

GUANGGAOFA ZAI ZHIFA
BANANZHONG De YINGYONG

广告法

在执法办案中的应用

刘孝虎◎著

- 第一章 概述
- 第二章 虚假广告
- 第三章 违反禁止性内容准则和行为规范的广告
- 第四章 违反限制性内容准则和行为规范的广告
- 第五章 违反一般性内容准则和行为规范的广告
- 第六章 广告代言人违法行为
- 第七章 广告违法行为的“数事并罚”及民事侵权责任
- 第八章 适用《广告法》的几个法律问题
- 第九章 查办广告违法案件的行政强制措施
- 第十章 查办广告违法案件的风险防范

非外借

 中国工商出版社

广告法在执法办案中的应用

GUANGGAOFA ZAI ZHIFA BANANZHONG DE YINGYONG

刘孝虎◎著

 中国工商出版社

责任编辑 刘安伟 聂 艳
封面题字 叶义权
封面设计 浩 然

图书在版编目 (CIP) 数据

广告法在执法办案中的应用 / 刘孝虎著. ——
北京 : 中国工商出版社, 2016.9
ISBN 978-7-80215-888-7

I . ①新… II . ①刘… III . ①广告法 - 行政执法 - 研
究 - 中国 IV . ① D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 232883 号

书名 / 广告法在执法办案中的应用
著者 / 刘孝虎

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 / 12.75 字数 / 180 千字

版本 / 2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 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, 83670785 电子邮箱: zggschs@163.com

出版声明 / 版权所有, 侵权必究

书号: ISBN 978-7-80215-888-7/D · 567

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序 言

《中华人民共和国广告法》是工商行政管理部门执行的重要法律之一，查办广告违法案件在工商执法办案工作中占有举足轻重的地位。《中华人民共和国广告法》（2015版，以下简称新《广告法》）是对《中华人民共和国广告法》（1994版，以下简称旧《广告法》）的全面修订。在新《广告法》施行的一年中，关于修订的背景、过程、主要内容及亮点等理论层面的问题，已经有立法机关的代表、法学理论界代表以及国家工商行政管理总局和各有关部门的权威人士进行过著书及解读、宣讲等，在此不再赘述。

徒法不足以自行。法律的执行是法治的关键环节。所谓“史上最严广告法”主要严在广告监管，特别是查办广告违法案件方面。作为一名办案人员，通过一年来查办广告违法案件的实际操作，对新《广告法》怎么说、怎么看、怎么用，是写本书的主要意图。本书的特点就是办案人员用自己的话说自己的事，用真实的案例看社会各界认识中的新《广告法》，从一线执法人员的角度发现、解决执法过程中的操作性问题，让全国工商、市场监管部门的办案人员快速全面地掌握新《广告法》，从而推动其执行到位。

本书共分十章二十七节。第一章，概述。主要阐述新《广告法》

与执法办案工作的关系，办案人员“一表读懂新《广告法》”以及查办广告违法案件的证据规范；第二章至第六章，逐一剖析五类广告违法行为的法定含义、表现形式及查办要点；第七章，广告违法行为的“数事并罚”和民事侵权责任；第八章，适用广告法查办案件的几个法律问题；第九章，查办广告违法案件的强制措施；第十章，查办广告违法案件的风险防范。这本书整体的写作体例基本上是先实体，后程序，再其他。此外，新《广告法》施行后，国家工商行政管理总局正在按照轻重缓急，抓紧修订配套的规章，并陆续公布施行，但是，相比旧《广告法》时期的20多部规章而言，新旧更替还没有完成。现阶段，部分执法人员对查办广告违法案件的执法依据很茫然，所以，本书对现行有效的执法依据和政策性文件进行梳理，列成清单，作为附录，供读者快速查阅。

总之，笔者力争用最简洁的语言，最短的篇幅，让读者认识一部最实用、最活泛的新《广告法》（此处作为著书理念和目标，不构成“使用绝对化语言”）。欲知真相，亲阅为实。

因为是一名办案人员的自说自话，书中难免有欠妥之处，敬请专家、同仁与读者批评指正。

刘孝虎

2016年7月25日于上海

目 录

第一章 概述.....	001
第一节 广告法与执法办案.....	001
第二节 办案人员一表读懂《广告法》.....	009
第三节 查办广告违法案件的证据规范.....	015
第二章 虚假广告.....	029
第一节 虚假广告的法定含义.....	029
第二节 不实广告.....	033
第三节 误导广告.....	044
第四节 虚假广告的认定.....	052
第五节 虚假广告的涉嫌犯罪移送.....	074
第三章 违反禁止性内容准则和行为规范的公告.....	076
第一节 “违禁广告”的表现形式.....	076
第二节 “违禁广告”的查办要点.....	086

第四章 违反限制性内容准则和行为规范的广告·····	094
第一节 “违限广告”的表现形式·····	094
第二节 “违限广告”的查办要点·····	116
第五章 违反一般性内容准则和行为规范的广告·····	117
第一节 一般违法广告的表现形式·····	117
第二节 一般违法广告的查办要点·····	124
第六章 广告代言人的违法行为·····	129
第一节 广告代言制度的法定内容·····	129
第二节 广告代言人的违法行为·····	133
第三节 广告代言人违法行为的查办要点·····	135
第七章 广告违法行为的数事并罚及民事侵权责任·····	138
第一节 广告违法行为的数事并罚·····	138
第二节 广告违法行为的民事侵权责任·····	153
第八章 适用《广告法》的几个法律问题·····	156
第一节 关于广告案件线索的处理时限·····	156
第二节 关于广告违法案件的管辖权·····	157
第三节 如何界定广告费用无法计算或者明显偏低·····	166

第四节 关于广告案件行政处罚信息的公示·····	172
第九章 查办广告违法案件的行政强制措施·····	174
第一节 查办广告违法案件的行政强制措施种类·····	174
第二节 查办广告违法案件如何正确使用行政强制措施·····	176
第十章 查办广告违法案件的风险防范·····	180
第一节 查办广告违法案件的风险分析·····	180
第二节 如何有效防范查办广告违法案件的风险·····	182
附录：现行有效的广告监管执法依据·····	185
第一部分 查办广告违法案件执法依据清单·····	185
第二部分 查办广告违法案件政策性文件清理结果·····	187
后 记·····	194

第一章 概述

第一节 广告法与执法办案

新《广告法》对旧《广告法》修订的内容主要体现在以下八个方面：

- （一）广告内容准则的增加；
- （二）广告代言制度的完善；
- （三）烟草广告的广泛禁止；
- （四）未成年人权益保护的加强；
- （五）互联网广告的规制；
- （六）虚假广告的界定；
- （七）大众传播媒介发布广告规范的完善；
- （八）广告监管责任的强化等。

这八个方面可以说都和广告违法案件的查办工作有关，特别是“广告内容准则”和“广告行为规范”以及“法律责任”三个部分，条款很多，吸纳了原有的关于广告监管的法律、法规和 20 多部规章的相关内容，还新增加了很多内容。关于广告违法行为种类、表现形式、责任主体、构成要件、法律责任的内容等规定较旧《广告法》有较大变化，办案人员很难在短时间内消化。但是，办案人员的主要职责就

是发现和调查核实广告违法行为,并依法追究其行政法律责任。因此,我们可以采取一个最简单、最实用的记忆办法,从“法律责任”着手,根据法律责任的轻重以及量罚规则的不同,将广告违法行为大致分为五类;再牵着“法律责任”顺藤摸瓜,梳理出新《广告法》规制的广告违法行为的具体表现形式以及承担行政法律责任的主体、构成要件等,从而达到提纲挈领,事半功倍的效果。

一、新《广告法》规制的广告违法行为及职责分工

根据新《广告法》第五章“法律责任”的规定,工商行政管理部门作为广告主管机关负有监管责任的广告违法行为可以划分为五类:

第一类,虚假广告(第55条),虚假广告是违反广告内容准则违法行为的一种特殊表现形式,因为危害后果最严重、违法责任最严厉,所以单列为一类;

第二类,违反禁止性内容准则或者行为规范的广告行为(第57条),这里的“禁止”主要是突出其刚性特征,是广告活动的“高压线”,为了便于记忆,简称为“违禁广告”;

第三类,违反限制性内容准则或者行为规范的广告行为(第58条),这里的“限制”主要是突出其弹性特征,是广告活动的“深浅区分界限”,为了便于记忆,简称为“违限广告”;

第四类,违反一般性准则或者规范的行为(第59、60、61、63、64、66条),这里的“一般”主要体现其法律责任轻微的特征,是广告活动的基本要求。为了便于记忆,简称为“一般违法广告”;

第五类,广告代言人违法行为(第62条)。这一类主要是违法主

体特殊，居于广告主、广告经营者、广告发布者之外，是伴随新《广告法》诞生的一类新型行政违法行为，相对独立于前四类广告违法行为之外。

上述五类广告违法行为中，第一类至第四类按照法律责任的重轻形成一个梯度结构图，而违法代言广告行为是从前三类违法行为中单列出来的一类新的广告活动主体即广告代言人的违法行为。这五类广告违法行为相对独立而又相互关联，落实到执法办案实践中就是五类案件。这是新《广告法》给执法办案工作带来的最大变化，也是办案人员学习贯彻新《广告法》的重中之重。

这五类广告违法行为，是工商行政管理部门作为广告主管机关的法定监管职责。在本书的第二章至第六章中，我们将对五类广告违法行为进行逐一剖析。因为是重点，所以占据篇幅很多，各分一章。当然，这五类广告违法行为在同一案件事实中也可能同时并存，也就是同一案件当事人的违法行为可能同时触犯新《广告法》的多个条款，构成多种违法行为，这种情况下又如何定性呢？本书将在第七章第一节，借助刑法学“数罪并罚”的概念，依据相关法律适用原则对广告违法行为的“数事并罚”给出参考意见。

此外，在基层执法实践中，经常出现群众对虚假、违法广告的举报与投诉并行现象，办案人员在充当市场秩序“守护神”的同时，还需要当好消费者合法权益的“保护神”，既要查办案件，也要兼顾行政调解。因此，在第七章第二节将对广告违法行为的民事侵权赔偿问题进行概要介绍，让办案人员能够兼顾。

新《广告法》第六条规定“国务院工商行政管理部门主管全国的广告监督管理工作，国务院有关部门在各自的职责范围内负责广告管

理相关工作。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，县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责广告管理相关工作”。在“法律责任”一章也明确规定了其他行政主管部门的行政处罚权。主要包括：

（一）卫生行政主管部门对医疗机构发布情节严重的虚假广告和“违限广告”的，可以吊销诊疗科目或者吊销医疗机构执业许可证。（第 55 条第 2 款、第 58 条第 2 款）

（二）价格主管部门对广告经营者、广告发布者未依法公布其收费标准和收费办法的，责令改正，可以处五万元以下罚款。（第 61 条第 2 款）

（三）广告审查机关对以欺骗、贿赂等不正当手段取得广告审查批准的，予以撤销，处十万元以上二十万元以下的罚款，三年内不予受理该申请人的广告审查申请。（第 65 条）

（四）新闻出版广电部门以及其他有关部门对广播电台、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变相发布广告，或者以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告的，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。（第 68 条）

（五）有关部门对违反《广告法》第四十三条规定（原文：任何单位或者个人未经当事人同意或者请求，不得向其住宅、交通工具等发送广告，也不得以电子信息方式向其发送广告。以电子信息方式发送广告的，应当明示发送者的真实身份和联系方式，并向接收者提供拒绝继续接收的方式。）发送广告的，责令停止违法行为，对广告主处五千元以

上三万元以下的罚款。这里的“有关部门”应该不含工商部门，而是指电子信息管理部门等。

上述行政部门都是整治虚假违法广告联席会议工作制度的成员单位。作为工商行政管理部门的执法人员，应当知晓各部门的职责分工和责任边界，在执法实践中做到履职到位，不越权执法、不相互推诿；同时紧密联系、互相配合。这部分内容在此点到为止，不作为本书的重点，不再分章节阐述。

二、适用新《广告法》查办案件必须关注的法律问题

新《广告法》施行一年来，社会各界关注的问题很多，比如明星、萌娃、企业法定代表人、授权委托人广告代言问题，互联网医疗广告、金融广告、保健食品广告监管问题以及绝对化用语问题等，企事业层面、媒体层面、律师层面、专家层面、消费者层面各执己见，热闹非凡。笔者认为，作为一名一线执法办案人员，重点应当关注新《广告法》对执法办案工作的影响，比如：违法广告责任主体的变化、管辖权的变化、证据架构的变化、行政措施的变化、定性量罚规则的变化以及执法办案程序的变化等。因而，本书将侧重于对与执法办案有关的法律问题进行分析 and 研判。

（一）实体方面

1. 如何正确理解“广告主应当对广告内容的真实性负责”。笔者认为应当正确理解为“广告主是广告内容真实性的第一责任人”。

2. 在执法办案中如何科学认定绝对化语言。笔者认为：绝对化语言并不必然禁止。

3. 如何界定广告费用无法计算或者明显偏低。这是办案人员最

为关注的操作性问题，这个问题关系到新《广告法》的可执行性和权威性。

4. 对广告主未设定“没收广告费用”的行政处罚；对广告经营者和广告发布者“没收广告费用”的额度是否相同等。这是从旧《广告法》时期一直争执不休的问题，各地执法实践中的差异也很大。

关于问题4，答案比较明确，这里顺带说一下。旧《广告法》第三十七条规定“违反本法规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传的，由广告监督管理机关责令广告主停止发布、并以等额广告费用在相应范围内公开更正消除影响，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；对负有责任的广告经营者、广告发布者没收广告费用，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，依法停止其广告业务。构成犯罪的，依法追究刑事责任”。这一条虽然笼统，但并不包含对广告主没收广告费用之义。实际操作中，有人对该条款误读为对广告主也可以没收广告费用。新《广告法》“法律责任”一章也未对广告主设定没收广告费用的行政处罚，在此严明，以示重申，只能对广告经营者、广告发布者没收广告费用。至于广告发布者的费用额度，很好理解。那么，如何认定广告经营者的发布费用呢？国家工商总局2015年12月28日已经就此问题进行了答复，详见《工商总局关于在查处广告违法案件中如何认定广告经营者广告费金额的答复意见》（工商广字〔2015〕221号）。

（二）程序方面

1. 关于广告案件线索的处理时限；
2. 关于广告违法案件的管辖权；

3. 办案程序中需要区别“责令暂停发布可能造成严重危害后果的涉嫌违法广告”和“责令停止发布广告”是行政措施；而“暂停广告发布业务”和“吊销广告发布登记证件”是行政处罚。行政措施与行政处罚的程序是完全不同的。

关于这个问题只需在此简单说明一点，《广告管理条例》第十八条曾将“停止发布广告”与“通报批评”等规定为行政处罚，但是该条例的制定时间远早于《行政处罚法》和《广告法》，无论该条例是否被明文废止，其中关于行政处罚种类的规定不能再作为执法依据。

4. 关于广告案件行政处罚信息的公示等。

这些问题关系到行政处罚案件的合法性，本书将在相关章节中结合具体案例来分析，并给出参考建议。无法归纳到具体章节中去的，集中在第八章进行分析解答。

三、新《广告法》与关联法律的衔接适用

在执法办案中贯彻执行新《广告法》是一定历史时期的重点工作，但新《广告法》是中国特色社会主义法律体系的组成部分之一，不是孤立存在并生效的。因此，在贯彻执行新《广告法》的同时，必须与关联法律融会贯通，确保法律体系的统一性和严肃性，维护其生命活力。

从一年的执法实践来看，与广告法相关联的法律主要有：《民法通则》《刑法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《行政处罚法》《行政强制法》以及《企业信用信息公示暂行条例》等其他法律法规规章。新《广告法》与《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》的竞合条款主要集中在虚假广告与虚假宣传，因此，将在第二章第四

节“虚假广告的认定”中进行比较分析;新《广告法》与《行政强制法》的衔接,主要解决查办广告违法案件可以采取哪些行政强制措施、应遵循什么法定程序等问题,本书将在第九章“查办广告违法案件的行政强制措施”中将两部法律的相关知识点结合起来运用于执法实践。至于《民法通则》,主要是在“违禁广告”、“违限广告”中帮助理解相关禁止性条款或者限制性条款,本书将在每一种违法行为表现形式中予以提醒。《刑法》的相关知识主要用于虚假广告涉嫌犯罪移送和第十章“查办广告违法案件的风险防范”。其他不逐一列举,也无法穷尽。只有将新《广告法》置于中国特色的社会主义法律体系,方能领会其合理性、活泛性和协调性。

四、查办广告违法案件的风险防范

在当前的反腐大背景下,各级政府的行政问责办法越来越多,越来越细。新《广告法》第七十三条规定“工商行政管理部门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。工商行政管理部门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”。这也是“史上最严广告法”的严肃之处之一。因而,查办广告违法案件的风险防范问题一直是宣讲新《广告法》的重要内容之一。在受中国工商出版社之邀约,着手起草这本书稿前,从红盾论坛了解到河北保定高碑店市工商局广告监管人员因未及时发现查处违法广告被判玩忽职守一案,这提醒我们更要增强对风险防范重要性的认识,

采取切实可行的措施，降低执法风险，确保履职到位。本书将结合工商行政管理机关内部机构设置和职责分工等实际情况在第十章给出一些建议，供各地借鉴。

第二节 办案人员一表读懂《广告法》

新《广告法》相对于旧《广告法》而言，修订幅度很大，内容很多。即使多年在一线办案的人在短期内也难以全面消化。但是，要想办好广告违法案件，必须将整部《广告法》烂熟于心，才能有效发现或者监测到广告违法案件线索、熟练架构违法事实的证据链条、准确定性广告违法行为、合理行使自由裁量权，才能在办案过程中与广告活动主体及举报人等进行和谐沟通，确保“案结事了”，从而规范广告活动，保护消费者合法权益，维护社会经济秩序。

为便于大家记忆，笔者自学归纳了工商行政管理部门直接依据新《广告法》实施的44种行政处罚权力清单，并绘制成《工商行政管理部门查办广告违法案件要点一览表》。

详见附件，供参考。