

# 不實廣告保護法益之研究 —— 「廣告詐欺犯罪」之省思

陳櫻琴（中原大學財經法律系副教授）

## 目次

- 壹、研究緣起
- 貳、不實廣告保護法益之研究
  - 一、概說——公平法保護法益
  - 二、不實廣告保護法益
  - 三、不實廣告之認定
  - 四、判斷原則與考量因素
  - 五、違法廣告之類型（？）
  - 六、發展趨勢
    - （一）德國立法例之反省
    - （二）「新詐欺」類型之發展
    - （三）公平法修正保護消費者法益
    - （四）經濟法保護法益須與時俱轉
- 參、詐欺罪之認定
  - 一、詐欺罪之保護法益
  - 二、客觀構成要件
  - 三、主觀構成要件
  - 四、不作為詐欺與廣告未告知
- 肆、「廣告詐欺」案例分析
  - 一、案例分析
    - 類型一：成立詐欺罪
    - 類型二：成立不實廣告，未成立詐欺
    - 類型三：未成立不實廣告
    - 類型四：未成立詐欺
  - 二、「廣告詐欺犯罪」之特色
    - （一）從倫理非難性到法律非難性
    - （二）廣告資訊與投資風險
    - （三）證據法則與程序正義之考量
    - （四）不實廣告和債務不履行
    - （五）廣告詐欺「法律競合」之困境
  - 三、判斷流程（附圖）
- 伍、結論

## 中文摘要

判斷經濟法之保護法益與刑法有無不同，為本文思考之原點。有鑑於公平會執行本法，取締不實廣告之案例，多達半數以上，「超載負擔」的確造成行政資源嚴重浪費；但就消費者言，因廣告不實影響消費選擇，對公權力取締之期待甚為殷切。公平法對違反第二十一條之不實廣告僅處以行政罰，並未如德國、日本採「入刑化」方式，規定刑罰制裁。在新興交易促銷手法層出不窮之際，一旦不實廣告造成社會大眾損害，實有必要重新評價不實廣告之「違法類型」、「侵害法益」及適用刑法詐欺罪構成要件，予以認定「廣告詐欺」行為。本文以「不實廣告保護法益」為切入點，分析法院判決及公平會處分案例。近來法院有判決預售屋不實廣告構成刑法詐欺罪之案例，本文討論之，並建議不實廣告侵害法益重大者，司法實務是否有必要進一步判斷詐欺罪刑責。

外國競爭法之立法例，縱有不實廣告刑罰制裁之規定，我國立法政策原擬援用，但立法院審議時未採納，目前公平法對不實廣告之取締採行政罰，就刑罰之最後手段性言，立法政策上似不宜迷信「入刑化」或「犯罪化」，若能透過「廣告詐欺犯罪」之構成要件適用，兼顧競爭法與刑法保護法益，亦能達取締目的，以保護消費者利益。

## 壹、研究緣起

法益，指法律所保護生活上利益，是法律條文為什麼要規定的理由，若沒有值得保護的法益，則不會有法律規範禁止或限制某一類型行為。刑法以保障社會秩序為目的，但刑罰牽涉人權，認定犯罪和量刑，依罪刑法定主義，法益之研究是刑法核心問題之一；若法益未受損害則無刑罰之必要，有稱「刑法本質上是法益保護法」。經濟法以維護經濟交易秩序為目的，理論上亦有值得保護之法益，才列入法律予以規範，至於違反經濟法係採行政罰或刑事罰，純屬立法政策。

刑法保護法益傳統採三分法，依刑法分則各章順序分別為：國家法益、社會法益及個人法益；新興法益分類則為「個人法益」與「超個人法益」<sup>1</sup>（即整體法益，包括國家法益與個人法益）。其中詐欺罪（刑法第三百三十九條）所保

---

<sup>1</sup> 傳統法益三分法，易誤解為有一個相對於「個人」的「國家或社會」法益，甚至往往以公益為由，擴大對國家或社會的保護，形成法益與保護個人完全無關。由於刑罰具有「苦的必要性」及「最後手段性」，唯有在嚴重的法益有損害或危險時，才有「入刑化」之必要。超個人法益係為個人的人格發展目的，且在保護個人法益的可能條件下，才有資格稱為超個人法益。相關討論及簡要結論，參見陳志龍：法益與刑事立法，一九九〇年，第一五六頁以下。

護法益，究係社會法益或個人的財產法益，值得研究。新興經濟活動致生新興詐欺行為，例如廣告詐欺，刑事政策亦有必要加以因應調整。

判斷經濟法之保護法益與刑法有無不同，為本文思考之原點；並嘗試由「法益權衡」之觀點，思考公平法和刑法兩者的保護法益有無「接軌」之處。有鑑於公平會執行本法，取締不實廣告之案例，多達半數以上，造成「超載負擔」，<sup>2</sup>嚴重浪費行政資源；但就消費者言，因廣告不實影響消費選擇，對公權力取締之期待甚為殷切。<sup>3</sup>公平法對違反第二十一條之不實廣告僅處以行政罰（第四十一條），並未如德國、日本採「入刑化」方式，規定刑罰制裁。<sup>4</sup>在新興交易促銷手法層出不窮之際，一旦不實廣告造成社會大眾損害，實有必要重新評價不實廣告之「違法類型」、「侵害法益」及適用刑法詐欺罪構成要件，予以重新省思「廣告詐欺犯罪」行為。

本文以「不實廣告保護法益」為切入點，分析法院判決及公平會處分案例，討論不實廣告所保護法益為何？違法不實廣告，在經濟法及刑法上的評價有何不同？何種類型之不實廣告構成刑法詐欺罪？不實廣告侵害法益重大者，司法實務是否有必要進一步判斷詐欺罪刑責？如何協調公平法和刑法間性格不同之法律？如何認定兩者法律之間的灰色地帶？均值得研究，以供執法及審判之參考。

就實務發展言，因應新興詐欺犯罪手法，刑法增修（一九九七年）詐欺犯罪條文；法院認定建商之預售屋廣告構成詐欺罪，亦有突破性的見解，例如元普建設公司廣告案（台灣高等法院八十八年上易字第一一九四號），法院認定廣告不實具有詐術性，從第一審無罪判決，改判成立詐欺罪，亦值進一步研究，並注意其發展趨勢。

---

<sup>2</sup> 所謂「超載」，是指個別零星交易之不實廣告調查及取締案，占公平會執法案件大宗。相關評論，參見廖義男：行政法院裁判之評析——公平交易法實務與行政法院裁判之評析，國科會專題研究計畫成果報告（以下簡稱廖義男，公平法裁判評析），一九九七年，第一五五頁以下。

<sup>3</sup> 從法社會學和法現實主義觀點，消費者對不實廣告所致之損害，若傾向以刑法制裁之期待性強，即有必要引進刑法制裁不實廣告，或透過法官造法，認定犯罪構成要件或判決重刑重罰等，此即所謂社會大眾對法院執行法律的期待。不實廣告之犯罪論，民眾提起自訴控告詐欺之案例甚多，此即有必要就社會實際情況及民眾對司法之認知探討之。

<sup>4</sup> 依行政院公平法原草案，不實廣告之處罰援用外國立法例，採刑罰規定（三年以下有期徒刑），在立法院審查時改為現行行政罰制度，參見立法院編印：公平交易法案，一九九二年，第二十七頁、第五五〇頁。

## 貳、不實廣告保護法益之研究

### 一、概說——公平法保護法益

公平法保護法益，有採四分說，有採三分說，依第一條揭櫫立法目的與保護法益，包括「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」，分析其保護法益有四項：一、維護交易秩序；二、確保公平競爭；三、維護消費者利益；四、促進經濟之安定與繁榮。<sup>5</sup>亦有分三項，包括：一、公共利益；二、競爭利益；三、交易利益。且並非每一條規定都包括三項利益，依條文性質及構成要件不同，自有不同之保護法益。<sup>6</sup>

本文簡述公平法之保護法益，再析論不實廣告之保護法益。公平法保護法益，本文採三分法，包括公共利益、競爭法益及消費者法益。至於「促進經濟之安定與繁榮」，為國家之「政策目的」，係利用競爭法為工具，屬於「政策手段」之一，因此其最終的評價仍為「公共利益」。<sup>7</sup>

所謂公共利益，指在社會經濟交易機能中所創造的社會整體最大利益，公平法為國家介入私人交易秩序之法律，性質上屬公法，所保護者為公共利益，亦即在透過競爭機能，維護市場秩序，創造經濟誘因，確保社會公益。公益考量亦為公平會依職權介入交易秩序之根據，在符合「公益門檻」（危害公共利益）前提，公平會對違反競爭法行為得進行調查處理（第二十六條）。<sup>8</sup>

競爭法益，或稱競爭者利益，指參與經濟交易之事業在市場機能下，可提供有利之交易條件，供交易相對人選擇，以爭取交易機會，從而取得事業經營之獲利。競爭是一種「法制度」（Rechtsinstitut）<sup>9</sup>，競爭利益是一種「制度的利

<sup>5</sup> 參見廖義男：公平法之釋論與實務，第一冊，八十二年，第一至十四頁。

<sup>6</sup> 參見黃茂榮：公平法理論與實務，一九九三年，第八至九頁。

舉例而言，獨占（第十條）事業阻礙其他事業參與競爭，如係衝著特定事業而來，該特定事業之競爭利益受保護。至於獨占事業係一般性阻止其他事業參與競爭，則並無特定者之競爭利益受損害。結合（第十一條）屬事業間之組織關係，非係衝著任何一特定事業，無特定者之競爭利益受損害。禁止拘束轉售價格（第十八條）目的在保護商品之市場競爭機能，無特定事業之競爭利益受損害。仿冒（第二十條）屬營業財產之侵害，以交易利益為保護法益。商業信譽（第二十二條）係保護競爭者之競爭利益，若係侵害特定交易對象，則競爭利益與交易利益重合，均受保護。多層次傳銷（第二十三條）保護公共利益及參加人之交易利益，但不包括多層次傳銷之競爭同業利益。概括條款（第二十四條）保護相對人之交易利益，及參與競爭者之競爭利益。

<sup>7</sup> 主張法益四分法者，認為各種總體經濟政策抵觸市場之競爭秩序時，其評價以有否利於整體經濟利益為斷，即指公益考量，廖義男，前揭書，第十二頁。

<sup>8</sup> 依職權處理，包括依職權進行調查及依職權移送法辦，但法院對公平會移送案件採取何種態度不一，原則上依公平會「準司法機關」立場，宜尊重公平會獨立行使職權之意見為宜。但我國實務運作上仍有公平會移送法辦，而檢察署不起訴或法院判決無罪之案例。有關公平會獨立性地位之討論，參見陳櫻琴：公平會獨立性之研究，公平交易季刊，第七卷第一期，八一九九年一月，第六五至一〇二頁。

<sup>9</sup> 參見廖義男，前揭書，第四頁。

益」，<sup>10</sup>是市場經濟體制對於事業所提供之經營環境上的利益。肯定市場經濟體制，競爭即是一種制度上的利益，但其獲利多寡，則視競爭家數或競爭強弱程度而定，其所獲取的利益應為合理利潤，若因欠缺競爭致生「暴利」或有「濫用市場地位之行為」（如第十條第四款），構成「不法」，<sup>11</sup>亦非公平法保護法益。

消費者法益，或稱交易利益、交易相對人利益，指因該交易所可獲得之利益，包括財產上利益及非財產上利益。究竟消費者法益與公平法保護法益間之關係如何，在公平法施行之初，<sup>12</sup>解釋上通說謂消費者法益並非公平法所保護之唯一法益；甚至有稱為反射利益。但以公平法施行至今多年而言，已累積諸多案例，多與消費者關係密切，且第三章不公平競爭案例多係消費者所檢舉者，就我國實務發展經驗言，逐漸有以消費者保護法益為核心之趨勢。

至於第二章「獨占、結合、聯合」，一般稱「限制競爭」，基於限制競爭所保護之法益為何？其一方面為競爭利益，另一方面為交易利益；即限制競爭之規定，原則上不以個別交易關係而定，係以維護市場競爭機能為規範對象。故限制競爭所保護之法益，應可及於事業之「競爭利益」及交易相對人之「交易利益」。<sup>13</sup>

## 二、不實廣告保護法益

第二十一條不實廣告規定於第三章不公平競爭，其所保護法益包括消費者法益與競爭者法益，當然也包括公共利益。<sup>14</sup>申言之，若集中焦點在消費者法益，由於廣告行為的特性，僅牽涉輕微的法益侵害，有建議採「微罪不舉」原理，<sup>15</sup>對消費者或市場競爭機能無重大影響者，不予處理。<sup>16</sup>反之，因廣告方式係公

<sup>10</sup> 參見黃茂榮，前揭書，第五頁。

<sup>11</sup> 此種不法，應受禁止、取締與制裁，如因此侵害他人權益，構成不法之侵權行為，應負民事賠償責任，參見廖義男，前揭書，第五頁。但此種不「法」，究僅受公平法之違法判斷，抑或須受刑法之違法判斷，與行政犯與刑事犯之立法政策有關。刑法學者提出「差價犯罪行為」，例如證券、期貨、貨幣及匯市交易行為，若涉及不正資訊取得，進而取得交易機會，所獲內線之投資消息創造暴利者，即可稱為差價犯罪行為，有謂公平法第二十四條：對交易秩序的欺罔，涉及差價犯罪。相關討論，參見陳志龍，財經行政與財經犯罪，憲法體制與法治行政（三），城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，三民出版，一九九八年，第八九至一二七頁，尤其第一一三頁。

<sup>12</sup> 主要係立法院審議時加入行政院原草案所無之文字「消費者利益」，致在解釋上偏採政策部門原構想，並以此為為宣導。相關討論，參見公平交易法案。立法過程之解讀意見有謂：公平法制定當時，立法者並無多元目標，而係表示代表各方利益的國會議員及行政部門，各自以不同的信念及政策取向，參見賴源河編：公平交易法新論，一九九四年，月旦出版，第四二至四七頁。

<sup>13</sup> 參見黃茂榮，前揭書，第六頁。

<sup>14</sup> 參見黃茂榮：公平會關於廣告之規範政策與實務的檢討，第四屆競爭政策與公平法學術研討會論文集，八十八年印，第二四七至第二八四頁，尤其第二六七頁。

<sup>15</sup> 參見黃茂榮，前揭書，第一四三頁。

<sup>16</sup> 例如公平法施行之前不實廣告行為，或屬過失不知而刊登；或檢舉前已更正廣告者，公平會不予處理。第二十一條處理原則第十五點規定，案件經調查後發現，一般消費大眾對其內涵尚無共同普遍認知，得停止調查處理，並函復檢舉人因無法律明文禁止，故不予處分。此即目前

諸於眾，一般不特定之多數人得以共聞共見，故不實廣告所生損害，焦點有時必須置於公共利益考量。

公平會為處理不實廣告之認定及調查，訂有「第二十一條處理原則」，<sup>17</sup>揭櫫判斷不實廣告之「公共利益」考量原則（第十八點）如下：<sup>18</sup>

- 受害人數多寡
- 是否為該行業普遍現象
- 商業倫理之非難性
- 戕害效能競爭之程度

申言之，公平法不實廣告所保護公共利益，須指受害人數眾多、並非該行業普遍現象、具有商業倫理之非難性、戕害效能競爭之程度。此可當作不實廣告的第一層次「法益判斷」。

至於不實廣告中的重要類型「比較廣告」引用競爭同業之消費資訊充當廣告之內容，被指名比較者受有損害，故保護法益包括競爭者法益，進一步損害營業信譽者，另構成違反第二十二條，依第三十七條規定有刑罰制裁。<sup>19</sup>

### 三、不實廣告之認定

第二十一條文規定「虛偽不實」或「引人錯誤」，條文係採選擇性之規定，有謂規範重點偏向引人錯誤部分，但第二十一條處理原則採分別認定說。其所稱虛偽不實，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）。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）。對照之下，前者強調客觀上之不實；後者強調引起相關大眾主觀上錯誤之認知。

認定不實廣告之要件有三：一、廣告內容不實；二、致引起相關大眾錯誤認知；三、廣告內容具有重要性。亦即認定不實廣告之內容不實，係大多數消費者認為屬重要資訊，引人誤認之標準設定在一般普通人之標準。

### 四、判斷原則與考量因素

依第二十一條處理原則，不實廣告之判斷原則如下：（第七點）

---

檢舉不成立之函復作法，惟檢舉人對檢舉不成立之函復若有不服者，公平會亦保障其訴願利益。<sup>17</sup> 全名：公平會處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則（以下簡稱第二十一條處理原則），為八十三年訂定，八十六年修正，全文分三章、二十五點，包括總則、檢舉案件之處理程序、違法行為之類型。

<sup>18</sup> 其係針對第十六點（七）「不涉及競爭秩序、公共秩序之民事案件，公平會得停止調查」；及十七點（十四）「保護消費者權益事項，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，移送消保會處理」所為的進一步解釋。

<sup>19</sup> 比較廣告損害法益之討論，參見陳櫻琴：「比較廣告」理論與案例，翰蘆圖書出版，一九九九年，有關比較廣告與商業誹謗之討論，參見第三〇一頁以下。

(一) 表示或表徵應以交易相對人之認知，判斷有無虛偽不實或引人錯誤之情形。一般商品（服務）以一般大眾施以普通注意力為準；專業性產品則以相關大眾之普通注意力為準。

(二) 表示或表徵隔離觀察雖為真實，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或決定，即屬虛偽不實或引人錯誤。

(三) 表示或表徵之內容以對比或特別顯著方式為之，而其特別顯著之主要部分易形成消費者決定是否交易之主要因素，故其是否虛偽不實或引人錯誤，得就該特別顯著之主要部分單獨加以觀察而判定。

(四) 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。

公平會考量因素在第二十一條處理原則亦有規定：（第八點）

(一) 表示或表徵與實際狀況之差異程度。

(二) 表示或表徵之內容是否足以影響具有普通知識經驗之一般大眾為合理判斷並作成交易決定。

(三) 對處於競爭之事業及交易相對人經濟利益之影響。

## 五、違法廣告之類型（？）

最值得討論者，為第二十一條處理原則中第三章規定「違法行為之類型化」，其法律上性質不明，所謂違「法」指的應是違反公平法，但此為公平會之判斷，是否有對外拘束力，尚有疑問。且不實廣告縱未在違法類型規定之列，公平會仍可取締，本文認為此所稱違法類型，屬於「描述性概念」，並非屬「構成要件」為宜。

依作業程序，公平會承辦單位應提報委員會議之議案中具體引用本原則條文」（第二十五點）但目前公開之處分案文獻，僅援引母法第二十一條第一至四項，外界無從得知其內部決策過程，及處分案如何適第二十一條處理原則之違法類型條文。

違法類型包括一般的違法類型（第二十二點，共三十項）<sup>20</sup>及不動產廣告

---

<sup>20</sup>一般違法類型包括下列情形：

(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) 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。

之違法類型（第二十三點，共十四項）。此外，不實廣告符合上述判斷原則和考量因素，足以影響交易相對人為合理判斷交易決定者，亦認定為違法（第二十四點）。

## 六、發展趨勢

公平法保護法益包括公共利益、競爭者法益與消費者法益；不實廣告之保護法益，宜以消費者法益為核心，擴散出競爭者法益，再以公共利益為門檻，以認定是否有依職權行政介入之必要。至於不實廣告違法類型，應不受處理原則第二十一條之限制，其違法類型尚包括違反公平法以外之刑法或特別法。

公平法規定不實廣告之違法效果，僅有行政罰而未有刑罰制裁，與「行政不法」或「刑事不法」本質有關，屬立法政策問題，本文不擬深論之。以目前公平會發動取締不實廣告之職權言，常有「管制失靈」之情況，但為避免刑法體系紊亂及特別刑法充斥，亦非逕可將不實廣告「入刑化」，毋寧可從強化公平會職掌著手，例如命停止或改正之處分，要求為「更正廣告」，且認定更正廣告之處分為另一處分，相信可有效糾正被處分人之不實廣告。早年公平會處分美加「美國綠谷投資專案」不實廣告（行政法院判決八十二年判字一七一九號），

- 
- (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。



有關更正廣告之問題，引起討論；近年公平會處分案，亦有要求被處分人應為更正廣告之處分主文。<sup>21</sup>

總之，公平法涉及當事人激烈之利益衝突與社會整體之經濟利益，若有價值判斷或邏輯上之矛盾，易生「扶得東來又西歪」的情形。<sup>22</sup>基於經濟法之利益衝突與調整，思考不實廣告與詐欺之關連性，宜注意下列國內外立法趨勢之發展：

### （一）德國立法例之反省

德國不實廣告之違法效果有刑責規定，但亦有實務上之反省。依不正競爭防止法（UWG）第四條規定，故意為不實及引人錯誤之廣告，處一年以下有期徒刑或科以罰金。<sup>23</sup>惟實務上對該條犯罪構成要件認定相當嚴格，包括客觀要件和主觀要件，即必須不實廣告內容符合客觀構成要件及行為人有主觀上「意圖」（Absicht）。析言之，在客觀上廣告內容須為不實，且足以引起誤導，若不實廣告並未誤導消費者，即欠缺「可罰性」（Strafbarkeit），並不構成本罪。不實廣告致生誤導對象之數量，消費者須屬於「比較大多數人」；此即相關大眾之概念。且致生誤導的廣告內容不實，須屬於「不完全是明顯的部分」（nicht voellig unerheblicher Teil），此即重要廣告內容之概念。其次，須為行為人在有意識下之不實廣告行為，即製作廣告時有不實及誤導的意圖，且所謂「故意」，包括有條件故意（bedingter Vorsatz）和直接故意（direkten Vorsatzes）；尤其是有利於（guenstigen）消費者的廣告，亦有可能構成不實廣告，其須具有直接故意。<sup>24</sup>

### （二）「新詐欺」類型之發展

所謂新詐欺，指「財經犯罪」所為的詐欺行為，其所侵害的法益是「公平的財經競爭秩序」。<sup>25</sup>刑法學者有主張違反財經行政法秩序，且侵害刑法保護法益者，應納入刑法制裁；即其所侵害的非但是財經行政法秩序，也涉及到刑法

<sup>21</sup> 參見廖義男，公平法裁判評析，第一七〇頁、第二三〇頁以下之討論，行政法院在該案係駁回原告（被處分人）之訴，認為其第一次所為之更正啟事，「不足以祛除因其初為之廣告已致生誤導消費者之效果」。公平會八十八年處分案，

<sup>22</sup> 參見黃茂榮，前揭書，第十頁。

<sup>23</sup> 該條文中文翻譯：意圖以引起特別有利之供給印象，在對大眾所為之公告或通知中，關於營業狀況，尤其關於商品或營業上給付之性質、來源、製造方法、價格計算、進貨方法、進貨來源、所得獎賞、銷售之動機或目的、或存貨數量，故意為不實及引人錯誤之表示者，處一年以下有期徒刑或科以罰金。第一項所稱之不實表示，係由職員或受任人在營業交易所為者，企業之所有人或主管人員若知其情事，應與該職員或受任人一同處罰。參見公平會編印：各國公平交易法相關法規彙編，八十二年，第四一八七頁。

<sup>24</sup> Vgl. Volker Emmerich, Kartellrecht, 5. Aufl., 1998, SS.204-205.

<sup>25</sup> 所謂「財經犯罪」與經濟犯罪，本質似相同，基於政府財政和經濟的公法法律秩序之運作過程，所生之犯罪現象，稱財經犯罪，強調的是政府公法的財經秩序。此一名詞之提出，參見陳志龍：財經行政與財經犯罪，第一一二頁以下。

秩序。<sup>26</sup>

舉例而言，公平法罰則規定，對獨占、結合、仿冒、多層次傳銷、破壞競爭（指第十九條）及營業誹謗等，列有三年至一年不等之有期徒刑，顯示這些違法行為（包括違反公平法及實質刑法法規範<sup>27</sup>）所侵害的法益，除了公平法外，還有刑法（公平法第三十五至三十七條）。不實廣告未設刑罰制裁，有必要進一步細分各種類型的不實廣告，及其否判斷是否構成犯罪。

### （三）公平法修正之趨勢

公平法強化競爭基本法之特色，在準司法機構的建制上，「先行政後司法」原則（例如第四十一條）的貫徹，有助於強揮執法之效果。而且有關「限制競爭」與「不公平競爭」之體系分野漸泯（參見第十九條修正理由），<sup>28</sup>顯示傳統上焦點置於競爭法益之保護，但在修法之後，有逐漸增加消費者法益保護之趨勢。

修法後，公平會依先行政後司法原則，對違反第二十一條之不實廣告，依第四十一條，處以行政罰，公平法雖未規定刑法制裁，但違法情節重大者，公平會得依第二十六條依職權移送法院，法院應尊重「準司法機關」，有關違法認定部分，原則上屬司法審查之例外，以尊重公平會之專業意見。最近法院實務界亦迭有討論，強調尊重公平會之移送權限及認定違法之專業職掌。<sup>29</sup>

就法院功能言，公平法行政救濟案件或刑事法院判決運用「法官造法」功能，<sup>30</sup>在解釋上從消費者個人法益考量，對不實廣告是否構成詐欺罪，似不宜斤斤計較於刑法犯罪構成要件之檢驗，而應從比較高層次的財經法秩序論斷違法之非難性。

### （四）經濟法保護法益須與時俱轉

在重大消費案件，經濟法保護法益須與社會期待同步調整，公平法保護法益亦有擴大趨勢，公平會實務上同意檢舉人包括交易相對人及競爭同業，「有訴願利益者」包括檢舉不成立者。因此，不實廣告保護法益宜有所調整，從與消費者個人關聯之「個人法益」及超個人法益，似可導出與刑法詐欺罪保護法益相同之結論。

<sup>26</sup> 其並進一步主張，不得以量化為標準，而應以質的標，判斷屬觸犯行政秩序法或刑法，同前註，第一〇八頁以下。

<sup>27</sup> 實質刑法法規範係相對於形式刑法（即刑法典）之刑罰規定。

<sup>28</sup> 修正第十九條增加「限制競爭或」等五字，目的即確立列於第三章不公平競爭行為者，亦有可能侵害限制競爭的利益，從而使本法第二章與第三章的體系並非壁壘分明。吾人亦有必要重新解釋侵害第十九條各款之法益。

<sup>29</sup> 參見高等法院座談會，

<sup>30</sup> 此亦可討論「司法認知」之調整，檢察官或法官不能以一般人的反應作為司法權行使的依據，而應以財經犯罪應有的認知，作「價值觀中性思考」，參見陳志龍，財經行政與財經犯罪，第一二四頁。

舉例而言，不實廣告所引發之重大民生爭議案，例如房地產業、瘦身美容業及食品藥品業等，對消費者而言，屬於資訊相對弱勢一方，且保護法益包括財產、健康重大個人法益等，對業者之廣告行為，應賦予較嚴格之注意義務，有關廣告所生之爭議，似不宜拘泥於契約條款，而應強調保護消費者法益，以解決重大廣告爭議。

## 參、詐欺罪之認定

### 一、詐欺罪之保護法益

刑法任務在保護「法益」(Rechtsgut)，法益即是以法律手段所保護的生活上利益，刑法強調保護法益的重要性，主要是限制立法者規定刑法條文時，不可以把沒有侵害任何利益的行為加以犯罪化。刑法保護法益可分為「個人法益」和「超個人法益」(整體法益)。<sup>31</sup>對個人法益與整體法益彼此間關係，刑法學說有不同理論，但其核心概念相同——具有值得保護之法律上利益。

刑法學者嘗試界定「法益概念」，其中原則之一為「法益觀念必須和人類有所關連」，<sup>32</sup>指的是對某些人類行為予以非難(負面的評價)，進而為刑法裁之效果。惟在刑法法典化之後，有關刑名之規定，即十分容易被誤導具有保護法益之必要。討論法益有二種切入方式：其一係確立所要保護法益，藉「比例原則」決定所保護目的、內容、範圍，並以該法益為指導方向，進一步設計各種構成要件<sup>33</sup>。刑法學說所謂實質犯罪之概念，即是考量此等因素，這是存在於法典化之前，希望對何種行為列入處罰(犯罪化)、對何種行為不應處罰(除罪化)，提供立法者刑事政策參考標準。換句話說，刑罰上的該當性、違法性及有責性，與公法上廣義的比例原則(子原則包括三者：適合性、必要性、手段性)有相通之處，只不過名稱不同而已，在如此認知之下，法益可以說是判斷比例

<sup>31</sup>我國刑法分則之法益種類，通說採三分說，即國家法益、社會法益及個人法益。其缺點如下：

1 社會法益與個人法益難以區分：個人法益如名譽、自由、生命等，只能在具有社會關係之下才被保護，故個人法益，也同樣是社會的產物，另外區分個人法益與社會法益，不妥也不明確。

2 社會法益與國家法益難以區分：國家法益是社會法益之一分支，難以獨立成為一種法益。

3 主客混淆：法益是法律所要保護的客體——人，而國家、社會是抽象存在的，若其為法益的「持有人」，形成與「人民」的對立。

4 保護優先秩序之商榷：有認刑法以保護國家法益居首，次為社會法益，個人法益最後，但此為刑分法條編排之形式，並不代表在實質上有此優先秩序。故不能謂國家的財產法益，優越於個人的生命法益。

新興法益種類採二分法，即以「個人」為出發點。所謂超個人法益指國家法益與社會法益。相關討論，參見陳志龍，前揭書，第一三七至一五一頁。

<sup>32</sup> 亦即只有與人有關者，才有刑法目的存在，若僅純抽象的概念，如國家、國家利益、社會、社會制度、禁忌等不得直接當作法益保護的客體。以此觀點，刑法第三百十二條侮辱與誹謗死者罪，並無「人的實際存在」可言，非刑法保護對象。同前註，第三八頁以下。

<sup>33</sup> 參閱蔡聖偉：客觀可歸責性與故意，刑事法雜誌，第三十九卷第三期，第六八頁。

原則的先法問題。<sup>34</sup>

另一種討論方向，則提出「實質具體的法益概念」，認為法益應有如「觀念上的石頭」般，能具體可感覺其存在者，為一種「現實存在的權益」或具有「前實證既定」性質，並且可被一般人中性地予以證明，並非以個別喊價的方式標示法益。強調此種實質法益，目的為避免有刑名就有法益的盲點，立法者對於法益必須以「人類生活需要」為立足點，建立新的刑罰構成要件體系；法益的概念是犯罪之核心，因為是決定可否用刑罰手段處罰的判斷標準（亦即犯罪化的合理性）。

本文援引若干刑法原理，主要探究：「法益與法條之關係」、「法益是否必須與時而轉」及「經濟法保護法益為何」等問題。刑法保護的核心法益有五：生命、身體、自由、名譽及財產。生命法益為絕對保護；身體或健康法益次之；自由法益是人類社會生活所必需的保護，而財產法益的位階置於最後。詐欺罪通說認為侵害「財產法益」，若無損於財產法益者，自不構成詐欺罪，其損害的是「整體財產」法益受損，並非僅只特定物的法益受損。<sup>35</sup>總之，刑事立法的原則，無法益損害，即無刑罰，否則會產生「法益超載」之危險。<sup>36</sup>

詐欺罪與背信、重利、恐嚇、賭博等罪一樣，都是侵害整體財產的犯罪類型，但其保護法益內涵有若干差異。詐欺罪是結果犯，係經由仔細的計算，被害人致生財產損害，立法者出於維護交易秩序之考量，禁止利用詐術取得財產上利益。<sup>37</sup>而對照之下，賭博罪可以說是危險犯，涉及財產上的危險（*Vermögensgefahr*），立法者基於國民經濟的考量，禁止並處罰賭博行為，透過此種方式以維護國民的財產利益，並令國民自己有必要的注意。<sup>38</sup>

刑法第三百三十九條規定：

---

<sup>34</sup> 刑法學者有稱「實質犯罪行為」，包括不法、罪責及應刑罰性(*Strafwürdigkeit*)，有關犯罪理論之檢討，參見林山田：刑事法論叢（二），一九九七年，第七頁以下。

<sup>35</sup> 參見林山田：刑法各論罪，一九九六年，第七六〇頁以下討論。或有主張「維護誠實信用原則，並確保日常生活之真實無詐」，但為多數學者所不採。進一步言，所侵害者究為被害人之「整體財產法益」或「個別財產法益」（即特定物），解釋上應採廣義，指的是被害人整體財產法益受損。例如以中等貨冒充上等貨減價廉售，並以中等品質價格成立交易，學說見解紛歧，有認為屬民事問題，有認為構成詐欺既遂罪，有主張成立詐欺未遂罪。

<sup>36</sup> 有描述：法治國家並不是豪華大汽艇，而是救生艇，它裝的是有意義的「法益」保護，而不是毫無重要性、奇怪的事物，致有超載難以行駛之危險。刑事立法者在決定「入刑化」與「出刑化」之際，主要考慮利益衡量，並要避免「實證法的擅斷」。參見陳志龍，前揭書，第二八五頁、第六六頁。

<sup>37</sup> 參見林東茂：詐欺罪的財產損害，一個知識論上的刑法學思考，五南出版，一九九九年，第一一七至一三四頁，尤其第一二四頁。

<sup>38</sup> 參見蔡聖偉：賭博罪保護法益之探討，載罪與刑，林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南出版，一九九八年，第二四五至二八二頁，尤其第二五四頁。

「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、拘役或科或併科一百萬元以下罰金。

以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

前二項未遂犯罰之。」

刑法上討論犯罪構成要件，分為客觀與主觀犯罪構成要件，詐欺罪客觀構成要件有六：行使詐術、陷於錯誤、一方為財產處分、致生財產上損害、他方得財產上利益、彼此間有因果關係。惟就我國刑法條文結構觀之，第一項只規定詐術與物之交付，第二項規定詐術與得財產上不法利益，此為「成文之構成要件」，其餘之客觀構成要件，未規定於條文中，稱為「不成文構成要件」，但一般討論詐欺構成要件均包含在內。<sup>39</sup>主觀構成要件有二：包括詐欺故意、不法獲利意圖。綜合這些構成要件，形成一種「行為模式」或「結構模式」，且由於詐欺罪特有之犯罪結構，其客觀構成要件，必須依據一定之先後秩序而排列。

40

## 二、客觀構成要件

### 1 行使詐術

詐術，是一種欺瞞行為，以作為或不作為的方式傳遞與事實不符的資訊。所謂「事實」，指現在或過去的事件，並不包括未來的預測，亦非僅指純粹的價值判斷。故要檢驗是否為詐術，必須要以過去或現在曾發生者加以檢驗真偽，對未來則無法檢驗。例如股市報明牌之廣告，是否屬投資應有之風險、有否應驗投資之獲利，認定是否引人入彀之詐術等，甚難加以檢驗。

詐術包括積極與消極行為。積極詐術或稱「施詐行為」，指行為人主動施用詐術之行為，不論以語言、文字或舉動為之。消極行為，指故意不告知，例如銀樓陳列純金或K金等飾品，消費者購買時，店主故意不告知飾金之成份，並以低價品混充高價品出售，致消費者誤信而購買。行為人若負有告知義務，因未告知致交易相對人陷於錯誤，產生損失者，成立不作為詐欺。惟其不告知須在他人陷於錯誤前為之；若不告知是在他人陷於錯誤後為之，則不構成詐欺，僅成立民法上之不當得利。例如便利商店多找零錢，顧客不告知而取走超額款項，顧客不算詐欺行為。

詐術不限於對特定人為之，對不特定多數人施詐，亦可成立。例如刊登虛偽不實廣告，騙取多數人財產，構成詐欺行為。<sup>41</sup>不過「廣告用語的危險性」與

<sup>39</sup> 參見林山田，刑法各罪論，第七六二頁以下。

<sup>40</sup> 同前註，第七六三頁所繪之「犯罪結構模式」可為參考。

<sup>41</sup> 司法院早年解釋採「行為說」，一詐欺行為欺罔多數人，並詐取多數人財物，只成立一詐欺罪。但有認為，係構成同種之想像競合，應從一種處斷（刑法第五十五條前段）。參見林山田，

「詐術行為」間尚有待區別，基於廣告的誇大本質，刑法學亦強調「容許的危險」，例如廣告中說「購買者現買現賺」或其他未來可能產生的利益，基於商業廣告的特性，不認為是詐欺，風險由消費者承擔，也就是透過容許的危險，要求消費者自行判斷廣告與實際的區別，縮小法律所保護利益之範圍，達到利益均衡目的。<sup>42</sup>不過若廣告內容違法或交易方式違法，原本構成犯罪，與廣告用語容許危險性無關，例如「虛設行號，刊登廣告，真刷卡假買賣」，向發卡銀行詐取刷卡金額，構成常業詐欺罪。<sup>43</sup>

## 2 陷於錯誤

詐術必須致人陷於錯誤，所謂錯誤，指不正確且與事實不符之狀態，若被害人處於毫無所知，即不陷於錯誤。且必須有意識到事實錯誤的能力，才可能成為詐欺的對象。一般只有自然人才有如此適格，但實務承認對機器亦可成立詐欺罪，修正刑法增訂「對收費設備詐欺罪」（刑法第三百三十九條之一）、「對付款設備詐欺罪」（第三百三十九條之二）、「對電腦不正輸入詐欺罪」（第三百三十九條之三）。<sup>44</sup>實務上承認「刊登廣告，出售盜拷行動電話」，使電信局通信系統陷於錯誤，構成詐欺利得罪。<sup>45</sup>

## 3 一方為財產處分

所謂財產處分，指發生財產利益變動效果，陷於錯誤之一方被騙後，進而為財產處分；若僅陷於錯誤，未為財產處分，不構成本罪。處分財產並不具有財產處分之行為能力，限制行為能力人，亦可從事處分財產之行為，故對限制行為能力之人亦可能成立詐欺罪。相對人處分財產必須出於自願，若非出於自願，而係由行為人之強制，則屬強盜或竊盜，並非詐欺。

## 4 致生財產損害

刑法詐欺罪之法條未明文規定，屬不成文之構成要件，詐欺罪係保護財產

---

刑法各罪論，第七六七頁。

<sup>42</sup>參見黃榮堅：刑法問題與利益思考，第二四七頁。

<sup>43</sup> 主要判決理由謂，明知該等客戶純係為取得現金使用並無實際買賣，亦無償還刷卡金額之能力或意願，以真刷卡假買賣方式，由客戶在信用卡簽帳單上簽名刷卡，佯為完成交易，實際只交付客戶刷卡金額百分之九十五之現金，而從中賺取差額利益，將呆帳之風險及損失轉嫁予發卡銀行。參見最高法院刑事判決，八十七年上訴字第一五一八號，其係台灣台南地方法院檢察署起訴，八十七年偵緝字第四二號。

<sup>44</sup> 八十七年修正刑法增列新興詐欺罪，依第三百三十九條之一立法理由謂「按目前社會自動付款或收費設備之應用，日益普遍，如以不正方法由此種設備取得他人之物或得財產上不法利益，不特有損業者權益，而且破壞社會秩序，有加處罰之必要。」其強調法益似僅包括業者權益及社會秩序，實者，電腦詐欺等犯罪亦損害消費者對電腦設備之公信力，具有保護個人法益之本質。

<sup>45</sup> 犯罪集團利用刊登廣告方式，放高利貸及販賣盜拷行動電話，參見嘉義地方法院判決八十六年訴字第六八號，該案由嘉義地院檢察署八十六年偵字第五〇號起訴。其主要理由謂，足生損害於原申請行動電話人及電信局。早年在電信未民營化前之行政解釋，見解亦同，參見司法院八十二年廳行一字第〇五二八三號函之一七。

法益，須因詐欺行為致生財產損害，被害人對自己或第三人造成財產損害，且被害人受損與行為人得利間，形成一種「對等關係」，即被害人處分財產受損，而行為人因此財產有獲利。至於財產損害，應以客觀價值判斷。德國判決認定「被害人的困境」亦視為財產損害，即交易行為所得到的給付與締約目的不符合；或須支付高較代價取得；或因承擔義務致不能利用自己資金，使經濟活動大受限制，都可解釋為財產損害，對我國亦有若干啟示。<sup>46</sup>

至於喪失「獲利機會」是否為財產損害？須視此一獲利期待，是否在一般交易觀念上，認為可用金錢衡量，而且可具體化的財產利益，並不包括不確定的獲利機會。有一則實例牽涉廣告及詐欺之爭議，值得參考：

歌廳為招攬顧客，以不實廣告宣稱請某位名歌手現場演唱，不另計票價，觀眾大爆滿，結果事實上是另一無知名度、但與名歌手的姓名或讀音類似之歌手演出。究竟歌廳是否構成詐欺罪？

實務意見採否定說，認為僅屬債務不履行，因歌廳未加價，顧客亦觀賞表演而獲精神滿足，不能謂代價顯不相當，歌廳對所收票款，在主觀上難認其有不法所有之意圖，不成立詐欺罪。惟學者有主張肯定說，認為觀眾之獲利期待受損，成立詐欺罪。<sup>47</sup>

## 5 各構成要件間存在因果關係<sup>48</sup>

因果關係有廣、狹兩說，狹義因果關係，指行為人詐術與不法獲益間具因果關係；廣義說則主張在各構成要件間，均須有因果關係，包括：

- 行使詐術與陷於錯誤間有因果關係
- 陷於錯誤與財產處分有因果關係
- 處分財產與財產損害間有因果關係
- 財產損害與不法獲利間有因果關係<sup>49</sup>

<sup>46</sup> 德國聯邦最高法院一九六一年之「擠奶機案」(Meklmaschinenfall BGHSt 16, 321)，被害人陷入特殊的困境，可以判斷為財產損害。其案例事實：機器仲介商告訴客戶廉價待售，但事後知悉，未比市價便宜，且推銷時，知道客戶必須向銀行貸款才能支付價款，因此有重大財務負擔。依德國法院見解，被害人有三種困境：

1 所得給付與締約目的不完全相符，或無法以其他可資期待的方式利用所得到的給付。

2 因為承擔義務，不得不採取減損財產的措施（如支付較高利息向銀行借款，或以不經濟的價格讓售該物品）。

3 由於承擔該項義務，不能善加利用自己的資金，即締約後經濟活動自由大受影響。

相關討論，參見林東茂，詐欺罪的財產損害，第一二九頁以下。

<sup>47</sup> 實務見解，參考花蓮高分院六十五年八月法律座談會；採肯定說，理由謂觀眾享受節目和花錢購票不相干，老闆所得到的不法利益，是使用欺騙手段所獲得更多的門票收入。學者見解，參見林東茂，前揭書，第一三二頁以下。

<sup>48</sup> 參見本文後述之法益判斷流程圖，強調其具有因果關係。

<sup>49</sup> 有提出「詐欺之判斷偏離常軌的因果歷程說」，舉例謂：甲賣假畫給乙，騙稱是印象派畫家莫內的畫，乙對印象派畫風略知一二，知道不是莫內的畫，但以為是雷諾瓦的畫而買下，有謂甲的詐騙行為只成立「詐欺未遂」，因其間並無歸責上的因果關係。參見林東茂：危險犯與經

## 6 他方得財產上利益

此牽涉詐欺罪之類型及條文文義解釋，為避免擴張處罰範圍，該條第二項一般稱「詐欺取財罪」，對他方取得財產上利益，列為客觀構成要件。但第一項「單純詐欺罪」之並無明定此一構成要件，適用上有困難，<sup>50</sup>故須透過解釋，認為詐欺保護法益，在於被害人的利益受損害，而不是處罰行為人有無得到利益。<sup>51</sup>據此，刊登廣告，販賣人頭支票，成立詐欺罪；<sup>52</sup>若係持用人頭支票詐財，不問是否被識破、是否獲利，亦有刑責，成立詐欺罪與行使偽造有價證券罪，傳統上判例認為「兩罪具有牽連關係，從一重之行使偽造私文書罪處斷」；但新近見解認為屬於想像競合。<sup>53</sup>

參蔡五九〇？許玉秀？

### 三、主觀構成要件

#### 1 詐欺故意

行為人對於客觀不法構成要件有所認識，並有此決意犯罪之主觀心態，此為詐欺之故意，包括直接故意與未必故意。若社會事實與法律判斷有極大認知差距時，應先確定其詐欺故意，或透過舉證才能認定是否有詐欺故意。

#### 2 不法獲利意圖

即行為人必須為自己或第三人有不法獲利之意圖，才成立本罪，若無此意圖，縱「有故意之欺罔行為，亦不構成本罪」。<sup>54</sup>即行為人主觀上具有獲取違法財產利益之意圖。

### 四、不作為詐欺與廣告未告知

消極不作為詐欺，通說認為成立詐欺罪，<sup>55</sup>與本文討論有關連者，為提供廣告資訊不完整，致消費者陷於錯誤，而有財產交易者，是否構成不作為詐欺？刑法上不作為詐欺，須行為人有「告知義務」為前提，而告知義務之產生，有出於法令之規定，有出於誠信原則，有屬於避免違背義務之前行為，或基於契

---

濟刑法，一九九六年，五南出版，第二九一頁註解所舉之例。

<sup>50</sup> 現行刑法詐欺罪區分第一項詐欺取財與第二項詐欺利得，就理論與實務觀點，均無此必要。且具有特別犯罪結構，條文僅擇取二項構成要件規定，有違構成要件明確原則，有建議修法補救，參見林山田，刑法各罪論，第七七七頁。

<sup>51</sup> 關於「財產上利益」之討論，林東茂，詐欺罪之財產損害，第一二四頁以下。

<sup>52</sup> 坊間甚多販賣人頭支票，俗稱「芭樂票」，實務判決成立詐欺罪，參見台灣高等法院台中分院判決八十六年上訴字第一〇〇五號，係由台中地方法院檢察署八十五年偵字第二二五二號起訴。

<sup>53</sup> 偽造銀行支票以圖行使，無論支票上所填蓋之戶名圖章是否為該票所有人之物，及支票所有人實際有無損害，均與其應負偽造有價證券之罪責不生影響，參見二十八年滬上五三判例。又同時偽造同一被害人之多張支票，其被害法益仍僅一個，不能以其偽造之支票張數計算法益，參見七十三年台上三六二九判例。

<sup>54</sup> 同前註，第七七一頁。



約而生，或縱無契約，但有特別之信賴關係，均可謂負有告知義務。<sup>56</sup>

廣告未告知是否為詐術，可由交易雙方對資訊和經驗的強勢或弱勢而判斷，賦予交易當事人一方具有告知義務。<sup>57</sup>以售屋廣告為例，建物廣告對重要事項不應隱匿，或建商在應消費者詢問時，負有據實告知義務，關於建物之重要資訊，包括土地使用目的、停車位產權、公用巷道等。購屋者一般屬資訊弱勢者，建商若未據實告知，在廣告行為之階段（未達成買賣交易），由於廣告屬於要約之引誘，因未成交，故未有法律關係；惟在進一步因該廣告之內容，吸引消費者青睞，達成購屋交易，其中因廣告未據實告知，可能構成不作為詐欺。

依此分析，建商售屋廣告未告知屬輻射屋，或建材超過危險標準者；銷售中古車、泡水車，但在廣告中卻未告知曾發生事故者，可能成立不作為詐欺。惟我國實務見解似有從嚴認定，例如建商廣告之告知義務，除有施用詐術故意或隱瞞事實外，並不成立詐欺罪。<sup>58</sup>

從刑法法益理論出發，吾人認識到刑法保障社會秩序的目的，而其他各法亦有獨特法益概念，例如行政法有其保護法益。<sup>59</sup>本文進一步思考經濟法或競爭法保護法益，因廣告而生之交易行為，若無法益受損，不必列為取締對象，亦即法益本質上是對「交易行為」予以負面評價，或稱「商業倫理非難性」；而經濟法法益觀念必須和「消費者」個人因素有所關聯，凡重要消費資訊之廣告不實，致生消費者值得保護之生活上利益受損者，不實廣告即應受法律（包括公平法及刑法等）之評價。

## 肆、「廣告詐欺」案例分析

### 一、案例分析

不實廣告是否成立詐欺，實務見解並不一致，有成立刑法詐欺罪；有成立不實廣告，但未成立詐欺；有未成立不實廣告；有未成立詐欺者。例如在一項法律座談會，有關「藥物不實廣告是否構成詐欺罪」，其討論意見如下：<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> 參見林山田，刑法各罪論，第七六七頁；林東茂，詐欺罪之財產損害，第一二〇頁。

<sup>56</sup> 參見林山田，刑法各罪論，第七六七頁。

<sup>57</sup> 參見林東茂，詐欺罪之財產損害，第一二〇頁註二所引德國通說之例：在相對人明顯欠缺經驗、不告知會引起重大損害、未告知的事實對於相對人非常重要（相對人如知道真相，很可能不為交易）。這種不作為犯的保證人地位，是源於經濟交易上的誠信原則。

<sup>58</sup> 實務見解，對建商之告知義務，有採嚴格認定者，例如出售房屋，經檢驗測出其混凝土含氯離子過高，但法院判決謂「難認被告（建商）有施用詐術故意使用氯離子過高之混凝土或隱瞞該事實，使告訴人（購屋者）陷於錯誤而買受房屋之情事，即不能令被告負刑法之詐欺罪責」，參見台灣高等法院判決八十五年上易字第一八九九號，高等法院刑事裁判書彙編，八十五年第一期，第二冊，第一四三二至一四四〇頁。

<sup>59</sup> 刑法學者贊同之，參見陳志龍，前揭書，第三頁。

<sup>60</sup> 參見板橋地院八十一年一月法律座談會，法務部公報，第一四九期，第七九頁。

法律問題：甲在報端刊載「男人之寶、保證強精壯陽、一定勇」等藥物廣告。如該藥物係衛生署核准進口之一般藥物，與男性之性能力增強與否無必然關係，是否構成詐欺罪？

討論意見：

甲說：否定說。此項廣告只為要約之誘引。顧客是否購買仍有自主決定權，與詐欺無關。

乙說：肯定說。廣告中所列藥物功能，與該藥之主治效能無關，自屬施用詐術誘人購買，而顧客本不懂藥性，因而參閱該廣告字眼而購藥，可認為係因該廣告之刊登而陷於錯誤。從而甲之行為應構成詐欺罪。

丙說：折衷說。甲刊登之藥物廣告雖屬浮誇。然本質上仍屬要約之誘引，如其售價非悖於常情（成本加合理利潤）則仍不構成詐欺罪。反之，如該藥物之售價有悖常情而意在獲取暴利，則可認甲就超額部分（成本加合理利潤以外部分）有不法所有之意圖，應構成詐欺罪。

丁說：應視廣告內容而定。甲所刊之藥物廣告內容如僅誇大，而其所列藥物功能與該藥主治效能未悖，乃商界促銷商品之正常情形，尚不構成詐欺罪。惟如廣告內容不實，所列之藥物功能與該藥之主治效能無關，自屬施用詐術誘人購買，應構成詐欺罪。

決議：多數贊成丁說。

台灣高檢署研究意見：採丁說。

法務部檢察司研究意見：刑法上詐欺罪之成立，以意為自己或第三人不法之所有，以詐術使人陷於錯誤而交付財物或取得財產上不法利益為要件。題示甲為藥品刊登不實廣告之行為，是否構成詐欺罪，應視其藥品售價是否合理為斷。原討論意見，以丙說為當。（發文字號：法務部八十一法檢二字第七三〇號）

上述案例似非虛擬，實務上類似誇大之藥物廣告甚多。<sup>61</sup>民眾迭有受騙上當之例，究如何處理，即本文嘗試討論之核心問題：公平法不實廣告與刑法詐欺行為之區別。茲以若干法院判決及公平會案例，依事實、判決（或處分）要旨及評釋三部分，分四種案例類型檢討。<sup>62</sup>

<sup>61</sup> 由於該法律座談會之意見分為多說，實者其係各有不同的著重標準，茲簡評之：決議及高檢署採丁說，法務部採丙說，實者兩者似非對立之見解，丙說以藥財售價是否不合理而判斷是否構成詐欺，其係基於「財產損害」之觀點；丁說以藥物是否具廣告所稱之療效，若欠缺療效則構成詐術。

<sup>62</sup> 若干案例在刑事法院第一、二審判決間有差異，若干案例在公平會屬檢舉不成立之訴願案，由於公平會未公開不處分案，僅以函復檢舉人，僅能在若干檢舉不成立之訴願案觀諸大概內容。另外有若干案例，如自訴案，法院判決未成立詐欺、或檢察不起訴案，本文暫未列入討論。相關案例參見：

## 類型一：成立詐欺罪

(一) 元普建設預售屋廣告詐欺罪（台灣高等法院八十八年上易字第一一九四號）<sup>63</sup>

### 1 事實

被告段○○係元普建設公司負責人，八十年九月間在基隆市推出「芳丹詩郡」大廈房屋預售案，明知依建築法令規定，大廈中庭開放空間不得興建游泳池、健身房、兒童遊樂場等雜項設施，該社區亦無免費社區巴士等，竟基於為元普公司不法所有之犯意，利用不知情之廣告公司製作不實之廣告誣稱為「五星級泳池花園住家」，具有各種設施等，致余○○等六人閱讀該廣告後，誤認為如購買後，將擁有如廣告所示之「五星級泳池花園住家」，而陷於錯誤，陸陸續續以高於當地市價每坪新台幣二至五萬元之高價購屋，與元普公司簽訂房屋及土地之買賣合約書，交付鉅額之價款，迨八十三年六月間，房屋完工，並陸續遷入後，發現並無如廣告所載之設施，案經余○○等人提出告訴，台北地檢署檢察官提起公訴。台北地方法院判決被告無罪，檢察官不服，提起上訴，高等法院改判詐欺罪，處有期徒刑十月。

### 2 要旨

(1) 高等法院判決詐欺罪之要旨：

廣告既有不實，且被告推出「芳丹詩郡」時即知廣告與設計圖內容不符，仍以不實廣告內容配合售屋人員誇大促銷，使購屋者陷於錯誤，願以高價購買，而簽訂契約，所售房屋較附近之房屋每坪高出二至五萬元。是被告於預售房屋之時有詐欺犯意甚明。核被告所為，係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，利用不知情之廣告公司，製作不實之廣告以詐騙購屋者，為間接正犯，又被告以一詐騙行為詐騙多數購屋者，致多位被害人受害，為想像競合犯，依刑法第五十五條規定從一重處斷。原審採信被告之辯解，而為其無罪之諭知，容有未洽，檢察官提起上訴，指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決撤銷改

---

1 漢鼎營造售屋廣告，經自訴，判決無罪，台北地方法院判決，八十二年自字第一二九二號，公平會編：公平會司法案例彙編（一）（以下簡稱司法案例），一九九四年，第三〇四頁以下。

2 法典公司美容教學及受訓廣告，告訴人主張詐欺，檢察官不起訴處分，台北地方法院檢察署不起訴處分，八十二年偵字第一三五四二號，司法案例彙編（一），第三九四頁以下。

3 筌泰公司廣告稱淨水塔有專利，經代理商告訴詐欺，檢察官不起訴處分，新竹地方法院不起訴處分，八十四年偵字第九〇六七號，司法案例彙編（三），一九九八年，第七五三頁以下。

<sup>63</sup> 台北地方法院檢察署起訴，八十五年偵續字第三九九號。台北地方法院判決無罪，八十六年易更（一）字第五〇號判決。台灣高等法院八十八年九月二十二日判決，原判決撤銷，被告詐欺罪，處有期徒刑十月。本案屬二審終結案件。

另，公平會處分元普公司在五股推出的預售屋「綠圃」、「公園」兩區廣告，宣稱有一千坪公園，與實際不符，構成不實廣告，違反公平法，八四公處字第一六〇號。該案經元普提出訴願，遭駁回，八五公訴決字第〇四八號。

判，審酌被告犯罪之動機、目的、手段、智識程度、犯罪所生之損害，及犯罪後態度等一切情狀，判處有期徒刑十月。

(2) 地方法院判決被告無罪之要旨：

可分三部分說明：

一、刑法第三百三十九條詐欺罪之成立，以意圖為自己或第三人不法所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件，所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其使用方法，不能認為詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪。

二、民事債務當事人間，若有未依債務本旨履行給付之情形，在一般社會經驗而言，原因非一；其因不可歸責之事由無法給付，或因合法得對抗他造主張抗辯而拒絕給付，甚至債之關係成立後，始行惡意遲延給付，皆有可能，非必出於自始無意給付之詐欺一端。

三、商業廣告依其性質或有誇大不實之處，然尚難以其誇大不實即認為與施用詐術相當。……被告所用之廣告方式，容有誇大不實之處，有違殷實商人應具之誠謹作風，然尚與刑法詐欺罪之構成要件有間，難以該罪相繩。

### 3 評釋

(1) 廣告內容：

本案經法院調查建案售屋廣告確有：芳丹詩郡為「五星級泳池花園住家」、「舒暢的搭社區巴士上下班」、「免費的免繳管理費享受權利，不必負擔義務」、「長二十五米凱撒級游泳池」、「藝術雕塑」、「健康娛樂室」、「戶戶大車位」、「圓山飯店級之享受」等內容。檢察官前往現場履勘，僅有水池一處，但寬約五點七尺、健身房、藝術雕塑亦均付之闕如。故二審法院足認前開廣告確有誇大不實，而該廣告之內容係依元普公司所提供之資料製作而成。

(2) 重要爭點：

由於第一、二審判決內容差異甚大，包括下列爭點：

- 買賣合約及管理公約：地下室車位、管理費繳交義務在廣告詞與合約、公約規定不同，購屋一方主張廣告詐欺，建設商認為經契約約定權利義務內容。
- 交屋後狀況：交屋後無社區巴士，購屋一方未提出任可異議。
- 廣告詞誇大，是否構成詐欺：交屋品質不符廣告內容，是否為施用詐術，一審判決認為非施用詐術；但二審認為，預售房屋之時有詐欺犯意。
- 房價之高低：檢察官公訴意旨認附近之預售屋較便宜二萬元以上，乃因元普公司建案具有廣告所描述之設施。一審判決認為，房價之高低取決於取得土地之成本及房屋建造成本，不同之預售屋個案均有其不同之計算基

礎，起訴意旨未就全部成本之細節予以估算，推斷似屬過速。二審判決認為，不實廣告內容使購屋者陷於錯誤，願以高價購買，於預售房屋之時有詐欺犯意。

### （3）不實廣告之判斷：

廣告不實致消費者花高價購買，交屋後抗辯未具有原廣告提供之設施，是否構成詐術，本案檢察官及第二審法院認定為施用詐術，構成詐欺罪；而第一審法院以廣告內容僅誇大，並非詐術，在有罪與無罪之間，法律見解的確相當紛歧。本案建商元普公司是否有違反公平法不實廣告責任，事實並不明確，惟元普在其他地區之建案，構成不實廣告，迭有公平會處分在案。故就本案言，殊難就公平會與法院間之認定作比較。

### （4）廣告詐欺之判斷：

檢察官代表公益提起上訴，二審法院改判有罪，援引檢察官現場履勘資料，認定廣告稱游泳池，實際為小池塘；廣告稱免費社區巴士及免繳管理費，與交屋後之事實不符；廣告稱藝術雕塑、健康娛樂室，實際上並無設置。由於廣告詞稱「五星級享受」，雖可認定為用語誇大，但屬「廣告容許性」範圍。惟售價高過於同地區，並無廣告所提供之享受，構成不實廣告。進一步判斷「廣告之詐術性」，消費者以交屋後認為以高價所買之預售屋，在交屋後卻無原預期之享受，以建商所提供資訊致消費者購屋，一方有受損，一方有得利，在受損與得利間有因果關係，成立廣告詐欺罪。本文贊同之。

## （二）售屋資訊未告知（最高法院判決八十七年台非字第一〇〇號）<sup>64</sup>

### 1 事實

被告江陵建設銷售房屋，隱匿未告知購屋者停車位性質，即非法定停車位而係獎勵停車位，須對外開放供公眾使用，亦未於買賣契約中明示，使購屋者等人陷於錯誤，誤以為其等購得之停車位係專屬自己使用，而分別與建商簽訂不動產買賣契約，購買房屋、土地及停車位，嗣發現系爭停車位係屬獎勵停車位，始知受騙等情，第一、二審論處被告詐欺罪刑（緩刑三年）之判決，並駁回被告在第二審之上訴。檢察總長提起非常上訴，遭駁回。

### 2 要旨

消費者購買房屋暨土地時，均將停車位列為重要考慮因素，是故停車位究屬法定停車位或獎勵停車位，自亦成為買賣契約之重要事項，其價格認知自有不同，隱匿而不告知承購人，使有研判機會以決定購買與否，自屬施用詐術甚明。

<sup>64</sup> 台北地方法院檢察署八十五年偵字第三三一九號起訴，台灣高等法院判決，八十六年上易字第三七四七號。

### 3 評釋

#### (1) 重要爭點：

本案屬售屋資訊充分未告知，有關停車位性質，屬法定停車位與獎勵停車位，使用者之權利義務大不相同，消費者購買房屋及停車位後，才發現為獎勵停車位，必須開放公眾使用，並非專屬自己停用。停車位性質如何，自屬消費重要資訊，建商未告知，並出售停車位牟利，屬於施用詐術。

#### (2) 停車位性質：

本案另一爭點是主管機關管理停車位法令及建築法令不明確，在適用前後法令時，對買賣雙方的法律關係滋生複雜，致第一、二審法院判決成立詐欺罪，檢察總長以判決違背法令為由，提起非常上訴。

#### (3) 房屋廣告之判斷：

本案並未直接指出究係預售屋或成屋廣告，有無建物廣告資料等，但在理由欄謂，建設公司意圖為自己不法之所有，為「促銷房屋」，消費者購買房屋及停車位時，告以該大廈地下一層及地下二層為共同使用；就促銷行為言，無論口頭或書面表示，可認定為廣告。

#### (4) 廣告詐欺之判斷：

就告知地下共同使用言，似屬預售屋銷售，停車位屬公用，建商竟意圖為自己不法之所有，為促銷房屋而出售停車位，使消費者陷於錯誤，購買停車位支付價金卻不能專屬使用，一方受損及一方得利間，具因果關係，成立詐欺罪。總之，停車位為購屋重要資訊，明知非法定停車位，係供公共使用，故意隱匿不告知，出售牟利，屬於施用詐術。

### (三) 天天開心股票明牌廣告案(最高法院判決八十六年台上字第六三五七號)

65

### 1 事實

被告魏○○基於幫助吳○○(在逃通緝中)常業詐欺之犯意，提供其身分證，在台灣省合作金庫等金融機構，開設活存帳戶，辦理通儲及金融卡後，將之交由吳○○使用。吳○○在報紙刊登「天天開心公司」不實廣告，載明股票明牌獲利情形，並刊登電話號碼，使不特定人陷於錯誤，依約繳入會費每人十五萬元，及依指示將入會費匯入上開魏○○帳戶。再由吳○○本人或其指定之人至合庫，以魏○○之存摺、印鑑章或金融卡提領現金。<sup>66</sup>

<sup>65</sup> 台北地方法院檢察署八十三年偵字第六〇八七號、七四七一號起訴；高等法院第二審更審判決，八十五年上更字第二八〇號。但由最高法院判決觀之，並未載明原審判決刑度。

<sup>66</sup> 有關詐欺得利所得贓款，原由第二審法院依刑法第三十八條第三項規定：因犯罪所得之物，得宣告沒收。在另案由最高法院判決原判決撤銷，發回台灣高等法院，即認定屬被害人所有物，無法律上特別規定，不得為沒收之宣告(八十五年台上字第一二二〇號判決)。

又吳○○係被告丁○○之姊夫之叔，明知吳○○係以前述方法詐財，仍基於幫助之犯意，由其出面至合庫支庫提款二次（含逮獲時提款）。合計吳○○詐取金額達一千二百餘萬元。

本案由台北地方法院檢察署起訴。高等法院第二審判決撤銷第一審判決，改判被告等「幫助常業詐欺罪」。惟高院檢察官及被告魏○○、丁○○分別提起上訴，最高法院判決，原判決撤銷，發回台灣高等法院。

## 2 要旨

本案有關吳○○之行為是否違反公司法、證交法與常業詐欺罪等，被告魏○○及丁○○是否有幫助之犯意，尚非無研求之餘地，原審未予推敲，亦欠妥適。檢察官及被告等上訴分別指摘原判決不當，非無理由，應認仍有發回更審之原因。

## 3 評釋

### （1）主要爭點：

被告魏○○是否以幫助之犯意？或有參與施用詐術？原審和最高法院認定不同。最高法院判決指出，以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者，應依正犯論處，魏○○明知吳○○係藉上開活存帳戶，方便向不特定人詐財之實施，竟仍為之設立，使不特定人陷於錯誤而匯款，可能構成正犯。其縱係基於幫助詐欺之犯意，若有參與施用詐術，使人陷於錯誤而交付財物，符合詐欺構成要件，認定係成立詐欺罪共犯。

### （2）詐欺之判斷：

被告丁○○是否以幫助之犯意，原判決謂被告丁○○明知吳○○係有上開詐財，竟基於幫助之犯意，二次出面至提款，成立幫助犯。最高法院認為，丁○○之提款，使吳○○詐欺得逞，可能成立參與詐欺行為，而非僅幫助犯。

### （3）主嫌責任之判斷：

本案主嫌吳○○之刑責（在逃通緝中，非本案之被告）部分，原判決謂吳○○並非真正設立公司經營證券投資顧問，且未以公司名義經營業務或為法律行為，難令其負公司法第十九條第二項及證交法第一百七十五條之罪。但最高法院判決指出，其詐欺之款項究竟多少，原判決認定事實與卷證資料不相符合。且吳○○可能違反公司法第十九條第一項：未經設立登記，不得以公司名義為法律行為，及證交法第十八條第一項：經營證券投資顧問事業，應經主管機關之核准規定之行為。亦即吳○○雖非真正設立公司，但其事實上經營證券顧問業務，構成詐欺罪，屬於常業詐欺行為，且未設立公司經營業務與常業詐欺罪有方法結果之牽連關係。

### （4）廣告內容：

本案有關廣告之內容為在報紙刊登「本公司(天天開心公司)由雷、陳、林、張、劉五大主力聯合組成,財力雄厚,陣容堅強……,參加會員絕無套牢之虞,絕對讓你每月獲利一倍以上」等語之廣告,載明股票明牌,並刊登電話號碼,使不特定人陷於錯誤,繳入會費,吳○○詐取金額達一千二百餘萬元。有關此一廣告之內容,法院判決認定構成「不實廣告」,並使不特定人陷於錯誤,詐取鉅額金錢獲利,成立詐欺罪。

#### (四) 美國證券公司股市內幕廣告案(最高法院判決八十四年台上字第九四〇號)<sup>67</sup>

##### 1 事實

上訴人金○○共同意圖為自己不法之所有,與李○○(已由原審法院另案判決),基於以詐欺為業之共同犯罪之意思聯絡,並受僱於李○○,利用所謂「美國財團(美國證券)、國家證券」名義,先後多次在報紙刊登不實廣告,招收會員提供股票交易內幕消息,致有被害人陷於錯誤而匯款。第一審、第二審判上訴人共同常業詐欺罪刑(累犯),第三審認定,原審事實並未認定上訴人有無詐欺罪之事實,理由亦未說明上訴人有犯詐欺罪為常業依憑之證據,有判決理由未備及調查職責未盡之違法,應認有發回更審之原因。

##### 2 要旨

查共同正犯,固應對犯罪之全部事實共同負責,惟刑法第三百四十條之常業詐欺罪與刑法第三百三十九條之普通詐欺罪,二者罪質本屬相同,僅前者係以行為人有以犯普通詐欺罪為業,即恃之以為生,致適用法條有所不同,故常業詐欺罪之共同正犯,必須行為人均有以犯普通詐欺罪為業,即恃之以為生之情形,始克構成。若無恃以為生之普通詐欺犯與常業詐欺犯共同犯詐欺罪者,其無恃以為生之普通詐欺犯,僅能論以普通詐欺罪,不能以常業詐欺罪之共同正犯論處。

##### 3 評譯

###### (1) 重要爭點:

上訴人(即被告)是否構成常業詐欺罪?原判決認為,上訴人金○○與另案被告李○○(係以販賣股票明牌向不特定人詐欺取財為業)共同犯本件詐欺之罪,有犯意聯絡,行為分擔,成立常業詐欺罪之共同正犯。惟在事實認定部分,上訴人究竟是否成立詐欺罪,並進而恃之以為生,成立常業詐欺罪,理由及證據均未充分。亦即,在另案成立詐欺常業罪之李○○,並非本案之被告,故原判決逕認上訴人受僱於李○○,即同樣成立常業詐欺罪,的確在事實及理

<sup>67</sup>台灣板橋地方法院檢察署八十一年偵字第一三八八六、一四七〇五號起訴;台灣高等法院判決,八十三年上訴字第四八〇四號;最高法院判決:原判決撤銷,發回台灣高等法院。



由部分不夠明確。

## (2) 詐財廣告：

係利用所謂「美國財團(美國證券)、國家證券」名義，先後多次在台灣時報、財星日報、大成報、產經日報刊登「配合華隆集團主力翁、雷，不看指數只拉單支，每天兼賺漲停差價，國家證券才能助您天天賺漲停，先助您二天賺一成後才繳費」等不實廣告，並刊登會員之感謝啟事，佯示招收會員提供股票交易內幕消息，每月繳新台幣二萬元，二個月繳三萬元即得入會，取得股票明牌。一般股市合法資訊與「股市內幕」應加以區別；投資人匯款取得股票明牌；並聽信廣告後投資；投資後之損虧等事實，若經客觀驗證，未達廣告所稱效果，廣告即具有「詐術性」。

## 類型二：成立不實廣告，未成立詐欺

### (一) 吉米鹿負離子床不實廣告案(公平會訴願決定八十六年公訴決第一一六號)<sup>68</sup>

#### 1 事實

吉米鹿公司陸續被檢舉銷售「負離子健康床墊」，有不實廣告及違反多層次傳銷行為，經公平會處分在案，<sup>69</sup>被處分人吉米鹿不服，提起訴願，公平會訴願會駁回。被處分人刊登廣告，宣稱產品有日本厚生省醫療器具許可番號及中華民國衛生署醫療器材許可字號，是合法且安全的保障等。公平會認定其為違法不實廣告，引人誤認為該商品經衛生署許可。

#### 2 要旨

該廣告宣稱有日本厚生省及中華民國衛生署醫療器材許可字號，是合法且安全的保障，經查衛生署簡便行文審查結果，本產品為無須申請許可證之醫療器材，系爭廣告卻引人誤以其產品業經許可。<sup>70</sup>

#### 3 評釋

<sup>68</sup> 公平會原處分，八十六年公處字第一一四號，認定違法條文包括第二十一條第一項、第二十四條及多層次傳銷管理辦法等，訴願決定，參見公平會編印：八十六年公平會訴願決定彙編，八十八年印(以下簡稱八十八年印訴願彙編)，第五九四頁以下。

無須申請許可之醫療器材，若在廣告故意印上「衛生署許可」字樣，是否屬詐欺行為？本案在刑事法院之認定，亦值參考。台北地院檢察官提起公訴(八十七年偵字第一〇四〇號)，但台北地院判決無罪(八十七年易字第三二一七號)，主要理由謂該商品並不需要向衛生署申請許可，因衛生署之作業疏失使該公司誤認簡便行文為核准文件，可認被告無詐欺犯意，與詐欺取財罪之構成要件即屬有間。台灣高等法院判決，維持一審無罪判決定讞。主要理由亦謂，醫療器材無須申請許可就能販賣，就算多印上「許可」字樣，也未達詐欺消費者程度。這和未經許可不得販賣而故意印上「許可」字樣不同，未經許可逕貼「許可」字樣，觸犯詐欺罪。參見八十九年一月十一日，自由時報第八版報導。

<sup>69</sup> 公平會處分違法條文，包括多層次傳銷管理辦法第四條第一項及第五條第一項(未告知參加人及不接受退貨規定)、公平法第二十一條第一項及第二十四條等。

<sup>70</sup> 訴願決定書未論及訴願人提出不實廣告之主張理由。本文所引為原處分之要旨。

### （1）許可字號爭議：

系爭廣告商品並無須許可，吉米鹿公司卻以行政機關之疏失所為之公文，在廣告中刊登許可字號，衛生署簡便行文之內容，確屬行政疏失，公平會仍認定刊登許可字號之廣告有引人誤認。但刑事法院調查，衛生署之簡便行文有作業疏失之處，故認定無詐欺犯意。

### （2）積極與消極詐術之判斷：

就法院的罪刑法定主義言，利用行政疏失而刊登許可證字號，並無積極施用詐術之故意。至於一般醫療器材商品之銷售，廠商似不負有特別告知義務，故刊登許可字號，並未告知屬於無須許可之商品，不成立消極詐術。

### （3）法院與公平會之認定：

法院與公平會對於廣告之根據——行政作業疏失，在認定上寬嚴不同，法院認為作業疏失而刊登許可字號，但原屬無須許可之器材，並無詐欺故意。公平會則認為該廣告致消費者誤認屬合格醫療器材，構成不實廣告。兩者最大的區別，在於該廣告用語已超過廣告誇大的容許性，但其係援引衛生署之公文，並非主動具有詐欺之犯意，此一判斷標準，有助於釐清究屬違反公平法之行政責任，或係違反刑法之犯罪行為。

## （二）美而婷健美器材不實廣告案（公平會訴願決定八十六年公訴決第0七五號）<sup>71</sup>

### 1 事實

美而婷公司刊登「能量水胸罩」不實廣告，公平會經檢舉，認定其就產品之專利權及授權代理為不實廣告，並處分在案。惟檢舉人心內閣國際公司不服，主張原處分過輕，應改用刑罰處分，方能達到立竿效影，提起訴願，公平會訴願會駁回其訴願。

### 2 要旨

凡事業於商品或廣告上所為之表示或表徵，經本會認定有公平法第二十一條第一項所規範之虛偽不實或引人錯誤情事者，依同法第四十一條前段規定，本會自得命其停止或改正其行為，如逾期仍不停止或改正其行為者，始有同條後段繼續命其停止或改正其行為，並課以罰鍰之適用。換言之，對於初犯者，本會依法僅得論以停止或改正其行為之處罰，而無課以罰鍰或刑罰之裁量可能。是本件訴願人訴稱原處分過輕，以論以刑罰乙節，與依法行政原則不符，洵無足採。

### 3 評釋

<sup>71</sup> 公平會原處分，八十六年公處字第0四八號；訴願決定，參見八十八印訴願彙編，第三七七頁以下。

公平會處理美容業者廣告案例甚多，本案檢舉人主張原處分過輕（僅下令停止或改正），為舊法第四十一條適用之困境。公平會對不實廣告之「初犯者」，依法僅得論以停止或改正其行為之處罰，故消費者主張原處分過輕。修正公平法強化刑罰規定，下令停止或改正不實廣告之處分，同時得處罰鍰。<sup>72</sup>建議亦可強化「更正廣告」之效，要求廣告業者有據實提供廣告，並負有迅速更正消費資訊之義務。

#### （四）上利建設預售屋不實廣告案（行政法院八十三年判字第一〇二九號判決）

73

### 1 事實

上利建設「中港至愛」預售屋不實廣告，建築物與施工平面圖不符，經公平會處分，被處分人不服，循序提起行政救濟，迭遭駁回敗訴。

### 2 要旨

姑不論刑事法院之判決並非當然拘束本院（行政法院），且查（購屋人）另案自訴詐欺一案，經刑事法院判決無罪乙節，核與公平會認定廣告不實，違反公平法第二十一條之規定，係屬兩事，尚難混為一談。

### 3 評釋

刑事法院判決並不當然拘束行政法院，本案法院判決認定未成立詐欺罪，<sup>74</sup>但公平會認定構成不實廣告，且行政法院贊同之，就刑法詐欺與公平法有關不實廣告之認定，的確在構成要件及法律責任皆不同。

### 類型三：未成立不實廣告<sup>75</sup>

太子建設成屋廣告被檢舉不成立案（公平會訴願決定八十三年公訴決第〇一一號）<sup>76</sup>

### 1 事實

太子建設銷售「太子殿廈」建物，擅將大廈開放空間移作私設巷道之用，供公眾人車通行，經承購人提出檢舉，不成立處分案，檢舉人不服，提起訴願，亦遭駁回。

### 2 要旨

公平會認建築法令未課予建商一定廣告內容之義務，故難僅因其「不作為」

<sup>72</sup> 八十八年修正公平法採重罰，第四十一條規定，得處五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。

<sup>73</sup> 參見公平會編印：公平法行政裁判案例彙編（一），八十五年印，第一一一至一三一頁，尤其第一二四頁以下。

<sup>74</sup> 參見行政院再訴願決定書所引刑事判決，台灣台中地方法院判決，八十二年自字第九一〇號，同前註，第一二三頁。

<sup>75</sup> 由消費者或競爭同業所檢舉之不實廣告案，公平會認定不成立者，案例甚多，本案的特點係檢舉人不服提起訴願，不同意見書之論述值得參考。

<sup>76</sup> 參見公平會編印：八十一年至八十三年訴願彙編，八十五年印，第二四五頁以下。

未揭示某項資訊而認有虛偽不實或引人錯誤廣告，況在成屋銷售之場合，承購人既可實地參觀實際屋況，更不致因廣告未完全揭示商品用途而有所誤認，自難合致公平法第二十一條第一項規定。

### 3 評釋

#### (1) 未告知資訊是否為不實廣告？

公平會認為，法律上成立不實廣告行為，必須為一積極之行為，建商未揭示資訊，屬於「不作為」，在建築法並未賦予建商之義務，故單純未告知，並未構成不實廣告。惟就「廣告行為」，無論其係積極作為或消極不作為，均應負「真實廣告」義務，該宣傳字眼稱「中庭景觀花園」、「休閒步道」等，屬於社區住居品質之重要事項；若依建築法令根本屬於公共巷道，在廣告中令購屋者誤認是社區專用，違反真實廣告之義務。況本案消費者聽信廣告而購屋，致陷於錯誤，構成引人錯誤廣告。公平會在認定時對未告知和資訊似宜採「重事事項說」，且廣告內容須符合「真實廣告原則」。

#### (2) 預售屋與成屋廣告認定是否不同標準？

預售屋之廣告爭議最多，由於屋況及交屋條件易有變數，容易產生購屋者和建商之糾紛。本案成屋銷售，公平會認定檢舉不成立，理由之一是本案為成屋銷售，購屋者對屋況可實地考察，知悉屬公共巷道。惟能否實地考察與廣告是否真實，並非具有關聯性，況以購屋者對土地使用僅為「常識性」認定，不具有實際調查土地使用的「專業性」，在先天上買賣雙方處於「資訊不對稱」，似宜課予建商告知義務，亦不宜因購屋者實地考察，而使建商得以卸責。

#### (3) 不同意見書之內容：<sup>77</sup>

本案不同意見書略謂：不實廣告之規範目的，在於事業所為之「廣告本身」，購屋者是否看到廣告上商品實物而不致產生錯誤，與成立不實廣告與否無關。廣告主不得以購屋者能看到商品實物本身而排除其責任。

其次，建築法令及公平法雖未課予建商在廣告上，應就建築物所有事項予以登載之義務，但對於關係購屋者重大權益之事項有所隱瞞，而影響交易決定或產生錯誤判斷者，即有可議之處。本案廣告消極未載明涉及購買者權益、並足以影響交易決定之重要資訊，並不因購屋者於締約時能看到商品本身或而免除責任。

售屋海報上載明：「中庭：特聘園藝專家設計之景觀花園、庭園內設有休閒步道」等，實際上該處為可供公眾人車通行之通道，此種供公眾人車通行情況將影響住有住戶私權之行使，致使住戶對於該通道雖有持分所有權，但卻須

<sup>77</sup> 公平會委員廖義男不同意見書，參見前揭書，第二五〇至二五三頁。

承受供他人使用及車輛通行之負擔。故此項資訊乃為交易上重要事項，建商未將通道對住戶所可能造成之影響加以告知，廣告卻刻意使人誤認「中庭」為單純供休憩之花園、步道，使人難以預料有供公眾使通行之結果，此一廣告已有引人錯誤之情況。

吾人贊成不同意見書之主張，不實廣告應由其內容加以認定，不因購屋者可否實地考察而有不同，公用通道屬於消費重要資訊，其他如商品有關之內容、面積、性質、用途等，均屬重要資訊，易引人錯誤，廣告主負有據實告知之義務。

## 類型四：未成立詐欺罪

(一) 五指襪商標廣告未成立詐欺案（台灣高等法院判決八十五年上易字第二六二一號）<sup>78</sup>

### 1 事實

被告阮○○為匯翔實業公司負責人，明知「富郁翌F U L L」之圖樣，係富郁翌公司取得商標專用權，指定使用於襪子、褲襪、絲襪、毛襪、棉襪、運動襪、編織襪、登山襪及嬰兒襪等商品，竟意圖為自己不法之利益並欺騙他人，乃基於概括之犯意，將購自於第三人之棉襪廣告紙內，附加相同於「富郁翌」之商標圖樣，且於棉襪之包裝盒上，虛偽標示「專利號碼八一三〇七〇七七」等文字，而向他人施以詐術，再連同其自己商品名稱「H C E」棉襪產品，連續販賣予亞東醫院地下室福利社（由吉杏展業公司經營）牟利。

被告蕭○○為吉杏公司經營福利社之店長，明知阮○○所提供之棉襪品牌與廣告紙所標示之商標圖樣並不相同，竟仍將廣告紙張貼於福利社之玻璃牆，且基於概括之犯意，連續販售阮○○所提供之「H C E」五指襪。

案經台灣板橋地方法院檢察署提起公訴，板橋地方法院判決被告蕭○○無罪，被告阮○○違反專利法，判處有期徒刑五月。經檢察官及被告等二人提起上訴，高等法院判決：原判決關於阮○○部分撤銷，改判無罪。其他上訴駁回。

### 2 要旨

被告阮○○既非明知而故意在產品上標示已請准專利，自難謂其出售棉襪時有欺騙他人之意圖。而專利權之取意，僅在說明該項產品之原創性、新穎性，並非何種製造品質之保證，消費者在購買該項產品時，亦多以其個人之實際需

<sup>78</sup>本案係台灣板橋地方法院檢察署，八十四年度偵字第三六八三、一〇一九八號起訴，認被告阮○○所為，係犯刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利、商標法第六十二條第二款、第六十三條之罪嫌；被告蕭○○所為，係犯商標法第六十三條之罪嫌。板橋地方法院判決，認被告違反專利法：非專利品，不得在其包裝上附加請准專利字樣之規定，八十四年易字第四三九四號。高等法院判決撤銷部分原判決，改判被告阮○○無罪，台灣高等法院刑事裁判書彙編，八十五年第二期一冊，第一三一至一四一頁。

要、產品之價格、品質及實用性等為多方面之考量，鮮有單以是否申請專利為其依據。公訴人僅以被告阮○○在五指襪之包裝盒上，虛偽標示「專利號碼八一三〇七〇七七」等文字，即據認係向他人施以詐術，使消費者陷於錯誤，取得不法之利益，復無法提出究有何消費者係因該項專利號碼之登載而陷於錯誤，購買五指襪。何況如前所述，阮○○並非故為附加請准專利字樣之標示，自難以詐欺罪相繩。

### 3 評釋

#### (1) 提供廣告之主體：

本案爭議之大幅廣告，係由第三人在批售時一併交付，廠商及福利社並未更動，且縱貼在門外，但消費者無法在該店內購得，並不構成仿冒。

#### (2) 標示之爭議：

檢察官起訴認被告於廣告紙內，附加富郁翌商標圖樣及包裝盒上虛偽標示專利號碼，構成意圖為自己不法之利益，詐欺得利。第一審認定五指襪之外盒包裝上係冠以「H C E」商標，五指襪本身並無任何商標，不構成違反商標法及詐欺得利罪，但明知非專利品而附加專利字樣，違反專利法。

第二審法院調查，使用專利號碼係產品批發商第三人曾告其產品申請專利案已經通過，故非明知而故意在產品上標示，自難謂其出售有欺騙他人之意圖。

#### (3) 刊登商標廣告詐欺之判斷：

未經商標權人同意之廣告是否涉及欺騙？依檢察官上訴意旨，似指倘若未經商標權人同意而張貼具有該商標商品之廣告，為擅予「使用」商標圖樣，即屬違反商標法之行為；另在商店中並未銷售該商標產品，卻張貼有該商標圖樣之廣告，即屬具有欺騙他人之意圖。二審法院則認為，零售商張貼宣傳海報本係司空見慣之事，但從未聞悉有零售商為張貼宣傳海報，而需於事前取得該商品商標權人同意之事例，此等未經授權而張貼廣告之行為，自難以商標法之罪則論處之；又倘若有零售商在其店販售甲品牌之商品，卻在牆上張貼著乙品牌之宣傳海報，此時欲斷定該零售商是否具有欺騙消費大眾，並混淆視聽之意圖，仍應自客觀上審究甲商標圖樣及乙商標圖樣是否相同或近似而定。

本案係商店銷售五指襪有關使用商標及張貼海報之爭議，由於二者商標顯非近似，張貼廣告係第三人所為，單純為商品包裝盒及商店海報佈置之技巧，並無施詐行為。惟鐘錶店若以仿冒品充當名貴手錶勞力士銷售，並偽造保單等行為，法院實務上認為除構成偽違文書罪外，其侵害商標權屬觸犯商標法之行為。

為，且另成立詐欺罪（參見最高法院刑事判決，八十年台上第八三四號），<sup>79</sup>值得參考。

## （二）外匯投資廣告未成立詐欺案（台灣高等法院判決八十四年上易字第三二九五號）<sup>80</sup>

### 1 事實

被告曾○○等七人與不詳姓名之香港駿發貿易公司負責人共同意圖為自己不法之所有，基於概括之犯意，自八十三年一月間起，以金冠公司名義，先在國內各報紙上刊登廣告徵求文書抄寫人員，俟該等求職人員進入公司後，即向該等求職人員解說有關外匯保證金買賣業務，進而鼓吹投資外匯買賣有利可圖，誘使該等求職人員開戶投入資金操作，使人陷於錯誤，而分別以電匯方式將投資金額交付被告指定之香港帳戶，於投資者要求取回投資金額時，藉口稱所有款項均因行情逆轉已斷頭，結清帳戶而拒絕返還，並於八十三年六月間結束營業，避不見面。經台北地方法院檢察署檢察官以違反公司法第十五條第一項、第三項及刑法第三百三十九條第一項詐欺罪等，提起公訴，第一審以違反公司法，各處以有期徒刑五月。檢察官提起上訴，高等法院認定不成立詐欺罪，駁回檢察官之上訴。

### 2 要旨

公訴意旨認被告等七人應成立刑法詐欺罪，係以其成立金冠公司仲介外匯買賣，結束營業，避不見面，因而認定被告與香港駿發公司有共同詐騙當事人之行為。惟查被告等人係仲介他人匯款至香港，在當地並非不法行為，且至八十三年十月十四日仍繼續營業中，經查因（投資資訊）傳輸方式，係告訴人主觀上認知有差距，被告等人並未提供不實之外匯資訊。

被告等人雖有仲介告訴人為外匯保證金之買賣，惟係據其簽立之同意書而為，且係交付香港駿發公司，並非被告等人之金冠公司，被告等人並未為自己或第三人不法所有意圖（告訴人並不須向金冠公司繳交任何費用），此部分應僅

---

<sup>79</sup> 判決要旨：商標法關於侵害他人商標專用權之處罰，並非當然包括不法得利之意義，其雖為欺騙其他之人而侵害他人商標專用權，然其行為若未具備不法所有之意圖之要件時，既非可繩以刑法詐欺之罪，仍僅能依商標法中有關之規定處罰，則其於侵害商標專用權外，若有詐欺之行為者，當另成立詐欺罪，適用刑法第五十五條牽連犯之規定，從一重處斷。本件原判決前開之認定倘若非虛，上訴人明知為使用相同於已註冊之「皇冠及圖」商標之偽造勞力士錶，冒充真品販賣予告訴人（即以真品之價格賣出，詐取不法之款項），除觸犯商標法第六十二條之二之罪外，另仍應成立刑法上詐欺罪，依牽連關係，從一重處斷，乃原判決於此竟認不另成立詐欺罪，亦有違誤。

該判決全文及評析，參見蔡墩銘：刑法裁判百選，月旦出版，一九九二年，第四六七至四七〇頁。

<sup>80</sup>台北地方法院檢察署八十三年偵字第一五五八二、一八八二三號起訴。台北地方法院判決，成立詐欺罪，八十三年易字第五五七五號。最高法院判決：上訴駁回。

係債權債務糾紛，尚難認被告等人有何詐欺罪行。

### 3 評釋

#### (1) 廣告目的之爭議：

被告經營外匯買賣業務，係在國內報紙上刊登廣告，以徵求文書抄寫人員為理由，結果遊說求職人投資外匯。是否該公司刊登廣告之時，即有吸收外匯投資人之意圖，或係公司真正需要文書抄寫人員，僅係投資獲利可圖而加以遊說，事實未明。就判決書載，求職人員多達十三人，經「誘使」投入資金操作，分別以電匯方式匯入三萬美金情事，似指被告在刊登「求職廣告」之始，即有吸收資金操作外匯之意圖，則此一求職廣告構成不實廣告。惟法院判決未就廣告不實部分予以調查，進而影響對詐欺行為之認定。

#### (2) 客戶同意免責：

投資人正式下單交易前，須先簽立「客戶同意書」，載明載明交易風險與方式，是否此一同意書使被告公司免責？就契約自由言，雙方權利義務，自據同意書內容行使，若有違約情事，屬民事糾紛。但本案屬刑事詐欺告訴案件，投資人簽署同意書，僅指願意負擔投資之風險，與被告等人之詐欺刑責無關。

#### (3) 違法經營外匯買賣之爭議：

金冠公司登記所營事業僅為「財務管理、諮詢分析、診斷顧問業務（會計師業務、證券投資顧問業務除外）等」，在境外經營外匯買賣是否違法，尚須就公司業務與政府管理外匯法令論之。法院認定金冠公司未經手投資金額，僅收取仲介費用，匯款買賣外匯在香港屬於合法。就此部分的確顯示跨國金融交易管理之不易，惟該公司後來結束營業，對投資款項亦已遭斷頭為由，逕自結清帳戶，宜就其是否虛設公司違法操作外匯之情節進行判斷為宜。

### (三) 未依廣告興建未成立詐欺案（八十五年自字第八四號）

#### 1 事實

建商廣告興建五樓市場，實際上卻興建十二層樓，購屋者主張未依廣告內容施工，係以虛偽之說明書資料，作為詐騙手段。但法院認定，建商廣告說明書興建五樓，亦實際完工交屋，並非自始以錯誤資訊為詐騙行為。而且依一般常理，十二層樓有更多機會吸引人潮，且建築成本增加，建商在不景氣中，興建十二層樓所面臨風險及資金積壓更大，建商仍完成該建物，很難僅憑其未依廣告說明書施工，而推斷為詐欺。

#### 2 要旨

刑法詐欺罪乃行為人出於不法之所有意圖，以詐騙為手段，而獲得他人之物或財產利益，並造成他人財產損失之財產犯罪。換言之，詐欺罪之構成要件，除需有詐騙行為、被騙者因之陷於錯誤、被騙者因此錯誤而為財產處分、並因



此處分造成財產損失等客觀要件外，更應具有詐欺故意及為自己或第三人不法之所有意圖，故行為人若無此等意圖，縱有欺罔行為，亦不構成本罪。被告是否自始以興建五樓市場之錯誤訊息詐騙自訴人，以獲取不法利益及自訴人是否因該詐騙行為而陷於錯誤，須視本件買賣標的物之性質而定。

### 3 評釋

#### (1) 不實廣告之爭議：

購屋人主張，廣告稱蓋五樓，實際上蓋十二樓，未依廣告施工。但此一廣告是否為不實廣告，就其實際興建、完工交屋言，並非詐騙，但廣告內容與實際內容不符，且五樓市場與十二樓大樓相差太多，對購屋者言，無論其支付價金如何（本案有關房屋售價之事實不明），預期與實際確有差距，似成立不實廣告。

#### (2) 所謂「生活經驗」：

本案判決謂「依一般常理，攤位之價值，除其面積大小外，更重要的在於其商機如何，而不在其應有部分之大小，商機之決定，自然與人潮之匯集有必然之關係，依此推斷，形式上判斷，十二層樓之建物當較五層建物，有更多的機會吸引人潮。」並多次以「生活經驗」推斷（如在生活經驗上控罪所憑之積極證據、在生活經驗上尚不足以排除合理推斷），顯示在「廣告」是一種生活消費資訊，在日常生活中，接收資訊者之生活經驗、提供廣告之文字、廣告與真實之差距等，影響廣告是否違法或有否構成詐騙之判斷。

## 二、「廣告詐欺犯罪」之特性

廣告詐欺犯罪並非我國刑法或特別刑法規定之罪名，係本文為說明「不實廣告」之行為，具有詐術性，在符合刑法構成要件下，經法院判決成立詐欺罪或常業詐欺罪者。茲先分析「廣告詐欺犯罪」之特性，再提出本文所架構之「判斷流程圖」。

### (一) 從倫理非難性到法律非難性

判斷廣告之內容是否違反現行法令，宜採廣義解，包括刑法、行政法及財經法令等。<sup>81</sup>在交易活動頻繁且新興詐欺類型增加之際，有必要思考一般的廣告行為與犯罪間之關連性，亦即個別的廣告行為，影響零星消費者之判斷，縱有不實或引人錯誤，商業倫理可非難性較低；新興交易活動，如金融商品之種類、外匯投資之獲利、科技產品功能等，對消費者一方言，屬於資訊弱勢者，廠商利用廣告招攬，誤導多數人交付財物者，其廣告行為之非難性，提高到法律非

---

<sup>81</sup> 例如販賣特殊效果賭具，實未具有廣告宣傳效果，成立詐欺罪（最高法院判決八十七年台上字第一八〇三號）

難性。

有從財經犯罪觀點，提出「小詐欺者」與「大詐欺者」、「舊詐欺者」與「新詐欺者」之說，值得參考。<sup>82</sup>有關刑法詐欺罪與經濟詐欺罪，並非以「量化」標準，須視其詐欺行為之「本質」而定。一般詐欺行為未涉總體經濟交易秩序，其為財產犯罪，係被害人之「財產法益」受損。但新興經濟詐欺犯罪之詐術方式結合其他手段，如人力、物力、資金、技術、專業或職權等優勢，達到違反公平交易秩序之效果。亦即施用詐術，不僅使被害人陷於錯誤，而且包括社會總體經濟利益受損，或利用交易結構之特性、身份上特殊屬性，在買賣雙方「資訊不對等」下，取得利益（包括不法利益及超額利潤）。證券、期貨、外匯等金融交易，涉及公開資訊及專業操作，就個別交易甚難加以判斷是否詐欺，但對經濟整體活動，具有可非難性，屬於經濟詐欺之犯罪。

## （二）廣告資訊與投資風險之區別

廣告提供各種交易資訊，其是否具「詐術性」，視廣告內容是否詐騙交易相對人而定，投資股票或外匯之資訊，變數甚多，利用廣告刊登投資資訊，究屬投資之建議或「報明牌」，有待認定。其次，外匯投資牽涉國家金融及外匯管理法令，廣告提供尚屬管制的外匯金融業務交易資訊，或以境外匯款為投資管道者，會產生境外合法、境內非法之情況。

## （三）證據法則與程序正義之考量

由於刑事犯罪行為認定牽涉嚴格罪刑法定主義，與競爭法上認定不實廣告行為自有極大不同考量。一般因廣告而達成交易之行為，牽涉「契約內容條款」、「交易之多樣性」及「條件之相對性」等，條文中原本具有相當多之不確定法律概念。因此，一項市場行為在競爭法上評價，主管機關調查時牽涉舉證原則，<sup>83</sup>而此種證據法則與刑事法之認定亦有不同。討論廣告詐欺犯罪之考量，所欲達成取締目的，與其是「實體正義」，毋寧是「程序正義」。其次，不實廣告構成犯罪有其個案之情況要素，包括交易頻率、交易標的價值、保護法益、未悖競爭效能等。刑法詐欺罪保護法益，是否亦可細分？例如何種詐術，保護的是何替法益，其間有無上、下位法益或公共利益與個別法益間之考量，亦值得考慮。

## （四）不實廣告和債務不履行

不實廣告和契約不履行責任之不同，包括：1 規範目的不同；2 違反時點

---

<sup>82</sup> 相關討論，陳志龍，財經行政與財經犯罪，第一一〇頁以下。所謂「大詐欺者」或「新詐欺者」之行為，相對於傳統之小詐欺者或舊詐欺者，其特色是不一定被害人陷於錯誤，但已影響交易之安全性及規範之公平性，可列為特殊型態的犯罪。

<sup>83</sup> 參見范建得：論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制，公平交易季刊，第三卷第二期，一九九五年四月，第二頁以下。

不同；3 規範方式不同；4 規範效果不同等。<sup>84</sup>此兩者行政介入之不同，公平會或消保會對不實廣告得為行政介入，並設有民事救濟之規定，被害人得選舉向公平會檢舉，以排除違法行為，或自行承擔訴訟本請求民事救濟。惟契約履行涉及契約雙方的公平，故違反時僅契約相對人得循民事訴訟程序請求救濟，並無行政介入空間。

故構成不實廣告而受行政處分者，須依契約內容決定是否構成契約不履行；反之，民事上成立違約責任，可能無涉於廣告不實之責任，若未充分辯明，極可能造成人民的錯誤期待，乃至延誤主張契約權利之時機，且浪費行政資源。<sup>85</sup>由於契約履行的爭議十分雜，不宜利用管制廣告的工具達到「減少」契約爭議的目的，且把契約是否適當履行觀混入廣告的行政管制，可能徒勞無功。

因廣告而達成之交易行為，原則上受私法契約自由原則之拘束，依市場機制原理，原具有「法定擔保的概念」，即擔保在契約規定約款，由買賣雙方依約款履行。例如消費者保護法對規定公權力可以介入契約自由、廣告自由（如第十一條以下定型化契約之介入；第二十二條保證廣告內容之真實）。

在政策上考量介入不實廣告之行為時，究竟以契約上之法定擔保概念為主，或以刑事制裁為主，須由對整體社會的成本效益考量。申言之，市場交易行為因不實廣告而誤導，致交易相對人受損者，司法的介入，究竟是以法定擔保概念要求給付一方依廣告內容履約；亦或逕認定犯罪，依國家法律予以制裁，值得考量。亦即在此當中，消費者之選擇機會如何，有無要求補償之可能性，似應從公共利益考量。

#### （五）廣告詐欺「法律競合」之困境

新興經濟違法或犯罪行為之立法政策甚難拿捏，究竟利用解釋可適用原來法律體系內的條文，或另闢蹊徑訂定新的法律加以適用，產生「兩難」之困境。例如商標法、公平法和刑法都規定濫用商標行為，但構成要件不同，產生法律競合之情況。尤其牽涉刑罰規定，理論上應遵守刑法「競合原則」來適用法律，但如此一來，立法者所想像的立法目的就要落空；如果要實現立法目的，滿足社會現狀的需求，就必須違背法理，甚至是以違背法律規定作為代價。<sup>86</sup>

<sup>84</sup> 參見蘇永欽：不同意見書：不實廣告和債務不履行的界分，跨越自治與管制，五南出版，一九九九年，第一三六至一三七頁。

<sup>85</sup> 同前註。該文所提出不同意見書，係針對預售屋之不實廣告，經被處分人不服，提起訴願，經公平會訴願會撤銷原處分，另為適法之處分（參見八六年公訴決字第一二〇號，高〇建設案）。

<sup>86</sup> 相關討論，參見黃榮堅：濫用商標行為之刑事責任，刑法問題與利益思考，一九九六年二版，第二五五至三二二頁。有關濫用商標行為，法律競合條文包括刑法第二百五十三條以下、商標法第六十一條以下、公平法第二十條等。有批評：侵害商標專用權是一種高度的對財產權（即無體財產權）利益的損害，但立法處罰仿冒一再出籠，有從不同利益保護角度，有係重覆立法，對於整個法律體系的建構瞻前而不顧後，造成相關法條保護尺度夾纏不清，其後果是，司法者適用法律不免陷於困境，參見第二五五頁以下。

以不實廣告致生詐欺行為之規範言，若公平法依原設計構想有刑罰制裁，即會產生公平法與刑法詐欺罪兩者間法律競合；反之，現行公平法對不實廣告僅有行政罰，公平會取締績效不佳時，消費者期待不實廣告主應受刑法之評價，因此判斷不實廣告成立刑法詐欺罪之構成要件，即屬重要。

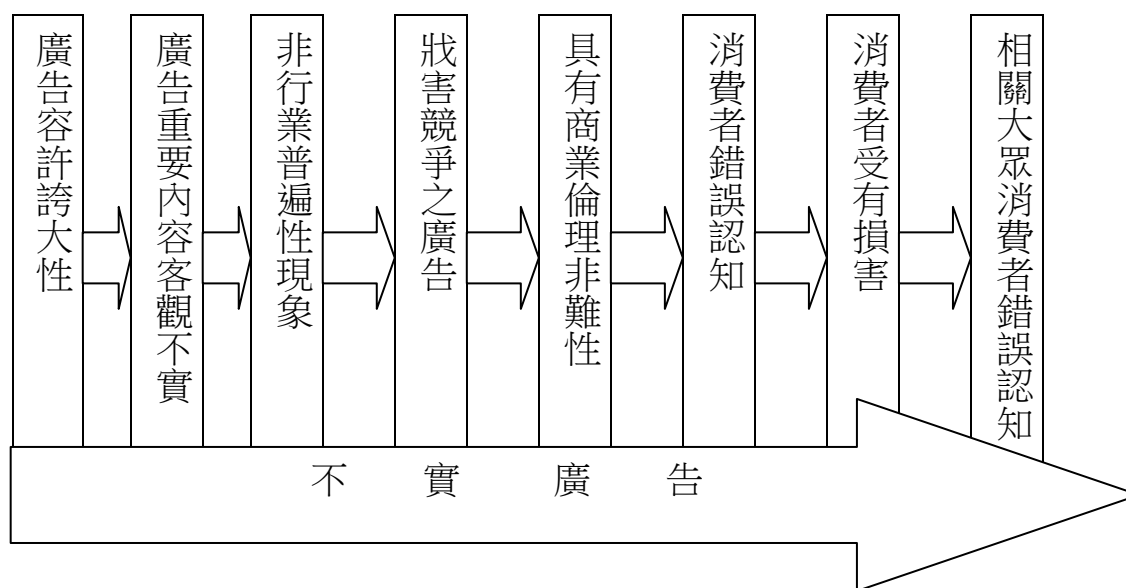
### 三、判斷流程

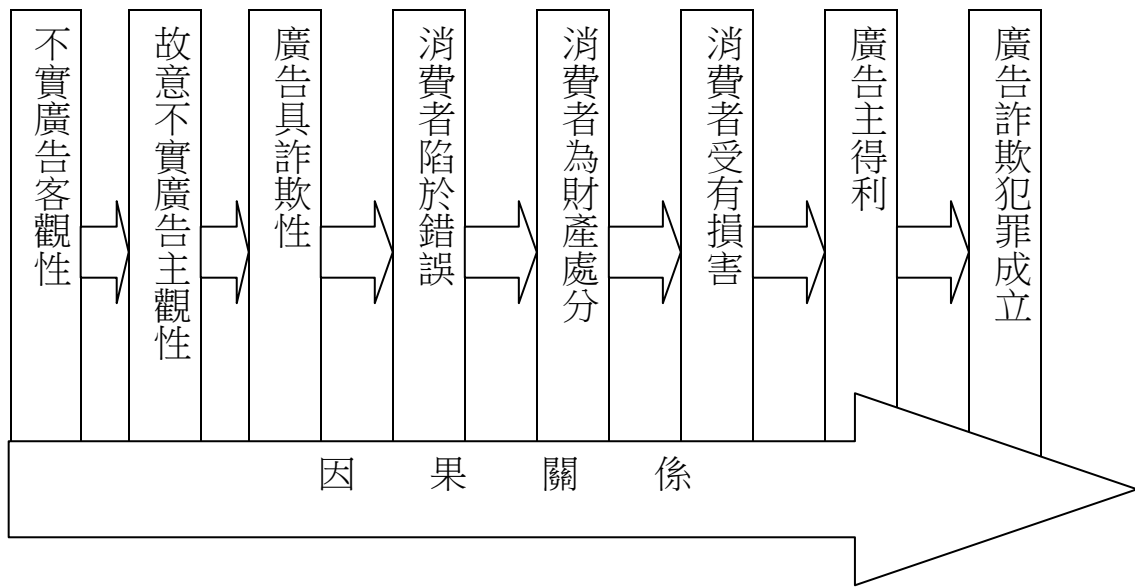
分析不實廣告與刑法詐欺罪之認定，以「消費者個人」為中心，本文提出判斷「廣告詐欺犯罪」之流程，可以分為二部分說明之，第一部分判斷是否構成不實廣告；第二部分判斷是否符合詐欺犯罪之構成要件，且其先後間具有因果關係：（參見附圖）

廣告行為→廣告容許誇大性→廣告重要內容不實→非行業普遍性現象→戕害競爭之廣告→具有商業倫理非難性→消費者錯誤認知→消費者受有損害→相關大眾消費者錯誤認知→構成不實廣告

不實廣告之客觀性→故意不實廣告之主觀性→廣告具詐術性→消費者陷於錯誤→消費者為財產處分→消費者受有損害→廣告主得利→成立廣告詐欺犯罪

附圖：判斷流程圖：不實廣告及廣告詐欺犯罪





## 伍、結論

公平法不實廣告之規定，值得保護之法益包括公共利益、競爭者利益及消費者利益。公平會受理包括消費者及競爭同業之檢舉，主要係因競爭同業及消費者之利益值得保護，此為第一層次的法益判斷。其次，保護公共利益，不實廣告之受害人數眾多、並非該行業普遍現象、且具有商業倫理之非難性、戕害競爭之程度嚴重者，此為第二層次法益判斷；亦即在公共利益考量下，公平會始有介入調查之職權。

至於不實廣告與刑法詐欺，屬第三層次判斷，必須符合主觀犯罪構成要件，即廣告主具有詐欺意圖及不法獲利之意圖；客觀構成則包括行使詐術、消費者陷於錯誤、為財產處分、消費者受損、而廣告主得利、其間具有因果關係，則認定不實廣告具有詐術性，構成廣告詐欺犯罪。本文以判斷流程圖說明之，從廣告用語容許危險性至構成不實廣告，再判斷廣告之詐欺性，從而架構廣告詐欺罪責。

本文認為，外國競爭法之立法例，縱有不實廣告刑罰制裁之規定，我國立法政策原擬援用，但立法院審議時未採納，目前公平法對不實廣告之取締採行政罰，就刑罰之最後手段性言，立法政策上似不宜迷信「入刑化」或「犯罪化」，若能透過「廣告詐欺行為」之構成要件適用，兼顧競爭法與刑法保護法益，亦能達取締目的。

## **Abstract**

### **Deceptive Advertising and Fraud Crime -- The Comparative Study on Fair Trade Law §21 and Criminal Law §339**

For many years FTC had exclusive regulation of dominated the misleading and deceptive advertising pursuant to FTL §21. But FTC is only authorized to give administrative sanctions. Then, in 1999, in a ground breaking house selling advertising case, the court ruled a person who used deceptive advertising practices guilty of fraud. This article compares Fair Trade Law §21 and Criminal Law §339, as applied to deceptive and misleading advertising practices, as well analyzes misleading and deceptive advertisement cases under FTC and in the criminal court. The use of deceptive advertising practices becoming is a relatively popular trend. Many consumers were injured by illegal advertising practices of as real estate firms, beauty shops, investment corporations, among many others.

In other countries, foreign legislation prohibited deceptive advertising practices. Since no similar regulations exist in Taiwan. The topic of this article suggests the court to rethink the nature of the crime of deceptive advertising to protect the interests of consumers.