

冲击与应对：互联网时代的广告法

姚志伟 王媛媛

摘要：《中华人民共和国广告法》修订的重要目标之一是应对网络广告兴起给广告法带来的冲击，这些冲击主要包括：网络广告的海量性给广告审查带来的冲击；网络广告经营、发布的低门槛给广告登记制度带来的冲击；以及一些网络广告形式对用户正常使用网络造成侵扰等。修订后的广告法对上述冲击做出了一些应对，例如将自然人纳入广告发布者主体，弥补了法律与现实之间的巨大鸿沟；将广告经营者、广告发布者对内容的义务由“核实”变为“核对”，在一定程度上减轻了网络广告经营者、发布者的负担；规制网络广告发送、发布的形式，防止侵扰用户，保障了用户的权益。

关键词：新《广告法》；网络广告；广告发布

作者简介：姚志伟，男，副教授，法学博士。（广东金融学院 法律系，广东 广州，510521）

王媛媛，女，硕士研究生。（暨南大学 法学院，广东 广州，510632）

中图分类号：D922.8 **文献标识码：**A **文章编号：**1008-6552 (2017) 02-0111-06

我国首部广告法于1995年生效，历经20载后，进行了首次修订。2015年9月1日，修订后的广告法正式施行。此次广告法的修订很大程度上是为了应对广告进入互联网时代后，广告法面临的冲击。国家工商总局在《关于〈中华人民共和国广告法〉（修订草案）的说明》中，对广告法修订的必要性进行了阐述：“近年来，随着我国广告业迅速发展和互联网广泛应用，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”。^[1] 本文将对原广告法在互联网时代面临的冲击^①和新广告法对这些冲击的应对进行研讨。

一、互联网时代原广告法面临的主要冲击

（一）网络广告的海量性给广告审查带来的冲击

在互联网时代，网络广告与传统广告相比，首先在广告量上存在巨大的差别。在传统广告时代，一个广告主体所面临的广告量是有限的；而在网络广告环境下，网络广告主体则面临着海量的广告。以全世界最大的网络广告平台谷歌为例，其在2010年5月到2010年10月之间，发布的移动广告就达到1000亿条之巨。^[2] 而中国的某搜索引擎服务商，每日收到其广告主向其系统投放的推广物料达到4500万次，物料存量累计达到30.4亿次，每小时有近25%的广告主更新物料。^[3]

网络广告的海量性给广告法中的广告审查制度带来了巨大的冲击。原广告法为广告经营者、广告发布者设定了严格的审查义务，^② 要求其在广告发布前查验广告证明文件及核实广告内容。在传统广告时代，由于有限的广告量，广告审查所带来的成本^③尚可接受。但是进入互联网时代，面对着数以亿计的广告，如果还是采用传统的人工事前审查模式，几乎没有哪个网络广告主体能够承受。

基金项目：本文系2014年广东省普通高校创新强校特色创新类项目“网络广告市场知识产权问题研究”的研究成果。

^① 为表述方便，本文中修订案生效前的《中华人民共和国广告法》（以2015年9月1日为界限）称为“原广告法”，将修订后的《中华人民共和国广告法》称为“新广告法”。

^② 下文将详述相关条文，此处略。

^③ 包括人力、物力和时间等。

（二）网络广告发布门槛降低带来的冲击

在传统的广告模式中，广告主通常是有推销需求的客户，广告经营者是广告公司，广告发布者媒体；而在网络时代，广告经营和广告发布的门槛都大大降低。从广告制作、设计的角度来说，很多网络广告形式，例如社交媒体中的广告，不再需要专门的设计和制作，简洁的文字加图片即可构成一则广告，一般的广告主自身完全可以完成。在发布广告方面，网络时代是所谓的自媒体时代，可供展示广告的媒介大大增加，发布广告的门槛降到极低。这一方面导致广告主深度介入广告发布，例如广告主自己在社交媒体上运营推广账号，进行广告营销。这种情况下广告主又兼具了广告经营者、广告发布者的角色，三者合一的方式使得传统的主体三分法失去了意义。另一方面，进入网络时代后，广告发布的格局发生了重大变化，广告发布的门槛大大降低。自媒体时代的兴起，使得自然人成为重要的广告发布主体。借助各种网络技术和网络平台，例如论坛、微博、微信、博客、个人网站等，自然人可以非常便捷地发布广告，并从中获取利益，职业化的自然人广告发布者也开始成为网络广告市场的重要参与者。^① 自然人成为重要广告发布主体，同样给原广告法造成重要冲击。因为原广告法中的广告发布者只限定了法人和其他经济组织，^② 法律和现实出现了严重的脱节，同时也出现了巨大的监管真空。

（三）网络广告经营、发布的低门槛给广告登记制度带来的冲击

原广告法对广告的经营、发布实行准入制度，采用登记的方式实行准入控制。这个登记程序主要有两种：对于兼营广告业务的事业单位，主要是媒体，发给《广告经营许可证》；对于其他经营广告^③业务的单位和个人，发放工商营业执照，把广告经营列入经营范围。^④ 这种登记准入制度，在广告经营者和广告发布者数量相对不多的情况下还具有可实现性，但在网络时代则受到重大冲击。

正如前文所言，网络广告经营、发布门槛极低，这使得网络广告经营、发布的主体数量极多，这无疑给广告登记带来巨大的困难。更为严重的是，网络时代，个人可以通过微博、微信、BBS论坛等网络平台很轻松地发布广告，要让这些个人都必须在发布广告前进行登记，显然是一件几乎无法完成的任务，执法机关也根本不可能有足够的资源去监督这些个人遵守登记程序。

以上三点就是网络广告给原广告法带来的主要冲击，^⑤ 对此，广告法的修订做了哪些应对呢？

二、新广告法对网络广告冲击的应对

应对网络广告发展给广告法带来的冲击，正是此次广告法修订的重要目标之一。修订后的广告法

① 对于自媒体广告现状的介绍，可参见林波、曾志森、曾学明：《“自媒体”广告监管的初步思考》，载自《中国工商管理研究》2013年第9期。

② 原广告法第2条第四款规定：本法所称广告发布者，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。

③ 这里的经营广告包括广告法上的广告经营和广告发布。

④ 《广告管理条例》第6条规定：经营广告业务的单位和个体工商户（以下简称广告经营者），应当按照本条例和有关法规的规定，向工商行政管理机关申请，分别情况办理审批登记手续：（1）专营广告业务的企业，发给《企业法人营业执照》；（2）兼营广告业务的事业单位，发给《广告经营许可证》；（3）具备经营广告业务能力的个体工商户，发给《营业执照》；（4）兼营广告业务的企业，应当办理经营范围变更登记。

⑤ 除此以外，冲击还有：一些网络广告形式给用户造成侵扰，例如垃圾邮件广告、不能关闭的弹出广告，干扰用户正常使用网络，侵犯用户权益。上网的用户对于这个现象会有比较明显的感知，问题并不复杂，本文没有展开论述。同时，有学者认为网络广告的无国界性会带来法律适用方面的冲击，因为任何网络广告都可以在互联网上传输到全球任何一个网络用户，而各国广告法又各不相同，在一国内合法的广告在另一个国家可能是非法的，这无疑会带来法律适用的冲突，相关讨论可参见陈志刚：《网络广告侵权行为的法律问题析》，中国政法大学2011年硕士论文；陈煜、彭俊瑜：《探究网络广告之法律规制》，载自《网络法律评论》2008年第1期。新的网络广告主体如广告需求方平台（DSP）、媒介方平台（SSP）、广告信息交换平台（AD Exchange）等出现带来的冲击，新广告法为应对这一冲击，在第45条为这些新的网络广告主体进行了法律界定“互联网信息服务提供者”，并为其设定了不同于广告经营者、发布者的义务。

也确实应对了这些冲击，主要包括：将自然人纳入广告发布者范畴；把广告经营者、广告发布者对内容义务由“核实”变为“核对”；规制网络广告发送、发布的形式，防止侵扰用户。^①

（一）自然人纳入广告发布者范畴

正如前文所言，网络广告发布的门槛极低，个人成为重要的广告发布主体，而原广告法中的广告发布者只限定了法人和其他经济组织，法律和现实出现了严重的脱节，暴露出巨大的监管真空。为应对这一冲击，此次广告法修订将自然人纳入广告发布者范畴，新广告法第二条第四款规定：“本法所称广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织。”对这一条的修改，全国人大常委会法制工作委员会经济法室（以下简称：人大法工委经济法室）在《中华人民共和国广告法解读》中是这样解释的：“1994年的广告法规定，广告发布者只能是法人或者其他立法组织。随着互联网信息技术等的发展，一些自媒体也成为广告发布渠道，自然人也可以成为广告发布者，因而此次修改将广告发布者的范围扩大到了自然人。”^{[1](6)}可见，将自然人纳入广告发布者的概念，其目的正是应对网络时代自然人发布广告给原广告法带来的冲击。

新广告法将自然人纳入广告发布者的概念后，使得广告发布者的概念适应了网络时代广告发展的趋势，填补了之前的监管真空。但接下来的问题是，作为自然人的广告发布者，是否应受到与法人和其他经济组织同样的监管？对于这一点，我们可以看原广告法和新广告法关于广告登记的规定。原广告法第26条规定：“从事广告经营的，应当具有必要的专业技术人员、制作设备，并依法办理公司或者广告经营登记，方可从事广告活动。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。”新广告法将这一条修改如下：“广播电台、电视台、报刊出版单位从事广告发布业务的，应当设有专门从事广告业务的机构，配备必要的人员，具有与发布广告相适应的场所、设备，并向县级以上地方工商行政管理部门办理广告发布登记。”对这个修改，人大法工委经济法室的解读是：“按照这一修改，对于广播电台、电视台、报刊出版单位以外的从事广告经营活动的自然人、法人或者其他经济组织，无论是广告经营者还是广告发布者，都不再进行专门的广告经营登记。”^{[1](6)}

不再需要进行专门的广告经营登记，按照笔者的理解，也就是放开了广告的经营、发布准入门槛，不再对广播电台、电视台、报刊出版单位外的广告经营者、广告发布者做特殊资质要求，这无疑顺应了网络广告发展的潮流，^②是一个巨大的进步。按照这一条，自然人无需去办理专门的广告发布登记手续，那么自然人是否还需要办理工商登记手续呢？按照原广告法配套规则的监管要求，自然人从事广告经营都必须进行工商登记。^③从现实情况来看，要求海量的网络广告发布自然人进行登记，是十分困

① 除此以外，新广告法中（第五章法律责任部分除外），与网络广告相关的条款尚有第44条第一款：“利用互联网从事广告，适用本法的各项规定。”该款主要是一个宣示性的规定，对于哪些互联网的传播形式属于广告，从而受到广告法的规制，已在《互联网广告管理暂行办法》中明确，本文暂不讨论。另外，相关条款还有第19条：“广播电台、电视台、报刊音像出版单位、互联网信息服务提供者不得以介绍健康、养生知识等形式变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品广告。”第36条：“广告发布者向广告主、广告经营者提供的覆盖率、收视率、点击率、发行量等资料应当真实。”第40条：“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。”此外，还有第45条：“公共场所的管理者或者电信业务经营者、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。”

② 在海量的网络广告发布者面前，传统的具有一定门槛的广告经营（发布）登记制度很难再实行。不对网络广告规定专门的登记程序，取消准入门槛的规定，在广告法的修订过程中也不是一蹴而就的，这从历次征求意见稿的变化可以看出。国务院法制办征求意见稿对该条表述为：“广播电台、电视台、报刊出版单位、互联网站从事广告发布业务的，应当依法办理广告发布登记。”也就是说互联网站要与电台、电视台、报刊一样办理广告登记。准入门槛取消是在全国人大一审后公布的征求意见稿中，“互联网站”的表述被删除了，从而取消了准入门槛。一审修改后，二审和二审中没有再发生变化。

③ 参见《广告管理条例》第6条第三项的规定。

难的,也必将极大地提高自然人进入网络广告发布的门槛。可资参考的是,在网络商品销售领域,法律并没有强制要求作为自然人的网络商品交易者进行工商登记,而是以第三方交易平台的实名认证来替代。^①如果借鉴网络交易领域的做法,不强制要求自然人做工商登记,那也需要考虑采取怎样的替代性措施,这有待于进一步探讨。

(二) 广告经营者、发布者审查义务的变化

原广告法第二十七条规定:“广告经营者、广告发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件,核实广告内容。对内容不实或者证明文件不全的广告,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。”新广告法对这一条做了重要修改,改为:“广告经营者、广告发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件,核对广告内容。对内容不符或者证明文件不全的广告,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。”

与原广告法相比,新广告法在广告经营者、发布者审查义务上有一个重要的变化:第一,对广告内容的审查由“核实”改为“核对”;第二,不得发布的广告由“内容不实”改为“内容不符”。两字之变,明确了广告经营者、发布者对于广告内容的审查义务为形式审查义务。对这个形式审查义务,我们做两点讨论:

其一,形式审核义务意味着广告内容的真实性应由广告主来负责。与原广告法相比,新广告法明确了由广告主对广告内容的真实性负责,其中第4条第二款规定:“广告主应当对广告内容的真实性负责”。

新增广告主对广告内容真实性负责的条款,是与广告经营者、发布者对广告内容审核义务的变化相适应的,即广告主是广告内容真实性的负责人,广告经营者、发布者仅承担“核对”的形式审查义务。这样规定的合理性在于,只有广告主才真正了解其产品或服务与广告宣传的对应性(即广告的真实性),^②作为第三方的广告经营者、发布者实际上很难去核实广告的真实性。这个核实的义务,在广告已经海量化的网络广告时代,更是难以实现。所以,由“核实”改为“核对”,既符合行业自身规律,也顺应了网络广告行业发展的趋势。

其二,形式审查义务的关键词在于“核对”,这个“核对”应作何理解?笔者认为,新广告法中的“核对”对应的是“不符”,正如原广告法中的“核实”对应的是“不实”。这里的“符”是指广告内容与广告主所提供证明文件的相符性,即一致性。“核对”义务是指广告经营者、广告发布者应审核广告内容与广告主所提供的证明文件是否相符。例如广告主在广告内容中声称其产品有国家发明专利并提供了专利证书,广告经营者、发布者应审查这个专利证书与其广告声称内容的一致性,包括专利号、专利类型的对应性等。

除了审核广告内容与广告主提供文件的一致性外,广告经营者、发布者不再审查广告内容本身的真实性。广告内容的真实性,按照新广告法第四条第二款,是由广告主负责的。

(三) 规制网络广告发送、发布的形式,防止侵扰用户

在网络广告时代,一些恶劣的网络广告形式,如频繁的垃圾广告邮件和无法关闭的弹窗广告,都对网络用户造成了侵扰,侵害了用户的权益。对此问题,新广告法也有所应对。

^① 《网络交易管理办法》第7条规定:“从事网络商品交易及有关服务的经营者,应当依法办理工商登记。从事网络商品交易的自然人,应当通过第三方交易平台开展经营活动,并向第三方交易平台提交其姓名、地址、有效身份证明、有效联系方式等真实身份信息。具备登记注册条件的,依法办理工商登记。”

^② 全国人大法工委经济法室在对第4条的解读中指出“广告主是一切广告活动的最初发起者,应由其保证广告内容的真实性。”参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编著的《中华人民共和国广告法解读》,北京:中国法制出版社,2015年版第10页。

新广告法第43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。以电子信息方式发送广告的，应当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。”第44条第二款规定：“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。”

先看第43条，该条第一款设定了向住宅、交通工具等及以电子信息方式发送广告的前提：需经当事人的同意或请求。第二款则规定了以电子信息方式发送广告还必须履行两个义务：其一，明示发送者的真实身份和联系方式；其二，向接收者提供拒绝接收的方式。

从立法沿革来看，第43条部分继承了《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》和2013年修订的《中华人民共和国消费者权益保护法》的相关规定。《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》（下文简称“決定”）第7条规定：“任何组织和个人未经电子信息接收者同意或者请求，或者电子信息接收者明确表示拒绝的，不得向其固定电话、移动电话或者个人电子邮箱发送商业性电子信息。”《中华人民共和国消费者权益保护法》（下文简称“消法”）第29条第三款规定：“经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”从条文内容来看，广告法第43条明显是继承“決定”和“消法”的规定而来，但也有重要的变化。“決定”和“消法”都规定了接收者（消费者）明确表示拒绝的，不得继续发送商业性信息，广告法第43条则没有了此规定。作为替代，第43条要求发送者向接收者提供拒绝接受的方式，同时明示发送者的真实身份和联系方式。^①

对于第43条的条文规定，尚有两个问题需要明确：第一，该条所保护的对象，即条文中所言的“当事人”是仅指自然人，还是包括法人及其他组织？按照全国人大法工委经济法室的观点，该条中的“当事人”仅指自然人，该条之设计目的是防止不良广告对个人私人空间和私生活的侵扰。^{[1](96)}“私人空间”、“私生活”这样的概念显然仅对自然人有意义，而不涉及法人和其他组织。

第二，“以电子信息方式发送广告”包含哪些种类的广告。新广告法中并没有对“电子信息”或“电子信息方式”进行界定。从立法沿革来看，“決定”第7条已经开始使用“电子信息接收者”这一概念，从立法继承性的角度而言，可以合理推断广告法第43条电子信息的概念由此而来。“決定”同样没有清晰界定“电子信息”的概念，但从其条文表述来看，该条的“电子信息”指通过固定电话、移动电话和电子邮箱发送的信息。^②按照全国人大法工委经济法室对广告法的解读，第43条广告法中“电子信息方式”的涵盖面远大于“決定”，“不仅包括电话、短信、传真，而且包括通过电子邮件、社交媒体平台、应用软件等方式发送广告的行为。”^{[1](97)}

就第44条而言，先一般性地规定网络广告不得影响用户的正常使用，然后针对弹出式广告，具体规定必须显著标明关闭标志，并且确保一键关闭。对于第44条，还有一个问题需要明确：何谓弹出式广告？按照国际互联网广告行业组织——互动广告局（the Interactive Advertising Bureau，简称IAB）的定义，是指利用浏览器，在用户浏览网络时，开启一个新的窗口呈现广告。^[4]从这个概念出发，弹出式

① 需要指出的是，“当事人明确表示拒绝，不得继续发送”的规定在广告法修订草案中曾有过出现，但最后通过的修订案删除了该规定。对这一过程的详细介绍可参见：司晓等《新广告法亮点述评》，<http://www.tisi.org/Article/lists/id/3917.html?ADTAG=Online.wx.center.D>，2017年2月6日。该文进一步认为，删除“当事人明确表示拒绝，不得继续发送”的规定意味着“为互联网广告的曝光量预留空间，兼顾行业发展的正常秩序和业态需求，在用户权益与市场活力之间做出了平衡选择。”

② “決定”第7条规定：任何组织和个人未经电子信息接收者同意或者请求，或者电子信息接收者明确表示拒绝的，不得向其固定电话、移动电话或者个人电子邮箱发送商业性电子信息。虽然该条中没有明确“电子信息”或“电子信息接收者”的概念，但从最后一句“不得向其固定电话、移动电话或者个人电子邮箱发送商业性电子信息”，可以反推出“电子信息”在该条中指通过固定电话、移动电话和电子邮箱发送的信息。

广告具有两个特点：一是其开启具有自动性，往往是应用户的某个行为（例如打开一个网站）自动激活，这一个过程即所谓的“弹出”；二是广告呈现的页面是一个新的窗口，这个新窗口独立于用户原有的浏览页面，因此也可以独立关闭，而不影响原有的浏览页面。从这个弹出式广告的概念出发，如果广告是融合于用户原有浏览页面内的，不属于弹出式广告，不应受到第44条的规制。^①

三、结 语

此次广告法的修订，应对了网络广告带来的冲击，并且解决了一些问题，例如自然人纳入广告发布者主体，弥补了法律与现实之间的巨大鸿沟；将广告经营者、广告发布者对内容义务由“核实”变为“核对”，一定程度上减轻了网络广告经营者、发布者的负担；规制网络广告发送、发布的形式，防止侵扰用户，保障了用户的权益。

当然，广告法作为整个广告领域的基本法，不可能规定得过细。同时，由于引入很多新的概念和规则，很多问题也尚待进一步明确。例如自然人经营广告是否必须办理工商登记？电子信息广告的外延应包括哪些形式？这些问题的解答可能需要在后续的立法中明确。新广告法的配套规则中已有专门针对网络广告的部门规章——《互联网广告管理暂行办法》。作为新广告法的配套法规，该办法在新广告法规则的基础上，做出了进一步的细化，新广告法遗留的问题已在该办法中得到明确。^②

参考文献：

- [1] 全国人大常委会法制工作委员会经济法室. 中华人民共和国广告法解读 [M]. 北京：中国法制出版社，2015：212.
- [2] 腾讯科技. 谷歌移动广告量超3000亿条5个月增1000亿 [EB/OL]. <http://finance.qq.com/a/20101019/003141.htm>, 2017-02-07.
- [3] 陈晨, 赵玉瑾. 互联网+时代互联网广告审核责任的再思考 [EB/OL]. http://unt.csn.cn/fx/fx_jjfx/201508/t20150810_2113108.shtml, 2017-02-07.
- [4] IAB. Pop-up Guidelines [EB/OL]. <http://www.iab.net/guidelines/508676/508767/1461>, 2017-02-06.

[责任编辑：詹小路]

^① 当然，从立法语言来看，第44条用的是“在互联网页面以弹出等形式发布的广告”，这里的“等”可以涵盖除弹出广告外的其他网络广告形式。笔者认为应严格把握这个“等”字，不能做扩大解释。“一键关闭”的对象应是影响到用户正常使用网络、非基于用户意志打开（自动弹出）、可以在不影响用户原有浏览页面的情况下独立关闭。融入页面的广告（例如网页固定位广告）不能因为这个“等”字的存在而纳入第44条的规制范围。正如有论者所指出的，如果这些融入页面的网络广告也要一键关闭，那么从公平的角度，是否应要求报纸页面中的广告也能“一键关闭”呢？这显然是不具有可操作性的，参见司晓等《新广告法亮点述评》，<http://www.tisi.org/Article/lists/id/3917.html?ADTAG=Online.wx.center.D>, 2017年2月6日。

^② 《互联网广告管理暂行办法》于2016年9月1日正式实施。

Advertisement Law in the Internet Age: Impact and Response

Yao Zhiwei & Wang Yuanyuan

On 24th April 2015, the 14th session of the 12th National People's Congress passed the reversion of the Advertisement Law of the People's Republic of China, coming into effect on 1st September 2015. One of the main purposes of the revised Advertisement Law is to respond to the impact of the development of internet advertising, including the impact of the countless number of ads on censorship, the impact on the advertising legislation system brought by the low threshold of internet advertising operations and publications, as well as the harassment caused by internet ads. Therefore the revised Advertisement Law has responded to abovementioned impacts, such as integrating natural persons into the issue of ads publishers, which has narrowed the gap between law and reality. The revision changed the expression of "verifying" the content of the ads published by ads owners and publishers into "checking", which reduced the burden on these operators. It can not only regulate the transmission and publication of internet ads, but also prevent the harassment of users and safeguard their rights.