

## 合规无小事 —— “天价”广告行政处罚带来的启示

近日，一起关于“史上最大虚假广告罚单”的新闻引爆互联网和广告业：据官方媒体报道，涉案企业因产品外包装存在虚假广告情形，被某地行政机关处以3000余万元的罚款<sup>1</sup>。这篇新闻吸引了媒体、企业经营者和消费者的广泛关注，有人惊呼广告违法也能被处以如此大金额的处罚？

对于熟悉广告合规业务的业内人士而言，这一处罚虽然存在诸多值得探讨的法律问题，但对巨额处罚金额本身并不感到意外。事实上，早在2018年就已经发生了另一起处罚金额超过1000万元的广告处罚案例<sup>2</sup>。

那么，一个看上去小小的广告问题，为何会引发如此巨大金额的处罚？本案隐含的广告合规核心问题又有哪些？这需要从《广告法》的规定和实践说起。

### 一、对虚假广告的处罚标准

#### 1、《广告法》第55条的规定

以虚假广告为例，《广告法》第55条规定了明确的处罚标准：

- (1) 由市场监督管理部门责令停止发布广告，责令广告主在相应范围内消除影响，处**广告费用三倍**

**以上五倍以下的罚款**，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；

- (2) 两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的，处**广告费用五倍以上十倍以下的罚款**，广告费用无法计算或者明显偏低的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。

由此可见，若存在严重情节，在广告费用无法计算或者明显偏低的情形下，罚款金额最高不超过人民币200万元。而在存在确定的广告费用且不明显偏低的情形下，罚款金额将可达到广告费用的**十倍**。

亦即，当广告费用较高的情形下，一旦相关广告被认定为虚假广告，罚款金额可能会“水涨船高”，出现“天价”罚款也并不为奇。

#### 2、广告费用的构成

那么，广告费用如何计算呢？实践中，对广告主而言，广告费用一般会按其承担的广告设计、制作、代理、发布等费用的总和进行计算。这一标准早在1995年原国家工商行政管理总局（现已合并为国家市场监督管理总局，下同）发布的《关于在查处广告违法案件中如何确认广告费金额的通知》（现已失效）

<sup>1</sup> 参见《中国市场监管报》2019年6月21日的报道《“快乐助非遗，红包抢不停”的背后是什么？》

<sup>2</sup> 参见京工商海处字〔2018〕第2170号行政处罚决定书

中即已明确，并在执法实践中被广泛采用。

特别需要注意的是，实践中，广告主也可能和广告经营者及广告发布者签订“一揽子”广告服务框架合同，并约定一笔总价款。这种情况下，一旦启动违法广告调查，若无法明确单笔广告费的计算方式，则有可能导致认定、处罚金额的扩大。

## 二、广告的形式多种多样

### 1、广告不仅限于大众媒体广告

有的企业可能存在一个理解误区，认为只有在传统大众媒体（例如，电视、报纸、广播等）渠道上发布的才构成广告。但事实上，广告的形式多种多样，并不局限于前述传统媒体发布的内容。

一方面，通过网站、社交平台、互联网应用程序等互联网新兴媒介发布的宣传内容均可能属于广告，受到《广告法》、《互联网广告管理暂行办法》等专门法规的监管；另一方面，企业发布的宣传物料、礼品、活动手册、内部刊物、软文等，凡涉及推销品牌、商品、服务甚至企业本身宣传介绍的内容，也可能受到《广告法》的规制及行政部门的监管。

针对产品包装而言，除了应当规范产品标签等内容外，在 1996 年原国家工商行政管理总局发布的《关于在产品包装物上宣传、介绍产品是否属于广告问题的答复》（现已失效）中明确在包装物上直接或者间接宣传、介绍产品，属于广告的一种形式。2016 年，原国家工商行政管理总局发布的《关于商品包装含有违法广告内容销售者是否应当承担法律责任问题的答复意见》再次印证了商品的外包装内容亦可能构成商业广告，并需接受行政部门的依法监管。

由此可见，在企业日常经营中，除了传统媒体上发布的广告之外，产品外包装、互联网媒体广告等各种形式的广告合规问题均不容忽视。

### 2、自媒体广告的发展

另外，一些企业可能还存在一个误解，即只有付费的内容才构成广告。实际上，随着《广告法》在 2015 年 9 月的修改，广告的构成要件中已经取消了“支付费用”这一要求。

亦即，随着自媒体的发展，即便是企业自行发布的、不支付任何设计、制作、代理和发布费用的内容也可能构成广告，需要受到《广告法》等法律法规的规制。实践中，已经出现诸多针对企业微信公众号、朋友圈广告的处罚案例。

## 三、严格的监管措施和公示制度

### 1、针对广告违法行为的 24 小时监管平台

针对广告形式与数量的不断变化发展，为了加强监管，原国家工商行政管理总局自 2015 年起在全国范围内实现了对 4000 多家传统媒体广告的抽查与监管。2017 年 9 月 1 日，原国家工商行政管理总局又启用了全国互联网广告监测中心，实现了对全国 31 个省（自治区、直辖市）1004 家主要网站的日常监测<sup>3</sup>，并逐渐完成对重要网站、搜索引擎、电商平台、手机 APP 和微信公众号所载广告的全方位监管。

根据浙江省工商局（现已更名为浙江省市场监督管理局）的统计，截至 2018 年 2 月全国互联网广告监测中心即已采集发布广告信息 10.6 亿条次，发现违法广告 23 万条次<sup>4</sup>，展现出强大的监测能力，对企业广告合规提出了更高的要求。

### 2、强制性公示制度

根据《互联网广告管理暂行办法》、《工商行政管

<sup>3</sup> 相关数据来源于国家市场监督管理总局官方网站于 2018 年 1 月 16 日发布的《聚焦新<广告法>贯彻实施工作 切实加强广告行业法治建设》。

<sup>4</sup> 相关数据来源于中华人民共和国中央人民政府官方网站于 2018 年 2 月 9 日发布的《全国互联网广告监测中心震慑作用显现 违法率从监测前的 7.1%降至 1.98%》。

理行政处罚信息公示暂行规定》等相关法律法规的要求,广告行政处罚应当通过企业信用信息公示系统依法向社会公示。

2018年2月,《工商总局关于开展互联网广告专项整治工作的通知》再次强调,将推进互联网广告违法行为行政处罚信息100%公示。

因此,企业需要特别关注广告违法的行政处罚公示可能带来的商誉损失。

#### 四、关于执法管辖问题的思考

1、2004年10月,原国家工商行政管理总局发布了《关于加强广告执法办案协调工作的指导意见(试行)》(下称“**指导意见**”),其中规定工商行政管理机关对在本辖区发现的在包装物上含有违法广告内容的案件,在立案前应当报省级工商行政管理机关备案。该省级工商行政管理机关应当将包装物上含有违法广告的情况通知**广告主所在地**省级工商行政管理机关对广告主进行处理,并报工商总局备案。

2、上述指导意见对于包装物上存在违法广告的执法管辖作出了协调和规范,我们理解其主要目的是为了统一执法标准和尺度。当然,事实上对广告违法行为的执法管辖在不同地区可能仍存在一些不同的实践,这值得广告主体的关注,我们对此亦会做进一步观察。

#### 五、我们的建议

- 1、合规无小事,广告合规亦是如此。随着自媒体广告的快速发展,广告在形式和内容上正呈现个性化和多元化的特点。企业应当加强关注广告违法风险,加强前期合规要求(包括内部合规培训、广告前期审查等)。
- 2、在面对行政调查时,企业应以审慎的态度做到妥善沟通和处理。必要时,应及时引入外部律师协助,从专业角度向调查机关积极争取有利结果。

何凌云 合伙人 电话: 86 21 2208 6283 邮箱地址: hely@junhe.com

尹箫 律师 电话: 86 21 2208 6342 邮箱地址: yinx@junhe.com

沈程 律师 电话: 86 21 2208 6189 邮箱地址: shencheng@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”



