

行政复议决定书

越秀府行复〔2019〕62号

申请人：XX有限公司。

法定代表人：蔡某。

被申请人：广州市越秀区市场监督管理局，地址：广州市越秀区解放北路813号。

法定代表人：谢文，职务：局长。

申请人XX有限公司不服被申请人广州市越秀区市场监督管理局于2019年6月25日作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX号）向本府申请行政复议，本府依法已予以受理。本案现已审理终结。

申请人请求：依法撤销被申请人于2019年6月25日作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX号）。

申请人称：2019年6月25日，被申请人针对申请人作出《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX号），认定申请人通过公司微信公众号，发放宣传单张的途径发布违法广告，因此责令申请人停止发布违法广告，罚款16650元，并于当日将该《行政处罚决定书》上传至“国家企业信用信息公示系统”申请

人 XX 有限公司的网页上。

申请人认为，被申请人的上述认定及行政处罚决定，在事实认定上、行政程序上和法律适用上都存在严重的错误，有选择性执法的嫌疑，而且行政处罚决定所依据的证据又严重不足，被申请人在证据的收集和事实认定方面违背“全面、客观、公正”的原则，仅凭现有的这些不直接、不充分、不明确的证据，不足以认定申请人存在发布违法广告行为。因此，被申请人于 2019 年 6 月 25 日作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号）依法应当予以撤销。具体理由如下：

一、行政处罚决定存在严重的事实认定错误。

（一）申请人的行为不应认定为发布商业广告的行为。

《广告法》第二条第二款规定：“本法所称广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。”

关于商业广告的认定要件，立法者作出了明确解释：“商业性广告具有 3 个基本要件：其一，商业性广告的广告主必须是经营性的或以营利为目的的商品经营者或者服务提供者；其二，商业性广告是一种付费的宣传；其三，商业性广告的目的是通过一定媒介和形式，直接地或间接地宣传本企业产品或服务项目，彰显或表现本企业形象，而最终地把自己的商品或服务，推销给消费者或提供给消费者。”

（1）申请人的行为不符合商业广告的上述 3 个基本要件。就第一个要件而言，其一，商业广告一般具有广告主、广告经营

者、广告发布者，本案中也没有广告经营者和广告发布者。其二，若认定申请人发布了违法广告，那么申请人一定是以营利为目的的服务者，但申请人的营业执照的经营范围“文化艺术业”，而文化艺术业多为公益性事业。就第二个要件而言，其一，申请人的公众号也好，所谓的“宣传单张”也好，根本不存在“付费的宣传”。《处罚决定书》中所说的“委托私人维护微信号的费用为 5000 元”以及“印刷费用共计 6100 元”均是无中生有，是执法人员为了达到处罚的目的，向申请人硬性索要的。执法人员硬性要求申请人“剥离出宣传费来”。至于所谓的“收据”是被申请人的执法人员在引诱执法之下由申请人自己填写的，而且“收据本”也是申请人公司的。因为，事实上，申请人的公众号是由申请人的工作人员免费维护的，是公司内部用来发布通知和联络用的，迄今关注人数才 127 人，根本没有付过什么费用；所谓的“宣传单张”属于公司简介类的内部资料，而且被锁在申请人住所的办公室内，没有张贴到电线杆、公交车身、墙壁上等公众可以知悉的地方。所以，公众号也好，单张也好，根本不具备商业广告的宣传功能，更不是“付费的宣传”。就第三个要件而言，申请人根本没有通过一定的“媒介和形式”。其一，广告是广而告之。本案中，公众号的关注度迄今才 127 人，很难说是广而告之。《处罚决定书》第 2 页说“宣传单张剩余 700 份”根本不是事实，被申请人也没有证据证明“宣传单张剩余 700 份”。其二，广告是通过一定的媒介和形式的“广而告之”，媒介是指大众传播媒介，主要是指报刊、电视、广播、电影、互联网、墙体、车

身、电子显示屏等。从国家工商总局公布 2017 年第三批虚假违法商业广告 15 个典型案例中可以看出，虚假违法商业广告主要是通过广播、电视、动车车展媒体、互联网媒体来发布的商业广告。而在本案中没有出现这些媒介和形式。

（2）申请人在自己的微信公众号上如实介绍自己的公司，不应认定为商业广告。《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号）认定：申请人在自己内部使用的公众号上介绍自己公司的相关数据没有标明出处，因此构成违法。事实上，这些数据是申请人公司内部人人皆知的数据，不是从什么文献或者文件中引证得来，因此也没有必要标明出处。而且，根据国家工商总局《关于依据〈反不正当竞争法〉对虚假宣传行为定性处罚有关问题的答复意见》（工商竞争字〔2013〕174 号）的一文中指出，即便企业在互联网上发布虚假、不真实的企业简介信息，也是属于引人误解的虚假宣传行为，可以依据《反不正当竞争法》第九条第一款和第二十四条的有关规定定性处罚，而不是依据广告法来进行定性处罚。根据这一答复精神，企业网页上及企业内部公众号上的企业简介不宜认定为商业广告。

（二）《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号）对本案的事实陈述也不符合客观事实。例如：

（1）《行政处罚决定书》第 1 页开首自然段“根据投诉举报”，但是，当申请人要求告知是什么样的投诉举报时，被申请人一直没有告诉申请人，究竟是什么类型的“投诉举报”，是消费者举报，还是恶意的职业举报人举报？

(2) 《行政处罚决定书》第1页开首自然段“现场发现当事人涉嫌利用微信公众号和宣传单张对其经营传媒艺术培训类服务作出承诺的宣传活动”的陈述根本不符合事实。2019年1月24日申请人的全体工作人员正在外地集训，执法人员去申请人住所现场执法时，恰好申请人的住所大门紧闭。于是，被申请人的执法人员就用XX的手机给申请人的一个工作人员打电话，申请人这才派两个工作人员匆匆赶回住所办公地点为执法人员开门，让执法人员进入办公室检查。申请人根本没有进行过“现场的宣传活动”。

(3) 《处罚决定书》第1页倒数第2自然段和第2页第1自然段中所说的“委托私人维护微信信号的费用为5000元”以及“印刷费用共计6100元”均是无中生有，是执法人员为了达到处罚的目的，向申请人硬性索要的。执法人员一直硬性要求申请人必须“剥离出宣传费来”。至于所谓的“收据”，是被申请人的执法人员在执法中强迫申请人自己填写的，而且“收据本”也是申请人公司的。这从被申请人下发给申请人的《限期提供材料通知书》也可以看出。

(4) 《处罚决定书》第2页第1自然段“当事人为扩大宣传力度，于2018年8月和10月分别委托私人印刷当事人提供内容和版面的‘加入我们梦想起航’、‘传媒高考第四科助你多渠道实现重本梦’的A3纸大小宣传单张并对外发放，宣传单张内容使用资深传媒人、大学教授、及往年学生成绩展示、宣传，截止案发当日，宣传单张剩余700份，印刷费用共计6100元。”

对此，申请人不予认可。其一，被申请人所陈述“加入我们梦想起航”、“传媒高考第四科助你多渠道实现重本梦”的单张上的名称是“XX 传媒教育文化教育中心”，而不是申请人“XX 有限公司”。其二，这些单张是并没有对外发放和宣传，而只是放在被锁的办公室里，很多情况下是申请人为招聘职员时让职员了解我们公司概括用的。其三，被申请人陈述“截止案发当日，宣传单张剩余 700 份”没有任何依据。其四，“印刷费用共计 6100 元”是在引诱执法情况下(执法人员说只要如实提供制作费用可以从轻或免于处罚)，由申请人编造出来的。

总之，在本案中，被申请人存在着严重的事实认定错误。而且根据《行政处罚法》第三十条规定：“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚”。在本案中，被申请人在根本没有“查明事实”的情况下，有意绕过法定的行政听证程序，直接作出一个《行政处罚决定书》。这属于“违法事实不清的，不得给予行政处罚”的情形，因此，依法应当予以撤销。

二、行政处罚决定存在严重的程序违法行为。

在被申请人作出《行政处罚决定书》(穗越市监工处字[2019]XX 号)的过程中，存在严重的行政程序违法行为。

(一) 没有告知申请人有申请听证的权利。我国《行政处罚法》第四十二条规定：“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事

人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证……”。第四十三条规定：“听证结束后，行政机关依照本法第三十八条的规定，作出决定。”但是，在本案中，被申请人没有告知申请人拥有行政听证权利，更没有告知申请人应当提交《行政处罚听证申请书》，并送达《行政听证会通知书》。这属于程序违法，剥夺了行政相对人（当事人）要求听证的法定权利。本案中，被申请人在没有举行听证会的情况下，绕过行政听证这一法定程序，直接作出《行政处罚决定书》是违法的，应当予以撤销。

（二）被申请人在整个案件的行政处理过程中，明显违背了证据收集必须“全面、客观、公正”的原则。从一开始，被申请人就主观认定申请人违法，并极力收集申请人“违法”的证据，对申请人守法的证据根本不予收集。甚至引诱行政相对人（当事人）编造违法证据（例如广告费用的证据）。

（三）对行政相对人的申辩意见完全不予采纳是错误的。2019年6月18日，被申请人向申请人下发《行政处罚告知书》要求申请人三个工作日内行使申辩权。于是，申请人于2019年6月19日向被申请人提交了书面的《行政处罚申辩书》，并在申辩书中指出：“第一，我司不存在发布违法广告的行为，因为资料上的数据也好，老师学生也好，都是真实的，不是虚假的；第二，客观上案涉资料并未对外使用，相关资料主要用于内部特定对象，是正常的经营行为，也没有造成不良的社会影响”。而被申请人的《行政处罚决定书》只是简单一句话：“本局对当事

人提出的陈述、申辩意见不予采纳”。这属于明显的形式上做到了听取当事人的陈述和申辩，而实际上根本没有听取当事人的陈述和申辩。

三、行政处罚决定存在严重的法律适用错误。

申请人认为自己没有从事违法的商业广告宣传行为。退一万步来讲，即便认定申请人的行为为商业广告宣传行为，被申请人作出的《行政处罚决定书》也存在法律适用上的严重错误。

（一）被申请人适用《中华人民共和国广告法》第十一条第二款是错误的。

（1）被申请人在《处罚决定书》第3页第2自然段认定申请人的公司微信公众号“XX传媒教育”的简介发布使用升学数据未标明出处违反了《中华人民共和国广告法》第十一条第二款“广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的，应当真实、准确，并标明出处……”申请人认为，申请人的公司微信公众号“XX传媒教育”的简介中的内容根本没有“引证内容”，所以无需“标明出处”。从《中华人民共和国广告法》第十一条第二款的立法本意来看：如果广告中有引证内容的〔如引证数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等〕，应当对这些“引证内容”标明出处。申请人的公司微信公众号“XX传媒教育”的简介根本没有“引证内容”。其中提及的“连年升学率高达96%一本率高达25%”两个数据是申请人往年学生真实的升学率和一本的通过率，不存在从其他地方引证。因此，被申请人适用《中华人民共和国广告法》第十一条第二款是错误的。

(2)根据国家工商总局《关于依据〈反不正当竞争法〉对虚假宣传行为定性处罚有关问题的答复意见》(工商竞争字〔2013〕174号)的一文中指出,企业在互联网上发布虚假、不真实的企业简介信息属于引人误解的虚假宣传行为,可以依据《反不正当竞争法》第九条第一款和第二十四条的有关规定定性处罚,而不是依据广告法。根据这一答复精神,申请人微信公众号上的企业简介,不宜认定为商业广告。

因此,申请人的公司微信公众号“XX传媒教育”的简介,即使涉嫌违法,也不应当适用《广告法》,而应当适用《反不正当竞争法》。

(二)被申请人适用《中华人民共和国广告法》第二十四条第一款第三项也是错误的。《中华人民共和国广告法》第二十四条第一款第三项“教育、培训广告不得含有下列内容:(三)利用科研单位、学术机构、教育机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明”。而被申请人认定是“当事人通过宣传单张使用资深媒体人、大学教授及往年学生成绩作展示、宣传的行为违反了《中华人民共和国广告法》第二十四条第一款第三项”。对此,申请人认为:其一,资深媒体人、大学教授是否可以等同于“专业人士”,学生是否可以等同于“受益人”?其二,被申请人从申请人被锁的办公室拿走的所谓“宣传单张”提及的资深媒体人和大学教授,他们是的确确实来过申请人处,并真实地给学员授过课的。不存在假借“资深媒体人和大学教授”之名的情形。其三,申请人内部使用的单张也不是用来作客户“推

荐、证明”之用的。

四、行政处罚决定所依据的证据严重不足。

根据被申请人作出《行政处罚决定书》，其所依据的证据为：
证据一：营业执照复印件、授权委托书及相关人员身份证复印件；
证据二：《现场笔录》、取证照片、本局对当事人委托代理人的3份《询问（调查）笔录》。根据我国法律，行政处罚证据的种类主要包括书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定材料、勘验笔录、现场笔录等。由此可知，被申请人作出《行政处罚决定书》依据的证据严重不足。而且，被申请人在这些证据的收集和事实认定方面，明显违背必须“全面、客观、公正”的原则，仅凭现有的这些不直接、不充分、不明确的证据，不足以认定申请人存在“发布违法广告”的行为。其一，被申请人所列举的上述证据，主要是一些传来证据，而且并没有通过举行行政听证会向申请人出示并质证，因此，不能作为定案的证据。因为根据《广东省行政处罚听证程序实施办法》第十九条：“证据应当在听证会上出示、宣读和辨认，并经质证，凡未经质证的证据不能作为定案的证据。”其二，根据被申请人的《行政处罚决定书》，被申请人从来没有对申请人（当事人）进行事先的“行政指导”行为，而是直接进行行政处罚，这违反了我国行政处罚法所规定的“教育优先，教育与处罚相结合的原则”。其三，本案没有受害人询问笔录。其四，从行政处罚决定书来看，被申请人提供的证据都是证明行政相对人（当事人）“违法”方面的证据，却没有一份用来证明“合法”方面的证据。这明显违背了行

政执法证据收集“必须全面、客观、公正”的原则。《行政处罚法》第三十六条规定：“行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地调查收集有关证据。”2018年2月8日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四十二条规定：“能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据”。在本案中，被申请人拒绝听取和收集申请人陈述和申辩可能提供的证明行政相对人行为合法方面的证据，明显违反《行政处罚法》第三十六条关于行政机关必须“全面、客观、公正地调查收集有关证据”的规定。

五、被申请人涉嫌“选择性执法”。

被申请人对其他确实存在发布违法广告行为的艺考培训同行不予调查和处罚，却仅仅选择相对守法申请人来调查和处罚，确实有“选择性执法”的嫌疑。在广州市越秀区XX电视台附近，像申请人这样艺考培训同行少说也有十多家。申请人随便上网搜索少数几家，就发现他们的微信公众号以及网页宣传已经涉嫌违反广告法。比如：XX传媒的公众号首页：“250分轻松上本科？专业本科通过率百分之百。以‘个人定制’百分百小课教育为核心理念……”，其中的“专业本科通过率百分之百”，显然是绝对化的语言，明显违反广告法。百度词条“XX传媒教育”首页“办学理念”：“被评定为广东地区传媒专业第一培训品牌”，“6年专业本科过线100%”，其中的“第一培训品牌”、“6年

专业本科过线 100%”显然是绝对化的语言，明显违反广告法。XX 教育网页中的“艺教成果”出现几十人的“专业人士、受益者”的形象，“金牌导师”、“连续八年成绩领跑广东”等，显然违反广告法第九条、第二十四条第一款第三项。XX 传媒称自己是“唯一省级教育电视频道开办益考传媒艺术中心”。其公众号称“广东广播电视台现代教育频道 XX 传媒为你提供实时的传媒艺考资讯、实用的传媒艺考干货。300 分上本科，400 分进名校！专业通过率近 100%。了解更多，请移步 WWW.YIKAOWH.COM。”其中的“唯一省级”、“专业通过率近 100%”显然是绝对化的语言，明显违反广告法。XX 传媒艺术教育中心：郑重承诺“分视传媒高考无忧合同保录全程无忧”；“广东电视台大院教学”。这也是明显违反广告法。但是，被申请人无视申请人住所附近的其他艺考培训同行的违法行为，而只针对相对守法的申请人进行错误的行政处罚。确实有选择执法的嫌疑。这很难让申请人信服被申请人是公正执法。

综上所述，被申请人对申请人作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号），确实存在着事实认定上，行政程序上和法律适用上的严重的错误，而且行政处罚决定所依据的证据又严重不足，被申请人在证据的收集方面违背必须“全面、客观、公正”的原则，仅凭现有的这些不直接、不充分、不明确的证据，不足以认定申请人存在违法行为。而且，被申请人还存在选择性执法的嫌疑。因此，申请人恳请贵府依法撤销被申请人于 2019 年 6 月 25 日对申请人作出的《行政处罚决定书》（穗越

市监工处字〔2019〕XX号）。

被申请人答复称：一、行政处罚的事实清楚、证据充分、法律适用准确、处罚适当。

（一）申请人是本案的广告主。

根据《广告法》第二条第二款规定：“本法所称广告主，是指为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。”本案中，申请人为推介其经营的传媒艺考培训类服务活动，通过微信公众号以及宣传单张的方式对外发布违法广告。实施发布广告行为的主体为申请人，发布广告行为的目的是为申请人真实意思表示符合其欲达意图。申请人对上述广告行为的制作、发布具有完全的决定权，其开展广告活动的目的在于推销申请人的教育培训服务，申请人是本案广告主。

一是申请人为依法领取营业执照的独立承担责任的公司法人，其营业执照上登记经营范围为文化艺术业，实际从事的是有偿教育培训辅导业务。其本质以营利为目的，自负盈亏的商业培训组织。主要通过举办相应的教育培训班以收取培训费用的方式从事营业活动。

二是申请人供述其印发“加入我们梦想起航”以及“传媒高考第四科助你多渠道实现重本梦”宣传单张是因为“家长咨询的时候会问到考试成绩这些，我们就在宣传单张中做了展示”。因此上述宣传单张用语是申请人为向其潜在客户宣贯强调其培训效果，从而达到增强消费者信心，刺激消费欲望的目的，其具有

明显的主观导向性即强调 XX 传媒教育的专业实力，达到吸引顾客的效果。

三是 2019 年 1 月 24 日，被申请人在申请人的营业场所依法检查中，现场发现申请人通过微信公众号以及纸质宣传单为媒介手段，通过对师资力量、授课结业学生的简介及形象来暗示其培训效果。申请人的工作人员配合确认了上述事实。

（二）关于广告制作费用及广告单张数量的认定事实清楚、证据充分。

申请人的合法授权委托代理人方 XX 在 2019 年 4 月 18 日接受被申请人询问调查时主动承认 1、“2018 年 11 月有个招生季我们准备宣传一下，就在 2018 年 10 月份的时候写了这个简介。当时是我们公司员工（徐先生）联系专门做这方面的私人（赵先生）去做的，因为找私人便宜一些，设计好以后给了他 5000 元的费用。2、2018 年 8 月印刷“加入我们梦想起航”版面的费用为 3000 元；2018 年 11 月印刷“传媒高考第四科、助你多渠道实现重本梦”版面的宣传单费用为 2800 元。上述事实，申请人提供了编号为 1895192、1895196、1895202 的收据予以佐证，与申请人之供述相互印证一致，能形成完整的证据链。

此外，在 2019 年 4 月 18 日询问中，申请人表示因相关职员离职，因此涉案的宣传单张具体数量已无法核实。“在 2019 年 1 月 24 日被申请人的现场检查当天，“加入我们梦想起航”版面的宣传单还剩余 200 多份，“传媒高考第四科助你多渠道实现重本梦”版面的宣传单还剩余 500 多份，我们已经销毁处理了”。

以上事实及相关证据为申请人自认,证据力充分与基本事实较为一致,被申请人认为足以采信。

(三)申请人在被申请人进行检查当天是否有发放宣传单的行为不影响本案的定性,且被申请人对案卷装订有严格的规定,对举报人身份有保密的义务。未对举报人信息披露属法律强制规定,并非《行政处罚决定书》事实认定不清的范畴。

申请人于公众号上的宣传简介“XX传媒教育是一家专注于传媒专业考前教育的权威机构。连年升学率高达96%……传媒艺书实现名校之梦,终成传奇!”的介绍申请人自认其是在2018年10月份制作,一经制作即对外发布,订阅数量为126,部分是其学生。“加入我们梦想起航”的宣传单张为申请人于2018年8月份印刷的;“传媒高考第四科助你多渠道实现重本梦”印刷于2018年11月份。申请人自认上述宣传单张是为向招生时展示其教学成果,吸引家长报名使用。申请人在2019年1月24日我局对其检查中,仍在营业场所内摆放上述宣传单张以供他人取阅,被申请人进行了相关取证工作,并有申请人工作人员现场签名确认。

综合上述事实,申请人从事广告违法宣传的行为为不间断对外发布信息,其行为具有一致性和连贯性,依照现有的证据看,在被申请人进行查处之前不存在中止中断的情形。广告违法行为并不局限也并不依赖现场宣传活动的举行,申请人依托于微信公众号这一自媒体对不特定的潜在消费人群进行推广,即使其中有部分已经是服务接收者也不影响其对外的公众性,其宣传单张更

是摆放于公开的主要营业场所供人取阅，属于经营行为的一部分，用于强化消费者对其主观印象，增强消费的信心及消费的欲望，从而更乐意接收其服务，申请人具有完整的动机和行为整体性，与其推广自身的教育服务业密切相关。申请人欲割裂两者之间的联系，片面强调消费者接收了其宣传因此认为上述行为是对特定人群的内部资料与客观事实不符，避重就轻。

至于申请人认为被申请人未告知其举报人身份属于调查事实不清不符合相关法律规定。被申请人对相关举报人的身份资料具有保密的义务，案卷制作装订也有其具体的规定，被申请人严格执法，按照法律规定及举报线索，收集相关证据材料是合法的有效的。

（四）申请人微信公众号上的“XX 传媒教育”与宣传单张上的“XX 传媒教育文化教育中心”均是申请人自身变换的称谓，其实质的主体均为申请人 XX 有限公司。

虽然申请人在其公众号及宣传单张上均未使用其真实的名称“XX 有限公司”，但经查明，上述广告发布的实际主体均为申请人本人。申请人授权委托的代理人分别在 2019 年 1 月 29 日、2019 年 4 月 17 日、2019 年 4 月 18 日的询问笔录上均对上述事实予以确认，“XX 传媒教育”的微信公众号是其公司的，宣传单张也是其公司的，并无表示其他异议。且申请人已在被申请人提取的相关证据上签名并盖章确认，宣传单张和微信公众号均属于申请人。申请人在复议申请中以“XX 传媒教育文化教育中心”

并非 XX 有限公司，因此主体不适格的抗辩并无事实基础，无证据支持。

二、本案适用法律正确，应根据《中华人民共和国广告法》进行查处。

一是《广告法》相对于《反不正当竞争法》是特殊法与普通法的关系，特殊法对广告行为的监管作出了具体的规定应按照特殊法优于普通法的原则适用《广告法》对其监管。且《反不正当竞争法》仅在第八条“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售情况、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”。对虚假宣传、误解宣传的行为作出规制，而本案被申请人是认为申请人违反了《广告法》第十一条第二款（引证内容不真实、不准确、未表明出处）以及第二十四条第一款第三项（教育培训广告不得使用专业人士；受益者形象进行推广）的规定而做出的处罚，并不涉及法条竞合的问题，并不产生使用法律冲突的情形，且在《反不正当竞争法》第二十条第二款“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”，可见对于广告案件的处理，应以《广告法》为准。

二是现行《广告法》是于 2015 年 4 月 24 日全国人大常委会修订通过的，无论是按照新法优于旧法的原则还是从法的效力位阶上看，相较于原工商总局 1994 年的规定，《广告法》都应当被优先适用，因此适用法律上并无异议。

三是《广告法》第十一条第二款（引证内容不真实、不准确、未表明出处）以及第二十四条第一款第三项（教育培训广告不得使用专业人士；受益者形象进行推广）的规定都不牵涉到广告内容真实与否的问题。如果是主观恶意发布内容完全虚假的广告，应直接根据《广告法》第二十八条的规定定性为虚假广告，以第五十五条进行处罚，严重的甚至涉及刑事犯罪。而本案，被申请人并未将其定性为虚假广告，而以第十一条和第二十四条的规定进行查处。依照立法者本意，无论申请人是否有足够的证据证实其引证内容的真假或者消费者从教育培训的成功如何，只要其在引证时未表明数据出处以及使用授课学生（在该机构接受培训从而取得何种成绩的受益者）、教师（专业人士，强调培训人员专业性）等名义进行宣传即违反了上述法律规定，应当依法处理。

三、行政处罚的程序正当、处罚适当，合乎法律规定。

根据《市场监督管理行政处罚听证暂行办法》第五条第二款第三项规定“对自然人处以一万元以上、对法人或者其他组织处以十万元以上罚款”应当告知当事人有要求举行听证的权利。本案，被申请人作出穗越市监工处字〔2019〕XX号《行政处罚决定书》，对当事人作出行政罚款16650元。申请人是公司法人组织，对其作出的处罚并未达到十万元以上罚款的标准，也不符合该《办法》第五条规定的其他情形，因此本案行政处罚听证程序并不是必经程序，因此被申请人作出了《行政处罚告知书》，告知其处罚的事由、证据、处罚幅度，申请人也签收了上述《行政处罚告知书》，并向被申请人提交了《行政处罚申辩书》充分陈

述了其申辩意见，被申请人也认真听取了这一意见，综合研究判断，作出维持原处罚的决定，符合《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》第五十四条的规定。

被申请人严格尊重案件事实，根据《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》第十八条“办案人员应当全面、客观、公正、及时进行案件调查，收集、调取证据，并依照法律、法规、规章的规定进行检查”的规定，收集案件证据，在2019年1月29日的现场检查中就已经将相关的宣传单张、微信界面等证据予以固定提取，制作好现场笔录，拍照录像，并由申请人工作人员在现场予以确认。且依照法律的规定，发出《限期提供材料通知书》越秀市监建设（2019）XX号，让申请人充分补充相关的证据，告知其权利，并按法律规定赋予其充分地陈述申辩权。同时对申请人进行了三次详细的询问，反复比对相关的证据、证人证言，均能相互印证，证明客观事实。申请人在复议申请阶段无充分相反证据支持前提下欲推翻之前所有的证人证言，是为其逃避行政责任，拒绝接受处罚，《行政处罚法》第五条规定“实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合”的原则，以申请人如今态度，明显行政相对人并未意识到其实施违法行为的严重性，推脱责任，逃避应担的处罚，教育的效果有限，处罚与教育并行，在整个执法过程中被申请人均秉承这一原则，将教育融入执法中，既对相对人批评教育也依法处理相关违法行为，两者并行不悖。

四是本案作出行政处罚不以造成危害后果为必然前提，有无被害人的记录并不是本案的焦点。只要行为人实施了相关违法行为，就应当根据法律处理，造成严重后果只影响本案的处罚幅度，并不影响对相关行为的定性。鉴于本案具体案情，申请人为初犯，且其公众号及宣传单张覆盖范围不大，未造成明显的危害后果并予以改正。被申请人已酌情予以处理，仅对其作出共罚款 16650 元的处罚，处罚幅度恰当、合理。

四、申请人提供的其他案件的违法线索与本案事实无关，申请人若认为相关机构存在类似的违法行为，可按法定程序提起举报，被申请人将依法受理投诉举报，严格执法。

申请人在行政复议材料中提及多家其他教育培训机构存在类似的广告违法行为，被申请人高度重视，申请人可依法按照举报程序规定向被申请人提供相应的线索或者证据，被申请人必将严格执法，但其在复议阶段所陈述的内容与本案无直接的关联，是不同的案件，故此，按一事一议的原则，被申请人认为与本案无关之内容不应纳入本复议的范畴。

综上所述，被申请人认为：被申请人作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号），适用法律正确，符合法定程序，申请人的请求缺乏事实依据和法律依据。恳请市局依法驳回申请人针对被申请人所提出的请求，以维护被申请人合法权益。

本府查明：被申请人广州市越秀区市场监督管理局收到投诉举报材料后，于 2019 年 1 月 24 日对位于广州市越秀区麓湖路 XX 的 XX 有限公司进行现场检查。现场有广州 XX 传媒有限公司营业执照，显示法定代表人为蔡某。该公司员工方敬配合检查，打开其公司微信公众号“XX 传媒教育”，简介显示“XX 传媒教育是一家专注于传媒专业考前教育的权威机构。连年升学率高达 96%，一本率高达 25%……”，微信公众平台显示总用户数为 127。现场同时发现的宣传单张，宣传单张上印有“加入我们梦想起航”、“助你多渠道实现重本梦”、包含杜 XX、张 X、胡 XX 等资深专家教师的简介及形象、“张 XX、庄 XX、马 XX”的形象、成绩及录取学校、“赵 XX、曾 XX、梁 XX、许 XX、黄 XX、李 XX、梁 X、吴 XX、林 X、陆 X、姜 X、黄 XX”及列举考取 20 所大学的学习艺考合格名单的介绍等内容。

被申请人于 2019 年 1 月 29 日、2019 年 4 月 17 日、2019 年 4 月 18 日对申请人进行询问调查并制作了《询问调查笔录》。

2019 年 1 月 29 日《询问调查笔录》中，申请人称其公司主要从事传媒艺术类培训，“XX 传媒教育”微信公众号是其公司的，简介中“XX 传媒教育是一家专注于传媒专业考前教育的权威机构。连年升学率高达 96%，一本率高达 25%……”的内容是为了体现其教学实力。关于宣传单张上印有的“赵 XX、曾 XX、梁 XX、许 XX、黄 XX、李 XX、梁 X、吴 XX、林 X、陆 X、姜 X、黄 XX”及列举考取 20 所大学的学习艺考合格名单的介绍，申请人称这是其公司 2018 年艺术类考试取得成绩的展示，家长咨询

的时候会问到考试成绩这些，其就会在宣传单张中作展示。

2019年4月10日，被申请人向申请人作出《限期提供材料通知书》（越秀市监建设〔2019〕0001号），要求提供“公司宣传单张上学生、老师相关证明材料；公司宣传单张设计制作费用收据、发票；公司微信公众号设计制作费用有关材料。”

2019年4月17日《询问调查笔录》中，申请人称简介中的数据源于其公司近三年学生通过院校的成绩计算出来的，同时称其公司未与宣传单张中涉及兼职老师签订书面协议，但可以提供相关材料及宣传单张中涉及学生的相关材料。

2019年4月18日《询问调查笔录》中，申请人称其公司微信公众号“XX传媒教育”的简介是该公司以5000元的费用委托赵某设计的，现场宣传单张由其公司自行设计，其中“加入我们梦想起航”的宣传单张在2018年8月以3300元费用印刷，“助你多渠道实现重本梦”的宣传单张在2018年11月以2800元费用印刷，检查时前者剩余200张，后者剩余500张，剩余宣传单张已销毁。申请人提供了编号为1895192、1895196、1895202的收据予以佐证。

经申请人于2019年6月20日陈述申辩后，被申请人于2019年6月25日作出《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX号），《行政处罚决定书》作出处罚：“当事人通过公司微信公众号‘XX传媒教育’的简介发布使用升学率数据未标明出处的行为违反了《中华人民共和国广告法》第十一条第二款‘广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的，

应当真实、准确，并标明出处。引证内容有适用范围和有效期限的，应当明确表示’的规定，根据《中华人民共和国广告法》第五十九条第一款第（二）项：‘有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令停止发布广告，对广告主处十万元以下的罚款：

（二）广告引证内容违反本法第十一条规定的’，本局决定责令当事人停止发布违法广告，并对当事人罚款 7500 元。当事人通过宣传单张使用资深传媒人、大学教授及往年学生成绩作展示、宣传的行为违反了《中华人民共和国广告法》第二十四条第一款第（三）项‘教育、培训广告不得含有下列内容：（三）利用科研单位、学术机构、教育机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明’的规定。根据《中华人民共和国广告法》第五十八条第一款第（六）项：‘有下列行为之一的，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，处广告费用一倍以上三倍以下的罚款；情节严重的处广告费用三倍以上五倍以下的罚款，...（六）违反本法第二十四条规定发布教育、培训广告的；’的规定，本局决定责令当事人停止发布违法广告，并对当事人罚款 9150 元。合并以上处罚，责令当事人停止发布违法广告，并对当事人作如下处罚：罚款 16650 元。”

以上事实有 2019 年 1 月 24 日《现场检查笔录》、现场照片、《询问调查笔录》2019 年 1 月 29 日、2019 年 4 月 17 日、2019 年 4 月 18 日）、微信公众号“XX 传媒教育”截图、“加入我们梦想起航”和“助你多渠道实现重本梦”宣传单张、收据(1895192、

1895196、1895202)、《行政处罚告知书》(穗越市监工告字〔2019〕第XX号)、《限期提供材料通知书》(越秀市监建设〔2019〕XX号)、《2016届学生所属班别和通过院校情况登记》、《2017届学生所属班别和通过院校情况登记》、《2018届学生所属班别和通过院校情况登记》、《张XX任课说明》、《刘XX任课说明》、《涂XX任课说明》、“刘XX、袁XX、陈XX、张XX、杜XX、张X、胡X、刘X、刘XX”的上课截图、“胡XX、黄X”的聊天记录、“赵XX”、“黄XX”、“刘XX”等录取信息、《陈述申辩笔录》(2019年6月20日)、《行政处罚决定书》(穗越市监工处字〔2019〕XX号)等证据材料予以证实。

本府认为：根据《中华人民共和国广告法》第六条的规定，广州市越秀区市场监督管理局在职责范围内负责主管本行政区域的广告监督管理工作。

根据《中华人民共和国广告法》第二条第一款的规定：“在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。本法所称广告主，是指为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。本法所称广告经营者，是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然、法人或者其他组织。本法所称广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织。本法所称广告代言人，是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证

明的自然人、法人或者其他组织。”申请人通过公众微信号、宣传单张推销其培训服务应受广告法规范。

根据《中华人民共和国广告法》第十一条第二款的规定：“广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语等引证内容的，应当真实、准确，并表明出处。引证内容有适用范围和有效期限的，应当明确表示。”第二十八条的规定：“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情况不符，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。”本案中，申请人在其微信公众号“XX传媒教育”简介中称“连年升学率高达96%，一本率高达25%”，所使用的数据应当表明出处、真实准确。申请人未表明引证出处的行为违反上述规定。根据《中华人民共和国广告法》第五十九条第一款第（二）项的规定：“有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令停止发布广告，对广告主处十万元以下的罚款：（二）广告引证内容违反本法第十一条规定的。”《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款的规定：

“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”第二十七条的规定：“当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫有违法行为的；（三）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（四）其他依法从轻或者减轻行政处罚的。违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。”本案中，申请人发布的微信公众号简介关注量不大，尚未造成严重后果。被申请人责令申请人停止发布违法广告并对申请人罚款 7500 元，符合法律规定。

根据《中华人民共和国广告法》第二十四条第一款第（三）项的规定：“教育、培训广告不得含有下列内容：（三）利用科研单位、学术机构、教育机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明。”本案中，申请人在宣传单张上使用老师照片简介及学生照片、成绩、录取院校的信息违反上述规定。根据《中华人民共和国广告法》第五十八条第一款第（六）项的规定：“下列行为之一的，由市场监督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，处广告费用一倍以上三倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处十万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，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，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：

（六）违反本法第二十四条规定发布教育、培训广告的；”本案中，申请人在“加入我们梦想起航”、“助你多渠道实现重本梦”的两款宣传单张中使用杜 XX、张 X、胡 XX 等资深专家教师的形象及张 XX、庄 XX、马 XX 等受益者的形象，印刷宣传单张费用共计 6100 元。被申请人责令申请人停止发布广告并罚款 9150 元，符合法律规定。

根据《中华人民共和国行政处罚法》第四十二条第一款的规定：“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。”《市场监督管理行政处罚听证暂行办法》第五条的规定：“市场监督管理部门作出下列行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利：（一）责令停产停业；（二）吊销许可证或者执照；（三）对自然人处以一万元以上、对法人或者其他组织处以十万元以上罚款；（四）对自然人、法人或者其他组织作出没收违法所得和非法财物价值达到第三项所列数额的行政处罚。各省、自治区、直辖市人大常委会或者人民政府对前款第三项、第四项所列罚没数额有具体规定的，可以从其规定。”申请人认为“被申请人没有告知申请人有申请听证的权利”违法，于法无据。

综上所述，被申请人于 2019 年 6 月 25 日作出的《行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号）并无不妥。依据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（一）项的规定，

本府决定如下：

维持被申请人广州市越秀区市场监督管理局于 2019 年 6 月 25 日作出的行政处罚决定书》（穗越市监工处字〔2019〕XX 号）。

申请人如不服本复议决定，可以自收到本复议决定书之日起十五日内，依法向有管辖权的法院提起行政诉讼。

2019 年 10 月 28 日