

《公平交易季刊》
第十卷第三期(91/07)，頁 117-144
◎行政院公平交易委員會

藥品之不實廣告

黃茂榮*

壹、藥品廣告的概念

所謂藥品廣告，指關於藥品之廣告。其中藥品，參酌藥事法（89.05.26.修正）第六條，可將之定義為：為供診斷、治療、減輕或預防人類疾病，或為改變人類身體形貌（例如身高、體重或形狀）之目的，而生產、製造或配製可經由內服、外敷、注射或吸入，以影響人類身體結構及生理機能之物品¹。至於藥品廣告，藥事法第二

*國立台灣大學法律學院教授、德國杜賓根大學法學博士、教育部國家講座

1 藥事法第六條「本法所稱藥品，係指左列各款之一之原料藥及製劑：一、載於中華藥典或經中央衛生主管機關認定之其他各國藥典、公定之國家處方集，或各該補充典籍之藥品。二、未載於前款，但使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病之藥品。三、其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。四、用以配製前三款所列之藥品。」這是關於人用藥品之規定。此外，尚有供動物用之藥品、農業用及環境用之藥品。對於這些藥品亦分別定有專法加以規範。在各該法律中，就藥品亦有加以定義。其中動物用藥品之使用目的類似於人用者，在於經由預防、診斷、治療動物疾病以維護相關動物之健康。至於農藥及環境用藥則兼有除害的任務。例如動物用藥品管理法第三條「本法所稱動物用藥品，係指左列各款之一之原料藥、製劑及成藥：一、專供預防、診斷、治療動物疾病之血清、預防劑、診斷劑及其他具有生物藥品效能之藥品。二、專供預防、治療動物疾病之抗生素。三、前二款以外，專供預防、治療動物疾病，促進或調節其生理機能之藥品。」農藥管理法第四條「本法所稱成品農藥，係指左列各款之藥品或生物製劑：一、用於防除農林作物或其產物之病蟲鼠害、雜草者。二、用於調節農林作物生長或影響其生理作用者。三、用於調節有益昆蟲生長者。四、其他經主管機關核定，列為保護農林作物之用者（第一項）。農藥原體，可直接供前項使用，經主管機關核定公告者，視為成品農藥（第二項）。」環境用藥管理法第三條第一項第一款「一、環境用藥：指下列環境衛生、污染防治用藥品或微生物製劑，依其使用濃度及使用方式分為環境用藥原體、一般環境用藥、特殊環境用藥：（一）環境衛生用殺蟲劑、殺28劑、殺鼠劑、殺菌劑及其他防制有害環境衛生生物之藥品。（二）防治空氣污染、水污染、土壤污染或處理廢棄物之化學合成藥品。（三）利用天然或人工改造之微生物個體或其新陳代謝產物所製成，用以防治空氣污染、水污染、土壤污染、處理廢棄物或防制環境衛生病媒之微生物製劑。（四）其他經中央主管機關公告指定者。」

十四條將之與醫療器材並稱為藥物後定義為：本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。解析之，藥品廣告含四要素：就藥品、以達招徠銷售為目的、利用傳播方法及宣傳醫療效能。其中廣告之特徵表現在傳播方法上，亦即傳播之媒體上。基於媒體上的要素要求，使廣告與附隨於藥品之標示有區別²。

貳、不正廣告

事業為促銷其藥品而從事廣告時，正像其他商品或服務之廣告一樣，不但容易發生因私害公的情事，而且一旦有此情事發生，藥品廣告可能危害更烈。是故，關於藥品廣告之管理，其特別法除禁止不實廣告外，為防範於未然，就廣告主之資格有限制，非藥商不得為藥物廣告（藥事法第六十五條）。就非藥品，例如食品禁止從事宣稱其有療效之廣告³。就廣告之內容及其播出規定應經事前審查（藥事法第六十六條）⁴。「須由醫師處方或經中央衛生主管機關公告指定之藥物，其廣告以登載

² 因在商品之促銷。其標示與廣告的作用類似，所以藥事法第六十九條規定「非本法所稱之藥物，不得為醫療效能之標示或宣傳。」關於藥品，因其標示至關使用安全，所以對其應標示之內容法律常有明文規定。例如農藥管理法第八條規定「本法所稱標示，係指標籤及仿單。」第十五條第一項規定「.....農藥標示應記載事項，由中央主管機關定之。」第二十四條規定「農藥販賣業者，不得販賣未黏貼或未加印標示之農藥。」環境用藥管理法第二十五條規定「環境用藥之標示，其使用或變更，應先經中央主管機關核准（第一項）。前項標示，應於包裝、容器上之明顯處以中文為之，並包括廠商名稱、地址、許可證字號、品名、成分、製造日期、批號、有效期限、警語、使用方式與急救及解毒方法（第二項）。」由以上規定可見，現行法關於類似事項的規範，在體系上顯然沒有經過協調，而錯失互相參考優點的機會。

³ 行政法院 71.9.21.七十一年度判字第一一五七號判決「按對於食品、食品添加物，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。違反前開規定者，處負責人三千元以上，一萬元以下罰鍰；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，為食品衛生管理法第十七條及第二十七條第三款所明定。而有醫療效果之廣告僅藥品始得為之，食品縱具有療效，依法仍不得為使人易誤認有醫藥效能之廣告標示，固不待言。」相同意旨，另請參見行政法院七十三年判字第一一五七號、七十七年判字第四七四號、七十八年度判字第一九四八號、八十八年度判字第一七一號、八十八年度判字第四二〇七號判決。此為衛生署及行政法院之一貫見解。其理由為「食品縱有某種療效，但其究非藥品，自不得為醫療效果之廣告。否則，食品與藥品，無法明確劃分，極易使人發生誤解」（行政法院 73.9.27.七十三年判字第一二〇七號判決）。因此，「某種食品縱有文獻記載藥效功能，亦不得為涉及醫療效能之宣傳或廣告」（行政法院 73.10.4.七十三年判字第一二二九號判決）。同理，亦禁止就非醫療器材為醫療效能之標示或宣傳。例如禁止宣稱銷售之內衣有使「胸部變得又豐滿又有彈性、使乳暈永保紅潤色澤」之作用。蓋這些作用屬於醫療效能（行政法院八十九年度判字第四四一號判決）。

⁴ 由之延伸，廣告內容亦不得與事前送審者不符（行政法院八十八年度判字第一四號判決）。關於藥品廣告之事前審查是否違反憲法所保障之言論自由，司法院 85.11.08.大法官會議釋字第四一四

於學術性醫療刊物為限」(藥事法第六十七條)。此外,「藥物廣告不得以左列方式為之:一、假借他人名義為宣傳者。二、利用書刊資料保證其效能或性能。三、藉採訪或報導為宣傳⁵。四、以其他不正當方式為宣傳」(藥事法第六十八條)⁶。其中第一款至第三款之特徵與推薦或見證廣告相近。

違反關於藥品廣告上述之禁止規定者,並定有罰則:「違反第七章規定之藥物廣告,除依本(第九)章規定處罰外,情節重大者,並得撤銷該藥物許可證;其原品名二年內亦不得申請使用(第一項)。前項經撤銷藥物許可證之違規藥物廣告,仍應由原核准之衛生主管機關責令該業者限期在原傳播媒體同一時段或相同篇幅刊

號解釋採否定的見解:「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動,涉及財產權之保障,並具商業上意見表達之性質,惟因與國民健康有重大關係,基於公共利益之維護,應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定:藥商刊播藥物廣告時,應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞,申請省(市)衛生主管機關核准,旨在確保藥物廣告之真實,維護國民健康,為增進公共利益所必要,與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」其理由為:「藥物廣告係利用傳播方法,宣傳醫療效能,以達招徠銷售為目的,乃為獲得財產而從事之經濟活動,並具商業上意見表達之性質,應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由,在於保障意見之自由流通,使人民有取得充分資訊及自我實現之機會,包括政治、學術、宗教及商業言論等,並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論,尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論,因與國民健康有重大關係,基於公共利益之維護,自應受較嚴格之規範。」此為私人之基本權利與公共利益之衝突與協調的問題。惟即便藥品廣告應受監督,以防止其有不正當之內容出現,貽害國民健康,但是否必須以事前審查的方式,以及其審查之實際作業情形仍非無檢討餘地。關於商業廣告是否應受事前審查,該號解釋的不同意見書有深入的討論。

⁵ 藥事法第七十條「採訪、報導或宣傳,其內容暗示或影射醫療效能者,視為藥物廣告。」

⁶ 對於人用者以外之其他藥品,各該特別法亦有類似之規定。例如在動物用藥品方面,關於不實廣告及其處罰,動物用藥品管理法第三十九條規定「動物用藥品製造業或販賣業者,對其生產或販賣藥品之成分或效能,超越登記內容範圍,作虛偽誇張之廣告或宣播者,處二千元以上一萬元以下罰鍰。」在農藥方面,關於不實廣告之禁止及廣告之事前審查,農藥管理法第二十九條規定「農藥製造業或販賣業者,對其生產或販賣之農藥,不得超越登記內容範圍,從事虛偽誇張或不正當之宣傳或廣告(第一項)。農藥製造業或販賣業者,登載或宣播廣告時,應於事前將所有文字、畫面或言詞,申請省(市)主管機關核准,並向傳播機構繳驗核准之證明文件(第二項)。」第二十九條之一規定「非本法所稱之農藥,不得為具有農藥藥效之標示、宣傳或廣告。」第五十三條規定「依本法查獲之偽農藥及製造、加工、分裝之器械、原料,依刑法第三十八條之規定沒收之。依本法查獲之劣農藥,沒入之(第一項)。違反第二十九條之一之規定者,其標示、宣傳或廣告具有農藥藥效之物品,沒入之(第二項)。依第一項沒收之偽農藥、器械、原料,依第二項沒入之劣農藥及依第三項沒入之物品;其處理辦法,由中央主管機關會同法務部定之(第三項)。」在環境用藥方面,關於廣告主之主體資格之限制,環境用藥管理法第三十條規定「非持有環境用藥許可證、環境用藥販賣業或病媒防治業許可執照者,不得為環境用藥廣告。」關於不實廣告之禁止及廣告內容之事前審查,同法第三十一條規定「環境用藥製造業、環境用藥販賣業或病媒防治業者,不得超越登記內容,登載或宣播虛偽誇張或不當之廣告(第一項)。環境用藥製造業、環境用藥販賣業或病媒防治業者,登載或宣播廣告時,應於事前將所有文字、畫面或言詞,申請中央主管機關核准,並向傳播機構繳驗核准之證明文件(第二項)。」

播，聲明致歉。逾期末刊播者，翌日起停止該業者之全部藥物廣告，並不再受理其廣告之申請（第二項）」（藥事法第九十六條）。藥事法第九章規定之其他處罰內容為：「違反.....第六十五條（非藥商而為藥物廣告）、第六十九條（非藥物而為醫療效能之標示或宣傳）規定之一.....者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰（第一項）。違反第六十九條規定者，其標示醫療效能之物品沒入銷燬之（第三項）」（第九十一條第一項）。「違反.....第六十六條第一項（廣告人託播或刊登未經事前核准之廣告）、第六十七條（在不得刊登廣告之媒體刊登廣告）、第六十八條（違反廣告方式之禁止規定）.....規定之一者.....，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰」（第九十二條第一項）。「傳播業者違反第六十六條第二項（媒體託播或刊登未經事前核准之廣告）規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰；其經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰，至其停止刊播為止」（第九十五條）⁷。

關於公平交易法所禁止之廣告雖然習稱為不實廣告，但違規廣告之內容事實上不一定皆涉及不實，因此，其規範基礎也不一定皆為公平交易法第二十一條。是故，有必要在不實廣告之上，形成一個上位概念以概括之。鑑於這些廣告與不實廣告同具不正當性，所以當可概稱為「不正廣告」。在各種不正廣告中，危害最大者為不實廣告、最足以欺人者為推薦、見證廣告。

⁷「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件（第一項）。傳播業者不得刊播未經中央或直轄市衛生主管機關核准之藥物廣告（第二項）」（藥事法第六十六條）。配合該事前審查制，廣播電視法第三十四條並規定「廣告內容涉及藥品.....者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」違反第三十四條規定者，電視事業處五千元以上，二十萬元以下罰鍰；廣播事業處三千元以上，三萬元以下罰鍰。廣播電視事業因播送節目或廣告受前項規定處分者，並得停止該一節目或廣告之播送（廣播電視法第四十三條）。廣播電視法第四十三條對於傳播業者所定之處罰與藥事法第九十五條所定者互有輕重。就有線電視業者播送廣告前，對其播出之廣告是否應負審查監督之責，最高行政法院九十年度判字第六六九號判決採肯定的見解：「行為時有線電視法對於有線電視業者播送之廣告，規定無庸事前送審，係課以有線電視業者對其播出之廣告應負審查監督之責，有線電視業者對其所播送內容及名稱涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務之廣告，不僅應注意是否檢附衛生主管機關核准之證明文件，並應審查廣告內容是否與衛生主管機關核准之廣告內容相符，原告疏於注意任令系爭違法廣告於其系統頻道播送，違反禁止規定，自難以無法審查監督作為免罰之理由，原告所稱授權富曜製作有限公司經營購物頻道，其對託播廣告內容無權決定，不應受罰之詞尚不足採。...（蓋該授權僅是）原告與託播業者間之合約，屬個人間之商業行為，尚不得據此規避法律上應負之責任。」

一、不實廣告

廣告之目的在於凸顯自己商品或服務的優點，以促進其銷售。在廣告中，廣告主固然免不了要稱讚自己的商品或服務，此為效能競爭所必須，但其稱讚仍不得背離真實（真實原則：der Wahrheitsgrundsatz）⁸。如果背離真實或引人錯誤，該廣告即屬不實廣告，為公平交易法第二十一條所禁止。不過，廣告主在廣告中並無彰顯自己商品或服務之缺點的義務。所以廣告中之表示原則上是主觀的，交易上並不能期待其中立、超然⁹。

公平交易法第二十一條明文所定之不實廣告的內容限於與廣告主及其商品、服務有關之事項，不包括與其競爭者有關之事項。在廣告中提及與其競爭者有關之事項時，如有損於競爭者之商譽依同法第二十二條之規定處罰，如無損於競爭者之商譽，但有攀附的情事，則應視具體情形論其是否違反同法第二十四條。

二、推薦、見證廣告

推薦、見證廣告可能指廣告主引用他人基於其經驗，為自己之商品或服務為推薦或見證，亦可能指自己為他人之商品或服務為推薦或見證。

在第一種情形，廣告主引用專家之鑑定報告、報刊之報導或其他第三人之意見支持自己在廣告中關於自己商品之訴求。在這種情形廣告主實際上等於將他人之意見當成自己之意見表示出來，所以，廣告主應對於其引述之他人意見的真實性負責，而不得以其僅是一種引述避免責任。是故，只要其引述之他人意見會誤導，其廣告即違背公平交易法第二十一條（在德國為違反不正競爭行為法第三條）。至於其引述之他人意見是否正確的判斷，以相關大眾對於該表示之理解為標準。為穩當計，廣告主應事先妥為審查。如要引用市場調查意見作為廣告之佐證，廣告主與市場調查機構間關於該調查不得有財務上之關聯（禁止利益衝突原則）。引用商品品質之市場調查報告作為廣告內容時，其調查時點與廣告時點間不得有過長之間隔。顧客使用後之見證意見或感謝信函的引用，亦同。在見證意見或感謝信函之引用，廣告

⁸ 關於真實原則請參考黃立，「消保法有關廣告之規定在實務上之適用與評析」，見於民國 88 年 1 月 9 日，在國立臺灣大學法學院國際會議廳發表之講稿，5-3。

⁹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rdn329.

主除同樣必須為其內容之真正負責外，廣告主將其意見或信函用來廣告，不但必須得到該顧客的同意，而且為該意見或信函的引用，廣告主與該顧客間不得有代價的授受。在廣告中雖不用將該顧客的姓名、地址刊出，但是如有查詢，廣告主還是有義務，對其告知該顧客之真實姓名與地址。無名氏之見證，不得作為見證廣告的基礎¹⁰。未依品質標章之權利人的規定接受其品管上的監督、檢查，而擅用其品質標章廣告之，亦類似於未經同意，主張經該權利人推薦其商品或服務之品質。另有一些產業或依法律，或依其自律公約不得刊登顧客之感謝信函，在該等產業如有利用顧客之感謝信函刊登見證廣告，亦構成不正競爭之行為¹¹。

在第二種情形，由於消費者通常期待廣告主為自己之商品或服務為廣告，因此，廣告主如係為他人之商品或服務而為廣告，為避免引起誤導，廣告主應將該廣告之目的係在於推薦他人之商品或服務，明白表示出來。否則，即構成誤導之廣告。以銷售商在其櫥窗標價陳列商品¹²為例，在這種廣告的場合，消費者固不能期待銷售商會以客觀、中立的立場介紹所廣告之商品，但其廣告無論如何必須站在自己，而非製造者或他事業之立場為之，以提供消費者，經由廣告認識其所廣告之商品的機會。是故，在櫥窗廣告，銷售商不得僅著眼於價差或銷售利潤，還必須注意到在櫥窗標價陳列商品，具有依其專業知識，對於消費者推薦商品的機能：這樣的品質與價格關係，對於消費者是有利的。基於該認識，一個銷售商在其櫥窗中做廣告時，如非為自己之商品廣告，不但必須將之明白表示出來，否則，其廣告即會被認定為有誤導。這在德國實務上

認為係違反德國不正競爭行為法第一條及第三條（相當於公平交易法第二十四條）；而且銷售商如將自己之櫥窗出租給供應商標價陳列商品做廣告，為維持銷售商不為廣告收益而扭曲其對於該商品的立場，就出租櫥窗之租金不得約定為按該商

¹⁰ Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), §3 Rdn83ff..

¹¹ Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), 1990, UWG §3 Rdn86.

¹² 「在櫥窗標價商品陳列尚非為締結該商品之現金買賣契約的要約，原則上僅是要約誘引。這亦適用於自助商店之商品的陳列及型錄廣告」（Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), UWG §1 Rdn13.）。在我國廣告雖非要約，但「貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約」（民法第一百五十四條第二項）。惟在我國應注意消費者保護法第二十二條規定「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」。依該規定企業經營者如與消費者締結與該廣告所促銷之商品有關之契約，該廣告之內容具有與「團體協約」之於勞動契約類似之意義。其有利於消費者之部分，效力與契約一般約款相似。在德國，構成契約內容之廣告因此有德國一般約款法的適用，其內容應受該法第九條至第十一條之管制（Wolfgang B. Schuenemann, Defiziare Garantien, NJW 1988, 1945）。

品在該商店之銷售額的一定比例計算之。蓋此種「租金」的計算方式會誘使銷售商對於消費者提供不實之推薦意見，妨礙效能競爭¹³。這便是使消費者誤以為銷售商是為自己之商品或服務廣告的問題。基於同樣的理由，在德國實務上也認為商人不得為將他事業之商品收錄於商品型錄中，而向該事業收取報償。蓋該收錄具有不公正之推薦廣告的作用¹⁴。

與推薦、見證廣告類似而不同者為「利用名人之廣告」（die Werbung mit Prominenten）。在此種廣告，名人之推薦作用主要置於：該名人也使用之形象，而非置於其對於系爭商品之專業知識。此種廣告在不正競爭法上之主要疑慮為：名人廣告的作用如不僅是在於利用名人，以引起對於該商品的注意，而可能進一步使消費者因此從事認同式或跟隨式之不理性的購買決定時，則該廣告有礙效能競爭，應考慮予以禁止¹⁵。

參、保護之利益

公平交易法保護之利益固包括交易相對人之交易利益、競爭者之競爭利益以及公共利益¹⁶。但該法每一個規定並不是皆以該三個利益為其保護對象。自該法第四十一條的規定觀之，固可認為每一個規定皆與市場競爭機能之維護的公共利益有關，但交易（消費）利益與競爭利益並不一定皆受每一個規定之保護。有些規定只保護競爭者之競爭利益，例如同法第二十二條；有些則還兼顧交易相對人之交易（消費）利益，例如同法第二十一條、同法第二十四條。由於各規定皆與公共利益的維護有關，因此，任何違反公平交易法的案件，每一個人皆得向公平交易委員會檢舉，公

¹³ 與之類似者為將燈箱、貨架出租於供應商，或供應商對於經銷商之業務員支付額外之促銷獎金。在這些情形，都會引起銷售商或業務員對於消費者之角色的衝突（Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), §1 Rdn897f.,900）。

¹⁴ Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), §1 Rdn19.

¹⁵ Dr. Frauke Henning Bodewig, "Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung mit Prominenten", Betriebs-Berater, 1983, 605ff. 這種廣告方式正方興未艾，是否適當容許各行各業之名人跨業從事廣告工作，以獲得收入，涉及名人是否得非基於專業知識，而為獲取收入，利用其與商品無關之聲望，推薦他人之商品。值得探討。

¹⁶ 行政院公平交易委員會 85.4.15.公訴決字第○四一號訴願決定書「查公平交易法第一條明文揭示立法目的在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭並促進經濟之安定與繁榮，故所保護之法益包括同業競爭者及交易相對人之利益；而公平交易委員會對於違反公平交易法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。」（行政院公平交易委員會公報 1995 年第四卷第十二期,14、1996 年第五卷第四期,130）。

平交易委員會也皆得依職權辦理，但所涉案件如與檢舉人自己之利益無關，則其對於公平交易委員會之處分或不處分的決定，便不得提起訴願。

公平交易法所保護之利益，包括交易相對人之交易（消費）利益與競爭利益¹⁷，此與事業結合之管制規定單純以公共利益為保護客體者不同。該區別對於公平交易法與其他法律之競合的解決方法有重要的意義。在不以交易（消費）利益與競爭利益為保護對象的情形，其競合之處理的行政協調可置重於各該行政機關之任務的需要；反之，在其兼以交易（消費）利益與競爭利益為保護對象的情形，其行政協調必須兼顧私權保護的保障。亦即在這種情形既然開啟了行政機關介入私權爭議之門，便必須讓受害人有機會利用該救濟管道，不適宜以另有司法途徑為理由，經由行政協調關閉其向公平交易委員會聲請救濟的途徑。此外，如受害人向公平交易委員會檢舉，亦應容許其對公平交易委員會就該檢舉所作之處分提起行政救濟¹⁸。這猶如

¹⁷ 與之相當的問題，在德國反不正競爭行為法第三條引起較多之爭議。該條規定保護之利益，除競爭者及大眾之利益外，是否包括消費者之利益，尚有爭議。其否定說之論點建立在該法為競爭法，以競爭秩序之維持，而不以消費者利益之保護為其規範目的。否定說影響所及，甚至認為：關於消費者利益，該法第三條亦非德國民法第八百二十三條第二項（相當於我國民法第一百八十四條第二項）所稱之保護規定。從而縱使有消費者因不實廣告而受有損害，消費者亦不得依德國民法第八百二十三條第二項連結反不正競爭行為法第三條請求賠償（例如 Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), Einl. UWG Rdn 342）。惟亦有採肯定說的看法，例如 Dr. Rolf Sack, Produzentenhaftung nach §823 Abs.2 BGB in Verbindung mit §3 UWG? Betriebs- Berater 1974, 1369ff.; ders., Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, NJW 1975, 1303ff.; Schrickler, Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung? GRuR 1975, 111/120.基於以上的緣故，在反不正競爭行為法之政策決定或適用上，應受保護之利益權衡的意義特別明顯（Hans-Guenther Borck, "Die Interessenabwägung bei Irreführender Werbung"）。

¹⁸ 就「對於檢舉人所發，檢舉無理由之認定的通知」，認為並非事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體，並准許檢舉人提起訴願者，例如行政院公平交易委員會 87.05.27. (87) 公訴決字第○七六號訴願決定書「按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當致損害其權利或利益者，得依法提起訴願，訴願法第一條定有明文。行政機關對人民請求之事項，雖未為具體准駁之表示，但由其敘述之事實及理由之說明內容，如已足認其有准駁之表示，而對人民發生法律上之效果者，自難謂非行政處分（行政法院七十七年判字第○五四號判決參照）。查公平交易法第一條明定立法目的在於維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭及促進經濟之安定與繁榮，因之公平交易法所保護之法益包括同業競爭者及交易相對人之利益。而公平交易委員會對於違反公平交易法規定，違反公共利益之情事者，得依檢舉或職權調查處理，亦為同法第二十六條所明定。本件訴願人主張關係人金龍保全股份有限公司以吸收溢繳服務費並免費延長服務之不當手段爭取客戶，涉嫌不當利誘，違反公平交易法事件，向本會提出檢舉，本會以 87 年 2 月 3 日 (87) 公壹字第八六一○三九一—○○七號函復關係人尚無違反公平交易法第十九條第三款之規定。此函影響訴願人得受公平交易法所保護之利益，參諸上揭法律規定及行政法院判決意旨，本會函復並非事實陳述或意思通知，應屬行政處分，得為訴願之客體」（行政院公平交易委員會公報，第七卷第五期，147）。行政院訴願委員會亦採此見解，例如行政院 87.03.11.臺八十七訴字第一○一八二號決

刑事案件之受害人提出告訴時，得對於檢察機關之不起訴處分「經原檢察官向直接上級法院首席檢察官或檢察長聲請再議」（刑事訴訟法第二百五十六條第一項）。關於檢舉人一律不得提起訴願的見解，自人民權利之保護的觀點論，似乎不宜¹⁹。至其不區分檢舉人的身分是否為受害人，一概以「將辦理結果通知檢舉人只是觀念通知，並非行政處分」為理由²⁰，認為檢舉人對於公平交易委員會之處理結果縱有意見亦不能提起訴願，亦有商榷餘地。蓋可能的處分內容之一，「限期命為停止、改正其行為或採取必要之更正措施」對於受害人不是了無切身之利益。其不處分較

定書「公平交易委員會.....簡便行政表...係就再訴願人之檢舉為事實之敘述及理由說明，難謂具行政處分性質，.....不得據以提起訴願。（然）原決定以再訴願人所檢舉事項不屬公平交易法規範之範疇，.....該會前開簡便行文表（即）係對再訴願人請求依公平交易法救濟之拒絕，對其程序上之利益難謂不發生影響，認屬行政處分，非無研耐之餘地。爰將原決定撤銷，由原決定機關另為適法之決定。」（行政院公平交易委員會公報 1998 年第七卷第三期，118）

¹⁹ 就因「當事人不適格」，而不受理之處分案件，公平交易委員會受理其訴願者，例如行政院公平交易委員會 82.10.16.公訴決定字第○三○號訴願決定書：「按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，固得依法提起訴願；惟所謂行政處分，係指中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行為，訴願法第一條及二條第一項定有明文。又訴願法第一條所謂「損害其權利或利益者」係指就原處分所生具體效果直接損害其自己之權利或利益而言（參見行政法院二十四年判字第六十六號判例，行政法院五十六年度判字第二一八判例）。（是故，不因「原處分所生具體效果直接損害其自己之權利或利益」者，當事人不適格。而）...訴願權之存在與否，應以當事人是否適格為要件，若訴願人就其訴願標的之法律關係無實施訴權者而提起訴願，當事人即非適格，其訴願權存在之要件即不能認為具備，對其訴願自無從受理（行政法院六十九年度判字第七七二號判決）」（行政院公平交易委員會公報 82 年第二卷第十期，46）。當事人不適格之訴願案件的受理理由，首先在於提供關於該案件是否有「當事人不適格」之情事的救濟機會。

²⁰ 行政院公平交易委員會 82.9.3.公訴決字第○二八號訴願決書「按訴願為人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，聲明不服而請求行政救濟之方法，故提起訴願，必以有行政處分之存在為前提，所謂行政處分，謂中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為，分別為訴願法第一條及第二條第一項所明定。卷查本件訴願人據以提起訴願之本會（82）公參字六九三號函主旨略謂：「有關訴願人檢舉被檢舉人涉嫌仿冒商標乙案，謹依本會內部業務協商結論，移請主政」各等語，核其內容，係本會與經濟部間內部所為職務上之表示。雖以副本函知訴願人，該通知亦僅就該檢舉仿冒商標案移請該部處理事實告知訴願人，其性質係屬事實通知，並未就其請求有所准駁表示，於其權利或利益亦無損害，法律上不生任何具體之效果，消極或積極行政處分並不存在，與訴願人所舉行政法院五十五年判字第二二三號及五十四年判字第四四號判例中具有法律效果之拒絕人民請求致其權利有所損害者不同，自不能指該項通知為對訴願人之行政處分，遽以提起訴願（行政法院五十三年度判字第一一九號判例、六十二年裁字第四十一號判例參照）」（行政院公平交易委員會公報合訂本 1993 年，493）。就檢舉事項對於檢舉人副知行政院公平交易委員會與他機關業務協商結論為「移請主政」，固非行政處分，而是事實通知或觀念通知，但還是必須從行政委託立論方始站得住腳。蓋非如是，無以說明為何行政院公平交易委員會就檢舉事項，不為受理時還不構成消極行政處分。在利用行政委託處理公平交易法與其他法律之競合尚無法律依據，而必須藉助於行政協調時，除非有「一事不再理」或「一事不二罰」的情事，否則，最後還是必須對於系爭案件為實體審查。

之刑事案件之不起訴處分對於受害人當更具利害關係。

肆、公平交易法與相關法令關於不實廣告之競合

關於不實廣告，公平交易法交易法所定之民事責任為：

1. 關於除去、防止侵害請求權，同法第三十條規定「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」

2. 關於損害賠償責任，同法第三十一條規定「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」第三十二條規定「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍（第一項）。侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額（第二項）。」第三十三條規定「本章所定之請求權，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；自為行為時起，逾十年者亦同。」

所定之行政責任為：公平交易法第四十一條規定「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」該責任首先以「停止、改正其行為或採取必要更正措施」「停止或改正」，亦即不作為及（或）除去為其內容，該內容與同法第三十條所定之民事責任的內容大致相同。所不同者為：在行政責任，於廣告主「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施」時，公平交易委員會「得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」亦即得課以行政秩序罰，以間接強制其遵守該「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」之行政處分。由於對於不實廣告之行為，其他行政法規亦可能有禁止及處罰之規定，因此，會發生對於同一法律事實，有兩個以上之法律規定加以規範之競合的情形。於是引起規範競合、一事不二罰、行政職務之分工或行政協調之需要的問題。

一、規範競合

規範競合是一種法律的規範狀態，指對於一個法律事實有兩個以上之法律規定對之加以規範的狀態。當有這種狀態發生，其處理順序為：首先探討該等規定間在適用上有無排斥性，亦即其競合是否為「排斥性競合」。如其為排斥性競合，則受排斥之規定無適用性；如其中有「非排斥性競合」之法律規定，則在適用上應進一步視具體情形，就這些無排斥關係之規定之要件、效力再予調協，以消除其間可能存在的衝突。

因公平交易法的規定所保護之利益，除公共利益外還包括競爭利益與交易（消費）利益，所以違反公平交易法的案件莫不涉及私權爭議，而在權力區分的憲政體制底下，私權爭議之公力救濟的途徑首推司法途徑，亦即由司法機關以裁判的方式解決之。其他機關，特別是行政機關的介入不但應屬於例外的手段，而且不宜因行政機關之介入而阻斷其司法解決的途徑。在此認識下關於私權爭議，倘行政機關中有具有「準司法地位」者，其參與解決的機會自當特別予以保留。然觀諸消費者保護法、醫師法、醫療法、藥事法、化粧品衛生管理條例、食品衛生管理法、環境用藥管理法、農藥管理法、飼料管理法、動物用藥品管理法、就業服務法、獸醫師法、專利法、商標法等法律中關於不實廣告之規定，除消費者保護法外，並不直接賦予行政機關以職權，可以接受被害人之檢舉或申訴，而只是規定其主管機關得依所職掌之規定對於違規者課以行政處分，因此關於該等法律之執行，其主管機關並不具有「準司法地位」。是故，在公平交易法與前述法律競合時，公平交易委員會雖不一定必須是首先介入的機關，但其介入之機會應予保留，以避免剝奪受害人向公平交易委員會聲請公力救濟，保護其私權的機會。

當交易相對人不是事業，而只是一般消費者，此種案件應依公平交易法或消費者保護法處理，在實務上與學說上向有爭議。從公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定」出發，自同法第二十一條第二項至第四項規定「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入（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，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（第四項）」觀之，在不實廣告構成不公平競爭的情形，消費者當亦得依公平交易法第二十一條第四項請求賠償。在此情形下，公平交易法與消費者保護法可能發生競合。然公平交易委員會在不實廣告的情形是否一概皆應介入，以行政手段化解民事爭議，或嚇阻其再犯？還待視具體情形而定。鑑於不正競爭行為與消費者利益之保護息息相關，不適當認為在這種情形，公平交易法與消費者保護法之競合造成排斥適用的結果。所以，即便認為公平交易委員會不適當介入因不實廣告所引起之零星的私權爭議，只要系爭公平交易法之規定所保護之利益及於消費利益，消費者還是得引用公平交易法之規定請求損害賠償。

至於公平交易委員會是否適當介入因不實廣告所引起之零星的私權爭議，一直是實務與學說亟待澄清的問題。採否定說的見解以權力劃分、行政資源有限及零星的私權爭議無礙於市場競爭機能之維持為其立論依據。採肯定說的見解以廣告既然公然對於大眾為之，自有其超過個案範圍，破壞市場競爭秩序的能力，因此只要事業係為競爭目的而為之²¹，即應引用競爭法有關規定加以規制，否則，事業可能因迫不得已，競相模仿不正的競爭方法，以致劣幣驅逐良幣。是故，至少只要一定之不正競爭行為經常發生，難以戒絕，公平交易委員會即應採取適當之行政措施。

本於該認識，在與公平交易法之競合有關的行政協調中，公平交易委員會向來所採「先目的事業主管機關後公平交易委員會，但保留介入權」的立場與做法基本上堪稱允當。

二、一事不二罰

依「先目的事業主管機關後公平交易委員會，但保留介入權」的協調結果，雖然可以安排目的事業主管機關與公平交易委員會對於同一事件之介入順序，但不能避免一事二罰的問題。

²¹ 「為競爭之目的」為德國反不正競爭行為法之規定在適用的要件之一。該要件相當程度限制了該法對於不正競爭行為的適用。請參考Dr. Hens Harmsen, "Probleme der Aenderung des §3 UWG", Betriebs-Berater, 1969, 426ff. (429) ; Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), Einl. UWG Rdn214ff.

一事不二罰，指對於同一法律事實同時或先後由同一或由不同一機關處以兩個以上之行政秩序罰，或並處以刑罰而言。至於在此之外並課以民事責任則與一事二罰無關。

在不法加害他人權利的情形，與之有關之民事責任的規定，其適用原則上無排斥關係，蓋保護規定間原則上是不排斥的，而只是分別基於不同之考量提供保護。惟這並無礙於從請求權規範競合說的觀點，調整互相競合之規定間的構成要件及法律效力。反之，在行政責任與刑事責任間則視情形而有排斥的情形。法律事實同一，而處罰在內容上有替代性時，原則上不得依不同規定併罰，例如有期徒刑、罰金與罰鍰間；處罰在內容上無替代性時，得併罰，例如前述處罰與「命令解散、停止營業或勒令歇業」等間²²。至於公平交易法第四十一條所定之行政處分：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」其內容屬於限期命令停止繼續從事違法行為（不實廣告）者，縱使再三命令限期「停止」從事違法行為，並課以罰鍰，亦只是對於相同，但非同一之反覆的違法行為重申限期停止的命令而已。因其違法行為各別，自無所謂重複處罰。反之，其內容屬於命經由改正其行為或採取必要更正措施的方法，以除去違法行為所造成之違法狀態者，學說傾向於認為應循行政強制執行之方式為之²³。

²² 司法院 81.8.司法業務研究會第二十期之三十二「依社會秩序維護法第三十八條規定，違反社會秩序維護法之行為，涉嫌違反刑事法律者，應移送檢察官依刑事法律規定辦理，避免「一事兩罰」，除有刑事法律之處罰不能達到社會秩序維護法相同或可代替之功能，如勒令歇業、停止營業或沒入等情形，可依社會秩序維護法第三十八條但書規定處理外，不得再移送簡易庭裁處。」（刑事法律專題研究（五）,104,〔座談機關〕司法院司法業務研究會第二十期）。

²³ 按違法行為之處罰，不論是課以刑罰或行政秩序罰皆以法律有明文規定者為限，無法律之明文依據而為處罰違反罪刑法定主義或依法行政原則。在刑罰或行政秩序罰之科罰，為認定有無一行為為二罰的情事，行為之數的計算成為一件重要的問題。例如在數家報紙，或在同一家報紙數天登載同一內容之不實廣告，論為數行為。至於是否從連續犯的觀點將之論為裁判上或裁罰上之一罪或一違章行為，屬於刑事或裁罰政策的問題。在網際網路自己之網站上貼出不實廣告後，廣告主只要不將之清除，該不實廣告即無時無刻不被動的，在有人上其網站時發送相同的信息（這與工廠不斷違規排放廢水相當）。類似者為在傳統的公告欄上張貼不實的廣告海報所造成之眾人可以閱覽的狀態。這些到底與妨害自由，或與無權占有有所造成之情事類似？這是不法行為之持續或不法狀態之繼續的區別問題。其區別點主要置於：因其繼續，法益所受之侵害是否不斷擴大。不斷擴大者，論其加害行為在繼續中（典型者為妨害自由：最高法院 87.01.22.八十七年度臺上字第二五一號刑事判

值得注意者是：不同機關先後或同時對於同一違法行為下達「停止、改正其行為或採取必要更正措施」，而其所下停止、改正其行為或採取必要更正措施期間不一時，應以何為準？一個機關得否以該事業未遵守他機關所下之停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令為理由，依自己職掌之法律課以行政秩序罰？第一個問

決)；否則，則只是不法行為造成之狀態在繼續中(典型者為竊盜、侵占：最高法院二十八年上字第二六三四號判例)。當行政法上之違法行為在持續中或違法行為造成之狀態在繼續中，為阻止其持續違法或除去違法狀態，有必要限期命違規行為人停止或改正其違法行為，或命其採取一定之措施以除去因其違法行為所造成之違法狀態。當行政機關做出這種命違規行為人為一定行為或不行為之行政處分時，引起該行政處分之執行的問題。該執行應遵守的原則為：先間接強制後直接強制(行政執行法第三十二條)；先代履行後怠金(同法第三十條)。依上述規定，在行為能由他人代為履行時，應以代履行的方法執行之，不得逕行訴諸於怠金之課予。因怠金為執行罰，與罰鍰之為秩序罰不同，依同法第三十一條，經依前條規定處以怠金，而仍不履行其義務者，執行機關雖得連續處以怠金，惟在反復處以怠金前，仍應依第二十七條之規定以書面限期履行。但法律另有特別規定者，不在此限。學說上認為，現行法中關於「按日連續處罰」的規定即屬於第三十一條第二項但書所稱之特別規定。關於按日連續處罰的前提，最高行政法院九十年度判字第二四四八號有下述重要之新見解：「按行政機關對於按日連續處罰之數個(每日)違法事實，除法律明定視為有違法事實存在者外，均應依職權調查證據，並憑證據逐一認定，不能僅憑其中一次(日)之違法事實，作為處罰其他數個(數日)違法事實之基礎。……受處分人如未於水污染防治法第三十八條所為通知改善之期限屆滿前，檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件，向主管機關報請查驗者，依同法第五十四條規定，視為未完成改善，主管機關固得據以按日連續處罰。至於處分人於改善期限屆滿前，已檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件，向主管機關報請查驗，而經主管機關檢驗結果仍未符合放流水標準者，法律既未明文規定視為未完成改善，主管機關仍應逐日採樣檢驗，須未符合標準始得按日連續處罰，至完成改善之日為止。而水污染防治法施行細則第六十四條第二款為按日連續處罰起算日之規定；同細則第六十五條第一項、第二項，係暫停開具處分書、繼續按日連續處罰及停止按日連續處罰之規定，並未明定主管機關於執行按日連續處罰之規定時，可免除依職權調查證據，未經逐一採樣檢驗，即可自上開規定之起算日起推定受處分人仍有違法事實存在，而可據以按日連續處罰。……惟查，被告於88年4月23日派員複查，採樣檢驗結果仍未符合放流水標準，認定原告未完成改善，依法固應執行按日連續處罰。然揆諸首揭說明，法條既明定為按「日」，自須證明處罰之日確有違法事實存在，始得作為裁罰之基礎。被告以88年4月23日採樣檢驗未符合放流水標準之事實，迨88年4月21日原告第二次報請查驗，即據以推定原告自88年4月23日至88年4月21日均未符合放流水標準，其認定事實顯有未憑證據之違法，原處分自有可議。」要之，縱使法律有得按日處罰之規定，但未明定主管機關執行按日連續處罰之規定，可免除依職權調查證據者，主管機關執行按日連續處罰時，仍應證明在處罰之日確有違法事實存在，以作為裁罰之基礎。否則，其依推定而認定有違法事實，即屬認定事實顯有未憑證據之違法。另在行政處分之執行，為達到間接強制的目的，怠金可反復課之，而秩序罰基於一事或一行為不二罰的禁止規定，則不可。又在執行罰之科處，應先有(限期履行之)行政處分，而在秩序罰則可有，可無，得直接因為有違反法令之行為而即依相關規定處以秩序罰。在以上觀點下應當導出，在立法或執法上關於怠金額度之相當性的要求，不得使怠金轉為重複課以秩序罰之禁止規定的脫法行為。為防止在立法上誤以怠金做為秩序罰之替代手段，宜要求在課以怠金的規定，應明文以怠金，不得以罰鍰稱之。認為應將怠金與秩序罰(行政罰)嚴格區分，以及不得以執行罰代替秩序罰，可謂是國內法學者通說上的看法。請參考吳庚(2000)，*行政法之理論與實用*，89年增訂六版，483-485；蔡震榮在翁岳生編行政法-二〇〇〇，1030。

題的答案應為各以各的行政處分中所載期間為準，從而第二個問題的答案應為否定。蓋一方面各行政機關各依其職掌之法規所下之行政處分，在其依據無排斥性時，應分別有其獨立的效力，另一方面以事業不遵守停止、改正其行為或採取必要更正措施之命令為理由所下行政處分具有警告的意義，其警告之內容包括所限之期間及逾期不停止或改正可能遭受之處罰。不過，在事業不遵守二個以上機關基於同一違法行為所下之停止、改正其行為或採取必要更正措施命令時，如各機關同時或先後依其職掌之法律處罰之，其處罰是否構成一事二罰？雖然可能認為在這種情形，其處罰要件已分別包括各該行政機關所下之停止或改正命令的違反，而各有不同，但抽象之，其共同要件仍為同一違法行為（不實廣告）之繼續。至其跨越由不同機關分別所限之停止、改正其行為或採取必要更正措施之期間，不當然增減其可罰性。是故，還是應該從各機關之行政職務上的分工及管理程序上的行政協調，緩和由之引起之重複處罰上的疑慮。

就應限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期不為停止、改正其行為或採取必要更正措施之處罰，其繼續處罰之當否²⁴，繫於是否附有期限，以及所附期限是否相當。只要所附期限相當，因公平交易法第四十一條容許對於「逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣十萬元以上五千元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」因此，在實務上一般說來容易避免關於一事二罰的問題。惟關於改正其行為或採取必要更正措施的部分，因違法行為單一，仍非無得否再予處罰的疑義。

三、行政職務上之分工或在管理程序上需要的行政協調

(一)關於內容之審查：先目的事業主管機關後公平交易委員會

²⁴ 這個問題涉及行為之數的問題。內政部 76.5.7.臺內營字第四九七六八〇號：「查建築法第九十條規定之「罰鍰」，係對於違反行政上之義務者，所加之制裁，從其處罰毋須經過預為告戒程序及對於處罰後，仍不履行其義務者，得分別依行政執行法有關規定執行或依建築法第九十條規定強制拆除等執行手段，以達執行目的觀之，性質上似屬「秩序罰」，除法律有連續處罰規定或再犯者，應再受處罰後，理論上應適用「一事不再理」原則。惟關於來函所載意旨對於違反建築法第七十三條規定，經依同法第九十條規定處以罰鍰，並勒令使止使用；勒令停止使用後仍不從，再依同法第九十四條規定移送法院依法辦理後，違規情形繼續存在者，究係違規情形繼續存在，抑或另有違規使用行為牽涉違規行為包括作為與不作為之個數問題，宜由貴府就具體事實予以認定。」

關於違反之事實的有無，雖然各該行政機關皆得依職權調查證據認定之，但鑑於行政資源之節約，及保留最大空間給予目的事業主管機關的考量，宜採先目的事業主管機關後公平交易委員會的安排。只要目的事業主管機關能夠依其職權圓滿解決因不實廣告引起之爭議，防止其妨礙公平競爭秩序，公平交易委員會大可不必介入此種爭議。惟為此種問題之解決公平交易委員會與目的事業主管機關之協議倘超出「先目的事業主管機關後公平交易委員會」²⁵，而捨棄自己之管轄權或審理權²⁶，其捨棄是否符合法制，似有疑問。

²⁵ 行政院公平交易委員會 82.9.3.公訴決字第〇二八號訴願決書「按『事業就其營業所提供之商品或服務，不得有左列行為：一、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或與其他顯示他人商品之表徵，為相同或類以之使用，至與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。』為公平交易法第二十條第一項第一款所明定，又商標法第六十二條第一款規定『有左列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或並科五萬元以下罰金：一、於同一商品或同類商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者。』故如被侵害之商標為經中央標準局註冊之商標，公平交易法與商標法均有其適用。是本會乃依據公平交易法第九條第二項規定：「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各部會辦理之。」於 81 年 8 月與經濟部就仿冒案件進行權責劃分並獲致結論，決定被仿冒之商標如為註冊商標，先由經濟部禁仿小組處理。惟禁仿小組於處理過程中，如認為該仿冒案件之惡性重大須及時予以處理，且其違法事實足以構成公平交易法第二十條之規定時，得將該仿冒案件一方面移送檢察機關，一方面移由本會處理。卷查訴願人日商加農股份有限公司之「CANON」商標於民國 73 年 9 月 1 日依商標法第三十五條、三十七條取得中央標準局之註冊商標，訴願人依法有商標專用權，除可依商標法第六十二條請求保護外，尚可依公平交易法請求救濟。然訴願人所指稱之侵害商標「CANOMATIC」商標，於民 81 年 10 月 1 日亦經中央標準局審查員審查通過，業已取得審定商標，依商標法第三章規定，申請人即有商標使用權，如利害關係人對審定商標有異議，應於公告期間內向商標主管機關提出異議，是本會(台)公參字第六九三號函將訴願人檢舉新臺灣光學股份有限公司涉嫌仿冒「CANON」商標乙案，先移請經濟部主政，於法亦無不合。」該訴願決定書中所示，行政院公平交易委員會關於商標仿冒案件之管轄方面的意見，即採「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」的見解。此因為該會對於與公平交易法之競合有關案件之職務管轄上的一貫見解。從行政一體立論，行政機關在行政職務競合的情形，推舉一個單位負責處理，尚不能說行政機關在這種情形棄守職務。惟倘不從行政機關間之委託的觀點，顯然不能說明，為何行政院公平交易委員會依該職務管轄上的協調，拒不處理檢舉案件，不構成消極的行政處分。

²⁶ 行政院公平交易委員會 84.8.18.公處字第一〇〇號處分書理由第三點：「三、有關電視廣告部分因曾經新聞局審查許可，依本會第 185 次委員會議決定：「公平會基於尊重新聞局審查許可之結果暨廣播電視法與公平法有關不實廣告之規範法規競合、一事不二罰之理由，不予處分，逕移請新聞局依法處理」之意旨，故有關電視廣告違法部分，本會不予處分，併予敘明」（行政院公平交易委員會公報 84 年第四卷第八期，80）。同樣見解另見行政院公平交易委員會 85.1.5.公處字第一〇〇一號處分書「另查被處分人亦在電視上以「十八週年慶」作廣告宣傳，惟有關電視廣告部分因曾經新聞局審查許可，依本會第 185 次委員會議決議：「公平會基於尊重新聞局審查許可之結果暨廣播電視法與公平法有關不實廣告之規範法規競合、一事不二罰之理由，不予處分，逕移請新聞局依法處理」之意旨，故有關電視廣告違法部分，本會不予處分，併予敘明」（行政院公平交易委員會公報(1996)第五卷第一期，4）。

倘某一類型之不實廣告一直存在，久久不能經由目的事業主管機關之取締獲得嚇阻與矯正，則公平交易委員會有必要謀定而後，積極介入，以消弭該不正競爭行為，避免發生事業迫不得已競相仿效，造成劣幣驅逐良幣的反淘汰結果。

為了使這樣一個努力成為可能，首先必須統計主要媒體中各行業之廣告費，並予排序，計算進入一定名次前之行業的產值。在其產值超出設定之數額而又有涉及不實廣告之虞的情形，應即密切注意其發展，採取必要之措施。

(二)關於處罰：職務劃分與從一重處罰的權限

這個問題本來應該可以經由行政協調，透過行政機關間之「行政委託」單純的圓滿解決²⁷。惟與之有關之「訴願管轄」使該問題轉為複雜。蓋現行訴願法第六條規定「對於二以上不同隸屬或不同層級之機關共為之行政處分，應向其共同之上級機關提起訴願」，而「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願」（同法第七條）²⁸。歸納之，關於訴願管轄，訴願人與原處分機關皆

²⁷ 如有法律依據，行政機關不但得將其業務委託其他行政機關，而且也得委託民間機構辦理。經由委託得授權受託機關或機構行使委託機關之公權力，以委託機關或受託機關的名義作成行政處分。延伸所及，在法律有特別規定的情形，甚至因此改變其行政爭訟的途徑，例如稅捐稽徵法第三條「稅捐由各級政府主管稅捐稽徵機關稽徵之，必要時得委託代徵，其辦法由行政院定之。」此為委託代徵稅捐之一般授權。其具體授權之規定另有：稅捐稽徵法第三十五條之一「國外輸入之貨物，由海關代徵之稅捐，其徵收及行政救濟程序，準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」貨物稅條例第二十三條第二項「進口應稅貨物，納稅義務人應向海關申報，並由海關於徵收關稅時代徵之。」營業稅法第四十一條第一項「貨物進口時，應徵之營業稅，由海關代徵之。其徵收及行政救濟程序，準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」契稅條例第二十九條「契稅由直轄市及縣（市）稅捐稽徵機關徵收或鄉、鎮、市、區公所代徵之。」使用牌照稅法第三條第三項「使用牌照稅之稽徵，由省（市）主管稽徵機關辦理；必要時，得由省（市）政府核定，委託當地交通管理機關，代徵稅款及統一發照。」其中稅捐稽徵法第三十五條之一、營業稅法第四十一條第一項進一步有隨同改變其訴願之管轄的規定。如無該改變訴願管轄的規定，行政委託不改變系爭案件之訴願管轄機關，應向原委託機關或其直接上級機關提起訴願（新訴願法第六條、第七條、第十條、第十三條；現行訴願法第六條「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，應視同委託機關之行政處分，比照第三條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」）詳請參考黃茂榮/張志銘(1998)，政府業務委託民間辦理相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託專案研究。

²⁸ 行政院 69.10.9.六十九年度判字第六八六號判決「按入出境之限制及管理，原屬國防部職權範圍內之事項，經委託內政部所屬即被告機關代辦，則依據訴願法第六條（按：修正後現為第七條）之規定被告機關辦理入出境事項所為之處分，應視為國防部所屬機關之處分，乃原告誤向內政部提起訴願，同部依法轉由有管轄權之國防部依訴願程序辦理，於法並無不合，應先予說明。」當

無選擇或指定權。其結果，在職務競合的情形，公平交易委員會如為行政委託，就受託機關適用委託機關與受託機關職掌之法規所為行政處分，是否能保留其訴願管轄權，不無疑問。其答案將繫於究將該處分認定係受託機關基於委託關係為委託機關所為，或認定係委託機關與受託機關共為之行政處分而定。如認定係公平交易委員會之行政處分應向該委員會，如認定係共為之行政處分應向主管院（行政院）提起訴願（訴願法第四條第六、七款）。鑑於公平交易委員會屬於中央部、會級之行政機關，且除具有準司法機能外，依目前實務該會還是關於公平交易法之最為專橫漲軛 F 機關。是故，不讓公平交易委員會在前述行政委託的情形，可保留訴願管轄權顯不允妥。

按我國行政法規通常有關於該法規之主管機關的規定。該規定決定了各該主管機關所職掌之法規。因此，雖說「行政一體」，但各行政機關並不得適用其他行政機關職掌之法規，作成行政處分。即便在與行政處罰有關之規定的適用，亦然。於是，在與行政處罰有關之規定的競合，例如對於同一不實廣告有不同行政法規加以禁止²⁹時，相當於「高度行為吸收低度行為」、「想像上競合」或「牽連犯」之原則在適用上皆會遭遇困難。蓋職掌各該行政法規之行政機關分別僅得依其職掌之法規對該違法行為課以處罰³⁰。其結果，倘各機關皆為處罰，便會發生一事二罰的情

將受託機關視為委託機關所屬機關，則其訴願機關應為委託機關。其結果，中央部、會將其事務委託他機關辦理，依訴願法第四條第六款有為自己保留訴願管轄權的作用。

²⁹ 可能競合之法規，如未為同一法律事實所滿足，則訴之於先之法律關係未成立，並不阻礙訴之於後而法律關係已成立者之訴權。行政院公平交易委員會認為在這種情形不生一事再理的問題：該會 85.12.10. (85) 公訴決字第一一九號訴願決定書「按行政法上所謂「一事不再理原則」，其判斷上仍不悖離民、刑事訴訟法上之標準〔民事訴訟法上係指當事人、訴訟標的、訴之聲明皆為同一事件；刑事訴訟法上係指案件之刑罰權相同者，具案件之同一性（即包括被告同一及從訴之目的及侵害性行為之內容等犯罪事實同一）〕。本件生明公司前向台北地方法院檢察署提出訴願人違反公平交易法第二十二條之告訴，與後向本會檢舉訴願人違反公平交易法第二十一條及第二十四條規定係屬二事。至本會八十四年四月十三日（84）公參字第二四九一號函係依據檢察署提供之資料據以作成有無達到公平交易法第二十二條構成要件之鑑定報告，該報告性質係對卷附事實是否該當公平交易法規定特定構成要件或疑義提供意見，故訴願人指摘本會對同一案件作不同之認定，不僅前後矛盾並違反「一事不再理原則」顯屬誤解。」

³⁰ 這種問題其實不僅存在於所涉處罰依據分由不同機關職掌，也可發生在由同一機關職掌的情形，例如財政部 85.3.27. 臺財稅字第八五一八九八〇四二號函「稅捐稽徵法令彙編（86年版）187頁豐商實業有限公司因違反營業稅法事件，經臺北市稅捐稽徵處分別依稅捐稽徵法第四十四條及營業稅法第五十一條第五款科處罰鍰。惟於訴願時，經臺北市政府訴願決定原處分及原復查決定關於按未依規定給與（應為取得之誤）憑證總額處百分之五罰鍰部分撤銷，其餘訴願駁回。臺北市政府訴願決定不論處稅捐稽徵法第四十四條行為罰，其理由係以本案論處營業稅法第五十一條第五款之

事。關於行政秩序罰，就一事二罰，過去實務上向採容許的見解³¹。惟一事二罰終究與基本權利之保障的思潮不符，近年已有漸趨否定之勢³²。是故，在一事不二罰的原則下，如何經由行政協調，讓目的事業主管機關與公平交易委員會分別可以達成其管理任務，至關重要。

關於不實廣告之管理的行政協調，與關於事業結合之管制的行政協調所涉問題不盡相同。在事業結合之管制所涉之衝突，僅限於不同行政機關之行政職務的達成與參與結合事業之結合利益，原則上與第三人之利益無直接關涉，第三人極其量只是反射的受到影響，或反射的受到保護而已。反之，在不實廣告，第三人之交易利益或競爭利益則直接受到衝擊。因此，依其職務接受不實廣告之申訴、檢舉的行政機關，便具有所謂之「準司法機關」的機能，從而其對於不實廣告之管轄，不能簡單以目的事業主管機關與公平交易委員會間之行政協調為依據，排除之，在主張其

漏稅罰，已足收儆戒之效，法規之目的已達成，無庸於漏稅罰之外，就先行違章行為併處之必要，對於該公司未依規定取得憑證之稅捐稽徵法第四十四條違章事實並未加以否定。準此，關於營業稅法第五十一條第五款之處罰，嗣復經本部再訴願決定撤銷重核，並經原處分機關臺北市稅捐稽徵處復查重核認無適用之餘地而予撤銷，其原經臺北市府訴願委員會就稅捐稽徵法第四十四條規定裁罰部分，撤銷原處分及原復查決定之前提已不存在，如經查明該公司未依規定取得合法憑證應可再依該條規定論處行為罰」（財政部公報第三四卷第一六九三期，37147）。

³¹ 財政部 57.5.21.臺財稅發第〇六二六五號令「稅捐稽徵法令彙編(86年版)」,214。查刑罰處罰之客體，為反社會反道德之犯罪行為，其目的為社會之防衛及犯人之感化；行政罰處罰之客體，為行政上義務之違反行為，其目的為行政秩序之維持，二者性質根本不同，當不發生從一重處斷或吸收之問題。故同一事實而同時構成犯罪行為及行政犯行為者，除法律有特別規定或性質上不能重複處分者（例如已由行政罰處分沒入之貨物不能再以刑事判決論知沒收）外，當可分別依照規定施以刑罰及行政罰，並行不悖，經司法院 54 年 12 月 10 日 54 院臺（參）字第八〇三號函解釋有案。本案×××經營賭具工廠製銷賭具漏稅，自仍應依照稅法規定補稅及移罰。」

³² 這個問題最為清楚的表現在稅捐罰則中關於行為罰與漏稅罰的科罰。例如司法院 83.07.08.大法官會議釋字第三五六號解釋「營業稅法第四十九條就營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定，旨在促使營業人履行其依法申報之義務，俾能確實掌握稅源資料，建立合理之查核制度。加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。上開規定，為增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。惟在營業人已繳納其應納稅款情形下，行為罰乃依應納稅額固定之比例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高之限制，依本院大法官釋字第三二七號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正，併此說明。」司法院 89.04.20.大法官會議釋字第五〇三號解釋「納稅義務人違反作為義務而被處行為罰，僅須其有違反作為義務之行為即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得為之。二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。本院釋字第三五六號解釋，應予補充。」

因此受害者不能從目的事業主管機關獲得圓滿之處理時，應使其一直有機會向公平交易委員會提出檢舉，公平交易委員會不得以「已有目的事業主管機關主政」為由，不予受理。總之，先目的事業主管機關並不能產生公平交易委員會得為不受理的結果。極其量只得緩一緩而已。

或謂如是見解將使公平交易委員會介入雖因不實廣告所引起，但與市場競爭機能並無大礙之私權爭議。這雖言之成理，然鑑於公平交易法第二十一條與第十九條不同，關於不實廣告之規範並不以「有妨礙公平競爭之虞」為其要件，且不實廣告之受害者眾，以及國內不實廣告確有失控的情勢，小題大做的疑慮一般說來尚不足慮。真正重要者為在公平交易委員會有不得不管的情勢下，應如何使目的事業主管機關與公平交易委員會間就不實廣告之管理有最好的分工。

按在行政法規競合下，其違規之處罰所以會引起如上的困擾，主要由於行政法規各有其主管機關，而關於行政處罰並不若刑罰，有由一個法院統合裁判的規範基礎。是故，為解開這個結，首先必須安排出一個具有統合處理機能的方案，在關於行政處罰有法規競合的情形，協調由一個機關統合處理。然由於不同行政機關有不同之行政管理的需要及依法律所定之行政任務，以及人民有依據這些法律應有的保障，所以，該協調的結果不得全為行政機關的方便，而必須兼顧法律規定與人民的權益。基於以上的認識，適當的做法應當是：就一定之事務（不實廣告）協調，經由授權或委託，由一個機關以共同的名義，適用自己及委託機關職掌之法律，就違規行為統合為一次之處分。鑑於在不實廣告的管理，公平交易委員會具有準司法的機能，且當一個不實廣告遲遲不能獲得圓滿解決時，通常會影響到市場競爭機能，所以，關於不實廣告，其管理之行政協調的結果，如採前述安排委託一個機關會銜，以共同名義處理，宜指定公平交易委員會為該處分之訴願機關。

受理該訴願之訴願委員會同樣應基於委託，適用所有在該案競合之行政法規，不得只適用自己所屬機關職掌之法規，以達到一次解決之行政上的經濟目標。其間倘涉及行政專長的問題者，應經由協調解決。在一個機關經由相關機關之授權，而在不實廣告的處理上，得適用各該機關所職掌之法規的情形下，從一重處斷就不再成為問題。

然如不能依新訴願法第七條，將受託機關所為之行政處分視為委託機關之行政處分，使公平交易委員會取得訴願管轄權，以獲得解決，而將該行政處分認定為委

託機關與受託機關共為之行政處分，則依新訴願法第六條，該訴願應向其共同之上級機關（行政院）提起，這未免小題大做。由此觀之，修正後之訴願法與舊訴願法同樣，並未考慮到因行政法規之競合可能引起之訴願管轄上的規範需要。

陸、公平交易委員會關於不實廣告之政策

在此擬探討之公平交易委員會關於不實廣告之政策皆與規範競合或由之延伸之行政職務的競合有關。其中首先受關注者為公平交易法與消費者保護法之競合，以及公平交易法是否保護消費者利益的問題；其次為公平交易法與其他法律之競合，以及因該競合所發生之行政職務上的競合。法規競合的問題主要必須在法制面，職務的競合主要必須在作業面經由協調尋求妥適的安排。此外，廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告是否應負行政責任也是一個值得檢討的問題。茲分述之：

一、關於公平交易法與消費者保護法之競合

關於消費者（利益）之保護向為「不正競爭行為法」在法制規劃上的重要議題。其中包括不正競爭行為法是否應該與消費者保護法合併立法，或不正競爭行為法是否應該併以消費者（利益）為其保護對象。順應該潮流公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」將「交易秩序與消費者利益」之維護並列為公平交易法之立法目的。然即便如此，公平交易委員會對於利用公平交易法保護消費者（利益）或多或少還是有一些猶疑。其中所關涉者比較不是消費者受害時，得否引用公平交易法向法院起訴，對事業請求賠償，而是得否向公平交易委員會檢舉，請求對於涉嫌違反公平交易法之事業展開調查，並於調查屬實時，給予行政處罰。這一方面行政權是否適當介入私權爭議的一般問題，另一方面是公平交易委員會是否適當依據公平交易法直接對於消費者提供行政上的保護？消費者保護法後來之單獨立法，在法制上看來雖似應將關於消費者保護之行政措施保留給消費者保護機關，然鑑於行政院消費者保護委員會之職掌依消費者保護法第四十一條之規定並不親自執行，而只是推動執行³³，且該法並規定其主管機關在「中央為目的

³³ 消費者保護法第四十一條規定「消費者保護委員會之職掌如下：一、消費者保護基本政策及

事業主管機關；省（市）為省（市）政府；縣（市）為縣（市）政府」（消費者保護法第六條），使消費者保護之行政介入的問題，轉為不是根本不可，而是適當由哪一個機關為之³⁴。

二、關於公平交易法與其他法律之競合

關於公平交易法與其他法律之競合的問題，在我國法制，其問題主要來自於我國行政法規通常各有其目的事業主管機關，從而就同一事務之行政管理常常發生行政職務之競合的情事，並在此基礎上進一步引發一事二罰的可能。此種來自於法規

措施之研擬及審議。二、消費者保護計畫之研擬、修訂及執行成果檢討。三、消費者保護方案之審議及其執行之推動、連繫與考核。四、國內外消費者保護趨勢及其與經濟社會建設有關問題之研究。五、各部會局署關於消費者保護政策及措施之協調事項。六、監督消費者保護主管機關及指揮消費者保護官行使職權（第一項）。消費者保護委員會應將消費者保護之執行結果及有關資料定期公告（第二項）。」

³⁴ 對於這個問題，德國在其反不正競爭行為法施行後，在保護功能上也有一些變遷。「從該開始主要以互相競爭之事業的利益為保護對象，而漸把其他競爭者、大眾之利益的保護包括進來。從而該法已從單純的個別法（das reine Individualrecht）發展為社會法（das Sozialrecht）。該發展影響到對於競爭行為的評價。評價一個競爭行為時，所應考量之利益，不但應包括互相競爭之事業間的利益，而且也應包括其供應者、購買者，特別是消費者，以及大眾的利益。從而競爭行為之評價應在改變後的面相為之。這表現在兩個方向：一方面消費者的保護在反不正競爭行為法的架構內取得獨立的地位，另一方面大眾利益的保護也包括競爭的保護，以免其因無效率之運作而危害到其存在。這使反限制競爭行為法與反不正競爭行為法連結起來，成為一個維護自由競爭的法律體系。反限制競爭行為法不僅是片面的為互相競爭的事業，而且也為市場之全部的參與者和社會大眾的利益，而維護競爭」（Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), Einl. UWG Rdn55）。然德國反不正競爭行為法第三條是否亦保護消費者利益，消費者得否直接依該法第三條、第十三條第六項第一款，或間接依德國民法第八百二十三條第二項連結德國反不正競爭行為法第三條，對於廣告主、期刊編輯、發行人、印刷者或散布者（廣告媒體業、廣告代理業）請求損害賠償，在德國其爭議依然存在。採肯定說者例如Dr. Rolf Sack, aaO. (FN15), Betriebs- Berater 1974, 1369ff.; ders., aaO. (FN15), NJW 1975, 1303ff.; Schricker, aaO. (FN15), GRuR 1975, 111/120）。不同的見解，例如Baumbach/Hefermehl, aaO. (FN7), Einl. UWG Rdn 342。在我國雖然因公平交易法第一條規定「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」而無消費者利益是否亦為公平交易法所保護的疑義，但就公平交易法之個別條文，其保護之利益是否兼及消費者利益，仍不能一概而論。以不正廣告而論，該法第二十一條所禁止之不實廣告，因對於競爭者、競爭制度及消費者皆不利，從而有賦予受害之競爭者、消費者以損害賠償請求權的規範需要。鑑於該法第一條兼以消費者利益之維護為其立法目的，所以同法第二十一條保護之客體應解釋包括競爭利益、公共利益及消費利益，以滿足該規範需要（請參考Dr. Rolf Sack, aaO. (FN15), NJW 1975, 1303ff）。反之，不實廣告以外之不正廣告的禁止規定，依其規範意旨，所保護之客體則可能解釋為不包括消費利益。在此認識底下，關於消費利益，此種禁止規定亦不屬於民法第一百八十四條第二項意義下之保護規定。當有規範需要，而無與該需要對應之直接規定時，應考量相關規定之規範意旨，利用法律解釋或律漏洞予以補救。

面，而非作業面的問題，在相關法律制度改變前，行政機關能夠著力之處在於行政協調。目前公平交易委員會傾向於利用「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」，以及「介入保留」的方式來應對。

三、公平交易委員會與目的事業主管機關之介入的手順

在公平交易法與其他法律之競合時，公平交易委員會與目的事業主管機關之介入的手順應當為何，公平交易委員會之基本政策當前是：「先目的事業主管機關，後公平交易委員會」，以及「介入保留」。這個政策在過去之實踐基本上固尚稱良好，但在法制及成效上或仍有一些可以改進之處。例如將來或可試圖輔以「行政機關間之行政委託」、或配合公平交易法第四十一條修正後之新形勢，協調其他機關將處以「罰鍰」的處分機會保留給公平交易委員會，以避免公平交易委員會為消除一事二罰之議，而必須在罰鍰處分前，對於廣告主再為「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」的處分，以致延誤事機。此外，為避免一事二罰的爭議，並應建立行政處罰在相關機關之通報制度，要求罰則較輕之法律的主管機關在處罰前，先諮商罰則較重之主管機關的意見，以協調究竟由哪一個機關依其職掌之法律處罰為妥。

四、廣告代理業或廣告媒體業之行政責任

關於廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告所應負之責任，公平交易委員會目前採不包括公平交易法上之行政責任的看法³⁵。由於不實廣告的現象在國內一直難以有效消弭，顯見單純之民事責任難以達成規整的任務。是故，關於廣告代理業或廣告媒體業在不實廣告所應負之責任，是否應包括其行政責任及其責任要件為何，值得檢討³⁶。

³⁵ 行政院公平交易委員會 81.4.21.公研釋第○○二號「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，而民事連帶責任乃普通法院審理之權責，故廣告媒體業之適用範圍仍由法院認定。」

³⁶ 與之反向者為，廣告主不得以廣告內容係委託他人設計而主張免責。行政院 87.02.18.臺八十七年訴字第○七二五○號再訴願決定書「建築業者為參與市場競爭，從事交易之事業，自負有維護公平交易秩序及保障消費者利益之義務，是建設公司於委託他公司代為行銷廣告時，自應對其代為設計、製作之各類廣告及印刷品，負有管理及監督責任，以免造成消費大眾之錯誤認識及期待，不得

陸、公平交易委員會往後處理不實廣告之建議

為有效規範不正或不實廣告，建議將來朝下述方向努力：

一、規範對象方面

在規範對象方面，於主體面宜經由溝通，使媒體同意經由訂立自律公約，禁止刊登不正或不實廣告，以便提供利用公平交易法第二十四條將之論為不公平競爭行為的規範基礎，其次應當也可以考量認為廣告代理業、廣告媒體業可以與事業構成同法第二十一條禁止之不實廣告的共同行為人或幫助人，負同法第四十一條所定之行政責任。將推薦或見證廣告之行為人納入該條規範對象中，相對於公平交易委員會過去實務，同樣具有擴大公平交易法之適用對象的意義。

這樣的建議乍看之下，像是在主體上擴大了公平交易法的適用範圍，其實不然。蓋違法責任本來便應以行為人為歸責對象。是故，關於廣告代理業、廣告媒體業或推薦、見證廣告之廣告主的行政責任，其歸責的分際還是：他們是否為具體案件中的行為人³⁷。在這裡縱使認為關於不實廣告之處罰或管制規定，以「廣告主」為受該規定規範者，在構成要件上之必要的「身分」，且認為廣告代理業、廣告媒體業不具廣告主身分，廣告代理業、廣告媒體業等不具身分之行為人在「共同實施或教

以該業務委託他公司為之即排除其行政責任」（行政院公平交易委員會公報，第七卷第二期，150）。在公法義務之遵守，該處分所持見解相當於民法第二百二十四條關於債務人就履行輔助人之故意或過失行為應負之責任的規定。該條規定「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」然依該條規定之意旨，在該條規定之適用上，只要履行輔助人關於債務之履行，有故意或過失行為即已該當，不以債務人疏於「管理或監督」為要件。此與同法第一百八十八條就受僱人因執行職務而為之侵權行為所定僱用人之連帶責任的要件不同。依第一百八十八條第一項但書「選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」而第二百二十四條並無與該但書相當之免責規定。是故，該處分理由中不宜提及：被處分人對其委託之公司「負有管理及監督責任」。

³⁷ 公平交易法第三十五條規定違反第十條、第十四條、第二十條第一項或第二十三條之規定者，第三十六條規定違反第十九條規定，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，第三十七條規定違反第二十二條之規定者，得課以刑事責任。雖然該等課罰要件中所定之法條莫不以「事業」為其命令之對象。但第三十五條至第三十七條還是以「行為人」為其課罰對象。其中道理在於，除非有身分犯上之限制，否則參與犯罪行為者應就其行為負責。

唆、幫助」的情形，還是可論為該不實廣告之「共同行為人或幫助人」³⁸。

至於以公平交易法第二十一條第四項只就廣告代理業、廣告媒體業之民事責任加以規定，而未及於行政責任為理由，認為廣告代理業、廣告媒體業根本不必為其「在明知或可得知其製作或設計之廣告，或所傳播、刊載之廣告有引人錯誤之虞，而仍予製作或設計、傳播或刊載的情形」，負行政責任，與同法第四十一條之明文規定並不相符。蓋該條關於該條所定之行政責任的要件，僅規定「對於違反本法規定之事業」，得課以行政責任，此外，再無限制要件。而同法第二十一條第四項關於民事責任之規定顯然並無排除行政責任之效力³⁹。

二、規範手段方面

所謂規範手段，首先指究竟選取民事責任、行政責任或刑事責任作為規範的工具。其中民事責任或刑事責任之選取，不但只有在立法階段方有其意義，而且即便已選取，其執行對於公平交易委員會而言，還是不操諸在己。至於行政責任在公平交易法第四十一條的背景下，目前所涉者，在法源上極其量僅為解釋的問題，還不至於必須修法。只要經由行政解釋，將一些容易幫助，或甚至與事業共同從事不正或不實廣告者，明白宣示屬於公平交易法規範之範圍，有同法第四十一條之適用即可。以行政責任之課予做為規範不正或不實廣告的手段，在本次修法後將益見其重要性。

³⁸ 刑法第三十一條第一項規定「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」該規定對於行政法上之不利處分或秩序罰應同有其適用。關於該條之適用，最高法院七十一年度臺上字第二〇〇七號刑事判決認為「公務員登載不實罪，為身分犯，犯罪主體須為公務員，無公務員身分者，必須有刑法第三十一條第一項規定之情形，始有其適用，原審判決既認定范賴香妹與有公務員身分之陳連升、崔伯良並無勾結，無共同犯罪行為，乃又論以公務員登載不實罪刑，致主文與事實理由，發生矛盾。」（最高法院民刑事裁判選輯，三卷二期，593）。

³⁹ 在二個以上之法律規定對於同一法律事實加以規定的情形，各該規定所定之法律效力如果互無排斥性，這些規定原則上可以併同適用。所謂排斥指效力依其內容不能並存。例如一個規定應罰、一個規定不罰。然當無排斥性，在制裁法上還必須處理重複處罰，在賠償或補償法上還必須處理重複賠償或補償給付的問題。因此，在刑法利用想像競合、牽連犯的理論或規定，在民法利用請求權競合或請求權規範競合解決這個問題。行政秩序罰與刑罰、行為罰與漏稅罰不併罰等，歸納之，都是屬於這一系列的問題。總括稱之，這便是「一事不二罰」的原則。該原則屬於憲法層次，關於基本權利的保障之一。惟行政責任或刑事責任分別與民事責任間並不存在這種競合的問題。所以，主張以公平交易法第二十一條第四項排除同法第四十一條之適用毫無理論與規範依據。

三、處理程序方面

關於不正或不實廣告，縱僅以法律有明文規定者而論，與公平交易法競合者，即有衛生、食品、藥品、醫療、勞工、智財、消費者保護等重要領域，從而在這些領域有行政職務之競合的情形。如何經由行政協調處理其競合關係，成為公平交易行政之處理程序上，比較棘手的問題。

這個問題之考量目標主要為：1.如何能一次處理完畢，以提高行政資源之經濟運用的目的，2.如何避免分次處理造成一事二罰的情事。歸納之，為達到該二目標皆必須一次處理。然依我國關於機關職務之行政法規，一次處理有法規適用上的障礙。蓋我國行政法規例有主管機關之規定，而在該種規定的基礎上，一個機關不得引用他機關職掌之法規，對於違反該法規者課以行政處罰。為克服該障礙在現行體制必須藉助於行政委託或行政協調。

行政委託的結果使受託機關在委託範圍內得行使委託機關之職權，適用其職掌之法規，處理受託機關與委託機關相競合之行政職務。此其優點，至其困難則為：行政委託涉及行政機關之職務的劃分，與機關組織有關，依中央法規標準法

第五條第三款規定「應以法律定之」。換言之，該職務所依據之法規如無容許委託之規定，不得藉助於行政委託的安排。鑑於公平交易法就公平交易行政有關事項並無得委託其他行政機關辦理之明文規定，所以形式上直接以行政委託的方式克服一事不二罰之實質要求，容易引起規範基礎上的疑義，不宜列為優先的考慮。但經由行政協調，以達到實質之行政委託還是有其必要性。

行政協調的依據為：公平交易法第九條⁴⁰第二項規定「本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之」⁴¹。其中「商同」意

⁴⁰ 公平交易法第九條第一項雖然還規定「本法所稱主管機關：在中央為行政院公平交易委員會；在省（市）為建設廳（局）；在縣（市）為縣（市）政府。」但該項所定之地方主管機關，依同法公平交易法第二十五條第二款顯然無「審議本法有關公平交易事項」的職掌。

⁴¹ 與人事任命有關者有：1.國民大會代表立法院立法委員選舉總事務所組織條例第十五條「國民大會代表及立法院立法委員選舉總事務所置參事六人至九人，由本所商同有關各機關長官，就高級職員中調充之。」2.鄉鎮組織暫行條例第五十七條第二項「前項幹事，若無相當人員時，得由一人兼任二職，在經費不充裕區域，得僅設幹事一人，均由保長延聘，或由鄉、鎮長商同保長延聘之。」3.合作金庫條例第十四條第一項「中央合作金庫置總經理一人，副總經理一人，由中央合作金庫理事長商同常務理事選定，提經理事會同意聘任，並呈報中央合作及金融主管機關核准備案。」4.典試法第四條第二項、第三項「典試委員由考選部商同典試委員長遴提人選，報請考試院

義為何，法律對之並無直接定義⁴²。其最密切之配合的態樣為「會商後共同辦理」。惟在實務上不盡然如此。與人事任命、財產支配有關者固然如此，但與行政職務之行使有關者，並不因有此種規定，而使系爭業務本來所屬單位之職權受到限制，只是不商同辦理可能使相關行政互相矛盾、窒礙難行而已。在此認識底下，公平交易法第九條第一項之意義僅止於注意規定，提醒在「本法規定事項，涉及他部會之職掌」時，由行政院公平交易委員會主動「商同各該部會辦理」，亦即為行政協調。

院長核提考試院會議決定後聘用之（第二項）。典試委員得依考試類科或考試科目性質分為若干組，每組置召集人一人，由考選部商同典試委員長推請典試委員兼任之（第三項）。」5.第十三條「典試委員長之職責如左：一、召集並主持典試委員會。二、指揮監督有關典試事宜。三、決定各科試題。四、抽閱試卷。五、簽署榜單。六、簽署考試及格證書（第一項）。前項第三款所定事項，得商同各組召集人為之；第四款所定事項，得商請各組召集人為之（第二項）。典試委員長因故不能行使職權時，由考試院院長指定典試委員一人代理之（第三項）。」與財產支配有關者有：1. 土地法第二十六條「各級政府機關需用公有土地時，應商同該管市、縣政府層請行政院核准撥用。」2. 私立學校法第四十九條第一項「私立學校因校務所需之公有或公營事業土地，得專案報請主管教育行政機關商同土地管理機關依法讓售或租用。」與行政職務之行使有關者有：1. 第八十一條「市、縣地政機關得就管轄區內之土地，依國家經濟政策，地方需要情形及土地所能供使用之性質，分別商同有關機關，編為各種使用地。」2. 第八十六條第一項「市、縣地政機關關於管轄區內之農地，得依集體耕作方法，商同主管農林機關，為集體農場面積之規定。」3. 建築法第四十七條「易受海潮、海嘯侵襲，供水泛濫及土地崩塌之地區，如無確保安全之防護設施者，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應商同有關機關劃定範圍予以發布，並豎立標誌，禁止在該地區範圍內建築。」4. 國際合作發展基金會設置條例第三條「本基金會之主管機關為外交部。但業務涉及其他部會之職掌者，由外交部商同各該部會辦理之。」5. 國庫券發行條例第十一條「國庫券之發行、買回及還本、付息等業務，均委由中央銀行經理；其經理辦法，由財政部商同中央銀行訂定之。」6. 國有財產法第五十八條第二項「有價證券之售價，由財政部商同審計機關核定之。」7. 鐵路法第七條第二項「鐵路規劃興建或拓寬時，應勘定路線寬度，商同當地地政機關編為鐵路使用地；該使用地在已實施都市計畫地區者，應先行辦理都市計畫之變更。其為私有土地者，得保留徵收；其保留期間，在都市計畫地區範圍內者，依都市計畫法之規定；餘依土地法之規定辦理。」8. 公路法第九條第二項「公路主管機關規劃、興建或拓寬公路時，應勘定路線寬度，商同當地地政機關編為公路用地；該地在實施都市計畫區者，應先行辦理都市計畫之變更。其為私有土地者，得保留徵收；保留期間，在都市計畫地區範圍內者，依都市計畫法之規定；餘依土地法之規定。」9. 電信法第十條「主管機關為發展電信事業，得商同教育部設立電信學校或在高中（職）及大專院、校增設有關於科、系、所，造就電信人才；並得要求電信事業自其營業額提撥一定比例金額從事研究發展。」10. 民用航空法第二十七條第一項「交通部為造就民用航空人才，得商同教育部設立民用航空學校或商請教育部增設或調整有關科系所。」公平交易法第九條「本法所稱主管機關：在中央為行政院公平交易委員會；在省（市）為建設廳（局）；在縣（市）為縣（市）政府（第一項）。本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之（第二項）。」

⁴² 土地法第二十六條規定「各級政府機關需用公有土地時，應商同該管市、縣政府層請行政院核准撥用。」自最高法院五十八年臺上字第三〇一二號判例要旨「公有土地之管理機關，固得因撥用而變更，但公有土地之撥用，依照土地法第二十六條規定，應由需用土地之政府機關，商同該管市縣政府層請行政院核准。本件系爭土地之撥用，既未完成此項手續，自不能謂被上訴人業已取得系爭土地之管理權」（最高法院判例要旨（上冊 72.5 版），728）觀之，「商同」有共同辦理的意義。

在此行政協調雖然由該會主動，但基於其他部會之職掌的特徵為管理、服務特定行業，並因此稱為「目的事業主管機關」，所以公平交易委員會在行政協調時，在不影響公平競爭秩序之建立與維持的前提下，應多為其他部會保留管理、服務其所屬目的事業的迴旋空間。因此，先前之行政協調原則：「先目的事業主管機關，後公平交易委員會；介入保留」還是很適當的指導原則。惟該行政協調原則在理論上及程序上應賦予一些新意。在理論上該行政協調應定性為實質之行政委託，以「受託機關」的名義，依委託機關與受託機關商定之處理要點、處罰標準論斷；程序上加強繫屬案件之連繫、初審決定之協商、審理結果，以及被處分人事後改正情形之通報，並將目的事業主管機關處理之時限，對內縮短在公平交易委員會應對於檢舉人回復之時限內，以便公平交易委員會可以引用目的事業主管機之審理結果函覆檢舉人。如改正情形不理想，由於關於處罰，公平交易法第四十一條已無預警處分之要件的要求，公平交易委員會即可依同法該條規定予以處分。所以，由目的事業主管機做第一線之處罰，公平交易委員會必要時之介入，在時程尚不致於有所延誤。此外，新台幣五萬元以上，二千五百萬元以下之第一次處罰的裁量幅度亦已足以因應各種取巧的情形。不過，在目的事業主管機關已為「罰鍰」處分之情形，為避免涉入一事二罰的爭議，還是以再為一次「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」之處分為妥，不宜即逕依該條規定「處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰」。倘顧慮如是會延緩事機，則在行政協調中可協議：目的事業主管機關對於從事不正廣告之事業僅課以「限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施」，避免直接處以「罰鍰」。以便受處分之事業不在目的事業主管機關所定期限內「停止、改正其行為或採取必要更正措施」時，公平交易委員會得即依公平交易法第四十一條對之課以罰鍰，而不引起一事二罰的疑義。