

# 论商业广告中代言者代言行为的法律责任

张红, 张玺

(贵州民族学院, 贵州 贵阳 550025)

**摘要:**近年来,商业广告中代言人代言责任问题备受社会各界关注,也促使了我国相关法律法规的出台和完善。然而,我国对于该问题的研究长期以来一直处于欠缺状态,因此有必要加以深入探讨和研究。对于虚假广告中的代言人代言行为应当加以鉴别和区分,只有荐证行为才承担法律责任,单纯的表演行为不应当承担法律责任。此外,对于荐证责任也应根据产品侵权行为的法律性质,区分不同情况,承担相应责任。

**关键词:**商业广告; 代言行为; 荐证行为; 法律责任

中图分类号: DF 49

文献标识码: A

文章编号: 1008-7192(2011)04-0023-05

## On Legal Responsibility of the Spokesman's Endorsement in Commercial Advertisement

ZHANG Hong, ZHANG Xi

(Xi'an Univ. of Arch. & Tech., Xi'an 710055, China)

**Abstract:** In recent years, the responsibility of the spokesman's endorsement in commercial advertisement has attracted much attention and discussion of the society, which also promotes the introduction and perfection of relevant laws and regulations in China. However, the research on this issue remains untouched in China, and therefore, it is necessary to make in-depth an exploration to identify the spokesman's endorsement in deceptive advertisement. It is the endorsements and testimonials that the endoser is expected to bear legal responsibility for, but not the pure performance. In addition, the responsibility of endorsements and testimonials is distinguished depending on the legal character of the infringing action of products and the relevant lawful liability should be assumed accordingly.

**Key words:** commercial advertisement; endorsement; endorsements and testimonials; legal responsibility

### 一、问题的提出

20世纪80年代末,我国著名表演艺术家李默然为“三九胃泰”拍摄广告片,开创了中国名人做广告先河之后,中国快速进入了品牌代言人时

代。据统计,2006年上半年,央视晚间黄金时段(19点至21点)名人代言广告占该时段广告总数的80%以上。代言人代言广告,已经成为各种品牌发展和扩大影响的必然趋势<sup>[1]</sup>。然而,长期以来相对于蓬勃发展的广告代言事业,我国却缺乏相关的法律、法规对其加以引导和规范,导致一

收稿日期:2010-11-13

作者简介:张红(1973-),女,贵州贵阳人,贵州民族学院法学院副教授,研究方向为民商法学。

旦出现虚假广告,代言人往往把责任推得一干二净,司法机关也难以追究广告代言者的法律责任。2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常委会第七次会议通过的《中华人民共和国食品安全法》,首次明确了虚假广告中向消费者推荐食品的行为人与食品生产经营者承担连带责任<sup>[2]</sup>,这为消费者维护自身合法权益,提供了新的法律救济途径。但该规范只适用于食品广告代言。此外,对代言人的行为不加区别的苛以严厉的连带责任,更是值得商榷。代言人代言到底谁是谁非,法律规定到底有无道理,还需要我们继续探讨,加强说理论证,以期提出更加合理的、有效的解决方案和措施。

## 二、广告代言行为的种类

产品代言,实际上就是代言人给产品做广告<sup>[3]</sup>。根据代言人在广告中所扮演的角色以及发挥的作用的不同,一般将代言人代言行为区分为单纯的表演行为与广告荐证行为。

单纯的广告表演行为,是指代言人直接或借助技术设备以声音、表情、动作公开展现一些预先创作的广告作品的内容的行为。代言人只是将广告作品的创作内容表现出来,在广告中没有个人主观意志的表达,他们不向消费者传达有关产品服务的功用、质量好坏等信息,也不推荐消费者购买和使用该广告产品,其作用仅仅是引起观众的注意。“一个单纯意在引起注意力的行为,通常不是承担法律责任的根据”<sup>[3]</sup>。在美国佛罗里达州的“Kramer V. Unitas案”中,初审法院以及第十一巡回法院都认为:“Unitas在广告中对First Fidelity公司的介绍,以及其对消费者的邀请并不能构成一种消费者可以合理信赖的推荐,而仅仅是一种介绍的手段,因此不需要承担代言虚假广告的法律責任”。由此可知,在此类广告中,代言人只是一名单纯的表演者,他们按照广告主的意图实施表演行为,并没有表达个人主观意志,在广告中,代言人仅仅是展现产品信息的媒介。其作用仅仅局限于吸引广告观众的注意力。在以个人意志为基础构建的法律责

任制度中,没有个人意志的表演者当然不需要承担代言此类虚假广告的法律責任。

荐证广告,即广告推荐与证言行为,该概念是由美国联邦贸易委员会(简称“FTC”)制定的《广告荐证指南》中使用的“endorsements and testimonials in advertising”翻译而来。FTC把“推荐”或“证言”定义为,“消费者可能认为反映了非广告赞助商一方的观点、看法结论或经历的广告信息”<sup>[4]</sup>。广告荐证行为,是指代言人为了宣传广告主的产品,利用其自身的公众影响力向消费者描述产品的质量、功效,并反映出自身对于产品的信赖、意见甚至亲身体会的效果,从而使消费者产生积极的购买热情,达到推荐产品作用的效果的行为。代言人在广告中主动利用自身的声望吸引受众的注意力,然后再对观众进行劝诱并使其信任,从而向观众推荐产品或对产品作证言,他们在这一过程中表达的是自己的主观意志,对产品起着“隐性担保”作用,通常需要为自己的行为负责<sup>[4]</sup>。在荐证广告中,代言人可以通过语言形式向观众传达有关产品服务的功用、质量等方面的信息,也可以通过非语言的形式传达上述信息,荐证行为本身并不违法,但是当代言人实施了虚假和不实的荐证行为,吹嘘产品的功效,欺骗消费者,就应当为这种“证言广告”或“明示担保”负责。

## 三、代言人荐证行为法律责任的性质及其构成

### 1. 代言人荐证行为法律责任的性质

讨论虚假广告中代言人荐证行为法律責任的前提应当是明确其行为的法律性质及責任基础。代言人对其荐证行为承担法律責任的正当性是什么呢?我国学者杨立新教授认为产品代言行为产生于合同,但并非基于产品代言合同而发生产品代言連帶責任,該責任源于产品侵权行为,应当将产品侵权責任規則作为产品代言人承担民事連帶責任的法律基础<sup>[4]</sup>。姚輝教授也认为,代言人虛假代言行为所承担的是产品侵权責任,与产品生产者和销售者承担共同侵权的連帶

责任<sup>[5]</sup>。笔者认为,代言人荐证行为责任不是合同责任,而是一般侵权责任。

首先,代言责任不是基于产品代言合同产生的。虽然代言人的产品荐证行为产生于产品代言合同,但是却不能依据该合同追究代言人虚假荐证的法律 responsibility。因为,产品代言合同是代言人与广告商以及生产者或者销售者之间订立的合同,该合同只规定了上述当事人之间的权利与义务关系并对其进行法律约束,然而合同当事人与其他人之间的法律关系并不受产品代言合同约束。这是合同相对性原则所决定的。所以,当消费者的人身财产权利遭受缺陷产品的侵害时,无法通过该合同追究代言人虚假荐证行为的法律责任。

其次,代言责任也不是基于买卖合同产生的。所谓的买卖合同是建立在生产经营者和消费者之间,生产经营者和消费者相互之间负有一定的权利义务关系。生产经营者因提供的瑕疵或是缺陷产品给消费者造成的损害,应当由生产经营者承担赔偿责任,买卖合同的相对性不涉及产品代言人的责任问题,所以产品代言人承担的责任不是买卖合同责任。

合同责任无法解决产品代言人与消费者之间的法律关系,寻求法律的一般规定调整上述关系必然成为唯一可供选择的路径。产品代言人与消费者之间的损害赔偿关系产生于产品侵权这一法律事实,因此,产品侵权责任规则自然成为调整该法律关系的一般规定。

在《食品安全法》颁布以前,我国对于代言人推荐的食物或者产品有缺陷并造成消费者合法权益的损害,究竟应否承担民事责任,长期以来并不明确,然而,国外立法对于代言人代言的法律责任则有明确的规定。例如1975年美国广播事业协会订立的《美国电视广告规范》的一般准则第17条规定,证言性质的广告,内容必须有真人真事为证,凡无法证实者,不予接受播映。意思就是广告中的代言人必须是所代言产品直接受益者或使用者,而且广告中有关产品效果的部分必须有事实依据,负责就会被重罚<sup>[6]</sup>。加拿大《广告标准准则》第7条规定“代言、推荐或证明

人必须是该产品或服务的实际使用者,广告相关信息必须有充分事实依据,绝不许欺骗或误导消费者,否则承担相应的民事责任”。因此,接下来有必要探讨代言人对其荐证行为承担产品侵权责任的合理性。

在缺陷产品侵害消费者合法权益时,虽然生产缺陷产品的生产者或导致产品缺陷的销售者应当对损害后果承担不可推卸的责任,但是产品荐证人对于缺陷产品损害范围的扩大同样也具有不可推卸的责任。正是由于代言人对广告产品的推荐与证言,才会有更多消费者基于对代言人良好形象的信任或崇拜,愿意购买使用该代言产品,这是代言人获得高昂代言费的原因,也是代言人承担产品侵权法律责任的原因。消费者基于对广告代言人推荐或证言行为的合理信赖,理应获得与这种信赖相符合的利益,这种利益来源于消费者对于代言产品或服务的使用,并应当产生的效果与代言人在广告中所作出的描述基本一致。对于虚假广告中是否存在代言人个人主观意志表达的判断,可以借鉴美国“理性人”标准的有关规定,以产品服务消费群体中理性消费者的认知能力为标准,判断代言人是否在虚假广告中存在荐证行为。当代言人合理运用自身良好形象引导广大消费者购买其代言产品时,代言人的代言劳动并不能为其创造出与其代言费相对等的价值,代言人获得高昂代言费的原因更多是由于其正确引导消费者的消费行为,节省了消费者由于寻找符合其特定需求的良好产品所花费的交易费用,增加了消费者由于使用良好产品所获得的满足和收益。因此,代言人在承担正确引导消费者消费的风险的同时,理应获得增加的消费者收益的一部分,这部分收益等于代言人代言费减去代言人代言劳动创造的价值余额。与此相反,当代言人的虚假广告荐证行为误导广大消费者,造成消费者由于购买使用缺陷产品的损失时,代言人自然应当承担与其正确引导消费者消费的风险相适应的责任。

## 2. 代言人荐证行为法律责任的构成

《中华人民共和国食品安全法》第55条明确规定:“社会团体或者其他组织、个人在虚假广告

中向消费者推荐食品,使消费者的合法权益受到损害的,与食品生产经营者承担连带责任。”全国政协委员冯小刚对《食品安全法》提出了异议,他认为代言人要承担连带责任的规定是片面的、不公正的,如果代言人要承担连带责任,相关部门和发布机构也应承担相应责任<sup>[7]</sup>。笔者也认为对于代言人荐证行为责任承担不应笼统的规定为连带责任,这种连带责任对于代言人过于严厉。消费者面对琳琅满目的商品,对于商品质量的判断借助于一些外部的因素来建立消费信心,代言人在公众当中所具有相当影响力就是一个外部因素,以代言人自身的知名度,消费者的认同感来引导消费者的消费导向,坚定了消费者的购买信念,所以代言人应当对于自己的这种误导负责。然而让代言人承担的责任过重,不符合权利义务统一的原则,会打击代言人的积极性,也会阻碍我国广告事业的发展。因此,对于代言人荐证责任的承担应当分情况而定。

#### 1. 代言人与商品生产者或服务提供者因具有共同故意承担连带责任

代言人与商品生产者或服务提供者之间存在故意,构成共同加害行为,对此应按照《侵权责任法》第8条规定承担连带责任。所谓连带赔偿责任指因违反连带债务或依法律的直接规定,多名赔偿义务人向赔偿权利人负全部赔偿责任,赔偿权利人有权要求一名或数名赔偿义务人承担全部赔偿责任或部分赔偿责任,而一名或数名义务人承担全部赔偿责任后,将免除其他义务人的赔偿责任<sup>[8]</sup>。连带责任的承担是一种最严厉的赔偿责任,荐证人需要以其全部财产承担责任。消费者在受到损失后,既可要求荐证人承担全部责任,也可要求商品生产者或服务提供者承担全部责任。《侵权责任法》重申了共同侵权中连带责任的意思联络要求,表明立法重新回到确立严格的连带责任的本源,即对共同故意加害行为的严格约束。在此种情况下承担连带责任的共同加害行为具体构成要件如下。

首先,具有数个加害人。由数个行为人共同侵害他人合法权益,行为人必须是两人或两人以上,在产品荐证赔偿责任中,加害人包括制造商,

代言人,如果仅有商品生产者、服务提供者或代言人一人实行了加害行为,则只能构成单独的侵权行为。

其次,各加害人之间具有意思联络。意思联络是指数个加害人在共同实施侵害他人权益的行为中,不仅主观上意识到彼此的存在,具有共同追求的目的,而且客观上也为达到此目的而付出了共同的努力,他们各自承担了一定数量的相互之间有一定联系的行为部分<sup>[8]</sup>。荐证人及商品生产者、服务提供者他们在造成消费者损害的行为中相互串通或虽没有相互串通,但荐证人明知其所推荐的产品存在重大缺陷,仍然为商品生产者或服务提供者代言。作为产品的信息媒介,代言人的荐证行为使产品信息在大众中的传播更为迅速和广泛,基于大众的信赖,其传播的虚假信息就会更具欺骗性,虚假产品带的侵害程度也就更大。

最后,各个加害人的行为都符合侵权行为要件。各个加害人都实施了给他人的人身或财产造成损害的行为,产品生产者或服务提供者生产或提供了给消费者人身或财产造成损害的缺陷产品或服务。荐证人则对消费者推荐了存在缺陷的产品或服务,使得消费者在代言人效应的影响下购买或接受了存在缺陷的产品或服务,并且因为缺陷产品或服务造成了人身或财产方面的损失。

从以上分析可以看出,荐证人与产品生产者或服务提供者在上述情况下构成共同侵权,应依照《侵权责任法》第8条承担连带赔偿责任。

#### 2. 代言人与商品生产者或服务提供者因原因力的不同承担按份责任

由于不少商品的标准和说明相当专业,仅仅凭借一般的个人知识经验,亲身体验来鉴别代言产品的功效,都有一定难度。国家质检机构出具的证明是代言人代言合法以及承担代言责任权威的依据,对侵权责任分担从风险控制理论来说,相比代言人,更具有风险控制能力。出具产品合格证书具有专业优势和权威证明的机构,在其监管不力的情况下,更应当为自己的失职行为承担责任。荐证人进行了一定的审查义务,并不存在代言虚假广告的故意,对于其责任的承担也

应当相应的减轻。因此,荐证人与产品生产或服务提供者因原因竞合构成无意思联络数人侵权,不应承担连带责任,而是按照各自原因行为对损害后果的发生所引起的作用来确定。

所谓原因行为是指多个原因造成同一损害而不能按照共同侵权行为处理的损害类型<sup>[9]54</sup>。对荐证人与商品生产者或服务提供者构成无意思联络数人侵权原因竞合的要件如下。

首先,客观上,二人以上分别实施侵权行为,这种二人以上分别实施侵权行为包括两种情形,一是两个或两个以上的加害人分别对受害人实施了加害行为,导致受害人损害结果的发生;另一种是一个加害人的行为导致损害结果的发生,另一个加害人的行为导致损害结果的加重<sup>[9]54</sup>。商品生产者或服务提供者生产或提供了缺陷产品或服务,这种缺陷产品足以使消费者受到损害,代言人在代言时不知产品质量与所做的宣传不符,其基于国家权威认证或是其他证明文件从事产品代言,并没有故意与产品商品生产者或服务提供者相互串通,也没有明知产品有瑕疵仍然代言的故意,所以其与广告主,商品生产者,服务提供者之间不存在共同故意行为。只是因为其自身的社会影响、感召力吸引广大消费者对于代言人个人的崇拜而购买商品或接受服务,因为代言人的行为使得更多的人受损,所以代言人承担责任是因为其行为导致损害结果的加重。

其次,在主观上,行为人分别实施的侵权行为没有意思联络,代言人与商品生产者或服务提

供者之间并没有串通,代言人事先也并不知道其所推荐的产品存在缺陷。

再次,在损害结果方面,造成了同一的损害,而不是多个损害。笔者认为这里的同一损害可以理解为同一种类的损害,而并非只造成一个人的损害。例如三鹿奶粉造成许多婴儿患肾结石,对于患病的婴儿来说都是因为食用了同一种奶粉而生病,所造成的损害就具有同一的损害。

最后,造成损害的各个原因都不足以造成全部损害的发生,商品生产者或服务提供者所生产或提供的产品、服务与荐证人的荐证行为结合在一起,才造成了广大消费者的损害,如果没有代言人的推荐行为,也不会有那些因崇拜代言人而购买缺陷产品的消费者。缺陷产品或提供服务受到伤害的消费者则也会大大减少,所以说各个侵权人的行为不足以造成全部损害结果。

由以上的分析可以看出,无意思联络数人侵权承担的是按份责任,而不是连带责任。《侵权责任法》第12条规定二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;造成难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。因此,对于荐证人责任,如果损害后果可以单独确定,则荐证人就其行为的损害承担赔偿责任;如果共同损害无法分割,则按照各行为人行为的原因力,按份额各自承担责任,确定个侵权人责任份额时,应考虑其各自的过失程度和原因力大小,在无法确定原因力的情况下,应按照公平原则来分担侵权人的责任份额。

#### 参 考 文 献

- [1]胡雨萱. 代言人代言广告的法律 responsibility 研究[D]. 济南: 山东大学硕士学位论文, 2008.
- [2]杨立新. 论产品代言连带责任及法律适用规则: 以《食品安全法》第55条为中心[J]. 政治与法律, 2009(10): 30-33.
- [3]陈甦. 代言人广告的广告责任分析[N]. 人民法院报, 2007-04-19.
- [4]宋亚辉. 广告荐证人承担连带责任的司法认定: 针对《广告法(修订征求意见稿)》第60条的研究[J]. 现代法学, 2009(5): 20-23.
- [5]姚辉. 法学专家提醒代言代言人: 承担连带责任源于共同侵权[N]. 检察日报, 2009-03-30(6).
- [6]陈怡香. 美国广告相关法律规范研究[J]. 广告大观, 2005(5): 35-38.
- [7]冯小刚. 不满食品代言法规: 代言人承担连带责任不公正[EB/OL]. [2009-03-05]. 中国新闻网, <http://www.chinanews.com.cn/yl/zyxw/news/2009/03-05/1588579.shtml>.
- [8]王利明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 中国法制出版社, 2000: 46-48.
- [9]奚晓明, 罗东川. 最高人民法院法官阐释侵权法疑难问题[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010.