

美國對不實廣告行為之規範及 執行狀況

吳翠鳳*

目 次

壹、前言	一、組織
貳、美國不實廣告規制情形	二、調查與處理(權限)
一、聯邦交易委員會法	三、認定不實廣告之原則
二、蘭姆法	肆、美國對於比較廣告之規範
參、美國聯邦交易委員會處理 不實廣告實務狀況	伍、美國對廣告代理業之管理
	陸、心得與建議
	附錄

壹、前 言

廣告是最有效的交易媒介，因為經由廣告，消費者可以獲取資訊來源，進而選擇並決定最符合自己需求之商品，故而廣告既然扮演著消費者與生產者或經銷商之間的橋樑，如何設計吸引消費者購買之廣告內容，即成為同業間相互競爭的目標。無可否認，一個成功的廣告，確實可以提高銷售量，但為促銷商品，以誇大廣告及不實廣告誘導消費者的情形，卻也履見不鮮，因而如何規範及管理廣告行為，也就成為政府部門的重要課題。我國對於廣告之規範，係散見在各個目的事業主管機關主管之法規當中，如衛生機關所規範之食品、藥品法律對於食品廣告及藥品廣告之規範。迨本會成立，因為公平交易法第二十一條明白禁止事業為虛偽不實及引人錯誤之廣告，故本會儼然成為處理不實廣告之專責機關，以致不實廣告之申訴案件一直居高不下。但因廣告是一種促銷手段，市場上之競爭活動又相當激烈，如果執法

*本文作者為本會法務處科長

單位過於嚴苛，輒易遭致阻礙商機之議，但如過於寬鬆，又恐無法保障消費者利益，造成不公平競爭，故如何在執法尺度上拿捏得當，即為本會應該努力的方向。美國是一個相當重視廣告，也相當能夠容忍各式各樣廣告的一個國家，故其有關廣告之規範及案例之處理原則，必有足供本會參採的地方。因而本次特選定美國對不實廣告行為之規範及執行狀況為考察對象，希望能提供本會邇後處理不實廣告案件參考之用。

本次考察期間主要係拜會美國聯邦交易委員會之消費者保護局以及負責處理廣告業務之官員SUSAN COHN、LOREN G.THOMPSON及SYDNEY M.KNIGHT等三人，當面請教美國對於不實廣告之處理原則，並進一步瞭解聯邦交易委員會之實務運作方式以及調查程序之進行；另外並至國會圖書館、喬治城大學搜集廣告相關資訊。因美國聯邦交易委員會係美國主管廣告業務之主要機構，與本會目前在消費者心目中係可有效規範不實廣告之情形有頗多雷同之處，故本報告將以美國聯邦交易委員會之實務運作及執行狀況為重心。

貳、美國不實廣告規制情形

一、聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)

聯邦交易委員會法第五條a(1)規定：「商業上或影響商業之不公平競爭方法，以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行為或手段，違法。」該條規定雖未有禁止不實廣告之字眼，但經聯邦交易委員會之長期援用，現已成為規範不實廣告之法源依據。因該條之立法意旨，本意係明白表示在維護商業上之競爭秩序，故早期必需證實虛偽廣告傷害了競爭者，並因而構成不公平競爭，始有該條之適用。後來因為不實廣告之案例增多，為因應社會需求，才逐步擴及對消費者之保護。

針對食品、藥品、化妝品及醫療器材之廣告，聯邦交易委員會法第十二條至第十五條特明文規範；第十二條(a)項：「任何個人、合夥或營利團體以左列方法之一為虛偽廣告，傳播或使他人傳播者，均屬非法：(1)利用合眾國之郵寄或商業上之任何方法，直接或間接誘引或可能誘引他人購買食品、藥品、醫療器材或化妝品。或

(2)以任何方法直接或間接誘引或可能誘引他人在從事商業行為時，購買食品、藥品、醫療器材或化妝品。」(b)項：「本條(a)項所定虛偽廣告之傳播或使他人為傳播之行為，視為本法第五條所稱商業上或影響商業之不公平或欺罔行為或慣行。」另依據聯邦交易委員會法第六條(g)項及第十八條(a)項(1)款，聯邦交易委員會享有規則制定權，有權依一定程序制定防止不公平或欺罔行為或慣行規則，其所制定之交易規則中涉及廣告規範者計有：(1)私立職業訓練學校及通訊教育交易規則(學費、就職狀況之資訊公開)，(2)食品廣告交易規則(營養、價格之公開)，(3)處方藥零售價格公開交易規則，(4)助聽器交易規則，(5)蛋白質補助食品廣告標示交易規則，(6)葬儀社交易規則，(7)中古汽車交易規則，(8)纖維製品及皮製衣服交易處理注意事項標示規則，(9)大眾藥品廣告交易規則，(10)大眾制酸劑廣告交易規則。

二、蘭姆法(Lanham Act)

西元一九四六年制定之蘭姆法，第四十三條(a)項規定：「任何人在其物品、服務、容器、或物品之容器，附上或應用於虛偽之來源說明，或任何虛偽之描述，此項描述包括文字、有意虛偽表示之標誌，而使上述物品或服務使用於商業上。任何明知其虛偽的來源說明、描述或表意，而在其他地區運送、使用於商業，其虛偽表意致使任何人相信而遭受可能之損害者，將負民事責任。」該法基本上為一種商標成文法，其目的在於保護企業免受競爭者使用類似商名或商標，而讓消費者對涉案商品之生產者身分發生類似之混淆。上開條文對廣告法有其重要性，因為它明顯地超越了普通法。起初，蘭姆法第四十三條(a)項允許受害之當事人，對任何於其「進入市場」之商品或服務上使用「虛偽說明或陳述」的廠商提出控訴。早期的案例，對於此段文字的解釋為要求原告證明，被告係「假冒」其產品為原告之產品。此種觀點與普通法在不公平競爭之商標主義一致，但此種解釋被法院拒絕接受。法院表示國會制定蘭姆法第四十三條(a)項之目的，在於創造一種特殊且有限性之不公平救濟措施，本質上並未考慮消費者之一般利益。雖然此一主張受到強烈之指責，但這就是蘭姆法成為一項企業保護法的基礎。儘管法律上的文字為賦予遭受虛偽廣告受

害的「任何人」有權提出控訴，但是亦僅有一個地區法院曾同意以消費者立場提出控訴。

依據蘭姆法對競爭對手之廣告提出控告時，原告必須證明該廣告已經或有能力欺騙相當比例之觀眾，該項欺騙係對購買之決策有實質影響，且原告因該項陳述而受害或有損害之虞。假若有百分之十五的聽眾係以「欺騙之方法」來解釋該廣告，法院即對該案表示關切。假設依據事實他們係屬被誤導，法院不須消費者認知之證據，即已自行解釋該明顯之訴求，同時亦已主張該項訴求之真義可能為「虛偽」。

參、美國聯邦交易委員會處理不實廣告 實務狀況

一、組織

美國聯邦交易委員會(以下簡稱FTC)係屬獨立之行政委員會，依據美國聯邦交易委員會法第一條之規定而成立。FTC由委員五人組織之。委員由總統提名經諮詢參議院並得其同意認命之。為使委員不受政治所影響，委員中不得有三人以上屬於同一政黨，且均為學有專長之專家，採任期制，除第一任委員之任期，依總統之指定，分別定為三年、四年、五年、六年及七年不等外，第二任起之委員任期均為七年，其因委員遺缺遞補之委員任期，以補足原任委員未滿之任期為限。但任一委員在任期屆滿後新委員任命前，仍應繼續服務。如此，就不會造成五位委員同時任期屆滿，必需全體重新任命，以致影響委員會之運作。總統並應自五位委員中指派一人為主席，因委員為任期制，故亦明文規定委員不得兼職，且如有懈怠職務或違反職務時，總統得罷免之。

美國FTC之組織除委員會外，下設競爭局(Bureau of Competition)、經濟局(Bureau of Economics)及消費者保護局(Bureau of Consumer Protection)。競爭局主要係負責反托拉斯業務。經濟局則負責經濟分析，提供委員會所需之經濟訊息，並針對競爭局及消費者保護局進行個案調查所需，提供經濟及統計上之協助。而負

責廣告管理及廣告策略者，即為消費者保護局。有關該局三十位真正承辦廣告業務之美國官員，全部係法律系畢業，且均擁有律師執照，造成需由專業律師負責廣告業務的最主要理由係因該會擁有準司法權，以致必須晉用具有法律及訴訟專長之律師。

二、調查與處理(權限)

(一)調查方式

FTC所處理之廣告案件，主要係來自消費者及業者之指控，或國會、司法部、消費者團體及各級政府之提供，當然如有必要，該委員會亦可進行主動調查。對於廣告檢舉案件，只要以書面詳載事實並附上證據即可。FTC接到檢舉案件後，並非每件均加以受理，只有在該委員會認為能夠達到保護消費者利益及競爭秩序之目的時，才會開始調查。對於檢舉人之姓名、身份，一律保密，以維護檢舉人之權益。消費者保護局之調查方式不一而足，包括查閱文件與資料、偵訊及對產品採取科技的研究以決定其真偽。

(二)處理方式

FTC對於案件的處理，除查無違法事實予以結案外，只有二種處理方式：即「非正式處理」及「正式控訴」。

1. 非正式處理

所謂非正式處理，係指不經法院之審理程序，由FTC利用非正式程序，處理並解決不實廣告案件。其方式有三：

(1)中止性保證：廣告主以口頭承諾或簽宣誓書方式保證中止其不實廣告，此種中止性保證雖無法律拘束力，但依據過去經驗，當事人再犯者甚少。

(2)同意命令：實務上有百分之七十以上的絕大多數案件，係由同意處分的協定獲得解決，其原因在既然廣告主不承認亦不否認任何錯誤時，為避免冗長的公開聽證所帶來時間與金錢的浪費，只要在同同意書上簽名，即具有法律效力，廣告主受禁反言之拘束。

(3)舉行貿易行為會議：邀集工商業界開會，目的在界定某些行為是否合法，以

及提供工商業表明其行為之可行性之機會，以防範不實廣告，減少FTC頒發禁止命令之機會。

2. 正式控訴

如果廣告主不肯合作，FTC無法以上述的非正式程序達成目的時，該委員會即會進行「正式控訴」。但在提出正式控訴的階段，被告仍有機會自動允諾遵從。因為FTC將控訴書副本送達被告的同時，必會同時送達一份「同意書」，如果被告自願簽署該同意書，則被告受到該同意書之拘束，其效力如同已受到最終局行政程序之拘束，FTC即可結案。但是被告如未簽署該同意書，正式的控訴程序即告開始。此種程序係由該委員會的數名「審問員(Hearing Examiner)」舉辦「公開聽證」，程序中的審問所適用的證據法則較一般訴訟程序為寬，但仍需符合法律上的公平要件，而同時被告亦可詰問證人及提出反證。在舉行公開聽審之後，審問員即作成「初步裁決」。如果在初步裁決之後三十日內，被告並未向FTC申請覆核，而且該委員會亦未主動對該初步裁決定期覆核時，該初步裁決即成為委員會的最終決定。

3. 禁止命令

對於申請覆核的案件，FTC所作的決定，將可能是支持、修正或推翻審問員先前所為的裁決。如果委員會仍然支持不利於被告之初步裁決者，即會據以簽發「禁止命令」，依據聯邦交易委員會法第五條(b)項規定，「禁止命令」在送達被告六十日後即告確定，除非被告在六十日內向聯邦上訴法院提起「覆審之訴」。被告提起覆審之訴後，FTC所為的前述「禁止命令」如經聯邦上訴法院予以肯定的判決，或認為有必要而提經聯邦最高法院予以審認之後，該禁止命令即告確定。為維持「禁止命令」的效果，所有被核發禁止命令的被告，均應向FTC提出書面報告，藉以證明其已確實遵守禁止命令。如當事人未向委員會提出遵守禁止命令的報告或違反禁止命令者，委員會得向地方法院提起課處罰鍰之訴，由法院責令該當事人對每一違反行為支付一萬元以下罰鍰，如係繼續行為，其每日之行為均可視為另一行為而再予懲罰一萬元以下罰鍰，如係違反經上訴法院判決所認可的禁止命令，則尚可另外處以「藐視法庭」罪名。委員會於認定廣告主之行為違反聯邦交易委員會法第

五條或第十二條規定而頒發禁止命令後，廣告主不遵守或怠於遵守時，委員會亦得據以向聯邦上訴法院聲請該「禁止命令」之執行。

4. 更正廣告

FTC調查和審理一件廣告案，程序如上所述不但冗長，而且一直在期待被告之改正及自動配合，以致到頒發「禁止命令」時，常常費時二年之久，導致「禁止命令」成爲「遲來的正義」，對消費者或競爭同業而言，並無時效利益。爲彌補禁止命令僅具有「有限價值」的此種缺憾，FTC自一九七〇年以後，乃有命被告爲「更正廣告」之構想。所謂「更正廣告」，乃命令廣告主在大眾傳播媒體表明其先前廣告係虛僞不實的，且醒目表明此部分係經FTC認定不實，使消費者能充分瞭解事實真象。因爲「更正廣告」對於企業信用之殺傷力極大，很有可能導致企業的信用破產，但又因爲其可使消費者排除以前欺罔廣告所帶來的殘餘效果，也就是說消費者有機會被告知過去欺罔廣告之事實，將來不會再受過去欺罔廣告之錯誤印象去購買商品；而且更正廣告亦對回復因欺罔廣告而蒙受侵害之同業競爭者之市場占有率有幫助；最重要者，「更正廣告」對欺罔或不實廣告會產生抑制效果，而這正是FTC管理廣告最重要之任務與目標，故FTC在具體個案認有必要時，會下達「更正廣告」之命令。惟其所根據的條件是相當嚴格的，只有在引人錯誤之廣告縱然遭到禁止，但在禁止之後，該廣告的意念仍然有明顯和繼續的傷害市場競爭以及使消費者仍繼續受到該不實廣告之矇蔽而從事購買行爲之虞，亦即原已發生的不合法廣告在停止之後仍然維持一個相當的市場占有率，而有賴另一個命令即「更正廣告」之介入以澈底驅散這種不實廣告的波及效果時，FTC始能採取「更正廣告」措施，以期恢復不實廣告主於製作該不實廣告前之市場競爭狀況。最有名的案例爲華納公司案(Warner-Lambert Co. V. FTC)，FTC命令李斯德林(Listerine)漱口水製造商，必須於其廣告中說明李斯德林對於治療感冒或喉嚨疼痛並無效果。此項矯正措施之作用，即在驅散消費者經由李斯德林長期廣告而在心理上所形成之陰影，並使消費者藉此更正廣告得以瞭解曾經被誤導過。

三、不實廣告之認定準則

美國FTC創立之始，對於判斷廣告是否引人誤認之準則並不明確，時而採取無知者標準，時而採理智者標準。但從其歷年來案例的演進過程，已可肯定FTC已經傾向於理智者標準。所謂「無知者標準」係指廣告之內容有不實之處，只有少數甚至只有異於常人之特定人會產生誤認，但事實上百分之九十以上的消費者，皆不會相信。FTC早期會採用「無知者標準」之邏輯即在一個不實的廣告，對於具有專業或有經驗的消費者而言，雖然可以很快的洞悉是虛偽的，但是不實的廣告表示，不能因為較不會被誤認即可改變其不實的本質，消費者並無義務去研究不實廣告主的企圖，對於無經驗的消費者有被誤導的可能時，就應該以法律去規範。一九四四年，第二巡迴法院同意FTC對Clairol的制裁，就是一個極端「無知者標準」的案例。該案中，Clairol說他的染髮劑將使「頭髮永久染色」。FTC認為大眾會以為在使用該染髮劑後，一個人在有生之年所長出的頭髮均會出現該染髮劑的顏色。儘管Clairol一再抗辯沒有人會產生這種誤解，但是第二巡迴法院的大多數法官則認為：「無疑地廣告是說染髮劑的顏色會永久加諸於使用者的頭髮。可是，FTC發現實際上該染髮劑對於新長出的頭髮沒有效果，因此廣告所說的永久性乃是一種欺騙。縱令不可能會有使用者會如此輕信以致於認為尚未長出的頭髮也能受到染色.....」顯然該案中大多數的法官不顧實際上他們自己對該廣告的看法如何，而完全支持FTC的看法。如此極端無知者標準的案例不但受到大力批評，也使得幾乎每一個略與事實有所出入的廣告都可以被認定是不實廣告，顯然悖離常情，不但業者不堪其擾，亦對消費者並無助益。

雖然消費者意識不斷抬頭，但適用法律仍須符合一般社會正義，無知之消費者雖然須要保護，但業者之權益亦須兼顧，在產品不斷推陳出新之情況下，需要廣告來建立新產品與消費者的橋樑，所以理智者標準遂逐漸被接受。此由「碧芝糖」乙案可以得到印證。該案中，廣告說：「碧芝糖使人輕易的減肥」，FTC認為這是虛偽的。廣告主因而上訴於第七巡迴法院，法院認定：「在這種情況下，對於像「輕易的」、「完美的」、「令人迷惑的」、「最好的」、「美妙的」等字眼，應該認

為是法律所容許的單純吹噓，或是交易者不得基於上述言詞而對商人以不實陳述為由提起控訴。」之後，FTC便允許吹噓廣告的存在。在一九六三年，FTC審理「助泳衣Swim-Ezy」乙案中，便明確表示不再保護無知者，該案產品是一種穿在游泳衣裏面，可以幫助人們浮在水面學習游泳的工具，廣告上說助泳衣是看不見的，其實不是看不見，而是不顯眼而已。FTC指出有人可能會相信廣告，而認為助泳衣是完全看不見或是沒有體積，但對FTC委員或大多數人而言會有這種誤認，似乎太過牽強，因而FTC並未處理該案。同時FTC更表示：「當然，...委員會的責任是要使易受騙者、輕信者或謹慎者、理智者均同樣的免於受騙。...然而，這個法則如果不加判斷的應用或被引用到荒謬的程度時，那就喪失了它的價值。廣告主實在不能因為愚蠢者或心智薄弱者所能想像的每一個稀奇古怪的誤解而被課以責任。...一個陳述不會僅因某個不重要且未具代表性之部分人的不合理誤解而成為欺騙或虛偽。」其後，只有在有相當多數人有受愚弄的感覺時，消費者始會受到FTC的保護。惟該理智者標準，很明顯的是指「平均而有代表性」的一般人。

以上所述的認定標準是就引人誤認的對象予以考量，至於判斷廣告內容有無引人錯誤之原則為何，依據FTC所承辦的案例，似可歸納出以下判斷原則：

- (一)廣告的內容分段解釋或隔離觀察雖為真實，但如合併整體的印象或效果有引人誤認者，即屬不實廣告。
- (二)廣告內容的意義不明，產生兩種不同意義時，只要其中之一引人錯誤時，即為不實廣告。
- (三)廣告中對於影響消費者決定購買與否的重要交易事項，或對使用該商品會因而產生的重大後果，以沉默方式或隱匿方式以期達到誘使消費者購買，亦被列為不實廣告，應為不法。

肆、美國對於比較廣告之規範

比較廣告的起源，至少可以回溯到一七〇〇年代的英國。在美國方面，比較廣告的演進，有三個階段，謹概述如次：

一、第一個階段

第一個階段，是以普通法來規範比較廣告，全美廣告商協會主動表示不鼓勵直述式的比較廣告，故而此時期的廣告上有時會出現一些很曖昧的參考用詞。例如百事可樂在一九三九年的廣告詞「五分錢的兩倍量」，事實上該廣告是在表示，百事可樂以每瓶12盎司價格為五分錢推出新產品，而可口可樂以該價格銷售一瓶6盎司重的可樂。又如艾維斯於一九六二至一九六七年之間以「我們更努力地嘗試」之廣告詞，來對抗赫滋公司之「第一名」廣告詞，即為另一個以別具用心之手法來對抗競爭者的例子。一九七一年，美利堅汽車公司以全國第一廣告指稱其競爭者。一九七二年，雪克公司引用電視廣告對其刮鬍刀之測試，來對抗那些有名的競爭者。一九七五年，百事分送「百事的挑戰」，要求消費者比較百事與可口的味道。除此之外，其他廣告者亦以「某品牌」暗示競爭產品之名稱。在那個時期，企業依據普通法對任何型態之廣告，採取法律行動之案例十分有限。即使是競爭對手的不實陳述可能將受害之廠商逐出市場，法院也都不願意允許企業為自保而提起訴訟。就比較廣告而言，普通法認為某一產品較另一產品優良之類的訴求，係屬不得提起訴訟之「吹噓」行為，此通常被稱為「不宜之比較」。然而，假若此項比較超過了「意見陳述」之「事實陳述」，它即可能成為可以訴訟之誹謗。雖然競爭者之不實陳述涉及原告之產品，受害之廠商可依誹謗罪起訴。然而，法院通常不會發布強制禁令，而只是裁定特殊之損害賠償—它必須被證明具有足以考量的之特殊性。特殊損害賠償包括金錢的損失，以及證明對特定客戶之特定銷售，由於該毀謗性陳述而喪失。原告亦負舉證之責，以證明其所主張之毀謗訴求係屬虛偽不實且為惡意行為，這些舉證責任，使得毀謗罪在現代比較廣告案上，成為無用武之地。儘管如此，誹謗罪仍然是最常引用到比較廣告上的普通法侵權行為。其他兩項普通法上的侵權行為，即破壞名譽(侮辱罪)與冒名罪，在比較廣告之運用，具有更多之限制。

假如不實陳述係涉及原告之個性或品格，而非就其銷售劣質品之事實陳述，受害廠商可以提起破壞名譽罪之訴。現代廣告案之中，很少係以個人人格方式攻擊競爭者，因此，此一侵權行為在比較廣告的適用上做了較大的限制。在可能適用之極

少案件中，破壞名譽罪較毀謗罪容易證明，因為不需具備惡意之要件以及不用證明財物的損害，且由被告證明其陳述屬實。然而，像毀謗罪一樣，對於破壞名譽罪之矯正措施，通常為損害賠償，而非強制禁令。相對於誹謗罪與破壞名譽罪，普通法允許對假冒之侵權行為，處以強制禁令之矯正措施。假冒行為之發生，乃係某一廠商以虛偽不實之陳述，欺騙社會大眾使其相信他的產品就是另一廠商之產品。此種虛偽不實之陳述，可能係使用商標或商號之標示、裝飾物或對消費者具有次級意義之非功能性產品外觀。就比較廣告之適用性而言，假冒行為低於一般之破壞名譽罪。將競爭者之商號或商標，真實地使用於比較廣告上，係長久以來即受保護之行為。在華格納案，大法官荷姆斯表示：「被告有權....獲得經由他們對相同商品所為之廣告，而在原告產品可以得到之好評，並想像到他們獲得之成就。」然而，假如該比較廣告創造了令消費者對產品原生產感到混淆之相同產品，該訴求即可能以假冒罪名而被禁止。通常在這類之案件裡，被告之商號或裝飾亦與原告有混淆之類似性。此類情況出現在比較廣告上較為稀少，因為此類廣告通常係為辨識競爭之產品而製作，而非使其相互混淆。

二、第二個階段

普通法在處理誤導性廣告之冷淡態度，導致一些廣告法之誕生。迄至目前為止，在比較廣告方面，最重要的廣告法就是FTC法。FTC在廣告管轄權之發展，係比較廣告的第二個階段，且呈現自普通法而來的重大變革；FTC法的舉證責任較普通法為輕，FTC法不需證明廣告主有欺騙消費者的企圖，或知悉其廣告係屬虛偽不實，FTC法亦不證明某一特定陳述之實際虛偽性，或消費者實際受到欺騙。相反地，僅需證明某一訴求具有實質意義，且理性之消費者有可能被它誤導—即使該訴求全然屬實亦然。自從一九七二年以來，FTC即已要求廣告者，於其明示與暗示性廣告製作之前，必須具有「合理之基礎」。因而，FTC以要求廣告主證實其訴求之真實性，來取代證明其為虛偽性。一項直述式的比較廣告訴求，有可能向消費者建議已經完成嚴格之比較測試，因此，該項測試即為此類訴求所稱合理基礎之要件。FTC較普通法之原告更容易證明虛偽不實之廣告，且其具有與普通法相同之矯正作

用。相對於普通法以損害賠償作為大多數有關於比較廣告侵權行為之唯一矯正措施，FTC在廣告案之標準矯正措施，則為制止與中止命令。通常，該項命令包括「預防條款」，它涵蓋了與被證實具有誤導性質不相同但卻類似之虛偽廣告。再者，若有防杜未來欺騙之必要時，FTC將發正面性質之資訊揭示命令，包括更正性廣告，FTC亦請求對消費者賠償。FTC在比較廣告上，亦有一段多采多姿的歷史，它曾經成功地指控華而不實之虛偽比較廣告，以及以「合理基礎」向FTC提呈但未經證實之比較性資訊。它亦曾指控虛偽不實或具誤導性之比較圖案。最後，FTC更曾成功地指控雖然屬實之比較廣告或其他一些方法表示之比較性訴求，但其內容有可能誤導消費者將不具顯著差異性之產品誤以為具有顯著之差異性。

從另一個角度來看，FTC對虛偽不實之比較廣告，其指控行為亦經常減少了對消費者所能提供之資訊數據。例如，在一九五〇年代至六〇年代中期，它指控菸草公司所為之明示或暗示性質比較健康訴求，即被視為對消費者減少了保健方面之訊息。在證實比較廣告對消費者之資訊提供有益之後，FTC在起訴比較廣告案件之努力，於最近期間顯然下降。基此，蘭姆法即躍升為比較廣告案之新寵。

三、第三個階段

FTC對比較廣告管理之式微，造成目前民間依據蘭姆法指控比較廣告之增加。蘭姆法代表著比較廣告法演進上的第三個階段，也是目前的普遍作法。

一九八八年蘭姆法修正之前，早期之案件中，該法被狹義地解釋為要求原告證明被告將其產品假冒為原告之產品。此一觀念與普通法之商標主義以及早期之聯邦成文法一致，同時亦顯示此一觀念仍為第八與第十巡迴庭所堅持。最近之修正為此兩巡迴庭澄清任何型態之虛偽廣告均屬該法之適用範圍。

法院不願意將蘭姆法擴大解釋到廣告案上，可以從早期的案例進一步指出該法之應用，僅在於不實陳述被告產品之比較廣告。假若比較廣告所載之不實陳述僅係針對原告之產品，此大致上類似於毀謗，該廣告被認為不得提起訴訟。此種嚴格之規定，限制了蘭姆法在比較廣告上的適用性。許多法院解析比較性之訴求，以瞭解所謂之不實陳述究係針對被告之產品(此係屬蘭姆法之管轄範圍)，抑或是針對原告

之產品(認為不屬蘭姆法管轄)。最近之修正澄清了所謂之不實陳述，可以針對任何人之產品。它為比較廣告之訴訟案，開了更多之大門。該項修正條文，允許受害之廠商，得以控訴使用「任何對事實之虛偽不實或誤導性陳述....或於商業廣告或推廣活動中，對事實為虛偽不實或誤導性陳述」，「不實陳述....他的或另一人的商品、服務或商業活動」之廠商。

蘭姆法與FTC法之違法行為舉證，在許多方面頗為相似。然而，蘭姆法並未要求廣告主證明訴求之「合理基礎」，且不需公布實質事實之遺漏事項。再者，FTC較之於依據蘭姆法辦案之法院，更經常使用其自己之專業知識以解釋廣告之訴求。矯正措施之間亦有很大的差異，因為執行蘭姆法之法院通常不發布廣義的強制禁令，以「防杜」廣告者，且不發布對消費者補償之命令，而僅係發布對競爭者損害賠償之裁判。後者較不易獲得，因為必須證明因誤導廣告所造成之損失。

伍、美國對廣告代理業之管理

我國公平交易法第二十一條第一項規定：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量....等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」第三項規定：「廣告代理業在明知或可得知之情況下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，應與廣告主負連帶損害賠償責任。.....」故依上述規定，本會對於廣告代理業尚無法依公平交易法規範其行政責任，在廣告日趨專業化，分工日漸精細的工商社會，大部分的廣告多出於廣告代理業之設計，雖然其係受廣告主之委託而設計，但往往廣告內容的構想常出自廣告代理業，其參與廣告之程度常與廣告主密不可分，而本會囿於上揭公平交易法第二十一條規定，而將廣告代理業排除於外，在實務運作上誠有相當大的缺憾。反觀美國FTC則無此限制，亦即不管是廣告主或廣告代理業，FTC均得對之頒發禁止命令。但並非所有廣告都會課以廣告代理業與廣告主相同之責任，仍應就具體個案予以衡量。由美國過去案例，可以確認FTC認定廣告代理業應否負責之考量因素為：

一、最初FTC認為廣告代理業如係接受廣告主所期望、要求之廣告內容製成廣

告並登播於媒體，其後亦依廣告主之審查、變更，最後得到廣告主之認可，才傳播發行者，雖廣告代理業參與廣告之製作與傳播，但最終權限仍保留在廣告主手上，故對廣告主無發禁止命令之必要。

二、其後FTC 則以廣告代理業實際參與欺罔廣告行為時，就應課以FTC 法為原則。但廣告代理業實際參與廣告之製作與傳播有種種態樣且程度上亦有所不同，因此代理業之責任也因其義務及廣告型態之不同而不同，亦即責任因廣告是否為廣告主或廣告代理業支配範圍、廣告主提供廣告內容及代理業選擇廣告方式等情形來判斷。

三、廣告主提供之資訊係虛偽的，廣告代理業明知或應知而不知仍製作虛偽廣告者，則廣告代理業當然違法。

四、廣告主提供之資訊係真實的，但廣告代理業選擇製作或傳播方式係虛偽的，則代理業已經違法。

陸、心得與建議

根據統計，FTC 所處理的大多數廣告案件，約有百分之六十的案例，在調查階段之前的正式控訴案提出時，即已獲得處理。另有百分之二十的案例，在起訴做成結論之前即獲得處理。因此，FTC 經由非正式控訴之方式，在廣告案件獲得百分之八十的成功機會，另在正式起訴案件中，失敗的案例更少，由此更可顯示FTC在處理廣告案件方面，已接近完美。但由上述有關FTC的權限敘述，亦不難發現FTC 的準立法及準司法特性，使其可依實際需要發布廣告規則、頒發禁止命令、更正廣告、正式起訴等，才能使FTC 在處理廣告業務能獲得極大的支持與肯定。反觀我國公平交易法本身，只賦予本會處理虛偽不實及引人錯誤廣告之調查處理之權，但有關為達成管理廣告所必須之程序規定，則付之闕如，以致在處理效果上，僅能依據公平交易法第四十一條予以規範，終究有所缺憾。當然如能參酌美國立法例，修改公平交易法，賦予本會準司法權，當可更有效規範不實廣告，保障消費者利益。惟修法之途，誠屬不易，縱使勉強行之，中美國情不同，有關準司法權

是否為各界所接受而可直接援引，亦難預見，故爰建議有關廣告業務之處理，可儘量採行行政指導的方式為之，尤其可以將本會所處理的廣告案例充分依行業別或行為態樣類型化後，與業界溝通或製作文宣資料不斷宣導，俾能減少不實廣告之申訴案。另外，最重要者即應加強對廣告代理業之責任規範，參酌美國FTC將廣告代理業視同廣告主併受規範之精神，本會是否可當然將廣告代理業的行政責任排除於外，似有重新檢討之必要。