

平顶山市湛河区人民政府

行政复议决定书

平湛政复决〔2021〕13号

申请人：湛河贝诺口腔门诊部，住所地：河南省平顶山市湛河区九里山街道金域蓝湾五号楼门面房108号，统一社会信用代码：91410411MA47KRE966

法定代表人：慕保红

委托代理人：赵顺培，系贝诺口腔门诊部员工

联系电话：18537526222

被申请人：平顶山市湛河区市场监督管理局，住所地：平顶山市中兴路南段31号院

法定代表人：马新颖，系该局局长

委托代理人：刘玉成，系该局工作人员

委托代理人：郑 义，系该局工作人员

申请人湛河贝诺口腔门诊部不服被申请人平顶山市湛河区市场监督管理局作出的责令改正并处以 20000 元罚款的行政行为，于 2021 年 6 月 9 日向湛河区人民政府提出行政复议申请，请求撤销被申请人作出的平湛市监处字（2021）G11 号《行政处罚决定书》。

申请人称：第一，被申请人将申请人于美团上发布的电子订单定性为广告，定性错误。美团是众所周知的电商平台，不是广告经营单位，申请人与美团签的是经营协议，是《商户入驻服务合同》，不是广告协议；申请人发布的是电子订单，只要消费者点击接受，即与申请人建立服务合同，因此，申请人在美团上发布订单的行为，属于合同要约，虽然附有一定的说明或图例，只是对服务内容的补充说明，就像淘宝店铺有真人穿衣、试用直播等，根据一般注意原则，作为消费者，不会认为是广告。在申请人陈述申辩中，申请人亦阐明了该观点，但未被被申请人采纳，其不予采纳的理由错误：在处罚决定书中，被申请人认为根据《民法典》第 473 条规定，商业广告属于要约邀请的一种，由此认定申请人的要约活动属于广告，属于本末倒置，只能认定商业广告属于要约，但要约不一定是商业广告。《广告法》并未规定广告的概念，只是规定了商业广告适用本法，而《医疗广告管理办法》规定“本办法所称医疗广告，是指利用各种媒介或者形式直接或间接介绍医疗机构或医疗服务的广告”。据此，只有首先构成广告行为，才适用《广告法》和《医疗广告管理办法》。

根据通常理解和学理解释，商业广告通常是用于劝说不特定阅听人，通常以引发产品购买欲望为目的，是先看到广告后产生购买欲望。而申请人在美团上所作的要约则有以下特征：一是美团属于电商平台，不是广告媒体，只有那些有购买欲望的人才会浏览；二是浏览的目的是决定是否订立服务合同，而非通过浏览产生购买欲望，是先有购买欲望再浏览。因此，申请人认为在电商平台上的电子订单(要约)不属于广告，自然不适用《广告法》、《医疗广告管理办法》的规定。被申请人之认定，有扩大解释之嫌，如其定性成立，将会将诸多不属于广告的行为归属于广告管理范畴，有违常理与法理。以电子商务为例，任何电子商务活动均是通过互联网这一媒体向不特定公众介绍推广商品或服务的活动，在国家有专门法规规范电子商务活动的情况下，应当依据《电子商务法》调整，而不应主观臆断，将其归属于广告活动。第二，被申请人作出的行政处罚认定违法事实和法律依据错误。《广告法》第十六条规定了医疗广告的禁止情形，其中仅规定了“不得利用广告代言人作推荐、证明”，未规定不得利用患者名义或形象，同时该条第一款第(五)项设定了兜底条款：“法律、行政法规规定禁止的其他内容”，将医疗广告禁止情形最低设定权限定在行政法规上，也就是说，《医疗广告管理办法》作为部门规章，无权另外设定禁止情形。同时，《医疗广告管理办法》是2007年实施的，现行《广告法》是2015年修订的，根据后法优于先法和高位法优于低位法的法律适用原则，《医疗广告管理办法》

中与《广告法》相抵触的部分不得再适用。所以即使是使用了患者形象，也不违背法律规定。同时，《医疗广告管理办法》第二十二条规定，违反该办法规定的，首先是依据《广告法》处理，广告法未作规定的，才适用一万到三万的处罚幅度，那么，申请人的行为即使属于《医疗广告管理办法》第七条禁止的情形，与《广告法》第十六条对应，同样属于广告法禁止的情形，因此，应当适用类比原则适用《广告法》五十八条处罚，根据《河南省市场监督管理行政处罚裁量基准规定》，违反《广告法》十六条款的，处罚幅度为广告费用一至三倍，广告费用不足10万的，属于情节较轻，处广告费用一倍的处罚，按被申请人认定的5000元推广费，也只能处罚5000元，其按照相关法律法规未作规定的情形作出2万元的处罚决定，明显属于法律依据错误。第三，被申请人所作处罚不符合《行政处罚法》规定。通篇查看该行政处罚决定书，关于处罚情节，被申请人只是笼统将情节描述为“违法情节一般”，事实上，自申请人与美团签订协议以来，该项目浏览量很小，通过美团成交的单子寥寥无几，在费用上，每年支付的也是服务费，但被申请人认定为推广费，这二者名称不一样，概念也不一样，推广费就含有广告的意思，而服务费则是正常的商业费用，根据《行政处罚法》第四条第二款规定：“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”。被申请人不顾以上事实和法律规定，不调查事实和具体情节，仅以申请人在美团上发布了个电子

订单就直接处罚两万元，未考虑事实、性质、情节以及社会危害程度，在事实不清的情况下直接作出处罚决定，与《行政处罚法》规定不符。

被申请人辩称：第一，申请人在美团 APP 上发布的对其诊所的介绍信息属于医疗广告，被申请人对本案违法事实的认定定性准确、事实清楚。一是申请人提出的被申请人对“申请人于美团 APP 上发布的电子订单定性为广告定性错误。申请人认为美团 APP 是电商平台而不是广告经营单位，与美团 APP 签署的是《商户入驻服务合同》，不是广告协议”的观点不成立。被申请人认为美团 APP 是一个面向广大消费者的一个便捷性服务平台，因其便利性和高度开放性，该平台一直受到广大消费者的关注，消费者在对经营者发布的信息进行阅读之后，作出消费选择。申请人在平台发布的对其门诊部进行宣传的诊疗方案、治疗情况、治疗效果、患者治疗前后的效果图，属于对其门诊部的宣传广告，对消费者的消费选择产生了影响。根据《医疗广告管理办法》第二条“本办法所称医疗广告，是指利用各种媒介或者形式直接或间接介绍医疗机构或医疗服务的广告”之规定，本案申请人以美团 APP 为媒介，直接介绍其医疗机构及医疗服务，符合医疗广告的定义，属于医疗广告。二是申请人的行为违反了禁止性规定，本案违法事实的认定正确无误。经查实，申请人经审批取得有医疗广告审查证明，批准的广告内容为“(平)医广【2019】第 02-27-3 号湛河区贝诺口腔门诊部，诊疗项目：口腔科，门诊工作时间：

8: 00-19: 00, 电话: 0375-3503007, 地址: 湛河区光明路与湛南路交叉口向南 100 米路西贝诺口腔”。申请人在美团 APP 上发布的医疗广告包含以下信息: “官方案例”、“顾客情况: 男性, 27 岁, 顾客因平时爱好于极限运动, 在一次发生意外的时候导致牙齿缺失”、“诊疗方案……”、“治疗周期/过程, 周期: 6 个月……”、“治疗效果: 患者服务前后牙齿对比照片”、“案例总结: 通过植入种植牙治疗后, 顾客上颌缺失情况得以解决, 日常生活得到改善”等内容。申请人发布的广告内容与审批的内容不一致。申请人发布的上述广告信息包含了患者的年龄、性别、牙齿缺失情况、治疗效果、患者服务前后牙齿对比照片等信息, 属于利用患者形象作证明, 违反了《医疗广告管理办法》第七条“医疗广告的表现形式不得含有以下情形: (六) 利用患者、卫生技术人员、医学教育科研机构及人员以及其他社会社团、组织的名义、形象作证明的”的禁止性规定, 被申请人对本案违法事实的认定具有明确的法律依据, 违法事实认定正确无误。三是申请人认为“被申请人根据《民法典》第 473 条认定申请人的行为属于广告”的看法, 属于申请人对处罚决定书的误读。被申请人在向申请人下达的平湛市监处字〔2021〕G11 号行政处罚决定中对于申请人认为其发布内容不属于广告的申辩意见作了详细的复核说明, 现将处罚决定书中相关内容引述如下: “二、当事人美团 APP 上发布的内容属于医疗广告。我局认为, 当事人与美团之间签署经营协议, 是当事人与美团在发布信息之前的内部民事法律

关系，只涉及合同双方的权利义务关系。但是协议签署后，当事人在美团上发布的信息，则属于向不特定公众发布的对外的广告宣传行为，涉及公共利益。两者分属不同的法律关系，并无必然的因果关系。因此，不能根据当事人与美团之间签署的是经营协议而非广告协议即得出当事人在美团上发布的信息不是广告结论。根据《医疗广告管理办法》第二条“本办法所称医疗广告，是指利用各种媒介或者形式直接或间接介绍医疗机构或医疗服务的广告”之规定，当事人以美团为媒介，面向不特定公众发布的直接介绍其医疗机构、医疗服务的信息符合广告的定义，属于医疗广告。根据《中华人民共和国民法典》第四百七十三条的规定，商业广告属于要约邀请的一种。当事人在美团上发布的内容是向不特定公众发布的，即使属于合同邀约，也不能必然推导出不是广告结论。”从上述处罚决定书的内容可以看出，被申请人认定本案属于广告的依据是《医疗广告管理办法》第二条，对《中华人民共和国民法典》第四百七十三条的引用只是为了说明申请人申辩意见中认为其属于合同邀约，就必须推导出不是广告结论是不成立的。第二，被申请人对申请人作出的行政处罚认定违法事实和法律依据适用正确。一是对于申请人所称：“《医疗广告管理办法》中与《广告法》相抵触的部分不再适用，所以即使是使用了患者形象，也不违背法律规定”的观点，被申请人不予认同。原因有四，其一，《医疗广告管理办法》是对《广告法》的补充，与《广告法》的立法宗旨及监管目的并不抵触。《医疗

《广告管理办法》虽然位阶上不及《广告法》，只是部门规章，但其对医疗广告的专项监管与治理进行了细化规定，为医疗广告的监管和执法提供了依据，被申请人在《广告法》未作规定的情况下，适用《医疗广告管理办法》作出行政处罚，并无不妥之处。

其二，被申请人作为行政机关，对于申请人的行政处罚符合“法定职责必须为”的依法行政要求。《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》对依法行政的基本要求作出了具体规定，其中关于合法行政的描述为“行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。”由此可见，行政机关依法行政的“法”是广义的法，其中包括依据“规章”作出行政行为。因此，被申请人对申请人适用规章作出行政处罚符合依法行政的要求。且出于“法定职责必须为”的职责所在，被申请人作为广告监管机关，对于申请人违反《医疗广告管理办法》禁止性规定的行为，必须作出处理，以实现医疗广告市场的监管职责。

其三，新《广告法》对利用患者形象作证明未作出规定，并不意味着对此类广告行为不应或不需要再实施监管。医疗广告涉及人民群众生命健康安全，一直是社会关注热点，也是市场监管部门监管重点。对于医疗广告乱象必须予以严格的监管。以名医名义、患者形象作证明的医疗广告乱象如不能得到及时的治理与监管，将会导致医疗广告市场乱象横行。广告中以患者形象对其治疗前后进

行对比，强化了治疗效果，起到宣传其医疗机构或治疗方法的效果，对患者的就医选择产生影响。如果对该种行为不予监管，将导致部分无良的医疗机构制作虚假图片或者进行夸大效果的宣传，美化或者强化其治疗效果，这将导致医疗广告市场更加混乱的后果。被申请人作为广告监管部门，对申请人作出的行政处罚，不仅是为了纠正申请人的违法行为，也是为了净化医疗广告市场，治理医疗广告乱象，从而保护社会公众的合法权益。2019年3月6日，由国家卫生健康委联合中央网信办、国家发展改革委、公安部、市场监管总局、国家医保局、国家中医药局、国家药监局印发的《关于开展医疗乱象专项整治行动的通知》（国卫医发〔2019〕36号）中规定“三、重点任务（三）严肃查处发布违法医疗广告和虚假信息的行为。重点查处未经卫生健康部门审查和违反《医疗广告审查证明》规定发布医疗广告的行为。四、责任分工，市场监管部门：依法查处虚假宣传、违法医疗广告、乱收费和不正当价格行为。”从上述文件可以看出，国家层面对于医疗乱象专项整治工作，查处发布违法医疗广告属于重点任务，违反《医疗广告审查证明》规定发布医疗广告的行为属于重点查处的重点任务。《医疗广告管理办法》第六条规定“医疗广告内容仅限于以下项目：（一）医疗机构第一名称；（二）医疗机构地址；（三）所有制形式；（四）医疗机构类别；（五）诊疗科目；（六）床位数；（七）接诊时间；（八）联系电话。（一）至（六）项发布的内容必须与卫生行政部门、中医药管理部门核发的《医疗机构执业许可

证》或其副本载明的内容一致。”申请人经审批取得有医疗广告审查证明，批准的广告内容为“(平)医广【2019】第 02-27-3 号，湛河区贝诺口腔门诊部，诊疗项目：口腔科，门诊工作时间：8:00-19:00，电话：0375-3503007，地址：湛河区光明路与湛南路交叉口向南 100 米路西贝诺口腔”。申请人在发布医疗广告时，应严格按照其取得的《医疗广告审查证明》批准的内容发布。但申请人在美团 APP 上发布的医疗广告内容与审批的内容不一致。且广告信息包含了患者的年龄、性别、牙齿缺失情况、治疗效果、患者服务前后牙齿对比照片等信息，属于利用患者形象作证明。申请人的行为违反了禁止性规定，应当受到监管与处罚。其四，申请人“即使是使用了患者形象，也不违背法律规定”的观点，存在着认知上的偏差。申请人在此对“法律规定”采用了狭义的解释，如前所述，依法行政可适用的是广义的法，包括了规章，因此，申请人的行为违反了广义上法的禁止性规定，构成了违法行为，其上述观点不能成立。二是申请人称“应对其适用《广告法》第五十八条处广告费用一倍的处罚”的观点无法律依据。

《广告法》中对利用患者形象作证明的行为未作规定，《医疗广告管理办法》第二十二条明确规定“工商行政管理机关对违反本办法规定的广告主、广告经营者、广告发布者依据《广告法》、《反不正当竞争法》予以处罚，对情节严重，造成严重后果的，可以并处一至六个月暂停发布医疗广告、直至取消广告经营者、广告发布者的医疗广告经营和发布资格的处罚。法律法规没有规

定的，工商行政管理机关应当对负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者给予警告或者处以一万元以上三万元以下的罚款；医疗广告内容涉嫌虚假的，工商行政管理机关可根据需要会同卫生行政部门、中医药管理部门作出认定”。本案即属于法律法规没有规定的情形，应适用“法律法规没有规定的，工商行政管理机关应当对负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者给予警告或者处以一万元以上三万元以下的罚款”的规定进行处罚。第三，本案量罚裁量适当，符合裁量标准，也符合《行政处罚法》的规定。在本案调查过程中，被申请人向申请人调查了解其在美团 APP 的广告投放情况，申请人称在美团 APP 进行推广店铺每年向美团 APP 缴纳 5000 元推广费，接到顾客下单后，美团 APP 都会抽取一部分费用，具体费用无法统计。对于申请人提出的其费用问题，不论是服务费还是推广费，都无法改变其在美团 APP 上发布医疗广告的事实，并且该项费用并不是一次性支出的，美团 APP 每成交一次订单都会生成一笔费用，而申请人并未提供详细的交易记录。广告费用无法计算。本案违法情节不存在应适用减轻处罚或者从轻处罚的情节，在本案的调查过程中，申请人也未主张或者提供相关证据以证明其存在应减轻或者从轻处罚的情况。参照《河南省市场监督管理行政处罚裁量基准规定(2020 版)》第六条“对法律、法规和规章设定有一定幅度的罚款处罚，裁量基准应当视情节在幅度范围内划分为从轻处罚、一般处罚、从重处罚。罚款数额按照以下标准确定：（一）罚款为一定幅度数额或者

一定倍数的，从轻处罚罚款的数额(倍数)应当为从最低限到最高限这一幅度中较低的 30%部分；从重处罚罚款的数额(倍数)应当为从最低限到最高限这一幅度中较高的 30%部分；一般处罚按照中间阶次罚款。”和第十五条“除第十一条至第十四条所列不予处罚、减轻处罚、从轻处罚、从重处罚以外的其他应予行政处罚的情形为一般处罚情形，给予一般行政处罚，其罚款幅度数额(倍数)按照第六条规定确定。”之规定，本案不存在不予行政处罚、从轻处罚、从重处罚的情节，属违法情节一般，应给予一般行政处罚。本案的量罚正是在一般行政处罚的幅度内作出的行政处罚，符合裁量要求，也符合《行政处罚法》过罚相当的原则规定。

经审理查明：2021 年 2 月 2 日，被申请人在平顶山市市场监督管理局投诉网站接到举报，举报页面事实与理由一栏内容为：

“在 2021.1.26 浏览被举报人美团商家：贝诺齿科（金域蓝湾店）官方案例，上颌中切牙缺失、页面中有案例详见图片；其行为可能涉嫌违反《广告法》、《反不正当竞争法》等法律法规”。同日，被申请人制作《现场笔录》一份，笔录显示：现场检查未见法定代表人、经营场所内由一韩姓工作人员负责；制作《询问通知书》平湛市监 2021（询字）0202-1 号并于同日送达给韩姓负责人。2021 年 2 月 3 日 被申请人制作《询问笔录》一份，笔录显示：申请人在美团 APP 上的推广页面，每年的费用大概为 5000 元，顾客每次下单后，美团 APP 都会抽取一部分费用。申请人在

美团 APP 上发布的患者案例 7 例，是在申请人店面进行过治疗的真实案例，并经过患者同意后将部分对比照片进行无害化处理后上传美团 APP 进行店铺宣传。2021 年 2 月 18 日，被申请人决定对申请人立案调查。2021 年 4 月 22 日，被申请人制作《行政处罚告知书》平湛市监告字〔2021〕G11 号并于同日送达。2021 年 4 月 22 日，申请人向被申请人递交《申辩申请》，申请人认为申请人发布的此类照片没有涉及利用患者形象作证明，没有利用患者照片及患者形象做任何效果断言或保证；申请人与美团签的是经营协议，不是广告协议，美团为电商平台，不是广告经营单位，当事人发布的是电子订单，属于合同邀约，不是广告。2021 年 5 月 6 日，被申请人做出延期决定，办理案件期限由 2021 年 5 月 18 日延期至 2021 年 6 月 17 日。2021 年 5 月 20 日，被申请人制作《行政处罚决定书》平湛市监处字〔2021〕G11 号，决定对申请人作出以下处罚：责令改正并处罚款 20000 元，并于次日送达。2021 年 6 月 9 日，申请人因不服被申请人作出的平湛市监处字〔2021〕G11 号《行政处罚决定书》向湛河区人民政府提出行政复议申请。

本机关认为：第一，申请人提出被申请人认定事实错误，本机关不予支持。根据《中华人民共和国广告法》和《医疗广告管理办法》第二条规定，申请人以美团为媒介，面向不特定公众发布的直接介绍其医疗机构、医疗服务的信息符合广告的定义，属于医疗广告。

第二，申请人提出被申请人适用依据错误，本机关予以支持。本案中，申请人的行为符合《中华人民共和国广告法》第十六条第一款之规定情形，被申请人应根据《中华人民共和国广告法》第五十八条之规定作出行政处罚，而非依据《医疗广告管理办法》作出行政处罚。

综上，根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（三）项之规定，本机关决定：

一、依法撤销被申请人平顶山市湛河区市场监督管理局作出的平湛市监处字〔2021〕G11号《行政处罚决定书》。

二、依法责令被申请人平顶山市湛河区市场监督管理局在收到本行政复议决定书之日起60日内对申请人湛河贝诺口腔门诊部的行为重新作出处理。

申请人如不服本决定，可以自收到本决定书之日起15日内，向人民法院提起行政诉讼。

