

论比较广告及其法律规制

● 于 杰

【摘 要】 当今，广告在人们生活中扮演着越来越重要的角色，而比较广告更备受广告主的青睐。广告主通过采用比较广告将自己的商品或服务与同行业竞争者的相关商品或服务进行直接或间接的比较，以凸显自己的商品或服务。目前国内外对于比较广告并没有形成统一的界定和适用标准，比较广告的频繁使用所引发的纠纷和争议屡见不鲜。对比较广告进行有效的法律规制，使其扬长避短，是维护市场竞争秩序的必然要求。

【关键词】 比较广告 立法 不足 完善

比较广告作为一种特殊的广告形式，在日益发展的商品经济中被称为“双刃剑”。一方面，比较广告采用对比的方式宣传商品或服务有利于消费者了解更多的商品或服务信息，同时有利于促进良性竞争、稳定市场经济秩序；另一方面，由于比较广告制作方式和内容的特殊性，广告主极易利用其进行夸大事实或隐瞒真相的商品或服务宣传，欺骗甚至误导消费者，损害竞争对手的合法权益，扰乱市场经济秩序。因此，比较广告在商品经济中的频繁使用，使得有效的比较广告法律规制对促进社会经济健康有序的发展具有重要意义。

一、比较广告的基本理论

(一) 概念

比较广告又称竞争性广告、挑战性广告、对比广告等。目前，国内外对于比较广告的概念没有统一的界定，但从不同的称谓方式可以看出其最基本的元

素是具有竞争性的比较。即广告主为了表明其商品或服务具有某些特征并且这些特征优于或相异于竞争者的商品或服务而通过比较广告披露具有比较内容的信息，达到具有竞争性的宣传目的。

在我国，现有的法律法规和规章没有对比较广告做出明确的界定。1993年国家工商局发布的《广告审查标准（试行）》中专门就比较广告的比较原则、比较内容和比较方式做了规定，但未对其含义做出明确的解释。学界对比较广告的定义众说纷纭，主流观点认为：比较广告是指广告主通过广告形式将自己的公司、产品或者服务与同业竞争者的公司、产品或者服务进行全面或某一方面比较的广告。

(二) 特征

公开性：通过电视、广播、报纸、杂志、网络等多种媒介，将自己与竞争对手比较的信息广泛公开，提高自身商品或服务的知名度以达到竞争性的目的。

作者简介：于杰，女，北华大学法学院讲师，东北师范大学在读博士；研究方向：法学。

竞争性：比较广告的目的不仅在于提高自己商品或服务的知名度和市场占有率，还要通过比较实现打压竞争对手，抢占其市场占有率的目的。

可比性：对同一竞争领域的竞争对手提供的商品或服务中的共性部分进行比较，比较主体具有相似性，比较内容是相同的或可类比的产品或服务。比较广告中的“比较”仅指同行业中不同主体间“横向比较”，而不包括同一主体新旧产品或服务的自我比较——纵向比较。

（三）表现形式

1. 直接或间接比较广告。前者指广告主在广告中具体指明被比较的对象。如黄山卷烟厂在香港某报上刊登广告，声称“黄山第一，中华第二”，就属于典型的直接比较广告。直接广告因为广告受众能够直接识别广告主所指定的竞争者，因而具有较强的针对性和说服力，可以达到非常明显的竞争效果。但也因为其直接的涉及竞争者，因而具有较强的攻击性和风险性，极易引发争议和纠纷。后者指广告主在其广告中与同行业中不特定的竞争对手所提供的商品或服务进行比较的广告。如“唯有达克，达克最佳”。间接比较广告因为通常回避了竞争者的名称、商品、只与某一类商品和服务进行笼统的或含蓄的比较，因而其手段和方式相对比较柔和。我国有关法律对直接比较广告作出了禁止性规定，但允许间接比较广告的存在。

2. 批评性或依附性比较广告。前者指广告主为了凸显自己的商品或服务在价格、品质等方面的优势，通过采用比较广告，暗示同行业中竞争对手的相关商品或服务在该方面存在不足或缺陷。后者指广告主通过将其自身的商品或服务与已经具有了良好信誉的目标商品或服务联系在一起，借助后者以达到提升自身知名度和市场份额的目的。如我国某白酒厂宣称自己的产品是“塞外茅台”。

3. 竞争者、商品或服务比较广告。竞争者比较广告是指广告主为促进商品或服务销售与竞争者本身进行比较的广告。将商品的质量、性能、价格等方面特征与竞争者商品的相应特征进行比较的广告是商

品的比较广告。而将服务质量、价格等特征与竞争者提供的服务的相应特征进行比较即是服务比较广告。

二、我国比较广告法律规制的缺陷

（一）缺乏全面、系统的界定

我国现有的涉及比较广告的法律法规及规章皆没有对比较广告的定义做出明确的规定，只有《广告审查标准（试行）》对比较广告的手段方式和适用范围以列举的方式做了禁止性规定，使得现实中对于什么样的方式是直接比较方式，什么样的商品和服务不能使用比较广告均存在争议，甚至出现同一主体在行政规章和解答中有两种截然不同的意见，使得人们在实践和审判适用时无所适从。

我国最早颁行的《广告管理条例》中第8条的规定，其实质是将比较广告界定为违法广告，直接否定了合法比较广告的存在。同时，《广告审查标准（试行）》把比较广告的内容局限于间接比较，从而又排除了直接比较广告的合法存在，即便如此，《广告法》中也未对比较广告作专章规定，仅有三条规定涉及比较广告，而且还都是原则性规定，不具有可操作性。

（二）监管存在缺失、约束性不强

我国对于比较广告的监管一方面依赖于政府监管部门，另一方面则依靠广告行业协会自治组织的监督。目前，我国对商业比较广告的监督机关是国家工商总局，没有设立独立的、专门负责处理比较广告纠纷的机构，从而间接性导致了对比较广告的监管力度不够，无法及时有效的解决由比较广告引起的纠纷。同时，由于缺乏相关的法律文件的明确规定，使得在实际操作过程中自由裁量权过大，出现同案不同判的情况。我国广告行业协会在发展过程中也暴露出许多问题，如自身制约不完善，部门设置不健全等。

（三）诉讼中举证责任不清晰、证据采纳无标准

涉及比较广告纠纷时，可能引起民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼，但是目前我国对由比较广告引发的诉讼过程中，各种诉讼参与主体的举证责任分担问题没有明确统一的规定。诉讼中对于原被告双方提供的

证据审查以及证据采纳标准也缺乏统一标准,此时增加了审判人员的自由裁量权,容易引发审判实践中随意判案,同案不同判的情况。

(四) 法律责任不明确

我国调整比较广告的法律规定并没有对比较广告可能导致的侵权行为所应承担的责任形式做出具体明确的规定,在审判实践中,对于责任的承担形式和种类往往使审判人员举棋不定,同时也在一定程度上扩大了其自由裁量权。

三、我国比较广告法律规制的完善

(一) 完善立法体系

清理现行广告法律法规,修改《广告法》,对比较广告作专章规定。以《广告法》为统帅,将比较广告的概念、适用范围等作系统的、单独成章的规定,以其作为调整比较广告的基本法律。对于比较广告的概念界定可以借鉴国外相关立法,将之定义为:指广告主通过广告将自己的商品或服务与同行业中竞争者的相关商品或服务进行直接或间接的比较,以凸显自己的商品或服务的广告。

对于比较广告的适用范围,我国目前的立法规定是采用排除法将其分散于不同级别的规范性文件中,不利于公众和法官适用法律。因此,有必要对比较广告的适用范围进行界定。在吸收规范性文件关于适用范围规定的基础上,采用排除法,将比较广告的适用范围规定在《广告法》中,只要法律未明文列举的禁止适用比较广告的商品,都允许采用比较广告的方式进行宣传。比较广告合法性标准的界定应建立在符合我国经济发展需要的基础之上,遵循真实合法、公平正义、诚实信用原则,对比较对象标准、方式标准、内容标准作出明确界定。在比较广告规定的范围方面,《广告法》应当确认直接比较广告,使用最高级形容词的比较广告合法存在,当此类比较广告的运用引发争议时,广告主有义务举证证明这种广告的合法性和真实性。

以相关法律、法规、规章为支撑,《广告法》作为调整所有商业广告的基本法律,其对于比较广告

法律、法规是原则性的、宏观的,在实践适用和法官运用时易出现争议,因此还需要相关的法律、法规、规章制度作为支撑,对比较广告的法律规制做出具体的、行进的、具有可操作性的规定。

在完善的立法系统下,规定比较广告中各参与人的权利与义务,广告主、广告经营者、广告发布者是比较广告中最重要的几类参与人。对于广告主,应明确其权利在法律允许的范围内,以法律允许的方式宣传自己的商品或服务。在享有权利的同时,广告主应履行如下义务:不做虚假、带有误导性的广告;在争议产生时,负有真实性证明义务。对于广告经营者,要求广告主提供真实合法的数据和调查结果,并提供相应证明,在无法提供或认为提供数据不实违法时有权拒绝为其制作是广告经营者的权利;不得建议广告主或自行制作违反法律规定的比较广告是其义务。对于广告发布者,其有权拒绝刊登、播放违法的比较广告,同时发布者对广告主所提供的比较广告负有形式审查义务。

(二) 完善监管制度

完善政府监管制度。在我国国务院所属的国家工商行政管理总局是商业广告的主管机关,没有设立独立的、专门负责处理比较广告等市场竞争行为的机构。要高效的执行比较广告,必须有高效的政府监管机构,如美国的联邦贸易委员会(FTC)、和联邦通讯委员会(FCC)、我国台湾地区的专门处理违法广告的公平交易委员会等等。因此,在政府内部建立由具有相关专业知识的专门机构,以更好的实现政府对于比较广告事务的监管。

完善广告行业协会自治监管。行业协会自治通常是由会员集体制定行业自律规范,形成自愿且非正式的相互之间的监督,或是在某种程度的政府监督和法律规范下进行的监督,行业协会自治较之于政府监管而言,具有更强的专业性、及时性、预防性等特点。目前,我国广告行业协会在发展过程中暴露出许多问题,如自身制约不完善,部门设置不健全等,因此,广告协会应当加强自身组织建设,以专职人员和专家

骨干为工作队伍，规范编制；同时注意切实发挥行业内部监督和自我约束的功能，建立行之有效的内部规范和违规处罚体系。

（三）完善司法制度

明确诉讼中各参与人的举证责任、完善证据采纳标准。在我国程序法中，以“谁主张、谁举证”为基本举证原则，而在具体的比较广告纠纷中，各诉讼参与人的举证责任不明确，只能遵循程序法中的指导性原则，由此导致了大量的因信息不对称而举证不能、无奈败诉的情况。因此，有必要针对具体情况作出具体分析，提出具体对策。在因比较广告引发的民事诉讼中，若原告一方为消费者，因其本身在商品或服务信息占有上处于弱势地位，所以应由广告主对其比较广告的真实性负举证责任，消费者只需证明该比较广告确实导致其认识错误并因此遭受损失。若原告一方为同行业竞争者，因为其在商品或服务信息占有处于相对平等的地位，所以应遵循“谁主张、谁举证”的原则。在因比较广告引发的行政诉讼中，若由行政机关承担举证责任则极易导致行政机关大量财力、物力的浪费，是不现实的，而广告主最了解自身的产品和服务且其有义务保证自身的比较广告的真实性、合法性。因此，行政诉讼中由广告主承担主要的举证责任较为合理。

完善我国比较广告的证据采纳标准就具有重要意义。美国和我国台湾地区的外在证据制度在完善比较广告证据原则方面具有一定的参考价值，其通过探知广告在消费者内心的主观认识，以判断该广告所产生的影响力，从而收集能证明与该广告真实性有关的证据。我国对于证据采纳的标准可以在遵循真实合法的

原则下，以外在证据制度为辅佐，完善比较广告诉讼中的证据采纳标准。

明确违法比较广告责任的承担形式。在市场经济中，违法比较广告由于造成的损害程度差异和性质差异，导致了民事责任、行政责任、刑事责任三种不同的责任承担方式。

发布违法比较广告的民事责任实际上是一种侵权损害赔偿。发布虚假比较广告、诋毁竞争对手的比较广告等违法行为给消费者或同行业竞争者的合法权益造成损害的，应该在比较广告责任承担方式中明确规定由广告主承担民事责任，消费者和同行业竞争者有权要求其停止损害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉并赔偿损失。

对于广告违法行为所给予的行政处罚，我国在相关的法律法规中规定了八种方式：警告；责令停止发布广告；责令公开更正；责令改正；没收广告费用；没收违法所得；罚款；停止广告业务。实践中，我国对违法比较广告行为的行政处罚方式通常以罚款为主，但是由于被处罚的广告主资金实力雄厚，对于相对较少的数额罚款根本不以为意，无法达到惩戒的效果。因此在明确违法比较广告行为的行政责任承担时，可以采纳上述八种方式，同时加大对违法比较广告的处罚力度，采用扩大罚款数额和累计加倍罚款的方式，促使广告主谨慎的使用比较广告。

当比较广告中违法行为严重危害消费者和竞争者的合法权益达到犯罪时，无需对比较广告单独设定具体罪名，而仅需要在审判实践中明确各诉讼参与人应承担的具体责任形式和触犯的具体罪名并予以追究即可。

参考文献

- [1] 何志红. 比较广告的法律问题研究 [M]. 华中师范大学, 2008
- [2] 龙欣. 论我国比较广告的法律规制制度的完善 [J]. 六盘水师范高等专科学校学报, 2008(8)
- [3] 赵晓欢. 论我国比较广告的法律规制 [J]. 今日南国, 2010(7)