



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2015 年第 9 期 (总第 102 期)



## 新法评述

- 1、《广告法》修订要点简述
- 2、中国保监会发布设立保险私募基金新规



### 1、《广告法》修订要点简述(作者：何军、唐琦惠)

2015年4月24日，中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议表决通过了经修订的《中华人民共和国广告法》(以下简称“新《广告法》”)，新《广告法》已于2015年9月1日起正式施行。新《广告法》是在我国广告行业发生了巨大发展的背景下修订的，其将进一步规范广告经营活动，为广告经营活动提供更加清晰的法律规则。

#### 1) 新《广告法》修订概述

新《广告法》的修改幅度较大：新《广告法》总共75条，与旧法相比新增了33条、删除了3条、修改了37条。本次修改主要涉及以下几个方面：

- (1) 细化广告内容准则。在旧法中规范了7大类商品和服务(药品、医疗器械、农药、烟草、食品、酒类、化妆品)广告的基础上，新增了关于以下商品和服务广告的具体规定：麻醉药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，戒毒治疗的药品，治疗方法，保健食品，兽药，饲料、饲料添加剂，农作物种子等和种养殖类广告，有关婴儿乳制品、饮料和相关食品，教育、培训广告，招商等有投资回报预期的商品或服务，房地产广告。与消费者的生产生活密切相关的、消费者关注的热点行业都在新《广告法》有所体现。
- (2) 明确虚假广告的定义和典型。不仅广告内容虚假属于虚假广告，内容引人误解也将被认定为虚假广告。
- (3) 严控烟草广告发布。禁止在大众传播媒介或者公共场所、公共交通工具、户外发布烟草广告，同时明确禁止利用其他商品广告变相发布烟草广告。
- (4) 新增保护未成年人的相关规定。禁止在中小学校、幼儿园内开展广告活动以及利用教材、文具等相关产品发布或变相发布广告；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；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劝诱其要求家长购买广告商品或者服务或可能引发其模仿不安全行为的内容。
- (5) 新增关于电子广告的规定。新《广告法》对以电子信息方式发送的广告和以互联网广告进行了原则性规定，对以短信、电子邮件、网页弹窗等形式发布的广告进行了一定限制。2015年7月1日，国家工商总局发布了《互联网广告监督管理暂行办法(征求意见稿)》，待此管理办法正式生效，互联网广告领域将有专门规定。
- (6) 强化大众传播媒介广告发布行为的监管力度。广播、电视、报刊等大众传播媒介是广告发布的主要渠道，新广告法对其广告发布活动进一步加强管理，如广播电台、电视

台发布广告应当遵守有关时长、方式的规定，并应对广告时长做出明显提示；大众传播媒介不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布医药、保健食品广告等。

- (7) 新增公益广告内容，扩大了广告法的调整范围。
- (8) 明确工商行政管理部门对广告监督管理的职责。新增了工商行政管理部门享有的职权，如现场检查权、询问权、要求限期提供证明文件权、查阅、复制权，并且应向社会公开受理投诉、举报电话、信箱或电子邮件，在收到投诉之日起七个工作日内予以处理；另外，明确了工商行政管理部门及其工作人员对在广告监督管理活动中知悉的商业秘密负有保密义务。
- (9) 强化法律责任。新《广告法》对发布虚假广告、利用广告推销禁止生产销售的商品、服务等行为，设定了较重的法律责任；增加了行政处罚种类，如对情节严重的广告违法行为增加吊销营业执照、吊销广告发布登记证件的处罚；规定有关违法行为信息要记入信用档案并进行公示。
- (10) 新增广告代言人的义务和责任。新《广告法》明确了广告代言人的定义、义务和责任。广告代言人制度是本次广告法修订行业关注的热点问题，下文将单独介绍。

## 2) 广告代言人

### (1) 定义

新《广告法》对广告代言人进行了定义：广告代言人是指广告主以外的，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。

上述定义可以分解为三个要素：

- i. 凭借自身的名义或形象，即利用代言人本身的身份、地位等特殊人格所产生的影响力进行推荐。如果仅在广告中出现、进行表演并且在相关公众中没有知名度或影响力，则不能认定为广告代言人。
- ii. 对商品或服务进行推荐、证明的行为。此等行为可以是明示的，如在广告中展示、说明商品、服务的优势；也可以是默示的，如明星在公众活动中使用某品牌的手机。
- iii. 是广告主以外的自然人、法人或其他组织。不仅包括自然人，也包括法人、其他组织。
- iv. 请注意新《广告法》并未规定推荐商品、服务行为的时间长短，若满足以上条件，即使此广告只播出一次，也可能被认定为广告代言人。

### (2) 广告代言人的资格

新《广告法》第 38 条规定了担任广告代言人应满足的三个条件：

- i. 广告代言人不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明，未满足此条件广告代言人将会被没收违法所得，并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款。此项要求限制了面向特定消费者的产品、服务的广告代言人范围，典型例子即男明星

不得代言女性用品。

- ii. 未满十周岁的未成年人不得作为广告代言人。根据《中华人民共和国民法通则》的规定，不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，没有能力对商品或服务做出推荐、证明。但此等规定并不是禁止未满十周岁的未成年人做广告，如果未成年人仅仅在广告活动中进行表演并非凭借“自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明”因而不被认为构成广告代言人，此时是允许的。一般来说，在相关公众中没有知名度或影响力的小朋友没有特殊的身份或地位，在广告中进行表演并不构成广告代言人。未满十周岁的小明星参与广告活动也并非一定被认定为广告代言人，国家工商总局广告监督管理司司长张国华先生在对新《广告法》的公开解读中说明：如果小明星在广告活动中进行表演“没有体现出未成年人的身份特征”也不构成广告代言人，但小明星在儿童节目中的穿戴行为（展示品牌名称）则构成广告代言行为，应当禁止。

如何认定“以自己的名义或者形象”，如何认定是否“明星”，此等标准在实践操作中存在模糊地带，主管部门目前尚未对此发布官方正式解释，建议广告主在选用小明星进行广告活动时慎重处理。

- iii. 对在虚假广告中作推荐、证明而受到行政处罚未满三年的自然人、法人或者其他组织，不得作为广告代言人。此处规范的对象并不限于虚假广告中的广告代言人，只要在虚假广告中作出推荐和证明的主体，三年内均不得担任广告代言人。

### **(3) 不得使用广告代言人的情形**

新《广告法》中明确规定了医疗、药品、医疗器械和保健食品不得使用广告代言人。需注意，因为广告代言人包括法人、其他组织，因此利用学术机构、行业协会等组织的名义推荐医疗、药品、医疗器械和保健食品也是被禁止的。

### **(4) 广告代言人相关法律责任**

- i. 广告代言人在虚假广告中的连带责任

分为两种情况：一是关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告并造成消费者损害的，不论广告代言人主观上是否明知或应知虚假情况都应当与广告主承担连带责任；二是不属于关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告并造成了消费者损害的，如果广告代言人明知或者应知广告虚假仍推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任，并将被没收违法所得并被处以罚款。在虚假广告中作出推荐、证明的，三年内不能再担任广告代言人。

- ii. 违法使用广告代言人的责任

在医疗、药品、医疗器械、保健食品广告中使用广告代言人的，利用不满十周岁的未成年人作为广告代言人的，利用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、法人或者其他组织作为广告代言人的，工商行政管理部门可以责令停止发布广告，责令广告主在相应范围内消除影响并处罚款；情节严重的，可以吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。

为医疗、药品、医疗器械、保健食品作推荐、证明的，为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明的，广告代言人本人将被没收违法所得并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款。

## 2、中国保监会发布设立保险私募基金新规(作者：张平、冉璐、徐祺昆)

2015年9月11日，为进一步规范保险私募基金设立等行为，保监会发布《关于设立保险私募基金有关事项的通知》(下称“《通知》”)。《通知》对保险私募基金的类别、投向、发起人和管理人资质、基金设立条件及相关制度进行了具体规范，主要包括：

### 1) 明确保险私募基金类别

《通知》规定，保险资金设立私募基金的类别范围包括成长基金、并购基金、新兴战略产业基金、夹层基金、不动产基金、创业投资基金和以上述基金为主要投资对象的母基金。

### 2) 限定保险私募基金投向

《通知》要求，保险资金设立私募基金，投资方向应当是国家重点支持的行业和领域，包括但不限于重大基础设施、棚户区改造、新型城镇化建设等民生工程和国家重大工程；科技型企业、小微企业、战略性新兴产业等国家重点支持企业或产业；养老服务、健康医疗服务、保安服务、互联网金融服务等符合保险产业链延伸方向的产业或业态。

### 3) 规范保险私募基金治理结构

《通知》规定，保险资金设立私募基金，应当事先确定发起人和基金管理人。发起人应当由保险资产管理机构的下属机构担任。基金管理人由发起人确定，基金管理人可以由发起人担任，也可以由发起人指定保险资产管理机构或保险资产管理机构的其他下属机构担任。基金管理人由保险资产管理机构担任的，应当具备相应的投资管理能力和实际投资的项目不少于3个；基金管理人由保险资产管理机构下属机构担任的，保险资产管理机构及其关联的保险机构在下属机构的股权占比合计应当高于30%，且核心决策人员不少于3名并具有8年以上相关经验，以及团队成员已完成退出项目合计不少于3个。

### 4) 规定保险私募基金注册制度

根据《通知》，险资设立私募基金实行注册制度，由保险资产管理机构或者基金发起人向中国保监会或者其指定机构申请办理相关手续。

## 5) 规定保险私募基金其他制度

《通知》还规定了险资设立基金的一些其他制度，包括：

- (1) 建立相关负面清单制度和保险机构和保险基金发起人之间的隔离制度，避免风险传导；
- (2) 建立托管机制，保障基金资产安全独立；
- (3) 建立关联交易规则，规定投资业务涉及关联交易的，由决策机构中非关联方表决权 2/3 以上通过，且投资顾问委员会无异议，投资规模不得超过基金募集规模的 50%；
- (4) 建立报告制度：基金管理人应当于基金募集完成后的 5 个工作日、每季度结束后 20 个工作日和每年 4 月 30 日前，向中国保监会指定的信息登记平台提交募集情况报告、季度报告、年度报告及其他相关信息。

## 6) 明确保险私募基金市场化运作机制

《通知》要求基金管理人具有独立的、市场化的管理运作机制，建立股权激励、收益分成、跟进投资等关键机制，并规定发起人及其关联的保险机构出资或认缴金额不低于拟募集规模的 30%。

《通知》的发布，为以保险资金发起设立并管理私募基金提供了明确的法律依据，有利于拓展保险资金高效对接实体经济的方式和路径，也为私募基金领域增添了新的基金模式。

## ■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国广东省深圳市福田区中心四路1-1号嘉里建设广场第三座21层03室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)

#### 香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏悃道10号和记大厦20楼2001-02室

#### 陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: [dafei.chen@hankunlaw.com](mailto:dafei.chen@hankunlaw.com)