

# 保健品营销中的法律焦点解读

微信公众号“丁香园”和“丁香医生”的文章《百亿保健帝国权健,和它阴影下的中国家庭》,迅速取得10万+的阅读量,在不少人的微信朋友圈里刷屏。2018年12月27日,国家市场监督管理总局相关负责人就权健自然医学科技发展有限公司引发争议一事对媒体表示,总局已经关注到网络舆情,相关业务司局正在了解情况。此事真相有待权威部门的调查,暂且不论,但保健品营销过程中存在的一些法律问题值得深思。

## 非法行医如何认定

12月25日中午,“丁香医生”在其微信公众号发布《百亿保健帝国权健,和它阴影下的中国家庭》一文。文中称,这家年销售额破百亿的集团,以保健鞋垫和负离子卫生巾起家,用近乎传销的推广方式,在全国铺开7000多家加盟火疗店。不幸的是,一些参与者不仅搭上钱财,更有人被烧伤、致残,甚至丢了性命。

对此,12月26日凌晨1时30分,权健集团旗下的权健自然医学科技发展有限公司微信公众号发布了《权健官方严正声明》。这份声明称,12月25日,“丁香医生”发布不实文章,利用从互联网搜集的不实信息,对权健进行诽谤中伤。12月26日一早,丁香医生

微博转发回应权健的“声明”,“丁香医生”微博称,“不会删稿,对每一个字负责,欢迎来告”。据悉,丁香方面已经收到来自权健集团和权健创始人束昱辉的律师函。在此次事件中权健是否存在非法行医问题是舆论关注焦点。实际上,非法行医也是保健品营销长期备受质疑的一个问题。

## 非法行医究竟该怎样认定?

北京京都律师事务所律师张启明分析说:“如果突破保健的范畴,在不具备行医资格的情况下,以所谓的疗法治病的,属于非法行医行为;如果导致被治疗人轻度残疾等或死亡的,可以按照非法行医罪追究刑事责任;对于不存在医疗行为的,可以按照过失致人重伤罪或者过失致人重伤罪追究刑事责任。”张启明说,对于其中“火候”掌握比较好,但宣称以治病为名从事医疗活动的,可以按照非法行医行为予以行政处罚或者取缔。此外,张启明向记者分析

说,对于在销售保健品的过程中,推销人员谎称保健品含有医药的成分和功效,夸大保健品的治病功效,利用封建迷信宣传保健食品,消费者可以根据相关规定进行控告以追究其行政责任,同时可以提起民事诉讼。如果能够证明保健食品不符合卫生标准,足以造成食物中毒或者其他食源性疾病的,可以按照刑法第一百四十三条的规定,以生产销售不符合卫生标准食品罪追究刑事责任;如果证明保健品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有

害的非食品原料的食品的行为,可以按照生产销售有毒有害食品罪追究刑事责任;造成消费者损失的,同样适用消费者权益保护法的规定可以提出民事诉讼。“对于消费者而言,不要盲目相信包治百病的口头虚假宣传,注意固定和留存证据,这将决定在法律纠纷中双方的地位;对于监管机关而言,企业对外宣传的合规宣传,与调查而得出实际运行模式,决定在行政监管中能否拿到实锤。”张启明说。



## 保健品市场乱象何时终结

近日,“丁香医生”发布的《百亿保健帝国权健,和它阴影下的中国家庭》将权健推上舆论的风口浪尖。随之,保健品市场乱象也再次引起各方关注。

2018年,保健品市场乱象此起彼伏,涉及的商家不胜枚举,受害人更是数不胜数。理财、保健品和电信诈骗,被认为是老年人面临的三大最常见的受骗形式。可是,这些骗局的受害者,绝不仅仅是老年人。

公开数据显示,2016年中国保健品市场规模超过4000亿元,而膳食补充剂类产品市场规模超过1300亿元,并以每年10%的速度增长。相关机构预测,2018年中国营养保健食品行业收入将达到3534亿元,未来五年年均复合增长率约15.75%,2022年中国营养保健食品行业收入将达6343亿元,预计到2020年中国将成为全球第二大健康营养品消费市场。

2015年起实施的《食品安全国家标准保健食品》中对保健食品的定义是:声称并具有特定保健功能或者以补充维生素、矿物质为目的的食品。即适用于特定人群食用,具有调节机体功能,不以治疗疾病为目的,并且对人体不产生任何急性、亚急性或慢性危害的食品。

但据记者了解,保健品在宣传上大多重在说功效,有些甚至打着“专家义诊”“权威证明”“免费试用”等口号进行销售。

对此,中国政法大学经济法副教授吴景明直言:“这是典型的虚假宣传。”他说,按照《食品安全国家标准保健食品》规定,保健品不能宣传任何关于疗效的内容,而当下许多保健品的宣传明显违反了食品安全法和广告法的相关规定。

据了解,修订后的广告法第十八条明确规定:保健食品广告不得含有下列内容:(一)表示功效、安全性的断言或者保证;(二)涉及疾病预防、治疗功能;(三)声称或者暗示广告商品为保障健康所必需;(四)与药品、其他保健食品进行比较;(五)利用广告代言

人作推荐、证明;(六)法律、行政法规规定禁止的其他内容。保健食品广告应当显著标明“本品不能代替药物”。

近年来,有关保健品的投诉一直居高不下。2018年年初,中消协曾发布“2017年十大消费维权舆情热点”,老年保健品相关投诉居首位。

“保健品诈骗频发的根本原因是国民保健不是靠运动保健,而是相信保健品的所谓神奇功效,这就给不法分子提供了市场。”吴景明说,“目前保健品诈骗主要的坑骗对象还是老年人,因为老年人容易被欺骗。尽管诈骗手段并不高明,大多以小恩小惠为诱饵,比如优惠、旅游等,但仍有不少老年人上当受骗,因为大多数老年人处于比较孤独的状态,不法分子就以关怀为手段乘虚而入,使得很多老年人将大量资金投入其中。”

随着公众在健康、养生方面的支出逐渐增加,我国保健品市场处于快速发展之中。那么,如何规范保健品市场?

对此,北京大学医学人文研究院医学伦理与法律研究中心副主任王岳直言:“老人买保健品,更主要是缺乏家庭关爱和照料,卖保健品的往往打的是感情牌。”他说,单靠行政监管是不行的,必须另辟蹊径,同时应把小额行政处罚模式转变为高额民事惩罚性赔偿模式,以改变目前行政处罚隔靴搔痒,越搔越痒的现状。

“对保健品的管理不能单靠政府部门,要有社会治理理念的变革,必须走向社会共治。应当调动社会方方面面的积极性,让大家有序参与到这项工作中来,只有这样才能形成合力,形成好的保健品安全治理的效果。总之,社会共治才可能让保健品行业规范。”王岳说。

在吴景明看来,规范保健品市场关键还在于管理。他说:“首先,对于老年人要进行正确的宣传引导;其次,对违法违规的保健品要严厉打击,相关部门需要开展一场持久性、力度大的打击行动。”(赵丽)



## 传销直销怎样区分

“权健”陷入舆论漩涡后,不少人认为,权健的销售模式本质上是传销。

有媒体找到中国裁判文书网上的一份判决书。这份判决书显示,2012年,吉林省蛟河市人民法院判处权健经销商孟某、徐某甲、战某、戴某犯组织、领导传销活动罪。

依据判决书的内容,戴某在蛟河有一家权健火疗店,负责给在蛟河做权健产品的人订货和报业绩,所有做权健产品的人都是她的下线。检方指控称,被告人戴某直接或间接发展下线会员400多人,并将传销款汇到天津权健自然医学发展有限公司,从公司获得提成款,涉案金额人民币2636631元,个人非法所得人民币131993元。

蛟河市人民法院认定,包括戴某在内的4名被告人均已构成组织、领导传销活动罪。判决显示,4名被告人均被判处5年以下有期徒刑,并处罚金26.3万元至463.8万元不等。

12月26日凌晨,权健发布声明称,自身是取得了政府颁发的直销牌照的合法企业。实际上,到底是传销还是直销也是保健品营销一直面临的质疑。

那么,传销与直销的区别到底是什么,有没有严格的界定标准?张启明说,按照国务院颁布的《直销管理条例》第三条的规定,直销“是指直销企业招募直销员,由直销员在固定营业场所之外直接向最终消费者推销产品的经销方式”。

“直销与传统经销的区别在于绕过传统批发商和零售渠道,不依托于固定的场所,依赖于直销员口耳相传的地推模式。只有直销企业及其分支机构可以招募直销员,直销企业及其分支机构以外的任何单位和个人不得招募直销员。”张启明说,在中国,合法的直销模式是指经审批通过的单层直销模式。传销,是由多层直销变异而来的,二者之间存在复杂的血缘关系。所以,不少业内人士认为,

实践中会存在这样的分歧——经营者拿着直销牌照告诉消费者:我是直销而不是传销;消费者根据经营模式判断,他是传销而不是直销。

“所谓直销牌照并非是一切销售行为的‘保护罩’,如果查明存在直销过程中虚假宣传、直销员管理不规范、直销员无证直销等违法违规行,可以对其进行调查和处罚。”对此,张启明说,如果能够认定企业直接或者间接,明示或者暗示,由直销员发展直销员,按照先后顺序或者业绩组成一定层级作为计酬和返利的依据,可以认定其存在传销行为,“但是,直销企业的营业守则、合同中都会严格禁止直销员发展直销员,这就在直销企业与直销员之间形成一道防火墙,也就是说直销员如果违反守则或者合同的约定擅自发展直销员甚至组成一定的层级而形成传销,应由直销员承担责任;只有证明这来源于企业的授意,企业才承担法律责任”。