臺北高等行政法院判決

107年度訴字第1675號

）FKT64W1Z1X5L0;@108年5月29日辯

原　　告　東森得易購股份有限公司
代　表　人　王令麟（董事長）
訴訟代理人　陳盈君　律師
被　　告　公平交易委員會
代　表　人　黃美瑛（主任委員）
訴訟代理人　陳人鸚
　　蕭安汝
　　賴建勝

上列當事人間公平交易法事件，原告不服被告中華民國107年10月18日公處字第107092號處分書，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

緣原告與訴外人志佳化工股份有限公司（下稱志佳公司）於民國105年10月3日簽訂商品寄售契約，由志佳公司提供商品或服務，委託原告於電視及其他媒體或通路代為行銷。嗣志佳公司依約委託原告行銷「柚乾柚淨柚子精油洗衣粉」（下稱系爭商品），原告乃在東森電視購物台刊播系爭商品之廣告，宣稱「可以快速洗淨醬油、果汁、鋼筆水、印章、指甲油、機油、芒果汁、櫻桃汁、檳榔汁、番茄醬、蠔油、重油污等難纏污垢」等語（下稱系爭廣告）。嗣於同年11月6日

遭人檢舉，經被告調查結果，審認原告與志佳公司共同刊登之上開廣告，已就商品之品質為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定，乃依同法第42條前段規定，以107年10月18日公處字第107092號處分書（下稱原處分），處原告罰鍰新台幣（下同）50萬元（另裁罰志佳公司30萬元）。原告不服，遂提起本件行政訴訟。

二、本件原告主張：

（一）對比公平交易法第21條第1項及第4項規定，公平交易法對於不實廣告之「商品提供事業」及「廣告代理業或廣告媒體業」，分別課予不同法定責任，前者對於消費者應負民事責任，自不待言，主管機關尚得對之處以行政罰鍰；然對於後者，則以法律規定其應對消費者負民事之連帶損害賠償責任，惟並未賦予主管機關得對後者處以行政罰鍰之權限。本件原處分認定原告與志佳公司均為系爭廣告之「廣告主」，顯然出於恣意，與事實有違，適用法律亦有違誤；且恣意擴張公平交易法第21條第1項之適用，將使立法者基於憲法對於言論自由之保障，對於媒體業者與其他一般事業，基於傳播媒體之特性，異其主體而為之特別規範，即公平交易法第21條第4項，形同具文。

（二）原告作為「媒介」性質之傳播媒體，僅係單純受志佳公司委託刊播系爭商品廣告，並未參與志佳公司廣告內容之製作、產品之銷售，除節目主持人、來賓、廠商代表之談話內容係在原告公司攝影棚錄製，其餘節目道具、廣告宣傳材料、影片VCR、器材操作與說明等由志佳公司提供，甚且節目進行方式與主持人及來賓、廠商代表之談話內容皆由志佳公司設計、主導，原告僅單純配合志佳公司播出節目，原告並無主導節目之內容、進行方式甚至談話內容，

僅係機械式的呈現志佳公司安排之節目內容，與作為「內容提供者」之廠商、性質、責任本質非盡相同，且系爭廣告明確標示志佳公司商標，並由志佳公司直接出貨予消費者及提供售後服務。原告僅係受志佳公司委託，於所經營之「東森購物台」平台上提供訂購及收款服務，並非系爭商品之提供者。且依據原告與志佳公司間簽定寄售契約之約定，原告並無審查系爭廣告合法性之義務，亦無專業能力審查系爭廣告。而依該契約第9條第1項，志佳公司亦須保證所有宣傳素材均應合法。況且，原告所受托播送的廣告內容、販售之商品多達上萬件，且各產品之內容細節均非廣告刊播業者原告所能通盤了解及審查。準此，原告自非公平交易法第21條之廣告行為主體，更不具有違反主觀上可非難性及可歸責性。若要求傳播媒體於刊播前，必須就所有委託刊播廣告者之身分及廣告內容進行事前審查，無異係要求不具各項領域專業之傳播媒體必須熟稔所有行政管制規範，扮演媒體警察之角色，恐不僅有礙傳播資訊之傳布，更嚴重箝制委託刊播者之言論自由。

（三）原告就系爭廣告並未違反公平交易法第21條之立法目的及構成要件：

整體觀察系爭廣告並無誤導消費者之情事：將系爭廣告整體觀察，可知「銷售重點」絕非強調實驗過程，而是在於優惠價格、豐富贈品、 加柚子精油增加其洗淨力。至於「比較實驗」部份，則並無誇大不實之情形，而是一再強調如何操作該產品達到潔淨效果。因此，若就系爭廣告整體觀察，並無誇大誤導消費者以製造不公平競爭之情形，惟被告未就整體節目予以審酌，單擷取節目實驗片段部分予以重罰，實難令人甘服。

原告無誤導消費者之故意：由於系爭廣告係現場播出，原告無法事先審核篩檢，但該實驗過程的準備絕非原告預先故意安排。依慣例，原告於製作現場廣告節目時，一般會先請廠商提供產品及宣傳資料素材，並協同廠商、現場購物專家一起舉辦製播會議，共同討論會議中宣傳的重點項目及使用話術，而原告亦要求節目購物專家及廠商，必須按照契約約定擔保節目之呈現務必一切合乎法律規定，並配合製播會議中討論結論演出。惟系爭廣告之商品資料或製播會議中，並無事前溝通「將運用立於不同實驗基準之實驗進行演出過程」之設計，況且原告於接獲本件原處分書後始得知廠商竟使用比較實驗之過程有所指摘立於不同實驗基準之情況，原告對於節目呈現無從事前一一確認細節，是無期待可能性。

系爭廣告無引人錯誤或誤導消費者之虞：因清潔劑去汙效果將依個案情況而有差異，與溫度、髒污附著時間長短、有無事前處理、浸泡等操作而有不同，是原告為確保消費者權益，寄售廠商採用的流程是消費者購買商品後，其毋須備具任何理由，原告即可於收到商品後10日內無條件辦理退費。因此，消費者並不會因為現場廣告節目呈現的實驗即被系爭廣告誤導。

（四）原處分之裁量違反比例原則：系爭廣告總長約40分鐘，購物專家及廠商代表持續重複強調柚子精油的含量、搭配贈品等，未進一步就洗淨力誇大宣傳，原處分所指摘比較現場與購物專家節目上呈現的實驗過程，僅佔所有片長2400秒鐘的36%。被告未依公平交易法施行細則第36條規定，確實審酌原告刊播此廣告刊載時間非久，對交易秩序危害尚微，且事實上未因該行為獲有巨大利益，而於原處分之

前，其亦無其他與本件相同之違規情事，亦未考量原告配合調查並立即將系爭商品下架處理等事後態度良好等情；選擇對原告權益損害最少方法，如限期命其停止、改正等，即逕課處罰鍰50萬元。又未有充分之裁量理由說明，有違比例原則及裁量濫用之違誤。又志佳公司就本件違法行為之介入程度、可歸責性及可非難性顯然較高，原告卻遭裁罰較高額度罰鍰，此與行政罰法第14條第1項規定之要求之「罰責相當」法理不符等語。並聲明：原處分撤銷。

三、被告則以：

（一）按公平交易法第21條第1項之立法目的，係要求事業對其所銷售之商品或服務，於廣告及其他公眾可知悉之方法中，應為真實之表示，以確保市場公平競爭之秩序及市場效能，不因不實宣傳內容而受損害。其所非難者，乃事業對其商品（服務）利用虛偽不實或引人錯誤之廣告及其他使公眾得知之方法，以爭取交易機會之不正競爭手段，與憲法保障真實商業言論之自由表述，並不違背。又按廣告提供消費資訊，往往為消費者從事消費行為之重要判斷依據，若事業對其商品或服務，為虛偽不實或引人錯誤之廣告，將使消費者陷於錯誤，而為不正確之選擇，且將導致市場競爭秩序喪失其原有之效能，使競爭同業蒙受失去顧客之損害，而足生「不公平競爭」之效果。從而事業為廣告行為時，自應就廣告表示是否真實、正確及資訊完整，負有確保、檢查及監督等注意義務，而此等注意義務，並構成公平交易法第21條第1項之規範內涵，倘廣告主未就廣告內容之真實性詳加查證而逕予使用，致有虛偽不實或引人錯誤情事者，即應負不實廣告表示之責任。換言之，違反公平交易法第21條第1項所課予之義務，並不以廣告主

須有主觀之「故意」為要件。又公平交易法21條所稱廣告行為主體，並不以本身製作廣告者為限，而應就廣告內容之提供、製作至使公眾得知之過程中，各事業對於廣告行為之參與程度而定，倘事業就製作、刊載廣告行為、廣告商品交易流程有所參與且因而獲有利益，即難卸廣告主責任而應就廣告內容為真實表示。

（二）原告於本案絕非僅係單純擔任「媒介」之傳播媒體角色，而係廣告行為主體，故應就系爭廣告之表示是否真實、正確及資訊完整，負有確保、檢查及監督等注意義務：

原告與志佳公司簽訂之「商品寄售契約書」開宗明義即稱：「甲方為商品供應商，乙方為經營虛擬通路業者，經雙方協議，由甲方提供商品或服務，委託乙方於電視及其他媒體或通路代為行銷……」；又由該契約書第1條及第3條之約定可知，原告係以商品銷售者身分，就志佳公司所提供之商品相關廣宣素材，製作節目及廣告，公開播放於各種媒體載具，以行銷志佳公司所提供之商品，且因商品之銷售而直接獲有銷售利潤。是以，原告於本案之身分與志佳公司同為商品銷售者，絕非僅係單純之傳播媒體。

又自原告與志佳公司於原告所經營之東森電視購物台銷售系爭商品之合作關係而言，系爭廣告刊播前，係由原告與志佳公司共同就節目內容、流程、進行之實驗等進行討論，由原告提供主持人1員，與志佳公司代表於節目現場實驗，雙方彼此分工共同完成系爭廣告之刊播，故原告對系爭廣告內容確有實際參與製作並有支配之能力。另系爭商品係於原告所經營之東森電視購物台銷售，有關商品訂貨、開立發票、交易及付款對象等事宜，均由原告統籌辦理，亦即就消費者而言，其交易相對人為原告，且原告因利

用其所經營之東森電視購物台刊載、散布系爭廣告，並就所售商品收取售價一定比率之毛利。綜上以觀，原告於系爭廣告乃居於廣告主地位要無疑義。

系爭廣告內容以現場實驗方式，宣稱系爭商品可輕鬆快速洗淨各種難纏污垢、愈洗愈白，且混洗不會相互染色，甚至稀釋後可取代一般清潔劑等，惟該等實驗實際上或事先將實驗品打溼後，方沾附相關髒污或灰塵，並立即清洗；或以得溶解於案關商品溶液之特殊染劑為實驗；或以濃碘酒替代油污等等取巧手法操作。其中3項實驗更與他品牌洗衣粉進行比較，誇大系爭商品去污效果，有悖一般大眾使用洗劑之經驗，足以引起一般大眾產生錯誤認知及交易決定之虞。原告身為系爭廣告主，自應善盡真實表示義務，確保廣告內容與實際提供情形相符，然原告竟自棄其責，未就志佳公司提供於系爭廣告節目之宣傳素材予以檢視，即逕於原告之電視購物台以節目型態採實驗外觀操作，用以行銷系爭商品，顯已違反廣告主應盡之注意義務，其縱無故意，亦有過失，有違反公平交易法第21條第1項規定之情事。

（三）原處分並無裁量濫用或違反比例原則：被告業已依公平交易法施行細則第36條規定，就原告違法行為之動機、目的及預期之不當利益，違法行為危害交易秩序之持續期間，因違法行為所得利益，事業之規模、經營狀況、營業額及其市場地位，以往違法類型、次數、間隔時間及所受處罰，違法後悛悔實據及配合調查等態度，與其他因素等充分審酌。並考量系爭廣告刊播期間為106年9月12日起至同年11月28日，廣告期間系爭商品之銷售金額計1,995萬8,738元。且原告歷來經被告認定違反公平交易法第21條規定處

以罰鍰之次數高達31次（含本次），依個案裁罰金額8萬至185萬元不等，顯已多次違反同條規定，無視公平交易法第21條廣告主真實表示責任之義務，及歷來迭經法院肯認維持此等電視購物台具廣告主責任見解之判決；爰被告依公平交易法第42條前段規定，處原告50萬元罰鍰乃適法且妥當等語，資為抗辯。並聲明：駁回原告之訴。

四、上開事實概要欄所述之事實經過，除下述爭點外，其餘為兩造所不爭執，並有原告與志佳公司於105年10月3日簽訂之商品寄售契約（見本院卷第45至59頁）、檢舉書及所附影片（包含節錄部分系爭廣告、檢舉人實驗過程，見原處分甲卷第1至6頁）、原處分（見本院卷第35至43頁）附卷可稽，洵堪認定。本件兩造爭點在於：被告以原告為系爭廣告主體，違反公平交易法第21條第1項規定，依同法第42條前段規定，以原處分處原告罰鍰50萬元，是否合法有據？

五、本院之判斷：

（一）按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，制定有公平交易法；該法第21條第1項規定：「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」第2項規定：「前項所定與商品相關而足以影響交易決定之事項，包括商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，及其他具有招徠效果之相關事項。」所稱「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；所稱「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（被告對於公平交易法第21條案件之處理原則第5點、第6點參照）。準此，有關不實廣告之立法目的，係在規範廣告主於廣告時真實表示，以確保市場公平競爭之秩序及市場效能無因該廣告內容而遭致損害，其所非難者乃為利用虛偽不實之廣告以爭取交易機會之不正競爭手段。

（二）次按為維護交易秩序與保障消費者權益，避免事業以不當比較廣告誤導交易相對人，形成不公平競爭，被告制定有該會對於比較廣告案件之處理原則（下稱比較廣告處理原則），其第2點規定：「本處理原則所稱比較廣告，指事業於廣告中，就所提供商品或服務之特定項目，與他事業進行比較，以增進其交易機會。」第3點規定：「事業於比較廣告，就自身與他事業商品之表示或表徵，均應確保廣告內容與實際相符。」第5點規定：「事業於比較廣告無論是否指明被比較事業，不得就自身與他事業商品之比較項目，為下列之行為：　就自身或他事業商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。……　對相同商品之比較採不同基準或條件。……」第7點規定：「事業違反第5點者，可能構成公平交易法第21條之違反。」準此，事業為比較廣告，倘資訊正確，固有促進消費者選擇之機會，惟被比較對象之事業就廣告內容呈現並無支配之權，故事業倘於廣告或以其他使公眾得知之方法，就自身或他事業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，即違反公平交易法第21條規定。

（三）原告為系爭廣告之行為主體：

按廣告是商業活動中十分有效之交易媒介，事業利用廣告將商品或服務之資訊提供給消費者，吸引其購買，達到招

徠或提高潛在交易機會之目的，故法律規範事業應克盡確保廣告內容真實性之義務，以免導致市場不公平競爭情事發生。關於「為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」之行為主體，應以實施廣告行為之整體行為綜合判斷，並不以直接表示或表徵之行為人為限。易言之，公平交易法21條所稱廣告行為主體，並不以本身製作廣告為限，而應就廣告內容之提供、製作至使公眾得知之過程中，各事業對於廣告行為之參與程度而定，倘事業就製作、刊載廣告行為、廣告商品交易流程有所參與且因而獲有利益，即難卸廣告主責任而應就廣告內容為真實表示（最高行政法院100年判字第348號判決參照）。

經查，原告與訴外人志佳公司於105年10月3日簽訂「商品寄售契約書」（見原處分甲卷第29至43頁），載明：「甲方（即志佳公司）為商品供應商，乙方（即原告）為經營虛擬通路業者，經雙方協議，由甲方提供商品或服務，委託乙方於電視及其他媒體或通路代為行銷……」其第1條有關「合作主旨」約定：「甲、乙雙方同意，由甲方負責商品、服務及相關宣傳素材（包括但不限於甲方公司名稱、商品名稱、商品標示及商標等）之提供與授權，乙方負責製作相關之節目及（或）廣告，經由包括但不限於電視、網路、型錄、書刊、手機、報紙、廣播及DM等媒體通路為公開播送、傳輸及（或）刊載，以行銷甲方所提供之商品或服務。」第2條有關「定義」約定：「一、標的商品：由甲方提供乙方於乙方通路所販售或行銷之商品或服務。二、客戶：向乙方購買甲方所提供之商品或服務之消費者。……」第3條有關「合作通路及行銷」約定：「一、由甲方提供其所製造、經銷或代理之商品，經乙方選定為

本契約行銷之『標的商品』，於契約期間，甲方同意授權乙方得經由包括但不限於電視、網路、型錄、書刊、手機、報紙、廣播及DM等媒體通路行銷『標的商品』……二、除前項之通路行銷外，甲方同意乙方得於第三人交易平台通路行銷，並同意以下之約定：　乙方除得於乙方所屬通路行銷甲方寄售之『標的商品』外，亦得以自己之名義於所選定第三人經營之交易平台/通路（下稱「第三人交易平台」）行銷銷售甲方之『標的商品』。　甲方依本契約書第3條第4項約定提供予乙方『標的商品』之廣宣素材及相關資料，甲方授權乙方得重製、改作、編輯或轉授權『第三人交易平台』公開播送、公開傳輸、公開展示、刊載於各類傳播媒體等使用之。……三、乙方有權自行選擇媒體通路銷售『標的商品』，以劃撥、轉帳、信用卡授信、電話訂購、合作門市…等方式接受客戶訂單，並收取貨款。四、甲方應提供乙方『標的商品』相關之廣宣素材及相關資料，包括但不限於『標的商品』相片、電子圖檔、商品內容說明書，商品標示及組成材料、經過公私立機關或單位認證/檢驗之資料及電子檔案等，俾乙方依據『標的商品』屬性製作相關行銷素材（包括但不限於電視、廣播及網路媒體播送之節目、廣告影帶或影音檔或錄音帶，或於平面媒體使用之廣告或DM等）」（見原處分甲卷第30、31頁）。是依雙方約定，志佳公司同意將系爭商品授權原告於電視購物頻道上銷售，並由原告負責製作、拍攝系爭廣告，於電視購物頻道公開播送，以為商品宣傳行銷。而系爭商品銷售流程中，接受訂貨、送貨、開立發票、售後服務之主體均為原告，即就消費者觀點而言，其交易相對人為原告。又系爭商品之銷售價扣除志佳公司報價之差額

及稅金後均屬原告之收入，系爭商品銷售量愈大，原告收入即愈高。綜上，原告係以商品銷售者身分，就志佳公司所提供之商品相關廣宣素材，製作節目及廣告，公開播放於各種媒體載具，以行銷志佳公司所提供之商品，所得貨款再匯給志佳公司，因此獲有銷售利潤者。原告與志佳公司之交易模式，與託播廣告主與廣告業間之單純委託關係有間，其內部關係應屬利益共享之合作銷售，對外關係則以原告為消費者交易相對人，自得認定原告為系爭廣告之行為主體。

（四）原告雖主張僅單純受志佳公司委託刊播系爭廣告，並未參與志佳公司廣告內容之製作，其僅係單純擔任媒介之傳播媒體角色，而非廣告行為主體云云。惟查：

原告以商品銷售者身分，就志佳公司所提供之商品相關廣宣素材，製作節目及廣告，公開播放於各種媒體載具，以銷售志佳公司之商品，對於商品廣告內容並有支配之能力，已如前述。又原告網站「關於東森購物」資訊，其內容載有「我們以專業的電視購物頻道，明星級的購物專家，優質的客服機制，配合實力堅強的海內、外商品供應鏈，為臺灣消費者創造前所未有的購物新體驗……成為臺灣全方位的虛擬購物通路龍頭」、「讓電視媒介從原本單純傳遞娛樂的管道，演變為新的行銷通路」、「從前端商品開發、行銷企劃、銷售、客戶服務到後端物流配送，每一流程完全秉持『東森嚴選』的精神，層層管控，為消費者權益嚴選把關，站在顧客的立場，滿足顧客的需求」等語。復查原告網站所載東森購物「組織架構」，其內部設有「商品事業部」、「商品企劃部」、「商品行政部」、「廠商服務部」、「製播部」、「節目部」、「客戶體驗中心

」、「物流部」等單位，可知原告為銷售商品而設置商品廣告製播、商品物流及消費者服務等部門。

原告副理廖尚文於陳述意見時陳稱：「案關廣告係由志佳公司經與本公司討論確認所銷售之商品後，於廣告LIVE刊播前，由雙方就節目內容、流程、進行之實驗等進行討論，相關字卡、佈景、實驗道具亦由志佳公司提供，於節目中本公司就本案提供主持人1員，本公司另負擔其餘節目製作成本（包括場景費用、攝影棚、人事成本等）及營業成本（包括客服人事費用、倉儲費用等）……本公司未參與相關實驗過程。」（見原處分甲卷第71、72頁）。且系爭廣告之錄影地點在原告公司，錄影設備由原告提供之情，亦經證人曾建勝到庭證述明確（見本院卷第144、145頁之108年4月30日準備程序筆錄）。可知志佳公司負責提供系爭商品及相關宣傳素材，而原告負責製作相關節目及廣告，雙方事前就廣告內容、流程、實驗等項進行討論，原告並提供主持人1員，志佳公司經理曾建勝於節目現場實驗，足見原告與志佳公司分工共同完成系爭廣告之刊播。至於證人曾建勝雖證稱：伊當時擔任志佳公司經理，為系爭廣告之主持人，系爭廣告為現場直播，廣告內容是由志佳公司編排呈現，只有告知對方說會做清潔效果的呈現，詳細內容原告並不知情等語（見本院卷第143頁之108年4月30日準備程序筆錄）。然依原告與志佳公司簽訂之商品寄售契約書約定內容觀之，原告為系爭廣告之製作者，且原告副理廖尚文已自承系爭廣告現場播放前，雙方就其內容有參與討論如前述，證人曾建勝上開證述顯屬迴護原告之詞，尚難遽信。況且，廣告係事業爭取交易機會之方式，廣告主於宣播廣告之時，應克盡查證及真實表示之義務

，倘廣告主未能確定廣告之真實性，而逕予宣播，致有虛偽不實或引人錯誤情事者，仍當負不實廣告表示之責任。本件依系爭商品寄售契約之約定，原告為商品銷售者，亦為廣告行為主體，應就系爭廣告內容是否真實、正確及資訊完整，負有確保、檢查及監督等注意義務，自難因系爭廣告內容由志佳公司構思執行，即免除其為廣告行為人之注意義務，其上開主張自難採認。

（五）系爭廣告以不同比較基準為比較，且對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平交易法第21條第1項規定：

按一般消費者選購洗衣粉商品之考量因素，通常包括洗衣粉之洗淨力、去污力、不易退色和染色等因素，是倘事業銷售洗衣粉商品宣稱洗淨力、去污力、不易退色和染色等項與實際效果未符，自屬與商品相關而足以影響交易決定之事項。查系爭廣告宣稱系爭商品不到20秒內，可快速洗淨醬油、果汁、鋼筆水、印章、指甲油、機油等6大難纏污垢，另可洗淨沾附難纏之芒果汁、櫻桃汁、檳榔汁之衣物，其內容傳達一般衣物沾附任何難纏污垢後，使用系爭商品以洗衣清洗或用手搓揉，可迅速達到洗淨效果。惟查，本案檢舉人比照廣告內容，使用一般材料（利百代印台、指甲油、鋼筆水、回收機油等）塗抹在白色衣服上，再以手清洗之方式實驗，使卻無法將污垢洗淨，業經本院於108年4月30日準備程序當庭播放該影片屬實，且有陳述書、照片附卷足憑（見原處分甲卷第14至22頁）。復據志佳公司經理曾建勝表示該等實驗之衣物係選用特殊材質衣料，並於實驗前有打溼過，且於沾附髒污後馬上清洗，故可達廣告所示效果；又衣料種類眾多，廣告中對所實驗之衣

物有效果，不保證對其他衣料有效（見原處分甲卷第79至81頁、本院卷第145頁）。衡諸系爭廣告所實驗之衣物於沾附髒污前須事先打溼，尚與一般大眾髒污後始沾溼使用洗衣粉清洗之客觀情狀不符，且廣告效果僅限部分材質之衣料，無法佐證廣告中所示效果，與系爭廣告傳達之上開效果顯有差距，已足以引起一般或相關大眾產生錯誤之認知或決定之虞，核屬虛偽不實及引人錯誤之情事。

系爭廣告所為比較實驗，就市售之他品牌洗衣粉（遮蔽其品牌名稱（下稱「市售化工洗衣粉」）與系爭商品作比較：－有關系爭商品可將浸泡於「污泥」之棉花洗淨部分，志佳公司經理曾建勝於節目現場實驗時，將2盆污泥水溶液分別倒入1匙之「市售化工洗衣粉」及系爭商品後，將棉花分別置入水溶液搓揉，再取出擰乾，廣告呈現「市售化工洗衣粉」無法將棉花洗淨，並宣稱「這種化工的洗起來，因為無法滲透到纖維縫，去分解油垢、污垢，所以洗起來就會這樣，裡面黑漆漆，你洗不乾淨」；而系爭商品則可將棉花洗淨，並宣稱「洗起來可以滲透到衣服的最裡層，把油垢、污垢、包含這種淤泥給你帶出來」、「不只是外面乾淨，連裡面都乾乾淨淨，這樣才叫作百分之百的深層潔淨」。惟證人曾建勝表示廣告中「汙泥」是一般之爛泥巴，廣告效果純粹是擠壓力道較強及時間較長所致（見原處分甲卷第80頁）。—系爭廣告宣稱「市售化工洗衣粉」洗衣「越洗越暗沉」，系爭商品「越洗越白」部分：志佳公司經理曾建勝自承系爭商品所實驗之衣物係事先打溼沾附灰塵，故可達洗淨效果；另「市售化工洗衣粉」所實驗衣物於沾附灰塵前並未打溼，故洗淨效果有差異（見原處分甲卷第79頁）。．系爭廣告於「防染實驗」宣稱他

牌洗衣粉「易染色」，系爭商品「不染色」部分：志佳公司經理曾建勝表示，該項實驗中所用之藍色染劑是該公司自國外進口，可溶解於系爭商品，他牌商品就該項染劑則未能達到相同效果（見原處分甲卷第79、80頁）；j 系爭廣告宣稱可洗淨充滿髒污之拖把頭，另將沾附番醬、蠔油之衣物或沾附機油之衣物、絨毛娃娃，經使用系爭商品浸泡後，污垢瞬間剝落，可洗淨「陳年領污」、可將「襪底頑垢快速分解」；另鞋子浸泡後，就像新的一樣部分：志佳公司經理曾建勝自承該等實驗之拖把頭、衣物、絨毛娃娃、衣領、襪底、舊鞋等，皆於實驗前事先打溼過，且於沾附相關髒污後即馬上清洗，或事先打溼後於表面沾附灰塵後清洗（見原處分甲卷第80頁）。LL系爭廣告宣稱系爭商品可將藍色及紅色多餘色素分解，衣物混著洗不會相互染色部分：志佳公司經理曾建勝於節目現場實驗時，宣稱「我們在家裡洗衣，最怕碰到什麼？媽媽的紅色衣服，色牢度不夠，下水不小心褪出紅色的色素」、「洗到一件牛仔衣、牛仔褲，不小心褪出藍色的色素」，同時分別將紅色及藍色染劑投入水溶液中，後經倒入些許系爭商品並手動攪拌，水溶液則恢復透明無色，並宣稱「這種多餘的色素，馬上會在水中分解掉」、「以後媽媽在洗衣服，不會互相染色、互相鬥色」：惟該項實驗之藍色及紅色染劑係該公司特別自國外進口，恰巧可經系爭商品分解（見原處分甲卷第80頁）。ll系爭廣告宣稱系爭商品稀釋後可取代一般清潔劑，可洗淨鍋具之重油污部分：志佳公司經理曾建勝於節目宣稱系爭商品「可以取代家中所有單一功能的清潔劑」、「1湯匙稀釋1,000cc的水」、「包含這種重油污，我們把他噴一噴，他馬上就乾淨了」部分：惟志佳公

司經理曾建勝自承廣告中鍋底沾附之「重油污」實際為「濃碘酒」（見原處分甲卷第81頁）。可知系爭廣告所為「市售化工洗衣粉」與系爭商品相較實驗，或先打溼後清洗，或以挑選過之染劑作實驗，均利用不同之基準作比較，與一般大眾使用洗衣粉清洗之客觀情狀不符，已足以引起一般或相關大眾產生錯誤之認知或決定之虞，核屬虛偽不實及引人錯誤之表示。

（六）原告復主張原處分恣意擴張公平交易法第21條第1項之適用範圍，將使立法者基於憲法對於言論自由之保障，形同具文等云云。惟查：

按憲法第11條保障人民言論自由之規定，旨在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。然非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業性質之言論發表及訊息傳播，依憲法第23條之規定，為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，非不得以法律限制此項自由權利。廣告行為係為獲得交易機會而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，雖亦屬憲法第11條所定言論自由之保護範疇，然基於交易秩序之維護及消費者權益之保護，對之仍應有所規範。換言之，商業言論所提供之訊息，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作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法言論自由之保障，此有司法院釋字第414號、第577號及第623號等解釋可資參照。

查公平交易法第21條第1項規定之立法目的，係在規範事業於廣告時應善盡真實表示義務，以確保市場公平競爭秩

序及市場效能無因該廣告內容而遭致損害，其所非難者乃事業對其商品利用虛偽不實廣告以爭取交易機會之不正競爭手段，與憲法保障真實商業言論之自由表述，並不違背。另公平交易法第21條第5項之立法目的，係認廣告代理業及媒體業於廣告之傳播具有相當助力，爰於廣告主外，另立條文納入規範，對於明知或可得而知廣告主之廣告有引人錯誤之情，而仍予以製作、傳播之廣告代理業及媒體業，課以民事連帶損害賠償責任。亦即，公平交易法第21條第5項規範目的，乃因廣告代理業及媒體業因受廣告主之託，製刊廣告，其身分雖非廣告主，惟因其對廣告之散播具有相當助力，為使其能對不實或引人錯誤之廣告作相當程度之篩選，爰課以於明知或可得而知廣告主之廣告有引人錯誤之情形下，而仍予以製作、傳播時，應予廣告主負民事連帶損害賠償責任，非謂廣告代理業及媒體業即無適用公平交易法第21條第1項規定之餘地。換言之，倘廣告代理業及媒體業自為或委託他人製作廣告以行銷其商品或服務時，此際其身分即屬廣告主，倘其廣告有虛偽不實或引人錯誤之虞，自應依違反公平交易法第21條第1項規定予以論處。原告概以廣告代理業及媒體業僅有公平交易法第21條第5項規定之民事責任，而無負擔公平交易法第21條第1項規定之行政責任可能，容有誤會。況如前所述，原告於系爭廣告之角色，實為銷售系爭商品之出賣人及廣告主，非單純受託製作及刊播廣告之廣告代理業或廣告媒體業，故屬公平交易法第21條第1項規範之行為主體，原處分並無恣意擴張公平交易法第21條第1項適用範圍之情事，原告此部分主張，委無足採。

（七）原處分裁罰並無違反比例原則及裁量濫用之情事：

按行政罰法第18條第1項規定：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」公平交易法第42條前段規定：「主管機關對於違反第21條、第23條至第25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5萬元以上2,500萬元以下罰鍰。」次按公平交易法施行細則第36條規定：「依本法量處罰鍰時，應審酌一切情狀，並注意下列事項：一、違法行為之動機、目的及預期之不當利益。二、違法行為對交易秩序之危害程度。三、違法行為危害交易秩序之持續期間。四、因違法行為所得利益。五、事業之規模、經營狀況及其市場地位。六、以往違法類型、次數、間隔時間及所受處罰。七、違法後悛悔實據及配合調查等態度。」

經查，原告係以銷售者身分，就志佳公司所提供之廣宣素材製作系爭廣告，公開播放於其所經營之東森電視購物台，以行銷系爭商品，且因系爭商品之銷售而直接獲有銷售利潤，故為本案廣告主而為公平交易法第21條第1項所規範之行為主體，業如前述；經被告依前開規定綜合審酌原告違法行為之動機、目的及預期之不當利益，違法行為危害交易秩序之持續期間（系爭廣告刊播期間為106年9月12日起至同年11月28日，重播次數達154次，見原處分甲卷第44、45頁），因違法行為所得利益（廣告期間系爭商品之銷售金額計19,958,738元，見原處分卷甲卷第71頁），事業之規模、經營狀況、營業額（105年度營業額為8,431,987,022元，見原處分甲卷第48至53頁）及其市場地位，以往違法類型、次數（31次）、間隔時間及所受處罰，違

法後配合調查態度等因素加以審酌，難認有何違法之處，原告主張原處分裁罰違反比例原則及有裁量濫用之瑕疵云云，尚不足採。

六、綜上所述，原告所訴各節，均非可採，原處分裁處罰鍰，認事用法俱無違誤，原告徒執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

七、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘陳述及舉證，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併予敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第98條第1項前段、第218條、民事訴訟法第385條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　19　　日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法　官　林　玫　君

法　官　梁　哲　瑋

法　官　侯　志　融

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件

符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合　、　之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出　所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　19　　日

書記官　徐　偉　倫