**太仓市人民政府**

**行政复议决定书**

〔2018〕太府行复第42号

申请人太仓市某教育培训中心。

法定代表人许某某。

被申请人太仓市市场监督管理局，住所地太仓市东亭南路55号。

法定代表人周建平，局长。

申请人不服被申请人市场监督管理行政处罚，于2018年8月31日向本机关申请行政复议，并于9月28日向本机关提交补正材料。本机关已依法予以受理，现已审理终结。

申请人请求：依法撤销被申请人作出的太市监案字〔2018〕G00942号行政处罚决定书。

申请人称：被申请人所做的处罚，事实不清楚，法律依据不当，处罚理由不充分，有滥用职权的嫌疑，给申请人造成了巨大的损失，故请求复议机关予以撤销。1、关于事实部分。申请人印制的属于“小广告”，不属于《广告法》调整的广告。申请人确实印制了上述宣传单页和易拉宝，但申请人的上述宣传方式，不属于《广告法》所规定的广告。申请人的宣传方式，属于“店堂广告”，而《广告法》所规定的广告，是指在户外设置的墙体、固定的广告或通过电影电视等媒介进行播放宣传的广告等较大规模的广告，其受众广泛，影响力大，比较常见的如电视、网站的广告，室外的房地产、大品牌的商品所做的广告等，这些广告都具有投资大、面积大、受众广泛、效果强烈、收益巨大、需要履行审批手续等。虽然《广告法》没有明确，但是根据国务院颁布的《广告管理条例》就可以明显得出判断。此前国家工商总局还曾经针对申请人这类的店堂广告，颁布了《店堂广告管理暂行办法》，就这类投资少、受众少、影响小、收益小、方便灵活的店堂广告进行了区分管理。对店堂广告的印刷品，国家工商总局曾经颁布了《印刷品广告管理办法》，对于本案的这样的“小广告”，处违法所得3倍以下的罚款且不得超过3万元，没有违法所得的，处1万元以下罚款。太仓“最高端”的说法符合事实，从办学规模、师资力量、设备设施、教学管理等方面，在太仓的确是属于最好的，但被申请人并未进行核实与调查，而是简单地扣上“绝对化用语”的大帽子加以处罚。“最高端”在印刷制作时，并非申请人的刻意行为，系制作印刷品的单位误操作，申请人主观恶意不存在。2、关于法律依据方面。首先，“最高端”是否属于“绝对化用语”，尚有争议。广告法第9条只有一个“等”，应理解为“等内等”,专指前面的3个词语，不应扩展。而且法律条文中并没有表述“不得使用绝对化用语”的字样，所谓“绝对化用语”仅是执法部门的理解。其次，被申请人援引的《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，说明是“等外等”，但该《纪要》既不是法律，也不是司法解释，仅仅是最高法院在上海组织的一次座谈会中，参会人员的一些看法，该纪要并没有通过最高人民法院审判委员会审议通过，并没有强制执行力和约束力，所以最高人民法院在通知中明确是“参照执行”而不是“遵照执行”。其在末尾特别强调，人民法院在解释和适用法律时，应当妥善处理法律效果与社会效果的关系，既要严格适用法律规定和维护法律规定的严肃性，确保法律适用的确定性、统一性和连续性，又要注意与时俱进，注意办案的社会效果，避免刻板僵化地理解和适用法律条文，在法律适用中维护国家利益和社会公共利益。本案中，被申请人明显是刻板僵化地理解和适用法律条文，而且没有妥善处理法律效果和社会效果的关系，肆意对法律扩大解释，损害法律的严肃性和确定性，造成负面的社会效果。再次，本案中，假如申请人印刷品构成了广告法所调整的广告，那么所谓“最高端”，指的是品牌，并未指所提供的服务内容是“最高端”，如果此宣传不实，应按广告法第28条的规定，构成虚假广告，依照第55条的规定，处广告费3倍以上5倍以下的罚款。本案中，申请人总共花60元印了150张A4大小的宣传单，花80元做了4个易拉宝，放在前台和室内，供学员家长取阅，并未对外主动散发、张贴，而且在行政执法人员检查告知后，立即撤掉并销毁，违法情节显著轻微并及时纠正，没有造成任何危害后果，依法应该不予行政处罚，行政执法人员应以批评教育为主。综上所述，被申请人的处罚事实不清法律依据不当，请求复议机关依法撤销。

申请人提供的证据有：1.民办非企业单位登记证书；2.民办学校办学许可证。以上证据均为复印件。

被申请人太仓市市场监督管理局称：2018年3月14日上午，本局执法人员对某培训学校进行了现场检查，执法人员在前台发现印刷有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌、是全市最高端的幼儿艺术培训中心”等内容广告宣传单100份，在公共区域走廊及大厅发现印刷含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌”字样的易拉宝（X展架）4块，太仓市某培训有限公司法定代表人许某某全程在现场陪同检查。上述行为涉嫌违反《中华人民共和国广告法》第九条：“广告不得有下列情形：（三）使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语”的规定， 我局于2018年3月16日对太仓市某培训有限公司立案调查。我局于2018年4月20日向太仓市某培训有限公司送达了行政处罚听证告知书，当事人申请听证，我局于2018年5月3日组织了听证会。听证会上，太仓市某培训有限公司提出其不是本案的广告主或广告发布人，涉案广告是太仓市某教育培训中心制作发布的。听证会后，我局根据听证情况及补充调查核实，认为本案的当事人为太仓市某教育培训中心，于2018年5月31日将本案当事人变更为太仓市某教育培训中心。经查，太仓市某教育培训中心于2017年8月4日经太仓市教育局审批并核发了《民办学校办学许可证》，并于2017年9月27日经太仓市民政局设立登记为民办非企业单位，其发起人为太仓市某培训有限公司。2018年2月，太仓市某教育培训中心委托苏州某广告策划有限公司制作印刷涉案纸质广告宣传单页及易拉宝（另案处理），其中制作含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌、太仓市某艺术学校成立于2008年，是全市最高端的幼儿艺术培训中心”等字样的宣传单印刷150份，放在培训中心前台供顾客拿取，该宣传单每份0.40元，广告费用为60元；制作含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌”字样的易拉宝4块放置在该中心门外公共区域走廊及大厅展示，制作时间、发布时间和制作单位与上述纸质广告宣传单页相同，广告费用为80元。上述含有绝对化用语的纸质广告宣传单页及易拉宝制作费用以某艺术学校的名义向苏州某广告策划有限公司进行现金支付。申请人发布上述广告的行为违反了《中华人民共和国广告法》第九条：“广告不得有下列情形：（三）使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语”的规定，应当依据《中华人民共和国广告法》第五十七条第（一）项的规定予以处罚。我局于2018年6月15日向申请人直接送达了行政处罚听证告知书（太市监听告字〔2018〕队G027号），申请人在规定期限内提出听证申请。本局于2018年7月9日组织听证会。2018年8月2日我局对申请人作出责令停止发布广告，罚款80000元上缴国库的行政处罚（太市监案字〔2018〕G00942号），并于2018年8月3日直接送达给申请人。 我局作出的行政处罚决定事实清楚、证据确凿、定性准确、处罚适当。1、申请人的违法事实清楚，证据确凿。经查，申请人于2018年2月委托苏州某广告策划有限公司制作含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌、太仓市某艺术学校成立于2008年，是全市最高端的幼儿艺术培训中心”等内容的宣传单印刷150份，放在培训中心前台供顾客拿取，该宣传单每份0.40元，广告费用为60元；制作含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌”内容的易拉宝4块放置在该中心门外公共区域走廊及大厅展示，制作时间、发布时间和制作单位与上述纸质广告宣传单页相同，广告费用为80元。上述违法事实清楚，证据确凿。2、我局适用法律正确、定性准确。《中华人民共和国广告法》经修订于2015年9月1日起施行，《店堂广告管理暂行办法》已于2004年作废（工商法字2004第98号），《印刷品广告管理办法》也已于2016年作废（国家工商总局令第86号）。依照新法优于旧法的原则及上位法高于下位法的原则，对申请人发布违法广告的行为应当适用《中华人民共和国广告法》。关于涉案广告含“全国最高端”、“全市最高端”等内容，构成了《中华人民共和国广告法》第九条规定：“广告不得有下列情形：（三）使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语”的违法行为，请人将“全国最高端”、“全市最高端”等内容的宣传单及易拉宝置于其经营场所，其目的是向消费者和相关公众宣传其实力和形象，对相关公众造成影响产生误导，具有社会危害性。本案中参考最高人民法院《关于印发<关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要>》（法[2004]96号）“法律规范在列举其适用的典型事项后，又以‘等’、‘其他’等词语进行表述的，属于不完全列举的例示性规定。以‘等’、‘其他’等概括性用语表示的事项，均为明文列举的事项以外的事项，且其所概括的情形应为与列举事项类似的事项。应该是指‘等外等’，即是一种不完全列举的方式”并无不妥。2018年5月21日杭州市西湖区人民法院于对杭州市西湖区方林福炒货店作出的《行政判决书》（（2016）浙0106行初240号），该案作为全国第一例绝对化用语广告案的判决结果亦使用该观点。3、我局对申请人的行政处罚裁量适当。《中华人民共和国广告法》第五十七条规定：“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，对广告主处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照，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；……（一）发布有本法第九条、第十条规定的禁止情形的广告的；……”的规定进行处罚。鉴于当事人发布绝对化用语的广告数量少、影响范围不大、案发后及时改正等情形，我局依据《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条：“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…”的规定，对当事人作出责令停止发布广告、处80000元罚款上缴国库的行政处罚，属于减轻处罚，符合法律规定。综上所述，本案事实清楚，证据确凿，定性正确，处罚裁量适当，请求复议机关维持我局的具体行政行为。

被申请人提供的证据有：1.行政处罚决定书（太市监案字〔2018〕G00942号）及送达回证；2.太仓市某培训有限公司营业执照1份、法定代表人许某某身份证1份、太仓市某教育培训中心民办非企业单位登记证书1份、太仓市某教育培训中心中华人民共和国民办学校办学许可证1份、太仓市市场监督管理局公司准予变更登记通知书1份；3.2018年3月14日对太仓市某培训有限公司（太仓市某教育培训中心）现场检查笔录1份、现场照片6张；4.2018年3月16日、2018年5月8日对太仓市某培训有限公司、太仓市某教育培训中心法定代表人许某某询问调查笔录2份、当事人提供的苏州某广告策划有限公司一般缴款单2份；5.童星小主持授权协议2份；6.太仓大剧院租场合同1份、太仓市某某某艺术培训中心教育培训合作经营合同1份、某某教育培训合作经营合同1份、太仓市社会保险费结算表6份、涉洋电子销售合同1份；7.太仓市民政局向被申请人提供的社会组织法人登记表、发起人（举办者）情况、主要负责人（理事会成员情况、监事成员情况）、社会组织信息备案表、社会组织成立登记可行性报告、社会组织章程核准表、社会组织名称预先核准申请表、社会组织办事机构备案表各1份；8.太仓市教育局向被申请人提供的关于对太仓市某教育培训中心予以审批并核发《民办学校办学许可证》的通知、民办学校办学审批登记表、关于申请太仓市某教育培训中心报告、太仓市某教育培训中心章程、出资承诺书、物业租赁合同、太仓市某教育培训中心2017年工作报告、太仓市某教育培训中心2017年度培训量统计表各1份；9.苏州某广告策划有限公司法定代表人袁某询问笔录一份；10.行政处罚听证告知书及送达回证、听证申请书、听证通知书、听证笔录、听证授权委托书及受委托人身份证明（共2套）；11.案件调查内部审批材料（案件来源登记表、立案审批表、有关事项审批表4份、终结报告2份、案件核审表2份、听证报告2份、集体讨论记录4份、处罚决定审批表）。以上证据均为复印件。

经审理查明：太仓市某教育培训中心委托苏州某广告策划有限公司印刷了含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌、太仓市某艺术学校成立于2008年，是全市最高端的幼儿艺术培训中心”字样的宣传单150份，放置于培训中心前台供顾客拿取；制作含有“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌”字样的易拉宝4块放置在该中心门外公共区域走廊及大厅展示，上述宣传单和易拉宝制作费用一共140元。2018年3月14日，被申请人至某艺术培训学校进行现场检查，发现上述宣传单及易拉宝。2018年3月16日，被申请人对太仓市某培训有限公司立案调查。同日，被申请人对许某某进行询问并制作笔录。2018年4月2日，被申请人向苏州某广告策划有限公司法定代表人袁某进行询问并制作笔录。2018年4月18日，被申请人向太仓市某培训有限公司作出太市监听告字〔2018〕队G016号行政处罚听证告知书，并于2018年4月20日向许某某完成直接送达。2018年4月23日，太仓市某培训有限公司向被申请人作出《申辩及听证申请》。2018年4月24日，被申请人向太仓市某培训有限公司作出太市监听通字〔2018〕009号行政处罚听证通知书，并于当日向许某某完成直接送达。2018年5月3日，被申请人举行听证会。2018年5月8日，被申请人向许某某进行询问并制作笔录。2018年5月31日，被申请人将本案当事人变更为申请人。2018年6月15日，被申请人向申请人作出太市监听告字〔2018〕队G027号行政处罚听证告知书，告知申请人拟对其作出“1、责令停止发布违法广告；2、处80000元罚款。”，告知其享有陈述、申辩、申请听证的权利，并于当日向许某某完成直接送达。2018年6月21日，申请人向被申请人作出《申辩及听证申请》。2018年6月27日，被申请人向申请人作出太市监听通字〔2018〕017号行政处罚听证通知书，并于2018年6月28日向许某某完成直接送达。2018年7月9日，被申请人举行听证会。2018年8月2日，被申请人向申请人作出太市监案字〔2018〕G00942号行政处罚决定书，并于2018年8月3日向许某某完成直接送达。

上述事实有下列证据证明：

1. 太仓市某培训有限公司营业执照、法定代表人许某某身份证、太仓市某教育培训中心民办非企业单位登记证书、太仓市某教育培训中心中华人民共和国民办学校办学许可证、太仓市市场监督管理局公司准予变更登记通知书。证明太仓市某培训有限公司、申请人的主体信息。
2. 2018年3月14日，被申请人对太仓市某培训有限公司（太仓市某教育培训中心）现场检查笔录1份、现场照片6张。证明被申请人对申请人处进行现场检查，现场发现宣传单和易拉宝的数量、放置位置、内容。
3. 2018年3月16日、2018年5月8日，被申请人对太仓市某培训有限公司、太仓市某教育培训中心法定代表人许某某询问调查笔录2份；当事人提供的苏州某广告策划有限公司一般缴款单2份；童星小主持授权协议2份；太仓大剧院租场合同1份；太仓市某某某艺术培训中心教育培训合作经营合同1份；某某教育培训合作经营合同1份；太仓市社会保险费结算表6份；涉洋电子销售合同1份；太仓市民政局向被申请人提供的社会组织法人登记表、发起人（举办者）情况、主要负责人（理事会成员情况、监事成员情况）、社会组织信息备案表、社会组织成立登记可行性报告、社会组织章程核准表、社会组织名称预先核准申请表、社会组织办事机构备案表各1份；太仓市教育局向被申请人提供的关于对太仓市某教育培训中心予以审批并核发《民办学校办学许可证》的通知、民办学校办学审批登记表、关于申请太仓市某教育培训中心报告、太仓市某教育培训中心章程、出资承诺书、物业租赁合同、太仓市某教育培训中心2017年工作报告、太仓市某教育培训中心2017年度培训量统计表各1份；苏州某广告策划有限公司法定代表人袁某询问笔录一份。证明被申请人调查经过。
4. 行政处罚听证告知书及送达回证、听证申请书、听证通知书、听证笔录、听证授权委托书及受委托人身份证明（共2套）。证明被申请人保障申请人陈述、申辩、申请听证的权利。
5. 案件调查内部审批材料（案件来源登记表、立案审批表、有关事项审批表4份、终结报告2份、案件核审表2份、听证报告2份、集体讨论记录4份、处罚决定审批表）。证明被申请人处理本案时的内部相关程序。
6. 行政处罚决定书的送达回证。证明行政处罚决定书向申请人送达的时间和方式。

本机关认为，县级以上地方工商行政管理部门主管本行政区域的广告监督管理工作，因机构改革，我市工商行政管理职能由被申请人行使，因此，被申请人是进行广告违法行为查处的有权主体。《中华人民共和国广告法》第二条第一、第二款规定：“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、发布广告的自然人、法人或者其他组织。”本案中，申请人委托他人制作宣传广告单及易拉宝并进行发布的活动，属于广告法所称的广告活动，申请人为广告主。宣传单及易拉宝中出现了“全国最高端的青少年口才表演连锁品牌”、“太仓市某艺术学校成立于2008年，是全市最高端的幼儿艺术培训中心”字样，违反了《中华人民共和国广告法》第九条第三项的规定，事实清楚，证据确凿。被申请人的立案、调查、取证、告知、听证、送达等程序符合《中华人民共和国行政处罚法》和《工商行政管理机关行政处罚程序规定》的有关规定。根据《中华人民共和国广告法》第五十七条第一项的规定，发布《中华人民共和国广告法》第九条规定的禁止情形的广告的，对广告主应由工商行政管理部门责令停止发布广告，处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照，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。本案中，申请人发布的宣传单、易拉宝数量少，影响范围小，案发后及时收回宣传单，根据《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条的规定，可以从轻或减轻处罚。被申请人对申请人进行了减轻处罚，符合上述规定，裁量适当。  
 综上，被申请人对申请人作出的市场监督管理行政处罚，事实清楚，证据确凿，法律适用准确，程序合法，裁量适当。根据《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，本机关决定如下：

维持太仓市市场监督管理局太市监案字〔2018〕G00942号行政处罚决定。

如对本复议决定不服，可以自接到本决定书之日起15日内，向昆山市人民法院提起行政诉讼。

二〇一八年十一月九日