業界使用標示或廣告之正當利益

產業界通用的專門用語，對於非專業之行為相對人而言，經常有誤導之可能，但是絕大多數之業者對此卻不會產生誤認（例如德國油漆業者長久以來使用「琺瑯漆」【Emaillack】指稱油漆，在業者間並不會產生誤會，但是偶爾自行油漆之非專業買受人卻有可能受到誤導；又例如德國消費者多半認為「松針沐浴精」【Fichtennadelextrakt】是從松針提煉而來，但是業者都知道事實上它卻是來自松木及松木皮）。此時縱然消費者之認知與業者之專業用語不一致，但是因為消費者多半並非此等商品之直接買受人，因此亦非此等商品標示或廣告所訴諸之對象，所以亦鮮有受欺罔或其他損害之可言。反之，如果禁止業界使用在其同業間專用之標示或廣告，強迫其使用新的標示或廣告，不僅將造成其遠超過少數消費者因為偶然成為該等商品之直接買受人而付出之所謂「誤認成本」為高的財務負擔，並且更可能在業界與專業人員之間造成混淆<sup>44</sup>，故在此有必要為業界留下其專業經營所需要的空間<sup>45</sup>。此外，若消費者由於不知道系爭商品製造過程之關聯性，因而對於該產品之品質特性有所誤認，則亦沒有理由以此要求業者或質疑其標示或廣告，但其標示必須符合業界之習慣，並且其產品必須具有其實際之製造過程中應有之品質<sup>46</sup>。

### 四、商標之使用？

系爭商品或服務之標示或廣告若經權利人依據商標法註冊為商標或標章，則權利人可否以其使用系爭標示或廣告為商標權之正當行使，而援引公平法第四十五條之規定，排除第二十一條之適用？德國聯邦最高法院在前述 Topfit Boonekamp 一案中對此有極為精彩的論述：「商標法並非自外於一般之競爭法，而歸屬於整體競爭秩序的範疇之中，故商標之使用若有反競爭之效果，則不得再援引商標之保護。準此，使用商標應以不正競爭防止法第一條及第三條為其界限。」值得同意，而以貫徹公平法第二十一條之諸多法益為優先考量。故使用虛偽不實及引人錯誤之標示或廣告之人，不得以其商標權而排除公平法第二十一條之適用。

<sup>44</sup> Baumbach/Hefermehl § 3 Rdnr. 101 UWG ; Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 164, 284 UWG.

<sup>45</sup> 羅明宏亦採類似見解，見氏著「論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察」，公平交易季刊，2卷2期（83年4月），第41-67頁（第67頁）。

<sup>46</sup> Großkomm./Lindacher § 3 Rdnr. 253 UWG ;

## 伍、法律責任

### 一、民事法律責任

#### (一)廣告主

廣告主為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，其行為相對人得依公平法第三十條請求其除去並防止之。行為相對人之權益若因而受有侵害，並得依據該法第三十一條請求其負損害賠償之責。惟行為相對人必須能證明其受有具體之損害，而且廣告主有過咎（即故意或過失）<sup>47</sup>。但是因為本條為損害賠償之規定，而且公平法為保護他人之法律，故應可適用民法第一八四條第二項之規定，將過失之舉證責任倒置<sup>48</sup>。依據公平法第三十三條之規定，前二條規定之請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅（為消滅時效）；自為行為時起，逾十年者亦同（為除斥期間）。

對於許多標示或廣告之行為相對人而言，行使公平法第三十一條之損害賠償請求權頗為不便，因為一方面須負擔各審級之訴訟成本（包括訴訟費用、律師費用及自己的時間成本），另一方面須負各種舉證責任（證明具體之損害及廣告主之過咎），故其比較感興趣的是儘早從已成立之契約關係中脫身<sup>49</sup>，所以他們需要的解約權。然而欲在民法的條文下達成解除契約之目的，實有困難，因為無論是民法第九十二條（撤銷因被詐欺而為之意思表示）之詐欺或是債總規定之債務不履行均不易證明。至於消費者保護法第十九條雖然有解約權之規定，但是限於郵購或訪問買賣，而且僅有七天可以行使此項權利，故含蓋面太小。唯一可以訴求的法條只剩下公平法第三十條，然而本條規定亦無法使消費者享有解除契約之形成權，因為它只賦予「被害人」請求除去或防止侵害之「請求權」，因而有待於廣告主善意回應其

<sup>47</sup> 雖然學說中偶有主張公平法第 31 條採無過失責任（例如周德旺，「廣告管制與公平交易法」，律師通訊第 167 期〔82 年 8 月〕，第 54-72 頁〔第 56 頁〕），但是公平法之歷次草案均未提及此種特殊責任，故實難謂立法者有採無過失責任之意旨，通說遂堅持傳統之過失責任（例如，黃茂榮，前揭書，第 520 頁；曾世雄，「違反公平交易法之損害賠償」，政大法學評論，第 44 期〔80 年 12 月〕，第 351-360 頁〔第 355 頁〕；汪渡村，賴源河前揭書，第 471 頁），本文從通說。

<sup>48</sup> 黃茂榮同此說，前揭書，第 520 頁；汪渡村則採不同見解，賴源河前揭書，第 472 頁。

<sup>49</sup> Baumbach/Hefermehl § 13a Rdnr. 1 UWG.

請求。故本文建議立法者參考德國不正競爭防止法第十三條之一的立法，以及健康食品管理法第二十九條第一項之規定（即標示或廣告有虛偽不實、誇張，及超過許可範圍之內容者，買受人得請求退貨、退還價金；出賣人如係明知時，應加倍退還其價金），於公平法中直接賦予受到標示或廣告誤導而已締結契約之行為相對人解約權<sup>50</sup>。

## （二）廣告代理業及媒體業

公平法第二十一條第四項規定：「廣告代理業在明知或可得知情況下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，應與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得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，亦應與廣告主負連帶損害賠償責任。」此項規定的出現可謂十分突兀，因為它從未見於公平法的歷次草案之中。一直到立法院於民國 80 年 1 月 10 日第 86 會期第 46 次院會時，由於有委員對公平法第二十一條提議暫行保留，而將本條規定交由黨政協調<sup>51</sup>。黨政協調的結果是本條增加現行第三、四項之規定，而於八天後（即民國 80 年 1 月 18 日）的立法院院會上被接受<sup>52</sup>。第四項規定之立法理由似乎為：「廣告代理業明知其所設計或製作之廣告，有引人錯誤之表示，廣告媒體業明知其廣告有引人錯誤之處，致他人受損害，而仍不負責，顯失公平；且將廣告代理業、媒體業納入規範，有助於制止虛偽不實及引人錯誤之廣告出現，減少交易相對人之損害<sup>53</sup>。」然而類似此項規定，並非我國獨有<sup>54</sup>。德國不正競爭防止法第十三條第六項第一款規定：「下列人員就違反本法規定之行為所造成之損害負賠償之責：1.於第三條之情形，明知或可得而知（wußte oder wissen mußte）其所為之表示引人錯誤者。期刊之編

<sup>50</sup> 惟學者中亦有反對公平法增訂類似德國不正競爭防止法第十三條之一之規定，而認為問題之正解在於回歸民法第九十二條（或透過解釋，或經由修法），見王海南，「略論德國不正競爭防止法上之契約解除權」，政大法學論評，第 53 期（84 年 6 月），第 337-351 頁（第 351 頁）。

<sup>51</sup> 立法院公報，第 80 卷第 4 期院會記錄（80.1.12），第 341 頁。

<sup>52</sup> 立法院公報，第 80 卷第 6 期院會記錄（80.1.19），第 365 頁。

<sup>53</sup> 公平會 85 年 1 月編印「公平交易法立法目的與條文說明」，第 19 頁。然而吾人翻遍立法院公報，並未找到立法院曾對新增之第 3、4 項規定有任何之討論或記錄。因此，對於公平會前述「公平交易法立法目的與條文說明」中能列出第 21 條第 4 項之立法理由，吾人深感不解。

<sup>54</sup> 范建得、莊春發，不實廣告（民國 83 年）一書第 142 頁表示：「一般的外國法例並未將媒體列為規範對象」，應屬有誤。

輯、出版人、印製人或發行人（Redakteure, Verleger, Drucker oder Verbreiter）明知其所為之表示引人錯誤者。」此處所謂之「明知」及「可得而知」，源自於1886年的法律用語，實際上就是指「故意」或「過失」<sup>55</sup>。本款規定後段對於期刊（periodische Druckschriften，例如報紙、雜誌以及其他間隔在六個月以內而持續出版之刊物）相關人員之優待，主要是考慮到其在出版的間隔下不可能逐一檢查其所刊載無數廣告之真偽，並且要求其檢查其賴以生存之廣告，亦屬自始不能，更何況許多廣告並非由其而是由廣告代理業所製作<sup>56</sup>，因此只在相關人員故意為之（即明知而仍為之）時命其負擔損害賠償責任。而相關人員係指決定該定期出版品相關內容或版面之編輯、為自己利益重製該期刊之出版人、印製該期刊之人，以及將之向大眾提供之發行人<sup>57</sup>。至於德國不正競爭防止法第十三條第六項第一款與其民法之一般侵權行為之規定（德國民法第八二三條第一項，相當於我國民法第一八四條第一項前段）之關係，德國之學說與實務均不認為前者可基於特別規定之法理，而當然排除後者之適用。重點無寧是，前者是否為窮盡之規定（包括消滅時效），若是，則後者不能適用，或最多為只能用於填補前者之漏洞<sup>58</sup>。

美國於1989年修正之藍哈姆法第三十二條第二項（B）款規定：「若所指摘之侵害或違反行為係包含於報紙、雜誌、其他類似期刊或其他電子通訊的付費廣告中，被侵害之權利人或依據第四十三條（a）項起訴之原告，對於此等報紙、雜誌、其他類似期刊或電子通訊之發行人或經銷商（publisher or distributor）得主張之救濟，僅限於禁止其在未來之刊物或傳播中繼續使用此種廣告。但本款之規定僅適用於善良（innocent）的加害人。」本款規定將舊法第三十二條第二項對於媒體之保護擴大，一方面在印刷媒體之外加上廣播媒體，另一方面更於發生不實廣告之案件時，提供媒體業者限縮責任之機會。換言之，對於善良的媒體業者，僅得請求法院頒布禁止令（injunction），而不可要求其他損害賠償。若媒體業者明知（know）廣告為不實或侵害他人，或對於廣告是否不實或侵害他人“漠不關心”（reckless disregard），則已非屬善良，而須負擔其他損害賠償之責<sup>59</sup>。此外，美國聯邦交易

<sup>55</sup> Großkomm./Erdmann § 13 Rdnr. 158, 160 UWG.

<sup>56</sup> Großkomm./Erdmann § 13 Rdnr. 159 UWG ; Baumbach/Hefermehl § 13 Rdnr. 58 UWG.

<sup>57</sup> Baumbach/Hefermehl § 13 Rdnr. 59 UWG.

<sup>58</sup> Großkomm./Köhler, Vor § 13 Rdnr. 248 UWG.

<sup>59</sup> McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed. 1998, § 25.05 [3].

委員會法第十六條（15 USC 54）（b）項規定，廣告媒體業者及代理業者只有在「經聯邦交易委員會請求，而仍不提供使其散布不實廣告之製造者、包裝者、配售者及銷售者之姓名及郵政地址時」，才可能受到五千美金或半年以下有期徒刑（再犯時，則各增加一倍）或二者並罰之刑事制裁。

反觀我國，本文認為對於廣告代理業及媒體業而言，要求其逐一審核其所經手之無數廣告之真實性，差可比擬為「一人對萬人的戰爭」，絕無可能。故簡要且合理的分工，應該是由每個廣告主為每個廣告負責。再者，廣告代理業及媒體業在競爭激烈之市場，爭取廣告主尚且不及，豈可奢望其檢查其廣告主之廣告是否虛偽不實——因為此舉可能觸怒廣告主。抑有進者，廣告在為商品及服務宣傳之外，同時亦是創意、想像力、價值以及人生理念之表達，因此為憲法言論自由權所保障<sup>60</sup>。若其必須擔心其所製作或刊載之廣告可能與事實不符而負擔損害賠償責任，則自然會對其言論產生「寒蟬效果」，而形成一種事前的「言論審查」（*censorship*）。最後，廣告真偽之辨，經常必須求諸各種專業知識，主管機關尚且可能欠缺，又怎能強求廣告代理業與媒體業具備之？不過，廣告代理業及媒體業仍然有其社會責任，故對於其明知為虛偽不實、引人錯誤之廣告，仍然應該有義務予以回絕，以共同維護社會之公共秩序<sup>61</sup>。

基於以上之論述，公平法第二十一條第四項之文字雖然以廣告代理業及媒體業「明知或可得知」為責任要件，但論其實際，應以立法理由中僅提及之「明知」為要件。前述德國與美國之國際標準也不過是以明知為要件，我國並無理由「超德趕美」<sup>62</sup>。縱使堅持嚴格之文字優先主義，而認為不可將「可得知」以解釋方式除去之，對於「可得知」之門檻亦應從嚴要求（例如廣告代理業及媒體業必須達於漠不關心真偽之地步），以免過度限制廣告代理業及媒體業之營業自由。總言之，欲「制止虛偽不實及引人錯誤之廣告出現，減少交易相對人之損害」，應該是需要各方面

<sup>60</sup> A. Hatje, *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, 1993, S. 125.

<sup>61</sup> 公平會公研釋 002 號解釋（見公平會公報，1 卷 4 期[81 年 5 月]，第 5 頁）亦偏向本文之見解：「公平交易法第 21 條第 4 項規定可以廣告媒體業負連帶民事責任，係以明知或可得而知情況下始有適用。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之可能足以篩選時，始有適用。」而事實上廣告媒體業鮮有能對廣告有「支配能力」者，廣告代理業亦復如此。

<sup>62</sup> 惟論者有認為本項規定為進步之立法者，見朱鈺洋，虛偽不實廣告與公平交易法，民國 82 年，第 182 頁。

之配合，而不是把所有的責任都推給廣告代理業及媒體業。

最後，尚有二處可補綴一詞，首先是法教義論的觀點，即廣告代理業及媒體業之損害賠償責任之產生，應該是出自於公平法第三十一條及第三十二條，而不是公平法第二十一條第四項，後者只是規定其分別與廣告主之損害賠償責任形成法定連帶債務（民法第二七二條第二項參見）；又公平法第三十三條針對前者制定消滅時效及除斥期間，故公平法就此之規範可謂完整而窮盡，應無再適用民法侵權行為規定之餘地。其次是立法技術的講究，公平法第二十一條第四項之文字對於廣告代理業及媒體業所明知（或可得知）之程度要求似乎有所不同（唯獨要求後者知其傳播或刊載之廣告有引人錯誤之「虞」，即須負責）<sup>63</sup>。但本條既以預防危險發生為目的，則在解釋論上，附加「之虞」二字固然更加清楚，但不附加「之虞」二字亦不致使人誤以為必須有實際結果發生；惟立法技術本應力求法律文字之清楚及統一，以避免不必要之誤會，故建議本條第一、二、四項均增加「之虞」二字。

## 二、行政責任

### （一）責任要件與責任內容

傳統上行政責任之主觀要件較民事責任來得低，行政法院之早年判例即認為行政罰並不以故意或過失為責任要件，然而司法院於民國八十年三月八日公布之釋字第二七五號解釋改變以往判例對行政罰之責任條件的見解：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任要件。但應受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受罰。」違反公平法第二十一條之行政責任，規定於公平法第四十一條，該條規定授權公平會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為或採取必要更正措施<sup>64</sup>，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，並得按次連續加倍

<sup>63</sup> 范建得等即認為如此，同註 54。

<sup>64</sup> 事實上，公平會在此次修法前已曾命令被處分人採取必要更正措施，例如：回收系爭商品（見(81)公處字第 047、049、052、054、064 號處分書，(82)公處字第 07、052 號處分書，以及(85)公處字第 131、132 號處分書）、立即停止販售系爭商品（見(81)公處字第 027、028 號處分書，(82)公處字第 087 號處分書，(83)公處字第 011、012、013、014 號處分書，以及(87)公處字第 149 號處分



處罰鍰至停止、改正或採取更正措施為止。就此條之行政罰而言，可分為單純命令停止、改正或採取必要更正一類，以及科予行政罰鍰一類。對於第一類之行政罰，公平會應可適用第二七五號解釋文之後段，先證明系爭標示或廣告有誤導相對人之可能性後，即可推定從事標示或廣告之人有過失，而課處第一類行政罰，以達到該號解釋理由書中所說的「維護行政目的之實現」。反之，公平會若欲課處第二類行政罰，則仍應適用該號解釋文前段之原則。

公平法施行細則第二十六條特別針對虛偽不實與引人錯誤之標示或廣告例示規定，公平會「得依本法第四十一條命其刊登更正廣告」為改正之措施（第一項），並得審酌原廣告之影響程度，裁定更正廣告之方法、次數及期間（第二項）。本文檢視公平會之運作實務後發現公平會很少要求被處分人刊登更正廣告，民國81年最多有十一件，（(81)公處字第005、014、015、018、024、027、028、034、035、038、045號處分書）但82年僅有三件（(82)公處字第001、002、082號處分書）、83年、84年、85年甚至均為○件，86年僅有一件（(86)公處字第186號處分書）、87年亦僅一件（(87)公處字第065號處分書）88年二件（(88)公處字第044、第132號處分書）。然而更正廣告可使受誤導之虞的相對人修正其認知與決定，甚至修改其與廣告主之契約關係，較單純課處罰鍰卻容忍相對人繼續受誤導，更具積極意義與防止虛偽不實與引人錯誤之標示或廣告的效果，公平會實應多加利用。在要求刊登更正廣告之際，宜注意要求下列二點：

1.更正廣告中不得出現牴觸更正意旨之內容或陳述（例如本事業廣告以「真人實證」方式之廣告內容，經公平會認定核屬虛偽不實及引人錯誤之廣告）<sup>65</sup>。

2.更正廣告使用之字體、色彩（黑白或彩色）版面及刊載之時間（工作日或假日）至少必須與原廣告相同。如果違法情節重大，甚至可考慮超出原廣告之程度（例如要求將原廣告對照一併刊出，或以彩色刊出原廣告為黑白之更正廣告）。

除此之外，公平會得命業者採取之更正措施尚可考慮例如，命廣告主將其被處分之事實與處分書影送其廣告代理業與媒體業，使後者明確認知其製作、傳播之廣告的違法性。經過此種告知之程序後，若廣告代理業與媒體業再製作、傳播相同或類似之廣告，則再難推辭其民事上之連帶責任與罰鍰形式之行政責任。更負責的作

---

書）改正外包裝並另為明顯之更正表示（見(87)公處字第156號處分書）。

<sup>65</sup> 見中國時報，民國88年12月14日，第48版。

法是由公平會主動將其處分之引人錯誤廣告告知製作、傳播該廣告之代理業者與媒體業者，促其採取有效的內部管制，並不再以不知情為遁詞，推卸其社會責任與法律責任。也許從此源頭著手，各種幾近詐欺之大量不實廣告，才有可能收斂。

## (二)課處之對象

廣告主違反公平法第一、三項之規定，為公平法第四十一條行政罰課處之主要對象，並無疑義。惟公平會在前引公研釋 002 號解釋曾明確表示「違反公平交易法第二十一條第四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」，按其邏輯推演，廣告代理業亦應無行政責任。此種見解之妥適性，頗令人懷疑，因為一方面它忽視了違反公平法第二十一條第四項之廣告代理業及媒體業與遵守該項規定之廣告代理業及媒體業間公平競爭之需要，無異鼓勵後者不必守法或拒絕廣告主之廣告。另一方面，尤其嚴重的是，在對抗虛偽不實及引人錯誤之標示或廣告的實務上，民事救濟一向未能發揮作用，故一般大眾所仰賴的是行政機關對業者所作的行政罰，而不是廣告主之民事責任以及廣告代理業與媒體業之連帶責任。因此公平法第二十一條第四項實際操作上之真實意義與獨特性（相較之下，其他法規均未規定廣告代理業與媒體業必須為廣告主之引人錯誤廣告連帶負責），是在於一併要求廣告代理業與媒體業不得在明知之情況下仍然製作、傳播引人錯誤之廣告，只圖私利而罔顧社會公益與競爭秩序。此項當為命題並未明文以禁止語句寫在公平法第二十一條第四項之文字上，應是公平會公研釋 002 號解釋之緣由，然而我們不妨想想，如果公平法第二十一條第二項都有正當理由禁止最下游之販賣、運送及輸出入業協助載有引人錯誤表示之商品之散佈，則僅以法無明文而縱放引人錯誤之中上游來源的廣告代理業與媒體業，是不是忽略了「舉輕明重」之基本法理原則，以及我國廣告代理業、媒體業始終欠缺有效自律與負擔社會責任之事實？故本文認為廣告主、廣告代理業及媒體業違反公平法者，均應負擔相關之行政責任。

公平法第四十一條可課處之對象尚包括公平法第二十一條第二項所規定之販賣、運送及輸出入業者。此項規定原本常見於智慧財產權法（例如專利法第一二七條至一二九條，商標法第六十三條及著作權法第八十七條第二至五款），原則上均以「明知」為要件而課以刑罰。本項規定在實務上較難適用，因為恐有礙商品之流通、交易，故在公平會處分實務上，亦未見任何針對販賣、運送及輸出入業者之案例。本

項規定之象徵意義大於實質意義。

## 陸、與其他法規之關聯

### 一、其他法規

對於事業就商品或服務之標示（包含表示及表徵，以下均同）或廣告的規範，有各種不同之法規。對於商品之標示及廣告之一般性規範見於商品標示法，依據該法第五條之規定，商品之標示不得有內容虛偽不實、標示方法有誤信之虞或有背公共秩序或善良風俗（同法第十四條將本條規定準用於商品廣告）。若有違反，「經通知改正而逾期不改正者，處五千元以上五萬元以下罰鍰；其情節重大，報經中央主管機關核准者，並得處以停止營業或勒令歇業（第一項）。前項停止營業期間以六個月為限（第二項）。」（同法第十五條）消費者保護法第二十四條第一項規定：

「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示」，違反者，「經主管機關通知改正而逾期不改正者，處新台幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰。」（同法第五十六條）其情節重大者，「報經中央主管機關或消費者保護委員會核准者，得命停止營業或勒令歇業。」（同法第六十條）該法施行細則第二十四條並且規定：「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，得令企業經營者證明該廣告之真實性。」

其次，亦有針對特定商品之廣告而制定之規範，例如食品衛生管理法第二十條規定，「對於食品、食品添加物或食品用洗潔劑，不得藉大眾傳播工具或他人名義，播載虛偽、誇張、捏造事實或易生誤解之宣傳或廣告。」違反本條規定者，同法第三十三條「處負責人三千元以上三萬元以下罰鍰，情節重大或一年內再違反者，並得吊銷其營業或設廠之許可證照」<sup>66</sup>；健康食品法第十四條規定「標示或廣告不得

<sup>66</sup>相形之下，德國食品及日常用品法（Lebensmittel-und Bedarfsgegenständegesetz）之規定較為嚴格，該法第十七條第一項第五款規定：「不得在營業中以引人錯誤之標示、表徵或包裝將食品上市，或以引人錯誤之表現或其他陳述一般或個別地為食品廣告。以下例示數種引人錯誤之方式：a）依據科學知識，食品所宣稱之效果並不存在，或未經科學充分證明者；b）使用與食品價值有關但卻足以欺罔之標示、表徵、包裝、表現或關於食品來源、數量、重量、製造日期、包裝日期或有效期限之陳述；或c）食品具有藥品之表像者。」出於故意違反本款規定者，依據同法第 52 條第 1 項第 10 款得處一年以下有期徒刑；因過失而違反者，依同法第 53 條第 1 項得處五萬馬克以下之行政罰鍰。

有虛偽不實、誇張，及超過許可範圍之內容（第一項）。健康食品不得為醫療效能之標示或廣告（第二項）。」違反本條規定者，健康食品之製造或輸入業者，應即通知下游業者，並依規定期限收回市售品（同法第十八條第一項第八款），此外，主管機關尚可撤銷其健康食品之許可證，並處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰（同法第二十四條第一項）。化粧品衛生管理條例第二十四條第一項規定，「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」若有違反，同法第三十條「處新台幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由各該主管機關撤銷其有關營業或設廠之許可證照。」藥事法第六十八條第四款禁止以不正當方式宣傳藥物廣告。若有違反，依同法第九十二條第一項之規定，可處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰；其情節重大者，並得依同法第九十六條撤銷其藥物許可證。

再者，亦有對於特定服務之廣告而制定之法規，例如助產士法第二十五條前段規定，「助產士對於其業務，不得以本人、他人或助產所等名義刊載或散佈虛偽誇張或其他不正當之廣告」，該法第二十七條對違反前條規定者，「處新台幣三千元以上三萬元以下罰鍰；其情節重大者，得予一個月以上一年以下之停業處分或撤銷其職業執照及開業執照。」又例如醫療法第六十一條第七款禁止以不正當方式宣傳醫療廣告，違反者，依同法第七十七條第一項可處五千元以上五萬元以下罰鍰；同條第二項第一款並且進一步對「內容虛偽、誇張、歪曲事實或有傷風化」之醫療廣告，「處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其開業執照；並得由中央衛生主管機關撤銷其負責醫師之醫師證書」。最後，亦有針對使用特定媒體之廣告而頒布之法規，例如新聞局依據廣播電視法第二十三條第三項之授權（：「廣告內容審查標準，由新聞局定之。」）訂定之「電視廣告製作規範」第七點規定，「電視廣告內容，不得有欺騙或誤導觀眾之描述。（一）不得仿用新聞報導方式，如「新聞快報」、「新聞焦點」等或其他類似文詞，以免混淆視聽。（二）不得採用詭誘及其他誤導之訴求方式（第一項）。電視廣告內容如涉及商品之特性、功能、數據或特殊成份者，應檢附確實證明文件（第二項）。」廣播、電視事業播放之廣告違反前述法規者，新聞局依據廣播電視法第四十一條以下之規定，得予以警告、罰鍰（經警告後不予改正，或在一年以內再犯者，處電視事業五千元以上二十萬元以下罰鍰；一年內經處罰二次，再犯者，處三萬元以上四十萬元以下罰鍰）、停播、吊銷執照等處

分。

## 二、彼此之關聯

商品標示法以「促進商品正確標示，維護生產者信譽，保障消費者利益，建立良好商業規範」（該法第一條）為目的，經濟部、省（市）建設廳（局）及縣（市）政府為其主管機關。食品衛生管理法、化粧品衛生管理條例及藥事法，則是以管理食品、化粧品及藥物衛生與維護國民健康為目的，而分別以食品業者、化粧品業者及藥商為其規範相對人，行政院衛生署、省（市）衛生處（局）及縣（市）政府為其主管機關。至於針對特定服務之廣告的規範，則多半是以建立服務提供者良好職業倫理（例如助產士法）及保護一般消費者為目的，並以服務之提供者為其規範相對人。廣播電視法則是以「管理與輔導廣播與電視事業」為宗旨，以廣播電視事業為其規範客體（不過前述電視廣告製作規範亦帶有保護消費者之意味），故違反該法第二十三條所處罰之行為人為廣播、電視事業。而公平法第二十一條除以保護行為相對人不受誤導為目的外，更保障行為人之競爭對手公平競爭之利益以及大眾享有不受扭曲之效能競爭之公共利益，而其規範相對人為一般之事業。由此可見，此等法規之立法目的、所規範之行為、規範相對人、法律責任與主管機關，均有其相同及相異之處。

在此我們可以將前述法規之關係區分為以下三種：

1.其立法目的、所規範之行為及規範相對人均完全相同，其中又可分為

1.1 其法律責任可分出輕重者，以及

1.2 其法律責任因為處罰方法不同（例如一法規為限期回收市售品，另一法規為停止營業或撤銷執照）而無法分出輕重者。

2.其立法目的、所規範之行為及規範相對人僅部分相同。

1.1 之關係，學理上稱為法律競合或想像競合，應該依據吸收關係或從重處斷之法理，決定應適用之法規，詳言之，對於同一行為人之同一行為，僅得從最重之處罰，並且僅得處罰一次，以避免「同一行為受二次處罰」<sup>67</sup>。至於不同行為人之

---

<sup>67</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，增訂4版，民國87年，第437頁；陳新民，行政法學總論，修訂6版，民國86年，第288頁。

不同行為，例如廣告主之委託製作廣告與廣告媒體業之傳播廣告，則應適用不同之法規，分別加以規範。1.2 與 2 依法理本宜准予併罰，然而依據新修正的公平法第四十六條之規定，公平會於認定其他法律規定不牴觸公平法立法意旨之範圍內，得讓該其他法律優先適用（至於所謂不牴觸公平法立法意旨，依據此次修正之立法理由「應特別考慮特別法與普通法之法律適用原則、其他法律之立法時間與立法目的，以調和競爭政策與產業政策」）。而公平會於依據「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第十七點之規定<sup>68</sup>，將相關案件在移請各主管機關處理時，等於就是讓以上所述之所有其他法律優先於公平法適用，此項見解並且得到部分學說之支持<sup>69</sup>。惟鑑於對於廣告之規範在我國數十年來均成效不彰的實際社會情況<sup>70</sup>，本文並不贊成公平會此項將系爭案件自動移請各主管機關處理之立場，而建議公平會仍為公平法之適用與公平會之介入保留一定餘地（例如在明顯涉及重大競爭秩序與公共利益之情形），一方面以濟其他法律或機關之窮（例如法定罰鍰太輕、執行系爭法規並非其業務之專長或重心，或執法人力不足），另一方面也確實發揮公平法第

<sup>68</sup> 公平會「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第十七點之規定：其他機關主管事項案件，應移請各主管機關處理：(1)商品或服務廣告內容暗示或影射具醫療效能者，移請行政院衛生署處理。(2)化粧品廣告，移請行政院衛生署處理。(3)食品廣告涉有食品衛生管理者，移請行政院衛生署處理。(4)醫療廣告，移請行政院衛生署處理。(5)乳品之不實標示，移請行政院衛生署處理。(6)一般商品之標示是否虛偽不實或引人錯誤，移請經濟部處理。(7)已立案之補習班廣告，移請教育主管機關處理。(8)推介就業或招募員工有不實廣告者，移請行政院勞工委員會處理。(9)經新聞局審查許可之廣播、電視廣告，移請新聞局處理。(10)色情廣告及怪力亂神等廣告，移請新聞局處理。(11)旅遊服務廣告，移請交通部觀光局處理。(12)證券商為虛偽不實或引人錯誤之廣告者，移請財政部證管會處理。(13)未依法取得會計師資格而刊登廣告使人誤認有會計師資格之案件，由財政部處理。(14)有關保護消費者權益事項，如：消費安全、定型化契約條款效力、特種買賣、企業經營者對商品廣告之真實義務等，經判斷僅涉及私權糾紛，對競爭秩序、公共利益之減損輕微者，移送行政院消費者保護委員會轉交相關消費爭議處理機關處理。有關商品(服務)應為之標示或出具保證書，以及商品包裝內容有誇張內容者，移由行政院消費者保護委員會轉請主管機關處理。(15)其他經本會與其他行政機關協調結果，應先由他機關處理者。(16)除上述各款規定外，應依左列標準判斷應屬他機關辦理者：1.特別法優於普通法。2.重法優於輕法。

在此必須提醒讀者注意公平會與新聞局與衛生署所達成之協調結論（可自<http://www.ftc.gov.tw/corp3.htm>取得）。

<sup>69</sup> 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，第199期（85年4月），第16-36頁（第29頁）。

<sup>70</sup> 以因違反公平法第21條而被公平會處分之案件數量連續6年均呈成長（民國81年共42件，82年55件，83年82件，84年92件，85年105件，86年109件）的現象觀之（87年為101件），虛偽不實及引人錯誤廣告的問題在我國可謂「高燒持續不退」（引述黃茂榮教授於本文論文發表會上之發言）。

二十一條之立法目的。最後，廣告之處理往往有其時效性，不容許在不同主管機關間公文旅行，因此公平會可考慮與其他主管機關，針對重大或一再發生之引人錯誤廣告共同成立協調處理小組或中心，以免不肖業者不斷可在管轄漏接之處生存，而消費大眾無法得到救濟。

## 柒、結語

本文想在結語的部分，反省一些較宏觀的法治議題。首先，我們體認到文字的有限性往往是法律最大的宿命，以致法律經常以各種不同之措詞，試圖構成窮盡而綿密之法網。以本文所探討之課題為例，就可以有欺罔、虛偽不實、引人錯誤、誇張、歪曲或捏造事實、易生誤解、誤信之虞、有背公共秩序或善良風俗或不正當等各種用語。反之，有的法律則緊守「吾道一以貫之」的簡約之美，試圖以最少的文字達到無所不包的境界。其實，文字只是表達立法目的之工具，而無論簡約或繁複之法律文字均有其有限性，法律人在解釋法律時，正應該將壓縮在其中之思想與目的解放出來。若法律人只會做文字訓詁或望文生義的解釋，則其功能與地位將被文字學家或字典編輯所取代；若法律人不能將法律的目的在個案中妥善地加以實現，則電腦學家將無法理解為何不能以一個可以高速運轉並且更精確又不受關說的電腦取而代之。其實本文所論述之虛偽不實、引人錯誤乃至其他法規各種與之類似之規範，均為一項共同目的而努力，用最簡潔的話來說，就是公平法第二十四條所欲防止之「欺罔」。然而吾人必須注意「欺罔」亦只是一種描述，一種嘗試，更是一種有限的文字。綜合的來看，公平法第二十一條及第二十四條是立法者為了防止標示及廣告使相當數量之相對人在重要事項上受到誤導之虞（請注意此用語亦有其局限性）、預防廣告主之競爭對手因為此種廣告而受到不公平競爭，以及維持一般大眾享有不受扭曲之效能競爭之公共利益，而所做的一種努力。

其次，立法者的有限性更經常是法律的致命傷。我國立法者在政黨對立、政治權利與經濟利益交換與掛鉤的生態下，經常折屈法律之生命及法理，甚至不乏是在連自己都不知道他要的是什麼的情況下完成立法（此亦為成文法制度之危機所在），公平法第二十一條第四項要求廣告代理業及媒體業在可得而知之情況下即須連帶負損害賠償責任之「超德趕美」的立法，在八天之內從無到有，即是最好的例子。如

果我們仍然盲目的信奉「立法優越」，而放棄思考、論理以及面對我們身處時代的問題，則法律人只會被一再指責為「惡法亦法」的法律幫凶。所以法律人在解釋適用法律時責無旁貸地應匡正立法的疏失，此亦為「司法審查」的真諦之一。然而此舉是否會導致「司法獨裁」？如果要求執行法律與解釋法律之人詳細說理，應該即可避免之。

最後，如果法律科學能超越「見樹不見林，只知法條不知社會」的障礙，那麼也許我們應該承認，商品及服務之標示與廣告數十年來在我國並未得到妥善的規範，良好的管制與倫理規則迄未建立，消費者一再受到欺罔但卻無法獲得有效的救濟。如果我們能夠不再把「有法律卻無規範」的責任推給不肖業者或無助的消費者的話，那麼公平會應該考慮嚴格解釋、適用公平法第四十六條之規定，不輕易將公平法之規範與公平會之介入全盤排除，坐令公平法第二十一條立法目的永遠遙不可及。



## 參考書目

- 劉孔中（1994），「公平交易法第二十四條之研究」，公平交易季刊，2:3，第1-30頁。
- 黃茂榮（1993），公平交易法理論與實務。
- 周德旺（1992），透視公平交易法。
- 賴源河（1994），公平交易法新論。
- 中華民國廣告年鑑編纂委員會，中華民國廣告年鑑 1996~1997。
- 劉孔中（1997），商標法上混淆之虞之研究。
- 羅明宏（1994），「論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察」，公平交易季刊，2:2，第41-67頁。
- 周德旺（1993），「廣告管制與公平交易法」，律師通訊，第167期，第54-72頁。
- 曾世雄（1991），「違反公平交易法之損害賠償」，政大法學評論，第44期，第351-360頁。
- 王海南（1995），「略論德國不正競爭防止法上之契約解除權」，政大法學論評，第53期，第337-351頁。
- 范建得、莊春發（1994），不實廣告。
- 朱鈺洋（1993），虛偽不實廣告與公平交易法。
- 吳庚（1998），行政法之理論與實用，增訂4版。
- 陳新民（1997），行政法學總論，修訂6版。
- 廖義男（1996），「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，第199期，第16-36頁。
- Wolfgang Hefermehl/Adolf Baumbach, Wettbewerbsrecht : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 19. Aufl. 1996.
- Emmerich Volker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl. 1995.
- Rainer Jacobs/Walter F. Lindacher/Otto Teplitzky, UWG : Großkommentar, 1992.

- Helmut Köhler/Henning Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb :  
mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Preisangabenverordnung, 1995.
- Kung-Chung Liu, Unfair Competition Law in Taiwan, *International Review  
of Industrial Property and Copyright Law*, Vol. 30 No. 4/1999, 377-402.
- Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991.
- Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 1991.
- US FTC, *Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in  
Advertising*, 1998.
- Schricker (Hrsg.), *Recht der Werbung in Europa*, 1995.
- Seemann, Prominenz als Rechtsgut, *UFITA*, Bd. 131 (1996), SS. 5-48.
- McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed. 1998.
- A. Hatje, *Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit*, 1993.

## **On Deceptive, False and Misleading Advertising and Labelling**

**Liu, Kung-Chung**

*Associate Research Fellow, ISSP, Academia Sinica; Part-Time Associate Professor, Graduate Institute of Industrial Economics National Central University*

This paper comes with the following conclusions:

The terms "false" and "misleading" used in Art. 21 of the Fair Trade Law should be equivalent to and interchangeable with the term "deception" used in Art. 24 of the Fair Trade Law. It is needless to distinguish between " false " and " misleading ".

What is to be prevented by using those terms is the disappointment of one's subjective expectation with objective reality.

Advertising using endorsement and testimonials and appealing to exact experience instead of emotion must be truthful.

In the case of litigations, the truthfulness of an ad which can be verified must be proven by the person who made this ad. However, the likelihood of misleading a substantial number of people, is to be proven by the Fair Trade Commission.

The so-called correction ad helps the misled to correct his misconception and decision-making, and even to modify his contractual relationship with the person who made this ad, is therefore more meaningful in preventing misleading advertising and should be demanded by the Fair Trade Commission more often when deception is determined.

