

事業以比較廣告從事競爭之界限

劉 孔 中 *

目 次

壹、前言	一、比較廣告之類型
貳、比較廣告之定義	二、與非比較廣告之區別
一、美國	肆、比較廣告之評價
二、歐洲聯盟	一、美國
三、德國	二、歐洲聯盟
四、我國	三、德國
參、比較廣告之類型及其與非比較廣告之區別	四、我國
	伍、結論

壹、前 言

事業一方面依循市場而運作，另一方面亦試圖有系統地影響市場，此種互動關係可概稱為行銷 (Marketing) (註 1)。就第二個層面之行銷而言，事業係以各種銷售手段誘使潛在的顧客購買其提供之商品或服務。其常用的銷售手段有廣告及促銷活動 (sales promotion) 二種，廣告不論是透過印刷物、電視台、電台、海報或其他任何視聽媒體，均是經由媒體，故學者習將廣告稱為「媒體廣告」(Medien-

* 中央研究院中山人文社會科學研究所法律組助研究員，國防管理學院法律研究所兼任副教授。

註 1：D. Ahlert, Marketing-Rechts-Management, 1988, S. 26。

werbung, media advertising) (註 2)。事業從事各種媒體廣告時，除了宣揚自身產品之諸多優點之外，往往亦主動或被動將事業本身或其產品與競爭對手或其產品相互比較，此即比較廣告之由來。比較廣告之目的無非在於貶抑他人以彰顯自己，因而引發公平交易法（以下簡稱公平法）上諸多爭議，特別是消費者知的權利、事業從事廣告競爭之言論權利以及被比較事業維持商標及商譽之正當權益應如何取得平衡。此外，在我國實務上已產生不少比較廣告的案例，公平交易委員會（以下簡稱公平會）並且針對比較廣告在何種情況下為虛偽不實或引人錯誤訂有處理原則（註 3，以下簡稱比較廣告原則）。對此等實務上具有重要性之案例，學理上少見探討。因此本文將分別界定比較廣告之意義、整理比較廣告之類型及與非比較廣告之區別、評定比較廣告之價值、劃定比較廣告在公平法上應遵守之界限。

貳、比較廣告之定義

一、美國

美國法律並未對比較廣告加以定義，美國法院處理此類案件時，主要是判斷廣告是否違反聯邦交易委員會法第五條之規定（禁止「不公平競爭方法」及「不公平或欺罔之行爲或手段」），對比較廣告之概念並不感到興趣。相形之下，美國聯邦交易委員會 (Federal Trade Commission, FTC) 於一九七九年於聯邦公報發佈「比較廣告政策聲明」(Statement of Policy on Comparative Advertising) (註 4)，其中將比較廣告定義為「依據可客觀衡量之屬性或價格比較不同品牌產品

註 2：G. Schricker, *Recht der Werbung in Europa, Einfuehrung*, 1990, S. 11; R. Bagehot, *Sales Promotion*, 1993, 5.2.1。

註 3：見「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」（收錄於公平會 84 年 4 月編印之「公平交易法相關行為處理原則」第 19 頁以下）第八點。

註 4：見 16 CFR § 14.15 腳註 1。

之廣告，該廣告並以被比較之品牌名稱、圖示或其他之說明指出該品牌」（註 5）。依據此項定義，比較廣告必須具備二個要件：揭露被比較產品之品牌以及所比較之項目應該是可客觀衡量之屬性。然而什麼是可觀衡量之屬性，不容易界定清楚，例如「A 比好 B」，「好」是否可以客觀衡量？不無爭議。

二、歐洲聯盟（以下簡稱歐聯）

歐洲聯盟執行委員會（以下簡稱執委會）打從一開始就計劃將不正競爭防止法之全部統一調合，但是由於同時考慮到保護消費者，致其注意力集中於引人錯誤及不當之廣告，再加上英國法系會員國反對就不當廣告制定概括條款式之規定，於是歐聯先於一九八四年頒布引人錯誤廣告準則（由負責消費者保護之總署起草）。由於歐聯各會員國對於比較廣告之規定差異頗大，例如西班牙對於人身廣告採取禁止立場，因為此種廣告即使符合真實，仍係以不相關之情況（例如競爭對手之種族、國籍、膚色、意識型態）從事競爭並且侵犯競爭對手之個人領域。反之，西班牙自廣告陪審團（Werbejury）於 1976 年 11 月 4 日做出裁判以來，原則上即允許符合真實的比較廣告，符合真實的比較廣告只有在具備特殊的不正當性時，才會被例外地判定為違反善良風俗（註 6）。丹麥雖然原則上不認為比較廣告為不正當之競爭行為，但是對比較廣告有頗為嚴格之要求，丹麥消費者保護官（Verbraucherombudsman）認為比較廣告必須正確、相關且忠於競爭對手（loyal），消費者保護局在其一九八八年之報告中即承認“比較廣告要滿足市場法之要件，是件極為困難的事”（註 7）。相形之下，盧森堡及比利時則明文禁止比較廣告，以比利時為例，其商

註 5：原文為：For purposes of this Policy Statement, comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information.

註 6：G. Bredow, *Recht der Werbung in Europa, Spanien*, 1990, S. 26-27。

註 7：A. Kur, *Recht der Werbung in Europa, Daenemark*, 1990, S. 37。

業行為法第二十條第二款禁止商業廣告“帶有欺罔、毀謗之比較或在沒有必要的情況下以比較廣告方式將競爭對手揭露”，其實比利時法院長久以來即依據民法第1382條之規定，禁止比較廣告（註8）。故為了消費者利益、自由競爭及市場整合之考慮，引入錯誤廣告準則提及歐聯應在整合各國關於引入錯誤廣告之後，於必要的範圍，依據執委會之建議處理比較廣告的問題。

歐聯部長會議於一九九一年提出比較廣告及修正引入錯誤廣告準則之建議準則（以下簡稱比較廣告建議準則，編號為91/C 180/15）（註9），其中將比較廣告定義為「直接或間接將一位競爭對手、或其同種類之商品或服務表現出來之廣告」。雖然此項建議準則依循解除管制及自由化之原則（為消費者資訊、市場透明及加強競爭之利益，凡仍原則禁止比較廣告之會員國應准許符合真實的比較廣告），獲得支持，但是德國學界及業界對之仍有頗多批評，僅就比較廣告之定義而言，他們認為該項定義超出固有的批評比較廣告之範疇，特別是未將依附廣告（所謂依附廣告係指將自己之商品或服務說成與他人著名商品或服務具有相同或類似或可代替性之優點的廣告，易言之，此種廣告並不貶損競爭對手或其商品或服務，而係攀附其競爭對手之商譽）排除，而有與歐聯商標法準則牴觸之虞；此外，該項定義完全未提及「比較」，以致可能將單方面之關聯（例如批評但未比較）納入比較廣告。最後，該項定義僅針對與一位競爭對手之比較，忽略了比較廣告不乏將一群競爭對手加以比較之事實（註10）。

1992年12月舉行的歐洲部長會議同意採行歐體法補充適用原則（Subsidiaritättsprinzip），在該次會議中執委會亦認為它所提出之某些建議（包括比較廣告之建議）包含過多細節規定，因此計劃將之簡化為一般原則，具體部分則交由各會員

註8：F. Henning-Bockwig, *Recht der Werbung in Europa*, Belgien, 1990, S. 54-55。

註9：引自 Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 17. Aufl., 1993, S. 20f.。

註10：Schricker in Jacobs/ Lindacher/ Teplitzky, *UWG Grosskommentar*, 1994 F 362 Einl.。

國決定。自此之後至今，並未聽到執委會就此建議提出新的草案（註 11）。

三、德 國

德國法律並未對比較廣告加以定義，倒是學說發展出「關聯廣告」(bezugnehmende Werbung) 此一上位概念，其中包括人身廣告、依附廣告(anlehnende Werbung) 及批評性的比較廣告(kritisierende vergleichende Werbung, 簡稱比較廣告) 三種（註 12）。綜觀學說通說，一般認為比較廣告有三個構成要件：

(一) 具有比較效果 (Vergleichswirkung)

廣告主必須將其競爭對手之產品或服務與自己之產品或服務比較。若只是對自己產品之種種好處大作廣告，而未與他人比較，則是單純的廣告，此種廣告有助於消費者在不同產品間做比較，但廣告主本人並未做比較。此外，比較之產品間必須處於競爭之關係，才有比較可言（註 13），用英美法的話來說，必須將「類似與類似」比較 (like-for-like)，才是比較，例如就汽車耗油量而言，將奧斯汀之迷你車與勞斯萊斯比較，就不是將類似產品與類似產品比較（註 14）。

(二) 針對特定之競爭對手 (Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber)

若只是與競爭產品為抽象之比較，尚不能滿足比較廣告之要件，因為比較廣告對被比較產品之事業而言，本質上屬於一種阻礙性質的競爭 (Behinderungswettbewerb) 行為，故若被比較產品所屬之事業不特定或非可得特定，即不會產生阻礙之效

註 11 : V. Loewenheim, Das Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in der EG, 收錄於 Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der EG? 1993, SS 1-10(5)。

註 12 : V. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl. 1990, S. 104。

註 13 : Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 338, § 1 UWG。

註 14 : Bagehot, 註 2, p. 252。

果，因此也不會產生不正競爭防止法上的問題（註 15）。比較廣告無庸直呼競爭對手之名稱，只要廣告訴諸之交易圈中並非全然不重要的部份人士認為其受到比較之影響，即充分此項要件。若整體地與一群競爭對手之產品或服務相關聯，並不構成比較廣告，若比較廣告之對象為競爭對手整體或所屬行業之全部，亦不構成比較廣告（註 16）。

（三）批評係帶有貶損之意涵 (herabsetzend)

廣告主必須貶損特定競爭對手之產品或服務，以表彰自己商品或服務之長處及優點。若被比較之商品並未遭到貶損，原則上不會產生不公平競爭的問題，最多有引人錯誤之可能。至於是否有貶損之涵義，必須視廣告所訴求對象之感受而定；由於廣告經常帶有簡短標語式之內容，故在認定是否有貶損之涵義時，並不是那麼容易（註 17）。

四、我 國

「比較廣告」並未出現在我國公平法中，但已是公平會之正式用語（註 18）。不過該會並未對比較廣告之意義加以說明。國內學者有參考日本學說而主張比較廣告應該具有下列三個特徵：1. 就「兩個」明示之特定廠牌或可得而知之廠牌加以比較，2. 必須基於產品一個以上之特質來作比較，3. 必須明示或暗示關於被收集做為比較基礎之事實情報及來源（註 19）。本文認為此項定義並不值得贊同，因為：1. 事實上比較之客體並不限於產品，競爭事業本身亦可做為比較之客體；2. 比較之對象僅須為具體或可得確定，故不一定只有「二個」不同產品或服務才能比較；3. 比較時並無理由限制必須基於產品一個以上之特質來作比較，僅比較一個特質（例如

註 15：v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 1987, S. 366。

註 16：Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 339, § 1 UWG。

註 17：Emmerich, 註 12, S. 106。

註 18：例如公平會 (83) 公處字第 122 號處分書（見該會公報 83 年 11 月，第 19 頁）等。

註 19：汪渡村，產業經濟法研究，第 304 頁。

價格)，亦可產生阻礙競爭之效果；4. 明示或暗示比較基礎之事實情報及來源，按理言，應係認定廣告是否為正當之標準，而不是比較廣告之構成要件。

本文建議參考德國通說將比較廣告理解為：「與特定或可得確定競爭對手或其製造、銷售之相同或類似商品或服務比較後所做帶有貶損競爭對手或其商品或服務意涵之廣告」（註 20）。依此定義，依附廣告被排除比較廣告之外，因為依附廣告之性質為攀附（即榨取他人商譽）而非阻礙競爭對（註 21）。此外，比較廣告之廣告主無庸親自比較，或可委託他人比較，亦可引用他人產品測試之結果或報導。

參、比較廣告之類型及其與 非比較廣告之區別

一、比較廣告之類型

(一)從比較之客體而論

從前述關於比較廣告之定義中，吾人不難看出比較廣告之二大類型，一是針對特定競爭對手人身之比較廣告，可稱為人身廣告 (persoenliche Werbung)，另一是針對競爭對手之相同或類似產品或服務中對買受人之決定具有重要性之一切情況（包括價格、品質、使用年限、維修條件、交易條件、產品擔保、售後服務、更新、保固等）之比較廣告，可稱之為批評性的比較廣告。

就競爭對手人身之比較廣告，係針對其本人或其事業本身之個人事務加以比較之廣告。個人事務又可分為業務範圍之個人事務及純粹私人範圍之事務（註 22），前者如競爭對手之專業資格、能力或經營方式；後者包括之種類繁多，舉凡競爭對手之性別、種族、宗教、婚姻及家庭狀況、世界觀、疾病、人格、政治立場、國

註 20：惟吳翠鳳及劉久瑛認為未明白指出具有競爭關係之廠牌或企業名稱者亦為「比較廣告」，似有誤會，見氏著「比較廣告適法性之研析」，公平交易季刊，二卷四期，第 129-135 頁（129 頁）。

註 21：Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl. 1993, S. 53。

註 22：W. Nordemann, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 1993, Rdnr. 328。

籍、前科或不良行爲（特別是侵害權利之行爲）、財務狀況（負債或破產）、法律狀況（官司纏身），乃至對待員工之態度等。

人身廣告及批評性的比較廣告在公平交易法上之評價不同，容後再述。

（二）從比較之目的而論

德國法上因爲對比較廣告採取較嚴格之立場，故從比較廣告之目的將比較廣告區分爲數種類型，再分別加以例外處理。德國通說認爲比較廣告之目的除了貶抑競爭對手或其產品以吹捧自己之產品之共通目的之外，尚有出於防衛、回答詢問及糾正錯誤等目的之比較廣告。(1)防衛性之比較廣告 (Abwehrvergleich)：事業若受到競爭對手不正當之攻擊，爲維護其其當之個人利益，而以將競爭對手之商品或服務與自己之商品或服務比較之方式進行防衛。此種非出於自我吹捧之比較廣告，由於係維護其利益，故在評價上應該比一般之比較廣告對廣告主更爲有利。(2)回答詢問之比較廣告 (Auskunftsvergleich)，事業遇到顧客詢問競爭對手之產品或服務時，若沉默不語，必然招致顧客之不信任。故爲避免此種情況之產生，事業多會針對顧客之詢問提出回答。此種回答詢問之比較廣告與防衛性之比較廣告，均屬於出於被動之廣告。(3)糾正錯誤之比較廣告 (Vergleich zur Richtigstellung falscher Vorstellung 註 23)，事業之比較廣告或許是爲了糾正一般錯誤的觀念，或許是糾正具體交易相對人之錯誤觀念，例如顧客向製造商抱怨其產品時，製造商可將產品與其他之競爭產品比較，以糾正其錯誤觀念。

不過本文認爲依據比較廣告之目的或動機區別比較廣告之類型，並無太大實益。因爲比較廣告之目的或動機繁多，若以之區別比較廣告，並不能達到區別之效果。其次，如後所述，比較廣告在公平法上之評價以採原則許可爲宜，但必須符合一定要件（例如符合真實等），至於其出於何種目的，並不能改變此項評價。

二、 與非比較廣告之區別

在實際生活中，有的廣告雖然將產品或服務比較，但並不構成比較廣告，其主要之類型有：

註 23：此用詞引自 Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 377 § 1 UWG。

(一)系統比較 (Systemvergleich)

所謂系統比較係指對產品或服務之一般系統（包括生產製造、銷售、組織、使用之材料或工作方式等）進行比較，但在比較過程中並未提及任何特定競爭對手或使其得以被辨認出來。換言之，系統比較並未針對特定競爭對手具體加以比較，亦即並未對競爭對手之人身或產品本身有任何貶損，因此系統比較並非比較廣告（註 24）。但是若使用被比較廣告系統之競爭對手非常稀少，以致於在該相關領域之從業人員一看該系統比較，即可將其辨認出來，則此種系統比較就轉變為比較廣告。例如我國實務上，久陞企業對腳踏車剎車固定座所為之系統比較（見公平會 (83) 公處字第 115 號分書，公平會公報，三卷十期 (83.10.31)，第 44 頁），由於被比較系統之事業為該產品之最大供應商，則此種系統比較遂有可能演變為比較廣告。傳統上德國學說及實務將系統比較又區分為固有的系統比較—並未指名為自己產品廣告—及非固有的系統比較—在比較之同時為自己之產品廣告，但是本文認為此種區分並無實益，因為即使非固有之系統比較亦欠缺比較廣告所必要之個別關聯性，換言之，使用被比較系統之事業或其產品並未被個別地比較（註 25），故本文不區別所謂的固有及非固有系統比較。

(二)產品種類之比較 (Warenartenvergleich)

不同種類產品間之比較（例如一般可樂與低卡可樂，一般咖啡與無咖啡因之咖啡），若未針對特定之競爭對手，則不會產生比較廣告阻礙特定競爭對手之效果，故亦非比較廣告。不過，若系爭種類之產品係由極少數之事業所生產，以致於在產品種類之比較時可明顯看出其係針對其特定競爭對手，則此種產品種類比較就轉變為比較廣告。產品種類之比較在概念上與系統比較頗為接近，例如一般可樂與低卡可樂，固然是二種不同種類之產品，但是亦可看做二種不同之生產系統，因此並無必要將二者絕對區分（何況二者之法律評價相同）。

(三)自我比較 (Eigenvergleich)

事業將自己前後製造或提供之產品或服務比較，主要在於表揚其技術或品質之

註 24：Baumbach/ Hefermehl, 註 9，Rdnr. 343, § 1 UWG。

註 25：v. Gamm, 註 15, § 386。

改良或提升，原則上不與競爭產品比較，故不構成比較廣告。但是在例外的情況下，自我比較亦可能演變為比較廣告，例如事業以前製造或提供之產品或服務，目前仍有其他可得確定之競爭對手製造或提供，或係由其可得確定之受僱人所製造，而該受僱人目前已離開該事業自行創業，而成為其競爭對手，事業若以其現在製造或提供之產品或服務與之比較，即會產生貶損可得確定競爭對手之阻礙效果，而成為比較廣告（註 26）。

（四）頂尖廣告 (Alleinstellungswerbung)

所謂頂尖廣告係指，事業以廣告吹捧其事業或產品居於頂尖地位，例如「銷售量最大」、「最受大學生喜愛」、「全市售價最低廉之超市」之類的廣告。頂尖廣告雖然將所有同類產品或競爭事業都比了下去，因而產生了一定程度的貶損效果，但是因為並未針對特定之競爭對手，所產生之貶損作用僅是該廣告之附隨作用，故不構成比較廣告（註 27）。不過頂尖廣告亦可能演變為比較廣告，例如德國實務上即曾認為「巴伐利亞邦最大黏著劑工廠」此一頂尖廣告為比較廣告，因為該邦只有二家黏著劑工廠，故該項廣告使得另一家工廠直接受到影響（註 28）。美國法院對於頂尖廣告採取比較寬鬆的立場，例如在 Smith-Victor Corp. v. Sylvania Elec. Products, Inc. 一案，被告聲稱其燈具之亮度遠超過現有一切之燈具，其光束之範圍亦較最廣角之鏡頭為廣，結果美國地區法院認定其不過是「吹噓」(puffing)，而未禁止之（註 29）。

（五）產品測試 (Warentest) 之報導

經由客觀、中立之科學家、學術機構、產品測試單位或消費者保護團體所做之產品測試結果，經一般大眾媒體報導後，對於測試結果優良之事業而言，自然是有利之廣告，對於測試結果不佳之事業，則是競爭上之挫敗，並且優劣事業之名稱往往均被明確指出，但是從事此種報導之大眾媒體與被比較之事業並不處於競爭關

註 26：Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 353 § 1 UWG。

註 27：v. Gamm, 註 15, S. 394。

註 28：OLG Stuttgart GRUR 1955, 50, 52。

註 29：242 F. Supp. 302 (1965)。

係，而且其報導之目的亦不在於促進特定事業之產品銷售或貶損特定事業，亦即不是以廣告而是提供大眾資訊為宗旨，故不構成比較廣告。反之，事業若在其廣告中引用他人所做產品測試之結果或大眾媒體對該結果所做之報導，則構成比較廣告（註 30）。

肆、比較廣告之評價

一、美國

對於比較廣告之規範，美國係依聯邦交易委員會法第五條之規定。基本上美國法院對比較廣告採取允許之態度，例如在 *OA Business Publications, Inc. v. Davidson Publishing Company* 一案，被告將其報紙之第二、三頁與原告報紙之第二、三頁比較，美國聯邦第七巡迴上訴法院認為，被告並未表示此項比較是具有代表性 (typical) 之比較，而且並未不實陳述，故不構成不公平競爭（註 31）。

美國聯邦交易委員會在前述「比較廣告政策聲明」對比較廣告抱持極為肯定及寬容之立場，它認為真實且不欺罔之比較廣告，對消費者從事理性的採購行為而言，係重要的資訊來源；此外，比較廣告尚可促使產品改良與更新，並引導市場價格下降。故聯邦交易委員會認為比較廣告縱使帶有貶損 (disparage) 競爭對手之意味，仍然應該允許之，但是比較廣告必須具備明確性 (clarity)，並且應避免欺罔消費者。最後，聯邦交易委員會認為比較廣告所求之實在性 (substantiation) 與一般之廣告，並無不同，故要求業界修改其要求比較廣告應具有較高之實在性的相關規約（參見註 4）。

在此應附帶一提的是聯邦交易委員會於一九八三年公布的「廣告實在性之政策聲明」(Policy Statement Regarding Advertising Substantiation)（註 32），依據該聲明，廣告主及廣告媒體應該在廣告散布前即握有一合理的基礎支持其廣告主張 (reasonable basis for objective advertising claims)，因為廣告中之客觀

註 30：Rittner, 註 21, S.55; v. Gamm, 註 15, S. 405。

註 31：334 F. 2d 432 (1964)。

註 32：刊於 Federal Register, Vol. 49, No. 150, 1984, 31000-01。

主張對消費者而言，很難證明其為虛偽不實，反倒是證明廣告主在做該項主張時欠缺合理之基礎，較為容易。不過，美國法院容許一定程度的吹噓，例如廣告若只是以一般性文字聲稱自己之產品較為優越，僅構成吹噓而不是不實廣告（參閱註 29）。

二、歐洲聯盟

歐聯部長會議前述一九九一年比較廣告建議準則，雖然因為會員國間意見尚未整合，以致未通過，但是其對比較廣告所採取的自由化及解除管制的立場，仍然受到肯定（註 33），因此吾人殆可推測將來此項建議準則正式通過後，應該會繼續此種立場，更何況各會員國間對比較廣告之評價差異頗大，極不利於歐聯單一市場之實現。此項比較廣告建議準則前言部分即開宗明義表示，各會員國應允許比較廣告，因為比較廣告有助於將同一種不同產品之優點呈顯出來，因此可促進不同競爭對手間之競爭；此外，比較廣告可提供消費者所需要的各種資料（註 34）。

依據比較廣告建議準則第 3 之 1 條的規定，比較廣告若針對競爭對手產品或服務中重要、客觀、可查證且公平選取之特質，並且(1)不會引人錯誤，(2)不會在市場上將廣告主與其競爭對手混淆（包括商標、商號、產品或服務之混淆），以及(3)未貶損、抹黑或使人鄙視競爭對手或其商標、商號、產品或服務，或並非主要在於榨取競爭對手商標或商號之聲譽（註 35）。

不過歐洲議會要求對比較廣告之允許條件採取比較嚴格的標準，除了重要、客觀、可查證且公平選取之特質外，該項特質必須隨時可查證、可客觀確定且具有代表性。此外，只有在比較廣告中指明競爭對手所必要之範圍內，才可以使用競爭對手之商標或商號。而且比較廣告不得及於競爭對手之人身特質（註 36）。至於比較廣告準則未來在歐聯如何發展，仍有待繼續觀察。

三、德國

德國不正競爭防止法禁止一切不實的廣告（第三、十四及十五條），固無疑

註 33：Schricker, 註 10, F 363 Einl。

註 34：引自 Baumbach/ Hefermehl, 註 9, S.20。

註 35：引自 Baumbach/ Hefermehl, 註 9, S.21-22。

註 36：Loewenheim, 註 11, S.6。

問，但是是否即可依據此做反面推論而認為凡是客觀真實的比較廣告均是許可的？對於人身廣告，德國學說及實務均採取禁止之原則，因為以貶損競爭對手之人身以取得自己競爭之優勢的行為，基本上違反業界的善良風俗，即使此廣告之內容為真實。只有在例外情形，出於防衛之目的，才允許人身廣告，例如競爭對手在其廣告中掩飾其破產之事實，致誤導其顧客，為防止其被誤導而在廣告中提及其破產之事實（註 37）。對於批評性的比較廣告，一直至二〇年代初期，德國實務是採取比較寬鬆的立場，但是著名學者 Kohler（專精於智慧財產權法及競爭法）於一九一七年發表的一篇文章扭轉了整個趨勢，他主張任何事業者依據優良的商業風俗，均應享有不被其競爭對手在競爭中負面評價之權利（註 38）。帝國法院受其學說之影響，逐步限制比較廣告，至一九三一年十月六日“Hellegold”判決甚至原則禁止比較廣告，而只允許一些有限的例外情況（例如前述的防衛性之比較廣告、系統比較以及回答詢問之比較廣告）。戰後的聯邦最高法院繼受帝國法院的此項見解。

吾人分析其反對比比較廣告之理由，不外乎：1.比較廣告帶有誤導之本質，因為廣告主做比較廣告的目的在於促銷自己之產品，故均會有意強調自己之優點及競爭對手之缺點，甚至忽略自己之缺點及競爭對手之優點，故比較廣告註定帶有片面性，因此具有誤導交易之本質；2.比較廣告欠缺客觀性，因為任何人無法在其自身事務中擔任客觀的裁判，何況對商品或服務之評價常因重點取捨不同，以致往往不易有客觀的定論，故不如由消費者自行判斷；3.事業沒有義務將自己供作其競爭對手促銷之工具，即使該事業之產品或服務確實較為遜色（註 39）。

自六〇年代開始，學界中支持比較廣告之呼聲日增：1.不正競爭防止法只禁止不實之廣告，由此可推論出得對自己及他人產品或服務做符合真實的比較廣告，而不是不論其真偽即一般地禁止之；2.比較廣告固然可能不完全或片面，但是卻提供消費者理性判斷所需要的各種資訊，若沒有比較廣告之輔助，消費者很難在諸多產

註 37：Emmerich, 註 12, S.105。

註 38：引自 Emmerich, 註 12, S.107。

註 39：RG GR 31, 1299; Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 333, § 1 UWG。

品（特別是涉及技術知識較多之產品）做出理性選擇；3.經由對不同品牌間產品或服務做客觀、真實之比較後，可增加市場之透明度，使得消費者能有效區別商品之優劣，劣質產品無所遁形，因而促進產業之進步；4.比較廣告有助於公共意見之形成，因此受憲法言論自由權所保障（註 40）。

面對來自學界的各種批評，聯邦最高法院可以說是紋風不動，它仍然堅持原則禁止比較廣告，而只在比較廣告符合下列三個要件時，才例外允許之：具有比較之充分理由、廣告主以比較廣告維護其正當利益，以及比較廣告必須維持在必要、真實及客觀的範圍內，不可對競爭對手做出沒有必要的貶損。嚴格地說，聯邦最高法院並未放鬆其立場（註 41），而只是將其既有之判斷表明罷了。由於原則禁止比較廣告，故在訴訟程序上原告不負舉證責任，必須由被告廣告主證明其廣告具備前述三項要件而免除責任（註 42）。

四、我 國

廣告除了幫助廣告主自我吹噓外，亦具有提供消費者關於產品或服務之資訊的功能，比較廣告更是如此（但是原則上不包括人身廣告），因為它將數家不同品牌之產品或服務加以比較，使得消費者能一次對多項產品或服務取得資料。消費者的資訊越充分，就越有實現公平法所欲追求之「消費者主權」的能力，故比較廣告值得鼓勵。其次，事業既然參與市場之競爭，即應該無懼於與其他產品比較，而不能主張其具有不被比較之權利（註 43），透過彼此之批評、比較，市場之競爭才會活絡，效能競爭的目的方得以落實。最後，廣告不僅提供關於商品服務之資訊，廣告也是一種意見的表達（註 44），故受到憲法第十一條言論自由之保護，除非為防止

註 40：Emmerich, 註 12, S.108; Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 334。

註 41：吳翠鳳及劉久瑛認為聯邦最高法院對於比較廣告之態度已比較寬鬆，似有誤會，註 20，第 132 頁。

註 42：Kehl, Wettbewerbsrecht, 1990, S.165。

註 43：Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 336, § 1 UWG。

註 44：Ekelund & Saurman, Advertising and the Market Process, 1988, p.181。

妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必，不得限制之。因此，綜上所述，本文認為公平法對比較廣告應採取許可之立場（但是原則上不包括人身廣告，因為人身廣告所訴求之個人特質多與產品或服務之競爭無關，且容易侵害到被比較者之人格或隱私，故原則上應禁止之），但是由於比較廣告牽涉到被比較事業之信譽及市場競爭能力以及消費者對廣告之信賴，故比較廣告須符合下列之要件，才能受到公平法之許可：

1. 真實（註 45）：任何比較都必須是真實的，否則消費大眾會受到誤導，被比較之競爭對手會遭到不公平之阻礙，故公平會比較廣告原則第（三）點禁止非以一般可接受之科學方法或公正方法所作測試之比較，以及第（八）點禁止就未經證實部分為懷疑、臆測、主觀陳述性質之比較。
2. 公平：產品或服務之比較應是以相同之標準針對同級之產品或服務進行公平之比較，否則比較之結果會被扭曲，比較廣告之諸種功能即會落空。因此公平會比較廣告準則禁止片面截取不具代表性之部分交易相對人之見解，為對自己有利之比較（第（一）點）、以新舊產品或不同等級之產品相互比較（第（二）點），以不同之基準或條件為比較（第（三）點），就某一部之優越主張全盤之優越（第（六）點）。此外，片面的比較（只強調自己之優點及他人之缺點）亦有欠公平。
3. 客觀：比較廣告既然是出於廣告主之競爭目的，故無法不帶有一定程度的主觀色彩，但是比較時仍然應該儘可能客觀，使得消費者能夠理性地檢證其內容，故應避免使用無法查證之陳述、主觀的言詞或人身攻擊。公平會比較廣告原則第（七）點亦禁止資料來源不具客觀性之比較（註 46）。
4. 不可過度貶損競爭對手或其產品或服務：競爭事業間符合真實、公平及客觀之比較，不可避免會對較差事業造成貶損，但此乃市場競爭之必然結果，受波及之事

註 45：范建得及莊春發亦認為「一般比較性廣告…『客觀真實』與否是問題之核心」，見氏著「不實廣告」，第 156 頁。

註 46：公平會於 (83) 公處字第 115 號處分（公平會公報三卷十期，83.10.31）書中譴責被處分人之行為「顯然兩者之比較違反客觀及公平之原則」，故可見公平會亦認為比較廣告應公平及客觀。

業只有默默接受。但是比較廣告不可出言惡毒，沒有必要地去貶損競爭對手（註 47）。在我國實務上，在電腦字典之比較廣告上曾有在比較表上方以較大文字標明「揭穿“整句翻譯”的洋相」（註 48）之情事，應該屬於一種過度貶損競爭對手之行爲，應加以糾正。

此外，事業從事比較廣告時，應注意不可侵犯被比較事業之智慧財產權，特別是商標、專利及著作權。由於事業對其智慧財產權有專屬、排他之使用權（專利法第 56 條，商標法第 21 條，著作權法第 22 條），故縱使是符合真實、公平、客觀及不過度貶損競爭對手之比較廣告，亦不可在廣告中使用他人之商標（包括展示標示他人商標、商號或服務標章之產品，註 49）或他人之專利物品或著作，但若有正當事由（例如出於防衛不當之攻擊所必要），則可考慮允許例外。在美國法上甚至認爲廣告中使用競爭產品之圖片即構成不公平競爭（註 50）。

伍、結論

比較廣告由於涉及事業間之競爭、消費者知的權利、事業從廣告競爭之言論權利以及被比較事業維持商譽之正當利益，故在公平法上之評價頗費周章。本文綜合前開研究，做成結論如下：

1. 比較廣告係指「與特定或可得確定競爭對手或其製造、銷售之相同或類似商品或服務比較後所做帶有貶損競爭對手或其商品或服務意涵之廣告」。

註 47：Baumbach/ Hefermehl, 註 9, Rdnr. 395, § 1 UWG。

註 48：見公平會 (83) 公處字第 123 號處分書，公平會公報，三卷十一期 (83.11.30) 第 31 頁。

註 49：美國法上即曾出現採取相同見解之判決，例如 *Bicentennial Comm'n v. Olde Bradford Co.*, 26 Pa. Commw. Ct. 636, 365 A.2d 172 (1976), 引自 National Consumer Center 所編 *Unfair and Deceptive Acts and Practices*, 1991, 4. 7. 9。

註 50：American Precast Corporation v. Maurice Concrete Products, Inc., 360 Fed. Supp. 864 (1973)。

2. 比較廣告依其比較客體可分為人身廣告及批評性之比較廣告。
3. 人身廣告所訴求之個人特質多與產品或服務之競爭無關，且容易侵害到被比較者之人格或隱私，故原則上應禁止之，除非有正當事由（例如為避免消費者被欺罔），才例外許可。
4. 批評性之比較廣告既提供消費者資訊，亦有助於市場競爭之透明性，故公平法原則上應允許之。但是必須符合真實、公平、客觀及不過度貶損競爭對手或其商品或服務等要件。
5. 批評性比較廣告，除了必須遵守第 4 點所述之標準，尚必須尊重被比較廣告事業之智慧財產權，亦即原則上不可在廣告中使用被比較事業之商標、專利或著作等。

