



市场营销 法律规制研究

SHICHANG YINGXIAO FALÜ GUIZHI YANJIU

周杰普 著

 上海财经大学出版社

D922.294.4/24

2007

市场营销法律规制研究

周杰普 著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

市场营销法律规制研究/周杰普著. —上海:上海财经大学出版社,
2008.1

ISBN 978-7-5642-0141-8/F·0141

I. 市… II. 周… III. 市场营销学-经济法-研究-中国 IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 001856 号

责任编辑 王 昊

封面设计 周卫民

SHICHANG YINGXIAO FALÜ GUIZHI YANJIU

市 场 营 销 法 律 规 制 研 究

周杰普 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海第二教育学院印刷厂印刷

上海望新印刷厂装订

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 8.25 印张 214 字

印数: 0 001—2 000 定价: 20.00 元

序

本书发端于对法律与营销的结合思考之中,如何将法律和营销进行跨学科的研究始终是我关注的重要课题。每个企业在实现经营目标的同时,也涉及到与其他企业、消费者、社会利益的冲突和协调。在这里,市场营销法律规制是影响企业竞争力的一个重要因素,影响着企业市场营销的能力和目標,是企业进行市场营销策划和市场调研的重要内容之一。

本书的研究目的是,通过分析营销法律规制的重要意义,提出完善市场营销法律规制的建议,并提出须对市场营销的法律规制进行成本分析,为企业适应与利用法律规制、为政府制定和完善市场营销法律规范提供相应的决策支持。

本书的研究方法主要是法经济学方法和比较研究方法。本书在总结国内外有关市场营销法律规制研究成果的基础上,结合实践中对市场营销进行法律规制的做法以及市场营销的特点和趋势,提出对市场营销进行法律规制的原则和方向。

本书从宏观营销的视角出发,分别从公平竞争、消费者权益保护、商标利用与保护、环境保护与社会责任等方面分析中国市场营销法律规制的现状、存在的问题及成因,介绍和评析美国市场营销法律规制的基本概况,并从立法、执法和守法三个方面提出完善中国市场营销法律规制的对策建议。

本书在写作过程中得到了我的博士生导师上海财经大学现代市场营销研究中心晁钢令教授的启发、点拨,在此对他表示深深的

敬意。种治华、张云伟、高帆、申远、单捷、潘秋红和刘敏等也为本书的写作做了大量的资料收集、整合工作,感谢他们的辛勤劳动。

本书适合作为市场营销、法学专业师生的教学、学习用书及相关实务工作者的指导用书。

由于时间和水平关系,本书难免存在疏漏之处,望各位读者不吝赐教、批评指正。

作 者

2007年12月

目 录

序/1

第一章 导论/1

第一节 市场营销法律规制的含义、特征及意义/1

一、市场营销法律规制的含义/1

二、市场营销法律规制的特征/3

三、市场营销法律规制的必要性和意义/6

第二节 研究的发端和意义/18

一、研究的发端/18

二、研究的意义/21

第三节 研究的基本框架体系和研究方法/23

一、研究的基本框架体系/23

二、研究方法/25

第四节 理论创新/26

一、用法经济学方法进行市场营销法治化成本分析/26

二、市场营销法律规制的界定/27

三、市场营销法律规制的关键是适度/28

第二章 市场营销法律规制理论综述/31

第一节 美国市场营销法律规制研究成果综述/31

一、营销法调整对象研究/33

二、法律对营销重要性的研究/39	
三、宏观营销研究/44	
第二节 中国市场营销法律规制研究成果综述/47	
一、中国市场营销法律规制研究现状/47	
二、中国市场营销法律规制研究历程回顾/49	
三、中国市场营销法律规制研究成果分析/52	
 第三章 中国市场营销法律体系的建设与现状/60	
第一节 中国公平竞争法律的建设与现状/60	
一、竞争法的地位/61	
二、竞争法的作用/62	
三、竞争法的法律体系与基本内容/63	
第二节 中国消费者权益保护法律的建设与现状/71	
一、中国的消费者权益保护体系/71	
二、消费者权益保护法律的基本内容/73	
第三节 中国商标利用与保护法律的建设与现状/77	
一、商标利用与保护的重要作用/77	
二、中国商标保护立法现状/78	
第四节 中国环境保护与社会责任法律的建设与现状/84	
一、营销中的社会责任/84	
二、环境保护与社会责任法律的基本内容/88	
 第四章 中国市场营销法治存在的问题与成因分析/93	
第一节 中国市场营销法治存在的问题/94	
一、立法方面的问题/94	
二、守法方面的问题/115	
三、执法方面的问题/118	
第二节 中国市场营销法律规制存在问题的成因分析/127	

- 一、交易利益冲突/127
- 二、个体利益与整体利益的冲突/130
- 三、政治与经济体制/133
- 四、历史与传统文化/138

第五章 美国市场营销法律规制的经验借鉴/144

第一节 公平竞争的法律规制/144

- 一、美国竞争法的组成体系/145
- 二、美国竞争法的特点/150
- 三、美国竞争法对市场营销行为的法律规制/152

第二节 消费者权益保护的法律规制/168

- 一、美国消费者权益保护法概述/169
- 二、美国消费者保护法对市场营销的规制/173

第三节 社会整体利益和可持续发展利益的法律规制/178

- 一、国家交通和机动车安全法/179
- 二、国家环境政策法/182

第六章 中国市场营销法律规制的对策建议/186

第一节 市场营销法律规制的原则/186

- 一、适度原则/186
- 二、透明度原则/198
- 三、可预见性原则/203

第二节 完善中国市场营销法律环境策略分析/204

- 一、公平交易的法律规制/205
- 二、商标利用与保护的法律规制/210
- 三、消费者权益保护的法律规制/213
- 四、环境保护与社会责任的法律规制/217

第三节 市场营销法治化成本分析/222

一、立法成本分析/223

二、执法成本分析/232

三、守法成本分析/241

参考文献/247

第一章 导 论

第一节 市场营销法律规制的含义、特征及意义

一、市场营销法律规制的含义

(一) 市场营销的含义

营销学的研究对象是市场营销。那么,市场营销的含义是什么呢?对这个问题,有许多误解和似是而非的说法。最普遍的误解就是将市场营销等同于“推销”(selling)。“marketing”一词刚刚传入中国的时候,被译为“销售学”、“商业学”或者“市场学”,译法五花八门、十分混乱,其原因就在于在第二次世界大战前“marketing”同“selling”这两个词确实可以通用,在内涵上没有什么重大区别。但 20 世纪 50 年代以来,随着市场营销理论和实践的发展,现代营销学形成并走向成熟,“marketing”有了更加丰富的内涵,已不再是“selling”的同义词。但很多人仍将二者混为一谈,即使在市场营销学发源地的美国,至今仍还有人存在误解。而非英语国家作为工具书使用的英文词典又大多成书于 20 世纪 50 年代之前,因此,出现这些误解和混乱也就绝非偶然。为此,菲利普·科特勒曾在他的教科书中指出:“市场营销最重要的部分不是推销!推销仅仅只是市场营销冰山的顶端,推销仅仅是市场营销几个职能中的一个,而且往往不是最重要的一个。”他还引用美国著

名的管理学家彼得·德鲁克(Peter Drucker)的话说:“市场营销的目标就是使推销成为多余。”

那么,何为市场营销呢?对这个问题,西方营销学家们见仁见智,有着不同的理解和表述。美国市场营销协会(AMA)定义委员会在1960年曾经下过这样一个定义:“市场营销是引导货物和劳务从生产者流向消费者或用户所进行的一切业务活动。”对于这个定义,西方许多学者有不同的看法,认为这个定义大大缩小了市场营销的活动范围。首先,它不能全面概括现代企业营销活动的全过程。对企业而言,市场营销不仅是限于生产和消费之间的业务活动,而且已经渗透到生产领域和消费领域之中。其次,这个定义是以假定企业的产品全部适销对路为前提的,它没有表达出市场营销同生产、同市场的紧密关系。

(二)市场营销法律规制的含义

所谓市场营销法律规制,是指以宪法、法律、法规、条例、决议、条约、判例等诸多规范性文件,对企业的营销行为进行指导和约束。企业处于市场之中,其活动必定会受到各种因素的制约和影响。市场营销法律规制是影响企业竞争力的一个重要因素,影响着企业市场营销的能力和目標,又难以为营销部门控制,是企业进行市场营销策划和市场调研的重要内容之一。

法律对企业市场营销活动的规制作用,最突出表现在对效率与公平问题的处理上。市场营销作为一种经济行为,其基本价值取向是追求“成本最小,受益最大”,即以尽可能少的资源、代价的付出,换取尽可能多的财富;也就是说,市场营销行为从其自发倾向上说,往往是讲求效率而不重视公正。而法律所关注的不仅仅是追求效益,它更关注每个权利与义务主体之间的利益协调,从而达到社会控制的目的。例如,营销中的不正当竞争行为必然会侵害到其他市场主体的合法权利,既造成资源浪费,又会导致不公平、不公正,效率低下,因此,从更有利于合理利用有限资源的角度

出发,就需要有竞争法来对经济进行调节。法律既是公平的象征,又是保证效率的手段。

二、市场营销法律规制的特征

市场营销法律规制是一个多层次而且不断变化的综合体,其特征如下:

(一)规制的主体是国家及其政府

市场营销法律规范的制定者是国家立法机关,保证其施行的是各级政府。换句话说,对市场营销进行法律规制是各级政府的众多职能之一。国家作为整体利益和社会公共利益的最高代表,被要求对经济运行实施宏观调控和市场规制。在市场规制法律关系中,国家作为规制主体,一方面,抽象地享有市场规制立法权、执法权和司法权;另一方面,又由国家立法机关、相关行政机关和司法机关分别行使上述权力。

政府作为国家权力的执行机关,当国家的权力在许多方面由政府行使时,政府也就成为国家介入市场、规制市场行为的实际执行者。政府既要全面、有效、合理地履行法律所赋予的职责,并行使相应的权力,又要根据执行法律的需要制定层级略低一些的规制性法律文件,如法规、规章等。应当注意的是,市场经济体制下政府职能的发挥应只限于作为市场竞争的裁判,公平、公正、公开地维持市场竞争秩序,只应在市场失灵的地方实行恰如其分的调控。这就要求做到两点:首先,必须科学界定政府调控的范围;其次,必须依照法律对经济生活实行规制化调控。

(二)规制的适用者主要是市场营销主体

所谓市场营销主体,是指依法参与市场营销活动,并在其中享有经济权利和承担经济义务的组织和个人。市场营销主体主要是指企业。只要从事市场营销活动,就应当受到市场营销法律的规制。如竞争法支持有序、正当的竞争,制止不正当竞争;消费者权

益保护法为保护消费者的合法权益,规定了经营者的相关义务;商标法规制了商标的使用和保护;环境保护法规制了企业利益与社会利益、可持续发展利益的关系。当然,在某些情形下,实施不正当竞争行为和限制竞争行为的可能不是个别具体的经营者,但事实上却代表着经营者的利益。比如,当行业协会作出决定、专业工作者协会制定专业规制时,如果这些行业标准、行业惯例等具备联合限制竞争行为属性,上述行业协会、专业工作者协会便成为联合限制竞争行为的主体和市场营销法律规制的对象。

(三)规制的内容主要包括对市场营销主体、客体及营销秩序的规制三个方面

1. 关于市场营销主体的规制

按横向经济关系划分,市场营销主体包括自然人、法人和其他组织。法律对所有市场营销主体都具有约束力。法律对这种横向经济关系中的市场营销主体的规制实质是对其主体资格的审查、维护和监督。这里的审查、维护和监督具体是指:

(1)看其是否具备法定资格;

(2)看其是否拥有从事市场经济活动所需的财产;

(3)看其是否实际参与市场经济关系,是否从事合法的生产经营及其他经济活动。

2. 关于市场营销客体的规制

所谓市场营销客体,是指市场交易的对象,包括商品、货币、证券、劳务、产权、信息等。近年来,中国针对各种新兴的市场营销客体做了大量的立法工作,如《反不正当竞争法》、《广告法》、《反垄断法》、《商标法》、《消费者权益保护法》、《环境保护法》等法律法规的相继出台,对提高产品质量、保护消费者权益、维护公平竞争、促进社会利益和可持续发展利益等方面都起到了积极作用,但也存在明显不足,具体如下:

(1)法律法规的规定过于笼统;

(2)立法缺乏适度超前性,对于技术、信息、证券以及咨询、代理等方面的专项立法还很缺乏;

(3)随着现代科技的发展,大量的新兴市场营销客体不断出现,对立法和执法提出了新问题,无法可依或有法难依的被动局面仍然存在。

3. 关于市场营销秩序的规制

市场经济有序运行的核心是公平竞争,建立良好的市场营销秩序,也就是要保护公正交易,反对不正当竞争。公正交易的基本要素是:主体在资格、机会上的平等,权利的神圣,契约的自由,贸易的互利有偿以及诚实、信用的商业道德等。不正当竞争则是指垄断协议、滥用竞争协议、滥用竞争优势、地方封锁、侵犯商业秘密、欺诈及其他不正当市场竞争行为等。

(四)市场营销法律规制以国家立法为基础,由多部门法律综合构成

法律规制的形成是以国家立法为前提,没有国家立法,也就谈不上法律规制。西方国家一贯强调依法治国,对企业营销活动的管理和控制也主要通过法律手段。这方面的立法主要有三个内容或目的:一是保护企业间的公平竞争,制止不公平竞争;二是保护消费者正当权益,制止企业非法牟利及损害消费者利益的行为;三是保护社会的整体利益和长远利益,防止对环境的污染和生态的破坏。

在市场营销的软环境中,尽管包括了国家的各项经济政策,但它不具有法律拘束力,且政策具有不稳定性,作为企业家或投资人依政策办事总会感到心中没底,政策再多、再具体,也不能代表法律环境好。由此可以看出,国家有关企业方面的立法越健全,对企业的保护措施越有力,企业的法律环境向好的可能性就越大。

由于营销主体在社会上的重要地位,决定了其经济活动必然产生许多社会关系,这些社会关系不是由一部或几部法律就能调整得了的。因此,营销的法律规制是由多层次、多部门的法律规制

构成的,其主要包括但不限于公平竞争的法律规制、消费者权益保护的法律规制、商标的利用和保护的法律规制以及环境保护和社会责任的法律规制等。

(五)市场营销法律规制具有客观性、差异性、相关性、动态性的特点

1. 客观性

企业总是在特定的社会经济和其他外界环境条件下生存和发展的。一般来说,企业是无法摆脱营销法律规制影响的,它只能积极主动地适应营销法律规制的变化和要求。

2. 差异性

市场营销法律规制在不同的国家、民族、地区之间存在着广泛的差异性,这些差异性对企业营销活动的影响显然是各不相同的。处于同一国家或地区的企业虽处于相同的法律环境之中,但法律环境对不同企业影响的程度是存在差异的。

3. 相关性

在市场营销环境系统中,各个影响因素是相互依存、相互作用和相互制约的。例如,企业开发新产品时,不仅要考虑法律规制的因素,还要受到经济因素和社会文化因素的影响和制约。

4. 动态性

营销法律规制是企业营销活动的基础和条件,这并不意味着营销法律环境是一成不变的。恰恰相反,由于受经济、政治和科技等因素的影响,营销环境包括法律规制总是处在一个不断变化的过程中,今天的环境与多年前的环境相比已经有了很大的变化。

三、市场营销法律规制的必要性和意义

(一)企业的营销行为不仅是一种个体性行为,也是一种社会性行为

市场营销之所以不同于传统的推销观念,就是在于它并不站

在企业自身的角度考虑经营问题,而是站在市场的角度考虑经营问题,特别强调企业关注谁有需求、市场需求什么、需求多少、何时需求,然后根据自己的实际提供优质产品和服务,确保企业的生存和发展。1957年,通用电气公司的约翰·麦克金认为市场营销是公司效率和长期盈利的关键,并提出发现需求加服务等于顾客满足加企业自身目标(盈利)的实现。这一命题把发现需求置于企业一切工作的首要位置,然后才是提供产品和服务,唯有如此才能实现顾客与企业的双赢。从此,市场营销的重点从“以产定销”转移到“以销定产”,从关心产品销售转移到关心市场、关心需求,从以生产为中心转移到以满足消费者的需求为中心,经营观念实现了一次飞跃。即市场营销的起点是市场,只有从市场和消费者对产品的现实需求和潜在需求出发,才能开发出适销产品,才能争取到更多的消费者。所以,企业的营销行为是市场行为的一部分。

应当注意的是,营销行为不仅是营销主体的一种个体性行为,同时也是一种社会性行为。在当代大多数国家已出现能源短缺、通货膨胀、失业增加、环境污染严重、消费者保护运动盛行的新形势下,由于传统的市场营销观念回避了消费者需要、消费者利益和长期社会福利之间隐含着冲突的现实,即在满足个人需求时,企业的营销努力可能与社会公众的利益发生矛盾,不自觉地造成社会的损失,所以,当代市场营销并不单纯强调满足市场需求,而是要求在满足市场的同时担负起社会责任。

美国营销学大师菲利普·科特勒就在不断深入的研究中提出“社会营销”的概念,后来有人称之为“人道营销”、“社会责任营销”、“宏观营销”。其主要思想是企业在做决策时,不仅应该考虑消费者需要和公司目标,还应考虑消费者和社会的长期利益。这促使人们在营销的同时关注一些重大社会目标,如环境保护、人口与环境协调发展等,将其注意力又一次转到营销活动的宏观效果上来。

既然要负起社会责任,企业在营销时就不应该只是“需要什么就生产什么”,更不应该满足不健康的需求和需要。即使满足某种不当市场需求并不违法,企业也应该自觉承担起社会责任,如主动放弃生产有氟冰箱等。所以,营销不仅要以市场为起点,还要站在更高的层面上引导市场,这样企业获得了利润,民众提高了生活水平,社会也会健康、和谐地发展。

既然市场营销行为是一种社会性行为,而法律又是调控社会的重要手段之一,那么市场营销行为理应受到法律的规制和保障。著名学者杨仁寿在其著作《法学方法论》中提出:“人类并不是为规制而规制,规制本身并非人类追求的目标,而是利用规制追求公平正义。”法律的任务或作用并不是创造利益,而只是承认、肯定和保障利益,市场营销行为既是个人行为,又是社会行为,这其中必然有个人利益与社会利益的融合。个人利益的实现有助于社会整体利益的实现,而社会利益的实现又充分保证了个人利益的实现。社会利益是借助于个人利益以不同的形式和不同的强度表现出来。但是随着社会经济的发展,人们也逐渐认识到个人利益与社会利益并非完全一致,既有统一的一面,也有矛盾的一面。因为人是个体性与社会性的统一,组成经济社会的个人都是相互依赖、不可分离的,个体同整体之间的关系应以整体为主,个人的利益服从整体的利益。萨缪尔森认为:“我们所有人都从人们从来没有建造过的经济世界中取得利益。”正如 L. T. 霍布豪斯所说,某些企业老板认为,他们由于“自我奋斗获得成功且创造了自己的企业,而事实上是整个社会向他们提供了技术工人、机器、市场、政治安定和公共秩序……如果把这些因素统统去掉,那么他们只不过是一个赤身裸体的野蛮人,只能以采野果、打野兽为生”。以此认识为基础,在处理个人利益与社会利益的关系时,就必须从社会利益出发,对不当损害社会利益的行为加以限制。为了使营销行为能将个体利益与社会利益更好地结合,必须通过法律对市场营销进行