

公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務的檢討

黃茂榮*

壹、計畫緣起	(十一)專利法
貳、不實廣告之類型	(十二)商標法
一、誘餌廣告	伍、公平交易法與相關法令關於不實廣告之競合
二、推薦、見證廣告	一、規範上之競合
三、比較廣告	二、一事不二罰的問題
四、寄生廣告	三、行政職務上之分工或在管理程序上需要的 行政協調
參、保護之利益	(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
一、公平競爭之利益	(二)關於處罰：職務劃分與從一重處罰的權 限
二、消費者權益	
三、不實廣告與不公平競爭	
肆、其他法律對於（不實）廣告之規定	陸、公平交易委員會關於不實廣告之政策
一、基於公序良俗之禁止規定	一、關於公平交易法與消費者保護法之競合
二、基於職業倫理之禁止規定	二、關於公平交易法與其他法律之競合
三、基於執業資格之禁止規定	三、公平交易委員會與目的事業主管機關之介 入手順
四、基於保健的理由	四、廣告代理業或廣告媒體業之行政責任
五、基於不實廣告之禁止	柒、德國、歐體對不實廣告之規範
(一)消費者保護法	捌、德國、歐體與我國關於不實廣告之規範或處 理方式的比較
(二)醫師法、醫療法、藥事法	玖、公平交易委員會往後處理不實廣告之建議
(三)化粧品衛生管理條例	一、規範對象方面
(四)食品衛生管理法	二、規範手段方面
(五)環境用藥管理法	三、處理程序方面
(六)農藥管理法	
(七)飼料管理法	
(八)動物用藥品管理法	
(九)就業服務法	
(十)獸醫師法	

壹、計畫緣起

* 國立台灣大學法律學系及法律研究所教授

德國杜賓根大學法學博士

關於虛偽不實或引人錯誤之商品廣告之禁止，公平交易法第二十一條規定「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（第四項）。」歸納之，該條規定了以下幾點：1.關於廣告主之商品或服務，2.廣告中有「虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」，3.以事業為規範對象，4.廣告內容與「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」有關，5.廣告代理業與廣告媒體業「在明知或可得知」「廣告有引人錯誤之虞」而「仍製作或設計」或而「仍予傳播或刊載」時，應與廣告主負連帶損害賠償責任。

違反該條規定者，「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止」（公平交易法第四十一條）。雖然不是能夠在第一次違反時即予課以行政秩序罰，但在經「限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止」之處罰規定下，其處罰尚不能說不重，然為何不實廣告的案件還是占公平交易委員會所處分之案件的大宗，其中道理何在？何況在不實廣告，不但廣告主、廣告代理業與廣告媒體業還應「負連帶損害賠償責任」，而且現行法中，除公平交易法外，至少尚有十五個法律對於不實廣告有所規定。是故，關於不實廣告，值得從比較法的觀點，就制度政策及執行實務兩個面向加以檢討。

為適當規範事業之廣告，以下問題值得探討：1.常見之不實廣告之類型，2.

不實廣告之規定保護的利益，3.公平交易委員會關於不實廣告之政策，4.我國目前對不實廣告之規範及其競合，5.一事不二罰的問題，6.行政職務上之分工或在管理程序上需要的行政協調，7.德國、歐體對不實廣告之規範，8.德國、歐體與我國關於不實廣告之規範或處理方式的比較，9.關於不實廣告之行政管理的改進建議。茲分述之：

貳、不實廣告之類型

廣告之目的在於凸顯自己商品或服務之優點，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）。如果背離真實或引人錯誤，其廣告即屬不實廣告，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，原則上是主觀的，交易上並不能期待其中立、超然¹。

關於不實廣告之類型，依公平交易法第二十一條第一項之規定首先可區分為以廣告主之商品或服務為內容，為表示「物真價實」所作之廣告²，及以附隨事項或他人之商品或服務為內容之廣告。該區別之意義為以附隨事項或他人之商品或服務為內容之廣告是否亦有該條之適用。其重要案型有：誘餌廣告、推薦、見

¹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.329.

² 行政院公平交易委員會 85.8.23.公訴決字第 0 八一號訴願決定書「按「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。」及「事業不得為競爭目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事」固分別為公平交易法第二十一條第一項及第二十二條所明定，惟前者規定之「虛偽不實或引人錯誤」及後者規定之「不實」，係為適用上開二規定之前提構成要件。卷查關係人安佳公司並未於系爭廣告就自身產品豐力富奶粉之價格、數量……等有「虛偽不實或引人錯誤」情事，至系爭廣告上聲稱「克寧奶粉是由許多不同的國家進口」及「克寧奶粉來自多少不同的國家？」，亦無不實，故其並未就訴願人之產品克寧奶粉，「陳述或散布不實情事」。核關係人安佳公司所為，顯不相當於公平交易法第二十一條第一項及第二十二條規定，故訴願人主張，關係人所為違反前開二規定，顯無可採。」（行政院公平交易委員會公報 85 年第五卷第八期第 70 頁）。該見解並經行政院臺八十六訴定第 0 五 0 二八號再訴願決定予以維持（行政院公平交易委員會

證廣告、比較廣告、寄生廣告等。後者因不為該條明文所概括，是故，此種廣告是否亦受公平交易法規範，及其該當之規範依據為何值得探討。茲分述之：

一、誘餌廣告

按廣告本當是一種信息之傳遞，而非有價值之物或勞務的給與。廣告應以供銷售之商品或服務為其訴求之對象，就其品質及價格以文字、圖片或其他表示的方法提供適當信息，俾交易相對人就購買與否可為務實之決定，以符效能競爭的意旨。今倘廣告主不以其商品或服務之品質及價格比，貨真價實為訴求內容，而以給與具有價值之廣告品或服務作為廣告手段，則其廣告有模糊廣告本來應有之焦點，使交易相對人因受賄賂，而有為不切實際之購買決定之虞。學說上稱此種廣告為含值廣告(Wertreklame, Wertwerbung)或賄賂顧客(Kundenbestechung)。總括之，賄賂性廣告應更能傳神的表達其性質³。其主要態樣為：贈與、抽獎或提供無償的服務。這些無償給與如果發生在交易發生前，且不以有交易作為給與的要件，該給與具有引誘顧客上門、參觀或甚至成立交易的作用，因此此種廣告稱為「誘餌廣告」⁴。反之，如以有交易作為給與的要件，則該無償給與之無償性質下降，兼具折扣、搭售之作用⁵。至於是否兼有彩券之發行的意義，尚須視獎額之高低及獎金之來源而定。獎額高而且獎金又來自於購買人者，屬於彩券之變相的發行⁶。

公報第六卷第二期 41 頁)。

³ 關於賄賂性廣告詳請參考 Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.85ff..

⁴ 在不以交易關係之締結為無償給與之要件的情形，還有提供樣品供試用情形。提供樣品供試用本為正常之效能競爭的方法，特別是在新產品之推廣的階段。然由於無償大量提供試用品事實上足以窒息競爭商品之市場，阻擋競爭者之銷售，因此超出試用所必要之試用贈品的提供在顯然超出試用目的所必要的情形，該試用品之無償提供便可能被論為構成對於競爭者進入市場之「阻擋」，減損效能競爭。當有此種情事，在德國實務上認為應屬反不正競爭行為法第一條所禁止。然由於提供樣品供試用本為正常之效能競爭的方法，所以無償提供樣品供試用是否違反該條規定，不能一概而論，必須就個別案件之具體情況論斷 (Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.119ff.. (121))

⁵ Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.117ff..

⁶ 獎金或獎品的獲得如與偶然事件之發生為條件，且其參與者事先應以明顯或隱藏的方式為投

誘餌廣告在我國公平交易法上所以有其特別問題，其緣由首先為誘餌廣告以對於顧客為無償給與，而非以關於交易客體之品質或價格有關事項的表示為其內容，而該法第二十一條關於不實廣告之具體規定，以關於交易客體之品質或價格有關事項有不實或引人錯誤的表示為其規範對象⁷。此外，誘餌廣告之內容不一定不實。然誘餌廣告究應依哪一條規範之⁸？

贈獎廣告，其不涉及不實而僅因過高而受到質疑者，與不實廣告無關。在這種情形有認為應按其是否構成「公平交易法第十九條第三款所稱之利誘」定之⁹，於「所宣稱（之）贈獎總額過當，構成以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞（時），違反公平交易法第十九條第三款（之）

注之給付者，該活動屬於彩券之發行。在德國此種活動事先應得到主管機關的許可。未經許可而發行彩券依德國刑法第二百八十六條可課以刑罰（Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.150）。我國相對應之規定為刑法第二百六十九條「意圖營利，辦理有獎儲蓄或未經政府允准而發行彩票者，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金（第一項）。經營前項有獎儲蓄或為買賣前項之彩票之媒介者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」此外，除法令另有規定外，外國發行之獎券、彩票或其他類似之票券，不得進口（關稅法第四十五條）。

⁷ 關於比較廣告之類型與該當法條，請參考計劃主持人林東昌、研究人員謝枸森、龔欽龍、殷世熙、陳杏怡，我國目前對商業廣告規範之研究，行政院公平交易委員會八十六年度研究發展報告，民國八十七年六月印行，頁七三。

⁸ 德國實務上依反不正競爭行為法第一條規範誘餌廣告。該條規定「在交易上為競爭之目的從事違反善良習慣之行為者，得對其請求不作為及損害賠償。」核其內容與我國公平交易法第二十四條同為關於不正競爭行為之一般禁止規定。公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

⁹ 行政院公平交易委員會 81.5.11.公研釋第 00 五號「公平交易法第十九條第三款所稱之利誘，係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客之射倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務為正常之選擇，從而誘使顧客與自己為交易法行。有關贈獎促銷活動是否屬於公平交易法第十九條第三款所稱「利誘」疑義，按基於自由競爭本質，事業為贈獎促銷活動，是否違反公平交易法，應視其贈獎促銷之內容是否已達前述之利誘程度，而使競爭者之交易相對人因此而與自己為交易行為而定。」行政院公平交易委員會 81.7.7.公研釋第 0 二三號再次重申該見解：「來函所列九種利誘顧客之行為，除「不實」及「販賣仿冒商品」明顯違法，可依公平交易法第二十一條、第二十二條加以規範外，其餘「折扣戰」、「贈品」（摸彩）、「每日一物」、「貴賓卡優待」、「週年慶打折」、「買一送一」等七種行為，均可依前述原則就具體個案衡

規定」¹⁰。從而於「經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，（可）處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金」（公平交易法第三十六條）。然利用誘餌廣告，對於顧客進行賄賂，是否有予入罪化的妥當性不是全無疑問。蓋未經許可發行彩券，依刑法第二百六十九條亦不過得「處一年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金」而已。是故，比較妥當的安排當是：將公平交易法第十九條第三款之適用對象保留給對於顧客之代理人或使用人賄賂的情形，並以同法第二十四條作為賄賂顧客之誘餌廣告的規範基礎。

關於贈獎金額是否過高，構成利誘，公平交易委員會第一七二次委員會議決議：「按公平交易法所稱競爭係事業在市場以較有利之價格、數量、品質、服務或其它條件爭取交易機會之行為，而本會鑒於國內業界舉辦贈品贈獎促銷活動日益頻繁，且贈獎金額不斷提高，不僅導致市場上同業相互跟進負擔沈重，而一般消費大眾面對五花八門之促銷活動，亦有無從決擇之惑。且如果事業所提供贈品或贈獎之價值過高，將有阻礙潛在競爭者進入市場之弊，故於第一七二次委員會議決議，事業辦理贈獎，其全年贈獎總額之上限如下：（一）上一會計年度之銷售金額在新臺幣十億元以上者為，新臺幣二億元。（二）上一會計年度之銷售金額超過新臺幣二億五千萬，未滿十億元者，為銷售金額的五分之一。（三）上一會計年度之銷售金額在新臺幣二億五千萬以下者，為新臺幣五千萬。違反者即屬構成公平交易法第十九條第三款，以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞之行為，並於八十四年四月一日起開始適用。」

誘餌廣告涉及不實者，因其非以與交易客體或其價格有關事項為其廣告內容，所以不屬於公平交易法第二十一條規範之對象。從而同樣應適用同法第二十四條。至於不實廣告是否應課以刑責，值得將之與刑法中關於詐欺的規定互相比較後，權衡定之¹¹。於其滿足「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將

量是否違法。」

¹⁰ 行政院公平交易委員會 84.12.11.公處字第一六六號處分書（行政院公平交易委員會公報八十四年第四卷第十二期 18 頁）。

¹¹ 廣告如有不實，當其因此充分刑法中關於詐欺之規定的構成要件時，會構成詐欺罪。有疑問

本人或第三人之物交付」的要件時，應論以詐欺罪。

「舉辦贈獎促銷活動，應充分揭露活動內容」，贈獎廣告之內容有不實或不全¹²致引人錯誤者，公平交易委員會原先認為應「論以違反公平交易法第二十四條欺罔及顯失公平之禁制規定」¹³。然關於事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等之廣告，如有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，公平交易委員會第二六九次委員會議決議通過改變其見解，認為「本會處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第二條明白揭示；公平交易法第二十一條所稱商品（服務），係指具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之其他非直接屬於交易標的之相關交易事項，包括事業之身份、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等。故事業就該交易附帶提供之贈品或贈獎，如有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，即涉有廣告不實之嫌」，應依公平

者為，公平交易法第三十六條對於刑法中關於詐欺之規定，特別是第三百三十九條的適用性有無排斥作用。刑法第三百三十九條規定「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金（第一項）。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者亦同（第二項）。前二項之未遂犯罰之（第三項）。」同法第三百三十九條之一至之三關於詐欺之規定與廣告不可能有競合關係，併予敘明。

¹² 行政院公平交易委員會 86.11.6.公處字第一九六號處分書「本次贈獎廣告文字「集就送」意謂無需抽獎，只要集足點數就送贈品，且本贈獎活動期間既於相關廣告上載明至八月三十一日止，則依常理，被處分人對八月間集足點數來換贈品之消費者即有提供贈品之義務，任何無法提供之理由或說明均與交易相對人之認知與期待有所差異，且與廣告內容不符。……（在這種情形，即便）廣告內容及做法雖無虛偽不實，卻仍有引人錯誤情事」（行政院公平交易委員會八十六年第六卷第十一期 22 頁）。此為因廣告中之消極行為使廣告內容及做法雖無虛偽不實，卻仍引人錯誤的情形。

¹³ 行政院公平交易委員會 85.7.9.公壹字第 0 二一七二號函「舉辦贈品贈獎活動者，應於相關文宣充分揭露其贈品贈獎活動之內容與擬贈獎品之項目及使用限制等，且避免於事後無正當理由而自行變更。相關案例，業者於贈獎文宣宣稱贈送「機票」或「機票禮券」，實際僅給予「機票費抵用券」者，業經本會論以違反公平交易法第二十四條欺罔及顯失公平之禁制規定。（此外），事業對其所贈之機票在使用上予以限制，如團體機票或限同去同回機票等，對於該機票使用之時間、訂位方式及限制等事宜，（皆）應在相關文宣中詳加說明，包括參加的團體、該團體之舉辦單位、行程及該團扣除機票費之團費等，且不得要求中獎者須再額外繳交其他費用（機會中獎所得稅與機場稅除外），方得享受使用機票行程之優惠。」（行政院公平交易委員會公報八十五年第五卷第七期 163 頁）。

交易法第二十一條第三項應準用同條第一、二項辦理¹⁴。在贈獎廣告除可能涉及不實廣告外，還可能有彩券之發行的問題¹⁵。公平交易委員會後來所持應依公平交易法第二十一條第三項應準用同條第一、二項辦理的看法，與該條關於廣告內容之規定不符。因此，該會原來所持下述見解還是比較允當的看法：以同法第二十四條作為誘餌廣告（贈獎廣告）之規範基礎。然無論如何，廣告只要以無償給與為手段，即具有模糊效能競爭之焦點的負作用。在該作用達到不適當之程度

¹⁴ 行政院公平交易委員會 86.7.8.(86) 公處字第一〇〇號處分書（行政院公平交易委員會公報第六卷第七期 42 頁）。相同見解又如行政院公平交易委員會 86.11.6.公處字第一九六號處分書「被處分人於舉辦「青春世界正點集」贈獎活動之廣告中，對於「先換先贏，換完為止」之文字未於產品包裝廣告等作充分揭露，致有引人錯誤情事，違反公平交易法第二十一條第一項規定」（行政院公平交易委員會八十六年第六卷第十一期 22 頁）。行政院公平交易委員會 87.07.17.(87) 公處字第一五三號處分書「查八十七年一月八日民生報第十一版刊登：「即日起『凡購買其中三張，集三張貼紙即可參加五十部機車大抽獎』」之報紙平面廣告，係由被處分人規劃製作。經查系爭廣告文宣所稱「五十部機車大抽獎」，係摩托公司提供五十部機車配合該項活動，而被處分人實際僅將其中十八部機車供該活動抽獎用，其餘機車則供媒體公關、大成報廣告交換等其他用途。雖被處分人宣稱該版廣告刊登僅此一次，因已利用更新版面報紙廣告代替之，故並未刊登獎項更正啟事廣告云云；然因報紙廣告文宣一經刊登一次，即已發生效力，並擴及一般社會大眾。換言之，被處分人所稱，並不能豁免其對於原報紙平面廣告所為虛偽不實之贈獎內容，造成交易相對人錯誤認知之損害，是以核其行為已違反前揭法條之規定。」（行政院公平交易委員會公報八十七年第七卷第七期 43 頁），後二者為關於贈獎數量揭露不實。關於贈獎期間之揭露不實，行政院公平交易委員會 86.11.24.公處字第二〇八號處分書認為「被處分人於商品廣告上就贈獎活動期間為虛偽不實及引人錯誤之表示及表徵，違反公平交易法第二十一條第一項之規定。」（行政院公平交易委員會八十六年第六卷第十一期 56 頁）。又關於贈送條件，行政院公平交易委員會 87.1.16.(87) 公處字第一〇一九號處分書認為「被處分人於商品外包裝以「買就送一千里秘書呼叫器」為促銷表示，至於贈獎辦法則須購買後打開包裝始能得知乙節，被處分人辦稱，活動標題為「買就送「電話秘書」呼叫器」，係指加入電話秘書會員就贈送呼叫器，與「買就送呼叫器」有所不同云云。惟據其外包裝觀之，除上揭「買就送一千里秘書呼叫器」外，並有「物超所值！內附秘書呼叫器兌換券及附中文說明書」及呼叫器實物照片等，確使人認為贈品即如包裝所示之呼叫器乙個」（行政院公平交易委員會公報第七卷第一期 67 頁）。

¹⁵ 行政院公平交易委員會 87.07.17.(87) 公處字第一五三號處分書號處分書「該活動實際提供十八部機車抽獎，卻於八十七年一月八日民生報第十一版刊登：「即日起『凡購買其中三張，集三張貼紙即可參加五十部機車大抽獎』」之平面廣告」（行政院公平交易委員會公報八十七年第七卷第七期 43 頁）。本件廣告主擬促銷之商品或服務為何？處分書中並未說明，惟自其內容提及「凡購買其中三張，集三張貼紙即可參加五十部機車大抽獎」觀之，所涉情節似為彩券之發行，而非一般之贈獎。

時，即應予禁止。至於不適當之標準為何，公平交易委員會於前述第一七二次委員會議決議所定者似乎過鬆。

用來作為誘餌的無償給與，除了前述習見之贈品或抽獎外，也有利用提供無償接送或顯然低於市價之旅遊吸引可能之顧客者。關於此種誘餌廣告之反競爭性雖然同樣必須就個案認定，但德國實務原則上傾向於採認為具有反競爭性。蓋無償接送或顯然低於市價之旅遊的提供，除了對於顧客有引起購買上之心裡強制之虞外，還容易逼使競爭者跟著做，以致愈演愈烈，從而扭曲效能競爭，導致競爭習慣的惡化，這些皆與公共利益不符¹⁶。然並非一切無償運送服務之提供皆屬當然違法，例如為彌補營業地點在區位上的不利，而提供無償運送服務以補償顧客之時間及勞碌時，只要其間未利用運送的機會，對於顧客施以影響，使其感受到非購買不可的壓力，德國實務上便認為無反競爭性。惟系爭運送的距離亦不得過遠¹⁷。至於距離過遠的認定標準為何？不能一概而論。重要的是依其具體情況，相對於顧客，不得引起其心裡上之購買強制感，相對於競爭者，不得引起大家非跟著做不可的形勢，以致於愈演愈烈，扭曲效能競爭的機制。

除前述無償給與可以作為誘餌吸引顧客外，就一定商品之限量或不限量之超低價格的廣告，一樣有吸引顧客的作用。不過，這種誘餌除了會構成前述誘餌廣告本來存在之問題外，還會涉及到對於競爭者構成掠奪性定價，對於供應商構成干擾市場的問題。

誘餌廣告在不實或引人錯誤的情形，除可能損害上、下游之交易相對人的利益外，在大多數情形還會損及競爭者之競爭利益¹⁸。

二、推薦或見證廣告

¹⁶ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.100,105f.,110.

¹⁷ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.103.

¹⁸ 行政院公平交易委員會 84.12.11.公處字第一六六號處分書「被處分人自本處分書送達之次日起，應立即停止於辦理贈獎活動時，以過當之贈獎總額為利誘方法使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞之行為。」（行政院公平交易委員會公報八十四年第四卷第十

在廣告上，事業常藉助於專家或使用之推薦或見證，以提高潛在顧客對於其商品或服務的信賴，最後決定選購其商品或服務。當廣告以專家或使用之推薦或見證為內容，稱為推薦或見證廣告¹⁹。

關於推薦或見證廣告之規範，首先為哪些人不得為特定事業為推薦或見證廣告，其次為推薦或見證廣告的內容必須真正。前者所涉為具有一定身分之個人或一定資格之團體應守之中立性的問題，例如政府機關、公益團體在交易機會的推介、商品測試上皆應維持中立，不得有所偏依²⁰。所以，事業「依附公益團體之公益活動，而銷售商品，為足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行為，違反公平交易法第二十四條規定」²¹；後者所涉為推薦或見證內容之公正與真正的問題，例如事業支付代價，指使享有一定權威之專家或身分者在學術研討會中或利用其職務，推介其商品或服務²²。本類型之違法性存在於角色的錯亂，將廣告掩

二期 18 頁)。

¹⁹ 關於比較廣告之類型與該當法條，請參考計劃主持人林東昌、研究人員謝枸森、龔欽龍、殷世熙、陳杏怡，我國目前對商業廣告規範之研究，行政院公平交易委員會八十六年度研究發展報告，民國八十七年六月印行，頁七三至七四。

²⁰ Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.189.

²¹ 行政院公平交易委員會 83.9.5. 公處字第 0 九二號處分書「本案被處分人，藉其負責人身兼臺灣省消防安全研究協會理事之便，以代表協會從事消防安全講習之機會，銷售瓦斯器材。(一)對交易相對人而言：被處分人利用臺灣省消防安全研究協會推動消防安全講習之機會，取得交易相對人之信任，而後遂行其事業行為，已構成公平交易法第二十四條「足以影響交易秩序之欺罔行為」。(二)對其他競爭者而言：被處分人之銷售行為，依附在公益團體之消防安全講習之下，使消費者產生信賴感，對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，亦已構成公平交易法第二十四條之「足以影響交易秩序之顯失公平行為」。(行政院公平交易委員會公報八十三年第三卷第九期 8 頁)。同一見解亦見於行政院公平交易委員會 83.11.4.公處字第一一七號處分書：「一、本案被處分人藉其同時身兼防災協會宣導服務處為民眾宣導防災知識之機會，取得交易相對人之信任，而後遂行其事業行為，已構成公平交易法第二十四條「足以影響交易秩序之欺罔行為」。二、被處分人之銷售行為，依附在公益團體之防災宣導之下，使消費者產生信賴感，對其他遵守公平競爭本質之競爭者而言，亦已構成公平交易法第二十四條之「足以影響交易秩序之顯失公平行為」。三、本會認為事業以行動支持或投入公益活動並未有何不當之處，惟若事業在進行公益活動之時均附帶從事營利行為，易使消費大眾對公益活動與事業行為之界限產生混淆，應予禁止。」(行政院公平交易委員會公報八十三年第三卷第十一期 5 頁)

²²例如教師為取得佣金而推介教科書。Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990,

飾於可受或易受信賴之非廣告性的表示中。

與之類似者為，事業安排消費者以其使用經驗為基礎，所作之廣告。此種廣告稱為見證廣告。其是否構成不實廣告以廣告之內容是否不實為斷。實務上關於此種廣告之規範的困難，常常存在於事業否認其為該廣告的託刊者或散布者，而將之推諉於其顧客之公然的感恩表示。此為證據的問題。為必要時有效防止這種推諉的藉口，宜考慮在這種情形將託刊之顧客認定係「為事業從事競爭行為」之行為人，並將此種行為人納入公平交易法規範之對象。

三、比較廣告

當廣告主在廣告中，如果不是只顧吹噓自己的商品或服務，而還為了廣告自己的商品或服務，提及競爭者之商品或服務，其廣告因具有對襯的意義，所以稱為比較廣告²³。從事比較廣告之目的不外乎對比，以凸顯自己的優點；影射，以將競爭者比下去；或貶抑，以阻擾其業務。因其廣告內容涉及關於他人之資訊，因此，不但在關於競爭者之資訊不實或有引人錯誤的情事時，而且在不能證明為真實時，皆應論為不正競爭。對於這個問題，就與廣告主自己之商品或業務有關部分的不實廣告應依同法第二十一條，就對比或不實影射他事業之商品或服務等情形，我國公平交易法對之固因無直接之明文規定，而必須引用同法第二十四條關於不正競爭行為的概括規定規範之²⁴。然廣告主在比較廣告中，如「為競爭之

UWG §1 Rd.190.

²³ 關於比較廣告之類型與該當法條，請參考計劃主持人林東昌、研究人員謝枸森、龔欽龍、殷世熙、陳杏怡，我國目前對商業廣告規範之研究，行政院公平交易委員會八十六年度研究發展報告，民國八十七年六月印行，頁七五。

²⁴ 行政院公平交易委員會 85.8.23.公訴決字第 0 八一號訴願決定書「未查公平交易法第二十四條明定，事業不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，而依本會所訂定該規定之適用原則第二點及第三點規定，「不公平競爭」，係指商業競爭行為違反社會倫理，或侵害以品質、價格、服務等效能競爭本質為中心之公平競爭，「交易秩序」則指符合社會倫理及效能競爭原則之交易秩序。然揆之系爭廣告內容，消費者不難瞭解該廣告之訴求內容，係在傳達「豐力富奶粉僅來自一個國家—紐西蘭」，克寧奶粉的乳源來自不同國家，故其並未虛構事實，僅以創意性之廣告技巧來訴求自己產品之特點，手段上並未達具違反社會倫理之非難性，且綜觀系爭廣告整體，尚難認有排斥訴願人產品之效果，自難認系爭廣告有影響交易秩序之欺罔或顯

目的」²⁵，關於競爭者或其商品或服務，從事超出對於雙方服務品質之對照性的比較，而對於競爭者之服務品質給予負面的評論，而又不能證明其評論有事實之根據者²⁶，則其廣告如「足以損害他人營業信譽」，便構成同法第二十二條之違

失公平情事。訴願人訴稱系爭廣告有違公平交易法第二十四條規定，應係對此規定適用上之誤解，並不足採。」（行政院公平交易委員會公報 85 年第五卷第八期第 70 頁）。

²⁵ 比較廣告是否為競爭之目的，行政院公平交易委員會該會 86.10.29. (86) 公處字第一八九號函處分書，以「業者間應具有明顯競爭關係」及「描述.....明顯超過澄清事實之必要」為標準認定之：「查被處分人與豐盟公司之經營區均係行政院新聞局所劃分之「豐原經營區」，該區經營有線播送系統之業者尚有大豐源、銘賢、松臺等，然豐盟及被處分人兩業者在該經營區內之市場占有率分居一、二位，而主要之收視戶又重疊分布，是兩系統業者間應具有明顯競爭關係，殊無疑義。至其散發系爭傳單之目的是否係出自競爭目的，對此，被處分人辯稱所散發之「勸世快報」係為反駁豐盟公司所散發之「醒世快報」對該公司之不實詆譏，並告知民眾區域內倘發生系統業者獨家經營之情形，將嚴重損及消費者權益。惟查，系爭傳單之內容，係將對方之營業狀況及所提供之服務，以文字或圖畫加以貶抑描述，且與自己所提供之服務加以對照比較，明顯超過澄清事實之必要，且顯有藉系統傳單吸引競爭者收視戶之意圖，是被處分人散發系爭傳單之行為，當堪認屬係出自競爭目的。」

²⁶ 行政院公平交易委員會 86.10.29. (86) 公處字第一八九號函處分書「被處分人既不否認有印製及散發系爭傳單之事實，則其當已構成陳述或散布之行為，惟對系爭傳單之內容，則堅稱於實有據。然查其所謂之事實根據，則無非以報載有關有線電視系統業者合併後漲價等影響消費權益之報導，是以，被處分人在無其他確切事證下，僅憑媒體對其他經營區部分個案之報導，即逕以「收費 700▼800▼1000▼2000▼元，隨他高興漲」、「節目 60▼50▼40 好節目爛節目，隨他高興放」、「服務態度好不好，維修到不到，隨他搞」、「管你清不清，明不明，有光纖沒光纖，省本就好」等之文字，泛指豐盟公司漠視消費者權益，要難謂於實有據。又，被處分人表示此段文字係告知民眾「當系統業者兼併整合成一家後對消費權益之不利影響」，然就系爭傳單之整體內容觀之，前開文字佐以文字旁手持屠刀，身著「X 盟有線電視」之屠夫圖樣，隱喻豐盟公司意圖宰割收視戶，顯已逾越「告知民眾系統獨家經營對消費者權益不利影響」之程度，洵堪認有陳述散布不實情事，損害他人營業信譽之行為。再查，被處分人坦承以傳單指豐盟公司「傳統網路，視訊不良，雜訊多，斷訊頻傳，六十一個頻道少之又少」「頻道節目乏善可陳，虛而不實」、「傳統網路品質低劣、傷眼傷神」、「畫面收視不良，長久傷害眼睛」，其立論依據則係以豐盟公司之網路設備為傳統網路，頻寬及視訊難與被處分人所鋪設之光纖網路相較，因此無法提供觀眾豐富之節目及高品質之視訊，惟按有線播送系統所播送之節目品質優劣並非單純取決於所提供頻道節目數量之多寡，亦無其他之科學證據指傳統網路所傳輸之視訊會對眼睛造成傷害，被處分人據指豐盟公司供播之頻道節目「乏善可陳，虛而不實」、「視訊不良傷害眼睛」等語，顯已達到損害豐盟公司營業信譽之程度，渠之行為違反公平交易法第二十二條規定，殊屬明顯。」

反²⁷。惟也有認為比較廣告，視情形可該當於同法第十九條第三款所稱以「其他不正當方法²⁸，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」的規定²⁹。

然是否只要有事實依據，即得以貶抑的方式描述其競爭者，特別是在其圖像上塗上足以損害其形象或營業信譽的符號？對於這個問題行政院公平交易委員會雖認為這種做法不違反同法第二十二條，但不無商榷餘地³⁰。蓋一個事業或個

²⁷ 行政院公平交易委員會 85.4.15.公訴決字第 0 四一號訴願決定書「次按公平交易法第二十二條規定：「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」故事業基於競爭之目的，而有陳述或散布不實情事之行為，造成足以損害他人營業信譽之結果時，即違反上開法條之規定。關於補習班辦學成績之優劣，因各補習班之軟、硬體教學設備、師資及學生人數等並不相同，故究應以錄取人數或應以錄取率為準，目前並無一定之規則或標準可循，自不能僅以錄取率為準，否則易失其客觀，例如學生人數僅一人，錄取一人，則錄取率為百分之百。是被檢舉人以錄取人數製作系爭廣告及傳單，尚難遽以論斷其為不客觀或不合理。」（行政院公平交易委員會公報八十五年第五卷第四期 130 頁）。

²⁸ 公平交易法第十九條第三、四款規定「三、以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。四、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為。五、以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。」其中「其他不正當方法」得涵蓋之範圍，是否應具備其「例示」之不正當方法（脅迫、利誘）的共同特徵，或只要其方法可論為不正當即可？值得議論。如認為只要其方法可論為不正當即可，則該條三、四款之規定與同法第二十四條一樣具有概括性。所不同者為，在第十九條，其適用受「有妨礙公平競爭之虞」關於「合理原則」之要件的限制。

²⁹ 行政院公平交易委員會 85.8.23.公訴決字第 0 八一號訴願決定書「次按公平交易法第十九條第三款明定，以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之。其所規範之行為態樣既係事業以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取不當之交易機會，因之，「其他不正當方法」係指與脅迫、利誘本質相類似或惡性相當之不正當手段與方法，卷查系爭比較廣告內容，乃明白傳達「豐力富奶粉僅來自一個國家—紐西蘭」，克寧奶粉的乳源則來自不同國家，並未虛構事實，自未合致公平交易法第十九條第三款規定。訴願人訴稱關係人系爭行為顯係「不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」乙節，顯係對本會認事用法之誤解，洵不可採。至訴願人所稱系爭電視廣告業經新聞局禁播乙事，核屬行政院新聞局依其法定職權所為行政處分，無關本會獨立行使職權，尚難據為系爭電視廣告有違公平交易法規定之論據，併予敘明。」（行政院公平交易委員會公報 85 年第五卷第八期第 70 頁）

³⁰ 行政院公平交易委員會 85.8.23.公訴決字第 0 八一號訴願決定書案許宗力委員與委員與江鵬堅之不同意見書「一、按憲法所保障言論自由亦包括商業性廣告在內，已成不爭之論，基於言論自由之保障，我們因而一向贊同給予廣告主較大創意空間，即便是涉及第三人權益的比較性

人皆不得公然在他人之肖像或商品、服務、營業表徵上有侮蔑性的行為。

與我國不同者為，德國反不正競爭行為法對於比較廣告有明文規定：除該法第三條，因其規定之廣告內容為關於業務關係，解釋上可涵蓋自己及競爭者之商品或服務，所以可以引為規範以競爭者之商品或服務為內容之不實或引人錯誤之廣告外，其第十四條還規定：「為競爭之目的，關於他人之業務關係，關於他事業之業主或負責人個人，關於他人之商品或服務主張或散布足以損害業務之營運或業主之信用的事實者，只要不能證明該事實之真實，應對於受害人賠償因此所生之損害。受害人並得請求停止該事實之主張或散布（第一項）。其屬於機密之通知，且通知人或受通知人對之有正當利益者，則其不作為之請求權只有在所主張或散布之事實不真實時，方始容許。損害賠償請求權只有在通知者明知或可得而知該事實不真實時，始得請求（第二項）。第十三條第四項之規定準用之（第

廣告，我自也主張在所涉及本法第二十四條所稱「其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」等不確定法律概念的操作上，同樣應注入憲法基本權保障的考慮因素，對廣告主的言論自由與作為比較對象之競爭者之財產權（含營業信譽）等相衝突法益作個案的利益衡量。利益衡量當然有其困難度與主觀性。但在第二十四條的適用上，本會著有「公平交易法第二十四條之適用原則」，以商業競爭行為有無違反社會倫理，或侵害品質、價格、服務等效能競爭原則，作為有無違反第二十四條的判準。該判準雖仍不失抽象，但不可否認大幅降低吾人個案操作利益衡量的困難度。特別是假以時日，透過個案的累積，非不能提升本會在第二十四條適用上的可預測性與客觀性。二、該判準如引申適用在本案，關鍵當係在於廣告主（安佳公司）系爭廣告即便未虛構事實，有無可能亦造成貶損競爭對手（即本案訴願人博登公司與吉時洋行），侵害其營業信譽之效果，從而達具違反社會倫理的非難性。本案多數意見認為系爭廣告不違反第二十四條，理由主要在於其訴求內容並未虛構事實，僅以創意性之廣告技巧訴求自己產品特點，其手段並不違反社會倫理，且亦難認有排斥訴願人產品之效果云云。惟查系爭廣告文字「豐力富奶粉僅來自一個國家-----紐西蘭，所以你可以絕對信賴.....紐西蘭的環境潔淨清新，不受污染」，「克寧奶粉來自多少不同國家？」云云所間接表達的對競爭對手的貶損，即便因尚處於違反與不違反社會倫理的灰色地帶，而勉強可以不違法對待之，但加上克寧奶粉罐上顯著的紅色大問號，其加乘起來的整體效果，難謂不夠強烈，倘仍執意認為尚不致造成貶損競爭對手、侵害其營業信譽效果，尚未達具違反社會倫理之非難性，何能令人心服？何況即便不論文字，光在他人產品畫面上加上一個顯著大紅問號，這就形同在一個人肖像上打一個大紅問號般，本身就已足以產生強烈貶損效果，若還謂這項多只是廣告主為訴求自己產品特點而運用之創意性廣告技巧，並不違反社會倫理，其誰能信？三、綜上，我們認為系爭廣告是對言論自由之濫用，屬足以影響交易秩序之對競爭對手顯失公平之行為，原處分就此部份之認定應予撤銷，由原處分單位另為適法之處分」（行政院公平交易委員會公報 85 年第五卷第八期第 70 頁）。

三項)³¹。」

四、寄生廣告

在廣告中，弱勢事業有時會嘗試攀比他事業之優勢商譽，以自抬身價，此即寄生廣告。寄生廣告類似於比較廣告，但與比較廣告略有不同。在寄生廣告，廣告主對於所攀比之他事業或其商品與服務加以讚美，而後攀比之，在廣告中表示自己的商品或服務與所攀比之他事業的商品或服務一樣好，或至少是第二好，然後以盡在不言中的方法，暗示顧客其實可以，以較低的價格買到一樣好的商品或服務，進行價格競爭。這便是行銷學上所謂「老二主義」的實踐方法之一。寄生廣告通常應用於，市場有一時難以正面挑戰之強勢品牌或競爭者，而其價格較高的情形。

面對這種廣告強勢品牌或競爭者常常一時難以招架，蓋寄生廣告中說了自己商品或服務的好話，而伸手不打笑臉人。然規範上寄生廣告是否盡無可議之處？那也不盡然。首先必須看其攀比有無事實為其基礎。倘無，則其攀比便有不實或引人錯誤的情事，同樣構成不實廣告。倒是其若宣稱自己是第二名時，如何認定其自評為第二名之表示不實？應以何為標準或比較之對象。這種問題可參考自稱為某種獎項之得主而其實不然的案例論斷。蓋關於自己之商品或服務的品質或市場占有率，經由攀比自稱其市場地位處於所屬行業之一定名次者，等於自評為一定獎項的得主³²。不過，在這種情形如果自評為第一，其廣告應屬於比較廣告，而非寄生廣告³³。

³¹ Baumbach/Hefermehl, Wett-bewerbsrecht, 16., Aufl., 1990, UWG §1 Rd.329.

³² 類似的問題發生在電視節目收視率或報紙發行分數之比較或攀比上。

³³ 「查（行政院公平交易委員會）辦理國內電視收視率調查制度及公布方法不健全，致使相關業者權益受損乙案，業經本會第一百七十次委員會議決議：（一）收視率的公布，具有比較廣告之性質，故應受公平交易法第二十一條與第二十四條之規範。（二）收視率之調查結果被公開引用時，必須同時公開與調查相關的所有資料。（三）收視率之調查結果如透過電視畫面公開發布，則公布內容應包括擔任收視率調查之公司、調查方法、調查時間、抽樣方法、成功樣本數及誤差值；如果同一畫面容納不下，可以使用二個畫面。如不輔以旁白，電視公司可以自行斟酌該畫面播出的秒數；但如輔以旁白，則所有說明資料均必須讀出，以平衡報導。調查報告

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³⁴。但並不是該法每一個規定皆該三個利益。自該法第四十一條觀之，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，但交易利益與競爭利益並不一定皆受保護。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利益，例如同法第二十一條、同法第二十四條。由於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，則對於公平交易委員會之處分或不處分的決定檢舉人便不得提起訴願。

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、

未及於電視上披露之部分，須於平面媒體（目前暫訂為電視臺各自發行之週刊、月刊）上充分揭露。揭露的程度，須包括擔任調查之公司、調查方法、調查時間、調查區域及對象（資料背景及代表意義必須交代清楚）、抽樣方法及抽樣誤差值、樣本數、有效樣本數等資料。另對平面媒體之登載亦有規定。」依該決議，行政院公平交易委員會 84.12.8.公處字第一六四號處分書及 84.12.8.公處字第一六五號處分書認為：「被處分人於.....節目預告中插播該節目收視率第一之宣傳時，未依本會第一百七十七次委員會議決議之規範，同時公布收視率調查公司、調查方法、調查時間、抽樣方法、成功樣本數及誤差值等資料，使觀眾充分明瞭調查資料使用分析上之意義，足以誤導接收媒體資訊之社會大眾，已違反公平交易法第二十一條第一項於商品或其廣告上為虛偽不實及引人錯誤之表示之規定」（行政院公平交易委員會公報八十四年第四卷第十二期 10 頁）。

³⁴ 行政院公平交易委員會 85.4.15.公訴決字第 0 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

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（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，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。

肆、其他法律對於（不實）廣告之規定

除公平交易法外，其他尚有許多法律對於廣告加以規定³⁵。其中有基於公序

平交易委員會公報八十四年第四卷第十二期 14 頁、八十五年第五卷第四期 130 頁）。

³⁵ 現行法中對於廣告加以**定義**者有：廣播電視法第二條第九款規定「稱廣告者，指廣播、電視或播放錄影內容為推廣宣傳商品、觀念或服務者。」關於藥物廣告，藥事法第二十四條規定「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。」關於醫療廣告之定義，醫療法第八條規定「本法所稱醫療廣告，係指利用傳播媒體，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為。」醫療法第六十二條「廣告內容暗示或影射醫療業務者，視為醫療廣告（第一項）。醫療機構有關醫學新知或研究報告之發表或病人衛生教育、學術性刊物，未涉及招徠醫療業務者，不視為醫療廣告（第二項）。」藥事法第七十條「採訪、報導或

良俗或執業倫理根本禁止廣告，或禁止為一定內容之廣告者，有僅限於一定場所始得為廣告者，有規定廣告文案應事先交由目的事業主管機關審查者，有一樣禁止不實廣告者，但無論如何，只要廣告內容不實，即可該當於公平交易法關於不實廣告之規定。公平交易法以外之法律所以對於廣告加以規定，不一定從不實廣告之禁止的觀點出發。歸納之主要有以下幾種態樣：

一、基於公序良俗之禁止規定

1.禁止為一定內容之廣告者，例如兒童及少年性交易防制條例第二十九條「利用宣傳品、出版品、廣播電視或其他媒體刊登或播送廣告，引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」第三十三條「出版品以刊登廣告方式，引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易，新聞主管機關得處以新臺幣三萬元以上四十萬元以下罰鍰（第一項）。逾期不繳納者，得移送法院強制執行之（第二項）。」

2.關於廣告處所，有禁止在一定之場所廣告者，例如測量標設置保護條例第十條「在測量標上堆積瓦礫，拋擲雜物，懸掛繩索，栓繫牲畜或粘貼廣告，塗抹污損者，處拘役或五十元以下罰金。」，有限制在一定處所始得為廣告者，例如促銷菸品或為菸品之廣告，只得於「銷售菸品之場所內，（以）展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品」的方式為之（菸害防制法第十條）。

3.關於廣告媒體

這個問題規定於廣播電視法、電影法中。電視為當代主要的廣告媒體。關於民營電臺播送廣告，廣播電視法設有限制或禁止規定。必須「民營電臺具有商業性質者，（始）得播送廣告。其餘電臺，非經新聞局許可，不得為之」（廣播電

宣傳，其內容暗示或影射醫療效能者，視為藥物廣告。」醫療法第六十二條及藥事法第七十條關於醫療廣告及藥物廣告之擬制的意旨在於防止規避行為的安排。

視法第三十條)³⁶。其廣告播送方式與數量分配應受法律所定之限制(同法第三十一條)。此外,關於廣告內容同法第三十三條規定「電臺所播送之廣告,應與節目明顯分開;內容應依規定送請新聞局審查。經許可之廣告內容與聲音、畫面,不得變更(第一項)。經許可之廣告,因客觀環境變遷者,新聞局得調回複審(第二項)。廣告內容審查標準,由新聞局定之(第三項)」。第三十四條規定「廣告內容涉及藥品、食品、化妝品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者,應先送經衛生主管機關核准,取得證明文件。」違反前二條規定者,除「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(第一項)」外,並「得停止該一節目或廣告之播送(第二項)」(同法第四十四條)。關於有線電視上之廣告,有線電視法第四十條規定「廣告內容涉及依法應經各該目的事業主管機關核准之業務者,應先送經核准,取得證明文件,始得播送。」

電影法中也有類似於廣播電視法之規定:例如電影法第十三條規定「電影片映演業,.....映演廣告片時間,均應遵守中央主管機關之規定。」第十六條第一項第六款規定電影片映演業,不得「使用未經審定之廣告或宣傳品。」第三十一條「電影片之廣告及宣傳品,應於使用前送請中央主管機關審定。」第五十一條「電影片映演業或映演人違反第十六條規定,其映演或使用之電影片、廣告或宣傳品係電影片持有人提供者,處電影片持有人二萬元以上二十萬元以下罰鍰。電影片持有人不提供准演執照者亦同。」

以上為現行法關於電視與電影之廣告的禁止或限制規定。如有電視台或電影片映演業、映演人違反該等規定為廣告之播放,該電視台、電影片映演業、映演人之所為相對於其他守法的電視台、電影片映演業、映演人,有以違法的手段從事競爭,以增加收入的問題。對於以違法的手段從事競爭的行為,得依公平交易法第二十四條論斷³⁷。

³⁶ 公共電視法第四十一條「電台不得播送商業廣告。但電台策劃製作之節目,接受贊助者,得於該節目播送結束時,註明贊助者之姓名或名稱。」

³⁷ 事業以違法行為從事競爭,而經依公平交易法第二十四條處分者主要發生在合作社不依法驗證,而向非社員銷售的情形。例如行政院公平交易委員會 84.5.17.公訴決字第 0 二七號訴願決定書、行政院公平交易委員會 84.5.5.公處字第 0 四八號處分書、行政院 84.12.4.臺八十四訴字第四

4.關於廣告促銷推廣大陸物品應經許可，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第三十四條規定「臺灣地區人民、法人、團體或其他機構，非經主管機關許可，不得委託、受託或自行於臺灣地區為大陸地區物品、勞務或其他事項，從事廣告之進口、製作、發行、代理、播映、刊登或其他促銷推廣活動（第一項）。前項許可辦法，由行政院定之（第二項）。」關於違法推廣大陸物品之責任，同條例第八十九條規定「違反第三十四條第一項規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰（第一項）。前項廣告，不問屬於何人所有或持有，得沒入之（第二項）。」

二、基於職業倫理之禁止規定

1.禁止或限制一定身分者刊登廣告，其禁止或限制對象通常為專門職業人

二六一六號再訴願決定書、行政院公平交易委員會 85.6.7.公處字第 0 九二號處分書、行政院公平交易委員會 85.10.12.（85）公處字第一六一號處分書、行政院公平交易委員會 86.6.23.公處字第 0 八四號處分書、行政院公平交易委員會 87.05.01.（87）公處字第 0 九九號處分書。此為行政院公平交易委員會關於合作社驗證不實對外銷售所持一貫之見解。其理由通常為「查被處分人前因驗證不實，銷售對象擴及非社員，在其享有免徵營業稅成本降低之優勢下，對一般零售業者已形成不公平競爭，且足以影響交易秩序，違反公平交易法第二十四條規定」（行政院公平交易委員會 87.05.01.（87）公處字第 0 九九號處分書）。該見解固有道理，但該處分就被處分人已放棄營業稅之免稅待遇後，以下述理由認為被處分人還是必須改正其驗證不實之情形，則似有商榷餘地「為瞭解被處分人收到前開處分書後，是否確實改正其驗證不實之情形，茲經本會於八十七年三月十日實地訪查結果發現，仍有驗證不實之違法行為。被處分人雖自行改採對購物民眾，購物開立發票及向稅捐機關申請應稅（已無免繳營業稅之優惠），另將於四月份召開臨時社員大會，決定是否撤出該賣場等作法，惟其在未撤出該賣場前，仍屬機關聯合員工合作社，受託辦理員工日常生活必需品進貨、銷貨事宜。在其享有進貨量大及經營成本低之優勢下，一般零售業難以與其抗衡，形成不公平競爭，且構成足以影響交易秩序之顯失公平行為，已違反公平交易法第二十四條之規定。復因被處分人接受前開處分書後，並未確實改正其驗證不實之情形，爰衡酌被處分人行為之情節、營業規模及其所擬轉型營業之各項因素，依同法第四十一條後段規定處分參拾萬元罰鍰如主文。」（行政院公平交易委員會公報第七卷第五期 3 頁）。蓋「進貨量大及經營成本低」所構成之優勢並不違法。依該處分之見解，論諸實際等於認為利用合作社組織降低進貨成本者，其銷售對象應限於社員。苟如是小企業將難以經由聯合採購降低成本，以與大型連鎖商店競爭。基於以上的認識，這些合作社真正需要之輔導其實與其他小雜貨店一樣，申請聯合採購之許可。惟如因其合作社身分，而認其不須為聯合採購申請許可，則要求其驗證便顯然為德不卒。

員。其中有限制在一定場合始得為廣告者，例如會計師法第二十二條第九款會計師不得「為開業、遷移或受託以外之宣傳性廣告。」**醫師法**第十八條規定「醫師對於其業務不得為醫療廣告。」助產士法第二十五條「助產士對於其業務，不得以本人、他人或助產所等名對登載或散布虛偽誇張或其他不正當之廣告；其管理辦法，由中央衛生主管機關訂定之。」

2.關於專門職業人員之廣告的限制，有限制其廣告內容者，例如社會工作師法第二十五條第一項規定「社會工作師事務所之廣告，其內容以下列事項為限：一、社會工作師事務所之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、社會工作師之姓名、證書字號。三、第十三條所訂社會工作師之業務。四、其他經中央主管機關公告容許登載或宣傳事項。」**物理治療師法**第二十八條「物理治療所之廣告，其內容以左列各款事項為限：一、物理治療所之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、物理治療師或物理治療生之姓名及其證書字號。三、其他經中央衛生主管機關公告容許登載或宣播事項（第一項）。非物理治療師，不得為物理治療廣告（第二項）。」**職能治療師法**第二十八條「職能治療所之廣告，其內容以下列事項為限：一、職能治療所之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、職能治療師或職能治療生之姓名及其證書字號。三、其他經中央衛生主管機關公告容許登載或宣播事項（第一項）。非職能治療所，不得為職能治療廣告（第二項）。」本類型之規定意旨在於防止無照執業及不實廣告。

三、基於執業資格之禁止規定

不具一定身分即不得為與該身分有關之廣告者，例如社會工作師法第二十五條第二項規定「非社會工作師事務所，不得為前項廣告。」與之類似者又如醫療法第五十九條「非醫療機構，不得為醫療廣告。」本類型之違反，可能涉及關於主體之不實廣告。

四、基於保健的理由

1.菸害防制法

關於菸品廣告，菸害防制法有相當嚴格之禁止或限制的規定。例如同法第九條規定「促銷菸品或為菸品廣告，不得以左列方式為之：一、以廣播、電視、電影片、錄影物、報紙、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫或物品為宣傳。二、以折扣方式為宣傳。三、以其他物品作為銷售菸品之贈品或獎品。但隨菸附送菸品價格四分之一以下之贈品，不在此限。四、以菸品作為銷售其他物品之贈品或獎品。五、以菸品與其他物品包裹一起銷售。六、以菸品單支、散裝或包裝分發。七、以菸品品牌名稱贊助或舉辦體育、藝術或其他活動。八、以菸品品牌名稱舉行或贊助品嚐會、演唱會及演講會。九、其他經中央主管機關公告禁止之方式（第一項）。製造、輸入或販賣菸品者以雜誌促銷菸品或為菸品廣告，以每年刊登不超過一百二十則為限，且不得刊登於以未滿十八歲之青少年為主要讀者之雜誌（第二項）。菸品製造、輸入或販賣業者，得以其公司名義贊助或舉辦各項活動。但不得在活動場所為菸品之品嚐、銷售或進行促銷活動（第三項）。」第十條規定「於銷售菸品之場所內展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品者，非屬前條之促銷或廣告。」依該二條菸害防制法幾乎等於採正面表列，僅容許在「銷售菸品之場所內，（以）展示菸品、招貼海報或以文字、圖畫標示或說明其銷售之菸品」的方式廣告其菸品。從而其他場所之菸品概屬當然違法，依同法第二十二條規定「違反第九條各款規定之一者，處新臺幣十萬以上三十萬元以下罰鍰。經三次處罰者，並停止其製造、輸入或販賣六個月至一年（第一項）。廣告業者或傳播媒體業違反第九條第一款規定，製作菸品廣告或接受傳播或轉載者，處新臺幣五萬元以上十五萬元以下罰鍰，並得按次處罰（第二項）。」以違反該法規定之方式從事競爭者，同時可構成以「違法行為」從事不公平競爭。

五、基於不實廣告之禁止

(一)消費者保護法

關於廣告的定義，消費者保護法施行細則第二十三條規定「本法第二十二條及第二十三條所稱廣告、指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、

海報、招牌、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」本條堪稱為現行法中對於廣告所作之最周詳的規定。惟其規定內容偏重於傳播媒體，而未述及其傳播目的。

關於廣告內容之真實性的舉證責任，消費者保護法第二十四條規定「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。」

關於不實廣告，消費者保護法利用規定「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」的方式（第二十二條），化解不實廣告所引起的問題。此為利用課以「約定之給付」的方式，解決締約上過失之賠償責任的方法，這種規定方式的作用在於利用「弄假成真」嚇阻事業在廣告中為不實之表示。該義務內容與公平交易法所規定者不同。公平交易法第三十條至第三十三條之規定從「損害賠償」，而消費者保護法之前述規定從「約定之義務」出發。

關於媒體之連帶責任，消費者保護法第二十三條進一步規定「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任（第一項）。前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄（第二項）。」依該規定刊登或報導廣告之媒體經營者所負之義務，僅為「就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任」，亦即僅負損害賠償責任，而不負代為清償「約定之給付」的義務³⁸。

(二)醫師法、醫療法、藥事法

³⁸ **關於確保商品或服務之廣告符合法令規定**，消費者保護法第三條規定「政府為達成本法目的，應實施下列措施，並應就與下列事項有關之法規及其執行情形，定期檢討、協調、改進之：……三、確保商品或服務之標示，符合法令規定。四、確保商品或服務之廣告，符合法令規定。……八、促進商品或服務之公平交易（第一項）。政府為達到前項之目的，應制定相關法律（第二項）。」不過，本規定之規範對象並非事業，而是政府。關於該規定的適用，應注意司法院大法官會議釋字第四六九號解釋可能引起的發展。

關於廣告之禁止，醫師法第十八條規定「醫師對於其業務不得為醫療廣告」。

關於醫療廣告之主體的限制，醫療法第五十九條規定「非醫療機構，不得為醫療廣告。」

關於廣告內容之限制，醫療法第六十條「醫療廣告，其內容以左列事項為限：
一、醫療機構之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師、優生保健醫師證書字號。三、公務人員保險、勞工保險及其他非商業性保險之特約醫院、診所字樣。四、診療科別、病名及診療時間。五、開業、歇業、停業、復業、遷移及其年、月、日。六、其他經中央衛生主管機關公告容許登載或播放事項（第一項）。利用廣播、電視之醫療廣告，在前項內容範圍內，得以口語化方式為之；惟應先經所在地直轄市或縣（市）衛生主管機關核准（第二項）。」

關於廣告方式之限制，醫療法第六十一條「醫療廣告，不得以左列方式為之：
一、假借他人名義為宣傳。二、利用出售或贈與醫療刊物為宣傳。三、以公開祖傳秘方或公開答問為宣傳。四、摘錄醫學刊物內容為宣傳。五、藉採訪或報導為宣傳。六、與違反前條規定內容之廣告聯合或並排為宣傳。七、以其他不正當方式為宣傳。」

關於違反行為之處罰，醫療法第七十七條「違反.....第六十條、第六十一條之規定或擅自變更核准之廣告內容者，處五千元以上五萬元以下罰鍰（第一項）。醫療廣告違反第六十條、第六十一條之規定或擅自變更核准內容者，除依前項之規定處罰外，有左列情形之一者，得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；其觸犯刑法者，並移送司法機關辦理：一、內容虛偽、誇張、歪曲事實或有傷風化者。二、以墮胎、婦科整型為宣傳者。三、以治療性機能或增強性能力為宣傳者。四、以包醫包治為宣傳者。五、一年內已受處罰三次者。」醫療法第七十八條「違反第五十九條規定為醫療廣告者，處五千元以上五萬元以下罰鍰。但醫師依醫師法規定懲處。」

關於廣告主體之限制，藥事法第六十五條規定「非藥商不得為藥物廣告。」本規定可防止藥商借用非藥商刊登廣告，以規避藥事法之適用。

關於廣告內容之事前管制，藥事法第六十六條規定「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，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省（市）衛生主管機關核准之藥品廣告（第二項）。」

關於媒體之限制，藥事法第六十七條規定「須由醫師處方或經中央衛生主管機關公告指定之藥物，其廣告以登載於學術性醫療刊物為限。」

關於廣告方式之限制，藥事法第六十八條「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。四、以其他不正當方式為宣傳。」

關於違反藥事法與廣告有關之管制規定的處罰，藥事法第九十六條「違反第七章規定之藥物廣告，除依本章規定處罰外，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播，聲明致歉。逾期未刊播者，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）。」

(三)化粧品衛生管理條例

關於不實廣告之禁止及廣告之事先審查，化粧品衛生管理條例第二十四條「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（第一項）。化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件（第二項）。」化粧品衛生管理條例第三

十條「違反第二十四條之規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；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。」

(四)食品衛生管理法

關於不實廣告之禁止，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藥劑，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。」很特別的是，同法第二十九條有關於檢舉之規定：「檢舉或協助查獲違反本法規定之食品、食品添加物、食品器具、食品容器、包裝、食品用洗潔劑、標示、宣傳、廣告或食品業者，除對檢舉人姓名嚴守秘密外，並得酌予獎勵（第一項）。前項檢舉獎勵辦法，由中央主管機關定之（第二項）。」食品衛生管理法第三十三條「有左列行為之一者，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：二、違反.....第二十條.....者。」

(五)環境用藥管理法

關於廣告人之主體資格的限制，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「環境用藥製造業、環境用藥販賣業或病媒防治業者，不得超越登記內容範圍，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）。」

(六)農藥管理法

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）。」

(七)飼料管理法

關於不實廣告，飼料管理法第二十一條「飼料製造業或販賣業者，對其生產或販賣之飼料或飼料添加物，不得超越登記內容範圍，從事虛偽之宣傳廣告。」飼料管理法第三十一條「有左列各款情形之一者，處二千元以上六千元以下罰鍰：五、違反.....第二十一條.....規定者。」

(八)動物用藥品管理法

關於不實廣告及其處罰，動物用藥品管理法第三十九條「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。」

(九)就業服務法

關於不實之廣告或揭示的禁止，就業服務法第三十九條第一款「推介就業或招募員工，不得有左列行為：一、為不實之廣告或揭示。」關於保存委託者資料之義務，同法第四十條規定「接受委託登載或傳播求才廣告者，應自廣告之日起，保存委託者之姓名或名稱、住所、電話、身分或事業登記字號等資料二個月，

於主管機關檢查時，不得規避、妨礙或拒絕。」「違反第三十九條或第五十七條第二項規定者，處新臺幣一萬五千元以上十五萬元以下罰鍰。」（就業服務法第六十一條）。

(十)獸醫師法

關於廣告主之資格及不實廣告之禁止，獸醫師法第二十三條「非獸醫診療機構，不得為診療廣告（第一項）。獸醫診療機構對其業務，不得登載散布虛偽之廣告（第二項）。」獸醫師法第三十七條「違反.....第二十三條.....處新臺幣九千元以下罰鍰（第一項）。」

本類型具有禁止及預防不實廣告的意義。當其已發生不實廣告的情事，公平交易法關於不實廣告之禁止的規定會視情形與之構成競合。

(十一)專利法

專利權為關於一定技術之專用實施權。鑑於專利法關於專利之侵害方面的保護規定，足以產生嚇阻其他事業利用同一技術從事製造、銷售或使用的的作用，所以關於專利權之範圍的主張如果逾越其真正之範圍，或有將非專利物品或非專利方法所製物品附加請准專利字樣，或足以使人誤認為請准專利之標示者，自然構成不正競爭。其如以廣告的方式為之，並同時構成不實廣告。對此，專利法第八十三條規定「發明專利權人或其被授權人或特許實施權人登載廣告，不得逾越專利權之範圍（第一項）。非專利物品或非專利方法所製物品，不得在物品或其包裝上附加請准專利字樣，或足以使人誤認為請准專利之標示（第二項）。」同法第一百三十條規定「違反第八十三條規定者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。」在這種情形，專利法前開禁止規定與公平交易法第二十一條、第二十四條之規定會發生競合。

(十二)商標法

關於商標之使用，商標法第六條「本法所稱商標之使用，係指為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書，價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布（第一項）。商標於電視、廣播、新聞紙類廣告或參加展覽會展示以促銷其商品者，視為使用（第二項）。」關於在廣告非法使用他人之商標，第六十二條「意圖欺騙他人，有左列情事之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。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。二、於有關同一商品或同類商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者。」

在廣告中不法使用他人之商標廣告自己之商品，就商品之來源表徵而論固構成不實廣告，但必須注意在此同時也可能構成公平交易法第二十條所規定之仿冒。在這種情形，關於第二十條及第二十一條之違反的行政責任、刑事責任間雖有從重處斷與不得併罰的問題，但由於該條規定所保護者為商標權人之利益，不包括交易相對人或消費者之交易或消費利益，因此，在民事責任上，同法第二十一條仍有適用餘地，以保護交易相對人或消費者之交易或消費利益。

伍、公平交易法與相關法令關於不實廣告之競合

一、公平交易法

關於不實廣告，公平交易法交易法所定之民事責任為：

1.關於除法、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，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」該責任首先以「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並無兩樣。所不同者為，在行政責任，於廣告主「逾期仍不停止或改正其行為」時，公平交易委員會「得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止。」亦即得課以行政秩序罰，以間接強制其遵守該「限期命其停止或改正其行為」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。於是引起其規範上之競合、一事不二罰、以及其行政職務上之分工或在管理程序上需要行政協調的問題。

一、規範上之競合

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適用上有無排斥性，亦即其競合是否為「排斥性的競合」；如其中有「無排斥性」關係之法律規定，則應進一步在適用上，視具體情形就這些規定之要件、效力再予調協，以消除其間可能存在的衝突。基於公平交易法與前述其他對於（不實）廣告之規定同皆以一定秩序之維持或利益之保護為其目的（例如基於公序良俗、基於職業倫理、基於執業資格、基於保健的理由、基於不實廣告之禁止等理由或目的而為禁止或限制），因此，在適用時原則上應論為無排斥關係，屬於無排斥性的競合。是故，與之有關之民事責任、行政責任和刑事責任應在該管點下處理其競合的問題。

其中關於民事責任之競合，學說傾向於主張以請求權規範競合說的觀點處理之。亦即認為在這種情形只有一個請求權，但有兩個以上之規範基礎。這些競合之規定間如有不一致的情形，應按其規範目的調整之，以消除其中之衝突，其調整方法，在要件上通常為朝最大公約數的方向調整。至於行政責任和刑事責任當其要件共同，且在法律事實上同一，性質相同或有替代性之處罰原則上不得併罰，例如有期徒刑、罰金、罰鍰間。性質不同者例如有期徒刑、罰金、罰鍰與命令解散、停止營業或勒令歇業、撤銷證照間則有併罰之餘地（公平交易法第四十二條）。這些在理論上與實務上皆比較不構成問題。

比較構成問題者為各行政機關可否分別依其執掌之行政法規對於同一違法行為同時或先後課以行政秩序罰，倘是不妥，應如何安排其間之先後順序？在不實廣告，因為其所涉及者為違法行為之禁止，並以其違反為基礎，命令停止、改正或甚至課以罰鍰，而事業本無從事違法經營的權利，是故，關於命令停止、改正違法行為（不實廣告）的部分，各行政機關皆得依其執掌之法規作成限期命令停止、改正的行政處分，而無所謂一事二罰的問題。蓋限期命令停止、改正的行政處分雖具有命為一定作為或不作為的意義，但並未課以不利之負擔，而只是要求端正其（競爭）行為而已，不是真正的行政處罰。會產生疑問者主要在於命令停止、改正違法行為以外之真正行政處罰的情形，例如課以罰鍰、命令解散、停止營業、勒令歇業或撤銷證照。如果容許由各行政機關依其執掌之法規分別對於同一違法行為（不實廣告）同時或先後課以這些行政處罰，其造成一事二罰的結果是顯而易見的。因此，在這種情形必須仔細探討其法律事實是否同一。亦即是否該當「一事」的要件。然因公平交易法關於罰鍰，以先「限期命其停止或改正其行為；（而事業）逾期仍不停止或改正其行為」為要件，（始）得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新臺幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止」，所以其間競合的問題並不明顯。而可視系爭不實廣告對於競爭秩序影響的深淺斟酌辦理。