

植入式广告的法律规制研究

李 剑

摘 要 植入式广告作为一种新颖的营销方式,近年得以快速发展。植入式广告在本质上仍然属于广告,这使得植入式广告的隐蔽性和广告规制所要求的广告可识别性之间存在冲突。如果不将植入式广告纳入到广告规制法律体系中,会对消费者权益、媒体以及现行广告规制体系等都构成极大的损害。但是,过于严厉的规制方式则会扼杀植入式广告的价值。因此,对于植入式广告的规制需要针对其隐蔽性特点而在规制方式上有所变化:一方面,根据植入式广告可能的危害程度进行区分,以类型化的方式予以规制;另一方面,通过对广告披露的方式、程度进行相应的规定,健全广告信息披露制度,从而抑制植入式广告的负面效果。

关键词 植入式广告 可识别性 隐蔽性 广告法

作者李剑,法学博士,上海交通大学凯原法学院副教授。

一、问题的提出

植入式广告(Embedded Advertisement),又被称为植入性营销(Product Placement或Placement Marketing)、商品植入(Product Integration)、品牌植入(Brand Placement)或秘密营销(Stealth Marketing)。^①到目前为止,植入式广告的定义颇多,涵盖的范围也不尽相同,但概括起来可以认为,植入式广告是指厂商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,以达到宣传效果,同时传播媒体可因此获得相当的对价。

作为一种较为新颖的营销方式,植入式广告正日益显示其价值。尽管在电影刚刚诞生之时,植入式广告就随之而出现,^②但在1970年代以前,由于产品植入的来源过于简单,一般都是当地的厂商将产品借出或捐赠给电影制作公司,或者是拍片导演在当地直接购买电影里需要用到的道具,而

① 在不同的文献中,对同一概念有不同的命名,为文章表述上的一致性,本文统一采用“植入式广告”。

② 1896年春天,卢米埃尔兄弟和一个瑞士商人合作,拍摄了一部名为《瑞士的洗衣日》(Washing Day in Switzerland)的短片,片中两名瑞士妇女在洗衣服,在她们洗衣桶前面摆放了两块利佛兄弟公司(Lever Brothers)的肥皂,肥皂上写着“日光肥皂”,一块用法文,一块用德文。利佛兄弟公司是当今世界著名的联合利华公司的前身。See Jay Newell, Charles T. Salmon & Susan Chang, “The Hidden History of Product Placement”, *Journal of Broadcasting & Electronic Media* (2006), pp 575-594. 转引自周培勤:《对影视植入广告的伦理和法律思考》,载《电影艺术》2008年第2期。

厂商不用付任何金钱的代价给电影制作,使得植入式广告并没有被重视并得以发展。^③直到1980年代,许多公司为争取其产品能被电影中的主角使用或出现在电影里而付费,植入式广告才开始显示出商业上的潜力。^④在此之后,植入式广告获得了快速而稳定的增长。从1994年到2004年,全球用于植入式广告的支出每年平均增加21.5%。在2005年,美国用于植入式广告的净支出达到315亿美元,增长48.7%。而在2008年第一季度,美国的植入式广告增长了40%。^⑤中国市场的植入式广告是最近几年才伴随冯小刚的电影、春节联欢晚会、网络游戏等娱乐形式而被广大消费者所熟悉,但发展速度同样惊人。制作成本为4500万元人民币的《非诚勿扰》,据说片中各项产品植入收入超过2000万元。^⑥根据业内人士估计,2010年央视春晚整体广告收入已超过6.5亿元,而节目中的植入广告就贡献了近亿元。^⑦中国仅付费电视植入广告市场,预计2010年的规模达到3100万美元。^⑧而在中国台湾地区,植入式广告的良好效果甚至吸引政府机构花费大笔预算采用植入式广告的方式来宣传政绩,并引起强烈的争议。^⑨

尽管植入式广告效果良好、商业价值巨大,但对植入式广告的质疑之声也不绝于耳。植入式广告的“创新”之处在于其所具有的“隐蔽性”,即广告信息和电影、电视的场景、情节发展等很好地融合,让观众在不知不觉中接受产品信息。但广告通常要求具有“可识别性”。国际商会1937年颁布的《国际商会广告行为准则》第12条就明确提出,“任何广告不管其形式或使用的媒介,都必须是清晰易辨的;当一则广告在含有新闻或文章的媒介上发布时,它应该轻而易举地被认作是广告。”^⑩我国1995年《广告法》第13条规定:“广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒体不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记,与其它非广告信息有区别,不得使消费者产生误解。”因此,在植入式广告的“隐蔽性”与广告规制的“可识别性”无疑存在着冲突。

有学者认为,要让植入式广告发生效用,广告标记制度就不能适用于植入式广告。在广告法中,植入式广告作为一种例外不适用广告标记制度,而广告标记制度继续适用于传统广告。这样,既保留了规范传统广告中具有巨大作用的广告标记制度,也让植入式广告得以发展。^⑪还有学者认为,我国的传统广告在经历多年的高速发展后增幅趋缓,已进入低速增长期,传统广告的发展开始

^③ See DeLorme, D. E. and Reid, L. N., “Moviegoers’ experiences and interpretations of brands in films revisited”, 28 (2) *Journal of Advertising* (1999), pp. 71—95.

^④ 如电影《外星人E.T.》因为剧情需要而寻找可以当作道具的巧克力。著名品牌M & M’s拒绝了电影的要求,而刚刚面世两年的“好时”与制片人达成协议,在影片中采用好时巧克力(Reese’s Pieces)。作为回报,好时公司投入100万美元为好时巧克力和电影《外星人E.T.》一起做宣传。在这部科幻片中,主人公艾里奥特成功地用“好时”巧克力豆把外星人吸引到自己的房间,随着电影的热播,“好时”巧克力知名度大升,该片播出后的3个月内,其销售量大幅增长了65%,成为植入式广告成功的经典案例。See Nebenzahl, I. D. and Secunda, E., “Consumer Attitudes toward Product Placement in Movies”, *International Journal of Advertising*, (1993), p. 12, p. 111.

^⑤ See Ann K. Hagerty, “Embedded Advertising: Your Rights in the TiVo Era”, 9 *J. Marshall Review Intellectual Property Law* (2009), p. 146.

^⑥ 参见关雅荻:《当电影沦为广告作品——中国电影植入广告的利与弊》,载《电影艺术》2009年第2期。

^⑦ 参见王维:《植入式广告的伦理困境反思——以央视春晚为例》,载《传媒观察》2010年第5期。

^⑧ 参见邹文武、黎梦怡:《植入式广告产业化:从含苞待放到激情绽放》,载《广告大观》(综合版)2010年第4期。

^⑨ 参见廖淑君:《政府从事电视置入性营销法律规范之研究》,载《广告学研究》2006年第7期。

^⑩ MBA智库百科 <http://wiki.mbalib.com/wiki/%E3%80%8A%E5%9B%BD%E9%99%85%E5%95%86%E4%BC%9A%E5%B9%BF%E5%91%8A%E8%A1%8C%E4%B8%BA%E5%87%86%E5%88%99%E3%80%8B>, 2011年2月14日访问。

^⑪ 参见孟繁盛:《试论隐性广告的法律规制》,载《商业文化》(学术版)2007年第4期。

显现出瓶颈。植入式广告异军突起，将成为广告业的新宠和关注的焦点，必须为其发展留下空间。^⑫简而言之，由于植入式广告所具有的巨大经济价值，法律需要对其网开一面。

那么，植入式广告到底是对传统广告的创新，还是对传统广告规制的规避？如果是前者，则相关的广告法律制度应当为植入式广告的存在提供新的制度安排；如果是后者，则植入式广告的商业价值实际上是因为逃避监管而获得的，应当被严厉规制。

二、植入式广告的性质：可识别性下的争议

尽管植入式广告被称为“广告”，却与传统广告有不小的区别。Russell与Stern曾将传统广告与植入式广告进行比较，认为二者之间存在一些显著的差异，包括传统广告通常与所展示的背景有区别，而植入式广告则嵌入剧情之中；传统广告伪装度较低，而植入式广告伪装度高；传统广告通过评估信息来进行处理，而植入式广告则通过移情来做处理等。^⑬在这些差异中，最为显著的一个方面就是，植入式广告是刻意让受众不知道这是商家通过支付费用来传递的商品、服务信息。越是巧妙的、隐晦的植入式广告越是被认为有效。“随风潜入夜，润物细无声”是植入式广告所要达到的最佳效果。和传统广告直接向消费者阐述产品卖点不同，植入式广告采取的是一种迂回、间接的方式来推广产品、服务，进而影响消费者的消费决策。因为观众在观看影视剧节目、电视节目或者是玩游戏的时候，往往注意力十分集中，如果植入的产品很好地和情节融合在一起，使其成为故事发展不可缺少的一部分，他们往往意识不到广告信息的存在，但是又对节目中出现的产品或品牌记忆深刻。一般来讲，电影、电视中的广告元素通常是以间接形式出现，所以广告信息是悄悄地进入消费者的记忆，而且是以娱乐形式出现，也让消费者以一种娱乐的心态去接受，从而达到一种潜移默化的广告效果。^⑭植入式广告的运作方式非常符合广告学中的AIDMA法则，即A（Attention）引起注意；I（Interest）产生兴趣；D（Desire）培养欲望；M（Memory）形成记忆；A（Action）达成购买行动。因此，植入式广告被认为是对传统广告手法的创新并大行其道。

也正是因为植入式广告的这一特性，有学者认为，植入式广告都是在有计划的安排下被植入到媒体节目中，利用媒体来传达产品信息及特性，增加产品的曝光机会，使消费者不容易察觉。这是以一种“非广告”的方式呈现，不能算是广告。^⑮Balasubramanian认为，植入式广告这一信息传播形式结合了广告与公共信息的关键要素，成为一种混合的信息。广告是指赞助商付费来进行信息的沟通，赞助商能被清楚的辨识出来；而公共信息不需付费，但赞助商不会被辨识出来，两者之间的关系如图所示：^⑯

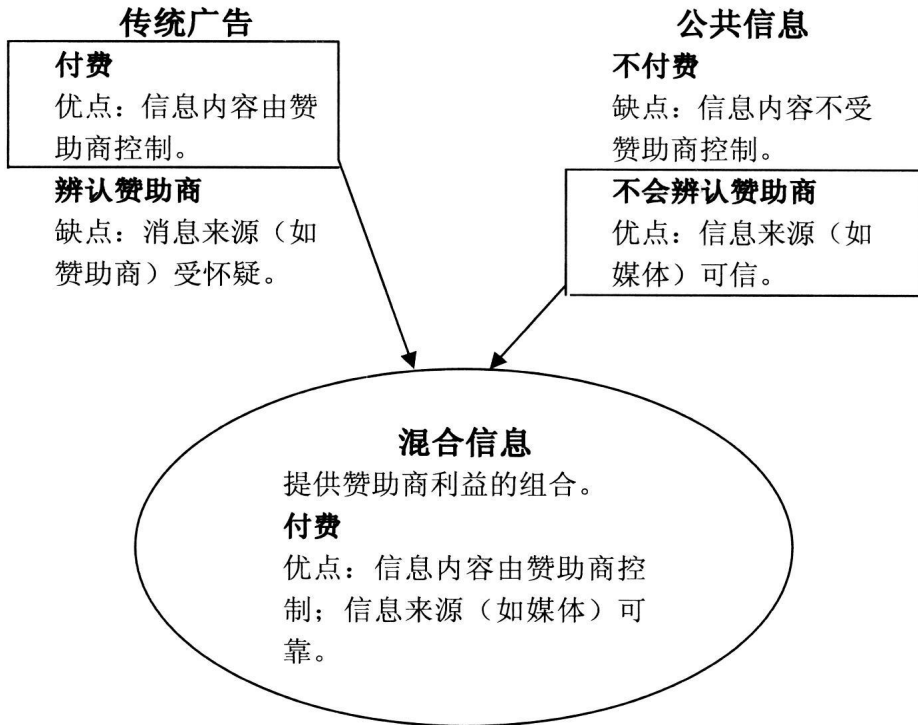
^⑫ 具体而言，有学者认为，植入式广告在我国存在的基础主要有四点：第一，国家广电总局2003年9月颁布的《广播电视广告播放管理暂行办法》限定了电视台的广告播出时间，而涨价又难以成为收入增长的支撑点，媒体不得不寻找新的创收点。第二，遥控器使观众在收看电视节目过程中，可以在广告时间段轻松实现“跳转”，传统广告的被接受程度越来越差，广告效果越来越弱。第三，付费电视时代是电视媒体应对媒体变革的现实选择，广告主不能忽略电视这一覆盖面最广、传播方式最活跃的载体，植入式广告成为解决付费电视时代传播的一个方法。第四，电视剧在观众的收视中占的份额远远超越了其他电视节目。参见孟霁雨：《植入式广告法律监管海外经验之管窥与启示》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第4期。

^⑬ See Russell, C. A. & Stern, B. B., “Consumers, Characters, and Product: A Balance Model of Sitcom Product Placement Effects”, 35 (1) *Journal of Advertising* (2006), pp. 7—21.

^⑭ 参见赵兵辉：《植入式广告研究》，暨南大学硕士论文2007年，第23页。

^⑮ 参见邱美惠：《置入性行销与人格特质关联之研究》，台湾地区亚洲大学硕士论文2009年，第8页。

^⑯ See S. K. Balasubramanian, “Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues”, 23 (4) *Journal of Advertising* (1994), p. 30.



这一观点特别强调了植入式广告和传统广告的差异，并深受美国营销协会（AMA）对于广告界定的影响。美国营销协会以经营者营销的目的出发，将广告定义为：“广告是由可明示广告主投资付费，以非个人亲身方式，对其概念、商品或服务所做的陈述与推广。”按照这一定义，广告应当包含四项基本要素：付费、非个人接触、使用大众媒体（即通过接触一般大众的传播媒介来推广特定的概念、商品或服务）、可被辨认的广告主（也就是支付广告费用的个人或机构组织）。^①对植入式广告性质的争议实际上是对广告中“可辨识广告主”条件理解的差异。有可识别的广告主到底是广告成立的条件，还是广告合法的要件？

在这里，需要对商业广告的本质进行探究。商业广告是社会化大生产过程中分工日益细密、经营者与消费者日趋疏远情形的必然产物。商品经济条件下，生产者和消费者之间存在着信息分离的矛盾，客观上需要信息中介来沟通，商品广告正是作为实现这种联系的信息传播形式而被逐渐发明和利用起来的。无论形式上从最初的吆喝、招牌、幌子到现代科技条件下的网络、多媒体等方式，也无论功能上从最初的商品促销到高级阶段的价值符号生产，广告的本质仍然为“传播商品和劳务等信息的一种方式”。^②而商业广告无疑是广告主付费的信息传递。植入式广告具有一定的特殊性，但形式变化并不是核心，并不能就此否定植入式广告所具有的广告本质。植入式广告是付费的信息传递方式尽管隐藏了付费人，但仍然属于广告的一种形式，应当被纳入到广告规制法律体系之中。按照我国《广告法》第2条规定，广告认定标准包括三个要件：付费；使用媒体；推销商品或服务。植入式广告无疑是符合这些条件的。

因此，本质上讲，植入式广告虽有创新，但仍为广告。如果将植入式广告视为广告的例外，对

^① See Donald W. Jugenheimer & Gordon E. White, 《广告学》，漆梅君译，亚太图书出版社1994年版，第9页。

^② 桂世河：《符号消费时代商品广告的本质功能》，载《经济管理》2006年第9期。

其完全不按照《广告法》的规定来要求标识广告主, 则会产生严重的问题。

三、植入式广告的负面效果: 隐蔽性下的损害

植入式广告的危害性在于其不正当地隐藏信息。在广告法律关系中, 通常涉及广告主(厂商)、广告经营者(广告公司)、广告发布者(媒体)、广告的受众(消费者)以及广告管制机构。在五个主体中, 广告主、广告经营者以及广告发布者具有利益上的一致性: 需要进行产品或服务推广的厂商首先付费让广告公司制作广告, 并支付一定费用到媒体上进行发布。因此, 广告经营者和广告发布者直接得益于广告。而消费者和前三者的利益时常会发生冲突。^① 毕竟, 所有的广告相关费用, 最终都要转嫁到消费者身上, 消费者的购买决定直接影响到产品和服务是否被接受, 进而影响到广告主、广告经营者以及广告发布者这一利益链条。在这一进程中, 作为相对方的广告主、广告经营者、广告发布者和消费者之间并非是一个平等的关系。广告活动中, 消费者往往都是处于被动接受广告信息的地位, 其对自身利益判断的主动权在很大程度上并不在自己的掌控之中。也就是说, 消费者在广告活动中对自身利益的保护实际上依赖于广告主、广告经营者和广告发布者提供的广告信息。但与此同时, 信息的提供方和消费者在一定程度上存在利益的冲突。这也使得在利益的驱动下, 广告欺诈行为时常会发生, 消费者权益被损害。因此, 为平衡这些行为, 广告管制机构的作用是通过行政执法, 从第三方角度来控制广告活动, 确保广告信息在广告主、广告经营者、广告发布者和消费者之间的对称、平衡、无误导性, 保护消费者的利益以及其他经营者免受不正当竞争损害的权利。在这一关系中, 广告的可识别性具有重要地位, 而植入式广告所带来的“创新”如果不受管制, 则会导致这一体系的平衡发生改变, 并对多方主体都构成损害。

(一) 对消费者权益的损害

消费者是植入式广告可能带来的损害中最为直接的受害者。

美国传播学者拉斯韦尔曾提出 5W 模式, 即“谁(Who)、说什么(What)、通过什么渠道(Which channel)、对谁(To whom)、产生什么效果(What effects)”。这一模式概括了传播过程的五个要素, 其中前四个因素都会对最后的信息效果产生影响。对广告予以标记, 实际上就是要让受众明白信息的来源。知道这一点, 有助于受众对广告信息进行相应判断。^② 对消费者而言, 信息来源的判断会直接影响到其选择的做出, 进而影响到其权益维护, 因此, 消费者应当有权知道相关信息背后所隐藏的利害关系。植入式广告失去广告标识的提示, 对受众可能带来更大的危害。如, 国外学者相关研究发现, 受众无法区分真正的新闻节目与植入广告的新闻, 而会将两者均视为一般节目内容。^③ 植入式广告与传统广告相同的是, 两者都正面描述产品或服务, 但在传统广告模式下, 受众明确知道广告的目的是为了推销产品、获取经济利益。但植入式广告的隐密特性, 让受众无法获得足够的信息。广告的可识别性是对消费者在广告活动中的权益进行保护的第一步, 也是极其重要的一步。如果不对广告的可识别性进行有力的维护, 则会使得前述利益冲突放大, 使得广告主、广告经营者、广告发布者以及消费者之间的信息不平衡性加剧, 并最终损害整个市场。

^① 消费者也会因为获得广告信息而间接获益。

^② 参见林照真:《“置入性营销”: 新闻与广告伦理的双重崩塌》, 载《中华传播学刊》2005年第8期。

^③ See Benjamin R. Mulcahy, “That’s Advertainment!”, 29 *May L. A. Law* (2006), p. 44.

同时,植入式广告的隐蔽性还会侵犯受众对于广告的知情权、选择权。各种媒体形式对受众知情权、选择权的侵害方式并不一样,这往往是由媒体传播方式差异所决定的。广告的可识别性不仅要体现在内容层面上,还要体现在媒介传播方式上。就报纸媒体而言,由于《广告法》已经规定广告不得以新闻报道形式发布,所以只要报纸广告合法刊载,基于报纸的空间化的阅读方式,读者可以充分地自主选择阅读或不阅读广告信息。而对电视媒体而言,在线时间形式的媒介载体上,观众的接受是以耗时的方式进行的,是一次性、不可逆的。因此,广告在内容意义上可识别性并不必然能够保障消费者的知情权、选择权。正基于此,有学者认为,要保障消费者的选择权,广告的播出时间必须和其它非广告信息即新闻与娱乐节目的播出时间予以明确区别。否则,广告的可识别性就会落空,观众对于广告的选择权就会被侵犯,电视广告传播也就逾越了媒介理论规范。^②从一般意义上讲,广告与非广告严格区分并非保护受众知情权、选择权的充要条件。其实只要受众知道接下来的内容中会存在广告信息,就可以实现自主地选择继续看还是不看。当然,选择权保护的前提仍然是通过一定的方式提示广告的存在。在中国,植入式广告尽管才开始发展,但因为广告而侵犯消费者知情权、选择权在中国已经有数个案例,^③植入式广告的危害性应当引起足够的重视。

(二)对广告主、广告经营者、广告发布者的错误诱导

植入式广告因其隐蔽性还会导致过于强化广告主、广告经营者、广告发布者的利益,进一步破坏其与消费者之间的利益平衡。植入式广告,实际上是广告的发布者在广告的发布方式上的“创新”,会导致广告主、广告经营者和广告发布者的利益链条被刻意隐藏起来,在缺乏法律规制而普通消费者又难以察觉时,这些主体对商业利益的追求会因此而被扭曲。

对媒体而言,如果有利益关系的直接介入,会导致信息传播故意的不客观。广告的核心是为了宣传、推广产品和服务。在这一目的下,广告的立场当然是为产品和服务的提供商服务。但这种包含利益的信息传递必须限定在合适的范围中,否则必定因失去约束而危害公共利益。广告商和媒体是利益的共同体,在利益的不当刺激下,有提供失真信息的倾向。以曾经在中国泛滥的有偿新闻为例,新闻要求客观、公正,^④大众对于广告与新闻的结合激烈反对,“有偿新闻”被认为是“新闻与广告伦理的双重崩溃”。^⑤因为作为植入式广告的一种形式,有偿新闻的存在可能挑战一个社会中新闻公正的基本标准,将新闻报道变成媒体和广告主出于金钱考虑而勾结一气的共谋行为,瓦解媒体作为社会“公器”的社会信誉。^⑥从效果上讲,就同一商品或服务分别采取广告与新闻等形式进行宣传,对消费者的影响是大不相同的。如果广告不具有识别性,受众会被一个貌似“客观”的媒介所发布的信息误导。消费者把广告混同于新闻等非广告信息,势必会影响其正确判断和决策结果,

^② 参见李蓉、张晓玥:《电视植入式广告的媒介伦理与合法性问题》,载《电视研究》2010年第1期。

^③ 一个典型的案件是电影《英雄》的贴片广告侵犯消费者知情权案件。浙江某律师认为,其在翠苑电影大世界处欣赏影片《英雄》时,电影播出前播出广告约10分钟,损害了消费者权益,构成强迫消费。浙江省杭州市西湖区人民法院一审判决认为,原告在翠苑影院处购买电影票观看《英雄》,双方形成消费者与经营者之间的法律关系。翠苑影院作为经营者,在事先未告知原告的情况下,播放影片《英雄》前播出商业广告,侵犯了消费者的知情权。对此,翠苑影院应承担相应的民事责任,其承担责任的方式应根据本案侵权的具体情节与所产生的后果予以适当确定。参见陈慰星、许煌灯:《电影〈英雄〉贴片广告案的思考》,载《人民法院报》,2003年8月28日。

^④ 尽管每个媒体、记者都有自己的主观判断,不可能有绝对意义上的客观,但这种主观上的倾向性必须是没有利益纠缠其中。由于广告与新闻等信息存在诸多根本性差异,如宣传性质、目的、地位、影响程度等等不同,无论从理论上还是在实践中都必须严格区分,并分别由不同的法规进行调整。广告是广告主可以控制的商业行为,它属于企业营销管理的范畴,因此不能与客观、公正的新闻宣传相提并论,也不能与科学、文学以及广告之外的艺术相混淆。

^⑤ 同注②。

^⑥ 参见应飞虎、葛岩:《软文广告的形式、危害和治理》,载《现代法学》2007年第3期。

甚至可能造成事与愿违的后果。²⁰ 然而, 由于假借新闻的外衣, 对于广告主和广告发布者来说, 更容易达成推销产品、服务的目的, 使得这一行为一度泛滥。在新闻出版总署 2007 年度全国都市报质量检查中, 一个重大的问题就是新闻与广告混淆及广告不加标识, “疑似广告”的内容占版面的比例高达 63.49%, 远远高于 2006 年的 36.8%。²¹ 因此, 世界各国对将各类广告(不仅是商业广告)隐蔽于新闻中都严厉禁止。如, 日本 TBS 电视台在 2006 年 7 月 21 日晨间新闻节目中, 制作了一则有关 731 部队意图使用生化武器进行攻击的新闻专题。其中, 摄影镜头若有似无地带到了布景后方道具堆, 而道具堆上摆放着当时正准备参选的自民党党魁安倍晋三的照片立牌, 引发所谓负面性意识形态植入的争议, 而日本媒体的主管机关——总务省也对此报导内容进行调查。²² 因此, 对特定的广告行为进行标识, 实际上是媒体与广告商对消费者的提醒义务, 也是为自己的商业行为划定基本的界限。

此外, 大多数媒体的赢利模式都是通过提供免费(或者非常低价)的内容服务, 以吸引读者, 在聚集大量人群之后, 将其“注意力”卖给广告客户而获取利润。因此, 广告越多, 媒体的收入越高。这也使得各媒体都尽可能地多做广告。而植入式广告的“创新”再不受节制, 会使得媒体节目广告化的倾向越来越明显。按照台湾地区《广播电视法》第 2 条的定义, “节目”是指广播与电视台播放有主题与系统之声音或影像, 内容不涉及广告者。而“广告”则是指广播、电视或播放录像内容为推广宣传商品、观念或服务者。节目广告化所反映的问题实际上是经济利益对于节目完整性的破坏。由于经济上压力, 将使得创作者不得不修改节目内容以迎合厂商需求。美国政府部门曾与 ABC、NBC、CBS、UPN、WB 及 Fox 等电视媒体达成植入式广告协议, 将反药物滥用的信息植入到电视节目中。WB 电视网节目“Smart Guy”的制作人表示接受政府部门信息的植入会对节目文本的编辑造成干扰, 其原本打算在剧情中刻画出二个人缘很好的少年, 但在广告主的要求下, 只能更改剧情, 把角色人物变成在派对中吸毒的二位可怜虫。²³ 植入式广告的这些问题在很多国家和地区都成为社会化的问题。台湾地区“行政院新闻局”曾公布《节目广告化或广告节目化认定原则》, 以 16 条原则认定一个节目是不是广告节目化之节目,²⁴ 以抑制广告植入带来的负面效果。

(三) 对广告规制体系的损害

中国目前的广告规制主要分为三个方面: 第一, 对广告主体资格的规制, 包括广告主的主体资格、广告经营者的主体资格、广告发布者的主体资格。第二, 对广告发布行为的规制。第三, 对广

²⁰ 参见马斌《完善我国广告标记法制之我见》, 载《河北经贸大学学报》1999 年第 6 期。

²¹ 参见胡正强、马骥:《饮鸩止渴: 广告新闻化的媒介行为分析》, 载《河北师范大学学报》2010 年第 1 期。

²² 参见注⑫。

²³ See Pete Brady, “TV Takes Prohibitionist Payola”, available at the website of Cannabis Culture, <http://www.cannabisculture.com/articles/1524.html> 2010 年 9 月 11 日访问。

²⁴ 《节目广告化或广告节目化认定原则》的判断包括: 1. 节目名称与提供广告、赞助节目之厂商、或广告中之商品名称相同者。2. 提供广告或赞助节目之厂商负责人或代表, 应邀于节目中出现, 其访谈或致词内容有推广宣传其厂商之商品或服务者。3. 节目主持人、主讲人或来宾所拍摄之广告与节目内容有关联性者, 或虽无关联性但未以其它广告前后区隔播送者。4. 节目中为促销、宣传目的, 提及商品、风景区、游乐区或营利场所名称者。5. 节目中以名牌、图卡、图表、海报、道具、布景或其它方式显示宣传文字、图片或电话。6. 刻意将节目中奖品或赠品之厂牌名称、提供者名称、电话、广告宣传词标示或以特写画面呈现者。7. 宣布赠奖内容时, 强调其特性、功能及价格者。8. 节目垫档之 MTV 歌曲未完整播出者; 但因节目时间限制, 致无法完整播出者, 不在此限。9. 节目咨询电话或网址未于节目结束时以迭印方式播送、播送时间逾二十秒或该电话与广告中电话相同者。10. 感谢赞助单位时, 未于节目结束时, 并制作人员名单, 以字幕方式播送者。11. 主持人、主讲人或来宾于节目中鼓吹观众来电、入会、购买商品或参加活动者。12. 节目中涉及有价付费讲座或相关活动信息者, 但公益活动不在此限。13. 节目中利用 0204 等付费语音电话举办活动者。14. 节目无 call in 事实, 却出现 call in 电话, 或 call in 电话与广告中之电话相同者。15. 节目中有推介特定商品之使用方式、效果, 不论有无提及该商品名称者。16. 其它节目内容及表现有涉及广告化或与广告相搭配情形。

告发布内容的规制。而《广告法》要求广告具有可识别性，除了基于对消费者权益的直接保护外，也有利于广告监督管理机关能够及时、准确地依法实施监督管理。^②因此，放任植入式广告而不对其规制，会使传统广告受到较多的规制，而植入式广告则逃避监管，这一不平衡性会导致植入式广告的泛滥，广告规制体系形同虚设。例如，我国《广告法》第7条规定，广告不得有下列情形：使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌；使用国家机关和国家机关工作人员的名义；使用国家级、最高级、最佳等用语；妨碍社会安定和危害人身、财产安全，损害社会公共利益；妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚；含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容；含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；妨碍环境和自然资源保护，等等。这些标准在传统广告中可以较好地贯彻实施，但在植入式影视广告中，却难以发挥约束作用。如2010年春节联欢晚会的一个小品节目中，一位受捐寡妇在贫困中无法缴纳子女学费的情况下，竟然提着一对高价礼酒来拜谢捐款人。商品的特写反复出现，台词中还有大声说出的商标和价钱。这种植入式广告的设计和表演于情不合，于理不容，于中国的文化传统不符。^③再如，就特殊商品和服务的广告发布标准而言，对植入式广告的网络一面也存在问题。所谓特殊商品和服务的广告主要包括：药品、医疗器械、农药、兽药广告；医疗广告；食品广告；化妆品广告；烟草广告；酒类广告；房地产广告；融资广告，等等。其中药品、烟草、酒类广告有媒体发布的限制，如处方药只能在专业性医药报刊上进行宣传，酒类广告在大众传播媒介上发布也有数量、时间和版面的限制。特别是烟草广告，《广告法》第18条明确规定：禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告；禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告。国家还制订了一系列配套法规，对利用大众传播媒介变相发布烟草广告的行为进行约束。不仅如此，发布上述商品或服务的广告，还有一些特殊标准，如必须标明广告审查批准文号以及“吸烟有害健康”、“按医生处方购买和使用”等警告语，还有一些禁止性行为，如饮酒的动作，等等。这是在“硬广告”中必须得到贯彻落实的，但在植入式影视广告中，由于广告的隐蔽性，造成广告审查环节的缺失，使这些标准在这类广告中无法落实。

四、植入式广告的特殊规制：类型化与可识别性下的信息披露

植入式广告的特性与危害性实际上都建立在隐蔽性上，由此对植入式广告的规制也提出了额外的要求。也就是说，在广告可识别性和植入式广告隐蔽性的冲突上，广告法律必须根据植入式广告的特点来进行特别规制，才能达到最佳的效果。

（一）规制的类型化处理

世界各国和地区对于植入式广告有着不同的态度。美国对植入式广告尽管有较为完善的法规，但实际执行的态度较为宽松，因此美国的植入式广告极为普遍。欧盟各国采取的管制程度并不相同，但普遍而言，欧盟国家的管制比美国严格。例如，丹麦认定植入式广告属于秘密广告而予以禁止。意大利则规定广告必须要明显，并且要与节目内容区分，在此要求下植入式广告实际上也受到禁止。芬兰与爱尔兰完全禁止植入式广告。在德国、希腊，如果有节目编辑上需求，可以将产品植入节目中，但必须避免过度强调。在英国，除产品是免费出现在节目中，禁止所有支付对价的植入广告。当然，也并非所有欧盟国家都严格限制植入广告。如荷兰就比较宽松，只要植入式广告出现

^② 参见王晓乐：《解析隐性广告：内涵、本质与背景》，载《新闻界》2007年第5期。

^③ 参见李军林：《植入式影视广告的法律思考》，载《中国广告》2008年第4期。

的时间短暂,即属合法。在葡萄牙的法律中并没有直接定义植入式广告,但实务中将植入式广告视为赞助,只要符合相关的信息披露条款即可。在英国,除了产品是免费出现在节目中,禁止所有支付对价的植入广告。^③

综合这些国家的规定,可以发现植入式广告规制有两种思路。一是完全禁止植入式广告;二是部分禁止。部分禁止实际上是基于类型化管理,在肯定植入式广告仍然具有一定存在价值的同时,针对不同的情况区别对待。两种规制模式相比较,类型化的管制方式更为合理,理由在于:

首先,植入式广告之所以能够在近年成为有效的广告策略,在产品推销效果上有几个方面的优势:1.具有成本上的效率。如,电影可以从电影院到电视台、再到家庭影像租赁不停播放,植入的成本因此而显著下降。2.让品牌有机会在无竞争状况下得以展示。3.娱乐节目的植入式广告,不管是电视还是电影,可以针对不同消费者群体的特性而对消费群体进行提前选择。^④4.看到自己喜欢的角色和演员使用特定的产品,消费者更容易被打动。^⑤这些优势的存在使得植入式广告具有一定的合理性。

其次,商业言论应有一定的话语空间。商业广告在性质上属于言论自由中的商业性言论,也属于宪法所保护的言论自由的范围。尽管宪法对其保护的力度不能与政治性言论的保护程度相提并论,但也应当有存在的空间。美国对植入式广告的态度较为宽松,在很大程度上是考虑到商业言论自由。如华盛顿法律基金会(Washington Legal Foundation)与自由广告联盟(Freedom to Advertise Coalition)支持植入式广告。这些组织认为,植入式广告为合法的商业言论,并且可以资助节目产业。而现行的披露条款已足以管理,甚至现行规定已严重限制了植入式广告,而使商业言论与电视节目制作的权利受限,可能有违反美国宪法第一修正案的疑虑。而在很多时候,商业言论和非商业言论之间的界限的确比较模糊,很难有清晰的界定。^⑥因此,植入式广告应当获得一定的认可。

再次,媒体性质在发生转变。相比美国,欧盟对于植入式广告的态度更为严格。有学者认为,这是因为美国广播电视都是私营企业,而美国政府认为通过市场的充分竞争,就可以达到最佳的公共利益。如果政府若对广播电视管制太过严格,则市场机制无法发挥作用。因此美国对于植入式广告通过披露赞助者(Sponsorship Identification)^⑦的方式进行规制。而欧盟国家大多有公共电台的历史。而越有公共电台历史的国家,对于广告越不信任(不论是公开的广告或隐藏广告)。英国、奥地利等国家,都有公营电视独占且无广告的历史,因此对于植入式广告持禁止的态度。^⑧但和中国一样,媒体的性质在逐渐发生变化。随着媒体的市场化程度提高、私人资本进入,媒体运作会呈现竞争化状态,也必然包含营利因素在其中。而植入式广告无疑在这一方面具有有效性。

最后,植入式广告的商业价值需要平衡。就目前的趋势而言,由于植入式广告的营销效果以及

^③ See Joshua Pila, "Product Placement Regulation—it's all in (Reese's) Pieces", 3 *Convergence* (2007), pp. 61–66; Bird & Bird, "The Evolution of New Advertising Techniques: The Netherlands", available at the website of European Commission, <http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/bird-bird/pub-rl.pdf>, 2010年8月23日访问。

^④ See Lance Kinney & Barry Sapolsky, "Product Placement", *The Advertising Age: Encyclopedia of Advertising*, John M. C. Donough & Karen Egoft eds., Fitzroy Dearborn Press, 2002, p. 1285.

^⑤ See Sandra Lee, "Product Placement in The United States: A Revolution In Need Of Regulation", 26 *Cardozo Arts & Entertainment* (2008), p. 203.

^⑥ See Steven N. Lewis, "Branded Entertainment and Product Integration: A Revolution in Its Infancy", 23 *ENT. & Sports Law* (2006), p. 9.

^⑦ See Richard Kielbowicz & Linda Lawson, "Unmasking Hidden Commercials in Broadcasting: Origins of the Sponsorship Identification Regulations", 56 *Fed. Comm. L. J.* (2004), pp. 329–331.

^⑧ 参见邱祥霖:《广播电视置入性营销管制正当性之探讨》,台湾地区清华大学2009年硕士论文,第13页。

其所蕴含的巨大商业利益,使得不少国家和地区的思路发生了转变,更多地倾向于在合理的范围内允许植入式广告的存在。如在确保相关广告规制制度得以实现的前提下,2005年11月底,原本对植入式广告态度严厉的欧盟委员会公布新的法案,同意松绑之前对植入式广告的禁令。态度转变的主要原因在于,欧盟发现,由于美国对商业性植入式广告较为宽松,而欧盟法令无法限制欧盟以外地区(例如美国好莱坞)制作的影视节目里的植入式广告。这使得欧洲的相关产业面临美国产品的不公平竞争。⁴⁰因此,商业化的考虑让欧盟也对植入式广告的管制有所松动。

除上述原因外,类型化管制更重要的原因在于,不同的情况下,植入式广告的隐蔽性所带来的损害是不一样的。将不同的情况进行分类并有针对性地规制,既能发挥植入式广告积极作用,又能有效地抑制植入式广告的危害性。因此,植入式广告的类型化规制应当分为两个方面,一是完全禁止的类型,一是在符合相关条件下允许的类型。应当完全禁止的植入式广告包括:

1. 新闻、信息类节目以及儿童节目,禁止植入式广告。新闻、信息类节目对公正性、客观性有最高的要求,“隐蔽的商业利益”的侵入会对该要求带来极大的挑战,并扭曲整个社会的信任体系。因此,对于这些节目类型,严格禁止植入式广告有利社会公正。对儿童节目而言,因儿童的辨别能力很低,即便是在传统广告形式下,儿童都是最容易受到广告影响的群体。如果植入式广告得以在儿童节目中实施,那么其隐蔽性所带来的危害将会发展到极致。因此,即便是对植入式广告比较宽松的英国,对儿童节目也有严格限制。

2. 香烟、酒、药品等特殊产品不能在电视节目中进行植入式广告。特殊商品的广告形式受到严格限制的主要原因在于,这些产品往往会给消费者带来身体上的直接损害,或者必须要严格按照医生的指示使用以避免潜在的危害。植入式广告相比传统广告具有更好的产品推销效果,如果在这些特殊产品中进行应用,会促进相关产品的销售,但也会加大这些产品可能带来的潜在危害。同时,传统广告管制中,这类商品是监管的重点,如果允许植入式广告,则会变相为原本严格的管制打开缺口,使得整个管制体系受到冲击。

3. 包含植入式广告的节目不应当直接鼓励观众购买或租用产品或服务,尤其不得有特别促销这些商品或服务的内容。为了防止节目广告化,将节目演变为广告,或者将广告演绎为节目,植入式广告的营销方式应该受到限制。实际上,当通常的节目中包含了大量的广告内容,并通过节目直接进行产品促销时,节目与广告的界限就已经非常模糊。针对此,需要在强化节目与广告之间的分离。直接鼓励观众购买、租用产品或服务的植入式广告,会促使节目广告化和广告节目化的趋势。

这些完全禁止的植入式广告都有一个共同的特点,即在传统广告管制体系中,都属于被严格管制的部分。尽管植入式广告是一种新类型的广告,但其隐蔽性的特性只会使得这类广告负面效果被放大,因此,对这些类型的植入式广告仍然应当禁止。

对符合相关条件下允许的植入式广告类型实际上是看到了任何新生事物都具有的两面性。植入式广告的危害建立在其隐蔽性上,如果对隐蔽性进行有效限制,则可以最大限度地减少植入式广告的危害。因此,针对植入式广告的特点而建立披露制度就显得非常重要。

(二) 可识别性下的信息披露

对植入式广告的规制意味着广告必须具有可识别性。只要包含有植入式广告,广告主都必须予以披露。广告受众可以判断媒体相关资讯中是否包含有广告,并可选择是否接受这一信息。广告信

⁴⁰ 参见注③第18页。

息的绝对披露是基本原则，是对广告可识别性最基本的维护。

但以何种方式来实现对植入式广告的认识，是否实质上满足植入式广告可识别性要求的重要方面，直接影响到对植入式广告规制的效果。在这一点上，美国有非常典型的表现，在其1927年《广播法》(Radio Act)中就对植入式广告进行规范，第19条规定广播电台必须要向受众披露其所直接或间接收取的金钱或其它对价。现行的美国1996年《电信法》第317条及第507条也规定，广播电视媒体接受对价时，必须要向受众披露赞助厂商。而按照美国的行业监管机构FCC的要求，直接或间接地提供保证或者金钱、服务以及其它对价时，都将被视为赞助，都需要披露赞助厂商。同时，考虑到广播电视媒体的员工或是其它可能接触到该节目制作、播送的人员是否知道有植入式广告对于其规制有重要作用，因此从节目制作到播出的环节都必须连续地披露。如果违反了披露义务，可以处以一万美金的罚款，并可判一年以下有期徒刑。如果单从条文上看，美国对植入式广告的限制非常详尽而严格。但在这样的法律规制下，植入式广告不仅没有受到限制，反而呈泛滥之势。背后的原因在于，虽然美国通讯法律的规定繁琐且复杂，但在法律的实际执行中，美国广播电视公司只要在节目开头或结尾标示“本节目由某赞助商赞助”，即可符合规定。而目前常见的作法是在节目最后以快速简洁的方式带过。这使得美国法律虽然规定了较为完善的披露义务，但因披露方式上的放松，而影响最终的规制效果。^④因此，披露形式的要求是实现广告主披露义务的重要保障。在这一方面，以下几个因素值得注意：

1. 保证披露的显著性。对植入式广告的披露时间长度和具体方式，应以普通的受众能够辨别作为标准。^⑤广告的形式千变万化，但其所指向的对象无疑是广告的受众，让其获得广告信息是其根本的目的。因此，以普通受众能够辨识广告来源作为其披露形式是否适当的标准是最为根本的标准。在此基础上，具体的披露形式应当根据广告的方式进行判断，需以足够的提醒为基本的要求。

2. 被植入广告的节目时间长短。节目的时长往往影响受众对信息的接受。如果节目的播出时间在5分钟以内，则广播电视媒体只需要在节目的开始或结束时，对广告主予以披露，就可以实现对广告主的告知。^⑥因为节目时间短，不管是在开头还是在结尾披露广告主时，受众能够较好地广告信息与广告主对应，从而有效判断信息的可接受程度。如果节目时间较长，则有必要调整披露的方式。非营利组织Commercial Alert认为，^⑦将披露信息移至节目开始前，可以避免受众忽略广告主的信息。或者在节目进行时遇有植入广告出现，则以实时弹出式(pop-up)的文字来披露。^⑧这些无疑都是有效的方式。^⑨

^④ 当然，值得注意的是，各国观众对于影视植入广告接受态度本身不尽相同。中国观众对于植入广告接受程度要明显低于美国观众。See Sally A McKechnie, Jia Zhou, "Product placement in movies: a comparison of Chinese and American consumers' attitude", 3 *International Journal of Advertising* (2003), pp. 349-374. 而与新加坡、法国、澳大利亚观众等相比，美国人也是对植入广告最为接纳的。See Stacey Brennan, Philip J Rosenberger III & Veronica Hementera, "Product placements in movies: An Australian consumer perspective on their ethicality and acceptability", *Marketing Bulletin* (2004), pp. 1-16; Pola B Gupta & Stephen J. Gould, "Consumers' perceptions of the ethics and acceptability of product placements in movies: Product category and individual differences", 19 *Journal of Current Issue and Research in Advertising* (1997), pp. 37-50. 这也意味着，在不同的国家，植入广告所要面临的规范程度是不同的。

^⑤ 参见注③ pp. 206-217.

^⑥ See 47 C. F. R. § 73. 1212 (d) (2008).

^⑦ Commercial Alert 为一非营利组织，关注商业文化对于社会大众之影响，如植入式广告、药物广告、儿童节目广告等。

^⑧ 参见注③ 第16页。

^⑨ 当然，需要注意的一个问题是，如果在电影、电视剧中不断以弹出式窗口等形式进行提醒，尽管会让受众明确知道广告的存在，但也会因此而影响消费者的观看过程。作为这一问题的解决方式，应当特别规定植入式广告在相关节目中的总量和总时长。例如，一部90分钟的电影，植入式广告的数量不能超过15个。

3. 植入式广告本身的长短和表现形式。我国《广告法》第2条规定中最大的争议在于, 何种程度的声、画显示, 可以被认定为“介绍”?^{④①} 对于植入式广告的规制而言, “介绍”应当做缩小的解释。因为通常情况下, 植入式广告仅仅在较短时间内出现商品、服务商标或公司名称等, 并不需要特别披露(如利用弹出式广告或者屏幕下方的字幕等)。原因在于两个方面: 首先, 如果只出现特定类型的商品, 往往难以判断这一商品是支付费用的广告, 还是节目根据剧情、场景的需要而采用的道具。其次, 由于时间出现非常短, 受众对相关信息的接受也非常有限, 误导的可能性相应降低很多。最后, 由于仅仅出现一些商品、服务的商标或者公司名称, 因没有包含产品质量、功用等对消费决策更具影响力的信息, 对受众而言, 最多是对商标、名称有所知晓, 往往不会产生显著的误导性作用, 危害程度较低。因此, 2004年欧盟委员会针对植入式广告曾做出解释, 认为只有在节目中过度强调该产品, 方属禁止的植入式广告。^{④②}

五、结 语

中国的植入式广告产生的时间并不长, 但其快速的发展在带来巨大商业利益的同时, 也产生了争议。部分植入式广告的植入方式生硬、植入频率过高已经引起了观、听众的反感^{④③}, 显露出因植入式广告作为一种新颖的营销形式, 相关产业的参与者只注重植入式广告带来的商业利益, 而法律规制上由于对其认识不足而缺乏相应规范的现实。正如前文所指出的, 尽管植入式广告是一种具有一定程度创新的营销方式, 但其本质上仍然是广告。如果不利用《广告法》来对其有效规制, 其负面效果的爆发会使得消费者受损、广告规制体系崩溃。所幸, 越来越多出现在晚会、电视剧、电影中的植入式广告已经引起监管部门的注意。国家工商总局近日答复全国人大代表建议时说, 针对植入式广告, 将结合正在进行的《广告法》修订, 提出相关立法建议。^{④④} 只是, 植入式广告作为新兴事物, 在规制的时候必须结合其自身的特点, 给其保留生存和有序发展的空间。

【主要参考文献】

1. 关雅荻:《当电影沦为广告作品——中国电影植入广告的利与弊》, 载《电影艺术》2009年第2期。
2. Russell, C. A., & Stern, B. B., “Consumers Characters and Product: A Balance Model of Sitcom Product Placement Effects”, 35 (1) *Journal of Advertising* (2006).
3. S. K. Balasubramanian, “Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues”, 23 (4) *Journal of Advertising* (1994).
4. 应飞虎、葛岩:《软文广告的形式、危害和治理》, 载《现代法学》2007年第3期。
5. 李军林:《植入式影视广告的法律思考》, 载《中国广告》2008年第4期。
6. Richard Kielbowicz & Linda Law son, “Unmasking Hidden Commercials in Broadcasting: Origins of the Sponsorship Identification Regulations”, 56 *Fed. Comm. L. J.* (2004).

(责任编辑: 姚海放)

^{④①} 参见注②

^{④②} 参见注③ 第18页。

^{④③} 参见王维《植入式广告的伦理困境反思——以央视春晚为例》, 载《传媒观察》2010年第5期

^{④④} 参见杨滨《植入式广告引起注意 工商总局称将提立法建议》, 载《北京晚报》, 2010年8月19日。

Law definitely makes progress on reform of capital punishment. However, there is still a long way to achieve the objective of abolishing death penalty. In accordance with Beijing Rule, the new amendment adds more provisions of criminal penal lenience specifically targeted for the adolescents and the seniors, which maximizes their human rights protection. But it still fails to establish the system of elimination of conviction records of the adolescents and the adults. Pursuant to Tokyo Rule and other relevant international human rights conventions, it improves non-confinement system by containing the principle of community correction, which represents China's positive response to relevant international conventions. The new amendment revises not only criminal law but also human rights protection system in China. It is not merely an amendment, but also an achievement of human rights protection in China.

Keywords The 8th Amendment to Criminal Law; International Conventions on Human Rights; Human Rights Protection; Lenience of Criminal Punishment

Liu Yanhong, Professor of Dongnan University Law School.

On Purpose of Building Tax Reform: Macro-control or Rule of Tax Law YAO Haifang⁵¹

The ongoing building tax reform under the house market macro-control can't complete the mission of housing price stabilization. Under the rule of tax law, the building tax has its functions of adjusting the gap between the rich and the poor, optimizing the allocation of resources and raising tax revenue. The author holds that the real goal of building tax reform nowadays is a method of solving tax revenue problems. So with the guide of the principles of division of power and rule of law, we should improve the institutional laws about the local taxation, legal restraint and public finance to perfect our financial and tax system.

Keywords Building Tax; Macro-control; Rule of Tax Law; Public Finance

Yao Haifang, Ph. D. in Law, Lecturer of Renmin University of China Law School.

A Study on Product Replacement Advertisement Regulation LI Jian⁶²

Product placement is increasingly developed as a novel marketing method. However, concealed product placement conflicts with the requirement of advertising's identifiability. Product placement, in nature, still falls into the scope of advertisement. If it is not regulated by advertising law system, the interests of consumers and advertisement publishers may not be properly protected and the current advertisement law system may be damaged accordingly. Meanwhile, the regulation of product placement shall correspond to the concealment of product placement. Firstly, product placement shall be classified and then regulated, based on possible negative impacts. Secondly, the approach and extent of product placement shall be regulated in order to limit its negative impact.

Keywords Product Placement; Identifiability; Concealment; Advertisement Law

Li Jian, Ph. D. in Law, Associate Professor of Shanghai Jiao Tong University KeGuan Law School.

Absolute Voidance and Relative Voidance of Contract: A Technicalized Interpretation on Rule of Contract Validity Evaluation LI Wentao⁷⁴

As the principle of evaluating contract validity, the system of defining a contract being effective,