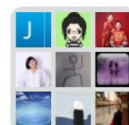


欢迎关注万慧达知识产权实务培训，
请扫描二维码入群，
领取培训资料，
收取公开课信息。



2020春播计划之万慧达公开课群-2



该二维码7天内(3月17日前)有效, 重新进入将更新

商业广告中的法律风险识别和控制

万慧达知识产权合伙人 范永明

2020年3月11日

- 一、广告中可能涉及的法律问题概要
- 二、广告法中的一些强制性规定
- 三、广告中的人格权侵权风险
- 四、广告中的知识产权侵权风险
- 五、广告和商业宣传中的不正当竞争风险
- 六、如何应对恶意投诉

一、广告中可能涉及的法律问题概要

广告中可能涉及的法律问题

- 1、法律法规强制性规定（绝对禁止的广告）——保护公共利益或消费者利益
 - 如，虚假广告，对特殊商品广告的限制
- 2、法律相对禁止的行为——保护特定第三人的权益（不告不理）
 - 知识产权（著作权、商标权）
 - 人格权（肖像权、姓名权、名誉权等）
 - 商业混淆、攀附他人声誉、知名度（不正当竞争）
 - 比较广告（贬低、损害第三方）
 - 商业诋毁、损害商誉

法律、司法解释、法规、规章

《广告法》（2015）、《反不正当竞争法》

《药品管理法》、《食品专卖法卫生法》、《烟草法》、《消费者权益保护法》、《国旗法》、《国徽法》、《合同法》、《产品质量法》、《侵权责任法》、《国家通用语言文字法》、《价格法》

《公益广告促进和管理暂行办法》、《广告管理条例》、《广告管理条例实施细则》、《广告审查标准》、《广告语言文字规定》、《户外广告登记管理规定》、《印刷品广告管理规章》、《互联网广告监督管理暂行办法》、《广播电视广告管理办法》、《工商行政管理机关行政处罚程序规定》、《道路交通管理条例》、《城市市容和环境卫生管理条例》、《合同违法行为监督处理办法》

《关于对《反法》第五条第四项所列举的行为之外的虚假表示如何定性处理问题的答复》（工商公字[2007]第220号）

《关于对商品价格和市场信息虚假宣传定性处理问题的答复》（工商公字[1994]第292号）

《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》（工商广字[1996]第319号）（1996年10月7日）

《关于商品包装物广告监管有关问题的通知》（工商广字[2005]第173号）

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释（2007）2号》

广告法的适用范围

《广告法》的适用范围为**商业广告**

《广告法》第2条 -- 商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动。

(不包括：征婚广告、悬赏广告、公益广告等)

《广告管理条例》的适用范围为**广告**

- 凡通过报刊、广播、电视、电影、路牌、橱窗、印刷品、霓虹灯等媒介或者形式，在中华人民共和国境内刊播、设置、张贴广告，均属本条例管理范围

- 商业广告和商业宣传（广告法和反不正当竞争法）

《反不正当竞争法》第二十条：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。

互联网广告

《互联网广告管理暂行办法》（工商总局2016年7月4日）

本办法所称互联网广告，是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介，以文字、图片、音频、视频或者其他形式，直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告。

包括：

- 推销商品或者服务的含有链接的文字、图片或者视频等形式的广告；
- 推销商品或者服务的电子邮件广告；
- 推销商品或者服务的付费搜索广告；
 百度关键词、竞价排名
- 其他通过互联网媒介推销商品或者服务的商业广告。

广告的可识别性

《广告法》第十四条：广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒介不得以新闻报道形式变相发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当显著标明“广告”，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解。

“广告”标识要求

- 以消费者能不能一眼辩明是广告为标准，如不能，需标明广告
- 大众传播媒介发布广告应当显著标明“广告”字样
- 印刷品广告必须有广告标记（《印刷品广告管理暂行办法》第6条）
- 互联网广告应有明确表示（《互联网广告监督管理暂行办法》）
 - 搜索引擎使用“推广”字样标明广告
 - 标明发布者身份等
- 文章、报道符合商业广告的特征（即“软文”）的判断
 - 是否有企业的策划
 - 是否经企业付费
- 消费者评论（有偿评论）？



广告活动主体的责任

《广告法》中广告主体：商品经营者或服务提供者（广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人）

违法广告由广告发布者所在地工商部门管辖

自然人是广告主体之一

- 企业员工发布企业产品信息可能构成商业广告
- 个人微信、微博发布的推荐推介等符合商业广告特征构成商业广告

《广告法》第四条：广告主（即企业）应当对广告内容的真实性负责。

广告活动涉及的法律 责任

1、行政责任

- 责令改正，罚款，没收广告费用、违法所得，吊销许可证、营业执照等

2、刑事责任

《刑法》第二百二十二条，虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或服务作虚假宣传，情节严重的行为。

- (一) 违法所得数额在十万元以上的；
- (二) 给单个消费者造成直接经济损失数额在五万元以上的，或者给多个消费者造成直接经济损失数额累计在二十万元以上的；
- (三) 假借预防、控制突发事件的名义，利用广告作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额在三万元以上的；
- (四) 虽未达到上述数额标准，但两年内因利用广告作虚假宣传，受过行政处罚二次以上，又利用广告作虚假宣传的；
- (五) 造成人身伤残的；
- (六) 其他情节严重的情形。

3、民事责任（第三人权益）

- 竞争者
- 普通消费者、职业打假人
- 权利人（知识产权、人格权）

二、广告法中的一些强制性规定

虚假广告

虚假广告

《广告法》第二十八条

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。

广告有下列情形之一的，为虚假广告：

- (一) 商品或者服务不存在的；
- (二) 商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符，对购买行为有实质性影响的；
- (三) 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；
- (四) 虚构使用商品或者接受服务的效果的；
- (五) 以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

《反不正当竞争法》第八条

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。

虚假广告和商业吹嘘

适度的夸张、艺术化和商业吹嘘不是虚假广告。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第8.2：以明显的夸张方式宣传商品，不足以造成相关公众误解的，不属于引人误解的虚假宣传行为。

实践中应当避免使用的夸张性描述：

- 领先品牌、遥遥领先
- 有特定含义和标准的术语，比如，有机，高新技术
- 表示特定功效，比如，环保无污染



夸张和商业吹嘘

何干林与中移动广东分公司、苹果公司买卖合同纠纷

(2017) 粤01民终1178号民事判决书

何干林称iPhone 6s广告语构成虚假广告：iPhone 6s并非如广告所言“是处处不同”，且广告中并未指明对比对象是iPhone系列手机还是Android系列手机，即使与上一代机型iPhone 6相比，iPhone 6s外观基本没差异，技术参数上改进也很小。而且，广告语中用词“唯一”、“处处都”均属于绝对化用语，已被《中华人民共和国广告法》明令禁止。何干林因此提起民事诉讼，要求被告按手机购买价格3倍赔偿。

广州中院二审认定，通过浏览上述iPhone6s手机广告宣传内容，作为具备正常认知能力的消费客户，足以对iPhone6s手机所特有的性能及功能改进达成清晰完整的了解，故上述广告页面中所使用的“唯一的不同，是处处都不同”宣传语，显然仅是以较为夸张的广告手法突出体现iPhone6s手机的多项更新功能，但不能仅凭该条广告用语而认定移动广东分公司、苹果上海公司发布的广告为虚假广告，更不能据此认定其在销售涉案产品过程中存在虚构事实或隐瞒真相的欺诈行为。



夸张和商业吹嘘

适当的夸张



夸张和商业吹嘘

佳洁士牙膏广告案：

根据上海市工商局的调查，画面中突出显示的美白效果是后期通过电脑修图软件过度处理生成的，并非牙膏的实际使用效果。这一广告构成虚假广告，已被工商部门依法处罚款603万元。

这也是国内虚假违法广告处罚案件中金额最大的一起。



虚假广告-案例

能不能宣称100%果汁而不标明复原果汁？

重庆市高级人民法院（2015）渝高法民申字第01300号民事再审审查裁定书：
并非必须标注“复原果汁”。

橙汁包括非复原橙汁和复原橙汁，且非复原橙汁和复原橙汁只是加工工艺不同，本质没有区别，是同一食品，成分相同，口感相同，特征相同。《饮料通则》（GB10789 - 2007）对果汁类产品的标签规定“果汁饮料产品应标明（原）果汁含量”，而并未规定必须标明“复原果汁”。

郑州市中级人民法院2016) 豫01行终234号行政判决书

“汇源100%橙汁”不能准确反映复原橙汁的真实属性，容易使消费者产生误解或者混淆食品的物理状态或制作方法。



虚假广告-案例

无磷洗衣粉案

吉林省吉林市中级人民法院（2017）吉02行再3号再审行政判决书

吉林市工商以“无磷”构成虚假宣传处罚，当事人提起复议和行政诉讼。
法院撤销处罚。

依据2009年出台的GBT13171—2009国家标准，洗衣粉产品中含五氧化二磷不高于1.1%的属于“无磷型”。

丰满工商分局未提供充分证据证实标注“无磷洗衣粉”与“无磷型洗衣粉”在消费者理解层面有何不同，亦未提供相关法律法规等强制性规定以支持其关于案涉产品应当标注为“无磷型洗衣粉”而不能标注为“无磷洗衣粉”的主张。



虚假广告-案例



居住在莫斯利安的人们
有个世代相传的生活习惯
每天饮用在山间小屋中自酿的酸奶



诺贝尔奖获得者 / 俄罗斯科学家
梅契尼科夫

他曾到访这个神秘的莫斯利安村庄进行探索和研究
提出了长寿与自酿酸奶之间关系的研究理论并发表不少著作
后来不断去到那里的科学家也同样发现
当地人的健康与长期饮用自酿酸奶有着密切关系

如何判断是否虚构产品效果——光明莫斯利安酸奶案

- 河南漯河市工商局：将科学上未定论的观点、现象当做定论的事实进行宣传，容易引起误解。
- 法院：没有表明莫斯利安酸奶是长寿村长寿现象的唯一因素；宣传文字也不是对涉案商品性能和饮用效果的具体描述，没有提到饮用莫斯利安酸奶可以长寿；一般消费者不会认为饮用该酸奶会有长寿的效果。

虚假广告的综合判断

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》8.3：人民法院应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的虚假宣传行为进行认定。

1、理性消费者：

吃“旺旺”雪饼运气没有变旺

2、相关公众视角：

儿童玩具提高学习成绩的宣传

3、实质性影响：

需要达到足以影响交易决定的标准

4、外部证据：

相关的法律法规，国家标准、行业标准，行业管理

虚假广告的综合判断

“中国每卖10罐凉茶7罐加多宝”广告语纠纷案【最高院（2016）最高法民申673号】

首先，从《2012年前三季度中国饮料行业运行状况分析报告》并不能直接得出加多宝凉茶市场销售量达到七成的结论。加多宝中国公司再审主张其所占份额的比率并不因换算为罐而有所不同、涉案广告语的宣传并没有**背离真实数据**的再审理由缺乏事实依据。

其次，加多宝中国公司及其关联公司自2012年5月才开始生产加多宝品牌的红罐凉茶，而上述报告是关于2012年前三季度的统计数据。而如前所述，**以一般消费者的通常理解**，涉案广告语的含义更容易理解为“中国每卖10罐凉茶，7罐来自加多宝”，而不是理解为“中国每卖10罐凉茶，7罐来自王老吉”，因此，涉案广告语中对销售数量市场占有率的描述与其标注的数量来源并不吻合。

此外，即便有部分消费者在理解涉案广告语的含义时可能会理解为“中国每卖10罐凉茶，7罐来自加多宝”，但该部分消费者应是对王老吉凉茶和加多宝凉茶的历史变迁有着清晰和深入了解的特定消费者，而不是普通消费者，**以该特定消费者的特定认知来判断涉案广告语是否引人误解，不符合《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第三款之规定。**

故涉案广告语对加多宝红罐凉茶市场占有率的宣传是片面的、有歧义的，加多宝中国公司在涉案广告语中使用片面、有歧义的销售数量数据，对自身商品的销售数量进行片面描述，足以误导相关公众作出不利于其他市场竞争者的选择，构成引人误解的虚假宣传行为。



虚假广告的行政责任

《广告法》**五十五条** 违反本法规定，发布虚假广告的，由工商行政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；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。

《反不正当竞争法》**二十条** 经营者违反本法第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，或者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的，由监督检查部门责令停止违法行为，处**二十万元以上一百万元以下**的罚款；情节严重的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照。

《消费者权益保护法》**第五十六条** 经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得**一倍以上十倍以下的罚款**，没有违法所得的，处以**五十万元以下的罚款**；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：

.....

(六) 对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的；

虚假广告的民事责任

- 合同纠纷/违约纠纷：解除合同、变更价款、赔偿损失等
- 侵权纠纷：造成损害的情形下
- 《消费者权益保护法》第五十五条的惩罚性赔偿：退一赔三

价格欺诈

相关法律法规

《价格法》（1997）

《价格违法行为行政处罚规定》（2010）

《禁止价格欺诈行为的规定》（2002）

《国家发展改革委关于<禁止价格欺诈行为的规定>有关条款解释的通知》（2015）

价格欺诈

《价格法》第14条第4项：“利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易”。

发改委《关于禁止价格欺诈行为的规定》第六条、第七条规定了15种价格欺诈行为。

总体而言，只要对价格相关信息的标示与实际不符，使消费者对商品交易条件的判断产生实质性影响的，均构成价格欺诈。

实务中比较常见的价格欺诈行为是不当的“二重标价”。最为常见的二重标价是标示原价。按照发改委的相关解释，原价是指经营者在本次降价活动前七日内，在本交易场所成交的有交易票据的最低交易价格。如果前七日内没有交易价格，以本次降价前最后一次交易价格作为原价。

其它二重标价的参考价格，如出厂价、厂商指导价、建议零售价、其它卖场价格等，均应真实客观，否则也构成价格欺诈。

价格欺诈例子

虚构原价、虚假降价/折价/特价/满减

- 某超市销售的某品牌T恤衫，价格标价签标示：“原价198元，现价128元。降价时间：3月31日至4月8日”。经查实，该商品在本超市内此次降价前七日(3月24日至3月30日)的最低交易价格为99元，标示的原价198元为虚构。

附加条件不明确

- 某百货商场在其卖场内POP广告牌上标示：“凡在本商场购物满300元，即送50元现金券一张”。经查实，该现金券在使用时有附加条件——使用时不能参加其他促销活动，且单件商品满300元以上才能使用一张50元现金券。实际上，该商场未将这些附加条件在其卖场内醒目位置进行公示。

模糊馈赠

- 某超市专柜销售的一规格为5L的食用油，该专柜POP广告牌上标示“买一赠一”。消费者购买一瓶后，领取的赠品却为同品牌、规格为200ml的食用油一瓶。

使用无从比较的价格标示

- 使用“特价”、“惊爆价”、“秒杀价”、“震撼价”等无从比较的价格标示。

价格欺诈的法律责任

行政责任：

《价格法》第四十条、《价格违法行为行政处罚规定》第七条

责令改正，没收违法所得，并处违法所得5倍以下的罚款；没有违法所得的，处5万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，或者由工商行政管理机关吊销营业执照。

民事责任：

解除合同、变更价款

《消费者权益保护法》第五十五条 “退一赔三”

搭售——产品捆绑促销

1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》第十二条“经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件”。**新反法已删除**——如果达不到滥用市场支配地位的程度，应交由市场和消费者决定。

根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第九条规定：消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

建议：

- 1、是搭售还是赠送，必须做真实明确的意思表示；
- 2、保证搭售商品的质量和合规性；
- 3、明确被搭售产品仅仅是搭售，避免使消费者误认原商品和搭售商品品牌、厂商之间存在特定联系。

有奖销售

实践中，有奖销售的奖品可以是金钱、实物、服务机会、购物折扣等。在网络上，还可以是虚拟货币、视频播放时间等。

《反不正当竞争法》第十条 经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

(一) 所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

例如，买汽车保险赠送汽车养护服务，实际上限定只有特别偏远的门店、特定时段才能提供服务。

(二) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；

(三) **抽奖式**的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

注意与以下两种情形相区别：第一，博彩性质较弱的附赠式有奖销售（比如买房送车位，车位位置通过抽奖确定），其奖励实际上是交易对价的一部分。第二，获奖人不是仅凭运气通过抽奖，而是因其智力、体力、技能参加活动获得奖励的，一般视为参赛者合法回报，不适用本规定。

广告法禁止的语词

广告用语用字

《广告语言文字管理暂行规定》

- 应当使用普通话和规范汉字
- 不得单独使用汉语拼音
- 不得单独使用外国语言文字
- 如因特殊需要配合使用外国语言文字时，应当采用以普通话和规范汉字为主、外国语言文字为辅的形式，不得在同一广告语句中夹杂使用外国语言文字
- 不得使用错别字；
- 不得违反国家法律、法规规定使用繁体字；
- 不得使用国家已废止的异体字和简化字；等

例外：

- 关于英文：商品服务通用名称、注册商标、国家认证的国际通用标志、专业技术标准不受限制
- 关于繁体字、异形字：文物古迹及核定的企业字号不受限制

《广告法》禁止的内容

使用或者变相使用中华人民共和国的国旗、国歌、国徽，军旗、军歌、军徽

使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员的名义或者形象；

使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语（绝对化用语）

损害国家的尊严或者利益，泄露国家秘密；

妨碍社会安定，损害社会公共利益；

危害人身、财产安全，泄露个人隐私；

妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚；

含有淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力的内容；

含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；

妨碍环境、自然资源或者文化遗产保护；

其他

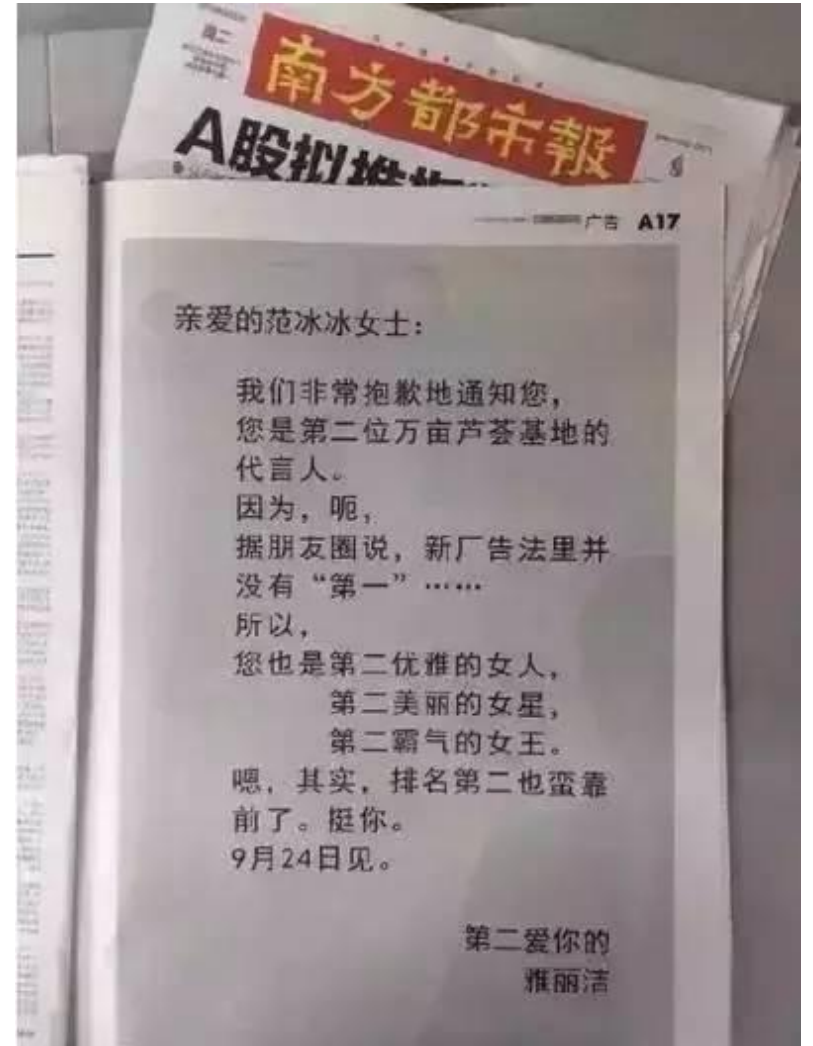
重庆博昂置业有限公司违法广告案

当事人在“奥园金澜湾”微信公众号发布“奥园金澜湾”房地产广告，其内容中含有“.....项目占据最核心地段，人气最旺盛的生活中心，藏风纳气、家族传承大宅为堪輿学中最宜居住之所。坐享山环水抱、藏风聚气的鼎级风水格局，是为大富大贵家庭传承门风绝佳旺地首创全生命周期住宅，全球智富阶层首选半山豪宅 鼎藏级生活终现，如果没有半山，全球90%以上富人区将消失”等用语。

经查明，当事人发布的上述广告**含有迷信内容**，其行为违反了《中华人民共和国广告法》第九条第（八）项之规定。根据《中华人民共和国广告法》第五十七条之规定，2019年3月，重庆市綦江区市场监督管理局作出处罚，责令当事人改正违法行为，并**处罚款50000元**。

绝对化用语

- 2016年，杭州西湖区市场监督管理局以方林富炒货店在经营场所内外及包装袋上发布广告，并使用“杭州最好吃的栗子”、“杭州最特色炒货店”等绝对化宣传用语，违反广告法规定，遂作出责令停止发布使用绝对化用语的广告，并处罚款20万元的行政处罚决定。2018年5月，法院判决罚款金额变更为10万。
- 淘宝搜索“国家级”、“最好”、“极品”，不会有显示结果
- 调侃——“好到违反广告法，好到打死不让说”



绝对化用语

1996-1997年，国家工商总局在答复中明确“顶级”、“极品”、“第一品牌”属于绝对化用语。（已废止，但有参考意义）

实务中，各地认定构成绝对化用语的还有“唯一”、“100%无添加”、“独一无二”、“全网首发”、“最牛”、“销量第一”、“最先进”、“首选”、“最可信”、“最大公司”、“独特疗效”、“绝佳休闲食品”、极至、登峰造极、顶尖、绝对、前所未有、绝无仅有、无可比拟。

行政责任：“由工商行政管理部门责令停止发布广告，对广告主处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照，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”

绝对词使用的例外

作为形容词的绝对化用语在以下三种情况下可以合法使用：

- 一是用于同一品牌或同一企业内部的产品描述。如最大户型、最小尺码、最新产品、顶配车型等，在限定范围明确且客观真实的情况下可以合法使用。
- 二是表达企业的经营理念或目标追求。如“顾客第一、诚信至上”、“追求极致安全”等。上述两种情况下，如果广告文案中过于突出描述中的绝对化用语，对消费者构成误导的，仍然违反绝对化用语禁令。
- 三是作为固定用语中的一部分。如最高法院、超级联赛等。

法院对绝对化用语的态度相对宽容

- 南阳中院认为，在农夫山泉“东方树叶”茉莉花茶外包装上使用的“上品饮茶 极品饮花”，不是对产品质量或饮用效果的具体描述，而是对传统茶文化理念的阐释，因此不构成虚假宣传。【（2013）南民一终字第00327号民事判决书】
- 广州中院认为，书籍宣传语“荟萃了孩子最感兴趣的知识”中的“最感兴趣”是对心理情感的主观描述，不存在贬低其它同类产品，也不会对普通消费者购买书籍产生错误认识。【（2016）粤01民终13758号民事判决书】
- 小米手机“亚洲人最佳手持体验”、“从未有过的自拍体验”、“极致的运行速度”“MIUI是当今最好的安卓定制系统”。消费者起诉要求赔偿。广州中院和上海一中院都认为，虽然小米公司存在违反广告法的行为，但是尚不构成虚构事实或者隐瞒真相的广告欺诈，且其广告对相关产品性能、硬件等做了全面展示。消费者作为一个理性人，有能力对涉案手机是否符合广告描述做清醒的判断。涉案消费者并未是因受到欺诈而购买该手机。【（2015）穗中法民二终字第346号民事判决书、（2015）沪一中民一（民）终字第4077号民事判决书】
- 北京三中院、朝阳法院认为沃尔玛销售的载有“离太阳最近、离城市最远”字样的盒装苹果没有误导消费者。【（2015）三中民（商）终字第03553号民事判决书】

三、广告中的人格权侵权风险

广告与人格权

第一百一十条 自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。

广告与肖像权

(原标题：“葛优躺”被擅自葛优起诉网站索赔40万)

因“艺龙旅行网”在微博中使用了葛优肖像图片做配图，葛优将艺龙网信息技术（北京）有限公司诉至法院，请求判令被告立即停止侵犯肖像权的行为，赔礼道歉并赔偿经济损失及合理开支共40余万元。日前海淀法院受理了此案。



索赔126万系炒作!滴滴就侵权使用刘翔肖像道歉

发布时间：2016-08-30 | 来源：北京时间体育 | 作者：caicai

因认为北京小桔科技有限公司（“滴滴出行”运营公司）“在官方微博中发布使用自己肖像配图的微博，雅典奥运男子110米栏冠军刘翔以侵犯肖像权为由，将“滴滴出行”运营公司诉至法院，要求删除侵权链接及图片、赔礼道歉，赔偿损失126万元。不过真实的情况是，刘翔的主要诉求是要求“滴滴出行”进行道歉，绝非外界炒作的是针对126万元的赔偿款。

广告与肖像权

- 1、使用漫画、卡通名人形象：侵权（赵本山诉新浪，赵本山诉天涯网）
- 2、名人合影的使用：并未放大使用，仅仅是陈列陈述事实，可以容忍
- 3、路人肖像：路人处于背景地位，未借助其形象促销商品和服务，可以容忍
- 4、肖像权保护的适当扩张：章金莱（六小龄童）和某游戏公司肖像权纠纷

【（2013）一中民终字第05303号民事判决书】

法院认为：章金莱饰演的孙悟空形象，虽然是基于古典文学作品创作，并进行艺术化处理，但是该形象与章金莱的五官特征、轮廓、面部表情密不可分，完全与其个人形成一一对应关系，即该形象与章金莱之间具有可识别性。所以，当某一角色形象与自然人之间具有一一对应的关系时，对该形象的保护应该属于肖像权保护的射程。不过，法院最后认为游戏中使用的孙悟空形象与章金莱扮演的形象存在差别，没有支持原告诉讼请求。



广告与姓名权和名誉权

广告侵犯姓名权：

- 将姓名用作商业标识：“姚明一号”服饰、篮球鞋侵权案
- 将姓名用在商品上：姚明、黄晓明、郭敬明分别指大杯、中杯和小杯
- 在广告中提及名人姓名：比如A明星推荐使用

广告侵犯名誉权：

如，美容医院擅用林心如照片，使人误认林心如曾整容；男科医院擅用田亮照片。

如果只是擅用肖像，并未降低名人社会评价，不侵犯名誉权。

四、广告中的知识产权侵权风险

广告中的知识产权侵权风险

商标权

- 文字和口号投入广告之前应进行在先权利的查询
- 比较广告指示性使用他人商标

著作权

- 确定文字、图片、音乐等是否得到应有的授权

商业标识权

- 针对他人企业名称、字号、简称、商品特有名称、包装、装潢、商品形状、域名、网站名称、网页、艺名、商品化名称等的使用是否得到许可、是否合理（即不会产生特定联系）

广告中的著作权侵权风险

著作权保护的作品：

文字作品、音乐作品、美术作品、摄影作品、电影作品（视听作品）等。

实务中，广告侵害著作权的情形通常包括未经许可，将他人的摄影作品用于平面广告中；将他人的漫画作品（美术作品）用于微博、微信营销中；将他人美术作品、书法作品用于宣传册中；将他人的影视作品剪辑进广告中。

广告中的著作权侵权风险

容易被忽视的构成侵权的情况：

- 1、购买了正版音乐光盘之后是否可以公开地进行商业使用——侵犯表演权（以各种手段公开作品表演的权利）
- 2、在产品宣传中使用影视作品里的截图配以自己独创的文字

小编生 (dou) 性 (li) 恬 (que) 淡 (qian) ，所以也不知道它大概的市场价位，看到大家竞价这么激烈，想必是性价比很高吧，反正小编的心情是这样的：



广告中使用他人商标的风险

涉及使用他人商标以及商号的商业标记时需谨慎

LV公司诉某房地产开发公司商标侵权和不正当竞争纠纷

房地产开发公司广告：广告中间为一半蹲模特图像，模特手中拎一手提包，包身为均布的“LV花图形”图案，其中包含“LV”商标图案。上述广告中的文字为白色，模特和手提包的主色调为橙红色。该广告对应的户外广告登记证记载了“广告类型：经营性户外广告；发布地点：延安路（陕西路口1）；主要内容：国际丽都城；规格：高300米，宽60米”等信息。

法院认定：两被告明知“LV”手提包有较高的知名度，还在巨幅广告中以近三分之一的比例和夺目的橙红色突出模特和模特手中的“LV”包，系故意利用原告资源，不正当地获取利益，构成不正当竞争。就原告指控的商标侵权行为，因广告中的“LV”图案对被告的楼盘没有商标性标识作用，该图案亦不会使消费者产生混淆，故商标侵权不构成。

五、广告与商业宣传中的不正当竞争风险

广告和宣传中的不正当竞争行为——商业混淆

《反不正当竞争法》

第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- (一) 擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- (二) 擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)；
- (三) 擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；
- (四) 其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

广告和宣传中的不正当竞争行为——商业混淆

北京高浪海科技有限公司、潍坊瑞驰汽车系统有限公司与小米科技有限责任公司侵害商标权纠纷

法院认为，坊瑞驰公司上诉主张‘雷军’不是独创性词语，作为自然人姓名或企业名称都不具有唯一性，‘雷军’不具有商品化权益。对此，其认为，潍坊瑞驰公司在其生产的电动车上使用‘雷军’系列和标识，易使公众联想到雷军、商标以及以雷军为法定代表人的小米公司；‘雷军’系列和标识的同时使用，增强了对小米公司的指向性。雷军是一名具有知名度的企业家、天使投资人，雷军与小米公司的商誉具有特定的关联，雷军二字除为小米公司法定代表人的姓名之外，还能够在一定程度上发挥指示和区分商品来源的作用，具有了商业标示的意义和属性。尤其在雷军、商标和小米公司相互联系的场合内，雷军具有唯一指向性。潍坊瑞驰公司在其生产的电动车上同时使用‘雷军’二字和与小米公司商标近似的标识，加剧了相关公众混淆的程度，本院认定其行为构成不正当竞争。

——北京知产法院（2016）京73民终366号



广告和宣传中的不正当竞争行为——商业诋毁

《广告法》13：广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》8.1：经营者具有下列行为之一，足以造成相关公众误解的，可以认定为反不正当竞争法第九条第一款规定的引人误解的虚假宣传行为：

- （一）对商品作片面的宣传或者对比的；
- （二）将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传的；
- （三）以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的。

- 蓝月亮 vs. 宝洁 【（2001）粤高法知终字第57号】

“用汰渍，不需用衣领净”

- 江西格力 vs. 江西美的（空调1赫兹变频技术vs.全直流技术）【（2013）赣民三终字第12号】

“1赫兹out了，请别再忽悠消费者了”、“全直流早就out了，不再用10年前的技术”

六、如何应对恶意投诉

司法和行政机关对于“职业打假人”态度

2014年最高人民法院发布的指导性案例32号“孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案”

2012年5月1日，原告孙银山在被告南京欧尚超市有限公司江宁店（简称欧尚超市江宁店）购买“玉兔牌”香肠15包，其中价值558.6元的14包香肠已过保质期。孙银山到收银台结账后，即径直到服务台索赔，后因协商未果诉至法院，要求欧尚超市江宁店支付14包香肠售价十倍的赔偿金5586元。

法院裁判要点——消费者购买到不符合食品安全标准的食品，要求销售者或者生产者依照食品安全法规定支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准赔偿的，不论其购买时是否明知食品不符合安全标准，人民法院都应予支持。

《食品安全法》第九十六条第二款规定：“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。”

司法和行政机关对于“职业打假人”态度

转变：

2017年5月最高院给工商总局的答复：

1. 职业打假人主观上没有受到欺诈

按照《消费者权益保护法》第五十五条的规定，在普通消费产品领域，消费者获得惩罚性赔偿的前提是经营者的欺诈行为。民法上的欺诈，按照《民法通则意见》第六十八条的解释，应为经营者故意告知虚假情况或故意隐瞒真实情况，使消费者作出了错误意思表示。而对于知假买假人而言，不存在其主观上受到欺诈的情形。

2. 职业打假人针对的对象一般都相对规范

从打击的效果来看，由于成本较小，取证相对容易，牟利性打假的对象主要是大型超市和企业，主要集中在产品标识、说明等方面。该类企业往往是同类市场上产品质量相对有保障，管理较为规范的生产经营主体，而对于真正对市场危害较大的假冒伪劣产品及不规范的小规模经营主体打击效果不明显。

3. 违背诚信，浪费司法资源

从目前消费维权司法实践中，知假买假行为有形成商业化的趋势，出现了越来越多的职业打假人、打假公司（集团），其动机并非为了净化市场，而是利用惩罚性赔偿为自身牟利或借机对商家进行敲诈勒索。更有甚者针对某产品已经胜诉并获得赔偿，又购买该产品以图再次获利。上述行为严重违背诚信原则，无视司法权威，浪费司法资源，我们不支持这种以恶惩恶，饮鸩止渴的治理模式。

适时借助司法解释、指导性案例等形式，逐步遏制职业打假人的牟利性打假行为。

司法和行政机关对于“职业打假人”态度

职业打假：合法索赔，敲诈勒索？三名“职业打假人”被批捕

2017-12-11 11:42



2019年3月2日,犯罪嫌疑人孙某某伙同他人天津市滨海新区上海道“某某进口商品超市”内买走价值2000多元的没有中文标签的进口食品和化妆品后,威胁店主如果不给商品价格十倍的赔偿就向市场与质量监督管理局举报,直至其店铺关闭。店主在被胁迫的情况下交给对方10000元。3月间,孙某某等人以同样手段在另外两家经营进口商品的店铺,分别向店主勒索12600元、5000元。

嫌疑人将商店目标设定为进口商品专营店,在这其中专门选购没有中文标识加贴的商品,整体数额在千元程度。目的就是使得受害人被敲诈勒索后因为自身违规行为不敢轻易报警。

本案中犯罪嫌疑人的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百七十四条之规定,涉嫌敲诈勒索罪,且多次实施犯罪行为,可能判处有期徒刑以上刑罚,不具备取保候审的条件,有逮捕必要,因此滨海新区塘沽检察院根据《中华人民共和国刑法》第七十九条之规定,决定对犯罪嫌疑人批准逮捕。

如何应对职业打假人的恶意投诉

- 1、在产品、商业宣传中的合规性是首要因素
- 2、客服人员的表述需要和商品信息、广告信息保持一致（消费者问客服：镀金打火机是不是含有金？）
- 3、了解投诉人的诉求，可以提供解决方案（比如退货），但是不轻易表态承认“错误”（不确定对方买的规模，一个人或者多个人）
- 4、在接到行政机关的调查问询后，不宜拖延（官方有处理时限，给官方尊重）

《工商行政管理部门处理消费者投诉办法》第15条规定有管辖权的工商行政管理部门应当自收到消费者投诉之日起7个工作日内，予以处理并告知投诉人，符合规定的予以受理，不符合规定的投诉不予受理，并告知不予受理的理由。第29条规定有管辖权的工商行政管理部门应当在受理消费者投诉之日起60日内终结调解，调解不成的应当终止调解。
- 5、及时收集证据确认被投诉行为是否合规。如合规，向官方提交证据；如有问题，考虑和解
- 6、和解需注意：有礼有节，一般不主动“承认错误”，不要给对方留下任何对自己不利的录音、书面、网聊、邮件记录。如果金额较高，考虑签署和解协议附加保密条款。

谢谢!

欢迎一起交流探讨!

范永明

联系方式:

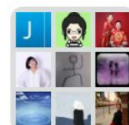
电话: 010 6892 1000 - 298

邮箱: fanyongming@wanhuida.com



微信

欢迎关注万慧达知识产权实务培训，
请扫描二维码入群，
领取培训资料，
收取公开课信息。



2020春播计划之万慧达公开课群-2



该二维码7天内(3月17日前)有效, 重新进入将更新