



经济法律文库

日本广告行为 行政规制研究

陈肖盈 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



经济法律文库

日本广告行为 行政规制研究

陈肖盈 著

上海高校人文社会科学重点研究基地建设计划 (WKJD14021)



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

日本广告行为行政规制研究 / 陈肖盈著. —北京:
法律出版社, 2016. 4

(经济法律文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9228 - 7

I. ①日… II. ①陈… III. ①广告—工商行政管理—
行政执法—研究—日本 IV. ①D931.322.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048088 号

经济法律文库

日本广告行为行政规制研究

陈肖盈 著

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 田 浩

责任编辑 田 浩

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 11.75

字数 156 千

版本 2016 年 4 月第 1 版

印次 2016 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9228 - 7 定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《经济法律文库》是展示华东政法大学经济法律研究院研究成果的新平台。在这个平台上,我们将陆续出版一批反映全球化以及启动新一轮经济改革背景下与经济活动相关的法律研究最新成果。

大家知道,中国经济体制改革已经走过了35个年头。35年来,经济高速发展,百姓生活水平显著提高,法治状况明显进步。但是,近年来受美国金融危机的影响,市场取向的改革红利似乎已经释放完毕,经济发展趋缓,通货膨胀压力越来越大,部分产业产能过剩问题越来越突出,生态环境也是越来越不尽如人意。许多迹象表明:原先那种依赖劳动密集、粗放、外向的发展方式已经不能适应新形势的要求,急需向着依赖科技、集约和内需的发展方式转变。从现存的体制制度分析,目前的体制仍然是半统制半市场的体制,政府对经济生活干预过多,市场配置资源的作用受到极大限制。虽然我们已宣布社会主义法律体系形成,但这个体系仍然是适应了半统制半市场体制需要的法律体系。人民所期望的法律秩序并未真正建立。社会分配不公、贫富差距悬殊;公权滥用、官员腐败现象比较严重;伪劣商品充斥市场,食品药品安全时刻令人担忧。这些状况警示我们:要建立更完善的市场经济体制机制,需要重聚共识,启动新一轮改革。

经济全球化的进程对中国经济的发展有挑战也有机遇。最近20年来,美国等西方发达国家主导的经济全球化并没有朝着他们所期望的方向发展。随着中国加入WTO,中国在国际经济贸易交往中的影响不断扩大,已一跃成为全球第二大经济体。而美国等西方发达国家的经济则停滞不前、

债务累累、困难重重。在这种情况下,美国重新布局贸易战略,启动了两大自由贸易区的谈判,一个是环太平洋自由贸易区,一个是跨大西洋自由贸易区,从而构成对中国贸易空间的围堵。中国一方面积极发展双边和多边的贸易伙伴,另一方面在上海建立中国自由贸易试验区,意在改革国内的制度环境,在国际贸易谈判中争取更大的主动权。我们相信:经济全球化趋势已经不可逆转。国家不论大小都有平等主权,资源全球范围内配置成为主流,国家与国家的依存关系日益紧密,国际贸易规则已经不能由少数国家随意操控。我们主动认可并遵守国际贸易规则,必要时我们也参与国际贸易规则的制定,就一定能够在国际竞争的舞台上站稳脚跟,直至取胜。

基于上述两大背景的认识,随着中国经济体制改革的深化,经济法律制度必将面临新的变革。就像我们需要经济发展战略一样,我们有必要制定经济法治战略。到2049年(新中国成立100周年),即我国实现百姓富足、民族振兴、国家强盛的理想之时,中国的经济法治当是有适度调控和监管的市场经济法治。这样的法治是经济高度开放、贸易十分便利、货币自由兑换、市场监管有序、司法公正权威且是最具有吸引力和竞争力的经济法治。

《经济法律文库》的面世,在这样一个体制变革的时代,一个全球化竞争的时代,其意义自然十分重大。保证中国经济法治战略的实施,是我们每一个法律专家及学者的神圣职责。《经济法律文库》的每一本著作,都将铭记着专家学者们为这个时代进步所贡献的思想智慧。这些思想智慧之光,也必将照亮一代代人不断前行。

顾功耘

2013年10月1日于华政园

前 言

随着社会经济的发展以及科学技术的进步,市场上销售的商品和服务的种类变得越来越多样化与复杂化,对商品和服务的宣传方式与宣传手段也变得越来越多元化。与传统的销售模式相比,电视购物、互联网购物等销售模式开始受到越来越多商家的青睐与推广,足不出户便可轻松购物的消费方法因其为消费者消费生活带来的便利,在消费者的消费方式中占据了越来越大的比例。然而在这类消费方式下,由于消费者不能像传统购物方式那样面对商品实物本身从商品的质量、大小、颜色等方面直接进行选择,而只能通过电视广告、互联网广告等的文字说明、照片等对商品进行选择。这样一来,在新兴的商品销售模式下,广告作为消费者进行商品选择的重要信息来源,在消费者的消费生活中发挥着越来越重要的作用。由此,因虚假的广告宣传而造成消费者权利受到侵害的问题也越来越突出。

在对广告行为进行规制的诸多方式中,行政规制在预见侵害行为有可能发生的阶段就能够对违法行为进行规制,是对违法广告行为进行事前防范的最为恰当有效的方法。我国在1982年颁布《广告管理暂行条例》,开始对广告行为实施监管。其后,又先后颁布《反不正当竞争法》和《广告法》等一系列法规,逐步建立了对广告行为的行政监管体系。三十年来,尽管中国的广告行业及其发展环境发生了巨大的变化,但是相关法规一直未得到修缮,“新问题、老办法”局面的持续,使《广告法》等法规在监管过程中暴露出了一些落后与不足。如何建立适应新形势下的广告监管体制,成了当下备受关注的热门话题之一。面对广告行业的新发展以及出现的新问题,国务

院法制办公室于2014年2月公布了《中华人民共和国广告法(修订草案)》(征求意见稿),并于2015年4月第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议修订完成了新《广告法》,自2015年9月1日开始施行。可以说,新《广告法》的实施,是适应时代发展需要、促进广告业持续健康发展的一项重大举措。规范市场上的广告行为、健全广告行为行政规制体系,一直是保护消费者的基本权益、维护市场公平竞争的一个重要手段。尽管我国在规范广告行为的实践探索中取得了不错的成绩,但与其他发达国家相比我国在对广告行为的行政监管上经验仍然尚浅,学习和借鉴他国经验对我国广告行为行政监管制度的完善仍具有十分重要的现实意义。

作为经济发展较具代表性的亚洲国家,邻国日本早早开始了对市场经济环境下广告行为行政监管的探索。1960年日本国内发生“假牛肉罐头事件”使日本立法者逐渐意识到当时依靠《独占禁止法》等法规对不正当宣传行为进行监管存在的不足,并于1962年颁布了《赠品表示法》,作为《独占禁止法》的特别法对广告行为实施专门监管。然而,随着日本本国经济的快速发展、国际贸易合作的逐步加强以及消费者意识的不断提高,日本在对广告行为的监管上逐步纳入新的时代因素和国际监管经验。2009年日本消费者厅的建立,更是对日本广告监管体制作出的一次重大变革。与中国相同,日本在广告监管体制的建设过程中,积极参考了国际惯例以及欧美等主要国家的执法经验,并在广告执法实践中取得了突出的成绩。虽然中日两国国情不尽相同,但是两国间一衣带水的关系,使两国在生活习惯、商业习惯、人文环境等方面呈现出较大的相似性。因此,在结合日本国情、对先进国家经验进行充分地消化与吸收的基础上建立起来的,并在早于中国近三十年的执法实践中不断积累、完善的日本广告规制体制,更贴近于中国的实际情况,更易于被中国社会民众所理解,更易于执法机构执行,对中国广告行为行政规制体制的改进和完善具有不可忽视的参考作用。

因此,本书以日本广告行为的规制制度——尤其是以行政规制制度为

研究对象,探讨日本在国家法律、地方条例以及行业自律三个层面上的监管特点,比较中日两国在广告行为行政规制上存在的差异并分析差异存在的原因,在此基础上总结日本经验对中国的启示并提出完善意见。此外,本书还附录了日本广告监管的重要法规《赠品表示法》以及公平贸易委员会告示的中文译本,以供读者参考与交流。

陈肖盈

2016年3月

目 录

第一章 广告行为行政规制概述	(001)
第一节 广告行为行政规制的定义	(001)
第二节 广告行为行政规制的对象	(003)
第三节 广告行为行政规制的重要性	(007)
一、对消费者而言广告行为行政规制的重要性	(007)
二、对经营者而言广告行为行政规制的重要性	(009)
第四节 广告行为行政规制的方法	(010)
第二章 日本广告行为行政规制的发展历史	(012)
第一节 20 世纪 60 年代以前	(012)
第二节 20 世纪 60 年代	(014)
第三节 20 世纪 70 年代	(016)
第四节 20 世纪 80 年代	(019)
第五节 20 世纪 90 年代	(019)
第六节 21 世纪以来	(021)
第三章 日本运用国家法律对广告行为的规制	(024)
第一节 概述	(024)
一、按规制对象划分	(024)
二、按规制目的划分	(025)
三、各广告监管国家法律间的关系	(027)

第二节 主要法规的规制内容	(028)
一、以促进广告行为的合理化为目的的法律	(028)
二、以确保公平竞争为目的的行政规制	(043)
三、以确保安全为目的的行政规制	(048)
四、以促进消费者契约的合理化为目的的行政规制	(059)
五、以促进计量的合理化为目的的行政规制	(062)
六、以促进商品规格的合理化为目的的行政规制	(062)
第三节 针对具体事项的规制标准	(069)
一、针对商品内容的规制标准	(069)
二、针对交易条件的规制标准	(075)
三、针对其他事项的规制标准	(079)
第四章 日本运用地方条例对广告行为的规制	(082)
第一节 地方条例的法律地位	(082)
一、地方条例与法律的关系	(082)
二、地方公共团体间的关系	(083)
第二节 日本地方条例对广告行为的规制状况	(083)
一、概况	(083)
二、地方条例对广告行为的规制内容	(084)
第五章 日本运用其他途径对广告行为的规制	(089)
第一节 运用行业自律规制广告行为	(089)
一、公平竞争规则	(090)
二、由广告关系人及其团体制定的自律规制	(095)
三、由其他行业协会制定的广告自律规则	(097)
第二节 运用社会监督规制广告行为	(098)

第六章 日本广告监管机构及审查流程	(102)
第一节 广告监管机构	(102)
第二节 审查流程	(105)
一、概要	(105)
二、消费者厅实施的监管	(105)
三、都、道、府、县知事采取的调查、指示	(108)
第七章 广告行为行政规制的中日比较	(109)
第一节 运用国家法律规制广告行为的中日比较	(109)
一、法律体系	(109)
二、规制内容	(110)
第二节 运用地方条例规制广告行为的中日比较	(118)
第三节 运用其他途径规制广告行为的中日比较	(121)
一、行业自律	(121)
二、社会监督	(122)
第四节 违法案件的查处方式	(123)
一、违法行为人的界定	(123)
二、法律责任的追究	(130)
第八章 日本广告行为行政规制对中国的启示	(134)
第一节 广告行为行政规制中日差异原因分析	(134)
第二节 日本广告行为行政规制对中国的启示	(139)
结 语	(149)
主要参考文献	(151)
附 录	(159)
防止不正当赠品类及不正当表示法	(159)

公平贸易委员会告示	(167)
一、关于无果汁清凉饮料等的不正当表示	(167)
二、关于商品原产国的不正当表示	(168)
三、关于消费者信用融资费用的不正当表示	(169)
四、关于诱饵广告的不正当表示	(170)
五、关于不动产诱饵广告的不正当表示	(170)
六、关于收费养老院的不正当表示	(171)
后 记	(174)

第一章

广告行为行政规制概述

第一节 广告行为行政规制的定义

对违法广告行为的监管,根据监管方式的不同,大致可分为行政规制、民事规制和刑事规制三种方式。其中,行政规制是指国家以其行政权力作为规制运行的基础,通过相应的行政机关规制社会经济活动的各种行为或措施。而广告行为行政规制,则是指国家通过广告行政监管机关,依据相应的行政法规对广告行为活动进行规制的各种行为或措施。该规制方法区别于受害者通过民法等向违法广告行为人提出损害赔偿请求的民事规制,以及国家基于刑法等对违法广告行为人实施刑事制裁的刑事规制,是在广告侵权行为发生之前,通过制定广告标准等方式对违法广告进行的规制,属于事前规制。虽然不可以否认民事规制和刑事规制也具有“防患于未然”的效果,但这些规制从根本上说属于事后规制。^① 相比之下,行政规制,在预见受害有可能发生的阶段就进行规制,是防止消费者受害发生的最为有效的事前规制。

行政规制的优点,大致可以归纳为如下几点:

第一,从规制的效率来看,如果违法广告造成消费者权益受损,民事规制和刑事规制往往最终还须依靠法院的判决,且耗时较长。与此相比,行政规制则

^① [日] 国民生活センター編:《表示規制法概説》(鈴木深雪執筆),日本評論社1979年版,第55~56页。

由行政机关执行,通常较为迅速。行政机关不但能够对广告行为是否违法进行调查,还能在判定行为违法的情况下立即采取必要措施进行规制。此外,尽管法律中对某一侵犯消费者权利的广告行为暂未制定明确的标准进行规制,但是可以通过增加相应标准的方式对类似违法行为进行规制。

第二,从规制的效果来看,民事规制和刑事规制往往是对案件单个进行处理,而行政规制则可以在较大范围内对违法行为进行规制。行政规制,通过制定广告标准的方法,可以对发布违法广告的经营者进行规制,由于广告标准也同样适用于其他经营者,同时还能够对其他经营者起到很好的威慑作用——督促正在进行违法宣传但尚未被发现的经营者的中止违法行为,督促预谋进行违法广告宣传的经营者停止实施违法宣传的念头。

第三,从举证的角度来看,作为事后规制的民事规制和刑事规制,若要对违法广告进行规制,对权益受到侵害的事实进行举证十分重要。与此相比,行政规制则并不以存在具体的受害事实为前提,只要对该广告行为是否属于法律规定下的违法行为进行判断即可。例如,消费者原先并不知道食品包装上的内容不符合法律标准,结果食用了该食品,且未对购买的凭证进行保存。在这样缺乏事实证据,即举证困难的情况下,消费者要求损害赔偿通常比较困难。但通过行政规制,不需要消费者对权利受到侵害的具体事实进行举证,只要该食品及广告实际存在,通过对食品包装上的广告内容的违法性进行判断即可;即便消费者无法证明自己因该广告权利受到侵害,也可以期待通过行政规制对其进行规制。

第四,从对消费者便利程度来看,如果依靠民事规制消费者就需要到法院,如果依靠刑事规制消费者就需要到所属的警察局或检察院作为当事人进行证明或辩护,这对消费者而言负担较大。而行政规制只需要消费者与相关的行政机关进行联系,从消费者的心理来说,与到法院或检察院作为当事人进行证明或辩护相比,心理负担会比较低,并且其后都由行政机关对违法行为进行调查、举证,这对消费者而言也较为轻松。

这样一来,行政规制成为对违法广告行为进行事前防范的最为恰当有效的

方法,日本和中国都以行政规制为中心,对广告行为进行规制。因此,本书以广告行为行政规制作为研究的对象,对日本广告行政监管体制进行探讨。同时,考虑到行业自律与社会监督在广告监督中的重要作用和其在对广告行为进行事前规制的共性,本书也将行业自律和社会监督纳入行政规制的讨论范围内进行研究。

第二节 广告行为行政规制的对象

广告行为行政规制,是以广告行为作为规制的对象。而何谓“广告行为”,中日学者纷纷给出了不同的定义。

早在 20 世纪 50 年代,日本商业学会编写的《零售商业和近代社会》^①中,就将“广告行为”定义为“为帮助消费者进行明智的购买和消费,在商品或服务的销售过程中,由生产者或者销售者提供的与商品品质以及使用方法等相关信息的行为”。1962 年 6 月,日本颁布了《不当赠品以及不当表示防止法》(以下简称《赠品表示法》),并在该法第 2 条第 4 款中,将其规制对象“表示”定义为,“作为吸引客户的手段,经营者对自己提供的商品或服务的内容、交易条件等其他条件进行宣传的行为,是内阁总理大臣指定的内容”^②。其后,日本学界普遍将广告行为统称为“表示”,并将“表示”定义为“为便于消费者识别商品或服务,经营者提供的与商品或服务的内容、交易条件等交易相关信息的行为”。^③而“表示”,又根据宣传方式等的不同,区分为“广义的表示”、“广告”和“狭义的表示”。其中,“狭义的表示”是指除通过媒体宣传的广告形式外通过商品自身、容器、包装等进行宣传的行为。而“广义的表示”包含:(1)通过在商品自身

① [日]日本商业学会编:《小売商業と近代社会》,誠文堂新光社 1955 年版,第 60~61 页。

② 对“对内阁总理大臣指定的内容”,后文将做具体说明和分析。

③ [日]国民生活センター編:《表示規制法概説》(鈴木深雪執筆),日本評論社 1979 年版,第 1 页。

或在其容器或包装上以记载或附带的方式与商品一同交付给消费者的信息；(2)通过店铺广告或推销员的口头宣传等方式在消费者购买商品或服务时提供给消费者的信息；(3)通过多媒体广告、夹页广告等与消费者的实际购买行动通常存在时间间隔的信息等多种形式，^①由“广告”和“狭义的表现”共同构成（见图1）。对于“广告”和“狭义的表现”，日本学者则通过不同的方式进行区分。例如，铃木深雪在《消费政策——消费生活论》一书中指出，“狭义的表现”为“在商品或服务交易时获得的信息”，而“广告”为“在与交易场所以及交易时间上存在一定间隔的场所和时间所获得的信息”。^②松本恒雄在《广告的问题点》一书中指出，“广告”是广告主积极宣传的行为，而“狭义的表现”则是对被法律赋予以告知义务的事项进行标识的行为。^③伊从宽等在《广告表示规制法》一书中指出，“狭义的表现”在大多情况下会详细记载有关商品安全、卫生、健康等相关注意事项，而“广告”则多为对商品的特征等进行概括性的简短描述，且根据广告媒体的不同呈现出不同表现形式；^④日本国民生活审议会在《广告和规划》中指出，“狭义的表现”通常发挥着为消费者的商品选择和使用提供最终信息的作用，而大部分的“广告”则是以提高商品或服务的知名度、让消费者理解商品或服务的特点以及提高消费者的购买欲为目的，并不要求消费者立刻对其作出回应。

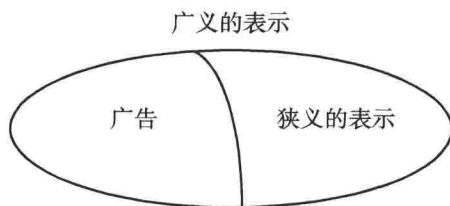


图1 日本对“表示”的细分

① [日] 国民生活センター编：《表示規制法概説》（鈴木深雪執筆），日本評論社1979年版，第1页。

② [日] 鈴木深雪：《消費政策－消費生活論》（第5版），尚学社2010年版，第127页。

③ [日] 松本恒雄：《広告の問題点》，载《消費者問題ニュース2》，日本弁護士連合会1997年版。

④ [日] 伊从宽、矢部丈太郎：《広告表示規制》，青林書院2009年版，第23页。

在中国,1995年实施的《广告法》第2条第2款中指出,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的服务的商业广告”。尽管在2015年9月实施的新《广告法》中删除了该定义的内容,但根据该法第2条第1款对适用对象的规定,即“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”,可以认为,新《广告法》所指的广告限定了行为的提供主体(即商品经营者或者服务提供者)、行为提供方式(即通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍),同时强调了行为的商业性。而中国学者将广告定义为,“为了某种特定的需要,通过一定形式的媒体,公开而广泛地向公众传递信息的宣传手段”,^①并根据广告的商业性质,将广告区分为“广义的广告”和“狭义的广告”(见图2)。其中,“广义的广告”是指“广告本身、广告宣传 and 广告经营,它既包括由广告客户支付费用、通过利用各种媒体和形式来宣传商品、传递信息,也包括非经营性的各类广告、声明、启示等”;而“狭义的广告”是指“广告宣传中的某一种形式,如经济广告、文化广告、体育广告等”。

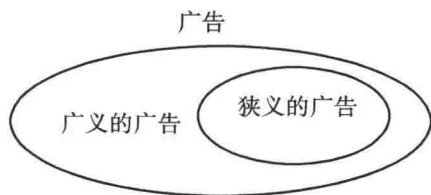


图2 中国对“广告”的细分

综上所述可以看出,尽管中日两国在对广告行为的称呼方式、分类方法上有所不同,但中日两国都一致认为,在广告中,“经营者”是广告信息的提供主体,“消费者”是广告信息的接受者,而广告的目的也均为“吸引顾客、推销商品或服务”。因此,无论是日本的“表示”还是中国的“广告”,其对广告宣传行为在本质定义上并无太大差别,广告行为即为“商品经营者或者服务提供者为消费者

^① 刘林清:《广告法规与管理》,高等教育出版社2009年版,第1页。