

公平交易法不實廣告與詐欺罪之界限

王銘勇

目次

- 壹、前言
- 貳、公平交易法關於不實廣告之規範
- 參、刑法詐欺罪要件之解說
- 肆、我國司法實務就公平交易法不實廣告是否成立詐欺罪見解之分析
- 伍、公平交易法不實廣告與刑法詐欺罪之區別
- 陸、結論

中文摘要

按公平交易法第二十一條禁止事業在廣告上，就商品為虛偽不實或引人錯誤之表示，此即為公平交易法所禁止之不實廣告，然就該事業所為之不實廣告，因該廣告而受害之人，除向行政院公平交易委員會申訴外，常另行採刑事訴訟程序，就事業所為之不實廣告行為提起詐欺之告訴或自訴，是以就事業不實廣告行為，即面對行政處分及刑事制裁雙重壓力，然就事業不實廣告行為，在公平交易法第二十一條規範之要件及刑法第三百三十九條第一項詐欺罪之要件並不完全相同，是以事業所為符合公平交易法所規定之不實廣告之要件，是否即同成立詐欺罪，在我國實務間見解並不一致，本之試就從分析公平交易法規範不實廣告之要件及效果為始，進而討論詐欺罪之要件，並就近年來我國實務上就公平交易法之不實廣告及詐欺罪間關係之見解加以說明、分析，最後並分析討論就公平交易法所規定之不實廣告及詐欺罪間之區別。

壹、前言

對商品銷售而言，廣告是使消費者與商品得以接觸之管道之一，而真實性係廣告行為之重要法則，然商品製造商或經銷商為增加商品銷售量，往往違背該法則，在廣告中為不實或引人錯誤之不實廣告，造成一般消費大眾誤認該廣告內容，購買該商品而受害，引起很大之爭議，而就不實廣告之規範，我國公平交易法、消費者保護法及其他法規基於不同之目的，均加以明文規範¹，其中以公平交易法對不實廣告之規範影響最大，依公平交易法第二十一條之規定，事業不得在廣告上，對

¹ 關於公平交易法以外對不實廣告之加以規範之法律包括：醫師法、醫療法、藥事法、化妝品管理條例、食品衛生管理法、環境用藥管理法、農藥管理法、飼料管理法、動物用藥管理法、就業服務法、獸醫師法及專利法，關於此部分法律規範內容，請見

黃茂榮，公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務的檢討，刊於第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會，第 268 頁以下。

於商品之價格、數量、品質、內容。製造方法、製造日期、有限期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，為虛偽不實或引人錯誤之表示，然就事業所為不實廣告之行為，受害者除向行政院公平交易委員會申訴，請求該會就為不實廣告事業為行政處分外，常另循刑事訴訟程序，主張該事業之不實廣告行為同時觸犯刑法的詐欺罪，尤以商品價值較高之房屋買賣為然，但事實所為不實廣告行為，於符合前揭公平交易法第二十一條所定不實廣告之要件外，是否同時構成刑法上之詐欺罪，即成爭議之問題，就此問題，我國實務見解並不一致。

本文先就公平交易法對不實廣告規範之要件及效果加以分析、說明，其次討論我國刑法第三百三十九條第一項所定詐欺罪之構成要件，進而就我國實務上對符合公平交易法第二十一條規範之不實廣告，是否同時構成刑法上之詐欺罪之各種見解加以分析，最後則討論我國公平交易法對不實廣告之規範及刑法所規定詐欺罪之區別，用以明公平交易法上不實廣告與詐欺罪之界限，以釐清吾人對該爭議之認知。

貳、公平交易法對不實廣告之規範

依前揭公平交易法第二十一條第一項規定，事業不得為在其廣告上，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，以下茲就公平交易法該規定之不實廣告要件及效果加以分析。

一、公平交易法規定不實廣告之要件

就公平交易法規定不實廣告之要件，復再分為受規範主體、客觀行為及主觀要件加以說明。

(一)、規範主體

依前揭公平交易法第二十一條第一項之規定，係事業不得為不實或引人錯誤之不實廣告，規定所稱之事業，依公平交易法第二條關於事業定義之規定，公平交易法所稱之事業係指公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會、其他提供商品或服務從事交易之人或團體。是以公平交易法所規範不實廣告之主體，可能是個人、公司、工商行號或其他從事提供服務或從事交易之團體。

且依公平交易法第二十一條第四項之規定，廣告代理業在明知或可得而知情形下，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而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，與廣告主負連帶賠償責任。是以公平交易法第二十一條關於不實廣告之規範主體，原則上係為廣告主之事業，僅於符合前揭一定要件時，始要求廣告代理業者、廣告媒體業與廣告主之事業負連帶責任。是公平交易法就不實廣告規範之主體，依前揭公平交易法第二十一條之規定並不及於實際為該不實廣告行為之廣告主事業內部人員或廣告代理業內部之人員²。

而公平交易法就不實廣告規範之主體，如前述說明原則上係廣告主之事業，此所謂廣告主

² 依公平交易法第三十五條至第三十七條之規定，其刑事處罰之對象均係行為人，如法人犯該三條之罪者，依同法第三十八條之規定，如處罰其行為人外，對法人亦科以各該條之罰金，其規範之對象及於事業內部之人員，與公平交易法對不實廣告之規範不同。

之事業，不限於商品之製造商或零售商，甚而包括仲介商、上游批發商，如行政院公平交易委員會於民國八十一年十二月二十四日就東緯房屋仲介股份有限公司就其所居間介紹之房屋所為不實廣告處分案³，係以居間仲介出售該房屋之仲介公司為被處分人，又如行政院公平交易委員會就美商華納兄弟(遠東)股份有限公司臺灣分公司就該公司所發行之電影在電影院早場電影票不實廣告案⁴，被處分人雖非電影院業者，但就其所為關於該電影院早場票價，所為之廣告與實際不符，仍加以處分，命其不得再為相同或類似之不實廣告。其雖非該電影製造商或電影院業者，但仍可能就該電影放映事項之廣告，構成不實廣告。

(二)、主觀要件

前揭公平交易法第二十一條關於不實廣告之規定，僅規定事業不得在廣告上，就商品之價格等事項，不得為不實或引人錯誤之表示，但該規定，就行為人之主觀要件，並未明文規定，故就公平交易法前開規定不實廣告行為人之主觀要件為何，即值研究。

就公平交易法所定不實廣告之主觀要件，如行為人主觀上就該不實廣告行為，具有故意，則其不實廣告行為符合公平交易法第二十一條所定之要件固無問題，且有學者認該規定亦包括廣告主各種不注意之情形⁵，是以如廣告主之事業有過失時，亦符合公平交易法所定不實廣告之要件。

惟如廣告主之事業就不實廣告行為既無故意，亦無過失時，其所為不實廣告行為是否符合公平交易法前揭不實廣告之要件？易言之，公平交易法前揭關於不實廣告規定之主觀要件，是否包括無故意、過失之情況？

因公平交易法就不實廣告之規範，具有行政制裁之效果(詳見後述說明)，是以須就行政秩序罰之責任能力上探究，在外國立法例上，依奧國行政罰法第五條之規定，行政罰的責任形態有三種即故意、過失及推定責任，所謂推定責任，即是行為人如不能舉證證明其違反行政法規之行為，係無可避免時，則推定其有過失。係屬舉證責任倒置立法方式，其目的在配合行政法規的特性及有利於行政目的之達成⁶，而在我國學者之主張亦認行政秩序罰須以行為人主觀上有故意或過失為要件，但該過失並不以法律有明文處罰為必要，而是依立法精神或法理，對於應注意並能注意而注意者，即予處罰⁷，而我國實務上，在早期行政法院之見解係認違反行政法令應負之責任，不因有無故意或過失而受影響(參照三十四年判字第0號判例)，其後在該院六十二年判字第0號判例中更明白表示「行政罰不以故意或過失為要件。」完全不考慮行為人之主觀要件，然司法院大法官會議釋字第275號解釋則採取不同之見解，認「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

³ 行政院公平交易委員會 81 公處字第 0 六 0 號處分書，行政院公平交易委員會公報八十二年第一期，第一頁(八十二年一月發行)

⁴ 行政院公平交易委員會 82 公處字第 0 0 三號處分書，行政院公平交易委員會公報八十二年第一期，第二四頁(八十二年一月發行)

⁵ 呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法導讀，第 151 頁(一九九六年七月三版發行)。

⁶ 吳庚，行政法之理論與實用，第 411-412 頁(一九九六年版)。

⁷ 林紀東，行政法，第 374 頁(一九九四年版)。

責任條件，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要件者，推定有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受罰。」依此解釋之見解，違反行政法令者，行為人主觀上仍須有故意、過失，然此解釋所提出「推定過失」之概念，顯係受到前揭奧國法制之影響⁸。

是就不實廣告之行為人之主觀要件而言，仍須有故意或過失，然在公平交易法所規範之不實廣告中，被處分人常提出該廣告內之條件或價格須第三人為之或該廣告係行銷商所為，其並不知情，就此類辯解之處理，如行政院公平交易委員會就美商華納兄弟股份有限公司臺灣分公司所為之處分中，就被處分人辯稱係因首都戲院要求提高票價部分，該處分書中認被處分人既廣告早場票價八十元，但首都戲院早場票價一百元，被處分人就該電影票之價格即有虛偽不實及引人錯誤之廣告，「至其辯稱係因『疏忽首都戲院因設備等因素要求彈性調價早場一百元，致與廣告早場票價不一致。』並無礙被處分人由於過失，而在廣告上就其所提供之服務之價格為虛偽不實及引人錯誤之表示所應負之責任⁹。」其係認被處分人在此情況下仍有過失責任，然學者有主張就此類廣告之正確性繫於他人行為者，廣告主應對該廣告之不實，負擔保責任，是以不論廣告主有無過失均應負責，但為避免關於行政罰課以無過失責任之爭議，在此種情況下，應採前揭大法官會議解釋所稱違反禁止義務推定有過失為依據較妥¹⁰。

而就行為人辯稱係行銷商所為之部分，行政院在八十八年度判字第二五五號判決中認「查系爭廣告係經被告同意後始行印製，有其聲明書附卷可稽，且原告為建築業者，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，建設公司於委託他人代為行銷廣告時，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，不得以該業務委託他人為之，而排除其行政責任¹¹。」在此情形下，行為人仍不能免責，惟此判決中對被告主觀要件究係故意或過失？或推定過失？並未說明。

(三)、客觀行為

公平交易法所規範不實廣告之客觀行為，依公平交易法第二十一條之規定，係指事業在廣告上對商品或服務之價格、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、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示。行政院公平交易委員會在其所為之處分書中就不實廣告所為之處，常同時引用二者，惟筆者該二者應有差別，不實廣告表示，應係廣告內容與實際情形不符者，引人錯誤之廣告表示，應係指廣告內容雖非虛偽不實，但該廣告內容易使消費者發生錯誤之廣告¹²。茲就常見之不實廣告行為說明如次：

1、虛偽不實廣告

公平交易法第二十一條所稱之虛偽不實，依行政院公平交易委員會所制訂之「行政院公平交易委員會處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第五條之規定，係指表示或

⁸ 洪家殷，行政制裁，刊於翁岳生編，行政法(下冊)，第 715 頁(一九九八年七月版)。

⁹ 同註四。

¹⁰ 黃茂榮，公平交易法理論與實際，第 127 頁(一九九三年十月版)。

¹¹ 該判決全文請見行政院公平交易委員會公報第八卷第三期，第 92 頁以下(民國八十八年三月三十一日發行)。

¹² 就虛偽不實廣告及引人錯誤廣告區別之討論，請見羅明宏，不實廣告案例解讀，第 39 頁(一九九五年三月發行)。

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決定者。

價格不實之廣告表示，如行政院公平交易委員會前揭對美商華納公司臺灣分公司所為之處分，即是該公司就早場電影票價格之廣告表示係八十元，而首都電影院所收之票價係一百元；又如行政院公平交易委員會八十八年公處字第 0 0 三號對伊佳麗美容有限公司之處分即是被處分人在廣告上就其所提供之服務所刊載之價格為一千五百元，但消費者如依該廣告接受系爭服務，至少需花費一萬二千元¹³，即是事業就價格所為之不實廣告。

另就商品或服務之數量、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、加工地等事項，為內容不實之廣告者。亦為不實廣告。如行政院公平交易委員會八八公處字第 0 一二號處分書中對被處分人大新店民主有線電視股份有限公司所為之處分中，認該公司並非新店地區唯一合法有線電視業者，竟於廣告中表示其係「新店地區唯一合法有線電視」，其就經營者之資格廣告表示與事實不符，違反公平交易法第二十一條之規定¹⁴。

2、 引人錯誤之廣告表示

公平交易法第二十一條所稱之引人錯誤，依行政院公平交易委員會所制訂之前揭「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」第六條之規定係指表示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而言，惟依該原則就引人錯誤所之定義，將可能使引人錯誤與虛偽不實二者混而為一，故就此規定是否妥當，實有疑義。

在事業較常發生公平交易法所規範之不實廣告，係內容引人錯誤之廣告，因事業從事廣告行為，易在廣告中表示自己商品或服務之優點，而在廣告上就其商品或服務之缺失或相關事項一併加以說明，致引起消費者就該商品或服務之廣告內容以外之事項產生誤認。然定要廣告主就其廣告之商品或服務之所有缺失或全部相關事項均在廣告中加以表示，對廣告主而言，恐難接受，是以筆者以為此部分規定之適用應採較嚴格之態度。

在實務上最常見之引人錯誤之不實廣告，係在房屋廣告中之夾層屋之廣告，如行政院公平交易委員會八八公處字第 0 一五號處分，其認被處分人於預售屋銷售廣告中刊載「樓高四米二，高人一等的立體空間」、「雙層大空間設計」、夾層實景參考圖，並佐以夾層照片，且其銷售現場展示夾層樣品屋，認被處分人明知系爭建物並無夾層設計，於廣告中以前揭方式，使消費者誤認系爭建物可作合法夾層使用，並且隱瞞前述足以影響消費者權益之重要事項，認該行為違反公平交易法第二十一條第一項之規定¹⁵。

然較引起爭議的是在引人錯誤之廣告中，關於何部分內容未予刊載始構成引人錯誤之要，如前所述，關於廣告主就商品或服務以廣告促銷，往往強調的是其商品或服務之優點，自難要求其在廣告中就其商品或服務之所有缺點或相關事項均加以載明，且就廣告之篇

¹³ 行政院公平交易委員會公報第八卷第一期，第 11 頁(民國八十八年一月三十一日發行)。

¹⁴ 行政院公平交易委員會公報第八卷第二期，第 73 頁(民國八十八年二月二十八日發行)。

¹⁵ 行政院公平交易委員會公報第八卷第二期，第 82 頁(民國八十八年二月二十八日發行)。

幅言，現代各種媒體，其所能提供給廣告主之時間或篇幅相當有限，是以如何在短暫之時間或有限之版面中，如何充分展現廣告主之商品或服務之優點，是廣告主所要考量的，在此情況下，廣告主就其商品或服務之廣告，就何部分未予刊載係構成引人錯誤之廣告，對廣告主而言在決定廣告內容時即相當重要。

行政院公平交易委員會就此在問題，在前揭處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則第七條即規定「表示或表徵隔觀察雖為真實，然合併觀察之整體印象及效果，倘足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知決定，即虛偽不實或引人錯誤。」如在不動產之廣告，屬工業住宅，廣告中未對建築基地使用限制為「工業區」或「丁種建築用地」，或廣告中未對建築物係供與工業有關之使用明確加以表示者，依同原則第二三條第之規定屬虛偽不實或引人錯誤之廣告。又如在夾層屋之情形，如廣告表示系爭房屋為挑高空間，並以文字、照(圖)片、裝潢參考圖、平面配置圖、立面剖視圖或樣品屋表示有夾層設計或較原設計更多之使用面積，而在廣告中未明示建築法規對施作夾層屋之限制者，依同原則同條之規定，亦屬不實廣告。惟行政院公平交易委員會在八三公訴字第0一一號訴願決定書中廣告主就該商品相關事項之未為充分說明之不作為是否構成不實廣告則採取另一不同之觀點，其在該訴願決定書中認「惟其(指公平交易法第二十一條第一項)係規範事業不得在商品或其廣告上，或以其他公眾得知其方法，對於商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，倘事業對商品並無虛偽不實或引人錯誤之表示，要不因其廣告未將商品某項內容詳予刊載或說明，即謂有前開法條規定的適用。又依相關建築法規，並未規定建築商廣告應登載一定廣告內容之法律義務，自難謂僅因建商之『不作為』，未於建築物廣告上揭示某項資訊，而認有虛偽不實或引人錯誤情事，且在成屋銷售之場合，承購人既可赴現場參觀實際屋況，更不因廣告未完全揭示商品之用途，而有所誤認，自難合致公平交易法第二十一條第一項之規定¹⁶。」依此訴願決定書之見解，廣告主之不作為構成不實廣告須以廣告主在法律上有作為義務為前提，在承購人如可實際觀察商品之外觀時，即不會構成不實廣告，就廣告主在廣告上不作為之緘默，雖有學者以民事上單純緘默不成立詐欺為由，而採與此決定書相同見解，認緘默不能為不實廣告¹⁷，然該見解與前開行政院公平交易委員會之歷來之觀點，並不相符。是以就該訴願決定中之不同意即主張「公平法第二十一條對不實廣告之規範目的，在於事業所為之『廣告本身』，不得有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，交易相對人是否看到該廣告上之商品實物，而不致產生誤認，與本條成立與否無關，即廣告主不得以交易相對人能看到商品實物本身而可排除其廣告上為虛偽不實或引人錯誤之責任，此乃公平會處分有關不實廣告之一貫原則¹⁸。」

至不實廣告是否須以消費者因之損害為要件，按不實廣告規範之目的，在使廣告者提供正確訊

¹⁶ 該訴願決定書全文，請見行政院公平交易委員會公報八十三年第四期，第 278 頁。

對此訴願決定書之討論，請見羅明宏，註 12 前揭書，第 80 頁。

¹⁷ 黃茂榮，註 10 前揭書，第 423 頁。

¹⁸ 同前註 16。

息，以免消費者基於錯誤資訊而作出不當或有損其利益之決定，且可能以此不公平競爭方法取得對同業之競爭優勢¹⁹，是以不實廣告之成立與消費者事後就不實廣告行為是否受損無關，然行政法院八十六年判字第二五九九號判決認：「可知其（指公平交易法第二十一條第一項）立法目的係在於預防消費者受損害，則事業在廣告上所刊載部分項目予以變更施作，該變更內容，如消費者未遭受損害，甚至更有利於消費者及公眾時，其變更即難謂有違反上開法條之責任可言。」採取不同見解，但如依此判決之見解，則不實廣告須以消費者受有損害為要件，顯置不實廣告破壞競爭秩序於不顧，且使不實廣告成為實害犯，顯不足採。

二、公平交易法上不實廣告之法律效果

違反公平交易法第二十一條關於不實廣告之規定者，其效果有二：即民事責任及行政法上責任，依同法第三十條、第三十一條之規定，事業違反本法之規定，致侵他人權益時，被害人得請求除去，有侵害之虞者，得請求防止之。而事業違反公平交易法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求損害賠償，此為不實廣告之民事責任。

就行政法上責任部分，得依公平交易法第四十一條之規定，限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元至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，得繼續命其停止、改正其行為，或採取必要更正措施，並按次連續處罰新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。

至就公平交易法規範之不實廣告之刑事責任部分，在外國立法例上，如德、日、美及韓國之競爭法制，就不實廣告行為，均有專科刑罰之規定²⁰，且在我國學界亦有主張虛偽不實或引人錯誤之廣告行為之本質，即具有欺騙性或嚴重侵害他人權益，施以刑罰制裁並無不當²¹，或認對有知之職、受任人、廣告主、代理業、媒體業，使其負擔相當之刑事責任，在法理上屬妥當，且始能有效制不實廣告²²。然公平交易法立法時在行政院向立法院所提出之公平交易法草案第三十五條中雖就不實廣告行為有刑事責任之規定，但在二讀時，經朝野協商結果，就該事責任部分刪除²³及其後修正時，就不實廣告之刑事責任部分，均未規定，是以在我國公平交易法所規定之不實廣告並無刑事責任，從而交易相對人因廣告主之不實廣告受害時，除採行政程序請求行政院公平交易委員會處理外，而在刑事訴訟程序上對廣告主所得主張的，僅是刑法之詐欺罪，此何以不實廣告之廣告主常遭詐欺罪嫌起訴。然不實廣告行為是否當然即構成詐欺，即成討論之焦點。

參、刑法詐欺罪之構成要件

¹⁹ 蘇永欽，不同意見書—不實廣告與債務不履行之區分，收入其所著，跨越自治與管制，第 131 頁（八十八年一月初版發行）。

²⁰ 關於各國關於不實廣告刑事責任之規範，請見朱鈺洋，虛偽不實廣告與公平交易法—公平交易法與智產法系列三，第 188-189 頁（民國八十二年十二月發行）。

²¹ 廖義男，公平交易法應否制訂之檢討及其草案之修正意見，法學論壇第十五卷第一期，第 96 頁（民國七十四年十二月發行）。

²² 朱鈺洋，註 20 前揭書，第 190-191 頁。

²³ 關於朝野協商刪除不實廣告刑責之理由，雖未見之於立法院公報，但在朝野協商前，陳水扁委員就此問題之發言，應為刪除之理由，其表示就公平交易法第二十一條關於虛偽不實廣告，相關法令如醫療法等皆以行政處罰，爰改依第二十六條行政處罰，關於陳委員之發言，請見立法院秘書處編印，法律案專輯第一百三十二輯公平交易法案，第 514 頁（民國八十一年六月初版）。

依我國刑法第三百三十九條第一項關於詐欺取財罪之規定為：「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，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元(銀元)以下罰金。」茲就我國刑法詐欺罪所定之要件分析如次。

一、主觀要件

依前揭刑法第三百三十九條第一項之規定，詐欺罪以行為人主觀上，有自己或第三人不法所有之意圖為要件，此為行為主觀違法要素，且祇須有此意念即可，不以達到目的為必要，而該規定所稱之第三人，指行為與被害人以外之人，而所謂「不法所有」，指無法律上之原因，而對物具有永久支配權²⁴。

二、客觀要件

詐欺罪行為之行為人在客觀上須施用詐術使人陷於錯誤，而交付財物。此規定所稱之詐術係指以欺罔之方法，使人陷於錯誤²⁵。且須被害人因該詐術而陷於錯誤，依最高法院十九年上字第一六九九號判例認「詐財罪之成立，要以加害者有不法而取得財物之意思，實施詐欺行為，被害者因此行為，致表意有所錯誤，而其結果為財產之處分，受其損害，若所取得之財物，不由於被害者交付之決意，不得認為本罪之完成。」且詐欺之取得財物，既係由於被詐欺人之任意交付其財產，因而產生損害時成立之犯罪，如被害人無所損害時，即不成立本罪，而被害人之財產有無損害，應以客觀之價值為準²⁶。

詐欺罪之欺罔行為不限於對特定人為之，即對不特定人為之，亦可構成詐欺罪，如掛羊頭賣狗肉等即是²⁷、或如刊登虛偽廣告而騙取多數人之錢財²⁸。

且前揭欺罔行為包括積極之行為與消極不作為，是以消極的不作為亦可能構成詐欺罪，即刑法第三百三十九條第一項之詐術，不以欺罔為限，「利用人之錯誤而使其為財物之交易」，亦為詐欺(參照最高法院二四年上字第四五一五號判例)，即行為人並無積極之動作，僅係利用對方之錯誤，不予告知，而使其為財物之交付，亦屬詐欺。然依學者褚劍鴻之見解，此種不作為詐欺罪成立，乃在「不予告知錯誤」，依不作為犯罪之成立要件，應以有作為義務為前提，即法律上或自己之行為有防止結果發生之義務者，始能成立不作為犯，亦即消極之詐欺罪，應以行為人有告知對方為「錯誤財物交付」之義務始能成立²⁹，而臺灣高等法院在八十二年度上易字第一〇三號判決中亦認「事實上之不告知，有時雖亦可係詐術之手段，即依事實上不告知，使對方陷於錯誤而交付財物，亦可成立詐欺罪；然於社會交易上，事實上不告知並非在任何場合均值以刑法非難；依一般不作為犯之原則，須法律上負有告知義務者，始克相當。惟是否具有法律上告知義務，非就公序良俗之評價標準，或基於倫理、道德、宗教、社會等理由而認定之防止或作為義務，均可認為於法律上即負有告知義務，以免有違罪刑法定主義之原則，即仍須視其不告知之程度是否已逾交易上所容認之限度，是否

²⁴ 褚劍鴻，刑法分則釋論下冊，第 1069-1070 頁(民國七十八年五月五版發行)。

²⁵ 陳煥生，刑法分則實用，第 475 頁(民國七十八年二月修訂十版發行)。

²⁶ 陳煥生，註 24 前揭書，第 476 頁。

²⁷ 呂有文，刑法各論，第 397 頁(民國七十五年十月修訂)

²⁸ 林山田，刑法各罪論，第 767 頁(一九九六年十月發行)

²⁹ 褚劍鴻，註 23 前揭書，第 1203 頁。

逾越社會上可認相當之範圍³⁰。」惟學者林山田認在詐欺罪之故意不純正不作為犯負有告知義務或對他人之陷於錯誤而損失財產負有防止義務之保證人，其構成法義務之法理由或出於法令之規定，有出於違背義務之前行為，亦有出於因契約或無契約之特別信賴關係，依據通說之見解，在例外情況下，直接出於誠實信用原則，亦足以構成居於保證人地位而負防止義務之法理由³¹。

肆、我國司法實務就公平交易法上不實廣告是否成立詐欺罪見解分析

如前述說明，我國公平交易法就不實廣告並無刑事責任，因不實廣告受害之交易相對人在刑事程序上對廣告主所得主張者僅係刑法之詐欺罪，公平交易法之不實廣告行為是否當然該當詐欺罪之要件，在我國司法實務上有不同見解，而學者黃茂榮就此認公平交易法之不實廣告如該當詐欺罪之構成要件時，會構成詐欺罪³²，依此見解，公平交易法上之不實廣告並不當然該當詐欺之構成要件。茲就我國司法實務上相關判決之見解說明如下³³。

一、認雖有不實廣告，但不構成詐欺者

(一)、臺灣高等法院花蓮分院八十五年度上訴字第一八一號刑事判決

本判決之事實係被告擔任負責之公司在房屋銷售廣告上，就社區大門、警衛室、兒童遊戲巷、兒童戲水池及部分一樓使用用途為不實廣告，經行政院公平交易委員會以違反公平交易法第二十一條之規定加以處分，購買該建物之交易相對人提起自訴，主張被告涉有詐欺之犯行，惟本判決認被告之行為與詐欺罪之要件不符，而維持原審就被告詐欺部分無罪之判決，本判決認被告無罪之理由係認被害人並不可能因被告不實廣告行為陷於錯誤及被告並無不法所有之意圖，就前者此判決認「惟查，廣告本在推銷自己商品，文字、圖片固應據記載，但仍不免有誇大不實之報導，使閱廣告者頓時誤信為真之情形，雖不免違反公平交易法第二十一條第一項規定受行政上之處罰或負擔民事責任，但依前揭說明未必構成前揭詐欺罪，查本件『國度皇室大別墅』雖廣告載『面臨十米路』或『戶戶面臨十米路』，但廣告同時刊載『整體性社區規劃』、『社區性警衛管理』屬於『別墅』，『戶戶面臨十米道』顯不可能，該項廣告誇大不實一望即知，毋庸費言，自訴人於訂購房屋時詢明所購房屋是否面臨十米道路，因事關人車經過及樓下可否營業，事關房地價值，生活品質，斟酌常情，應無不詢明位置之理，自難認自訴人等因此項不實廣告陷於錯誤而與被訴人訂立買賣合約。」

其次，此判決認「其中一次廣告刊登『十二坪豪華大客廳』、『都有大庭院』但廣告主題標『五二、七九一五四、二三坪』、『總價四三〇萬一四五五萬元』（見同上卷第〇八四頁）、『預定房地買賣契約』第一條除載明地號房屋編號外，並載明各『總配置圖所示』建坪、地坪數量，地坪包括公共設施用地為社會上公知之本件房屋為四層建物，在訂立契約時依契約所載建坪坪數即可得知每層樓面積概數，如購買房屋總坪數較少房屋，顯無十二坪大客廳，換言之，如具十鎮坪大客廳，建坪

³⁰ 該判決全文，請見臺灣高等法院編印，民國八十二年度臺灣高等法院暨所屬第一、二審法院刑事裁判選輯，第 109-113 頁(民國八十二年十一月發行)。

³¹ 林山田，註 27 前揭書，第 766 頁。

³² 黃茂榮，註 1 前揭文，第 253 頁。

³³ 按詐欺罪依刑事訴訟法第三百七十六條之規定，為不得上訴第三審之案件，是以本文所提出之判決僅有一、二審之判決，本文所討論之判決引自司法院一、二審裁判書查詢系統及法學索系統。

總坪數應約為八十坪，此為淺而易見之事，被告廣告擇其大坪數房屋配置與小坪數之房屋配置混為廣告，未分別大小坪數客廳配置刊登於廣告，招攬人前往參觀選購房地，固有可議，然基上所述，自訴人等應不致因此陷於錯誤而不予詢查，判斷樓屋、客廳坪數之多少，遽予購買之理；又八十二年五月二十二日廣告刊登『國度皇室大別墅』、『讓您的孩子擁有私人游泳池』（見同上卷二八四頁）與設有兒童戲水池之事實誇大不符，固亦可議，被告自承係廣告作業之疏，其後即更正為「兒童戲水池」（見同上卷二八五、二八六、二八七頁），且其原銷售之精印廣告（大本訂裝）內，經載明為『兒童戲水池』，自訴人等自不能謂不知，並有『兒童戲水池』之設置（見檢察官及原審勘驗筆錄及原審卷一二一頁照片）雖係取得使用執照後違規擅自興建（見本院卷一一一頁反面），仍難認被告行詐，至於廣告所刊登『兒童遊戲巷』一節，經查確有『兒童遊戲巷』之設置，為自訴人等所是認，有照片可稽（見原審卷第一二二頁），亦難認行騙，雖該『兒童遊戲巷』不在設計圖範圍，未經申請主管機關核定，於取得使用執照後，擅自違規設置，於本案訴訟進行中，經自訴人等自行向花蓮縣政府提出檢舉後，經該府以八十六年十二月一日八六府建管字第一四〇六八〇號函花蓮市公所連同警衛室、大門柵、兒童戲水池查報拆除（見本院卷第四七九頁、卷一一一頁反面）固係廣告未說明未經申請主管機關核准設置之不實，然既經設置，即難謂詐欺。何況：自訴人彭建成、林碧梨、葉珠蘭等均係於前開廣告八十二年五月二十二、二十三日即已向被告負責之豪成公司合意購買房地交付定金或簽訂『房地預買賣合約書』（見原審卷二七九頁反面、二八〇頁），即不能謂因該項不實廣告陷於錯誤而購買房地，證人蔡定年、歐漢新、張念蕊、李慧娟在原審偵審時一致供證，並無以不實言詞欺騙自訴人。同為購買該別墅之證人王體吉、金玉枝、劉碧雲均以當時認為很便宜才買，並無特別不滿意之處等語（見偵字第二四五號卷八八頁），而自訴人葉珠蘭時任職住禾實業有限公司即「住商不動產」中華店主任，並曾推介『住商不動產中山店長汝洪洋與豪成公司接洽為之經紀銷售『國度皇室大別墅餘屋』，向豪成公司提出「國度皇室大別墅餘屋預售企劃」書，由自訴人葉菊蘭，另以住商花蓮區中山店經紀人身分，傳真予豪成公司，有葉菊蘭名片及『國度皇室大別墅餘屋預售企劃』影本在卷足稽（見原審卷一五一、一五二頁），堪見自訴人為房地銷售經紀之專業人員，對『國度皇室大別墅』之設計、土地建坪面積、公共設施等以及是否符合建築法令均應已有深入之瞭解與評估，始能對顧客負責，決無冒然為豪成公司經紀促銷房地之議，本案就自訴人葉珠蘭及其夫吳春德而論，尤無陷於錯誤買受房地交付價金之可言。又自訴人彭建成、林秀金、韓誌壁（原審判決及未上訴）、陳明朝等於八十三年十一月間曾聲請花蓮市調解委員會調解，調解結果如有訂戶不滿意要辦理退屋，可以書面通知豪成公司，一切費用由豪成公司負擔，要辦退屋之訂戶須在本日起一週內向豪成公司申請，逾期視為無異議，公司不再受理，願購買屋之訂戶豪成公司願補助新台幣五萬元之彌補金，退屋客戶文件檢齊送林柏鴻代書領退屋款五成，該林代書辦妥產權移轉登記後再由林代書發退屋餘款五成，有調解筆錄可憑（見原審卷一五三、一五四頁），至此，被告仍給予自訴人等買與不買退屋返還價金之選擇權，如認受騙，對房屋確不滿意，衡情應退屋，然自訴人等不為此途，自訴人彭建成、林秀金及韓誌壁（未上訴）等竟又心生反悔，而申請調解機關不要送法院核定，致未發生調解之效果，業經證人吳茂治結證在卷（見原審卷一三五頁、偵字第二四五號卷六十頁），有該會傳真及覆永然法律事務所函在卷可按（見原審卷一五八、一

五九、一六〇頁)，足見被告無不法所有之意圖，否則，即無予自訴人彭建成等買與不買（退屋，返還價金）選擇之權利。基上所述，則證人康枝金以被告詐欺斂財之證言，自不足為被告不利之認定。自訴人等購買房地未陷於錯誤，而被告收受價金已交付房地（繳清價金者）給付對價，自無施用詐術，不法所有，雖銷售房地由經銷商家承公司製作之廣告不實，被告為興建商，對廣告內容自不能委為不知，然此項不實部分僅屬負責契約附隨義務標之物之瑕疵而已，應受公平交易法之處罰及民事問題。」認被告並無不法所有之意圖，與前揭詐欺罪所定之要件不符，故被告不成立詐欺罪。

(二)、臺灣台中地方法院八十六年度自字第九五〇號判決

本案事實係被告擔任負責人之建設公司在房屋銷售廣告中之空中花園，係以違建方式所搭建，是以自訴人主張被告涉有詐欺之犯行，惟此判決認：

「其次該「登峰造極」大樓屋頂平台之空中花園等公共設施確未在本件建築藍圖內，而屬未經建管機關核准，係被告蔡恩惠在該大樓取得使用執照後經二次施工所完成乙節，固為被告蔡恩惠、張美娟所是認，且該部分施作因屬違建，嗣並經台中市政府強制拆除，亦有台中市政府工務局違章建築拆除通知書影本附於前開另案足憑。而本件自訴人與上能公司所訂立之建物預定買賣契約書第一條二雖約定買賣坪數包含可登記面積及可使用無登記受益面積之坪數在內，然關於建物價金之計算則係依可登記面積計算，未將無登記可使用之受益面積計入，此由該契約書第二條關於面積誤差雙方同意依銷售時房地總價款除以可登記面積之平均單價比例計算互相無息補償乙節足以證之。又大樓之一樓公眾使用開放空間由大樓承購戶享有及十八樓頂樓除屋頂突出物、水塔、機械室面積由大樓承購戶持分共有外，其餘屋頂平台之規劃使用權歸七樓至十八樓承購戶或其承受人所享有，其公共設施（即包含一樓門廳、管理室、監控中心及屋頂平台之空中花園等）則委由上能公司施作，此亦有前開建物預定買賣契約書附件六一公共空間使用同意書影本在卷足憑，則該屋頂平台之公共設施係屬在大樓核准建築藍圖以外，由承購戶另行委由上能公司增建施作要屬無疑，此所以被告蔡恩惠係在該大樓完工經建管機關審核發給使用執照後始為該些公共設施之施作之故，則該屋頂平台之公共設施既屬大樓完工後增建之建物，其無法辦理保存登記乃屬當然之理，否則又豈須由承購戶於購屋之初另立同意書委由上能公司施作必要？是被告蔡恩惠、張美娟辯謂自訴人於購屋當時已知該屋頂平台之公共設施屬於無登記可使用之受益面積等語，尚屬可信，何況被告蔡恩惠已依售屋廣告及前開公共空間使用同意書於大樓屋頂平台施作空中花園等公共設施，此亦經自訴人所是認，是尚難認被告蔡恩惠、張美娟主觀上自始有藉之施詐，使承購戶陷於錯誤之不法意圖。

至該屋頂平台因屬違建嗣遭台中市政府強制拆除，此應屬上能公司應否負責買賣瑕疵擔保責任之問題，自應循民事途徑解決，要不能因之遽認被告蔡恩惠、張美娟於售屋之始即蓄意施詐。至該銷售房屋廣告對於頂樓公共設施部分雖經行政院公平交易委員會認係虛偽不實及引人錯誤之表示及表徵，有違公平交易法第二十一條第一項規定，有該委員會處分在卷足憑，然違反公平交易法第二十一條第一項規定於商品或廣告上對於商品品質、內容等為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，與首揭刑法詐欺罪之構成要件尚屬有間，尚不能以其違反該規定者即認應成立

刑法之詐欺罪責。」本判決認被告等所經營之建設公司就前揭房屋之銷售之廣告中，就該房屋之頂樓公共設施部分，雖構成不實廣告，但就該部分之廣告內容，被告等確已施作，且為交易相對人所

明知，是以被告等此部分之行為亦與前揭詐欺罪所定之須使人陷於錯誤，且有不法所有之意圖之要件不符。

(三)、臺灣高等法院八十六年度上易字第二五九六號判決

本判決之事實係被告等所負責建設公司建造樓高十九層共計二七八戶之「大世紀花園廣場大廈」，二人均明知依該公司規劃興建之該大廈一樓基地範圍內，除去建築物之基地後已無空間施做相關供公眾休閒娛樂健身之設施，竟共同意圖為該公司之不法所有，於銷售廣告「大世紀花園廣場\新建築\新陸標\新典範」中之一樓全區平面參考圖中，虛擬涵心園、松柏亭、談心石椅、錦廣場、小天使樂園、賞景臺、流泉噴池、藝術雕塑、潑綠花廊、健康步道等供公眾休閒娛樂健身之設施，使消費者於考慮是否購買該預售屋時陷於錯誤，又於消費者欲承購時，在與承購者簽訂房屋預定買賣契約書時，明知該大廈地下室一樓部分除電樓梯間、配電室、排風機房、車道等公共設施外，依該公司向台北縣政府申請核發建造執照所附之設計圖，其餘部分（店舖及自用儲藏室）本即規劃登記為起造人即該建設公司，並擬供作開設超級市場使用，竟於同上銷售廣告「地下一樓平面參考圖」中將左側大約四分之一部分空間以繪圖方式標記有會議室、交誼廳、桌球檯、撞球檯、健身器材等設施，並於房屋預定買賣契約書第一條所定「買賣標的及權利範圍」中關於「房屋」部分偽載房屋面積包括儲藏室共同使用部分之持分權利在內，並於同契約第四條關於「房屋施工合格標準」之規定中偽載「.....施工標準悉依台北縣政府工務局核准之設計圖說及附件四之建材設備說明全權負責建造.....」，而於契約書附件四末項「公共設施」欄第4項偽載「地下樓，多功能交誼休閒中心（住戶活動中心、健身房、桌球、撞球等娛樂設施及交誼廳、娛樂多重功能）」，使承購戶誤認所購買之房屋包括地下一樓上開共同使用之公共休閒娛樂健身設施之持分權利，而與該公司簽約，並依合約所規定之付款方式陸續交付價款，認被告等涉有詐欺之犯行，

但本判決認：

「本件首應審究者，係誇大不實之廣告是否即構成詐欺行為？此問題在實務上尚無定論，此可從告訴人與被告分別提出臺灣臺中地方法院及臺灣臺北地方法院之不同判決見解之剪報二紙可稽（分別附於第一五〇四八號偵查卷第一二三頁、本院八十五年十一月二十九日審判筆錄後）。依該剪報內容所示，在臺灣臺中地方法院之判決中，法院認為建商在廣告中標榜地下一樓規劃為『二十四小時 FAMILY MART 小吃街』，共有一百多個攤位出售，並無規劃公共飲食區。然依建築執照所示，該地下一樓僅能供做超市使用，依法不得作為美食廣場，且被害人所購買之攤位公設比將近百分之七十，攤位實際可使用之面積在客觀上不具備作為小吃攤的實用性，且被告實際上僅規劃為二十五個攤位，另配置有三大二小公共飲食區，依此規劃實不足供被害人做為美食小吃街之用，故認定該不實廣告應可認定屬建商詐欺行為。至於臺灣臺北地方法院之判決中，法院認為建商在廣告中宣傳有游泳池及樓中樓，雖游泳池未申請雜項執照，但建商已興建完成，至於樓中樓夾層設計雖經公平會認定廣告不實，但此僅屬是否違反公平交易法之問題，與建商是否詐欺尚無關。故誇大不實之廣告是否即構成詐欺行為，仍應依個案具體情況而定。

本案中，公訴人雖認被告廖裕德、李俊興於銷售廣告中誇大上開供公眾休閒娛樂健身設施之項目、面積、範圍，而實際上各該項設施於扣除建築基地所使用之部分後，或則因已無剩餘空間

可供施做，或則其空間狹小未能施做，應為被告廖裕德、李俊興於設計規劃建築物時所預見，竟仍於銷售廣告中將建築基地以外之不存在之空間或較小之空間，以繪圖標記方式列入一樓全區平面參考圖，足以令有意選購之客戶陷於錯誤，以為該大廈一樓之空間開闊、造景優美、休閒設施完備，而決定購買等情事。查：

被告廖裕德、李俊興在一樓全區平面參考圖所繪製之中庭圖片，固有使人產生空間開闊、造景優美之假象，惟該廣告圖案業經雙方於買賣契約第十九條約定『本標的之廣告及宣傳品，僅供參考之用，雙方之權利義務應以本契約為依據』，而被告二人依約所應給付者，則是依契約附件即一樓平面圖所應具備之公共設施，且『地面層空地同意由乙方（即鶴翔公司）或其指定之人規劃運用，各樓所有人不得以任何理由提出異議，並不擅自占用增建，亦不得堆積物品』，亦為雙方所簽訂之契約第八條第二款所明文。

又該作為契約附件之一樓平面圖，與設計該大樓之群立、千豐建築師事務所所繪製計算一樓樓板面積之原始設計圖比例相當（該設計圖附於第八四一七號偵查卷第一四五頁），亦即被告二人依據建築師所繪製之設計圖，再交由廣告公司繪製作為本件契約附件之平面圖。而依該設計圖所示，於本件所應施作之松柏亭、談心石椅、錦繡廣場、小天使樂園、賞景臺、流泉噴池、藝術雕塑、潑綠花廊、健康步道等公共設施均預留有相當空間，則被告二人是否確有如公訴人所指於扣除建築基地所使用之部分後，或則因已無剩餘空間可供施做，或則其空間狹小未能施做，應為被告廖裕德、李俊興於設計規劃建築物時所預見之情事，即非無疑。

又雙方契約中並未就附件之平面圖各項公共設施預定施作面積逐一載明，致無從比對實際面積之差異，惟如前所述，上開設計圖與作為契約附件之平面圖比例相當，且亦無證據足認被告二人於建築物完成後，有擴大建築物基地致縮小公共設施面積，或興建其他不必要之建築物致縮小原先公共設施面積之情事，則公訴人所指被告二人於銷售廣告中誇大上開供公眾休閒娛樂健身設施之面積及範圍，尚乏積極證據足以證明。

至告訴人所指廣告之中庭圖片顯與被告二人實際施作者差距甚大一節，雖然屬實，惟如前所述，該廣告圖片僅供參考，非與契約有同一效力，為告訴人等人所明之事項；且被告二人於主建物完成後所預留之空地面積，亦無證據顯示有縮小如前述設計圖所示應預留之空地面積，且地面層空地依約由鶴翔公司規劃運用（契約第八條第二款），是被告廖裕德、李俊興變更原先中庭設計，應屬有權為之。況鶴翔公司被檢舉在八十一年三月間，於其推出「大世紀花園廣場」建築物廣告上公共設施有虛偽不實及引人錯誤之情事，雖經行政院公平交易委員會調查結果，以鶴翔公司違反公平交易法第二十一條第一項之規定，乃依同法第四十一條規定，以八十四年八月二十九日 公處字第一〇五號處分書，命鶴翔公司自該處分書送達之次日起，應立即停止就建築物之廣告為虛偽不實及引人錯誤之表示或表徵。然鶴翔公司不服該處分，乃向行政院公平交易委員會提起訴願，經遭駁回後，鶴翔公司再向行政院提起再訴願，亦遭該院以台八十五訴字第四八二二九號決定書駁回其再訴願。鶴翔公司仍不服，又再向行政法院提起行政訴訟後，業經行政法院判決撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分確定，此有上開台八十五訴字第四八二二九號決定書及行政法院書記科通知附卷足憑，是上開廣告圖片已不足據以為認定被告廖裕德、李俊興有誇大不實之廣告行為致使告訴人等陷

於錯誤而與鶴翔公司簽訂房地預定買賣契約之事實，至為明顯。」

「又被告廖裕德、李俊興辯稱：以上各項設施變更施作結果，加計鶴翔公司額外支出之警衛、垃圾處理費，共計多支出三百九十八萬九千四百七十九元，有所提出之統計表、請款單及付款票據等文件為證，而原先之設計僅需花費二十五萬六千一百三十七元而已，亦提出綠霸造景有限公司估價單一紙佐證（均附於被告廖裕德八十五年五月一日答辯狀後），且被告二人事後亦依與該大樓管理委員會之協議，提出現金三百十萬元作為未施作部份公共設施之折價金額，並已將款項如數匯入管理委員會土地銀行之帳戶內，有管理委員會之會議紀錄、受領管理基金之支票及銀行帳戶紀錄在卷可稽（附於被告廖裕德八十五年六月十七日補充證物狀後）。如被告二人確有詐欺意圖，焉可能在建築物施工後，置僅需花費二十五萬餘元之公共設施不做，而額外多支出三百多萬餘元之公共設施及其他相關費用之理？是被告二人是否確有為自己不法利益之詐欺意圖，實非無疑。」

本判決認定被告無罪之依據係以被告所為之不實廣告業經行政院撤銷原行政院公平交易委員會對被告經營公司所為違反公平交易法第二十一條第一項規定之處分，是以被告之行為不能認係不實廣告，且被告依該不實廣告之內容施作之花費，較修正前花費較多費用，是以難認被告為自己不法所有之意圖。本判決前揭見解固有其見，惟前開行政院撤銷行政院公平交易委員會對被告擔任負責人公司之不實廣告行為所為處分之前揭判決，認公平交易法第二十一條第一項立法目的係在於預防消費者遭受侵害，則事業在廣告上所刊載之內容予以變更施作，該變更施作內容，如消費者未遭受損害，甚至更有利於消費者及公眾時，其變更即難謂有違反前揭規定之責任³⁴，其見解與行政院公平交易委員會一貫見解不符，如前所述，況本判決亦認被告等施作之內容與廣告所呈現的相差甚大，故本判決執該行政院之判決，認被告雖施作內容與廣告不符，但不構成不實廣告，其見解實待商榷。

二、構成不實廣告，且係詐欺行為

至認不實廣告行為，且係符合詐欺罪之要件者包括：

(一)、臺灣桃園地方法院八十七年度易字第二九〇九號判決

本案之事實係被告亦建弘公司之負責人，明知該建弘公司所興建「台北阿莎力」預售屋案之建造執照，並未申請取得夾層設計之許可，竟以「買一層，享有二層彈性使用的空間」、「四米二挑高，桃園市最後機會」、「客廳大挑高，採光特別好，爸爸媽媽樓下坐、弟弟妹妹樓上跑，還有一間客人房，阿公阿媽來住也樂陶陶」、「四米二美式閣樓，住起來好像樓中樓」、「同樣住八佰伴商圈旁四房，台北阿莎力，可以替你省下二〇〇萬元」、「堅持做到四米二的創意樓中樓，而非複式的四米二」、「一萬元翻二翻，訂金一萬，月付一萬起，並購四米二雙層溫馨家園，二六〇萬起住四房，挑高四米二，買一層賺一層」、「總價二二〇萬起立體三房，二六〇萬起三代同堂創意四房」等內容虛偽不實及引人錯誤之廣告，並在上址工地現場搭建以樓梯為連接挑高空間而施作非法夾層設計（即未經取得建造執照申請之違建部分）之樣品實屋等不實詐術。使交易相對人誤認其等於交屋時或交屋後可逕行二次施作上開挑高空間之「合法」夾層設計，而可以較低之價格購得較多之坪數，而均先後簽訂預

³⁴ 關於行政院八十六年度判字第二五九九號判決內容，請見行政院公平交易委員會公報，八十六年十一月，第 90 頁。

售屋買賣契約，並分別給付金錢予該建弘公司。

在本判決中，認被告之行為與前揭詐欺取財罪所定之要件相符，其理由為：

「又被告所興建上開預售房屋乙批，於被告申請其建造執照時，並未有載明挑高空間之夾層設計乙情，亦據被告供承屬實，並有上開建造執照影本乙紙，在卷可稽，應堪認定。惟被告竟於右揭時地先後出賣上開預售房屋予告訴人秦一峰等三十六人時，交付由新聯富公司所製作，載有「買一層，享有二層彈性使用的空間」、「四米二挑高，桃園市最後機會」、「客廳大挑高，採光特別好，爸爸媽媽樓下坐、弟弟妹妹樓上跑，還有一間客人房，阿公阿媽來住也樂陶陶」、「四米二美式閣樓，住起來好像樓中樓」、「同樣住八佰伴商圈旁四房，台北阿莎力，可以替你省下二〇萬元」、「堅持做到四米二的創意樓中樓，而非複式的四米二」、「一萬元翻二翻，訂金一萬，月付一萬起，並購四米二雙層溫馨家園，二六〇萬起住四房，挑高四米二，買一層賺一層」、「總價二二〇萬起立體三房，二六〇萬起三代同堂創意四房」等語之廣告圖說，並於上址工地現場搭建以樓梯為連接挑高空間而施作非法夾層設計（即未經取得建造執照申請之違建部分）之樣品實屋乙幢，供告訴人秦一峰等三十六人前往觀覽等情，亦據告訴人秦一峰等三十六人指訴綦詳，復為被告於本院審理時所不否認，並有扣案之上開廣告圖說影本乙份可佐，足證被告所興建、出售予告訴人秦一峰之上開預售房屋，應係以「樓層挑高四米二空間，可興建夾層設計，而以較低價格購買較多坪數」為其銷售、宣傳及廣告上之主旨，至為灼然。然被告所興建上開預售房屋乙批，並未經取得合法之夾層設計乙情，有如上述，而被告所交付告訴人秦一峰等三十六人之上開廣告圖說及上開搭建之樣品實屋中，卻均在在強調『可興建夾層設計，而以較低價格購買較多坪數』乙事，而均置上開挑高空間夾層設計之施作，係二次施作之『非法違建』乙情於罔聞，不僅已有誤導告訴人秦一峰等三十六人對所購買上開預售房屋『可興建夾層設計，而以較低價格購買較多坪數』之表象，而不知此夾層設計之施作係屬『非法違建』乙節，而屬內容不實及以偏蓋全之不實手段，且按『事業不得在商品上或其廣告上，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』，公平交易法第二十一條第一項已有明文，而被告明知上開預售房屋之建造執照並未申請夾層設計，竟隱匿此一事實，而於交付告訴人秦一峰等三十六人之上開廣告圖說中載明「買一層，享有二層彈性使用的空間」、「四米二挑高，桃園市最後機會」、「客廳大挑高，採光特別好，爸爸媽媽樓下坐、弟弟妹妹樓上跑，還有一間客人房，阿公阿媽來住也樂陶陶」、「四米二美式閣樓，住起來好像樓中樓」、「同樣住八佰伴商圈旁四房，台北阿莎力，可以替你省下二〇〇萬元」、「堅持做到四米二的創意樓中樓，而非複式的四米二」、「一萬元翻二翻，訂金一萬，月付一萬起，並購四米二雙層溫馨家園，二六〇萬起住四房，挑高四米二，買一層賺一層」、「總價二二〇萬起立體三房，二六〇萬起三代同堂創意四房」等虛偽不實及引人錯誤之語，並在上址工地現場上搭建上開樣品實屋乙幢，同時交付告訴人秦一峰等三十六人之夾層設計後之室內裝潢配置圖，是在客觀上足認被告此等行為，已足使告訴人秦一峰等三十六人誤認上開預售房屋於交屋時或交屋後可二次施作『合法』挑高空間之夾層設計，並以較低價格購買較多坪數，至為灼然。」

本判決認被告負責之公司未合法取得夾層執照，竟在廣告中為不實表示，使交易相對人不知該

事後施作之夾層非法，而陷於錯誤，簽訂買賣契約，交付購屋款項，認被告構成詐欺罪，惟在本判決中縱認被告不實廣告行為係施用詐術，就交易相對人就該事後施作之夾層，是否不知為違法，此判決並未充分說明。

(二)、臺灣台北地方法院八十六年度易字第一五六四號判決

本案之事實係被告等明知所興建建物，建造執照所核准上開建築物地上第二層用途係集合住宅，不得變更用途作為商場使用，如果違反該等使用限制之規定，所有權人將遭到建築法第九十條、第九十一條所定違規使用之行政罰甚至刑事處罰，後果非常嚴重，竟無視於此等事實，一方面違反建築法令，先將前開建物二樓以商場攤位之方式規劃，一方面則由被告甲出面，與富元廣告事業有限公司（下稱富元公司）簽訂委託代銷契約，針對前開建築物二樓違法規劃之攤位，指示富元公司之銷售人員黃顯國、林琦瑋等人於銷售時，刻意避開違規之事實，而單純強調商場之規劃設計及建材品質，來對外推銷前開建築物二樓之商場攤位，並約定富元公司之代銷報酬係按銷售價格來抽成，使富元公司之黃顯國、林琦瑋等銷售人員亦均本諸為自己不法所有之意圖，以共犯詐欺罪之犯意，亦參與其等四人行詐計劃內，而於八十三年四月至六月辦理名為「永康樓街聚鈔廣場」之前開建築物銷售活動時，針對二樓部分，連續多次由富元公司之銷售人員向各自前來洽詢之顧客楊裴瑜、劉寬仁、郭美香、楊蘭香、許景麗等人以刻意隱瞞系爭建築物違法規劃之事，只強調下列重點之方式詐騙前開顧客：1、強調該建築物之地下一樓、地上一、二樓一併規劃為商場使用。2、又在房屋買賣合約書之附件二「建材與設備說明」欄之樓梯、地平、內牆、供水設備等部分載明地上二樓係商場。使交易相對人陷於錯誤，而簽訂買賣契約，交付價金。

本判決就被告林源田部分，認定為有罪之主要理由為：

「又系爭建物原名「永康星鑽」，由鄭何雪於八十年十一月間與宏基房屋仲介、通展廣告公司簽訂廣告企劃合約，並自八十一年三月間開始銷售，嗣於八十三年一月間，再由被告與陳榮祥與富元公司簽訂廣告企劃合約，更名為「聚鈔廣場」並自八十三年四月間重新開始銷售等情，業據行政院公平交易委員會調查明確。矧被告等人申請之建造執照經主管機關於八十一年五月十一日核准二樓為集合住宅，顯見被告及陳榮祥等人於該時即已明知二樓係屬住宅，迺竟於八十三年四月間進行銷售時，仍援用原標明系爭建物地上二層為商場之廣告圖說、圖示及售屋合約書或援用富元公司製作同樣標明系爭建物地上二層為商場之同類型廣告圖說、圖示，對系爭建物使用用途顯然有為虛偽不實及引人錯誤之表示，以系爭建物係先後二次、不同之人委由不同之廣告公司進行銷售及其間廣告資料等均有互相援用之情形觀之，衡情被告及陳榮祥自無可能對銷售處理情形毫無所悉，凡此亦經行政院公平交易委員會以八六公處字第〇六九號處分書認定被告及陳榮祥等人違反公平交易法第二十一條第一項規定，而為相同之認定。況依被告與富元公司簽定之工地廣告企劃合約書第十六條約定，富元公司製作廣告媒體發包前，所製作刊載內容應先行徵得被告同意始得派發，準此，益證被告與陳榮祥等人對富元公司製作之廣告刊載內容事先即有所悉，且就刊載內容為何並有同意與否之決定權，是以被告及陳榮祥等人縱將系爭建物委由廣告公司處理銷售事宜，且亦非現場銷售人員，惟其既明知系爭建物地下二層核准用途為住宅，於審認廣告圖示及圖說內容時，竟容任廣告公司引用不實之內容製作廣告圖說、圖示，甚或提供先前渠等委託他廣告公司之不實廣告予富元公司

使用，足證被告確有詐欺之不法意圖，且確與銷售人員間有詐欺之犯意聯絡，甚或於提供先前不實廣告資料時，即已參與詐欺犯行之構成要件行為。」

另就其他被告部分，認定有罪之主要理由為：

「被告等人申請之建造執照經主管機關於八十一年五月十一日核准二樓為集合住宅，被告等已明知二樓係住宅，仍未重新設計售屋廣告及售屋合約書（被告等於預售屋廣告上，對建物使用用途及電梯設備為虛偽不實及引人錯誤之表示，亦經行政院公平交易委員會八六公處字第○六九號處分書認定違反公平交易法第二十一條第一項之規定），卻將外觀、內裝均係商場設計之二樓部分，於八十三年五月間起，以高於住宅部分之價格出售，並在未明確告知購屋者之情況下，在售屋合約書附加「本棟大樓二樓為住宅使用」文句，是其有詐欺之意圖及行為甚為顯然。」

此判決中被告之將住宅建物，在廣告刊登為商場，並以高於住宅價格之商場價格出售之行為，與詐欺罪之要件相符，此判決之事實之情況，係屬較明確之不實廣告可構成作欺罪之情形。

伍、公平交易法不實廣告與刑法詐欺罪之區別

如前揭說明，公平交易法不實廣告與刑法詐欺罪各有其要件，是以公平交易法上之不實廣告行為是否構成刑法詐欺罪，仍須視該不實廣告行為是否符合刑法詐欺罪前揭要件而定，非當然成立，且就不實廣告是否構成刑法詐欺罪之要件須極謹慎，否則將使原無刑事責任之公平交易法之不實廣告行為，產生刑事責任，違反立法上就不實廣告行為不採有刑事責任立法例之意旨，是以對公平交易法上不實廣告與刑法詐欺罪間之區別須有充分之認知，始得判斷該違反公平交易法上之不實廣告行為，在何種情形下會構成詐欺罪。茲就公平交易法不實廣告與刑法詐欺罪之區別分述如次：

一、主觀要件不同

依前揭說明，刑法詐欺罪在主觀上以行為人有為自己或第三人不法所有之意圖為要件，而公平交易法之不實廣告，行為人只要有故意或過失均可成立，是以在過失不實廣告之情況下，並不能成立詐欺。

惟詐欺罪所稱之意圖為自己或第三人不法所有，不能僅以廣告主就該變更不實廣告施作之花費與未變更前之比費比較，是否獲利決之，應以廣告主就該不實廣告之商品，綜合觀察是否獲利決之，如前揭臺灣台北地院八十六年度易字第一五六四號判決，被告將供住宅使用之建物，不實廣告為商場，並以商場之價格出售，賺取其間之差額，即為有不法所有之利益。在前揭臺灣桃園地方法院八十七年度易字第二九〇九號判決認被告所出售之房屋，未經核准夾層，竟以可作夾層施作之價格之價格出售，認被告有該不法之意圖，但在該判決中並未說明如何認定被告有不法所有之意圖，蓋該夾層既係事後施作，則被告交付未施作夾層之房屋給消費者，其不法意圖何在並不明確。

二、交易相對人是否明知

依前揭說明，公平交易法之不實廣告，其廣告之內容須為不實或引人錯誤，故縱消費者明知該廣告不實或引人錯誤，仍無礙成立公平交易法上之不實廣告行為³⁵，然刑法詐欺罪以意圖為自

³⁵ 就此行政院公平交易委員會前揭八十二年公訴字第〇一一號訴願決定書，以消費者得看到該房屋之現況，為不構成不實廣告之依據之一，然見解與該會就處理不實廣告之態度並不相符，詳見前開說明。

己或第三人不法之所有為要件，是以如交易相對人明知行為人之詐欺行為，未因之而陷於錯誤，即與刑法詐欺罪之要件，而難論以詐欺罪。前揭臺灣最高法院八十六年度上易字第二五九六號判決認「廣告圖片僅供參考，非與契約有同一效力，為告訴人等人所明知」，為認定被告之行為不成立詐欺罪之依據之一。

三、不作為之詐欺罪以有作為義務為前提

依前開說明，在商品廣告中所表示雖為真實，但合併觀察之整體印象，倘足以引起相當數量之一般或相關大眾錯誤之認知或決定，即屬不實廣告，是以在廣告中就商品之性質未全部細說明，如影響一般或相關大眾錯誤的認知或決定者，就該部分之不作為，仍可構成不實廣告，惟就刑法詐欺罪，如以不作為之方式為之者，須有作為義務，保證人地位為前提，而保證人地位，而保證人地位之產生，最主要法令之規範，僅在例外之情況下，依契約、誠信原則等亦可產生保證人地位，是以如以不作為之方式構成不實廣告者，僅於依法令或其他情況下，有作為義務時，始有成立詐欺罪之可能。

是以就房屋之廣告，在廣告內容引人錯誤之情形或就時，廣告主如無作為義務時，該事業所為不實廣告行為，縱認構成公平交易法所規範之不實廣告行為，但並不能成立刑法上之詐欺罪。前開桃園地方法院八十七年度易字第二九〇九號判決認被告所銷售之房屋係未經合法核准之夾層，竟以引人誤認之廣告，使消費者誤認該房屋係經核准之夾層屋，可於事後施作，陷於錯誤而購買該房屋，認被告之行為係構成詐欺罪。依前揭行政院公平交易委員會處理虛偽不實或引人錯誤之表示之原則，夾層屋廣告未明示建築法規對施作夾層屋之限制者，構成不實廣告，惟被告該行為構成不實廣告，然其就該房屋係未經合法准許之夾層屋部分未盡告知義務之不作為，是否成立詐欺罪，仍應視被告有無告知之作為義務，在本判決中對此並無討論，此判決或認被告該不實廣告行為係一作為，但就夾層屋之廣告，廣告主所廣告之內容為真實，其可依訂購戶之要求，在該房屋施作夾層屋，是以被告未告知該施作不符建築法令之要求，應屬不作為，故就該不作為，廣告主是否有作為義務，即為廣告主是否成立詐欺罪之關鍵，就夾層屋之預售廣告而言，廣告主應在廣告中明示就該夾層屋受相關建築法令之限制義務之依據，僅有行政院公平交易委員會前揭原則，但該規則並不是法令，不能作為廣告主產生保證人地位作為義務之依據，唯一可為依據者為基於誠實信用原則之交易習慣，然此見解恐亦可能產生爭議，如認有必要就廣告主此部分之不實廣告行為課以詐欺之刑事責任，解決之道，可參考商品標示法之規定，課以廣告主就此類廣告在夾層屋廣告應記載事項，以法令加以明文規定。

陸、結論

公平交易法之不實廣告與刑法之詐欺罪，本各有其規範意義及要件，然因部分消費者相信刑事程序對處理不實廣告所產生之問題較民事或行政程序較有效果，是以始產生公平交易法之不實廣告是否即成立詐欺罪之爭議，惟究在何種情況下，不實廣告可構成詐欺罪，依本文前揭說明，在我國司法實務見解並不確定，僅能從該二規定之要件，就個別案件之狀況一一加以檢驗，由本文以上之分析，可發現公平交易法不實廣告與刑法詐欺罪間之各有其界限，雖有同時成之公平交易法不實廣告及詐欺罪之情事，但依本文之前開說明，因刑法詐欺之要件較為嚴格，是以該狀況並不多，期望

以刑法詐欺罪之強化對公平交易法上不實廣告之規範，顯然是很難達此目的的。

Abstract

The false advertising is prohibited by Article 21 of the Fair Trade Law in Taiwan, R.O.C. And seldom the action of false advertising violate Article 339 of Criminal Law regulate about false pretenses. First this report is to discuss the provisions of Article 21 of Fair Trade Law and Article 339 of Criminal Law. Second this report is to analyze the opinions of courts about this debate. In last of this report is to describe the difference between Article 21 of Fair Trade Law and Article 339 of Criminal Law.

參考文獻

- 1、林山田，刑法各罪論，1996年10月版。
- 2、呂有文，刑法各論，民國75年10月版。
- 3、朱鈺洋，虛偽不實廣告與公平交易法—公平交易法與智產法系列三，1993年12月發行。
- 4、呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法導讀，1996年7月3日發行。
- 5、林紀東，行政法，1994年版。
- 6、吳庚，行政法之理論與實用，1996年版。
- 7、陳煥生，刑法分則實用，1989年2月版。
- 8、褚劍鴻，刑法分則釋論，1989年5月版。
- 9、翁岳生編，行政法(下冊)，1998年7月版。
- 10、蘇永欽，跨越自治與管制，1999年1月發行
- 11、黃茂榮，公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務之檢討，刊於：第四屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。
- 12、黃茂榮，公平交易法理論與實際，1993年10月版。
- 13、廖義男，公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正意見，法學論壇第15卷第1期，民國74年12月。