

論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制

范 建 得 *

目 次

壹、前言	肆、審議程序與處分
貳、言論自由與商業言論自由之省思	伍、論與建議
參、執法權力及其行使	

壹、前 言

公平交易委員會（公平會）自成立起受各方所期待最高的正是對於不實廣告的規範（註1）。而事實證明，在整個執法的三年期間內，最大的執法成效也是反映在不實廣告案中之管制上。然則在公平會累積至八十三年底的192件不實廣告處分案件中，公平會並未能提供社會大眾其規範不實廣告之理念，行政程序，以及審議和處分方式的具體標準，其間，公平會雖已頒行《處理虛偽不實或引人錯誤之表

*作者為東吳大學法律系教授。

註1：例如公平會自第一年正式執法起，十一個月中受理且結案的不實廣告案件便高達202件，其中受處分的有38件也占全年受處分的51件案件的74.5%，參見公平交易委員會，八十一年公平交易統計年報六十六頁；另則在八十二年，因不實廣告違反公平法而受處分之案件占今年度受處分案件的62.76%，參見，公平交易委員會，八十二年公平交易統計年報，頁15～16。

示或表徵原則》，但是這些原則的執行，仍然牽涉到合憲性以及立法目的的考量，也涉及母法調查權侷限下所衍生的相關問題，如舉證原則和處分類型的詳細說明等；從而在表彰公平會的執法成效之際，對我國未來不實廣告管制理論的建構，執法模式的建立，均仍有持續努力的空間。而本文即在以美國經驗為例，針對國內的執法現象與實務經驗分別依據三個方向來做成說明與建議；即一、言論自由與商業言論自由之省思；二、執法權力及其行使；與三、審議程序與處分。

貳、言論自由與商業言論自由之省思

一、言論自由及其極限

依據行政院公平交易委員會《處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則》第二點之規定可知，最廣義的廣告行為，即「其他使公眾得知之方法」，係指可以使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為。準此，凡是得以使大眾共見共聞之訊息傳播，便有可能構成廣告。再依循同原則第三點之制訂說明第三點可知，凡從事廣告之行為，而足以表達其商業價值之觀念者，即受到公平交易法第二十一條之規範。綜合上述之規定可知，凡足以表達商業價值之訊息傳播行為便構成公平法第二十一條所欲規範之客體。在美國，這種意念的表達被涵蓋在廣告權（right to advertise）之內，同時也被認為是一種財產權（property right）（註2）故而，應受到憲法言論自由之保護。至於我國，由於憲法第十一條亦保障同樣之言論自由（註3），故解釋上，公平交易法第二十一條所欲規範之廣告，似乎也應受到憲法第十一條之保障。然則權利之行使是仍應受到某種程度之節制的。在美國，遠在1964年，大法官Justice Black 即表示，第一及第十四修正案

註2：George E. Rosden & Peter E. Rosden, *The Law of Advertising* Vol.1, 5-7 (1990)。

註3：中華民國憲法第十一條條文如下：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」。

所保障之言論自由，並非在強迫讓一個人非自願的聽取他所不想聽的言論（註 4）。至於政府這種限制權利與上述言論自由之保障間所存在的兩難現象，則純屬程度上問題；而所謂的程度問題則是源起於憲法對於同時維護兩種權益時所必須追求的平衡（註 5）。在美國的發展經驗中，我們可以看到三個較為顯著的權衡標準。第一個標準，是由 Justice Holmes 在 1919 年所確立的「明確而現時之危險」標準 (The Clear and Present Danger Test)。Holmes 大法官指出，判斷的標準主要在於是否其使用之文字，依其使用之狀況以及性質，已具有足以引發明確而現實之實質罪惡的危險，故而國會有權加以防阻（註 6）。這個標準在 1951 年遭到 Judge Hand 的修改，其修改主要著重在主張應就所謂罪惡 (evil) 的程度 (gravity) 來判斷足以鉗制言論自由的程度。目前這個原則主要用在涉嫌叛亂或推翻政府的相關案件上（註 7）。

第二個原則稱為社會價值填補標準 (The Redeeming Social Value Test)，在 Roth v. United States (註 8) 一案中，大法官 Brennan 指出，言論自由之所以不及於猥亵事物，是基於該等事物完全不具備對社會價值的補償性，在這個標準下，對於一個可能傷害某種社會價值的言論，思考其是否應受言論自由之保護時，判斷的重點將在於比較該等言論本身反社會性之程度，以及其相對提供給社會的補償價值；凡負面價值過高者，便可能不受言論自由之保障。

第三個原則，又稱為個案評比原則 (The Ad Hoc Balancing Test)，這個

註 4 : Cox v. Louisiana, 379 U.S. 559, 578, 13 L. Ed. 2d 487, 85 S. Ct. 466, 476 (1964), rehearing denied 380 U.S. 926.

註 5 : Justice Brennan, The Supreme Court and The Meiklejohn Interpretation of The First Amendment, 79 Harv. L. Rev. 1, 5 (1965).

註 6 : Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52, 63 L. Ed. 470, 39 S. Ct. 247 (1919).

註 7 : Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 510, 95 L. Ed. 1137, 71 S. Ct. 857 (1951), rehearing denied 342 U.S. 842 & 355 U.S. 936.

註 8 : 354 U.S. 476, 484-485, L. L. Ed. 2d, 498, 77 S. Ct. 1304 (1957).

標準在本質上仍不脫前揭所述「明確而現時」標準範疇，至於其不同，則緣自於 Holmes 大法官提出所謂其密接性（proximity）以及程度（degree）的問題上。當時，並沒有太多案件真正重視 Holmes 的觀點，一直到 Binson 大法官才指出，所謂「明確而現時的危險」，其重要性不在文辭的本身，而在於提出這個名詞時後面所隱含的必要考慮。他認為，政府只有在一個言詞不再是單純的觀點，而係明確而現實的發展成侵害公衆應受保障權利之威脅行為時，政府才得以排除之。（註 9）這個案例確立之測試標準，到大法官 Steward 時得到另一種的詮釋，他指出「當我見到它時，我會知道」（註 10）很顯然的，在這個標準下，並沒有單一的標準或者是哪一些的標準足以充分的涵蓋所有可能狀況。實則，這也正是英美法系在其法學方法使用過程中，顯現出來的一種反映社會現狀的造法理念。

二、商業言論自由之保障

至於言論自由對於商業廣告之適用，遠在 1942 年 *Valentine v. Chrestensen*（註 11）一案中，所有的法官是一致認為憲法對於商業廣告之管制並未設任何限制的。換言之，在 1942 年時，商業廣告並不受憲法言論自由之保障，此即所謂的 Chrestensen Coctrine。此後，經過多年的演變（註 12）Douglas 大法官在 1971 的 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Grove*, 404 U.S. 898, 30 L. Ed.2d 175, 92 S. Ct. 204, 209 (1971) 案中指出，因為言論屬於商業性便認其不受保障，是無法說服他的。他如大法官 Harlan 亦在 *Time, Inc. v. Hill* 385 US 374, 17,L.Ed.2d 456, 87 S.Ct., 534 (1967) 案中指出，Chrestensen 這個案子可能有

註 9 : *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. 382, 394, 94 L, Ed. 925, 70 S. Ct. 674 (1950), rehearing denied 339 U.S. 990.

註 10 : *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197, 12 L. Ed. 2d 793, 84 S. Ct. 1676 (1964).

註 11 : 316 U.S. 52, 86 L. Ed. 1262. 62 S. Ct. 920 (1942).

註 12 : 包括大法官 Douglas 在 *Cammarano v. United States*, 358 U.S. 498, 514, 3 L. Ed. 2d 462, Chrestensen 案中的意見亦未經過詳細及充分的討論。

誤判之現象 (misgiving)。Harlan 大法官及 Brennan 大法官均在該案中表示，憲法保障之範圍或政府可否對於商業性廣告設立較嚴格的限制，均非或不會在聯邦最高法院中審理過。其後，Chrestensen Doctrine 才漸次的受到削弱。

直到美國聯邦最高法院在 *Bigelow v. Commonwealth of Virginia*(註 13) 案中正式提出商業廣告並未被排除在言論自由之保障外，是以一個州並不能僅因其廣告涉及買賣或促銷便認其管制不受憲法節制。該案中並明確指出，Chrestensen 案顯然並未提出足夠的理由說明廣告不應受到保障（註 14）。然則，在該案中，法院仍然保留了五種不受憲法保護的廣告；計有，不實或詐欺、有關不法商品或服務、幫助犯罪的計劃、侵犯其他人民之隱私，以及侵犯他人權利等（註 15）。顯然的，自 *Bigelow* 一案 起，美國已確認廣告行爲應受言論自由之保障，但最高法院也同時認其保障並非是無限制的，從而在相對的比較下，由於商業言論自由之保護受到相當程度的限制，是以與非商業言論自由之保護在程度上顯然有所不同；故而要判斷行使商業言論自由之內涵及其範圍時，在美國便應就兩點加以觀察，其一為界定保護之範圍，其二為認定何謂商業言論。在保護範圍的考量部份，其重點在判斷，商業言論在何種狀況下可以受到管制 (regulated)。

首先，在理念上，由於商業言論本身涉及重要的商業利益，顯然的與其他言論不同，是以對其採行較高程度的管制應可被接受（註 16）。其後，美國法院開始進一步的界定其分析商業言論廣告合憲性的標準與步驟。首先，在 *Central Hudson Gas and Electric Corporation v. Public Service Commission of New York* 一案中，（註 17）紐約州完全禁止電力公司從事促銷電力使用的廣告，而該審理法院採行四個階段的分析後，認定其管制為無效。其分析階段如下：

註 13 : 421 U.S. 809, 44 L. Ed. 2d 606, 95 S. Ct. 2222 (1975).

註 14 : Id. at 421 U.S. 818.

註 15 : Id., at 828.

註 16 : See e.g., *Friedman v. Rogers*, 59 L. Ed. 2d 100, 99 S. Ct. 887 (1919).

註 17 : 447 U.S. 557, L. Ed. 2d, 100 S. Ct. 2343 (1980).

其一，應先確認該商業言論非屬不法或有誤導；其二，政府對於其管制應具有維護實質上法益之目的，例如在該案中，政府節約能源及維持合理費率結構的法益被認為已經足夠；其三，其管制應直接與該政府法益之達成有關。在本案中，這個標準是具備的。最後，其管制程度應與政府利益之促進所需相當，由於該紐約管制規則採行之手段不被認為與促進政府法益相當，故而被認為違憲。但是這個四階原則，當時被 Brennan 大法官指出，有將保障資訊自由流通到消費者的言論自由原則限縮為維護國家利益原則的可能。（註 18）而事實上，這個說法在 Posadas De Puerto Rico Assoications v. Tourism Company , 106 S. Ct. 2968,2977-8 , 92 L. Ed.2d 266(1986) ）一案中已得到驗證；在該案中，多數見解反對放任主義的主張，認為一個州政府應享有選擇追求其政府利益達成之完全自由。綜上，由於美國憲法案例的發展，造成商業案件受到規範的可能性較高，是以在往後的發展中，便衍生出必須就涉及商業性利益的廣告與非商業性案件加以區別，試圖將廣告納入純粹言論的涵蓋範圍，以爭取較高程度的憲法保障之現象，這種發展，也造成了在理論上商業或非商業言論在區野上的複雜化（註 19）。

至於在界定商業言論的部分，則依據 Bolger v. Youngs Drug Products Corporation （註 20 ）的見解，美國聯邦最高法院將一個禁止郵寄避孕設施廣告的法令認定違憲。在判斷該等廣告是否屬於商業性質時，法院共提出下列六個判斷步驟：其一，是否係爭之言論提出了商業交易，這個判斷被認為是前提要件；其二，是否涉及廣告行為；其三，其言論是否牽涉某特定產品；其四，在該言論之背後，是否具有經濟上之動機；其五，是否廣告中所提及之行為本身即受到言論自由的保障；其六，其言論是否談論重要的公共議題 (public issues) 。此六個標準是得依

註 18 : Id., at 447 U.S. 572.

註 19 : 有關此方面的探討， see, George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at § 6.01 [1]; 有關 Bigelow 案的影響， see, Note, *The First Amendment and Commercial Advertising, Bigelow v. Commonwealth*, 60 Va. L. Rev. 154 (1974).

註 20 : 463 U.S. 60. 71 L. Ed. 2d 469, 103 S. Ct. 2785 (1983).

個案分別認定的。除此之外，美國聯邦貿易委員會的行政法官，也曾在處理 Reynold 煙草公司以公益性敘述方式所刊登廣告是否涉及不實廣告事時，就商業與非商業之分野加以申述。在該案中，Reynold 煙草公司至少在三個地方不當或不實的引用政府的研發報告，且未具體將該報告多處重要的發現予以揭露，FTC 在審理中認為，其陳述內容應屬非商業廣告性質，而是一種 Reynold 煙草公司對於抽煙以及健康這個公共議題等意見表達。FTC 行政法官認為，即使其訊息之傳達可能有助煙草之販賣，然其非商業之地位，仍應受到一般言論自由的保障（註 21）。這個屬於規範角度的論述，配合前揭司法的觀察角度，可見在美國，廣告本身是否屬於商業言論將涉及保護程度之不同。

三、小結

依據上開美國經驗來看，不實廣告案件的處理應有下列的合憲性考量：

- 一、言論自由之保障與政府之限制權間如何求其平衡；
- 二、言論自由對商業廣告之保護程度是否與對一般言論之保護不同；又
- 三、若確有不同，則其保護範圍與商業言論的定義為何？

綜觀我國公平交易法，不論自其立法資料或自執行起迄八十三年止的 192 個不實廣告案件來看，均未論及言論自由之保護問題，是以其處分書，也均未就執法目的與手段間的必要性與合憲性 加以說明。我們或可認為，大陸法系國家之處分書與英美法系不同，並不當然必須為此詳細說明，然則管見以為，在執法之初，先以少數個案來敘明廣告管制之合憲基礎，以確立政府限制人民基本人權時的理論依據，實有補充立法時說理不足，及表張政府依法行政的重要意義。

至於區分商業言論自由與一般言論保護程度之不同，則更有建構法律體系上之意義。例如以 (81) 公處字第零三五號對和泰汽車的不實汽車廣告處分案為例，被處分人引用德國汽車雜誌的調查資料，是否亦屬言論自由涵蓋所及之行為？若屬之，則公平會實應考量其限制權發動的角度，換言之，公平會可以考慮究竟是要基於何種理念與標準來限制和泰對於汽車雜誌的引用及其引用方式。原則上，依我國憲法第二十三條之規定，「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難，維持社會秩序或增

註 21：3 CCH Trade Reg. Rptr. 22,385 (1986).

進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」這種限制應同時適用於包含同法第十一條所保障言論自由在內的自由權利。與前述美國的三個標準相較，我國之規定應已相當完善。

設若公平會能引用此廿三條做為其限制權發動的權衡點，下一個問題則是該等「引用」是否屬商業言論的判斷。蓋引用美國的經驗，商業言論自由之保障程度是低於一般言論自由之保障的，綜觀上述 192 個案例，只有這個案例略涉及此項問題，且管見以為，由於和泰對報導的使用顯然是為促銷產品，故而公平會以商業言論視之絕無不妥。然則目前社會上有許多健康食品、濾水器或美容健身院的廣告，經常引用所謂的研究報告來「教育」消費者。此時，若其內容容易受到質疑，則與美國前述「香煙」廣告相同的定性問題便會發生，此點實值得公平會注意。

綜言之，雖然我國公平會的實務迄今並未真正涉及需釐清「一般言論」與「商業言論」的必要探討，但不可否認的，在越來越多的驗證性廣告被引用的今天，由於這個區分涉及規範程度的高低，故值得公平會加以注意。

參、執法權力及其行使

我國公平交易法對於不實廣告的管制尚無非常明確的原則與理念，固然公平會制定出第二十一條的案件處理原則，然則一個法律的執行，在台灣始終面臨二大方面的衝擊：一是執法標準不易界定；二是一般受規範者始終對於法律未予以積極的了解或自動調適；而之所以如此，則可歸責於公平交易法本身賦予公平交易委員權限，以及公平會執法行為本身之性質均不甚明確所致。這個部分，我們可以區分成幾個角度來觀察：第一，是公平會在調查以及執法權限的思考？第二，則為行政程序的考量。第三，則是審理的過程。針對第一個部分我們可以先引用美國的經驗來加以探討。

一、執法權限探源

在美國，聯邦貿易委員會法案（FTC Act）制頒之後，究竟聯邦貿易委員會是否享有制定法令的權利便一再受到質疑，最後 FTC 這方面的權利經認可後，

便做成了管制的規則，其中並制定罰則規定，凡是廣告者、廣告代理人或媒體違反其規則者，每一違法行為均應分別受一萬美金之罰鍰。FTC 並解釋，凡行為人具有實際上的認知，或依據客觀環境得合理推斷出其認知者，均得課以上述之民事罰鍰。美國為了使各企業或是廣告業界能認真而主動的了解所有的管制規則，故而明定在連續違法的狀況下，每一個別的日，是一個單一可得個別處理的違法。（註 22）在台灣，雖然公平交易委員會並未被授權制定法規來處理不實廣告事件，然則，在公平交易法第二十一條以及三十六條和四十一條的罰則中，則均已明定違法之型態及可能負民事責任及應受行政罰鍰之規定，由此來看，我國公平會雖無制定法規的授權，然則卻與美國 FTC 一樣享有課廣告事業以罰鍰之權力。

在有關調查權之範圍與行使部分，依據美國法的邏輯，調查權的授予，其目標主要在於發現限制交易的狀況，以及達成確立立法標準的目標；此外，立法者並可透過其調查來發現足夠的資料以改進法律。而針對不實廣告的部分而言，其重點則在於判斷不公平競爭方法以及何謂公益的標準認定上；為了達成這些立法目標，主管機關才會在初期被賦與所謂的準司法權 (*quasi judicial adjudication*)，而這個準司法權並在日後被擴大到調查甚至傳訊權力上（註 23）。至於在調查的內容區分上，則按照美國法的發展歷史背景來看，是先經過了所謂的概括資料蒐集及不公平競爭或不實行為界定部分，再發展到對於個案違法行為執法標準的判斷，而這些發展與當時的立法背景或目的均有關係。如前所述，在執法之初，法律的授權是希望調查能協助界定特定法律概念並提供立法者未來修法的參考；之後，隨法律的漸漸成熟，才發展到具體個案的調查權的判斷。在這具體化的階段，美國法提供的調查權主要有下列幾點：一、是現場履勘的權力 (*the power of visitation*)。二、是

註 22：George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at 32-46.2.

註 23：實際上，美國 FTC 對不實廣告的規範權並不被認為是刻意授予的，此外準司法權之授予則是基於 FTC 可能比法院為有效率的考慮；*see, S. Rep. 597, 63rd Cong., 2d Ses. 5-6 (1914)*, *see also, Dixon, The Federal Trade Commission: Its Fact-Finding Responsibilities and Powers, 46 Marg. L. Rev. 17, 17-19 (1962)*.

取得報告的權力 (the power to obtain reports) 以及三、發傳喚通知的權力 (the power to issue subpoena) (註 24)。

反觀我國的公平交易法，在調查權的部分，並未將廣告部分區別出來，也未將限制競爭與不公平競爭部分區分出來，所以在與美國賦與 FTC 之調查權時之理念相比較可發現，美國法主要著重在交易限制和不公平競爭行為的規範上，而我國公平法第四章所賦予公平交易委員會的權力，則同時涵蓋了結構性管制的限制競爭行為在內。至於在立法的目的上，由台灣原始的立法資料中我們並未看到如美國法當時所界定的賦與調查權的目標，是以我們不易判斷出賦予公平會調查權行使的階段性意義，從而也造成調查權行使時其範圍程度的模糊。如前所述，早期美國行使調查權的目的，並非在進行訴訟，(註 25) 在台灣，則所有的調查均得按照公平會的作業流程來進行，其目的大約均在於澄清未來執法或規範與否的考量上，在這個前提底下，調查權的內涵自然變得重要。

二、權力範圍之探討

誠如美國 FTC 享有的三大權力，我國公平會在公平法第二十六條之規定下享有調查權，第二十七條第一款及第二款之規定下得行使通知權，以及在同條第三款之下被賦與造訪之權力。但是，公平會並未如美國法之授予享有取得報告之權力；而事實上，取得報告之權力，正可能是最關鍵的部分。在美國，FTC Act 第 6B 條中明文授權委員會得要求涉案事業提供特別或年度報告資料，且得針對特定問題取得其書面的答覆。所以委員會在不觸及不合理的搜索和拘捕的前提下，享有相當的資訊取得權力 (註 26)。但是應注意者，行政機關雖得發出取得資料的命令，但是命令的執行仍取決於法院的。所以按照美國制度來看，這些重要資料的取得，須透過兩個權力來行使：一、是公平會本身具有的命令權。二、是這個命令被執行

註 24 : See, Pollock, Pre-Complaint Investigations by the Federal Trade Commission, 9 Autitrust Bull, (1964).

註 25 : See, Dixon, supra note 23, at 17-19 & 22.

註 26 : Powell, Scope of Current Questionnaire Investigations by the Federal Trade Commission, 37 Notre Dame Law 379 (1972).

的正當管道。

與美國法相較，我國公平交易法似乎也有所謂的通知權，但是，該通知本身與美國法院享有的命令權（尤其在 report orders 部份）似乎仍有其差距。此外，在執行命令權的部分，我國當前的實務幾乎都是由公平會直接在通知時，即引用公平法四十一條做為違反同法二十七條時之罰則，其允當與否，實在令人懷疑。再以美國經驗為例，當政府機關欲透過其命令權取得相關報告資料時，聯邦報告法(Federal Reports Act)（註 27）中便明白規定，應經過管理及預算辦公廳主席(Office of Management and Budget)事先的格式澄清，以避免騷擾商業以及公眾。至於涉及廣告案件的命令是否亦應經過同樣的程序，迄今雖尚無定論，然則依據實務上的見解，若是針對個案特別準備的問卷，並不當然需要經過上述的澄清，至於其他的報告，涉及到對超過十個人蒐集相似的資訊或者在蒐集資訊的對象上有至少九個以上不同的住址時，則應該加以澄清。進一步就廣告案件而言，若要調查一個廣告是否不實，必然會涉及十個以上的消費者的意見查訪，準此，在美國，針對不實廣告案件進行調查時，其過程必然受到相當的限制。

反觀我國目前的調查，大多係由公平會直接寄發通知要求涉案者提出說明（註 28）或者在極端的案例中，由公平會直接指派專門負責委員進行調查甚至問卷查訪（註 29），在過程上難免發生前述美國法所關切的商業上的騷擾問題。此外，在

註 27：44 U.S.C. & 350 et seg.

註 28：依據公平交易委員會 << 處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則 >> 第十點第二項，當檢舉人未依第九點規定提供事證或釋明時，係由公平會以「書面通知檢舉人」提供，至於當公平會認有依同原則第十二點進行職權調查時，究應如何進行則未若 << 公平交易委員會處理公平交易法第二十條案件原則 >> 第二十點有「通知」被檢舉事業到場陳述或提出書面說明的規定而按公平會一般的處理流程，便是以公平法第四十一條為據，依公平法第二十七條第一項第二款請其提供必要資料或證物，基本上，這種作法尚屬合理。

註 29：參見，公平交易委員會，虛偽不實廣告、標示行為之探討，（公平交易法

我國，廣告者若拒絕配合提出資訊或接受調查，會立刻受到違反公平交易法第四十一條規定之處分威脅。究竟事業得在接受調查之際便進行訴願，或應等到依該條做成之處分後，方得進行行政救濟，應是一個值得探討的問題。綜合而言之，我國公平交易法賦予公平會調查權限較為抽象，且在執行過程當中仍欠缺合憲性的考量（註 30），例如在所謂造訪權限的部分，便涉及到自罪的問題（self incrimination）所幸公平交易法第二十一條係以事業為其規範主體，因不涉及自由刑，且非以自然人為規範對象，故而一般自罪行為的禁止並不會當然適用（註 31）然則，當從事廣告者為合夥及個人時，其性質如何；則似乎仍有待判定（註 32）。此外，非法或不合理的搜捕及造訪以及取得資訊的權力等重要的問題，也同時涉及正當程序的考慮。這些問題在公平會施行細則制訂過程中均曾受到重視與討論，然則因法條本身並不周延，故而公平會在審理與執法時，並無太多的運作空間，這點實有待日後立法的補救。

不實廣告案件的審議，除調查與執行權限外，另一個重要的問題是行政程序的考量，在我國，基本上公平會處理不實廣告案件有一定之流程（註 33）。按照這個流程，公平會本其職權處理案件的過程可區分為兩個重要部分：一個是調查；一

論述系列九）頁 57-58（八十二年元月）；例如公平會第一期不實廣告案
件，“92 超級汽機車暨摩登用品展”的調查便是以問卷答之。

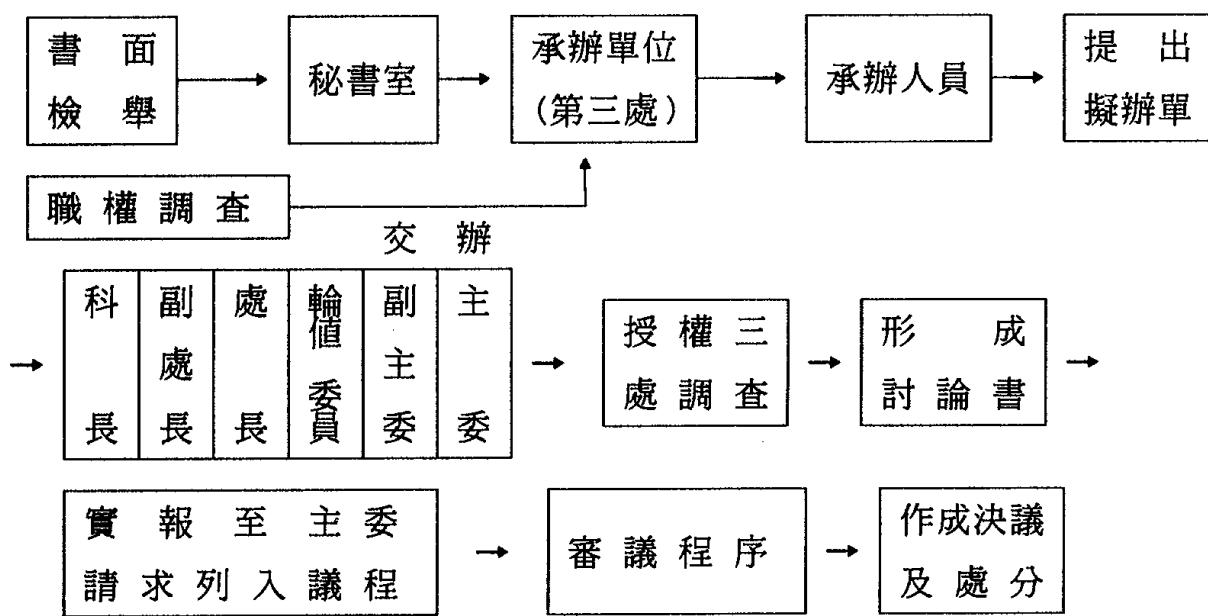
註 30：以正當程序與輔助證據之使用為例，便嘗受到相當之探討，見范建得、莊
春發合著，不實廣告（1994）。

註 31：See, Powell, *supra* note 2, 385-6 (1972).

註 32：例如當自然人以法人代表之身分從事廣告行為時，是否有其適用便值得探
討 See, e.g. Withrow, *Investigative Powers of the Federal Trade
Commission-Constitutional and Statutory Limitations*, 24 Fed. B.J.
456, 469 (1964)。在我國，則似乎無此問題，事實上，不論法人或自然
人，只要符合公平法第二條之定義便一體適用公平會依公平法第二十七條
建構之執法原則。

註 33：流程如下：

個是審議。而調查的部分，除上述所提的權力範圍問題外，應以此部分涵蓋的程序最令人感到困擾。在我國，由於行政程序法尚未制頒，是以對於公平會而言，如何處理其調查以形成討論書及納入議程，便享有相當多的判斷餘地（註 34）。參考美國的立法例，與我國三處調查程序相當的應是美國行政法官（Administrative Judge）的調查。在美國，一個不實廣告案件的處理，在進入到委員會審議之前，應先經過行政法官的處理，在行政法官的權限範圍內則應經過下列的步驟來處理事務：第一、是「訴之提出」（pleadings），在這個階段，被告會要求行政法官更具



註 34：例如在調查程序中，承辦人員對案情認為有證據資料不齊全之問題時，可簽請檢舉人補送或者進行問卷調查以作為任定違法與否之「佐證」，惟對於這些佐證，公平會則並無受拘束之義務。此外，似乎公平會並認為：「命當事人到場陳述意見係？公平交易委員會之權限，並非當事人之權利，蓋公平交易法第二十七條及其施行細則第二十六條至三十條係規定公平會調查時，「得」，……，並未如日本獨占禁止法第五十一條及第五十二條及第五十三條之二之規定係屬被審人之權利……。」故而認即使公平會未給予當事人說明或陳述之機會，自行就所謂查獲得之證據資料作認定，亦不違反公平法之規定。對於此種見解，本文以為實有可議之處。參見，范建得、莊春發，前揭註三十書，頁 15。

體而合理的說明其違法之所在，此後，行政法官應進入準備聽證（hearing）的階段，這個階段又可分成兩個程序：一個是期前會議（pre-hearing conference），一個是調查發現程序。之後，則正式進入聽證程序。在聽證程序中，主要的事項為是否行政法官有資格適任以及當事人的替換的問題。此外，在聽證階段，最重要而涉及當事人權益的是舉證責任分配問題，而這也是本文將申論於後的主要內容。

參、權力之行使與證據法則

在美國，當行政法官完成上述三大程序後，便會做成初步的決定（initial decision）。至於行政法官作成決定的過程則仍不能超脫憲法正當程序下要求的證據法則。以下謹針對有關證據法則的問題來加以介紹與說明。

所謂的證據法則，在行政程序部分並不若司法般的嚴謹，但是，其放寬程度仍不能超脫正當程序（due process）的要求。在所有證據法則（doctrines）的引用上，最重要的應是實質證據原則（substantive evidence doctrine）。

一、實質證據原則

所謂的實質證據原則是指，任何處分「應該要取得讓一個合理之理性能接受且認為適當而足以支持結論的相關證據」。（註 35）在這個基本原則下，我們可以進一步瞭解到有關舉證責任分配的問題。在美國，要處理一個涉案被告廣告行為是否涉及不實時，其舉證責任是在於委員會（含行政法官）的身上。但是，一般經濟學者並不當然認同這種責任分配。是以，這個部分在美國是有極端的爭議的。至於委員會是否能以其專業判斷來取代上述舉證責任的要求，則是一個關鍵性的定性問題。設若我們以廣告是否不實係屬判斷『不法』存在與否的法律問題，則在英美法體系之下，法律問題應交由司法來加以判斷，換言之，交由法官本於其專業領域，針對法律做成結論。反之，若我們以不實與否之判斷為事實之發現（fact finding），則此時，便需有實質的證據來證明其事實之存否，此即所謂實質證據之涵意。而

註 35 : NLRB v. Columbia Enameling & Stamping Co., 306 U.S. 292, 299, 83 L Ed. 660, 59 S. Ct. 501 (1939).

事實之發現在英美法系是不能單純由法官的專業來取代的程序。目前美國實務上之定見，是以不實之判斷為法律的判斷，或者至少是事實與法律之發現混合體（註 36 6）然則，仍有部分法院是傾向於以之為單純的事實問題而應適用實質證據原則的。

惟無論如何，這個問題是未來美國聯邦貿易委員會在規範不實廣告行為時，會在程序上持續受到質疑的一個爭點。

在我國，這個問題是顯然尚未受到重視，以公平會目前制頒的處理原則為例。在舉證責任分配上，依其原則第九條似乎是由檢舉人來承擔舉證責任。此外，在第十條第二項中亦提及，若檢舉人未能在受通知後十五日內提供證據或證明，公平會便得依檢舉無具體內容事件處理。此時，依同原則第十二點，公平會在其廣告顯有違害公共利益之虞時，「得」依職權調查處理之。這點，似乎是將舉證責任放置在檢舉人身上，與美國當前 FTC 應承擔舉證責任來看有極大的差異。此外，我國在證據法則上，一向是事實與法律判斷均交由法官來處理，而具有準司法性質的公平交易委員會，其案件審理行為，自然也同樣無從區分其究屬事實之發現抑或法律之判斷，從而也無法對之課以不同的正當程序責任。進而，是否公平會應依據事實證據原則來處理不實廣告案件，抑或可以單憑自己的專業處理之，也陷入不特定狀態。

綜合以上兩點發現，我國公平會要求不實廣告採行之檢舉人承擔舉證責任，而公平會則得依專業為行政判斷來取代實質證據的調查，依法並無不合。然則，若提昇到更高憲法保障言論自由層次，則這種處理方式是否即為公平法立法之時所確認，是否有壟斷之間題，乃至未來行政程序法制頒行後能否禁得起考驗，均值得三思。以下擬針對美國在實質證據原則下處理案件時的另一些程序事項再加以介紹，以供未來公平會進一步調整其不實廣告案件處理步驟時之參考。

二、廣告實證原則（advertising substantiation）

所謂的實質證據原則並非意指委員會對一個違法行為的存在，必須證明達到無合理懷疑 (beyond reasonable doubt) 或者是優勢證據 (the prevalence of the

註 36：George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at 35-9.

evidence) 的程度。換言之，只要委員會能夠指出其有實質上的證據足以支持其主張（註 37），便已足夠。然，當面臨「廣告實證」問題時，這個處理原則便必需調整。

「廣告實證原則」是美國另一個處理不實廣告案件的重要證據法則，準此原則，當一個廣告主張其產品具有特殊性質，或概括的表示其廣告之產品具有抽象的效能時，執法機關（FTC）得要求其證明之。早在 1971 年，美國聯邦貿易委員會便曾提出，一個消費性產品的廣告，應該要有相當的證據來支持或表張其所陳述內容為真正。當時，這個要求被認為是屬於積極公開消費資訊（affirmative disclosure of information）的要求之一。準此要求，凡涉及消費者健康或安全（health and safety）的產品，均有此原則的適用。到了 1982 年，聯邦貿易委員會便正式的要求，任何廣告主均應有對於其廣告內容予以實證之能力。所以，這個廣告實證的要求幾乎已成為是 FTC 習慣上的要求。隨著時間的經過，聯邦貿易委員會已進一步將其要求轉換成為四個不同的基本原則（註 38）但是這個所謂的廣告實證原則，不斷的受到適法性及合憲性的質疑。當時雖然 FTC 極力的捍衛其計劃的合法性，然則，不可否認的，部分法院仍然對於其將舉證責任轉嫁到企業身上，以及這種責任轉嫁所會導至企業將其增高之成本轉嫁到消費者身上的可能，表

註 37：Callmann, *The Law of Unfair Competition, Trademark and Monopolies* § 95.6 (a) (3rd ed, 1988).

註 38：其原則內容如下：

- (一) 其原則不僅適用於可能危害健康或安全之廣告，且係適用於所有消費性產品；
- (二) 一個廣告者在針對其廣告提出之訴訟程序中提出充分的科學證據是不夠的。除非他在為廣告時業已擁有這些證據，否則仍可能違法；
- (三) 此原則的確立是基於下列之指控：消費性產品的廣告，常常會引導消費者相信其廣告之訴求業經適當且完美之科學測試的實證；
- (四) 廣告實證原則將舉證責任由委員會移轉給廣告者。

See, George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at 35-18.

示不能接受。此外，由於這種原則絕非貿易管制原則的本身，是以 FTC 的要求被質疑是「顯然不當的加重受規範者的負擔」。（註 39）對此，即便是聯邦最高法院也提出了應重視言論自由保護問題的要求（註 40）換言之，究竟 FTC 以一個行政機關的身份，能否在未經過司法審查程序前即剝奪一個憲法上的基本人權，受到了高度質疑。目前美國的初級法院一般尚不至認為真有如此大的顧慮，（註 41）然則，將涉及維護言論自由的議題交給一個行政機關自行處理，其妥當性仍然是高度受到懷疑的。FTC 在經過多方的質疑後，進行了一個詳細的評估，並在 1984 年重新提出其政策宣示 (policy statement)。在政策宣示中，FTC 再次確認其廣告實證的計劃，惟提出新修的六點意見（註 42）。從這時起，最重要的發展

註 39：See, Id. at 35-18.1 & 35-19.

註 40：Id., at 35-19.

註 41：Id., & 有關這方面的爭議 see, Comment, Ad Substantiation Program, 30 Am. U.S. Rev. 429 (1981) & Note, The FTC Ad Substantiation Program, 61 Geo. L. J. 1427 (1973).

註 42：See. Federal Trade Commission Policy Statement regarding its advertising substantiation program, Aug. 1, 1984. 其六點原則如下：

(一)委員會將持續要求廣告者對其廣告訴求應有合理之依據，否則將被視為違反 FTC Act 第五條成為不公平 (cufair) 及欺罔 (deceptive) 之行為；

(二)廣告者應在刊登廣告前，即具有與其廣告訴求對消費者明示或默示表示相當的憑據程度，換言之，業經註明的陳述便需事先即經實證。至於默示陳述部分，則視一個合理之消費者是否會期待其證據存在來決定是否有實證要求之適用；

(三)委員會不再援引 FTC Act 第六條規定之權力，從事產業全面性的調查來決定其廣告訴求是否業經實證，而是改採個案決定的模式；

(四)在實證結案完成前，委員會將不公開其調查；

(五)委員會在決定是否應作廣告實證之要求時，將不再仰賴產業自律組織，

是 FTC 回歸了早期 1972 年使用的合理基礎 (reasonable basis) 原則，來處理問題。

在這個合理原則下，FTC 將廣告所宣稱的內容區為特定陳述內容以及概括主張效能 (effectiveness) 兩個部分，對第一個部分 的處理，被界定為 establishment claims，針對這個部分，FTC 要求廣告應依具體要求之標準 (level) 來證明其宣稱之內容。至於其他 (第二部份) 的概括性效能宣稱，則屬於 non-establishment claims。針對這類型的廣告，FTC 享有較大的自主權，來判斷其應符合舉證的程度。在這個彈性原則下，通常會使得標準顯得較為抽象，例如，所謂適當而可信賴的科學證據 (competent and reliable scientific evidence) 就是其中的一個例子。（註 43）無論如何，美國即使不嚴格要求實質證據原則的適用，但是對於涉及健康與安全的不實廣告的規範，仍是繼續實施前述之實證原則的，而這點在我國則似乎尚未受到考慮或尊重。

肆、審議程序與處分

一、審議程序

，例如全國廣告審查委員會 (The National Advertising Review Board) 的發現。

（六）最後，也最重要的是委員會將依下列原則來接受 (accept) 廣告刊登後廣告者才提出的實證資料：

1. 在提出糾舉 (complaint) 前，幫助委員會決定是否在公益的考量上仍有必要繼續進行追究廣告者責任的程序；
2. 協助委員會評估廣告者在刊登其廣告訴求前之實證措施是否允當；及
3. 幫助委員會針對是否就廣告欠缺充份的實證作成處分命令，以及命令之適當程度作成決定。

註 43 : American Home Products v. FTC L. Ed. 681, 710 (3rd Cir. 1982.)

除行政程序以及前揭論及的調查和執法權限範圍外，規範不實廣告的最後一個重點則是權責機關在處理過程當中所面臨的問題。在美國，行政法官僅能做成初步的決定，而委員會則負責最終決定。是以初步與最終決定間的關係，便是整個審理程序所應處理事務的重心。而在台灣，雖然法律並未區分出初步和最終決定，但是在公平會目前的流程上，仍然有初步和最終決定的差異。是以，美國在處理初步與最終決定間所面臨的問題以及看法自然有足供我國借鏡之處。目前我國在處理完三處的調查事務後，會形成初步的意見（討論書）交由主委排入議程，然後進入委員會來處理。究竟委員會應由何種角度來看待三處調查的結果及討論書，實值得進一步探討。在美國，這個問題被定義為究竟初步決定對於最終決定的影響如何，且可再被細分為事實、法律以及行政判斷三個探討的角度。

在事實的部分，首先應瞭解的是，究竟事實是依據證人的可信性（credibility of witness）而發現或者是以其他方法而取得者。對於前者，即根據證人的可信性而發現的事實部份，美國聯邦最高法院是傾向於認為即使委員會是可以變更其初步決定，但是其變更則應該是基於實質上的優勢證詞紀錄（record of testimony）來作，否則應基於對證人信用的尊重予以維持。換言之，除非事後之審議有具體可憑的證詞來推翻初步的見解，否則不宜聽由委員會直接將初步決定推翻（overrule）。在實務上，聯邦貿易委員會也持相同立場，認為行政法官只要是依據證人的可信性所做成的評估，除非有其他具體有據的證詞（recorded testimony）否則這種發現不應該被廢棄（註 44）。至於非基於證人可信性所發現的事實（findings of fact not based on credibility）部分，FTC 則認為只要委員會能夠有具體的證據或實質的證據支持其觀點，法律是確認委員會有修改、變更或是駁回行政法官發現事實的權力的。其基本理念是認為，在欠缺具體證人可信性的依據下，行政法官的見解應不會比委員會的見解來得更加可信。委員會確定如此做後，依法便應自行承擔其最終決定的責任。

至於在法律的適用和行政裁量權行使原則部份，原則上，美國的見解是認為委

註 44：目前美國各聯邦巡回上訴法院也幾乎是採取同樣的態度，See, George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at 36-4 & nt 7.

員會的權力是絕對不會受限於初步決定的。（註 45）

綜合上述的評介，我們可以發現，我國公平交易委員會在審理第三處經由主委轉來的案件時，同樣也會面臨相同的問題，一方面參考美國的經驗，另一方面基於公平會與第三處間證人僅屬行政從屬關係之故，委員會議應該也是在法律適用及行政裁量範圍上不必受到任何限制。但是針對三處調查發現的事實，是否也應依據其事實發現所憑藉內容來加以區分其可信性，而在必要時不妄自變動其可依據之事實內容，則法無明文。惟基於行政資源之有效使用與分層負責的理念，這點仍值得公平會進一步的思考。個人認為，為追求效率並讓委員會的判斷能趨向於專業化，似乎對於行政幕僚有證人可信性為據所發現之事實應予以尊重才是。

二、處分之類型與選擇

除上述的純粹程序問題外，委員會所面臨的另一個重要問題是如何來選擇處分，或者說是救濟方式的考慮。在美國，委員會享有相當大的處分方式選擇空間，例如在做成最終決議前，委員會有機會和涉嫌違法者達成作成認諾命令（consent order）的協議，由廣告主自行調整並補救其偏差行為。此外，在經過審理之後，委員會的選擇約略有下列幾種：一是著重在預防未來違法行為之處理，稱之為無懲罰性命令（no punitive orders）（註 46）；二是配合相關的消費者保護法令，例如麥格納森摩斯擔保法案（Magnusons Moss Warrrany Act），由委員會直接將損害賠償納入其命令中（restitution orders），基本上這種損害賠償被定義為衡平救濟（equitable relief）。（註 47）

三則為所謂的合理必要的命令（orders reasonably necessary to forestall the evil）。所謂合理必要的命令，並非只限於針對特定單一行為而做成就者，還包括一般在做成決定時（或處分時）執法機關所應遵守的命令標準在內，早在 1946

註 45：Cf. id., at 36-6 nt 10.

註 46：E.g., Coro, Inc. v. FTC, 338 F. 2d 149 (1st Cir. 1964), cert. denied 380 U.S. 954 (1965).

註 47：E.g., Baum v. Great Western Cities, Inc. of New Mexico, 703 F. 2d, 1197, 1210 (10th Cir. 1983).

年，美國司法體系便要求 FTC 在作成處分時，除合理必要（*reasonable necessary*）的考慮外，更應注意其救濟與所欲排除違法作為間之合理關係（*reasonable relation*）。目前，合理必要與合理關係這兩個標準被認為是併存的（註 48）。

再其次，則是所謂全面禁止（*closing all roads*）的命令，針對這個部分，美國聯邦最高法院的解釋是，委員會並不被限於只禁止過去被發現或發生過的具體作為，而可以直接設定禁止目標來禁止一個違法者的所有違法可能，這是一種樊籬（*fencing-in*）設置的技巧和規範刁鑽企業經營者的方式。其使用時機在於發現同一被告（同一涉嫌人）有累犯之傾向時，其目的則在於防止其未來從事同樣的或同類型的違法行為。惟此種命令之作成，仍同樣應受到前述合理必要原則之限制。在命令作成後，一個受規範者則得請求委員會重新考慮其處境並變更其原有處分。至於對這個重新變更處分的要求應如何處理，自 1988 年起，委員會便設立了新的評斷基準（註 49），按照這個基準，只要請求者能提出切結書（*affidavit*）指出其已具備調整和改善原有狀況之事實，便已符合要求，此時委員會便得基於公益與情況的變更重新考量是否有變更其原有命令的基礎。

除了以上所談及的各種處分措施外，另外在美國尚有一些值得台灣參考的經驗，例如非單一產品命令（*multiproduct order*）即屬之；這個命令所涉及者，是 FTC 可否在針對一個生產或提供多元化產品者之單一產品做不實廣告之處分時，同時在命令中涵蓋其他所有產品在內。原則上，美國是認可委員會得針對可能會涉及許多產品的不實廣告類型，以單一的命令來加以規範的。惟，此時委員會必須澄清，到底在什麼狀況底下，這種命令才能被認為與其欲規範之違反現象間具有合理的關係，從而不至於太過廣泛。例如美國 *Sears, Roebruck & Co. v. FTC* 676 F.2d 385 (9th Cir. 1982) 案中便發現，雖然其不實廣告是針對洗碗機而做，但是法院仍認為 FTC 之處分命令確有必要擴及到禁止其從事任何「重要的家用設備」（*major home appliance*）不實廣告。至於一個處分是否合理，主要是取決

註 48：See, e.g., *Chrysler Corp. v. FTC*, 561 F. 2d 357, 364 (D. C. Cir. 1977).

註 49：16 C.F.R. § 2.51 (b) (1988).

於前述所謂「合理的關係」判斷上。目前，美國提供了五點做為合理判斷關係是否存在的衡量基準：第一，是廣告者違法的意圖和傾向；第二，是違反的嚴重程度，第三，是違法者的過去紀錄；第四，受規範者移轉該項違法行為到其他產品上的可能與程度；第五，在該產業領域中的競爭程度（註 50）。原則上，並非所有的要素都應同時具備，而是按個案的狀況來認定。例如，在上述 Sears 案中，則是因為第四點，即移轉性的存在，而使法院能認可 FTC 處理方式。在該案中，委員會主要目的是在預防該公司漸次的將尚在有限程度使用的不實廣告，普及化成為其一般商業方式，所以所謂的非單一產品命令（multiproduct order）即著眼於此目標之合理達成。

像這類的救濟選擇問題，在我國目前對不實廣告的案件處理上似乎均未（或無法）見到、引用或參考，實則，在公平交易委員會本身具有濃厚的行政官署背景下，如何適當反映比例性與目的性，也同時攸關個案公平性的維護，而美國法在這方面的處理經驗實值得我國公平交易委員會加以參考。

伍、結論與建議

綜合本文之發現，管見以為，我國公平會目前的執法程序，不論就憲法的角度或依法行政的理念來看，並無顯著的瑕疵，但是為求規範者其權利發動制度化，以及受規範者能享有對於配合方式的合理期待權，謹建議如下：

一、公平會應試圖透過適當的案例確立我國規範不實廣告案件之合憲性基礎，並補充說明立法的目的；

二、針對調查相關執法權力的界定與行使方式部分，宜斟酌參考美國較有體系的執法經驗做某些程序的調整，此外，執法權力的行使因受限於公平交易法授權範圍之侷限，而有難以施展之現象，宜在未來修法時，予以強調；

註 50 : See, George E. Rosden & Peter E. Rosden, *supra* note 2, at § 36.,03 [3]

三、在證據法則的部分，公平會宜特別重視實質證據原則，以及廣告實證原則的適用時機，尤其廣告實證原則的部分，美國經驗應能提供公平會相當之參考；

四、在處分方式的取捨上，美國多樣化的選擇，也值得公平會的參考，尤其非單一者品命令部分，便能契合我國當前之需要，值得國內就理論與實務兩個角度分別加以探討。

綜上，在消費者保護運動日趨完善的今天，公平會規範不實廣告的成效，正足以表彰其維護消費者權利最終立法目的之達成。然為求精益求精，謹以此文提供公平會之參考。

