

医疗器械公众号文章的广告合规风险

作者：杨迅 | 赵焯韵

在这个移动通讯的时代，哪一个商家不利用手机端推广他们的业务；又有哪一项业务不是通过移动端走进人们的生活？2C 业务如此，那些曾几何时专业的 2B 业务也是如此。就连仅向专业人士推广的医疗器械，也渐渐从研讨会，走向微信公众号。那么，使用微信公众号文章推广医疗器械，有什么合规问题呢？

一. 微信公众号文章是广告吗？

根据我国《广告法》第二条，“商品经营者或者服务提供者”通过“一定媒介和形式直接或者间接地介绍”特定的“商品或者服务的”行为构成《广告法》意义上的广告。也就是说，严格意义上，在微信公众号上发布的、面向消费者直接或间接（如软文）介绍自己商品的文章，都可能被认定为广告。

对于医疗器械而言，其推广文章若构成医疗器械广告，从内容到形式都将受到诸多限制。因此，广大医疗器械厂商在利用微信公众号文章推广其产品和服务时都极力避免被认定为广告。那么，在实践中，广告与非广告的推广文章的界限在哪里呢？

本文以微信公众号常见的产品介绍、科普文章和第三方文章为例，分析其被认定为广告的可能性。

产品介绍

一般而言，如果直接在微信公众号上介绍自己的产品、直接指向产品名称，即使只是客观描述产品功能，也很有可能被认定为“广告”。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

《广告法》规定的广告以“直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务”为表征。根据《互联网广告管理暂行办法》，广告可以通过各种互联网媒介进行，包括图文视频等形式。虽然有判例认定，广告应当符合“广而告之”的特征，即应当具有大众性和广泛性。但是，近年来一系列案例表明，对有限人群的推广，只要符合推广特定“商品或服务”的条件，就有可能被认定为广告。比如，2019年7月，杭州高新技术开发区市场监督管理局认定浙江福葆来实业有限公司面向代理商的PPT课件为违法广告；2018年12月，兰陵县市场监管局认定张建国在其经营场所采取播放视频、PPT幻灯片的方式发布的保健品广告为虚假广告。

从上述案例可以看出，如果一篇微信公众号文章，直接或间接推广特定的医疗器械或服务，包括描述特定产品或服务的性能、功效、优势，就可能被认定是医疗器械广告。

科普文章

科普文章通常不会指向特定产品名称，而是对于该类型的产品或相关疾病的一般知识的介绍。在这种情况下，被认定为广告的风险较小。这也是面向大众的医药企业公众号中最常见的文章形式。在司法判决中，不指向特定产品的宣传也通常不会被法院认定为广告。

在严震、严卫与上海上药信谊药厂有限公司、北京电视台等生命权、健康权、身体权纠纷一案中，患者因轻信养生节目中对于华法林(一种药品的通用名)的夸大介绍，擅自服用该药品致死。一审和二审法院均认定在养生节目中宣传华法林不构成广告。理由包括：1. 没有证据证明该养生类没有收取厂家相关费用；2. 使用通用名称无法指向特定生产商；3. 节目并非以“说服消费者认同并购买商品”为目的，而是以宣传普及疾病预防、控制、治疗和养生保健等科学知识为目的。

在海南澜湄贸易有限公司与三亚市市场监督管理局行政处罚案件一审法院认定，在东南亚食品及玉石销售场所“澜湄文化城”悬挂“澜湄六国文化及风土人情”的地图起到了“增加顾客对涉案公司的认可度以及对其销售商品的好感度”，属于商业广告。但是二审驳回了一审裁定，认为“展示地图并未直接或者间接与其销售的商品产生联系”、“仅凭借文化的宣传，游客无法识别澜湄公司的商品，一般消费者亦无法辨明其使用地图进行的文化传播行为属于广告行为”。

由此可见，只要科普文章的内容不指向特定厂商的医疗器械或服务，仅仅是介绍某一类别的医疗器械，即以科普而非商业宣传为目的，构成商业广告的风险较低。

第三方文章

医疗器械厂商的微信公众号可能刊载第三方文章。这些文章可能是不提及特定医疗器械产品的科普文章，也有可能提及特定的医疗器械产品。对于第三方撰写的科普文章、不涉及产品信息的，可以适用上文关于“科普文章”的分析。那么，提及特定医疗器械的第三方文章是否会被认定为广告呢？

一般而言，如果第三方文章并非由医疗器械厂商约稿，该文章中提及特定医疗器械产品也仅仅是为了学术分析知目的，刊载该文章被认定为广告的风险不大。《广告法》意义上的广告是“商品经营者或者服务提供者”发布的宣传内容。如果微信文章内容上完全由第三方自行酌定，即并非由“商品经营者或者服务提供者”发布，则在单独意义上很难构成广告。但是，如果医疗器械厂商筛选、节录、汇编指向其产品的第三方文章形成“汇编作品”的，该汇编作品可能被认定为广告。

如果，该第三方文章系医疗器械厂商约稿，或者其文章内容由医疗器械厂商审核才发表的，该第三方文章很有可能被认定为广告。并且，如果该第三方文章作者系医学专业人士，且医疗器械厂商向支付费用的，甚至可能构成商业贿赂，之前也有医药企业付费要求医学专家采用其讲稿被认定为商业贿赂的处罚案例。

二. 微信公众号文章的合规风险有哪些？

广告合规风险

如果一篇微信公众号文章构成医疗器械广告，则所有关于医疗器械广告的法规将适用。

(1) 广告审查

如果公众号文章构成《广告法》下的商业广告，医疗器械广告都需要各省、自治区、直辖市药品监督管理部门审查后发布(只宣传产品名称的除外)。如果每篇文章都需要经过审查，需要投入大量时间、精力，但是未经审查发布广告将面临罚款，情节严重的可能吊销营业执照、一年内不受理其广告审查申请。因而，一般而言，医疗器械厂商需要尽力避免其发布的文章构成广告。

(2) 内容准确

构成广告的微信文章应当确保真实、准确、有证据支持，对医疗器械的描述应当与实际情况、医疗器械说明书、医疗器械注册以及备案内容相符。不仅对于产品性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格，其他信息例如销售状况、曾获荣誉等对购买行为有实质性影响的信息都应确保真实准确，否则可能构成《广告法》下的虚假广告。如果使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的，应当真实、准确，并表明出处。

(3) 避免禁用内容

构成广告的微信文章应避免使用《广告法》、《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》下禁止使用的内容，如与其他药品、医疗器械的功效和安全性或者其他医疗机构比较、使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语、含有“安全”、“安全无毒副作用”、“毒副作用小”；明示或者暗示成分为“天然”，因而安全性有保证等内容。

非广告的合规风险

哪怕微信公众号文章并不构成广告，仍然需要注意合规风险。比如，如果公众号文章包含了虚假或引人误解的内容，即使文章本身不构成商业广告，也有可能构成《反不正当竞争法》下的虚假宣传或误导消费者的行为。

从民事责任角度，如果一篇微信文章误导了读者，导致其根据该文章错误地使用医疗器械、发生了不应发生的损害后果，并且可以证实该文章内容与损害结果存在因果关系，相关医疗器械厂商可能还需要承担《侵权责任法》下的侵权责任。当然在实践中，如何认定消费者轻信宣传导致人身损害之间的因果关系可能是个难点。

一般而言，专业人士和非专业人士对于同样内容的判断能力是不同的。因此，对于面向非专业人士的信息，更应避免可能产生误导的表述。如果文章内容难以被公众理解，或者可能令非专业人士产生误解，则应当限制该文章仅向专业人士推送。

三. 实践建议

如上文所述，关于医疗器械的微信文章一旦被认定为“广告”将给医疗器械厂商带来巨大的限制和负担。因此，我们提出以下建议：

- 1) 微信公众号文章以理论研究、科普宣传为目的，不对产品进行过多宣传性、营销性介绍；其旨在提高企业的公众形象、树立品牌形象，而非推销特定产品或服务；
- 2) 如果文章确需提及某医疗器械的，尽可能不指向特定的产品名称，而是指向某一类型的或某一功能的医疗器械：无论插图、视频，还是文字标识，避免指向本医疗器械厂商或其产品；
- 3) 对于仅能为专业人士理解的文章，采用适当措施，确保仅针对特定人群推送，比如在文章中提示仅供专业人士参考、在微信公众号订阅时要求对方填写信息确保其为医学专业人士、向医学专业人士定向发送此类文章等。根据了解，目前有技术手段可以实现公众号定向推送、禁止转发等功能，必要时可以采用此类技术手段。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨 迅

+86 21 3135 8799

xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本篇文章独家授权威科先行法律信息库发布，未经许可，不得转载。