

第四章 化妝品標示及廣告爭議問題之研究

第一節 標示與廣告之區分

不同於消保法將廣告及標示之相關規定分別立於第二十三條及第二十四條，但在公平法卻無“標示”二字之存在，然依商品標示法第四條第一項之規定，商品標示乃指企業經營者在商品陳列販賣時，於商品本身、內外包裝、說明書所為之表示，將此定義與公平法第二十一條第一項相對照，事業不得在商品上，對於商品之價格、數量、品質等內容，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，可推知，公平法第二十一條第一項中，對商品上之表示的規定，即是消保法中所規定之商品標示，公平法第二十一條第一項前段規定了“商品”或其“廣告”上之表示或表徵之規定，不同於消保法分別將標示及廣告規定於不同的法條，而是將標示及廣告的規定於同一條中規定，並且於公平法第二十一條第四項之規定來觀之，其僅針對廣告部分對廣告代理業者及媒體業者規定與廣告主負連帶損賠責任的文字觀之，同條第一項之“商品上之表示或表徵”及“廣告上之表示或表徵”乃是規範不同的對象，商品上之表示或表徵應如化妝品之標籤及仿單上所為之表示，基本乃是由化妝品製造商或輸入業者等化妝品本業經營者所提供，與廣告代理業者及媒體業者並沒有關係，所以第四項僅針對廣告業者進行規範，由此可知，基本上二法對於標示及廣告之認定應是相同的。

第一項 廣告與標示之概念

消保法中有關於廣告、標示¹³⁶之法效力之規範，並且於同法之施行細則亦有對廣告、標示之補充說明，雖然在施行細則有廣告定義性之規定，但有學者認為，其規範之內容似僅在於強調其足以成立為廣告，只表示企

¹³⁶ 廣告與表示在公平法上似乎不是彼此相互對立的概念，反而表示應意指對於廣告或商品上為包括價格、數量、品質等各內容上之「陳述」。但廣告與表示在消保法卻有截然不同之區別；在消保法中，廣告就是指同法施行細則第 23 條所規定者，而表示，亦即消保法第 24 條所規定之商品或服務之標示。依商品標示法第 4 條之規定，所謂標示係指「廠商於商品本身、內外包皮、說明書上，就商品之名稱、內容或其他有關事項所為之表示」。依商品標示法本條之規定，顯然表示係指對於商品本身內容方面之表示與說明，而廣告多半則係在於使消費者對於商品或服務有初步之認識，從而與自己（亦即企業者）引發法律關係而已。有附言者，消保法第 24 條關於表示僅規定，「應依商品標示法等」對商品為表示說明而已，看來似僅商品始有表示之問題，惟依消保法同條第 1 項下段亦明示「或服務之標示」，則顯然服務之企業經營者，依準用商品標示法之結果，仍應就其服務為表示。在公平法採用的用語為「表示」及「表徵」。

業經營者所欲傳達之有關商品或服務內容之方法而已，並非在於對廣告本身意義之闡明，這樣之定義性規定，充其量只不過讓人知悉，包括電視、廣播...在內的傳訊方法，因而可以使不特定人知道企業經營者所宣傳之內容，故電視傳播、廣播、影片傳播等皆為廣告，然而廣告一般廣告學者所定義之廣告，其實還有「使消費者周知商品或服務之名稱、價值以及效用為目的，以大眾傳播之方法所為之意思傳達」，因此認為廣告之內涵應有足堪被論定為係具有法效意思者，否則不屬消保法上所可得適用之廣告之定義，因為，依消保法第二十二條規定，廣告可為企業經營者對消費者所負之最低義務也，故如廣告不涉及商品、服務之銷售、提供與消費，自非屬消保法之廣告，應不屬於需受消保法規範之廣告內容；而標示乃於化妝品產品或服務則指於商品上或服務之標示，如標籤及仿單所示之內容，依商品標示法第四條所規定者一般，表示內容應完全具法效意思。

第二節 化妝品標示

第一項 法律相關規定

依商品標示法第四條第一項之規定，商品標示之法律定義乃指企業經營者在商品陳列販賣時，於商品本身、內外包裝、說明書所為之表示。對化妝品來說，用來標示產品資訊的媒介即為標籤¹³⁷及仿單¹³⁸，消費者於購買產品時，唯有信賴包裝或標籤上之說明以為選購之依據，而無法對包裝之產品加以檢查，如有不良廠商標示不實，將使消費者蒙受其害，關於商品標示的規定除了商品標示法之規定外，化妝品衛生管理條例及其施行細則、消保法¹³⁹、公平交易法¹⁴⁰亦有相關的規定。

¹³⁷ 化妝品衛生管理條例第四條規定：本條例所稱之標籤，係指化妝品容器上或包裝上，用以記載文字、圖畫或記號之標示物。

¹³⁸ 化妝品衛生管理條例第五條規定：本條例所稱之仿單，係指化妝品附加之說明書。

¹³⁹ 消保法有關標示之內容，規定在第二十四條，分別為第一項之：「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示。」、第二項：「輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。」，及第三項：「輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。」

¹⁴⁰ 公平交易法第 21 條第一項：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、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、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」

同條第二項：「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。」

同條第三項：「前二項規定於事業之服務準用之。」

依化妝品衛生管理條例之規定及行政院衛生署 87 年 8 月 10 日衛署藥字 87042513 號公告，化妝品外盒包裝或容器必須顯著標示下列各項：

標示項目	外盒包裝或容器(即外包裝或內包裝)	備註:85年5月15日衛署藥字85026859號公告之中文標示
品名名稱	內外包裝均需顯著標示	◎
製造廠名稱、廠址(含國別)	▲	◎(國產者)
進口商名稱及地址	▲(進口者)	◎(進口者)
內容物淨重或容量	▲	
成分	▲	
用途	▲	◎
批號或出廠日期	▲	
應刊載保存方法及保存期限	須標示保存期限之化妝品： 燙髮劑、染髮劑、含酵素製品、含維生素 A、B1、C、E 及其衍生物、鹽類製品、正常保存下安定性三年以下製品	
如化妝品體積過小，無法在容器上或包裝上詳細記載時，應於仿單內記載之	以中文為主	仿單應譯為中文，並載明輸入廠商之名稱、地址

說明：

一、「▲」記號者表示：同時具外盒包裝及容器之產品，應標示於外盒包裝，無外盒包裝者，應標示於容器。

二、輸入化妝品，應依上表，就產品名稱、進口商名稱及地址、及用途等項加貼中文標示，其餘製造廠名稱及廠址(含國別)、內容物淨重或容量、成分、出廠日期或批號，可以顯著外文或中文標示；須標示「保存期限者」視衛生署公告之產品而定。

三、「◎」記號者表示，衛生署八十五年五月十五日衛署藥字第八五〇二

同條第四項：「廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

六八五九號公告，外盒包裝至少應以中文標示之項目：

國產：應印妥「品名」、「用途」、「製造廠名稱、地址」。

輸入：應加貼「品名」、「用途」、「進口商名稱、地址」。

（輸入者，外盒及容器已標示中文品名者，得免標示外文品名）

且依衛生署於九十年十一月五日之公告：化妝品之外包裝上應標示產品所含之全部成分名稱，並自該公告之日期起六月後實施。

由消基會調查市場上之產品的結果顯示，其主要問題為以下五類：

1. 標示方式不當

日期標示模糊不清或僅標示日期，卻未標明到底是「製造日期」或「保存日期」，某些國產品，品名之外文標示字體面積大於中文，甚至全部以外文標示，有誤導消費者認為是進口產品之嫌，有些國外進口之產品，未將外文之注意事項譯成中文標示，致使消費者對於產品之使用方法、注意事項、副作用及危險性等缺乏明確之瞭解與認識，因而容易受到傷害。

2. 標示不完全

標示未依化妝品衛生管理條例等相關法令規定做完整之標示，例如很多產品缺少製造廠商地址之標示；且內外包裝之標示，亦常有不一致之情形發生。

3. 偽造製造日期之標示

廠商常在商品上另行浮貼偽造製造日期之標示，以延長有效期限，致使過期商品充斥於市面上。此外零售商亦有將價格標示浮貼於製造日期及保存期限上者，致使消費者無法辨別產品之有效期限。

4. 缺少「保存方法」之標示

致消費者可能因保存不當，而影響產品之品質。

5. 浮貼標示十分普遍

浮貼標示容易毀損脫落，或更換標示內容，不易取信於消費者。

並若觀察國內化妝品之包裝、標示時還可以觀察到，國內的化妝品進口商在將外文標示翻譯成中文時，往往有妙筆生花的能力，大部份廠商僅將該化妝品所提供的基本效能稍作說明，但是經過翻譯後，卻有把效能誇張放大的傾向，雖然大部份廠商使用的是合法的語彙，但卻沒有忠實呈現原文之文意，目的是為了激發消費者的購買欲望，但是卻也讓消費者有了過度的期望。

第二項 美國案例

防晒霜被控誇大防晒功能誤導消費者

2006 年時美國七間知名防晒產品廠商因為被認為誇大其防晒產品之防晒功效誤導消費者，在洛杉磯加州最高法院被消費者提起集體訴訟。被告廠商包含有 Coppertone, Banana Boat, Hawaiian Tropic, Neutrogena。在美國每年有數百萬名消費者使用這些知名品牌的防晒產品，以隔絕日晒並避免皮膚病變，廠商宣稱其產品能隔絕日晒，但事實上這些產品並不可靠，並且會造成安全的錯覺，反而對使用者造成危害，原告律師認為，錯誤的宣稱，如隔絕日晒、防水、全天防護，這些字眼，應立刻被移除。特別是父母，已經被誤導得相信這些錯誤的標示及誇大的廣告，他們以為當小孩有擦防晒時，就可以免於日晒的傷害。這次有二間律師事務所共同合作本集體訴訟，宣稱系統性的錯誤，誇大的廣告，持續地誤導誇大防晒品阻隔日晒及降低疾病風險的功效。

對於防晒產品，業界一般使用 SPF（防晒系數）來表示產品的防晒程度，但是事實上 SPF 只能用來表示產品對 UVB 波的阻隔程度，並不適用於 UVA 波，但是製造者亦使用 SPF 來暗示其對 UVA 波有相似程度的保護，而且前並沒有標準的測試方法用來度量隔絕 UVA 波功效的程度，並且在訴訟中亦提出「防水」之用詞並非真實，因為所有的防晒產品在水中將失去其效能。這些誤導的說詞對消費者造成的衝擊是十分深遠的，世界衛生組織國際癌症研究部(The international agency for Research on Cancer)的報告指出，許多流行病學的報告研究出：防晒產品的使用者比起非使用者有明顯較高的機率得到皮膚癌，因為防晒產品的效用被過份的期待，消費者誤認為其可以完全的阻隔 UV 光，而暴晒在過量的陽光下。

美國聯邦貿易委員會以及食物藥品管理局在 1997 及 1999 年皆提出了防晒產品過於渲染其功效的問題，FTC 與 Coppertone 的製造商 Schering-Plough 簽了一個協定，停止誤導地展示其產品功效，但是 Schering-Plough 並未依照該協定，並且其產品仍存有不真實的標示。

FDA 曾擬定新的規定來限制這些誤導性的標示，但是 2001 年化妝品產業提出對於業者”商業言論”的保護來遊說 FDA 不實行新規定。

第三節 廣告之爭議問題

企業經營者常常利用報紙、廣告牌、網路及電視機等管道將產品之品質與優點向消費者廣為宣傳，以開拓市場，然因市場競爭激烈，許多業者為了刺激產品之銷售，不惜採用誇大不實及錯誤之廣告，一般消費者或因商品資訊不足及專業知識之缺乏，因信賴廣告之宣傳而遭受損害者時有所聞，根據台北市政府衛生局 10 月 29 日公布 2007 年度前三季違規廣告，共查獲 2,781 件。其中以化妝品違規廣告 1283 件最多，大多為未經申請廣告核准，宣傳有醫療效能的就占了五成，衛生局也分析前三季媒體的違規藥物、化妝品、食品廣告，以網路違規廣告最多，其次分別為電視、報紙、雜誌、單張或型錄，並且依衛生署統計，化妝品的違規廣告 94 年為 20 件、

95年為13件，但是，96年1至8月大幅度增加至102件，可見，化妝品廣告違約的問題日漸嚴重，衛生署持續監控電視媒體，其中發現相較往年同期的化妝品廣告，違規情況有明顯的增加，且其違規模式多以廣告節目化的方式，利用知名公眾人物的影響力，將置入性行銷的商品，在各頻道間密集聯播，影響甚鉅，本文將進一步的對廣告的定義、廣告媒體分類及廣告責任做討論。

第一項 廣告的定義

何為商業廣告，學者間基於廣告學之觀點，有下述各種定義：

1. 美國廣告學者鮑爾頓 (Neil H. Borden) 認為：「廣告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服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。」
2. 我國廣告學者樊志育認為：「所謂廣告，乃以廣告主之名義，透過大眾傳播媒體，向非特定之大眾，傳達商品或勞務的存在、特徵和顧客所能得到之利益，經過對方理解、滿意後，以激起其購買行動，或者為了培植特定之觀念，所做的有費傳播¹⁴¹。」
3. 我國學者鄭玉波先生認為廣告乃廣告人為了推銷其商品或服務，對不特定之多數人，所為之要約引誘¹⁴²。

第二項 廣告媒體的分類

廣告媒體的主要分類如下：

1. 平面媒體：報紙、雜誌、廣告傳單、海報、產品型錄；
2. 電子媒體：無線電視、有線電視、廣播電台、網際網路、電子視訊、電子簡訊；
3. 其他媒體：
 - (1) 直接函件 (direct mail 簡稱DM)；
 - (2) 戶外廣告 (outdoor advertising)；
 - (3) 交通廣告 (transit advertising)；
 - (4) 店頭廣告 (point of purchase 簡稱POP)；
 - (5) 特製品廣告，以化妝品來說，最常採用的就是贈送試用品，廠商將特定商品包裝成小型包裝，提供消費者一次到二次的試用。

本文所探討者以廣告所涉及之法律層面為主，因此凡以營業為目的，藉媒

¹⁴¹朱鈺洋 (1993/12 初版)，徐火明主編《虛偽不實廣告與公平交易法-公平法與智產法》系列三，42頁，台北，三民書局。

¹⁴²鄭玉波 (1966 再版)，《民商法問題研究》二，70頁，台北，台大法學叢書。

體工具，向不特定之公眾表示之行為屬之，其表示方法亦不問言語或文字，或訴諸感覺不限視覺，嗅覺等其他感覺亦包含其中，例如香水的味道對人嗅覺所造成的影響，是消費者決定是否購買該產品的關鍵之一，另外如觸覺，各式乳液的質地對於不同國家或年齡層的女性也有不同的偏愛取向，如因為氣候的影響歐美地區偏愛霜狀質感而亞洲地區女性偏愛液狀的保養品。

第三項 廣告責任形成之法理

由於現今的消費社會乃偏向大量生產、大量銷售以及大量消費的方式，因此，消費行為通常都不具有類似民法所設定法律行為，特別是常缺少了契約行為之當事人間的直接性及對面性¹⁴³，因此，在論斷消費契約之成立、完成以及其效力時，即無法再直接以傳統民法上以直接契約當事人間之要約、承諾意思一致為論斷其契約是否業已成立或生效，因為大部份之消費行為亦多不是直接由終局之生產者提供人所加以完成，是仰賴中間綿密的銷售網介入而為之，這中間都只有靠廣告或表示始足以完成，因此，廣告與表示在今天的消費社會中，對於消費行為即應居於主導消費行為之成立以及生效之地位，因此，一旦廣告與表示具有瑕疵，從而導致消費行為之一方發生損害時，從責任應有歸屬的立場，自不能不對廣告者或表示者或與此相關之人論斷其責任。¹⁴⁴

第四項 廣告責任之形成過程

以化妝品產業來說，違反消保法第二十二條規定者，基本上是生產者或是經銷業者，然而隨著廣告業的發展，廣告的類型有簡單也有複雜，許多廣告類型，已不是化妝品企業經者自身能夠完成，目前來說，一個廣告之完成，基本上是由廣告主、廣告代理商，以及廣告媒體業者，構成廣告契約關係，因此，當廣告違反了消保法時，不能僅僅追究化妝品企業經營者（廣告主），消保法第二十三條即將刊登或報導廣告之媒體經營者納入

¹⁴³ 消保法並未對於消費行為設有明文，但消保法第2條第1款卻對消費者設有定義性之規定，「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務之人」為消費者，則消費行為當應為以消費為目的而使用商品或接受服務之行為。不過，這樣一個消費行為在概念上是甚為廣泛的，當包括只單純對特定物之消費，例如服藥、飲食等，當然，其因此所生之法律關係即該當為同條第3款之消費關係而應受消保法之規範。不過，吾人在這裡所指消費行為係特別指足以因消費之目的而與企業經營者或第三人發生法律效力之行為，亦即交易或接受服務之行為是也。

¹⁴⁴ 朱柏松，論廣告媒體業者之損害賠償責任-兼評最高法院九十年度台上字第二〇二七號判決，月旦法學雜誌。

規範的範圍，不過具體內涵，應分別就三者之間任何所成立者各自論斷其效力。

若廣告方式是如發傳單等簡易的方式，生產者或經銷業者即能自行完成，其廣告主即為企業其自身，亦即由其自身負擔相關責任，但如係複雜而且需透過科技、專業之協助始足以完成者，廣告主通常會委託廣告代理業者協助得以完成，斯時廣告主、廣告代理業以及廣告媒體各自有其法律關係，其因而即有可能形成法律上之責任。首先在廣告主與廣告代理業者之間，由於廣告代理業係受廣告主之委託，代為製作廣告以在大眾媒體上以揭載，通常廣告主會給廣告代理業者指示相關廣告之內容，然後再由廣告代理業者製成廣告以刊載之，二者形成之法律關係應有可能是委任關係或承攬關係，廣告代理某所為之廣告，如屬於非透過廣告媒體業之協助，否則無法達到廣告之目的的情形，廣告代理業與廣告媒體業應具有共同之法律關係，不過，如果廣告係不必透過廣告媒體業即可加以廣告者，則廣告即可謂係由廣告主及廣告代理業者所共同完成，則以廣告足以發生法律行為之一定效力之一定前提下，即應以廣告主及廣告代理業者為成立契約之一方意思表示，以論斷其效力。具體言之，在廣告係屬於不實誇大或引人錯誤，且其事實亦為廣告代理業者所知悉者，自應以廣告主及廣告代理業者為一方意思表示者而對他方契約當事人負起法律上之責任，此所以公平法第二一條第四項前段設有明文之原因也¹⁴⁵，但實務上要證明廣告代理業者確實在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，仍有其困難度。

其次關於廣告主與廣告代理業者、廣告媒體業者之間的關係；雖然廣告不一定需要經由廣告代理者介入，廣告媒體業者才能揭載或傳送廣告，但一般廣告之流通發行，乃是由廣告代理業購得廣告媒體之時段或版面，而將該時段或平面供廣告主發行廣告，故對於廣告之具有一定訊息的傳送，廣告代理業者與廣告媒體業具有共同完成的功能與作用，亦即，如果將廣告論斷為具有一定法效意思之表示的話，其意思之決定與發起，固為

¹⁴⁵ 本來廣告所為之表示，在外表上應只可被認識為係廣告主自己之意思表達而已，至於形成過程中，相關之人及其內部如何形成廣告之過程，其實外人並不易得知，即使是可得而知，不論廣告之完成，係由廣告代理業者受廣告主之命而為之，或係由廣告代理業全權予以實現，且廣告代理業是否已明知或可得而知其廣告內容有所不實，因廣告代理業者在對外之效力上，應屬於廣告主之履行輔助人，故若有廣告責任發生之餘地，充其量亦只就廣告主論其責任。故公平交易法第 21 條在最初所成立之草案，75 年 5 月 21 日向立法院所提法律案，立法院經濟及司法兩委員會所提條正案，以及立法院二讀會，完成之修正案皆無如現行法第 21 條第 4 項上段一般之規定，現行法所為之規定，係在 80 年 1 月 18 日經協商後所完成之條文。

廣告主或廣告代理業者，但關於廣告之表示則係由廣告媒體者加以進行，整個足以發生法律效力，具有形成法律作用之表示行為，係由廣告主及廣告媒體業者，在有廣告代理業者加以介入時，當包括廣告代理業等三人加以完成，基此，在論斷消費行為，特別是消費之效力時，應不能將廣告媒體業者予以捨置不論，¹⁴⁶關於廣告媒體業者的法律責任，依照公平交易法第 21 條第 4 項後段規定，廣告媒體業者在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主連帶負損害賠償責任，惟實務上要證明廣告媒體業者確實在明知或可得知情形下，仍傳播或刊載有引人錯誤之廣告，仍有其困難度。

第五項 相關法律規定

第一款 化妝品廣告相關法規

化妝品衛生管理例中對於化妝品廣告之法律規定主要為該條例第二十四條及其施行細則第二十條，依化妝品衛生管理條例第二十四條第一項之規定：化妝品不得於報紙、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；及化妝品衛生管理條例施行細則第二十條之規定：化妝品廣告之內容，應依化妝品衛生管理條例第二十四條第一項規定，不得有下列情事：

- 一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。
- 二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。
- 三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。
- 四、保證其效用或性能者。
- 五、涉及疾病治療或預防者。
- 六、其他經中央衛生主管機關公告不得登載宣播者。

且由化妝品衛生管理條例第二十四條第二項：「化妝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，違者處 5 萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反撤銷其有關營業或設廠之許可證照。」，及施行細則第二十一條¹⁴⁷規定可知，我國對於化妝品廣告之管理，乃屬事先申請核准制。且依行政院衛生署九十二年六月二十三日衛署藥字第 0 九二 0 三二一

¹⁴⁶廖義男（1996/04），〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合〉，《律師通訊》，第 199 期，台北。

¹⁴⁷ 化妝品衛生管理條例施行細則第二十一條規定：依本條例第二十四條第二項規定核准登載或宣播之化妝品廣告，其有效期間應於核准廣告之證明文件內載明經核准之化妝品廣告於登載、宣播時，應註明核准之字號。

五〇〇號公告：行政院衛生署受理藥物、化妝品廣告申請並自七月一日起實施，原台灣省地區由行政院衛生署中部辦公室受理之藥物、化妝品廣告審查事宜，移行政院衛生署藥政處辦理。

其他相關規定¹⁴⁸：

第二款 公平交易法之規定

依民國91年02月06日修正之公平交易法第二十一條第一項規定：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、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、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」

同條第二項之規定：「事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。」

同條第三項規定前二項規定於事業之服務準用之。

同條第四項：「廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

事業違反上述規定時，則應負民事責任與行政責任。申言之，在民事責任方面，事業為虛偽不實或引人錯誤之標示或廣告，致侵害他人權益者，被

¹⁴⁸一、廣播電視法

(一) 第二十一條：「廣播、電視內容不得有左列情形。……五、妨害公共秩序或善良風俗」。

(二) 第三十四條規定：「廣告內容涉及藥品、食品、化妝品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者，應先送衛生主管機關核准取得證明文件」。違者處以新台幣九千元以上九萬元以下罰鍰。

二、有線廣播電視法

有線廣播電視法第四十九條規定：「廣告內容涉及應經各該目的事業主管機關核准之業務者，應先取得核准證明文件，始得播送」。違者處新台幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰。

三、衛星廣播電視法

(一) 第二十二條：「衛星廣播電視事業播送之廣告內容依法應經目的事業主管機關核准者，應先取得目的事業主管機關核准之證明文件，始得播送。前項規定，於境外衛星廣播電視事業播送在國內流通之產品或服務廣告，準用之。」

(二) 第三十六條規定：「衛星廣播電視事業或境外衛星廣播電視事業違反第二十二條定者，處新台幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並通知限期改正。」

害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之¹⁴⁹。此外，事業對被害人並應負損害賠償責任¹⁵⁰，如事業係出自故意之行為時，被害人並得請求法院依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害額之三倍，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¹⁵¹。在行政責任方面，公平交易委員會對於為虛偽不實或引人錯誤之標示或廣告之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為；並按次連續處新台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¹⁵²。

第三款 消費者保護法之規定

雖然公平交易法對於上偽不實或引人錯誤之標示與廣告已有上述之規範，然嗣後於民國八十三年一月十一日公布施行，民國九十四年二月五日修正之消費者保護法，在其第二十二條至第二十四條對廣告與標示又做規範：

1. 消費者保護法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」
2. 消費者保護法第 22-1 條第一項規定：「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。」

¹⁴⁹公平交易法第 30 條規定：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」

¹⁵⁰公平交易法第 31 條規定：「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。」

¹⁵¹公平交易法第 32 條第一項規定：「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。」

同條第二項規定：「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。」

¹⁵²公平交易法第 42 條第一項之規定：「違反第二十三條規定者，除依第四十一條規定處分外，其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。」

同條第二項：「違反第二十三條之一第二項、第二十三條之二第二項或第二十三條之三規定者，得限期命其停止、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。逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台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；其情節重大者，並得命令解散、停止營業或勒令歇業。」

同條第三項：「違反中央主管機關依第二十三條之四所定之管理辦法者，依第四十一條規定處分。」

同條第二項之規定：「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」

3. 消費者保護法第 23 條第一項規定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。」

同條第二項規定：「前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。」

4. 消費者保護法第 24 條第一項規定：「企業經營者應依商品標示法等法令為

商品或服務之標示。」

同條第二項規定：「輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。」

同條第三項規定：「輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。」

消保法第二十四條所謂「應依商品標示法等法令為商品或服務之標示」，主要包括應依商品標示法第八條及第九條為積極之標示義務，即商品經包裝出售者，應於包裝上標明商品名稱、廠商名稱及地址、商品內容（包括主要成分或材料、重量、容量或數量、規格或等級）、製造日期及有效期限¹⁵³；商品有危險性、時效性或與衛生安全有關者，並應標明其用途、有效日期、使用與保存方法及其他應行注意事項¹⁵⁴，此外，並負有商品標示法第五條所規定消極不作為之標示義務，即商品之標示，不得有（1）內容虛偽不實（2）標示方法有誤信之虞（3）有背公共秩序或善良風俗，違反消費者保護法第二十四條有關商品或服務之標示規定者，經主管機關

¹⁵³ 商品標示法第 8 條第一項之規定：「進口商品在流通進入國內市場時，進口商應依本法規定加中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。」

同法第二項規定：「外國製造商之名稱及地址，得不以中文標示之。」

¹⁵⁴ 商品標示法第 9 條之規定：「商品於流通進入市場時，生產、製造或進口商應標示下列事項：

一、商品名稱。

二、生產、製造商名稱、電話、地址及商品原產地。屬進口商品者，並應標示進口商名稱、電話及地址。

三、商品內容：

（一）主要成分或材料。

（二）淨重、容量、數量或度量等；其淨重、容量或度量應標示法定度量衡單位，必要時，得加註其他單位。

四、國曆或西曆製造日期。但有時效性者，應加註有效日期或有效期間。

五、其他依中央主管機關規定，應行標示之事項。」

通知改正而逾期不改正者，依消保法第五十六條之規定，處新台幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰。

第四款 兩法規範重疊及競合關係

消保法第二十二條至第二十四條所稱「企業經營者」與公平交易法第二十一條第一項至第三項所稱「事業」，用語雖然不同，但其實質內涵應屬同一¹⁵⁵，並且公平交易法與消保法在廣告及商品或服務之標示之相關規定，特別是在廣告媒體業負連帶損害賠償責任及禁止商品或服務為虛偽不實或引人錯誤之標示的部份，兩法間存有重疊及競合之關係，因此兩法法規在適用上，如何釐清彼此間之關係，即有加以闡明及澄清之必要。

一、消費者保護法規定廣告主之契約責任

(1) 消費者保護法第二十二條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容」，乃在規範廣告主之民事責任。按廣告，依民法之通說，為要約之引誘，即以廣告之內容誘發消費者為交易之動機，使消費者本此動機而向為廣告之企業經營者為要約，經企業經營者之承諾而成立交易，並應負與該廣告內容相同之契約義務，亦即該廣告內容成為契約內容之一部，而為企業經營者所應履行之契約義務。從而企業經營者實際履行契約義務與其所廣告內容不符，而使消費者權益受害時，應負債務不履行之損害賠償責任，故該條強調企業經營者應確保其廣告內容之真實，並應依廣告內容對消費者負契約上之履行義務。而消保法第 22 條係規定一旦企業經營者承諾消費者之要約而成立消費關係，則該廣告當然成為契約的一部份，企業經營者必須負該廣告內容為真實的契約義務。

¹⁵⁵依消費者保護法第二條第二款之定義，「企業經營者」指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，此所稱「營業」，固然不以營利為目的者為限，但既稱為「營業」，即是以交易為目的，而以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為其經常性之活動而構成一種業務者，換言之，企業經營者，乃指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務而從事交易者，此與公平交易法第二條對「事業」所為定義，包括「其他提供商品或服務從事交易之人或團體」，實質上並無不同。同理，消費者保護法第二十三條所稱「刊登或報導廣告之媒體經營者」，與公平交易法第二十一條第四項所稱傳播或刊載廣告之「廣告媒體業者」，亦屬同一意義。

二、公平交易法規定廣告主之侵權行為責任

(一) 按消保法之立法，係在公平交易法之後，公平法第二十一條禁止事業不得為虛偽不實或引人錯誤之廣告，違反此禁止規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任¹⁵⁶，依此規定，消費者信賴事業所為之廣告前往締約，在締約前發現實際之商品或服務，其價格、數量、品質、內容、製造者、製造地等與其廣告不符，而不願交易成立契約時，可以主張事業從事虛偽不實或引人錯誤之廣告，違反公平法第二十一條之禁止規定，致侵害消費者之權益¹⁵⁷，事業應負損害賠償責任，其次，消費者信賴事業之廣告，與事業締結契約後，發覺事業所為之契約上給付，與其廣告不符，亦即其廣告有虛偽不實或引人錯誤之情事，致損害其權益者，消費者可依公平法第三十一條請求賠償。並且公平交易法第三十一條規定事業應負之損害賠償責任，只要事業違反公平交易法規定致侵害他人權益者，即為已足。至於事業違反公平交易法規定，係出於故意或過失，並非所問，如為故意之行為，被害人並得請求法院依侵害情節，酌定已證明損害額三倍以下之賠償。

(二) 依公平法之規定，事業因其為虛偽不實或引人錯誤之廣告而對消費者應負之民事賠償責任，其範圍包括因信賴廣告而締約不成之信賴利益之損失，或契約成立後，因實際約付之商品或服務與廣告內容不符而形成價值落差之損害。此與消費者保護法第二十二條所強調，企業經營者對消費者所負之義務，不得低於廣告之內容，而使廣告內容成為契約內容之一部份，企業經營者有依廣告內容履行其約付義務，有所不同，消保法該條規定之商用，以契約成立為前提，如廣告因虛偽不實或引人錯誤，致消費者締約不成，而有締約準備之花費等信賴利益損失者，並非消保法第二十二條所規範之事項，應依公平法之規定請求賠償，¹⁵⁸廣告代理業在明知或可得知情況下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，應與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體明知或可得知其所傳播刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦應與廣告主負連帶損害賠償責任。」第四十一條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為；逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，

¹⁵⁶公平交易法第三十一條：「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。」

¹⁵⁷公平交易法第三十條：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。」

¹⁵⁸廖義男（1996/04），〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合〉，《律師通訊》，第199期，台北。

並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止¹⁵⁹。」

第四節 台灣案例

第一項 廣告代言人之責任

案例：藝人代言之知名品牌瘦身霜廣告違法

知名藝人小S代言的「克蘭詩超勻體精華」產品廣告先前在各大媒體密集曝光，因為藝人的高知名度及吸引人的廣告內容，馬上造就驚人的銷售業績，然而減肥醫師認為，業者在網路、雜誌刊登的廣告，內容提及「強化的緊膚功效，使身材曲線維持長效的緊緻纖細」、「初次使用後，便能振奮肌膚，強化肌膚的支撐組織，減少『海綿組織』的出現」之用詞，目前根本沒科學實證證明瘦身霜可以有效減少橘皮組織，因此產品廣告內容涉及誇大，並且這些廣告詞句亦超出業者當初提出申請的範圍¹⁶⁰，因此，衛生局最後依照化妝品衛生管理條例第廿四條，對業者處以五萬元以下罰款。

第一款 廣告代言人之責任

在各種廣告及媒體行銷活動中，最能刺激消費者購買欲及認同感的，不外就是以名人代言的方式，通常稱此類廣告為薦證廣告、名人代言廣告、推薦廣告或證言廣告等，名稱不一而足，惟若該代言廣告之內容涉有虛偽不實或引人錯誤之情形，則民眾因信賴代言人之薦證而購買該廣告商品或服務者，不惟其消費權益難以確保，市場上其他正當經營之業者亦將遭受競爭上之不利益。因此行政院公平交易委員會仍對於薦證廣告之規範進一步加以說明，並且對於何謂薦證廣告及薦證人定義如下：

1. 薦證廣告：指任何以廣告主以外之他人，於廣告中以言詞或其他方式反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果，製播而成之廣告。
2. 薦證者：指前項所稱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，其可為知名公眾人物、專業人士（機構）及一般消費者。外國人從事上開薦證行為者，亦屬之。

¹⁵⁹林益三（1994/初版），《消費者保護法》，44頁，台北，五南出版社。

¹⁶⁰衛生局藥物食品管理處處長姜郁美指出，克蘭詩曾於今年1月申請平面廣告的許可，廣告內容為「我身材超棒，因為我天天用克蘭詩超勻體精華」，由於內容沒有涉及誇大，因此，衛生局許可業者的廣告申請。

廣告主對薦證者資訊之真實原則如下：

廣告主對於與薦證者身分或其薦證有關之資訊，應依下列原則處理，否則即有違反本法規定之虞：

廣告內容須忠實反映薦證者之真實意見、信賴、發現或其親身體驗結果，不得有

(一)任何欺罔或引用無科學依據或實證效果之表現或表示。

(二)以知名公眾人物或專業人士（機構）從事薦證者，薦證廣告商品或服務之內容或品質變更時，廣告主須有正當理由足以確信該薦證者於廣告刊播期間內，並未變更其於廣告中對所薦證商品或服務所表達之見解。

(三)以專業人士（機構）從事薦證廣告，或於薦證廣告中之內容明示或暗示薦證者係其所薦證商品或服務之專家時，該薦證者須確實具有該方面之專業知識或技術，且其薦證意見須與其他具有相同專業或技術之人所為之驗證結果一致。

(四)以消費者之親身體驗結果作為薦證者，須符合以下要件：

1. 該消費者於薦證當時即須係其所薦證商品或服務之真實使用者；以非真實之使用者作為薦證時，在廣告中應明示該薦證者並非廣告商品或服務之真實使用者。
2. 除薦證內容有科學依據或實證效果外，廣告中應明示在廣告所設定之情況下，消費者所可能獲得之使用結果，或在某些條件下，消費者始可能達成該薦證廣告所揭示之效果。

目前對於廣告代言人管制的相關規定較為詳備的為對醫師從事代言的規定，在過去鮮少有醫師代言商品，但近來，對化妝品來說，可在電視等媒體上看見牙醫師代言的牙膏、傳單上醫生薦證化妝品之廣告、捷運公車上之廣告，甚至醫師上電視節目，皆可見醫師代言薦證之商品，由於醫師專業之形象，比起一般之廣告模特兒有更高之公信力，由於代言商品不但能賺取代言之費用，並且對於提升醫師之知名度亦有幫助，在醫學美容盛行的今日，有愈來愈多的醫師願意替產品代言或薦證，但如前所提及，因其具醫師專業之形象，較易博取消費者之信賴，其對於所代言的商品，比起一般人具有更高的注意義務，對於醫事人員之代言規範如下：

一、醫事人員代言產品之處理原則

依行政院衛生署中華民國93年6月8日衛署醫字第0九三0二0三二八0號函，有關醫事人員代言產品之處理原則，規定如下：

(一)醫事人員為產品代言，其行為或內容並涉及違規醫療廣告或藥物廣告者，應並依違反醫療法、藥事法規定處理。

(二) 醫事人員為產品代言，其宣傳內容如未經科學研究證實或假借未曾發表之研究報告，而為產品代言、背書或影射，其具醫療、健康之療效或功效，誤導消費者購買之虞者，應依業務上不正當行為論處；醫師應依醫師法第二十五條第五款業務不正當行為移付懲戒。

(三) 未涉及藉其醫事專業身份，為一般性產品（不包括煙、酒）代言、宣傳者，不予處理。

最常見之醫師薦證廣告，莫過於牙膏等口腔保養廣告，雖然牙膏在台灣通常並不屬藥物，但是代言醫師以其醫事專業身份宣稱牙膏具治療酸痛之療效，具誤導消費者購買之虞時，即有可能會被依業務上不正當之行為論處¹⁶¹。

¹⁶¹ 另外一有關代言人之規定為奶粉業之代言規範，衛生署為配合 WHO 國際母乳代用品守則，於 95 年 12 月及 96 年 3 月 9 日邀集 4 家嬰兒奶粉廠商召開會議，共同決議：「有關代言人部分，不得以有未滿一歲子女之公眾人物為公司代言人。(實施日期：即日起)」。及於 96 年 5 月 16 日再次邀集產官學界、母乳團體及消費者團體共同研議，業已達成 6 項共識：

一、**有關代言人部分，不得以有未滿一歲子女之人士及孕婦為乳品、嬰兒食品及特殊營養食品代言人，包括：廣告、慢跑活動、公益代言活動、媽媽教室等。(實施日期：即日起)**

二、不得假借第三團體行廣告之實，如假協會、學會、臍帶血公司等之名舉行座談會，並於媒體刊登廣告，行廣告之實；並不得假借前列單位之名進行行銷行為。(實施日期：即日起)

三、常見各廠商一般消費者教育文宣(含單張、手冊、光碟、電子媒體、網路等)假宣導母乳優點並強調某些特殊營養素之功能及特色，以達宣傳產品添加某營養素之宣稱之實。文宣中可強調哺餵母乳的益處及母乳的優越性，惟提及母乳中某營養素或成分(產品亦含有)之功能，其用詞應符合本署「食品廣告標示詞句涉及虛偽、誇張或醫藥效能之認定表」之規定；一般營養素包括：膳食纖維、維生素 A、β 胡蘿蔔素、維生素 D、維生素 E、維生素 C、維生素 B1、維生素 B2、菸鹼素、維生素 B6、葉酸、維生素 B12、生物素、泛酸、鈣、鐵、碘、鎂、鋅，其生理功能應符合前述認定表所列「一般營養素可敘述之生理功能例句」；非前述一般營養素之營養素或成分不得敘述生理功能。(實施日期：96 年 7 月 1 日)

四、產品或文宣上不可顯示個別人員聯絡電話及相關訊息。(實施日期：即日起)

五、任何與嬰兒配方食品同名之同廠商其他產品，其廣告行銷規範同嬰兒配方食品。若為階段性產品，則品名應有區隔，如：○○嬰兒奶粉，○◎較大嬰兒奶粉，○◎幼兒奶粉。另，於推出「○○幼兒奶粉」廣告時，不得以「○○」、「○○系列產品」之名廣告，避免產生誤解。(實施日期：即日起)

六、原「嬰兒配方食品及較大嬰兒配方輔助食品行銷規範」中：「除專供醫護專業人員使用之說明書、單張、手冊可有產品名稱及小於 3x3cm 的罐照、及專供醫師使用之便條紙可有產品名稱外，其他宣傳單張、媽媽手冊、育嬰手冊、紙袋、手提袋等，均不得有嬰兒配方食品及較大嬰兒配方輔助食品之產品名稱及罐照」乙節，「醫護專業人員」修正為「醫事人員」；刪除「專供醫師使用之便條紙」乙詞，修正為「經醫院人體試驗委員會審查通過之紀錄單」。(實施日期：96 年 7 月 1 日)

惟因前述行銷規範不具法律效力，在未完成「食品衛生管理法部分條文修正案」之法制程序前，

二、非醫事人員之名人代言責任

然而當名人代言的化妝品商品，並沒有其宣稱的效果時，對於販售該產品之企業經營者及媒體經營者，可依化妝品衛生管理條例加以處罰，但先前對於廣告代言之名人，卻沒有規範的法規，造成社會名人代言廣告充斥，各種誇大不實的言論及採用偽科學之實驗等現象，所幸有鑑於名人代言廣告對消費者之影響，行政院消費者保護委員會二次邀集衛生署、公平交易委員會、法務部及國家通訊傳播委員會等研討解決方案，會議結論並經提報第 146 次委員會議作成決議，請衛生署及公平交易委員會分別就食品、藥品、化妝品，及其他商品之不實廣告之薦證代言人，援引行政罰法第 14 條之規定加以處罰，行政院消保會表示，公眾知名人士在廣告如以純表演，而非推薦或保證之方式代言商品，性質並非為該產品背書，代言人尚無須為廣告之真實性負責。惟如廣告代言人（除廣告主外），於廣告中以言詞或其他方式表達其對該商品或服務之意見、信賴或親身體驗等結果者，即為薦證廣告代言人，即須為其代言行為負責，法務部對於行政機關援引行政罰法第 14 條規定：「故意或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」，對不實廣告薦證代言人之行為予以處罰之適法性，亦表示肯定；即行政機關如能證明薦證廣告代言人之行為與廣告主間，已該當「故意共同違法」之要件時，即可依該條規定加以處罰。

行政院消保會為促使行政機關積極並落實對薦証廣告代言人之管理，於會議中決議：

- 1.請衛生署研議對醫事人員外之薦証廣告代言人，援引行政罰法第 14 條之規定加以處罰。
- 2.廣告中以親身體驗等方式呈現，而事實上僅屬表演性質之廣告，請公平會及衛生署輔導廣告主於刊播代言廣告時，加註「非代言人本人實證經驗」等醒語，以利消費者辨識。
- 3.另請國家通訊傳播委員會積極監理媒體廣告，對於業經主管機關行政處分之不實廣告案，經該會認定違反權管法令者，依法嚴懲，並研訂停播及撤照裁量基準。

行政院消保會除提醒廣告代言人在承接廣告時，應注意所負之代言責任

外，也呼籲消費者在觀賞廣告之餘，更應了解代言人代言該產品，究竟是表演？還是親身的體驗？然後再做消費¹⁶²。

第二項 報導式廣告 (Mixtures of Advertising and Editorial Content 泛稱 Advertorial)

案例：臺北高等行政法院 96 年簡字第 94 號判決

一 事實及理由

(一)事實概要

原告於其發行之蘋果日報民 94 年 10 月起持續刊登「Lancôme 高透感美白精華面膜、Shu Uemura 淨透美白面膜、「Biotherm 粉刺痘皰 SOS 抗痘精華、yuxia AC 痘痘調理凝露」等多項化妝品廣告，廣告內容宣稱「高透感美白精華面膜等面膜及安瓶所含的美白、保濕、抗老等優等成分，能使膚質狀況變佳...等，淨透美白面膜，保濕、美白、抗老抗氧化、消炎抗敏」、「粉刺痘皰 SOS 抗痘精華，加入殺菌劑以及角質溶解剝離劑，具抗痘效果、AC 痘痘調理凝露...抗凝血酸能止血消炎...屬消炎、鎮靜和舒緩功效的酒精製劑等」，上述 2 則廣告分別經臺中市衛生局及臺北縣政府衛生局查認未標示廣告許可字號及廣告內容不知有無申請廣告核准而移請被告辦理。嗣經衛生署核認原告所刊登該 2 則廣告內容涉及誇大，違反化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定，乃依同條例第 30 條第 1 項規定，處原告新臺幣 1 萬 5 千元罰鍰，並命違規廣告應立即停止刊登。

二、原告主張之理由

(一) 原處分所處罰之標的僅係消費商品之「報導」而非「廣告」，化妝品之「廣告」如有虛偽誇大之情形者，始有可能構成化妝品衛生管理條例第 24 條與第 30 條第 1 項之情形而應課處罰鍰，報紙上對於商品資訊之報導，均僅係消費商品之「報導」，而非商品「廣告」，理由如后：

1. 報紙之商品資訊刊登之版面，報導目的係為提供報紙讀者有關新上市之保養品和抗痘含藥產品商品資訊及專家意見，故記者亦有分別實地採訪靜宜大學化妝品科學系吳講師及張教授，於蒐羅市

¹⁶² 行政院消費者保護委員會網頁(2008/5/29)，<http://www.cpc.gov.tw/index.asp?pagenumber=4333>

面上販售之相關產品並彙整相關詳細資料後撰寫該報導，並無任何廠商委刊廣告之事實存在。

2. 該商品資訊所刊登之版面共臚列 5 組商品，而網站報導商品資訊所刊登之版面共臚列 10 種商品，均有在版面上詳細分析其成分、使用法及效果，足證其為提供讀者相關資訊之平台。

綜上所言，前開報紙報導及網站報導自無可能構成化妝品衛生管理條例第 24 條與第 30 條第 1 項所定違規情形，是以被告誤認該「報導」為「廣告」而課處原告罰鍰，認事用法顯有違誤。

(二) 原告係傳播機構，即便被告認定前開報導及網站報導為廣告，惟其宣傳利益係直接歸屬於報導內之化妝品廠商，則原告是否直接販售系爭商品、系爭廣告是否係由化妝品廠商所委託刊登或所刊登之資料是否係由化妝品廠商所提供，而有化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項、第 2 項之適用而應據以處罰等情，均未見被告查明。被告遽以原告利用傳播媒體刊登商品資訊，以向不特定之多數人行銷產品之行為，即屬刊登廣告行為，而該廣告為化妝品廣告且內容詞句涉有誇大，即認原告違反化妝品管理條例第 24 條第 1 項規定而予處罰，尚嫌率斷。臺北市政府訴願委員會就原告於類似情節之另案中所提訴願而為之訴願決定書理由欄中亦同採此見解，並據此撤銷該行政處分。

三、法院見解

(一) 依行政院衛生署 95 年 4 月 21 日衛署藥字第 0950009024 號之函釋：「違反化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定而依同條例第 30 條第 1 項規定予以處罰之對象，是否包括傳播機構乙案，經查化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定係指任何人均應遵守之義務，並未將傳播媒體排除在外，故違反上開規定，均應依該條例第 30 條之規定予以處分」等語，核與立法目的及規範精神無違，得予適用。

(二) 參照藥事法第 24 條規定：「本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。」廣播電視法第 2 條第 9 款規定：「稱廣告者，指廣播、電視或播放錄影內容為推廣宣傳商品、觀念或服務者。」等語觀之，凡利用傳播工具，推廣宣傳商品、觀念或服務之行為，均屬廣告，不以受託傳播為限，傳播業者主動於自有媒體上宣傳某商品、觀念或服務之行為，亦屬之。故原告雖稱其報導所載內容皆為記者向各產品業者訪查所得，並無任何廠商委刊廣告之事實存在等語，惟系爭報導之內容，載有品牌商品之名稱、圖片、價格及功效等事項，並刊

登其所報導品牌化妝品「哪裡買」之電話號碼，有各該報紙及網頁資料附原處分卷可稽。已提供予一般民眾關於系爭商品之相關資訊，使該等資訊藉由報紙或網路之傳播功能使不特定人得以知悉，而達到招徠消費者購買之目的，顯係藉報導之名，行推廣宣傳商品之實，自屬廣告行為。

(三)另廣告內容宣稱：「高透感美白精華面膜：面膜及安瓶所含的美白、保濕、抗老等優等成分，能使膚質狀況變佳．．．淨透美白面膜：面膜評分，保濕4 美白4.5 抗老抗氧化3.5 消炎抗敏4．．」；「粉刺痘皰 SOS 抗痘精華：加入殺菌劑以及角質溶解剝離劑，具抗痘效果．．．痘痘調理凝露：抗凝血酸能止血消炎，屬消炎、鎮靜和舒緩功效的酒精製劑．．．」等情，已涉及醫療效能，與其所宣傳的化妝品屬性不符，且於醫學學理或臨床試驗並無依據，自屬誇大不實。是以被告認原告系爭報導行為，係屬利用報紙及網路，對於化妝品為誇大不實的廣告，而違反化妝品衛生管理條例第24條第1項規定，洵屬有據。

(四)又原告於其發行之蘋果日報94年10月10日第E4版，及自94年7月26日起持續於「蘋果日報」網站，分別刊登「Lancome 高透感美白精華面膜、Shu Uemura 淨透美白面膜」、「Biotherm 粉刺痘皰 SOS 抗痘精華、yuxia AC 痘痘調理凝露」等多項化妝品廣告，用詞涉及誇大不實，本屬二行為。

綜上所述，原罰鍰處分認事用法既無違誤，訴願決定予以維持，即無不合，原告仍執前詞及個人主觀之見解，請求撤銷訴願決定及原處分關於罰鍰部分，為無理由，應予駁回。

四、案例評析

化妝品業之發展除了產品自身的品質外，最重要的乃是其品牌之行銷，而其行銷最重要的方式就是透過廣告來提升自身品牌或產品之知名度，讓消費者更了解該品牌及商品進而刺激其購買之欲望，化妝品廣告有許多不同的方式，如先前所介紹的傳統方式如廣告傳單、派發試用品和名人代言等方式，利用報紙廣告亦十分多見，但除了直接的在報紙版面上對商品進行宣傳外，亦發展出一種，採用”間接”的方式達到宣傳該商品或服務的廣告方式，即是利用是報章雜誌上的報導廣告，介於報導和廣告讓消費者易混淆的行銷方式，業者採用報導廣告的基本目的也是不希望消費者認為其為廣告，而是名人或專業人事對於該產品真心的推薦及介紹，或是報章雜誌上會有所謂的依消費者或專業彩妝師滿意度來進行排比的化妝品列表，還有藉著採訪專業人事對於護膚美容意見時，順帶提及的推

薦化妝商品，常常能快速的提高其業績，因其對於行銷化妝品的成果非常的好，有愈來愈多的趨勢，對消費者影響之大，可見一般，而當主管機關介入時，業者常主張類型之行銷方式為報導而非廣告，但當其有廣告之事實及效果時，主管機關不應放任不管，亦應進行相當的管控。

(一)系爭內容是廣告亦或報導？

原告主張所處罰之標的僅係消費商品之「報導」而非「廣告」，因而無化妝品衛生管理條例第24條與第30條第1項之適用可能，然而事實上，系爭內容乃是一種廣告界爭之為”報導式廣告”之慣用廣告手法，介紹如下：

報導式廣告之介紹

報導式廣告是一種偽裝成報導文章形式的平面廣告，是一種常見的偽裝式廣告型態，特別常被使用於雜誌上¹⁶³，美國在1980到1990年代，報導式廣告所帶來的收益有雙倍的成長，並且在雜誌上報導式廣告的篇幅的增加也超過了百分之五十(Donaton, 1992; Ju-pac, Kim, & Cameron, 1995)，一份調查顯示，在90年代早期，其為雜誌帶來的收益超越了百分之十，而在近年來，其在雜誌的網站上所佔的比例也愈來愈高(Bunn, 1997)，但是，報導式的廣泛使用也因其可能混淆消費者之疑慮而有遭受許多的批評，事實上許多消費者並不知道其所接受到的訊息為廣告，而為報導，並且也因為其不像一般廣告而像報導的原因，反而引起消費者較高的注意，其常出現的形態有專題報導(theme features)或是一般的報導廣告型態(advertorial)，並且據研究結果顯示，消費者會對該報導廣告之相信程度與報章雜誌的公信力成正比關係¹⁶⁴，由各研究可知，報導式廣告是一個極具說服力的廣告方式，但卻是利用消費者將其誤認為報導的方式來進行，以消費者保護的角度來探討，這種廣告方式，其實讓消費者更相信廣告裡所宣稱的內容，因此，如果廣告內容有不妥之處，更容易對消費者有潛在的傷害。

報導式廣告被發展出了幾種型態，其中最常被使用的為報導廣告(Advertorial)及專題報導廣告(theme features)，報導廣告(Advertorial)為最常

¹⁶³ Bong-Hyun Kim, Yorgo Pasadeos, and Arnold Barban, On the Deceptive Effectiveness of Labeled and Unlabeled Advertorial Formats, *Mass Communication and Society*, Vol. 4, Issue 3, p265-281 (2001).

¹⁶⁴ Van Reijmersdal, Eva, Neijens, Peter, Smit, and Edith, Readers' Reactions to Mixtures of Advertising and Editorial Content in Magazines, *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, Vol. 27 Issue 2, p39-53, p15.(Fall 2005).

見的常廣告及報導混在一起的手法，將廣告採用報導的編輯方式，採用報導的字眼及版面編排，使其與報導相似，讓廣告得以偽裝成報導的形式，荷蘭和美國的報導式廣告第一眼看時，會覺得那是一篇報導，但是內容卻有強烈的廣告特性，例如會有商標的宣傳、廣告主的商標、用稍微不同的字體或是專注於某品牌上，因為此種廣告會被置於雜誌的廣告版面上，因此報導廣告並不會出現在雜誌的目錄上，並且此種廣告必是廣告主付費由媒體業者製作而成。

而專題報導(Theme features)通常採用短文主題式的討論相關商品，並且伴隨著銷售資訊及商品照片，在荷蘭和美國的時尚雜誌，專題報導廣告是每期皆會出現的固定專題，並且會出現在雜誌的目錄上，常用來向消費者介紹新產品，類似“編輯推薦”的標題的專題報導皆屬此類，廣告主可以付費給媒體業者或是給予免費的商品作此種廣告，或是編輯人員自發性的選擇他們所感興趣的品牌或商品。報導式廣告並不一定要在廣告中提及廣告主之品牌名稱，而根據研究顯示，消費者在閱讀沒有出現名牌名稱於文章內容中的報導式廣告時，他們比更傾向於相信該報導式廣告為真實之報導，更相信廣告之內容¹⁶⁵，在美國，由於此類廣告可能導致混淆消費者的問題，美國雜誌編輯協會(American Society of Magazine Editors, ASME)在1989年訂定了一系列的指導原則，並且在之後因為雜誌網路版的風行，亦新增了對於網站上報導廣告的指導原則¹⁶⁶。

¹⁶⁵Bong-Hyun Kim, Yorgo Pasadeos, and Arnold Barban, On the Deceptive Effectiveness of Labeled and Unlabeled Advertorial Formats, *Mass Communication and Society*, Vol. 4, Issue 3, P. 274 (2001).

¹⁶⁶ **ASME GUIDELINES FOR EDITORS AND PUBLISHERS**

Thirteenth Edition

For magazines to be trusted by consumers and to endure as brands, readers must be assured of their editorial integrity. With that core conviction in mind—and the overwhelming support of its members—the American Society of Magazine Editors for over two decades has issued guidelines to make sure that the difference between advertising and editorial content is transparent to readers and that there is no advertiser influence or pressure on editorial independence. In this latest edition, we have aimed to make the guidelines easier to understand and to distill them into ten basic statements of principle and practice. ASME will continue to advise editors and publishers about how to interpret the guidelines. Repeated and willful violations will result in public sanction and disqualification from the National Magazine Awards.

DESIGN

Advertisements should look different enough from editorial pages that readers can tell the difference. To avoid confusion, any ad that looks enough like an editorial story or feature that it could be mistaken for one should be slugged “Advertisement” or “Promotion” at the top of each page in type as prominent

as the magazine's normal body type.

COVERS

The front cover and spine are editorial space. Companies and products should appear on covers only in an editorial context and not in a way that suggests advertisement. (This includes use of cover "stickers.")

ADJACENCIES

Advertisements should not be placed or sold for placement immediately before or after editorial pages that discuss, show or promote the advertised products.

LOGOS

Advertiser logos should not appear on editorial pages except in a journalistic context. A magazine's logo should appear on advertising pages only in connection with advertisements for the magazine and its promotions or when an advertised product is touting editorial awards that it has won.

SPONSORSHIP

Sponsorship language (ie, "sponsored by," "presented by," etc.) should not appear in connection with regularly occurring editorial features. Such language may be used in connection with editorial extras (special issues, inserts, onsets and contests) as long as the editorial content does not endorse the sponsor's products and any page announcing the sponsorship is clearly an ad or is labeled "Advertisement" or "Promotion" in a type size as prominent as the magazine's normal body type. Single-advertiser issues that don't include sponsorship language do not have to be labelled, but should include an editor's or publisher's note disclosing the special arrangement to readers. Advertisers may sponsor "out of book" events such as awards shows and conferences, and that sponsorship may be acknowledged without labeling on either advertising or editorial pages.

ADVERTISING SECTIONS

Editorial-looking sections or pages that are not produced by a magazine's editors are not editorial content. They should be labeled "Advertisement," "Special Advertising Section" or "Promotion" at the top of every page in type as prominent as the magazine's normal body type.

PRODUCT PLACEMENT/INTEGRATION

Advertisers should not pay to place their products in editorial pages nor should they demand placement in return for advertising. Editorial pages may display and credit products and tell readers where to buy them, as long as those pages are solely under editorial control.

由以上對於報導式廣告之介紹可知，即使是以報導的方式來呈現，其本質上仍是廣告的一種，並且因為消費者更相信廣告的內容，並且其有混淆消費者其為一報導之目的，對於此種廣告，主管機關更應該對其進行嚴格的把關，被告(台北市衛生局)之主張應屬無據。

再者，此種廣告，並不一定需要經由業主委託，可能是編輯選擇自己所感興趣的商品，但並不因為未經業主之委託，就抹滅其廣告之本質，法院認為廣告不以受託傳播為限，傳播業者主動於自有媒體上宣傳某商品、觀念或服務之行為亦屬之的見解殊值肯定。

五、結論

報導式廣告是化妝品業慣用之行銷手法，但是因為其模糊的報導與廣告界限，常讓消費者誤信其為報導，也讓主管機關很難對其進行管理，但如同學者主張的：欺騙讀者就是報導式廣告的目的¹⁶⁷，若從消費者保護的角度來說，更是不值得鼓勵的行為，實際上，台灣的時尚雜誌網充斥的報導式廣告，並且皆僅在文章後標註：以上為編輯報導內容，並沒有經過廣告之事先審核，若廣告裡有誇大等違法之內容，反而會比一般之廣告對消費者存在更高的風險，主管機關應對此種廣告類型有提高更多的注意力，而另外，除了平面媒體廣告外，目前電視媒體十分流行採用類似手法的廣告方式，有許多專門介紹化妝品的節目，主持人配合著專業彩妝師及明星每期推介數種化妝品，被推薦的商品，往往都能因此而受到消費者的歡迎，惟此種節目，通常不會在節目中公佈該商品之品牌，及購買之相關資

EDITORIAL STAFFING AND TITLES

A magazine's editorial staff members should not be involved in producing advertising in that magazine. Advertising and marketing staff should not use titles that imply editorial involvement (e.g., merchandising editor).

EDITORIAL REVIEW

In order for a publication's chief editor to be able to monitor compliance with these guidelines, every effort must be made to show all advertising pages, sections and their placement to the editor far enough in advance to allow for necessary changes.

ADVERTISING REVIEW

While editors or publishers at their discretion may share the general topic matter of upcoming editorial content with advertisers, specific stories, layouts or tables of contents should not be submitted for advertiser review

¹⁶⁷ Jacobson, M. F., & Mazur, L. A. (1995). Marketing madness. Boulder, CO: Westview, p.66.

訊，如價格，目前主管機關並沒有對於此種節目介入管制，對於此類型的行銷手法，究竟如何認定其是否為廣告，應仍從其有無符合廣告之定義，若參考有關廣告之定義，及依消保法施行細則第二十三條之規定¹⁶⁸，除了可使不特定多數人知悉其宣傳內容外，對於此類型的宣傳內容，主管機關在決定是否要介入管制時，或許可以依其內容是否包含了消費的重要資訊，如品牌、價格、購買管道等，應制定一原則，讓業者可以參考，並且在介入管制時亦可減少爭議，並且媒體業者應對於此種廣告類型之內容之真偽進行自律，以免使消費者受害並有損自身的信用。

第三項 網路化妝品廣告

因為現代人對於網路日漸依賴，基於愈來愈多人喜愛上網搜尋資訊，廣告業者無不積極開發網路廣告之業務，並且網路也成為銷售產品十分方便的通路之一，近年來網路也成為十分熱門的化妝品銷售管道，除了化妝品公司自行架設的網頁用來行銷商品或進行販售服務外，也有許多依附在網路拍賣平台下的網路拍賣自營業者，其規模較小，且賣家所販售的商品通常不限於單一品牌。業者利用網路拍賣來販售化妝品時，為了刺激消費且提供消費者更多有關產品的資訊，免不了的會在網路平台上公佈產品資訊或是宣傳廣告，但由於化妝品廣告乃屬事先審核制，因此若欲於網頁放置化妝品廣告，亦應先通過主管機關之審核，然而由於網路是一虛擬空間，消費者並不能實際接觸所欲購買的化妝品，至多能看到商品的圖片，有關化妝品商品的說明及標示，也只能透過公佈在網路平台上讓消費者得知重要的訊息，也因此，如何認定在網路上所放置的資訊是否為廣告則產生了爭議，以下案例將探討相關問題。

第一款 網路化妝品廣告案例探討

壹、臺北高等行政法院 93 年簡字第 437 號判決案例

一、事實摘要

原告因未事前申請核准，而分別於民國九十二年三月十九日、一月十日及四月七日，在電腦網路刊登「美國貂寶」系列、「髮質護理洗髮礦物泥」及「美國貂寶神奇日霜」等化妝品廣告，分別經基隆市衛生局、台中市衛生局及苗栗縣衛生局查獲，案移被告所屬衛生局查證屬實，乃以原告

¹⁶⁸ 消保法施行細則第二十三條之規定：「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。」

違反化妝品衛生管理條例第二十四條第二項規定，依同條例第三十條規定，分別處新台幣一萬元罰鍰，原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

二、兩造之主張

(一) 原告主張

1. 網站並非媒體，網路商店係「通路」而非「媒體」。
2. 原告向雅虎購物承租的網路商店僅提供會員瀏覽參考，非對不特定的多數人開放。有別於一般開放的電台、電視或報紙、雜誌等大眾傳播媒體。
3. 「香皂」、「沐浴鹽」、「洗髮精」應屬日常生活清潔用品而非化妝品。

(二) 被告(台北縣政府)主張

5. 「網路」係一開放之電子平台媒體，透過網路購物之網頁作為其行銷手段，宣傳特定標的產品並有販售之商業行為，其網頁內容傳達之訊息已符合「廣告」之定義，故網頁內容如有販售「化妝品」之管理，其標示、廣告理應遵守化妝品衛生管理條例之相關規定。原告於網路上為前揭宣傳文字之刊載，顯屬化妝品衛生管理條例第二十四條所稱之「登載或宣播廣告」，依同法條規定即應於事前將所有文字、畫面，報經衛生主管機關核准，其既未事先申請核准，即逕行於網路上刊登化妝品廣告，違規事實，足堪認定。
6. 另化妝品衛生管理條例第三條規定：本法所稱化妝品，係指施於人體外部，以潤澤髮膚，刺激嗅覺，掩飾體臭或修飾容貌之物品；與原告認知「香皂」、「洗髮精」、「沐浴鹽」為「日常生活清潔用品」，顯有明顯之出入，應受化妝品衛生管理條例之規範與管理。

貳、臺北高等行政法院九十二年訴字第二八四號判決

一、事實及理由原告未經申請核准，於網站登載「恩莎 ENTIA 左旋 C 純橙皙活顏噴霧」化妝品廣告，案經台北市中山區衛生所查獲已違反化妝品衛生管理條例第二十四條第二項規定，爰依同條例第三十條規定，處原告新台幣一萬元罰鍰，並命系爭廣告應立即停止登載。

二、二造之主張

(一) 原告之主張

1. 按違反化妝品衛生管理條例第二十四條第二項規定之構成要件，須為化妝品廠商之資格；原告自認為其為一網路購物型之科技公司，化妝品僅為對外銷售商品之一部分並非化妝品廠商，不該當上開規定之構成要件。
2. 系爭廣告商品左旋C噴霧劑皆無法歸類為化妝品種類中其中任何乙項，因此不能將系爭產品認定為化妝品。
3. 網路並非化妝品衛生管理條例第二十四條第一項規定之傳播工具。
4. 本案是否存有廣告行為，尚待釐清，原告確有利用網站虛擬商店銷售左旋C噴霧劑商品，惟僅於網頁上介紹該商品，令有意購買之人瞭解產品之性質，並於網站上下單訂購，應屬商品上架之行為，被告逕將圖象與文字解讀為廣告，認定事實顯屬有誤。
5. 被告以化妝品廣告應先申請核准，方可刊載，原告未依規定將系爭廣告送審核准即予網路上登載而予裁處，惟原告於訴願程序一再陳明關於廣告之送審，係指化妝品之輸入商及製造商，非針對一般販賣業者。

(二) 被告(台北市衛生局)之主張

1. 原告未經申請核准，於網路刊登系爭廣告，參照系爭廣告刊登：「．．能增加肌膚抵抗力，並修護受紫外線傷害之肌膚，防止黑色素沉澱．．使用方法．．可用於乳液或日霜後使用等，及銷售金額、廠商電話．．」、「．．維他命C可以讓美麗保鮮．．將維他命C安定化保持奇活性．．」之文字說明，可知其具有防晒及營養功能，復參照該產品之成分內容，應與行政院衛生署八十年八月七日衛署藥字第九六三九四○號公告所列第七類面霜乳液類較為接近，係屬防晒、營養面霜類。
2. 另化妝品衛生管理條例第二十四條第二項所稱之「化妝品廠商」，係指化妝品之製造者及銷售者，即一般大眾認知之商人，即為製造者及買賣者。
3. 原告在網路刊登商品資訊，以向不特定之多數人行銷產品之行為，即屬廣告行為，該產品既屬化妝品，如欲刊登廣告，其廣告內容理應於事前申請主管機關核准始得刊播。

第二款 案例評析

由以上的案例，可歸納出化妝品廠商在網路上進行銷售、行銷時會發生的主要爭議為，網路是否為化妝品衛生管理條例第二十四條第一項所規定之傳播工具，以及在網站刊登資訊之內容是否屬於廣告，而進一步檢討是否需要經由主管機關的事先審核。其次，有關化妝品衛生管理條例裡，所規範的廠商之範圍為何，及於先前即討論過的化妝品定義及範圍之問題，試討論分析於后：

一、網路是否為化妝品衛生管理條例第二十四條第一項所規定之傳播工具？

化妝品衛生管理條例第二十四條第一項之規定：「化妝品不得於報紙、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」，雖然在本規定裡並未提及網路，但法條亦未排斥其他之傳播工具，法院之見解認為，網路之宣傳效果無遠弗屆，應屬「其他傳播工具」之列。並且依行政院衛生署亦於九十二年四月二十二日衛署藥字第0九二00二00七一號函解釋：「網路廣告係屬化妝品管理條例第二十四條第一項所稱傳播工具之廣告，是以，化妝品廠商於網路登載或宣播廣時，應依化妝品衛生管理條例第二十四條第二項規定事前申請中央或直轄市衛生主管機關核准，始得為之。」，雖然網路是銷售化妝品通路的一種，但並未排斥其具媒體之功能。

二、如何判斷網路上所刊登的產品訊息是否為廣告？

網路上所刊登之化妝品產品訊息究竟是否為廣告，在網路拍賣盛行後，更成為十分重要的爭議，因為化妝品廣告之播出，需要事前的核准，因此業者不能任意的在網頁上登載商品資訊，如果登載之內容已屬廣告之範圍，則應先經過核准才得以登載。但網路通路乃虛擬之環境，消費者無法實際接觸到化妝品，因此有關化妝品之重要標示內容，像包裝上之標示及仿單上之內容，如，製造商、成分、製造日期及使用事項等，則需藉由登載在網頁上來呈現，然而通常業者為了提高產品的銷售機會，亦會加入許多其他的訊息以吸引消費者，如果是規模較大的化妝品公司，通常會委託廣告業者及網路業者來協助其廣告的工作，其對於其所登載之訊息是否為廣告也有較專業的了解，然而，近年來網路拍賣平台（如奇摩雅虎及

EBAY) 的風行，讓許多規模較小的自營業者依附在拍賣平台下販售化妝商品，對於此類型的業者，對於化妝品之相關法規較不了解，其在網頁上所登載之訊息，往往已屬廣告而不自知，或是利用自身所經營的拍賣網頁平台的經銷商，在銷售化妝品時，常不清楚其所登載之化妝品資訊，是否需要事前的核可，因此衛生署在93年4月28日衛署藥字第0930312498號函，提供了化妝品網路廣告處理原則，以利化妝品業者參考，避免違反相關規定，

。

三、網路廣告之定義

雖然在消保法施行細則第二十三條之規定中並沒特別提及網路，網路應屬其所謂之其他方式，該法並未將網路排除在外，並且參照行政院消費者保護委員會86年5月29日消保法648號書函，及87年2月6日消保法224號函謂「凡利用傳播媒介使不特定人得以知悉其宣傳之內容者，即使是網站服務或廣告網站經營，皆屬於廣告」。並且行政院亦補充網頁上廣告之定義為：「一種以電子資訊服務的使用者為溝通對象的電子化廣告」故於網頁上刊登之公司資料及藥物、化妝品資訊，即如同刊登於其他媒體如報紙、電視等之資訊一般，旨皆藉由傳遞訊息以招徠消費者循線購買的消費行為。

網頁上所登載之內容，可分為二類，一為產品資訊，另外則屬於廣告內容，若只登載產品資訊，則無需事前之許可，而產品資訊又因含藥化妝品及一般化妝品有不同的範圍，然而一旦包含廣告之內容，則需要申請許可，產品資訊定義如下：

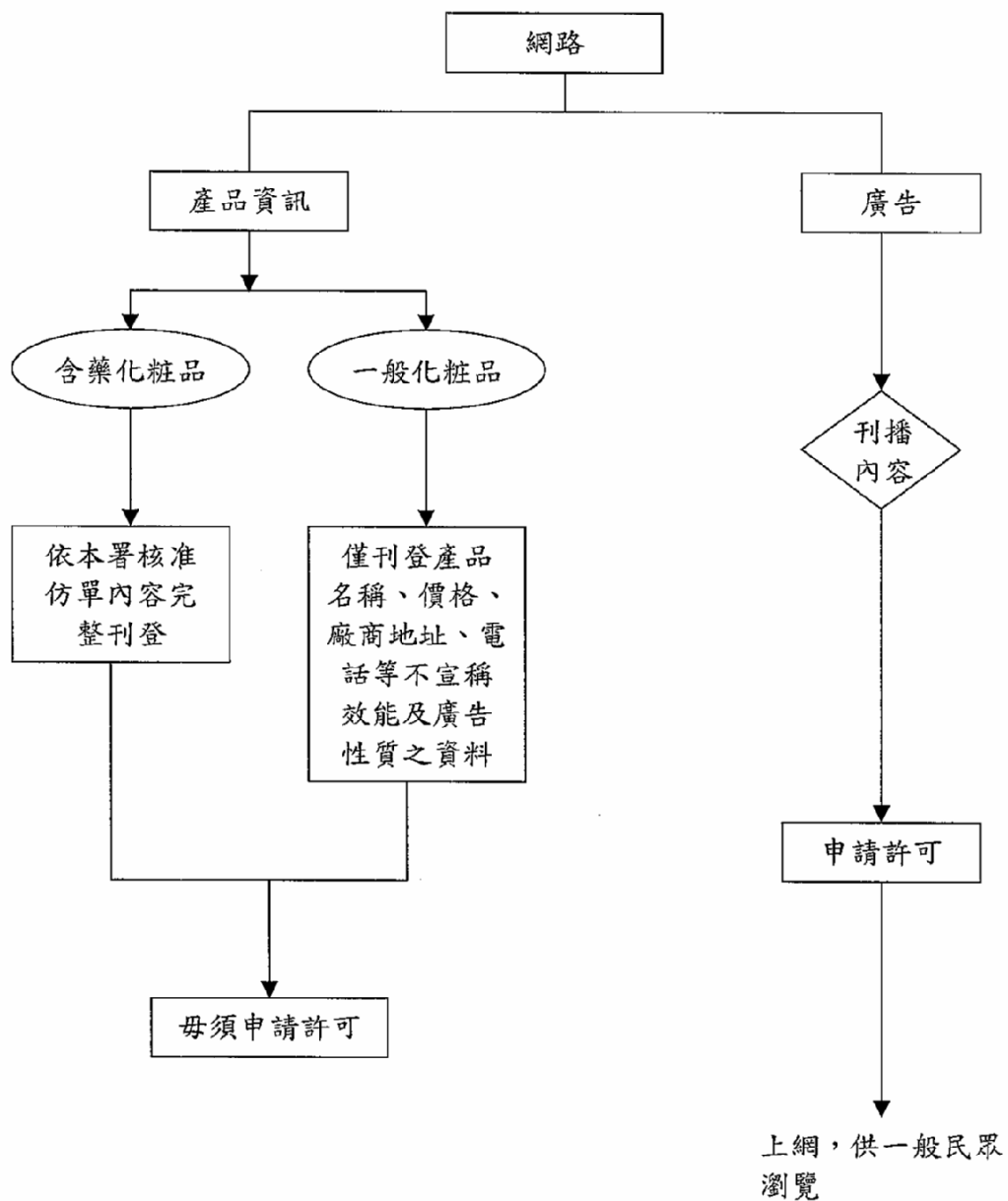
(1)含藥化妝品：依本署核准之仿單內容完整刊登公司產品資訊。

(2)一般化妝品：僅刊登產品名稱、價格、廠商地址、電話等不宣稱效能及廣

告性質之資料者，得不視同廣告。

其判斷處理之流程圖見下頁：

化粧品網路廣告處理原則：



四、何謂化妝品衛生管理條例第二十四條第二項所指之「化妝品之廠商」？

依法院之見解，化妝品衛生管理條例第二十四條第二項所指之「化妝品之廠商」，在立法上並未侷限於化妝品輸入廠商與製造廠商，再依化妝品衛生管理條例之立法體系以觀，其第二章為輸入及販賣，第三章為製造，是該條例第二十四條第二項所稱「化妝品之廠商」，應指製造、輸入及販賣之業者而言，當無疑義。因此，銷售商，即使是透過網路通路販賣化妝品，皆應屬化妝品之廠商才是，不能因為化妝品只是其銷售產品的一部份，在登載化妝品廣告時即無須經過事前的許可。

另外，化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定：「化妝品不得於報紙、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。」，其所規範的行為主體與同條第二項並不相同，並不只限於化妝品廠商，依行政院衛生署 95 年 4 月 21 日衛署藥字第之函釋：「違反化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定而依同條例第 30 條第 1 項規定予以處罰之對象，是否包括傳播機構乙案，經查化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定係指任何人均應遵守之義務，並未將傳播媒體排除在外，故違反上開規定，均應依該條例第 30 條之規定予以處分」，由此內容可知，第二十四條第一項所規範的是任何人均不得於傳播工具上登載違法之廣告，不僅規範化妝品業者而已，必須注意。在化妝品爭議的案例中，業者最常使用的聲明即是其產品不屬於化妝品之種類，隨著化妝品產業的發展，化妝品採用的包裝容器亦有許多不同的型式，或是化妝品的質地也有不同的類型，但是不管如何變化，只要其符合化妝品之法律定義，則皆屬於化妝品之範圍，由於於先前之章節已有相關的討論，則不再於本章說明。又，關於網路平台的責任部分，由於篇幅限制，在此不予討論。

第五節 小結

依衛生署統計，化妝品的違規廣告 94 年為 20 件、95 年為 13 件，但是，96 年 1 至 8 月大幅度增加至 102 件，其中違規廣告最多的是「EZ 時光回溯復顏因子」，計 44 件，佔 43.1%，其次則為「時光逆轉凝膠」共 36 件，佔 35.3%，該兩件之違規廣告，以每小時平均 0.4 則違規在特定的電視頻道刊播，並以「國興衛視」、「超視」每一小時平均刊播 0.5 則，違規情形最為嚴重，其中許多廣告均未申請化妝品廣告之刊播核准許可而公然違法刊播，觀察廣告內容，常發現應屬一般之化妝品種類的化妝品之廣告，卻以「醫療級保養品」等相關醫療效能字句，違反藥事法第 69 條「非

藥物不得為醫療效能標示或宣傳」之規定，在有關時光回溯復顏因子相關商品的廣告，常可見其內容中一再出現 EGF (Epidermal Growth Factor) 之字樣及 EGF 刊載於科學期刊上之研究成果，此皆屬於醫療臨床方面的研究範疇，並不能適用於任何化妝品方面的研究依據，且在其廣告裡所出現的傷口疤痕「快速神奇」復原照片，全部皆為虛構，顯係誇大不實違規化妝品之廣告¹⁶⁹，雖然有關單位已對業者進行處罰，但是在電視上仍是可以看到此類廣告之強力播送，或許暗示了對業者所懲處的金額遠小於其在電視上播送不法廣告從消費者身上得到的利益，因此才無法杜絕類似的廣告一再的出現。

第六節 建立智慧財產權開創及維護系統之建議

目前我國化妝品業者所製造的化妝品，基本上還是採用傳統之配方，或是模仿歐美業者所開發的新配方，目前國內的廠商大多販售有關膠原蛋白、玻尿酸、及各種面膜等，較無進入障礙的產品，如此的經營模式，因為產品沒有特異性，難免落入削價競爭之處境，並且一旦國外產品開發出新產品，消費者的關注力很快地就會轉移到最新開發的化妝品，一間想要能長久發展的化妝品公司，除了有長久累積優良的品牌聲譽外，不斷的追求創新才能夠創造出自身的價值，以下特別參考歐洲化妝品業者的例子，歐洲化妝品業者目前已到能夠不斷創新的階段，所以，智慧財產的保護也是其業者所重視的一環，甚至可以用來打擊對手，且創造自己的價值，以下就其異議案多的現象稍作說明，並且提出一利用智慧財產權來做為競爭手段的例子，可讓國內業者作為參考。

第一項 歐洲化妝品類異議案多的現象

分析 1980 年至 2001 年間在歐洲專利局 4,205 件相關的專利，發現約有 15% 的專利曾被提起異議，約是歐洲專利局整體專利被提出異議的二倍，並且，在化妝保養品類的異議次數也比化學高科技業像是生技產業及製藥業還頻繁，並且有三分之一的異議是由二個以上的異議者所提出。

智慧財產權快速的成為在探討商業策略時一核心的論點，這個趨勢並不令人驚訝，無形資產在企業經濟的重要性不斷的提升，智慧財產權的價值在一個公司價值所佔的比例也愈來愈多，申請專利的數量也呈現二倍數的成長，授權及交叉授權的合作方式也比以往頻繁，特別是在高科技產業，公司在運用智慧財產權的一個重要方式係專利機制的運用，專利傳達了排除其他人使用被專利的技術的權利，但是專利實質上隱含了更多的意

¹⁶⁹http://drug.doh.gov.tw/bulletin_cnt.php?PHPSESSID=pbsuq0hc8rdtmpvt0a6n8gq110&Pact=bulletin&id=194

義，其開啟了一道可以挑戰其他競爭者財產權的大門，舉例來說，藉由允許提出異議。專利有效性的挑戰可視為一專利權錯誤修正機制—專利局是有可能作出錯誤的判斷，但因為這樣的機制可使錯誤是無害的，可能會在策略佈局及公司或發明人的利益造成相當的影響，雖然異議的機制讓專利審查員的錯誤有修正的機會，但是有也可能會創造出策略上的濫用，特別是擁有較多資金、權利者可能會讓新進者產生不確定性，特別是以訴訟來做為威嚇的工具時，而根據以往的訴訟研究得知，這些爭訟幾乎都是以合解為目的，若是沒有一個完善的機制，則將會阻礙到新進公司創新的動機。一直以來，大多數人都認為美妝保養品公司皆以其品牌為其發展的重點而非專利，但是讓人驚訝的是，目前化妝品專利權的攻防已經比一般想像中的來得要激烈，例如在歐洲專利局化妝品專利被提出異議的比例竟然高達 14.7%，為一般專利或生技製藥類專利的 2 倍，而且異議大都是由少數化妝品大廠策略性的提出，被異議的專利大都為具高價值者。公司對於挑戰專利感到興趣的理由有二，首先，實質上可能真的使其專利範圍減少，甚至其專利立刻被撤銷，其二，激烈的攻擊會導致競爭者採取更小心的專利策略，避免競爭者直接的挑戰。¹⁷⁰

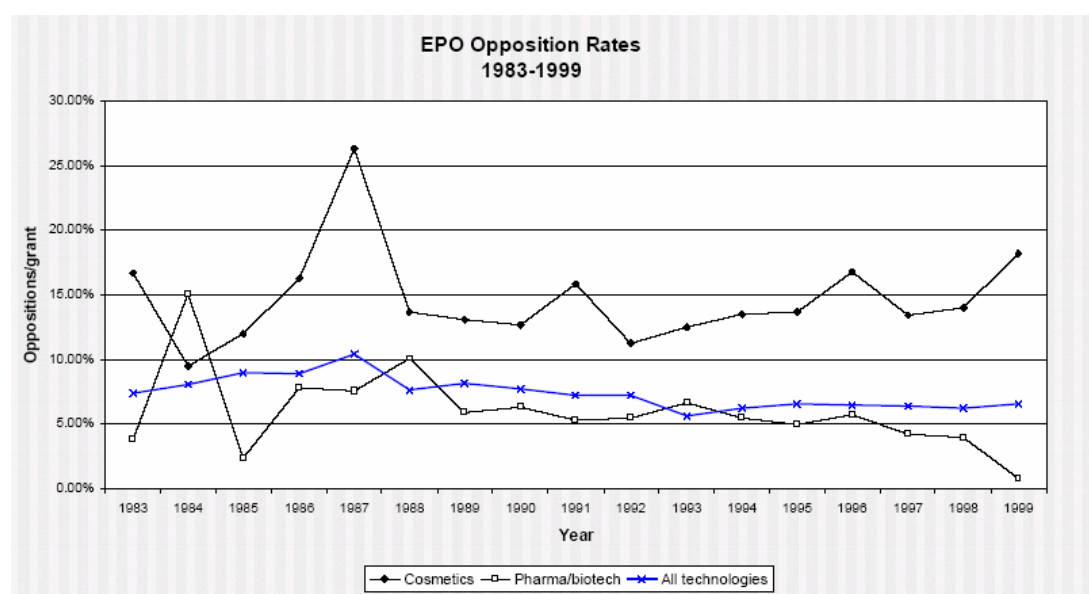


圖 1¹⁷¹ 1983~1999 年歐洲專利局提出異議程序比率

¹⁷⁰ Dietmar Harhoff and Bronwyn H. Hall, Intellectual Property Strategy in the Global Cosmetics Industry, <http://emlab.berkeley.edu/users/bhhall/papers/HarhoffHalJul02%20IP%20Cosmetics.pdf>。

¹⁷¹ Dietmar Harhoff, Bronwyn H. Hall, Intellectual proerty Strategy in the Global Cosmetics Industry (A Soap Opera), December 7, 2004, <http://emlab.berkeley.edu/users/bhhall/papers/HarhoffHall02%20IP%20Cosmetics%20slides.pdf>

較早期開始進行專利維護的化妝品公司，雖然專利數量較少，但是較有機會擁有關鍵技術的專利，挑戰新進的技術，並且試圖提其他公司在專利上的不確定性，同時亦可能影響到投資人的反應，降低其競爭力，相對於其他科技而言，而大體上由於化妝品專利整體而言多為配方成分，且專利彼此間部份雷同性頗高，所以不易實質發揮專利的保護性，是故，一般大廠並不濫用專利訴訟，反而較常為被攻擊的對象。

第二項 美國 Tristrata Technology 之專利策略實例探討

第一款 案例背景簡介

一、尼奧絲翠 (Neostrata) 簡介

尼奧絲翠公司是一個研究導向的皮膚醫學公司，致力於先進的肌膚保養及治療，於 1988 年由 Eugene Van Scott, M.D. and Ruey Yu, Ph.D., O.M.D. 所設立，他們在 1974 年發表了第一份和果酸功效相關的期刊，這個重要的發現在全世界發表並且造成了重大的影響，其傑出的成就使他們在本產業雖僅掌握少數關鍵專利卻扮演了舉足輕重的角色，他們被公認為研究 alpha-hydroxyacid skin care 的技術領域的先驅，他們在二十五前左右發現了(alpha hydroxyacids)AHAs 以及其對皮膚十分好的效用，對於肌膚保養及多種的肌膚狀況失調(例如皮膚角化過度、魚鱗癬、粉刺等)是一個十分重的發明由於人口老化的影響，這些專利在面臨老化問題不斷增加的人口的社會結構下，實具有不容小覷的商業利益，他們二人的發現藉由不斷激增的含果酸成分的產品的販售至少有超過 4 億美元的市場，直至今日他們仍持續的去開發新的效能，以及增進技術，到目前為止已擁有了超過 125 個和 alpha-hydroxyacids (超過八十個)¹⁷²或其他和肌膚保養相關的專利，在如此大的商業利基的吸引下，在許多大廠搶占果酸商機，有侵害其市場的危機時，他們成立了一特別的專利執行專案，主要由 TTI (Tristrata Technology Inc., 尼奧絲翠旗下的一個子公司) 來執行，設立來積極的維護且執行公司的專利權，也發起了許多的法律訴訟來對抗許多行銷果酸產品的大規模皮膚保養公司。果酸優異的功效大大的鼓舞了許多大型的化妝品大廠像是 L'Oreal, Beiersdorf, Chanel, Lenier Health Products, Clarins, Inc., and Murad Skin Research Laboratories 去研發果酸類產品，果然，不負使命

¹⁷² 詳見該公司網頁：http://www.neostrata.com/a_au/aus_pat.as.p

地，相關的產品有了上億的美金的市場，不幸的是，同時這些產品也嚴重的侵害了 TTI 公司的專利權，並且當 TTI 對這些公司發出警告信且要求授權合作時，這些廠商並不予與理會，直至 TTI 開始有了告訴的行動，聲稱這些公司藉由販售含果酸成分的產品而”致力於引發” TTI 所有專利的侵害行為。這些公司開始挑戰其專利，並且要求法院限制其專利範圍至惟其產品含有較高濃度的果酸(像是高於 20%)時，在 1999 年時美國專利暨商標局再次確認尼奧絲翠公司五個關於能消除皺紋或其他和肌膚老化相關的果酸技術關鍵專利的有效性，主要是由 TTI 公司所擁有，因為專利權訴訟的關係，這幾個專利在面臨被告的挑戰後又再度被審察。許多主要的皮膚醫學及化妝品公司拒絕去承認 TTI 公司的部分專利權，也因此導致了後續一連串的專利權之爭，被告包括了 Beiersdorf, Clarins, USA, Inc., Chanel Inc., Neoteric Cosmetics, Inc., Leiner Health Products, Cosmair (L’Oreal), and Murad Skin Research Laboratories, Inc.，而其專利的有效性在經由美國專利局確定，加上法院裁定其專利保護並不需受限於特定的果酸濃度並且只要使用一定量及時間的果酸成分且產生特定的效果時，專利侵權即成立，因為這個對 TTI 極為有利的裁定，許多被告立即和 TTI 達成了授權的協定，目前為止已有二十八間公司¹⁷³與其有授權合作，且獲得的權利金已超過了數千萬美元，Drs. Van Scott and Yu 仍然持續的擴張其在美妝保養品的研發成果。

二、果酸簡介

果酸(AHAs)源於蔗糖，蘋果，葡萄，牛奶及橄欖，不少化妝品公司的研究室都宣稱果酸對肌膚有極佳的功效，及長遠的影響，果酸能有效促進深層肌膚以下膠原蛋白的產生，能令肌膚變得幼嫩，有光彩，亦能加速肌膚的自然剝落過程，溶化細胞間的黏附物質，去除死皮層，使底層幼嫩肌膚得以展現。乙醇酸是果酸中最普通的一種，因其微細的分子結構有助於吸收，達到最佳的護膚效果。需要注意的是，有的使用者在使用時有刺痛及灼熱感，最好避免同時使用含有 RETINOL(護膚品使用的維他命 A 成分)的護膚品。市面上含有果酸的產品提供許多不同的功效：撫平皺紋、改善

¹⁷³其授權合作的公司名單如下：Allergan、Avon、Beiersdorf, Inc.、Bioceutix / MD Formulations、Bristol-Myers Squibb、C.C.A.、Canderm Pharma、Chanel、Cognis、Conopco - a subsidiary of Unilever (Chesebrough - Ponds)、Cosmederm、Dermik Laboratories、Elizabeth Arden、Erno Lazlo、Genesis Pharmaceutical, Inc.、L’Oreal、Medicis、Merz Pharmaceuticals、Murad、Neoteric、Nu Skin、Nucelle, Inc.、Peter Thomas Roth、Pfizer、Summers Laboratories、Stiefel Laboratories、Stratus Pharmaceutical, Inc

皮膚組織、清潔毛孔，改善油性肌膚或是粉刺，整體上改善皮膚狀況¹⁷⁴。

(三) TRISTRATA TECHNOLOGY, INC., v. ICN PHARMACEUTICALS, INC.

三、本案之背景事實

2004年 TRISTRATA TECHNOLOGY 公司於德拉瓦州 (DELAWARE) 地方法院對 ICN 公司提起專利侵權告訴，主張 ICN 侵害其 5,561,157 號專利的第 1,9,17,25 請求項，以及第 5,665,776 號專利的第 19,20,26 請求項，陪審團裁定 ICN 公司有侵權的故意並且相關的二件專利是有效的，TRISTRATA 公司可以應得 846,000 美金的合理權利金，TRISTRATA 甚至要求法院判 ICN 加重的損害賠償及應支付其律師的費用支出¹⁷⁵。

TTI 公司打贏了對 ICN 公司的專利權爭訟官司，陪審團認為 ICN 故意侵害其二件專利中的數個請求項，陪審團對於其惡意侵害的決定不但使得其損害賠償額可達到三倍，TTI 公司繼而要求法院判定其為一特殊 (EXCEPTIONAL) 案例，使 TTI 有權可要求 ICN 支付律師費用，此外也向法院聲請永久禁制命 (permanent injunction)，如果此聲請被核準了，將禁止侵權的產品，包括 Valeant 的 Glyquin® 產品線，的一切銷售活動，嗣後，法院也對 ICN 公司下了永久禁制令，禁止 Valeant 從事一切製造、販售及行銷一切侵權的產品，並且將所有市面上所有和果酸相關的產品下架，TTI 也同時對 ICN 的另一個生產線，像是 Mary Kay® cosmetics, BeautiControl® cosmetics 以及另一個電視購物公司產品 Natural Advantage™ 的製造商和銷售公司提出了告訴¹⁷⁶。

四、小結

尼奧絲翠公司因其創辦人 Eugene Van Scott, M.D. 及 Ruey Yu, Ph.D., O.M.D 是果酸技術最早期的開發者，擁有的專利即使數量不多卻皆是關鍵專利，加上果酸在除皺抗老方面的功效顯著使得所有的保養品大廠無不受其吸引，特別尼奧絲翠在大部分公司尚未注重智慧財產權保護時即積極的主張其權利，甚而特設專門的專案處理相關的維護及訴訟程序，使其成功

¹⁷⁴ U. S. Food and Drug Administration FDA Backgrounder (July 3, 1997), Alpha Hydroxy Acids in Cosmetics, December 5, 2004, <http://www.cfsan.fda.gov/~dms/cos-aha.html>

¹⁷⁵ 詳見判決: TRISTRATA TECHNOLOGY, INC., V. ICN PHARMACEUTICALS, INC., 2004, U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE., December 2, 2004, <http://www.ded.uscourts.gov/JJFopinions-3.htm>

¹⁷⁶ NeoStrata Company, Inc., (May 4, 2004). Federal Court Issues Injunction to Protect NeoStrata Subsidiary's Patent Rights. December 7, 2004, http://www.neostrata.com/a_au/au_prd.asp?pr=41

的利用訴訟的策略讓即使像 L'Oreal、Unilever 或是香奈兒等大廠商都得接受其非專屬性的授權合作，在其公司的網頁上即清楚的列出其所擁有的專利項目及詳細內容¹⁷⁷，並且公示目前所有合作的公司，且其專利在經歷過多次的挑戰後，有效性被懷疑的機會已經不大，並且迄今仍致力於研發，擴張其專利範圍且避免競爭者有搶佔本領域的機會，而不願合解的公司，像是案例中介紹的 ICN 公司，在尼奧絲翠採取強硬的法律行之下，終究不敵實戰經驗豐富且擁有雄厚資源的尼奧絲翠公司，不但負有損害賠償的責任，所有市面上的產品皆需下架且其永遠禁止相關的生產，銷售線，以其如此積極的主張其權利的策略之下，在此領域可說是所向無敵，大部分廠商達成授權合作的協定使其每年在權利金的收益上有數千萬美元之額，而不願合解的公司也無法再相關領域有競爭的機會，到現在，尼奧絲翠除了持續果酸的研發之外，亦積極開發許多新的產品，且利用其制度完善的智財維護機制來保護其競爭力。

¹⁷⁷ 詳見該公司網頁 http://www.neostrata.com/a_au/aus_pat.as