

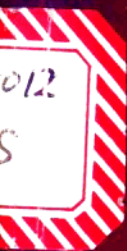
隋彭生 / 著

广告法律

GUANGGAO FALU SHIWU XINLUN

实务新论

工商出版社



广告法律实务新论

隋彭生 著

工商出版社

责任编辑 张宏民

封面设计 孙 宇

图书在版编目(CIP)数据

**广告法律实务新论/隋彭生著,-北京:工商出版社,
1998.5**

ISBN 7-80012-391-X

**I. 广… II. 隋… III. 广告法-基本知识-中国 N.D92
2.294**

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 10092 号

广告法律实务新论

隋彭生 著

出版·发行/工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京市白河印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/32 印张/10.875 字数/230 千字

版本/1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

印数/1—5000

社址/北京丰台区花乡纪家庙

电话/63812074

出版声明/版权所有,侵权必究

书号,ISBN7-80012-391-X/D·56

定价,22.00 元

前 言

有人说：我们生活在阳光、空气和广告之中。这句话形象地说明在现代社会，在市场经济条件下，广告无处不在，无孔不入。广告打破了时空界限，在促使人们迅速建立交易关系的同时，对人们的观念、心理也产生了巨大的影响。对广告进行法律规制，是社会的必然要求。对《广告法》的研究，是件很意义的事情。

《广告法律实务新论》一书以《广告法》和新颁布的有关法律、法规为依据，较全面地阐释了广告法原理，涉及的内容比较广泛。书中对广告策略、广告承诺的规制及对儿童广告、女性广告的规制等问题的阐述，都是在同类书中很难找到的。本书文字简洁，紧密联系广告实践，分析了常见的广告现象。为免除部分读者查阅有关法律文件之苦，本书附录了《广告法》颁布以后的新发布的广告行政法规及有关文件。

广告涉及的法律问题比较多，在许多方面笔者的研究还有待深入，欢迎读者批评指正。

隋影生
一九九八年五月

目 录

第一章 广告法概述

一、广告法的概念和意义·····	(1)
二、广告法的适用·····	(4)
三、广告法的原则·····	(9)
四、广告的监督管理、发布审查 ·····	(14)

第二章 对广告内容和表现形式的基本要求

一、概说·····	(21)
二、广告不得使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌·····	(22)
三、广告不得使用国家机关和国家机关工作人员的名义·····	(22)
四、广告不得使用国家级、最高级、最佳等用语·····	(24)
五、广告不得妨碍社会安定和危害人身、财产安全,损害社会公共利益·····	(27)
六、广告不得妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚·····	(28)
七、广告不得含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容·····	(29)
八、广告不得含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容 ····	(30)

一、广告不得妨碍环境和自然资源保护·····	(31)
二、广告不得损害未成年人和残疾人的身心健康·····	(32)
十一、广告内容应当清楚、明白、正确,不得有 误导倾向·····	(33)
十二、广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务 ·····	(35)
十三、广告应当有可识别性·····	(36)
十四、广告不得有法律、行政法规规定禁止 的其他情形·····	(38)

第三章 广告媒体、广告策略、广告承诺

一、广告媒体·····	(41)
二、广告策略·····	(46)
三、广告承诺·····	(58)

第四章 儿童广告与女性广告

一、儿童广告·····	(67)
二、女性广告·····	(71)

第五章 禁止设计、制作、发布广告的商品和服务

一、概说·····	(73)
二、麻醉药品、精神药品、毒性药品和放射性药品等 特殊药品·····	(74)
三、特定医疗器械·····	(76)
四、性生活产品·····	(76)

五、民用枪支、自卫器材等	(77)
六、法律、行政法规规定禁止生产、销售的产品	(78)
七、法律、行政法规禁止提供的服务	(79)

第六章 几类特殊商品、服务广告

一、烟草广告	(81)
二、酒类广告	(86)
三、药品、医疗器械广告	(89)
四、医疗广告	(94)
五、农药广告	(98)
六、兽药广告	(100)

第七章 户外广告、广告显示屏及加工承揽广告

一、户外广告	(103)
二、广告显示屏	(105)
三、加工承揽广告	(109)

第八章 广告与商标、专利

一、广告与商标	(111)
二、广告与专利	(114)

第九章 广告活动中的不正当竞争行为、广告侵权

一、广告活动中的不正当竞争行为	(119)
二、广告侵权	(134)

第十章 广告活动主体、广告代理制、广告服务收费

一、广告活动主体	(147)
二、广告代理制	(152)
三、广告服务收费	(158)

第十一章 广告合同

一、广告合同的含义及其种类	(165)
二、广告合同的订立	(168)
三、无效广告合同	(176)
四、广告合同的担保	(184)
五、广告合同的履行	(199)
六、广告合同的解除	(201)
七、广告合同的违约责任	(204)

第十二章 广告违法的责任

一、行政责任	(207)
二、民事责任	(210)
三、刑事责任	(211)

附录一 有关法律、法规、文件

中华人民共和国广告法	(215)
全国人大法律委员会关于《中华人民共和国广告法》 (草案)审议结果的报告	(225)
关于广告法(草案修改稿)修改意见的汇报	(231)

烟草广告管理暂行办法	(234)
酒类广告管理办法	(238)
药品广告审查办法	(241)
药品广告审查标准	(247)
关于进一步加强药品广告审查和监督管理工作的 通知	(250)
医疗器械广告审查标准	(252)
兽药广告审查标准	(255)
农药广告审查标准	(257)
农药广告审查办法	(259)
广告显示屏管理办法	(264)
广告服务收费管理暂行办法	(269)
关于加强加工承揽广告管理的通知	(275)
关于立即停止发布含有“第一品牌”等内容广告的 通知	(277)
关于禁止擅自利用重大政治题材从事商业牟利活 动的通告	(278)
中华人民共和国反不正当竞争法	(280)
中华人民共和国价格法	(288)
中华人民共和国消费者权益保护法	(299)
印刷业管理条例	(311)
出版物印刷管理规定	(321)
关于出版挂历的管理规定	(329)
驰名商标认定和管理暂行规定	(332)

附录二 主要参阅书目

主要参阅书目	(335)
--------------	-------

第一章 广告法概述

一、广告法的概念和意义

广告法有狭义和广义之分。狭义的广告法,是指1994年10月27日八届人大常委会第10次会议通过,1995年2月1日起施行的《中华人民共和国广告法》。广义的广告法除了《广告法》这部法律以外,还包括有关广告行政法规。

广告法、广告法学与广告学(Advertising)不同。广告学是一门独立的学科。其研究对象是广告活动的产生、发展的历史、理论、策略、制作及经营管理等本质和规律。^①广告法是有关广告法律规则的总称。广告法学则是研究广告法原理的学科。

广告业发展的趋势和特点是:第一,载体和媒介日趋多样化,除传统的四大媒介(电视、广播、报纸、杂志)外,广告的载体和传播媒介日趋多样化。车体、厕所、路牌、发票等,凡是能够作为广告的载体或传播信息的媒体都将被发掘出来。广告将无处不在。伴随着广告载体的扩大和新技术的应用,广告将

^① 洪彬、徐松林主编:《广告与法律制度》,暨南大学出版社,1995年12月版,第1页。

无孔不入。广告形式不断创新,值得注意的是,隐性广告领域逐步扩展。展销会、实物赠送等广告活动也越来越多。第二,广告的设计、制作和发布不断地采用高科技技术,使广告表现力更强、辐射范围更大。同时,大规模应用现代通讯技术和计算机信息处理技术,使广告主能够获得更加完善的信息服务。广告效果的测定和信息反馈,成为广告主、广告经营者决策的依据,盲目性逐渐减少。广告经营者和有关咨询机构的科学调查能力将进一步增强。能够承担大规模调查任务、提供全面服务的专业公司将在广告经营活动中逐步占主导地位。广告代理制成为广告业发展的必然趋势。第三,广告业的规模不断扩大,广告营业额迅速增长。1979年以来,我国的广告业有了迅速的恢复和发展。广告营业额年平均增长率在40%以上。已经形成具有一定规模、服务门类和媒介种类比较齐全、能够为社会提供系列化服务的产业。第四,中国广告业面临向世界广告市场进军的任务。目前,中国广告业在世界广告市场所占的份额还比较小,随着国家经济实力的增强,广告业进军世界广告市场成为必然的趋势。第五,违法广告仍然大量存在。《广告法》于1995年2月1日正式实施,其间,国家工商行政管理局曾派出六个小分队对全国所有省、市电视台的5002条广告进行检查,结果发现有1633条违法,占总数的32.6%。就目前的情况看,违法广告还时时露面,需要依法进行清理。

结合广告业的发展趋势和特点来看,规范广告市场具有必要性和紧迫性,广告立法具有重要的意义。

第一,广告立法是保护消费者利益的需要。

我国《消费者权益保护法》于1993年10月31日由全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过,自1994年1月1

日起施行。《消费者权益保护法》是保护消费者利益的基本法律。

《消费者权益保护法》调整经营者与消费者之间的关系。该法保护的主体是消费者。消费者包括为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的个人和单位。农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料,也受该法的保护。

《广告法》的立法目的之一,就是保护消费者的利益。广告要打动广告受众,影响其消费决策,促使其购买商品、接受有偿服务。从实践中的情况看,一些经营者利用广告欺骗消费者,推销质次价高或假冒伪劣商品,或夸大商品、服务的功效误导消费者。《广告法》对消费者利益的保护,已经提前到信息传递阶段,是从传递信息这个特殊角度保护消费者利益的。从这个意义上看,《广告法》弥补了《消费者权益保护法》的不足。《广告法》的颁布实施,使消费者的利益得到更周到的保护。

第二,广告立法是维护市场竞争秩序的需要。

我国《反不正当竞争法》于1993年9月2日由第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过,自1993年12月1日起施行。《反不正当竞争法》是关于市场竞争秩序的基本法律。《反不正当竞争法》的许多规定,与广告有直接或间接的关系。

商业广告是竞争的一种手段。有些经营者在广告中贬低、排挤竞争对手,进行商业诽谤等不正当竞争行为。《广告法》通过对商业信息传播这个特定角度,对广告活动进行规范。《广告法》与《反不正当竞争法》相辅相成,使市场竞争更有秩序,对市场的良性发展起到了积极作用。

第三,广告立法是促使广告业健康发展的需要。

广告立法的规范作用,一方面在于限制,一方面在于推动。对违法广告作出规定并予以禁止,对广告市场是一种保护,也是一种推动。广告立法对广告业的健康发展,提供了原则和轨道,提供了法律保障。广告立法并不排斥意思自治,在法律允许的范围内,经营者可以驰骋想象提出并运用广告创意,使用最新技术成果,使广告更有表现力。意思自治在合同领域,又成为契约自由,经营者可以自主地决定是否订立广告合同、选择合同伙伴、自主地决定合同条件等。这些,都会促使广告业的健康发展。

第四,广告立法是精神文明建设的需要。

商业广告在传递商业信息的同时,对人的心理、道德观念、生活习俗,甚至人生观、世界观的形成和改变都会产生重要的影响。广告的教化作用是非常巨大的。不能否认,有些广告的内容低级、庸俗;有些广告含有淫秽内容;有些广告危害儿童身心健康。《广告法》对有上述内容的广告都有禁止性的规定。从倡导精神文明、清除精神垃圾,净化信息世界的角度看,广告立法也是很有必要的。

二、广告法的适用

(一)广告法规制的是商业广告

1. 商业广告。

广告(Advertismment)包括商业广告和非商业广告。后者包括国家机关的布告、公告等,也包括单位和个人的声明、启事等,还包括公益广告等。

《广告法》第2条第2款规定：“本法所称的广告，是指商品经营者或者服务者承担费用，通过一定形式和媒介直接或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。”商业广告有以下特点和作用：

①是经营者以赢利为目的而设计、制作、发布的广告。

商业广告的主要职能是促使商品生产者和消费者在最大、最有效的时空领域建立直接或间接的商品交换关系。商业广告既然是促进商品交易关系的工具，那么就必然包含着经营者追求利润的动机和目的，这是无须讳言的。这种赢利的动机和目的，正是商业广告与公益广告最本质的区别。

②商业广告是传播商业信息的工具。

商业广告是通过传播商业信息来促进建立交易关系的。商业信息，可以是直接宣传、介绍商品和服务，以提高消费者对商品和服务的认知程度；商业信息，也可以表现为对企业形象的宣传。商业信息，可以创造需求、刺激需求，这被称为广告创造需求功能和刺激需求功能。商业信息还有指导消费的功能，这一点不能忽视。

③商业广告是有偿传播商业信息的活动。

商业广告传播的是广告主的商业信息，是为广告主生产经营活动服务的。在广告主、广告经营者、广告发布者之间，费用的承担者最终是广告主。广告经营者收取设计、制作、代理发布等费用。广告发布者收取发布费用，即收取占用媒体空间、时间等费用。商业广告的有偿性，是区别新闻等信息传播活动的重要标志。

④商业广告必须通过一定媒介和形式表现出来。

商业广告传播信息必须借助于媒体，要有一定的表现形

式。古代最常见的广告形式有幌子、响器和吆喝,还有一些歌谣和诗词。现代广告媒介和表现形式繁杂多样,不胜枚举。最常见的有报纸、电视、期刊、广播、灯箱、旗帜等。在广告竞争活动中,开发新的媒体、创造新的表现形式,是取胜的一个法宝。

⑤商业广告以众多消费者为宣传对象。

接受广告信息的人称为广告受众。在严格意义上,广告受众与消费者不是同一法律概念。接受广告信息的人,未必都去消费,广告受众购买商品或者接受服务,才转化为消费者。《消费者权益保护法》重点保护消费者(包括与经营者有实际接触,准备消费的消费者),而《广告法》既保护广告受众,也保护消费者。《广告法》所称的消费者(第1条)是广义上的消费者,包括广告受众和“实际的消费者”。商业广告以众多消费者为宣传对象,是为了影响他们的消费决策。商业广告除面向生活消费者进行宣传外,也面向生产、经营消费者进行宣传。这两类消费者都是《广告法》的保护对象。

⑥商业广告是经营者进行竞争的工具。

市场经济离不开竞争,竞争是经营者生存、发展的必由之路。竞争是一种利益关系。竞争,就是为了自己的利益而跟人争胜。^① 竞争的结果,是优胜劣汰。市场主体为了生存、发展,获取最大的利润,就必须进行竞争。广告宣传竞争,是竞争的一种方式。商业广告,是竞争的利器 and 手段。通过商业广告,经营者可以建立起自己的商业信誉和商品声誉、开辟新的市场、占领原有市场、击败竞争对手。

2. 公益广告。

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》商务印书馆,1978年12月第11版,第59页。

我国《广告法》不调整公益广告,有人认为这是我国《广告法》的一个缺憾。从实践中的情况看,铺天盖地的是商业广告。广告创制者无不挖空心思,争奇斗艳,或以直行的螃蟹表示个性,或大抛媚眼意图勾引上帝;或绅士,或淑女,或儿童,或老农;专家、教授、白衣天使皆上舞台。创意之巧、角度之新,往往令人叹为观止。公益广告与商业广告不同,商业广告如此绚烂多采,乃有一只看不见的手在撩动创制者的心弦,公益广告,表达的是秩序、规则、法律、道德和劝善、劝戒、劝业的心曲。它的价值和价值观与商业广告不可同日而语。

公益广告是不具有商业目的的广告,这不等于说公益广告不需要法律调整。公益广告的设计、制作、发布活动,也要遵守法律的规定。在涉及平等主体之间关系的时候,应当适用民法的规定。现在有一种扶贫广告,有人认为它属于公益广告。笔者认为,从概念上看,扶贫广告与《广告法》所称的商业广告有重大差别——扶贫广告是免费的。笔者认为,扶贫广告传递的是商业信息,因此应当视为商业广告,应当适用《广告法》的规定。

公益广告有劝戒广告、劝善广告、劝业广告、警示广告等。顾名思义,劝戒广告是劝戒人们不作某事的广告。“干部生一个,群众不生俩”、“母乳是婴儿的最佳饮料”等属于劝戒广告。有一则名为《黄裤子》的广告——一个小孩没有系好裤带,走着走着黄短裤掉了下来,因此要绊倒。广告词为:“他没有系裤带,行车时你应当系好安全带。”这种联想式并带有幽默感的劝戒广告,可以说是一种杰作。劝善广告是劝导人们作某事的广告,如为病人募捐的广告,宣传扶老携幼的广告都属于劝善广告。警示广告是提醒人们注意某种现象、某种事情的广告。