

新聞放大鏡 ②

探討—網路平台薦證廣告

編目：行政法

【新聞案例】^{註1}

吃美食打卡上臉書享受店家優惠，是否被歸類為「網路薦證式廣告」？行政院公平交易委員會昨天表示，消費者單純按讚打卡，屬於主觀概念，不會納入處理；若有享折扣或店家推薦試用，只要標明清楚，就不會受罰。

立法院衛環委員會昨舉行「按讚也違法？」公聽會，公平會公平競爭處副處長林慶堂說，民國一〇二年納入社群網站的薦證廣告規範，主因當時手機大廠「寫手門事件」，該廠商透過行銷公司聘請工讀生在論壇中詆毀對手公司，進而帶出自家產品優勢，影響消費者判斷，且寫手是行銷公司工讀生，有對價關係，才會重罰。

林慶堂表示，薦證式廣告另一個定義就是「足以影響交易秩序」，但一般打卡按讚換取優惠，不太容易影響交易秩序。大家只要把握一個原則，就是清楚揭露資訊，究竟是試乘、試用或廠商合作文，只要清楚讓消費者判定，就不用擔心受罰。

台灣網路暨電子商務產業發展協會秘書長吳小琳表示，政府請業者「喝咖啡」，對主管機關很平常，但對網友很不可思議，因為網路是生活習慣，一再嚴禁的法令凸顯政府對網路文化的無知。

部落客藥師吉米表示，部落客寫的文章常被認定是廣告，但並非網路上每篇文章都是廣告，法令太嚴格，最後只會本末倒置。

網友林士豪說，公平會對薦證廣告、網路分享的界定模糊不清，顯示行政官員和市井小民生活的疏離，網路科技已經是年輕人的生活現象，難道官員們還在用撥接嗎？

【爭點提示】

- 一、網路薦證廣告管理法規之適用順序？
- 二、廣告行為認定原則及實務處理情形？
- 三、違規行為之連帶責任？

^{註1}引自 2015-05-26/聯合報/記者胡宥心。http://udn.com/news/story/7087/925548
(最後瀏覽日：2015/06/08)

【案例解析】

一、網路薦證廣告管理法規之適用順序？

(一)相關管理規定

1.衛生福利部：

(1)食品安全衛生管理法第 28 條規定：「(第 1 項)食品、食品添加物、食品用洗潔劑及經中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形。(第 2 項)食品不得為醫療效能之標示、宣傳或廣告。(第 3 項)中央主管機關對於特殊營養食品、易導致慢性病或不適合兒童及特殊需求者長期食用之食品，得限制其促銷或廣告；其食品之項目、促銷或廣告之限制與停止刊播及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

(2)化粧品衛生管理條例第 24 條規定：「(第 1 項)化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。(第 2 項)化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。(第 3 項)經中央或直轄市衛生主管機關依前項規定核准之化粧品廣告，自核發證明文件之日起算，其有效期間為一年，期滿仍需繼續廣告者，得申請原核准之衛生主管機關延長之，每次核准延長之期間不得逾一年；其在核准登載、宣播期間，發現內容或登載、宣播方式不當者，原核准機關得廢止或令其修正之。」

(3)違反上開規定者，分別得依食品安全衛生管理法第 45 條規定，處新台幣 4 萬元以上 400 萬元以下罰鍰，及依化粧品衛生管理條例第 30 條規定，處新台幣 5 萬元以下罰鍰；情節重大者，並得由原核發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。

2.公平交易委員會：

(1)公平交易法第 21 條第 5 項、第 6 項規定：「(第 5 項) 廣告薦證者明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞，而仍為薦證者，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 6 項) 前項所稱廣告薦證者，指廣告主以外，於廣告中反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果之人或機構。」

(2)「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」(94 年 9 月 23 日訂定發布，

104年3月12日修正)第4點至第7點規定：「薦證廣告之商品或服務有下列虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵者，涉及違反本法第二十一條規定：(一)無廣告所宣稱之品質或效果。(二)廣告所宣稱之效果缺乏科學理論支持及實證，或與醫學學理或臨床試驗之結果不符。(三)無法於廣告所宣稱之期間內達到預期效果。(四)廣告內容有「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」第十七點所示情形之一。(五)經目的事業主管機關認定為誇大不實。(六)其他就自身商品或服務為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」「薦證廣告之內容以比較廣告方式為之者，如其對自身商品或服務並無不實，而對他人商品或服務有虛偽不實或引人錯誤之表示情事者，依其具體情形可能涉及違反本法第二十四條或第二十五條規定。」「(第1項)薦證廣告以社群網站推文方式為之，如薦證者與廣告主間具有非一般大眾可合理預期之利益關係，而未於廣告中充分揭露，且足以影響交易秩序者，涉及違反本法第二十五條規定。(第2項)前項社群網站推文包括網路部落客推文及論壇發言等方式。」「違反本法規定之罰則與法律責任：……(二)薦證者：1.薦證者倘為商品或服務之提供者或銷售者，即為本規範說明所稱之廣告主，適用有關廣告主之規範。2.薦證者與廣告主故意共同實施違反本法之規定者，仍得視其從事薦證行為之具體情形，依廣告主所涉違反條文併同罰之。3.薦證者明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞，而仍為薦證者，依本法第二十一條第五項後段規定，與廣告主負連帶損害賠償責任。但薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構，依本法第二十一條第五項但書規定，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。4.薦證者因有第二目、第三目情形，而涉及其他法律之規範者，並可能與廣告主同負其他刑事責任。」

3.行政院消費者保護處

(1)消費者保護法第5條、第22條、第23條：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」「(第1項)企業經營者對消費者從事與信用有關之交易時，應於廣告上明示應付所有總費用之年百分率。(第2項)前項所稱總費用之範圍及年百分率計算方式，由各目的事業主管機關定之。」

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(2)消費者保護法施行細則第 23 條、第 24 條：「本法第二十二條及第二十三條所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」^{註2}「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。」

(二)中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」此即「特別法優於普通法原則」或「特別規定優先適用原則」，故適用上開原則時，係以二法規就同一事項均有規定為前提(法務部 101 年 5 月 1 日法律字第 10103102930 號函參照)。

(三)而法律之所以有普通法與特別法之分，乃有二種以上之法律同時存在，對於同一事件，均有所規定，而其規定不相同者屬之。因此普通法與特別法僅為對立之稱謂，屬於相對性，而非絕對性，同一法律對某種法律原為特別法，而因變更其地位時，對某種法律則為普通法，例如公司法、票據法對民法而言，固為特別法，但對證券交易法而言則為普通法。其認定標準，如同一事件規定之性質為一般性者，為普通法，性質較為特殊者，為特別法；就同一事件規定之事項，較為粗疏簡陋者為普通法，規定較為詳細者，為特別法；就同一事件之規定，範圍廣泛而性質較單純為普通法，規定較狹小而複雜詳細者為特別法(法務部 102 年 3 月 19 日法律字第 10200042350 號函參照)。

(四)準上所述，有關實體通路薦證廣告管理法規之適用順序，依中央法規標準法第 16 條揭櫫之「特別法優於普通法原則」，應優先由各目的事業主管機關原援引各該商品之專法予以規範管理，而於各專法無特別規定時，則依公平交易法第 21 條予以規範。至於網路薦證廣告部分，相關機關亦本於相同原則辦理^{註2}。

二、廣告行為認定原則及實務處理情形？

依前開消費者保護法施行細則第 23 條規定可知，網路係為從事廣告行為可利用方式之一殆無疑義。惟主管機關對於網路上刊載之文字，非立即為廣告之判定，仍須為行政調查，兼併探求刊登人之主觀目的，倘經查證後，發現其僅係

^{註2}參閱公平交易委員會，有關網路時代網路薦證廣告之相關議題報告，立法院第 8 屆第 7 會期社會福利及衛生環境委員會公聽會，2015 年 5 月 25 日。

單純抒發個人「經驗分享」者，尚不致有衍生後續裁處之情事。準此，某一個案是否屬於「廣告」，應由法令主管機關一併考量違規動機、目的及是否收受利益等情形，綜合研判^{註3}。

薦證者於廣告中所為之薦證行為，因已合於整體廣告內容之一部分，不可切割，故同一薦證廣告之廣告主與薦證者，應依其廣告內容所涉違法之同一法規，論以個別之違法責任^{註4}。

三、違規行為之連帶責任？^{註5}

(一)行政責任

行政罰法第3條、第14條第1項分別規定：「本法所稱行為人，係指實施違反行政法上義務行為之自然人、法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織。」「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，分別處罰之。」

依上開規定可知，網路平台、部落客、企業主參與違規廣告的製播，成為行為人，或是共同行為人，主管機關仍應依法處理。易詞以言，倘薦證者故意與商品廣告主為不實廣告行為，符合「故意共同實施違反行政法上義務之行為」要件，將與廣告主負同樣行政處罰。

(二)民事責任

揆諸消費者保護法第23條、民法第185條、公平交易法第21條第5項等規定可知，前開規定屬民事損害賠償責任，賦予民眾因違規廣告所生之損害賠償請求權。

^{註3}參閱衛生福利部，『「按讚也違法?!」餐廳打卡享折扣、部落客開箱文、分享化妝品試用心得，是經驗分享還是廣告行銷？論網路平台見證廣告如何規範管理』公聽會，立法院第8屆第7會期社會福利及衛生環境委員會公聽會，2015年5月25日。

^{註4}同前註2。

^{註5}同前註2、3。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！