

广告操作与法律责任

杨源俊
著



人民法院出版社

广告操作与法律责任

杨源俊 著

人 民 法 院 出 版 社
1995 年 2 月

(京)新登字 051 号

责任编辑:胡玉莹

封面设计:刘丕琦

广告操作与法律责任

杨源俊 著

人民法院出版社出版发行

新华书店经销

隆昌印刷厂印刷

787×1092 毫米 32 开 10.25 印张 219 千字

1995 年 2 月第 1 版 1995 年 2 月第 1 次印刷

印数:00001—10000

ISBN 7—80056—291—3/D·363 定价 10 元

自序

广告犹如不速之客闯进了我们的生活。

如果说,15年前广告在我国还是一个羞羞答答的小姑娘站在计划经济与市场经济的门槛之间,那么,随着我国社会主义市场经济体制的逐步确立,现在则完全掀开了其神秘的面纱,出落得仪态万方。

当今社会已进入信息时代,广告也从来没有象今天这样铺天盖地:翻开报纸,广告迎面扑来;打开电视、收音机,广告会在你忘情的欣赏中悠然而出;漫步街头,五光十色的广告会搅得你心神不安,随时会有人拦住你递上一份迷人的微笑和精美、动人的“产品介绍”;坐在家里,你紧闭的大门会被派送的广告人员敲开,塞进几份“请您参加”的公关函件……广告就象空气一样弥漫着整个城市,又象雨水一样浸湿了每一个人的思维空间。

广告作为一种无孔不入、无处不在、无人不见的商情传播形态,是经橱窗、招贴、标语等遍及大街小巷;随报刊、广播、电视等进入千家万户。广告既属经济范畴,它对消费行为有着不可替代的引导作用;同时又具文化意蕴,它构筑亮丽的图案美化社会,以诗一般的语言开启人们的心智。因而从客观效果看,广告不仅担负着目标既定的商品推销职能,而且发挥着潜移默化的社会教化作用。

广告活动是一个市场过程。市场经济需要广告，广告离不开市场经济。企业依靠广告促销，消费者参考广告购物，这已是经济生活中一个极其普遍的现象。然而，大千世界良莠不齐，表面风平浪静的广告海洋，更是鱼目混杂、暗潮涌动。五花八门的虚假广告时刻活跃在您的身边：或偷梁换柱，拉大旗作虎皮；或瞒天过海，夸大其词；或移花接木，隐瞒真相；或故弄玄虚，玩文字游戏；或指桑骂槐，打击别人，抬高自己……表面看来，这些广告对“上帝”关怀备至，其实，正是这些媚态十足、神秘感人的广告，致使一些不明真相、怀有好奇心的消费者在“半梦半醒”之间上当受骗，钻进了策划者精心设计的圈套，跌入了他们埋设的陷阱。

一个不负责任的广告可以把稻草吹成金条，把石头说成鸡蛋。因为他们忘记了悬在头顶的法律之剑，他们不懂得只有来自“上帝”——顾客的赞美才是最好的广告。虚假广告尽管能一次性攫取最大利润，但到头来却失去了潜在和未来的市场。不法广告就是这样严重污染着社会空气，损害消费者利益，破坏市场公平竞争的良好秩序。

净化广告市场已成为全社会关注的重大问题。建立一个公正、平等、诚实、信用的广告市场竞争机制符合每个经营者和消费者的切身利益。如何在市场竞争中铲除虚假广告这个怪胎，自觉抵制不正当竞争，建立公平、有序的市场机制，这是工商界、司法界和全体公民共同面临的社会难题。要解决好这一问题，务必借助广告法这柄利剑。做一个护卫《广告法》的忠实使者，这既是国家管理机关的责任，也是每一个消费者、每一个生产者和经营者的责任。

本书虽然无力肩负起如此众多的责任，但它通过阐述广告

的基本知识,剖析各具特色的典型案例,深入探讨和初步揭示了广告活动中有关行政的、民事的、经济的和刑事的法律责任问题,力图使读者多悟一点现代广告之三昧。此书可作为工商、企业、事业、法院、检察、律师、院校等部门的工作人员之参考。

如果翻过这本书能使读者了解怎样做一个好的广告,如何识别和处理虚假广告,帮助人们摆脱它的困扰,那正是作者的初衷、本书的要旨所在。

杨源俊

1994年12月20日

目 录

第一章 广告概说.....	(1)
第一节 广告的起源与发展.....	(1)
一、广告的定义	(2)
二、广告溯源	(3)
三、广告的演进	(5)
四、现代广告走势	(7)
第二节 广告的构成.....	(9)
一、广告的目的	(9)
二、广告主体.....	(11)
三、广告接受者.....	(12)
四、广告内容.....	(13)
五、广告媒介.....	(14)
六、广告费用.....	(16)
第三节 广告的分类	(17)
一、按广告的性质分类.....	(17)
二、按广告目的和产品信息分类.....	(18)
三、按广告对象分类.....	(20)
四、按广告范围分类.....	(21)
五、按广告媒体分类.....	(22)
六、按广告诉求方式分类.....	(23)

七、按广告产生效益快慢分类·····	(23)
八、按广告商品的生命周期分类·····	(24)
第四节 广告的功能·····	(25)
一、广告的基本功能·····	(26)
二、广告的经济功能·····	(27)
三、广告的社会功能·····	(33)
四、广告的文化美学功能·····	(34)
第五节 广告的法律地位·····	(35)
一、广告是一种民事法律行为·····	(36)
二、广告是一种潜在经济合同·····	(38)
三、广告体现企业间的竞争关系·····	(41)
第二章 广告的管理 ·····	(45)
第一节 广告管理的方法和意义·····	(46)
一、广告管理的方法·····	(47)
二、广告管理的意义·····	(50)
第二节 广告的内部管理·····	(51)
一、广告计划·····	(52)
二、广告预算·····	(57)
三、广告设计和制作·····	(61)
四、广告经营·····	(72)
五、广告效果测定·····	(74)
第三节 广告的行业管理·····	(76)
一、专业性广告组织·····	(76)
二、兼营性广告组织·····	(78)
三、行政性广告组织·····	(79)
四、广告团体·····	(80)

第四节 广告和政府管理	(82)
一、对广告范围和管理内容的管理	(83)
二、对广告经营者的管理	(86)
三、对广告主的管理	(89)
四、赞助广告及其管理	(90)
第五节 广告的社会管理	(91)
第三章 违法广告的行政责任	(94)
第一节 概述	(94)
一、违法广告行政责任的含义	(94)
二、违法广告行政责任的由来	(95)
第二节 广告行政违法的认定	(97)
一、广告行政违法的特征	(98)
二、违法广告行政责任的构成	(100)
第三节 行政处罚中的经济制裁	(106)
一、没收非法所得	(106)
二、罚款	(108)
三、赔偿损失	(111)
第四节 行政处罚中的行为制裁	(114)
一、停止发布广告	(114)
二、责令公开更正	(116)
三、依法停止广告业务	(118)
四、限期拆除	(119)
第五节 不服行政处罚的处理方法	(120)
一、行政复议	(121)
二、行政赔偿	(123)
三、行政诉讼	(125)

第六节 广告行政案例分析·····	(127)
一、无照经营广告业务·····	(127)
二、发布虚假广告欺骗群众·····	(129)
三、擅自使用企业名称发布虚假广告·····	(131)
四、不服工商局广告行政处罚决定·····	(133)
第四章 广告的民事责任 ·····	(139)
第一节 概述·····	(139)
一、广告民事责任的法律根据和实践意义·····	(140)
二、广告民事责任的种类·····	(143)
第二节 广告的合同责任·····	(148)
一、广告合同的形式、内容和要求·····	(149)
二、契约责任·····	(151)
三、准契约责任·····	(158)
第三节 广告侵权责任·····	(161)
一、广告侵权责任的构成·····	(162)
二、广告不正当竞争的侵权责任·····	(166)
三、广告虚假的侵权责任·····	(171)
第四节 广告民事诉讼的有关问题·····	(179)
一、广告民事诉讼的提起·····	(180)
二、广告民事诉讼的法律适用·····	(180)
三、广告人的法律地位及其管辖·····	(181)
四、广告民事诉讼的举证责任·····	(182)
第五章 广告的刑事责任 ·····	(185)
第一节 概 述·····	(186)
一、刑事制裁违法广告的法律依据·····	(186)
二、违法广告的定罪与处罚·····	(188)

第二节 广告危害公共安全方面的犯罪·····	(190)
一、过失投毒罪·····	(190)
二、过失爆炸罪·····	(192)
第三节 广告破坏社会主义经济秩序方面 的犯罪·····	(194)
一、假冒商标罪·····	(195)
二、假冒专利罪·····	(197)
第四节 广告侵犯公民人身权利、民主权利 方面的犯罪·····	(198)
一、侮辱罪·····	(199)
二、诽谤罪·····	(200)
第五节 广告侵犯财产方面的犯罪·····	(201)
第六节 广告妨害社会管理秩序方面的犯罪 ·····	(204)
第七节 广告渎职方面的犯罪·····	(207)
第八节 建议刑法增设“虚假广告罪”·····	(209)
一、虚假广告罪的客体·····	(209)
二、虚假广告罪的客观方面·····	(210)
三、虚假广告罪的主体·····	(211)
四、虚假广告罪的主观方面·····	(211)

附 录

中华人民共和国广告法

(1994年10月27日)····· (213)

中华人民共和国反不正当竞争法

(1993 年 9 月 2 日)	(223)
中华人民共和国消费者权益保护法	
(1993 年 10 月 31 日)	(231)
中华人民共和国商标法	
(1982 年 8 月 23 日通过,1993 年	
2 月 22 日修正)	(242)
中华人民共和国专利法	
(1983 年 3 月 12 日通过,1992 年	
9 月 4 日修正)	(250)
中华人民共和国产品质量法(节录)	
(1993 年 2 月 22 日)	(263)
中华人民共和国药品管理法(节录)	
(1984 年 9 月 20 日)	(271)
中华人民共和国食品卫生法(节录)	
(1982 年 11 月 19 日)	(277)
中华人民共和国经济合同法(节录)	
(1981 年 12 月 13 日通过, 1993 年	
9 月 2 日修正)	(283)
中华人民共和国民法通则(节录)	
(1986 年 4 月 12 日)	(288)
中华人民共和国刑法(节录)	
(1979 年 7 月 1 日)	(296)
化妆品卫生监督条例(节录)	
(1989 年 11 月 13 日)	(299)
农药登记规定(节录)	
(1982 年 10 月 1 日)	(303)

国家工商行政管理局关于广告管理的规定索引·····	(305)
其他有关广告管理的规定索引·····	(310)
后记·····	(311)

第一章 广告概述

广告是一个与社会发展和商品经济的发展紧密相联系的历史范畴。

当人类社会发展到一定阶段,社会生产力达到一定水平之后,随着阶级社会里的产业分工,人们从事商品买卖和物质交换日益频繁,为了促进商品的推广流通,人们开始运用一种有别于即买即卖的推销商品和劳务的辅助手段。这种新型的经济手段就是广告。它以其强有力的宣传攻势,对人们的生产劳动及生活方式产生了重大影响。

广告伴随商品的出现而出现,并随着商品经济的发展而发展。在现代商品经济社会,作为一种有效的促销手段,广告已经成为连接生产者和消费者之间的重要纽带,成为人们日常生活不可缺少的向导。

第一节 广告的起源与发展

广告是随着社会生产力水平不断提高,在社会分工和社会物质财富交换中产生的。同时,科学技术的不断进步所带来传播手段的更新,商品经济的异常活跃,又无不对广告的发展产生巨大推动作用。

广告的起源与发展缩写了商品经济的历史。

一、广告的定义

广告,即是向公众告知某件事物。从字面上简单的解释就是“广而告之”。

广告一词在我国的《辞源》和《康熙字典》里没有,它属于外来语,源于拉丁文(Advertere),有“注意”、“诱导”等意思,即“吸引人注意”之意。约在中古英语时代,广告一词演变为 Advertise,其含义是“使某人注意到某件事”,或“通知别人某件事,以引起别人注意”。直到英、美等国开始大规模商业活动的 17 世纪末、18 世纪初,广告一词才广泛流行并使用。同时还出现了一系列的广告活动。

广告的定义,因其内涵与外延的不断变化,至今尚无统一的解释。理论界比较流行的广告定义有如下几种:

《简明不列颠百科全书》(中国大百科全书出版社出版)给广告的解释是:“广告是传播信息的一种方式,其目的在于推销商品、劳务,影响舆论,博得政治支持,推进一种事业或引起刊登广告者所希望的其他反应。广告信息通过各种宣传工具,其中包括报纸、杂志、电视、无线电广播、张贴广告及直接邮送等,传递给他所想要吸引的观众或听众。广告不同于其他传递信息形式,它必须由登广告者付给传播信息的媒介以一定的报酬。”

《辞海》(1980 年版)对广告的定义是:“向公众介绍商品,报导服务内容和文艺节目等的一种宣传方式,一般通过报刊、电台、电视台、招贴、电影、幻灯、橱窗布置、商品陈列的形式来进行。”

美国小百科全书的解释是：“广告是一种销售形式，它推动人们去购买商品、劳务或接受某种观点。广告这个词来源于法语，意思是通知或报告。登广告者为广告出钱是为了告诉人们有关某种产品、某项服务或某个计划的好处。”

美国广告主协会对广告下的定义是：“广告是付费的大众传播，其最终目的为传递情报，变化人们对广告商品之态度，诱发行动而使广告主得到利益。”

上述定义无疑使我们对广告内涵与外延的考察更加明晰。无论何种广告，它必须表明：广告传播的内容，广告传播的对象，广告传播的手段，广告传播的技巧，广告传播的目的。归纳起来，广告的一般定义即：借用一切传导媒体向公众传递商品和劳务信息，引起消费者注意，并说服其购买使用的公开宣传活动。

广告分广义和狭义两种。广义的广告包括经济广告和非经济广告。如美国《广告时代周刊》的定义：“个人、商品、劳务、运动，以印刷、书写、口述或图画为表现方法，由广告者出费用作出公开宣传，以促成销售、使用、投票或赞成为目的。”狭义的广告即以赢利为目的的经济广告或称商业广告。它是广告主以付费的方式，通过公共媒介对其商品或劳务进行宣传，借以向消费者有计划地传递信息，影响人们对所广告的商品或劳务的态度，进而诱发其行动而使广告主得到利益的活动。

二、广告溯源

广告具有悠久的历史。自人类社会出现商品生产和商品交换后就有了广告。

广告的由来可以追溯到奴隶社会初期的第三次社会大分

工。在这一历史性的变革中,商业开始从农业、手工业中分离出来,出现了专门依靠经营商品买卖来获取利益的行商阶层和商业行业。贸易的专门化使招徕顾客成为必要,随之各种原始形态的广告相继出现。如口头广告和实物广告。口头广告也称叫卖广告,它直接与摊卖相联系,是商人沿街叫卖时大量使用的一种广告方式。实物广告有陈列、招牌、幌子等,它与商品经济发展到较大规模之后出现坐店经营有关,是悬挂商品招徕顾客的一种广告方式。

世界上最早的文字广告是在古埃及发现的一份写在羊皮纸上的告示,距今约有四五千年历史。内容是一个埃及奴隶主悬赏一个金币找寻一个名叫谢姆的逃奴的广告。商业比较发达的古希腊和古罗马,也出现过不少招聘佣仆、出租房屋的广告。当时从海外运进商品的商旅,也以举火为号,招徕顾客。远在我国夏、商、周及战国、秦代带有政治、军事色彩的官方文字广告有“誓”、“令”、“制”等。民间广告有寻人启事等。

随着印刷术的发明和利用,印刷广告也逐渐出现。现在最早的商业印刷广告,是我国北宋时期的济南刘家针铺广告铜版。其广告标题是商店名称“济南刘家功夫针铺”,告诉人们地址是“认门前白兔儿为证”,商店经营项目、质量要求和销售方法是“收买上等钢条,造功夫细针,不误宅院使用,客转为题,别有加饶,请记白”。整个四寸见方的铜版上,图像鲜明、突出,文字精练、生动,广告内容齐全。

广告的历史源远流长。由于受当时经济条件的限制,古代的广告形式比较简单,技术手段也很落后。然而,最原始也是至今最常见的口头广告、陈列商品的实物广告、鼓刀扬声、响盏唱卖的音响广告、幌子飘荡的旗帜广告、标明特征的悬物广告、张扬