



通力律师事务所

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 和 16 楼
邮编：200120
电话：+86 21 3135 8666
传真：+86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编：100005
电话：+86 10 8519 2266
传真：+86 10 8519 2929

香港

香港中环花园道 3 号
中国工商银行大厦 15 楼
电话：+852 2969 5300
传真：+852 2997 3385

www.llinkslaw.com

Shanghai

19F&16F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
Tel: +86 21 3135 8666
Fax: +86 21 3135 8600

Beijing

4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
Tel: +86 10 8519 2266
Fax: +86 10 8519 2929

Hong Kong

15F, ICBC Tower
3 Garden Road, Central
Hong Kong
Tel: +852 2969 5300
Fax: +852 2997 3385

master@llinkslaw.com

公司及并购法律评述

2017 年 7 月



浅析违法广告的认定

作者：潘永建 | 汤景中

《广告法》自 2015 年修订施行至今已近两年，企业从排斥“史上最严广告法”到逐步回归理性，开始适应新的法律要求；执法部门从“粗放式”执法向“精细化”执法转变。随着《互联网广告管理暂行办法》等配套法规的公布施行，有关虚假广告、绝对化用语广告等违法行为的判断和裁量标准不断细化。基于相关法规、案例与实践，通力律师事务所合规团队针对《广告法》合规的若干难点问题将连续刊出三篇分析文章，供法律同行参考指正。本期为第一篇《浅析违法广告的认定》。

从监管部门执法实际看，虚假广告和绝对化用语广告占据违法广告案件的绝大多数。除法律明确规定的四类虚假广告情形和三个绝对化用语外，类似广告的违法性认定尚没有统一标准，给企业的广告营销造成一定的困扰。本文结合相关法律规定、实际案例，对此类违法广告的认定进行论述，以期厘清法律条款背后的判断标准。

一、虚假广告

如您需要了解我们的出版物，
请与下列人员联系：

郭建良：(86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

浅析违法广告的认定

世界各地立法对虚假广告的认定莫衷一是。美国联邦贸易委员会认为虚假广告是指含有虚假陈述或隐藏相关信息，误导理性消费者致其受损的广告；我国台湾地区则认为宣传内容与实际情况不符即可认定为虚假广告。中国《广告法》虽未明确虚假广告的定义，但在第三条、第四条、第二十八条、第五十五条与第五十六条对虚假广告的表现形式、法律责任作了全面的规定。与1995年《广告法》相比较，现行《广告法》列举了虚假广告的典型形式，并在第四条中将“引人误解”广告与虚假广告作并列式的规定。

实践中，对于虚假广告的判断标准主要包括两个方面：

1、内容是否真实、有效

宣传内容真实、有效是广告合法的前提和基础。何谓真实、有效，现行《广告法》未予直接规定，而是在第二十八条中列举了虚假广告的具体表现形式，包括“商品或者服务不存在的；商品的性能等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的；使用虚假信息作证明材料的；虚构使用商品或者接受服务的效果的；及其他情形”。

根据相关法规、案例，笔者认为，“真实”指广告内容应当与事实相符；“有效”指广告推销的产品或者服务使用效果可以达到广告中呈现的效果。实践中，虚假广告通常表现为宣传内容缺乏事实依据，或对产品品质作片面夸大宣传。例如，某饮品广告中，宣称水源来自地下千米，但执法部门核查后发现水源深度仅为数百米。尽管同在地下，但不同深度地下水所含微量元素不同，广告内容对消费者的选购行为产生实质性影响，执法部门因此认定该广告构成虚假广告。此外，实验数据的不当使用、过分的技术性修剪失真也可能构成虚假广告。

需要说明的是，“真实”、“有效”标准并不禁止广告以超出常理的方式进行艺术夸张。例如，化妆品广告中使用“今年 20, 明年 18”的宣传用语，意在突出产品本身的美容效果。虽然该广告用语违背了时间单向性的常理，但消费者很容易理解到这是一种艺术夸张，不会产生“返老还童”的荒谬印象。广告内容属于艺术夸张还是夸大宣传，判断的依据在于理性消费者的观后感受，这也是执法部门在违法广告案件查处中将消费者调查结论作为证据的理论依据。

2、是否产生“引人误解”的宣传效果

现行《广告法》施行前，对于“引人误解”宣传的规定主要见于1995年《广告法》和1993年《反不正当竞争法》，但上述两法只是将“引人误解”作为虚假宣传或虚假广告的构成要件之一，由此导致理论上和实际执法中对“引人误解”宣传本身是否违法存在较大争议。2007年1月，最高人民法院公布《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》，其中第八条第一款第（三）

浅析违法广告的认定

项规定“以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的”为虚假宣传。尽管该司法解释明确规定了“引人误解”宣传属于虚假宣传，但是该解释效力仅限于民事领域，工商部门在办理行政处罚案件中无法直接引用。

为消除查处“引人误解”宣传无法可依的尴尬境地，现行《广告法》第四条第一款规定“引人误解”或者内容“虚假”均可构成虚假广告。实践中，“引人误解”广告有两种典型的表现形式。

(1) 混淆概念

例如，有广告将与人体健康无必然关联的指标项作为宣传噱头，借助人体的联想进行宣传，误导消费者。《广告法》修订前，某品牌饮用水广告以产品检测呈现“弱碱性”为切入点，将“碱性水”和人体健康联系在一起。当时《广告法》对于误导宣传的法律定性尚不明确，执法部门最终以“贬低其他商品或服务的行为”的不正当竞争行为定性处罚。该案若适用现行《广告法》，执法部门可以将该广告定性为“引人误解”的虚假广告，并按照广告费用的数倍标准作出更为严厉的处罚决定。

(2) 以元素的功效替代产品功效

保健食品广告中，突出宣传产品元素功效的现象较为普遍。如果产品本身不能达到相同功效，企业应当避免将产品构成中的元素功效等同于产品功效进行宣传，或者诱使消费者产生类似印象。

二、绝对化用语广告

现行《广告法》第九条第（三）项规定“国家级”、“最高级”、“最佳”等绝对化用语属于禁止使用的广告用语，2016年“杭州天价炒栗案”即依据本条款定性处罚。绝对化用语规定并非现行《广告法》新创，1995年《广告法》第七条第二款第（三）项规定内容与上述条款规定一致，而已经失效的国家工商总局答复中也将“第一品牌”、“极品”、“顶级”等用语列入绝对化用语范围^[1]。对于撤销上述答复的原因，有两种观点：观点一认为答复失效后，“法无禁令即可为”，“第一品牌”等用语不再属于绝对化用语，可以在广告中使用。观点二认为绝对化用语多种多样，难以列举穷尽，还需要结合具体语境、案情进行判断。国家工商总局的答复属于个案答复，没有普遍的指导意义，反而容易让人产生只有法律明确规定的三个用词与答复明确规定的三个用词属于绝对化用语的误解，故予以撤销。从理论和实际执法看，观点二是正确的。

国家工商总局广告司在对现行《广告法》的法律解读中提出，判断是否构成绝对化用语时，“要注意依据广告内容、具体语境综合判定是否属于禁止使用的绝对化用语，准确把握执法尺度”^[2]。

浅析违法广告的认定

广告推广中，企业可以参考两条标准，判断广告是否构成绝对化用语广告：

(1) 是否对所推销产品或者服务进行语义上的绝对化宣传。

竞争市场中，经营者均会不断改进自身产品或服务的品质，以换取更多的交易机会，相互之间的竞争关系处于动态平衡中。由此，任何一家企业都不能保持绝对的竞争优势，因而也不宜在广告中对其产品或者服务进行语义上的绝对化宣传。

(2) 宣传用语是否对竞争者产生贬低、排挤效果。绝对化用语广告的危害后果包含两个方面，一是使经营者获取不正当的竞争优势，误导消费者；二是侵害其他经营者的公平竞争权益。除了绝对化用语本身的语义之外，危害后果也是判断绝对化用语广告是否违法的法律标准。

基于以上分析，并非所有情形下使用绝对化用语均构成违法广告。企业在以下情形中或许可以使用绝对化用语：一是表述主观愿望类用语，包括商业理念类用语，如“争创世界一流品牌”、“给您最舒适的消费体验”等；二是表述行业公认标准的用语，例如，按照骨瓷的分级体系，“一级骨瓷”属于骨瓷定级标准，使用该用语并不会侵害其他经营者的竞争利益；三是表述自我分级用语，例如科技企业研发的最新型号；四是表述时空顺序用语，例如“首款、首发”等用语，但该用语宣传内容应当与事实相符；五是表述客观数据的用语，如经过权威机构调查的市场占有率排名第一等。

结语

2015年《广告法》修订施行以来的行政执法情况表明，受到“惩罚性”赔偿机制激励的“职业打假人”群体不断增长，投诉、举报集中于互联网等新兴广告媒介，倒逼执法部门持续加大执法力度。这一背景下，违法广告案件数量和罚款数额均快速增长，广告监管呈现执法部门主动执法和社会力量督促执法相互交融的状态。我们建议，经营者发布广告、从事广告经营活动过程中，应当及时构建广告合规审查制度，杜绝虚假广告或在广告中不当使用绝对化用语，以避免不必要的经济损失和社会信用损失。

【注释】

[1] 根据《国家工商总局关于公布政策性文件清理结果的公告》(工商办字〔2016〕98号)规定，撤销关于“第一品牌”、“极品”、“定级”属于绝对化用语的答复。

[2] 《中华人民共和国广告法释义》，国家工商总局广告监督管理司编著，中国法制出版社，2016年3月。

浅析违法广告的认定

如需进一步信息，请联系：

作者	
潘永建 电话：(86 21) 3135 8701 david.pan@linkslaw.com	
上海	
俞卫锋 电话：(86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	刘赞春 电话：(86 21) 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com
余 铭 电话：(86 21) 3135 8770 sena.she@linkslaw.com	姜斐弘 电话：(86 21) 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com
钱大立 电话：(86 21) 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com	孔焕志 电话：(86 21) 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com
吴 炜 电话：(86 21) 6043 3711 david.wu@linkslaw.com	潘永建 电话：(86 21) 3135 8701 david.pan@linkslaw.com
姜 琳 电话：(86 21) 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话：(86 10) 8519 2266 david.yu@linkslaw.com	刘赞春 电话：(86 10) 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com
杨玉华 电话：(86 10) 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com	
香港（与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营）	
俞卫锋 电话：(86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	吕 红 电话：(86 21) 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com