

● 云南省哲学社会科学十五规划项目

虚假广告侵权研究

A STUDY ON INFRINGEMENT OF FALSE ADVERTISEMENT

于林洋 著

中国检察出版社

D922. 294. 4/25

2007

● 云南省哲学社会科学学术著作出版基金全额资助

虚假广告侵权研究

A STUDY ON INFRINGEMENT OF FALSE ADVERTISEMENT

于林洋 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

虚假广告侵权研究/于林洋著. —北京: 中国检察出版社,
2007. 10

ISBN 978 - 7 - 80185 - 843 - 6

I. 虚… II. 于… III. 商业广告 - 侵权行为 - 研究 -
中国 IV. D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 164062 号

虚假广告侵权研究

于林洋 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 18.75 印张 插页 4

字 数: 337 千字

版 次: 2007 年 10 月第一版 2007 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 843 - 6/D · 1819

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

市场经济是一种诚信经济、规范经济，也是一种法制经济。因此，每一个参加市场经济活动的主体都应当具有诚信意识、规则意识和法治意识。只有这样，市场竞争才能有效进行，市场活动才得以体现活力，市场经济才能规范有序。然而，在现实的市场经济活动中不诚信、不遵守法律的现象在市场经济活动中表现得较为突出，虚假广告就是其中的典型一例。虚假广告的肆虐和泛滥，已经严重侵蚀市场经济的诚信基础，败坏中华民族自古以来就崇尚和追求的公序良俗，损害消费者的合法权益，与道德要求不符，置法律规范于不顾。如若不整治，虚假广告将贻害民众，损害竞争环境，阻碍市场经济的健康发展。基于此认识，于林洋同志经过认真调研、材料整理、理论分析等过程，撰写了新作《虚假广告侵权研究》。

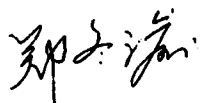
该书全面而系统地对虚假广告侵权问题进行了研究，内容涉及虚假广告侵权的基本问题、名人虚假广告民事责任研究、欺诈、知假买假与虚假广告侵权问题、虚假广告侵权责任归责原则及其构成要件、虚假广告侵权损害赔偿以及法律救济等问题，写作思路清晰，研究角度合理，理论和实践、历史和现实结合恰当，文辞雅正，分析入微。综观全书，我欣然地看到，于林洋同志的新作具有探索性和前瞻性；具有科学性和适用性；具有可读性和新颖性；研究视角开阔，研究思路精微缜密。对他人的学说，既善于总结扬弃，又精于取长补短；对自己的观点，既注意从理论的海洋中探询充分的法理依据，又善于在实践的典范里挖掘有益的经验启迪；既能批判否定，摒弃陈旧的理论观点，又会择善而从，广集新颖的真知灼见。整部著作虽然是新人创作，却显现出了作者理论厚重而不乏分析精微、内容充实而不失语言精练、敢于直陈己见又不乏合理借鉴、勇于独辟蹊径又善于兼容并包之特点。可以看出，于林洋同志虽然年轻，但是不畏学术探索之艰辛，不步学术权威之后尘，思想敏锐、视野开阔，能够娴熟运用法学理论和经济学知识，把对虚假广告的法律规制问题研究到这样一种程度，实为难得。

于林洋同志的新作全面、系统，有理论，有实践，有分析，有比较，可以为规范虚假广告的司法、执法工作提供一定的理论指导，也可以为大专院

校学习法律特别是研究民商、经济法律的学生提供很好的参考，还可以为市场规制法的研究起到很好的促进作用，更重要的是，本书的完成能为我国市场经济立法的完善提供重要的参考价值。

作为一名年轻的法学理论研究者 and 法学教育者，于林洋同志身在边陲，却钟爱学术，悉心探索，他已经迈出了很大的一步，我希望他虽有新获，但笔耕不辍。我衷心祝愿他走好每一步！

是为序。



2007年9月

于云大英华国

目 录

第一章 虚假广告概述	(1)
第一节 广告简介	(1)
一、广告起源及其发展规律	(1)
二、广告的含义与特征	(2)
第二节 虚假广告的含义、特征与分类	(5)
一、虚假广告的含义	(6)
二、虚假广告的特征	(9)
三、虚假广告的分类	(10)
第三节 与虚假广告相关的概念	(13)
一、虚假广告与适当夸张的广告	(13)
二、虚假广告与违法广告	(13)
三、虚假广告与虚假宣传	(14)
第四节 “法眼”透视虚假广告对我国经济的危害	(17)
一、虚假广告对经济的危害	(17)
二、惩治虚假广告的法理依据	(19)
第五节 虚假广告的认定	(20)
一、美国、欧盟与我国台湾地区的做法	(21)
二、“虚伪不实”与“引人错误”的关系	(22)
三、虚假广告认定的主观与客观标准	(25)
第六节 我国虚假广告的现状	(28)
一、2004—2007 年上半年有关违法广告与虚假广告的相关 数据	(29)
二、2004—2007 年上半年主要数据分析	(36)
三、问卷调查	(38)
四、结论	(38)
第七节 虚假广告泛滥根源的法经济学解释	(40)
一、虚假广告泛滥现象的博弈分析	(41)
二、利益驱动是虚假广告泛滥的经济动力	(41)

三、违法成本低为虚假广告泛滥提供制度保障	(42)
第八节 中外规制虚假广告立法简介	(48)
一、中国	(48)
二、英国	(50)
三、美国	(50)
四、德国	(53)
五、法国	(54)
六、日本	(55)
七、国际法	(56)
第二章 虚假广告侵权基本问题	(58)
第一节 虚假广告侵权的含义	(58)
一、侵权行为概述	(58)
二、虚假广告侵权的含义	(62)
三、虚假广告侵权的特征	(64)
第二节 虚假广告侵权行为分类	(66)
一、故意侵权行为与过失侵权行为	(66)
二、直接侵权行为与间接侵权行为	(67)
三、一般侵权行为与特殊侵权行为	(67)
四、单方侵权行为与共同侵权行为	(68)
五、侵害人身权的行为、侵害财产权的行为、侵害知识产权的 行为以及侵害公平竞争权的行为	(69)
六、广告主侵权行为、广告经营者侵权行为、广告发布者侵权 行为以及广告推荐者侵权行为	(69)
七、侵害消费者权益的侵权行为与侵害经营者权益的侵权行为 ...	(69)
第三节 虚假广告侵权的主体、客体、对象	(70)
一、虚假广告侵权的主体	(70)
二、虚假广告侵权的客体	(73)
三、虚假广告侵权的对象	(79)
第三章 名人虚假广告民事责任研究	(81)
第一节 名人虚假广告现状	(81)
第二节 名人虚假广告的基本问题	(83)
一、名人在广告中的法律地位	(83)
二、名人虚假广告产生的根源	(85)
三、我国广告法律法规对名人虚假广告责任的规制	(87)

第三节 名人虚假广告责任争议辨析	(87)
一、名人虚假广告责任争议	(87)
二、对否定论与肯定论观点的评价	(89)
三、《广告法》第 38 条第 3 款之不足	(91)
第四节 名人承担虚假广告责任的法学理论依据	(92)
一、名人虚假广告具有严重的社会危害性	(92)
二、名人参与虚假广告违反了权利义务统一性要求	(93)
三、名人参与虚假广告违反了民事活动的基本原则	(94)
四、名人参与虚假广告构成侵权	(96)
五、名人参与虚假广告突破了雇主责任与代理责任的界限	(97)
六、结论和余论	(97)
第四章 “欺诈”、“知假买假”与虚假广告侵权	(101)
第一节 虚假广告侵权与“欺诈”	(101)
一、“欺诈”的含义	(101)
二、民事领域“欺诈”的构成要件	(102)
三、我国反欺诈的相关法律	(103)
四、虚假广告侵权与“欺诈”的关系	(104)
第二节 虚假广告领域里的“知假买假”探讨	(105)
一、“知假买假”者是不是消费者	(108)
二、“知假买假”是否适用《消法》第 49 条之规定	(116)
三、需要注意的问题	(124)
第五章 虚假广告侵权归责原则与责任构成要件	(127)
第一节 侵权责任归责原则	(127)
第二节 虚假广告侵权归责原则二元论设想	(131)
一、“二元论”的设想	(132)
二、“二元论”的理论依据	(133)
第三节 广告经营者、广告发布者以及广告推荐者的过错责任	(136)
第四节 广告主的过错推定责任	(139)
一、过错责任原则适用于广告主侵权的局限性	(139)
二、广告主虚假广告侵权的过错推定责任	(141)
第五节 虚假广告侵权责任构成要件	(143)
一、侵权责任构成要件概述	(143)
二、虚假广告侵权责任构成要件	(145)

第六章 虚假广告侵权损害赔偿原则	(151)
第一节 虚假广告第一案	(151)
第二节 同质补偿与惩罚性赔偿概述	(153)
一、同质补偿原则	(153)
二、惩罚性赔偿	(154)
三、同质补偿与惩罚性赔偿的关系	(156)
第三节 虚假广告侵权适用同质补偿原则的局限性	(157)
第四节 惩罚性赔偿在虚假广告侵权中的适用基础	(160)
第五节 适用惩罚性赔偿应注意的几个问题	(163)
一、对象要件	(163)
二、案件范围	(164)
三、赔偿数额	(164)
四、惩罚性赔偿与精神损害赔偿的同时适用	(165)
第七章 虚假广告侵权民事责任竞合	(166)
第一节 民事责任竞合概述	(166)
一、民事责任竞合的概念与特征	(166)
二、民事责任竞合的法律效果	(168)
第二节 虚假广告侵权民事责任竞合	(170)
一、侵权责任与违约责任的竞合	(171)
二、侵权责任与不正当竞争民事责任竞合	(175)
三、侵权责任与不当得利返还责任竞合	(176)
四、虚假广告侵权民事责任与行政责任、刑事责任之竞合	(178)
第八章 虚假广告侵权民事救济	(180)
第一节 虚假广告侵权的民事责任	(180)
一、虚假广告侵权承担民事责任的法律依据	(181)
二、虚假广告侵权承担民事责任的方式	(182)
三、虚假广告侵权争议的解决方式	(185)
第二节 虚假广告侵权的民事救济	(186)
一、当前虚假广告侵权民事救济的局限性	(186)
二、虚假广告侵权民事救济适用社会化责任原理的法学理论基础	(188)
三、完善虚假广告侵权民事救济的思考	(188)

第九章 虚假广告侵权行政救济	(195)
第一节 虚假广告的行政责任	(195)
一、广告主、广告经营者以及广告发布者的行政责任	(195)
二、行政主体的行政责任	(201)
第二节 虚假广告侵权的行政救济	(201)
一、构建虚假广告侵权行政救济的背景分析	(202)
二、虚假广告侵权受害人行政救济框架构想	(204)
三、虚假广告侵权受害人进一步的行政救济	(207)
第十章 规制虚假广告侵权的法律思考	(209)
第一节 美国对虚假广告的规制	(209)
一、美国政府对虚假广告的监管	(209)
二、美国对虚假广告的行业自律	(211)
第二节 健全广告立法工作	(214)
第三节 加强虚假广告的执法与监管工作	(218)
一、完善行政执法不严或不力的责任追究制度	(219)
二、完善我国广告审查与监管制度	(220)
三、完善虚假广告更正制度	(224)
第四节 完善广告行业自律与社会监督工作	(224)
一、完善广告行业自律工作	(224)
二、完善虚假广告社会监督工作	(227)
结语	(229)
附录一：《中华人民共和国广告法》	(230)
附录二：《广告管理条例》	(237)
附录三：《广告管理条例施行细则》	(240)
附录四：《广告活动道德规范》	(244)
附录五：《国家工商行政管理局关于认定处理虚假广告问题的 批复》	(248)
附录六：《国家工商行政管理总局关于开展“打虚假树诚信”广告 专项整治行动的通知》	(249)
附录七：《国务院办公厅关于开展打击商业欺诈专项行动的通知》	(252)
附录八：《虚假违法广告专项整治工作方案》	(256)
附录九：《整治虚假违法广告专项行动部际联席会议制度》	(262)
附录十：《国家工商行政管理总局关于严厉打击虚假违法广告 通告》	(264)

附录十一：《国家广播电影电视总局关于禁止播出虚假违法广告和电视挂角广告、游动字幕广告的通知》	(266)
附录十二：《国家工商行政管理总局关于认真贯彻落实吴仪副总理重要批示精神深入开展整治虚假违法广告专项行动的通知》	(268)
附录十三：《国家广播电影电视总局、国家工商行政管理总局关于整顿广播电视医疗资讯服务和电视购物节目内容的通知》	(271)
附录十四：《新闻出版总署办公厅关于禁止报刊刊载部分类型广告的通知》	(273)
附录十五：《违法广告公告制度》	(275)
附录十六：《2007 年整治虚假违法广告专项行动部际联席会议工作要点》	(276)
附录十七：《国家工商行政管理总局、国家食品药品监督管理局、卫生部关于集中整治药品、保健食品、医疗广告的通知》 ...	(279)
主要参考资料	(283)
后 记	(289)

第一章 虚假广告概述

法国著名广告评论家罗贝尔·格兰曾经说过：“我们呼吸着的空气，是由氮气、氧气和广告组成的。”广告已经渗透到我们生活的方方面面。作为一种有效的信息传播手段，广告越来越为我们所熟知，其巨大的社会效益与经济效益毋庸置疑。然而，随着市场经济的飞速发展以及竞争的日益激烈，大量虚假广告也乘“虚”而入，充斥着我们的生活。它们不仅欺骗、误导了广大消费者并损害了他们的合法权益，也给正常的社会经济秩序造成了严重冲击。为此，有关虚假广告的问题越来越引起社会的关注。

第一节 广告简介

一、广告起源及其发展规律

中国是广告的起源国之一。据资料记载，最早的广告大约起源于原始社会末期，距今已有 4000 多年的历史。原始广告起源于与人类日常生活密切相关的信息交流活动。“草标”^①被认为是我国最早的广告形式。^②在生产水平十分低下的人类社会初期，人类互通信息的需要，使社会广告率先发展起来。我国最初的文字广告，多为政治、军事性质的传递社会管理信息的社会广告。在夏、商、周时代，“诰”被认为是一种训诫勉励的广告，“誓”是告诫将士的言辞。此后各朝代的“制”、“策书”、“诏书”、“檄文”、“露布”等都是社会广告的形式。^③社会广告起源于人类的社会活动，是人类社会生产和社会生活需要的产物。人类在与自然界抗争的活动中结成的相互依

^① “草标”即把草插在人或者物的身上，以示出售或者交换之意。现在，“草标”广告在部分展现中国古代历史的影视作品中可以看到。例如，父母把草插在孩子头上，则意味着要把孩子卖掉。

^② 郭有献、张丹郁：《经济广告探源及发展》，载《地质技术经济管理》1998 年第 2 期。

^③ 陈培爱：《中外广告史》（第二版），中国物价出版社 2002 年版，第 5 页。

存的生产关系和社会关系构成了社会广告产生的客观基础。

经济意义上的广告起源于商品交换,它是伴随着商品生产和商品交换而出现的,是人类有目的的信息交流活动的产物。随着生产力的发展,农业、手工业和商业逐渐发展起来,社会分工导致了商品生产和商品交换的出现,有了商品交换,就有了市场的形成,社会上就形成了一些交易中心,商人也随之出现。出于尽快完成交换的需要,广告开始发展起来,成为古代商品交换中必不可少的宣传工具。经济广告把商品信息传递给人们,叫卖广告、实物陈列广告则成为人类原始的经济广告形式。^①

世界各国的广告产生与发展规律基本都是相同的。社会发展的水平制约了广告的发展,商品经济的兴旺发达推动着广告业的兴旺发达,科学技术的进步所带来的传播手段的革新,对广告的发展产生巨大的推动作用。在17世纪末18世纪初,英国开始大规模的商业活动,“广告”一词开始广泛使用。中国真正意义上的现代广告形成于19世纪中期,1840年鸦片战争之后,“广告”一词传入中国并逐渐为国人所熟知。1872年由英国商人安纳斯·美查(Ernest Major)在上海创办的《申报》开始大篇刊登广告。从此,在我国沿袭几千年的原始广告与现代广告融合,产生了适合中国国情的广告。

二、广告的含义与特征

“广告”一词源于拉丁文“adverture”,意思是“引起别人注意,通知别人某件事”,后该词逐步演变为英语中的advertise,简称Ad.。学界把广告分为广义广告和狭义广告。广义的广告包括商业广告和非商业广告。商业广告是指有关商品和服务信息的广告,一般都具有一定的经济目的。非商业广告是指除了商业广告以外的各种广告,如寻人广告、征婚广告、科普广告以及公益广告等。狭义的广告仅指商业广告。本文采狭义说。

在1890年以前,国外对广告公认的定义为“广告是有关商品或服务的新闻”^②。而对于广告定义最简洁者,莫过于被称为现代广告之父的拉斯克(lasker, albert. D),他将广告称为“印在纸上的推销术”(sales - ship in print)^③。现代汉语的广告可以理解为“广而告之”,欲使公众感知之意。以上几种定义或比较抽象,或限于字面理解,并没有揭示广告的本质含义。关

① 陈培爱:《中外广告史》(第二版),中国物价出版社2002年版,第3页。

② 吕蓉:《广告法规管理》,复旦大学出版社2005年版,第1页。

③ 李宝元主编:《广告学教程》,人民邮电出版社2003年版,第2页。

于广告的定义,学界众说纷纭,迄今尚未有一个公认的、最具权威的定论。下面介绍几种比较有代表性的定义。

《欧洲理事会 1984 年 9 月 10 日关于协调成员国有关误导广告的法律与行政规定的指令》(84/450/EEC)将广告界定为“与贸易、商业、手工业或职业有关的任何形式的表述,其目的在于促进货物或服务的销售,包括不动产、权利及义务”。^①这种定义尝试从广告的适用领域、标的以及目的等角度对广告加以界定,具有一定的科学性。当然,此定义也带有明显的时代局限性的痕迹。

《简明不列颠百科全书》将广告定义为“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、张贴广告及直接邮寄等,传递给它所想要吸引的观众或听众。广告不同于其他信息传递形式,它必须由刊登广告者付给传播信息的媒介以一定的报酬”。^②此种界定非常详细,揭示了广告的本质与特征,缺点是不够简洁,并且将广告与政治结合起来,使得广告带有明显的阶级属性。

《牛津法律大辞典》将广告定义为“系指普通的通告或宣告,尤其是旨在鼓励发出合同要约的通告或宣告。与某些种类合同有关的立法控制了广告的方式和内容。广告中的陈述可能被认为是用于引起人们的注意,而非设立一种义务,但是也可能被认为是一种承诺或者担保,因而被认为是具有约束力的”^③。此种定义从合同以及法律效力的角度揭示了广告的本质,具有一定的科学性,缺点是没有揭示商业广告的特征。

哈佛《企业管理百科全书》认为:“广告是一项销售信息,指向一群视听大众,为了付费广告主的利益,去寻求有效的说服来销售商品、服务或观念。”^④该定义直接揭示了商业广告的本质特征:由广告主承担费用来介绍其商品和服务。我国《广告法》所界定的“广告”与该定义有异曲同工之妙,该法第 2 条第 2 款规定:“本法所称广告,是指商品经营者或者服务提

① 吴越、李兆玉、李立宏译:《欧盟债法条例与指令全集》,法律出版社 2004 年版,第 81—82 页。

② 吕蓉:《广告法规管理》,复旦大学出版社 2005 年版,第 1 页。

③ David M. Walker:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社 2003 年版,第 30 页。

④ 蔡希杰、郭建新、陈德棉:《广告的特性、作用及和市场营销的关系分析》,载《现代管理科学》2006 年第 1 期。

供者承担费用,通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。”至此,我国法律首次明确界定了广告的含义。

以上各种定义分别从不同角度揭示了广告的内涵,具有一定的科学性和代表性。可以看出,这些定义具有一定的时代烙印,反映了当时的经济发展水平。虽然这些定义的侧重点不同,内涵和外延也不尽一致,但从中我们可以总结出广告的基本特征。

1. 广告是一种信息传播活动。广告就其本质而言,是一种面向大众的、有针对性的推销商品、服务或观念的一种信息传播活动,广告活动的开展以传播理论为基础。^① 美国广告学家克劳德·霍普金斯认为:“广告是将各种高度精练的信息,采用艺术手法,通过各种媒介传播给大众,以加强或改变人们的观念,最终引导人类行动的事物和活动。”^②

2. 广告是一种重复进行的传播活动,这是由广告需要反复传递信息的特点决定的。广告的“重复”性可以使广告的受众更加广泛,并减少制作成本,同时使广告主的风格具有统一性,增加受众的认同感。

3. 广告通过媒介来发布。媒介是传播信息的载体,广告对媒介具有依附性。在广告业高度发展的今天,广告的媒介形式具有多样性,包括广播、电视、电影、网络、手机、报刊、路牌、橱窗、印刷品、霓虹灯等多种形式。

4. 广告的主体具有特定性。广告一般涉及多个主体,既包括广告主,也包括广告经营者、广告发布者以及广告推荐者。

5. 广告面向的对象具有不特定性,这种不特定性使得广告的影响力被扩大。

6. 广告是一种有偿活动,广告费用由广告主承担并转移到商品或服务的价格上。作为一种商业性的、付费的活动,广告传播具有强烈的功利色彩。广告是为一定的利益或目的而产生,这也决定了广告传播必须追求效益和利益。

① 吕蓉:《广告法规管理》,复旦大学出版社2005年版,第2页。

② 韩丛耀、周振华:《广告传播的信息学观照——兼论广告的特性》,载《新闻知识》2001年第10期。

第二节 虚假广告的含义、特征与分类

市场经济是一种利益经济，每一既定社会的经济关系首先表现为利益。^①从本质属性上讲，利益是社会主体的需要在一定条件下的具体转化形式，利益构成人们行为的内在动力。^②马克思曾经指出：“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。”^③市场经济中，使市场主体“连在一起并发生关系的唯一力量，是他们的利己心，是他们的特殊利益，是他们的私人利益”。^④随着市场经济的发展，经济人的利益欲望也在无限膨胀，经济人出于对自身利益的关怀，有机会主义倾向，即借助不正当手段谋取自身利益的行为倾向，他会随机应变，投机取巧。^⑤关于市民社会中市场主体的本质，马克思认为：“把人和社会连接起来的唯一纽带是天然必然性，是需要和私人利益，是对他们财产和利己主义个人的保护。”^⑥经济人与生俱来的利己心必然诱发投机主义，产生欺诈行为。在广告领域，欺诈行为主要表现为虚假广告行为。部分商人为追求经济利益唯利是图进而择手段，与法律规制产生矛盾，虚假广告就是这个矛盾的衍生物。虚假广告是一种冠以广告之名的不诚信行为或欺诈行为，至于其产生的确切时间，笔者因缺乏相关证据而不敢擅断。但有一点可以肯定，虚假广告产生于广告之后，先有广告，再有虚假广告；还有一点可以肯定，现代意义上的虚假广告泛滥于商品经济时代。作为商品经济中的病理现象，虚假广告因其公开的欺诈性^⑦与严重的社会危害性而备受关注。有人说，这是一个虚假广告的时代。从街头电线杆、公交站牌，到广播、电视、报刊，再到网络、手机短信等，虚假广告可以说是无处不在。

① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1995年版，第88页。

② 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第215页。

③ 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1995年版，第82页。

④ [德] 马克思：《资本论》（第1卷），人民出版社1975年版，第199页。

⑤ 张阳升：《市场经济的人性基础辨正》，载《中央党校学报》2000年第4期。

⑥ [德] 马克思：《论犹太人问题》，转引自孙永尧：《论和谐财政的伦理精神》，载《中南财经政法大学学报》2006年第3期。

⑦ 此处的公开性是从虚假广告面向公众的角度而言的，非指广告活动主体欺诈手段的公开性。

一、虚假广告的含义

虚假广告有广义、狭义两层含义。广义的虚假广告不仅包括商业性的,还包括非商业性的,如公益广告、科普广告、征婚广告等。狭义的虚假广告则仅指商业性的。本文采狭义说。

明确虚假广告的法律概念,一方面,可为广告主、广告经营者、广告发布者以及广告推荐者等广告活动主体设定公认的行为准则,使其能够预测自己行为的法律后果并作出选择;另一方面,可为国家相关职能部门制裁虚假广告责任主体提供明确的法律依据。何谓虚假广告?我国以《广告法》为核心的现行广告法律法规并未明确规定,其中《广告法》只是给出了广告的概念,关于虚假广告的规定则较为原则简略。《广告法》第3条规定:“广告应当真实、合法,符合社会主义精神文明建设的要求”;第4条规定:“广告不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者”;第9条第1款规定:“广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、有效期限、允诺或者对服务的内容、形式、质量、价格、允诺有表示的,应当清楚、明白”;第10条规定:“广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语,应当真实、准确,并表明出处。”其他相关法律如《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》以及诸多的广告管理法规、规章如《广告管理条例》、《广告管理条例施行细则》、《药品广告管理办法》、《医疗器械广告管理办法》等也有关于虚假广告的相关规定。总的来看,这些规定对虚假广告没有作具体的界定,缺乏约束性条款。这不仅使得理论界对虚假广告的认识不一致,而且导致实践中对虚假广告认定的困难。

相比之下,西方发达国家的广告立法比较完善,其对于虚假广告概念的法律界定值得我国借鉴。以下介绍几种有代表性的定义。

美国《联邦贸易委员会法》第15条规定,虚假广告是指“在主要方面是欺骗性的广告,不是标签。决定广告的欺骗性时,既要考虑广告说明、词、句及设计、声音或其组合本身,还要考虑其对相关事实的表述程度”。《联邦贸易委员会法》是美国规制虚假广告的主要法律,该法对于虚假广告的界定自然就具有了权威的色彩。但该条规定将虚假广告限定为欺骗性的广告显然也有天生的缺陷,因为它忽略了引人误解的或误导性广告的“虚假”性。所以严格意义上讲该定义并不十分完整。对此,美国联邦贸易委员会(FTC)给欺骗性广告(deceptive advertising)不得不作出专门解释:任何具有误解、省略,或者其他可能误导大批理性消费者等一系列情形,使其受到损害的广告。无须任何证据证明消费者受到欺骗,表现也可以是明确的或暗