

論不實廣告與外在證據－ 美國立法例之評介

羅 明 宏 *

目 次

| | |
|----------------|---------------|
| 壹、前言 | 一、消費者行為研究 |
| 貳、外在證據的地位及爭議 | 二、專家意見 |
| 一、否定說 | 三、其他外在證據種類之商確 |
| 二、肯定說 | 四、我國實務 |
| 參、外在證據的種類及其可信度 | |

壹、前 言

不實廣告的判斷，依美國立法例，認為應具備以下三項要件，即(1)廣告的陳述或表示須有欺罔之傾向 (tendency) 或能力 (capacity)；(2)廣告的陳述或表示須有欺罔“相當數目” (substantial) 的消費大眾；(3)廣告的陳述或表示須具有實質重要性。上述要件，形式上看似明確，但實者內容非常複雜，因為廣告有無虛偽不實或引人錯誤情事，無法完全採用一般通體觀察或異時異地觀察等類似判定商標有無混淆的方法。箇中緣故，在於廣告活動實即為消費者心理活動的過程，因為廣告乃是針對消費者的心理，特別設計來影響其消費動機，創造或改變其消費行為的模式，從而達到促銷商品或服務之目的，凡此，皆涉及消費者心理認知活動與社會一般公共利益的衡量。然而，現代的社會科學雖然十分發達，但仍未能發展出一套完整的科學方法可以提供充足的科學證據，以判斷廣告是否有虛偽不實或引人錯誤情事。惟無

* 政治大學法律研究所碩士，現任聯大法律事務所律師。

可諱言，即在客觀上有些方法確能收集到極接近消費者內心認知的證據，這些證據，吾人稱之為「外在證據」，外在證據在我國不實廣告的案例上，甚為少見，學術界也未見討論，但在美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，以下簡稱FTC）規劃不實廣告的努力中，則扮演十分重要的角色，其理論發展也相當完善，本文即是要對外在證據的地位、種類及內容加以探討分析，希望從引介外國立法例中，汲取其經驗，作為我國日後建立相關法制的參考。

貳、外在證據的地位及爭議

廣告業在廣告製作之後，為了測知廣告的效果，常利用各種廣告效果調查方法，來調查廣告訴求對於消費者所發生的影響力，以修正其廣告策略。因此，廣告業所採納的廣告效果調查方法所得到的結果常成為FTC判斷不實廣告的重要依據。美國學者將此種依廣告效果調查方法所得之結果與廣告訊息真實性有密切關聯的證據，稱為「外在證據」（extrinsic evidence）（註1）。申言之，凡利用客觀的廣告效果調查方法來探知消費者內心主觀的認知，以判斷該廣告對消費者所生影響力，所得到的調查結果，謂之「外在證據」。既然外在證據可以解釋消費者主觀上的認知，照理說，其可信度應無庸置疑。然而，事實上並非所有的外在證據皆毫無條件的為FTC所接受，問題癥結即在於廣告效果調查的方法本身有所偏誤，不一定能正確反映出消費者的主觀認知或意向；而且欲取得相關調查結果必須投入大量人力、物力，尤其令人詬病。因此外在證據地位及功能引起學者相當大的爭論，吾人綜合歸納各家學說可分成以二說：

一、否定說

FTC傳統見解上向來對外在證據的地位持否定態度，亦即判定不實廣告不以外在證據存在為必要。以1944年的Zenith v. FTC案為例，即充分表達FTC此一態度，本案之原告抗辯FTC的裁決未採用消費者市場研究的方法來測定廣告效果，但法院

註1：請參閱 Ivan L. Preston, Extrinsic Evidence in Federal Trade Commission Deceptiveness Cases, Columbia Business Law Review Vol. 1987, No.3。

拒絕採納其抗辯，法院在判決書謂：FTC 不須提出公衆的意見來決定原告所呈現在公衆面前廣告的意義，委員會有權依據相關記錄來協助它自己解釋系爭廣告，並自己決定原告的行爲是否有不公平或欺罔的情事（註 2）。隨後在 E.F.Drew v.FTC 案，法院又進一步補充謂：委員會在處理此類案件時，應被認爲具有專家的經驗，縱使在無專家証言下，仍得依其經驗來決定廣告語句的本質和可能的結果（註 3）。最高法院在 FTC v.Colgate 一案也持相同態度，認爲委員會無須調查視聽大眾來決定廣告是否有誤導或欺罔不實的傾向，因爲在合理範圍內，FTC 發現有不實情事的同時，也有權來推論該情事是否會成爲影響消費者決定購買的重要因素（註 4）。

從上述案例中對法院態度的說明，吾人可以得到一個結論，即 FTC 不須利用消費者市場研究，消費者証人或消費行爲專家証言等外在證據，而可以單就廣告本身所顯現之意義（此意義又可稱爲內在證據，intrinsic evidence）來決定是否有虛偽不實的情形。

二、肯定說

上述 FTC 的傳統見解到 1970 年代開始受到挑戰。1970 年 Cinderella Schools 案中，法院轉變態度明白表示，無法同意 FTC 可以有權依據事實來單獨判斷是否有不實廣告之嫌（註 5）。此一見解在其後的 Sterling Drug（註 6）與 Thompson Medical 案（註 7）獲得確認。法院並進一步認爲 FTC 有義務並承認行爲人所提出

註 2：143 F.2d 31 (7th Cir.1994)。

註 3：E.F.Drew v. FTC. 235 F.2d 735, 741(2d Cir. 1956), cited by Ivan L. Preston, Data Free at the FTC? How the Federal Trade Commission Decides Whether Extrinsic Evidence of Deceptiveness Is Required, Vol.24 American Business Law Journal P.364。

註 4：FTC v. Colgate, 380 U.S. 374、391-92(1965)。Preston, Ibid P.365。

註 5：Cinderella Schools v. FTC, 425 F.2d 583, 588(D.C.Cir.1970), Preston Ibid P. 366。

註 6：Sterling Drug, 102 FTC, P.748, Preston, Ibid P.364。

註 7：Thompson Medical, 104 FTC, Preston, Ibid P.366。

的任何證據，而在上述 Cinderella 案中，法院則僅宣稱凡經行政法官（Administrative Law Judge 簡稱 ALJ）所承認之證據，FTC 的委員們也必須列入考慮，但應注意的是委員們不一定要承認這些證據的可信度（註 8）。至於絕對要求在判定不實廣告時要有外在證據的案列，則始自 Leonard Porter 一案。本案中法院認為 FTC 對不實廣告中暗示性陳述或表示，除非 FTC 有廣告本身以外的外在證據（這些證據包括消費者市場研究和一些間接資料，例如專家証言等），方能判定廣告訊息的真實性（註 9）。

按否定說與肯定說之主要區別，在於否定說否定外在證據存在的必要性，即使在有些狀況下外在證據確有助於 FTC 判定不實廣告，其功能仍只限於協助 FTC 形成心証之用，不一定非借助外在證據不可。換言之，縱使沒有外在證據作為客觀判斷的憑藉，FTC 仍可依其主觀見解作為判定依據。否定說如此主張的理由有三：第一，傳統上在 FTC 對不實廣告的裁決案例中，有無外在證據從未造成判斷上的困擾，現在如要求 FTC 須有外在證據方能做成裁決，不啻是從此傳統立場的倒退，徒增困擾；第二，要求外在證據的結果將會加重 FTC 的舉証負擔，從而削弱 FTC 在發現欺罔方面事實的精力和時間，此點可由主張肯說者一直希望把「欺罔的可能」（capacity to deceive）或「欺罔的傾向」（tendency to deceive）的認定標準改為「有誤導的可能」（likely to mislead），即可得知一斑（註 10）。所謂「likely」顯示必須有特定程度的實際上欺罔可能性，其定義遠較傳統見解更嚴格，舉証程度自亦相對提高（註 11）；第三，傳統上決定廣告是否有欺罔或不實傾向，只須有相當數目的（substantial）而非全部的消費者有被欺罔的可能即可，故所謂多數人的測驗（test）

註 8：Preston, Ibid P.367。

註 9：88 FTC, 506(1976), Preston, Ibid P.369。

註 10：1983 FTC 主席 James c. Miller III 提出此一新的判斷不實廣告要件，目的即是希望限縮 FTC 的權限，因此主張肯定說者，乃思藉由加重 FTC 舉証責任，間接達到此一目的地。詳請參閱拙文，論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察，刊載於公平交易季刊，第二卷，第二期。

註 11：Cliffdale, 103 FTC. 85 1904, Preston, op. cit. P.372。

並不要求一定要有特定數目受欺罔的消費者，因此也不需要有關這方面數據的外在證據（註 12）。

反之，肯定說則嚴格要求須有外在證據作為不實廣告認定基準。本說認為不實廣告成立與否，固然是由 FTC 依其主觀心証形成，然此心証應根基於客觀的外在證據，從而如無法取得外在證據，即無由形成心証，該有爭議之廣告亦無從判定是否為不實廣告。肯定說認為人類非如早期哲學家所認為具有無窮盡的理性，外在證據的存在適足以顯示出人類理性的有限，因此藉由客觀外在的外在證據可以協助人們覺察出更多潛在的不實或欺罔，此種方式遠較靠幾位委員們（即使這些委員被推定具有相當優越的理性）個人感覺的決定更可以發現真實（註 13）。

比較上述兩種學說之優劣，否定說純以委員個人主觀見解的認定來判斷不實廣告，在防止當事人故意湮滅外在證據或在甚難取得外在證據的場合，較易收到維護競爭秩序與防範意圖規避不實廣告之脫法行為的功效，此為其優點。但另一方面，客觀上若置外在證據於不顧，任由委員個人意見主宰判斷的結果，亦顯然違反法之安定性要求。反之，肯定說嚴格要求有外在證據作為判斷依據，此種以客觀事實來斷定主觀上的認知，概念上較嚴格明確，也合乎法之安定性要求，應為其優點。但其缺失，則在有些場合，客觀上雖可取得外在證據，然其測試方法有待商榷，如根據此一調查方法所取得之證據，其可信度頗值懷疑；或者因時空因素根本難以取得有關的外在證據。故若嚴格要求外在證據的結果將會造成很多情形下無法成立不實廣告，妨礙了 FTC 規制不實廣告的功能。

由於否定說與肯定說各有其利弊，因此學者即致力於二說之修正。學者 Preston 教授即認為正反二說的見解並未衝突，因為否定說代表法院不要求 FTC 必須採用外在證據；而肯定說則表示 FTC 在某些情況下之會被要求要有外在證據（註 14）。Preston 教授認為否定說主張採納外在證據將會加重 FTC 的舉証負擔並有利於當事人逃避不實廣告的規制的理由無法成立，因為理論上，外在證據較個人主觀判斷更

註 12：Preston, Ibid。

註 13：Ibid。

註 14：Preston, Ibid, P.369。

易發現各種不同的暗示性陳述或訴求，此一優點會促使 FTC 自身樂於採用之外；相對的，外在證據也可以成為當事人抗辯的有利證據，從而使其廣告能符合一定的廣告行為規範，以避免 FTC 的調查，故實際上對雙方皆有利，未必即會加重 FTC 舉証負擔（註 15）。Preston 教授同時認為外在證據之所以存在，乃因其較個人主觀判斷更符合科學標準，更能提供充足的證據，因為判斷不實廣告最重要的是如何發現廣告所傳遞給消費者的不實訊息。易言之，消費者是如何看待這些不實的廣告訊息。這些認知完全存在於消費者腦海中，故所取得的證據若越能接近消費者的認知則可信度越高。但無可諱言，要探知某個人腦海中的真正印象，迄今仍屬不可能之事，然吾人不可因此而混淆了一項事實，即在客觀上有些方法確能搜集到極接近消費者內心認知的證據，是以外在證據的地位仍是不容忽視的（註 16）。在實務上，FTC 對外在證據的地位亦趨向於折衷見解。原則上在 FTC 調查不實廣告的程序中，外在證據只居於輔助地位而非絕對支配的地位。換言之，外在證據只可以補充 FTC 委員們知識經驗的不足，以協助委員們理解廣告中不實訊息俾能得到一個較正確的決定，但不能完全取代委員們依其經驗或專業知識來自由認定廣告訊息的涵意（註 17）。然而，外在證據若一旦被當事人提出時，FTC 即必須將其列入考慮，不得排除之（註 18），至於外在證據的可信度如何，則屬另一個問題。此一心証形成的過程，我們可以簡單說明如下：當委員首次接觸到民衆控訴或行為人提出的外在證據而形成初步決定時，先就此停住。當委員覺得他的決定和前述外在證據有所扞格時，再重新審視該廣告並進一步考慮其它外在證據，例如 ASI 文案測驗和消費者訪談記錄的反應結果，才做成最後決定。（註 19）。

從上述否定說與肯定說的修正主張來看；兩說之衝突已漸趨緩和，此點可從 FTC 1916 年到 1973 年採納外在證據的比例節節升高的事實來看，外在證據的地位

註 15：Preston, Ibid, P.373。

註 16：Preston, Ibid。

註 17：Preston, supra note 1 P.639。

註 18：Ibid, P.638。

註 19：Ibid, P.640。

與功能被廣泛接受，已是不爭的事實（註 20）。

貳、外在證據的種類及其可信度

外在證據種類雖多，但大別之主要有二種：消費者行為研究 (consumer research) 與專家証言 (expert testimony)。前者調查對象包括被詢問或被觀察的多數群眾；後者則只有傳播學者對這些多數群眾會有何種反應的評估意見（註 21）。兩者中以消費者行為研究最為重要，此因學者專家的意見大多是參考別人在其他產品所做消費者行為研究的結果，或者是依據消費者行為理論來預測對系爭廣告調查所可能發現的結果，由於是間接得到廣告訊息的結論，故專家証言的重要性遠不如消費者行為研究。至於其它較次要的外在證據，例如字典上的定義解釋，在 FTC 早期案例上雖常見，然近年來已甚罕見；消費者個人証言，也不常見，此因為(1)消費者行為研究在測試多數消費者遠較消費者個人証言的方式更有效率；(2)如以消費者個人反應為依據，無法瞭解其反應在全體人口中具有多少代表性；(3)由於傳聞規則 (hearsay-rule) 被採納的結果，無須再要求消費者個人的証詞（註 22）（註 23）。本節將在以下各項依消費者行為研究，專家証言等順序，依次討論其內容及相關爭議，俾更深入瞭解外在證據所扮演的角色。

一、消費者行為研究

註 20：此比例在 1916 至 1954 年為 6.8%，但 1955 至 1973 年十八年中升高為 43%。

詳參閱 Preston，同註 3 文，361 頁。

註 21：Ivan L. Preston, *Extrinsic Evidence in Federal Trade Commission Deceptive Cases*, Columbia Business Law Review Vol. 1987, No.3, P.637。

註 22：依據傳聞規則所得的研究結果，如果能夠證明其結果乃可靠且可能的話，其可信度可被接受，請參閱 Preston 前揭文，638 頁。Morton J.Simon, *The Law for Advertising and Marketing*, W.W.Norton and Company Inc., 1956, PP. 471-81。

註 23：Preston, Loc. cit。

消費者行為研究主要是針對各種消費者測試方式本身的差異性及測試時相關條件加以檢討，以評估測試結果之可信度。故此，FTC 對消費者行為研究依不同前提下發展出二種分類，以下即依各前提分別說明之。

(一)依消費者是在自然 (natural) 或人為 (artificial) 情境下接受廣告訊息區分

消費者於其日常生活行為中，在沒有預知或被預告其將接受測試的情形下，接收到廣告訊息，謂之「自然情境」(natural condition) (註 24)。當然，調查員總是以電話或他種接觸方式來獲知消費者的反應，多少會帶有人為色彩，不過這都發生在消費者已在正常情形下接觸到訊息後，故不生影響。

相對的，如果消費者是被動的接受，諸如機械性測定法，利用心理儀器或其他方式來對某些廣告訊息作出反應，由於這種接觸訊息的方式並非受測者平日活動，故稱為「人為的情境」(artificial condition)。

此兩種不同的測試方式，由於在自然情境獲知廣告訊息的消費者未受到任何干擾，故所測得的結果其可信度最高。然而此方式有一缺點，即受測者可能根本未曾接觸過有爭議之訊息，也可能因時間太久，以致印象模糊，難以收集相關的外在証據。相較之下，人為製造的情況可確定消費者已得到相關訊息並能迅速獲知其反應，但因為有人為因素介入，故可信度較低。此兩種測試條件各有其優缺點，然最令人困擾的是受測者在同一測試前提下所為測試，消費者的反應也往往不同 (註 26)。針對此種情形 FTC 是分別採不同測試方式解決，以廣播電視的商業廣告為例，通常 FTC 在調查消費者對「自然情境」的反應時，是運用實際刊播法 (on-air test) (註 27)；而在調查「人為情境」時則主要運用 "ASI" (Audience Studies Inc.) 的電視廣

註 24：Ibid, P.642。

註 25：Ibid。

註 26：Ibid。

註 27：實際刊播測驗法，譬如利用印刷輪轉機之特殊裝置交互印出二種不同的報紙廣告，隨機分配給訂戶或讀者的分割法 (split run test) 請參閱劉會梁，廣告管理，正中，67 年 326 - 328 頁。

註 28：Preston op.cit. p.644。

告測驗（註 28）。實際刊播法是從隔日回憶法（day after recall）轉變而來，首先技巧的把欲測試的商業廣告結合於某一特定節目中播映，然後在廿四小時之內，以電話訪問曾看過該廣告的觀眾，這些人都是隨機從電話簿中被抽樣挑選出來，詢問他們對該廣告訊息的看法（註 29）。這套測試法被認為是標準化的調查方式，而且和廣告業者常使用以測試廣告效果的方式並無不同；也因為如此，常成為 FTC 被指責其調查結果不夠可靠的理由之一。不過，FTC 認為其所採取的測試方式一向為廣告業本身所常使用，而廣告主或廣告業者也均認為依此種方式調查的結果是正確且可依賴，有助於廣告主修正產品的廣告策略，因此儘管實際刊播法並未利用精確的科學試驗，也未就全國人口與受測人口作適當的規畫，但並不影響依此法調查所得結果的可信度（註 30）。

在「自然情境」前提下所做測試，有一點值得我們注意，即受測者對廣告訊息有印象的比例可能會相當低，此種結果對研究者（researcher）言，是可接受的，因為這種測試法主要是想知道人們在經過一段時間後仍會記得什麼，而非其是否能立即全部回憶起印象（註 31）。因此，調查所得的數字如果是相當高的話，此一結果即有其特殊意義，在 Warner-Lambert 一案，FTC 即認為若該廣告訊息雖於電視上僅出現一次，就能有如此高比例的回憶率，那麼可以預期該廣告要是不斷連續播映的話，會有更多的人接受到此一廣告訊息（註 32）。

「自然情境」的測試方法固有其優點，然而對於那些廣告內容較不突出及難以令人有深刻印象的廣告訊息，就無法利用本法來調查到底有多少比例觀眾收到該廣告訊息，此時「人為情境」條件下的測試方法就顯出其重要性（註 33）。

所謂在「人為情境」下的測試方法，最常用的方式是由訪問員拜訪消費者或是

註 29：Ibid。

註 30：Preston, op.cit., n 45 P.465。

註 31：由於「自然情境」條件下，並不會刻意提醒受測人注意該廣告訊息，基於人的記憶力有限加上時間因素，人的遺忘率會相對提高。

註 32：Preston, op.cit.P.647。

註 33：Ibid。

安排消費者去一個事先預備好的場所，告訴這些接受訪問的消費者相關的廣告訊息，隨後再問一連串有關該訊息的問題（註 34）。在「人為情境」下所做測試是否妥當，早期在 Firestone Tire 案中曾被質疑，該案被告使用機率測試法 (probability survey)（註 35），在本測試法中購買者被展示廣告的全部內容，然後移開廣告開始詢問購買者剛才所看到廣告的印象，批評者認為此種方法是使受測者在處於一個人為控制情況下接受廣告訊息並加以測試，此種情形與在家裡從電視上所獲得的訊息不同（註 36），不過此一批評並未被 FTC 採納（註 37），實務上對「人為情境」下測試結果也不再加以爭議。

在「人為情境」前提下的各種測試方法中，最重要的一種方式即前述 ASI 劇場測試法，此方法也是迄今在 FTC 案例中運用最廣泛，被視為測試消費者反應的「標準設計」(standardized design)（註 38）。ASI 劇場測試法是把一群經過挑選的受測者置於一實驗室中，觀賞測試的廣告片，並回答所測試廣告內容的記憶事項以及視聽反應（註 39）。儘管批評此法不夠精確的聲浪不斷，不過本法還是可以提供潛在消費者對廣告所傳達訊息可能反應的珍貴資料，而 FTC 亦謹慎的同意此一觀點。在 American Home Prods. 案，FTC 認為：在本案測試記錄，因所採測試的方式，使得受測者被引導集中注意在廣告的主要觀念，且測試結果也很難正確反應受測者在人口統計上分布的意義，雖然如此，並不因此會使這種測試變成毫無用處，因為這些測試的目的乃是用來協助 FTC 確認委員個人對廣告訴求的詮釋認知是否合理

註 34：Ibid。

註 35：本法乃是在指定之人口內，每一個人都有均等的機會被選為樣本，同上註，648 頁。

註 36：Firestone Tire and Rubber Co., 81 FTC 398, 453(1972), aff'd, 481 F2d 246 (6th cir.), cert denied, 414 U.S.1112(1973)。

註 37：Preston, op.cit. P.648。

註 38：Ibid P.650。

註 39：ASI 劇場測試法乃屬實驗室測驗 (labo test)，關於本測試法的詳細內容請參閱樊志育，廣告效果研究，三民，民 73 年初版，55～62 頁。

(註 40)。ASI 劇場測驗法由於常為廣告主、廣告商用以瞭解其產品廣告在消費市場上的效益，是以經由此標準方法所取得的證據，在法律上較易獲得有利的判斷，對於被指控之廣告相關業者，可能很難向此種方法的有效性質疑。然此非謂該方法毫無缺點，而是因為廣告相關業者也是依賴此種方法來做商業決策(註 41)，基於「以子之矛，攻彼之盾」的理由，ASI 劇場測驗法遂成為 FTC 最樂於採納的方法之一。

除上述 ASI 劇場測驗法外，另外較常用來測試消費者反應的方法尚有記憶法，此法通常是利用調查車停在購物中心外圍，請志願者於觀看廣告片後立即回答有關問題，或者是使用類似方法，但於第二日即以電話訪問，即所謂「隔日回憶法」(day after recall)(註 42)來調查受測者的反應。

綜合以上討論，論者自然會懷疑究竟「自然情境」條件下或「人為情境」條件下的所做各種測試法孰優孰劣？此一問題，我們可以將前面所講的各種測驗方法歸納成三類：①人為情境，立即回憶；②人為情境，隔日回憶；③自然情境，隔日回憶，這三者都能相當有效的判定廣告傳達給受測者的訊息(註 43)，其中第一種方法，亦即前文所介紹 ASI 劇場測驗法或現場利用調查車的測驗法，雖然不像其他二種方法著重測試廣告逾日後記憶的程度，但在此受測者對廣告的回憶程度並非爭議所在，立即式的反應回答可能更符合法律上對不實廣告判定標準：因為不實廣告判定標準之一，必須該廣告有欺罔的潛在可能性。在此考慮下，顯然「人為情境」的

註 40：Bristol-Myers, 102 FTC, at 326 note30(citing American Home Prods v. FTC, 695 F.2d at 687), alsr Preston op.cit.P.652。受測者在全國人口統計分配是否平均，並不為 FTC 所重視，因為在檢視訊息傳遞的過程，人與人之間很少會有差異。

註 41：如果從此一角度來看的話，廣告主常會陷入如何一方面利用在廣告學上被證明有效的消費者行為研究方法作為廣告策略判斷依據；一方面又必須避免依同一方法所取得證據的攻擊。

註 42：樊志育，同註 19。

註 43：Preston, op.cit. P.655。

測驗法較「自然情境」測驗法為佳，因為在人為控制條件下，可以保證能充分顯示該欺罔可能性（註 44）；假如採取「自然情境」前提的測驗方法，一般而言，雖能反映現實，但由於只求受測當時對前一日所接觸廣告的反應，不論是以電話詢問或者至受測者家中提示該廣告以觀其反應，受測者自接觸特定廣告起至測定時止，這中間時段可能會受到其它訊息或事物干擾致影響測試效果的可信度，（註 45），此為其最大缺點。但此非謂「自然情境」的隔日回憶法即無用武之地，對於無法用隔日回憶法來探知結果時，當然只能借用 ASI 劇場測驗方法，惟若同時可用「自然情境」隔日回憶法與「人為情境」ASI 劇場測驗法來探知結果時，則前者的可信度較後者更高（註 46）。

（二）依問卷詢問方式是開放式（open-ended）或強迫選擇式（forced-choice）區分

不實廣告判別準則的要件之一，必須廣告的陳述或表示須有欺罔「相當數目」的消費大眾（註 47）。FTC 在廣告效果調查上，對較多人口的樣本調查，不像其他研究行為科學領域嚴格更要求其精確度，故無法求取一精確數字（註 48）。吾人在此處所真正關切的是調查結果的品質是否可以相信，至於數字比例多少，重要性反倒在其次（註 49），同時調查對象的消費群也不一定限於該廣告所設計之特定的消費群，因為在獲知某一訊息的傳遞過程中所生反應，乃人性共通面，此過程對

註 44：Ibid P.656。

註 45：樊志育，同註 19。

註 46：Ivan L. Preston, False or Deceptive Advertising under the Lanham Act :Analysis of Factual Findings and Types of Evidence, The Trademark Reporter, Vol. 79 NO.4 1989, P.532。

註 47：請參閱拙文，論不實廣告之判別準則—從消費者角度觀察，刊載於公平交易季刊第二卷第二期。

註 48：另一項原因是 FTC 有意保持沈默，以便能保持彈性，特別是在對消費者、健康、安全有嚴重影響的廣告，此一數字會特別低，請參閱 Preston，註 26. 文，534 頁。

註 49：Ibid。

所有的消費者應該都是類似，與有無使用該項廣告產品並無關（註 50）。

由於數字比例高低的「可信度」取決於以何種形式的問題去調查消費者所接受到的廣告訊息，因此採用何種問題的形式遂成爲極重要課題。

若從 FTC 歷年案例來看，問題調查的形式可分爲開放式或強迫選擇式，所謂「開放式」問題方式，乃是容許受測者在看完特定廣告，允許其在問卷上自由寫下其感受；相對的「強迫選擇式」問題方式，只允許受測者在有限的幾個答案中挑選其一。通常「開放式」比「強迫選擇式」較常爲人使用於測試廣告訊息，尤其是「自然情境」測驗法幾乎都採用「開放式」詢問受測者。同樣，在「人爲情境」測驗法中，「開放式」也是占了很重的比例（註 51）。

爲何採取「開放式」問題或「強迫選擇式」問題是如此重要，主要理由是因爲問題詢問方式及其內容是否妥當，會影響該調查結果的可信度是否能爲 FTC 所接受。例如在一項 G/A/H 文案測驗中，受調查者被要求說出一種他們對該廣告所能記得的事和其他一些廣泛性問題，諸如：你覺得還有其它什麼遺漏的嗎？有些受調查者也被問及：什麼是關於 Wonder Bread 這項產品廣告所告訴你最重要的事情？FTC 對此詢問方式有如下的評論：這些問題的設計方式，無法用來探測出消費者對有爭議廣告中所隱含或被察覺出來的訊息所理解的程度？對此吾人可以更恰當的說，這些問題只能被設計用來探測出消費者對該廣告所顯示意義的記憶程度而已（註 52）。又例如 California Milk Producers 案，在一項實際刊播測驗 (on-air test) 中，問題被設計來引起消費者回想出該廣告到底在展示什麼或者在說什麼，以及受調查者認爲：廣告嘗試要告訴你有關該產品牛奶的什麼訊息。這些問卷的訪談紀錄均被編以號碼來區分廣告所反映之觀念或回憶起來的廣告內容之部分。當被處分人對上述調查結果提出異議時，FTC 認爲：雖然訪談記錄是依受調查者的陳述由調查員記錄，

註 50：Ibid。

註 51：Preston, *supra* note 1 P.656。

註 52：ITT Continental Bakeing Co, 83 FTC.865, 977(1973), modified, 532 F. 2d 207 (2d Cir., 1976), modified order, 90 FTC, 181(1977), quoted in Preston, *Ibid.* P.658。

但不失為對廣告所傳遞之訊息與觀念的一項明確指標……，吾人不能僅因問卷問題未能直接揭露有關爭議廣告的請求或陳述，即認為該訪談記錄無效……因為受測者已認知出該廣告中所稱有關該牛奶產品的訊息，亦即顯然有很多人對該牛奶產品有明確的概念，而且有很多人甚至相信牛奶是必要的節食替代食物。調查員並不是詢問受測者關於他們是如何認為和相信關於該項牛奶產品的想法，或是他們對該牛奶的意見，而是問什麼是該廣告所顯示出來的內容，什麼是廣告說的及該廣告嘗試要告訴你有關該牛奶的訊息。雖然理論上，受測者可能忽視回答被詢問的問題而代之以先入為主的意見，不過這種事情發生的可能生，就本案而言，相當渺茫，不足以成為廢棄該項訪談記錄的理由（註 53）。

「開放式」或「強迫選擇式」不同的問題方式會影響調查結果的可信度，那麼二者中，何者較優？應採取何種問題方式其可信度較高？此問題頗值探討。FTC 認為一份有效的調查訪談記錄，其內容必須是能充分表達出受測者對所接受之廣告訊息明確的觀點（註 54）。在此要求前提下，不論是「開放式」抑或「強迫選擇式」均難符合此二標準。先就「開放式」問題言，在 Thompson Medical 案，FTC 明白表示儘管「開放式」有諸多優點，容許受調查者自由發揮其感想，但有時除了直接問其諸如：這個廣告有或沒有暗示 Bayer 產品比其它 aspirine 更有效？這類與廣告訊息有直接關聯的問題外，實無從確定受測者到底有無自該廣告中得到此一訊息，FTC 也特別指出在市場學研究範疇雖已接受「開放式」問題，但調查的結果仍難謂可以代表受測者心中一切的想法，而只是引導大多數受測者回憶某單一主題或觀點之最主要的部分或對廣告的初步印象而已，然後受測者很可能就此打住（註 55）；「開放式」另一項缺點是它所獲得的資料可能只是受測者腦海中閃現的第一個事物，不一定是調查問卷所想要知道的（註 56）。同樣的「強迫選擇式」也有其結構上的缺陷，例如在一項最早期的「強迫選擇式」問卷中，三百位受測者被問及某一廣告

註 53：Preston, Ibid PP. 659 — 660。

註 54：Ibid, P.661。

註 55：Ibid, P.662, also see Thompson Mdicl, 104 FTC. at 697。

註 56：Ibid。

中所說 Imdrin 藥品是否可以減輕關節炎、風溼痛或是可以治療關節炎、風溼痛（後者被指控為不實的廣告陳述），7%的人選擇後者，然此份問卷在反映消費者實際選擇項目的歸類上卻有結構性的缺點，因為在本案中，問題方式設計成 Imdrin 藥品可能減輕或是治療痛苦，供消費者從二者當中挑選其中一項。FTC 認為此種問題方式極為不妥，因為消費者可能只見過第一種傳達的訊息；或是第二種訊息；或是同時見過二者；或根本没見過，然而答案卻只有這四種可能性中的前二項而已，且本案產品廣告均明白的以減輕痛苦為訴求幾乎未提及治療效果，因此對於同時接受到二種訊息的消費者而言，最可能集中印象於其減輕痛苦的效果上，所以 FTC 在結論中認為 9% 的比例有偏低之嫌（註 57）。同樣情形也發生在 Firestone 案，在本案中消費者被問及以下四個陳述何者較接近他們心目中認為被指控廣告所欲表達的意思，15.3% 的人選擇被告對之有爭議的一項，不過 FTC 謹慎的認為如果單就個人所感受到的訊息來選擇那一種陳述比較接近其內心的想法，此種方式並未將受測者也能同時感受到其他訊息的可能性列入考慮，因此上述問題方式乃是不妥的。正確的問題應該是讓受測者能選擇一或一項以上的答案；僅管理論上顯示受測者要是認為選擇項中的合理內容只要有任何一部分可能最接近被指控廣告所傳達的意思，受測者很可能就會選該項答案，但也有可能受測者會覺得除非他二者都選，否則他無法決定要挑選那一個答案（註 58）故 FTC 稱此為「不被容許的決定消費者理解程度的方式」（impermissible method of determining consumer perception）（註 59）。雖然「強迫選擇式」有其結構上缺點（註 60），但如果問題適當設計的話，它可以立即明確得知受測者的反應以作為證據之用，而「開放式」卻不一定能得到相同

註 57：Ibid P.663, also See Rhodes Pharmacal, 49 FTC, at 283。

註 58：Ibid, P.644, also See Firestone, 81 FTC P.P.453 — 455。

註 59：Ibid, P.644 note133。

註 60：「強迫選擇式」的另一項結構上缺陷，是對那些根本未清楚接受到廣告訊息的人，此種內含目的 (closed-end) 或多重選擇式 (multiple-choice) 問題，會有建議和引誘其臆測的效果，從而使調查結果發生偏差，American Home Products v. Johnson and Johnson, Preston supra note 26, P.581。

的答案。

既然「開放式」或「強迫選擇式」都各有其優缺點，則較佳的選擇方案似乎是將二者同時結合起來。此一假設事實上是可行的，例如在測驗中可以先問「開放式」問題，然後以「強迫選擇式」問題縮小問題焦點，如此可以避免受調查者對後者問題內容的見解影響到對前者問題的回答，類此「篩選」式的技巧在文案測驗中是研究消費者詮釋廣告訊息相當標準的方法（註 61）。不過從 FTC 歷來的案例觀察，採取此種方式的例子似乎尚不多見，大多仍採用「開放式」問題，「強迫選擇式」問題也只有在必要情況下才被採用（註 62）。為何 FTC 或廣告相關業者會偏好「開放式」問題？主要理由，是這種問題方式可以適用在任何產品的任何廣告上；其次像前文所提如 ASI 劇場測驗法等標準調查程序，也都使用「開放式」問題。此外，廣告主的採用意願也是促使這種標準方法能盛行不墜的主因之一（註 63）。

然則，「開放式」與「強迫選擇式」的可信度何者較高？這是個很難回答的問題，因為誠如上文所述，二者各有優缺點，學者有建議可以在同一案例將二者個別調查的結果放在一起比較觀察，如果調查所得結果，二者比例同樣相當高或低時，則可以相互印証彼此的可信度；要是「強迫選擇式」的比例相當高，可是「開放式」的比例卻未顯著的高時，那麼「強迫選擇式」可能被認為較「開放式」的結果更具說服力（註 64），此看法也可供吾人日後參考。

二、專家意見 (Expert Testimony)

所謂專家意見者，簡單的說是指根據個人專業知識對消費者行為在某一特定條件下的反應，依一般學理或以往曾做過的調查研究成果來推論消費者行為所做成的個人意見（註 65）。專家意見的種類通常有二種形式：第一種是傳播學專家意見，

註 61：Sterling Drug, 102 FTC, at 463, 此種例子發生在 FTC V. Borwn and Will-
lamson Tobacco Corp., 580 F. Supp.981(D.C.1983)。

註 62：「強迫選擇式」因很少被採用，故迄未建立起一套的執行規範，以供廣告主
參考採納。

註 63：Preston, supra notel P.666。

註 64：Ibid P.667。

註 65：此一定義係參考民事訴訟法上鑑定証人概念及 Preston，同上註 667 頁之解釋

基於視聽眾和傳播訊息共同的特性，這些專家被認為應知道視聽眾對大眾傳播媒介的反應；第二種是有關該產品或該產業的專家意見，他們瞭解消費者表現在購物，逛街採購和如何使用這些產品的行為特性（註 66）。

實務上，專家意見的可信度，至多只能居於補強地位，此非謂專家學者的結論沒有根據，我們所關切的是結論的作成與被指控的廣告訊息間是否有直接關聯。通常專家在欠缺對被指控之廣告作實証研究的情況下，其所依據的乃是過去在相類似情況下，消費者接受到訊息時，通常會有某種特定反應的經驗，因此可期待該有爭議的廣告訊息也會有類似的反應發生。由於沒有實証資料的支持，因此必須有一套合理的方法來支持其見解，而這套方法多半是研究以往相關的例子來推論；甚者，也有單憑其對消費者行為的常識做推論（註 67）。

由以上說明，可以得知專家意見與有爭議之廣告訊息二者間只有間接關聯的關係，此所以 FTC 向來不重視專家意見的原因，我們可以舉 Thompson Medical 案 FTC 對專家証言所表示的看法，說明 FTC 對專家意見的一般態度並作為結論：我們可能會考慮市場專家以其特殊觀點對消費者詮釋廣告所提出之証言。然而這些專家的意見並不足夠，我們通常很少重視這些証言……。我們認為有足夠可信度的証言，是以那些被普遍承認為市場原則或其他客觀顯示的專業知識為基礎所為之實証研究或分析的說明。因為專家証言如非屬上述情形，便很容易被相對一方同樣是專家的意見所推翻，而此對解決問題是沒有什麼價值的（註 68）。

三、其他外在證據種類之商確

以上章節所討論的外在證據種類皆與不實廣告訊息有直接或間接關聯，此處則是要探討那些雖與不實廣告訊息無直接關聯但可能有助於判斷不實廣告訊息的其他種類的外在證據，以了解其所扮演的角色。

首先吾人最易質疑的一點是，假如調查結果顯示不實廣告所傳播訊息只有部分

由作者試擬而成。

註 66：Preston, Ibid P.668。

註 67：Ibid。

註 68：Ibid, P.671, Thompson Medical, 104 FTC at 799 See ibid at 692, 700, 706。

內容是真實的，此種外在證據是否可以採用？關於此點，向來即有「部分不能用來暗示全體」的原則（註 69），在 Thompson Medical 案中 FTC 即明白表示：行政法官針對廣告中個別部分來決定廣告的陳述是否會有 aspirine 成分的含意，此一調查方式乃是有瑕疵的，我們認為此一方式欠缺有系統的分析，而必須考慮各個因素在廣告中所綜合給人的印象為準……。（註 70）第七巡迴法庭亦持類似見解，彼等認為：消費大眾通常不會仔細研究廣告中的每一個字句，在其心目中對廣告最深刻的印象，不只來自廣告所說的話，並包括廣告內容中合理暗示的部分（註 71）。

不過此一原則亦有例外，在 Firestone 案中，廣告詞句使用 "Safety Champion" 的名詞，但並未指明有較其他廠牌輪胎更安全，當消費者被出示以六種輪胎名稱——全部與「安全」字眼有關；問其是否會覺得安全輪胎會比較安全，在 49.1 % 回答是的人當中，只有 1.4 % 的人選擇 "Safety Champion"，其餘的人則選其他五種品牌。此份調查結果被認為是可信的，該調查結果顯示出在消費者的認知中，不會因 "Safety Champion" 中有 safety 字樣而引起消費者誤認 Firestone 的安全輪胎更安全（註 72）。不過此種以廣告中部分訊息內容作為外在證據和前述所談各項原則皆有抵觸，故只宜將之解為「尚待解釋之例外情形」（註 73）。

值得注意的是消費者對某項產品的評價是否可以作為外在證據？學者有主張從消費者來函表示對產品的滿意度，比先前調查的結果更具可信性，其理論是認為消費者既已表示滿意，就不可能再對消費者造成任何傷害（註 74）。不過此項見解未被 FTC 採納，FTC 認為消費者是否表示滿意並不能取代消費者先前購買該產品時，該產品標示所給予消費者的印象（註 75）。

註 69：Ibid, P.675。

註 70：Ibid, note181, Thompson Medical, 104 FTC at 801。

註 71：Ibid, Aorberg v.FTC 132 F.2d 165, 167(7th Cir. 1942)。

註 72：Ibid, P.676，另一個相類似案例請參閱 California Milk Producers, 94 FTC, at 462 — 63。

註 73：FTC v. Stevling Drug, 317 F.2d 669, 674(2d Cir. 1963)。

註 74：op. Cit. P.679。

註 75：Ibid。

四、我國實務

我國公平交易法實施僅年餘，所累積的案例以不實廣告最多，其中採納外在證據的案例僅有上盟公司案，故對此案有詳加介紹必要。本案被處分人上盟公司以舉辦「九二年超級汽車及摩登用品展」為名，實者兼賣領帶、機車用品等商品，其廣告上宣傳的「超級機車」在展覽場中只有二輛跑車及數十輛機車而已（註 76）。案經消費者向公平會檢舉，公平會起先派遣二名官員赴現場調查，並作出「難以認定」違法的報告，引起部分委員不滿，乃再派二名委員調查，就其現場民意調查 58 位入場參觀民衆的結果，顯示最期望看到「超級汽機車」者占 77.8%，參觀後不滿意和極不滿意者達 68.9%，其中覺得展覽內容和廣告不一致者更高達 92.5%（註 77）。公平會遂根據上述調查結果認定上盟公司的廣告，已構成本法第廿一條第一項「引人錯誤」的情形。從本案事實來看，公平會的處理有二點值得重視處：

第一、公平會認為廣告之名稱及內容與實際上的活動內容如有不符，即足以生引人錯誤之效果，而有無不符的情形，主要以閱讀廣告者是否已能自廣告的名稱及內容認識廣告主所要從事或實際從事之事業活動為斷。公平會以此為調查重點，所獲結論是大多數前往參觀之消費者表示展覽內容與廣告不一致，遂認定其廣告會使一般消費者對於看過該廣告後對該展覽實際內容產生誤認（註 78）。從上述公平會調查重點來看，其方向應屬正確。

第二、雖然公平會調查重點及方向均屬正確，惟其調查過程及問卷設計並未對外公開，以致外界無從窺知公平會此一宗旨採取外在證據的案例，其過程是如何導致結論，誠有美中不足處。惟自報端所披露之端倪來看，公平會之問卷設計乃採開放式問題詢問消費者，此點是否妥適，由於我國以往並無類似經驗，故亦難論斷此一方式之優劣。惟宜多參考外國既有之調查方式，逐步建立起我國今後進行問卷訪問之基本模式，俾工商業者得有一遵循的方向。

註 76：中時，民 81 年 2 月 12 日，10 版。

註 77：工商，民 81 年 2 月 13 日，2 版。

註 78：公平會(81)公處字 001 號。

總之，從整個事件處理過程，公平會仍有值得稱道處，最明顯的是公平會在初步作出「難以認定」違法的結論時，能立即以調查消費者方式尋求外在證據的佐証，不妄以主其事者個人主觀心証任意認定事實，此與美國 FTC 處理不實廣告態度一致。由此點可以看出我國實務承認外在證據的地位，並以之為心証形成過程的補強證據。