

工商行政管理机关

查处广告违法案件实务

江苏省南通市工商行政管理局◎编著

GONGSHANG XINGZHENG GUANLI
JIGUAN CHACHU GUANGGAO WEIFA
ANJIAN SHIWU

 中国工商出版社

工商行政管理机关

查处广告违法案件实务

江苏省南通市工商行政管理局◎编著

GONGSHANG XINGZHENG GUANLI
JIGUAN CHACHU GUANGGAO WENFA
ANJIAN SHIWU

中国工商出版社

责任编辑 刘安伟 张欣然
封面设计 浩然

图书在版编目 (CIP) 数据

工商行政管理机关查处广告违法案件实务 / 江苏省
南通市工商行政管理局编著. — 北京 : 中国工商出版社,
2016.11

ISBN 978-7-80215-889-4

I . ①工… II . ①江… III . ①工商行政管理 - 广告法
- 行政执法 - 中国 IV . ① D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 232891 号

书名 / 工商行政管理机关查处广告违法案件实务
编著者 / 江苏省南通市工商行政管理局

出版·发行 / 中国工商出版社

经销 / 新华书店

印刷 / 北京翌新工商印制公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 1/16 印张 / 13.25 字数 / 156 千字

版本 / 2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

社址 / 北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号 (100070)

电话 / (010) 63730074, 83619386 电子邮箱: fx63730074@163.com

微信号: zggschs

出版声明 / 版权所有, 侵权必究

书号: ISBN 978-7-80215-889-4/D · 568

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

广告业是现代服务业和文化产业的重要组成部分，在塑造品牌、展示形象，推动创新、促进发展，引导消费、拉动内需，传播先进文化、构建和谐社会等方面发挥着积极作用。当前，我国广告业面临创新发展的重大战略机遇，经济全球化和国家实施“一带一路”发展战略，为广告业的国际化发展提供了难得的历史机遇；国民经济平稳增长，为广告业发展打下坚实的经济和社会基础；社会消费需求持续增长以及供给侧结构性改革的推进，为广告业发展增强了内生动力；新技术、新媒体和新的传播渠道拓宽了服务领域，为广告业发展开辟了广阔空间；《广告法》《互联网广告管理暂行办法》的修订实施，为广告业健康发展提供了重要保障。

近年来，广告业飞速发展，广告业的经营环境发生了很大变化，广告监管执法也面临着许多新情况、新问题。尽管广告市场秩序整体向好，但虚假违法广告依然存在，有悖社会风尚、损害社会公德的广告不时出现，特别是广告市场主体追求利益最大化的本能和广告市场自发调节固有的缺陷，严重损害了消费者的合法权益，妨碍了广告业的健康发展。

面对广告业发展中存在的这些问题，作为承担引导广告业发展、

监管广告市场双重职能的工商行政管理部门，应当积极适应新形势，转变广告监管工作理念，增强广告执法意识，强化办案导向，以执法的威慑力促进监管的约束力，树立起广告监管执法的权威。在打击虚假违法广告的同时，以互联网金融广告、违背社会风尚不良违法广告等为突破口，加强对重点、热点领域、新型业态等广告执法力度。广告监管执法者应该要认真研究执法办案思路，能善于总结执法办案经验，真正发挥广告监管执法工作在营造公平竞争环境、维护经济有序发展中的作用。

在《广告法》实施一周年之际，南通市工商行政管理局在国家工商行政管理总局广告监督管理司和江苏省工商行政管理局广告处的指导下，广泛借鉴国内同行的广告监管执法经验，分析研究司法机关和行政管理机关处理的不同类型的广告案件，编纂了《工商行政管理机关查处广告违法案件实务》。这是对新形势下基层广告监管执法工作经验的综合和理论的探索，从中既看到基层同志勤于学习、善于总结、勇于创新的钻研精神，也看到了他们积极实践、勤奋敬业、依法行政的工作态度。

希望这本书的出版，能在加强基层广告监管执法工作理论研究、培养专家型人才队伍、构建学习型工商行政管理机关、强化基层广告监管执法能力建设方面，起到积极的促进作用。

江苏省南通市工商行政管理局局长 张建华

二〇一六年八月

目 录

第一章 广告监督管理概述

第一节 2015 版《广告法》之综述	002
一、新增和完善了广告内容准则	002
二、完善了广告代言及其法律责任制度	002
三、完善了保护未成年人身心健康的规定	003
四、新增设了规范互联网广告的制度	004
五、加大了打击虚假广告的力度	004
六、完善了大众传播媒介广告发布行为规范	005
七、强化了有关部门的广告监管责任	005
八、新增了关于广告行业自律与公益广告的规定	006
第二节 2015 版《广告法》之规制更严格	007
一、广告代言人的规制	007
二、具体商品或服务广告内容的规制	009
三、明确了虚假广告的定义与法律责任	015
四、加强对未成年人的保护	017
五、对电子信息及互联网广告做出明确规定	018

第三节 2015 版《广告法》调整了发布虚假广告的法律 responsibility	019
一、法定罚款最高限额大幅提高的同时增设了行为罚	019
二、对广告内容的审查更严格	021
三、广告监管的手段更完备	022
四、广告监管范围更广泛	023
五、在法律适用方面应注意的问题	024
第四节 2015 版《广告法》之监管更严谨	028
一、广告监督管理的指导思想和监管目标	028
二、强化广告事中事后的监督管理	028
三、完善信用监管，营造诚信市场环境	031
四、构建齐抓共管、共同治理的广告监管长效机制	032

第二章 广告监测工作实务

第一节 广告监测的方法	035
一、实行日常监测、集中抽测和指定监测相集合的原则	035
二、广告监测系统的运用	036
第二节 广告监测数据的处置	051
一、报告制	051
二、公告制	055

第三章 广告违法行为的查处

第一节 广告违法行为的特点及分类	057
------------------------	-----

一、广告违法行为的特点·····	057
二、广告违法行为的分类·····	058
第二节 广告违法行为的发案方法及调查取证·····	061
一、广告违法行为的发案方法·····	061
二、对发布违法广告行为的调查取证方法及要求·····	065
第三节 查处违法广告行为应注意的问题·····	067
一、虚假广告的责任主体与管辖权·····	067
二、查办广告违法案件应慎用行政强制措施·····	075
三、虚假广告与虚假宣传·····	077
四、发布虚假广告与合同违法行为·····	080
五、发布虚假广告与商业诋毁行为·····	083
六、发布虚假广告的违法所得计算·····	083
七、不同责任主体的违法责任追究·····	087
八、违法广告造成损害的赔偿·····	092
九、违法广告监管中的不作为·····	094
十、广告监督中的渎职行为·····	097
十一、发布虚假广告涉罪行为的移送·····	102

第四章 网络虚假广告行为的查处

第一节 网络广告的监测·····	103
一、网络广告的概念及其发布形式·····	103

二、网络广告监测·····	106
第二节 网络虚假广告的发案方法·····	110
一、线下线索·····	110
二、线上线索·····	111
第三节 网络虚假广告的证据收集·····	112
一、网络虚假广告证据收集·····	112
二、虚假广告费用计算·····	117

第五章 虚假广告的涉罪移送

第一节 犯罪构成、刑事追诉标准及移送证据要求·····	123
一、虚假广告罪的犯罪构成·····	123
二、虚假广告罪的刑事追诉标准及移送的证据要求·····	124
第二节 案例评析·····	125
案例 1: 扬州市新世纪黑豚特种养殖有限公司发布虚假广告案 ·····	126
案例 2: 曾某甲发布虚假广告案 ·····	127
案例 3: 刘某甲、周某娟发布虚假广告案 ·····	129
第三节 查处发布虚假广告涉罪行为应注意的问题·····	130
一、违法所得的计算·····	130
二、虚假广告罪与诈骗罪的区别·····	131
三、虚假广告罪与损害他人商业信誉、商品声誉罪的区别·····	134
四、相关问题·····	136

第六章 案例评析

第一节 虚假广告案例·····137

案例 1: 广州宝洁有限公司发布虚假广告案 (广告不得含有
虚假或者引人误解的内容)·····137

案例 2: 上海宝邸置业有限公司发布违法广告案 ·····141

第二节 禁止性广告案例·····144

案例 3: 百老汇娱乐会所发布违法广告案 (广告不得使用或变
相使用中华人民共和国国旗)·····144

案例 4: 上海宜招网络科技有限公司发布使用或变相使用国家
机关、国家机关工作人员的名义或形象的广告案 ·····147

案例 5: 某炒货店发布违法广告案 (广告中不得使用“国家级”
“最高级”“最佳”等极限用语)·····150

案例 6: 泰迪电子商务公司发布违背社会良好风尚广告案 ·····154

案例 7: 天津恒信远大实业有限公司发布违法广告案 ·····160

案例 8: 某生物制药公司发布违法广告案 (处方药只能在指定
的刊物上作广告)·····161

案例 9: 某戒毒中心发布违法广告案 (违反禁止性规定发布
广告)·····163

案例 10: “母婴之家” APP 发布声称替代母乳的婴儿乳制品
广告 (禁止在公共场所发布声称替代母乳的婴儿乳
制品广告) ·····165

案例 11: 山东瑞源股权投资基金有限公司荆州分公司发布禁止 发布的广告	168
第三节 违反特殊准则、违法使用广告代言人或未经依法审查的 广告案例	172
案例 12: 某市广播电台发布违法广告案 (药品、保健食品)	172
案例 13: 快乐购物股份有限公司发布违法保健食品广告案 (食品广告涉及疾病治疗功能, 并不得使用医疗用语 或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语)	174
案例 14: 某教育培训机构发布违法广告案 (教育、培训广告 禁止性规定)	178
案例 15: 金红叶纸业集团有限公司上海分公司利用不满十周岁 的未成年人作为广告代言人发布广告案	180
第四节 违反一般准则或者贬低他人商品或服务的广告案例	185
案例 16: 瑞佳投资顾问公司发布违法广告案 (广告内容应当 清楚明白, 不得误导消费者)	185
案例 17: 浙江璐瑶电子科技有限公司发布涉及专利的广告 未标明专利号和专利种类案 (广告应当标明专利号 和专利种类)	189
案例 18: 上海越也汽车销售有限公司发布违法广告案 (广告 不得贬低其他生产经营者的商品或服务)	192
后记	196

第一章 广告监督管理概述

广告包括公益广告和商业广告，广告监督管理是工商行政管理机关依据法律法规，行使国家授予的职权。对商业广告活动全过程进行监督，检查，控制，和指导的工作。它不仅是国家维护公平竞争的市场经济秩序的手段，也是保护消费者合法权益的手段。

参与广告活动的企业、自然人或其他组织都必须接受工商行政管理机关依法行使的监督管理。监督，检查，控制，指导四个方面的工作是相辅相成的，共同保障着我国广告业的繁荣。随着我国市场经济的建立和不断完善，广告活动日益增强。国家通过立法和行政执法对各种广告行为进行监督管理，规范广告市场，保护合法经营者和广大消费者的权益，限制和取缔非法广告和非法广告经营，对于保证我国的广告事业健康有序的发展史十分必要的。新修订的《广告法》第六条明确确立了广告监管以工商行政管理部门为主、其他部门分工配合的监管执法体系。原来仅规定县级以上工商管理机关是广告监管机关，现在进一步明确了工商管理机关的广告监管主体职责，也厘清了与其他国家机关的职责边界，不过，其他有关部门例如卫生行政部门的广告管理职责，需通过其他法律法规确定。

第一节 2015 版《广告法》之综述

2015 年 4 月 24 日，十二届全国人大常委会第十四次会议表决通过广告法修订案，施行二十年的广告法终于完成首次大修。这次修订是一次全面的修订，条文由原来的 49 个扩充到 75 个，新增了 33 个条文，删除了 3 个条文，保留了 8 个条文，修改了 37 个条文（含合并的条文）。修订工作主要是围绕着规范广告活动、适应广告发布媒介形式发生的变化、解决实践中产生的突出的问题来开展的。与 1995 版《广告法》相比，新修订的《广告法》的变化主要体现在以下几个方面：

一、新增和完善了广告内容准则

原《广告法》中仅规定了药品、医疗器械、农药、烟草、食品、酒类、化妆品 7 种特殊商品的广告准则。新《广告法》根据广告业发展的实际情况和监管实际，新增了保健食品、医疗器械、医疗广告、兽药、饲料、饲料添加剂、教育和培训、招商等有投资回报预期的商品或者服务、房地产、农作物种子、林木种子、草种子、种畜禽、水产苗种和种养殖广告等内容准则。这些新增的广告内容准则针对的主要是与消费者身体健康和财产安全关系密切，并且在广告实践中违法广告发生率较高商品和服务广告，加大了消费者合法权益保障的力度。

二、完善了广告代言及其法律责任制度

新《广告法》将广告代言人纳入了广告活动主体范围，并对代言人的

含义进行了规定。明确了不得进行代言的广告范围,即药品、医疗器械、医疗、保健食品、烟草广告。规定了不得利用科研单位、学术机构、行业协会、专业人士、用户或受益者代言的广告范围,即农药、兽药、饲料和饲料添加剂广告;教育、培训广告;招商等有投资回报预期的商品或者服务广告;农作物种子、林木种子、草种子、种畜禽、水产苗种和种养殖广告。明确禁止利用不满10周岁的未成年人作为广告代言。禁止广告代言人为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。明确了广告主、广告经营者聘用代言人时应当履行的法律义务,即使用他人名义或者形象的,应当事先取得其书面同意。对在虚假广告中作推荐、证明受到行政处罚未逾三年的自然人、法人或者其他组织,禁止利用其作为广告代言人。明确了代言人的行政法律责任,即由工商机关没收违法所得,并处违法所得1倍以上2倍以下的罚款。明确了代言人应承担的无过错民事连带责任,即关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。明确了代言人应承担的过错民事连带责任,即与消费者生命健康关系不大的商品或者服务广告,广告代言人明知或应知其为虚假广告仍作推荐、证明,造成消费者损害的,应当与广告主承担连带责任。

三、完善了保护未成年人身心健康的规定

这些规定主要包括:广告不得损害未成年人和残疾人的身心健康;禁止在大众传播媒介或者公共场所发布声称全部或者部分代替母乳的婴儿乳制品、饮料和其他食品广告;使用无民事行为能力人、限制民事行为能力人的名义或者形象的,应当事先征得其监护人的书面同意;不得利用不满

十周岁的未成年人作为广告代言人；不得在中小学校、幼儿园内开展广告活动，不得利用中小学生和幼儿的教材、教辅材料、练习册、文具、教具、校服、校车等发布或者变相发布广告；在针对未成年人的大众传播媒介上不得发布药品、保健食品、医疗器械、化妆品、酒类、医疗、美容广告，以及不利于未成年人身心健康的网络游戏广告；针对十四周岁以下未成年人的商品或者服务的广告不得含有劝诱其要求家长购买广告商品或者服务内容和可能引发其模仿不安全行为。

四、新增设了规范互联网广告的制度

原《广告法》仅限于对广播、电影、电视、报纸、期刊等传统媒体广告予以规范，对互联网等新兴媒体则没有涉及。新广告法对互联网广告的规范主要包括三个方面：一是规定“利用互联网从事广告活动，适用本法的各项规定。”这是一个原则性规定。互联网不是虚拟世界，而是现实世界的在网络上的反映，因此互联网广告不用游离于《广告法》之外。二是规定“利用互联网广告发布、发送广告，不得影响用户正常使用网络。在互联网页面以弹出等形式发布的广告，应当显著标明关闭标志，确保一键关闭”。三是规定“互联网信息服务提供者对其明知或者应知的利用其场所或者信息传输、发布平台发送、发布违法广告，应当予以制止”。

五、加大了打击虚假广告的力度

原《广告法》对虚假广告仅作了“广告不得含有虚假内容，不得欺骗和误导消费者”这样原则和笼统的规定，既没有对虚假广告的含义进行界定，也没有对虚假广告的构成条件或者情形进行规定，执法操作性很差，严重

影响了对虚假广告的查处和打击。新《广告法》明确了“虚假广告的含义”，列举了虚假广告的四种典型情形，并明确了虚假广告活动的行政责任、刑事责任和民事责任。与原《广告法》相比，新《广告法》对虚假广告的惩处力度明显增大。另外，还赋予了消费者组织对虚假广告的社会监督权。

六、完善了大众传播媒介广告发布行为规范

这些内容主要包括：大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当显著标明“广告”，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解；广播电台、电视台发布广告，应当遵守国务院有关部门关于时长、方式的规定，并应当对广告时长作出明显提示；广播电台、电视台、报刊音像出版单位、互联网信息服务提供者不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布药品、医疗器械、医疗、保健食品广告；禁止在大众传播媒介或者公共场所发布声称全部或者部分替代母乳的婴儿乳制品、饮料和其他食品广告；大众传播媒介有义务发布公益广告。广播电台、电视台、报刊出版单位应当按照规定的版面、时段、时长发布公益广告。

七、强化了有关部门的广告监管责任

新《广告法》规定：工商行政管理机关应当建立健全监测制度，完善监测措施，及时发现和依法查处违法广告行为。任何单位或者个人有权向工商行政管理机关和有关部门投诉、举报违反本法的行为。工商机关和有关部门应当向社会公开受理投诉、举报的电话、信箱或者电子邮件地址，接到投诉、举报的部门应当自收到投诉之日起七个工作日内，予以处理并

告知投诉、举报人。工商机关和有关部门不依法履行职责的，任何单位或者个人有权向其上级机关或者监察机关举报。接到举报的机关应当依法作出处理，并将处理结果及时告知举报人。有关部门应当为投诉、举报人保密。广播电台、电视台、报刊音像出版单位发布违法广告，或者以新闻报道形式发布广告，或者以介绍健康、养生知识等形式变相发布药品、医疗器械、医疗、保健食品广告，工商机关依照《广告法》给予处罚的，应当通报新闻出版广电以及其他有关部门。新闻出版广电以及其他有关部门应当依法对负有责任的主管人员和直接责任人员给予处分；情节严重的，并可以暂停媒体的广告发布业务。新闻出版广电以及其他有关部门未依法对广播电台、电视台、报刊音像出版单位进行处理的，对负有责任的主管人员和直接责任人员，依法给予处分。工商机关对在履行广告监测职责中发现的违法广告行为或者对经投诉、举报的违法广告行为，不依法予以查处的，对负有责任的主管人员和直接责任人员，依法给予处分。工商机关和负责广告管理相关工作的有关部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的，依法给予处分。有前两款行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

八、新增了关于广告行业自律与公益广告的规定

“促进广告业健康发展”是广告法的立法目的之一，但是原《广告法》中没有关于广告行业自律的规定，这非常不利于广告行业自律组织作用的发挥。本次修订中，在总则中新增加了第七条，规定“广告行业组织依照法律、法规和章程的规定，制定行业规范，加强行业自律，促进行业发展，引导会员依法从事广告活动，推动广告行业诚信建设。”

原《广告法》的适用范围仅限于商业广告活动，新《广告法》将公益