

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



廣告、贈品贈獎與競爭法

Advertisement, Premium, Sweepstakes and  
Competition Law

紀晴

Chi, Ching

指導教授：黃銘傑 博士

Advisor: Ming-Jye Huang, Ph.D.

中華民國 111 年 7 月

July 2022

## 謝辭

這本論文的完成想要感謝很多人的幫助，首要感謝的是指導教授黃銘傑老師的幫忙，當初找老師指導之時，一開始是想要寫關於薦證廣告相關的法律問題，在與老師的討論之下，兜兜轉轉變成了現今這個涵蓋經濟學、行銷學，討論廣告、贈品贈獎兩大行銷行為的大題目了。

再者，想要感謝兩位外校的口試委員陳皓芸老師以及顏雅倫老師撥冗來參加我的口試，很可惜在疫情之下以線上進行口試，沒有機會現場與兩位老師進行討教，但老師們提出的豐富意見為這本論文添彩許多，啟發了我許多新的觀點、想法。

另外想要感謝家人、朋友、法服第五組的好夥伴們、第四組與第七組的可愛學弟妹、法圖的主管、同事們以及黃門同門的大家，為了避免論文網站一搜名字就跑出這篇論文直接成為提升相似度的一環在此就不一一唱名感謝，若沒有大家鼎力相助、精神扶持，我想我是無法完成這篇八萬多字的論文的，謝謝大家。

特別感謝陪我走過大學與碩士時光的各位實況主、電競選手、youtuber、Vtuber 與聲優們，感謝特哥與天OM 成為我論文中的一環。

希望這本論文能為讀者帶來新的觀點，願未來的競爭環境越來越好，手段自由而無欺罔或顯失公平的情事發生，事業共榮共進而無不公平競爭發生，消費者可以在市場中選到對自己最有利之商品或服務，每個人（法人、團體）都能得願所償。

最後，感謝自己撐到現在，希望在沖繩的半年可以好好沈澱心情，以迎接未來職涯挑戰。

記於 2022.8.6 紀晴

## 中文摘要



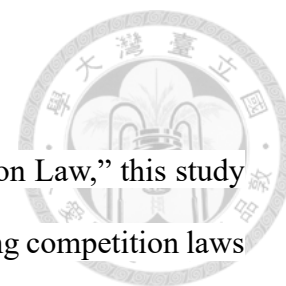
本文以「廣告、贈品贈獎與競爭法」為題，問題核心在於探討何謂競爭法中「競爭」之定義，並以此定義檢視現行競爭法上對於事業的各種行銷行為管制規範是否恰當。礙於篇幅，著重於討論廣告以及贈品贈獎促銷行為。

本文首先釐清何謂應有之競爭圖像，自限制競爭行為與不公平競爭行為間之關係出發，認為現行公平交易法以效能競爭作為競爭定義不夠充分，而係應建立一手段多元而自由之競爭市場。接著分別就美國、日本及我國競爭法上對於廣告與贈品贈獎相關規範進行介紹與分析。美國競爭法採取分散立法模式，其對於不實廣告規範亦散見於聯邦法規、各州州法，並以普通法累積關於欺罔的判斷原則等，而就贈品行為認為屬於市場自由競爭之一環，僅就安全、郵寄及標示上的誤導行為進行規範，贈獎行為則不問獎項金額高低一律禁止。日本競爭法上對於廣告及贈品贈獎行為主要規定於景品表示法中，並且主管機關消費者廳發布繁複詳盡行政規則對各個要件等進行說明。我國公平交易法則於第 21 條、第 23 條分別對二行為加以規定。

本文認為是否屬於不公平競爭行為而須受管制應以「該行為對消費者所產生之效用」而定，如若對消費者產生之正面效用大於負面效用則無管制必要存在，故建議將公平交易法第 23 條關於贈品贈獎之提供條文予以刪除，並將廣告管制之重點置於資訊傳達功能妥適達成。並認為廣告是否構成欺罔應先建立個案中相關消費者形象爾後判定。最後建議應將行為經濟學引入競爭法領域並強化消費者教育，調整執法模式與方向，協助及強化消費者進行消費選擇之能力。

關鍵字：公平交易法、競爭、不公平競爭、不實廣告、贈品贈獎

## Abstract



Titled “Advertisement, Premium, Sweepstakes and Competition Law,” this study positions the definition of “competition,” examining whether existing competition laws which regulate marketing campaigns are appropriate or not. Due to space limitations, this paper emphasize on advertisement, premium and sweepstakes.

First of all, this study elucidates the due image of competition. From the relation between restrictive competition and unfair competition, it’s better that defining competition as constructing a competitive market which could accept diverse and free means instead of performance-based competition as Taiwan Fair Trade Act does. In addition, this paper introduce and analyze the regulations on advertisement, premium and sweepstakes under the competition laws of the United States, Japan and Taiwan respectively. The U.S. competition law adopts a decentralized legislative model, and its regulation of false advertisements is scattered in federal statutes, state laws, and common law which cumulative judgment principles on deception. The conduct of premium is considered to be part of free competition in the market, only regulated for misleading conduct in safety, mailing, and labeling, while the conduct of sweepstakes is prohibited regardless of the amount of the prize. In Japan, advertisement, premium and sweepstakes are mainly regulated in Act against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations, and the competent authority, the Consumer Affairs Agency, issues complicated and detailed administrative rules to explain the various elements. Besides, the Fair Trade Law of Taiwan stipulates the two behaviors in Article 21 and Article 23.

Whether a marketing practice is unfair competition or not should be determined by “the effect of the practice on consumers”. If the positive effect on consumers is

greater than the negative effect, then there is no need to regulate. Therefore, we propose to delete the provision of premium and sweepstakes from Article 23 of the Fair Trade Law, and the regulation of advertisement should focus on the function of information communication. It is also suggested that whether an advertisement constitutes deception should be determined after establishing the image of the relevant consumers in the case. Finally, it is recommended that behavioral economics should be introduced into the field of competition law and consumer education should be strengthened, and the enforcement model and direction should be adjusted to assist and strengthen consumers' ability to make consumer choices.

Keywords: Fair Trade Act 、 Unfair Competitions 、 False Advertisement 、 Premium 、 Sweepstakes

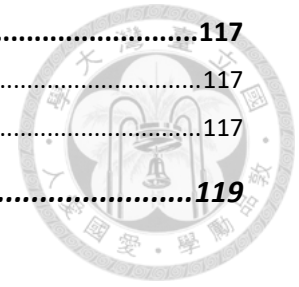
# 目錄



中文摘要.....	iii
Abstract.....	iv
<b>第一章 結論.....</b>	<b>1</b>
<b>第一節 研究動機與目的.....</b>	<b>1</b>
第二節 研究範圍及研究方法.....	2
第三節 研究架構.....	3
<b>第二章 競爭與廣告贈品.....</b>	<b>5</b>
<b>第一節 限制競爭行為與不公平競爭行為.....</b>	<b>5</b>
第一款 限制競爭行為.....	5
第二款 不公平競爭行為.....	12
第三款 小結：自由競爭與公平競爭互相交錯.....	16
<b>第二節 應有之競爭圖像.....</b>	<b>17</b>
第一款 以效能競爭作為競爭定義不夠充分.....	18
第二款 多重意義的競爭.....	21
第三款 從公正競爭與自由競爭規範目的考量.....	22
<b>第三節 廣告、贈品贈獎行為對競爭之影響.....</b>	<b>24</b>
第一款 廣告之定義.....	25
第二款 廣告對競爭之效用.....	32
第三款 贈品贈獎行為之定義.....	35
第四款 贈品贈獎行為對競爭之效用.....	37
第三款 廣告與贈品贈獎行為在競爭圖像中之角色.....	39
<b>第四節 手段多元而自由之競爭市場.....</b>	<b>41</b>
<b>第三章 美日競爭法制對於廣告之規範.....</b>	<b>42</b>
<b>第一節 不實廣告之規範正當性與目的.....</b>	<b>42</b>
第一款 憲法上對於商業言論規範正當性.....	42
第二款 不實廣告之規範目的.....	43
<b>第二節 日本競爭法對不實廣告之管制.....</b>	<b>45</b>
第一款 獨占禁止法.....	45
第二款 不正競爭防止法.....	47
第三款 不當贈品類及不當表示防止法.....	48
第四款 小結.....	54

<b>第三節</b>	<b>美國競爭法對不實廣告之管制.....</b>	<b>54</b>
第一款	美國競爭法對不實廣告之規範.....	54
第二款	欺罔之判斷標準.....	59
第三款	虛偽不實廣告之判斷準則.....	62
第四款	小結.....	63
<b>第四章</b>	<b>美日法制對於贈品贈獎之規範.....</b>	<b>64</b>
<b>第一節</b>	<b>日本法上就不當贈品贈獎行為之管制規範.....</b>	<b>64</b>
第一款	私的獨占之禁止及確保公平交易之法律.....	64
第二款	不當贈品類及不當標示防止法.....	65
第三款	日本實務就不當贈品贈獎行為之執法情況.....	68
第四款	小結.....	73
<b>第二節</b>	<b>美國法上就不當贈品贈獎行為之管制.....</b>	<b>74</b>
第一款	緒論.....	74
第二款	美國法上對於贈品及贈獎行為之管制.....	75
第三款	小結.....	79
<b>第五章</b>	<b>我國競爭法對於廣告及贈品贈獎行為之規範.....</b>	<b>80</b>
<b>第一節</b>	<b>競爭法之立法體例.....</b>	<b>80</b>
第一款	分別立法.....	80
第二款	統一立法.....	81
第三款	分散立法.....	82
第四款	我國公平交易法之特殊性.....	83
<b>第二節</b>	<b>我國競爭法對不實廣告之管制.....</b>	<b>85</b>
第一款	不實廣告之要件.....	86
第二款	是否構成不實廣告之判斷原則.....	90
第三款	構成不實廣告之責任.....	92
第四款	虛偽不實贈品贈獎行為.....	96
第五款	小結.....	97
<b>第三節</b>	<b>我國法就贈品贈獎行為所為之規制.....</b>	<b>98</b>
第三款	不當贈品贈獎行為管制必要性之探討.....	106
第四款	小結.....	112
<b>第六章</b>	<b>結論與建議.....</b>	<b>114</b>
<b>第一節</b>	<b>結論.....</b>	<b>114</b>
第一款	廣告.....	114
第二款	贈品贈獎.....	115
第三款	應有之競爭圖像與達成途徑.....	116

<b>第二節 建議</b> .....	<b>117</b>
第一款 將行為經濟學引入競爭法領域.....	117
第二款 消費者教育 .....	117
<b>參考文獻</b> .....	<b>119</b>



## 圖目錄

圖 1：都道府縣知事措置命令統計圖 .....	72
-------------------------	----

## 表目錄

表格 1：2014 年至 2021 年消費者廳對於景品表示法之執法情況.....	70
表格 2 .....	101



# 第一章 緒論



## 第一節 研究動機與目的

在生活中，事業運用各種各樣的行銷行為以宣傳自身商品或服務，增進與消費者間的消費機會，其中廣告、贈品贈獎行為為行銷行為之典型，如電視、網絡媒體、路上看板等均會刊登廣告、購買鮮奶會附贈飲料、購買碳酸飲料可以抽汽車大獎等等。消費大眾透過種種類此之促銷行為認識該事業，並以此作為消費決定之依循。就各種各樣的行銷行為，由於屬市場競爭秩序之一環，故涵蓋於各國競爭法規範。

在廣告部分，如若資訊傳達受阻礙，該資訊為虛偽不實或有引人錯誤之虞，則消費者依循該錯誤資訊所做出之決定亦受扭曲，不但消費者權益受損害，進而更使其他不為不實廣告之同業競爭者受不公平競爭，市場競爭秩序受破壞，是不實廣告應為規範。

依據我國公平交易委員會案件統計資料<sup>1</sup>，自民國 81 年起至 111 年 2 月止，在其處分案件中虛偽不實或引人錯誤廣告行為共計 2290 件，不當贈品贈獎行為則有 1 件<sup>2</sup>，分別占全部不公平競爭案件共計 3428 件<sup>3</sup>之 66.80280%及 0.00029%。可見虛偽不實或引人錯誤廣告行為佔據公平交易委員會對於不公平競爭行為處分案件之大宗，而不當贈品贈獎行為僅占一小部分。

我國公平交易法對不當贈品贈獎行為之管制討論始於民國 83 年自由時報

<sup>1</sup> 公平交易委員會，案件辦理情形統計，<https://www.ftc.gov.tw/upload/fc421738-d20a-4c84-8eca-c426aaedcd70.pdf>（最後瀏覽日期：2022/4/6），頁 10。

<sup>2</sup> 於公平交易法修法新增第 23 條以前以舊法第 19 條處理之案件不計入。該件為公處字第 104036 號，威達雲端電訊股份有限公司推出「辦光纖送有線電視」促銷方案，贈品價值逾服務價值之二分之一，為以不當提供贈品之方法爭取交易機會之行為，違反公平交易法第 23 條規定而受處分。

<sup>3</sup> 另外居大宗者為欺罔或顯失公平行為 1166 件，仿冒表徵及損害他人營業信譽行為分別計有 34 件及 20 件，由於部分案件違反 2 種以上行為故處分件數與各違法行為別之合計不符。

「回饋讀者 5 億元連環大贈獎」活動案<sup>4</sup>，該報社提出若讀者訂閱報紙一年期，並預繳報費即得參與抽跑車、獨棟別墅等獎品，該件考量發行人以及市場占有率，最後以不處分告終。惟隔年自立晚報案<sup>5</sup>及 87 年訂報贈腳踏車案<sup>6</sup>均以構成「利誘」妨礙不公平競爭而受處分。其中差異何在？究竟贈品贈獎行為是否應為公平交易法所規範？迄今經濟社會現狀是否仍有限制贈品贈獎行為之必要？為探求該些問題的解答，萌生了此篇論文。

## 第二節 研究範圍及研究方法

如前述，本文對於事業各種行銷行為在競爭法中如何受到管制，其管制原因又係何如有所興趣，惟礙於篇幅，以行銷行為中之典型，即廣告以及贈品贈獎行為作為本文之研究標的。

本文欲自競爭法之角度出發，探究何謂競爭，競爭應有的圖像何如，並以美國及日本對於廣告及贈品贈獎行為係如何規制，我國法上又係如何規範，並以此為基礎探討廣告及贈品贈獎行為之管制必要性。關於研究方法，本文主要採取文獻回顧以及比較法研究方法。

在文獻回顧方面，參考國內外文獻，包含專論著書、期刊、學位論文等，介紹美國、日本及我國法上對於不實廣告以及贈品贈獎行為如何規範，及其理論依據，並佐以實務資料加以分析、參酌。

在比較法研究上，以日本法以及美國法作為借鏡比較對象，雖然二國競爭法立法體例均與我國採取統一立法將限制競爭行為與不公平競爭行為合於一法加以規範不同，日本係採分別立法，而美國則以分散立法之立法模式。但規範原理不因立法例不同而有所差異，我國公平交易法立法亦參考日本、韓國、美

---

<sup>4</sup> (81) 公平會第 59 次委員會決議、(82) 公平會第 99 次委員會決議、(83) 公平會第 150 次委員會決議。

<sup>5</sup> 公平交易委員會 (84) 公處字第 166 號。

<sup>6</sup> 公平交易委員會 (88) 公處字第 002 號。

國、德國等立法例，是仍有得以參考之處。

選擇日本作為比較法研究對象之原因在於，我國對於贈品贈獎之規範主要參酌日本法之規定<sup>7</sup>，且日本與我國在地緣環境及文化背景上相似，且該國對於贈品贈獎促銷行為以及不實廣告有詳盡之規範值得我國加以參考；而美國經濟環境成熟、經濟學發展強盛，採取自由經濟體系，採取較為放任之管制模式，先進國家立法潮流趨勢亦值我國法加以借鏡、啟發，且我國公平交易法第 25 條實係參考美國聯邦交易委員會法第 5 條制定而成，且廣告相關處理原則、指導方針也參考美國法許多內容。

### 第三節 研究架構

本論文第二章競爭與廣告贈品，先自限制競爭行為、不公平競爭行為二種管制目的不同之競爭定義開始，判定二類競爭行為間之關係。並討論我國公平交易法所規範之競爭定義是否妥適、涵蓋該二種規範類型？並且從不公平競爭管制目的出發，探討二種行銷行為（廣告及贈品贈獎行為）對競爭之效果，最後提出本文認為應有之競爭圖像應係促成一事業得以自由出入市場、不受他事業干預或阻礙，市場資訊公開流通以使市場機能得以正常運作，且各該事業得以公平而多元之手段相互競爭之競爭市場。

第三章及第四章為美日競爭法制對於廣告及贈品贈獎行為之規範，承繼第二章提出應有之競爭圖像後，闡述美國以及日本競爭法制對於廣告、贈品贈獎促銷行為所為之規範沿革、模式，實務運作並就詳細要件加以敘明。

第五章我國競爭法對於廣告及贈品贈獎之規範，第一節論述我國公平交易

---

<sup>7</sup> 我國舊公平交易法第 19 條第 3 款主要參酌日本獨占禁止法第 2 條第 9 項以及韓國限制獨佔禁止法第 15 條規定，另外學者研擬之「贈品贈獎行為之規範原則暨草案」中之「贈品甲案」採行日韓之規範模式，我國贈品贈獎處理原則係承襲日韓立法例。行政院公平交易委員會編印，公平交易法立法目的與條紋說明，民國 85 年 1 月，16-17；贈品與贈獎之規範原則暨草案，民國 83 年 10 月 5 日，頁 7。

法在立法體例上之特殊性，採取統一立法模式，而與前二章所述之美國法及日本法有所不同，惟按不公平競爭行為與限制競爭行為二者實為一體兩面、相輔相成，解釋適用上均須斟酌、交錯適用自由競爭法與公平競爭法之內涵、精神，以維繫市場經濟公平有效運作，故認為我國法採取統一立法有其道理存在。並於第二節及第三節介紹我國法對於不實廣告及贈品贈獎之規範沿革及要件，並製表分析我國對不當贈品贈獎之案件處分，並就贈品贈獎行為規範之必要性進行探討。

第六章結論與建議，為整體論文進行總結，並提出具體建議。

## 第二章 競爭與廣告贈品



為了後續討論公平交易法對各種行銷行為之管制必要性，本章先自限制競爭行為、不公平競爭行為二種管制目的不同之競爭定義提起，判定二類競爭行為間之關係。並討論我國公平交易法所規範之競爭定義是否妥適、涵蓋該二種規範類型？

並且從不公平競爭管制目的出發，探討廣告以及贈品贈獎行為二種行銷行為對競爭之效果，最後提出本文認為應有之競爭圖像。

### 第一節 限制競爭行為與不公平競爭行為

#### 第一款 限制競爭行為

限制競爭行為規範影響「自由競爭<sup>8</sup>」的行為，即由居於市場控制地位或一定優勢地位的事業濫用其經濟力量，事業間以契約或彼此合意約束彼此競爭或限制他方事業活動，而使市場無法依照市場機制自主運作、使市場競爭效果有所減損、對市場競爭秩序造成危害之行為<sup>9</sup>，包含獨占、結合、聯合、限制轉售價格等行為，強調對於市場結構之維護，追求經濟效益而非分配之公平性，促進「動的安全」即交易之安全，保障善意第三人使交易靈活<sup>10</sup>。

其中，市場機制應係指建立在經濟學「完全競爭」或至少係「有效競爭」的情形下，基於市場自主運作的結果，資源配置達到最有效率之狀態而言。另外，

<sup>8</sup> 所謂自由競爭係指事業依照市場供需決定其商品之生產、分配、銷售以及交易之自由，不受人為不當限制而言。參廖義男（2021年11月），《公平交易法》，初版，頁13，臺北市：元照。

<sup>9</sup> 何之邁（2002），《公平交易法實論》，修訂版，頁4，臺北市：何之邁發行；廖義男，前揭註8，頁11。

<sup>10</sup> 賴源河編審（2005），《公平交易法新論》，三版，頁92，臺北市：元照；林怡君（2004），《從不公平競爭法之體系論我國公平交易法第二十四條之適用界限》，頁9，國立臺北大學法學系碩士論文。

有論者參考德國法之分類以限制競爭係維護「競爭的量」加以形容之<sup>11</sup>。以下就完全競爭市場模型以及有效競爭（可運作競爭）進行更加完整之說明。



## 第一項 完全競爭市場 (perfect competition)

新古典經濟學上就市場結構分有四大基本模型：完全競爭、獨占性競爭 (monopolistic competition)、寡占 (oligopoly) 以及獨占 (monopoly)，其中完全競爭被認為是最理想之市場結構，而廣受討論。

### 第一目 完全競爭市場之特徵

完全競爭市場中存在大量相對較小的廠商（賣方）以及消費者（買方），且廠商間與消費者間互相獨立，互不影響彼此行為，廠商間所生產之產品具有同質性（即具有同質性之產品，homogenous goods），得以完全替代，市場中的生產要素得自由流動，事業均得自由進出市場，不受價格和資源變動的其他限制，廠商及消費者對於產品之價格與品質、消費者偏好等均具有完全資訊（perfect information）；且因為單一買方或賣方所購買或銷售的產品數量相對整個市場來說非常少，其變化不足以影響市場價格變化，故任何在該市場的廠商僅為價格接受者（price taker）而非價格之決定者，且該市場不受外部性影響<sup>12</sup>。

為達到利潤最大化，廠商會以最低成本根據市場價格以及消費者願望來生產

<sup>11</sup>參蘇永欽（1981），〈論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察〉，《臺大法學論叢》，11卷1期，頁73。Kraft，Bartholomeyczik 紀念集，1973，S. 396；GRUR 1980，S. 967 ff.（轉引）。

<sup>12</sup> Areeda, Phillip, Kaplow, Louis and Edlin, Aaron S. (2004). *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases* (6th ed.). New York: Aspen Publishers at 5；Friedrich A. Hayek (2016), *The Meaning of Competition*, 13 *Econ journal watch* 2, 362；Hylton, Keith N. (2003). *Antitrust Law : Economic Theory and Common Law Evolution* Cambridge, UK ;: Cambridge University Press, at 4-8；林佳怡（2007），〈競爭法上關於贈品贈獎促銷行為之研究〉，頁13，輔仁大學財經法律學研究所碩士論文；傅軍、張穎（2004），〈反壟斷與競爭政策：經濟理論、國際經驗及對中國的启示〉，第1版，頁7-8, 43，北京市：北京大學出版社；陳正倉、林惠玲（2020），〈個體經濟學〉，二版，頁170，臺北市：雙葉書廊有限公司。

產品，使邊際收益相當於邊際成本 ( $MR=MC$ )。長期均衡之下，市場價格將等於廠商之平均收益亦等於邊際收益及邊際成本 ( $P=AR=MR=MC$ )，此時該價格亦為長期平均成本的最低點，廠商僅有正常利潤而無超額利潤存在，市場上產品的價格與品質趨於一致。



## 第二目 完全競爭市場之優缺點

雖然經濟學家認為完全競爭市場是最理想的市場組織型態，該結構會導致生產效率及配置效率 (allocative efficiency)<sup>13</sup> 達到最優、社會福利達到最大，即無法藉由任何對投入、產出或分配的改變能導致在無人受損的情況下有人獲益。

惟完全競爭市場廠商因為僅能獲取正常利潤，因而創新、改良技術之誘因可能較弱<sup>14</sup>，生產效率不易提升，且完全競爭市場忽略廠商在生產過程中產生外部經濟、外部不經濟之可能<sup>15</sup>。

## 第三目 完全競爭市場模型之侷限

且完全競爭市場模型有其侷限，包括：僅止於競爭的靜止狀態描述而未及於競爭的動態過程；完全競爭市場所假定之條件嚴格，與現實情形不符，如假定市場資訊完全流通、商品完全替代<sup>16</sup>，而受批評。故其後經濟學家提出動態競爭理論<sup>17</sup>、可運作競爭，以補完全競爭市場模型不足之處。

<sup>13</sup> 所謂配置效率係指資源被分配到不同使用途徑使資源的使用效率最高，一旦達到配置效率，則任何對資源使用的改變均無法提高總生產價值。參照陳正倉、林惠玲，前揭註 12，頁 196。

<sup>14</sup> 亦有反對見解認為完全競爭廠商會致力於研究發展、創新者。參陳正倉、林惠玲，前揭註 12，頁 199。

<sup>15</sup> 陳正倉、林惠玲，前揭註 12，頁 198-199。

<sup>16</sup> Hayek(2016), *The Meaning of Competition*, 362-365；Schumpeter, Joseph A. (2010). *Capitalism, Socialism and Democracy*: routledge.

<sup>17</sup> 動態競爭理論強調市場結構中產業生命週期及市場的不完整性，關注事業的行為、競爭的過程，主張每個事業均希望自身得設計並提供更具有吸引力的產品而有競爭優勢，事業運用不同策略以獲得優勢，競爭事業的策略行為會決定市場競爭的性質，且為評估競爭強度的重要且必要的指標，其中積極的競爭行為會使事業產生市場支配力、引導市場趨勢及滿足顧客偏好，且事業會

## 第二項 可運作競爭<sup>18</sup>



有鑒於完全競爭市場模型的假設在現實中幾乎不可能存在，難以提供判斷實際經濟社會的可信任標準，1940年哥倫比亞經濟學家 J.M. Clark 提出「可運作競爭（workable competition）」概念<sup>19</sup>，隨後重新定義為「有效競爭（effective competition）」，作為判斷市場是否具有競爭性的標準<sup>20</sup>。可運作競爭認為若政府願意干預市場上限制競爭行為，則即使市場高度不完美，則競爭仍可運作<sup>21</sup>，在此概念之下，競爭法成為規範競爭的主要工具<sup>22</sup>。

可運作競爭的基本特徵是沒有任何一個賣方或一群一致行動的賣方有能力透過減少產量或提高來決定其利潤水準；若市場處於可運行競爭，市場競爭者（包括現存競爭者與潛在競爭者）會提供或威脅會提供有效的誘因<sup>23</sup>使該賣方無法享有前述藉由減少產量與提高價格以決定利潤的力量<sup>24</sup>。

下文將列舉可運作競爭理論所提出的各個標準：

---

於這些因素變動時加以因應。此外，競爭者的競爭策略及對於銷售、利潤及市場占有率可能為影響市場結構的關鍵因素。參 Arthur A. Thompson, Jr. (1980), *Competition as a Strategic Process*, 25 *COMPETITION AS A STRATEGIC PROCESS* 4, 785-799；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 66。

<sup>18</sup> J Clark, John Maurice. (1940). *Toward a Concept of Workable Competition*. *The American economic review*, 241-256；John Maurice Clark (1955), *Competition: static models and dynamic aspects*, 45 *THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 2；John Maurice Clark (1961), *Competition as a dynamic process*；Stephen H Sosnick (1958), *A critique of concepts of workable competition*, 72 *THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS* 3.

<sup>19</sup> Clark(1940), *Toward a Concept of Workable Competition.*, 241-256.

<sup>20</sup> Dunne, Niamh. (2015). *Competition Law and Economic Regulation : Making and Managing Markets* Cambridge: Cambridge University Press., at 18；莊春發（計畫主持）（2002），《經濟理論的競爭觀在執行反托拉斯管制上的定位與應用》，頁 33，行政院公平交易委員會九十一年度合作研究報告十二。

<sup>21</sup> Herbert Hovenkamp (2009), *United States competition policy in crisis: 1890-1955*, 94 *MINN. L. REV.*, 321-322.

<sup>22</sup>楊忠霖（2016），《競爭法與經濟管制》，頁 9，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>23</sup>該誘因包含產量、品質、交會時間與地點、附帶服務、銷售努力及價格。See Authors, Various. (1955). *Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*. United States Government Printing Office. at 320.

<sup>24</sup> See AUTHORS (1955), *Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, at 320.



## 第一目 結構標準<sup>25</sup>



是否具有「競爭性」，在市場結構上須具有以下四項特徵：

- 一、市場上數量至少須達到規模經濟的要求。
- 二、市場上不存在人為的進出及流動性障礙。
- 三、產品存在一定的差異性，且具有價格敏感度。
- 四、買方對產品的價格、品質及其他相關資訊具有充分的了解。

## 第二目 行為標準(behavioral criteria)<sup>26</sup>

行為標準長期作為法律訂定以保護競爭之穩定要件<sup>27</sup>，可分為下列六項標準：

- 一、對競爭對手的行為存有一定程度的不確定性，無法預測價格變動是否會被跟隨。
- 二、廠商應獨立達成目標，而非與同業競爭者互相勾結。
- 三、不應存在不公平、排他性、掠奪性或強迫性的策略。
- 四、無效率的供給者及消費者無法長久隱瞞而受保護。
- 五、促銷活動須為訊息性而非誤導性的。
- 六、不存在持續而有害的差別取價行為。

<sup>25</sup>莊春發（計畫主持），前揭註 20，頁 34；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 68。

<sup>26</sup>莊春發（計畫主持），前揭註 20，頁 34；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 68。

<sup>27</sup> AREEDA, et al. (2004), Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases 30.

### 第三目 市場績效標準<sup>28</sup>



從實際市場表現（actual performance）上來看該市場是否具有競爭性，有下列七項標準：

- 一、廠商生產與分配的運作具有效率，而無資源的浪費。
- 二、促銷成本不應過高。
- 三、利潤應訂於正好足以回報投資、效率和創新之額度。
- 四、產品的產出和品質應反應消費者的需求。
- 五、應有充分機會引入技術較優的新產品和新製程方法。
- 六、價格應鼓勵理性選擇，引導市場趨向均衡，而非劇烈波動。
- 七、最能滿足消費者需求的生產者將獲得成功。

### 第四目 對可運作競爭之批評

有認為可運作競爭所提出之標準受限於主觀價值判斷，所定之測定條件具有先天上的缺陷<sup>29</sup>；亦有批評認為許多項目為多餘的<sup>30</sup>；且未說明若滿足部分標準，為滿足部分標準應該如何判斷競爭是否成立。

雖然完全競爭市場與因應完全競爭難以達成而改進之可運作競爭市場模型均有其侷限、不足之處，但是仍然可以作為競爭所欲追求的終極目標存在。

<sup>28</sup> 莊春發（計畫主持人）等著，前揭註 20，頁 34-35；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 68。

<sup>29</sup> 莊春發（2002），《反托拉斯經濟學論集（上冊）》，頁 67-75，瑞興圖書股份有限公司。

<sup>30</sup> 見 Frederic M. Scherer (1980), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand McNally College Publishing Company, at 42.

### 第三項 競爭性市場



除完全競爭市場模型與可運作競爭模型外，為求後續結論之提出，本文欲再行提及一競爭模型，即強調自由進出市場重要之競爭性市場模型。

#### 第一目 競爭性市場之定義

相對於可運作競爭，紐約大學的經濟學者 Baumol 集結經濟學者 Panzer 和 Willig，提出競爭性市場(contestable markets)<sup>31</sup>概念，認為新古典學派將競爭概念著重以結構認定有所偏頗，應回歸古典主義經濟學觀點，強調市場資源與廠商進出對維持市場競爭的重要性。

該模型強調事業自由進出市場的影響力，認為只要進出市場不會產生沉沒成本(sunk cost)<sup>32</sup>且容易，則構成競爭性市場，若既存市場參與者定價過高，則潛在競爭者進入市場參與競爭，且該潛在競爭者得於既存市場參與者降價以前即離開市場，被稱為「打帶跑(hit and run)機制」，因有此威脅存在，縱使市場競爭者數量不多，亦得達到競爭狀態<sup>33</sup>。

競爭性市場的長期均衡與完全競爭市場之均衡相同，廠商僅有正常利潤、生產具有效率、商品價格會等同於邊際成本，否則若價格高於邊際成本就會有潛在競爭者進入市場之情事發生，反之，若價格低於邊際成本，市場參與者亦能輕易退出市場<sup>34</sup>。

---

<sup>31</sup> 見 Baumol, William J, Panzar, John C and Willig, Robert D. (1988). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*: Harcourt College Pub. ; William J Baumol (1986), *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*, *MICROTHEORY: APPLICATIONS AND ORIGINS*.

<sup>32</sup> 所謂沉沒成本係指若營業項目轉變，無法用於其他用途使用之成本而言。

<sup>33</sup> 莊春發(1998)，〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉，《公平交易季刊》，6卷1期，頁19。

<sup>34</sup> 莊春發，前揭註33，頁19-20。

## 第二目 對競爭性市場之批評

對競爭性市場模型亦有批評，該些批評包含<sup>35</sup>：現實上不存在得始潛在競爭者自由進出市場之條件、潛在競爭者能否於既有廠商調整價格前退出市場受到懷疑、經濟學者 Shepherd (1984) 認為廠商無論參進任何市場均產生顯著的沉沒成本<sup>36</sup>、競爭性市場與完全競爭市場一樣現實上難以達成。

## 第二款 不公平競爭行為

公平競爭指事業應憑據真實誠信以及商品之價格、品質、功能及服務等爭取交易<sup>37</sup>。該概念從近代市民社會確立營業自由<sup>38</sup>、自由競爭的前提下產生。並且由於在經濟蓬勃發展下，營業競爭日益劇烈，出現了若干不正當營業競爭行為，而有應對於競爭自由予以限制以維持競爭秩序之呼籲<sup>39</sup>，不公平競爭法之目的即在於保護市場之公平性，避免自由競爭之架構遭受破壞<sup>40</sup>。

不公平競爭行為強調事業所為之營業行為違反商業倫理或扭曲效能競爭以爭取交易<sup>41</sup>，著重於行為本身的可非難性，而對市場行為本身加以管制，以促使事業依照一般商業習慣從事經濟活動，維護整體商業關係，維護「靜的安全」即

<sup>35</sup> See Marius Schwartz & Robert J Reynolds (1983), Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure: Comment, 73 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 3; Marius Schwartz (1986), The nature and scope of contestability theory, 38 OXFORD ECONOMIC PAPERS, 37-57; William G Shepherd (1984), "Contestability" vs. Competition, 74 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 4, 572-587; M. L. Weitzman (1983), Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure: Comment, 73 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 3. 對批評之回應可見 William J Baumol John C Panzar & Robert D Willig (1983), Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure: Reply, 73 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 3.

<sup>36</sup> Shepherd(1984), "CONTESTABILITY" VS. COMPETITION.

<sup>37</sup> 廖義男，前揭註 8，頁 13。

<sup>38</sup> 營業自由包括開業自由、繼續營業自由、停止營業自由及交易自由，為憲法上基本人權之一。參見朱鈺洋（1993），《虛偽不實廣告與公平交易法》，初版，頁 6，臺北市：三民。

<sup>39</sup> 朱鈺洋，前揭註 38，頁 5。

<sup>40</sup> Anselm Kamperman Sanders, Unfair competition law, Clarendon Press: Oxford University Pres, 1997, at 22. 林怡君，前揭註 10，頁 16。

<sup>41</sup> 汪渡村（2007），《公平交易法》，三版，頁 23，臺北市：五南；廖義男，前揭註 8，頁 12, 531。

財產的安全<sup>42</sup>。有論者認為不公平競爭係在保護「競爭的質」<sup>43</sup>。

參考德國不正競爭法權威學者 Baumbach 及 Hefermehl 將不公平競爭行為之樣態區分為下列五種：不當獲取顧客、不當阻抑同業、榨取他人成果、以違法為競爭手段及妨礙市場機能<sup>44</sup>。

## 第一項 違反商業倫理

其中所謂「違反商業倫理」，係指違背誠實信用方法或以欺罔、仿冒、榨取他人努力成果或誹謗他事業信譽、違法獲取優越地位等倫理上具有可非難性之方法而言<sup>45</sup>，屬於一不確定法律概念，會因社會風俗之改變而隨之變動。

## 第二項 扭曲效能競爭

### 第一目 效能競爭之意涵

所謂「效能競爭」係指事業間互相較以產品或服務品質之提升、價格下降，以提高生產技術及效能之方法爭取與消費者交易機會<sup>46</sup>。在該競爭型態下，各個事業間相互競爭均是基於事業努力而實施、提升效率，最終會與消費者的利益聯繫<sup>47</sup>。

在此，先回歸作為我國繼受母法之德國法上對於效能競爭<sup>48</sup>（performance-

<sup>42</sup>何之邁，前揭註 9，頁 5；賴源河編審，前揭註 10，頁 92-93；林怡君，前揭註 10，頁 9。

<sup>43</sup>參蘇永欽，前揭註 11，頁 73。Kraft, Bartholomeyczik 紀念集，1973，S. 396；GRUR 1980，S. 967 ff.（轉引）。

<sup>44</sup>蘇永欽，前揭註 11，頁 59-60。

<sup>45</sup>廖義男，前揭註 8，頁 531；朱鈺洋，前揭註 38，頁 23。

<sup>46</sup>廖義男（1992），〈公平交易法之立法目的與保護之法益—第一條之詮釋〉，《公平交易季刊》，0 卷 0 期，頁 2。

<sup>47</sup>王為農、陳杰[譯]（2007），日本禁止壟斷法概論 / 根岸哲、舟田正之著，頁 198-199（中国法制出版社 第 1 版）。

<sup>48</sup>日文文獻中有譯為「業績競爭」、「能率競爭」。

based competition<sup>49</sup>，德文：Leistungswettbewerb）之定義與討論。

德國學者 H.C. Nipperdey，將過去學說上的基於表現的競爭（performance-based competition, Leistungswettbewerb）與障礙競爭（impediment competition, Behinderungswettbewerb）進行區辨，前者包含透過改善品質或降低價格使公司產品對消費者更具吸引力的行為，後者則指目的在於阻礙競爭者表現能力的行為<sup>50</sup>。

德國新自由主義學者以該二者區辨為基礎，提出效能競爭（performance-based competition）的原則，該概念調整原有的基於表現競爭（performance-based competition, Leistungswettbewerb），描述不能以「不公平競爭」為由加以禁止的競爭行為，包含改善品質、降低價格或售後服務之改進等使自身商品對消費者更具吸引力之行為，只要是非歧視性和非掠奪性<sup>51</sup>的，人們這些基於績效的行為形式能夠自由競爭，故即使損害競爭對手仍為合法，惟忠誠折扣被認定為非屬基於績效之行為<sup>52</sup>。在此定義下，只要是非歧視性、掠奪性的使自身商品更具有吸引性的競爭手段，包括降低價格、提升品質或提供更好的服務等，皆為德國新自由主義學者所認定合法之效能競爭範圍內。

德國將限制競爭行為規定限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）<sup>53</sup>，不公平競爭行為則由不正當競爭防制法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG）<sup>54</sup>規範。效能競爭之概念原本僅限

<sup>49</sup> 又有譯為有效競爭（effective competition）。

<sup>50</sup> James S. Venit (2008), Cooperation, Initiative and Regulation – A Cross Cultural Inquiry, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2007: A REFORMED APPROACH TO ARTICLE 82 EC, 8-9, (Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis eds.).

<sup>51</sup> 如果係低於成本之定價，即為掠奪性而受禁止。

<sup>52</sup> John Kallaugher & Brian Sher (2004), Rebates revisited: Anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82, 25 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 5, 269-270.

<sup>53</sup> 中譯本可參林易典譯，德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯，公平交易委員會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/c589d208-d2fc-4e62-b6f8-37c656652fd4.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

<sup>54</sup> 中譯本可參林易典譯，德國不正當競爭防制法 2017 年最新翻譯，2017 年 8 月，公平交易委員會網站，<https://www.ftc.gov.tw/upload/8b3644db-c28e-4434-8da7-69cce807b5c3.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

於不正當競爭防制法適用，指事業透過改良商品或服務之品質或以低廉的價格、條件、售後服務等作為顧客比較、判斷的對象加以競爭而言，但由於該二部法律具有共同之特性存在，隨學說判例發展下，將確保效能競爭亦納入限制競爭防止法保護目的之中，故而違反效能競爭原理之行為即「阻害競爭」之行為，受限制競爭防止法所禁止<sup>55</sup>。

## 第二目 扭曲效能競爭

學者有謂不以降低商品價格、提升生產效能、品質或創新發明為競爭方法，而不當排擠或妨礙他人競爭之手段以爭取交易，即屬「扭曲效能競爭」<sup>56</sup>。

惟是否所有扭曲效能競爭之行為皆屬不公平競爭而受禁止？有學者認為應依個案就行為人之動機目的及手段綜合判斷而非逕以不以較有利之價格、數量、品質或其他條件爭取交易者即認構成不正當方法而為不公平競爭<sup>57</sup>。本文亦認為，以改良價格、品質、服務之外之方式作為競爭之手段不當然違法。

按我國公平交易法保護整體經濟利益，參見同法第1條，亦保護消費者利益。有認為公平交易法立法目的之「維護消費者利益」應解釋為透過維護市場競爭達到配置效率，並認為促進經濟的安定及繁榮係一空泛目的，「維護消費者利益」才是最重要、明確的立法目的<sup>58</sup>。則，消費者利益所指為何？

除了第四條中效能競爭所內含的價格與品質之外，消費者利益的內涵還可能包括商品多樣性、與產品創新<sup>59</sup>。且參考美國甘迺迪總統國情咨文，消費者具有以下四種權利：追求安全的權利（不應販賣危害生命、健康之商品）、知的權利

---

<sup>55</sup>金子晃、根岸哲、實方謙二、舟田正之（1983），《新・不公正な取引方法》，頁49-71，青林書院新社。

<sup>56</sup>廖義男，前揭註8，頁531。

<sup>57</sup>汪渡村，前揭註41，頁23。

<sup>58</sup>劉紹樑（1991），〈從意識型態和執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》，第44期，頁9-56。

<sup>59</sup> Lina M Khan (2016), Amazon's antitrust paradox, 126 YALE LJ, 737.

(事業不得為虛偽、欺瞞或與事實不符之宣傳或廣告，且消費者有權要求事業賦予足以選擇商品之必要知識)、選擇的權利(商品間應處於競爭狀態)以及反映意見的權利<sup>60</sup>。其中，追求安全的權利，涉及產品安全問題而由消費者保護法加以管制，知的權利及選擇的權利則應由公平交易法加以保障。

不公平競爭之規範目的在於維護商業競爭倫理、保護經營者之權利，最終達到消費者剩餘(消費者福利)最大化，且可將不公平競爭行為分為下列幾種類型：喚起消費者不當需要之行為(包含傳達有瑕疵之資訊、影響消費者判斷能力、阻礙消費者判斷自由)、妨害市場競爭機能之行為(排擠、阻礙競爭者)、冒用他人成果行為、及引起外部不經濟(如引起公害等)之行為<sup>61</sup>。該些行為之共通性在於均會使市場競爭秩序遭受破壞、資訊不充分、市場機能受阻礙，因而無法達到配置效率，最終使消費者效用無法達到最大化而有損失，是本文認為得逕以「消費者效用」作為行為可非難性之標準，以此為標準可達到標準明確性且得以降低執行成本。惟在此之「消費者效用」所指與經濟學上所稱之消費者福利、消費者剩餘有所不同，而僅係指對消費者有利不利影響程度，併予敘明。

如此，若競爭手段對消費者有利，如具有資訊提供之效用等，即不應受不公平競爭行為所規範，並非指只要是價格降低、品質提升以外之方式皆當然違法。

### 第三款 小結：自由競爭與公平競爭互相交錯

前述及限制競爭行為與不公平競爭行為之規範目的有所不同，限制競爭係考量整體市場狀況，避免市場經濟力量過度集中而無法發揮機能，不公平競爭則就個別事業競爭行為判斷是否手段上違反商業倫理而侵害其他競爭者應有之權

<sup>60</sup>汪渡村(1983)，《反托拉斯法在經濟法上之地位》，頁94；正田彬、實方謙二(1999)，《独占禁止法を学ぶ：經濟憲法入門 / 正田彬、實方謙二編》，第4版，頁20，東京都：有斐閣。

<sup>61</sup>田村善之(2003)，《不正競爭法概說》，第2版，頁17-18，東京都：有斐閣。



益<sup>62</sup>。

按有如盧修一委員等提出之草案中將立法目的改為「確保自由公平競爭」並說明：「……藉由公平交易法之規範，盡量恢復自由競爭市場之機能，自由競爭能回復時，才不會使獨占聯合行為等支配市場，而公平競爭方為可能<sup>63</sup>」。

不公平競爭行為與限制競爭行為兩者實際上為一體兩面，僅是規範的角度不同，限制競爭行為以宏觀之角度出發，探究市場結構造成競爭機能的減損，而不公平競爭行為以微觀角度出發觀察個別事業的競爭手段，二者實則互相交錯、影響——如德國學者 Fikentscher 所述：「只有正當的競爭才得自由」<sup>64</sup>，若無公平競爭則使消費者無法做成正確的選擇而無法達到資源有效分配、提高經營效率，不能發揮競爭機能，影響自由競爭之實現，而無法嘉惠於消費者<sup>65</sup>；若無自由競爭則無討論公平競爭之必要，且若一事業非法限制自由競爭也在一定程度構成對競爭者的不公平競爭<sup>66</sup>。

## 第二節 應有之競爭圖像

我國公平交易法第 4 條規定：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」係以所謂「效能競爭」作為競爭之定義，該定義未區分限制競爭及不公平競爭而一體適用，然而如同前文所述（本章第一節第三款），由於限制競爭行為和不公平競爭行為本質上具有共通之特性、法理得交錯適用，是效能競爭之概念亦得適用於限制競爭行為，似乎並無適用上之問題。

<sup>62</sup>林怡君，前揭註 10，頁 10；何之邁，前揭註 9，頁 5。

<sup>63</sup>立法院公報，80 卷 4 期，頁 317。

<sup>64</sup>蘇永欽，前揭註 11，頁 412。

<sup>65</sup>賴源河編審，前揭註 10，頁 96。

<sup>66</sup>劉孔中（2003），《公平交易法》，初版，頁 8-10，臺北市：劉孔中出版。

惟本文認為以效能競爭作為競爭定義仍有未及之處，包含未述及限制競爭行為結構面的管制與公平交易法所欲保護之立法目的等，以下將從限制競爭行為與不公平競爭行為之管制目的、比較法上對競爭之定義等等出發，提出本文所認為應有之競爭圖像，並試著透過解釋途徑、重擬一條競爭定義條文以達成本文所認定應有之具有多元競爭手段之自由競爭，以供參考。

## 第一款 以效能競爭作為競爭定義不夠充分

我國公平交易法第 4 條以效能競爭作為本法競爭之定義，該規定所定義之「競爭」，僅具有經濟上之意涵，著重供給面之敘述，未敘明競爭場所發生之時空範圍且僅規定正面意義上的競爭（即公正競爭），未觸及競爭之本質，而有所缺失<sup>67</sup>。

比較法上，日本係少數就「競爭」設有定義性規定之國家，日本獨占禁止法第 2 條第 4 項規定：「本法所稱競爭，係指二以上事業，於通常業務活動範圍內，對該業務活動之設施或態樣施以重大之變更，而實施或可能實施下列行為：一、向同一需求者供給同種或類似之商品或服務；向同一供給者受領同種或類似之商品或服務<sup>68</sup>」，該規定受該國學者批評僅表明「競爭關係」，而未及於競爭之本質（排除他方交易機會之努力）、忽略競爭之多義性<sup>69</sup>。

<sup>67</sup>薛銘鴻（1994），《從不正競爭觀點論我國公平交易法對不當表示之規制：以表示人之民事責任為中心》，頁 11，輔仁大學法律學研究所碩士論文；汪渡村，前揭註 60，頁 124；莊春發（計畫主持人）等，前揭註 20，頁 4。

<sup>68</sup>原文為：「この法律において「競争」とは、二以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう。中譯參公平交易委員會網站，關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律，<https://www.ftc.gov.tw/upload/ae0b0f88-b2d9-4e4e-8cca-799810967356.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/17），頁 2。

一 同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること

二 同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」

<sup>69</sup>今村成和（昭和六十三年），《獨占禁止法》，新版初版第十刷，頁 40-41，有斐閣。

其他國家如德國、美國，並未設有競爭之定義性規定，惟可從爬梳競爭法之文脈得知該國所想像之競爭圖像為何：如德國限制競爭法第 19 條濫用支配地位之行為中第 2 項第 2 款規定：「所要求之對價或其他交易條件，係偏離了在有效競爭下高度可能會產生者<sup>70</sup>」及同條項第 4 款規定：「除非具有客觀上正當理由，否則不得拒絕向另一企業授予其訪問數據、網絡或其他基礎設施的權限等類商品或服務，尤其該權限為上游或下游市場廠商客觀上所必要者，該拒絕可能消除該市場上的有效競爭<sup>71</sup>。」，可判斷出德國限制競爭法所描繪的競爭圖像為有效競爭（effective competition）。

我國競爭法在立法體例上具有一部公平交易法規範限制競爭行為與不公平競爭行為，即體例上採統一立法之特殊性，與前述日本、德國採取分別立法，美國採取分散立法之模式有所不同，故他國競爭法僅能作為參考。我國法將二種行為為統一規定，則競爭之定義是否亦應同一認定？或者可以有不同解釋之空間存在？

按限制競爭行為與不公平競爭行為二者管制目的、著重點有所不同：限制競爭行為的管制目的在於保護市場競爭機能不受減損，市場機能參酌完全競爭市場模型等經濟模型，需要市場上有足夠數量之競爭者存在，且不應存在進出壁壘，競爭者（包含潛在競爭者）得以自由進出市場而不受阻礙；不公平競爭，則要求競爭之手段本身需不可非難、行為本身不違反商業倫理。

則在限制競爭行為之規範上，應著重於市場是否具有出入障礙存在、結構上之不當，若無，則市場得以自我矯正，而得以發揮市場競爭「引導、淘汰、激勵、

<sup>70</sup> 林易典譯，德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯，公平交易委員會網站，頁 9，<https://www.ftc.gov.tw/upload/c589d208-d2fc-4c62-b6f8-37c656652fd4.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

<sup>71</sup> 英譯為：「refuses to supply another undertaking with such a good or commercial service for adequate consideration, in particular to grant it access to data, networks or other infrastructure facilities, and if the supply or the granting of access is objectively necessary in order to operate on an upstream or downstream market and the refusal threatens to eliminate effective competition on that market, unless there is an objective justification for the refusal」，[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0062](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0062)（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

競爭」四種作用<sup>72</sup>，並使社會資源得到合理分配利用，提升生產效能與技術，並促進社會經濟繁榮發展<sup>73</sup>。公平交易法第4條之「效能競爭」未及於市場出入自由之說明，是有所不及。

在不公平競爭行為部分，將正當競爭手段範圍限於價格、品質等，本文亦認為該定義過於狹隘，理由如下述。

首先，價格競爭是否符合經濟繁榮與追求消費者長期利益目標有其疑義，非價格競爭不一定會造成經濟上無效率<sup>74</sup>。

在同質性產品市場中，消費者僅關注價格的高低，因其他產品要素皆相同，無優劣之分。然而依照完全競爭市場的假設，在長期均衡之下，市場價格完全由市場供需曲線而決定，個別事業僅為價格之接受者，而無法自己訂價。事業為了使自己得以決定價格、追求利潤最大化，事業尋求「差異化」，使自己的商品或服務與其他競爭者之商品或服務非屬同質，即存在要價空間。

雖然對於產品差異化市場有造成生產不足、過剩產能<sup>75</sup>、過度投入設計及廣告成本等批評<sup>76</sup>，然而本文認為競爭之手段不限於降低價格、提高品質、技術之效能競爭，而得以包括各種條件之競爭，重點應在於行為本身的可非難性，是否存在欺瞞不實、仿冒、誹謗競爭者、榨取他人努力成果、搭便車等等行為，進而

---

<sup>72</sup> 引導作用係指事業為取得市場上交易而考慮市場上需求而為投資生產、運用其財產資源，避免不需要之投資或錯誤之投資，因此減少資源浪費及財產損失；淘汰作用指經由競爭淘汰生產效率低者；激勵作用指事業為爭取交易而強化生產效能、改進生產技術與品質等以維持競爭優勢；制衡作用則係指具有優勢地位事業為免受競爭者所取代而不抬高價格而言。參廖義男，前揭註8，頁9-10。

<sup>73</sup> 廖義男，前揭註8，頁12。

<sup>74</sup> 范建得、莊春發（1992年7月），《不公平競爭》，293，健新顧問有限公司編印。另有認若非價格競爭手段能會得與價格競爭同樣留存市場上最有效率廠商之效果，政府無須對企業活動多做限制，參莊春發（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁43，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>75</sup> 過剩產能指社會上仍存在閒置資源，未達效率之情況。

<sup>76</sup> Hovenkamp(2009), UNITED STATES COMPETITION POLICY IN CRISIS: 1890-1955, 320-321.

導致整體競爭秩序遭受破壞，減少消費者福利，是否符合「效能競爭」不在此問。



## 第二款 多重意義的競爭

按事業具有競爭自由，有權誘使消費者與自己進行交易，且正因為自由競爭，而得以促使事業間提供更好的產品以使消費者選擇，以致促進資源的有效分配，有利於整體公共利益<sup>77</sup>。惟競爭自由仍須受有限制，須符合競爭倫理、以避免過度競爭下經濟秩序崩解，並確保競爭者的權利<sup>78</sup>。若事業之行為目的在於限制市場上競爭或產生限制競爭之效果，減損市場機能，則亦屬破壞公共利益，該行為應受法律所限制<sup>79</sup>。

在比較法中，以結果為中心的競爭法強調社會假定競爭市場會產生理想分配，以過程為中心的競爭法則著重於促進市場機制作用最大程度發揮功能<sup>80</sup>。若以競爭過程作為競爭法之目標，可能陷入「為競爭而競爭」之迴圈而不具意義<sup>81</sup>，故而本文認為競爭最終目標係在追求一良好靜態均衡結果，而為了促成該良好結果，需保持競爭的條件（如無參進障礙、資訊充足等）、競爭過程得改進整體效率，是亦須保持良好之動態競爭。

另外，有鑑於限制競爭行為與不公平競爭行為二者之規範目的有所不同，本文認為在二者不同規範下的競爭，定義上應具有多重意義。

在限制競爭行為，如前所述，著重於於市場是否具有出入障礙，市場機能能否良好運作，其所應設想的競爭圖像應係事業均得以自由出入市場、不受他事業干預或阻礙，市場資訊公開流通，以「完全競爭」或至少是「有效競爭」作為終

<sup>77</sup> JANE C. GINSBURG, JESSICA LITMAN & MARY L. KEVLIN (2007), TRADEMARK AND UNFAIR COMPETITION LAW: CASES AND MATERIALS 1-2 (Foundation Press 4th ed.).

<sup>78</sup> 薛銘鴻，前揭註 67，頁 5。

<sup>79</sup> 有認為市場競爭機能之維護屬於經濟秩序與公共利益之維護，故事業契約自由不得濫用，而應受法律限制。參廖義男，前揭註 8，頁 12。

<sup>80</sup> DUNNE (2015), Competition law and economic regulation: making and managing markets, 27.

<sup>81</sup> Robert H. Bork (1967), The Goals of Antitrust Policy, 57 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 2, 251-252.

極目標。

在不公平競爭行為部分，著重於行為手段本身的可非難性，而可將不公平競爭行為可分為下列幾種類型：喚起消費者不當需要之行為（包含傳達有瑕疵之資訊、影響消費者判斷能力、阻礙消費者判斷自由）、妨害市場競爭機能之行為（排擠、阻礙競爭者）、冒用他人成果行為、及引起外部不經濟（如引起公害等）之行為<sup>82</sup>。

該些行為均會使市場競爭秩序遭受破壞、資訊不充分、市場機能受阻礙，因而無法達到配置效率，最終使消費者福利無法達到最大化而有損失，本文認為得逕以「消費者福利」作為行為可非難性之標準，以此為標準可達到標準明確性且得以降低執行成本。

### 第三款 從公正競爭與自由競爭規範目的考量

另外，若從不公平競爭行為（公正競爭）與限制競爭行為（自由競爭）所欲保護的競爭圖像來討論。則按公正競爭保護競爭手段不逸出商業倫理之外，自由競爭目標在於達成資源配置效率，廣告、贈品贈獎行為等促銷競爭是否會影響市場機能、破壞競爭秩序或降低消費者福利？

為了脫免於完全競爭市場商品價格全由市場上供給需求決定之窘境，事業多尋求將自己之商品「差異化」，差異化的途徑除實質或品質外，亦可能存在於非價格競爭的因素上，如廣告、品牌及商標等，只要消費者主觀上得辨別差異即可<sup>83</sup>，因此市場上存在著各式各樣的異質商品，而形成一經濟學上之獨占性競爭市場（另稱壟斷性競爭）<sup>84</sup>。該模型中，社會福利（總剩餘、總福利）雖然會小於

<sup>82</sup>田村善之，前揭註 61，頁 17-18。

<sup>83</sup>林佳怡，前揭註 12，頁 13；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 52；陳正倉、林惠玲，前揭註 12，頁 264-265。

<sup>84</sup>獨占性競爭市場，與完全競爭市場特徵大致相同：市場上廠商及消費者數量多，各自規模相對於整個市場而言皆很小，買賣雙方對於市場及產品具有完全資訊，且並無參進障礙，得自由進出

完全競爭市場模型中之社會福利，但對於消費者而言並不一定是壞事，達到配置效率並不一定符合消費者消費所欲追求的目標，除了價格以外，消費者亦有可能追求客製化等等有個人偏好，而該差異化市場即滿足了消費者得於市場中選擇自己所需商品之需求。

又從獨占性競爭模型觀之，事業藉由提供廣告、贈品或贈獎等策略和競爭者產生差異化以區隔市場，短期而言，事業可利用其類似於獨占地位而對消費者收取超額利潤<sup>85</sup>，長期以觀，市場競爭會回歸類似完全競爭的狀態，價格趨於一致。又由於經濟成本之考量，事業難以長時間提供高於商品成本之贈品贈獎或投注廣告。則本文認為既然不存在市場參進障礙或該障礙不高，競爭者可輕易進入市場，最終價格都會回歸等同於平均成本的固定價格，只有正常利潤而無超額利潤<sup>86</sup>，則公平交易法並沒有必要就短期上因行銷行為產生的價格波動進行管制，管制可能反而造成社會成本的浪費<sup>87</sup>，且就行為之過度管制，亦可能不當限制競爭自由、競爭手段自由<sup>88</sup>。

又禁止廣告、贈品贈獎等行銷行為反而不利新進事業參進市場<sup>89</sup>，該些行銷行為能使消費者在短時間知悉提供商品或服務之事業，使該事業能更容易加入市場之中與既有競爭者進行競爭，管制可能反而強化穩固既有市場結構、強化卡特

---

市場；此模型與完全競爭模型主要之區別在於產品間的異質性，不同廠商所生產的產品或多或少存在差異，惟該差異不完全，彼此之間仍存在相當的替代性。在此市場中，沒有任何一個廠商取得獨占地位，每個廠商皆生產差異化的產品，故廠商被認為具有部分的獨占力量，但長期而言，不斷有新的競爭者加入市場，市場內的差異化變小，市場變成類似完全競爭。參林佳怡，前揭註 12，頁 13；傅軍、張穎，前揭註 12，頁 52；陳正倉、林惠玲，前揭註 12，頁 264-265。

<sup>85</sup> 同時未提供贈品之競爭者亦得提高價格，因其消費者相對不喜歡贈品所產生的衍生成本，誘因附帶贈品的商品價格已經提高，故未提供贈品之商品價格可以訂高於邊際成本之價格。參李堯賢、呂英瑞、林怡芯（2006 年 7 月），〈贈品價值，油品價格與共同贈送贈品策略〉，《公平交易季刊》，14 卷 3 期，頁 90, 99-100。

<sup>86</sup> 王連常福（1995 年 2 月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 3，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>87</sup> 莊春發，前揭註 74，頁 45。

<sup>88</sup> 蘇永欽，前揭註 11，頁 12。

<sup>89</sup> 美國要求日本放寬贈品制度的理由之一，參堀江明子（1999），〈景品・広告による不当な顧客誘引〉，後藤晃、鈴村興太郎編，《日本の競争政策》，頁 165，東京大学出版会。

爾，導致保護既得利益的反效果，不利市場競爭<sup>90</sup>。

綜上所述，本文認為應有之競爭圖像應係使事業在市場上得以自由之手段相互競爭，惟該手段必須不構成欺罔、虛偽不實、違反商業倫理等而使消費者福利減少，且事業得自由參進市場之內，維護競爭之活力。



### 第三節 廣告、贈品贈獎行為對競爭之影響

在自由競爭市場競爭日益劇烈的環境下，事業為使自身商品或服務於消費者心中留下深刻印象，進而進行購買消費，會利用各種行銷行為以吸引消費者<sup>91</sup>。

其中，行銷學上可以將促銷工具分為以下七種類型：廣告、促銷活動、公共關係與公共報導、事件與經驗、直效與互動行銷、口碑行銷與人員銷售<sup>92</sup>。而促銷活動中可分為消費者促銷與經銷商促銷二類：前者包含樣品、折價券、現金回扣、折價、贈獎、惠顧酬賓、免費試用、保證展示、比賽等；後者則包括購物折讓、免費產品、商品陳列折讓、合作性廣告、廣告與展示折讓、促銷獎金經銷商銷售競賽<sup>93</sup>。

本文欲探究各種各樣的促銷工具具有什麼樣的功能、對競爭帶來何種效用或影響，並以此再檢討現行公平交易法上競爭定義是否恰當。然而若每種促銷工具均加以述及將過於冗長、多有重複之部分，為求簡練，本文在此僅提及廣告與贈品贈獎行為之定義及效用。

<sup>90</sup>魏啓林（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁94，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二；堀江明子，前揭註89，頁180。

<sup>91</sup>曾宜健（2004），《我國與日本對建築業不實廣告規範之比較研究》，頁5，國立臺北大學法學系研究所碩士論文。

<sup>92</sup> Kotler、Philip等（著），謝文雀（譯）（2010），《行銷管理：亞洲觀點》，頁492-494，臺北市：華泰。

<sup>93</sup> Kotler、Philip等，前揭註92，頁520。



## 第一款 廣告之定義

所謂廣告之意涵為何，眾說紛紜，我國公平交易法及其他多數不實廣告規範上並未有一明確之定義<sup>94</sup>，故在此先以廣告學上之觀點對廣告進行定義。

廣義之廣告，凡將一定訊息告知以不特定人周知均屬於此，包含政令宣傳廣告<sup>95</sup>、社會服務廣告<sup>96</sup>、競選廣告、懸賞廣告、徵才廣告、公益廣告及商業廣告等，將「宣傳<sup>97</sup>」活動亦納入其範圍；而狹義之廣告則專指商業廣告。而商業廣告又可細分為廣義之商業廣告以及狹義之商業廣告（即最狹義之廣告），廣義之商業廣告不問傳播途徑，一切不特定人得以共聞共見之表示行為均屬之；狹義則限於以傳播媒體為廣告方法者<sup>98</sup>。

商業廣告之意義因學術領域或廣告經營學之重點不同（如廣告之結果、型態、活動主體、目的、機能）而有所差異<sup>99</sup>。

在廣告學之觀點下，商業廣告之定義有以下兩說<sup>100</sup>：有認為廣告係以廣告主之名義，透過大眾傳播媒體，向非特定大眾，傳達商品或勞務之存在、特徵和顧客所能得到的利益，經過對方理解後，以激起其購買行動，或培植特定的觀念（信用等），所做的有費傳播<sup>101</sup>；另一說則認為所謂是於訊息中明示之廣告主對特定

<sup>94</sup> 最為明確規定者為消費者保護法施行細則第 23 條：「本法第二十二條至第二十三條所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、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。」以例示方法進行規制。

<sup>95</sup> 政令宣導廣告，指宣揚政府政策、命令、法規等之廣告而言。朱鈺洋，前揭註 38，頁 46。

<sup>96</sup> 社會服務廣告指服務人群之宣教、文化、道德、家庭服務宣傳等。朱鈺洋，前揭註 38，頁 46。

<sup>97</sup> 宣傳（Propaganda）是指宣播者透過大眾傳播媒體，謀求大眾認知，使其採取一定行為態度，具有組織與計劃性的活動，是以策略上效果為目標。參見曾宜健，前揭註 91，頁 5。

<sup>98</sup> 曾宜健，前揭註 91，頁 6；蔡廣昇（1995），《從消費者保護論廣告者之民事責任》，輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 6-7。

<sup>99</sup> 小野昌延編著（1991），《注解不正競爭防止法》，初版二刷，頁 234，青林學院；朱鈺洋，前揭註 38，頁 41-42。

<sup>100</sup> 樊志育（1971），《廣告學》，修訂再版，頁 2，台北市：著者；小林太三郎（1973），《現代廣告入門》，2 版，頁 10，ダイヤモンド社；賴源河編審，前揭註 10，頁 372-373。

<sup>101</sup> 樊志育，前揭註 100，頁 2。

多數人，為了使其依廣告主之意向行動，所為之商品、服務或觀念等，而由廣告主自己負擔費用之非人的型態之情報傳播活動<sup>102</sup>。

美國學者 Neil H. Borden 將廣告定義為「凡以文字或口述之內容，向公眾傳述，其目的在通知、影響公眾購買商品或勞務，或使公眾對某一觀念，公司或特定之人物，懷持好感之種種活動<sup>103</sup>。」，而在廣告學之討論上多援引美國行銷協會（AMA）對廣告之定義——「廣告是由特定的廣告主，在付費的原則下，藉由非人際傳播方式，以達到銷售一種觀念、商品或服務之活動。（any paid form of non-personal presentation and promotion of ideas, goods and services by an identified sponsor.）」，並且以此作為認定廣告之標準。

若在不公平競爭規制範圍中，我國公平交易法第 21 條強調廣告之主要特色在於事業以各種「使公眾得知之方法」提供商品或服務之相關資訊。故解釋上只要係事業以直接或間接傳播方法，使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息，即屬「廣告」<sup>104</sup>，該定義即「廣義之商業廣告」。

另外，學者有認為應著重該廣告行為於市場競爭上所發生之實質效果，毋庸拘泥於廣告學之形式要件<sup>105</sup>，本文亦贊同此說。或有學者主張法律所欲規範之對象乃是行為，因此凡以營業為目的，藉由媒體等傳播工具，向不特定之公眾表示之行為均為廣告行為<sup>106</sup>。是在不公平競爭規制範圍下的廣告定義較廣告學中所認定之商業廣告為廣<sup>107</sup>。

<sup>102</sup>小林太三郎，前揭註 100，頁 10。

<sup>103</sup> 錢存棠（1967），報紙廣告，台北市新聞記者分會，初版，頁 7，轉引自陳玲玉（1979），《論引入錯誤廣告與廣告主之法律責任》，臺灣大學法研所碩士論文，頁 1。

<sup>104</sup>吳秀明、沈麗玉（2015），〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，241 期，頁 261。

<sup>105</sup>羅明宏（1995），《不實廣告案例解讀》，頁 30，元照。

<sup>106</sup>李宗榮（1996），《消費者資訊之保護-以消費者保護法為中心》，頁 79，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

<sup>107</sup>李宗榮，前揭註 134，頁 80。

綜上所述，可將廣告之構成要件分為下列三項：廣告主體、廣告方法以及廣告內容。

所謂廣告主體包含廣告主、廣告代理業以及廣告媒體業：廣告主係指利用廣告，用以推銷其商品或服務之事業個人，其得決定廣告內容，並從廣告之商品或服務獲得利益；廣告代理業則指為廣告主製作廣告內容，並向廣告媒體業揭載之營業；廣告媒體業指經營各種傳播廣告之媒介(包含報章雜誌、廣播電視等)者而言<sup>108</sup>。廣告方法包含圖畫、文字語言、形象等各種方法，凡以將廣告榮廣布於不特定多數人之方法皆屬之<sup>109</sup>。廣告內容係指推銷某種商品、勞務或推介某種觀念所為之表示而言。

## 第一項 不實廣告

為了吸引消費者注意，廣告有時會以誇大聳動的方式強調自身商品或服務的特性以及優點或隱匿或遺漏某些重要交易資訊，以得以低成本發揮高經濟效用，以致產生虛偽不實廣告<sup>110</sup>。

惟若凡廣告之內容與系爭商品或服務實際上有不不符合之處者均屬須受法所規制之不實廣告的話，亦即將消費者不會因其吹噓、誇大以至於陷於錯誤之廣告亦包括其中，於不實廣告之中將使廣告欠缺表達創意，吸引消費者注意效果減弱，使其功能無法發揮，以至於降低競爭<sup>111</sup>。是法所應規範之不實廣告應限於其虛偽不實致使消費者陷於錯誤即導致影響其購買商品或接受服務之決定者。

<sup>108</sup>林溢根(1996)，《不實廣告法制之研究》，頁6，東海大學法律學研究所碩士論文。

<sup>109</sup>林溢根，前揭註108，頁6。

<sup>110</sup>曾宜健，前揭註91，頁8-9。

<sup>111</sup>曾宜健，前揭註91，頁9。

依據廣告欺罔或虛偽不實之部分，可將不實廣告分為下列四種型態：一、不實之價格標示；二、不實之品質、內容或數量標示；三、不實之製造方法、製造日期、有效期限等標示；四、不實之原產地、製造者或加工者等標示。



## 第一目 價格不實

價格為消費者決定商品購買之重要因素，若品質相同則消費者往往選擇價格價低之商品，故事業在廣告上常就價格方面強調極度優惠以招攬顧客，如標示「批發價」、「跳樓大拍賣」、「下殺○折」等<sup>112</sup>。

若該標示與真實不符，則屬於此類價格不實之廣告。又可分為：不實之價格對比<sup>113</sup>、調高原售價再降價、中古商品或舊款商品以新款商品價格出售、不標示原價僅標示折扣金額或折數四類<sup>114</sup>。此等標示方法均會使消費者誤以為自己獲得優惠價格，誤導消費者而應為法律所規範。

## 第二目 數量、品質、內容不實

數量包含商品本身之單位數、容量、體積、面積等含有數字之表示；品質則指商品之屬性及其成分，包含商品之原料、材質、技術、效能等；內容則為除數量與品質以外之其他交易條件，如保證內容、售後服務等<sup>115</sup>。

<sup>112</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 75；張維穎（2012），《我國與美國不實廣告判斷標準之比較—以競爭法觀點為討論範圍》，頁 9，國立臺北大學法律學系碩士論文。

<sup>113</sup>如以非真實之市價對比事業所提供之商品或服務價格。如「市價二萬元，售八千元」，而市價僅一萬元。參沈榮寬、謝杞森（1993），《虛偽不實廣告標示行為之探討 / 沈榮寬、謝杞森著；公平交易法論述系列編審小組編輯》，33，台北市：行政院公平交易委員會。

<sup>114</sup>沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 32-33。另可見公平交易委員會歸納之不實廣告類型第 10 項至第 13 項：「十、表示或表徵訂價長期與實際售價不符且差距過大者。十一、長期以特價或類似名義標示價格，而實為原價者。十二、有最低或優惠價格之表示，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。十三、表示或表徵使人誤認給付一定價格即可獲得所宣稱之商品（服務）者。」，<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1138&docid=11972&mid=1138>（最後瀏覽日期：2022/3/19）。

<sup>115</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 94-95。

違反類型主要有四<sup>116</sup>：商品名稱與內容相異、品質內容誇大不實、訴諸權威之廣告標示<sup>117</sup>、過大包裝<sup>118</sup>。



### 第三目 製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途不實

製造方法指製造商品時所使用之技術與方法而言，包含加工、專利技術、人工或機械產製、防水、耐熱等加工處理之標示；而製造日期係指商品完成之日期；有效期限指商品得以使用或食用之最後期限；使用方法指操作或利用商品之方法程序而言；用途則係指商品之使用目的與作用範圍<sup>119</sup>。

### 第四目 原產地、製造者或加工者、加工地標示不實

此種類別係在生產、製造或加工該商品之地域、事業別為不實廣告，如中國製產品卻標示「Made in Japan」、為副廠商品卻標示為原廠製造等。

## 第二項 不實廣告之其他類型

### 第一目 薦證廣告

此外，虛偽不實或引人錯誤之廣告類型，亦包含薦證廣告在內。所謂薦證廣告，是以廣告主外的第三人（即薦證者）對系爭商品或服務，或藉助其知名度、專業權威、客觀使用產品真實經驗等，以廣告或其他使公眾得知之方法，反映其

<sup>116</sup>沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 34-35。

<sup>117</sup>以權威之影響力，佯稱已由某機構單位鑑定合格或品質優良、或贊助協辦、或佯稱由某些知名人士推薦等。參沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 35。

<sup>118</sup>以較大型之包裝容器包裝商品，容易使消費者誤認容器或包裝較大即內容物數量較多。參沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 35。

<sup>119</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 102。

對於系爭商品或服務之意見、信賴、發現或體驗而為之表示<sup>120</sup>。其中，廣告薦證者可以係知名公眾人物、專業人士、機構及一般消費者<sup>121</sup>。



依據薦證者身分別之不同，可以將薦證廣告分為：消費者薦證廣告、名人薦證廣告、專家薦證廣告以及機構薦證廣告。

其中，消費者薦證廣告係一般消費者以其使用商品或服務之經驗，發表主觀個人感受，並勸告其他消費者與他一樣使用系爭商品或服務；名人薦證廣告則以其名人身分，背書、推薦與其專業領域相關或無關之商品或服務；專家薦證廣告，則由具有經驗、研究、訓練較一般人精深之個人，推薦與其專業領域相關之商品或服務；專門或驗證機構薦證廣告，則以專門領域或檢驗機構，對某特定商品有權威知識、見解對廣告進行見證、背書<sup>122</sup>。

由於消費者認為他是中立第三人而相信該廣告為事實，消費者受誤導之可能性較高，故該廣告須就其所陳述的真實性負責<sup>123</sup>。

## 第二目 誘餌廣告

所謂「誘餌廣告 (Bait Advertising)」，係指廣告某商品具有特別的交易限制，如事業以實際上不能成為交易之商品、服務或已售出之商品為廣告，或其販賣數量、日期有顯著限制但在廣告中未明載，以引誘顧客，對光臨之顧客鼓動其購買非廣告之商品或服務者<sup>124</sup>。

<sup>120</sup> 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第 2 點參照。劉孔中，前揭註 66，頁 236。

<sup>121</sup> 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第 2 點參照。

<sup>122</sup> 尤英夫 (2000)，《廣告法之理論與實務》，增訂再版，頁 142-143，

<sup>123</sup> 劉孔中，前揭註 66，頁 236。

<sup>124</sup> 朱鈺洋 (1993)，《虛偽不實及引人錯誤廣告在不正競爭防止法上之規範》，頁 116-117，國立中興大學法律學研究所碩士論文；何之邁 (計劃主持)、劉美琪 (共同主持) (2003)，《公平交易法對廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究》，頁 35，行政院公平交易委員會九十二年度合作研究報告五。

該廣告吸引消費者前往該商店，目的在於使消費者購買事業真正想出售之商品<sup>125</sup>，而非廣告所表示之商品本身，故稱「誘餌廣告」。

其可分為三種類型<sup>126</sup>：一、廣告中表示之商品，實際上不能交易而仍為販賣廣告；二、廣告中表示之商品，實際上並無交易之意思而仍為販賣廣告；三、廣告中表示之商品，其供給量、期間、交易相對人有所限制，惟該限制並未自廣告中載明。

### 第三目 寄生廣告

寄生廣告係指廣告主在其廣告中，以自己的產品附加著名商品或營業之品牌、等級等交易條件，謂其商品與該著名商品或服務同級或其他情況，目的在於搭該著名品牌商譽或營業上成果之便車，惟該行為並未直接使用著名商品，亦不會引起混淆<sup>127</sup>。該類廣告屬於比較廣告中的一種類型。

### 第四目 比較廣告

所謂比較廣告，係指事業於廣告中，就所提供之商品或服務之特定項目，與他事業（未指名具體廠牌）進行比較，並以廣告主之商品或服務較優越為結論，以增進其交易機會而言。

若該比較廣告內容為客觀真實、不具誤導性時，則該廣告屬於憲法所保障言論自由之一環，提供正確資訊予消費者，使消費者容易判斷商品優劣，促進市場透明性，應肯定其存在；反之，若該比較廣告以不實或引人錯誤之基準相互比較，則誤導消費者，未有提供正確資訊之功能，並詐取被比較事業之努力成果，是應為管制<sup>128</sup>，可能若入不實廣告或商業誹謗行為之範圍。

<sup>125</sup>周德旺（1992），《透視公平交易法》，頁 216，大日出版社。

<sup>126</sup>朱鈺洋，前揭註 124，頁 116-117。

<sup>127</sup>朱鈺洋，前揭註 124，頁 132。

<sup>128</sup>同朱鈺洋，前揭註 124，頁 139。



## 第五目 隱匿廣告

除積極主張虛偽不實或引人錯誤外，如果只援引報導中有利於己之部分，隱匿不利於己部分，甚至進而表示並無不利時，亦屬不實廣告，該類廣告稱為「隱匿廣告」<sup>129</sup>。

## 第二款 廣告對競爭之效用

### 第一項 廣告之功能

一個正確而品質優良的廣告具有資訊提供功能、勸服功能、教育功能、藝術功能、娛樂功能、形象功能及促進有效競爭功能<sup>130</sup>，以下一一詳述之。

#### 第一目 資訊提供功能（情報性、辨識性功能）

廣告作為主要資訊來源，提供消費者選擇商品或服務之相關資訊，消費者藉由廣告得輕易獲取關於商品名稱、性能、交易場所、價格等相關資訊，了解各個事業所提供之商品或服務之優缺點，以行使其消費選擇權，進行正確之購買決定，是廣告具有資訊提供功能<sup>131</sup>。

#### 第二目 勸服功能

廣告能創造消費者的消費欲求，藉由廣告將人類潛在的需求轉換為具體明確的需要，乃至於改變消費者的消費決定，是具有勸服功能<sup>132</sup>。

---

<sup>129</sup>范建德、莊春發（1992），《公平交易法 Q&A，範例 100》，頁 198，商周文化事業股份有限公司。

<sup>130</sup>陳玲玉，前揭註 103，頁 9-12。

<sup>131</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 44；何之邁，前揭註 9，頁 241；蔡廣昇，前揭註 98，頁 10，輔仁大學法律學研究所碩士論文；蘇永欽（1988），《民法經濟法論文集》，初版，頁 541，臺北市：。

<sup>132</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 44。有論者在其著中指控廣告公司創造消費者的需求，參見 J.K. GALBRAITH(1998), THE AFFLUENT SOCIETY (Houghton Mifflin.).



### 第三目 建立形象功能

廣告為建立品牌形象，保持事業聲望與地位之良好途徑，以此得使消費者決定消費或繼續消費<sup>133</sup>。



### 第四目 教育功能

廣告得提供新知，令消費者經由廣告內容獲得社會上各種新興產品、科技、方法之內容，對公眾產生極其有效之教育功能<sup>134</sup>。

### 第五目 藝術性、娛樂性功能

廣告在內容、視覺、聽覺上均經精心設計，具有幽默感、驚喜等，具有藝術及娛樂功能<sup>135</sup>。

### 第六目 促進競爭之功能

廣告係競爭之有效工具，新進事業得透過廣告吸引消費者注意，以進入競爭市場，從而帶動市場競爭，是具有促進競爭之功能<sup>136</sup>。

又因廣告可以提供消費者商品資訊，使消費者得在不同廠商提供之商品間進行比較，以此激勵生產者須針對消費者需求改進產品，以免受同類商品所取代，故為建立自由競爭之工具，亦因此得以提高消費者之生活水準<sup>137</sup>。

---

<sup>133</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 44。

<sup>134</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 44。

<sup>135</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 45。

<sup>136</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 45；陳玲玉，前揭註 103，頁 9-13；董倚玲（1971），《論虛偽不實廣告》，頁 7-9，中興大學法律系研究所碩士論文。

<sup>137</sup>曾宜健，前揭註 91，頁 8。

## 第二項 廣告之效用



### 第一目 廣告之正面效用

就廣告之正面效用而言，對於一般消費者，廣告具有上述（本章節第一款）各種功能，而有得以改變思潮與習慣、造成時尚、普及知識以及教人購買價廉物美產品之效用<sup>138</sup>；對於企業經營者而言，廣告則具有吸引消費者、直接或間接的促成交易的功能<sup>139</sup>，存在得推廣其產品、增加新顧客、保證經營、幫助產品標準化、提升知名度與品牌、與大眾維持良好公共關係、提醒消費者免於被其他競爭者取代、促使消費者信任該產品等效用存在<sup>140</sup>。

在經濟學的討論上，有認為廣告得增加廠商間的競爭，提高產品品質並提供消費者資訊，且有能力進行廣告的廠商即對其產品有信心、有多餘經費運用於廣告上者，亦為一種資訊。

### 第二目 廣告之負面效用

另外一方面，由於廣告費用相對於商品之研發、改良成本較低廉，又其提升銷售量的成效明顯，事業容易投注大量促銷費用而造成浪費<sup>141</sup>，且亦容易有以隱瞞商品缺陷、誇大優點之不實廣告誘使消費者與之交易的動機<sup>142</sup>。

如若廣告虛偽不實、誇大，可能使消費者受到損害<sup>143</sup>：不當利用廣告，如醫療廣告虛偽宣稱療效恐有害消費者之健康安全，虛偽之廣告亦可能使消費者喪失

<sup>138</sup>黃麗潔（2009），《論企業經營者之廣告責任：以民法及消費者保護法為中心》，頁 13，國立成功大學法律研究所碩士論文 陳偉賢（2001），《實用廣告學》，新形象出版事業有限公司，頁 19。

<sup>139</sup>鄭人豪（2016），《從不實廣告規範論企業經營者之告知說明義務》，臺灣大學法律系碩士論文 頁 1，。

<sup>140</sup>黃麗潔，前揭註 138，頁 13；陳偉賢，前揭註 138，頁 19。

<sup>141</sup> AREEDA, et al. (2004), *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases*, 19.

<sup>142</sup>何之邁，前揭註 9，頁 241。

<sup>143</sup>黃麗潔，前揭註 138，頁 13；陳偉賢，前揭註 138，頁 13。

對廣告的信心，使得廣告支出淪為無謂支出；在廣告內容而形成之消費者期待與實際不符時，對消費者可能有支付不相當之高價之被害貨締結不必要契約之被害<sup>144</sup>；倘若過度利用廣告亦有可能破壞社會景觀；而廣告費用過當有可能使得事業將該費用轉嫁予消費者致使商品價格提升。

雖然從市場機能角度來看，以不實廣告誘使消費者之事業最終會因消費者覺醒而遭市場淘汰，或有其他廠商跟進進行不實廣告而失去競爭優勢，惟不實廣告之行為本身具有商業倫理上的可非難性仍須以公平交易法加以管制<sup>145</sup>。

另外就廣告究竟是否形成參進障礙，經濟文獻上有主張廣告為廠商參進市場之手段者，認為由於廣告具有資訊提供功能，則得令消費者知悉有新進競爭者所生產之替代商品加入市場，得作為新進廠商進入市場之手段<sup>146</sup>；而另一派學者則認為廣告為既有競爭者建立顧客忠誠度，消費者不易轉換購買對象，且提供廣告需要一定經濟規模，形成一參進障礙，降低市場競爭<sup>147</sup>。

### 第三款 贈品贈獎行為之定義

事業所為贈品贈獎促銷活動以及廣告均得用以吸引消費者注意而刺激消費者購買慾望、提升銷售量，惟二者在手段、規範重點上有其差異：贈品促銷活動是藉由「贈品」來吸引消費者，對於其之規範著重於該「贈品贈獎之價值」是否扭曲消費者決定；而廣告則係以文字、圖片等來吸引顧客，「廣告內容」本身真實為規範重點<sup>148</sup>。

<sup>144</sup>蔡廣昇，前揭註98，頁49。

<sup>145</sup>何之邁，前揭註9，頁241。

<sup>146</sup>朱鈺洋，前揭註38，頁45-46。

<sup>147</sup>莊春發（1986），〈廣告與競爭——參進障礙抑是參進手段（上）〉，《企銀季刊》，9卷4期，頁98以下。

<sup>148</sup>陳美卿（1997），《從公平交易法觀點論贈品促銷之規範》，頁10，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

以下，就贈品贈獎行為做更明確、完整之定義。



## 第一項 贈品行為

首先，贈品係指附隨於商品或服務之交易無償提供之不同類商品、服務或其他經濟利益。將有償提供、提供同類商品或服務以及非附隨於交易而提供者排除於本文所稱贈品行為之外。

若為有償提供（非無條件提供），強制消費者購買時，則可能構成搭售而非贈品<sup>149</sup>；若附隨於購買提供之商品或服務為同類商品或服務則為價格之折扣<sup>150</sup>，排除於贈品行為之外；若非附隨於商品或服務之交易，如試用品、試吃等，則有將之定義為「禮物」者<sup>151</sup>，亦有將其涵蓋於贈品定義者<sup>152</sup>，本文認為該種非附隨於商品或服務之交易、免費提供之「不同類商品、服務或其他經濟利益」，僅係禮物，非屬本文所稱贈品，至多受廣告行為有欺瞞、誤導消費者之虞的規範。

## 第二項 贈獎行為

廣義之贈獎行為得將贈品行為涵蓋在內，而可定義為出賣人在促銷主要商品或服務時，附隨或獨立贈與贈品之行為，該贈品得為商品、服務、有價標的物（如折價券、禮券、金錢等）、抽獎憑證或資格等，憑藉該憑證或資格，得以參與抽獎、兌獎或猜獎而取得商品、服務或有價標的物<sup>153</sup>。

惟為明確區分，文後之贈獎行為均指狹義贈獎行為。而狹義贈獎行為與前述贈品行為不同之處在於其係以抽獎或其他射倖方式提供予消費者，取得贈獎與否

<sup>149</sup>陳美卿，前揭註 148，頁 12。

<sup>150</sup>王連常福，前揭註 86，頁 2, 7。

<sup>151</sup>何之邁(1995)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，〈企業贈獎行為規範之研究〉，頁 95，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>152</sup>劉孔中(1995)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，〈企業贈獎行為規範之研究〉，頁 115，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>153</sup>劉孔中，前揭註 66，頁 351-352。

具有不確定性。贈獎行為可分為下列三種主要的類型<sup>154</sup>：



#### 第一目 隨機抽取式贈獎促銷 (random drawing sweepstakes<sup>155</sup>)

隨機抽取式贈獎促銷係指企業要求欲參與抽獎的消費者將兌獎憑證寄回企業單位，中獎者以隨機抽取之方式從所有回函者中抽出。如鋼珠筆品牌提供消費者將產品條碼寄至指定地點，並完成發票登錄後，每月抽出遊戲機、香水、文具組等獎品。

#### 第二目 對獎式贈獎促銷 (lucky number sweepstakes<sup>156</sup>)

所謂對獎式贈獎促銷係企業事先以隨機方式選定獲獎數字，並進行公告，只要參加活動者所取得之遊戲券上數字與獲獎數字相符，則可獲得該贈獎。

#### 第三目 程式學習式贈獎促銷 (programmed learning sweepstakes)

而程式學習式贈獎促銷是指消費者企業所詢問之關於產品或企業問題，企業自回答正確者中隨機參加者獲得贈獎。

在此之討論限定於不當「提供」贈品或贈獎之行為（如給予之贈品或贈獎價額過高等），排除提供贈品贈獎時所為之欺瞞行為（如不當隱瞞消費者正確中獎機率等）。

### 第四款 贈品贈獎行為對競爭之效用

#### 第一項 贈品贈獎行為之正面效用

贈品贈獎行為之正面效用多為經濟、企管學者所提出：有學者認為若在市場上有些事業提供贈品贈獎，有些事業選擇降價和提高品質的策略進行因應，選擇

<sup>154</sup> 莊春發，前揭註 74，頁 35；王又鵬（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二頁，頁 58-59。

<sup>155</sup> 或稱之為 straight sweepstakes。

<sup>156</sup> 或稱之為 matching sweepstakes。

不同策略，反而可能得以促進效能競爭<sup>157</sup>；有學者認為贈獎行為具有廣告促銷功能，得節省消費者搜尋成本，提升消費者福利，並得使新進事業迅速參進市場，縮小與既有經營者間競爭上的差距<sup>158</sup>。



## 第二項 贈品贈獎行為之負面效用

比較法上管制贈品贈獎行為者，多以以下理由作為依據，該些理由即贈品贈獎行為可能帶來之負面效用：有認為高額的贈品贈獎提供會使基於商品等品質與價格等相關資訊做出的適切商品選擇被歪曲，結果令消費者無法自主做出合理的商品選擇（即購買具良好品質的廉價商品），損害消費者利益之實現，並存在煽惑消費者射倖心理的倫理問題<sup>159</sup>；有學者認為提供贈品贈獎的成本會轉嫁到商品或服務價格上，使價格居高不下，且可能存在事業專注於贈品贈獎競爭而忽略商品或服務品質改進的風險，違反效能競爭之本旨，而不利消費者<sup>160</sup>；亦有認為由於贈品贈獎並非消費者真正需求，造成資源之浪費，損害整體社會經濟福利<sup>161</sup>；另外有論者認為不當的贈品贈獎行為會使規模較小、資力不足的事業難以加入競爭，產生參進障礙，進而阻礙公平競爭<sup>162</sup>。

<sup>157</sup>堀江明子，前揭註 89，頁 177；王又鵬，前揭註 154，頁 60。

<sup>158</sup>鄭家麟（2001），〈我國相關法規對贈品贈獎促銷行為之規範—兼論行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷額度案件原則〉，《公平交易季刊》，第 9 卷第 1 期，頁 143。

<sup>159</sup>真淵博（2015 年 8 月），《景品表示法》，第四版，頁 3, 18，商事法務；稻垣雅大（2004 年 11 月），《規制緩和と景表法》，249，立命館大學民事法研究會；平成 7 年度公正取引委員會年次報告，景品規制の見直し・明確化，available at <https://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h07/02150000.html#03>；陳正達、郭永興、馬泰成（2015），〈日本公正取引委員會在消費者政策之轉變—從戰後到消費者廳成立前後〉，《公平交易季刊》，第 23 卷第 4 期，頁 89；何之邁，前揭註 151，頁 102。

<sup>160</sup>稻垣雅大，前揭註 159，頁 249；何之邁，前揭註 151，頁 102；堀江明子，前揭註 89，頁 176；正田彬、實方謙二，前揭註 60，頁 302。

<sup>161</sup>莊春發，前揭註 74，頁 39；魏啓林，前揭註 90，頁 90；蘇永欽（1995），〈企業贈獎行為規範之研究—企業贈獎行為的法律問題—兼論報業贈獎活動應否做特殊考量〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 147，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二；堀江明子，前揭註 89，頁 176；李堯賢、呂英瑞、林怡芯，前揭註 85，頁 94。

<sup>162</sup>稻垣雅大，前揭註 159，頁 249；鄭家麟，前揭註 158，頁 143；堀江明子，前揭註 89，頁 176；瞿宛文（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，

### 第三款 廣告與贈品贈獎行為在競爭圖像中之角色

#### 第一項 廣告與贈品贈獎行為對競爭之效用



在廣告以及贈品贈獎行為對競爭之效用的討論中，正面效用多強調資訊提供、宣傳促銷功能，而在負面效用多著重於行銷成本高昂而易導致商品價格提升、資源浪費。其中關於促銷行為究竟係形成一參進障礙還係促使新進事業得以加入競爭，係促進效能競爭還係違反效能競爭等等議論則眾說紛紜，難有定論。

按事業為取得競爭優勢有二類方法：一是提升「營運效能（operational effectiveness）」，即與競爭者為相同行為但做得更良好，如提升效率、減少產品瑕疵等；二則是「競爭策略（Competitive strategy）」，與競爭者採取不同手段，而創造獨特性，取得無可替代之地位，贈品贈獎與廣告即為其例<sup>163</sup>。又採行廣告與贈品贈獎等促銷活動能夠帶動業績成長並且因此提升事業經營效能<sup>164</sup>。是採取不同經營策略，如採行廣告、贈品等促銷手段，未必對於整體競爭而言是件壞事，而係帶來一種活力，使得各個事業競爭模式不至於達到「競爭整合（competitive convergence）」<sup>165</sup>，即市場上商品或服務趨於一致，消費者被迫僅得自商品價格選擇商品之局面。

對於廣告與贈品贈獎等促銷行為之討論，多集中於其手段是否導致消費者受誤導、扭曲其選擇，或者因為有該些促銷行為而使商品或服務之價格高昂，不利於消費者，是廣告與贈品贈獎之討論偏向於不公平競爭範疇。此外，對於參進障礙形成之討論，本文認為應考量事業之市場占有率，而應置於限制競爭行為之中。

頁 52，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>163</sup> 參考丁丞康（2015），《公平交易法對於事業贈品贈獎促銷行為規範之研究》，頁 29-30，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文；Michael E Porter (1996), What is strategy?, WHAT IS STRATEGY?, 37-54.

<sup>164</sup> 丁丞康，前揭註 163，頁 30。

<sup>165</sup> Porter(1996), WHAT IS STRATEGY?, 39.

## 第二項 從消費者效用考量



按我國公平交易法第 1 條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」開宗明義指出公平交易法之保護法益除競爭秩序外，亦保護消費者利益。而不公平競爭之規範目的在於維護商業競爭倫理、保護經營者之權利，最終達到消費者剩餘（消費者福利）最大化。

依此，本文認為是否需要管制廣告、贈品贈獎等行銷行為，應回歸視其對消費者產生之效用而定。如若該等行銷行為對消費者提供效用（如差異化之商品、資訊之提供等），且消費者願意接受其所產生的負面影響（如商品價格之提升等）而持續購買，則並無管制之必要。

反之，若該等行銷行為未產生效用，或造成競爭秩序被破壞，長期而言會使消費者福利減少，則應禁止之（如事業為不實廣告，則未對消費者產生資訊提供效用，且對於同業競爭者而言不公平，破壞競爭秩序，惟此問題並非提供廣告本身之問題，重點在於「欺罔或虛偽不實」而令資訊無法正確傳達。）。

按消費者並非均值的整體，而係依據個人偏好不同，以商品或服務之價格、品質、美觀、功能、是否附贈品、是否含保固種種交易條件進行消費決定，此時，透過廣告等行銷行為所提供之資訊即彰顯其重要性，須擁有正確而充足之資訊，消費者使得做成符合其需求、未受扭曲之選擇。則若嚴格管制行銷行為，使得行銷手段自由受限制，則亦影響消費者取得資訊之管道。

此外，關於行銷行為之負面效用，如將行銷成本轉嫁予消費者而使得商品或服務之價格提升、提供不必要之廣告、贈品贈獎造成浪費云云，本文認為事業並無法長時間提供違背其成本之商品，隨時間拉長，則不符成本之行銷行為自然就會消失，且若消費者經其自身選擇而選擇該商品或服務，則亦代表其已接受該高價或浪費，如若消費者並非迫於接受（自由選擇受限制），則該選擇表彰消費者



之偏好，該商品或服務對消費者而言效用高，則亦無管制之必要。

## 第四節 手段多元而自由之競爭市場



綜上所述，本文認為應有之競爭圖像應係促成一事業得以自由出入市場、不受他事業干預或阻礙，市場資訊公開流通以使市場機能得以正常運作，且各該事業得以公平而多元之手段相互競爭之競爭市場。

要達到本文所述的手段多元而自由之競爭，本文認為有以下三種途徑可以採取：1、解釋我國公平交易法第 4 條之「其他條件」；2、擴張解釋同條之「品質」；直接修正條文為「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務及其他各種不以阻礙他事業參與或進出市場之手段，爭取交易機會之行為。」。

首先，我國公平交易法第 4 條規定：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」，其中其他條件之解釋空間相當大，本文認為可將除價格、品質外其他一切競爭條件均解釋於其中，包含贈品贈獎之競爭等。若不自「其他條件」取徑，「品質」也存在包含附帶的商品、服務其他銷售或促銷活動廣泛之可能<sup>166</sup>。

但若欲最為明確地表明本文所認應有之競爭圖像，本文認為應採取直接修法之方式將「禁止阻礙他事業參與競爭」明文化，而將本條修正為：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務及其他各種不以阻礙他事業參與或進出市場之手段，爭取交易機會之行為。」始為恰當。

除此此外，本文還認為應將對於手段過多限制之規範條文直接刪除，如公平交易法第 23 條不當贈品贈獎行為之規範，關於這點詳細之內容，將於後文第五章進行說明。

<sup>166</sup>王為農、陳杰（譯），根岸哲、舟田正之（著）(2007)，日本禁止壟斷法概论，頁 198-199.

## 第三章 美日競爭法制對於廣告之規範

承繼上章提出一應有之競爭圖像後，本章開始將闡述各國競爭法制對於廣告、贈品贈獎促銷行為所為之規範沿革、模式，本章先就美國法以及日本法上對於廣告行為之規範進行說明。

### 第一節 不實廣告之規範正當性與目的

廣告作為消費者獲取資訊的主要來源，亦為其決定購買之主要依據<sup>167</sup>，事業多以廣告、標示等行銷方式將產品資訊傳達予消費者，有些事業則藉機以虛偽不實或引人錯誤之廣告以促其銷售，致使消費者無法正確認識及選擇商品，損害消費者權益，而其他不為不實廣告之事業喪失顧客，正常事業活動受影響，亦因此受損害，更影響自由公平市場公平競爭，故有規範不實廣告之必要<sup>168</sup>。

#### 第一款 憲法上對於商業言論規範正當性

廣告係事業為了招徠消費者而傳遞特定商品或服務之訊息，屬於一種表現行為，而受言論自由之保障。我國憲法第 11 條保障人民之言論自由，保障意見自由流通、充分資訊取得及自我實現，而言論依據其性質不同而具有不同的保護範疇及限制準則而廣告係屬商業言論，在內容為真實、無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾做出經濟上合理抉擇者，受憲法言論自由之保障，惟在符合憲法第 23 條規定意旨內，得對其予以適當限制<sup>169</sup>。

而就商業言論之違憲審查，司法院大法官釋字 414 號認為由於商業言論與國民健康具有重大關係，則基於公共利益之維護，須受較嚴格之規範，採行中度審查標準，管制之手段與目的之間具有實質關聯；而事前審查、管制由於嚴

<sup>167</sup> 鈴木恭藏 (1991)，書評內田耕作著「廣告規制的課題」，公正取引，第 488 期，頁 80，轉引自朱鈺洋，前揭註 124，頁 52。

<sup>168</sup> 沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，前言、頁 8-9。

<sup>169</sup> 司法院大法官解釋釋字第 623 號解釋參照。

重干預言論自由逾越必要要求而原則違憲，必須具備特別重要之公共利益目的，且管制手段與特別重要公益目的間具有絕對必要關聯時始例外開放事前管制手段<sup>170</sup>。



## 第二款 不實廣告之規範目的

不實廣告之規範目的包含資訊揭露、滿足消費者知的權利以及維護市場公平競爭秩序<sup>171</sup>。

### 第一項 資訊揭露原則

掌握資訊是消費者作成交易決定的一項重要因素，會影響消費者自主決定之形成<sup>172</sup>。由於事業在其商品或服務之資訊方面具有較消費者優勢之地位，二者間地位不平等，近來，市場資訊的透明化成為競爭法上的重要議題，在規範上課予事業資訊提供義務，揭露交易上重要資訊，以降低資訊搜集成本，使消費者得利用該些資訊自我保護、做出正當的締約決定、創造有效競爭市場，故積極規範引人錯誤之資訊隱匿行為<sup>173</sup>。

資訊揭露原則依期要求揭露程度可以分為下列四種：最少資訊原則、基本資訊原則、平等原則以及互惠原則。

最少資訊原則將詢問商品相關資訊之責任歸於消費者，若未經消費者詢問，則事業並無義務提供資訊予消費者；基本資訊原則則指事業有義務提供使消費者免於傷害之資訊；平等原則係指除前述基本資訊原則所應提供茲安全資訊外，事

<sup>170</sup> 司法院大法官解釋釋字第 744 號解釋參照。

<sup>171</sup> 曾宜健，前揭註 91，頁 13-16。

<sup>172</sup> 楊宏輝（2013），〈從民法與公平交易法的規範面向論述締約前資訊揭露義務—兼論丹堤咖啡加盟案〉，《公平交易季刊》，21 卷 3 期，頁 3。

<sup>173</sup> 楊宏輝，前揭註 172，頁 13-14；楊宏輝（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 77-78, 97。

業還應提供消費者判斷是否購買時所需資訊；互惠原則相較於平等原則，認為事業需提供幫助消費者作出合理判斷所需資訊<sup>174</sup>。

我國公平交易委員會過處在廣告相關案件處理原則中，有納入隱匿或未揭露重要交易資訊之規範，如在公平交易委員會「對於不動產廣告案件之處理原則」第 3 點有關不動產廣告之「虛偽不實或引人錯誤廣告之表示或表徵類型」有所例示，認為廣告主對於可能影響消費決定、有招徠效果的「重要交易資訊」負有資訊提供義務<sup>175</sup>。

## 第二項 保護消費者權利

消費者權利包含知悉商品之真實資訊，不實廣告即係以虛偽不實引人錯誤之資訊，侵害消費者知的權利。故管制不實廣告及維護消費者知悉商品真實資訊之權利。

## 第三項 維護競爭秩序

消費者透過市場上各種商品或服務之相關資訊，包括商品之內容、價格、品質、交易條件等等，經過自身評估後進行消費決定。其中廣告具有吸引消費者注意、改變其選擇之效用存在。

如若有事業以虛偽不實或欺罔消費者之廣告進行宣傳，則係利用錯誤之資訊誤導消費者而獲得較多之商業機會，扭曲消費者自由選擇、亦破壞市場公平競爭秩序，對其他為真實廣告之同業競爭者不公平。

<sup>174</sup>曾宜健，前揭註 91，頁 13。

<sup>175</sup>吳秀明、沈麗玉，前揭註 104，頁 262。

## 第二節 日本競爭法對不實廣告之管制



日本法上對於不實廣告之規制主要規範於贈品表示法之中，但關於私的獨占之禁止及確保公平交易之法律<sup>176</sup>（後稱獨占禁止法）以及不正競爭防止法中亦對不實廣告有所規範。

### 第一款 獨占禁止法

#### 第一項 立法目的及立法背景

第二次世界大戰後，日本為實現經濟民主化，進行了多項改革，包括：農地改革、開放勞工運動等，其中，為解決大型財閥獨占問題、排除控股公司與財閥家族的支配力，因而於 1947 年制定了關於私的獨占之禁止及確保公平交易之法律（後文稱獨占禁止法）<sup>177</sup>。

獨占禁止法第 1 條規定：「本法在於禁止私的獨占、不當之交易限制及不公平之交易方法，以防止事業支配力量之過度集中，排除由結合、協定等方法而對生產、販賣、價格、技術等不當之限制及其他對一切事業活動之不當拘束，以促進公平而自由之競爭……以確保消費者之權益，並達成促進國民經濟在民主之環境下健全之發展，特制定本法<sup>178</sup>。」，該法之目的包含：實現經濟民主主義<sup>179</sup>、維持及促進公平自由之競爭秩序、確保消費者之利益。且為了達成此目的對在市場限制或阻礙公平競爭及自由競爭之行為加以禁止<sup>180</sup>。

---

<sup>176</sup>私的獨占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第 54 号），中譯本可參公平交易委員會網站，關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律，<https://www.ftc.gov.tw/upload/ae0b0f88-b2d9-4e4e-8cca-799810967356.pdf>（最後瀏覽日期：2022/4/4）。

<sup>177</sup>汪渡村，前揭註 60，頁 76-77。

<sup>178</sup>中譯參自行政院公平交易委員會，前揭註 176，頁 3。

<sup>179</sup>所謂經濟民主主義（economic democracy），係以政治民主主義作為基礎，謀求經濟機會上的均等而言。詳可參閱汪渡村，前揭註 60，頁 89-90。

<sup>180</sup>西川康一（2021），《景品表示法》，第 6 版，頁 3，東京：商事法務。

## 第二項 獨占禁止法對於廣告之規制



獨占禁止法第 19 條<sup>181</sup>規定：「事業不得使用不公平之交易方法<sup>182</sup>」，又參照同法第 2 條第 9 項第 6 款第 3 目<sup>183</sup>規定：「本法所稱之不公平交易方法，係指為左列行為，且為公平交易委員會指定有妨礙公平競爭之虞的行為，三、以不當之方式誘使或脅迫競爭對手之顧客與之交易<sup>184</sup>」。

由於獨占禁止法之規定過於簡略、抽象，須配合日本公平交易委員會公告指定 15 種具體的行為類型<sup>185</sup>，而不實廣告屬於該告示第 8 項「欺罔引誘顧客」，其內容為：「在自己供應之商品、服務內容、交易條件或其他關於各該交易事項上，使顧客誤認比實際商品或競爭者之商品顯為優良或有利，而不當引誘競爭者之顧客與自己交易者<sup>186</sup>」。該內容與贈品表示法中對於不當表示之規定相似，只是在該告示中造成誤認的對象為「顧客」，實務上以事業為主；在贈品表示法中則明確定為「消費者」<sup>187</sup>。

---

<sup>181</sup>原文為：「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」。

<sup>182</sup>中譯參自行政院公平交易委員會，前揭註 176，頁 22~23。

<sup>183</sup>獨占禁止法第 9 條第 6 項第 3 目規定：「この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう。六前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものハ不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。」。

<sup>184</sup>中譯參自行政院公平交易委員會，前揭註 176，頁 5。

<sup>185</sup>不公正な取引方法（昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号），於 2009 年修正（平成 21 年 10 月 28 日公正取引委員会告示第 18 号）。

<sup>186</sup>其原文為：「自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。」。

<sup>187</sup>劉姿汝（2019），〈論日本不實廣告之規範與運用-兼論對我國法之啟示〉，《公平交易季刊》，第 27 卷第 4 期，頁 119。

## 第二款 不正競爭防止法<sup>188</sup>

不正競爭防止法係日本為了加入有關工業財產權保護之巴黎公約組織，而於 1934 年制定，該法目的在於確保事業間公平競爭，防止不公平競爭及尋求因公平競爭而生之損害之措施。

而在不正競爭防止法中，關於廣告之相關規範可見該法第 2 條第 20 號：「在商品或勞務或其廣告或交易上所使用之文件或通信上，關於商品的原產地、品質、內容、製造方法、用途或數量或其勞務之品質、內容、用途或數量為使人發生誤認之表示；或是讓與、交付，或為讓與或交付而展示、輸出或輸入為此表示之商品；或提供為此表示之勞務之行為<sup>189</sup>。」屬於不公平競爭的一種態樣，在文獻中有將之統稱為「誤認惹起行為」<sup>190</sup>。

依照誤認的點不同又可分為：一、商品之原產地或出產地之誤認行為；二、商品品質等之誤認行為；三、勞務之品質及內容之誤認行為。

由於不正競爭防止法之保護法益在於事業個別間的私益，故違反不正競爭防止法者，雖然並不會與違反保護事業間競爭秩序之贈品表示法同樣受到行政處分，但為保護事業營業利益，得向損害營業上利益的事業請求停止侵害（第 3 條）、損害賠償（第 4 條）等民事請求。若侵害情節嚴重者，得作為刑罰處罰對象，科

---

<sup>188</sup> 不正競爭防止法（昭和 9 年法律第 14 号，中譯本可參公平交易委員會網站，不當競爭防止法，<https://www.ftc.gov.tw/upload/aed38b46-a954-4d62-97c6-7fba09edb967.pdf>（最後瀏覽日期：2022/4/4）。

<sup>189</sup> 原文為：「商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信にその商品の原產地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量若しくはその役務の質、内容、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供し、若しくはその表示をして役務を提供する行為。」。

<sup>190</sup> 西川康一，前掲註 184，頁 194。

以五年以下有期徒刑或日幣五百萬元以下罰金（第 21 條第 1 項第 1 號、同條項第 5 號）；若為法人則得處日幣三億元以下罰金（第 22 條第 1 項第 3 號）。



### 第三款 不當贈品類及不當表示防止法<sup>191</sup>

日本對於廣告之規範，主要規範於不當贈品類及不當表示防止法（後文稱贈品表示法）第 5 條。以下就贈品表示法之相關內容進行闡述。

#### 第一項 概說

1960 年代以後日本不當贈品、贈獎活動更加盛行，煽動大眾投機心態，另外也發生以欺罔、虛偽不實或引人錯誤之標示或廣告引誘顧客的情形，如 1960 年發生「假牛肉罐頭事件（二七牛缶事件）<sup>192</sup>」，造成消費者利益受損，因此為保護消費者，於 1962 年立法增訂不當贈品及不當表示防止法<sup>193</sup>。並以此法作為獨占禁止法之特別法，優先於獨占禁止法適用。

贈品表示法中亦有規定「公平競爭規約制度」，個別商品或服務之業界得訂定自律規約作為商業慣習之明文，關於此制度之內容於下章第二節第三款第三項一併說明。

<sup>191</sup> 不當景品類及び不當表示防止法，昭和三十七年法律第 134 号。或有譯為不當贈品類及不當標示防止法，惟為求中日文對照以及後續用詞之統一，本文保留使用「表示」一詞。參考陳正達、郭永興、馬泰成，前揭註 159，頁 89。

<sup>192</sup> 「二七牛缶事件」，市面上牛肉罐頭被發現其內容物大部分或部分為鯨魚肉或者馬肉混充，在當時引發了消費者運動。參川井克倭、地頭所五男（2007），《Q%A 景品表示法：景品表示規制の理論と実務》，改訂版第 2 版，頁 13-15，東京都：青林書院；岡野純司（2019），〈景品表示法による不当表示規制の推移—平成期を振り返って—〉，《消費生活研究》，21 卷 1 期，頁 2；西川康一，前揭註 184，頁 7-8。

<sup>193</sup> 陳正達、郭永興、馬泰成，前揭註 159，頁 89；余適霖（1995），《贈品促銷行為法律規制之研究》，頁 133-134，國立政治大學法律研究所碩士論文。



## 第二項 不當表示行為



### 第一目 贈品表示

贈品表示法第 5 條就不實廣告，也就是不當標示行為有所規定，禁止事業就其供給之商品或服務相關之交易，對一般消費者，為不當之引誘、阻礙一般消費者自主且合理選擇之表示。包含優良誤認表示及有利誤認表示及其他有使人誤認之虞之表示三種。

又依同法第 2 條第 2 項之規定，所謂表示（廣告內容）是指作為引誘顧客之手段，事業在關於自己所供給之商品、服務或交易條件或其他交易相關事項所為廣告或其他標示，或其他經內閣總理大臣指定者而言。

依據日本公平會昭和 37 年告示 3 號（定義告示）第 2 點<sup>194</sup>，具體的表示包含在商品容器、包裝、廣告文宣、說明書、海報、看板、報章雜誌、各式媒體等之廣告或其他標示，廣泛指定了廣告的範圍<sup>195</sup>。

其中，所謂「一般消費者誤認」，係指一般具有常識性知識的消費者在通常的情況下，會產生誤解的情形，則該表示為不當之表示<sup>196</sup>。

---

<sup>194</sup> 不当景品類及び不当表示防止法第二条の規定により景品類及び表示を指定する件，昭和 37 年 6 月 30 日公正取引委員会告示第 3 号，最後一次修正於平成 21 年 8 月 28 日公正取引委員会告示第 13 号。依據消費者庁及び消費者委員会設置法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律附則第 4 条（経過措施），於改制後繼續沿用。

<sup>195</sup> 鈴木加人、大槻文俊、小畑徳彦、林秀弥、屋宮憲夫、大内義三（2016），《TXT 經濟法》，初版，頁 164，法律文化社；劉姿汝，前揭註 178，頁 121。

<sup>196</sup> 向田直範（200），〈不当禁止の表示〉，《公正取引》，625 期，頁 50；何之邁、劉美琪（2004），《公平交易法對廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究》，頁 341，第十一屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。

而所謂「引誘顧客」，不限於引誘新顧客，擴大交易量、引誘繼續交易亦包含在其中，且無須判斷事業之主觀意圖，只要客觀上具有引誘顧客之效果即該當之，不以實際上真的有特定顧客受引誘為必要<sup>197</sup>。



## 第二目 優良誤認表示

其中，優良誤認表示（同法第 5 條第 1 項第 1 款<sup>198</sup>）係指贈品之說明令消費者誤認該商品顯著優於其他商品而言，又可分為較實際商品顯著優良之誤認或較其他同業競爭者顯著優良之誤認。而所謂「顯著」指超越一般社會容許程度，有影響一般消費者對於商品或服務之選擇的情況而言<sup>199</sup>。若係透過薦證廣告之方式，讓消費者誤認有廣告中所敘述之效果、性能，而做出錯誤的交易選擇者亦屬之<sup>200</sup>。

<sup>197</sup>西川康一，前掲註 184，頁 43-44。

<sup>198</sup> 贈品表示法第 5 條第 1 項第 1 款規定：「關於商品或服務之品質、規格或其他內容，對於一般消費者，為與較實際顯著優良之表示，或對與該事業提供同種或類似商品、服務之他事業的相關事項，表示與事實不符之自身相較顯著優良之表示，不當引誘顧客，而被認定有礙一般消費者做自主且合理選擇之虞者。（商品又は役務の品質、規格その他の内容について、一般消費者に対し、実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実と相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの）」。

<sup>199</sup> 参不当景品類及び不当表示防止法第 7 条第 2 項の運用指針 — 不実証広告規制に関する指針 —（不実証広告ガイドライン）第 1, 2（2）第 1 段落，平成 15 年 10 月 28 日公正取引委員会，一部改正於平成 28 年 4 月 1 日消費者庁，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/guideline/pdf/100121premiums\\_34.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/guideline/pdf/100121premiums_34.pdf)（最後瀏覽日期：2022/3/28）。

<sup>200</sup> 杜怡靜、王震宇、汪志勇、陳皓芸、楊燕枝共同主持（2019），《公平交易法對新興薦證廣告之適用與因應》，頁 161，公平交易委員會 108 年委託研究期末報告 5。

若懷疑有優良誤認表示之情事存在，依據贈品表示法第 7 條第 2 項<sup>201</sup>，內閣總理大臣（委任消費者廳長官<sup>202</sup>）得要求為該表示之事業提出該表示之合理根據資料<sup>203</sup><sup>204</sup>；若未提出，則消費者廳長官得逕對該事業為不當表示之行政處分。

### 第三目 有利誤認表示

有利誤認表示（同法第 5 條第 1 項第 2 款<sup>205</sup>）則指在價格或其他交易條件上為使一般消費者誤認較實際或其他同業競爭者對自己有利之情況。如在手機遊戲中之抽卡活動，宣稱機率加倍卻在機率學上動手腳等使消費者誤認自己是有利的；或標示兩種價格以顯示價格之便宜者，包括以過去價格、建議售價、未來銷售價格、不同商品價格等，不當的與現行價格相比較者，即不當之「二重價格表示」。

---

<sup>201</sup> 原文為：「内閣総理大臣は、前項の規定による命令に関し、事業者がした表示が第五条第一号に該当するか否かを判断するため必要があると認めるときは、当該表示をした事業者に対し、期間を定めて、当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができる。この場合において、当該事業者が当該資料を提出しないときは、同項の規定の適用については、当該表示は同号に該当する表示とみなす。」。

<sup>202</sup> 不当景品類及び不当表示防止法第 33 條、不当景品類及び不当表示防止法施行令第 14 條、第 15 條參照。

<sup>203</sup> 合理根據的判斷基準有二：內容經客觀實證，且表示與實證內容得適切對應。參不實証廣告ガイドライン第 3「合理的な根拠」の判斷基準。

<sup>204</sup> 我國消費者保護法施行細則第 24 條規定：「主管機關認為企業經營者之廣告內容誇大不實，足以引人錯誤，有影響消費者權益之虞時，得通知企業經營者提出資料，證明該廣告之真實性」要求由企業經營者證明廣告真實性，與此制度類似。另參陳皓芸、杜怡靜、劉姿汝、黃銘輝（2021），《我國不實廣告執法實務之評析》，頁 112-113，公平交易委員會 110 年委託研究報告 7。

<sup>205</sup> 贈品表示法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「關於商品或服務之價格或其他交易條件，對於交易相對人示以比實際狀況或與該事業提供同種或類似商品或服務之他事業的相關事項，相較顯著有利而至消費者誤認之表示，不當引誘顧客，而被認定有礙一般消費者做自主且合理選擇之虞者。（商品又は役務の価格その他の取引条件について、実際のもの又は当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも取引の相手方に著しく有利であると一般消費者に誤認される表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの）」。

而在有利誤認表示中關於不當之價格表示者，另外可見「不當價格表示在贈品表示法上之基本思考（不当な価格表示についての景品表示法上の考え方）<sup>206</sup>」，該思考中表明不當價格表示的相關類型及觀點。



#### 第四目 其他有使人誤認之虞之表示

其他有使人誤認之虞之表示則係指除前二款內容外，經內閣總理大臣指定，就有關商品或服務之相關事項為引人誤認之表示者（同法第 5 條第 1 項第 3 款<sup>207</sup>）。

依據該條款，指定須滿足下列要件<sup>208</sup>：商品或服務交易相關事項、有使一般消費者產生誤認之虞，且會不當引誘顧客，阻礙一般消費者自主合理選擇。

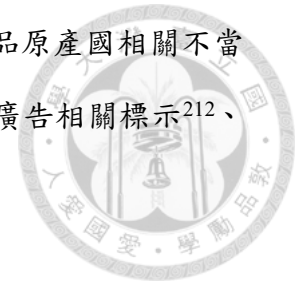
---

<sup>206</sup> 不当な価格表示についての景品表示法上の考え方（価格表示ガイドライン），平成 12 年 6 月 30 日公正取引委員会，最後一次修訂於平成 28 年 4 月 1 日消費者庁，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/guideline/pdf/100121premiums\\_35.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/guideline/pdf/100121premiums_35.pdf)（最後瀏覽日期：2022/4/8）。

<sup>207</sup> 贈品表示法第 5 條第 1 項第 3 款規定：「前兩款所揭示之內容外，有關商品或服務交易之事項，有使消費者產生誤認之虞之表示，不當引誘顧客，被認定有礙一般消費者做自主且合理選擇之虞，由內閣總理大臣指定者。（前二号に掲げるもののほか、商品又は役務の取引に関する事項について一般消費者に誤認されるおそれがある表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認めて内閣総理大臣が指定するもの）」。

<sup>208</sup> 詳細要件解析見西川康一，前掲註 184，頁 159-162。

現行指定告示包含：無果汁的清涼飲料水相關標示<sup>209</sup>、商品原產國相關不當標示<sup>210</sup>、消費者信用的融資費用相關不當標示<sup>211</sup>、不動產誘餌廣告相關標示<sup>212</sup>、誘餌廣告相關標示<sup>213</sup>、付費老人之家相關不當標示<sup>214</sup>。



## 第五目 責任

對於違反贈品表示法之事業，消費者廳長官及都道府縣知事得採取行政措施，包含調查<sup>215</sup>、舉行公聽會<sup>216</sup>、為行政處分、罰鍰<sup>217</sup>、要求刊載更正廣告<sup>218</sup>及警告等。關於具體執行狀況，將於第四章第二節第三款部分一併敘述。

就違反贈品表示法第 5 條第 1 項及第 2 項之事業，主管機關得為課徵金納付命令，對該事業課以罰鍰（贈品表示法第 8 條）。課徵金的金額計算，原則以事業進行不實廣告之期間為基本計算期間（第 8 條第 1 項），並以銷售金額百分之三為課徵金金額（第 8 條第 2 項）。對於課徵金支付命令基本思考方向、要件等可參考課徵金處理原則<sup>219</sup>。

<sup>209</sup> 無果汁の清涼飲料水等についての表示（昭和 48 年 3 月 20 日公正取引委員会告示第 4 号）。

<sup>210</sup> 商品の原産国に関する不当な表示（昭和 48 年 10 月 16 日公正取引委員会告示第 34 号）。

<sup>211</sup> 消費者信用の融資費用に関する不当な表示（昭和 55 年 4 月 12 日公正取引委員会告示第 13 号）。

<sup>212</sup> 不動産のおとり広告に関する表示（昭和 55 年 4 月 12 日公正取引委員会告示第 14 号）

<sup>213</sup> おとり広告に関する表示（平成 5 年 4 月 28 日公正取引委員会告示第 17 号）。

<sup>214</sup> 有料老人ホームに関する不当な表示（平成 16 年 4 月 2 日公正取引委員会告示第 3 号），最後一次修正於平成 18 年 11 月 1 日公正取引委員会告示第 35 号。

<sup>215</sup> 公平交易委員會接獲申告或獨自調查得知違反規定之事實時，即得進行調查，調查時可依照獨占禁止法之規定，行使強制調查權限。參沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 30。

<sup>216</sup> 調查結果認有違反規定之事實而在為排除命令前，應舉行公聽會議事業有表達意見之機會。參沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 30。

<sup>217</sup> 參照贈品表示法第 8 條，就違反贈品表示法第 5 條規定者，內閣總理大臣得命該事業繳納系爭商品或服務的銷售額百分之三的課徵金。

<sup>218</sup> 排除命令確定後，當事人須於報紙等媒體上刊登更正廣告，向大眾說明違反之事實並表明日後不為相同不實之標示。參沈榮寬、謝杞森，前揭註 113，頁 30-31。

<sup>219</sup> 不当景品類及び不当表示防止法第 8 条（課徵金納付命令の基本的要件）に関する考え方，平成 28 年 1 月 29 日，消費者庁，

參照同法第 9 條及第 10 條，若事業自己申告該當課徵金對象行為之事實，或自主將不實廣告所得之利益退款返還顧客，得減輕或抵扣課徵金之金額。



## 第四款 小結

日本競爭法對於不實廣告之規範，主要規定於景品表示法之中，又將不當表示行為分為：優良誤認表示、有利誤認表示及其他經主管機關指定者三類，主管機關發布許多告示對於各個要件進行解釋。此外，不實廣告亦為獨占禁止法與不正競爭防止法規範。

## 第三節 美國競爭法對不實廣告之管制

### 第一款 美國競爭法對不實廣告之規範

美國法上對於廣告之成文法規範，分別規定於聯邦法律以及各州州法，而以聯邦交易委員會法及蘭哈姆商標法為最主要之規範。以下分別進行說明。

#### 第一項 聯邦交易委員會法

聯邦交易委員會法於 1914 年通過，其立法目的除於防止不正競爭、維護商業秩序，亦保護消費者之利益。

聯邦交易委員會係獨立的行政委員會，由美國總統提名經諮詢參議院並得同意任命五人委員組成，且由美國總統任命主任委員擔任最高行政首長。該委員會下設有消費者保護局（Bureau of Consumer Protection）、競爭局（Bureau of Competition）以及經濟局（Bureau of Economics）。各局業務分配大略為<sup>220</sup>：競爭局負責反托拉斯業務；經濟局負責經濟分析及對個案調查提供經濟及統計上協

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/160208premiums\\_3.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/160208premiums_3.pdf)（最後瀏覽日期：2022/4/2）。

<sup>220</sup>吳翠鳳（1996），〈美國對不實廣告行為之規範及執行狀況〉，《公平交易季刊》，4 卷 1 期，頁 8。

助；消費者保護局則保護消費者對抗欺罔及不公平行為、執行有關消費者保護之法律，包含：商品包裝、表示、資訊揭露、禁止對消費者貸款之差別待遇等事項<sup>221</sup>，廣告管理及廣告策略即由該局管轄。

該法中關於不實廣告之相關規範於第 5 條以及第 12 條以下之規定。該法第 5 條 a 項原先規定為：「商業上之不正競爭方法視為不法」，聯邦交易委員會認為凡事業利用不實廣告陷消費者於錯誤之行為，必然屬於該法所稱不公平競爭行為，如有廣告欺罔消費者之情事發生，聯邦交易委員會即可介入。惟於 *FTC v. Raladam Co.* 一案中，聯邦最高法院認為該法僅保護市場公平競爭，認為引人錯誤廣告若無使現有或潛在競爭者受損害，則聯邦交易委員會無權管轄<sup>222</sup>。為了修正該案帶來之不良影響及擴大聯邦交易委員會之權限範圍，於 1938 年將該法第 5 條 a 項規定修正為：「商業上之不公平或欺罔之行為或手段，違法。」，擴張聯邦交易委員會對欺騙消費者或對消費者不公平之行為，以及損害到競爭者或競爭行為等事項之裁決權<sup>223</sup>。

惟委員會若欲以該條保護消費者而提起控訴，須符合<sup>224</sup>：一、所控訴之行為須在該條所稱「不公平或欺罔之行為或手段」意義範圍之中<sup>225</sup>；二、必須涉及州與州間的商業往來，地方性的商業廣告不在本法規範範圍<sup>226</sup>；三、行為須重大到足以使聯邦交易委員會有必要維護公共利益而提出控訴<sup>227</sup>。

---

<sup>221</sup> 范建得、陳丁章（2004 年 11 月），〈第十九條限制競爭或妨礙公平競爭之行為〉，廖義男等合著，《公平交易法之註釋研究系列（二）第十八條至第二十四條》，頁 417，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告二。

<sup>222</sup> See *FTC v. Raladam Co.*, 283 U.S. 643 (1931).

<sup>223</sup> 朱鈺洋，前揭註 38，頁 54。

<sup>224</sup> 羅明宏（1993），《不實廣告之規範及相關執行問題》，頁 26，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

<sup>225</sup> *FTC v. Colgate-Palmolive Co.*, 380 U.S. 374 (1965).

<sup>226</sup> 但於實務上，聯邦交易委員會常採從寬解釋立場。參羅明宏，前揭註 224，頁 33。

<sup>227</sup> *FTC v. Royal Milling Co.*, 288 U.S. 212 (1933). 涉及之公共利益須明確而具體。

由於該法律為抽象性規定，於具體適用上有其困難，聯邦貿易委員會更發布多項政策說明、規範原則，確立廣告是否構成欺罔、是否為真實之判斷標準，認為廣告須為真實<sup>228</sup>、聲明須有證據支持<sup>229</sup>且不得不公平<sup>230</sup>，說明委員會之執法標準。如就誘餌廣告訂定「關於誘餌廣告之規範準則(Guides Against Bait Advertising)<sup>231</sup>」、價格欺罔處理原則(Guides Against Deceptive Pricing)<sup>232</sup>等等。

就薦證廣告，美國聯邦交易委員會於2009年發布「有關於廣告中使用薦證之指引」(Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising)。該指引說明聯邦交易委員會審酌薦證廣告合法性所採之一般原則，並提供範例<sup>233</sup>。該指引中指明，無論薦證者身份，如若薦證者與廣告主間具有特殊關係，會引此影響薦證內容重要性或可信度時，應充分揭露二者間關係<sup>234</sup>。

聯邦交易委員會法第12條至第15條之規定<sup>235</sup>則是針對食品、藥品、酒品等特定商品廣告之特別規範，其中，第15條將不實廣告定義為「標籤以外，在重要事項上引人錯誤之廣告；於認定廣告是否引人錯誤時，除其他事項外，不僅特別考慮由聲明、文字、設計、圖案、音響，或各該因素組合所呈現或暗示之表現，

---

<sup>228</sup> 參聯邦交易委員會1893年發布「FTC關於欺罔之政策聲明(FTC Policy Statement on Deception)」，[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/410531/831014deceptionstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/410531/831014deceptionstmt.pdf)(最後瀏覽日期：2022/4/2)。

<sup>229</sup> 可參聯邦交易委員會於1984年發布之「FTC關於廣告實證之政策聲明(FTC Statement of Policy Regarding Advertising Substantiation)」，<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/ftc-policy-statement-regarding-advertising-substantiation>(最後瀏覽日期：2022/4/2)。

<sup>230</sup> 不公平的商業行為指：1、會造成或極可能造成消費者受到傷害，在合理狀況下消費者無法避免者；2、其對消費者所帶來的利益並未遠大於傷害。參聯邦交易委員會1980年發布「FTC關於不公平之政策聲明(FTC Policy Statement on Unfairness)」，<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/ftc-policy-statement-unfairness>(最後瀏覽日期：2022/4/2)。

<sup>231</sup> 16 CFR Part 238.

<sup>232</sup> 16 CFR Part 233.

<sup>233</sup> 16 CFR § 225.0(a).

<sup>234</sup> 胡仲男(2013)，〈新型態廣告規範之研究-以公平交易法為中心〉，《公平交易季刊》，第21卷第3期，頁167。

<sup>235</sup> 15 U.S.C. §§ 52-55，中譯可參公平交易委員會網頁，<https://www.ftc.gov.tw/upload/2ad8329e-c0f3-4e36-b6e9-5b7af2b12f88.pdf>(最後瀏覽日期：2022/3/17)。



更應考慮廣告在此種表現中未揭示重要事項之程度，或未揭示依據系爭廣告上之使用方法、慣習或一般使用方法、使用與廣告有關之商品會產生之效果的程度...」。

對於違反不實廣告相關規定者，聯邦貿易委員會管制手段區分是否具有法律上效力分為正式及非正式的處置程序。正式處置程序包含廣告實證命令<sup>236</sup>、正式控訴、同意命令<sup>237</sup>、更正廣告命令<sup>238</sup>、停（禁）止命令或民刑事處罰等；而非正式處置程序則有官方諮詢意見函<sup>239</sup>、承諾自願遵守<sup>240</sup>、舉行貿易會議<sup>241</sup>等。

## 第二項 蘭哈姆商標法

蘭哈姆商標法於 1946 年制定並於 1957 年 7 月施行，主要規範聯邦商標相關事務。

該法第 43 條（a）（1）規定虛偽表意行為，內容為：「任何人在任何商品或服務上或其相關範疇，或任何商品之容器，將文字、詞彙、名稱、符號，或圖形，或其任何聯合式，或任何錯誤的原產地標示、錯誤或具誤導性之描述或表示使用於商業，並——（A）可能會造成對該人與他人間之附屬、連結，或結盟關係，或其商品、服務或他人所為之商業活動的來源、贊助關係或是否經同意產生混淆、錯誤或欺騙，或（B）在商業廣告或行銷文宣中，就其或他人之商品、服務或商

<sup>236</sup> 要求事業實證其廣告訴求為真實。

<sup>237</sup> 實務上有七成以上案件由同意命令協定解決，只要在同同意書上簽名即具有法律上效力，較自願遵守承諾有效力，另外，聯邦貿易委員會具有裁量權得具體指陳事業應如何遵守同意命令（如設定附款）。參吳翠鳳，前揭註 220，頁 167。

<sup>238</sup> 要件嚴格，只有在不實廣告停止後事業仍維持一定市場占有率，該廣告仍繼續傷害競爭者、消費者繼續受欺罔而有從事購買行為之虞時，始採取該措施。參吳翠鳳，前揭註 220，頁 169。

<sup>239</sup> 事業者可事先向聯邦貿易委員會請求釋疑詢問廣告是否有欺罔不實或誤導之虞，若官員認為有，則可對其發出諮詢意見函，以行政指導之方式提醒其勿為此一廣告行為。D. CARISTI & W.R. DAVIE(2018), COMMUNICATION LAW: PRACTICAL APPLICATIONS IN THE DIGITAL AGE 317 (Taylor & Francis).

<sup>240</sup> 承諾自願遵守，又有譯為「中止性保證」，在聯邦貿易委員會認為符合公共利益時，得接受事業已口頭承諾或簽宣誓書保證中止有問題的欺罔行為而停止調查，該種保證不具法律上拘束力。參吳翠鳳，前揭註 220，頁 167。

<sup>241</sup> 邀集業界開會界定某行為是否合法，並提供業界表明其行為可行性之機會。參吳翠鳳，前揭註 220，頁 167-168。

業活動之本質、特徵、品質或地理來源為不實表示，應在由任何相信自己因該行為為受有損害或有受到損害之虞者所提起之民事訴訟中負擔責任。<sup>242</sup>」，該條規範範圍廣泛，不實廣告亦涵蓋於其中。



依據該法第 45 條後段，蘭哈姆商標法之立法目的在於「保護從事商業的人免於不公平競爭」，而未及於消費者，故消費者不得依據該法對為不實廣告之事業逕行起訴。

除聯邦交易委員會法以及蘭哈姆商標法外，其他聯邦法規對於不實廣告之規制包括聯邦食品藥物化妝品法、通訊法、消費者信用保護法、消費者產品安全法、反托拉斯法等。

### 第三項 州法

除聯邦法規外，由於各州對州內事務具有管領權限，故各州亦得自行對於廣告進行個別規定，如多數州均施行「印刷業油墨法（Printer's Ink Statute）」，該法規定凡以報紙、刊物書籍、雜誌或電視媒體等刊載不實、欺詐或使人誤信之廣告者屬於輕罪<sup>243</sup>。

惟由於州法的規範密度有限而對消費者保護有所不足，故在實踐上各州政府對於不實廣告之規範很多是按照聯邦委員會之規範而訂定並執行，更有規定應考慮聯邦委員會及聯邦法院的裁定者<sup>244</sup>。

---

<sup>242</sup> 中譯參自經濟部智慧財產局商標主題網，美國商標法（中英對照），<https://topic.tipo.gov.tw/trademarks-tw/cp-524-863303-2f126-201.html>（最後瀏覽日期：2022/4/3）。

<sup>243</sup> 尤英夫，前揭註 122，頁 91-92。

<sup>244</sup> P. SIEGEL(2011), COMMUNICATION LAW IN AMERICA 353 (Rowman & Littlefield Publishers 3 ed.).

## 第四項 自律規約

廣告媒體本身以及行業團體常訂有自律性廣告規約，審查刊播廣告。如作為美國主要廣告自主規約機構之國家廣告審查協會（National Advertising Review Board）及訂有其規約，對於引入錯誤之廣告先要求廣告主改善，如不改善即移送該協會處理，若認定確實有不實之情事則會告知媒體及聯邦交易委員會<sup>245</sup>。

## 第二款 欺罔之判斷標準

在美國，如若消費者或同業競爭者受到不實廣告損害時，可循普通法途徑對廣告主提起民事以及刑事訴訟。

美國普通法見解向來認為不實廣告應具備以下三要件：廣告的陳述或表示須有欺罔（誤導）的傾向或能力、廣告的陳述或表示須能欺罔（誤導）相當數量的消費大眾、廣告的陳述或表示須有實質重要性。以下一一分述之。

### 第一項 廣告的陳述或表示須有欺罔的傾向或能力

不實廣告之構成須該廣告陳述或表示有欺罔的傾向或能力，但不以實際有消費者受欺罔或造成損害為必要，亦不問廣告主為故意或過失<sup>246</sup>。

判斷是否具有「傾向或能力（tendency or capacity）」時，實務及學說發展出「理性消費者標準<sup>247</sup>」與「無知者標準」詮釋一般消費者對於廣告內容的理解。理性消費者標準以一般謹慎具有普通常識能進通常注意之人認為消費者具有注意義務，對自身疏忽造成過失可抵銷行為人之可責性；無知者標準則認為應考慮一般普遍消費者，包含那些無經驗、不謹慎之人亦應受保護<sup>248</sup>。若採無知者標準

<sup>245</sup>尤英夫，前揭註 122，頁 92-93。

<sup>246</sup>羅明宏（1994），〈論不實廣告之判別準則：從消費者角度觀察〉，《公平交易季刊》，2 卷 2 期，頁 43。

<sup>247</sup>或有譯為「合理者標準」，參羅明宏，前揭註 246，頁 43-47；張維穎，前揭註 112，頁 55-56。

<sup>248</sup>張維穎，前揭註 112，頁 55-56。

標準則幾乎任何與事實不符之廣告均可成立不實廣告<sup>249</sup>，且反而會抑制對消費者有利的商業活動，故為美國學者批評<sup>250</sup>。從歷年案件分析而觀，美國聯邦委員會亦已不再盲目採取無知者標準<sup>251</sup>。



## 第二項 廣告的陳述或表示須能欺罔相當數量的消費大眾

基於不實廣告對於公共利益影響程度之經濟上考量，若受不實廣告欺罔者僅有少數個人或團體，則並無法律保護之必要，且與保護公共利益之立法目的不符，並會造成行政資源之浪費，故須具有相當之數量比例 (substantial) 消費者受害始有規制該不實廣告之必要<sup>252</sup>。

在聯邦交易委員會歷來案例中，對於該相當數目之比例並無定論，早期如 *FTC v. Rhodes Pharmacal* 案<sup>253</sup>中採取 9%即認該當相當數目，*Benrus Watch* 案<sup>254</sup>中則以 14%。後來則有提高該比例之趨勢，如 *Sun oil* 案<sup>255</sup>採 62-65%、*Ford Motor Company* 案<sup>256</sup>採 42%。惟該些數據比例僅居於外在證據地位，而對委員會之裁決不具拘束力<sup>257</sup>。

---

<sup>249</sup> 如在 *General Mortors Corp. v. FTC* 案中，法院認為，無論消費者主觀方面是如何無知、愚鈍，只要有人受到欺罔就會成立不實廣告。See 114 F.2d 33, 36 (2d Cir. 1940)。

<sup>250</sup> I.L. PRESTON(1996), *THE GREAT AMERICAN BLOW-UP: PUFFERY IN ADVERTISING AND SELLING* 163-165 (University of Wisconsin Press).張維穎，前揭註 112，頁 56-57。

<sup>251</sup> 羅明宏，前揭註 246，頁 43-47。

<sup>252</sup> 羅明宏，前揭註 224，頁 73-77。

<sup>253</sup> *Federal Trade Commission v. Rhodes Pharmacal Co., Inc., et al*, 191 F.2d 744 (7th Cir. 1951).

<sup>254</sup> *Benrus Watch Company v. F.T.C.*, 352 F.2d 313 (8th Cir. 1965).

<sup>255</sup> 84 FTC. 247, 261(1974).

<sup>256</sup> 93 FTC, 873(1979).

<sup>257</sup> 羅明宏，前揭註 224，頁 77。

### 第三項 廣告的陳述或表示須有實質重要性

此外，不實廣告之成立，須該廣告之陳述或表示具有實質重要性(materiality)，也就是該陳述或表示足以影響消費者之消費決定始有行政機關介入之必要，若不足影響消費者，則亦無公共利益受損害，且介入亦會加重行政機關之負荷<sup>258</sup>。



### 第四項 1983 年聯邦交易委員會對於欺罔之政策聲明

1983 年聯邦交易委員會發布關於欺罔之政策聲明，對於不實廣告之認定標準，採取新的三要件：一、廣告主所為表示、隱瞞或行為須有誤導之可能性，聯邦交易委員會不需證明消費者確實因該表示等而產生誤信；二、該表示須可能誤導潛在 (perspective) 理性消費者 (reasonable consumers)；三、此種表示、隱瞞或行為須具有實質重要性 (materiality) <sup>259</sup>。

其中，第一個要件將原先判例法所要求具有傾向或能力，修正為有誤導之可能性，但仍然不需證明有消費者確實因此而產生誤信<sup>260</sup>，對於本項修正後是否加重聯邦交易委員會舉證責任，美國學者有所疑義<sup>261</sup>。

第二個要件中理性消費者則指一般有代表性之大眾或通常一般人而言，故在不實廣告的判斷中以在該情境下，由於欺罔之行為，理性消費者是否仍得做出理性選擇<sup>262</sup>。

<sup>258</sup>張維穎，前揭註 112，頁 59-60；羅明宏，前揭註 246，頁 53-54。

<sup>259</sup> 參劉定基 (2009)，〈欺罔與不公平資訊行為之規範——以美國聯邦交易委員會的管制案例為中心〉，《公平交易季刊》，17 卷 4 期，頁 61-62；羅明宏，前揭註 246，頁 58-63。

<sup>260</sup> FTC Policy Statement on Deception, supra note 228, 2.

<sup>261</sup>羅明宏，前揭註 246，頁 59。

<sup>262</sup> FTC Policy Statement on Deception, supra note 228, 3-5.

在第三個要件的解釋中，政策聲明將「實質重要性」與「損害」相連結，在表示、隱瞞或行為具有實質重要性時，亦有損害存在可能，二者為同一概念之不同用語<sup>263</sup>。



### 第三款 虛偽不實廣告之判斷準則

美國學者認為廣告是否真實，其判斷準則與商標法上對於近似或混淆之判斷準則相同<sup>264</sup>，即採：一、一般消費者施以普通注意原則；二、通體觀察及主要部分原則；三、異時異地隔離觀察原則。

#### 第一項 一般消費者施以普通注意原則

由於廣告之對象，通常是一般消費大眾，而其等在購買商品或接受服務時，欠缺仔細分析廣告內容之注意力，僅以普通注意所得之印象，做為選購商品或服務之基礎，因此判斷準則應以「一般購買者之注意力」為認定標準<sup>265</sup>。而所謂一般購買人，係指依一般交易觀念，通常可能消費該項商品之消費者而言<sup>266</sup>。

#### 第二項 通體觀察及主要部分原則

由於一般消費者在觀看廣告後，僅對廣告留下大略、模糊的印象，而非對每一細節詳加記憶分析，故判斷廣告是否虛偽不實或引人錯誤，應以廣告之整體內容或比較顯著、吸引注意之主要部分作為判斷標準，而非將廣告拆成單獨小部分分別視之<sup>267</sup>。

<sup>263</sup> FTC Policy Statement on Deception, supra note 錯誤! 尚未定義書籤。 , 5-6.

<sup>264</sup> R.Callmann(1987), The Law of Unfair Competition Trademark and Monopolies, Vol.1, 4<sup>th</sup> ed., §5.14.

<sup>265</sup> 朱鈺洋，前揭註 124，頁 64。

<sup>266</sup> 周德旺，前揭註 125，頁 210。

<sup>267</sup> 張維穎，前揭註 112，頁 61-62；朱鈺洋，前揭註 124，頁 66-69。

### 第三項 異時異地隔離觀察原則

由於消費者進行消費購買時與看見廣告時往往並非同時發生，判斷廣告是否不實或誤認係以消費者觀看廣告後留下之模糊印象為據，故應採異時異地隔離觀察原則，即在不同時間不同地點分別觀察<sup>268</sup>，而以此判斷廣告是否虛偽不實或引人錯誤。

### 第四款 小結

美國競爭法對於不實廣告之相關規範可分別見於聯邦法律、各州州法，其中以聯邦交易委員會法及蘭哈姆商標法為主要規範，並以普通法個別案例累積出關於欺罔之判斷原則，1983 年聯邦交易委員會發布其對於欺罔之政策聲明中對於欺罔的要件也大致沿用普通法的判斷方法，僅有少部分差異而已。

而就廣告是否虛偽不實或引人錯誤其判斷準則與商標法上對於近似或混淆之判斷準則相同，採取一般消費者施以普通注意原則、通體觀察及主要部分原則及異時異地隔離觀察原則。

---

<sup>268</sup>朱鈺洋，前揭註 124，頁 69-70。

## 第四章 美日法制對於贈品贈獎之規範

為增加交易機會，促使自身獲利提高，事業進行各式各樣的行銷行為以吸引消費者。典型的促銷行為如廣告、價格折扣行為，但事業亦可選擇提供贈品贈獎作為促銷手段，該手段亦有使消費者直接受惠或有受惠之可能，並可增加交易中的樂趣<sup>269</sup>。

本章著重於促銷活動中之贈品以及贈獎行為<sup>270</sup>的管制，觀察日本法、美國法上對於贈品贈獎行為如何進行管制<sup>271</sup>，規範不公平競爭之核心目的為何，以此探討贈品贈獎行為管制之必要性，並就贈品贈獎行為是否應行管制、如何管制將於第五章提出本文意見。

### 第一節 日本法上就不當贈品贈獎行為之管制規範

#### 第一款 私的獨占之禁止及確保公平交易之法律

日本法上就不當贈品贈獎之處罰，首先即以獨占禁止法第 19 條加以規範，含括於不公平之交易方法之中。屬於一般指定告示<sup>272</sup>第 9 項「以不當利益引誘顧客」，其內容為：「根據正常商業習慣係以不當利益引誘競爭者的顧客與自己為交易<sup>273</sup>。」，提供過於高額之贈品贈獎屬之。

<sup>269</sup>廖義男，前揭註 8，頁 599。

<sup>270</sup>另外就「虛偽不實贈品贈獎行為」，係指附隨於前述所述「贈品行為」或「贈獎行為」而進行的虛偽不實、欺罔消費者之行為而言，如謊稱中獎機率、事前約定中獎人為事業內部人等贈品贈獎廣告內容不實之行為，請參見第三章及第五章關於不實廣告之部分。

<sup>271</sup>我國就贈品贈獎行為之法制主要係參酌日本法及韓國法之立法例，而美國就經濟競爭採取較為開放之態度，可以帶來另外一個角度的思考方式，故比較法上以日本法及美國法上作為本文之研究對象。

<sup>272</sup>不公正な取引方法（昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号），於 2009 年修正（平成 21 年 10 月 28 日 公正取引委員会告示第十八号）。

<sup>273</sup>不公正な取引方法第 9 項：「正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること」。



後來於 1962 年訂立之不當贈品類及不當標示防止法中對提供過於高額贈品之規定即為該告示第九項具體化之規定<sup>274</sup>。

1950 年代日本從統制經濟轉向自由競爭，伴隨於此，事業間的銷售競爭加劇，有大量供應贈品、販賣抽獎券的情況增加的傾向，當時，獨占禁止法以依照各業別分別規定贈品贈獎相關限制之方式處理<sup>275</sup>。

## 第二款 不當贈品類及不當標示防止法

### 第一項 贈品表示法就不當贈品贈獎行為規制沿革

贈品表示法第 3 條規定<sup>276</sup>：「公平交易委員會認為有必要防止不當引誘顧客，得對贈品類的價格之最高額或總額度、種類或提供方法及其他與提供贈品相關之事項進行限制，並得禁止提供贈品。」。

因應日本經濟社會情況改變<sup>277</sup>，及各國（特別是美國）強烈要求日本放寬贈品規制以利外國事業進入日本市場<sup>278</sup>，先是日本學界於 1994 年（平成 6 年）5 月召開「有關贈品規制修正及明確化的研究會（景品規制の見直し・明確化に関する研究会）」就贈品規制的基本概念、應修正內容進行專業之檢討，並於 1995 年 3 月發布報告書；日本公平交易委員會以該報告書為基礎，舉行公聽會後修正了

<sup>274</sup>西川康一，前揭註 184，頁 2。

<sup>275</sup>真淵博，前揭註 159，頁 6。

<sup>276</sup>贈品表示法第 3 條原文為：「公正取引委員会は、不当な顧客の誘引を防止するため必要があると認めるときは、景品類の価額の最高額若しくは総額、種類若しくは景品類の価額の最高額若しくは総額、種類若しくは提供の方法その他景品類の方法その他景品類の提供に関する事項を制限し、又は景品類の提供類の提供に関する事項を制限し、又は景品類の提供を禁止することができ、これを禁止することができる。」。

<sup>277</sup>與制定贈品表示法（1962 年）當時相比，日本經濟規模擴大、消費者購買態度與價值觀發生變化、事業競爭與販賣促銷活動多樣化、流通方式與政府角色均有變化，贈品提供的功能與效果也有變化。參川井克倭、地頭所五男，前揭註 192，頁 27。

<sup>278</sup>稻垣雅大，前揭註 159，頁 239-243。

贈品表示法，其主要修正內容為：上調贈品與贈獎額度上限、廢止對事業的贈品限制告示、廢止與百貨業贈品提供有關之規制<sup>279</sup>。

2014年（平成26年）配合行政組織重整使消費行政一體化，將贈品表示法之主管權限移轉至消費者廳管轄<sup>280</sup>，並變更該法之立法目的為確保消費者得就商品或服務之提供自主做出合理的選擇，以保護一般消費者為目的，刪去「公平競爭之確保」，不再與獨占禁止法之間居於特別法與普通法之關係<sup>281</sup>。並將不當贈品行為修正至贈品表示法第4條<sup>282</sup>：「總理大臣認為有必要防止不當引誘顧客及確保一般消費者自主做出合理的選擇時，得對贈品類的價格之最高額或總額、總類或提供方法及其他與提供贈品相關之事項進行限制，並得禁止提供贈品。」係配合權限移轉而做出之修正，惟其規範範圍及內容構造實質上並未改變<sup>283</sup>。贈品表示法相關之處理原則亦未因移管而改變。

## 第二項 贈品行為

關於贈品表示法所稱贈品之定義，應參見同法第2條第3項<sup>284</sup>，贈品係指事

---

<sup>279</sup> 平成7年度公正取引委員会年次報告-景品規制の見直し・明確化  
<https://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h07/02150000.html#03>（最後瀏覽日期：2021/4/26）。

<sup>280</sup> 日本於2009年為保護消費者利益，設立消費者廳，並將公正取引委員會（公平交易委員會）對不當贈品類及不當標示防止法權限移交至消費者廳。參陳正達、郭永興、馬泰成，前揭註159，頁87,91；西川康一，前揭註184，頁1。

<sup>281</sup> 西川康一，前揭註184，頁28。

<sup>282</sup> 贈品表示法第4條原文：「内閣総理大臣は、不当な顧客の誘引を防止し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を確保するため必要があると認めるときは、景品類の価額の最高額若しくは総額、種類若しくは提供の方法その他景品類の提供に関する事項を制限し、又は景品類の提供を禁止することができる」。

<sup>283</sup> 真淵博，前揭註159，頁28；金子晃、山口由紀子（2014），〈景品表示法移管5年の評価と課題〉，《公正取引第763号》，2。

<sup>284</sup> 原文為：「この法律で「景品類」とは、顧客を誘引するための手段として、その方法が直接的であるか間接的であるかを問わず、くじの方法によるかどうかを問わず、事業者が自己の供給する商品又は役務の取引（不動産に関する取引を含む。以下同じ。）に付随して相手方に提供する物品、金銭その他の経済上の利益であつて、内閣総理大臣が指定するものをいう」。

業為引誘顧客，不論直接、間接或以抽獎之方式，附隨於其所提供商品或服務之交易之物品、金錢或其他經濟上利益，而由內閣總理大臣所指定者。依照公平交易委員會所發布之定義告示<sup>285</sup>第一項，物品、金錢及其他經濟利益包含：1、物品、土地及建物等其他工作物；2、金錢、現金券、存款證明、彩券中獎證明及有價證券；3、招待（如電影、演劇、運動及旅行等招待或優待）；4、方便、勞務等。另外定義告示第一項但書指出若係依照正常商業習慣所為之售後服務、折扣或附屬於所交易的商品服務之經濟上利益，則非屬贈品<sup>286</sup>。

就該定義告示，日本公平交易委員會另外發布了贈品類指定告示運用基準<sup>287</sup>以更明確判斷贈品或非贈品之要件，該運用基準將贈品分為下列五個要件並加以詳細說明：引誘顧客的手段、事業者、自己供給之商品或服務之交易、附隨於交易、物品金錢或其他經濟上利益。該告示亦對不屬於贈品之依照正常商業習慣所為之售後服務、折扣或附屬於所交易的商品服務之經濟上利益示明了其考量方式。

### 第三項 贈獎行為

關於贈獎行為，公平交易委員會則訂有贈獎限制告示<sup>288</sup>，及更加具體之贈獎相關事項運用基準<sup>289</sup>。而所謂贈獎（日文為「懸賞」），參照贈獎限制告示第1項，係指「以抽籤等偶然性決定方式」或「以特定行為優劣或正確與否之條件<sup>290</sup>」作

---

<sup>285</sup> 不当景品類及び不当表示防止法第二条の規定により景品類及び表示を指定する件（昭和 37 年 6 月 30 日公正取引委員会告示第 3 号）。

<sup>286</sup> 原文為：「ただし，正常な商慣習に照らして値引又はアフターサービスと認められる経済上の利益及び正常な商慣習に照らして当該取引に係る商品又は役務に附属すると認められる経済上の利益は、含まない」。

<sup>287</sup> 景品類等の指定の告示の運用基準について（昭和 52 年 4 月 1 日事務局長通達第 7 号）。

<sup>288</sup> 懸賞による景品類の提供に関する事項の制限（昭和 52 年 3 月 1 日公正取引委員会告示第 3 号）。

<sup>289</sup> 「懸賞による景品類の提供に関する事項の制限」の運用基準（平成 24 年 6 月 28 日消費者庁長官通達第 1 号）。

<sup>290</sup> 包含競賽（contest）及問答（quiz）等。

成給予贈品與否之決定。在贈獎告示中，對贈獎的最高獎項額度、總額、不同事業共同為贈獎活動都進行了規定。

另外在贈獎限制告示第 5 項全面性禁止了「以二種以上記載文字、圖畫或符號等票卡，集齊不同種類特定組合的票卡」(亦稱為「卡片組合(カード合わせ)」)作為獲得贈獎的條件。卡片組合方式的贈獎主要用於面向兒童的低價商品、利用兒童的射倖心理，其方法本身具有強烈的欺瞞性，加上兒童與成人相比判斷力較低，所以乾脆將此種贈獎方法加以禁止<sup>291</sup>。

#### 第四項 其他贈品相關告示

若係以「贈獎(懸賞)」以外的方法決定提供贈品與否者，如以購買量多寡、進入店面之先後順序等作為給予贈品與否的條件，另訂有對一般消費者提供贈品事項限制告示<sup>292</sup>。另外，就各行業提供贈品有關事項也有個別發布告示，目前有對新聞業<sup>293</sup>、雜誌業<sup>294</sup>、不動產業<sup>295</sup>及醫療業<sup>296</sup>四個行業別告示。

### 第三款 日本實務就不當贈品贈獎行為之執法情況

有鑑於在贈品表示法從 1962 年訂立至 2013 年行政機關(公平交易委員會及移管後為消費者廳)之執法情況已有過去研究統計<sup>297</sup>，故本文在此僅統計 2014

<sup>291</sup>川井克俊、地頭所五男，前掲註 192，頁 98。

<sup>292</sup>一般消費者に対する景品類の提供に関する事項の制限(昭和 52 年 3 月 1 日公正取引委員会告示第 5 号)。

<sup>293</sup>新聞業における景品類の提供に関する事項の制限(平成 10 年 4 月 10 日公正取引委員会告示第 5 号)。

<sup>294</sup>雑誌業における景品類の提供に関する事項の制限(平成 4 年 2 月 12 日公正取引委員会告示第 3 号)。

<sup>295</sup>不動産業における一般消費者に対する景品類の提供に関する事項の制限(平成 9 年 4 月 25 日公正取引委員会告示第 37 号)。

<sup>296</sup>医療用医薬品業、医療機器業及び衛生検査所業における景品類の提供に関する事項の制限(平成 9 年 8 月 11 日公正取引委員会告示第 54 号)。

<sup>297</sup>陳正達、郭永興、馬泰成，前掲註 159，頁 115-117；1963 年至 1991 年之統計可參藍科正、謝

年至 2021 年之贈品表示法執法情形。



## 第一項 消費者廳於 2014 年至 2021 年就贈品表示法之執法情況

贈品表示法之主管機關於 2014 年時由原本的公平交易委員會改為消費者廳，對於違反贈品表示法行為之事業，依照贈品表示法第 7 條<sup>298</sup>，消費者廳（依贈品表示法第 23 條第 1 項，總理大臣將權限委任予消費者廳）得對其行使「措置命令」，防止其再度實施同樣之行為，若認為不具行使措置命令必要者，得對該事業採取改正措施進行「指導」<sup>299</sup>。

如下表格 1 所載，可以看出近年來對於贈品相關事件並無做出措置命令<sup>300</sup>，僅有每年十至二十來件指導<sup>301</sup>，與表示事件（於廣告、標示等作虛偽不實或引人誤認之表示）每年案件均有三位數相比件數少許多，可見消費者廳就贈品表示法相關業務大部分集中於表示事件。

---

一品（1994），〈日本對贈品與標示規範初探〉，《公平交易季刊》，第 2 卷第 2 期，頁 76-82；2007 年之執法情形可參林佳怡，前揭註 12，頁 113-114。

<sup>298</sup>贈品表示法第 7 條：「內閣總理大臣は、第四条の規定による制限若しくは禁止又は第五条の規定に違反する行為があるときは、当該事業者に対し、その行為の差止め若しくはその行為が再び行われることを防止するために必要な事項又はこれらの実施に関連する公示その他必要な事項を命ずることができる。（中譯：內閣總理大臣，對違反第四條限制規定或第五條規定之事業，得命停止其行為，為防止其再度違反行為之必要事項，或其實施相關之公告或其他必要事項，亦得對事業發命令）」。

<sup>299</sup>真淵博，前揭註 159，頁 278。

<sup>300</sup>措置命令是消費者廳就事業違反贈品表示法時，為停止事業該行為、防止事業再度違反贈品表示法等得對事業為一定作為不作為要求之行政處分。與移管前公平交易委員會之「排除命令」涵義相同，僅是用語上不同。

<sup>301</sup>對事業改正措施進行指導，須適用行政程序法之規定。參真淵博，前揭註 159，頁 278。

表格 1：2014 年至 2021 年消費者廳對於景品表示法之執法情況

年度	贈品事件[措置命令/指導 (贈獎告示/一般告示/業 種別告示)]	表示事件 [措置命令/指導]
2014 (平成 26 年) <sup>302</sup>	0/19 (9/11/0)	31/283
2015 (平成 27 年) <sup>303</sup>	0/28 (15/12/1)	14/154
2016 (平成 28 年) <sup>304</sup>	0/11 (6/5/0)	28/132
2017 (平成 29 年) <sup>305</sup>	0/14 (9/5/0)	51/168
2018 (平成 30 年) <sup>306</sup>	0/23 (14/9/0)	56/203

<sup>302</sup>消費者廳，平成 26 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組，頁 3-4，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/150618premiums\\_3.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/150618premiums_3.pdf) (最後瀏覽日期：2021/4/8)。

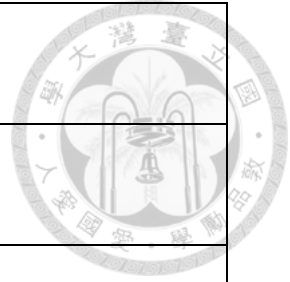
<sup>303</sup>消費者廳，「平成 27 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表に つ い て ， 頁 4 ，  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/160617premiums\\_1.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/160617premiums_1.pdf) (最後瀏覽日期：2021/4/8)。

<sup>304</sup>消費者廳，「平成 28 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表に つ い て ， 頁 4-5 ，  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/fair\\_labeling\\_170630\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_170630_0001.pdf) (最後瀏覽日期：2021/4/8)。

<sup>305</sup>消費者廳，「平成 29 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表に つ い て ， 頁 4-6 ，  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/fair\\_labeling\\_180615\\_0002.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_180615_0002.pdf) (最後瀏覽日期：2021/4/8)。

<sup>306</sup>消費者廳，「平成 30 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表に つ い て ， 頁 5 ，  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/information\\_other/2019/pdf/information\\_other\\_2019\\_190625\\_0003.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/information_other/2019/pdf/information_other_2019_190625_0003.pdf) (最後瀏覽日期：2021/4/8)。

2019（令和元年） <sup>307</sup>	0/18（3/15/0）	42/196
2020（令和2年） <sup>308</sup>	0/11（7/3/1）	34/167
2021（令和3年） <sup>309</sup>	0/14（8/6/0）	41/163
合計	0/113（56/57/1）	222/1136



## 第二項 都道府縣知事於 2014 年至 2021 年就贈品表示法之執法情況

除中央由消費者廳就贈品表示法執法之外，依照贈品表示法第 33 條第 11 項及贈品表示法施行令<sup>310</sup>第 23 條，地方政府（都道府縣知事）就是否違反贈品表示法有自行判斷及運用之權限。

經統計如下圖 1，可以看出都道府縣知事就違反贈品表示法而進行的處分並不多，且其大宗亦為表示事件，從 2014 年至 2021 年僅 4 件違反贈品限制而為之排除命令，且該四件均為大阪府所為，就新聞業就締結訂報契約給予過高額贈品（電動自行車、高額商品兌換券）而為之措置命令<sup>311</sup>。

<sup>307</sup>消費者廳，「令和元年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 5-6，[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_200626\\_02.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_200626_02.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

<sup>308</sup>消費者廳，「令和2年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 5-6，[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_210721\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_210721_01.pdf)（最後瀏覽日期：2022/6/10）。

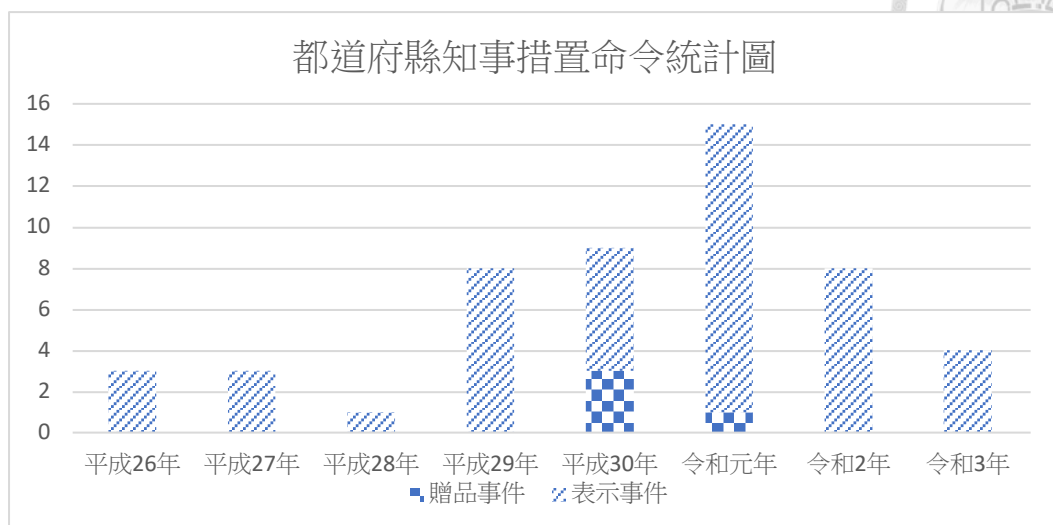
<sup>309</sup>消費者廳，「令和3年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 5-6，[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_220526\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_220526_01.pdf)（最後瀏覽日期：2022/6/10）。

<sup>310</sup>不当景品類及び不当表示防止法施行令（平成 21 年政令第 218 号）。前身為：「不当景品類及び不当表示防止法第十二条第一項及び第二項の規定による権限の委任に関する政令」。

<sup>311</sup>消費者廳，前掲註 305（平成 29 年報告），頁 50-51；前掲註 306（平成 30 年報告），頁 52-54；令和元年報告，前掲註 307，頁 6, 48-53。



圖 1：都道府縣知事措置命令統計圖<sup>312</sup>



### 第三項 公平競爭規約制度

有鑑於不當表示行為及不當贈品贈獎提供行為與事業的販賣活動息息相關，發生頻率高，且各個產業特性不同，光以中央及地方行政機關進行一般性、抽象的規制並不足夠，故贈品表示法第 4 章（第 31 條以下）規定公正競爭規約制度<sup>313</sup>。令業界根據贈品表示法之規定，就個別商品或服務設定業界自主規則。該規約作為商業慣習之明文化<sup>314</sup>，於主管機關執法時通常會參考各規約以解釋適用贈品表示法之規定<sup>315</sup>，且遵守規約之行為排除獨占禁止法之適用（贈品表示法第 31 條第 5 項）。

<sup>312</sup>本圖表由作者自消費者廳網站各年度贈品表示法運用報告統計而得，資料來源：平成 26 年資料，消費者廳，前掲註 302，頁 5；平成 27 年資料，前掲註 303，頁 4-5；平成 28 年資料，前掲註 304，頁 5-6；平成 29 年資料，前掲註 305，頁 6, 50-51；平成 30 年資料，前掲註 306，頁 6, 52-54；令和元年資料，前掲註 307，頁 6, 48-53；令和 2 年資料，前掲註 308，頁 7, 50-54；令和 3 年資料，前掲註 309，頁 8, 52-53。

<sup>313</sup>參川井克倭、地頭所五男，前掲註 183，頁 307；消費者廳，よくわかる景品表示法と公正競争規約（平成 30 年 3 月改訂），頁 10。

<sup>314</sup>消費者廳網站，公正競争規約が設定されている業種，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/fair\\_competition\\_code/industries/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/fair_competition_code/industries/)（最後瀏覽日期：2021/4/20）。

<sup>315</sup>遵照規約而為的行為被認定為符合商業慣習；相反的，若違反規約則有被認定違反商業慣習而受規制的可能。參余適霖，前掲註 193，頁 140-141；堀江明子，前掲註 89，頁 171。



贈品表示法第 31 條第 1 項規定<sup>316</sup>：「事業或事業團體應根據內閣府令規定，就關於贈品類或表示相關事項，受總理大臣及公平交易委員會認定後，得為防止不當引誘顧客、確保消費者自主合理選擇及確保事業間公平競爭而締結協定或規約。變更該協定或規約時亦同。」。

截至 2020 年 6 月 24 日為止，共有 102 件公平競爭規約存在，其中關於不當表示者有 6 件，關於不當贈品者則有 37 件（食品 11 件、酒類 7 件及其他 19 件）<sup>317</sup>。

#### 第四款 小結

綜觀日本法制上對於提供不當贈品贈獎之行為的規範，其特點在於由主管機關發布之行政規則繁複詳盡，另外從修正脈絡可看出隨著經濟社會發展及來自外國之壓力，法制由嚴格轉向放寬之趨勢。

在實務執行上，自 2014 年至 2021 年止，以贈品贈獎表示上的欺瞞行為為大宗，對不當提供贈品贈獎行為所作成之措施命令（行政處分）僅有地方政府做成 4 件而已，在日本法上，不當提供贈品贈獎行為之規範是否已淪為廢文？或係由於規定明確而容易加以避免？日本法上關於提供贈品或贈獎相關規定是否會繼續放寬而走向刪除，抑或是隨經濟社會發展轉而加強管制，尚有待後續觀察。

---

<sup>316</sup>第三十一条 事業者又は事業者団体は、内閣府令で定めるところにより、景品類又は表示に関する事項について、内閣総理大臣及び公正取引委員会の認定を受けて、不当な顧客の誘引を防止し、一般消費者による自主かつ合理的な選択及び事業者間の公正な競争を確保するための協定又は規約を締結し、又は設定することができる。これを変更しようとするときも、同様とする。

<sup>317</sup> 消費者廳網站，公正競爭規約が設定されている業種，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/fair\\_competition\\_code/industries/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/fair_competition_code/industries/)（最後瀏覽日期：2021/4/20）。

## 第二節 美國法上就不當贈品贈獎行為之管制



### 第一款 緒論

美國法上對於不公平競爭行為，不若我國擁有一部專門管制的公平交易法，並由公平交易委員會專責管轄，而係透過多重規範、不同管轄機關進行管制，包括聯邦法令中之聯邦交易委員會法（Federal Trade Commission Act）與蘭哈姆商標法（Lanham Trade-Mark Act；Lanham Act）；州法如統一欺罔交易行為法（Uniform Deceptive Trade Practice Act）等。

其中，以聯邦交易委員會法第 5 條（a）項作為主要規範不公平競爭行為之規定，同法條項（1）款規定：「商業上或影響商業之不公平競爭方法及不公平、欺罔行為或慣行，視為非法<sup>318</sup>。」，而就是否構成不公平競爭行為由聯邦交易委員會專責認定（同條項（2）款）。

聯邦交易委員會法之立法目的在於保護市場中之競爭關係及消費者利益<sup>319</sup>，具有多重功能。聯邦交易委員會之權限包含：得就不公平及欺罔行為或手段定義並發布交易規則，並就個人違反其所禁止之不公平競爭行為或手段於聯邦高等法院請求最高可高達一萬美元之民事處罰。

不公平競爭方法包含直接或潛在違反反托拉斯法規定、違反反托拉斯法之政策或精神、違反普遍承認之公平商業行為標準或違反聯邦交易委員會認定之公共政策<sup>320</sup>。此外，由於聯邦交易委員會法規定較為概括，解釋時需一併考慮休曼法

<sup>318</sup> 原文為：Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful. 中譯參李欽賢（計劃主持）；林秀雄、高義芳（研究）（1994），《制定贈品及折扣法規之研究》，頁 5，臺北市：行政院公平交易委員會八十一年度合作研究計畫六。

<sup>319</sup> 聯邦交易委員會法之保護對象，向來認為僅有市場中之競爭關係，於 FTC v. R.F. Keppel Bro., Inc. 291 U.S. 304(1934)案及 1938 年 Wheeler-Lea 修正案提出後，擴大及於消費者保護。參林佳怡，前揭註 12，頁 48-50。

<sup>320</sup> 劉孔中（1995），〈美國聯邦交易委員會法第五條之研究〉，《人文及社會科學集刊》，第 7 卷第

(Sherman Antitrust Act)<sup>321</sup>及克萊登法 (Clayton Act)<sup>322</sup>之相關規定。



## 第二款 美國法上對於贈品及贈獎行為之管制

### 第一項 贈品行為

美國法上對於贈品行為之管制抱持較寬鬆態度，其認為如若贈品之提供為真實而無欺瞞存在，則自競爭政策而言，該贈品之提供可推翻既存競爭狀態，活躍競爭，並可提高事業效率，有助於降低商品價格並提高消費者福利<sup>323</sup>。於高額之贈品提供行為，美國法上不認為其該當不當利誘消費者，縱使係超除成本之促銷，仍屬市場自由競爭下之結果，並非違法行為<sup>324</sup>。

美國聯邦交易委員會法及各州州法僅就贈品安全、郵寄管制、贈品標示上的誤導（如標示「免費」，實際上卻須附加條件，並非真正免費提供<sup>325</sup>）等方面進行管制。

#### 第一目 贈品安全

就以兒童為客群的商品且含贈品在內，美國消費品安全委員會（The Consumer Products Safety Commission）就商品之設計語提供上設有特別限制，如禁止提供以避免孩童受傷、吞食等<sup>326</sup>。

---

1 期，頁 165-169。

<sup>321</sup> 15 U.S.C. §§1-7.

<sup>322</sup> 15 U.S.C. §§12-27.

<sup>323</sup> 陳美卿，前揭註 148，頁 19-20。OECD（1977），Premium Offers and Similar Marketing Practices.

<sup>324</sup> 林佳怡，前揭註 12，頁 59。

<sup>325</sup> 16 C.F.R. <section> 251.又可參行政院公平交易委員會，八十一年度委託研究計畫六，制定贈品及折扣法規之研究，民國 83 年 4 月，頁 14-15，附條件提供免費物品或服務構成違法者可分為四種類型：未充分開示與免費用語具有密切關係之條件、條件雖已充分開示但為獲得「免費」之物品而抬高應購入商品價格、條件雖已充分開示但應購入之商品品質低下、條件雖已充分開示但應購入商品之數量或尺寸減少。

<sup>326</sup> 16 C.F.R. <section> 1500.18.

## 第二目 郵寄管制<sup>327</sup>

除跨州運送外，否則賣方須在三十日內寄送贈品或通知買方得取消訂單並且及時退款。

於 U.S. v. Deer Creek Products, Inc.<sup>328</sup>一案中，Deer Creek Products 公司錯誤預估運送期間，且沒有令消費者取消訂單即退款，違反郵寄管制。

## 第三目 「免費」標示限制

於廣告中使用「免費」或類似之陳述，容易吸引消費者之注意<sup>329</sup>。為了防止消費者被「免費」用詞所誤導，如忽略其他條件限制、價格膨脹等事實上並非真正免費提供之情形，美國法規定廣告及其他促銷類型應設立清楚而明顯的使用限制與條件<sup>330</sup>。

聯邦交易委員會 1971 年公布「使用免費(Free)一詞及類似之標示有關指南 (Guide Concerning Use of the Word “Free” and Similar Representations)<sup>331</sup>」，要求免費之標示與真實一致，並要求開示免費提供之內容及條件。重視對於贈品提供重要資訊之揭露，而對於免費提供贈品促銷行為本身寬鬆規制。

<sup>327</sup> 16 C.F.R. <section> 435.2.

<sup>328</sup> United States v. Deer Creek Products, Inc., No. 03-61592-CIV (S.D. Fla. Aug. 19, 2003).

<sup>329</sup> Kristina Shampanier, Nina Mazar & Dan Ariely (2007), Zero as a special price: The true value of free products, 26 ZERO AS A SPECIAL PRICE: THE TRUE VALUE OF FREE PRODUCTS 6. 行為經濟學家以實驗證明在價格為零時，會對消費者需求有重大影響，人對標示「免費」之商品具有偏好取向，該現象又稱為「零元效應」。

<sup>330</sup> 16 C.F.R. Part 251 - GUIDE CONCERNING USE OF THE WORD “FREE” AND SIMILAR REPRESENTATIONS.

<sup>331</sup> Guide Concerning Use of the Word “Free” and Similar Representations, 16 C.F.R. Part 251, available at: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/guide-concerning-use-word-free-similar-representations> .(last visited on 2022/3/14)

## 第二項 贈獎行為

### 第一目 樂透彩券



贈獎行為方面，美國法上（包含聯邦法以及各州州法）禁止賭博和私人舉行樂透（lottery），在 American Broadcasting Company 一案<sup>332</sup>中確立了樂透成立之三要素：舉凡獎品（prize）的獲得係根據運氣偶然決定（by chance）且有對價存在（consideration）時，即被認定為犯罪行為<sup>333</sup>。

其中，獎品可能為任何有價值之物，包含現金、商品、進行免費娛樂之權利或退還全部或部分款項<sup>334</sup>；運氣則指係以機率或偶然決定結果，而非根據參加者之技巧取得獎品；而對價之定義廣泛，除金錢一定係屬對價外，其他非金錢者，如勞力時間等是否屬對價，在各州有所不同<sup>335</sup>，但大多數法院認為該對價須可加以量化為金錢或至少係屬經濟上價值<sup>336</sup>，附帶費用或為了加入樂透活動所為之麻煩行為不包含在對價之內<sup>337</sup>。

就樂透彩券之案例，可見 R.F. Keppel & Bros., Inc. v. FTC 一案<sup>338</sup>，在本案中，Keppel & Bros., Inc 為糖果公司，其在個別糖果中以一定預選數目之糖果得獲得第二顆糖果或獎品之方式進行促銷，美國聯邦交易委員會認為 Keppel & Bros., Inc.之販售方法係利用抽籤或偶然機會引發兒童僥倖心理違反公共政策而對該公司頒布禁止命令。由於在許多州禁止賭博或私人樂透行為，多數競爭者為了守法而在競爭上居於劣勢，或有競爭者為了保持競爭而同樣使用該種方法，原

<sup>332</sup> FCC v. American Broadcasting Co., Inc., 347 U.S. 284 (1954).

<sup>333</sup> 18 U.S. Code § 1301-1306.

<sup>334</sup> 林佳怡，前揭註 12，頁 62。Richard J. Wegener, Product Distribution and Marketing: Promotion Law Primer, SK068 ALI-ABA 1305 (2005), at 1310.

<sup>335</sup> Seattle Times Co. v. Tielsch, 495 P.2d 1366, at 1369 (Wash. 1972).

<sup>336</sup> R. M. Weddle, Promotion schemes of retail stores as criminal offense under antigambling laws, 29 A.L.R.3d 888, <section>2[a].

<sup>337</sup> CUDD ET AL v. ASCHENBRENNER, 377 P.2d 150 Or. 272 (1962).

<sup>338</sup> FTC v. R. F. Keppel & Bro., Inc., 291 U.S. 304 (1934).

審第三巡迴上訴法院則認為因任何人都可以使用此種方法，競爭不會受到妨礙，亦無競爭者受害，且此種方法並無無欺罔消費者不構成不公正競爭方法，惟最高法院認為強制採用道義上值得非難之競爭方法即含有不公正之要素<sup>339</sup>。

## 第二目 競賽與免費抽獎

由於以購買作為前提（附隨於商品或服務之交易）之本文所稱「贈獎行為」，在美國係屬違法行為，故商業上多以技巧或能力取得獎品之競賽（contest; Games of chance）或非以對價為取得獎品前提條件之免費抽獎（sweepstakes）取代之而為促銷。

如若該促銷活動獎品之取得包含運氣以及技巧，其屬於違法之樂透彩券或合法之競賽活動即成為問題，對此問題，多數州以及美國聯邦政府採取優勢標準（Predominance Test）<sup>340</sup>，視該促銷活動取得獎品係以運氣或技巧占優勢而定，若以運氣占優勢，則為樂透，反之則為競賽。

就免費抽獎之案例，如 1971 年 Reader's Digest sweepstakes promotion<sup>341</sup> 一案中，讀者文摘就免費抽獎活動實際上所頒發之獎品數量與廣告中不一致，且未揭露獲獎之全部情況，並且該活動中所給予之模擬支票（simulated checks）、金錢及模擬新車證書（simulated 'New Car Certificates'）等不可兌現、贖回或交換，而被聯邦交易委員會認定違法。

而對於該些競賽以及免費抽獎活動，則從資訊公開、不得有廣告不實為中心加以規範，如要求對於獎品數量、中獎機率、實施地域、參與事業、活動期間等對事業課以說明義務<sup>342</sup>。舉例而言，美國聯邦交易委員會於 1969 年頒布「關於

<sup>339</sup> 李欽賢（計劃主持）；林秀雄、高義芳（研究），前揭註 318，頁 15-16。

<sup>340</sup> See *Las Vegas Hacienda, Inc. v. Gibson*, 77 Nev. 25, 359 P.2d 85, 86-87 (1961).

<sup>341</sup> *United States v. Reader's Digest Ass'n, Inc.*, 662 F.2d 955 (3d Cir. 1981).

<sup>342</sup> 原一弘（1995），〈海外主要国における景品規制について（景品規制の見直しと今後の方向〈特集〉〉〉，《公正取引》，536 期，頁 16-17。

幸運競賽在食品零售商及石油工業之貿易管理規則（Trade Regulation Rule Relating to Games of Chance in the Food Retailing and Gasoline Industries）」中，要求事業揭露所有獎品之描述以及各個獲獎者<sup>343</sup>。



### 第三款 小結

綜上所述，在美國法上，高額贈品行為係市場自由競爭之一環，僅就安全、郵寄及標示上的誤導行為進行規範；而贈獎行為（樂透行為）則不論贈獎之獎項金額高低是否恰當，一概受聯邦法律以及各州州法所禁止，並無本文所要討論之「不當贈品贈獎行為」存在。

而關於贈品贈獎促銷行為，美國上係以公共政策考量來作為禁止之原因，而非針對贈品贈獎價值本身是否產生利誘<sup>344</sup>而禁止。

---

<sup>343</sup> EARL W. KINTNER(1971), A PRIMER ON THE LAW OF DECEPTIVE PRACTICES : A GUIDE FOR BUSINESS / EARL W. KINTNER. 201-223 (Macmillan.).

<sup>344</sup>林佳怡，前揭註 12，頁 78。

# 第五章 我國競爭法對於廣告及贈品贈獎行為之規範



前二章述及美日競爭法中對於廣告及贈品贈獎促銷行為之相關規範，而本章欲敘述我國競爭法即公平交易法係如何規範廣告及贈品贈獎行為，並提出本文對該些規範之想法。

公平交易法對於不實廣告之規範規定於本法第 21 條，而就贈品贈獎行為則規定於第 23 條，二條皆置於本法第三章「不公平競爭」之中。

在美國及日本競爭法，皆將限制競爭行為與不公平競爭行為分別置於不同法律之中，不同之立法模式是否會影響對不實廣告及贈品贈獎行為規範之解釋？

## 第一節 競爭法之立法體例

為維護公平之交易秩序、促進市場之機能，必須確保營業競爭行為之自由與公平：其中，為確保營業競爭行為之自由，消弭對競爭之不當人為限制，須對限制競爭行為予以管制；而為確保競爭行為之正當，手段上符合商業上之倫理，須對不公平競爭行為加以取締<sup>345</sup>。

各國競爭法之立法體例，大致可分為分別立法、統一立法及分散立法三種，分述如下：

### 第一款 分別立法

所謂分別立法係指在立法政策上將限制競爭行為與不公平競爭行為二者分立於兩部法典，如德國、日本、韓國等。

德國將限制競爭行為歸於限制競爭防止法（Gesetz gegen

<sup>345</sup>賴源河編審，前揭註 10，頁 85。



Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) 管制法強調事業不應阻礙、限制或扭曲競爭，不公平競爭行為則以不正當競爭防制法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) 規範。其中，不正當競爭防制法中不公平競爭之類型本文分類如下：(1) 對競爭者進行誹謗、損害其商譽之行為、(2) 模仿他競爭者商品或服務之行為、(3) 足以影響消費者或其他市場參與者交易決定之侵略性交易行為、(4) 引人錯誤之交易行為、(5) 不正當之比較廣告 (包含不客觀之比較、不同需求或目的之商品或服務間之比較等)、(6) 不合理之煩擾、攀談。

另外，在日本，以禁止私的獨占及確保公正交易之法律 (獨占禁止法) 規範限制競爭行為，不正競爭防止法則規範「不公平競爭」，並以該法第 2 條對何謂「不公平競爭行為」加以定義，共有 15 款行為態樣，本文認為可將該 15 款行為態樣分類為下列六種：(1) 仿冒競爭者之商業表徵或商業形態 (2) 以不當手段取得、使用或揭露競爭者之營業秘密 (3) 利用或利用他人之技術性限制手段或有該等效果之裝置限制影音觀賞、程式執行之行為 (4) 以取得不當利益或損害他人為目的，使用他人相同或類似商品表徵或域名之行為 (5) 使人誤認之行為 (6) 損害競爭者營業上信用之行為。

## 第二款 統一立法

除防止市場競爭受到限制外，亦有產生同時強調競爭公平性，自消費者角度評價個別競爭行為公正與否，統合自由競爭、公平競爭、保護消費者等觀念之立法趨勢<sup>346</sup>。

如立法體例上將限制競爭行為與不公平競爭行為融合於同一部法典規範者，包含我國公平交易法、南韓於 1980 年公平交易法、加拿大競爭法 (The Competition Act)、南斯拉夫之「防止不正當競爭和壟斷協議法 (the Suppression of Unfair

<sup>346</sup>蘇永欽 (1988)，〈關於防止限制競爭立法的基本問題〉，氏著，《民法經濟法論文集 (一)》，頁 354，三民書局；蘇永欽，前揭註 11，頁 55-86。

Competition and Monopolistic Agreement)」、以及匈牙利「禁止不公平市場行為和限制競爭法 (Act on The Prohibition of Unfair Marketing and Resitricitiv of Compeition)」<sup>347</sup>。



另外，北歐各國以消費者利益為中心整合國家、企業、消費者利益各種市場行為規範，以市場法作為限制競爭法、不正競爭法及消費者保護法的上位概念<sup>348</sup>，雖然仍然保留各部法典（分別立法），但程序上將之整合，如瑞典以市場法院審理所有「市場法」相關案件<sup>349</sup>。其中，冰島重新訂立競爭法，將限制競爭、不公平競爭及消費者保護法律全部納入其中<sup>350</sup>。

我國公平交易法自廖義男草案以來，有鑒於該時社會現狀，認為不公平競爭行為與限制競爭行為二者不可偏廢，故將二類行為融合於一法加以規範<sup>351</sup>，爾後之經濟部、行政院草案、現行法均維持該架構不變。

### 第三款 分散立法

將限制競爭行為及不公平競爭行為分散於一系列分立之多部法規規範者，最具代表性者為美國。

美國之競爭法規主要可見 1914 年制定之聯邦交易委員會法 (Federal Trade Commission Act)<sup>352</sup>、1890 年制定之休曼反托拉斯法 (Sherman Antitrust Law)

<sup>347</sup> 匈牙利於 1990 制定《禁止不公平市場行為法》(The Prohibition Against Unfair Marketing Act)，於 1996 年修改為《禁止不公平市場行為和限制競爭法》(Act on The Prohibition of Unfair Marketing and the Resitricitiv of Competition)。

<sup>348</sup> 蘇永欽，前揭註 11，頁 81-82。

<sup>349</sup> 賴源河編審，前揭註 10，頁 25。

<sup>350</sup> 賴源河編審，前揭註 10，頁 25；蘇永欽 (1988)，〈論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察〉，氏著，《民法經濟法論文集 (一)》，頁 425，三民書局。

<sup>351</sup> 廖義男，前揭註 8，頁 18。

<sup>352</sup> 15 U.S. Code § 41-58，中譯本可參公平交易委員會網站，聯邦交易委員會法 (2011 年委託翻譯)，<https://www.ftc.gov.tw/upload/2ad8329e-c0f3-4e36-b6e9-5b7af2b12f88.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。

353、1914 年制定之克萊登法（Clayton Antitrust Act）<sup>354</sup>及 1936 年制定之羅賓遜-帕特曼法（Robinson-Patman Act）<sup>355</sup>。其中休曼法主要規範事業之獨占、聯合等限制競爭行為；聯邦交易委員會法強化了休曼法的執行；克萊登法則主要規範結合行為，預防大型事業收購小事業以致市場經濟力量過於集中而形成獨占；羅賓遜-帕特曼法則在處理差別定價、不公平競爭方法等<sup>356</sup>。將限制競爭行為與不公平競爭行為之各種態樣分散規定於各該法規之中。

#### 第四款 我國公平交易法之特殊性

由於限制競爭行為與不公平競爭行為二者規範目的、本質並不相同，故在各國競爭法立法體例上多分由二部法律或體系架構加以規範，我國公平交易法於 1991 年制定通過，將不公平競爭行為與限制競爭統一立法，具有體例上之特殊性。

此種規範方法將本質上屬於事業間的侵權行為之不公平競爭行為得交由民刑事法院裁判之事交由行政機關（我國公平交易法管轄機關係作為獨立機關之公平交易委員會）管轄，且由於公平交易委員會對於二種行為均有監督責任，使得公平會十餘年來對不公平競爭著力過多，分散應對於限制競爭行為應有之注意程度，在權限劃分上有所疑慮<sup>357</sup>；且我國公平交易在執行程序上並未由同一機關做最後決定，可能產生意見分歧<sup>358</sup>；或者因二種類型行為之規範目的不同，在同一

<sup>353</sup> 15 U.S. Code §1-7，中譯本可參公平交易委員會網站，休曼反托拉斯法，<https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ac84-cfd811820488.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

<sup>354</sup> 15 U.S.C. §12-27，中譯本可參公平交易委員會網站，克萊登法（2003 年委託翻譯），<https://www.ftc.gov.tw/upload/d098b7df-d090-4548-96b7-1901b7dc8b18.pdf>（最後瀏覽日期：2021/10/16）。

<sup>355</sup> 15 U.S.C. §13.

<sup>356</sup> 行政院公平交易委員會編著（2010），《競爭政策白皮書：96 至 98 年施政主軸專案計畫》，初版，頁 22-23，臺北市：行政院公平交易委員會。

<sup>357</sup> 廖義男等，注釋研究系列（一），頁 28。

<sup>358</sup> 賴源河編審，前揭註 10，頁 34。

部法規中產生同一用語解釋上之困難等問題存在。

如我國公平交易法第 4 條規定：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」，學者多將該條所定義之競爭劃入效能競爭之範圍內，即以較低之價格、較高之品質或較周全的服務爭取競爭<sup>359</sup>。又按效能競爭文義上似僅述及競爭手段管制之不公平競爭行為，有未及於限制競爭之虞。

然而，如前述德國效能競爭發展<sup>360</sup>，由於限制競爭行為和不公平競爭行為本質上具有共通之特性，且二者之間法理得交錯競合之處，公正競爭與自由競爭互為前提，均為市場競爭而制定，是效能競爭之概念亦得作為減損競爭的類型之一適用於限制競爭行為。

由於不公平競爭行為與限制競爭行為二者實為一體兩面、相輔相成，解釋適用上均須斟酌、交錯適用自由競爭法與公平競爭法之內涵、精神<sup>361</sup>，以維繫市場經濟公平有效運作以使營業自由、競爭自由、消費者選擇自由、社會福利等均受保護。是本文認為我國公平交易法將不公平競爭行為與公平競爭行為統一立法有其道理，解釋上亦應如此<sup>362</sup>，且此種立法體例得以在一次立法程序中簡速達成兩種法律目的，具有其積極意義存在<sup>363</sup>。

雖然該二種行為彼此之間相輔相成，然則對於廣告以及贈品贈獎之規範，仍偏向於對於該行為本身是否合乎商業倫理、競爭本旨之「不公平競爭」問題，而與著重於結構面管制之「限制競爭」較無關聯。也正因如此，公平交易法將該二行銷行為之規範置於不公平競爭之章節。

<sup>359</sup> 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），2015 年 3 月，元照出版，頁 218。

<sup>360</sup> 參本文第二章第一節第二款第二項之內容。

<sup>361</sup> 王志誠（1997），〈大陸與臺灣競爭法之比較分析〉，賴源河教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，《財經法專論》，頁 268，五南圖書出版公司。

<sup>362</sup> 賴源河編審，前揭註 10，頁 85。

<sup>363</sup> 參本文第二章第一節第二款第二項之內容。

然而，產生一疑問——不公平競爭行為本質上係一種特殊的侵權行為關係，是否應在民事法院對雙方當事人之紛爭加以解決，而非由作為行政機關之公平交易委員會加以處理？

對此，本文認為不公平競爭行為亦涉及消費者保護之問題，則若由行政機關加以處理，則得達到不若民事程序耗時長而簡速、便捷之效果，對於消費者保護更為周全，由公平會對該些行為執行不無道理存在。

其中，或有公平交易委員會處理過多不公平競爭行為事件，而排擠處理限制競爭行為資源之疑慮，惟本文認為不公平競爭與限制競爭二者相輔相成、缺一不可，以資源排擠作為不予管制的理由，似乎有點欠缺正當性，且市場上若有事業為不公平競爭行為即會擠壓他事業競爭空間，仍應屬公平交易法之執法範圍之中。

## 第二節 我國競爭法對不實廣告之管制

就我國廣告法制，學者有將其立法模式簡括分為三類<sup>364</sup>：一、一般管制規範：從特定法益角度進行概括式立法，如公平交易法、消費者保護法；二、特種管制規範：自特定商品或服務之專業法規中規範特定商品或服務之不實廣告，如藥事法、醫療法等；第三類則係依照廣告出現之媒體立法，規範傳播媒體，如廣播電視法、有線電視法。

由於本文集中討論競爭法之部分，故在此僅就公平交易法之規定進行說明，而不討論各產業法、專業法規、消費者保護法等規範。

---

<sup>364</sup>廖義男（1996），《監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究》，頁 220-229，行政院消費者保護委員會編印；方華香（2005），《論網路不實廣告之法律責任：以公平交易法與消費者保護法為中心》，頁 1，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文。

## 第一款 不實廣告之要件



為了維護競爭秩序與保護消費者，事業所為之廣告應符合真實原則，若該廣告內容背離真實、引人錯誤、損害同業競爭者，則可能違反公平交易法第 19 條第 3 款、第 21 條、第 22 條或第 25 條之規定<sup>365</sup>。

其中，虛偽不實或引人錯誤之廣告規範於公平交易法第 21 條，該法條第 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。」。在無法明確適用該條規定時，可適用同法第 25 條「欺罔」以作補充。

公平交易法第 21 條第 1 項所指稱之「商品」，係指以繼續營利之意思於營業上販賣、運送、輸出、輸入，或得為該些行為之商品而言；若無營利之意思而免費提供者，並非本條項所指之商品<sup>366</sup>。

另外須係「以廣告、商品標示或其他使公眾得知之方法」，關於廣告之解釋，可參詳第三章第一節廣告，公平交易法上並無特別立一何謂廣告之條文，惟自其規範目的，公平交易法第 21 條強調廣告之主要特色在於事業以各種「使公眾得知之方法」提供商品或服務之相關資訊。故解釋上只要係事業以直接或間接傳播方法，使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息，即屬「廣告」<sup>367</sup>。

而所謂表示或表徵，則係指以文字、語言、聲響、圖形、記號、數字、影像、顏色、形狀、動作、物體或其他方式足以表達或傳播具商業價值之訊息或觀念而言<sup>368</sup>。又依照公平交易法第 21 條之立法目的，解釋上除了廣告主「積極提供不

<sup>365</sup>何之邁、劉美琪，前揭註 196，頁 319。

<sup>366</sup>薛銘鴻，前揭註 67，頁 190。

<sup>367</sup>吳秀明、沈麗玉，前揭註 104，頁 261。

<sup>368</sup>曾宜健，前揭註 91，頁 77-78。

實資訊」外，亦包含廣告主消極的「隱匿」或「未揭露」交易相關重要資訊在內<sup>369</sup>。



另外就「虛偽不實」、「引人錯誤」二要件，分別應如何解釋，二者間關係如何？

## 第一項 虛偽不實

所謂「虛偽不實」係指廣告內容與實際之商品或服務客觀上不相符合而言<sup>370</sup>。公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則(下稱二十一條處理原則)第五點亦贊同此種看法，認為虛偽不實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。

## 第二項 引人錯誤

而「引人錯誤」則是指廣告主利用文字、圖片、聲音或影像，以誇張、扭曲事實或遺漏應為陳述之事實等方法，使消費者有陷於錯誤之虞，並足以造成消費者或廣告主同業之損失<sup>371</sup>。

依據二十一條處理原則第六點，引人錯誤係指表示或表徵不論是否與事實相符，而有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定之虞者。

## 第三項 虛偽不實或引人錯誤二者間之關係

學者有認為「虛偽不實」係強調客觀上之不實，而「引人錯誤」則強調引起相關大眾主觀上的錯誤認知<sup>372</sup>；另有認為不論是虛偽不實或引人錯誤皆以須「足

<sup>369</sup>吳秀明、沈麗玉，前揭註 104，頁 262。

<sup>370</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 62。

<sup>371</sup>陳玲玉，前揭註 103，頁 56。

<sup>372</sup>陳櫻琴(2000)，〈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》，第五期，頁 237。

以引起錯誤認知（強調主觀面錯誤認知）為必要者<sup>373</sup>。就「虛偽不實」與「引人錯誤」二者間之關係，可分為獨立概念說及前因後果說二種<sup>374</sup>：



## 第一目 獨立概念說

獨立概念說將「虛偽不實」及「引人錯誤」視為兩個獨立的構成要件，只要該當其一即成立不實廣告，但仍認為二者之間具有重疊之部分<sup>375</sup>。

採獨立概念說者認為，若認為競爭者利益為公平交易法第 21 條之保護法益，則若構成「虛偽不實」即足影響市場秩序，毋需構成「引人錯誤」<sup>376</sup>；若為客觀真實之廣告卻具有引人錯誤之可能，則亦構成「欺罔」須為公平交易法所規範<sup>377</sup>。又法條文字上以「或」連接虛偽不實以及引人錯誤二概念，是僅需擇一即可。

## 第二目 前因後果說

採取此說者認為不實廣告之所欲防範的危險在於是否「引人錯誤」，認為消費者利益亦為公平交易法第 21 條之保護法益，則須有足以引起消費者錯誤之虞，使有規範之必要，客觀上是否絕對真實正確並非規範重點<sup>378</sup>；若廣告非客觀真實但不引人錯誤，僅為一「誇大吹噓」之廣告，不具可罰性<sup>379</sup>。

若強要廣告須與真實為一致，則反而過度抑制商業言論自由，使廣告失去其娛樂、藝術功能<sup>380</sup>。

<sup>373</sup> 方華香，前揭註 364，頁 17。

<sup>374</sup> 方華香，前揭註 364，頁 17-18；黃茂榮（1998 年 7 月），《公平交易法專題研究（二）》，頁 418-419，植根法學叢書；林溢根，前揭註 108，頁 19-22。

<sup>375</sup> K. Tonner Verbraucherschutz im UWG und die UWG-Reform von 1986 NJW 1987 Heft 32 S.1918. 轉引自李介民（1993），交通運輸業與公平交易法，初版，保成文化，頁 110。

<sup>376</sup> 范建德、莊春發（1999），《公平交易法三——不實廣告》，頁 19，三誠堂。

<sup>377</sup> 若此種情況不構成公平交易法第 21 條，則若入同法第 25 條範疇中。

<sup>378</sup> 劉孔中，前揭註 66，頁 229-231。

<sup>379</sup> 周德旺，前揭註 125，頁 206。

<sup>380</sup> 朱鈺洋，前揭註 38，頁 62；賴源河編審，前揭註 10，頁 374。



依照二十一條處理原則第七點，判斷虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵時，均以考量相關交易相對人普通注意力之認知，是否有引起交易相對人錯誤認知或者影響其決定之虞來判斷，依此，則「引人錯誤」、「虛偽不實」均以公平交易法第 25 條「欺罔」為共同的上位規範，只是在商品或服務之標示或廣告的具體例示而已<sup>381</sup>。

### 第三目 本文見解

按廣告之功能在於其作為提供資訊之手段，消費者以該資訊作為選擇商品或服務之判斷，如若該資訊為錯誤、誤導，則該功能無法實現而不利於消費者，亦因此影響市場自由公平競爭秩序。

依此，本文認為規範廣告之重點應是資訊傳達是否受阻礙，即是否構成「引人錯誤」，即以是否有影響交易相對人主觀上錯誤認知之可能為要，客觀上是否真實並非所問，而應採取所謂前因後果說。

則另外就不實廣告中參與之薦證者責任，我國目前公平交易法第 21 條第 5 項及第 6 項將薦證者以身份區別責任輕重：如若係公眾知名人物，在明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞時而仍為薦證，與廣告主負連帶損害賠償責任；但廣告薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構，僅於受廣告主報酬十倍之範圍內，與廣告主負連帶損害賠償責任並無道理存在。本文認為無論薦證者身份為何，消費者之認知錯誤並不存在程度區隔，只要該薦證者明知或可得而知其所薦證者為虛偽不實或引人錯誤之廣告內容無需區辨身份，應負相同之責任。

另外，由於薦證者若未公開其與廣告主間之利益關聯，亦會影響資訊之傳達，亦屬不實廣告之一種類型，本文認為應就揭露二者間利益關聯進行規範。

---

<sup>381</sup>劉孔中，前揭註 66，頁 229-231。

## 第二款 是否構成不實廣告之判斷原則



若一味追求廣告需達真實、事事均加以揭露，則廣告無法發揮其娛樂性、藝術性功能，甚而有侵害言論自由之虞，是如何在創意之發揮與不實廣告而生之損害間取得平衡，判斷那些不實廣告應加以規範，判斷原則相當重要。

參二十一條處理原則第 7 點及第 8 點，我國公平交易委員會對於不實廣告之判斷與美國法上相同，係採取相關消費者施以普通注意力原則、通體觀察及主要部分原則以及異時異地隔離觀察原則。

按要使廣告主對其廣告引人錯誤加以負責，須該廣告主具有故意或過失為之，即具有主觀上之惡性加以處罰，且須證明消費者之損害係因信賴廣告主之陳述而生，且其他理性之消費者在相同情形亦會陷於錯誤<sup>382</sup>。不實廣告之判斷係以一般消費者施以普通注意力為原則，而該一般消費者指依照一般交易觀念，通常可能消費該項商品或服務之消費者而言<sup>383</sup>，惟本文認為應以「相關消費者」或「潛在消費者」之用詞為當，區別個案消費者族群形象。而依照消費者族群不同，男女老幼、知識能力等不同客群之注意力有所差異，如文具、玩具類應區分其通常係由成人或孩童自行購買，運用不同注意力標準<sup>384</sup>。

我國學者有認為我國消費者可能較符合德國早期對於消費者之指導形象，即認為消費者係為弱勢、接近輕度白痴、未成年而需要廣泛的輔導才能對抗最小的引人錯誤廣告<sup>385</sup>。惟本文認為並非如此，現今社會來到網路時代，資訊豐沛，是消費者具有一定的查證能力，似乎並不需要如以往過度保護，且由於消費者之形象會因商品性質而有所不同，是在執法上本文認為應係先建立個案消費者形象何

<sup>382</sup>林溢根，前揭註 108，頁 74。

<sup>383</sup>周德旺，前揭註 125，頁 210。

<sup>384</sup>朱鈺洋，前揭註 38，頁 65；徐火明（1992），《從美德與我國法律論商標之註冊》，頁 210，瑞興圖書股份有限公司。

<sup>385</sup>劉孔中，前揭註 66，頁 233。

如，再以其為標準，有一定比例之該類族群會對系爭廣告表示加以誤認即認定該廣告是否有引人誤認之虞，而該消費者形象應如何建立，本文認為可以如公平會成立初期「92 超級汽、機車暨摩登商品展」案<sup>386</sup>中，公平會曾以派員實地探訪該展覽並詢問參觀大眾該些廣告是否引人誤認或利用市場調查、依照公平交易法第 27 條第 1 項第 2 目要求事業提供產品開發企劃書等必要之資料或證物分析個案消費者族群<sup>387</sup>。

本文認為應就商品別之不同，依據其客群建立消費者形象，而後判定該廣告是否引起消費者誤認，尤其在醫藥美容、瘦身相關產品，由於購買此類商品之消費者，通常注意自身不足處、缺乏自信，故受混淆誤認的可能性較高，應在判斷之時加以參酌考慮。反之，若該等商品之消費族群為專業人士等群體，則其受混淆誤認可能標準則得加以調高。

如 NLP 講座案<sup>388</sup>中，被處分人被檢舉於 ACCUPASS 網站刊登「NLP 極速—記憶學」、「NLP 魔幻魅力術」、「NLP 掌握人心—心錨術」等講座活動廣告，並宣稱講師為臺灣大學博士、臺灣記憶力比賽冠軍、美國 NGH 高階催眠師等，但實際上並無該些學歷、證照，是廣告表示與事實不符而違反公平交易法第 21 條規；又於 3D 按摩甩脂機案<sup>389</sup>中，廣告主宣稱、「脂肪燃燒」、「脂肪打碎」、「燃燒脂肪」等語卻無實證依據，故受處分。雖然本文贊同該些案件之結論，惟認為公平會得於處分書中描繪消費者形象何如，如參與該類活動之消費者多係欲尋求自身魅力、認定其聊天技術不佳而缺乏自信等之消費者形象，以之為判斷混淆誤

<sup>386</sup> 公平交易委員會（81）公處字第 1 號。

<sup>387</sup> 有同本文見解認為應先了解潛在消費者組成，並以此為「理性消費者標準」者，並認應輔以市場區域、時間等商品有關交易圈因素判斷受害機會較高階層之消費者，並以之為一般消費者注意力認定標準。參林溢根，前揭註 108，頁 78-79；朱鈺洋，前揭註 38，頁 65。

<sup>388</sup> 公平交易委員會公處字第 106116 號參照。NLP (Neuro-Linguistic Programming)，中文譯為身心語言程式學，是一套以「科學」自居，聲稱能在短時間內轉變人的思想、情緒、行為的技巧。參樹洞香港，NLP 課程真的有用嗎？你要知道 NLP 絕不是心理學，<https://treehole.hk/pseudoscience/nlp-%E8%AA%B2%E7%A8%8B/>（最後瀏覽日期：2022/4/18）。

<sup>389</sup> 公平交易委員會公處字第 106089 號。

認之虞之判準。

於「新潤峰采」建案廣告案<sup>390</sup>中，則對消費者形象描繪較多，如「因一般消費大眾尚不具建築法令之專業知識，無從知悉倘按廣告將虛線部分原陽台空間變更為室內空間使用，將違反建管法規」、「按房屋交易特性，一般潛在交易相對人常依憑廣告以認識所購建物之外觀、室內空間配置等內容，並據為是否交易之參考，而是否違建因涉及建築相關法令之解釋及認定，非一般不具該等專業知識之相關大眾於閱覽廣告時所得判斷，一般潛在交易相對人更無從知悉按廣告所載用途將原為陽台空間變更為室內空間使用，將違反建管法規，而有遭行政懲處等風險」。

而就該廣告使多少比例之消費者混淆誤認為具有混淆誤認之虞的判準，本文檢索自 2017 年起自 2022 年 4 月 14 日止之公平會處分案並未見有詳加說明，而有學者整理在德國約以 10%、美國約以 10%至 15%，而我國以 10 至 15%且依據行為涉及法益輕重加以調整<sup>391</sup>，由於若廣告具有混淆誤認之虞，能夠最快排除、以最低成本排除違法行為者為廣告主，故本文認為該比例 10%至 15%為恰當。

### 第三款 構成不實廣告之責任

不實廣告依據行為主體不同，負擔不同責任。其中廣告主須負行政責任以及民事賠償責任，廣告代理業、廣告媒體業及廣告薦證者若明知或可得而知該廣告有引人錯誤之虞時負擔民事賠償責任。

而所謂「廣告主」，係指為自己利益之計算，為了促銷商品或服務而出資製作及決定廣告內容，並散發使用之事業<sup>392</sup>。但在實務上，亦有將受委託製作廣告之廣告企劃公司、或經銷商、代銷商與對該廣告內容有監督及權限之提供該商品

<sup>390</sup> 公平交易委員會公處字第 106075 號。

<sup>391</sup> 劉孔中，前揭註 66，頁 178-179。

<sup>392</sup> 廖義男，前揭註 8，頁 543。

或服務之事業併同認定為廣告主者<sup>393</sup>。



## 第一項 行政責任

參照公平交易法第 42 條<sup>394</sup>，對於損害市場公平競爭秩序之不實廣告行為，法律賦予主管機關對為不實廣告行為之事業依法命改正、停止及處分之權力。公平交易委員會得通知該事業改正、或為命改正、停止、刊登更正廣告<sup>395</sup>、收回商品之行政處分，並得連續處以罰鍰。

其中，更正廣告命令係廣告主另為一真實廣告，以完全消除不實廣告之影響而言；改正命令則係主管機關認定該不實廣告尚未嚴重影響市場競爭秩序惟如繼續發展有造成合理的市場競爭秩序受破壞之虞時命廣告主就原內容加以修正<sup>396</sup>，二者得加以區辨。

雖本條未將廣告代理業者、媒體業者以及廣告薦證者納入須付行政責任之範圍內，惟實務上得透過擴張廣告主之範圍，即將具有事實上管領權限，決定或監督廣告內容者亦納入廣告主之範圍中，使其等亦須負行政責任。

另外，是否得透過行政罰法第 14 條第 1 項將廣告代理業者、媒體業者以及廣告薦證者認定為共同正犯而令其負責？本文認為由於公平交易法對於不實廣告行政處罰著重於改正、停止或刊登更正廣告等除去違法狀態之措施，則若廣告代理業者、媒體業者以及廣告薦證者並無事實上管領權限，則令其負擔行政責任似無實益，是以前述在有監督或管領權限時擴張廣告主範圍之作法更為妥適。

<sup>393</sup> 參照最高行政法院 100 年度判字第 1709 號判決、最高行政法院 95 年度判字 327 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 1219 號判決。

<sup>394</sup> 公平交易法第 42 條：「主管機關對於違反第二十一條、第二十三條至第二十五條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

<sup>395</sup> 公平交易法施行細則第 29 條、公平交易委員會對於令為刊登更正廣告案件之處理原則參照。

<sup>396</sup> 參陳玲玉，前揭註 103，頁 89；林溢根，前揭註 108，頁 212-213。

## 第二項 民事責任



不實廣告之廣告主在負行政責任的同時，依照公平交易法第 30 條<sup>397</sup>、第 31 條<sup>398</sup>，須對因該不實廣告行為而權益受侵害之他人負損害賠償責任，則此之「他人」是否除同業競爭者外，亦及於一般消費者？

採肯定論者認為事業為不公平交易方法時，除同業競爭者外，一般消費者亦可能會直接或間接受到損害，不問該損害是否為間接反射而來，對消費者而言均為具體深切之損害，是應肯認消費者之請求權<sup>399</sup>。而否定論者認為公平交易法保護消費者僅係維護市場競爭秩序伴隨之反射性結果<sup>400</sup>、由於已經就消費者保護另外制定消費者保護法，則公平交易法對於消費者利益之維護僅係次要作用，且消費者保護法已有救濟不實廣告之途徑而否認於消費者得以公平交易法請求者<sup>401</sup>。

按消費者保護法之立法精神在於使消費者在面對與其地位、力量不對等之具有充分資訊、知識、財力之企業組織體時，得調整該不對等力量，提升其法律地位以保護消費者，是故於該法中加強企業經營者之責任、使主關機關介入及監督二者契約自由、對於特種交易進行特別之規範<sup>402</sup>、賦予消費者保護團體訴權、規範特別之消費爭議處理程序等，使消費者之不利地位得以被彌平<sup>403</sup>。

而公平交易法之立法目的除維護競爭秩序外亦及於消費者保護，包含消費者對於商品或服務選擇自由之保護、在法規中直接或間接保護交易相對人即消費者

<sup>397</sup> 公平交易法第 30 條：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」。

<sup>398</sup> 公平交易法第 31 條：「(第一項) 法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。(第二項) 侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。」。

<sup>399</sup> 賴源河編審，前揭註 10，頁 464。

<sup>400</sup> 何之邁 (1993)，《公平交易法專論》，初版，頁 8，何之邁發行。

<sup>401</sup> 林溢根，前揭註 108，頁 165-166。

<sup>402</sup> 如通訊或訪問交易之消費者得享有七日猶豫期間等。

<sup>403</sup> 廖義男 (2020)，《公平交易法之釋論與實務》《第三冊》，初版第 2 刷，頁 246-252，元照出版有限公司。

之利益等<sup>404</sup>，與消費者保護法以保護消費者為其唯一目的有所不同<sup>405</sup>；且消費者保護法係在調整消費者與企業間不平等關係與公平交易法著重於競爭秩序之維護有別。



雖然消費者保護法具有消費者保護基本法之性質，有關消費者保護問題應優先適用其之規定，但二法間不存在特別法與普通法之關係<sup>406</sup>，應屬相互競合關係，縱得依消費者保護法請求亦不阻礙消費者於公平交易法之請求權存在，是受害之消費者及同業競爭者均得依本條請求損害賠償，如若為故意行為，更有 3 倍以下懲罰性賠償金存在。

另外因該不實廣告行為受害之消費者及同業競爭者亦得依照同法第 29 條請求除去侵害或防止之，以回復正常競爭狀態。

除廣告主外，廣告代理業、廣告媒體業及廣告薦證者若明知或可得而知該廣告有引人錯誤之虞時，應負民事賠償責任（第 21 條）。本文認為此種將廣告代理業、廣告媒體業及廣告薦證者僅具提示作用，若無規定亦有以民法第 185 條共同侵權行為人連帶負損害賠償責任，縱使未達共同行為人之程度，造意人及幫助人亦視為共同行為人而連帶負責。或有認為得以民法 184 條前段，縱使未達前段之程度製作（設計）或傳播（刊載）不實廣告可該當同條後段故意以悖於善良風俗之方法加損害於他人，而應負侵權責任<sup>407</sup>。

其中我國公平交易法第 21 條第 5 項及第 6 項規範不實廣告中薦證者之責任<sup>408</sup>，將薦證者以身份區別責任輕重：如若係公眾知名人物，在明知或可得而知

<sup>404</sup> 廖義男，前揭註 403，頁 259-263。

<sup>405</sup> 劉孔中（1995），〈公平交易法與消費者保護法之比較研究〉，《人文及社會科學集刊》，第七卷第二期，頁 3-5。

<sup>406</sup> 廖義男，前揭註 403，頁 263。

<sup>407</sup> 鄭玉波（1976），〈廣告企業之民事責任與消費者之保護〉，《法令月刊》，第 27 卷第 4 期，頁 6。

<sup>408</sup> 就我國法上對於薦證廣告之規範要件等，可參公平交易委員會訂定「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」，具體定義何謂薦證廣告，並舉例說明其模式與態樣。

其所從事之薦證有引人錯誤之虞時而仍為薦證，與廣告主負連帶損害賠償責任；但廣告薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構，僅於受廣告主報酬十倍之範圍內，與廣告主負連帶損害賠償責任。



#### 第四款 虛偽不實贈品贈獎行為

而就上章所提及之虛偽不實贈品贈獎行為，我國公平交易委員會曾有認為應以係屬違反我國公平交易法舊法第 24 條規定足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為（相當於現行法第 25 條）加以管制，後改變見解認以公平交易法舊法第 21 條第 3 項準用同條 1、2 項處理，即認定贈品贈獎行為屬於一種廣告服務，準用不實廣告之規範處理之<sup>409</sup>。

參照二十一條處理原則第 2 點<sup>410</sup>，贈品贈獎包含於公平交易法第 21 條第 2 項所稱其他具有招來效果之相關事項之中，是得逕以公平交易法第 21 條管制虛偽不實贈品贈獎行為。如若不合同法第 21 條之要件，亦可能落入同法第 25 條概括條款「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」之中。

另外，隨著近年來網路遊戲發達，常出現抽角色稀有卡與公告機率不符、獲取寶物機率與遊戲公司所宣稱不符，即數位商品贈獎中有虛偽不實之情事發生。如 2021 年末，知名遊戲實況主丁特於實況中測試知名手遊天堂M之虛擬寶物抽獎機率，實測結果遠低於官方所公告之 10%<sup>411</sup>。該種新興虛偽不實贈品贈獎行為，

<sup>409</sup> 鄭優、單驥、黃茂榮、江炯聰（1999），〈公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務的檢討〉，《植根雜誌》，15 卷 9 期，頁 9-10；黃茂榮（1993），《公平交易法理論與實務》，頁 417-418，植根法學叢書。

<sup>410</sup> 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件處理原則第 2 點：「本法第二十一條第二項所稱其他具有招徠效果之相關事項，指凡一切具有經濟價值之其他非直接屬於交易標的而足以影響交易決定之事項，諸如事業之身分、資格、營業狀況，與他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎，及就他事業商品（服務）之比較項目等。」。

<sup>411</sup> 如 2021 年末，知名遊戲實況主丁特於實況中測試知名手遊天堂M之虛擬寶物抽獎機率，實測結果遠低於官方所公告之 10%，參公視新聞網（2022/6/13），〈公平會裁決「紫布事件」罰遊戲橘子 200 萬 丁特：正義必得伸張〉，<https://news.pts.org.tw/article/585435>（最後瀏覽日期：2022/6/14）。



解釋上雖可納入公平交易法第 21 條、第 25 條之範圍，惟由於該些規定不夠明確，故有呼籲仿造日本贈品表示法規定特別立一專法(線上遊戲轉蛋法)管制<sup>412</sup>。本文認為就該案以現行公平交易法第 21 條即得加以適用<sup>413</sup>，似無增訂專法之必要。

## 第五款 小結

美國競爭法對於不實廣告之管制散見於聯邦法規、州法以及自律規約等等，並以普通法累積欺罔之判斷原則；而日本則以獨占禁止法、不正競爭防止法以及贈品表示法加以規範之，並以繁複的行政解釋之方式匡列各種不當表示行為及具體規範說明。

由於立法體例上的不同，我國公平交易法具有其特殊性不應直接對照美日競爭法觀察，惟比較法仍有可加以借鑑之處存在，就是否造成欺罔之判斷準則本文認為得參酌美國法實務之經驗，而在行政執法上得仿日本經驗將具體的施行標準以行政解釋方式予事業、大眾知悉以符明確性之要求。

如本文第二章所述，本文認為應有之競爭圖像應係促成一事業得以自由出入市場、不受他事業干預或阻礙，市場資訊公開流通以使市場機能得以正常運作，

<sup>412</sup> Yahoo 新聞，轉蛋法是什麼？跨黨派立委聲援為何被打回票？經濟部要端什麼修法草案？玩家發現中獎機率不實能怎麼辦？，2021 年 12 月 28 日，[https://tw.news.yahoo.com/%E8%BD%89%E8%9B%8B%E6%B3%95%E6%98%AF%E4%BB%80%E9%BA%BC%EF%BC%9F%E8%B7%A8%E9%BB%A8%E6%B4%BE%E7%AB%8B%E5%A7%94%E8%81%B2%E6%8F%B4%E7%82%BA%E4%BD%95%E8%A2%AB%E6%89%93%E5%9B%9E%E7%A5%A8%EF%BC%9F%E7%B6%93%E6%BF%9F%E9%83%A8%E8%A6%81%E7%AB%AF%E4%BB%80%E9%BA%BC%E4%BF%AE%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%EF%BC%9F%E7%8E%A9%E5%AE%B6%E7%99%BC%E7%8F%BE%E4%B8%AD%E7%8D%8E%E6%A9%9F%E7%8E%87%E4%B8%8D%E5%AF%A6%E8%83%BD%E6%80%8E%E9%BA%BC%E8%BE%A6%EF%BC%9F-075004854.html?guccounter=1&guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xILmNvbS8&guce\\_referrer\\_sig=AQAAAG2JXYlBc-MLDXDR8-5-2aB24pqtOz1gMltmKEjF52TuyHpVS2DW5xpNG8S\\_-WjJ3drl8XIU9pCOg1zEGdEH7rGvIJhXDVEb0xTSX\\_IDQ9DvxeoHzrYDUI\\_7pGhNwMh7boLhlqGwmECEg01ijKkOwy19flkM9TEAdYjJjSH-og\\_E](https://tw.news.yahoo.com/%E8%BD%89%E8%9B%8B%E6%B3%95%E6%98%AF%E4%BB%80%E9%BA%BC%EF%BC%9F%E8%B7%A8%E9%BB%A8%E6%B4%BE%E7%AB%8B%E5%A7%94%E8%81%B2%E6%8F%B4%E7%82%BA%E4%BD%95%E8%A2%AB%E6%89%93%E5%9B%9E%E7%A5%A8%EF%BC%9F%E7%B6%93%E6%BF%9F%E9%83%A8%E8%A6%81%E7%AB%AF%E4%BB%80%E9%BA%BC%E4%BF%AE%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%EF%BC%9F%E7%8E%A9%E5%AE%B6%E7%99%BC%E7%8F%BE%E4%B8%AD%E7%8D%8E%E6%A9%9F%E7%8E%87%E4%B8%8D%E5%AF%A6%E8%83%BD%E6%80%8E%E9%BA%BC%E8%BE%A6%EF%BC%9F-075004854.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xILmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAG2JXYlBc-MLDXDR8-5-2aB24pqtOz1gMltmKEjF52TuyHpVS2DW5xpNG8S_-WjJ3drl8XIU9pCOg1zEGdEH7rGvIJhXDVEb0xTSX_IDQ9DvxeoHzrYDUI_7pGhNwMh7boLhlqGwmECEg01ijKkOwy19flkM9TEAdYjJjSH-og_E) (最後瀏覽日期：2022/1/9)。

<sup>413</sup> 公平交易委員會公處字 111039 號參照。

且各該事業得以公平而多元之手段相互競爭之競爭市場。而所謂公平而多元手段之界定，應以對「消費者之效用」進行判斷，如若該行為所提供之效用大於為該行為而造成不利益，則無管制之必要。



而就廣告行為，應著重於是否廣告之資訊傳達功能妥適達成，則虛偽不實或引人錯誤之廣告重點應置於是否「引人錯誤」，若引人錯誤則廣告資訊無法正確傳達，對消費者無正面效用，而有負面效用產生，應受管制。

又就不實廣告之判斷標準，本文認為應就商品別之不同，考量其依據其客群建立消費者形象，而後以該消費者形象為欺罔與否之判斷標準，判定該廣告是否具有引起消費者誤認之可能性。

### 第三節 我國法就贈品贈獎行為所為之規制

#### 第一款 我國法就不當贈品贈獎行為之規制

##### 第一項 沿革

於我國公平交易法實施（民國 81 年 2 月 4 日）之前，我國對於贈品贈獎行為採取放任態度，為對其進行管制。

爾後，於民國 104 年 2 月 4 日將公平交易法全文修正前，以該法第 19 條第 3 款（相當於現行公平交易法第 20 條第 3 款）以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之，且公平交易委員會所發布公研釋 005 號解釋表示：「『利誘』係指事業不以品質、價格及服務爭取顧客，而利用顧客之射倖、暴利心理，以利益影響顧客對商品或服務為正常之選擇，從而誘使顧客與自己交易行為。」<sup>414</sup>，是公平交易委員會透過解釋之方式將不當贈品贈獎行為解釋為利誘，將其納入公平交

<sup>414</sup> 有論者認為該函釋仍過於抽象，參賴源河編審，前揭註 10，頁 305-306。

易法管制之中。

為使規範更為明確，公平會聘請經濟、法律、行銷等領域學者組成贈品促銷規範諮詢小組<sup>415</sup>，該小組提出「贈品與贈獎行為之規範原則暨方案」之建議方案，公平交易委員會並於民國八十四年訂定《行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷案件原則<sup>416</sup>》，採行諮詢小組所提之贈品甲案<sup>417</sup>以及贈獎甲案<sup>418</sup>。

於民國 104 年 2 月 4 日公平交易法全文修正時，另立第 23 條就不當贈品贈獎行為進行規制：「(第 1 項) 事業不得以不當提供贈品、贈獎之方法，爭取交易之機會。(第 2 項) 前項贈品、贈獎之範圍、不當提供之額度及其他相關事項之辦法，由主管機關定之。」，其修正理由為：「本章『不公平競爭』規範行為之違法性，主要表現在其行為本身具有商業倫理可非難性之不法內涵，與行為人之市場地位以及行為對於市場造成反競爭之效果較無關聯；而事業以贈品贈獎方式進行促銷之案件，其性質屬不公平競爭之範疇，爰將該類型案件單獨立一條文，並授權主管機關就執行本條之一般技術性、細節性事項另以法規命令訂之。」。並以《事業提供贈品贈獎額度辦法》詳細定義及規範不當贈品贈獎行為。

<sup>415</sup> 由陳博志、蘇永欽、魏啟林、施俊吉、許士軍、許松根、范建得等七位教授組成，並由陳博志教授擔任召集人。該諮詢小組另邀蔡英文、王連常福、林全、吳忠吉、吳惠林、莊春發、瞿宛文、王又鵬、林建煌、洪順慶、何之邁、劉孔中、劉紹樑等共同研究，提出贈品與贈獎行為之規範原則暨方案。

<sup>416</sup> 後修正發布名稱為《公平交易委員會對於贈品贈獎促銷額度案件之處理原則》，並已於 104 年 3 月 19 日廢止。

<sup>417</sup> 贈品規範公式：贈品之價值（以事業取得該贈品之成本計算）/主商品之售價 $\leq 1/2$ ；不超過一百元之商品不受此限，此之贈品最高價值可為五十元。該規範係參考日韓法制訂定，優點在於其簡易可行，惟其缺點在於缺乏理論基礎。參洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉共同主持，企業贈獎行為之經濟效果分析，行政院公平交易委員會 84 年度合作研究計畫 3，頁 11-15。

<sup>418</sup> 贈獎規範公式：事業全年度贈獎促銷總金額 $<$ 一定金額（若事業前一年度之總銷售金額 $\leq 250,000,000$  時為 50,000,000；若 $>250,000,000$ ，則為前一年度總銷售金額之 1/5），且贈獎活動中獎項價值 $\leq 120 \times$ 行政院勞委會所公佈的每月基本工資。參洪禮卿、黃茂榮、王弓、朱雲鵬、呂榮海、許松根、施俊吉共同主持，企業贈獎行為之經濟效果分析，行政院公平交易委員會 84 年度合作研究計畫 3，頁 11-15。

## 第二項 定義

《事業提供贈品贈獎額度辦法》第 2 條為贈品與贈獎行為之定義規定，其中贈品係指事業為爭取交易之機會，以附隨、無償之方式，所提供具市場價值之商品或服務；贈獎則為事業為爭取交易之機會，於商品或服務之外，依抽籤或其他射倖之方式，所無償提供獎金或具市場價值之商品或服務。

同辦法第 3 條並以負面表列之方式將四種行為排除在贈品贈獎行為之外：一、免費試吃、試用，及其他不以交易為要件之促銷行為。二、同類商品或服務本身之價格折扣促銷行為。三、同類商品或服務之數量折扣行為。四、不同商品或服務組合銷售之套餐優惠促銷行為。並依公平交易委員會之解釋函令<sup>419</sup>，同類商品係指同一種類、同一內容物之商品。

## 第三項 以價值額度上限進行規範

《事業提供贈品贈獎額度辦法》第 4 條則就贈品之價值額度訂定上限：若商品或服務價值在新臺幣一百元以上者，為商品或服務價值之二分之一；若商品或服務價值在新臺幣一百元以下者，則贈品額度以五十元為上限。贈獎之價額上限則訂立在同辦法第 5 條及第 6 條，事業全年度贈獎總額依照該企業上一會計年度銷售金額有不同區間之上限（第 5 條），最大獎項之金額上限則訂在新臺幣五百萬元（第 6 條）。而贈品贈獎之額度，公平交易委員會得依社會經濟發展進行調整（同辦法第 8 條）。

<sup>419</sup> 公平交易委員會令，事業提供贈品贈獎額度辦法所稱之「同類商品」及「贈品價值」之認定標準，公法字第 10515602814 號，中華民國 105 年 5 月 12 日。



## 第四項 糾正與處罰

違反公平交易法第 23 條不當贈品贈獎行為者，依照同法第 42 條，主管機關對違反第 23 條之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；屆期仍未改善者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得按次處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰。

## 第二款 我國對不當贈品贈獎行為管制實務案例

### 第一項 不當贈品贈獎行為案例統整

公平交易法自民國 80 年頒布起至 111 年 6 月 16 日為止，就不當贈品贈獎行為相關之案件公平交易委員會共處理以下 9 件案例，以下表格 1 就個別案件之案情與處分與否進行統計：

表格 2

案件名稱	案情摘要	案號	處分與否及理由
83 年自由時報「回饋讀者 5 億元連環大贈獎」活動案	活動期間訂閱一年期自由時報並預繳報費 2040 元即可參加抽獎，獎品包含跑車、獨棟別墅等。	(81) 公平會第 59 次委員會決議、(82) 公平會第 99	不處分。 理由：考量自由時報在報業市場之發行量，及(或)廣告收入佔有率及地位，並斟酌報業市場之產業特性及目前市場競爭狀況，自由時報此次之贈獎促銷行為似尚難適用公平法第

		次委員 會 決 議 、 (83) 公平會 第 150 次委員 會決議	19 條「妨礙公平競爭之 虞」。
84 年自立晚報 社股份有限公 司贈獎活動惟 反贈獎原則案	自立晚報社股份有限公 司於民國 84 年 4 月 20 日於自立早報刊登舉辦 「增張改版二億元回饋 讀者贈獎大活動好禮大 相送」贈獎促銷活動， 活動期間訂閱一份報紙 並預付 3600 元即贈送 一張彩券。	(84) 公處字 第 166 號	受處分。 理由：被處分人於八十四 年四月二十日起舉辦之增 張改版回饋讀者贈獎大活 動中，所宣稱贈獎總額過 當，構成以利誘之方法， 使競爭者之交易相對人與 自己交易，而有妨礙公平 競爭虞，違反公平交易法 第 19 條第 3 款規定。
87 年洪玲喬君 舉辦訂報贈腳 踏車案	被處分人係以預付（折 價後）報費六個月一千 八百八十八元為條件， 於交易之同時附贈市值 為二千五百元之高級腳 踏車為贈品。	(88) 公處字 第 002 號	受處分。 理由：被處分人於八十七 年五、六月間，舉辦「一 八八八特惠專案」訂報促 銷活動，所贈贈品價值過 當，為以利誘之方法使競

			<p>爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第19條第3款規定。</p>
87年全家便利商店舉辦「超級樂透全家發票大對獎」案	<p>全家便利商店因慶祝十週年舉辦「超級樂透全家發票大對獎」活動，其最大獎項之金額新臺幣二百萬元。</p>	(88) 公處字第065號	<p>受處分。</p> <p>理由：被處分人舉辦之贈獎活動中，其最大獎項新臺幣二百萬元獎額過當，為以利誘之方法使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞，違反公平交易法第19條第3款規定。</p>
91年台塑洗車券案	<p>台塑加油站股份有限公司於本90年2月2日開幕，並於一個月前廣泛寄發宣傳單，待開幕後，民眾憑宣傳單加滿油即送贈品，以半滿油箱加滿油約三百元為例，送洗車券十張、及內裝有現金一百二十八元紅包袋乙個，其贈品總值超過六百元。</p>	公處字第091074號	<p>受處分。</p> <p>理由：贈送等值洗車券方式促銷油品，為以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞行為，違反公平交易法第19條第3款規定。</p>

<p>94 年康和綜合證券舉辦「哇!送豪宅」贈品贈獎活動案</p>	<p>康和綜合證券股份有限公司於 94 年 8 月舉辦「哇!送豪宅」贈品贈獎活動(，倘客戶於限定期間簽訂期貨顧問契約，並以新臺幣 3,600 元購買超級好康卡乙套，且交易證券額度達 20 萬元(含)以上或交易國內、外期貨及選擇權達 10 口(含)以上，即有機會參加豪宅購屋基金 1,000 萬元抽獎活動。</p>	<p>公處字第 095129 號</p>	<p>受處分。 理由：其最大獎項 1,000 萬元豪宅購屋基金獎額過當，為以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞行為，違反公平交易法第 19 條第 3 款規定。</p>
<p>102 年台北金融大樓股份有限公司舉辦 GLAMOUR101 抽獎活動案</p>	<p>台北金融大樓股份有限公司舉辦 GLAMOUR101 抽獎活動，最大獎項為 AudiA6Hybrid 汽車一輛，其價值根據 Audi 公布的售價為新臺幣 289 萬元。</p>	<p>公處字第 102066 號</p>	<p>受處分。 理由：其最大獎項 AudiA6Hybrid 汽車獎額過當，為以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞行為，違反公平交易法第 19 條第 3 款規定。</p>
<p>103 年京站三週年慶抽獎活</p>	<p>京站實業股份有限公司經營之京站時尚廣場於</p>	<p>公處字第</p>	<p>受處分。 理由：其最大獎項「京站</p>



動案	101 年週年慶期間，推出 Q 卡卡友消費滿新臺幣 6,000 元可抽總價值逾 400 萬元「京站幸福宅免費住 10 年+現代汽車」之抽獎活動。	103040 號	幸福宅免費住 10 年+現代汽車」獎額過當，為以利誘之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易，而有妨礙公平競爭之虞行為，違反公平交易法第 19 條第 3 款規定。
104 年威達雲端電訊股份有限公司「辦光纖送有線電視」案	威達雲端推出「辦光纖送有線電視」促銷方案，依其宣傳廣告及官網所載，凡申辦「15M/4M」或「30M/8M」速率之光纖寬頻上網服務 1 個月，即送有線電視服務 1 個月，申辦「15M/4M」或「30M/8M」速率之光纖寬頻上網服務 2 個月，即送有線電視服務 2 個月，以此類推。	公處字第 104036 號	受處分。 理由：贈品價值已逾服務價值之二分之一，為以不當提供贈品之方法爭取交易機會之行為，違反公平交易法第 23 條規定。

## 第二項 簡評

我國公平交易法就不當贈品贈獎行為之規制修法前以舊法第 19 條第 3 款利用解釋利誘之方式將贈品贈獎行為納入管制，由於該條文同時規範「限制競爭」與「不公平競爭」，故於舊法時期我國公平交易委員會於處分不當贈品贈獎行為時會將個別事業之市場力量列入考量。

修法後，我國公平交易委員會認定不當贈品贈獎行為性質上屬於不公平競爭行為，而應著重其手段之可非難性、違反效能競爭之本旨，無需考量其市場力量，對市場之反競爭效果，且因《行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷案件原則》、《事業提供贈品贈獎額度辦法》規範詳盡，故實務處分上僅需視個別案件所提供之贈品或贈獎額度有無超過該辦法所規範之金額門檻，處分上較為便捷、容易。惟該方法以機械式執法，而為探究「不當」之意涵<sup>420</sup>。

本文認為不應將限制競爭行為與不公平競爭行為二者混淆看待，既認定不當贈品贈獎行為屬於不公平競爭行為，則不需考慮該事業之市場力量，只要該贈品贈獎行為過當即應加以處罰，是公平交易委員會於修法前之做法錯誤，修法後僅著重於手段可非難性、違反效能競爭之檢驗之做法若以不混淆二行為之觀點來看，較為正確。

惟贈品贈獎行為是否具有管制必要性本文具有疑慮，請見後文討論。

### 第三款 不當贈品贈獎行為管制必要性之探討

按贈品行為實際上可以內化為商品之價格之一部，而僅為商品價格之折扣；贈獎行為則係利用消費者射倖心理，促使消費者為投機獲取該獎品而與提供贈獎之事業進行交易，惟贈獎亦係成本之一部分，其成本仍會反映在商品之價格之中。贈品贈獎之提供似乎對於事業以及消費者雙方皆有利益：對於事業而言，有利於其商品銷售量之提升以及新進事業得以快速參進市場；對於消費者而言，則得以使其獲得免費之商品、服務或其他有價標的物<sup>421</sup>。

<sup>420</sup>廖義男，前揭註8，頁616。

<sup>421</sup>陳美卿，前揭註148，頁1。

則價格之折扣與利用消費者射倖心理真的有必要以公平交易法中之不公平競爭行為進行處罰嗎？抑或者其實應處罰者係事業利用其相當市場地位排擠其既有或潛在競爭者與其競爭之行為？



## 第一項 正反意見

如同本文第二章第三節第二款所述，法律學者多以贈品贈獎之提供會扭曲消費者選擇、提高商品價格、違反商品基於效用、品質及價格上爭取交易之效能競爭、造成資源浪費及會使小型事業無法參與競爭、贈獎行為係利用消費者之射倖心理鼓勵為類似賭博之不當利誘<sup>422</sup>等為理由支持管制不當贈品贈獎行為。

相反的，反對規範贈品贈獎行為者則認為贈品，得節省消費者搜尋成本，提升消費者福利，並得使新進事業迅速參進市場，縮小與既有經營者間競爭上的差距，是具有廣告促銷功能<sup>423</sup>；且消費者可因贈品之提供而節省該提供之商品或服務之支出；又，隨著社會發展，消費者在進行商品服務選擇時能夠進行冷靜的判斷，不會因為贈品或贈獎之緣故而購買較低劣的產品，即使發生此種情況，消費者也會因此累積經驗，從學習試誤的過程中進步<sup>424</sup>，令政府規範未必能保護消費者，反使其受害<sup>425</sup>；賭博行為並非公平交易法所要管制的對象或非贈品贈獎之問題所在<sup>426</sup>；或有認為若在市場已不同策略相互競爭（提供贈品、降價、提高品質），

<sup>422</sup>廖義男，前揭註 8，頁 600。

<sup>423</sup>鄭家麟，前揭註 158，頁 143。

<sup>424</sup>平成 7 年度公正取引委員會年次報告 - 景品規制の見直し・明確化 <https://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h07/02150000.html#03>；鶴田俊正（1997），《規制緩和——市場の活性化と独禁法》，174，ちくま新書；公正取引委員會事務局取引部景品表示指導課（「景品規制の見直し・明確化に関する研究会報告書」について（概要）），《公正取引》，536 期，頁 10-11；吳惠林（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 17，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>425</sup>吳惠林，前揭註 424，頁 16。

<sup>426</sup>吳忠吉（1995），〈企業贈獎行為規範之研究—贈獎促銷與公平交易〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 13，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二；林全（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 29，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二；翟宛文（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪

可能促進效能競爭<sup>427</sup>。



## 第二項 本文見解

贈品行為與贈獎行為間之差別在於，贈獎行為獲得獎品繫於不確定因素，認為贈品贈獎行為應受管制者亦多著重於贈獎行為，雖然本文見解認為該二行為均無管制之必要，惟為求討論上之便利，區分該二行為加以敘述之。

### 第一目 贈品行為

如本論文第二章所述，本文認為競爭之手段不限於降低價格、提高品質、技術之效能競爭，而得以包括各種條件之競爭，重點應在於行為本身的可非難性，是否存在欺瞞不實、仿冒、誹謗競爭者、榨取他人努力成果、搭便車等等，破壞整體競爭秩序、減少消費者福利。

雖然消費者於選擇所購買商品或服務時是以價格為最重要之決定因素，但是其並非消費者選擇商品或服務時之唯一因素，除此之外，消費者之消費決定還會受個人之收入、文化、階級、人際關係、相關商品價格、經濟景氣等影響<sup>428</sup>，提供贈品或贈獎並非影響決策之重要因素，不會使市場交易機會取決於贈品或贈獎的提供<sup>429</sup>。

在資訊提供方面，提供贈品或贈獎之費用為事業會計上的成本支出，實際上會反映於其所提供之商品或服務的價格，如果價格與主要的商品或服務之品質並不相當，消費者並不會選擇該商品或服務<sup>430</sup>；且贈品之價額明確，消費者可輕易

---

禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 47，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二；劉紹樑（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 131-132，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>427</sup>堀江明子，前揭註 89，頁 177；王又鵬，前揭註 154，頁 60。

<sup>428</sup>何之邁（計劃主持）、劉美琪（共同主持），前揭註 124，頁 5。

<sup>429</sup>范建得、莊春發，前揭註 74，頁 290-291；王又鵬，前揭註 154，頁 61；范建得、陳丁章，前揭註 212，頁 145。

<sup>430</sup>范建得、莊春發，前揭註 74，頁 292。

的將主商品或服務與附隨之贈品價格相加總與他事業所提供之商品或服務進行比較<sup>431</sup>。

是本文認為消費者不會因為有提供贈品就因此無法做出合理之消費選擇，消費者的每一個消費決定均為其經比較同類商品或服務後所作出之選擇，受其消費偏好影響，主商品價格並非最低亦不代表其為「錯誤」之選擇。

又同前述，在獨占性競爭市場中事業僅短期得收取超額利潤，長期則回歸等同於平均成本的固定價格，公平交易法並沒有必要就短期上因贈品贈獎行為或其他異質產品產生的價格波動進行管制，管制可能反而造成社會成本的浪費，且就行為之過度管制，亦可能不當限制競爭自由、競爭手段自由<sup>432</sup>。

學說上有認為贈品贈獎行為文義上可包括於公平交易法第 4 條「其他條件」競爭的之內而得加以容認<sup>433</sup>。本文則認為提供贈品贈獎行為實質上係價格上的競爭<sup>434</sup>：在提供贈品行為部分，消費者可透過各種方法取得該贈品之資訊（尤其在網路世代資訊之取得更加便捷）、知悉該贈品之價值為何，了解所購買商品或服務涵蓋贈品之總價，與其他未附有贈品之他事業提供之商品或服務進行比較是結果上消費者以商品或服務加計獲得贈獎贈品之價額作為比較對象，在市場上其實仍然進行著價格上的競爭，並無違反效能競爭的本旨。

再者，本文認為就提供不當贈品行為更應重視的是事業是否藉贈品行為實質上阻礙競爭者參與或從事競爭，將其他競爭者排擠於市場之外。惟欲提供大量、高額贈品排擠新進事業參進市場，仍是需要具有一定市場力量、相當的資本才能

---

<sup>431</sup> 學者有認為贈品行為是否不當之關鍵在於贈品價值對顧客或消費者而言是否清楚可計算，且該贈品是否有用或需要。參廖義男，前揭註 8，頁 605。

<sup>432</sup> 蘇永欽，前揭註 11，頁 12。

<sup>433</sup> 范建得、莊春發，前揭註 74，頁 291；莊春發，前揭註 74，頁 33；王又鵬，前揭註 154，頁 60；劉孔中，前揭註 152，頁 115；堀江明子，前揭註 89，頁 177。

<sup>434</sup> 另有認為因商品價值係由廠商預期贈送贈品策略效益而決定，故贈品價值並不會影響主商品本身價格競爭者，參李堯賢、呂英瑞、林怡芯，前揭註 85，頁 99, 108。

達成其效果，規模較小之事業並不具相當資力繼續提供大量、高額之贈品或贈獎，而短期提供如前述僅於短期內對具有差異化市場之作用，長期而言市場仍會回歸平衡，競爭事業得以自由進出市場，本文認為並無管制短期贈品贈獎提供之必要，故就不當贈品行為，實應回歸限制競爭行為之討論，可將該行為涵蓋於公平交易法第 20 條第 3 款「以不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為」之中或第 9 條濫用獨占地位，並無另立一條文之必要<sup>435</sup>。

又全面禁止贈品反而不利新進事業參進市場<sup>436</sup>，提供贈品是一個良好的促銷手段，能在短時間讓消費者知道該事業，使其能更容易加入市場之中與既有競爭者進行競爭，亦為市場上原有廠商宣傳自身商品之機會，具有資訊提供效用存在。管制可能反而強化穩固既有市場結構、強化卡特爾，導致保護既得利益的反效果，不利市場競爭<sup>437</sup>。是本文認為在未涉及掠奪性定價、排擠其他事業之情形，贈品行為並無管制之必要，管制可能反而造成社會成本浪費、新進事業無法參進市場之反效果<sup>438</sup>。

然而，若是該贈品係強制提供，消費者沒有選擇不附贈品的商品之餘地，則實質上為一種「搭售行為 (Tying)」，即利用市場上需求較強之商品或服務 (主產品 (tying product)) 搭配另一交易習慣上或事物性質上不相隸屬、獨立可分且具效用價值之商品或服務 (搭售品 (tied product)) 一併銷售<sup>439</sup>，是以「買受人必須

---

<sup>435</sup>有學者認為可以規範為「一定市場地位以上廠商，其贈品促銷活動須不以造成進入障礙或惡性地將逐出市場為目的」。參林建煌 (1995)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，洪禮卿等共同主持，《企業贈獎行為規範之研究》，頁 73，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。

<sup>436</sup>美國要求日本放寬贈品制度的理由之一，參堀江明子，前揭註 89，頁 165。

<sup>437</sup>魏啓林，前揭註 90，頁 94；堀江明子，前揭註 89，頁 180。

<sup>438</sup>有認為只要不涉及掠奪，則有有能力提供「贈品贈獎」者，反而可能是成本結構較為優良而有效率之事業，法律是否有必要為無效率者提供一「庇護傘」，不無疑問，參范建得、陳丁章，前揭註 212，頁 144-145。

<sup>439</sup>廖義男，前揭註 8，頁 466；Nicholas Economides (2012), Tying, bundling, and loyalty/requirement rebates, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, 121.

另外向其購買與原本欲購買商品（或服務）無關之商品（或服務）」為交易條件的契約安排<sup>440</sup>。

依據公平交易委員會公研釋第 045 號，是否為不相隸屬、獨立可分之商品，可考慮下列因素：同類產業之交易慣例、二商品（或服務）分離是否有效用價值、合併包裝、販賣使否能節省成本、出賣人是否對該二商品（或服務）分別指定價格，以及出賣人是否曾分別販賣該二項商品。且依照同解釋，搭售行為是否違法應考慮：一、出賣人是否在搭售產品擁有一定程度的市場力；二、有無妨礙被搭售產品市場競爭之虞；三、是否具有正當理由。

搭售行為限制消費者選擇是否將主商品與搭售品併同交易之自由，且使生產搭售品服務之事業無法與進行搭售之事業競爭，妨礙市場機能，應加以處罰。

## 第二目 贈獎行為

贈獎行為與贈品行為之區辨在於其具有投機、射倖性質。

在假設消費者為理性之前提下雖然可將贈獎以獎項價額及中獎機率設算期望值，以與其他事業所提供之商品或服務進行比較。惟認為贈獎行為應受管制者認為，在現實情況下，消費者並非理性，會受自身投機心理所影響，是否購買商品強烈的受高額獎項所誘惑，贈獎之提供可能影響消費者消費決定，扭曲其選擇，該當喚起消費者不當需要之行為（阻礙消費者判斷自由）或由於會阻礙他競爭者競爭，違反效能競爭之本旨，具有可非難性，而構成不公平競爭行為。

參酌行為經濟學之研究，本文認可消費者並非理性係為事實，惟此並不構成認定贈獎行為本身具有可非難性，而應禁止該種行為之正當性基礎。

本文認為倫理、道德之價值本身即會隨著時代加以演進，在網路發達的時代背景下，資訊流通快速，消費者很容易自各種管道取得必要資訊，較少發生資訊

---

<sup>440</sup>劉孔中，前揭註 66，頁 209。

不對稱的情況，消費者可於清楚知悉贈獎規則、機率後，計算其獲得贈獎之期望值與商品價值做比較後對是否應購買商品進行衡量，虛偽不實、欺瞞消費者之情事較難發生<sup>441</sup>；如若發生，亦為虛偽不實、欺瞞之問題而非提供贈獎行為本身具有可非難性。若假設人並非理性，看到贈獎行為即會難以遏制自身購買具有贈獎機會之商品或服務，則其規制方法，亦非以金額上限等方式禁止贈獎行為，而係以柔性方式令為贈獎行為之事業明確標示該贈獎規則等應予注意事項，使消費者在進行購買附有贈獎之商品或服務時加以注意，而非直接使消費者不須選擇、無選擇附有贈獎商品或服務之機會。

且如上贈品行為部分所述，贈獎並非消費者決策之重要因素，贈獎提供之成本亦會反映至商品或服務之價格上，不致影響消費者之適當選擇。

又如同贈品部分，本文認為更應重視的是事業是否藉贈品行為實質上達成「阻礙他事業參與或從事競爭」作用，將其他競爭者排擠於市場之外之限制。綜上所述，本文認為贈獎行為亦不具有管制上必要性，真正應加以處罰者並非提供贈獎本身，而係附隨於贈獎行為對中獎機率之欺瞞、虛偽誇大，具有優勢地位之廠商以贈獎行為達到排除其他競爭者於市場之外之限制競爭行為。

#### 第四款 小結

綜上所述，本文認為提供贈品贈獎行為手段上並不具有可非難性，且能達到提供消費者商品資訊之效用，無以不公平競爭管制之必要，是應同美國競爭法上不對贈品行為加以規範而尊重市場自由競爭，公平交易法無須另立公平交易法第23條以規範之，現行規範應予刪除。

---

<sup>441</sup>學者有認為「射倖」、「賭博」之疑慮，就公平交易法之層次似屬多餘，應回歸判斷有無「誤導」、「欺罔」之情事，分依本法第21條與第24條等處理。參范建得、陳丁章，前揭註212，頁144-145。



實際應處罰者應係伴隨贈品贈獎行為之虛偽不實、欺瞞、搭售、排擠他事業參與或從事競爭等行為。若擔心不當贈品贈獎行為對市場競爭之阻礙，實應回歸公平交易法第 20 條第 3 款「以不正當方法，阻礙競爭者參與或從事競爭之行為」之討論，而非一味就超過一定金額之贈品或贈獎進行管制，否則可能導致新進事業不易參進市場、浪費社會資源、維持既有市場結構、限制競爭自由之反效果。

## 第六章 結論與建議



### 第一節 結論

廣告與贈品贈獎行為作為重要行銷手段，在生活中處處可見，亦作為重要資訊提供手段，使消費者得透過之了解商品或服務之資訊，以進行消費選擇決定。

本文第三章至第五章整理美國、日本及我國三國競爭法對於廣告以及贈品贈獎促銷行為如何管制。

### 第一款 廣告

就虛偽不實或引人錯誤之不實廣告，三國競爭法均有所規範。美國競爭法中，以聯邦法規及各州法規規範不實廣告，並以案例法之方式累積關於「欺罔」之判斷要件，爾後聯邦交易委員會發布「關於欺罔之政策聲明」認定欺罔須符下列三要件：一、廣告主所為表示、隱瞞或行為須有誤導之可能性，聯邦交易委員會不需證明消費者確實因該表示等而產生誤信；二、該表示須可能誤導理性的消費者（reasonable consumers）；三、此種表示、隱瞞或行為須具有實質重要性（materiality）。而日本以贈品表示法作為主要規範不實廣告之法規，並將「不當表示」區分為優良誤認表示、有利誤認表示及其他經主管機關指定者三類，主管機關（原先為公正取引委員會，後移管至消費者廳）發布許多告示對於各個要件進行解釋。我國公平競爭法亦以第 21 條規範不實廣告，在學說上對於「虛偽不實」及「引人錯誤」之間關係有許多討論。

在不實廣告方面，本文認為應將重點放在係爭廣告或表示是否引人誤認，若係虛偽不實而未引人誤認，則無管制必要，係因引人誤認即造成資訊提供功能受阻礙，並未對消費者產生正面效用，應加以規制之。

而就引人誤認之標準，應就不同商品或服務別，區分其客群，建立具體之消

費者形象後以之為標準判斷之。尤其在屬於醫藥美容、健身保健類之商品，該些產品之消費者普遍對自身信心不足，應考量這點而降低引人誤認之標準。



## 第二款 贈品贈獎

而在贈品贈獎部分，日本與我國法同樣以一定之數額作為贈品贈獎行為之上限，超過者即認定該當不當贈品贈獎行為，而受規制，日本法中並以眾多告示解釋法規要件及列舉其他應為禁止之贈品贈獎行為；美國競爭法上對於贈品行為採取寬鬆開放之態度，認為其屬於市場自由競爭之結果，僅就贈品安全、郵寄管制、贈品標示上的誤導（如「免費」標示）等方面進行管制，而就贈獎部分認為該當「樂透」者——舉凡獎品（prize）的獲得係根據運氣偶然決定（by chance）且有對價存在（consideration）時，即屬犯罪行為。

如前文第二章所述，本文認為應有之競爭圖像應係促成一事業得以自由出入市場、不受他事業干預或阻礙，市場資訊公開流通以使市場機能得以正常運作，且各該事業得以公平而多元之手段相互競爭之競爭市場。由於過度管制反而可能限制競爭手段自由、限制新進事業參進市場，公平交易法不應過度介入市場競爭，而令市場競爭手段得以多元而自由。

在贈品贈獎方面，亦屬於一種資訊提供，消費者得藉由贈品贈獎促銷活動得知有事業之商品或服務存在，並以提供贈品贈獎之條件，與市場上其他事業所提供之商品或服務進行比較，並無限制「贈品贈獎」作為事業相互競爭手段之必要。

故本文認為公平交易法第 23 條關於贈品贈獎之提供條文應予刪除，重點應係附隨或利用贈品贈獎行為而為之引人錯誤、欺罔、阻礙他事業參與或從事競爭、搭售等問題，而非手段本身具有可非難性。

### 第三款 應有之競爭圖像與達成途徑



欲達成競爭手段得以多元而自由的競爭圖像，本文認為有以下三種途徑可以採取：1、解釋我國公平交易法第 4 條之「其他條件」；2、擴張解釋同條之「品質」；直接修正條文為「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務及其他各種不以阻礙他事業參與或進出市場之手段，爭取交易機會之行為。」。

我國公平交易法第 4 條規定：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」，其中「其他條件」之解釋空間相當大，本文認為可將除價格、品質外其他一切競爭條件均解釋於其中，包含贈品贈獎之競爭等。若不自「其他條件」取徑，「品質」也存在包含附帶的商品、服務其他銷售或促銷活動廣泛之可能<sup>442</sup>。

但若欲最為明確地表明本文所認應有之競爭圖像，本文認為應採取直接修法之方式將「禁止阻礙他事業參與競爭」明文化，而將本條修正為：「本法所稱競爭，指二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務及其他各種不以阻礙他事業參與或進出市場之手段，爭取交易機會之行為。」始為恰當。

而就廣告、贈品贈獎等行銷行為，屬於「不公平競爭」之範疇，本文認為是否須受管制應視「該行為對消費者所產生之效用」而定，如若對消費者產生之正面效用大於負面效用則無管制必要存在。

則就廣告行為，應著重於是否廣告之資訊傳達功能妥適達成，則虛偽不實或引人錯誤之廣告重點應置於是否「引人錯誤」，若引人錯誤則廣告資訊無法正確傳達，對消費者無正面效用，而有負面效用產生，應受管制。

<sup>442</sup>王為農、陳杰[譯](2007)，日本禁止壟斷法概论 / 根岸哲、舟田正之著，198-199。

在贈品贈獎促銷行為方面，由於亦屬於一種資訊之提供，故並無限制「贈品贈獎」作為事業相互競爭手段之必要。本文認為公平交易法第 23 條關於贈品贈獎之提供條文應予刪除，重點應係附隨或利用贈品贈獎行為而為之引人錯誤、欺罔、掠奪性定價、搭售等問題，而非手段本身具有可非難性。

## 第二節 建議

### 第一款 將行為經濟學引入競爭法領域<sup>443</sup>

近代經濟學透過設計各種實驗結果，認定人很多時候並非如古典經濟學中描述的那種理性經濟人，以利益最大化為其目標，而是存在許多矛盾、不理性之處，在行為經濟學的描述中，人只有「有限理性」，決策會受到過去經驗或他人選擇之影響，未必會完全基於自身理性思考，而存在許多捷思、認知偏誤。

本文認為競爭法追求的方向應係靜態的資源有效分配、利益最大化，是在大方向上認為應追求自由競爭、減少管制，不應對競爭手段進行過多限制。惟在管制方法上，本文認為得利用行為經濟學領域之研究結果，調整執法模式及方向，如在消費者落入各種捷思、認知偏誤之誤區時，以各種提醒、教育方法，協助消費者進行正確之消費選擇，而非直接禁止該手段。

### 第二款 消費者教育

由於廣告具有其娛樂、藝術性質存在，若欲以要求其揭露資訊解決資訊傳達受阻礙的問題可能根本上與其性質衝突而無法達成。欲達成使消費者充分獲得資訊、並以此進行其交易決定，實際上應做的係透過消費者教育之方法，強化消費

---

<sup>443</sup> 相同的倡議可參洪財隆（演講）、楊宗霖（記錄整理）（2019），〈行為經濟學與競爭法適用之初探〉，《公平交易通訊》，108 年 1 月號卷 85 期，頁 1-7；江雅綺、郭迺鋒、楊宗翰、程法彰（2020），〈行為反托拉斯與消費者權益之探討〉，《第 27 屆競爭政策與公平交易法學術研討會會議手冊（二）》；陳皓芸、杜怡靜、劉姿汝、黃銘輝，前揭註 204，頁 204-213。

者之能力，而非透過立法或強化執法之方法使消費者過度依賴主管機關，一味信任受篩選後之資訊<sup>444</sup>。

在贈品贈獎部分亦相同，並非一味規定不能進行贈品贈獎活動、限定金額上限等限定競爭手段自由，而係透過教育消費者之方式，使消費者能夠考量贈品贈獎促銷活動的利弊，爾後本於自我負責的觀念，令消費者對自己的消費決定及結果負責。

---

<sup>444</sup> 有認防範消費紛爭的最佳做法除要求事業充分揭露資訊外係推行消費者教育者。參陳皓芸、杜怡靜、劉姿汝、黃銘輝，前揭註 204，頁 214。

# 參考文獻



## 一、中文參考文獻

### (一) 專書 (含合作研究計畫)

- 尤英夫 (2000),《廣告法之理論與實務 / 尤英夫著》,增訂再版。
- 王又鵬 (1995年2月),〈企業贈獎行為規範之研究〉,收於:洪禮卿等共同主持(著),《企業贈獎行為規範之研究》,行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 王志誠 (1997),〈大陸與臺灣競爭法之比較分析〉,收於:賴源河教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編(著),《財經法專論》,五南圖書出版公司。
- 王為農、陳杰[譯].(2007). *日本禁止壟斷法概論 / 根岸哲,舟田正之著 (第1版)*. 北京: 中国法制出版社。
- 王連常福 (1995年2月),〈企業贈獎行為規範之研究〉,收於:洪禮卿等共同主持(著),《企業贈獎行為規範之研究》,行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 朱鈺洋 (1993),《虛偽不實廣告與公平交易法》,初版,臺北市:三民。
- 行政院公平交易委員會編著 (2010),《競爭政策白皮書:96至98年施政主軸專案計畫》,初版,臺北市:行政院公平交易委員會。
- 何之邁 (1993),《公平交易法專論》,初版,臺北市:何之邁發行。
- 何之邁 (1995年2月),〈企業贈獎行為規範之研究〉,收於:洪禮卿等共同主持(著),《企業贈獎行為規範之研究》,行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 何之邁 (2002),《公平交易法實論》,修訂版,臺北市:何之邁發行。
- 何之邁(計劃主持)、劉美琪(共同主持)(2003),《公平交易法對廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究》,行政院公平交易委員會九十二年度合作研究報告五。
- 吳忠吉 (1995),〈企業贈獎行為規範之研究—贈獎促銷與公平交易〉,收於:洪禮卿等共同主持(著),《企業贈獎行為規範之研究》,行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 吳惠林 (1995),〈企業贈獎行為規範之研究〉,收於:洪禮卿等共同主持(著),《企業贈獎行為規範之研究》,行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 李欽賢(計劃主持);林秀雄、高義芳(研究)(1994),《制定贈品及折扣法規之研究》,臺北市:行政院公平交易委員會八十一年度合作研究計畫六。
- 杜怡靜、王震宇、汪志勇、陳皓芸、楊燕枝共同主持 (2019),《公平交易法對

- 新興薦證廣告之適用與因應》，公平交易委員會 108 年委託研究期末報告 5。
- 汪渡村 (2007)，《公平交易法》，三版，臺北市：五南。
- 沈榮寬、謝杞森 (1993)，《虛偽不實廣告標示行為之探討 / 沈榮寬,謝杞森著；公平交易法論述系列編審小組編輯》，台北市：行政院公平交易委員會。
- 周德旺 (1992)，《透視公平交易法》，大日出版社。
- 林全 (1995)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持 (著)，《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 林建煌 (1995)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持 (著)，《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 范建得、莊春發 (1992 年 7 月)，《不公平競爭》，健新顧問有限公司編印。
- 范建得、陳丁章 (2004 年 11 月)，〈第十九條限制競爭或妨礙公平競爭之行為〉，收於：廖義男等合著 (著)，《公平交易法之註釋研究系列 (二) 第十八條至第二十四條》，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告二。
- 范建得、莊春發 (1992)，《公平交易法 Q&A，範例 100》，商周文化事業股份有限公司。
- 范建得、莊春發 (1999)，《公平交易法三-不實廣告》，三誠堂。
- 徐火明 (1992)，《從美德與我國法律論商標之註冊》，瑞興圖書股份有限公司。
- 莊春發 (1995 年 2 月)，〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持 (著)，《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 莊春發 (2002)，《反托拉斯經濟學論集 (上冊)》，瑞興圖書股份有限公司。
- 莊春發 (計畫主持人)，李顯峰 (協同主持人)，許志義，陳志龍，胡祖舜，張心怡 and 余清照 (2002 年 11 月)，《經濟理論的競爭觀在執行反托拉斯管制上的定位與應用》，行政院公平交易委員會九十一年度合作研究報告十二。
- 陳正倉、林惠玲 (2020)，《個體經濟學》，二版，臺北市：雙葉書廊有限公司。
- 陳偉賢 (2001)，《實用廣告學》，新形象出版事業有限公司。
- 陳皓芸、杜怡靜、劉姿汝、黃銘輝 (2021)，《我國不實廣告執法實務之評析》，公平交易委員會 110 年委託研究報告 7。
- 陳櫻琴 (2000)，〈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》，第五期。
- 傅軍、張穎 (2004)，《反壟斷與競爭政策：經濟理論、國際經驗及對中國的启示》，第 1 版，北京市：北京大學出版社。
- 黃茂榮 (1993)，《公平交易法理論與實務》，植根法學叢書。



- 黃茂榮（1998年7月），《公平交易法專題研究（二）》，植根法學叢書。
- 廖義男（1996），《監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究》，行政院消費者保護委員會編印。
- 廖義男（2020），《公平交易法之釋論與實務《第三冊》》，初版第2刷，臺北市：元照出版有限公司。
- 廖義男（2021年11月），《公平交易法》，初版，臺北市：元照。
- 瞿宛文（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 劉孔中（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 劉孔中（2003），《公平交易法》，初版，臺北市：劉孔中出版。
- 劉紹樑（1995），〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 樊志育（1971），《廣告學 / 樊志育著》，修訂再版，台北市：著者。
- 鄭玉波（1976），〈廣告企業之民事責任與消費者之保護〉，《法令月刊》，第27卷第4期。
- 賴源河編審（2005），《公平交易法新論》，三版，臺北市：元照。
- 薛銘鴻（1994），《從不正競爭觀點論我國公平交易法對不當表示之規制：以表示人之民事責任為中心》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 瞿宛文（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 魏啓林（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二。
- 羅明宏（1995），《不實廣告案例解讀》，元照。
- 蘇永欽（1988），〈論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察〉，氏著，《民法經濟法論文集（一）》，三民書局。
- 蘇永欽（1988），〈關於防止限制競爭立法的基本問題〉，氏著，《民法經濟法論文集（一）》，三民書局。
- 蘇永欽（1988），《民法經濟法論文集》，初版，臺北市。
- 蘇永欽（1995年2月），〈企業贈獎行為規範之研究—企業贈獎行為的法律問題—兼論報業贈獎活動應否做特殊考量〉，收於：洪禮卿等共同主持（著），《企業贈獎行為規範之研究》，行政院公平交易委員會八十四年度合作研究計畫二：

## (二) 期刊、會議論文

- 江雅綺、郭迺鋒、楊宗翰、程法彰（2020），〈行為反托拉斯與消費者權益之探討〉，《第27屆競爭政策與公平交易法學術研討會會議手冊（二）》。
- 何之邁、劉美琪（2004），《公平交易法對廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範研究》，第十一屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集。
- 吳秀明、沈麗玉（2015），〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，241期。
- 吳翠鳳（1996），〈美國對不實廣告行為之規範及執行狀況〉，《公平交易季刊》，4卷1期。
- 李堯賢、呂英瑞、林怡芯（2006年7月），〈贈品價值，油品價格與共同贈送贈品策略〉，《公平交易季刊》，14卷3期。
- 洪財隆（演講）、楊宗霖（記錄整理）（2019），〈行為經濟學與競爭法適用之初探〉，《公平交易通訊》，108年1月號卷85期。
- 胡仲男（2013），〈新型態廣告規範之研究-以公平交易法為中心〉，《公平交易季刊》，第21卷第3期。
- 莊春發（1986），〈廣告與競爭——參進障礙抑是參進手段（上）〉，《企銀季刊》，第九卷第四期。
- 莊春發（1998），〈競爭概念的發展、演變與反托拉斯政策〉，《公平交易季刊》，6卷1期。
- 陳正達、郭永興、馬泰成（2015），〈日本公正取引委員會在消費者政策之轉變——從戰後到消費者廳成立前後〉，《公平交易季刊》，第23卷第4期。
- 楊宏輝（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。
- 楊宏輝（2013），〈從民法與公平交易法的規範面向論述締約前資訊揭露義務——兼論丹堤咖啡加盟案〉，《公平交易季刊》，21卷3期。
- 廖義男（1992），〈公平交易法之立法目的與保護之法益——第一條之詮釋〉，《公平交易季刊》，0卷0期。
- 劉孔中（1995），〈公平交易法與消費者保護法之比較研究〉，《人文及社會科學集刊》，第七卷第二期。
- 劉孔中（1995年3月），〈美國聯邦交易委員會法第五條之研究〉，《人文及社會科學集刊》，第7卷第1期。
- 劉定基（2009），〈欺罔與不公平資訊行為之規範——以美國聯邦交易委員會的管制案例為中心〉，《公平交易季刊》，17卷4期。
- 劉姿汝（2019），〈論日本不實廣告之規範與運用-兼論對我國法之啟示〉，《公平交易季刊》，第27卷第4期。
- 劉紹樑（1991），〈從意識型態和執行實務看公平交易法〉，《政大法學評論》，第

44 期。

- 鄭家麟（2001 年 1 月），〈我國相關法規對贈品贈獎促銷行為之規範—兼論行政院公平交易委員會處理贈品贈獎促銷額度案件原則〉，《公平交易季刊》，第九卷第一期。
- 鄭優、單驥、黃茂榮、江炯聰（1999），〈公平交易委員會關於廣告之規範政策與實務的檢討〉，《植根雜誌》，15 卷 9 期。
- 藍科正、謝一品（1994），〈日本對贈品與標示規範初探〉，《公平交易季刊》，第二卷第二期。
- 羅明宏（1994），〈論不實廣告之判別準則：從消費者角度觀察〉，《公平交易季刊》，2 卷 2 期。
- 蘇永欽（1981），〈論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察〉，《臺大法學論叢》，11 卷 1 期。

### （三） 學位論文

- 丁丞康（2015），《公平交易法對於事業贈品贈獎促銷行為規範之研究》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。
- 方華香（2005），《論網路不實廣告之法律責任：以公平交易法與消費者保護法為中心》，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文。
- 朱鈺洋（1993），《虛偽不實及引人錯誤廣告在不正競爭防止法上之規範》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。
- 余適霖（1995 年 6 月），《贈品促銷行為法律規制之研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文。
- 李宗榮（1996），《消費者資訊之保護-以消費者保護法為中心》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。
- 汪渡村（1983），《反托拉斯法在經濟法上之地位》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。
- 林佳怡（2007），《競爭法上關於贈品贈獎促銷行為之研究》，輔仁大學財經法律學研究所碩士論文。
- 林怡君（2004），《從不公平競爭法之體系論我國公平交易法第二十四條之適用界限》，國立臺北大學法學系碩士論文。
- 林溢根（1996），《不實廣告法制之研究》，東海大學法律學研究所碩士論文。
- 張維穎（2012），《我國與美國不實廣告判斷標準之比較—以競爭法觀點為討論範圍》，國立臺北大學法律學系碩士論文。
- 陳玲玉（1979），《論引人錯誤廣告與廣告主之法律責任》，臺灣大學法研所碩士論文。
- 陳美卿（1997 年 6 月），《從公平交易法觀點論贈品促銷之規範》，國立中正大學法律學研究所碩士論文。
- 曾宜健（2004），《我國與日本對建築業不實廣告規範之比較研究》，國立臺北大

學法學系研究所碩士論文。

- 黃麗潔 (2009),《論企業經營者之廣告責任：以民法及消費者保護法為中心》，國立成功大學法律研究所碩士論文。
- 楊忠霖 (2016),《競爭法與經濟管制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 董倚玲 (1971),《論虛偽不實廣告》，中興大學法律系研究所碩士論文。
- 蔡廣昇 (1995),《從消費者保護論廣告者之民事責任》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 鄭人豪 (2016),《從不實廣告規範論企業經營者之告知說明義務》，臺灣大學法律系碩士論文。
- 羅明宏 (1993),《不實廣告之規範及相關執行問題》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
- Kotler、Philip 等 (著)，謝文雀 (譯) (2010),《行銷管理：亞洲觀點》，第五版，臺北市：華泰。

#### (四) 網路資源

- Yahoo 新聞 (2021/12/28), 轉蛋法是什麼？跨黨派立委聲援為何被打回票？經濟部要端什麼修法草案？玩家發現中獎機率不實能怎麼辦？。
- 公平交易委員會網站，不當競爭防止法，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/aed38b46-a954-4d62-97c6-7fba09edb967.pdf> (最後瀏覽日期：2022/4/4)。
- 公平交易委員會網站，休曼反托拉斯法，<https://www.ftc.gov.tw/upload/48ddf11b-d58e-4ed0-ae84-efd811820488.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。
- 公平交易委員會網站，克萊登法 (2003 年委託翻譯)，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/d098b7df-d090-4548-96b7-1901b7dc8b18.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。
- 公平交易委員會網站，聯邦交易委員會法 (2011 年委託翻譯)，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/2ad8329e-c0f3-4e36-b6e9-5b7af2b12f88.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。
- 公平交易委員會網站，關於禁止私的獨占及確保公平交易之法律，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/ae0b0f88-b2d9-4e4e-8cca-799810967356.pdf> (最後瀏覽日期：2022/4/4)。
- 公視新聞網 (2022/6/13),〈公平會裁決「紫布事件」罰遊戲橘子 200 萬 丁特：正義必得伸張〉。
- 林易典譯，德國不正當競爭防制法 2017 年最新翻譯，2017 年 8 月，公平交易委員會網站，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/8b3644db-c28e-4434-8da7-69cce807b5c3.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。
- 林易典譯，德國限制競爭防止法 2015 年最新翻譯，公平交易委員會網站，  
<https://www.ftc.gov.tw/upload/c589d208-d2fc-4e62-b6f8-37c656652fd4.pdf> (最後瀏覽日期：2021/10/16)。

覽日期：2021/10/16)。

經濟部智慧財產局商標主題網，美國商標法（中英對照），<https://topic.tipo.gov.tw/trademarks-tw/cp-524-863303-2f126-201.html>（最後瀏覽日期：2022/4/3）。

樹洞香港，NLP 課程真的有用嗎？你要知道 NLP 絕不是心理學，<https://treehole.hk/pseudoscience/nlp-%E8%AA%B2%E7%A8%8B/>（最後瀏覽日期：2022/4/18）。

## 二、日文參考文獻

小林太三郎（1973），《現代廣告入門》，2版，ダイヤモンド社。

小野昌延編著（平成三年十月），《注解不正競争防止法》，初版二刷，青林學院。

川井克倭、地頭所五男（2007），《Q%A 景品表示法：景品表示規制の理論と実務》，改訂版第2版，東京都：青林書院。

今村成和（昭和六十三年），《独占禁止法》，新版初版第十刷，有斐閣。

公正取引委員会事務局取引部景品表示指導課（「景品規制の見直し・明確化に関する研究会報告書」について（概要）），《公正取引》，536期。

平成7年度公正取引委員会年次報告. 景品規制の見直し・明確化. Retrieved from <https://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h07/02150000.html#03>

正田彬、實方謙二（1999），《独占禁止法を学ぶ：經濟憲法入門 / 正田彬, 實方謙二編》，第4版，東京都：有斐閣。

田村善之（2003），《不正競争法概説》，第2版，東京都：有斐閣。

向田直範（2002年11月），〈不当禁止の表示〉，《公正取引》，625期。

西川康一（2021），《景品表示法》，第6版，東京：商事法務。

岡野純司（2019），〈景品表示法による不当表示規制の推移—平成期を振り返って—〉，《消費生活研究》，21卷1期。

金子晃、山口由紀子（2014），〈景品表示法移管5年の評価と課題〉，《公正取引第763号》。

金子晃、根岸哲、實方謙二、舟田正之（1983），《新・不公正な取引方法》，青林書院新社。

原一弘（1995），〈海外主要国における景品規制について（景品規制の見直しと今後の方向<特集>）〉，《公正取引》，536期。

消費者廳，「令和2年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁5-6，

[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_210721\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_210721_01.pdf)（最後瀏覽日期：2022/6/10）。

消費者廳，「令和3年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁5-6，

[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_220526\\_01.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_220526_01.pdf)（最後瀏覽日期：2022/6/10）。

消費者廳，「令和元年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 5-6，

[https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation\\_200626\\_02.pdf](https://www.caa.go.jp/notice/assets/representation_200626_02.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳，「平成 27 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 4，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/160617premiums\\_1.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/160617premiums_1.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳，「平成 28 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 4-5，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/fair\\_labeling\\_170630\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_170630_0001.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳，「平成 29 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 4-6，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/fair\\_labeling\\_180615\\_0002.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_180615_0002.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳，「平成 30 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」の公表について，頁 5，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/information\\_other/2019/pdf/information\\_other\\_2019\\_190625\\_0003.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/information_other/2019/pdf/information_other_2019_190625_0003.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳，平成 26 年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組，頁 3-4，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/pdf/150618premiums\\_3.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/150618premiums_3.pdf)（最後瀏覽日期：2021/4/8）。

消費者廳網站，公正競争規約が設定されている業種，

[https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair\\_labeling/fair\\_competition\\_code/industries/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/fair_competition_code/industries/)（最後瀏覽日期：2021/4/20）。

真淵博（2015 年 8 月），《景品表示法》，第四版，商事法務。

堀江明子（1999 年），〈景品・広告による不当な顧客誘引〉，收於：後藤晃、鈴村興太郎編（著），《日本の競争政策》，東京大学出版会。

鈴木加人、大槻文俊、小畑徳彦、林秀弥、屋宮憲夫、大内義三（2016），《TXT 経済法》，初版，法律文化社。

稲垣雅大（2004 年 11 月），《規制緩和と景表法》，立命館大學民事法研究会。

鶴田俊正（1997），《規制緩和——市場の活性化と独禁法》，ちくま新書。

### 三、英文參考文獻



- Areeda, Phillip, Kaplow, Louis and Edlin, Aaron S. (2004). *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases* (6th ed.). New York: Aspen Publishers.
- Authors, Various. (1955). *Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*. Washington: United States Government Printing Office.
- Baumol, William J. (1986). *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*. *Microtheory: applications and origins*, 40-54.
- Baumol, William J, Panzar, John C and Willig, Robert D. (1983). *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: Reply*. *The American economic review*, 73(3), 491-496.
- Baumol, William J, Panzar, John C and Willig, Robert D. (1988). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*: Harcourt College Pub.
- Bork, Robert H. (1967). *The Goals of Antitrust Policy*. *The American economic review*, 57(2), 242-253.
- Callmann, Rudolf (1987), *The Law of Unfair Competition Trademark and Monopolies*, Vol.1, 4<sup>th</sup> ed., §5.14.
- Caristi, D. and Davie, W.R. (2018). *Communication Law: Practical Applications in the Digital Age*: Taylor & Francis.
- Clark, John Maurice. (1940). *Toward a Concept of Workable Competition*. *The American economic review*, 241-256.
- Clark, John Maurice. (1955). *Competition: Static Models and Dynamic Aspects*. *The American economic review*, 45(2), 450-462.
- Clark, John Maurice. (1961). *Competition as a Dynamic Process*.
- Dunne, Niamh. (2015). *Competition Law and Economic Regulation : Making and Managing Markets* Cambridge: Cambridge University Press.
- Economides, Nicholas. (2012). *Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*: Edward Elgar Publishing.

Galbraith, J.K. (1998). *The Affluent Society*: Houghton Mifflin.

Ginsburg, Jane C., Litman, Jessica and Kevlin, Mary L. (2007). *Trademark and Unfair Competition Law : Cases and Materials* (4th ed.). New York, N.Y: Foundation Press.

Hayek, Friedrich A. (2016). *The Meaning of Competition*. *Econ journal watch*, 13(2), 360.

Hovenkamp, Herbert. (2009). *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*. *Minn. L. Rev.*, 94, 311.

Hylton, Keith N. (2003). *Antitrust Law : Economic Theory and Common Law Evolution* Cambridge, UK ;: Cambridge University Press.

Kallaugher, John and Sher, Brian. (2004). *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82*. *European Competition Law Review*, 25(5), 263-285.

Khan, Lina M. (2016). *Amazon's Antitrust Paradox*. *Yale IJ*, 126, 710.

Kintner, Earl W. (1971). *A Primer on the Law of Deceptive Practices : A Guide for Business* / Earl W. Kintner. New York: Macmillan.

Porter, Michael E. (1996). *What Is Strategy?*

Preston, I.L. (1996). *The Great American Blow-Up: Puffery in Advertising and Selling*: University of Wisconsin Press.

Schumpeter, Joseph A. (2010). *Capitalism, Socialism and Democracy*: routledge.

Schwartz, Marius. (1986). *The Nature and Scope of Contestability Theory*. *Oxford Economic Papers*, 38, 37-57.

Schwartz, Marius and Reynolds, Robert J. (1983). *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: Comment*. *The American economic review*, 73(3), 488-490.

Shampanier, Kristina, Mazar, Nina and Ariely, Dan. (2007). *Zero as a Special Price: The True Value of Free Products*. *Marketing science*, 26(6), 742-757.

Shepherd, William G. (1984). " *Contestability*" Vs. Competition. *The American*



economic review, 74(4), 572-587.

Siegel, P. (2011). *Communication Law in America* (3 ed.): Rowman & Littlefield Publishers.

Sosnick, Stephen H. (1958). A Critique of Concepts of Workable Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 380-423.

Thompson, Arthur A., Jr. (1980). Competition as a Strategic Process. *Antitrust bulletin*, 25(4), 777-803.

Tonner, Klaus Verbraucherschutz im UWG und die UWG-Reform von 1986 NJW 1987 Heft 32 S.1918.，轉引自李介民（1993），*交通運輸業與公平交易法*，初版，保成文化，頁 110。

Venit, James S. (2008). Cooperation, Initiative and Regulation – a Cross Cultural Inquiry. In C.-D. Ehlermann and M. Marquis (Eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 Ec*: Bloomsbury Publishing.

Weitzman, M. L. (1983). Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: Comment. *American Economic Review*, 73(3), 486-487.

