－論不實廣告之判別準則－從消費者角度觀察

羅 明 宏*

目 次

壹、前言
貳、美國判例法傳統見解
一、廣告的陳述或表示須有欺罔之傾向（tendency）或能力（capacity）
二、廣告的陳述或表示須有欺罔〝相當數目〞（substantial）的消費大眾
三、廣告的陳述或表示須具有實質重要性
參、一九八三年 FTC 政策聲明（Policy Statement）對不實廣告要件之詮釋與批評
肆、我國實務見解

壹、前 言

公平交易法自民國八十一年初正式施行以來，公平會所處理的案例中，不實廣告即占了一半以上，然無庸諱言，在欠缺實際經驗及無前例可循下，本法實施迄今多少有些缺失（註），欲解決此一問題，釜底抽薪之計，乃是建立一套詮釋廣告訊

＊政治大學法律研究所碩士，現職律師。

註：民 81 年 9 月 10 日，經濟日報，2 版。

經濟雜誌周刊，190 期，81 年 2 月 16 日～2 月 22 日。

息的一般準則。

由於美國 FTC (Federal Trade Commission) 對規制不實廣告所作的努力舉世聞名，並發展出一套頗爲完善之規制不實廣告的體系，對世界各國都發揮相當大的影響力。因此，本文所引介不實廣告規制之基礎理論、行爲規範與相關執行問題，主以美國學說及實務爲。應加以注意的，是美國乃屬英美法系國家在法律體系上即與我國所屬歐陸之大陸法系不同；且各國文化背景、經濟環境、社會制度各方面的差異，美國之判例與學說，未必即能完全引進並適用於我國，然而這並無損於這些判例與學說的價值，因爲從研究箇中問題，可以窺知先進國家立法潮流趨勢，此點對於我國日後的立法方向及執行均有莫大啓發作用。

貳、美國判例法傳統見解

美國傳統判例法向來見解認爲不實廣告應具備下列三項要件：(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能欺罔相當數目 (substantial) 的消費大衆；(3)廣告的陳述或表示須具有實質重要性 (materiality)，此項見解行之四十餘年，在 FTC 和法院方面都累積了大量的案例，成爲美國規範不實廣告極重要的行爲圭臬。由於廣告表現方式千變萬化，因此要明確定義不實廣告，難免掛一漏萬，無法面面俱到（註 1），故本文不擬定義何謂不實廣告，而改從不實廣告所應具備之要件加以說明，俾能掌握不實廣告的主要性質，以了解不實廣告的全貌。爲方便說明起見，本文對不實廣告的要件分爲構成要素及衡量因素二部分說明，構成要素旨在說明要件的意義及內容，而衡量因素則在闡明判斷構成要素過程，應列入衡量的因素及相關問題，在實務上，後者的重要性可能遠超過前者，應值得特別重視。

註 1：美國學者曾提出不同定義，試圖說明不實廣告的特徵請參閱 Rodger E. Schechter, The Death of the Gullible Consumer: Towards a More Sensible Definition of Deception at the FTC, University of Illinois Law Review, Vol.1, NO.3, P.595-623 (1989)。

一、廣告的陳述或表示須有欺罔之傾向 (tendency) 或能力 (capacity)

㈠構成要素

廣告之陳述或表示是否構成不實廣告，首先須該陳述或表示有欺罔之「傾向或能力」（ tendency or capacity ），但不以有實際欺罔行爲或實際造成消費大衆受有損害爲必要（註 2 ）。美國判例法所以採此寬鬆之標準，其目的在於提供消費者權益最大的保護。使 FTC 在消費大衆尚未因不實廣告受到實際損害之前能及時採取有效的行政制裁或救濟手段，以防止損害的發生或擴大（註 3 ）。又本項要件不以有故意或過失爲必要，因此即使是一項欠缺欺罔意圖行爲或是善意的行爲都可能符合本要件（註 4 ）。

㈡衡量要素

如何判斷廣告的陳述或表示有欺罔的「傾向或能力」，可說是本項要件在適用時最富爭議性的問題，問題關鍵在如何詮釋一般普通的消費者對廣告訊息的理解應到何種程度，始應受法律保護的必要。關於此一問題，學說和判例以「理解」(perception) 爲中心，分別發展出一套「合理者標準」(reasonable man standard) 與「無知者標準」(ignorant man standard)，前者「合理者標準」之「合理者」是指合理的消費者，即一般謹慎具有普通常識而能盡到通常注意之人（註 5 ），其理論依據是認爲每個人都負有某程度之注意義務，如果因自己的疏忽促成過失的發生，

註 2 ： Sullivan E. Thomas, Brian A. Marks, The FTC'S Deceptive Advertising Policy: A Legal and Economic Analysis. Oregon Law Review, Vol.64, No.4, P.601 (1986) 。

註 3 ： Jack E. Karns, Redefining "Deceptive" Advertising Under the Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act After Cliffdale Associates, Southern Illinois University Law Journal Vol.1, No.1, P.9 (1985) 。

註 4 ： Sullivan E. Thomas, Loc. cit 。

註 5 ：最早提到「合理者」 "reasonable man" 一詞，是在 Vaugham v. Menlove, 3 Bing. N.C. 468, 132 Eng. Rep. 490(1837) 。

則可抵銷行爲人行爲的可責性（註6）。

從FTC歷年來見解的演變過程觀之，FTC最初一開始是遵守「合理者標準」（註7），但自1938年美國國會通過FTC Act第五條修正案後，實務見解開始逐漸改變，此項轉變始自於1937年的FTC v. Standard Education Society案（註8），本案之被告在廣告中宣稱其所出版之百科全書完全免費，顧客只需支付69.5美元購買補充的活頁資料服務即可，而事實上，此一價款已包括百科全書及活頁資料服務的全部費用，承審法官Black在其理由中表示：一項不實陳述對那些受過訓練和有經驗的人而言，可能會是項明顯虛假的陳述，但即使如此，亦不能改變該陳述不實的本質或是減少其他較無經驗者受騙的可能。對一個公民而言，並無義務去懷疑與其爲商業交易之人的誠實。法律是用以同樣的保護信賴者和懷疑者，應以誠實督促相互競爭的企業，那是長久以來即被認爲是最佳的原則，「購者小心，出門概不退換」(caveat emptor)原則並不能作爲欺騙者的籌碼（註9）。雖然Balck法官未明白提及採取何種判斷標準，但顯然有意排除「合理者標準」的適用而代之以「無知者標準」，由於受到本案的影響，使得往後的法院判決都幾乎採取「無知者的標準」，此一趨勢在General Mortors Corp. v.FTC（註10）和Gelb v. FTC（註11）二案，可說是發展到極端，不論消費者本身主觀方面是如何的無知或愚蠢，只要是有人受到欺罔，縱使是只有一位消費者個人的證言，也可以成立不實廣告（註12）。顯然的，「無知者標準」的發展至此已經與常情有點脫節，學者也批評FTC在運用

註6：George Eric Rosden and Peter Eric Rosden, The Law of Advertising, Vol. II, Matthew Bender, Chapter 18, P. 18-8，此一概念與民法上過失相抵頗類似。

註7：Ibid, P.18-64。

註8：302 U.S. 112, 58 S. Ct. 113, 82 L. Ed 141 (Black, J.), rehearing denied 302 U.S. 779 (1973), motion denied 302 US。

註9：Ibid. P.116。

註10：114 F.2d 33, 36(2d Cir. 1940)。

註11：144 F.2d 580, 582(2d Cir. 1944)。

註12：George Eric Rosden and Peter Eric Rosden, op.cit. P.18-11。

「無知者標準」時，應採取較爲謹慎與保守態度，其理由總結有下列數點（註13）：

1. 如採取極端的「無知者標準」，則幾乎任何一個稍與事實不符的廣告都可成立不實廣告。
2. 法律如過於側重保護無知者，將遏抑實際上對消費者有所助益的商業活動，實際上蒙受其害的反而是所欲保護的消費者。
3. 遠在1914年FTC成立前，傳統判例法便一向採用「合理者標準」，判例法認爲，一個人的行爲若要免於受到忽視，必須建立一個前提，亦即其他理智的人在相同情況下，也會有類似行爲或反應。故若要使出賣人對其所爲之不實廣告負責，須有足夠理由證明出賣人可得而知其陳述不實，乃竟疏於注意，同時，買受人之損害確係基於信賴出賣人之陳述而發生，且對一般合理的人而言，在相同情況下也會產生類似的信賴行爲。易言之，除非出賣人有故意詐騙的事實外，否則買受人若主張其所爲係基於一般合理的信賴者，對此主張買受人應負舉證之責。
4. FTC Act未明文規定何種人應受到保護，而只說維護「公共利益」，既然如此，其所採取的原則，宜繼續維持習慣法只保護一般理智之人的態度。

鑒於採取「無知者標準」所產生流弊，確實有悖常理，加上學者強力的批評，FTC自身也開始檢討「無知者標準」的妥當性，1963年Kirchner v. FTC案（註14）Elman委員認爲FTC的任務固然是在保護理解力較弱者(the gullible and credulous)與一般理智者（註15），但如果本原則被推演到極端，則將喪失其合理性，廣告主不應爲其陳述或表示被那些愚蠢或心智薄弱(foolish or feeble-minded)之人所任何能想像的誤解負責，有些人由於無知或無法理解(incomprehension)陳述

註13：Ivan, L. Preston, The Great American Blow-up, Puffering in Advertising and Sailing P.163-165，轉引自陳玲玉，論引人錯誤廣告與廣告主之法律責任，台大法研所碩士論文，民68年，63頁。

註14：Kirchner v. FTC, 337 F. 2d 751(9th Cir. 1964)。

註15：在FTC v. Standard Education Society等，Black法官曾說法律是用以同樣的保護信賴者和懷疑者，請參閱註8.。

之意義，即使廣告主以最謹慎小心而誠實的陳述或表示爲之，仍有可能使這些人陷於錯誤。例如有人相信市場上銷售之「丹麥西餅」是在丹麥製造，假如它是在本國製造的話，難道廣告主也要負責嗎？答案顯然是否定的，一項陳述不會只因爲被一些極不顯著且不具代表性的人們不合理的誤解之故，而成爲虛僞不實或引人錯誤的廣告（註16）。從以上 Elman 委員的說明，可以看出 FTC 對「理解」標準態度的轉變，緊接在本案之後，FTC 在 Papercraft Crop. 案（註17）再次重申相同意旨，然而 FTC 是否已明確回復採取「合理者標準」此一問題仍混沌不明。在這其中值得吾人注意的是 1973 年的 Coca-Cola Company 案（註18），本案事實中，Coca-Cola 公司推出一種〝Hi-C〞的冷料，宣稱這是一種理想的飲料 (Sensible Drink) 由新鮮水果製作，富含維他命C，廣告片中，橘子的鏡頭出現短暫片刻，隨後出現其他種類水果，也都是富含維他命C的水果，原告指控這個廣告有暗示 Hi-C 是濃縮果汁（特別是橘子汁）的嫌疑，會使消費者誤認 Hi-C 是一種理想飲料並含有更多的維他命C且比橘子汁更富營養。在初步裁決 (initial decision) 時，行政法官 (Administrative Law Judge)（註19）並未採納原告的主張，行政法官認爲原告並未能證明消費者對上述廣告詞會產生 Hi-C 含有相當於純果汁的印象。原告上訴到 FTC 又再次被駁回，FTC 首先指出本案關鍵所在乃一事實問題，接著 FTC 審查訟爭的廣告詞是否可能被合理的認爲有暗示性或提示性，得到的結論是廣告詞並不會合理的導出有誤導消費大衆的可能（註20）。FTC 在本案所表示的態度，可謂十分模糊，非但不能解決長久以來的爭議，反而混淆了「合理者標準」的性質究爲

註16：Supra note 14 P.337。

註17：63 FTC. 1965,1993 (1963)。

註18：FTC Docket No.8839 (Dennison, Oct. 1973)。

註19：關於行政法官及初步裁決等 FTC 組織及作業流程，請參閱林騰鷂博士研究，美國聯邦交易委員會之研究，經社法規研究報告 4008，民 79 年 6 月，90 頁及 129 頁以下。

註20：George Eric Rosden and Peter Eric Rosden, op. cit.。

實問題之一抑或爲法律認定標準？（註 21 ）。

從 Coca-Cola 公司案發生迄最近之 United States v. Reader's Digest 案（註 22 ），我們只能確定 FTC 已揚棄以往之「無知者標準」，但是否回復採取「合理者標準」，態度上並不十分明確，而猶豫於公共利益的維護與消費者保護二者間，不過從 FTC 歷來案例的分析，我們可以得到一個步結論，即 FTC 已不再盲目採取絕對「無知者標準」。易言之，唯有在相當多數人有受欺罔之可能時，消費者始受到法律的保護，對於此種多數人共同的行爲，不宜再將之視爲「無知者」。雖然如此，但對於「合理者」的含意， FTC 卻也未明白表示，以致常造成不必要的困擾，故有學者建議「合理者標準」的內容應爲：對被廣告所特定之人或任何一個通常可期待其會閱讀或觀看廣告的人，這些人具有通常一般購買者所具有對該廣告明顯商業意義的理解力（註 23 ）。此一定義，對於消費者對商品廣告應具的理解能力，頗爲中肯，殊值吾人參考。

二、廣告的陳述或表示須有欺罔〝相當數目〞(substantial) 的消費大衆

㈠構成要素：

不實廣告的第二項構成要素是該廣告陳述或表示須能使〝相當數目〞的消費大

註 21 ： Ibid 。

註 22 ： 464 F. Supp. 1037 (D. Del 1979)，本案係讀者文摘爲了促銷其雜誌，其廣告傳單上印製一種極類似一般通用的旅行支票，稱爲 "Sweepstakes Passport" ，在其上印有以下字句：本旅行支票不可流通，如果您寄回這一整本的 Sweepstakes Passport..... ，這護照上任何一張旅行支票的號碼都有機會抽中特獎 ..... 您將會在餘生每一個月都收到一筆獎金。法院支持 FTC 的見解，認爲有一小部份的人，可能因爲這些字句而被誤導認爲這些「旅行支票」眞的有金錢價值。

註 23 ： George Eric Rosden and Peter Eric Rosden, op. cit, P.18-64 ，原文爲： the preception of commercially significant ordinary purchasers of the advertised goods or services at whom the advertising in directed or who can ordinarily be expected to read or view it 。

衆受其欺罔，如前所述，法律所保護之消費大衆，必須這些可能受到欺罔的消費者具有通常購買者合理認識對商品或勞務的商業意義的理解能力，除此之外，尚須這些成爲不實廣告受害者的人數應到達相當某程度有意義的比例（註 24 ），這項要求，主要是基於不實廣告對公共利益負面影響程度的深淺所作的經濟上考量。

一項不實廣告的受害者僅局限於有限的少數個人或團體，則共利益顯然不會受到多大的影響，並無受法律保護之必要，對此類廣告若也要勞師動衆，大興干戈，當不符立法目的，以行政機關有限的人力、物力而言，也難以負荷，而造成公共成本的浪費。

㈡衡量因素：

廣告的陳述或表示並無須傳遞給每一個相關的消費者，確切的說，廣告媒介傳播過程可同時傳遞兩項以上的訊息給各自不同之相當數目的消費群，只要其中有一項訊息有欺罔之嫌，即便其他訊息完全屬實，仍成立不實廣告。故此，主管機關有

註 24 ：此一比例，在美國文獻上稱爲 "substantial number" 或是 "substantial segment"（後者爲藍哈姆法案用語）。美國於一九四六年制定藍哈姆法案 (Lanham Act)，於一九四七年開始施行〔註 46 〕，而爲現行的美國商標法。在第 43 條 (a) 項。其條文規定爲「關於商品服務或商品之容器，貼附或使用虛僞之來源標示或爲虛僞之記述及表示—包括對來源有虛僞記述，表示傾向之語言或象徵—在營業上使用於其商品或服務者，及明知來源地之稱呼、記述及表示虛僞，而於營業上使用、運輸、或爲使用之目的交付運送人之人，將受在原產地爲營業之人或因虛僞記述及表示而相信已蒙受損害或有此可能之人民事訴訟之追訴。」此條文適用之初，一般均強調〝虛僞之記述及表示〞(false description or representation) 的用語，而認爲此條文是對虛僞廣告的規制條款，此後隨著法院的擴張適用，商標法第 43 條 (a) 項成爲兩種不正競爭類型的保護依據：一是有關虛僞廣告 (false advertising) 的行爲，亦即有關商品來源、性質、品質的虛僞陳述；一是仿冒未經註册標章、名稱、商品外觀的行爲，亦即有關混淆商品、服務主體的行爲。」（轉引自張澤平，仿冒與公平交易法，自版，民 81 年 3 月 48 頁）。

必要先預設好一項合理消費者的數據標準，來檢驗該不實訊息是否有傳播給這些消費者（註 25 ）。主張本項要件須要有「相當數目」的受欺罔者之理由，誠如美國學者所說的：「僅只因對某特定廣告可證明有某程度之誤解，並不足以意謂該廣告即含有可使一般人產生該特定誤解的可能 ..... 因爲 ..... 對廣告有某部分的誤解，只是單純反應出所有形態的電視廣告本質上的錯誤比率。因此在衡量一項廣告是否有不實情形時，如以〝零誤解〞(zero-based miscomprehension) 爲標準，這是一件完全不合理的事情（註 26 ）。易言之，人類在接受外界的訊息時，由於人類天性的傾向，很容易對該被傳遞的訊息部分產生誤解 (miscomprehension)（註 27 ），而不管其原因爲何，故要求完全的眞實，事實上是一件不可能的事，既然任何一項廣告訊息或多或少都有可能造成不同程度的誤解，則問題似乎又回到原來的出發點，即如何決定一個較合理的數據，以爲研判消費者誤解的程度是否已到達應受法律保護的必要。關於此一問題，不論是 FTC Act 或是藍哈姆法案均無明文，而 FTC 自身也並無意訂定此一數據，使調查結果一旦到達此一數據的話，該廣告即視爲當然違法 (illegal per se)，完全依廣告陳述或表示的性質及欺罔所造成的結果，視個案決定，以便其能保有充份的彈性來制止不實廣告。至於法院對此亦持默許的態度，不加過問。

然而若謂 FTC 之判斷漫無脈胳可循，那也不盡符合事實，本文試將 FTC 歷來重要案例對此問題所表示的見解，加以歸納整理，或有助於上述疑義的澄清。

在早期 FTC 對「相當數目」所採數據較低，例如 1952 年 Rhodes Pharmacal 案

註 25 ： Ivan L. Preston, The Definition of Deceptiveness in Advertising and Other Commercial Speech, Catholic University Law Review Vol.39.NO.4 Summer, P. 1044 (1990) 。

註 26 ： Ivan L. Preston and Jef I. Richards, Consumer Miscomprehension as A Challenge to FTC Prosecutions of Deceptive Adverising, The John Marshall Law Review, Vol.19, No.3, Spring, P.278 (1986) 。

註 27 ：「誤解」(miscomprehension) 在此被定義爲：對訊息所認識之意義並非該訊息之意涵或可邏輯的從訊息得知之意義（原文爲： the evocation of a meaning not contained in or logically derivable from the message), Preston, Loc. cit. 。

（註 28 ），Rhodes Pharmacal 公司生產一種含有 aspirine 成分叫 "Imdrin" 的止痛藥，宣稱此藥對治療關節炎、風濕症等病痛有特殊療效，FTC 認爲 Rhodes Pharmacal 公司有欺罔之嫌，消費者調查結果有 9 %的受訪者認爲 Rhodes Pharmacal 公司的廣告藥品眞有被 FTC 所指控不實的效果，法院對 FTC 所舉的 9 %的數據雖未明白表示支持，卻對 Rhodes Pharmacal 公司所主張有 91 %的人並未受欺罔之事實的抗辯，以保持沈默的方式間接支持 FTC 對該案所舉出有欺罔可能性之證據。又 1965 年 Benrus Watch 案（註 29 ），被告公司被控以零售價格爲虛僞陳述，有 14 %的受訪者認爲該價格在市場上通常爲不二價，法院認爲此已足以構成對多數大衆有欺罔之嫌。

對「相當數目」解釋較明確的案例是 1968 年的 A.A. Friedman 案（註 30 ），本案例乃 FTC 對不實廣告裁決，所採納調查受訪者數據最低者（只有 5 %），且本案例之受訪者並未實際見過被告的廣告，他們只被問以是否會在有財務支援下以現金購買支出更多的消費額，有 95 %的受訪者回答〝會〞，在邏輯上，其餘的 5 %的消費者是有可能會被廣告所欺罔的一群，然此結論並不即當然可推論出 95 %的人就不會受廣告的欺罔，因此 FTC 認爲被告的廣告不只會欺罔 5 %的消費者，並有可能欺罔更高比例之公衆（註 31 ），由本案論據可知，FTC 並非如表面上所顯示的單純依 5 %的數據即作出結論。

不過 FTC 近年來有逐漸提高此一數據的趨勢，1974 年的 Sun oil 案（註 32 ）調查所得數據爲 62 %至 65 %，1975 年的 Bristol-Myers 有相當 14 %至 33 %的人

註 28 ：Rhodes Pharmacal v. FTC,208 F. 2d 382 (7th Cir. 1953), rev'd per curiam, FTC v. Rhodes Pharmacal, 348 U.S. 940(1955) 。

註 29 ：Benrus Watch, 64 FTC. 1018, 1029 (1964), aff'd, Benrus Watch v. FTC, 352 F. 2d 313 (8th Cir. 1965), cert. denied, 384 U.S. 939(1966) 。

註 30 ：74. FTC. 1056 (1968) 。

註 31 ：Ibid. P.1071 。

註 32 ：84 FTC.247, 261 (1974) 。

相信 "Dry Ban" 眞的是 "Dry" （註 33 ）；1977 年 Block Drug 案，被告宣稱其所製造的假牙可以讓使用者咀嚼任何難以咬碎的食物，這一個陳述，經調查結果分別有 24 %、34 %、46 %、51 %的受訪者相信，廣告陳述顯示被告製造的假牙可以咬得動幾乎任何硬體物（註 34 ）；1979 年 Ford Motor Company 案有 42 %受訪者誤信廣告詞中對 Ford Motor 引擎效能的描述（註 35 ）；1981 年 American Home Products 案，有 17 %至 25 %的受訪者相信廣告所陳述的 Anacin 對紓解緊張有特別效果（註 36 ）；1984 年 Thompson Medical 案，調查所得之數據分別爲 30 %、21 %、35 %、23 %、22 %、17 %及 38 %（註 37 ）。大致上說來，FTC 較常採納之數據是從 20 %至 25 %（註 38 ），然此並非絕對，如果不實廣告所可能造成的潛在損害越大，則該數據比例越低。一般而言，凡有關人體健康的不實陳述，可能會危害個人健康或生命安全或是針對某特定對象（例如兒童）之不實陳述，此一數據均可能相對降低至 15 %左右。例如在 Firestone Tire 一案，被告公司自己所做之消費者調查，經抽樣已購買該產品並相信 Firestone 公司的輪胎絕對安全的消費者只有 15.3 %而已，但法院毫不猶豫的定，此一調查結果並不能推翻 FTC 所爲只要 15 %（或 10 %）的人被誤導，即成爲不實廣告的決定（註 39 ）；反之，對於與健康或生命安全無關的陳述，而只是產品事項與陳述有不相符的情形，則此數據會提高一

註 33 ： 85 FTC, 688, 744 (1975)(dismissed) 。

註 34 ： 907 FTC, 893 (1977) 。

註 35 ： 93 FTC, 873 (1979) 。

註 36 ： 98 FTC, 136, 298(1981) modified, American Home Prods. v.FTC, 695 (1984), F.2d 681 (3d cir. 1982), modified, 101 FTC.698 (1983) modified, 103 FTC. 57 (1984), modified, 103 FTC, 528 (1984) 。

註 37 ： 104 FTC, 648 (1984), aff'd, Thompson Medical v.FTC., slip op., Dkt 85-1047 (D.C. Cir. May 27, 1986) 。

註 38 ： Larry T. Preston, op. cit., P.1045 。

註 39 ： Fireston Tire and Rubber Co., 481 F. 2d 246 (6th Cir.) cert. denied, 414 U. S. 1112 (1973) 。請參閱 Jack. E. Karns, Redefining Deceptive Advertising

點（註 40 ）。

另外，值得吾人注意的是上述數據，在 FTC 心證形成的過程中，只是居於外在證據的地位（註 41 ），對 FTC 裁決不具拘束力。從一項分析調查 1916 年到 1973 年止， FTC 所處理的案例總計 3337 件的報告顯示，這些案例有 87.2 %除了廣告本身外並無其他確實上的證據來支持 FTC 的調查，全由 FTC 依其主觀見解來認定不實廣告是否有欺罔的傾向或能力（註 42 ）。因此，在本項要件「相當數目」的數字比例，不應被作爲廣告是否有不實欺罔的證據看待。然而，此非謂 FTC 即可任意摒棄此項外在證據而不顧，如果這些數據比例，是由被指控之廣告主提出來，則 FTC 即應將之列入考慮，不得避而不論，此時 FTC 應就證據力強弱爲自由心證（註 43 ）。

總之，在傳統定義下的欺罔之傾向或能力，只要求有「相當數目」而非全部的消費者均受該不實廣告之欺罔。在此「相當數目」的要求，法律並無意建立一個嚴格的數量標準，也從不要求 FTC 須提出有關此數據方面任何形式的證據，其目的在使 FTC 能靈活運用 FTC Act 第五條的精神，以達到防杜危害社會公共利益的不實廣告。

三、廣告的陳述或表示須具有實質重要性

㈠構成要素：

不實廣告的第三項構成要素，必須是該廣告之陳述或表示在欺罔誤導大衆上有

Under the Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act after Cliffdale Associates, Vol. 1985 No. 1, note 81 。

註 40 ： Larry T. Preston, op.cit, P.1072 。

註 41 ：關於外在證據地位，請參閱羅明宏著，不實廣告之規範及相關執行問題，政大法研所碩士論文，民 82 年 6 月， 101 頁以下。

註 42 ： Ivan L. Preston and Jef I. Richards, op.cit, P.613 note 41 。

註 43 ： Cinderella Career and Finishing Schools, Inc.v. FTC 425 F. 2d 583, 588 (D. C.Cir. 1970) 。

實質重要性 (materiality)。換言之，該陳述或表示能影響消費者的購買決定（註 44 ），在更進一步探討本項要素前，我們對不實廣告應有一基本認識，即非任何欺罔陳述或表示均可構成不實廣告，而須陳述或表示本身足以誘使消費者仰賴其作成消費選擇（註 45 ），或是因其省略該告陳述或表示支持其眞實性的必要事實，致影響消費的購買判斷（註 46 ），才有可能成立不實廣告。

在美國判例上主張廣告之陳述或表示應具有實質重要性，其理由有二：

1. 維護公共利益免於因不實廣告而遭受到損害。

不實廣告濫行的結果，無可避免的會造成社會公共利益 (public interest) 的損害，應注意的是此處所指「公共利益」，非謂消費者須受到金錢上損害或是所購買的物品與其價值不相符合，而是指：若非因該廣告具有使消費者決定採取，除此之外，再無其它考慮的行爲（例如購買）之傾向 (tendency) 的緣故，否則消費者當可本於對商品正確之認識，在不受任何外來誤導因素下，爲自由選擇（註 47 ）。故，

註 44 ： Moretrench Corp. v. FTC, 127 F.2d 792, 795 (2d Cir 1942); Pep Boys-Manny, Moe & Jack Inc. v. FTC. 122 F.2d 158. 161 (3d Cir. 1941)。

註 45 ： E. Thomas Sullivan, Brian A. Marks: The FTC's Deceptive Advertising Policy: A Legal and Economic Analysis, Oregon Law Rev. Vol.64 No.4 P.602 (1986)。

註 46 ： Ibid, P.603; also Raymond Lee Org. 92 FTC. P.618-19。

註 47 ： Larry T.Pleiss, Deceptive Advertising and the Federal Trade Commission: A Perspective, Pepperdine Law Review, Vol.6 No.2, P.455-56 (1979)。

學者對此觀念，有進一步分析，茲摘錄原文如下：

"Public Interest" does not mean that a consumer must suffer damage, or that it must be shown that goods purchased are unequal to the value expended. Rather, "public injury" results if the advertisement has a tendency to induce action (such as purchase itself) detrimental to the consumer that might not otherwise have been taken. If such action could not have been induced by the claim (even though false), there is no "public injury." This requirement comprots with

如果消費者的購買動機未受到廣告陳述或表示之影響（即便該陳述或表示完全是虛假的），即無公共利益受到損害可言。

2.由於 FTC 的組織和人力皆有限，若要對每一個不實廣告都要調查，實力有未逮，因此，不宜浪費時間、精力於一些微瑣或無關的事件上（註 48 ）。

廣告的陳述或表示是否具有實質重要性，我們可舉下列案例加以說明，在 FTC v. Mary Carter Paint Co. 案（註 49 ），被告是一家小型經營的油漆公司，經銷油漆生意，由於相競爭品牌的油漆，價格多在 6.98 美元以上，若低於此一價格，通常會被消費者認爲是低劣貨，因此被告爲求避免被消費者視爲低劣貨，且又能打開市場銷路之故，遂在廣告上宣稱，只要 6.98 美元購買一加侖的油漆，即可免費獲贈一加侖油漆，來吸引那些只求便宜不注重品質的消費者。儘管本案被告辯稱它所販賣的油漆品質和相同價格之相競爭品牌的品質一致，但據 FTC 調查結果顯示，被告隱瞞了油漆低劣品質的事實，使消費者誤爲購買到與相競爭品牌相同品質的廉價油漆，法院支持 FTC 此項發現，因而判定被告隱瞞足以影響消費者購買動機的重要事實。

㈡衡量因素：

本項要件在衡量何種因素具實質重要性時，最令人感到困擾的不是對商品品質方面的判斷，因爲一項廣告陳述或表示，在商品品質方面是否有欺罔不實或誤導的情形，極易辨明。反而是對商品品質以之外事項的廣告陳述，其輔助說明因素有無欺罔不實或誤導，才令人難以判斷，這些輔助說明因素，例如產品來源，製造廠商或是銷售環境 ..... 等，乍看下，實難謂與商品品質有直接關聯，因此，在早期時，廣告主常會提出抗辯，主張這些事項並非消費者決定購買與否的重要因素，並不具實質重要性，故廣告應無欺罔不實可言。對於這些抗辯， FTC 堅持的立場是：廣告內容有陳述不實或欺罔之事項，即便只是間接的與商品品質有關，仍應受 FTC Act 之規範，例如將一個物品的價格虛僞不實的從十元減爲五元，不只是會使消費者對

---

the express provision of Section 15 of the FTC Act, as amended, that advertise ment must be misleading in a material respect to be actionable 。

註 48 ： Ibid, note 74 。

註 49 ： 382, U.S. 46 (1965) 。

該物品過去的銷售行爲產生不實的印象，並且對產品品質也會產生誤認，因爲價格常被消費者作爲品質判斷的另一項獨立指標（註 50 ）。同樣的，如果在廣告上，對產品效果的保證超出該項產品實際效能，即使購買者並不認爲此項保證與產品效能有關，但因出賣人誇大的表示他對自己產品的信心，亦足以導致消費者產生誤認（註 51 ），其他例如產品原產地被消費者認爲與其產品品質有極密切關聯時，對產品原產地有欺罔或不實之陳述或表示，也是同樣間接的可視爲對產品品質有欺罔或不實之陳述或表示（註 52 ）。

在前段所討論的衡量因素，均以品質爲主要課題，探討廣告的陳述或表示是否具有影響消費者購買意願的影響力，然而有時，廣告的陳述或表示與產品品質無關，也不一定會影響消費者的購買動機或意願，可是廣告的效果會對同業競爭者或是消費者的公共利益產生負面影響，而有必要加以規範。因此， FTC 特別建立了「初次接觸原則」(First Contact Theory) 來規範此類不公平或欺罔的行爲，所謂「初次接觸原則」，指廣告的陳述或表示是否有不公平或欺罔的情形，乃以潛在消費者初次接觸該廣告之第一印象爲準，而不論該廣告的陳述或表示是否會影響其最後決定購買與否之動機（註 53 ）。本原則適用於判斷產品的廣告行爲是否有不公平競爭的情形，例如在 Exposition Press Inc. v. FTC 案（註 54 ），原告邀請作家寫出他們如何將書籍交由原告出版而獲得 40 %的權利金，並將這些自白或證言刊登在廣告上。原告辯稱，即便是廣告內容眞有不實的情事，亦不致影響消費者的決定，因爲無論何人來洽詢，都會被告知，作者雖可獲賣書收入所得 40 %權利金，但作者本人卻須負擔全部印刷費的事實，法院支持 FTC 的制裁處分，並認爲原告的行爲所給予人之初次接觸印象，會使誠實競爭者處於劣勢，因此該廣告乃一不公平競爭的行爲。我們若進一步分析法院此一判決，不難發現，隱藏在背後的另一項理由當是在市場行

註 50 ： Cf. Edward P. Paul & Co.v. FTC., 169 F.2d 294, 295 (D.C. Cir. 1948) 。

註 51 ： Eg, Clinton Watch Co.v.FTC., 291 F. 2d 838 (7th Cir.1961) 。

註 52 ： R.B. Sheridan, Developments in the Law-Deceptive Advertising, Harvard Law Review, Vol.80 No.5 March P.1059 (1967) 。

註 53 ： Ibid, Eg. Carter Products v. FTC, 186 F.2d 821, 824 (7th Cir. 1951) 。

銷上，如何獲得潛在消費者的印象，常是行銷學上最重要的事項，如果在獲得此初步印象的方法上，涉及利用不實或不公平的表示方法，將會使同業競爭者感受到失去市場占有率或被迫起而效尤的強大壓力（註55），因此爲維護交易秩序，確保公平競爭之故，相對競爭者應有受保護之必要。

「初次接觸原則」不只適用於同業競爭者之間，也同樣適用於消費者身上，因爲我們可以認爲，雖然消費者一旦了解事實眞相後，不會決定購買該商品，但他的時間和注意力已被此一不實廣告的內容所侵擾或是如果其事前了解此推銷售技倆的話，無疑會極力避開此技倆所可能帶給他不愉快的經驗或是被迫購買的壓力（註56）。

另外，實務上頗有爭議的「電視模型」的商業廣告，「初次接觸原則」亦提供了解決之道，關於此項爭議以1963年FTC. v. Colgate Palmolive Co.案最有代表性（註57），本項問題關鍵在由於電視攝影技術特殊的限制，爲了達到「逼眞」的要求，電視上產品廣告常不得不借助於「模型」或「道具」以代替實物或效果，然而無論是模型或道具，經常與實際情形不同，此種不同點，應否構成欺罔不實的廣告？本案之事實，被告在電視廣告上強調其刮鬍膏有高度刮除效果，甚至把它抹在砂紙上，也可以將砂紙表面刮光，惟實際上，一般砂紙須在水中浸泡一個小時後始能被刮除。因此，電視廣告上的砂紙，事實上是以鬆砂塗在樹脂玻璃上的模型而已，對該模型，只要把刮鬍膏輕加抹拭後，即可輕易修刮。FTC 認爲被告隱瞞使用樹脂玻璃代替砂紙的作法，會使消費者因該展示結果而影響其購買動機，因此下令禁止，對於FTC的嚴格禁令，顯然的法院並不表支持，在判決理由中，法院認爲利用人爲方式來彌補攝影過程之不足或缺陷並不具實質重要性（註58），就本案言，被告在

註54：Exposition Press, Inc. v. FTC. 295 F.2d 869 (2d Cir. 1961), cert. denied, 370 U.S. 917 (1962)。

註55：R.B. Sheridan, Loc.cit。

註56：Ibid。

註57：Colgate v. FTC, 326 F.2d 517 (1st Cir. 1963)。

註58：Larry T. Pleiss, op.cit., P.798。

廣告片的展示之相關商業目的，不在於告訴人們刮鬍膏是否可刮除砂紙，而是要突破觀衆對電視廣告上的實際示範的疑慮，因此被告展示目的的實質重要性應是在被告所尋求吸引觀衆注意其銷售訊息之試驗證明的直接立即性 (immediacy)（筆者按：此即初次接觸原則）。易言之，觀衆所受危害的利益不是因受到欺誘浪費時間於觀賞此廣告片，而是對未經證實的廣告陳述或表示所保有之懷疑態度；對被告的競爭者而言，則是免於被迫使用相同的技倆的壓力，即使是產業界自身對此類行爲不認爲具可責性，但對公衆而言，藉由對那些廣告內容的核心特徵是不實而不合法的行爲，建立一明確的原則以提昇商業行爲的品質一事上，卻是有一般利益（註 59 ）。

從以上說明，法院認爲只有在試圖以模型或道具所製造的視覺效果來示範展示說明眞正產品之效能或品質時，才應受到禁止（註 60 ）。是以，如果使用模型或道具的唯一目的是用來彌補攝影技術上的不足或缺陷時，則此種行爲應受許可（註 61 ），例如以馬鈴薯泥充當冰淇淋在電視上做廣告（因爲眞正的冰淇淋在燈光強烈照射下，很快就會溶解），只要該模型的質地和顏色非該支廣告強調重點即合法（註 62 ）。

「電視模型」所引發其它問題，例如企圖以模型或道具的展示或試驗方式所呈現的視覺效果來證明廣告的訴求，若展示或試驗的結果與以眞物的展示或試驗結果不相符；或是以實物試驗結果爲名，以「電視模型」展示該實驗結果未經證明的部分（註 63 ），都構成不實廣告；另一種也是常發生的情形，由於受限於電視廣告只有短暫間歇的放映時間，以致在廣告中所顯示產品發揮功效的時間故意將實際所需時間縮短爲幾秒而不加以說明（註 64 ），也會構成不實廣告。

註 59 ： Sheridan, op.cit., P.1061-62 。

註 60 ： 62 FTC. 1269 (1962) 。

註 61 ： Pleiss, op.cit., P.798 。

註 62 ： Ibid, P.799 。

註 63 ： See Bristol-Myers Co.v.FTC, 185 F.2d 58 (4th Cir. 1950) 。

註 64 ： In re Colgate-Palmolive Co., 62 FTC 1269, 1275 (1963) 。

參、一九八三年FTC新政策聲明(Policy Statement)(註65)對不實廣告要件之詮釋與批評

美國判例法所創設之不實廣告的要件爲FTC一直沿用近半世紀之久，然隨時代潮流的改變，1983年主席James C. Miller III（以下簡稱Miller）認爲過往的FTC浪費太多資源在執行對抗那些不太可能對消費者造成損害的不實廣告，他認爲立法機關（國會）的本意乃是要求FTC僅對抗那些最嚴重的違犯者，而減少浪費有限資源在那些細微的案件上（註66）。故Miller個人建議不實廣告的欺瞞行爲或慣行的定義修正爲：所謂具實質重要性之引人錯誤的陳述應指那些在當時情況下極可能誤導消費者，做出在當時看來合理的行爲，而造成其損害；或者爲陳述之人本身已知或應知其陳述會造成誤導消費者（註67）等情形，由於Miller的極力提倡，1983年FTC在應國會要求對不實廣告之要件作一明確而中立的分析要求下，依據上述Miller對不實廣告的修正建議發表了一項新的政策聲明(Policy Statement)，針對傳統判例法的不實廣告要件，揭櫫三項欺罔行爲的新認定標準，即(1)陳述、省略或所做的行爲（如實驗等）須極可能(likely)誤導；(2)潛在(perspective)合理的消費者；且(3)此種陳述、省略或所做的行爲具實質重要性(matreriality)。此一新政

註65：FTC Policy Statement on Deception, dated Oct. 14 1983. 45 Antitrust a Trade Reg. Rep. (BNA) P.690 (Oct.27, 1983)。

註66：Alexander G. Fraser, The Federal Trade Commission Enforcement Against Decep tive Advertising, Annual Survey of American Law April 15, P.541 (1985)。

註67：FTC's Authority Over Deceptive Advertising: Hearing before Subcomm. for Consumers of the Senate Comm. on Commerce, Science, and Transp., 97th Cong., 2d Sess. P.4 (1982)。原文爲：a material misrepresentation that is likely to mislead consumers, acting resonably in the circumstances, to their detriment; or a material representation that the repesentator knew or should have known would be misleading。

策聲明（以下簡稱政策聲明）發表後，對學術界及實務界造成重大衝擊，讚成者與反對者各執一端，紛云不一迄無定論，爲使對個問題爭執的輪廓有所認識，以下分別依新的標準，逐一介紹其內容及優缺點。

1. 陳述，省略或所做的行爲須極可能誤導消費者 (there must be a representation ommision, or practice that is likely to mislead the consumer) 相對於傳統判例法之「傾向或能力」(tendency or capacity)，聲明改採「極可能」(likely)，換言之，將本來的「欺罔的能力」(capacity to deceive) 或「欺罔的傾向」(tendency to deceive) 之法律標準修正爲「有誤導之虞」(likely to deceive)（註 68 ）。本項修正主要理由是認爲原先的標準「迂迴且不夠充分」(circular and therefore inadequte)，但新的標準也強調此非謂 FTC 即須證明有實際的欺罔行爲（註 69 ），除此之外，別無其它理由。一九八四年三月 FTC 在 Cliffdale Associates 一案第一次正式採納此項新標準（註 70 ），然而此項看似無關痛癢的修正，卻引起學者諸多疑義。諸如：將原來「傾向或能力」的用語改爲「極可能」是否意味 FTC 應負擔更重的舉證責任？所謂的「極可能」是否表示高程度的眞實性？其有無暗示在某特定程序內實際欺罔行爲的可能性應被發現？這些問題，在政策聲明及其後的案例中，FTC 均未加以說明。而法院的態度也不一致，法院表面上似乎採用新標準，而事實上傾向於二者通用，並仍偏重於傳統標準（註 71 ）。法院態度之所以如此模稜兩可，部分原因是 FTC Act 立法本旨即是要維護消費者利益，故法院據此一公共利益理由乃適

註 68 ： "likely" 在政策聲明中的含意，指較一般通常情形更具有發生欺罔的可能性，其語意較 "possible" 更強，故本文譯爲「極可能」，如依我國法條用語則可譯爲「有 ..... 之虞」。

註 69 ： Aleaxander G. Fraser, op.cit., P.690 。

註 70 ： 103 FTC, 110 (1984)，本案之重要性，在其是政策聲明發表後唯一上訴至聯邦巡迴上訴法院的案子。

註 71 ： Beneficial Corp.v.FTC, 542 F.2d, P.617; Montgomery Ward and Co.v.FTC, 379 F.2d, P.670, Feilv.FTC, 285 F.2d P.886, 896 (9th Cir. 1960) 。

用較寬鬆的標準，俾在欺罔行爲的初期即能察覺而加以防止（註 72 ），若完全採用新標準的話，無疑會加重 FTC 的舉證責任，從而削弱 FTC 在防杜不實廣告的努力效果，因爲要證明欺罔與損害間的因果關係，依現行對消費者行爲的研究技術而言，可說極難證明（註 73 ）。

2.此等欺瞞行爲會誤導合理之消費者：

政策聲明關於此項要件將焦點置於在行爲或慣行在當時情況下是否會誤導「合理的消費者」，「合理性」 (reasonableness) 乃成爲判斷消費者反應的準繩。又所謂「合理的消費者」乃指「通常一般人」 (ordinary person) 或「一般有代表性的大衆」 (respresentative member of the general population) （註 74 ），包括通常有代表性的大衆特定團體或易受外界影響之消費階層（例如兒童）（註 75 ），如果廣告是針對後者，（即易受外界影響之消費階層），則廣告的眞實性必須依其對該特定階層之消費者的影響力加以衡量，而不包含其他不相干的團體（註 76 ）。

本項要件之「合理之消費者」的判斷準繩在傳統判例法上固有所據，然而和傳統判例法相較下，究竟在新標準下是指「合理的消費者」被誤導抑或是消費者的「合理解釋」 (reasonable interpretation) 被誤導？政策聲明對此似乎未嚴格區分，視二者得相互通用（註 77 ）。又在「合理消費者」標準下之消費者，不是指大多數之消費者，蓋此處之消費者，是指依當時情況判斷下，潛在消費者因欺罔行爲之故，所做之選擇乃屬合理，故在新標準下即使只有極少數 (minority) 消費者有被誤導可能，這些消費者亦屬本項要件之「消費者」範圍內，從而符合本要件。相較下傳統

註 72 ： Regina Corp.v.FTC, 322 F.2d 765, 768 (3d Cir 1963) 。

註 73 ： E. Thomas Sullivan, Brian A. Marks, The FTC'S Deceptive Advertising Policy: A Legal and Economic Analysis, Oregon Law Reriew, Vol.64 No.4, P.608 (1986) 。

註 74 ： Ibid, P.609 。

註 75 ： Policy Statement, supra note 1 P.691 。

註 76 ： In re Kirchner, 63 FTC. P.1290 。

註 77 ： E. Thomas Sullivan, Brian A. Marks, op.cit. P.610 。

判例法見解則要求「相當數目」之消費者被誤導，至於到底應該有多少數目，通常判例法認爲其下限約15％至20％的消費者且未受有實質損害或大量金錢損失（註78），二者比較下，前者的舉證難度顯然高於後者，批評者攻擊新標準會加重FTC的舉證負擔，從此角度來看，並非無的放矢，且如此一來，勢必會使更多的消費者暴露於不實廣告誤導的危險下，有違FTC Act保護消費者本旨。此外，在政策聲明中一如傳統判例法未指出其消費者的下限數目，而讓諸FTC與法院自由判斷（註79）反而使人無所適從。

從上述說明，如果吾人可以推論新標準下之「合理的消費者」意謂FTC須負更高程度的舉證責任的話，則另一問題於茲生焉，即採新標準勢必要求對被欺罔的潛在消費者的數目須有實證研究資料爲依據的外在證據(extrinsic evidence) 在存，此點，在判例法下是授權FTC得爲自由裁量，並無須有外在證據來支持其結論（註80）。矛盾的是，政策聲明對此一緊要問題卻又避而不談，顯然其心態仍是不願放棄原有已完善建立之舉證模式，此或許因爲在實際經驗上，實證所得資料之證據無法十分精確（註81），政策聲明乃乾脆迴避此一問題，以避免造成難以判斷的窘境。

政策聲明最受批評的一點是FTC Act的立法本旨即在保護一般消費者，包含那些粗心、無知，易受影響之消費者，若採新標準的話，則問題重心將會集中在消費者是否應可更清楚的了解廣告訊息內容上（不論消費者是在何種精神狀態下）（註82），此如一來，則上述範圍的消費者將難以視爲「合理之消費者」而無法受到法律的保護，此種改變，就法院的立場言，新標準會使訴訟上焦點從廣告主的欺罔行

註78：Compare American Home Products Corp., 98 FTC. at P.393-94, and Bristol-Myers Co., 85 FTC. at P.745 with Firestone Tire and Ruubber Co., 481 F.2d P.246。**請注意此一數字比例並非絕對，詳請參看本文說明。**

註79：E. Thomas Sullivan, Brian A. Marks, op.cit. P.611。

註80：Ibid。

註81：Ibid, P.612。

註82：Aleaxander G.f Fraser, op.cit. P.545-46。

爲本身移轉到消費者的行爲上，其不妥處至爲顯然。（註 83 ）。

3.陳述或表示之行爲須具「實質重要性」(materiality)：

所謂「實質重要性」指那些極可能 (likely) 會影響消費者對某項產品之選擇或行爲的陳述或表示（註 84 ）。在此，政策聲明將「實質重要性」與「損害」(injury) 的觀念緊密相結合，政策聲明認爲在發現陳述或表示有實質重要的場合中，同時也可發現損害存在的可能性。「損害」可以有多種不同的形式，廣義的說，如果消費者若非因欺罔行爲之故，便會爲不同的選擇時，即可認爲有損害；反之亦然，因此損害和陳述或表示的實質重要性，二者實乃同一概念下之不同名詞而已（註 85 ）。

由於政策聲明將欺罔行爲的「實質重要性」與損害結合爲一，引起反對者嚴厲的批評，其中最能代表反對者立場者首推 FTC 委員之一的 Bailey 和 Pertschuk （註 86 ），二人以爲如採新標準的話，事實上將會造成 FTC 在證明行爲是否具「實質重要性」之前，須先證明有實際損害的結果（註 87 ），因爲 FTC 不太可能從被指控之欺罔陳述本身是否成爲消費者決定購買與否的實質重要內涵來推知消費者有無受到損害，只好以倒推方式，去舉證消費者受有損害；換言之， FTC 在新標準下，被迫要進一步確定消費者由於依賴該欺罔之陳述或表示作成是否購買決定的結果，致使其放棄某些「價值」(value)（註 88 ），如此一來， FTC 的舉證責任將變得十

註 83 ：從立法歷史來看， FCT Act 第五條，乃希望藉由擴張 FTC 的權限，提供對消費者權益在私法上保護外，另一條保障的途徑。

註 84 ： Policy Statement, supra note 1, P.693 。

註 85 ： Ibid P.694 。

註 86 ： Bailey 和 Pertschuk 並不同意 Policy Statement 的欺罔標準，他們二人的不同意見請參閱 Cliffdale, 103 FTC P.184-198 ，另可參閱 Bailey and Pertschuk, The Law of Deception: The Past as Prologue, 33 AM.L.REV. 84 (1984) 。

註 87 ： E. Thomas Sullivan, Brian A. Marks, op.cit. P.613, also see Policy Statement, supra note 1 P.696 。

註 88 ： Aleaxander G. Fraser, op.cit. P.544 。

分沈重，蓋：

①消費者是否依賴該欺罔之表示或陳述作爲購買與否的決定因素，此項證據殊難取得，因爲影響消費者購買動機的決定因素，常不祇一個，無法個別單獨決定。

②所謂某些「價值」一詞，本身即有疑問，既可以說它是金錢；也可以說它是消費者因購買此項產品而放棄購買它項產品的機會。如果此項論證可以成立的話，則幾乎每一個欺罔的陳述或表示行爲皆具有實質重要性。

至於司法機關爲了避免上述這些麻煩，則根本不考慮消費者有無替代選擇價值的因素，而將凡是會影響消費者決定的因素，包括純粹主觀因素也列入考慮（註 89 ）。

即便支持政策聲明者可以辯駁謂從政策聲明對「實質重要性」的涵義來看，很明白的並未要求 FTC 證明必須有「實質損害」 (actual injury) ，依其文義只要求是否「極可能受有損害」 (likely injury) 而已，然而要如何證明「極可能受有損害」，對 FTC 言，仍是項極沈重的負擔，且須依賴外在證據的支持，但政策聲明又不願正式承認外在證據的地位，仍一貫維持判例法傳統見解，故就此點而言，無寧是新標準的一大弱點（註 90 ）。至於判例法傳統見解下之「實質重要性」則包括除了誘致消費者購買某產品因素以外之所有事項（註 91 ），是以某項事項即便客觀上並非十分重要，但可能因其爲消費者賴以決定購買的因素而具實質重要性。總之，在政策聲明的新標準下，可以說是創設了一個複雜且具暗示性的道德標準，要不然，就是使 FTC 增加一項新而且更重的舉證責任。

肆、我國實務見解

註 89 ： Ibid 。

註 90 ：同註 41 。

註 91 ： Policy Statement, supra note 1, P.696; also see Firestone Tire and Rubber Co. 81 FTC P.451 。

在台灣不實廣告的氾濫，早已是不爭的社會事實，惟學術界對之始終欠缺系統性研究（註92），民國八十一年發生的上盟公司案是公平交易委員會（簡稱公平會）迄今不實廣告中較具代表性的案例（註93），據報載公平會調查該案重點在「消費者的感受」上（註94），公平會主任委員王志剛指出，上盟公司不實廣告處分案之糾正重點，是要求展售業者必須清楚提供消費者展售會促銷何類商品之訊息，而不致有令人誤解之虞（註95），然而公平會處分書內容只是很簡單的指出廣告之名稱及內容與實際上之活動內活如有不符，即足以生引人錯誤之結果，有無前開不符之情形，主要以閱讀廣告者是否已能自廣告名稱及內容認識廣告主所要從事或實際從事之事業活動爲斷 ..... 又經該會派員實地調查前往參觀之消費，「大多數」表示展覽內容與廣告不一致，因而認定其廣告會使一般消費者於看過該廣告後對該展覽實

註92：國內文獻對不實廣告的要件分析早期的著作有：董倚玲，論虛僞廣告，中興法律研究所碩士論文，民60年6月。陳玲玉，論引人錯誤廣告與廣告主之法律責任，台大法律研究所碩士論文，民68年5月。近期的論述則有：陳秋月，論廣告規制之界限—以商業言論自由爲中心，政大法律研究所碩士論文，民81年7月。朱鈺洋，虛僞不實及引人錯誤廣告在不正競爭防止法上之規範，中興法律研究所碩士論文，民82年1月。應注意的是學者范建得認爲不實廣告必須是：(1)會誤導相當數目消費者；(2)使這些消費者在決定是否購買該「不實」產品時，產生決定性影響；(3)廣告主的競爭者利益將因此而受到影響。請參閱范建得、莊春發合著，公平交易法和範例100，商周文化出版社，1992年初版，168頁，此處范氏所列第三項要件與美國判例法之見解未盡相同，蓋一九三四年FTC Act修正後，該法即不再以廣告主的競爭者利益是否受到影響爲要件，而改自公共利益爲出發點，以保障消費者爲其中心思想。

註93：經濟日報，民81年2月13日，第3版。

註94：同上。

註95：工商時報，民81年2月18日，第3版。

際內容產生誤認。（註 96 ）

本案就理由構成而言，過於抽象簡略，令人無從判斷公平會的認定標準，所幸此一缺撼，在公平會隨後另行提出的具體的說明獲得解釋，依公平會的初步決定，對於不實廣告標示之規範，將以商業廣告標示爲主，且必須其不實性已造成影響消費者權益、同業競爭之正常發展及市場交易秩序時，才列爲規範主要對象。公平會並進一步指出，判斷廣告標示是虛僞不實或引人錯誤，須考慮以下四項因素：

①應以一般消費者之認知爲判斷基準，而非以廠商立場爲依據。

②廣告標示內容之解釋，並非逐字作文法之剖析，應以該廣告標示整體給予消費者之印象是否會造成誤解爲準。

③廣告標示內容之意義含混不明，產生二種以上不同意義時，只要其中之一足以引人錯誤時，即應受到法律規範。

④除了應考慮廣告標示之說明、文字、設計、道具、音響或其他相關事物所作成提示之表示以外，事關重大卻未披露之事實，亦應併予考慮（註 97 ）。

從公平會的補充說明，吾人不難看出公平會對不實廣告的認定標準與美國判例法的傳統見解頗爲一致，至於我國應否採取美國一九八三年政策聲明的新標準，本文認爲一九八三年政策聲明目的在縮小對不實廣告的打擊面，以便有效運 FTC 有限的人力資源來從事防杜不實廣告的工作，此固有其考慮背景存在，然其所提出替代傳統標準之修正方案不但未能簡化不實廣告判別標準，反而令學術界與法院無所適從，並加重了 FTC 舉證負擔，此應爲 Miller 當初倡議新標準時，始料未及。故我國不宜遽然引進政策聲明的新標準，而宜保守對之，先吸收美國判例法的傳統標準以爲我用，再逐步建立起適合我國國情的不實廣告標準，以避免躁進所可能帶來之後遺症。

那麼我國應如何建立一個較妥適的判斷標準呢？從本章所述各項問題及爭議來看，其實所有的爭議實際都圍繞在消費者對廣告陳述或表示的「理解」(Perception) 此核心問題打轉，因此如何掌握「理解」的概念，當是解決本問題的不二法門，美

註 96 ：請參閱公平交易委員會(81)公處字 001 號處分書。

註 97 ：工商時報，民 81 年 4 月 5 日，第 2 版。

國學者 Rosden 對此一問題提出個人見解認爲在建立「理解」標準時，應斟酌下列四項因素，其內容簡單明確，值得作爲我國在處理類似問題的重要參考指標（註 98 ），茲說明如下，並作爲本文之結論。

①所涉及之產品種類：

產品種類涉及消費群或是市場範圍的界定，不同的產品有不同的消費者，因此在判斷消費者對廣告陳述的理解程度時，應注意不同消費群的差異性，例如勞斯萊斯的雜誌汽車廣告，雖然可同時被許多不同層次的消費者閱覽，但此類廣告的對象，明顯的指向有能力買得起此種名貴汽車的消費群，因此對於無此購買能力的其他消費群而言，此一汽車廣告完全與之無關也不具任何實質重要性。職是之故，在衡量該廣告讀者對廣告的的陳述或表示之「理解」程度時，應將該等消費群排除在外，以免造成不合理的結果。

②被擇爲特定目標之廣告對象：

有某些產品乃是專門針對某層次或階層的消費者需要而製造生產，爲求打動這個特定層次的消費者的購買慾，廣告必須特別針對此一被擇定之層次的消費者研究其嗜好、特色、弱點等策畫一廣告宣傳策略，此種廣告最常見的例子，像售屋電視廣告、減肥藥廣告等，前者以有意購屋者爲特定對象；後者，則以減肥效果爲訴求重點，以打動任何有意減肥之人的購買慾，無論是何者，這些消費群的共同特色是受限於主觀因素（例如教育程度較低）或客觀因素（例如無法取得該產品正確資料以求證）判斷力較薄弱，極易受到廣告宣傳的影響而做出決定，因此在判斷其理解程度時，亦應以此等特定消費群人們的一般或普通的認知爲準。但如果廣告之特定對象與實際購買者不同一人時（例如兒童電視廣告，父母常是實際付錢的購買者，而非子女），則以購買者的認知爲準。（註 99 ）。

以上是就一般情形而言，但如果廣告所擇定之特定對象是專門技術人員的話

註 98 ： George Eric Rosden and Peter Eric Rosden, The Law of Advertising, Matthew Bender, P.18-40 (1990) 。

註 99 ： Benrus Watch Co. FTC, 352 F. 2d 313 (8th Cir. 1965), cert. denied. 384 U. S. 939 (1966) 。

（例如醫師、工程師等），問題就比較爲複雜，原則上，對此類專業廣告的「理解」程度判斷，仍以該等人員的專業認知爲準。不過此原則的適用也有例外，蓋以這些專業廣告可能爲其他不是廣告當初所預期之其他非此等專業人員之讀者所閱讀，例如在婦女或休閒性雜誌上刊登其廣告，由於此類雜誌的讀者範圍極廣，很可能此一廣告被不同層次的許多人所閱讀；同樣道理，一本通俗的醫學專業雜誌，也有可能擁有不少非醫學界的讀者，此時，上述原則即不可一成不變，而應將此種情形列入考慮，然而在衡量此項因素時，應特別注意不可破壞或扭曲這些專業廣告對專門技術人員所扮演專業本質之角色，譬如一般大衆不應推定其了解專業名詞或其外文的原始意義，因此對此類文字的誤解，並不成立不實廣告。

總之，穿插在大衆傳播媒體中而專門技術人員爲對象之廣告，如非廣告主有意並可預期有相當可能程度會被其他非該專門技術人員的讀者所閱覽的話，對於這些讀者所生之誤導，可毋庸考慮。

③受不實廣告欺罔人數

在傳統不實廣告要件之要求下，須有「相當數目」受不實廣告欺罔消費者存在必要，如此該不實廣告才具商業上的重要意義，而此一數目比例，無論是 FTC 或法院方面均無意建立一明確數字，俾留有迴旋的相當空間，使法律的適用能更具彈性，更加靈活，如此方能保障消費者權益也能兼顧保護誠實的廣告主，使正常商業活動不致受到過度壓抑。

④廣告商的主觀意圖：

通說，不實廣告之廣告商是否有故意或過失，在所不論，此固有所據，不過在實務上，假使廣告主被認爲有積極違犯法律規定的事實或是在事實不很明確的情況時，廣告商的主觀意圖便具有決定性地位。