

大陸廣告法「極限用語」的禁區

◆ 文／賴文平

勤業國際專利商標聯合事務所所長
海基會台商財經法律顧問

賴苡安

勤業國際專利商標聯合事務所合夥律師

一、前言

台商近來因產品包裝、文宣、官網、微信或宣傳冊上使用了大陸「廣告法」中某些禁用字眼來標榜商品，例如「第一」、「頂級」、「極品」等等而遭到鉅額罰款。然而，對於哪些文字屬於「極限用語」禁用詞，又是否該用語會使消費者產生誤解、是否涉有大陸相關法規禁止使用之規範及其適法性，皆有所爭議。本文主要就「廣告法」中各爭點進行說明，提醒台商必須檢視相關商業廣告活動，小心謹慎，以免觸法。

二、名詞解釋：「極限用語」釋義

何謂「極限用語」？自 2015 年 4 月 24 日大陸第十二屆全國人大常委會第十四次會議通過修訂「廣告法」後，在網路上流傳各種版本的「極限用語」名單，並稱為主管機關公告第幾次版本等等，例如：「國家級、最佳、首選、最好、獨家、金牌、五星級、獨一無二、絕無僅有……」。唯查「國家市場監督管理總局廣告監督管理司」（原為國家工商行政管理總局）官方網站，均無任何涉及「極限用語」一詞的行政法規或規範性文件公告及資料，因此，上述廣告用語涉及「極限用語」乃是網路及部份司法案例中所使用，依官方用語定性為「絕對化用語」的範圍，故本文討論到相關「極限用語」將以「絕對化用語」稱之。

三、「絕對化用語」可能涉及的相關法律

在商品包裝、廣告文宣使用「絕對化用語」，依目前大陸法律，依其使用態樣或列為商標註冊圖樣，主要涉及「廣告法」、「反不正當競爭法」、「商標法」。

「廣告法」是 1994 年 10 月 27 日第八屆全國人大常委會第十次會議通過，2015 年 4 月 24 日第十二屆全國人大常委會第十四次會議修訂，2018 年 10 月 26 日第十三屆全國人民代表大會常務委員會第六次會議修正。現行「廣告法」涉及「絕對化用語」條文為第 2 條、第 6 條、第 9 條、第 53 條、第 55 條、第 56 條、第 57 條及第 71 條。

「反不正當競爭法」是 1993 年 9 月 2 日第八屆全國人大常委會第三次會議通過，2017 年 11 月 4 日第一次修訂，2019 年 4 月 23 日第二次修訂，全文涉及「絕對化用語」條文為第 2 條、第 8 條、第 13 條、第 20 條、第 27 條。

「商標法」立法於 1982 年 8 月 23 日，歷經 2001 年、2013 年、2019 年 4 月 23 日修正，涉及「絕對化用語」條文為第 10 條、第 11 條、第 52 條。

四、「廣告法」第 2 條「商業廣告活動」及規範對象

（一）何謂「商業廣告活動」

「廣告法」第 2 條第 1 項「在中華人民共和國境內，商品經營者或者服務提供者通過一

定媒介和形式直接或者間接地介紹自己所推銷的商品或者服務的商業廣告活動，適用本法。」所謂商業廣告活動，其構成要件如下：

- 1、須在中國大陸境內。若該產品雖生產製造於台灣，但依大陸相關海關程序，輸入至大陸境內亦屬於在大陸境內自主商業活動。
- 2、須是商品經營者或服務經營者提供的商業活動廣告。所謂的商品經營者或服務提供者，包含進行了工商登記的自然人、法人或者其他組織，如個體工商戶、企業法人。
- 3、須通過一定的媒介和形式。所謂「媒介和形式」通常包括廣播、電視、報紙、期刊、印刷品、電話、互聯網、戶外看板，其中也包括但不限於商品包裝、商品列表頁、商品的標題、副標題、主圖以及詳情表。

以酒類商品為例，依大陸「酒類廣告管理辦法」第2條「本法所稱酒類廣告，是指含有酒類商品名稱、商標、包裝、製酒企業名稱等內容的廣告」，若商品標示於紙盒包裝正面及酒瓶上顯著地方，依國家工商行政管理總局工商廣字〔1996〕第319號給天津市工商行政管理局答覆「根據廣告法第2條的規定，在包裝物上直接或間接宣傳、介紹產品，是廣告的一種形式，對含有產品宣傳、介紹內容的包裝物，應認定為廣告宣傳品。」

- 4、直接或間接介紹自己商品或服務。廣告的目的在於推銷商品或服務，其中包括為企業形象進行廣告的間接宣傳。

(二)「廣告法」第2條所列規範之對象

1、廣告主

大陸「廣告法」第2條稱「廣告主」是指為推銷商品或者服務，自行或者委託他人設計、製作、發布廣告的自然人、法人或者其他組織。換言之，商品包裝、文宣的廣告內容自行設計、製作或委任他人設計製作，仍然屬於廣告主，並非廣告經營者；而自行發布上述商品或文宣，亦屬於廣告主、而非廣告發布者。

2、廣告經營者

是指接受委託提供廣告設計、製作、代理服務的自然人、法人或者其他組織，即廣告經營者主要從事廣告設計、製作、代理服務，且是因接受委託而從事上述業務。

3、廣告發布者

稱廣告發布者，是指為廣告主或廣告主委託的廣告經營者發布廣告的自然人、法人、或其他組織，隨著互聯網信息技術的發展，除了電商網站經營者外，一些自媒體也成為廣告發布的平台，因此，廣告發布者包含了自然人、網紅。

4、廣告代言人

所謂廣告代言人，是指廣告主以外的，在廣告中以自己的名義或者形象對商品、服務作推薦、證明的自然人、法人或者其他組織。近來名人代言虛假廣告屢有發生，因此，對廣告代言人所為規範及賦予相關法律責任。

五、「廣告法」所稱「絕對化用語」之含義

1994年「廣告法」第7條第2項列有9種禁止使用之態樣，2015年修訂第9條，明文規定11種不得使用情形，修正前後，均明文「國家級、最高級、最佳等用語」為不得使用之具體規範事項，該條文被稱為「絕對化用語」條款，而一般網路或坊間則稱之為「極限用語」條款。新廣告法中第9條第3項使用「國家級」、「最高級」、「最佳」等用語的絕對化用語，究竟包括那些語詞？按其立法技術有「等用語」字眼，因此，在解釋上「國家級」、「最高級」、「最佳」僅為例示規定，其中所列三項僅為不完全列舉，至於，是否有絕對化意思表示的「絕對化用語」，則必須依個案認定，通常屬於主觀性表述，缺乏客觀事實依據，當事人無法證明其真實性，也就是廣告商品無形中貶低了他人的商品或服務，突出自己優越於他人，都有可能涉及絕對化用語。

自「廣告法」立法以來，即流傳多種「絕對化用語」語錄版本，尤其是2015年4月24日修訂後，對於違反之廣告主、廣告經營者、廣告發布者，得處以人民幣20萬元以上100萬元以下的罰款，因此，網路上流傳多種「絕對化用語」或「極限用語」語錄，有些網路還自稱是國家主管機關第幾次公告版本，事實上，主管機關未正式頒布任何語錄。而網路上所流傳語錄，有些是各地執法機關曾認定屬於「極限用語」的彙整，如「最好」、「極品」、「頂級」、「首選」、「最優」、「最香」、「最特色」、「第一品牌」、「冠軍」等用語，大部份語詞是編者自認與「國家級」、「最高級」、「最佳」含義相同。

是否為「絕對化用語」多由地方執法機關及法院依情狀作出判斷，自有「廣告法」以來由國家工商行政管理總局以規範性文件發布及明確認定的僅有三件屬於「絕對化用語」，即工商廣字〔1996〕第380號「頂級」、工商廣字〔1997〕第207號「極品」，工商廣字〔1997〕第225號「第一品牌」。

其中，工商廣字〔1997〕第207號「極品」是國家工商行政管理總局針對「極品酒」、「極品香菸」給的覆文，內容如下：

關於「極品」兩字在廣告語中是否屬於「最高級」等用語問題的答覆。商品包裝中使用「極品酒」、「極品香菸」等字樣，與最高級、最佳等用語含義相同，屬於絕對話語言，違反了「廣告法」第7條第2款的規定。凡含有以上內容的產品包裝，皆一律停止使用。

六、法律責任及處罰依據

商業活動廣告有違反「廣告法」第9條相關規定，市場監督管理部門得實施監督管理或行政查處。「廣告法」第49條「市場監督管理部門履行廣告監督管理職責，可以行使下列職權：（一）對涉嫌從事違法廣告活動的場所實施現場檢查；（二）詢問涉嫌違法當事人或者其法定代表人、主要負責人和其他有關人員，

對有關單位或者個人進行調查；（三）要求涉嫌違法當事人限期提供有關證明文件；（四）查閱、複製與涉嫌違法廣告有關的合同、票據、帳簿、廣告作品和其他有關資料；（五）查封、扣押與涉嫌違法廣告直接相關的廣告物品、經營工具、設備等財物；（六）責令暫停發布可能造成嚴重後果的涉嫌違法廣告；（七）法律、行政法規規定的其他職權。市場監督管理部門應當建立健全廣告監測制度，完善監測措施，及時發現和依法查處違法廣告行為。」

第51條「市場監督管理部門依照本法規定行使職權，當事人應當協助、配合，不得拒絕、阻撓。」，第53條「任何單位或者個人有權向市場監督管理部門和有關部門投訴、舉報違反本法的行為。市場監督管理部門和有關部門應當向社會公開受理投訴、舉報的電話、信箱或者電子郵寄地址，接到投訴、舉報的部門應當自收到投訴之日起7個工作日內，予以處理並告知投訴、舉報人。市場監督管理部門和有關部門不依法履行職責的，任何單位或者個人有權向其上級機關或者監察機關舉報。接到舉報的機關應當依法作出處理，並將處理結果及時告知舉報人。有關部門應當為投訴、舉報人保密。」。

至於，法律責任「廣告法」修法前後差距甚大，「廣告法」修法後第57條「發布有本法第9條、第11條規定的禁止情形的廣告，由市場監督管理部門責令停止發布廣告，對廣告主處20萬元以上100萬元以下的罰款，情節嚴重的，並可以吊銷營業執照，由廣告審查機關撤銷廣告審查申請，對廣告經營者、廣告發布者，由市場監督管理部門沒收廣告費用，處20萬元以上100萬元以下的罰款，情節嚴重的，並可以吊銷營業執照、吊銷廣告發布登記證件。」