

東海大學法律學研究所碩士論文  
指導教授：張麗卿 博士



論不實廣告入罪化  
Criminalization of deceptive and  
misleading advertising

研究生：史庭竹 撰

中華民國一〇七年一月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 史庭竹 君所提之論文：

論不實廣告入罪化

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

甘添貴

張聖卿

伍開遠

107 年 1 月 16 日

# 摘要

廣告發展至今，已經具有各式各樣的種類以及樣貌，廣告從原本的識別功能，也進化為以行銷功能為主的商業行為，同時因為社會細膩的分工，使我們越來越仰賴廣告給予資訊，況且網路的發展，更是使廣告的傳播，不再受到時間距離的限制，廣告已經全面入侵我們的生活。

因此廣告對我們的影響不僅與日俱增，其更是密不可分，但不可忽視廣告同時帶來許多的社會問題，在面對廣告所產生的問題時，不需要一竿子打翻一船人，完全的否定廣告，畢竟廣告之行為對於商業之活絡是不可欠缺的，但我們卻必須省思廣告之社會責任為何。而廣告所產生的眾多問題中，以不實廣告對人民的傷害程度最大，畢竟我們生活所需的所有物品，或是渴望的所有產品，其產業鏈皆複雜且不透明，產品的內部的資訊就需藉由企業經營者提供，或是企業經營者主體所具備之資格，也只有其才知之甚詳，甚至企業經營者販賣時所採的遊戲規則，也常常是賣家說的算。雙方如此地位不對等，難道我們面對企業經營者刊播不實廣告，就只能摸摸鼻子自嘆倒楣嗎？

我國對於不實廣告是有管制和規定，不論是以維護經濟秩序為重心的公平交易法，還是保護消費者為主的消費者保護法，甚至散落於許多涉及國民健康的專法內，但綜觀上述之規定，其對於不實廣告之行為僅有行政管制，或是企業經營者依據民法負擔民事責任。然而以刑法法條來看，我們並沒有相應的法條，得以完整而且圓滿的解決不實廣告之行為的。因此本文以兼顧經濟秩序和消費者權益的公平交易法規定，以及設計公平交易法時，所參照的德國不正競爭防止法來比較之。德國的文獻指出，民事責任無法圓滿的處理不實廣告之問題，而該行為具有特殊的危險性，應當入罪之，使其成為有別於詐欺罪外之行使詐術規定。

## 摘要

回歸到我國來看，該行為所造成之損害已經超越社會容忍程度，具有應刑罰性。而面對我國現有的法規具有侷限性，不論是行政責任還是民事責任，皆無法完美的解決該問題，詐欺罪也不足以涵蓋該行為，以及基於社會正義的展現等，因此其具有刑罰必要性，故本文認為應將故意的不實廣告行為入罪，並且以附屬刑法之方式設計於公平交易法之中，以周延廣告之社會責任，完善保障人民的正確資訊期待權，進而維護社會秩序。



# Abstract

Advertising is one of the most crucial way to get product information. Especially, the development of the Internet lead to the growing of advertising. However, it has resulted in many social problems at the same time.

Two of the most detrimental types of adverts which cause those problems to people are the deceptive and misleading advertising. In Taiwan, there are regulations about that, however, it is not enough that the government mainly adopts administrative control over them. Although people can ask them to take on civil liability, they will face the problem that people can not prove their causations.

As a result, the criminalization of deceptive and misleading advertising should be discussed more extensively. This article is based on the Fair Trading Act, and make comparisons with Germany's Unfair Competition Law. According to the research results, the damage done by the act has exceeded the tolerance of the society, and should be punished. In the meantime, Criminal Fraud is incapable to solve the problem of deceptive and misleading advertising, therefore, those adverts should have criminal liability.

## 致謝辭

在感謝之前，讓我為各位閱讀者說一個故事，恐怕這個故事遠比筆者的論文還來的有啟發性。

一個旅人行經幽谷時，因為天光已暗，不利前行，旅人決定就此夜宿一宿。天亮再趕路。夜半，草叢中突然傳來窸窣窸窣的聲音，旅人以為是蟲，所以翻個身繼續睡去。但在那半夢半醒間，旅人聽見了清晰的講話聲，因此他偷偷的循聲靠近。沒想到他看到一群美好的小仙子，靠近每一朵花苞，然後告訴花苞們，他們將綻放的顏色。「親愛的，你是黃色的」、「小可愛，你是紫色的」，然後仙子們最後靠近那株最美好的花苞，跟他說：「親愛的，你太特別了，所以你的顏色你可以自己選擇」。

這是多麼大的榮耀，被賦予重任的花苞便挺起胸膛，想要開一個最絢爛最耀目的顏色，但是他應該選擇什麼顏色好呢？周圍的花苞給予他很多建議，讓他猶豫不決，什麼顏色都很好看，但是哪個才是最好的呢？天漸漸亮了，所有花苞停止聊天，等待陽光灑下的那刻。幽谷剎那寂靜，旅人起身靠近方才傳出聲響的地方。那裏開出了一朵又一朵美麗的小花，五顏六色好不漂亮，但在最中間的地方，有一株還沒開花就枯萎死掉的花苞，沒有任何的顏色……

這篇故事取自鹿橋的人子，它相伴於我十幾年的歲月，每當我對自己的人生徬徨的時候，都會拿出來閱讀。進入法律系以來，我沒有一天是不迷惘，但幸好遇到張麗卿老師，教導我許多，不論是學業上的還是人生道路上的，她總是提醒我，人生就是一連串的選項，我們果斷的決定自己所要的，然後選擇，並且勇敢往前走。這段話與我所讀的故事不謀而合，但直到老師點醒我，我才意會到故事的內涵以及老師給我的啟示，謝謝張老師對我的照顧以及教導，我會努力並且不再那麼愛哭，不過下次想哭的時候，還是會打電話給老師的。

同時也要謝謝甘添貴老師以及伍開遠老師給予學生十分多的建議以及鼓勵，讓學生能夠順利完成這篇論文。謝謝高金桂老師對我的教導，謝謝馬躍中老師對我一直以來的關心。謝謝最敬重的大波學長和政道學長，給予我在研究所的所有幫助，謝謝士勛學長的扶持，謝謝聖鈞和咖啡在我口試當天的幫忙，謝謝蕙禎、亮亮、雨柔、子淵給我的打氣，謝謝李兆麒給予我 word 方面的幫助，謝謝依蓉學姊聽我訴苦陪我談心，謝謝卿門的大家，你們是我進研究所後，所得到最珍貴的禮物，尤其是我的好兄弟李睿祥，沒有你，我也不會入卿門、不會考上律師，也寫不出論文。

論文的產生，還要謝謝鍾及元給予的資料，我弟的陪伴，我弟的朋友讓我順利使用 Beck 的資源，柯凱文教導我行政的流程，每次下台中 meeting 時都讓我借住的柚子夫妻，遠在美國的 Jerry 和在德國的 Seokyeong、錦萍給我翻譯上的建議，還有可愛的怡文，不只律訓同組，口試還同天，彼此互相打氣。謝謝我律訓的朋友哈潑、崔西、彩虹、珮琪、德德、小艾、紹瑜、陽光、育正、柏越、林勁、奶瓶，在我一邊律訓一邊趕論文的同時，給予我許多的鼓勵。謝謝人生的好朋友，盧鈺方、許瑋芸、莊淑宇、張奕昭、蘭嵐。謝謝某 K 奇怪團體。謝謝我爸媽我姐和我姐夫以及她們三個可愛的孩子讓我人生總是圓圓滿滿。謝謝。

寫於 2018/1/23 自由日

# 簡目

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| <b>第一章 緒論</b>                        | 1   |
| 第一節 研究動機                             | 1   |
| 第二節 研究目的                             | 2   |
| 第三節 研究方法                             | 3   |
| 第四節 研究架構                             | 4   |
| <b>第二章 不實廣告之意義與類型</b>                | 5   |
| 第一節 廣告緣起與發展                          | 6   |
| 第二節 不實廣告之社會問題                        | 14  |
| 第三節 不實廣告之定義                          | 20  |
| 第四節 不實廣告之類型                          | 29  |
| 第五節 小結                               | 41  |
| <b>第三章 不實廣告之法律責任</b>                 | 45  |
| 第一節 我國責任主體之界定                        | 46  |
| 第二節 不實廣告之法律責任                        | 53  |
| 第三節 小結                               | 63  |
| <b>第四章 不實廣告之外國法規範- 以德國不正競爭防止法為中心</b> | 67  |
| 第一節 以德國不正競爭防止法 作為比較參考之理由             | 67  |
| 第二節 不實廣告刑事責任的立論基礎                    | 70  |
| 第三節 德國不正競爭防止法                        | 75  |
| 第四節 德國不實廣告之案例分析                      | 99  |
| 第五節 小結                               | 106 |
| <b>第五章 不實廣告入罪化</b>                   | 111 |
| 第一節 行為受刑事制裁之正當性                      | 112 |
| 第二節 修法之建議                            | 128 |
| 第三節 小結                               | 130 |
| <b>第六章 結論與建議</b>                     | 135 |
| 第一節 結論                               | 135 |
| 第二節 建議                               | 145 |
| <b>參考文獻</b>                          | I   |

# 目錄

|  |    |
|--|----|
| <b>第一章 緒論</b> .....                        | 1  |
| 第一節 研究動機.....                              | 1  |
| 第二節 研究目的.....                              | 2  |
| 第三節 研究方法.....                              | 3  |
| 第四節 研究架構.....                              | 4  |
| <b>第二章 不實廣告之意義與類型</b> .....                | 5  |
| 第一節 廣告緣起與發展.....                           | 6  |
| 第一項 廣告緣起.....                              | 6  |
| 第二項 廣告發展後的社會責任.....                        | 8  |
| 第二節 不實廣告之社會問題.....                         | 14 |
| 第三節 不實廣告之定義.....                           | 20 |
| 第四節 不實廣告之類型.....                           | 29 |
| 第一項 傳統的不實廣告類型.....                         | 30 |
| 第二項 不實廣告新興類型之可能.....                       | 38 |
| 第五節 小結.....                                | 41 |
| <b>第三章 不實廣告之法律責任</b> .....                 | 45 |
| 第一節 我國責任主體之界定.....                         | 46 |
| 第二節 不實廣告之法律責任.....                         | 53 |
| 第一項 侵權責任與契約責任之交錯.....                      | 53 |
| 第二項 行政罰之管控.....                            | 57 |
| 第三項 刑事責任之不足.....                           | 60 |
| 第三節 小結.....                                | 63 |
| <b>第四章 不實廣告之外國法規範- 以德國不正競爭防止法為中心</b> ..... | 67 |
| 第一節 以德國不正競爭防止法 作為比較參考之理由.....              | 67 |
| 第二節 不實廣告刑事責任的立論基礎.....                     | 70 |
| 第一項 民事責任無法解決.....                          | 70 |
| 第二項 詐欺罪外的獨立規定.....                         | 71 |
| 第三項 不實廣告行為具處罰之必要.....                      | 73 |
| 第三節 德國不正競爭防止法.....                         | 75 |
| 第一項 立法沿革.....                              | 75 |
| 第二項 關於不正競爭法中的不實廣告.....                     | 76 |
| 第三項 不實廣告的刑事法律效果.....                       | 81 |
| 第四項 不公平交易行為指令.....                         | 84 |

目錄

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| 第一款 不公平交易行為指令之規範.....   | 86         |
| 第二款 不正競爭防止法的轉換.....     | 97         |
| 第四節 德國不實廣告之案例分析.....    | 99         |
| 第一項 咖啡旅行案.....          | 99         |
| 第二項 郵購贈品案.....          | 103        |
| 第五節 小結.....             | 106        |
| <b>第五章 不實廣告入罪化.....</b> | <b>111</b> |
| 第一節 行為受刑事制裁之正當性.....    | 112        |
| 第一項 不實廣告受言論自由所保護.....   | 114        |
| 第二項 限制不實廣告之正當性基礎.....   | 115        |
| 第三項 不實廣告之應刑罰性.....      | 117        |
| 第四項 不實廣告之刑罰必要性.....     | 122        |
| 第一款 現有法規之侷限性.....       | 122        |
| 第二款 詐欺罪構成要件無法掌控.....    | 124        |
| 第三款 社會正義之展現.....        | 126        |
| 第二節 修法之建議.....          | 128        |
| 第三節 小結.....             | 130        |
| <b>第六章 結論與建議.....</b>   | <b>135</b> |
| 第一節 結論.....             | 135        |
| 第二節 建議.....             | 145        |
| <b>參考文獻.....</b>        | <b>I</b>   |





# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

一台亮麗的機器矗立在喧囂的夜市中，透明的玻璃裡面吊著許許多多的盒子，等著經過的客人試試自己的手氣，放入一張 100 元，來賭賭看自己選中的盒子裡面是放一個價值僅有 10 元的髮圈還是價值不斐的高檔手機。這款夜市玩具一推出，立刻颳起一陣強烈的旋風，不論男女老少皆趨之若鶩，想要試試看自己是否受到福星高照，然而過了一陣子以後，漸漸有人發現，為什麼不管怎麼選，得到的物品皆是價值其低之獎品，對於該款機器以及其背後的經營者，有越來越多的猜忌跟疑義，甚至新聞踢爆，機器旁邊所張貼的中獎人照片也是造假的<sup>1</sup>。

事業或是企業經營者常常挾帶其自身的資源，佔據優勢之地位，我們期許的是善盡社會責任之社會企業，而不是藉其優勢欺騙壓榨民眾的黑心企業。設計一台百元中獎機，以及填充其內的廉價獎品，所需負擔的成本對應其所賺取之利潤，簡直暴利，但這樣的暴利卻是以欺騙民眾為代價所換來的，那我們該如何防堵該行為，甚至處罰並且嚇阻其他人不得為之呢。

尤其在科技的高度發展下，網路將廣告帶到新的紀元，網路徹底改變人類的生活習慣。事業以及企業經營者們也知道，當我們遇到困難以及問題，第一時間絕對是打開自己網路的搜尋引擎尋找答案，廣告業也看準這一塊，見機設計關鍵字廣告以賣給需要之事業，令其商品與服務得到更高之曝光率，這是一個良性的市場競爭行為，但是落入不肖事業手裡，第一章 緒論這卻成為一個傷害人民權

---

<sup>1</sup> 百元販賣機發燒，中獎人照片恐造假，<http://www.epochtimes.com/b5/17/9/6/n9604811.htm> (最後瀏覽日： 12/01/2017)

益的武器。

前陣子網路視頻播放著，一個男大生憔悴而且瘦弱的對著鏡頭說，自己好想活下去，好不想死。他是魏則西，一名 21 歲，就讀西安電子科技大學學生，不幸得到滑膜肉瘤，當他上百度鍵入滑膜肉瘤得到的第一條廣告就是，「武警醫院的腫瘤生物免疫療法，其為史丹佛大學研發，有效率達 80%」，因此向其投入大把的醫療費治療其病，結果證實該項療法事實上還未進入臨床階段，根本無法證明是有效用的療法，反而令魏則西耽誤正規治療，最後死亡<sup>2</sup>。

這則悲傷的新聞或許令我們忍不住僥倖這是他國事務，一輩子不會發生在自己身上，但真的是如此嗎，翻開我國對於不實廣告之規範，其大多藉由行政上的管制以及個人民事上的求償，刑事責任十分單薄，許多的企業甚至將不實廣告的罰鍰列為行銷成本，我們怎能安心的面對，睜開眼睛就被迫接受的各色廣告。

## 第二節 研究目的

本篇論文的研究目的為探討，並且肯認不實廣告行為具有入罪化之必要。行為的入罪不免必須衝撞既有之法律規定，以及挑戰罪刑法定主義，因此本篇研究即為探討不實廣告之應刑罰性以及其刑罰之必要性。

由於刑法是最低的道德底線，也是最嚴厲的法律手段，因此需要有應刑罰性為國家發動刑罰權之界線，當行為侵犯人民之法益極為嚴重，並且已經到了社會難以容忍的程度以及損害時，我們得以說這個行為具有應刑罰性。因此不實廣告之行為到底侵害什麼法益，且其具有什麼樣的社會損害性，則為本篇研究的其中一個目的。然而具有應刑罰性不代表即應該入罪，其仍需檢驗是否具有刑罰必要

---

<sup>2</sup> 魏則西之死一周年，還有哪些於波未息 <http://news.dwnnews.com/other/news/2017-04-13/59810391.html>（最後瀏覽日：12/01/2017）

性，所謂的刑罰必要性乃是，其他手段皆不能滿足，並且回復社會的法秩序以及安定，則具有刑罰之必要性，其乃是將刑法最後手段性的面相，表現的淋漓盡致。只有通過應刑罰性，以及刑罰必要性之檢驗，我們才能說該行為具有入罪化之必要。故探討不實廣告之其他手段，是否足以回復法和平性則為本篇研究的另一個目的。倘若其確實具有入罪化之必要，則該如何入罪即為本篇的最重要的一個研究目的。

### 第三節 研究方法

本篇之研究方法主要乃是蒐集現有之社會現象，並且輔以法律過往之文獻，以此理解前輩們如何解釋，以及解決此社會現象，進而給予本文全方面的思考，以及觀點避免畫地自限。我國公平交易法之立法設計，事實上是取經於德國的不正競爭防止法，因此對照德國的立法例，以及閱讀德國關於此類問題之研究，藉此與我國關於不實廣告行為之問題，做一個比較以反思之，為本文最主要之研究方法，尤其德國不正競爭防止法對於不實廣告，設有刑事之規定，故參酌德國此部分之文獻更為重要。

由於本文所研究的，乃是現有之社會問題是否要入罪化之討論，因此社會問題之蒐集、分類以及現有法規之處理則為十分重要之內容。以此來探討我國關於不實廣告之規定是否不足。故社會現象之整理以及研究亦是本篇研究之方法。

## 第四節 研究架構

本論文架構大抵分為六個章節。其中第一章節為緒論，藉以此做一個概括的說明，並且介紹本文研究此題目之動機和目的，研究之方法以及研究的整體架構。第二章節定義何謂廣告以及不實廣告，並且廣告本身所需承擔什麼樣的社會責任，藉此理解不實廣告為事業所要承擔的社會責任之一，並且藉由定義不實廣告之行為，來釐清其與商品標示乃不同之行為。

第三章是整理不實廣告於我國可能涉及之法律規範，並且界定不實廣告行為所應當負責之主體為何，最後會發現，事實上我國對於不實廣告之刑事制裁非常不足，無法有效解決此類問題。第四章以德國的不正競爭防止法為中心，因為我國公平交易法之設計，主要參照德國之規定，故本章以該法為中心，介紹其關於不實廣告行為之刑事制裁的規範，及其立論之基礎，並且介紹德國關於其行為之規範，深受歐盟指令之影響，最後則是介紹德國法院關於此行為的實務判決，以此作為他山之石以期得以攻我國現有法制之錯。

第五章則介紹不實廣告之行為，仍然是憲法所保障之言論自由，然其仍有受到規範之必要，並且不實廣告之行為侵害法益重大，造成社會嚴重之損害，且具有應刑罰性和刑罰必要性，因此應當入罪化。第六章為上述內容之總結，以及應該如何入罪如何設計之建議，以此作為我國日後關於不實廣告行為規範之方針。

## 第二章 不實廣告之意義與類型

早晨醒來，喝一杯香醇濃郁的豆漿是一大享受，而豆漿的包裝經常強調該商品所採用之大豆為非基因改造的農作物，基因改造食品到底對人體會產生之影響，雖然尚未有明確的科學根據，可以證明基改食物對人體的傷害有直接關係，但民眾有權利，可以選擇讓自己安心的產品及服務，而消費者選擇權確實的落實，就有賴商品和服務之提供者--廣告主和企業經營者，落實其傳遞真實資訊之責任，也就是廣告不得不實。廣告是大部分消費者主要得到商品或服務資訊之方式，若其不實，則無異剝奪消費者獲得正確資訊之可能性。

臺北高等行政法院 101 年度簡字第 84 號判決，即針對永保健康生技股份有限公司（下稱永保公司）於自家產品之包裝標示：「其內容物所使用之原料為非基因改造之蔓越莓」，然而臺灣目前沒有得以商品化之基因改造蔓越莓原料，故判定其內容誇張，容易導致消費者誤解市面上，另外有販售基因改造之蔓越莓，因此違反食品安全衛生管理法第 28 條，食品之標示宣傳或廣告不得有任何不實<sup>1</sup>。上述之案件貌似受影響的僅為永保公司之競爭者，因為永保公司不實之廣告，導致消費者對其競爭者之商品服務產生懷疑。然而倘若企業經營者不實標示其商品之原物料，是百分之百純天然健康並沒有添加任何化學物質，則其對公眾所造成的傷害就十分廣而大。到底商品外之標示是否屬於廣告，不實廣告之定義以及內涵為何，又有哪些法規針對不實廣告設有規範，則為本章所要探討之內容。

---

<sup>1</sup> 原告永保健康生技股份有限公司之後針對本案不服提起上訴，經最高行政法院 101 年度裁字第 1918 號裁定駁回。

## 第一節 廣告緣起與發展

廣告這個詞本身分別以觀就是廣而告之，由此就不難想像出廣告之本質。廣泛的向大眾公告資訊，但針對廣告之定義以及內涵，則就要更細緻的去討論其緣起，並且藉由緣起和逐漸發展之內涵，而較為明確的歸納出符合現在商業活動之廣告定義。廣告活動蓬勃發展之後，也導致一定的社會問題和社會責任，就此詳細之說明則如下所述。

### 第一項 廣告緣起

何謂廣告，這是一個難以被定義，並且模糊不清的概念，但或許我們可以藉由廣告的發展與功能，去靠近廣告的定義與內涵。事實上廣告的存在比我們想像中都還要久遠，在悠悠的歷史長河中，廣告已然默默的發跡在民生社會的角落，只是廣告在不同的時代，具有不同的功能跟意義。

在最早開始，廣告僅具有「辨認」的功能，以簡單的符號或者形狀，讓消費者能夠快速理解，其所欲消費的商品來源，以及內容為何。然而隨著文字的普及，識字率的提升，活字版印刷術的發明，廣告不再只具有辨認的功能，而是可以大量地製造文宣，藉由文字詳細的描述，來傳遞此類商品的資訊給予眾多消費者，也就是「資訊」的功能。接著資本主義的興起，市場競爭的激烈化，商品種類的複雜化，廣告發展出不同的功能，而不像過去，僅僅具有供消費者辨認，以及給予資訊的功能，而是要能說服消費者，說服其消費廣告主的商品或是服務，此為「說服」的功能。

因此廣告的發行，開始被建構一套具有嚴密思考邏輯的路程，廣告主需設定廣告所欲達到的目標，然後設計具有創意，並且吸引人的廣告文案圖樣內容，以

及選定恰當的廣告媒介，使這些廣告去成功說服消費者<sup>2</sup>。

以中華文化為例，古中國藉由以物易物之交易型態，開啟實物廣告之濫觴，並且隨著時間的推移，發展出叫賣、招牌、布幔等招徠客人的傳統形式與方法，以擴大商品和服務的宣傳。直到近代歐洲列強殖民勢力入侵，現代形式的報刊，以及進步的印刷出版業隨之進入，才使源自西方，而且更具現代意義的廣告在中國發展生根<sup>3</sup>。

雖然我們已經知道，廣告基本上具有辨識、資訊以及說服的功能，但其定義仍然並不完整，本文只能粗略的畫一個框架，而美國行銷協會定義廣告為：「廣告是由可辨認的廣告主，所提供的付費產品資訊，並且透過各種大眾與互動媒體，以達到提供資訊，與說服廣大目標閱聽眾的目的。」<sup>4</sup>。而廣告發展至現代，其也大都具備行銷的角色、傳播的角色、經濟的角色與社會的角色，故與消費者的生活是密不可分的。

在網路普及的發展下，廣告也進入一個嶄新的紀元，網際網路廣告成為一個新興的廣告型態，並且與傳統廣告不同的地方是，其具有互動性，能以較少的成本，接觸到恰當的消費者，而且能追蹤消費者的反應，無遠弗屆，資訊個人化的蒐集整理，對網路使用者而言，其更具有主動的地位，主導權從賣方轉移至買方，消費者可以選擇自己要接受的廣告，不再如同過去傳統廣告形式下，僅能被動的接受廣告主所給予的廣告<sup>5</sup>。

1994 年，全球的第一個網路廣告的銷售是由網路瀏覽軟體 Netscape

---

<sup>2</sup> 陳尚永譯(2016)，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，《廣告學》，10 版，台北：華泰文化，頁 5。

<sup>3</sup> 吳詠梅、李培德(2017)，《圖像與商業文化》，香港：香港大學，頁 22。

<sup>4</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 5。

<sup>5</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 193。

Navigator 1.0 售出<sup>6</sup>。然後美國網路廣告的發展與開始，則起於 1994 年 10 月 27 日 Hotwired.com 上的一系列橫幅廣告，其甚至僅是邀請網路使用者「點這裡」，沒有其他的圖畫動畫與文字，放置 12 周以後，其點選率高達 30%<sup>7</sup>。網路廣告的戰爭正式吹響號角。美國線上廣告在 1998 年達到 10 億美元，2000 年時成長到 82 億美元，2011 年時，則成長至 310 億美元<sup>8</sup>，2012 年網路廣告的金額已經超過傳統平面廣告的總金額了<sup>9</sup>。台灣的網路廣告則遲自 1995 年時才由中時電子報（其為當年《中國時報》所設立的「中國時報系全球資訊網」，於 1998 年時才變更名字）發展所謂的網路付費廣告，至此始為台灣網路廣告的開始<sup>10</sup>。

在現今全面網路化的時代，網路廣告將漸漸成為廣告的主流與趨勢，縱使網路廣告的點擊率，與實際消費的交易量並不當然成正比，甚而也會被消費者抱怨其造成網際網路使用者的干擾，然網路廣告所造成經濟上的正面效益，是不容質疑的。

## 第二項 廣告發展後的社會責任

廣告能帶來巨大的經濟效益，但相對來說，廣告主與企業主所要負擔的社會責任相對來說，也越來越巨大，畢竟廣告傳播對社會的影響十分龐大深遠，一個善盡社會責任的廣告主，除了賺錢以外應該要避免令人不安、明顯違法、違反善良風俗的廣告，造成對社會造成負面的影響，因此針對廣告主的社會功能以及社會責任，社會批評家與學者則以三大辯證來探討其內容。

第一個辯證，廣告創造需求。對於廣告的存在本身，有論者著眼的思想在於，

<sup>6</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 193。

<sup>7</sup> 洪慧芳譯(2015)，Judy Strauss, Raymond Frost，《網路行銷概論》，7 版，台北：華泰文化，頁 376。

<sup>8</sup> 洪慧芳譯，Judy Strauss, Raymond Frost，前揭註 7，頁 377。

<sup>9</sup> 洪慧芳譯，Judy Strauss, Raymond Frost，前揭註 7，頁 378。

<sup>10</sup> 劉一賜(1999)，《網路廣告第一課-蠻荒西部角力之生存之道》，台北：時報，頁 22。

廣告創造的需求，是消費者原來所不需要的，但因為廣告而促使了消費者誤認其有需求進而購買。那當然另有論者相信，廣告只是公開消費者原有的隱性需求，故廣告的存在仍然是必要，其所需負擔的社會責任並非如同批評者所認定，近乎於資本主義的原罪，如此這般沉重的責任<sup>11</sup>。

第二個辯證，廣告是模塑社會的價值還是反映社會的價值。此為廣告界長久以來爭論不斷，尚無定案的大哉問。問題的根本核心在，廣告本身到底能不能形塑，並且創造出社會的價值，亦或其無法形塑新的價值，僅能反映社會的價值。面容姣好，皮膚如絲綢滑順的美麗女人，是既有的文化價值觀，還是藉由廣告造成女人對這種形象的追求。主流看法，仍然持保守態度，認為廣告僅是提早反應其所觀察到的社會價值與現象，而搶先搶奪商機<sup>12</sup>。

第三個辯證，廣告造成過度追逐商品。廣告是否使消費者，對於物質的追求蓬勃發展，也是社會學家長久以來辯證的問題，是人們先有需求還是先有廣告。或許廣告只是反映當下價值觀，以及社會文化，但不可否認的，創新並且具有吸引力的廣告，確實能促使消費者的購買慾，然而卻不可避免的，會造成過去所沒有的社會問題<sup>13</sup>。

事實上，社會學家對於廣告所探討的三大辯證，都明明白白地讓我們理解，廣告本身雖然具有可觀的經濟效益，然而其所造成的社會問題，卻不可忽視，甚至有社會批評家根據三大辯論，而否認廣告存在的價值。我們不需要這麼偏激的否定廣告，但在其所引發的社會日益嚴重之下，確實這些都是我們要面對的問題，舉例來說，廣告主與企業家為了獲取更龐大的利益，極有可能傳播不實的廣告，

---

<sup>11</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 45-46。1915 年止汗劑除臭廣告品牌 Odorono 刊出第一篇廣告，成功說服消費者，止汗除臭劑的出現是必要並且有需求的，然在這則廣告之前，男人擁有汗臭是天經地義，甚至是自己辛勞工作的榮耀象徵。

<sup>12</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 47。

<sup>13</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 48。

或者賄賂媒體，以獲取更多的商業利潤。這對於社會消費者而言，所侵害的權益即十分巨大，故我們要求廣告主以及企業主，在取得商業的成就的同時，更應該發揮其影響力，利用其資源，盡其社會責任，以給予社會正面的影響及回饋。

除了藉由上述三大辯證，討論廣告主的社會責任以外，我們也可以具體細緻的思考廣告所引發的社會問題，下述討論之。

### 一、對社會特定族群所引發的扭曲呈現

當我們閉上眼睛，想像一位老年人，他會是什麼樣的形象？這個形象是我們自己觀察所得出的結論，亦或來自廣告播送，對所有消費者的洗腦。久而久之，這就會對社會特定族群，產生一個扭曲甚至帶有歧視性意味的印象。舉凡性別角色的刻板印象<sup>14</sup>，或是種族與族群的刻板印象<sup>15</sup>，都是對社會特定族群扭曲的呈現。

### 二、以性、或色情訴求來呈現廣告

不可諱言，某些產品在達到說服目標消費者的目的時，以性或色情訴求來呈現廣告，確實容易被接納<sup>16</sup>，惟其能否受到社會整體的接受，則需另外討論，並且廣告主為了要更快速劫取，目標消費者的眼光，廣告的界線就容易被跨越，而冒

<sup>14</sup> 保力達蠻牛的著名形象廣告打造男人真命苦的形象，就充分的顯現社會對於男人這個性別，所賦予的期待與壓力事實上是十分龐大的，而這就屬於對於性別角色的刻板印象，<https://www.youtube.com/watch?v=Khw1BzqsomQ> (最後瀏覽日：10/19/2017)。

<sup>15</sup> 京都念慈庵枇杷膏潤喉糖的廣告，原住民擁有天籟般的嗓音坐在草地上編草的形象也十分鮮明，令人印象深刻，但這也促使我們對於原住民的印象也僅停留在此，在森林裡唱歌編草，然而並不是所有的原住民都是可以被這樣標註定義的，<https://www.youtube.com/watch?v=OX2uAqldJ5Q> (最後瀏覽日：10/19/2017)。

<sup>16</sup> 例如：香水、珠寶，Chanel 香水形象的廣告，向來都赤裸裸的表達美麗的女人，噴上香水以後的那種致命性魅力，<https://www.youtube.com/watch?v=f5r5PXBiwR0> (最後瀏覽日：10/19/2017)。

犯社會上的其他消費者族群，引發爭議。

### 三、自我形象的建立

社會上的消費者對於自我形象的建立，也容易受到廣告的控制，舉例來說，當我們看到香水、珠寶或是時裝的廣告，在講求美感的同時，其所尋找的模特兒，體態不外乎，皆是纖細苗條，體態輕盈。但所謂的美麗女性，其定義不該如此的狹隘淺薄，但這卻引發社會上的消費者，對於身體的意象，會向廣告呈現的形象所靠攏。

### 四、廣告的品味冒犯消費者

品味兩字用高低來區分是不恰當的，但不可諱言的是，廣告本身的意涵對於目標消費者族群以外的族群，確實是會產生被冒犯的可能。當紙尿布的廣告頻繁出現在用餐時段時，對於目標客群以外的消費者來說，是會讓人不舒服以及被冒犯的情緒出現。因此，廣告主在設計恰當的廣告時，就要小心謹慎，並且互相尊重。

### 五、誤導的產品訊息

當廣告主給予的訊息資訊不夠明確時，其就引發了倫理道德危險，更甚者，會使不諳產品內容的消費者權利蒙受巨大的侵害。

### 六、吹噓式廣告

當以主觀的感受配上華麗的詞藻來描述產品或服務時，就會落入吹噓式廣告的範疇，就此有爭議的問題在於，消費者可能相信誇大不實的廣告文案，而要求

廣告主能夠證明此為真。但就大部分的消費者而言，以「誇大」的方式來描述產品或服務，是可以被容許，然而過度的誇大仍然應該避免，所以這個分際的拿捏，就有賴廣告主的自律<sup>17</sup>。

## 七、比較廣告

當廣告主在自家廣告表達其產品，比其他同業競爭的品牌產品優秀時，就屬於比較廣告，此種廣告的問題在於消費者可能引以為真，但這就對其他被比較的競爭品牌有不公平的問題，所以其向來也為公平交易法所禁止，畢竟品牌的優劣應該以消費者自身比較過後為基準，而不該利用自家所投資的廣告來詆毀其他競爭者。

## 八、不實的背書保證廣告

市面上許多的產品會尋求社會名人，或者素人的代言與保證，讓消費者相信其產品的品質與效果，可是當代言的名人本身對這一項產品或服務的資訊並不了解，只是貪圖代言的費用而代言，則就會有詐欺信賴此項代言的消費者之問題。所以大抵而言，都會要求代言者，對於其所要代言的產品有基本的了解。

## 九、美化過的展示

當廣告主過度美化產品或服務，而將這產物展示出來時，就容易使消費者做出錯誤的決定<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> 每朝健康綠茶，代言女藝人大聲呼喊：「喝了，戰勝體脂肪。」，其綠茶或許具有幫助消化的功效，然而喝了就戰勝體脂肪，仍然似乎有誇大產品功效的嫌疑，

[https://www.youtube.com/watch?v=KC\\_OgKEcYdw](https://www.youtube.com/watch?v=KC_OgKEcYdw)（最後瀏覽日：10/19/2017）。

<sup>18</sup> 例如餐廳菜單上面所放置的照片或圖示，以及泡麵包裝所展示的圖片，往往都是過度美化的產物。因此廣告主欲避免之後的法律糾紛，都會在展示圖下面，以一行小小的黑字，提醒消費

## 十、不適合刊播的產品或服務

不可否認，某些產業的存在本身，仍然具有高度的爭議性，例如：賭博或是不健康的食品和產品，如果其本身就具有可以討論的空間，則這樣的產品是否適合出現在廣告中，就值得深思，而此類廣告在社會的接受度恐怕就相對降低，成為一種不適合刊播的廣告，演變成廣告產生社會議題一例<sup>19</sup>。

## 十一、成藥廣告導致成藥氾濫

成藥廣告極力推銷成藥的功效與好處，使消費者信任，甚而過分依賴，導致成藥的氾濫也是近年國外爭論的廣告議題。惟本文認為就此議題，於我國爭論的實質意義不大，其肇因於我國健保體系的完足，於醫院就診在我國是十分便利的資源。

## 十二、兒童對於廣告的判斷問題

有論者認為，兒童尚未成年前，其判斷能力以及自制力的發展尚有不足，其對於廣告資訊也較無法篩選而全盤吸收。則此時就可能會戕害兒童的身心狀況。當然反對者表示，此類問題在於父母的督導責任，而非由廣告主來負責<sup>20</sup>。

而上面所具體列出，有關於廣告的社會問題以及議題，根本的解決之道在於提升廣告主的倫理責任，因此國外的比較借鏡，係組成自律性組織，或是研擬自律規範。甚至依靠民間團體的監督來促使廣告主維持自身的社會責任。誠然如此，

---

者仍然要以內容物為準。

<sup>19</sup> 賭博是否適合被廣告？香菸是否適合被廣告？成為大哉問，美國於 1971 年已經禁止香菸被廣告，其原因在於香菸會造成人體的傷害，如果禁止廣告則香菸的銷售量下降，其對於消費者所產生的危害也較為降低。

<sup>20</sup> 陳尚永譯，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells，前揭註 2，頁 48-55。

社會對於廣告主的約束，還是必須要依靠法律的制定，當然這部分並不容易，在討論上述哪一個種類的社會問題，需要法律來防堵之前，就必須要精確的界定上述的社會議題，釐清法律規範的目的與必要，此類共識需要社會的認同以及觀察。

## 第二節 不實廣告之社會問題

而廣告所帶來的所有社會問題之中，恐怕就以不實廣告最為嚴重。廣告理應傳遞給社會大眾正確之資訊，但當事業發現不實資訊之廣告，能夠壓縮成本或是帶來絕佳行銷效果以後，不實廣告之問題就慢慢滲入我們的生活中，尤其當我們於網路的搜尋引擎鍵入「不實廣告」，跳出來的新聞數量多到怵目驚心，光是 2017 年 11 月的不實廣告新聞就超過 15 篇。事實上不實廣告的社會問題一直都在，但是在網路普及，所以資訊流通速度加快的社會下，不實廣告的問題只會日益嚴重，不加以解決，只能眼睜睜目睹更多不實廣告的社會問題。下面就舉出幾項社會已經發生的不實廣告問題，並且以不實標示和不實廣告並存的社會問題，或是具有傷害消費者生命身體法益可能性的不實廣告，以及新興廣告型態下的不實廣告問題等角度做簡單的介紹。

### 一、不實標示和不實廣告並存之社會問題

商品的標示以及商品的廣告，此二者向來被認定是不同之行為，然而不可諱言，其本質皆具有誤導民眾接收錯誤資訊之功能，惟對於民眾而言不實標示行為與不實廣告行為，並不容易區分，但我國刑法卻僅有對於不實標示之行為設計刑事之規範，因此，倘若消費者渴望向法院尋求公道，卻面臨因為不熟悉實務見解之區分所造成的法律上不利益，並且也無法使不實廣告之行為以刑法相繩，此乃有違公平以及人民法律情感的。下述就此部分介紹之社會問題，則是不實標示與不實廣告兩個行為同時並存的事件，以此印證不實廣告以及不實標示之行為，事

實上對於消費者而言是難以區分的。

### (一) 無毒洗碗精是否真的無毒

毛寶洗淨劑標榜其內容物是「天然的」，以及其檸檬酸是「食品級檸檬酸」。古寶無患子洗潔劑也特別標榜「食品級綠茶香料」等，其不實資訊具有誤導消費者之可能，因此違反行政規定<sup>21</sup>。

清洗食品載具的清潔用品洗碗精與人民的吃食關係密切，為了爭取這一塊市場，許多廠商就會標榜自身無毒或是屬於食品級。根據「食品用洗潔劑標示原則」，其內容則提到，由於洗碗劑並非可供人食用之食品，因此不可以向外宣稱其屬於「食品級」；並且所有物質過量都有可能造成有害的影響，所以也不可以向外宣稱其洗碗劑「無毒」，其違背真實內容標示於商品之資訊欄，則有商品標示不實之問題，倘若事業以其為噱頭，大肆地向外傳播，使公眾周知該項資訊是該產品之特點，而誤導消費者，則屬於不實廣告之行為。同樣的，以「天然」或「有機」為賣點之洗碗劑也要符合「食品用洗潔劑標示原則」。

而藉由該新聞得知，對此不實廣告之行為，主管機關也僅能處以罰鍰，然而其對照事業因此所賺的利潤，不過是九牛一毛，但是該項產品卻與人民進入口中之食物息息相關，因此洗潔劑的標示，以及廣告兩者行為對民眾而言難以區分，但其二者所傳遞之資訊是否真實，對於社會大眾而言則具有強烈並且廣大之影響。

### (二) 美白化妝品無法讓人美白

化妝品以及保養品之存在，乃是為了提升人的美貌，因此為直接接觸人民肌膚之產品，市售產品 Dr.Wu VC 微導美白精華 50ml 未檢驗出包裝所標示的 Ethyl

<sup>21</sup> 洗碗精標示易造成混淆，毛寶、古寶無患子違規，<https://udn.com/news/story/7266/2578528> (最後瀏覽日：12/01/2017)

Ascorbic Acid 美白成分<sup>22</sup>，然而事業卻將美白功能作為噱頭，大肆的向民眾傳播該資訊以招徠消費者向其消費。「化粧品之標籤仿單包裝之標示規定」，化粧品之標籤、仿單或包裝，需刊載法定之必要資訊，且不得涉及醫療效能、虛偽或誇大之宣稱。因此本件問題，化妝品應傳遞予消費者正確的必要資訊，然其非必要資訊也應當力求正確，不得因為其非必要之資訊，僅是促進消費者前來消費之內容，則否認其對廣大民眾所造成的危險性。倘若事業傳遞違背真實的必要資訊，也就是虛偽陳述其商品之內容內涵 Ethyl Ascorbic Acid 美白成分，並且就其商品之美白功能加以行銷，向社會大眾傳遞其不實之功能，乃是不實商品標示與不實廣告兩個行為同時並存之事件。

## 二、具有傷害生命身體法益之可能性的不實廣告

槍砲彈藥刀械管制條例對於未經許可，但卻持有槍砲彈藥刀械，處以一定的刑事制裁，本文認為不實廣告之行為本質與其是相似的，持有武器之行為以及不實廣告之行為本身，雖然不會侵害生命身體，但其皆有高度的可能性以及危險性，會損害他人法益生命身體法益，尤其下述介紹之不實廣告行為的社會問題，皆已經嚴重影響民眾身體健康甚至生命法益，等到該廣告導致消費者付出極高的代價，國家才加以傷害罪、殺人罪或是公共危險之罪章來追訴，則為時已晚，因此以此來思量，我國對於不實廣告行為，仍然僅有部分法規有刑事規範是否妥當。

### (一) 蔬活農場沒有舒活

「蔬活農場」以及「田園小鎮」以廣告向外傳遞，其所販賣之食品「美國有機 SOD 束絲藻」具有刺激幹細胞釋放、再生、回春等之能力，並且得以抗憂鬱、

<sup>22</sup> 食藥署公布網購化妝品不合格名單，Dr. Wu 榜上有名，  
<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20170418003551-260405>（最後瀏覽日：  
12/01/2017）

提升注意力<sup>23</sup>，然而按照食品安全衛生管理法第 28 條第 2 項，一般食品之廣告不得向外宣傳其具有醫療之效能。食品本身所內涵的物質，或許具有一定之功效有助於人體之健康，然而宣稱其具有如同醫藥般的效能，則會落入誇大不實之廣告範疇，此等誇大不實之廣告將會誤導廣大之消費民眾。主管機關稽查該事業，乃是因為他人之檢舉，其向該二者事業購買藥品和食品，食用後身體不適，送醫後仍然身亡，雖然僅是他人之檢舉，尚未由主管機關查證核實之，然而攤開我們每日的報紙，消費者誤信廣告所宣稱之藥品或食品，具有療效而延誤就醫的新聞卻層出不窮。

## (二) 睡蓮讓消費者真的沉睡不再醒

宜蘭睡蓮有機農場向民眾廣告，其旗下睡蓮之商品具有治療癌症的功效，因此藝人溫翠蘋之妹妹，則相信其療效，而向經銷代理商李得仕購買 100 萬的睡蓮商品，進而放棄正規治療，導致其因癌症延誤治療而病故<sup>24</sup>。醫藥之療效與人民之生命身體深刻相關，因此其須受到主管機關嚴格的把關，以保護國民之健康，食品之內涵物質或許具有一定之療效，然而是否屬於藥品，仍需要按照主管機關所訂立之規則，以取得其確實具有一定藥效功能之證明，人民選擇藥品時則仰賴主管機關所頒發之證明，來選擇適合自己的藥物，倘若主管機關對此不加以管制，則會導致各種來源不明之藥物流入市場，進而侵害國民之健康。

該社會事件乃是直銷藥物違背藥事法之規定，同時也以不實廣告之行為向消費者傳達不實資訊，以致於侵害消費者之身體和生命權益，如果我國對此，大多僅對採取一種行政上的管控，只有部分法規具有刑事責任，不設計全面的刑事責任，預先嚇阻並且預防，等到如同本案例消費者的生命消逝，再以殺人罪或是過

<sup>23</sup> 涉售違法藥物，蔬活農場、田園小鎮遭查核，

[http://oneinfo.tw/tv/entt/prog\\_main?tral\\_id=N178tTDw](http://oneinfo.tw/tv/entt/prog_main?tral_id=N178tTDw)（最後瀏覽日：12/01/2017）

<sup>24</sup> 睡蓮治癌達 20 項違規，衛生單位重罰 286 萬，<https://udn.com/news/story/9/2367869>（最後瀏覽日：12/01/2017）

失致死致傷等刑法規定處罰，就已經來不及了，尤其現今事業為了謀取暴利，以誇大不實之廣告，欺騙消費者之事件越來越多，光是桃園市衛生局於 2016 年所查獲之案件就有 513 件<sup>25</sup>，該怎麼面對日益嚴重的社會問題，則為本文所擔心以及討論的。

### 三、新興廣告型態下之不實廣告問題

隔著一層電腦螢幕，阻隔實體的接觸，美好的幻想，就藉由虛擬世界的數據實現之，網路日益發達，這樣的虛擬世界就日益壯大，帶給人民的便利也越多越方便，事業以及廣告代理業和廣告媒體業，相中了這個趨勢，因此網路廣告越來越多樣化，網路所帶來的普及率以及流通率，也使不實資訊之傳播越來越廣泛，如今我們思考不實廣告之問題時，已經不能僅僅的想像傳統廣告所帶來之問題，還需要思考現今世代網路之普遍，以及使用年齡下修的情況下，不實廣告之危險性已經膨脹至前所未有的巨大。因此下述之案例，皆是 E 世代下的新興網路廣告，以此來探討網路廣告所造成之社會問題。

#### (一) 沒有被認證的機油

本事件為車麗屋汽車百貨，在網路平台 Yahoo!奇摩超級商城網站，販賣的「eni 機油 5W-30」、「eni 機油 5W-40」、「ARAL 機油 5W-40」等商品，並且於廣告上面傳達其為「API 認證機油」或是「國際 API 認證」，使社會大眾受其誤導，以為該機油已經經過美國石油協會之認證，然而消費者以該商品之型號，向該協會之網站登錄資料查詢，卻發現該機油實際上未經過認證。公平會認定事業所傳遞的資訊，是足以影響交易決定的商品品質資訊，該資訊虛偽不實並且引人錯誤

<sup>25</sup> 誇大不實廣告，中西藥居冠，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20170224000488-260107>（最後瀏覽日：12/01/2017）

違反公平交易法第 21 條第 1 項之規定<sup>26</sup>。

網路廣告相較於傳統的廣告，其傳播的功效更強大，並且不限時間、不限氣候、不限地點，只要有網路，人人都可以隨時隨地接收廣告主所欲傳遞之資訊，並且藉由網路所帶來的便利性，許多商家皆轉戰網路，將商品放置網路上的買賣市場，讓消費者宅在家就可以享受商品與服務，因此其對國民之影響也遠大於傳統廣告。事實上不實廣告行為之危險性於傳統廣告時代，就已經顯露無遺，但搭配網路之快速傳播，其危險性升高至前所未見之程度，本案件為事業利用網路上的買賣平台，傳遞不實之商品資訊，消費者無法實際觸碰商品、見識商品，其對於商品的一切想像，皆是仰賴事業於網路上所描述之資訊，倘若資訊不實，消費者也無從查起。

## (二) 愛買比較划算嗎

遠百企業股份有限公司（下稱遠百公司）於 Google 搜尋引擎買下「愛買線上購物一比大買家划算」關鍵字廣告，由於遠百公司與大買家股份有限公司為競爭同業，而其用划算之字眼，使消費者客觀上被誤導，遠百公司之商品服務比較優惠或是價格較便宜之，然而公平會認定本案例中遠百公司的愛買線上購物的商品運送服務之速度，雖然快於大買家的網路商店，但遠百公司之方案是其單一商品之購買數量，達到一定之門檻才享有免運費之優惠，由於賣場的商品促銷檔期常常變動，因此整體來說無法認定遠百公司之服務較優惠，故這樣就造成廣告之內容為引人錯誤之表示，違反公平交易法第 21 條第 1 項規定，處遠百公司新臺幣 50 萬元罰鍰<sup>27</sup>。

<sup>26</sup> 車麗屋百貨網購機油廣告不實，公平會開罰 5 萬元，<http://www.taiwanhot.net/?p=519479>（最後瀏覽日：12/01/2017）

<sup>27</sup> 愛買廣告不實，公平會罰遠百 50 萬元，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20160330003726-260410>（最後瀏覽日：12/01/2017）

網路廣告之型態越來越多種類，關鍵字廣告之方式就是其中一項。競爭事業為了獲得更多的曝光率，以及取得銷售市場的贏面，而利用之網路搜尋引擎，向搜尋引擎業者購買特定之關鍵字，使大眾在鍵入關鍵字詞時跳出其所欲民眾接收之資訊，用此方式也可以有效率地將廣告資訊傳遞予特定之民眾，但同樣的，倘若其資訊屬於不實，則關鍵字廣告之優勢反而更加劇了該不實廣告行為。

### 第三節 不實廣告之定義

藉由上述廣告所需承擔之社會責任的探討，得已理解廣告雖然具有龐大的經濟效益與社會功能，然而其不可避免地會引發一定之社會問題，而其社會問題之種類更是繁多，尤其是不實廣告所引發之現象，本文於內文主要探討的乃是不實廣告所需負擔之責任，也就是當廣告給予之資訊具有誤導性，並且損及消費者之利益時，我國法律對此之處置方式。事實上，我國對於不實之廣告系有課予一定之社會責任，然而再探討責任之內容前，必先理解何謂不實廣告，下述針對我國若干主要法律所規範之定義逐一整理。

#### 一、公平交易法對不實廣告之定義

公平交易法對於不實廣告之定義，可於公平交易法第 21 條第 1 項窺知一二，所謂的廣告行為似乎就是指，事業於商品、廣告或其他使公眾得知之方法，對於商品相關足以影響交易之事項，為表示或表徵。而不實廣告就是指，為虛偽不實或引人錯誤之廣告行為<sup>28</sup>。

至於其他使公眾得知之方法、公平交易法第 21 條所稱表示或表徵以及虛偽不實與引人錯誤之定義，公平交易委員會對於公平交易法第 21 條相關案件，訂

<sup>28</sup> 沈慈航(2012)，《不實廣告與詐欺罪》，國立中央警察大學法律學系碩士論文，頁 13。

立處理原則(下稱處理原則)，以杜爭議。

故根據處理原則第 3、4、5、6 點之規定，可以得知，公眾得知之方法係指，不論直接或間接，能使不特定之大眾共見共聞之訊息的傳播行為，舉凡設置市招、散發名片、舉辦產品或服務之說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾等，皆屬於公眾得知之方法。

而表示或表徵，只要足以表達或傳播具商業價值之訊息或觀念之行為，不管是以文字、語言、聲響、圖形、記號、數字、影像、顏色、形狀、動作、物體或其他方式皆屬於此；虛偽不實則係指，足以表達或傳播具商業價值之訊息或觀念之行為與事實不符，而且該差異已經令大眾無法接受，只有引起錯誤的認知與決定之可能者；引人錯誤則不論表示或表徵是否與事實相符，只要引起大眾有錯誤之認知或決定之虞者即屬於引人錯誤之構成要件。

除此之外，公平交易委員會也於處理原則第 7 條，明示判斷虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，應考量之因素，其內涵包括以相對人普遍的注意力之認知來判斷；合併觀察整體之印象及效果；重要交易資訊內容之排版、位置及字體大小；有關之負擔或限制條件未充分揭示者；在引人錯誤的意圖之下，是否導引相對人於其他錯誤的多重合理解釋；實際狀況之差異程度；足以影響交易決定之內容以及對於競爭業者和交易相對人經濟利益之影響。

處理原則第 8 條更進一步提醒，判斷廣告是否虛偽不實或引人錯誤，是以廣告主使用廣告時之客觀狀況為標準，而此客觀狀況系指廣告主日後對於該內容之給付能力、法令規定或商品和服務之供給。若廣告主於廣告時即已預知，或者可以預見日後之給付無法與廣告內容相符，則廣告即虛偽不實或引人錯誤。

進而公平交易委員會於處理原則（下稱處理原則）第 17 條臚列 31 種，表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示。本文將其 31 種粗略分為 5 種類型，分別為對於事業主體獨特性的誤認、對於商品、服務之特點誤認、對於商品、服務限制的誤認、對於風險的誤認、對於價格與福利的誤認。

#### (一) 對於事業主體獨特性的誤認

不論是廣告主還是企業經營者，此類事業主體為了增強消費者對其之信任，以及因為主體獨特性所具有之吸引力，而針對主體資訊之部分誤導消費者，例如其表示或表徵，使人誤認其為他事業之(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（處理原則第 1 點）；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（處理原則第 2 點）；使人誤認他事業名稱或產品品牌已變更者（處理原則第 3 點）；誇大營業規模、事業或商品(服務)品牌之創始時間或存續期間且差距過大者（處理原則第 4 點）。

#### (二) 對於商品或服務之特點誤認

為了吸引消費者購買消費其商品或服務，事業主體往往無所不用其極的推銷其販售客體的特點，然其給予之資訊往往遊走不實資訊之邊緣，使消費者對於商品或服務之特點有所誤認。

例如其表示或表徵偽稱他人技術(合作)或授權者（處理原則第 5 點）；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（處理原則第 6 點）；使人誤認其有專利、商標授權或其他智慧財產權者（處理原則第 7 點）；使人誤認係特定商品(服務)之獨家供應者（處理原則第 8 點）；表示或表徵之具體數字與實際不符，其差距逾越一般或相關大眾所能接受程度者（處理原則第 14 點）；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或相關大眾所能接受程度者（處理原則第 15 點）。

或是說明自身或比較之商品(服務)具有一定品質，然差距逾越一般或相關大眾所能接受程度者（處理原則第 16 點）；表示或表徵使人誤認商品(服務)已獲政府機關或其他專業機構核發證明或許可者（處理原則第 17 點）；表示或表徵援引公文書敘述使人誤認商品(服務)品質者（處理原則第 18 點）；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（處理原則第 19 點）；表示或表徵使人誤認商品具有特定功能，且差距逾越一般或相關大眾所能接受程度者（處理原則第 20 點）。

亦或表示、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)皆具有相同之資格、性質、品質者（處理原則第 22 點）；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（處理原則第 23 點）；表示或表徵說明商品（服務）具有一定效果，而無科學學理或實驗依據（處理原則第 25 點）；表示或表徵使人誤認其商品(服務)之製造者或提供者（處理原則第 27 點）；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（處理原則第 28 點）；廣告使用「第一」、「冠軍」、「最多」、「最大」……等最高級用語連結客觀陳述，但無銷售數字或意見調查等客觀數據佐證者（處理原則第 29 點）。

### (三) 對於商品、服務限制的誤認

事業主體對於商品或服務加以其他條件限制時，為了避免該條件減低自商品、服務本身的吸引力，而對其限制之內容不明白表示。處理原則第 21 點則禁止對於實際附有條件、負擔、期間或其他限制等，而表示或表徵未予明示者。

(四) 對於風險的誤認

此種類型是避免消費者錯估商品、服務之風險，因此處理原則也禁止表示或表徵使人誤認其商品(服務)有投保責任險者(處理原則第 9 點)；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(處理原則第 24 點)；表示或表徵未揭露交易之風險，或揭露之方式使人誤認其商品(服務)之提供合法(處理原則第 30 點)。

(五) 對於價格與福利的誤認

物美價廉的商品和服務帶給消費者的吸引力也最大，因此事業主體也常針對價格給予使人誤認之資訊，或是對於所欲販售客體附加不實之福利資訊，故處理原則亦禁止表示或表徵訂價長期與實際售價不符且差距過大者(處理原則第 10 點)；長期以特價或類似名義標示價格，而實為原價者(處理原則第 11 點)；有最低或優惠價格之表示，然無符合最低或優惠價格商品(服務)或符合之商品(服務)數量過少，難為一般或相關大眾所接受者(處理原則第 12 點)；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(處理原則第 13 點)；表示或表徵之利率與實際成交之利率不符，其差距逾越一般或相關大眾所能接受程度者(處理原則第 26 點)；表示或表徵就贈品(或贈獎或抽獎)活動之內容、參加辦法等與實際不符；或附有條件、負擔或其他限制未予明示者(處理原則第 31 點)。

## 二、消費者保護法對不實廣告之定義

消費者保護法並未對於不實廣告為明確之定義，僅於消費者保護法第 22 條規定，企業經營者於廣告部分之義務，其應確保廣告內容真實，並且對於消費者負之義務不可以比廣告所示之內容低，而廣告之內容也應於契約成立後確實履行。並且於消費者保護法第 23 條規定媒體經營業者，若刊登或報導之廣告與事實不

符，且明知或可得而知者，與企業經營者負連帶責任。消費者保護法施行細則第 23 條則釋明，消費者保護法所規範之廣告定義，其是指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使多數人知悉其宣傳內容之傳播。而消費者保護法施行細則第 24 條則賦予主管機關義務，倘若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，得通知企業經營者提出資料，證明該廣告之真實性。

### 三、其他法規對不實廣告之定義

除了公平交易法以及消費者保護法以外，尚有許多行政法規涉及不實廣告，本文僅列舉下述之法規做介紹。而大部分的行政法規之立法目的無非都是為了國民健康或是環境之永續和保護做規定，僅有商標是針對市場的公平競爭、消費者權益以及工商發展為保護之目的。不難想像，涉及國民健康或是環境之事項，若不針對違反真實之廣告為規範，而任由其不實資訊流竄，將造成嚴重的社會問題，因此主管機關才藉由行政法規加以管制。

#### (一) 醫療法與藥事法

除了上述公平交易法與消費者保護法之規定外，其他法規對於不實廣告尚有規範。醫療法第 84 條至第 87 條，並未定義不實廣告，然明確規定何謂醫療廣告，以及醫療廣告所需承擔之責任及束縛，同時針對醫療方面的廣告運行為規定，其醫療廣告行為之主體僅限於醫療機關，並且只要廣告內容暗示或影射醫療業務者，就視為醫療廣告。故由上述可見，醫療廣告之認定寬廣但限制也更多，不只針對廣告行為之主體有所限制，其廣告之內容以及行為也有所要求。

醫療廣告之內容須以法明文者為限，其限於醫療機構之名稱、開業執照字

號、地址、電話及交通路線；醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號；全民健康保險及其他非商業性保險之特約醫院、診所字樣；診療科別及診療時間；開業、歇業、停業、復業、遷移及其年、月、日以及最後之概括規定，其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項。而醫療廣告之行為方式禁止以下述之方式為之，假借他人名義為宣傳；利用出售或贈與醫療刊物為宣傳；以公開祖傳秘方或公開答問為宣傳；摘錄醫學刊物內容為宣傳；藉採訪或報導為宣傳；與違反前條規定內容之廣告聯合，或並排為宣傳或其他不正當方式為宣傳。

在醫療事項之外，藥品也有相似的管制，藥事法規範於第 65 條至第 70 條，同樣的，藥事廣告也未明確定義藥事的不實廣告，惟其也如同醫療法一般，廣大的認定藥事廣告，於此之後，再予以限制。因此只要於廣告行為時內容暗示或影射醫療效能者，皆視為藥物廣告。然而僅有藥商可以為藥物廣告，並且於刊播廣告前應將內容送驗機關，申請主管機關核准。於此之後，予以主管機關行政權限，得以於廣告有危害民眾健康與重大危害之虞，做出相應之舉措。而藥物之廣告行為也同樣受有限制，不許以假借他人名義為宣傳；利用書刊資料保證其效能或性能；藉採訪或報導為宣傳以及以其他不正當方式為宣傳。而且如果是須由醫師處方或經中央衛生主管機關公告指定之藥物，其廣告甚至以登載於學術性醫療刊物為限。

## (二) 食品安全衛生管理法與健康食品管理法

食品安全衛生管理法針對不實廣告之規範係於該法條第 28 條，其要求食品、食品添加物、食品用洗潔劑以及其他經過中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有任何不實、誇張或易生誤解之情形。而且食品不得標示、宣傳或廣告其具有醫療效能。甚至中央主管機關得限制特別食

品的促銷與廣告，其受限制之食品為特殊營養食品、易導致慢性病或不適合兒童及特殊需求者長期食用之食品。

健康食品的廣告行為部分，則必須依照健康食品管理法之規定。為了公益之需求，該法規規定廣告主，若要標示或廣告其為健康食品，則須依健康食品管理法，否則不得標示廣告為健康食品。

就此類商品之不實廣告，其規範於法規之第 14 條。要求健康食品之標示或廣告不得有虛偽不實、誇張之內容，其宣稱之保健效能也不得超過許可範圍，並且應該依中央主管機關查驗登記之內容。而且健康食品之標示或廣告，不得涉及醫療效能之內容，不然即為不實廣告。

### (三) 農藥管理法與環境用藥管理法

對於不實廣告之相關管制，農藥管理法與環境用藥管理法也有相關之規範。農藥管理法第 36 條至第 38 條，則規定只要非本法所稱之農藥，即不得為具有農藥藥效之標示、宣傳或廣告。而且農藥生產業或販賣之業者，對其生產或販賣之農藥，不可以逾越登記內容範圍，並且從事虛偽、誇張或不正當之推銷、宣傳或廣告。同時，農藥管理法也要求縱使因為非中央主管機關公告列管之農藥，而不適用本法規定，但是該農藥之標示、宣傳或廣告，仍然不得有虛偽或誇張之情事。

而環境用藥管理法則規定於第 33 條，其也有相似之立法規範。環境用藥的製造業、環境用藥的販賣業或病媒防治業者，不得逾越登記內容，並且登載或宣傳播放虛偽誇張或不當之廣告。

#### (四) 飼料管理法

飼料管理法則於第 21 條，簡單的針對不實廣告部分規定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。

#### (五) 商標法

商標法並未對廣告行為設有專章規範，然而依據商標法第 5 條所定義之商標之使用，只要是具有行銷之目的，而為廣告之行為即為商標之使用。通說對於商標法究責之架構，探討是否構成商標法所規範之侵權行為，其首先應被認定為商標之使用，才得以依據商標法予之相繩<sup>29</sup>。按照商標法第 68 條，未得到商標權人之同意，於相同或類似之商品或服務，使用相同或近似之商標，至相關消費者混淆誤認之虞者，即構成商標之侵權。故行為人若以他人所有或近似之商標，以行銷之目的，就相同或類似之商品或服務為廣告行為，並且造成消費者有被混淆誤認之虞，則此廣告為不實，應受到商標法侵權行為之規範。

#### 四、商品標示法

最後，藉由介紹商品標示法來釐清商品標示與廣告之區別。民國 71 年頒布商品標示法，其目的是為了為促進商品正確標示，藉此給予消費者正確之資訊以保障消費者權益，同時維護企業經營者信譽，以制定本法。商品標示法第 6 條則規定，禁止商品標示虛偽不實或引人錯誤，以及禁止商品標示違反法律強制或禁止規定，或是有背公共秩序或善良風俗。而廣告貌似也是向消費者傳遞資訊之管道，故將產生兩者概念之混淆。按經濟部 102520 經商字第 10200582790 號函表示「商品標示法之適用範圍，僅限於商品之標示，而不及於廣告，併予敘明。」

<sup>29</sup> 劉孔中(2014)，《比較商標法》，初版，台北：新學林，頁 309。

其明確劃分廣告非商品標示法所規範之客體，並且也在該函明示不論是實體商店還是網路，其販賣商品的時候，必須按照商品標示法的規定標示應該被標示的事項，並且是標示在本身、內外包裝或說明書上。

再按，依據商品標示法第 4 條規定，所謂的商品標示就是於商品本身，或其內外包裝跟說明書上，標示法規所要求之資訊。其與廣告本身具有向消費者推銷介紹、勸誘其購買並且使用傳播媒體之特徵略有不同。行政院公平交易委員會處分書公處字第 094007 號，則重申一次此概念，其認為消費者直接接觸於貨架之商品，商品本身通常僅標示名稱、價格以及商品的重要規格和特色，其雖然具有對外推銷之性質，但是仍然與所謂的「廣告」有別，純粹的商品標示，中間並無廣告媒體存在，無廣告媒體則何來廣告主。並且由上述可知，商品之標示行為是針對商品之必要資訊，而廣告是針對所其他所有之不必要資訊予以提供。

故就實務上之觀念，商品標示與廣告兩者是不同之概念，而區分兩者概念之實益，則影響不實廣告的刑事處罰之規定，其詳細論述留待第三章有關刑事規定之內容為說明。

#### 第四節 不實廣告之類型

不實廣告，顧名思義就是違背真實事實的廣告，然而商業活絡的現代社會，其行銷的運作上因應各種不同的廣告類型，不實廣告的態樣則隨之豐富，惟有些型態之廣告與不實廣告十分類似，但卻不具不法性，因此本文將類似的概念和類型集合於此節，做一個統一的介紹與說明。

## 第一項 傳統的不實廣告類型

由於現今網路世界的快速發展，民眾的生活習慣、科技使用模式以及消費習慣的改變，其接觸廣告之媒介不再僅限於紙本、電視、廣播或是街道之看板，因此新興的廣告戰場，勢必將轉移至網路世界中，同時主管機關對於不實廣告之管制也將改變監控之重心，而將关心的眼神，從傳統的廣告遷移至網路廣告中。因此本項針對廣告模式，或相類似之概念，區分為傳統以及新興模式逐一介紹。

### 一、一般的不實廣告

所謂的不實廣告，其定義為：欺罔或是造成不公平交易的廣告行為。然而在判斷何謂不實，也就是有無欺罔或造成不公平交易之廣告行為，其判斷應係綜合觀察，並且以一般消費水準之大眾為判斷之標準，以確認該廣告是否有欺罔相當之數量的消費大眾的可能。且需要注意者為，一旦被認定，符合所謂的不實廣告，則廣告業者，不能再援引消費者對廣告商品表示滿意，或者廣告之用語字面上之意義為免責抗辯，甚而就算廣告業者確實欠缺故意、出於善意，也不能為免責之抗辯<sup>30</sup>。

不實廣告之行為於實務上層出不窮，然學者大抵上仍將不實廣告作一統整歸納為兩種類型，第一種類型為對於商品本身之不實表示行為，舉凡商品本身之品質、效果、產地、成分作不實之表示行為，則屬於此種類型之不實廣告。而第二種類型乃係對於商品形象為不實之表示行為，市面上常見到的行為係指，廣告主對於自己所有之商號規模，誇耀其為老字號；甚而針對營業性質等為不實之表示

<sup>30</sup> 趙麗雲、林輝煌(2002)，〈不法商業廣告之態樣分析〉，《國家政策論壇》，2卷第6期，頁165。

行為<sup>31</sup>。

以第一種之不實廣告種類來說，最常見之案例為數量品質之不實表示，例如商品標示之重量，與實際之重量不相符合；又或者就冷凍品或是藥品上之保存日期，為不實之標示，甚至直接於各種過期之商品上，標示尚未過期之使用期限；同時在國人崇尚外國特定商品實，並趁勢將國內生產之產品標示為國外生產，此也是屬於此種類型之不實廣告。

除上述之外，更令消費者所詬病的，為不實價格之廣告，廣告主或廠商經常藉由告訴消費者，商品的售價與實際市價，以令消費者相信廠商給予的特價活動，然而實際上，其所表示之市價為不實之資訊；而廠商慣用之促銷伎倆尚包括以買一件送一件的方式為之，然而其標示的銷售價格，卻為實際當一件價格之兩倍，消費者完全沒有因為該促銷受益，反而蒙受消費之更不利益，被廠商誘騙買兩件；此時當然也包含廠商之廣告強調，此優惠為最後一天，或是公告商品特惠下之價錢，惟該價錢其實就是此商品之實質價錢，等等就上述之行為，皆屬於不實廣告於實際市場上之展現<sup>32</sup>。

## 二、不公平廣告

事實上在 1972 年以前，聯邦貿易委員會法（下稱 FTC）向來並未區分，所謂的不實廣告與不公平廣告，因此不公平廣告被判定於不實廣告之一種。然而在聯邦最高法院於 *FTC V. Sperry & Hutchinson Co.* 一案中，承認有些廣告雖然沒有不實之內容，惟此類廣告行為卻不公平，故肯認此類廣告獨立於不實廣告外之新型態，並且可以單獨予以取締<sup>33</sup>。惟觀察美國實務可以發現，基於一定之政治

<sup>31</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 166。

<sup>32</sup> 沈慈航，前揭註 28，頁 17。

<sup>33</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 166。

因素，對於不公平廣告之行為並不會積極取締。同時間為了解決這樣窘迫之情況，故限縮「不公平廣告」之定義，所謂不公平廣告內容為廣告主、廠商或廣告業者，於商品未經驗證即予廣告之行為，或廣告中沒有確實揭露與商品或服務相關連之重要資訊，但資訊內容極為重大，顯示可能會造成消費者使用該商品，具有相當危險性，則在這樣的情況下，使認為廣告不公平，而得加以取締。

此類廣告型態，向來討論的實際商業案例為早期盛行之郵資廣告，套用於現在我國國內，則可以想像各種購物頻道為了促進銷售所使用之手段。該類型之廣告主、廠商及廣告業者，經常為了吸引消費者，而表示現在只剩下多少種貨品，或是這項商品有多迅速可以收到，進階者則為購物頻道散布其銷售量、宣稱熱銷後所剩之商品數，或是用倒數計時等方式，造成消費者心理壓力使其購買等。

### 三、吹噓廣告

吹噓廣告即為一種業者誇示其商品品質之廣告，雖然是一種誇張表達之廣告，然而一般消費大眾卻能一目瞭然，此為敝帚千金老王賣瓜之推銷方式。其與不實廣告之最大異同為，其是否係針對具體事實之陳述，此類廣告之本質是否具有誤導可能性。吹噓廣告向來只是一種針對意見的誇大陳述，但是廣告內容或已經涉及具體事實之不實資訊陳述，則係屬不實廣告，並且應該受其規範。

美國習慣法向來認定，單純的吹噓廣告是沒有違法性的，由此可見，在廣告不實之訴訟當中，吹噓廣告就成為此訴訟類型之抗辯手段。由法院允許業者可以為自己之商品服務，做一誇張陳述之廣告行為。FTC 針對此也認定應為相當之限縮解釋，畢竟消費者在選購商品服務時，通常可以合理預見業者會對其產品，有較為誇張的表現與表示。具體言之，消費者是得以預見業者會認為其商品與服務是最好者，因此就此一部分廣告行為，美國習慣法向來是容忍，惟其商品必須要

有平均以上之品質，否則仍然會被認定為不實之廣告，受其規範<sup>34</sup>。

#### 四、誘餌廣告

誘餌廣告係指，以一個實際上並無打算販售之商品為廣告，以此為誘餌，其可能十分物超所值，令消費者心動，誘使消費者前來理解此項商品，而業者在藉由此機會，向消費者推銷更高價位，或者條件更有利於業者之商品。由此可見，原來之廣告只是業者想吸引消費者，但卻無販售廣告內容所標示之商品之誠意，此種銷售手段，具有違法性，故有廣告不實之嫌疑<sup>35</sup>。

例如，電子賣場於廣告中表示筆記型電腦一萬有找，然而當消費者實際到達賣場以後，才發現這種筆電事實上是展示機台，或者根本已經售罄。則此時業者再推銷其他的價格更高昂之筆電等產品，使消費者購買其他產品則才是業者一開始的目的。

#### 五、背書或證言廣告

至於背書或證言廣告，此類之廣告向來又被稱為推薦廣告。其內涵是以社會上著名之人，或是單位對特定商品或服務為背書，而業者以其背書為廣告，藉此向消費者表示其品質為優良。舉例來說，知名歌星周杰倫代言 Sony Xpria 之手機<sup>36</sup>，其廣告藉由名人周杰倫，向大眾擔保其優良之品質，故其為周杰倫所推薦的品牌，而若用此手機消費者便是跟名人用同款的商品。由於消費者等普羅社會大眾，容易對於名人產生孺慕跟崇拜心態，則就有極大機會接受此廣告並且買單。

<sup>34</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 166。

<sup>35</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 167。

<sup>36</sup> 跟著明星購物去，盤點最強商品代言人。<http://dailyview.tw/Daily/2017/01/14>（最後瀏覽日：10/19/2017）。

然而此類廣告最大的問題有兩點，第一點，此類商品或服務是否真的有該名人之背書或代言。第二點，若真的為該名人之背書和代言，那其名人是否誠實表達其自身的意見。以上兩點若有其一不真實，即屬不實廣告之內涵。若業者知情，該名人並未使用特定之商品，則該廣告就應停止，否則即具有違法性。例如名人代言某 A 牌之飲料，事實上該名人對於該廣告的飲料的內容物過敏，或是從未喝過此項飲料、對於廣告之內容不知情，則此時業者不能繼續為廣告，而應該停止一切<sup>37</sup>。

## 六、保證廣告

保證廣告與推薦廣告，兩者皆是由消費者以外之人為一個保證的行為，但其本質仍然不一樣，推薦廣告的內涵，是由名人推薦其商品與服務之廣告，而保證廣告，則是由業者於廣告中附上商品保證之廣告。

故業者既然已於廣告中明示其保證之內容，則業者就自然需擔保該內容為真實。例如，保證廣告表明消費者，若對商品不滿意則可退貨，並且也並未設置其他條件，則當消費者表明不滿意之後，業者應該要無條件的地允許消費者退貨，並且返還價金。除非業者於其廣告內有詳明退貨之條件，但絕對必須事先明示於廣告中<sup>38</sup>。除了上述所舉的案例，若業者於廣告中保證其產品，具有特定之品質，舉例來說，保證車款之玻璃為安全玻璃，若該玻璃並非如同業者所保證的品質，則屬於不實之廣告。

就此需要特別補充之內容為，FTC 並未規定業者於登載廣告時，需要於廣告內容之詳列各項保證事項，但是消費者於訂約前，可以向業者請求索取該商品或

<sup>37</sup> 沈慈航，前揭註 28，頁 19。

<sup>38</sup> 沈慈航，前揭註 28，頁 19。

服務之保證書<sup>39</sup>。

### 七、電視模型試驗廣告

電視模型廣告，就是藉由電視廣告中展示商品模型，以令消費者理解該商品之資訊跟內容，然而因為此類型廣告之目的，在於藉由模型使電視機前的觀眾，更加理解此商品，或是加深其對於商品之印象。由此可知，電視模型廣告本身之存在是容許的，但是其模型僅能為為背景之陪襯，且須明示此模型為虛擬之試驗，不得令觀眾以為該模型就是商品實物，否則就具有不法性，而被判定為不實廣告<sup>40</sup>。

### 八、信用消費廣告

信用消費廣告最主要是針對承辦此類業務之業者，相關業者為了促進業績，於是便無所不用其極地吸引消費者。最常見的方式為，宣稱其手續簡便，十分快速取的核可，或者對信用消費欠款的情況下，其清償或者被催收，有優惠的方案。但消費者常常簽約以後才發現，事實上他的優惠方案並不是用普通之社會大眾，更甚者，其優惠並非其事前所宣稱之優惠，或者在這樣的條件下搭配更嚴厲的催收手法，則此項廣告則屬不實廣告<sup>41</sup>。

<sup>39</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 168 至 169。

<sup>40</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 169。

<sup>41</sup> 趙麗雲、林輝煌，前揭註 30，頁 170。

## 九、寄生廣告

寄生廣告基本上本質即具有不法性。因為其內涵就是業者於其廣告上附加其他著名之商品或服務的品牌、以及其等級格調等交易條件，表明其產品與其所附加之著名品牌，與該著名之商品或服務同等級。以此來吸引消費者或者建立名聲。然而此類行為無法藉由商標法相類之規範所相繩，因其並未直接使用著名商標，也並非為了使消費者混淆商品來源<sup>42</sup>。

## 十、比較廣告

比較廣告的應用十分廣泛，其核心概念就是廣告主(或業者)於廣告中，以他業者所提供之商品或服務與自身所提供者，為一比較之行為，藉此向消費者表示其所提供之商品與服務為較好者。事實上，比較廣告本身並非不法之廣告類型，此類廣告類型所引起之爭議，在於有無違反交易秩序，以及有無保障消費者的權益。參照公平交易委員會，對於比較廣告案件之處理原則第 1 條至第 4 條之規定，只要於廣告中，廣告主或是業者沒有以不恰當之比較廣告誤導消費者，導致不公平競爭，其應該都被容許。

因此，公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則明定兩個原則，其一為，廣告行為之內容應該與實際情形相符。第二為，廣告行為應以公正、客觀、比較基準相當之方法行之。由此可見，公平交易法以及主管機關對於廣告行為之規範，大抵上就是這兩者原則之運行，只是於比較廣告之類型中，有更細膩的說明與規範，例如其違法之類型，規範於公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則第 5 條與第 6 條。

<sup>42</sup> 吳英同(1997)，〈不實廣告類型及案例分析〉，《公平交易季刊》，6 卷第 1 期，頁 139 至 140。

## 十一、隱匿性廣告

隱匿性廣告，系指廣告主或業者於廣告行為時，沒有針對足以影響重大交易事項於說明，因此就會產生廣告內容有所隱匿，此為廣告主或業者消極的不表示。不論是美國實務還是我國皆有此種類型之廣告行為<sup>43</sup>。

## 十二、附註廣告

附註廣告時常會搭配以圖片宣傳的廣告，或者是標題吸引人之廣告，廣告主或業者，於廣告主文以外，附加註解於廣告後面，以達到廣告主所欲附加說明或檢視之目的。然而其畢竟僅為附加於主文後面之文字，是否屬於廣告，似乎係值得探討研議，但不可諱言其附加之文字，亦是傳達資訊給予消費者，故應肯認其為獨立之廣告類型，也就是附註廣告，而此種廣告也日益漸增。

除此之外，需要補充說明者為，附註內容十分多元，並不限於僅能補充商品或服務之資訊，實務常見之情形為，廣告主或業者於附註廣告附加條件，不論是針對優惠有條件限制，還是對於購買數量有限制，亦或是總總不利消費者之限制等。並且，該附註極有可能以不起眼之字體，意圖使消費者忽略該附註事項。因此，此類廣告型態針對該部分問題經常引發消費糾紛<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> 范建得、莊春發(1994年)，《不實廣告》，台北：漢興，頁163。

<sup>44</sup> 曾于軒(2009)，《產品涉入程度、認知需求與附註廣告之完整性對消費者反應層級之影響》，輔仁大學管理研究所碩士論文，頁4；鄒詩慧(2010)，《廣告附註與限制條件對消費者反應之影響》，輔仁大學管理研究所碩士論文，頁5。

## 第二項 不實廣告新興類型之可能

由於現今有的網路付費媒體格式，十分多元，例如：展示型廣告，直接鑲嵌在網頁裡面供消費者點閱。豐富的媒體廣告，舉凡橫幅廣告、可縮放、可彈出、隱藏、浮動、插播的廣告，都是屬於此類型<sup>45</sup>。除了上述兩者之外，還有關聯式廣告、電子郵件式廣告、贊助廣告以及各種新興格式。關鍵字廣告就是其中一例，由關鍵字來促使廣告的展現，驅動廣告跳出於消費者眼前，則是現金付費廣告最重要的一個技巧，其又稱為「搜尋行銷」，此類型廣告近年的成長近乎翻倍<sup>46</sup>，成為付費媒體格式中，近期最火熱的一種格式。故關鍵字廣告所產生的效益與問題，在現今科技以及消費方式與過往大不相同的社會來說，越來越重要。而在這樣的情形下，不實廣告之類型將不再囿於過往的廣告型態上，他將有更多的可能。

美國著名廣告使用倡導者的 E.St.Elmo Lewis，一生致力於教育公眾，「千萬不要小看廣告的潛力」，其於 1898 年提出所謂的 AIDA 消費模式<sup>47</sup>，也就是說消費者會經歷對產品產生認知，引發對此項產品的興趣以及慾望，最後才會行動，購買此產品。其一系列的過程，由四個階段組成，此四階段的四個英文單字字首為 AIDA，故學理上向來習慣將其稱為 AIDA 消費模式<sup>48</sup>。然而 AIDA 模式在現今的網際網路時代卻受到衝擊，其舊有的模式理論，在現今已然無法完全契合廣告運作。

故日本電通廣告公司(Dentsu)另外提出一個理論，來解釋現今的消費模式，其認為現今的消費者必事先對於產品有所認知，然後進而產生興趣，但有興趣之後不再是直接行動，而是先藉由網路搜尋資料，才會有所行動，並且再於消費後

<sup>45</sup> 洪慧芳譯，Judy Strauss, Raymond Frost，前揭註 7，頁 383。

<sup>46</sup> 2011 年上半年至 2012 年，從 6.36 億美元成長至 12 億美元。參照洪慧芳譯，Judy Strauss, Raymond Frost，前揭註 7，頁 378。

<sup>47</sup> Awareness(認知)，Interest(興趣)，Desired(慾望)，Action(行動)。

<sup>48</sup> Edward K Strong, THE PSYCHOLOGY OF SELLING AND ADVERTISING, 9 & 349 (1925).

網路上分享這次的消費心得，此即為 AISTS 理論<sup>49</sup>。因此我們可以知道，跟舊有的消費習慣和模式相比，現今的消費者越來越注重搜尋資料這個動作，而其已然成為新興模式下不可或缺的一環。在這樣的環境之下，以搜尋引擎為媒介的廣告，自然而然的產生，並且發展的越來越多元及複雜，其中最不可忽視的就是關鍵字廣告。

所謂的關鍵字廣告，就是網路使用者於搜尋引擎，鍵入自己所欲找尋的產品關鍵字，而關鍵字就會導致事先被設定好的廣告，出現於搜尋頁面上。關鍵字廣告的運作，最主要就是靠搜尋引擎搜尋資料時被觸發。搜尋引擎之運行基本上是靠引擎對於資料的蒐集，並且建立其索引及頁面的排序，然後予以消費者搜尋。引擎的搜集倚賴電腦程式於全球的網頁下載資訊，接著整理編排製作索引，索引方式有內容索引、結構索引及特別索引。至於頁面排序順位高低與否，是依靠系統對於該網頁的關鍵字出現數量高低、網頁的標題有無含括關鍵字、被其他網路使用者點擊的頻率等綜合判斷<sup>50</sup>。

關鍵字廣告具有其特殊的特徵，跟傳統的網路廣告相比，其也較能蒐集顧客的資訊，從而能更準確的抓住目標客層，所以前者也能使廣告主，藉由點擊廣告的次數來理解消費者的喜好為何，並且開發潛在客群以建立未來消費可能。其消費者，跟舊有網路廣告比起來，自主性更高，選擇何種廣告的主導權更緊握在消費者手裡，而這也有助達成客層的區分，其成本也更低廉<sup>51</sup>。

並且就關鍵字廣告之本身，其結合了消費者的需求以及搜尋引擎業者的創意，

---

<sup>49</sup> 所謂 AISTS 是擷取五個階段的英文字 Awareness(認知)，Interest(興趣)，Search(搜尋資料)，Action(行動)，Share(分享)。參照蘇建州(2010)，〈網路使用者媒體共用偏好與網路關鍵字廣告效果研究〉，《新聞學研究》，103 期，頁 5 至 6。

<sup>50</sup> 黃紹麟，第三代網路行銷：搜尋引擎行銷（上），部落客網站：數位之牆，<http://www.digitalwall.com/scripts/display.asp?UID=288>（最後瀏覽日：10/24/2017）。

<sup>51</sup> 蕭富峰、張佩娟、卓峰志(2010)，《廣告學》，台北：智勝，頁 309。

而可以概略分成兩種，一種為所謂的網頁標記廣告<sup>52</sup>；另一種為搜尋頁面上登載的關鍵字廣告，後者為最常見的關鍵字廣告，而其種類也不遑多讓，充分顯現新興科技產業下網路商業廣告的創新性，例如：彈跳式廣告<sup>53</sup>、付費排序廣告<sup>54</sup>、內容導向廣告<sup>55</sup>、文字底線廣告<sup>56</sup>。

低廉的成本、樣式多變、高度創意性、高度回報率的特性，都使關鍵字廣告於現今的網路廣告中脫穎而出，成為廣告業界最火熱的新興戰場，在這樣的背景下，不實廣告是否應該入罪化之討論，就有其再討論之必要以及迫切性。

<sup>52</sup> 網頁標記 (Metatag) 的這個方法，與其他類型的關鍵字廣告最大不同點在於，其並不需要在搜尋引擎頁面上登出含有關鍵字的商業廣告，其本身是藉由撰寫超文字標示語言 (HTML) 上的標記，使廣告主的頁面得以對瀏覽器下特殊指令，而瀏覽器就會依照撰寫的標記，也就是其指令，來顯示內容。參照洪珮嫻(2016)，〈網路關鍵字廣告商標侵權之探討〉，國立中正大學財經法律學系研究所碩士論文，頁 33。

<sup>53</sup> 彈跳式廣告 (pop-up advertising) 的運作方法系指網路使用者，此些潛在的消費者瀏覽網頁時，不自覺下載廣告主所設計之軟體，並藉由該種軟體監視網路使用者，以蒐集資訊，判斷何者為從潛在的消費者轉為消費者，且當網路使用者瀏覽網頁時亦或鍵入特定關鍵字詞時，該軟體就會受到觸發，而顯示與關鍵字相關的廣告，彈跳進網路使用者的螢幕上。參照田青青(2008)，〈網路關鍵字廣告之法律爭議〉，東吳大學法律學系法律專業碩士班，頁 26。

<sup>54</sup> 付費排序廣告 (paid listing) 就是最為大眾知悉的傳統關鍵字廣告，網路使用者於搜尋引擎鍵入自己所欲找尋的產品關鍵字，則關鍵字就會導致事先被設定好的廣告出現於搜尋頁面上，但是下面會小小的標示廣告兩個字，以區別自然排序區的搜尋結果。自然排序區的網站不需要收費，除非廣告主買網頁標記 (Metatag) 來呈現自己的廣告，此種方式又稱為搜尋引擎優化。否則，自然排序區就視該網頁的標題、內容、關鍵字出現次數與否等來排序網頁順序，由此可見若沒有付費使其搜尋的部分優化，則是否能成為前順位的網頁，就無法完全掌握以及預測，因此就需要依靠付費排序廣告來增加廣告主的網頁曝光度。。

<sup>55</sup> 內容廣告導向廣告(context-base)與傳統的網路廣告，例如橫幅廣告，看似沒有差別，但其最大的差別在於，內容導向廣告是針對特定的關鍵字詞，也就是針對特定目標族群而呈現。所以並非如同傳統的網路橫幅廣告一般，無條件地一直顯示於搜尋頁面上，因此可以想見的是，廣告主的廣告成本自然是大幅降低便可以達到所欲達到的效果。參照田青青，前揭註 53，頁 19。劉孔中，前揭註 29，頁 352。

<sup>56</sup> 文字底線廣告 (Underlined Words)，其運作方式是於網路使用者在點擊網頁瀏覽時，特定的關鍵字具有底線，而具有底線的文字就是文字底線廣告，使用者如欲閱讀該廣告，只要將游標滑向有底線的關鍵字，就會出現廣告框，點選該廣告框就可以進入廣告主的網站。參照田青青，前揭註 53，頁 20；余啟民(2008)，〈網路關鍵字廣告之商標爭議〉，《法學叢刊》，53 卷 4 期，頁 24。

## 第五節 小結

### 一、廣告具有社會責任

廣告從最開始僅具有辨識之功能，隨著人類文明的發展和進步，資本主義興起，商品種類多樣化，在市場競爭的情況下，廣告逐漸形成給予消費者資訊的功能，甚至發展出說服消費者的功能，使廣大消費者向其消費商品或服務，以利廣告主從中獲取利益。鑒於網際網路的發明，以及進步，更是將廣告種類推向另一個次元，與之前相比，最重要的改革變化，就是消費者從被動接受廣告的地位，成為主動尋找資訊之地位，然而卻仍然無助於消費者與事業或企業經營者之間，地位和資訊之不對等，消費者對於所欲購買享受之商品和服務之資訊，必須依賴事業之給予，這就顯現了廣告資訊給予不實所造成的社會問題之嚴重。

廣告本身之社會責任，向來以廣告之存在是創造需求還是滿足需求、廣告塑型社會還是反應社會，以及廣告是否會促使社會過於追逐物質等方向為辯證，由此可知，廣告自然會產生一定之社會問題，舉凡對於社會特定族群的扭曲印象、過多的性或色情來表達廣告、影響社會個體對於自我形象之建立、廣告之品味對於觀賞者有所冒犯、誤導消費者的商品資訊、對商品之過度吹噓美化、利用不實的背書和保證來吸引消費者、造成不公平競爭的比較廣告、成藥廣告導致成藥使用的氾濫，以及兒童是否有判斷廣告內容之能力等等的討論。

廣告雖然改變世界的交易習慣，但是藉由本文上述之整理，廣告引起的社會問題也不可忽視，業者取得商業的廣大利益和成就時，更應該利用其影響力和資源，盡其社會責任以回饋社會。就此前提下，不實廣告之防範與避免之根本解決之道，應該依靠業者自身的自制，提升商人之倫理自制，惟不可諱言部分商人擴張之貪慾，仍然導致不實廣告之情況日益嚴重，尤其科技與消費型態改變迅速的

今日，與日俱增的廣告型態越趨複雜。因此到底該如何防範就成為本文所欲討論跟整理的主题。

### 二、不實廣告行為之社會問題

新聞所播報之社會案件，可以檢視我們的不實廣告之問題，對於人民權益影響十分嚴重。藉由本文所介紹有關洗碗精以及化妝品、保養品等不實廣告之社會案件，可以發現不實廣告之行為常常配合不實標示之行為一同出現，兩者對於消費者來說難以區分，也難以明白為何商品上標示其成分具有毒性，但是行銷的廣告標榜無毒，卻無法處以刑事制裁。而宜蘭睡蓮有機農場，甚至於廣告上號稱睡蓮可以治療癌症，導致患者選擇放棄正規治療至其生命殞落。新興廣告型態下，也產生了更多的不實廣告問題，廣告對人民所造成之影響比我們所意識到的深遠，不實廣告之侵害也比我們所知道的嚴重，在我國目前對於不實廣告行為之態度全面採取行政管制的情況下，這樣的社會問題就不會減少也不會緩解，國內許多企業經營者甚至規劃整年的預算時，會撥出一筆款項列於「備抵」這個會計科目上，以備利用不實廣告行為行銷時，被裁罰的行政罰鍰，倘若當真被裁罰了，該筆罰鍰就被歸為公司的壞帳，但係屬於有備而來的壞帳，由此可知，行政管制不足以保護競爭秩序以及消費大眾。

### 三、不實廣告應侷限於客觀可檢驗之事實上主張

廣告之社會問題雖然繁雜，但本文最主要是針對給予誤導性資訊之不實廣告為探討主軸，因此不免俗的必須先定義不實廣告。我國關於不實廣告之規範遍佈在各個行政法規中，不同的行政法規對不實廣告之定義也不盡相同，但本文認為，大抵上對於不實廣告之主要內容，皆涵蓋於公平交易法第 21 條之規範，也就是事業於廣告上，表徵足以影響消費者決定之商品資訊，系虛偽不實

或是引人錯誤的。公平交易委員會處理原則第 17 條臚列 31 種，表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示。藉由上述之介紹可以發現，其可大略區分為五類，也就是針對事業主體獨特性的誤認、對於商品、服務之特點誤認、對於商品、服務限制的誤認、對於風險的誤認、對於價格與福利的誤認。

然而上述五類皆具有一個共通點，其皆是客觀上可以受到檢驗的事實主張，倘若僅是主觀上的價值判斷，則根本無法明確的判斷廣告內容是否不實，因此本文認為的不實廣告，其應該被特定為是針對事實主張的誤導性資訊，而非主觀的價值認定。

#### 四、廣告與商品標示不同

不實廣告依據公平交易法第 21 條之規定，似乎極為單純，僅要求內容具有虛偽不實或引人錯誤即落於其規範內。但不實廣告之可能性及種類，並非如此而已，尚須討論其可能之類型及各種相類似之概念，故參照既有之不實廣告規範以及聯邦貿易委員會法之規定整理之，不論是不公平廣告還是吹噓廣告、誘餌廣告、背書證言廣告、保證廣告、信用消費廣告等等皆有可能落入不實廣告之範疇。除此之外，尚要注意新興網路廣告類型具有不實廣告之可能。網際網路高度的發展下，是無可避免之趨勢，廣告內容之不實，藉由網路的傳達，造成人民之侵害也較以往嚴重，危險也大幅提高。然必須釐清廣告與商品標示之差別，鑒於上述本文之整理，可以得知，所謂的商品標示，是針對商品之必要資訊而標註於商品上之標示；廣告則是對於傳遞非必要資訊，並且具有濃厚行銷特質之產物。惟公平交易法第 21 條之規定，並未僅限於廣告之適用，商品標示之問題也可適用本條之規定，在此補遺說明之。



## 第三章 不實廣告之法律責任

現今不論是製造商還是服務業，其商品和服務，相較以往都得以更快速和更有效率的方式提供給消費者。因此，供給將過於求，當消費者的選擇性提高，則提供商品和服務者要能夠拿下利潤和顧客，就必須給予消費者一個比競爭者提供的誘因更確切更強大，故其所要依靠的方式就是行銷。

首先，尋找顧客的需求，並且，提供商品和服務者將自身之功能與行銷功能協調配合，建立並且達到長期性的經營目標，畢竟最重要的目的在於提供者自身利益的滿足，不是單純的滿足消費者。而優質的行銷策略包含的就是所謂的廣告<sup>1</sup>。廣告則包含消費者所需的所有消費資訊，倘若該資訊違背真實，並且致使消費者陷於錯誤，則其於消費上即為一個難調正確之選擇，競爭市場將失去功能，除了消費者深受其害以外彼此競爭者之間的秩序也被破壞殆盡<sup>2</sup>。因此不實廣告具有規範之必要，以及給予其相應的法律責任。

然而一個廣告從無到有，並且配合完整的行銷策略，需要一定的人力和物力，從消費者資訊之蒐集；理解消費者的需求；構思設計顯眼有效的廣告以及傳遞的方式選擇，其各個負責之角色皆需各司其位，各司其職，以盡其功能然後繳交完美的作品。故從事廣告之行為，大抵來說，係由廣告主、廣告媒體業和廣告代理業所組成，缺一不可，雖然現今若干企業內部，皆設立專責廣告之部門，以取代委任廣告代理業之費用，然而一個廣告之產生，仍然是需要這三種角色將功能落實。若廣告行為具有虛偽不實等違法之情事，上述之三者自然也是扮演一定之角色，故社會對其也期待彼此之監督，以避免不實廣告之違法情形<sup>3</sup>。因此不論是公

<sup>1</sup> 李孟麗、徐村和(1998)，《廣告學：策略與管理》，台北：五南，頁 14。

<sup>2</sup> 汪渡村(2015)，《公平交易法》，6 版，台北：五南，頁 6 至 9。

<sup>3</sup> 陳麒文(2010)，《從比較法論不實廣告之行為規範》，南台科技大學財經法律所碩士論文，頁 29。

平交易法，還是消費者保護法對上述之主體有所規範，故以下深論之。

## 第一節 我國責任主體之界定

討論不實廣告所應受之規範為何，則必須先就何者，屬於不實廣告之責任主體為討論，承前所述，廣告之產生必須仰賴廣告主對於廣告之需求，渴望藉該廣告創造利潤，並且投注資金，然後尋找恰當的廣告代理業者，為其調查市場需求，設計符合廣告主，以及消費者需求之廣告，再藉由廣告媒體業，將該廣告傳播出去，則其於不實廣告之情形發生時，是否應當就此部分負責任，並且除了上述三者外，是否尚有其他主體應當對此部分負責，不實廣告責任之主體界定則為本節之重點。

不實廣告造成競爭秩序破壞，因此其規範內容最主要是規定於公平交易法，故在探討不實廣告行為的侵權行為主體時，則必然就公平交易法之規定為討論，而依照公平交易法第 21 條之規定，其最主要分為事業，也就是所謂的廣告主；廣告代理業；廣告媒體業；廣告薦證者為規範。其中關於廣告主之討論，則必須檢視各種類型的商業型態，其主體是否即為廣告主。

而除了公平交易法以外，保障消費者權益之消費者保護法，也是不實廣告行為的主要規範法規，其規定於消費者保護法第 22 條，並且輔以消費者保護法第 2 條對於各個專有名詞之定義，而得以窺知消費者保護法，所欲規範之不實廣告侵權行為主體。上述介紹之規定其管制之主體，為企業經營者與媒體經營者，但卻未如公平交易法，對於廣告代理業和廣告薦證者加以管束，因此廣告代理業之行為責任探討，則要回歸公平交易法之規定。

## 一、事業（廣告主）

公平交易法第 21 條第 1 項規定：「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」此項條文規定，關於不實廣告之主體，即明確訂為事業。公平交易法第 21 條第 5 項之規定，廣告代理業者、廣告媒體業者以及廣告薦證業者若有相關違法之情事則與廣告主負連帶賠償責任。該廣告主則為公平交易法第 21 條第 1 項之事業，利用廣告行銷其所欲提供之商品和服務之事業<sup>4</sup>。惟現今商品與服務產銷之手段與路徑，越趨多元與複雜多樣，故以下針對各種商業型態所可能之主體，檢討其是否為不實廣告之廣告行為之主體，而受公平交易法第 21 條第 1 項之規範。

### （一）製造業者以及出品業者

事業為了節省成本，故往往將商品外包給更低廉之工廠和勞工代工，也就導致實際的製造業者，與出品業者不一致的情況。這在現代之商業活動十分常見，然其所導致之問題為，商品廣告上顯示者為出品業者出品，但實際製作該廣告之人卻是製造業者。若該廣告有不實之問題，則廣告行為之主體，究竟是實際製造的業者亦或出品業者。就此部分，由於廣告內容的決定者為出品業者，製造業者僅是代工，因此仍應判定此商品之製造人是出品業者，並且對於該廣告負責<sup>5</sup>。

<sup>4</sup> 陳麒文，前揭註 3，頁 30。

<sup>5</sup> 劉姿汝(2009)，〈公平交易法不實廣告規範之再檢討〉，《興大法學》，5 期，頁 128。

(二) 百貨公司、大型量販店和商品業者

一般之商品業者為了拓展客源，故都會傾向在百貨公司和大型之量販店，設立據點和專櫃，百貨公司以及大型量販店，則以此向租借地點之商品業者收取租金。若百貨公司或大型量販店向一般消費大眾，傳遞有關商品之廣告內容有虛偽不實，則負擔該不實廣告之廣告行為者係百貨公司、大型量販店還是向其租借場地之商品業者。學理上認為，雖然提供商品資訊者為一般商品業者，惟該廣告行為之名義人為百貨公司或大型量販店，消費者對其有所信賴，故其對於所將刊登之內容應負擔監督審查之責任，因此就此類似之案件，為不實廣告行為之廣告主應認定為百貨公司或大型量販店<sup>6</sup>。

(三) 加盟業主和加盟店

連鎖和加盟經營方式日益發達，故公平交易委員會也針對此種經營模式為定義以規範之。所謂的加盟經營關係，依據行政院公平交易委員會對於加盟業主資訊揭露案件之處理原則第 2 條第 3 款，係指加盟業主與加盟店訂立契約，前者將商品之商標和特定之技術授權與加盟店，以供其使用，為了維持加盟業主一定之品質，故亦同時協助和指導其經營，加盟店則對此支付對價，此一為繼續性契約。而加盟店為不實廣告之廣告行為時，加盟業主僅負責授權商標與技術，以及指導協助經營，但是細節性的行銷廣告跟經營，則各自獨立，由此觀之，加盟業主是否負責不實廣告行為之侵權責任，應視其對於此廣告之內容是否有決定性影響，否則加盟業主不一定負擔這項責任<sup>7</sup>。

<sup>6</sup> 劉姿汝，前揭註 5，頁 128。

<sup>7</sup> 劉姿汝，前揭註 5，頁 130。

#### (四) 合作廠商和贊助廠商

為了創造更廣大之商業利益，商業合作與贊助之方式也越來越興盛，此係使雙方得益之手法。合作廠商或贊助廠商，提供一定有形或無形之襄助，以獲得行銷或者其他實質之利益。此時不實廣告之責任應該由誰負責，學理上認為，應討論實際情形以判定，若是合作廠商和贊助廠商本身不只提供商品或襄助，也參與或者共同銷售，並且參與此廣告之內容，則自然係屬於所欲管束之廣告主。然若合作、贊助廠商單純提供場地，或者資助金費，對於廣告之相關內容皆無接觸與涉入，此時若要求其負擔不實廣告之責任實屬過苛<sup>8</sup>。

#### 二、廣告代理業

廣告行為除了廣告主外，還有需要廣告媒體業以及廣告代理業，一個廣告的產生，後兩者為至關鍵之角色，各自不同之專業職掌，充分顯示現在社會細膩之分工。廣告代理業之工作人員計畫廣告，設定欲達成之目標，然後研究廣告以及評估效果；並且詳列預算協調所有活動，最後創造廣告。其能夠專心從事廣告工作，發揮自身創意，與媒體良好互動，並且擅於調查市場資訊，使廣告主減少行銷成本，僅需管理以及監督廣告代理業，就得以得到成果，故廣告主自然都傾向將廣告業務，委託予廣告代理業<sup>9</sup>。廣告學理也針對現今的廣告代理業之主要功能有所描述，第一為市場調查行銷研究的服務；第二為行銷、創造廣告並且協調活動之功能；第三為顧客反應處理以及媒體分析之功能；第四為客戶管理之服務<sup>10</sup>。

職是之故，廣告主對於商品服務之廣告並非親自設計、自行規劃，其僅是向

<sup>8</sup> 劉姿汝，前揭註 5，頁 130。

<sup>9</sup> 徐瑞敏(2007)，〈論不實廣告之法規範-以汽車行銷廣告為例〉，銘傳大學法律學系碩士論文，頁 42 至 43。

<sup>10</sup> 李孟麗、徐村和，前揭註 1，頁 86。

廣告代理業提出自身之需求，接收需求的廣告代理業則實現其需求。故在判定不實廣告之負責主體之前，就必須詳細審查，到底其廣告不實之部分是出自於廣告主的要求，還是廣告代理業為了討好廣告主，以尋求下一次合作的機會。當消費者因為相信廣告代理業所做之廣告，而受到損害時，廣告代理業若知情或者可得而知的情況下，仍執意製作不實廣告，則必須與廣告主負連帶賠償之責任。其於此時係為侵權行為之主體自無疑義。

消費者保護法有關不實廣告之相關規定，不論是第 22 條還是第 23 條，皆沒有針對廣告代理業做相關之規定，然而由上述介紹廣告代理業的篇章後，其實可以發現廣告代理業對於廣告的產生是具有主動之地位，幾乎主導整個廣告的產出，不論是事前的資訊蒐集、企畫、設計還是實際的製作等，皆是由廣告代理業完成，故消費者是極有可能因為廣告代理業，所為之不實廣告行為，而受到損害。消費者保護法未將廣告代理業納入規範，事實上對於消費者的保障有所不足，為立法之缺漏<sup>11</sup>。然此非本文所欲探討之重點，故就此點到為止。

### 三、廣告媒體業

廣告媒體業與廣告本身唇齒相依，基本上廣告媒體業，最主要擁有的資本就是媒體，藉由媒體傳播承載廣告訊息，以達到廣告之目的。故其販售時間以及空間，若要更詳細的描述，則其工作之內容就是安排廣告，於恰當的時間和適當的版面，向消費者刊播，並令其理解廣告所欲傳遞之資訊，促使消費者受到廣告內容之吸引與廣告主訂立契約。因此廣告媒體業具有傳播功能、吸引民眾功能以及為廣告主及民眾服務之功能<sup>12</sup>。

然而藉由廣告主與廣告媒體業之運作可以理解，廣告媒體業事實上很少甚至

<sup>11</sup> 徐瑞敏，前揭註 9，頁 57。

<sup>12</sup> 艾進、劉軼、胡大凱、任佳(2015)，《廣告學》，台北：元華文創，頁 183。

根本不會參與廣告製程，故也無機會干涉廣告本身之內容。但也不得因此而免除廣告媒體業之社會責任，畢竟民眾對於媒體傳播業者具有一定之信賴，相信其傳送之資訊為真實正確，所以公平交易法規定廣告媒體業，在明知或可得而知，其所傳播或刊載之廣告資訊有引人陷於錯誤的可能，仍然刊播則應與廣告主負連帶賠償責任，有此可見，立法者賦予廣告媒體業針對廣告具有監督之責任。

消費者保護法第 23 條所規範之媒體經營者，事實上就等同公平交易法所規範之廣告媒體業。就是廣告主在傳遞廣告予消費者的重要管道，科技日益發達，網路快速進步的世界，媒體形式也越來越多樣化，廣告主在選擇何種廣告媒體之前，勢必對於市場之供求、行情和發展趨勢為研究，最後在選出恰當之媒體經營者<sup>13</sup>，然後由其為廣告主播送和刊登廣告。

然而再次需要提醒的地方為，媒體經營業者實際上是並沒有參與廣告之內容，但是不論是公平交易法，還是消費者保護法，皆肯認媒體經營者對於自己所擁有之媒體平台，刊播的任何廣告，應該負有監督審查之義務，所以消費者保護法才會規定，若媒體經營者明知或可得而知其為不實廣告仍刊播，則對消費者負連帶責任。畢竟媒體經營業者依靠廣告之播送，從廣大社會民眾身上獲得經濟利益，獲得消費者信賴其傳遞之資訊為真的特殊情感，則其就應該對社會負有責任。並且消費者保護法相較於公平交易法，更是規定此責任，不可以預先約定限制或拋棄<sup>14</sup>。

<sup>13</sup> 艾進、劉軼、胡大凱、任佳，前揭註 12，頁 203。

<sup>14</sup> 朱柏松(2002)，〈論廣告媒體業者之損害賠償責任－兼評最高法院九十年度台上字第二〇二七號判決〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 15 至 17。

#### 四、廣告薦證者

有鑑於我國現日益增多的事業，選擇聘用知名人物或者商品相關之專業人士、機構，向一般民眾分享自身的經驗，或是表達本身就是該商品之愛好者，以提高該商品和服務之能見度，以及消費者的信任，以利其銷售量。惟於此也可輕易發現，消費者往往因為信任廣告薦證者而去消費，倘若該廣告之內容虛偽不實，則對於消費者之權益即形成損害。而所謂的廣告薦證者，並不限於知名人物、公眾人物或者專業權威人士、機關，以一般普通之消費者使用的經驗做分享，也是屬於此類之廣告。

規範薦證廣告之核心內涵，在於確保廣告內容之薦證者意見必須真實，屬於其實際體驗之成果，不得有虛偽不實引起民眾錯誤之表示。惟廣告薦證者所為之虛偽廣告內容極有可能是為了逢迎廣告主之要求，對於廣告內容沒有實際的決定權。但是廣告薦證者之經驗分享，輕易獲得廣大民眾之信任，並且藉此獲取豐厚之經濟利益，其必須負擔一定的社會責任，所以公平交易法則規定其明知或可得而知，其所為之內容具備引起消費者錯誤認識之可能，則必須與廣告主負擔連帶賠償責任。並且對於知名人士、權威人士、機構以外的薦證者，限縮其賠償責任。

#### 五、企業經營者

消費者保護法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。企業經營者之商品或服務廣告內容，於契約成立後，應確實履行。」由本文上述關於不實廣告之定義則可得知，消費者保護法並未對於不實廣告做出明確之定義，僅要求廣告內容之真實，並且對消費者負擔之義務不得低於廣告之內容，甚至依據消費者保護法第 22 條第 2 項，將廣告解釋為契約成立後須履行之義務。

而企業經營者即為廣告行為之人，並且應確保內容真實等相關之義務，相當於公平交易法第 21 條第 1 項所規定的事業或廣告主。消費者保護法第 2 條針對企業經營者也有詳細之定義。所謂企業經營者專指設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。而其條文所寫的營業二字，依據消費者保護法施行細則第 2 條之規定其營業，不限於只以營利為目的。所以不論是個人、獨資、合夥、法人、無繳納營利事業所得稅義務者或者無營利之目的者，只要符合消費者保護法之要件則即為其所要規範之主體—企業經營者。

## 第二節 不實廣告之法律責任

不實廣告之行為在面對網路發達的現代社會中，所造成之影響比過往任何時代都還要劇烈，能夠影響之大眾也更廣泛更輕易，因此在理解廣告行為之主體們負有一定之社會責任，並且必須盡其社會之義務外，需要負擔何者法律責任，則如下所敘述，因此本節針對不實廣告之行為，粗略的介紹其個別之民事責任、行政責任以及刑事責任。

### 第一項 侵權責任與契約責任之交錯

不實廣告之行為的民事責任，最主要來自民法的侵權行為和契約責任，以及公平交易法和消費者保護法之規範，以下分別敘述之。

#### 一、公平交易法之規範

當受規範之主體為不實廣告之廣告行為時，其規範於公平交易法第 21 條。第 1 項規範不得於商品之廣告行為時，向廣大的消費者大眾傳遞虛偽不實，或引人錯誤之商品資訊，第 2 項則例示何者為影響消費者大眾之資訊，第 3 項明示服務之事業準用上述兩項之規定。並且於公平交易法第 29 條規範，若事業違反公

平交易法，被害人可以請求除去侵害或防止侵害之行為，而公平交易法第 30 條，也明確訂定違反之事業，應向受損害之被害人負損害賠償責任。而公平交易法第 21 條第 4 項，則係針對廣告代理業、廣告媒體業以及廣告薦證者於明知或可得而知之情況下，與應負擔責任之事業，也就是廣告主，負連帶賠償責任。

## 二、消費者保護法之規範

消費者保護法第 1 條明示本法所欲保障的核心為消費者權益、國民消費生活安全、國民消費生活品質，因此在消費者保護法第 22 條，要求企業經營者應該確保廣告內容之真實，也就是根本否決不實廣告之廣告行為，縱使廣告與實際上有所差異，企業經營者對消費者所負之義務，也不得較廣告之內容為低。第 23 條則是規範信賴廣告為真實之消費者，在廣告媒體經營者明知或者可得而知其為不實之廣告時，得以向企業經營者與廣告媒體業者，索求連帶賠償責任。甚至於企業經營者是故意為此類侵權行為，致消費者受到損害時，消費者得以請求懲罰性賠償金。

## 三、民法侵權責任之規範

不論是消費者保護所稱之企業經營者，還是公平交易法所訂定之業者、廣告主，或其受特別法規範須連帶賠償之對象，其為不實廣告之行為，本質即為民法第 184 條之侵害他人權利之行為，故得依據民法求償。

民法第 184 條所規範之條文為侵權責任的基本規範，學理上認為其第 1 項前段所保護之內涵以權利為限，條文第 1 項之後段則不限於權利，也擴及於法律上之利益，然而相對於前段，其限於加害人主觀故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人。加害人若具備此主觀要件，則內涵之違法性較高，保護之客體相對也會較大。至於第 2 項之構成要件則限於因違反保護他人之法律，所致生損害於他

人者，負損害賠償責任。加害人之行為一旦違反保護他人之法律，則其即具有違法性而負擔侵權行為之損害賠償責任。故民法 184 條之侵權行為向來區分為權利侵害型與違法侵害型，第 1 項之前段為權利侵害型，其他則為違法侵害型<sup>15</sup>。不實廣告之廣告行為若構成公平交易法第 21 條之規定以及消費者保護法第 22 條及 23 條，甚至是商標法第 68 條所規範之商標侵權行為，皆是依據民法第 184 條第 2 項之規定負擔責任<sup>16</sup>。

#### 四、民法契約責任之規範

消費者與不實廣告之業者因為具備契約關係，因此得以向事業主張債務不履行、瑕疵擔保責任以及締約上過失等責任。廣告本身為要約之引誘，倘若消費者因為廣告之內容而與事業訂立消費契約，依據消費者保護法第 22 條第 2 項之規定，企業經營者為了宣傳商品或服務之廣告內容，於契約成立後，應該確實履行，以及最高法院 87 年台上字第 1190 號也明確指出，若消費者依廣告內容，合意訂立買賣契約，則該廣告自構成此買賣契約內容之一部，企業經營者即應負履行該契約內容之義務。因此由上可知廣告成為契約之一部，企業經營者應該履行之，故不實廣告之行為，導致之後的履行未如廣告所載，則有債務不履行之可能。

職是之故，不實廣告行為乃可歸責於企業經營者之事由，因而未履行契約內容之給付時，則是民法所規定之給付不能，按民法第 226 規定，買受人得因此請求損害賠償；同時按民法第 256 條以下之規定，買受人亦可主張解除契約或損害賠償。倘若是不完全給付，按民法第 227 條買受人得視該給付的瑕疵是否能補正，而分別準用給付不能，或給付遲延於民法上之規定行使權利。

<sup>15</sup> 陳猷龍(2011)，《民法債編總論》，5 版，台北：五南，頁 70；陳聰富(2008)，〈論侵權行為之違法概念〉，《月旦法學雜誌》，155 期，頁 168 至 170。

<sup>16</sup> 蔡廣昇(1995)，《從消費者保護論廣告者之民事責任》，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 30。

若消費者於該契約內的買賣標的物有瑕疵，按民法第 359 條規定，得視商品之價值或效用，是否達到一定之水準時，而主張解除契約或減少價金。依據民法第 360 之規定，倘若商品欠缺保證品質，或出賣人故意不告知物之瑕疵者，得請求損害賠償。由於現代型工業社會，難以期待消費者舉證商品於生產階段，具有瑕疵，因此出賣人於物之瑕疵係擔保無過失責任。並且本文肯認，判斷物是否具有瑕疵，其標準應以標的是否欠缺通常所應具備之狀態，亦或對於種類之物應存在之特性有所欠缺來判斷。

附帶補充到，倘若契約不成立的時候，按民法第 245 之 1，企業經營者與消費者，在準備或是商議訂立契約，對於訂約有重要關係之事項，並且經過他方的詢問，惡意隱匿或不實之說明，則企業經營者應向，非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任，也就是締約上過失責任。

然而，其皆是消費者與企業經營者，具有契約關係為前提才得以主張之權利，惟上述第一節介紹不實廣告之責任主體時，得以發現，其責任主體並非僅限於企業經營者，則消費者面對其他的責任主體，就無法藉由民法的契約責任來請求之，並且其契約之責任，是來自於消費者保護法以及民法之規範，則非以消費為目的之買受人，就不合消費者保護法內消費者之定義，自然無法受到消費者保護法之保護，因此民事責任對於大眾之保護仍然不足。

## 第二項 行政罰之管控

除了公平交易法針對不實廣告，有所行政上的規制外，許多特定的商品服務廣告是受到管制的，例如醫療服務、藥品、食品、健康食品、農藥、飼料等等，這些管制項目，就零星規範在其各自專屬的法規內，而行政機關則按此為行政管制，若業者或廣告主違反，則就有行政責任之可能，以下分述之。

### 一、公平交易法

公平交易法第 1 條，開宗明義的規定本法所欲保障之核心價值，就是維持保護交易秩序和消費者的利益、確保競爭是自由，以及公平以及促進安定的經濟。並於第 6 條第 2 項指出公平交易法所規定之事項，涉及執掌者由主管機關也就是公平交易委員會辦理。故公平交易法本質為一個公法法規，其法規第 26 條規定，當主管機關收到他人檢舉，有違反本法或危害公共利益之情事發生時，得依職權決定是否要調查處理。

而公平交易法第 42 條規定，若主管機關確認事業違反其法規第 21 條之規定時，其得以行使之手段有下列之不利處分：對事業限期令停止、改正其行為；主管機關可採取必要更正措施；並且得以同時處予新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下之罰鍰。然而事業屆期仍然不停止其行為，也不改正其行為，或者並未採取主管機關要求的必要更正措施，則主管機關得繼續限期令事業停止，繼續令事業改正其行為，繼續採取必要更正措施，並且可同時按次處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，直到事業停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。

## 二、其他法規

業者為醫療廣告之廣告行為時要注意，因應醫療法的規範，其廣告之內容以及廣告之方式都有一定之限制。若違反的話，依據醫療法第 103 條第 1 項第 1 款，針對原來已被主管機關核准之內容擅自變更，則將處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰之不利處分。而醫療法 103 條第 2 項又加碼規定，業者除了擅自變更主管機關核准之內容以外，其行為有內容虛偽、誇張、歪曲事實或有傷風化；以非法墮胎為宣傳；一年內已受處罰三次等之情形者，主管機關得依職權決定處一個月以上一年以下停業處分，或者根本廢止其開業執照等之不利處分，除此之外還會由中央主管機關吊銷其負責醫師之醫師證書一年。

就藥事廣告之部分，主管機關於業者刊登前予以審核，核准後才得以刊播，且其核准後之有效期限只有一年。核准期間屆滿仍需為廣告行為之業者，得申請原主管機關展延之，但其展延期間仍不得超過一年。非藥商不得為藥事類之廣告行為，違反者，主管機關得依據藥事法第 91 條之規定，新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰鍰。若是廣告非藥事法所規範之藥物，主管機關將處以新臺幣六十萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，其違法物品將被沒入銷燬之。若藥商刊登廣告，並未具備主管機關之核准，或未登載於學術性醫療刊物，甚至廣告也以法所禁止之行為為之，則依據藥事法第 92 條第 4 項之規定，主管機關將對行為人處新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰鍰。藥物廣告行為之傳播業者，不得刊播未經核准之廣告，否則會受到新臺幣二十萬元以上五百萬元以下罰鍰等不利處分。如果經衛生主管機關通知限期停止而仍繼續刊播者，處新臺幣六十萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，並應按次連續處罰，至其停止刊播為止。除此之外，藥事法規定違反第七章規定之藥物廣告，除依藥事法處罰外，也賦予主管機關一定之手段以保障消費大眾之生命身體健康法益。

食品安全衛生管理法，在管理廣告食品、食品添加物、食品用洗潔劑此類商品時，不得有不實廣告之情事。若是屬於特殊營養食品、易導致慢性病或不適合兒童及特殊需求者，長期食用之食品亦屬於被規範限制之範疇，若違反之，則主管機關將處新臺幣四萬元以上四百萬元以下罰鍰。食品廣告宣稱其有醫療效能者則被處新臺幣六十萬元以上五百萬元以下罰鍰之不利處分。

然而再次違反上述兩者行為時，主管機關此時得命業者歇業、停業至一定期間、廢止業者公司、商業、工廠之全部或者部分登記事項，或食品業者的登錄，經機關廢止登錄者，一年內不得再申請重新登錄之。並且針對違反之食品業者，按次處罰至其停止刊播為止。情節若屬重大者，主管機關亦得以命其不得販賣、供應或陳列，而且應該自裁處書送達之日起三十日內，在原本刊播的同樣篇幅、時段，刊播一定次數的更正廣告，以表達歉意及排除錯誤之訊息。但此情況仍然繼續販賣、供應、陳列或未刊播更正廣告者，主管機關就會額外再處新臺幣十二萬元以上六十萬元以下罰鍰。食品安全衛生管理法針對傳播業者也賦予其一定之責任，同樣的，主管機關也有其行政手段來監督之，因此傳播業者若違反，則將被處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次處罰。

健康食品之廣告不得虛偽不實，誇張其功能或強調有醫療效能，違反的話主管機關同樣有權利得以管束業者，依據健康食品管理法第 24 條，廣告若虛偽不實並且誇張，則處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。若廣告行為強調其有醫療效能，則將被處以更重，新臺幣四十萬元以上二百萬元以下罰鍰。同樣的，主管機關處罰鍰時，得按次連續處罰至違規廣告停止刊播為止，情節重大者應廢止許可證。業者一年內再次違反者，並應廢止其營業或工廠登記證照。傳播業者同樣也受到規制。

而農藥的廣告也是受到行政機關之規範，業者為販售農藥所為之廣告行為，不得逾越登記內容範圍，而為虛偽不實誇張之廣告。縱使非中央主管機關列管之

農藥亦不得為不實廣告，若根本非農藥管理法認定之農藥，則不能為廣告之行為。違反者依據農藥管理法第 52 條，主管機關處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰。且其農藥、標示、宣傳或廣告具有農藥藥效之物品，不論何人所有均需沒入。

環境用藥的部分，因對社會大眾影響甚鉅，所以其廣告行為也有相對的法律相繩，其就被規定於環境用藥管理法。不論是環境用藥製造業、環境用藥販賣業還是病媒防治業者，其廣告行為都不得逾越登記內容，並且虛偽不實或誇張不當。違反則處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並且機關得限期令相關業者改善，若是到期仍未改善或是情節重大者，撤銷、廢止其許可證或許可執照，主管機關必要時，甚至能勒令停工、停業或歇業。

與環境用藥相同，飼料之廣告行為也因為對於酪農業發展有廣大影響，故其廣告行為也以特別法之規定，受行政機關之約束。飼料製造業和飼料販賣業者，對其生產以及所欲販賣之商品為之廣告行為，不得虛偽不實也不得超越向主管機關登記之內容。違者處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰。

### 第三項 刑事責任之不足

公平交易法第 21 條不實廣告之侵權行為，並沒有設計相應的刑事責任，故不實廣告之侵權行為，能否以他法處以刑事責任，對此向來係有疑義，以下分別敘之。

公平交易法第 24 條規定，事業不得為了打敗競爭對手，而向外陳述或是散布，任何足以損害他人營業上的信用，或者營業上的名譽的不實情事。並且針對此行為，公平交易法第 37 條也訂定刑事責任，處以行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。然不實廣告之廣告行為種類多元，其並不限於傳遞損害競爭者之資訊的廣告，職事之故，倘若不實廣告之侵權行為主

體符合公平交易法第 24 條之侵權行為要件，否則不能以公平交易法第 37 條之刑事規定相繩。

若將不實廣告之侵權行為回到刑法，來尋找恰當之法律規定加以規範，或許能考慮妨害農工商罪章之法條以及詐欺罪，上述之法條皆是刑法對於虛偽不實行為之規制，尤其刑法所規定之妨害農工商罪章之保護法益，係為了保護我國農工商業等之經濟性活動，以及民生物資供需方面不會受到非法行為的侵害<sup>17</sup>。刑法第 253 條偽造仿造商標商號罪。由於商標商號代表著商品服務之來源，如果任由他人偽造仿造之，將會使消費者混淆誤認商品之真實來源，因此看似保護商人之商標權，然而商標商號之偽造也侵害了消費者的交易信賴和其經濟利益<sup>18</sup>，故符合本罪章所欲保障之本旨。惟此僅就偽造仿造商標商號為規範，不實廣告之虛偽不實無法被完整涵蓋在內。刑法第 254 條販運偽造商標商號之貨物罪，亦屬相同之問題，其僅處罰明知其為偽造商標商號之貨物而販運買受；故妨害農工商罪章，雖係確保民生物資供需正常和農工商業經濟活動，然而其係無法完整保護受不實廣告侵害之消費者。更不用說商標法第 95 條也只對於同一或類似之商品和服務使用相同或近似之商標，引起消費者混淆誤認之虞之行為加以刑法處罰。

事實上妨害農工商罪章，尚有刑法第 255 條虛偽標記商品罪，處罰對商品之原產地和品質為虛偽表示之行為。此部分承接第二章關於商品標示與廣告區分之探討。廣告之行為倘若能受商品標示之行為涵蓋，則不實廣告行為之處罰似乎依據刑法 255 條則得以完善。然而，我國實務之態度，向來認為商品標示與廣告是兩個迥異之概念，因此刑法 255 條仍不足以解決此一問題。

然本文歸納至此發現，相較於刑法第 254 條販運偽造商標商號之貨物罪，以

<sup>17</sup> 甘添貴(2015)，《刑法各論》下，4 版，台北：三民，頁 349；盧映潔(2015)，《刑法分則新論》，10 版，台北：新學林，頁 459。

<sup>18</sup> 甘添貴，前揭註 18，頁 352 至 353；陳煥生、劉秉鈞(2016)，《刑法分則實用》，5 版，台北：一品，頁 345。

及商標法，避免消費者誤認商品和服務之來源，刑法 255 條是針對商品的品質本身為規範，避免提供錯誤之資訊使消費者誤會商品之品質，因此刑法才會禁止對於商品之標示不得虛偽不實，食品安全衛生管理法也才會禁止假冒之行為。不過承前一章對於廣告之介紹，廣告之行為種類繁多，絕非僅爭對品質之部分給予資訊，廣告之核心內涵在於行銷，純粹的商品標示，而沒有行銷的成分在內，則非廣告行為。

因此不實廣告行為的刑事制裁，只剩下食品安全衛生管理法第 49 條第 2 項有針對該法規的第 28 條，食品方面的不實廣告為刑事規定，然其規定情節重大足以危害人體健康之虞者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金；致危害人體健康者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。由此可知，該法條已將該行為所將造成的危險狀態作為本罪的構成要件，因此必須就具體案情判斷，倘若該行為確實造成法益有遭受具體危險時，才能成立犯罪<sup>19</sup>。

然而，思索不實廣告所造成之影響，該行為所潛藏極高的危險性，當社會大眾誤信該廣告，並且按照其所指示的內容為消費時，極有可能造成生命身體的損傷，以及經濟秩序的崩壞，本文認為，若等到法益遭受強烈的具體危險才能成罪，為時已晚。不實廣告行為出現必然伴隨高度的公共危險，因此行為人一旦為特定行為，即應予以處罰。退步言之，在如同食品衛生安全管理法第 49 條嚴刑峻罰之下，行為成罪與否更值得被審慎對待，不可否認，其極有可能促使行為，被更嚴格的檢視是否成罪。況且，應當被懲罰的不實廣告並不只限於食品安全衛生層面。綜上所述，現有之不實廣告之刑事責任不足，故是否要將廣泛的不實廣告之行為，統一入罪加以管理，則為本文所要論述之主旨核心。

<sup>19</sup> 張麗卿(2016)，《刑法總則理論與應用》，6 版，台北：五南，頁 130。

最後，不實廣告之侵權行為主體虛偽不實之廣告行為，或許得以詐欺罪處罰，以此保障消費者之利益，惟詐欺罪所保障之法益系屬財產法益，財產法益卻不足以涵蓋整個不實廣告所侵害之法益，況且詐欺罪屬於定式犯罪，不實廣告之行為是否能完全合乎詐欺罪之犯罪構成要件尚有疑義，這些部分都留待第 5 章探討。

### 第三節 小結

#### 一、法律責任主體之界定仰賴行政法規

廣告具有一定的社會責任，而其社會責任之體現，則表彰於主管機關對於廣告之管制與規範，或是賦予人民具有民事賠償的請求權。承前章節所述，釐清不實廣告之定義和種類之後，本章則介紹有關不實廣告之法律規範，因此必須先確定於不實廣告的行為中，何者係屬於責任主體。

廣告行為必須經由廣告主、廣告代理業以及廣告媒體業，三者所為之行為，因此對於侵權行為主體的討論也都圍繞這三者上面，然而不同的行政法規有不同的規定，公平交易法與消費者保護法所規定的不實廣告侵權行為主體就有些微的不一致。公平交易法之規定，集中在該法第 21 條之規定，其第一項即開宗明義禁止「事業」，此一主體為虛偽不實或引人錯誤之廣告，並且配合該法第 21 條第 5 項規定其他主體違反，則將與「廣告主」負連帶責任，可以得知該「事業」即廣告主，然而在商業型態與手段的多樣化下，則將勢必檢視日常生活中常見的商業行為業者是否該當行政規定的事業或是廣告主。例如製造業者或出品業者、大型量販或百貨公司此類商場之業者、加盟店以及合作或是贊助之廠商等。判斷上述之主體是否屬於廣告主時，最主要之判別標準在於，何者對標示或廣告之內容具有決定權，具有決定權者即廣告主，進而應該負擔責任。除此之外，尚有公平交易法第 21 條第 5 項，尚規定廣告代理業者、廣告媒體業者以及廣告薦證者在

明知或可得而知的情況下，未承擔廣告行為之社會責任，仍然將廣告違背真實之內容傳遞給大眾，應與廣告主負擔連帶責任。

消費者保護法則於該法規之第 22 條規定，企業經營者應當確保廣告之真實，至於所謂之企業經營者，參照消費者保護法第 22 條之規定以後，得以理解其將商品或服務之設計、生產、製造、輸入或經銷者皆納入之，因此與公平交易法相比之下，其企業經營者之主體就大於廣告主之範圍。以上述之例子申述之，製造人往往須聽從出品人之指示，按照其要求製造商品，然而製造人對於影印在商品之標示，或是傳單之廣告皆不具有內容的最終決定權，因此公平交易法排除其於不實廣告行為之責任。惟按照消費者保護法對於企業經營者之定義，縱使製造業者對廣告之內容無最終決定權，仍無礙其於不實廣告行為之責任追溯。

本文以為就此部分，最大之差別點在於兩個行政法規之立法目的，本質上之差異，消費者保護法顧名思義，按照其第 1 條之立法目的，即是在保障消費者之權益<sup>20</sup>，以及消費環境之品質；公平交易法雖然亦保護消費者，然其另有其重要之目的，即是確保自由即公平之競爭，也就是維持良好競爭的環境，促進經濟繁榮<sup>21</sup>。故消費者保護法為了更加周延對於消費者之保護，勢必對此部分之範圍更加擴大，因而導致兩部行政法規，對於具有廣告需求之主體定義有所差異。同時消費者保護法也僅對於媒體經營業者設有規範，卻未管制廣告代理業者，因此對於廣告代理業者之規定，則回歸公平交易法之規定。

## 二、管制不實廣告行為之刑事責任不足

確立行為之主體後，對於不實廣告之法律規範，將分別從民事責任、行政責任以及刑事責任討論之。就民事責任規範之部分，由於不實廣告之行為將侵害消

<sup>20</sup> 洪誌宏(2013)，《消費者保護法》，2 版，台北：五南，頁 6。

<sup>21</sup> 汪渡村，前揭註 2，頁 6 至 9。

費者或是廣大消費大眾，因此被害人最主要之請求權基礎即為侵權行為，侵權行為之規範除了基本的民法規定以外，不論是公平交易法還是消費者保護法，皆將侵權行為之損害賠償請求權明文化。故公平交易法以及消費者保護法為民法第 184 條第 2 項規定之保護他人法律，受損害之被害人得依上述之民事規定向行為人請求侵權行為損害賠償。然而民事的損害賠償請求權，對於能否周延保障受損害之被害人其上有疑義，除了民事訴訟無法避免曠日廢時的問題外，最重要者，在於民事責任仰賴請求權人必須自力救濟，善盡舉證之責任，然面對具有優勢地位的事業主體，消費者要如何在訴訟中，對抗資源地位皆遠優越於普通社會大眾的企業經營者或是廣告主。縱使向出賣人之企業經營者主張契約責任，然而非契約當事人之廣告代理業者，或是廣告媒體業者，則逍遙於民事契約責任之外，消費者無從向其主張任何契約上之權利，則對於消費者或是其他民眾之保障也顯有不足。

不實廣告之管制具有濃厚的公益色彩，因此現有行政法規對不實廣告之行為，設有行政罰之規範。公平交易法第 44 條即規定主管機關得限期令停止和限期改正，同時給予事業罰鍰之制裁，並在事業未停止或改正其行為時，繼續給予行政處分，直到事業之廣告符合規定。大抵上，各個行政法規面對不實廣告行為之管束方式，皆是以罰鍰為主，再同時輔以不利益之行政處分，。然從廣告的影響力以及範圍廣泛觀之，就可以理解不實廣告所造成的危險有多龐大，僅僅仰賴行政罰之處罰是否足夠，是否足以保障消費者免於不實廣告之侵權行為侵害，甚至得否保障市場的競爭秩序。

然而，從刑事責任之角度來看，則會發現我國對於不實廣告之刑事規定非常薄弱，公平交易法並未針對不實廣告之行為設計相應之刑事規定，倘若回歸到刑法來看，最有可能適用之法律規範，則是刑法第 255 條的虛偽標記商品罪，然其懲罰之行為乃是商品標示之行為，商品標示並不等於廣告行為，縱然其具有一定

之行銷成分，但相較於廣告本質即是行銷，仍有所不同，惟就此本文則產生疑慮，為何具有行銷內涵之廣告行為未將其入罪，然而並非以行銷為主要目的之商品標示行為，卻有獨立的刑事規範，文獻上亦有類似的提問，何以僅就傳遞違背真實的產地、品質等之資訊，才會給予刑事責任；傳遞其他不實的商品資訊，卻無需承擔刑事上的責任<sup>22</sup>。

唯一賦予不實廣告刑事責任之法規，只有食品衛生安全管理法，然其以具體危險犯之方式設計之。本文認為，等個案之具體危險已經明確顯現，再予以規範，就太遲了，並且不實廣告之危險性也並不僅顯示在食品衛生方面，因此我國現有之刑事規範，對於不實廣告行為之規範實在過於薄弱。廣告影響社會甚鉅，從其所造成之社會問題以及其所負擔之社會責任可以看到，普遍大眾對於廣告的正向意義是具有期待的，惟廣告應該如何回應這份期待，則應以我國關於此不實廣告行為的法治規範，如何訂定之以回應人民之法感情。

---

<sup>22</sup> 王乃彥(2015)，〈不實廣告與刑罰的適用界線〉，《中央警察大學法學論集》，29期，頁92。

## 第四章 不實廣告之外國法規範- 以德國不正競爭防止法為中心

確保競爭秩序運行順暢之法律規範為公平交易法，因此不實廣告的主要規定自然是規定於該法，然而公平交易法對於不實廣告之行為卻未設計刑事責任，在面對現今不實廣告所引發之社會問題，既有之刑事規定已經無法滿足並且解決問題，因此本文引德國不正競爭防止法作為比較，並且藉由理解其立論基礎來思考我國現有規定的其他可能性。

### 第一節 以德國不正競爭防止法 作為比較參考之理由

健康的市場環境應該具備良性競爭的條件，讓所有努力之事業皆可以公平的，展現其所欲銷售的產品或服務，造就各式各樣的產品服務選擇下，由消費者藉由交易資訊決定所欲購買之產品或服務。廣告行銷就是最重要的競爭手段<sup>1</sup>，故其須服膺政府所建構的競爭規則之下，否則難期市場競爭之公平，職是之故，不實廣告最主要之法律規範即為公平交易法。故以下就公平交易法之規範為比較之基準。然選擇德國不正競爭防止法為他國立法例之比較，其原因如下所示：

#### 一、公平交易法之立法設計參酌德國不正競爭防止法

為了促進國家經濟的繁榮，良好的市場競爭環境勢必是不可或缺的條件，創立這樣的環境自然是國家之義務，因此針對此一現象，國家必須要制定一定的措施以規範，並且維護市場競爭的規則和模式。回顧我國競爭秩序之規範，起步較

<sup>1</sup> 石世豪(2004)，〈公平交易法註釋研究系列(二)：第 21 條引人錯誤之廣告或商品表示〉，《行政院公平交易委員會 93 年度委託研究報告之二》，頁 283。

晚然而卻成為我國立法之一大優勢，因為得以於立法過程中，參照已有完整制度之國家，公平交易法之註釋研究系列<sup>2</sup>，則明確表示，我國參酌德國之立法例，並且吸收其就此部分之執法經驗，以及掌握其所遭遇的不正競爭類型，藉以供給我國參考，以尋求社會最大的福祉，因此本文特別針對德國不正競爭防止法之介紹。

尤其在現今全球化的浪潮中，企業於國際間的貿易，或是跨越國境的投資、智慧財產的授予等等，皆須仰仗國際合作，如何讓我國之競爭秩序與國際間接軌則是明顯及迫切的目標。因此競爭法勢必要多加參考他國之立法研究，以相似的競爭秩序，順暢跨國之商業運行。故對照德國「不正競爭防止法」(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)，其因為不公平交易行為指令，而大幅提升消費者於競爭法之地位，就此部分或許我國法規德以借鏡並且反思我國現有之法制規範。而歐洲整合歐陸的市場以後，藉由指令影響歐盟的會員國，以整合歐洲大陸的市場，德國的不正競爭防止法也必須因應此規則，而有所修正以利邊境交易之進行，因此也應同時理解歐盟「不公平交易行為指令」之內涵，以及其對於德國不正競爭防止法之影響。

## 二、我國如同德國不正競爭防止法從競爭秩序的維護

### 轉向消費者權益靠攏

所謂不實廣告的行為，就是事業與消費者權益的拉鋸，然而這樣的結果並非難以預見，德國不正競爭防止法設定之初，也是以維護市場競爭秩序，保護競爭者為主要目的，並且認為消費者權益只是法規執行下的反射利益<sup>3</sup>，但競爭法在德國演進的過程中，消費者權益之保護意識卻逐漸形成，其保護消費者之意識，

<sup>2</sup> 廖義男、顏雅倫(2003)，〈公平交易法註釋研究系列(一)：導論〉，《行政院公平交易委員會 92 年度合作研究報告之七》，頁 19。

<sup>3</sup> Bornkamm/Fedderson, in: Helmut Köhler/ Joachim Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 35. Aufl., 2017, Rn. 0.8.

藉由社會經驗之累積而越來越明確，甚至於 2008 年修法的時候，深受指令之影響，徹底抬高消費者的權利。

事實上我國公平交易法，也是以同樣的立場來設計競爭法之制度，公平交易法之規定，該法主要之立法目的是保障競爭者，以達到國家經濟發展之安定，維持競爭規則雖然不是唯一之方式<sup>4</sup>，可是按照公平交易法立法之本意，可以得知消費者之權益並非最主要之目的，再者探究公平交易法設立之起源，文獻上皆肯認本法是具有多重法益之保護性質<sup>5</sup>，不論是競爭秩序還是國家經濟，甚至是現代消費者權利意識抬頭，皆是其所保護之對象。然而市場上當事人的利益彼此衝突是在所難免的，事業與消費者之利益未必一致甚至根本相左，在利益激烈碰撞的情況下，該如何兼顧應以整體經濟利益為考量，維護競爭秩序應以權利的權衡為之。由此可見，消費者之利益於公平交易法訂定之初，並非最優先被考慮的事項。惟廣告係事業開闢以及拓展市場的重要方式，對於消費者來說，廣告是得到商品服務資訊之主要方式，廣告不實勢必嚴重影響消費者之權益。因此，檢討不實廣告行為規範之角度，自然是從消費者權益出發。而德國不正競爭防止法卻針對不實廣告行為設立規範，認定效能競爭不能因為不實的消費者交易資訊，而遭受破壞<sup>6</sup>，似乎具備同時兼顧消費者權益以及效能市場之信心，因此，此一法規範就值得本文研究以及比較。

### 三、德國不正競爭防止法針對不實廣告具有刑事處罰之規定

相較於公平交易法對於不實廣告之行為僅有行政上之管制，德國不正競爭防止法對於該行為直接設計刑事責任以防堵之，其規定於不正競爭防止法第 16 條第 1 項，並且有關不實廣告禁止之規定，德國在面對不實廣告的行為時，於歐盟

<sup>4</sup> 廖義男、顏雅倫，前揭註 2，頁 21。

<sup>5</sup> 廖義男、顏雅倫，前揭註 2，頁 18。

<sup>6</sup> 石世豪，前揭註 1，頁 278。

指令指示抬高消費者受保護的水平前，就已經針對不實廣告行為的刑事規範，然而與公平交易法同樣以保護競爭秩序為目的的不正競爭防止法，為何在不實廣告之情形倒向消費者權利之保護。因此下述即以德國不正競爭防止法為中心，介紹其關於不實廣告行為禁止之規定。

## 第二節 不實廣告刑事責任的立論基礎

不正競爭防止法第 16 條針對不法廣告之規定，其第 1 項來自 2004 年以前的不正競爭防止法第 4 條之規定，新版之法規雖更改位置，然仍然不改其為獨立的刑事處罰規定<sup>7</sup>。因此，下述則參照文獻之說明，藉此理解不實廣告刑事責任的立論基礎，剖析該條文之立法目的，以期對於我國不實廣告行為現有規範之反省和參考。

### 第一項 民事責任無法解決

綜觀德國之立法沿革，其 1896 年頒布的第一部不正競爭防止法，至今日受歐盟指令影響而形塑的現代法規，其皆是選擇以民法和刑法混合規範之方式，其第 8 條為請求除去或者不作為之權利，第 9 條則是損害賠償請求權，第 10 條為不法利益收繳於國庫。第 16 條至第 20 條，則規定不正競爭防止法之刑罰以及罰鍰之相關規定。其中第 8 條之不作為請求權，是以團體訴訟之方式設計，因其除了保護消費者以外，還同時保障整體競爭秩序之下公眾的利益，根本性的對抗競爭行為下所產生的弊病<sup>8</sup>。故由上可知，不正競爭防止法提供的民事責任乃是一個集體、間接之保護，針對危險潛能較高之行為才例外予以刑事制裁<sup>9</sup>。德國國會拒絕行政機關對競爭秩序之管制，或許可以從 19 世紀的經濟自由主義所認定的

<sup>7</sup> Bornkamm, a.a.O. (Fn. 3.), §16 Rn.1.

<sup>8</sup> 楊君仁譯(1997)，Axel Beater，〈一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價〉，《法學叢刊》，42 卷 1 期，頁 104。

<sup>9</sup> BT Drucksache 15/1487,S22.

政府不該介入市場調節等理論窺知一二，但更可能的原因，在於擺脫同業行會之後，其政策所期待能夠自我管制，也深怕又落入行會過時之監督<sup>10</sup>。

保護消費者之核心理由，乃是平衡消費者與競爭者間的不平等狀態，其理由長遠又正當<sup>11</sup>，如果個別消費者之權益得以通過民法之規範加以保護，則刑法之規制則是不必要的。然禁止不實廣告行為，是為了保護廣泛消費者免於接受具有誤導性的不實資訊，進而做出違背自我真實意志的決定。然而，不實廣告行為本質乃是一個詐術之行使，配合其立法目的，該行為並不要求具備實際上財物之損失，因此在刑法的詐欺罪則無法規制的情況下，針對此特別危險性之行為，設計刑法規定以彌補疏漏則迫切也必要<sup>12</sup>，而該行為無法藉由一個僅具有間接性質或依靠團體才能發動的管制手段來加以管束，同時因為事業就常理來講其資源與地位上之優勢遠高於消費者，因此導致消費者無法善盡其舉證之責任而淪落其民事上的公平無法伸張<sup>13</sup>。

## 第二項 詐欺罪外的獨立規定

德國詐欺罪規定在刑法第 263 條 (§ 263 StGB)，「意圖為自己或第三人得到不法利益，而虛構不真實的事實、扭曲真實的事實或隱藏真實的事實，使他人陷於錯誤或是維持錯誤，進而導致財務損失，處五年以下有期徒刑或罰金。」詐欺之概念來自於 19 世紀，其是經濟自由主義的表現，所以費爾巴哈所架構的刑法詐欺罪並不以財務損失為必要，因為其侵害的乃是干涉他人行使權利的自由意志<sup>14</sup>。當然於 19 世紀末期，學理上逐漸統一見解，肯認詐欺行為的本質，並非一個獨

<sup>10</sup> 楊君仁譯(1997)，Axel Beater，前揭註 8，頁 104 至 105。

<sup>11</sup> 楊君仁譯(1997)，Axel Beater，前揭註 8，頁 100。

<sup>12</sup> BT Drucksache 15/1487,S26；楊君仁譯(1997)，前揭註 8，頁 97。

<sup>13</sup> Bornkamm，a.a.O. (Fn. 3.)，§16 Rn.34.

<sup>14</sup> Urs Kindhäuser, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 263 Rn.1.

立的權利受侵害，而僅是權利侵害的手段<sup>15</sup>，故仍須以財務損失為要件。

其詐欺罪之客觀構成要件是由詐欺的行為、受詐人陷於錯誤並且因此產生財務之損失所構成。其詐欺的行為包含以虛構真實事件的手段實現詐術；添加一個或是遺漏一個要素以扭曲事實；或是隱匿事實之一部或全部，使他人無法理解事實之全貌<sup>16</sup>，由此可以得之，相較於我國有關詐欺罪得否以不作為之方式行之等爭議，德國詐欺罪規定的更有彈性，文獻上也認為只要具有保證人地位並且不排除風險，同時該當客觀構成要件，則自然有詐欺罪之適用<sup>17</sup>。文獻上亦指出其行使詐術之手法不論明示或默示皆可<sup>18</sup>，也可自己為之或是利用第三人為之<sup>19</sup>。而受詐人是有權利要求真實之資訊，真實資訊之取得除了保障財產以外，進而得以之延伸出保障生命和人身安全等法益之內涵<sup>20</sup>。

至於構成要件內，關於事實之認定，其認為過去或現在之事實皆得以成為詐欺罪之內容，然若以未來之事項為內容行使詐術，則不屬於詐欺罪之內涵<sup>21</sup>。行為人行使詐術之後，受詐人要因此陷於錯誤進而處分財務<sup>22</sup>，並因此受損害<sup>23</sup>。主觀上則要求行為人於行為時要具備詐欺罪之意圖<sup>24</sup>。

不正競爭防止法的 16 條第 1 項所規範，具有誤導性的不實內容之不法廣告，目的係為了保護競爭者、市場參與者，以及廣大的消費者大眾<sup>25</sup>，其非以刑法詐

<sup>15</sup> Ebd., Rn.2.

<sup>16</sup> Ebd., Rn.57.

<sup>17</sup> Ebd., Rn.64.

<sup>18</sup> Ebd., Rn.67.

<sup>19</sup> Ebd., Rn.90.

<sup>20</sup> Ebd., Rn.63.

<sup>21</sup> 然而對此部分德國學理亦有論者認為，其不正確的限制了詐欺罪成立的可能，例如票據於未來十日到期時可否贖回，則是一項得以用來欺騙他人之事實，因此其論據之重點應該是事實得否驗證。參照 Ebd., Rn.73-74.

<sup>22</sup> 以前要求其行為與結果之產生要具有即時性，然晚近見解也有所鬆動。參照 Ebd., Rn.201.

<sup>23</sup> 對於詐欺罪之損害認定，向有學理上之爭議，惟該部分非本文之重點，僅須理解德國刑法的詐欺罪於結果之認定，是限於具有財務之損失的。其判斷既遂與否之標準也是以財務交付為準。關於學理之爭議，參照 Ebd., Rn.226.關於未遂既遂之判斷，參照 Ebd., Rn.376 & Rn.386.

<sup>24</sup> Ebd., Rn.350.

<sup>25</sup> 尤其在 2005 年歐盟頒定不公平交易行為指令之後，消費者權益是主要保護之核心內涵，因

欺罪的方式訂定，原因在於本項所規範之罪並不限於有財務之損失才能成罪，因此無法以詐欺罪相繩<sup>26</sup>，而成為獨立於詐欺罪以外，詐欺行為之特殊規定<sup>27</sup>。參考詐欺本質來自於 19 世紀經濟自由之概念，或許不難理解德國向來對於人格意志發展之重視，故詐術本質即壓縮人的意識及其決定之自由，進而損害人性尊嚴。因此同樣是詐術之實施，配合不正競爭防止法之立法目的即為保護市場競爭者，以及消費者之權益以達到國家經濟安定及蓬勃發展之目的<sup>28</sup>，利益之取得不得藉由不公平之競爭得到，以不得藉由剝奪消費者資訊取得權而得到。故不正競爭防止法第 16 條之規定為特殊並且獨立之詐欺犯罪。

### 第三項 不實廣告行為具處罰之必要

德國聯邦議會第 15 期 1487 號印刷品，關於不正競爭防止法之草案內容，在解釋不實廣告也就是該法第 16 條之規定時，則明文表示不實廣告之行為乃特別危險的行為，基於一般預防之原因必須予以刑事制裁<sup>29</sup>。

所謂的一般預防，相對於應報理論是針對責任給予相當之懲罰<sup>30</sup>，其觀察之角度乃是刑罰之目的性，也就是刑罰只是為了達到一定目的之手段，因此，問題之核心在於刑罰之目的為何，其認為刑罰之目的為嚇阻不法，而論證之邏輯來自心理強制說，普羅社會大眾由於刑罰之存在而不敢犯法，因為其心裡害怕受到刑事的制裁而強制自我不得觸犯刑罰<sup>31</sup>。故發展至今，學理上認為預防理論之內容

---

此其精神更是顯現於不正競爭防止法各項規範之內。參照 Herbert Diemer, in Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 215. Aufl., 2017, § 16, Rn.6.

<sup>26</sup> Bornkamm, a.a.O. (Fn. 3.), § 16 Rn.2.

<sup>27</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16 Rn.8.

<sup>28</sup> 然而在不公平交易行為指令之前，仍有保守派的見解堅守保護競爭者為其主要目的，就此派學者之見解認為，縱使廣告內容違背真實且具有誤導性，但該廣告事業並不處於競爭狀態，則能否適用不實廣告行為禁止之規定則有待商榷。參照楊君仁譯(1997)，Axel Beater，前揭註 8，頁 99。

<sup>29</sup> BT Drucksache 15/1487.

<sup>30</sup> 張麗卿(2016)，《刑法總則理論與應用》，台北：五南，頁 42 至頁 43。

<sup>31</sup> 陳子平(2017)，《刑法總論》，台北：元照，頁 20；張麗卿，前揭註 30，頁 43。

具有其內在之要件，也就是認為人類的行為能夠被預測，以及根據其所導致的危險性給予處罰，能夠具有預防之效果。職是之故，以消極的角度觀之，確實可以說是以威嚇來預防犯罪，然以積極的角度來看，其不啻是表彰國家對於此行為展現刑罰權之決心，以此動搖潛在犯罪人之動機，進而維護國家所欲實現的道德規範<sup>32</sup>。縱使其邏輯上忽略了大眾是否能夠清楚理解刑事規範，而產生對於自我的心理強制，以及一律使用嚴厲的刑事制裁是否衝撞人性尊嚴等之問題，然在順應人民法感情之下，賦予一個有效的刑罰追訴，仍有預防之效果<sup>33</sup>。

不實廣告行為就是行為人為了滿足其以不正當的手段獲取利益之慾望，而向廣大社會大眾提供違背真實之資訊以誤導大眾，這樣的行為因其傳遞不實之資訊，嚴重影響市場的競爭秩序以及損害競爭者之利益<sup>34</sup>，甚而消費者無法獲得正確資訊以實現其人格意識的伸展，而行為人所獲取之利益是藉由不公平的競爭行為得到，其已經具有特別的危險性<sup>35</sup>，以及社會破壞性<sup>36</sup>，按照費爾巴哈（Feuerbach）的見解，人類因求而不得之慾望感到痛苦，與因犯罪滿足慾望所帶來的刑事制裁之痛苦，兩者權衡之，其理性之人類勢必選擇忍受前者之苦而非後者之苦<sup>37</sup>。因此勢必需要賦予不實廣告之行為人刑罰，令其權衡其無法藉由不法手段獲得利益之痛苦，進而以理性之思維，選擇前者以預防人性貪婪，而不法獲取龐大利益之貪欲行為。

<sup>32</sup> 張麗卿，前揭註 30，頁 43。

<sup>33</sup> 張麗卿，前揭註 30，頁 44。

<sup>34</sup> Bornkamm, a.a.O. (Fn. 3.), §16 Rn.2.

<sup>35</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), Rn.16.

<sup>36</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), Rn.7.

<sup>37</sup> 張麗卿，前揭註 30，頁。

## 第三節 德國不正競爭防止法

下述介紹有關不實廣告，於德國的不正競爭法之規定。該法規深受歐盟「不公平交易行為指令」之影響，並且於 2008 年頒訂因應指令所修正的不正競爭防止法，然指令進入會員國之內國法規，勢必要經過轉換以及調整，適用的範圍也不盡完全相同，經過調和之後，對於不實廣告行為之刑事規範態度也越趨明確，從保護競爭者之態度，演變為以保護消費者為主，因此以刑事責任禁止不實廣告之行為則更加具有說服力。

### 第一項 立法沿革

德國直到 1869 年走向完全的自由貿易後，才漸漸發展保護公平競爭的概念<sup>38</sup>，因此 1896 年制定第一部不正競爭防止法<sup>39</sup>，然而其雖然經過許多的爭執與討論，但卻未將一般性的規定納入，因其害怕過度擴張競爭禁止之規定，故大幅限制適用此法之可能性<sup>40</sup>。所以在經過十餘年的法律實踐，1907 年專家委員會針對問題而設計一般性條款以促進公平的競爭，最後，1909 年通過新的不正競爭防止法<sup>41</sup>。惟經過時間的推演，自由貿易面對德國一戰後的國家社會主義越趨緊縮，可想而知，藉由修改該法律，政府對商業競爭的監控也越趨強烈<sup>42</sup>，在二戰過後也未有顯著的改變。而 90 年代商業自由化反轉了此一局勢，2004 年揚棄過時的法律，根本上修改了整部不正競爭防止法，使其朝向貿易自由化的道路前進<sup>43</sup>，並且也未設計法規適用上的過渡期<sup>44</sup>。

<sup>38</sup> Sosnitzka, in: Peter W. Heermann/ Jochen Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., 2014, Rn.1.

<sup>39</sup> Ebd., Rn.6.

<sup>40</sup> Ebd., Rn.9.

<sup>41</sup> Ebd., Rn.11.

<sup>42</sup> Ebd., Rn.15.

<sup>43</sup> Ebd., Rn.25.

<sup>44</sup> Ebd., Rn.26.

歐盟 2005 年頒布的不公平交易行為指令，以提供對消費者保護之水平，而按照歐洲聯盟運作方式條約第 288 條之規定，歐盟之指令對會員國有拘束力。指令第 11 條也規定，會員國為了強制遵守本指令對於消費者利益之保護，應確保具有充分有效打擊不公平交易行為之手段。至於指令內容所呈現的形式與方法，則由各會員國自己選擇，但是指令第 19 條明定，各會員國按照指令，最晚應於 2007 年 6 月 12 日開公布法令，並且於 2007 年 12 月 12 日起開始施行。職是之故，德國雖未來得及將指令轉換於內國法，但也於 2008 年 12 月 30 日公布生效調整過的不正競爭防止法<sup>45</sup>（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb）。

## 第二項 關於不正競爭法中的不實廣告

由於歐盟的「不公平交易行為指令」是依照三階層的方式組織架構，其第一階層為大範圍概括規定，開宗明義禁止不公平的交易行為，接著明確的，將常見的不公平交易行為類型化，以禁止誤導性行為以及侵害性行為，為第二階層的保障，第三階層則是最為具體的黑名單條款。因此，該指令經過轉化以後，納入德國不正競爭防止法。下述主要討論該法在歷經上述過程後之變化，其大範圍的概括規定、小範圍的概括規定以及黑名單條款是如何融入既有的規定，進而理解現今不正競爭防止法對於不實廣告此類行為之規範。

### 一、不公平的交易行為禁止

不公平競爭防止法第 3 條之規定，相對於歐盟的不公平交易行為指令第 5 條，皆是禁止不公平之交易行為之概括條款。德國既有法規本身之概括規定於 2004 年修法時將其從第 1 條移到第 3 條，並且以「不公平之行為」取代原有的「違反公序良俗的行為」，因其立法理由認為，以違反公序良俗之概念來判斷，已然過

<sup>45</sup> Ebd., Rn.29.

時<sup>46</sup>。而不正競爭防止法第 3 條將消費者、競爭者以及其他交易參與者皆保護在內，並依循指令為內容之修改。其規定之第 1 項，禁止不公平的交易行為，與指令的第 5 條第 1 項相同，係屬最基本之大概括條款。而該法律的第 4 條到第 6 條則是概括條款的具體規定<sup>47</sup>，故概括條款具有網捕一切不公平交易行為，避免法規漏洞之功能<sup>48</sup>。同時，其也是第 4 條至第 7 條之該當與否的先決條件<sup>49</sup>。

該法規定的第 2 項則是要求企業經營者，必須要盡其企業上的注意義務，此與指令第 5 條第 2 項 a 款的職業上注意義務有所差別<sup>50</sup>。相對於指令之規定限於職業上之注意，德國法律之規定則將範圍擴大<sup>51</sup>，前者只限適用於自然人，然而不論法人還是自然人，皆應盡其注意義務以保障消費者<sup>52</sup>。然而，就此部分，德國法院也陷入此為不確定法律概念的問題，仍需留待後續法院適用的詮釋以具體化<sup>53</sup>。而該法之第 3 條第 2 項也如同指令，要求對消費者之經濟行為產生重大影響，或足以產生重大影響，並且於第 2 條第 1 項第 8 款將重大影響一詞定義為「明顯的 (spürbar<sup>54</sup>) 損害消費者資訊決策能力」。德國不正競爭法第 3 條第 4 項則仿照指令，規定以一般消費者為評估之標準，惟倘若面對具有特殊保護需求之族群，則降低標準，以此族群的平均水平為標準<sup>55</sup>。

<sup>46</sup> BT-Drucks 15/1487,S.16.

<sup>47</sup> Rabbe/ Schubmehl in: Martin Schmidt-Kessel /silvan Schubmehl, Lauterkeitsrecht in Europa- Eine Sammlung von Länderberichten zum UWG, 1. Aufl., 2011, S.87.

<sup>48</sup> 楊宏暉(2010)，〈歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革-以消費者保護的強化為中心〉，《公平交易季刊》，18 卷 2 期，頁 92。

<sup>49</sup> Rabbe/ Schubmehl, a.a.O. (Fn. 47.), S.87.

<sup>50</sup> 指令就企業經營者義務責任的要求，其名詞之英文版為” professional diligence” ，而德文的版本為” berufliche Sorgfalt” 其意思皆是職業上之注意。

<sup>51</sup> Köhler , a.a.O. (Fn. 3.),§3 Rn.1.7.

<sup>52</sup> BT-Drucks 16/10145, S.21.

<sup>53</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 92。

<sup>54</sup> 然學理上將其翻譯為「可感性」。參照楊宏暉，前揭註 48，頁 93。

<sup>55</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §3 Rn.1.12.

## 二、誤導性的交易行為

不正競爭防止法原本僅規範誤導性的廣告行為，根據「不公平交易行為指令」之內容，修法擴大其範圍，除了前述所介紹，將時間點從締約前延伸至締約時與締約後，其也不再限於誤導性之廣告行為，而將規範之客體展延為誤導性之交易行為<sup>56</sup>。並且根據指令，而將此行為區分為作為與不作為兩種行為態樣來規範（分別規範於第 5 條與第 5a 條）。

第 5 條規範的誤導性交易行為，則是於其第 1 項規定當行為人為不實之表示（*unwahre Angaben*）與足以欺騙之表示（*zur Täuschung geeignete Angaben*）誤導消費者或其他市場參與者，導致其做出原本不會做出的商業決定，則為不正當的交易行為。就此部分可以明顯發現，此項法律並不只保護消費者，而將其他的市場參與者，也圍在自己的保護傘之下。而第 1 項的各款則如同指令的第 6 條第 1 項各款，例示誤導他人的交易相關事項。由於不正競爭法第 5 條之構成仍需符合其第 3 條之概括規定<sup>57</sup>，因此判斷是否為誤導性之交易行為時，其需造成明顯的（*spürbar*）損害始足當之。該法律的第 5 條第 2 項則完整植入指令的第 6 條第 2 項之規定，其商品行銷促使消費者對於他人產品、商標、產品名稱等，產生混淆誤認的危險，此行為即是誤導性的交易行為。然而此規定之移植產生了許多的問題，例如該條文與德國本身之商標法（*Markengesetz*）之競合，以及與不正競爭防止法之其他條文競合之問題，須待法院之解釋<sup>58</sup>。

第 5a 條則規範誤導性交易之不作為，2004 年不正競爭防止法已然將隱藏資訊，導致他人受誤導之行為規定於第 5 條第 2 項。然於 2008 年時，受指令之影

<sup>56</sup> Bornkamm/Feddersen, a.a.O. (Fn. 3.), Rn. 1.3.

<sup>57</sup> Rabbe/ Schubmehl, a.a.O. (Fn. 16.), S.87.

<sup>58</sup> 例如其與不正競爭法第 4 條第 9 款 a 點規定之內容為商品之仿冒造成對於商品來源之誤導，則其二者應如何競合則留待法院澄清，此部分參照 BT-Drucks 16/10145, S.24.。

響，不正競爭防止法將該規定獨立於第 5a 條<sup>59</sup>。縱然如此，企業經營者仍沒有一般性的資訊揭露義務，其通常不太需要指出對自己不太有利甚至負面之特徵<sup>60</sup>，僅於對交易決策具有重要性時才需要揭露。而重要性之判定，則依靠個案的利益衡量來判斷<sup>61</sup>。由於市場的所有參與者也是此條法律所欲保護之標的，故此條則成為市場上之其他參與者，請求重要性資訊之基礎<sup>62</sup>。但是相對來說，消費者以外之其他客體則非歐盟不公平交易行為指令之保護對象<sup>63</sup>。惟第 5a 條之第 2 項至第 4 項則參考指令第 7 條之規定，對消費者採取特別之保護，其就整部不正競爭防止法統一規定保護消費者，以及所有市場參與者之法規設計下，顯得十分突出例外，不過其也是避免，若將此規定全體適用將會造成其他企業經營者負擔過於沉痾的資訊揭露義務<sup>64</sup>。而其第 5a 條之第 4 項規定則與指令第 7 條的第 5 項規定一樣，是一轉介條文，若有其他歐盟指令認為是重要之資訊，則按照本項之轉引，也將被該法律之第 5a 條視為重要，藉此方式以徹底落實公平公正之市場。

### 三、侵害行為

不正競爭防止法在 2008 年修法的時候，並未特意將指令的侵害行為概念納入，而是藉由原有之條文做細微之更改，而將第 4 條的第 1 項與第 2 項與指令之第 8 條做相對應之解釋，直到 2015 年，確保其正確執行指令的第 8 條和第 9 條之內容，而將其獨立規定於第 4a 條<sup>65</sup>。而現今第 4 條則是保障市場競爭者之規範。

該部法律第 4a 條所規定關於侵害行為之內容，必須先回歸該法第 2 條第 1

<sup>59</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §5a Rn.1.2-1.3.

<sup>60</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §5a Rn.2.7.

<sup>61</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §5a Rn.2.9.

<sup>62</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §5a Rn.2.4.

<sup>63</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §5a Rn.2.5.

<sup>64</sup> BT Drucks 16/10145,S.25.

<sup>65</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.1.

項，檢視其關於商業行為之定義，故所謂的侵害行為，事實上就是指其在促進商品或服務之銷售時，或是締結契約時所為的侵害<sup>66</sup>，並利用騷擾、脅迫或物理上身體的暴力行為，以及優勢之地位影響消費者，或其他市場參與者的決定自由，使其做出原本不會做出之決定。

其行為必須要顯著的影響消費者或其他市場參與者的決定自由<sup>67</sup>，並且與最後的商業決策具有因果關係，事實上也甚難想像，消費者受到積極的侵害行為顯著影響後，卻不因此影響其最終的商業決策，除非其已先與企業經營者會面並做出決策以後，才遭受到此侵害行為<sup>68</sup>。在判斷是否有嚴重影響消費者，或其他市場參與者之決定自由時，其判準為以一般消費者或平均市場參與者，對具體措施下之合理反應<sup>69</sup>。

由於該條法規跟指令相比，其不僅指保障消費者，亦同時保障其他市場參與者<sup>70</sup>，故在判斷是否利用優勢地位，來迫使他方之決定自由遭嚴重擠壓時，其就必須區分他方為消費者還是其他市場參與者，尤其若其他市場參與者也同樣是企業經營者時，則行為者與其他市場參與者就是兩相對等的關係，故所受到的保護自然不用如同消費者一樣多<sup>71</sup>。最後該法第 4a 條第 2 項之規定，完全置入指令第 9 條所列舉之判斷情勢，以藉此判斷是否該當商業行為上之侵權行為。然兩者在設計上仍有些微的不同之處，前者的列舉事項係在判斷該法第 4a 條第 1 項之侵害行為，而後者的列舉事項與整體侵害行為無關，僅是作為判斷騷擾、脅迫、身體暴力和不當影響之情事<sup>72</sup>。

<sup>66</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.23.

<sup>67</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.31.

<sup>68</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.36.

<sup>69</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.34.

<sup>70</sup> 然而，其並未保護市場競爭者，故在判斷市場競爭者是否受到商業上的侵害行為時，應回歸本法第 3 條第 1 項來判斷。參照 Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.27.。

<sup>71</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.58.

<sup>72</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §4a Rn.1.82.

#### 四、黑名單條款

德國不正競爭法第 3 條第 3 項所附之黑名單條款，則是將「不公平交易行為指令」之黑名單納入，惟卻非完全相同的移植，其仍有細微不同之處，其僅列入指令之 30 款當然違法行為，指令之第 26 款則融入原本之不正競爭法之第 7 條第 2 項，並且相較於指令之規定，其更細緻的針對不同之傳播媒體，而細分三款之規定。同時該法律 2008 年以前的第 5 條第 5 項關於誘餌廣告之規定，則因與黑名單條款第 5 款規定重疊，故將其刪除。德國不正競爭防止法之內涵仍然與指令之規定相同，因其必須按照指令之衡量理由第 17 點所要求之更大的法律明確性，為了確保該清單在會員國統一適用，各會員國不能就此部分訂定超過指令黑名單內涵之規定，若有修正之必要，應以修正指令為主<sup>73</sup>。

#### 第三項 不實廣告的刑事法律效果

違反不正競爭防止法之法律效果，最主要是規範於本法之第 2 章以及第 4 章，其第 2 章從第 8 條開始，其規定之內容係針對違反該法律第 3 條及第 7 條之行為者<sup>74</sup>，擁有請求除去或者不作為之權利。第 9 條則是規定，倘若行為者是故意或過失違反第 3 條或第 7 條則受損害者有損害賠償請求權。第 10 條則規定若行為者故意為第 3 條或第 7 條之行為時，其所得利益得由第 8 條第 3 項第 2 款到第 4 款之人<sup>75</sup>，請求除去該利益並命其繳於國庫。第 11 條則為第 8 條、第 9 條及第 12 條第 1 項請求權的消滅時效規定。

<sup>73</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §3III Rn.0.6.

<sup>74</sup> 不正競爭防止法第 7 條第 1 項之規定，是有別於指令，針對廣告的既有規範，其內容為，「一個商業行為，當其市場參與者被以不合理的方式騷擾，係屬違法。尤其市場參與者不願有此等廣告，而仍為之。」

<sup>75</sup> 不正競爭防止法第 8 條第 3 項第 2 款到第 4 款之人，得向為第 3 條或第 7 條不當交易行為之行為者請求該條第 1 項之不作為請求權。第 8 條第 1 項規範：「對於違反第 3 條或第 7 條之行為者，得向其請求其除去妨害，並且於再度發生之危險者，得請求其不作為。對於有違反第 3 條或第 7 條之虞者，則有不作為請求權。」

至於第 4 章從第 16 條至第 20 條，此章節規定不正競爭防止法之刑罰以及罰鍰之相關規定。第 16 條規定得科予刑罰之廣告行為（*Strafbare Werbung*），其第 1 項內容為：「意圖製造一個特別有利優惠方案的表象，於更大範圍之公眾的公告和通知，而以此不實廣告誤導者，處兩年以下之有期徒刑或得併科罰金。」第 2 項內容則是：「從事商業之人，通過承諾使消費者接受產品、服務和權利，當其使他人締結類似之契約時，將從自身組織或者第三方獲取特殊利益，反過來說，其他人也能通過這種類型的廣告來獲取好處，處兩年以下之有期徒刑或得併科罰金。」，第 17 條之規定為洩露商業或營業秘密罪，第 18 條則為模板的私自利用罪，第 19 條為教唆或自願洩露秘密或私自利用模板罪，最後，第 20 條為罰鍰之相關規定。

### 一、禁止不實廣告行為的刑事規範之客觀要件

不正競爭防止法第 16 條第 1 項之刑事規定，必須要傳播具有違背真實內容的訊息並且隱瞞大眾之廣告，以此誤導大眾。因此其客觀構成要件須具備廣告、隱瞞重要資訊或提供不真實之資訊、誤導大眾並且將該廣告傳播。

1.廣告。廣告的目的是在商業情況下，促銷商品或是服務，因受到廣告之吸引而訂立契約<sup>76</sup>。

2.隱瞞重要資訊或提供不真實之資訊。廣告內容所表達的違背真實資訊，需要透過行為之虛假陳述，並且實際內容之真實性，是以客觀內容為判斷，而非公眾的自以為的認知<sup>77</sup>，然其措辭內容是以大眾可理解之程度為判斷標準<sup>78</sup>；至於其規定下的廣告資訊，則需具有可驗證性，也就是其內容須要關於現在或是過去

<sup>76</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16 Rn.9.

<sup>77</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.16.

<sup>78</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.17.

的事實<sup>79</sup>，而且具有重要性，不重要的商業資訊或是純粹誇耀自家產品服務的信息，皆不屬於重要性之內容<sup>80</sup>，該資訊以書面、口頭、圖像或是聲音表達皆可<sup>81</sup>，惟其必須與商業情形有關<sup>82</sup>，且以整體廣告來看該訊息隱藏其他重要資訊<sup>83</sup>；對於大眾隱瞞重要資訊，此一要件，其判斷標準是以行為人是否有通知的必要，具體來看，必要性則是以受隱瞞之內容，以公眾的標準觀之，是否重要或是消費者應該要了解之基本訊息<sup>84</sup>。

3.誤導大眾。不實廣告須具備誤導性，然其誤導與否是以目標客群來判斷，且其也不以誤導成功為必要<sup>85</sup>，因此本罪是屬於抽象危險犯<sup>86</sup>，其誤導之內容可能是商品或服務的性質，舉凡該商品之描述、品質、特色、標準、標示、檢驗的結果、專利與否甚而環境的保護、商品或服務的價格、折扣、產地、是否具有保證或承諾等等，皆是判斷是否誤導大眾之內容<sup>87</sup>。

4.傳播廣告。所謂的傳播是以公眾，並且彼此沒有關係或是極為鬆散的群體為對象，廣告分次向不同人傳播也算<sup>88</sup>。傳播形式得以書面或口頭傳遞，包括報紙廣告，雜誌或其他出版物、海報、公路上的廣告牌、霓虹燈廣告、在電影和電視的宣傳片或廣告節目，當然現今社會，最有效的傳播手段，還是利用網路進行的廣告傳播<sup>89</sup>。

<sup>79</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.10.

<sup>80</sup> 例如：已經找不到比我們更好的商品，此誇耀性之內容並不屬於本罪所涵蓋之範圍。參照 Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.11.

<sup>81</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.12.

<sup>82</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.13.

<sup>83</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.15.

<sup>84</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.21-Rn.25.

<sup>85</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.28.

<sup>86</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.29.

<sup>87</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.45-Rn.95.

<sup>88</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.98.

<sup>89</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.97.

## 二、禁止不實廣告行為的刑事規範之主觀要件

行為人必須具有傳播此不實廣告以誤導大眾之故意，當然此故意並不等於其行為之動機<sup>90</sup>。並且要具備製造一個特別有利優惠方案外觀的意圖，也就是行為人須意識到，其不實廣告之行為對於商品或服務的購買者，是一個特別有吸引力的方案<sup>91</sup>，並且想要以此方法實現其目的之意圖。而特別有利之外觀有可能是具有特別便宜之表象，或是某種優勢和優惠之內容，行為人意圖建立此種外觀，以達到其成功之不法目的<sup>92</sup>。

## 三、與不正競爭防止法內誤導性交易行為之關係

不正競爭防止法第 16 條第 1 項所規範之不法廣告，雖然係以其內涵具有誤導性為不法之原因，然其與第 5 條所規範之誤導性交易行為之內涵不完全一致，相比之下第 16 條第 1 項所規範之行為更狹隘，其僅制裁屬於廣告之行為，以及行為人必須向更廣大範圍之公眾公告及通知，並且具有製造一個特別有利之假象的意圖，故其並非第 5 條誤導性交易行為之刑事規定。

## 第四項 不公平交易行為指令

藉由上述有關德國不正競爭防止法與不實廣告行為的規範介紹，可以得出其深受歐盟「不公平交易行為指令」之影響，因此本節即針對該指令為概略之介紹。事實上，歐盟在指令頒發之前，對於不實廣告之管制有所行動，鑒於不實廣告之廣告行為阻礙商品服務等資訊之透明，進而影響消費者之權益，尤其是市場固有之競爭秩序，故於 1984 年就訂定了相關的「指令<sup>93</sup>」以謀會員國內國之市場及整

<sup>90</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.101.

<sup>91</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.102.

<sup>92</sup> Herbert Diemer, a.a.O. (Fn. 25.), § 16Rn.103.

<sup>93</sup> 根據歐洲聯盟運作方式條約第 288 條之規定，所謂的指令之內容對其所要達到之結果，於會

體市場之安定。不論是關於會員國的「誤導性廣告指令<sup>94</sup>」、「在遠距離交易保護消費者之指令<sup>95</sup>」、「消費者利息保護之指令<sup>96</sup>」、「遠距金融服務銷售指令<sup>97</sup>」等等<sup>98</sup>，其最終目的都是為此。然而，誤導性廣告指令之用語晦澀難懂，並且也欠缺整合性以及一般性之架構，導致會員國內可能訂立更加嚴格之規範，彼此的內國法寬嚴不一致，有害經濟流通之順暢，無法達到完全調和之效果<sup>99</sup>。不公平商業行為指令，在說明所依據之衡量理由的第 3 點和第 4 點也提到，會員國內對於不公平的商業行為所訂定之法律，其所顯示出的差異對於商業行為的順暢運行產生歧異和障礙，而這些障礙大大的增加了內部市場運作的成本，特別是會員國內彼此的跨境交易，消費者的權利也流於不確定性，進而對市場失去信心。

而歐盟相對於美國，其保護市場運作和消費者的態度向來是採干涉主義<sup>100</sup>，不公平商業行為指令之衡量理由第 5 點，也說明了歐洲共同體缺乏了統一的標準，根據在內部市場商業活動的綠皮書，這個障礙應該被消除以提升消費者的保護。因此，歐盟 2005 年頒訂「不公平交易行為指令」(Unfair Commercial Practices

---

員國有拘束力，但由會員國選擇形式和方法。參照其規定 Article 288 of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

<sup>94</sup> Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising. ; 在 unfair commercial practices 指令之前，文獻上是以該指令來解決廣告行為之問題。參照何之邁(2003)，〈公平交易法對於廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究〉，《行政院公平交易委員會 92 年度合作研究報告之五》，頁 26。

<sup>95</sup> Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent.

<sup>96</sup> Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests.

<sup>97</sup> Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

<sup>98</sup> 本文前述之指令，皆於不公平商業行為指令內所明文提出修正者。

<sup>99</sup> 陳建宇(2015)，〈不實廣告行為主體規範之比較研究〉，東吳大學法律系在職專班跨國商務組碩士論文，頁 88；楊宏暉，前揭註 48，頁 76。

<sup>100</sup> 陳建宇，前揭註 99，頁 88。

Directive)，以提高保護消費者之標準以及跨境市場的運行順暢<sup>101</sup>。

## 第一款 不公平交易行為指令之規範

不公平交易行為指令的衡量理由第 6 點，說明本指令是針對內部市場的不公平交易行為之規範，不論是直接損害還是間接損害消費者的經濟利益；以及禁止影響消費者決定能力的行為<sup>102</sup>。該指令之衡量理由第 8 點則進一步解釋，倘若直接於不公平之交易行為中保障消費者，也等於間接保障不法之競爭對手，也就是合法為交易行為之企業和公司。

但是，不公平交易行為指令也有除外的領域，指令的衡量理由第 9 點，就清楚的表明，該指令不保護受到不公平交易行為對待的個別消費訴訟，因此，該指令所保障的係消費者的團體訴訟<sup>103</sup>；而指令也不影響各共同體和會員國本身之契約法（指令的第 3 條第 2 項規定）<sup>104</sup>；智慧財產權也係屬於該指令之除外不規範領域；而產品的安全和健康亦非該指令處理，因為提供之商品和服務涉及健康和安​​全之問題，並非係不當商業交易行為（指令的第 3 條第 3 項規定）<sup>105</sup>；以及金融服務和不動產，因為其本身的複雜性和本身具有的高度風險性，也落在本指令的除外範圍。

最後，不公平交易行為指令於第 3 條第 4 項明白表示，相對於歐盟其他針對特定不公平之交易行為所為之規範指令，本指令僅具有補充性，係屬於一般性之

<sup>101</sup> 不公平商業行為指令的衡量理由第 1 點和第 2 點分別指出了這兩項目的。

<sup>102</sup> 陳建宇，前揭註 99，頁 88；不公平商業行為指令之衡量理由第 7 點，也特別說明，所謂影響消費者決定之資訊於本指令並不包含影響投資者決定的年度報告等公司文書。

<sup>103</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 82。

<sup>104</sup> 在這裡係指契約法的成立、生效和效力規定，但仍然可以想像，該指令還是會間接影響到各會員國契約法的運行，例如行為受指令之規定而被禁止，但契約卻仍然將此部分列入，而且也不違反該國之契約法，則就會產生契約法與該指令之衝突。就此部分參照，楊宏暉，前揭註 48，頁 82。

<sup>105</sup> 不過不代表廣告可以針對安全與健康部分為不實之陳述與表示。參照楊宏暉，前揭註 48，頁 83。

規定。然而，就此部分並不代表會員國自行之立法優先於本指令<sup>106</sup>。

## 一、三階層條款

本指令於第 2 章開始切入核心（也就是本指令之第 5 條規定），針對本指令所欲規範之禁止行為做詳細之定義跟架構。而從第 5 條可以得知，所謂不公平之交易行為規定是採三階層的設計，第一層次為最上位之概念，規定「禁止不公平之交易行為」，此係大範圍之概括條款（Big General Clause）。第二層次於學理上被稱之為小範圍之概括條款（Small General Clause）<sup>107</sup>，本指令第 5 條第 2 項規定以及指令的衡量理由第 13 點，例示常見之不公平交易行為類型，故可將之視為上位規範之具體化。其規定，特別是如同指令第 6、7 條之誤導性之行為，和指令第 8、9 條規範之侵害性之行為，是不公平之交易行為。最後一層次，規定於指令第 5 條第 5 項，本指令之附件詳列之交易行為，於任何情況都被視為不公平而加以禁止之。其係以小概括條款為基礎，而列舉 31 種當然違法之不公平交易行為，學理將其稱之為黑名單<sup>108</sup>。

## 二、適用關係

雖然本指令於第 5 條第 2 項開宗明義的規定，交易行為要是違反職業上注意的需求，以及實質損害消費者或可能損害消費之經濟者（分別規定於本指令第 5 條第 2 項 a 款以及 b 款），則該行為即指令第 5 條第 1 項所規定之不公平交易行為，而應該禁止之。然而，指令之第 5 條第 1 項屬於三階層內最上位之大原則，相較於第二層次與第三層次，其原則更是抽象，倘若行為係屬黑名單內所規範之任一種，或是其行為具有誤導性或是侵害性，則自然違反職業上之注意，以及構

<sup>106</sup>楊宏暉，前揭註 48，頁 83。

<sup>107</sup>楊宏暉，前揭註 48，頁 88；陳建宇，前揭註 99，頁 89。

<sup>108</sup>楊宏暉，前揭註 48，頁 88；陳建宇，前揭註 99，頁 89。

成損害消費者（或可能損害消費者）之經濟行為。因此，適用本指令之條文時，其適用關係應該是由下而上，從具體到抽象，若有不公平之交易行為不在本指令之黑名單或是第 6 條到第 9 條的射程範圍內，則再回頭檢視是否符合概括之大原則，故本指令第 5 條第 2 項之規定可以被視為補充性條款。

### 三、不公平交易行為

影響消費者，並且應該加以禁止之不公平交易行為，大多數與企業之行銷和廣告行為相關，然而此一部份已於黑名單所列舉之事項，或是本指令第 6 條到第 9 條所保障。故本指令第 5 條第 1 項之補充性規定，則最主要是補遺消費者與企業經營者鎖訂立的定型化契約的漏洞，也就是針對定型化契約條款之控制<sup>109</sup>。

本指令於第 5 條第 2 項則規定，所謂違反不公平交易行為，內涵係指其違背之職業上注意義務及損害消費者之行為。就此部分，本指令的第 2 條名詞解釋的部分則詳細解釋何謂職業上之注意（*professional diligence*）以及何謂損害消費者之經濟行為（*to materially distort the economic behavior of consumers*）。

所謂的「職業上之注意」依據第 2 條第 h 款，係指在企業經營為交易行為的範圍內，依其誠信原則，消費者可以合理期待企業經營者所具有的特殊技術，以及注意的標準。而指令第 2 條第 e 款所定義的「損害消費者之經濟行為」則指商業行為，明顯的損害消費者在取得資訊後之決定能力，導致消費者作出本來不會作成之決定。惟學理上也指出上述之名詞就算經過指令之解釋形成客觀標準，仍十分的空洞抽象，故本文認為此部分應該是留待各會員國之法院，在個案的審判中累積判例以具體之<sup>110</sup>。然要注意，指令第 5 條第 3 項則揭發歐盟向來對於保護

<sup>109</sup> 吳秀明(2005)，〈競爭法上之概括條款-公平法第二十四條法律適用原則(下)〉，《政大法學評論》，85 期，頁 196 至 216。

<sup>110</sup> 文獻上也指出，此待法院於個案審判中具體之，然而本文更進一步地認為，這是歐盟指令有意留給各會員國之空白與彈性。參照楊宏暉，前揭註 48，頁 90。

消費者之態度，也就是要受保護之標準以消費者之平均水準為基準，而非保護單一，明確可以被界定的族群，例如心理和身體具有疾病、年齡或是輕率所導致自己權益受損<sup>111</sup>。

#### 四、誤導性的交易行為

誤導性的交易行為，學理上亦翻為「引人錯誤之交易行為」。然其本旨皆是在禁止企業經營者，以欺騙之行為使消費者接觸不正確的資訊，而無法作出有意義的決定。事實上，不可否認大多數的誤導性交易行為之型態皆是以廣告居多，然而本指令擴充誤導性的交易行為可能，以完整保護消費者，而不侷限在誤導性的廣告行為上。因此，本指令就有與 2006 年頒訂的「誤導和比較廣告指令」疊床架屋之疑慮，惟依據「誤導和比較廣告指令」第 1 條，其主要是在保護商人而不是消費者，故此二指令所主要保護之客體不同，而能給予交易行為環境更周全的保護<sup>112</sup>。本指令將誤導性的商業行為區分為誤導性交易作為 (Misleading actions) 與誤導性交易不作為 (Misleading omissions) 來加以規範 (參照指令的衡量要點第 14 點)，其各自規定於第 6 條和第 7 條，下述分別說明之。

##### (一) 誤導性交易的行為

依據指令的第 6 條規定，其交易行為事實上包含了兩種行為，其一為傳遞虛假資訊；其二為以整體來看就算資訊是真實，然而依總體的介紹仍然欺騙或有欺騙大眾消費者之可能者，皆為本條所欲規範之對象，倘若企業經營者為此行為導致消費者陷於錯誤，做出原本不會做之決定，則該當誤導性交易的行為之構成要件。

<sup>111</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 91。

<sup>112</sup> 楊宏輝，前揭註 48，頁 94。

然而該欺騙行為的概念係採具體還是抽象的認定，已經爭辯許久，最後歐盟法院表明，其應該係採具體、客觀、法規範的認定方式。就具體的部分，歐洲法院認為抽象的欺騙行為概念，對於具體的保護需求無法驗證，這會導致貿易受到障礙。而採取客觀認定是為了減少主觀面的因素。歐洲法院也解釋，倘若採取經驗法則來認定欺騙行為則其規制門檻會限制交易<sup>113</sup>。

而指令的第 6 條 a 項到 g 項則列舉各種會令消費者誤導之事項。尤其第 6 條 g 項規定之事項，為消費者的權利包括其在販售商品及連帶保證下，其更換及付償的權利，或者其他消費者所面臨的風險，此項更是可以被廣泛的適用<sup>114</sup>。

指令的衡量理由第 14 點除了明示將誤導性的交易行為，分成作為與不作為兩種行為型態，還更詳細的說明，誤導性的交易行為禁止，並不等於禁止販售所有類似的產品來減少消費者的選擇，除非其相似性使消費者對產品的來源產生混淆誤認，則就會被歸類於誤導性之交易行為<sup>115</sup>。因此指令的第 6 條第 2 項針對衡量理由的第 14 點具體規範之，倘若考量整體情形，商品的行銷包括產品、商標、產品名稱等等，造成消費者有混淆誤認的危險，即被認定為誤導性的交易行為，縱使企業經營者提供的資訊是真實的。

## (二) 誤導性的交易不作為

為了健全市場的交易環境以及競爭環境，並且保障消費者之權利，指令的衡量理由第 15 點表示歐盟對於商業交流、廣告和行銷部分，所需要揭露的資訊，皆為本指令的規範範圍，以此確立一定之基本資訊的透明化。故可以理解基本資訊，是正常的交易之下所不可或缺的，企業也因此負有所謂的基本資訊揭露義務，

<sup>113</sup> Manfred A. Dausen, Handbuch des Eu-Wirtschaftsrechts, 31. Aufl., 2012, S. 156., Rn. 529.

<sup>114</sup> Ebd., S. 158., Rn. 531.

<sup>115</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 96。

以確實保證消費者的行為自由以及決定自由，落實有效的企業競爭環境<sup>116</sup>。因此，指令的衡量理由也說明，倘若會員國就此最低限度以外，又額外要求企業需要揭露之資訊，若是省略該資訊，並不會構成本指令的誤導性的交易不作為。

本指令就此部分於第 7 條的第 1 項至第 4 項分別規範了誤導性不作為的四種態樣，其分別為 1.省略資訊；2.隱藏或提供難以理解、不清楚、模糊或者根本非具有即時性之資訊；3.省略因為時間、空間受限制的資訊；4.邀請購買時隱匿資訊。

指令第 7 條第 1 項規定，「一個商業上的交易行為會被認為具有誤導性，是在考慮他的特性和情況，以及交流媒介的侷限性後，省略了一般消費者所需要的重要資訊，因為這些資訊被省略未提，導致消費者做出或者足以令消費者做出本來不會做的決定。」，因此企業經營者只要省略重要資訊之提供，不用積極的為欺騙不實之行為，即該當本條項誤導性的交易不作為。然而那些資訊是企業經營者具有義務需要提供，則只能依靠個案的判斷<sup>117</sup>。

而指令第 7 條第 2 項則規定，「考慮到第 1 項之內容，企業經營者若隱藏、或者提供一個難以理解、不清楚、模糊以及根本不具有即時性之資訊，或者無法判定交易行為的商業意圖，導致消費者做出，或者足以令消費者做出本來不會做的決定。」，德國的學理上也指出本項的規定，事實上混合作為的元素在裡面，因為誤導性資訊的傳播，以及重要資訊的遺漏是非常難區分的，也沒有辦法訂定明確的標準來區分<sup>118</sup>，然而學理認為，若企業經營者以商業的意圖誤導消費者時，應判定其為誤導性資訊的作為<sup>119</sup>。

<sup>116</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 97。

<sup>117</sup> 楊宏暉(2008)，《締約前資訊義務之研究》，國立政治大學法律研究所博士論文，頁 442 至 446。

<sup>118</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.), S.161.,Rn.541.

<sup>119</sup> Geraint Howells, Hans-W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson, EUROPEAN FAIR TRADING LAW: THE

而資訊被隱藏的方式相當多，英國文獻就指出，如果提供資訊但卻以微小的印刷字體刊印在不明顯的地方，仍然屬於本項的隱藏資訊<sup>120</sup>。在判斷資訊的是否揭露時，也必須考慮普遍消費者的語言能力，因為資訊的提供必須要讓一般消費者能理解，否則就屬於難以理解、不清楚或模糊的資訊。倘若資訊的提供是以外文的方式提供，企業經營者不得將責任推卸於消費者不好的外語能力。而資訊的即時性也要綜合消費者做成決定時的階段，來判斷是否符合即時的揭露資訊，例如，在做決定的過程中，資訊很晚才揭露，則此時的揭露對內心已有選擇的消費者無任何意義<sup>121</sup>。

指令第 7 條第 3 項所規定的內容為，「傳遞商業交易行為的媒介被強加時間和空間的限制，這些限制和任何方法，於企業經營者做成給消費者可用的資訊時，是否有省略資訊都應該被考慮。」，舉凡以電視傳遞廣告，還是廣播傳遞廣告，其各種傳遞的方式皆有一定之時空限制，在考慮企業經營者是否對消費者省略資訊，應該將上述的資訊接觸限制皆考慮在內。

至於指令第 7 條第 4 項則是列舉一定項目以及特定情況，明定企業經營者邀請購買時不得省略上述之內容。本項將有可能發生的重要誤導消費者之情形，具體化為一般原則，以強調了企業經營者於契約訂立前之階段，其應該負擔的資訊揭露義務。並且本項所指之邀請購買（*invitation to purchase*）按照本指令第 2 條 i 款之定義，邀請購買為表示產品特徵以及價格之行為，然而並不具有法拘束之效力<sup>122</sup>，故邀請購買不等於要約也非要約之引誘。而本項之事項相較於本指令第 6 條第 1 項所列之事項較少，在企業經營者未為積極的作為行為誤導消費者，並且傳遞錯誤資訊的情況下，強行要求其負擔說明義務本身已屬例外，故第 7 條第 4 項之範圍較小自係當然，由此便可以清晰的發現歐盟有意區別誤導性的作為以

---

UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES DIRECTIVE, 150 (1st ed.2006).

<sup>120</sup> Id. at 151.

<sup>121</sup> Id. at 151.

<sup>122</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.161.,Rn.543.

及誤導性的不作為的區別<sup>123</sup>。

最後，指令第 7 條第 5 項規定，歐盟的其他諸多指令，都有針對商業廣告或者行銷的重要資訊部分有所規定，而本項就是一轉介條文，其規定若有其他指令所規定的資訊需求，都視為本項應揭露之資訊。而相關的指令非窮盡的列在本指令的附件 2。然而此規定則顯現，指令影響的已不再只是契約成立前的廣告和行銷行為，契約過程甚至契約後之階段都有被涵蓋之可能。衡量理由第 15 點則補充說明，歐盟的會員國若在本項之基礎上額外要求揭露其他資訊，企業經營者未服從時，其行為並不屬於本指令所規範的誤導性的交易不作為。指令雖然於第 3 條 2 項規定不影響各會員國契約法之運行，惟可以想見，倘若各會員國利用其內國的契約法規定，高於本歐盟指令內容的資訊揭露義務，恐怕指令與各國契約法之運行衝突則將越來越多，然而對於消費者的權利保護水平也大幅提高<sup>124</sup>。

## 五、侵害行為

指令所規範的侵害行為是新的規制，因此在原本的歐盟會員國，其各國內法是沒有此種新興的禁止規定。而指令第 8 條所規範之侵害行為也超過了綠皮書所指導之範圍，其隱藏在背後漫漫的共識就是朝向公平方向的轉移。會導致此種趨勢的背景原因，在於廣告的本質即帶有侵略性以及積極性，畢竟廣告的目的就是要積極的影響消費者，使其購買自身的產品以及服務，故在這樣的情況下，社會是允許商業行為具有一定的積極性，因此促銷方式的多元化和折扣限制的廢除就無法避免。然而在這樣的情況下，對於消費者的保護網仍不該因此而有疏漏，但是如何判定哪些積極行為是侵害行為，而應該要被處罰則十分的曖昧不明，就此部分德國學理是肯定將廣告的行為，區分其種類和方式，有助於判斷應當被處罰

<sup>123</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.162.,Rn.544.

<sup>124</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.162.,Rn.546.

之侵害行為<sup>125</sup>。

指令第 8 條以及衡量理由第 16 點指出侵害行為禁止的核心概念，就是企業經營者不得嚴重的損害消費者的決定自由。故第 8 條規定，「一個商業行為被認為侵害行為，是根據其在具體事實上，考慮其所有特徵和情況，其使用騷擾、脅迫（包括物理暴力之行為）或不正当的影響行為，嚴重影響或可能顯著損害一般消費的大眾的決定自由，導致其作出原本不會做成之決定。」。

指令第 9 條則列舉判斷騷擾、脅迫或不正当的影響行為之考量情事。1.手段的時間、地點、性質和期間。2.使用威脅或侮辱之言語和行為。3.企業經營者有意識的利用不幸的情況，或者其他嚴重影響消費者判斷能力之情事。4.企業經營者已任何沉重和不成比例的非契約方式，阻礙消費者行使契約上的權利。5.任何不法的形式威脅。

事實上縱使指令第 9 條舉出判斷騷擾、脅迫和不正当影響行為之情事，然要判斷上述之行為仍屬困難，其內涵太過抽象空洞，無法清楚判別騷擾與脅迫之概念，指令也僅就不正当影響為定義和說明，指令第 2 條 J 款規定，「所謂的不正当影響行為，係指企業經營者利用權利地位，對消費者施加壓力，縱使未使用物體上之暴力來脅迫，其仍然嚴重的限制消費者的資訊決定能力。」大體來說騷擾與脅迫其僅有程度上之區別，騷擾係指消費者對於自身的經濟自主，遭到嚴重的損害以及難以接受的情況，而脅迫則是指物理心理的暴力行為<sup>126</sup>。不過學理就此部分認為，得以「不正当影響行為」為補遺之標準，而不用明確區分三者之差別<sup>127</sup>。

<sup>125</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.163-164.,Rn.550.

<sup>126</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.165.,Rn.557.

<sup>127</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.),S.165-166.,Rn.558.

## 六、黑名單

最後一層為所謂的黑名單條款，指令第 5 條第 5 項之規定列舉 31 款當然違法行為，換言之只要該當此行為及當然違法，不需要再討論是否為不公平之交易行為、誤導性之交易行為或侵害行為，故黑名單條款之事項為抽象危險構成要件<sup>128</sup>。事實上第 1 款至第 23 款即屬於當然違法的誤導性之交易行為而第 24 款至第 31 款係屬當然違法的侵害行為之性質。

所謂的當然違法的誤導性交易行為，系指一旦作為特定的行為，則直接認定其具有誤導性，使消費者得到違背真實的資訊，並且真實意思下的決定權受到壓縮，係屬於當然違法的行為。黑名單所列舉之行為如下所述，企業經營者非行為守則之簽署者，卻不實聲稱自己是（第 1 款）；企業經營者顯示信任標章、品質標章和其他相同之標章，卻沒有得到必要的授權（第 2 款）；企業經營者不實聲稱行為守則，已獲得公家部門或其他機構之認可（第 3 款）。

或是企業經營者不實聲稱自己（包括其他交易行為）和產品已獲得公家部門或其他機構的准許、認可和授權（第 4 款）；企業經營者以一特定價格為買賣邀約，但卻未揭露合理的理由其無法提供產品或等值之產品，於該價格在一定期限以一定數量提供之。此又稱誘餌廣告（第 5 款）；企業經營者意圖藉機銷售其他產品，故以一特定價格為買賣邀約時，卻拒絕向消費者展示該商品，或拒絕接受訂單，或拒絕於合理期間交付，或展示錯誤樣品（第 6 款）。

亦或企業經營者不實聲稱該產品，只能在非常有限的時間、特定期間或特定條件供應，使消費者立即決策，剝奪消費者有足夠的時間或機會做出明智的決定（第 7 款）；企業經營者以非會員國之官方語言締約，並且其售後服務也僅提供

<sup>128</sup> Manfred A. Dausen, a.a.O. (Fn. 113.), S.166., Rn.561.

其他語言，而此部分未於事前向消費者明確揭露（第 8 款）；企業經營者聲稱或以其他方式產生商品，可以合法販售之印象，但實際上卻是不行（第 9 款）；企業經營者將法律所提供予消費者的權利，作為自己提供的獨特內容（第 10 款）。

以及企業經營者付錢，使媒體為促銷之目的編輯內容，但消費者卻無從以此得知清楚之內容極明確可辨識之圖片與聲音（第 11 款）；如果消費者不購買產品，企業經營者，則對消費者及其家庭之人身安全的風險性質或程度，為不實之聲明（第 12 款）；企業經營者故意誤導消費者，使其相信類似之產品，來自於特定之廠商（第 13 款）；消費者得到利益的主要來源是介紹新的消費者加入傳銷，而非透過消費產品（第 14 款）；企業經營者不實聲稱將停止營業或遷移營業場所（第 15 款）。

還有企業經營者聲稱購買該產品，將提高抽獎遊戲中獎的機會（第 16 款）；企業經營者不實聲稱產品能治癒疾病、身體功能失調和畸形（第 17 款）；企業經營者通過重大市場不實條件的資訊，或找到產品的可能性，使消費者以低於正常市場條件下購買產品（第 18 款）；企業經營者以競賽或獎品來促銷，但卻未準備獎項或其他同等值之物（第 19 款）；企業經營者標示產品為免費，但消費者卻仍然要支付交易、運送和收取費用以外之費用（第 20 款）；企業經營者在促銷資訊，上附上發票或其他相類似之文件，令消費者產生已經訂購該產品之錯覺（第 21 款）；企業經營者不實聲稱或製造印象，其非為交易、商業和專業之目的，或不實以消費者身分出現（第 22 款）；企業經營者不實創造消費者，可在購買地以外的會員國享受產品售後服務之印象（第 23 款）。

所謂的當然違法的侵害行為，即是下述之行為直接被認為侵權行為，黑名單條款所列舉的行為，包含企業經營者使消費者產生未成功締約前，不能離開營業處所之印象（第 24 款）；企業經營者拜訪消費者家庭進行個人訪問時，忽視對方請求離開之要求。除非是法規或合理的情況下執行義務（第 25 款）；企業經營

者持續並且不顧消費者意願，以電話、傳真、電子郵件或其他遠距離媒體向其推銷。除非是法規或合理的情況下執行義務（第 26 款）。

或是企業經營者要求，主張保單權利之消費者出示，與主張之權利無關之文件，並且有系統的不回應相關的文件，使消費者無法行使契約上之權利（第 27 款）；企業經營者在廣告中，直接勸孩童購買產品，或勸父母或其他成人為孩童購買產品（第 28 款）；企業經營者要求消費者立即付款、延後付款、寄回產品或採用其提供的保管服務，但消費者根本未訂購該產品（第 29 款）；明確的告知消費者，倘若其為購買該產品或服務則企業經營者之生計將受威脅（第 30 款）；企業經營者製造不實形象使消費者以為自己已獲獎、將會獲獎或為一定行為即可獲獎，然而實際上卻是沒有獎項，或等值之利益或是仍須負擔其他成本（第 31 款）。

## 第二款 不正競爭防止法的轉換

介紹完不公平交易行為指令以後，則必須理解德國法制，是如何將其轉換為內國之規定。指令的內容對會員國具有拘束力，惟形式與方法則為會員國之自由。德國的因應方式，則是在本來既有的法規上為小變動。不公平交易行為指令之頒訂目的，在於提升消費者之保護屏障及促進共同體市場的運作。德國不正競爭防止法則強調保護正當的效能競爭<sup>129</sup>，1972 年的德國聯邦憲法法院針對不正競爭防止法的保護法益做解釋，其保護競爭者以及保護公眾於競爭時遭受過分的競爭行為<sup>130</sup>，此基本精神則沿用至今。個別競爭者與消費者之保護與整體的效能競爭事實上是相輔相成的<sup>131</sup>，故其最終的目的還是保護社會及公共利益的維護<sup>132</sup>，因

<sup>129</sup> BVerfG GRUR 72,358 ; 79,773 ; 01,170.

<sup>130</sup> BVerfG, 08.02.1972 - 1 BvR 170/71.

<sup>131</sup> Bornkamm/Feddersen, a.a.O. (Fn. 3.),Rn. 0.10.

<sup>132</sup> 德國的不正競爭法早期所欲保護之對象為競爭者，其認為競爭者之銷售機會不應該受到他人不正當之交易方式減少，所以消費者對此並無受保護之權利僅有反射利益，直到 1965 年才有權利要求賠償。就此部分參照 Bornkamm/Feddersen, a.a.O. (Fn. 3.),Rn. 0.8.

此該指令與德國不正競爭防止法的規範目的並無衝突。

2004 年的修法中，第 1 條立法目的已明訂不正競爭法保護競爭者、消費者、其他市場參與者，以及公眾。再融入指令的規範以後，其唯一的差別在於，過往的不正競爭法保護其欲保護之客體，免於受「不正競爭」之危害，而現今之不正競爭法則擴大其保護之範圍，使欲保護之客體免於受「不當交易行為」之危害<sup>133</sup>。因其既有法規與指令之規範，並未有巨大的分歧，故其轉換僅是就既有法規內容上做調整。其優點是法律條文之用字較簡潔並且一致，然而法官適用的過程仍然須不時參照指令以確保符合指令之要求<sup>134</sup>。

不公平交易行為指令所規範之消費者，按照指令第 2 條 a 款之規定為交易行為中，其活動目的非有關營業上、業務上或職務之自然人；德國之不正競爭防止法則是規定其活動目的，非有關營業上或「獨立」職業上之活動即可，其解釋上德國對於消費者的解釋，受保護之範圍大於指令之定義<sup>135</sup>。而就企業經營者之部分，指令之第 2 條 b 款則規定係指以營業上、業務上或職務為目的之法人或自然人，包含以企業經營者名義或為其代表之自然人；德國法律就此部分就比較緊縮，原本之法律並未納入「以企業經營者名義或為其代表之自然人」，因此，將指令轉換於內國法，此部分就應將其修正進德國之不正競爭法。由於德國既有規定之保護目的與對像廣於指令，因此就企業經營者與其競爭者，或是與其他公眾參與者之部分，雖然超過指令之規範但仍有德國既有法律之適用<sup>136</sup>。

不正競爭防止法第 1 條之立法目的受到指令之影響，而從保護不正競爭之情形，擴大到所有不當交易之行為皆在法律的涵涉範圍內。職是之故，不正競爭下的競爭意圖就也不再重要，取而代之者，為不公平交易行為下，行為與銷

<sup>133</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §1 Rn. 2.23.

<sup>134</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 80。

<sup>135</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 84。

<sup>136</sup> 楊宏暉，前揭註 48，頁 85。

售之客觀關聯性<sup>137</sup>。此一概念也延伸至法律對於交易是否保護締約後，倘若該法律僅保護不正競爭之情形，則在締約時，競爭行為已然結束，則之後的行為不受該法律之約束；若是保護整體的不當交易行為，縱使締約後，仍為其涵蓋範圍，受法律之規範<sup>138</sup>。不正競爭防止法未如同指令設計除外之領域，因此就此領域，該法仍有適用之餘地。

## 第四節 德國不實廣告之案例分析

理解德國的不正競爭防止法，有關不實廣告禁止之規範的立論基礎為一般預防之需求、詐欺罪外的獨立規定，以及民事責任對此情況無法解決，和相關的規範以後，接下來藉由下述之咖啡旅行案以及郵購贈品案，介紹德國實務對該法條是如何應用，其適用規定之案例類型為何。本文所引之兩則案例之共通處，皆是行為人藉由中獎的外觀，欺騙消費者，使消費者相信事業確實釋放出特別有利的優惠方案。因此，德國法院則就此部分探討「中獎」是否為特別有利之優惠方案，以及該方案與行為人銷售之產品服務，是否須具有關聯等關於此項規定之爭議做討論以及釋疑。

### 第一項 咖啡旅行案

#### 一、案例事實簡介

被告多年來自己經營旅遊業，其所安排之遊覽車旅行，是由自己進行和規劃，或是發包給其他公司。而給予客戶的書面廣告都是由被告自己寫，藉由每一次的遊覽車旅行至少都會發出 1500 份，並且針對的目標客群，皆是老年人或是沒有在工作的人。被告為了掩飾廣告的實際來源及其責任，分別使用不同的化名和發

<sup>137</sup> BT-Drucks 16/10145, S. 21.

<sup>138</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 3.), §2 Rn. 31.

件地方，且於 1998 年底委託他人作稻草人，由他人為公司租用信箱，並以此為之後廣告信件寄件的虛擬地址。因此，消費者與實際經營者是不可能接觸的，消費者保護協會對此也警告過。

第一個行為，被告在發送的廣告中，不實欺騙向客戶表達，來消費者之人得以票據參加抽獎活動，消費者有機會以 99 馬克之票價，抽中獎金 500 馬克之頭獎，但實際上被告並未舉辦抽獎活動，而令所有參與抽獎活動的消費者皆獲得中獎之通知，並且告知所有參與活動之人，其 500 馬克之獎金為同等價值的旅行代用券，惟只有選擇被告公司銷售的出國旅遊服務才能使用。消費者拿其廣告要求兌換時，接下來卻沒有提供相應的服務讓消費者可以使用該兌換券。

第二個行為，被告發送廣告承諾，倘若來消費帶上廣告所附的兌換券，則於同樣票價當中，另外附上一份精緻午餐。但最終消費者拿此兌換時，卻只得到一罐便宜的罐頭食品，甚至只是一瓶價值 2.80 馬克的洗髮精。

地方法院認為，其第一個行為不該當不正競爭防止法第 4 條第 1 項不實廣告行為之要件<sup>139</sup>，法院並沒有在被告提供的廣告看到，其會提供相應之旅遊服務的保證。而第二個行為，確實是屬於不實廣告之行為，然被告並不是完全沒有提供午餐，而是提供未達其保證價值之食物，並判處刑法第 49 條第一款之刑罰，但依據第 17 條禁止錯誤之規定減輕其刑。

檢察官不服進而上訴，聲明對於第一個行為無罪，以及被告於第二個行為得已被減輕刑罰感到不服<sup>140</sup>。

<sup>139</sup> 現今的不實廣告行為，規範於不正競爭防止法第 16 條第 1 項，惟在 2004 年以前，是規定於該法第 4 條。

<sup>140</sup> BGH, 15.08.2002 - 3 StR 11/02

## 二、法院判決理由摘要

首先法院認為，被告於廣告中承諾顧客憑該兌換券，可得精美午餐一份，最後卻只有罐裝食品，確實是廣告內容不實。

其次地方法院的見解不能被接受，因為其沒有看見第 4 條第一項有關「特別有利之外觀」此一要件內所指涉的「利益」之意義，其說明如下：

1. 被告於廣告中承諾之利益是虛假不真實的。縱使被告在廣告中以微小的字樣註明，只有在行程地點確定之後才會發放兌換券，此一條件仍然不會變更其廣告係屬不實之結果。然而地方法院卻認為，被告所發放的兌換券並非「利益」，只是旅遊費用的預付，並不是憑此券就可以得到一個旅遊服務，而是被告推出旅遊服務以後，消費者再憑此券去預定該旅程。法院補充，所謂的頭獎之意義在於給予人一個較其他人幸運之印象。如果潛在客戶能夠假設自己有機會獲得頭獎之利益，則這項資訊的實際價值會更高，但如果其發現這其實不是真正的抽獎，則就此項資訊的所表彰的實際價值，並非其所欲表現之利益外觀。

2. 只要違背真實的陳述具有誤導性，導致公眾有被欺騙的風險，即已足夠。本案關於抽獎的活動以及廣告信件的地址和利益之價值都是欺騙之行為。

3. 法院認為本案內所違背真實的資訊是商業條件。禁止不實廣告行為之規定所規範的「商業條件」<sup>141</sup>，應給予廣義的理解，包括與商業有關的直接條件或是間接條件，除非僅是客戶個人之情況，否則應該廣泛的認定。因此本案被告為了吸引大眾，進而提供有關於利益之保證，對於商業交易來說至關重要，因此其是屬於商業條件。

---

<sup>141</sup> 2004 年以前的不正競爭防止法所規定的禁止不實廣告行為之規範，將所謂特別有利之優惠方案表象限於有關於商業條件。

4.本案被告所發送之利益資訊與其所欲宣傳之服務相關，因此其具有意圖誤導大眾，其將給予一個特別有利之優惠表象。或許承諾給予之利益與實際所欲提供之商品或服務未必具有法律上之關聯，但其是存在經濟上之關聯，因為一個潛在的客戶看到一項商品和服務有附帶禮物，則自然而然會增加消費之可能。本案違背真實之廣告資訊與其所欲提供之服務之間，具有必要之聯繫是不可置疑的。

最後法院認為本案的第一項行為，符合禁止不實廣告行為之規範，因此廢除地方法院之判決，自行再下一個有罪之諭知。而關於第二項行為被告因為刑法第17條禁止錯誤之規定減輕其刑，法院認為檢察官上訴有理由，因地方法院並未證明被告認為自己的行為，是否被允許或被禁止的，並且其已經受到不實廣告問題之通知，故法院認為此部分有理由，被告不得減輕其刑。

### 三、分析與檢討

本案有兩項行為，第一項行為乃是被告以抽獎之名，實際卻是給予500馬克的旅行金兌換券，但其卻未給予相應之旅遊令消費者得以兌換。第二項行為則是欺騙消費者，倘若來消費就會附贈免費精美午餐，然而卻只給予其罐頭食品。第二項行為，不論是地方法院還是上訴法院，皆未否認其為不實廣告之行為，惟針對第一項行為，兩者則有認定之差異。

地方法院認為，被告所公布之廣告，並未保證會有相應之旅遊服務，因此不屬於法條構成要件所要求的「優惠方案之表象」，而上訴法院則否決此項看法，認為地方法院關於優惠方案之理解不能被接受。因為其所承諾之兌換券已經係屬優惠方案，一個擁有理智常識之社會大眾，皆會認為其資訊具有吸引力，會影響其決定，故此資訊極為重要。然而被告卻未遵守此條件，故具有詐術之意涵，縱使其於廣告中標明，此項優惠等待行程確定才會給予，仍然不能免除欺騙之成立。並且該資訊屬於商業條件之內涵，而該資訊也與其所欲提供之服務有關聯，因此

本案之被告的第一項行為該當禁止不實廣告行為之規範。

本案為 2004 年修法之前的案例，所以其尚未將禁止不實廣告行為之規範移至第 16 條第 1 項。法規範之內容也要求，其特別有利之優惠方案表像之內容要涉及商業條件。而 2004 年之修法將此條件拿掉，使其杜絕關於商業條件等之爭議。同時，禁止不實廣告行為之規範，著重於廣大消費者之保障，本案之被告於每次遊覽車旅遊時皆會發送廣告，一趟最少可發送 1500 份，事實上其所影響的範圍十分廣大。

並且消費者已經遭受財務上之實際損失，其縱使以不作為訴訟向被告要求停止，也無法彌補其所受損失。因此仍需要民事的損害賠償訴訟以及針對此所造成的危險性為刑罰的處罰，但這也無法論證，不實廣告行為得以詐欺罪解決，因為不實廣告行為所涉及的，乃是對於公眾資訊取的破壞之危險，縱使沒有實際的財產損失仍要管制，本案之被害人雖然具有實際的財產法益之損害，然在面對本罪乃公共危險下所設計之罪章，並且在德國抗拒以行政手段管制競爭秩序的情況下，本罪之存在具有其必要性。

## 第二項 郵購贈品案

### 一、案例事實簡介

D、G、S、I 為郵購公司之董事，其向消費者發送郵購目錄以及廣告，並且針對之主要客戶群，為受教育程度較低之老人。而廣告之內容聲稱其舉辦抽獎活動，然此項中獎訊息卻是虛假的，其並沒有真的舉辦抽獎活動，因此其並不會真正的發送獎金和保證的贈品，而且也未給予任何獎金或贈品。如果消費者向其要求寄送贈品，則被告並不會理會此要求，直到消費者一而再再而三的催促，被告才會寄送一個價值甚低的贈品，根本不符合其所聲稱的贈品價值程度。

本案被告於廣告中，明確的表達其會給予中獎後的獎金以及贈品，而且於廣告中表明其發送贈品之條件，取決於其郵購之金額，最低不可低於 15 歐元，消費者收到貨物之後，將會有 30 天的鑑賞期，如果不滿意可以退貨。但事實上卻將其限制的條件放在不顯眼處，並且廣告收件人也就是消費者們，也並未實際參加抽獎，惟其廣告設計會使人以為已經中獎，然最後其給予之獎品卻非其所承諾之內容。而被告自己也知道所承諾之獎金和贈品，皆不會送出予消費者，其僅是希望通過廣告，創造出慷慨並且和客戶友好的企業印象。被告之公司被評估因此違規的訂單數量佔總體的 38%。

地方法院認為被告給予之廣告資訊客觀來說係屬不實，因此被告違反 2004 年以前的不正競爭防止法第 4 條第 1 項（下稱舊法）以及 2004 年修法過後的第 16 條第 1 項（下稱新法），有關禁止不實廣告行為之規定。而被告 G、D 符合刑法第 17 條之禁止錯誤可以減輕其刑，本案被告不服上訴於上訴法院。檢察官也以 G、D 得被減刑之部分提起上訴<sup>142</sup>。

## 二、法院判決理由摘要

法院認為根據舊法以及新法的禁止不實廣告行為之規定，因被告寄送產品目錄同時附上之廣告，意圖向公眾散佈一個特別優惠方案表象，其內容違背真實也具有誤導性，並且該資訊與其提供之商品具有關聯性，因此本案之被告該當不實廣告行為禁止之規範，故上訴人之上訴駁回。

本案被告之廣告目的是為了呈現其慷慨友好之形象，並且目標客群為低教育水平之老人，進而對該客群給予虛偽之資訊以誤導之。然而禁止不實廣告行為之規範，行為人所公開散布之不實之資訊，與廣告是否要與其銷售之商品服務，具

<sup>142</sup> BGH, 30.05.2008 - 1 StR 166/07

有關聯，就此部分法律雖然沒有明確之規範，惟通說與實務向來肯認。只是其判斷的角度乃是，行為人特別向外散佈一個特別優惠方案之意圖，若以法律的角度來看，行為人完成此項行為而預期因此產生商業交易，則該資訊與其所提供之商品與服務具有關聯性。

本案之行為人使消費者因為虛假之抽獎活動，進而認為購買某項產品會得到額外中獎的機會，則將會增加購買該產品的意願，故行為人所散佈之不實資訊與其所提供之商品服務具有關聯性，聯邦最高法院在咖啡旅行案也是明確採納此觀點。法院還補充說明，是否具有關聯性應配合行為人意圖，以廣告之整體觀之，不正競爭防止法內所規定的誤導性交易行為禁止之規範也是以此為標準。而地方法院也是採同樣標準，因此其適用法律沒有違誤。本案之行為人將產品目錄與內含中獎訊息之廣告一同寄給消費者，使其商品看起來似乎比較便宜，符合意圖造就一個特別優惠方案表現。就此部分地方法院之判決亦屬正確。

同時本案之被告形成共犯結構，並且上訴法院認為本案之禁止錯誤可以避免，因此 G、D 不得減輕其刑。

### 三、分析與檢討

本案之被告寄送郵購產品目錄以及不實內容之廣告，具有誤導性，因此該當不正競爭防止法第 16 條第 1 項之規範。然本案最重要之爭點在於關聯性，也就是指，行為人對外所公告散佈所造成的特別優惠方案表象之意圖，與其所欲銷售之商品或服務是否具有關聯性。回歸法條來看，不正競爭防止法第 16 條並未特別要求此一要件，惟德國實務上肯定其必須具備關聯性，必須是行為人預期自己為一個有利優惠方案時，社會大眾因此受吸引來消費。也就是說，行為人所傳遞之不實訊息，不是毫無關聯的拉扯，而是以此不實資訊欺騙大眾，進而壓縮大眾的意思決定自由，使其作出違背真實意志的決定，申言之，倘若社會大眾完整知

悉所有資訊，即有很大的可能不會做出相同之決定。

德國法院以此來限縮刑罰權之發動，同時也明確化該條文所欲保障之內容，即是保護消費者的決定自由，保障其不受不實資訊壓迫意思自由。針對本案之爭點，法院採用咖啡旅行案來解釋本條關聯性之構成要件，當行為人意圖利用一個虛假的抽獎遊戲，來增加消費者購買商品之可能性時，其就使抽獎活動與該項商品產生了經濟上的關聯性。

由上述可知，德國實務在拉起行為人之意圖與銷售之關聯性，乃是想確定行為人的意圖，壓迫消費者之意思自由。實務壓縮此處罰規範之適用，不正競爭防止法第 16 條不實廣告行為禁止的規範，除了行為故意以及意圖以外，法院還進一步解釋了該意圖之內涵，以確保刑罰之發動，是針對該法條所要維護之秩序，也就是意圖干擾人民之意志跟決定和選擇權。可以說不實廣告行為禁止的規範具體落實德國基本法第 2 條之精神，人人有自由發展其人格之權利。

## 第五節 小結

### 一、德國對於不實廣告之行為具有刑罰之規定

德國於 90 年代商業趨向自由化，因此改變當時的局勢，並於 2004 年廢棄已不再適當之法規，進而徹底翻修不正競爭防止法。然而身為歐洲共同體歐盟之會員國，面對 2005 年新頒訂之不公平交易行為指令，必須相應配合，於是 2008 年，德國實施新修正之不正競爭防止法。而不正競爭防止法也根本性的產生本質上的改變，從保障競爭秩序的法律規範，到現今為全面打擊不公平交易之行為，導致消費者的地位隨之提升，法律針對消費者的保護，而設計專門之規定；保護之範圍也不再狹隘之侷限於競爭行為，而是整體之交易行為；競爭意圖也被行為與銷售之客觀關聯性取代；因應其擴大規範整體之交易行為，故受保障之時點也不再

限於締約前，種種的這一切都深刻的體現，德國不正競爭防止法之本質徹底的改變。

綜上所述，其就本質整體之翻轉，並且跨大保護之內涵，然而其於第 16 條仍保留對於不實廣告之刑罰規定。法律第 16 條第 1 項處罰之內涵為誤導性之交易，企業經營者企圖營造一個具有優惠方案之假象，並且以此為廣告向大眾宣傳，並誤導消費者。而第 2 項之內涵事實上就是所謂的廣告傳銷，歐盟的黑名單條款第 14 款，以及德國因應指令所融入的黑名單條款第 14 款都有相類似之規範。然而，針對第 4a 條更具積極性的侵害行為，德國不正競爭防止法卻沒有對此為刑事處罰之規定，舉凡對消費者騷擾、脅迫、身體暴力或者以優勢地位影響消費者之行為，其不法性應當比誤導性廣告更高才對。惟德國不正競爭防止法卻漏未規定，其可能望以刑法強制罪來補強，避免法律之疊床架屋。

而參照德國對於該法第 16 條不實廣告禁止規定之文獻，其立法理由乃是為了保障廣大之消費者大眾以及民事規範之不足。立論基礎則是來自一般預防理論、詐欺罪外的獨立規定以及民事責任無法解決此行為。所謂一般預防理論是以嚇阻不法為刑法之目的，刑罰只是該目的之手段，按照心理強制說，藉由刑罰使所有潛在的犯罪行為人感到害怕，使其寧願忍受願望無法藉由不法手段滿足之痛苦也不願意承受刑罰之痛苦，不實廣告行為之人渴望藉由此行為壓迫消費者的決定自由，以達到其取得龐大利潤之目的，因此必須就此危險行為給予刑罰，使行為人兩相權衡而寧願忍受願望無法被滿足之苦。

同時不實廣告行為也無法仰賴刑法詐欺罪管制之，因為德國詐欺罪之詐欺行為乃是權利侵害之手段，其仍然要造成財務上之實際損失，才得以構成本罪，縱使，退萬步言之，以詐欺罪未遂犯來處理不實廣告之行為，然仍要面對不實廣告行為禁止之規定是在保護競爭者以及消費者，其維護之法益無法與保護財產法益為主之詐欺罪合致。至於民事責任處理該問題之考量，則是源自於德國不正競爭

防止法是以民刑混合之立法方式，德國之市場競爭秩序根本性的抗拒行政機關之監督，因此僅能以民事的不作為訴訟、侵權行為的損害賠償以及針對特別危險行為，而例外的入罪化等設計，來維護競爭秩序以及消費者利益，而德國文獻認為純粹的民事責任無法滿足因不實廣告行為而權益受損之消費者，不實廣告的行為造成廣泛的公共危險，民事舉證責任也受限於事業與個別消費者地位不平等，而無法落實，因此民事責任無法解決不實廣告之問題。

德國實務上就不正競爭防止法第 16 條規定的適用，其必先檢視事業所傳遞之廣告資訊，是否符合法條所規範的「特別優惠方案」，以及該方案與事業所銷售之產品或服務是否有關聯性。旅行咖啡案所營造之優惠外觀有兩項，第一項為參加旅遊者將得到精美午餐一份，實際上事業卻僅給予罐裝食物，此部分確實具有特別優惠方案之表象，並且其方案之內容與實際提供之旅遊服務具有關聯性，因此該當不實廣告之行為，加以禁止處罰尚無疑義，然而第二項之外觀為中獎，業者告知消費者其將舉辦抽獎活動，實際上卻是參加者皆有獎，而該獎項的旅遊金之兌換券則限於向該事業兌換之，然事業卻未讓中獎之人兌換。因此，該中獎之資訊確實是具有誤導性之不實資訊，惟其是否為特別優惠之方案，並且該方案與銷售之內容是否真的具有關聯，德國聯邦法院認為中獎之資訊促使消費者相信其因為幸運而得到更高的實際價值，因此確實屬於利益也就是特別優惠之事項，並且包含該事項之方案，也容易導致潛在消費者願意消費之可能性，故具有經濟上之關聯。郵購贈品案的聯邦法院法官也沿用咖啡旅行案之見解，同樣對於虛假中獎之外觀採用同樣的認定，以此周延保障消費者的權益。

## 二、歐盟指令促使消費者地位提升

歐盟為了促使歐洲共同體下的貿易與經濟之流暢；避免因此增加跨境交易以及影響消費者信心之問題，而催生並且制定出一般性的規定，也就是「不公平交

易行為指令」，其於 2005 年通過以後，消費者之地位大幅提升。該指令第 5 條之概括條款「禁止不公平之交易行為」為一統籌之大範圍概念，於下一階層則具體的規定常見不公平交易的行為類型，其為指令第 6、7 條「誤導性之交易行為」以及第 8、9 條之「侵害行為」，最後一階層更是具體列舉 31 款當然違法之黑名單條款。

因此，由上述可知，該指令第 5 條之規定成為所謂的補充性之條款，避免第二階層之小範圍的概括條款，以及黑名單無法周延保障消費者之權益，而以該條款網捕所有遺漏的不公平交易行為，並且以違反職業上之注意與損害消費者之經濟行為充實其內涵。誤導性交易行為以及侵害行為則是不公平交易行為常見的具體態樣，避免消費者因為受到企業經營者之操控，而接收到誤導性之資訊或者受到具有侵略性之壓迫，做出不具有真實意見的決定。該指令更是細緻的區分誤導性交易的作為以及不作為行為，予以相應之規範。黑名單條款，更加具體的列出 31 項誤導性交易行為以及侵害行為。歐盟指令則以上述之架構提升消費者保護之水平，並且深刻影響德國的不正競爭防止法。

### 三、我國立法得以此借鏡

我國的公平交易法走到現在，雖然漸漸重視消費者的權益，惟對於不實廣告行為的規範仍然尚有不足之處。然而就上述之介紹可以發現，德國的不正競爭防止法規定，其競爭秩序排除行政監督，僅僅依靠民事責任以及刑事責任來維護之，對比我國的公平交易法，以行政管制為主，民事以及刑事責任為輔，因此不難懷疑德國立法之態度，是不是將民事尚無法解決之問題以刑罰解決。然而刑罰具有法謙抑性，刑法之發動是最後手段，本文相信其人罪化具有不可避免性，故在一次又一次的法律修正下，仍然保留不實廣告之處罰，而不是輕率地認為民事責任無法解決，所以使用刑事責任解決，倘若不實廣告行為對於人性尊嚴以及人格自

我意志之壓迫，其危險性不高，則德國之立法機關大可藉由更強烈的民事手段來處理之，例如消費者舉證責任的減輕。

職是之故，在德國不正競爭防止法於歐盟指令影響之前，即以給予錯誤資訊將影響效能市場的理由，而以刑事制裁處罰不實廣告之行為人，遑論歐盟頒定了「不公平交易行為指令」，該指令的最終目的即在提高消費者之地位，不實廣告之刑事規範不只未被揚棄，更是立於不敗之地，並且不實廣告之行為是詐欺罪以外之詐術行使，依照一般預防理論，就此危險之行為，更應該要有所嚇阻避免其他事業，為了輕鬆取得利益，而為之破壞競爭秩序以及消費者之權益，更是有獨立入罪之必要，故藉由不正競爭防止法之規範，或許可以成為我國不實廣告行為規定的借鏡，進而反思我國既有之規定。



## 第五章 不實廣告入罪化

對於不實廣告之定義，最主要仍仰賴公平交易法第 21 條之規定，其他諸如消費者保護法、醫療法還是藥事法，事實上還是僅規範其專法所欲保護之客體為規範，因此尚不如公平交易法系針對交易秩序，以及消費者利益為周延全面之保護。然而依據第三章節之整理，公平交易法，對於不實廣告之相關規範皆無刑事責任之相關規範，其仍然聚焦於民事的侵權和賠償責任，以及行政責任之設計而非刑事上之制裁，而其他的行政法規也僅有食品衛生安全管理法，有設計相應之刑罰，但其保障範圍也過於狹隘以及薄弱。

惟在經過第四章關於德國不正競爭防止法之整理後，可以發現其第 16 條第 1 項為了保護廣大消費者，將具有誤導性內容之所有不實廣告（不限於食品安全衛生），施予刑事制裁。而不實廣告入罪化與否，勢必先探討所謂入罪化，所謂入罪化之概念，牽扯到單一特定的行為會不會被永遠被視為犯罪，由於其會受到科技之發展，或是社會保護意識等現象所影響，故就此部分現今學理上已然肯認行為具有相對性，進而才得以探討新興型態之行為，是否具有入罪化之必要<sup>1</sup>。因此就此也劃分出法定犯之概念，相對於自然犯是產生於人類本能之悲天憫人以及正義之追求的部分，法定犯往往是來自於政策之目的<sup>2</sup>。

就廣告之部分，無人不承認廣告的傳播是無遠弗屆，坐在電腦前，點開網頁，所有國家的廣告都能一躍於前，所以這也造成不實廣告，對於受害者眾的數量也十分龐大，此時受影響的不僅有因不實廣告被騙之直接消費者，也還包括其他篤信誠信之企業經營者在不公平競爭的環境下被淘汰，致使其他更多的消費者無法接觸此類誠信之企業經營者蒙受損失。同時，若指望受不實廣告侵害之人提起民

<sup>1</sup> 陳俊偉(2004)，《入罪化與除罪化—刑事立法政策之基本思維》，國立中正大學法律碩士論文，頁 8、頁 36。

<sup>2</sup> 陳俊偉，前揭註 1，頁 8、頁 11。

事訴訟，訴訟成本沉重的情況下也導致此一指望無異是奢求<sup>3</sup>。故就不實廣告之行為則須依靠行政法，或是如下所討論的，探討以刑法規範之可能。

職是之故，以下就先探討不實廣告此行為，是否有受法律規範之正當化，有無侵犯行為人之基本權，倘若行為具有規範之必要，則是否具有入罪的正當性，該行為所侵害的法益為何，若其侵害之法益單純為人民之財產，則過往之立法為何未就此部分，利用詐欺罪來解決此一現象與問題；若其侵害之法益涵蓋其他，則此部分應該如何解決。以下就上述內容逐一展開討論之。

## 第一節 行為受刑事制裁之正當性

在討論人民為特定之行為能否被制裁之前，其應該探討此行為能否被限制，誠然兩者不同之概念，並亦具有先後順序之別，故不實廣告此一行為是否有限制並且禁止的正當性<sup>4</sup>，以下先就不實廣告行為是否為基本權之一環，是否受言論自由之保障為討論，倘其受憲法所保障，則規範此行為之正當性基礎就更待檢驗。然就此部分並不難想像並且通過考驗，畢竟商業廣告作為消費者獲取商品或服務資訊之主要來源，其不實之商業廣告行為受到限制，是具有其正當性的。就算其限制應有其一定之界線，惟針對限制之界線劃分，並不影響討論不實廣告之行為具有刑事不法之可能性，現有之法制雖然已規範行政管制，但本文以為刑事不法與行政不法之區別點，在於量之差異而非質之差異<sup>5</sup>，而刑事不法具有較高之社會倫理非難性，因此不實廣告是否具有更高的行為非價，致使其使用行政管束已不符現況，而需要入罪化，則為本節之重點。

所謂之入罪化，即是討論不實廣告行為是否得以刑事法律處罰，賦予其責任

<sup>3</sup> 王乃彥(2015)，〈不實廣告與刑罰的適用界線〉，《中央警察大學法學論集》，29期，頁85。

<sup>4</sup> 王乃彥，前揭註3，頁85。

<sup>5</sup> 林明鏘(2015)，《行政法講義》，2版，台北：新學林，頁249至250。

以體現一定之價值與標準。一個被禁止之行為，是採用行政罰還是刑罰來規範，應是屬於立法者之裁量範圍<sup>6</sup>。而入罪化之問題，即是刑事政策的討論，所謂的刑事政策就是為了抗衡犯罪的政策，及具有制裁防制效果之相關舉措，舉凡刑事的立法、司法以及相關聯之社會政策討論皆為其內容。因此，刑事政策之存在目的就是為了預防甚至是控制犯罪，討論相關之政策後，將其具體化為方案或法律<sup>7</sup>。然在思考並且滿足社會防治需求時，須認知到此類犯罪防治問題須具備前瞻性的思考，以科學實證為依歸，同時也更加的重視被害人之權益以及輿論和民意，最重要的就是以預防之觀點，納入新興的國際化及人權論點<sup>8</sup>。

職是之故，入罪化與否，必須詳加考慮上列之內涵，尤其就一般預防以及特別預防之觀點，維護受害者之權益以及人民之法感情。不可諱言，刑罰所帶來之威嚇雖然容易使民眾遵守以及服從，然應當避免刑罰可能成為政府為行政措施之工具<sup>9</sup>。並且也應當考慮，刑事制裁的納入必定會造成司法體系的負擔增加<sup>10</sup>，更重要的是，刑罰具有最後手段性，不能由立法者恣意裁量刑法之必要與否，而超越合理之界線<sup>11</sup>。因此，入罪化與否應檢視是否嚴重侵害法益造成社會難以忍受，而具有應刑罰性，以及這個法益是值得被保護，具有刑罰之必要性<sup>12</sup>。

所以，入罪化之討論勢必得討論不實廣告所侵害之法益為何，就此衡量受侵害之法益以及整體秩序和公共利益<sup>13</sup>，而是否具有應刑罰性，以此作為不實廣告行為受制裁，也就是入罪化之正當性基礎，並且探討此行為是否有被保護之需要。

<sup>6</sup> 陳櫻琴(2005)，《競爭理論與案例評析》，台北：五南，頁 115、125。

<sup>7</sup> 許春金(2011)，〈刑事政策與刑事司法之意義與關聯性〉，許春金主編，《刑事政策與刑事司法》，台北：三民，頁 12。

<sup>8</sup> 許春金，前揭註 7，頁 14。

<sup>9</sup> 蘇俊雄(1995)，《刑法總論 I》，台北：自版，頁 37。

<sup>10</sup> 周文勇，前揭註 7，頁 443。

<sup>11</sup> 林山田(2005)，《刑罰學》，台北：自版，頁 115。

<sup>12</sup> 陳俊偉，前揭註 1，頁 13 至頁 15。

<sup>13</sup> 在衡量對於公共秩序之影響是否得入罪，有學理肯認得援引公平交易法第 21 條案件之處理原則的第 16 點關於交易秩序公共利益之原則，判斷受侵害之程度，以此來思考不同程度之損害一體受規制是否妥當。參照陳汝吟(2006)，〈廣告法律規範與責任法理之分析〉，《玄奘法律學報》，6 期，頁 28。

倘若前階段之要件皆符合，則該如何設計歸責該行為之刑罰，如下所述。

## 第一項 不實廣告受言論自由所保護

廣告雖然難以完整的定義，但大抵來說廣告具有辨識、資訊以及說服的功能，而藉由美國行銷協會所定義之「廣告<sup>14</sup>」，則可以歸納出廣告行為需明示或可辨認之廣告主，內容為產品之資訊，手段系透過互動媒體，並且係向廣大的閱聽眾為傳播，非僅係向特定人表示。惟法律學理上對廣告之定義，大多參照徐火明教授引德國學者之定義：「所謂廣告，係指營業主體利用報紙、雜誌、傳單、廣播、電視或電影等大眾傳播工具向消費者大眾介紹宣傳期商品或服務，藉以引起其購買或利用之行為，得以言詞、書面、圖畫或音樂等方式出現之。<sup>15</sup>」

而廣告之行為應為人民之自由，且更應為憲法言論自由所保障。憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」，而言論、講學、著作及出版這四種權利皆系表達內心意見之自由，故學理上稱之為意見自由權<sup>16</sup>。言論自由僅是其一，保障人民得以語言將內心之意見表達之。我國就言論自由之內容通說向來將其區分為高價值言論以及低價值言論。前者之內容為政治性言論或社會性言論；後者則包含商業性言論、猥褻性言論及虛偽、誹謗性言論<sup>17</sup>。廣告系屬商業性言論之內涵，司法院大法官釋字第 414 號之理由書即明確指出並肯認，廣告系利用傳播之方法宣傳產品或服務之效能，以達到銷售之目的，此系為了獲得財產而從事之經濟活動，屬於商業上意見之表達，受言論自由之保障<sup>18</sup>。文獻也指出，在符合公益以及比例原則的情況下，對商業性言論為最小之限制，即屬於合

<sup>14</sup> 廣告是由可辨認的廣告主，所提供的付費產品資訊，並且透過各種大眾與互動媒體，以達到提供資訊與說服廣大目標閱聽眾的目的。

<sup>15</sup> 徐火明(1997)，《公平交易法論：不正競爭防止法》，台北：三民，頁 45。

<sup>16</sup> 陳新民(2015)，《憲法學釋論》，8 版，台北：自版，頁 271。

<sup>17</sup> 法治斌、董保城(2014)，《憲法新論》，6 版，台北：元照，頁 228。

<sup>18</sup> 司法院釋字第 414 號理由書，「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。」

憲之範圍內<sup>19</sup>。

雖然學理上曾經將言論之內容劃分為營利性言論以及非營利性言論，並排除前者認為其不受憲法言論自由之保障，然而現今通說皆肯定，其於言論自由之保護傘下<sup>20</sup>，畢竟該如何區分純粹的營利性言論，也就是商業廣告，以及非營利性言論，其區別標準甚為模糊，況且縱使劃分出明確標準，何以見得同樣為傳達意見的營利性言論就不具有保護價值<sup>21</sup>。就此部分，日本學理也採取肯認之見解，參照王乃彥教授引述日本學者蘆部信喜教授之內容，營利性質之廣告，為生活中不可或缺之資訊，其內容展現了自我實現之價值，故為表現自由之保障範圍<sup>22</sup>。

## 第二項 限制不實廣告之正當性基礎

既然廣告行為是屬於憲法所保障之基本權，公平交易法針對不實廣告之內容的規範，對於廣告行為之限制，其妥當性以及正當性待本節梳理之。依前所述，商業性言論屬於低價值言論，在符合公益以及比例原則的情況下，使用最小限制即合憲<sup>23</sup>。而限制該行為之正當化基礎，最主要在於對消費者之保護，以此申言之，如今的社會分工繁複細緻，大部分的人皆需要依靠他人，並且向商品和服務提供者消費才得以滿足日常生活之必須，資本主義之下，商業競爭激烈，各項商品和服務提供者不再僅限於少數，而其為了能夠於競爭中脫穎而出，不乏絞盡腦汁推出各項吸引消費者之資訊，廣告則傳遞該資訊，所以幾乎是商品和服務提供者與消費者溝通之主要管道，消費者為了能夠切合所需，貫徹其選擇權以展現自我意志，則僅能仰賴廣告，因此廣告之真實則十分重要<sup>24</sup>。

<sup>19</sup> 陳新民，前揭註 7，頁 276。

<sup>20</sup> 李惠宗(2012)，《憲法要義》，6 版，台北：元照，頁 192。

<sup>21</sup> 王乃彥，前揭註 3，頁 88。

<sup>22</sup> 王乃彥，前揭註 3，頁 88。

<sup>23</sup> 陳新民，前揭註 7，頁 276。

<sup>24</sup> 王乃彥，前揭註 3，頁 90。

倘若企業經營者以及廣告主為了獲取巨額利益，為了創造更大的利潤，為不實之廣告，將剝奪消費者獲取真實資訊之可能。消費者族群，相對於企業經營者及廣告主是相當弱勢之一方，容易受到不實資訊之誤導、欺騙而無法做出理性決定，不實廣告之行為會造成憲法所保障之商業性言論，因為無法健全發展而受到侵害，以消費者的角度而言，更是阻礙其自主人格之展現<sup>25</sup>。並且以不實廣告獲取利益之行為，也會造成劣幣逐良幣，逼退講求誠信之企業經營者，造成市場競爭之不公平。

更甚者，除了廣告主渴望消費者藉由廣告之行銷，而選擇其所提供之產品外，廣告代理業者以及廣告媒體業者，也希冀消費者高度接納該廣告，以顯現其所出產之廣告服務以及傳播廣告之服務較優越，進而得以得到更多廣告主提供之工作機會，在業界打響名號站穩其地位，藉此收益。在人性貪婪的本質之下，背後得以獲利之角色眾多，形成一種共同體結構，若對於不實廣告行為沒有一定的限制及法律保障，消費者該如何對抗這層層堆疊的利益共同體。由此可知，其對於廣告行為之系限制完全符合公益之展現，因此，公平交易法第 21 條規定廣告內容不得虛偽不實、引人錯誤。

承前所述，禁止不實廣告是有其正當化之基礎，然而對其限制不能毫無界限，對於該行為之限制仍然有一定之界限。事實上，歐盟於不公平交易行為指令內探討侵害行為時，就也提到廣告行為本質就帶有積極性，為了促使消費者購買其提供之商品和服務，必須積極的說服消費者，選擇他們，因此社會是容許商業行為帶有一定的侵略性和積極性<sup>26</sup>。美國實務上也認定，對於意見之誇大陳述的吹噓廣告，不具有違法性<sup>27</sup>。因此，不論是歐盟還是美國對不實廣告行為都有其限制之界限存在。如果毫無節制的管制此類行為，也過度壓抑商業自由之發展，反而

<sup>25</sup> 黃銘傑(1998)，〈美國法上的言論自由與商業廣告〉，《臺大法學論叢》，27 卷 2 期，頁 390。

<sup>26</sup> Manfred A. Dausies, *Handbuch des Eu-Wirtschaftsrechts*, 31. Aufl., 2012, S.163-164., Rn.550.

<sup>27</sup> 趙麗雲、林輝煌(2002)，〈不法商業廣告之態樣分析〉，《國家政策論壇》，2 卷第 6 期，頁 165。

不利於市場經濟。故所謂公平交易法第 21 條第 1 項所規範之不實，系指期將會對消費者產生誤導性，並且此誤導性之資訊會造成消費者選擇之決定性影響，進而導致廣告主之競爭者也受損害<sup>28</sup>。由此可知，並非廣告一旦不實即受到規制，癥結點在不實的程度為何，是否導致一般消費者都被誤導，並且因此做決定以進而影響市場之公平<sup>29</sup>。職是之故，劃定此界限之主要判斷標準，應該是權衡消費者因該廣告所得之利益，以及因為該廣告所受之損害，而不是一網打盡過度管制不實廣告之行為<sup>30</sup>。

### 第三項 不實廣告之應刑罰性

不實廣告之行為是否具有應刑罰性，需先釐清所侵害之法益為何。或許該問題的答案，可以藉由公平交易法第 1 條之立法目的以觀之，其係為保護交易的秩序、消費者的利益、公平的競爭以及促進經濟，倘若為不實廣告之行為則侵害整體的交易和經濟秩序、公平競爭的市場以及消費者的利益。然而，不實的廣告行為並不僅有公平交易法有相關之規定，醫療法、藥事法、食品安全衛生管理法、健康食品管理法、農藥管理法、環境用藥管理法、飼料管理法以及商標法皆內涵不實的廣告行為之禁止規定，依據其廣告之內容有不同之專法加以限制，公平交易法就此部分也僅是一概括之規定，然不應該囿於該法立法目的之限制，因此應以宏觀的來檢視，不實的廣告行為到底侵害何種法益。

<sup>28</sup> 范建得、莊春發(1994)，《公平交易法第三冊：不實廣告》，台北：漢興，頁 135。

<sup>29</sup> 王乃彥，前揭註 3，頁 90。

<sup>30</sup> 王乃彥，前揭註 3，頁 91。

## 一、財產法益

首先，不實廣告侵害之客體可能為財產法益，故以下討論之。公平交易法第 21 條規定，廣告主與企業經營者禁止在商品或者其廣告上，給予虛偽不實或引人錯誤，此類影響交易決定之資訊。倘若消費者鑒於此類具有誤導性之資訊，進而做出原本不會做之交易決定，付錢以換得原本非所欲購買之商品或服務，則其財產權就受到侵害。故學理上向來有一種聲音，係主張對於不實廣告之刑事處罰以詐欺罪相繩之，造因於其是廣告主或企業經營者對消費者，以不實廣告之方法行使詐術，並且使消費者因此陷於錯誤而交付財物，不實廣告是一種騙人財物之行為，確實有不少的文章在探討不實廣告與詐欺罪之關聯<sup>31</sup>，且最終都會面臨到詐欺罪不足以完善刑事規範上對於不實廣告之立法疏漏<sup>32</sup>。

本文以為詐欺罪得否處理不實廣告之行為，對於侵害何者法益之討論乃不同層次的問題。回歸到原本財產法益之討論，事實上，不實廣告之行為並非僅僅侵害消費者之財物，其行為對於行為人的其他競爭者，也會產生不公平之結果，對於整個市場秩序亦是一種傷害，換句話說，不實廣告之行為本身所具有的危險性，未必等到消費者損失財物才顯現，職是之故，僅以財產法益來認定不實廣告所侵害之客體實在過於狹隘<sup>33</sup>，其後本文尚有詳細之論述。

<sup>31</sup> 參照王乃彥，前揭註 3，頁 92；陳汝吟，前揭註 30，頁 28；陳櫻琴(1998)，〈不實廣告保護法益之研究：「廣告詐欺犯罪」之省思〉，《中原財經法學》，4 期。

<sup>32</sup> 我國刑法第 339 條詐欺罪，實務上向來認定，行為人行使詐術使被害人陷於錯誤，並因此交付財物使成罪。然而不實廣告若以詐欺罪規範，則必須面對一個難題，那就是如何舉證消費者因此廣告陷於錯誤而交付財物，並且，倘若消費者未交付財物則就能否以詐欺罪相繩就另外需要探究詐欺罪的著手時點為何，能否主張詐欺罪未遂，亦或是考慮詐欺罪預備犯之設計。參照王乃彥，前揭註 3，頁 94。

<sup>33</sup> 因此，另有學理認為，就不實廣告行為之法益探討，應該擴大財產法益之範圍，融合公平交易法之立法目的，故其應保護之法益為「公平的財經競爭秩序」，從此超個人法益導出受刑法詐欺罪保護。參照陳汝吟，前揭註 30，頁 28。

## 二、對資訊正確之期待

如本文一直強調的，在資本主義完熟的社會下分工越趨細緻，產品種類越來越多，廣告行為已經跳脫傳統廣告，單純的辨認以及給予資訊之功能，眼花撩亂的行銷技術帶給消費者新鮮有趣，以及更多選擇性的世界，而為了擁有更好的生活品質以及滿足消費者的需求，健康的商業競爭是必要的，然在競爭進入白熱化的現代，不實廣告行為的主體們，也不限於產品及服務之提供者，還包括廣告代理業者以及廣告媒體業者，其為了達到共同利益所組織之共同體，將導致不實廣告行為更具有組織性而且影響廣大，處於弱勢地位的消費者更弱勢。有別於過去傳統社會，商品選擇性稀少，廣告代理業以及媒體業的單純化，不實廣告之行為應拿出來重新審思，此種現代性新型態性的行為，系侵犯多重之法益，而非傳統單一之法益。

學理上就食品之標示有同樣的討論。傳統上認定食品標示不實所侵害之法益，藉由食品安全衛生管理法所揭示之立法目的可以窺知一二，其所欲保障的為國民之健康，然而在全球化以及工業化的影響下，食品的作業過程越來越背離透明化，而無法令吃進嘴裡的消費者，清楚知道其內涵之添加物，除了身體健康具有受到傷害之危險外，消費者也受到惡劣食品內容之欺瞞，以及對於其來源正確期待之打擊，屬於一種對於「正確資訊期待權」之損害，進而影響消費者內心真正的決定的本意，而侵犯其人民自主決定權，使人民無法保有人性尊嚴下決定自我的權利<sup>34</sup>。故此種現代性的風險事件侵害的法益，倘若僅討論國民健康則過於貧乏，食品安全衛生管理法之刑事規定所保障的法益應是多重<sup>35</sup>。

雖然所謂的廣告行為並不等於標示行為，因為廣告除了標示正確的必要資訊

<sup>34</sup> 關於人民自主決定權，參照蔡維音(1992)，〈德國基本法第 1 條「人性尊嚴」之探討〉，《憲政時代》，18 卷 1 期，頁 39。

<sup>35</sup> 張麗卿(2016)，〈食品犯罪中的攙偽或假冒：以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決）〉，《月旦法學雜誌》，249 期，頁 93 至 94。

以外亦提供不必要之資訊，並且就此加以行銷，以招徠消費者購買並獲取大眾之青睞。對於必要資訊之標示不實，我國予以處罰，例如刑法第 255 條虛偽標記商品罪以及食品安全衛生管理法第 49 條之規定；對不必要資訊之提供以及五花八門的行銷手法，卻漏未規定，似乎認定其不具有不法性。

然而其本質內涵應該是一樣的，商品之標示是對於必要資訊，舉凡名稱、價格還是商品重要的規格跟特色，皆屬於必須提供與消費者之內容；除此之外的不必要資訊，例如公平交易法第 21 條處理原則第 17 點裡所例示之情形，對於不實之資訊使消費者對於主體資格產生誤認、以為令消費者誤認其所提供之商品服務具有他者沒有之獨特性跟優勢、不明示提供商品服務之限制，或是使消費者錯估風險和福利，這些資訊之提供雖然非該項商品和服務之必要內容，其也嚴重影響消費者購買之意願。歸納至此可以發現，不論是不實標示還是不實廣告，皆有一個共通點，就是以不實之資訊內容，使其被迫接受惡劣的商品服務，背叛其對資訊正確之期待，以此強烈影響消費者對於商品服務的選擇自由。故就此部分，應肯認遭不實廣告與不實標示行為侵害之法益是重疊的。

在面對現今因為不實廣告所產生的消費糾紛屢見不鮮，每一個案件看似獨立，並且純粹侵害消費者的財產，或尚未侵害財產僅論未遂，甚至行為人未必著手財產犯罪，然而其共通性以及不法性恐怕必須跳脫傳統之框架，法益之種類不該再緊守過往的認知，工業進步以及生產力大增使社會結構緊密，分工繁雜，至產業鏈也趨向不透明，促使社會對此未知的危險性增加，複雜的社會也使專家預測的危險越來越不準確，人民的不安全感逐漸擴增，故轉變為現今不確定性的風險社會<sup>36</sup>。在風險社會之下，其主要之內涵為未來，一個具有諸多危險之未來，為了預防並且迴避危險<sup>37</sup>，賦予消費者完整之資訊，以供其選擇自己所要接納之未來

<sup>36</sup> 許福生(2010)，《風險社會與犯罪治理》，台北：元照，頁 3。

<sup>37</sup> 許福生，前揭註 36，頁 3。

就十分重要。

因此綜合前面所述，禁止不實廣告所要保護之法益是多重，而非單一，除了對於國民健康可能之侵害外，消費者也因為廣告行為之主體欲獲取暴利而以不實之資訊(縱使這資訊是非必要之資訊)欺騙消費者，使消費者無法得到對於商品、服務或是整體消費行為所預期的品質和情形，產生正確資訊之期待與現實的高度落差，而背棄精細分工下之社會期待<sup>38</sup>。故回到公平交易法的立法目的以觀，所謂消費者利益之內涵，應該包括保護消費者不受不實資訊之欺騙，滿足消費者對正確資訊之期待。而不同種類之法益並非各自獨立，本文以為應該是相輔相成，故在此回頭檢視食品安全衛生管理法所維護之國民健康法益，也是藉由保障國民完善的「知」之權利，進而「選擇」消費者能夠接受之食品，以此間接保護國民之健康。甚至本文認為，國民之健康需要仰賴正確資訊之接收來落實之。若此「知」之權利受侵害，以社會現實情狀來看，確實會致使人民受到損害並且令整體社會難以容忍。

另有學理以公共信用之法益的角度來討論不實廣告之行為，進而肯認不實廣告行為侵害乃消費者知的權利<sup>39</sup>。所謂公共信用法益系為現今已漸漸失控的資本主義踩剎車，以此維護交易安全以及經濟的秩序，為了完善公共信用法益的保護，刑法針對具有信用性的交易手段設有若干規定，例如通用貨幣、有價證券、電磁紀錄卡、度量衡、文書、印文、署押<sup>40</sup>。而今日廣告行為之主體因為分工而龐雜，無法如古早社會一般，藉由個人之誠信擔保來判斷給予之資訊是否真實，因此保護廣告所樹立之公共信用，即得以保障消費者的資訊權，並且進而保護交易秩序<sup>41</sup>。此種說法之核心亦是消費者對於資訊正確之期待，惟其係以公共信用之法益

<sup>38</sup> 關於社會分工之詳細概念。參照王紀軒(2013)，〈無照行醫在社會變遷中的轉變與探討〉，《輔仁法學》，45期，頁88。

<sup>39</sup> 王乃彥，前揭註3，頁97。

<sup>40</sup> 陳子平(2014)，《刑法各論：下》，台北：元照，頁207。

<sup>41</sup> 王乃彥，前揭註3，頁98。

包裝，擴張解釋該法益之適用。雖有論者肯認所謂的公共信用並不僅保障交易安全，還能藉此促進整體社會生活之運行<sup>42</sup>。惟本文認為，公共信用之核心概念仍然為社會交易之安全，以此來解釋公眾對於正確資訊之期待，過於勉強。

## 第四項 不實廣告之刑罰必要性

違反法律刑事規定之效果，即行為人應負之責任，事實上是為了體現法規所欲達到之目的與價值，也就是藉此體現特定之標準，並且以國家之公權力調整失衡之違法狀態<sup>43</sup>。惟在思考刑事政策的前提，除了確立不法行為侵害何種法益、侵害之程度為何，輔以考量行為所造成之危險<sup>44</sup>，尚應考量是否有入罪之不可避免性，有就是該行為有刑罰之需求，社會有被保護之必要，以確立入罪之必要性大於未入罪之利益，進而作為入罪之堅強論述。

### 第一款 現有法規之侷限性

不實廣告之欺騙行為，促使消費者無法作出合乎自主意識之決定，妨礙自我之實現。現今政策對於屢見不鮮的不實廣告行為管制，完全仰賴行政之管理，導致過度偏重行政處理而耗費大量的行政資源<sup>45</sup>。除此之外，消費者僅能依靠民事侵權責任之求償，來彌補所受損害，惟舉證不易，所受損害之金額也難以明確計算，而令消費者卻步。在奉行資本主義的細緻分工為圭臬下，正確資訊之權利以比過往的任何時候都還要重要，其不僅得以間接保障國民之健康，亦令國民完整伸展其人格之自由。倘若僅依靠行政管理不實廣告之行為，則不得不面對大量的廣告行為吞噬行政運作之資源。

<sup>42</sup> 曾淑瑜(2013)，《刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護》，2版，台北：三民，頁246。

<sup>43</sup> 陳汝吟，前揭註30，頁21。

<sup>44</sup> 陳汝吟，前揭註30，頁27。

<sup>45</sup> 陳汝吟，前揭註30，頁22。

以 2017 年 1 月至 8 月處理之案件數為例，公平交易委員會認定違法並且裁處罰鍰件數有 72 件，因不實廣告之行為而受裁處之件數為 32 件，不難發現，不實廣告行為之案件占了所有處分案件的幾乎一半，而其所裁處之罰鍰總額共新台幣六千三百八十五萬元。再回到 2016 年處理之案件數來看，公平交易委員會認定違法並且裁處罰鍰件數有 139 件，但是不實廣告行為之案件則有 77 件，根本已經超過總件數之半。由此可見不實廣告案件極為消耗行政資源<sup>46</sup>。

而民事責任則在傾斜的舉證能力不對等下，跛足而無從保護消費者。例如臺灣高等法院 104 年度醫上易字第 4 號民事判決，其背景事實為社團法人臺北展望應用行為分析協會（下稱行為分析協會）無醫療之背景，僅為單純的教育機構，然而卻在分析協會廣告的 DM 向外宣稱自己為治療機構，使得被害人陷於錯誤，並且進入行為分析協會接受治療，同時停止至國立臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）之治療，導致被害人的行為較於臺大醫院進行治療之前更加的退化，也因此錯過接受正常治療之時機。

高等法院之判決卻認為，被害人無法針對行為分析協會之課程，與被害人之行為退化，舉證其具有因果關係。並且行為分析協會雖然於廣告宣稱有「治療」之字樣，然而被害人卻也無法舉證接受課程時，針對此部分有所誤認。故最終被害人敗訴。就本案而言，高等法院對於公平交易法第 21 條之操作，實在有令人詬病之處。公平交易法第 21 條規定之虛偽不實，依據公平交易委員會對於公平交易法第 21 條案件之處理原則第 5 點規定，係指表示或表徵與事實不符，其差異難為一般或相關大眾所接受，而有引起錯誤之認知或決定之虞者。本案於廣告的 DM 上面表示自己是醫療機構，然而卻僅是教育機構，其表示與事實已經達到一般的社會大眾難以接受之程度，法院卻對此有所疑義，此部分非本文所要探究之內容，故僅點到為止，但值得聚焦的重點為，本案敗訴之理由乃因果關係無法

<sup>46</sup>參照公平交易委員會收辦案件統計。

<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docList.aspx?uid=540>（最後瀏覽日：10/29/2017）

舉證。故得以發現，普遍來說被害人面對較具強大資源之協會，其舉證責任也陷入無法落實以及抗衡之困難<sup>47</sup>。

## 第二款 詐欺罪構成要件無法掌控

對於廣大消費者大眾而言，其確實是以一個不實的外觀欺騙消費者，不管是建構虛假的資訊還是隱匿必要的資訊，皆是屬於詐術的表現，不可否認不實廣告之行為與詐欺罪具有一定重疊性，故或許有這麼一個可能，該行為以現有之刑罰處理。

然而，詐欺罪縱然與不實廣告之行為有相類似之處，其皆屬於行為人實行一個詐術之行為，使他方陷於錯誤，但詐欺罪所欲維持之目的，與不實廣告之保護法益有根本性之差別。詐欺罪之既遂標準為受詐者交付財物，也就是損害行為人之財物，故該罪名自始至終係在保障受詐者之財產權。文獻上亦指出，行為人若以詐術之行為損害財產以外之法益，則非本罪所欲規範之範圍。文獻接著直接指明，尚有論者以詐欺行為之本質，肯認詐欺罪尚係以維持誠信原則為目的，但其僅為規定之反射效，而不能據以指稱其保護之內容及於財產以外之法益<sup>48</sup>。

本文以為，上述之論點尚非無據，我國刑法之許多條文，皆具有詐術之內涵，除了成文之詐術概念以外，例如本文前面所討論的詐欺罪，尚有第 137 條之妨害考試罪、第 146 條之妨害投票正確罪、第 152 條之妨害合法集會罪、第 229 條詐

<sup>47</sup> 90 年上易字第 188 號民事判決之內文也有相同之問題，其言：「上訴人援引公平交易法第三十一條規定，主張被上訴人應負損害賠償責任，因該條規定性質上屬民法侵權行為之特別規定，因此，應由主張損害賠償權利存在之當事人即上訴人就被上訴人違反公平交易法之行為，對上訴人之權益造成損害等事實負舉證之責，然上訴人自始至終均未舉證證明被上訴人所為之不實廣告侵害其何種權益、其所受損害之損害額為若干，及被上訴人所為不實廣告與其所受損害間有何因果關係，則上訴人此部分主張，即不足採。」高等法院也針對不實廣告與損害之間的因果關係提出疑問，而以此質疑上訴人就這部分的主張，然上訴人面對資源較龐大的背上訴人，其對於因果關係之部分係不易證明的。

<sup>48</sup> 陳子平(2013)，《刑法各論：上》，台北：元照，頁 528。

術性交罪、第 231 條第 1 項的詐術媒介性交猥褻罪、第 233 條第 1 項詐術媒介未滿 16 歲之人性交猥褻罪、第 238 條之詐術結婚罪、第 297 條詐術使人出國罪以及第 355 條之間接毀損罪，尚有許多不成文之詐術概念，例如偽造罪章之各行為，以其內涵推之，其含有欺騙別人使他人陷於錯誤之意思。除此之外，由上述可知，詐術所損害者並不限於個人法益，亦包含國家法益以及社會法益<sup>49</sup>。詐術之內涵為不實之意思，其蹤跡散見在各個不法行為以及罪章，因此實在無須於專職保護財產之財產罪章下的詐欺罪，另外解釋其所保護之法益尚有其他權利。

不實廣告之本質在於散布違反真實之內容，使消費者因此陷於錯誤。其確實也是行為人對於民眾行使詐術，然其詐術所呈現的面相為公眾利益之侵害，其毀損的係人民「知」的權利，此權利於高度分工化之社會具有根本性之防衛作用，因此若侵害之則會造成嚴重之社會問題。故就以保障法益之角度觀之，不實廣告之行為則無法以詐欺罪來保護。但不可諱言其皆是行使詐術之犯罪。因此不實廣告之行為乃新興之詐欺型態，尚需對其另為法規之設計。

況且不實廣告之行為乃係於現今資本主義發展極致下，配合人性貪婪的本性，成就高度風險之行為，其著重點也非個別犯罪行為之預防，而應該是將其視為無法預測的風險，為了能夠有效的處理此行為，故應以抽象危險犯設計之，不再是以法益是否受到實際上的損害為準，而是一旦不實廣告之行為發生，則人民「知」的權利即有高度可能性會受到危險。因此，不待法官審酌具體個案之情況，僅要滿足構成要件之行為，則成立犯罪<sup>50</sup>。相較之下，我國對於詐欺罪之設計採結果犯<sup>51</sup>，不論是採整體財產說還是個別財產說，皆不影響詐欺罪是結果犯。

<sup>49</sup> 高金桂(2008)，〈論刑法之詐術〉，《刑與思－林山田教授紀念論文集》，頁 172。

<sup>50</sup> 關於抽象危險犯之詳細論述。參照張麗卿(2016)，《刑法總則理論與應用》，6 版，台北：五南，頁 130。

<sup>51</sup> 盧映潔(2014)，《刑法分則新論》，9 版，台北：新學林，頁 714。

### 第三款 社會正義之展現

不實廣告人罪需求性的其中一點，在於其為了展現社會正義，所謂的正義，法哲學家解釋其本質內涵，不外乎為相同事務應受相同之對待，也就是平等<sup>52</sup>。而其內涵之維繫或許可以依靠風行草偃的教化，不過在面對人性的惡的面相部分，則不能不藉由訂定制度來維繫社會的正義。但平等若沒有實質的內容充實之，則也僅為空洞之口號，因此尚需合目的性之手段以及維繫法安定等內涵來補充之，故正義的展現需要釐清何種行為，會受到規範以及受到規範之程度為何<sup>53</sup>。

刑罰的存在就是為了體現國家之目的，也就是所謂的分配正義，其內容為對團隊成員之責任以及義務予以分配，因此規定或許限制了某些人一定之自由，但其是為了保護一般大眾的行為自由，而藉此達到正義<sup>54</sup>。職是之故，刑罰是源自於大眾對於正義之觀感，法規存在的價值並非與人民之法感情背道而馳，故正義仍然得以作為思考刑事政策的準則<sup>55</sup>。雖然其思考仍受到法治國原則下，法律明確性、法安定性以及罪刑法定主義之限制，藉此闡述國家權力之行使，不論是司法權還是立法權皆不能流於恣意<sup>56</sup>，惟拘泥於形式化的法治國原則，則必定會產生其實質效果或許不如預想之結果，並且也會迷失國家所要落實之價值為何等之疑慮<sup>57</sup>。因此，就現代關於法治國之論述則無可避免的需要帶進實質正義之觀點。

國內關於不實廣告之規定並不只有公平交易法，還有各種專法防堵行為人對於所要管制之專業事項為不實之廣告，例如醫療法即是管控醫療資源的合理分布以及醫療品質跟病人的相關權益所制定之法律，有此可知，其勢必會針對醫療行

<sup>52</sup> 劉幸義等譯(2001)，Arthur Kaufmann，《Kaufmann：法律哲學》，台北：五南，頁 155。陳俊偉，前揭註 1，頁 48。

<sup>53</sup> 陳俊偉，前揭註 1，頁 48。

<sup>54</sup> 劉幸義等譯，前揭註 53，頁 157 至 158。

<sup>55</sup> 關於正義以及刑事政策之內涵。參照王紀軒(2012)，《罪刑均衡與實質正義》，東海大學法律博士論文。

<sup>56</sup> 陳俊偉，前揭註 1，頁 55。

<sup>57</sup> 陳新民譯(1986)，Bernda Ernst，〈法治國家論〉，《憲政思潮》，73 期，頁 105。

為之廣告有所規範，並且加以取締不實醫療廣告之行為。依據醫療法第 1 條之規定，除了促使醫療事業得以健全穩定的發展以及病人相關之權益外，更重要的就是維護全體國民之健康，因此將國民健康認定為醫療法主要保護之法益也不為過。

除此之外，其他對於不實廣告行為有舉措的專法，舉凡食品安全衛生管理法、健康食品管理法、環境用藥管理法以及飼料管理法，其立法目的就明確表達為保護國民之健康而立此法，藥事法雖然為如上述法規之相同設計，然依據藥事法第 1 條及第 4 條之規定，其管制之主要項目乃是與國民健康息息相關之藥品與醫療器材，故得以得知，國民健康仍是其主要保障之目的。而要落實國民健康之保障，除了國家機關取締以外，更有效之防堵措施莫過於賦予國民知的權利，使其得以取得商品與服務之正確資訊，由國民自己排除不健康之商品，然而依靠不實廣告以獲取暴利之行為，雖然枉顧他人健康，但在人心的貪婪與慾望，此種人之本性下，卻不得不承認，人民之正確資訊期待權是暴露在高度的風險之下的，因此國民之健康之維護，所仰賴的不該僅是過去對於侵害行為之事先防範。

過往單純針對個別行為人之確認，以及行政上的取締管理已不再足夠，需考量廣告之行為主體系高犯罪的風險族群，並且侵害的乃是廣泛之社會大眾，故應將其劃入風險管理<sup>58</sup>，申言之，即是將此項屢見不鮮之行為，排除於特別偏差之行為外，而納入有如環境汙染等之高風險問題加以規制，跳脫形式化法治國原則的窠臼，以期待在面對人類的劣根性時，導入符合社會目的性之價值，以實踐實質的正義。

同時，不實廣告之行為主體除了廣告主以外，尚有廣告代理業以及廣告媒體業者，如同本文前述之內容，一個廣告於消費者面前出現，三方皆提供其助力，廣告主對於內容之要求，廣告代理業者事前於市場的調查以及整體行銷企畫和設

<sup>58</sup> 關於風險社會之相關論述。參照許福生，前揭註 36，頁 3。

計，廣告媒體業者在對價關係之下推播廣告於眾人，廣告行為事實上離不開此三者之任何一方，因此倘若廣告具有不實之內容，就算無法證明其明知，其也無可逃避疏失之責任。

所以，在廣告行為時，三者即結為一體，形成一個共同行為之結構，若明知廣告內容為不實，甚至是一種共犯集團，相對於消費者，其所佔有之優勢以及資源則非其可比擬，則我們要消費者如何面對這樣龐大的共犯集團。縱使僅就廣告主來看，大抵上其資金與規模也非普通的市井小民難以抗衡，則其將為導致社會之正義無法展現，天秤極度傾斜而無法實踐平等，或許就此部分入罪將有法治國原則下法安定性等之問題，然也不得就此漠視正義之需求，而忽略時代的變遷下，此部分已成為現有規制之疏漏。因此，立法者若是藉由刑事制裁規制大量違反行政義務之行為，就是向公眾展現維持正義決心，進而達到一般預防之效果<sup>59</sup>。

## 第二節 修法之建議

不實廣告之行為侵害人民對於商品正確資訊之期待權，也就是損害民眾「知」的權利，而該權利對現代注重分工的時代來說，無疑是十分重要的，細膩的分工所造成之產業鏈變得十分繁瑣，程序的透明程度大幅減低，大眾無法依靠想像或經驗法則推知程序內容，僅能依賴廣告行為之人資訊的給予，此時的民眾是處於完全的弱勢，僅能被動的接受一切資訊，因此當「知」的權利被傷害，似乎就對於社會生活的功能性，以及穩定性有嚴重的破壞，並且威脅社會公認的既有價值及利益，而達到社會難以容忍之程度，故具有應刑罰性。而考量既有的行政管理所造成大量行政資源的佔用，以及民事侵權行為就舉證方面十分不容易等層面；以及在現代化的風險社會以及社會正義之體現，屬於高風險之不實廣告行為，具

<sup>59</sup> 張麗卿，前揭註 35，頁 94。

有刑罰之需要性，故應當將此行為列入規範以管制之。

本文以為其規範之方式應當以附屬刑法之方式為之，附屬刑法本質即在於輔助刑法規定之不足<sup>60</sup>，並且保護抽象的制度之功能<sup>61</sup>，而由上面之論述得以知悉，不實廣告之行為無法藉由刑法相繩，因此形成刑法之疏漏，則應當以附屬刑法彌補之。而相較於刑法設立刑事規範以規制不實廣告，本文更傾向於管制交易秩序以及消費者利益的公平交易法內設計刑事規定。然不實廣告之刑法規範也應當劃定界線，而非一味地將所有不實廣告之行為納入刑事規範。如同本文前面所述，不實廣告行為之限制應該要有一定之界線。對照歐盟對於廣告之說明，我們並無法否認廣告存在的目的在於招徠消費者消費，則這過程一定具有某種程度的積極作為，因此對於自身產品和服務有所吹噓，也是在容忍之範圍內。若動輒得咎地處罰任何不實廣告之行為，則對於整體商業活動之運行也未必是好事，反而有過度限制市場自由的疑慮。

綜上所述，本文以為應於公平交易法設置第 36 條之 1 的規定。並且以故意侵害公眾之資訊權為劃分界線，並參酌德國不正競爭防止法第 16 條之規定。其法條之內容如下所示「故意違反第二十一條規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。」倘若，行為人為不實廣告之行為同時該當刑法詐欺罪時，在牽連犯已被廢除的情況下<sup>62</sup>，應以想像競合處理之，依據刑法第 55 條之規定，一行為侵害數法益也觸犯數罪名，從一種處斷之。

<sup>60</sup> 張明偉(2015)，《學習刑法：總則編》，台北：五南，頁 10。

<sup>61</sup> 張麗卿，前揭註 51，頁 20。

<sup>62</sup> 關於牽連犯之詳細論述。參照張麗卿，前揭註 75，頁 488。

## 第三節 小結

### 一、不實廣告之行為應受規範

憲法所保障之人權是可限制之，憲法第 22 條與第 23 條之規定，就是概括限制的規定<sup>63</sup>。不實廣告所傳遞之資訊雖然違背真實，但按照司法院大法官第 414 號解釋理由書，其仍然屬於商業性言論，因此為憲法之言論自由所保障，然而因其傳遞不實資訊將影響廣大之民眾，造成社會之不安因此才會於公平交易法、消費者保護法或是醫療法等之專法限制之。惟限制仍然有其界線，而不是毫無節制的干涉廣告行為，倘若不劃定該界線，則將忽視廣告於現代社會存在的目的，也就是說必須正視，其本質即是行銷的一環，因此廣告必須帶有一定的積極和侵略色彩，對於產品與服務之誇耀也是在所難免，故在限制不實廣告行為時，必須思考該如何合理妥適的畫定這個界線，以免妨礙商業運行之順暢。

### 二、不實廣告之行為具有應刑罰性

惟不可否認，不實廣告具有行政不法性，因此才被規範於各類型之專法法規內，然其是否具有刑事不法性，則必須先檢視此行為是否具有應刑罰性，故首先需思索不實廣告所侵害之法益為何，以及是否超過社會容忍的範圍，而具有高度社會損害性。不實廣告之行為所侵害的，首當其衝必然想到係消費者的財物損失，也就次財產法益。惟參照文獻對於食品衛生安全管理法，標示不實之討論，民眾接觸到不實資訊後，意思決定之自由即被壓制，然而為了保障自己的身體健康，消費者對於產品的正確資訊是具有期待權的。尤其在這工業化的世代，分工越細瑣就意味著產業鏈越繁雜龐大，而其內容跟程序也越加的不透明，這對弱勢資訊地位的社會大眾而言，僅能仰賴的就是業者提供之資訊，期待其透過商品標示而

<sup>63</sup> 陳新民，前揭註 7，頁 163。

透明化，進而依據這些資訊充分伸展其人格意識的自由。

而商品標示雖然不等於廣告，因廣告尚包含了行銷以及標示以外之各種態樣，但重疊的地方為，其皆為公眾理解關於商品以及服務相關正確資訊的來源，況且實務向來將廣告標示界定為傳遞必要資訊之手段，廣告則為不必要資訊之行為，然而何以見得不必要之資訊，即為不重要並且不會影響他人之資訊。其皆會廣泛影響大眾，則應將關於不實標示損害的權利之討論，以其邏輯套用在不實廣告之行為，故不實廣告所傷害的事實上為正確資訊的期待權。再面對此種商業發展之下的現代型不法行為，所影響之權利不該再像傳統見解一般，又於單一法益之考量，為了完整保護大眾之權益，而應該承認單一法律多於多重法益之保護。職是之故，各個內含管控不實廣告之專法，其所欲保護之國民健康法益，可以藉由社會大眾對於正確資訊之掌握，而得以選購自己所需要之產品服務，進而保護自身的健康與安全。

「知」的權利背後所隱藏的內涵，為人性尊嚴下尊重人民個體自由意識的展現，「知」所以決定，知道錯誤的而做出的決定根本不是個人的意識，而是被壓制過的意識。同時，不實廣告也將造成社會大眾的身體健康，以及財產等法益陷入被傷害的高度風險當中，而超過社會所容忍之程度，因此具有應刑罰性。

### 三、不實廣告之行為具有刑罰必要性

除此之外，尚需思考此行為是否具有刑罰之必要性，而將之從行政不法提升為刑事不法<sup>64</sup>。德國不正競爭防止法第 16 條，以刑事不法來處理誤導性廣告之行為的立法理由之中，其中一項為民事賠償無法解決不實廣告行為之損害，其最主要的理由莫過於舉證責任之艱難，所謂舉證之所在敗訴之所在，倘若受損之消費

<sup>64</sup> 此論點之前提在於，本文對於行政不法與刑事不法之區別，採量之區分說，關於行政不法與刑事不法之區別，參照陳清秀(2014)，《行政罰法》，2 版，頁 18 至 19。

者欲向不實廣告之廣告行為人（或許是廣告主或媒體業），請求侵權行為損害賠償，則必須對抗一個共同行為的主體，一個由廣告主、廣告代理業已即廣告媒體業之共同體，消費者根本無從對抗之，從一開始就處於地位之弱方，那該如何期待消費者能夠舉證他方之侵權行為。從行政管理的面相來看，行政資源之損耗也是其中一個理由，因此由此觀之，不論是採用行政管理還是民事上的自力救濟，都會有其侷限性無法詳加解決不實廣告之問題。

在人本具有的貪婪特性下，不實廣告得以令廣告主，或是相關企業主體帶來實質上的巨大利益，則其成為一個普遍的並且高度可能發生之行為，而非傳統上對於個別行為之預測，在進入風險社會的近代，也必須思考此類行為應該加以規制進而防堵。社會正義也才得以藉此展現，正義已非單純的口號或是信念，在面對形式上法治國原則的反省後，以正義所彰顯的平等，去充實法治國原則下的實質內涵也是可以考慮的。將行為入罪化，或許會動搖罪刑法定主義，或是法律明確性以及法安定性等法治國下的基本原則。然而，若非如此，社會大眾所面臨的企業經營者們，藉由不正之手段獲取利益之行為，將沒有妥適之方法制裁，則將使平等之天秤傾斜，背離社會正義之要求。因此藉由上面所述，不實廣告是具有刑罰之必要性。

但不得不承認，不實廣告散播違反真實之事項，本質也是一種詐術之行使，則與詐欺罪具有相當的重疊性，詐欺罪乃系行為人以意圖為自己或他人獲取利益，而利用欺罔之手段，使被詐人陷於錯誤進而交付本人或他人之財物，造成財產之損失。詐術之手段繁多，得以積極作為之方法為之，也得以不作為之方法為之，更甚而文獻上指出推定詐術，此手段之可能。惟詐術並不單只藉由詐欺罪規範，其明文或非明文的內涵，在刑法的各個法規之內，因此不代表具有詐術之行為就必須得藉由詐欺罪來懲罰。何況詐欺罪之本質為財產犯罪，然而不實廣告並非僅是財產損失之問題。不實廣告之防範也需要依靠抽象危險犯之設計才能確保此高

度風險之行為得以被控制，此與詐欺罪為實害犯之本質有很大的差異。

綜上所述，不實廣告有入罪化之必要，其立法之設計本文認為應以附屬刑法之方式為之，將其規定在主要管制經濟行為之公平交易法下，並於公平交易法第 36 條及第 37 條中間，再增加一條。並且以行為人明知廣告是不實，具有故意之主觀心態為界線，而規定違反其第 21 條之行為者，將面臨刑事上之制裁。並且倘若同時該當刑法詐欺罪時，牽連犯廢除的情況下，應該以想像競合之方式解決之。





## 第六章 結論與建議

現代社會中，幾乎沒有人能夠自給自足，生活上的一舉一動皆需要仰賴彼此的供給付出與配合，三餐通過農夫辛苦的努力，以及商人的販售才得以呈現在桌上，生活上的所有用品皆來自不認識的他方，因此廣告所傳達的資訊就格外重要，不實廣告之行為是否入罪該重新加以檢視，故本章將精簡的重述本文之討論，並且提出應該入罪化之具體建議。

### 第一節 結論

#### 一、真實廣告為廣告需負擔的社會責任之一

藉由第二章關於廣告之定義以及廣告之發展，可以得知廣告的起源來自於辨識功能的需求，直至資本主義興起以及重商主義之風潮下，商品種類更是豐富，因此在市場競爭也逐漸激烈，廣告行為除了原先的辨識外，更是增加了給予資訊的功能以及說服消費者的功能，期使能夠得到更多的商業機會以賺取利益。網路的存在，更是迫使廣告邁向新的紀元，相對於傳統的廣告型態，網路廣告使消費者從被動的地位轉變為主動者，其不再如同過去一般，僅能被動地等待事業給予資訊，而是能夠主動去獲取其所要的資訊，然而縱使如此，仍然無法改變事業與消費者大眾地位不平等之問題，因此事業傳遞之資訊真實與否就十分重要。

廣告發展至今，皆肯認廣告本身所需承擔之社會責任，不論是從理論來辯證廣告是創造需求還是滿足需求、廣告對社會產生的畫面是形塑還是反應，還是具體化的列舉廣告所帶來的實質問題，例如加深對特定族群之偏見或是具有色情暴力意涵之廣告等等社會問題，因此廣告無法擺脫其所造成的社會問題以及該承擔之社會責任。不實廣告事實上就是廣告所引發的社會責任之一，事業於社會上擁

有優勢的資源以及地位，並且藉此取得廣大的商業利益時，我們更期待其應該利用事業自身的影響力和資源，盡其社會上的責任以回饋社會。職是之故，不實廣告之問題應當仰賴事業的自制和倫理觀念，或許因為人類貪念的本性無法實現，然不實廣告乃廣告的社會責任之一則是不可否認的。

在探討不實廣告之責任以及解決之道時，首先必須先定義何謂不實廣告。而不實廣告之定義以及內容散布在各個行政法規當中，而其中最重要的就是管制競爭秩序的公平交易法，不實廣告主要規範於公平交易法第 21 條，也就是事業於廣告上表徵足以影響消費者決定之商品資訊，系虛偽不實或是引人錯誤的。而公平交易委員會處理原則第 17 條臚列 31 種，表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示，此 31 種之例示大略區分為五類，也就是針對事業主體獨特性的誤認、對於商品、服務之特點誤認、對於商品、服務限制的誤認、對於風險的誤認、對於價格與福利的誤認。該上述五類皆是客觀上可以受到檢驗的事實主張，倘若僅是主觀上的價值判斷，則根本無法明確的判斷廣告內容是否不實，因此所謂的不實廣告，應該被特定為是針對事實主張的誤導性資訊，而不是主觀的價值認定。

而定義不實廣告之行為時，則需要特別注意不實廣告之行為與不實標示之行為乃不同的行為。所謂的商品標示，是針對商品之必要資訊而標註於商品上之標示，廣告則是對於傳遞非必要資訊並且具有濃厚行銷特質之產物。惟公平交易法第 21 條之規定，並未僅限於廣告之適用，商品標示之問題也可適用本條之規定。

## 二、不實廣告行為之刑事規範不足

不實廣告為廣告不得不承擔的一項社會責任，因此其應受到行政上的管制，或是賦予人民具有民事賠償的請求權和契約義務。然其需先確認負責之主體為何，因此第三章則介紹，廣告行為是經由廣告主、廣告代理業以及廣告媒體，三者所為之行為，惟不同的行政法規有不同的規定，公平交易法與消費者保護法所規定的不實廣告侵權行為主體並不完全和致。

公平交易法第 21 條第 1 項禁止「事業」為虛偽不實或引人錯誤之廣告，並且配合該法第 21 條第 5 項規定其他主體違反，則將與「廣告主」負連帶責任，可以得知該「事業」即廣告主，惟在商業型態與手段的多樣化下，則需探討日常生活中常見的商業行為業者，是否該當行政規定的事業或是廣告主，舉凡製造業者或出品業者、大型量販或百貨公司此類商場之業者、加盟店以及合作或是贊助之廠商等。判斷上述之主體是否屬於廣告主時，最主要之判別標準在於，何者對標示或廣告之內容具有決定權，具有決定權者即廣告主，進而應該負擔責任。除此之外，尚有公平交易法第 21 條第 5 項，尚規定廣告代理業者、廣告媒體業者以及廣告薦證者在明知或可得而知的情況下，未承擔廣告行為之社會責任，仍然將廣告違背真實之內容傳遞給大眾，應與廣告主負擔連帶責任。

消費者保護法規定於第 22 條，企業經營者應確保廣告真實，參照消費者保護法第 2 條，所謂之企業經營者，系將商品或服務之設計、生產、製造、輸入或經銷者皆納入之，故與公平交易法相比之下，其企業經營者之主體就大於廣告主之範圍。以上述之例子申述之，製造人往往須聽從出品人之指示，按照其要求製造商品，然而製造人對於影印在商品之標示，或是傳單之廣告皆不具有內容的最終決定權，因此公平交易法排除其於不實廣告行為之責任。然按照消費者保護法對於企業經營者之定義，縱使製造業者對廣告之內容無最終決定權，仍無礙其於

不實廣告行為之責任追溯。

公平交易法與消費者保護法最大之歧異，在於兩個行政法規之立法目的，消費者保護法第 1 條之立法目的，規定維護消費者之權益，以及消費環境之品質；公平交易法雖然也保護消費者，然其法規之本質是維護競爭市場秩序，以促進經濟繁榮。既然消費者保護法主要係保護消費者，故其立法之設計，則是更加完善對消費者之保護，因此將該主體部分之範圍擴大，進而造成兩者對於具有廣告需求之主體定義不一致。需要特別說明的是，消費者保護法僅規範媒體經營業者，廣告代理業者之部分則回歸公平交易法之規定。

確認負責之主體後，對於不實廣告之法律規範，將分別檢視民事責任、行政責任以及刑事責任。就民事責任規範之部分，即為公平交易法以及消費者保護法配合民法第 184 條第 2 項規定，使受損害之被害人，得依上述之民事規定，向行為人請求侵權行為損害賠償。然其無法避免民事訴訟程序曠日廢時的問題，以及兩造地位極度不平等下的舉證責任等之問題。

面對具有優勢地位的事業主體，消費者於訴訟中面對具有優勢地位的企業經營者，是極難被期待善盡舉證責任的。倘若改向出賣人主張契約責任，惟對於非契約當事人之廣告代理業者或是廣告媒體業者，則無法對其主張民事契約責任，消費者對其也不會有任何的契約上之權利。

不實廣告之管制具有濃厚的公益色彩，因此現有行政法規，對不實廣告之行為設有行政罰之規範。公平交易法第 44 條即規定主管機關得限期令停止和限期改正，同時給予事業罰鍰之制裁，並在事業未停止或改正其行為時，繼續給予行政處分直到事業之廣告符合規定。大抵上，各個行政法規面對不實廣告行為之管束方式，皆是以罰鍰為主，再同時輔以不利益之行政處分。然從廣告的影響力以及範圍廣泛觀之，就可以理解不實廣告所造成的危險有多龐大，僅僅仰賴行政罰

之處罰是否足夠，是否足以保障消費者免於不實廣告之侵權行為侵害，甚至得否保障市場的競爭秩序。

而不實廣告之行為在我國之刑事責任十分單薄。僅有食品衛生安全管理法，有相關之設計，但其是以具體危險犯之方式為之，不管是其所保障之範圍狹隘，還是條件嚴苛（必須待行為具有具體危險時才處罰），皆無法圓滿解決現有之不實廣告問題。而公平交易法也沒有針對第 21 條不實廣告訂定相對應的刑事罰則。以最基本的刑法來看，刑法第 255 條的虛偽標記商品罪禁止的乃是不實標示之行為，然而我國實務上向來認為，商品的標示與廣告行為乃兩個截然不同的行為，因為後者具有濃厚的行銷成分並且傳遞予消費者的乃是非必要資訊，而前者傳遞的為必要資訊，所以惡性重大，惟本文以為，何以認定非必要資訊對於消費者或是廣大社會大眾的侵害就比較少，事實上其本質都是對社會實施一個詐術行為，危險性相當，應當都予以刑事規範才合乎社會上對於法之要求，倘若狹隘的認為傳遞不實的產地、品質等之資訊，才會賦予刑事制裁；傳遞其他不實的商品資訊卻無需承擔刑事上的責任，則悖離人民之法感情。

### 三、德國對於不實廣告之行為之刑事規定

第四章明確指出我國公平交易法之訂定，事實上主要參照德國的不正競爭防止法，故在探討我國公平交易法對於真實廣告之保障是否充足，德國的不正競爭防止法就成為一個很好的借鏡與參考。德國於 90 年代商業趨向自由化以來，對於不正競爭防止法的需求，就沒有停止過，因此不斷的修正之。而歐洲共同體歐盟之會員國為了整合邊境之交易以及提升消費者之權益，於 2005 年新頒訂之不公平交易行為指令，德國為了相應配合，於是 2008 年，德國實施新修正之不正競爭防止法。現今的不正競爭防止法因此產生根本性的改變，其原先僅是保障市場之競爭秩序，消費者之利益僅是反射利益，但現在消費者受保護之水平大幅提

高；其競爭秩序之保障也不再局限於競爭行為，而是整體之交易行為，德國的不正競爭防止法因為歐盟之指令產生之改變，但其不管如何的改變，對於不實廣告禁止之規範卻從來沒有更改過。

其不實廣告禁止規定之立法理由，乃是為了保障廣大之消費者大眾以及民事規範之不足。而文獻所探討的立論基礎則是，為了嚇阻他人的一般預防理論、詐欺罪外的獨立規定，以及民事責任無法解決此行為。一般預防理論肯認法律皆有其目的，刑法之目的乃是嚇阻不法，刑罰為達成該目的之手段，按照費爾巴哈的心理強制說，其是藉由刑罰使所有潛在的犯罪行為人感到害怕，使其寧願忍受願望無法藉由不法手段滿足之痛苦，也不願意承受刑罰之痛苦，不實廣告行為之人渴望藉由此行為壓迫消費者的決定自由，以達到其取得龐大利潤之目的，因此必須就此危險行為給予刑罰，使行為人兩相權衡而寧願忍受願望無法被滿足之苦。

不實廣告行為也無法仰賴刑法詐欺罪管制之，因為德國詐欺罪之構成要件要求其必須具備財務上之實際損失，才得以構成本罪，縱以詐欺罪未遂犯來處理不實廣告之行為，然仍要面對不實廣告行為禁止，與詐欺罪之所要保護之刑罰法益跟價值是極為不同的。

德國將不正競爭防止法設計為民刑混合，其反對市場競爭秩序由行政機關之監督和管控，國家權力不該介入市場秩序，因此人民權利受到侵害，是由團體訴訟向事業請求不作為、或是個別的侵權行為的損害賠償請求權。僅有針對特別危險行為，例外的入罪化等設計來維護競爭秩序以及消費者利益。當純粹的民事責任無法滿足，因不實廣告行為而權益受損之消費者，不實廣告的行為造成廣泛的公共危險，民事舉證責任也受限於事業與個別消費者地位不平等而無法落實，刑事責任即有其出動之必要。

因此不正競爭防止法第 16 條就有不實廣告之規定，其第 1 項處罰之內涵為

誤導性之交易，企業經營者企圖營造一個具有優惠方案之假象，並且以此為廣告向大眾宣傳，並誤導消費者。德國不正競爭防止法深受歐盟指令之影響，因此不正競爭防止法將不當的交易行為，區分為誤導性行為與侵害性行為，不實廣告之行為乃誤導性交易行為中的一種樣態。而侵害行為，其對此卻沒有為刑事之制裁，然而有疑義的是，對消費者騷擾、脅迫、身體暴力或者以優勢地位影響消費者之行為，不法性應當比誤導性廣告更高才對。可能之解釋為，其望以刑法強制罪來補強，避免法律之疊床架屋。

德國實務上適用不正競爭防止法第 16 條規定時，必需檢視事業所傳遞之廣告資訊，是否符合法條所規範的「特別優惠方案」，以及該方案與事業所銷售之產品或服務是否有關聯性。其實務上之案例旅行咖啡案，該事業所營造之優惠外觀有兩個，第一個為參加旅遊之消費者將得到精美午餐一份，實際上事業卻僅給予罐裝食物。由於其確實營造一個特別優惠方案之表象，並且其方案與事業之服務具有關聯性，因此該當不實廣告之行為並無疑義，然而第二個行為，其實務上就有相當之討論，德國聯邦法院認為中獎之資訊，使消費者相信其是因為幸運而得到遠比原先之商品服務，更高價值的內容，因此抽獎就屬於特別優惠之方案，潛在消費者也可能因此增加消費之可能性，兩者具有經濟上之關聯。郵購贈品案的聯邦法院法官也沿用咖啡旅行案之見解，同樣對於虛假中獎之外觀採用同樣的認定，以此周延保障消費者的權益。

對照我國的公平交易法，縱使開始重視消費者的權益，但對於不實廣告行為的規範仍然僅採取行政管制。相較之下，德國的競爭秩序是拒絕行政的監督，仰賴民事責任以及刑事責任來維護，因此其是將特別危險之行為拉到刑事制裁來解決，其他則是依靠民事責任來維持。或許因為我國是以行政手段來代替刑事規則，但是本文認為行政不法與刑事不法，不論是採質的區分說還是量的區分說，都可以得出行政規範無法取代刑事規範之結果，德國歷經數次的法律修正，仍然選擇

保留不實廣告之刑事處罰，而不是單純的認為民事責任無法解決，其之所以採用刑事責任，因為其認為縱使將消費者舉證責任的減輕，也得以解決民事責任下舉證地位懸殊之問題，但卻仍然無法解決不實廣告本質具有的高度危險性。

我國最近十分夯的百元販售機，主打消費者得以一百元抽中超優質的大獎為噱頭，吸引消費者源源不絕的嘗試，然而現在卻被新聞踢爆業者疑似詐騙，事實上機台裡面的所提供之獎品價值皆只有幾十元，真正的大獎業者根本從未放入<sup>287</sup>。就此部分與德國實務案例雷同，皆是以虛假的中獎遊戲為誘因，吸引消費者消費，由於我國並沒有針對不實廣告行為，設計完足的刑事處罰之規定，因此大多案件勢必僅能依靠行政機關處理之。

#### 四、不實廣告行為具有危險性應當入罪

鑒於不實廣告引發之社會問題十分嚴重，而且離我們的生活非常接近，只要於網站鍵入不實廣告之字樣，就可以發現不實廣告之問題每天都有，不論是傳統的電視廣播廣告，還是新興的社群臉書廣告，其不實之問題非常嚴重，企業甚至會提撥款項以作為行銷後被裁罰之成本，因此既有之行政管制，根本不足以解決現今的社會問題，第五章則是闡述不實廣告行為入罪化是不可避免並且具有理論依據的結果。

所謂的廣告行為，應當是事業向廣大民眾利用付費媒體傳遞資訊之行為。不實廣告即為事業針對廣告之內容傳遞違背真實之訊息，其訊息之內容應該是客觀上得以檢驗之資訊，倘若僅是主觀之價值判斷，則無法劃分不實與否之界線。而競爭秩序之下，廣告資訊之內容應當具有真實性。資訊的真實性與否影響接收者的意思決定自由，倘若資訊不正確，其所作出之決定則非來真實自我

<sup>287</sup> 百元販售機，中大獎找不到業者？<https://money.udn.com/money/story/5648/2827130>（最後瀏覽日：11/23/2017）。

意思的實踐，因此不實廣告之核心概念即為確保資訊之真實，並進而保障大眾的自我決定<sup>288</sup>。故真實原則應該是維護競爭秩序的重要原則，藉此保障消費者不被誤導得以充分伸展其自主權，以及競爭秩序得以公平之運行，維持良好的效能競爭<sup>289</sup>。所以本文認為不實廣告行為所侵害之法益，應當是公眾對於資訊正確之期待，不論是消費者還是競爭者，其皆須仰賴正確之資訊已做成合乎自我意志之決定。

以藥品安全之角度來說明之，倘若容許事業做出不實廣告，傳遞不真實之資訊，欺騙消費者該藥品具有某種效用，消費者做出非基於自由意志下的決定，購買沒有特定效用之藥品，甚至是有害之藥品，將嚴重影響其使用藥品之安全性並且危害到健康，所以國民健康能否受維護，事實上也以消費者是否能享有完整的資訊為基礎。不實廣告之行為，造成大眾無法得知正確資訊，壓縮意志之自由，違背公眾對於正確資訊之期待，進而侵害財產權益、身體權益甚至是生命權益，並且廣告之本質即是廣泛告知大眾訊息，其影響不可不謂十分深遠，因此綜觀其所造成之影響，不實廣告之行為超過社會容忍之程度，而具有應刑罰性。

然而得否將不實廣告之行為，從行政不法提升至刑事不法，仍應當檢視該行為是否具有刑罰之必要性。德國不正競爭防止法第 16 條的立論基礎是建立於一般預防理論之下，以及現行法規無法圓滿處理該問題。德國立法論認為人性本即具有貪婪的一面，倘若對於不實廣告之行為不利用刑罰手段加以禁止，將會促使行為人為了壓縮成本，得到更驚人的利潤而為不實廣告之行為，因此必須要賦予刑事處罰，使行為人權衡慾望不得的痛苦與遭受刑罰之痛苦，進而選擇忍受前者而非後者，藉此方式嚇阻所有人，不可以利用不實之廣告來獲取商業利益。而德國文獻指出，其詐欺罪本質係為了保護人民之財產權，因此詐欺罪的詐術僅是手

<sup>288</sup> 楊宏暉(2008)，《締約前資訊義務之研究》，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 417。

<sup>289</sup> 劉孔中(2003)，《公平交易法》，台北：元照，頁 241。

段，其犯罪之成立，仍然要具備實際財務之損失才會該當，然而不實廣告行為所處罰之詐術行為，係因為壓迫民眾的自由意識，使社會暴露於無法取得真實資訊，伸展真實人格的危險當中，其並不限於消費者具備財產受損此一要件，才該當不實廣告之行為禁止規範，故無法以詐欺罪處理該問題。由於德國反對競爭秩序由行政管制之方式維持，所以不正競爭防止法是由民事與刑事混合之立法為設計，並將特別具有危險性之不實廣告行為入罪化，以彰顯保障人民意思自由之決心。若僅藉由民事責任處理該行為，則將會面臨消費者與事業之地位不平等，所造成舉證責任無法落實之問題，而無法解決不實廣告之問題。

而在探討我國是否應當入罪，其是否具被刑罰之必要性，可以發現我國遭遇一樣的問題，我國刑法第 339 條之詐欺罪，同樣也是為了保障財產法益而存在之法律，然而遭受不實廣告行為而受損害之民眾，未必皆受到實際財產之損失，縱使以詐欺罪未遂犯之方式處理，則不得不認清不實廣告行為，並非僅保護財產法益，因此詐欺罪註定無法解決不實廣告的問題。

民事上的侵權責任更是無法處理該問題，當事人得否主張對方具有侵權行為往往仰賴原告的證明，惟現代行社會工業劃分繁瑣細微，要如何期待原告對於如此細節性技術性之分工，舉證其內容物與廣告之資訊不一致，或是行為人所傳達的消費資訊以及操作，往往係其企業內部才知悉甚詳，消費者又要如何得知並且舉證。退步言之，縱以契約責任來要求行為人，然而並非所有行為人皆與消費者訂立契約，則大眾要如何向廣告代理業以及廣告媒體業究其責任。正義展現的其中一個面向在於能否公平對待，針對不實廣告此種高度風險之不法行為，當事人之一方事業，往往擁有龐大的資金與資源，其並非消費者得以抗衡，故僅能接受事業所欲大眾接收之訊息，而造成實質上的不正義，為了預防此情況，應當將該行為納入刑法之規範，以嚇阻社會大眾不敢為之。

上述之內容與德國針對不實廣告行為禁止規範之立法論是相重疊的，遭受同樣處境的我國應當將該行為入罪之，以周延保障現有之競爭秩序以及消費者和大眾的資訊權跟利益。

## 第二節 建議

綜上所述，本文建議將不實廣告之刑事責任，增訂於公平交易法第 36 條之 1。其規定於第 36 條之 1，乃是因為公平交易法之罰則規定於第 6 章，從第 34 條開始，並且其系立法者按照具有刑事制裁之條文順序規定之，第 34 條規定第 9 條到第 15 條獨佔或聯合行為之刑事責任。第 35 條乃是給予違反第 15 條之事業的寬恕條款。第 36 條則是規定違反第 19 條或第 20 條限制競爭行為之刑事責任。第 37 條則已經規範違反第 24 條營業誹謗之刑事責任了，因此按照體系之排序，第 21 條不實廣告之禁止行為的刑事罰則，應當規定於第 36 條與第 37 條之間。

本文所建議增訂之公平交易法第 36 條之 1，內容為：「**故意違反第二十一條規定者，處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五千萬元以下罰金。**」

說明一：

不實廣告行為之相關刑事規範應以附屬刑法為之，附屬刑法是為了補足刑法規定的不足，通常係以行政刑法之方式為之，除了刑法本質對於危險性之行為施以刑事上的懲罰外，還富含行政取締之色彩，因此為了維持交易上的競爭秩序、以及消費者的權益，因將不實廣告之行為規範在公平交易法內，於其法規內增加附屬刑法之規定。

說明二：

不實廣告行為之刑事規範，應限於故意為之者，歐盟的不公平交易行為指令的衡量理由，即明確指出廣告本質帶有強烈的積極性，畢竟要勸誘大眾向其消費，因此對自身產品吹噓或是強力的推銷則是在所難免，同時對比行政法對該行為之規定，刑罰裁罰與否之界線更應該明確並且限縮，綜合犯罪之危險性以及惡性程度設計相應之規定，以符合刑法的法謙抑性以及最後手段性。職是之故，不實廣告行為禁止之刑事規範應限於故意為之者，其危險性才具有懲罰之必要，並且才得以該條處罰之，以避免過度干涉市場，限制商業自由之發展。

說明三：

本罪之適用，應注意該不實廣告之行為認定，應當具備德國文獻所肯認的不成文條件，也就是不實廣告所傳遞之資訊，應與其所欲銷售之商品與服務具有經濟上的關聯。倘若想者無關的話，則不實廣告之資訊傳遞僅淪為純粹的詐欺罪行使，將與本文所強調的核心不合。所謂的不實廣告，係想藉由不實之資訊，吸引更多潛在消費者，破壞經濟秩序以及大眾的「知」權利，而行為人傳遞的資訊無法吸引更多消費者來消費時，則可以說兩者沒有經濟上的關聯，其如何破壞經濟秩序，以及大眾對於正確消費資訊的期待權呢。

說明四：

本條設計為抽象危險犯，不以實際之損害為必要。不實廣告行為之人罪化其一之立法論據在於，此行為具有高度危險性，其商業資訊傳遞之不實，致使消費者相信而選購，除了「知」的權利受到壓迫，其更是有可能侵害財產，甚至是身體、生命法益或是各式各樣生活上之利益將受傷害。我國關於不實廣告之行為，各個行政法規皆僅以行政罰規定之，不論是藥事法還是食品安全衛生管理法，然

而食品以及藥品之安全，倘若等待具體之損害發生才發動刑罰，則將造成民眾極大之損害，而不實廣告行為於公平交易法設定刑罰之規定，得以適用於各式不實廣告之行為，致使消費者在選購藥品以及食品時，更有保障<sup>290</sup>。故為了周延大眾對於資訊正確期待之權利，因此應當將處罰前置，使法律對於該法益之保護更為完整。

說明五：

由於本條之行為畢竟也是屬於詐術之行為，故與刑法第 339 條之詐欺罪之行為有高度競合之可能，然而詐欺罪乃是保障受詐人之財產法益，與不實廣告行為禁止，所保障的乃是消費者對於資訊正確期待的權利，其二者所保護之法益不一樣，因此倘若發生競合之問題，應依照刑法第 55 條之規定，以想像競合之方式處理之，一行為觸犯數罪名，從一重處斷之。

---

<sup>290</sup> 張麗卿(2017)〈食品攙偽或假冒的抽象危險犯辯證〉，《月旦法學雜誌》，261 期，頁 83 至 84。



# 參考文獻

## 壹、中文文獻

### 一、教科書

(按筆畫順序排列)

甘添貴(2015)。《刑法各論》下，四版。台北：三民。

艾進、劉軼、胡大凱、任佳(2015)。《廣告學》。台北：元華文創。

李孟麗、徐村和(1998)。《廣告學：策略與管理》。台北：五南。

李惠宗(2012)。《憲法要義》，六版。台北：元照。

許福生(2010)。《風險社會與犯罪治理》，初版。台北：元照。

汪渡村(2015)。《公平交易法》，六版。台北：五南。

吳詠梅、李培德(2017)。《圖像與商業文化》，初版。香港：香港大學。

林山田(2005)。《刑罰學》，初版。台北：自版。

林明鏘(2015)。《行政法講義》，二版。台北：新學林。

法治斌、董保城(2014)。《憲法新論》，六版。台北：元照。

范建得、莊春發(1994年)。《不實廣告》，初版。台北：漢興。

范建得、莊春發(1994)。《公平交易法第三冊：不實廣告》，初版。台北：漢興。

洪慧芳譯(2015)，Judy Strauss, Raymond Frost。《網路行銷概論》，七版。台

參考文獻

北：華泰文化。

洪誌宏(2013)。《消費者保護法》，二版。台北：五南。

徐火明(1997)。《公平交易法論：不正競爭防止法》，初版。台北：三民。

張明偉(2015)。《學習刑法：總則編》，四版。台北：五南。

張麗卿(2016)。《刑法總則理論與應用》，六版。台北：五南。

陳子平(2013)。《刑法各論：上》，初版。台北：元照。

陳子平(2014)。《刑法各論：下》，初版。台北：元照。

陳子平(2017)。《刑法總論》，四版。台北：元照。

陳尚永譯(2016)，Sandra Moriarty, Nancy D Mitchell, William D. Wells  
著，《廣告學》。十版。台北：華泰文化。

陳新民(2015)。《憲法學釋論》，八版。台北：自版。

陳煥生、劉秉鈞(2016)。《刑法分則實用》，五版。台北：一品。

陳清秀(2014)。《行政罰法》，二版。台北：新學林。

陳櫻琴(2005)。《競爭理論與案例評析》，初版。台北：五南。

陳猷龍(2011)。《民法債編總論》，五版。台北：五南。

曾淑瑜(2013)。《刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護》，二版。台北：  
三民。

劉一賜(1999)。《網路廣告第一課-蠻荒西部角力之生存之道》，初版。台北：時  
報。

劉孔中(2003)。《公平交易法》，初版。台北：元照。

劉孔中(2014)。《比較商標法》，初版。台北：新學林。

劉幸義等譯(2001)，Arthur Kaufmann。《Kaufmann：法律哲學》。台北：五南。

盧映潔(2015)。《刑法分則新論》，十版。台北：新學林。

蘇俊雄(1995)。《刑法總論 I》，二版。台北：自版。

蕭富峰、張佩娟、卓峰志(2010)。《廣告學》，初版。台北：智勝。

## 二、論文集

(按筆畫順序排列)

許春金主編(2011)。《刑事政策與刑事司法》。台北：三民。

林山田教授紀念論文集編輯委員會(2008)。《刑與思—林山田教授紀念論文集》。台北：元照。

## 三、期刊與研討會論文

(按筆畫順序排列)

Axel Beater，楊君仁譯(1997)。〈一百年反不正競爭法：一個從德國、比較法和歐洲觀點的評價〉，《法學叢刊》，42 卷 1 期，頁 96-118。

Bernda Ernst，陳新民譯(1986)。〈法治國家論〉，《憲政思潮》，73 期，頁 103-120。

王乃彥(2015)。〈不實廣告與刑罰的適用界線〉，《中央警察大學法學論集》，29 期，頁 83-99。

王紀軒(2013)。〈無照行醫在社會變遷中的轉變與探討〉，《輔仁法學》，45 期，頁 133-186。

石世豪(2004)。〈公平交易法註釋研究系列(二)：第 21 條引人錯誤之廣告或商品表示〉，《行政院公平交易委員會 93 年度委託研究報告之二》，頁 249-317。

參考文獻

- 朱柏松(2002)。〈論廣告媒體業者之損害賠償責任—兼評最高法院九十年度台上字第二〇二七號判決〉，《月旦法學雜誌》，91期，頁8-27。
- 余啟民(2008)。〈網路關鍵字廣告之商標爭議〉，《法學叢刊》，53卷第4期，頁1-31。
- 何之邁(2003)。〈公平交易法對於廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究〉，《行政院公平交易委員會92年度合作研究報告之五》。
- 吳英同(1997)。〈不實廣告類型及案例分析〉，《公平交易季刊》，6卷第1期，頁125至148。
- 吳秀明(2005)。〈競爭法上之概括條款—公平法第二十四條法律適用原則(下)〉，《政大法學評論》，85期，頁173-262。
- 張麗卿(2016)。〈食品犯罪中的攙偽或假冒：以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決）〉，《月旦法學雜誌》，249期，頁89-115。
- 陳汝吟(2006)。〈廣告法律規範與責任法理之分析〉，《玄奘法律學報》，6期，頁1-34。
- 陳櫻琴(1998)。〈不實廣告保護法益之研究：「廣告詐欺犯罪」之省思〉，《中原財經法學》，4期，頁229-290。
- 陳聰富(2008)。〈論侵權行為之違法概念〉，《月旦法學雜誌》，155期，頁155-195。
- 黃銘傑(1998)。〈美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋〉，《臺大法學論叢》，27卷2期，頁347-393。
- 趙麗雲、林輝煌(2002)。〈不法商業廣告之態樣分析〉，《國家政策論壇》，2卷6期，頁163-172。
- 楊宏暉(2010)。〈歐盟不當交易行為指令與德國不正競爭防止法的新變革—以消費者保護的強化為中心〉，《公平交易季刊》，18卷2期，頁73-170。

- 劉姿汝(2009)。〈公平交易法不實廣告規範之再檢討〉，《興大法學》，5期，頁113-163。
- 廖義男、顏雅倫(2003)。〈公平交易法註釋研究系列(一)：導論〉，《行政院公平交易委員會92年度合作研究報告之七》，頁1-29。
- 蔡維音(1992)。〈德國基本法第1條「人性尊嚴」之探討〉，《憲政時代》，18卷1期，頁36-48。
- 蘇建州(2010)。〈網路使用者媒體共用偏好與網路關鍵字廣告效果研究〉，《新聞學研究》，103期，頁1-42。

#### 四、學位論文

(按筆畫順序排列)

- 王紀軒(2012)。《罪刑均衡與實質正義》，東海大學法律博士論文。
- 田青青(2008)。《網路關鍵字廣告之法律爭議》，東吳大學法律學系法律專業碩士論文。
- 沈慈航(2012)。《不實廣告與詐欺罪》，國立中央警察大學法律學系碩士論文。
- 洪珮嫻(2016)。《網路關鍵字廣告商標侵權之探討》，國立中正大學財經法律學系研究所碩士論文。
- 徐瑞敏(2007)。《論不實廣告之法規範—以汽車行銷廣告為例》，銘傳大學法律學系碩士論文。
- 陳俊偉(2004)。《入罪化與除罪化—刑事立法政策之基本思維》，國立中正大學法律碩士論文。
- 陳建宇(2015)。《不實廣告行為主體規範之比較研究》，東吳大學法律系在職專班跨國商務組碩士論文。
- 陳麒文(2010)。《從比較法論不實廣告之行為規範》，南台科技大學財經法律所碩士論文。

## 參考文獻

曾于軒(2009)。《產品涉入程度、認知需求與附註廣告之完整性對消費者反應層級之影響》，輔仁大學管理研究所碩士論文。

楊宏暉(2008)。《締約前資訊義務之研究》，國立政治大學法律研究所博士論文。

鄒詩慧(2010)。《廣告附註與限制條件對消費者反應之影響》，輔仁大學管理研究所碩士論文。

蔡廣昇(1995)。《從消費者保護論廣告者之民事責任》，輔仁大學法律研究所碩士論文。

## 六、網頁文章

黃紹麟(2005)。《第三代網路行銷：搜尋引擎行銷(上)》，在於部落格：數位之牆網站 <http://www.digitalwall.com/scripts/display.asp?UID=288> (最後瀏覽

## 貳、德文文獻

(按字母順序排列)

### 一、教科書及註釋書

Erbs/Kohlhaas(2017). Strafrechtliche Nebengesetze ,215. Aufl.

Helmut Köhler/ Joachim Bornkamm(2017). Gesetz gegen den unlauteren Lauterkeitsrecht, 2. Aufl.

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(2017). Strafgesetzbuch, 5. Aufl.

Manfred A. Dausen(2012). Handbuch des Eu-Wirtschaftsrechts,31.Aufi.

Peter W. Heermann/ Jochen Schlingloff(2014). Münchener Kommentar zum Martin Schmidt-Kessel /silvan Schubmehl(2011). Lauterkeitsrecht in Europa-Eine Sammlung von Länderberichten zum UWG, 1. Aufl.

Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 35. Aufl.

### 參、英文文獻

Edward K Strong(1925). THE PSYCHOLOGY OF SELLING AND ADVERTISING.

Geraint Howells , Hans-W. Micklitz , Thomas Wilhelmsson (1st ed.2006).  
EUROPEAN FAIR TRADING LAW: THE UNFAIR COMMERCIAL  
PRACTICES DIRECTIVE.

