

# 解禁直接比较广告的合理性及规制重构

◆王艺珮 赵邦一

(1.郑州师范学院,河南 郑州 450000; 2.安阳市实验中学,河南 安阳 455000)

**【摘要】**为减少广告主之间的商誉破坏及不正当手段的竞争,我国一直对直接比较广告持有禁止的态度,禁止直接提及竞争者及其产品。但在现阶段,全面的禁止直接比较广告也存在过度干涉自由竞争、降低消费者福祉等不利效果。此外,直接比较广告在维护消费者知情权、促进市场良性运行的优势也不能忽视。当前在价值衡量之下,应该对直接比较广告的管制由禁止转为适度的允许。

**【关键词】**直接比较广告;合理规制;合法性标准;竞争法规制

广告作为减少信息偏在的特殊手段,是消费者了解想要购买的商品或者服务情况的重要渠道。在众多的广告形式中,由于比较广告通过明确的商品对比,具有了更为显眼的宣传效应。自20世纪中后期以来,比较广告带来的强广告效应有效提高了商品服务的销量,此类广告的比重也有了显著性提高。直接比较广告属于比较广告中的一种具体类型。在域外,肯德基、百事可乐等知名品牌的直接对比广告都属于经典的比较广告案例。不一而足,在我国,直接比较广告的运用也甚为广泛。例如:佳洁士针对高露洁的比较广告,汰渍针对蓝月亮的比较广告,都是典型的直接比较广告的案例。

虽然比较广告层见叠出,但在我国缺乏对比较广告具体的法律规定,致使比较广告一直游弋于合法与非法之间,因此比较广告在我国一直被比喻为“悬崖边的舞蹈”。我国法律对比较广告持有原则准许、例外禁止的态度。

直接比较广告虽然不可避免地具有利益驱动下的主观性和不公平性,容易造成商业诋毁,恶意利用之下会产生不良后果,但它对辅助消费决策、提高竞争效率具有极为重要的意义。况且,比较广告被不正当使用的负面效应,完全可以通过更为完善的法律制度予以规制。可见,所需规制的内容并非全部的直接比较广告,而是不正当的直接比较广告。以一刀切的方式全面禁止直接比较广告的适用,是一种因噎废食的表现。

因此,本文试图通过对于直接比较广告立法现状的阐释,明确直接比较广告存在的合理性;并通过实践中司法裁判的梳理,沿用我国法律对比较广告“原则上允许,例外禁止”的态度,对直接比较广告予以相应的限制,以期合理规制对直接比较广告的恶意利用,发挥直接比较广告的优势。

## 一、直接比较广告理论概述

### (一)直接比较广告的立法现状

现阶段,针对比较广告的法律位阶较低。直接规定了直接比较广告的为1993年工商行政管理局出台的《广告审查标准(试行)》第三十二条,在该法条中明确禁止了直接比较广告的适用。但是,在1996年《广告审查问答》中,工商行政管理局对于直接比较广告又持有了截然相反的态度。由于《广告审查问答》属于指导性意见,并不具有法律约束力。因此,仍应该以1993年实施的法律规范为准。从中足见,立法者对于直接比较广告的态度已经发生了转变,只是尚未以法律规范的形式解禁直接比较广告。

从1993年《广告审查标注(试行)》出台至今,我国《广告法》历经多次修改,但是在涉及比较广告条款方面几无变化。《反不正当竞争法》第二条、第九条、第十四条之规定,虽然可以适用于直接比较广告,但并非针对于此的直接规定,且不能囊括比较广告的全部情形。

### (二)直接比较广告的概念辨析

比较广告是指任何明示或者默示地表明某个竞争者的身份或者该竞争者的商品或服务的广告。随着市场经济的发展,消费者对所需商品和服务透明度的要求越来越高,这也致使比较广告成为消费者了解商业信息的主要手段。直接比较广告与间接比较广告属于比较广告中不同的广告宣传模式。

直接比较广告与间接比较广告表现形式不同,因此,针对两种广告类型的规制方法也不应相同。因此,准确区分直接比较广告与间接比较广告具有十分重要的意义。

直接比较广告是指在广告中直接提及竞争对手的比较广告,间接比较广告为“对一般性同类产品或服务”进行比较的广告。但这一界分尚存在争议——广告受众根据一般识别能力能够判断出比较对象的广告究竟属于直接比较广告还是间接比较广告。

在社会生活中,此种不具体言明比较对象,但受众基于普通识别能力在一般注意力下能够判断出比较对象的广告并

不鲜见。例如，今麦郎冰糖雪梨的广告中，女孩用棒球打飞红罐包装的饮料，并配广告词：“爷爷说喝冰糖雪梨才不上火。”在“怕上火，喝王老吉”的广告语广为人知的情境下，在红罐凉茶是王老吉的一般判断下，上述的冰糖雪梨的广告很容易使广告受众产生冰糖雪梨比王老吉下火的认知。此种暗指比较对象的广告与直接比较广告具有同等的效果，因此，将之归入直接比较广告的范畴更为合适。

综上所述，直接比较广告的范畴应该包括虽然未言明具体的比较对象，但是一般公众依据普通注意力可以判断比较对象的广告。

## 二、直接比较广告解禁的合理性分析

对直接比较广告的管制由禁止改变为允许，是对经济法中调制适度原则的遵循；也是在市场经济飞速发展大环境下，对直接比较广告的优劣势进行价值衡量的结果。

### （一）调制适度原则的遵循

经济法的调制适度原则要求调制本身必须满足必要性、适度性，以及合法性。对直接比较广告的规制由禁止变为允许，是遵循经济法调制适度原则的体现。

直接比较广告的出现是顺应市场经济运行规律的，此类广告也能有效地减少信息偏在的产生，帮助消费者做出对自身更为有利的决策。直接比较广告是一把双刃剑，正当的直接比较广告能够减少消费者获取信息的成本，使消费者以更低的成本获取尽可能多的信息；而不正当的直接比较广告往往会以弄虚作假的贬损形式，误导消费者的理性消费。因此，全面禁止直接比较广告，是利用法律手段对该种广告表现形式的干预，不符合以市场为基础的要求，因此不符合调制适度原则。

禁止直接比较广告的初衷，在于防范广告主之间的恶意诋毁与不正当竞争。禁止直接地比较，固然可以减少商业诋毁，但商业诋毁属于私人领域的事务。结合经济法的适度原则，若非必不可少，行政部门不应予以过多的干预。而对于可能对市场竞争产生不利影响的广告行为的干预，也应遵循最小损害原则，避免采用不当甚至是过度的干预手段。以法律规制的方式，全面禁止直接比较广告的适用，有过度规制之嫌。直接比较广告实际是广告主为实现收益的最大化，直接对抗竞争对手、争取交易机会的一种手段。直接比较广告的全面禁止，不利于保护竞争的法律目的的实现。

### （二）直接比较广告的优势

直接对比广告由于其比较目标明确具体，对辅助消费决策、促进市场经济有效运转具有重要意义。

从广告主的角度来看，直接与竞争对手的商品或服务进行真实性、有效性的比较，不会对竞争对手的声誉产生不当的不利影响。一方面，采用直接比较的广告形式，能够鲜

活生动地突出自身商品与服务的优势，有利于扩大产品市场。如若仅限于间接比较的广告形式，则需要与相关产品市场的其他不特定的商品服务进行对比，难以令广告受众信服。另一方面，《广告审查标准（试行）》中虽然明确，在进行抽象比较时，必须要有科学的依据及证据证明。但由于抽象比较广告采用的是以一对多的比较方式，该举证的难度过大，致使该条款内容可操作性不强。而具体比较广告采用的是以一对一的比较，广告主更容易提出科学的依据证明相关广告内容。

从消费者的角度来看，消费者与经营者是两大对立主体，经营者发布广告的目的是为了通过争取交易市场的方式，追求利润的最大化；消费者则是追求使用价值即效用的最大化。要解决消费者与经营者之间的冲突，首当其冲的是要解决信息偏在的问题。抽象比较广告不指明竞争对手，容易使竞争者利用大众传媒的传播渠道造成消费者视听上的影响，使消费者难以划分产品比较的具体内容，对消费者而言具有被误导的风险。而直接比较广告因其比较对象具体明确，在实践中往往能给消费者留下深刻印象，能够使消费者在较短的时间内，获取到有关经营者的信息，有利于消费者的辨别和选择，从而更好地保护消费者的权益。

从保护市场秩序的角度来看，直接比较广告明确比较对象，是一种指名道姓的比较，如果广告主推广的产品较之被比较者的产品或服务确实更为物美价廉，消费者就会采用“用脚投票”的方式，选择广告主所推广的产品。而被比较者在不改进技术条件、提高产品质量和服务水平的情形下，势必会失去市场占有率。在此种情形下，有利于形成市场竞争的良好氛围，激励技术的革新，提高资源的配置效率，最终促进消费者福利。

综上所述，直接比较广告带来的正面效益远远大于其运用不当带来的负面效应。对于不正当的直接比较广告也可以通过法律规定等形式予以规范。对直接比较广告的管制由禁止改为必要的限制，是遵循调制适度原则的需要，也是促进市场经济发展的需要。

## 三、直接比较广告的限制条件分析

正当的直接比较广告具有抽象比较广告所不具备的诸多益处，而不正当的比较广告却会造成商业诋毁等不良后果，甚至造成竞争秩序的混乱。相较于其他方式，直接比较广告更容易产生误导消费者的不利后果。因此，将针对直接比较广告的管制由完全禁止改为允许，就必须对直接比较广告的限制条件予以明确。

在司法实践中，争诉双方往往会由于直接比较广告产生争议，被比较者也往往会以商业诋毁、虚假宣传为由诉诸法院，要求广告主停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失。因此，对于直接比较广告予以合理的限制，需要解决的是防范广告主

采用直接比较广告的方式进行商业诋毁与虚假宣传。

为防止上述情形的出现,我国《广告法》也对广告发布行为予以了原则上的限制。《广告法》规定,广告主发布广告必须遵守法律、法规的相关规定,遵循诚实信用原则与公平原则,发布的广告在内容上必须真实合法,不得含有虚假或引人误解的内容,以避免对消费者产生误导。无独有偶,《国际商会广告行为准则》第五条、第六条也做出了类似的规定。人民法院在审理涉及比较广告的案件时,也往往在判决理由部分提及,“在市场交易中,经营者为宣传其产品而发布的比较广告应当遵循法律规定的基本原则和公认的商业道德,应当遵守比较广告的行为准则,不得以虚假事实诋毁竞争对手”。

具体而言,在直接比较广告中,必须采用公平合理的比较方式。首先,被比较的商品或者服务应该与广告主宣传的产品或服务属于同一类别。对比广告也应该针对产品的共同特征进行比较,更应该在同等条件下进行比较,如果只对个性进行比较或者在不同条件进行比较,对被比较对象甚为不公。

直接比较广告对比的内容要以客观存在的具体事实为依据,不得散布虚假信息。广告内容的表述必须准确,内容也应是真实确切的。广告内容可以参照《广告审查标准(试行)》中的标准,即“广告必须有科学的依据、证据证明。使用的数据或调查结果必须有证据证明,并提供相关专门检测机构的证明”。

直接比较广告所提供的信息应当真实全面,不得采用不正当竞争的手段,仅就片面的内容进行对比。在引用检测报告时,也必须以事实出发,全面准确反映报告中的全部数据,不能断章取义地只截取对本产品有利的部分。但广告发布本身也不能给予广告主过于严格的要求,能够使消费者正确理解,所指代的应该是一般公众在一般注意力下能够正确理解即可。

综上所述,解禁直接比较广告,并不意味着对此类广告毫无限制。直接比较广告也应该“带着镣铐跳舞”,直接比

较所采用的比较方式必须公平合理,广告内容必须真实、全面。

#### 四、结束语

直接比较广告除了包括在广告中直接明确对比商品或者服务的比较广告,还应该包括虽未言明具体的比较对象,但是一般公众依据一般注意力可以判断出比较对象的广告。

直接比较广告的适用有利于为经营者争取更为广阔的产品市场,对消费者而言也有利于在较短时间内准确把握产品信息,便于消费决策。从市场秩序的角度来看,直接比较广告的运用也有助于促进市场竞争,提高资源配置效率,实现优胜劣汰。直接比较广告具有其他广告形式无法替代的优势。因此,应该“解禁”直接比较广告。然而“解禁”也应该是有限度的,由于直接比较广告对比的参照商品具体且明确,如果不能对比较内容加以以规制,很容易造成恶性竞争,损害所对比经营者的商誉,最终对消费者福利产生不利影响。因此,应该对直接比较广告的公告及其内容予以必要的限制,直接比较广告的比较方式应该公平合法,广告内容应该真实全面。

#### 参考文献:

- [1]许明月,邓宏光.论比较广告的法律规制[J].法学,2005(10):60-67.
- [2]宋亚辉.比较广告的修法议题与域外经验[J].中国工商管理研究,2015(03):22-27.
- [3]王相举.直接比较广告及其中的商标侵权问题探微[J].中国电子商务,2010(11):183-184.
- [4]郭骞.比较广告的法律问题研究[D].中国政法大学,2016.

#### 作者简介:

王艺珺(1995—),女,汉族,河南郑州人,硕士,助教,研究方向:经济法。

赵邦一(1981—),男,汉族,河南开封人,本科,一级教师,研究方向:数字法治。