

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：許曉芬 博士

比較廣告在不公平競爭規範與商標法之交錯

— 以我國及歐盟為中心

Comparative Advertising under the Unfair

Competition and Trademark Law

— Focus on Taiwan Regulation and EU Directives

研究生：翁偲函

中華民國一〇五年十一月



碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 翁 恩 淵 君所提之論文：

比較廣告在不公平競爭規範與商標法之支錯——以我國及歐盟為中心

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

董 鈞 行

沈 子 怡

翁 恩 淵

105 年 11 月 24 日

摘要

現今的商業活動中，事業採取比較廣告進行作為行銷手段，目的在於使得消費者能透過比較廣告提供的資訊，彰顯其商品或服務優於競爭對手，而能使消費者與廣告主為交易決定。透過比較廣告之方式除了可節省消費者親自比較之時間，其得透過完整的比較資訊以了解市場訊息，亦可提高比較之效率，此為允許比較廣告之目的。然，如廣告主所提供之訊息有不實誇大，除了無益於消費者做成正確之交易決定，同時也侵害了被比較的競爭對象之權益，並且違背有效競爭，而有構成公平法第 21 條、第 24 條與第 25 條之可能。承前可知，比較廣告是否應當允許為首要議題，現今各國潮流皆本於承認比較廣告之適法性，因此在原則上適法的前提下，排除不適法比較廣告之界線為現階段實務上操作之重點。本文擬從我國法制及實務操作現況檢視我國對於比較廣告之態度，並從歐洲之法制規範與實務判決提供可供我國比較廣告實務操作之借鏡。

關鍵字：比較廣告、商標侵權、比較廣告指令、商標指



謝辭

這本論文得以完成要感謝的人真的太多了，首先最感謝的是我的指導教授曉芬老師，老師在百忙之中仍然時常抽空與我討論論文方向，還給予我許多的寶貴意見，讓這篇論文在寫作過程中可以不斷的有新想法注入，真的非常感謝能遇到許老師並且跟著老師一起學習。此外，也十分謝謝黃銘傑老師與沈宗倫老師特地來參加我的論文口試，並且給予我許多建議以及不同的思考方向，真的收穫良多！

對於我的家人以及陪伴在身邊與我渡過寫論文的孤單生活的朋友們，在我覺得疲倦的時候仍給我許多鼓勵與加油，雖然寫論文的過程很辛苦，但是大家仍然時時關心我，讓我有繼續往前的動力，要感謝的人太多了，感謝上天在這一段研究所生涯的最後一哩路給予我許多堅強的後盾，謝謝！

2016/12/21 于東海



【目 錄】

簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 問題提出與研究方法.....	2
第一項 問題提出.....	2
第二項 研究方法.....	2
第三節 論文架構概述	3
第二章 比較廣告涉及之爭議與其適法性討論.....	7
第一節 比較廣告的特性與適法性之爭論	7
第一項 比較廣告之意義及分類.....	7
第二項 比較廣告之特性、適法性討論及規範必要性.....	9
第二節 廣告主、消費者、被比較之競爭者三者間之權益.....	10
第一項 比較廣告與言論自由	11
第二項 比較廣告與市場公平競爭及自由競爭	13
第三項 比較廣告與消費者權利	15
第四項 小結—比較廣告首要考量消費者權益之保護趨勢.....	16
第三章 我國比較廣告在商標法與競爭法之關係.....	19
第一節 比較廣告案件在我國法上之處理—競爭法與商標法兩者分別獨立判斷.....	19
第一項 公平交易法之規範.....	19
第二項 商標法之規範.....	28
第二節 比較廣告案件在我國法上之適用情形及建議.....	40
第一項 比較廣告—與競爭關係之他事業商品或服務之特定項目比較.....	41
第二項 真實、客觀、可檢驗性的根本要求.....	43

第三項 「客觀事實陳述」與「主觀感受之表達」應加以整合	68
第四章 以歐盟之規範為借鏡－比較廣告在商標法指令與引人錯誤及比較廣告指令的調和	77
第一節 比較廣告在歐盟法制上的規範	77
第一項 引人錯誤及比較廣告指令（Directive 2006/114/EC）	77
第二項 商標指令（Directive 2015/2436）與比較廣告指令之交錯適用	80
第二節 比較廣告案件在歐盟實務上之操作	86
第一項 最有利比較廣告意涵解釋與考量消費者利益為大原則	87
第二項 比較廣告本質上之要求	90
第三項 與商標指令調和下之要求	97
第三節 從歐盟規範觀點反思我國比較廣告之基準	109
第一項 有利比較廣告解釋原則的貫徹	109
第二項 以比較廣告本質做為適法性判斷的宗旨	110
第五章 結論	113
參考文獻	117

【目 錄】

詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 問題提出與研究方法.....	2
第一項 問題提出.....	2
第二項 研究方法.....	2
第三節 論文架構概述	3
第二章 比較廣告涉及之爭議與其適法性討論.....	7
第一節 比較廣告的特性與適法性之爭論	7
第一項 比較廣告之意義及分類.....	7
第一款 比較廣告之意義.....	7
第二款 比較廣告之分類.....	8
第二項 比較廣告之特性、適法性討論及規範必要性.....	9
第二節 廣告主、消費者、被比較之競爭者三者間之權益.....	10
第一項 比較廣告與言論自由	11
第二項 比較廣告與市場公平競爭及自由競爭	13
第三項 比較廣告與消費者權利	15
第四項 小結—比較廣告首要考量消費者權益之保護趨勢.....	16
第三章 我國比較廣告在商標法與競爭法之關係.....	19
第一節 比較廣告案件在我國法上之處理—競爭法與商標法兩者分別獨立判斷.....	19
第一項 公平交易法之規範.....	19
第一款 2012年12月前「比較廣告違反公平交易法一覽表」 —規範類型疏漏與實體要件漏未規定.....	19
第二款 2012年12月後「公平交易委員會對於比較廣告	

案件之處理原則－明確規範違反類型及其要件	21
第一目 「真實表示」、「公平客觀比較」之判斷原則	22
第二目 違法類型	22
第二項 商標法之規範	28
第一款 商標法第 5 條之適用可能性	28
第二款 商標法第 36 條排除商標人之權利－指示性商標 的合理使用	31
第三款 商標法上侵權之規範－混淆誤認、減損識別性或 信譽	34
第二節 比較廣告案件在我國法上之適用情形及建議	40
第一項 比較廣告－與競爭關係之他事業商品或服務之特定項 目比較	41
第二項 真實、客觀、可檢驗性的根本要求	43
第一款 廣告主及其真實表示義務	44
第一目 廣告主	44
第二目 廣告主之真實表示義務	45
第二款 比較項目中對於廣告陳述用語之理解非基於廣告 主真意判斷－例外不引人錯誤之情況是否有允許 可能？	47
第一目 比較廣告給予一般人的印象為判斷	47
第二目 兼具考量廣告主與消費者印象的落差是否會 影響其作成交易決定－印象落差程度微小的 適法性	48
第三款 比較廣告適法性－引用資料、比較過程、結果呈 現之要求	50
第一目 比較廣告中援用資料－真實、完整表示、 客觀性與可檢	50

第二目	比較過程（方式）需客觀性.....	60
第三目	比較結果呈現須具備真實客觀，不得與客觀 事證相異.....	65
第三項	「客觀事實陳述」與「主觀感受之表達」應加以整合	68
第一款	客觀事實陳述.....	68
第二款	主觀感受之表達.....	70
第三款	區分客觀事實之陳述與主觀感受之表達並非重 點.....	74
第四章	以歐盟之規範為借鏡－比較廣告在商標法指令與引人錯誤及比 較廣告指令的調和.....	77
第一節	比較廣告在歐盟法制上的規範.....	77
第一項	引人錯誤及比較廣告指令（Directive 2006/114/EC）....	77
第二項	商標指令（Directive 2015/2436）與比較廣告指令之交 錯適用.....	80
第二節	比較廣告案件在歐盟實務上之操作.....	86
第一項	最有利比較廣告意涵解釋與考量消費者利益為大原則	87
第一款	對比較廣告最有利意涵解釋－Toshiba 案.....	87
第二款	比較廣告須考量對於消費者之利益－Siemens 案	89
第二項	比較廣告本質上之要求.....	90
第一款	比較廣告須具備可比較性－De Landtsheer Emmanuel 案.....	90
第二款	禁止誤導、引人錯誤比較廣告.....	93
第三款	以 Lidl Belgium v. Colruyt 為例揭示的客觀性、重 要性、可受檢驗性特質之原則.....	95
第三項	與商標指令調和下之要求.....	97
第一款	禁止過度貶損被比較對象－Pippig 案.....	98

第二款 以有無混淆作為商標保護與適法比較廣告之界 線—O2 案.....	99
第三款 不得對被比較者進行不必要之依附.....	102
第一目 依附性比較廣告與商標權之界線—L'oreal 案 中以有無移轉商標聲譽獲取不公平利益為斷	102
第二目 模仿或複製品之禁止.....	108
第三節 從歐盟規範觀點反思我國比較廣告之基準.....	109
第一項 有利比較廣告解釋原則的貫徹.....	109
第二項 以比較廣告本質做為適法性判斷的宗旨.....	110
第五章 結論.....	113
參考文獻.....	117



【表 目 錄】

表 1	一覽表規類型與條文對照.....	20
表 2	我國商標法上的侵權態樣.....	38
表 3	比較廣告在我國法制下涉及的問題.....	39
表 4	消費者選購重要考量項目.....	45
表 5	可茲佐證之文件.....	52
表 6	資料來源及揭露比較標準的載明與適法性之關係.....	58
表 7	比較表呈現的印象與事實不同之情況.....	67
表 8	主客觀宣稱之情況.....	72
表 9	97/55/EC 指令與 2006/114/EEC 指令對照.....	78
表 10	我國與歐盟在比較廣告之相異點及影響.....	112

【圖 目 錄】

圖 1	本論文研究架構圖.....	5
圖 2	我國公平交易法規範下的比較廣告.....	65
圖 3	競爭關係與可比較性之關係.....	92
圖 4	比較廣告中使用他人之商標.....	114



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

廣告是現今商業活動中企業熱門之商業手段，以吸引消費者為宗旨的廣告不斷產生，作為企業主，明確的在比較廣告中以精簡或是「吸睛」字眼強調廣告主之商品或服務值得消費者選擇或信賴為常見之廣告手法，此種以比較、對照形式呈現企業主間之優劣的廣告已相當頻繁，競爭事業間對於比較之方式與內容實屬進入了「什麼都比什麼都不奇怪」的情況，例如比較市占率、收視率，抑或比較價格、內容、品質，廣告主在比較廣告中盡可能提出各種事證與宣稱，藉以傳達其商品的優越性，也可藉由與其他更知名品牌之商品的比較，提高其曝光率並增加消費者認識之機會，無論如何，基於廣告主的立場，比較廣告為擄獲消費者的心思之有效手段。

然而，現今市場雖以消費者為導向，但不難否認消費者在資訊對稱上確實處於弱勢地位，若為一味的允許比較廣告而不使其受到適當的規範，將可能使得市場上充斥不實誇大之比較廣告，消費大眾所接收到的資訊亦非客觀、公平，在弱勢消費者誤信不實廣告資訊，受其誤導而為交易決定，這樣引人錯誤的比較廣告除了對消費者交易決定形成誤導，對於被比較的競爭對象亦有不公平之疑慮，提升至競爭秩序的層次觀之，亦可能導致不公平競爭的結果，如此放任的結果將使得此制度最終只有廣告主得利，因此，對於比較廣告應如何設定其允許的要件為首要議題。

比較廣告的出現最早出現在 18 世紀的英格蘭¹，作為比較廣告發展蓬勃的歐盟地區，對於比較廣告之規範主要為 2006/114/EEC 指令，反觀我國所依據處理比較廣告的標準為公平會 2010 年所發布的比較廣告案件之處理原則，也就是以行政命令作為其準則，雖然乍看之下亦追尋國際對於比較廣告採取較開放的潮流，然而比較廣告進入實務判斷其適法性與否，以及其可能與其他法規衝突之細節等問題值得探討，以俾使欲採取比較廣

¹ 趙義隆主持，比較廣告資訊揭露完整程度與不正競爭相關問題研究，行政院公平委員會 91 年度合作研究報告，頁 10。

² 由此可知，行銷包含了產品 (Product)、訂價 (Price)、通路 (Place)、推廣 (Promotion)，此四者即為「行銷組合」(Marketing Mix)，。新的行銷組合已由傳統的 4P 轉變為 4Vs，即變通性 (Versatility)、價值 (Value)、多元性 (Variation)、共鳴 (Vibration)。參呂冠瑩，廣告學，新文京開發，2006 年 2 月，頁 3、31。美國行銷協會 (American Marketing Association, 簡稱 AMA) 在 1963 年從行銷學的角度對廣告做出的定義為：「廣告是由特定的廣告主用付費形式，以非個人親身的方式，對其觀念、商品或服務所做的傳播與推廣」。

³ 公平交易法第 21 條第 1 項：「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

告之廣告主得以了解其界限。

因此，本文撰寫之目的即在藉由分析我國比較廣告案例，並針對法律規範面與實務之操作，歸納我國目前比較廣告實例之操作情形，供未來欲進行比較廣告之廣告主掌握適法與不適法之別，也可提供消費者了解比較廣告應具備的適法要件；此外，並輔以比較歐盟法制與比較廣告判決，提出比較廣告適法性判斷之脈絡與可供檢討之處，期望對我國廣告主進行比較廣告的拿捏有所助益，並對我國未來針對比較廣告之法制與實務判斷其適法性之標準有所貢獻。

第二節 問題提出與研究方法

第一項 問題提出

近年來商業蓬勃發展，廣告之使用也相當頻繁，廣告之目的除了吸引消費者目光，亦須有所管制不使其過度誇大，以免使無辜的消費者利益受損。比較廣告為行銷廣告中之一環，此類廣告可能以批判競爭對手方式進行，也可能以依附在競爭對手的良好聲譽下以博取消費者之信賴，無論如何，何謂「妥適的」比較始終是競爭者、廣告主、消費者所在乎的問題。

因此，本論文主要探討之議題聚焦於我國比較廣告案例進入實務機關審查後，對於比較廣告適法與否之認定，並藉由實務累積之案例再次檢視實務機關認定之標準是否於符合比較廣告之立法意旨，並且嘗試透過歸納實務案例累積之操作，以俾使廣告主從事比較廣告時有所參考。

此外，我國在 2010 年 12 月後適用「公平交易委員會對於比較廣告案例之處理原則」取代「比較廣告違反公平交易法一覽表」，故而本文在我國法制及實務之研究之範圍主要以 2010 年 12 月後之案例為主，並與歐洲法院之判決相互比較分析其同異。

第二項 研究方法

本論文主要探討我國與歐洲對於比較廣告保護之法治及實務對於適

法性之判斷作為比較，因此除了參酌我國相關文獻及法院判決外，並輔以查詢歐洲法院之判決及相關外國文獻、網站，因此本文寫作方式採用文獻分析法、比較分析法及實證研究法作為研究之方法。

一、文獻分析法

本論文主要參考之文獻包含我國籍外國學者之期刊研究，以及我國公平交易委員會之處分書、我國智慧財產局相關資料與我國法院實務判決、歐洲法院實務判決等，就歐洲與我國對於比較廣告之法制規範及處理態度，進行比較與分析、歸納。

二、比較分析法

本文以歐盟比較廣告指令（Directive 2006/114/EEC）以及歐盟商標指令（Directive 2015/2436）與我國公平交易法及其相關規則與商標法就立法意旨及比較廣告之適法性要件進行比較，並從 EUIPO（European Union Intellectual Property Office，其前身為 OHIM）、歐洲法院 CURIA（Court of the European Union）網站查詢，選取有關比較廣告之案例分析歐洲實務對於比較廣告之態度及其判斷適法性之觀點，再從我國公平會網站、於法院法學資料檢索系統等選取我國關於比較廣告之案例，由於我國涉及比較廣告之案例多由公平會處分，因此本論文主要就公平會所為之處分的見解進行歸納分析，接著比較分析歐盟與我國對於比較廣告適法性之判斷之態度相異之處。

三、實證研究法

本文從歐洲 EUIPO、CURIA 網站與我國司法院法學資料檢索系統、公平會網站查詢，截至本文撰寫之時，比較廣告案件之各個適法性要件分析，以及實務上對於此類案例之操作態度。再由歐洲法院判決及我國法院判決之內容及相關認定標準之規定，分析我國與歐洲對於比較廣告在法規面與實務面認定的情況。

第三節 論文架構概述

本論文共有五章，針對架構之說明如下：

第一章緒論，除了指出本文的研究動機與目的，點出問題意識外，並簡述本論文之研究範圍與研究方法，兼及本論文之概要。

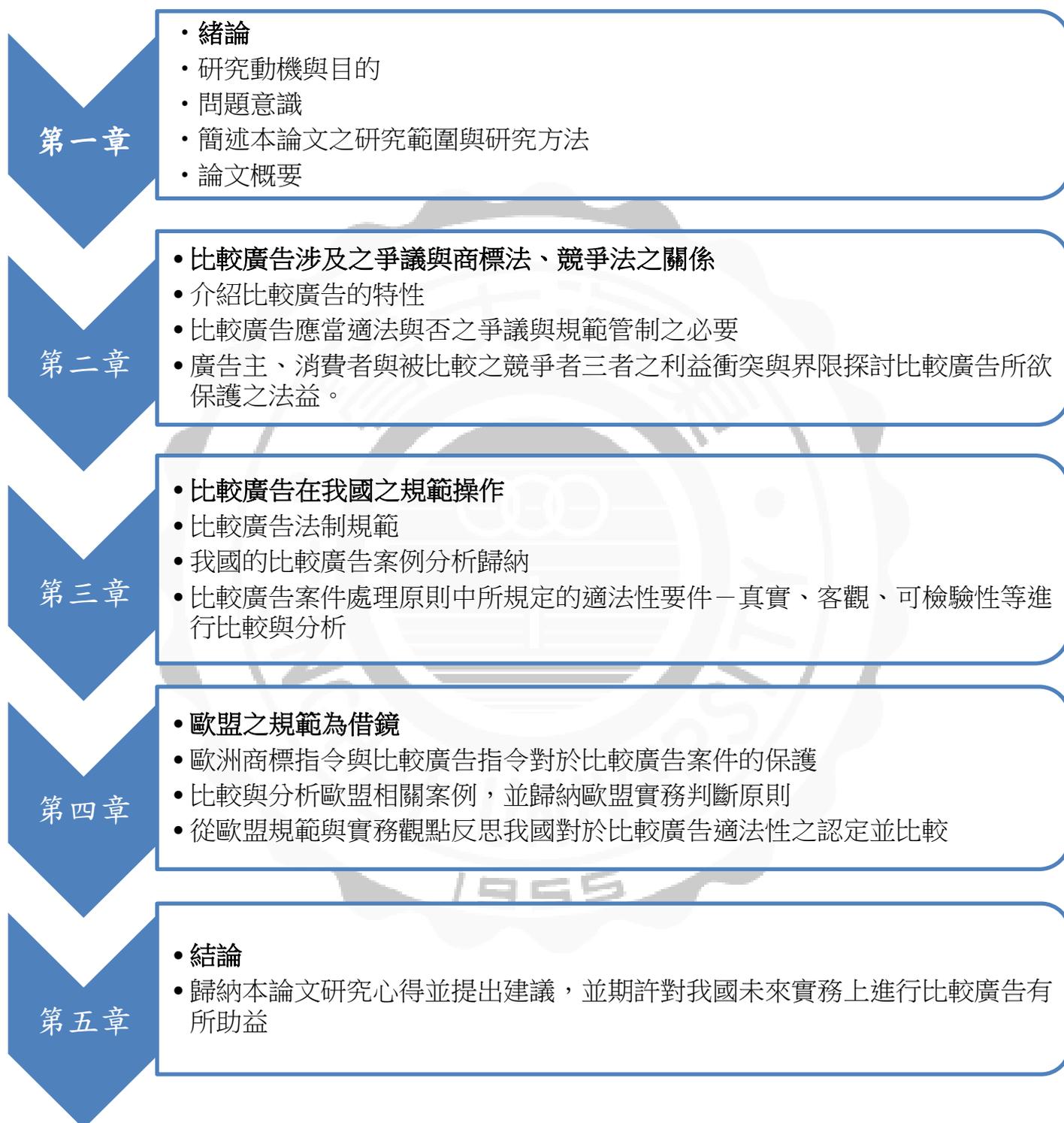
第二章比較廣告涉及之爭議與商標法、競爭法之關係，本章首先針對比較廣告的特性介紹，並從比較廣告應當適法與否之爭議談起，因本議題有所爭議故而有予以規範管制之必要。並從廣告主、消費者與被比較之競爭者三者之利益衝突與界限探討比較廣告所欲保護之法益。

第三章比較廣告在我國之規範操作，首先針對我國比較廣告法制規範扼要簡述，接續以我國的比較廣告案例加以分析歸納，並與比較廣告案件處理原則中所規定的適法性要件－真實、客觀、可檢驗性等進行比較與分析。

第四章以歐盟之規範為借鏡，針對歐洲商標指令與比較廣告指令兩者對於比較廣告案件的保護，輔以歐盟相關案例進行比較與分析，並歸納歐盟在實務上操作比較廣告適法性要件的判斷原則。從歐盟規範與實務觀點反思我國對於比較廣告適法性之認定是否符合立法意旨，並就歐盟與我國的制度上規範以及實務案例的操作方向進行比較。

第五章結論，歸納本論文研究心得並提出建議，並期許對我國未來實務上進行比較廣告有所助益。

圖 1 本論文研究架構圖





第二章 比較廣告涉及之爭議與其適法性討論

第一節 比較廣告的特性與適法性之爭論

第一項 比較廣告之意義及分類

第一款 比較廣告之意義

廣告是行銷活動（Marketing）中的一環，行銷主要是對產品、服務或理念，賦予特別的概念後，進一步訂價、配銷、推廣，以促成交易，滿足企業與消費者的需求，而廣告即是佔居最末的「推廣」之中²。因此，廣告是現代商業行為中重要一環，事業將其商品或服務之資訊利用廣告推廣予消費者，對於消費者而言，廣告之內容即有可能影響其交易決定，倘如廣告有虛偽不實之情況，則有可能致使消費者依該不實之廣告資訊而為錯誤之交易決定，除了有損消費者權益外，對市場競爭者而言同時也有不公平競爭之情況，進而影響市場秩序，故不實廣告實有法制規範必要。

我國公平交易法第 21 條規定³就不實廣告訂有明文，針對虛偽不實或引人錯誤之內容除了廣告，另外也包含了商品及服務。而所謂虛偽不實與引人錯誤之判斷，主要係以有無引起一般或相關大眾（普通知識經驗之交易相對人）錯誤之認知或決定之虞，惟虛偽不實係指廣告之表示與事實不符，但引人錯誤無論是否與事實相符皆有可能成立。判斷有無前述虛偽不實或引人錯誤之方式，以交易相對人施以普通注意力之認知之角度觀察，如果在合併觀察之整體印象、特別顯著之主要部分後，仍有使影響交易相對人合理判斷後仍為錯誤之交易決定之餘，即有構成公平交易法第 21 條之可能⁴。

比較廣告（Comparative advertising）為廣告其中一種，故比較廣告如

² 由此可知，行銷包含了產品（Product）、訂價（Price）、通路（Place）、推廣（Promotion），此四者即為「行銷組合」（Marketing Mix），。新的行銷組合已由傳統的 4P 轉變為 4Vs，即變通性（Versatility）、價值（Value）、多元性（Variation）、共鳴（Vibration）。參呂冠瑩，廣告學，新文京開發，2006 年 2 月，頁 3、31。美國行銷協會（American Marketing Association，簡稱 AMA）在 1963 年從行銷學的角度對廣告做出的定義為：「廣告是由特定的廣告主用付費形式，以非個人親身的方式，對其觀念、商品或服務所做的傳播與推廣」。

³ 公平交易法第 21 條第 1 項：「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、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」。

⁴ 參公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則。

不實或引人錯誤即有落入不實廣告規範範疇之可能。各國競爭法中就其定義不盡相同，如歐盟現行之「引人錯誤暨比較廣告指令」⁵，在指令第 2 條將比較廣告定義為：「廣告中以明示或暗示之方法特定競爭者，或由競爭者所提供的商品或服務」⁶申言之，不問直接或間接，只要廣告中可識別競爭者或競爭者所提供的商品、服務即屬之。

而我國於「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」第二點中將比較廣告定義為「事業於廣告中，就所提供商品或服務之特定項目，與他事業進行比較，以增進其交易機會」由於廣告之目的主要為維持商品優勢、傳遞資訊，因此比較廣告在主觀上必須出於促進銷售之目的，客觀上涵蓋一切與事業活動相關之表達，類型上亦包括直接、間接的比較廣告⁷。

第二款 比較廣告之分類

比較廣告依據不同的比較基準可區分成不同之類型，常見的區分標準是依照比較內容、指名與否及比較態度等三種⁸。

(一) 以比較內容為區分標準：此為美國學說上之區分，區分成價格比較(Price Comparisons)與其他商品屬性之比較(Quality Comparisons)。前者以競爭者之服務或商品之價格為比較⁹；後者係比較除價格外之其他商品特有特徵，例如品質、零件、功能、產地等。

(二) 以指名與否為區分標準：若未被指名之比較廣告為間接比較廣

⁵ 歐盟現行之「引人錯誤暨比較廣告指令」(Directive 2006/114/EEC) 在 2007 年 12 月 12 日生效，前身為 1997 年 10 月 23 日修正 1984 年公布的「有關欺罔及引人錯誤廣告指令」(Directive 84/450/EEC) 的「比較廣告指令」(Directive 97/55/EEC)。

⁶ DIRECTIVE 2006/114/EC Article 2 (b) :

‘comparative advertising’ means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor.

⁷ 參林易典，論比較廣告於競爭法下之適法性界限：我國公平法、歐體指令及德國不正競爭防制法規範與實務的發展觀察，公平交易季刊第 17 卷第 1 期，2009 年 1 月，頁 102。

⁸ 我國廣告學者祝鳳岡針對比較廣告另以是否為直接、是否為獨立專業式作為區分標準，可參祝鳳岡，國際比較廣告規範之研究，廣告學研究第四輯，1994 年 7 月，頁 95。

⁹ 美國 FTC 對於針對價格之比較廣告，對價格比較標準之認定進一步在價格欺罔處理原則 (Guides Against Deceptive Pricing) 細分為零售價格之比較 (Retail price comparisons)、廠商建議零售價格之比較 (Advertising retail prices which have been established or suggested by manufacturers)、基於購買其他商品上提供比價 (Bargain offers based upon the purchase of other merchandise)、其他類型之價格比較 (Miscellaneous price comparisons)。

告 (Indirect Comparative Advertising)¹⁰，反之則為直接比較廣告 (Direct Comparative Advertising)。

(三) 以比較態度為區分標準：按照比較實所採取之態度為肯定或否定而區分為依附性或批評性廣告。批評性比較廣告係指廣告主就自身身品或服務之價格、品質、等屬性與競爭者之商品或服務為比較，主要利用貶抑競爭對象之商品或服務之手段，藉以提升自身之商品或服務，降低競爭對手之商品或服務價值，本質上屬於損人利己的比較廣告方式。所謂依附性比較廣告係以肯定、正面的方式陳述競爭者之聲譽、形象等積極特性，並附帶投射廣告主自身產品與競爭者之身品或服務之品質、形象等內容與競爭者者不分軒輊之意涵，該類廣告常利用競爭對手之著名聲譽使廣告主本身亦獲得同樣或類似競爭者之利益的結果，而有使競爭對手之良好形象、聲譽、評價移轉至自身產品或服務上，本質上為榨取或攀附他人之良好聲譽而順帶提高交易相對人之交易意願。

第二項 比較廣告之特性、適法性討論及規範必要性

事業採取比較廣告作為手段，目的無非是透過比較之手段，提供交易相對人資訊，彰顯自己之商品或服務之優越，藉以影響交易相對人之決定而進一步使交易相對人得以有效率得方式一次性獲取完整之市場資訊。

針對是否允許比較廣告，有持贊成與反對見解。贊成容許比較廣告之主要理由不外乎是此種「比較」可以促進市場資訊之流通，確保市場之透明，透過比較之方式清楚呈現商品或服務之資訊，消費者得透過一次性的比較取得兩種以上商品或服務之資訊，因此提供消費者以較高之效率了解並且理性判斷的市場資訊，有助其作成理性的交易決定，進而實現消費者主權；另外，比較廣告同為廣告，其意見表達亦應受憲法言論自由保障；基於比較與批評，促進產業進步、提升市場之競爭效能¹¹。

反對比較廣告之主要觀點在於比較廣告無非是強調自己之優點、誇大

¹⁰ 如 ASUS 以暗示性的方式用自身產品 Zenwatch 與 Apple 的 18K 金 AppleWatch 做比較，雖然廣告內容未指明，但看了廣告的人都知道此廣告是用 ASUS 的 Zenwatch 與 Apple 的 AppleWatch 做比較對照。<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150312/572928/>（最後瀏覽日：2016/10/10）

¹¹ 參劉孔中，事業以比較廣告從事競爭之界線，公平交易季刊第 3 卷第 3 期，1995 年 7 月，頁 13-15。

對手之缺點，此種片面性質即有誤導消費者之可能；另外，比較廣告之客觀性應由消費者就廣商品或服務自行判斷，因此由廣告主透過比較而為優劣之區別，客觀性有待商榷；廣告主以比較廣告之方式，利用競爭者受保護之商標以增加消費者與其交易之行為，事業無義務將自身之商品或服務供為競爭者之行銷手段¹²。

因此比較廣告除了具備一般廣告之功能外，另外具備了「比較」之功能，隨之而來的是廣告主可片面決定廣告之比較內容、比較方式或手段之特性，換言之，比較廣告如何呈現及其所呈現的比較結果為何，被比較者通常只能事後承擔，而廣告主在廣告中呈現的資訊同樣影響交易對象之資訊權，因此「比較」之界線涉及個人及公益，現今主要各國針對比較廣告多以原則上合法，輔以列舉違法態樣為立法模式¹³，因此如何判斷「不正當」的比較廣告則成為焦點所在，故比較廣告實有其規範之必要性。

第二節 廣告主、消費者、被比較之競爭者三者間之 權益

比較廣告為廣告中之一種，針對廣告不實之規定，我國公平交易法第21條定有明文。該條所保護之法益應包含交易相對人不受誤導、廣告主之競爭對手公平競爭之利益及涵蓋整個消費市場的一般大眾之正常效能競爭之公共利益¹⁴，原則上，廣告如有不實足以誤導大眾即為欠缺正當性，惟在廣告主有長期、未受責難甚或是長期的善意使用的標誌或廣告，此時該標示或廣告帶有商標性質的準財產權價值，如誤導之情況輕微等，該情況可以被認為具有值得保護之正當性而例外容許¹⁵，這種排除輕微違法之法理在德國不正競爭防止法中亦有所規定，意即只有在多數消費者受到引人錯誤廣告之誤導時始有適用¹⁶。比較廣告之所以具備爭議性，主要係因該廣告涉及三方權益拉扯，包含消費者知的權利與交易決定權利、事業關於廣告之言論自由、事業間之經濟自由、市場之公平交易，如何取得平衡

¹² 同前註，頁13。

¹³ 如德國的不正競爭防治法、歐盟引人錯誤廣告暨比較廣告指令。

¹⁴ 參劉孔中，比較商標法，新學林，2014年9月，頁86。

¹⁵ 同前註，頁86-87。

¹⁶ 參劉華美，德國競爭法之最新發展—GWB及UWG之修正，競爭法與能源法，元照，2009年7月，頁68。

為討論重點。

第一項 比較廣告與言論自由

依照學者之定義，商業性言論指「宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在於直接刺激該項商品與服務的交易，以獲取商業利益」¹⁷換言之，商業性言論係「以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論」推銷產品或勞務之廣告屬追求經濟上利潤為目的¹⁸，因此廣告屬於商業性言論，而比較廣告為為其中之一。然而商業性言論是否受言論自由之保障曾經是討論之議題¹⁹，現今商業性言論屬言論自由之範疇已為普世價值²⁰，但商業言論受言論自由保障之程度則為討論之焦點。

我國憲法第 11 條保障言論自由，為言論自由在經濟面向上若涉及商品標示、商業廣告的尺度等問題，其與市場的公平競爭、消費大眾知的權利之保護關係密切²¹，在我國之大法官解釋中，涉及商業廣告及言論自由之解釋有 414、577、623、634 號：

（一）釋字第 414 號

本號解釋為首次探討商業性言論之釋字，並說明：「言論自由在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。」依憲法第 23 條反面解釋可知，就言論自由之保障並非絕對，若有數利益相衝突時，則需利益衡量判斷是否保障言論自由，而商業廣告言論若有數利益相衝突時亦同。理由書並指出：「其中非關公意形成、真理發現或信

¹⁷ 參林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊第 2 卷第 8 期，1987 年 12 月，頁 25，林子儀教授該著作似為我國探討商業性言論之先驅，其對商業性言論的定義亦為其他學者所引用。

¹⁸ 參吳庚、蘇俊雄、城仲模釋字第 414 號解釋部分不同意見書。

¹⁹ 參李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌第 28 卷，2001 年 11 月，頁 81；賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊第 14 卷第 1 期，2010 年 6 月，頁 162-169。

²⁰ 美國最高法院在 *Bigelow v. Virginia* 訴訟案 (421 U.S. 809 (1975)) 正式承認商業性言論為憲法增補條文第 1 條所保障的言論，並謂廣告含有明顯公共利益的事實內容 (Factual matter of clear public interest)，但相較其他言論，商業性質言論應受較低程度之保障。此一見解在 1976 年 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* 案獲得重申。德國亦未將商業廣告排除於基本法第五條意見自由保障範圍之外，參吳庚、蘇俊雄、城仲模釋字第 414 號解釋部分不同意見書；蕭文生，禁止想入非非之車體廣告，月旦法學教室第 137 卷，2014 年 3 月，頁 7。

²¹ 參吳秀明，競爭法研究，元照，2010 年 6 月，頁 174。

仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」依據此號解釋，藥物廣告在藥事法的事前審查需求是基於增進公共利益所必要而無違憲。

（二）釋字第 577 號

本解釋提及：「商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍。」並表明了菸害防制法加諸的標示義務的目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，且手段與目的間之實質關聯，符合比例原則，未逾越維護公共利益所必要之程度，不違背憲法第 11 條及第 23 條²²。

（三）釋字第 623 號

本號解釋承接前述第 577 號解釋之意旨，肯認商業言論若內容為真實、無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受言論自由之保障。惟與本號之解釋有關之商業性言論為促使人為性交易之訊息，因涉及非法交易活動，大法官在解釋文中闡明立法者基於維護公益之必要，可對其為合理之限制，因此對兒童及少年性交易防制條例係爭條文作出合憲性之解釋。

（四）釋字第 634 號

本解釋理由書中雖以「經濟性言論²³」作為解釋對象，而經濟性言論之概念應較以往大法官解釋提及的商業性言論更為廣泛，但其與傳統的商業性言論之範圍仍有重疊，均重視是否有使人民充分取得資訊，而有助於消費大眾作出合理選擇²⁴。

²² 釋字第 577 號理由書：「...惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」

²³ 釋字第 634 號理由書：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」。

²⁴ 參陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學第 27 期，2011 年 12 月，頁 108-109。

由前述之大法官解釋中可知商業性言論或商業廣告雖受憲法言論自由之保障，惟其保障程度因其營利性質而較其他政治、學術言論自由為低，於符合憲法第 23 條規定意旨之範圍內，立法者得以法律明確適當限制商業言論自由。我國憲法審查商業廣告採取寬鬆審查，受有美國法上雙階理論（Two Level Theory）之影響，將言論內容區分成高、低價值，高價值之言論（High-value speech）依照美國實務見解與我國釋字 445 號解釋，以該言論自由的表達是否有「明顯而立即的危險」做為限制與否的判斷標準；低價值之言論（Low-value speech）例如直接教唆行使暴力言論、猥褻性言論、誹謗或挑釁性之言論等，該等言論自由受較低程度之保護主要之原因在於其社會價值低、欠缺實質觀點之表達²⁵。在釋字 414 號揭示的商業言論為較低價值的言論，並表示商業言論是非關公意形成、真理發現或信仰表達，此觀點在釋字 577 號解釋中得到了轉折性之看法，指出商業言論有「資訊提供、意見形成」之功能，學者並進一步指出按照釋字 577 號理由書之觀點²⁶，商業言論的價值未必低於其他言論²⁷。

綜上所述，比較廣告實屬憲法保障下之言論自由並無疑問，而如何限制憲法言論自由架構下的商業廣告活動之界線則是下一層次的考量。

第二項 比較廣告與市場公平競爭及自由競爭

競爭是市場前進不可或缺的動力，競爭法上主要之兩大議題即為公平競爭與自由競爭，前者主要目的在確保市場的價格機能並防止濫用市場之情況，後者在防免市場支配力不當干擾，保障競爭之正當性。若自由競爭為爭取交易機會而不擇手段，產生過度競爭導致惡性或不正競爭，而扭曲市場機能致無法正常發揮，故有規範公平競爭之必要。簡言之，各國之所以有競爭法之產生，主要目的即是在保障市場的公平與自由競爭機能²⁸，

²⁵ 參劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室第 28 期，2005 年 2 月，頁 44-45。

²⁶ 釋字 577 號理由書：「...如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致。」許玉秀大法官在中認為釋字 414 號解釋將商業性言論與其他言論有所差異之盲點，這個在釋字第 577 號解釋獲得修正。許玉秀，釋字第 623 號，部分不同意見書，頁 11。惟另有學者認為釋字第 577 號解釋僅是在說明商業言論在促進言論自由的某部分功能上與其他言論無異，並非不受憲法保障，參陳仲麟，同前註 24，頁 111。

²⁷ 參賴祥蔚，同前註 19，頁 186。

²⁸ 另有看法認為競爭法是並不純然僅是為了公平正義，其實本質上是帶有強烈的「政策性質」，參謝孟珊，國際競爭法的調和，國立政治大學碩士論文，2005 年 7 月，頁 104。

此二者本質上其實是一體的兩面關係，而不正競爭的概念即是源自各國對市場公平競爭之需求而來。

不正競爭之概念最早在 1900 年之保護工業財產權巴黎公約被提出，在公約中第 10 條之 2 宣示各同盟國應確保同盟國家之國民免受不公平之競爭，並就不公平行為作定義性規範²⁹。法國學者 Y. Saint-Gal 曾提出無謂競爭（寄生競爭）之概念，係指不仿冒競爭者之商標、產品、廣告等，亦未使自己的產品與競爭者的產品混淆，或誹謗競爭者，亦非虛偽不實之表示或廣告，僅為一個搭便車之坐享其成之行為³⁰。其行為包含兩種：其一為吸收他人努力之成果使用於同一類之商品，如模仿他人創作而設計成自己之產品，提供給同一交易圈的需求者，或援用他人廣告之成果、聲譽而為比較性廣告。其二為仿冒著名商標或營業表徵使用於不同種類商品或不同範圍營業，使一般消費者大眾誤認其商品與著名商標所表彰之商品為同一企業或存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係等。前者之情況有被視為不正競爭觀念之擴張，而後者因無競爭關係，而不包括於不正競爭之概念³¹。然而，現今不正競爭之概念以不以有競爭關係為前提，因此前述屬於無謂競爭之搭便車行為，乃違反商業上公序良素、信義衡平之不正競爭行為。

現今各國為了確保市場參與者免於不公平的競爭，同時防止被扭曲競

²⁹ 1883 年公約之原版內容未有禁止不公平競爭的規定，且並未被列為「國民待遇」原則所需賦予國民享有的工業財產權之中。1900 年布魯塞爾會議，才於第十條之二增列國民待遇原則之適用於禁止不公平競爭之情事。1911 年華盛頓會議規範各同盟國必須確保巴黎同盟之國民予有效的保護對抗不公平競爭。1925 年海牙會議，更強化前揭同盟國之義務，解釋並列舉說明不公平競爭的行為。1934 年倫敦會議又修改其內容，直到 1958 年里斯本會議進一步增訂不公平競爭的例子。詳參陳文吟編譯，巴黎公約解讀，經濟部智慧財產局，2000 年 4 月，頁 101-103。現今第 10 條之 2 的原文為：

Article 10bis

1. The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.
2. Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.
3. The following in particular shall be prohibited :
 - (1) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
 - (2) false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;
 - (3) indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods.

³⁰ 參曾陳明汝，商標不正競爭之研究，國立臺灣大學法學論叢第 4 卷第 1 期，1974 年 10 月頁 200-201。

³¹ 同前註。

爭的公共利益，維持市場的效能競爭，因此多將不正當競爭概念轉化為競爭法之內涵³²，因此可知維持市場的公平競爭無可厚非的為各國競爭法所欲確立的意旨，而在此上位概念下，對於比較廣告應否採取或寬或鬆之態度，則為各國取捨的問題。然而合法的比較廣告可促進市場的競爭效能，為多數國家所接受，如歐盟、美國在內。

以歐盟為例，因各會員國歷史背景與文化因素不同，針對比較廣告之規範亦有所差異，如德國對比較廣告的態度較為嚴格³³，歐盟執委會在 1997 年針對比較廣告做出整合性的規範，在該引人錯廣告與較廣告指令（Directive 97/55/EC）中確認了比較廣告原則上視為合法，且規範會員國有將此歐體指令轉換至內國法之義務。

第三項 比較廣告與消費者權利

消費者主權首見於 1962 年美國總統甘迺迪首次提出之消費者四大權利³⁴，其中包含追求安全（The right to safety）、知的權利（The right to be informed）、選擇的權利（The right to choice）、表達意見的權利（The right to be heard）。其中知的權利即在訴求消費者有要求事業提供選擇商品所必需之真實資訊，免受於事業虛偽不實或引人錯誤廣告、宣傳之資訊，誤導或欺騙的資訊對自由競爭或公平秩序的維持上並無意義，此項權利即與比較廣告息息相關。所謂選擇的權利係指商品必須處於競爭狀態，使消費者得從自由競爭的市場中以合理的價格獲取利益。

以美國為例，在 1960 年代前半期仍認為指名比較廣告有違商業倫理，直至 1970 年代後期，真實提供資訊的比較廣告被認為有益於消費者購買之決定而有所改變，美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission, FTC）

³² 如德國不正競爭防止法第 1 條：「本法有助於保護競爭者、消費者及其他市場參與者免於受到不正當交易行為。」同樣保護公眾受有未受到扭曲的競爭之利益。美國 FTC Act 第 5 條 a 項中亦宣示不公平競爭之違法性。

³³ 德國在此階段的比較廣告原則上屬違法，但由法院發展出一般例外規定，即比較廣告需具充分理由，且需符合真實、必要、客觀之情形，才能例外視為合法的比較廣告。參林易典，同前註 7，頁 145-146。

³⁴ 甘迺迪總統向美國國會提出的特別咨文內容，1963 年國際消費者組織聯盟依其再定出了消費者的八大權利、五大義務，而成為世界各國消費者的共識。參李文雄譯，保護消費者權益致國會的特別信函，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會編印，1995 年 6 月，頁 157-166。1963 年國際消費者組織聯盟依其再訂出了消費者的八大權利、五大義務，而成為世界各國消費者的共識。

於 1979 年 8 月發表「有關比較廣告的政策聲明」中宣布產業的自我規則不得限制真實的比較廣告³⁵，並且闡述其態度為鼓勵指名或提及競爭者，但須清楚、接露事項，避免欺罔消費者；比較廣告若是真實且無欺罔情事，可為消費者重要資訊的來源且幫助消費者為相關購買決定，則比較廣告可促進商品改進及創新，並且可以引導降低市場價格³⁶。

歐盟在 1978 年提出的有關引人錯誤廣告與不正廣告草案的前言中亦提出比較廣告若僅比較實質重要且可證實的項目，是有益於消費者與競爭者，不屬於引人錯誤或不正之廣告³⁷。在歐盟 2006/114/EC 引人錯誤廣告及比較廣告指令前言第 6 點、第 8 點、第 9 點同樣提及有利於消費者選擇之態度。

本文認為比較廣告為提供消費者資訊之有益之手段，主要之理由在於比較廣告於消費者在商品的選擇上有助於資訊的取得，節省其蒐集各商品或服務所需要的時間與精力³⁸，特別是在訊息不對稱之情況下，比較廣告能提高市場資訊之透明度，透過比較廣告平衡市場資訊並且有助於消費者交易判斷的形成，然而前提必須是在消費者所接收的各種資訊必須是真實且無誤導性，始可兼顧消費者權益以及市場公平與自由競爭。

第四項 小結—比較廣告首要考量消費者權益之保護趨勢

綜合上述可知，言論自由、公平競爭、消費者主權之探討為比較廣告

³⁵ This Policy Statement enunciates the Commission's position that industry self-regulation should not restrain the use by advertisers of truthful comparative advertising.

³⁶ Statement of Policy Regarding Comparative Advertising :

(b) Policy Statement

The Federal Trade Commission has determined that it would be of benefit to advertisers, advertising agencies, broadcasters, and self-regulation entities to restate its current policy concerning comparative advertising.(1) Commission policy in the area of comparative advertising encourages the naming of, or reference to competitors, but requires clarity, and, if necessary, disclosure to avoid deception of the consumer. Additionally, the use of truthful comparative advertising should not be restrained by broadcasters or self-regulation entities.

(c) The Commission has supported the use of brand comparisons where the **bases of comparison are clearly identified. Comparative advertising, when truthful and non-deceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions. Comparative advertising encourages product improvement and innovation, and can lead to lower prices in the marketplace.** For these reasons, the Commission will continue to scrutinize carefully restraints upon its use.

³⁷ Official Journal of the European Communities No C 70/5.原文為”Whereas comparative advertising may be beneficial to a consumer and a competitor to the extent that it compares material and verifiable details with each other and is neither misleading nor unfair.”

³⁸ Charlotte J. Romano, *Comparative Advertising in the United States and in France*, 25 Nw. J. Int'l L. & Bus 371, 375 (2005).

是否允許之理論依據，在廣告主、競爭對手以及消費者三者間之利益衡量孰輕孰重，在不同的時空背景下給予比較廣告的評價也隨之而異。觀諸各國對比較廣告之態度，從部分禁止或較保守的態度，直至今日皆選擇較開放的態度允許比較廣告，對消費者權利的態度轉變可窺知一二。而從基本權的言論自由保障討論至市場交易秩序之維持，從前述可觀察到的是，前二者的討論至最後皆不約而同的以消費者利益相繩。因此，在考量比較廣告之正當性時，在此三難的權衡下，消費者主權的保護似為不可退讓之趨勢。





第三章 我國比較廣告在商標法與競爭法之關係

第一節 比較廣告案件在我國法上之處理

一 競爭法與商標法兩者分別獨立判斷

第一項 公平交易法之規範

第一款 2010 年 12 月前「比較廣告違反公平交易法一覽表」

一 規範類型疏漏與實體要件漏未規定

關於比較廣告之規範，2010 年 12 月前在我國的公平交易法中並未單獨就比較廣告之適法性做規範，過去主要以公平交易法第 21 條禁止引人錯誤、第 24 條³⁹禁止欺罔或顯失公平行為兩者為適用之法條，輔以公平會於 88 年 1 月修正發布的「比較廣告違反公平交易法一覽表」（下稱一覽表）揭示個案可能違反公平法之條文及其類型。

在該「一覽表」就比較廣告可能違反第 22 條及第 19 條第 3 款⁴⁰之情況做要件上之規定，及禁止損害他人營業信譽、禁止以不正方法使競爭者之交易相對人與自己交易。廣告主於比較廣告中之表示，除有違反第 22 條及第 19 條第 3 款之情況外，在一覽表中區分成違反第 21 條或第 24 條兩種構成可能，比較廣告違反第 21 條之情形必須是廣告主對自身商品或服務有虛偽錯誤或引人錯誤之表示，而不問被比較之商品或服務有無虛偽錯誤或引人錯誤之表示，廣告中有無具體之被比較者亦在所不問；而比較

³⁹ 我國現行公平交易法於民國 104 年 2 月 4 日大幅修正並調整條號次序，因本文所援引之案例諸多仍援引修正前之條號次序，故文內所引之公平法條號如未加註現行法即為舊法之條號。如 104 年 2 月 4 日修正前之公平法第 22 條，調整後為現行法第 20 條；舊法公平法第 24 條，調整後為現行法第 25 條。而在公平法第 21 條部分，因新舊法皆為不實廣告之規定，故無新舊條號相異之問題。

⁴⁰ 舊法第 19 條（妨害公平競爭之行為）

有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：

三、以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。

廣告違反第 24 條之情形，必須有對被比較商品或服務有虛偽錯誤或引人錯誤之表示，是否有具體比較對象、對自身商品或服務有無虛偽錯誤或引人錯誤之表示亦非重點。

由此可知，在「一覽表」適用時期下，廣告有涉及競爭者或相競爭產品之廣告，無論有無指名具體特定之競爭對象，公平會就該比較廣告之案例係依照「一覽表」為決定處分之適用規範，並依照廣告主是對自身或被比較之商品或服務為虛偽錯誤或引人錯誤之表示區別構成法條，如為前者，即以第 21 條論之；倘為後者則論以第 24 條。

針對「一覽表」之規範仍有不足之處，有論者提出檢討可簡單以下列幾點窺知：

(一) 規範類型疏漏⁴¹：廣告中欠缺具體之比較對象時，若同時對自身及被比較對象之商品或服務有虛偽錯誤或引人錯誤之表示，依照「一覽表」之例示屬違反第 21 條，但是否構成第 24 條則未明示，實務上作法僅論以第 21 條吸收第 24 條，相較於在有具體比較對象之情況，同時構成第 21 條與第 24 條，因此有漏未規範的疑慮。

表 1 一覽表規類型與條文對照

	指名比較對象(具體)	未指明比較對象
本身不實+對象實	21(B)	21(A)
本身不實+對象不實	21(D)、24(C)	21(C)、24 漏未規定
本身實+對象不實	24(B)	24(A)
本身實+對象實	適法	

圖表來源：作者自行整理

另外在比較廣告中，針對自身及被比較者之商品或服務皆無虛偽不實

⁴¹ 參林易典，同前註 7，頁 127-130。

或引人錯誤之表示，但在不客觀或不公平之比較方式、過程中進行比較，而造成引人錯誤之比較結果者，「一覽表」亦漏未規範；公平會認為此種比較過程不客觀或不公平之情況屬於對整體廣告產生顯失公平的結果，而認定構成第 24 條。

(二) 實體要件漏未規定⁴²：相較於比較廣告可能違反第 22 條及第 19 條第 3 款之情況在「一覽表」中已有臚列構成要件，但在違反第 21 條與第 24 條的部分卻未規範實體要件，欲採取比較廣告的事業無法從「一覽表」窺知應如何比較才可避免觸法，故廣告主在刊登比較廣告時對於是否構成第 21 條、第 24 條之不適法比較廣告欠缺預見性。

第二款 2010 年 12 月後「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」—明確規範違反類型及其要件

由於前述的「比較廣告違反公平交易法一覽表」在規範尚有不足之處，該「一覽表」於 2010 年 12 月廢止，並訂定「行政院公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」，2012 年 2 月 8 日修正名稱為現行的「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」，與「一覽表」主要不同在於：(一) 就比較廣告之定義，在處理原則第 2 點做了明確規定；(二) 處理原則第 3、4 點分別就適法性的判斷基礎規定為「真實表示原則」、「公平客觀比較原則」；(三) 刪除違法類型第 19 條第 3 款的不當爭取交易相對人類型，現行違法類型為公平法第 21 條（虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵）、第 24 條（損害營業信譽之不實情事）、第 25 條（影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為），並且就欺罔或顯失公平行為做列舉與概括規定。

故現行針對比較廣告案件主要涉及之法規範為現行公平法第 21 條、第 24 條、第 25 條，加上「公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」、「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」，包含虛偽不實或引人錯誤之比較廣告、誹謗競爭者營業信譽之比較廣告、欺罔或顯失公平之比較廣告，其中構成損害營業信譽之案件最少，以違反公平法現行法第 21 條、現行法第 25 條或同時違反現行法第 21 條及現行

⁴² 同前註。

法第 25 條之案件為多數。

第一目 「真實表示」、「公平客觀比較」之判斷原則

已廢止之「一覽表」中僅闡述比較廣告之不法內涵，未提及應如何判斷之標準，在「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」中第 3、4 點提出判斷兩項原則作為比較基準：(一) 真實表示原則：事業在比較廣告中，就自身與他事業商品之表示或表徵，應確保廣告內容與實際相符。此真實性的要求可以說是一般的廣告原則，所有的廣告都應該具備此一真實的、非虛偽不實要件，不只體現在比較廣告中，在促銷廣告、網路廣告等類型廣告接在其處理原則中特別重申⁴³。(二) 公平客觀比較原則：事業在比較廣告中應以公正、客觀、比較基準相當之方式為之。

第二目 違法類型

比較廣告依據前述的判斷基準，另在處理原則中闡述三種違法類型：

(一) 虛偽不實或引人錯誤之比較廣告

現行公平交易法第 21 條第 1 項規定：「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」此為禁止不實廣告之規定，「虛偽不實」是指該表示或表徵與事實不符，且差異難為一般或相關大眾所接受，進而有引起消費者錯誤之認知或決定；而所謂「引人錯誤」不論該表徵是否與事實相符，有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定即屬之⁴⁴，換言之，本類型非難之重點在於「有無引人錯誤之虞」，倘如該廣告僅有虛偽不實，而非引人錯誤之廣告，無誤導一般或相關理性消費者之虞，最

⁴³ 公平交易委員會對於促銷廣告案件之處理原則第 3 點：「事業就商品（服務）促銷廣告應善盡真實表示義務，並確保促銷內容與實際提供情形相符。」、公平交易委員會對於網路廣告案件之處理原則第 5 點：「事業刊播網路廣告應善盡真實表示義務，並確保廣告內容與實際提供情形相符。事業於團購網站銷售商品或服務之兌換券和抵用券等內容，應確保銷售之數量、內容及使用條件與網路廣告相符，並可真實履行。」

⁴⁴ 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 5 點、第 6 點。

多只為一個「誇大的廣告」，欠缺公平交易法上的可罰性⁴⁵。如廣告中以消費者吃了速食麵後，用「辣得噴出火來」強調速食麵的辛辣特色，依一般消費者合理的判斷，即可了解事實上不可能有「辣得噴出火來」之情況發生，因此不會有人錯誤之誤導情況，不違反本條之規定。

本條所規範的「其它使公眾得知之方法」，指直接或間接使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為，例如舉辦產品（服務）說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾等⁴⁶。在第一項中規範的「足以影響交易決定事項」包含具有經濟價值之交易標的、具有招徠效果之其他非直接屬交易的相關交易事項，因此第二項所示的價格、數量、用途等屬於「例示」規定，尚包括事業之身份、資格、營業狀況，與其他事業、公益團體或政府機關之關係，事業就該交易附帶提供之贈品、贈獎等「具有經濟價值之交易標的暨具有招徠效果之相關事項」⁴⁷。是故，在現行公平法第 21 條的判斷上，虛偽不實或引人錯誤的客體是否為本條所欲規範之範圍在個案上即為重要之認定，倘若事業就欠缺招徠效果、無關交易標的之事項為不實之表示或表徵，此不實之陳述並不影響交易相對人做成交易決定，因此是否造成引人錯誤之結果相對值得疑問，若該虛偽不實之表示或表徵不會引人錯誤，回歸前述之論點，則無公平交易法介入之餘地。

公平會另外發布「公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則」作為處理不實廣告案件之依據及標準，就虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵之判斷原則及應考量之因素做具體化之規定，即判斷有無虛偽不實或引人錯誤應以「相關交易相對人之普通注意力認知」為斷、「合併觀察整體印象與效果」有無引人錯誤之虞、「特別顯著的主要部分」有無虛偽不實或引人錯誤之虞、除非以引人錯誤之意圖明顯，否則有多重合理解釋之客觀情況時，其中一義為真，即無不實，以廣告主使用廣告時之客

⁴⁵ 公平委員會，認識公平交易法（增定第 16 版），2015 年 7 月，頁 214。學者周德旺認為虛偽不實與引人錯誤是一件事的前因果，非兩個獨立概念，一個虛偽不實但不引人錯誤的廣告，最多只是一誇大廣告，參周德旺，透視公平交易法，1992 年 11 月，大日，頁 206-207。學者黃茂榮認為一個不實廣告必須引人錯誤始有加以規範之必要，參黃茂榮，公平交易法理論與實務，1993 年 11 月，自版，頁 423。

⁴⁶ 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 3 點。

⁴⁷ 公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第 2 點。

觀狀況予以判斷是否虛偽不實或引人錯誤⁴⁸。承上述，廣告給予交易相對人之印象即成為認定是否有虛偽不實或引人錯誤之重點，即使事業並無引人錯誤之意圖而為該廣告，但在相關交易相對人接收到該廣告之訊息後，其印象為錯誤之認知，則會該廣告極易被認為是引人錯誤之廣告。

比較廣告依據公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則第 5 點之規定，必須是事業就「自身」商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，是否有具體比較對象、亦不另問被比較之競爭對象之商品有無虛偽不實或引人錯誤之表示。倘如針對被比較者「他人」商品為虛偽不實或引人錯誤之表示，則是討論有無現行公平法第 25 條之違反。

（二）誹謗競爭者營業信譽之比較廣告

比較廣告之比較結果，除可能對他事業商品有不實或不公平之誤導，若不實之陳述已逾越商品優劣程度之比較，則有侵害他事業營業信譽之可能。現行公平交易法第 24 條規定：「事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。」此類型之不當比較廣告必須是出於「競爭之目的」，即妨害顧客對於他事業營業信譽應有的信賴，藉以爭取原將由他人取得交易機會之情形，判斷事業之行為是否為競爭之目的，前提要件為事業間具有「競爭關係」⁴⁹；並且「陳述或散布不實情事」，就客觀事實的不實主張或聲明，使特定內容處於第三人或不特定人得以瞭解狀態的表意行為，不問是否就自身或他人商品為不實情事之陳述皆屬之⁵⁰；客觀上「足以損害明示或可得特定之他事業營業信譽」之比較結果，該不實之內容，足以降低社會大眾或交易相對人，對被指摘事業之營業上評價，例如不實宣稱競爭對手之產品為「仿製品」⁵¹、「仿冒品」⁵²、「黑心貨」⁵³，公平會即認定按客觀交易之一般評價，該宣稱足使相關交易大眾降低購買決定，甚或拒絕與其交易，而直接損害競爭對手信譽。

⁴⁸ 如廣告登載「國內唯一植物精油防蚊液，通過美國環保署核准」，解釋上可能係「（案關商品為）國內唯一植物精油防蚊液，（且案關產品）通過美國環保署核准」，亦有可能係「（案關產品為）國內唯一植物精油防蚊液通過美國環保署核准（者）」之意涵，前述兩種解釋均為合理解釋，公平會認為該文字表示並無明顯引人錯誤之意圖，因此依後者解釋方式，若系爭商品確為國內唯一植物精油防蚊液通過美國環保署核准者，則該廣告表示無虛偽不實或引人錯誤情事，參公平會公處字第 096110 號處分書。

⁴⁹ 參公平交易委員會，同前註 45，頁 279。

⁵⁰ 參臺北高等行政法院判決 99 年度簡字第 267 號判決。

⁵¹ 參公平會公處字第 102107 號處分書。（本案非比較性廣告）

⁵² 參公平會公處字第 095105 號處分書。

⁵³ 參公平會公處字第 098087 號處分書。

構成誹謗競爭者營業信譽之比較廣告在近年來實務上案例非常少見，最近的案例為 2009 年的心龍教育用品與大方鎖業登載「潔 X 牌廠商冒用波音特 POINT 電動板擦機之商標、仿冒日本松下之電動板擦機」、「大陸黑心貨」等比較廣告，該案屬於誹謗競爭者營業信譽之不當比較廣告主要之理由在於，被處分人心龍公司於案關公告聲明啟事及比較表中為競爭之目的羅列其他電動板擦機品牌作為比較對象；被處分人未取得法院判決或其他客觀依據，即於該公告聲明啟事宣稱競爭對手有仿冒、仿冒情事，此為陳述或散布不實情事；又於網站廣告上使用「大陸黑心貨」字樣，易使消費者就他人商品之品質產生不當連結，而具貶抑他人營業信譽之效果，具貶抑他人營業信譽之效果⁵⁴。

2006 年的台鹽案，本案背景為台鹽公司於 93 年 5 月召開舉辦「安心用鹽」記者會，並提供「市售鹽品品質比較表」，強調己身產品「完全符合國家食鹽安全衛生標準」優良標準，其他 6 份進口之鹽品均「不符合標準」，貶抑或影射其他競爭者產品之劣質之情形，甚至有損人體健康。該記者會與後續媒體報導之呈現可確認其所指涉的對象為全翊、佶來兩事業為具體對象，被處分人並宣稱全翊公司等「不符合 CNS 食鹽衛生標準或衛生署的安全規定、以工業鹽冒充食鹽及仿冒其商品」。公平會認為食用鹽之品質對於人體健康之影響甚鉅，台鹽公司為國內市場之領導事業，以其獨具之專業形象與商譽、訴求健康而召開該記者會，指稱他事業涉有添加化學藥物、含過量重金屬等不符合食鹽衛生標準，甚至以工業鹽冒充食用鹽等重大危害人體健康情事，前述之不實陳述係出於競爭目的，客觀上足以降低社會相關大眾或交易相對人，對他事業營業上之評價，發生貶損的結果，或產生不信任感，而有拒絕交易或減少交易之可能性，足以損害他事業之營業信譽，而違反現行公平交易法第 22 條。

綜上所述，公平會就比較廣告若違反現行公平法第 22 條之認定，須符合三項構成要件（為競爭之目的、陳述或散布不實情事、所陳述或散布之不實情事足以損害他人營業信譽），就是否為「不實」事實、有無「足以損害他人營業信譽」的程度認定上，皆是以一般客觀標準判斷評價，不實與否非由廣告主單方主觀認定，有無損害營業信譽按交易上一般客觀評價判別，不受當事人主觀認定所限。但值得注意的是，實務上在判斷有無

⁵⁴ 本案相關實務見解：公平會公處字第 098125 號處分書、臺訴字第 0990093871 號訴願決定、臺北高等行政法院判決 99 年度簡字第 267 號判決。

「足以損害他人營業信譽」的要件上，其實是相當嚴謹，因此被比較對象欲主張廣告主的比較廣告行為詆毀其商品，如何舉證廣告主的廣告行為確有貶損事業營業信譽有一定之困難度，曾有被比較對象舉證其營業收入在廣告播送後 2 個月平均減少 36%，倘如僅以營業收入銳減並無法有效佐證比較廣告對營業信譽的貶損⁵⁵；簡言之，單憑營業收入的減少並無法直接歸責於比較廣告之散佈，亦不得逕予推論交易相對人因該廣告而對其失去信任。

在現行公平法第 22 條之認定，本文觀察認為若僅是單純客觀比較的性能、產品構造等產品優劣程度⁵⁶，或是就營業項目之比重此等難分優劣之項目為比較⁵⁷，較不易被認定為有損商業信譽；如該不實情事易使消費者對商品之品質產生不當連結，具有貶抑營業信譽之效果，如前述指稱他事業為黑心品、仿製品、仿冒品，或是在一般交易相對人重視的重要交易條件上有所不實指摘也易被認定為有損商業信譽，例如宣稱防火被覆材料含有致癌物質、易燃材質、有毒性⁵⁸；指摘他事業之商品為黑心食品、化學金屬含量過高⁵⁹等易使消費者產生嚴重不信任感之情況等較有可能符合貶損營業信譽之要件。

（三）欺罔或顯失公平之比較廣告

按現行公平交易法第 25 條規定：「事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」其性質上應解釋為公平交易法個條規定之補漏條款，意即本條之適用，應以足以影響交易秩序為前提，且僅為補充地位之適用，僅在窮盡其他公平交易法之條文仍無法涵蓋系爭不法行為時，始容有本條補充規範適用之餘地⁶⁰。換言之，若公平交易法之其他個別條文規範對於某不法行為已可以充分評價其不法性，或該個別規定已窮盡規

⁵⁵ 同前註 48。

⁵⁶ 同前註 50。

⁵⁷ 曾發生過的案例為廣告主以其自身產品歐護植物液體防蚊液與競爭對手之 Burt's Bees 檸檬草防蚊液相互比較，案關比較廣告內容僅就單一產品表現之優劣程度進行比較，因無具體事證佐證其比較結果足以對檢舉人營業信譽生有貶損效果，而不符合公平交易法第 22 條，同前註 48，類似案例可參同前註 53。

⁵⁸ 公平會公處字第 101097 號處分書。

⁵⁹ 同前註 52。

⁶⁰ 公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則第 2 點規定：「為釐清本條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，應以「足以影響交易秩序」之要件，作為篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行為對於市場交易秩序足生影響時，本會始依本條規定受理該案件；倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應請其依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟...」

範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由本條加以補充規範之餘；相反地，假使該個別條文評價該違法行為後，仍具剩餘之不法內涵未充分評價，始有本條補充規範之必要。

本條之要件可簡單分為下列三者：

1.足以影響交易秩序：所謂「交易秩序」具體涵義為符合社會倫理及自由、公平競爭精神賴以維繫，而「足以影響交易秩序」作為篩選是否適用本條之準據，故應考量是否足以影響整體交易秩序，如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項，或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，不以其對交易秩序已實際產生影響者為限。

2.欺罔之行為：

欺罔是指事業欺瞞、隱匿重要交易資訊，使交易相對人陷於錯誤而為交易決定之行為，是故，涉及交易決定之「重要交易資訊」皆不得有欺瞞或隱匿之情況，而是否引人錯誤與前述公平交易法第 21 條之衡量標準相同，即客觀上是否會引起一般大眾或交易相對人誤認之合理可能性為判準。

3.顯失公平之行為：

所謂顯失公平係指「以顯失公平之方法從事競爭或商業交易」，公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則第 7 點中將其具體區分為三種類型，包含不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為、以不符合社會倫理手段從事交易之行為、濫用市場相對優勢地位，從事不公平交易行為。而在「不符合商業競爭倫理之不公平競爭行為」之範疇下又可區分為榨取他人努力成果（如攀附他人商譽、高度抄襲、利用他人努力，推展自己商品或服務之行為）以及以損害競爭對手為目的之阻礙公平競爭行為兩種，而比較廣告若對他事業之比較項目為欺罔或顯失公平之行為則屬於後者而有適用本條之可能，比較廣告在涉及與他事業商品之比較上，公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則第 6 點⁶¹中則有進一步將欺罔或

⁶¹ 事業於比較廣告無論是否指明被比較事業，不得就他事業商品之比較項目，為下列欺罔或顯失公平之行為：

- (一) 就他事業商品為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。
- (二) 以新舊或不同等級之商品相互比較。
- (三) 對相同商品之比較採不同基準或條件。
- (四) 引為比較之資料來源，不具客觀性、欠缺公認比較基準，或就引用資料，為不妥適之簡

顯失公平之行為具體類型化，本文認為本條適用之重點在於「重要交易事實」與「欺罔或顯失公平之比較行為」的認定範圍，在不同的個案中，認定即有不同，有賴於現行實務案例的累積作為判斷的軌跡。

第二項 商標法之規範

第一款 商標法第 5 條之適用可能性

針對商標使用，依照使用人及其性質之不同，在商標法上之使用行為將異其評價，商標之使用依據我國多數學者見解，可區分為「維權使用」及「侵權使用」，兩者需有標示商標之行為使消費者足以認識其為商標，並以使用人具有行銷商品或服務之目的為要件，就「商標之使用」的判斷有法理上之相似⁶²。然前者係指商標權人為確保其商標權力的有效性所為之使用，其著重於判斷商標權人有無「真實使用」註冊商標之事實，且符合一般商業交易習慣⁶³，「維權使用」強調使用人須有表彰自己之商品或服務來源之意思，此要件並非構成侵權使用之要件⁶⁴；後者所謂「侵權使用」係指為第三人使用商標時未經商標權人之同意使用，此時第三人侵害所為之使用即屬之，此涉及則涉及商標權的排他效力，範圍較「維權使用」廣，亦可擴及近似商標或類似商品或服務上，其涵蓋非典型商標使用但卻會造成消費者有混淆誤認可能之態樣⁶⁵。因此可知，我國雖將商標使用之概念規定於商標法總則章，解釋上應認為涉及「商標使用」之概念應一體適用之，惟如前述，商標之「維權使用」及「侵權使用」兩者概念上確實具有

述或詮釋。

(五) 未經證實或查證之比較項目以懷疑、臆測、主觀陳述為比較。

(六) 就某一部分之優越而主張全盤優越之比較，或於比較項目僅彰顯自身較優項目，而故意忽略他事業較優項目，致整體印象上造成不公平之比較結果。

(七) 其他就重要交易事實為欺罔或顯失公平之比較行為。

⁶² 參商標法逐條釋義，智慧財產局，2012年，頁12；劉孔中，同前註14，頁366。

⁶³ 參商標法逐條釋義，同前註。

⁶⁴ 參劉孔中，從 Google 關鍵字廣告判決探討商標維權使用與商標侵權使用的區別，月旦法學雜誌第256期，2016年9月，頁98；黃銘傑，贈品行為與商標之使用—評智慧財產法院九十九年度民商上字第6號判決，月旦法學雜誌第216期，2013年5月，頁189。

⁶⁵ 參李素華，商標權侵害之商標使用及善意先使用—智慧財產法院一〇二年度民商訴字第一號民事判決，月旦裁判時報第29期，2014年10月，頁36-37；陳昭華，將商標使用在廣告或贈品上是否構成維權使用之探討，智慧財產權月刊第166期，2012年10月，頁111-112；邵瓊慧，「商標侵權使用之判斷—兼論智慧財產法院最新見解」，智慧財產權第135期，2010年3月，頁8；劉孔中，同前註14，頁366。

本質上的不同，是否同時適用商標法第 5 條仍有所爭議⁶⁶。

所謂「商標之使用」，其要件有三：(1)必須是「基於行銷之目的」而使用；(2)須有該條所列各款使用商標之積極行為；(3)須「足使相關消費者認識其為商標」。而前述所稱「基於行銷之目的」的概念係指向市場銷售作為商業交易，其與 TRIPS 協定第 16 條第 1 項所稱「交易過程」(in the course of trade)之概念類似，在商標法逐條釋義中指出：「不僅包括將商標用於商品或其包裝容器，或與提供服務有關的物品等狹義之商標使用情形，尚包括為行銷目的而持有、陳列、輸出或輸入已標示商標商品的廣義商標使用情形，或將商標用於有關商業文書或廣告之促銷商品/服務等商業行為。」⁶⁷基此，所謂「為行銷之目的」之解釋應涵蓋交易過程或商業活動之使用行為，不問其為有償的販賣、行銷或無償贈與行為，只要其商標使用行為有獲得經濟上利益，即該當商標法第 5 條之商標使用，基於本條對於商業性質的要求，在具有促進銷售之功能，與銷售有密切關係之情況即應肯認其具有行銷之目的，而非狹義限縮在為獲取對價而直接促銷或銷售期商品或服務之範圍，不應侷限於具有營利意圖的商業交易行為⁶⁸。

針對商標使用之判斷，實務上見解認為「應綜合審酌其平面圖像、數位影音或電子媒體等版(畫)面之前後配置、字體字型、字樣大小、顏色及設計有無特別顯著性，並考量其使用性質是否足使消費者藉以區別所表彰之商品或服務來源，暨使用目的是否具有影射或攀附他人商譽之意圖等相關證據綜合判斷」⁶⁹意即強調使用者之使用行為是否足使相關消費者得以識別其為商標並指示其商品或服務的來源，有實務判決甚至認為商標使用之要件除前述 3 項之外，必須具備第 4 個「使用人有表彰『自己』商品或服務來源之意思」的商標使用意圖(intent to use)⁷⁰，如僅係用以表示商品或服務之相關說明者，僅可認為是通常之使用，而非商標法所稱之商

⁶⁶ 參李素華，商標使用與視為侵害之理論與實務，「商標使用」規範之現在與未來，元照，2015 年 4 月，頁 181-186；陳昭華，商標法之理論與實務，元照，2013 年 2 月，頁 115-116；黃銘傑，同前註 64，頁 189 註 15。

⁶⁷ 參商標法逐條釋義，同前註 62，頁 10。

⁶⁸ 參黃銘傑，同前註 64，頁 188；陳匡正，贈送仿冒商標物品之商標使用判斷，法令月刊第 66 卷第 7 期，2015 年 7 月，頁 105-106；智慧財產局，2014 年商標使用座談會會議資料，頁 3，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=516402&ctNode=7127&mp=1> (最後瀏覽日：2016/12/9)

⁶⁹ 參智慧財產法院 105 年度民商訴字第 22 號民事判決、智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 25 號刑事判決、智慧財產法院 104 年度民商上字第 16 號民事判決、智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 66 號刑事判決、智慧財產法院 101 年度行商訴字第 34 號判決等。

⁷⁰ 參智慧財產法院 99 年度民商訴字第 6 號民事判決，有學者認為將商標的識別功能包含在商標使用之概念將使商標使用的範疇過於狹隘，參陳匡正，同前註 68，頁 117。

標使用⁷¹。但商標之使用概念應是強調在交易階段或商業過程中，「足以使相關消費者認識其為商標」、「發揮其表彰來源功能」之使用即屬之；並且，在此所謂的表彰功能應是指消費者透由商標本身判別該商品或服務之來源、出處，即構成商標使用，而非消費者可透由商標識別出散佈或提供該商品或服務者為何人⁷²。

使用者使用他人之商標，在合乎商標法第 5 條之要件，即構成商標法上之使用，而有受他人商標權限制之可能⁷³；然，「商標使用」是否作為「商標侵害」的要件則有討論空間，換言之，「商標使用」是否為「商標侵害」的前提要件？我國多數學說與實務見解有認為商標使用如非以商標表彰來源之方式使用商標，則直接排除商標侵害之可能，也無須再認定有無「商標混淆誤認之虞」的判斷⁷⁴，亦即將商標使用的認定作為商標混淆誤認之虞的「先導判斷要件」⁷⁵。惟有學者亦主張「商標使用」應僅作為過濾非商業性使用，其重點應著重在為行銷目的之判斷，倘如積極運用「商標使用」要件，應以商標合理使用之判斷之類型極有可能提前至「商標使用」層次處理而被認定為「非商標使用」，如此將使合理使用規定淪於具文⁷⁶。

回歸比較廣告之進行，廣告主通常係基於行銷之目的而為之，比較廣告之進行為商業活動的使用，並且具有促進銷售增加消費者與其交易之目的在內，無疑是與銷售有密切關係之情況，即應肯認其具有行銷之目的；另外，比較廣告較可能成立者為商標法第 5 條第 4 款「將商標使用於商品或服務有關之商業文書或廣告」，此款包含將商標於訂購單、產品型錄、

⁷¹ 參智慧財產法院 99 年度民商訴字第 2 號民事判決、智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 78 號學者認為此要件加諸於維權使用之情況並無疑問，因為維權使用本身即以有足使消費者認識其為商標之概念，但在侵權使用則有所顧慮，並且可能限縮侵權使用之成立可能，參李素華，同前註 66，頁 187-188。

⁷² 參黃銘傑，同前註 64，頁 182、191；李素華，同前註 65，頁 40；智慧財產法院 104 年民商訴字第 31 號民事判決、智慧財產法院 103 年民商上字第 16 號民事判決、智慧財產法院 101 年民公上字第 6 號民事判決、智慧財產法院 101 年民商訴字第 35 號民事判決同此見解。

⁷³ 參王偉霖，商標使用及言論自由，「商標使用」規範之現在與未來，元照，2015 年 4 月，頁 358。

⁷⁴ 有實務判決在確認無商標使用之情況後，仍會針對商標是近似、有無混淆誤認做檢討，例如智慧財產法院 105 年民商訴字第 5 號民事判決。

⁷⁵ 參沈宗倫，商標侵害法理在數位時代的質變？以「商標使用」與「初始興趣混淆」為基點的反省與檢討，政大法學評論第 123 期，100 年 10 月，頁 369-370；陳匡正，同前註 68，頁 117；蔡蕙如，淺談商標民、刑事案件之「商標使用」概念，「商標使用」規範之現在與未來，元照，2015 年 4 月，頁 227。

⁷⁶ 王敏銓、扈心沂，商標侵害與商標使用—評台灣高等法院九十六年度上易字第二〇九一號判決與智慧財產法院九十七年度民商上易字第四號判決，月旦法學雜誌第 185 期，2010 年 10 月，頁 168。

價目表等；而在「足使相關消費者認識其為商標」的要件判斷上，比較廣告中所使用他人的標誌，此時商標是否發揮其識別功能實有討論空間，在比較廣告中，該被廣告主所使用的商標是否發揮其商標的「識別功能」，本條所稱「足使相關消費者認識其為商標」是否僅限於識別自己之商品或服務來源；倘為肯定，則比較廣告中被廣告主所使用的他人商標並非指示廣告主之來源，而是指示他人（被比較對象）之商品或服務來源，因此不具有商標法上所稱之商標使用；反之，若「足使相關消費者認識其為商標」僅係指足使相關消費者得以認識該商標所指示的商品或服務，而不將「其」限制為「使用者自己」之商品或服務，此時消費者觀察比較廣告通常即得藉由廣告主所使用之他人商標識別出他人的商品或服務，如此解釋後，在比較廣告之情況係符合商標法第 5 條所稱之商標使用。

本文認為在「足使相關消費者認識其為商標」的判斷上，不應將其限縮在該被使用的他人商標所指示的商品或服務來源為「廣告主自己」，無論該商標所指示的出處或來源為廣告主或播比較對象之商品或服務甚或其他企業，該商標皆以發揮其識別之功能，應落入商標法第 5 條之範圍，而其所具體指示的來源究竟是否為被比較對象，抑或使消費者誤認為廣告主之商品或服務，應為是否混淆誤認的問題；換言之，假使在「商標使用」的先導認定上就需要判斷廣告主在比較廣告中使用被比較對象商標之行為是否有使相關消費者觀諸被使用人（被比較對象）的商標是否「正確指示」到被比較對象之商品或服務，則有將「混淆誤認之虞」的判斷提前至商標使用層次來認定之疑。因此本文認為在比較廣告的情況下，廣告主藉以使用他人商標而使消費者可得特定他人之商品，相關消費者觀諸該被使用之商標仍可藉由該商標推知其應是指是某商品或服務的來源，該商標在此時仍有發揮其識別的功能，應屬商標使用，至於消費者所認知該商標所指示的商品或服務是否確實為被比較對象之商品或服務的問題應非商標使用所討論之範疇。

第二款 商標法第 36 條排除商標人之權利—指示性商標的合理使用

我國商標法於第 35 條對於商標權之效力作具體規定，由該條規定可知，商標權的效力包含積極使用權（商標法第 35 條第 1 項）與消極排他權（商標法第 35 條第 2 項），然而承前揭所述，商標做為事業與公眾指示

商品或服務來源之表徵，商標權人之排他使用權究應擴張到何種程度，是否應賦予其超級權利之性質受有討論，換言之，智慧財產權與市場互有連結，倘如過度擴張商標權之範圍並無益於市場競爭，從而應認為無限制的擴張其權利反倒有限制市場競爭之疑慮⁷⁷。

就商標權之效力做排他之規範，包括合理使用、善意先使用及商標權耗盡等，在商標法第 36 條第 1 項即是承認描述性、指示性、功能性三種合理使用以及善意先使用。前述兩種使用他人商標皆「非作為指示自己商品或服務來源」之使用⁷⁸，故不受商標權效力所及，而在歐盟商標指令第 6.1 條亦有相同規定。

所謂描述性合理使用，指第三人以他人商標來描述自己商品或服務的名稱、形狀、品質、性質、特性、產地等，此種方式的使用，並非利用他人商標指示商品或服務來源的功能，而係純粹作為第三人商品或服務本身的「說明」(descriptive)⁷⁹。從而在判斷是否為描述性合理使用之情況應參酌考量是否符合商業交易習慣的誠實信用方法、行為人的使用「僅為說明」其商品或服務、非作為商標之使用等要素⁸⁰。

指示性使用係指第三人以他人的商標指示該他人的商品或服務，其使用係利用他人商標指示他人（即商標權人）的商品或服務來源的功能，來表示自己所提供商品或服務的內涵或用途等。類此使用情形，多用以表示自己零組件產品與商標權人商標的產品相容⁸¹，例如在販售手機的充電線或零組件等周邊商品時，於商品外觀標示「可相容於 iphone」等類似字眼，

⁷⁷ 參劉孔中，解構智財法及其與競爭法的衝突與調和，新學林，2015 年 6 月，頁 8-11。

⁷⁸ 所謂作為指示自己商標來源之使用即指我國商標法第 5 條所稱商標之使用，係為行銷指目的並足以供相關消費者認識其為商標。

⁷⁹ 參商標法逐條釋義，同前註 62，頁 144。

⁸⁰ 常見的描述性合理使用類型例如：(一) 使用自己姓名：例如鄭杏泰救肺散已先註冊取得商標權，如有同名同姓的鄭杏泰，同樣為製造中西藥，其不得以鄭杏泰作為商標使用，但得以符合商業交易習慣之誠信方法，表示其姓名附記於商品上之適當位置說明其所監製，並表明其與鄭杏泰救肺散之註冊商標有別；(二) 使用自己名稱：例如以符合商業交易習慣之誠信方法，使用自己的公司、商號、網域名稱等營業主體名稱，則不受商標權效力所及，惟須注意不得有商標法第 70 條第 2 款之明知為他人著名之註冊商標，仍故意選用該著名商標之文字作為自己公司、商號、網域名稱或其他表彰營業主體之名稱；(三) 商品或服務之產地說明：如台東「池上米」證明標章已取得註冊，其他原產於台東池上鄉的稻米雖不合乎「池上米」優良米標誌規範之標準，仍可於包裝之適當位置標明其產地為池上鄉；(四) 說明性名稱：例如「極品」、「嚴選」等文字於註冊當時或許認其屬於暗示性標誌而准予註冊，惟經濟環境變遷以及消費者要求品質趨高之因素，縱有其他事業若以符合商業交易習慣之誠信方法，以「極品」、「嚴選」表示其商品或服務品質相關之說明，亦不受商標權效力之拘束。參王德博，商標合理適用之判斷原則，智慧財產權月刊第 151 期，2011 年 7 月，頁 30-32。

⁸¹ 參商標法逐條釋義，同前註 62，頁 145-146。

其使用 **iphone** 之商標即純粹以他人商標指示他人商品或服務來源之功能，用以表示自己所提供商或服務的內容或用途，或為適用廠牌、機型之表示⁸²；提供商標權人商品的維修服務時亦常出現此種指示性使用藉以一般大眾得特定其所提供商或服務的內容或用途，例如非 **Benz** 之原廠維修廠商，其利用 **Benz** 商標藉以傳達其善於維修 **Benz** 汽車之資訊，在不會造成相關消費者對於商品或服務來源，產生混淆誤認之虞的情況時，其使用即屬商標法上之指示性合理使用；惟，值得注意的是，若刻意凸顯他人商標，例如將他人商標放大，即有可能被認為非合理使用，蓋此種特意凸顯他人商標之行為，極易有使人產生混淆誤認之情形⁸³。其他諸如零售商在網路上的銷售使用、**metatags** 的使用、比較廣告、戲謔仿作等都有主張指示性合理使用之可能⁸⁴。

廣告主在比較廣告中使用他人已註冊商標，若欲援用商標法上第 36 條第 1 項第 1 款主張其係指示性合理使用，必須符合商標法上之要件，即（一）符合商業交易習慣的誠實信用方法；（二）使用他人商標為必要行為；（三）使用之結果不會造成相關消費者對於商品或服務來源產生混淆誤認之虞。所謂符合商業交易習慣的誠實信用方法係指廣告主在主觀上無不正當競爭或攀附他人商標的意圖，客觀上使用的事證須符合誠實信用方法，即正確、真實的表示，不得有意圖影射或攀附他人商標的商譽而致影響公平競爭秩序等情形，並要求其使用須僅為說明其商品或服務且「非作為商標之使用」，不會使消費者誤認其作為指示商品或服務來源之識別標識，且不會構成商品或服務來源之混淆者（例如是否一併使用自己之商標），方可主張其為合理使用⁸⁵。本文認為此要件在比較廣告案件上應與公平交易法上之比較廣告處理原則所規範的公平客觀原則及真實表示原則同一解釋。其次，以使用他人商標為必要係指如不使用他人商標說明其商品或

⁸² 類似案例可參智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 18 號判決、台灣高等法院台中分院 95 年度上易字第 258 號判決。

⁸³ 類似案例可參最高法院 98 年台上字第 177 號刑事判決：「...如浴美公司要取信客戶，亦僅能於名片正面記載「莊頭北 T O P」商標，而其背面應記載「家寶工業有限公司謹啟」。而被告等於該名片上為如自訴意旨所示之記載，並於浴美公司之前註明「北區專業總經銷」，且將之置於「數位王熱水器」之下方，而將該名片交付與不知情之消費者，顯係欲使不知情之消費者陷於錯誤，以為浴美公司係「數位王熱水器」之北區專業總經銷，並有權為載有上訴人公司商標之熱水器產品提供服務，被告等顯有侵害上訴人公司商標之意圖。...」臺灣高等法院 94 年上訴字第 1169 號刑事判決亦為類似情形。

⁸⁴ 參呂靜怡，指示性合理使用的適用標準，全國律師月刊，2015 年 7 月，頁 49；陳昭華，比較廣告在商標法上之合理使用，月旦法學教室第 123 期，2013 年 1 月，頁 39。

⁸⁵ 參智慧財產法院 104 年民專訴字第 23 號民事判決。

提供的服務時，將無法令人輕易辨識，尤其在配件或零件來自他人的商標商品之情況即屬有使用之必要。最後，針對使用之結果不會造成相關消費者對於商品或服務來源產生混淆誤認之虞之要求上，應參考智財局頒布之「混淆誤認之虞審查基準」判斷是否混淆，必須係不會誤認兩者之商品來源，或兩者有關係企業、授權契約、加盟或其他類似之關係存在⁸⁶。

承上述，在比較廣告中使用他人已註冊商標之情況，倘如係基於商標法上第 36 條第 1 項第 1 款之指示性目的的合理使用，廣告主可援引其為合理使用而排除商標權效力所及，在具備上述指示性合理使用他人商標之情況下，並不會有侵害商標權人之商標權之虞。然而，我國指示性目的的合理使用之規定要求必須是「非作為商標使用」，倘如廣告主在比廣告中使用他人之商標係「非作為商標使用」，即可逕依商標法第 5 條排除，何須再探討本條之必要要？因此比較廣告之廣告主欲援用合理使用以排除商標權人之權利實有現實上的困難。

第三款 商標法上侵權之規範－混淆誤認、減損識別性或信譽

我國於商標法第 68 條規範一般商標侵權之態樣，另於商標法第 70 條第 1 款、第 2 款訂有著名商標之擬制侵權規定。

(一) 侵害一般商標－混淆誤認之虞

商標法第 68 條一般侵權規範下，係以商標之使用為前提，以「混淆誤認之虞」為侵害商標權之要件，亦即相關消費者是否誤認二商品或服務商標為同一來源或相關消費者雖不會誤認二商標為同一商標，但極有可能誤認二商標之商品或服務為同一來源之系列，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係⁸⁷。由此可知，混淆誤認之虞的規範目的係在避免相關消費者對於兩商標間有來源上的混淆而做出錯誤之交易決定。

而判斷二商標間有無混淆誤認之虞，應參考以下因素：(1)商標識別性之強弱；(2)商標是否近似暨其近似之程度；(3)商品/服務是否類似暨其類

⁸⁶ 參商標法逐條釋義，同前註 62，頁 145-146；智慧財產法院 101 年刑智上易字第 52 號刑事判決。

⁸⁷ 參混淆誤認之虞審查基準第 3 點。

似之程度；(4)先權利人多角化經營之情形；(5)實際混淆誤認之情事；(6)相關消費者對各商標熟悉之程度；(7)系爭商標之申請人是否善意；(8)其他混淆誤認之因素。在混淆誤認之虞審查基準中就混淆誤認之虞的認定係以商標於市場上「實際使用情形」為依據，由此可推知，如何「證明」實際使用確實會發生混淆誤認係先權利人之舉證問題。而在判斷有無混淆誤認之虞時，除應參酌前述 8 項因素外，混淆誤認之虞審查基準中亦允許由當事人提出市場調查報告作為佐證⁸⁸；另在著名商標之消費者知悉商標程度以及認定事是否為著名商標之證據，在智財局頒布的第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準亦可援引市場調查為佐證。我國法院針對類此以市場調查作為證明方法之提出，在足以客觀呈現真正市場與消費者之消費與評價態樣，態度上較傾向採認其證明力⁸⁹。然市場調查本身具有人為模擬情境之性質，究竟需要調查到何種程度始足為客觀呈現真正市場與消費者之消費與評價態樣，以及受限於相關大眾的遺忘曲線等不確定因素，都將為其證明力增加不確定因素⁹⁰。以市場調查判斷有無混淆誤認之問題上，我國學者針對可採信之市場調查做詳細分析，例如適當樣母與樣本選取、問卷設計的語意內涵合乎公認標準等藉以提高市場調查之可信性及有效性⁹¹。

另外，判斷是否造成混淆誤認之虞，常先行認定是否有「商標近似」之情形，亦即商品或服務具有某些共同或關聯處，以致於使用相同或近似之商標易使大眾產生混淆可能⁹²。基此，可知必須先認定兩商標間是否構成近似，再判斷系爭商品或服務是否類似，再認定是否因商標近似、服務類似而產生智相關消費者混淆誤認之虞的「聯想」⁹³。是故，可知在商標近似及商品或服務類似要件具備的情形下，導致有混淆誤認之虞的機率增大，但非是絕對必然成立混淆誤認之虞，判斷有無混淆誤認之虞，仍需視

⁸⁸ 參混淆誤認之虞審查基準第 5.5 點實際混淆誤認之情事：「指實際發生有相關商品/服務之消費誤認後案商標之商品係源自先權利人之情形。此事實應由先權利人提出相關事證證明之。又當事人有提出市場調查報告，經依法踐行答辯攻防程序，可認定具公信力者，該調查結果報告應可認為具有等同實際混淆誤認情事之地位。再者，商標自註冊至第三人提出評定，可能已有相當時日，註冊人若已使用其商標行銷市場者，則消費者是否有因其使用商標而發生混淆誤認情事，自亦得列入考量。」

⁸⁹ 參智慧財產法院 102 年度行商訴字第 41 號判決、最高法院 99 年度民商上字第 8 號民事判決。

⁹⁰ 參曾勝珍，論商標「混淆誤認」之判斷標準—以消費者問卷調查效力為主，頁 49-53；劉孔中，同前註 14，頁 296-304。

⁹¹ 參劉孔中，同前註 14，頁 294-296。

⁹² 判斷商標是否近似之原則，主要以通體觀察原則、比較主要部分原則、隔離觀察原則為斷，參劉孔中，同前註 14，頁 184-192；陳昭華，同前註 66，頁 74-75。

⁹³ 參劉孔中，同前註 14，頁 197-198。

評估整體因素而定⁹⁴。

（二）侵害著名商標－減損識別性、減損信譽

著名商標最早規範於巴黎公約第 6 條之 2，針對著名標章得於法律許可之前提下，對於與著名標章使用於同一或類似商品之商標，其重製、仿冒、翻譯等造成混淆誤認時，依職權或利害關係人之申請否准或撤銷商標之註冊，或禁止其使用⁹⁵；另外在 TRIPS 協定第 16 條第 2、3 項亦就著名商標有所規範⁹⁶。著名商標之保護無論在國際間或我國法上之重要性皆日益增加，近年來各國不斷強調著名商標之保護，提供給予著名商標之保護亦愈來愈廣。

所謂著名商標在我國商標法之定義下係指商標所表彰之識別性與信譽為消費者所熟知；而「著名」係指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者而言，其與 WIPO 關於著名商標保護規定聯合備忘錄一樣，均認為只要商標所表彰之識別性與信譽已廣為「相關事業或消費者所普遍認知」，便足以認定該商標為著名，而得依商標法保護著名商標之相關規定獲得保護⁹⁷。

在我國的規範架構下，著名商標除同樣保護避免其他標誌有混淆誤認之虞外，另外針對著名商標之保護擴及所受損失之侵害，亦即不同於前述的混淆誤認理論在於維持商標的指示來源的功能，著名商標更進一步從淡化（稀釋）理論之觀點，提供著名商標較高標準之保護，包含「減損著名商標之識別性或信譽」⁹⁸，並且賦予著名商標例外具有跨類別性的優越保護。簡言之，著名商標稀釋規範不以消費者有混淆誤認為前提，僅需第三

⁹⁴ 參混淆誤認之虞審查基準第 2 點；陳昭華，同前註 77，頁 86-88。

⁹⁵ The countries of the Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods.

⁹⁶ 第十六條商標專用權第 2 項：（一九六七年）巴黎公約第六條之二之規定準用於服務。決定某一商標是否為著名商標，會員應考慮該商標在相關行業之知名度，包括對該商標促銷而在相關會員間形成之知名度。第 3 項：（一九六七年）巴黎公約第六條之一之規定於使用他人註冊商標於不同於該商標所指定使用之商品和服務時準用之，但該商標於不同商品或服務之使用造成與註冊商標專用權人間之聯想，致商標專用權人之利益有因該使用受到侵害之虞者為限。

⁹⁷ 參商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準。

⁹⁸ 參許曉芬，論著名商標侵害態樣中之搭便車行為－以歐洲法院判決實務為中心，臺北大學法學論叢第 87 期，2013 年 9 月，頁 10。

人得使用有使著名商標與其商品或服務間之連結弱化，使相關大眾心中將特定標誌與著名商標產生一定關聯，基此理解，商標減損（淡化）係為強化著名商標之保護，避免著名商標原本強烈指示單一來源之特徵及吸引力，遭他人淡化或減損而使相關公眾印象模糊⁹⁹，此係基於保護著名商標本身之經濟或財產上利益，與基於混淆誤認以消費者利益為保護核心並不相同¹⁰⁰。

綜上所述，侵害著名商標之態樣，可構成一般侵權下混淆誤認之虞（即商標法第 68 條之情形），惟須值得注意的是，在該條之適用下，必須限制在「相同或近似」商標使用在「同一或類似」商品或服務上，即著名商標使用在不類似的商品或服務不得構成混淆誤認之虞；反之，於此「同一或類似」商品或服務情況下使用類似的著名商標，並不得主張稀釋規範下的損害識別性或信譽的侵權態樣¹⁰¹。另外，若與著名商標近似之商標使用於「不類似」商品或服務上，則應探討是否有減損著名商標之識別性或信譽的稀釋情況，而不應成立混淆誤認之虞之侵權型態，此係基於著名商標之保護範疇由類似商品或服務「例外擴及」不類似商品或服務¹⁰²。

⁹⁹ 最高法院 102 年度台上字第 2408 號民事判決；參陳昭華，侵害著名商標之混淆誤認之虞與減損識別性或信譽之虞的關係－智慧財產法院一〇一年度民商上字第一一號民事判決，月旦裁判時報第 26 卷，2014 年 4 月，頁 49。

¹⁰⁰ 參黃銘傑，著名商標之「著名」程度及適用於同一或類似商品（服務）之探討－從最高行政法院一〇一年度判字第四七號判決及司法院一〇二年度「智慧財產法律座談會」行政訴訟類相關議題」第七號提案及研討結果談起，月旦法學雜誌第 249 期，2016 年 2 月，頁 224；最高行政法院 98 年度判字第 1323 號判決。

¹⁰¹ 參陳昭華，同前註 99，頁 57-58；參黃銘傑，同前註，頁 224。

¹⁰² 參黃銘傑，同前註 100，頁 238。

表 2 我國商標法上的侵權態樣

一般侵權 (第 68 條)	近似商標+使用於同一/ 類似商品/服務	混淆誤認√ (一般、著名商標皆可成立)
		減損 X
視為侵權 (第 70 條)	近似商標+使用於不類 似商品/服務	混淆誤認 X
		減損√ (僅著名商標可成立)

圖表來源：作者自行整理

然而，我國近期實務已將著名商標的混淆誤認與減損間的適用區別模糊化，近似於著名商標之商標使用於不類似商品或服務，亦可成立混淆誤認之虞¹⁰³，或同時構成著名商標之混淆誤認與減損態樣¹⁰⁴。此外，司法院 102 年度「智慧財產法律座談會」「行政訴訟類類相關議題」提案及研討結果第 6 號並指出適用減損之規定，並不限於二商標使用於商品或服務不具關連性或競爭關係為限¹⁰⁵；並於該次座談會之第 7 號研討結果認為適用商

¹⁰³ 例如最高行政法院 102 年判字第 176 號判決、智慧財產法院 102 年行商訴字第 22 號行政判決。

¹⁰⁴ 智慧財產法院行政 101 年行商訴字第 145 號行政判決除構成致相關公眾混淆誤之虞，亦成立減損識別性。類似見解可參智慧財產法院 101 年行商訴字第 112 號行政判決、智慧財產法院 101 年度民商上字第 11 號民事判決、智慧財產法院 102 年度民商上字第 12 號民事判決。

¹⁰⁵ 司法院 102 年度「智慧財產法律座談會」「行政訴訟類類相關議題」提案及研討結果第 6 號：法律問題：適用商標法第 30 條第 1 項第 11 款後段規定，是否限於二商標（指定）使用之商品/服務類似關係？

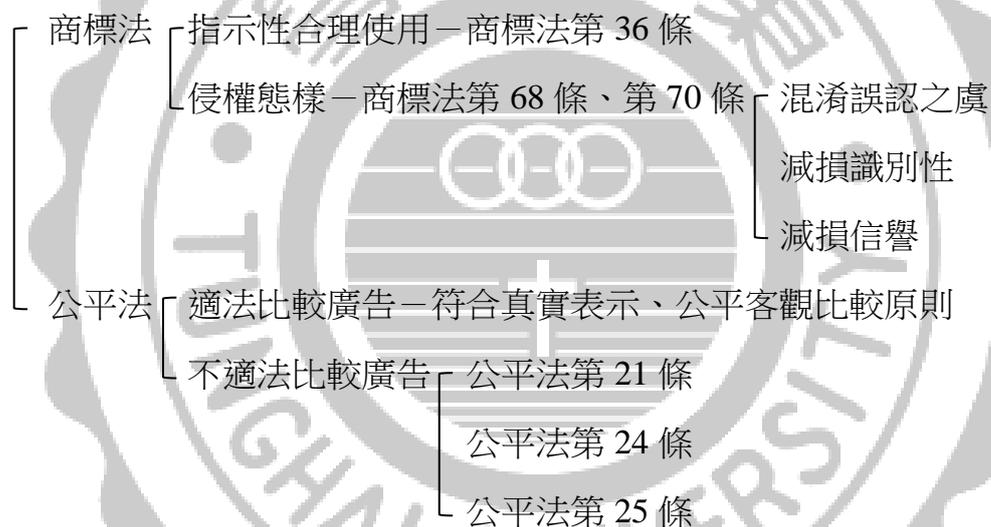
討論意見：甲說：肯定說所謂減損著名商標識別性之虞，係指著名商標之識別性有可能遭受減弱，使曾經強烈指示單一來源之商標可能將變成指示二種或二種以上來源的商標，或使該著名商標在社會大眾心中不會留下單一聯想或獨特性的印象。而前述商標淡化保護原係用以解決傳統混淆誤認之虞理論無法有效保護之範圍，將著名商標之排他性，擴大至營業利益衝突不明顯的市場。且若二商標構成近似，（指定）使用之商品/服務亦具關連性，消費者多會誤認二者係出於「同一」來源，並不會使著名商標指示「單一」來源之印象降低，故適用商標法第 30 條第 1 項第 11 款後段規定，應以二商標（指定）使用商品/服務間不具任何關連性或競爭關係為限。

乙說：否定說 商標法第 30 條第 1 項第 11 款僅規定「相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者」，不得註冊。由該條文義觀之，並未區分適用後段「減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞」規定時，對於二商標（指定）使用之商品/服務間關連性高低之要求，應與適用前段「有致相關公眾混淆

標法第 30 條第 1 項第 11 款後段規定，不限於二商標使用於類似之商品或服務¹⁰⁶。是故，有學者認為此種過度擴張著名商標減損規範保護的強度與範圍，並非有利於維持商標法保障消費者利益、維持公平競爭秩序之立法目的，亦是破壞立法者藉由加諸著名商標稀釋規範須滿足的著名性、稀釋之虞等要件以維持其保護規範與自由競爭、言論自由間之平衡的設計¹⁰⁷。

綜上敘述可知，倘如於比較廣告中使用他人之商標，在我國法規範體制下，係區分商標法及公平交易法分別就商標之使用是否構成侵權，以及廣告之比較進行是否真實、客觀等公平競爭之觀點檢驗之，並未就兩規範有所做調和之規定，而係回歸一般商標規定以及一般廣告之規定分別適用。

表 3 比較廣告在我國法制下涉及的問題



圖表來源：作者自行整理

誤認之虞」規定時有所不同。故構成「減損著名商標之識別性之虞」，並不限於二商標（指定）使用商品/服務不具關連性或競爭關係為限。（審查意見採乙說）

¹⁰⁶ 主要理由為：（一）商標法第 30 條第 1 項第 11 款，並未規定「商品/服務是否具類似或競爭關係」之概念，若將其作為前後段適用之區分標準，係增加法律所無之限制。因此，只要使用相同或近似於他人著名商標或標章，導致著名商標使用於特定商品/服務來源之聯想遭減弱或分散，而有降低著名商標獨特性之可能時，即足以該當後段規定之適用，與兩造商標指定使用商品/服務是否具類似或競爭關係無關。（二）混淆誤認之虞的保護，已從來源的混淆，擴大保護至包括贊助關係、從屬關係或聯繫關係聯想之混淆，因此，即使商品/服務不具競爭關係，而屬類似程度較低之商品/服務，仍可能係前段所規定之保護範圍，故毋須嚴格區分前後段規定之適用標準。（三）歐盟法院在 Davidoff 與 Adidas 二案中，對於商標減損（淡化）之保護，已超越歐盟指令第 5 條第 2 項所規定「不類似商品/服務」之範圍，該等判決認為如果商標減損（淡化）之保護僅能適用於不類似商品/服務，則著名商標所享有之保護反而低於一般商標之保護。

¹⁰⁷ 參黃銘傑，同前註 100，頁 241-242。

第二節 比較廣告案件在我國法上之適用情形及建議

本文蒐集 99 年 12 月以後適用比較廣告案件處理原則之案例，從 2011 年至 2016 年 6 月止，比較廣告之案例共蒐集 28 件，其中構成現行公平交易法第 22 條誹謗競爭者營業信譽之類型 0 件，主要以違反現行公平交易法第 21 條或第 25 條為主，其中有 8 件違反公平交易法第 21 條及第 25 條。以下之分析及建議主要以 99 年後之案例為主，部分案例係 99 年之前之實例，惟仍儘量以近期案例為分析對象。

我國就比較廣告案例主要係針對公平會處分作分析，主要原因係因我國比較廣告案例皆進入公平會以公平交易法處理，在商標法上欠缺具體實例，此為我國與歐盟在審視比較廣告案例上一大不同。換言之，在我國主要以競爭法機關介入管制，而在歐盟就此類案件仍較傾向進入法院以司法手段救濟介入，推究其原因，本文認為主要係我國針對比較廣告在公平交易委員會已明定較具體的處理原則，反觀商標法部分則未針對比較廣告做規範，亦即比較廣告有涉及商標部分雖仍可回歸商標法做判斷，但因我國廣告主進行比較廣告較傾向不援用競爭對手之商標，故比較廣告案例牽扯商標法之問題甚少；反之，比較廣告在歐盟會員國內，廣告主在廣告中使用競爭對手之商標藉以進行比較廣告之情況並不少見¹⁰⁸。再者，歐盟針對比較廣告設有引人錯誤及比較廣告指令(Directive 2006/114/EC)規範之，就商標之保護亦設有商標指令(Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks)，前者指令從競爭法觀點強調促進市場競爭(Stimulate competition)並防止扭曲市場競爭(Distort competition)、保障消費者利益(Consumer interests)的公益色彩¹⁰⁹，與欲保護商標權人獨佔權的私權性質之界線何在，易言之，競爭法與商標法看似衝突，惟如何調和，可使公益與私權取得平衡始為討論之重點¹¹⁰。

¹⁰⁸ 例如近期的 *Lidl* 案(C159/09)、*L'oreal* 案(C487/07)等，廣告主皆於比較廣告中使用被比較對象之商標，惟值得注意的是，使用該商標於比較廣告是否為商標法上之使用無法一概而論，詳見第四章。

¹⁰⁹ 參 2006/114/EC 引人錯誤及比較廣告指令前言第 3、4、6、9 點。

¹¹⁰ 關於智慧財產權與競爭法之關係，劉孔中教授於其書中有精闢之見解，詳參劉孔中，同前註 77，頁 2-15、22-23。

第一項 比較廣告—與競爭關係之他事業商品或服務之特定項目比較

(一) 競爭關係

比較廣告之目的主要在增進廣告主之交易機會，透過比較廣告之行為揭露廣告主在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，藉以爭取交易機會，即為公平交易法第 4 條所稱的競爭，比較廣告中常見的競爭關係通常為同一的商品或服務間進行比較，例如廣告主與被比較者之產品皆為電信商，就手機通話資費方案相互比較¹¹¹、電器公司就自身空調產品與其他事業之空調產品比較¹¹²；然互相比較之商品或服務雖非同種，但其提供服務之目的無顯著差異，換言之，雖非同種商品，但因兩者商品或服務間具有可替代性，其性質仍會被認定為比較廣告，例如以事業本身之液化石油氣（桶裝瓦斯）與他事業之天然氣（導管瓦斯）相互比較，雖然供應方式、化學屬性、提供之熱能有別，但對於使用之消費者而言，兩者皆為提供熱能之服務，此點並無顯著之差異，因此廣告主所散布之比較廣告仍會對被比較商品之市場競爭產生影響¹¹³。

(二) 以他事業為比較對象

廣告之性質是否歸類為比較廣告，除了已指明競爭者之品牌或事業名稱外，如未完整指名，用 O 或 X 遮去被比較事業或產品之名稱，如「雙 X 極品靈芝」，雖然以遮去一字方式呈現，尤其是在被比較者為知名競爭品牌，即使遮去部分，廣告內容仍足使消費者產生來源「聯想」，仍屬於比較廣告¹¹⁴。過去實務上亦曾有比較廣告中未呈現被比較品牌，但基於被比較之競爭商品市占率極高、銷售量居冠，另觀察廣告內容之被比較商品的外包裝體積、顏色、圖樣、圖樣配置比例、包裝上文字的呈現方式與比例大小等，即使廣告主完全未呈現被比較事業之名稱，消費者能可就廣告之呈現方式聯想特定之品牌商品，故雖未具體明白表示但屬於可聯想被比較

¹¹¹ 公平會公處字第 100168 號處分書。

¹¹² 公平會公處字第 105021 號處分書。

¹¹³ 公平會公處字第 101188 號處分書。

¹¹⁴ 相關案例可參公平會公處字第 101037 號處分書「雙 X 極品靈芝」。

商品之廠牌或企業的比較廣告¹¹⁵。由此可知，被比較對象不限於直接指明，在暗示的隱晦表示中，如其整體廣告呈現之方式可得特定，是一般或相關大眾可聯想，仍屬於以特定事業為比較對象。

惟，倘如比較廣告中並未指明被比較對象，廣告主僅就自身產品之優點加以陳述，並指稱其本身的方案最優惠、最便宜等最高級用語據以陳述，在此情況被認被視為與其他同業為比較而屬於比較廣告性質¹¹⁶，因此在我國實務的判斷上，不需明列被比較對象或使消費者確信被比較對象為要件，是否可特定比較對象非為重點，重點為是否有比較之進行¹¹⁷，並強調比較進行的適法性要求。

（三）比較標的具有可比較性

所謂可比較性即是比較廣告之比較標的必須是相同等級、同一類別或效能，在比較廣告案件之處理原則第 6 點中即有禁止以新舊或不同等級之商品相互比較，此係基於公平性之考量。然而相同等級或類別之可比較性的判斷，並非只要是同樣是牙膏、同為洗衣機即具有可比較性，蓋同為牙膏，每款牙膏所欲強調的功效不同；同為洗衣機，亦可進一步針對公斤數、是否為 DD 變頻洗衣機或直立式變頻洗衣機等區分不同等級與類別¹¹⁸。

簡言之，比較廣告中所比較之品項雖為同樣的類別商品，但必須更進一步的檢視商品所欲強調之功能或效用，尤其是在有「更類似」或「強調相同效用」之產品可茲互相比較的情況下，更不允許以「強調不同功能的相同類別商品」相互比較，例如廣告主欲以強調「保護牙齦」之雲南白藥牙膏和競爭對手高露潔牙膏進行比較，高露潔強護琺瑯質牙膏雖同為牙膏，

¹¹⁵ 可參公平會公處字第 102015 號處分書；公平會公處字第 100138 號處分書以高露潔抗敏專家牙膏與舒酸定牙膏為比較。類似案例有廣告主雖未直接載明Burt's Bees防蚊液品牌，但依據台灣防蚊液通路市場狀況統計表，市場上防蚊液品牌以B開頭，外觀金屬瓶身噴頭設計，搭配瓶身中央橘黃配色，並有蜂巢格狀紋路（Burt's Bees商品特色）可判定被比較對象的商品圖示與Burt's Bees防蚊液外觀極為相仿，自將致消費者質疑廣告主所指產品為Burt's Bees防蚊液，可參同前註48。

¹¹⁶ 相關案例可參同前註 111；公平會公處字第 101028 號處分書。前者案例為亞太電信於廣告中宣稱「選亞太才不浪費，誰比亞太更便宜」，後者案例為廣告主於產品型錄中製作「Dr.ID 與其他業者服務比較表」。

¹¹⁷ 同前註115第 100138 號處分書之見解：「...復按比較廣告之內容，不以明列被比較對象或足使消費者確信被比較對象為要件，而以廣告所比較之對象可否區別自身及他人產品，且其審酌重點為比較廣告之內容是否涉及對自身或他人產品為虛偽不實或引人錯誤之表示。查系爭廣告圖示及口白內容，就抗敏感牙膏之效果而言，表示系爭商品「『才是』真正有效」，顯有爭取自身交易機會及貶抑其他市售抗敏感牙膏之虞，核屬比較廣告之性質。」

¹¹⁸ 參公平會公處字第 100040 號處分書。

但其所強調的是「迅速舒緩敏感性痠痛」功效，因有更適當的比較對象，故應以同樣強調「保護牙齦」功能的高露潔全效牙膏為比較對象¹¹⁹。本文認為實務上非採形式認定類別，而係檢視商品功能、效用的情況加以認定有無可比較性之個案認定的作法值得贊同，如此始可避免廣告主以欠缺可比較性的商品魚目混珠的進行比較廣告。

第二項 真實、客觀、可檢驗性的根本要求

觀諸公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則中第五點、第六點、第七點之規定，雖其就構成違法類型公平交易法第 21 條、第 24 條、第 25 條三種違法類型加以具體化，但可見其所非難之重點仍圍繞在比較廣告「真實、公平、客觀」的上位原則。例如處理原則中第五點、第六點(一)係非難欠缺真實性的虛偽不實或引人錯誤表示；在客觀性之要求下必須具備可檢驗性之基礎，故規定不得引用不具客觀性或欠缺公認比較基準之比較資料、比較項目需經證實或查證等。

針對比較廣告適法性之要求即在判斷(1)廣告主有無真實、客觀表示自身及被比較對象之商品 (2)比較方式有無真實客觀呈現，透過「可檢驗性」檢驗客觀與真實的資訊 (3)比較結果之呈現是否公正客觀而不引人錯誤。

整體規範上與歐盟引人錯誤比較廣告指令所要求比較廣告須符合「客觀性」、「重要性」、「關聯性」、「典型性」、「可檢驗性」等五項原則相近¹²⁰：

(一) 客觀性：比較廣告所引用的資料來源應具客觀性，避免使用無法查證的陳述、主觀證詞或人身攻擊。

(二) 重要性：比較項目應考慮產品的預定用途，應以商品的重要特性，足以影響消費者決定交易否的重要交易事項進行比較，避免比較避重就輕的不相關事項而有使消費者有錯誤認知。

(三) 關聯性：比較廣告的比較結果應能影響消費者的購買決定，意即比較結果與消費者的交易決定兼具有關連性。

¹¹⁹ 參公平會公處字第 102112 號處分書。

¹²⁰ 參施錦村，比較廣告案件內容結構分析，管理評論第 33 卷第 1 期，2014 年 1 月，頁 74；黃薇，試論比較廣告合法性—從比較廣告的合法性看存在的的正當競爭，http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_44373.shtml（最後瀏覽日：2016/11/3）

(四) 典型性：此指比較廣告之比較基礎需以全面性、代表性的特質為比較，例如比較廣告案件之處理原則內要求不得已新舊或不同等級商品相比較、對相同商品應以相同基準或條件比較，且不得就某一部分之優越而主張全盤優越之比較，亦不得截取片面自身較優項目而忽略他事業較優項目。

(五) 可檢驗性：此係針對真實性之要求而來，蓋檢視真實性的方式即係在公正第三人或專業第三方具體檢驗廣告主的比較內容真偽。

第一款 廣告主及其真實表示義務

第一目 廣告主

除了企業自行本於銷售自己商品之意思製作比較表、為比較之陳述屬於廣告主外，其他有參與廣告製作分工行為者，如製作廣告之產品資訊與素材，並取得利益（主要為經濟利益），例如購物台、經銷商等在實務上皆會被認定為廣告主。在實務上的情況，從消費者角度觀察，購物台或線上購物網站等為實際上與消費者直接交易之相對人，而經銷商或商品製造商通常與該購物平台間訂有合作契約書，由經銷商或商品製造商提供商品資訊與素材予購物台，再由購物台參與廣告製作；若在線上購物平台之情況，由商品製造商自行編輯製作廣告內容於購物網站上銷售。從上可知，商品製造商、經銷商、購物平台之間，只要具體顯明對外從事行銷，與消費者進行直接交易者為廣告主；另有參與製作廣告行為（如出資、審閱、散發廣告）對系爭廣告有實質決定權能，有利益共享之關係亦屬於廣告主，需負擔廣告主之責任與義務¹²¹。

實務上有例為員工製作比較表之廣告傳單，該員工所屬之天然氣公司認為廣告傳單為員工個人製作作為行銷推廣之用，然公平會之見解認為員工之所以製作該比較表傳單，係因天然氣公司將員工推廣天然氣業務作為年度考核項目，公司規定員工有推廣之責，則應於員工執行職務範疇內盡選任監督責任，故認為該情況非單純的員工個人行為，該天然氣公司為廣

¹²¹ 相關案例可參同前註 114、公平會公處字第 102094 號處分書、公平會公處字第 101171 號處分書。

告主，應承擔廣告主之責任¹²²。

第二目 廣告主之真實表示義務

為了確保廣告整體的真實性，廣告主負有真實表示義務，就他事業商品之比較項目應查證，如果未經證實或查證之比較項目，基於廣告主自身主觀臆測而為記載¹²³，若與事實不符，即有違廣告主真實表示義務，除了有使交易相對人誤認被比較競爭對手有比較廣告中所稱的不利缺點外，亦會造成被比較者因該不實廣告表示，而有喪失交易機會之虞，同時無益交易相對人取得商品之客觀、完整比較資訊，利於其做出理性的交易決定，因此在未經證實或查證之比較項目，尤其是在關於「消費者選購重要考量項目」或是「被比較對象所重視強調的功能」上，廣告主若僅憑其主觀認知，採取以臆測競爭對象之商品而為比較，極易違反公平交易法的 25 條之規定。

表 4 消費者選購重要考量項目

	商品	重要考量項目	處分字號
1	防蚊液	使用後清爽程度、防蚊液的防護效果	096110
2	房車	耗油量、比較車種	103126
3	家用空調	是否省電、與省電能力有關的 EER 值	105021
4	電視節目	收視率	104040
5	牙膏	牙膏功效（如：是否具有舒緩效果）	102112
6	洗衣機	耗水量、洗清能力、洗淨能力	100040
7	平板電腦	一般常見規格、事業所欲強調的功能（譬如該款型號特別強調重量）	103013
8	交友網站、婚友聯誼	會員人數、排約費用	103076

¹²² 同前註 113。類似案例可參公平會公處字第 103013 號處分書，本案為華碩電腦公司以其 ASUS MwMO Pad ME172V 與宏碁公司的 acer Iconia B1-A71 之平板就數規格項目比較，雖然比較對象列為「axxr BX」，並未指明具體對象，但因為系爭廣告以綠色（宏碁的 Logo）表示，且依宏碁的品牌知名度、市面上電腦品牌 4 個英文字命名及其編排方式，觀者可知悉案關廣告是就 Asus 及 acer 兩品牌的平板電腦互相比較。

¹²³ 例如曾有廣告主主觀認定被比較者之商品速度慢作，進而在未提出任何公正客觀資料為依據之情況下即推論被比較者之商品僅有 Pull（拉）機制、被動式下載資料，但實際上被比較者之商品除了 Pull（拉）機制外，也有 Push（推）機制，顯與事實不符，廣告主並未盡其查證義務，參公平會公處字第 100269 號處分書。

	機構		
9	求職網站	會員人數、徵才企業家數、工作機會	100175
10	有線電視	租約費用、是否需支付違約金	102145

圖表來源：作者自行整理

實務上有廣告主就其自身產品與其他業者服務比較表內載明其他同業在經營方式、經濟效益、產品保固、折舊方式、維修方式等項目，僅依據其客戶所反映之情事為記載，該廣告型錄內在製作型錄時，亦未查證其他業者的提供服務；並根據網路新聞報導宣稱其為「全球第一個將『AGPS』作為商業應用的企業」，另宣稱其「市佔率達六成」，然市占率具有爭取消費者信賴、藉以引誘交易機會的重要參考資訊，必須有客觀數據或市場調查為憑，本案的廣告主提出多項報導佐證，但佐證的媒體報導內容就市占率的數據竟由廣告主內部部門自行推估所得，並且是在十幾年前推估，而被公平會認為是欠缺客觀科學調查依據，未盡到廣告主的查證義務¹²⁴。另外，在此類涉及數據的表示上，如有數據誤植的情況，也會被認為是未盡到廣告主的真實表示義務而與事實有異¹²⁵。

顯見廣告主在宣稱相關陳述時，最恰當的方式必須事前查證，全盤了解被比較者之項目之內容，才能進行較客觀、貼近事實之比較，且盡量的將廣告內容比較項目之資訊更新至最符合當時事實之情況，並且在為比較廣告後仍須定時追蹤被比較者產品或服務之內容是否以改進、修正，避免散發不符合現況之「過時、錯誤」的比較內容。尤其是在價格、功能等重要資訊的認定上，若非當下、即時的交易價格則極有可能被認為是虛偽不實引人錯誤之表示，過去曾有案例是廣告主在廣告看板上刊載「華元 蚵仔煎 家樂福 嘉義店 25 元 大 X 發 36 元」，該廣告刊登期間為 10 月 1 日（或 2 日）至同月 5 日，在廣告刊登短短 1、2 日後，被比較事業大潤發公司即降價為 24 元，與系爭廣告看板刊載的價格價差 12 元，儘管廣告主抗辯是因為調整、更改價位的時間落差導致，以及刊載廣告期間系爭商品所得利潤極低，但仍被主管機關認為廣告主未盡相當之查證及注意義務，

¹²⁴ 同前註 116。

¹²⁵ 相關案例可參公平會公處字第 103146 號處分書，本案廣告主在收視率比較表內將 35-49 歲全收視人口之收視率數植誤載為 30-49 歲，而宣稱其節目在三台的收視率超越被比較者在四台的收視率，未善盡廣告主真實表示義務而使觀者陷於錯誤。

未即時提供消費者正確訊息，並進一步指出該廣告商品非屬高價商品，雖僅價差 12 元，但該微小價差為消費者做成交易決定的考量因素而有構成公平交易法第 24 條（現行法第 25 條）之規定¹²⁶。

而實務上有案例因發生誤植的情況，廣告主於嗣後寄發更正啟事，惟廣告主疏於查證而造成違反真實表示義務，在其散發有誤的比較廣告時即有違法律規定，嗣後的更正啟事等補救措施，僅供作行政裁量與否及罰鍰額度的考量因素¹²⁷。

第二款 比較項目中對於廣告陳述用語之理解非基於廣告主之真 意判斷—例外不引人錯誤之情況是否有允許可能？

第一目 比較廣告給予一般人的印象為判斷

廣告之傳播所造成的效果並非以廣告主主觀上擬傳達之意涵為判斷是否有人錯誤或對他事業造成顯失公平之效果，而是僅單純以「一般人視角」觀察該廣告帶來印象為何，此問題之認定在諸多案例皆有提及，倘若廣告主之真意並非在傳達不實情事，但其廣告整體予人的印象與廣告主擬表達之意涵有所落差的認知，仍無法據以免責。實務上案例有刊登「yes123 有七成以上企業 不在 104 找人」廣告，廣告主雖稱其真意是表達「yes123 求職網刊登的全部企業有 70% 以上未在 104 人力銀行重複刊登」，並提出統計數據，然此宣稱整體予人的印象為「企業有七成以上不在 104 公司找人」，因此被認為就他事業之服務內容為不妥適之簡述或詮釋，致整體印象上造成不公平爭之比較結果¹²⁸。又如廣告主宣稱其冷氣商品「靜音效果業界第一」意指「最靜音之機種數量最多」¹²⁹，顯與一般消費者之認知有所差異，太過牽強的廣告主印象皆不被採納。

蓋比較廣告之內容傳達涉及大眾公益事項，公平會在認定係爭廣告給

¹²⁶ 參公平會公處字第 099048 號處分書。類似案例可參同前註 123，該案廣告主於 100 年 2 月至 9 月 22 日刊載比較表表示被比較對象無同時比對二檔股票財務報表之功能，惟被比較對象於 100 年 7 月 22 日即具有該項功能，公平會處分書中闡明廣告主應依所比較商盡數演進，適時為更替內容之正確說明。

¹²⁷ 同前註 125。

¹²⁸ 公平會公處字第 100175 號處分書。

¹²⁹ 公平會公處字第 099051 號處分書。

予一般相關消費者印象其實是相當嚴謹的，此與廣告中的表示或表徵是否會造成引人錯誤的結果關係甚大，本文認為系爭廣告是否引人錯誤的判斷，依照公平交易委員會對於公平交易法第二十一條案件之處理原則第七點¹³⁰已屬較寬鬆之規定，尤其是在（四）客觀上具有多重合理的解釋時，其中一義為真者，即無不實的規定。此有寬鬆之虞的規定其實某種程度給予了廣告者蒙混過關的空間，倘若在認定該比較廣告之表示或表徵所給予相關交易相對人之整體印象及效果上仍採寬鬆之立場，則比較廣告所提供的資訊並無利於相關交易相對人做成理性交易決定。

實務上曾有教科書出版商宣稱「請依據教育部公告-上下學期一起評選」、「翰林一下生活沒過！」等語，該文字整體印象為「教育部規定上下學期一起評選，但翰林沒過」，並對比被處分人（康軒文教）審定通過的情形，然而「請依據教育部公告-下學期一起評選」僅為草案修正方向，並非現行規定，而翰林版下學期教科書尚未審查通過並不影響學校評選上學期教科書之考量。易言之，系爭廣告用語有造成受廣告者認為上下學期一起評選為必要條件，而排除尚未通過下學期評選的翰林版本，而造成整體印象不公平的比較結果¹³¹。因此在比較廣告文案傳達的字句必須提高精準度且避免造成相關交易相對人有誤會的空間，在廣告中的表示或表徵如越不明確，其導致一般交易大眾誤會之風險也較高，因此引人錯誤的疑慮也相對提高。

第二目 兼具考量廣告主與消費者印象的落差是否會影響其作成交 易決定—印象落差程度微小的適法性

公平會就廣告內容予人的印象採取嚴格執法的態度，本文認為殊值肯

¹³⁰ 虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵判斷原則如下：

- （一）表示或表徵應以相關交易相對人普通注意力之認知，判斷有無虛偽不實或引人錯誤之情事。
- （二）表示或表徵隔離觀察雖為真實，然合併觀察之整體印象及效果，而有引起相關交易相對人錯誤認知或決定之虞者，即屬引人錯誤。
- （三）表示或表徵之內容以對比或特別顯著方式為之，而其特別顯著之主要部分易形成消費者決定是否交易之主要因素者，得就該特別顯著之主要部分單獨加以觀察而判定。
- （四）表示或表徵客觀上具有多重合理的解釋時，其中一義為真者，即無不實。但其引人錯誤之意圖明顯者，不在此限。

¹³¹ 公平會公處字第 100194 號處分書。

定，然而本文認為判斷廣告給予一般或相關大眾的印象上，應部份兼具考量廣告主認知與消費者印象的落差是否會影響其作成交易決定，例如過去曾有廣告主就其自身商品「神乎奇機 i98」廣告，其中數項宣稱中其一為「螢幕觸控，即時下單，立即完成委託買賣，贏得先機」，該項宣稱被認定為違反公平交易法第 21 條之主要理由在於廣告主之系爭商品右下方有一「專屬下單實體按鍵」，該項宣稱予人之印象是以「螢幕觸控下單」為操作方式¹³²。惟本文認為該項宣稱之重點在於「即時、快速下單」，系爭商品與被比較之其他商品皆為螢幕觸控翻頁，差別僅在下單有無專屬按鍵，雖然實體按鍵與螢幕觸控仍有所別，但廣告主設有專屬下單鍵相較於其他透過螢幕觸控點選下單功能之被比較者，步驟較為簡單¹³³，相關消費者所在意的「贏得先機、快速完成下單」之目的上似無違背，且在該案處分書中，公平會調查後依其事證亦認為廣告主就被比較商品為「下單步驟繁瑣」之宣稱並非無所據，其實即肯認廣告主之商品相較於被比較商品之下單步驟較簡單快速。

故本文認為前述情況應屬於輕微的與消費者印象不同，廣告雖與事實不符，但事實情況應屬於優於廣告之宣稱，引人錯誤之可能性值得考量，微幅程度的印象落差倘非相關消費者所在意之重要交易決定要素，似無過於嚴格認定的必要。例如曾有求職網站之廣告中，將薦證人身分介紹為「OOO 品保工程師 台科大 應用化學系」，雖然在廣告中公布薦證人之學歷與求職網站之服務無直接關聯，惟其學歷資訊仍屬具有招來效果之非關交易標的之事項，因此廣告主需真實表達並無疑問；嗣後發現台科大並無應用化學系，是否有虛偽不實之情況？薦證人出示其台科大碩士學位證書，且證明該系確實具有應用化學領域之專業背景，雖與廣告表示不同，但事實與廣告表示之間的微小差別不致引起一般或相關大眾有錯誤認知，因此仍容許其適法性¹³⁴，本文認為此為較妥適之見解。

¹³² 同前註 123

¹³³ 關於廣告主與被比較對象之下單步驟有所差異，以廣告主之神乎奇機 i98 商品為例，其步驟為按下專屬下單鍵、填單、傳送；被比較對象倚天 m268 為開機後，進入個股看盤畫面、螢幕觸控點選下單鈕，選擇買或賣與數量、按下下單鈕、經確定送出後完成；被比較對象三竹公司需登錄畫面、選擇交易功能頁面之證券下單、輸入資料（股票代號、價格、數量）、委託確認。

¹³⁴ 同前註 128

第三款 比較廣告適法性—引用資料、比較過程、結果呈現之要求

針對比較廣告中所援用以佐證廣告主之廣告陳述主張的資料，而判斷何謂具有「真實」、「客觀」的佐料即是認定廣告是否有虛偽不實或引人錯誤之重要要素。首先必須確支持比較結果的資料或數據係真實存在，基於真實客觀性之基礎，必須確保其真實性，亦即不得有虛偽不存在之情事。針對援用來支持比較結果的資料，倘無真實資料數據或專業意見之佐證，廣告主所為之比較結果的宣稱極度有可能被認為構成虛偽不實或引人錯誤之情事；再者，就已變更之事實狀態不得援用以支持比較結果，因此如客觀事實已變更，例如市佔率之情形已轉變，則不得援引就事實作為支持比較結果之事證；另外針對支持比較結果的測試、意見、調查等類似資料，必須具備「公正性」始被採納，並非所有的測試報告都具有支持比較結果的「能力」，而就支持比較結果的重要資料必須具備可檢驗性，確保其係「公正客觀」的「真實正確」資料。

第一目 比較廣告中援用資料—真實、完整表示、客觀性與可檢驗性

(一) 真實、完整表示商品之嚴格要求

比較廣告中用以支持比較結果的證據必須是真實的陳述廣告主所宣稱的內容，例如販售人蔘料的廣告主與廣告中宣稱其人蔘飲為「市售唯一人蔘無糖補品 李時珍四君子 符合衛生署法規」，並刊載廣告暗指被比較對象之產品「買健康補品結果買到一堆糖」，廣告旁白為「小心，人蔘飲是含糖陷阱」、「糖尿病能喝嗎」等，針對前揭表示，廣告主提供新聞雜誌作為支持之資料，惟報導僅在說明攝取過多糖量有害健康，並非指含糖飲料即有害健康，且未針對人蔘飲料之含糖量進一步報導；廣告主另提出陽明大學實驗檢測，但該檢測也僅泛稱市售人蔘飲含糖量過高，並未影射特定廠商。故廣告主前揭所援引之資料並無法支持其影射被比較對象之含糖量過高的表示，而被認為違反公平法第 24 條(現行第 25 條)之規定¹³⁵。

類似案例雖係引用客觀公正之第三人報告資料加以佐證，惟該數據資料或是報告內容中並無法推得廣告主的宣稱，即為不適法。換言之，廣告

¹³⁵ 同前註 115 第 102015 號處分書。

主在廣告中的宣稱不得與客觀數據資料或是報告內容所給予的評價有所不一致，甚或是在未加以查證的情況下斷然推論，造成自身或被比較者產品的不實資訊傳遞予消費者。

(二) 支持比較結果的資料須真實客觀，具備可檢驗性

1. 真實性與客觀性

在真實性的嚴格要求下，我國針對支持比較結果的報告、數據等除須確保其真實存在外，作為佐證資料的測試報告內容是否客觀同樣也須嚴格檢視；換言之，做成系爭佐證數據資料最好必須是具有公信力的第三方，如為公正第三方所證實的比較結果資料，其可信度較高。另外，就支持比較結果資料的調查方式、檢測標準等內容亦同樣須受到真實性與客觀程度的檢驗，即，廣告主雖有提出測試、報告等佐證，但並非僅僅形式上有提出資料即可，必須係所提出的資料本身的內容真實且客觀，並且該真實客觀的資料確實可證實比較結果使符合比較廣告在資訊透明、有利消費者判斷的根本法理要求。因此本文以下歸類實務相關的操作方式並探討之：

(1) 公正第三方證實比較結果資料的可信度

實務上不乏許多比較廣告實例皆有提出資料或數據，藉以向主關機關說明其廣告係有所本，然，用以佐證的資料提供者的身份通常成為關注的對象，如用以提出佐證的資料係廣告主自行歸納整理或是廣告主自身調查蒐集而來，廣告主「自行判斷」評比的數據資料之可信度通常係有待商榷，因此該佐證之資料內容易受到進一步之仔細檢視¹³⁶，例如公平會即常以廣告主自行測試之資料函請政府機關或具有公信力之客觀第三方機構提供專業意見表示，如標準檢驗局¹³⁷、衛生署¹³⁸、通訊傳播委員會¹³⁹、SGS 檢驗報告¹⁴⁰等。因此廣告主自行測試之報告資料幾乎可以被認為係可信度不明的資料，須進一步認定其真實性有其必要，如此才可避免球員兼裁判有不公正之嫌，若無法透由公正第三人判斷其真實性，廣告主之宣稱即會因為欠缺公正客觀之調查、測試報告而被認為有虛偽不實及引人錯誤之表

¹³⁶ 實務上諸多案例係以自行評比之比較結果作為支持比較廣告之佐料，公平會就此類佐證的數據資料通常皆對其客觀性與合理性抱持有待商榷的態度，可參公平會公處字第 103126 號處分書、同前註 123。

¹³⁷ 同前註 123。

¹³⁸ 涉及藥品或是療效之宣稱常以行政院衛生署之意見斷定，參同前註 119。

¹³⁹ 參公平會公處字第 105095 號處分書。

¹⁴⁰ 同前註 115 第 102015 號處分書。

示。

若非廣告主自行測試之報告，而係由知名、具公信力之機關（構）所做成之報告、檢測，通常較易被公平會所採信，本質上其實類似訴訟法上證據之證明力之效果。實務上較常被採信的公正第三方，如前述的標準檢驗局、衛生署、能源局等政府部門，另外由工研院、台灣電子檢驗中心、資策會、電信技術中心等所出具之專業意見或報告，其可信度同樣也較高而易被公平會所接受。

(2) 交易過程之契約等可茲佐證之文件

得做為支持比較結果之資料除了透由其他機關（構）所做成的報告、檢測外，在事業通常的交易行為中所留下的文件，例如申請書、契約書等皆可作為證明實際交易情形與廣告表示相符之佐證。例如在廣告中表示申辦上網服務「需繳設備押金 500 元」，廣告主得提出消費者實際申辦時申請書所填寫之資訊以證其真實性¹⁴¹。

表 5 可茲佐證之文件

廣告表示	佐證資料
社區寬頻上網服務唯一由中華電信光纖供裝並由中華電信直接出單	與中華電信所簽訂之契約、中華電信收費明細清單
是日本 Sony 集團旗下之網際網路服務事業，為中華電信轉投資公司	提供公司董監事資料、中華電信股份有限公司及其子公司合併財務報表暨會計師核閱報告

圖表來源：作者自行整理

(3) 市場調查的客觀性

在比較廣告案例中，廣告主於廣告內容之表示，常依據市場調查所得之資料，藉以主張其市占率高而爭取消費信賴。而針對市場調查是否具有

¹⁴¹ 同前註 121 第 101171 號處分書。

客觀性，實務上之認定大致可以參考公平會所發布的「公平交易委員會處理當事人所提供市場調查報告之評估要項」，其中考量市場調查公司的公信力，如實務上有廣告主以台灣 GFK 分公司做成的市場調查資料為據，因該公司為定期且持續收店家銷售金額及數量，從整體狀況到個別項目皆提供高準確度之資訊，因此而其所作成之市場調查被公平會所採，而廣告主援用該筆資料亦非屬無據¹⁴²。另外在該處理原則內針對調查方式、基本資料、問卷內容之設計、內容與結論之關聯性、結論與待證事實間之因果關係、誤差或信賴水準之說明、洽詢學者專家之意見皆有所規範，在本質上即係在確認市場調查資料是否具有真實性，可否完整呈現市場之客觀狀態。

本文之觀察比較廣告通常援用市場調查之情況多係調查商品或服務之市占率高低、銷售成績、收視率高低等¹⁴³，諸多市場調查涉及數據之統計，公平會在認定數據之統計之態度其實相當嚴謹，尤其係在廣告主援引市場調查做為期廣告標示之依據時，若僅是籠統的表示其市占率最高，或依據新聞媒體報導等推估市占率，而欠缺相關競爭對象之營業規模、營業狀況等客觀具體數據，該市場調查之數據極有可能在真實性受到質疑而須進一步驗證，倘如無法提供公正客觀之統計數據，即有可能被認定為虛偽不實而違反公平交易法的 21 條或 25 條¹⁴⁴。反之，若市場調查報告僅係用以作為參考，非作為支持比較廣告結果之依據，似乎較為寬鬆，惟仍必須符合事實此點並無不同¹⁴⁵。

最後，倘如該市場調查為真，公平會常要求廣告主必須在資料來源與比較時間、比較基礎等重要資訊上一併揭露，使消費者能釐清並得以檢驗，關於此部分將於 2.可檢驗性一之部分一併論述。

(4) 臨床報告、醫學研究之效力

比較廣告之商品涉及藥品或療效等主張時，例如宣稱其產品有修復傷

¹⁴² 參公平會公處字第 099011 號處分書。

¹⁴³ 比較廣告近年案件援用市場調查之案例如同前註 141、公平會公處字第 104040 號處分書、公平會公處字第 101128 號處分書等。

¹⁴⁴ 參公平會公處字第 096071 號處分書、公平會公處字第 096122 號處分書。

¹⁴⁵ 例如有被比較之競爭者提出尼爾森 100 年市場調查報告，主張其桂格養氣人蔘系列產品市占率最高，用以表示其高市占率、高知名度而主張廣告主之比較廣告係以其產品做為比較對象，該案之輩比較對象所提出的市場調查之所以被採納，本文認為主要原因係公平會依據其產業資訊管理系統資料，其所呈現之資料亦為被比較之競爭對象之漢方營養補給飲品市場銷售量居冠，參同前註 115 第 102015 號處分書。

口、降低或改善之功能，廣告主常以其產品具有臨床試驗報告加以證實其真實性，實務上就此類涉及醫療事項之專業性之真實性判斷，通常之作法係移請具有公信力之客觀第三方加以確認，例如衛生署、醫學會，因此並非提出臨床報告即得確信¹⁴⁶。此類涉及一般大眾健康之公益事項考量，實務上採取更為嚴謹之態度殊值贊同。

部分實例所提出的係醫學研究¹⁴⁷，而相較於臨床實驗，公平會似乎對於醫學研究之採信度不高，例如處分書內即有提出：「...然相關研究並無顯示單獨使用靈芝會產生急性毒性或導致血清中肝功能指數(GOT,GPT)明顯異常或肝臟組織學上之變化，亦未提出靈芝與其他藥物併用之研究結果及是否可與其他肝炎治療藥物併用之建議。....」由此可知，針對類似醫療類別的比較廣告，廣告主必須提出一具有確信程度之佐證資料，例如衛生署直接核發之文件、有效的臨床試驗，其餘無定論之研究報告或欠缺實證上之研究，僅係單純的邏輯推論，其可信度接亦受到質疑，並且需要再由第三方機構認定該報告資料能否支持廣告主之表示。

(5) 獲獎紀錄、認證標章、專利證書等真實性

在廣告案例中，無論是否為比較廣告或僅是一般性的廣告案例，廣告主常宣稱其具有某某品質認證、獲有政府標章之肯定，藉以增加一般消費者之信賴，藉以招徠或提高交易機會，可知廣告主所宣稱的標章或認證，在消費者之交易經驗裡係具有證明、擔保之意義，並且為重要交易事項之考量項目無疑。是故，於廣告中有表示該事業之產品有取得標章（最常見的為節能標章之表示）、獲得認證¹⁴⁸、取得專利¹⁴⁹等，廣告主必須提出該認證證書始符合真實性之要求¹⁵⁰。而若有標章使用期間已屆至而在未重新申請前¹⁵¹，或是專利權消滅後¹⁵²，廣告主不得於廣告中登載標章相關文字或是宣稱具有專利權。

¹⁴⁶ 同前註 130 第 100138 號處分書、同前註 119。

¹⁴⁷ 同前註 114。

¹⁴⁸ 參公處字第 095014 號處分書。

¹⁴⁹ 參公處字第 100081 號處分書。

¹⁵⁰ 類似案例可參公處字第 105036 號處分書，該案雖非比較廣告，惟針對廣告主宣稱其獲得第三方檢測機構之認證但經查證認證機構之登錄資料後並未見廣告主之產品型號，因此認為廣告表示與事實未合。另有案例係廣告主宣稱其產品取得節能標章，但實際上卻未曾申請，參公處字第 104116 號處分書。

¹⁵¹ 參公處字第 104123 號處分書。

¹⁵² 參公處字第 105003 號處分書、公處字第 104131 號處分書。

本文觀察實務上廣告主「熱衷」宣稱其產品已取得省電標章，但諸多產品事實上尚未取得即於廣告文宣中使用標章，由此可知節能標章所賦予消費者之省電省錢之擔保印象，以及節能標章所帶來的經濟效益，使得諸多業者甘願冒險在未取得標章之際即搶先表示與事實不符之廣告，或是在標章使用期限已逾期仍繼續標示¹⁵³，是否與公平會針對此類案例所處的罰鍰多以最低 5 萬為處分，才使得廣告主疏於其查證義務而造成虛偽不實表示其產品取得節能標章？

(6) 新聞媒體報導的可信度低

在比較廣告案例中，諸多廣告主常援用媒體報導內容以供作其廣告表示之佐證，然而新聞媒體報導之可信度，與該篇媒體報導所載之資訊如何調查、取得攸關。倘如該媒體報導之內容取材自始即欠缺客觀公信力，則該欠缺客觀公正力之內容並無法透過媒體之二手報導而「漂白」其客觀性過真實性，例如實務上的例子即是廣告主雖援用數家媒體雜誌之市占率調查，惟媒體報導內容所在有關市占率數據係由廣告主本身的宣傳部門於十幾年前自行推估所得，本身即無任何客觀科學調查依據¹⁵⁴，因此無論有無被新聞媒體所報導，該市占率之數據本身即為缺少客觀性之支持。

另外亦有事業所援引的媒體報導雖非來自該事業本身之調查，但因報導內容差異懸殊，無大致相仿之情狀，難以簡單歸納出一定規律，加上欠缺客觀之調查研究，因此廣告主援用該報導欠缺客觀公正檢測基礎之論據，而認定其係究所引用資料為不妥適之簡述或詮釋¹⁵⁵。由前述可知，若廣告主引用媒體新聞所報導之內如做為支持比較結果之依據，並非僅有形式上提出該報導內容即為適法，首先，必須檢視該媒體所為的報導方式是否客觀、公正且真實；其次，即使該報導所呈現的內容係真實，但新聞媒體所撰寫之內容，通常僅係陳述某一事實，是否可據以支持廣告之宣稱則需要下一層次的檢驗¹⁵⁶。言而總之，媒體報導內容的本質與客觀科學調查報告

¹⁵³ 此類案例多如牛毛，雖非全然係比較廣告案例，但廣告主疏於查證其節能標章是否過期或是冒險一試虛偽表示其產品具有節能標章認證之理由殊值探討，參公處字第 104072 號處分書、公處字第 104084 號、公處字第 104085 號、公處字第 104089 號、公處字第 104091 號、公處字第 104090 號等處分書。

¹⁵⁴ 同前註 116。

¹⁵⁵ 同前註 113。

¹⁵⁶ 例如有廣告主引用蘋果日報網路新聞：「華寶發表全球首款 AGPS 手機」之報導，內容係闡述華寶公司發表全球首款 AGPS 手機之情事，廣告主則以其與華寶公司技術合作推出之 Mini Bond 行動保全服務一事，而自稱其係全球第一個將 AGPS 作為商業應用之企業，然媒體新聞

仍屬有別，兩者所具有的客觀性與真實性不可同一而論。

2. 可檢驗性—載明引用的資料來源、揭露比較標準

(1) 載明引用的資料來源以供檢驗真實性

比較廣告中在「可檢驗性」之要求下，載明引用的資料來源可供消費者驗證廣告主之宣稱是否真實，此仍是基於廣告主有所主張必須有所依據之上位概念而來，例如廣告主主張「台灣手機通話費是世界第 5 貴」，除引用數新聞報導，並記載資料來源為「新美國基金會的開放科技計畫調查」，經查證後確實與該計畫調查之結果相符¹⁵⁷。過往曾有案例同樣引用媒體報導據以主張其市占率第一，然其並未載明市占率之資料來源、計算基準等，單憑媒體報導並無法使消費者查證或確認媒體報導的正確性，亦無法證實市占率第一是否屬實，從而交易相對人無從檢驗支持比較結果之真實性。¹⁵⁸在類似市占率、收視率之援引用以支持廣告表示之情況，亦有案例雖未載明其數據來源仍為適法，本文推測應係該案例在調查進行中，廣告主仍有提出具體的市場調查資料，並且顯示與廣告主宣稱之情況相符之關係¹⁵⁹。

(2) 揭露比較標準的必要

針對比較廣告之過程中若有涉及比較標準之統計，尤其是在關於價格¹⁶⁰等重要交易資訊的計算上，必須逐一揭露比較標準，以俾使消費者能明確知曉最終之比較結果所為何來，例如常有電信業者針對上網資費與其他競爭對手進行比較，而資費之計算基準即有在廣告刊載的同時加以註明之必要¹⁶¹，可使消費者自整體廣告內觀其計算基準，若未完整確實載明計算基準，即有違反公平交易法的 21 條之可能。

近期常見的案例係關於收視率之計算基準，蓋因電視節目收視率調查

所報導之內容並無法證明廣告主宣稱的「全球第一個將 AGPS 作為商業應用之企業」，同前註 116。

¹⁵⁷ 同前註 111。

¹⁵⁸ 同前註 143 第 096122 號處分書。

¹⁵⁹ 同前註 141、公平會公處字第 100051 號處分書。

¹⁶⁰ 例如手機通話費的計算，在比較廣告中應揭露計算基礎，倘如有相關限制條件（如優惠限制期間、優惠通話分鐘數限制等）亦須充分揭露，參公平會公處字第 096004 號處分書、公平會公處字第 098073 號處分書、同前註 111。

¹⁶¹ 例如每單位速率之月租費係以每日為計算基礎，最終月租之價格會因當月究為 30 日或 31 日而有所差別，故應於廣告中明示，參公平會公處字第 102006 號處分書。

結果，除提供資訊予業主製播節目參考，藉以提升對觀眾之服務外，同時幫助廠商對廣告為有效之分配與投資。因電視收視率之公布對於交易相對人乃具有招徠之宣傳效果，公平會認為在比較廣告中必須就其調查公司、調查時間、調查區域範圍、調查對象、計算方法、抽樣方法及誤差值、樣本數量及有效樣本數量等重要交易資訊妥為揭露，且不得為虛偽不實或引人錯誤之表示，因此對於收視率之計算方式必須於廣告中載明¹⁶²。

而針對收視率如何計算始符合客觀，公平會所發布的「公平交易委員會對於收視率調查案件之處理原則」可茲參考¹⁶³，在該處理原則內開宗明義其目的係確保自由與公平競爭，避免事業欺瞞或隱匿收視率調查報告之重要交易資訊，在第六點規範中列舉收視率調查結果之資訊必須揭露之重要交易資訊項目¹⁶⁴，其規範的本質上係遵循比較廣告應真實表示、市場調查之公信力而來。因此實務上曾有電視節目未於廣告中載明收視率比較基準與背景，且收視率比較數值以各節目於各頻道播出次數之加總收視率數值比較之標準亦有所議，整體在收視率的呈現上並無助於交易相對人判斷，反增引人錯誤之風險，故而違反公平交易法的 21 條¹⁶⁵。

另外在多種可能性之情況下，若比較結果係廣告主「自行假設」所得，亦須於比較廣告中有所揭露，例如有廣告主選稱被比較對象之 MOD 服務「不想看還要繳違約金 1800 元」，若無載明其他字語時，給予消費者的印象即是只要中途解約即須負擔 1800 元違約金，惟被比較對象之服務中途解約依照簽約客戶之不同情況而有不需補收裝機費用，以及依照天數計算補收金額（最高 1800 元）之別，而廣告主之所以在廣告中宣稱繳納違約金 1800 元，其係自行假設用戶申裝 9 個月未滿一年即解約之情況，在無載明其計算標準下而為該宣稱即有違反公平競爭師商業倫理¹⁶⁶。

¹⁶² 參同前註142第 104040 號處分書、公平會公處字第 105052 號處分書。

¹⁶³ 公平交易委員會對於收視率調查案件之處理原則第二點：「收視率係指特定時段內收看特定節目或廣告之人數（或家戶數）占電視閱聽眾總人數（或總家戶數）之比例。」

¹⁶⁴ 六、（發布收視率調查結果之資訊揭露）

事業公開發布收視率調查結果，應依下列規定揭露重要交易資訊：

- （一）事業於平面媒體、電子媒體、廣播公開發布收視率調查結果，應同時揭露**調查公司、調查時間、調查區域範圍、調查對象、調查方法、抽樣方法、抽樣誤差值、樣本數量及有效樣本數量**之重要交易資訊。
- （二）事業透過電視畫面公開發布收視率調查結果，畫面資料無法完整揭露前項資訊時，應輔以旁白補充說明，以平衡報導，且應於自身發行之平面媒體或設立之網站上充分揭露前項資訊。

¹⁶⁵ 同前註 142 第 104040 號處分書。

¹⁶⁶ 參公處字第 102145 號處分書。

3. 載明與揭露之要求浮移不定

本文認為要求揭露比較標準，除了基於可檢驗性之要求，其目的在於檢驗其比較結果之真實性，並且可使交易相對人親身查證與解讀該資訊；另外也可透由揭露比較基準之要求來限制比較結果範圍，避免產生廣告主以比較結果一部優越主張全部優越之可能，避免以偏概全之情況。¹⁶⁷舉凡比較廣告中涉及客觀數據之表示，廣告主應揭露其比較基準、比較時間、對象，由其係在不同的比較時間，調查結果亦將不同之情形，更須完整揭露以使消費者得以查證及知悉。

對於公平會認為廣告中的主張必須有客觀資料得以支持比較結果，而就系爭佐證資料究竟僅需要載明其來源(如載明依據某市場調查)即可，或需要詳細列舉該資料的調查方式、調查研究對象、乃至調查的時間、空間等詳細情況，在不同的案例中其所要求的嚴謹度不同，此種因個案不同而有寬嚴不同之標準似乎僅係讓事業在從事比較廣告時無所適從。

依據下表觀察近年類似之案例，本文認為在公平會的立場仍係較傾向在最後判斷廣告中之宣稱是否與事實相符，意即有無虛偽不實之情況，倘如廣告主於其廣告中之表示並未載明引用資料來源或未揭露比較標準，並未立刻認定其為不適法，通常在調查過程中，廣告主如有提出可資佐證其廣告表示之資料，例如提出市場調查之統計數據等，若經確認該數據或計算基礎具有客觀性，而無偏頗之不可信因素，可資佐證廣告主之宣稱係真實且符合客觀，仍較傾向肯認系爭比較廣告之適法性。

表 6 資料來源及揭露比較標準的載明與適法性之關係

比較項目	是否載明資料來源與揭露比較標準	公平會認定	處分書
市占率	廣告中宣稱其銷售第一，依據處分書之內容似乎僅在進入公平會調查時，廣告處才提出 GFK 市場調查資料以供佐證其確實為銷售第一。	適法 (與宣稱事實相符)	099011

¹⁶⁷ 參林易典，同前註 7，頁 140。

市占率	廣告中宣稱其市占率達 60%，事後調查提供的新聞報導欠缺客觀科學調查。	不適法 (與宣稱事實不符)	101028
電信資費	未載明月租費之計算標準係以當月天數為基礎。	不適法 (與宣稱事實不符)	102006
會員數	未載明會員計算標準。	不適法 (整體觀之應以有償、付費關係之會員為計算，但與宣稱事實不符)	103071
排約費	排約費所涵蓋的內容未於廣告中揭露，而廣告主所計算拍約費的方式又與一般事業單純 1 次排約所收取的費用不同。	不適法 (比較基準之計算與一般印象不同即應揭露)	103076
瀏覽量	廣告主宣稱其每日瀏覽量超過 3 萬人，雖未於廣告中載明依據，但嗣後廣告主所提出的 google 流量統計數據佐證其真實性。	適法 (與宣稱事實相符)	100051
解約金	廣告主自行假設中途解約需繳 1800 之違約金，但未揭露所謂 1800 原係其自行假設用戶在使用 9 個月即中途解約之計算而來。	不適法	102145
房車	未說明比較範圍限縮在四款房車。	不適 (易引人錯誤)	103126
平板電腦	未明示測試繪圖效能的軟體。	不適法 (比較結果會)	103013

		因測試軟體不同而有異)	
未載明引用的資料來源，有揭露比較標準			
洗衣機	敘明其測試泡沫滲透、洗淨能力、洗清能力係採 9kg 實驗比較	適法(與宣稱事實相符)	100081
載明引用的資料來源+揭露比較標準			
收視率	應載明調查公司的收視率計算方式、比較基準、背景	不適法(與宣稱事實不符)	104040

圖表來源：作者自行整理

4. 不得援用已變更的事實作為支持比較結果之依據

關於事實是否已變更涉及廣告主之查證義務，倘如被比較商品之功能、價格等會影響消費者之重要考量項目已改變，比較廣告之內容亦須適時更替以確保正確之比較，否則即屬虛偽不實或引人錯誤之表示。

而與情事已變更之情況有相反之案例係在情勢尚未變更前之情況，曾有比較廣告之案例係廣告主援引尚未修正通過之草案作為其依據，並以教育部司長針對草案說明之發言據以支持其宣稱，基於草案並非正式施行之依據，廣告主引用草案並不能支持其主張，是故被公平會認為係就引用資料為不妥適之詮釋¹⁶⁸。

第二目 比較過程（方式）需客觀性

（一）以一般、典型的情況為比較

廣告主在廣告中所進行的比較，必須就一般、典型的情況比較始具適

¹⁶⁸ 參公處字第 100194 號處分書。

法性，倘如廣告主以非一般方式所得數據為基礎進行比較，例如有廣告主宣稱其汽車引擎油耗水準係每公升 23 公里，該數據並非由一般駕駛或普通方式所測得，而係由專業駕駛人在短時間內的特定路線測得，以該非一般典型之數據與其他競爭對象進行比較，欠缺公正性¹⁶⁹。實務上亦有廣告主主張其 DDR433 產品係業界速度最快，惟欲發揮該產品之速度必須在主機板超頻等特定前提才有可能達成，且執行超頻之穩定度無法預期加上一般消費者並不具超頻專業及需求（通常是電腦玩家才有此需求），訴求 DDR433 產品係業界速度最快亦被認為僅屬無意義之差異化競爭¹⁷⁰。

（二）就相同的比較基準為比較

比較廣告中以同類之商品相互比較時，應以相同的比較基準為比較，意即在「同一個起跑點」相互做比較始具有客觀性，早前的代表案例係廣告主宣稱其產品係「DDR433 業界速度最快」，其主張係以「相對價格」下之「相同規格」之客觀化比較基礎進行比較，所謂相同價格係指廣告主與另二款被比較品牌電腦之價位皆在 29990 元，但在三款比較電腦中之「中央處理器」部分，廣告主之產品搭載之 Intel Celeron2.4GHz 與被比較對象宏碁搭載的 Intel Celeron2.93GHz 為「不相同規格」，故而廣告主所謂的以「相對價格」下之「相同規格」之顯非客觀化之比較標準，在各家電腦零組件規格不同的搭配下，並無法在相同基礎下客觀比較記憶體「速度」之快慢¹⁷¹。

再者，所謂相同的比較基準亦包含所比較之產品係在相同狀況下所為的比較，公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則中禁止以新舊或不同等級之商品相互比較。是故，若已過舊之商品與未經使用之商品進行比較¹⁷²，即係顯失公平之比較，有違公平法第 25 條之規定。

而根據比較廣告之商品或服務屬性之不同，不同之商品有其固有的公平比較基準，並無法一概而論以平均值作為比較即屬公平，例如在網路服務之比較時，倘若欲評比不同業者之上網服務，應係以相同上網速率、相近似服務專案之產品進行比較，廣告主如以其他業者不同速率之方案做比較，尤其是在進行比較的上網速率超亦即大的情況，雖然以平均後之價格

¹⁶⁹ 參公處字第 096065 號處分書。

¹⁷⁰ 參公處字第 095116 號處分書。

¹⁷¹ 參公處字第 095116 號處分書。

¹⁷² 參公處字第 101141 號處分書。

進行比較，仍有失公允而被公平會認為係以不同等級之服務進行比較¹⁷³。

（三）比較標準的公正性

比較標準除須具備上述的一致性外，亦須具有公正性，亦即必須是公認的客觀比較標準，例如有廣告主宣稱其商品為「雲端智慧選股」，但所謂「智慧」僅係廣告主自我命名，且欠缺公認比較標準，單純係廣告主之主觀判斷之宣稱，其泛稱有協助使用者相對容易判斷哪些股票可投資的「雲端選股」即被認為違反公平交易法第 21 條第 1 項¹⁷⁴。

針對各種不同的商品有其各自所公認的客觀比較基準，具體言之仍須依照個案所比較之產品為何，以及依照該產品業界一般用以比較之標準為斷，例如測試洗衣機的耗水量，我國所公認的標準是 JIS C9606 標準，該標準亦同樣係我國判斷能否取得省水標章之依據，故在判斷洗衣機的耗水量多寡時，即依此公認之標準測試是最無疑義的。而在上網服務之評比，事業通常係以上網速率、價格等項目作為比較內容，其目的仍是在轉知消費者其上網服務是最划算或是 CP 值最高等，有事業在比較廣告中以每 M 平均價格進行比較，被認為係不合理之比較基準，其原因在於上網服務其實有區分為多種速率，而在進行此類比較廣告時，應考量所有資費方案，盡可能以相近速率進行比較¹⁷⁵。質言之，比較廣告在探討比較標準的公正性之前提，必須先是事業所比較的商品或服務為同等級，才有檢視比較標準的公正性之必要，倘如以不同等級之商品相互比較，本質上該比較已失去公正性。

承上，倘若廣告主所依循的比較標準非我國所一般公認，而係援引外國標準試驗所得，其是否具有客觀性則為爭議所在？參考我國國內之比較廣告案例，廣告主依據韓國 KS 標準試驗而稱其自身商品較為省水，並且提出韓國衣類試驗研究院檢測報告所引用的 IEC 60456 測試方法，而宣稱其自身品牌三階段注水洗衣機之洗劑溶解度，及「I sensor 感應」洗衣機之去除洗劑殘留程度較被比較對象 Panasonic 為優。公平會就廣告主援引韓國標準作為證明其客觀且真實之佐證，因我國對韓國之標準尚無涉獵，實際上仍再委請財團法人台灣電子檢驗中心依照我國認定的 JIS C9606 標準

¹⁷³ 同前註 121 第 101171 號處分書。

¹⁷⁴ 同前註 123。

¹⁷⁵ 同前註 121 第 101171 號處分書。

再檢驗乙次，嗣後的實際耗水量均合於省水標章規定數值，且亦低於廣告登載之數值，因此難認有虛偽不實之情況¹⁷⁶。本案所採之標準非國內所通認，倘該韓國標準與我國公認標準之測試結果不同，究竟該嚴守我國標準規範，或僅需有一科學依據可茲佐證即肯定其客觀性？

類似之情況雖無國內與國外之測試結果有衝突之情形，但係廣告主所提出的國外測試研究院檢測報告，經公平會函請我國經濟部標準檢驗局、財團法人工業技術研究院等專業機關確認該外國測試方式之可信度，因我國專業機關（構）就外國之測試方法無涉獵，因而無法深入探究該檢測報告，就該檢測報告之可信度認定，公平會係以「形式上非無關科學依據，且相關單位並未就該檢測報告提出無可採信之專業意見」而認為不違反公平交易法第 21 條¹⁷⁷。

另一種情況是在現行的狀況下係欠缺客觀之調查研究，例如有廣告主援引媒體報導指出消保官突襲瓦斯分裝場，檢測發現每桶鋼瓶瓦斯會殘留 2~3 公斤的量，以及消保會所公布全國桶裝瓦斯稽查結果，每桶仍殘留 0.01~0.3 公斤殘氣，甚至有 4.5 公斤者，而經濟部能源局表示瓦斯沉澱桶底目前無研究機構進行實際的調查研究，無法提供相關數據，因此在欠缺客觀公正檢測基礎的論據下，不採納該新聞報導之客觀公正性¹⁷⁸。

本文觀察公平會之意向，認為在我國無涉獵或無測試標準可循之情形下，廣告主所援引之佐證資料的屬性攸關於其客觀性是否受到質疑，倘如提出的係客觀性薄弱的新聞報導，通常即無法通過客觀性之檢驗；若提出的是國內有所涉獵之比較標準，似乎僅係形式上審查該外國測試報告，若作成之機關具有公信力，在沒有有利的反證可推翻該檢測報告時，較傾向採信之結論。

（四）難以一概而論的宣稱—依測試方式不同而異其比較結果之情況

在比較廣告案例中，常出現某一種比較情形是比較結果會因測試方式不同，而有不同的比較結果之情況，因此常有廣告主與被比較者雙方各執一詞之情形。例如有廣告主稱其商品「速度最快」，廣告主與被比較對象分別提出不同之測試方式及項目用以證明自身商品才是速度最快，廣告主

¹⁷⁶ 同前註 118。

¹⁷⁷ 同前註。

¹⁷⁸ 同前註 113。

以「同一時間內所為的資料下載量」為測試，被比較對象則用「個股出現完整資料所需時間」為測試，因欠缺具體事證可推翻廣告主之測試，因此廣告主所為「速度最快」之宣稱被認定無虛偽不實或引人錯誤之表示¹⁷⁹。

類似案例係 ASUS 以其 MeMo Pad ME172V 平板電腦與 acer Iconia B1-A71 進行比較，於比較表載列其 2D、3D 繪圖效能比 acer 平板電腦快 1.1、1.2 倍，ASUS 係依據的是 Antutu (2.9.3 版本) 測試之結果而為該宣稱，但因 acer 另主張依據 Quadrant Standard Edition (2.1.1 版本) 測試結果係兩款商在 2D、3D 繪圖效能各有擅長。公平會針對該案認定在此情況廣告主應「明示所依據的測試軟體為何」，而 ASUS 廣告中未明示測試軟體因此被認為有虛偽不實及引人錯誤情事¹⁸⁰。

由前述案例可知，對於有多種測試方式可進行比較的情況時，公平會之標準或寬或嚴，某些個案中，廣告主僅需透過一種測試方式可證明其廣告表示屬實，而有些情況下，雖然有兩種或多種測試方法可供測試，惟公平會要求必須揭露其比較結果所依據的方式，本文認為有多種測試方式可作為檢驗，回到可檢驗性之基礎上，要求廣告主載明測試基準係較為妥適且折衷之方式。

(五) 比較方式的合宜性—依附被比較者聲譽之界線

在比較廣告之分類下，可分為批判性與依附性之比較廣告，在廣告進行中，廣告主藉由對於被比較者之聲譽有依附之界限何在殊值探討，亦即在比較廣告之下，除了對被比較對象為批判性的手段藉以取得消費者之信賴外，另外以攀附被比較者良好聲譽，在比較之進行中使消費者有「兩者一樣好」的品質聯想，此種有乘他人努力經營之知名度而獲取消費者信賴之攀附是否為不當比較廣告？

在我國比較廣告案例中，類似此類有依附之情形並不多見，本文認為主要之原因係我國的比較廣告多以批判競爭對手方式進行，再者，在公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則以及公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則兩者規範下，似乎有意的將不當比較廣告限制在損害競爭對手為目的之情形¹⁸¹，並且依據比較廣告案件之處理原

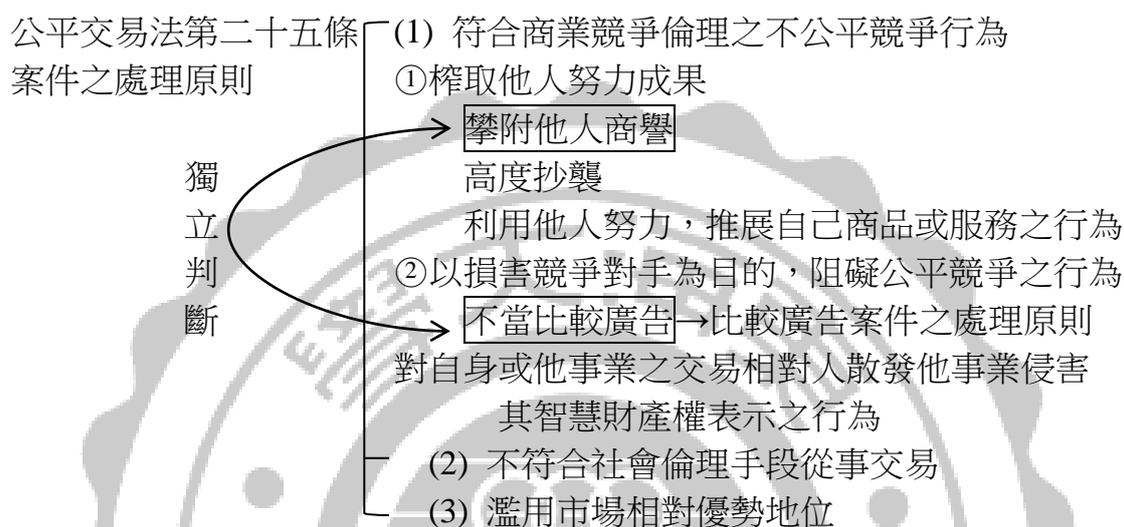
¹⁷⁹ 同前註 123。

¹⁸⁰ 同前註 124。

¹⁸¹ 在公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則第七點規定下，其主要將公平

則做具體的認定有無適法性，如此即會產生在不當比較廣告的規範下並無攀附之違法情狀，然而類似的依附競爭對手之商譽，藉由比較廣告之進行而使消費者產生一定競爭對手品質之連結是否為適法比較廣告？

圖 2 我國公平交易法規範下的比較廣告



圖表來源：作者自行整理

近期我國類似之案例係柔舒衛生紙於電視銷售廣告中表示其係「紙質最好」、「品質最好、紙質最棒」、「跟市場上印象中第一名的品牌，想念出來衛生紙的、拉拉、很舒服的、很整潔的、同一家廠出來的哦」等語，換言之，其所表達之意為柔舒衛生紙與舒潔衛生紙「具有相同品質」，本案經調查之結果確認柔舒與舒潔之製造商並不同，因此構成公平交易法第 21 條之違反；在公平交易法第 24 條部分因其廣告行為已被 21 條評價，基於公平交易法第 24 條補充地位性質，故不另外論之。因我國類似案例鮮少，公平會對此類依附他人聲譽所為之態度並無明確之態度可循。

第三目 比較結果呈現須具備真實客觀，不得與客觀事證相異

在比較廣告中，廣告主所依循的客觀資料如係真實，即前揭所述廣告

交易法第 25 條構成情況區分為三種，攀附商譽係屬於「符合商業競爭倫理之不公平行為下的榨取他人努力成果」類型，但不當比較廣告係歸類於「以損害競爭對手為目的，阻礙公平競爭行為」的另一種類型。

主據以支持比較結果的資料具有真實性且符合客觀性。在最後廣告主所呈現比較結果時亦須真實且客觀，此涉及廣告主廣告手法之表現，倘若過度誇張的呈現易被認為係不實手法，例如有廣告主以 12 顆方糖的形狀堆疊成數字 12 壓在被比較對象之人蔘商品上，使消費者產生含糖量超高、不健康等印象，且對比自身產品無糖、符合衛生署法規，此種天差地遠的對比手法即被認定係以不實手法呈現二商品之含糖量¹⁸²。類似採取誇張手法以差異極大之呈現的比較廣告亦被認為欠缺真實性，該案係針對廣告主與競爭者兩者之防蚊液商品相互比較，並提供在廣告主與被比較者之商品使用照片作為對比，廣告中呈現出使用競爭對手產品後全手呈現泛油光之即度油膩狀態，因差異過大而被公平會認定係有不實之情事¹⁸³。

針對比較結果的呈現方式，諸多廣告主在比較廣告整體呈現之比較表或是逐項比較之情況，皆以簡短的「無此功能」或以「X」表示，也有以「空白無任何註記」之方式呈現的情況，前者之表示方式給予一般消費者之印象為「全盤否定」之態度，例如在比較表中表示廣告主自身的商品「無論螢幕開啟或關閉皆會警示」，而對比被比較對象之商品為「無此功能」，其表示內容予人之印象係毫無警示，因此若稍有例外有警示訊息之情形即被認為不實¹⁸⁴；後者以「空白未標示有無」之方式呈現，在對比廣告主自身產品標示「有」臨床試驗之情況下，易造成一般大眾認為被比較對象「無」臨床試驗之對比結果，因此若實際上被比較對象之產品有提出臨床實驗證明，即有違反公平交易法第 25 條¹⁸⁵。

另外在多種可能性之情況下，若比較結果係廣告主「自行假設」所得，亦須於比較廣告中有所揭露，例如有廣告主選稱被比較對象之 MOD 服務「不想看還要繳違約金 1800 元」，若無載明其他字語時，給予消費者的印象即是只要中途解約即須負擔 1800 元違約金，惟被比較對象之服務中途解約依照簽約客戶之不同情況而有不需補收裝機費用，以及依照天數計算補收金額（最高 1800 元）之別¹⁸⁶，而廣告主之所以在廣告中宣稱繳納違約金 1800 元，其係自行假設用戶申裝 9 個月未滿一年即解約之情況，在無

¹⁸² 同前註 115 第 102015 號處分書。。

¹⁸³ 同前註 48。

¹⁸⁴ 譬如該案之被比較對象之商品針對警示功能設有 A,B,C 三種選項，其中 B,C 選項具有警示功能。

¹⁸⁵ 同前註 119。

¹⁸⁶ 同前註 150。

載明其計算標準。

表 7 比較表呈現的印象與事實不同之情況

比較表內所呈現被比較對象之狀態	予人之印象	事實上的例外情形
無此(警示)功能	毫無警示	選擇 B,C 選項具有警示功能
臨床試驗欄項內空白	沒有臨床試驗	牙膏包裝上已標示其有實驗證明
洗衣機耗水量欄內就 13、14、15 公斤之數款變頻洗衣機標記皇冠圖示及 BEST 文字	較省水	同為 14、15 公斤之被比較對象雖然在 RB 系列的洗衣機較為耗水，但另有耗水量較低的 SB 系列可供比較。
衣物單靠筒槽離心力迴轉，且無飛梭導流盤產生上下翻轉搓揉之效果	該產品僅具一般鋼槽等設計，無法產生上下翻轉搓揉之效果	經電子檢驗中心確認確實有衣物翻轉效果
Asus 平板電腦在 2D、3D 繪圖效能比 acer 平板電腦快 1.1、1.2 倍	Asus 平板 2D、3D 繪圖效能皆比 acer 佳	另有測試軟體之測試結果顯示 Asus 與 acer 之平板電腦各有擅長
啥米不想看還要繳違約金 1800 元	不分情況退租即須繳納 1800 元	違約金最高收 1800 元，依照使用情況不同區分為 1500、800、500、不需要收費等情況。
專案的上網速率為 6M/2M，月租 570，並標示「勝」	綜合判斷與其他業者之上網速率，該專案提供的月租費較低	月租 570 係以當月 30 日為基礎，若當月是 31 日，資費則為 589 元，且依照廣告主之計算方式，每 MB 平均價格為 73.63，亦高於其他被比較對象之資費。

七日審閱及退費機制項目註記為「X」	「無」七日審閱及退費機制	其他比較事業皆有契約審閱期，部分更有 7 天審閱期
-------------------	--------------	---------------------------

表格來源：作者自行整理

第三項 「客觀事實陳述」與「主觀感受之表達」應加以整合

比較廣告所要求的客觀性與可檢驗性的基礎上，在廣告中的表示常於標榜自身產品為「最強」、「第一」、「最佳」、「冠軍」、「唯一」等最高級用語，在公平會的認定上將其區分為「主觀感受之表達」與「客觀事實陳述」兩種，對於「主觀感受之表達」的執法態度逕認適法，無須客觀數據支持，相較於客觀事實陳述，主觀感受表達的違法性認定顯得相當寬鬆。

第一款 客觀事實陳述

就使用此類最高級用語之案例，在以不特定比較對象為比較廣告時之情況，例如「全國最大」、「全國最便宜」此類概括式的宣稱則直接歸為「客觀事實陳述」用語，而嚴格要求其客觀佐證資料¹⁸⁷，若欠缺相關數據報告以茲佐證即被認為是與事實不符而違反公平交易法第 21 條之規定。

另一種情況是在比較之對象可得特定時，處分書中雖無明確指稱其為客觀事實陳述用語，惟就客觀性與真實性之要求其實等同於「客觀事實陳述」之要求，例如宣稱其電視節目（幸福空間）為「穩居七年收視率冠軍寶座」¹⁸⁸，此種比較廣告已有特定具體比較之對象，例如前述幸福空間為製播行銷室內設計師之電視節目，其登載收視率冠軍之廣告顯係以其他製作該性質之節目同業為比較對象。在此種情形之「冠軍」、「唯一」廣告宣

¹⁸⁷ 公平會公處字第 102071 號處分書，本案是廣告主於網站上宣稱「全國最大中古機車交易平台」、「全國最大 認證二手機車交易平台網站」，並無特定之被比較對象，類似案例可參公平會公處字第 105060 號處分書。

¹⁸⁸ 同前註 142 第 104040 號處分書。

稱之使用，公平會往往直接就該數被比較對象與廣告主之實際情形加以認定事實是否真為「冠軍」、「唯一」、「第一」¹⁸⁹，而不再先將廣告宣稱定性為「客觀事實陳述」用語。

亦即在該廣告之散佈在一般大眾接收到該廣告訊息時，一般大眾或相關消費者可得特定廣告主之比較對象範圍，則直接就該數特定被比較對象與廣告主之實際情況加以驗證，實務上不乏廣告主主張其為「唯一」，例如有案例是宣稱其為「唯一由中華電信光纖供裝、唯一中華電信直接出帳單」，經廣告主出具與中華電信所簽訂的合約及提出中華電信收費明細清單證明，確實為獨家與中華電信合作提供上網服務，並唯一由中華電信直接出帳單，因此無構成不實廣告之餘地¹⁹⁰。反之，倘若宣稱「唯一」，或主張費用「最低」，但經查並非市場上唯一¹⁹¹、最低價者¹⁹²，皆有被公平會處分之例。

惟同前所述，並非以廣告主主觀上認定的被比較對象為限，例如廣告中宣稱「省電 NO. 1：超越日系品牌 EER 值最高」，一般人觀諸該廣告陳述所聯想的日系品牌眾多，如大金、日立、國際等，在廣告主未具體表示其欲比較對象時，即是以各個日系品牌競爭之商品的 EER 值實際檢驗有無不實情事，因此該案的廣告主所稱日系品牌係指大金品牌並不可採¹⁹³。

在判斷是否為客觀事實陳述時，公平會近期之見解常以「是否連結相關客觀數據」為斷，倘如整體廣告之印象有連結客觀數據如營業實績、銷售數額、市占率等，給予消費者之印象在訴求「最強」、「第一」、「最佳」等，則為「客觀事實陳述」，基於比較廣告就客觀性與真實性的要求，此類陳述需揭露合理或完整之比較資料，或有客觀公正第三人之報告為佐證（例如銷售數據、意見調查、科學調查等客觀數據），倘未於廣告中充分

¹⁸⁹ 例如有廣告主宣稱其電視節目之粉絲團人數第一，實際勘查廣告主與同性質節目之粉絲團人數證實廣告主之宣稱並無虛偽不實，同前註 161 第 105052 號處分書。

¹⁹⁰ 同前註 121 第 101171 號處分書。

¹⁹¹ 廣告主主張其產品是「唯一可直接使用於皮膚之防蚊液」，經查並非市面上唯一可直接使用於皮膚之防蚊液，參公平會公處字第 096083 號處分書。類似案例可參公平會公處字第 098098 號處分書，日立公司刊載廣告宣稱其係「唯一 8 度榮獲日本省能源大賞」，惟查駐日本代表處經濟組提供之「日本『省能源大賞』之空調類產品得獎情形一覽表」，家用空調產品獲有 8 度（含）以上省能源大賞者除日立外，尚有松下品牌，是案關廣告之宣稱與事實不符，且足以引起消費者錯誤之認知及交易決定。

¹⁹² 公平會公處字第 096017 號處分書。

¹⁹³ 同前註 112。

揭露相關重要資訊，將致消費者產生錯誤之認知與決定¹⁹⁴。例如有廣告主於廣告中表示其為「外包網第一品牌」，廣告中復與「短短時間內即創下每日瀏覽量超過 3 萬的驚人數字，每日註冊會員也以上百人迅速增加」等關於網站瀏覽量、登記使用者等數據資料連結，公平會即將其歸類為客觀事實之陳述，因廣告主提出數客觀資料，如創市際公司 99/10 有關 518 外包網及 104 外包網之 ARO 值（網路收視率調查）比較表、Google 流量統計數據，故認定其所提出之客觀資料可資佐證其真實性，未違反公平交易法的 21 條之規定¹⁹⁵。

倘未連結營業實績等客觀數據，屬於主觀感受之表達，而為商品行銷訴求之慣用用語，不致起消費者之誤認，縱使無客觀數據資料亦不違反不實廣告之規定¹⁹⁶。

另外就類似用語，如以反面陳述方式呈現，公平會之態度亦不同，如有廣告主刊載「誰比亞太更便宜」之廣告用語，即被主關機關認為該宣稱係亞太電信公司使用多年的企業形象標語，意涵與宣稱通話費最便宜不同，因此認為無現行公平交易法第 25 條之違反¹⁹⁷。本文以為「誰比亞太更便宜」反面解釋即「亞太最便宜」之意，僅因其為「使用多年的企業形象標語」而具有適法性，似有將錯就錯之意。

第二款 主觀感受之表達

相較於前述客觀事實陳述之宣稱，倘如廣告宣稱用語屬於「主觀感受之表達」，基本上認定是相當寬鬆，幾乎可說是完全適法。較早前的適法的理由主要是基於「難有一具體客觀之比較或判斷標準」而認為無虛偽不實或引人錯誤之情事，例如在廣告節目中主持人表示「我們製作人○○妳知道嗎？他晚上都不睡覺，他每天都帶它（廣告主所廣告的液化鈦商品），精神一樣很好……」¹⁹⁸，廣告中宣稱其為「最專業」的公司¹⁹⁹，加盟廣告中宣稱其為「最完整的技術傳承」、「最專業的店面代尋」、「最具競爭力的

¹⁹⁴ 同前註 158、同前註 123、同前註 136。

¹⁹⁵ 同前註 158。

¹⁹⁶ 類似見解可參同前註 123、同前註 116、同前註 121 第 1011171 號處分書、同前註 136。

¹⁹⁷ 同前註 111。

¹⁹⁸ 公平會公處字第 098161 號處分書。

¹⁹⁹ 公平會公處字第 099073 號處分書。

商品」、「最輕鬆的店務整合」、「最有效的店頭促銷」²⁰⁰，公平會認為宣稱製作人「晚上都不睡覺」涉及個人之作息狀況，其餘的「精神一樣很好」、「最專業」、「最輕鬆」等涉及主觀感受之表達，「難有一具體客觀之比較或判斷標準」而無違反公平交易法第 21 條不實廣告規定²⁰¹。

依據前述以「有無連結比較項目或數據」之判斷標準，如未以客觀之事項或數據作為訴求及比較之基礎，廣告整體給予消費者之印象為商品行銷訴求之慣用語，僅為吸引消費者之興趣，或對自身場品標榜用語，被認為是「不致引起一般或相關大眾錯誤的認知或決定」而阻卻構成 21 條。換言之，未連結比較項目或數據者僅是單純屬業者主觀感受或期許之「自誇廣告」，因此該主觀感受之表達不致引起消費者之誤認。類似的誇張吹噓用語即使不使用此類最高級語詞做為廣告內容，同樣亦被認為是商業慣用的行銷手法，幾乎直接推定為「不致引起消費者誤認而為適法之廣告」而肯認其適法性²⁰²。

有廣告之宣稱其為「社區寬頻第一品牌」，因廣告整體的編排方式與登載內容中，無與廣告主的營業實績、銷售數額、市佔率等客觀數據資料有所連結，因此公平會認為整體予人的印象是廣告主對自身所提供服務品質的「主觀優質評價及自我期許」，目的在凸顯自我商品品質優良，是現今商業中常見的「自誇廣告」，難認有引起消費者錯誤認知或影響競爭效能之情事²⁰³。由此可見在有具體的比較對象時，使用該類主觀感受比較用語適法理由主要是因為「未與客觀可資佐證的數據資料做連結，消費者可認知其為企業的吹噓手段，不致使消費者認真看待自誇行為而有錯誤之交易決定」，並非單純屬於主觀感受而難有客觀衡量標準之當然結果。

曾有廣告主以「您會賺」、「立即獲利」為其廣告內容，被公平會認為僅是廣告主吸引客戶興趣的常見行銷手法，不會引起交易相對人錯誤之認知所以不違反公平交易法第 21 條之規定²⁰⁴；然本文認為如此推定有過於武斷之嫌，基於「自誇廣告」為商業上的慣用行銷手法的性質，即推定「不致引起」消費者錯誤的認知或決定似乎有所不妥，如此一來是否變相的默示誇張吹噓性質的廣告用語為不實廣告的不管地帶？事業製作廣告與其

²⁰⁰ 公平會公處字第 096120 號處分書。

²⁰¹ 在一般廣告中使用最高級用語也是同樣二分，落入主觀感受之表達之情況逕認合法。

²⁰² 類似案例可參同前註 141。

²⁰³ 同前註 121 第 101171 號。

²⁰⁴ 同前註 123。

謹慎地提供客觀數據證實「客觀事實陳述」，不如極盡誇張之能事為吹噓蒙混消費者又可以免去舉證之勞逕認適法；再者，本案之廣告標題及文字說明²⁰⁵，公平會已認為消費者對於「您會賺」的解讀與廣告主原意不同²⁰⁶，本質上即有誤認之可能，強硬的定性為慣用的自誇主觀感受之表達似有悖離公平交易法第 21 條非難引人錯誤之目的。

表 8 主客觀宣稱之情況

	公平會劃分	廣告主宣稱	公平會認定之理由	涉及法條
具體比較對象	客觀	續行最久 ²⁰⁷	自行測試產品的耗電量最低，客觀性有疑。 目前無相關國家標準可測試，無法判斷真實性。	21
		速度最快 ²⁰⁸	依測試程式不同而有不同的結果，無具體事證可證明測試方法非速度最快。	21X
		收視率冠軍 ²⁰⁹	未揭露比較基準，就單頻道單次播出的標準觀察，事實上並非均為冠軍	21
		唯一由中華電信光纖供裝、唯一中華電信直接出帳單 ²¹⁰	出具與中華電信所簽訂的合約及提出中華電信收費明細清單證明，確實唯一。	21X
		省電 NO.1：超越日系品	相較於其他日系品牌（大金、日立、國際），EER 值並沒有高於其他競爭者	21

²⁰⁵ 系爭廣告宣稱「您會賺」及「立即獲利」，檢視系爭廣告內容，係以「思路順暢」、「洞燭先機」、「立即獲利」及「氣定神閒」等項圍繞「你會賺」文義，左邊接續載明「神乎奇機 i98 讓您賺錢的工具 用過的都說讚！」下方則載明「i98 用戶獨享兩岸三地、無限看盤、無限漫遊『每月只要+\$299』」。

²⁰⁶ 廣告主與中華電信合作推出每月吃到飽優惠資費，「您會賺」是指購買該商品可以賺取電信資費而獲有利益，非購買系爭商品可保證投資股市獲利。

²⁰⁷ 同前註 123。

²⁰⁸ 同前註 123。

²⁰⁹ 同前註 142 第 104040 號。

²¹⁰ 同前註 121 第 101171 號。

		牌 EER 值最高 ²¹¹	商品。	
		史上最強中大型房車 ²¹²	廣告網站旁列有 SUPER SENTRA「汽車外觀、空間、舒適、安全、油耗、動力」相關事項與數據，基於連結客觀數據綜合評比後，予人的印象為客觀事實陳述。未充分接露比較車款的重要資訊，就商品品質有引人錯誤表示。	21
		獨家最優惠 ²¹³	非市面上唯一最低價。	21
		收視勇奪第一 ²¹⁴	數據與事實不符。	21
		會員最多 ²¹⁵	並非所有競爭業者中會員最多者。	21
	主觀 (自誇廣告)	功能最強 ²¹⁶	接續「聰明選股」、「思考順暢」、「買賣警示」、「快速下單」等功能說明，整體廣告屬於吸引消費者興趣的自誇廣告、對自身商品標榜用語，不致引起相當數量的一般或相關大眾錯誤之認知或決定。	21X
		立即獲利 ²¹⁷	同上	21X
		社區寬頻第一品牌 ²¹⁸	整體廣告未連結營業實績、銷售數額、市占率等客觀數據資料，僅為主觀優質評價自我商品品質優良，難認有引起消費者錯誤認知或影響競爭效能。	21X
不 特 定	客觀	全國最大 ²¹⁹	欠缺作證的相關數據報告。	21
		全國最便宜 ²²⁰	廣告期間非最低價。	21

²¹¹ 同前註 112。

²¹² 同前註 136。

²¹³ 公平會公處字第 103108 號處分書。

²¹⁴ 同前註 125

²¹⁵ 公平會公處字第 103071 號處分書。

²¹⁶ 同前註 123

²¹⁷ 同前註 123

²¹⁸ 同前註 121 第 101171 號。

²¹⁹ 同前註 186。

²²⁰ 同前註 121 第 102094 號。

比較對象	主觀	x	x	x
------	----	---	---	---

圖表來源：作者自行整理

第三款 區分客觀事實之陳述與主觀感受之表達並非重點

有廣告主訴求其商品為「SUPER SENTRA 才是真正史上最強中大型房車」，並就外觀、空間舒適、安全、油耗、動力等比較項目予以比較，公平會認為：「整體廣告予人之印象，已非業者對其商品主觀期許之表達，而係基於相關事項及數據綜合評判比較後，所為『SUPER SENTRA 才是真正史上最強中大型房車！』之客觀事實陳述。而被處分人就『SUPER SENTRA 才是真正史上最強中大型房車』廣告方式，尚未於廣告中充分揭露相關重要資訊，將致消費者產生錯誤之認知與決定，則屬引人錯誤表示之廣告行為。」依此論述之邏輯，是否在此宣稱之後不提及外觀、空間舒適、安全、油耗、動力等比較項目，不做綜合評比則屬於主觀期許之表達，消費者就不會產生錯誤之認知，而廣告主也不需要提供任何可資佐證之數據？

學者曾提出之見解殊值參考：「比較廣告中之表示是否會誤導消費者及是否能有相關事實支持，方為其是否具適法性之關鍵，而與比較性表示是否屬『主觀感受之表達』並無關連。」²²¹本文以為「客觀事實之陳述」及「主觀感受之表達」二者之間共同的上位概念係在嚴守「公平客觀比較原則」，即比較廣告應以公正、客觀、比較基準相當之方式為之；基於公平客觀比較之上位原則之展現，不應因為區分客觀事實之陳述或主觀感受之表達兩者而有執法程度寬鬆之別；無論廣告主透過「客觀事實之陳述」或「主觀感受之表達」藉以行銷其商品，皆是希冀透過比較性之手段藉以增加交易機會，因此是否有區別「客觀事實之陳述」與「主觀感受之表達」而異其受到法律管控的嚴謹之必要？

²²¹ 林易典，同前註7，頁133。

再者，廣告主所為「主觀感受之表達」時，通常其主觀上帶有「涉及競爭對手」之「比較性」之傳遞，本質上即與一般大眾個人出於個人感受的主觀感受之表達有所不同²²²，若一概認為其係「難有一具體客觀之比較或判斷標準」、「未連結客觀數據資料，不致使消費者認真看待自誇行為而有錯誤之交易決定」而不受管制，並無益於被比較對象與消費者之利益。

總而言之，本文認為針對廣告主比較手段之進行，無須區分為「主觀感受之表達」或「客觀事實之陳述」，亦不需要探究其是否有連結相關事項及客觀數據而有執法寬、鬆之別。本文建議應針對廣告主所為的比較過程、比較項目之宣稱加以檢驗其真實性，是否有連結相關事項及客觀數據僅係輔助判斷其真實性之判準，而非假設性的推斷消費者之主觀評價據以正當化全面的主觀感受之表達。即使廣告主所進行的是自誇吹噓性質的宣稱，其比較性之主觀感受表達並無法推導出必定不會引起消費者有錯誤認知之結果，實質上其所進行的比較，無論是主觀感受之表達或客觀事實之陳述，皆有可能引起一般或相關大眾之特定認知而為或不為交易決定，因此主觀機關應就廣告主之表達全盤審查是否有引人錯誤之虞。

²²² 林易典，同前註 7，頁 133。



第四章 以歐盟之規範為借鏡—比較廣告在商標法指令與引人錯誤及比較廣告指令的調和

第一節 比較廣告在歐盟法制上的規範

第一項 引人錯誤及比較廣告指令 (Directive 2006/114/EC)

基於歐洲共同體市場整合、促進市場之商品、服務自由廣泛流通之發展，廣告之使用是企業廣泛運用之手段，1984年歐體理事會制定引人錯誤廣告指令 (Directive 84/450/EEC)，該指令基於引人錯誤廣告妨礙公平競爭及使消費者於交易行為中做出不利之交易決定，故有禁止引人錯誤廣告之規定²²³，惟該指令並未針對比較廣告為具體的規範，僅於指令第 2.1 條、第 3 條分別定義引人錯誤廣告與引人錯誤廣告所需考量之因素。

基於 84/450/EEC 指令內容規定複雜、用語艱澀，且遭到英國、愛爾蘭、丹麥、德國之反對，於 1997 年歐盟執委會通過引人錯誤與比較廣告指令，指令中對於比較廣告認為如符合指令第 3a 條規定者，原則上傾向肯定之態度。現行指令為歐體 2006 年 12 月 12 日頒布的引人錯誤廣告暨比較廣告指令，其修正前身的 97/55/EC 號指令並於 2007 年 12 月 12 日起生效。該指令並於前言中說明誤導的比較廣告將扭曲競爭市場 (distortion of competition)²²⁴；其次，會員國間寬嚴不一之規範將有礙於服務與貨物的自由貿易²²⁵；再者，廣告涉及消費者利益 (consumer's advantage)，從而在會員國間有統一與協調 (uniform and harmonise) 比較廣告標準之必要性，並指出若判斷標準統一，比較廣告將有助於客觀判斷各商品優劣，除了有

²²³ Directive 84/450/EEC Article 1

The purpose of this Directive is to protect consumers, persons carrying on a trade or business or practising a craft or profession and the interests of the public in general against misleading advertising and the unfair consequences thereof.

²²⁴ 參 2006/114/EC 指令前言第 3 點。

²²⁵ 參 2006/114/EC 指令前言第 5 點。Georgios Anagnostaras, *Bubble wars! Trade mark use and protected designation of origin in comparative advertising*, 31(6) E.I.P.R. 316, 317 (2009).

益於消費者與事業權益保障外，並且可以促進競爭²²⁶，由此可見歐盟對於比較廣告之態度傾向接納，並於前言中亦提及適法之比較廣告應採取廣義解釋（a broad concept of comparative advertising）以涵蓋各類之比較廣告²²⁷。

現行 2006/114 號指令中，於第 2 條 c 款定義比較廣告為以明示或暗示方法特定競爭者，或競爭者所提供之商品或服務²²⁸。復於該指令第 4 條各款規定比較廣告所應具備的適法性要件，若未符合該條各款的合法性要件，則比較廣告即被認為係不適法。

表 9 97/55/EC 指令與 2006/114/EEC 指令對照

	97/55/EC 指令	2006/114/EEC 指令
比較廣告定義	第 2a 條：任何可由明示或暗示方式識別出競爭對象，或由競爭對象所提供的產品或服務 ²²⁹ 。	第 2(c)條：同左。
比較廣告適法	第 3a.1 條 ²³⁰ ：	第 4 條 ²³¹ ：（主要為順序調整）

²²⁶ 參 2006/114/EC 指令前言第 6 點。

²²⁷ 參 2006/114/EC 指令前言第 8 點。

²²⁸ Directive 2006/114/EC Article 2(c)
‘comparative advertising’ means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor

²²⁹ Directive 97/55/EC Article 2a
comparative advertising" means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor;...

²³⁰ Directive 97/55/EC Article 3a
1. Comparative advertising shall, as far as the comparison is concerned, **be permitted** when the following conditions are met:

- (a) it is not misleading according to Articles 2 (2), 3 and 7 (1);
- (b) it compares goods or services meeting the same needs or intended for the same purpose;
- (c) it objectively compares one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price;
- (d) it does not create confusion in the market place between the advertiser and a competitor or between the advertiser's trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods or services and those of a competitor;
- (e) it does not discredit or denigrate the trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods, services, activities, or circumstances of a competitor;
- (f) for products with designation of origin, it relates in each case to products with the same designation;
- (g) it does not take unfair advantage of the reputation of a trade mark, trade name or other distinguishing marks of a competitor or of the designation of origin of competing products;
- (h) it does not present goods or services as imitations or replicas of goods or services bearing a protected trade mark or trade name.

2. Any comparison referring to a special offer shall indicate in a clear and unequivocal way the date on which the offer ends or, where appropriate, that the special offer is subject to the

<p>性要件</p>	<p>(a)不會引人錯誤 (not misleading)</p> <p>(b)比較的商品具有相同的需求或相同目的的功能 (meeting the same needs or intended for the same purpose)</p> <p>(c)客觀比較重要的、相關的、可受檢驗的、典型的特質，含價格 (objectively compares material, relevant, verifiable and representative features)</p> <p>(d)不會使商品或服務、商標、商號名稱或其他區別標示混淆 (not create confusion)</p> <p>(e)不會貶損、詆毀商標、商號名稱或其他區別標示 (not discredit or denigrate)</p> <p>(f)與商品來源有關的原產地名稱符合原產地標示 (products with designation of origin with the same designation)</p> <p>(g)不得從他人商標、商號名稱、聲譽上獲取不正當利益 (not take unfair advantage of the reputation)</p> <p>(h)非仿冒、複製品 (not imitations or</p>	<p>(a)不會引人錯誤(not misleading)</p> <p>(b)比較的商品具有相同的需求或相同目的的功能 (meeting the same needs or intended for the same purpose)</p> <p>(c)客觀比較重要的、相關的、可受檢驗的、典型的特質，含價格 (objectively compares material, relevant, verifiable and representative features)</p> <p>(d) 不會貶損、詆毀商標、商號名稱或其他區別標示 (not discredit or denigrate)</p> <p>(e) 與商品來源有關的原產地名稱符合原產地標示 (products with designation of origin with the same designation)</p> <p>(f) 不得從他人商標、商號名稱、聲譽上獲取不正當利益 (not take unfair advantage of the reputation)</p> <p>(g) 非仿冒、複製品 (not</p>
------------	--	--

availability of the goods and services, and, where the special offer has not yet begun, the date of the start of the period during which the special price or other specific conditions shall apply.

²³¹ Directive 2006/114/EC Article 4

Comparative advertising shall, as far as the comparison is concerned, be permitted when the following conditions are met:

(a) it is not misleading within the meaning of Articles 2(b), 3 and 8(1) of this Directive or Articles 6 and 7 of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ('Unfair Commercial Practices Directive') (1);

(b) it compares goods or services meeting the same needs or intended for the same purpose;

(c) it objectively compares one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price;

(d) it does not discredit or denigrate the trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods, services, activities or circumstances of a competitor;

(e) for products with designation of origin, it relates in each case to products with the same designation;

(f) it does not take unfair advantage of the reputation of a trade mark, trade name or other distinguishing marks of a competitor or of the designation of origin of competing products;

(g) it does not present goods or services as imitations or replicas of goods or services bearing a protected trade mark or trade name;

(h) it does not create confusion among traders, between the advertiser and a competitor or between the advertiser's trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods or services and those of a competitor.

	replicas)	imitations or replicas) (h) 不會使商品或服務、商標、商號名稱或其他區別標誌混淆 (not create confusion)
--	-----------	---

表格來源：作者自行整理

由上述可知，歐盟會員國間對於比較廣告之態度並非自始同一步調，其中同樣亦有贊成與反對比較廣告之正反立論，例如德國在早期，本質上即認定比較廣告為不公平競爭之行為，直至歐體公布 97/55 號比較廣告指令後，始採取符合指令的解釋始為肯認比較廣告之適法性，荷比盧等國亦採取嚴格禁止的立法²³²。相較於英國²³³、法國、西班牙等對於比較廣告之接納則採取開放之態度，顯見在歐體境內對於比較廣告之規定就寬鬆程度幾乎可說是在光譜的兩端，故而有統一之必要²³⁴。

自歐體 2006/114/EEC 號指令觀之，可知就比較廣告之適法性規定上，除了要求無引人錯誤之情事外，且不得與競爭對象或其商品、服務混淆，而針對客觀比較所需具備的比較對象，如可比較性、重要性、相關性、可檢驗性、典型性等亦明文規定於指令中；易言之，比較廣告如具備可比較性，以客觀方式於特定範圍內比較，並針對重要性、關聯性、典型、可受檢驗等特質進行之比較廣告，在無構成指令第 4 條 d、e、f、g、h 款的獲取不公平利益、仿冒或模仿、混淆等情事，即屬於合法之比較廣告。

第二項 商標指令 (Directive 2015/2436) 與比較廣告指令之交錯適用

英國最高法院法官 Jacob J 曾於 *British Airways Plc v Ryanair Ltd*²³⁵ 中

²³² Stella Fletcher, Pia Fussing, Alpha Indraccolo, *Comparisons and conclusions: welcome clarification from the European Court of Justice on the interpretation of the Comparative Advertising Directive*, 25(12) E.I.P.R. 570, 572 (2003).

²³³ *Id.* at 571

²³⁴ Hazel Carty, *Registered Trade Marks and Permissible Comparative Advertising*, 24(6) E.I.P.R. 294, 298-299 (2002); Georgios Anagnostaras, *The application of the harmonised standards on comparative advertising: some recent developments*, 32(2) E.L. Rev. 246, 246-247 (2007); Belinda Mills, *Comparative advertising: should it be allowed?*, 17(9) E.I.P.R. 417, 424 (1995). 參林易典，同前註7，頁147。

²³⁵ *British Airways v Ryanair* [2001] F.S.R. 32.

指出未使用競爭對手之註冊商標對於比較廣告是一件困難的事，而在比較廣告中使用他人之商標，亦涉及是否有侵害商標權人的商標獨佔之權利；另一方面，比較廣告可以是使市場資訊透明化的有效方式，其得藉由客觀比較商品或服務之特徵、品質而提升消費者做出正確的選擇²³⁶，因此比較廣告是否允許實際上是在光譜上兩端的消費者權益與商標權人獨占排他權利選擇較傾向何者的政策考量。

歐盟針對比較廣告中可能涉及商標權人之權利，在 2006/114/EEC 指令前言第 13、14、15 點揭示其在政策選擇上傾向保護消費者權益之立場²³⁷，其中提及若符合本指令（即比較廣告指令）之比較廣告，廣告主使用他人已註冊之商標、商號名稱或其他可辨識標誌，並不屬於侵害商標權人的排他權；換言之，在符合比較廣告指令規範下的適法比較廣告，如於廣告中使用他人商標，係自始排除商標侵權之可能，亦即在此種情況下，商標權人之排他獨佔權利並不及於廣告主使用該商標之情形，如此傾向保護消費者權利與市場競爭之公益法益除了明示於規範中，在 O2 案中亦再度被強調²³⁸，法院並重申只有在不合法的比較廣告，才有判斷是否侵害商標權人的權利的問題²³⁹。因此本文以下就不適法比較廣告可能涉及商標侵權之法規說明之。

歐體商標指令²⁴⁰基於保護商品或服務來源之商標指示功能，就一般商

²³⁶ Georgios Anagnostaras, *supra* note 234, at 247.

²³⁷ 2006/114/EEC Recital 13: Article 5 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (2) confers exclusive rights on the proprietor of a registered trade mark, including the right to prevent all third parties from using, in the course of trade, any sign which is identical to, or similar to, the trade mark in relation to identical goods or services or even, where appropriate, other goods.

2006/114/EEC Recital 14: It may, however, be indispensable, in order to make comparative advertising effective, to identify the goods or services of a competitor, making reference to a trade mark or trade name of which the latter is the proprietor.

2006/114/EEC Recital 15: Such use of another's trade mark, trade name or other distinguishing marks does not breach this exclusive right in cases where it complies with the conditions laid down by this Directive, the intended target being solely to distinguish between them and thus to highlight differences objectively

²³⁸ CJEU, *O2 Holdings v Hutchison 3G*, C-533/06, para. 45.

²³⁹ *Id.* para. 51.

²⁴⁰ 2008/95/EC 指令之前身為 1988 年制訂通過的 89/104/EEC 指令 (First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks)，其後由 2008/95/EC 指令修正取代之。歐盟於 2015 年 12 月 23 日公告新修正「歐盟商標指令 (DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks)」，歐盟商標指令於公布後 20 日生效，成員國需在 3 年內將其轉化為國內法。因新法甫通過不久，而本文後續所援引之歐洲法院判決均為 2008/95/EC 指令或 89/104/EEC 指令，

標之保護於指令第 4.1 條 a、b 項（現行新指令第 5.1 條 a、b 項）及第 5.1 條（現行新指令第 10.1 條、第 10.2 條 a、b 項）設有相對不予註冊事由及權利保護範圍；另於商標規則²⁴¹（COUNCIL REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark）第 8.1 條（現行新規則第 8.1 條）、第 9.1 條 a、b 項（現行新規則第 9.2 條 a、b 項）亦本於保護商標的指示來源功能而有相同保護規範。

由前述歐盟規範之商標指令及規則可知，針對一般商標之侵權規範設有兩種態樣：(1)同一商品或服務並與註冊於相同之商品或服務相同，即雙重同一之情況 (2)混淆誤認之虞的侵權規定（likelihood of confusion），包含商標與標誌之間具有聯想的可能性（likelihood of association）。所謂混淆誤認之虞係指公眾可能相信商品或服務來自相同事業或有經濟上連結（economically-linked; commercial connection）之企業的風險²⁴²，其範圍包含包括贊助、從屬或聯繫關係之混淆²⁴³；換言之，混淆誤認應係針對事業的同一性與關連性，對於商標功能產生錯誤聯想²⁴⁴，其判斷須就每個案件整體判斷（appreciated globally）相關因素，包含與特定案件相關的所有素²⁴⁵。

而今日國際對於著名商標之重視，於歐盟商標指令及商標規則亦不乏對著名商標之保護，商標指令第 4.3 條、第 4.4 條 a 項（現行新指令第 5.3

故以下行文條號仍以 2008/95/EC 指令為據，如有例外引用 89/104/EEC 指令或 2015/2436 指令則另加註說明。

²⁴¹ 207/2009 規則前身為 1993 年通過的 40/94 規則（Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark），其後由 207/2009 規則修正之，歐盟另於 104 年 12 月 23 及 24 日公告新修正「歐盟商標規則（REGULATION (EU) 2015/2424 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)）」，並於 105 年 3 月 23 日生效。因新法甫通過不久，而本文後續所援引之歐洲法院判決均適用 207/2009 規則或 40/94 規則，故以下行文條號仍以 207/2009 規則為據，如有例外引用 40/94 規則或 2869/95 規則將另加註說明。

²⁴² CJEU, *Sabel BV v. Puma AG*, C-251/95, para.16-18.”...the likelihood of association may arise in three sets of circumstances: (1) where the public confuses the sign and the mark in question (likelihood of direct confusion); (2) where the public makes a connection between the proprietors of the sign and those of the mark and confuses them (likelihood of indirect confusion or association); (3) where the public considers the sign to be similar to the mark and perception of the sign calls to mind the memory of the mark, although the two are not confused (likelihood of association in the strict sense).” CJEU, *BME v. Deenik*, C-63/97, para. 64.

²⁴³ CJEU, *Canon Kabushiki Kaisha v Metro-Goldwyn-Mayer Inc*, C-39/97, para. 29.

²⁴⁴ 參陳昭華，同前註 99，頁 51。

²⁴⁵ CJEU, *Sabel BV*, *supra* note 242, para. 22-23.

條 a 項)、第 5.2 條 (現行新指令第 10.2 條 c 項), 以及商標規則第 8.5 條 (現行新規則第 8.5 條 b 項)、第 9.1 條 c 項 (現行新規則第 9.2 條 c 項) 中可窺知其給予享有聲譽的知名商標 (trade mark has a reputation) 保護的立場。承前所述, 歐盟規範將著名商標之侵害區分為三種態樣, 即: (1) 損害著名商標之識別性 (detrimental to the distinctive character; blurring; dilution) (2) 損害著名商標之聲譽 (detrimental to the repute of the trade mark; tarnishment; degradation) (3) 利用著名商標之聲譽移轉獲得不公平利益 (take unfair advantage of the trade mark; free-riding)²⁴⁶。如有上述行為, 根據該等規定, 歐盟或各會員國應拒絕相同或近似於著名之註冊申請, 已註冊者應宣告無效。

上述前兩類損害態樣著重對商標減損 (淡化) 之侵害, 其前提要件為標誌與著名商標間須具有一定的連結 (link)²⁴⁷, 即相關公眾心中會對兩者產生一定聯想, 若兩者間的連結越直接而強烈 (immediately and strongly), 則成立損害之可能也越高²⁴⁸, 歐洲法院並在 *Adidas* 案中表示連結應與判斷混淆誤認之基準相同, 即需要整體全盤判斷 (global assessment) 各相關因素²⁴⁹, 另外在 *Intel* 案中, 歐洲法院更進一步指出連結之存否所需要考量之要素, 如商標的近似程度 (degree of similarity)、商品或服務的性質與相關消費者認知 (若商品或服務內容差異程度過大, 消費者則不易產生連結)、著名商標識別性與著名程度等²⁵⁰, 此考量因素亦在 *L'oreal* 案中再度重申²⁵¹。值得注意的是, 歐盟規範下的商標減損要件並不需要考量是否有混淆誤認, 基此, 減損之判斷並不以混淆誤認為要件²⁵²。

其次, 歐盟法院認為構成「減損識別性」是指係爭商標會造成相關公眾無法立即連結 (immediate association) 著名商標指示的商品或服務²⁵³, 易言之, 即分散、弱化 (weaken) 著名商標指示單一特定來源的功能, 使具有的識別性的著名商標逐漸轉變為一般樣式的商標 (generic term)²⁵⁴,

²⁴⁶ CJEU, *Intel Corporation Inc. v CPM United Kingdom Ltd*, C-252/07, para. 27; CJEU, *L'Oréal and others v Bellure NV and others*, C-487/07, para. 38,42.

²⁴⁷ *Id.* para. 43.

²⁴⁸ *Id.* para. 67.

²⁴⁹ CJEU, *Adidas-Salomon AG, Adidas Benelux BV v Fitnessworld Trading Ltd*, C-408/01, para. 30.

²⁵⁰ CJEU, *Intel*, *supra* note 246, para. 44,50,53,55.

²⁵¹ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 44-45.

²⁵² 參陳昭華, 同前註 66, 頁 205; CJEU, *Adidas-Salomon*, *supra* note 249, para. 58.

²⁵³ CJEU, *Intel*, *supra* note 246, para. 29; CJEU, *Interflora Inc. v Marks & Spencer plc*, C-323/09, para.76.

²⁵⁴ CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 94.

並且證明可能改變消費者的經濟行為（change in the economic behaviour of the average consumer）²⁵⁵，意即消費者因係爭商標之影響而改變其購買模式²⁵⁶。而所謂「減損聲譽」是指因係爭商標的使用遭致著名商標的品質或形象玷汙化（tarnishment），例如著名商標與劣質商品產生關聯，而與其形象有衝突²⁵⁷；或雖係爭商標使用無不當，但無法即於著名商標的卓越形象與品質；或著名商標用字或圖樣遭不當修改、變化等²⁵⁸。

而第三類重點在於對商標的不當攀附、擄取行為所獲得的不正當利益，與前二類商標淡化之目的並不相同²⁵⁹，在此種「搭便車」的態樣下，並不需要有前述兩類「減損」之侵害產生，其指第三人透由使用相同或類似於著名商標之標誌而獲得利益，所非難的重點在於第三人利用著名商標所投射出的形象、特徵移轉至其本身標誌上，產生聲譽移轉之效果，明顯利用著名商標聲譽獲有利益²⁶⁰。另外，第三人非合理使用（due cause）獲取之利益，歐洲法院亦認為其屬不公平（unfair）之利益，因第三人並未付出任何經濟上代價（financial compensation），而平白受益於著名商標的聲譽、吸引力，並享受維持著名商標所需付出的行銷努力²⁶¹。

另外，針對歐體商標指令第 6.1 條（現行新指令第 14.1 條、第 14.2 條）及第 6.2 條（現行新指令第 14.3 條）設有商標權效力限制之規定²⁶²，若第

²⁵⁵ CJEU, *Intel*, *supra* note 246, para. 77.

²⁵⁶ 參許曉芬，免死金牌抑或通行令？論著名商標之侵害判斷－評最高法院九十九年度臺上字第一六三二號判決，月旦法學雜誌第 199 期，2011 年 2 月，頁 191。

²⁵⁷ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 40.

²⁵⁸ 參許曉芬，同前註 98，頁 191-192。

²⁵⁹ 參許曉芬，同前註 256，頁 188。

²⁶⁰ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 41. “As regards the concept of ‘taking unfair advantage of the distinctive character or the repute of the trade mark’, also referred to as ‘parasitism’ or ‘free-riding’, that concept relates **not to the detriment** caused to the mark but to the advantage taken by the third party as a result of the use of the identical or similar sign. It covers, in particular, cases where, by reason of a **transfer of the image of the mark or of the characteristics** which it projects to the goods identified by the identical or similar sign, there is clear **exploitation on the coat-tails of the mark with a reputation.**”

²⁶¹ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 49; CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 91; 參許曉芬，同前註 98，頁 194。

²⁶² Directive 2008/95/EC Article 6

1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade:
 - (a) his own name or address;
 - (b) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of the service, or other characteristics of goods or services;
 - (c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts; provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters.

三人使用商標權人之商標，在該條所示之情況可排除商標權效力之範圍，亦即在商標為自己名稱、住址，或是做為說明種類、目的、來源等說明性商標，以及指示商品或服務的適用零件、配件等用途之指示性商標或為符合交易習慣的誠信方法等²⁶³，皆屬於商標權人排他使用權之限制。

另外，歐盟商標指令復於第 5.3 條規範在特定情況將商標作為商標之使用時，系爭商標在符合前述之指令第 5.1、5.2 條情況時始成立商標侵權態樣，商標規則第 9.2 條具有同樣規範。值得注意者為，2016 年最新通過之商標指令第 10.3 條及歐盟規則第 9.3 條，兩者皆分別在該條文之第 f 款明定若商標之使用違反 2006/114/EC 比較廣告指令之規定，則其使用係有違商標指令及規則²⁶⁴，由是可知，比較廣告中使用他人之商標進行廣告之行為，對於商標規定及比較廣告規定兩者之適用，在欠缺比較廣告合法性時有適用商標規定此原則除了在先前的比較廣告指令前言與若干判決中一再被闡述，2016 年甫通過的商標指令及規則亦作了明文的規定，由此可知歐盟認為合法比較廣告涉及的消費者權利與促進市場競爭的「公共利益」更優於商標權人之「私權」保護。

綜上可知，在歐盟的規範下，針對比較廣告可能涉及商標之問題，其於比較廣告指令本身即明文禁止進行有商標侵權的比較廣告（包含涉及商標搭便車、貶損商標、仿冒或複製商標或商號、混淆誤認的比較廣告禁止）。雖然歐盟對於保護消費者權益及刺激競爭之立場明確因此偏向寬認比較廣告之容許性，然而在前述的情況下，基於涉及不公平情事，並且極有可

2. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade, an earlier right which only applies in a particular locality if that right is recognised by the laws of the Member State in question and within the limits of the territory in which it is recognised.

²⁶³ CJEU, *Gillette v LA Laboratories*, C-228/03, para. 41-46. 是否符合交易習慣的誠信方法，歐洲法院認為若使人產生第三人與商標權人間有商業聯想之印象，或不當利用商標識別性或聲譽，藉以影響商標之價值或貶損其公信力，或將其行銷之商品呈現為使用非商標所指示之商品的仿冒品或重製物，即不符合業界之誠信作法。在本案中，歐洲法院認為 Gillette 的商標使用是否符合業界的誠信作法，應由會員國法院考量前述之情況以及第三人行銷的整體表現，尤其需審視第三人如何呈現商標權人之商標，如何區分第三人即商標權人之商標，及第三人針對消費者判別其商品與使用商標權人之商標所為之努力。

²⁶⁴ Directive 2015/2436 Article 10

3. The following, in particular, may be prohibited under paragraph 2:

- (a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;
- (b) offering the goods or putting them on the market, or stocking them for those purposes, under the sign, or offering or supplying services thereunder;
- (c) importing or exporting the goods under the sign;
- (d) using the sign as a trade or company name or part of a trade or company name;
- (e) using the sign as a trade or company name or part of a trade or company name;
- (f) using the sign in comparative advertising in a manner that is contrary to Directive 2006/114/EC.

能無益於消費者從比較廣告中做出正確的交易判斷，同時也侵害商標權人之情事即於比廣告指令中一併規範之，意即歐盟較傾向以競爭法介入保護消費者與公平競爭之公益維護，但涉及商標權人私權之範圍亦有所兼顧。然而觀諸我國之立法係以公平法規範為主，比較廣告可能涉及之問題並未於商標法中敘明，整體偏向以競爭法介入比較廣告之管制，因此關於比較廣告之案例基本上皆落入公平會之執掌。

第二節 比較廣告案件在歐盟實務上之操作

承前所述，針對 2006/114/EEC 指令第 4 條所要求的適法性要件中，a、b、c 三款係針對比較廣告適法性做一般要件規定，而在 d、e、f、g、h 5 款則另規範其他避免引人錯誤之特別規範，後者特別規範之概念其實與商標法上概念有某種程度的同質性，惟基於立法旨意所欲保護之利益對象不同，本文認為從商標指令以保護商標權人排他權的立法目的觀之，其旨仍在免於商標權人商標上指示來源的功能遭到破壞；另一方面，比較廣告在於維護消費者資訊權之觀點出發，其重點應在於是否有不當貶低競爭對手而造成誤導（misleading）消費者之可能。

基上，雖在比較廣告指令中第 4 條適法性要件之規定與商標法上概念類似，但並不相同。此可從比較廣告指令中法條規定之用字窺知，例如在指令第 4 條第 e 款，其含義係在禁止廣告主過度貶抑被比較對象之商標、商號名稱、識別標誌等，類似商標指令第 4.2 條防止第三人對商標識別性及聲譽之減損；然仔細觀之可知商標指令上的減損用字為 *detrimental*，而比較廣告指令中之貶損或詆毀用字為 *discredit*、*denigrate*，由此可推知歐盟在立法上應係有意區別兩者。至於其他如第 f 款所稱商譽搭便車、第 h 款所稱混淆之概念，用字雖與商標法規定相同，但其範圍亦基於兩者保護對象不同而有差別。易言之，合法的比較廣告之所以合法，某種程度上並沒有嚴重的侵害商標權人的權利問題，意即比較廣告指令中其實已將商標法上所不容許的侵權態樣「內化」為比較廣告的適法性要件。

第一項 最有利比較廣告意涵解釋與考量消費者利益為大 原則

第一款 對比較廣告最有利意涵解釋—Toshiba 案

2001 年歐洲法院對於 *Toshiba v Katun*²⁶⁵ 案屬於比較廣告中具有代表性之見解，該案係由德國法院向歐洲法院提出 3 個問題請求先行裁決（preliminary ruling），其主要係針對 84/450/EC 指令中的第 2a 條、第 3a.1 條 c 款、第 3a.1 條 g 款請求解釋：第一個問題主要係確認本案的 OEM 號碼為基於參考目的（reference purpose）用以確認供應商的產品與製造商的零件、消耗品是否相合，如此所為的廣告是否屬指令第 2a 條所稱之比較廣告？假使第一個問題為肯定，那麼：(1) 製造商的產品號碼（OEM 號碼）與供應商的訂單號碼並列顯示，是否符合指令第 3a.1 條 c 款規定？(2) 辨別競爭對象的 OEM 號碼是否符合指令第 3a.1 條 g 款？；如前述第二個問題為肯定，那麼：(1) 若廣告為第 2a 條所稱之比較廣告，同時符合 3a.1 條 g 款獲取不正當利益的表準為何？(2) 供應商自己的訂單編號與用以指示消耗品、零件的適用的 OEM 號碼並列顯示是否為構成 3a.1 條 g 款搭便車規定？(3) 在考量是否不公平（unfairness）時，是否與僅提及產品適用的消耗品、零件，而不提及 OEM 號碼有關聯？此情況可能是供應商的銷售變得困難，特別是在消費者通常依賴製造商的 OEM 號碼的時候²⁶⁶。

針對上述德國法院所提出的第一個問題，歐洲法院認為基於 97/55 前言第 6 點的立法旨意，立法者對於比較廣告採取廣義（a broad concept）認定²⁶⁷，無論係以明示（explicitly）或暗示（implication）特定競爭對象或其所提供之商品或服務皆屬之，此大原則的確立之目的在於盡可能地涵蓋各

²⁶⁵ CJEU, *Toshiba v Katun*, C-112/99. 該案主要係日本 Toshiba 在德國的子公司 Toshiba Europe GmbH 在歐洲銷售影印機與消耗品，Toshiba 為確認影印機所適用的消耗品，在其產品上採用特殊型號（如 Toshiba 1340）及商標藉以區分不同的商品。被告 Katun 公司則銷售適用於 Toshiba 影印機的消耗品，其也同樣在消耗品上標註所適用的 Toshiba 影印機型號，並且自行製作一個表格，在第一欄的地方註明為「原廠設備製造號碼」（OEM number），第二欄為「Katun 商品號碼」（含訂貨編號），第三欄為「商品之描述」，第四欄為「產品預定地特定號碼」。

²⁶⁶ *Id.* para 20.

²⁶⁷ *Id.* para 30.

種形式的比較廣告²⁶⁸，並且基於比較廣告指令刺激競爭及保障消費者權益之立法目的²⁶⁹，比較廣告應以「最有利（most favourable）比較廣告解釋」之²⁷⁰，因此僅只基於參考而使用 OEM 號碼的行為也會被延伸為其製造與競爭者商品間的聯想故而被肯定其具有比較廣告的性質²⁷¹；涉及比較廣告是否合法，觀察歐洲法院之判決案例，似乎可察在涉及此類廣告之爭執，其首要問題往往係在判斷「本案是否屬於比較廣告？」，故而在 *Toshiba* 案中歐洲法院強調的遵循立法旨意的廣義認定以及其所樹立的最有利比較廣告解釋原則亦在往後的判決中不斷被援用²⁷²。*Toshiba* 案所揭示的最有利於比較廣告解釋原則亦為歐盟樹立了其傾向適用比較廣告寬鬆適法性要件之方向，此代表性之判決對於歐盟地區各國對於比較廣告肯否不一的接受態度明確地給予鼓勵比較廣告發展的定論，本質上其實是帶有強迫對於比較廣告傾向否定的國家接受比較廣告原則上允許的基準²⁷³。

2007 年的 *De Landtsheer Emmanuel*²⁷⁴ 一案中，布魯塞爾上訴法院向歐洲法院請求先行裁決，其中第一個問題即是針對廣告中提及非特定競爭者的特定一類商品（a type of product）是否屬於比較廣告？亦即在提及一類商品的廣告但並無針對特定事業或商品亦屬於 84/450/EEC 指令中第 2a 條的比較廣告？歐洲法院亦援引上述對於比較廣告採取寬認的解釋原則，因此無論是明示或暗示皆屬之²⁷⁵；其進一步提及若將指令第 2a 條解釋為以特定單一競爭對象或特定單一的競爭對象之商品或服務為要件，其勢必與 *cast-law* 上廣義認定比較廣告之慣例互相矛盾²⁷⁶；歐洲法院指出是否為比較廣告之重點應在於能否特定（identify）競爭對象或其商品或服務進行比較，而判斷使否可特定應由各國法院審視相關要素具體判斷²⁷⁷，其應以一

²⁶⁸ Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 318.

²⁶⁹ CJEU, *Toshiba*, *supra* note 265, para 36.

²⁷⁰ *Id.* para 37.

²⁷¹ *Id.* para 26-31.

²⁷² CJEU, *Lidl v Colruyt*, C-356/04, para. 22; CJEU, *Emmanuel v Veuve Clicquot*, C-381/05, para. 22; CJEU, *Pippig Augenoptik v Hartlauer*, C-44/01, para. 42.

²⁷³ Stella Fletcher, *supra* note 232, at 574.

²⁷⁴ 本案廣告主 Landtsheer 公司生產啤酒並以 Malheur 為商標，其於 2001 年發行一款名為 Malheur Brut Réservek 的啤酒，並稱其為「Champagnebier」，意指其為用香檳方式所釀造的啤酒，此外在酒瓶和包裝上使用了「BRUT RÉSERVE」（珍藏絕乾）、「La première bière BRUT au monde」（世界第一個香檳啤酒）、「Bière blonde à la méthode traditionnelle」（傳統工法釀造的輕啤酒）、「Reims-France」（雷姆斯—法國）等等法文，還提及了 Reims 和 Épernay 地區的葡萄酒生產商，香檳酒業協會（CIVC）及 Veuve Clicquot 認為 Landtsheer 所散布的傳單不僅為誤導並且屬於不合法的比較廣告。

²⁷⁵ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 16-17.

²⁷⁶ *Id.* para. 21.

²⁷⁷ *Id.* para. 22.

般獲得合理資訊的理性消費者在客觀之情形下的觀察來判定²⁷⁸。

承上可知，針對歐盟健全比較廣告的立法制度，其雖傾向寬認比較廣告之成立並盡量是用比較廣告相對寬鬆之規定，然以最有利比較廣告解釋之解釋並非毫無界線，如比較廣告中所指示特定的競爭對象是非常廣泛多數，此即失去了「特定」的效果²⁷⁹；歐洲法院在 *Belgian* 案強調廣告的界線係公平競爭，而非僅為廣告主用以影響消費者經濟行為的促進銷售手段²⁸⁰；並分別在 *Belgian* 案、*L'oreal* 案、*Lidl* 案中提及允許比較廣告之係為在不同利益上取得平衡為其立法目的，在允許客觀比較具有可比較性的不同商品間的優劣基礎下有益消費者權益並刺激競爭，同時禁止可能扭曲競爭、損害競爭者、不利消費者選擇之影響的情況²⁸¹。

第二款 比較廣告須考量對於消費者之利益—Siemens 案

從歐洲法院的判決中以可知歐盟對於比較廣告以消費者利益為依歸的脈絡，例如 2006 年 *Siemens v. VIPA* 一案，廣告主 VIPA 公司以 Siemens 的 Simatic 系統產生的訂單編號作為指示 VIPA 生產的零件，並藉以與 Siemens 製造的零件相互對照，如將 Siemens 的訂單編號 6ES5 928-3UB21 轉換為 VIPA 928-3UB21，Siemens 公司故而認為 VIPA 構成 84/450/EEC 指令第 3a.1 條 g 款的商譽搭便車。歐洲法院對於德國聯邦最高法院提起請求先行裁決的問題，其認為在判斷廣告主有無搭便車應考量消費者利益²⁸²；並重申 *Toshiba* 案中同樣因廣告主以競爭對手的訂單編號為對照的比較廣告法院就是否有商譽搭便車所為之解釋，即在有效競爭之前提下，使用他人的標誌（此類案例下訂單編號即為該標誌）並不構成第 3a.1 條 g 款的商譽搭便車²⁸³。進而法院認為，若不允許廣告主使用與 Siemens 相同核心要素的訂單編號，使用者必須對照比較表上的訂單編號是否符合 Siemens 販售的商品，這樣對於消費者及 VIPA 並無益，反而落入了限制競爭的結

²⁷⁸ *Id.* para. 23. " Those courts, when making that assessment, must take into account the presumed expectations of **an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect**". See Pippig, *supra* note 272, para.55; CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 78.

²⁷⁹ Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 318.

²⁸⁰ CJEU, *Belgian Electronic Sorting Technology NV v Bert Peelaers and Visys*, C-657/11, para. 39.

²⁸¹ *Id.* para. 37; CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 68; CJEU, *Lidl SNC v Vierzon Distribution SA*, C-159/09, para. 20.

²⁸² CJEU, *Siemens v VIPA*, C-59/05, para. 14, 24; See also CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 33.

²⁸³ CJEU, *Toshiba*, *supra* note 265, para 54. CJEU, *Siemens*, *supra* note 282, para. 15.

果，因此 Siemens 不能排除 VIPA 使用其訂單編號的元素²⁸⁴。

本文認為比較廣告適法性要件的設計上，其核心即是以消費者不被廣告資訊所誤導為出發點，部分要件係同時兼顧被競爭者與市場公平競爭之利益²⁸⁵，諸如要求廣告主不得隱匿著名競爭對手的品牌名稱，倘如其將影響消費者購買決定；或如科予廣告主有義務指示消費者可茲確認廣告真實性的方式或地點等。

第二項 比較廣告本質上之要求

第一款 比較廣告須具備可比較性—De Landtsheer Emmanuel 案

比較廣告指令第 4 條適法性要件下 b 款針對比廣告必須就有相同需求（same needs）或相同目的（same purpose）之商品或服務為比較標的，即針對可比較性做明確規範，其目的在確保比較結果的正確性，同時也可防免引人錯誤之情況。

2006 年的 *Lidl v. Colruyt*²⁸⁶一案為較早針對可比較性做出明確解釋的標竿判決，布魯塞爾商事法庭（Rechtbank van Koophandel te Brussel）針對先行裁決所提出的第二個問題為「97/55/EC 指令第 3a 條第 b 款是否可解釋為比較廣告只能以獨立（individual）的商品或服務做比較，而排除以同種產品組成的供貨種類（product selection）進行比較之可能？」²⁸⁷歐洲法院援引 97/55/EC 指令前言第 2 點比較廣告係就多樣可比較商品（various comparable products）為客觀比較優劣，以及前言第 9 點中要求可比較性之

²⁸⁴ CJEU, *Siemens*, *supra* note 282, para. 26.

²⁸⁵ Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 319.

²⁸⁶ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272. 本案廣告主 Colruyt 為連鎖超商，其發行了一款郵寄廣告，內容主要是與其他超級市場（如 Carrefour、Cora、Delhaize）、批發折扣商店（如 Aldi、Lidl、Makro）比價，廣告中以一個家庭一周所需的平均花費做比較，內容宣稱平均每年花費 Colruyt 比其他超級市場省下 366~1129 歐元，而與後者的批發折扣市場相比則省下 155~293 歐元。Lidl 市場認為系爭廣告不客觀、不具可檢驗性、而且有誤導之情形，因此認為該廣告為不合法之比較廣告。

²⁸⁷ *Id.* para. 18.” Must Article 3a(1)(b) of [the] Directive ... be construed as meaning that comparative advertising is allowed only if the comparison relates to individual goods or services that meet the same needs or are intended for the same purpose, to the **exclusion of product selections, even if those selections, on the whole and not necessarily in regard to every component**, meet the same needs or are intended for the same purpose?”

目的係在防免不正競爭以及不公平之比較廣告實行²⁸⁸。

承前所述，歐洲法院認為比較商品或服務具有相同需求或符合相同目的之可比較性係指該商品對於消費者具有「足夠程度的可替代性」（sufficient degree of interchangeability for consumers）²⁸⁹，本案對於可比較性的解釋亦在 2007 年的 *De Landsheer Emmanuel* 案以及 2010 年的 *Lidl v. Vierzon Distribution*²⁹⁰ 再度重申；此外，依歐洲法院之見解，此款應以實際上具有替代可能（a real possibility of substitution）為必要²⁹¹，故而認為應由國內法院針對該比較廣告的情況個別具體評估商品的屬性及其特質²⁹²。

值得注意的是，在 *Emmanuel v Veuve Clicquot* 一案中，歐洲法院並針對 97/55/EC 指令中第 2.2a 條要求的比較廣告須具備的競爭關係及第 3a 條第 b 款所稱之可比較性兩者個關係作了詳盡的分析。首先，指令第 2.2a 條就比較廣告的所要求的可得特定競爭對象，而所稱之「競爭關係」係指「其商品或服務在市場上具有可替代性」，即商品間具有相當程度的可替代性（a certain degree of substitution）²⁹³，透過廣告比較商品之優劣而改變消費者的交易決定²⁹⁴；判斷是否有競爭關係應考量市場狀態、貨物自由流通之可能以及是否有益於交易上增加商品替代可能²⁹⁵，因此須就比較廣告散佈的相關市場分析之，此須由國內法院針對比較廣告所涉及地區的消費習慣評估有無改變消費者選擇之影響²⁹⁶。

然而，97/55/EC 指令中第 2.2a 條要求的「可替代性」與第 3a 條第 b 款「可替代性」是否為同一之解釋？歐洲法院認為兩者其實是非常相近（obviously close），但並不相同（not identical），蓋第 2.2a 條係定義比較廣告，而第 3a 條第 b 款僅為比較廣告下數個適法性要件之一²⁹⁷，再者，前者之重點應在證明競爭關係與廣告主和被比較對象商品間的可替代性，後者則要求廣告主之商品對於消費者實際上有替代可能²⁹⁸；此外本文認為相關

²⁸⁸ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 25.

²⁸⁹ *Id.* para. 26.

²⁹⁰ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 44; CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 25.

²⁹¹ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 47.

²⁹² CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 33, 40.

²⁹³ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 28, 30.

²⁹⁴ *Id.* para. 38.

²⁹⁵ *Id.* para. 36; See also CJEU, *Commission v. United Kingdom*, C-170/78, para. 6.

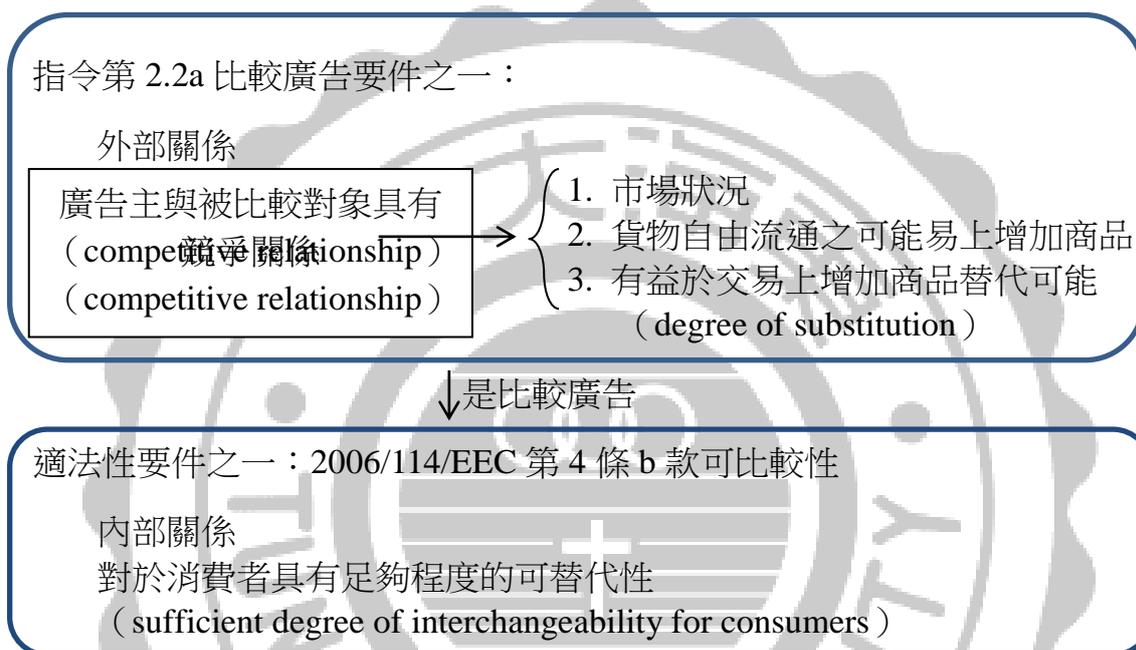
²⁹⁶ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 39.

²⁹⁷ *Id.* para. 44.

²⁹⁸ *Id.* para. 47.

判決的原文用語亦明顯可知歐洲法院其實是有意區別二者²⁹⁹，就指令第 2.2a 條與第 3a 條第 b 款之關係邏輯上其實是有先後判斷順序之必要。但值得思考的是，對於消費者是否有實際上替代可能與廣告主和被比較對象商品間的可替代性兩者同質性極高，在實務上如何區別判斷有待觀察。

圖 3 競爭關係與可比較性之關係



圖表來源：作者自行整理

Lidl v. Colruyt 案中歐洲法院更進一步指出，97/55/EC 指令第 3a 條第 b 款所稱之可比較性，並非單獨就可獨立出來比較的產品分別觀察比較³⁰⁰；歐洲法院並提及 *Pippig* 案中認為廣告主就商品中選擇作為比較的數量屬廣告主之經濟自由的主張³⁰¹而肯認此種比較方式；本案佐審官並於其意見書中認為整體而簡要 (global and summarised) 的比較供貨種類的數產品係有利於 (useful) 消費者；法院更認為本案作為比較的標的係消費者日常採購的各種不同需用品，廣告主就超級市場的一般價格水準比較 (general level of the prices) 或就消費者購買的特定供貨種類之價格進行比較，對於消費

²⁹⁹ 就指令第 2.2a 條的可替代性，歐洲法院之用語為「degree of substitution」，第 3a 條第 b 款的可替代性，其用語為「degree of interchangeability」。

³⁰⁰ CJEU, *Lidl*, supra note 272, para. 28.

³⁰¹ CJEU, *Pippig*, supra note 272, para.81; See also CJEU, *Lidl*, supra note 272, para. 29.

者而言其實比針對個別產品價格之比較資訊更為受用³⁰²；再者，進行比較之標的雖為多種商品組成的供貨種類，惟其係由個別較其他超市便宜的商品組成，換言之，本案所比較之標的由個別具可比較性之較其他超市便宜的商品組成，不因將其集合比較而失其具有共同特徵的可比較性³⁰³。

前述 *Lidl v. Colruyt* 一案中歐洲法院肯認就供貨種類進行比較廣告的可比較性，嗣後 2010 年的 *Lidl v. Vierzon* 案例中，針對可比較性的要件，歐洲法院更指出，如果必須限制兩食品必須一樣才具備本條 b 款的可比較性，實則是與最有利比較廣告解釋背道而馳³⁰⁴，雖然因為食品的製造地、原料、製造者不同，將使消費者因為喜好不同而衍生消費者不同的購買取向，但不因此而排除兩不同食品間對於消費者的可替代性，兩者間仍可具備本款可比較性的要件³⁰⁵。

最後，比較廣告的可比較性要件的認定應優先於其他比較廣告適法性要件之判斷，此觀點亦在 2010 年的 *Lidl v. Vierzon* 一案被歐洲法院所強調³⁰⁶。

第二款 禁止誤導、引人錯誤比較廣告

基於容許比較廣告係在提供有利於消費者做成交易決定的資訊透明之立場，不容許進行有誤導（misleading）或有欺騙（decieve）之虞的比較廣告³⁰⁷，在此上位原則之下，比較廣告必須在多種商品中客觀比較其優劣的概念亦不斷的被強調及提及。

³⁰² CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 35. "That is especially true in a sector such as the mass distribution sector in which consumers usually make multiple purchases designed to meet their everyday needs. From the viewpoint of such purchases, comparative information relating to the general level of the prices charged by chains of stores or to the level of the prices charged by them in respect of a given selection of products which they sell is liable to prove more useful to consumers than comparative information limited to the prices of some particular product or other..."

³⁰³ *Id.* para. 37.

³⁰⁴ *Id.* para. 38.

³⁰⁵ *Id.* para. 39. "... Article 3a(1)(b) of Directive 84/450 is to be interpreted as meaning that the fact alone that food products differ in terms of the extent to which consumers would like to eat them and the pleasure to be derived from consuming them, according to the conditions and place of production, their ingredients and who produced them, cannot preclude the possibility that the comparison of such products may meet the requirement laid down in that provision that the products compared meet the same needs or are intended for the same purpose, that is to say, that they display a sufficient degree of interchangeability."

³⁰⁶ *Id.* para. 19; Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 317.

³⁰⁷ 2006/114/EEC 前言第 8 點、指令第 4 條 a 款。

例如在 *Lidl v. Colruyt* 案中，廣告主挑選其超市所販賣的部分日用品與競爭對象之日用品進行比較，並以一般平均價格水準表示相較於競爭對象，表示在廣告主超市可節省的金額。歐洲法院認為應該以受到合理資訊通知及觀察的一般平均消費者角度考量是否有誤導之虞，並且需要全盤考量廣告中的特徵，在該案中，應以最終在連鎖超市採買日用品的消費者之立場（系爭比較廣告並非針對特定大眾）³⁰⁸判斷是否有誤導而引起多數消費者做出錯誤的購買決定。

歐洲法院指出廣告主在廣告中之表示會使廣告對象誤認廣告主已將所有的日用品價格列入比較及計算出一般價格水準，而廣告中所表示可節省的金額為得出廣告中所宣稱可節省的價格，此會造成消費者誤認無論購買何種商品或數量皆可以省下該金額，或誤認廣告主所販售的商品一律比競爭對象更便宜，進而使其與廣告主進行交易行為³⁰⁹。另外，歐洲法院認為廣告主未單獨說明個別競爭對象的一般價格水準，未就其在其他個別競爭對象超市購買商品可省下的金額單獨說明，會使多數消費者對於實際可省下的金額陷於錯誤而影響其經濟行為，故違反指令第 4 條 a 款³¹⁰。

本文認為本款之目的係在促使廣告主必須將任何影響交易決定的事項如實提供給消費者³¹¹知悉，歐洲法院亦提及廣告的誤導包含消極隱匿（omission）而使消費者打消與其購買的情形，例如廣告中隱匿競爭對手的產品為知名品牌的產品，蓋法院認為品牌會影響顯著消費者的購買決定，如有隱匿即違反本款³¹²。綜上可知，任何影響消費者經濟行為的要素皆不得有積極欺騙或是消極隱匿而使消費者受到誤導進而引起錯誤，除了價格，

³⁰⁸ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 78-80; CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para.47-48.

³⁰⁹ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 83. "Analogously, comparative advertising relating to the general level of the prices charged by competing chains of stores in respect of their comparable ranges of products and to the amount that can be saved by consumers purchasing their basic consumables from one of those chains rather than the other should, for example, be considered to be misleading if it is established, in the light of all the relevant circumstances of the particular case, that the decision to buy on the part of a significant number of consumers to whom that advertising is addressed is made in the mistaken belief that **all the advertiser's products have been taken into account in calculating the general price level, and the amount of savings, that are claimed by the advertising.** The same must be true if it is established that such a decision is made in the mistaken belief that **that amount will be saved by consumers irrespective of the nature and quantity of the products which they acquire from the advertiser or, for example, in the mistaken belief that all the advertiser's products without exception are cheaper than those of his competitors.**" *Lidl v. Vierzon Distribution* 一案亦有相同問題存在。CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 56.

³¹⁰ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 84.

³¹¹ CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 54.

³¹² CJEU, *Pippig*, *supra* note 272 para. 53.

其他例如商品的成分、方法或產地等³¹³，皆可能影響消費者的選擇。

類似前述案例為 2010 年的 *Lidl v. Vierzon*，但不同的是前述的 *Lidl v. Colruyt* 是以數種「日用品」進行集合比較，*Lidl v. Vierzon* 則以數種「食品」為主進行集合比較，兩者廣告雖皆係透過挑選數商品形成一供貨種類進行集合比較，並藉以宣稱在廣告主的超市比較便宜，值得注意的是，歐洲法院認為以食品作為集合比較時，若僅以「價格」做為比較基礎，因食品不同而有不同特徵，例如前述的出產地、原料、製造商等因素將穎顯顯著部分的一般消費者購買決定，如比較廣告中未將上述的要素納入比較考量，亦屬誤導消費者³¹⁴。

第三款 以 *Lidl Belgium v. Colruyt* 為例揭示的客觀性、重要性、可受檢驗性特質之原則

2006/114/EEC 指令第 4 條適法性要件下 c 款要求比較廣告需進行客觀比較，並且須就重要性(material)、關聯性(relevant)、典型(representative)、可受檢驗的(verifiable)特質(features)加以比較，而應列為比較標的的特質亦包含價格。97/55/EC 指令亦在前言第 5 點提及如客觀比較前述特質而且沒有誤導的情況下，則比較廣告為一個合法通知消費者利益的手段³¹⁵。

1. 客觀性(objectively)

2006 年的 *Lidl v. Colruyt* 為歐洲法院針對比較過程之客觀性有明確闡述之案例，其認為客觀性要件之要求並不禁止廣告主基於客觀確認所得出比較，其主要係排除其主觀評估的比較³¹⁶。因此比較廣告並不否定以多種不同商品組成供貨種類進行比較，並且不要求廣告主必須逐一清楚列出各商品的價格，歐洲法院認為，如強加廣告主需就廣泛範圍的各種不同商品清楚比較的限制，將影響系爭比較廣告的實用性(practicability)，簡言之，

³¹³ CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 54.

³¹⁴ *Id.* para. 56.

³¹⁵ CJEU, *Emmanuel*, *supra* note 272, para. 62.

³¹⁶ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 46.”... this last requirement is essentially intended to preclude comparisons which result from the subjective assessment of their author rather than from an objective finding.”.

是否逐一列出商品及其對應的價格並不影響比較廣告客觀性的判斷³¹⁷。從上可知，廣告中所比較的細項（特質）的完整性並非判斷是否具備客觀性的要件，其判斷的重點仍應圍繞在比較是否會誤導交易相對人而引起其錯誤。

2. 比較事項的特質－重要性、關聯性、典型性

針對哪些內容必須在比較廣告中加以客觀比較，本款以該特質是否具備重要性、關聯性、典型性為認定，此三者其實在個案上具有相當程度之重疊³¹⁸，例如歐洲法院即認為廣告主使用被比較對象的訂單號碼之目的係在傳達公眾訊息，使公眾有認知到廣告主與被比較對象兩者之商品之功能性相當（*equivalent technical features*）並且可以清楚對照，故而為具有重要性、關聯性、典型性的應比較事項³¹⁹；另外在 2006/114/EEC 指令第 4 條 c 款內亦提及價錢的比較亦包含在內。

在前述 *Lidl v. Colruyt* 案中，歐洲法院即認為超市以多樣可比較商品的個別真實價格水準差距作為基礎計算出供貨種類的「一般平均價格水準」，廣告主以實際價格獨立比較為前提推導出「一般平均價格水準」的差距係具有重要性及關聯性，其理由認為消費者前往超市會一次購買各種日用品，此時以一般平均價格水準進行比較即有關聯性³²⁰。然而，並非所有的比較廣告以「一般平均價格水準」進行比較即當然具有關聯性，倘若消費者的單次消費行為僅針對特定類別（*certain category*）的商品或服務進行購買，例如在 *Pippig* 案中，係以販售眼鏡的 *Pippig* 及 *Hartlauer* 公司就價格進行比較，對於消費者而言，就眼鏡進行「一般平均價格水準」的比較並不具備關聯性³²¹。

3. 可檢驗性

比較廣告進行的比較是否具備真實、客觀，而能提高消費者進行交易決定的資訊透明，廣告中即要求具備可檢驗性，意即可針對廣告主的宣稱

³¹⁷ *Id.* para. 47, 49, 54.

³¹⁸ 林易典，同前註 7，頁 158。

³¹⁹ CJEU, *Toshiba*, *supra* note 265, para 38-40; CJEU, *Siemens*, *supra* note 282, para. 17.

³²⁰ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 35, 53.

³²¹ *Id.* para. 53. 在歐洲法院判決中，其認為在 *Pippig* 案中對於眼鏡行的廣告以一般平均價格水準為不具關連性（*irrelevant*），本文認為其所傳達之意為以一般平均價格水準進行得比較對於消費者而言，在交易過程中該「平均價格」並不具備重要性，是否比較平均價格與其最終是否購買並無關連，因此「平均價格」並非是影響消費者購買決定之重要性、具關聯性要件，從而本文認為似乎無須特意區分重要性、具關連性之必要。

進行是否為真實的驗證。

前述案例，歐洲法院認為以諸多不同商品形成的供貨種類進行比較，如前所述，其具備本條 b 款的可比較性；針對 c 款所要求的可檢驗性要件，歐洲法院認為雖供貨種類之價格所為之價格比較不需要逐一清楚列舉商品及所對應的價格，但必須在廣告資訊中可獨立、具體辨識（identify）個別商品，在可辨識個別商品的價格後才可並進一步檢驗廣告主所計算的「一般平均價格水準」的真實性³²²。總而言之，應符合本條 c 款可檢驗性特質的要求包含商品的價格、廣告主商店的供貨種類商品的一般平均價格水準，以及消費者在廣告主商店購買商品可節省的總額都應受檢驗³²³。

然而，在 2010 年類似案例為 *Lidl v. Veirzon*，歐洲法院肯認比較廣告中以供貨種類比較的個別商品應具「可辨識性」以供消費者檢驗價格的真實性，惟其更進一步闡述廣告主以供貨種類進行比較，其在廣告中轉載消費供貨種類的收據，以一般性描述 34 款商品的重量或體積，說明在 Lidl 總額花費為 51.4 歐元，而在 Veirzon 僅需花費 46.3 歐元，尚不足以使消費者足夠清楚（sufficiently clear）地辨識比較的商品並確認價格的真偽³²⁴，是故可知歐洲法院要求可受檢驗性必須是以商品的辨識性為前提，廣告中的呈現方式如何才能使廣告對象可清楚辨識比較商品應為判斷之重點。

另外，在可受檢驗性的要求下，歐洲法院認為廣告主應有告知廣告對象何處、如何驗證的義務，使廣告對象可以容易地檢查廣告所述的細節³²⁵，歐洲法院並進一步表示可檢驗性並不要求必須由廣告對象親自檢驗比較特質的準確性，若廣告對象不具有檢驗的專業技術時，亦可交由第三方檢驗其真實性³²⁶。

第三項 與商標指令調和下之要求

³²² *Id.* para. 61.

³²³ *Id.* para. 62.

³²⁴ CJEU, *Lidl*, *supra* note 281, para. 62-63.

³²⁵ CJEU, *Lidl*, *supra* note 272, para. 71.

³²⁶ *Id.* para. 73.

第一款 禁止過度貶損被比較對象—Pippig 案

在比較廣告進行的過程中，針對比較廣告可能伴隨貶抑之效果，而貶抑的情形所容許之程度應係本款所討論之重點，如未超過必要範圍應仍具有適法性³²⁷。例如在歐盟 *Pippig* 案中，歐洲法院即闡明若僅是標記競爭對象的商號名稱、重現商店標誌（logo）或商店圖像，並藉以比較競爭對手之商品價格普遍偏高，雖廣告主選擇最便宜之鏡片商品與競爭對象所販售的鏡片相比較，此價差雖超越兩商店的平均價差，但法院強調：「廣告主所欲選擇的比較方式屬於其本身的經濟決定自由（economic freedom），限制其必須以平均價格比較實則是與立法意旨相違背」³²⁸；加上前述所敘比較廣告前言中指出若符合比較廣告之合法性要件，則使用競爭對象之商標、商號名稱或標誌並不侵害商標權人的權利³²⁹；以及法院認為傳遞予消費者之資訊若為實際價差係符合客觀性之合法要件³³⁰，故而認為本案中廣告主之比較廣告並沒有詆毀競爭對象之情事。針對此案，本文認為內國法院之見解更為精確，其認為因無規定比價方式，故廣告主指稱競爭對手之售價較高並不構成詆毀，除非有伴隨「誹謗或虛偽不實」之情況，例如宣稱競爭對手索取放高利的價格³³¹。英國高等法院在 *British Airways v. Ryanair* 一案中亦針對貶抑做了闡述，其認為在比較廣告中有貶抑（offensive）他人商標或商號，但在沒有不實（dishonest）之情況下，並未達比較廣告上所非難的貶損標準³³²。

本文認為比較廣告的貶損或詆毀其範圍應係廣於商標法上減損之概念並且包含商標法上的減損，尤其是在減損聲譽之情況，在廣告主透過強調自身商品較便宜、品質較佳而對比呈現競爭對手的價格、品質等負面效果，並不當然欠缺適法性，必須是在有不客觀、貶低之情況，使消費者認為競爭對手其比較方式已超越比較廣告帶來競爭功能之展現，在此情況下，廣告主所進行的表示已偏離了落實市場透明與言論保障的範圍，而落入了

³²⁷ 林易典，同前註 7，頁 162。

³²⁸ CJEU, *Pippig*, *supra* note 272, para. 81.

³²⁹ *Id.* para. 83.

³³⁰ *Id.* para. 82.

³³¹ *Id.* para. 78-79.

³³² *British Airways v. Ryanair*, [2000] EWHC Ch 55, para.25. “Compliance with most of these conditions will obviously be necessary to comply with s.10(6). But there is one significant extra - “denigration”. You can be offensive about another’s trade mark or name without being dishonest. The Bastards headline does just that....”

不實的不正競爭範疇而為本款之所非難之對象。

第二款 以有無混淆作為商標保護與適法比較廣告之界線—O2 案

2008 年 *O2 v. H3G*³³³ 是比較廣告中具有代表性之案例，該案係進行比較廣告中連帶涉及被比較對象的商標法上問題，商標指令第 5.1 條 b 款與 84/450 指令第 3a 條 d 款（2006/114 指令第 4 條 h 款）皆規定禁止混淆（confusion）的要件。*O2* 案中，歐洲法院強調為了調和已註冊商標以即比較廣告的使用，在比較廣告符合 84/450 指令第 3a 條時允許廣告主在比較廣告中使用他人之商標，商標權人不得以商標指令第 5.1 條 a 款或 b 款禁止廣告主在比較廣告中使用與其相同或近似的商標³³⁴。

O2 案中，英國法院認為 *H3G* 使用 *O2* 的商標用來比較二者商品或服務的特性（價格比較便宜），係以不會造成混淆或損害商標的指示來源功能之方式進行比較，因此提交歐洲法院的第一個問題主要係在認定本案有無商標指令第 5.1 條 a 款或 b 款之侵權³³⁵。因本案中，廣告主並非使用與 *O2* 的商標同一之標誌，因此無第 5.1 條 a 款之適用³³⁶。

針對是否構成商標指令第 5.1 條 b 款的商標侵權，係以 *Céline* 案所確立的四步原則³³⁷ 判斷之，即：(1) 必須使用於商業環境；(2) 未得商標權人同意；(3) 與註冊商標相同之商品或服務上使用；(4) 使用須影響或可能影響商標之功能，特別是商標的基本指示來源的功能。歐洲法院在本案中並指出上述的「*Céline* 四步原則」中第 4 點所稱影響商標功能係指使公眾產生混淆誤認的基本功能³³⁸，即會使公眾相信兩者的商品或服務來自同一事

³³³ 本案廣告主 *H3G* 為提供行動電話服務之公司，其商標為「3」，其以同樣提供行動電話服務之公司 *O2* 作為比較對象並進行比較廣告，*O2* 公司英國註冊之商標為藍色背景氣泡。廣告中 *H3G* 以 *O2* 及黑白顏色之氣泡緊接「Threepay」、「3」圖樣藉以表示其所提供的服務較便宜。*O2* 公司認為 *H3G* 侵害其商標權而提起訴。

³³⁴ CJEU, *O2*, *supra* note 238, para. 45.

³³⁵ *Id.* para. 28. 本案請求先行裁決事項共三項，分別為：(1) 廣告主為促銷自己的商品或服務，在廣告中以不會造成混淆或損害商標的指示來源功能之方式，而使用競爭者的商標用來比較二者商品或服務的特性（特別是價格），此種情形是否違反 89/104 指令第 5.1 條 a 或 b 款之規定？；(2) 如前述答案為肯定，在比較廣告中使用競爭者的商標，若欲以修正之第 84/450 指令第 3(a) 條規定阻卻商標侵權，是否應符合「不可避免」(indispensable) 之要件，如是，其判準為何？；(3) 「不可避免」之要件，是否排除任何非常近似於已註冊商標之使用？但因第一個問題為否定，因此歐洲法院並未就第二、三的問題回答。

³³⁶ *Id.* para. 53.

³³⁷ CJEU, *Céline Sarl v. Céline SA*, C-17/06, para. 16. 中譯部分參考許曉芬，同前註 98，頁 198。

³³⁸ CJEU, *O2*, *supra* note 238, para. 57.

業 (from the same undertaking)，或誤認兩者有經濟上連結 (economically-linked undertakings)，而有混淆誤認之虞並影響商標的基本功能³³⁹，作為判斷的公眾應以一般通常合理注意 (normally informed and reasonably attentive) 的相關消費者 (relevant public) 為認定對象³⁴⁰。

本案中，H3G 使用類似 O2 商標之行為，合乎上述(1)、(2)、(3)要件³⁴¹，值得注意的是，關於上述(1)的「商標使用」(trade mark use) 之範圍，歐洲法院的歷年判決對於「使用」的範圍劃分其實是不斷調整的，在 2002 年 *Hölterhoff v. Freiesleben* 一案中，歐洲法院認為如果第三人使用該註冊商標並非用來指示其商品的來源，則不構成侵權，例如該案中 Hölterhoff 並沒有使用 Freiesleben 的「Spirit Sun」商標來指示其商品與 Freiesleben 是同一來源，而僅是用以表明這些商品看起來類似於商標權人的商品³⁴²；2003 年的 *Arsenal Football v. Reed* 中，歐洲法院指出商標的基本功能是在使消費者或末端使用者藉以區別商標所標示的商品或服務的來源，並使其能與其他商品或服務有所區別而不會產生混淆的可能³⁴³，該案中法院明確的闡釋商標侵權的成立必須以影響及於指示消費者商品或服務來源的「基本功能」(essential function) 為要件，而 Reed 基於對於 Arsenal 的支持或忠誠表現在其商品上使用 Arsenal 的商標，法院認為其仍會造成消費者產生混淆³⁴⁴；2007 年 *Adam Opel* 一案中，法院認為第三人 (廣告主) 使用與商標權人相同或類似的標誌在廣告主所提供的商品或服務為商標指令第 5.1 條及第 5.2 條的「使用」，但消費者並不因第三人使用 Opel 的商標而認為 Autec 製造的玩具車的來源為 Opel 或誤認兩者間有經濟上連結³⁴⁵；2008 年 O2 案中，歐洲法院認為比較廣告的目的在於區別廣告主與競爭者

³³⁹ *Id.* para.59.

³⁴⁰ CJEU, *Adam Opel v. Autec AG*, C-48/05, para. 23-25. "... the relevant public does not perceive the sign identical to the Opel logo appearing on the scale models marketed by Autec as an indication that those products come from Adam Opel or an undertaking economically linked to it, it would have to conclude that the use at issue in the main proceedings does not affect the essential function of the Opel logo as a trade mark registered for toys." See also CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 50.

³⁴¹ CJEU, *O2*, *supra* note 238, para.60-62.

³⁴² CJEU, *Holterhoff v. Freiesleben*, C-2/00, para. 16.

³⁴³ CJEU, *Arsenal Football v. Reed*, C-206/01, para. 48." the essential function of a trade mark is to guarantee the identity of origin of the marked goods or services to the consumer or end user by enabling him, without any possibility of confusion, to distinguish the goods or services from others which have another origin."

³⁴⁴ *Id.* para.51.因此可知，若第三人使用與商標權人相同的商標，在其使用不影響商標的基本功能時，則不構成侵權。本案中，歐洲法院認為在商品上使用 Arsenal 的商標將製造 Reed 與 Arsenal 間有重要連結 (material link) 的印象，See para.61; Po Jen Yap, *Essential function of a trade mark: from BMW to O2*, 31(2) E.I.P.R. 81, 83 (2009).

³⁴⁵ CJEU, *Adam Opel*, *supra* note 340, para. 28, 41.

間的商品或服務，因此廣告主在比較廣告中使用競爭對象之商標用以「區別」兩者，亦可視為是廣告主有商標使用的行為³⁴⁶。

承前述，在第 4 個是否有混淆誤認之虞的判斷上，歐洲法院認為使用類似的氣泡標誌的廣告整體而言並沒有誤導，尤其是對公眾並不會產生兩者有商業連結（commercial link）的錯誤印象³⁴⁷，另外，歐洲法院更提及本要件之判斷應與比較廣告 97/55 指令第 3a 條 d 款、商標指令第 4.1 條 b 款的混淆同一解釋³⁴⁸，由此可知，此判決係調和了使用他人商標在比較廣告指令與商標指令的規定，使得比較廣告區別廣告主和競爭者商品或服務的目的同時能滿足商標指示來源的基本功能³⁴⁹。然而，有學者認為在此所稱的混淆誤認之虞應與是否准予註冊的混淆之虞判斷上應有所區別，倘如申請商標註冊成功者，商標權人擁有將其商標使用於任何種類之權利，因此有必要評估確認申請人使用該標誌的所有情況有無混淆誤認之虞，這種情況與被告主張其擁有商標權的侵權情形並不相同³⁵⁰。

綜上所述，針對比較廣告指令與商標指令兩者的關係是本案重點所在，有學者認為因比較廣告並未明確界定其與商標指令間的關係，僅在前言第 13、14、15 點提及兩者間之關係，指令第 4 條的適法性要件目的也僅係規範「真實」的比較廣告，故而使得本案中發生了佐審官及歐洲法院意見歧異的結果³⁵¹。本文認為在比較廣告中使用他人之商標之情形下，應先判斷其使用是否有使公眾混淆之可能，如本案中，法院最終之認定為 H3G 的使用行為並不會造成混淆，即可確定無商標指令第 5.1 條 b 款的商標侵權；

³⁴⁶ CJEU, *O2*, *supra* note 238, para.36. “the use by an advertiser, in a comparative advertisement, of a sign identical with, or similar to, the mark of a competitor **for the purposes of identifying** the goods and services offered by the latter can be regarded as use for the advertiser’s own goods and services for the purposes of Article 5(1) and (2) of Directive 89/104.”

³⁴⁷ *Id.* para.63. “... the use by H3G, in the advertisement in question, of bubble images similar to the bubbles trade marks did not give rise to a likelihood of confusion on the part of consumers. The advertisement, as a whole, was not misleading and, in particular, did not suggest that there was any form of commercial link between O2 and O2 (UK) on the one hand, and H3G, on the other.”

³⁴⁸ *Id.* para. 49,65.

³⁴⁹ Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 324.

³⁵⁰ Ilanah Simon Fhima, *Trade mark infringement in comparative advertising situations*, 30(10) E.I.P.R. 420, 424(2008).

³⁵¹ *Id.* at 22. 本案佐審官 Mengozzi 則認為比較廣告案件不需考量商標指令第 5.1 條 a、b 款，是否為合法的比較廣告僅需考量比較廣告指令中第 3a 條（2006/114 指令第 4 條），因比較廣告指令的規範以詳盡並盡可能協調使比較廣告在會員國間合法化，因此，只有在違反比較廣告指令第 3a 條時才禁止其在比較廣告中使用他人商標，並非基於商標指令第 5.1 條 a、b 款而排除其使用，亦不得援用商標指令第 6.1 條作為抗辯。並認為第 3a 條 d、e、g、h 四款中其實就是在保護商標權人，因此「僅」會依照第 3a 條各款排除比較廣告中使用他人商標之行為，而無成立商指令第 5.1 條之餘地。 See Opinion of Advocate General Mengozzi, para. 29,30,32,45; Georgios Anagnostaras, *supra* note 225, at 323-24; *Id.* at 22..

此外，須進一步檢視有無其他比較廣告指令所要求的各款適法性要件之違反始可確認是否為合法的比較廣告。反之，如有混淆之虞，則因違反比較廣告指令第 4 條 h 款而為一不適法的比較廣告，至於是否成立商標侵害，應再行檢視是否滿足「*Céline* 四步原則」的其他要件。

第三款 不得對被比較者進行不必要之依附

比較廣告指令第 4 條 f 款針對廣告主透過聲譽移轉而獲取不公平利益的行為亦將其規範圍比較廣告適法性要件其中一款，同樣的「獲取不公平利益」(take unfair advantages) 規定亦可見於商標指令中第 5 條第 2 項，可知此種透過依附在競爭對手著名的吸引力，進而獲取消費者注意藉以獲得商業上利益，此種「搭便車」的行為為競爭法及商標法所共同非難之態樣，而針對此項同時為比較廣告不適法及商標侵權之態樣，在 *L'oreal* 案中，歐洲法院明確揭示「獲取不公平利益」之判斷，在商標法與比較廣告上應做同一解釋 (same interpretation)³⁵²。

第一目 依附性比較廣告與商標權之界線-*L'oreal* 案中以有無移轉商標聲譽獲取不公平利益為斷

較早針對攀附商譽的搭便車行為有所觸及的比較廣告案例為 2002 年的 *Toshiba* 案，本案例中主要針對 *Katun* 在目錄中使用 *Toshiba* 的 OEM 號碼左右對照是否構成比較廣告指令中的「獲取不公平利益」情狀，歐洲法院認為應以廣告對象是否會將廣告主之商品與被比較對象之商品產生聲譽的聯想 (association)，廣告對象之認定應具有接收合理資訊並合理觀察的一般消費者 (an average individual who is reasonably well informed and reasonably observant) 為之，並且須考量廣告之全盤表示 (overall presentation)，本案所訴求的廣告對象主要為特定專業對象 (specialist traders)，加上 OEM 號碼僅為指示兩製造商間有關係之眾多方式中的一種，如不允許使用被比較對象的 OEM 號碼將使比較難以進行，故而法院認為相較於最終消費者，其將兩者聯想在一起而造成錯誤印象 (false impression)

³⁵² CJEU, *L'Oréal*, supra note 246, para.23.

之可能性大幅降低，且廣告中之表示已有區分兩製造商之來源不同，因此歐洲法院認定本案廣告主並無利用 Toshiba 的聲譽而獲取不公平利益之情事³⁵³。與前述類似案例為 *Siemens v. VIPA* 案，*Tosiba* 案所闡釋的有效競爭（effective competition）關點與是否造成錯誤印象再度被提及³⁵⁴，若不允許 VIPA 使用 Siemens 的訂單編號進行比較，而改用列出比較表方式比較，可能導致限制產品市場之競爭之後果³⁵⁵。

2009 年的 *L'oreal v. Bellure*³⁵⁶ 一案在比較廣告中使用他人著名商標涉及是否有利用著名商標之聲譽獲取不公平利益的問題，利用聲譽「獲取不公平利益」（takes unfair advantages）不僅為著名商標之侵害態樣之一，亦為比較廣告之適法性要件之一，歐洲法院認為在「獲取不公平利益」的解釋上，比較廣告指令第 3a 條 g 款（現行指令第 4 條 g 款）與商標指令第 5.2 條應為同一之解釋³⁵⁷。不同於大部分比較廣告係以貶低競爭對手藉以襯托廣告主商品或服務較優秀品質或價格等，利用他人著名聲譽獲取不公平利益係指第三人依附著名商標的強烈吸引力，使得容易引起消費者注意或較易取得其信賴，利用其聲譽而獲取與商業上之利益，亦有稱之為「搭便車」（free-riding）行為³⁵⁸。

歐洲法院指出，搭便車行為之不法性係在強調第三人使用相同或類似的標誌，透過移轉（transfer）著名商標的「形象」或該標誌所投射出的「特徵」，明顯是在著名商標強烈吸引力的羽翼下不勞而獲得利益（clear exploitation on the coat-tails of the mark with a reputation）³⁵⁹，此與商標法上非難減損之概念著重於損害有別，基此，在搭便車的判斷上實則與商標混淆誤認、減損識別性或聲譽的問題無關³⁶⁰。此外，搭便車之侵害態樣為商標法上特別賦予之保護，本質上其已跳脫著名商標保護表彰商來源之功能，

³⁵³ CJEU, *Toshiba*, supra note 265, para 52, 58, 59.

³⁵⁴ Id. para 54; CJEU, *Siemens*, supra note 282, para. 15-16.

³⁵⁵ CJEU, *Siemens*, supra note 282, para. 26. " ...The possibility that there would be restrictive effects on competition in the market for add-on components to the controllers manufactured by Siemens cannot therefore be excluded."

³⁵⁶ 本案為 Bellure 販售與 L'oreal 的 Tresor、Miracle 香水類似的氣味及瓶身包裝，販售商並提供零售商「香氣對照表」供其對照香水所模仿的知名品牌香水的香氣。L'oreal 認為該「香氣對照表」與模仿其香水的包裝皆構成商標侵權，本案上訴至英國最高法院，英國最高法院轉向歐盟提起先行裁決。

³⁵⁷ CJEU, *L'Oréal*, supra note 246, para. 77.

³⁵⁸ 參許曉芬，同前註 98，頁 192; Id. para. 41.

³⁵⁹ CJEU, *L'Oréal*, supra note 246, para. 41, 49.

³⁶⁰ Id. para. 43. 雖與商標混淆誤認與減損的侵害態樣不同，但歐洲法院並不排除成立搭便車之餘亦可構成商標減損之可能。See para. 45.

而係著重於正面商譽與獨有特色，故而，倘若商標雖著名，但未具備特別卓越之聲譽，則無成立搭便車之虞³⁶¹。

此外，針對獲取「不公平利益」之意義，歐洲法院認為所稱「不公平」係謂第三人使用相同或相似的標誌，在未付出任何經濟上代價與努力而憑空享受商標權人維持著名商標聲譽或識別性所付出的行銷努力³⁶²，或可藉由模仿或抄襲著名商標之行為，使得消費者移轉著名商標之聲譽或吸引力至其商品上，甚或可減少第三人應付出之行銷費用³⁶³。如 2011 年 *Interflora* 一案中，在關鍵字廣告中利用著名商作為關鍵字廣告，即被認為明顯有搭便車意圖，廣告主並未付出任何經濟上代價，平白享受著名商標對維持聲譽所付出之努力，而且使用者在搜尋著名商標關鍵字時，同時顯示廣告主之連結，極有可能因此選擇廣告主之商品，明顯係從著名商標的識別性、商譽獲取利益³⁶⁴。本案由於廣告主刻意模仿 L'oreal 商品的瓶身包裝與香水氣味，歐洲法院認為其有意在兩商標間製造聯想與商業上利益之關聯性，使得消費者就廣告主的仿冒品與被比較對象的高貴香氣連結一起，其基於行銷目的（*promotional purposes*）而為之模仿係利用消費者對於 L'oreal 聲譽移轉之作用而獲取不正當之利益³⁶⁵。

惟，英國上訴法院法官 Jacob L.J. 表示搭便車行為並沒有允許（*permissible*）與不允許（*impermissible*）之別，所有的搭便車行為皆是「不公平」³⁶⁶，但歐洲法院在本案中並沒有明確解釋何謂在著名商標羽翼下不勞而獲的「不公平」利益，其對於「不公平」概念太過籠統無助於第三人判斷其可以或不可以做某些行為³⁶⁷，有學者亦認為歐洲法院並未清楚劃分「公平」與「不公平」的界線，而導致只要有移轉著名商標聲譽之可能或利用著名商標的聲譽獲得利益，即會被認為有搭便車之不公平，換言之，在歐洲法院的操作下，只要從著名商標權人獲有利益（*benefit*），不問商標權人是否受到損害（*harm*），所有的利益（*advantage*）皆被視為「不公平」，可知基於對著名商標的保護，在搭便車的侵害態樣之成立可能也隨之擴大

³⁶¹ 此為歐洲普通法院（General Court）在 *VIP* 案中之見解。CJEU, *SIGLA SA v. OHIM & Elleni Holding BV*, T-215/03, para. 41.

³⁶² CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 49.

³⁶³ CJEU, *Siemens*, *supra* note 282, para. 40.

³⁶⁴ CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 85-88.

³⁶⁵ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 47-48.

³⁶⁶ *L'Oréal SA & Ors v Bellure NV & Ors*, [2010] EWCA Civ 535, para. 49.

³⁶⁷ *Id.* para. 17.

觀察 *Tosiba* 以及 *Siemens* 兩案，歐洲法院對於比較廣告之「獲取不公平利益」的不適法要件判斷上，首先著重在是否造成廣告對象有錯誤印象之可能，即是否有將廣告主與被比較對象之商品來源的同一性混淆之情況，若廣告對象為具有特定專業的消費者，則其有錯誤聯想之可能性相對降低，構成本款事由之可能性也不大³⁶⁹。其次，消費者從比較廣告中可獲得的利益亦須納入考量³⁷⁰，例如 *VIPA* 若在比較表中不使用 *Siemens* 的訂單號碼，消費者必須自己去尋找 *VIPA* 與 *Siemens* 販售的相應商品，對於消費者與 *VIPA* 都是不利益的；若 *Katun* 不使用 *Tosiba* 的 *OEM* 號碼，將使得比較進行的困難許多³⁷¹。

然而在 *L'oreal* 案中，歐洲法院進一步認為應全盤考量所有情狀，包含商標的著名程度、識別性的強弱、兩商標的近似程度與商品或服務的相似程度³⁷²，若著名商標的識別性越強或商譽越高，構成侵害的可能性亦越高³⁷³。關於著名商標之著名程度，歐盟智慧財產局（European Union Intellectual Property Office，EUIPO。2016年3月23日前為歐盟內部市場調和局，Office for Harmonization in the Internal Market，OHIM）之見解認為著名商標必須為一般公眾皆知，第三人才有利用其聲譽吸引力之可能，如該商標僅在特定領域知名，而不為其他領域消費者所知悉，原則上無法從中獲取不當利益³⁷⁴。另外在以相關公眾判斷特定商標的搭便車行為時，應以使用

³⁶⁸ Darren Meale & Joel Smith, *Enforcing a trade mark when nobody's confused: where the law stands after L'Oréal and Intel*, 5(2) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 96,103 (2010); Dev Gangjee & Robert Burrell, *Because you're worth it: L'Oréal and the prohibition on free riding*, 73(2) *M.L.R.* 282, 283 (2010); Audrey Horton, *The implications of L'Oréal v Bellure - a retrospective and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage unfair?*, 33(9) *E.I.P.R.* 550, 551-552 (2011).

³⁶⁹ CJEU, *Toshiba*, *supra* note 265, para 52; CJEU, *Siemens*, *supra* note 282, para. 19. " ...the products at issue in the main proceedings are intended for a **specialist public**, which is **much less likely than final consumers to associate** the reputation of Siemens products with that of products distributed by *VIPA*"

³⁷⁰ CJEU, *Siemens*, *supra* note 282 para. 24.

³⁷¹ *Id.* para. 26; CJEU, *Toshiba*, *supra* note 265, para 59.

³⁷² CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 70." In order to determine whether the use of a sign takes unfair advantage of the distinctive character or the repute of the mark, it is necessary to undertake a global assessment, taking into account all factors relevant to the circumstances of the case, which include the strength of the mark's reputation and the degree of distinctive character of the mark, the degree of similarity between the marks at issue and the nature and degree of proximity of the goods or services concerned.... "

³⁷³ CJEU, *Intel*, *supra* note 246, para. 69.

³⁷⁴ OHIM, Board of Appeal, *Hollywood v. Souza Cruz*, R 283/1999-3, para.119. "The existence of a reputation cannot be assessed in general terms. A trademark familiar to a large part of the public will normally enjoy a certain reputation and will therefore possess added value which goes beyond

「特定商標」之相關消費為認定對象³⁷⁵，即具一般知識、注意程度及智力的相關公眾，藉以認定使用「特定商標」之相關消費是否係導因於著名商標的商譽吸引力而造成的移情作用而購買該特定商品或服務，因此非以使用「著名商標」的相關消費者為斷。綜上所述，歐洲法院在是否有獲取不公平利益之判斷上，除了檢視使否導致混淆廣告對象導致其有錯誤印象，並平衡考量使用他人商標之必要性與消費者之利益，針對其他個案中之情狀亦應通盤考量³⁷⁶。

L'oreal 案後凸顯了「搭便車」之規範所帶來的問題，尤其是在本案中確立了著名商標所保護的功能，除了與一般商標保護相同的基本功能外，更擴及保護表彰商標來源（*origin function*）的之外的其他功能，例如在保證商品或服務品質（*guaranteeing the quality*）、溝通（*communication*）、投資（*investment*）或廣告（*advertising*）功能³⁷⁷，由此可知，給予著名商標本身價值的保護係導因於商標權人透過商標傳達訊息給公眾，其勢必投入巨額努力經營商標之形象、品質，透過商標本身的商譽可以傳達給廣告對象特定形象甚至是生活品質的訊息³⁷⁸。歐洲法院在本案中指出廣告主製作香氣對照表並非基於單純的描述目的（*purely descriptive purpose*），其完全是基於廣告功能而使用，而認為其本於攀附著名商標之聲譽而成立商標侵權。

針對前述援用「商標功能論」（*functions of the trade mark*）作為判斷商標侵權成立與否之立論，從英國上訴法院 Jacob L.J.法官認為從言論自由（*free speech*）的脈絡觀察，在商品本身合法的情況，商標法並不禁止商

the distinguishing effect common to all trademarks. It is also possible that a trademark may be used only in a limited market sector, in which it has a strong reputation, and that **owing to the specialised nature of this sector it has not achieved a significant level of repute among consumers in other sectors**. It follows that, in principle, it is **not possible to take advantage of the repute** of a trademark restricted to a specific sector, which is not known to consumers of goods and services in other sectors in respect of which the applicant has applied for registration”

³⁷⁵ CJEU, *Intel*, *supra* note 246, para. 33-36.

³⁷⁶ 本案佐審官意見值得參考，其認為就不公平並無法給予一體適用之定義，其認為應觀察個案情況判斷，且須滿足下列步驟：(1)消費者因商標之使用，而將兩商標之商品或服務產生聯想？(2)因聯想而獲得的利益是否為不公平？在此必須平衡考量消費者可藉比較廣告可獲得之利益，如因客觀呈現優缺點而使消費者得正確選擇。See Opinion of Advocate General Mengozzi, para 75-76.

³⁷⁷ CJEU, *L'Oréal*, *supra* note 246, para. 58; CJEU, *Google France v Google*, C-236/08, para. 77,79.

³⁷⁸ Christopher Morcom, *L'Oréal v Bellure - the Court of Appeal reluctantly applies the ECJ ruling: L'Oréal S v Bellure NV [2010] EWCA Civ 535*, 32(10) E.I.P.R. 530, 536(2010).甚至有學者將此三功能以商譽功能（*goodwill functions*）概括。See Martin Senftleben, *Function theory and international exhaustion: why it is wise to confine the double identity rule in EU trade mark law to cases affecting the origin function*, 36(8) E.I.P.R. 518,518, 521-522 (2014).

人對於其商品為誠實的描述 (honest statement)³⁷⁹；言論自由不僅是期許說者據實以告 (tell the truth)，也包含了聽者的權利，即市場上消費者得以接受正確資訊並轉換成消費者對於商品的選擇權³⁸⁰。Jacob L.J.法官認為歐洲法院在 *L'oreal* 案所為之決定，意味著經濟地位較低的消費者是輸家，在廣告主已如實陳述其販賣「聞起來像 L'oreal 香味」的香水，而只有經濟拮据的消費者會去購買類似 L'oreal 的仿品，真品對於他們而言是不可及的，但法院卻拒絕他們購買的聞起來像是名牌的香水所可獲得的喜悅³⁸¹；再者，歐洲法院對於本案的見解，似乎過於保護第三人從著名商標所獲得的利益³⁸²；此外，對於商標基本功能之外的其他功能過於模糊、定義不清並且於法無據這點亦受到指摘³⁸³。商標的廣告功能之目的在於宣傳並說服 (persuade) 消費者³⁸⁴，在數個使用著名商標的關鍵字廣告廣告中，歐洲實務一貫的見解認為雖然此將對於商標權人的商業策略有所影響，使其必須支付更高額的廣告費用確保其廣告可以出現在競爭對手之前³⁸⁵，但這樣的關鍵字廣告僅是提供消費者其他選擇，並非終局的造成商標權人透過其商標宣傳並或取消費者的結果，這樣的關鍵字使用並不會影響商標之廣告功能³⁸⁶；雖然在 2011 年 *Interflora* 案，歐洲法院嘗試定義商標之投資功能，其認為投資功能係指商標權人利用商標獲取或維持可以吸引消費者忠誠度的聲譽 (to acquire or preserve a reputation capable of attracting consumers and retaining their loyalty)³⁸⁷，這樣的解釋可能使得投資功能與廣告功能有所重疊，不過法院認為商標在獲取或維持聲譽時，廣告僅是眾多商業技巧 (various commercial techniques) 的一環，因而有所區別³⁸⁸。但是坦白地說，所有的比較廣告目的中皆是帶有影響商標權人的投資功能，或有打擊對手的廣告目的³⁸⁹。

³⁷⁹ *Supra* note 350, para.8-9.

³⁸⁰ *Id.* para.12.

³⁸¹ *Id.* para.14.

³⁸² *Id.* para.16.

³⁸³ *Id.* para 30. " I am bound to say that I have real difficulty with these functions when divorced from the origin function. There is nothing in the legislation about them. Conceptually they are vague and ill-defined..."

³⁸⁴ CJEU, *Google France v Louis Vuitton*, C-236/08 to C-238/08, para. 91.

³⁸⁵ *Id.* 93-94; CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 56.

³⁸⁶ CJEU, *Google*, *supra* note 384, para.69, 96-97; CJEU, *Portakabin Ltd, Portakabin BV v Primakabin BV*, C-558/08, para.32; CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para. 57-59.

³⁸⁷ CJEU, *Interflora*, *supra* note 253, para.60.

³⁸⁸ Martin Senftleben, *supra* note 378, at 519; *Id.* para.61.

³⁸⁹ *Supra* note 366, para 30.

第二目 模仿或複製品之禁止

比較廣告指令第 4 條 g 款主要是禁止以模仿品（imitations）或複製品（replicas）與競爭對象互相比較，其所限制的範圍其實廣於偽造品（counterfeit goods）在歐洲法院的見解下，其認為本款之判斷不問是否有誤導或是混淆誤認之虞，即和指令中第 4 條 a 款、h 款分開獨立判斷³⁹⁰。

模仿品或複製品之比較方式無論為明示或是暗示皆落入禁止比較之範圍，*L'oreal* 案中，歐洲法院認為廣告主以模仿商標權人之商品進行比較，係違反公平競爭因而不合法（unlawful），其透過香氣對照表所獲得的利益係屬不公平競爭之結果，而應被視為有商譽搭便車之構成³⁹¹。對此見解，Jacob L.J. 法官認為前述歐洲法院的論點是將比較廣告指令中的搭便車規定與禁止以模仿品或複製品比較之規定兩者混合分析，簡言之，如果係爭比較廣告若為模仿品或複製品，因為違反比較廣告指令第 4 條 g 款規定，亦隨之構成搭便車³⁹²，這樣的操作無非與 *Toshiba* 案以來歐盟對於比較廣告所持的「最有利解釋原則」有所違背³⁹³。

此外，Jacob L.J. 法官並不贊同 *Bellure* 等所製造的香水因為具有 *L'oreal* 香水的氣味特徵，如此即被排除於比較廣告指令保護之外，如同 Jacob L.J. 法官提到的，對於沒有欠缺適法性的商品（lawful product）所做的誠實陳述並不應構成搭便車³⁹⁴；基此，甚至有論者認為應該將以模仿品或複製品之比較從比較廣告指令的適法性要件中刪除，因為本款之認定將比較標的限縮在仿冒品是無可避免³⁹⁵；且退萬步言之，本案中廣告主使用該香為對照表雖非單純描述之使用，其使用 *L'oreal* 商標亦非商標指令第 5.2 條的「非正當理由」（without due cause），反之，本於誠實的敘述（in accordance with honest practice）所為之比較應屬合理使用（due cause），因此也不應有搭便車的問題³⁹⁶。

³⁹⁰ CJEU, *L'Oréal*, supra note 246, para. 74.

³⁹¹ *Id.* para. 79.

³⁹² *Supra* note 366, para.35.

³⁹³ *Id.*, para.37.

³⁹⁴ *Id.*, para.38-39.

³⁹⁵ Christopher Morcom, supra note 378, at 535.

³⁹⁶ *Supra* note 366, para 43.

第三節 從歐盟規範觀點反思我國比較廣告之基準

從前述數個歐洲法院關於比較廣告的判決中，可觀察到歐盟對於比較廣告的態度，以下為本文認為歐洲法院對於比較廣告之見解可供我國參考與反省之處：

第一項 有利比較廣告解釋原則的貫徹

比較廣告之允許為現今各國潮流，然而是否諸國在實際操作上皆秉持此原則為行進方向，必須端視在實際的案例操作上的結果為斷。本文認為歐洲針對比較廣告的保護確實秉持盡可能的適用作為其大原則，此部分可從應然面與實然面兩方向觀察：

首先，從立法體制的應然面觀察，不難看出歐盟在比較廣告指令中對於其欲活化比較廣告利用之本意，承前所述，基於消費者選擇權與市場公平競爭做為首要利益之考量，在立法政策上對於比較廣告的適法性係採例外不適法之除外規定，就比較廣告指令第 4 條的適法性要件規範上亦非嚴格，例如 a 項至 c 項係從廣告應真實客觀的本質出發，其餘各款則主要與商標法上之若干商標人權利相互調和。

其次，從實然面觀察，比較廣告在歐洲法院的操作下，顯然是遵循早期 *Toshiba* 發展出來對於比較廣告採取開放之態度，而其所發展的最有利比較廣告解釋原則亦在往後的判決中相繼採納³⁹⁷，使得比較廣告歐洲法院的認定下確實係適用較寬鬆之規定。另外，進入歐洲法院的比較廣告案例中，使用被比較對手之商標之案例顯較我國高，本文認為此應係由於在歐盟立法體制中已明定在比較廣告中使用他人商標為原則適法，故而在廣告的形式中，使用他人商標是「自然而然」的一件事。對此，本文認為此為妥適之立法形式，倘若係以消費者之利益做為出發點，則在比較廣告中使用他人之商標應可使廣告對象迅速正確理解被比較對象；此外，允許廣告主於其比較廣告中使用他人之商標藉以指示其所比較之對象，此方式對於廣告主而言係最有效率之特定被比較對象之方式，故而允許其使用他人商

³⁹⁷ 如 2003 年的 *Pippig* 案、2006 年 *Lidl Belgium* 案、2007 年 *De Landtsheer Emmanuel* 案、2008 年 *O2 Holdings* 案、2010 年 *Lidl* 案。

標，亦可助長廣告主以比較廣告做為其行銷手段，整體而言亦屬有益於市場競爭。

相較於我國對比較廣告的立法形式，交偏向單一，也就是單從比較廣告的「廣告」本質出發，必須是真實且客觀，疏而忽略了比較廣告可能與其他法律的交錯，例如使用他人商標之適法性何在，故而在操作上勢必局限，而不能盡其利用比較廣告所能帶給消費者資訊上之透明或是競爭上的促進；雖然我國的比較廣告大方向與歐盟規範無異，惟與商標法上的關係仍付之闕如。因此本文認為歐盟由於在法制的規範下已預想到比較廣告勢必涉及容許比較廣告不免侵蝕他人之商標權，故而立法者已於立法中選擇其所欲保護的優先順序，即儘可能寬認比較廣告之進行的立法意旨，也許就是因為立法者明確的立場選擇，才使得歐盟地區之比較廣告蓬勃運用他人之商標的結果。

本文認為，對於比較廣告採取開放性態度已甚明確，但如果因法治不明確而使得此一制度鮮少被運用，而限制了比較廣告在合理範圍內可利用他人之商標之可能性，實在可惜允許比較廣告的美意。

第二項 以比較廣告本質做為適法性判斷的宗旨

基於前述，吾人可之知鑒於對消費者受有完整透明資訊接收的利益之保護，歐洲實務上肯認消費者從比較廣告中享有接受訊息之利益，過去原則禁止比較廣告之思想也已被揚棄，歐盟試圖最有利於比較廣告意涵為其解釋比較廣告之態度，加上消費者利益做為首要依歸之觀點，在實際操作，歐洲實務欲使比較廣告之適法性盡可能被肯認，此點並無疑問。

然在適法與不適法之間之拿捏，其中之界線係本文所探討重要之課題，亦是比較廣告實務上備受關切之議題，觀諸前述歐盟個案例，本文認為即使歐洲實務採取寬鬆認定比較廣告，在比較廣告適法性極寬鬆之餘，其仍嚴守比較廣告最核心的本質，也就是真實性、客觀性、無引人錯誤。故而在發規範中雖以抽象規定比較廣告之適法性要件，然而在具體案例之操作下，從 2006 年的 *Lidl v. Colruyt* 一案中可知，歐洲法院揭櫫的「禁止主觀評估之比較」即是與我國實務操作下一大不同，該案佐審官明白地指出比較廣告應公平、公正地進行，比較廣告應客觀觀察商品之特質（objectively

observable characteristics) 而為比較，而非依照主觀偏好為比較之基礎³⁹⁸。

反觀我國在實務上的認定，對於可援用作為比較結果之基礎仍有所模糊，甚至將廣告中之表示區分為「主觀感受之表達」與「客觀事實之陳述」，對兩者的可檢驗性要求完全不同，如此操作是否合宜，殊值懷疑。回到比較廣告之基礎，所有用以作為廣告宣稱之依據必須係具備可檢驗性，這是比較廣告之所以可以適法的核心要件，也就是可以證明廣告主宣稱的真實性，倘如對於「主觀感受之表達」因難有具體客觀之比較或判斷標準，則本文認為因無法檢驗，就不應該允許廣告主對不特定廣告對象進行宣稱，否則豈非容許廣告主藉由該「無法檢驗」之基礎行誇大不實之宣稱，無異是增加消費者誤信之風險。

基上，雖然我國在判斷比較廣告所依據的「公平交易委員會對於比較廣告案件之處理原則」作為執法依據，與歐盟比較廣告指令在適法性要件上以原則性與商標法調和兩大面向為其立法模式，我國之處理原則傾向具體類型化比較廣告適法的上位原則，例如將客觀性要件具體化為「引為比較之資料來源應具客觀性且有公認比較基準」、「對於相同等級商品應採相同比較基準」等。本文認為我國的立法模式應係基於法律安定性之考量而做此具體化之立法選擇，然而從實務上進入公平會判斷之案例觀察，似乎有使比較廣告皆侷限在是否遵循比較廣告處理原則數該具體類型規範，而忽略了比較廣告的本質？

觀察實務上案例，不乏廣告主所提出之佐證根本不能證明宣稱之真實性，或係援用的資料不具客觀性，令人不禁懷疑廣告主是否僅是「形式」提出比較廣告有比較基準、有佐證資料可稽，而忽略了該比較廣告之表示是否有致使消費者錯誤理解之不真實、不客觀情狀，或其所採用的比較基準及客觀資料根本性的欠缺「實質」的真實客觀性質，故而本文認為，我國比較廣告是否適法的認定，其爭議範圍多與消費者權益（是否引起消費者錯誤）有關，或認定是否就競爭對手商品之宣稱不實、引人錯誤。承前所述，相較於歐盟，其比較廣告案例除涉及是否真實客觀、有無引人錯誤之本質上判斷外，因法制上已原則允許使用他人商標，故尚不乏案例之爭議係圍繞在與商標法交錯問題的判斷，例如是否混淆、搭便車的認定，除

³⁹⁸ CJEU, C356/04, Opinion of Advocate General Tizzano, para.46. "...the products that are being advertised must be such as to enable them to be compared in a fair and impartial manner; that is to say, the comparison made in the advertisement must relate to objectively observable characteristics, not to attributes which may be a matter of subjective tastes or preferences."

了涉及消費者權益，並與商標權人的排他權利有所交錯。

簡單以下表表示我國與歐盟在比較廣告上實際之相異點及其影響：

表 10 我國與歐盟在比較廣告之相異點及影響

台灣	歐盟	實際情況	影響
<p>單純從比較廣告的真實性、客觀性、不引人錯誤的面象做具體類型化規定。</p>	<p>分別從比較廣告本質及其與商標法上之概念相互調和。</p>	<p>相較於台灣單一的立法模式，歐盟的立法模式在比較廣告中運用他人商標之情況較為蓬勃。</p>	<p>1. 台灣：</p> <ul style="list-style-type: none"> 公平會管轄 問題圍繞在廣告是否真實、客觀的判斷 主要為影響消費者權益，涉及商標權人的權益鮮少 台灣案例未涉及商標法，使得比較廣告在商標法與公平法之界線沒有辦法透過實務案例累積而窺探及界線。 <p>2. 歐盟：</p> <ul style="list-style-type: none"> 進入司法程序 除了比較廣告本質上認定亦涉及若干與商標法上交錯的問題 涉及消費者公益保護與商標權人私權的界限
		<p>台灣實務區分為客觀、主觀宣稱而異其寬嚴，歐盟則無。</p>	<p>若為主觀感受表達幾乎無法檢驗其真實性，然而對於可檢驗性之貫徹是否有區分必要？歐盟無此問題。</p>

圖表來源：作者自行整理

第五章 結論

針從我國與歐盟公平法及比較廣告指令中相規範與實務操作情形可知現今對於比廣廣告原上適法之態度已明確對於消費者的交易決定的保護市場競爭效維護、被比較對象權和廣告主的經濟言自由之保障的平衡係比較廣告應否適之核心，單純的偏向保護消廣告主甚至是被比較對象皆不能滿足比較廣告可以發揮的最大利益。

從前述歐洲法院及我國公平會處分案例的發展，本文認為我國的比較廣告制度設計有下列幾點值得省思：

一、比較廣告法制未明確規定其與商標法之關係

比較廣告在我國的實際操作上，導因於商標法未針對此領域有所規範，形成一個商標法不管地帶，是否因此而使得廣告主不願承擔比較廣告使用他人商標會涉及的商標侵權風險？故而，在我國的比較廣告中，使用他人商標藉以進行比較之情況並不蓬勃，因而比較廣告涉及商標侵害之情況也幾乎不復存在。然而吾人不禁思考，允許比較廣告，卻不使用他人商標進行比較，如此是否能發揮比較廣告所能帶給市場的最大利益值得思考？

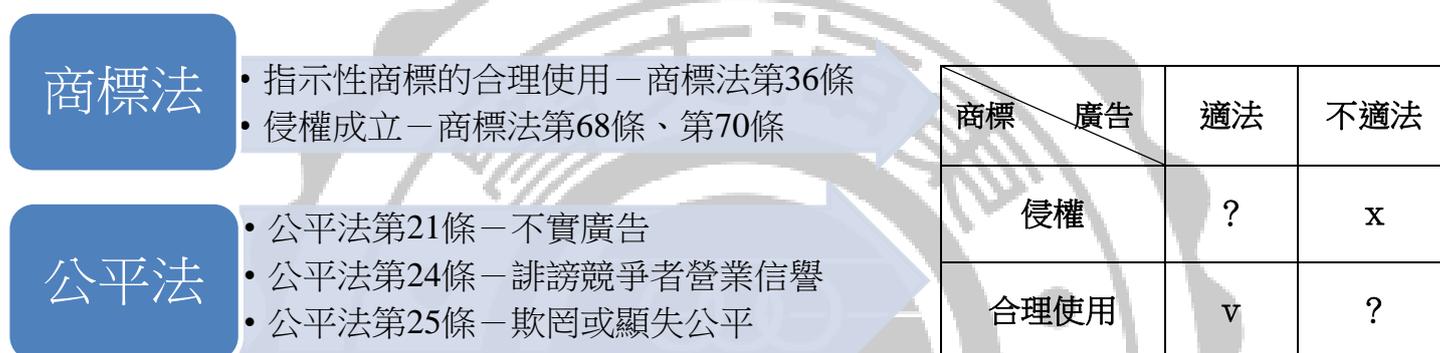
本文認為既然我國對於比較廣告之態度亦是站在消費者資訊接收透明之立場，採取原則允許之態度，本於促進市場競爭與有益於消費者正確交易決定做成的良善意旨，應將比較廣告中原則上允許廣告主使用他人商標之規定明文化。

二、公平法與商標法割裂判斷之矛盾可能

其次，我國對於比較廣告之法制基本上僅以公平會頒布的比較廣告處理原則為處理，其與商標法可能之交錯之部分進入實務認定後之態度並不明確，由現階段之發展看來，若比較廣告中有使用他人商標之情況，較可能之處理方式是分別適用公平交易法與商標法規定，如此在商標法與公平交易法割裂適用，在邏輯上雖無疑問，但公平法之問題大部分皆先進入公平會由其作成處分，而針對是否有商標侵權之認定，須進入司法程序之判斷，即有可能造成商標法與公平交易法判斷結果不同的風險，亦即商標法上構成商標侵害，但公平法上仍可能認為其係適法之比較廣告；尤其是在比較廣告已為不適法之情況，本質上即可能有不公平競爭之情事，倘如仍

肯認廣告主使用他人之商標，在這種情況，使用他人商標對於公益並無助益，商標權人之權利在不適法的比較廣告下其權利仍有所退讓或限縮，本文認為如此作法並不妥適。雖然商標侵權與比較廣告適法與否本係屬兩種問題之判斷，然而本文認為若在立法上，應參考歐盟之方式，在比較廣告之規定中將商標法上所禁止之侵權態樣帶入，較不會有兩者不一致的矛盾產生。

圖 4 比較廣告中使用他人之商標



圖表來源：作者自行整理

三、應回歸真實客觀、不引人錯誤的判斷根本

我國雖已將客觀性、真實性等適法要件類型化於比較廣告處理原則中，然而針對比較廣告中所援用的資料，其真實性以及表示的完整程度的要求，雖然具體，卻有因個案而異的情況，因而比較廣告案例並無法歸納出一個明確的絕對適法標準。本文認為儘管比較廣告處理原則以例示可能違反公平交易法之類型，但針對比較廣告是否適法應回歸其根本，也就是比較廣告需真實、客觀、不引人錯誤，廣告主與行政機關應避免流於遵守比較廣告類型化之例示而忽略適法性的根本核心。

在現行法為採取如歐盟明確的將比較廣告指令與商標指令作調和的情況下，本文認為比較廣告在我國商標法上的定位仍過於不明，在商標法第 5 條與第 36 條適用上皆難以排除商標權人的權利，其勢必有極大的可能性落入是否有商標侵害之判斷，如此雖有益於商標權人的商標保護，然而從比較廣告重視消費者資訊決策的出發點考量，在有利於資訊流通與無

害消費者的資訊認知的情況下，商標權人的排他權利是否仍舊完全不可推讓值得考量。尤其在涉及到著名商標的比較廣告，在著名商標權人的權利無限擴張之時，比較廣告所欲保障的健全市場公平交易與消費者正確作出消費決策的法益是否仍趨於其下值得省思。

本文認為在過度保護商標權人的效力之下，必定會排擠到廣告主適法使用商標之空間，從有利於消費者購買決策之觀點與維持市場公平競爭之考量，在不侵害商標法所保障商標權人之權益範圍下，應肯認比較廣告廣告主使用他人商標之行為，雖我國法制上針對比較廣告可能涉及的公平法與商標法如歐盟法制明確作出調和有其必要性。





參考文獻

一、中文資料

(一)書籍

1. 呂冠瑩，廣告學，新文京開發，2006年2月。
2. 吳秀明，競爭法研究，元照，2010年6月。
3. 周德旺，透視公平交易法，大日，1992年11月。
4. 陳昭華，商標法之理論與實務，元照，2013年2月。
5. 陳文吟編譯，巴黎公約解讀，經濟部智慧財產局，2000年4月。
6. 黃茂榮，公平交易法理論與實務，自版，1993年11月。
7. 劉華美，競爭法與能源法，元照，2009年7月。
8. 劉孔中，比較商標法，新學林，2014年9月。
9. 劉孔中，解構智財法及其與競爭法的衝突與調和，新學林，2015年6月。
10. 黃銘傑編，「商標使用」規範之現在與未來，元照，2015年4月。

(二)期刊

1. 王德博，商標合理適用之判斷原則，智慧財產權月刊第151期，2011年7月，頁27-54。
2. 王敏銓、扈心沂，商標侵害與商標使用—評台灣高等法院九十六年度上易字第二〇九一號判決與智慧財產法院九十七年度民商上易字第四號判決，月旦法學雜誌第185期，2010年10月，頁151-169。
3. 呂靜怡，指示性合理使用的適用標準，全國律師月刊第19卷第7期，2015年7月，頁39-49。
4. 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌第28卷，2001年11月，頁75-89。
5. 李素華，商標權侵害之商標使用及善意先使用—智慧財產法院一〇二年度民商訴字第一號民事判決，月旦裁判時報第29期，2014年10月，頁34-45。
6. 沈宗倫，商標侵害法理在數位時代的質變?以「商標使用」與「初始興趣混淆」為基點的反省與檢討，政大法學評論第123期，100年10月，頁343-405。
7. 林易典，論比較廣告於競爭法下之適法性界限：我國公平法、歐體指令及德國不正競爭防制法規範與實務的發展觀察，公平交易季刊第17

- 卷第 1 期，2009 年 1 月，頁 123-174。
8. 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊第 2 卷第 8 期，1987 年 12 月，頁 23-33。
 9. 邵瓊慧，商標侵權使用之判斷—兼論智慧財產法院最新見解，智慧財產權月刊第 135 期，2010 年 3 月，頁 7-32。
 10. 祝鳳岡，國際比較廣告規範之研究，廣告學研究第四輯，1994 年 7 月，頁 93-110。
 11. 施錦村，比較廣告案件內容結構分析，管理評論第 33 卷第 1 期，2014 年 1 月，頁 69-87。
 12. 陳昭華，侵害著名商標之混淆誤認之虞與減損識別性或信譽之虞的關係—智慧財產法院一〇一年度民商上字第一一號民事判決，月旦裁判時報第 26 卷，2014 年 4 月，頁 44-59。
 13. 陳昭華，比較廣告在商標法上之合理使用，月旦法學教室第 123 期，2013 年 1 月，頁 39-41。
 14. 陳昭華，將商標使用在廣告或贈品上是否構成維權使用之探討，智慧財產權月刊第 166 期，2012 年 10 月，頁 111-136。
 15. 陳匡正，贈送仿冒商標物品之商標使用判斷，法令月刊第 66 卷第 7 期，2015 年 7 月，頁 93-126。
 16. 陳仲麟，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學第 27 期，2011 年 12 月，頁 101-150。
 17. 許曉芬，免死金牌抑或通行令？論著名商標之侵害判斷—評最高法院九十九年度臺上字第一六三二號判決，月旦法學雜誌第 199 期，2011 年 2 月，頁 184-197。
 18. 許曉芬，論著名商標侵害態樣中之搭便車行為—以歐洲法院判決實務為中心，臺北大學法學論叢第 87 期，2013 年 9 月，頁 177-216。
 19. 曾勝珍，論商標「混淆誤認」之判斷標準—以消費者問卷調查效力為主，嶺東財經法學第 1 期，2008 年 6 月，頁 33-58。
 20. 曾陳明汝，商標不正競爭之研究，國立臺灣大學法學論叢第 4 卷第 1 期，1974 年 10 月，頁 189-220。
 21. 黃銘傑，著名商標之「著名」程度及適用於同一或類似商品（服務）之探討—從最高行政法院一〇一年度判字第四七號判決及司法院一〇二年度「智慧財產法律座談會」「行政訴訟類相關議題」第七號提案及研討結果談起，月旦法學雜誌第 249 期，2016 年 2 月，頁 221-243。
 22. 黃銘傑，贈品行為與商標之使用—評智慧財產法院九十九年度民商上字第六號判決，月旦法學雜誌第 216 期，2013 年 5 月，頁 174-193。
 23. 劉孔中，事業以比較廣告從事競爭之界線，公平交易季刊第 3 卷第 3 期，1995 年 7 月，頁 1-17。
 24. 劉孔中，從 Google 關鍵字廣告判決探討商標維權使用與商標侵權使用

- 的區別，月旦法學雜誌第 256 期，2016 年 9 月，頁 91-101。
25. 劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室第 28 期，2005 年 2 月，頁 42-51。
 26. 賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊第 14 卷第 1 期，2010 年 6 月，頁 159-199。
 27. 蕭文生，禁止想入非非之車體廣告，月旦法學教室第 137 卷，2014 年 3 月，頁 6-8。

(三)碩士論文

1. 謝孟珊，國際競爭法的調和，國立政治大學碩士論文，2005 年 7 月。

(四)研究報告與政府出版品

1. 公平交易委員會，認識公平交易法(增定第 16 版)，2015 年 7 月 1 日。
2. 李文雄譯，保護消費者權益致國會的特別信函，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會編印，1995 年 6 月，頁 157-166。
3. 智慧財產局，商標法逐條釋義，2012 年 12 月。
4. 趙義隆、祝鳳岡、謝杞森，比較廣告資訊接露完整程度與不正競爭相關問題研究，行政院公平委員會 91 年度合作研究報告，2003 年 5 月。

二、外文資料

1. ANAGNOSTARAS, Georgios, The application of the harmonised standards on comparative advertising: some recent developments, 32(2) E.L. Rev. 246, 246-259 (2007).
2. ANAGNOSTARAS, Georgios, Bubble wars! Trade mark use and protected designation of origin in comparative advertising, 31(6) E.I.P.R. 316, 316-325 (2009).
3. CARTY, Hazel, Registered Trade Marks and Permissible Comparative Advertising, 24(6) E.I.P.R. 294, 294-300 (2002).
4. FLETCHER, Stella & Fussing, Pia & Indraccolo, Alpha, Comparisons and conclusions: welcome clarification from the European Court of Justice on the interpretation of the Comparative Advertising Directive, 25(12) E.I.P.R. 570, 570-574 (2003).
5. FHIMA, Ilanah Simon, Trade mark infringement in comparative advertising situations, 30(10) E.I.P.R. 420, 420-429 (2008).
6. GANGJEE, Dev & Burrell, Robert, Because you're worth it: L'Oréal and the prohibition on free riding, 73(2) M.L.R. 282, 282-295 (2010).
7. HORTON, Audrey, The implications of L'Oreal v Bellure - a retrospective

- and a looking forward: the essential functions of a trade mark and when is an advantage unfair?, 33(9) E.I.P.R. 550, 550-558 (2011).
8. MILLS, Belinda, Comparative advertising: should it be allowed?, 17(9) E.I.P.R. 417, 417-430 (1995).
 9. MORCOM, Christopher, L'Oreal v Bellure - the Court of Appeal reluctantly applies the ECJ ruling: L'Oreal S v Bellure NV [2010] EWCA Civ 535, 32(10) E.I.P.R. 530, 535(2010).
 10. MEALE, Darren & Smith, Joel, Enforcing a trade mark when nobody's confused: where the law stands after L'Oréal and Intel, 5(2) Journal of Intellectual Property Law & Practice 96, 96-104 (2010).
 11. ROMANO, Charlotte J., Comparative Advertising in the United States and in France, 25 Nw. J. Int'l L. & Bus 371, 371-414 (2005).
 12. SENFTLEBEN, Martin, Function theory and international exhaustion: why it is wise to confine the double identity rule in EU trade mark law to cases affecting the origin function, 36(8) E.I.P.R. 518,518-524 (2014).
 13. YAP, Po Jen, Essential function of a trade mark: from BMW to O2, 31(2) E.I.P.R. 81, 81-97 (2009).

三、網路資料

1. 蘋果日報，
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150312/572928/>
2. 黃薇，試論比較廣告合法性—從比較廣告的合法性看存在的不正當競爭，
http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_44373.shtml
3. 智慧財產局，2014 年商標使用座談會會議資料，頁 3，
<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=516402&ctNode=7127&mp=1>

四、案例

(一)我國

1. 臺灣高等法院 94 年上訴字第 1169 號刑事判決
2. 台灣高等法院台中分院 95 年度上易字第 258 號判決
3. 智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 18 號判決
4. 最高法院 98 年台上字第 177 號刑事判決
5. 智慧財產法院 99 年度民商訴字第 6 號民事判決

6. 最高法院 99 年度民商上字第 8 號民事判決
7. 臺北高等行政法院判決 99 年度簡字第 267 號判決
8. 智慧財產法院 101 年度行商訴字第 34 號判決
9. 智慧財產法院 101 年民公上字第 6 號民事判決
10. 智慧財產法院 101 年民商訴字第 35 號民事判決
11. 智慧財產法院 101 年刑智上易字第 52 號刑事判決
12. 智慧財產法院行政 101 年行商訴字第 145 號行政判決
13. 智慧財產法院 101 年行商訴字第 112 號行政判決
14. 智慧財產法院 101 年度民商上字第 11 號民事判決
15. 智慧財產法院 102 年度行商訴字第 41 號判決
16. 最高行政法院 102 年判字第 176 號判決
17. 智慧財產法院 102 年行商訴字第 22 號行政判決
18. 智慧財產法院 102 年度民商上字第 12 號民事判決
19. 智慧財產法院 103 年民商上字第 16 號民事判決
20. 智慧財產法院 104 年度民商上字第 16 號民事判決
21. 智慧財產法院 104 年度刑智上易字第 66 號刑事判決
22. 智慧財產法院 104 年民商訴字第 31 號民事判決
23. 智慧財產法院 104 年民專訴字第 23 號民事判決
24. 智慧財產法院 105 年度民商訴字第 22 號民事判決
25. 智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 25 號刑事判決
26. 智慧財產法院 105 年民商訴字第 5 號民事判決
27. 公平會公處字第 095014 號處分書
28. 公平會公處字第 095105 號處分書
29. 公平會公處字第 095116 號處分書
30. 公平會公處字第 096004 號處分書
31. 公平會公處字第 096065 號處分書
32. 公平會公處字第 096071 號處分書
33. 公平會公處字第 096110 號處分書
34. 公平會公處字第 096120 號處分書
35. 公平會公處字第 096122 號處分書
36. 公平會公處字第 098073 號處分書
37. 公平會公處字第 098073 號處分書
38. 公平會公處字第 098087 號處分書
39. 公平會公處字第 098098 號處分書
40. 公平會公處字第 098161 號處分書
41. 公平會公處字第 099011 號處分書
42. 公平會公處字第 099048 號處分書
43. 公平會公處字第 099051 號處分書
44. 公平會公處字第 100040 號處分書

45. 公平會公處字第 100051 號處分書
46. 公平會公處字第 100081 號處分書
47. 公平會公處字第 100138 號處分書
48. 公平會公處字第 100168 號處分書
49. 公平會公處字第 100175 號處分書
50. 公平會公處字第 100194 號處分書
51. 公平會公處字第 100269 號處分書
52. 公平會公處字第 101028 號處分書
53. 公平會公處字第 101037 號處分書
54. 公平會公處字第 101097 號處分書
55. 公平會公處字第 101141 號處分書
56. 公平會公處字第 101171 號處分書
57. 公平會公處字第 101188 號處分書
58. 公平會公處字第 102006 號處分書
59. 公平會公處字第 102015 號處分書
60. 公平會公處字第 102071 號處分書
61. 公平會公處字第 102094 號處分書
62. 公平會公處字第 102107 號處分書
63. 公平會公處字第 102112 號處分書
64. 公平會公處字第 102145 號處分書
65. 公平會公處字第 103013 號處分書
66. 公平會公處字第 103071 號處分書
67. 公平會公處字第 103108 號處分書
68. 公平會公處字第 103126 號處分書
69. 公平會公處字第 103146 號處分書
70. 公平會公處字第 104072 號處分書
71. 公平會公處字第 104084 號處分書
72. 公平會公處字第 104085 號處分書
73. 公平會公處字第 104089 號處分書
74. 公平會公處字第 104090 號處分書
75. 公平會公處字第 104091 號處分書
76. 公平會公處字第 104116 號處分書
77. 公平會公處字第 104123 號處分書
78. 公平會公處字第 104131 號處分書
79. 公平會公處字第 105003 號處分書
80. 公平會公處字第 105021 號處分書
81. 公平會公處字第 105036 號處分書
82. 公平會公處字第 105052 號處分書
83. 公平會公處字第 105095 號處分書

(二)外國

1. *British Airways v Ryanair*, [2000] EWHC Ch 55.
2. *L'Oreal SA & Ors v Bellure NV & Ors*, [2010] EWCA Civ 535.
3. CJEU, *Commission v. United Kingdom*, C-170/78.
4. CJEU, *Sabel BV v. Puma AG*, C-251/95.
5. CJEU, *Canon Kabushiki Kaisha v Metro-Goldwyn-Mayer Inc*, C-39/97.
6. CJEU, *BME v. Deenik*, C-63/97.
7. CJEU, *Toshiba v Katun*, C-112/99.
8. OHIM, Board of Appeal, *Hollywood v. Souza Cruz*, R 283/1999-3.
9. CJEU, *Holterhoff v. Freiesleben*, C-2/00.
10. CJEU, *Arsenal Football v. Reed*, C-206/01.
11. CJEU, *Pippig Augenoptik v Hartlauer*, C-44/01.
12. CJEU, *Adidas-Salomon AG, Adidas Benelux BV v Fitnessworld Trading Ltd*, C-408/01.
13. CJEU, *SIGLA SA v. OHIM & Elleni Holding BV*, T-215/03.
14. CJEU, *Gillette v LA Laboratories*, C-228/03.
15. CJEU, *Lidl v Colruyt*, C-356/04.
16. CJEU, *Adam Opel v. Autec AG*, C-48/05.
17. CJEU, *Siemens v VIPA*, C-59/05.
18. CJEU, *Emmanuel v Veuve Clicquot*, C-381/05.
19. CJEU, *O2 Holdings v Hutchison 3G*, C-533/06.
20. CJEU, *Céline Sarl v. Céline SA*, C-17/06.
21. CJEU, *L'Oréal and others v Bellure NV and others*, C-487/07.
22. CJEU, *Intel Corporation Inc. v CPM United Kingdom Ltd*, C-252/07.
23. CJEU, *Google France v Louis Vuitton*, C-236/08 to C-238/08.
24. CJEU, *Portakabin Ltd, Portakabin BV v Primakabin BV*, C-558/08.
25. CJEU, *Google France v Google*, C-236/08.
26. CJEU, *Lidl SNC v Vierzon Distribution SA*, C-159/09.
27. CJEU, *Interflora Inc. v Marks & Spencer plc*, C-323/09.
28. CJEU, *Belgian Electronic Sorting Technology NV v Bert Peelaers and Visys*, C-657/11.