

G
On legal System for
Advertising Regulation

广告规制 法律制度研究

药恩情

著

中国  广播电视出版社
CHINA BROADCASTING & TELEVISION PUBLISHING HOUSE

山西省社科联社会科学“十一五”规划
2006至2007年度重点课题《媒体广告违法行为
法律规制研究》研究成果

On legal System for
Advertising Regulation

广告规制 法律制度研究

药
恩
情

著

中国  广播电视出版社
CHINA RADIO & TELEVISION PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

广告规制法律制度研究/药恩情著. —北京: 中国广播电视出版社, 2009. 6

ISBN 978-7-5043-5849-3

I. 广… II. 药… III. 广告法—研究—中国 IV. D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 094817 号

广告规制法律制度研究

药恩情 著

责任编辑 刘 媛

装帧设计 玖 儿

出版发行 中国广播电视出版社

电 话 010 - 86093580 010 - 86093583

社 址 北京市西城区真武庙二条 9 号

邮 编 100045

网 址 www. crtp. com. cn

电子信箱 crtp8@ sina. com

经 销 全国各地新华书店

印 刷 北京振兴源印务有限公司

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数 193(千)字

印 张 12

版 次 2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5043-5849-3

定 价 30. 00 元

(版权所有 翻印必究·印装有误 负责调换)

序

由于站的角度不同,人们看到的往往不同。以广告法研究为例,民商法学者看到广告侵权,行政法学者看到广告监管,刑法学者看到广告犯罪。那么经济法学者看到什么?该书作者作为一名研习经济法理论的学者,看到了“广告规制”。

较早提出“广告规制”的是日本学者内田耕作。他在1982年的《广告规制研究》中,提出了“广告规制”概念。^①然而,后来对这一概念进行深入、系统研究的学者并不多。本书作者药恩情秉承了“广告规制”这一概念,并进行系统的理论研究,为经济法学者研究广告法提供了一个全新的视角。

“广告规制”概念更加科学。由于“广告监管”的外延较窄,难以涵盖在广告管理中必不可少的手段:广告行业自律。虽然学者们用“广义广告监管”来试图把广告行业自律涵盖进去,但是由于广告行业自律的性质不属于行政主体,所以,“广义广告监管”概念显得过于牵强。“广告规制”概念可以解决这一理论上的难题。“广告规制”的外延比广告监管的外延大,不仅包括法律法规管理、行政监管、行政审查,而且包括立法机关监督、社会组织监督、司法保障等内容。“广告规制”这一概念更能体现对广告管理系统调整、综合调整,更加符合广告管理的实际,因此比使用“广告监管”概念更加科学。我们不妨把这些观点称为广告规制理论。

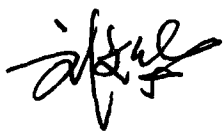
广告规制理论体现了经济法的综合法律调整。本书从行政法律制度、民事法律制度、刑事法律制度等方面提出了完善广告实体法律制度的建议。为了落实这些制度,从广告程序法方面着手,建议完善传统诉讼法律制度和建立公益诉讼制度。

广告规制理论不仅具有理论意义,而且对于指导广告法修改、广告规制体系的构建都具有积极的意义。广告规制理论,从经济法系统调整的观点出发,

① [日]内田耕作.广告规制研究.东京:成文堂,1982.3

强调不仅要坚持和完善政府主导型的广告监管模式,而且要建立自律性广告审查机构,大力发展广告行业自律,做到广告行政监管与广告行业自律管理的有机统一,广告行政审查与自律性广告审查的有机统一,为完善我国政府主导型广告监管模式提供有益借鉴。

该书作者药恩情系中北大学教师,2008~2009年跟随我在中国人民大学法学院做访问学者,研习经济法基础理论。作者能从经济法的角度来研究广告法,且提出自己的研究成果,令人欣慰。“路漫漫兮其修远”,希望作者在经济法理论指导下的广告法研究方面越走越好。

 2009.5.31.

[刘文华:中国人民大学法学院教授,经济法学博士生导师。北京市经济法学会会长。主要学术成果:《经济法基础理论》、《经济法基础理论教程》、《中国经济法教程》、《经济法概论》等。]

目 录

第一章 导论 / 1

第一节 广告规制的含义、特点及意义 / 2

一、广告规制的含义 / 2

二、广告规制的特点 / 9

三、广告规制的必要性及意义 / 11

第二节 研究广告规制的发端和意义 / 13

一、研究的发端 / 13

二、研究的意义 / 13

第三节 研究广告规制的基本框架和研究方法 / 18

一、研究的基本框架 / 18

二、研究方法 / 19

第二章 广告规制的理论基础 / 22

第一节 广告规制的理论 / 22

一、经济学理论 / 22

二、政治学理论 / 24

三、法学理论 / 26

第二节 广告规制的指导思想 / 29

一、系统、综合调整 / 29

二、公法与私法兼顾 / 30

第三节 广告规制的模式 / 33

一、自律主导型的广告规制模式 / 33

二、政府主导型的广告规制模式 / 38

三、中国广告规制模式的选择 / 40

第三章 中国广告规制体系的概况 / 45

第一节 广告监管概况 / 45

一、广告行政监管立法情况 / 46

二、广告行政监管体制概况 / 48

三、广告监管司法概况 / 53

第二节 广告行业自律概况 / 55

一、广告行业组织 / 55

二、广告行业自律规则 / 55

第三节 广告监督概况 / 56

一、广告监管组织的监督 / 57

二、广告行业自律组织的监督 / 57

三、消费者组织的监督 / 59

第四章 中国广告规制存在的问题与成因分析 / 61

第一节 中国广告规制存在的问题 / 61

一、广告法律责任难以落实 / 61

二、广告行业协会行政化严重 / 65

三、广告审查与广告监管执法不严 / 68

四、广告监管方面司法缺位 / 78

五、广告监管法律监督力度不够 / 80

第二节 中国广告规制存在问题的成因分析 / 83

一、立法技术不成熟 / 83

二、缺乏群众监督 / 88

三、部门利益法制化倾向严重 / 90

四、重视行政管理忽视司法作用 / 92

五、程序法缺位 / 93

第五章 完善中国广告实体法律制度 / 95

第一节 经济法律制度对广告规制的完善 / 96

一、维护广告行业协会的独立性 / 96

二、建立第三方广告审查制度 / 99

三、制止广告不正当竞争行为 / 103

四、规制行政性广告垄断 / 115

第二节 行政法律制度对广告规制的完善 / 120

- 一、统一广告行政审查机构 / 120
- 二、用代执行配合责令公开更正的实施 / 124
- 三、对小额广告侵权进行行政调解 / 126
- 四、规定广告行政强制措施 / 128
- 第三节 民事法律制度对广告规制的完善 / 128
 - 一、虚假广告侵权适用惩罚性赔偿 / 128
 - 二、实行广告代理实名制 / 130
 - 三、发布公开更正广告 / 135
- 第四节 刑事法律制度对广告规制的完善 / 136
 - 一、虚假广告罪 / 136
 - 二、徇私舞弊不移交刑事案件罪 / 142

第六章 健全中国广告诉讼程序制度 / 145

- 第一节 完善传统诉讼制度 / 145
 - 一、民事诉讼 / 145
 - 二、行政诉讼 / 147
 - 三、刑事诉讼 / 148
- 第二节 建立健全广告公益诉讼制度 / 149
 - 一、广告公益诉讼的界定 / 150
 - 二、广告公益诉讼的当事人 / 151
 - 三、广告公益诉讼的起诉与立案 / 155
 - 四、广告公益诉讼的证明 / 155
 - 五、广告公益诉讼的裁决 / 155

第七章 中国广告规制的法律监督 / 157

- 第一节 对广告监管机关的监督 / 157
 - 一、权力机关对广告监管的监督 / 158
 - 二、行政机关对广告监管的监督 / 161
 - 三、司法机关对广告监管的监督 / 161
 - 四、社会组织对广告监管的监督 / 162
- 第二节 对广告行业自律的监督 / 167
 - 一、广告监管机关对行业自律的监督 / 168
 - 二、广告行业自律组织的自我监督 / 169
 - 三、消费者的监督 / 169

四、对行业协会的司法审查 / 170

第三节 对消费者组织的监督 / 171

一、行政机关对消费者组织的监督 / 171

二、对消费者组织的舆论监督 / 171

三、消费者对消费者组织的监督 / 172

主要参考文献 / 173

一、著作类 / 173

二、论文类 / 176

后记 / 182

第一章 导 论

何为广告?《广告法》第2条规定,“……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的服务的商业广告。”香港旅游业议会在《广告管制条例》中是这样给广告下的定义:广告一词的意义为不论以金钱或其他付代价或不需付代价之方式,向所有或部分公众人士传递讯息,从而影响这些人士之意识或行为,达到推广任何会员的产品或服务之目的,这包括所有或部分公众人士(连互联网使用者在内)通过电子渠道获得的资料。而《布莱克法律词典》则是这样界定广告的:作为名词的“广告”(advertisement),是通过某种旨在吸引公众注意的方式所发出的告示,是一种通过传单、报纸、电视和广播向公众或者有关个人传播的信息(information);作为动词的广告(advertise),是指建议通告(advise)、告示(announce)、告知(apprise)、通令(command)、提示(give notice of)、通知(inform)、使周知(make known)、公布(publish),不论什么方式,其目的是吸引公众注意,都是广告;销售者所做的任何口头的、书面的或图形的表述,只要与引诱生意有关,都是广告,包括以下列方式进行的任何陈述或表示:在报纸或其他出版物上,或在广播、电视上,或者任何通知、传单、招牌(sign)、概括手册(catalog)、印刷包含在或者粘贴在商品上或随商品附带的附单或标签上,并且还不限于这些。^① 广告含义的广泛性因此略见一斑。^②

依据不同的标准,可以对广告做不同的分类。

第一,依据广告的内容和目的,可以把广告分为商业广告和社会广告。商业广告是指通过报纸、杂志、广播、电视等宣传媒介,形象地介绍有关的商品或劳务,普及与商品和劳务有关的知识,传递信息,借以达到指导消费,扩大商品流通,促进生产,活跃城乡经济,方便人民生活的目的。除上述商业广告以外,还包括政党宣言、政府公告、宗教声明、文化通讯、教育启事、市政措施、社会救济等所谓社会广告。我国现行广告法中的广告指商业广告。^③

① “Black’s Law Dictionary”. Bryan A. Garner. 北京:法律出版社,2005. 50

② 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善. 北京:法律出版社,1998. 209

③ 邹瑜,顾明总主编. 法学大辞典. 北京:中国政法大学出版社,1991. 72

第二,按照广告传播区域划分,可以将广告分为国际性广告、全国性广告、区域性广告、地方性广告。^①起初,广告活动的主体是一些零售商,广告也限于面向当地消费者的地方广告。以批发商为市场的生产者,并未直接向消费者做广告,这是地方性广告的由来。到了19世纪末、20世纪初,美国资本主义转入垄断阶段,生产者和中间商之间的经济利害关系发生变化,生产者为了向最终消费者售出自家的产品,便亲自进行了广告宣传活动。这时他们给自家产品贴上商标,以明确商品档次,并面向全国市场,利用普及全国的媒体展开广告活动。由此,全国性的广告便流行起来了。^②

第三,以广告媒介形式可分为报纸广告、杂志广告、广播广告、电视广告、户外广告、交通广告、邮寄广告、包装广告等。报纸广告、杂志广告、广播广告、电视广告被称为传统媒介广告。而网络广告、手机短信广告、移动电视广告、桌面视窗广告、数字电视广告等被称为新媒体广告。

第一节 广告规制的含义、特点及意义

国外较早提出“广告规制”的是日本学者内田耕作。1982年,内田耕作出版专著《广告规制研究》^③。国内较早提出“广告规制”的是我国广告学专家刘林清教授。2003年,刘林清在《广告监管与自律——广告人行为规范》一书中提出“广告规制”的概念。2004年,李宝元在《广告学教程》中,也对广告规制进行了论述。^④“广告规制”的外延比“广告监管”的外延要宽,不仅包括广告监管,而且包括广告行业自律等手段,更能体现对广告管理中的系统调整、综合调整,所以更加符合广告管理的实际,因此“广告规制”概念比“广告监管”概念更加科学。另外,由于“广告规制”是“市场规制”的组成部分,二者存在种属关系,故而“广告规制”与“市场规制”在经济法体系中得到契合。

一、广告规制的含义

(一) 规制

“规制”一词最早出现于《宋史》。《宋史》中有这样的记载:“神福性恭愿和易,每为卫绍钦所诟骂,皆引避不校。在禁阙五十年,称为长者。然久掌三班,

① 康善招,姚小远,余敏.广告经营管理学.上海:华东理工大学出版社,2008.7-10

② 冷铁铮主编.日汉经济学词典.长春:吉林大学出版社,2005.292-293

③ [日]内田耕作.广告规制研究.东京:成文堂,1982.3

④ 李宝元.广告学教程.2版.北京:人民邮电出版社,2004.344

无规制,远近失叙,有请托者不能拒之,人讥其所守。”^①现代意义上的“规制”一词来源于英文的“Regulation”或“Regulatory Constraint”是日本学者精心打造的译名。

在经济学、政治学、法学等不同学科中,“规制”一词的内涵与外延有所不同。

1. 经济学中的规制

规制是规制部门通过对某些特定产业或企业的产品定价、产业进入与退出、投资决策、危害社会环境与安全等行为进行的监督与管理。规制作为具体的制度安排,是“政府对经济行为的管理或制约”,是在市场经济体制下,以矫正和改善市场机制内在的问题为目的,政府干预和干涉经济主体(特别是企业)活动的行为,“包容了市场经济条件下,政府几乎所有的旨在克服广义市场失败现象的法律制度以及以法律为基础的对微观经济活动进行某种干预、限制或约束的行为”。在经济规制中,政府授予特许经营权或许可证,允许个人、企业从事商业,控制价格,批准投资决策,执行保险和安全权规则。在社会规制中,政府保护那些在政治、经济中处于弱势地位的实体。这样的规制试图保护消费者远离危险产品,保护环境免遭产业行为的危害,以及保护小集团免受歧视性商业实践的危害。

2. 政治学中的规制

规制是指政府根据相应的规则对微观主体行为实行的一种干预。规制是公共政策的一种形式,即通过设立政府职能部门来管理(不是直接由政府所有)经济活动。通过对抗性的立法程序,而不是毫无约束的市场力量来协调产生于现代产业经济中的经济冲突。规制是社会管理的方式,它存在于极端的政府所有制和自由放任的市场之间。它发生于当立法者相信市场失灵发生时,当立法管理试图形成能够带来经济的和社会合意的结果的社会力量时,它出现在以资本主义和市场取向的经济为标志的社会中。它反映了在“一个混合经济”中,经济决策一部分是由私人商业做出的,另一部分是由公共政府官员做出的。

3. 法学中的规制

在法学词典中,“Regulation”有以下几种含义:(1)管理办法;规则;规章;条例。广义指任何规范行为的法律规定,狭义上通常指政府各部门根据法定权限所发布的各种从属性法律。(2)管理;管制;规制;监管控制。(3)内部章程;内部规章。公司或社团等用以进行内部管理的规则或管理规定。^②

日本学者金泽良雄认为,一般所谓“规制”,在最狭义上,可以理解为是由于

① 宋史·卷四六六·列传第二百二十五·李神福传

② 薛波主编,潘汉典总审订.元照英美法词典.北京:法律出版社,2003.1171

对一定行为规定了一定的秩序,而起到限制的作用,而在此,是广义地使用了“国家的干预”这一用语。所谓“干预”一词,一般涉及到消极的(权利限制)和积极的(促进保护)两个方面。又因这一词包括有极权性干预和非极权性干预的涵义,所以同样也包括这里的所谓“规制”。当然,国家的所有干预并不都属于经济法中的规制。^①

(二) 广告规制

1. 广告规制的界定

狭义的广告规制仅指广告监督管理。广告监督管理简称为广告监管,是政府广告监督管理机关依据法律、法规,行使国家授予的职权,对广告活动全过程进行监督、检查、控制和指导的工作。^② 广告监督管理是政府主体的行为,有国家强制力作保障,属于行政行为。从事广告学研究的刘林清教授认为:广告规制,主要是指工商行政管理部门依据《广告法》及其他有关的法律法规,对从事广告活动的广告主、广告商和广告人的行为进行监督、检查、控制和指导。^③

广义的广告规制的外延,可以从不同的角度进行考查:

从规制依据角度考查,广告规制不仅包括实体法律制度,而且包括程序法律制度;从规制主体角度考查,广告规制不仅包括其他社会组织的规制,如消费者协会对广告经营者的监督,而且包括广告司法保障和权力机关、新闻媒体等对广告经营者的监督;从规制手段角度考查,广告规制不仅包括广告行政监管(广告行政审查、对广告违法行为的行政处罚等),而且包括广告行业自律;从权力制约的角度考查,广告规制不仅强调规制权利的授予,而且强调对规制权力的监督;从法律责任承担考查,广告规制不仅包括行政责任的追究,而且包括民事责任、刑事责任的追究。

我们不妨从广义的角度,对广告规制做如下定义:

广告规制是指广告行政管理机关和有关国家机关、广告行业协会以及社会团体,监督组织,依照广告法和相关法律、法规、自律规则等规范性文件的规定,对广告行业和广告活动实施的监督、管理、协调与控制活动。这里的广告行政管理机关,包括广告监管机关及广告审查机关,有关国家机关指立法机关、司法机关。

本书采取广义的广告规制概念。如无特别说明,本书中出现的“广告规制”均指广义的广告规制。为了加深对广告规制的理解,不妨对广义的广告规制(以下称为广告规制)进行剖析。

① [日]金泽良雄著,满达人译. 经济法概论. 北京:中国法制出版社,2005. 45

② 刘林清. 广告监管与自律——广告人行为规范. 广州:中山大学出版社,2003. 2

③ 李宝元主编. 广告学教程. 2版. 北京:人民邮电出版社,2004. 344

广告规制应当包括以下几方面的内容:

(1)政府管制。政府管制也叫他律监管,包括法律管制和行政管制。法律管制包括各种法律、法规、规章。行政管制是以行政手段对广告活动所进行的管理、监督、审查等。^① 工商行政管理机关是我国的广告行政监管机关,广告行政监管是我国现阶段广告监管的主要方法。一是市场准入。《广告法》第二十六条规定,“从事广告经营的,应当具有必要的专业技术人员、制作设备,并依法办理公司或者广告经营登记,方可从事广告活动。”对兼营广告发布的“广播电台、电视台、报刊出版单位的广告业务,应当由其专门从事广告业务的机构办理,并依法办理兼营广告的登记。”根据本条规定,申请设立广告公司,应当首先向广告监管机关申请立项,经过资质审查,核定经营范围,再向企业注册部门领取营业执照;媒介单位申请发布广告,应当向广告监督管理机关申请,经审查合格发给《广告经营许可证》,方可从事广告发布业务。二是日常监督管理。如对广告活动进行日常监督管理,制定特种广告的发布标准。三是进行广告监测,调查广告违法行为。四是对广告违法行为的处罚。^②

(2)自律管理。自律管理也称为自律管制。自律管制包括中央自律管制、广告团体管制、广告主、广告公司、广告媒体的自律管制。广告行业自律也称为广告自律,广告行业的自我监管。广告行业自律是由广告主、广告经营者和广告媒体自发成立的民间性行业组织,通过自行制定的广告行业自律章程、公约和会员守则等一系列规则,对自身从事的广告活动进行自我约束、自我限制、自我协调和自我管理。其表现形式有广告公司、广告主协会、广告媒体协会等。

(3)社会控制。包括社会团体,主要指消费者协会对广告活动的监督。广告社会监督机制是指社会各界和消费者组织,按照国家广告管理的法律、法规,对广告活动进行日常监督,对违法广告向政府广告机关举报与投诉,并且向政府立法机关提出立法请求与建议。^③ 广告的社会监督包括消费者组织监督、广大群众的监督和舆论监督,其中最主要的是消费者组织的广告监督。

广告规制由政府管制、自律管理和社会控制组成。本书采用广义的广告规制概念。

2. 广告规制与广告监管

广告规制是指广告行政管理机关、广告行业协会以及社会团体,监督组织,依照广告法和相关法律、法规、自律规则等规范性文件的规定,对广告行业和广

① 有学者认为,广告管制的领域包括政府管制、自律管理、社会控制及市场调节四个方面。参见李东进. 现代广告学. 北京:中国发展出版社,2006. 298

② 王少男. 中国广告的法律规范现状研究. 中国人民大学硕士学位论文. 2003

③ 罗子明,高丽华,丛珩编著. 现代广告概论. 北京:清华大学出版社,2005. 342

告活动实施的监督、管理、协调与控制活动。广告监管,是政府广告监督管理机关依据法律、法规,行使国家授予的职权,对广告活动全过程进行监督、检查、控制和指导的工作。^① 国家工商行政管理总局副局长刘凡认为,广告监管有广义与狭义之分。广义的广告监管是对广告行业、广告经营行为和广告内容,由国家行政机关以法律法规为依据实施的监督管理、由广告行业组织进行的自我管理和由社会相关主体所施行的社会监督的总和。^② 广义的广告监管与本书中广告规制的外延接近。而狭义的广告规制仅指广告监管机关及广告审查机关的规制行为。下面对广告规制与狭义的广告监管的区别进行分析:

第一,主体不同。广告规制的主体包括国家机关、事业单位、社会团体、消费者及其组织。具体来说,包括立法机关、广告监管机关、广告审查机关、广告行业协会以及社会团体,社会媒体,其主体范围比较广。广告监管的主体是政府广告监督管理机关,其主体范围比较狭窄。也就是说,广告规制的外延大于广告监管的外延。

第二,法律性质不同。在广告规制中,国家权力机关可以进行执法监督检查,人民检察院可以进行日常监督检查,人民法院可以通过司法审判,来保护当事人的合法权益。广告行业自律组织通过行业自律章程等进行规制,消费者及其组织通过对广告违法行为的举报,发挥广告监督作用。广告行业自律组织的自律行为只能对组织内部成员进行规制,其惩戒行为不能对组织外的成员作出,范围较窄。广告行业自律制度是广告行业自律组织在性质上属于民间组织,广告行业自律组织的自律行为不具有国家强制力。与此不同的是,广告监管是由国家行政机关作出的,因此,广告监管行为和广告审查行为是行政执法行为。广告监管执法可以对属于管辖范围的国家机关、社会团体以及公民作出,范围较广。广告监管执法行为是代表国家作出的,是具有国家强制力。维斯卡西等学者认为,政府规制是政府以制裁手段,对个人或组织的自由决策的一种强制性限制。政府的主要资源是强制力,政府规制就是以限制经济主体的决策为目的而运用这种强制力。

第三,法律责任不同。违反广告规制的法律责任比较复杂。对广告违法行为,广告行政监管机关可以进行行政处罚。对广告行业协会成员违反广告行业自律规则的行为,广告行业组织可以进行内部惩戒。对侵犯消费者权益的虚假

① 广告监管,是指有关行政主管部门依法对广告活动进行监督管理行为的总称。可见,广告监管的主体是行政机关。参见杨紫烜. 经济法学. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2006. 297

② 刘凡认为,广义的广告监管包括立法形成的广告监管法律体系、政府的行政监督管理、司法机关的司法保障、广告行业的自律性监管、消费者、消费者组织、其他社会组织和新闻媒体的社会监督。参见刘凡. 中国广告业监管与发展研究. 北京:中国工商出版社,2007. 30

广告,消费者可以到人民法院起诉,也可以向广告行政监管机关进行举报,由广告监管机关进行行政处罚。违反广告监管的法律责任比较简单,对广告违法行为,广告行政监管机关可以进行行政处罚。对涉嫌犯罪的,由广告监管机关移送司法机关处理。

第四,广告规制不仅包括执法行为,而且包括立法行为。广告规制不仅包括立法机关制定法律的行为、广告监管机关制定规章的行为,而且包括行业组织制定自律规则的行为,以及社会团体制订章程和其他规范性文件的行为。广告监管包括广告监管机关的监管执法行为,如广告主体的登记、对广告活动的监督检查、对广告违法行为的处罚。

第五,广告规制体现了指引作用。广告监管的作用主要是规范广告活动、制裁广告违法行为,而广告规制通过广告监管主体的行政执法行为,广告行业自律组织的自律行为,广告社会监督组织的监督行为、立法机关及司法机关的行政执法行为。一般所谓“规制”,可以理解为是由于对一定行为规定了一定的秩序,而起到限制的作用。除了限制作用,“规制”还有引导作用,如行业自律组织通过对会员提供咨询,提供新近本行业中的案例,指导自律组织的会员选择最佳的途径,来维护会员利益。

广告规制体现广告法律规范与广告自律规定的指引作用。本书之所以选择广告规制作为本书的题目,主要考虑到以下原因:

第一,广告规制更能体现法律手段的综合运用。目前,以广告行政监管为主要手段的广告监管在我国居于主导地位。而其他手段,如民事责任手段、刑事责任手段,在事实上不被重视,难以发挥应有的作用,这是我国广告违法行为泛滥的原因之一。

第二,广告规制可以涵盖广告监管与广告行业自律。过度依赖广告行政监管,可能导致管理僵化,还可能出现利用行政权力“寻租”现象,不利于维护健康有序的广告竞争秩序。广告行业自律组织的出现,是市场经济发展的必然结果。广告行业自律与市场经济紧密相连,是健全广告市场运行机制,提高广告市场经济效益的必然选择。

第三,广告规制可以涵盖广告立法、广告执法和广告司法。广告规制是系统工程,不仅需要完善广告立法、加强广告执法,而且需要司法机关的参与。

基于以上考虑,与广告监管相比,广告规制更能体现对广告活动及广告监管活动系统调整,比使用广告监管更符合中国国情,更加具有科学性,更加全面准确地概括广告微观管理的要素,所以,本书选择广告规制作为课题的研究对象。

3. 广告规制与广告管理

广告管理是指国家广告机关、社会以及广告业依据有关法律、法规和政策,

对广告活动的全过程进行监督、检查和指导。^① 广告管理,从广义上讲包括经营管理和社會管理两个部分。其中,经营管理主要表现为广告经营单位内部的机构设置、职能划分、行政管理、人事管理、财务管理、业务管理等,强调的是广告经营单位内部的良性运作。而社会管理主要是指政府机关、消费者组织对广告工作的监督、调控和协调。狭义的广告管理即指社会管理。^② 社会管理又划分为法规管理、消费者组织的社会监督管理和行业自律管理。为了把握广告管理的实质和特点,一般是从狭义上探讨广告管理的,即把广告管理定位于社会管理。

广告规制,与广告管理并不完全相同。广义的广告管理包括广告经营管理和广告社会管理,其范围大于广告规制。而狭义的广告管理仅指广告社会管理,与广告规制的外延基本接近。

4. 广告规制与广告管制

日本经济学家植草益教授认为:“通常意义上的管制,是指依据一定的规则对构成特定社会的个人和构成特定经济的经济主体的活动进行限制。”^③这里的管制与广义的广告规制意义相近。美国经济学家丹尼尔·F·史普博则这样定义:“管制是由行政机构指定并执行的直接干预市场配置机制,或者间接改变企业和消费者的供求决策的一般规则或特殊行为。”^④可见,丹尼尔·F·史普博对管制的定义,特指行政机构的规制,即行政监管行为。其对管制的定义,与狭义的规制的涵义相近。

经济学中的管制是借用政治学中的政府管制概念。政府管制也叫他律监管,包括法律管制和行政管制。法律管制包括各种法律、法规、规章;行政管制是以行政手段对广告活动所进行的管理、监督、审查等。

在法学中,刑法学中的管制与经济学中的管制的含义是不同的。刑法学中的管制是指对犯罪分子不实行关押,交由公安机关管束和人民群众监督,限制其一定自由的刑罚方法。使用“广告管制”一词的有我国香港、澳门特别行政区政府立法机关和社会中介组织。1989年7月21日澳门立法会颁布、同年9月4日生效的《管制广告活动法例》规定“本法律订立管制广告的一系列规则,填补我们法律制度的缺漏。”另外,广告行业协会也在使用“广告管制”一词。如香港旅游业议会《广告管制规例》中对广告管制中的一般管制、机票广告管制、旅行团广告管制作了规定。

① 洪彬,徐松林主编.广告与广告法律制度.广州:暨南大学出版社,1995.189

② 康善招,姚小远,余敏.广告经营管理学.上海:华东理工大学出版社,2008.230

③ [日]植草益.微观规制经济学.北京:中国发展出版社,1992.1

④ [美]丹尼尔·F·史普博.管制与市场.上海:上海三联书店,上海人民出版社,1999.45