

美國聯邦交易委員會法第五條之研究*

劉孔中**

比較法的研究對我國公平交易法之解釋及適用極為重要，因為(1)該法係我國繼受西方先進國家(特別是美國及德國)之相關規定而成，其學說及法院對該等規定所提出之理論及作成之判例，極具參考價值；(2)國際上有將公平交易法(習稱競爭法)整合之趨勢，以便各國能在相同的競爭條件下從事自由且公平之競爭，故我國應以國際通行之標準檢視我國之規定及實踐，以免自絕於國際社會。美國聯邦交易委員會法第五條之規定為我國公平交易法所採納，本文之研究即在於歸納整理該條在美國法上之精髓，以為我國之法律解釋奠下理論基礎。

一、緒論

二、不公平競爭方法

三、不公平或欺罔之行爲或手段

四、結論

一、緒論

公平交易法第二十四條(「除本法另有規定者外，事業亦不得爲其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」)，運用得當，足以用來網補公平交易法其他具體規定未能加以規範之妨礙自由競爭及公平競爭行爲，故在公平交易法的施行上，至爲重要。但是該條規定用語抽象(「欺罔」、「顯失公平」)，再加上本法在我國係屬新創，所以亟待具體化，以供吾人適用時之依循。職是之故，本文擬針對本條規定所宗法之美國聯邦交易委員會法(Federal Trade Commission Act)第五條(a)項(1)款之規定(：「商業上或影

* 作者感謝二位匿名評審之寶貴建議。本文爲配合本集刊之要求，刪去一萬多字，爲恐讀者閱讀上感覺有不周全之處，特此申明。

** 中央研究院中山人文社會科學研究所助研究員

響商業之不公平競爭方法(unfair methods of competition)以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行爲或手段(unfair or deceptive acts or practices)，違法。」)進行研究，希望能借鏡美國學說及實務上之見解，爲我國公平交易法第二十四條之解釋適用提供初步參考。

本文共計四部份。第一部份緒論簡介美國聯邦交易委員會法第五條之主要內容、立法背景及立法沿革，第二部份係研究何謂「商業上或影響商業之不公平競爭方法」，第三部份則探討何謂「商業上或影響商業之不公平或欺罔之行爲或手段」，第四部份則總結一至三之研究。

(一) 聯邦交易委員會法第五條之主要內容

聯邦交易委員會法第五條共計十三項，唯(a)項與我國公平交易法第二十四條有關，故僅將(a)項之規定翻譯如下：

- (1) 商業上或影響商業之不公平競爭方法，以及商業上或影響商業之不公平或欺罔之行爲或手段，違法。
- (2) 委員會有權利及義務防止個人、合夥或營利組織在商業上使用不公平之競爭方法或以之影響商業，或在商業上使用不公平或欺罔之行爲或手段或以之影響商業，但本法第十八條(f)項(3)款所規定之銀行、儲蓄及借貸機構，本法第十八條(f)項(4)款規定之聯邦信用聯盟，受商業管制法規範之運輸業，受1958年聯邦航空法(合衆國法典第四十九號附錄第一三〇一條以下)規範之航空業及外國航空業、以及受修正後之1921年罐頭業及牲畜場法(合衆國法典第七號第一八一條以下)規範之個人、合夥或營利組織，不在此限，惟不包括罐頭業及牲畜場法第四〇六條(b)項(合衆國法典第七號第二二七條(a)項)規定之情形。
- (3) 本項之規定不適用於與外國進行之商業有關之不公平競爭方法(不包括進口商業)，除非
 - (A) 此種競爭方法
 - (i) 對非與外國進行之商業，或對與外國進行之進口商業；或
 - (ii) 對在合衆國內與外國從事出口商業之人所爲之出口商業具有直

接、重大，而且可合理預見的效果，並且

(B) 該效果可導致本項規定(不包括本款)之請求權。

若僅因為依據(A)(ii)之規定，致本項之規定適用於前述競爭方法者，限於此等行為對合衆國境內之出口業造成損害時，始有本項之適用。

(二) 聯邦交易委員會法之立法背景

在英美法的法律解釋，不論傳統的「意旨學派」(intentionalist: 主張立法意旨是法律解釋最重要之依據)、「修正的意旨學派」(modified intentionalist: 主張以法律的原始目的代替法律的原始意旨)或動態的法律解釋(dynamic statutory interpretation) (Eskridge, 1987: 1480-1481)，均會以歷史觀點討論法律產生的立法背景。特別是在法律文字本身概括而抽象的情形，立法背景之研究更有助於吾人解釋法律規定；在聯邦交易委員會法第五條的情形，亦是如此。因此，本節先探討該法產生之一般的立法背景，復於次節探討該法第五條之立法沿革。

聯邦交易委員會法之產生，在某種程度內是與國會於1890年通過之休曼法息息相關。由於休曼法並未設立專門主管該法執行之機關，而僅賦予聯邦司法部取締限制交易之契約、托拉斯、密謀及獨占的任務，以致於該法之實現仍然依靠法院之裁判；國會對此並不滿意，究其原因有二：

1. 在法院爭訟反托拉斯法代價太大：
 - (1) 法院裁判經年累月，常有緩不濟急的缺點。
 - (2) 法院的裁判往往不一致。
 - (3) 對反托拉斯政策之控制，由國會移向法院。
2. 休曼法之範圍過窄：法院在事業未接近獨占之前不得採取任何舉動，以致往往只有坐令事態擴大(Averitt, 1980: 229)。

除了以上所述之事由，聯邦最高法院在Standard Oil Co. v. United States一案，標舉所謂的「合理原則」(rule of reason)，將原本絕對禁止限制交易之行為放寬到只禁止對交易不合理的限制，¹此舉更刺激了國會。於是在參議員Newlands推動之下，參議院作成第九十八號決議，授權州際商業

委員會就是否有必要制定新的反托拉斯法進行聽證。該委員會事後提出一份厚達二千八百頁的「Cummins 報告」，該報告檢視了最高法院自 1890 年以來對反托拉斯法之裁判，得到了幾個結論：

1. 法院要求必須對州際商業有直接影響之行爲，始適用休曼法；但是認定何種行爲有直接或間接效力，會產生不確定，有礙於該法之執行。故應以立法禁止雖然間接但卻明顯限制交易之組織、結合或獨占(Ward, 1988)。

2. 法院訴諸合理原則時，並不只是在適用法律，而是在創造法律。在一個受成文憲法及制定法規之國家，吾人很難想像，法院得依據個別法官之經濟標準審查每一個限制交易之行爲。此外，最高法院之判決並不能導致吾人對判決結果具有充分的可預測性及統一性。

該報告於是建議：爲補救休曼法解釋上的缺點，有必要採取其他措施，若同時能設立一個新的委員會，以掌管該法之執行，則更爲理想。也就是在此歷史背景下，威爾遜總統於 1914 年元月向國會提出六點計劃，從而導致聯邦交易委員會法及克萊頓法之制定(Ward, 1988; 林騰鶴, 1990: 35-42)。聯邦交易委員會法之目的，僅在於對抗有使競爭僵化之傾向的潛在行爲，具體言之，即雖然尚未違反休曼法，但若不加以管制即可能違反休曼法的交易行爲(FTC v. Cement Institute, 68 S.Ct. 793; FTC v. Texaco, Inc., 89 S.Ct. 429)。

(三) 聯邦交易委員會法第五條之立法沿革

1. 原本僅保護競爭關係

聯邦交易委員會法第五條(a)項(1)款於制定之初只規定：「商業上或影響商業之不公平競爭方法，違法」。雖然國會在制定該法之時，曾希望以較明確之規定改善法院裁判不明確之弊端，但在其具體規定該法第五條時，仍然採用極爲抽象之文字“不公平”。此有其不得不如此之原因，因爲商業上不公平手段會隨著商業的發展而不斷產生，商人的想像力又無止境，故勢必要給予聯邦交易委員會相當大的彈性空間，由其就具體之商業發展，認定何種行爲構成“不公平的競爭方法”。其次，由法條文字可知，立法者所關切

的主要是存在於事業間之「競爭」關係，而不是事業與消費者之關係。因此產生以下的問題：事業對消費者的不公平行為，在法律上應如何處置？立法者在立法時曾多次提到，對消費者不公平之行為是不公平競爭的一個例子。顯然是因為此種對消費者不公平之行為，造成事業取得其原本無法取得之銷售及利益，因此對其競爭對手取得不正當的競爭利益(Averitt, 1981: 230)。

聯邦最高法院亦曾在其早期判決中採取相同之見解，例如在FTC v. Winsted Hosiery(42, S.Ct. 384)一案(系爭產品是棉、毛混紡，但卻使用純毛料之標籤)，聯邦最高法院認為此構成不公平的競爭方法，因為它至少會對誠實標示之競爭者造成間接的損害，「不實標示之商品以詐欺的方式吸引消費者，即是將交易自誠實標示商品之製造人處引開」。

2. 惠勒—李修正案加入消費者保護的考慮

隨著時間的進展，聯邦交易委員會或聯邦最高法院均逐漸認識到，消費者利益之保護有其獨特之重要性；對消費者之保護不再只是保護競爭的結果，而是聯邦交易委員會法第五條的另一個主要目標。因此1938年的惠勒—李修正案(Wheeler-Lea Amendment)將「商業上或影響商業之不公平或欺罔的行為或手段」納入聯邦交易委員會法第五條(a)項(1)款。此項修正有其程序及實體的意義。就前者而言，該修正條文免除委員會在證明所有其他要件之後，仍要證明有競爭之存在及競爭者受到損害之負擔，以減少其執法程序上之困難及費用。就實體而言，該修正案亦擴大委員會之權限，²使其管轄消費者因為不公平或欺罔行為所受到損害之案件，而不論該行為對競爭關係有何影響(Scientific Mfg. Co. v. FTC, 124 F.2d 640; U. S. v. St. Regis Paper Co., 355 F.2d 988)。換言之，此項修正之目的在於「如同關切受到不誠實競爭對手損害之製造人，本法亦關切受到不公平交易手段損害之消費者」(Craswell, 1981:111-112)。

二、不公平競爭方法

(一) 一般說明

美國聯邦交易委員會法制定的動機在於補充休曼法不足之處，已如前所述。是以本法第五條之解釋適用與反托拉斯法息息相關，此可分為二點說明：

第一點，反托拉斯法上自Standard Oil一案以來建立起來的合理原則，在吾人解釋聯邦交易委員會法第五條「不公平競爭方法」時亦有適用。參議員Cummins即曾表示：「如果要以合理原則解釋『限制交易』，則亦應以此原則解釋『不公平競爭』」(Averitt, 1980: 235-236)。

第二點，違反反托拉斯法的行為，則構成本法第五條之「不公平競爭方法」。而違反反托拉斯法之行為又可細分為三種：直接違反反托拉斯法之行為，潛在違反反托拉斯法之行為，以及使反托拉斯法之政策或精神落空的行為。在此，吾人或許會產生以下的疑問：直接違反反托拉斯法的行為，既然已有其他反托拉斯法的規範，又何必再由聯邦交易委員會法規範？對於此問題的答案必須回溯到本法第五條與其他反托拉斯法的區別(Reich, 1982: 802-804)：

1. 聯邦交易委員會有堅實的經濟分析能力。聯邦交易委員會不僅是由法律人組成，而且包含了任用九十名以上的經濟學人的「經濟局」。此正反映出立法者的意旨：將以往僅由法院判斷的案件移轉一部份到能對商業及經濟從事實證分析研究的部門——即聯邦交易委員會。這也是為什麼參議員Cummins於制定本法時表示，他寧可相信由五位委員組成之聯邦交易委員會，而不願相信隱居的法院。

2. 本法第五條排除私人訴訟，亦無刑事處罰或三倍的民事賠償。原則上，聯邦交易委員會僅得發布停止命令(cease-and-desist-order)。正因為聯邦交易委員會能採取的手段較溫和，故不致於因為使系爭公司當然受到刑事處罰及三倍的民事賠償，而輕率地剝奪了整體經濟可能因為該公司的技術改進及創新努力而得到之利益。

因此，在其他反托拉斯法之外，聯邦交易委員會法第五條之規定仍具有其重要功能。

此外，不公平競爭方法的態樣主要尚有二種：違反普遍承認之公平競爭行為的標準，以及違反聯邦交易委員會認定之公共政策。

最後應說明的是，「不公平競爭方法」不同於「不公平競爭」(unfair competition)。蓋不公平競爭在普通法上有其固定而且範圍較窄之意義：模仿或仿造他人在市場上有良好聲譽及廣大銷售量之產品的名稱、大小、形狀、特殊性，或該產品包裝之形狀、顏色、標籤、包裝物或一般的外表，而足以誤導一般大眾，但未達於絕對的仿冒(absolute counterfeit)或侵害商標的地步(Black's Law Dictionary, 1990)。爲了使本法第五條之適用範圍不受到先前普通法上「不公平競爭」解釋之限制，而能有更廣之範圍，本法第五條使用「不公平競爭方法」此項文字(Ward, 1988)。以下即分別針對各個構成「不公平競爭方法」之行為類型加以論述。

(二) 不公平競爭方法之類型

1. 違反反托拉斯法之規定

(1) 直接違反反托拉斯法文字

雖然聯邦交易委員會法第五條本身並未提及任何反競爭的效果(此與休曼法及克萊頓法截然不同)，但本法是美國整體競爭政策中之補充工具，是無庸置疑的。因此對本法之解釋必須考慮到本法與休曼法及克萊頓法之互補性(Silcox, 1984: 427)。自1920年代起，美國聯邦最高法院即認定，從事「有不當阻礙競爭或導致獨占之危險趨勢而違反公共政策的行為」是一種「不公平競爭方法」(FTC v. Gratz, 40 S.Ct. 572, 575)。在1921年FTC v. Beech Nut Packing Co.(42 S.Ct. 150)一案中，最高法院更認定，關於轉售價格之約定「必然對一切反托拉斯法均要維持的州際交易之商業自然流通及競爭自由構成限制」，故亦構成聯邦交易委員會法第五條之不公平競爭方法。時至今日，吾人殆可普遍主張：違反休曼法、克萊頓法及羅賓遜一派特曼法之行為，亦構成「不公平競爭方法」；換言之，立法者並無意將其他反托拉斯法

排除於本法第五條適用範圍之外(Averitt, 1980: 239)。

(2) 潛在違反反托拉斯法之規定(incipient violation of antitrust laws)

聯邦交易委員會法第五條亦適用於在可預見將來可能發展為托拉斯之行爲。聯邦最高法院於1953年之FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.(73 S.Ct. 361, 363)一案中即明確表示：「吾人均知道，聯邦交易委員會法旨在補充並且支援休曼法及克萊頓法—防止若成熟發展即會違反前述二種法律之潛在行爲及手段，並且將正在違反前述二種法律之行爲以『不公平競爭方法』處理而禁止之」。

在此有一個問題待解決，即：何種潛在違反反托拉斯法之行爲始受到聯邦交易委員會法第五條之禁止？換言之，此種潛在違反之行爲與實際違反之行爲間的適當距離爲何？吾人若要求此種潛在違反反托拉斯法之行爲必須對競爭造成實際且立即之損害，是不妥當的。一方面因爲許多實際違反反托拉斯法之行爲(例如價格限定之約定)本身當然(per se)違法—不論其對競爭是否造成傷害—故無必要要求其潛在之行爲對競爭造成傷害；另一方面，即使在實際違反反托拉斯法之行爲並非本身當然違法之情形，亦不應要求其潛在行爲對競爭造成立即之損害，因爲整個潛在行爲之理論就是在於在不當行爲造成公共損害之前禁止該行爲，因此若要求在以本法第五條禁止潛在違反反托拉斯法之行爲之前，必須證明實際且立即之損害，無異自相矛盾(Averitt, 1980: 247-248)。對此問題，吾人可參考美國聯邦最高法院在1948年Corn Products Refining Co. v. FTC(65 S.Ct.961, 967)一案對克萊頓法第二條之解釋：

「第二條(a)項並不要求，價格之差別待遇確實導致對競爭產生不利之結果……。只要「可能」有此效果即可。但「可能」一字並不是用來禁止「只不過有可能」(mere possibility)有此結果之差別待遇，而是及於「大概」(probably)有此結果之差別待遇」。

學者有鑑於聯邦交易委員會法賦予委員會比克萊頓法賦予委員會更大的空間，故降低潛在違反之行爲的標準於「大概」與「合理的可能」之間

(Intyre and Volhard, 19 : 407, 422; Averitt, 1980: 251)，倒不失為可行之標準。

(3) 使反托拉斯法之政策或精神落空

從法律比較的觀點而言，大陸法系(特別是我國所宗法之德國)法學在從事法律解釋時，鮮有談及法律的政策(Politik des Gesetzes)，³而是談法律的目的(Zweck od. Teleologie des Gesetzes)。然而究其實際，二者並非不同之解釋標準(Larenz, 1991: 332-333)。在此吾人必須指出的是，依美國最高法院及法學界先討論潛在違反反托拉斯法之行爲，之後再來討論使反托拉斯法之政策落空之行爲，似乎沒有太大實益，因爲二者少有區別，蓋其均係依據反托拉斯法之目的加以決定。若依據德國法學之法律解釋標準，應將「潛在違反反托拉斯法」及「使反托拉斯法政策落空」二項合併爲「違反反托拉斯法目的」。

a. 使休曼法之政策或精神落空

在1966年Shell Oil Co. v. FTC(360 F.2d 470, 487)一案(本案案情爲：輪胎製造商先與石油公司約定，若石油公司能使向其租借加油站經營加油服務之人購買並銷售該製造商之輪胎，則給予該石油公司回扣一所謂的銷售回扣制度。而該石油公司未明白表示，加油站經營人是否能取得租約或石油與其是否購買並銷售指定之輪胎有任何關聯，但利用其強大的經濟力量促使加油站經營人購買並銷售其指定之輪胎)，聯邦第五巡迴上訴法院認定此種銷售回扣制度違反休曼法之目的，因爲，第一，此行爲對競爭者造成該法所須防止之相同效果；第二，此行爲造成該法禁止之類似強制效果(因爲加油站經營人顯然無法對抗既是其石油供應商，又是其融資者及房東的石油公司)。

b. 使克萊頓法政策或精神落空

與休曼法不同的是，克萊頓法是比較狹窄且具體的規定，它列舉數種特定的行爲並禁止之。在此產生如下的問題：這些規定是否一律爲窮盡的規定？以致不得再依據聯邦交易委員會法第五條禁止克萊頓法未禁止之行爲？抑或本法第五條可用來禁止某些克萊頓法未禁止之行爲？針對此問題，有美

國學者提出以下的解答標準：

「吾人可假設克萊頓法之具體規定並未窮盡立法之意旨，原則上，仍得依據(聯邦交易委員會法)第五條禁止克萊頓法未明文禁止之類似行爲。但得依據立法史或系爭條文之內在邏輯推翻前述假設，惟必須明確提出認定立法意旨已(被克萊頓法某規定)窮盡之理由」(Averitt, 1980: 260)。

對熟知德國不正競爭防止法的人而言，以上所述之標準，其實與德國學說用以界定該法第一條一般條款與其他具體規定之關係的說法極爲接近：

「……個別構成要件具優先性，但並非窮盡的規定，毋寧在每一方面均須經由一般條款補充。即使一行爲符合一個別之構成要件，只要該構成要件未窮盡地評價該行爲之不法內涵，仍然可以適用一般條款作爲補充……」(Schricker, 1993)。

因此，對克萊頓法與聯邦交易委員會法之關係，吾人尚有進一言之必要。如前所述，二法均是立法者用以對抗限制交易而補充休曼法之不足。但是二者之方式並不相同，克萊頓法是明確制定合法及非法的行爲標準做爲商人之行爲依據，聯邦交易委員會法則是以第五條之一般用語，以掌握千變萬化的不公平行爲(Averitt, 1980: 261)。故二者之關係，套用德國不正競爭防止法的觀點來說，原則上是一般條款與具體規定之相互補充的關係，除非具體規定有窮盡規定特定行爲之意旨。茲舉二例說明(Averitt, 1980: 259-260, 263-264)。

1. 克萊頓法第二條(a)項禁止對「相同」級別與品質商品之不同購買人爲價格差別待遇之行爲，此應該是一種窮盡的規定，吾人不能再援引聯邦交易委員會法第五條，質疑對「不同」級別或品質商品所爲價格差別待遇之行爲是否爲不公平的競爭方法，因爲既是不同級別或品質商品，自然有不同價格之正當理由。

2. 克萊頓法第二條(d)項只禁止提供差別性的促銷折扣，該條(f)項亦只禁止買受人誘使或受領「價格」上之差別待遇。但其並非窮盡規定，故對於例如買受人誘使出賣人提供差別性的促銷折扣，仍應可援引聯邦交易委員會

法第五條禁止此種行爲。

2. 違反普遍承認之公平商業行爲的標準

聯邦交易委員會之權限並不限於執行反托拉斯法，而且亦及於維護一般商業行爲之正當性及公平性，用英美法的說法就是商業上的公共政策。此種公共政策主要有二個層面，一個是維持普遍承認的商業倫理，一個是防止因違反一般之實質法律(例如勞工法、環境保護法、職業安全及健康法等)而獲得競爭之利益(Averitt, 1980: 273-274)。

3. 違反聯邦交易委員會認定之公共政策

美國聯邦最高法院於1972年FTC v. The Sperry and Hutchinson Company(92 S.Ct. 898, 905)一案中首先表示：

「因此，立法及司法機關均使吾人確信，聯邦交易委員會於依據國會授權之模糊的公平標準衡量交易行爲時，如同衡平法院般，考慮反托拉斯法文字或精神以外之公共價值，並非僭越其權限」。

接著在1986年FTC v. Indiana Federation of Dentists (106 S.Ct. 2009, 2016)一案中表示：

「聯邦交易委員會法中之『公平』標準必定是個模糊的標準，它不僅包括違反休曼法及其他反托拉斯法之行爲，而且包括委員會基於其他理由認為違反公共政策之行爲」。

美國聯邦最高法院認為聯邦交易委員會在適用該法第五條時，得依據反托拉斯法以外之理由認定公共價值或公共政策。至於其可認定何種公共價值或政策，尚待法院進一步之判決，但似乎應該不包括反托拉斯法上之價值或政策，因爲此已窮盡於反托拉斯法之中。⁴

三、不公平或欺罔之行爲或手段

(一) 一般說明

美國國會於1938年以惠勒—李修正案，係出於對消費者之保護，一併將「不公平或欺罔之行爲或手段」宣布爲違法。對消費者的保護，一言以蔽

之，即是保護消費者主權(consumer sovereignty) —自由的市場消費決定。換言之，確保消費者得公開地、透過自由磋商、近距離地(arms-length)依據對特定商品之價格及效益的理性評估從事購買決定。消費者若在不受強制並握有重要資訊及有效交易所必要之一切要素的情況下交易，即是消費者主權之實現(Averitt, 1981: 227, 251)。

危害消費者主權的行為態樣，主要就是不公平或欺罔之行為或手段。在吾人分別論述欺罔或不公平行為之前，有必要先提出數點一般說明：

1. 雖然惠勒—李修正案同時加入「不公平」及「欺罔」，但在發展上，聯邦交易委員會先是廣泛地理解、使用欺罔之意義，少有提及不公平。從1964年起，委員會才慢慢從欺罔理論轉向不公平理論，此時雖然主要仍然基於欺罔理論，但逐漸發展出純粹的不公平理論。委員會將此重疊之二種理論併用為其決定之依據。自1970年代起，委員會才開始以不公平理論做為其決定之獨立基礎(Averitt, 1981: 239-245)。

2. 美國哥倫比亞特區巡迴上訴法院於1986年 *American Financial Services v. FTC*(767 F.2d 957, 979-980, footnote 27) 一案中表示：

「原告之論述未能區別不公平手段及欺罔手段。吾人若比較不同類型之不公平案件，將會因為其中多數案件係基於欺罔理論而且均被認定為係欺罔及不公平，而有其困難之處。因此欺罔標準及不公平標準之區別傾向於模糊。但是這是二個不同的標準：手段若迫使消費者承擔較其所期待之風險更大的風險(例如消費者受到誤導)，構成欺罔；反之，手段若迫使消費者承擔較有效率市場所要求之風險更大的風險，則構成不公平」。此項見解獲得學說之支持(Craswell, 1981: 117)。

3. 聯邦交易委員會法第十二條規定，以下列方法散佈或使他人散佈不實廣告，構成該法第五條所謂之不公平或欺罔之行為或手段：

(1) 利用合眾國之郵政、或在商業上、或在影響商業的行為上利用一切引誘(induce)(或足以引誘，不論直接或間接)他人購買食品、藥品、醫療器具或化妝品之手段，或

(2) 利用一切引誘(或足以引誘，不論直接或間接)他人在食品、藥品、醫療器具或化妝品商業上、或在影響該等商業之其他商業購買該等物品之手段。

而所謂不實廣告，依據該法第十五條(a)項係指：

1. 標籤以外，在重要事項上引人錯誤之廣告；於認定廣告是否引人錯誤時，除考慮其他事項外，不僅尚應考慮由聲明、文字、設計、圖案、音響，或各該因素任意之組合所呈現或暗示之表現，更應考慮廣告在此種表現中未揭示重要事實之程度，或未揭示依據系爭廣告上之使用方法、常用或一般之使用方法使用與廣告有關之商品會產生之效果的程度。藥品之廣告僅針對醫療專業人士，對重要事實並無不實之表示，並且包括顯示藥品每一種成分之含量的公式，或附帶地誠實揭示該公式者，不得視為不實廣告。

2. 於人造奶油之案件，若由聲明、文字、級別指示、設計、圖案、象徵、音響，或各該因素之任意組合，將前述奶油呈現或暗示為乳製品之廣告，係在重要事項上引人錯誤的廣告，但在該廣告中對前述人造奶油之所有成分為誠實、正確及完整聲明者，不在此限。

究其立法理由，殆基於食品、藥品、醫療器具或化妝品涉及人民之重大生存利益，故立法者逕行將對此產品之散布不實廣告行為規定為不法之不公平或欺罔之行為，並逕行處罰(聯邦交易委員會法第十四條(a)項)，以避免因聯邦交易委員會停止命令之程序曠日廢時，而造成人民生存利益受損。

(二) 欺罔之行為或手段

在聯邦交易委員會法制定之前，普通法上對於欺罔即有其固定見解。一般而言，其由六個要件組成：1. 不實表示(false representations)，2. 詐欺的意圖(fraudulent intent)，3. 希望他人信賴此錯誤陳述(intent that others rely on false statements)，4. 確實使他人相信(actually induced reliance)，5. 他人有正當理由相信(reliance induced is justified)，6. 損害結果(damage results)(Haper and James, 1956: 528)。如果以普通法之欺罔以救濟消費者，顯有其不足之處。因此才有惠勒—李修正案，以擴充聯邦交易委員會執法權限於普

通法所保護的範圍之外(Bailey and Pertschuk, 1984: 866)。詳言之，聯邦交易委員會法第五條之「欺罔」與普通法上之「欺罔」極為不同，因此，普通法上之「買受人應自行注意原則」(caveat emptor，即買受人應自行檢查、測試並判斷)，不適用於委員會法第五條。⁵ 委員會亦無庸舉證詐欺或不實陳述，行為人有無欺罔之意圖，相對人是否確實相信該陳述，⁶ 亦非所問(FTC v. Sterling Drug, Inc., 317 F.2d 669; Firestone Tire & Rubber Co. v. FTC, 481 F.2d 246)。

自1938年惠勒—李修正案通過至今五十餘年，美國法院實務上對於該法第五條之「欺罔之行為或手段」已發展出一套頗為實用之認定標準。要言之，共三個要素，第一，該行為或手段有誤導消費者的傾向或能力(tendency or capacity)；第二，該行為必須有能力誤導相當數量(substantial number)之消費者；第三，該行為或手段所誤導者必須具有重要性(materiality)(Bailey and Pertschuk, 1984: 874)。以下即分別針對此三個要素論述之。

1. 該行為或手段有誤導消費者的傾向或能力

行為或手段之態樣繁多，約可以分為肯定的表示(affirmative representations，無論口頭或書面、明示或默示)，省略重要的資訊，以及市場行銷(marketing)上之其他行為。無論如何，此種行為或手段應有誤導消費者的「傾向或能力」。此字眼於1919年首次出現在聯邦第七巡迴上訴法院Sears, Roebuck & Co. v. FTC (258 F.307, 311)一案中：委員會……應阻止一切有直接或透過欺罔買受人而損害競爭者之「能力或傾向」的交易行為。旋即最高法院於1922年FTC v. Winsted Hosiery(42 S.Ct. 384, 385)一案亦加以引用：委員會之權限及於有幫助及鼓勵不公平行為「傾向」之行為。

行為或手段只要有誤導消費者之傾向或能力即可，無庸證明消費者確實被誤導，蓋聯邦交易委員會法之目的在於保護大眾，而不是處罰行為不當之人……而阻止任何潛在的欺罔是符合大眾利益的(Regina Corp. v. FTC, 322 F.2d 765, 768)。又行為或手段是否有誤導消費者之傾向或能力，應做整體觀察，觀察其整體印象，例如小字印刷之說明不足以糾正大標題所為之陳

述，故該廣告仍為有誤導之能力(Litton Indus., Inc. v. FTC, 676 F.2d 364)，或以不顯眼的方式揭示該書是節本或曾以另一書名出版，仍為欺罔(Bantam Books, Inc. v. FTC, 275F.2d 680, 681-682)。又在廣告的情形，亦是就其整體印象判斷是否有欺罔之情形，否則「委員會很難對付狡猾的廣告人以(或在)文字敘述以外之工具傳達欺罔之訊息」(American Home Prods. Corp. v. FTC, 695 F.2d 681, 688)。

與認定行為是否因為有誤導消費者之傾向或能力而成為欺罔行為無關的是：大眾是否實際受到損害(Resort Car Rental Sys., Inc. v. FTC, 518 F.2d 962, 964)、行為人是否有意誤導或出於惡意(bad faith)(Chrysler Corp. v. FTC, 561 F.2d 357, 363; Feil v. FTC, 285 F.2d 879, 896)，換言之，即使出於善意或無意之行為，仍可能構成欺罔。

以下分別就肯定的表示及省略重要的資訊，論述其有引人錯誤傾向或能力之部分。

(1) 肯定的表示

肯定的表示若與事實不合或以引人錯誤的方式陳述真實的資訊，均可能構成欺罔，例如：

1. 明示陳述產品之功能已獲得證明或支持，但卻與事實不合，顯然構成欺罔。如在 National Commission on Egg Nutrition v. FTC (570 F.2d 157, 161) 一案，第七巡迴上訴法院認為，主張沒有證據顯示食用蛋與心臟病間有關聯，是引人錯誤的，因為確實有證據顯示此關聯。或陳述當事人具有一定資格或專門技能，但事實上卻不具備此種資格或技能，亦可構成欺罔，例如在 Erickson v. FTC(272 F. 2d 318) 一案，當事人雖然沒有醫學訓練，卻聲明自己是毛髮專家，可以預防及治療禿頭，被認定為欺罔。

2. 主張或聲明所使用之文字雖然真實，但其表達之整體印象是引人錯誤的，亦可能構成欺罔。如 Chrysler 汽車公司於 1973 至 74 年能源危機期間推出小型車，並以廣告促銷之。該廣告的標題是：「小型車對小型車」，內容包括：「你可以買雪佛蘭的 Nova，但是你也可以買汽油里程數超過它的

Chrysler-Plymouth 及 Dodge」，以及一個註腳：「汽油里程數係依據一九七三年十月的通俗科學(Popular Science)雜誌」。通俗科學雜誌測試的結果固然顯示，Chrysler之六汽缸的Plymouth及Dodge之汽油里程數確實高於雪佛蘭配備六汽缸或V8引擎之Nova；但是其測試的結果亦顯示，Chrysler前二車種配有V8引擎的汽油里程數低於雪佛蘭配備同級V8或六汽缸之Nova。美國聯邦最高法院採取聯邦交易委員會的見解認為：「該廣告只是廣泛地提到Chrysler的『小型車』……並未提到汽車之引擎。……廣告若有傳播引人錯誤的印象給消費者之傾向及能力，亦可能構成欺罔，縱使它可能亦包含一些未引人錯誤的解釋」(Chrysler Corp. v. FTC, 561 F.2d 357, 363)。或例如主張其產品可治療尿床，但實際上該產品只能解決某些形式的問題，而不能解決來自器官的問題(約占25%-50%)，換言之，該項主張只有在比較不尋常或有限的情況下才是真實，亦被認為是欺罔(Feil v. FTC, 285 F.2d 879, 900-901)。

(2) 省略重要的資訊

自書面或口頭之銷售表示或自商業交易之其他層次，省略掉重要的資訊，可能構成欺罔。被遺漏之資訊必須是改正消費者心中重要的錯誤印象或假設所必要的資訊，不論該錯誤印象或假設是由出賣人之肯定行為所造成，或是由消費者在交易情況下自然發生之期待所造成(Bailey and Pertschuk, 1984: 879-880)。例如未對非醫師處方之減肥藥片揭示：消費者典型及一般的服用該藥片的經驗與廣告中見證人之經驗不合；以及患有高血壓、心臟病、糖尿病或甲狀腺疾病的人，須在醫師之指示下才能服用該藥片(Porter & Dietsch, Inc. v. FTC, 605 F.2d 294, 303-304)；或減肥診所未揭示：其減肥治療計劃尚包括注射未經聯邦食品藥物管理局認可之藥劑(Simeon Management Crop. v. FTC, 579 F.2d 1137, 1145)；或製造醫療因為缺鐵貧血症所引起疲勞之藥物的製造商未揭示：大多數經歷過疲倦症狀的人不是出於缺乏維他命或鐵(J.B. Williams Company v. FTC, 381 F.2d 884, 889-890)；以其他包裝蓋住產品原產地標示，使買受人於買受前不能知道產品之國外產地(Brite Manufacturing

Co. v. FTC, 347 F.2d 477), 均構成欺罔。

2. 該行為必須有能力誤導相當數量之消費者

(1) 以「一般」的消費者為準

行為無庸誤導所有或大多數之消費者，亦可能構成欺罔。如前所述，由聯邦交易委員會自行認定陳述對大眾可能產生之印象，以決定其有無誤導之傾向或能力。在此之際，委員會常以「普通」或「一般」消費者自居，然而普通或一般的消費者亦有較沒有經驗、資訊較不充分或不謹慎之人，因此委員會及法院均認為不可能期待消費者對欺罔行為始終保持戒心，正常的疏忽（特別是對廣告）是難免的(Bailey and Pertschuk, 1984: 886)。所以：「廣告是依其對『大眾之一般成員』的效果而判定，後者又是受到匆匆看到最易讀之字句的影響」(Ward Labs., Inc. v. FTC, 276F.2d 952, 954)，「消費大眾通常不會仔細研究或衡量廣告中的每一個字」(Aronberg v. FTC, 132 F.2d 165,167)。若商品或服務係針對特定羣體之人，則應以該羣體為基礎認定具決定作用之「一般的」消費者，例如在特別容易受到欺罔手段侵害之羣體，諸如兒童或懷有不理性期望之人，吾人必須考慮到兒童由於年齡小、經驗少，故較沒有保護自己的能力(FTC v. R.F. Keppel & Brother, 291)，以及出於虛榮心(減肥或避免禿頭)之人的理性判斷易受到干擾(Stauffer Labs., Inc., v. FTC, 343 F.2d 75, 83)。

(2) 以消費者意見調查(consumer survey)為輔助工具？

聯邦交易委員會在認定是否有相當數量消費者可能受到誤導時，鮮有使用消費者意見調查做為輔助工具，即使使用，亦非絕對以此為準。委員會亦從未指定構成欺罔所必要之最低百分比的消費者須受到誤導，或一定百分比即當然符合「相當數量」，但一般而言，其以20%至25%為準(Bailey and Pertschuk, 1984:890)。至於法院亦不要求一定要進行消費者意見調查，若有意見調查，法院要求之百分比比較低。例如在Benrus Watch Co. v. FTC(352 F.2d 313, 319-320)一案，聯邦第八巡迴上訴法院認為：即使「絕大多數」(在本案為86%)之消費者未受到欺罔，但14%仍然構成「買錶大眾之相當數量

的百分比，這是一個值得保護的百分比」。在 *Firestone Tire & Rubber Co. v. FTC* (481 F.2d 246, 249) 一案，聯邦第六巡迴上訴法院認為：若廣告誤導 15% (或 10%) 的消費大眾，則吾人很難推翻委員會之欺罔認定。

(3) 該行為或手段所誤導者必須具有重要性

行為或手段必須涉及對消費者決定是否購買系爭產品服務而言，係屬重要之資訊。此種資訊可能是產品之品質、使用及保養，亦可能是一切誘使消費者購買之事實或特殊的消費者偏好 (包括主觀偏好) (*FTC v. Colgate-Palmolive Co.*, 85 S.Ct. 1035, 1050)。聯邦交易委員會認定出一系列它認為重要的消費者偏好：產品有更好的功能、更為安全、價格低廉、特殊的商業名稱、品質證明、見證人之見證，以及證明產品功能之其他形式，例如展示及測試結果 (*Bailey and Pertschuk*, 1984: 894)。

與重要性無關的是，消費者是否受到損害，以及消費者若在没有系爭不實表示情形下是否會做不同之選擇。這是因為影響消費者決定從事交易行為的因素非常多，鮮有一個是決定因素，因此要證明消費者因某特定不實表示而做不同之選擇，是極為困難；要進一步證明消費者因該不同之選擇而受到損害，則更是困難。總之，是否相信該不實表示以及是否有損害，均非重要性之要素 (*Firestone Tire & Rubber Co. v. FTC*, 481 F.2d 246)。當然，不實表示是否出於故意，本亦非重要性之要素。

(三) 不公平之行為或手段

1. 委員會建立對消費者不公平理論之重大案件

美國國會於 1938 年以惠勒—李修正案加入「不公平或欺罔之行為或手段」，其中「不公平」之意義，與美國國會於 1914 年制定第五條所禁止「不公平的競爭方法」中的「不公平」似乎並無不同 (*Craswell*, 1981: 111)。因此，吾人在此可參考 1914 年眾議院協調報告對「不公平」所抱持的態度：「要劃定一個足以包括所有不公平行為的定義，是不可能的。人類在此方面的想像力，是無窮盡的。即使吾人能將一切已知之不公平行為具體界定並加以禁止，吾人勢必又要重新開始界定。如果國會採取定義的方法，將永無寧

日」(FTC v. Sperry & Hutchinson, 92 S.Ct. 898, 903)。由此可見，美國國會並無意為不公平的行為或手段下一個定義，而是如同參議院委員會所說的「以一般聲明，禁止不公平行為。而何謂不公平行為，則交由(聯邦交易)委員會認定」(FTC v. Sperry & Hutchinson, 92 S.Ct. 898, 903)。這當然是一個明智的決定。美國聯邦交易委員會自1964年香煙規則(Cigarette Rule)起，歷經All-State Industries案(1969)、Pfizer案(1972)，累積了相當多關於對消費者不公平(consumer unfairness)行為之經驗，並在1980年寫給參議員Ford及Danforth的信中，以政策聲明完整地提出委員會認定不公平行為或手段的具體標準。在此先分別介紹香煙規則，All-State Industries及Pfizer三個案例。

(1) 香煙規則

聯邦交易委員會1964年制定之香煙規則，要求香煙製造商在所有香煙廣告及香煙盒上應標示關於香煙有害健康之警告。聯邦交易委員會認為香煙製造商未揭示香煙對健康之危害是一個不實表示、保留重要的事實、並且濫用消費者認為供出售之商品應該無害於人體之合理期待，故構成欺罔，但亦構成不公平的行為(Averitt, 1981: 241)。在基礎及目的之聲明中(Statement of Basis and Purpose)，聯邦交易委員會先談到「吾人不能以列舉例子的方式界定委員會禁止不公平行為或手段之權限的外圍，但例子卻有助於吾人指出不公平行為或手段的概念範圍及彈性，以及有助於吾人提出認定特定行為或手段是否因為不公平而應禁止之要素」。並接著提出三個要素：

1. 該行為—不一定要已被認定為不法—是否違反成文法、普通法或以其他方式所建立之公共政策，換言之，是否至少充分成文法、普通法上或其他既有之不公平的概念。

2. 該行為是否不道德(immoral)、違反倫理(unethical)、壓迫性的(oppressive)或卑鄙(unscrupulous)。

3. 該行為是否造成消費者(或競爭者或其他商人)的實質損害(substantial injury)(Craswell, 1981: 112)。

此三項要素在1972年 *Sperry & Hutchinson v. FTC* (以下簡稱S & H) 一案，經美國聯邦最高法院在判決腳註五引用，一般均認為美國聯邦最高法院亦同意此三項要素(Averitt, 1981: 245; Gellhorn, 1983; *Spiegel v. FTC*, 540 F.2d 287, 293 footnote 8)，故一般將之通稱為S & H標準。

(2) *All-State Industries* 案(75 FTC 465)

All-State公司從事於鋁質壁板之銷售及安裝。該公司一向接受消費者以票據付款，並且在未通知消費者之情形下，將之貼現給第三者。如此一來，第三者成為票據之正當持有人。依據正當持有人理論(holder-in-due-course doctrine)，消費者縱使於產品帶有瑕疵之情形，仍應向票據之正當持有人清償票據債務。聯邦交易委員會一方面認定，大多數消費者均未期待有此種債務，亦未期待其法律地位事後會發生此種變化，故All-State未向消費者揭示此重要事實，構成欺罔。另一方面，聯邦交易委員會認定，出賣人與買受人之關係過於不平等者，則未告知票據移轉，亦構成不公平之行為(Averitt, 1981: 241-242)。

(3) *Pfizer* 一案(81 FTC 23)

*Pfizer*公司是一家地位重要的藥品及藥用物製造商。它引進一種新的防曬油，並在廣告上聲稱該產品「真的能夠使受日曬之皮膚的神經麻木」。聯邦交易委員會指責其行為不當，因為該公司事先並未證實(substantiated)其聲明。此種欠缺合理基礎的廣告，一方面因為消費者對廣告之信賴落空，所以是欺罔；另一方面因為損害「消費者做出經濟合理的產品選擇之能力，以及競爭對手以價格、品質、服務或便利從事競爭之能力」，所以亦是不公平之行為(Averitt, 1981: 242-243)。聯邦交易委員會更進一步發抒其對「不公平」之看法：「關於不公平的分析應斟酌許多經濟項目及考慮，並且應廣泛檢視行銷的行為。不公平是一個潛在動態的分析工具，可加以漸進、演變地應用，以趕上快速變遷的經濟」(Hobbs, 1978: 1023, 1025)。

2. 以委員會一九八〇年政策聲明為出發點界定不公平

受到美國聯邦最高法院在S & H一案廣泛解釋聯邦交易委員會之權限

的鼓舞，該委員會自七〇年代開始積極地有許多作為，因而引發一連串的爭議，其最受批評之處就是不公平行為之界定過於模糊且寬鬆，華盛頓時報因而在1978年3月1日批評聯邦交易委員會快要變成「國家的奶媽」(national nanny，意指其權限太大又什麼都要管)，參議員Risenhoover於1978年2月28日亦批評：「在所有胡作非為的政府部門，聯邦交易委員會絕對是最壞的榜樣」(Hobbs, 1978: 121)。於是國會在1980年的聯邦交易委員會改進法，限制委員會在三年內不得制定規範廣告之規則，而參議院商業委員會亦於1979年對是否應永久地限制或排除聯邦交易委員會管轄不公平行為及手段之權限一事，進行聽證(Craswell, 1981: 107-108)。美國廣告協會在聽證時甚至指責委員會逾越法律授權範圍，違憲地侵害憲法保障的商業言論自由及濫用權限(Gellhorn, 1983: 942)。面對來自各界的質難，聯邦交易委員會於1980年12月17日以全體委員之名義寫信給參議員Ford及Danforth，並提出一份委員會對於對消費者不公平之政策聲明(Statement of Policy)。在此項政策聲明中，委員會借助其自身累積之處分及規則及聯邦法院之判決，就其對消費者不公平行為之管轄範圍及認定標準，提供了完整說明。以下的討論即以此項政策聲明為出發點，並參酌學說及判例的相關意見。

(1) 消費者受到損害(consumer injury)

聯邦交易委員會認為前述S & H標準中最重要的是消費者受到損害，因為這是符合當初的修法意旨：「如同關切受到不誠實競爭對手損害之製造人，本法亦關切受到不公平交易手段損害之消費者」。然而，並不是消費者受到的每一個損害均是法律所謂的「不公平」，不公平的損害必須具備三個要件：損害必須是實質的(substantial)；損害必須大於該行為對消費者或競爭所造成之利益；損害必須是消費者在合理情形下無法避免的損害(FTC Statement of Policy on the Scope of the Consumer Unfairness Jurisdiction, 以下簡稱政策聲明, 288, 291)。

a. 損害必須是實質的

委員會並不關切細微的或僅是臆測的損害。但是若對很多人造成小的損

害，或是有產生具體損害的重大危險，均構成實質的損害。實質的損害主要是金錢方面的，但是亦包括健康上及安全上的危險(政策聲明，291；Averitt, 1981: 246-247)。在 *Holland Furnace Co. v. FTC*(295 F.2d 302, 305) 一案，被告傢俱公司之營業員先分解消費者之傢俱以便「檢查」，但在消費者購買新的產品或服務之前，拒絕組合傢俱之行爲，經聯邦第七巡迴上訴法院認定爲不公平，蓋其使消費者受到金錢損害。另外在 Philip Morris 於 1973 年與 FTC 達成的同意命令 (consent decree)，Philip Morris 同意停止以兒童容易取得之方式贈送試用的刮鬍刀。⁷

學者對此曾有批評：幾乎所有的商業行爲只要對一些消費者有利，就可能「損害」其他的消費者，例如向對時間無所謂的消費者提供減價優惠，就是「損害」時間比較珍貴的消費者 (Gellhorn, 1983: 940)。但吾人認爲此種損害比較是臆測而非實質的，故該項批評似非確論。

b. 損害必須大於該行爲對消費者或競爭所造成之利益

大多數商業行爲會帶給買受人各種混合的成本及效益。例如，出賣人未提供其產品之複雜的技術資料，雖然會減少消費者選擇的能力，但卻可降低其最初購買的價格。委員會認知到此種利益的交換，所以只禁止不公平中淨效果 (net effects) 是有害於消費者的部份。委員會亦會考慮到法律救濟的各種成本，這不僅包括直接當事人之費用，更包括對社會造成的一般負擔，例如文書作業的增加、規定對資訊流通所造成之負擔的增加、創新誘因的降低、資本形成誘因的降低，以及其他類似的情形。委員會並舉例說明：在制定消費者權利及抗辯保留規則中，委員會即是期待能以廢除正當持有人抗辯之方式，整體地降低社會的經濟成本，因爲貸款人有誘因 (因爲不再能主張自己是正當之持有人) 去監督出賣人，故出賣有瑕疵物品或服務的人改善其行爲或因得不到貸款而被迫離開市場的可能就會增加，而這項效益是大於此規則可能造成貸款人及出賣人之成本 (政策聲明，291-292)。

此種廣義的成本效益分析 (cost-benefit analysis)，至少包括三個層面：第一，不僅考慮系爭行爲之成本效益，並且必須考慮其他替代行爲之成本效

益，以便確定何種行為可得到較大的淨效益。第二，必須確定消費者的問題是來自於市場失靈(market failure)，以致政府之介入是必要的糾正手段。第三，必須考慮救濟手段對社會整體的間接效果。學者有大力支持此種成本效益分析，認為此是唯一客觀且可預測的標準(Hobbs, 1978: 1032)；亦有主張其只得作為個案中選擇及決議的原則，而不可作為法律的原則，因為其1. 未能充分地限制委員會之權限；2. 無法提供充分的可預期性；3. 常使得委員會無法行使管轄權，因為要考慮的因素太多；4. 使法院難以進行審查；5. 無法充分保證公平，故建議以所謂的消費者主權代替之(Averitt, 1981: 248-250)。亦有學者主張所謂的消費者福利標準(consumer welfare standard)，即只在能改善效益並增進消費者福利之情形，才禁止不公平之商業行為。在認定是否增進消費者福利時，委員會及法院應檢查：1. 是否真有市場失靈的存在，以致政府的介入有必要；2. 系爭商業行為被人採用的經濟因素為何？為何消費者對該行為有反應？那些層級的消費者因該行為受到利益？那些消費者又受到不利益？受到不利益的消費者為何沒有其他的代替選擇？什麼因素區別了受到利益與受到不利益的消費者？3. 聯邦交易委員會的介入成本，其對商業、競爭及消費者之成本效益如何(Gellhorn, 1983: 955-960)？

c. 損害必須是消費者在合理情形下無法避免

聯邦交易委員會在1980年之政策聲明認為：「原則上，吾人期待市場能自我修正錯誤，吾人仰賴消費者的決定——個別消費者在沒有規定介入的情形下，作成自己私人購買決定之能力——以控制市場。吾人期待消費者能觀察市面上的選擇項目、選擇最值得購買的商品，並且避免不適當或令人不滿意的商品。但是，長久以來，吾人承認某些銷售技巧可能妨礙消費者有效地作成決定，因此有必要採取某些糾正的措施。委員會所針對的對消費者不公平的案件，大都是在此種情況下提出的。吾人不在於對特定消費者之決定是否明智做事後的論斷，而是禁止銷售人不合理製造阻止消費者自由決定的障礙或從中占取便宜」(政策聲明，292)。聯邦交易委員會接著舉出不當妨礙自由市場決定的例子，包括保留重要的價格及功能資訊、明顯的強制(overt

coercion)，以及對易受影響之消費羣行使不當的影響。

(2) 違反公共政策⁸

依據聯邦交易委員會1980年之政策聲明，違反由制定法、普通法、工業習慣(industry practice)等所建立的公共政策之行爲，係不公平行爲。聯邦交易委員會以二種方式運用公共政策：爲消費者受損害之程度提供額外的證據，或以之爲獨立標準認定消費者受到損害(政策聲明，293)。以下分三部分討論，第一部份是以公共政策爲補強工具，第二部份是以公共政策爲獨立工具，第三部份則是認定一些公共政策不容許之行爲：

a. 以公共政策爲補強工具(政策聲明，293-294)

委員會大部份是以公共政策爲消費者受到損害之補強工具。其實大多數的損害已頗爲明白，而委員會對消費者受到損害亦多基於客觀的經濟分析(因爲委員會以經濟分析確定消費者是否受到淨損害，既是負責的作法，又是明智地使用其資源)。但是委員會亦強調透過公共政策去檢視其他的法律政策及法律原則，以幫助委員會確定某特殊形式的行爲是否確實有損害消費者的傾向。

然而，公共政策可能與聯邦交易委員會之認定有衝突，或並沒有明確的公共政策存在，或公共政策間彼此牴觸。在此等情形，若委員會有堅強證據證明消費者受到淨損害，委員會仍然可以依其職權採取行動，但是它應該仔細檢查公共政策。總之，吾人難於取得消費者受到損害的客觀證據時，尋找並且評估一切相關的公共政策，係頗爲重要的一件事。

b. 以公共政策爲獨立工具

公共政策若清楚地決定關於消費者受到損害的問題，聯邦交易委員會即無必要對此問題再爲獨立的分析，因爲在此等情形，無論立法者或法院於宣示公共政策時，即已認定此種損害確實存在(政策聲明，294)。吾人若欲以公共政策獨立認定不公平之行爲，則該公共政策必須是明確且普遍受到承認(well-established)。而普遍受到承認的公共政策有二個要件：第一，該政策應該由正式管道所宣示或體現，例如制定法、司法裁判，而不是由對國家價

值之一般感覺中得出；第二，該政策應該是個普遍受到支持，而不僅是一州或一個法院個別的判決（政策聲明，295）。在此嚴格要件之下，應當不會產生以公共政策自圓其說或自我欺騙，或產生父權主義（Hobbs, 1978: 1029）。

c. 公共政策不容許之行爲

由於消費交易本身之不公平行爲，已由消費者受到損害之理論處理，故公共政策介入的部份主要是針對交易前後的不公平行爲，此可分爲二：

(a) 不當的銷售誘因

公共政策不允許銷售人以提供被實體法認爲不當之引誘以招徠顧客。大多數不當的誘因均涉及賭博或彩券的性質，使消費者因爲可能得到特別有利之結果，才購買一定之商品（FTC v. R.F. Keppel & Bro., 291 U.S. 304）。另外如條件嚴苛刻的貸款條件，對那些難以取得融資的人來說，不失爲有吸引力的選擇，但卻容易導致信用過度擴張，而違反禁止高利貸的政策（Averitt, 1981: 273）。

(b) 不當的售後(post-sale)行爲或約定

對於大多數消費者而言，關於售後債務不履行及救濟途徑的問題，過於遙遠，對其購買之決定，幾乎不構成重要的因素。但是不當的售後行爲或約定仍然可能因爲違反公共政策，而成爲不公平。茲又可分爲涉及契約權利與契約權利以外之行爲或約定：

i. 涉及契約權利之行爲

銷售人拒絕履行其契約約定，是最古老的「不公平」行爲之一。委員會經常取締銷售人傳統的違約行爲，例如未提出給付、給付品質較差的商品，拒絕返還交其修理之物品或拒絕返還押金（Interstate Home Equipment Co., 40 FTC 260; Ilotnick the Furrier, Inc., 48 FTC 1068）。其實此處所涉及的問題是，聯邦交易委員會以其有限的資源來處理此類問題，是否符合最佳的效益？因爲消費者已有私法上的救濟權利（Craswell, 1981:129）。但在消費者難於（因爲訴訟費用太高）或不願（因爲標的太小）行使其權利時，則委員會的介入就有其必要。

ii. 涉及契約權利以外之行爲或約定

銷售人之行爲或約定即使與契約權利無關，但仍有可能被視爲不公平。

聯邦交易委員會曾分別禁止下列行爲：

1. 郵購公司指定顧客至公司所在地訴訟，不論金額大小，路程遠近(Spiegel, Inc., v. FTC, 540 F.2d 287)。

2. 光學配鏡師拒絕顧客在眼睛檢查之後，至其他店面選購眼鏡。

3. 銷售人及金融機構利用正當持有人理論而獲利。

4. 書籍及唱片俱樂部使用所謂的「負面選擇」(negative option)制：每月寄送商品給消費者，消費者若不要購買應拒絕之(即「負面選擇」)，但未留給消費者合理的拒絕時間。

5. 汽車製造商及經銷商貸款給消費者，於消費者無力清償時將車取回出售，拒絕將再出售價金高於消費者所欠債務之部份返還該消費者。

6. 報稅公司使用其出於其他商業目的而自其顧客取得之祕密稅捐資訊(Craswell, 1981: 129-130)。

上述行爲自始即違反衡平原則：或者因爲其締約情境，或者因爲過於片面，或因爲要求消費者放棄重大的價值或自由(Craswell, 1981: 135)。

(3) 不道德或違反倫理？

聯邦交易委員會於1980年之政策聲明中表示，不會再以不道德或違反倫理爲認定不公平之工具(甚至不是補強工具)，因爲此項標準是重覆的：真正違反道德或倫理之行爲幾乎均會損害消費者或違反公共政策(政策聲明，295)。

四、結論

在此，吾人總結前面三部份之論述：

一、不公平競爭方法主要有五種類型：直接違反反托拉斯法(包括休曼法、克萊頓法)文字、潛在違反反托拉斯法、使反托拉斯法之政策或精神落空、違反普遍承認之公平商業行爲的標準，以及違反聯邦交易委員會認定之

公共政策。

二、通說認為欺罔之行爲或手段在概念上是與不公平行爲或手段截然不同：「消費者被迫承擔較他所期待之風險更大的風險，是爲欺罔；反之，消費者被迫承擔較有效率市場之風險更大的風險，是爲不公平」。此外，欺罔基本上是一個事實的問題，而不公平則包含了規範價值及一般公共政策 (Carney, 1972: 1071, 1085; Hobbs, 1978: 1031)。

三、欺罔行爲一般須具備三個要件：1. 該行爲有誤導消費者的傾向或能力(通常是以肯定的表示、省略重要的資訊，以及各種市場行銷手段爲之)；2. 該行爲必須有能力誤導相當數量之消費者；3. 該行爲所誤導之項目必須具有重要性。

四、不公平行爲一般須具備以下二個要件之一：1. 消費者受到損害，而損害必須是實質的，損害必須大於該行爲對消費者或競爭造成之利益，以及損害必須是消費者在合理情形下無法避免；2. 違反公共政策，而公共政策介入之部份主要是針對交易前後之不公平行爲，例如不當的銷售誘因及不當的售後行爲或約定。

(收稿日期：1994年4月28日；接受刊登日期：1994年8月25日)

註釋

- 1 美國聯邦最高法院主張：「本法之意旨並不禁止並未不當限制州際或國外商業之契約及其實現(不論是以托拉斯或其他方式)，而是保護商業不受到構成不當限制之方法(不論新舊)的限制……立法者之意旨是以原本即在普通法及我國關於本法涉及事項上有其適用之合理標準(standard of reason)，供吾人衡量系爭案件是否造成本法禁止之弊端」，見 31 S.Ct. 502, 515-516(1910)。

- 2 Averitt則主張該修正案並未實質地擴大聯邦交易委員會之管轄權(Averitt, 1981: 235)。
- 3 Ernst Steindorf於1973年K. Larenz紀念文集(第217頁)曾主張在「法律目的」以外，應尚以「法律政策」為解釋之標準(參照K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl. 1991, S.332, Fn.40)。
- 4 Averitt(1980: 285, 287)卻一直強調此公共價值與政策之競爭性質。
- 5 美國最高法院於1937年FTC v. Standard Education Society一案表示：「法律是用於保護信賴的人及多疑的人。商業的最佳要素長久以來是『誠實應支配競爭企業』。『買受人應自行注意原則』不應用於獎勵詐欺或欺罔」(58 S.Ct. 113, 115)。第二巡迴上訴法院於一九六三年FTC v. Sterling Drug, Inc.一案更明確表示：聯邦交易委員會法之中心目的在於廢棄「買受人應自行注意原則」(317 F.2d 699, 674)。
- 6 第七巡迴上訴法院於1942年D.D.D. Corp. v. FTC一案表示：聯邦交易委員會法中規定之欺罔行為無庸構成詐欺。
- 7 Philip Morris, Inc., 82 FTC 16 (1973)，引自政策聲明(291, footnote 15)。同意命令(consent decree or order)乃是基於聯邦交易委員會與民間企業達成之協議(後者同意停止某種行為或採取改正措施，但並未承認其先前行為構成不法)而作成之命令，此制度極為便給，可免除雙方之負擔，值得我國借鏡。就此可參閱林騰鶴，1990，第117頁。
- 8 依照Black's Law Dictionary(1990: 1528)公共政策係指：「及於並且適用於全國與公共道德、健康以及福利等有關事務之共同認識及共同良知(common sense and common conscience)；它就是吾人對於其他人明白清楚責任、適當考慮每個個別關係及情況之一般且確立的公共意見」(at 1231)，頗接近我國法律上的「善良風俗」。

參考資料

林騰鶴

1990 <美國聯邦交易委原會之研究>，行政院經濟建設委員會經社法規
研究報告4008。

Averitt, N. W.

1980 "The Meaning of 'Unfair Methods of Competition' in Section 5 of
the Federal Trade Commission Act," *Boston College Law Review*
21: 227-300.

1981 "The Meaning of 'Unfair Acts or Practices' in Section 5 of the Federal
Trade Commission Act," *Georgetown Law Journal* 70: 225-287.

Bailey and Pertschuk

1984 "The Law of Deception: The Past as Prologue," *American Univer-
sity Law Review*: 849-890.

Black's Law Dictionary

1990 6th Edition.

Carney

1972 "Section 5 of the Federal Trade Commission Act- Unfairness to Con-
sumers," *Wisconsin Law Review*: 1071-1096.

Craswell, R.

1981 "The Identification of Unfair Acts and Practices by the Federal
Trade Commission," *Wisconsin Law Review* :107.

Eskridge, W. N.

1987 "Dynamic Statutory Interpretation," *University of Pennsylvania
Law Review* 135: 1479.

FTC Statement of Policy on the Scope of the Consumer Unfairness Jurisdiction

1981 *Georgetown Law Journal* 70: 288-296.

Gellhorn, E

1983 "Trading Stamps, S & H, and the FTC's Unfairness Doctrine," *Duke Law Journal*: 903-958.

Hobbs, C

1978 "Unfairness at the FTC-The Legacy of S & H," *Antitrust Law Journal*: 1023-1934.

Haper and James

1956 *The Law of Torts*.

Larenz, K.

1991 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl.

Mac Intyre and Volhard

"The Federal Trade Commission and Incipient Unfairness," *Georgetown Law Review* 41: 407.

Neale, A. D. and D. G. Goyder

1980 *The Antitrust Laws of the U. S. A.*, Third Edition.

Reich, Robert B.

1981 (1982) "The Future of Unfair Methods of Competition," *The Antitrust Law Journal*: 801-810.

Silcox, C. R.

1984 "Unfair Methods of Competition: the Courts Revise under Section 5 of the FTC Act," *The Antitrust Bulletin* (Fall): 423-474.

Schricker, G

1993年應邀於公平交易委員會發表之系列演講。

Ward, P. C.

1988 *Federal Trade Commission, Law, Practice and Procedure*.

The Unfair Methods of Competition and the Unfair or Deceptive Acts under Sec. 5 of the US FTCA

Kung-chung Liu

Abstract

According to Sec. 5 of US Federal Trade Commission Act, unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce are unlawful. This regulation has been copied by § 24 of our Fair Trade Law, which in essence reads: An enterprise shall not conduct deceptive or obviously unfair acts that are sufficient to affect trading order. This paper looks forward to study the historical background of Sec.5 of the FTCA, its relation to the Sherman and Clayton Act and its meaning in the face of changing diversity of commercial activities-in the hope that § 24 of the Fair Trade Law can thus be better understood and applied. The study leads to the following:

1. There is no general definition of "unfair methods of competition" and "unfair or deceptive acts" available.
2. Unfair methods of competition has in general three major types: that which violates antitrust laws; that which violates commerce standards, that are widely accepted as fair; and that which violates the public policies recognised by the FTC.
3. Acts which fulfill the following three criteria are deceptive: the tendency to mislead consumers, a substantial number of consumers

can be misled, and the misleading must have materiality.

4. Acts which injure the consumers in a substantial way, the injury is greater than the benefit done to the competition or consumers, and the injury can not be avoided under reasonable circumstances, are unfair. Acts which violate the well-established public policies are also unfair.