

论我国律师网络广告法律规制之完善

——美国的经验及其借鉴

阳 东 辉^{*}

摘要:网络时代,律师和律师事务所通过点击付费、社交网络、网站、链接广告、电子邮件、弹出广告等新兴网络广告形式推广自己的法律服务已成常态。但我国现行立法存在相关法律规定零散不系统、禁止现场劝诱规则缺失、规范律师事务所网站与主页内容的广告准则缺失、传统广告的信息披露要求与律师点击付费广告不相适应等诸多问题。对此,可借鉴美国律师网络广告法律规制的成功经验,在我国建立层次分明、体系完整的律师网络广告法律规范体系,使用点击协议进行信息披露以克服字符限制之局限,禁止律师对潜在客户以实时电子通信的方式进行现场劝诱,对律师和律师事务所网站应当遵守的实体广告准则予以明确规定。

关键词:律师网络广告 现场劝诱 点击付费广告 律师事务所网站

互联网时代,律师通过互联网进行法律业务推广已成为一种普遍形式,美国等国家对律师网络广告的法律规制已有一套成熟的理论以及立法和司法实践经验。我国虽然颁布了《律师业务推广行为规则(试行)》[以下简称《行为规则(试行)》]和《互联网广告管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)等规范律师业务推广行为和互联网广告行为的规范性文件,但上述两个文件均未明确涉及律师广告规制的具体准则,而现实生活中律师利用微信、QQ等网络即时通信平台进行现场劝诱以招揽业务,利用搜索引擎广告进行选择信息披露,利用律师事务所网站发布虚假信息等行为愈演愈烈,既损害了客户利益,又践踏了律师行业的尊严,亟须进行法律规制。然而,我国法学界对此问题没有予以足够重视,相关立法存在诸多疏漏和不完善之处。有鉴于此,笔者试图对我国律师网络广告行为的法律规制问题作一初步探讨,以期抛砖引玉,求教于学界同仁。

一、律师网络广告的类型化分析

(一)律师网络广告的定义

广告,顾名思义就是“广而告之”的意思,即向社会公众告知某件事情或消息。广告有广义与狭义之分,广义的广告既包括公益性广告,也包括以营利为目的的商业性广告,前者如政府、政党、社团、宗教、文化团体等组织的公告、布告、声明等;后者是指由商品的经营者或者服务的提供者承担费用,通过一定的媒介和形式,向广大受众推销商品或服务的广告。律师广告是指律师和律师事务所为推广业务与获得委托,让公众知悉、了解律师个人和律师事务所法律服务业务而发布的信息及其行为过程。^①根据2016年国家工商行政管理总局颁布的《暂行办法》第2条的规定,互联网广告,是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介,以文字、图片、音频、视频或者其他形式,直接或间接地推销商品或者服务的商业广告。随着

^{*} 湖南师范大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX081)

^① 参见中华全国律师协会颁布的《律师执业行为规范(试行)》第122条。

互联网的普及与发展,许多律师和律师事务所开始利用互联网这种新型的媒介形式推广自己提供的法律服务。笔者认为,律师网络广告是指律师和律师事务所利用互联网推广自己所提供的法律服务的商业广告。它是一种新的律师广告形式,具有不同于传统广告的内涵和表现形式。

(二) 律师网络广告与传统广告的比较

1. 传统的广告形式。传统的广告形式主要包括报纸、电视、广播、杂志、广告牌、黄页、直接邮寄广告等。这些传统广告的一个共同特征是“线性流动”——广告的内容每天很少更新,一旦印刷,传统广告上传递的信息不会修改,因此,广告主与消费者之间很少互动。这些广告的另一共同特征是它们具有“被动性”,即“被动接触”消费者。传统媒体上的广告无法实现发送者与受众之间即时的双向交流,而是有一个延误购买热情的时间差。^① 它们很少指向具体的个人,并且它们的出现通常不受浏览者的意志行为左右。在过去几十年间,这些传统广告的特征相对保持不变。

2. 新型的律师推广形式:律师网络广告。互联网作为独特的和全新的全球传播媒介,不像收音机或电视那样具有侵略性,因为互联网通信不会侵入家庭或不请自来地出现在别人的计算机屏幕上。互联网呈现出以前难以想象的方式与多样性的特征,通过互联网,广告主可以向消费者传播他们的商品和服务信息。另外,使用互联网作为广告媒体有助于律师之间展开公平竞争,因为降低的营销成本可以让个体执业者和小型律师事务所与身边的大型竞争对手直接展开广告竞争。低成本、即时发布和网络定制的优势使律师和律师事务所能够超越传统媒体的局限,以独特的方式进行广告宣传。互联网虽然看起来是一种单一的广告形式,但实际上是由多种不同媒体组成的领域,其中包含许多独特的组成内容。同样,互联网的匿名性、跨境性、互动性使其成为一块较少受到监管的自由领地。网络广告的互动性是律师网络广告不同于传统广告的根本性特征之一,也是这种广告形式的价值所在。^② 因此,律师网络广告与传统广告相比,具有传递的交互性、传播的广泛性、沟通的目的性与投入的经济性等特征。^③ 总而言之,律师网络广告为律师和律师事务所提供了一种低成本、个性化、互动式、实时性和传播手段多元化的律师业务推广模式。

(三) 律师网络广告的基本类型

律师和律师事务所通过互联网向用户推广法律服务的广告形式多样,具体来讲,主要包括以下几种类型:

1. 以谷歌关键词广告为代表的点击付费广告模式

互联网广告最流行的形式是点击付费广告模式。在这种模式下,广告主在搜索引擎或其他网站上放置一个小广告,并约定根据互联网用户点击广告和重新返回登陆网页的数量付费或出价。点击付费广告给许多搜索引擎(如雅虎、飞信、微软必应和谷歌)提供了大量的收入来源,原因是将近 99% 的互联网用户使用搜索引擎。因此,点击付费广告监管的重点应该是关注其广告使用的方法。^④

点击付费广告模式曾被称为“历史上最成功的商业理念”:谷歌关键词广告。^⑤ 这种革命性的广告模式对每一次谷歌搜索结果进行分析,以确定哪些广告被列为结果页上的“赞助商链接”。从本质上讲,谷歌将广告主对广告的出价和“标准”“质量得分”结合起来,以确保结果页上出现的广告与用户查询内容高精度匹配。^⑥ 该度量标准将广告与搜索词的相关性、广告链接登陆网页的质量以及广告实际点击次数的百分比等因素作为考量因素。谷歌还对低质量的广告施以处罚,以保护用户不接触无关的或讨厌的广告。换句话说,律师可以选择触发浏览的搜索词制作广告,同时,谷歌采取监督措施以确保每个潜在的客户可

① 参见杨立钏主编:《网络广告理论与实务》,中国电力出版社 2017 年版,第 19 页。

② 参见李德成:《网络广告法律制度初论》,中国方正出版社 2000 年版,第 110 页。

③ 参见欧海鹰:《网络广告:运营机理与资源管理研究》,中国财政经济出版社 2013 年版,第 42~43 页。

④ See iProspect Search Engine User Attitudes, Iprospect, 6(2004).

⑤ See Steven Levy, Secret of Googlenomics Data—Fueled Recipe Brews Profitability, Wired Magazine(May 22, 2009), <http://www.wired.com/culture/culturereviews/magazine/-06/nep googlenomics>, 2019-01-04.

⑥ See Steven Levy, Secret of Googlenomics Data—Fueled Recipe Brews Profitability, Wired Magazine(May 22, 2009), <http://www.wired.com/culture/culturereviews/magazine/-06/nep googlenomics>, 2019-01-04.

以浏览与其搜索有关的广告。以谷歌关键词广告为例,点击付费广告能够提供高质量的相关广告,这可能是任何其他现有的广告形式所无法比拟的。谷歌关键词广告的组成部分包括一个标题、两套广告文本、一个显示网址和一个登陆网址,它们全部都受到25或30个字符的严格限制。为了把点击付费广告提交给谷歌,广告主必须完成几个步骤。首先,他必须选择一些触发显示广告的关键词,并在搜索中使用这些关键词。其次,广告主撰写“广告文案”,它是有限字符的信息营销文本。几种不同的广告通常会提交不同的广告文案,每个广告文案将由不同的关键词触发。然后,广告主进入显示和登陆网址。最后,广告主需要设计一个广告预算起点,如每点击一次10美分或者每个月25美元的费用。^①

在广告主提交了点击付费广告之后,他可以通过调整广告文案、关键词和预算的方式,执行优化措施以确保每个广告适当地显示以及从广告中获得足够多的效益。这种优化需要频繁更改广告内容以使其效用最大化。目前,谷歌关键词广告已经成为“全球最大的、拍卖最快的、永不停歇的、自动自助服务版本的东京喧闹的筑地鱼市场”。^②

我国百度“竞价排名”业务类似于谷歌点击付费广告。它指的是百度向相关商品生产者或服务提供者收费,通过文字链接的方式向搜索引擎的使用者直接推广其商品或服务。^③广告主通过竞价排名服务合同购买与他们的产品或服务相关的关键词,同时,搜索引擎对广告进行链接,对广告主购买的关键词进行超链接(赞助商链接或广告)。当网络用户输入关键词时,它就触发了出现在搜索结果页边沿或上方的赞助商链接或广告。根据竞价排名规则,广告主可以根据自己的出价竞标自己在搜索结果中的排名。搜索引擎服务商鼓励广告主寻找最有针对性的关键词。广告主还希望用户通过点击广告主的链接而不是搜索结果页寻找他们想要的东西。^④由于点击付费广告可以通过调整每次点击付费的价格来控制自己在搜索结果中的网站排名,因此,许多实力雄厚的律师和律师事务所将其作为推广自己法律服务的重要广告形式。

2. 社交网络广告

除了谷歌关键词广告外,还有许多其他互联网广告吸引用户“点击”它们,从而把用户重新导入一个新的网址,这种新的互联网广告形式被称为“社交网络广告”。社交网络是指能够让用户创建配置文件,并通过共同的爱好、业务联系和其他利益跟其他人发生联系的互联网平台。社交网络不仅是连接家庭和朋友的一种发展趋势,而且成为许多法律人士的一种有价值的工具。目前,绝大多数律师都参加了律师社交网络。一些最流行的社交网络包括脸书、聚友网、推特、人际关系网、QQ、微信、微博等。这些网络都涉及数十种律师可以互动和打广告的手段,包括实时聊天、广告消息发送给特定群体和所有网络用户、公告板帖子、评论和第三方开发的互动应用程序,如游戏等。社交网站能够让律师简单、快捷地创建图像和文字广告,重新引导用户进入律师事务所网站或社交网站中的网页。社交网络广告具有联络的方便性、廉价性和较强的针对性,这给律师提供了高效地营销其服务的方式。

3. 律师和律师事务所网站广告

点击付费广告与社交网络广告能够使律师以一种比任何其他媒体更加有效的方式推销自己的服务。包含在这些广告中的链接常常重新引导用户登陆律师事务所网站。律师事务所网站是指律师个人或律师事务所通过一个“永久性”的因特网地址向网络上的其他计算机提供一系列计算机文档、文件和图形,并将用户引导到名为主页或商店前端的初始屏幕。^⑤律师事务所网站通常提供相关法律服务的更全面的信

① See Christopher B. Schultz, Analysis of Impact of Louisiana Lawyer Advertising Rules on Payper Click & Internet Marketing 2 (2009), <http://www.jdsupra.com/post/fileserver.aspx?fName=06518883-3c34-4dal-a198-867c9ba0910f.doc>, 2008-12-19.

② Graham H. Ryan, What Went Wrong on the World Wide Web: The Crossroads of Emerging Internet Technologies and Attorney Advertising in Louisiana, 71 Louisiana Law Review, 758 (2011).

③ 参见李剑:《百度“竞价排名”非滥用市场支配地位行为》,《法学》2009年第3期。

④ 参见阳东辉:《论互联网关键词广告的商标侵权认定规则》,《政治与法律》2016年第9期。

⑤ See Mitchel L. Winick, Debra Thomas Graves, Christy Crase, Attorney Advertising on the Internet: from Arizona to Texas—Regulating Speech on the Cyber-Frontier, 27 Texas Tech Law Review, 1553(1996).

息。网页页面不仅能为互联网用户提供内容和搜索服务,其积累的用户“注意力”还能为商家提供全新的广告平台。^①另外,点击付费广告的主要目的也是吸引用户访问包含大量法律服务信息的律师事务所网站。因此,律师事务所网站广告可以通过两种方式吸引客户:一种是通过互联网广告诱使用户经由点击广告间接地访问律师事务所网站;第二种方式是用户可以通过主动搜索特定律师或律师事务所的名称和网址来访问律师事务所网站。

4. 链接式广告

链接式广告是指提供通向广告主指定网页(站点)的商业服务链接之广告。链接式广告占用的空间很小,位置不固定,链接形式多样,可以是小横幅、小图片、小动画,也可以是一个提示性标题或一个热门用词或短语。链接式广告是一种对浏览者干扰最少但最有效的网络广告形式。^②链接式广告虽然简单、便捷,但难以对用户造成强烈的直接吸引力,需要点击链接之后,才能获得更多的信息。律师与律师事务所通常通过网站交换链接,在具有类似目标的网站之间建立合作关系,利用合作伙伴之间的网站访问量资源实现互相推广的目的。

5. 电子邮件广告

电子邮件广告是指通过互联网将广告发送到用户电子邮箱的广告形式。它类似于直邮广告,具有针对性强、信息量大、发送方便、快捷等特点,只要注册一个电子邮箱,人们就能在任何接通互联网的环境下,突破空间和时间的限制,随时随地在电脑上处理邮件。^③因此,许多律师和律师事务所直接采取这种广告形式推销法律服务。电子邮件广告常用的方法包括电子刊物、会员通讯、律师事务所客户名单列表等。但必须指出,基于用户许可的电子邮件营销具有明显优势,如增强与客户的联系,提高品牌忠诚度等。但是,那些未经客户同意发送不请自来的电子邮件,被称为“垃圾邮件”,很容易引起用户的反感。垃圾邮件尽管只在几个国家被特别禁止,但被普遍视为非常恶劣的网络礼节,因为收件人在下载电子邮件信息过程中要花费时间和成本,要占用存储空间,还有可能侵犯隐私。^④

6. 弹出广告

弹出广告是指不需要用户点击,自动出现在浏览窗口或网页内的广告。随着互联网用户浏览网站,在他们的网络浏览器新窗口中打开的计算机程序,在用户没有任何提示的情况下,以弹出广告的形式为其他网站进行商品或服务的宣传。许多律师和律师事务所也开始利用网络技术,以弹出广告的形式进行法律服务宣传。但是,弹出广告可能破坏网站的完整性,干扰网站内容显示,降低网站本身的吸引力,甚至可能引发版权侵权、商标淡化和不正当竞争纠纷。据不完全统计,在我国网民常用软件中,有弹窗广告行为的软件达1 221个,其中每天弹出广告数量超过1 000次的软件近500个。^⑤

总之,网络广告已成为律师和律师事务所一种新的营销手段,其特征和表现形式与传统广告形式存在很大差异,从而给传统的律师广告监管模式提出了挑战,因此,要求我国相关立法作出新的应对。

二、律师网络广告特殊规制之必要性

(一)网络广告一般准则的空泛化与律师网络广告行为具体化之间存在适用鸿沟

广告行为法律规制的基本模式是一般准则与特殊准则相结合,一般准则是指所有广告都必须遵守的基本原则;特殊准则是指适用于特殊产品、服务、行业或针对特定人群(如未成年人)的具体广告准则。广告准则也是判断广告能否发布的依据。^⑥2015年修订的《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)第

① 参见杨立钊主编:《网络广告理论与实务》,中国电力出版社2017年版,第137页。

② 参见莫凡:《网络广告》,河南大学出版社2017年版,第68页。

③ 参见莫凡:《网络广告》,河南大学出版社2017年版,第87页。

④ 参见[美]马特斯尔斯·W.斯达切尔主编:《网络广告:互联网上的不正当竞争和商标》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2004年版,第13页。

⑤ 参见倪嵎编:《中外广告法规与管理》,上海人民美术出版社2016年版,第213页。

⑥ 参见崔银河编:《广告法规与广告伦理》,中国传媒大学出版社2017年版,第25页。

44条规定了互联网广告的两个基本准则,即不得影响用户正常使用网络原则和确保一键关闭准则。^①《暂行办法》第7条和第8条在重申了以上两个准则之外,还增加了3项互联网广告准则:(1)互联网广告可识别性准则;(2)付费搜索广告与自然搜索结果区分准则;(3)未经允许,不得在用户发送的电子邮件中附加广告或者广告链接准则。^②《暂行办法》第16条还对以下3种互联网广告行为予以禁止:(1)提供或者利用应用程序拦截、过滤、覆盖、快进他人正常经营的广告;(2)破坏正常广告数据传输,篡改或者遮挡他人正当经营的广告,擅自加载广告;(3)利用虚假的统计数据、传播效果或者互联网媒介价值,诱导错误报价,谋取不正当利益或者损害他人利益。

虽然《广告法》和《暂行办法》对互联网广告基本准则作出了规定,但由于上述网络广告准则过于宽泛,缺乏行业针对性,因此一些新型的律师网络广告不当行为处于法律规制的盲区。例如,因在互联网上发布广告的成本极低,故许多律师和律师事务所通过使用互联网建立专业领域论坛的方式发展客户,律师以这种方式可以潜移默化地将对该领域感兴趣的人转变为客户。^③这种利用网络社交平台招揽律师业务的行为就是一种新型的律师网络广告行为,该种行为要不要遵守一般广告准则?如果律师利用微信、微博、QQ等实时聊天工具对客户进行现场劝诱以招揽业务是否合法?另外,互联网链接对客户至关重要,而律师事务所互联网链接最常见的方式就是网站交换链接,从而在律师事务所与合作网站之间建立互利共赢关系。因此,亟须对律师和律师事务所网站的性质和信息披露规则作出明确和详细的法律规定。例如,律师与律师事务所网站、网页的性质是否属于广告?若是广告,它们该如何履行广告法规定的信息披露义务?遗憾的是,我国现行网络广告准则对上述问题均未作出明确规定。由此可见,我国网络广告一般准则的空泛化与律师网络广告行为具体化之间存在适用不能的困境。

(二)律师广告准则的原则化与律师网络广告行为的具体化之间存在鸿沟

我国律师行业的特殊广告准则一般由律师协会制定的行业自律规则予以调整。2017年中华全国律师协会修订的《律师执业行为规范》(以下简称《行为规范》)对律师广告的内容予以了明确规定。《行为规范》第28条规定:“律师个人广告的内容,应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、学历、学位、专业、律师执业许可日期、所任职律师事务所名称、在所任职律师事务所的执业期限;收费标准、联系方式;依法能够向社会提供的法律服务业务范围;执业业绩。”第29条规定了允许的律师事务所广告内容,即“限于律师事务所名称、住所、电话号码、传真号码、邮政编码、电子信箱、网址;所属律师协会;所内执业律师及依法能够向社会提供的法律服务业务范围简介;执业业绩”。也就是说,律师广告的内容仅限于律师个人和律师事务所的基本信息,不得包含明示或暗示与政府机关、社会团体、中介机构及其工作人员有特殊关系的内容;不得涉及获得荣誉或自我赞美的内容。律师和律师事务所不能自我声明或暗示其被公认或证明为某一专业领域的专家。律师广告之所以比普通商业广告有着更严格的规范要求,是因为律师是公平和正义的化身,是当事人的保护神,更应严格要求自己。必须指出,《行为规范》没有任何涉及规范律师网络广告的内容,这不能不说是该规范性文件的一个重大缺陷。

可喜的是,2018年1月,中华全国律师协会颁布实施了《行为规则(试行)》,这是我国第一个专门规范律师广告行为的行业自律规则,它与《行为规范》的立法精神基本保持一致,采取宽松式的业务推广管理模式,规定律师业务推广应遵守守法、公平、真实、严谨和得体的基本原则。《行为规则(试行)》还规定了律师广告的以下特殊准则:(1)禁止公司律师和公职律师发布律师服务广告,因为根据相关规定,这两类律师不得办理本单位以外的诉讼和非诉讼业务。另外,还禁止未参加年度考核的律师和处于停止执业或停业整顿处罚期间的律师发布律师服务广告。(2)规定了荣誉称号和专业评价的具体标示方法,即律师或律师事务所广告宣传中载有荣誉称号的,必须明确荣誉称号的授予时间和授予机构。律师、律师事务所不得自我

① 参见《中华人民共和国广告法》第44条。

② 参见《互联网广告管理暂行办法》第7、8条。

③ See Paul F. Lewis, Building a Law Firm Website, 33 Colorado Lawyer, 33 (1998).

宣称专家或专家单位。(3)规定律师、律师事务所需对其互联网媒介空间的内容承担监督管理责任。另外,在对业务推广方式的定义上,《行为规则(试行)》顺应信息技术的发展,将建立、注册和使用网站、博客、微信公众号、领英等互联网媒介的新方式列入律师业务推广的定义之中。^①这是我国律师网络广告立法的一项重大突破。

由上观之,我国目前既有互联网广告准则,也有律师广告准则,但缺乏针对律师网络广告的具体准则,尽管《行为规则(试行)》对律师广告的定义进行了扩充解释,将建立、注册和使用网站、博客、微信公众号、领英等互联网媒介的新方式作为律师广告的新形式,从而将传统的广告准则和律师广告准则适用到网络空间,但遗憾的是,《行为规则(试行)》仅仅是将律师广告的外延扩大到了互联网环境而已,尚缺乏针对律师网络广告的互动性、匿名性、实时性等特质进行规范的具体广告准则,也就是缺乏针对律师网络广告行为的具体规则。例如,我国目前缺乏在美国普遍实行的网络社交平台律师现场劝诱禁止规则、律师事务所网站信息披露规则等具体的律师网络广告准则。因此,我国律师广告准则的原则化与律师网络广告行为的具体化之间存在鸿沟,使我国的立法实践滞后于时代的发展。

(三) 律师网络广告失范行为亟须制定律师网络广告特殊准则

当下中国,互联网已成为律师推广业务的首选媒体,但律师网络广告特殊准则的缺失以及网络广告一般准则的空泛化和律师行为准则的原则化,导致实践中律师网络广告领域乱象丛生。例如,律师事务所网站作为“最明显和最普遍的网络广告形式”,^②其失范现象也最为严重,虚假广告满天飞,各种荣誉、头衔、执业经历、典型案例等子虚乌有,网站介绍美轮美奂,宣传材料无所不能,极力吹捧自己,客户雾里看花,如堕云里雾里,无所适从。另外,QQ、微信公众号、博客、微博等互联网平台,已成为律师网络广告的重要载体,许多律师和律师事务所利用这一即时通信工具,劝诱客户,招揽业务,许多客户基于信息弱势,容易上当受骗,甚至不堪其扰。再如,律师利用网络搜索引擎这种新型网络广告媒体信息披露字符有限的固有局限,进行内容不完整的选择性广告宣传,严重恶化了互联网的律师业务竞争生态。因此,“在控制愚蠢的商业主义和过分激进的救护车追逐行为的同时,必须严格规范花哨、夸张和不实的律师广告信息材料”。^③换言之,律师网络广告失范行为亟须制定律师网络广告特殊准则予以规制。

三、美国律师网络广告准则之考察

美国在联邦、各州及地方层面都有大量与广告监管相关的立法,但专门的统一广告立法却是空白,有关广告的法律规则散见于联邦和各州的不同法律中。^④目前美国没有专门规范律师网络广告行为的统一准则,每个州的立法机构和各个联邦地区法院都有权制定适合本州州情的律师职业伦理准则和律师网络广告准则或者选择适用其他州的律师网络广告准则。

(一) 律师广告从全面禁止到有条件准许之立法与司法演变

1. 前“贝茨案”^⑤时代完全禁止律师广告

从历史上看,“律师广告的禁令起源于礼仪规则,而不是伦理规则”。^⑥这种礼仪规则起源于大不列颠的早期律师将法律视为公共服务的方式,而不是作为谋生的手段,并且他们看不起贸易,认为它不体面。从殖民地时期到19世纪初,与该时期的其他行业一样,法律职业被认为主要是一种公共服务。律师打广

① 参见吴晨:《律师业务推广行为规则剖析》,《中国司法》2018年第3期。

② See Alan N. Greenspan, Internet Advertising Laws and Regulations, 547 pLl/pat., 335(1999).

③ William E. Hornsby, Jr., The Ethical Boundaries of Selling Legal Services in Cyberspace, <http://www.computerbar.org/netethics/abawill.htm>, 2018-05-10.

④ 参见周辉:《美国网络广告的法律治理》,《环球法律评论》2017年第5期。

⑤ 即“贝茨诉亚利桑那州律师协会案”。See Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350(1977).

⑥ Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350, 371 (1977).

告被认为没有尊严,受到蔑视。1908 年美国律师协会颁布了《职业伦理准则》。^① 美国大部分州全部或部分采纳了该准则。该准则明确禁止法律广告和劝诱,从而为各州和美国律师协会提供了禁止律师打广告和劝诱的先河。

2. 后“贝茨案”时代允许常规法律服务刊登律师广告

1977 年,在“贝茨案”中,美国联邦最高法院取消了常规法律服务的律师广告禁令。在“贝茨案”中,贝茨认为,禁止律师广告是有害的。法律性服务也是商品之一,委托人与购入商品者相同。关于商品,进行多种情报的宣传、广告,是供消费者可能充分选择的重要手段,可以促进商品供应者之间展开竞争。^② 法院认为,“为个人和社会利益服务,确保知情和可靠决策的”商业言论有权获得第一修正案保护。

在“贝茨案”判决之后,无可争辩的是,律师广告成为商业言论的一种形式,各州可以规范律师广告以保护消费者免受虚假的、误导性和欺骗性广告的侵扰,但并不完全禁止律师广告。非商业言论,除了少数例外,可以享受第一修正案的全面保护。

1983 年,美国试图建立全国统一的法律伦理标准,美国律师协会用《职业行为示范规则》(以下简称《示范规则》)取代了《职业责任示范法》(以下简称《示范法》)。虽然在起草《示范规则》的时候,没有考虑互联网广告,而是旨在规范印刷广告,但是《示范规则》处理印刷广告的方式具有指导性,为建立律师电子通信(包括互联网网站)广告的统一标准提供了依据。

在 1976 年“弗吉尼亚州药业委员会诉弗吉尼亚州消费者委员会公司案”^③(以下简称“弗吉尼亚州药业案”)之前,法院没有将第一修正案解释为扩大到对纯商业言论给予保护。“弗吉尼亚州药业案”成为专业人员有权根据第一修正案和第十四修正案对标准化产品和服务的价格进行广告宣传的第一个代表性案例。美国联邦最高法院认为,弗吉尼亚州法律禁止药剂师对标准处方药的价格打广告是违反宪法的。法院认为,获得处方药有效性、性质和价格信息的公共利益超过了保护执业药剂师形象的州利益。

(二)美国联邦最高法院禁止律师进行现场劝诱

虽然美国联邦最高法院没有明确禁止律师通信,但在“奥里利克诉俄亥俄州律师协会案”^④(以下简称“奥里利克案”)中涉及现场劝诱问题时,它确实是明确禁止的。法院在“贝茨案”之后 1 年对“奥里利克案”作出判决,将现场劝诱与第一修正案保护的传统的言论自由区别开来,声称现场劝诱“不同于”广告。

在该案中,俄亥俄州律师奥里利克多次前往医院探望一位交通事故受伤司机,并将该司机注册为客户,经过多次拜访和现场推销,终于说服该司机与其签订了代理索赔协议。协议规定,奥里利克将获得所有赔偿的 1/3。但是,当事人随后反悔,并向吉奥格县律师协会进行投诉。俄亥俄州最高法院冤情和纪律委员会复审了该案,认为律师奥里利克违反了《俄亥俄州职业责任守则纪律规则》。俄亥俄州最高法院支持了该委员会的裁决,并且将该委员会公开谴责之制裁增加到无限期停止该律师执业。奥里利克上诉到美国联邦最高法院。美国联邦最高法院的判决意见高度统一,一致认为:各州制裁律师的现场劝诱行为是合宪的;现场劝诱行为明显不同于常规法律服务广告;现场劝诱让客户遭受严重的心理压力和负担,剥夺了客户思考和反复比较的机会,容易对非专业客户进行操纵和施加不当影响,因此,必须予以禁止。

(三)律师参加实时电子通信类似于现场劝诱

美国律师协会《伦理 2000 报告》建议修改《职业行为示范准则 7.3 规则草案》,明确禁止律师在实时通信场合进行职业劝诱,除非潜在客户是律师或者与律师具有家庭、亲密个人或前工作关系。因为律师与潜在客户之间的实时电子通信更像现场的电话交谈,而且“充满了不必要的影响、恐吓和过度干预的

① See Louise L. Hill, Lawyer Communications on the Internet: Beginning the Millennium with Disparate Standards, 75 Washington Law Review, 791 (2000).

② 参见[日]河合虹之:《律师职业》,康树华译,法律出版社 1987 年版,第 49 页。

③ See Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

④ See Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n, 436 U.S. 447(1978).

可能”。^①

密歇根州律师协会认为,律师在无邀请的情况下发起的实时交互式网络通信构成非法现场劝诱。因为更多互动性的网站与电话和面对面交谈具有很强的相似性,如果禁止非电子形式的接触,那么电子形式的接触也应该禁止。此外,佛罗里达州律师协会广告常设委员会认为:“律师不得通过网络聊天室劝诱潜在客户,网络聊天室被定义为计算机用户之间的实时通信”。^②

虽然网络聊天室的律师通信不是劝诱,但这种谈话可能演变成功诱。费城律师协会建议参加聊天室通信的律师必须表明他们的律师身份。费城律师协会还认为,律师必须遵守规范劝诱、律师非法执业和与潜在客户通信的州伦理准则。^③

(四) 律师与律师事务所网站和网页所宣传的法律服务信息一般构成广告

在大多数情况下,律师和律师事务所网站发布的律师或其法律服务的信息构成广告,因为这些网站实际上是向潜在客户推荐商业交易。因此,这些通信构成广告。美国各州可以对商业言论包括律师广告的时间、地点和方式施加合理的限制。

在美国,人们一般认为规制广告和劝诱的律师行为准则同样适用于律师和律师事务所网站,即律师和律师事务所网站应遵守各州的广告准则。律师与需要法律服务的潜在客户直接进行电子邮件接触应受规范劝诱行为的规则调整。

加利福尼亚州律师协会职业责任和行为常务委员会认为,向公众提供有关律师职业工作有用信息的律师网页构成了受《职业行为准则》规范的“通信”和受《企业和职业法》约束的广告。伊利诺斯州律师协会认为,律师事务所网站可以与电话黄页目录中的广告相媲美。伊利诺斯州律师若参加聊天室讨论,张贴公告板,或者使用类似媒体,则应受规范劝诱行为的伦理准则的约束。^④ 马里兰州、马萨诸塞州和密歇根州律师协会还将律师或律师事务所维护的网站归类为广告。^⑤ 马萨诸塞州已经考虑将律师广告准则扩展到在线会员目录,并与马萨诸塞州律师协会的会员主页链接。田纳西州律师协会还规定州广告准则适用于律师网页,但一般不适用于互联网上公布的律师对私人电子邮件法律咨询问题的回复。^⑥

(五) 律师与律师事务所网站和主页须遵守信息披露要求

美国律师协会《职业行为准则》没有为各州统一网络广告准则提供范本,因此,各州被迫制定自己的网络广告准则。美国《路易斯安那州职业行为守则》第 7.2 条明确规定,律师事务所的主页和网站既要遵守所有的实体广告准则,还要遵守相关的信息披露要求,如披露执业管辖区、执业资格证书等信息。

1999 年佛罗里达州最高法院采纳了《佛罗里达州规则 4—7.6》以处理计算机访问通讯。由此,佛罗里达州成为第一个制定了专门规范计算机访问通讯和互联网通信规则的州。^⑦ 佛罗里达州规则 4—7.6(b) 将律师事务所网站分为两种类型:主页和网站其余部分,并对每种类型适用不同的规则。根据该规则,律师事务所主页和网站都要遵守所有的实体性律师广告准则,但文件、附录、表格和网站超出主页的其余部分可以豁免广告准则的适用,但这些材料同样不能包含误导性内容。^⑧

① See ABA Ethics 2000 Report; Model Rules of Prof'l Conduct R. 7.3 cmt. 1 (Proposed Amendments 2000), http://www.abanet.org/cpr/e2k-wholereport_home.html, 2017-02-01.

② Vanessa S. Browne-Barbour, Lawyer and Law Firm Web Pages as Advertising: Proposed Guidelines, 28 Rutgers Computer and Technology Law Journal, 315(2002).

③ See Philadelphia Bar Ass'n Prof'l Guidance Comm., Op. 98-6 (1998).

④ See Ill. State Bar Ass'n, Advisory Opinion on Prof'l Conduct 96-10 (1997), <http://www.illinoisbar.org/courtsw11/ethicsopinions/96-10.asp>, 2015-12-03.

⑤ See http://massboer.org/phpslash/public_html, 2018-04-05.

⑥ See Tenn. Bar Ass'n, Ethics Op. 95-A-576 (1995).

⑦ See Rules Regulating the Fla. Bar R. 4-7.6 (2010).

⑧ See Petition to Amend the Rules Regulating the Florida Bar—Rule 4-7.6, Computer Accessed Communications, Appendix C (2008).

四、我国律师网络广告规制立法之疏漏

(一)缺乏针对律师网络广告行为的专门立法与系统性规定

从《广告法》《暂行办法》《行为规范》等法律法规和行业自律规范的法律位阶和规制范围来看,存在的主要问题是:(1)相关立法位阶不高。目前法律位阶较高的《广告法》并未对律师广告问题作出专门规定,对律师广告问题作出较为明确规定的仅有《行为规范》,而该规范从法律位阶来说,只是由全国律师协会常务理事会议制定的行业自律规范,因此其法律的权威性和执行力大打折扣。另外,规范互联网广告的《暂行办法》是由国家工商行政管理总局发布的,其法律位阶仅为部门规章,在法院审理案件时仅具参考价值。最新颁布的《行为规则(试行)》仅仅是律师的行业自律规则,从性质上讲,《行为规则(试行)》只是司法行政措施的重要补充。因此,迫切需要在法律位阶较高的《广告法》中对律师网络广告问题作出专门规定。(2)立法不周延,未建立规制律师网络广告行为的无缝式覆盖体系。我国律师网络广告法律规范的内容目前仅仅局限于律师广告的定义、互联网广告准则、律师广告的原则、^①律师广告的主体(即律师个人和律师事务所)、内容和违法律师广告的处罚^②几个方面,缺乏针对律师网络广告的特别准则。例如,天津市律师协会颁布的《律师协会执业广告管理办法》第10条规定:“在电脑网络上发布广告的办法另行制定”。直接回避了律师网络广告这一形式,但一直未见有办法出台。^③另外,现行规定过于笼统,所限定的网络广告的外延以及监管对象偏狭,缺乏可操作性。^④也就是说,我国的律师广告规范没有升级至“网络版”。^⑤由于网络传播的特殊性,现行广告法律规范对一些新型的律师网络广告不当行为显得束手无策,如律师能否利用微信、QQ等实时聊天工具对客户进行劝诱?律师与律师事务所网站、网页作为广告该如何规范等问题尚处于法律盲区。(3)相关规范性文件之间存在冲突。例如,北京市律师协会2000年颁布实行的《北京市律师事务所执业广告管理办法(试行)》规定律师事务所是唯一的广告主体,律师个人不得打广告,这与全国律师协会制定的《律师执业行为规范》第23条规定律师和律师事务所可以“发布使社会公众了解律师个人和律师事务所法律服务业务信息的广告”之规定相矛盾,而上海则允许律师个人做广告,^⑥因此,需要上位法对这些基本问题作出明确规定。

(二)禁止现场劝诱规则缺位

《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)对律师和律师事务所的不正当竞争行为作出了禁止性的原则规定,即律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。2010年司法部颁布的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第6条将“以不正当手段承揽业务”的违法行为列举如下:(1)以误导、利诱、威胁或者作虚假承诺等方式承揽业务的;(2)以支付介绍费、给予回扣、许诺提供利益等方式承揽业务的;(3)以对本人及所在律师事务所进行不真实、不适当宣传或者诋毁其他律师、律师事务所声誉等方式承揽业务的;(4)在律师事务所住所以外设立办公室、接待室承揽业务的。由上观之,《律师法》规定的不正当手段承揽业务行为并不包括律师现场劝诱行为。当然,《广告法》和《暂行办法》等其他法律法规也未对此问题作出明确规定,因此,可以说我国现行广告法律规范没有禁止律师现场劝诱的任何规定。

如前所述,美国的立法和司法实践是明确禁止现场劝诱的。因为现场劝诱是一种危害性较大的广告行为,它与普通的公共广告不同。普通的公共广告只是被动地向潜在客户传递相关信息,而现场劝诱是直接给客户施加压力,让客户在根本没有时间对法律服务价格和质量进行比较的情况下仓促作出决定。由

① 参见《律师执业行为规范》第24、25条。

② 参见《中华人民共和国广告法》第63条第2款。

③ 参见李江婧:《论我国律师广告规范的完善》,《四川警官学院学报》2009年第2期。

④ 参见邓小兵、冯渊源:《网络广告行政监管研究》,人民出版社2014年版,第29页。

⑤ 参见金竞:《律师网络广告规则研究》,硕士学位论文,中国政法大学,2011年,第14页。

⑥ 参见李江婧:《我国“律师广告”规范的现状与立法对策》,《云南电大学报》2009年第1期。

于律师都是经过职业训练、具有良好口才和说理能力的专业人才,因此,其很容易利用自己的业务专长对外行客户进行操纵和施加不当影响。同时,由于在现场劝诱场合没有第三人和律师协会等组织在场进行监督,因此更容易发生风险。在互联网时代,出现了许多实时互动式通信工具,如微信、微博、QQ 聊天室等,这是一种互动式网络广告类型,与传统的印刷广告和书面通信相比,它发生越权和产生不当影响的风险更大,因为传统的印刷广告和书面通信客户享有充足的比较和思考时间,有时甚至可以将其往后推迟考虑、忽略或丢弃。^① 随着互联网时代的到来,许多律师利用微信、微博和 QQ 等实时通信工具,劝诱客户接受其提供的法律服务,这既贬低了律师的公众形象,也会导致客户受到伤害,甚至还被认为是一种对客户的骚扰行为,因此,亟须立法对网络现场劝诱行为进行调整和规范。

(三)规范律师事务所网站与主页内容的广告准则缺失

网络时代,许多律师和律师事务所通过律师联盟类网站和律师事务所主页来进行网络营销和推广,以打造品牌和获取案源。目前,网络营销已成为律师竞争的一种重要手段。为了吸引客户,许多律师和律师事务所网站也是绞尽脑汁,花样翻新,不惜夸大其词,甚至虚假宣传。许多律师事务所网站和主页上的信息包罗万象,不遗余力地列举各位律师和本律师事务所的各种奖励和荣誉称号、学术头衔、社会兼职以及与政府及其官员之间的关系,甚至贬低同行,尽一切可能增强自己的吸睛能力。客户一旦进入该网站,各种插播视频、弹出广告、对话框等就自动弹出,甚至在客户没有点击图标的情况下,就误入了律师事务所的法律服务推销网页。这些律师与律师事务所网站和主页的内容既可能涉嫌虚假广告宣传,也可能涉嫌不正当竞争,还可能耗费访问该网站客户的时间,影响客户的情绪。

如何规范律师事务所网站,在这方面美国有可资借鉴的经验。美国爱荷华州规定,律师事务所和律师网站“必须符合调整广告的《律师职业责任守则》的规定,而且必须遵守 DR2-101、DR2-103 和 DR2-105^②(包括公布所需的披露)以及相关的伦理考虑和相关的正式意见”。必须在主页或每页的第一个屏幕上进行信息披露。披露必须在网站主页和包含律师生平信息的任何其他页面上进行,披露内容不仅仅限于名称、地址、电话号码和传真号码。^③ 在北卡莱罗纳州,网站被视为一种受律师广告准则约束的广告形式。拥有网站的律师必须在网站上声明律师或律师事务所成员被许可执业的所有司法管辖区以及披露主要办公场所。在记录保存方面,要求北卡莱罗纳州拥有网站的律师保留该网站的副本,并记录使用它的时间和地点,保留期为两年。网站的所有页面都必须以硬拷贝的方式保存,包括格式或内容的重大改变。^④

“互联网是一个尚未形成基本自治规则的社会”,^⑤国际上也没有规制律师事务所网站的通行规则。尽管我国《行为规则(试行)》将建立、注册和使用网站作为律师广告的新形式,但由于网站框架结构复杂,信息内容众多,因此“建立、注册、使用网站”究竟是指网站的全部内容还是部分内容?若仅指部分内容,具体是指哪些内容?律师网站上哪些页面及内容需要信息披露?如何披露?均须法律作出明确规定。

(四)传统广告的信息披露规则无法适用于律师点击付费广告

传统广告的信息披露规则没有考虑到新兴的网络广告形式与律师事务所网站的相互关系。例如,律师点击付费广告,它只有在客户实际上点击广告以访问律师和律师事务所的网站时,才需要支付费用。点击付费广告的针对性较强,是性价比较高的搜索推广方式。^⑥ 律师和律师事务所作为广告主可以竞标自己选定的搜索关键词,当客户在百度或谷歌等搜索引擎上输入匹配的关键词查询相关的法律服务信息时,该律师和律师事务所投放的广告就会自动显示。该链接被称为“赞助链接”或者“赞助广告”。点击付费广告中包含的链接会重新引导潜在客户进入律师事务所网站。因此,广告的内容对客户是否会点击该广告

① 参见李定妮:《网络广告及其监管:问题与法律规制的完善》,《哈尔滨师范大学社会科学学报》2015年第3期。

② DR是“Disclosure Rules”的英文缩写,中文含义为“信息披露规则”。

③ See J. T. Westermeier, Ethical Issues for Lawyers on the Internet and World Wide Web, 6 Richmond Journal Law & Technology, 6 (Symposium 1999).

④ See Ethics Comm. of the N. C. St. Bar, Op. 239 (1996).

⑤ G. Burgess Allison, The Lawyer's Guide to the Internet, The American Bar Association, 1995, p. 43.

⑥ 参见莫凡:《网络广告》,河南大学出版社2017年版,第113页。

以及是否会浏览该律师事务所网站将产生重大影响。

但是,传统广告的信息披露规则无法适用于点击付费广告,因为搜索引擎广告包含严格的字符限制,如在谷歌关键词广告情况下,它是每行25到35个字符;又如,亚马逊产品信息检索后台关键词填写的最大字符限制为250个字符;百度推广标题不能超过50个字符。^①因此,如此有限的字符数量无法履行传统广告准则的信息披露要求。《广告法》第8条规定了广告的信息披露要求:即广告中对商品的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者、有效期限、允诺等或者对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等有表示的,应当准确、清楚、明白。广告中表明推销的商品或者服务附带赠送的,应当明示所附带赠送商品或者服务的品种、规格、数量、期限和方式。点击付费广告作为一种新兴的网络广告形式无疑对律师业务推广具有重大价值和意义,但由于它披露的字符数量有限,必然会存在选择性披露和隐瞒重大事实等虚假陈述情形,因此,它往往存在着比传统广告更高的误导和欺诈客户风险。我们认为,只有准确完整的信息披露制度,才能够有效地阻止律师通过点击付费形式大规模地刊登欺诈或不合规广告的违法风险。但是,《广告法》的信息披露要求又与现行技术条件下点击付费广告的字符限制相冲突,因此,如何解决这一对矛盾亟须法学界的创新思维。

五、完善我国律师网络广告法律规制之设想

(一)建立层次分明、体系完整的律师网络广告法律规范体系

所谓层次分明是指调整律师网络广告行为的法律规范位阶清晰,形成以法律位阶较高的《广告法》和《律师法》为核心和骨干,以《互联网信息服务管理办法》和《电信条例》等国务院制定的行政法规为补充,以国家工商行政管理总局、司法部、信息产业部单独或会同有关部门制定的行政规章为具体操作依据,以地方行政规定为实际针对性措施,以行业自律规则为司法行政措施的重要补充的多层次法律规范体系。^②目前,我国调整律师网络广告行为的法律规范较为零散,缺乏系统性,尤其是《广告法》和《律师法》这两部由全国人民代表大会常务委员会制定的法律没有对律师网络广告行为作出专门规定,导致顶层立法设计存在缺失。因此,笔者认为,首先,立法机关须在《广告法》中对律师网络广告准则作出原则性规定;其次,修改《律师法》,对律师网络广告不正当竞争行为作出具体规定;最后,通过修改《暂行办法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》等行政规章和《行为规范》等行业自律规则,将律师网络广告准则具体化,增强其可操作性。

体系完整是指调整律师网络广告行为的法律规范必须门类齐全、内容全覆盖、无死角和盲区。从具体内容来讲,就是要建立覆盖点击付费广告、社交网络广告、律师和律师事务所网站广告、电子邮件广告、弹出广告、链接广告等全部网络广告形式的律师网络广告行为准则。

(二)使用点击协议进行信息披露以克服搜索引擎广告字符限制之局限

由于点击付费广告实施的字符限制几乎阻止了律师(广告主)实施具有实质意义的、信息完整的广告发布行为,从而导致《广告法》规定的信息披露要求无法得到满足,因此,完美的解决之道正如美国学者格雷厄姆·H.瑞安指出的那样:合适的监管措施是,允许网络广告的浏览者同意在点击广告之后进入网站之前,通过点击屏幕上的对话框来同意互联网协议的条款或条件,该对话框应包含所有在广告中不包含的,在进入律师事务所网站之前必须披露的信息。然后,把所有点击它的用户重新引导到律师或律师事务所赞助、授权或控制之网站。换句话说,有效的监管措施要求信息披露和免责声明既不能出现在广告上,也不能出现在网站上,而是位于两者的岔道口。^③

^① See Graham H. Ryan, What Went Wrong on the World Wide Web: The Crossroads of Emerging Internet Technologies and Attorney Advertising in Louisiana, 71 Louisiana Law Review, 757(2011).

^② 参见国家工商行政管理总局广告监督管理司:《广告法律理解与适用》,工商出版社1998年版,第5页。

^③ See Graham H. Ryan, What Went Wrong on the World Wide Web: The Crossroads of Emerging Internet Technologies and Attorney Advertising in Louisiana, 71 Louisiana Law Review, 781(2011).

随着律师转向虚拟律师事务所执业,点击协议很可能成为律师与客户之间网上法律合约的标准。因此,使用点击协议进行广告信息披露是其功能在法律界发展的合理延伸。^① 点击协议与网络广告结合起来使用,可以在把用户从广告页面重新引导到律师事务所网站之前,消除用户因浏览网络广告而引起的任何误解。

因此,点击付费广告实施的字符限制不再阻碍律师从这种高效的网络广告中获益,因为所有的信息披露要求都不包含于广告之中,只需要通过点击即可完成。虽然这种解决方案是网络用户仅需通过点击“继续”或“同意”就可绕过的中间步骤,但通过点击进行信息披露比传统的通过广告本身进行的信息披露具有更高的效率,因为它是一个内容具有强大吸引力的独立设置来进行信息披露。虽然点击协议是一种技术解决方案,可以适用于所有类型的网络广告,但由于目前我国还没有任何立法对此问题作出规定,因此,笔者试图在律师网络广告准则中对之予以首倡,以期达到“先行先试、继而推而广之”的效果。总而言之,点击解决方案既可以保护消费者免受广告误导,又可以节省消费者对垃圾广告的浏览时间,同时,还能够允许律师通过网络媒体(如点击付费广告)自由地宣传他们的服务,可以说它是一种技术与法律相结合的良好解决方案。

(三)禁止律师对潜在客户在实时电子通信场合进行现场劝诱

律师现场劝诱很可能是一面之词,具有明显的信息不对称性。它要求当事人迅速和不知情地作出决定,没有给他们提供充分比较和思考的机会,会给当事人带来很大的压力。另外,现场劝诱是看不见的,而且不受公众监督,很难证明现场实际发生了什么。^② 因此,美国立法对律师现场劝诱予以禁止。因为实时电子通信(如网络聊天室)与现场电话联络存在同样的风险,律师主动发起的实时电子通信往往具有明显的劝诱动机,所以为了避免对潜在客户造成不必要的影响和过度干扰客户的正常生活与业务判断能力,我国法律应当对此予以明确禁止。但是,对客户主动发起的电子实时通信(如添加微信或QQ好友),由于其往往具有法律咨询的目的,因此,法律应当对之网开一面,予以允许,但必须防止律师利用此机会进行实时劝诱。基于此,笔者建议,我国应该修订《广告法》和《律师法》,明确规定:律师不应该主动发起与潜在客户的实时电子通信,除非潜在客户与该律师具有亲密朋友、亲戚或个人关系,或者与该律师事务所具有前工作关系。对由客户主动发起的实时电子通信,律师可以应答与回复,但不得利用此机会进行现场劝诱。也可借鉴美国律师协会《职业行为示范准则 7.3 规则》,^③ 明确规定:律师不得以亲临现场、现场电话或者实时电子通信的方式向潜在客户进行业务劝诱,只要律师这样做的主要动机是为了经济利益。

(四)明确规定律师和律师事务所网站应当遵守的实体广告准则

笔者认为,律师与律师事务所网站与主页是律师和律师事务所推广其法律业务的主要方式。尽管就其总体性质而言,属于广告,但由于网站内容众多,既有普通内容的信息,也有广告性质的信息,因此,在律师网站广告准则的设计方面,应当坚持适度区分原则,具体构想如下:

1. 律师和律师事务所网站信息内容必须真实

律师和律师事务所网站只能包含与律师或律师事务所以及律师和律师事务所服务有关的真实信息。真实信息是指没有包含事实或法律存在重大失实陈述的信息。如果网站包含的信息对律师和律师事务所可能实现的结果产生任何不合理的预期,那么该律师和律师事务所网站就是虚假的和具有误导性的。信息披露义务人在信息披露文件中或者通过其他信息发布渠道、载体,作出不完整、不准确陈述,致使客户发生错误判断的,应认定为误导性陈述。^④ 律师和律师事务所不可以使用具有误导性或包含重大不实陈述的元标记或其他编码装置。

① See Graham H. Ryan, What Went Wrong on the World Wide Web: The Crossroads of Emerging Internet Technologies and Attorney Advertising in Louisiana, 71 Louisiana Law Review, 783(2011).

② See Shapero v. Kentucky Bar Association, 486 U.S. at 476.

③ See Model Rules of Prof'l Conduct R. 7.3(a), http://www.abanet.org/cpr/e2k-wholereport_home.html, 2016-02-01.

④ 参见缪因知:《论证证监会信息披露规则的不足》,《法治研究》2016年第2期。

2. 律师和律师事务所网站不得提供任何比较信息

律师和律师事务所网站不得拿一位律师或一家律师事务所的法律服务与另一位律师或另一家律师事务所提供的服务进行比较,因为比较的一方总是突出自己的优势,隐瞒自己的劣势,对竞争对手则反其道而行之,很容易误导客户。因此,律师和律师事务所在网站上进行业务比较是一种不正当竞争行为。

3. 律师和律师事务所必须在网站上提供自己的基本信息

提供律师和律师事务所基本信息的目的是给潜在当事人提供所需的基本信息,避免误导客户,同时,还可以防止夸大宣传和选择性披露。律师和律师事务所网站提供的信息必须包含律师和律师事务所的名称、律师和律师事务所的法律办公室地址(律师事务所物理位置的地址)、电话号码、传真号码和电子邮件地址,仅仅标明邮政信箱和虚拟互联网地址不足以满足这一要求。^① 律师和律师事务所网站应该标明对网站内容负责的至少一位律师或一家律师事务所的姓名(名称)和办公地址(律师事务所物理位置所在的地址)。律师和律师事务所网站可以包含律师的生平信息。生平信息包括执业领域、教育背景、外语能力、教学职位、公益活动和社区服务活动。但不得包含虚假或夸大的专家或荣誉称号。同理,律师和律师事务所通过微博、微信公众号等自媒体进行软广告宣传也必须遵守提供律师个人和律师事务所基本信息的义务。

4. 律师和律师事务所网站和主页必须遵守广告法的信息披露义务

由于专业知识不对等,当事人很难对律师选择性披露的执业信息进行准确的判断,因此,法律必须介入,明确规定律师和律师事务所网站的信息披露义务。具体而言,网站与主页作为律师和律师事务所信息披露的“大本营”,既要遵守所有的实体广告准则,还要遵守相关的信息披露要求,如披露执业地区、执业资格证书和免责声明等信息。^② 更重要的是必须指出,律师网站的公共信息内容、^③网站的文件、附录、表格和网站主页之外的其余部分可以豁免广告准则的适用,这也是笔者提出的律师网站广告信息披露适度区分原则的具体体现。但是,这些无须进行信息披露的材料所提供的信息必须真实,不得具有误导性。

5. 律师和律师事务所网站应承担自己网站和被链接网站之信息审查义务

“在属于不作为责任原始状态对他人侵权行为之责任领域内,监督者控制潜在危险的义务通常源于他对危险源的控制能力。”^④ 由于律师和律师事务所网站对其网站发布的信息和被链接网站的选择具有控制能力,因此,应当承担相应的信息审查义务。对网站主动发布的资讯,网站要承担事先审查义务;对网站被动发布的资讯(主要是指利用网站提供的平台网友自由发表的帖子、上传的图片、BBS 上的跟贴以及自己的博客等)要承担事后审查义务。^⑤ 另外,律师和律师事务所网站还负有对被链接之网站和网络媒介空间的内容定期进行事后审查及随时承担断开链接之谨慎注意义务,以保护消费者免受虚假和误导性通信的侵扰。

责任编辑 翟中鞠

^① See Model Rules of Prof'l Conduct R. 7.2.

^② See Vanessa S. Browne—Barbour, Lawyer and Law Firm Web Pages as Advertising: Proposed Guidelines, 28 Rutgers Computer and Technology Law Journal, 341(2002).

^③ 公共信息包括通讯;新闻评论;法律文章;社论观点;插图;调查问卷;事实或意见调查表;办公室开放和搬迁的公告;向公众征求意见或信息;合法产品说明;电子邮件和电子邮件回复表;律师履历;人事变动公告;律师和辅助人员招聘;职位空缺;法律发展与事件,包括裁决、判决、法院裁决、行政裁决和立法;研讨会和活动的公告;在线注册表;与其他互联网网站的链接;以及娱乐设备等。

^④ [德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社 2001 年版,第 269 页。

^⑤ 参见朱巍:《网站审查义务研究》,《政治与法律》2008 年第 4 期。