

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

廣告法規之研究（二）

——法學與經濟學之觀點——

Advertising Regulations(2)

——Legal and Economic Perspectives——

計畫編號：NSC 88-2414-H-032-008

執行期限：87年8月1日至88年7月31日

主持人：黃銘傑 淡江大學日本研究

一、中英文摘要

本研究從法學與經濟學之觀點，廣泛地研究現行廣告法規之合理性與合法性，以作為未來改革我國現行廣告規範之基礎。

關鍵詞：廣告、食品藥物管理法規、智慧財產權法制、自律公約、廣告契約。

Abstract

This research tries to explore comprehensively the existing advertising regulations from both economic and legal perspectives. It aims to provide theoretical bases for further revisions of the existing advertising regulations.

Keywords: advertising law, food and drug laws, intellectual property laws, self-constraint agreement, advertising contracts.

二、緣由與目的

歷來，國內有關廣告法規之研究多著重於虛偽不實廣告之層面，而少對廣告規範整體作通盤性的研究。惟實際上，有不少法令規定其所規範之對象，不僅限於虛偽不實之廣告，亦及於含有真實內容之廣告，甚至於對廣告的內容採取事前檢閱制度。此等廣告法規，從經濟學與憲法上基本人權之保障等

的觀點來看，應如何評價之，實有待深入探討。另外，有關廣告之法律問題，除上述之政府管制法規外，亦發生於廣告業者與委託業者、廣告業者與其他商標、著作等智慧財產權所有人、廣告業者與廣告業者等私人間的法律關係上，然此等問題至今並未受到學界的相對重視，導致研究成果乏善可陳。

基於以上之問題意識，本研究擬從法學與經濟學的角度來探討廣告規範之意含，並試圖分析個個具體法令規範之妥當性及合憲性；而在法學分析方面本研究並不侷限於由上而下之政府廣告管制，亦擴及於私人間平行的法律關係；希冀經由此一研究，能對環繞於廣告之錯綜複雜的法律問題得到一通盤性的瞭解，以彌補國內相關研究之不足。而且，本研究之意義或將不僅限於學術圈內，廣告實務界或可由本研究中，對廣告的法律定位得到新的認識，而重新調整其廣告製作、散布時之行為模式。

繼前一年度針對廣告的經濟合理性、與憲法言論自由的關係以及公平交易法和消費者保護法中相關的廣告規範加以檢討後，本年度研究則將研究重點置於廣告與食品藥物管理法規、智慧財產權法制、自律公約、廣告契約等之關係。

三、結果與討論

部份食品、藥物管理法規其管制內容實已超出一般的虛偽不實或引人誤認之規範，而係針對廣告內容加以管制，惟或因為食品、藥物管理法規與公共衛生及保健有密切的關連，學說一般對其管制合憲性的看法，都採取相當寬容的態度，此一結果反映在大法官會解釋第四一四號解釋上。然而，對廣告內容直接施予管制，其結果不可避免地將會阻礙資訊的自由流通，嚴重者或將導致消費者喪失其選擇、認識商品或服務的依據。最近，衛生署針對健康食品禁止其任何與醫療或療效有關的標示，反而導致消費者選擇商品時的混亂，即為著例。而此一規範，是否合乎憲法規定的要求，實有疑義。

在智慧財產法制之面向上，與廣告最有關連者，當屬著作權法了。其中，尤以廣告作品的著作權歸屬，最有爭議。在電視廣告製作過程中，參與的人有廣告主、廣告業者、廣告製作商等，各個事業與其實際負責該當廣告之人之間，或為雇用關係、或為承攬關係，加諸牽扯人員過多，使得其間的權利關係呈現相當複雜、紊亂的局面，而很難以著作權法第十一條、第十二條之規定，就可以完全解決這一問題。其次，廣告中若未經相關人士事先同意而利用著名人物的姓名、聲音、肖像時，若因此而增加其商品或服務的顧客吸引力，則亦可能

侵害他人之肖像權或造成不公平競爭。

在有關廣告業的自律規範上，一般而言有二種不同的規律體系。一種稱之為集中式體系，以一個特定團體處理有關廣告業者自律案件；另外一種則稱為多元式體系，相關自律案件有不同的受審單位處理。我國目前於廣告業界中，所存在的自律規範模式，當屬多元式體系，並沒有一權責集中的單位，負責處理相關自律案件。其結果導致廣告自律公約內容多僅能靠業者的良知來推動，而消費者針對廣告之伸述，亦僅能到消基會或公平會等單位去投訴，而不是由自律規範的組織來處理，使得自律規範無法落實。在解除管制、締造「小而能」政府的潮流下，未來有關廣告規範的重心必將移至私人自律規範，從而破除現行的多頭馬車且無能的自律規範，成為當務之急。我國未來應當仿效美、英及歐陸、日本等國之集中式體系的廣告自律規範，促進民間自主活力的運用。

從廣告整體製作流通過成來看，廣告之流程可大致區分如下：廣告主、廣告業者、廣告製作者、傳播業者、消費者。每個階段都有其各自的契約或法律關係，使得圍繞著廣告的契約關係顯得相當錯綜複雜。在廣告主與廣告業者、廣告業者與廣告製作者、廣告製作者與傳播業者之間，其間的契約關係可藉由關係人間的自律協商而獲得圓滿的解決。但是在與消費者的關連上，就比較困難了。其癥結點在於，究竟廣告本身屬於要約之引誘或可視之為是要約本身。現行民法學說大多將廣告之法律性質認定為要約之引誘，然而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。」因為本條之規定，有學者主張廣告之法律性質已從過去要約之引誘變成要約本身。本研究以為，廣告之法律性質是為要約之引誘或要約本身，不應消保法的制定而有所變更，其法律性質之確定應以廣告內容觀之，若廣告僅止於抽象性的程度，無法令收訊者理解其商品之內含或價格時，則應視之為要約之引誘，而若廣告內容具體而詳細地標明出商品或服務之內容、價格等時，則可逕自視之為要約本身。

更困難的問題發生於消保法第二十三條規定，刊登或播送廣告之媒體業者於可得而之該當廣告與事實內容不符時，必須與廣告主對消費者因此所受損害負連帶責任。此種嚴格課賦媒體業者責任之規定，鮮見於其他法律先進的國家，其規範是否已經過「比例原則」之理念，實有爭議。更具體觀察之，此一條文之實效性亦屬可疑，而可能成為「空洞化」的規範，造成一般人民對法律規範實效性的懷疑。在廣告主、媒體業者、消費者之三角關係中，責任重心應由廣告主承擔，而不應該以嚴格法律責任的方式，強制媒體業者對廣告內容作實質的審查，如此的法律規範方式與由政府部門親自做事前審查，結果上並無

重大區別，而有違憲的疑慮。

四、計畫結果自評

歷來有關廣告規範之檢討，多僅側重於經濟學或法學單方面之檢討；尤其法學界在檢討廣告規範時，通常多從個別法規的觀點著手，鮮有將之與憲法上有關言論自有保障之規範相互結合。本研究企圖結合經濟學與法學之分析方法，重新檢討我國廣告規範之合理性與合憲性。經過檢討，本研究發現，向來為法學界所認為具有正當規範目的的廣告法規，其實蘊含著不少不合理與可能違憲之處，而有待吾人在加深入探討其存廢或修正之問題。此一發現與歷來有關廣告規範之研究見解有異，或可稱為本研究對學術界之些微貢獻。

其次，本研究具體的分析與廣告有關的各項法規，並指出廣告從業人員可能牽涉到的法律責任，此一結果當可提供相關從業人員，於製作、刊登、播送時應注意之事項及其行動指針，避免惹上不必要的法律紛爭。

五、參考文獻

- 一、Robert E. Mxauliffe, Advertising, Competition, and Public Policy (1987).
- 二、George E. Rosden and Peter E. Rosden, The Law of Advertising (1990).
- 三、岡田米藏、梁瀨和男，廣告法規，商事法務研究會，一九九三。
- 四、黃銘傑，「美國法上的言論自由與商業廣告——兼論大法官會議解釋第四一四號解釋」，台大法學論叢第二十七卷二期，一九九八。
- 五、劉美琪，「世界廣告自律體系之分析」，廣告學研究第二集，一九九三年六月。
- 六、徐火明，「從公平交易法論廣告之法律規範」，法商學報第二十七期，一九九二年十二月。
- 七、范建得，「論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制」，公平交易季刊第三卷第二期，一九九五年四月。
- 八、劉孔中，「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，一九九五年九月。