

「比較廣告」之案例研究 ——兼論廣告管制之法律原則

陳櫻琴*

目 次

壹、問題提出	三、比較廣告管制之法律原則
貳、比較廣告之案例研究	(一)公平性原則
參、比較廣告管制之立法例	(二)客觀性原則
一、比較廣告之定義	(三)真實性原則
二、各國立法例	(四)君子之爭原則
(一)美國	(五)資訊充分揭露原則
(二)德國	(六)公認比較基準原則
(三)歐聯	(七)證據認定原則
(四)日本	(八)市場影響輕重原則
(五)台灣	(九)小結
三、國際發展趨勢	伍、結語
肆、比較廣告管制之法律原則	
一、公平會處理原則	
二、美國廣告管制之原則	

壹、問題提出

公平交易法自民國八十年公布、民國八十一年施行以來，公平會關於取締違反公平法第二十一條「虛偽不實或引人錯誤廣告」所累積的案例相當多，據統計，每

* 中興大學法研所法學博士，中原大學財經法律系暨研究所副教授

年的處分案占全部處分案的百分之六、七十左右（註一）。公平會亦訂有「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」（以下簡稱「處理原則」），其中第八點即是針對比較廣告加以規範（註二）。在該處理原則中，有關取締比較廣告亦有若干規定，但公平會實際所取締之比較廣告案件仍屬相當有限，且有係同時違反公平法其他條文者（註三）。對比較廣告之立法管制，在公平法上究應給予何種「法價值」上的判斷，值得探究。

比較廣告屬商業言論自由之一種，層次上可高達憲法言論自由基本權保障，因此就學理上言，廣告管制法律不宜嚴苛；且比較廣告所提供的資訊，有助於消費者掌握市場資訊，屬經濟自由活動的一環，似不宜有太嚴格的管制。惟廠商廣告手法往往無所不用其極，誇大或不實的廣告影響事業間之競爭，屬競爭法規範課題；如果係利用比較廣告方式達到「搭便車」（free rider）效果；或以「揚己貶人」方式，惡意打擊他人而促銷自己產品，即屬不公平競爭之違法類型。從經濟管制之法理言，比較廣告管制之法律原則，值得研究。本文以公平會所取締處分的「比較廣告」案例為主，分析違反公平法之構成要件，並引介外國有關比較廣告之管制規

（註一） 據統計違反公平法「不實廣告」而受處分的案件占全部處分案的比例，八一年占七四．五％；八十二年占六二．七六％。參見公平會，八十一年公平交易統計年報，第六六頁；八十二年報，第十五至十六頁。

（註二） 公平會「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」全部條文共十二點，依序為訂定目的、名詞釋義、判斷原則、違法態樣、比較廣告、處理程序等，全文參見公平會：處理公平交易法第二十條暨二十一條案件原則，八三年十二月，第二二至五六頁。

有關此一處理原則之初步研究，參見陳櫻琴：公平交易法如何取締不實廣告月旦法學雜誌，第一期，第七八至七九頁。在該處理原則中，公平會對曾經處分違法態樣加以類型化，引用甚多案例加以說明，參見第二五頁以下；然而對所謂「比較廣告」，僅明定其違法類型，並非舉實例說明，第五三頁，是否顯示不實廣告與比較廣告的違法判斷仍有不同，值得研究。

學者范建得對處理原則有若干批評意見，值得參考：這些原則的執行，牽涉到合憲性及立法目的的考量，也涉及母法調查權侷限下所衍生的相關問題，如舉證原則和處分類型等。參見范建得：論公平交易法對不實及引人錯誤廣告之管制，公平交易季刊，第三卷第二期，八十四年四月，第二頁。

（註三） 取締違法比較廣告，主要根據第二十一條第一項「虛偽不實或引人錯誤廣告」，但有時亦牽涉第十九條第三款、第二十二條及第二十四條，詳參見本文後述。

定，嘗試建立我國比較廣告管制之法律原則。（註四）

貳、比較廣告之案例研究

針對比較廣告（Comparative Advertising）之案例，消費者最容易聯想者係廠商利用廣告的方式，將自己和其他廠牌產品為列舉比較，且顯示自己產品的優異，主要目的引起消費者注意，而吸引消費者購買。廠商利用廣告促銷商品，手法推陳出新，無所不用其極，利用比較廣告的方式，吹噓自己商品比其他商品優越，希望獲得消費者青睞，此原本為廣告的手法之一，在工商社會難以完全禁止或嚴格加以規範。因此，比較廣告的違法性認定比其他類型的不實廣告更加複雜，比較廣告所提供的資訊，如果完整、充分，對消費者有相當的助益，似不宜全盤否定。世界各國對比較廣告管制也有寬嚴不一致的情形（註五）。

公平會處分某超級市場的促銷廣告，其廣告單上說「我們比任何超市便宜」，主要是因為該公司根本未進行全省超市的比價調查；對推銷電腦字典的廠商，詳細比較不同廠牌電腦字典的功能；對快遞公司廣告詞寫著「現在不必到郵局寄國際快

（註 四） 經濟管制之「法律原則」，法律或稱「法理」，對經濟法體系的建立和違反經濟法的處罰規範，具有相當重要意義，然國內研究對於經濟管制法律原則甚少觸及。廣告管制亦為經濟管制之一環，如何在經濟自由與管制之間取得平衡，即應掌握經濟法之基本原則。相關討論，參見陳櫻琴：論經濟管制之基本原則，載城仲模主編：行政法一般法律原則，三民書局，第三四三至三八七頁。

（註 五） 各國對比較廣告之管制寬嚴不一，認為比較廣告係違法者；如比利時、法國、義大利；對比較廣告的限制較多，如奧地利、德國、芬蘭、希臘、荷蘭、挪威、瑞士等。日本亦屬限制較多的國家。對比較廣告限制較少者，如澳大利亞、加拿大、丹麥、愛爾蘭、西班牙、英國、美國等。參見內田耕作：廣告規制の課題，一九九二年十二月初版，成文堂，第四二頁。

其次，依廣告學者的研究，全球主要國家比較廣告執行情況：可分四類：自由化、部分自由化、部分保守化及非法等不同的國家。參見祝鳳岡：國際比較廣告規範之研究，廣告學研究，第四集，八三年七月，第一〇一頁附表「全球比較廣告規範定性分析」及第一〇二頁附表「全球主要國家比較廣告執行情況族群分析」。

遞文件」。另外，公平會在一則取締金錶比較廣告的案例中，先經調查並無證據顯示係不實廣告，但公平會的回函給廠商拿來當再次宣傳的機會，後經公平會處分為不實廣告。公平會認為針對這些產品作比較，藉以突顯自己廠牌產品的優越，但所提供的商品資訊不夠客觀完整，容易誤導消費者，對市場形成不公平競爭，即違反公平交易法。

目前公平會所取締的違法比較廣告，主要理由是，比較廣告利用比較手法突顯自己商品的好處，污蔑別家廠牌商品，但被比較的廠商無從抗辯，屬於一種不公平的競爭手段，導致消費者混淆誤認從不正競爭防止之觀點應加以規範（參見本文後述公平會處理原則）總說明。）本文嘗試在案例中尋繹違法類型，並從公平會的處理原則和實例中歸納廣告管制之法律原則。

公平會目前最常引用取締的條文主要是第二十一條第一項「虛偽不實或引人錯誤廣告」及第二十四條「其他足以影響交易之欺罔或顯失公平之行為」。但比較廣告有時亦牽涉第十九條第三款及第二十二條營業信譽侵害之問題，本文分析並評釋公平會歷來取締比較廣告所為之案例如下：（註六）

【案例 1】

和泰汽車公司刊登新可樂娜 CORONA 汽車廣告不實，以德國汽車雜誌統計資料對德國製和台灣製汽車評比，引起消費者誤認 CORONA 是德國汽車。（八一年十月二十三日；八一年公處字 0 三五號）

和泰汽車在「新可樂娜」汽車廣告中，引述兩份德國汽車專門雜誌，除 CORONA 車外，其他廠牌車名之後皆附加製造地（日本或德國）之區別標示，但在排名第一的 CORONA 之後加標「德國名 CARINA II」，使人誤認台灣製新可樂娜即為德國製 CARINA II，違反公平法第二十一條第一項有關「不實廣告」之規定。嚴格而言，本案仍係屬不實廣告的違法類型。

在本案例中，公平會在處分書主文中並未明白指出本案是否屬於比較廣告之違法類型，但在事實陳述中和理由中均提及被處分人的汽車廣告，引述兩份德國汽車

（註 六） 資料為至八十四年底為止，為說明起見，共集十二則與比較廣告有關之案例，其中有係在處分書主文未直接明白指出係比較廣告之問題，但在事實及理由陳述中，可得知廠商在廣告手法中，係各種方式比較說明自己產品之特色，或甚而貶抑其他品牌產品之價格。有關內容於各該案例中評釋之。

專門雜誌的各車款評比資料，如故障率最低、檢驗不合格比率最低等；且在廣告中宣稱自己是「最值得信賴的車子」云云，實際上本案例係以刊登專業評比資料來突顯自己商品，屬於典型之比較廣告。

值得研究的：廣告人所刊登的比較性資料，係引自汽車專門雜誌評比資料，應如何「據實轉載」才不會造成「貶抑他人、突顯自己」的情況？進一步言之，廣告係利用簡短文字吸引消費者，與專業性雜誌詳細列出評比項目，強調重點當然不同，在廣告中引據評比資料之比例應如何資訊才屬於完整？有否故意隱匿對自己不利之資訊是否影響違法之判斷？在公平會處分的理由形成方面，似應可再加強。

【案例 2】

碩大通訊公司以「上大民營電信局」名義從事電信業務，並刊登 C T—2 基地台加盟廣告，收取資金，構成服務業的不實廣告行爲。（八三年三月二五日；八三年公處字 0 三二號）

本案中公平會在處分書主文未明文指出是否爲比較廣告，但被處分人之廣告行爲實質上係以「上大民營電信局」之名義刊登廣告，即以自己和電信局所提供的服務比較，有關 C T—2 之各種訊息、獲利保證、大哥大收費之價格比較等，且廣告內容與實際不符，構成違反公平法第二十一條第三項有關「不實廣告於事業之服務準用之」，故屬不實廣告之違法類型。

有關廣告中列出比較價格，廣告詞中宣稱「電信局提供之大哥大之月費爲一千八百元」，而實際上電信局目前提供價格卻爲「一千四百元」，就此部分是否構成一不實廣告？經公平會調查，電信局收費標準於八十三年七月一日前爲一千八百元，後來調整爲一千四百元，被處分人之廣告於八十三年六月前已製作、刊登廣告，招募加盟，根據當時電信局收費爲比較廣告，並無不符。故有關服務價格比較之部分，公平會並未判定爲違法，認爲對交易秩序之影響等，堪認情節輕微，且被處分人業已改正，無命停止或改正之必要。由此可知，公平會對本案之比較廣告，原則上係採取容認的態度，縱有若干資訊不實者，亦從影響交易秩序之觀點，認爲影響市場輕微而予以從輕處理，此一案例確立「市場影響較重原則」，相當值得肯定。

【案例 3】

慶泰建設於「金城別墅第二期」之施工建材與售屋廣告建材不相符合，雖然實

際所用建材價格比較昂貴，公平會仍認為屬商品價格不實之廣告。（八三年七月二十六日；八三年公處字0七八號）

本案為典型「不實廣告」，違反公平法第二十一條第一項，實與「比較廣告」的類型無涉，但在系爭過程中，無論公平會調查或被處分人答辯時，都有將廣告和實物加以比較，且實物所用建材價格比廣告登載價格高，雖對消費者有利，卻仍被公平會判定為不實廣告，此一論點相當獨特，故一併列入討論。

公平會派員調查時將廣告所提出建材資訊和施工完成之房屋加以比較，如「系爭廣告正面列外觀為紅瓦白牆，實屋卻蓋成黑瓦灰牆……」等等。而且被處分人在答辯時也分析建材單價，如「鋼磚色文化瓦，每坪二千六百元，銀黑色文化瓦每坪二千八百元」，並說明廣告和實物不符的主要理由是如根據廣告所採用紅色文化瓦無上釉，對房屋會造成防水性差、含水率大、易因溫差而產生勻裂等多項缺點。但公平會卻不採取此項見解，認為「姑不論建材變更後是否對消費者更有保障或使消費者蒙受額外之益處，系爭廣告既與實屋不同，而被處分人未更改廣告內容，此舉易使人因廣告而對商品內容產生誤認，應構成廣告不實」，似乎未從對消費受益或受害影響程度加以論列，有僵化對廣告認定之缺陷。

一般認為，廣告的內容及呈現的手法都是吸引消費者注意，允許有較大發揮空間，只要非虛偽不實或引人錯誤，即不構成違法類型。本案例爭議過程中，廣告和實物間之各項內容也可作比較。惟此種「比較」原則上不屬於「比較廣告」之定義，如果實際上會產生消費者認知上的差距，但屬於對消費者有利無害者，是否有必要列為不實廣告之違法類型，似有待商榷。

【案例4】

久陸公司以欺騙手法，刊登腳踏車剎車固定座比較廣告，以實物放大五百倍後的照片作比較，突顯自己廠牌比其他廠牌具有優點，屬違法比較廣告。（八三年十月二八日；八三年公處字第一一五號）

此一案例為公平會首次在處分書主文中明文指出係「比較廣告」，且足止以影響交易秩序之欺罔及顯失公平，同時構成違反公平法第二十一條第一項及第二十四條。對此一比較廣告之違法性認定，公平會係以其兩者產品比較之基礎不同，以實物放大五百倍後的照片作比較，有偽造照片之嫌，易引起消費者誤認其品質，違反「比較之客觀及公平原則」。且在廣告中稱傳統產品「極易斷裂」，對他人產品有

不實陳述，以貶抑競爭對手遂行自己產品之行銷。廣告人提供比較廣告資訊，但係利用「揚己貶人」的目的推銷自己產品，除違反公平競爭原則外，可以說有違君子風度。

惟公平會認為，提供廣告之人未違反第二十二條營業信譽之規定，因條文所謂他人，係指特定人，而本件比較廣告並未具體指明何者所生產之產品有瑕疵存在，與第二十二條構成要件不符。本案例最大的特色為公平會在處分書直接指出被處分人之行為顯然違反「客觀及公平之原則」，可明確將此二原則列為比較廣告管制之法律原則。

【案例 5】

百佳超市在特價廣告中，刊出「我們比任何一家超市便宜」、「以上參考價格在四月三十日全省各超市（並列出超市名稱）所作之調查」，其所刊登之比較廣告涉嫌不實。（八三年十一月十日；八三年公處字第一二二號）

公平會認為百佳超市所提供商品價格是否比較全省其他任何超市還便宜，採樣並不遍及全省，屬於不實廣告，違反公平法第二十一條第一項及第二十四條。但不違反第二十二條，主要認為消費者經由比較廣告或會認為被處分人之商品價格較便宜，惟尚不致會與其他超市營業信譽產生直接聯想。

公平會處分指出，系爭廣告所刊售價比較表，與實際市場調查資料不合，被處分人以缺乏一致性之比較基準，且市場價格調查證據亦缺乏公正客觀之標準及立場，屬第二十一條所規範比較廣告之違法類型。且廣告所刊售價比較表，顯然無法正確反映當時其他各家超市之商品售價，被處分人憑藉不當比較廣告方式，貶抑競爭對手，以遂行自身商品之行銷，已明顯侵害市場上之「效能競爭」，有顯失公平之情事，故亦違反第二十四條規定。

本案例提出「一致性比較基準原則」是判斷比較廣告合法與否的重要標準，即廠商所提供的比較基準應屬公認可接受的資料，且立於同一比較基準。因此本文歸納為「公認比較基準原則」，盡然須符合一致性標準（詳細內容參見本文後述）。

【案例 6】

艾思得公司生產萊思康電腦字典，於廣告中分別對快譯通及萊思康各類型電腦字典作不實之比較，以誇大不實比較性廣告誤導消費者，構成違法比較廣告。（八

三年九月四日；八三年公處字一〇三號）

艾思得公司於電腦字典的廣告上，比較各家電腦字典的功能，包括英漢可查單字、交叉查詢、發音標準、約會日程一覽及其他功能等，共四十四欄位，以打記號方式分別比較其功能優劣。公平會詳細分析其比較廣告之基準，有違反「公正客觀原則」，認為無論在字數部分、交叉查詢部分、擴充功能查詢部分、英文諺語部分、約會日程一覽功能部分、人聲發音部分及翻譯部分，都構成不實廣告，亦違反公平法第二十一條第一項。且其廣告指明批評被比較者，令人無答辯機會，已明顯侵害效能競爭之本質，有顯失公平之情事，亦違反第二十四條。

但比較廣告僅就產品功能多寡及翻譯品質加以比較，消費者經由該比較廣告或許會認為萊思康電腦字典之品質較好，惟尚不致會與他人營業信譽產生直接聯想，故不違反第二十二條。

【案例 7】

卓閱公司的電腦字典廣告，比較二家不同廠牌電腦字典的功能，且以較大文字標明「揭穿整句翻譯的洋相」，用一種過度貶損競爭對手行爲，爲違法之比較廣告。（八三年十一月十日；八三年公處字第一二三號）

該公司比較本身產品及快譯通二種不同廠牌的電腦字典功能，共列出英漢可查字、單字辨識、資訊管理等十一個欄位，以「X」、「○」、「？」等表示，且在廣告中列出「請問顏元叔教授：這樣的產品值得你推薦嗎？」對競爭對手、被比較廠牌快譯通字典的主編顏元叔教授有污蔑之意，公平會認為此一比較廣告屬於誇大不實，違反公平法第二十一條第一項及第二十四條。

此一電腦字典廣告在比較表所列出的項目，包括翻譯部分、涉及主編顏元叔部分、與同義字、反義字交叉查詢部分、人聲發音部分、動名詞變化、字數部分等，經公平會調查其比較之基準，認為欠缺公正客觀之標準及立場，屬違法類型之比較廣告。公平會在處分理由書中詳細說明被處分人以其所設計之普威特電腦字典與快譯通電腦字典有所不同，且「以自定之標準，站在不同之基準」，於所刊登之比較廣告上，誇大普威特電腦字典之容量之行爲，屬違法不實比較廣告。由於科技產品的開發技術一日千里，且各廠家的研發技術迭有特色，比較廣告的基準即相當重要，如係以自行所訂之標準而爲比較，欠缺「公認比較基準」，無法令人信服；且其所提供的資訊即有偏頗，站在不同基準比較，違反「一致性比較基準原則」，應

判斷為違法。

其次，本案例廣告詞「揭穿整句翻譯的洋相」、「請問顏元叔教授：這樣的產品值得你推薦嗎」對競爭對手、主編人都有惡意之批評，有違反君子之爭原則。

【案例 8】

設址雲林的賓斯汽車實業公司刊登「賓斯汽車週年慶震撼專案」廣告，利用比較列表方式，刊載有關賓士新車及維修服務資料不實，易使消費者誤認為係德國授權台灣總代理之中華賓士汽車所為促銷行為，屬違法之比較廣告。（八三年十二月一日；八三年公處字第一三二號）

本案例之特色係援引第二十一條第三項準用第一項，屬於服務業準用商品不實比較廣告之案例，同時違反第二十四條之規定。其次，本案例之汽車確實自德國進口之真品，與「真品平行輸入」問題亦有極大關連，惟受限於篇幅，就此部分之貿易管制及真品平行輸入等爭議問題，本文未予討論。

中華賓士汽車公司向公平會檢舉，有設址雲林之賓斯汽車實業公司，在中國時報台南版刊登「賓斯週年慶震撼專案德國朋馳 C—1 8 0」廣告及「列出賓斯汽車與賓士代理商及貿易商有關新車及維修服務比較廣告」。經查被檢舉人係向進口商蘭西雅貿易公司簽約購買朋馳 C—1 8 0 車，與德國朋馳不萊梅特拉斯哥公司並無任何契約關係。

公平會認為，就一般消費大眾之認知，中華賓士公係經營德國馬西迪朋馳公司授權台灣地區朋馳汽車之總代理商，其長期投入大量行銷成本或費用於朋馳系列汽車商品，致商品為消費者所熟知。縱被處分人所提供、販售之朋馳 C—1 8 0 汽車確自德國進口之真品，然被處分人於文宣廣告所為「朋馳總代理」之表示，仍有引人誤認被處分人係與德國馬西迪朋馳公司簽約且取得代理權，違反公平法第二十一條第三項準用第一項之規定。

且有關「德國原廠指定安心專案」廣告中，列表比較賓斯汽車與賓士代理商及貿易商間有關新車及維修服務加以比較，縱未明顯指出被比較之事業名稱，然刊載「賓士代理商」即有隱喻中華賓士公司之意，且其所引保固服務資料與實際情形不符。其利用比較列表方式，不實刊載他事業之新車及維修服務，以突顯本身服務之行銷，已對競爭對手造成顯失公平情況，明顯侵害效能競爭之本質，違反公平法第二十四條。

【案例 9】

均威公司及馬可孛羅興業公司刊登「馬可孛羅 V S. 勞力士」金錶之比較性廣告，原經香港商勞力士中心提出檢舉後，由公平會調查決議，認證據不足，不予處分；然其收受公平會通知後，於報紙上大幅刊登「勞力士 V S. 馬可孛羅 MarcoPolo」、「通過嚴厲考驗公交會裁定馬可孛羅一切符合規定」之促銷廣告，公平會認為廣告用語及編排方式引人錯誤，屬不實廣告的違法類型。（八四年二月十三日；八四公處字第 0 一六號）

本案例的特色是廠商間利用公平會主管機關的第一次處置（判定比較廣告不違法），當作廣告的促銷策略，公平會在第二次處分中即判定其利用主管機關的回函當廣告，屬不實廣告，故予以處分。公平會的處分理由中載，「原來認為無證據證明該公司的比較廣告違法而予以函覆，並未就其比較性廣告所載之錶帶、錶殼、機芯、錶鏡、抗壓性、防水性、寶石、品質、內容及商品是否全部原廠進口逐一檢驗並為實質本一切符合規定之認定」。公平會主張其函文並無可導致馬可孛羅金錶公司與勞力士金錶「同品質」或「同等級」之表示，故被處分人於報上以「通過嚴厲考驗公交會裁定馬可孛羅一切符合規定」為標題，對馬可孛羅手錶及勞力士金錶作品質相同、價格低廉之宣傳廣告，其廣告用語及編排方式引人錯誤，違反公平交易法第二十一條。

此一案例相當具有特色，因公平會是公平法主管機關，但對廠商間的廣告或比較廣告所表示的具體意見，對市場促銷或廠商援用為廣告手法而言，都具有「市場介入」的效果。因此公平會對比較廣告的認定如何，調查標準何在，對市場競爭秩序，毋寧具有重要影響力。

分析公平會對比較廣告的執法態度，目前有從嚴認定證據原則之趨勢，對本案而言，公平會認為，基於該比較廣告之各種「項目」並無證據顯示不實，且其所使用之比較用語極為概括，故在無積極證據證明其有虛偽不實的前提下，形式上無公平法第二十一條之適用。但有疑義者，既然廠商在廣告中已比較不同廠牌金錶之性能、機件，公平會在調查時何以不必將各比較項目一一調查？所謂「無證據證明」為不實廣告，是否表示為合法之比較廣告？經檢舉後，主管機關是否有義務就其比較性廣告所載內容一一加以檢驗及認定？此一處分書並未能就主管機關採證調查之過程詳細說明，似有不足之處。

【案例 10】

洋基通運公司的國際文件快遞服務比較廣告，以本身業務和郵局業務作比較，屬於違法類型的比較廣告。（八四年四月十四日；八四年公處字第 0 三七號）

該公司的廣告詞「現在不必到郵局寄國際快遞文件！」並列出國際快遞郵件資費，公平會認為此一比較廣告使消費大眾產生錯誤之聯想，而無法作出正確選擇所需要的服務，對郵局造成不公平競爭，違反公平法第二十四條規定而予以處分。

本案例為公平會首次僅動用第二十四條取締比較廣告，而未援引第二十一條有關不實廣告的規定。其主要重點為該比較廣告係以不同等級之產品相互比較，藉以博取競爭上之優勢，對消費者言，造成欺罔；對郵局言，顯失公平，屬公平法第二十四條所稱之「足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平之行爲」。其次被處分人對自己之服務的收費標準未為完全表示，致消費者對資費產生誤認，足以影響交易秩序。

根據第二十四條處罰比較廣告，最大的特色之一，係「比較人」（即廣告提供者）係拿比自己具有市場競爭優勢之人為「被比較人」（即權利受侵害者），故在本案被處分人為洋基公司，其國際快遞業務縱在市場占有一席之地，但與被比較人郵局而言，顯然屬於規模小、市場競爭居於劣勢之人，屬於一種典型「搭便車」行爲，破壞市場公平競爭，為足以影響交易秩序之欺罔及顯失公平行爲。

【案例 11】

飛漢公司於「維克龍燜燒鍋」行銷廣告中刊載「夢 X 牌無法燜煮，只能保溫」，係利用商品型錄比較廣告方式，對競爭商品為欺罔及顯失公平之交易行爲。（八四年七月十二日；八四年公處字第 0 七二號）

本案亦為公平會僅援引第二十四條予以處分。飛漢公司為廣告代理人，推出君龍公司所生產燜燒鍋的廣告，係採比較廣告方式，比較另一品牌「夢 x 牌」燜燒鍋，並將所比較的品牌係「外殼用 P U 發泡填充材質，無法達到真空隔熱，所以無法燜煮，只能保溫」，公平會認為確有以不實之比較廣告方式遂行自身產品之行銷，其行爲屬欺罔且顯失公平，足以影響交易秩序，違反公平法第二十四條。

廣告提供者事後舉證，其委託工業技術研究院量測中心所作溫度變化報告可茲說明，但公平會認為該測試報告並未對何種溫度可達燜煮效果有所澄清，故仍屬不

實廣告。惟不致使消費者與其他人營業信譽產生直接聯想，不致貶詆檢舉人之營業信譽，故無違反公平法第二十二條。

本案例相當值得研究其比較認定的「證據原則」，依「公認基準原則」，廠商所提出的比較資料，應經客觀、公認的單位測試或報告，才具有真實性。本案的比較廣告內容無並引據任何調查報告，但經檢舉後，才提出工業技術研究院的溫度變化報告，惟公平會並不採証其說詞，對採証原則有基本陳述，相當難得。

【案例 1 2】

美商亞培公司低過敏配方奶粉比較廣告，聲稱其「亞培愛心美」奶粉與「優哺」奶粉相比較，其配方為美國小兒科醫學會建議過敏的最佳配方，違反公平法第二十一條第一項規定。且未經確實測試，於奶粉比較廣告圖示別家廠牌「哺力美」奶粉含有牛奶蛋白，不一定不含 β 乳球蛋白，為顯失公平之行為，足以影響交易秩序，違反公平法第二十四條規定。（八四年十月六日；八四年公處字第一三一號）

本案例特色是美商亞培公司原來被檢舉涉嫌違反公平法的條文相當多，包括第十九條第三款、第二十一條、第二十二條及第二十四條等規定。經公平會調查結果，僅構成違反第二十一條及第二十四條。

公平法第十九條第三款規定，「以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為，致有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之」，所謂脅迫、利誘或其他不正當方法係何所指，有待個案認定。本案被檢舉人商品是否足以構成「使競爭者之交易相對人與自己交易之行為」，公平會係採取「市場占有率」的標準加以認定，依產業調查資料，據公平會調查，全部奶粉市場占有率，被檢舉人並非具市場上優勢地位，例如民國八十一年，為二．九五%，排名第十一，八十二年、八十三年奶粉市場占有率為四．九五%及三．六八，皆排名第九，且國內奶粉市場尚有其他十餘種品牌可資選擇，故公平會認為，被處分人之市場地位應未違反公平法第十九條第三款「致有妨礙公平競爭之虞」之程度。

但本案例處分理由第三部分載「所謂其他不正當方法，應綜合當事人意圖、目的、市場地位、所屬市場結構及商品特性等加以判斷」。但此一規定，似乎為公平法施行細則第二十四條第二項所規定應考量之因素。本文認為，施行細則所為的立法解釋，與母法具有相同的效力，在適用時宜採嚴格限縮解釋，不宜任何擴張，否則有違立法解釋之原則。但施行細則該條文係為公平法第十九條第六款「不正當限

制交易相對人」所稱之「不正當」，是否可直接援用解釋第十九條第三款所規定之「不正當」，似有疑問。

參、比較廣告管制之立法例

比較廣告涉及事業間之競爭、消費者的權利、事業從事廣告之言論自由權及被比較事業維持商譽之正當利益，故在公平法上之評價頗費周章（註七）。在廣告管制問題上，對比較廣告的合法與否也有激烈爭論，贊成和反對者都各據一方，舉出各種理由支持其論點。（註八）

從企業經營、促銷產品的觀點言，比較廣告具有相當多優點，例如比較廣告可提供消費者對產品或服務的資訊，將不同品牌的產品或服務加以比較，使消費者容易獲取消費資訊，而資訊越充分，越能實現公平法上所追求的「消費者主權」理想。其次，廠商競相採取比較廣告，可強化市場競爭活絡，對參與市場競爭的事業，應努力提升自己品質，才能無懼於其他產品之比較。

各國有不同的消費習慣，據美國的調查顯示，利用比較廣告推銷商品未必有效。惟在美國市場調查也發現，透過比較廣告可以去打響自己原本沒沒無名的品牌，確實會影響消費者的購買意向和行爲。調查顯示，同一種商品，有比較廣告和沒有比較廣告時，有比較廣告會令消費者容易起懷疑和減少可信度，例外的情況是

（註 七） 參見劉孔中：事業以比較廣告從事競爭之界限，公平交易季刊第三卷第三期，八四年七月，第十六頁。

（註 八） 贊成與反比較廣告之理由，茲簡述如下：

贊成說：主張比較廣告是一種充分提供消費者資訊的方式，有助市場資訊透明化，促進競爭，應受憲法言論自由之保障；而且藉由品牌的比較，可提供欠缺知名度品牌和領導品牌間的公平競爭地位，有助於削弱知名品牌之獨占地位。

反對說：認為比較廣告係屬「搭便車」的作風，構成不公平競爭，係以剽竊他人努力成果，利用消費者之懷疑心理及同情廣告主之心理以建立自己市場地位之目的。且比較廣告有時具有誤導之本質，往往故意忽略自己之缺點及競爭者之優點；對商品之評價常因重點取捨不同，不易有客觀定論，欠缺客觀性；且被比較的競爭對手往往無公開答辯的機會，構成不公平競爭。

比較廣告係由有獨立且具有公信力的組織所測試。（註九）

一、比較廣告之定義

有關比較廣告之定義，從法律學和廣告學角度的定義即有若干差異：

廣告學者主張，比較廣告是一種廣告技巧，在廣告文案中明文指陳競爭者或競爭者產品品牌，其具有三特質：1 二個或二個以上之產品品牌被比較。2 就產品之單一特質或多重特質作比較。3 產品之事實或客觀資訊在廣告訴求中被暗示、明白指陳或者被示範宣傳。廣告學上利用比較廣告的技巧，基本上希望能達成相關性（Association）或相異性（Differentiation）的效果，透過比較廣告在消費者之知覺上重新定位（Cognitive positioning）（註一〇）

從法律學角度看，競爭法是自歐美引進，比較廣告在法律學上的定義如何（註一一），宜先由外國立法例著手，再參酌我國公平法文規定，才能進一步分析違法比較廣告之構成要件及其管制之法律原則。

二、各國立法例

（一）美國

美國法律並未明文定義比較廣告，法院處理時主要是判斷廣告是否違反聯邦貿易委員會法第五條「禁止不公平競爭方法及不公平或欺罔之行爲或手段」。惟美國聯邦貿易委員會（FTC）於一九七九年發布「比較廣告政策聲明」（Statement

（註九） 惟據美國實務調查，比較廣告未能真正帶動促銷活動，並非是十分理想的促銷活動。See Dirk Meyer-Harport: Proposals for an EC Directive on Comparative Advertising, *European Business Law Review* (EBLR), July 1995, p.179.

（註一〇） 參見祝鳳岡，前揭文（註五），第九四頁。

（註一一） 中文文獻有關比較廣告之定義，法律學者之討論可參見下列資料：

劉孔中，前揭文（註七），第七頁。

朱鈺洋：虛偽不實廣告與公平交易法，八二年十二月初版，三民書局，第一四一頁以下。范建得、莊春發合著：不實廣告，一九九四年初版，漢興書局，第一五六頁所舉例「不實比較廣告」。

汪渡村：產業經濟法研究，八三年初版，全國工業總會出版，第三〇三頁。

of Policy Regarding)。對比較廣告的定義為：依據可以客觀衡量之屬性或價格比較不同品牌產品之廣告，該廣告並以被比較之品牌、圖示或其他之說明指出該品牌。因此，比較廣告必須具備二要件：1 揭露被比較產品之品牌；2 所比較之項目應為可客觀衡量之屬性。（註一二）

惟美國實務上有認為，比較廣告應有更明確定義，例如對所比較的主體、商品特定功能等，即在廣告中明白舉出與具有競爭關係的企業名稱，或正確無誤暗示消費者，使消費者能明白辨認所被比較之對象為何，才有助於消費市場資訊的提供。反之，在比較廣告中主張自己產品為全面優越，未提供比較之情報消息，則此類比較廣告，對消費者無多大意義。

值得注意的是，美國廣告媒體業界的「團體自律」，對比較廣告在市場上所發揮的管制功能相當有效，例如美國廣告代理人協會 (American Association of Advertising Agencies : AAAA) 所提出自律準則；三家電視台所採取的自律原則等，都適時發揮維持市場公平競爭廣告的效果（註一三）。

(二) 德國

德國法律並未針對比較廣告加以定義，係由學說發展出「比較廣告」的三要件：（註一四）

一、具有比較效果：

廣告主必須將其競爭對手之產品或服務與自己之產品或服務比較。若只是對自己產品之種種好處大作廣告，而未與他人比較，則是單純廣告。且比較之產品間必須處於競爭之關係，才有比較可言。用英美法觀念而言，必須「類似與類似」比較（like-for-like），才是比較，例如汽車耗油量而言，將奧斯汀之迷你車與勞斯萊斯比較，就不是類似與類似產品比較。

（註一二） 參見聯邦公報一九七九年八月十三日（44 Federal Register 47328）16 CFR 14.15. 中文相關分析，參見劉孔中，前揭文（註七），第三頁。另外，日文文獻有關美國比較廣告之管制，參見內田耕作：廣告規則の課題，成文堂，一九九二年一二月初版，第一至五四頁。

（註一三） 參見內田耕作，前揭書（註五），第一六至二五頁。

（註一四） 相關討論參見劉孔中，前揭文（註七），第五至六頁。

二、針對特定之競爭對手：

比較廣告對被比較產品之事業而言，本質上屬一種阻礙性質的競爭，故若被比較產品所屬之事業不特定或非可得特定，即不會產生阻礙之效果，也不會有不公平競爭的問題。比較廣告不必直呼競爭對手之名稱，只要廣告對交易圈中認為其受到比較，即充分此要件。

三、批評係帶有貶損之意涵：

廣告主必須貶損特定競爭對手之產品或服務，以表彰自己商品或服務之長處及優點。若被比較之商品未遭到貶損，原則上不會產生不公平競爭的問題，最多有引人錯誤之可能。至於是否有貶損之涵義，必須視廣告訴求對象之感受而定，在認定上不是很容易。

(三)歐聯

歐洲聯盟為求會員國間有關不正競爭法之協調，於一九八四年頒訂引人錯誤廣告準則（ Directive 84/450 ），並於一九九一年提出比較廣告建議準則（ O J 9 1 / C 1 8 0 / 1 4 ），開宗明義表示許可比較廣告，因其有助於將同一種類之不同產品優點顯示出來，可促進競爭。根據此一準則，對比較廣告之定義：直接或間接將一位競爭對手、或同種類之商品或服務表現出來的廣告。

一九九一年準則對比較廣告規範原則為：

- * 在競爭產品之間提供比較廣告，對消費者提供充分資訊，有助於選擇。
- * 對無混淆危險的比較廣告，可刺激競爭；
- * 基於行銷的理由，提供比較性的測試，且可保護第三者，使不致誤認產品。
- * 在單純用以區別產品的目的之下，允許使用他人商標。（註一五）

但此一定義也被批評過於廣泛、未排除依附廣告、未提及「比較」及僅針對一位競爭對手比較，忽略比較廣告不乏將一群競爭對手加以比較之事實，引起德國學界及業界批評。（註一六）

（註一五） See Dirk Meyer-Harport, *ibid.*, P178.

（註一六） 同前註，第四頁，所謂依附廣告指將自己之商品或服務說成與他人著名商品或服務具有相同或類似或可代替性之優點的廣告，即此種廣告並不貶損競爭對手或其

一九九四年歐聯比較廣告建議（ OJ 1994 c136/4 ）（註一七），擴大比較廣告範圍，增加規定比較廣告不得涉及競爭者之人格或個人情況（ personality or personal situation ），在比較廣告中必須對於特別提供或限期提供之商品或服務表明該提供服務所持續的期間，以防為爭取市場，而以某一時限內之低價截斷競爭者之市場競爭。

一九九四年準則中，允許原則比較廣告：

a：未引人錯誤；

b：在廣告者和競爭者間，對商標、商號其他足以區別之標誌未引起混淆的危險；

c：不會對競爭者減少信任和輕視，也不會利用競爭者的信譽或商標、商號；

d：不可牽涉競爭者的人格或人身情況（personality or personal situation）。

（參見第一條3）；

總之，歐聯現今有關比較廣告管制內容，主要採取對比較廣告允許原則：並主張其所比較的因素是客觀的、公平的和可證實的。

四日本

比較廣告在法律上的管制，牽涉贈表法、不正競爭法、商標法等，而且和廣告者的商業促銷手腕、新聞傳播媒體態度、消費者對廣告的評價等息息相關。日本承認和美國在廣告管制的基本內容有差異，但在實務上透過業界自律，執行的方向和美國大致一致。（註一八）

商品、服務，而係攀附其競爭對手的商譽。學者研究，可能與歐聯商標法準則有抵觸之虞。

（註一七） 1994年指令全文，See The EC Directive on Comparative Advertising, EIPR, 1995, 9, pp429-430. See Belinda Mills: Comparative Advertising: Should It Be Allowed EIPR, 1995, 9, pp417-428. Dirk Meyer-Harport, ibid. p.181.

（註一八） 參見伊東章二：比較廣告，ジュリスト，900期，一九九一年十一月十五日，第九頁。

條文參見公平會編印，各國公平交易法相關法規彙編，八二年六月初版，第七一七〇頁。比較廣告屬不實廣告之一種類型，亦適用該條文。

日本對比較廣告採保守看法，實務上屬於管制較多的國家。主要在贈表法上規定「事業就其營業提供之商品或服務，不得有左列表示：一、事業意圖使一般消費者誤認，於其商品或服務之品質、規格或其他內容，為較實際情形或較有競爭關係之他事業顯著優良之表示，致不當誘引顧客而有妨礙公平競爭之虞者」（日本不當贈品與不當表示防止法第四條第一項）。其次，以不實比較廣告損害他人營業信譽者，違反不正競爭法第一條第一項第六款的規定（相當於我國公平法第二十二條）。

日本獨占法主管機關並於昭和六十二年訂定「比較廣告在贈表法上指導準則」，目的在確定合法的比較廣告可使消費者在選擇商品有充分的資訊，其有三項構成要件：一、內容必須客觀可被證實；二、比較數據及事實須正確且公正被引用；三、比較之法則應符合公平原則。

(五)台灣

一般而言，主管機關對廣告的管理，可分形式管理和實質管理兩方面，所謂形式管理，指廣告刊登應具備那些形式要件，所謂實質管理，指廣告內容不得有不實或引人錯誤之表示，有認為公平法第二十一條所規定者為實質條件的要求。（註一九）對比較廣告的管制，亦可援用此一原則，比較廣告的刊登，在提供資訊透明流通，但不實的比較廣告即對其廣告的內容有所隱匿，具有違法性。然而此一形式和實質管理的原則，仍須由廣告個案逐一判斷，對整體的廣告管理制度上，應有如何寬嚴適中的政策和法律，值得研究。

根據學者對比較廣告之定義：「與特定或可得確定競爭對手或其製造、銷售之相同或類似商品或服務比較後所做帶有貶損競爭對手或其商品或服務意涵之廣告。」至於批評性之比較廣告提供消費者資訊，亦有助於市場競爭之透明性，故公平法原則上應允許之。但必須符合真實、公平、客觀及不過度貶損競爭對手或其商品或服務等要件。（註二〇）

比較廣告亦屬廣告之一種，公平會以往所受理及已處分之案例中，對虛偽不實及引人錯誤之表示，多以公平交易法第二十一條加以規範。惟依該條規定，係對事

（註一九） 參見黃茂榮：公平交易理論與實務，植根法學叢書，一九九三年十月初版，第四一五頁。

（註二〇） 參見劉孔中，前揭文（註七），第一六頁至一七。

業於廣告中，就其本身所提供之商品或服務之內容為虛偽不實或引人錯誤之表示，始加以禁止；但比較廣告在廣告中所提及之商品或服務，並非只侷限於廣告主自身所提供者，如果經其比較之結果，對他事業之商品或服務有不實之誤導，甚而影響他事業之營銷或商譽時，則已成為一種攻擊性廣告，其所侵害者，不僅消費大眾之權益，更損及競爭廠商之利益，亦有可能涉及公平法第二十二條損害營業信譽、第二十四條顯失公平、第十九條第三款不當爭取交易相對人之問題。

惟在何種情形下始有上開法條之適用？除應檢視具體廣告內容是否虛偽不實或引人錯誤之情事外，更應以是否符合各該法條之構成要件為判斷基準。

總之，違法比較廣告觸犯公平法的條文包括第二十一條、第二十二條及第二十四條，有時還有第十九條第三款的適用，以下分別說明其構成要件（註二一）：

第二十一條係規範不實廣告，不實的比較廣告，或稱比較廣告違法類型，具有下列構成要件：一、廣告商品係由廣告主所提供；二、廣告內容係對商品本身或其相關事項之描述；三、有虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

比較廣告違反第二十四條的情形，係指比較廣告所提及他事業商品或服務之優劣，如有不實或欠缺比較依據者，因非就廣告主所販售之商品或提供之服務為虛偽不實或引人錯誤之表示，與二十一條規定尚有不符。但此類比較廣告貶抑競爭對手，以遂行自身商品或服務之行銷，已對競爭對手造成顯失公平，因明顯侵害效能競爭本質，違反第二十四條。

第十九條第三款係規範事業不得以脅迫、利誘或其他不正當之方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行爲，且有妨礙公平競爭之虞者，其構成要件：一、競爭手段之不正當；二、目的在爭取競爭者之交易相對人；三、為其已影響特定市場之公平競爭。（註二二）

（註二一） 參見以下資料參公平會編輯：謁誠公平交易法，八四年六月增訂三版，第一七〇頁以下。吳翠鳳、劉久瑛：比較廣告適法性之研析，公平交易季刊，第二卷第四期，第一三三頁至一三五頁。

（註二二） 在實務上比較廣告的違法類型最常動用第二十一條加以取締，較少動用第二十二條及第十九條第三款？公平會對大部分的比較廣告不處以二十二條之理由：認為比較廣告會使消費者認為廣告主之產品或服務內容及價格較佳，但不至於與檢舉人之營業信譽產生直接之聯想，該廣告用語不至於貶詆他人之營業信譽，故難認有違反二十二條。另外，公平會不根據第十九條第三款處分的案例（參見前述案例 12）主要理由是被處分人的市場占有率不高，不致於有妨礙公平競爭之虞。

另，公平會於第一五二次委員會議通過「比較廣告適法性之研析」認為比較廣告無論對廣告主本身所提供之商品或服務有無虛偽不實或引人錯誤，若對被比較對象之商品或服務有虛偽不實之表示，且廣告主係以該比較廣告為散布足以損害他人營業信譽之不實情事，則可能涉及第二十二條之違反。其構成要件：一、為競爭目的；具體明白標示被比較之廠牌或企業名稱，不論自身商品實或不實，對被比較對象之商品有虛偽不實或引人錯誤之表示。二、不實內容非僅就產品優劣程度之比較，且比較之結果對他人營業信譽產生貶損之結果。三、廣告內容會導致消費者嚴重不信任感以致有拒絕交易之可能。（註二三）

三、國際發展趨勢

美國七〇年代初期認為提及競爭者之名的廣告，係違反倫理性及商業道德，然於七〇年代前後，因傳播業者及關係團體態度改變，皆肯定真實提供資訊比較廣告對決定購買有重大之功效，廣告團體提出比較廣告「合法化」的呼聲，且因應消費者保護運動的風起雲湧，F T C亦有所回應。

F T C法第五條規定「禁止不公平競爭方法」及「不公平或欺罔之行爲或手段」都是管理比較廣告的規定，但近來對比較廣告則採取自由態度，一方面鼓勵三大電視網接受比較廣告，另一方面主動針對媒體自律規範予以審查。例如：美國廣告公司協會（A A A A）即提出自律有關的比較廣告規定。（註二四）

歐聯從一九七〇年中葉起，基於消費者保護和資訊公開，開始起草比較廣告之規範，但條文中有若干引起爭議。根據最新的一九九四年指令，一九九一年建議準則立法目標原則上允許比較廣告，已無爭論。

比較廣告可達到「品牌行銷」（brand marketing）的策略，在美國行之有年。比較策略（comparative strategy）只要是「非故意」（unintended），顯示本身的「優越性」（superiority），即屬合法。但有的比較廣告卻直指特定競爭對手，即不合法。（註二五）

（註二三） 參見公平會編輯：認識公平交易法，八四年六月增訂三版，第一七一至第一七二頁。

（註二四） 伊東章二，前揭文（註一八），第八頁。

（註二五） See Dirk Meyer-Harport, *ibid.* p.176.

總體而言，客觀可比較之因素（ The elements of comparison ），包括：實質的（ Material ）、相關的（ relevant ）、公平取樣的（fairly chosen）、有代表性的（representative）；且必須公平選取資訊，不得對實質因素有所隱匿，最佳的例子是價格的比較。

值得注意的是，在歐聯新的準則中，如果由第三者請求比較性測試，廣告主必須負責找尋獨立研究單位（ independent research bodies ），並提出測試結果（ test-results ）。廣告主經要求時必須「立刻」（ immediately ）以科學的證據提出所比較的基準，歐聯國會有認為所謂的立刻，指經過請求後四十八小時之內。該測試報告不僅係證明用，且也是對消費者的可信度（ credibility ）的確認。由獨立測試單位所為測試報告的重要性，強調其比較的公平性而且同時兼顧對消費者保護和資訊的公開性。

展望近來有關比較廣告之發展，有係從廣告學研究，有係從法律學研究，有係針對行銷策略研究，在一九九〇年代中，對比較廣告係採取比自由化態度，縱然如此，在判決上仍出現過違法之比較廣告，故有提出檢驗比較廣告合法與否的清單（ checklist ），包括下列幾點規範值得注意：（註二六）

一、衡量比較廣告的利弊得失，但利益衡量亦應保持彈性。

二、資訊的價值對消費者具有重要影響力。

三、比較產品保持客觀、獨立原則，且符合科學和技術的程序。

四、消費者調查必須選取具有代表性的樣本，從事市調者須具有專家資格，數據須正確統計和完整報導；面訪態度符合專業要求；調查須有實質內容等。

五、確定引據資料進行比較廣告是在誠信原則下，且不致於產生誤導。

（註二六） See Comparative advertising in the 1990s, 收錄於 Steven A. Meyerowitz: *An Ounce of D prevention Marketing) Sales & Advertising Law for non-lawyers*. 1994, p.15.: p.15.

肆、比較廣告管制之法律原則

一、公平會處理原則

我國公平法對廣告所造成的不公平競爭違法類型中，僅規定「不實廣告」，公平法條文未明確規定「比較廣告」，然而公平會在取締不實廣告的案例中，有明文指出比較廣告的「不實性」（註二七），並予以處分。本文整理歷來公平會取締比較廣告之案例，並以公平會對比較廣告的處理原則為基礎，再引介美國法有關廣告管制之原則，並嘗試提出若干可充當比較廣告管制之法律原則。主要用意是當作取締比較廣告違法類型的法理基礎，或可協助公平會在執法時，認定證據之參考。

我國對比較廣告之態度原則上採取許可態度，公平會八十三年所訂定的「處理虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵原則」中第八點即是針對比較廣告加以規範。（註二八）

在該原則總說明中：「比較廣告其合法性今雖多不予完全否定，但從不正競爭防止之觀點亦應加以規範，遂明定以比較方式為不實或引人錯誤表示或表徵之違法類型」。另外在該原則條文說明：「為確保事業公平競爭，保障消費者權益，原則上應認商品之比較廣告具有合法性，惟若其內容虛偽不實或有引人錯誤情形時，從不正競爭法禁止『榨取他人血汗』、『以他人血汗換取自己麵包』之觀點而言，應例外予以禁止。」因此公平會實務上認為比較廣告具有「合法性」允許商品或服務為比較廣告，如認為比較廣告有不實或引人錯誤之情形時，才例外予以禁止。

然而在實際執行時，如何掌握「原則許可、例外禁止」的管制原則，對主管部門是一大挑戰。如在【案例 9】金錶之比較廣告，公平會認為無證據證明比較廣告

（註二七） 有關廣告、不實廣告、比較廣告、不實比較廣告間之定義如何，及彼此意義內容之關連性，從公平法條文規定及實例並無法明確得知，有待從案例中再歸納整理其類型。

（註二八） 該處理原則之法律性質如何，究屬於行政命令或僅具內部拘束效力之行政規則，公平會並未有定論，本人以為：原則上屬於公平會的「內規」，無對外拘束力，目前主管機關取締處分不實廣告亦未援費該處理原則之條文，公平會的態度似亦傾向屬「內規」說。參見陳櫻琴，前揭文（註二），第七八頁。

係違法，即表示該廣告並非不實廣告，不違反第二十一條規定，卻被廠商引用另一波廣告的宣傳，如果公平法對比較廣告係採「原則許可，例外禁止」，主管機關接獲檢舉時所應調查的事項有那些？是否在比較廣告中的每一項都要調查？例如【案例 9】中，公平會承認其第一次調查，並未就其比較性廣告所載之錶帶、錶殼、機芯、錶鏡、抗壓性、防水性、寶石、品質等項目、內容及商品是否全部原廠進口等逐一檢驗，並為實質本一切符合規定之認定。有關規範的法理基礎，取締理由及調查證據等，有待進一步確認。

在公平會處理原則第八點對比較廣告有如下規定：

「八、以比較方式為表示或表徵原則

事業以與他事業之商品或服務比較方式為表示或表徵，而致引人誤認其商品或服務較他事業為優越者，為虛偽不實或引人錯誤：

- (一) 片面截取不具代表性之部分交易相對人之見解，為對自己有利之比較。
- (二) 以新舊產品或不同等級之產品相互比較。
- (三) 未以同一基準或條件為比較，而此等基準或條件係交易相對人所不知者。
- (四) 非以一般可接受之科學方法或公正方法所作測試之比較。
- (五) 強調測試之一部分結果或不重要之差異，而此部分正足以誤導交易相對人。
- (六) 就某一部之優越主張全盤之優越。
- (七) 所引為比較之資料來源不具客觀性。
- (八) 未經證實部分以懷疑、臆測、主觀陳述為比較。
- (九) 其他足以引起一般或相關大眾認知錯誤者。

但此一描述性定義方式，令人對比較廣告違法類型不易掌握。如能建立更多違法比較廣告類型，有助於執行取締違法的比較廣告。

二、美國廣告管制之原則

究竟取締比較廣告之法理基礎何在？由於我國不實廣告管制理論的建構尚屬初階段，例如認定違法的舉證原則和處分類型等，在方法論上實有待加強。

廣告屬商業言論自由的保障，但和非商業言論自由在保護程度上有所不同，美

國發展出來兩點考量原則，其一是界定保護範圍，其二是認定何謂商業言論。在保護的範圍考量部分，其重點在判斷：商業言論在何種狀況受到管制（regulated）。

（註二九）

區別商業言論自由和一般言論自由的保護程度不同，有助於建構法律體系上之意義，如【案例1】和泰汽車比較廣告案例，被處分人引用德國汽車雜誌的調查資料，是否屬言論自由涵蓋所及之行爲？在公平會處分書未觸及憲法言論自由層次的問題，有認爲，公平會應考量其限制權發動的角度，即考慮是基於何種理念與標準，來限制和泰汽車對德國汽車雜誌的引用及引用方式，建議憲法二十三條可做爲其限制權發動的權衡點。（註三〇）

且認定違法之比較廣告，牽涉證據原則，美國反托拉斯法的運作超過一百年，證據法則（doctrines）仍屬重要必備要求之一，包括實質證據原則（Substantive evidence doctrine）、廣告證詞原則（Advertising substantiation doctrine）、合理基礎原則（Reasonable basis doctrine）等。（註三一）

所謂實質證據原則，指任何處分「應該要取得讓一個合理之理性能接受，且認爲適當而足以支持結論的相關證據」，即廣告是否「不實」，如果屬違法問題，由司法機關加以判斷；如果屬事實發現的問題，便需有實質的證據來證明其事實存否，此即所謂實質證據。

廣告證詞原則，是一廣告主張其產品具有特殊性質，或概括表示其廣告之產品具有抽象的效能時，執法機關得要求其證明之，此屬於積極公開消費資訊（affirmative disclosure of information）的要求之一。最早是用涉及消費者健康或安全的產品，後來擴大適用於所有消費性的產品。

在合理原則下，FTC將廣告所宣稱的內容區分爲特定陳述內容及概念主張效能，對前一部分要求應依具體的要求標準來證明其宣稱內容；第二部分則較具有彈性，例如適當而可信賴的科學證據（competent and reliable scientific evidence）即可。

（註二九） 參見范建得，前揭文（註二），第五頁。

（註三〇） 同前註，第八頁。

（註三一） 同前註，第十四頁至十八頁，其所引述美國案例的理由形成及所確立的原則，相當值參考。

其次，廣告也是言論自由的一種，應受憲法言論自由的保障，但商業言論的保障也受到一定的限制，不實的廣告侵害性如何界定？在美國法發展經驗中有三個較為明確的標準：一是明確而現時危險之標準（The Clear and Present Danger Test），二是社會價值填補標準（The Redeeming Social Value Test），三是個案評比標準（The Ad Hoc Balancing Test）。（註三二）總之，美國法制由案例所衍生之廣告管制原則，在方法論上值得我國參考。

三、比較廣告管制之法律原則

本文根據實例及公平會處理原則，提出下列比較廣告管制之法律原則，充當判斷比較廣告合法與否的法理基礎。廣告是一種意見的表達，受到憲法第十一條言論自由之保護，除非為妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要，不得以法律限制之。（註三三）

在自由經濟之下，凡法律未予止者，即屬自由經濟活動領域，對比較廣告的管制立場，原則上應許可，但是由於比較廣告牽涉被比較事業之信譽、市場競爭能力及消費者對廣告之信賴，主管機關立取締比較廣告時，必須其有違反公平競爭的法價值，才予出面干預，故取締比較廣告必須廠商有不符下列原則：（註三四）

（一）公平性原則

產品或服務之比較應是以相同之標準，針對同級之產品或服務進行公平之比較，否則比較之結果會被扭曲，比較廣告之功能會落空；且片面比較（只強調自己的優點及他人的缺點）亦有欠公平。（註三五）

公平會「處理原則」對比較廣告規定的第一、二、三、六項，即指公平性原則：

（註三二） 參見范建得，前揭文（註二），第二至四頁。

（註三三） 參見劉孔中，前揭文（註七），第十四頁。

（註三四） 比較廣告應符合公平及客觀原則，是公平會在多數處分書中所明確指出者，惟公平及客觀原則，係一體兩面，可當作一個原則說明，亦可分開為兩個原則解析，本文為強調法律原則之重要性，故區分為公平性原則和客觀性原則。

（註三五） 參見劉孔中，前揭文（註七），第十五頁。

(一) 禁止片面截取不具代表性之部分交易相對人之見解；(二) 禁止以新舊產品或不同等級之產品互相比較；(三) 禁止不同基準或條件為比較；(六) 禁止就某一部之優越主張全盤優越。

(二) 客觀性原則

比較廣告出於廣告主之競爭目的，故不可能無帶有一定程度的主觀色彩，但比較時應儘可能客觀，使消費者能理性檢證其內容，應避免使用無法查證之陳述、主觀的言詞或人身攻擊。

公平會比較原則(七) 禁止資料來源不具客觀性之比較，即禁止違反客觀性原則之比較廣告。例如【案例 4】腳踏車剎車固定座比較廣告，被處分人以放大倍數不同的照片比較，即明顯違反客觀性原則。

(三) 真實性原則

任何比較都必須真實，否則消費大眾會受誤導，被比較之競爭對手遭到不公平之阻礙，公平會「處理原則」對比較廣告規定的第四、八項，即規定真實性原則：(四) 禁止就非以一般可接受之科學方法或公正方法所測試之比較；(八) 禁止就未經證實部分懷疑、臆測、主觀陳述性質之比較。

真實性原則和其他法律原則的概念迭有重疊之處，如比較廣告的真實，當然和公平，客觀不可分；也必須符合資訊充分揭露和公認比較基準原則，如屬公認機構所檢驗的資訊充當廣告內容，必須所引據的資料真實，且完全揭露，才不致誤用檢驗機構的資訊。

(四) 君子之爭原則

比較廣告不可出言惡毒，在廣告中可以將所有資料並列，提供消費者多方選擇之參考，但實無必要貶損競爭對手，否則有違君子之爭原則。

例如【案例 4】，在廣告中稱傳統產品「極易斷裂」，對他人產品有不實陳述，以貶抑競爭對手遂行自己產品之行銷。廣告人提供比較廣告資訊，但係利用「揚己貶人」的目的推銷自己產品，除違反公平競爭原則外，可以說有違君子風度。又如【案例 7】亦同旨，電腦字典廣告詞「揭穿整句翻譯的洋相」，「請問顏

元叔教授：這樣的產品值得你推薦嗎？」實已批評對手，具惡意廣告之嫌，故比較廣告的內容除真實外，不可其惡意攻擊，即禁止在廣告詞中貶損其他品牌商品或對相關人士作人身攻擊。

(五) 資訊充分揭露原則

比較廣告的適法性，即在於其透過比較，能提供充分的資訊，故在揭露資訊時，應注意資訊的公開及充分完整，如僅貶損他人提升自己產品，即有造成不實廣告之嫌疑。

惟在取締時，判斷標準甚難拿捏，廠商所引用的資料，是否須百分之百完全揭露，抑或僅就商品特點提示若干點比較即可，實亦很難以「量化」的標準考慮。因此，援用此一原則時應搭配其他原則考量，如資訊充分揭露，但批評對手產品有惡意；或縱使揭露部分資訊，但內容完全真實，須個案判斷之。

(六) 公認比較基準原則

比較廣告之資訊來源相當重要，可以是經過市場確實調查所得的數據，也可以是由專家所提供專業意見。專家意見又可分專為比較廣告所調查或已經為一般發表而被比較廣告援引成為廣告。

公認比較基準和「一致性比較基準」同等重要，本文歸類上僅以前述名詞（公認比較基準原則）描述之。所謂公認比較基準，指提出的資訊必須在客觀上有公認性的權威，專業機構認證；所謂一致性比較基準，指所比較的資訊，必須在符合一致性的前提下之進行比較。惟無論公認性比較或一致性比較係由廣告提供人所收集、提出，與公証機構無關，若公認機構的比較基準不一致，當然不可當作比較廣告之消息來源。

例如【案例 7】有關電腦字典之違法比較廣告，其最主要的關鍵是比較的標準及立場受懷疑。被處分人以其所設計之普威特電腦字典與快譯通電腦字典有所不同，且以自定之標準，站在不同之基準，於所刊登之比較廣告上，誇大普威特電腦字典之容量之行為，屬違法不實比較廣告。如果屬於電腦專業機構所提供的比較基準，其可信度高，判斷是否違法即另當別論。

在【案例 1 2】亦同，在奶粉比較廣告中，提供小兒醫學資訊之行為，是一種

專業資訊的公開，如屬於真實比較，即無所謂不正當方法可言，惟提供廣告者故意以「比較基準不一致」，如以低過敏和非低過敏的奶粉，且自稱是美醫學會建議「最佳配方」，即屬於違法類型之比較廣告。

(七)證據認定原則

所謂證據認定原則，是主管機構針對廣告所提供資訊，綜合判斷，是否符合真實、公平、客觀等各項考量原則，而提出一足以支持結論（違法與否）的相關證據，在美國法上有一套認定原則，已如前述；在歐聯有關舉證責任尚無類似美國所演繹之證據法則，歐洲法院在判決上曾確立一原則：比較廣告無欺騙故意，或無消費者實際上產生錯誤，仍屬合法容認的廣告。（註三六）

在公平會執法態度上目前有從嚴之說，例如【案例 9】，公平會基於該比較廣告之各種「項目」並無證據顯示不實，且其所使用之比較用語極為概括，故在無積極證據證明其有虛偽不實的前提下，形式上無公平法第二十一條之適用。

但有疑義者，既然廠商在廣告中已比較不同廠牌金錶之性能、機件，公平會在調查時如何以「無證據證明」是否為不實廣告？且在經檢舉後，並未就其比較性廣告所載內容加以檢驗及認定？公平會所為的證據認定，究係採「形式證據認定主義」或「實質檢驗主義」？並無進一步說明。

如【案例 11】燜燒鍋廣告，工研院所作之測試為溫度變化報告，並未對何種溫度可達燜煮效果有所說明，故公平會不予採納。

我國公平法有關廣告違法的舉證責任規定不明確，依處理原則第九點、第十

（註三六） See Dirk Meyer-Harport, *ibid.* p.180.

歐洲法院對日產汽車 (Nissan) 在此利時用法文宣傳：買一輛較便宜的新車 (Buy your new car cheaper)。但日產汽車在法國有排他性的售權（又稱獨家銷售權；exclusive distribution rights）。而日產在比利時平行輸入 (parallel imported) 係欠缺某些配備，卻未在廣告詞中明文揭露。法國法院適用相關的法國國內法規定，要求根據歐體條約程序 (Artical 177 EC Treaty procedure) 解釋 84/450。根據 84/450 第二條 (2) 限制比較廣告主要是造成欺騙。歐洲法院認為，廣告造成引人錯誤必須是有相當數量的消費者在當時都不知其配備不同而購買，當時並無消費者實際上有錯誤概念 (misconception)，其非具有欺騙 (deceptive) 故意。

點，似由檢舉人負舉證責任。（註三七）但以公平會身兼調查市場資訊之責，公平會本身亦負有舉證責任。在案例中，由公平會負舉證責任者居多，被處分人舉證提出專業測試報告者，公平會不採者亦有之。顯示有關廣告違法之舉證責任尚無一定法則可言。

(八)市場影響輕重原則

比較廣告所提供的資訊，對市場影響輕重與否，是判斷廣告是否合法的因素之一，在【案例2】中公平會認為電信服務價格比較與實際不符，但係屬電信局降價前之價格，且廣告製作在前，對市場影響輕微，故不認定為違法。

(九)小結

縱然如此，在實際個案中，判斷比較廣告違法類型，仍存在相當多的困難。首先值得研究的問題是：廣告人所刊登的比較性資料，係引自專門雜誌評比資料，應如何「據實轉載」才不會造成「貶抑他人、突顯自己」的情況？進一步言之，廣告係利用簡短文字吸引消費者，與專業性雜誌詳細列出評比項目，重點當然不同，在廣告中引據評比資料之比例如何，資訊是否完整？有否故意隱匿對自己不利之資訊？似應可再加強研究。

其次，除二十一條外，何時再引用二十四條？在【案例4】及【案例5】中，公平會認為有違反「效能競爭」。即是否構成欺罔或顯失公平，應以市場上之效能競爭是否受侵害加以判斷，不以產生實際之損害為要件。以偽造照片的方式作比較廣告或超市之「價格比較表」，顯然無法正確反映市場真實競爭情況，且以不當比

(註三七) 依該處理原則第九點（檢舉程式）前段規定「檢舉他事業為虛偽不實或引人錯誤之表示表徵，應請其以書面載明具體內容，並書明真實姓名及地址。」主要目的為避免濫行檢舉，損及合法事業之權益。

且第十點規定（檢舉人提供事證及釋明）：「檢舉事業為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，應請檢舉人提供相關商品、包裝、廣告等事證，並釋明為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。未依前項供相關事證或釋明者，應以書面通知檢舉人請其於十五日內提供；逾期仍未提供者，依檢舉無具體內容事件處理」。主要目的為避免事業或個人僅因臆測即行檢舉，造成行政資源之浪費，應請檢舉人提供可信違法事實存在之物證。

較廣告方式貶抑競爭對手，以推銷自己商品，即明顯侵害效能競爭之本質，而有顯失公平之情事，故亦違反第二十四條規定。

然而，公平法第二十四條是不公平競爭的概括規定，補充規定？援引第二十四條是否指都不構成前面條規所規定的不公平競爭行為才予規範引用。抑係可同時援用多條條文規定取締一種不公平競爭行為，屬法條競合問題，在一適用爭議上有待釐清。

再者，「行政介入」程度應如何？【案例9】金錶比較廣告中，公平會前後兩次處置，對廣告廠商造成不同結果，且業者竟利用主管機關的回函當作廣告宣傳詞，如果公平會在第一次認定時所採的證據明確，判斷比較廣告違法，業者即不會用公平會的回函當作廣告詞。其間取締或管制的行政成本，亦有從經濟成本效益為考量為宜。

最後，如何克服被比較者可答辯之機會？因為傳統不公平競爭的法理，比較廣告應予處罰的可責性，即是其被比較的人無任何答辯機會，違反市場資訊公開法則，惟各種類型的比較廣告方式推陳出新，指明被比較者與否，似乎並非主管機關衡量的重要因素。在公平會的實踐上，有指明被比較者，有可能構成第二十四條；但不一定構成第二十二條，何謂消費者因比較廣告而產生對被比較者商業信譽之聯想？如果能透過對手的答弁說明，不會引起消費者誤認，即不具處罰價值，是否不致於破壞市場秩序，都有待從證據定原則中再予澄清。公平會對取締不實違法廣告，目前最欠缺者為規範的基礎法理不足，處理原則法律性質不明，執行效果不佳，都有待改進。然以公平法目前的立法條文規模，亦不可能大張旗鼓增加條文詳細規定比較廣告的違法構成要件及違法類型；本文在研究方法論上嘗試提出若干突破之道。

伍、結語

總之，公平法第二十一條規定不實廣告是公平會取締市場不公平競爭最常動用的條文，比較廣告如果屬於不實廣告，當然應受公平法規範，然而比較廣告如果能充分提供資訊，對市場消費資訊流通亦具有助益，因此，對比較廣告的管制，在各國早有寬嚴不一的規定。

本文研究公平會針對二十一條所定的「廣告處理原則」，第八點有關比較廣告規定，研究外國比較廣告立法規範原則，且由公平會取締廣告及比較廣告的十二則案例中，再歸納出廣告管制之基本法律原則，包括：1 公平性原則；2 客觀性原則；3 真實性原則；4 君子之爭原則；5 資訊充分揭露原則；6 公認比較基準原則；7 證據認定原則；8 市場影響輕重原則。就確立比較廣告的法理基礎提出研究，建議公平會在解決比較廣告個案時，也能有詳細的理由形成，以逐步確立公平法取締市場不公平競爭的法理基礎。