



公司及并购法律评述  
2019年11月

**上海**  
上海市银城中路68号  
时代金融中心16楼和19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**  
香港中环皇后大道中5号  
衡怡大厦27楼  
电话: +852 2592 1978  
传真: +852 2868 0883

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

[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)

**SHANGHAI**  
16F/19F, ONE LUJIAZUI  
68 Yin Cheng Road Middle  
Shanghai 200120 P.R.China  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

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

**HONG KONG**  
27F, Henley Building  
5 Queen's Road Central  
Central, Hong Kong  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

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

[master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

作者: 潘永建 | 王雪莹 | 沙莎

近日,某国外知名新闻网站上出现一则广告,宣传一款法律检索产品“A”,广告中突出显示了一段文字:“It's cheaper than B, but that's not why I use it. I use A because it's better than B.(A比B更便宜,但我选择A的原因是它是它比B更好用。)”显然,这是一则比较广告。

B是某大型信息提供商开发的优质法律信息平台,其在中国推出的产品“B CHINA 中国法律信息在线数据库”也拥有庞大的客户群。A以B作为比较对象,利用比较广告“蹭流量”的目的“昭然若揭”。由于B的产品和服务在中国已享有一定市场份额和知名度,A的比较广告可能对B的经营和中国消费者产生一定影响。A的比较广告是否违反中国相关广告法规?如果A的广告违反中国法,我国相关监管机构是否有权进行管辖?本文以该案为例,对互联网比较广告相关法律问题进行探析。

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](mailto:Publication@llinkslaw.com)

**通力律师事务所**  
[www.llinkslaw.com](http://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。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

### 一. 比较广告的合规要点

我国现行法律对比较广告实行了“原则允许，例外禁止”的制度。例外禁止包括：(1)医疗、药品、医疗器械、保健食品广告不得含有与其他同类产品进行比较的内容；(2)兽药和农药不得与其他同类产品进行功效和安全性对比。“原则允许，例外禁止”制度具有合理性：一方面，正当的比较广告可以帮助消费者筛选信息，通过对多个类型相同或相似的产品进行细节比较，精炼而直观地突出某产品的优势，方便消费者在掌握充分信息的基础上做出最理性的决策，从而保障消费者知情权；另一方面，考虑到新品牌进入相对成熟的市场难度较大，为了保证市场的开放性，保持市场内自由竞争的活力，法律在一定限度内，容忍“新人”通过比较的方式“搭便车”进入市场。

虽然我国未明文禁止一般领域中的比较广告，但由于攀附他人品牌，利用他人长年累月积累的品牌效应，具有不正当竞争的倾向。因此，企业应谨慎使用比较广告。

#### 1. 产品应具有可比性

比较的产品应满足消费者的同一种或同一类需求。如果比较广告提及的产品分别服务于消费者的两种或多种需求，其间不存在相互替代关系，那么该则广告便没有信息筛选、帮助消费者理性决策的作用，也就没有比较的必要。

实践中，不满足这一要求的比较广告较少，因为不能提高自身产品竞争力的比较广告失去了比较的意义，从自身利益出发，广告主在设计比较广告时通常选择的比较对象都是同行业竞争对手的产品。

#### 2. 应以可证明的具体事实为依据，表述应当准确

这一规定最早体现在 1994 年原国家工商总局颁布的《广告审查标准》中，而后被各地法院总结成更具实操性的要求。在司法实践中，对比较广告内容的要求具体可以概括为：不得对产品作片面的比较，不建议在比较广告中使用概括笼统的表述，如“全面升级版”“完胜”等<sup>1</sup>。上述词汇容易被认定为属于主观范畴，缺乏客观标准或参数。即使比较对象所在的行业存在客观衡量标准，广告主的举证责任也很有可能畸重，难以证成。

当比较广告用语缺乏可验证性时，还易触发违反“禁止虚假广告条款”的法律风险。根据日常生活经验，相关公众基于一般注意力，在单独看到“全面升级版”“完胜”等词汇的情况下，会认为广告主所宣传的产品在各方面均胜于被比较对象。若广告主无法举出科学的数据证明这一点，比较广告可能会被认为涉嫌使用引人误解的内容误导消费者。《广告法》第二十八条规定，广

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。发布虚假广告的主体(广告主、广告经营者、广告发布者)须依法承担法律责任。

### 3. 不得造成比较对象的混淆

一般认为，比较广告不会侵犯商标权或构成擅用他人商品名称、企业名称实施不正当竞争行为。这是因为，大多数情况下，比较广告的目的不在于混淆自身产品和其他经营者产品的来源，而是为了区分。以商标为例，通说认为，比较广告对其他经营者商标的使用属于合理使用下的指示性使用，而非商标性使用。重庆市高级人民法院在 2009 年“上诉人广州市番禺华南摩托企业集团有限公司与被上诉人宗申产业集团有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷一案”<sup>2</sup>中作出相同的认定。

应当注意的是，如果广告主发布比较广告，主观恶意且使用他人的商标、名称不合理，已造成或可能造成产品混淆，该比较的目的并非为了区分，而是希望通过混淆进行不正当竞争。在此情形下，比较广告可能违反《反不正当竞争法》《商标法》等规定，广告主面临民事和行政责任。

### 4. 不得贬低其他经营者的商品，诋毁他人商业信誉或商品声誉

如上所述，比较广告的核心功能在于，通过比较，显示广告主所宣传的产品的竞争优势，以获得广告受众的认同。<sup>3</sup>比较广告通常具有“借助他人抬高自己”的目的效果，这是其最大的弊病，也是法律法规规制的重点。

关于广告法“禁止贬低条款”的适用问题，2014 年广州市中级人民法院在“广东润茂投资有限公司与广州市工商行政管理局番禺分局其他二审行政判决书”<sup>4</sup>中特别对“贬低”一词作出了解读，“贬低”是指故意降低对人或事物本应该获得的评价，这一点要求比较广告在评价他人产品时理应秉持客观公正立场，遵循诚实信用原则，恪守公认的商业道德。<sup>5</sup>

若比较广告用语模糊，违反上述第二项要求，涉嫌传播误导性信息误导消费者，还可能同时触发《反不正当竞争法》第十一条“禁止商业诋毁条款”，即经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。以“全面升级版”“完胜”为例，法院认为该词汇对竞争对手的商品声誉进行不适当贬低，进而不适当提高自身的商业信誉，损害了竞争对手的竞争利益，故属于商业诋毁行为。<sup>6</sup>

判断是否违反“禁止商业诋毁条款”同样应适用可比性、细节性、可验证性的标准，但其落脚点应在于是否对竞争对手的商业信誉、商品声誉造成了损害。<sup>7</sup>

### 5. 应当避免“直接比较”

是否允许“直接比较”，即比较时涉及具体的产品或服务，或采用其它直接比较方式，在我国理论和实践中争论较大，各地法院不同时期的判例对此亦意见不一。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

禁止直接比较的依据是 1994 年《广告审查标准》中的明确规定。但该条款从诞生之时起便争议不断，条文官方解读与条文文义有自相矛盾之嫌，且与世界各国通行的法律原则相悖。早在 2000 年“中国人寿保险公司上海市分公司、中国人民保险公司上海市分公司与中国太平洋保险公司上海分公司不正当竞争纠纷上诉案<sup>8</sup>”中，上海市第二中级人民法院便提出，“理论上，比较广告不得采用直接比较的方式。司法审判中，对采用直接比较方式的比较广告不能一概视为侵权广告，而是应当根据具体案件的具体事实，区分不同情况予以认定。”实践中，行政机关亦持谨慎态度。

基于上述分析，A 在新闻网站中的比较广告前半句是对产品价格的比较，两款产品的定价是公开可证的，尽管 A 进行了直接比较，但考虑到其在消费者权益方面的积极意义，不认为其对 B 的产品构成侵权；但在后半句中，A 通过消费者的口吻直接表达“A 比 B 更好”，对比的内容极具主观性且难以证明，很可能对 B 的声誉造成一定损害，因此可能涉嫌违反我国广告法。

## 二. 互联网广告管辖

《广告法》规定，在中华人民共和国境内的商业广告活动应当符合该法的规定，并由国家工商行政管理部门主管全国各地的广告监督工作。<sup>9</sup>对于传统广告而言，中国境内的广告活动比较容易判断，只要广告发布者在中国利用一定的媒介或形式推销商品或服务，即落入广告法的管辖范围，市场监督管理部门有权对其进行管理和监督。

与传统广告不同，互联网广告形式更具多样化，传播和辐射范围明显扩大。互联网广告突破了时空限制，在地域广度、时间跨度、传播力度方面都达到了前所未有的水平。身处“天涯海角”，网络广告发布者可以通过互联网这一媒介全球实时传播广告内容。由此产生的问题是，如果境外广告发布者利用境外网络服务器投放的广告违反了我国广告法相关规定，例如上述 A 的直接对比广告，并对我国消费者造成直接而显著的影响，市场监督管理部门是否能够根据我国广告法等相关规定对其进行管辖？

### 1. 管辖依据

原国家工商总局广告司早在 2009 年《关于积极配合有关专项行动，进一步加大对违法广告整治力度的通知》<sup>10</sup>中指出，对网络广告经营活动的监管要加强网站主办者的属地管辖，以网站许可、备案信息中载明的地址为主，辅以网站 IP 服务器所在地综合判断，由当地工商部门查处网站主办者利用互联网开展违法广告活动的行为。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

2016年,原国家工商总局出台《互联网广告管理暂行办法》(以下简称“《办法》”),<sup>11</sup>专门针对互联网广告活动进行规制。该《办法》规定,对互联网广告违法行为实施行政处罚,广告发布者、广告主、广告经营者所在地工商行政管理部门有管辖权。国家市场监督管理总局2018年12月发布《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》<sup>12</sup>也重申了监管部门对互联网广告活动的管辖范围。对互联网广告违法行为的管辖,具体可以概括为:

- (1) 广告发布者所在地工商行政管理部门有管辖权;
- (2) 广告经营者或广告主所在地市场监督管理部门先行发现违法线索或者收到投诉、举报的,有权进行管辖;广告发布者所在地工商行政管理部门管辖异地广告主、广告经营者有困难的,广告主、广告经营者所在地工商行政管理部门有权管辖;以及
- (3) 广告主所在地市场监督管理部门还有权管辖广告主自行发布违法互联网广告的行为

### 2. 管辖现状

我国法律法规目前对互联网广告活动的监管仍以广义的“违法行为发生地”为标准,将互联网广告管辖权限定在我国境内,并未触及境外互联网广告活动。对我国境内发布的互联网广告,主要由广告发布者所在地市场监督管理机关管辖,同时广告经营者所在地、广告主所在地机关予以配合。实践中,卫生行政部门、中医药管理部门等也可以对医疗广告进行审查和监督管理,但总体均未突破中国境内管辖范围。

实践中,市场监督管理部门目前也采取比较保守的态度。笔者团队曾咨询全国多地市场监督管理部门,得到答复基本是市场监督管理机关对境外广告无管辖权,只有当广告发布的IP地址建立在国内,或通过中国境内的公司发布广告,执法机关才有管辖权。

简言之,我国目前对网络广告的监管实践面临两个难题:第一,境外广告主在境外违法发布互联网广告,可以被境内互联网用户接收的情况下,即使广告主在中国设有分支机构,如果该分支机构并未在中国进行违法广告活动,相关机关仍难以对其进行处罚;第二,由于各国广告法规与执法方式各异,有些境内广告主为规避我国广告法中的某些禁止性规定,利用境外网络服务器或网站发布网络广告,规避国内主管部门监管。

### 3. 管辖的可能

全国人大法工委组织编写的《中华人民共和国广告法释义》对“中国境内”的广告活动作出解释,“广告活动涉及设计、制作、代理、发布等各个环节,只要某一环节发生在我国境内,其相应的广告活动即须受本法调整。”由此可见,如果国内广告主委托境外广告经营者通过境外服务器发布广告,广告的内容由广告主设计、指示完成,或广告主将广告制作完成后发送给境外广告发布者通过境外服务器发布,执法机关理论上即有权进行管辖。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

从反不正当竞争的角度分析，“相对于竞争法而言，广告法具有特别法的地位。《反不正当竞争法》的一般条款可以作为《广告法》中与竞争相关的总则性条款的解释。”<sup>13</sup>经营者实施的广告行为，本质上是一种竞争行为，目的是通过广告宣传推销自己的产品或服务。《反不正当竞争法》规制的不正当竞争行为，是经营者扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。如果经营者在国外互联网中刊登贬损其他经营者等违法行为，且该广告的受众为我国消费者，例如使用中文网页、商品或服务支持人民币结算等，对我国的市场竞争秩序造成破坏，对我国消费者的合法权益造成侵犯，则该境内经营者或者境外经营者的境内分支机构应当受到我国相关执法机关的监管。

从互联网的特征以及我国目前互联网相关立法来看，借助互联网的商业活动可以实现覆盖面广、传播速度快、针对性强、不受时空限制等目标。与此相适应，在监管过程中，执法机关应当适当地“延伸”行政管辖的范围。若干新近立法反映了这一趋势。例如，全国人大法工委在《中华人民共和国电子商务法(草案)》审议结果的报告<sup>14</sup>中指出，“我国境内的电商经营者从境外采购商品等跨境电子商务活动适用《电子商务法》，我国的消费者从境外购买商品等电子商务活动，按照我国涉外民事法律关系适用法的规定，也可以适用本法关于消费者保护的相关规定。”

《网络安全法》<sup>15</sup>亦规定，行政机关有权对境外从事攻击、侵入、干扰、破坏等危害中华人民共和国的关键信息基础设施活动的行为进行管辖。无论是从维护国家安全还是从保护消费者利益的角度出发，我国行政机关均应有对境外利用互联网进行的违法行为进行管辖。

综上，虽然目前我国的行政管辖实践中尚未出现对境外互联网违法广告作出行政处罚先例，但广告经营者应注意，行政机关仍可从多重维度出发，对“境外”互联网广告活动进行监管执法。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

如需进一步信息，请联系：

<b>作者</b>	
潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	
<b>上海</b>	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
<b>北京</b>	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
<b>香港(与方緯谷律师事务所联营)</b>	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
<b>伦敦</b>	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2019

**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。

## 浅析互联网比较广告合规与管辖

<sup>1</sup>北京知识产权法院：北京联盟影业投资有限公司与西安小马腾飞影视文化发展有限公司等不正当竞争纠纷一审民事判决书, (2015)京知民初字第 62 号。

杭州市中级人民法院：陈彬彬开化彬小沫网络科技有限公司、浙江诚洁士生物科技有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷二审民事判决书, (2018)浙 01 民终 7367 号。

<sup>2</sup>(2009)渝高法民终字第 43 号

<sup>3</sup>李国海, 刘芷辰：论《广告法》与《反不正当竞争法》涉比较广告条款之衔接, 载《长沙大学学报》2017 年 5 月第 31 卷第 3 期, 第 88 页。

<sup>4</sup> (2014)穗中法行终字第 1669 号。

<sup>5</sup>杭州铁路运输法院“广州市驴迹科技有限责任公司与杭州麦扑文化创意有限公司、北京爱奇艺科技有限公司不正当竞争纠纷一审民事判决书(2018)浙 8601 民初 928 号”。

<sup>6</sup>北京市高级人民法院在 2019 年“北京小马奔腾壹影视文化发展有限公司等与北京联盟影业投资有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书(2019)京民终 229 号”对“完胜”表述是否构成商业诋毁行为的问题作出了与 2015 年北京知识产权法院相反的判决。本文对此问题保留看法, 但使用模糊用语存在触发“禁止商业诋毁条款”的法律风险无疑。

<sup>7</sup>北京知识产权法院：北京联盟影业投资有限公司与西安小马腾飞影视文化发展有限公司等不正当竞争纠纷一审民事判决书, (2015)京知民初字第 62 号。

<sup>8</sup> (2000)沪二中知终字第 2 号。

<sup>9</sup> 《中华人民共和国广告法》(中华人民共和国主席令第 16 号)第 2 条。

<sup>10</sup> 《关于积极配合有关专项行动, 进一步加大对违法广告整治力度的通知》(工商广字[2009]177 号)第 2 条。

<sup>11</sup> 《互联网广告管理暂行办法》(国家工商行政管理总局令第 87 号)第 18 条。

<sup>12</sup> 《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》(国家市场监督管理总局令第 2 号)第 10 条。

<sup>13</sup> 同脚注 4, 第 89 页。

<sup>14</sup> 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉审议结果的报告》第 2 条。

<sup>15</sup> 《中华人民共和国网络安全法》(中华人民共和国主席令第 53 号)第 75 条。