

数字经济时代广告行为规制拓展

郭创拓^{*}

内容提要 广告是市场经济运行的核心要素,呈现出信息性、识别性、个性化、侵扰性等特点。传统媒介广告行为规制以确保广告信息的真实性为核心,而数字经济时代广告运作的核心由对商品或服务信息的告知转向创造非真非伪的劝导性陈述,表现形式也更加动态化,超越了单纯评价客观真伪的二元模式。数字经济时代广告行为规制应以破除对消费者的形塑为价值指引,由以广告主为核心的信息真实拓展至以广告主与消费者理性沟通的空间可信,将规制对象从单一的不实广告扩展至不实广告、弱标识广告、精准推送广告和过度侵扰广告四种类型;并坚持类型化规制思维,以确保广告信息真实、形式明确、内容有效和推送适度为基础,有针对性地采取助推性规制、回应性规制、合作性规制和包容性规制措施,实现保障经营者商业表达自由与维护消费者合法权益之间的平衡。

关键词 广告行为规制 空间可信 信息真实 精准推送 形塑消费者

目 次

- 一、问题的提出
- 二、传统媒介广告行为规制制度设计面临的挑战
- 三、数字经济时代广告的运行逻辑及规制重心
- 四、数字经济时代广告行为的类型化规制
- 五、以《广告法》修订为契机优化广告行为规制体系
- 六、结语

^{*} 华南理工大学法学院副教授,经济学博士。本文系 2022 年度国家社科基金项目“‘利他性’人性假设与现代法律制度的演变研究”(项目批准号: 22VRC144)的阶段性成果。

一、问题的提出

广告不仅是推广品牌和商品的营销策略,更是一种具有消费控制功能的经济活动,甚至成为国家的文化象征,离开广告的市场经济可能无法正常运行。^①《中华人民共和国国民经济和社会发展第十五个五年规划纲要》提出要“大力提振消费”。而提振消费离不开作为“消费需求促进机制”的广告不断“培养”甚至“制造”消费者。^②在数字经济背景下,广告产业呈现出“以数字技术为基础实现数字化变革,以数字广告为纽带联结数字经济、以文化属性和舆论引导功能助推社会治理与发展”^③的逻辑脉络。但商业交易模式转型与数字经济发展在为广告话语机制与运行策略带来生机的同时,也为广告规制乃至社会治理带来巨大挑战。一方面,技术赋能促使广告的作用空间、参与主体和表现形式不断延伸,甚至通过情感认同、算法共谋等新型技术手段诱导消费者作出非理性决策,在侵害消费者知情权的同时,对消费者隐私权、自主选择权、生活安宁权等也造成严重侵害。如何有效精准识别广告行为并采取有针对性的规制策略,成为广告规制的一大难题。另一方面,随着广告运作方式从客观信息传递向主观情感认同转变,广告已不再是单纯的经济现象,而是兼具文化属性,广告的功能也由“物的言说方式”向“社会控制策略”转变,^④并逐步演变成一种“隐性权力”^⑤。本应服务于消费者理性决策的广告成为行动主体,消费者却沦为被广告支配的客体,从而演变为广告定制消费者、广告养成消费者,面临着主体性危机。

在此背景下,遵循概念思维并以“解决广大人民群众关注的虚假广告治理问题”^⑥为核心的《广告法》,无论是规制理念抑或制度设计,均已无法有效回应社会主要矛盾变迁及数字经济发展过程中出现的新问题与新挑战。虽然2015年《广告法》修订增加了针对互联网广告行为的相关规范,但总体上是以传统媒介广告规制为模板,随后发布的一系列部门规章也并未深入解析数字媒介与传统媒介的重大差异。国家市场监督管理总局于2022年印发的《“十四五”广告产业发展规划》已明确提出要加快推进广告相关法律法规修订工作,修订完善《广告法》。

本文以现行《广告法》为基础,系统解析数字经济时代新技术、新业态、新模式给广告行为规制带来的冲击与现实挑战,并以满足消费者真实需求为核心,明晰数字经济时代

① 参见[美]唐·R.彭伯:《大众传媒法》(第13版),张金玺、赵刚译,中国人民大学出版社2005年版,第514页。

② 参见[英]迈克·费瑟斯通:《消费文化与后现代主义》,刘精明译,商务印书馆2023年版,第52页;[法]安东尼·加卢佐:《制造消费者:消费主义全球史》,马雅译,广东人民出版社2022年版,第143-144页。

③ 于宜民、高腾飞:《数字时代广告产业发展的三维互动机理及路径探析》,载《贵州社会科学》2023年第4期,第132页。

④ 参见荣鑫:《消费社会意识形态批判理论》,中国社会科学出版社2020年版,第87-89页。

⑤ 张殿元:《做广告道德吗——企业社会责任考察的广告视角》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第12期,第113页。

⑥ 国家工商总局广告监督管理司编著:《中华人民共和国广告法释义》,中国法制出版社2016年版,前言第2页。

广告行为的规制进路,实现由单一的信息真实性规制拓展至信息真实、形式明确、内容有效、推送适度的类型化规制,以期对《广告法》的完善及其他相关立法的出台有所裨益。

二、传统媒介广告行为规制制度设计面临的挑战

传统媒介广告受制于媒介技术,广告的内容与形式较为清晰,广告主通过广播电台、电视台、报刊等媒介,以广而告之地发布商品或服务信息的方式吸引消费者的注意力,刺激其购买意愿,广告发挥的主要是“告知某一产品的特性并为它促销”^⑦的原始基本功能。即便互联网技术的普及突破了传统媒介的单向传播局限,赋予消费者更强的商品或服务信息获取能力,本质上也并未消解广告主作为信息提供者的优势地位。但随着数字经济发展与市场交易模式变迁,广告的内容、形式、功能都发生巨大变革,现行广告行为规制逐渐滞后于市场经济的发展需求,亟需采取针对性的变革。

(一) 传统媒介广告行为规制的制度设计

传统媒介广告市场的主要矛盾为无限的内容供应与有限的注意力资源之间的矛盾,广告信息的真实性直接影响消费者对广告的信任,进而影响购买决策。为确保消费者不被欺骗或误导,广告信息的真实性成为广告法规制的核心;并由此形成以规范广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人等信息制作和发布为核心的制度体系。

第一,以单向性的信息传递为规制对象。传统媒介广告的有效性在很大程度上取决于广告的传播能力,即吸引消费者注意力的能力。在改革开放初期,由于商品或服务供不应求,广告坚持商品或服务导向,主要充当将商品或服务的信息传递给广大消费者的中介角色。此时,广告只是简单的信息告白与必要的营销策划。^⑧随着改革开放的不断深入,商品或服务出现供大于求的现象和同质化倾向,如何传达商品或服务的个性化差异化特点、增加商品或服务的情感诉求以符合潜在消费者的需求和欲望,成为广告行为的重心。广告开始由单一的“信息告白”向“消费者说服”转变。无论是从最初简单的商品或服务名称呈现,还是到用翔实的语言文字和数据介绍商品或服务,再到弱化广告特性的信息化表达,其本质均是关于广告信息的阐释与表达,遵循非具身性逻辑。广告主是借助报纸、杂志、广播和电视等媒介,以视觉和听觉的形式将商品或服务信息传递给消费者,以吸引消费者注意力的“对空言说”。^⑨基于此,无论是《广告法》还是《互联网广告管理办法》中关于广告设计、制作、审核、发布以及广告监测等,都始终围绕广告信息从生产者流向消费者的过程。

第二,以全过程的信息审核为规制手段。《广告法》遵循概念思维,将广告法主体抽象为广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人等较为封闭的概念体系,按照“主体一行为一责任”的逻辑体系进行立法规范设计,并根据广告主、广告经营者、广告发布者、

⑦ [法]让·鲍德里亚:《物体系》,林志明译,上海人民出版社2019年版,第180页。

⑧ 参见杨海军等:《中外广告史教程》(第2版),复旦大学出版社2022年版,第193-199页。

⑨ 参见[美]约翰·杜翰姆·彼得斯:《对空言说:传播的观念史》,邓建国译,上海译文出版社2017年版,第220页。

广告代言人等主体在广告行为中的角色定位拟定相应的行为规范,最终通过责任威慑机制确保各类主体履行规定的义务与责任。《广告法》在第34条规定了广告经营者与广告发布者承担广告内容审查责任;并在第60条明确规定,广告经营者、广告发布者“未按照国家有关规定建立、健全广告业务管理制度的,或者未对广告内容进行核对的,由市场监督管理部门责令改正,可以处五万元以下的罚款”,以促使相关主体积极履行职责。在此逻辑下,以市场监督管理部门为核心的公权力机关成为广告行为规制的权力主体,广告主、广告发布者、广告经营者、广告代言人等主体成为被规制的对象,而消费者被理所当然地认定为被保护的主体。《互联网广告管理办法》虽然针对弹窗广告、算法广告、网络直播广告等作出有针对性的规定,但仍未打破以主体识别为核心的传统制度框架,主要是通过新增互联网信息服务提供者方式扩大各类广告主体的涵摄范围、调整其行为规范和责任程度,对传统规制模式予以修补。《互联网广告管理办法》第4条规定,对利用互联网发布广告,提供信息服务从事互联网广告设计、制作、代理、发布等活动的自然人、法人或者其他组织,分别适用关于广告发布者、互联网信息服务提供者、广告经营者等主体的规定。

第三,以确保信息的客观真实为规制目标。传统上,广告被认为是单向的、自利的且以广告主利益为核心,再加上消费者与广告主之间存在商品或服务的信息不对称易诱发广告主过度逐利的不良动机,导致处于信息弱势地位的消费者无法确定广告所宣传的商品或服务的信息真实性,进而影响市场交易效率,因此,信息真实性成为维系广告主与消费者之间沟通的桥梁与纽带。信息真实包括客观层面的全面、准确的事实陈述和主观层面的诚实、真诚的意见表达两个维度。前者侧重广告信息是否符合商品或服务的物理属性,后者则包含广告主发布广告行为的真实意图以及消费者对广告的主观认知等。^⑩《广告法》通过对商品的性能、功能、产地、用途等属性进行描述,以及对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等进行控制,以确保广告主所推送的商品或服务信息是全面、清晰、及时的,减少消费者决策过程中的信息搜集成本,维系市场交易的信息对称和诚信基础。如《广告法》第3条明确规定“广告应当真实、合法,以健康的表现形式表达广告内容”,第4条明确提出“广告不得含有虚假或者引人误解的内容”以及“广告主应当对广告内容的真实性负责”等。《互联网广告管理办法》第3条规定“互联网广告应当真实、合法,坚持正确导向”,并在第13条规定“广告主应当对互联网广告内容的真实性负责”等。为实现该目标,《广告法》一方面通过完善一般性信息披露义务、引证内容与数据披露以及药品、医疗器械、保健食品等特殊领域的强制披露义务等,要求广告主对商品或服务的关键信息予以明示;另一方面,通过禁止虚假宣传、规范绝对化用语、设置重点行业特别监管等方式,以确保广告内容的真实性。这既符合《广告法》用真假二元划分对广告作出法律评价的传统,又是对《广告法》立法初期因广播、电台、电视台和报刊等媒体大众化所引发的公众信任危机的有效回应。

^⑩ 参见郭羽佳、康瑾:《广告实践中的“真实”困境与伦理反思》,载《编辑之友》2024年第4期,第77页。

（二）传统媒介广告行为规制面临的挑战

随着消费决策机制的变迁和商品与服务营销方式的升级,广告行为的运作核心由传统对商品或服务物理特性的描述转向“创造非真非伪的劝导性陈述”^⑪,最典型的例子如“别让孩子输在起跑线上”的广告宣传。由此,广告已经超越了判断客观真伪的二元模式,信息真实与否已不再是评判广告行为的唯一标准,广告主的相关行为是否诚实以及消费者对广告信息的主观认知等成为规制的核心。^⑫但《广告法》仍遵循传统媒介时代信息的传播思维,以客观的信息真实为规制核心,难以有效因应数字经济时代的发展变迁。

1. 广告运作互动性对信息传递单向性的挑战

随着生产力的发展与消费水平的提高,消费者的消费意愿、消费能力、消费渠道等差异化趋势愈发明显,以消费者异质性为基础,通过追踪与分享消费需求,并以此划分更加细致的消费市场,成为数字经济时代广告的主要作用形式。^⑬由此,广告行为逐渐突破传统视觉与听觉的感官限制,强调身体在认知和感知过程中的重要作用,愈发体现出具身性色彩。以单向的信息规制为核心的《广告法》日益滞后于广告行为的运行实践。

一是广告投放的互动性。相较于传统媒介时代广告主与消费者的间接沟通,数字经济时代的广告主开始通过感官刺激、沉浸式体验以及和消费者良好互动等方式实现情感层面的价值认同;并在算法的情感引领下,将情感化表达、人格化形象与商业化机制紧密结合,以此诱导消费者作出广告主所期待的消费决策,甚至可以通过基于信任与利益关系构建起来的私域营销等方式,直接与消费者沟通互动。^⑭由此,广告“不再是广告主的独白,也不唯顾客是上帝,而是广告主与目标受众双方就某一个共同关注的话题,聚集产品、品牌、需求、欲望、快乐、梦想等多个要素一起创造和分享”^⑮的过程。

二是广告内容的互动性。虽然数字经济时代的广告仍以推销商品或服务为目的,但其时空自由性、去中心化的开放体系为各种传播形态提供了可能。尤其是随着技术的进步,广告突破了其内容生成和消费者信息接收处于不同时空的限制,“变成了有价值的内容,广告和内容的边界开始交融,呈现广告内容化、广告信息化的趋势”^⑯。广告的作用和形式愈发呈现多样化形态,那些“试图与用户产生联结与互动关系的品牌主动介入用户的媒介行为,或与批判相关的用户媒介行为”^⑰都可能被视作数字经济时代广告的表现形式。

2. 广告主体开放性对信息审核权责配置的挑战

数字经济时代的广告行为呈现出去中心化的多元主体参与特征,除《广告法》预设

⑪ [法]让·鲍德里亚:《消费社会》,刘成富、全志钢译,南京大学出版社2014年版,第119页。

⑫ 参见尹亚军:《以社会之名重构广告的规制进路》,载《法律科学》2020年第5期,第165页。

⑬ 参见蔡立媛:《大数据时代广告的解构与重构》,合肥工业大学出版社2018年版,第107页。

⑭ 参见张铎:《数字经济时代私域流量的价值及营销模式》,载《中国流通经济》2023年第12期,第59-60页。

⑮ 费利君:《中国当代广告创意的形态轨迹与特征解析》,载《编辑之友》2019年第7期,第75页。

⑯ 倪宁、金韶:《大数据时代的精准广告及其传播策略——基于场域理论视角》,载《现代传播》2014年第2期,第103页。

⑰ 程明、赵静宜:《数字传播时代广告信任的层级重构及其策略》,载《学习与实践》2020年第5期,第129页。

的广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人等主体外,广告的参与主体进一步扩大,由此导致传统的权责配置滞后于广告规制的现实需要。

一是广告主体类型的变迁。传统媒介广告的设计、制作、代理、审核、投放等运作流程向受众识别、自动创意、精准投放、交互体验、监测反馈转变,广告主体也由传统的广告主、广告经营者、广告发布者向为广告投放提供目标受众画像、精准数据筛选服务的广告需求方平台、媒体供应方平台、数据管理平台以及广告交易平台等新兴主体转变。^⑮

二是广告个体的出现。在这个“人人都是广告参与者”的自媒体时代,消费者也成为内容传播的主要渠道,消费者对商品或服务的评价、网络评论乃至日常的探店打卡、种草笔记等,都可能成为广告的表现形式。原有的广告制作、审核、许可、发布等权责配置已无法适应数字经济时代广告发展的现实诉求,以主体识别为核心的制度设计显然无法有效应对广告信息生产、传播中的个体化倾向,不利于促进数字经济时代广告产业的健康发展。

三是消费者主体地位愈加凸显。随着数字经济的发展,广告不再能够仅仅依靠理性说服来吸引消费者的注意力,消费者的认知偏好和情感倾向成为广告主关注的重点,由此导致消费者具有多重角色定位:既是广告信息的接收者和广告的目标受众,又是广告信息的创造者和积极传播者。^⑯传统媒介广告行为规制虽然坚持消费者导向,但更多的是如何吸引消费者有限注意力的工具性导向,而非关注消费者与广告主之间的沟通与交流。广告行为的规制呈现出消费者个体不断被发现,而消费者的主体性(即消费者的真实需要)却一再被忽视的过程。^⑰广告法概念的封闭性加剧了社会事实与法律规范的二元分割,无法有效应对广告形态的动态演变。

3. 消费者诉求多元性对信息客观真实性的挑战

数字技术的发展为广告行业带来繁荣的同时,也蕴藏着利用虚假信息欺骗消费者、侵犯消费者隐私甚至侵扰消费者私人空间等广告伦理危机。^⑱消费者所关注的不仅在于广告信息是否真实,更注重广告推送方式是否适当,甚至开始关注广告自身意识形态的正确性问题。

一是对广告推送方式合理性的关注。数字经济时代的消费者所能接收到的广告信息正在无限膨胀,但消费者的注意力有限,适度的广告供给能有效降低消费者信息搜寻的边际成本并提升消费决策的科学性;过度的信息供给则会干扰消费决策甚至日常生活。由此,消费者对广告信息的要求也由准确、清楚、明白向信息有效转变。一方面,对广告主推送内容的信任。相信广告主所推送的广告信息是针对消费者兴趣偏好量身定制且满足消费者的真实需要,一般不会误导甚至欺骗消费者。另一方面,对个人隐私与

^⑮ 参见段淳林:《计算广告的发展、流变与认知转向》,上海交通大学出版社2025年版,第6页。

^⑯ 参见陈韵博:《智能营销与计算广告》,机械工业出版社2024年版,第114页。

^⑰ 参见蔡勇:《消费者发现与主体性缺席——现代广告理论及运用史评》,中国传媒大学出版社2008年版,第169页。

^⑱ See Kelly D. Martin & N. Craig Smith, *Commercializing Social Interaction: The Ethics of Stealth Marketing*, American Marketing Association, Vol.27:45, p.46 (2008).

生活安宁的重视。为实现对消费者个性化商品或服务的精确推送,广告主不可避免地需要更多精确、及时的消费者信息,在一定程度上会强行肆意破坏和侵占消费者时空,消费者的个体自由时间成为被广告消费后的剩余,^②这极大地侵扰了消费者的安宁。虽然《“十四五”广告产业发展规划》已明确将“保障数据安全、保护个人隐私和消费者合法权益”作为广告行为规制的核心,但仍缺少有效的规制策略。

二是对广告背后意识形态的关注。“广告不仅需要考虑它们所推广产品本身的特质和属性,还要用某种方法让这些属性在我们看来有所意指”^③,最终将商品或服务所欲表达的含义传递给消费者,并内化为消费者的潜在认知。尤其是随着数字技术的发展,部分广告主在利用消费者认知偏差进行有针对性的市场营销的同时,还通过赋予商品或服务特定的象征意义、制造社会焦虑心理等方式,影响乃至操纵消费者的非理性消费决策,最终实现通过广告手段制造虚假需求,进而达到操纵消费行为的目的。^④虽然中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》明确提出要“依法依规严肃查处各种夸大培训效果、误导公众教育观念、制造家长焦虑的校外培训违法违规广告行为”,国家市场监督管理总局发布的《医疗广告监管工作指南》更是直接将“在医疗美容广告中含有制造容貌焦虑内容的”认定为违反《广告法》第9条第7项规定的“妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚”的行为,体现出广告监管部门对广告意识形态问题的重视。但总体而言,对于这一问题的规制仍局限于特定领域,尚未形成体系化、规范化的规制策略。

三、数字经济时代广告的运行逻辑及规制重心

作为连接商品与消费者之间的纽带与桥梁,广告的本质在于通过信息传播的方式促进生产到消费的转换以满足消费者需要,^⑤发挥着辅助消费者决策的公共产品功能,是市场经济体系不可缺少的重要一环。广告主宣传和推广自己的商品或服务,既能获取更多的交易机会,更能为消费者提供消费决策所需的交易信息,是经营自主权与消费者自主选择权的有机统一。^⑥但商品或服务信息的传播只是广告的表现形式,其最终目的在于满足消费者需要。而数字经济时代的广告在满足需要的方式上呈现出与传统媒介广告截然不同的路径;数字技术的崛起不仅在技术层面重塑了广告行为的运行逻辑,更对消费者的主体性地位产生根本性影响。

^② 参见蔡立媛、龚智伟:《人工智能时代广告的“时空侵犯”》,载《新闻与传播评论》2020年第2期,第71页。

^③ [英]朱迪斯·威廉森:《解码广告:广告的意识形态与含义》,马非白译,南京大学出版社2021年版,第2页。

^④ 参见董丽云、邓玮:《健康焦虑的社会话语建构——基于医学广告的文本情感极性分析》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2017年第4期,第471-472页。

^⑤ 参见姚曦、任文姣:《本质与价值:数字时代广告本体的再认识》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2025年第1期,第126页。

^⑥ 参见赵娟、田雷:《论美国商业言论的宪法地位——以宪法第一修正案为中心》,载《法学评论》2005年第6期,第111页。

（一）数字经济时代广告行为的运行逻辑

在数字经济时代,虽然消费者注意力资源稀缺的问题依然存在,但广告媒介的去中心化特征在稀释传统媒介公信力的同时,也为消费者的广告信任提供了新的渠道。尽管数字经济时代广告是媒介传播技术的变革,但技术并非价值无涉,而是会对人发出反向规约,以此“重塑社会的结构和群体的边界”^{②7}。数字技术在极大地丰富消费者获取商品或服务信息渠道与方式的同时,也因信息过载对消费决策造成重大干扰。由此,消费者个性化的消费需求与商品或服务的适配性日益成为广告市场的主要矛盾,广告信息的相关性取代真实性成为消费者关注的核心,^{②8}甚至广告的目的也从帮助消费者了解广告主的商品或服务转向帮助广告主了解消费者以更好地提供商品或服务。^{②9}随着广告更加注重对消费者的主体地位、主观能动性的尊重,广告行为运行的制度设计的核心对象也由传统的广告主转为消费者。

第一,受众识别替代感官刺激,成为广告运行的逻辑起点。相较于传统媒介广告中消费者作为同质化的被动信息接收客体,数字经济时代广告的消费者不再是具有抽象性与共性需求的大众群体,而是具有鲜明个性化特征的个体,消费需求可通过算法技术被精准捕获,甚至每个消费者都可以成为一个特定的目标被追踪,并成为单一的客户市场。由此,广告行为的重心从传统的内容制作与发布转向对消费者搜索记录、消费偏好、行为轨迹、价值取向乃至情感状态等人格要素的系统挖掘与解构。

第二,精准推送替代“广而告之”,成为广告运行的主要方式。随着广告传播媒介的更新换代,个性化推荐作为一种信息自动过滤和分发工具,可以借助算法、人工智能等技术手段,分析和挖掘消费者的个人信息和相关数据,并向消费者推送更符合其需要的广告信息。“广告内容+数据化精确制导”的广告生产和传播方式由此诞生。这不仅突破了消费者自身的生理局限,通过为消费者提供一种可感知的语境,使消费者身体性因素得以回归;更降低了消费者的决策成本,有利于提升经济效率与消费者福利。广告行为从针对不特定对象的“广而告之”转向针对特定消费者需求的“私人定制”。

第三,主观认同替代客观需求,成为吸引消费者注意力的重要手段。相较于传统媒介广告以商品功能的客观介绍为立足点,数字经济时代广告则将商品或服务的符号意义嫁接到广告主的文化传播体系之中,最终致使“个体的主观能动性被有意地消解在广告的幻象中,不自觉地受到广告话语系统的引诱”^{③0},逐渐将广告所建构的意义体系内化为自身的价值标准,并在不知不觉中接受被预设的欲望与选择。

第四,需求匹配度替代吸引注意力,成为广告行为的主要目标。传统媒介广告依托

^{②7} 参见刘鹏:《现代性的本体论审视——拉图尔“非现代性”哲学的理论架构》,载《南京社会科学》2014年第6期,第46-48页。

^{②8} 参见[美]菲利普·科特勒、[印尼]陈就学、[印尼]伊万·塞蒂亚万:《营销革命5.0:以人为本的技术》,曹虎、吴光权等译,机械工业出版社2022年版,第121页。

^{②9} 参见[美]威廉·阿伦斯、迈克尔·维戈尔德:《当代广告学与整合营销传播》(第16版),林升栋、顾明毅等译,中国人民大学出版社2023年版,第3页。

^{③0} 杨嵘均、顾佳圆:《网络符号消费的社会心理与资本逻辑》,载《江苏社会科学》2022年第4期,第89页。

大众媒介,将消费者预设为被动的信息接收者。如何通过感官刺激吸引消费者的注意力资源,成为判断广告行为是否成功的重要指标。数字经济时代广告通过数据追踪、用户画像与算法推荐等技术手段,实现了对消费者偏好、情境与行为的深度识别和即时响应;同时,依靠强大的广告数据监测系统,可以及时反馈广告内容同投放渠道、消费需求以及广告效果之间的匹配性,以进一步调整广告投放策略,达到更好的交互体验。

(二) 数字经济时代广告行为对消费者的形塑

数字经济时代广告运行逻辑的转变绝非单纯的技术迭代,而是重构了广告活动中的权利义务配置与责任归属。传统媒介广告对消费者的影响主要体现为信息层面的说服与引导,消费者仍保有相对独立的判断空间与选择自由;而数字经济时代广告的精准推送在表面上似乎更好地满足了消费者需要,体现出对消费者主体性的尊重,实际上则蕴含着规训力量下的温和惩罚和无声压制。消费者在不知不觉中被分类和引导,其行为模式也在持续优化中逐步与广告主的商业意图相契合,最终达到消解消费者主体性的目的。

一是对信息真实性的挑战。当数字经济时代的广告以“匹配”之名实现高度个性化推送时,消费者所接触的广告内容、价格呈现乃至服务条款均存在差异。但受“算法黑箱”的客观限制,消费者无法直接理解广告推送技术背后的决策逻辑,也无从判断自身所接收的信息是否存在内容的选择性、价格的差异化设定、条款的隐蔽性调整等问题,由此导致广告内容的真实性和完整性难以通过统一的信息披露标准予以保障。

二是对决策自主性的挑战。基于消费者个人兴趣导向的精准推送,在显著提升广告内容适配性的同时,也隐含着侵蚀消费者决策自主性的风险。一方面,算法推送机制通过持续优化消费者个人信息筛选与商品或服务的呈现逻辑,为消费者“量身定制了一个看似个性化实则高度受限的信息环境”^①,消费者所面对的自主选择也被限缩于算法预设的有限选项之内。消费者所接触的商品或服务内容日趋同质化,信息结构的多样性被系统性削弱,表面上看似决策自主,实则受制于系统预先设定的有限选项。另一方面,算法可以通过持续学习来预测消费者的消费偏好与未来消费行为,甚至在商业利益驱动下,以隐性方式干预、修改消费者决策过程的方式,使其在无意识中偏离原本的理性判断,对消费者意思表示的真实性、自主性构成根本性挑战,消费者的自主选择权与自动化决策拒绝权等面临架空的风险。

三是对认知自主性的挑战。“在商业的世界里,消费者是提升自身价值的工匠,他所要做的就是通过挑选市场提供的产品展示自身价值,从而成为掌控自己命运的主人。”^②但数字经济时代的广告因其具有依附性、隐蔽性和策略性等特征,可以通过“创造和扩散那些被我们当作‘常识’的观念”^③等方式影响消费理念和价值取向,在无形中框定

^① 吴静、董屹泽:《从惯习化到“物塑性”的技术政治学研究——基于社交媒体交互界面设计的批判分析》,载《甘肃社会科学》2025年第6期,第61页。

^② 前注②,安东尼·加卢佐书,第151页。

^③ [澳]尼古拉斯·凯拉:《媒介与社会:权力、平台和参与》(第2版),任孟山、陈文沁译,中国传媒大学出版社2023年版,第44页。

消费者的消费视界,并影响其对消费空间的感知和评判。消费者在不知不觉中对广告所传递的消费观念产生认同,并将其内化为一种“惯习”,成为指导自身消费行为不言自明、无须反思的价值标准。^{③④}这意味着广告主可能将自身的商业利益诉求转化为消费者个体自觉遵循的价值理念与行为准则,消费者依据其内在的“惯习”倾向进行思考和实践的自主选择并非来源于自身的真实所需,“需要的存在只是因为体系本身必需它们存在”^{③⑤},本质上是对广告主有目的建构起来的欲望的系统性回应。

(三) 规制重心由信息真实拓展至空间可信

数字经济时代的广告消费者所面临的已非单一的信息真伪问题,而是为何推送此类信息,甚至为何会产生此类消费需求等更深层次的问题。因此,广告行为规制的重心不应止步于单一维度的广告信息真实,而在于建构多维度的立体空间:一是由单一的对广告信息的规制扩展至广告的运作方式,甚至广告背后隐藏的意识形态要素;二是打破传统广告主与消费者之间的主客观对立,从主体间性视角重新解构广告运作过程中的理性沟通与交流;^{③⑥}三是评价模式由传统的真假二元评价转向是否真实、诚实、审慎、合理等方面,确保消费者在面对数字技术的系统性心理形塑与技术支配时,仍能信任广告主不会利用广告行为欺骗或误导消费者,为广告主的自主经营提供明确界限。

对广告行为的规制目标应从信息是否真实拓展至空间是否可信。一是信息真实,也即相信广告主推送的商品或服务信息是全面、清晰、及时的,且经过广告发布者等权威机构的审核与发布流程控制,可以提高消费者的购买满意度,以减少消费决策过程中的信息搜集成本;^{③⑦}二是形式明确,相信广告主不会将广告信息隐藏,诱导甚至欺骗消费者日益稀缺的注意力资源,维护其知情权、自主选择权和认知自主性;三是内容有效,相信广告主所推送的广告信息是针对消费者兴趣偏好量身定制且满足消费者真实需要的,而不是片面的或“被制造出来”的虚假需要;四是推送适度,相信广告主的广告推送行为符合消费者的心理预期,不会过度侵扰消费者的个人隐私与生活安宁。

随着广告行为的规制重心从信息真实拓展至空间可信,传统媒介广告行为规制模式已无法涵盖纷繁复杂的广告表现形态,甚至引发消费者的广告信任危机。“当人们借助抽象—普遍的概念及其逻辑体系都不足以清晰明白地把握某种生活现象或者某种意义脉络时,首先想到的是求助于‘类型’的思维方式。”^{③⑧}为解决抽象概念思维及其逻辑体系的局限性而发展出来的类型化思维,可为数字经济时代的广告行为规制提供可以借

^{③④} 参见[法]P.布尔迪厄:《国家精英:名牌大学与群体精神》,杨亚平译,商务印书馆2018年版,第715页。

^{③⑤} [法]让·鲍德里亚:《符号政治经济学批判》,夏莹译,南京大学出版社2009年版,第67页。

^{③⑥} 参见高友江:《消费者主体的历史挖掘与重塑》,载《管理学报》2019年第11期,第1612-1623页;李怀斌、李响、毕贺轩:《论“共主体”营销话语的建构与践行——关于现代营销近视症的矫治研究》,载《中国工业经济》2012年第2期,第100-103页;杜国清、方贤洁:《广告市场的数字化、社会性、适应性辨析》,载《现代传播》2020年第2期,第125-131页。

^{③⑦} See Chen Lou & Shupe Yuan, *Influencer Marketing: How Message Value and Credibility Affect Consumer Trust of Branded Content on Social Media*, Journal of Interactive Advertising, Vol.19:58, p.60-61 (2019).

^{③⑧} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第577页。

鉴的路径。相较于将广告法主体抽象为广告主、广告经营者、广告发布者以及广告代言人等一般人格意义上的、封闭的主体,类型化思维的核心则是对事物本质特征的开放性进行描述,并随经济社会的发展与人类社会认知能力的提升而不断更新。一方面,“‘类型’的精华是在抽象的、超物性、超形骸的‘意义性’上的相同”^③,也即类型只存在核心本质,不存在确切的范围。虽然广告形态随着经济社会发展与技术变革不断更新,但只要存在损害消费者信任这一核心本质,无论是通过传统的提供虚假信息抑或利用数字技术手段侵扰消费者生活安宁以及造成消费者认知偏差等行为,均应受到《广告法》规制,由此可打破现行广告行为规制以信息真实性为核心的桎梏。另一方面,类型化思维虽以事物之间的一致性为出发点,但也会探寻一致性中的差异性。^④这是由于不同的广告主体在不同的情境中扮演不同的角色,相互之间因天赋或本能、行动因素、资产因素和信息因素等方面的差异,导致行为能力差异较大。对广告行为的规制要坚持最佳风险承担的基本原则,“根据当事人的不同经济地位有区别地对待和赋予不同的风险负担,对掌握风险信息、更有能力控制风险的强势市场主体课以较大的风险义务和法律责任”^⑤,在尊重市场主体经营自主权的基础上,根据数字经济时代广告行为侵害的客体不同,采取差异化规制。

四、数字经济时代广告行为的类型化规制

类型化思维下的广告行为规制应确保空间可信,坚持消费者需求导向,以确保广告的信息真实、形式明确、内容有效和推送适度为目标,将规制对象划分为不实广告行为、弱标识广告行为、精准推送广告行为和过度侵扰广告行为四种类型,并根据不同的情况,选择与之相匹配的规制工具,^⑥以实现规制目标最优化(见表1)。

表1 广告法规制的广告违法行为及其权责配置

广告行为	侵犯广告属性	规制目标	规制理念	规制方式
不实广告	信息性	信息真实	助推性	披露有效 多元协同
弱标识广告	识别性	形式明确	回应性	强制标识 伦理审核
精准推送广告	个性化	内容有效	合作性	算法解释 负面清单
过度侵扰广告	侵扰性	推送适度	包容性	选择退出 平台自律

^③ 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第132页。

^④ 参见张斌峰、陈西茜:《试论类型化思维及其法律适用价值》,载《政法论丛》2017年第3期,第123页。

^⑤ 徐英军:《契约群的挑战与合同法的演进——合同法组织经济活动功能的新视角》,载《现代法学》2019年第6期,第113页。

^⑥ 参见[美]凯斯·R.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101页。

（一）不实广告行为的助推性规制

不实广告行为主要是指广告所传递的商品或服务信息以及广告的表现形式不真实或具有误导性,进而影响消费者决策的广告行为,包含虚假广告、引人误解的广告、不当比较广告、不当引证广告以及绝对化用语广告等。《广告法》并未对何为虚假或误导作出明确的界定,而是在第28条通过“列举+概括”的形式展现出不实广告的具体行为样态。

随着我国消费模式的升级与消费决策机制的变迁,已有的对不实广告行为的规制已无法满足消费者理性决策的基本需求。一方面,缺乏信息披露制度的顶层设计。虽然《广告法》对信息披露的内容、基本要求以及违反信息披露的法律责任作出规定,但仅仅代表为“准确、清楚、明白、真实、准确”,呈现出抽象化和碎片化特征。另一方面,消费决策的基础已从商品或服务的功能、品质能否满足现实需要的客观需求导向,转变为身份、气质、参与度甚至情怀等主观认同导向。^④由于此类评价主要表现为主观的价值或意义诠释,无法对其进行客观层面的真伪二元评价,因而难以纳入既有的虚假或误导性信息规制体系。如果说传统的不实广告主要通过利用信息优势侵害消费者的决策自主权及社会公共利益,那么数字时代的不实广告则更多地来源于人的有限理性导致的行为化市场失灵,而非市场本身的失灵。^⑤因此,应通过在《广告法》第二章“广告内容准则”中增加广告信息披露条款,完善对不实广告的助推性规制。

一是明确广告信息披露的基本原则。在数字经济时代,广告主与消费者之间的信息不对称与信息过载并存,广告信息披露不应仅是形式化的告知,而应成为维护消费者知情权与自主选择权的制度保障。可借鉴《证券法》第78条第2款关于证券信息披露应当“真实、准确、完整,简明清晰,通俗易懂,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的规定,明确广告信息的披露应坚持真实性、准确性、完整性、及时性、规范性以及有效性的基本原则,为消费者在算法时代能够拥有实质性自主判断能力提供制度保障。

二是完善广告信息披露的基本内容。《广告法》关于信息披露的内容主要是针对商品或服务“物”的信息,且将消费者认定为理性经济人,认为其可以通过信息计算得出最优决策。但实践证明,消费者往往会受外部环境的影响而作出非理性决策。为更好地给消费者提供决策参考,应从商品或服务信息披露转向更能影响消费者认知偏差的结果导向信息披露或警示性信息披露,^⑥不再单一满足于信息内容的真实呈现,而应关注信息披露的实际效果,即消费者是否真正理解、是否被误导、是否能够形成非理性决策,以有效回应广告媒介变迁对消费者认知的影响。

三是提升广告信息审核的有效性。随着数字经济时代广告规模的不断扩大,固守传统的主体角色理论,由广告发布者承担广告信息审核义务必将进一步加剧数字平台的审核负担,甚至会阻碍数字产业发展。因此,可进一步设定“推送或展示+有核对能力

^④ 参见马辉:《消费决策机制变迁视角下的直播营销法律规制》,载《当代法学》2022年第2期,第124-126页。

^⑤ 参见[美]卡斯·桑斯坦:《为什么助推》,马冬梅译,中信出版社2015年版,第129页。

^⑥ 参见应飞虎:《行为市场失灵及其法律应对》,载《中国法学》2022年第6期,第87-88页。

及控制能力”标准,在提升广告信息审核有效性的同时,为数字平台发展提供宽松的法治环境。^{④6}

(二) 弱标识广告行为的回应性规制

可识别性是广告行为的基本属性,其目的不仅在于保护消费者的知情权与自主选择权,更重要的是保护消费者免受广告意识形态话语的误识而导致陷入认知自主性危机。广告作为一门说服的艺术,不仅具有极强的目的导向,还可能具有夸张的成分,因而消费者对广告常怀戒心。为缓解消费者对广告的抵触情绪,广告主常常通过将商业广告伪装成交往行为或与资讯内容完美混同的形式,以降低消费者对广告行为的排斥。特别是随着数字经济的发展,广告主通过“使广告内容和表现形式与所投放媒体在语境、内容、页面设计、整体风格等元素上保持一致”^{④7}或“将商品或其它具有代表性的符号、品牌、服务等有意且不醒目地加入任何形式的传播媒体中”^{④8}的植入式广告、原生广告^{④9}以及潜意识广告^{⑤0}等,使得广告的可识别性逐步消解或被隐藏,在给予消费者更好体验的同时,也对消费者的理性决策与自主选择造成极大干扰。除此之外,广告主还通过构建广告的符号意义等方式,将一种并不具有必然联系的意义强制“嫁接”给所欲推销的商品或服务,使消费者对广告意识形态话语产生误识,以实现制造消费欲望、创造消费需求的目的。^{⑤1}对于弱标识广告行为的规制,应契合数字经济时代广告的生成与传播规律,由传统的抑制性规制向回应性规制转变。

一是要明确广告行为的识别标准。虽然《互联网广告管理办法》第9条第3款进一步明确应当标注广告的行为方式,但“广告标注”与“广告识别性”并非同一概念,广告标注只是提高广告识别性的一种方式。根据《互联网广告可识别性执法指南》的规定,是否显著标明并不是广告的判定依据,而是要结合《广告法》《互联网广告管理办法》等规定综合认定。随着数字技术的飞速发展与消费者自主性和获取信息能力的提升,对于弱标识广告行为的认定应坚持“形式外观+实质判断”的综合规制思路,既应分析广告行为是否符合《广告法》规定的标识准则,又要考量消费者的认知水平,即能否有效区分广告行为与非广告行为的商业宣传、信息展示等,否则将极大地增加广告发布者的经营成本,最终导致社会公共利益的损失。

二是拓展弱标识广告的类型。当前,对于弱标识广告的界定主要侧重于广告主通过用户故事或案例分析、专家评论或访谈、产品评测与体验等方式推销商品或服务,具有明显的营销性。但随着数字经济的发展,广告主开始借助隐义、定型、证言、甚至双重演说等方式,将自身的营销目的隐藏在广告话语之中,进而实现对消费者广告意识形态的渗

^{④6} 参见宋亚辉:《网络平台的动态规制理论》,载《上海政法学院学报》2023年第2期,第10-11页。

^{④7} 马娟娟、杜乐其:《原生广告的可识别性研究》,载《行政与法》2022年第5期,第103页。

^{④8} 李剑:《植入式广告的法律规制研究》,载《法学家》2011年第3期,第62页。

^{④9} 参见邵海:《原生广告的法律规制》,载《法商研究》2021年第2期,第138页。

^{⑤0} 参见唐丹:《基于潜意识的网络广告诉求策略研究》,载《科技与出版》2013年第9期,第83页。

^{⑤1} 参见周志平:《广告意识形态的生成与传播研究》,浙江工商大学出版社2020年版,第47-49页。

透。^{③②}该行为虽未体现出直接的营销意向,但最终目的在于塑造消费者认知进而控制消费者行为,这符合广告行为的构成要件。应将其纳入弱标识广告的规制范围,对核心意义的来源与依据予以必要说明,防止以隐蔽方式将商业利益包装为客观知识或社会共识。

三是增强广告主的社会责任感与广告伦理意识。在数字经济时代,广告的功能不再专注于传播商品或服务信息,而在于改变和控制消费者的兴趣与偏好,甚至对于弘扬社会主义核心价值观、促进市场经济发展繁荣也有重要作用。广告主的角色已从传统的信息传播者演变为消费行为的深度塑造者,须肩负起相应的社会责任与伦理义务。应通过加强广告行为对消费者乃至整个社会意识形态影响等方面的审核,倡导树立正确的价值观和消费观。

(三) 精准推送广告行为的合作性规制

精准推送广告是指广告主利用算法等技术手段,在收集分析消费者认知偏好和消费倾向的基础上,有选择地向消费者提供广告信息,进而影响消费决策的广告行为。如果说人工智能时代“是一个日渐远离自生自发秩序、日渐走进‘设计的秩序’之中的时代”^{③③},那么精准推送广告则意味着由消费者自然需求转变为被广告创造需求。面对如此剧烈的法律场景变迁,尽管工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局联合发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》对个性化营销作出了明确的行为规范,但规范层级较低。由于精准推送广告具有较强的画像识别能力,可以借助精准的数据分析,悄无声息地渗入消费者的个人空间,因而可减少消费者搜寻商品或服务的时间、精力成本,提升消费需求与商品或服务的匹配度,满足消费者需要。但精准推送广告也存在着通过引导和控制消费偏好,侵蚀消费者理性自主能力的问题,且会通过不当操纵信息形成“信息茧房”,破坏消费者对数字平台的技术信任。对于精准推送广告的法律规制,应以恢复和重建消费者信任为基本目标,采取“私法赋权+公法规制”的方式,通过承认消费者的有限理性,建立完善人工干预和自主选择机制,帮助消费者作出更好的消费决策行为,以此来有效制约精准推送广告的内张力。

一是更大程度保障消费者自主选择权。实践证明,消费者个人信息的保护程度直接影响虚假广告的概率与推荐广告的精确度,有效保护消费者信息能显著降低广告的负面效应,提高消费者福利。但与此同时,消费者的信息保护也需消耗一定的成本。消费者会根据自身期望效用的最大化原则,选择适当的个人信息保护程度。^{③④}因此,消费者可自主选择关闭或者调节偏好性信息在搜索结果中的影响阈值,从而将信息推送控制在合理的范围内,确保搜索结果更贴合人性化需求。如《互联网信息服务算法推荐管理规定》提出应当“向用户提供便捷的关闭算法推荐服务的选项”“向用户提供选择或者删除用于算法推荐服务的针对其个人特征的用户标签的功能”等,确保消费者有权随时撤回同意。

^{③②} 参见前注^⑤,周志平书,第91-96页。

^{③③} 齐延平:《论人工智能时代法律场景的变迁》,载《法律科学》2018年第4期,第40页。

^{③④} 参见汪敏达、李建标、陈志斌:《消费者个人信息保护与厂商广告策略的实验研究》,载《中国工业经济》2022年第4期,第158页。

二是建立差异化推送的正当性审查机制。虽然《互联网广告管理办法》第15条规定“利用算法推荐等方式发布互联网广告的,应当将其算法推荐服务相关规则、广告投放记录等记入广告档案”,但广告档案的建立只是手段,其目的在于对算法进行有效监管。为强化对差异化推送的实质性审查,可进一步明确广告主在对消费者进行差异化推送时,应向消费者提供清晰、可理解的解释,说明影响推送决策的主要因素、逻辑框架以及可能产生的差异化待遇,并赋予用户对画像结果的异议权与修正权。

三是健全对行为市场失灵的规制。可借鉴英国和澳大利亚的做法,在《广告法》第三章中明确增加“禁止在广告中利用认知偏差或潜意识技术诱导消费”的条款。虽然《电子商务法》第19条与《消费者权益保护法实施条例》第23条都明确提出对默认同意或默认授权等作出限制,但仅仅是个别列举,尚未全面体现出对利用认知偏差行为的系统性规制。可建立数字经济时代广告行为的负面清单制度,以列举方式明确禁止或严格限制的广告行为类型,并因应技术发展、法律变动进行动态调整。

四是发挥公权力机关的“后规制”作用。可探索建立消费者信息分类保护制度,如美国直销协会制定的《在线行为广告自律原则》明确规定要区别对待消费者个人广告数据和涉及个人金融、社保账号等敏感数据。我国《广告法》可借鉴该制度,对于消费者的搜索记录、消费数据等信息,允许在征得消费者同意后进行获取和加工;而对于与消费者密切相关的敏感个人信息,应按照《个人信息保护法》规定的范围与程序进行严格保护。

(四) 过度侵扰广告行为的包容性规制

过度侵扰广告行为是指经营者实施的不请自来、超出消费者合理预期并侵害消费者个人隐私与生活安宁的广告行为,典型的过度侵扰广告体现为垃圾广告、弹窗广告、线上推销等。^{⑤⑤}随着市场竞争的不断加剧,竞销性取代信息性成为广告的主要功能,广告主不断创新广告形式向消费者发送关于商品或服务的信息,在满足消费者需求的同时,也给消费者生活安宁带来严重的干扰,以至于本应为消费决策提供广告参考的广告日益发展成为消费者的一种负担。对于过度侵扰广告,应坚持包容性规制的基本理念,既要确保广告主的广告自由,又要维护消费者的私生活不被打扰的自由,实现经营者的广告自由与消费者生活安宁之间的平衡。

一是明确过度侵扰行为的界限。侵扰性是广告行为的本质属性之一,为吸引消费者注意力,广告行为不可避免地会给消费者的私人空间与生活安宁带来一定的侵扰,消费者需对该广告行为负有一定的容忍义务。只有广告的侵扰行为超出一般理性人能够容忍的限度,达到对私人安宁生活状态的高度冒犯,方可构成对消费者生活安宁权的不法侵害。^{⑤⑥}当前,对于是否过度侵扰的判定主要体现在外在侵扰行为作用方式、侵扰强度、持续时间等物理标准上。过度侵扰广告对消费者的损害既表现为对有限注意力的入侵,

^{⑤⑤} 参见宁立志、董维:《商业烦扰防治体系之构建》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第31页。

^{⑤⑥} 参见边琪:《消费者安宁权:数字时代私人生活安宁权的新表达》,载《中国法律评论》2025年第5期,第223-225页。

更重要的是对消费者精神空间的直接损害,如造成消费者心理不安、精神疲惫以及破坏内心宁静状态等。现行过度侵扰行为的认定标准,忽视了对消费者精神空间是否遭受实质损害的合理界定。因此,对于侵扰行为的界定应当坚持“外在行为标准+内在实质损害”的双重标准,既要规制广告发送行为,又要完善对消费者精神层面侵害的认定与评估标准,真正保障消费者追求幸福生活状态的权利。

二是赋予消费者选择退出的权利。《广告法》第43条规定,任何单位或者个人未经当事人同意或者请求,不得向其住宅、交通工具或者以电子信息方式向其发送广告。《个人信息保护法》第24条第2款也规定“通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销,应当同时提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝方式”。但在实践中,消费者的该项权利往往被“默认同意”选项剥夺。为真正实现“同意”的有效性与“拒绝”的可操作性,应通过“选择退出”而非“告知同意”的方式,^{⑤7}实现消费者与经营者之间的平衡,并为技术进步提供必要的弹性空间。

三是强化互联网平台的自律功能。随着广告行为社会性功能的不断强化,互联网平台承担越来越多的社会责任,在创造利润之外,还需要兼顾社会各利益关系人的需求。《互联网广告管理办法》第16条已规定互联网平台经营者应当“对利用其信息服务发布的广告内容进行监测、排查”。在此基础上,互联网平台应当建立健全侵扰性广告的事前审查机制,对广告的推送方式、跳转逻辑、关闭设计、发送频率等进行合规性审查,拒绝不符合标准的广告进入平台分发。

五、以《广告法》修订为契机优化广告行为规制体系

在传统法律规制理念、法律制度安排、规制工具选择等方面已经不足以满足现代经济发展对商业模式创新的保护要求时,最有效的措施应是提升法律制度的激励功能。^{⑤8}为有效应对广告服务数字化、智能化、精准化带来的创新与挑战,提升市场对资源的配置效率,《广告法》的修订应立足于消费者的真实需求,结合广告行为的信息性、标识性、个性化和侵扰性的本质特征,在综合考量现行《广告法》的概念解释涵盖性和规制功能匹配性的基础上,^{⑤9}设计有针对性的行为规制体系。

(一) 区分不实广告行为中的一般虚假宣传行为和欺诈行为

不实广告不仅会影响消费者个体的消费决策,更重要的是有可能会给不特定群体造成损害,严重扰乱市场经济秩序。因此,不实广告法律责任的制度设计应以提升广告内容的真实性为目标,但不容否认艺术夸大也是广告行为的重要表现形式。《消费者权益保护法》分别规定了“利用虚假广告或者其他虚假宣传提供商品或者服务”和“欺诈行为”,并采用不同的规制模式。

^{⑤7} 参见孙鸿亮:《基于自动化决策的商业广告的法律规制》,载《中国法律评论》2025年第4期,第207页。

^{⑤8} 参见徐新星:《商业模式创新的激励性法律规制》,载《西南政法大学学报》第2017年第6期,第97-98页。

^{⑤9} 参见宋亚辉:《回应商业模式创新的市场规制理论》,载《环球法律评论》2022年第4期,第122-124页。

为进一步体现罚过相当原则并实现与相关法律法规的衔接,应结合一般消费者的生活经验、消费习惯、注意力以及宣传的对象和发生误解的事实等因素进行综合考量,将不实广告行为区分为一般虚假宣传行为和欺诈行为两种类型。对于虚假广告,如使用绝对化用语进行广告宣传的,应综合考量消费者的认知程度,适当减轻或从轻处罚;或建立“首违不罚”制度,在保障商业言论自由的同时,也为市场主体的经济个性发展自由提供充足的空间。针对具有欺诈性质的广告,则可借鉴《消费者权益保护法》第55条规定的“经营者提供商品或者服务有欺诈行为”与“因商品或者服务存在缺陷,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害”的相关规定,将《广告法》第56条修改为“对于广告主、广告经营者、广告发布者或广告代言人欺诈行为或对于关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告,造成消费者严重损害的,应承担相应的赔偿责任”,实现《广告法》同《消费者权益保护法》《食品安全法》等法律法规的有效衔接。除此之外,对于消费者因广告欺诈而造成一般损害的,可以适当提高赔偿额度。考虑到消费者在不实广告中的信息弱势地位,可减轻消费者的举证责任,以鼓励消费者提起诉讼、维护自身合法权益。

(二) 完善弱标识广告行为规制的构成要件

弱标识广告本质上是将广告主“商业推广目的可能隐藏于受言论自由保护的非广告性的主观经验表达外壳中”^⑩,争夺的是消费者相对稀缺的注意力资源。但弱标识广告“意图是通过‘融入用户体验’,使品牌化内容成为对消费者有价值的‘信息’”^⑪,因而具有说服性和信息性的双重价值,可能随即产生注意、记忆、分享等积极反应。对于弱标识广告的规制,需要针对其隐蔽性和信息性等特点,在规制方式上相应地进行调整。

其一,优化弱标识广告行为的构成要件。《互联网广告管理办法》第9条第3款规定“通过知识介绍、体验分享、消费测评等形式推销商品或者服务,并附加购物链接等购买方式”的限定条件,有助于区分弱标识广告与非广告行为。对于不具有消费者劝服性主观意愿而仅仅是为消费者提供相关消费或服务的信息性行为,可不认定为广告行为,为执法与司法实践提供判断标准。但“并附加购物链接等购买方式”的限定条件,无法涵盖全部弱标识广告行为。为进一步提升《广告法》规制的有效性,应综合考虑是否同商品经营者或服务提供者有实质性经济利益等因素,建议将该条修改为“通过知识介绍、体验分享、消费测评等形式推销商品或者服务,构成广告的”,将具体的认定标准交由执法和司法部门自行判断,待时机成熟,再制定统一的认定标准。

其二,增加对意识形态控制等营销行为的广告标注。为避免广告主通过持续不断的话语传播,将某些特殊现象或观点塑造成一种普适化理念,进而影响消费决策,对于该类行为,即使没有直接表现出明显推销商品或者服务的营销特性,也会使消费者不知不觉地陷入广告意识形态话语的观念控制之中,甚至还会产生一种自主性幻觉。因此,应当

⑩ 韩新远:《网络直播营销主播的广告法责任结构困境与出路》,载《河南财经政法大学学报》2021年第6期,第90页。

⑪ 康瑾:《原生广告的概念、属性与问题》,载《现代传播》2015年第3期,第114页。

将该类标语标注为广告行为,使消费者明晰广告主的本质意图。与此同时,应当在《广告法》中增加“不得利用广告烘托、渲染紧张氛围,故意制造社会焦虑情绪”等禁止性条款,以确保广告行为的理性客观。

其三,法律责任的谦抑性。由于弱标识广告将广告主单方获利的劝服关系转变为广告主与消费者相互需要的共赢关系,具有一定的创新性。对于该类广告行为的规制,应予以适当的宽容。如《江苏省市场监管领域轻微违法行为不予处罚和从轻减轻处罚规定》对于通过大众传媒发布的广告虽未显著标明广告字样,但如若同时满足“首次发布、消费者能够辨别、及时改正且没有造成危害后果”的行为,则予以免责。《广告法》的修订可借鉴该规定。

(三) 精准推送广告行为的规制以是否扰乱市场竞争秩序为核心

精准推送本质上是一种基于算法的正常商业活动,是市场主体自主经营权的重要体现。单纯的精准推送行为无须《广告法》过度干预,但精准推送广告的野蛮生长可能触发消费者“‘背信厌恶’的社会心理机制”^②,甚至危害正常的市场交易秩序。《广告法》尚未将精准推送广告纳入规制范围,仅仅在《互联网广告管理办法》第15条规定“利用算法推荐等方式发布互联网广告的,应当将其算法推荐服务相关规则、广告投放记录等记入广告档案”。对于精准推送广告行为的规制应坚持包容谦抑的基本理念,实现消费者个人信息权益保护与科技创新之间的平衡。根据《个人信息保护法》《互联网信息服务算法推荐管理规定》的相关规定,是否规制精准推送广告应从以下两个方面进行判断:

一是从形式上看,是否赋予消费者自主选择或拒绝的权利。一方面,要坚持公开、公平和透明的基本原则。根据《个人信息保护法》第24条第1款规定,广告经营者“利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正”。《互联网信息服务算法推荐管理规定》也将“公正公平、公开透明、科学合理和诚实信用”作为基本原则。故而“将其算法推荐服务相关规则、广告投放记录等记入广告档案”无疑是确保公开、公平、透明的基本条件。另一方面,《个人信息保护法》第24条第2款规定“通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销,应当同时提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝方式”。因此,应判断消费者是否享有关闭或拒绝的权利。

二是从实质上看,广告经营者或广告发布者是否利用信息与技术优势,破坏市场竞争秩序。广告经营者或广告发布者利用精准推送广告严重损害消费者合法权益,或者广告经营者、广告发布者无视消费者行使拒绝权,继续进行个性化推荐的,如若尚未损害有效的市场竞争秩序,应由民法予以规制。只有在精准推送广告破坏市场竞争秩序,如广告经营者或广告发布者通过数字技术的信息过滤或分发工具,封闭消费者的自由认知,甚至通过个性化推荐破坏、扭曲竞争机制,以至于消费者无法获得可替代的商品或服务广告,进而被剥夺与其他经营者交易机会时,国家才具有介入的必要性。

^② 戴昕:《平台责任与社会信任》,载《法律科学》2023年第2期,第85-86页。

对于精准推送广告的规制,应在现有公开、公平和透明的基础上,增加“扰乱市场竞争秩序,严重损害其他经营者合法权益”的结果要件,最终实现确保经营自由与实现消费正义之间的平衡。

(四) 过度侵扰广告行为的规制以超出消费者的容忍义务为前提

《广告法》第43条仅将“经当事人同意或者请求”作为基本条件,无疑有助于维护消费者的合法权益。但在消费者注意力资源日益稀缺的消费社会,广告经营者、广告发布者为了争夺交易机会进而获取潜在消费者注意力的行为,既是经营自主权的体现,又可能会同消费者生活安宁权产生冲突。因此,有学者认为,消费者生活安宁权通常受到公共利益、言论自由、自动化算法决策、容忍义务的限制,以便创造宽松的发展环境。^③《广告法》可借鉴该观点。

一是对于过度侵扰广告的规制,应以超出消费者的容忍义务为前提,即使未经消费者同意或者请求而向其发送广告,但消费者未明确表示拒绝的,广告发布者或广告经营者继续发送广告的,不得直接认定为过度侵扰广告。如果消费者已明确作出拒绝的意思表示后,广告发布者或广告经营者不再继续发送广告的,消费者应予以容忍,同样不得认定为过度侵扰广告。

二是对于经消费者拒绝后,仍继续发送广告,严重侵犯消费者生活安宁权的,也并不必然由广告主承担责任,应根据最佳风险承担者理论,合理确定责任承担者。在互联网广告领域,相较于广告主,广告经营者或广告发布者对过度侵扰广告具有更强的控制力。倘若全部根据《广告法》第62条规定由广告主承担法律责任,有违权责相一致的基本原则。基于此,可将第62条修改为“违反本法第四十三条规定发送广告并严重扰乱当事人生活安宁的,由有关部门责令停止违法行为,对广告行为具有实际控制力的广告主、广告经营者或者广告发布者等处五千元以上三万元以下的罚款。侵害他人民事权益的,依法承担民事责任”。

六、结 语

数字经济改变的不仅仅是广告的表现方式,也深刻地改变了广告市场的交易模式,甚至在一定程度上悄无声息地影响着消费者的生活方式、消费理念以及消费需求。在此背景下,如何重新审视数字经济时代广告行为的本质属性,通过提倡交往理性意义上的对话与沟通,进而为广告主与消费者之间的平等对话与沟通提供理论支撑,实现广告主与消费者之间由主体与客体、主动与被动的对立关系向共同创造与分享的主体间性转变,无疑成为破解广告行为规制难题的核心。《“十四五”广告产业发展规划》提出广告业的发展要“立足新发展阶段,完整、准确、全面贯彻新发展理念,积极服务构建新发展格局”。为此,广告行为规制应体现创新、协调、绿色、开放、共享的新发展格局,须在真实、

^③ 参见郭红伟:《论网络私人生活安宁权及其保护限度》,载《华东政法大学学报》2022年第6期,第86-90页。

合法的基础上,增加彰显消费者主体性与自主性、倡导生态环保的可持续消费观与合理适度的价值追求,建构起以信任为基础的广告行为规制体系。数字经济时代的广告行为规制应秉持面向未来的规制理念,立足于数字技术的发展特性,以促进广告行为同社会、经济和技术发展变化相适应为基础,^④重塑广告信任。广告行为的公私法融合属性决定了对广告行为的有效规制绝非仅仅依赖《广告法》即可实现,还需充分发挥《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《个人信息保护法》《民法典》《生态环境法典》等合作规制;并综合运用市场、行政、法律、信用、社会参与等多种手段,鼓励广告产业技术创新与应用,深入推进广告产业数字化转型,为经济高质量发展保驾护航。

Abstract: Advertising is a core element in the operation of the market economy, inherently characterized by informativeness, identifiability, personalization, and intrusiveness. Regulation of traditional media advertising behavior centers on ensuring the authenticity of advertising information. In the digital economy era, however, the core operation of advertising has shifted from conveying information about goods or services to creating persuasive statements that are neither true nor false, with more dynamic forms of expression that transcend the binary model of merely evaluating objective truth or falsehood. Regulation of advertising behavior in the digital economy era should take the dismantling of shaping consumers as its value orientation. It shall expand its regulatory focus from advertiser-centered ‘information authenticity’ to ‘credible communication space’ underpinned by rational dialogue between advertisers and consumers, and expand the scope of regulatory targets from mere false advertising to four categories: false advertising, advertising with inadequate identification, precision-targeted advertising, and excessively intrusive advertising. Adhering to the typified regulatory approach and grounded in the four criteria of information authenticity, form clarity, content effectiveness, and delivery appropriateness, targeted regulatory measures shall be adopted, including nudge-style regulation, responsive regulation, cooperative regulation, and inclusive regulation, so as to strike a balance between protecting the freedom of commercial speech of business operators and safeguarding the legitimate rights and interests of consumers.

(责任编辑:王莉萍)

^④ 参见高秦伟:《互联网广告规制的反思及理念更新》,载《行政法学研究》2025年第2期,第48页。