是虚假广告，还是商业诋毁？对适用法律条文的思考

——一起素颜霜广告案引发的思考

2019年11月，张家港市市场监督管理局凤凰分局接到群众举报，反映某公司（以下简称"该公司"）官方网站发布的广告涉嫌虚假宣传。执法人员接举报后，随即前往该公司进行检查。经检查，发现该公司通过官方网站及淘宝店铺等途径宣传其销售的某款素颜霜，并与韩国某品牌素颜霜进行缺点变化、粘腻度、涂抹性等四项性能数据对比，比较结果明确显示相关性能数据指标均优于韩国某品牌的同类型素颜霜。然而现场检查时该公司却无法提供检测报告及产品性能比较数据的出处。因当事人发布的广告涉嫌违反《广告法》的有关规定，该分局局当日决定对其立案调查。

案件分歧

如何定性该公司的违法行为？执法人员存在三种不同意见。

第一种意见是该公司的上述行为符合《广告法》第二十八条第二款"广告有下列情形之一的，为虚假广告："第（三）项"使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的"的规定。

第二种意见是该公司的上述行为违反了《广告法》第十三条"广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务"的规定。

第三种意见是该公司违反了《反不正当竞争法》第十一条"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"的规定。

案件分析

首先，判断该公司通过官方网站及淘宝店铺等途径宣传其生产销售的某款素颜霜的行为是否构成发布商业广告的行为？

答案是肯定的。该公司的上述行为完全符合《广告法》以及《互联网广告管理暂行办法》对商业广告的定义："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"。

其次，该公司的上述行为是否符合"虚假广告"的定义？

《广告法》第四条第二款规定"广告主应当对广告内容的真实性负责。"因此，该公司如果最终无法证明其网站上所宣传的数据的真实性，那么就涉嫌违反《广告法》第二十八条的规定，构成发布虚假广告的行为。

再次，该公司的上述行为是否又同时违反《广告法》第十三条所列的"广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务"的行为？

原工商总局广告司编著的《广告法释义》（以下简称"《广告法释义》"）对"贬低"一词的解释是"使用借语、采取歪曲事实或采用不公正、不客观等不正当手段诋毁他人，使其他生产经营的商品或者服务受到不公正的评价。"并列举了三种常见的表现形式：一是伪造比较结果，或者选择不具有可比性的方面，宣传竞争对手的商品或者服务不如自己；二是设定不合理的比较条件，宣传不客观、不全面、对竞争对手不利的比较结果；三是未在广告中作比较，选择贬低竞争对手的商品或者服务，通过打击竞争对手，间接提升自己的竞争优势。

《广告法》第十三条是否禁止同类商品比较呢？显然，并非完全禁止。《广告法释义》表述"一般而言，在有科学的依据和证明，并且是相同的产品或可类比产品，在有可比较之处又具可比性的情况下，在广告中进行比较是允许的。但这种比较必须在一定限度内，只是陈述一种客观存在，而不含有贬低他人，以抬高自己的表现和倾向。"因此，该公司如果最终能提供相关数据出处且比较之处存在可比性，那么笔者认为该公司的上述行为就不违反《广告法》第十三条的规定。但是如果无法提供数据出处，就符合了《广告法释义》所指的"伪造比较结果"的情况，构成贬低他人的行为。

最后，该公司的上述行为是否也违反了《反不正当竞争法》第十一条所述"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"的行为？

《广告法释义》对《广告法》第十三条与《反不正当竞争法》第十一条之间的区别阐述的意见是"从各自的角度对贬低广告作了禁止。"笔者的观点原则上赞同《广告法释义》的解释，但考虑对应的罚则后，认为《反不正当竞争法》第十一条"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"较《广告法》第十三条"广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务"的区别，除了贬低途径的竞合关系以外，重点在于对竞争对手造成损害的轻重程度。损害程度较轻，社会影响较小，对竞争对手暂未造成实质影响的，则适用《广告法》第三十九条处罚；损害程度较重，社会影响较大，对竞争对手造成实际影响的，则适用《反不正当竞争法》第二十三条处罚。

综上所述，笔者认为若该公司最终无法证明其数据的出处，一方面虚构了自己的产品性能，另一方面又通过虚构比较产品的性能来证明自己的产品性能优异，并对韩国某品牌造成了贬低损害。因此，该公司同时违反《广告法》第二十八条以及《反不正当竞争法》第十一条的规定。由于为"同一违法行为"，因此根据《行政处罚法》第二十四条"对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚"的规定，择一从重处罚。

案件思考

要准确适用《广告法》相关法条。

在执法实践过程中，当事人发布的一则广告可能会同时违反多条法条，这种现象还是比较常见的。一则广告中涵盖的内容非常多，不同的内容可能会违反不同的法条，甚至一块内容就会违反多条法条。对于同一违法行为的不同定性，由于罚则不同，结果可能相差较大。

但笔者建议，应当全面考虑当事人的违法行为，逐一分析定性，准确适用《广告法》相关法条后，再考虑行政处罚的罚则。

要厘清《反不正当竞争法》与《广告法》之间关联。

在虚假宣传方面，从《反不正当竞争法》第二十条第二款"经营者违反本法第八条规定，属于发布虚假广告的，依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚"的规定来看，《反不正当竞争法》第八条中所述的"虚假或者引人误解的商业宣传"显然包括了虚假的商业广告。从而可以将商业宣传分为两类，即属于商业广告的商业宣传和不属于商业广告的商业宣传。

商业广告，具有广而告之的特征，公众很容易发现其广告属性，它是指商品经营者或服务提供者承担费用通过一定的媒介和形式直接或间接的介绍所推销的商品或提供的服务的广告。而不属于商业广告的商业宣传，则具有隐蔽性和间接性，在公众不易察觉的情况下，对其进行引导，从而达到商业宣传的目的。例如最常见的淘宝"刷单"，通过伪造成交、虚构销量、虚假好评等方式，提升店铺信誉和产品销量。

因此，当事人通过商业广告的方式贬低其他生产经营者的商品或者服务的行为，即同时违反《广告法》和《反不正当竞争法》的有关规定。而当通过新闻、宣传、评测等非商业广告的形式贬低其他生产经营者的商品或者服务，则仅违反《反不正当竞争法》的有关规定。

要正确适用同一违法行为"择一从重"处罚。

《行政处罚法》第二十四条规定，对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。也就是一个违法行为只要触犯两个以上行政管理相关的法律条文，并且依规定均可以作出罚款的行政处罚时，则只能给予一次罚款。这条法律规定也是依照行政处罚领域的一事不再罚原则，目的在于避免重复处罚。

那如何认定"同一违法行为"呢？笔者认为其应当具有三要素：（1）实施主体为同一违法行为人；（2）是一个特定时间、空间里独立完整的行为；（3）是指一个违法事实，而非违法事件。

因此在执法过程中，对于同一违法行为违反多条法律规定时，执法人员在处罚时可视作有从重情节，在将查明的所有违法行为逐一列明后，选择处罚幅度最重的处罚条款，然后再综合考虑违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度后，给予恰当的行政处罚。另外，除罚款之外的其他处罚方式，可以并存。

（王梓阳　倪益军　肖勤）

平凡工作岗位上的不平凡公交车司机

——记苏州公交933路驾驶员金晨

在苏州的大街上，有7000多名公交车司机为市民服务着，933路的金晨就是其中的一位。凭着吃苦耐劳的精神、凭着与人为善的品质、凭着自强不息的个性，金晨在平凡的公交车司机岗位上作出了不平凡的业绩，先后荣获了苏州市三一劳动奖章、苏州市技术能手、苏州市文明公交车司机、江苏省三一劳动奖章、江苏省交通技术能手和苏州市劳动模范等一系列称号。

公交司机之间流传着一句话"一年没事故是运气，两年没事故是偶然，三年没事故才是本事。"行车十余年，金晨却始终保持着零事故、零违章、零投诉的骄人纪录。他所在的933路线，从起点站东方大道到新庄，单程13.5公里，途经观前街、石路、南门三大商圈，停靠31个公交站点，穿行在繁华闹市之中，路况尤为复杂，线路乘客又以老年人和学生居多，行车安全更需要小心。

"很多时候，一条线路跑久了，大部分驾驶员都会产生麻痹心理，不经意的一个疏忽或者心态的不平稳，就会酿成事故。"因此，每次出车前，金晨都会在心中默默告诉自己：我是一名新驾驶员，这条线路是我第一次开。他说，如果行车安全有诀窍，那便是记住"将熟悉的路当陌生的路来开"这句简单的话。虽然把熟悉的路线当作"生面孔"，但公交安全行驶的小册子却在金晨的脑海里滚瓜烂熟。"公交车停站时，车门距离站台边缘距离须控制在30至50厘米之间，车头下[illegible]；环线以内路口限速20公里，环线以外，路口限速30公里；车辆起步时，后面得瞄，以观察后方非机动车道上的状况……"金晨认为，记熟并不是重点，只有将册子上的内容化作行动才是车轮上的安全。

除了这些开车的技巧，对待不同的乘客，金晨也有自己的小"诀窍"：老年人乘客，多是买菜、锻炼，坐小孩上下学，金晨总会等他们扶好站稳了再起步，行车时格外注意行驶平稳；看到行动不便的主动帮扶搀扶；学生乘客，乘车时间短集中，人多拥挤，吵吵闹闹，金晨就是在进站时慢之又慢，看到在车厢内追打打闹的，就提醒他们一句。就是这些看似细微的小举动，为金晨筑起了一道安全的围墙。

公交车厢，每天都会迎来送往成千上万的乘客，很多公交司机认为与乘客只是匆匆一面，无需有太多交集。但金晨却不这么想，"作为一名公交司机，我就要做到将心比心、换位思考。"这是他的待客之道。

今年，有位女乘客特意致电公司表扬金晨。当天，她推着童车，带着刚18个月的孩子，在吴中东路站台准备乘坐933路。门开时金晨看到她要上车，马上从驾驶室站起来一把将童车拉上了车，然后把车子停放到车厢中间，很多乘客都投去赞许的目光。当时车厢里已经没有空座了，但金晨的举动明显让周围的乘客感动，一位姑娘立刻站了起来，把座位让给了那位女乘客。一路上，金晨一直在关注着这位女乘客。到了新庄站，看她准备下车，金晨马上又从座位上下来，说："你先下去，我来帮你把车和小孩抬下来。"女乘客特意记住了金晨的工号，随后就打来了表扬电话。她说："我当时就感觉一股暖流涌上心头，我带车和小孩乘车已经好几个月了，还是第一次碰到如此热心、人性化的驾驶员。"

有些乘客只是匆匆一面就记住了金晨，还有不少乘客却与金晨成了朋友。一位家住沿香中学附近的七旬老奶奶，隔三差五就要去观前街、南门等地逛上一圈，锻炼一下，她基本上都是乘坐金晨开的那辆车。刚开始，金晨只会提醒老人家小心，车厢里的乘客会提醒乘客给老人家让坐，这举动却感动了老奶奶。现在，这位老奶奶乘坐金晨的车已经5年多，她从一名乘客变成了金晨的老朋友，每次坐车都要给他带上一个水果或糖果。金晨还有一位忘年交的老乘客，他几年前因中风半身瘫痪，需要定期前往医院做理疗，每次理疗都是坐933路。每次看他来乘车，金晨都会扶他上下车，并叮嘱他要注意安全，还给他留了自己的电话，这样他每次坐车都可以事先联系。就这样一坐就是四五年，两人成了忘年交的好朋友。正是金晨平时贴心的服务，933路上他的老熟人、老朋友越来越多。

面对乘客的赞美和肯定，金晨十分谦虚，他说："只有认真工作、不断上进，安安全全地开好每一辆车，服务好每一位乘客，才能回馈大家对我的厚爱。"金晨就是这样一个朴实温和、积极向上的公交司机，他就像一件小事事做着自己，感染着社会，在十余年间内行写着属于自己的精彩。

（朱佳蕊）