

论对个人微博广告的法律规制

李国海, 彭诗程

(中南大学 法学院, 湖南 长沙 410083)

[摘要]在我国,个人微博事实上已经成为商业广告重要发布平台,在促进社会经济发展的同时,个人微博广告也存在欺诈、不正当竞争以及擅自发布须经审批的商业广告等诸多失序问题,其肇因在于立法滞后导致的法律规制失能。为使个人微博广告步入有序的轨道,必须更新相关法律规制模式,从传统的广告主体资格管制加广告行为控制模式转变为微博备案加广告行为控制模式。同时,优化执法资源配置,重整相关法律责任。

[关键词]个人微博广告;法律规制;微博备案;广告行为控制;执法资源配置

[中图分类号]D922.294 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1674-117X(2015)05-0049-06

Legal Regulation on Personal Microblog Advertising

LI Guohai, PENG Shicheng

(School of Law, Central South University, Changsha, 410083, China)

Abstract: Personal microblog (also called "weibo") has become an important commercial advertisement publishing platform in China. Though it promotes the social economic development, personal microblog advertising is also full of disorder problems such as fraud, unfair competition, and arbitrary commercial advertisement without examination authorization and approval by relative law. The main reason of these problems lies in the invalidation of the legal regulation caused by the lagging legislation. In order to guide personal microblog advertising into the orderly management and control, we must update the legal regulation mode of the personal microblog advertising, change the traditional advertising subject qualification control and advertising behavioral control mode, and replace it with the microblog record and advertising behavioral control mode. At the same time, we also must optimize the allocation of law enforcement resources, and reform the related legal responsibility.

Key words: personal microblog advertising; legal regulation; microblog record; advertising behavioral control; allocation of law enforcement resources

网络时代,出现了很多新的技术和途径,使人们之间的交流变得更加迅捷,微博就是其中一种。微博面世时,原本被定位为一种私人化的表达平台,后来因其强大方便的可互动性,又迅速添加了社交的功能。在此基础上,商业活动得以渗入,利用微博发布商业广告,则成为微博商业化运用的最

典型模式。然而,诞生于非网络时代的广告立法不能预见到网络时代的发展,其中包含的规制框架对个人微博发布广告行为并不能有效适用。为了使个人微博发布商业广告的行为得以有序运行,我们有必要探讨如何完善和改进法律,从而实现社会和有关主体利益诉求的共赢。

收稿日期: 2015-03-20

作者简介: 李国海(1969-),男,湖南宁远人,中南大学教授,法学博士,研究方向为经济法学;彭诗程(1992-),女,湖南湘潭人,中南大学硕士研究生,研究方向为经济法学。

一 个人微博发布商业广告的失序与法律规制的失能

(一)个人微博发布商业广告:现象考察及其失序问题

微博,是微型博客的简称,是一种通过关注机制分享简短实时信息的广播式的社交网络平台。微博虽然只能发布单条不超过140字的信息,但由于能够方便地实现即时分享,使得其一出现,就受到网民们的欢迎,爆发式地成长为网络时代最重要的信息交流平台之一。例如,通过搜索网络信息我们可以得知,中国门户网站新浪2009年8月才推出“新浪微博”内测版,到2013年上半年,新浪微博注册用户就已达到了惊人的5.36亿。

微博的影响面如此之大,信息传播如此之便捷,对于高度依赖信息传播的当代商界而言,通过微博发布商业广告自然就成了水到渠成的选择。在实践中,越来越多的网络大V开始利用个人的微博账户发布商业广告,作为商业推手按照网络公关公司或者客户的要求完成品牌的宣传工作。^[1]

归纳起来看,目前,个人微博发布商业广告主要有以下五种方式:

一是体验分享式。博主在原创博文中与大众分享自己使用某种产品或服务的亲身体验,虽不是以官方代言人的身份推广产品,但却起到了广告的效果。

二是品牌植入式。博主在原创博文中虽不直接介绍某种产品或服务,甚至博文的核心意旨也与某种产品或服务无直接关联,但却出现某个品牌的名称。这种做法,在事实上能够实现向粉丝推广某个品牌的目的。中国专业调查平台问卷网关于《对微博中广告植入问题的调研问卷》显示,有90%的用户在微博中见过植入的广告。^[2]

三是微博@功能式。微博@功能,即“对他说”的功能,博主使用@功能,原本有两个意图:一者是通过在发布的信息中出现“@昵称”的字眼,可以使观看博文的粉丝直接点击到该昵称代表的博主的微博页面;二者是表示“向某某人”说,使对方能够看到博主说的话,并能够回复,实现一对一的沟通。在商业层面上,如果@的是某个品牌的名称,毫无疑问就具有了品牌推广的效果。

四是微博转发式。通常的方式是,广告主自身通过关注名人、向名人发私信、@名人微博等方式联系名人,以一定的报酬换取名人转发含广告内容的微博,以实现更大的传播范围,扩大企业影响力。有的大V博主对转发微博明码标价,^[3]以至于转发微博有成为新的广告发布市场的趋势。

五是明示广告式。为宣传某种商品或服务,或者为推荐某个品牌,微博博主发布一条原创性的含有商业信息的博文,并在博文的前面或后面明确标明“广告”或“商业推广”字样,这也是个人微博发布商业广告的一种方式。

在以上五种方式中,前四种属于隐形广告,或者叫做软广告,与第五种明示的方式相比,隐形广告由于在一定程度上隐藏了商业广告的属性,能够降低受众对广告的抵触心理,更易于被粉丝接受,因此,个人微博更倾向于发布隐形广告。

从个人微博发布商业广告的动机来看,可以分为两种情形:第一种情形是博主为推销自己经营的商品或服务而发布商业广告;第二种情形是博主受他人委托为他人发布商业广告,既可以是有偿发布,也可以是无偿发布。就广告发布这一行为而言,前者具有非经营性特征,博主为推销自己的产品而自行发布广告,此时他们属于“广告主”,^[4]或者说,“广告主”与“广告发布者”实现了身份的重合。后者则属于纯粹的广告发布行为。

(二)个人微博发布商业广告:法律规制的失能

个人微博发布商业广告,属于社会资源的合理利用,对于社会经济发展具有正向作用。按理说,这种行为应该得到社会的欢迎和肯定,然而,在事实层面,它从我国社会获得的质疑和抨击却超过了它所获得的掌声。究其根源,乃是因为个人微博发布商业广告的行为表现出了多方面的失序性问题。

第一,欺诈。当前,个人微博发布商业广告的最突出问题乃是欺诈,并有轻重不同的表现。轻者如软广告,以普通博文之外衣包装商业广告之意图和实质;重者则通过虚构事实或以不实或虚夸的言辞构成对受众的误导,进而造成对消费者利益的损害。例如,有的大V博主通过发布使用某种产品的体验信息,误导粉丝跟风消费,但事实上,这些产品都没有正规的生产厂家,市面上也很难找到实体店。如果需要购买这些产品往往是通过网上的官

方旗舰店或者是联系品牌代理直接发货。产品质量难以保证,出现产品质量纠纷后,消费者维权十分困难。

第二,不正当竞争。在传统广告发布领域,禁止发布包含不正当竞争内容的广告已经成为法律规制的基本准则。然而,某些微博博主却并未遵行这项基本准则,他们通过个人微博发布的商业广告经常成为不正当竞争行为的载体,其中,常见的不正当竞争手段主要有商业混同、虚假宣传、诋毁竞争对手等等。

第三,擅自发布须经审批的广告。我国《广告法》第三十四条规定,利用广播、电影、电视、报纸、期刊以及其他媒介发布药品、医疗器械、农药、兽药等商品的广告和法律、行政法规规定应当进行审查的其他广告,必须在发布前依照有关法律、行政法规由有关行政主管部门对广告内容进行审查;未经审查,不得发布。某些微博博主漠视该条法律规定,擅自发布未经审批的药品、医疗器械等商品广告。

个人微博发布商业广告之所以存在较为严重的失序性问题,原因是多方面的,而其根本原因则在于立法的滞后。事实上,根据我国现有的广告立法文件的规定,个人其实未被纳入广告发布者的范围。1995年生效的《广告法》第2条规定: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。”该条规定很明确,广告发布者仅包括“法人”和“其他经济组织”,这表明,至少从定义的角度看,《广告法》未认可个人的广告发布者资格。

以《广告法》为核心的现有广告立法既然未接纳个人成为广告发布者,现有针对广告发布行为的法律规制体系未能覆盖个人微博发布商业广告的行为就成为了符合逻辑的结果。由此引致出两方面的问题:一是相关规制主体无法依靠已有的制度供给对个人微博发布商业广告的行为予以切实的规制;二是作为微博博主的自然人也无法从现有的法律制度中寻找到的法律规则来规范其广告发布行为,使其行为在很大程度上处于脱法状态。

二 个人微博广告法律规制模式更新

(一) 现有广告规制模式及其对个人微博广告

的非适用性

从现有广告立法可以看出,我国对广告进行法律规制的基本模式是广告主体资格管制加广告行为控制模式。所谓广告主体资格管制是指通过立法规定广告主体的基本条件,只有符合条件是主体才能成为广告主体,才能从事广告行为;所谓广告行为控制模式是指法律为广告主体的广告行为订立了正向准则和负向准则,符合这些准则的广告行为才能得到法律的认可,违反准则的广告行为则会受到法律的制裁。在上述二者之中,广告主体资格管制显得更为重要,它是我国现有广告规制制度体系的基础和出发点。

体现广告主体资格管制的立法条文主要是《广告法》第23条:“广告主委托设计、制作、发布广告,应当委托具有合法经营资格的广告经营者、广告发布者。”由该条规定可以推断,对于广告经营者和广告发布者这两类广告主体,我国立法设立了准入限制。这种准入限制是通过以下两种方式实现的:一是法律对广告经营者和广告发布者进行了明确的定义,只有符合定义的主体才能成为广告经营者或广告发布者,如上文所述,根据《广告法》对广告发布者的定义,个人是不能成为广告发布者的;二是法律具体规定了广告主体的资质要求,如我国《广告法》第二十六条就规定:“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。”

应当承认,上述规制模式具有一定的合理性。实行广告主体资格管制,可以保证广告主体的专业水平,提高广告服务的整体质量。尤其是,通过广告主体资格管制,可以将广告主体控制在一定的数量范围内,有利于在执法资源有限的条件下实现广告规制的目标。但是,毋庸讳言,随着社会环境和市场条件的变迁,以广告主体资格管制为核心的广告规制模式遇到的挑战也在日益增大,其非适用性日益凸显。

首先,在中国社会提倡扩大市场作用领域,压缩政府权力边界的大背景下,主体资格管制已经不合时宜。广告行为本质上属于市场主体从事的一种市场行为,应当奉行“法无明文禁止即许可”的基本规则,而对广告主体的资格管制是违背这一规则的。

其次,什么样的主体可以从事广告行为,应当由市场来决定,而不应由立法或政府来决定。广告主在选择广告经营者及广告发布者的时候,基于商业理性,会选择符合其需求的合作对象,因而,那些业务条件较差或者诚信度较低的主体会在市场选择中被淘汰。

再次,法律规定的广告主体资格管制也未能得以严格实施。例如,法律不认可个人成为广告发布者,但这并不能完全排除实践中出现的个人作为广告发布者的情形。我们经常可以在乡村公路旁边的民房墙壁上看到商业广告,其中就有由广告主付费委托房主或其他自然人涂刷的。进入网络时代后,自媒体大量涌现,广告主体资格管制在事实上已经无法适用。这些自媒体用户多数是个人,实际上已经在从事广告发布业务,他们明显地超出了《广告法》所界定的广告发布者的范围。

最后,在法律层面,广告主体资格管制也在逐步放宽。2004年修订并于2005年1月1日起施行的《广告管理条例施行细则》已经将个体工商户纳入广告发布者的范围,个体工商户只不过是一种特殊的个人。2014年12月公布的《广告法》修订草案(第二次审议稿)甚至就直接将自然人放在了广告发布者的定义之内。

总之,个人微博广告已经超越了现有广告规制模式的覆盖范围,使得现有广告规制模式显露出了明显的非适用性,必须加以更新。

(二)个人微博广告法律规制的应然模式

我们主张在革新现有广告规制模式的基础上,为适应规制个人微博广告的需要,创设一种新的规制模式,其核心内容可以简述为:微博备案加广告行为控制。

所谓微博备案,是指个人微博博主履行备案手续后即可在个人微博上发布商业广告,未经备案则不能在个人微博上发布商业广告。备案仅是简单的程序性义务,不对个人微博及博主设定必要条件。备案的受理机关为博主户籍所在地的县级工商行政管理机关。备案的目的:一是便于广告监管机关对个人微博广告进行定向监管,二是方便税务机关对个人微博广告的收入纳税情况进行稽核。

经过备案登记允许从事广告行为的个人微博应当在微博页面的显眼位置予以标明,这样一方面

可以使该种微博区别于未进行广告行为备案登记的微博,另一方面也可以使粉丝对该种微博从事广告行为有必要的认知准备。

广告行为控制是指为个人微博广告设定基本的行为准则,其中既包括正向的行为准则,也包括负向的行为准则。鉴于个人微博广告也属于广告的一种,它必须符合《广告法》所规定的针对一般广告的行为准则,同时还须符合为个人微博广告设定的特殊准则。其中,有必要特别强调以下几条准则:

第一,个人微博广告必须具有可识别性。我国《广告法》第十三条规定,“广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告。”这项准则不仅同样适用于个人微博广告,而且具有更重要的意义。因为个人微博广告的可识别性本来就低于传统媒体广告,要求个人微博具有可识别性具有更强的针对性。保证个人微博广告的可识别性的基本方法是强制性地要求博主在微博信息的显眼位置标明“广告”“商业推广”“推广”等字样。国家工商行政管理总局2014年3月15日颁布的《网络交易管理办法》对此已经有了初步的规定。该《办法》第三十七条明确规定了“通过博客、微博等网络社交载体提供宣传推广服务、评论商品或者服务并因此取得酬劳的,应当如实披露其性质,避免消费者产生误解。”尽管该条规定未明确要求个人微博标明“广告”“推广”等字样,但是毫无疑问,它已经提出“个人微博广告必须具有可识别性”的强制性要求,并且初步给出了具体的实施方案,这可以为将来修订《广告法》提供有益的经验。

第二,个人微博广告必须坚持诚信原则。我国的广告立法一直强调诚信准则。现行《广告法》第三条规定,广告应当真实、合法;第四条规定,广告主、广告经营者、广告发布者从事广告活动,应当遵循诚实信用的原则。这种行事逻辑在立法机关修订《广告法》过程中也得到了体现。全国人大常委会于2014年12月公布的《广告法》修订草案(第二次审议稿)第三十九条明确规定:“广告荐证者在广告中对商品、服务作推荐、证明,应当依据事实”;“广告荐证者不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作证明。”一般认为,《广告法》修订草案提出的新概念“广告荐证者”主要是为了覆盖个人

微博广告等新的广告形态,因此,修订草案特别针对“广告荐证者”强调诚信准则,可以被视为立法机关特别重视包括个人微博广告在内的自媒体广告的诚信问题。

三 执法资源配置优化与法律责任重整

(一) 执法资源配置优化

个人微博广告本质上属于广告的一种,毫无疑问,规制个人微博广告的执法机关应当是一直承担广告监管职责的工商行政管理部门。然而,针对广告行为的传统的执法资源配置已经不能完全适应规制个人微博广告的需要,有必要对执法资源的配置方案予以优化。这主要涉及到更新执法管辖原则、强化投诉举报制度以及建立平台管理制度等问题。

1. 更新执法管辖原则。根据国家工商行政管理总局2004年发布的《关于加强广告执法办案协调工作的指导意见(试行)》的规定:对报纸、电视、广播、杂志、互联网站等大众传播媒介的广告违法案件,由违法行为发生地(即媒介广告经营登记所在地)县级以上工商行政管理机关管辖,实行分级管理的,适用级别管辖。这种传统的以属地管辖结合级别管辖的执法体制在适用到个人微博广告这样的新型广告行为的时候,已经导致了较大程度的不匹配。以2013年来说,高达76%的微博用户通过的移动客户端登录微博,移动客户端的活动范围极为广泛,同时信息发布也不受时间和地点的限制。^[5]个人微博发布广告的行为地难以确认,要依照上述文件的规定以行为发生地的工商行政管理机关对案件进行管辖,可行性非常小。我们主张以个人微博获得广告发布资格的备案地为基本依据来确定执法主体,结合级别管辖原则来考虑执法资源的配置。如果是由粉丝举报或投诉的个人微博广告违法行为,可由首次接获举报投诉信息的工商行政机关受理相关违法案件。法律应当鼓励粉丝向自己户籍所在地工商行政管理机关举报或投诉违法的个人微博,这样,在由举报或投诉引出违法线索的情形下,一般而言,个人微博广告违法案件的管辖机关就是举报者户籍所在地的县级工商行政管理机关。而如果是由个人微博网络平台运营商举报或投诉的个人微博广告违法案件,则应由平

台运营商注册登记地的县级工商行政管理机关负责调查处理相关违法案件。实行举报投诉者所在地管辖制将能有效解决网络环境下的管辖难题。

2. 强化投诉举报制度。个人微博广告违法行为具有分散性、隐蔽性等特点,在工商行政机关的执法资源有限的情况下,要求公权力机关及时全面地掌握相关违法线索是不现实的,因此,有必要建立一个有效的投诉举报体系,鼓励私主体参与行政执法,补强公共执法资源。强化投诉举报制度,可以从两方面入手:

第一,建立广告监督管理机关投诉举报平台。工商行政管理机关应重视违法广告投诉举报工作,设立专门的办事机构处理相关问题;简化投诉程序,方便民众向广告监督管理机关举报违法的个人微博广告发布行为。举报者应当提供初步的真实有效的证据材料;在举报者难以取证时,可以要求被举报的广告主、广告经营者、广告发布者、广告荐证者举证。

第二,打造网络投诉举报平台。个人微博运营平台的首页或其他重要界面应该设置多种“举报”入口,方便用户及时举报不良的广告信息。如新浪微博在其首页设置“举报不良信息”入口或在单条微博下方标识“举报”字样方便网民举报,除此之外用户可以通过向系统管理员官方帐号发私信或者发邮件的方式进行举报。

3. 建立平台管理制度。对于个人微博广告行为,微博运营平台具有较为便利的监管条件,吸收它们加入规制体系,对执法资源具有不可低估的补强效果。

我们主张,应当根据“谁获利、谁负责”的原则,参照网络商品交易和服务监管的平台管理制度,确立微博运营平台广告管理制度,加强对在其平台上发布的广告信息的管控。^[6]

(二) 法律责任重整

基于个人微博广告信息的分散性和海量性等特点,对个人微博广告行为只能采取事后规制方式,即不对个人微博广告进行事前审查,个人微博博主无须将广告信息提交监管机关审查就可发布,但如果个人微博博主从事的广告行为涉嫌违法,则要接受监管机关的调查,如果确认构成违法,还要接受法律规定的制裁。因此,在实行事后规制的前

提下,对个人微博广告违法行为规定适用的法律责任就显得尤其重要,尤其是在行政责任和民事责任方面。至于刑事责任,我国现行《广告法》和《刑法》对构成犯罪的广告行为规定了较为适度的刑事责任,个人微博用户发布广告严重违法构成犯罪的,可以直接适用《广告法》和《刑法》的相关规定。

1. 强化行政责任。在纠正和处罚违法行为方面,行政责任具有针对性强、效率高的优点,对个人微博广告领域的违法行为,我们首先要选择有效的行政责任方式。除了传统的罚款等行政责任方式外,还可使用公布违法广告、冻号、永久封号等方式。目前,我国已经建立起违法广告公告制度,依据《违法广告公告制度》规定,违法广告公告包括部门联合公告、广告监督管理机关公告和广告审查机关公告。广告监督管理机关若发现个人微博用户发布涉及虚假宣传等违法广告内容,除了对相关责任人进行惩罚外,还应在微博运营网络平台等媒体上发布违法的个人微博广告。而有期限冻号、永久封号等措施更有针对性,对违法的个人微博用户更有威慑力。

2. 明确民事责任。我国现行《广告法》对于广告发布者的民事责任已经有所规定,如《广告法》第三十八条规定,发布虚假广告,欺骗和误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责任;广告经营者、广告发布者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布的,应当依法承担连带责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址的,应当承担全部民事责任。《广告法》第四十七条规定,广告主、广告经营者、广告发布者有法律规定的侵权行为的,依法承担民事责任。《广告法》修订草案(第二次审议稿)更是具体提出了广告荐证者的民事责任。该草案第五十八条规定,违反法律规定,广告荐证者明知或者应知广告虚假仍在广告中

对商品、服务作推荐、证明,损害消费者合法权益的,依法承担连带责任。如上文所述,广告荐证者的概念涉及到个人微博广告,该条规定实际上具体地有针对性地提出了个人微博等自媒体用户从事广告违法行为的民事责任问题。然而,该条规定仍然存在不够明确的问题。如何界定“明知”?如何界定“应知”?个人微博用户若是以自己不知情为由或是根本不去了解商品、服务的有关情况,是不是就不需要承担虚假广告的责任了呢?将“明知”和“应知”作为广告荐证者主观方面的担责构成要件未免过于宽松,许多个人微博用户会以过错责任制为幌子逃避法律责任。而引入严格责任制,个人微博用户在发布广告时将会积极地履行监督产品质量的义务,对消费者负责。一旦个人微博用户推荐的产品给消费者的身体健康、财产造成了损失,该用户应当与商家一起承担连带责任。

参考文献:

- [1] 谭九生,邓利珠.网络推手对国家政治安全的消极影响及整体性治理[J].湖南财政经济学院学报,2015,31(153):146-153.
- [2] 吴欣,蒋伶俐.微博广告监管存在的问题及对策[N].中国工商报,2013-02-26(B03).
- [3] 陈倩.微博广告发展现状与传播效果分析[J].产业与科技论坛,2012,11(2):33-34.
- [4] 宋亚辉.广告发布主体研究——基于新媒体广告的实践分析[J].西南政法大学学报,2008,10(6):16-26.
- [5] 杜敏,魏永吉.明星、大V微博广告现状及监管对策分析[J].科技创新导报,2014(24):226.
- [6] 林波,曾志森,曾学明.关于自媒体广告监管的思考:下[N].中国工商报,2013-06-25(B03).

责任编辑:黄声波