

虚假广告的认定与处罚

□北京盈科(上海)律师事务所 周志华

消费者总是希望接触到的广告内容真实诚信、童叟无欺，以便据此作出正确的购买决定，对虚假广告无疑是深恶痛绝的。因此，《广告法》做出了相应的规定，明确了各方的具体责任。

真实是广告的生命线

《广告法》在第三条开宗明义地指出，广告应当真实、合法，以健康的表现形式表达广告内容。由此看出，广告的真实性较之于合法性、表现形式健康更为重要，是规范广告活动一切措施的前提和基础，也是保护消费者合法权益的核心要素。

毫不夸张地说，真实是广告的生命线，如果不能确保真实性，广告就失去了存在的意义，消费者权益保护也将无从谈起。

围绕广告的真实性义务，《广告法》在后续条文中做了进一步阐述，并强调广告主对广告内容的真实性承担主要的证明责任。

首先，功能性表述应当真实。第八条明确，广告中对商品的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者、有效期限、允诺等，或者对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等有表示的，应当准确、清楚、明白。

其次，引证性表述应当真实。第十一条规定，广告使用数据、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。引证内容有适用范围和有效期限的，应当明确表示。

此外，《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《食品安全法》等其他法律规定也做出了类似规定，相互印证。如《消费者权益保护法》第十二条明确，经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息，应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。

虚假广告的认定

《广告法》在最近一次修订时，对虚假广告的定义、认定以及法律责任做了进一步完善和细化。虚假广告之所以受到法律禁止和严厉制裁，原因在于其违反了广告的真实性义务，对消费者构成欺骗和误导，损害了消费者合法权益。

那么，何为虚假广告？《广告法》第四条规定，广告不得含有虚假的内容，不得欺骗和误导消费者。

如何理解这两个“不得”呢？二者是并列关系，还是递进关系？结合第二十八条的定义，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。由此可以看出，构成虚假广告需要同时满足以下两个要件：

一是广告内容虚假或者引人误解。广告内容虚假，是指广告内容不真实，与实际情况不符；广告内容引人误解，一般是指广告中使用含糊不清，或者有多重语义的表述，或者表述虽然真实，但是仅陈述了部分事实，让人引发错误联想等等。

二是广告内容欺骗、误导消费

者。这是一个实质性的要件，即从一般消费者的角度出发，根据其日常生活经验和正常认知水平是否会被欺骗和误导，据此对虚假广告进行判定。因此，“含有虚假内容的广告”“含有引人误解内容的广告”或者以明显夸张的方式等宣传商品和服务，虽含有虚假内容但不足以欺骗、误导的，不应认定为虚假广告。需要说明的是，虚假广告所传递的信息有误导、欺骗消费者的可能性即可，不要求必须有欺骗的事实发生。

同时，第二十八条对构成虚假广告的五种情形进行了列举。具体可分为三类：

一、虚构、伪造商品和服务或者使用效果，以及引证性资料的。由于上述情形涉及虚构和伪造，无中生有，当然造成对消费者的欺骗和误导，因而构成虚假广告。

二、商品和服务的功能性表述与实际情况不符，对购买行为有实质影响的。功能性表述与实际不符，存在程度的不同，并不必然导致欺骗、误导消费者。因此，在这种情形下，只有满足对购买行为有实质影响的条件，即消费者受到欺骗、误导时，方才构成虚假广告。

三、其他情形。由于列举无法穷尽，以及实践中还会出现新的虚假广告情形，为了列举的周延性以及为后续立法留下空间，设置了该兜底条款。

有些虚假广告具有很大的欺骗性和隐蔽性，危害极大，但发现和查处具有一定的难度。比如一些公司长期在招聘网站或者新闻媒体上挂出一些职位的招聘启事，许以高薪，让人觉得这家公司非常有实力，但没有实际招聘员工，或者虽然安排面试但以面试不合格不予聘任，这种做法实际上起到了宣传企业的作用，对于应聘者而言具有较大欺骗性。

再如，电视或者广播里的电话销售，我们无法判断不断打进电话“购买”商品的人是真正的消费者还是商家的工作人员，如是工作人员冒充消费者“购买”，则可能构成虚假广告。类似的情况还有很多，需要监管部门在实践中逐一加以甄别和认定，并适时发布指导意见。

行政责任和民事责任

针对虚假广告的法律責任，《广告法》第五十五条、第五十六条做了具体规定，主要包括行政责任和民事责任两种情形，并且不同的广告主体承担的法律責任也不相同。

一是行政責任。这里需要注意以下两点。首先，只要发布虚假广告，不需要产生实质性的危害后果，即应承担行政責任。

其次，广告主、广告经营者、发布者承担的责任不同。由于广告主对广告内容的真实性承担主要责任，因而对于广告主而言，无论其



资料图片

主观故意还是过失，均应承担行政法律責任。而对于广告经营者或者发布者而言，只有在明知或者应知广告虚假的（即主观故意或者重大过失）情况下，方才承担行政責任。

二是民事責任。这里需要注意以下几点：

首先，与行政責任不同，构成民事責任的前提有两个，即发布虚假广告，欺骗、误导消费者；消费者的合法权益受到损害。也就是说，消费者合法权益受到损害是广告方承担民事責任的必备要件。在此情形下，消费者需要对其合法权益受损的事实承担举证責任。

其次，规定了广告经营者、发布者的先行赔偿义务。即广告经营者、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。因此，广告经营者、发布者应当掌握广告主的有关信息，并在签订的相关合同中予以明确，必要时对外予以披露，可以免去先行赔偿的义务。

最后，在广告主承担责任的前提下，规定了广告经营者、发布者、广告代言人的连带责任，并区分不同的商品和服务有所不同。具体是，对于关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，不论主观故意还是过失，广告经营者、广告发布者、广告代言人均应与广告主承担连带责任；对于其他商品或者服务的虚假广告，广告经营者、广告发布者、广告代言人只有在明知或者应知广告虚假的（即主观故意或者重大过失），方才与广告主承担连带责任。之所以做出上述规定，主要是考虑到关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，其社会危害性更大，广告经营者、广告发布者、广告代言人理应承担更加谨慎，课以较高的注意义务和更严格的法律責任，是非常必要和合理的。

上文多次提到“明知”或者“应知”，实践中如何进行判断呢？显然，我们需要从广告经营者、发布者、广告代言人所掌握和接触到的有关资料，以正常人的理性和推断去进行判断。例如，广告主管部门对类似广告进行过处罚或者公示的；消费者或者消费者组织进行过投诉或者通告，且有足够证据支持

的；广告主明示或者对商品和服务的宣传不能提供相关证明材料、难以自圆其说的，等等。在这些情况下，我们有理由认为相关广告主体对虚假广告是“明知”或者“应知”的。

虚假与创意的辨析

众所周知，广告来源于生活，也必将高于生活，广告不应局限于对商品和服务的写实性描述，而是一种艺术升华和再现。好的广告往往包含绝妙的创意、精彩的文案以及优美的音乐和画面，一些经典的广告语拓展了人们的想象空间，具有强烈的感染效果，极大地增强了广告的宣传作用，令观者如沐春风。但是，广告文案中的一些表述，尤其是情感性表达，很容易与虚假广告产生交集。比如，“人类失去联想，世界将会怎样（联想电脑）”“青春永驻（某化妆品）”“头皮自由呼吸（某洗发水）”等等。对于这些广告创意和文案，我们应当如何来看待？

我们认为，对广告的理解要综合考虑行业惯例、广告整体意图、正常消费者的理解能力、广告使用语境等多种因素辩证地看待，而不应机械地断章取义、片面理解，甚至抠字眼。这些表述或许有一定程度的夸大，但是从一个具有日常生活经验的理性消费者来看，如果不会对其造成误导和欺骗，则不宜认定为虚假广告。广告宣传有其行业特点和规律，如果将普通的广告创意动辄划定为虚假广告，既误解了《广告法》的立法宗旨（促进广告业的健康发展），也会扼杀广告艺术的创作空间。

因此，建议广告主管部门和消费者对广告创意秉持宽容和适度容忍的态度，给广告创意留下空间，这样也会使得广告更加有趣，提升观赏性。当然，广告方也要把握创意的边界和表达的合情合理程度，以免落入虚假广告的窠臼。

虚假广告与虚假宣传

《反不正当竞争法》第九条规定，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。显

然，虚假宣传较之虚假广告是一个更宽泛的概念，除了广告之外，还有其他的宣传方法可以实现。由此，在执法实践中也带来一个问题，即对虚假广告的处罚，可同时适用《广告法》和《反不正当竞争法》，应当如何处理？事实上，在规制虚假广告的问题上，两部法律侧重点有所不同：

在立法目的上，前者是规范广告活动的专门法，着重于规范广告这一宣传载体；后者以禁止不正当竞争行为、维护市场竞争秩序为立法目的，从行为角度立法禁止虚假宣传。

在规制对象上，前者规范的主体为广告主、广告经营者、发布者和广告代言人等；后者规范的主体是虚假宣传商品的生产者、经销者或服务的提供者（当然，如果表现形式为广告，这些主体即为广告主）。

因此，具体到应当适用到哪一部法律，要根据违法行为的目的、性质、危害后果等予以综合判定。

结语

对于广告方而言，需要注意的是在法律风险和广告效果之间找到一个平衡点，法无明确禁止皆可为，在追求广告效果的同时，不能触碰虚假广告的底线。为此，需要注意以下几点：

一是自证其说。无论是广告中的功能性表述、引证性表述还是其他表述，都应该努力做到真实、准确、清楚、明白，并且有相关证据材料支持，自证其说。对于没有证据支撑的表述，即便是事实，也应当谨慎地少说或者不说。毫无疑问，这会增加很多的证明成本，需要企业注重收集、保存相关证据材料，但广告方负有对广告真实性的证明责任，理应对广告中的每一句话负责。

二是换位思考。广告的受众是广大消费者，是否误导、欺骗消费者应当从普通消费者的视角来看待。因此，广告方应当换位思考，投放前可以做市场调查，看是否存在误导、欺骗的可能性，发现问题及时纠正。

三是创意适度。根据广告行业的特点，广告创意可以天马行空，但落实到具体文案还是需要谨慎对待，避免被监管部门认定为虚假广告。二者的界限很难明确划定，需要根据个案具体甄别，企业有不明晰的，可以咨询律师或者聘请法律顾问，也可以事先向监管部门予以沟通。