

君合专题研究报告



2015年5月20日

《中华人民共和国广告法》(2015 修订)简评

2015年4月24日,第十二届全国人大常委会第十四次会议审议通过《中华人民共和国广告法修订草案》三审稿,正式通过最新修订的《中华人民共和国广告法》(下称“《新广告法》”)。《新广告法》将于2015年9月1日起施行。

《新广告法》是对现行有效的1995年的《中华人民共和国广告法》(下称“《旧广告法》”)的一次大修,将现行的四十九个条文扩展到七十五个条文,对广告主体、广告准则、广告主体的法律责任、虚假广告的认可、广告监管机关的职权等方面均做出修改和完善。现就《新广告法》最重要的修订内容简要介绍如下:

一、主要修改内容

1. 确立虚假广告的认可标准,并明确虚假广告的民事法律责任

《旧广告法》仅规定“广告不得含有虚假的

内容,不得欺骗和误导消费者”,并未明确“虚假广告”的含义及情形。《新广告法》则就虚假广告的认可标准作出明确规定,并强化了相关广告主体对虚假广告的法律义务。

根据《新广告法》第二十八条的规定,下列情形构成虚假广告:(1)商品或者服务不存在的;(2)商品或服务的相关信息及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符,对购买行为有实质性影响的;(3)使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的;(4)虚构使用商品或者接受服务的效果的;及(5)以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

《新广告法》第五十六条对虚假广告的民事责任主体做了明确规定,规定广告主、广告经营者、广告发布者及广告代言人在一定条件下均可能承担民事责任,具体详见下文表一的总结:

表一:虚假广告的民事责任划分

承担责任的民事主体	关系消费者生命健康的虚假广告	与消费者生命健康无关的虚假广告	备注
广告主	承担侵权责任	承担侵权责任	
广告经营者 广告发布者	应与广告主承担连带责任	明知或应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布的情况下,与广告主承担连带责任	不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的,消费者可以要求广告经营者、广告发布者先行赔偿
广告代言人	应与广告主承担连带责任	明知或应知广告虚假仍推荐、证明的情况下,与广告主承担连带责任	

需要特别注意的是，在《旧广告法》中，广告经营者、广告发布者只有在“明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布”的情况下，才与广告主承担连带民事责任。而根据《新广告法》，对于“关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告”，广告经营者、广告发布者、广告代言人均应当与广告主承担连带责任，不要求“明知或者应知”，即采用无过错原则。因此，广告经营者、广告发布者、广告代言人在设计、制作、发布、代言“关系消费者生命健康的商品或者服务”时，面临民事诉讼的风险将大为增加。

至于何为“关系消费者生命健康的商品或者服务”，《新广告法》并未予以明确。我们认为，“关系消费者生命健康的商品或服务”至少应当包含食品、药品、保健食品、医疗服务、医疗器械、烟酒等。但对于表面上与消费者生命健康可

能并无关联，但相关产品或服务实质上可能对消费者的生命健康产生影响的产品或服务，如洗发水广告、牙膏广告等直接与人体直接接触的化妆品产品以及瘦身服务、美容服务等需要与人体直接接触的相关服务，是否构成“关系消费者生命健康的商品或服务”，仍有待实践中进一步明确。

2. 增加广告代言人作为广告主体，并明确其法律责任

《新广告法》首次将广告代言人作为广告法规范的对象之一。对于广告代言人的定义、禁止作为广告代言人的主体、禁止代言产品或服务的范围、民事责任及行政责任，《新广告法》均作了明确规定，具体详见下文表二的总结：

表二：广告代言人规范

序号	事项	《新广告法》的规定	对应法条
1	广告代言人的定义	广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织	第二条
2	禁止作为广告代言人的主体	1. 不满十周岁的未成年人； 2. 在虚假广告中作推荐、证明受到行政处罚未满三年的自然人、法人或者其他组织。	第三十八条
3	禁止代言的产品或服务	1. 医疗、药品、医疗器械； 2. 保健食品； 3. 广告代言人未使用过的商品或者未接受过的服务。	第十六条 第十八条 第三十八条
4	民事责任	1. 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，与广告主承担连带责任； 2. 与消费者生命健康的商品或者服务无关的虚假广告，明知或者应知广告虚假仍推荐、证明的，与广告主承担连带责任。	第五十六条
5	行政责任	1. 承担法律责任的情形： (1) 违法代言医疗、药品、医疗器械； (2) 违法代言保健食品； (3) 违法代言未使用过的商品或未接受过的服务； (4) 明知或者应知广告虚假仍予以代言。 2. 法律责任：没收违法所得，并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款。	第六十二条

此外,《新广告法》还对教育、培训广告(第二十四条),招商投资广告(第二十五条),农药、兽药、饲料和饲料添加剂广告(第二十一条)及农作物种子、林木种子、草种子、种畜禽、水产苗种和种养殖广告(第二十七条)等广告中广告代言人的范围作出限定。例如,教育培训广告不得利用科研单位、学术机构、教育机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明,招商投资广告不得利用学术机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明等。

3. 完善细分行业的广告准则

《旧广告法》规定的广告准则覆盖面较小,且规定较为原则,可操作性不强。《新广告法》扩大了广告准则的范围,增加众多商品和服务的广告准则,尤其对消费者广为关注的药品、保健食品、医疗器械、教育培训、招商、房地产广告的广告准则作出细化规定。

(1) 完善禁止作广告的商品和服务类别

《旧广告法》仅规定麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品不得作广告,《新广告法》第十五条将“毒性药品”修改为“医疗用毒性药品”,同时规定“药品类易制毒化学品”及“戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法”,均不得作广告。该条同时明确,上述规定以外的处方药,只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上作广告。

(2) 细化药品、医疗器械广告准则,增加医疗广告准则

《旧广告法》规定了药品和医疗器械广告的限制性内容,并要求药品和医疗器械广告在发布前应提交广告审查机关进行内容审查,但未对医

疗广告准则作出规定。《新广告法》在《旧广告法》的基础上对药品和医疗器械广告准则予以细化,同时规定医疗广告适用与药品和医疗器械广告相同的准则,并明确医疗广告在发布前同样需要经过广告审查机关的内容审查。

(3) 新增保健食品广告准则

《新广告法》首次将保健食品广告准则通过法律的形式作出规定,要求保健食品广告必须在发布前由有关部门对广告内容进行审查。这是首次以法律的形式对保健食品广告的预先审查作出规定。同时《新广告法》规定了保健食品广告的禁止性内容,包括保健食品广告不得含有表示功效、安全性的断言或者保证;不得涉及疾病预防、治疗功能;不得声称或者暗示广告商品为保障健康所必需;不得与药品、其他保健食品进行比较;不得利用广告代言人作推荐、证明等。

(4) 完善烟草广告准则,增加酒类广告准则

《旧广告法》仅就烟草广告的发布范围、发布场所及“吸烟有害健康”的强制性广告内容作了规定。《新广告法》就广告发布范围、发布场所作了细化规定,同时还规定了烟草广告的禁止性内容。根据《新广告法》第二十二条的规定,烟草广告禁止在大众传播媒介或者公共场所、公共交通工具、户外发布,同时规定禁止向未成年人发送任何形式的烟草广告、禁止利用其他商品或者服务的广告、公益广告,宣传烟草制品名称、商标、包装、装潢以及类似内容。但《新广告法》仍未完全按照中国已经加入的《烟草控制框架公约》的要求,将《烟草控制框架公约》规定的全面禁止烟草广告的义务转化为国内法。

对于酒类广告,《新广告法》第二十三条规定,酒类广告不得含有诱导、怂恿饮酒或者宣传无节

制饮酒内容；不得出现饮酒动作；不得表现驾驶车、船、飞机等活动；不得明示或者暗示饮酒有消除紧张和焦虑、增加体力等功效。《新广告法》的上述规定旨在消除消费者对于广告内容与鼓励饮酒之间的联想，但在实践中，可能会为广告的创作带来一定的难度。比如，对于如何通过“不出现饮酒动作”来实现酒类广告的预期效果，将给广告经营者带来考验。

(5) 新增教育、培训、招商、房地产广告准则

《新广告法》增加教育、培训、招商、房地产广告准则，对目前存在的一些广告乱象进行规范，对于明确商品或服务的透明度、保护消费者的合法权益均具有积极的推动作用。

教育/培训广告。根据《新广告法》第二十四条，这类广告不得明示或暗示结果或效果，不得暗示特殊人员参与教育培训，同时不得利用相关权威机构、专业人士或受益者的名义或形象做推荐证明。

招商等投资回报广告。根据《新广告法》第二十五条，这类广告必须对可能存在的风险以及风险责任承担有合理提示或者警示，尤其不能含有有关收益、保底、无风险的保证性承诺（国家另有规定的除外），同时也禁止利用学术机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明，旨在防止这类广告误导消费者盲目投资。

房地产广告。根据《新广告法》第二十六条，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，并不得含有升值或投资回报的承诺；不得以项目到达某一具体参照物的所需时间表示项目位置；不得违反国家有关价格管理的规定；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。

4. 强化监管机关的执法职权

《旧广告法》并未对工商行政管理部门对违法广告的监督职权及行政强征措施作出规定，而《新广告法》增加“监督管理”章节，对工商行政管理部门的执法权限予以明确，并要求工商行政管理部门建立健全广告监测制度，完善监测措施，及时发现和依法查处违法广告行为。

《新广告法》明确，工商行政管理部门有权对涉嫌从事违法广告活动的场所实施检查权，有权询问、调查涉嫌违法当事人、相关法定代表人、主要负责人和其他有关人员，有权要求涉嫌违法当事人限期提供相关证明文件，有权查阅、复制与涉嫌违法广告相关的资料，有权查封、扣押与涉嫌违法广告直接相关的广告物品、经营工具、设备等财物，有权暂停发布可能造成严重后果的涉嫌违法广告。上述规定划清了工商行政管理部门的执法边界，既利于工商行政管理部门的调查，也利于被调查主体依法予以配合。

5. 加重对违法广告相关主体的罚金，细化处罚标准

对于虚假广告、违法广告，《新广告法》加重了对相关广告主体的行政处罚力度，细化了处罚标准。以虚假广告为例，罚金的最低标准从广告费用的一倍提高到了三倍，在两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的（下称“**加重情节**”）的情况下，罚金的最低标准进一步提高到广告费用的五倍，并且可以处以吊销营业执照等严厉处罚（具体详见表三）。考虑到广告主体存在瞒报广告费用的现实情况，《新广告法》还特别规定了在广告费用无法计算或明显偏低时的处罚金额。

表三：新旧广告法对于虚假广告的行政责任对比表

行政处罚措施	对广告主的行政处罚		对广告经营者/广告发布者的行政处罚	
	《旧广告法》	《新广告法》	《旧广告法》	《新广告法》
行为罚则	责令停止发布、并以等额广告费用在相应范围内公开更正消除影响	<u>一般情节</u> ： 责令停止发布广告、消除影响 <u>加重情节</u> ： 可以吊销营业执照；撤销广告审查批准文件；一年内不受理其广告审查申请	没收广告费用，情节严重的，停止广告业务	<u>一般情节</u> ： 没收广告费用 <u>加重情节</u> ： 可以暂停广告发布业务、吊销营业执照、吊销广告发布登记证件
金钱罚则	广告费用一倍以上五倍以下	<u>一般情节</u> ： 广告费用三倍以上五倍以下 <u>加重情节</u> ： 广告费用五倍以上十倍以下	广告费用一倍以上五倍以下	<u>一般情节</u> ： 广告费用三倍以上五倍以下 <u>加重情节</u> ： 广告费用五倍以上十倍以下
广告费用无法计算或者明显偏低时的罚款金额	/	<u>一般情节</u> ： 20万元以上，100万元以下 <u>加重情节</u> ： 100万元以上，200万元以下	/	<u>一般情节</u> ： 20万元以上，100万元以下 <u>加重情节</u> ： 100万元以上，200万元以下

6. 取消广告经营登记制度

《新广告法》删除了《旧广告法》第二十六条规定的广告经营者必须办理广告经营登记方可从事广告活动的规定，即取消广告经营登记的行政许可。早在2004年6月，即《中华人民共和国行政许可法》出台之后，国务院就出台了《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》，对所属各部门的行政审批项目进行了全面清理，不再将广告经营登记作为需保留的行政许可项目。此后，全国多数各省市陆续宣布取消广告经营登记审批。《新广告法》的上述修订从法律层面对取消广告经营行政许可予以确认，为放宽广

告业的市场准入条件，鼓励和方便投资者经营广告业务提供了更为有力的保障。

7. 互联网广告

《新广告法》正式将互联网广告纳入监管范围。《新广告法》第四十四条规定：“利用互联网发布、发送广告，不得影响用户正常使用网络。在互联网页面以弹出等形式发布的广告，应当显著标明关闭标志，确保一键关闭”，由此确立“一键关闭”制度。同时，《新广告法》第六十三条还规定，对于未能确保一键关闭的互联网广告，广告主将面临五千元以上三万元以下的罚款。这对于广受互联网广告侵扰的广大网民而言，无疑是

好消息。

《新广告法》还对电信业务经营者和互联网信息服务提供者对互联网广告的监督义务作出规定，要求电信业务经营者和互联网信息服务提供者“对其明知或者应知的利用其场所或者信息传输、发布平台发送、发布违法广告的，应当予以制止”，否则，根据《新广告法》第六十四条的规定，其将面临没收违法所得和罚款的行政处罚，情节严重的，还可能被有关部门依法停止相关业务。

8. 其他立法突破

(1) 增加保护未成年人的相关规定。《新广告法》将广告对未成年人的影响考虑在内，第四十条明确规定，在针对未成年人的大众传播媒介上不得发布医疗、药品、保健食品、医疗器械、化妆品、酒类、美容广告以及不利于未成年人身心健康的网络游戏广告，同时规定，针对不满十四周岁的未成年人的商品或者服务的广告不得含有劝诱其要求家长购买广告商品或服务，或者可能引发其模仿不安全行为的内容。

(2) 禁止垃圾广告。《新广告法》第四十三条规定：“任何单位或者个人未经当事人同意或者请求，不得向其住宅、交通工具等发送广告，也不得以电子信息方式向其发送广告”。对于通过电子信息方式发送广告的，《新广告法》要求“明示发送者的真实身份和联系方式，并向接收者提供拒绝继续接收的方式”。对于违反上述规定的广告发布行为，根据《新广告法》第六十三条的规定，将由“有关部门责令停止违法行为，对广告主处五千元以上三万元以下的罚款”。

(3) 倡导公益广告。《新广告法》首次将公益广告纳入广告法视野，第七十四条明确规定：

“国家鼓励、支持开展公益广告宣传活活动，传播社会主义核心价值观，倡导文明风尚”，为公益广告开立立法先河。

二、 评述意见

我们认为，《新广告法》在以下几个方面的变化值得广告主以及广告从业人员关注：

1. 对虚假广告的认定更具体，处罚更严厉

虽然《旧广告法》也规定了虚假广告的责任，但缺乏具体标准，实践中执法难度较大。《新广告法》罗列的具体标准使得虚假广告的认定变得相对明晰。《新广告法》对虚假广告规定的行政责任、民事责任更为严厉。工商行政管理部门有权对广告主、广告经营者、广告发布者处以更高金额的罚金，并可在情节严重时吊销相关主体的营业执照。对于“关系消费者生命健康的商品或者服务”，广告经营者、广告发布者、广告代言人可能在无过错的情况下与广告主承担连带民事责任。上述变化要求广告从业人员对商品或服务广告的真实性、不具有误导性更为重视，否则可能面临严重的民事责任和行政责任。

2. 对广告代言人予以严格规范

近年来，明星代言虚假广告的案例屡见不鲜。一些明星对于自己并未使用过的产品仍予以宣传、推荐，侵害了消费者的利益。除明星代言人外，一些所谓的权威认证机构对相关商品或服务的推荐也存在类似的问题。如此前热议的“全国牙防组”在无认证资格的情况下为某品牌牙膏做推荐证明，被认定对消费者形成误导。《新广告法》对于广告代言人的严格规范，有利于规范广告代言市场。因此，获取高额代言费的广告明星在代言前，应当审慎核查广告内容与产品真实信息是否相符，以避免承担法律责任。

3. 细分行业的广告准则

《新广告法》对细分行业广告准则的完善，体现了对保护消费者权益的重视。其完善及新增的药品、医疗、医疗器械、保健食品、教育/培训广告、招商广告、房地产广告准则等，均与消费者的日常生活消费息息相关。就《新广告法》的上述修改内容，应引起广告主、广告经营者和广告发布者的足够重视。广告从业人员必须更为关注广告内容的合法性，降低法律风险。

三、 结语

总体而言，《新广告法》的内容可圈可点，体现了本届政府上台以来轻许可、重监管的顶层设计。对于广告主、广告经营者、广告发布者及广告代言人而言，应特别关注《新广告法》中有关违法广告及虚假广告的认定标准，在设计、制作、发布、代言相关广告前，就广告内容征询专业人员的建议，避免招致行政处罚或民事责任。

黄荣楠	顾问	电话：86 21 2208 6280	邮箱地址：huangrn@junhe.com
周 烽	合伙人	电话：86 21 2208 6305	邮箱地址：zhouf@junhe.com
刘佳迪	律师	电话：86 21 2208 6399	邮箱地址：liujd@junhe.com
钱 逸	律师	电话：86 21 2208 6312	邮箱地址：qiany@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

