

“战疫”广告怎么拍—疫情期间“蹭热点”广告合规问题探讨

2020年春节期间，新型冠状病毒肺炎疫情（下称“**疫情**”）迅速发展，不断更新确诊病例等信息充分保障了信息公开透明、促进社会成员自觉参与防疫，但同时也难免引发社会大众对新病毒的恐慌。针对这一心理，一时间，以“战役”之名，各种广告宣传扑面而来，由此产生了“爆发式”的广告违法现象。

本文将由疫情期间引人关注的广告违法情形引申，结合我们的实践经验，对广告相关法规语境下的法律风险展开讨论。

一、虚假广告宣传的多重法律风险

疫情期间，宣称能够预防或治疗新冠病毒肺炎的商品层出不穷，诸多内容未经验证、甚至本身即为不真实的表述，成为了市场监管部门最为关注的对象。该等宣传是否可能被认定为《中华人民共和国广告法》（下称“**《广告法》**”）下的“**虚假广告**”？即便不被认定为虚假广告，又是否有其他法律风险呢？

1、《广告法》下的重重限制

(1) 重点打击对象：虚假广告的发布

根据《广告法》第28条，“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。”据此，“**虚假广告**”的认定主要考察以下两个方面：

第一，广告内容是否虚假（即所宣称的信息不真实、不存在）或引人误解（即虽真实但却引人误以为是其他不真实含义）；以及第二，广告是否会欺骗、误导消费者。此处并不要求该广告已客观上造成欺骗、误导消费者的事实，只要以“一般消费者的普通注意力”分析，存在欺骗、误导消费者可能的¹，即满足前述构成虚假广告的规定。

执法实践中，主管部门可在接到投诉、举报后或依职权主动对商家发布的广告真实性进行调查，并有权要求当事人限期提供证明文件（参见《广告法》第49条）。《广告法》下，当事人对真实性负有举证义务²，如无法提供受认可的证明文件的，相关广告很可能被认定为“**虚假广告**”。

疫情期间，广告处罚案例大多集中于虚假广告。宣称“**凭帽檐隔离病毒的帽子**”³、“**防飞沫病毒的护目镜**”⁴、自称“**有99%超强防护力的口罩**”⁵等诸多宣称有防疫或治疗功能的产品，均因无法提供真实的证明材料而被认定为虚假广告，遭到立案调查或行政处罚。

¹ 国家工商总局广告监督管理司编著：《中华人民共和国广告法释义》，中国法制出版社，2016年3月出版，第93页

² 国家工商总局广告监督管理司编著：《中华人民共和国广告法释义》，中国法制出版社，2016年3月出版，第18页

³ http://www.samr.gov.cn/zt/jjyq/bgt/202003/t20200306_312563.html

⁴ <https://xw.qq.com/cmsid/20200220A0GQ4B00?f=newdc>

⁵ 杭拱市监稽罚处字〔2020〕7号《行政处罚决定书》

(2) 与“虚假广告”并存的法律风险

我们注意到，疫情期间，对于真实性可能存疑的广告宣传，也有部分地区执法部门并未以认定虚假广告的途径进行规制；而是避开“真实性”问题，依据其他条款进行处罚：

a) 如《广告法》第 17 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。”广告宣称普通商品拥有预防、治疗新冠肺炎功能的，无论是否考虑真实性，均很有可能被认定违反第 17 条的规定。如义乌市市场监督管理局就根据上述第 17 条，对宣称“香袋可以预防冠状病毒”的企业进行了立案查处。⁶

b) 而对于医疗、药品、医疗器械、农药、兽药和保健食品广告等，根据《广告法》第 46 条，“应当在发布前由有关部门（以下称广告审查机关）对广告内容进行审查；未经审查，不得发布。”针对宣称具有防疫功能的药品，即便不考虑其真实性，即可直接根据上述规定进行处罚。如山东省威海市市场监督管理局认定，某医药公司宣称“治疗冠状病毒六神丸供货中”，**构成未经审查发布药品广告的行为**⁷。

针对上述情况，我们理解，疫情期间各类新闻、协会、研究机构对于某产品是否具有预防、抑制病

毒功效的讨论层出不穷，相关广告宣传是否真实、特殊时期内相关依据是否足够权威等问题对于执法部门的专业性确有较高要求。但即便实体问题判断存在难度、需要时间，也无法避免“普通商品不得宣称医疗功能”及“未经审查发布药品广告”的违法责任。因此，即便企业已提供相关证明材料对“真实性”问题进行解释，亦要留意上述法律风险。

值得注意的是，根据《广告法》第 55 条、第 58 条，虚假广告的罚款金额为广告费用三倍以上五倍以下，广告费用无法计算或者明显偏低的，处二十万元以上一百万元以下的罚款；但根据《广告法》第 17 条、第 46 条处罚的罚款金额为广告费用一倍以上三倍以下，广告费用无法计算或者明显偏低的，处十万元以上二十万元以下的罚款。我们理解，在行政调查中，如企业可守住“广告真实性”（或者至少对广告真实性进行有效的说明和举证），一方面可避免“虚假广告”对企业声誉的损害，同时在涉嫌多个违法事实的情况下也可能降低罚金对经营的影响。

2、虚假广告之外的防线：关于虚假宣传的认定

实践中，常见企业辩称其宣传形式不属于“广告”（如，仅为销售人员宣讲、公开演示等等），不应作为《广告法》下的“虚假广告”进行处罚。但这或许无法完全规避法律风险。

根据《广告法》第 2 条，“广告”指通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动。但根据《中华人民共和国

⁶ http://www.samr.gov.cn/zt/jjyq/bgt/202002/t20200212_311490.html

⁷ http://yp.gmw.cn/2020-03/06/content_33625538.htm

反不正当竞争法》(下称“《反法》”)第8条,“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。”(下称“**虚假宣传**”)

根据相关法律释义及实践经验,虚假宣传与《广告法》下“广告”的推广对象基本一致,即所有商品、服务及其有关信息,包括对企业形象、信誉、经营理念的宣传等。但是,广告要求“通过一定媒介和形式”,虚假宣传无此要求。因此,**在营业场所内对商品进行演示、说明,上门推销,召开宣传会、推介会等形式**⁸,一般被认为是商业广告之外的商业宣传。**该等商业宣传,以及实践中执法部门难以完全确定为“广告”的商业宣传,如涉及虚假情形的,往往根据《反法》第8条进行认定与处罚。**

如此次疫情中,一家药店在“店内张贴的宣传页”中宣称连花清瘟可抑制冠状病毒⁹、某牛奶企业在超市牛奶专售区摆设“全民饮奶抵抗病毒”等展板¹⁰,均被认定违反《反法》第8条。

值得注意的是,根据《反法》第20条,针对一般情节,虚假宣传的罚款为二十万元以上一百万元以下,并不考虑宣传成本和费用的要素;但在广告制作费用可计算且没有明显偏低的情况下,“虚假

广告”应处以广告制作费用三至五倍的罚款。在实践中,虚假广告和虚假宣传经常会出现竞合,但是处罚的金额计算方式存在显著不同,因此,如何根据实际情况认定处罚事由,值得企业关注。

二、药品与保健食品广告的特殊法律风险

疫情期间,各类药品、保健食品广告铺天盖地。与此相呼应的是,2020年3月1日,《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》(下称“**《暂行办法》**”)正式生效。根据《广告法》、《暂行办法》等规定,除与普通产品广告适用一般法律要求外,药品与保健食品广告面临更多的限制。

1、药品广告高发风险:未审查、超范围与踩禁区

实践中,药品广告常因未经审查即发布、超说明书范围进行宣传及出现法律明确禁止的内容,而引致法律风险:

(1) 审批要求:如前文所述,《广告法》第46条规定药品广告未经审查不得发布,《暂行办法》第2条亦对此明确规定,疫情期间该等情形亦不少见(参见批注7案例,下文不再赘述)。

值得注意的是,《广告法》第19条特别规定,广播电台、电视台、报刊音像出版单位、互联网信息服务提供者**不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告**。实践中,常见相关主体在电视健康讲座中给药品打广告,被认为未经审批发布药品广告,从而受到行政

⁸ 王瑞贺主编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,法律出版社,2018年1月出版,第25页

⁹ https://www.sohu.com/a/370780369_114988

¹⁰ http://www.samr.gov.cn/zt/jjyq/bgt/202003/t20200305_312514.html

处罚的情况¹¹。

此外，尤其需要注意的是，《暂行办法》第 20 条首次明确规定药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品广告，不得进行剪辑、拼接、修改。实践中，企业将已审批内容与未审批文案拼接为一张海报等“灵活”操作已被明令禁止。

(2) 内容范围：就内容而言，法律规定药品广告内容应以说明书为准，涉及药品名称、药品适应症或者功能主治、药理作用等内容的，不得超出说明书的范围（参见《广告法》第 16 条、《暂行办法》第 5 条），即，如企业宣称，经最新研究发现，某说明书载明功效为治疗普通感冒咳嗽的药品具有抗新型冠状病毒、治疗新型冠状病毒肺炎的作用，不论是否有权威依据支撑、是否得到学界普遍认可，一般均不被法律所允许。

(3) 其他禁止性规定：医药企业在制作广告提交审查前，及获得审批、即将发布时，均需注意避免落入法律明确规定的“禁区”（参见《广告法》第 16 条、《暂行办法》第 11 条），如对功效的断言、宣称治愈率、暗示安全无毒副作用、请医生和专家作证明（如，请微博中的医生大 V 发布广告）等。

2、保健食品广告：“特权”与“枷锁”

据我们了解，保健食品广告近期也特别引发监管机构的关注。根据新闻报道，此次新冠病毒肺炎的治愈与人体自身免疫系统关系紧密。针对这一“热点”，很多食品品牌在互联网各渠道进行了大面积广

告宣传，其广告语类似包括“增强免疫力”，并明确自身为合法注册的保健食品。同时，宣称具有“国家品质”、“超强活性”等，甚至邀请“网红”拍摄视频，介绍免疫力相关知识并推荐产品。此类保健食品广告多样性、丰富性再次引发了市场监管部门对于保健食品广告合规要求的关注。

根据《广告法》、《暂行办法》等法规，虽然区别于普通食品广告不得宣称保健功效的限制，保健食品广告易在一众“食字号”竞争产品中脱颖而出，但随之而来的亦是重重“枷锁”，主要体现在以下方面：

(1) 审批要求：需经前置审批程序。不得采取剪辑、拼接、修改等方式加入未审批内容（参见《广告法》第 46 条、《暂行办法》第 2 条、第 20 条），且不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布保健食品广告（参见《广告法》第 19 条）。

我们理解，如保健食品企业以微博、微信公众号等自媒体方式对保健食品进行推广的，其亦应确保推广内容经过前置审批；同时，如通过自媒体以发布健康知识的名义、附带提及产品的，亦不排除可能被认定属于广告发布。

(2) 内容范围：保健食品广告的内容应当以市场监督管理部门批准的注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书内容为准，涉及保健功能、产品功效成分或者标志性成分及含量、适宜人群或者食用量等内容的，不得超出上述文件的范围，且不得涉及疾病预防、治疗功能（参见《广告法》第 18 条、《暂行办法》第 7 条）。

¹¹ 穗越工商处字 [2019] 143 号《行政处罚决定书》

需特别提醒保健食品企业注意的是，判断广告是否涉及“疾病治疗、预防功能”，实践中并非易事。例如，某进口益生菌胶囊广告宣称产品可“修复肠道免疫，调节肠道菌群”、“扭转过敏体质，调节免疫平衡”等，被认定违反上述法律规定¹²。该产品的注册保健功能为“增强免疫力”，寥寥数字之差，便被认定由“保健功能”走向了“医疗功效”。

(3) 标注义务：应显著标明“保健食品不是药物，不能代替药物治疗疾病”，声明本品不能代替药物，并显著标明保健食品标志、适宜人群和不适宜人群（参见《暂行办法》第7条）。据此，作为广告发布的微博及相关视频、海报均应充分履行标注义务。

(4) 不得采用广告代言人进行推荐、证明（参见《广告法》第18条）。根据我们的经验，并非在广告中明确称呼或标注为“代言人”的主体才会被认定为代言人。如拥有一定知名度的人对产品进行

推广，执法部门有可能根据实际情况判断是否违反上述规定。

如某专家在电视节目中宣传保健食品的功效，执法部门认为该广告属于利用代言人作推荐、证明，从而根据《广告法》第18条作出处罚¹³。互联网语境下，我们亦发现具有知名度的人员发布其使用产品的微博，从而被认定为广告代言人的案例¹⁴。

(5) 其他禁止性规定（《广告法》第18条、《暂行办法》第11条）。

三、我们的展望

春分将至，万物复苏，疫情终将被战胜。正所谓“危”中有“机”，疫情爆发再次引发了对健康食品 and 高质量医疗服务的庞大市场需求，医疗和保健食品企业“蹭热点”、“博眼球”的市场宣传策略就商业意义而言无可厚非，但是，如何在市场宣传过程中做到合理合法，不触及监管红线，帮助企业在获取商业利益的同时避免不必要的法律风险，是我们长期关注的话题。

¹² 青市监案处字（2017）第290201711055号《行政处罚决定书》

¹³ 汴工商处字[2018]125号《行政处罚决定书》

¹⁴ 沪工商机案处字（2018）第200201810014号《行政处罚决定书》

祁 达 合伙人 电话：86 21 2208 6347 邮箱地址：qid@junhe.com
刘晨昕 电话：86 21 2283 8220 邮箱地址：liuchx@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息,敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

