

美国法上虚假广告民事责任研究

王绍喜

【提要】广告主发布虚假信息或误导信息应当承担民事责任。原告可以向被告主张合同上的违约责任,也可以主张欺诈或过失侵权或要求被告承担严格责任。通过区分虚假广告和误导广告,区分实际欺骗和欺骗的可能性,通过实质性的要求,区分经营者和消费者,美国法院确立了原告的不同举证责任,赋予权利主体不同的救济方式。同时准许广告主提出抗辩事由,合理地平衡了相关各方的利益。

【关键词】虚假广告 误导广告 侵权 利益平衡 民事责任

〔中图分类号〕D93/97〔文献标识码〕A〔文章编号〕1000-2952(2018)04-0110-16

在现代市场经济中,广告发挥着重要的作用。从广告主的角度来看,广告可以扩大品牌影响,促进产品的销售。从消费者和社会公众的角度而言,广告有助于甄别产品,减少搜索成本,做出有利的购买决定。这是广告积极的一面。另一方面,如果广告所宣称的内容是虚假的或误导的,则消费者在做出购买决定时所依据的信息是不正确的,信息所起的积极作用将受到阻碍。有鉴于此,很多国家在肯定广告具有积极功能的同时,要求广告主对虚假广告承担一定的民事责任。在本文中,虚假广告指的是广告内容虚假或广告内容含义模糊不清从而误导或可能误导消费者的广告,因此,从语义上涵盖了虚假广告和误导广告。我国2015年修订的《中华人民共和国广告法》第56条规定了虚假广告的民事责任。尽管学界对于虚假广告的民事责任有一些探讨,但仍有待深入。例如,虚假广告与损害之间的因果关系如何认定,广告主是否有抗辩事由,等等。^①本文拟以美国《兰哈姆法》第43(a)条和相关判例为考察对象,探讨美国法上虚假广告的民事责任问题,旨在为我国虚假广告民事责任的理论探讨提供一些启示。

一、美国《兰哈姆法》第43(a)条的历史演变

在美国,规制虚假广告的法律不仅有普通法,也有制定法。就前者而言,主要体现为判例法;就后者而言,主要涉及到《兰哈姆法》。^②此外,《美国联邦贸易委员会法》《食品药品管理法》等法律也有所涉及。本文以下主要讨论《兰哈姆法》。

^① 由于篇幅所限,对于我国广告法上虚假广告的民事责任,将另行撰文进行讨论。

^② 《兰哈姆法》,又称《兰哈姆(商标)法》,以美国众议院议员兰哈姆的名字命名,兰哈姆主张对商标进行强有力的保护。

在普通法方面，判例法是美国法律的重要法律渊源。可以说，直到 1946 年，美国在虚假广告民事责任方面主要适用的是判例法。在这方面，发生于 1900 年的 *American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co.*（以下称“*American Washboard 案*”）案是一个重要的判例。在该案中，原告是市场上唯一生产铝质洗衣板的制造商，被告在广告中宣称其生产的洗衣板是铝质的，而实际上该洗衣板是锌质的。尽管法院认为被告的做法是不道德的，但最后认定不存在提起私权诉讼的依据，因为法院认为原告的财产权没有受到侵犯。^① 但是，正如评论者所指出的，法院忽视了不正当竞争案件的诉讼依据并不是侵犯财产权，而是没有遵循竞争方面的职业道德。法院基于滥诉的公共政策理由拒绝对原告进行保护将导致衡平法院在制止虚假产品的营销方面乏力无术。^②

在某种意义上，二十年后发生的 *Ely-Norris Safe Co. v. Mosler Safe Co.* 案（以下称“*Ely-Norris Safe 案*”）宣告了 *American Washboard 案* 的不适用。在该案中，原告是一家保险柜的制造商，它生产一种拥有专利的、具有显著不同外形灭弧箱的保险柜。被告侵犯原告的专利生产了一种不含灭弧箱的保险柜，使用了与原告的保险柜相似的金属柄，并虚假宣称其产品含有灭弧箱。勒尼德·汉德法官授予原告禁令。汉德法官认为，不正当竞争法具有可溯性，二十五年前不予保护的不当行为现在是可起诉的，认定根据原告的证据应支持其请求。^③ 尽管有 *Ely-Norris Safe 案* 这一判例，对于原告而言，证明自己受到损害仍然是一个障碍。正如考尔曼教授所言，这导致了类似案件的判决存在着极大的不确定性。^④ 这是因为根据 1946 年以前的普通法，法院只有在以下情形才授予针对虚假广告的禁令：（1）诉讼涉及到典型的仿冒侵权；（2）竞争经营者能充分证明它是虚假宣称产品的唯一生产商；（3）竞争经营者与受到类似影响的一方共同反对对地理来源标识的不当使用。^⑤

判例的不确定性最终导致了立法做出回应。其实，为了实施签订的国际公约，美国国会在 1920 年制定的《商标法》第三章就涉及虚假广告问题。但是，该章严格的用语和有限的适用范围使得该法在虚假广告的私法救济方面难以起到实际的作用：第一，其仅限于指定的产品来源，排除了对不当描述或虚假陈述的适用；第二，其仅限于商品，而没有提及服务；第三，其对于虚假指定来源要求被告是“故意的且具有欺诈的意图”。^⑥ 有鉴于此，1946 年美国国会通过了《兰哈姆法》，该法第 43（a）条对虚假广告做出较为详细的规定。《兰哈姆法》的出台有两个主要原因：一是美国加入《美洲商标公约》，该公约要求美国对普通法中其他形式的不正当竞争行为进行规范，因为该公约的很多签约国就同一主题提供了比美国更多的保护，而美国各州的普通法无法为外国人提供有效的救济。^⑦ 另一个原因是美国最高法院在 *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 案中所确立的原则。在该案中，美国最高法院认为，除了宪法和国会制定的法律，在案件中应适用各州的法律。美国国会认为，最高法院这一观点违背了汉德法官所确立的具有自由倾向的联邦普通法传统，需要为延续联邦普通法传统提供法定依据。^⑧

① 103 Fed 285 (C. C. A. 6th 1900) .

② Rudolf Callmann, *False Advertising As a Competitive Tort*, *Colum. L. Rev.*, vol 48, no 6, 1948, pp 877-878.

③ 7 F. 2d 604 (C. C. A. 2d 1925) .

④ Rudolf Callmann, *False Advertising As a Competitive Tort*, *Colum. L. Rev.*, vol 48, no 6, 1948, p 880.

⑤ Kenneth B Germain, *Unfair Trade Practice under Section 43 (a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way Baby - Too Far, Maybe*, *Ind. L. J.*, vol 49, no 1, 1973, pp 85-86.

⑥ Walter J. Derenberg, *Federal Unfair Competition Law at the End of the First Decade of the Lanham Act: Prologue or Epilogue*, *N. Y. U. L. Rev.*, vol 32, no 4, 1957, pp 1034-1035.

⑦ *Ibid*, p 1030.

⑧ Gary S. Max, *Section 43 (a) of the Lanham Act: A Statutory Cause of Action for False Advertising*, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol 40, no 2, 1983, pp 389-390.

《兰哈姆法》第43(a)条规定,“任何人就任何商品、服务或者商品的包装附加、运用、附带或使用虚假的来源标识或者虚假的描述或陈述,包括任何倾向于对其进行的虚假描述或陈述的字词、标志,促使该等商品或服务进入商业中,以及知道该等来源标识、描述或陈述虚假的并促使该等商品或服务进行运输、在商业中进行使用或者将其交付给运送者进行运输或使用的任何人,应对虚假标示来源或地区的从事商业活动的任何人提起的诉讼或认为该虚假描述或表述的使用而受到或可能受到损害的任何人提起的民事诉讼承担责任。”从条文的表述可以看出:第一,第43(a)条不仅包括虚假的来源标识,而且包括虚假的描述或陈述,适用范围明显扩大。第二,第43(a)条不仅包括受到损害的任何人,也包括可能受到损害的任何人。第三,第43(a)条提出了在商业中或从事商业活动的概念,表明其范围不是无所不包的。

然而,在近十年的时间里,《兰哈姆法》第43(a)条的适用范围和意义一直没有被引起充分的重视,为数不多的司法判例将该条适用于立法者未曾预想的情形。在这方面,美国纽约大学法学院Derenberg教授的研究值得关注。他考察了自1946年到1954年的司法案例,认为这些为数不多的涉及第43(a)条的案例中,头三个案例是对《兰哈姆法》的错误解释。^①例如,法院在1948年的Carpenter v. Erie P. R.案中认为第43(a)条不适用于人身损害案件, Samson Crane Co v. Union Nat'l Sales, Inc.案将第43(a)条适用于与仿冒类似案件,不当地限制衡平法救济的适用情形,在Mark Twain案中法院的判决是“疑难案件制造糟糕案件”的典型。在分析了当时刚刚发生的L'Aiglon案和其他案件之后, Derenberg教授预言第43(a)条将作为联邦不正当竞争法的重要部分得到充分关注。^②事实证明, Derenberg教授的预言是正确的,《兰哈姆法》第43(a)条在规制虚假广告方面显得越来越重要,下文将对此进行详细论述。

《兰哈姆法》于1989年进行了修订。修订后的第43(a)条规定:“任何人,就任何商品、服务或者商品的包装,在商业中使用的任何字词、术语、名称、标志、设置或者上述要素的任何组合,或使用虚假的来源标识,或对事实进行虚假或误导的描述,或对事实进行虚假或误导的陈述,(A)使得自己与他人的附属、连接或者联系可能引起混淆、错误或者构成欺骗,或造成自己的商品、服务或者商业活动来源于他人或受到他人的赞助或同意而引起混淆、错误或者构成欺骗的;或者(B)在商业广告或商品促销中,虚假陈述自己或他人的商品、服务或者商业活动的性质、特点、质量或原产地的;应当在认为上述行为造成或可能造成损害的任何人提起的民事诉讼中承担责任。”修订后的《兰哈姆法》第43(a)条具有三大特征:^③第一,它将法院在修法前的判例制定法化,即将原第43(a)条的判例解释吸纳进新修订的法律;第二,从类型上看,第43(a)条主要规范两类行为,一是针对商标、商号和商业外观的侵权,一是虚假广告(包括贬损他人的产品);第三,最终的法律删除了法律草案中针对疏忽重要事实的不当陈述可以起诉的规定。

二、虚假广告民事责任的理论基础

对于《兰哈姆法》的历史演变的论述表明,第43(a)条是广告主虚假广告民事责任的单独依据。实际上,在《兰哈姆法》制定之前,普通法对于虚假陈述民事责任的确定扮演了极其重要的角

^① Walter J. Derenberg, Federal Unfair Competition Law at the End of the First Decade of the Lanham Act: Prologue or Epilogue, *N. Y. U. L. Rev.*, vol 32, no 4, 1957, pp 1040-1043.

^② Ibid, p 1054.

^③ J. Thomas McCarthy: Lanham Act § 43 (a): The Sleeping Giant is Now Wide Awake, *Law & Contemp. Probs.*, vol 59, no 2, 1996, p 54.

色。可以认为，普通法对于虚假陈述民事责任的讨论仍然是理解《兰哈姆法》第 43 (a) 条的重要基础。有鉴于此，本部分将从普通法的角度来探讨虚假陈述的民事责任。

正如论者所言，虚假陈述在很早之前就是普通法的主题，其根源可能可以追溯至罗马法。^① 在普通法上，根据美国《合同法重述（第二版）》第 159 条，虚假陈述指的是与事实不相符的宣称。第 162 条将虚假陈述区分为欺骗性的宣称和实质性的宣称：欺骗性的宣称包括做出宣称的一方知道或者相信宣称与事实不相符、对于其陈述或暗示的事实没有确信以及知道其陈述或暗示的宣称没有依据；而如果某一宣称可能诱使一个理性人做出表示或做出宣称的一方知道其可能诱使做出这样行为，则其是实质性的。在法律后果上，需要区分劝诱式的虚假陈述和履行上的虚假陈述，前者可以导致交易被撤销，后者因涉及合同的性质可导致合同无效。^② 主张撤销合同的一方需要证明：（1）宣称与事实不符；（2）宣称是欺骗性的或实质性的；（3）宣称受到接收方的信赖；以及（4）接收方有理由信赖。^③ 美国《统一商法典》第 2-313 条规定了通过确认、承诺、描述和样品做出的明示担保，第 2-316 条规定了适宜销售（merchantability）的暗示担保。在出卖人做了明示或暗示的担保而违反了这些担保时，他应当承担合同责任。^④ 然而，根据担保引起的合同责任仅限于交易当事人，受制于合同相对性原则，第三方无法直接要求做出宣称的一方承担违约责任。在现代社会，广告是由广告主来发布的，而商品通常是由销售者来销售的，作为购买者的第三方无法要求广告主承担责任。在司法实践中，法院通过将大众媒体广告和产品标签中的不实陈述作为生产者向终端购买者承担责任的依据，摒除传统上的合同相对性或是扩张其概念。^⑤

在侵权法上，虚假陈述既包括欺诈性虚假陈述，也包括过失虚假陈述。两者的不同在于前者要求做出虚假陈述的一方有故意的要件，而后者并无此要求，而过失虚假陈述只有某些案件是可以起诉的。^⑥ 1889 年发生在英国的 Derry v. Peek 案涉及虚假陈述问题。在该案中，被告的董事在招股书中宣称其所在公司拥有通过蒸汽动力驱动有轨电车的特权，被告尽管向贸易委员会提交了申请，但最终被拒绝。原告因信赖该表述购买了被告的股份。在对证据进行查明后，英国上诉法院认定被告应当承担欺诈责任。英国上议院推翻了上诉法院的判决，理由是被告善意信赖其陈述是真实的，由于被告不存在主观故意，故驳回原告的起诉。^⑦ 尽管美国多数法院遵循 Derry v. Peek 案的原则是要求被告告知悉不诚实的陈述，但在司法实践中很多法院准许原告向善意相信其告知事实的被告要求赔偿。^⑧ 由于证明被告主观上的欺诈对原告构成很大的障碍，法院在实践中逐渐摒弃这一要求，但是法院在判决中采用的依据是不一致的。法院所作的各种解释，不仅扩大了欺诈性虚假陈述的适用范围，而且事实上确立了与欺诈性虚假陈述的法律原则不同的责任依据。^⑨ 针对欺诈性虚假陈述，如果原告能证明满足这些构成要件，则被告应当承担侵权责任：（1）存在虚假陈述；（2）陈述是以欺骗的方式做出的；（3）意图是引诱他人对其产生信赖；（4）陈述引起了原告的信赖；（5）原告有理由做出

① David G. Owen, *Products Liability Law (Third Edition)*, West Academic Publishing, 2015, p. 110.

② E. Allan Farnsworth, *Contracts, Fourth Edition*, Aspen Publishers, 2004, p. 236.

③ Ibid, p. 237.

④ [美] 丹·B. 多布斯：《侵权法（下册）》，马静、李昊、李妍、刘成杰译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 1169 页。

⑤ Fleming Jr. James and Oscar S. Gray, *Misrepresentation-Part I*, *Md. L. Rev.*, vol. 37, no. 2, 1977, p. 319.

⑥ 《侵权法（下册）》，第 1159 页。

⑦ W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton, David G. Owen, *Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition)*, West Publishing Group, 1984, p. 742.

⑧ Francis H. Bohlen, *Misrepresentation As Deceit, Negligence, or Warranty*, *Harv. L. Rev.*, vol. 42, no. 6, 1929, p. 735.

⑨ Ibid, p. 737.

信赖；(6)造成了损失。^① 尽管法院对原告举证的要求可能会有不同的表述，但它们对于欺诈性虚假陈述的理解基本上是相同的。

与欺诈性虚假陈述不同，过失虚假陈述以义务和有过失取代了前者要求的明知是虚假的和有欺诈意图的要求。与前者相似的是，原告需要举证证明其他的要素。^② 由于过失虚假陈述要求被告对于原告负有合理的注意义务，对于合理的注意义务的认定就显得非常重要。在 *Ultramares Corp. v. Touche, Niven & Co.* 案中，卡多佐法官肯定了会计师负有责任，但拒绝将会会计师的过失责任扩大至贷款的个人，因为这样的扩张将假定会计师和银行的贷款方之间存在某种关系，这样的扩张将导致无法确定实际的受益人，法律在这方面的保护没有走得那么远。^③ 值得指出的是，尽管早期的过失虚假陈述案件只涉及到零售商，在涉及产品标签或广告的陈述时产品的制造商也被要求就过失虚假陈述承担责任，而当被告的陈述违反了保护消费者的制定法或行政法规时，受损害的消费者有权针对该违法提起诉讼。在涉及虚假标签或虚假广告的情形，受到损害的消费者可以直接根据制定法或法律上的当然过失的普通法原则（the common-law doctrine of negligence per se）主张赔偿损失。^④

在欺诈性虚假陈述和过失虚假陈述之外，法院在一些案件中还适用严格责任。严格责任在制定法上的依据是美国《侵权法重述（第二版）》第402B条。根据第402B条，如果销售者通过广告向公众做出与产品性质或质量有关的实质性虚假陈述，其应当对合理信赖该陈述而受到损害的消费者承担赔偿责任。至于被告是否有欺诈的故意或过失，消费者是否购买商品或与被告订立合同，这些是不重要的。换言之，依据严格责任原则，被告是否有过错或者是否有受到约束的意图是无关紧要的，只要陈述是虚假的，则被告应当承担严格责任。^⑤ 第402B条针对被告的虚假陈述，并未要求产品是有缺陷的，这与第402A条不同。^⑥ 在法律后果上，与合同责任不同，法院根据严格责任原则会没收被告所获得的不当得利或所获得的利益。针对通过广告、标签或宣传册中做出的虚假陈述，有学者认为要求广告主承担与危险的缺陷产品一样的责任是合理的，但正如该学者自己所承认的，该主张并无制定法上的依据。^⑦

需要指出的是，在司法实践中，对于虚假广告民事责任的法律依据的区分不是一目了然的，而且容易受到当事人请求的影响。正如 Bohlen 教授所指出的，法院在司法实践中对于担保、欺诈和过失导致的责任的认定依据并不总是清晰的。例如，法院将虚假陈述解释为有约束力的担保，而实际上法院是以得出的结果来掩盖其得出结果的方法，更准确的说法是被告的虚假陈述被作为担保来对待。^⑧ 针对被告的虚假陈述对第三方的责任，Prosser 教授主张区分不同情形进行类型化研究。例如，区分原告是否是确定的，是否是某一群体或类别中的特定一员，被告的意图或期望是否希望影响第三方，是否能预见到其行为会影响第三方。^⑨ Prosser 教授的结论是，如果被告的意图或目的是通过虚假陈述来影响第三方、法律要求被告承担公共责任或有特殊理由认为某群体或类别的成员受到虚

① Fleming Jr. James and Oscar S. Gray, *Misrepresentation-Part I*, *Md. L. Rev.*, vol. 37, no. 2, 1977, p. 289.

② *Products Liability Law (Third Edition)*, pp. 128-129.

③ William L. Prosser, *Misrepresentation and Third Persons*, *Vand. L. Rev.*, vol. 19, no. 2, 1966, pp. 246-247.

④ *Products Liability Law (Third Edition)*, pp. 131-133.

⑤ *Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition)*, p. 749.

⑥ *Products Liability Law (Third Edition)*, p. 137.

⑦ *Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition)*, p. 749.

⑧ Francis H. Bohlen, *Misrepresentation As Deceit, Negligence, or Warranty*, *Harv. L. Rev.*, vol. 42, no. 6, 1929, p. 744.

⑨ William L. Prosser, *Misrepresentation and Third Persons*, *Vand. L. Rev.*, vol. 19, no. 2, 1966, pp. 240-250.

假陈述的影响，则被告应承担民事责任；而在被告既无影响的意图也不存在特殊关系时，或者订立交易的性质是与所希望的交易完全不同时，被告无需就虚假陈述承担责任。^①

三、虚假广告民事责任的构成要件

如上所述，虚假陈述在普通法上是较为重要的一类侵权。在普通法上，Pasley v. Freeman 案确立了欺诈侵权的要件：被告做出虚假陈述；被告知道或认为该陈述是虚假的；诱使原告基于信赖而作为或不作为；原告有权做出信赖；原告基于信赖而遭受损失。^② 在普通法之外，《兰哈姆法》以制定法形式确立了虚假广告的侵权责任。与普通法虚假陈述的构成要件有所不同，围绕《兰哈姆法》第 43 (a) 条的相关判例确立了虚假广告民事责任的构成要件。根据 Skil Corp. v. Rockwell Int'l Corp. 案确立的标准，虚假广告民事责任的构成要件有五个：（一）构成虚假陈述；（二）虚假陈述实际欺骗或具有欺骗的可能性；（三）虚假陈述是实质性的；（四）进入商业领域；（五）原告有损失。^③ 以下对此五个构成要件分别予以探讨。

（一）广告宣称构成虚假陈述

广告主承担民事责任的第一个构成要件是，广告宣称是虚假的。根据《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条的规定，虚假陈述的内容应当与产品、服务或商业活动的性质、特征、品质或地理来源相关。换言之，只有广告宣称涉及到产品、服务或商业活动的性质、特征、品质或地理来源时，原告才可以针对被告提起诉讼。对于字面虚假的陈述 (a literally false claim)，相对比较容易确定，因为这是一个事实问题。在 PBM Products, LLC v. Mead Johnson & Co. 案（以下称“PBM Products 案”）中，第四巡回区法院认为应当从两方面来认定是否构成字面虚假，一是广告做了明确的宣称，二是这些宣称是否是虚假的。^④ 在 U-Haul International Inc v. Jartran, Inc. 案中（以下称“U-Haul 案”），原告是一家提供卡车和拖车租赁服务的公司，拥有十万辆拖车和六万辆卡车。被告是一家提供货运公司使用的大型卡车和拖车租赁服务的公司。为了进入拖车租赁市场，被告做了一系列的广告宣称，在广告宣称中使用“只有 Jartran 才可以向你出租符合时代的拖车”、“为什么要租赁每加仑只有五英里的卡车，Jartran 向你保证每加仑十英里或以上”，等等。法院经调查认为，被告所宣称的只有其出租的拖车才符合时代的陈述是虚假陈述，因为原告也能提供符合时代的拖车。^⑤ 被告关于其保证每加仑十英里的宣称也是虚假的，因为并非所有被告的拖车都能做到每加仑油十英里。因此，被告的广告宣称违反了《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条。^⑥

除了字面虚假的广告，还存在可能对消费者构成误导的误导广告。《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条禁止的虚假陈述包括：（1）字面虚假的陈述；和（2）虽然不是字面虚假、但有可能对消费者构成误导或混淆的陈述。^⑦ 在司法实践中，对于误导广告的认定是最容易产生争议的。在 Coca-Cola Company v. Tropicana Products, Inc. 案中，被告 Tropicana 公司在其广告宣称中使用美国奥林匹克运动员布鲁斯·詹纳 (Bruce Jenner) 作为代言人，在广告中詹纳挤压一只橙子，将其果汁倒入一个

^① William L. Prosser, Misrepresentation and Third Persons, *Vand. L. Rev.*, vol 19, no 2, 1966, pp. 254-255.

^② *Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition)*, p. 728.

^③ 375 F. Supp. 783.

^④ Thomas M. William, *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, Oxford University Press, 2012, p. 44.

^⑤ 522 F. Supp. 1247.

^⑥ 522 F. Supp. 1250.

^⑦ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 42.

打开的超值包。在广告中她说,“在我看来, Tropicana 超值包味道最为新鲜。它源自橙子, 是纯巴氏杀菌果汁。它是唯一没有使用浓缩汁和水的领先品牌”。原告可口可乐公司认为被告通过使用代言人的画面和口头表示对消费者构成了误导, 因为它使人认为 Tropicana 的超值包是鲜榨的、未经加工的橙汁。法院没有支持原告的请求, 认为“新鲜”具有不同的含义, 除了“未经加工的”, 还有“非浓缩的”、“清爽的”和“100%”的意思, 而原告提交的证据表明只有百分之十五的消费者认为该表述构成误导。^①

在涉及具体的字义时, 更不容易对是否构成误导做出准确的认定。在 American Home Products Corp. v. Abbott Laboratories 案中, 法院认定被告的广告宣称构成了误导。该案的基本案情是: 原告是痔疮止痛药 Preparation H 的生产商, 该药品大约占有三分之二的市场份额, 在零售店渠道的市场占有率则超过百分之九十。被告向市场推出一款痔疮止痛药 Tronolane, 并通过广告进行大量的推广。原告认为被告的广告构成虚假广告, 主要涉及三方面: 第一, 它宣称 Tronolane “立刻停止痔疮疼痛 (stop hemorrhoid pain immediately)”、“立刻停止疼痛”; 第二, 它宣称 Tronolane 是一种“新的”治疗方法、配方、药物、产品; 第三, 它宣称, 在一个“重要的消费者偏好测试”中, Tronolane 受到消费者的喜爱程度与其他品牌相比“超过二比一”。针对上述三个指控, 原告根据《兰哈姆法》第 43 (a) 条提出颁发临时禁令的请求。在诉讼进行中, 原告承认其无法就第三点证明被告的宣称是虚假的, 因此法院认为无需针对此问题做出决定。但法院指出, 证明某一涉案产品的全部测试结果通常是不切实际的或无效的, 是评估测试效力的重要证据。^② 针对第一点和第二点, 法院认为, 原告要么证明广告宣称是字面虚假的, 要么证明相当数量的消费者认为该信息是误导的。法院认为, 由于不存在 Tronothane 这种栓剂形式, 也不存在标有其他名称的同样药物, Tronolane 这种栓剂形式是新的。但是从配方来看, Tronolane 不是一种新的药物, 即使作为痔疮治疗方法它也不是新的, 因为 Tronothane 也可以进行治疗。^③ 因此, 被告的这一宣称是虚假广告。对于“立刻停止疼痛”的宣称是否是虚假的或误导的, 法院认为这是最难决定的问题, 但可以结合具体的语境来确定。从字义上看, 法院认为“停止”是“终止”、“结束”的意思, 而不是“局部终止”或“局部减轻”的含义。根据被告提供的报告, 法院认为“立刻”指的是大约不超过二十分钟的某段时间, 而被告也承认“立刻”在任何情形下不会超过两个小时或特殊情形下的五个小时。^④ 法院进一步认为, “立刻止痛”是比“减少疼痛”更加激进的宣称, 而行业惯例一直采用“减缓疼痛”的表述, 而从未采用“停止”的表述。而且, 在被告针对消费者对“停止”含义理解的调研问题上, 被告向消费者提问的问题是该产品是否符合他们立即止痛的期待, 这表明被告的宣称是“停止”而不是“减缓”, 而按照很多消费者的理解, “立刻止疼”指的是终止、结束。^⑤ 因此, 被告的第一个和第二个宣称是虚假的。基于此, 法院对被告的广告授予了临时禁令。

区分字面虚假宣称和误导性宣称, 在法律上有着实际的意义。美国第七巡回区法院认为, 对于字面虚假的广告, 原告无须证明广告宣称实际欺骗消费者或有可能欺骗消费者; 而对于误导性广告, 原告必须证明对消费者构成欺骗, 也就是说, 广告在该语境下是误导的。对于误导性广告, 法院在判例中要求原告必须通过外在证据证明被告的广告宣称具有对消费者构成误导或混淆的倾向。构成

① 538 F. Supp. 1095—1096.

② 522 F. Supp. 1039.

③ 522 F. Supp. 1040.

④ 522 F. Supp. 1042.

⑤ 522 F. Supp. 1045.

消费者误导或混淆的证据包括在消费者调研中相当数量的消费者认为广告的宣传具有原告所主张的信息。^① 外在的证据不仅包括消费者调研的信息，也包括法院自己的反应、证人在法庭的证词、收到的投诉等。可见，与字面虚假的广告宣称相比，法院对于误导性广告的认可更为严格。法院会考虑广告宣称向一般消费者所传达的信息。例如，有法院认为理性的消费者不会认为 HAVANA CLUB 来自古巴，因为产品的包装上已经表明了波多黎各的字样，所以不构成误导性广告。^②

需要指出的是，在司法实践中，法院通常根据广告宣称的性质来确定由谁来承担举证责任。在 *BASF Corp. v. Old World Trading Co.* 案中，法院对广告宣称的举证责任进行了区分：如果被告的广告宣称其产品是超级的，原告应证明被告的产品质量是普通的或低劣的；如果被告的广告宣称是基于测试或研究得出的，则原告应提出测试无法证明被告所作出的宣称的证据。^③ 这一区分合理地对原告和被告的举证责任进行了分配，体现了法院平衡各方利益的思想。

（二）实际欺骗或具有欺骗消费者的可能性

广告主承担民事责任的第二个构成要件是，广告宣称实际欺骗消费者或具有欺骗消费者的可能性。在这一问题上，美国法院的判例并不要求对消费者构成实际欺骗，而是通过区分字面虚假广告和误导性广告而进行判定。就字面虚假广告而言，法院并未要求原告举证证明对消费者构成了欺骗，而是假定构成了欺骗消费者，法院可以授予禁令救济，而无需考虑广告对社会大众的实际影响。^④ 但是，如果原告要寻求金钱赔偿，则需要证明对消费者构成实际的欺骗。对于误导性广告，原告需要证明广告具有欺骗或误导消费者的可能性。在 *American Brands, Inc. v. Reynolds* 案中，法院面对的正是这样的问题。在该案中，原告认为被告的 2 毫克焦油是“现在是在所有香烟中焦油最低的”的广告宣称是虚假的，因此依据第 43 (a) 条提起诉讼。在诉讼过程中，因为原告的 CARLTON 70's 香烟含有 1 毫克焦油，被告在原告销售上述产品的地区停止了该广告，并在对其广告进行修改后以“现在 2 毫克焦油是最低的（针对特大或更长规格香烟）”进行推广。原告认为被告“最低的”表述是虚假的，因为与原告 CARLTON 83 毫米香烟相比它暗示被告的产品的焦油含量低于 CARLTON 83，而实际上两者都是 2 毫克焦油。在该案中，法院对于如何判断欺骗的可能性做出了经典的表述：“法院当然可以对广告的用语进行解释或分析。它对故意使用的用语的合理与否会有自己的反应，但法院的反应在最恰当的情形也不是决定性的，在最糟糕的情形则是不相关的。”^⑤ 法院继而指出，问题的关键在于广告受众对于广告所传达信息的理解。就 83 毫米香烟而言，法院认为原告和被告均未能提供消费者认同其主张的决定性证据，原告未能举证证明“现在是在所有香烟中焦油最低的”的宣称具有误导或欺骗的倾向。就 CARLTON 70's 香烟而言，也没有消费者反应的决定性证据。但法院认为，在原告 CARLTON 2 毫克焦油产品进入市场后，被告关于其香烟是所有香烟中焦油最低的宣称是虚假的，因此禁止被告在广告宣传材料中继续使用该用语。^⑥

从以上可以看出，对于误导性广告，原告需要通过外在证据证明消费者对受到挑战的广告的反映，或者消费者调研表明有相当数量的消费者被该广告所误导。外在证据包括消费者调研、专家意见以及购买大众成员的证词。对于何为相当数量的消费者，有的法院认为低于百分之三的消费者是

^① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 53.

^② *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 68.

^③ 41 F. 3d 1090.

^④ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, pp. 42-43.

^⑤ 413 F. Supp. 1357.

^⑥ *Ibid.*, p. 1358.

不够的,有的法院认为百分之十六到四十的消费者即可,有的法院则认为百分之二十可以构成相当数量的比例。^①在司法实践中,尽管法院一般不会挑战消费者调研问卷设计和方法,但法院对于消费者调研有采纳与否的自由裁量权。在 *Vidal Sassoon, Inc. v. Bristol-Myers Company* 案中,上诉人聘请一位时尚模特为其洗发产品做电视广告,在广告中该模特宣称,在有超过九百位和她一样的人参与的洗发产品测试中,与另一竞品相比上诉人的产品获得的评价更高。法院调查发现,上诉人所称的九百人的测试中,是以每两百人左右为一组,每组只使用一种产品,而实际上有三分之一的女性年龄在13至18岁之间。美国第二巡回区法院认为,消费者调研或方法的描述是相当令人误导的,通情达理的消费者将会受到欺骗,因此维持地区法院做出的禁令命令。^②

需要指出的是,在举证问题上,美国的各个法院之间并不一致。美国联邦第九巡回区法院认为,即使在误导广告中,原告也可以通过推定的方式来证明欺骗消费者,因为被告投入相当大的资金去欺骗消费者和影响其购买决定本身足以假定欺骗的存在,但该法院仅仅将该观点限定于故意误导的比较广告案件中。^③有的法院对于假定欺骗消费者的观点持保留态度,认为很多法院的创新在理论上是没有必要的。^④

(三) 虚假陈述是实质性的

广告中出现的虚假陈述并不必然导致广告主承担民事责任,这里涉及虚假陈述的实质性 (Materiality) 问题。如果虚假陈述是实质性的,被告应当承担民事责任。如果虚假陈述只是一些细微的或无关紧要的,原告无法依赖其做出购买决策,则原告无法向被告主张民事责任。换言之,实质性有两个主要作用:一是排除细微的违法 (de minimis violation), 一是确保以收到陈述的受众来评价被告的陈述是否虚假。^⑤对虚假陈述进行实质性和非实质性进行区分,是为了促进商业交易的稳定性。在交易中,有的因素对于理性人是不具有实质性的,例如,被告在社会、政治或宗教上的关联性、其动机、购买方的身份等等。^⑥在原告根据《兰哈姆法》第43(a)条提起的诉讼中,法院通常要求原告证明欺骗是实质性的,即被告的广告宣称可能影响原告的购买决定,因为并非所有的欺骗或误导均会影响消费者的购买决定。在 *National Basketball Assoc. v. Motorola, Inc.* 案中,原告全美篮球协会对被告摩托罗拉公司提起诉讼。被告声称通过其自己平台发布的信息“直接来自各个赛场的更新球赛信息”、“来自于各个赛场的发布单”。全美篮球协会认为被告提供的信息是从电视和广播媒体收集而来,而不是来自各个赛场。美国第二巡回区法院驳回原告请求,认为这不是实质性的,因为被告的陈述不会对消费者构成影响,因为消费者的目的是获得球赛信息,而不是被告从哪个渠道获得该等信息。^⑦

然而,如果被告的广告宣称涉及到实质性信息,则应当承担民事责任。在 *Salon FAD v. L'Oreal USA, Inc.* 案中,原告是数家发廊,对被告欧莱雅公司提起诉讼。原告购买被告的护发产品,被告在广告中宣称该等产品仅向发廊销售。被告认为该宣称只是与产品的销售渠道有关,不涉及到产品的内在品质或特征,因此不具有实质性。美国纽约南区法院认为该宣称是实质性的,因为它暗含该

① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, pp 57-61.

② 661 F. 2d 278.

③ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 65.

④ *Ibid.*, p. 67.

⑤ Kenneth B Germain, *Unfair Trade Practice under Section 43 (a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way Baby - Too Far, Maybe*, *Ind. L. J.*, vol 49, no 1, 1973, p. 99.

⑥ *Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition)*, p. 753.

⑦ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 68.

产品的品质是高级的，因为只向发廊供应，而且“仅向发廊销售”的表述将该产品与普通渠道的产品区分开来。^①

（四）进入商业领域

虚假广告民事责任的另一个构成要件是商品或服务进入商业领域。在 *Skil Corp. v. Rockwell Int'l Corp.* 案中，法院认为原告依据《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条提起诉讼的一个要件是证明虚假宣称的商品进入跨州贸易。在 1989 年修订生效的《兰哈姆法》中，这一要求被修改。从修订后的《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条的字义来看，原告只需要证明被告从事了商业广告或促销，即可认定进入商业领域。因此，如果广告宣称的商品并未进入商业领域，则不具有可诉性。对于如何证明商品或服务进入商业领域，美国各个法院意见并不完全一致。例如，宾夕法尼亚州的法院认为，商业广告由四个部分构成：（1）属于商业言论；（2）由与原告有竞争关系的被告做出；（3）用来影响消费者购买被告的产品；（4）向相关购买大众进行充分的传播，构成行业内的广告或促销。^② 然而，这一观点受到了美国第七巡回区法院的批评，认为这是对国会制定的法律进行毫无根据的司法篡改，因为《兰哈姆法》并未涵盖所有的商业言论，而主张按照通常的含义来理解商业广告或促销，例如，通过电话会谈判合同的陈述不属于商业广告或促销。^③

（五）原告有损失

原告提起《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条诉讼的一个重要构成要件是原告遭受损失。对于损失判断的标准，*Johnson & Johnson v. Carter-Wallace, Inc.* 一案中有讨论。被告在广告中对 NAIR 婴儿油进行宣称，原告认为被告的宣称导致消费者认为 NAIR 婴儿油是原告的产品，因此根据第 43 (a) 条提起诉讼。原告认为，在证明其与被告在相关市场是竞争对手，并且被告的广告是虚假广告时，即构成第 43 (a) 条的可能损失。美国纽约南区地区法院认为原告必须证明存在由被告造成的某些损失。第二巡回区法院则认为，地区法院对原告提出过高的要求，法律只要求原告提供其可能受到损害的合理依据，因此，正确的标准是被告的广告是否造成原告的销售损失，而不是被告的广告已经给原告造成损失。^④ 有判例认为，原告的损失可以通过两种方式来证明：一是因虚假广告导致原告的销售直接被被告抢走，一是原告的产品在公众中的信誉降低。^⑤ 需要指出的是，这里的损失可以是可能的损失，而不必是实际的损失。正如有的法院所认为的，要证明被告的虚假广告给原告带来直接的损失是非常困难的，尤其是在不同时期和不是针对同一社区发布广告时。^⑥ 在 *Coca-Cola Company v. Tropicana Products, Inc.* 案中，针对可口可乐公司向 Tropicana 公司提出的禁令请求，美国纽约南区地区法院认定可口可乐公司的销量下降与被告的广告宣称没有必然联系，因为证据表明在被告广告播出前后原告的销售波动很大，销量下降更多是市场趋势所致，因此驳回了原告的禁令请求。^⑦

美国最高法院在 2008 年做出的 *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (NRDC) 案，同样涉及到损害的证明问题。在该案中，原告 NDRC 和其他组织在美国加州中区地区法院针对美国海军的军事声纳训练提起禁令请求，认为美国海军的声纳训练会损害海洋环境，对海洋生物造

^① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 69.

^② *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 70.

^③ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, pp. 70-71.

^④ 631 F. 2d 190.

^⑤ 375 F. Supp. 783.

^⑥ 522 F. Supp. 1255.

^⑦ 538 F. Supp. 1097.

成损害。该地区法院认定原告已经证明了被告的训练对环境造成不可挽回损害的可能性。美国联邦第九巡回区法院维持了地区法院的禁令，被告提起上诉。由首席大法官罗伯茨撰写的最高法院的多数判决意见认为，即使原告证明了不可挽回的损害，美国海军进行有效、实际训练的公共利益比该损害更重要，故判决撤销美国联邦第九巡回区法院的判决。^① 金斯伯格法官提交了反对意见，认为地区法院的措施不构成权力滥用，不应轻易地驳回原告不可挽回的损害的主张。^②

需要指出的是，对于确立被告虚假陈述民事责任，上述五个构成要件是缺一不可的。如果某个要件不具备，则被告无需就虚假陈述承担民事责任。在司法实践中，如果欠缺某个要件，被告或其律师可以提出抗辩理由。例如，如果原告无法证明被告的虚假陈述实际欺骗或具有欺骗的可能性，则法院会直接驳回原告的诉讼请求。

四、虚假广告的民事责任方式

《兰哈姆法》针对违反第 43 (a) 条的虚假广告提供了两种救济方式：一是第 34 条规定的禁令救济，一是第 35 条规定的损害赔偿。这里涉及到请求救济的主体、禁令的形式和损害赔偿范围问题，以下分别予以讨论。

(一) 请求救济的主体

虽然《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条规定了受到损害或可能受到损害的“任何人”可以针对虚假陈述提起诉讼，在司法实践中也有个别判例允许个人提起诉讼。但多数法院认为，这里的“任何人”并不包括消费者个人。在这方面，*Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.* 案是一个重要的判例。在该案中，原告是两个学校的学生，他们代表自己和另外两个群体提起诉讼，被告是一家俱乐部。被告组织一个前往马萨诸塞州大巴灵顿地区的滑雪活动，在活动前要求参与者每人预付 44.75 美元的费用。在活动宣传中，被告宣称每个参与者可以拥有充分的滑雪设备和称职教练的指导，并提供从纽约到活动所在地的安全、可靠和有保障的交通。总共有 153 名学生参加活动，而被告只提供 88 双滑雪靴。只有一名“称职的”滑雪老师，其他的“老师”是招募的高中生和大学生，每天只能提供数小时的指导。被告提供的汽车有的在去目的地的路程中出现故障，有位司机因喝醉了酒而无法驾驶汽车，而且被告和汽车都没有获得跨州商务委员会的许可或认证。尽管如此，法院认为消费者个人无权提起第 43 (a) (1) (B) 条的诉讼。法院的理由是，第 43 (a) (1) (B) 条指向的是从事商业的主体，这一观点可从该条“商业中”的表述得到支持。如果允许个人提起诉讼，将导致无数的诉讼，这会给联邦法院带来较大的负担。而且，消费者保护问题通常是由各州法来规范的，由于州法已经提供了许多的救济，法院无意对长久以来的联邦法做出史无前例的解释。^③ 在联邦法层面，美国联邦贸易委员会可以根据《联邦贸易委员会法》第 5 条对消费者进行保护。如果准许消费者根据第 43 (a) (1) (B) 条提起诉讼，则容易混淆两个法律的适用。因此，尽管实践中有的法院允许消费者提起第 43 (a) 条的诉讼，^④ 但该观点并未得到大多数州的认可。

与此相关的是，行业协会是否可以代表其成员提起第 43 (a) (1) (B) 条的诉讼。在 *International Bottled Water Assoc. v. Eco Canteen, Inc.* 案中，第四巡回区法院认为原告国际罐装水协会不

① 555 U. S. (2008) .

② 555 U. S. (2008) .

③ 422 F. 2d 693.

④ Kenneth B Germain, *Unfair Trade Practice under Section 43 (a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way Baby - Too Far, Maybe*, *Ind. L. J.*, vol 49, no 1, 1973, pp 93-94.

能提起诉讼，因为它没有受到损害，受到损害的是其成员。^①类似地，该法院在 *Made in the USA Foundation v. Philip Foods, Inc.* 案中驳回原告美国制造基金会代表消费者提起的诉讼。但该法院指出存在一个小的例外，即准竞争对手（如行业协会）有权提起诉讼。然而，由于协会本身没有受到损害，其所获得的救济只能是禁令，无法要求赔偿损失。^②

（二）禁令的方式

在美国法上，禁令有临时禁令和永久禁令两种。一般而言，法院更倾向于授予临时禁令，对于永久禁令的授予是非常谨慎的。对于临时禁令授予的条件，在 *Johnson & Johnson v. Carter-Wallace, Inc.* 案中有所涉及。地区法院认为原告必须至少证明存在由被告造成的损害。第二巡回区上诉法院认为，正确的标准是被告的广告是否可能对原告的销售造成损失，而不是被告的广告造成某些实际的损失。^③对于可能的损失，第二巡回区上诉法院在 *Vidal Sassoon, Inc. v. Bristol-Myers Company* 案中认为，在同一市场进行竞争，反复向消费者沟通竞争优势信息将构成销售损失。^④在 *American Home Products Corp. v. Abbott Laboratories* 案中，美国纽约南区地区法院提出授予了临时禁令的标准：第一，原告有可能胜诉；第二，存在可以作为公平的诉讼理由的足够严重的问题，并且利益和损害之平衡毫不疑问地倾向提起禁令请求的一方。^⑤在 *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 案中，美国最高法院阐释了授予临时禁令的条件：第一，原告证明他有可能胜诉；第二，如果没有临时禁令，原告将遭受不可挽回的损失；第三，衡平法的天平向原告倾斜；第四，授予禁令符合公共利益。^⑥需要指出的是，授予临时禁令和永久禁令的条件是有区别的，两者的举证要求不同。对于临时禁令，法院认为原告只需要证明具有不可挽回损害的可能性，而对于永久禁令，法院则要求原告积极地证明实际的不可挽回损害。美国最高法院就 *eBay v. MercExchange* 案所作的判决是一个极好的例子。尽管该案涉及的是衡平法上的禁令可否适用于专利纠纷案件，美国最高法院在判决中阐明了授予永久禁令的条件，即原告须证明：第一，它遭受了不可挽回的损失；第二，法律上的救济不足以弥补该损失；第三，考虑到原被告双方所受到的挫折，授予衡平法上的救济是有根据的；第四，永久禁令不会危害公共利益。^⑦从以上可以看出，法院对于临时禁令和永久禁令的授予条件是有差别的。另一方面，尽管表述上有差异，除了对于损失的证明，其他的三个条件是非常类似的。美国最高法院在 *e-Bay* 案中阐释的授予永久禁令的条件在稍后的基于《兰哈姆法》第 43 (a) 条提出的其他案件中得到了体现，例如，联邦第四巡回区法院做出的 *PBM Product* 案。^⑧

（三）金钱赔偿的范围

在 1989 年《兰哈姆法》修订之前，第 35 条的金钱赔偿是否适用于虚假广告是不明确的。有学者认为，从条文的体系解释来看，不适用于第 43 (a) 条虚假广告的情形。^⑨尽管如此，在 *U-Haul* 案中，美国联邦第九巡回区法院认为虚假广告案件与第 43 (a) 条的其他案件没有重大差别，故判定

^① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 33.

^② *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, pp. 33-34.

^③ 631 F. 2d 190.

^④ 661 F. 2d 278.

^⑤ 522 F. Supp. 1037.

^⑥ 555 U. S. (2008) .

^⑦ 547 U. S. 391 (2006) .

^⑧ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 105.

^⑨ Kenneth B Germain, *Unfair Trade Practice under Section 43 (a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way Baby - Too Far, Maybe*, *Ind. L. J.*, vol 49, no 1, 1973, pp. 112-115.

第35条同样适用于虚假广告案件。在最终的判决中,该法院维持了地区法院对于金钱赔偿的认定。地区法院认为原告的实际损失为2000万美元,包括原告1981年预计单程租赁的损失3000万美元(扣除25%的成本)。由于被告的行为是对原告权利的故意侵犯,地区法院判定两倍的赔偿和律师费。^①有学者认为,U-Haul案的判决会鼓励企业采用诉讼获得竞争优势,违反了《兰哈姆法》补偿性质而非惩罚性赔偿的规定。^②

在1989年《兰哈姆法》修订之后,第35条明确规定金钱赔偿适用于因虚假广告引起的侵权行为。根据《兰哈姆法》第35(a)条,对于虚假广告所造成的损害,原告可以请求不超过三倍金额的赔偿,包括:(1)被告的利润;(2)原告遭受的损失;以及(3)诉讼的费用。《兰哈姆法》修订后的一个重要判例是美国联邦第七巡回区法院做出的BASF Corporation v. Old World Trading Company案。在该案中,被告在广告中宣称其销售的防冻剂符合所有汽车制造商的新规格,被告委托第三方生产该防冻剂,而该第三方实际上并未进行所有的检测。事实上,被告销售的产品未符合福特汽车公司和通用汽车公司的检测要求。地区法院认定被告的广告构成字面虚假。在决定赔偿金额时,原告要求赔偿其丧失的利润22713000美元、预利利息、衡平法救济以及律师费400万美元。地区法院判决被告赔偿2498726美元的利润、1737778美元的预利利息以及27.5万美元的律师费。双方均提起上诉。BASF认为地区法院的判决是错误的:第一,地区法院拒绝采纳其对于丧失利润的计算方法,而采用市场份额的计算方式;第二,地区法院是从BASF整个产品的市场份额来计算其损失的,而不是从贴标产品的市场份额来计算,而其在后者份额更高;第三,地区法院没有要求Old Trading吐出所获利润,认定有误。同时,地区法院在不允许其提出的提高损失请求和未计算1988年损失金额方面有误,Old Trading则认为地区法院在BASF无法证明其利润丧失是由其虚假广告导致方面有误。

针对这些请求,美国联邦第七巡回区法院分别予以了回应:就BASF的第一个问题,第七巡回区法院认为地区法院之所以未采用BASF的计算方式,是因为没有充分的证据表明如果Old Trading未进行虚假广告所有的客户都会转向BASF。由于市场上还存在其他有力的竞争对手,此销售额有可能转向这些竞争对手,因为他们更具有价格竞争优势,因此,地区法院关于部分的损失是因Old Trading导致的认定并无错误。^③对于第二个问题,第七巡回区法院认为地区法院未采用贴标品牌产品的市场份额来计算,是因为BASF未能证明其是贴标品牌产品的最大的生产商。事实上,即使在此细分市场还存在Union Carbide这样强有力的竞争对手,地区法院以包括贴标品牌产品和带有自己标牌产品综合计算没有错误。^④在要求Old Trading归还非法利润方面(disgorgement of wrongful profits),地区法院认定赔偿已经足以阻止Old Trading的行为,这一认定没有问题。对于提高损失的请求,地区法院并未滥用其自由裁量权,而是基于包括证人在内的证据认定Old Trading在1988年已终止违法行为,地区法院未计算1988年的损失也是没有问题的。^⑤对于Old Trading的请求,第七巡回区法院认为地区法院的认定是有合理依据的,因为其虚假陈述为它带来了客户,而如果其没有做这样的宣称,BASF可能会更有竞争力或者会调整其价格策略。^⑥最终,第七巡回区法院维持了

① 793 F. 2d 1037 (9th Cir. 1986) .

② Garrett J. Waltzer, Monetary Relief for False Advertising Claims Arising under Section 43 (a) of the Lanham Act, *UCLA L. Rev.*, vol. 34, no. 3, 1987, pp. 965-968.

③ 41 F. 3d 1092-1093.

④ 41 F. 3d 1094-1095.

⑤ 41 F. 3d 1098.

⑥ 41 F. 3d 1093.

地区法院的全部认定。

根据《兰哈姆法》第 35 条，胜诉的原告或被告在“少数情形”可以获得律师费用。对于少数情形，美国联邦第七巡回区法院解释为：（1）如果败诉方是原告，而原告滥用诉讼；或（2）如果败诉方是被告，而被告无虚假广告的免责事由。^① 在 *BASF Corporation v. Old World Trading Company* 案，当事人争论的一点是 Old Trading 是否应赔偿 BASF 律师费。Old Trading 认为，地区法院基于它的虚假广告是故意的因而要赔偿 BASF 律师费的认定是错误的，第七巡回区法院认为它有权对地区法院的律师费赔偿数额进行审查，但就本案而言，它没有发现地区法院滥用其自由裁量权。^②

五、抗辩事由

《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条规范的是虚假广告。这意味着，如果某一广告不是虚假广告，则广告主无需承担民事责任。这里涉及到虚假广告的抗辩事由。根据法院的实践，被告的抗辩事由主要包括：夸张或吹牛、诉讼失去实际意义、衡平法上的抗辩、诉讼时效以及美国宪法修正案。

（一）夸张或吹牛

在美国法上，夸张或吹牛（puffery）不被认定为虚假广告。夸张或吹牛是指销售人员或商家的自卖自夸。由于夸张或吹牛是理性消费者不会信赖的，因此是不可以起诉的。夸张或吹牛不具有可诉性的一个原因是，其通常是卖方或广告主的主观意见，不具有客观的判断标准。在判例中，属于夸张或吹牛的表述包括被告的产品“远远比之前提供的任何产品要好”、是“创新的”、与其他品牌“质量相媲美”。^③ 在这里，涉及到对事实和意见的区分。如果广告宣称涉及的是事实，则夸张或吹牛的抗辩无法成立；如果涉及一般的主观意见，则可适用此抗辩事由。事实或主观意见有时是不容易区分的，法院会根据案件的具体情况进行判定。在 *U-Haul* 案中，被告主张原告针对其提出的反对意见只是夸大，而不是事实。法院认为，尽管夸大作为广告形式已经存在多年，但被告的很多宣称已经超出了夸大范围，原告应受到《兰哈姆法》的保护。^④ 同样，如果广告的夸大或吹牛涉及到事实，例如根据产品测试得出的自己的产品具有某种优越性，则是可以起诉的。

（二）诉讼失去实际意义

在美国法上，如果违法的行为已经终止，而且法院认定没有合理的理由认为它会恢复，则诉讼将失去实际意义（mootness），而不具有可诉性。换言之，如果被告已经停止虚假广告的违法行为，而法院认为被告不会继续从事该违法行为，则原告的诉求将不会受到支持。例如，在 *U-Haul* 案中，法院提到被告后来的广告没有像前期的广告那样涉及稳定性、设计和安全方面的宣称，因此可以认定诉讼失去实际意义。法院认为，在认定诉讼失去实际意义时，法院应确信其可以合理地预期该行为不会再次恢复。法院进而认为，鉴于被告的做法是能够重复的，不会经过原告的事先审查，认为诉讼失去实际意义将损害法院的司法审查权。^⑤ 在 *Stokely-Van Camp Inc. v. Coca-Cola Co.* 案中，法院认为，被告对于停止违法行为的誓言和证词可以导致诉讼失去意义，理由是原告无法证明

^① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 133.

^② 41 F. 3d 1099.

^③ Gary S. Max, Section 43 (a) of the Lanham Act: A Statutory Cause of Action for False Advertising, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 40, no. 2, 1983, p. 402.

^④ 522 F. Supp. 1245.

^⑤ 522 F. Supp. 1256.

如没有临时禁令将会对其造成不可弥补损害的可能性。^①然而,也有法院认为,在超出临时禁令阶段,如果没有永久停止违法行为的法院命令,则诉讼并不因此失去实际意义。例如,在 Navistar 案中,法院否定了被告提交的公司管理人员同意停止违法行为的宣誓,认为临时禁令和宣誓不能满足诉讼失去实际意义的要求,因此原告的禁令救济的请求仍然是切实可行的。^②

(三) 衡平法上的抗辩

衡平法上的抗辩,指的是尽管原告有权提起诉讼,但由于其自身行为导致其根据衡平法确立的原则无法获得救济或赔偿。衡平法上的一个抗辩是迟延原则 (the laches doctrine), 该原则可以否定任何形式虚假广告的救济。例如,在 Hot Wax Inc. v. Turtle Wax Inc. 案 (以下称“Hot Wax 案”) 中,被告宣称的波兰蜡等产品未含蜡,构成虚假广告。法院最终认定原告构成迟延,因此不能得到救济。法院在该案中指出,提出迟延原则抗辩的一方须满足两个条件:一是抗辩所针对的另一方欠缺不合理的谨慎,一是因此造成了损害。^③另一个衡平法上的抗辩是不干净之手 (unclean hands)。这通常体现在被告对于原告提出的反诉或交叉请求中。在 Stokely-Van Camp Inc. v. Coca-Cola Co. 案中,被告认为原告同样添加了镁和钙,故提出不干净之手的抗辩。法院认为,寻求衡平法救济的一方自己必须是清白的,原告从事类似行为导致其无法获得救济。法院同时指出,被告提出的不干净之手的抗辩必须有不公平的行为或恶意,且该行为与原告主张的救济具有重要的关系。^④

(四) 诉讼时效

如同其他的联邦法,《兰哈姆法》并未规定具体的诉讼时效,但是,为了填补该空白,联邦法院必须确定一个类似州法的时间限制。^⑤多数的法院是按照迟延原则来处理诉讼时效问题。然而,美国联邦第四巡回区法院的判例认为诉讼时效是一个独立于第 43 (a) (1) (B) 条的抗辩理由。在 PBM Products 案中,地区法院援引弗吉尼亚州法规定的两年的诉讼时效,驳回了原告提出的请求。美国联邦第七巡回区法院在 Hot Wax 案中认为,尽管很多法院采用类似诉讼时效来判定是否构成诉讼迟延,诉讼时效不构成绝对禁止的抗辩事由。^⑥

(五) 宪法第一修正案

美国宪法第一修正案规定了商业言论是受宪法保护的。在法律实践中,在涉及虚假广告时,被告通常会提出该广告受宪法第一修正案商业言论的保护。在 Virginia State Board of Pharmacy 案中,美国最高法院认为,尽管各州基于公共利益可以对医师进行管理,禁止医师宣称药品价格的州法是违反美国宪法的,作为商业言论的广告受到美国宪法第一修正案的保护。^⑦在 Procter & Gamble Co. v. Haugen 案中,原告是宝洁公司,被告是安利公司的经销商。安利的经销商宣称宝洁公司总裁公开其与撒旦有关系的真相,宝洁公司将其相当部分的利润捐赠给一家撒旦教堂,购买安利公司的产品可以让人心安理得。宝洁公司依据第 43 (a) 条提起诉讼。美国联邦第十巡回区法院最终认定,被告的言论属于商业言论,受美国宪法的保护。法院的理由是,从整体上看,该信息的发布是为了推广安利公司的产品,而损害了宝洁公司的产品销售。^⑧

① *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 86.

② *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 87.

③ *Ibid.*, pp. 87-88.

④ *Ibid.*, p. 89.

⑤ [美] 丹·B. 多布斯:《侵权法(上册)》,马静、李昊、李妍、刘成杰译,中国政法大学出版社2014年版,第479页。

⑥ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, pp. 93-94.

⑦ 425 U. S. 770 (1976).

⑧ *False Advertising and the Lanham Act: Litigating Section 43 (a) (1) (B)*, p. 93.

六、结语

尽管有学者认为作为反欺诈法的《兰哈姆法》第 43 (a) (1) (B) 条应当以消费者福利作为主要的目标,^① 但是美国法院并未采纳此种解释。相反, 美国法院采取的是利益平衡的思路。在判例法层面, 通过不断的摸索, 法院最终确立了虚假广告民事责任的制定法和普通法上的理论基础, 归纳出虚假广告民事责任的构成要件, 包括广告宣称构成虚假陈述, 具有实际欺骗性或有欺骗的可能性, 虚假陈述必须是实质性的, 进入商业领域以及原告有损失。可以说, 这些构成要件本身即为利益衡量的产物。在法院判例中, 通过区分虚假广告和误导广告、区分实际欺骗和欺骗的可能性, 通过实质性的要求, 通过区分经营者和消费者, 美国法院确立了原告的不同举证责任, 赋予权利主体不同的救济方式, 同时赋予广告主抗辩事由, 合理地平衡了相关各方的利益。此种利益平衡并不因为一方是弱势的消费者而准许其提起虚假广告民事诉讼, 也并不想当然地认定广告主应承担更重的责任。此种责任建构和利益平衡思想, 对我国虚假广告民事责任的理论探讨具有一定的借鉴意义。

本文作者: 中国社会科学院研究生院法学系 2015 级博士研究生
责任编辑: 龚赛红

A Study on the Civil Liability of False Advertising under American Laws

Wang Shaoxi

Abstract: Advertisers shall assume civil liability for publishing false or misleading information. A plaintiff can demand the defendant to bear the liability for breach of contract under contract law, or for fraud or negligent torts, or claim that the defendant should assume strict liability. American courts have established different thresholds concerning the burden of proof on the plaintiff and made various remedies available to the plaintiff by distinguishing false advertising from misleading advertising, actual deception from the possibility to deceive, and, through substantive requirements, business operators from consumers. At the same time, American courts have properly balanced the interests of the parties concerned by allowing the advertisers to put forward their legal defenses.

Keywords: false advertising; misleading advertising; torts; balancing of interests; civil liability

^① Jean Wegman Burns, Confused Jurisprudence: False Advertising Under the Lanham Act, *B. U. L. Rev.*, vol. 79, no. 6, 1999, pp. 874-877.