



本章导读

1. 理解广告法的概念,掌握广告法律关系的构成要素;
2. 理解并掌握广告法的基本原则;
3. 了解我国广告法的渊源。



引例

天津市津南区金轩宝贝孕婴用品商店通过互联网发布含有“激活自身免疫细胞”“对抗新型冠状病毒新发现”“能阻止冠状病毒对宿主呼吸道上皮细胞的侵入”等内容的食品、保健食品、口腔喷剂广告。当事人无法提供相关材料证明广告中推销的商品有防治新型冠状病毒或冠状病毒的功效,有关广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者,构成虚假广告。^①

【解析】

该商店的行为违反了《广告法》第二十八条第二款第(二)项的规定,“商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息,或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息,以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符,对购买行为有实质性影响的,以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,构成虚假广告”。该商店被天津市津南区市场监管局责令停止发布广告,并处罚款20万元。

^① 《多家企业借疫情宣传产品功效被查处》,发布时间:2020-04-07,10:35。信息来源:《工人日报》, http://www.samr.gov.cn/gjgs/sjdt/gzdt/202004/t20200407_313911.html。

第一节 广告法的概念和调整对象

一、广告的概念与分类

(一) 广告的概念

广告是为了某种特定的需要,通过一定形式的媒体,并消耗一定的费用,公开而广泛地向公众传递信息的宣传手段。

广义的广告包括非经济广告和经济广告。非经济广告指不以营利为目的的广告,如政府行政部门、社会事业单位乃至个人的各种公告、启事、声明等。狭义上的广告仅指经济广告,又称商业广告,是指以营利为目的的广告,通常是商品生产者、经营者和消费者之间沟通信息的重要手段,或企业占领市场、推销产品、提供劳务的重要形式。

根据《广告法》的规定,广告即商业广告,是指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。

(二) 广告的分类

由于分类的标准不同,看待问题的角度各异,导致广告的种类很多。从不同的角度可以对广告进行不同的分类,主要有:

1. 根据广告内容分类

(1) 商业广告,即广告中最常见的形式。商业广告是以推销商品为目的,向消费者提供商品信息为主的广告,包括商品营销广告、品牌形象广告。

(2) 文化广告,即以传播科学、文化、教育、体育、新闻出版等为内容的广告。

(3) 社会广告,即提供社会服务的广告。例如:社会福利、医疗保健、社会保险以及征婚、寻人、挂失、招聘工作等广告。

(4) 政府公告,即政府部门发布的公告,也具有广告的作用。例如:公安、交通、法院、财政、税务、工商、卫生等部门发布的公告性信息。

(5) 公益广告,即以社会公共利益为目标,宣扬或倡导人类优秀、高尚的文化价值观念的广告。

(6) 悬赏广告,即组织或个人表示对完成一定行为的人给予报酬的广告。

2. 根据传播媒介分类

(1) 印刷类广告,主要包括印刷品广告和印刷绘制广告。印刷品广告有报纸广告、杂志广告、图书广告、招贴广告、传单广告、产品目录、组织介绍等。印刷绘制广告有墙壁广告、路牌广告、工具广告、包装广告、挂历广告等。

(2) 电子类广告,主要有广播广告、电视广告、电影广告、电脑网络广告、电

子显示屏幕广告、霓虹灯广告等。

(3) 实体广告,主要包括实物广告、橱窗广告、赠品广告等。

3. 根据广告目的分类

(1) 产品广告,指向消费者介绍产品的特性,直接推销产品,目的是打开销路、提高市场占有率的广告。

(2) 公共关系广告,指以树立组织良好社会形象为目的,使社会公众对组织增加信心,以树立组织卓著声誉的广告。

4. 根据广告地点进行分类

(1) 销售现场广告,指设置在销售场所内外的广告。主要包括橱窗广告、货架陈列广告、室内外彩旗广告、卡通式广告、巨型商品广告。

(2) 非销售现场广告,指存在于销售现场之外的一切广告形式。

5. 根据广告阶段性分类

(1) 倡导广告,这种广告又称始创式广告,目的在于向市场开辟某一类新产品的销路或某种新观念的导入,此种广告重点在于使人知晓。

(2) 竞争广告,这种广告又称比较式广告,是通过将自己的商品与他人的商品作比较,从而显出自己的商品的优点,使公众选择性认购。此种广告重点在于突出自己的商品的与众不同,许多国家在广告立法中对于比较式广告有一定限制。

(3) 提示广告,这种广告又称提醒广告、备忘式广告,是指在商品销售达到一定阶段之后,商品已经成为大众熟悉的商品,经常将商品的名称提示给大众,以促进商品销售。

除上述分类之外,广告还有许多其他分类方法。如按照广告的表现形式,广告可以分为图片广告、文字广告、表演广告、说词广告、综合性广告;按照广告的目标对象,广告可以分为:儿童、青年、妇女广告,以及高收入阶层、工薪阶层的广告;按照广告在传播时间上的要求,广告可分为时机性广告、长期性广告和短期性广告,等等。随着新媒介的不断增加,依媒介划分的广告种类也会越来越多。

二、广告法的概念

关于广告法的概念,学术界有不少争议,目前尚无明确界定,通说认为广告法有广义和狭义之分。狭义的广告法是国家立法机关依照一定的法律程序所制定的专门调整广告活动的法律,即广告法典,特指《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)这部法典。广义的广告法是指用来调整广告管理、广告活动的强制性行为规范的总称。广义的广告法除了《广告法》以外,还包括了国务院及有关主管部门制定和颁布的广告管理的行政法规和规章,以及地方性法

规、规章,等等。

三、广告法的调整对象

广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人在中华人民共和国境内从事广告活动,应当遵守《广告法》的规定。

国家对广告活动进行监督管理,国务院市场监督管理部门主管全国的广告监督管理工作,国务院有关部门在各自的职责范围内负责广告管理相关工作。县级以上地方市场监督管理部门主管本行政区域的广告监督管理工作,县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责广告管理相关工作。

根据以上规定,我国《广告法》调整的社会关系具体包括以下几类。

(1) 广告活动中,广告主、广告经营者、广告发布者在委托、设计、制作、代理广告活动中发生的社会关系,以及它们与广告受众之间发生的社会关系,以上当事人之间的法律地位平等。

(2) 广告监督管理机关在依法监督、检查管理各种广告活动中发生的广告管理关系。

(3) 广告审查机关在依法审查各种广告活动中发生的广告审查关系。

在对广告主体的活动进行管理的关系中,如有关主管部门对广告进行审查而发生的广告审查关系,双方的法律地位不平等。

(4) 广告管理机关、司法机关在处罚广告违法行为和解决广告纠纷中发生的社会关系。

第二节 广告法律关系



知识链接

法律关系的概念和特征

法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的、人们之间的权利和义务关系。法律关系的特征:(1)法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系,具有合法性。(2)法律关系是体现国家意志性的社会关系。(3)法律关系是特定法律关系主体之间的权利和义务关系。

一、广告法律关系的概念

广告法律关系是指在广告活动中根据广告法的规定发生的权利和义务关

系,包括广告监督管理机关、广告审查机关在依法监督、检查管理、审查各种广告活动中发生的广告管理关系、广告审查关系,以及广告活动主体之间发生的权利义务关系。

二、广告法律关系的构成要素

任何法律关系都由法律关系主体、法律关系内容、法律关系客体组成,三者缺一不可。因此,广告法律关系是由广告法律关系主体、广告法律关系客体和广告法律关系内容三大要素构成。

(一) 广告法律关系主体

广告法律关系的主体指参与广告法律关系并依法享有权利和承担义务的人。依据法律规定,广告法律关系主体包括:广告监督管理机关和广告审查机关,具体包括县级以上市场监督管理部门、城市建设、环境保护、公安等部门,以及卫生健康委员会等;广告活动的主体;广告受众。

(二) 广告法律关系客体

广告法律关系的客体是指广告法律关系主体权利和义务所共同指向的对象。它是将广告法律关系主体之间的权利与义务联系在一起的中介,没有广告法律关系的客体作为中介,就不可能形成广告法律关系。主要包括:物、行为、精神财富等。

(1) 物,即广告法律关系主体支配的客观实体。

(2) 行为,即广告法律关系主体的行为,可以分为作为和不作为两种情况。

(3) 精神财富即智力成果,是广告法律关系主体在智力活动中所创造的精神财富。

(三) 广告法律关系内容

广告法律关系的内容是指广告法律关系主体所享有的权利和应当承担义务。

1. 法律权利

法律权利是指法律保障或允许的、行为人能够作出一定行为的尺度,是权利主体能够作出一定行为或不做出一定行为,以及要求他人相应地作出一定行为或不作出一定行为的许可和保障。

2. 法律义务

法律义务是法律为保障权利人的权利需要而要求义务人作出必要行为的尺度,是因他人的要求为一定行为或不为一定行为,如果义务人未履行其义务,则构成法律制裁的理由或根据。

广告管理者与被管理者之间是一种不平等的行政管理关系,享有管理权的

国家机关有依法对广告主体的广告活动进行监督管理的权力,广告活动的主体有接受监督管理的义务。

在广告活动主体因为从事广告活动所形成的民事法律关系中,当事人之间的权利义务关系平等或对等,其法律地位平等。明确广告活动中不同主体之间的权利(力)义务关系的性质,对于广告行政管理和广告司法活动具有重要的意义。

三、广告法律关系的产生、变更和终止

任何社会关系总是在不断地发展变化,广告法所调整的社会关系在广告法律关系方面,表现为各种广告法律关系的产生、变更和终止。

(一) 广告法律关系的产生

广告法律关系的产生,是指因为一定的法律事实出现,广告主体之间形成的广告权利义务关系。

(二) 广告法律关系的变更

广告法律关系的变更,是指因一定法律事实出现,原有的广告法律关系发生了变化,包括主体变更、客体变更和内容变更。

(三) 广告法律关系的终止

广告法律关系的终止,是指因一定法律事实的出现,原有的广告法律关系终结。

广告法律关系产生、变更和终止必须具备一定的条件。首先,广告法律关系的产生、变更和终止需要以相应的广告法律作为前提。其次,广告法律关系的产生、变更和终止还需要有法律事实的存在。

法律事实是指直接引起广告法律关系产生、变更和消灭的客观情况。根据法律事实的发生与当事人的意志有无关系,法律事实可以分为行为和事件两类。

行为是指根据当事人的意志而作出的,能够引起法律关系产生、变更和终止的有意识的活动。事件是指不依当事人的主观意志为转移的客观事实,包括自然现象和社会现象引起的事实。所谓自然现象主要是指自然灾害,如:地震、洪水、海啸等。社会现象包括战争、政府行为等。

第三节 广告法基本原则

法律原则是指导立法、执法和守法活动的指导思想和根本法律准则。《广告法》总则中规定的广告法基本原则,是贯穿于广告法规范的指导思想和根本准则。

一、真实合法原则

广告应当真实、合法,符合社会主义精神文明建设的要求。

(一) 广告应当符合真实性的要求

广告的真实性,要求广告活动必须真实地、客观地传播有关商品或者服务的情况,而不能进行任何形式的虚构和夸大,不得做虚假的传播,不得欺骗和误导消费者。商业广告通过一定的媒介和形式直接或者间接地介绍自己商品或者服务,其目的在于推销商品或者提供服务。

对于消费者来讲,广告具有很大的导向性。如果广告不真实,消费者就难免上当受骗,所以,采取不真实的广告推销商品或者服务,实际上就是采用欺骗的手段推销商品或者提供服务,这是对消费者权益的侵害,也扰乱了正常的市场经济秩序。

【案例 1-1】

福建福州盛欣房地产开发有限公司通过微信公众号、宣传册等媒介发布含有“高质别墅”“叠拼别墅”“山海主题牧场”“Discovery 世界主题乐园”等内容的广告,与实际情况不符,且涉及对规划或建设中的相关设施及市政条件做误导宣传,违反了《广告法》第二十六条第(四)项、第二十八条第二款第(二)项等规定。

依据《广告法》第五十五条第一款、第五十八条第一款第(八)项等规定,2019年7月,福州经济技术开发区市场监督管理局作出行政处罚,责令其停止发布违法广告,并处罚款11.15万元。^①

【解析】

《广告法》第二十六条第(四)项规定,房地产广告,房源信息应当真实,面积应当表明为建筑面积或者套内建筑面积,并不得对规划或者建设中的交通、商业、文化教育设施以及其他市政条件作误导宣传。《广告法》第二十八条第二款第(二)项规定,与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符,对购买行为有实质性影响的构成虚假广告。当事人发布的广告违反了上述法规。

当事人承担的法律责任的依据是《广告法》第五十五条规定:违反本法规定,发布虚假广告的,由市场监督管理部门责令停止发布广告,责令广告主在相应范围内消除影响,处广告费用三倍以上五倍以下的罚款。《广告法》第五十八条第一款第(八)项规定:违反本法第二十六条规定发布房地产广告的,由市场

^① 《福建福州盛欣房地产开发有限公司发布违法广告案 国家市场监督管理总局公布 2019 年第四批虚假违法广告典型案例》,发布时间:2019-12-17,14:21。信息来源:市场监管总局,http://www.samr.gov.cn/ggjgs/sjdt/gzdt/201912/t20191217_309265.html。

监督管理部门责令停止发布广告,责令广告主在相应范围内消除影响,处广告费用一倍以上三倍以下的罚款。

(二) 广告应当符合合法性的要求

广告的合法性原则要求广告的内容和形式都必须在法律允许的范围内,不得违背社会秩序和公共利益的要求。广告活动的合法性原则不仅要求广告的内容和广告的形式要合法,而且要求广告主的广告宣传和广告经营者、发布者的设计、制作、代理发布等广告活动,以及在广告中对商品、服务进行推荐或者证明的自然人、法人或者其他组织的行为,必须符合法律法规的规定,不得违反法律法规的强制性规定。

任何违反法律法规的行为都必须承担相应的法律责任。

二、精神文明原则

广告必须符合社会主义精神文明建设的要求,是对广告思想性的要求,也是我国广告法中特有的内容。它要求广告不违反社会公共秩序、社会公共道德以及善良风俗,并且具有一定的文化内涵、思想品位,有利于社会主义精神文明建设。

广告是一种市场营销传播经济信息的手段,也是一种商业文化。广告所表现的内容对消费者的道德观念、价值取向有潜移默化的影响。特别是在现阶段,广告对人们生活的影响日益深入,广告的导向和文化传播的作用也越来越突出,必然对社会文化、社会风气产生巨大影响。对广告思想性的要求,对于促进经济的发展、社会主义文化建设有积极的作用。

具体来讲,广告应当符合社会主义精神文明建设的要求,就是要求广告必须尊重社会主义的社会公德和社会公共利益,而不能宣扬以及传播损人利己、欺诈勒索等腐朽思想和观念;弘扬中华民族精神和民族文化,维护国家利益和民族形象;弘扬科学,不得宣传带有封建迷信等内容;引导健康消费、积极生活的价值观念和生活方式。

【案例 1-2】

苏州爱和资产管理有限公司在其经营的天猫网店“爱 and 情趣专营店”中销售一款女用震动棒,在该商品的详情介绍页发布的广告内容中使用了挑逗性和涉嫌色情的语言,违背社会良好风尚。当事人的行为违反了《广告法》第九条第(七)项之规定,根据《广告法》第五十七条第(一)项之规定,苏州相城区市场监督管理局责令当事人停止发布违法广告,并对当事人处罚款 3 万元。^①

^① 《苏州爱和资产管理有限公司发布违背社会良好风尚广告案 2020 年苏州市市场监管系统查处的第一批违法广告典型案例》,发布时间:2020-04-05,10:44。信息来源:中国质量新闻网,http://www.samr.gov.cn/ggjgs/sjdt/gzdt/202004/t20200407_313912.html。

【解析】

苏州爱和资产管理有限公司发布的广告违反了《广告法》第九条第(七)项的规定,广告不得有妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚。苏州相城区市场监督管理局依据《广告法》第五十七条第(一)项之规定,发布有本法第九条规定的禁止情形的广告的,由市场监督管理部门责令停止发布广告,对广告主处20万元以上100万元以下的罚款。

三、禁止虚假广告原则

这项原则要求广告不得含有虚假的内容、不得欺骗和误导消费者,实际上也就是要求广告必须具有真实性,即广告活动必须真实地、客观地传播有关商品或者服务的情况,而不能做虚假的传播,更不能欺骗和误导消费者。

在我国的其他法律中也有相关的规定,如《反不正当竞争法》第八条明确规定:经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等做虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

《消费者权益保护法》第四十五条规定,消费者因经营者利用虚假广告或者其他虚假宣传方式提供商品或者服务,其合法权益受到损害的,可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的,消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址和有效联系方式的,应当承担赔偿责任。

广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

【案例 1-3】

阆中市吾悟堂日用品经营部委托他人在微信“微帮”平台上发布含有大量衣着暴露的女性图片和低俗、色情的语言文字,宣传“JJ 金蛋白”和“羊腰子三鞭片”两种食品,客服人员假冒“男性健康医师”,通过微信对顾客一对一宣传其产品属于“藏秘古方,能改善男性生殖器官,增强性功能”等内容,以此来吸引顾客购买产品,违反了《广告法》第九条、《反不正当竞争法》第八条规定。^①

^① 《阆中市吾悟堂日用品经营部发布违法广告案 四川公开曝光 2020 年第一批虚假违法广告典型案例》,发布时间:2020-06-16,13:31。信息来源:人民网,http://www.samr.gov.cn/ggjgs/sjdt/gzdt/202006/t20200618_317113.html。

【解析】

吾悟堂日用品经营部发布的广告违反了《广告法》第九条第(七)项、第(八)项规定,广告不得妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚;不得含有淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力的内容。违反了《反不正当竞争法》第八条规定,经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。

阆中市市场监管局于2020年3月,依据《广告法》第五十七条及《反不正当竞争法》第二十条等规定,作出行政处罚,责令停止发布违法广告,并处罚款50万元。

四、行为规范原则

(一) 广告主体守法原则

广告活动主体必须遵守法律、行政法规的原则,一方面为广告活动主体提供了基本的行为准则,要求广告活动主体必须在法律、行政法规允许的范围内进行广告活动;另一方面为国家管理机关、其他经济主体判断广告活动主体的行为是否合法提供了一个衡量标准,有利于国家管理机关依法查处违法广告行为,有利于其他经济主体依法维护自己的合法权益。

(二) 遵循公平原则

公平原则是我国所有的民事活动都要遵循的一个原则,《民法典》第六条明确规定了民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。

广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人从事广告活动也应当遵循公平原则,合理安排当事人之间的权利义务关系。一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利义务明显违反公平原则的,可以认定为显失公平,一方当事人有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销。

(三) 遵循诚实信用原则

广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人从事广告活动,应当遵循诚实信用的原则。

诚实信用原则要求广告活动主体在进行广告活动时,应当讲诚实、守信用,以善意的方式履行自己的义务,不得规避法律和合同。诚实信用的原则,一是要求广告活动主体必须讲诚实、守信用,以善意方式行使权利和履行义务;二是要求以诚实信用原则解决广告活动各主体之间的各种利益冲突和矛盾;三是要求以诚实信用原则订立、履行、解除合同,在合同条款不明确时应依诚实信用原则来解释和履行。

第四节 我国广告法的渊源

一、我国广告法制建设的发展过程

我国的广告法制建设是随着国家经济建设的发展而发展的。新中国第一个地方性广告法规是1949年12月上海市人民政府颁布的《广告管理规则》，此后，一些地区也发布了地方性广告法规，对广告法制建设的发展起了积极的作用，对广告业的发展以及国家的经济建设也起到了推动作用。

随着社会主义商品经济的发展，我国的广告业进入了一个新的发展时期，为规范广告行为，发挥广告在经济生活中的作用，1982年2月国务院发布了《广告管理暂行条例》，该条例是我国历史上第一部全国性、综合性的广告行政法规，在我国的广告法制建设史上居重要地位。

1982年4月，国家工商行政管理局依据《广告管理暂行条例》，制定了《广告管理暂行条例实施细则》，对促进《广告管理暂行条例》的实施起到了重要作用。

《广告管理暂行条例》及其实施细则的颁布，结束了我国改革开放以来，广告活动无章可循、缺乏管理的混乱局面，并且明确了工商行政管理机关是我国的广告管理机构，将全国各地的分散管理逐渐过渡到全国性的统一管理。

《广告管理暂行条例》及其实施细则的颁布实施标志着我国广告管理发生了质的飞跃，为广告法制建设的进一步发展奠定了基础，也为后来的《广告管理条例》和《广告法》以及其他部门规章的制定积累了宝贵的经验。

随着改革开放的不断深化，我国的经济领域发生了巨大的变化，广告活动日益频繁，广告队伍迅速扩大，对广告管理活动也提出了新的要求。从1982年以来，国家工商行政管理局对广告业进行了四次整顿，清理无证经营、清查虚假广告、取缔非法经营广告的单位和个人、吊销完全不具备条件的广告公司的营业执照。

在清查整顿中所发现的问题表明，有必要修改、完善已有的广告法律规范。1987年10月，国务院正式发布《广告管理条例》，加强了对广告内容以及特殊广告的法律规制，扩大了广告活动主体的范围。1988年1月，国家工商行政管理局发布了《广告管理条例实施细则》，此实施细则于2004年11月修改，2005年1月1日起施行。

社会主义市场经济体制的建立，促进了我国经济的繁荣与发展，广告业进入了高速发展的时期，同时也给广告法制建设的发展提出了新的问题。由于多方面的原因，在广告活动中，各种损害消费者权益和国家经济秩序的现象屡有发生。

主要表现在:利用广告推销假冒伪劣商品,夸大产品、服务的功效,欺骗和误导消费者;故意贬低竞争对手,进行不正当竞争;广告内容有悖于社会公认的道德风尚,损害社会公德。

此外,由于广告活动主体之间的权利义务不明确,在广告活动中出现了许多违法广告和违法行为。以上问题的存在,妨碍了广告业的健康发展,严重损害了消费者的利益,严重干扰了社会主义市场经济秩序。从1990年开始,国家着手《广告法》的立法工作,1994年10月27日,第八届全国人大常委会通过了《广告法》。

《广告法》自1995年2月1日施行以来,在规范广告活动、促进广告业健康发展和保护消费者权益方面,发挥了重要作用。随着我国广告业的迅速发展和互联网的广泛应用,广告发布的媒介和形式发生了较大变化,现行广告法的有关规定过于原则,约束力不强,对一些新问题、新情况缺乏规范,已不能完全适应广告业发展的客观需要,为此,2015年,2018年国家先后对《广告法》进行修改。

2018年新修订的《广告法》共有6章75条,对广告和广告活动的基本原则、广告内容准则、广告行为规范、广告监督管理、法律责任等作了比较全面的规定。

二、广告法的渊源

广告法的渊源是指广告法的外在表现形式。我国法的渊源主要是制定法,根据我国法律的规定,广告法的渊源有以下几个方面。

(一) 法律

全国人民代表大会及其常委会制定的法律是广告法主要组成部分。

法律由国家最高权力机关,即全国人民代表大会及其常务委员会制定,在我国法的体系中的地位仅次于宪法。作为广告法的渊源的法律,既有专项广告法律,也有非专项广告法律。专项广告法律主要是《广告法》。

非专项广告法律的范围广泛,包括规定广告活动主体的法律,如《公司法》《合伙企业法》《独资企业法》《中外合资经营企业法》《外资企业法》等;规定广告行为的法律,如《民法典》《食品安全法》《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《专利法》《商标法》《刑法》等;规定广告争议处理方面的法律,如《民事诉讼法》《行政诉讼法》《刑事诉讼法》《仲裁法》《行政处罚法》等。这些法律构成广告法的主体与核心部分。

(二) 行政法规

行政法规是由最高国家行政机关即国务院依法制定、修改的,有关行政管理和管理行政事项的规范性文件的总称,其法律地位低于宪法、法律,高于地方

性法规。在《广告法》颁布前,国务院于1987年10月26日制定的《广告管理条例》对广告管理活动起到重要的作用。

此外,还有一些有关广告活动的非专项行政法规也是广告法的组成部分,如2001年8月2日国务院公布的《印刷业管理条例》(2016年、2017年进行了两次修订)。

(三) 行政规章

行政规章是由有关行政机关依法制定的有关行政管理的规范性文件的总称,包括部门规章和地方政府规章。

部门规章是国务院所属各部委根据法律和国务院行政法规,在本部门的权限范围内所发布的规范性文件。根据《立法法》的规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。如:国家工商行政管理总局和卫生部于2006年11月10日颁布的修订以后的《医疗广告管理办法》(修改以后的《医疗广告管理办法》自2007年1月1日起施行);国家市场监督管理总局2019年12月24日公布的《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》等。

省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区、直辖市人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府制定的有关广告的规范性文件也是广告法的组成部分。如北京市人民政府于2007年11月19日通过的《北京市展会知识产权保护办法》(该《保护办法》自2008年3月1日起施行)。

(四) 地方性法规

地方性法规,是指省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会以及省、自治区、直辖市人民政府所在地的市、经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会,根据本地区的实际情况和需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定和颁布地方性法规。

地方性法规只在本行政区域或者部分区域有效。例如,上海市第十三届人民代表大会常务委员会第三十三次会议于2012年4月19日通过,2012年9月1日起施行的《上海市产品质量条例》仅在上海市范围内适用。

(五) 法律解释

法律解释是对具有法律效力的规范性文件的内容和含义所做的说明。任何法律在其实际运用过程中都存在解释的问题。法律解释对正确理解法律规范的立法原意和保证法律正确实施具有重要的意义。

根据解释的主体和效力的不同,法律解释分为正式解释和非正式解释。正

式解释具有法律效力,非正式解释不具有法律效力,能够成为广告法渊源的是正式解释。



知识链接

正式解释和非正式解释

正式解释又称有权解释,是由有解释权的国家机关作出的解释,包括立法解释、行政解释和司法解释。立法解释是国家立法机关对法律所作的解释。我国有立法解释权的立法机关是最高权力机关及其常设机构。立法解释的效力同法律本身一样,具有普遍约束力。行政解释是国家行政机关在依法行使职权时,对有关法律、法规、规章的具体应用问题所作的解释。

国务院及主管部门有行政解释权,包括对行政法规的解释权和对法律的解释权。行政机关对自己制定的行政法规,当然有权解释;行政机关对法律的解释权是根据全国人大常委会的授权而产生的,并且仅限于对不属于审判和检察工作的法律如何具体应用的问题的解释。行政解释也具有普遍约束力。

司法解释是国家司法机关在使用法律、法规的过程中对具体应用法律、法规的问题所作的解释。我国有司法解释权的司法机关仅限于最高人民法院和最高人民检察院。

非正式解释不具有法律效力,又称无权解释,包括学理解释和任意解释。学理解释是在学术研究和教学实践中对法律规范作的解释。任意解释是社会团体、人民群众、诉讼参加人等对法律规范作的解释,没有法律约束力。

三、中国广告法制体系

中国广告法制体系是以《广告法》为核心和主干,以《广告管理条例》为必要补充,以国家市场监督管理总局单独或会同有关部门制定的行政规章和规定为具体操作依据,以地方行政规定为实际针对性措施,以行业自律规则为司法行政措施的重要补充的多层次法制体系。在这个法制体系中,《广告法》具有最高效力,是广告管理的依据和准绳。



思考与练习

一、简述题

1. 简述广告法的概念与调整对象。
2. 简述广告法律关系的概念与构成要素。
3. 简述广告法基本原则的内容。

4. 简述我国广告法的渊源。

二、案例题

基本案情：

上海市市场监管部门办案人员在日常监督检查中发现,《吐槽大会》第三季第四、六、七期片尾小剧场中发布含有主持人和吐槽嘉宾手持 999 皮炎平口述“999 皮炎平绿色装,止痒就是快,无色无味更清爽;挠痒啊,不用那么麻烦,推荐您用 999 皮炎平绿色装”等内容的植入广告,涉嫌违反《广告法》相关规定。

经查,本案植入广告由重庆盖勒普霍斯医药有限公司委托发布,华宇乐视(北京)文化传媒有限公司具体创意、设计和制作,涉及广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人等 10 个主体,涉案当事人跨上海、北京、深圳、重庆、香港 5 个行政地域。

本案药品植入广告利用广告代言人推荐、证明,未标明禁忌、不良反应等,且未经广告审查部门审查发布,违反了《广告法》第十六条第一款第(四)项、第二款以及第四十六条之规定。鉴于含有上述违法内容广告在《吐槽大会》第三季第四、六、七期播放,播放量大且发布时间跨度长;广告代言人具有较高社会知名度,社会影响力大;同一违法行为触犯同一法律的 3 个不同条款,情节严重,办案机构对深度参与的广告主重庆盖勒普霍斯医药有限公司和广告经营者华宇乐视(北京)文化传媒有限公司分别给予 90 万元的从重处罚。^①

思考讨论题：

- (1) 本案是否适用《广告法》?
- (2) 本案的法院管辖权如何确定?

分析要点：

(1) 本案广告性质为新型植入广告,具有隐蔽性、植入内容与正片内容高度契合等特点。案件调查过程中发现,当事人对植入内容存在认知错误,各方主体普遍认为属于品牌内容植入,并非广告发布行为。这种看法是不对的。

办案机构认为,品牌内容植入属于广告发布行为。根据《广告法》第二条第一款之规定,品牌植入内容符合通过一定的媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者服务的属性,应该认定为广告发布行为,适用《广告法》定性处罚。

(2) 本系列案件涉及多个广告活动主体,跨多个行政地域,关系错综复杂。《吐槽大会》为某视频平台播放的综艺节目,999 皮炎平生产方为深圳企业,两者均非上海企业。当事人提出管辖权异议,要求交由深圳市场监管部门管辖。

^① 《植入广告不是法外之地——〈吐槽大会〉综艺节目违法药品植入广告案例分析》,发布时间:2020-04-22,14:52 信息来源:《中国市场监管报》,http://www.samr.gov.cn/ggjs/sjdt/gzdt/202004/t20200422_314534.html.

办案人员最终发现上海笑果文化传媒有限公司(以下简称“上海笑果”)是《吐槽大会》的共同投资方,上海笑果在本案广告发布中负责上传下达,起关键作用。办案机构便以其为切入点和突破口,展开调查,最终逐一击破,调查清楚全部违法事实。根据先发现原则,依据《互联网广告管理暂行办法》,确定上海法院的管辖权。