

浅论网络广告法律问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B5_85_E8_AE_BA_E7_BD_91_E7_c122_484808.htm 随着电子商务的发展，网络广告发展速度惊人。1997年7月我国第一个网络广告出现在搜狐的主页上；1年后，中国的网络广告营业额就达到4800万元人民币。近几年来，我国网络广告年经营额以超过200%的速度增长。据统计，互联网上的300个主要网站的99年第一季度的广告收入已经达到3.6亿美元，比去年同期增加了80%。互联网是“开放性”的世界，任何人都可以在上面获取无限的资料、信息。由于立法的滞后性，“网上无法律”一度成为网民的口号，网络虚假广告、隐性广告严重扰乱广告市场。因此，对网络广告进行规范，日显紧迫。网络广告，是指在互联网的站点上发布的以数字代码为载体的各种经营性广告。其基本特征为：一、先进性；网络广告是利用当今先进的数字代码技术制作和表示，可以将文字、声音和画面完整地结合在一起，供用户主动检索、重复观看，便于保存。二、互动性；不同于传统媒体信息单向传播，是信息的互动传播，通过链接，广告主和广告经营者都无法预知广告会被多少个站点拷贝，这是传统广告所无法比拟的。三、跨地域性；网络广告传播范围广，速度快，可以在短短几秒钟时间内，将信息传播至全世界的网民。目前，我国还没有针对网络广告管理的全国性法律或行政法规，少数省份如北京、浙江等工商管理部门已制定了适用于本地区网络广告管理办法，但绝大多数地区仍只能沿用1995年实施的《广告法》，但面对网络广告带来的一系列新鲜问题，《广告

法》已显得力不从心。网络广告带来的难以解决的问题主要集中在以下几个方面：一、网络广告主体身份重叠带来的法律问题 根据《广告法》的规定，广告主是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人。广告经营者主要是指广告公司，广告发布者是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。这三者的分工形成了广告市场的制约格局，尤其在广告经营者与广告发布者之间的“分割”有利于保证广告的真实性，从而实现在市场行为中杜绝虚假广告的目的。《广告法》还特别规定，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。这样设置是为了杜绝虚假广告行为，让媒体广告制作与发布相分离，从而达到两者之间相互制约的目的。而在互联网上，网站既是广告经营者又是广告发布者，网络广告行为主体身份存在重叠。例如：在宣传自己网站所发布的广告中，网站的身份就是集三者身份于一体，主体问题导致现行《广告法》无法对网络广告行为进行有效的监督、管理，理由如下：1、事前防御机制破坏，《广告法》为消费者设计了多把“防护锁”，首先是广告经营者对广告进行审查，然后是广告发布者进行审查，最后，对于特殊商品如药品、医疗器械等还必须由有关行政主管部门审查，这三个环节是紧密相联的，防范了虚假广告的产生途径。而网络广告主体有可能是经营、审查、发布，集三者于一身，网络广告主体重叠令原广告法的监督机制丧失殆尽；2、事后救济难以实现，根据《广告法》第38条规定，消费者可以向发布虚假广告的广告主和主观存在过错的

广告经营者、发布者追求赔偿责任，在最大限度上弥补消费者损失。然而网络广告使得三方分担责任机制失灵，消费者只能向广告主追偿。失去传统广告的制约机制，就无法在广告市场中遏止虚假广告行为，结果导致网上虚假广告泛滥成灾。《广告法》对广告主、广告经营者、广告发布者的定义及其规制方式显然不能适应网络广告发展的现状，关于广告活动各方权利义务关系的规范，也就不能适用于网络广告。

二、网络隐性广告法律问题 所谓隐性广告，是指采用公认的广告方式以外的手段，使广告受众产生误解的广告。《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。《广告法》第13条规定：广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解。《广告法》明确规定广告应当具备可识别性，能够使消费者辨明其为广告，大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告，通过大众传播媒介发布广告应当有广告标记，不得使消费者产生误解。”网络广告作为广告的一种形式，同样应符合这些规定，然而网络广告中采取隐蔽形式发布广告以规避法律和欺骗消费者的现象非常普遍，主要有以下几种形式：1) BBS中的隐性广告：在BBS论坛上开辟讨论某种产品的专栏，发起者多为一些商家或受商家所托，借讨论产品的性能，质量或技术问题为名，实际上是宣传商家产品，具有广告的性质，而且以较小的成本起到宣传和扩大影响的目的。2) 关键词搜索中的隐性广

告：关键词搜索中的隐蔽广告。正如在论述不正当竞争问题时所述，利用关键词技术将包含关键字（词）的源代码置入网站整个程序中，关键字（词）一般为企业知名产品名称，企业名称或驰名商标等。当用搜索引擎以该关键词搜索时，网站与该驰名商标，产品等一同出现。这种广告以更加隐蔽的形式发布，更难查明和处置。

3) 网络新闻等形式发布的隐性广告：打《广告法》擦边球，混淆新闻信息与广告信息的界限，打着新闻的幌子发布广告，以新闻之名行广告之实，目前尚没有切实可行的规范措施。

4) 难以拒绝的电子邮件广告：许多人都深受电子邮件广告的骚扰。只要你的电子信箱地址被广告发布者知晓，你就无法拒绝。电子邮件广告以Mailinglist的形式，在理论上可以轻而易举地从一到无限大，个体可以向无数的信箱发布广告邮件。这种不期而至的广告比上门的推销员更难忍受。传统意义上的广告总是以固定的形式、时间或版面发布，广告管理机构以及消费者容易识别。然而，由于互联网络的一些新技术和新特点，在其上面出现了很多与传统广告形式不同但同样也具有介绍或推销商品和服务功能的“广告”，即“隐性广告”，这些难以识别、与以往截然不同的广告是否属于广告法调整的范畴难以界定。

三、违法网络广告法律问题 “在互联网上。没有人知道你是一条狗”。《广告法》第26条第2款：“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”。其中没有对ISP从事广告业务，办理登记的规定。由于ISP的法律地位不明确，从而在实践中，造成工商行政机关无法对ISP发布广告进行有效监督，更何谈还有无数个人网络广告发布者。从现实情

况出发，由于网络广告本身数量庞大，网络广告很难通过登记方式来规范网络广告发布行为，以及约束网络广告发布者。使广告监管部门按照《广告法》对网络广告进行逐一审查已不现实。而且，ISP网络服务运营公司内部一般没有专门的机构负责广告的承接、设计和发布，没有相应的广告管理制度，网络服务运营商也不能严格审查广告信息发布者的真实身份以及广告宣传产品的真实性。因此，对网络广告的管理基本处于无序状态，损害消费者合法权益的违法广告更难以识别。目前有哪些违法网络广告呢？从现状看，违法网络广告主要有以下几种表现形式：（1）诱饵广告。即经营者对实际上不能进行交易的商品作出广告，或者对商品的数量、日期有显著限制而在广告中不予明示，以此引诱顾客前来购买，并鼓动其购买广告商品之外的商品。据报道，美国为了对付此类网上欺诈活动，其联邦贸易委员会还专门设立了一个网站，将欺诈性网站链接、输入到其数据库中。（2）虚假广告。虚假网络广告，是指网络广告发布者以谋取非法利益为目的，以欺骗的方式进行的使广告受众产生错误认识的网络广告宣传。即广告主利用虚假的事实进行广告，以骗取消费者对其产品或服务的信任，从而成为购买其商品或服务的潜在客户。例如国内某网站曾登出了著名演员巩俐向希望小学捐赠某口服液的广告，即为子虚乌有的虚假广告。（3）滥用名人肖像的广告。名人的广告效应是显著的，而一些网站（尤其是中小型网站）一方面希望扩大自己的影响，以产生丰厚的经济效益，但另一方面又不愿或无力提供足够的资金，于是常常不经名人的同意，擅自对其肖像进行加工处理，制作成网页或Flash图片，以扩大自身的对外宣传。（4

) 违反行业规定的广告。不同行业对各自的广告要求也不同，例如药品和烟草的广告就有其特殊要求，如果网络经营者未能根据法律对特定行业的特殊规定进行广告活动，则很可能构成违法广告。

四、网络广告的管理制度

在我国，网络广告仍处于发展的起步阶段。在中国520亿广告金额中，网络广告只占其中的1600万,然而其发展却有着巨大的潜力，完全可能成为广告业界的“大户”。由于立法的滞后性，“网上无法律”一度成为网民的口号，网络虚假广告、隐性广告严重扰乱广告市场，造成巨大社会经济损失，应当及早治理。由于网络的开放式互动结构，导致网络广告主体不确定，广告行为的真实性不确定。因此，网络广告违法行为无法受到法律制约，现行《广告法》已不能有效遏止网络广告侵权行为的发生，不能对网络广告进行有效治理。那么应当如何对网络广告进行管理呢？笔者提出意见如下，谨供参考：

- 1、建立政府监督机制。完善或制订有关网络广告法规，加快制定规范网络广告行为的实施细则。没有规矩不成方圆。政府可以通过完善已有的《广告法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》，加强对网络广告规范。也可以参照世界各国以及结合中国实际情况，制定网络广告方面的管理规定，在规章的制定与完善的过程中，充分考虑到网络的虚拟性、超地域性的特点，注意立法的技术性和可操作性，使网络广告行为有法可依。对网络广告的经营者、发布者、广告的内容、发布的形式进行监管，建立完善的网络广告监管机制。
- 2、建立行业监督机制。提倡行业自律，制订行业规范。网络广告主和经营者在网络广告经营活动过程中，应当树立自律的观念。自律要求他不能仅仅考虑自身的利益，而且还

要照顾消费者的利益，尊重消费者的人格和消费者依法享有的各项权利，并以此来约束自己的行为，真实地履行自己的义务。

3、建立群众监督机制。政府部门可以通过各种途径向消费者提供识别虚假广告、网络陷阱的这类信息，以提高其自我保护能力，培养消费者自我保护意识。建立消费者网络投诉、举报中心，规范网络广告行为。

4、建立国际联动监督机制。加强国际合作，共同规范网络广告市场。网络无国界，鉴于网络广告的特殊性，在法律适用上会出现国际冲突，这就需要各国对共同的、基本问题达成共识，通过签订双边协议、多边协议、国际公约等国际合作的方式来解决网络广告的规范、管理问题。

参考资料：[1] 孔祥俊：《电子商务对消费者权益保护的挑战与对策》，中国普法网“普法专题”。[2] 周丹慧、万云莲：《网络广告的有关法律问题》，载中国人民大学《复印报刊资料》（经济法学、劳动法学）2001年第7期。[3] 吴弘等：《计算机信息网络法律问题研究》，立信会计出版社2001年版，第143页。[4] <http://www.fraud.org> [5] 刘德良：《论网络服务者在侵权法中的地位与责任》，载《法商研究》2001年第5期。（作者：文蔚冰，北京中凯律师事务所）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com