

公平交易法對廣告隱藏條件、負擔、限制等 行為之規範研究

何之邁 劉美琪*

目 次	
壹、前言	一、從廣告學原理及觀點分析公平會處
貳、先進國家就廣告隱藏條件、負擔或限制 規範與實務	分案
一、美國	二、廣告學觀點之分析與檢討
二、歐盟	肆、對於廣告隱藏條件、負擔或限制之規範 與建議
三、德國	一、國外法令實務與廣告學及實證之處 理態度
四、日本	二、廣告隱藏條件、負擔或限制之適法 性判斷標準
參、國內外廣告學實證調查及分析	

中文摘要

本研究計畫主要在研究「公平交易法對廣告隱藏條件、負擔或限制等行為之規範」。不僅從公平法、傳播、廣告及行銷學理論之觀點，研究廣告隱藏條件、負擔或限制涉及不公平競爭問題，並對於實務之具體問題加以探討。特別是在於參酌相關國際規範與其他國家，美國、歐體、德國、日本之競爭法規範與實務見解後，瞭解廣告隱藏條件、負擔或限制等不實廣告問題在該等國家之適法性判斷。

綜合先進國家對於廣告隱藏條件、負擔或限制之規範及實務個案、廣告學原理及實證訪查可知，美國、歐盟、德國及日本對於廣告隱藏條件、限制或負擔規範，仍回歸適用不公平競爭相關法令所確立之不實廣告禁止原則及適法性判斷標準。亦即：廣告必需真實、不能欺罔；廣告中之實質上重要資訊若會引起錯誤者，極可能構成不實廣告或引人錯誤廣告；所謂實質上重要資訊，係指該等廣告資訊及內容，會影響消費者之交易決定。據此，隱藏條件、限制或負擔之廣告，是否構成不實廣告，其具體判斷重點為：

* 作者何之邁為台北大學法學系教授；劉美琪為政治大學廣告系教授。

- (1) 所隱藏的條件、限制及負擔，其「內容」是否為實質上的重要資訊，亦即所呈現訊息是否促進或降低消費者之交易決定或慾望。該等實質上的重要訊息包括：商品或服務之重要特點；保證條件；價格、關於價格計算方式或特別優惠價格之內容；所購買商品需額外負擔的服務、配件、零件或修繕；消費者的權利或應面對之風險。
- (2) 條件、限制或負擔在廣告中之「揭露」或「呈現方式」是否妥當，亦即訊息呈現程度是否被消費者注意、是否為消費者所理解、是否為常理下消費者可判斷之條件。對此之判斷，必須從條件、限制或負擔之揭露方式（諸如字體大小）及揭露位置判斷；另外，廣告訊息接受者為何（諸如智力、受教育程度）、在何種狀況下獲悉此等訊息（諸如快速閱讀、能否一眼獲悉重要訊息），亦為重要判斷標準。對此，歐盟及德國法院實務特別重視市場調查結果，亦即以市場調查方式判斷條件、負擔或限制揭露或呈現方式之妥適性。
- (3) 消費者對於該條件、限制或負擔所應承受的不利益，是否異於通常的交易內容。對此，應一併考量消費者誤購或對於消費者所造成之機會成本及精神成本。另外，事業為了促進商品或服務交易，不免透過廣告凸顯自己商品、服務、交易條件之優點；該等廣告或標示對於競爭秩序往往會產生一定程度的影響。因此，在競爭秩序維護及消費者保護架構下，事業所為之廣告或標示行為不得違反真實原則。

關於廣告附條件、限制或負擔之不同媒體別規範問題，參酌先進國家立法，並未就不同媒體採取不同的規範標準；從廣告學理論及實證調查結果亦顯示，不宜就不同媒體訂定不同的規範標準，蓋無論是大眾或小眾媒體，廣告揭露及告知之義務乃相同的；此外，隨著科技進步，有越來越多的新興媒體加入廣告服務業，以媒體別劃分廣告應盡之揭露義務，恐會越來越困難。與其以媒體別做過度細節化的規範，不如採取基本原則性規範。

關於廣告所隱藏條件、限制或負擔之字體大小要求，從國外立法、廣告學理論及實務來看，並無法具體指出條件、限制或負擔應以何等字級大小呈現，其呈現方式仍應在個案時，從廣告整體判斷之，亦即回歸判斷其揭露及呈現方式之妥適性。經廣告實證調查顯示，主管機關不宜訂定條件、限制或負擔之字級大小，一旦訂定之，廣告代理業者可能透過顏色對比呈現方式規避法令要求，例如：條件、限制或負擔之字級大小符合法令要求，但透過顏色對比方式，使得條件、限制或負擔之文字內容不易閱讀或理解。

最後，主管機關或可調整不實廣告之處分或處罰方式，以收真正的嚇阻效果。對於大型、知名的廣告主而言，重視形象遠勝於罰鍰金額。另外，罰鍰額度似以與該廣告投入媒體金額成正比關係，亦即應以不實廣告之媒體費用一定比例，刊登更正廣告。主管機關除

了在不實廣告發生後糾正、處罰廣告主外，透過 4A、廣告代理業者同業組織、廣告專業期刊等加強宣導，避免同類型不實廣告發生，乃防範於未然之重要作法。

經由比較法研究可知，美國、歐體及德國近年來均透過法院實務或明訂處理原則、修改法令等方式，明確規範不實廣告、廣告隱藏條件、負擔或限制行為。據此，本文乃彙整國外立法實務，提出公平會適法性之基準與判斷標準，以為未來之執法參考。

壹、前言

為了促進商品或服務交易，事業不免透過廣告凸顯自己商品、服務、交易條件之優點，此為效能競爭所必須。由於商品或服務之廣告或標示，對於競爭秩序往往會產生一定程度的影響，而公平交易法（以下簡稱公平法）為競爭秩序之基本規範，因此，不實廣告、比較廣告等行為之規範，除了可能涉及特別法之規範外（例如：藥事法對於藥物廣告規定），亦與公平法適用具有密切關係，此等情形尤可見於不實廣告案件在公平交易委員會（以下簡稱公平會）處理案件所佔比例。

在競爭秩序維護及消費者保護架構下，事業所為之廣告或標示行為不得違反真實原則（truthful and non-deceptive; das Wahrheitsgrundsatz）；廣告內容若背離真實、引人錯誤、或於廣告中提及損害競爭者相關事項，該廣告行為即可能構成不正競爭行為，違反公平法第十九條第三款、第二十一條、第二十二條或第二十四條之禁止規定。為了有效執行公平法、闡明執法原則與明確性，公平會針對廣告或標示行為涉及之公平法適用問題，進一步訂定「比較廣告違反公平交易法一覽表」、「處理不實或引人錯誤之表示或表徵原則」、「命為刊登更正廣告案件之處理原則」；針對房屋仲介業、流通事業、酒類等特定行業或產品之標示或廣告問題，另有諸多公平會處理原則與行業導正。由上述規範與公平會諸多實務個案可知，公平法對於廣告行為適法性認定與競爭秩序維護之重要性。

公平法雖欲透過法令規範、處理原則頒定的方式明確界定廣告行為之適法性，惟隨著傳播媒體之多元化、行銷手法與策略之推陳出新，仍不免有其困難，廣告內容隱藏條件或有負擔、限制者，即屬近年來重要不實廣告類型。

從競爭秩序維護及消費者保護角度而觀，廣告內容必須合理、充分揭露商品或服務之重要內容，亦即需有明確、顯而易見的資訊揭露（clear and conspicuous disclosures），特別是攸關相對人交易與否之重要條件與資訊；否則該等附隱藏條件、負擔或限制之廣告，即可能引起相當數量之一般或消費大眾錯誤的認知或交易決定。

惟從傳播、廣告行銷學理、廣告實務來看，在有限的時間、空間限制下（例如：有限

的廣告時間、廣告製作目的係為產生最大的商品或服務銷售)，立即而明確的凸顯商品或服務之優點，以吸引交易相對人注意、進而從不同競爭商品中脫穎而出，實乃廣告之最大目的與傳播效益所在。在上述前提與目的考量下，商品或服務提供者、廣告行銷業者自會從眾多資訊與內容中，選擇首要揭露資訊，易言之，減少不必要資訊與內容。

前述為保護消費者之廣告資訊透明與廣告客觀條件限制之揭露資訊範圍間，或有兼顧之困難，因而即須釐清廣告資訊充分揭露之範圍、廣告隱藏條件、負擔或限制行為之適法性。上述問題之處理，可能涉及我國公平法第十九條第三款、第二十一條、第二十二條或第二十四條規定之適用。惟前述規定畢竟僅屬原則性、通案性之規範，具體個案上應如何解釋適用該等規定，進而確立公平法對此之違法衡量因素及判斷基準，實有探究之必要。

美國、歐體、日本等先進國家之競爭法及相關主管機關，均已就廣告行為之規範問題，頒布諸多處理原則與法令規範適用說明；德國不正競爭防止法（UWG）修正草案於今年 1 月底提出，關於廣告行為涉及之不公平競爭問題，亦為修正重點之一。前述先進國家之規範與實務見解、廣告傳播學理與實務相關理論之分析，或可為我國法令實務妥善處理此等問題之重要參考。

貳、先進國家就廣告隱藏條件、負擔或限制規範與實務

一、美國

（一）法令規範架構

美國 FTC 關於不實廣告規範，最重要者為 FTC Act（Federal Trade Commission Act）第五條以下規定。FTC Act 第五條規定，不公平或欺罔的行為或活動，乃法律所禁止；同法第十二條就食品、藥物、醫療器材或化妝品銷售之不實（false）廣告，為特別規定；第十五條則就第十二條之「不實」廣告定義，亦即其乃關於實質上重要之點有所誤導（misleading）¹。

惟法律所為之抽象性規定，在具體適用上仍有其困難，因此，FTC 乃透過詳盡內容，就不同的產業別、廣告目標對象及廣告方式，訂以政策揭示（FTC Statement）、規範原則（Guide）等方式說明 FTC 之執法標準，例如：網際網路廣告及行銷基本原則（Advertising and Marketing on the Internet: The Rules of the Road）、遠距交易廣告（Making Sense of Long Distance Advertising）、廣告為環保表示（Sorting out “Green” Advertising Claims）、針對消費

¹ <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm> (visited on July 16, 2003), at 1.

者之出租廣告 (Advertising Consumer Leases)、FTC 關於欺罔之政策聲明 (FTC Policy Statement on Deception)、價格欺罔處理原則 (Guides Against Deceptive Pricing)、FTC 關於不公平之政策聲明 (FTC Policy Statement on Unfairness)、FTC 關於欺罔之政策聲明 (FTC Policy Statement on Deception)²。

廣告隱藏條件、限制或負擔之規範問題，FTC 目前尚無單一、適用於各產業別或所有廣告方式的處理原則。有鑑於此，本文以下除了探討廣告隱藏條件、限制或負擔所涉及之美國現行法外，亦一併討論 FTC 就特別產業或廣告方式所頒布之政策聲明或處理原則中，關於廣告隱藏條件、限制或負擔之各該規範，以瞭解美國立法例上對於此一問題之處理態度。

(二) 現行法關於廣告隱藏條件、限制或負擔之規範

1. 廣告適法性之要件與判斷標準

(1) 廣告應遵循之基本原則

依據 FTC Act 第五條規定：禁止廣告中有不實、引人錯誤或欺罔之陳述，或廣告中欠缺實質上的重要資訊 (omission of material information in advertisements)。廣告主所應依循的真實廣告 (truth-in-advertising) 基本原則有：

- A、廣告必需真實，不能欺罔
- B、廣告中之聲稱應有證據支持
- C、廣告不能不公平 (unfair)

(2) FTC 對於不實廣告之判斷標準³

- A、以理性消費者觀點判斷之
- B、廣告之直接陳述及隱喻均納入判斷
- C、FTC 審視廣告中欠缺哪些資訊
- D、FTC 審視哪些資訊係屬實質上的重要
- E、FTC 審視廣告主是否有證據支持廣告陳述

(3) 廣告中的哪些資訊容易引起 FTC 注意

如下類型的廣告，較容易引起 FTC 注意及不公平競爭疑慮：

- A、廣告中涉及健康與安全的表示
- B、廣告內容的真實性消費者難以判斷

² 美國 FTC 所頒定的政策揭示及處理原則，參見：<http://www.ftc.gov/bcp/menu-ads.htm>;
<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/ad-faqs.htm> (all visited on July 19, 2003).

³ FTC 之執法標準與內容，可參考 FTC 關於欺罔之政策聲明。

(4) 廣告代理業對於廣告內容亦負注意義務

廣告代理業亦有一定程度的義務，確認廣告中之實質重要性資訊，不能逕稱信賴廣告主的陳述。對此，FTC 會考量：(a) 廣告代理業在系爭廣告之參與程度；且 (b) 廣告代理業是否知道或應該知道廣告包含錯誤或欺罔內容。

2. 免費或低價廣告隱藏條件、限制或負擔之規範

許多免費 (free) 或低價 (low price) 廣告中，往往隱藏條件、限制或負擔，FTC 對於此等廣告行為之規範與適法性判斷，可參見「價格欺罔處理原則」、「廣告使用免費或類似陳述之處理原則」(Guides Concerning Use of the Word “Free” and Other Representations)。

(1) 價格欺罔處理原則

FTC 之價格欺罔處理原則，主要可分為五大類型：(a) 與先前售價之比較 (Former Price Comparisons)；(b) 與其他同業之價格或價值比較 (Retail Price Comparisons; Comparable Value Comparisons)；(c) 製造商所訂定或建議的價格 (Advertising Retail Prices which have been Established or Suggested by Manufactures)；(d) 以購買其他商品為基礎之優惠 (Bargain Offers Based Upon the Purchase of Other Merchandise)；(e) 其他類型的比較價格 (Miscellaneous Price Comparisons)。

(2) 廣告使用免費或類似陳述之處理原則⁴

對於消費者而言，基本上以選擇最優惠的商品為基本原則，因而常可見商品促銷打出免費廣告，例如：「免費」、「買一，免費送一」、「買兩件算一件」、「半價優惠」、「買兩件打五折」(50% with purchase of Two)。其他與「免費」相類似的廣告用詞，亦甚為常見，諸如「贈品」(gift)、「免費贈送」(given without charge)、「紅利」(bonus) 等。廣告中使用免費或類似陳述，往往可吸引消費者的注意，因此，商品廣告應特別謹慎使用免費或類似陳述，以免產生誤導或欺罔。

3. 擔保及保證廣告隱藏條件、限制或負擔之規範

關於商品或服務之擔保 (warranties) 或保證 (guarantee) 規定，美國係以 Magnuson-Moss Warranty Act 規範⁵，商品或服務宣傳所涉及之擔保及保證廣告，非屬該法規範範疇，仍應適用 FTC Act 關於不實、欺罔廣告之各該規定。為了具體闡釋執法標準，FTC 於 1985 年訂有「擔保及保證廣告處理原則」(Guides for the Advertising of Warranties and Guarantees)。

4. 特定類型廣告之特別規定

⁴ <http://www.ftc.gov/bcp/guides/free.htm> (visited on July 20, 2003).

⁵ 美國法對於商品及服務保證之詳細規範內容，參見 <http://www3.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/warranty.htm> (visited on July 20, 2003).

(1) 郵購之保證條款限制⁶

以郵件、傳真、電話或電腦所為之直接交易 (direct marketing)，若廣告中有「保證滿意」、「不滿意退款」保證 ("satisfaction guaranteed"; "money-back guarantee")，事業必需誠信遵守之。FTC 所處理的諸多此類廣告聲明保證個案，事業未能即刻 (promptly)、完全的 (fully) 退回消費者支出，包括價金、運費、退貨處理費用，因而被認定屬不公平、欺罔廣告。

(2) 電腦、網際網路撥接交易廣告之隱藏條件或限制⁷

在電腦出售、網際網路撥接之交易廣告中，常常使用「免費」(free)、「低價」(low-cost) 等陳述，其優惠亦常動輒數百美元。有鑑於此，FTC 特別針對電腦、網際網路撥接交易廣告所隱藏的條件或限制，揭示主管機關看法。

FTC 認為，電腦、網際網路撥接交易廣告之「低價」或「免費」用詞，往往省略該交易之重要限制或條件，或是該等條件、限制隱藏 (bury) 於細小的字體 (in fine print) 或不顯眼的廣告位置 (obscure locations)。但這些資訊實際上應該清楚而明確的在廣告中揭示，以使消費者在做決定前據以評估各該條件、限制⁸。

(三) 實務個案—Dell 及 Micron 電腦租賃廣告揭露方式不當案⁹

1999 年 8 月與 FTC 達成和解協議的 Dell 及 Micron 電腦租賃廣告案，乃關於廣告資訊揭露不當之一例。本案被指控之不實廣告廣告主為 Dell Computer Corporation 及 Micron Electronics, Inc. (以下簡稱廣告主)，其以電視、網際網路及平面媒體方式，廣告電腦設備租賃，但未以適當方式揭露實質上的重要資訊，亦即僅在廣告末端 (at the bottom of the advertisements)、以細小印刷字 (in fine print) 方式說明重要資訊，因而被控違反 FTC Act 第五條及消費者租賃廣告法 (Consumer leasing Act, CLA) 兩法案。其廣告內容如下：

1. 雜誌廣告內容

"Millennia 300 Personal Edition . . .

⁶ <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/buspubs/checklist.htm> (visited on July 19, 2003).

⁷ FTC Facts for Business: Big Print. Little Print. What's the Deal? How to Disclose the Details, 詳細內容可由網站下載：<http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/buspubs/bigprint.htm> (visited on July 19, 2003).

⁸ 除了本文以下討論內容外，FTC 在該份資料亦討論電腦、網際網路撥接交易之網路廣告資訊揭露事宜。

⁹ DOCKET NO. C-3887; File No. 982 3565; DOCKET NO. C-3888;
<http://www3.ftc.gov/os/1999/05/del/micronanalysis.htm>;
<http://www.ftc.gov/opa/1999/08/FY19921.htm> (all visited on July 20, 2003).

\$2,099

Consumer lease \$84/mo.

...

Millennia 333 DVD Edition . . .

\$2,999

Consumer lease \$119/mo."

[A fine print disclosure at the bottom of the ad states:

". . .prices do not include shipping and handling and any applicable taxes. . . . Business lease prices based on 36-month lease, and consumer lease prices based on 30-month lease. . . ."]

2.報紙廣告內容--有五個租賃廣告要約，包括有：

"Millennia LXE 166 . . .

Starting at: **\$1,199**

Consumer lease \$48/mo.

...

Millennia XKU 266 . . .

Starting at: **\$2,299**

Consumer lease \$92/mo.

[A fine print disclosure at the bottom of the ad states:

". . .prices do not include shipping and handling and any applicable taxes. . . . Business lease prices based on 36-month

lease, and consumer lease prices based on 30-month lease. . . ."]

3.電視廣告內容：

"TRANSPORT TREK.266.13.3"

A true desktop replacement you can actually afford

...

Total System Price as Configured:\$2499

How would you like to purchase?

Order online with credit card (Secure)

Business Lease \$86.72 per month* (Secure)

Consumer Lease \$98.96 per month (Secure) . . ."**

[A fine print disclosure at the bottom of the ad, on the last screen in a series of screens, states:

" Based on 15% purchase option 30 month"](Micron Exhibit C).**

關於 FTC Act 第五條引人錯誤、欺罔廣告之違反部份，廣告主被控，在電腦租賃廣告中僅以顯著方式表示，消費者可以月租方式承租廣告中的電腦設備。但該廣告並未適當揭露如下重要資訊：(a) 每月必需支付之租金數額，亦為該租賃要約之一部分。此等資訊存在與否，對於消費者而言乃具實質重要性，並會左右消費者是否做成租賃之決定。(b) 該電腦租賃條款，例如：除了每月租金外，在租賃物交付前，消費者所應預先支付的數額為何。

此等條款對於消費者而言乃十分重要，會左右消費者是否承租廣告之電腦設備。

關於 CLA 及其他相關法令之違反部份，廣告主並未以清楚而明顯的方式揭露如下租賃條件：(a) 廣告之交易為租賃；(b) 租賃物交付前或租賃物運送至消費者之前，消費者所應預先支付之數額為何；(c) 租賃契約簽訂時，所涉及之其他費用支出與否，例如：稅捐、授權費註冊費、州法或其他地方自治法明定應事前揭露之費用負擔；此外，該租賃契約是否有擔保條款 (security deposit) 及每月何日、何時需支付租金、應支付數額為何。

本案之廣告主在廣告中，實際上已包含了實質上的重要資訊；所謂實質上的重要資訊，係指會影響消費者做成交易決定之重要資訊，諸如租賃之月租費、其他費用支出內容、租賃重要條款。廣告中雖有實質上的重要資訊，但 FTC 認為，廣告主之揭露方式不當，於廣告末端以細小字體揭露重要資訊，並不符合法律所要求的「明確」而「清楚」要件，因而仍構成引人錯誤、欺罔廣告。

(四) 小結

美國法對於廣告隱藏條件、限制或負擔之規範，仍係適用 FTC Act 所確立之不實廣告禁止原則及適法性判斷標準。亦即：廣告必需真實、不能欺罔；廣告內容是否引人錯誤，其判斷基準為一般理性消費者之觀點；該等內容是否使理性消費者產生誤解，並可能影響消費者之交易決定。

綜合而言，廣告隱藏條件、限制或負擔之適法性，考量重點有：(a) 所隱藏的條件、限制及負擔，其「內容」是否為實質上的重要資訊；(b) 條件、限制或負擔在廣告中之「呈現方式」是否妥當；(c) 消費者對於該條件、限制或負擔所應承受的不利益，是否異於通常的交易內容。

1. 條件、限制或負擔之「內容」

客觀性的資訊較易為 FTC 認定屬影響交易決定之實質上重要資訊，包括：

- (1) 商品之功能、效能、特點、安全性、價格、成本、保證、品質、耐用年限。
- (2) 安全或健康資訊。

另外，廣告中所為之科學性或事實宣稱，應有證據支持，不能僅以想像或過度膨脹廣告詞吸引消費者注意。新近 FTC 對於健康食品、維他命所採取的不實廣告措施，即有其重要指標性意義。

鑑於「免費」、「低價」、擔保或保證廣告往往隱藏條件、限制或負擔，FTC 乃特別頒定價格欺罔處理原則、廣告使用免費或類似陳述之處理原則及擔保及保證廣告處理原則。依據各該原則規定，廣告主在免費或低價廣告中所隱藏的條件、限制或負擔，該等重要資訊若可能使理性消費者產生誤解、並可能影響其交易決定者，即應明確而清楚揭露，包括：

- (1) 消費者「免費」或「低價」優惠所應附隨購買之商品、優惠之條件。
- (2) 提供優惠商品之商店揭示：諸如部份、所有或多數商店參與該優惠活動。
- (3) 其他附屬性之必要費用支出。
- (4) 終止協議或提前解約之賠償或費用。
- (5) 優惠期間。
- (6) 擔保內容之獲悉可能性。
- (7) 不滿意退款之要件、期間。

2. 條件、限制或負擔之呈現方式

廣告所隱藏的條件、限制或負擔若被認定屬實質上的重要資訊，則需進一步判斷該等資訊之揭露方式。FTC 在諸多處理原則及個案中均闡釋，實質上的重要資訊應在廣告中緊鄰價格，而不能以註腳、較小字體方式呈現，FTC 在 1999 年所處理的 Dell 電腦設備租賃案即為一例。電視廣告雖有廣告時間限制，但對於實質上的重要資訊不得以快速閃過、上標或下標之細小字體、以冗長廣告混雜核心資訊等方式，影響消費者獲悉實質各該資訊。

3. 條件、限制或負擔之不利益是否異於以往交易

條件、限制或負擔內容若為消費者必需購買其他商品，該等商品之品質是否較差、價格是否較貴、提供的保證內容是否較少、所購買的商品是否另有其他條件限制，此等因素亦影響該廣告之適法性判斷。廣告所隱藏的條件、限制或負擔對於消費者之不利益，若確實異於以往交易者，就極有可能被認定為引人錯誤、欺罔廣告。

二、歐盟

(一) 法令規範架構

在歐洲共同體市場統合、促進內部市場之商品、服務、人員及資金自由流通此等既定發展方向下，廣告乃企業開拓市場的重要手段。但引人錯誤廣告或廣告中之不實訊息，不僅不利於消費者保護，亦會阻礙商品或服務相關資訊之透明化，引發企業間之不公平競爭及扭曲內部市場之競爭秩序。有鑑於此，歐體早於 1984 年即已頒定 84/450 號指令¹⁰，藉以就欺罔及引人錯誤之廣告行為，確立會員國內國法律及行政規定之規範原則。由於 84/450 號指令之用語過於艱澀不明，遭會員國之嚴厲批評，認為該指令不僅無法整合會員國關於不實廣告之分歧規定，反而會增加問題之發生¹¹。因此，1997 年頒布 97/55 號指令¹²修正 84/450

¹⁰ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, Official Journal L 250, 19/09/1984, P.0017 – 0020.

¹¹ 比較廣告資訊揭露完整程度與不公平競爭相關問題研究，行政院公平交易委員會九十一年度合作研究報告九，頁 59.

號指令規定。今（2003）年 6 月 18 日，歐體執委會則向歐洲議會及部長理事會提出「不公平商業行為指令（草案）」（Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC, the Unfair Commercial Practices Directive）¹³，本指令（草案）包含 84/450 號指令之不實及引人錯誤廣告規定；本指令（草案）預計可於 2005 年生效。

廣告中隱藏條件、負擔或限制行為，可能該當前述 84/450 號指令、97/55 號指令之引人錯誤廣告，亦可能受到不公平商業行為指令（草案）之規範。本文以下乃簡介各該指令及指令（草案）中，與本研究議題相關之各該規定。

（二）法律規範

1. 84/450 號指令

84/450 號指令第二條第一項所稱之「引人錯誤廣告」，係指以任何方式的宣傳或表徵，欺騙或相似手段欺騙廣告目標顧客，且由於該欺騙或相似手段而影響廣告顧客之經濟行為，或因而傷害競爭者、競爭秩序¹⁴（Art.2 II, 84/450 Directive）。據此，只要廣告行為會「潛在性的引人錯誤」（potentiell tauschende），即為 84/450 號指令所禁止¹⁵。

2. 97/55 號指令

97/55 號指令係修正 84/450 號指令，最重要之修正部份為：增訂比較廣告（comparative advertising）之具體規範¹⁶。依據該指令第一條規定，符合一定條件之比較廣告，應被允許。

3. 不公平商業行為指令（草案）

（1）立法背景

2001 年歷經歐體境內消費者保護及產業團體、商業及法律專家學者充分討論、意見溝通所完成的歐體消費者保護綠皮書（The Green Paper on EU Consumer Protection），勾勒出歐

¹² Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising, Official Journal L 290, 23/10/1997 P.0018 – 0023.

¹³ COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), SEC (2003) 724, Brussels, 18.6.2003.

¹⁴ Art.2 II, 84/450 Directive:

'Misleading advertising' means any advertising which in any way, including its presentation, deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or whom it reaches and which, by reason of its deceptive nature, is likely to affect their economic behaviour or which, for those reasons, injures or is likely to injure a competitor.

¹⁵ Ingo Westermann, Bekaempfung irrefuehrender Werbung ohne demoskopische Gutachten, GRUR 2002, Heft 5, S.405, 407.

¹⁶ 關於歐體 97/55 號指令比較廣告之詳細討論，參見前揭註11，頁 58-61.

體消費者保護立法改革之基礎架構¹⁷，以使消費者在跨國界的商品及服務活動過程，能有充分的保護，並促進競爭、擴大歐洲境內中小企業之發展規模。前述綠皮書亦提及共同體就不公平商業行為訂定特別的規範指令，以為歐體境內消費者保護法制改革之重要基礎¹⁸。

(2) 規範客體--針對消費者之「商業行為」

舉凡以消費者為對象之商業行為，均為不公平商業行為指令（草案）之規範客體，包括不公平廣告、行銷及其他以消費者為對象之商業行為（unfair advertising, marketing and other commercial practices used by business in their dealings with consumers），特別是具有誤導性或侵略性（aggressive）的商業行為，更為本指令（草案）所明定禁止之行為。

(3) 商業行為「公平」與否之判斷標準

本指令（草案）所規範的「不公平」商業行為，係指（Art.5 II）¹⁹：

A.事業之商業手法或注意行為，未符合預期中之通常標準（fail to comply with the usual standards of care and skill expected from a trader），亦即不符合該專業領域之注意義務（contrary to the requirements of professional diligence）；且

B.該等行為極可能限制一般消費者，在做決定前事先獲悉內容；或該等行為極可能使消費者做成相異的決定（be likely to constrain the average consumer's ability to take an informed decision to such an extent that he or she is likely to take a different decision from the one they would have made otherwise），例如：誤導消費者或強迫消費者購買商品。

(4) 作為或不作為均可能構成引人錯誤或誤導之商業行為

積極的作為（action）或消極的不作為（omission）均可能造成引人錯誤或誤導結果。本指令（草案）並不明確而詳盡的列出事業必需主動揭露的資訊；本指令（草案）的作法，反而是告知事業，不能隱藏或省略哪些實質的必要資訊（material information），其乃一般消費者在做交易決定時，必需知曉之內容，例如：關於商品特性、價格已含稅。在交易過程中，消費者若無法明確知悉此等實質上的必要資訊，事業即有揭露之義務。值得注意的是，本指令（草案）認定商業行為是否構成引人錯誤或誤導，重要判斷原則乃該商業行為（作為或不作為）所產生的效果，亦即：對於消費者做成交易決定與否之影響為何²⁰。

(5) 不公平商業行為之黑名單

¹⁷ 關於歐體消費者保護綠皮書及相關團體、專家學者之討論內容，可由網站下載：

http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/green_paper.htm (visited on June 25, 2003).

¹⁸ 關於歐體立法過程與本指令（草案）介紹，參見 Hans W. Micklitz, Juergen Kessler, *Europaeisches Lauterkeitsrecht, Dogmatische und oekonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europaeischen Binnenmarkt*, GRUR Int, 2002, 885-901.

¹⁹ MEMO/03/135, p.3.

²⁰ COM(2003) 356 final, Explanatory Memorandum No. 62.

為使共同體內部有一致性的執法標準，執委會分別彙整 2001 年及 2002 年完成之歐體消費者保護綠皮書、綠皮書對外意見徵詢等內容，於本指令（草案）附件一列出絕對禁止之不公平商業行為黑名單（blacklist），內容上分為兩大類：（a）引人錯誤的商業行為；（b）侵略性的商業行為（Art.5 I, III, IV）。會員國應於內國法中明文禁止此等不公平行為；惟黑名單僅為不公平商業行為之例示規定，其他對消費者保護、競爭秩序維持有重大不利影響之不公平商業行為，內國法亦應明文禁止之。

（三）實務個案—Nissan 汽車廣告案²¹

歐體近來較引起各會員國關注之不實廣告案件，乃 1992 年間之 Nissan 汽車廣告案。本案廣告中之 Nissan 汽車價格，遠低於市場上之一般銷售價格，惟廣告中對於所銷售汽車之部分資訊並未完全揭露，因而引發爭議。

本案廣告刊登事業為比利時汽車銷售商，其在法國刊登大篇幅廣告，宣傳低價的 Nissan 汽車銷售、且享有完全的汽車製造商保固（Herstellergarantie）。廣告中的 Nissan 汽車價格遠低於法國當地汽車銷售商所出售之 Nissan 汽車，惟廣告中並未完全揭露，消費者所購得之 Nissan 汽車係由比利時所製造、再運送至法國銷售；另外，比利時與法國兩地所生產的 Nissan 汽車在基本配備上（Grundmodelle）亦有不同，比利時 Nissan 汽車零配件較少，此亦為比利時汽車銷售商宣稱有較優惠價格之原因。再者，廣告中宣稱消費者享有完全的汽車製造商保固，實際上提供保固服務者，乃比利時汽車銷售商在法國的簽約維修站。

本案引發爭議在於涉案汽車之其他相關資訊，廣告中並未說明，此等資訊是否為影響交易決定之重要資訊、未揭露該等資訊是否構成引人錯誤廣告。歐洲法院在本案判決認為，廣告中未揭露交易條件、限制或負擔，若事實上足以影響「相當數量消費者（eine erhebliche Zahl von Verbrauchern）」做成交易決定（Kaufentscheidung）與否，始構成引人錯誤廣告；所謂相當數量乃至少 30% 的消費者受到影響。據此，市場上其他競爭事業欲主張特定事業之不實或引人錯誤廣告者，必須證明該廣告之對象消費者，有相當數量之交易決定受到影響。

歐洲法院之本案決定在德國地區引發爭議與討論，蓋德國法院實務對於引人錯誤、不實廣告之認定係採較嚴格標準，無須達到「相當數量」之一標準。為此，德國法院實務特別舉行討論會，結論係與歐洲法院相左。德國見解認為，針對國外車種所為之「新車特價」（Neuwagen-Discount）或「特惠價」（Sparpreis）廣告，其零配件、售後服務或其他銷售條件，若異於德國市場上同類車，且其內容非交易相對人所顯而易見者，廣告中卻未揭露，即構成引人錯誤廣告。另外，德國法院實務不以「交易相對人『事實上』受到廣告影響」

²¹ I-131ff, GRUR Int. 1993, 951.

為必要²²。

(四) 小結

歐體現行法對於廣告、行銷等商業行為之規範，並未直接針對廣告隱藏條件、限制或負擔有所規定，具體適用上仍應回歸現行法關於不實、引人錯誤或欺罔廣告之規範。

判斷廣告內容是否引人錯誤，係以一般的歐洲消費者、在合理的事先被告知及合理的注意及謹慎程度，判斷之。歐洲法院過去並未要求會員國在審理個案時，應有市場調查佐證，但近來法院判決認為，法官判斷應基於市場調查結果²³。

引人錯誤的廣告必需影響交易決定，至若哪些資訊係屬實質上的重要資訊、會誤導消費者、對於交易決定產生影響，執委會於日前提出不公平商業行為指令（草案）有較具體規定，該草案亦明定積極或消極商業行為之適法性判斷。據此，廣告中所隱藏的條件、限制或負擔，不得違反不公平商業行為指令（草案）之各該規定。亦即：廣告中所隱藏的條件、限制或負擔內容，若為本指令（草案）條文及附件黑名單所明定之實質上重要資訊，極可能構成不公平商業行為。綜合而言，應以清楚而明確方式揭露的條件、限制或負擔內容有：

(1) 關於商品之重要特點，諸如商品為限量與否、購買之優點與風險、內容、附屬品、售後之消費者服務、申訴處理、製造方法及日期、有效期限、運送、使用目的、用途、品質、特性、地理產地及製造地、商品被預期的效果、該商品被測試或檢測的結果。

(2) 任何聲明或表徵，直接或間接指明該事業或商品已經保證或認可。

(3) 價格、關於價格計算方式或具有特別價格優惠之情況。

(4) 所購買商品需要額外的服務、配件、零件更換或修繕。

(5) 事業或其代理商之重要資訊，諸如 identity、status、資產、合格或受有許可與否、關係企業、所擁有之產業、商業或智慧財產權、受頒獎或傑出表現。

(6) 事業無法證實之商品宣稱。

(7) 消費者的權利或其應面對的風險。

(8) 商品之任何行銷行為（包括比較廣告），其會造成與其他競爭者商品、商號或識別標誌之混淆。

²² 德國文獻關於本案討論，參見 Rolf Sack, Die Bedeutung der EG-Richtlinien 84/450/EWG und 97/55/EG ueber irrefuehrende und vergleichende Werbung fuer das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1998, 263.

²³ GRUR Int. 2000, 354, 356 Nr.31; C-210/96, GRUR Int. 1998, 795.

三、德國

(一) 法令規範架構

德國關於廣告、行銷行為之規範，主要係適用不正競爭防止法（Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerbs, UWG）。為了配合現代化商業及交易活動之需求，德國政府自 2000 年起，即委託學者以歐盟競爭法調和為思考出發點，進行 UWG 修正研究，該研究計畫在 2001 年 6 月完成，並公布於德國法務部（Bundesministerium der Justiz）網站²⁴。參酌學者所完成的研究成果，德國政府於日前完成 UWG 修正草案條文²⁵，其修正幅度甚鉅、放寬廣告限制之過時性規定，諸如關於換季或年終拍賣規定（Schlussverkaufe）²⁶；UWG 修正草案已於 8 月 22 日送交國會審議²⁷。

除了前述由國家立法的廣告行為規範外，德國另有兩個最重要的廣告自律組織：德國廣告協會（Deutsche Werberat; German Advertising Stands Council, DW）²⁸、不正競爭對抗中心（Zentrale Zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; Centre for Combatting Unfair Competition）²⁹。該等自律組織實際上並未頒定過多的廣告自律規範，而是依循國際商會（International Chamber of Commerce, ICC）³⁰之廣告相關自律規範³¹。

本文以下除了探討 UWG 現行法、德國政府委託學者所做之 UWG 修正研究、UWG 修正草案規定等，關於廣告隱藏條件、限制或負擔之重要內容外，亦一併探討影響德國廣告自律規範的 ICC 廣告自律規範，最後再探討德國新近重要實務個案。

²⁴ Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 15. Juni 2001 (以下簡稱 BMJ – Gutachten UWG)，完整一百餘頁研究報告，可由網站下載：<http://www.bmj.bund.de/images/10919.pdf> (visited on July 22, 2003).

²⁵ 德國政府所提出之修正草案條文，可由德國法務部網站下載：
<http://www.bmj.bund.de/ger/service/gesetzgebungsvorhaben/10000709/?sid=65572b020b7d296c8ffc150d7afab7c1> (visited on July 22, 2003).

德國國會目前審議中之修正草案條文，參見 BT-Dr. 15/1487，
<http://dip.bundestag.de/btd/15/014/1501487.pdf> (visited on October 25, 2003).

²⁶ UWG 修正草案之提出，除了修正現行法之各該規定外，另一重要目的在將歐體 2002/58 號個人資料及電子交易指令(Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ueber die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphaere in der elektronischen kommunikation)轉換為內國法。

²⁷ BT-Dr. 301/03.

²⁸ 網頁為<http://www.interverband.com> (visited on July 22, 2003).

²⁹ 網頁為<http://www.wettbewerbszentrale.de/de/> (visited on July 22, 2003).

³⁰ 網頁為<http://www.iccwbo.org> (visited on July 22, 2003).

³¹ http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/national_laws_en.pdf (visited on July 20, 2003), at 80, 81.

(二) UWG 相關規範

UWG 之保護對象為消費者、商業行為之競爭者及一般大眾，據此，交易行為之參與者均受該法之規範。

1. UWG 現行法

(1) 不公平競爭行為

A. 不公平競爭行為之禁止

UWG 第一條規定：凡於商業交易過程，為競爭目的而從事違反善良風俗之行為者，得被請求不作為（停止該行為）及損害賠償。UWG 第二條乃關於比較廣告（vergleichende Werbung）之規定³²。所謂比較廣告，係指直接或間接使其競爭對手或競爭對手所提供商品或服務明顯可知之廣告。

B. 判斷標準

商業行為是否該當 UWG 第三條之不公平、引人錯誤，可由如下兩個面向判斷³³：

a. 客觀事實之錯誤陳述

只要是故意的陳述錯誤的客觀事實，即為不公平行為。至若錯誤陳述方式，不以積極方式為必要，陳述中隱含（innewohnend）虛偽、錯誤事實，亦屬之³⁴。

b. 交易資訊陳述引起主觀誤認

關於重要交易資訊之陳述，若會引起一定比例之目標視聽大眾誤解者，亦為不公平行為。所謂的重要資訊，特別是指商品成分、製造過程、價目表、來源、認證與否、銷售原因、存貨量。

C. 法律效果

不公平行為之行為人、委託或雇用他人為不公平行為者，諸如廣告主及廣告代理業，將處以兩年以下自由刑或罰金（UWG 第四條）。

(2) 拍賣或折扣活動之限制

德國法制對於商業活動有較嚴格的限制，除了 UWG 及其他法令另有規定外，零售商店為了加速商品銷售、提升銷售利益所舉辦的全館拍賣活動（Sonderveranstaltungen），或為全館拍賣活動之宣傳（UWG 第七條第一項），應禁止之。

³² 關於德國 UWG 比較廣告之相關規定及實務個案，參見註11，頁 65-71；Mattias Johannes Nordmann, *Neuere Entwicklungen im Recht der vergleichenden Werbung*, GRUR Int 4/2002, 297-303. 長久以來，德國競爭法實務均認為，比較廣告係透過自己商品或服務與其他商品或服務之比較，以說服廣告商品之優點與優勢，此等行為有違善良風俗（die guten Sitten），構成 UWG 第一條之違反。

³³ http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/national_laws_en.pdf (visited on July 20, 2003), at 26.

³⁴ Ingo Westermann, *Bekämpfung irrefuehrender Werbung ohne demoskopische Gutachten*, GRUR 2002, Heft 5, S.404f.

(3) 對消費者表示其乃製造商或大盤商之限制

為了維持交易秩序，避免製造商、大盤商與最終消費者間之交易行為對於中游廠商或零售商產生不公平競爭情事，UWG 原則上禁止製造商、大盤商在對外宣傳或廣告中，對個別消費者表示其乃製造商或大盤商，僅在符合嚴格要件情況，始不在禁止之列。

(4) 對最終消費者核發證書之限制

為了避免商業活動中，不當的證書核發而影響正常的競爭秩序，UWG 第六 b 條乃明定：商業活動中，為了競爭目的而對最終消費者核發所出售商品之證明書（Berechtigungsscheine, Ausweise）、其他證書（Bescheinigungen），或在出售商品中展示證明書者，得被請求不作為（停止證明書核發或展示行為）；但該等證書係針對單一交易及每一交易商品所核發者，不在此限。

由前述簡介可知，現行 UWG 第一條不公平行為禁止規定及其他規定，對於廣告或其他商業行銷行為之規範甚為嚴格。換季拍賣、清倉拍賣、改裝拍賣等之宣傳均有嚴格的要件或時間限制；對於最終消費者之廣告或其他商業行為，亦不得隨意聲稱其為製造商、中盤商，或廣泛聲稱所銷售商品具有保證或證明。

2. UWG 修正草案

2003 年 5 月由德國政府所草擬完成的 UWG 修正草案，修正幅度甚鉅，並變更現行法之條文條次；新法（草案）有二十二條，分為五章，第一章為總則（Allgemeine Bestimmungen）、第二章為法律效果（Rechtsfolgen）、第三章為程序規定（Verfahrensvorschriften）、第四章為罰則（Strafvorschriften）及第五章為附則（Schlussbestimmungen）。以下僅討論與本研究議題相關之草案條文。

(1) 立法目的及定義規定

特別值得注意的是，UWG 修正草案將消費者（Verbraucher）列為本法之保護對象，以符合諸多法院判決³⁵及消費者團體呼籲。據此，除了維持競爭秩序、確保市場上競爭者之利益外，消費者保護亦為本法立法目的之一（UWG 修正草案第一條）。

(2) 不公平競爭行為之禁止

不公平競爭行為應禁止之。所謂不公平競爭行為，係指對於競爭對手之競爭產生不利益（den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber）、對消費者或其他市場參與者為相當程度的誤導（nicht unerheblich zu verfaelschen）者（UWG 修正草案第三條）。

(3) 關於引人錯誤廣告之特別規定

除了前述不公平競爭行為之例示外，UWG 修正草案第五條第一項進一步規定，引人錯誤的廣告（irrefuehrende Werbung），亦構成不公平競爭行為。

³⁵ 重要法院判決參見：GRUR 1999, 751ff; NJW 2000, 864; GRUR 2002, 455ff.

(4) 關於比較廣告之規定

關於比較廣告之規範，乃規定於 UWG 修正草案第六條，僅條次變更，規定內容維持不變³⁶。

(5) 法律效果及罰則

關於不公平競爭行為、引人錯誤廣告、比較廣告之法律效果及罰則，基本上與現行 UWG 規定相同，而分別規範於第二章及第四章。

由前述說明可知，相較於現行法，UWG 修正草案對於不公平行為、引人錯誤廣告行為有更明確的規定，亦訂有較具體的適法性判斷標準。此外，UWG 修正草案亦刪除現行法關於季節性拍賣、整修、自然災害商品特賣之限制規定，蓋在折扣減價法（Rabattgesetz）及附加費用法（Zugabeverordnung）廢止後，研擬修正 UWG 之專家小組即不斷檢討，是否仍應維持特價活動之相關規範。最後專家學者一致認為，限制特價活動乃不合時宜，應刪除現行法之規定，但以特價活動方式促銷或推銷商品、服務，仍會受到禁止不公平競爭、引人錯誤廣告等之規範³⁷。

(三) ICC 廣告自律規範

ICC（International Chamber of Commerce，國際商會）成立於 1919 年，係由法國商業部長所發起，首要目標係為活絡商品、服務交易市場，促進資本自由流動。關於商務仲裁、爭議解決、貿易開放、企業自律、反貪污、經濟犯罪等議題，ICC 均訂有自律規範或準則。ICC 雖為唯一的全球性商業合作組織，但由於其總部設於巴黎，亦以歐洲所在地之法人、商業組織、團體為主，因此，對於歐洲地區之商業活動具有較大的影響力。

ICC 就廣告、行銷行為所訂定之一般性自律規範有：2002 年之商業促銷國際準則（ICC International Code of Sales Promotion，以下簡稱 SP Code）³⁸、2001 年之行銷國際準則（ICC International Code of Direction Marketing，以下簡稱 DM Code）³⁹、1997 年之廣告行為國際準則（ICC International Code of Advertising Practice，以下簡稱 Ad Code）⁴⁰。

³⁶ 參見本節前述之 UWG 現行法介紹。

³⁷ 關於 UWG 刪除特價活動限制規定之考量與討論，參見 UWG 修正草案立法說明 A. IV.5.a.

³⁸ http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/code_of_sales_promotion.asp (visited on July 23, 2003).

³⁹ http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/2001/code_of_direct_marketing.asp (visited on July 23, 2003).

⁴⁰ http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp (visited on July 23, 2003).

(四) 實務個案

1. 手機併同電信公司促銷第一案⁴¹

本案之原告及被告均為手機銷售業者，被告之手機促銷廣告，乃刊載於 1994 年 5 月 2 日的 Sueddeutsche Zeitung（報紙名稱）八頁夾報廣告文宣，閱讀者一眼即可獲悉的廣告內容與呈現方式為：

MOTOROLA 527 只要 30 馬克 D2

上述優惠價格需搭配 Mannesmann 公司的 D2 電信，
且在購買手機時一併簽約

使用 D2 電信之費用支出項目如下：

簽約後之首次線路費	78,20 馬克
每月基本費	78,20 馬克 (D2-Netz)
每單位通話費 (國內)	最高為 1,39 馬克/每分鐘 (D2-Netz)

原告主張，被告的手機廣告隱匿真實的商品售價，廣告方式與內容有引人錯誤之嫌，乃 UWG 第一條之違反。原告認為，被告以大標題與字體宣傳手機售價僅要 30 馬克，但享受該等優惠價格必須同時搭配 D2 電信，所以，消費者為了購得該手機實際上必須付出的成本為：30 馬克加上至少 150 馬克的電信費用。因此，原告要求法院禁止該廣告行為，並主張類似手機促銷廣告所宣傳之價格，必須是消費者實際支出總數 (Gesamtpreis)，不得單獨以最優惠的手機作為宣傳價格。

原告之前述主張為聯邦民事法院所駁回，聯邦民事法院認為，事業所為之 A、B 商品（或服務）銷售行為，若限制 A 及 B 商品必須同時購買始能享受優惠價格者，事業負有義務，在該等商品的宣傳廣告中揭露 A 及 B 商品共同購買之總價，不能僅宣傳 A 或 B 之最優惠價格。惟前述廣告主或事業必須揭露之價格資訊情況，並不存在於本案。本案廣告所涉及價格有兩個，其一乃被告自行銷售之手機價格，另外則為被告所仲介之電信費用；由於後者之電信費用支付多寡，完全視手機購買者之消費內容與結果而定，被告在宣傳手機時並無法完全確知。因此，A 商品價格乃固定的，必須同時搭配購買之 B 商品價格，卻會隨著消費者個人或時間因素而有極大差異，於此情況，事業並不負有義務在廣告中揭露 A 及 B 商品之購買總價。

除了關於商品總價之揭露外，原告亦向法院主張，被告廣告中並未揭露與電信公司之

⁴¹ BGH, Urt. V. 8.10.1998 – I ZR 7/97, GRUR 1999, 261.

最少簽約期間及每月最低通話費，未達最少簽約期限或每月最低通話費者，消費者必需支付額外費用，因此前述廣告有誘餌消費者之嫌。對於前述主張，聯邦民事法院贊同之，認為該廣告未揭露電信使用之最少簽約期間及每月最低通話費，有違價格明確與真實原則(das Gebot der Preisklarheit und Preiswahrheit)，構成 UWG 第一條之違反。雖然 UWG 及其他法令並未明訂事業必須揭露哪些交易資訊，消費者亦不應期待商品或服務特點之完全揭露，但在 A 及 B 商品共同購買始可享有優惠之情況下，最低簽約期限、簽約後之首次線路費、每月基本費、每月最低通話費及每單位通話費，均為消費者是否能依據本案廣告享有優惠之重要條件，因而必須使消費者在「一眼」(blickfangmaessig) 獲悉優惠價格同時，知曉該等條件限制；前述重要資訊之揭露，必須是「易讀」(gut lesbar) 易懂(Grundsätzlich vollständig)」。本案被告已在廣告中以合理的字體大小揭露手機搭配電信一事，所搭配電信之簽約後之首次線路費、每月基本費及每單位通話費雖以加框及較小字體方式呈現，但仍緊鄰搭配電信之條件說明。惟最少簽約期限及每月最低通話費亦為重要資訊，廣告中並未揭露。

由前述判決可知，以優惠價格進行廣告宣傳，必須以「易讀易懂」方式完全揭露享有優惠價格之重要條件、對於消費者不利之其他條件，否則法院實務則會認為該等廣告乃引人錯誤。

2. 手機併同電信公司促銷第二案⁴²

與前述手機併同電信促銷第一案相當時間，聯邦民事法院亦就相同產品及廣告內容做成另一判決。本案原告及被告亦為手機銷售業者，原告主張被告之手機促銷廣告乃誘餌廣告，其內容亦有引人錯誤之嫌，構成 UWG 第一條之違反。被告廣告內容與形式如下：

“D-Netz 手機

***0,00 (免費)**

…… (其他廣告文字)

Bosch 品牌 XXX 配件	49 馬克
XXX 配件	49 馬克
XXX 配件	49 馬克

⁴² BGH, Urt. V. 8.10.1998 – I ZR 187/97, GRUR 1999, 264.

*上述優惠價格需搭配 D 電信，且在購買手機時一併簽約	
簽約後之首次線路費	XXX 馬克
每月基本費	XXX 馬克
XXX	XXXX

與本文介紹之前一案相同，聯邦民事法院在本案亦表示，手機與通話線路兩項產品並不存在主要商品與附屬商品關係，蓋對於消費者而言，此二商品乃各自獨立。消費者若需共同購買不同商品始能享有優惠情況者，事業負有義務，在該等商品的宣傳廣告中揭露不同商品共同購買之總價，不能僅宣傳 A 或 B 之最優惠價格。惟本案電信費用支付數額之多寡，與消費者通話時間或簽約年限長短有密切關連，因而本案被告在宣傳手機時無法完全確知不同商品共同購買之總價。此外，從長久以來的交易經驗來看，消費者不會因閱讀本廣告而誤認可完全免費獲得價值數百馬克的手機，且無其他附屬義務存在。據此，單就本案廣告僅大大宣傳手機免費而言，不會對於消費行為產生誤導或誤認，因而無 UWG 第一條及第三條不公平競爭行為、誘餌廣告之適用。

惟對於免費獲得手機所必須搭配電信簽約一事，廣告中是否充分而適當的揭露重要訊息，聯邦民事法院則有詳盡闡述。法院再次重申，現行法令並未要求事業應揭露哪些交易資訊，消費者亦不應期待商品或服務特點之完全揭露。但免費獲得手機的前提，建立於消費者同時簽訂電信通話契約，關於首次線路費、每月基本費、每月最低通話費及每單位通話費等，均為電信契約之重要內容，亦影響消費者決定是否進行此等經濟活動。此等資訊與內容，乃電信契約之重要內容，必須適當揭露。

廣告中對於重要資訊的揭露方式，固然可以「*」或其他符號方式，於廣告中之適當位置詳盡說明重要資訊。但須特別注意者為，該等重要資訊之位置 (raeumlich) 必須妥適，揭露方式亦必須「容易獲悉及可以清楚而容易的閱讀 (leicht erkennbar und deutlich lesbar)」。本案廣告雖已揭露電信契約 (亦即本案消費活動) 之重要資訊，但相較於廣告中以字體大而明顯方式說明「手機免費」之一訊息，關於電信契約之重要訊息則以「*」方式加註，詳盡說明之位置不僅未緊鄰「手機免費」廣告文句，字體亦小到幾乎難以辨識。消費者在一眼獲悉「免費手機」訊息同時，無法同時一眼獲悉重要資訊。據此，本案廣告對於重要訊息之揭露，在位置及方式上，並不妥適，構成 UWG 第一條及第三條引人錯誤、不公平商業行為。

(五) 小結

關於不實廣告、比較廣告之規範，歐體雖已頒定指令，以統合共同體內部之執法標準。

惟指令中關於不實廣告、比較廣告、不公平商業行為之各該規定，僅是最低標準（Mindeststandart），落實到歐體會會員國可能產生不同結果。由前述德國 UWG 現行法及修正草案內容可知，UWG 修正草案雖刪除特價活動之限制規定，但德國法對於廣告行為實採較嚴格立法，規定內容亦較具體。

廣告隱藏條件、限制或負擔者，所隱藏的資訊若會引人錯誤，即可成立不公平競爭行為。引人錯誤與否之判斷標準，應從接受訊息的消費者角度考量，德國法院所確立的原則為：造成 10%-15% 合理消費者誤認者，即為引人錯誤。至若該等消費者對於所隱藏資訊，應負擔何等注意程度，德國法院判決係以「快速狀況下平均消費者」（fleuchtiger Durchschnittsverbraucher）判斷之，並應有市場調查結果佐證⁴³。

德國法院亦透過判決，闡釋廣告中揭露條件、限制或負擔之方式，其位置必須妥適，並且是「容易獲悉及可以清楚而容易的閱讀（leicht erkennbar und deutlich lesbar）」。屬於重要訊息之交易條件、限制或負擔雖於廣告中有揭露，但該等重要訊息在位置上或字體上欠妥者，仍難謂之合法。重要訊息固然可以「*」方式加註，但詳盡說明之位置如未緊鄰優惠廣告之文句，字體亦小到幾乎難以辨識，使得消費者在一眼獲悉優惠訊息同時，無法同時一眼獲悉重要資訊者，法院實務極可能會認為該等廣告乃引人錯誤。前述聯邦民事法院所做成之兩件手機電信廣告案判決，可為實務見解之重要參考。

以同時接受兩件以上商品或服務為優惠條件者，該廣告必須揭露商品或服務之「總價」，不得僅宣傳最優惠之商品或服務價格。除非其中一商品或服務價格會隨著消費者個人或時間因素而有極大差異時，始免除廣告中揭露商品或服務總價之義務。

另外，進一步需探討者為：所誤認之事實是否影響交易決定。綜合而言，UWG 現行法、修正草案、影響德國廣告自律規範之 ICC 準則，容易被認定屬影響交易決定之事項有：

（1）商品或服務的特徵，諸如供應可能性、種類、規格形式、裝配組合、製造或生產的程序與時間、適當的使用目的、使用可能性、數量、特性、地理產區及製造商、使用後之預期結果、商品或服務之測試結果或其主要內容。

（2）出售原因、價格、價格計算方式、商品運送條件或服務提供條件。

（3）關於廣告主商業關係之相關資訊，特別是關於其性質、特性，諸如其財產、智慧財產權、能力、所受的獎賞或榮譽。

另外，促銷條件亦應在宣傳中清楚而明確的揭露。考量商品的種類、廣告及宣傳之方式，事業若無適當存貨以供應預期需求者，該等廣告行為亦為被認定乃引人錯誤。德國 UWG

⁴³ BMJ – Gutachten UWG, 前揭註24, p.24.相較於歐洲法院所確立之原則乃：一般的歐洲消費者、在合理的事先被告知及合理的注意及謹慎程度下 (durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständigere Durchschnittsverbraucher)，是否會誤認來判斷。

修正草案明定適當存貨為「正常情況下的兩天存貨量」。

四、日本

(一) 概說

日本於第二次世界大戰後引進獨占禁止法，將一部份不公平競爭方法之規制移植過來。在制定當時，僅規定獨占性格強烈的競爭方法，其他不公平競爭方法則由公平交易委員會另行指定，但並未將不當表示亦列為其中之一。在昭和 28 年（1953 年），獨占禁止法改正趨緩之際，不公平競爭方法相反地卻被重視，而認為有補充之必要。在該方法中，因加入以交易上不當地位之利用等之違法類型而擴大其內容，故改稱為「不公平交易方法」；其在獨占禁止法上之定義及規定多包含抽象的行為類型，具體的類型就由公平交易委員會公告指定，不當表示便是於此次首度納入之。

由於過高的贈品行為及不當表示行為誘引顧客，有其影響性、高漲性及特殊性，獨占禁止法無法充分規範之，再者，即使事業本身自律，為了確保其實效性，各界仍是認為需要有個明確的法規範存在，故在昭和 37 年時制定不當贈品與不當表示防止法（以下簡稱景表法），並陸續修改之，最近一次的改正便是在平成 15 年（2003 年）5 月。

本節介紹日本對於不實廣告之基本規範，佐以日本公平交易委員會所為之指導方針，再分析實務及學說關於廣告隱藏條件、負擔或限制之見解，企以釐清該等行為之本質及適法判斷標準。

(二) 相關規範及其要件

1. 不正競爭防止法

在「不正競爭防止法」第二條第十三款⁴⁴規定：「在商品或勞務或其廣告或交易上所使用之文件或通信上，關於商品的原產地、品質、內容、製造方法、用途或數量或其勞務之品質、內容、用途或數量為使人發生誤認之表示；或是讓與、交付，或為讓與或交付而展示、輸出、或是輸入為此表示之商品；或是提供為此表示之勞務之行為。」

2. 不當贈品與不當表示防止法

最重要的景表法第四條，在於補充公平交易委員會依獨占禁止法規定，所告示「不公

⁴⁴ 不正競爭法第 2 條 13 款：「商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信にその商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量若しくはその役務の質、内容、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入し、若しくはその表示をして役務を提供する行為。」

平交易方法」第八款⁴⁵之不足。

3. 不正競爭法及景表法對於不實廣告規範之比較

(1) 保護法益

不正競爭法基本上是對於事業個別間私人利益保護為目的；而景表法是以競爭秩序的保護為目的。

(2) 對象範圍

兩法之規範範圍大抵均為商品、勞務之原產地、品質、內容等之行為，但較不同的是，景表法是以概括規定來規範，故其範圍較不正競爭法為廣。

(3) 規制手段

景表法是以行政規制為主要手段，事前以公正競爭規約來防止，事後以排除命令之方式來處分；不正競爭防止法是以民事損害賠償及刑事處罰之手段來排除不當之表示。

(三) 不當表示的共通要件及判斷準則

1. 共通要件⁴⁶

(1) 使一般消費者誤認

所謂的「一般消費者誤認」，指的是一般具有常識性知識的消費者在通常的情況下，會產生誤解的情形。即若具有某種程度的專業知識便不會產生誤認，但該知識並非一般消費者所通常具有時，若導致一般消費者誤認，則該表示仍為不當之表示。此外，在該商品或勞務之使用者範圍是有所限制的情況下，便認定該商品或勞務之需求者團體為一般消費者，例如，在以兒童為導向的玩具商品上，兒童便成為該商品的一般消費者，因此只要以兒童是否會產生誤認來判斷即可。

(2) 不當引誘顧客

事業所為之表示，幾乎都是以誘引顧客為目的，因此，若該當使一般消費者誤認之表示，其本身便屬不當引誘顧客。在表示中，並非只有不當之表示，且非僅禁止不當之表示。本要件中之「不當」，只是在確認使一般消費者誤認之表示均屬於不當。再者，事業對於其商品、勞務之品質或其他內容、價格及交易條件為正當之表示，將正確的商品知識傳達給消費者而誘引之，即使其廣告量比競爭者多，此種誘引非屬不當之誘引。

⁴⁵ 第8款：「自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。」

⁴⁶ 向田直範，不当禁止の表示，公正取引 625 期，頁 50，2002 年 11 月。

(3) 妨礙公平競爭之虞

所謂「妨礙公平競爭」是以減少自由競爭之程度、競爭手段本身之不公平及侵害自由競爭之基礎等三點來判斷之，並不需要該妨害公平競爭之事實上已發生，只要有可能足認其會發生者，即屬之。使一般消費者產生誤認之表示，奪取了為正當表示事業之顧客，進而使一般消費者未能為正常商品選擇之不公平競爭手段。因此，使一般消費者產生誤認之表示，無論從競爭手段或本質來看，均妨礙了公平競爭，而毋庸細問其是否有妨害公平競爭之結果。亦即，所謂「妨礙公平競爭之虞」之要件，使一般消費者誤認之表示通常是其具備要件。

綜上所述，不當表示的共通三要件，其實只要該當第一要件—使消費者誤認之表示，其他二要件即為充足，無須多論之，亦即，不當表示之要件以「使一般消費者誤認」為其核心。

2. 判斷方法⁴⁷

商品的表示，鮮少有僅以單一事項出現，通常是以複數組合的型態（如品質、價格、規格等等）出現在消費者的面前，因此對於複雜之表示型態，就需有一定的方式來加以判斷之必要。如何來判斷該表示是否不當，採用下列三種方式來加以判斷：

- (1) 隔離觀察
- (2) 全部觀察
- (3) 主要部分觀察

(四) 「不當價格表示在景表法上之基本思考」、「關於誘餌廣告之表示」及其運用基準中對於隱藏條件、負擔之不實廣告之認定

綜上所述，於日本對於不實廣告的相關規範中，雖未於相關法規中明確指出何謂隱藏條件、負擔之廣告，但與其關係最密切的，便是由景表法第四條第一項第二款及第三款中所衍生出來的「不當價格表示在景表法上之基本思考」及「誘餌廣告之相關表示」及其運用基準之規定。

1. 不當價格表示在景表法上之基本思考⁴⁸

此基本思考是針對「以一般消費者為對象的價格表示」，表明景表法中關於不當價格表示的相關類型及觀點，以期能防止事業違反景表法之行為，促進事業間公平且自由競爭，

⁴⁷ 植木邦之，判、審決例からみた—不當表示法，頁 97-105，社團法人商事法務研究會，1996 年 8 月。

⁴⁸ 不当な価格表示についての景品表示法上の考え方，網址：
<http://www.jftc.go.jp/keihin/1/keihyohou.htm>，瀏覽日期：2003 年 4 月 27 日。

確保一般消費者能正確選擇商品或勞務。

2. 誘餌廣告之相關表示及其運用標準⁴⁹

對於一般消費者提供商品或勞務的事業，在提供自己商品或勞務時（不包括不動產之交易），為下列引誘顧客之行為，其中與隱藏條件、負擔廣告較有關係者，乃第二、三點：

（1）對於所欲提供交易之商品或勞務，並未為交易上之準備，實際上亦無法因應交易需求之表示

（2）對於所欲提供交易之商品或勞務限定其供給量，但卻未將其限定的內容明瞭記載於該商品或勞務之表示

（3）對於所欲提供交易之商品或勞務限定其供給期間、供給對象或一人一份之供給量，但卻未將該限定內容明確記載於該商品或勞務之表示

（4）對於所欲提供交易之商品或勞務，無正當理由妨礙交易之成立及其他實際上無交易意思情形的商品或勞務之表示

（五）日本對於隱藏條件、負擔廣告之態度

事業乃交易上之強者，其對商品之了解較消費者深入，故在提供消費者為購買之參考時，負有將該商品之資訊完整傳達給消費者之義務，進而能使消費者為正確之交易選擇。若事業者憑藉本身優勢，隱匿交易上重大資訊，來吸引消費者與其交易時，就有受規範之必要。日本雖未直接對隱藏條件、負擔廣告另為規範，惟如前所述，於誘餌廣告及不當價格表示之基本方法相關規定可見端倪。另外，以下實務及學說涉及本研究議題者，可供參考。

1. 對於單純不表示其限制條件之界定

景表法雖然基本上規範的是於外部所表現出之觀念或事實，但即使其外部所未表現出來而應為表示事項，亦受同法之規範。

2. 對於雖有限定意旨之表示、但其表示未臻明確之界定標準

如前所述，在誘餌廣告及不當價格表示之基本思考中，對此種表示有所說明，若在表示中僅表明具有限定條件之意思，但並未具體說明其內容（如限定時間、限定數量多寡或其他交易條件之限制）或表示不明確時，就會被認為有該當不當表示之虞。但事業為如何不明確限定條件之表示，始有受規範之必要，學者間並未有明確之界定標準，僅能如前述意見書所述，建議公平交易委員會為一制式標準來要求事業遵守。但該會未採納之理由，

⁴⁹ おとり広告に関する表示及「おとり広告に関する表示」等の運用基準，網址：
<http://www.jftc.go.jp/keihin/3/otori.htm>，瀏覽日期：2003年4月27日。

仍是認為需依個案來解釋此種類型是否為不當之表示。公平交易委員會嘗試依各行業之不同，對於其行業所為之表示為實態調查，針對各種不同類型之表示行為，來判斷是否為不當表示，希冀能先藉由行政指導或該行業之自律團體為督導，以期防止事業為違反景表法之行為。

(六) 實務個案－日本人壽相互保險公司不當表示之排除命令事件⁵⁰

1. 案由

日本人壽相互保險公司（下稱「日本人壽」）經營人壽保險業之事業。日本人壽自 2001 年 1 月以來，推出所謂以被保險人經病理組織檢查診斷確定罹患癌症為條件，得獲有相關診斷給付金、住院給付金、手術給付金、出院後療養給付金等支付內容之「日本人壽癌症保險 EX」保險契約（下稱日壽癌症保險）。該保險契約，大都係經由擔任人壽保險業務之從業員（下稱營業職員）與一般消費者進行交易。

日本人壽指示其營業職員，對於一般消費者推銷該日壽癌症保險時，應向消費者提示該保險契約內容之宣傳手冊及載有診斷給付金等給付金額與保險費總金額之解說書。另外對於已經承諾簽約之消費者，應進一步向其說明「特別重要事項」契約條款中有關「保險費・保障等注意事項」，並應將上述相關文書及載有該保險契約條款之「保險契約指南」手冊，交付予該消費者。

日本人壽自 2001 年 1 月起至 2002 年 11 月間，就該日壽癌症保險之住院給付金，分別為如下之記載表示：

(1) 於宣傳冊首頁以較大字體標示「為堅強抗癌！請加入日壽癌症保險 EX」、「本保險方案專為堅強抗癌而企劃！」及「保障內容（『癌症住院給付金每天 10,000 日圓』）」，並於該標示下加註「癌症住院給付金，自住院首日起支付，無住院期間或給付次數之支付限制。」及「住院 無限制癌症住院給付金 自首日起每天 10,000 日圓」等字句。另於該內頁以較大字體標示「『日壽癌症保險 EX』相關注意點」，並於該標示下加註「非治療癌症之目的而住院者，於住院中經診斷確定罹患癌症時，就該診斷確定前之住院期間不支付癌症住院給付金。」等字句。

(2) 於解說書中以較大字體標示「日壽癌症保險 EX」，並於該標示下加註「住院給付金，自住院首日起，無住院日數限制之支付。」另於「本次推薦保險企劃」標示下，加註「癌症住院給付金 住院日數 支付次數 無限制 自住院首日起」等字句。

(3) 於「保險費・保障等注意事項」條款中，為「非治療癌症之目的而住院者，於住院中經診斷確定罹患癌症時，就該診斷確定前之住院期間不支付癌症住院給付金。」之記

⁵⁰ 2003 年（排）第 12 號。

載。

上揭保險契約之內容，經由日本人壽之營業職員對一般消費者解說後，促使一般消費者誤認加入該保險契約，除係非治療癌症之目的而住院者，於住院期間經診斷確定罹患癌症時，就該診斷確定前之住院期間不得請求支付癌症住院給付金外，倘係經由醫師診斷有罹患癌症之跡象而住院者，其於住院期間經診斷確定罹患癌症時，得溯及自住院首日起請求支付癌症住院給付金。惟實際上，被保險人雖係經由醫師診斷有罹患癌症之跡象而住院者，即使於住院期間經診斷確定罹患癌症時，日本人壽僅願意支付自病理組織檢查診斷確定罹患癌症或實施癌症治療手術之日起，至出院期間之癌症住院給付金，並非溯及自住院首日起支付。

2. 公平交易委員會決定

本案經公平交易委員會認定，日本人壽就日壽癌症保險內容之表示，促使一般消費者誤認可獲得較實際內容為有利之給付，爰有不當引誘顧客而阻礙公平競爭之虞，核該行為違反景表法第 4 條第 1 款規定。據此：

(1) 日本人壽相互保險公司於 2001 年 1 月起至 2002 年 11 月間，就其推出之「日本人壽癌症保險 EX」保險契約與消費者進行交易，其中有關住院給付部分，該保險契約表示，不論被保險人係由一般健康檢查發現癌症症狀或專以癌症手術之目的而接受診斷，其經醫師診斷出有罹患癌症跡象而依指示住院者，該被保險人將可獲得自住院首日起算之住院期間給付金。惟該保險契約內容與實際有異，因此日本人壽相互保險公司，除應向社會大眾公開聲明該保險契約內容有促使一般消費者誤認之不實外，並應個別向上述期間內與之締約之消費者為相關聲明之通知。上述公開聲明及個別通知之方式，須事先送請本委員會之認可。

(2) 日本人壽相互保險公司，今後於健康保險之相關交易，負有採行必要措施以防止再為同樣不當表示之義務。就此必要之防止措施，應向公司相關人員徹底公告周知。

(3) 日本人壽相互保險公司，今後於健康保險之相關交易，不得再為促使一般消費者誤認之不當表示。

(七) 小結

隱藏條件、負擔廣告，係指事業於其廣告上，對於所提供商品或勞務之價格、數量、品質、內容或其他交易條件所為優惠表示，藉以引誘消費者，而消費者於交易前難以或不能從廣告中得知該交易附有不利於消費者、且重大影響交易與否之限制條件或負擔。

質言之，隱藏條件、負擔廣告有以下特徵：(1) 廣告所表示的優惠為真實 (2) 除優惠

外，另隱藏有限制條件或負擔（3）該限制條件或負擔難以或不能從廣告中得知（4）該限制條件係事業主片面訂定，且不利於消費者（5）消費者對該限制條件、負擔知悉與否，對交易有重大影響。

日本於不實廣告之相關規定中，雖未有直接對廣告隱藏條件、負擔或限制之行為，另立條文或行政規則予以規範者，但從原有不正競爭防止法、景表法及日本公平交易委員會發布之相關指定準則中，應可了解針對事業對於廣告或促銷行為中，明表予以消費者優惠之價格或交易條件，暗中卻隱匿享受該等優惠之負擔、限制的行為，並不能脫卸不實廣告之法律責任。

其中要者，即如依景表法第四條規定所發布之「不當價格表示在景表法上之基本思考」第三點，要求事業與廣告中對價格表示應具明確性，尤杜禁以曖昧不明方式致令消費者產生誤導。上開基本思考第六點，亦認為事業強調本身販賣商品之價格比競爭者低廉時，如於廣告上另附消費者無法容易判斷之限制條件，或形式上以微小不顯之文字為該等限制者，即構成不實廣告。

同樣地，於「誘餌廣告之相關表示」中，認為下列行為構成不實廣告：

（1）事業對於廣告中聲稱要提供之商品或勞務，並未為交易上之準備，實際上亦無法因應交易之需求。

（2）事業限定要提供商品或服務之數量，惟廣告中並未明確載明。

（3）對所要提供之商品或服務限定其供給期間、供給對象或一人限購一份，卻未載明於廣告中。

末者，涉及本研究議題，日本公平交易委員會實務見解及相關學說關於廣告中隱藏重要交易資訊，以及雖已提供應揭露之資訊，惟方式上並未臻明確者，皆一再強調廣告資訊充分完整及表現方式明確妥適於不正競爭適法性要求之重要。

參、國內外廣告學實證調查及分析

一、從廣告學原理及觀點分析公平會處分案

從廣告學原理及觀點，分析公平會就廣告隱藏條件、限制或負擔之申訴、主動調查案如下：

- 1、菲夢絲國際美容股份有限公司(第 00516 次委員會議；89.12.6)
- 2、新唐城有限電視事業股份有限公司（公壹字 0910011439 號；91.11.22）
- 3、中華電信股份有限公司（公參字 0910003126 號；91.04.08）

- 4、太平洋崇光百貨股份有限公司（公參字 910008317 號；91.08.26）
- 5、神乎科技股份有限公司（公壹字 0910003298 號；91.04.12）
- 6、裕隆汽車製造股份有限公司（公參字 900035100 號；90.07.31）
- 7、味全食品工業股份有限公司（公參字 812096003 號；89.4.21）
- 8、喬登有限公司（公參字 8808548004 號；89.04.08）
- 9、中國信託商業銀行股份有限公司（公參字 8812692004 號；89.05.15）
- 10、中國信託商業銀行股份有限公司（公參字 8812692005 號；89.09.05）
- 11、家福股份有限公司(第 00454 次委員會議；89.06.23)
- 12、屈臣氏百佳股份有限公司（公參字 0910003359 號；91.4.15）
- 13、統聯汽車客運股份有限公司（公參字 8909297005 號；90.07.26）
- 14、金鼎綜合證券股份有限公司（公參字 8904534011 號；90.08.02）
- 15、惠康百貨股份有限公司（公參字 8713774003 號；88.07.30）
- 16、高峰股份有限公司（公參字 51822 號；82.06.04）
- 17、興農股份有限公司（公參字 65003 號；83.10.08）
- 18、恒昶實業股份有限公司（公參字 0910000850 號；91.01.25）
- 19、萬客隆股份有限公司（公參字 0910005938 號；91.06.25）
- 20、萬客隆股份有限公司（公參字 64464 號；83.09.10）

綜合市場觀察與過去曾經引起爭議並提至公平會議決之隱藏式廣告，可發現以下幾種現象類型：

（一）促銷廣告為主

在本研究案所針對的案件類型，涉及隱藏式廣告之問題案件有相當高的比例是發生在所謂的促銷廣告中（20 件案件中時效性活動占 17 件，其中，涉及贈品促銷者計有 6 件；價格促銷者 5 件；抽獎促銷者 4 件）。由於促銷活動乃是在有限的時效之內以產品額外的誘因來刺激消費者的購買慾望，因此對於如何獲取這額外利益變成了廣告訊息最重要的部分，消費者便是藉由廣告資訊的評估來決定買或不買以及買多少等決策。

（二）資訊不正確

當廣告提供片面或者不正確的資訊，導致消費者誤用或無法使用產品，即構成廣告的「錯誤呈現」。錯誤呈現可分為幾種情況：有意欺騙的錯誤呈現，在廣告主有心欺瞞消費者時發生；疏忽致使的錯誤呈現，廣告主可能無心欺騙，卻因過失、疏忽，造成消費者的困

惑；無辜的錯誤呈現，雖然廣告主的出發點不在欺騙消費者，消費者卻依然為廣告所騙（Fred W. Morgan & Jeffery J. Stoltman, 1997）。無論資訊不正確的動機為何，假如廣告呈現出錯誤資訊，而此資訊正是促使消費者購買之要因，則廣告主難辭其咎。因此，屬於資訊不正確類型的廣告，非惡意意圖明顯即操作專業度甚低，比例上應較為罕見。

（三）資訊不充分

最後，幾乎所有問題廣告的爭議都屬於資訊不完整、不明顯或不被理解等情況。在資訊不完整的部分，多半是業者以較高優惠條件以偏概全，引起消費者的誤認，或是所謂的「但書」條款未完全交代清楚，雖然在某些個案的廣告中有載明「詳情請見...」，但廣告中所載之優惠已在消費者閱讀該則廣告之時便已引起興趣與慾望，亦即，造成錯誤的認知。

二、廣告學觀點之分析與檢討

為使本研究計畫之執行成果貼近廣告學理與實務，本研究計畫進行過程，針對國內廣告學者及廣告代理業者，進行實證調查，以瞭解廣告學者及實務對公平會處分個案之看法。

綜合廣告學理論及實證調查結果，本研究根據傳播之階層理論 AIDA Model（Attention-Interest-Desire-Action）作出以下歸納。

（一）訊息呈現程度是否可被消費者注意？

為了精確估計各類「比較式廣告」所可能產生的誤導效果，Michael J. Barone, Randall L. Rose, Paul W. Miniard, and Kenneth C Manning（1999）曾提出一套為假設架構，指引發展測量機制；同理，假若廣告中優惠取得條款之字體級數會影響訊息是否可被注意，或可研究訂定但書字級之規範標準。但總括而言，多數受訪者仍以為，在文案的級數大小上「不一定要規定一定的標準，而是要以讓消費者可以清楚看到為原則」。

（二）所呈現之訊息是否可被消費者所理解？

為了引起消費者的注意、興趣與慾望，廣告透過創意的包裝使用一些文字與視覺噱頭原是無可厚非的廣告本質，然而，消費者是否能分辨創意的誇張性，還是信以為真。

為了解消費者的理解度，廣告廠商應該在廣告播出之前先做過「前測」，以瞭解消費者是否能清楚理解廣告所要傳達的訊息，若是廣告出了問題，廣告前測的資料也可以被當做是一個參考標準。Michael J. Barone, Randall L. Rose, Paul W. Miniard, and Kenneth C Manning（1999）認為，假若判斷一件廣告是否會誤導消費者有賴於廣告文案，則測試中使用的測量機制的敏感度便極為重要。

（三）所呈現之訊息是否充分？未呈現之訊息是否重要？是否促進或降低購買慾望？

取得優惠的限制條款若太多，又在廣告中以明顯位置與級數披露，勢必會降低消費者的購買慾望，如果業者因此規避在廣告媒體上說明，可推論該廣告之動機可疑，有隱藏必要資訊之嫌疑，可能是有問題的。（若是限制條款有限，如：只有一、兩項，則相對之下，該廣告的問題應該不大）。

此外，凡屬促銷性質之廣告，則取得該促銷優惠之條件皆屬於重要訊息，其中，涉及「限時」或「限量」之活動期限與限量說明當屬影響購買決策之必要資訊，必須標示清楚（如：太平洋崇光百貨週年慶案，購物滿額換贈品活動限當日發票，民 91；高峰量飯店每日一物為不定時限量供應，民 82 等）。而凡屬於「事件」型之活動告知（如菲夢絲廣告代言人徵選活動，民 89），若產品購買為參與活動之必要條件時，亦屬重要資訊而應標示清楚。當廣告所載優惠取得條款已為業界普遍手法，並為消費者所熟悉時（如贈送手機必須搭配門號），雖然其重要性較低，至少仍需提供消費者一個可了解詳情的引導（如：詳情請洽門市公告、某網址、消費者免付費電話等）。

最後，在零售廣告或零售促銷的部分，由於賣場乃是消費者在購買前的最後一道資訊防線，賣場溝通務必詳盡清楚，此時，所有取得廣告優惠之必要條件均應於明顯位置傳達。

（四）消費者之誤購所造成之機會成本與精神成本為何？

如前所述，關心度愈高的資訊蒐集與購買行為，其誤購的風險相對越高。在評估消費者因某隱藏式廣告行為所遭受的損失部分，應從三方面考量：（1）消費者花費的金額（所花費金額越高，損失越大）；（2）其他機會成本（如：品牌轉換、所花費的時間、配合購買限制所付出的代價等等），廣告如果促使一位原本並不考慮該產品的消費者產生購買行為，甚至轉換試用，其相對機會成本則遠大於另一位原本便使用該產品並（即便在無優惠情形下）已具有購買習慣的消費者；（3）精神上的傷害（被欺騙之感覺、憤怨不平的情緒等），來判斷消費者對於該廣告行為所付出的成本。

整體而言，關心度愈高的消費（如：高價位商品、有關自我形象連結之商品、複雜性較高之商品）消費者所付出之整體成本越高；此外，在促銷活動中，產品之外的誘因取得越複雜或花費時間越多（如：使用折價券、集點累積等），則消費者之涉入度又遠較立即取得（如：賣場降價、刮刮樂等）來的高。凡此種種都可作為評判消費權益的指標。

回答上述問題的唯一途徑便是詢問消費者意見。然而，此處所指之消費者並非一般大眾，乃針對特定對象而言；一種特定對象之詮釋為「廣告商品之目標對象」，另外亦可從「廣告媒體受播閱聽人」解釋。至於在所謂的特定對象之中，訊息被誤解的程度如何，才算超出可接受範圍？根據學者 Jeff I. Richards（1990）的看法，如若超過 20% 的消費者都受到某項廣告的誤導，便代表該廣告是一誤導性廣告。國內並無類似研究或提議，故而並無任何基準（benchmark）可供參考。

也因為廣告訊息被接受的程度應以目標對象的角度評判，為避免紛爭，業者宜在廣告刊播之前，透過廣告文案測試（Copy test）來確保訊息之注目程度、理解程度。雖然國內執行廣告前測之比例相當低，但當有爭議案件出現時，業者若能出示由具有公信力的第三機構執行之前測資料，以示其善盡告知之責，或可得到較為正面考量。

（五）未呈現之訊息是否為常理之下消費者可判斷之條件（logical inference）？

當版面或時間不足而未披露部分資訊原是廣告選擇性訊息的本質，而一般選擇未被披露的部分常常是業者認為不重要，或依常理判斷，消費者有能力自行判斷的部分。在廣告行為中，未被披露的資訊是否為常理可以由「是否為業界之常態手法？」著手：舉例而言，活動贈送手機是否需要搭配辦理門號，是否為業界之「常態」手法，可以由資料蒐集來判斷，除此之外，也可以從廣告代理與其他業者的經驗中得知，若某一行為是經常性的手法，在市場上已屢見不鮮，可推論特定消費群已被重複教育過，此行為就應該是一種常態，而非惡意隱瞞欺騙的隱藏式廣告。

肆、對於廣告隱藏條件、負擔或限制之規範與建議

一、國外法令實務與廣告學及實證之處理態度

綜合先進國家對於廣告隱藏條件、負擔或限制之規範及實務個案、廣告學原理及實證訪查可知，美國、歐盟、德國及日本對於廣告隱藏條件、限制或負擔規範，仍回歸適用不公平競爭相關法令所確立之不實廣告禁止原則及適法性判斷標準。亦即：廣告必需真實、不能欺罔；廣告中之實質上重要資訊若會引起錯誤者，極可能構成不實廣告或引人錯誤廣告；所謂實質上重要資訊，係指該等廣告資訊及內容，會影響消費者之交易決定。據此，隱藏條件、限制或負擔之廣告，是否構成不實廣告，其具體判斷重點為：

（一）所隱藏的條件、限制及負擔，其「內容」是否為實質上的重要資訊，亦即所呈現訊息是否促進或降低消費者之交易決定或慾望。該等實質上的重要訊息包括：商品或服務之重要特點；保證條件；價格、關於價格計算方式或特別優惠價格之內容；所購買商品需額外負擔的服務、配件、零件或修繕；消費者的權利或應面對之風險。

（二）條件、限制或負擔在廣告中之「揭露」或「呈現方式」是否妥當，亦即訊息呈現程度是否被消費者注意、是否為消費者所理解、是否為常理下消費者可判斷之條件。對此之判斷，必須從條件、限制或負擔之揭露方式（諸如字體大小）及揭露位置判斷；另外，廣告訊息接受者為何（諸如智力、受教育程度）、在何種狀況下獲悉此等訊息（諸如快速閱讀、能否一眼獲悉重要訊息），亦為重要判斷標準。對此，歐盟及德國法院實務特別重視市場調

查結果，亦即以市場調查方式判斷條件、負擔或限制揭露或呈現方式之妥適性。

(三) 消費者對於該條件、限制或負擔所應承受的不利益，是否異於通常的交易內容。對此，應一併考量消費者誤購或對於消費者所造成之機會成本及精神成本。另外，事業為了促進商品或服務交易，不免透過廣告凸顯自己商品、服務、交易條件之優點；該等廣告或標示對於競爭秩序往往會產生一定程度的影響。因此，在競爭秩序維護及消費者保護架構下，事業所為之廣告或標示行為不得違反真實原則。

關於廣告附條件、限制或負擔之不同媒體別規範問題，參酌先進國家立法，並未就不同媒體採取不同的規範標準；從廣告學理論及實證調查結果亦顯示，不宜就不同媒體訂定不同的規範標準，蓋無論是大眾或小眾媒體，廣告揭露及告知之義務乃相同的；此外，隨著科技進步，有越來越多的新興媒體加入廣告服務業，以媒體別劃分廣告應盡之揭露義務，恐會越來越困難。與其以媒體別做過度細節化的規範，不如採取基本原則性規範。

關於廣告所隱藏條件、限制或負擔之字體大小要求，從國外立法、廣告學理論及實務來看，並無法具體指出條件、限制或負擔應以何等字級大小呈現，其呈現方式仍應在個案時，從廣告整體判斷之，亦即回歸判斷其揭露及呈現方式之妥適性。經廣告實證調查顯示，主管機關不宜訂定條件、限制或負擔之字級大小，一旦訂定之，廣告代理業者可能透過顏色對比呈現方式規避法令要求，例如：條件、限制或負擔之字級大小符合法令要求，但透過顏色對比方式，使得條件、限制或負擔之文字內容不易閱讀或理解。

最後，主管機關或可調整不實廣告之處分或處罰方式，以收真正的嚇阻效果。對於大型、知名的廣告主而言，重視形象遠勝於罰鍰金額。另外，罰鍰額度似以與該廣告投入媒體金額成正比關係，亦即應以不實廣告之媒體費用一定比例，刊登更正廣告。主管機關除了在不實廣告發生後糾正、處罰廣告主外，透過 4A、廣告代理業者同業組織、廣告專業期刊等加強宣導，避免同類型不實廣告發生，乃防範於未然之重要作法。

二、廣告隱藏條件、負擔或限制之適法性判斷標準

隱藏條件、負擔或限制之廣告案件，是否構成公平法關於虛偽不實或引人錯誤廣告規定之違反，建議主管機關之具體適法性判斷標準，綜合彙整如下。

隱藏條件、負擔或限制廣告之適法性判斷標準：

隱藏條件、負擔或限制廣告之適法性判斷標準及重點	說明
<p>一、廣告中所隱藏的條件、限制或負擔內容，屬實質上的重要資訊</p> <p>1、是否促進或降低消費者之交易決定或慾望</p> <p>2、是否影響消費者依據交易契約提出申訴、撤銷或退回商品</p> <p>3、是否關於商品或服務之重要特點</p>	<p>1、廣告所隱藏的條件、限制或負擔，若為影響消費者交易決定或慾望之關鍵所在，該等訊息即屬實質上的重要資訊，其揭露即有其重要性。</p> <p>2、廣告所隱藏的條件、限制或負擔，若為影響消費者依據交易契約提出申訴、撤銷或退回商品，即屬實質上的重要資訊。</p> <p>(1) 例如：日本公平會關於英語會話補習班課程廣告之指導，認為消費者對於補習課程之解約條件行使（原則上不可解約、解約應支付高額違約金）乃實質上之重要資訊，廣告中並未充分揭露。</p> <p>(2) 我國公平會於民國 91 年關於屈臣氏最低價及退貨保證廣告處分，認定消費者主張退貨之條件（應持發票與其他商品廣告或 DM，且限於同一縣市）並未於廣告中充分揭露，乃引人錯誤廣告，構成公平法第二十一條之違反。</p> <p>3、關於商品或服務之重要特點：商品或服務是否限量供應、購買之優點與風險、售後服務、申訴處理、商品零配件及修繕服務。</p> <p>(1) 例如：歐體 Nissan 汽車促銷廣告案，所銷售汽車之基本配備內容、維修服務廠商，乃消費者決定購買涉案汽車與否之重要因素。</p> <p>(2) 例如：日本公平會對於英語補習班廣告之指導，認定師資為日本人或以英語為母語之教師，乃重要交易條件。</p> <p>(3) 我國公平會於民國 91 年所處分之新唐城有線電視股份有限公司案，認定該公司之贈品廣告，並未揭露贈品取得之必要條件（核卡通過），其乃關於服務之重要條件，因而該廣告構成公平法第二十一條之違反。</p> <p>(4) 我國公平會於民國 90 年關於 Nissan 汽車廣告案，認定部份汽車測試結果乃關於汽車功能、性能之重要訊息，廣告中對於該等條件之資訊揭露有誤，足以影響交易秩序，構成公平法第二十一條及第二十四條之違反。</p>

4、是否關於商品或服務價格、價格計算方式或特別優惠價格之內容	<p>4、關於商品或服務價格、價格計算方式或特別優惠價格之內容：</p> <p>(1) A 及 B 商品必須同時購買始能享有優惠者，A 及 B 商品之購買總價必須揭露。</p> <p>(2) 例如：德國聯邦民事法院關於手機廣告案，免費手機必須搭配電信公司之門號，關於該電信首次線路費、每單位通話費、每月最低通話費及最低簽約年限等內容。</p> <p>(3) 我國公平會於民國 91 年之中華電信價格促銷廣告，認定廣告中未揭露享有價格優惠之條件及限制，構成引人錯誤，乃公平法第二十一條之違反。</p> <p>(4) 我國公平會於民國 90 年關於統聯汽車優惠票價廣告處分案，認定廣告中載明「全年 365 天一律」享有優惠，但實際上不包含例假日。關於享有優惠乘車條件廣告中並未揭露，構成公平法第二十一條之違反。</p>
5、是否關於購買商品或服務額外負擔之服務、配件、零件或修繕	<p>5、關於購買商品或服務額外負擔之服務、配件、零件或修繕：例如免費購買手機所搭配門號之首次線路費、每單位通話費、每月最低通話費及最低簽約年限等內容；低價購買或租賃電腦設備必須負擔之條件。</p>
6、是否關於消費者享有優惠所需面對的權利或風險	<p>6、關於消費者享有優惠所需面對的權利或風險：</p> <p>(1) 例如以信用卡方式低價購買 A 商品，雖可免費試用 B 商品，但試用期後若未主動終止 B 商品試用，則會以信用卡支付 B 商品之買賣價金。</p> <p>(2) 我國公平會於民國 89 年之味全食品工業股份有限公司手機抽獎廣告處分案，認定本案中獎人雖可免費獲得手機，但必須搭配特定電信公司門號、設定費、使用費及保證金，消費者搭配該等門號所需負擔費用及條件內容，並未於廣告中揭露，構成公平法第二十一條之違反。</p>
7、是否為影響消費者做成交易決定之其他重要因素	<p>7、諸如廣告內容及其隱藏之條件、負擔或限制若屬不正確的資訊，無論資訊不正確的動機為何、因故意或過失而致廣告資訊不正確，只要是廣告呈現錯誤資訊，而此資訊是促使消費者購買之要因，則廣告主難辭其咎，該等廣告行為即構成公平法第二十一條之虛偽不實廣告。</p> <p>(1) 廣告中聲稱商品具有醫療功效，但未充分揭露科學實驗或根據之具體內容，會被認定不具有科學上的事實根據，係屬資訊不正確廣告。</p> <p>(2) 美國 Kevin Trudeau、Robert Barefoot、Shop America 之不實廣告案，廣告主聲稱珊瑚鈣維他命之治療</p>

	<p>及預防癌症、心血管疾病效果、含鈣量係屬不實。</p> <p>(3)公平會於民國 91 年關於太平洋崇光百貨週年慶免費餐飲禮券贈送廣告案，廣告主在印刷物漏印「當日」消費滿一定金額之要件，因而該廣告訊息乃錯誤，廣告主事後在百貨公司會場所張貼海報雖有「當日」二字，雖屬正確的資訊，但無礙先前之廣告印刷物乃錯誤訊息，已該當不實廣告。</p>
<p>二、廣告中所隱藏的條件、限制或負擔雖屬實質上的重要資訊，但不以明確揭露為必要，惟應符合下列之要件</p> <p>1、廣告主必須舉證，該實質上的重要資訊不以明確揭露為必要</p> <p>2、廣告中所隱藏的條件、限制或負擔內容，已為廣告實務常態</p> <p>3、未呈現之條件、限制或負擔，為常理下消費者可判斷</p>	<p>1、廣告所隱藏的條件、限制或負擔內容，雖屬實質上的重要資訊，惟是否為廣告實務常態，應由個案之廣告主舉證。</p> <p>2 未呈現之條件、限制或負擔內容已為廣告實務常態：例如：因長期廣告實務結果，低價手機搭配門號已為消費者所習知。</p> <p>3、未呈現之條件、限制或負擔，為常理下消費者可判斷：應考量廣告商品或服務之複雜性、專業性是否已為一般消費者所知悉或判斷。</p>
<p>三、廣告中有揭露條件、限制或負擔內容，但其揭露或呈現方式並不妥當</p> <p>1、是否有將實質上的重要資訊充分揭露</p> <p>2、條件、限制或負擔之揭露位置是否妥當</p> <p>3、揭露條件、限制或負擔之顏色對比或字體大小是否妥當</p> <p>4、條件、限制或負擔內容是否為清楚、易讀及易懂</p>	<p>1、關於充分揭露實質上的重要資訊：由德國聯邦民事法院對於手機及電信優惠廣告案可知，廣告中雖以適當方式揭露部份重要的條件、限制或負擔，但並未完全揭露實質上的重要資訊（諸如手機搭配門號之最低簽約年限、每月最低通話費），亦構成引人錯誤廣告。</p> <p>2、關於條件、限制或負擔之揭露位置：例如從美國、德國及日本之實務個案可知，條件、限制或負擔之揭露位置不得太遠離優惠條件，最好應緊鄰優惠條件。</p> <p>3、關於條件、限制或負擔之顏色或字體大小：廣告中雖有揭露條件、限制或負擔，但該等內容所呈現之顏色對比，若與底色過於接近，消費者在一眼閱讀廣告時無法辨識，亦不屬適當的揭露。</p> <p>4、關於條件、限制或負擔內容之清楚、易讀及易懂：消費者在一眼讀取廣告優惠條件同時，其條件、限制或負擔亦應以清楚、易讀及易懂方式呈現。例如：廣告雖有完全揭露條件、限制或負擔，但所使用文字過多，以致消費者不易閱讀。</p>

5、條件、限制或負擔內容之文字描述或字句用辭，是否為常理下消費者智力及年齡所能理解	5、關於常理下消費者智力及年齡所能理解之條件、限制或負擔：條件、限制或負擔之呈現字體大小、文字描述方式或字句用辭，應符合廣告目標客體之智力及年齡。 (1) 例如：日本關於安養院廣告案，因其條件、限制或負擔內容之揭露方式難以符合廣告目標客體（老人）之理解程度。 (2) 再者，廣告目標若為孩童，其文字描述及廣告用詞，不得過於艱澀、困難。
6、隱藏條件、限制或負擔之廣告，是否涉及高價商品或服務	6、關於廣告商品或服務之價格高低：美國 FTC 在電腦、網際網路撥接交易廣告表示，由於廣告商品或服務之價格甚高，廣告中若未充分揭露條件、限制或負擔內容，對於消費者影響甚鉅，不論是消費者之實際支出成本或交易成本。

A study on the regulation of advertising omit important conditions and restriction under the Fair Trade Law

Abstract

This project focuses on the regulation of advertising omit important conditions and restriction under the Fair Trade Law. Not only a theoretical study of Fair Trade Law, mass media, advertisement and marketing, but also a study on some issues occurred from practice will be conducted. Regulations and the Fair Trade practices, in the U.S.A., EU, Germany and Japan, on advertising omit important conditions and restriction have been thorough studied. The purpose of this project is to do research on these issues and provide suggestions to resolve the problems.

According to the result of this study, some conditions and terms are important on the consumer side. The consumers need to know some more detail information about the character, discount, selling for free, satisfaction money-back guarantee, returning the unused portion of a product or restricting the offer to a specific time period of the goods and service. Any material limitations, conditions and terms should be made clearly and fully at the advertisement. Cross-border comparison shows that the competition authorities in the U.S.A., EU and Germany are enacting and drafting guidelines for the misleading advertising and advertising omitting important conditions and restriction. This study summarizes certain appropriate guidelines and legal advices for Fair Trade Commission.

Key words : advertisement, misleading advertising, unfair competition

評 論

黃教授茂榮（台灣大學法律學院）

1.在討論廣告時，所涉「條件」、「負擔」、「限制」等用語，在法律上有其固定的解釋。在文中提到者哪一些情形要歸入「條件」或「負擔」或「限制」，若能補入法律的說明，會較有幫助。

2.不實廣告的管制，分為兩種：一為「預防性的管制」，一種是「糾正性的管制」。「預防性的管制」是一個廣告作出來後，在廣告主還沒因為該廣告與具體的相對人做成交易之前，對於係爭廣告所採取的管制措施（是我的定義，不是通說喔）；「糾正性的管制」，廣告主因為該廣告而與具體的相對人已做成交易之後，對於係爭廣告所採取的管制措施。提出這個分類的主要想法是：消費者保護法對於廣告有些重要規定，如第二十二條，企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」後來如果消費者因為廣告而就廣告的物件（商品或服務）與廣告人做成交易，則其交易內容或條件皆不可以有比廣告內容更不利於消費者。這可供公平法之執行上的參考。主要問題有：登廣告者，依消保法第二十二條而與消費者有締約義務？沒有；假定後來有人由於廣告，而到廣告主的賣場，而廣告主有「限量」、「限時」等限制購買的情形，從民事法、消保法上看，由於廣告主不因登廣告而有與消費者締約的義務，所以民事法上最多引起如締約上過失的損害賠償責任，而公平法對這一部份是可以有一定程度的介入。這部分依我瞭解，在德國有對此類廣告加以禁止。

3.締約後，由於有消保法第二十二條規定，使在廣告內容所呈現的水平，會成為後來締約的契約內容。一個較複雜的問題是，一個廣告主就曾經廣告過的廣告內容，最晚可以在何時，以何方式來更正其廣告內容？

4.假定廣告內容會成為後來契約的內容，再往前走就會進入「廣告的信息有無隱藏或適當揭露」的問題。值得大家思考的是，假定這裡所謂的「條件」、「負擔」、「限制」真的被隱藏，自消保法第二十二條的觀點，這些是否還會存在？我建議公平會、法官，應該讓廣告主「嚇一跳」：『認為廣告主如把「條件」、「負擔」、「限制」隱藏，就當不構成廣告內容的一部。』亦即否認這些「條件」、「負擔」、「限制」的存在。蓋必須這樣才符合「隱藏」的意義，也才能遏止不當廣告的蔓延。另行政手段不要隨便出手，一出手就要給對方一定程度的震撼。例如在 81 年左右，大報上第一版左上角常有很多以競爭對手之客戶為訴求對象關於競爭對手侵害其智財權的警告廣告，以嚇阻該客戶向競爭對手購買。此種廣告經公平會解釋為違反公平法後，幾乎便完全銷聲匿跡。

5.這篇文章最有價值之處在「隱藏」的意義，當界定成「隱藏」就不承認是廣告內容，這時為了提出相關論點的規範基礎，可從消保法第二十二條入手。

6.接下來再談有揭露而無適當揭露：只要是案子落入這一塊（不是隱藏的情形），其發展要分成兩邊，一邊是朝向「等於未揭露」來運轉，這樣規範的效率較好；另一邊是未適當揭露既然認定無適當揭露，就必須加以導正，透過行政指導處理。

7.文中還提及，很多與搭售、誘餌廣告有關之廣告，這些應該回歸搭售、誘餌廣告之規範。

8.台灣廣告，以電信業廣告為例，就各種交易條件，應該經由導正促使其簡化到一般人能理解的透明程度，這觀點文中有提到。就此，必須與各行業的人溝通，難道為了促銷，廣告是否真的需要這麼複雜？公平會可以去找一些中學生，問他們手機的一分鐘費率多少錢？如果算不出來，這個廣告就不及格。