

Defining the Scope of Crime of False Advertisement

Jian Yin, Xiaoli Liu

College of Politics and Law, Northeast Normal University, Changchun Jilin
Email: 2456905489@qq.com, liuxl087@nenu.edu.cn

Received: Apr. 9th, 2017; accepted: Apr. 27th, 2017; published: Apr. 30th, 2017

Abstract

The rapid development of China's advertising industry has made gratifying achievements. Meanwhile, the corresponding harm brought by false advertisement has been an inevitable and severe problem as the result of some governmental issues such as incomplete and defective national legal and regulatory system. In accordance with the provisions of Article 222 of Criminal Law, the subject of inveroacious advertisement crime is only stipulated within advertiser, and advertising publisher. In regard to another two critical issues, namely the undefined qualification of the subject of inveroacious advertisement crime and narrow coverage of the subject of inveroacious advertisement crime, it seems to be imperative for criminal legislation to add the subject of advertising spokesmen onto Article 222 of Criminal Law based on the other three original subjects and clarify these four subjects into any subject including natural person, legal person, and other organizations in the juridical interpretation.

Keywords

Advertising, False Advertising, False Advertising Crime, Advertising Spokesmen

虚假广告罪主体范围界定

殷 健, 刘晓莉

东北师范大学政法学院, 吉林 长春
Email: 2456905489@qq.com, liuxl087@nenu.edu.cn

收稿日期: 2017年4月9日; 录用日期: 2017年4月27日; 发布日期: 2017年4月30日

摘 要

我国广告业的迅猛发展, 取得了令人可喜的成绩, 但与此同时由于国家法制及监管体制不完善等方面的

原因, 虚假广告所带来的危害也成为有目共睹的事实。刑法第222条关于虚假广告罪的主体仅规定了“广告主、广告经营者和广告发布者”, 面对虚假广告罪主体资格不明确以及虚假广告罪主体范围狭窄这两大困境, 在刑法第222条原规定的三个主体之后增加“广告代言人”这一主体, 并在司法解释中将这四个主体明确为包括自然人、法人和其他组织在内的任何主体成为目前刑事立法上的当务之急。

关键词

广告, 虚假广告, 虚假广告罪, 广告代言人

Copyright © 2017 by authors and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来, 利用广告对商品或者服务进行虚假宣传的现象层出不穷, 涉嫌构成虚假广告罪的案例频频进入人们的视野, 可以“养胃”的猴头菇饼干、“只要一天, 牙齿就真的变白了”的佳洁士炫白牙膏、“弹弹弹, 弹走鱼尾纹”的丸美化妆品, 这些家喻户晓的广告经过国家工商总局鉴定, 都不同程度的涉嫌虚假宣传。这不仅危害了我国的广告监管秩序、侵蚀了社会诚信道德体系, 同时严重损害了消费者以及其他经营者的合法权益。造成这种危害结果的原因众多, 其中主要原因是虚假广告的相关立法存在缺失和缺陷, 在刑事立法上的缺陷则主要表现为虚假广告罪的主体设定不科学。本文拟对虚假广告罪的主体范围予以探讨, 希望能够为刑事立法和刑事司法提供有力的理论支撑。

2. 虚假广告罪相关概念解读

商品经济的发展以及媒体运行对广告的依赖, 当下广告呈现了一种泛滥的状态。由于商家为了最大化达到广告宣传的经济目的, 往往忽略广告的真实性, 海量广告中不乏存在大量的虚假广告。

2.1. 广告的内涵

广告, 即“广而告之”之意。它最先起源于拉丁文“Advertere”, 其意为注意、诱导和传播。后来这一词演变为“Advertise”, 其含义演化为“使某人注意到某事”, 或“通知某人某件事, 以引起他人的注意”。随着大规模商业活动的兴起, 该词逐渐被赋予了新的时代意义, 转化为具有“动态的一系列广告活动”之意的“Advertising”。1890年以前, 西方社会对广告较普遍认同的一种定义是: 广告是有关商品或服务的新闻。1948年, 美国营销协会的定义委员会形成了一个对“广告”一词有较大影响的定义: 广告是由可确认的广告主, 对其观念、商品或服务所作之任何方式付款的非人员式的陈述与推广。在我国, “广告”一词的出现最早可以追溯到3000多年前的殷商时期, 封建社会虽然自给自足但也存在实物广告、叫卖广告、招牌和幌子、印刷广告等广告形式。近现代以来, 广告作为一种传播工具, 对于它的定义不尽相同, 将广告按照内容、目的、策略、传播媒介、表现手法、传播范围等要素进行分类也会有近百种类别。

我国广告学理论中对于广告的一般性定义是指: 广告是由可识别的出资人通过各种媒介进行的, 有关商品(产品、服务和观点)的, 通常是有偿的、有组织的综合的和劝服性的非人员信息传播活动[1]。在实践层面, 广告的含义有广义和狭义之分。广义的广告是指借用一定的媒介广泛的告知众人, 包括商业广告和非商业广告。非商业广告是指不以营利为目的, 为谋取公共利益而做的广告, 如: 节约用水、保

护野生动植物、注意交通安全之类。商业广告, 也即狭义的广告, 是指以营利为目的, 用一定的传播方式宣传企业形象、促销产品、推广服务等, 是企业推销产品服务、占领市场的重要营销手段。在规范层面, 1994年全国人大常委会通过了《中华人民共和国广告法》并于2015年修订(以下将修订后的法简称为《广告法》), 使得中国广告活动和广告管理有法可依、有章可循。《广告法》的第2条第2款对“广告”的概念予以明确: 本法所称的广告, 是指商品经营者或者服务提供者承担费用, 通过一定的媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者提供的服务的商业广告。

本文采用的是我国广告法中对广告一词的定义, 文中所提及的立法建言则是针对狭义的广告, 即商业广告而言。

2.2. 虚假广告的内涵

虚假广告作为广告的一种“变态”形式, 是商品经济发展所带来的不可避免的现象。理论和司法实践中对于虚假广告的含义众说纷纭, 但值得肯定的是所有关于其含义的解释都离不开“虚”和“假”二字。理论上学者将虚假广告行为分为四种类型, 即子虚乌有型、夸大失实型、隐瞒真相型和表意含混型。也有观点将虚假广告行为归类为两种类型, 即误导性虚假广告和欺骗性虚假广告。在立法上, 对于“虚假广告”一词的定义也是不断完善的, 早在1993年, 我国国家工商总局在《关于认定和处理虚假广告问题的批复》中规定“关于虚假广告的认定, 一般从两个方面认定: 一是广告所宣传的产品或服务本身是否客观、真实; 二是广告所宣传的产品或服务的主要内容是否真实, 凡利用广告捏造事实, 以并不存在的产品或服务进行欺诈, 或广告所宣传的产品或服务的主要内容与事实不符的, 均应认定为虚假广告。”新修订的《广告法》第28条对虚假广告做出如下的解释: 广告中含有虚假或者引人误解的内容, 足以欺骗误导消费者的, 构成虚假广告, 并在后几款具体规定了五种情形。

其实对于虚假广告内涵的规定不仅仅存在于《广告法》中, 目前我国已经形成了以《广告法》为主导, 以《反不正当竞争法》、《食品安全法》、《药品管理法》、《消费者权益保护法》等法规为具体依据, 以《广告管理条例》为补充, 以《刑法》为保障的广告业规制体系, 多部法律中对于虚假广告都有相应的规定。比如: 国务院于1987年颁布了《广告管理条例》, 首次将虚假广告行为列入刑事规制的层面。《反不正当竞争法》第9条规定: 经营者不得利用广告或者其他方法对商品质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期、产地等做引人误解的虚假宣传。广告者不得在明知或应知的情况下, 代理、设计、制作、发布虚假广告。《消费者权益保护法》第19条第1款规定: 经营者应当向消费者提供有关商品或服务的真实信息, 不得作引人误解的虚假宣传。

2.3. 虚假广告罪中的“广告”内涵

作为基本法律的《刑法》与作为基本法律之外的《广告法》所处的法律位阶是不同的, 刑法所保护的法益也有其特殊性, 因此虚假广告罪中的“广告”的相关概念与我们平时所说的广告有一定差别。本罪所指的广告特指商品经济广告。即广告主体借用传导媒体向公众传递商品和劳务信息, 引起消费者注意, 并试图说服其购买或使用的公开宣传活动。

本罪所指的虚假广告即内容是虚假的或者容易引起误解的广告。笔者认为可以分为两种类型: 一是误导性的虚假广告, 指广告的内容夸大以致失实, 语义模糊, 容易使一般的消费者对商品的真实情况产生错误联想, 从而影响其购买意向的广告; 二是欺骗性的虚假广告, 指广告中宣称的商品或者服务的主要信息与广告主所提供的商品或服务的实际质量不符的广告。

3. 虚假广告罪主体范围立法分析

值得肯定的是, 刑法明确的将虚假广告罪的主体规定为三主体, 与《广告法》第55条第4款的规定

相承接, 使得这三类主体利用广告对商品或服务作虚假宣传且达到情节严重的行为得到刑罚的制裁, 在刑事立法和司法实践中都具有重要的现实意义。但是在司法实践中对虚假广告行为进行刑事处罚的案例寥寥无几, 在刑事立法上虚假广告罪的主体范围也存在不少争论。

3.1. 虚假广告罪主体范围立法现状描述

2015 年修订的《广告法》第 2 条拓宽了虚假广告行为的主体, 增加了“广告代言人”, 其中第 56 条第 2 款、第 3 款对“广告代言人”虚假代言的法律责任规定为连带形式的民事责任, 第 55 条第 4 款对“广告主、广告经营者、广告发布者”构成犯罪的行为规定了刑事责任。虚假广告罪于 1997 年首次被规定在《刑法》第 222 条中, 即广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定, 利用广告对商品或者服务作虚假宣传, 情节严重的, 处二以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金。但该条文并未提及“广告代言人”这一主体, 随着社会发展到今天, 名人、专家、社会团体代言虚假广告的现象层出不穷, 这就使得广告代言人、推荐广告的社会团体所应承担的刑事责任在立法中缺失。此外, 《广告法》要求广告的经营者和发布者要具备合法的经营资格, 使得不具有经营资格的主体经营和发布虚假广告得不到刑事处罚, 尤为突出的问题是个人发布网络虚假广告难以认定为虚假广告罪。然而这些虚假广告已经严重侵害了国家对广告的管理秩序和消费者以及其他经营者的合法权益, 如果法律不能化解生活中相应社会关系的矛盾, 那么法律岂不是成了一纸空文。

包括相关执法机关、法学专家、消费者等社会各界人士在内, 对虚假广告主体范围所涉及的一些问题报以越来越高的关注, 笔者结合已有的研究成果及自己的看法, 认为虚假广告罪在主体范围上存在虚假广告罪主体资格不明确以及虚假广告罪的主体范围狭窄这两大焦点问题。

3.2. 虚假广告罪主体范围立法存在问题的分析

3.2.1. 虚假广告罪主体资格不明确

一方面, 虚假广告行为的主体资格两法设定不统一导致衔接不当。首先来看《广告法》对广告主体的规定: 《广告法》第 2 条对四个广告主体的含义予以了明确, 广告主是指为推销商品或提供服务, 自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或其他组织。即广告主为了销售商品或推广服务而作广告, 广告主是广告产生的根源, 一则广告的出现, 很可能不存在广告经营者和广告发布者, 但是一定会存在广告主; 广告经营者是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然、法人或其他组织。即对于广告经营者, 我们可以理解为广告公司, 根据我国的广告法, 广告经营者应当是依法成立的并且具有相关工商行政管理机关核发的营业执照的法人、其他组织或个人; 广告发布者是指为广告主或者广告者委托的广告经营者发布广告的自然、法人或其他组织实质上指广告媒介, 比如: 报社、杂志社、广播电台、电视台、互联网站等等, 《广告法》中要求广告发布者要具备相应的经营资格。《广告法》增加规定了“广告代言人”这一主体: 本法所称的广告代言人, 是指广告主以外的, 在广告中以自己的名义或形象对商品、服务作推荐、证明的自然、法人或其他组织。其次再看《刑法》对虚假广告罪主体的规定: 《刑法》于 1997 年制定, 当时所依附的是 1994 年施行的《广告法》, 因此对于虚假广告罪只规定了“广告主、广告经营者、广告发布者”这三个主体。原广告法中关于广告的主体限定为“广告主、广告经营者、广告发布者”, 其中对于后两者的规定较为严格, 需要具备专业技术人员以及工商登记或者经由国家审批, 而广告的发布者只能是法人或者其他经济组织。将虚假广告罪的主体也与广告法中的主体作同样的理解, 与当时的市场经济发展水平相适应。

但是随着经济的飞速发展, 商业广告也呈井喷之势, 一些没有达到广告经营资格的个体工商户也加入进来, 各类广告层出不穷, 大大小小的“广告设计工作室”出现在人们的视野中。虽然 2015 年修订的

《广告法》中增加了广告发布者可以为自然人的规定,但是第 32 条中仍有对广告经营者和广告发布者合法经营资格的限定。实践中,许多从事广告经营的个体工商户却不具备持有广告专业技术岗位资格证的条件,但是他们制作的广告中不乏有虚假广告,仍在街头巷尾出没。刑法中一个非常重要的原则是罪刑法定原则,如果将刑法中的犯罪主体资格与广告法中的主体资格作同等的解释,那么除了这三个主体外,对其他自然人、法人和其他组织所实行的制作、发布和代言虚假广告行为并不能认定为本罪,也即一些技能与取得该技术资格证无差别的“广告设计工作室”仅仅因为不具备广告的经营资格,而免受刑法的制裁。因此,是否应将刑法中虚假广告罪主体的资格与广告法中广告主体的资格作同等解释,值得商榷。

另一方面,虚假广告罪主体资格模糊导致司法可操作性差。法律的生命在于实施,一部行之有效的法律在司法实践中能够起到良好的规范作用,反之立法的欠缺则会限制法律规范作用的发挥。以个人发布网络虚假广告为例,由于刑法中没有对虚假广告罪的主体资格做出明确的规定,导致司法实践中出现了入罪难的问题。正如现代广告教父大卫·奥格威所说:“这个世界是由空气、水和广告组成的”,网络的连通性使得网络广告层出不穷,而网络虚假广告则是网络广告在高速发展中带来的副产品。网络中虚假广告的发布数量更多、传播速度更快、影响范围更广,而且对于个人发布网络广告资格几乎没有任何限制。这使得不具有《广告法》中“广告发布者资格”的个人发布虚假广告的行为,在司法上是否应当被认定为“虚假广告罪”显现出一定的争议。

结合前文的分析,我们对网络广告作如下的理解:网络广告是指利用互联网为载体向大众推荐或者展示自己的产品或服务的宣传手段。对于虚假网络广告,有学者表述为:广告主体为牟取不正当的利益发布网络广告,对商品或者服务的主要内容进行虚假的或引人误解的宣传,导致或足以导致消费者被误导,从而做出错误判断的网络广告。根据中国互联网信息中心 CNNIC 在 2016 年 1 月 22 日发布的第 37 次《中国互联网发展状况统计报告》中显示,截止 2015 年 12 月,中国网民规模达到 6.88 亿,互联网普及率为 50.3%,手机网民达到了 6.2 亿^[2]。在新浪微博数据中心发布的 2015 微博用户发展报告中显示:微博月活跃用户已经达到了 2.22 亿人,各大行业领域的覆盖面也在不断扩大,在各个领域都保持着重要的影响。以上数据表明网络广告已经成为了一个不可忽视的力量,不仅法人或其他经济组织可以建立网站,个人也可以建立网站,无论是在自己的网站上发布广告,还是看到别人发布的广告,都成为一件轻而易举的事情。

虽然新修订的广告法承认了自然人也可以作为广告发布的主体,但仍然要求该自然人具备合法的广告发布资格,由于刑法中未对广告发布者是否要求具备合法经营资格做出明确规定,实践中出现许多问题。比如在微博这个颇有影响力的社交平台中,只要注册一个账号,无需实质性的审批就可以发布信息,每发布一个信息,你的粉丝就会看到,而一些公众账号的粉丝多达一千万以上,试想如果利用这样有影响力的账号去发布虚假广告,若危害程度已经侵害了刑法所保护的法益,却仅仅因为不符合虚假广告罪中“广告发布者”的主体资格,而使相关责任人得不到追惩,是不是失去了刑法应有的价值呢?

3.2.2. 虚假广告罪主体范围狭窄

根据刑法第 222 条的规定,虚假广告罪的主体只能是广告主、广告经营者和广告发布者,没有涵盖广告代言人。而现实中,一些犯罪分子为了实现利用虚假广告营利的目的,往往会聘请知名人士或者有一定权威的社会团体为其做广告宣传,比如常见的名人代言。广告代言人一般分为公众代言人和一般代言人。但是对于“公众”一词的认定并没有明确的标准。实践中,公众代言人以文艺、体育明星居多,习惯上称之为“名人代言”,在此为了论述便宜,本文以名人代言进行探讨,但讨论的结果同样适用于一般代言人的代言行为。

在我国现行的法律中只有关于广告代言人承担民事责任和行政责任的相关规定,如《广告法》第 56

条第 2 款、第 3 款规定“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, 其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。前款规定以外的商品或者服务的虚假广告, 造成消费者损害的, 其广告经营者、广告发布者、广告代言人, 明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的, 应当与广告主承担连带责任”, 第 62 条规定“广告代言人有下列情形之一的, 由工商行政管理部门没收违法所得, 并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款”。《食品安全法》将食品领域代言虚假广告的法律性质被明文确定为“连带责任性质的民事责任”, 但是《食品安全法》为特别法, 对于其他领域的虚假广告代言人是否担责以及承担何种责任都缺乏明确的指引。

名人代言的广告涉嫌虚假宣传的事件屡有发生, 社会公众利益也为此受损, 但受害者却没有法律依据要求追究代言人的刑事责任。面对这个问题, 理论上有下列几种观点:

其一, 代言人无责说。该学说观点认为, 代言人只需尽到与广告主之间的代言合同中的拍摄、出演义务, 而代言人与消费者之间没有法律权利义务关系, 其理论依据是商业广告是一种要约邀请, 消费者在购买产品时是与企业主之间建立了买卖合同关系, 而广告的代言人并不是合同的当事人。广告的代言人与广告主之间是一种劳务关系, 即使广告代言人明知广告的内容虚假而进行表演和代言, 根据雇员责任雇主承担的理论, 由此产生的侵权责任也应由广告主而非代言人承担^[3]。该学说还认为, 代言人仅是广告主或者广告经营者欺诈的工具, 生产厂家找名人代言是希望借助名人效应去推广自己的产品, 而名人也希望借此广告进一步提升自己的威望。名人没有能力对广告的真实性进行审查, 这不是其业务范围, 特别是一些很专业的产品, 当厂家提供了相关法律文本以及权威认证后, 名人就没有能力和义务去核实产品的真实性^[4]。名人靠的就是名气, 谁也不会仅为了谋利, 故意代言虚假广告自毁形象, 不能仅仅以“谁获利, 谁担责”的原则让代言人承担法律责任。此外代言无责说还给出了这样的理由: 即便是规定了代言人为虚假广告承担责任, 那么承担责任的主要方式就是行政处罚, 由于消费群体性和大众化的特点, 要求代言人对受害者的损害承担连带的民事责任, 过于苛刻并且难以进行操作。这种观点也有其合理之处, 目前代言人在同广告主签订代言合同时, 广告主也会保证产品符合国家相关部门的质量规定, 若因产品的质量出现问题, 由广告主担责, 因此在实践中, 即使对明星处以行政处罚, 罚款也很可能最终由广告主承担。但是行政处罚对名人虚假代言起不到惩戒作用, 并不代表“代言有责”毫无实际意义, 笔者并不能被代言无责说的观点所说服, 本文第三部分将进行详细的阐述。

其二, 代言人有责说。该学说认为, 即使法律没有对这类主体做出规定, 广告代言人虚假代言也应该承担相应的法律责任。该观点反对“代言无责说”, 认为法理学中的权利义务对等的原则不仅仅是合同法律关系中的基本原则, 更是社会各个方面利益关系妥善协调的原则。代言人与消费者虽然不构成合同买卖关系, 但代言人对消费者承担一种社会道义层面上的责任与义务, 如果代言人获得了利益, 却没有尽到义务和责任, 理应接受法律的评价和约束。

实践中, 支持代言有责说观点的占多数, 进而针对目前的立法现状有如下几种立法建议。其一, 把广告代言人作为虚假广告罪的帮助犯考量, 因此不用修改现行刑法中关于该罪犯罪主体的规定, 运用刑法总则中的共犯理论, 将广告代言人以虚假广告罪的帮助犯定罪处罚, 以此来作为弥补现阶段法律缺失的权宜之计。其二, 代言人应该成为广告法中独立于广告主、广告经营者和广告发布者的三方主体的单列主体, 可在刑法第 222 条的虚假广告罪的主体中加入“广告代言人”这一主体作为第 222 条之二, 即“广告代言人故意虚假代言广告, 或与前款人员串通作虚假广告宣传, 情节严重的, 处拘役, 单处或并处罚金”。其三, 将虚假广告罪的主体中加入“广告代言人”这一主体并列与前三个主体之后。其四, 将虚假广告罪的主体由特殊主体改为一般主体, 直接规定为“自然人、法人或其他组织”。笔者支持代言有责说的观点, 即使是行政处罚没有实质性的让名人受到应有的惩罚, 也不能以此认为名人不应该承担责任, 具体操作上建议采纳第三个观点, 本文第三部分将进行详细的阐述。

4. 虚假广告罪主体范围的立法完善建议

4.1. 完善虚假广告罪主体范围的必要性

在立法层面上, 完善虚假广告罪的主体范围是实现刑法价值转换的必然要求。1997年《刑法》首次将虚假广告罪纳入刑事规制层面, 当时的立法是以1994年《广告法》中的相关规定为立法依托。近二十年以来, 九次刑法修正案的出台以及多次刑事立法改革都没有对虚假广告罪的条文做出修改, 然而《广告法》已在2015年进行全面的修订, 对于虚假广告行为也做出了许多新的规定。在将虚假广告行为入刑的初级阶段, 刑事立法解决的是“从无到有”的问题, 随着社会生活的不断发展, 1997年对虚假广告罪主体的规定已经不能完全调整目前司法实践中所遇到的一些社会矛盾, 因此接下来所要完成的任务是将该罪的规定“从有到优”。我国刑法修改面临着双重使命, 即价值转换与体例调整。价值转换是指刑法内容上的突破, 通过修改使刑法的价值内容能够适应当前社会的实际需要^[5]。将虚假广告罪主体范围通过立法的方式重新界定, 不仅顺应了刑法广泛保障人权的时代需求, 更完成了刑法修改的价值转换使命。

在司法层面上, 完善虚假广告罪的主体范围是实现刑罚威慑力的必然要求。虽有学者指出虚假广告行为并不仅仅是由刑法所惩戒的, 民事责任、行政处罚依然可以罚当其责, 达到相应的制裁目的。但是由于虚假广告罪主体界定的一些问题, 使得实际发生的, 已经达到情节严重、与符合资格的主体造成程度相当的危害时, 却不能追究其刑事责任, 而反以民事、行政责任来替代, 岂不是对犯罪的一种纵容。

“刑罚的威慑力不在于刑罚的严酷性, 而在于其不可避免性”^[6]。当一个人因惧怕刑法的制裁而不敢或放弃实施刑法所禁止的行为, 这就是刑罚所带来的威慑力。试想, 如果由于虚假广告罪的主体在立法上的不合理之处, 使得一部分犯罪分子不能受到有效的追诉, 从而逃避刑罚, 这样不仅降低了刑罚的威慑力, 也无公正性可言。立法是刑罚威慑力得以存在的源头, 因此重构该罪在刑事立法上的规定, 才能使每一个涉及犯罪的行为有案必立、有罪必究。

4.2. 虚假广告罪主体范围具体完善的建议

4.2.1. 明确虚假广告罪主体资格

第一, 两法中对虚假广告行为的主体资格应作不同理解。笔者认为广告法中的主体是限定性、狭义的解释, 而刑法条文中关于虚假广告罪的主体范围应作广义的解释。两部法律中的“广告主、广告经营者、广告发布者”的内涵和外延是不同的。广告法中关于广告主体合法经营资格的限定, 其目的是为了规范广告行业; 刑法条文中的主体应理解为包括所有法人、其他组织、自然人在内, 这样有利于刑法对犯罪行为的追惩。以虚假农药广告为例, 由于缺乏农业技术知识, 农民对农资产品普遍缺乏鉴别力, 不少人被广告和低价的产品诱骗, 农药作为众多产品中的一个, 由于监管不严加之农药投放区域偏僻, 众多因素使得农业广告中的虚假、夸大、断言等现象乱象丛生。但是许多农资广告的广告经营者和广告发布者不具有《广告法》中所要求的合法经营资格, 但是他们所设计、制作和发布的虚假广告宣传强度之大和宣传范围之广, 不仅扰乱了农业发展的稳定, 还对国民的饮食健康带来重大的威胁, 可见其社会危害性之大。因此笔者建议, 将广告法中的主体与刑法虚假广告罪的主体作以区别的理解, 刑法中该罪主体的范围应该大于广告法中的范围, 对此罪的主体要求不应该停留在形式上, 应更关注实质上惩罚犯罪的要求, 任何人都可以构成虚假广告罪的广告主、广告经营者和广告发布者。

第二, 提高虚假广告罪的司法可操作性。根据我国《刑法》第222条以及第231条规定, 虚假广告罪的主体既可以是自然人, 又可以是单位, 并且是特殊主体, 具体而言是指广告主、广告经营者和广告发布者。对于这样的立法规定, 学界上有不同的观点: 一种是“肯定说”, 认为本罪的主体只能是特定的, 即只能是广告主、广告经营者和广告发布者, 其他的不能成为本罪的主体。另一种是“否定说”,

认为本罪的主体名义上是特殊主体, 实际上也是一般主体, 因为任何公民、法人和其他组织随时都可能转化为广告主、广告经营者和广告发布者。也有学者认为应将刑法第 222 条中的特定身份去掉, 本罪的主体为一般主体, 不再规定成“广告主、广告经营者、广告发布者”, 而是使得任何公民、法人和其他组织随时都可以成为虚假广告罪的主体[7]。这种观点的优势在于将凡是参与虚假广告行为的人都网罗到法律的制裁之中, 使得该罪的主体不仅将广告代言人包括在内, 又解决了广告法与刑法中三主体资格不同的问题, 个人发布虚假网络广告的行为也可以定位于虚假广告罪。但笔者认为如此规定不妥, 立法者有意将“广告主、广告经营者、广告发布者”分离, 一定有这样规定的合理之处。根据广告法第 34 条第二款“广告经营者和广告发布者都有依据法律、行政法规查验有关证明文件, 核实广告内容的义务, 对于内容不真实或证明文件不齐备的广告, 广告经营者不得提供设计、制作、代理服务, 广告发布者不得发布广告”可以看出, 将这三者分开规定, 意在发挥三者之间分工合作、互相监督、层层审查的作用。

无论是“肯定说”、“否定说”还是将本罪改为一般主体的说法都不具有科学性, 笔者建议在不违背立法用意的前提下, 于刑法条文中依旧将虚假广告罪的主体分别列出, 在刑法司法解释中对虚假广告罪的主体的范围包括“所有自然人、法人和其他组织, 不要求具备合法经营资格”做出明确的示意, 这样才能根本上解决“个人发布虚假网络广告无法认定为虚假广告罪”这类问题。

4.2.2. 扩大虚假广告罪的主体范围

目前刑法中对虚假广告罪主体的规定尚有欠缺之处。根据肯定说的观点将该罪的主体进行限定, 漏掉了广告代言人这一主体, 使得这部分犯罪分子逃避了刑罚的制裁, 不能真正体现立法者的本意。但是否定说直接否定了立法的价值也是不可取的, 应对该罪的主体进行重新界定。

首先, 笔者支持代言有责说的观点。即使是行政处罚、民事处罚没有实质性的让代言人受到应有的惩罚, 也不能以此认为代言人不应该承担法律责任。如果广告代言人代言虚假广告的行为侵犯的客体是国家对广告的管理秩序以及消费者和其他经营者的合法权益, 并且违背国家规定、利用广告对商品或服务作虚假宣传的行为达到“情节严重”的标准, 代言人应承担刑事责任。代言人代言应尽到最基本的注意义务, 要对广告主的生产资格和产品质量是否合格进行形式审查, 以及对广告内容的真实性、合理性进行审查。如果代言人有证据证明自己尽到了这些义务, 就没有过错, 无需承担法律责任; 反之如果广告代言人未尽审查义务, 且明知自己所代言的广告违反了广告管理法中“内容真实性”的要求, 仍然积极实施代言行为, 作引人误解的虚假宣传, 欺骗用户和消费者以达到谋取非法利益的目的, 则需要承担法律责任。至于如何在立法中体现对“广告代言人”虚假代言行为所产生的危害后果的惩罚, 笔者认为直接将“名人”单列为一个主体, 增加在原三个主体之后并不妥当。如今广告代言人并不仅仅只有自然人, 法人和其他组织虚假代言的现象也大有存在, 况且 2015 年修订的广告法中也明确指出广告代言人包括自然人、法人和其他组织。比如, 全国牙病防治指挥组作为卫生部管辖的一个非法人组织, 其主要的职责是协助卫生部在全国开展牙病防治、研究以及新成果的推广。就这样一个组织竟然在广告中为佳洁士、两面针、冷酸灵等品牌的牙膏、牙刷及木糖醇口香糖上作认证, 十八年间共接受相关企业所谓的“捐助”上千万, 后因违规认证被撤销。因此仅仅将“名人”这一主体单列在法条之中是不妥当的。

再者, 如果将广告代言人作为虚假广告罪的帮助犯处理, 也存在可推敲之处。认定为共犯, 在刑法上就要具备三个要件: 主体要件必须为二人以上; 客观要件要求各共同行为人必须有共同的实施行为; 主观要件上, 各共同行为人必须要有共同的行为故意。这时我们会发现广告代言人与广告主或广告经营者的共同故意是大相径庭的。广告主或广告经营者是明知虚假, 但仍然为销售获利而虚假宣传, 放任虚假广告所带来的危害后果。而代言人一般是借助自己的名望来代言获利, 又借助所代言的产品来提高自己的知名度, 绝非愚蠢到代言人代言就是为了宣传假冒伪劣产品, 提高其销售额。如果个别代言人真的

有如此的目的, 借助其德高望重的声誉去谣言惑众, 那么其所带来的危害并不亚于该产品的广告主, 如果运用共犯理论将代言人定位于帮助犯, 比照主犯从轻、减轻或免除处罚于情理和法理都不妥。

综上所述, 笔者认为应将刑法中虚假广告罪的主体资格与广告法中的广告主体资格作以区别的理解。虚假广告罪中的主体无需具备民事和经济上所要求的“合法经营资格”, 只要是作为“广告主、广告经营者和广告发布者”的自然人、法人或其他组织客观方面上利用广告作虚假宣传, 侵犯的客体是社会主义市场经济条件下商品正当的交易活动和竞争活动以及消费者和其他经营者的合法权益, 就具备了“广告主、广告经营者和广告发布者”的身份, 都可以被认定为虚假广告罪。对于广告代言人的问题, 笔者建议刑法的修订应该秉承着广告法的立法意图, 将“广告代言人”纳入虚假广告罪的主体, 列于原三个主体之后, 在司法解释中明确规定“广告主、广告经营者、广告发布者与广告代言人为符合条件的一切自然人、法人或其他组织, 并不要求其具备合法的经营资格”。通过以上对虚假广告罪主体范围的重新界定, 以期在实践中能够更好地惩治利用广告作虚假宣传的行为。

基金项目

中国法学会部级项目《惩治危害食品药品安全犯罪刑法罪责研究》后续研究成果。

参考文献 (References)

- [1] 丁俊杰, 康瑾. 现代广告通论[M]. 第二版. 北京: 中国传媒大学出版社, 2007: 1-10.
- [2] 中国互联网信息中心. 第 37 次《中国互联网发展状况统计报告》中第六章《网民规模与结构》[EB/OL]. <http://www.askci.com/news/chanye/2016/01/22/114849u8rz.shtml>
- [3] 杨涛. 名人做虚假广告的法律解读[J]. 民主与法制报, 2004, 9(2): 1-4.
- [4] 贾君. 名人涉嫌虚假广告[J]. 中华新闻报, 2005, 6(3): 1-3.
- [5] 陈兴良. 刑法修改的双重使命: 价值转换与体例调整[J]. 中外法学, 1997(1): 55-64.
- [6] [意]贝卡利亚, 著. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008: 62.
- [7] 李希慧, 沈元春. 虚假广告罪若干问题探讨[J]. 河北法学, 2005, 23(2): 1-6.

期刊投稿者将享受如下服务:

1. 投稿前咨询服务 (QQ、微信、邮箱皆可)
2. 为您匹配最合适的期刊
3. 24 小时以内解答您的所有疑问
4. 友好的在线投稿界面
5. 专业的同行评审
6. 知网检索
7. 全网络覆盖式推广您的研究

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱: ojs@hanspub.org