

广告法

典型案例解读

——(2016 版)——



刘双舟 编著

广告法 典型案例解读

——(2016 版)——



刘双舟 编著

责任编辑 / 马 佳 徐乃莹

封面设计 / 纺印图文

图书在版编目(CIP)数据

广告法典型案例解读: 2016 版 / 刘双舟编著. —北京: 中国工商出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 80215 - 728 - 6

I. ①广… II. ①刘… III. ①广告法—案例—中国 IV. ①D922. 294. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 077051 号

书名/广告法典型案例解读(2016 版)

编著/刘双舟

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/23.5 字数/315 千字

版本/2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 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, 83610373 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 - 728 - 6/D · 516

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

编委会名单

主 编:刘双舟

编 委:冯贵祥 纪宝义 贾振鲁 刘双舟

刘 青 刘仁堂 田亚男 徐晓冬

阎爱华 赵 煜

自序

2015年4月24日,第十二届全国人大常委会第十四次会议表决通过了《中华人民共和国广告法》的修订。修定后的新《广告法》于2015年9月1日起正式施行。这次修订主要是围绕着严格规范广告活动、加强广告监督管理、适应发布媒介变化、解决实践中的突出问题等几个方面来开展的,是一次全面的修订。修订后的新《广告法》由原来的49个条文扩充到75个条文,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,内容变化非常大。

新《广告法》的实施是我国法治建设进程中的一件大事,在规范依法行政和保障消费者合法权益的同时,必将极大地促进我国广告业健康发展。但是新《广告法》通过之后,学界、广告界、执法部门、消费者及社会公众在学习和贯彻新《广告法》的过程,对新《广告法》条文的理解上发生了诸多分歧,这些分歧的存在无疑将会影响新《广告法》作用的发挥。为此,笔者结合参与《广告法》修订工作的亲身体会和认识,先后整理完成了《中华人民共和国广告法释义》和《新广告法精解与应用》两本普法读物,并分别由中国工商出版社和中国财政经济出版社出版发行。在新旧《广告法》交替的过程中,全国各地发生了许多典型的广告法案例,对新《广告法》理解上的分歧绝大多数都是围绕着这些典型案例展开的。如果能够结合这些典型案例采用“以案说法”的形式有针对性地对新《广告法》进行分析解读,必将更有利于对新《广告法》的学习和贯彻。为此,笔者组织编写了这本《新广告法典型案例解读》。重点选择了2015年度新《广告法》实施前后全国各地发

生的典型案例,大致按照新《广告法》的条文顺序对重点内容进行了解读。每个案例都由“典型案例”、“分析点评”、“新法精解”和“法律依据”四部分组成,内容分别是:案情介绍、典型案例分析评述、相关法条新旧内容对比分析解读、分析点评的法律依据。为了便于读者从执法的角度学习新《广告法》,本书还精心选录了2015年度全国各地广告执法部门公布的100多个典型违法广告案例作为“补充案例”供读者参考。

本书是对新《广告法》“以案说法”进行解读的一种尝试,由于编者们的认识能力和学术水平所限,错误和不当之处还望广大读者给予批评指正。

刘双舟

2015年11月3日

目 录

自 序	(1)
-----------	-----

第一部分 广告法典型案例解读

案例 1:自然人也可以做广告发布者	(3)
案例 2:商业广告是以介绍商品或服务为目的的广告	(9)
案例 3:广告应当以健康的表现形式表达广告内容	(13)
案例 4:广告不得含有虚假或者引人误解的内容	(18)
案例 5:广告内容应当清楚明白,不得误导消费者	(26)
案例 6:广告不得使用或变相使用中华人民共和国国旗	(31)
案例 7:广告中不得使用国家机关工作人员的名义或形象	(37)
案例 8:广告中不得使用“国家级”“最高级”“最佳”等 极限用语	(41)
案例 9:广告不得损害国家尊严或者利益	(47)
案例 10:广告不得危害人身和财产安全	(51)
案例 11:广告不得妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚	(56)
案例 12:广告不得含有淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力 的内容	(60)
案例 13:广告不得含有性别歧视内容	(64)
案例 14:广告不得损害未成年人的身心健康	(71)
案例 15:广告不得损害残疾人的身心健康	(77)

案例 16:广告引证的内容应当真实、准确	(81)
案例 17:广告中的引证内容应当表明出处	(86)
案例 18:涉及专利内容的广告应当标明专利号和专利种类	(90)
案例 19:广告不得贬低其他生产经营者的商品或服务	(96)
案例 20:大众传播媒介不得以新闻报道形式变相发布广告	(101)
案例 21:禁止发布戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法广告	(108)
案例 22:处方药只能在指定的刊物上作广告	(113)
案例 23:药品广告不能利用专家或患者做证明	(118)
案例 24:食品广告不得涉及疾病治疗功能	(127)
案例 25:保健食品广告不得声称或者暗示广告商品 为保障健康所必需	(132)
案例 26:电视台不得利用养生节目变相发布保健食品广告	(137)
案例 27:禁止在公共场所发布声称替代母乳的婴儿乳制品广告	(144)
案例 28:农药、兽药和饲料广告不得以用户名义做推荐、证明	(149)
案例 29:禁止在大众传播媒介或者公共场所发布烟草广告	(156)
案例 30:酒类广告不得怂恿饮酒或宣传无节制饮酒	(163)
案例 31:教育培训机构广告不得对培训效果作出保证性承诺	(166)
案例 32:有投资回报预期的商品广告不得对未来收益作出保证	(170)
案例 33:开发商不当“学区房”宣传误导消费者	(175)
案例 34:房地产广告不得以项目到达某一具体参照 物的所需时间表示项目位置	(184)
案例 35:农作物种子广告不得含有表示功效的断言或者保证	(190)
案例 36:商品或服务不存在的广告属典型虚假广告	(195)
案例 37:广告不得虚构使用商品或者接受服务的效果	(200)
案例 38:与实际情况不符且对购买行为有实质性影响 的广告属于虚假广告	(206)
案例 39:广告不得使用虚构或者无法验证的科研成果	

作证明材料	(210)
案例 40:广告活动主体之间应当依法订立书面合同	(215)
案例 41:不得在广告活动中进行任何形式的不正当竞争	(221)
案例 42:广告主应当委托有合法经营资格的广告经营者 设计、制作广告	(230)
案例 43:广告经营者、广告发布者应当依法核对广告内容	(234)
案例 44:广告收费标准应当公开	(239)
案例 45:广告发布者提供的覆盖率、发行量等资料应当真实	(242)
案例 46:个人代言虚假广告应当承担法律责任	(245)
案例 47:不得利用中小学教材发布或变相发布商业广告	(251)
案例 48:未经允许不得以电子信息方式向他人发送广告	(255)
案例 49:广告经营者、广告发布者有先行赔偿责任	(258)
案例 50:医疗广告发布前应当由广告审查机关进行审查	(265)
案例 51:当事人不得阻挠工商行政管理部门依法行使执法权	(272)
案例 52:工商执法人员对执法中知悉的商业秘密负有保密义务	(280)
案例 53:工商部门不得拒绝接受消费者的投诉、举报	(285)
案例 54:广告应当尊重他人的知识产权	(291)
案例 55:广告中使用他人形象应当事先取得书面同意	(295)

第二部分 2015 年全国典型违法广告案例选录

国家工商总局公布的 2015 年典型案例	(301)
山西省 2015 年典型违法广告案例	(304)
湖南省 2015 年典型违法广告案例	(307)
安徽省 2015 年典型违法广告案例	(311)
河南省 2015 年典型违法广告案例	(314)
上海市 2015 年典型违法广告案例	(320)

江西省 2016 年典型违法广告案例	(323)
广东省 2015 年典型违法广告案例	(326)
福建省 2015 年典型违法广告案例	(331)
湖北省 2015 年违法广告典型案例	(333)

附 录

中华人民共和国广告法	(337)
房地产广告发布规定	(354)
农药广告审查发布标准	(357)
兽药广告审查发布标准	(359)
公益广告促进和管理暂行办法	(361)

第一部分

广告法典型案例解读

■ 案例 1:

自然人也可以做广告发布者

一、典型案例

市民林女士交友广泛,在微信上拥有几百位好友。不久前,林女士的一个微信好友推销面膜,该好友在微信群中发了一个微信红包,林女士随手抢了一个。但随后,这名好友便请林女士帮忙转发面膜广告。林女士当时没多想,就直接将广告转发到朋友圈。几天后,林小姐受到另外一位现实中好友的埋怨,称购买了林小姐转发广告推销的面膜,收到的却是三无产品,使用后皮肤严重过敏,要求林女士承担责任。最后,林女士只好自己掏腰包买礼物安抚了这位好友,这起因微信朋友圈发广告引发的纠纷才得以平息。对此,山东省高级人民法院在微博里发出提醒,2015年9月1日起,自然人在自媒体发布广告需要承担相应的法律责任。

无独有偶,成都女孩娜娜(化名)经朋友介绍,开始利用空闲时间在微信朋友圈里卖东西,为此她还加入了不少微信群。某日,一个群里的网友烁烁(化名)主动加了娜娜为好友。随后,烁烁告诉娜娜,自己有台自拍神器的二手相机要转手,请娜娜帮忙在朋友圈发个广告。广告内容挺简单:“帮哥们儿推一下,这家伙刚买的 TR350S 白色,九成新,3400元,用了不到三个月,充电器、盒子、发票什么都有,可分期付款,要的朋

友赶快私他。”在文字内容之后还配发了四张自拍神器不同角度的照片,以及微信号二维码。因为娜娜自己也在朋友圈卖东西,常和群里的网友们互相帮忙发布一些广告信息,虽然不认识烁烁,但她当时也没想过要去核实这条广告是否真实,就直接转发了。仅仅隔了一天,娜娜就接到一位朋友的消息:“那个卖自拍神器的是你朋友吗?昨天打了款,怎么今天就不回信息了?”娜娜赶紧给烁烁发信息询问,但对方没有了回复。与此同时,娜娜另一位朋友也向娜娜反映,自己给烁烁打款之后,就被烁烁从微信好友中删除了。娜娜感觉情况不对,想起之前自己曾留了烁烁的手机号码,但多次拨打,这个号码始终无法接通。随后,娜娜在微信上警告烁烁“再不处理我们就报警了”。发完这条信息后,娜娜发现自己也被烁烁从微信好友中删除了。在接到朋友转述之后,娜娜当即协助两位朋友分别在昆明和成都报了警。虽然两位朋友都没有责怪她,也没有向她追讨赔偿,但娜娜一直非常自责,觉得对不起朋友。律师认为:烁烁存在虚构事实、同时向多个买家收钱的行为,这种行为已经涉嫌诈骗。而娜娜不加甄别、随意转发和传播不实广告的行为,可能也需要根据其过错程度承担相应的民事责任。

二、分析点评

在社交媒体上发布广告是随着互联网和移动互联网发展而出现的一个新的现象。微信朋友圈和微博里的广告越来越普遍,很多人做了“微商”,或者建立自媒体公众账号,在微信上求助好友在微信朋友圈里转发广告。甚至有人在微信群里以发红包的方式求转发广告。微信朋友圈是一个相对比较私密的空间,“圈”里都是熟人,在即时通讯工具中推送的广告和平常我们看到的广告相比,更容易起到引导效应。微信朋友圈虽是个网络虚拟空间,而且还是限于朋友之间狭窄的小圈子,对比传统广告而言,在朋友圈发广告范围更小,但正因为是在朋友圈,它可能对人产生的影响更深入。人们不宜相信商家,但可能轻而易举相

信朋友。而且朋友之间在多个朋友圈进行转发,传播的速度也是非常惊人的,其广告效应并不亚于传统广告。由于卖东西、发广告的也都是朋友,相互之间缺少戒备之心,对广告等商品信息的真实性也疏于审核,给不少夸大宣传的违法小广告提供了可乘之机。有时候虽然明知可能让人上当受骗,但是碍于情面也不好意思举报,甚至还被友情所迫转发传播。有些抢到红包者,虽然只抢了几毛钱,也只能碍于面子帮忙转发广告。对于朋友圈等即时通讯工具上的广告行为是否应当归《广告法》调整,也存在着不同看法。在《广告法》修订之前,因为缺乏明确的法律依据,朋友圈中的虚假广告,监管力量难于渗透,依靠道德自律又很难见效。但是新《广告法》实施以后,这种局面被改变了。

新《广告法》第四十四条规定,“利用互联网从事广告活动,适用本法各项规定”。根据这一规定,微博、微信等基于互联网和移动互联网技术开展的广告活动正式成为《广告法》调整的对象。新《广告法》实施后,“微信朋友圈转发广告可能被罚 100 万”的消息在社交媒体上不断刷屏,也引起了社会各方的高度关注。在朋友圈转发广告真的招来法律责任吗?从上述两个典型案例来分析,答案是肯定的。

新《广告法》第二条规定,“本法所称的广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然人、法人或者其他组织。”案例中的林女士和娜娜通过互联网这一媒介,对某种商品进行了推销和介绍,其行为属于广告发布行为,其身份构成了广告发布者。

根据新《广告法》的规定,广告发布者的法律责任主要包括行政责任和民事责任。广告发布者明知或应知广告虚假仍代理、发布的,其应承担的行政责任是“由工商行政管理部门没收广告费用,并处广告费用三倍以上五倍以下的罚款,广告费用无法计算或者明显偏低的,处二十万元以上一百万元以下的罚款”。违反《广告法》发布虚假广告,欺骗、误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益收到损害的,由广告主依法承担民事责任,但是广告发布者不能提供广告主的真实姓名、地址和有效联系方式的,消费者可以要求其先行赔偿;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,其广告发布者应当与广告主承担连带责任;其他商品或服务的虚假广告,造成消费者损害的,其广告发布者明知或应知广告虚假仍代理、发布的,应当与广告主承担连带责任。这是广告发布应承担的民事责任。

实践中,在微信朋友圈中发布广告是否要承担法律责任,需要根据具体情况具体分析。如果发布或转发的广告是真实合法的,其推销的商品或服务本身没有质量等问题,则发布者和转发者的行为并不违反《广告法》的规定,无需承担《广告法》上的法律责任。但是如果是虚假广告,且给消费者造成了损害,则需要承担相应的法律责任。就上述两个案例而言,林女士和娜娜如果是在明知或应知广告虚假的情况下转发广告的,应当承担《广告法》规定的行政责任。至于民事责任,则比较复杂。如果林女士和娜娜不能提供广告主的真实姓名、地址和有效联系方式,那么受害者可以要求她们先行赔偿。另外,因为林女士和娜娜转发广告所涉及的商品不同,她们的连带责任也不相同。林女士转发的是面膜广告,而面膜与消费者的健康有关,因此她可能需要与广告主一起承担连带赔偿责任;而娜娜转发的是自拍神器广告,这种商品对消费者的生命健康没有直接影响,因此她只有在明知或应知虚假广告,仍进行转发的情况下才可能与广告主一起承担连带责任。

微博和微信等社交媒体不是法律“真空”,因此对产品质量不确定,或者自己没有使用过的产品广告或接受过的服务的广告,最好不要随意转发。如果发现确系虚假违法广告,可以向工商行政管理部门举报,由工商行政管理部门依法进行查处。当然了,与电视广告、户外广告等常见的广告形式相比,微信朋友圈广告的制作方式、发布渠道、影响人群都有很大不同,如何将新《广告法》科学地落实在执法实践中,还需要进一步观察和研究。

三、新法精解

与原《广告法》相比,新《广告法》在三个方面有了重大变化:第一是

明确将利用互联网开展的广告活动纳入了《广告法》的调整范围,规定“利用互联网从事广告活动,适用本法的各项规定。”这是一个重大的修订,从原则上将互联网广告纳入了《广告法》的调整范围,使互联网广告不再游离于《广告法》之外,也使互联网广告的监管具有了法律依据。第二是删除了原《广告法》中认定商业广告的“付费”前提。原《广告法》规定,“本法所称广告,是指商品经营者或者服务提供者承担费用,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服务的商业广告。”特别强调了商业广告的“付费”前提。但是新《广告法》则规定,“在中华人民共和国境内,商品经营者或者服务提供者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服务的商业广告活动,适用本法。”是否承担“费用”不再是认定商业广告的前提条件;因此,自然人无论是否收取了费用,都不影响其所发布信息所具有的商业广告性质。第三是扩大了广告发布者的范围,将自然人也纳入到广告发布者的行列之中。原《广告法》规定,“本法所称广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。”而新《广告法》则规定,“本法所称广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织。”这是因为,互联网和移动互联网的发展为自然人发布广告提供了条件,需要法律的规范。

四、法律依据

《中华人民共和国广告法》

第二条 本法所称广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织。

第四十四条 利用互联网从事广告活动,适用本法的各项规定。

利用互联网发布、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