臺灣臺北地方法院行政訴訟判決

108年度簡字第83號

原　　告　東森得易購股份有限公司
代　表　人　王令麟
訴訟代理人　蕭棋云律師
　　廖孟意律師
　　彭彥植律師
被　　告　公平交易委員會
代　表　人　黃美瑛
訴訟代理人　吳精元
　　蕭安汝

上列當事人間違反公平交易法事件，原告不服被告民國108 年2 月21日公處字第108007號處分書，提起行政訴訟，本院於108 年10月9 日辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要：

原告於民國（下同）107 年1 月16日在東森購物臺銷售訴外人輝葉企業有限公司（下稱輝葉公司）「Body Magic新一代粉嫩魔力板」商品（下稱廣告商品），於廣告宣稱「慢慢的幫你的『脂肪震碎』震碎排出去……幫助你的腸胃蠕動……蘿蔔腿、大象腿、大屁股、水桶腰……掰掰袖……瘦得很漂亮……以抖動方式有效達到運動瘦身……」等語，經被告以其就足以影響交易決定之商品品質及內容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、第42條規定，以108 （處分書誤繕為107 ）年2 月21日公處字第108007號公平交易委員會處分書裁處新臺幣（下同）40萬元罰鍰，輝業公司10萬元罰鍰（下稱原處分，見本院卷第29至34頁），原處分於108 年2 月23日送達原告，原告於108 年4 月22日起訴。

二、原告主張及聲明：

廣告兼具意見表達性質，屬憲法第11條所保障言論，應採取最大限度包容，避免產生寒蟬效應。廣告商品由輝業公司直接出貨與消費者，伊係受輝葉公司委託，於所經營之東森購物臺提供訂購及收款服務，非廣告商品提供者，僅廣告代理業或廣告媒體業，被告以公平交易法第21條第1 項論處，實有違誤。伊依據輝葉公司所提供廣告商品相關素材及說明製播廣告內容，不具能力審查輝葉公司提供素材是否不實，無違反公平交易法第21條第1 項之故意或過失。輝葉公司就本件違法行為之介入程度、可歸責性、可非難性顯然較高，伊卻遭裁罰較高額度罰鍰，與行政罰法第14條第1 項規定有違等語，並聲明：原處分撤銷。

三、被告抗辯及聲明：

商業言論所提供訊息及內容為真實，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。依原告於107 年9 月11日到會陳述，廣告商品售價為2,533 元，原告每件可獲1,021 元利潤，其餘利潤1,512 元歸屬輝葉公司，原告因製作刊載廣告行為，並參與廣告商品交易流程，且因銷售商品而獲有對價，即難卸公平交易法第21條第1 項廣告主責任，尚不許原告以無審查能力，推諉應負不實廣告之責任。伊審酌原告歷來被認定違反公平交易法處以罰鍰次數高達32次，據此加重裁處40萬元罰鍰等語，並聲明：原告之訴駁回。

四、本院之判斷：

按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。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。公平交易法第21條第1 項、第2 項分別有明文。故

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。查原告於107 年1 月16日在東森購物臺宣傳廣告商品中稱有幫助脂肪震碎、腸胃蠕動、瘦身用途等語，有新竹市衛生局電視、電臺違規廣告監錄查報表在卷可按（見原處分可閱卷第13、17至19頁），惟輝葉公司於107 年9 月13日在被告處陳述，並無相關醫學學理或臨床試驗依據證明得以佐證上開宣稱功效，據被告陳明在卷（見本院卷第81頁），有輝葉公司陳述紀錄存卷可查（見原處分可閱卷第77至79頁），復原告到庭不爭執，堪信為真。可知前揭廣告關於肌體被動地接受振動搖擺機的抖動以達到減肥效果內容，並無科學依據，已涉及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。縱廣告素材由輝葉公司提供，原告為廣播電視媒體節目、廣告製作公司，有公司基本資料在卷可按（見本院卷第53頁），自應具備要求輝業公司對銷售產品資訊提出相關數據分析資料之專業知識，原告未做基本查證，難謂就廣告內容真實性已盡查證及注意義務，原告無故意或過失等語（見本院卷第25頁），自不足採。況依輝葉公司表示，廣告內容並無先擬定腳本，現場錄影之口白多由原告公司主持人與輝葉公司代表以臨場反應互動產生，有前揭輝葉公司陳述紀錄為憑（見同上），可見原告就廣告之內容及製作過程，顯非全無置喙餘地，被告依違反公平交易法第21條第1 項規定，以原處分裁罰40萬元罰鍰，核屬有據。

原告主張：原處分恣意擴張公平交易法第21條第1 項適用範圍，有違憲法廣電自由保障傳播媒體之精神等語（見本院第19頁）；惟原告實為商品之廣告主體，非單純受託製作及刊播廣告之廣告代理業或廣告媒體業，屬公平交易法第21條第1 項規範之行為主體，且憲法第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，有司法院釋字第414 號、第577 號及第623 號解釋可資參照。而公平交易法第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，故原告前揭誤導性廣告非屬言論自由保障之對象。

原告主張：伊為廣告代理業或廣告媒體業，無公平交易法第21條第1 項規定適用等語（見本院第19頁）；惟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）。查原告以商品銷售者身分，就輝業公司所提供商品素材，製作節目及廣告，公開播放於各種媒體，有雙方簽訂商品寄售契約書前言記載：「甲方（即輝葉公司）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……」、「第一條、合作主旨：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。」等語在卷可按（見本院卷第38頁）。故商品之宣傳素材雖由輝葉公司提供，惟廣告之製作、拍攝、刊播，均授權原告負責，足見實際為廣告行銷決策者為原告。再者，商品銷售流程為消費者向原告訂購，由輝業公司負責出貨予消費者，付款對象為原告，銷貨發票由原告開立予消費者，並待原告對帳完畢後，將扣除每件1,021元利潤後，將剩餘利潤每件1,512元支付予輝葉公司等語，有原告法務107年9月11日陳述紀錄在卷可按（見本院卷第119頁），依雙方約定，輝業公司同意將商品授權原告於電視購物頻道上銷售，並由原告負責製作、拍攝廣告，於電視購物頻道公開播送，以為商品宣傳行銷，而商品銷售流程中，接受訂貨、送貨、開立發票之主體均為原告，即就消費者觀點而言，其交易相對人為原告。又商品銷售價格為2,533元，每銷售一件，原告獲利1,021元，輝葉公司獲利1,512元，即商品銷售量愈大，原告收入即愈高，足見原告與輝葉公司間交易模式，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。

ŋ 原告主張：輝葉公司就本件違法行為之可非難性較高，被告

卻裁處伊較高額度罰鍰，與行政罰法第14條第1 項規定不符等語（見本院卷第25頁）；按行政罰法第14條第1 項規定：「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。」本項之分別處罰，並非皆為同樣之處罰或平均處罰，仍須針對個別行為情節，分別為認定之。復公平交易法第42條前段規定：「主管機關對於違反第二十一條、……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。」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。」查前揭廣告於107 年1 月16日於原告所屬東森電視購物臺34、36、47、60頻道刊播總計11檔，商品當日銷售數量447 件，總銷售金額計113 萬2,251 元，有原告107 年7 月10日陳述書及銷售明細在卷可按（見本院卷第123 至127 、131 至138 頁），又原告實收資本額達10億1,916 萬3,600 元，有公司基本資料在卷（見本院卷第53頁），其以有「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」等內容自稱，有官網關於東森購物之資訊可參，原告歷年違反公平交易法第21條第1 項規定共32次，遭裁處8 萬元至185 萬元不等，有被告提出原告不實廣告違反公平交易法案例一覽表在卷可按（見本院卷第139 至145 頁），是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，違法行為對交易秩序之危害程度、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、經營狀況及其市場地位，以及過往違法類型、次數、間隔時間及所受處

罰，違法後悛悔實據及配合調查態度等因素，裁處原告40萬元罰鍰，雖高於輝葉公司，難認有何違法之處，原告此部分主張，亦屬無據。

五、綜上所述，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予駁回。

六、本件判決基礎已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決不生影響，無一一論述之必要，併予敘明。

七、本件第一審裁判費應由敗訴之原告負擔，宣示如主文第2項所示。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

行政訴訟庭　法　官　鄧德倩

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後20日內，向本院提出上訴狀（含上訴理由，應表明原裁判所違背之法令及其具體內容，或依訴訟資料可認為原裁判有違背法令之具體事實），並繳納上訴裁判費3,000 元；其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書，逾期未提出者，毋庸命補正，即得逕以裁定駁回之。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

書記官　楊勝欽