

## 美国网络广告的法律治理

周 辉

**内容提要:**美国互联网被视为传统广告传播媒介的一种,因此在法律制度设计和具体治理等方面并不具有明显特殊性。传统广告的立法、治理主体和机制在网络环境下继续发挥着主导作用。作为商业言论,网络广告受到美国宪法第一修正案的保护,政府立法和监管相应受到限制。网络广告不再受地域限制,根据美国宪法中的“州际贸易”条款,以美国联邦贸易委员会为代表的行政机关,是负责网络广告监管的最主要主体。结合网络广告的特点,美国立法机关和行政机关除了拓展适用既有立法,也适时进行专门立法和及时进行行政指导。美国广告自律监管理事会等行业组织的自律监管和 Google 等网络平台企业的自我治理,在网络广告治理中发挥着重要作用。美国网络广告的法律治理呈现出事后审慎监管、部门分工协作、治理手段多元、自律治理有效、平台责任规则科学等特点,推动了美国网络广告持续快速稳定发展。

**关键词:**网络广告 商业言论 平台治理 平台责任 私权力

周辉,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

广告是为了某种特定的需要,通过一定形式的媒体,公开而广泛地向公众传递信息的宣传手段。广告可以通过改变或者强化人们的观念和行为,来达到特定的传播效果和商业效益。<sup>[1]</sup> 在美国,有学者甚至提出,广告是 21 世纪美国占主导地位的文化象征,离开广告美国的市场经济可能无法运行。<sup>[2]</sup>

进入网络时代后,作为一种新的广告形式,网络广告日益表现出巨大的商业价值,也给市场监管带来新的挑战。<sup>[3]</sup> 如何在鼓励新业态健康发展的同时,实现对行业的有效监管,是各国政府面临的共同挑战。美国是网络商业应用最早的国家,也是网络广告发展最

[1] 陈绚著:《广告伦理与法规》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 1 页。

[2] [美]唐·R·彭伯著:《大众传媒法》(第十三版),张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 514 页。

[3] 蒋恩铭编著:《广告法律制度》,南京大学出版社 2007 年版,第 158 页。

早的国家。从1994年第一条网络广告<sup>[4]</sup>发布以来,美国网络广告产业一直保持着高速发展。根据美国互动广告局(Interactive Advertising Bureau,简称IAB)委托普华永道国际会计事务所做的最新统计,至2017年,美国网络广告市场已经连续七年在第一季度保持同比两位数以上的百分比增长。<sup>[5]</sup>美国互联网法治发展较快,研究其网络广告的治理经验,对于互联网同样高速发展的中国具有非常现实的价值。

## 一 商业言论与监管边界

在美国,互联网更多地被视为广告的一种新媒介或新载体。对美国网络广告治理的观察和分析,很难脱离美国整个广告的治理。因此,必须首先寻找广告治理在美国法律中的定位。

在美国法学研究中,广告监管并未形成一个专门的学科,多被划入传媒法或传播法的研究范畴。广告作为言论“传播”或“表达”的一种形式,作为美国宪法学上的“商业言论”,被纳入宪法第一修正案关注的视野。商业言论受到怎样的宪法保护,直接影响着广告监管的边界。对网络广告的立法和监管与商业言论的宪法保护密不可分。

在1942年的Valentine v. Chrestensen一案中,美国联邦最高法院虽然是一语带过,但却是首次处理了广告与言论自由之间的关系,判定纯粹的商业广告属于商业言论,但也同时认为商业言论不受宪法第一修正案保护。<sup>[6]</sup>经过三十多年,历经1964年New York Times Co. v. Sullivan案、1973年Bigelow v. Virginia案,直到1976年,在Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council一案中,美国联邦最高法院才明确将纯粹的商业言论纳入宪法第一修正案保护的范畴。<sup>[7]</sup>

从美国的宪法理论和实践来看,商业言论是介乎政治言论与色情言论之间的低价值言论,宪法第一修正案对商业言论只提供必要的保护。肯定商业言论的宪法价值,并不意味着政府不能对广告进行立法和监管。

那么,如何确定广告立法和监管的边界就成为下一个需要回答的问题。对此,美国最高法院在Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission一案中给出了指引。美国最高法院在该案中提出了判断广告立法合宪性的中哈德逊(Central Hudson)规则。中哈德逊规则包含四个要件:第一,该广告是否合法且不具有误导性;第二,作为政府

[4] Tom Hvland, Why Internet Advertising?, In SCN Education B. V. (eds.), *Webvertising: The Ultimate Internet Advertising Guide*, Vieweg + Teubner Verlag, 2000, p. 14.

[5] 美国互联网广告2016年整体市场规模是725亿美元。2017年第一季度同比增长23个百分点,比去年同期增长37亿美元,达到196亿美元。参见Interactive Advertising Bureau, IAB Internet Advertising Revenue Report-2016 Full Year Results, <https://www.iab.com/insights/iab-internet-advertising-revenue-report-conducted-by-pricewaterhousecoopers-pwc-2/>,最近访问时间[2017-08-15]; Digital Advertising Revenues Hit \$19.6 Billion in Q1 2017, Climbing 23% Year-Over-Year, According to IAB, <https://www.iab.com/news/ad-revenues-hit-19-6b/>,最近访问时间[2017-08-15]。

[6] Valentine v. Chrestensen, 316 U. S. 52 (1942).

[7] Va. Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council, 425 U. S. 748 (1976). [美]约翰·D. 泽莱兹尼著:《传播法判例:自由、限制与现代媒介》(第四版),王秀丽译,北京大学出版社2007年版,第253页。

监管的利益基础是否真实显著;第三,政府所采取的监管措施是否可以直接促进前述政府利益的实现;第四,政府所采取的监管措施对于实现政府利益而言是否过度。<sup>[8]</sup> 如果广告立法经得住中哈德逊规则的测试,就是合宪的;否则,当事人可以据此挑战广告立法及相关的监管活动。

从中哈德逊规则不难看出:一方面,并不是所有的广告活动都受宪法第一修正案的绝对保护。政府对广告进行立法和实施监管有必要的空间。为了维护公共利益,对于虚假、欺诈和宣传非法产品服务的广告活动,政府可以而且应当采取严格的监管措施或进行制裁。<sup>[9]</sup> 另一方面,对于满足第一要件的广告活动,政府的干预受到严格的限制。整体来看,正常的广告活动享受着广泛的自由,联邦或者州的法律无权禁止商家或者其他主体在广告中表达消费者有权知道的信息。因此,广告立法和监管受到真实利益、特别是必要性原则的限制。在 *Thomson v. Western States Medical Center* 一案中,奥康纳大法官代表最高法院 5:4 的微弱多数撰写了判决,认为该案中的联邦立法虽然有直接的政府利益基础,但是规定的措施却超出了必要限度,因而判定该联邦立法违宪。<sup>[10]</sup>

与上述联邦宪法对商业言论的有限保护不同的是,美国俄勒冈州最高法院认为,俄勒冈州宪法对商业言论提供的是全面保护。<sup>[11]</sup> 因此,在俄勒冈州,地方广告立法将受到极大限制,广告活动享有更大的自由。

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。就数量而言,广告是监管色彩最重的一种言论。<sup>[12]</sup> 但是,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州的不同法律中。除了前面分析的美国宪法及最高法院有关第一修正案适用的判例,美国对广告规制的核心法律,是 1914 年颁布的《联邦贸易委员会法》(*Federal Trade Commission Act*)及其后续的修订案。<sup>[13]</sup> 从现有相关立法特别是《联邦贸易委员会法》第 5 条的规定<sup>[14]</sup>来看,对宣传违法活动和进行虚假、误导性宣传的广告的治理是

[8] *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U. S. 557 (1980). 李一达:《言论抑或利益——美国宪法对商业言论保护的过去、现在和未来》,《法学论坛》2015 年第 5 期,第 156 页。也有学者认为,中哈德逊规则包括三个步骤,即未考虑第一个要件。三要件说意味着,只对规制合法产品与服务的真实广告的立法适用中哈德逊规则。参见 Don R. Pember, Clay Calvert, *Mass Media Law*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill Education, 2015, pp. 587-594.

[9] Dom Caristi, William R. Davie, *Communication Law: Practical Applications in the Digital Age*, Pearson Education, Inc. 2012, p. 302.

[10] *Thompson v. W. States Med. Ctr.*, 535 U. S. 357. (2002).

[11] *Outdoor Media Dimensions, Inc. v. Department of Transportation*, 132 P.3d 5 (Ore. 2006).

[12] Don R. Pember, Clay Calvert, *Mass Media Law*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill Education, 2015, p. 586.

[13] 需要说明的是,目前有一种观点将美国 1911 年的《普令泰因克广告法案》(又称《印刷物广告法案》, *Printers' Ink Model Statute*)认为是美国通过的最早的广告法案。其实这是一种误解。在 1911 年,针对虚假广告问题,《印刷者油墨》(*Printers Ink*)杂志发起“真实广告”运动,并提议对虚假广告进行制裁,其发行人聘请律师起草了 *Printers' Ink Model Statute*,并公布在《印刷者油墨》杂志上。但该法案仅仅是一种建议性示范草案,并非美国国会起草,所以并非是美国的“法律”。只不过,美国之后的《联邦贸易委员会法》,以及各州通过的有关规制虚假广告的法令,大多以《普令泰因克广告法案》为基础,甚至有 11 个州一开始通过的广告法令完全采用了该示范法案的内容。《普令泰因克广告法案》的核心思想是如果广告中陈述的事实有不确定、欺诈或使人误信者,将治以轻罪。 *Printers' Ink Model Statute*, <https://hoofnagle.berkeley.edu/ftcprivacy/>,最近访问时间[2017-08-15]。

[14] 刘孔中:《美国联邦交易委员会法第五条之研究》,我国台湾地区“中央研究院”人文社会科学研究中心《人文及社会科学集刊》第 7 卷第 1 期,第 162 页。

监管的重点。<sup>[15]</sup>

## 二 美国网络广告的政府治理

美国政府意识到网络时代的广告监管会遇到新的挑战,但所选择的回应路径并非新设监管机关,而是通过法律适用实现线上监管延伸和创新。传统广告的监管机关在网络时代,仍然根据相关立法履行广告监管职责,继续发挥着重要作用。

### (一) 监管主体及其职责

广告活动往往都会跨越各州构成州际贸易,在网络时代更是如此。根据美国宪法中的“州际贸易”条款,联邦政府机关依据有关联邦立法拥有相应的监管权限。其中比较主要的机关是联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,简称FTC)、联邦通信委员会(Federal Communications Commission,简称FCC)和隶属于美国卫生和公共服务部的食品药品监督管理局(Food and Drug Administration,简称FDA)。

#### 1. 联邦贸易委员会(FTC)

联邦贸易委员会是基于1914年通过的《联邦贸易委员会法》设立的独立监管部门,是最权威、最综合的广告监管机构。<sup>[16]</sup>在FTC v. Colgate-Palmolive Company一案中,美国最高法院首次处理了有关虚假广告的争议。但更重要的是,美国最高法院在该案中,明确了在保留法院司法审查权的前提下联邦贸易委员会认定虚假广告的权威:作为专业的行政机关,联邦贸易委员会一般情况下比法院更能准确识别什么样的广告属于违法的虚假广告。<sup>[17]</sup>

联邦贸易委员会最初的监管权限限于不正当竞争。1938年《联邦贸易委员会法》的《惠勒—利修正案》通过后,联邦贸易委员会可以处理所有不正当的或欺骗性的商业活动,不再限定于是否与竞争有关。作为联邦独立监管部门,联邦贸易委员会拥有广泛的贸易监管权,因为广泛介入经济监管,而被称为“国家级保姆”。巧合的是,引发华盛顿邮报提出这一质疑的起因,就是其试图禁止向儿童投放广告。<sup>[18]</sup>

纵观联邦贸易委员会成立一百多年来的历史,可以发现,即便作为独立监管部门,但由于总统一般可以在联邦贸易委员会的五名委员中提名三名与其同一党派的人选,整个

[15] 虚假广告是美国广告监管关注的核心问题之一,其中涉及食品、药品、医疗器械及化妆品的虚假广告又作为不实广告单列出来从严监管。参见蒋恩铭编著:《广告法律制度》,南京大学出版社2007年版,第254页。

[16] 联邦贸易委员会最高决策层由五名委员组成,其中一人担任主席。该机构下设竞争局、消费者权益保护局、经济局等三个直属机构和国会关系办公室、隐私办公室、公共事务办公室、行政法官办公室、政策规划办公室、总调查官办公室、国际事务办公室、平等就业办公室、秘书办公室、总顾问办公室、执行长办公室等十一个内设部门。竞争局和消费者权益保护局是联邦贸易委员会最重要的执法机构,负责具体实施竞争领域和消费者保护领域的国会立法和联邦贸易委员会发布的规章、指令。此外,联邦贸易委员会在全美的东中部、中西部、东北部、西北部、西南部、东南部共设立了7个地区办公室。这些地区办公室配合竞争局、消费者权益保护局针对辖区内的相关事项进行执法。FTC, About the FTC Bureaus & Offices, [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/about-ftc/orgchart\\_ftc\\_july\\_5\\_2017.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/about-ftc/orgchart_ftc_july_5_2017.pdf), 最近访问时间[2017-08-15]。

[17] FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U. S. 374 (1965).

[18] The FTC as Natinal Nanny, Washington Post A-22, Mar. 1, 1978.

委员会的构成仍然有明显的政治色彩。因此,联邦贸易委员会履职受联邦整体政治方向的影响比较明显,当强调政府干预时,作为相对消极;当强调放松管制时,作为相对积极。乃至,在其碌碌无为的年代里,被讥讽为“宾夕法尼亚大道上的灰色小女人”。<sup>[19]</sup>

不过一个相对明确的趋势是,联邦贸易委员会的监管重心在从“竞争”向“消费者”转变。<sup>[20]</sup> 目前,联邦贸易委员会的使命是:(1)保护消费者免受不正当竞争、欺诈和不公平交易损害;(2)增强消费者在交易活动中的选择权、知情权以及加强公众对竞争的认知;(3)在监管过程中避免给合法的商业活动造成不必要的负担。<sup>[21]</sup> 所以,消费者保护是联邦贸易委员会网络广告监管的出发点和落脚点。

此外,联邦贸易委员会对广告监管十分重视风险成本评估。也就是说,必须最大程度从实现和保护消费者利益出发,对消费者因看不到广告而与有益信息擦肩而过受到的影响,与可能因虚假信息受到的损害进行比较,只有当前者的收益低于后者带来的损害时,联邦贸易委员会才会对广告活动进行干预。<sup>[22]</sup>

## 2. 联邦通信委员会(FCC)

联邦通信委员会<sup>[23]</sup>是一个有着重要许可权限的监管机构,既控制着广播电视的许可权,还控制着电磁波段的利用权。<sup>[24]</sup>如果说联邦贸易委员会实施的广告监管是综合性的,那么联邦通信委员会承担的广告监管职能就类似于行业性的。联邦通信委员会具体负责监管广播电视和电信领域的广告活动,如通过广播播放的具有冒犯性<sup>[25]</sup>的广告、在公共电视台播放的商业广告等。<sup>[26]</sup>

与联邦贸易委员会侧重消费者保护和竞争秩序视角不同,联邦通信委员会更侧重于内容监管。进入互联网时代,联邦通信委员会关注的重点更加集中在避免儿童接触网上不良信息(如淫秽、色情信息)、<sup>[27]</sup>保护网上隐私和个人信息等方面。在媒体融合的背景下,联邦通信委员会进一步加强了对包含不良信息的网络广告和基于违规信息收集所实

[19] [美]唐·R. 彭伯著:《大众传媒法》(第十三版),张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社2005年版,第526页。

[20] 有学者指出,目前“美国对于网络广告信息真实性采取了倾向消费者利益的保护手段”。邓小兵、冯渊源著:《网络广告行政监管研究》,人民出版社2014年版,第124页。

[21] Federal Trade Commission, About the FTC, <https://www.ftc.gov/about-ftc>,最近访问时间[2017-08-15]。

[22] James Campbell Cooper, *The Regulatory Revolution at the FTC*, Oxford University Press, 2013, pp. 90-91.

[23] 1927年美国国会通过《无线电法》(Radio Act),据此组建了联邦无线电委员会(Federal Radio Commission),专门分配电台频率和审批营业执照。1934年,国会通过《通讯法》,联邦无线电委员会由此改组为联邦通信委员会。联邦通信委员会由五名与相关行业无利害关系的委员领导,下设分处和办公室负责具体管理实务的执行,具体包括消费与政府事务局、执行局、国际局、媒体局、公共安全与国家安全局、无线电通讯处局、有线竞争局、行政法官办公室及其他办公室等。其中,执行局承担了执行《通讯法》以及其他联邦通讯委员会规则的责任,通过实行处罚等方式保护消费者权益,加强公众安全并且促进市场竞争。Federal Communications Commission, What We Do, <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>,最近访问时间[2017-08-15]。

[24] [美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷、宋华琳、苏苗罕、钟瑞华译,北京大学出版社2008年版,第109页。

[25] 对于通过其他媒介播放的冒犯性广告,美国既没有立法限制,也没有行政机关监管。Robert Trager, Susan Dente Ross, Amy Reynolds, *The Law of Journalism and Mass*, Fifth Edition, CQ Press, 2015, p. 1263.

[26] 47 U. S. C. S. § 399b.

[27] FCC, Children's Internet Protection Act (CIPA), <https://www.fcc.gov/consumers/guides/childrens-internet-protection-act>,最近访问时间[2017-08-15]。

施的网络精准广告的监管。<sup>[28]</sup>

### 3. 食品药品监督管理局(FDA)

与联邦贸易委员会、联邦通信委员会作为联邦独立行政机关(Federal Agency)<sup>[29]</sup>不同,食品药品监督管理局是一个隶属于美国卫生与公共服务部的政府机构,<sup>[30]</sup>主要管理食品、药品、化妆品标识及包装方面的广告。<sup>[31]</sup>

早在20世纪互联网发展初期,美国有相当比例的网络流量就是与健康信息相关。在1996年,这个比例高达四分之一。<sup>[32]</sup>2002年的一项统计则表明,超过一半的美国网络用户会首先去网上查询保健信息。<sup>[33]</sup>因此,在网络产业发展初期,对于网上健康产品的广告监管,食品药品监督管理局就承担起重要职责。

需要指出的是,联邦贸易委员会对食品、药品、化妆品的广告也有着综合监管权。为了协调联邦贸易委员会和食品药品监督管理局之间的权限,两个部门于1971年专门签署合作备忘录,对各自监管范围进行了比较清晰的划分。联邦贸易委员会负责除处方药以外的全部食品、药品、医疗设备和化妆用品的广告监管。食品药品监督管理局则主要负责处方药的广告监管。当两个部门之间职权分工不明时,联邦贸易委员会负责对所有食品、药品(除了处方药)、化妆品的广告真伪情况行使监管权,食品药品监督管理局则负责对所有的食品、药品、化妆品标识进行审查和管理。该合作备忘录还要求,两个部门只有在基于公共利益保护要求开展两个独立审查程序的情况下,才能对同一市场主体进行重复处罚。为了防止重复工作和促进执法行为的连贯性和统一性,在出现以下监管情况时,两个部门在执法过程中应该加强沟通协调:其一,市场主体针对两个机构分别负责的标识监管和广告监管提出相同或类似的主张;其二,依据的执法材料可以被同时理解为标识或广告或两者兼而有之的情况;其三,受调查的相关食品、药品和化妆品因缺少使用说明被错误标识,且该错误标识已经通过广告的方式传播给社会大众。<sup>[34]</sup>

[28] Remarks of Commissioner Deborah Taylor Tate To the Association of National Advertisers Fourth Annual Advertising Law and Business Affairs Conference, "Convergence of Media and Legal and Business Implications", February 12, 2008, [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DOC-280406A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-280406A1.pdf), 最近访问时间[2017-08-15]。

[29] Federal Agency 是美国《行政程序法》中的重要概念,也是美国行政法学研究的重要对象,是有权对相对人作出具有约束力的决定的主体。联邦贸易委员会、联邦通信委员会作为联邦独立行政机关(Independent Federal Agency),不隶属于内阁部门,直接对国会负责。参见[美]理查德·J.皮尔斯著:《行政法》(第五版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第6页。

[30] 食品药品监督管理局下设委员会办公室(Office of the Commissioner)、医疗产品与烟草监管处(Office of Medical Products and Tobacco)、食品监管处(Office of Foods and Veterinary Medicine)、全球规范实施与政策处和操作处(Office of Global Regulatory Operations and Policy)。相应的广告业务监管分别由医疗产品与烟草监管处、食品监管处实施。FDA website, <http://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/default.htm>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[31] John E. Villafranco, Working Together: Growing FTC, FDA Collaboration, <http://www.nutritionaloutlook.com/articles/working-together-growing-ftc-fda-collaboration>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[32] Marc J. Scheineson, Legal Overview of Likely FDA Regulation of Internet Promotion, 51 FOOD & DRUG L. J. 697, 697 (1996).

[33] [美]曼纽尔·卡斯特主编:《网络社会跨文化的视角》,周凯译,社会科学文献出版社2009年版,第323页。

[34] Memorandum of Understanding Between The Federal Trade Commission and The Food and Drug Administration (MOU 225-71-8003), <http://www.fda.gov/AboutFDA/PartnershipsCollaborations/MemorandaofUnderstandingMOUs/DomesticMOUs/ucml15791.htm>, 最近访问时间[2017-08-15]。

#### 4. 其他监管机关

此外,美国司法部可以代表美国政府起诉广告活动的违法者,包括民事起诉和刑事起诉。其下属的消费者诉讼办公室负责广告监管事务所涉及到的牵涉消费者权益的集团诉讼和惩罚性赔偿诉讼;财政部烟酒枪械管理局负责监管烟酒广告;<sup>[35]</sup> 证券交易委员会负责监管证券广告;农业部负责监管种子、肉类、杀虫剂等广告;邮政署负责监管邮寄品广告。<sup>[36]</sup> 在美国的各州及其地方层面,一般由各级检察长和地方检察官负责实施对广告的监管。针对违法广告寻求救济,各州民众可向检察长投诉,检察长则相应视情况提起诉讼或通过其他措施追究违法广告当事人的责任。<sup>[37]</sup>

#### (二) 广告治理的线上延伸

自网络广告作为一种新业态出现后,联邦贸易委员会等监管机关已经将其纳入关注范围,并依据有关法律实施监管和治理。在具体的法律适用上,仍然将网络作为一种广告媒体或载体,以既有相关立法的拓展适用为主。针对一些引起社会广泛关注的网络广告问题,美国也开展了特定的专门立法。如果没有与新兴网络广告业态相关的明确法律规定,监管机关也会通过采取灵活的治理措施进行指导。

##### 1. 既有法律的拓展适用

对既有立法的线上适用是网络广告监管的主要路径。联邦贸易委员会等监管主体一般通过发布指南等方式说明线上适用的具体情况。

2000 年,联邦贸易委员会发布了网络广告营销指南,对联邦贸易委员会负责制定和实施的既有法律、规则、指南如何适用于网络广告提供指引,规定了网络广告信息披露所应满足的条件。<sup>[38]</sup> 2013 年 3 月,联邦贸易委员会发布了该指导性文件的更新版本——《网络广告如何有效公开的指南》。新指南进一步明确,《联邦贸易委员会法》并不限定调整某一特定媒介,任何企业网上所发布的免责声明必须明确而突出,并强调《邮件和电话订购商品规则》对于网络广告同样适用,而不管广告的具体形式,比如是横幅广告还是弹出式广告,抑或是滚动式广告、链接等。该指南还指出,广告中介、网页设计者或者目录营销商等第三方如果参与广告的制作与发布,或者知道该广告中的虚假内容,也应当对制作或者传播虚假信息承担法律责任。<sup>[39]</sup> 联邦贸易委员会制定的《广告赞助指南》在 2009 年评估时,也增加了博客的案例以明确《联邦贸易委员会法》适用于新的社交媒体。

此外,有的规则也会在修订后增加对网络广告适用的专门条款。例如,2007 年修订

[35] Lori A. Lustberg, Current Advertising Regulations and the Internet, *Computer Law Review and Technology Journal*, No. 3, p. 42, Summer 1998.

[36] 蒋恩铭编著:《广告法律制度》,南京大学出版社 2007 年版,第 253 页。

[37] [美]唐·R·彭伯著:《大众传媒法》(第十三版),张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 524 - 525 页。

[38] Federal Trade Commission, Advertising and Marketing on the Internet: Rules of the Road, <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/advertising-marketing-internet-rules-road>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[39] Federal Trade Commission. com Disclosures: how to make Effective Disclosures in Digital Advertising, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-staff-revises-online-advertising-disclosure-guidelines-130312dotcomdisclosures.pdf>, 最近访问时间[2017-08-15]。

后的《能源标签规则》就明确规定,该规则同样适用于网络场景。<sup>[40]</sup>

## 2. 适时进行专门立法

对于既有立法无法调整或者难以有效调整的线上问题,美国也及时进行了专门立法。在网络发展早期,电子邮件是网络广告的一种重要形式。为了避免垃圾邮件广告给用户带来不必要的干扰,美国于2003年出台了《反垃圾邮件法》(Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act of 2003)。该法明确规定发送邮件广告的企业或者广告主必须保证用户有随时退订电子邮件广告的自由,<sup>[41]</sup>并规定邮件中要包含回复地址、拒收邮件的链接等,以便于用户退订电子邮件广告。一旦用户提出退订,邮件发送者必须在10个工作日内对该信息进行处理。该法同时规定邮件的标题不能使用虚假或欺骗性语言;对于一些特定的信息,如包含色情等内容的邮件要进行明确的警告标记。《反垃圾邮件法》不仅设置了高额的罚款,同时对于故意违反规定的垃圾邮件发送者规定了5年监禁的刑罚,以严苛的刑事责任来规制发送垃圾邮件的行为。

网络广告的一个重要特征是通过收集用户的相关信息,如个人隐私信息、浏览网页信息来判断用户的偏好,进而以邮件、弹窗等特定形式进行广告投递。针对隐私保护,美国2000年出台了《儿童网络隐私保护法》(Children's Online Privacy Protection Act),并于2011年提出了《互联网反追踪法案》(Do Not Track Me Online Act)。<sup>[42]</sup>《儿童网络隐私保护法》从保护儿童隐私角度,规定必须经过儿童父母的事先同意,才能通过网络获取儿童的个人信息,<sup>[43]</sup>否则即构成违法。《互联网反追踪法案》规定网络企业应当建立“禁止追踪”机制等措施,以保障用户对其个人信息披露的自主控制。虽然《互联网反追踪法案》并未获得国会通过成为正式的联邦法律,但伴随着整个法案的讨论,该法案中的一些要求,已经被网络服务提供者等主体所采用,比如,网页在浏览器上添加“不要跟踪”的按钮就是该法案的明确要求。

## 3. 及时开展行政指导

面对网络应用商业模式的快速发展,政府监管具有明显的滞后性。为了避免监管不慎给产业发展造成不利影响,但也为商业模式创新提供合规指引,联邦贸易委员会等部门针对新出现的问题多采取行政指导等柔性治理方式。

社交媒体、移动应用,甚至移动装置上的声音助理为消费者提供了更多获取信息的方式。这为搜索引擎商业模式的创新提供了更多可能。搜索引擎提供的广告服务是网络广

[40] 72 Fed. Reg. 49, 948, 49, 957, 49, 961 (Aug. 29, 2007).

[41] 商业性电子邮件广告一般有两种模式,即“选择加入(put-in)”和“选择退出(put-out)”。“put-in”是指事前必须先取得接收者的同意,只有这样发送者才能发送邮件;“put-out”则是指发送者无须事前获得接收者同意就能发送邮件,接收者在接收邮件后必须作出退出申明,才不再继续接收邮件。美国对电子邮件的规制较早,其普遍采取的是“put-out”这种模式。参见薛敏芝:《美国新媒体广告规制研究》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期,第66页。

[42] 《互联网反追踪法案》并未获得国会通过而成为正式的联邦法律,但伴随着整个法案的讨论,该法案中的一些要求,已经被网络服务提供者等主体所采用,比如,网页在浏览器上添加“不要跟踪”的按钮就是该法案的明确要求。

[43] 按照《儿童网络隐私保护法》的规定,姓名、住址、电子邮件地址、兴趣爱好等等信息,均属于受保护的儿童个人信息范围。



告发展中最复杂的样态之一。搜索引擎的网络广告业务与其搜索业务在形式上一直混同在一起,如何确保自然搜索与搜索引擎的网络广告区分开来,更好地保障消费者权益,是联邦贸易委员会关注的焦点,也是搜索引擎开展网络广告业务合规的关键。针对这一问题,联邦贸易委员会分别于 2002 年和 2013 年发布公开信进行行政指导。

2002 年 6 月,联邦贸易委员会致信各搜索引擎服务提供者,提出了区分、清楚说明、禁止误导三个规则:(1)将作为新型网络广告的付费搜索结果与自然搜索结果进行清楚、醒目的区分;(2)付费内容必须清楚、醒目地进行说明;(3)搜索引擎不能在搜索结果的生成方式上误导消费者。<sup>[44]</sup> 2013 年 6 月,联邦贸易委员会向 Google 等 24 家搜索引擎服务提供者再次发出公开信,并对 2002 年公开信中的指引性要求进行了更新。<sup>[45]</sup> 2013 年公开信针对广告披露的清晰度和醒目程度,提出了更加详细、具体的建议:(1)搜索引擎应当使用统一标签用语,例如标记为“推广”等明显提示语;(2)标签提示必须符合消费者浏览习惯,同时必须以清楚、统一的用语表述;(3)属于付费搜索服务的搜索结果应使用可被明显识别的特殊背景颜色标记区域;(4)如果付费搜索结果与自然搜索结果混杂,应当对付费搜索结果的边界加以明确,如设置底纹和边框等。<sup>[46]</sup>

### (三) 分享经济下的网络广告治理

随着分享经济的发展,越来越多的主体借助网络平台可以将闲置的资源投入市场、进行交易,这些主体必然会为促成交易而发布广告。这种广告可以发布在分享经济的网络平台上,也可以发布在产品或服务供给方所在的社交平台上,甚至可以发布在其他任何可以发布广告信息的媒介上。解决供需双方的信息不对称,是网络时代分享经济的重要特征,网络广告在其中就发挥了关键作用,网络广告也随着分享经济的发展而迎来新的增长点。

分享经济仍在发展中,相关的网络广告商业模式创新也日新月异。相对于美国联邦政府的审慎态度,反对分享经济发展的地方政府,却通过管制网络广告限制其发展。纽约州政府就通过出台禁止短租的广告限制 Airbnb 在该州开展业务。2016 年 10 月,纽约州长签署了该州议会通过的一项对《群租法》的修正案,禁止发布租期不到 30 天的公寓出租广告。根据修改后的纽约州《群租法》,首次违反规定的,将被处以不超过 1000 美元的罚款;再次违反规定的,将被处以不超过 5000 美元的罚款;违反规定三次及以上的,将被处以不超过 7000 美元的罚款。<sup>[47]</sup> 2017 年 2 月,有两名 Airbnb 房东分别因为共 5 次和 12

[44] Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, Commercial Alert Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs, June 22, 2002, <http://www.ftc.gov/os/closings/staff/commercialalertletter.shtm>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[45] Federal Trade Commission, Letter To Search Engines, June 24, 2013, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-consumer-protection-staff-updates-agencys-guidance-search-engine-industry-on-need-to-distinguish/130625searchenginegeneralletter.pdf>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[46] 张今、刘晗:《付费搜索广告的法律规制——由美国搜索引擎新指南引发的思考》,《中国工商报》2013 年 8 月 6 日第 B03 版。

[47] NY State Senate Bill S6340A, [https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2015/s6340/amendment/a?inf\\_contact\\_key=ffe57dba7f5ad4576c14d4b0ab821e976f97e0f081e6935a09efc0012e472097](https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2015/s6340/amendment/a?inf_contact_key=ffe57dba7f5ad4576c14d4b0ab821e976f97e0f081e6935a09efc0012e472097), 最近访问时间[2017-08-15]。

次违反该法,被处以 1000 美元和 12000 美元罚款。<sup>[48]</sup> 有美国学者对此强烈反对,认为应当尊重市场创新和经济自由,不能针对特定商业模式的广告进行特殊监管。<sup>[49]</sup>

### 三 美国网络广告的行业自律与自我治理

相对于政府部门在网络广告监管中的重要作用,行业组织和网络广告平台企业的治理功能并不逊色。

#### (一) 发达的行业自律

自律在美国广告治理中一直扮演着重要角色。<sup>[50]</sup> 在分析网络社会中的自律机制时,桑斯坦(Cass R. Sunstein)曾特别指出,自律在香烟广告、儿童广告、酒类广告中扮演着令人瞩目的重要角色。

早在 1951 年,美国广播事业协会(National Association of Broadcasters, NAB)就制定了《电视广播业务守则》(Code of Practices for Television Broadcasters),以此来为电视广告提供规范指引。<sup>[51]</sup> 这一自律规则确立了电视广告播映基本准则,具体包括一般性准则、广告播映准则、医药用品广告准则、赠奖准则、广告时间准则和独立电视台的广告时间准则。<sup>[52]</sup>

目前,在全美影响最大的自律机构是美国广告自律监管理事会(Advertising Self-Regulatory Council,简称 ASRC),为广告行业自律制定政策和程序是其重要职能。该理事会的自律机制受商业促进局理事会(Council of Better Business Bureaus,简称 CBBB)<sup>[53]</sup> 指导,其前身是 BBB、4A 协会(American Association of Advertising Agencies, Inc.,简称 AAAA)<sup>[54]</sup> 美国广告联合会(American Advertising Federation, Inc.,简称 AAF)<sup>[55]</sup> 和美国广告主协会

[48] WNYC News, Two New Yorkers Slapped with the First Fines for Illegal Airbnb Listings, <http://www.wnyc.org/story/two-new-yorkers-slapped-first-fines-illegal-airbnb-listings/>,最近访问时间[2017-08-15]。

[49] Christina Sandefur, Jon Riches, Sharing Economy Gag Rule Targeting Communication Innovations in the Information Age? (May 5, 2017), Arizona Law Journal of Emerging Technology, Vol. 1, Issue 1. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2935416>,最近访问时间[2017-08-15]。

[50] [美]凯斯·桑斯坦著:《网络共和国》,黄维明译,上海人民出版社 2003 年版,第 126 页。

[51] Wikipedia, Code of Practices for Television Broadcasters, [https://en.wikipedia.org/wiki/Code\\_of\\_Practices\\_for\\_Television\\_Broadcasters](https://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Practices_for_Television_Broadcasters),最近访问时间[2017-08-15]。

[52] 倪喁,李平:《广告行业依法自治自律的研究》,《中国广告》2015 年第 8 期,第 120 页。

[53] BBB 是目前最有影响力的非政府组织机构之一。BBB 给企业评级,这意味着该组织符合认证标准,包括承诺尽一切努力解决消费者所有投诉。BBB 标准包括 BBB 商业行为守则, BBB 信托标准和广告守则。此外, BBB 提供消费者与企业间纠纷的替代性争议解决服务,通常采用调解,调停或仲裁的方式解决案件。本地 BBB 组织每年要处理几十万个案件。Council of Better Business Bureaus, About, <http://www.bbb.org/council/about/council-of-better-business-bureaus/>,最近访问时间[2017-08-15]。

[54] 4A 协会属于全国性行业工会,代表在美国的广告代理业务,其成员发布的广告数大约占全国广告总量的 80%。4A 协会规定,其主要任务之一是监测广告业务,鼓励商界想出最优秀的创意,实现最高的商业标准。4A 的成员受其章程、附则,其使命,实践标准和对创意的规定的约束。该组织与联邦,州和地方政府合作,实现社会和个人层面的价值取向目标,抵制不合理或不公平的立法和法规,并成为广告信息和建议的主要来源。

[55] 美国广告联合会是最古老的全国广告业协会,有 40,000 多广告主、代理商、媒体公司、当地广告业者和广告学院等成员。该组织通过草根运动保护和促进各级政府的广告业发展。该组织在地方,州和联邦层面监测与广告有关的立法,并组织其成员和有影响力的立法者进行会议商讨。此外,该组织还会公布有关广告的最重要和有争议问题的摘要文件,并提交给美国参议院、州政府和联邦贸易委员会。

(Association of National Advertisers, Inc., 简称 ANA)<sup>[56]</sup>一起于 1971 年设立的全国广告审查理事会(National Advertising Review Council, 简称 NARC)。

美国广告自律监管理事会的主要部门包括全国广告部(National Advertising Division, 简称 NAD)、儿童广告审查部(Children's Advertising Review Unit, 简称 CARU)、全国广告审查委员会(National Advertising Review Board, 简称 NARB)、电子零售自律监管组(Electronic Retailing Self-Regulation Program, 简称 ERSP)和网络广告组(Online Interest - Based Advertising Accountability Program, 简称 IBAAP)。

全国广告部和儿童广告审查部分别负责一般广告和儿童广告的自律监管。这两个部门在其他广告经营者举报或媒体报道发现违法广告时,可以向当事方发布调查通知;当事方如果回应的话,它们可进一步展开调查并作出结论性建议。当事方如果对该建议有异议,可向全国广告审查委员会申请复议。该委员会主席如果同意申请,将组建由 3 名广告经营者会员、1 名广告主会员和 1 名公众会员构成的复议委员会进行审查。

电子零售自律监管组和网络广告组是针对新兴领域广告进行自律监管的机构。电子零售自律监管组负责对电子零售广告进行自律监管。网络广告组负责对在线行为广告进行自律监管。美国广告自律监管理事会制定了在线行为广告的行业准则,网络广告组对行业内从事在线行为广告的主体合规活动提供指导、进行监督。

美国广告自律监管理事会的自律监管机制对当事方的直接约束力有限,但是可以通过公开监管建议施加舆论压力,也可以将案件移送联邦贸易委员会或其他有监管权的联邦机构。有资料表明,联邦贸易委员会等监管机构对于收到自律监管机构移送的案件会优先处理。<sup>[57]</sup>

目前美国广告自律监管理事会在商业促进局理事会的指导下,已经为儿童广告审查单位、电子零售业自律项目、全国广告部、全国广告审查委员会以及在线利益导向的问责程序等制定了相应的广告政策,并且为广告行业自律系统提供了用以解决争议的用户友好型论坛,争议各方可以通过该平台妥善解决相关争议。

此外,对于医生、律师等专业服务广告的监管和治理,各州都是通过相应的行业协会实施。<sup>[58]</sup> 这些协会本身就具有比较强的监管权威,对相应网络广告的监管也比较有效。

## (二)平台企业的自我治理

在美国的网络广告治理中,市场主体的自我治理并不限于行业组织的自律,网络广告发布平台的自我治理同样也发挥着重要作用。

有学者指出,自我规制主要包括两类:第一,私主体对自己行为的自我约束和规范;第

---

[56] 美国广告主协会在广告业协会中处于领先地位,主要目标是保护和提高客户端营销公司的利益,拥有监督行业活动,管理行业事务并保护广告主的立法权利,其在立法,监管和法律领域发挥极为积极的作用,以保护营销团体的利益。在每年年底,该协会会编写一份纲要,介绍其在一系列问题上作出的努力。

[57] ERA, ERSP Frequently Asked Questions, <http://retailing.org/advocacy/self-regulation/ersp-frequently-asked-questions>,最近访问时间[2017-08-15]。

[58] Don R. Pember, Clay Calvert, *Mass Media Law*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill Education, 2015, p. 587.

二,自我规制组织或协会对其成员或者其他接受其权威的相关人员进行的约束和规范。<sup>[59]</sup>平台的自我治理可以视为前者;行业自律则可以理解为后者。“在网络时代,言论自由开始从传统的‘个人 vs. 政府’、‘二元对立’向‘个人—企业—政府’三角关系转变。”<sup>[60]</sup>事实上,在平台这一私权力<sup>[61]</sup>主体崛起的背景下,二元向多元的转变并不仅限于言论自由这一具体领域,在网络空间已经成为一个“新常态”。

平台是介于市场与企业之间的网络组织方式,是外部性和网络效应的聚集体。<sup>[62]</sup>它以扁平化的方式运作,有别于企业;但又具有内部结构,而有别于市场。在网络空间中,互联网平台服务和网络应用服务“分属不同主体,不同主体处于上下双层经营状态,构成同一个市场”。<sup>[63]</sup>随着互联网平台化发展趋势日益明显。网络环境下的平台扩张速度快、规模大;对既有产业结构产生了革命性的冲击影响。<sup>[64]</sup>如果把作为平台的私主体与平台上的其他私主体都视为网络空间的链接节点的话,那么他们就是存在“不平等”关系的“枢纽节点”与普通节点。<sup>[65]</sup>谁掌控了平台,谁就是开放、共享幕后的“老大哥”,谁就是这个生态系统的支配者。

对于 Google 为代表的网络广告平台而言,他们在推动商业模式创新的同时,也在发挥私权力的优势,构建和实施着自己平台上的“游戏规则”。在网络广告计费从按展示次数(CPM, cost per thousand impression)向按点击次数(CPC, cost per click)转变后不久,Google 于 1998 年在美国加州成立,并重新定义了按点击次数的计算规则。经过不到二十年的快速发展,Google 成长为全球最具价值品牌。<sup>[66]</sup>这背后就有网络广告承载的巨大市场价值。以 Google 为代表的网络平台企业对“互联网+平台”背景下的广告治理,是美国网络广告治理体系的重要组成部分。

Google 的网络广告业务主要包括 AdWords 和 AdSense 两大板块。Google 针对这两大板块的业务在广告内容和推送方式等方面规定了比较详细的限制性政策。

AdWords 的广告政策主要有四个方面,包括禁止的内容(广告主不可在 Google 的广告网络上宣传的内容)、禁止的行为(通过 Google 投放广告时不能采取的行为)、受限制的内容(广告主可以宣传但是有限制的内容)以及编辑和技术(广告、网站和应用的质量标准)。在禁止的内容中,Google 就广告主的仿冒产品广告、危险产品或者服务广告、促成不诚信行为、包括仇恨暴力等不当内容的广告进行了限制。在禁止的行为中,Google 将滥

[59] 李洪雷:《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》,《环球法律评论》2014 年第 1 期,第 128 - 130 页。本文严格区分这两种自我规制,平台的自我治理可以视为前者;行业自律可以理解为后者。

[60] 左亦鲁:《告别“街头发言者”美国网络言论自由二十年》,《中外法学》2015 年第 2 期,第 433 页。

[61] 关于网络治理中私权力作用的分析参见周辉著:《变革与选择:私权力视角下的网络治理》,北京大学出版社 2016 年版。

[62] 姜奇平著:《新文明论概略》,商务印书馆 2015 年版,第 296 页。

[63] 姜奇平:《论互联网领域反垄断的特殊性——从“新垄断竞争”市场结构与二元产权结构看相关市场二重性》,《中国工商管理研究》2013 年第 4 期,第 12 - 14 页。

[64] 陈威如、余卓轩著:《平台战略——正在席卷全球的商业模式革命》,中信出版社 2013 年版,第 92 页。

[65] 巴拉巴西提出了枢纽节点的概念,认为枢纽节点的存在,颠覆了“平等网络空间”的乌托邦幻想。详见[美]巴拉巴西著:《链接:商业、科学与生活的新思维》(十周年纪念版),沈华伟译,浙江人民出版社 2013 年版,第 85 页。

[66] 新浪科技:“全球品牌价值排行榜:谷歌第 1 腾讯第 8”,资料来源:<http://www.techweb.com.cn/data/2017-06-15/2535367.shtml>,最近访问时间[2017-08-15]。

用网络广告进行恶意广告宣传、不正当竞争行为,不负责地进行数据收集和使用的行为,虚假陈述行为等拉进了黑名单。同时,Google 还对涉及到成人内容、酒精饮料、版权内容、赌博游戏、保健和药物、政治内容和金融服务等广告内容进行了一定的限制。除了内容限制,Google 还对广告主的编辑和技术提出了一定的要求,用以提高用户体验,杜绝出现任何内容不健康的广告。<sup>[67]</sup>

AdSense 的合作规范则主要是针对所有在 Google 投放广告的第三方网站。一方面,该合作规范要求广告发布商不得通过自己点击或者鼓励他人点击的方式虚造点击数量,要求所有的广告点击必须严格反映出用户的实际需求;另一方面,在内容上要求展示 Google 广告的网站不得链接到色情或成人内容、暴力内容、仇恨言论、恶意软件或广告软件、销售啤酒或烈性酒的内容等。同时,该合作规范还要求发布商展示 Google 广告的网站不能有侵犯受保护版权的内容,也不得销售或者推销仿冒产品。<sup>[68]</sup>

正是在这些透明的广告政策以及相关法律规范和指南等规则下,Google 在广告治理方面做了自身的努力。根据 Google 官方微博文,<sup>[69]</sup>2016 年,Google 共屏蔽了 17 亿条不良广告,比起 2015 年的 6.8 亿条有明显增长。这些不良广告主要涉及违反相关法律法规以及 Google 平台的管理规范而被下线,包括 1.12 亿条恶意软件诱骗点击广告、6800 万未经许可的药物广告、8000 万诈骗及恐怖内容的广告等等。Google 公司内部目前有一支专门屏蔽不良广告的团队,不断通过改进技术和完善政策加强对平台广告的监管。2016 年,Google 从两方面对广告监测系统进行了改善:一是,扩大了审查政策的覆盖范围,进一步避免用户遭受误导性广告的困扰;二是,广告通过系统的技术改进,提高了快速发现并禁止不良广告的能力。<sup>[70]</sup>

#### 四 美国《通讯品味法》第 230 条与网络广告平台责任

网络广告平台在网络广告治理中扮演着越来越重要的角色,但是,作为一个私主体,仍然面对一个核心问题:对于平台上第三方发布的广告,是否以及在怎样的条件下承担连带责任。换言之,就是网络广告平台责任问题。网络广告平台责任的设定直接关系到网络广告平台商业模式创新的空间,在某种程度上也影响着网络广告产业的发展。1996 年《通讯品味法》(Communications Decency Act,简称 CDA)第 230 条,为网络广告平台提

[67] 以上进一步参见谷歌:“AdWords 政策”,资料来源:<https://support.google.com/adwordspolicy/answer/6008942?hl=zh-Hans>,最近访问时间[2017-08-15]。

[68] 以上进一步参见谷歌:“AdSense 合作规范”,资料来源:<https://support.google.com/adsense/answer/48182?hl=zh-Hans>,最近访问时间[2017-08-15]。

[69] Google's official blog, How We Fought Bad Ads, Sites and Scammers In 2016, <https://adwords.googleblog.com/2017/01/how-we-fought-bad-ads-sites-and-scammers-in-2016.html>,最近访问时间[2017-08-15]。

[70] 在扩大政策审查范围方面,2016 年 7 月 Google 推出了一项政策,禁止发薪日贷款广告,该政策提出的 6 个月时间里,有 500 万条发薪日贷款广告被移除;在系统识别能力改进方面,Google 广告监测系统 2016 年对“欺骗点击”广告的认识量比 2015 年多了六倍。参见搜狐网:《2016 年 Google 移除 17 亿条不良广告》,资料来源:[http://www.sohu.com/a/125176856\\_389703](http://www.sohu.com/a/125176856_389703),最近访问时间[2017-08-15]。

供了“避风港”,成为二十年来推动美国网络广告发展的重要法律制度。

### (一)1996年《通讯品味法》的制定

在互联网发展初期,法院明确指出对内容起到控制作用的当事人,承担与内容作者相同的责任。在纸媒时代,对内容起到控制作用的当事人指的是信息的编辑者与发布者,这一点较容易认定。但是在互联网时代,网络服务提供者与网络内容提供商的界限日益模糊,这也导致法院在判断网络服务提供者的法律责任时在不同案件中判决有所差异。

在1991年的 *Cubby v. CompuServe* 一案<sup>[71]</sup>中,CompuServe 是一个开发和提供计算机技术相关商品与服务的公司,其中包括 CompuServe 信息服务系统,其功能在于面向用户提供在线信息发布平台。法院认为网络服务提供者 CompuServe 并不承担法律责任,其地位不是发布者而是传播者。

在1995年的 *Stratton Oakmont v. Prodigy Servs. Co.* 一案中,法院认为,作为网络服务提供者的 Prodigy 对于发布在其平台上的内容有规制或者指引的权力和行为,因而应当对通过其平台发布的诽谤或者虚假信息承担法律责任。本案的核心问题依然是界定 Prodigy 到底是信息的发布者还是散布者。法院认为,发布者意味着其是首次对诽谤或者 ([71]) ([72]) ([73]) ([74]) ([75]) ([76]) ([77]) ([78]) ([79]) ([80]) ([81]) ([82]) ([83]) ([84]) ([85]) ([86]) ([87]) ([88]) ([89]) ([90]) ([91]) ([92]) ([93]) ([94]) ([95]) ([96]) ([97]) ([98]) ([99]) ([100]) ([101]) ([102]) ([103]) ([104]) ([105]) ([106]) ([107]) ([108]) ([109]) ([110]) ([111]) ([112]) ([113]) ([114]) ([115]) ([116]) ([117]) ([118]) ([119]) ([120]) ([121]) ([122]) ([123]) ([124]) ([125]) ([126]) ([127]) ([128]) ([129]) ([130]) ([131]) ([132]) ([133]) ([134]) ([135]) ([136]) ([137]) ([138]) ([139]) ([140]) ([141]) ([142]) ([143]) ([144]) ([145]) ([146]) ([147]) ([148]) ([149]) ([150]) ([151]) ([152]) ([153]) ([154]) ([155]) ([156]) ([157]) ([158]) ([159]) ([160]) ([161]) ([162]) ([163]) ([164]) ([165]) ([166]) ([167]) ([168]) ([169]) ([170]) ([171]) ([172]) ([173]) ([174]) ([175]) ([176]) ([177]) ([178]) ([179]) ([180]) ([181]) ([182]) ([183]) ([184]) ([185]) ([186]) ([187]) ([188]) ([189]) ([190]) ([191]) ([192]) ([193]) ([194]) ([195]) ([196]) ([197]) ([198]) ([199]) ([200]) ([201]) ([202]) ([203]) ([204]) ([205]) ([206]) ([207]) ([208]) ([209]) ([210]) ([211]) ([212]) ([213]) ([214]) ([215]) ([216]) ([217]) ([218]) ([219]) ([220]) ([221]) ([222]) ([223]) ([224]) ([225]) ([226]) ([227]) ([228]) ([229]) ([230]) ([231]) ([232]) ([233]) ([234]) ([235]) ([236]) ([237]) ([238]) ([239]) ([240]) ([241]) ([242]) ([243]) ([244]) ([245]) ([246]) ([247]) ([248]) ([249]) ([250]) ([251]) ([252]) ([253]) ([254]) ([255]) ([256]) ([257]) ([258]) ([259]) ([260]) ([261]) ([262]) ([263]) ([264]) ([265]) ([266]) ([267]) ([268]) ([269]) ([270]) ([271]) ([272]) ([273]) ([274]) ([275]) ([276]) ([277]) ([278]) ([279]) ([280]) ([281]) ([282]) ([283]) ([284]) ([285]) ([286]) ([287]) ([288]) ([289]) ([290]) ([291]) ([292]) ([293]) ([294]) ([295]) ([296]) ([297]) ([298]) ([299]) ([300]) ([301]) ([302]) ([303]) ([304]) ([305]) ([306]) ([307]) ([308]) ([309]) ([310]) ([311]) ([312]) ([313]) ([314]) ([315]) ([316]) ([317]) ([318]) ([319]) ([320]) ([321]) ([322]) ([323]) ([324]) ([325]) ([326]) ([327]) ([328]) ([329]) ([330]) ([331]) ([332]) ([333]) ([334]) ([335]) ([336]) ([337]) ([338]) ([339]) ([340]) ([341]) ([342]) ([343]) ([344]) ([345]) ([346]) ([347]) ([348]) ([349]) ([350]) ([351]) ([352]) ([353]) ([354]) ([355]) ([356]) ([357]) ([358]) ([359]) ([360]) ([361]) ([362]) ([363]) ([364]) ([365]) ([366]) ([367]) ([368]) ([369]) ([370]) ([371]) ([372]) ([373]) ([374]) ([375]) ([376]) ([377]) ([378]) ([379]) ([380]) ([381]) ([382]) ([383]) ([384]) ([385]) ([386]) ([387]) ([388]) ([389]) ([390]) ([391]) ([392]) ([393]) ([394]) ([395]) ([396]) ([397]) ([398]) ([399]) ([400]) ([401]) ([402]) ([403]) ([404]) ([405]) ([406]) ([407]) ([408]) ([409]) ([410]) ([411]) ([412]) ([413]) ([414]) ([415]) ([416]) ([417]) ([418]) ([419]) ([420]) ([421]) ([422]) ([423]) ([424]) ([425]) ([426]) ([427]) ([428]) ([429]) ([430]) ([431]) ([432]) ([433]) ([434]) ([435]) ([436]) ([437]) ([438]) ([439]) ([440]) ([441]) ([442]) ([443]) ([444]) ([445]) ([446]) ([447]) ([448]) ([449]) ([450]) ([451]) ([452]) ([453]) ([454]) ([455]) ([456]) ([457]) ([458]) ([459]) ([460]) ([461]) ([462]) ([463]) ([464]) ([465]) ([466]) ([467]) ([468]) ([469]) ([470]) ([471]) ([472]) ([473]) ([474]) ([475]) ([476]) ([477]) ([478]) ([479]) ([480]) ([481]) ([482]) ([483]) ([484]) ([485]) ([486]) ([487]) ([488]) ([489]) ([490]) ([491]) ([492]) ([493]) ([494]) ([495]) ([496]) ([497]) ([498]) ([499]) ([500]) ([501]) ([502]) ([503]) ([504]) ([505]) ([506]) ([507]) ([508]) ([509]) ([510]) ([511]) ([512]) ([513]) ([514]) ([515]) ([516]) ([517]) ([518]) ([519]) ([520]) ([521]) ([522]) ([523]) ([524]) ([525]) ([526]) ([527]) ([528]) ([529]) ([530]) ([531]) ([532]) ([533]) ([534]) ([535]) ([536]) ([537]) ([538]) ([539]) ([540]) ([541]) ([542]) ([543]) ([544]) ([545]) ([546]) ([547]) ([548]) ([549]) ([550]) ([551]) ([552]) ([553]) ([554]) ([555]) ([556]) ([557]) ([558]) ([559]) ([560]) ([561]) ([562]) ([563]) ([564]) ([565]) ([566]) ([567]) ([568]) ([569]) ([570]) ([571]) ([572]) ([573]) ([574]) ([575]) ([576]) ([577]) ([578]) ([579]) ([580]) ([581]) ([582]) ([583]) ([584]) ([585]) ([586]) ([587]) ([588]) ([589]) ([590]) ([591]) ([592]) ([593]) ([594]) ([595]) ([596]) ([597]) ([598]) ([599]) ([600]) ([601]) ([602]) ([603]) ([604]) ([605]) ([606]) ([607]) ([608]) ([609]) ([610]) ([611]) ([612]) ([613]) ([614]) ([615]) ([616]) ([617]) ([618]) ([619]) ([620]) ([621]) ([622]) ([623]) ([624]) ([625]) ([626]) ([627]) ([628]) ([629]) ([630]) ([631]) ([632]) ([633]) ([634]) ([635]) ([636]) ([637]) ([638]) ([639]) ([640]) ([641]) ([642]) ([643]) ([644]) ([645]) ([646]) ([647]) ([648]) ([649]) ([650]) ([651]) ([652]) ([653]) ([654]) ([655]) ([656]) ([657]) ([658]) ([659]) ([660]) ([661]) ([662]) ([663]) ([664]) ([665]) ([666]) ([667]) ([668]) ([669]) ([670]) ([671]) ([672]) ([673]) ([674]) ([675]) ([676]) ([677]) ([678]) ([679]) ([680]) ([681]) ([682]) ([683]) ([684]) ([685]) ([686]) ([687]) ([688]) ([689]) ([690]) ([691]) ([692]) ([693]) ([694]) ([695]) ([696]) ([697]) ([698]) ([699]) ([700]) ([701]) ([702]) ([703]) ([704]) ([705]) ([706]) ([707]) ([708]) ([709]) ([710]) ([711]) ([712]) ([713]) ([714]) ([715]) ([716]) ([717]) ([718]) ([719]) ([720]) ([721]) ([722]) ([723]) ([724]) ([725]) ([726]) ([727]) ([728]) ([729]) ([730]) ([731]) ([732]) ([733]) ([734]) ([735]) ([736]) ([737]) ([738]) ([739]) ([740]) ([741]) ([742]) ([743]) ([744]) ([745]) ([746]) ([747]) ([748]) ([749]) ([750]) ([751]) ([752]) ([753]) ([754]) ([755]) ([756]) ([757]) ([758]) ([759]) ([760]) ([761]) ([762]) ([763]) ([764]) ([765]) ([766]) ([767]) ([768]) ([769]) ([770]) ([771]) ([772]) ([773]) ([774]) ([775]) ([776]) ([777]) ([778]) ([779]) ([780]) ([781]) ([782]) ([783]) ([784]) ([785]) ([786]) ([787]) ([788]) ([789]) ([790]) ([791]) ([792]) ([793]) ([794]) ([795]) ([796]) ([797]) ([798]) ([799]) ([800]) ([801]) ([802]) ([803]) ([804]) ([805]) ([806]) ([807]) ([808]) ([809]) ([810]) ([811]) ([812]) ([813]) ([814]) ([815]) ([816]) ([817]) ([818]) ([819]) ([820]) ([821]) ([822]) ([823]) ([824]) ([825]) ([826]) ([827]) ([828]) ([829]) ([830]) ([831]) ([832]) ([833]) ([834]) ([835]) ([836]) ([837]) ([838]) ([839]) ([840]) ([841]) ([842]) ([843]) ([844]) ([845]) ([846]) ([847]) ([848]) ([849]) ([850]) ([851]) ([852]) ([853]) ([854]) ([855]) ([856]) ([857]) ([858]) ([859]) ([860]) ([861]) ([862]) ([863]) ([864]) ([865]) ([866]) ([867]) ([868]) ([869]) ([870]) ([871]) ([872]) ([873]) ([874]) ([875]) ([876]) ([877]) ([878]) ([879]) ([880]) ([881]) ([882]) ([883]) ([884]) ([885]) ([886]) ([887]) ([888]) ([889]) ([890]) ([891]) ([892]) ([893]) ([894]) ([895]) ([896]) ([897]) ([898]) ([899]) ([900]) ([901]) ([902]) ([903]) ([904]) ([905]) ([906]) ([907]) ([908]) ([909]) ([910]) ([911]) ([912]) ([913]) ([914]) ([915]) ([916]) ([917]) ([918]) ([919]) ([920]) ([921]) ([922]) ([923]) ([924]) ([925]) ([926]) ([927]) ([928]) ([929]) ([930]) ([931]) ([932]) ([933]) ([934]) ([935]) ([936]) ([937]) ([938]) ([939]) ([940]) ([941]) ([942]) ([943]) ([944]) ([945]) ([946]) ([947]) ([948]) ([949]) ([950]) ([951]) ([952]) ([953]) ([954]) ([955]) ([956]) ([957]) ([958]) ([959]) ([960]) ([961]) ([962]) ([963]) ([964]) ([965]) ([966]) ([967]) ([968]) ([969]) ([970]) ([971]) ([972]) ([973]) ([974]) ([975]) ([976]) ([977]) ([978]) ([979]) ([980]) ([981]) ([982]) ([983]) ([984]) ([985]) ([986]) ([987]) ([988]) ([989]) ([990]) ([991]) ([992]) ([993]) ([994]) ([995]) ([996]) ([997]) ([998]) ([999]) ([1000]) ([1001]) ([1002]) ([1003]) ([1004]) ([1005]) ([1006]) ([1007]) ([1008]) ([1009]) ([1010]) ([1011]) ([1012]) ([1013]) ([1014]) ([1015]) ([1016]) ([1017]) ([1018]) ([1019]) ([1020]) ([1021]) ([1022]) ([1023]) ([1024]) ([1025]) ([1026]) ([1027]) ([1028]) ([1029]) ([1030]) ([1031]) ([1032]) ([1033]) ([1034]) ([1035]) ([1036]) ([1037]) ([1038]) ([1039]) ([1040]) ([1041]) ([1042]) ([1043]) ([1044]) ([1045]) ([1046]) ([1047]) ([1048]) ([1049]) ([1050]) ([1051]) ([1052]) ([1053]) ([1054]) ([1055]) ([1056]) ([1057]) ([1058]) ([1059]) ([1060]) ([1061]) ([1062]) ([1063]) ([1064]) ([1065]) ([1066]) ([1067]) ([1068]) ([1069]) ([1070]) ([1071]) ([1072]) ([1073]) ([1074]) ([1075]) ([1076]) ([1077]) ([1078]) ([1079]) ([1080]) ([1081]) ([1082]) ([1083]) ([1084]) ([1085]) ([1086]) ([1087]) ([1088]) ([1089]) ([1090]) ([1091]) ([1092]) ([1093]) ([1094]) ([1095]) ([1096]) ([1097]) ([1098]) ([1099]) ([1100]) ([1101]) ([1102]) ([1103]) ([1104]) ([1105]) ([1106]) ([1107]) ([1108]) ([1109]) ([1110]) ([1111]) ([1112]) ([1113]) ([1114]) ([1115]) ([1116]) ([1117]) ([1118]) ([1119]) ([1120]) ([1121]) ([1122]) ([1123]) ([1124]) ([1125]) ([1126]) ([1127]) ([1128]) ([1129]) ([1130]) ([1131]) ([1132]) ([1133]) ([1134]) ([1135]) ([1136]) ([1137]) ([1138]) ([1139]) ([1140]) ([1141]) ([1142]) ([1143]) ([1144]) ([1145]) ([1146]) ([1147]) ([1148]) ([1149]) ([1150]) ([1151]) ([1152]) ([1153]) ([1154]) ([1155]) ([1156]) ([1157]) ([1158]) ([1159]) ([1160]) ([1161]) ([1162]) ([1163]) ([1164]) ([1165]) ([1166]) ([1167]) ([1168]) ([1169]) ([1170]) ([1171]) ([1172]) ([1173]) ([1174]) ([1175]) ([1176]) ([1177]) ([1178]) ([1179]) ([1180]) ([1181]) ([1182]) ([1183]) ([1184]) ([1185]) ([1186]) ([1187]) ([1188]) ([1189]) ([1190]) ([1191]) ([1192]) ([1193]) ([1194]) ([1195]) ([1196]) ([1197]) ([1198]) ([1199]) ([1200]) ([1201]) ([1202]) ([1203]) ([1204]) ([1205]) ([1206]) ([1207]) ([1208]) ([1209]) ([1210]) ([1211]) ([1212]) ([1213]) ([1214]) ([1215]) ([1216]) ([1217]) ([1218]) ([1219]) ([1220]) ([1221]) ([1222]) ([1223]) ([1224]) ([1225]) ([1226]) ([1227]) ([1228]) ([1229]) ([1230]) ([1231]) ([1232]) ([1233]) ([1234]) ([1235]) ([1236]) ([1237]) ([1238]) ([1239]) ([1240]) ([1241]) ([1242]) ([1243]) ([1244]) ([1245]) ([1246]) ([1247]) ([1248]) ([1249]) ([1250]) ([1251]) ([1252]) ([1253]) ([1254]) ([1255]) ([1256]) ([1257]) ([1258]) ([1259]) ([1260]) ([1261]) ([1262]) ([1263]) ([1264]) ([1265]) ([1266]) ([1267]) ([1268]) ([1269]) ([1270]) ([1271]) ([1272]) ([1273]) ([1274]) ([1275]) ([1276]) ([1277]) ([1278]) ([1279]) ([1280]) ([1281]) ([1282]) ([1283]) ([1284]) ([1285]) ([1286]) ([1287]) ([1288]) ([1289]) ([1290]) ([1291]) ([1292]) ([1293]) ([1294]) ([1295]) ([1296]) ([1297]) ([1298]) ([1299]) ([1300]) ([1301]) ([1302]) ([1303]) ([1304]) ([1305]) ([1306]) ([1307]) ([1308]) ([1309]) ([1310]) ([1311]) ([1312]) ([1313]) ([1314]) ([1315]) ([1316]) ([1317]) ([1318]) ([1319]) ([1320]) ([1321]) ([1322]) ([1323]) ([1324]) ([1325]) ([1326]) ([1327]) ([1328]) ([1329]) ([1330]) ([1331]) ([1332]) ([1333]) ([1334]) ([1335]) ([1336]) ([1337]) ([1338]) ([1339]) ([1340]) ([1341]) ([1342]) ([1343]) ([1344]) ([1345]) ([1346]) ([1347]) ([1348]) ([1349]) ([1350]) ([1351]) ([1352]) ([1353]) ([1354]) ([1355]) ([1356]) ([1357]) ([1358]) ([1359]) ([1360]) ([1361]) ([1362]) ([1363]) ([1364]) ([1365]) ([1366]) ([1367]) ([1368]) ([1369]) ([1370]) ([1371]) ([1372]) ([1373]) ([1374]) ([1375]) ([1376]) ([1377]) ([1378]) ([1379]) ([1380]) ([1381]) ([1382]) ([1383]) ([1384]) ([1385]) ([1386]) ([1387]) ([1388]) ([1389]) ([1390]) ([1391]) ([1392]) ([1393]) ([1394]) ([1395]) ([1396]) ([1397]) ([1398]) ([1399]) ([1400]) ([1401]) ([1402]) ([1403]) ([1404]) ([1405]) ([1406]) ([1407]) ([1408]) ([1409]) ([1410]) ([1411]) ([1412]) ([1413]) ([1414]) ([1415]) ([1416]) ([1417]) ([1418]) ([1419]) ([1420]) ([1421]) ([1422]) ([1423]) ([1424]) ([1425]) ([1426]) ([1427]) ([1428]) ([1429]) ([1430]) ([1431]) ([1432]) ([1433]) ([1434]) ([1435]) ([1436]) ([1437]) ([1438]) ([1439]) ([1440]) ([1441]) ([1442]) ([1443]) ([1444]) ([1445]) ([1446]) ([1447]) ([1448]) ([1449]) ([1450]) ([1451]) ([1452]) ([1453]) ([1454]) ([1455]) ([1456]) ([1457]) ([1458]) ([1459]) ([1460]) ([1461]) ([1462]) ([1463]) ([1464]) ([1465]) ([1466]) ([1467]) ([1468]) ([1469]) ([1470]) ([1471]) ([1472]) ([1473]) ([1474]) ([1475]) ([1476]) ([1477]) ([1478]) ([1479]) ([1480]) ([1481]) ([1482]) ([1483]) ([1484]) ([1485]) ([1486]) ([1487]) ([1488]) ([1489]) ([1490]) ([1491]) ([1492]) ([1493]) ([1494]) ([1495]) ([1496]) ([1497]) ([1498]) ([1499]) ([1500])

[71] *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135.

[72] 在我国广告法的语境下也有与之近似的观念,广告经营者和广告发布者是与广告主相互区别的两个概念。广告主是对广告内容的真实性负有全部责任的主体,他应当委托具有合法经营资格的广告经营者、广告发布者,设计制作和发布广告。广告经营者是为广告主提供设计、制作、代理服务的主体;广告发布者则是为广告主提供发布服务的主体。广告经营者和广告发布者有义务按照有关规定核对广告内容,对于广告主提供的内容不符或者证明文件不齐全的广告或者是法律法规规定禁止生产、销售的产品广告,广告经营者不得提供设计制作等服务,广告发布者不得发布。从概念分析的角度来看,中国法与美国法略有不同,美国法实际上是将中国法中的“广告经营者”和“广告发布者”这两个概念融入了“广告发布者”这一概念中,将非初次发布的仅仅进行二次传播的行为单独抽离成为“广告散布者”。美国法中“广告散布者”无论是对于中国法的“广告经营者”还是“广告发布者”来说都对违法信息传播承担更轻的法律责任。

仅承担较轻的散布者责任。<sup>[73]</sup> 这种情况显然不利于不良信息传播的控制。美国 1996 年《通讯品味法》就是这一背景下制定的。《通讯品味法》的立法目的之一包括对向儿童传播的不良言论进行管制,但是,网络产业和专业团体对此表示强烈反对,部分内容很快也被最高法院宣布违宪。<sup>[74]</sup> 但是,《通讯品味法》第 230 条却经受住了合宪性挑战。<sup>[75]</sup> 其核心内容是:交互式计算机服务<sup>[76]</sup>的提供者或者使用者不应被视为是另一个信息内容的提供者所提供的任何信息的发布者(publisher)或者发言者(speaker)。<sup>[77]</sup> 网络平台企业只要不干预用户内容的发布,特别是不介入用户发布内容的编辑,就可以适用《通讯品味法》第 230 条予以豁免,可不因平台上用户的言行承担连带责任。<sup>[78]</sup>

除了刑事责任、知识产权责任等有限例外,《通讯品味法》第 230 条对符合条件的平台有着广泛的庇护。与《千禧年数字版权法》确立的“通知—删除规则”对网络版权产业发展的推动作用相比,其对博客、社交网络、搜索引擎等整个网络平台行业发展所起的促进作用有过之而无不及。这一条文二十年来的实施效果,也证明其事实上成为联邦政府保护网络言论和创新的最重要的互联网立法。<sup>[79]</sup>

## (二) 网络广告平台责任的司法实践

平台责任得因满足《通讯品味法》第 236 条规定的条件而豁免,在一系列网络广告平台相关的案件中得到了激活和适用。法院在这些案件中也逐步厘清了这一平台规则的具体适用规则。

### 1. 激活: Zeran v. America Online, Inc.

这是《通讯品味法》第 230 条适用的第一批案例之一。在本案中, America Online (AOL) 提供的是电子公告栏服务。AOL 的一个用户在电子公告栏上发布了一则虚假广告,使得许多其他用户给原告打电话,给其带来极大困扰。原告于是起诉 AOL,要求赔偿因此带来的损失。

法院在判决中特别指出,侵权诉讼会给新兴的网络媒介上的言论自由带来威胁。如

[73] 张金玺:《美国网络终结者的诽谤责任与免责规范初探——以〈通讯端正法〉第 230 条及其司法适用为中心》,《新闻与传播研究》2015 年第 1 期,第 73 页。《通讯端正法》是 Communications Decency Act 的另外一种翻译。

[74] CDA 规定,将猥亵或低俗不雅的图画或文字信息透过计算机网络传递给未满十八周岁的未成年人,以及将明显令人不悦的信息依未成年人要求的方式进行二次传送的,处两年以下有期徒刑或 25 万美元以下罚金。联邦最高法院后来判定这一条款违宪,理由是立法用语过于模糊,致使网络使用者随时必须猜测其行为是否可能违法,从而对言论自由造成不必要的限制。参见刘浩、王轶:《网络谣言的宪法规制》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2015 年第 5 期,第 62 页;See Electronic Frontier Foundation, CDA 230: Legislative History, <https://www.eff.org/issues/cda230/legislative-history>, 最近访问时间[2017-08-15]。

[75] 张金玺:《美国网络终结者的诽谤责任与免责规范初探——以〈通讯端正法〉第 230 条及其司法适用为中心》,《新闻与传播研究》2015 年第 1 期,第 74 页;Myers, Ken S., Wikimmunity: Fitting the Communications Decency Act to Wikipedia, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 20, p. 174, Fall 2006。

[76] 依据《通讯品味法》第 230 条(f)(2),交互式服务是指信息服务、系统或者其他软件服务能够使多名用户访问同一计算机服务。

[77] 周汉华:《论互联网法》,《中国法学》2015 年第 3 期,第 24 页;47 U.S.C. § 230 (c) (1)。

[78] 需要补充说明的是,在联邦法律体系里,CDA 的豁免是有限的,并不适用于刑事责任。47 U.S.C. § 230 (e) (2); Gucci America, Inc. v. Hall & Associates, 135 F. Supp. 2d 409 (S. D. N. Y. 2001)。

[79] Electronic Frontier Foundation, Section 230 of the Communications Decency Act, <https://www.eff.org/issues/cda230>, 最近访问时间[2017-08-15]。

果由于网络平台上其他人的信息交流,而对网络平台服务提供商苛以侵权责任,将会构成对言论的另一种形式的管制。毕竟,此种严格责任如果成立,网络平台服务提供商将会为了规避责任而删除有风险的内容,并不一定考虑风险是否成立。也就是说,删除无风险、发布有风险,将不可避免地会对网络言论自由带来明显的寒蝉效应。法院认为,《通讯品味法》第 230 条的规定事实上意味着,国会是在去除网上的有害言论与损害网上言论的繁荣之间,做出了更有利于言论自由的选择。<sup>[80]</sup> 因此,为了避免寒蝉效应危及言论自由,法院援引了《通讯品味法》第 230 条的平台责任规则,不支持针对 AOL 提起的侵权诉讼,判决 AOL 胜诉。

在网络 1.0 时期,网络广告平台提供的服务比较简单,受技术限制对用户发布广告信息的控制相对有限,法院在判断平台责任时,适用《通讯品味法》第 230 条平台责任规则也不存在明显的干扰因素。这一时期,网络广告平台援引《通讯品味法》第 230 条,一般只需要对其服务的性质进行论述。只要网络广告平台服务属于交互性(interactive)或者中介性的(intermediary),法院就可以为其提供责任豁免的保护。

## 2. 徘徊: Craigslist 案和 Roommates 案

随着网络技术的不断发展和网络应用商业模式的不断创新,网络平台的服务内容也更加复杂和多元。网络广告平台服务提供者对于用户发布的广告信息可以提供更多的便利,可以进行更加细致的分类。这就与《通讯品味法》第 230 条制定时的背景有了较大不同。网络广告平台是否因为服务的延伸而被视为参与到用户的广告信息发布中,进而也成为了信息的“发布者”,就成为法院在审理案件时需要面对和回答的问题。从 Craigslist 案和 Roommates 案截然相反的结果,就可以看出美国法院在处理这一问题时的不同态度和选择。

Craigslist 和 Roommates 都是类似国内“赶集网”的分类信息平台,用户在上面可以发布广告信息、寻找交易对象、达成交易。二者在 2008 年分别因平台上的租房广告存在歧视而被起诉。作出终审判决的分别是第七巡回法庭和第九巡回法庭。但是,两个巡回法庭对于类似的案件作出了完全不同的判决。

第七巡回法庭在 Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc. 一案中,强调 Craigslist 平台只是用户发布信息的渠道,符合《通讯品味法》第 230 条规定的豁免条件,不因其用户发布信息过程中出现“非少数族裔”、“不带儿童”等可能构成歧视而承担连带责任。<sup>[81]</sup>

在 Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC 一案中,Roommates 在自己的网页下拉菜单中设置提供了性别、是否带有儿童、性取向等问题选项,初审法院认为这一功能性服务不影响《通讯品味法》第 230 条的适用。但是,第九巡回法庭在上诉审判中却认为,Roommates 这种服务使得其构成信息内容提供者,因而不适用《通讯

[80] Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

[81] Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc. 519 F.3d 666 (7th Cir. 2008).



品味法》第 230 条的平台责任豁免。<sup>[82]</sup>

Craigslist 和 Roommates 都为用户发布租房广告提供平台服务。用户为了选择合适的租户,会在平台上对承租人的条件作出限定。上文提到的用户在两个平台上发布的限定条件,都被认为触犯了《公平住房法》有关反歧视的规定。两案唯一的不同在于,在限定条件的设定上,Roommates 平台以问题选项的形式,为用户提供了指引;Craigslist 平台上的用户是在发布的广告信息中列明了限定条件。这样看,似乎 Roommates 做的比 Craigslist 要多一些。第九巡回法庭也正因此,认定前者参与了用户的广告信息发布,而不仅是被动信息传输服务的提供者。更重要的是,第九巡回法庭在该案判决中对《通讯品味法》第 230 条做了限缩解释,认为与用户一起生成广告信息的交互式计算机服务商不能豁免责任。第九巡回法庭的这一转向不可避免地增加网络平台的 가책风险。就像该案中持部分异议意见的 Margaret McKeown 法官所指出的,加重网络平台企业的 가책将影响网络产业的发展。因此,第九巡回法庭以更细的界定对平台服务的新进展所做的回应,在后续类似案件的处理中并未得到有力的响应。

### 3. 坚持:Google 系列案

Google 作为最大的网络广告平台之一,不可避免地要应对围绕平台责任产生的纠纷。从几个代表性案件可以看出,美国法院进一步坚持了《通讯品味法》第 230 条的网络平台 가책规则,Google 不必为其广告主购买的关键词所发布的广告信息承担 가책。

在 Goddard v. Google, Inc. 一案中,原告 Goddard 在 Google 上检索跳转到一个欺诈网站,在不知情的情况下因去该网站下载铃声而被收费,故而起诉 Google 要求赔偿。法院认为,Google 提供的关键词竞价服务,只是提供选项,决定权在广告主手中。Google 的这种服务是中立的、并不实质参与广告主的信息发布活动,因而属于《通讯品味法》第 230 条所保护的 가책。最终,法院驳回了原告的起诉。<sup>[83]</sup>

在 Jurin v. Google, Inc. 一案中,“styrottrim”是 Jurin 持有的商标,但却被 Google 作为竞价排名的关键词收录。当 Jurin 的竞争对手购买了这个关键词后,Google 用户以这个关键词检索时,Jurin 竞争对手产品的展示结果会优于 Jurin。Jurin 于是向法院起诉了 Google。与上一案类似,法院认为,Google 尽管收录了关键词,但是最终关键词的选择权,也就是最终的展示结果事实上取决于关键词的竞价购买者。在这一过程中,Google 只是起到了优化内容的作用,其所提供的关键词竞价服务也只是一种“中性工具”,竞价的广告主可以自主决定是否选择这一工具。因此,法院认为,可以适用《通讯品味法》第 230 条有关网络平台 가책的规定,Google 的作法不构成对 Jurin 的侵权。<sup>[84]</sup>

Google 的竞价排名是网络广告创新发展的新业态。在竞价排名中,Google 也为广告

[82] Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates. com, LLC, 521 F. 3d 1157 (9th Cir. 2008). 第九巡回法庭在 2012 年再次审理了 Roommates 案,但是针对的是 Roommates 的下拉菜单是否受宪法第一修正案保护,并未涉及 CDA 平台 가책条款的适用。判决的结果是,这一设置仍受宪法保护。Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommate. com, LLC, 2012 WL 310849 (9th Cir. February 2, 2012).

[83] Goddard v. Google, Inc., 640 F. Supp. 2d 1193 (N. D. Cal. 2009).

[84] Jurin v. Google, Inc., 695 F. Supp. 2d 1117 (E. D. Cal. 2010).

主提供了关键词的竞价选择程序,在某种程度上也提供了与 Roommates 类似的服务。如果按照 Roommates 案的逻辑,Google 也将被视为信息的共同提供者,不能再享受《通讯品味法》第 230 条提供的豁免。但是,在司法实践中,法院都跳出了 Roommates 案的限缩解释,认为技术服务本身并不意味着平台参与信息发布,所以才豁免了 Google 对其广告主发布广告信息所承担的连带责任。

《通讯品味法》第 230 条确立的平台责任规则释放了网络广告平台的巨大活力。只要网络广告平台在商业模式的设计上,避免对平台上第三方的广告活动产生实质介入,就不必投入过多资源审查第三方的广告活动。

## 五 结 论

从美国的法律治理实践来看,互联网仅被视为广告传播媒介的一种,治理上不存在明显的特殊性。因此,传统广告的立法、治理主体和机制在新形势下继续发挥着主导作用。但是,针对一些个别情形,根据实际需要也作出了适应性调整。整体来看,美国网络广告产业在快速发展中保持了较好的治理秩序,其法律治理主要呈现以下特点:

第一,事后审慎监管。理解美国网络广告的法律治理,不能绕过言论自由这一“达摩克利斯之剑”。广告作为商业言论,受宪法第一修正案保护。这是美国一切广告治理机制设计的前提和边界。美国的立法必须小心谨慎,避免出现违宪问题。政府对网络广告的监管只能是事后监管的模式。即在广告发布后,有关机关对涉嫌违法的广告活动进行调查,确认存在损害消费者权益等特定情形后,才能采取相应的处理措施。进入网络 2.0 时代后,网络平台上用户发布的广告信息与其他普通言论的边界更加模糊,美国政府对网络广告监管更加审慎。以联邦贸易委员会为代表的监管机构,更加聚焦于可能损害消费者权益或公共利益的违法广告,对于此类风险不明或较低的网络广告活动则避免过多干预。

第二,部门分工协作。美国的广告监管属于典型的“综合+行业”监管模式。联邦贸易委员会是美国广告治理中的综合性监管机关,处于最首要的地位,行使一般管辖权。联邦通信委员会、食品药品监督管理局等其他部门在各自领域内,也积极履行广告治理职责。一方面,不同部门的监管职责划分比较清晰,各自的治理目标和重点也比较明确;另一方面,对于存在职能交叉的情形,如联邦贸易委员会和食品药品监督管理局在药品监管方面,能够及时通过制度化机制解决。互联网广告的发展给各部门的监管都带来了不同程度的挑战。但是,从美国的监管实践来看,各部门在积极回应的同时,也能在治理过程中做到密切沟通、协调合作。

第三,治理手段多元。对于违法的网络广告,行政处罚只是美国监管部门众多治理手段中的一种。美国监管部门重视行政处罚,但显然并不依赖这一手段。以联邦贸易委员会为例,其可选择的监管措施种类就非常丰富,包括发出非正式意见、发布正式建议、出台

产业合规指南、<sup>[85]</sup>制定规则,也包括同意相对人自愿合规、<sup>[86]</sup>与相对人签署和解协议、<sup>[87]</sup>要求相对人发布更正性广告、指令相对人证实宣传内容,还包括发布广告终止命令、受诉命令<sup>[88]</sup>和向法院申请禁令等。除此之外,还包括对违法广告调查活动的披露或对涉嫌违法广告事实的曝光,也会对相对人产生直接的压力。如果相对人是上市企业,因披露或曝光所造成的经济损失可能会比接受罚金还要严重。而且,披露或曝光并不需要经过漫长的完整法律程序,产生的威慑效果也会非常及时。联邦贸易委员会在实践中往往优先考虑采取这种特殊的监管措施。很多情况下,一旦披露或曝光,相对人都会积极地寻求后续的和解、自愿合规等措施降低所受到的损失。因此,联邦贸易委员会通常综合利用各种可行的监管措施,去实现网络广告治理的目标。

第四,自律治理有效。美国网络广告的自律治理包括行业自律监管和平台企业的自我治理两部分。美国网络广告的行业自律监管是其广告自律监管的一部分。行业自律监管虽然直接约束力有限,但是其发布的监管建议可以施加舆论压力,将案件移送联邦贸易委员会或其他有监管部门也会得到优先处理,在网络广告治理实践中发挥了重要作用。尤其是面对各种网络广告新业态,政府的审慎监管难免带来治理的滞后性,而且政府与产业实践距离较远,在把握创新、出台政策的精准性上也有劣势。美国广告自律监管理事会等行业自律组织就可以发挥灵活、动态、柔性监管的优势,填补网络广告新业态治理的空白。但是,行业自律组织仍然是网络广告平台的外部治理主体。随着平台经济的不断成熟,平台企业作为网络广告平台生态的内部治理主体,所发挥的作用更加突出。Google 等网络广告平台企业可以利用公权力难以直接拥有的技术、平台和信息资源,通过平台规则规范每年数以十亿计的网络广告,实现平台上的网络广告活动相对有效的自我治理。

第五,平台责任规则科学。《通讯品味法》第 230 条确定的平台豁免连带责任规则在世界范围内都是重大的制度创新,有效推动了包括网络广告乃至整个美国网络产业二十年来的长足发展。虽然对于这一规则的具体适用,美国法院在 *Roommates* 案中采取了相对审慎的态度,但是这一历史性条款的合宪性及其适用价值却是得到了包括该案在内的众多案件判决结果的一致认可。当然,也有质疑声认为,《通讯品味法》的规定不利于受害者谋求救济,特别是难以遏制网络平台上面向未成年人不良广告造成的恶劣影响。但是,这股声音至今未能实现成功“逆袭”。<sup>[89]</sup>相信随着网络商业模式的创新发展,美国法院也将不断探索拓展《通讯品味法》第 230 条的适用范围,可以为 Google 等美国互联网企业的品牌价值挖掘更大潜力。

[85] 尽管指南没有法律的强制约束力,但是如果不遵守指南,联邦贸易委员会可以据此启动相应的监管措施或者提起诉讼。从另外一个角度看,指南对那些希望在发布广告前确认最佳合规方案的相对人具有非常实际的价值。

[86] 这主要适用于已经结束或将要结束广告宣传活动的相对人。他们可以在不承认违规的情况下,通过承诺终止广告主动合规,换取联邦贸易委员会对案件的不处理。

[87] 签署和解协议,相对人并不需要承认存在违规广告行为,但需要承诺未来不进行联邦贸易委员会指出的违规活动。如果将来相对人违反了和解协议,联邦贸易委员会可以通过法定程序要求其支付罚金。

[88] 受诉命令是由联邦贸易委员会的行政法官颁布的命令,该命令可以被联邦贸易委员会复核和联邦法院审查。如果最终没有被推翻,该命令将具有法律约束力。Don R. Pember, Clay Calvert, *Mass Media Law*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill Education, 2015, p. 624.

[89] Don R. Pember, Clay Calvert, *Mass Media Law*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill Education, 2015, pp. 628 - 630.

当然,美国对网络广告的法律治理并不完美,违法的网络广告活动仍然存在,政府监管的滞后性、自律治理的中立性和平台规则的争议性显然也将持续下去。但是,美国网络广告监管中的最小政府干预、发挥自律治理作用和重视平台创新价值却是比较成熟的治理经验,值得我们继续关注和借鉴。

[本文为2017年度国家社会科学基金一般项目“网络平台治理法律理论构建和应用研究”(17BFX166)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] In the United States, the Internet is generally regarded as a kind of media for transmitting advertisement, and there is no obvious particularity in the design of the legal system and the concrete process of regulation of online advertising. Traditional advertisement legislative and regulatory bodies and mechanisms continue to play a leading role in the Internet environment. As commercial speech is protected by the First Amendment, the legislation on and the regulation of online advertising are relatively limited. Online advertising is inevitably cross-border. According to Interstate Commerce Clause in the U. S. Constitution, FTC and other federal agencies are the main bodies responsible for the regulation of online advertising. In light of the characteristics of online advertising, U. S. legislative and executive branches have not only expanded the application of the existing legislation, but also conducted special legislation and carried out administrative guidance in a timely way. Self-regulation by industry organizations such as Advertising Self-Regulatory Council and self-governance by Internet platform companies such as Google also play an important role in the regulation of online advertising. The legal regulation of online advertising in the US shows the characteristics of “ex-post supervision & prudential regulation, collaboration among different departments, multiple methods of regulation, effective self-governance, and scientific platform responsibility rules”, which are conducive to the stable and rapid development of online advertising in the US.

---

---

(责任编辑:田 夫)