



中国 广告法律制度研究

王瑞龙 著

湖北人民出版社

中 国 广告法律制度研究

王瑞龙 著

湖北人民出版社

鄂新登字 01 号
图书在版编目(CIP)数据

中国广告法律制度研究/王瑞龙著. —武汉:湖北人民出版社,
2003.8

ISBN 7—216—03744—8

I. 中

Ⅱ. 王…

Ⅲ. 广告法—研究—中国

Ⅳ. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069101 号

中国广告法律制度研究

王瑞龙 著

出版: 湖北人民出版社
发行:

地址: 武汉市雄楚大街 268 号
邮编: 430070

印刷: 中南民族大学印刷厂

经销: 湖北省新华书店

开本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

印张: 8.75

字数: 203 千字

插页: 1

版次: 2003 年 8 月第 1 版

印次: 2003 年 8 月第 1 次印刷

定价: 21.00 元

书号: ISBN 7—216—03744—8/D · 616

本社网址: <http://www.hbpp.com.cn>

目 录

第一章 广告法导论	(1)
第一节 广告法的概念和调整对象	(1)
一、广告法的概念	(1)
二、广告法的调整对象	(2)
第二节 广告法律关系	(5)
一、广告法律关系的概念	(5)
二、广告法律关系的构成要素	(6)
第三节 广告法的法源	(10)
一、宪法	(10)
二、广告法律	(11)
三、广告行政法规	(12)
四、广告行政规章	(13)
五、地方性广告法规和广告行政规章	(14)
六、法定解释	(14)
第四节 新中国广告法制建设的历史进程	(17)
一、国民经济恢复与社会主义改造时期的广告法制建设	(17)
二、计划经济时期的广告法制建设	(18)
三、改革开放时期的广告法制建设	(19)
四、经济全球化条件下的广告法制建设	(22)
第二章 广告法律原则	(36)
第一节 广告法律原则概述	(36)
一、广告法律原则的特征与分类	(36)
二、广告法律原则的功能	(41)

第二节 广告的真实性原则	(43)
一、确立广告的真实性原则之缘由	(43)
二、广告真实性的判断	(46)
三、违背广告的真实性原则的典型表现	(48)
第三节 广告的思想性原则	(52)
一、确立广告的思想性原则之依据	(52)
二、现行法对广告的思想性原则的具体要求	(55)
第四节 公平与诚实信用原则	(59)
一、公平原则在广告活动中的具体体现	(59)
二、诚实信用原则在广告领域中的运用	(61)
第三章 广告活动主体法律制度	(65)
第一节 广告主	(65)
一、广告主的法律特征	(65)
二、商业广告主的法律形态	(66)
三、广告主在广告活动中的法定义务	(75)
第二节 广告经营者	(78)
一、广告经营者的法律特征	(78)
二、广告公司	(80)
三、广告经营者的法定义务	(94)
第三节 广告发布者	(96)
一、广告发布者的法律特征	(96)
二、广告发布者资格的取得	(97)
三、广告发布者的法定义务	(99)
第四章 广告行为法律制度	(101)
第一节 广告合同法律制度	(101)
一、广告合同的特征	(101)
二、广告合同的订立	(104)
三、广告合同的生效	(112)

四、广告合同的履行、变更和解除	(117)
第二节 广告代理制度	(124)
一、广告代理的概念	(124)
二、广告代理权的产生	(127)
三、广告代理行为的效果归属	(130)
四、广告活动中的无权代理	(132)
五、广告代理制	(135)
第三节 广告活动中的不正当竞争行为	(139)
一、广告活动中不正当竞争行为的概念	(139)
二、广告活动中不正当竞争行为的表现形式	(141)
三、广告活动中不正当竞争行为的控制	(148)
第五章 广告发布前审查法律制度	(151)
第一节 广告审查概念	(151)
一、广告审查者	(152)
二、广告审查的对象	(153)
三、广告审查的依据	(154)
第二节 广告审查标准	(155)
一、广告审查的一般性标准	(155)
二、重点广告审查标准	(159)
第三节 广告审查程序	(176)
一、申请的提出	(177)
二、初审	(177)
三、终审	(178)
四、复审与撤销	(178)
第六章 广告作品与广告策划的知识产权保护	(180)
第一节 广告作品的著作权保护	(180)
一、广告作品著作权保护的意义	(180)
二、广告作品受著作权法保护的条件	(182)

三、广告作品的分类	(184)
四、广告作品著作权的归属	(186)
五、侵犯广告作品著作权的行为	(194)
第二节 广告语的商标法保护	(196)
一、显著性是广告语成为商标的基本条件	(196)
二、广告语的商标权	(200)
第三节 广告策划的知识产权保护	(202)
一、广告策划的法律特征	(202)
二、广告策划的法律保护途径	(204)
第七章 广告法律责任制度	(208)
第一节 广告违法行为的民事责任	(209)
一、违反广告合同的民事责任	(209)
二、广告侵权民事责任	(213)
三、广告民事纠纷的解决	(222)
第二节 广告违法行为的行政责任	(225)
一、广告违法行为行政责任的含义	(225)
二、广告违法行为行政责任的承担	(227)
三、广告违法行为行政责任的完善	(234)
四、广告行政处罚争议的解决	(238)
第三节 广告违法行为的刑事责任	(240)
一、广告活动中的犯罪行为与处罚	(240)
二、虚假广告罪	(242)
附录一 中华人民共和国广告法	(250)
附录二 广告管理条例	(259)
附录三 广告管理条例施行细则	(263)
主要参考文献	(270)
后 记	(273)

第一章 广告法导论

在市场经济社会里,广告已经渗透到社会生活的各个领域,对广告进行法律调整是社会生活的客观要求。广告法就是调整因广告活动而生的各种社会关系的法律规范的总称。对广告法所调整的社会关系,可以从不同的角度进行分类,无论何种类型的社会关系,经过广告法的调整即成为广告法律关系。广告法律关系实际上又是法律关系在广告领域的具体体现。宪法、广告法律、广告行政法规、广告行政规章、地方性广告法规和广告行政规章、法定解释构成了我国的广告法法源。新中国的广告法制建设经历了曲折的历史过程,《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)的制定和实施,标志着我国对广告的规制走上了严格的法制化轨道。面对经济全球化的新形势,我国的广告法制建设应着重于两个方面:一是建立适应 WTO 规则的广告法制体系,二是建立和健全网络条件下的广告法律制度。

第一节 广告法的概念和调整对象

一、广告法的概念

广告法是指调整因广告活动而生的各种社会关系的法律规范的总称。按其法源(即法律表现形式),广告法有广义、狭义之

分。狭义的广告法是指国家制定的综合性的广告法,它以单行的法律规范性文件为存在形式。我国当前的广告法就其狭义而言,一般是指1994年10月27日全国人大常委会通过的《中华人民共和国广告法》。广义的广告法除了《广告法》之外,还包括其他法律、法规中有关广告的各种法律规范。

本书所讨论的广告法采广义的概念,其主要理由有二:一是从国外广告立法体例来看,只有少数国家如西班牙、比利时等制定了专门的广告法,而多数国家有关广告的法律规范则散见于各专门法律中,并没有制定专门的广告法。如英国有40多个法律、法规涉及到广告;美国是世界上广告业最发达的国家,却也没有专门的综合性的广告法。二是我国现行的《广告法》仅是一部规范商业广告活动的法律,其他广告如公益性广告、征婚广告等非商业性广告不属于《广告法》的调整范围,在《广告法》之外,我国还有大量有关调整广告活动的法律、行政法规和其他规范性文件,这一方面使《广告法》具有更强的可操作性,以有效地调整商业广告活动,另一方面也使其他非商业广告活动有了法律依据。由于在我国目前的社会生活中,最常见且可能给社会公众造成较大影响的广告是商业广告,在广告宣传方面问题较为突出、国家作为规范的重点的,也是商业广告,因此,本书讨论的重点是《广告法》及广义广告法中有关商业广告的法律规范。

二、广告法的调整对象

广告法的调整对象就是伴随着广告活动而产生的各种社会关系,简称为广告关系。根据《广告法》第2条第2款、《广告管理条例》第2条及其他有关广告法规、规章的规定,广告法的调整对象范围极广。为便于理解,有必要从各种角度对其进行分类。

从性质上看,广告法的调整对象可分为三大类:(1)民事关

系,主要是指广告活动中在广告主、广告经营者、广告发布者及广告受众之间发生的,当事人地位完全平等的社会关系。(2) 行政关系,包括广告行政管理体制关系即广告管理机关因广告管理权力分配而产生的社会关系,以及国家对广告活动主体的管理关系。国家对广告活动主体的管理关系,是一种管理与被管理、服从与被服从的关系。例如广告监督管理机关在依法监督、检查、管理各种广告活动时发生的广告管理关系,有关行政主管部门对有关广告依法进行审查而发生的广告审查关系。(3) 经济关系,主要是指国家对广告的经济活动进行调节而形成的经济管理关系。如因广告活动所得收益而产生的税收关系。

从广告的内容看,广告法的调整对象可分为两大类:(1) 因商业性广告活动而产生的关系,即由商品经营者或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,而在广告主、广告经营者、广告发布者、广告监督管理机关、广告审查部门、广告受众之间发生的各种关系。(2) 因非商业性广告活动而产生的关系,即由广告主不以盈利为目的,通过一定媒介和形式发布广告,而在广告主、广告经营者、广告发布者、广告监督管理机关、广告审查部门、广告受众之间发生的关系。

从发布广告的媒体看,广告法的调整对象可分为三大类:(1) 因以印刷品为广告发布媒体而产生的关系,即以报纸、图书、杂志、电话簿、挂历、画册、宣传册等印刷品为媒体发布广告,而在广告主、广告经营者、广告发布者、广告监督管理机关、广告审查部门、广告受众之间发生的关系。(2) 因以电讯为广告媒体而产生的关系,即以电视、广播、电动广告牌、电子显示屏幕、录像、电话、信息高速公路等为媒体发布广告,而在广告主、广告经营者、广告发布者、广告监督管理机关、广告审查部门、广告受众之

间发生的关系。(3) 因以其他媒体发布广告而产生的关系,主要是指各种展示广告、户外广告媒体发布广告而产生的关系。

从广告活动的过程看,广告法的调整对象可分为三大类:(1) 因广告设计、制作而产生的关系,主要是指广告主自行或委托他人设计、制作,而在广告主、广告经营者、广告监督管理机关、广告审查部门之间发生的关系。(2) 因广告代理而产生的关系,主要是指广告经营者接受广告主的委托为广告主提供广告代理服务,而在广告主、广告经营者、广告发布者之间发生的关系。(3) 因广告发布而产生的关系,主要是指广告发布者 of 广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告,而在广告主、广告经营者、广告发布者、广告监督管理机关、广告审查部门、广告受众之间发生的关系。

从广告活动所涉及的地域范围看,广告法的调整对象可分为两大类:(1) 因国内广告活动而产生的关系,主要是指国内广告主、广告经营者、广告发布者在本国从事广告活动而产生的关系。(2) 因涉外广告活动而产生的关系,包括国内广告主、广告经营者到国外开展广告活动,国内广告发布者承接国外广告业务,国外广告主、广告经营者到国内开展广告活动而产生的关系。

综上所述,广告法所调整的社会关系可谓多种多样,但是,无论何种类型的社会关系,经过广告法的调整,即形成广告法律关系,最终受到国家强制力的保护。

第二节 广告法律关系

一、广告法律关系的概念

法律关系为法哲学的基本范畴,是指“法律规范在指引人们的社会行为,调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务联系。”^① 这里所讲的广告法律关系,是指由广告法律规范所调整的,产生于广告主体之间和广告活动主体与广告受众之间,以权利义务为内容的社会关系。它是法律关系在广告领域的具体体现。对广告法律关系的概念可进一步作如下解析:

第一,广告法律关系是由广告法律规范所调整而产生的法律关系。广告法律规范规定了广告法律关系的主体、客体、内容等要素以及广告法律关系产生、变更、消灭的条件。所以,任何一种或一个广告法律关系的存在都是以相应的广告法律规范的存在为前提,对于同一主体,由不同性质的广告法律规范调整其行为,又形成不同性质的广告法律关系。此处广告法律规范是广义的广告法律规范。

第二,广告法律关系是广告主体之间、广告主体和广告受众之间的关系,以权利与义务为内容。凡是法律关系,都是人(组织)与人(组织)的关系,广告法律关系也不例外,只是这里已具体表现为广告主体(即广告管理者和审查者、广告活动主体)之间的关系、广告活动主体与广告受众之间的关系。当然,这种关系如同其他法律关系一样,仍然是以权利与义务为内容,有时当

^① 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第96页。

事人一方享有权利、另一方负有相应的义务,如在广告监督管理机关与广告活动主体之间形成的广告监督管理关系中,广告监督管理机关享有对广告活动主体进行监督管理的权利,广告活动主体则负有接受管理监督的义务;有时当事人之间互享权利、互负义务,如广告活动主体之间形成的广告合同法律关系便是如此。

二、广告法律关系的构成要素

广告法律关系的构成要素,是每一个广告法律关系所不可或缺或组成部分,任何一个要素的变更或消灭,都会引起整个广告法律关系的变更或终止。法律关系由主体、客体及内容三要素构成,广告法律关系的要素也不例外。

(一)广告法律关系的主体

广告法律关系的主体是指处于广告法律关系中,享有权利或承担义务的人或组织。主体是广告法律关系的根本要素,没有主体,广告法律关系便无从谈起。根据我国《广告法》及其他有关法律规范性文件的规定,广告法律关系主体有以下三种:(1)广告管理者和审查者,如《广告法》第6条规定的县级以上工商行政管理机关,第33条规定的城市建设、环境保护、公安等部门,第34条规定的广告审查机关如食品卫生部门、药品管理部门等。这些主体在广告法律关系中处于管理者或审查者的地位,其权力或职责是规范广告活动,保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序。(2)广告活动主体。所谓广告活动,是指广告主自行或者委托广告经营者、广告发布者进行广告设计、制作、代理、发布等一系列与广告有关的活动。由于这些活动紧密发生在广告主、广告经营者和广告发布者之间,所以,我们可将广告主、广告经营者、广告发布者统称为广告活动主体。广告活动主体在广告

管理法律关系中处于被管理者的地位,而在广告活动形成的民事法律关系中,他们彼此之间法律地位平等,互享权利、互负义务,一方的权利即是他方的义务、不存在任何一方享有权利不负担义务的情形;在法律规定的范围内,能凭藉自己的真实意思表示来展开广告活动,任何一方不能把自己的意思凌驾于另一方的意思之上,否则,该广告活动不具备法律效力,(本书第三章将对广告活动主体作较详细的论述。)(3)广告受众。

(二)广告法律关系的内容

广告法律关系的内容,是指由广告法律规范确认及保障实现的,由主体所享有的权利和承担的义务。这种权利和义务,是广告法所调整的社会关系在法律上的直接表现。没有权利和义务作为内容,广告法律关系的存在毫无意义。在一定意义上说,广告法律关系的内容,即权利、义务内容是广告法律关系的核心构成要素。主体之间的权利和义务分配的状况,直接影响和决定该种广告法律关系的性质。

在广告管理法律关系中,管理者与被管理者之间的权利义务分配表现为一种不平等的行政法律关系。其中一方享有审查广告、管理广告活动的权利或权力,而不存在与其对应的义务(虽然它负有依法行政的义务)。另一方负有接受监督管理和审查的义务,而无与此相对应的独立意义的权利。在因广告活动而形成的民事法律关系中,主体之间的权利义务都是平等和对等的,主体之间地位完全平等。

在实践中,广告法律关系的产生、变更和消灭主要表现为其内容即权利、义务的产生、变更和消灭。明确某一广告法律关系的内容,分析其性质,对于从事广告行政和司法实务有着重要意义。

(三)广告法律关系的客体

客体一词原是哲学上的概念,指主体以外的客观事物,是主体认识和实践的对象。作为法律上的概念,客体是与主体相对应的法律关系的构成要素。从整个法学界来讲,法律关系的客体是一个有很大争议的问题,无论是法理学界,还是部门法学界对此问题都存在着激烈的争论,至今没有定论。法理学界和各部门法学界对法律关系客体理解上的差异,为探讨广告法律关系客体的问题造成了诸多困难。

关于法律关系的客体,笔者倾向这样的观点:客体作为法律关系的必备要素之一,是法律关系的主体的权利、义务所指向的对象。法律关系的具体客体又是无限多样的,把它们抽象化,大致可以概括为国家权力、人身与人格、行为(包括作为和不作为)、法人、物、精神产品(包括知识产品和道德产品)、信息共七类,这七类客体还可以进一步抽象为“利益”或“利益载体”等更一般的概念。由此我们可以说,法律关系的客体是一定的利益。^①按照这一观点,可以认为广告法律关系的客体是指广告法律关系主体享有的权利和承担的义务所指向的对象。这一对象主要包括:(1)行政权,指的是国家行政机关对广告活动所享有的权力,主要包括广告监督管理权、广告行政审查权、广告税收征收权。国家所享有的这种行政权是从国家统治权派生出来的一种政治权力。国家是一个抽象的政治实体,它由一系列行使国家各项权力的职能机关所组成,它的权力也要由这些具体的职能机关来行使,这样就会出现国家的各职能机关如何分配国家的某项权力的问题。在这一分配国家某项权力的过程中所发

^① 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第106~109页。

生的社会关系就是体制关系,用法律的形式来规范这种关系,就产生了体制法律关系。具体到广告活动领域,就产生了广告监督管理体制法律关系、广告行政审查体制法律关系、广告税收征收体制法律关系。在这些法律关系中,其主体是行政机关,它们的权利与义务是合二为一的,其权利是依法“行使”其所享有的广告监督管理权、广告行政审查权、广告税收征收权,其义务是“依法”行使其所享有的上述行政权。其权利义务所指向的对象是相应的行政权。这样,行政权就在广告监督管理体制法律关系、广告行政审查体制法律关系、广告税收征收体制法律关系中充当了客体。(2)行为,包括作为和不作为。在许多情况下,行为是广告法律关系的客体。例如,在广告主与广告发布者订立广告发布合同而形成的法律关系中,广告主的权利和广告发布者的义务所共同指向的对象,是广告发布者的广告发布行为;广告发布者的权利和广告主的义务所指向的对象,是广告主支付广告费的行为。在广告主委托广告经营者设计广告而形成的法律关系中,广告主的权利和广告经营者的义务所指向的对象,是广告设计行为;广告经营者的权利和广告主的义务所指向的对象,是广告主支付广告设计费的行为。又如,在广告税收征收程序法律关系中,其主体分别是征税机关和广告纳税人、代扣代缴义务人,广告税收行为是各相关主体权利义务所共同指向的对象。(3)人格。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第37条第1款规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”第38条又规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”《广告法》第25条规定:“广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义、形象的,应当事先取得他人的书面同意;使用无民事行为能力、限制行为能力人的名义、形象的,应当事先取得其监护人的书面同意。”依据这些规定,公民之间存在一种权利(人格权互不受侵

犯)和义务(互不侵犯人格权)的关系,广告主或者广告经营者在广告活动中使用他人名义、形象而形成的社会关系,用法律来调整就产生了法律关系,人格就成了这种广告法律关系的客体。(4)知识产品。广告业属于知识密集、技术密集、人才密集的高新技术产业,发达的广告业可以促进经济资源的合理配置,取得更加丰富的物质产品,同时也会取得更加丰富的知识产品。广告作品是这种知识产品的典型表现,是广告作品著作权法律关系的客体。(5)广告信息。在广告审查法律关系中,审查者的权利和被审查者的义务所共同指向的对象就是广告所要传递的信息,在广告主与广告受众之间所形成的法律关系中,广告主的义务和广告受众的权利所共同指向的对象也是广告信息。(6)物,指包括货币在内的可为人们使用、收益、处置的生产资料和消费资料。如在广告税收征收实体法律关系中,其主体分别是国家与广告纳税人,国家享有广告税收债权,广告纳税人承担广告税收债务,在这一法律关系中各相关主体权利与义务所指向的共同对象是税收收入,主要包括货币和实物。

第三节 广告法的法源

广告法的法源,是指广告法律规范的具体表现形式。依据制定机关的不同和法律规范效力的差异,我国广告法的法源,一般有宪法、广告法律、广告行政法规、广告行政规章、地方性广告法规和广告行政规章、法定解释。

一、宪法

《宪法》是最高立法机关制定的根本大法,是一切法律的立法基础,具有最高的效力,其他一切法律都从属于它。《宪法》是