

摘要

《广告法》第九条第（三）项与该法第五十七条第一款第（一）项，系广告绝对化用语之行为定性 with 法律责任条款。在 2015 年修订的《广告法》实施后，“杭州方林富炒货店‘最’字处罚案”成为首例引发热议的案例（下文统称为“杭州方林富案”），争议点集中于处罚后果是否合理、是否过罚相当。随后，在实践中发生的同类案例数量明显增加，包括行政处罚案例和诉讼裁判案例。这些后续发生的诸多案例所引出的共性问题可归结为，广告绝对化用语之行为定性 with 责任条款的适用。前述问题促使对关联条款的检视，反映出广告绝对化用语之行为认定条款的适用范围界定标准不明，以及广告绝对化用语之责任条款处罚方式单一、定额罚款幅度宽泛且起罚点偏高等规范疏漏。由此，如何应对因规范存在疏漏而面临的实践困境，进一步在广告绝对化用语行政规制中实现合法性 with 合理性的兼顾，成为本文的研究目的 with 中心内容。

针对归纳所得行为定性 with 责任条款之规范疏漏问题，本文通过对理论层面的文献分析、规范层面的关联条款分析，以及对实践层面的案例实证分析等研究方式，在对现有理论研究成果，关联条款的发展、现行样态、规范意旨等，以及实践规制状况有了较为充分了解的基础上，试图从研究方法、问题分析的视角以及解决对策等方面找寻新思路。首先，在研究方法上，已有学术成果大多注重理论层面的分析，较少会基于大量案例的梳理和统计进行实证研究，即便是有，但所选取的案例样本在时效性方面略显欠缺，本文通过案例实证的研究方式，对检索到的至今为止发生的处罚决定和裁判案例进行筛选，得出 293 件处罚案例 with 171 件裁判案例，在案例样本的时效性跟进、类型化梳理方面体现新思路；其次，在问题分析的视角以及解决对策方面，已有学术成果能够较为全面的涵盖当前广告绝对化用语规制中的既存问题，但分析的具体化程度、解决对策的可操作性程度参差不齐，本文因是在按案例时效性和样本数充足的基础上开展的分析，将研究所得结论对当前实践中迫切问题的及时解决作为首要的考虑。

在正文内容的框架结构设置上，本文遵循研究的基本思路，总体分为四章，第一章由作为经典案例的“杭州方林富案”的引入，开启广告绝对化用语行政规制现状的分析，包括实践现状和关联条款的考察，而后引出问题，归结为行为定性 with 责任条款的适用。第二章和第三章分别就行为定性问题和责任条款问题，从条文、学者理论成果和实践做法等方面深入分析。第四章则是对问题解决的可行对策之确定。所得结论为，首先，在行为定性问题上，需确定广告绝对化用语行为违法边界及明晰的构成要件，为此，一是可以通过发布适用《广告法》相关问题的解释，说明该

法第九条第（三）项“等”的用意，明确规范对象的范围，具体以本条设立意旨中的“误导性”和“贬低同行”为首要分界点，并在进一步判断二者时，将广告绝对化用语区分为客观事实陈述型和主观意见表达型两类，限缩条文的适用范围，而在对行为违法构成进行判断时，根据实践案例复杂程度，对于一般案例可以参考刑法“要件论”，对于特殊疑难案例可以参考刑法“阶层论”，同时，结合市场监管总局第三次局务会议于2023年3月24日通过并发布的《广告绝对化用语执法指南》的规定，在后续实践中不断完善广告绝对化用语违法行为的处理方式；二是出台指导性案例为各地行政机关认定或法院裁判同类案件提供指引，其内容的设置以确立“杭州方林富案”的典型参考价值和对其他案例共性问题提出的明晰对策为主。其次，在责任条款的问题上，一是遵循《宪法》中相关基本权利保障的规则，基于《宪法》第三十五条中的言论自由条款和第十三条中的财产权保障条款在《广告法》绝对化用语规制条款中的权利具体化分析，以合宪性解释方法助力条文适用范围合理边界的明确；二是有效衔接《广告法》和《行政处罚法》，同时结合最新颁布实施的《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》，明确合理的裁量基准，在法律责任的确定上，将广告绝对化用语按照违法严重程度归入不同级别，再将法定罚款金额幅度细化分层，根据《行政处罚法》中的从轻或减轻、不予处罚等量罚情节，做到行为与处罚后果相适配。

关键词：广告绝对化用语；违法构成；行政裁量；司法审查；合宪性解释

Abstract

Article 9 (3) of the Advertising Law and Article 57 (1) of the Law are the qualitative behavior and legal liability clauses of absolute terms in advertising. After the implementation of the revised "Advertising Law" in 2015, the "punishment case of" the most "character in a Hangzhou Fang Stir-fry shop" became the first case to arouse hot discussion, with the controversy focusing on whether the punishment consequences are reasonable or excessive. Subsequently, the number of similar cases in practice increased significantly, including administrative punishment cases and litigation adjudication cases. The common problems arising from these subsequent cases can be summed up as the qualitative behavior of advertising absolute terms and the application of the liability clause. The above problems prompt the examination of related clauses, reflecting the unclear definition of the applicable scope of the behavior identification clause of advertising absolute terms, as well as the omission of the liability clause of advertising absolute terms with a single penalty method, a wide range of fixed penalty and a higher starting penalty point. Therefore, how to deal with the practical dilemma caused by the omission of norms and further realize the balance between legality and rationality in the administrative regulation of absolute terms in advertising has become the research purpose and central content of this paper.

In view of the normative omissions of the qualitative behavior and responsibility clauses, this paper, through the literature analysis at the theoretical level, the correlation clause analysis at the normative level, and the case empirical analysis at the practical level, analyzes the existing theoretical research results, the development of the correlation clause, the current pattern, the normative content, etc. On the basis of fully understanding the situation of practice regulation, it tries to find new ideas from the aspects of research methods, problem analysis perspective and solutions. First of all, in terms of research methods, most of the existing academic achievements focus on theoretical analysis, and few empirical studies are conducted based on the combing and statistics of a large number of cases. Even if there are, the selected case samples are slightly lacking in timeliness. This paper selects the punishment decisions and adjudication cases retrieved so far through the empirical research method of cases. 293 punishment cases and 171 judgment cases were obtained, which reflected new ideas in the timeliness follow-up and classification of case samples. Secondly, in terms of the perspective of problem analysis and solutions, existing academic achievements can comprehensively cover existing problems in the current regulation of absolute terms in advertising, but the degree of specificity of the analysis and

the degree of operability of the solution vary. This paper carries out the analysis on the basis of case timeliness and sufficient sample number. The first consideration is the timely solution of the urgent problems in the current practice.

In terms of the framework and structure of the text content, this paper follows the basic idea of the research and is generally divided into four chapters. In the first chapter, the introduction of "Hangzhou Party A case", as a classic case, starts the analysis of the current situation of administrative regulation of absolute terms in advertising, including the practice situation and the investigation of relevant clauses, leads to the question, which comes down to the qualitative behavior and the application of liability clauses. The second chapter and the third chapter respectively analyze the qualitative problem of behavior and the liability clause from the aspects of the provisions, scholars' theoretical achievements and practice. Chapter four is the determination of the feasible path to solve the problem. The conclusion is that, first of all, in terms of the qualitative behavior, it is necessary to determine the illegal boundary and clear constitutive requirements of the absolute terms in advertising. To this end, firstly, the purpose of "etc" in Article 9 (3) of the Advertising Law can be explained by issuing the explanation of relevant issues applicable to the Advertising Law, and the scope of the regulated objects can be clearly defined. Specifically, "misleading" and "disparage peers" in the establishment intent of this article are taken as the primary demarcating points, and when further judging the two, advertisements in absolute terms are divided into objective fact statement type and subjective opinion expression type, and the scope of application of the provisions is limited. When judging the illegal behaviors, according to the complexity of practical cases, For general cases, it can refer to the "essential elements of criminal law", and for special difficult cases, it can refer to the "class theory" of criminal law. At the same time, according to the feedback results of the newly released "Law Enforcement Guidelines on the Supervision of Absolute Terms Advertising (Draft for Comments)", it can be improved and promulgated. Second, guiding cases are issued to provide guidance for local administrative organs to recognize or courts to adjudicate similar cases. The setting of the content is mainly to establish the typical reference value of a case of Hangzhou and put forward clear countermeasures to the common problems of other cases. Secondly, on the issue of liability clause, first, following the rules of basic rights protection in the Constitution, based on the analysis of rights concretization in the absolute terms regulation clause of the Advertising Law in the freedom of speech clause in Article 35 of the Constitution and the protection of property rights clause in Article 13 of the Constitution, the reasonable boundary of the scope of application of the clause is clarified by means of constitutionality interpretation. The second is to effectively link the application of Advertising Law with the association rules and principles of Administrative Punishment Law. At the same time, in combination with

the newly promulgated and implemented Guiding Opinions on Regulating the Discretion of Administrative Punishment for Market Supervision and Management, the reasonable discretion benchmark is clearly defined. In the determination of legal liability, the absolute terms of advertising are classified into different levels according to the severity of the violation. Then the legal fine amount range of detailed stratification, according to the "administrative penalty Law" in the light or reduce, no punishment of the same amount of punishment, so that the behavior and punishment consequences match.

Key Words: advertising absolute terms; Constituting an offence; Administrative discretion; Judicial review; Interpretation of constitutionality

目 录

导论.....	1
一、选题背景与意义.....	1
二、国内外研究现状.....	3
三、研究思路与方法.....	9
四、不足与拟创新点.....	9
第一章 广告绝对化用语行政规制现状及问题	11
第一节 “杭州方林富案”引发的争议.....	11
一、广告中使用绝对化用语之违法依据存疑	11
二、行政处罚本应遵循的过罚相当原则存疑	11
第二节 广告绝对化用语规制现状之规范与实践考察	12
一、关联规范梳理.....	12
二、实践规制现状.....	17
第三节 广告绝对化用语行政规制之问题引出	27
一、行为定性缺乏细化且统一的标准.....	27
二、责任条款的适用在行政处罚原则限制下存有争议	27
第二章 广告绝对化用语规制之行为定性问题分析	29
第一节 《广告法》第九条第(三)项之条文检视.....	29
一、文义界定且行为定性要件不明确.....	29
二、本条禁止的广告绝对化用语范围.....	31
三、绝对化用语广告与相关易混淆概念之辨析	37
第二节 广告绝对化用语构成违法之实务做法与理论方案	40
一、实践中追求效率的机械执法与追求公正的艰难司法	40
二、刑法学理上的“阶层论”与“要件论”之参考价值	44
第三章 广告绝对化用语规制之责任条款适用问题分析	48
第一节 《广告法》第五十七条之条文检视	48
一、责任条款的设置存有“过罚不当”的风险.....	48
二、在《宪法》财产权保障条款下的合宪性存疑	48
第二节 责任条款适用问题之实践做法与理论方案	51
一、应对处罚后果“过罚不当”之实践举措	51
二、应对处罚后果“过罚不当”之理论方案	64
第四章 合理规制广告绝对化用语之可行对策	67
第一节 行为定性:明确广告绝对化用语的违法边界及构成要件	67
一、确立适用《广告法》有关问题的解释和执法指南	67
二、形成指导性案例为办案主体提供指引.....	70

第二节 法律责任:实现《广告法》与其他关联规范间有效结合	71
一、遵循《宪法》中相关基本权利保障规则	71
二、有效衔接《行政处罚法》中量罚情节有关规则	71
结论.....	74
参考文献.....	75

导 论

一、选题背景与意义

(一) 选题背景

1. 立法背景

现阶段针对广告绝对化用语现象的规制，在法律这一位阶上主要为《广告法》，同时结合《行政处罚法》的关联规则。此外，也包括其他效力层级的规范。

就《广告法》而言，从 1994 年首次被制定并颁布实施以来，在 2015 年修订了一次，并分别在 2018 年和 2021 年进行了两次修正。从修改的内容来看，关联使用绝对化用语这一类广告违法行为，变化的重点是法律责任部分。1994 年《广告法》第四十条规定的是“处广告费用一倍以上五倍以下”的罚款方式，而 2015 年修订后的《广告法》第五十七条，首先将处罚主体明确分为“广告主、广告经营者和发布者”三类；其次是加大了处罚力度，直接规定“处以二十万元以上一百万元以下”的幅度罚，且区分主体，根据违法情节增加了“吊销营业执照”等处罚方式。¹就该条款的释义来看，大幅度提高罚款数额是立法者的明确意思，是有意的政策判断和立法选择，同时，此条款在形成过程中产生过不少意见和建议，如有的建议降低罚款限额，有的提出此种法律责任的设置不符合“过罚相当”原则，但立法机关依然没有改变原意，且建议国务院要确保全面落实修订后的《广告法》之各项规定。²

就《行政处罚法》而言，自 1996 年颁布并实施以来，分别经历了 2009 年、2017 年和 2021 年三次修正。比对条文内容可知，在处罚的种类和设定、实施机关、管辖和适用及法律责任等方面都有所变动。而关联广告绝对化用语的规制，主要是在处罚情节方面，如怎样在具体个案中认定和适用从轻、减轻或不予处罚等情节，以及关于行为违法性的认定要件方面，如何将《广告法》与《行政处罚法》有效衔接，做出符合“处罚法定”、“过罚相当”等行政处罚原则的处罚决定。

就其他效力层级的规范而言，³现行有效的包括：行政法规有《国务院关于发布〈广告管理条例〉的通知》（国发〔1987〕94 号），国务院规范性文件有《国务院办

¹雷庚. 绝对化广告规制条款的合宪性调控[J]. 法律方法, 2020, 30(01): 259-270.

²全国人大常委会法制工作委员会编. 中华人民共和国法律释义丛书中华人民共和国广告法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 197.

³从北大法宝数据库检索广告相关领域的规范, 在法律法规检索框中选择标题并输入检索词“广告”, 从效力级别划分来看, 法律有 6, 行政法规有 3, 司法解释有 4, 部门规章有 789, 军事法规规章有 1, 党内法规制度有 19, 行业规定有 23.

公厅关于加强广告宣传管理的通知》（国办发〔1985〕75号）；⁴大量的部门规章，涉及房地产、农药、兽药、药品、医疗器械、保健食品、互联网等的特定领域；以及各地方根据本地广告执法管理工作制定实施的地方规范性文件，如《浙江省工商行政管理局关于广告监管执法若干问题的指导意见》（浙工商综〔2018〕10号），《成都市工商行政管理局关于印发〈关于广告监管执法若干问题的指导意见（试行）〉的通知》（成工商发〔2018〕44号）等。此外，市场监管总局广告监管司于2022年12月7日发布的《广告绝对化用语执法指南（征求意见稿）》，以及于2023年3月24日最新发布并实施的《广告绝对化用语执法指南》，其内容包括对“广告绝对化用语”的指向性解释，广告监管执法工作应遵循的原则，《广告法》禁止的广告绝对化用语范畴和例外，以及包括从轻减轻或不予处罚在内的裁量情形等方面。

2. 实践背景

从广告绝对化用语规制实践状况来看，最先引发热议的典例是“杭州方林富案”。在该案中，方林富炒货店在其所售卖栗子的包装袋上，使用了含“杭州最好吃”等的绝对化用语，受到当地市场监管局的查处，对此作出了二十万的罚款决定，此案从2016年3月22日做出处罚决定到2018年9月7日做出终审判决止，历经长达两年半的时间，以变更罚款数额为10万元结束。⁵关于该处罚后果的合理性，至今仍然有不少学者在研究广告绝对化用语规制问题时提及并分析，有的认为判决结果的法律论证欠缺，⁶有的认为广告绝对化用语规制条款本身存在合宪性问题，⁷也有的通过实证分析的方式，从威科先行数据库检索自2010年至2019年期间的实务案例，从中抽取100份处罚决定书和40份行政裁判文书，针对广告绝对化用语的定性和违法类型进行梳理，发现行政机关认定构成虚假宣传的占62%，构成法律禁止的广告绝对化用语占21%，构成虚假广告的展14%，而不构成法律禁止的广告绝对化用语占3%，且依据作者在文章中列出的数据表，构成法律禁止的广告绝对化用语中，“最”、“顶级”、“第一”占据更多比例；而就行政诉讼案例而言，在抽取的40份裁判文书中，驳回原告诉求、维持行政处罚决定的占据多数。⁸

综上所述立法和实践背景，当前广告绝对化用语的行政规制难点或说造成障碍的因素在于，法律效力级别最高的《广告法》不设例外的完全禁止绝对化用语，以及法律责任的沉重性。考虑到消费者和商家在市场经济中主体地位的强弱性不同，

⁴以往行政法规多用“通知”发布，以文件的形式上传下达，根据《国务院办公厅关于改进行政法规发布工作的通知》（国办发〔1988〕25号），改为“命令（令）”形式发布，此处为1988年之前发布的法规，是以“通知”的形式发布。

⁵参见浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01行终511号行政判决书。

⁶郑琦. 行政裁量基准适用技术的规范研究——以方林富炒货店“最”字广告用语行政处罚案为例[J]. 政治与法律, 2019(03): 89-100, 第90页.

⁷雷庚. 绝对化广告规制条款的合宪性调控[J]. 法律方法, 2020, 30(01) 259-270.

⁸汤慧. 绝对化广告用语的认定与规制[D]. 南京师范大学, 2020: 5-14.

《广告法》规范意旨所体现的针对消费者和经营者权益保障程度的差异性具有合法性，但是，遇到具体个案时，严格的规范不应仅局限在合法性上，而忽视结果的正当性、合理性和可接受性。同时，法律条文不加解释地简单列举并设置绝对化用语的兜底条款，绝对地规定二十万到一百万的罚款，在社会公众有监督、举报和投诉的权利以及社会政策给予鼓励并奖励的情形下，不免引发职业打假人的出现，不仅可能有损广告主的合法权益，也可能会白费办案资源，降低广告监管工作的效率。

（二）研究意义

1. 理论意义

研究广告绝对化用语的行政规制问题，围绕此类行为违法性认定要件和责任条款的检视，在理论上，一方面，有助于界定广告绝对化用语的违法边界，如现行《广告法》第九条第（三）项中“等”的表述，在当前立法一律禁止使用绝对化用语的态度基础上，如何划定其外延，明确本条的适用范围等；另一方面，对条文本身的法教义学分析，有助于促成具有统一指导价值的司法解释。

2. 现实意义

通过对案例的实证分析，发现引发当前广告执法环节和司法环节中的问题的原因主要在于违法行为的认定和责任条款的适用两方面，从本文查阅到的学者文章来看已有的研究成果，虽然产生了不少较好的解决对策，但由于在规范层面一致存在的条文疏漏还未能修补，实践中仍然面临难点。在依法行政原则下，行政主体即便认识到处罚决定可能会导致过罚不当的后果，也会在处罚法定的要求下，不敢轻易在法定幅度以外予以处罚，即便是可以考虑《行政处罚法》的量罚情节，但因社会事务繁杂多发，追求行政办案效率必然面临较大工作压力，因此，行政办案主体一般较少会花费更多成本追求个案实质正义。本文从北大法宝和威科先行数据库检索近10年的处罚案例和法院裁判案例，发现当前实践中有关广告执法面临的困境，寻求可行的解决对策，一方面，明确法律禁止的广告绝对化用语范围和违法性构成要件，有助于广告执法工作中确定较为完整的调查取证方向，并有利于行为的定性；另一方面，对责任条款的解释和细化，有助于克服法律适用障碍，以及明确处罚时行政裁量基准和量罚情节的运用方式，有益于避免过罚不当，促进办案公正性。

二、国内外研究现状

（一）国内

当前国内学者对于广告绝对化用语规制的最新研究成果不太多，研究中的主要问题大致可归为定性和处罚两大类。具体包括：绝对化用语的违法性认定标准不统一，处罚情节标准不清，惩处规则缺乏分级分类，行政处罚裁量基准的适用问题，过罚失当等。研究的角度或说切入点主要有：规范条文本身的法释义学分析，“比

例原则”或“过罚相当原则”在广告绝对化用语规制问题上的适用分析，结合《宪法》对《广告法》关联条款进行合宪性检视，以及行政处罚裁量基准的确定或适用等。

由上述归类的问题，以解决对策为分类标准，将学者们现有的研究成果进行总结梳理，并归入到本文研究所围绕的中心问题中，即行为违法性认定和责任条款的检视和适用。

1. 广告绝对化用语违法性认定

(1) 商业广告内涵的界定以及对其定性的基本准则

学者胡之群、陈通以及罗正恩认为，类似广告绝对化用语、虚假广告等的界定，首先要认定其是否属于商业广告，并从广告学意义上分析了“广告”的概念；其次梳理了广告的特征、法律构成要件、与信息宣传之间的关系，以及与虚假广告、不正当竞争行为之间的区分；最后得出“需要通过宣传的内容和媒介、当事人的意图及产生的后果等方面来综合认定”的结论。⁹学者陈勇从相关易混淆的概念区分的角度，试图界定广告绝对化用语的性质，指出常见情形为广告绝对化用语与虚假广告间的竞合问题，并认为这是与绝对化用语本身并无关联的其他外界因素所导致，例如那些无法证明用语真实性、可靠性的依据等。¹⁰

(2) 明确广告绝对化用语的判断标准及其例外情形

研究者吴佳新认为，规制违法行为的前提是定性，即假定条件和行为模式的确定，对于实践中出现的违法广告行为，关键是归类，进而针对性的找法，作者提出几点判断标准，包括：词义是否相同、语义是否关联、语境是否排他、表达是否客观，且列举了应予排除的合理情形，如表示时空顺序的用语，明示自我比较的程度分级，被认定或公认的产品分级，广告绝对化用语指向共有目标，以及可以证实的有关历史事实等。¹¹学者左亦鲁认为，《广告法》强调保护处于弱势一方的消费者并无不当之处，但却忽略了一律禁止广告绝对化用语可能对经营者合法权益造成的不当损害，尤其从言论自由层面，认为法律要求“保护消费者”不等同于可以打着这一旗号任意干涉广告内容。¹²由此可知，学者赞同应当明确广告绝对化用语的例外情形，但就具体如何设置，未做进一步讨论。

此外，研究者汤慧通过 X 阶标理论和意义理论对广告绝对化用语进行分析，以期广告绝对化用语的判断标准提供具体操作方案，她认为，在通过广告语言宣传产品、吸引大众的同时，需注意遵守“游戏规则”，即语言文字的规范性，在语义学中，X 阶标理论与意义理论为多数学者认同，并将其作为分析句子规范性问题的

⁹胡之群，陈通，罗正恩. 论商业广告定性的基本准则[J]. 中国市场监管研究，2018（1）：61-65.

¹⁰陈勇. 关于“绝对化语言”还是“虚假宣传”的分析[J]. 知识经济，2019（18）：110-112.

¹¹吴佳新. 论引人误解虚假广告的判定标准[D]. 华东政法大学，2018.

¹²左亦鲁. 公共对话外的言论与表达从新《广告法》切入[J]. 中外法学，2016，28（04）：971-993.

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/508066013060006134>