

“比较广告”及相关法律问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E2\\_80\\_9C\\_E6\\_AF\\_94\\_E8\\_BE\\_83\\_E5\\_c122\\_484047.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E2_80_9C_E6_AF_94_E8_BE_83_E5_c122_484047.htm)

不比不相识 欲识先较真 “比较广告”及相关法律问题探讨 随着商品的出现，商业广告也开始萌芽。起初，广告的形式非常单一。近现代以来，市场经济的繁荣使商业广告得到了空前的发展，商业广告逐步成为现代社会推销商品和服务、了解商品和服务信息的基本手段。因此，广告形式也随之不断推陈出新。比较广告就是其中比较特殊的一种商业广告。本文拟结合具体案例探讨一下比较广告及相关法律问题。案情：“美施康定”和“美菲康”分别是被告某制药有限公司与原告某药业股份有限公司的注册商标，被告在某杂志上将其产品“美施康定”（硫酸吗啡控释片）与原告的产品“美菲康”（盐酸吗啡缓释片）进行了三方面的比较：一、“比较广告”及其价值作为一种比较特殊的商业性广告，各国对比较广告的内涵和外延存在着不同的看法。美国司法实务界认为，比较广告是指在广告中明确指出具有竞争关系的企业名称或使消费者不会误认的暗示出来的企业名称，并对商品的特定功能进行比较。欧洲议会和委员会通过的97 / 55 / EC指令认为，凡是直接或间接提到竞争对手或竞争对手提供的商品或服务的广告都属于比较广告。可见，美国的定义比欧洲的定义严格一些。笔者认为，比较广告应该是指在广告中将自己的商品或服务与他人的商品或服务进行比较。结合本案具体情况来看，被告在广告中将其商品“美施康定”（硫酸吗啡控释片）与原告的商品“美菲康”（盐酸吗啡缓释片）进行了比较，可以认定为比较

广告。从经营者的角度讲，比较广告有利于打破垄断和促进竞争。通过在广告中将自己的商品或服务与他人的商品或服务进行比较，在后普通商品或服务经营者可以赢得更多的交易机会，占领更大份额的市场，从而打破在先知名商品或服务经营者的垄断地位，促进同类商品或服务经营者之间的自由竞争。从消费者的角度讲，比较广告有利于保障消费者的知情权。通过在广告中将同类商品或服务进行比较，消费者可以获得更多的信息，以便作出更加理性的决定，进而也会促进商品或服务经营者之间的优胜劣汰。进一步而言，比较广告的产生和发展还可以促进市场经济的繁荣。市场经济是竞争型经济。只要存在市场，就必然存在竞争。竞争是市场经济最基本的运行机制，是市场用以配置资源的基本手段。而比较广告具有打破垄断和促进竞争等功能。因此，比较广告的产生和发展可以促进市场经济的繁荣自不待言。基于以上价值取向，比较广告在世界各国都得到了长足发展。在美国，比较广告最早可以追溯到1910年的赛克斯莱纳诉瓦格纳案而发展较快的阶段是在20世纪70年代，目前已占据了全部广告的半壁江山。在欧洲，1992年修改的《法国消费法典》和1994年修改的《英国商标法》以及1997年欧洲议会和委员会通过的97 / 55 / EC指令分别放开了比较广告，该指令要求各成员国最迟于2000年4月完成各自立法的修改。在我国，1994年10月27日颁布的《广告法》也以除外规定的方式允许了比较广告的存在。

二、“比较广告”的广告法层面即可比性的考察。结合本案具体情况来看，笔者认为，由于被告某制药有限公司的产品“美施康定”（硫酸吗啡控释片）属于精神药品，根据《广告法》第16条的规定，精神药品等特殊

药品与一般用途的药品不同，国家对于这些特殊药品的生产和销售进行了严格的控制与管理，不允许在市场上自由买卖，故这些药品也不得做广告。退一步讲，即使被告的单纯广告行为合法，其比较广告行为也存在问题。由于被告某制药有限公司的产品“美施康定”（硫酸吗啡控释片）与原告某药业股份有限公司的产品“美菲康”（盐酸吗啡缓释片）都属于药品，根据《广告法》第14条第(3)项的规定，药品之间的功效和安全性高低会因患者的病症与病情而各不相同，没有确定的指标，不具有可比性，故药品广告不得含有与其他药品的功效和安全性进行比较的内容。根据《广告法》第41条的规定，违反该法第14条和第16条规定发布药品等广告的，由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者改正或者停止发布，没收广告费用，可以并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，依法停止其广告业务。

三、“比较广告”的反不正当竞争法层面即可证性的考察。对被告比较广告行为的广告法层面即可比性的考察，追究的主要是其行政责任。而对被告比较广告行为的反不正当竞争法层面即可证性的考察，追究的主要是其民事侵权责任。

(一)关于反不正当竞争法第9条的适用。《反不正当竞争法》第9条第1款规定，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。

1、结合本案具体情况来看，虽然被告关于“美施康定”和“美菲康”在分解温度、PH值、水溶性等方面的比较数据客观真实，但是关于“美施康定”比“美菲康”安全性高、吸收充分且稳定、使用效果强等比较无充分确凿的证据证实，应认定为虚假宣传。同

时，该虚假宣传还会引起普通消费者误解，以为“美施康定”比“美菲康”好。因此，被告利用比较广告的方法，对“美施康定”和“美菲康”的质量、性能等作引人误解的虚假宣传，构成了本条所规定的不正当竞争行为。

2、在审判实践中，如何理解本条所规定的“引人误解的虚假宣传”特别是“引人误解的真实宣传”和“不引人误解的虚假宣传”是否构成本条所规定的不正当竞争行为等问题，大家存在着不同的意见。

(1)关于“引人误解的真实宣传”是否构成本条所规定的不正当竞争行为问题。假设本案被告的比较广告客观真实，由于被告仅对药物稳定性(药理毒性)、水溶性、与阿片受体的作用(镇痛作用)等“美施康定”比“美菲康”好的三个方面进行了比较，如果这三个方面只是决定此类商品品质的次要方面，而在其他没有进行比较的重要方面“美施康定”比“美菲康”差，那么将会引起普通消费者误解，以为“美施康定”比“美菲康”好。在这种情况下，虽然比较广告属于真实宣传，但是引人误解。这一情形是否构成本条所规定的不正当竞争行为呢？有的意见认为，“引人误解”和“虚假宣传”是本条所规定的不正当竞争行为的两个构成要件，缺一不可，故“引人误解的真实宣传”不能构成本条所规定的不正当竞争行为。笔者认为，上述意见仅仅是从字面意义上进行理解的，难免有些机械和教条。事实上，故意隐瞒真实情况和陈述虚假情况的行为性质基本相同，只不过前者是不作为，后者是作为，而是否作为并不能影响行为性质的法律判断。因此，本条规定的重点和意旨在于“引人误解”，而不在于“虚假宣传”，即只要“引人误解”，无论是否“虚假宣传”，都应该构成本条所规定的不正当竞争行为。

退一步讲，只比较商品或服务次要的真实方面，而隐瞒商品或服务重要的真实情况，这种片面的比较广告可以认定为“虚假宣传”。2、关于“不引人误解的虚假宣传”是否构成本条所规定的不正当竞争行为问题。假设本案被告关于“美施康定”和“美菲康”在分解温度、PH值、水溶性等方面的比较数据虚假，这一情形是否构成本条所规定的不正当竞争行为呢？笔者认为，本条规定的法律精神在于“引人误解”，而不在于“虚假宣传”。因此，只要“不引人误解”，无论是否“虚假宣传”，都不应该构成本条所规定的不正当竞争行为。（二）关于反不正当竞争法第14条的适用。《反不正当竞争法》第14条规定，经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。结合本案具体情况来看，虽然被告关于“美施康定”和“美菲康”在分解温度、PH值、水溶性等方面的比较数据客观真实，但是关于“美施康定”比“美菲康”安全性高、吸收充分且稳定、使用效果强等比较无充分确凿的证据证实，应认定为捏造、散布虚伪事实。同时，被告捏造、散布虚伪事实的行为损害了竞争对手原告的商品声誉。商品声誉实际上是商业信誉的一部分，对商品声誉的侵害实际上就是对商业信誉的侵害。因此，被告利用比较广告的方法捏造、散布虚伪事实的行为，构成了本条所规定的不正当竞争行为。假设本案被告的比较广告客观真实，由于被告仅对药物稳定性(药理毒性)、水溶性、与阿片受体的作用(镇痛作用)等“美施康定”比“美菲康”好的三个方面进行了比较，如果这三个方面只是决定此类商品品质的次要方面，而在其他没有进行比较的重要方面“美施康定”比“美菲康”差。在这种情况下，虽然被告的比较广告

行为并不属于捏造、散布虚伪事实，但是属于片面对比宣传。这一情形是否构成本条所规定的不正当竞争行为呢?笔者认为，片面的比较广告可以认定为“捏造、散布虚伪事实”。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)