

商业广告合规风险知多少

2022-03-10

随着新媒体的快速发展，各类信息的交互和在公共之间的传达更为迅速和便捷，广告已基本成为所有经营者介绍、推广自身及其所供产品或服务的基本方式。然而，经营者不适当的广告推广行为和广告内容也会带来行政处罚等诸多风险。因此，广告合规是经营者应关注的问题。

一、商业广告的界定

所谓商业广告，是经营者为推销自身商品或提供服务，通过各类互联网（包括移动互联网，下同）网站、电子邮箱，以及自媒体、论坛、即时通讯工具、软件等互联网媒介资源，以文字、图片、音频、视频及其他形式发布各种商业性展示、链接、邮件、付费搜索结果，向消费者或用户传播商品或服务信息，经营者自身或委托其他主体以简洁的画面、多样的形式和丰富的内容，通过视觉、感觉映象以及诱导吊起目标受众的胃口，让受众感受到所推广某类商品或服务自我所需，往往会勾起消费者的现实购买欲望。

商业广告不同于商业信息。在电商情境中，广告行为与销售过程几乎在同一空间及时段完成，产品介绍、商品详细说明、消费者评价经常出现在同一个页面，在一定程度上都起到推荐商品，吸引购买欲望的目的。但针对商业广告，判断标准包括三个方面：一是为了推销商品或服务；二是主体为商品经营者或服务提供者；三是通过一定的媒介或形式采用直接或间接的方式。商业广告基于媒介形式通常分为户外广告、电视广告、杂志、报纸等纸媒体广告、互联网广告等。

需要提示的是，根据法律规定，以下几类不得作为广告进行宣传：

- 1.法律、行政法规规定禁止生产、销售的产品或者提供的服务不得做广告，如赌博用品、国家重点保护野生动物、不合格食品、不符合保障人体健康和人身、财产安全的标准和要求的工业产品、国家明令淘汰的产品等；
- 2.特殊药品如医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，也不得作广告；
- 3.烟草、电子烟一般不能做广告。

二、商业广告中的责任主体

根据《中华人民共和国广告法》（简称《广告法》）相关规定，从事符合商业广告特征的广告活动，均应纳入《广告法》及有关法律法规的监管范围之内。在商业广告制作、产生、发布等整个过程中的参与主体，依据法律规定有关的主要责任主体区分并规范如下：

1.广告主

广告主是指通过互联网为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。广告主应当对广告内容的真实性负责，并应当具有或者提供与其身份资格、商品或者服务、广告内容相关的真实、合法、有效的证明文件。

2.广告经营者

广告经营者是指为广告主提供互联网广告设计、制作、代理服务的自然、法人或者其他组织。

3.广告发布者

广告发布者是指为广告主或者广告主委托的互联网广告经营者，在自有或者他人所有的媒介资源发布广告的自然、法人或者其他组织。

4. 广告代言人

广告代言人是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。

三、常见的违法广告类型

（一）内容与商品或服务的信息不相符的虚假广告

虚假宣传是指在商业活动中，经营者利用广告或者其他方法对商品或者服务做出与实际内容不相符的虚假信息，导致客户或消费者误解的行为，这种行为违反诚实信用原则及公认的商业原则，同时也是一种法律禁止的行为。

《广告法》在第二十八条规定广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。同时，列举了最常见的通过广告进行虚假宣传的情形，常见虚假宣传主要包含以下几种：

1. 内容虚假，包含（1）虚构商品或服务(含赠品和增值服务)；（2）虚构商品或服务功能、提供者、形式、价格等细节信息的；（3）使用虚构的案例以及产品效果；（4）使用虚假或无法验证的科研成果、统计数据等证明资料的；（5）虚构资质、荣誉、标准，包含获得情况，对荣誉、资质适用的商品/服务范围做扩大化宣传，资质、荣誉、标准超过有效期后继续使用且未标明有效期，广告宣传中的荣誉、资质表述不准确、不完整；不同关联主体之间荣誉、资质混用等的。

比如，上海半匠美容有限公司在秀纹工作间的操作台上放有新客户体验卡宣传单，单子上有“诚邀上海华山医院皮肤科主任坐诊；擅长皮肤各种问题”等字样。执法人员并未在上海市卫生健康委员会官网上查询到宣传单上坐诊的复旦大学附属华山医院华山医院皮肤科主任的名字，经查复旦大学附属华山医院皮肤科调查也并无该主任医师。同时，该公司也承认宣传单上“诚邀上海华山医院皮肤科主任坐诊；擅长：皮肤各种问题”等字样是为吸引顾客虚构出来的，并未联系过任何的医生坐诊，该则广告被执法机关处以罚款22800元。

2. 夸大失实或片面的表述和宣传，通常表现为夸大或片面模糊表述产品功能，谎称最低价或优惠价等，不当乱用最高级、国家级、唯一性等极限性字眼或词汇。

3. 不当对比广告明示贬低，通常是在宣传中将自己的商品与他人商品进行对比，贬低其他经营者的商品或服务的。

虚假广告是最为常见，也是执法机关处罚较多的一类违规广告类型，其通过不当不实的表述误导、欺骗消费者，损害消费者权益，该类商业宣传行为在很大程度上消耗消费者的信任，无法达到应有的效果，相关责任主体也会依据法律规定承担行政、民事和刑事责任。

（二）招商、理财广告无风险提示

根据《广告法》第二十五条规定，招商等有投资回报预期的商品或者服务广告，应当对可能存在的风险以及风险责任承担合理提示或者警示，并不得含有对未来效果、收益或者与其相关的情况作出保证性承诺，明示或者暗示保本、无风险或者保收益等，国家另有规定的除外。

（三）保健食品宣称能预防、治疗疾病

规定《广告法》第十八条规定，保健食品广告不得含有表示功效、安全性的断言或者保证，以及涉及疾病预防、治疗功能等内容。且保健食品广告应当显著标明“本品不能代替药物”。

需提示的是，保健食品是指声称具有特定保健功能或者以补充维生素、矿物质为目的的食品。保健食品不属于药品，其功能在于调节人体机体功能，不具有疾病预防治疗功能。保健食品适宜于特定人群服用，并非适用于所有人，更不是健康所必需的食品。

（四）食品等非涉医产品能治疗疾病

根据《广告法》第十七条规定，除医疗、药品、医疗器械广告外，禁止其他任何广告涉及疾病治疗功能，并不得使用医疗用语或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语。

除医疗、药品、医疗器械广告外，食品、保健用品、消毒产品、化妆品、美容美体服务等其他任何广告如果涉及疾病治疗功能，都是违法广告。经营者在普通食品的宣传中，应当注意不要打“擦边球”，避免出现医疗功效的虚假宣传。

（五）教育、培训广告含有对教育、培训的效果作出明示或暗示的保证性承诺

根据《广告法》第二十四条规定，教育、培训广告不得含有对升学、通过考试、获得学位学历或者合格证书，或者对教育、培训的效果作出明示或者暗示的保证性承诺的内容。

在上海市市场监督管理局新公告的一批违法处罚案例中，上海文峰职业技能培训学校通过网络平台发布了“文峰美容美发”招生培训广告，宣传“高薪就业保障”“零基础入学，包学会，包就业”“包全国就业上岗”等内容。该行为已构成发布对教育、培训的效果作出明示或者暗示的保证性承诺的培训广告，市场监管部门依法责令当事人在相应范围内消除影响，并处罚款328089.51元。

（六）房地产广告含有保证性承诺

根据《广告法》第二十六条规定，房地产广告，房源信息应当真实，面积应当标明为建筑面积或者套内建筑面积，并不得含有升值或者投资回报的承诺。

除了上述常见的违法广告类型外，根据法律规定，使用或者变相使用中华人民共和国的国旗、国歌、国徽，军旗、军歌、军徽；使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员的名义或者形象；损害国家的尊严或者利益，泄露国家秘密；妨碍社会安定，损害社会公共利益；妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚；含有迷信、恐怖、暴力等的内容；含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；妨碍环境、自然资源或者文化遗产保护等的广告也属于违法广告。

四、不合规广告的法律责任

经营者实施了虚假宣传等不当的广告推广行为，根据法律规定需要承担行政责任、民事责任和刑事责任。对于相关不当广告推广行为的法律责任体现在《广告法》《中华人民共和国反不正当竞争法》及《中华人民共和国消费者权益保护法》（简称《消费者权益保障法》）等相关规定中。相关机关依照法律规定对违法广告行为实施行政、刑事处罚外，针对消费者和其他主体相关权益的损害，还可以追究相关民事责任。

1. 产品责任

根据《广告法》《中华人民共和国侵权责任法》及《消费者权益保护法》等规定，相关主体发布虚假广告，欺骗、误导消费者，使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的，通常由广告主依法承担民事责任。若广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者可以要求广告经营者、广告发布者先行赔偿。

此外，涉及关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任；其他商品或者服务的互联网虚假广告，造成消费者损害的，广告经营者、广告发布者、广告代言人，明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。

2. 侵权责任

对于广告内容侵害其他主体著作权或肖像权的，如能确定著作权主体的，由享有著作权方承担；对于不能确定著作权主体的，权利人可以向侵权广告的实际使用方包括广告主、广告发布者和经营者的任一方主张侵权责任或要求其承担连带责任。

随着广告审查执法力度的加大、审查标准的深入，广告发布的行政处罚类案件纠纷也呈逐年递增趋势。伴随着立法的日趋完善，针对广告的审查也必然会进一步严格。因此，经营者对相关商业广告的合规性审查也应当紧跟立法和执法态势，在严格遵守法律法规的基础上进行制作，在达到最优的宣传效果的同时规避经营者自身的法律风险。

来源：

作者：魏婕 王怡丹

相关标签

信用管理

