

李德成 著

网络 广告

法律制度 初论



中国方正出版社

网络广告法律制度初论

李德成 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

网络广告法律制度初论/李德成著. —北京: 中国方正出版社, 2000.10

ISBN 7-80107-437-8

I. 网… II. 李… III. 计算机网络—广告法—研究—中国 IV. D922.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 53967 号

网络广告法律制度初论

李德成 著

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

山东新华印刷厂德州厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 6.75 字数: 172 千字

2000 年 11 月第 1 版 2000 年 11 月山东第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 11.80 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

序 言

网络经济时代，数以亿计的个体，在世界的各个角落，通过因特网实现各自的商业和非商业目的。这个统一、互动、虚拟的网络环境里，日新月异的技术手段使侵权变得容易而且隐密，面对公众利益和无数个个体拥有的各种自主权利，法律显得虚空、脱节、冲突和软弱，这就是网络法律现实。网络需要法律规制，网络法律需要建制。

北京金诚律师事务所的李德成律师，一位以见素抱朴、见贤思齐、宠辱不惊、激宕不跌自勉的年青律师，几年来醉心于网络法律问题研究，已完成了《网络隐私权制度初论》和《网络广告法律制度初论》等数部专著，并发表了十数篇有关网络法律的论文。李律师以法律实践者的身份所进行的研究，着眼于现实而又不囿于现实，立足于法律而又超脱于法律。对于象网络广告法律制度这样一个前沿的、边缘的、深层次的和复合交叉的法律课题研究，难在对网络技术、网络广告运作、法律导向和国外成功做法的综合把握，贵在提出有操作性的法律解决方案。本书以律师的独特视角对网络广告法律问题的分析论证，无论对网络广告立法、司法界定与救济，还是对于网络广告运作与管理、网络公司顾问与网络客户服务，都大有助益。

庞正中

2000年10月18日

目 录

导 读	(1)
一、写作背景及写作目的	(1)
二、写作思路和基本思想	(2)
三、写作遵循的原则	(3)
四、本书的主要内容	(4)
第一章 网络广告的起源、历史与发展	(9)
第一节 网络广告的定义与特征	(9)
第二节 网络广告的历史发展	(11)
一、萌芽阶段	(11)
二、挫折阶段	(11)
三、成熟与发展	(12)
第三节 网络广告的基本类型	(14)
一、旗帜广告	(14)
二、栏目网络广告	(15)
三、联合品牌网站网络广告	(15)
四、新型的智能网络广告	(16)
五、网络关键词广告	(17)
第二章 网络虚假广告的法律问题	(19)
第一节 网络虚假广告的产生及主要表现形式	(19)

一、虚假广告的定义、特征及类型	(20)
二、国外的司法实践情况	(21)
第二节 网络虚假广告的法律責任	(22)
一、虚假广告的法律責任	(22)
二、ISP 是否属于广告经营者或广告发布者的范畴	(23)
第三节 网络服务商对网络虚假广告的法律責任	(24)
一、ISP 法律地位的特殊性	(24)
二、ISP 就版权责任的比较法研究	(25)
三、两个实质性的问题	(27)
四、如何体现 ISP 地位的特殊性	(28)
五、ISP 不作为责任认定的问题	(29)
第三章 网络广告不正当竞争的法律问题	(30)
第一节 网络广告的价格问题	(30)
一、网络广告计费和报价方式的独特性	(31)
二、网络广告价格混乱产生的原因及后果	(31)
三、如何理解“以排挤竞争对手为目的”	(32)
四、低于成本价格销售行为的认定及构成	(33)
第二节 网络关键字、词广告的法律问题	(35)
一、适用商标法加以规范的情况	(35)
二、适用反不正当竞争法加以规范的情况	(36)
三、反商标淡化行为的法律适用	(37)
四、网页开发商的法律責任	(39)
第三节 网络有奖销售广告的法律问题	(40)
一、网络有奖销售广告	(41)
二、与反不正当竞争法的关系	(41)
三、有奖网络广告的进一步认定	(42)

第四章 网络广告隐私权保护的法律问题	(45)
第一节 网络广告产生的隐私权问题	(45)
一、涉及网上隐私权的行业	(46)
二、网络广告的发展受隐私权保护的限制	(46)
第二节 隐私权与网络隐私权	(47)
一、网络环境中的隐私权	(47)
二、网上隐私权的主要内容	(48)
三、网上隐私保护的现状	(49)
第三节 网络隐私权的保护方式	(50)
一、隐私权人加强网上自我保护	(50)
二、隐私权保护的技术措施	(51)
三、技术措施的两面性	(52)
第四节 自律性规范与第三方认证相结合的保护方式	(53)
一、针对网上隐私权保护问题美国反对政府管制	(53)
二、网上隐私权保护程序标志化	(54)
三、美国因特网保健基金会行规	(55)
四、美国医学会 (AMA) 因特网准则	(55)
第五节 网上隐私权的法律保护	(57)
一、加拿大通过《个人隐私法》	(57)
二、欧盟数据隐私指导方针	(58)
三、就网上隐私权保护的方式问题美国与欧盟的分歧	(58)
四、美国与欧盟达成的总体协议与临时性协议	(58)
五、网上隐私权保护方式完全司法化所存在的问题	(60)
第五章 网络垃圾邮件与强迫广告的法律问题	(62)
第一节 网络垃圾邮件的法律问题	(62)

一、电子邮件地址的取得	(63)
二、阻挡垃圾电子邮件的措施	(64)
三、有关垃圾电子邮件的立法	(64)
第二节 网络强迫广告的法律问题	(65)
一、观众可以对强迫广告说“不”	(65)
二、网民与网主之间的法律关系	(66)
第六章 网络广告中的隐性行为与认知困难	(68)
第一节 网络隐性广告的产生及表现形式	(69)
第二节 网络隐性广告产生的原因及法律责任	(71)
第三节 网络广告中的“认知困难”	(73)
第四节 网络广告认知困难中的经营主体 资格问题	(75)
第七章 网络广告评估监测及第三方代理的 法律问题	(79)
第一节 网络广告的评估与监测	(80)
一、网络广告业迫切需要第三方评估监测机构	(80)
二、第三方评估监测机构要有相应的规范制度	(81)
第二节 网络广告代理的法律问题	(82)
一、法律意义上的代理	(82)
二、广告代理中的“同名异质”问题	(83)
三、中间代理商的性质问题	(84)
第三节 网络广告中买方代理的价值	(84)
一、网络广告业现阶段迫切需要买方代理	(84)
二、严格意义上的买方代理	(86)
三、如何对网络广告买方代理进行规范	(86)
第八章 网络广告法律制度应充分体现四个结合	(88)
第一节 政府管理与网络服务商自律相结合	(88)

一、与政府管理相结合的网络服务商应当包括 ASP	(89)
二、如何正确适用网络服务商的归责原则	(90)
第二节 法律规范与业界规章相结合	(93)
一、地方规章、地方法规先行一步	(94)
二、国家部、委应积极地制定相关的行为规范	(95)
第三节 行业自律与第三方认证结合	(95)
一、网站有主动明示政策的义务	(96)
二、网站应充分尊重访问者的意愿	(96)
三、特殊情况下促销信息应有别于客观信息	(97)
四、行业自律性规范应体现网络广告中涉及的 “消费者隐私权”保护的问题	(99)
五、行业自律性规范中关于不正当竞争行为的 禁止与限制	(99)
六、行业自律性规范应在制止和打击虚假广告的行 为中发挥积极的作用	(99)
第四节 规范网络广告主体的行为与“信息化工程” 相结合	(101)
一、对网络广告受众群体组成的分析	(101)
二、规范主体行为要与信息化工程相结合	(102)
第九章 网络广告法律制度的建立与完善	(104)
第一节 中国广告法制体系综述	(104)
一、从法律效力上看	(104)
二、从法律规范的内容来看	(106)
三、从法律性质上看	(106)
第二节 网络环境中广告法的适用与完善	(107)
一、《广告法》的局限性	(107)
二、针对网络广告《广告法》的适用范围	

问题上的完善	(107)
三、关于网络广告行为的基本准则与活动	
规则的问题在《广告法》上的完善	(108)
四、广告法中有关机关对网络广告的审查问题	
的完善	(112)
五、广告法中法律责任问题的完善	(113)
第三节 广告法规、规章在网络环境中的	
适用与完善	(114)
一、网络经营主体的准入问题	(116)
二、许可的限制问题	(119)
第四节 网络广告发布前行政审查规范的适用	
与完善	(123)
一、对网络广告是否需要建立行政审查制度	(124)
二、网络广告发布前行政审查的程序性问题	(126)
三、特殊商品网络广告的链接问题	(131)
第十章 网络广告法律制度中的基本原则与	
自律规范	(133)
第一节 网络广告发展中应遵循的基本原则	(134)
一、网络广告应遵循诚实信用原则	(134)
二、网络广告应遵循真实性原则	(137)
三、网络广告应遵循公平原则	(137)
四、网络广告应遵循合法原则	(138)
第二节 行业自律性规则的适用与完善	(139)
一、广告行业自律规则的价值及意义	(139)
二、中国广告行业自律性规则及其主要内容	(140)
三、广告行业自律性规范应如何适应网络环境	
的发展	(142)

附:

中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例·····	(145)
关于对与国际联网的计算机信息系统进行备案工作 的通知·····	(150)
中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理 暂行规定·····	(153)
计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法·····	(157)
中国公众多媒体通信管理办法·····	(163)
计算机信息网络国际联网安全保护管理办法·····	(167)
中国互联网络域名注册暂行管理办法·····	(173)
中国互联网络域名注册实施细则·····	(179)
电信网间互联管理暂行规定·····	(185)
计算机信息系统集成资质管理办法(试行)·····	(190)
互联网信息服务管理办法·····	(197)

导 读

今年初,百事可乐宣布将与“雅虎”联合,进行网上促销。这是一个好消息,说明了消费品厂家开始尝试网络广告,打破了网络广告主清一色的“IT”业局面。在美国 1996 年后的网络广告业渐成气候,营业额有了 3 亿美元左右,1998 年 9 亿美元,1998 年是 19 亿美元。1999 年是 30 亿美元,预计 2004 年达到 220 亿美元,全球可能会达 330 亿美元。其前景是美好的,但道路是曲折的,所涉及的法律制度也是复杂的。

一、写作背景及写作目的

在网络环境逐渐走向成熟的过程中,网络的负面影响也愈来愈明显。如何规范网络行为成为网络经济发展的历程中必须要面对的重要问题,而且形势急迫,不容回避。

广告是市场行为,在市场经济运行中,广告业是沟通生产者与消费者的中介,具有辅佐企业开拓市场和引导消费的功能。网络广告业作为知识密集、技术密集、人才密集的高新技术产业,它的发展不仅有助于经济资源的合理配置,而且有助于新经济的健康成长。网络广告的发展水平是网络经济综合实力和网络文化质量的重要标志。网络广告法律制度的水平在一定程度上代表着“网络经济”发展完善程度。

1999 年 3 月 30 日“99”中国网络广告研讨会”召开;2000 年 3 月 15 日“新世纪网络广告研讨会”召开,2000 年 3 月 28 日、4 月 28 日北京市工商行政管理局分别发布了《面向社会公开征求网络广告经营资格

的规范意见》、《面向社会征求对利用电子邮件发送商业信息的行为规范的意见》以及《北京市工商行政管理局网上经营行为登记备案补充通告(补充意见稿)》;2000年5月23日,网络广告经营试点单位工作会议在北京召开,会上国家工商行政管理局广告监管司经审核,对符合条件的北京、上海、广州三地共27家网络广告经营试点单位颁发了《广告经营许可证》。国家工商行政管理局表示在经过一段时间的试点工作以后,将制定因特网广告管理办法,以加强对网络广告的监管,使其逐渐走上规范化的道路。

从网络广告所存在的问题来看,是多方面的。不仅有技术方面的,而且还有道德方面的、法律方面的。网络广告的规范化历程中,起决定性作用的不仅仅是管理问题,更不应该仅仅是政府的管理问题。这就需要对网络广告作出全面、系统、宏观方面的研究。横向的、纵向的、具体的细节问题,都是以崭新的面孔出现的。有关的资料相对来讲是缺少,有些方面甚至很严重。显然,成为共识的、权威的观点也就很难找到了。所以,从这个角度讲,相关的研究重的是事实,重的论证,而不仅仅是观点。

基于以上原因,原本要写一篇《网络广告法律问题》的论文,后来想充实为《网络广告基本法律问题研究》一本书。又由于网络环境的现状迫切需要可供操作的规范,研究的成果应是“网络广告问题解决办法”而不应停留在“网络广告的法律问题的提出”这一层面上,所以以网络广告的法律制度的架构和完善为归宿,写就了这本专著。此为其中旨,可称之为写作的目的。

二、写作思路和基本思想

本书写的是网络广告法律制度问题,可是切入点不是制度。理由很简单,从制度论制度容易走进死胡同,况且网络广告又是一个新生事

物。既然是新生事物就要让业界有关人士了解它的产生、历史、发展、特征以及表现形式和价值构造,了解网络广告,也就发现了问题。

有了问题就要分析。如何分析、以什么方式分析是确立解决问题的办法和架构法律制度的前提和基础。这也就确立了写作思路。对于网络广告所存在的问题,特别是法律问题,目前最难解决的是,如何适用法律?这是法律的滞后性所产生的必然结果。本书从司法实践的角度对所存在的诸多问题作了分析,根据问题产生的原因、要解决的事项、达到的目的,提出如何适用已有的法律,并进而提出相关制度完善上的意见。

本着这一写作思路,文中具体的事例较多,充分地注意到了操作性问题注重了司法实践。又由于本文的归宿点是网络广告法律制度的建立与完善,所以对理论上的论述和体系上的问题,花了较多的笔墨。这就确立了总的写作思想是问题的分析——解决问题的办法——网络广告法律制度的建立——网络广告规范制度的完善。

三、写作遵循的原则

书中所持的观点、解决问题的办法以及网络广告法律制度的架构都本着两个原则。

一是,要规范的是行为而不是技术。

比如书中网络关键词广告不当埋设行为所产生的法律问题。有人将他人驰名商标、标识、名称或著名人物的形象、姓名等作为埋设的对象,这不仅要涉及到不正当竞争问题,而且还会构成商标侵权或其他侵权行为。显然是违法的行为,应当禁止。明知行为人为了达到不正当目的而为其制作网页、网络广告作品的开发商或网络广告制作商,也应与行为人一样承担责任。但是不能以此为由禁止使用埋设技术。因为埋设技术不仅是搜索功能的基础,而且还可以使社会上的诸多资源成为网络

广告的素材和资料。比如“酷”、“潇洒”等词的埋设不仅不会给任何人带来损害,而且还可以带来可观的利益,没有理由阻止使用这种技术。而实践中,往往大量地存在着为了制止某种违法或不当行为,而采取的措施严重地阻碍了一些技术的使用和发展。

二是,操作性与抽象性结合。

操作性与抽象性结合是法律制度发展的必然结果,大陆法系的抽象性和海洋法系的操作性逐渐融合的事实,为之适例。网络广告的法律制度也是这样。一个法律难以操作甚至是无法操作,其实用及使用价值难以体现,这一点已为业界、学界有目共睹。为遵循这一原则,本书提出了网络广告法律制度中应体现四个结合。即政府管理与网络服务商自律相结合;法律规范与业界规章相结合;行业自律与第三方认证相结合;规范网络广告主体的行为与“信息化工程”相结合。

四、本书的主要内容

本文共分十章,三十二节,其主要章节内容如下:

第一章,网络广告的起源、历史与发展。

本章中对网络广告作了全面、细致的介绍。包括网络广告的起源、历史、发展以及概念、基本类型和各自的特征。对网络广告法律制度的背景作了系统的介绍。

第二章,网络虚假广告的法律问题。

这一章对网络虚假广告的产生、定义、特征、类型作了介绍,对网络虚假广告应承担的责任作了分析。还对网络服务商关于网络虚假广告应承担的法律责任问题作了论述。其中涉及美国、德国关于网络服务商责任的比较;涉及过错责任中是否要其承担“应知”法律责任的法理分析与论证;涉及网络服务商特殊地位的法律确立等等网络环境中的本质和典型的法律问题。

第三章，网络广告不正当竞争的法律问题。

由于网络环境中的许多不正当竞争问题都和网络广告有关，所以本章就这一问题专章论述。包括网络广告价格引起的不正当竞争问题，涉及价格构成，价格环境，价格竞争等内容，还结合了网络广告的特征对“如何理解以排挤竞争对手为目的”作了阐述；包括网络关键字、词广告，引起的不正当竞争的法律问题。就这一问题法律适用的不同情况及类型作了分析和论述。在其中引出了一个新的话题，也是一个具有长远意义的话题。即我国如何面对“商标淡化行为”？如何解决网络环境中的“淡化商标的行为”？对这些问题本章都提出了具体的建议；包括网络有奖销售广告引起的不正当竞争的法律问题。结合了具体的案例对网络环境中产生的新型有奖销售广告的法律适用问题，作了详细的分析并提出了相应的立法建议。

第四章，网络广告隐私权保护的法律规定。

IBM 公司声明 2000 年 3 月 1 日以后该公司只在装有安全语句的网站投放广告。使网络隐私保护有了新进展。网络广告由于互动性是其有别于传统广告最重要的特征之一，对消费者个人信息的需要大幅度上升，所以在线隐私问题与网络广告的发展，关系非常密切。甚至有人提出网络隐私成为网络广告发展的重大障碍的说法。这种观点虽然是从某一角度而言的，但是网络隐私的保护与网络广告发展过程中对消费者个人信息不断增大的需求，这是一对直接的矛盾。本章就此问题的论述是全方位的。包括问题的产生，网络隐私权的内容，与网络广告有直接或间接关系的侵犯网络隐私权等行为的形式，目前对网络隐私保护所采取的方式等等重要内容，并针对隐私权人网上自我保护、技术措施保护，自律性规范与第三方认证结合方式，法律保护方式等等网上隐私保护措施进行了比较法分析。这其中还涉及到技术措施的两面性，自律性规范与第三方认证如何结合的问题的论述。并进一步结合美国、日本关于自律性规范与第三方认证的成功实例，美国与欧盟关于网络隐私保护问题

的分歧、谈判历程与结果，提出了网络隐私保护制度的立法建议。

第五章，网络垃圾邮件与强迫广告的法律问题。

网络环境中，对垃圾电子邮件颇有微词，本文提出相应的解决措施及立法和司法上的建议。网络强迫广告有时会让消费者十分恼火，如何用法律手段来规范，在本文里可以找到答案。

第六章，网络广告的隐性行为与认知困难。

法律规定广告应当具有标记，使广告具有可识别性，与其他非广告信息相区别，不得使消费者产生误解，但是在网上隐性广告很难以区别，网上有一种不可忽视的力量是信息的全面影响，某些信息从某种程度上讲已经广告化了。本文认为，采用一律禁止这种“隐性广告”的作法来规制，虽然在一定程度上会有利于消费者辨认，但是并没有使问题从根本上得到解决。原因是，造成消费者容易对客观信息与促销信息相混淆的因素有两方面的，一是网络环境中的互动性和虚拟性所形成的客观上的因素，二是消费者的观念还停留在“现实中”，并没有意识到已进入了虚拟世界，所形成的主观上的因素。后者的作用要远比前者大。本章认为，网络环境中在消费者观念不变的情况下，一定程度的客观信息与促销信息的模糊，是网络环境互动性、虚拟性等特征的必然产物。而网络环境中的互动性与虚拟性从某种意义上说，又是网络环境的价值所在。所以，通过一律禁止“网络隐性广告”行为，来保证消费者对客观信息与促销信息不被混淆的作法，是不可取的。

主要包括，网络隐性广告的产生、主要表现形式和法律责任，网络广告中的认知困难以及网络广告的经营主体资格等具体问题。

第七章，网络广告评估监测及第三方代理的法律问题。

《人民日报》华东新闻称，日前中立评估机构对某一广告效果进行监测后，得出的结果竟与网站向广告主提供的结果差10倍之多。由此可见监测机构对网络广告的影响。而另一面网络公司也在叫苦，大声疾呼，“我没有说谎，谁来信我！”这些都是网络广告的评估与监测要解决