

原生广告的法律规制

邵 海*

摘要:原生广告的出现与“狂欢式”发展,意味着“广告即信息,信息即广告”时代的到来。无论原生广告的表现形式如何变化,其本质未变。原生广告在增强受众体验性的同时,进一步强化了广告的隐蔽性与渗透性,更好地实现了“去广告化”的目的,从而更容易逃避监管。现有广告立法以传统广告为出发点和归宿,无法有效应对野蛮生长的原生广告。原生广告的法律规制,需要在公共规制、行业自律、私人诉讼之间实现恰当的平衡。可以从强制标识制度、责任主体制度、虚假广告制度、协同治理制度等方面入手,构建能够回应原生广告特殊性的法律规制框架。

关键词:原生广告 强制标识 信息披露 协同治理

在“信息无处不在、无所不及、无人不用”^①的媒体融合时代,信息传播和接收方式经历着前所未有的变革,原生广告在此背景下应运而生,并以传统广告无法比拟的优势蓬勃发展。据艾瑞咨询预测,作为原生广告最常见表现形式的信息流广告,2018年的市场规模已达到1 090.4亿元,预计2020年将超过2 500亿元。^②原生广告让付费内容与非付费内容的边界变得模糊,实现了广告信息与非广告信息的“无缝链接”,^③游走在“劝说”与“欺诈”之间,从而实现表现形式“去广告化”的目的。虽然原生广告仍为广告,但其又要让自己变得不像广告,更像各类媒介中的普通内容,由此形成“广告即信息,信息即广告”的格局,消费者很难分清信息的属性。^④

我国报刊于2013年下半年最早出现“原生广告”这一表述,原生广告当时被誉为“媒体营销模式的创新”。^⑤自此之后,原生广告开始引起广泛关注,褒贬不一。持肯定论者大多坚持认为,

* 西南政法大学《现代法学》编辑部副编审

① 习近平:《推动媒体融合向纵深发展 巩固全党全国人民共同思想基础》,《人民日报》2019年1月26日。

② 参见艾瑞咨询:《2019年中国信息流潜力市场展望报告》,http://report.iiresearch.cn/report_pdf.aspx?id=3361,2019-12-25。

③ See A. J. Casale, Going Native: The Rise of Online Native Advertising and a Recommended Regulation Approach, 63 Catholic University Law Review 129, 129 (2015).

④ 参见林丽鹏:《广告即信息,信息即广告 信息流广告你能看穿吗》,《人民日报》2018年1月22日。

⑤ 参见付继仁:《原生广告,媒体营销模式的创新》,《广告大观》(综合版)2013年第8期。

原生广告是营销模式的创新,可以“取得广告主营销效果、媒体商业化、用户体验三方皆赢的局面”。^①持否定论者则认为,原生广告的伦理问题突出,^②给新闻行业的操作与传播带来了不小的挑战,^③从而无法摆脱其“原罪”。^④

原生广告漂亮的外衣并不能掩盖其广告的本质,既然是广告,其目的无非通过劝说的方式推广某种商品或者服务。那么,原生广告为什么要把自己打扮得不像广告呢?原生广告真的只是广告行业的一场“盛宴”或者“创新”吗?消费者能否有效识别原生广告?监管者能否对原生广告进行有效监管?原生广告的出现和发展在哪些方面挑战了既有广告法律制度?对于这些问题,国内外学界进行了积极的探索,已经取得诸多共识,但尚有很多问题未解决。

一、原生广告的内涵和特点:揭开原生“面纱”

如果原生广告的出现和快速发展更有利于消费者,那么法律就应当对其加以保护,并且可以出台激励性立法。但是,撕开原生广告温情的“面纱”就会发现,无论其外表如何变化,其本质并未发生任何变化——更好地吸引消费者的注意力,从而推销产品或者服务。正因为原生广告与传统广告在表现形式上存在差异,所以消费者可能更难进行有效识别。由此可见,认清原生广告的内涵与特殊之处,是对原生广告进行法律规制的第一步。

(一)原生广告的内涵

为了认清原生广告,自然需要知道原生广告是什么。但遗憾的是,到目前为止,关于“原生广告”的含义,国内外学界与广告实务界仍众说纷纭。之所以难以对原生广告进行准确界定,因为原生广告本身并不是一种新鲜事物,或者说“原生广告”这个称谓并不准确。从实践来看,广告原生是一种日益普遍的现象,模棱两可的定义或许正是广告追求的效果。因此,讨论原生广告的内涵似乎是一个伪命题。因为原生广告仍为广告,只是其外表发生了变化而已。

如果我们换个思路,循着原生广告的发展脉络去把握事物的本质,那么就可以把原生广告视为一种过程,即商业广告去广告化的过程,或者广告的原生化过程。正如百度营销平台对信息流广告的描述:“信息流广告是在百度 APP、百度首页、贴吧、百度手机浏览器等平台的资讯流中穿插展现的原生广告,广告即是内容。”^⑤腾讯广告平台关于“天天快报广告”有如下描述:“天天快报广告根据用户属性、历史浏览行为和兴趣爱好进行精准定向投放,以原生方式出现在天天快报的信息流和内容详情页中。”^⑥

由此可见,原生广告穿插展现在资讯流中,“广告即是内容”以及“‘隐身’在好友动态、新闻资讯中”的描述表明,广告内容与资讯内容实现了完美混同。因此,本文所称的原生广告,是指那些形同新闻、社论的广告,即实现了广告与内容“无缝链接”的广告。从这种意义上说,我们根本就

① 喻国明:《镶嵌、创意、内容:移动互联广告的三个关键词——以原生广告的操作路线为例》,《新闻与写作》2014年第3期。

② 参见戴世富、赵思宇:《隐性与隐私:原生广告的伦理反思》,《当代传播》2016年第4期。

③ 参见薛翔:《原生广告的负面效应与发展出路》,《青年记者》2017年第8期。

④ 参见韩红星、覃玲:《美国经验:原生广告的原罪与规制》,《华南理工大学学报(社会科学版)》2018年第1期。

⑤ 《什么是信息流广告》,http://e.baidu.com/product/feed,2019-12-02。

⑥ 《天天快报广告》,https://e.qq.com/resources/liquid/? from=02_PINZHUANpcssBbd34,2019-12-09。

不需要对原生广告下定义,因为所谓的原生广告本质上仍为广告,只是其表现形态发生了某些变化而已。

(二)原生广告的特点

原生广告已经大量存在且表现出旺盛的生命力提醒我们不得不关注以下问题,即原生广告与传统广告有何不同。只有认清原生广告的特点,才能为原生广告的法律规制提供有效的知识基础。

1.原生广告具有体验性

在传统媒体时代,传播形式单一,消费者没有更多的选择余地,广告主可以通过付费的方式实现话语“霸权”,强制性地向消费者提供各类消费信息,而无须考虑消费者的主观感受。随着网络时代的到来,话语空间具有极强的开放性,“广告主开始注重广告的内容化,像出版商一样生产内容、与媒体进行合作,优化用户体验,使受众能够放松、自由、平等、安全、无惧”。^①原生广告之所以使用“原生”这一修饰语,是因为其在展示过程中通过“融入用户体验”的方式来达到更好的广告效果。

原生广告的出现既有现代传播技术方面的原因,又有广告行业发生“革命性”变化的原因。由于传统广告形式容易激发受众的抵触情绪,且消费者明知是在浏览广告,因此自然会对广告宣传的产品或者服务抱有怀疑的态度,广告的宣传效果大打折扣。“将广告‘原生化’的直接目的就是为了避免展示性广告给用户体验造成的负面影响,保持或强化人们在网络使用过程中的心流体验,从而达到良好的传播效果。”^②在广告业内人士看来,原生广告的魅力在于,其内容的呈现方式更容易吸引消费者的注意力。如此一来,原生广告不仅会让受众在浏览网页或者使用社交媒体时感到愉悦,还会让某种品牌在消费者的心里留下积极的印象。

原生广告意味着传统的硬广告逐渐软化,强调广告应以用户为中心,不再赤裸裸地推销产品或者服务,而是将广告嵌入那些看起来更有价值的内容中。原生广告的发展意味着内容营销逐渐成为广告行业的一种趋势,此时,广告的侵入性减少、体验感增强,受众更乐意浏览甚至转发。原生广告以用户体验为中心,实现了硬广告的软化,掩盖了广告的真实面目,拉近了广告与受众之间的距离,较为有效地克服了受众的排斥心理。在原生广告时代,广告内容与媒介内容之间实现了某种程度的价值平衡,受众也更容易接受,广告的传播效果更好。

2.原生广告具有隐蔽性

原生广告在语气、表现形式以及功能方面与新闻、社论、娱乐内容非常相似。原生广告看起来是广告业的一场“革命”,其实只是外表发生了变化,减少了广告的“话语霸权”色彩,增加了广告的“亲近性”。但是,这种“亲近性”的增加让原生广告变得更不像广告,其新闻或者社论的外表更容易让消费者放松警惕,也会让监管者感到困惑。

原生广告在形式和内容方面均趋同于资讯,或者隐身在资讯中,但其内容的商业营销性不会也不可能消失,只是变得更隐蔽而已。为了给受众提供内容,拉近受众与广告之间的距离,原生广告会减少自己的强力推送特点,把自己的营销性隐藏起来,从而让“广告新闻”表演得淋漓尽致。其后果在于:一方面原生广告的隐蔽性会对受众形成误导甚至欺骗受众,受众以为在阅读新

^① 韩红星、覃玲:《美国经验:原生广告的原罪与规制》,《华南理工大学学报》(社会科学版)2018年第1期。

^② 康瑾:《原生广告的概念、属性与问题》,《现代传播》2015年第3期。

闻,实则是在浏览广告,而且在情感方面更投入;另一方面,原生广告的隐蔽性对媒体本身的独立性与权威性构成强力威胁,慢慢推倒广告信息与非广告信息中间的隔离墙,让受众对新闻产生怀疑。从长远来看,如果任其发展而不进行应有的规制,那么原生广告的野蛮生长不仅会葬送广告行业,而且会颠覆新闻业。

3. 原生广告具有渗透性

原生广告让受众在缺乏排斥意识的情况下进行阅读,甚至在参与过程中转发原生广告,这样就可以达到更好的劝说效果。为了增加其渗透性,让用户更乐意接受推送的内容,“算法推荐”成了重要的技术手段。作为一种“新兴”的广告模式,借助无处不在的“第三只眼”,^①原生广告更注重“投你所好”“想你所想”,借助强大的算法推荐技术,向用户精准传递信息,从而让用户获得更好的体验。

原生广告不用强制用户观看或者阅读,从表面看拉近了广告与用户之间的距离,减少了用户的排斥心理,但是在“去广告化”的面纱之下,用户很难对信息进行甄别。拥有5亿用户的“今日头条”在移动营销宣传中称:“基于大数据挖掘,可以实现性别、年龄、兴趣、手机、时间、地区等多纬度定向投放广告。”^②关于原生广告的魅力,“今日头条”的如下表述最清楚了:“广告就是新闻、新闻就是广告。没有人喜欢看广告。人们阅读他们想要阅读的东西,而有时候这些内容恰巧是广告”。^③

由此可见,在原生广告时代,广告与新闻被人为混同,用户往往无法进行区分。不仅如此,借助精准的数据,原生广告可以悄无声息地渗入用户的个人空间,通过推送的方式不断满足用户的信息需要,并在此基础上进一步引导用户的信息偏好,久而久之,用户就会陷入“信息茧房”之中而不能自拔。

二、法律规制的迫切性:基于原生广告“原罪”的考量

从历史维度来看,广告的生存形态经历了3个阶段:自然经济时期的纯广告生存形态、工业经济时期媒介插播刊载式广告的生存形态、信息经济时期广告的融入式生存形态。^④与广告的生存形态相适应,虽然国家在自然经济时期也可能对广告进行规制,^⑤但毕竟其范围和力度都非常有限。随着工业经济时代的到来以及消费者保护运动的兴起,国家加大了对广告的规制力度,逐步建立起比较完善的广告法律制度体系。在信息经济时期,特别是媒体融合时期,广告的生存形态发生了前所未有的变化,原生广告将广告的融入式生存形态表现得淋漓尽致。传统广告已“使消费者神魂颠倒”,^⑥原生广告更让消费者“雾里看花”。从其目的来看,原生广告始终裹挟着

^① 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶:《大数据时代》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第194页。

^② 《精准定向广告投放,让广告主的预算花的值》,http://toutiao.appun.cn/,2019-12-02。

^③ 《广告就是新闻、新闻就是广告》,http://toutiao.appun.cn/,2019-12-02。

^④ 参见钱广贵、毕衍鑫:《论广告生存形态的历史变迁与未来发展》,《山东社会科学》2018年第3期。

^⑤ 例如,有学者在研究“户外广告发布权”时即认为,《秦律·金布律》的相关规定已属于公法意义上的管制性规定。参见宋亚辉:《新生权利的经济解释与法律配置——以户外广告发布权为例》,《现代法学》2017年第1期。

^⑥ 参见[加拿大]马歇尔·麦克卢汉:《理解媒介:论人的延伸》,何道宽译,商务印书馆2000年版,第281页。

“原罪”，既增加了识别难度，又凸显了规制的必要性。因为原生广告的发展可能导致“规制崩溃”，^①使得国家法律在数字世界面前犹如“垂死的鱼”。^②

（一）原生广告的广告本质未变

广告之存在，是为了向消费者提供有关商品或者服务的信息，从而方便消费者作出更好的消费决定，同时也有利于广告主扩大销售从而获取更多的利益。从广告的发展历程来看，广告生存形态的每一次升级，背后的驱动力量并不是消费者而是经营者。无论是比较广告、植入式广告，还是软文广告、原生广告，广告的本质并未发生任何变化，变化的只是其外表或者呈现方式。从本质来看，广告就是商品或者服务的信息，只是提供这种信息的主动权在广告主手上。为了更好地推销自己的商品或者服务，广告主采用广告这种特殊的宣传方式，以扩大信息的受众范围，获得更好的传播效果。

进入近现代社会以来，国家需要对广告进行规制已经获得普遍认同。在现代市场经济条件下，市场调节与政府干预都是重要的资源配置手段，只是在不同的历史时期，或者在不同的国家，两者各有侧重而已。根据经典的国家干预理论，在市场失灵的领域，政府干预便具有正当性。在广告行业，正是因为利益的驱使，虚假广告才会泛滥，消费者处于信息劣势地位，“用脚投票”的机制无法正常发挥作用，市场手段往往显得无力，因此，政府的干预日益重要。既然原生广告仍为广告，并且更具隐蔽性，那么对其进行法律规制的紧迫性就更为突出。

（二）原生广告混淆广告信息与非广告信息

从世界各国对广告进行规制的实践来看，对广告信息与非广告信息进行区分，既是立法者、执法者、司法者的任务，也是广告行业应当遵循的行为准则。对广告信息与非广告信息进行区分，能够让受众知道自己接收的信息是客观公正的新闻报道、观点性质的评论，还是具有劝说功能的广告。在我国，《中华人民共和国广告法》（以下简称《广告法》）第14条第2款以及相关法律法规也作出了明文规定，意在帮助消费者有效区分广告信息与非广告信息，以免产生误解。

随着原生广告的“狂欢式”发展，广告信息与非广告信息之间的“隔离墙”逐渐被推倒。由此，广告信息与非广告信息混为一谈，这或许正是原生广告出现并迅猛发展最重要的原因。对消费者来说，广告信息与非广告信息融为一体并不是值得庆贺的事情。由于消费者无法区分广告信息与非广告信息，因此在不知不觉间浏览甚至接受广告信息，并且无法根据需要作出理性的消费决策。从这种意义上讲，原生广告的发展与消费者的信息需要背道而驰，仅仅是为了达到更好的劝说甚至诱导效果而已。

（三）原生广告更容易欺骗消费者

保护处于弱势地位的消费者免受虚假广告的欺骗，一直以来都是各国广告立法的价值取向之一。如果广告中的信息都是真实的，那么将更有利于消费者作出理性的消费决策，从而提升消费者的福利；如果广告中的信息是虚假的，那么就会诱导消费者作出错误的消费决策，甚至还可能因为商品或者服务本身具有瑕疵而遭受人身损害或者财产损失。

^① See Nathan Cortez, Regulating Disruptive Innovation, 29 Berkeley Technology Law Journal 175, 175—228 (2014).

^② 参见[美]尼古拉·尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳、范海燕译，海南出版社1996年版，第278页。

从我国广告立法的历史变迁来看,1982年《广告管理暂行条例》第6条第1款^①就对此作出了明确的规定,此后,1987年《广告管理条例》第3条、1994年《广告法》第4条、2015年《广告法》第4条都对欺骗、误导消费者的广告作出了禁止性的规定。为了让这些禁止性的规定得以实现,立法者还在相关立法中设置了责任机制,如民事赔偿、行政处罚甚至刑事责任。即便如此,在利益面前,虚假广告还是大行其道。

对传统广告而言,广告仍然具有广告的“标签”:一方面虽然广告具有劝诱特点,但无法强制人们观看(浏览),人们可以选择观看(浏览)广告,也可以选择离开;另一方面,广告的欺骗性主要体现在内容中,即广告的内容不真实,如夸大产品的功能、隐瞒产品的瑕疵等。因此,传统广告对消费者的欺骗,主要体现在内容方面,法律规制的重点也在此。

从原生广告的发展过程来看,正是因为人们对广告的厌恶,以及网络时代广告拦截软件的出现,所以广告的生存环境日益“恶化”,广告行业不得不另寻出路。虽然原生广告是近年来才出现的概念,但广义的“原生”概念已存在好几十年,在20世纪50年代的电视节目就已经出现了植入广告。^②由于人们慢慢认识到植入广告的存在及其表现形式,这种模式的广告也很容易被认识,消费者自然会有自己的理性判断。在信息无处不在的网络时代,原生广告可以被称为升级版的植入广告,因为原生广告实现了付费内容与非付费内容的“无缝链接”。当然,这只是一种更隐晦的描述,这种所谓的“无缝链接”其实就是人为混淆广告内容与非广告内容。

据此可以认为,原生广告的出现是为了规避法律的约束,逃避广告拦截软件,混淆付费内容与非付费内容,从而达到更好地说服消费者的目的。原生广告的表现形式在本质上就具有欺骗性,让消费者难以识别,从而在不知情的状态下花费大量时间观看(浏览)自己本来没有任何兴趣的广告。如果广告的内容也具有虚假性,那么消费者的信息劣势就更为明显,广告主将因此而获得更大的非法利益。在原生广告大量存在的背景下,《广告法》第28条的缺陷相当明显,根据该条规定,虚假广告只针对内容不针对形式,这就相当于以立法方式为原生广告提供了生存土壤。

三、原生广告的法律规制困境

原生广告自诞生以来就面临赞美和非议。有人认为,原生广告的出现足以拯救困境重重的广告行业,是营销模式的创新;也有人认为,原生广告本身就是罪恶的,可以称之为“浮士德契约”。^③这种现象本身很正常,因为国家对广告的规制一直都需要在商业信息自由传播与消费者权益、社会公共利益之间保持某种微妙的平衡。问题的关键在于,虽然法律规制机制不断健全,

^① 1982年《广告管理暂行条例》第6条第1款规定:“广告内容必须清晰明白,实事求是。不得以任何形式弄虚作假,蒙蔽或者欺骗用户和消费者。”

^② See Ann K. Hagerty, *Embedded Advertising: Your Rights in the TIVO Era*, 9 *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* 146, 147-148 (2009).

^③ 根据《百度百科》的记载,浮士德是德国16世纪民间传说中的一个神秘人物,据说他用自己的血和魔鬼签订契约,出卖灵魂给魔鬼,以换取世间的权利、知识和享受。把原生广告比作“浮士德契约”,意指新闻媒体将自己的公信力出卖给广告主,以换取广告收入。See Joe Pompeo, “Wall Street Journal” Editor Gerard Baker Decries Native Advertising as a “Faustian Pact”, <https://perma.cc/SXT3-9J6Y>, 2019-12-22; Lili Levi, A “Faustian Pact”? Native Advertising and the Future of the Press, 57 *Arizona Law Review* 647, 647-713 (2015).

传统广告中的虚假广告仍屡见不鲜,足以让规制者头痛,原生广告的出现,更容易挑战既有规制体制和规制秩序。

(一)边界模糊导致识别困难

信息传递的主要目的是为了最大限度地发挥信息的效能,以满足用户的信息需求,与此同时,信息传递的效果在很大程度上取决于受众的吸收能力。^①原生广告出现并受到广告行业的“吹捧”,正是为了应对消费者的广告厌倦情绪,同时规避广告拦截软件的拦截。客观地说,为了实现广告信息与非广告信息的“无缝链接”,原生广告中会包含大量知识性信息,如养生知识、人生哲理等,否则,原生广告无法更好地吸引消费者的注意力。但是,由于广告信息与非广告信息的边界模糊,无论是消费者还是规制者,都面临前所未有的识别困境。

原生广告不仅从外观上掩盖自己的广告身份,而且还通过网络技术、大数据技术实现了所谓的信息互动。广告信息与社论、娱乐新闻等非广告信息相混淆,消费者在不知不觉中就在广告信息上花费了大量的时间和精力,并且这些信息的互动性更能说服消费者接受某种商品或者服务甚至不断转发从而产生更广泛的传播效果。

从广告立法和实施来看,无论是行政责任、刑事责任还是民事责任,都立基于广告。因此,识别广告是法律适用的前提,否则,广告法将无用武之地。甚至有美国学者认为,广告与社论之间的界限模糊,联邦贸易委员会应该放弃规制,转而依赖广告行业的自我规制。^②

(二)责任主体不明导致追责不力

在传统广告立法中,责任主体比较稳定,也容易识别,主要为广告主、广告经营者与广告发布者。但是,在原生广告的语境下,广告活动的责任主体往往比较复杂,甚至严重影响了法律的实施。例如,原生广告的广告主、广告经营者以及广告发布者往往合为一体,规制者无法进行有效的区分。在实践中,如果责任主体模糊不清,或者没有相应的责任主体,那么势必导致相关权利义务的立法目标落空,法律规制就会陷入困境。

根据《广告法》第68条第1款的规定,广播电台、电视台、报刊音像出版单位“以新闻报道形式变相发布广告”,“市场监督管理部门依照本法给予处罚的,应当通报新闻出版广电部门以及其他有关部门”。同时,《广告法》第68条第2款规定,新闻出版广电部门以及其他有关部门未依照第68条第1款规定进行处理的,“对负有责任的主管人员和直接责任人员,依法给予处分”。

从我国关于“以新闻报道形式变相发布广告”的规定来看,我国公共规制机构在面临原生广告时会遭遇多重困境:(1)规定大众传播媒介及大众传播媒介以外的其他广告发布者都应当遵守强制标识制度,让广告信息区别于非广告信息,但又将责任主体限定为“广播电台、电视台、报刊音像出版单位”,似乎未考虑到原生广告的存在。(2)在法律后果方面,除了由市场监督管理部门对广告发布者责令改正或者处以罚款外,还可以对负有责任的主管人员和直接责任人员给予处分;情节严重的,可以暂停媒体的广告发布业务。根据原国家工商行政管理总局2004年11月30日颁布的《广告经营许可证管理办法》的规定,所有从事广告业务的主体均应申领《广告经营许可证》。但是,原生广告本来就试图实现去监管化的目标,其表现形式游走在广告与非广告之间,行

^① 参见杨雁斌:《千年之交的社会形态——〈网络社会的崛起〉一书评介》,《国外社会科学》2001年第6期。

^② See Anthony B. Ponkivar, Ever-Blurred Lines: Why Native Advertising Should Not Be Subject to Federal Regulation, 93 North Carolina Law Review 1187, 1187-1210 (2015).

政许可似乎无法发挥其应有的作用。

(三)立法漏洞导致规制空白

从《广告法》第4条和第28条的规定来看,目前的虚假广告立法表现为一元结构,即只强调内容规制,未重视形式规制。根据文义解释,所谓虚假广告,既包括以虚假的内容欺骗、误导消费者,又包括以引人误解的内容欺骗、误导消费者。同时,《广告法》第28条第2款还采用列举加概括的方式,对虚假广告的具体表现形式进行了界定。

《广告法》第56条规定了特定情形下的连带责任承担方式,被理论界和实务界称为修法的亮点。即使消费者能够根据该条规定要求广告主或者其他责任主体承担民事责任,根据文义解释,发布虚假广告是承担民事责任的前提,而我国广告法规定的虚假广告仅指内容虚假,并不包括广告形式虚假。由此可知,即使未显著标明“广告”,只要广告的内容真实,也不需要消费者对虚假广告承担民事责任,消费者无权仅仅因为未显著标明“广告”而主张虚假广告民事责任。

也许正是由于现有立法存在空白,未将形式上具有欺骗性的广告纳入虚假广告的范畴,加上公共规制本身具有惰性且容易出现“寻租”现象,因此原生广告才会大行其道,但法律又无能为力。可以说,虚假广告制度未跟上原生广告的实践。现有虚假广告制度只规制内容虚假,不规制形式虚假,而原生广告主要表现为形式虚假,立法漏洞在很大程度上为原生广告打开了方便之门。

(三)规制能力有限导致规制失败

随着现代规制国家的兴起,规制机构日益庞大且其权力范围不断扩张,出现了大量的规制规范,“国家的强制处处可见”,^①传统私法自治原则被大幅度修正。国家的公共规制具有多种功效,如解决市场失灵、公益性分配难题,实现集体愿望和抱负等。^②不恰当地行使规制权或者不恰当地选择规制工具,可能会导致规制“失灵”,如增加社会成本、引发规制俘获、增加而不是减少规制风险等。现代社会的矛盾之处在于,公共规制的重要性日益突出,并在很多领域发挥着不可替代的作用,同时,规制失败的例子也不胜枚举,甚至一次又一次挫败人们对公共规制的信念,这或许就是所谓的“规制悖论”。^③

有学者认为,公共规制机构的“知识能力”在很大程度上决定着规制的成败,^④这从一个方面较好地解释了公共规制失败的原因。在面对数不清的原生广告时,公共规制机构本身的弱势地位相当突出,无论是其知识能力还是执法动机、人员配置等,都暴露出其自身难以克服的弱点。由于原生广告具有信息即广告、广告即信息的特点,公共规制机构容易处于信息弱势地位,其执法能力受到严峻挑战。即使是美国联邦贸易委员会这样强大的执法机构,也面临同样的问题:无法准确界定原生广告、无法有效识别原生广告、优柔寡断、既有“指南”无法有效适用于原生广

① 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

② 参见[美]凯斯·桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第52~82页。

③ See Cass R. Sunstein, Paradoxes of the Regulatory State, 57 University of Chicago Law Review 407, 407-441 (1990).

④ 参见靳文辉:《公共规制的知识基础》,《法学家》2014年第2期。

告等。^①

四、原生广告的法律规制模式选择

在“原生广告”这个概念出现之前，“去广告化”现象已长期存在，如植入式广告、软文广告等。为了在信息自由与权益保障之间找到合适的平衡点，现代各国作出了各种尝试，形成了有针对性的规制模式。因此，在对铺天盖地的原生广告进行法律规制时，可以审慎思考和客观比较既有广告规制模式的优劣，并结合原生广告的特殊性，找到切合实际的规制模式。

（一）公共规制机构对原生广告的规制

按照学界的经典定义，“规制”是公共机构对社会群体重视的活动所进行的持续集中的控制。^②从这一定义出发，本文所称的公共规制机构，是指为了克服广告市场失灵现象，保护消费者的合法权益，对广告活动进行持续监督管理的国家机构。从广义的角度看，履行监督管理职能的公权力部门，都可以被称为公共规制机构，包括立法机关、行政机关、司法机关等，但是，从各国对广告的公共规制实践来看，主要由行政机关对广告活动进行监督管理。

在美国，根据《美国联邦贸易委员会法》第5条的规定，对引人误解的或者欺诈性的广告活动进行规制，是联邦贸易委员会的职责。自2000年以来，针对促销性质的社交媒体与网络内容，美国联邦贸易委员会发布了大量“指南”与政策声明。这些“指南”主要涉及信息披露、代言、广告真实性、透明度等内容，体现了诚信、披露、真实、消费者认知等价值追求。2015年12月，美国联邦贸易委员会发布了关于欺诈广告的执法政策声明以及原生广告业务“指南”。根据该执法政策声明，对于消费者无法识别为广告的广告和促销信息，如果误导消费者认为这些信息是独立的、公正的或者未接受广告商赞助，那么这些信息即具有欺诈性质。^③

在我国，对于广告市场的规制，以市场监督管理部门为主，其他“有关部门”也会履行相应职责，如卫生行政部门、药品监督管理部门、价格主管部门以及新闻出版、广播电视主管部门等。但是，对于原生广告的规制，我国相关立法仍未作出有针对性的明文规定。根据《广告法》第14条第2款以及相关规范性文件的规定，新闻报道与广告不得混淆，并通过强制标识制度帮助消费者区分广告信息与非广告信息。这些规定仍应适用于原生广告，但这些规定尚未对原生广告的特殊性进行有效回应，并不能达到较好的规制效果。

（二）行业自律对原生广告的规制

在美国广告业的发展过程中，行业自律始终扮演着非常重要的角色。甚至有人认为，由于广告内容与非广告内容的边界模糊，美国联邦贸易委员会无法对原生广告进行有效规制，因此必须依赖广告商与出版商的自我规制。行业自律之所以会发挥作用，主要是因为：如果广告具有欺诈

^① See Brandon R. Einstein, Reading between the Lines: The Rise of Native Advertising and the FTC's Inability to Regulate It, 10 Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 225, 240—245 (2015).

^② 参见[英]科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第4页。

^③ See David A. Hyman, David Franklyn, Calla Yee & Mohammad Rahmati, Going Native: Can Consumers Recognize Native Advertising: Does It Matter, 19 The Yale Journal of Law & Technology 77, 90 (2017).

性,那么消费者会予以抵制;搜索引擎能够监控和筛选欺诈性广告。^① 在行业自律方面,除了一些行业协会积极参与,出版商自己也会采取谨慎态度,努力做到合规管理。其目的在于,让消费者和广告商知道可以发布什么样的广告。例如,为了回应那场引发巨大反响的原生广告丑闻,^②《大西洋月刊》就发布了自己的广告“指南”,明确要求:不允许任何与广告主的关系损害《大西洋月刊》的编辑完整性,所有广告内容必须与编辑内容具有清晰的可识别性。^③《纽约时报》也要求使用清晰的标识、设计差异以及免责声明,从而预防付费内容欺诈读者。诸如此类由出版商制定的广告政策,能够为广告行业提供某种比较有效的规制,而美国联邦贸易委员会可能永远都无法做到。

在我国,中国广告协会的自律规则中尚未出现对原生广告进行规制的内容。无论是《中国广告协会自律规则》,还是《自律劝诫办法》《自律公约》《广告主自律宣言》,最多倡导“广告应当真实、合法”“不做虚假或者引人误解的广告,不欺骗、误导消费者”等比较抽象的内容。在各类网络平台关于广告主资质和广告素材审核的规定中,也只要求广告的内容真实、合法,并禁止内容虚假的广告。由此可见,无论是行业协会还是广告发布平台,均未涉及原生广告。相反,对于广告发布平台而言,在媒体融合时代,原生广告反而是其广告收入的主要来源。如果国家未建立完善的规制机制,那么广告发布平台自然缺少规制原生广告的激励,不会主动采取回应措施。

(三)私人诉讼对原生广告的规制

在社会生活中,很多法律的实施都离不开“私人”的力量,如社会大众对法律的信仰,公民守法习惯的养成,公众的监督和参与等。其中,私人诉讼更是能够发挥不可替代的作用,即私人诉讼不仅能够为受害者提供救济,而且还能够促进法之目标的实现。^④ 在广告行业,特别是针对原生广告,公共规制机构面临诸多困难,不能对铺天盖地的原生广告进行有效规制,此时,至少从理论上说,消费者应该可以发挥更大的作用。

消费者往往根据其获得的广告信息进行消费决策,如果原生广告提供了虚假信息或者引人误解的信息,那么是否受到误导并因此作出不恰当的消费决策,也只有消费者自己最清楚。但是,消费者也是理性人,在作出是否提起诉讼并寻求司法救济时,自然会进行利弊权衡。如果法律制度的设计缺乏合理性,消费者寻求司法救济会面临太多障碍或者得不偿失,那么理性的消费者自然会选择放弃。

从立法和司法实践来看,相关立法需要在商业信息自由传播与消费者合法权益保护之间寻

^① See Anthony B. Ponkivar, Ever-Blurred Lines: Why Native Advertising Should Not Be Subject to Federal Regulation, 93 North Carolina Law Review 1187, 1187 (2015).

^② 在美国,原生广告或许早已存在,但直到2013年1月14日,《大西洋月刊》(The Atlantic Monthly)网站上出现一篇关于山达基教会的文章,才引发理论界和实务界对原生广告前所未有的广泛关注。该文的字体、页面布局甚至语气与网站中的其他文章并无区别,唯一的不同之处在于,页面顶部有一个写有“赞助内容”(Sponsor Content)的黄色小标签,并有一个鼠标悬停链接:“这是什么?”,该文的出现,不仅引发指责与批评,而且还导致美国联邦贸易委员会出台了关于原生广告的一系列对策措施。See Jim Edwards, Here's the Scientology 'Sponsored Content' Story That the Atlantic Doesn't Want You to See, Business Insider, Jan. 15, 2013, <https://perma.cc/4ZGG-M4F9>, 2019-12-10.

^③ See Anthony B. Ponkivar, Ever-Blurred Lines: Why Native Advertising Should Not Be Subject to Federal Regulation, 93 North Carolina Law Review 1187, 1209 (2015).

^④ 参见[日]田中英夫、[日]竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社2006年版,第6~7页。

求平衡,体现在法律文本中,就是“欺诈”。从目前的制度安排来看,消费者要提起诉讼,必须证明“欺诈”的存在,而对欺诈的证明,往往并非易事。根据《广告法》第56条第1款的规定,虚假广告侵权责任的构成要件包括:发布虚假广告,消费者受到欺骗或者误导,消费者受有损害且损害与虚假广告发布行为之间存在因果关系。从法律逻辑的角度看,虚假广告并非必然欺骗或者误导消费者并导致消费者遭受损失,因此,发布虚假广告并非必然导致侵权责任。

无论是针对传统广告还是新兴的原生广告,能否证明欺诈的存在,是消费者能否通过诉讼获得赔偿的关键。实践证明,法院关于欺诈的认定存在分歧,缺乏统一的标准,足以让消费者望而却步。退一步讲,即使消费者能够证明欺诈的存在,根据现行法律的规定,其能够获得的赔偿额也非常有限,不足以为消费者提供必要的激励。

(四)不同规制模式的优劣比较

在规范传统广告活动方面,公共规制机构、行业协会、消费者都应该也能够发挥各自的作用,并且在很多方面能够相互促进,形成“三足鼎立”的局面。由于3种规制模式各有优缺点,虽然其功能在某些方面具有重叠性、互补性,但在更多的方面,3种规制模式相互均不能替代。从更宏观的层面来看,在3种规制模式中,公共规制更多的属于政府干预,行业自律和私人诉讼更多的属于私法自治。让市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府的作用,是对政府与市场关系的精准描述,运用到原生广告领域,也应如此。

在美国,关于广告活动受谁规制的问题,答案曾经非常简单:广告主和政府部门(如美国联邦贸易委员会)。但到了20世纪80年代,竞争者根据美国联邦法律提起的诉讼、行业自律开始发挥重要的作用,因欺诈广告而提起的私人诉讼也开始大量涌现。有美国学者通过比较后发现,在控制问题广告方面,私人诉讼是最好的选择。即便如此,对部分广告而言,政府控制是唯一有效的选择。如果要让私人诉讼更好地发挥作用,那么需要满足以下两个条件:法院尊重公众对广告所做解释的经验数据,法院扩大可能的救济。这样一来,既可以吸引更多的原告提起诉讼,又可以强化私人诉讼的威慑效果。^①

广告的成功离不开消费者的依赖。从普遍意义上说,消费者在面对原生广告时并无困难,但如果他们觉得自己受到欺诈,那么就会有异议。当然,随着原生广告的出现和发展,有价值的内容与欺诈性内容之间的界限日益模糊。为了广告行业的持续稳定发展,广告主和出版商都需要在原生广告面前谨慎从事。一方面广告需要有效到达消费者,应避免被搜索引擎认定为欺诈性内容;另一方面,即使能够有效到达消费者,也还需要获得消费者的信赖,否则,广告目的会落空。^②

基于以上分析可知,要对原生广告进行有效的法律规制,还是有必要坚持传统的“三足鼎立”规制模式,即混合规制模式。需要注意的是,各种规制模式都有其优缺点,无法独自完成对原生广告的规制任务。就混合规制模式而言,需要在各种规制力量之间保持平衡,而在不同的时空条件下,保持平衡的因素变动不居,需要不断进行调适。

^① See Arthur Best, Controlling False Advertising: A Comparative Study of Public Regulation, Industry Self-Policing, and Private Litigation, 20 Georgia Law Review 1, 1-72 (1985).

^② See Anthony B. Ponkivar, Ever-Blurred Lines: Why Native Advertising Should Not Be Subject to Federal Regulation, 93 North Carolina Law Review 1187, 1209 (2015).

五、原生广告的法律规制路径构想

原生广告的发展和普遍化,会导致如下3种法律层面的后果:挑战既有广告法律制度,导致法律目标落空;严重危及消费者的权益,因为消费者更难对广告进行识别,虚假广告会有更大的存在空间;从根本上挑战国家的市场规制能力,形成更严重的市场失灵现象,从而影响健康良好的经济社会秩序。因此,如何在鼓励创新、大力发展网络经济的同时,尽力克服创新的破坏性,^①恢复应有的利益平衡结构,将是考验理论界与实务界的新挑战。

(一)强制标识制度

在广告规制实践中,信息工具得到了广泛运用,并取得了较好的效果,比较有效地破解了广告主与消费者之间的信息不对称困境。从我国广告法的规定来看,立法者也设置了强制标识制度。例如,1994年《广告法》第13条仅规定“应当有广告标记”,2015年修订后的《广告法》第14条则进一步强调了广告的可识别性,立法者之所以要求显著标明“广告”,无非是希望借此让广告信息与非广告信息相区别。《广告法》的其他条款还从不同方面对强制标识制度进行了规定,如该法第16条第2款规定,处方药广告应当显著标明“本广告仅供医学药学专业人士阅读”,非处方药广告应当显著标明“请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用”;该法第18条第2款规定,保健食品广告应当显著标明“本品不能代替药物”。

从理论的角度看,我国已经建立起比较完善的强制标识制度,包括原生广告在内的所有广告活动都应当遵守广告法、相关法律法规及部门规章的规定,原生广告的发布也应当依法进行标识。即便如此,很多传统广告的发布都没有严格遵守强制标识制度,更不用说本来就意图逃避监管的原生广告了。任何一个法律条文特别是为当事人设定义务的法律条文,如果没有配置恰当的责任条款,那么精于计算的当事人肯定会选择规避义务。在实践中,“广告新闻已是老生常谈,之所以一直被新闻学界议论,在于新闻传播业界的操作经常违背广告法的相关规定却无人执法,几乎无人(或传媒)因此受到处罚”。^②

从以上分析可以看出,我国广告法为广告设置了强制标识制度,但由于缺乏有效的责任制度,强制标识容易流于形式,原生广告的出现和快速发展,更是进一步挑战了我国广告法规定的强制标识制度。因此,要使我国广告法规定的强制标识制度得以实施,还需要对现有责任制度进行完善:在责任主体方面,不能止步于广告发布者,广告主、广告经营者等主体都有可能规避强制标识制度,自然应该被纳入责任主体的范围;在责任承担方面,如果多方主体共同实施违法行为,那么应当构建合理的连带责任制度;在责任构成方面,应当有效衔接强制标识制度与虚假广告制度,将未依法显著标明“广告”的原生广告直接认定为虚假广告。只有这样,强制标识制度才能真正发挥其功能,使原生广告保持可识别性。

(二)责任主体制度

随着媒体融合时代的到来,传统国家干预观受到挑战,规制机制的变革成为必然。传统广告

^① See Nathan Cortez, Regulating Disruptive Innovation, 29 Berkeley Technology Law Journal 175, 175-228 (2014).

^② 陈力丹、钱童、魏雨珂:《新〈广告法〉实施后“广告新闻”现象分析》,《新闻界》2016年第2期。

立法以广播电台、电视台、报刊音像出版单位为规制对象,彰显政府主导型规制,忽视社会主导型规制,无法对原生广告的规制提供必要的制度供给。与此相适应,在传统的广告立法中,责任主体主要包括广播电台、电视台、报刊音像出版单位。随着荐证广告的发展,名人代言虚假广告的现象引起了广泛关注,我国在2015年修订《广告法》时,明确地将广告代言人列为责任主体,充分体现了我国广告立法与时俱进的特点。

2021年1月1日起正式施行的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1194—1197条更加细致地规定了网络用户、网络服务提供者的侵权责任。2016年9月1日起施行的《互联网广告管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)则是专门针对网络广告进行规制的部门规章,比较有效地回应了网络广告发展的需要。《暂行办法》规定了新形态的责任主体,如广告需求方平台经营者、媒介方平台经营者、广告信息交换平台经营者以及媒介方平台的成员。

从以上法律法规和部门规章的规定可以看出,我国已建立起比较完善的广告责任主体制度。这些不同主体身份的确定不仅影响到法律责任的划分,而且还决定了互联网广告监管的科学性和有效性,因此,如何从理论上更为准确地界定这几类主体尤为重要。^①但是,随着原生广告的发展,广告活动的参与主体发生了较大的变化。除了传统广告立法预设的责任主体外,原生广告的参与主体进一步扩大,典型者如网络平台、网络用户、互联网信息服务提供者等。由于现行立法未对这些主体设置必要的责任制度,未明确规定其权利和义务,其行为自然缺乏约束。原生广告参与主体的特殊性表明,既有责任主体制度已经滞后,应根据需要进行革新,以实现全覆盖。

(三) 虚假广告制度

广告在本质上是有关某种商品或者服务的信息,但虚假广告容易欺骗或者误导消费者。从实际情况来看,广告可能含有虚假或者引人误解的内容,即广告的内容具有欺诈性;同时,广告还可能具有引人误解的表现形式,即广告的形式具有欺诈性。遵循这一认知逻辑,对广告活动特别是虚假广告进行规制,也应该体现在内容和形式两个方面。

在现代民法学理论中,诈欺分为两种,即法律行为制度中的诈欺与侵权行为法中的诈欺,两者的构成要件不相同,法律后果也有所不同。^②根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第68条的规定,“故意告知对方虚假情况”或者“故意隐瞒真实情况”并诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以将其认定为法律行为制度中的欺诈。对于欺诈的法律后果,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第58条作了民事行为无效的规定,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第148条作了可撤销的规定,《民法典》第148条作了民事法律行为可撤销的规定。因此,不管是无效还是可撤销,均未对两种欺诈进行区分,且未规定侵权责任意义上的“欺诈”。

从原生广告的实践可以发现,原生广告之所以出现,就是为了“故意告知对方虚假情况”或者“故意隐瞒真实情况”,即故意让广告信息呈现出非广告信息的特点。但是,将虚假广告中的欺诈解读为法律行为制度中的欺诈,将导致民事行为无效或者可撤销,无法有效回应消费者诉讼的司法实践。在实践中,消费者提起的诉讼大多属于产品责任纠纷,是侵权责任纠纷的次级案由,囿于既有立法的规定,消费者必须用法律行为制度中的“欺诈”来证明侵权责任制度中的“欺诈”。

^① 参见杨乐:《互联网广告主体及法律责任辨析》,《中国行政管理》2017年第4期。

^② 参见陈兴良:《民事欺诈和刑事欺诈的界分》,《法治现代化研究》2019年第5期。

因此,为了有效应对原生广告大量出现并且处于法律规制空白的困境,可以考虑在我国广告法中对虚假广告的范畴进行扩张,将未依法显著标明“广告”的原生广告认定为虚假广告,从而实现从内容到形式的跨越,走出虚假广告一元结构的困局。

(四)协同治理制度

在新的历史时期,社会治理格局的变化在于,社会管理主体从一元向多元转变,社会管理方式从单向度向多维度转变。^①各种可能的原生广告规制模式各有利弊,某种单一的规制模式均无法完成既定目标,无法有效破解原生广告带来的法律困境。公共规制可以凭借国家强制力量为原生广告设置行为规范,并通过法律责任的追究产生较好的预防效果。但是,公共规制本身具有惰性,且会受到规制能力的制约,不能对每一条原生广告都进行有效监管。行业自律组织更了解该行业的特性,其发布的自律规范更切合原生广告的发展实际,也更容易被广告行业接受并遵循,但行业自律在我国尚未发挥其应有的作用。成功的私人诉讼会让行为人付出代价,甚至有可能得不偿失,从而会约束自己的行为,但是,私人诉讼会受到既有法律制度的限制,原告往往缺乏提起诉讼的激励。

为此,原生广告的法律规制需要在3种力量之间找到恰当的平衡点,在进行制度设计时,应考虑到如下因素:(1)对那些大量存在而违法情形轻微的原生广告,私人诉讼几乎没有存在的空间,应尽可能地发挥公共规制的力量;(2)对那些虚假原生广告,特别是与消费者人身财产安全关系密切的虚假原生广告,应尽可能地为消费者提起私人诉讼提供制度激励,包括证明责任的减轻、赔偿额度的增加等;(3)对那些虚假原生广告,如果导致消费者作出错误消费决定并因此遭受人身财产损害,那么除了通过惩罚性赔偿制度为消费者提供多倍赔偿外,还有必要将消费者为制止侵权行为所支付的合理费用规定为法定赔偿项目,进一步激励消费者同虚假广告作斗争;(4)由于原生广告大量存在且极具隐蔽性,因此还有必要继续优化现有治理格局,在充分论证的基础上引入公众参与机制,如建立公益诉讼制度、有奖举报制度等。

六、结 论

原生广告不受时间、地域和受众喜好的限制,可以随时、随机发布和发送,能够轻易渗透到网络空间的任何角落。原生广告的出现和发展是一把“双刃剑”:实现了从“信息邂逅”向“搜索满足”的转变,能够更好地满足用户的信息需要;但也会让用户因日益扩大的“数字鸿沟”而遭遇诸多信息困扰。原生广告的出现和快速发展,对传统广告法制构成了巨大的挑战。广告法律规制的创新,不是对传统广告立法的否定,而是在新环境中作出的变革,意在充分回应原生广告的特殊性,积极协调各种规制力量,有效平衡各方利益诉求。原生广告的健康发展,既需要法律治理又需要技术治理,既需要政府规制又需要自我规制,既需要法律强制又需要制度激励。为了实现这些目标,必然要对既有法律制度作出调整,构建能够适应原生广告特殊性的规制框架。

责任编辑 翟中鞠

^① 参见邸晓星:《社会协同治理的法治意涵探析》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2017年第6期。