

论广告代言人的侵权责任

李婉钰

新疆财经大学法学院, 新疆 乌鲁木齐

收稿日期: 2024年3月1日; 录用日期: 2024年3月11日; 发布日期: 2024年4月15日

摘要

尽管我国对广告代言人的规制立法在不断完善, 但面对纷繁复杂, 层出不穷的代言广告, 司法实践中还存在着诸多问题。对广告代言人进行的研究, 可以从主体范围的界定入手, 分析代言人承担侵权责任的法律基础, 即其构成要件、归责原则、责任形态等理论依据。因网络直播营销广告中的代言人具有特殊性, 在分析过程中, 针对其法律责任如何配置这一问题提出了适用过错推定原则并采用附条件不真正连带责任的完善建议, 希望对于理论和司法实践能够产生一定的作用。

关键词

广告代言人, 网络直播广告中的代言人, 侵权责任

On the Tort Liability of Advertising Spokesmen

Wanyu Li

Law School, Xinjiang University of Finance and Economics, Urumqi Xinjiang

Received: Mar. 1st, 2024; accepted: Mar. 11th, 2024; published: Apr. 15th, 2024

Abstract

Although China's legislation on the regulation of advertising spokespersons is constantly improving, there are still many problems in judicial practice in the face of numerous and complicated endorsement advertisements. The research on advertising spokespersons can start from the definition of the scope of the subject, and analyze the legal basis of the spokespersons' liability for infringement, that is, the theoretical basis of the constituent elements, the principle of liability, and the form of liability. Due to the particularity of the spokespersons in the network broadcast marketing advertisements, in the process of analysis, the author puts forward the perfect suggestion of applying the principle of presumption of fault and adopting the conditional joint and several

liability to the problem of how to allocate their legal liability, hoping to have certain effects on the theory and judicial practice.

Keywords

Advertising Spokesperson, Spokespersons in Webcast Advertisements, Tort Liability

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

代言人凭借其良好的公众形象，在网络、媒体等多种营销渠道发挥影响力，显著提升了代言产品的辨识度和可信度，增加了产品的销量，为企业赚取丰厚的利润，成为市场经济中不可缺少的营销工具。然而，代言人在促进市场繁荣的同时，也带来了许多负面影响，其罪魁祸首就是虚假宣传。从进入大众传媒时代起，代言行为与现代社会商业广告的发展就密不可分，广告代言这一产业迅速发展，经营者纷纷邀请明星为其产品进行形象代言，带动商品的销售。明星代言之所以受到广告经营者的青睐，一则在于明星具有一定的公信力，大家容易受到明星的影响，甚至因为十分相信自己喜爱的明星，从而对于广告的内容更加信赖；二则根据经济学家的“信号”理论，明星以其知名度“坐地起价”，邀请大明星做广告代言，其实是经营者在向消费者发出我们“实力雄厚，有保障”的信号，从而利于产品营销。然而，当消费者基于对广告代言人的信任购买了他们代言的产品，却因为产品存在某些缺陷造成了人身或财产上的损失，该代言人将会面临侵权问题，甚至有可能承担法律责任。除了人们所熟知的明星可以代言广告，能够成为广告代言人的主体还有很多，都应该受到法律的规制，还需我们理性来对待。

2. 广告代言人的界定

《广告法》第二条第五款对广告代言人定义如下：广告主以外的，在广告中以自己名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或其他组织。但并非所有对产品进行介绍、推荐的行为都等于代言，也不是所有主体都可以进行产品代言。需要进一步明晰代言行为才能精确理解广告代言人的本质。代言行为就是对产品或服务做出推荐、证明的行为，反映着代言人对代言商品或服务的个人肯定意见、良好使用感受。推荐证明行为的表现不应局限于直接地口头陈述，还应扩展到示范、署名、露脸多种间接实质性行为等，能够表现“自身独立人格”的形式。但是，在现实生活中还有一种特殊的情况，就是在广告里没有出现代言人的任何说明和推荐行为，只有主体的相关标识或肖像等。本文认为，这种现象也应该被纳入法律的规制范围。因为当与主体身份息息相关的信息经过了本人的允许，出现在广告之中，就会产生相互关联的经济关系。人像在广告中起到了重要的作用，必定会影响消费者的购买意愿。

此外，由于广告代言涉及到多方相关主体，判断代言行为是否需要承担法律责任，还应该理顺不同的法律关系来分析讨论。比如，在讨论企业法定代表人是否属于代言人的问题上，假设企业的法定代表人为其所属企业产品代言了广告。因为企业法定代表人是企业的人格化表现，也即所谓的广告主，法定代表人自行代言的行为就属于企业的自我宣传。所以，法定代表人不属于广告代言人；在讨论企业投资人是否属于代言人的问题上，虽然这两个主体之间有投资关系，但是投资人不能代表企业进行

民事法律行为，他的代言行为也就不属于企业的自我宣传，应依照《广告法》关于代言人的相关规定进行规范。

3. 广告代言人主体范围的探讨

3.1. 名人代言

选择名人代言广告，利用名气优势来推介产品或服务，是促进产品销售或提升品牌形象的有效手段和常见策略。所谓名人是指在特定的人群中享有公共认知的有名人物，如娱乐文化明星、运动员、知名企业家、专家学者等，他们是因为自身在各自领域的突出贡献而被人们所认可、对社会公众产生较大影响的商品推荐者或证言人。这类人群构成了广告代言人的主要组成部分。

3.2. 非名人代言

现行立法要求，广告代言人必须使用过推荐商品或接受过推荐服务，且在广告发布期间仍然是该产品或者服务的用户。对于广告代言人的限制主要表现在年龄和代言范围上，如未满十周岁的未成年人不能进行广告代言，在特定医药、保健品等行业中不得使用广告代言人等。也就是说，在不违背法律规定的前提下，代言人可以是任何普通的消费者个人、社会团体、其他组织。随着互联网科技的飞速发展，广告的内容和形式也更加丰富、创新，越来越多的商品能够通过网络直播的方式得到宣传和销售，网络直播营销成为了新型的商品营销方式。相比于传统营销广告中的代言人，网络直播营销广告的代言人往往是影响力较小的普通人，代言人收入的高低与代言产品的销量有着直接的关系，这种经济模式就需要代言人积极提升自己在广告宣传中的作用。直播广告的形式也使得代言人能够与消费者实时互动，代言人的自主性更强、与产品的关联性更加紧密，更能影响广告的内容和可信度。这些不同也表明网络直播营销广告中的代言人具有特殊性。

3.3. 虚拟人代言

虚拟人即虚拟形象，是否属于广告代言人的范畴需要进一步讨论。像海绵宝宝、猪猪侠、光头强、汪汪队等，它们拥有可爱的形象，往往比普通人或者名人更能吸引消费者。并且由于虚拟人的表演行为十分可控，能够最大程度保护投资利益。这些优势使得虚拟人成为了商品代言领域中重要的组成部分。但是，虚拟人是否也可适用广告代言人所承担的法律 responsibility 呢？首先，虚拟人由著作权人创造，属于美术作品，并不具有独立的人格。其次，虚拟人的代言行为实质上是对著作权人所产生的创造性智力成果在市场营销中的利用。《著作权法》规范虚拟人所有权的法律属性，《广告法》规范使用虚拟人进行广告行为的法律属性，前者与后者法律地位相等，但虚拟人要先合法存在才能够被应用。虚拟人由人类制造，视其属性为“物”更为合适，如果给“物”加上法律责任，要求“物”对人承担责任，这便是对“人”的否定。因此，对虚拟人在广告宣传中的使用可直接依据《广告法》来规制，无需再累复加入《侵权责任法》框架内，增加法律适用的难度。而且，虚拟人作为代言人不具备“侵权责任”制度构成要件的合理性。所以，虚拟人不在本文所探讨的广告代言人范围内。

4. 广告代言人承担侵权责任的法律基础

产品责任，又称产品侵权责任。是指缺陷产品的生产者或销售者，对产品存在的不合理危险，给他人造成的人身、财产或其他损失所应承担的侵权损害赔偿 responsibility。但是，根据产品侵权规则，承担损害责任的主体是该缺陷产品的生产者或销售者，受害者只能通过向这两个主体请求赔偿来得到救济。销售者承担责任后，如果能够证明自己不存在过错，还可以向生产者进行追偿，产品生产者亦是如此。然而，

广告代言人既不是生产者，也不是销售者，对产品缺陷造成的损害，承担责任的依据为何？又该如何承担责任？

4.1. 代言人侵权责任的本质

与缺陷产品的生产者相比，代言人的代言行为是间接的，并非直接侵害消费者的权益。所谓间接侵权指行为本身引发了高度抽象的危险，加之其他事件的远距离干预，导致了对他人权利的侵犯。直接侵权是指按照一般的社会见解，在一种行为的外部历程中，于时间和空间上直接造成的侵害。前者只是引起了抽象的危险，后者较之前者对损害的出现发挥着直接的促成作用。由于代言行为依附于缺陷产品的生产经营行为，至少对他人的损害有促成原因，并非不存在直接因果力。代言行为对缺陷产品造成的损害有帮助作用，所以确定广告代言人承担产品侵权责任是合理的，只是需要明确代言人应该与哪个主体的侵权行为结合，形成一个致人损害的客观事实，才能确立产品侵权责任。

但是相比于产品侵权责任，将广告代言人承担责任的法律基础确定为广告侵权责任更为合适。主要原因在于它们属于两个不同的法律概念。广告侵权责任要求对广告的真实性负责，产品侵权责任则是因产品存在缺陷而产生的责任。两者在产生基础、标的物、责任主体等各方面都存在着差别。首先，从责任产生的基础来分析，产品责任的基础是产品本身存在缺陷并且导致了损害的事实，如果代言人做出了如实地推荐证明，就不存在虚假宣传的问题，代言人就不需要对消费者的损失承担责任。相反，如果代言人对产品的质量、功效和性能进行了虚假地证明和推荐，造成消费者合法权益受损，即使产品没有缺陷，代言人也应该承担法律责任^[1]；其次，广告责任中的产品比产品责任中的产品范围更加广泛，且广告责任的标的物包括服务，而产品责任的标的不包括服务。对于存在缺陷的服务类广告，代言人的虚假荐证行为只能通过广告责任来规制；最后，责任主体不同。产品责任的主体围绕产品缺陷的产生得以确定，主要包括生产者、销售者、运输者等主体。而广告责任的主体主要包括广告经营者、发布者以及广告代言人等。

综上，产品责任说认为，代言行为需要依附生产者或者销售者的行为，且必须与后者的侵害行为结合才能够成立产品侵权责任。广告责任说认为，将代言人的荐证行为归类为产品责任的观点并不妥当，如果代言人对有缺陷的产品进行了虚假地推荐证明，那么广告责任和产品责任会因标的一致而混同，广告责任会与产品责任构成竞合。但是，对没有缺陷的产品进行虚假荐证、在服务类广告中存在虚假荐证的行为也应该被纳入规制，如果将代言人的责任视为产品责任，就无法对各种类型的广告侵权进行规制。而且根据我国法律的要求，只要代言人为虚假广告代言，就应该承担责任。可见，这种对产品或者服务进行推荐的行为，之所以要承担责任，是因为构成了虚假广告，并不强调产品本身的缺陷，这种责任应该属于广告侵权责任的一种。

4.2. 构成要件

4.2.1. 存在侵权行为

根据我国《反不正当竞争法》《广告法》等相关法律规定，广告的内容应当真实，不得作虚假宣传、误导或欺骗消费者。代言人不得在广告中进行夸大、虚假地说明推荐。如果代言人违反上述规定，便存在侵权行为。此外，代言广告也有不同的侧重：一种是借助代言人的影响力和知名度来吸引受众群体。比如有代言人称“某品牌，我信赖”，甚至仅仅使用了一张代言人的肖像或者签名照进行宣传，在这类广告中，代言人没有对产品或服务的质量、成分、功效等内容进行介绍，只是凭借自身的知名度为产品做宣传，大众对品牌的认知更多来自产品本身。这种广告的内容简单，并没有误导或者欺骗消费者，也就不属于虚假广告；另一种广告是通过代言人出演的舞台角色，使用台词等方式对商品的性能、功能或者购买使用的必要性进行说明，增加消费者对所代言产品或服务可信度，认同感。比如在某些虚假广告

中代言人称“某产品可以阻止糖分和油脂不被身体吸收，保持好身材就像吃糖一样简单”误导消费者。对于这种效果广告，代言人往往会对产品或服务进行具体地说明和解释，一旦违反了广告真实性、合法性要求，就会构成虚假广告，就可以认为代言人存在虚假代言行为。

4.2.2. 造成了损害后果

这里的损害后果是指虚假广告给消费者造成的实际或必然的不利结果，且只有当该损害具有可赔偿性时，它才属于侵权损害赔偿责任的范围[2]。例如，某人仅浏览过虚假广告，并没有购买该广告宣传的商品或服务。他的权益在一定程度上被侵害，但未受到损害，就不能主张侵权损害赔偿。

4.2.3. 侵权行为与损害后果之间有因果关系

由于广告经营者、发布者和代言人的行为并不是导致消费者购买商品或服务的唯一原因。所以，只需证明消费者购买产品或服务的行为与前者制作、发布或代言虚假广告的行为之间存在一定的因果关系。这种因果关系是推定的，也就是说，消费者只需证明自己看过、听过广告经营者、广告发布者、广告代言人设计、制作、发布、代言的广告，或者证明虚假广告在消费者所在区域内播放过，即可以推定该侵权行为和损害结果之间有一定的因果关系。此外，不是所有出现在虚假广告中的主体都需要承担侵权责任，关键是要判断该主体的行为是否对损害后果的出现具有相当的作用。如果该主体在虚假广告中的表现不仅仅是为了引起消费者的注意，还通过身体、动作和语言明确呼吁消费者做出某种选择，或宣称某种选择更合理，吸引消费者注意力、唤起他们的有效信任，从而诱使他们做出某种购买行为。侵权行为对损害后果的产生有一定的帮助作用，两者之间有相当大的因果关系，该主体应该承担侵权责任。

4.3. 归责原则

侵权法上的归责原则主要有过错责任和无过错责任，其中过错责任又分为一般过错责任与过错推定责任[3]。对于广告代言人的法律责任如何设定，采用何种归责原则，存在以下观点：一是采用过错责任原则。因为广告代言人本身推荐商品或者服务的行为是无法单独造成损害的，这种行为不具有特殊的危险。只有当推荐行为与产品侵权的行为相结合，才可能共同产生对消费者的侵害。推荐行为更应该为损害的扩大负责，并且具有一定从属性。而且从信息获取途径来看，广告代言人识别商品或者服务信息的主要来源也是广告主。因此，只有当广告代言人存在过错，比如没有尽到谨慎注意义务时才应该承担责任；二是采用过错推定原则。因为，完全适用过错责任原则，不利于保护消费者的合法权益，在证明代言人具有主观过错的环节上又会产生新的问题。不如采取过错推定，事先预设代言人具有主观过错，实行举证责任倒置。通过代言人的自证完成是否完成注意义务，从而减轻受害人的举证责任。实际上，代言人明知其自己具有一定的社会公信力或者号召力，仍然为了经济利益进行社会推荐行为，本就应该尽到足够的注意义务[4]。如果该广告代言人是无偿在广告中进行推荐的代言人，还能促使其更加审慎，同样有利于消费者合法权益的保障。但是，即使采用过错推定原则，消费者很可能不赞成或对证据的真实性有所怀疑，但在没有明确理由拒绝相信的情况下，代言人可以通过提供证据轻松减免责任，受害者的诉求仍然会落空[5]；三是采用无过错责任原则。因为有偿进行代言的代言人特别是名人收取着高昂的代言费用，他们作为独立的主体极大影响着公众的消费选择。虽然代言人与广告主存在着合同关系，但他们向公众进行推荐证明的行为是具有独立性的，这种行为还会引起消费者对代言人的某种信赖，具有“担保”的性质。基于这种信赖利益，代言人应当遵循诚实信用原则，对自己代言的产品进行谨慎地考察。否则，如果出现了虚假广告，代言人自身的影响力就可能数倍放大原本因虚假广告造成的损害。所以，无论代言人是否存在过错都应当承担民事责任，这样才能有效地对虚假代言行为起到威慑作用，预防虚假代言广告的泛滥。但是完全适用无过错责任也有不足之处，因为在一般正常情况下，广告代言人与虚

假广告的经营者、发布者并没有意思联络，要求其承担无过错责任似乎并不符合法律公平的理念。

《广告法》第五十六条第二款与第三款表明，在我国法律实际运行中，如果是在与消费者生命健康无关的广告领域，造成消费者损害的，广告代言人明知或者应知广告虚假，仍作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。对广告代言人责任的追究是基于其主观过错，该广告代言人要“知道或应该知道广告是虚假的”，在该领域对广告代言人采用的是过错责任原则；如果是在与消费者生命健康相关的广告领域，造成消费者损害的，其广告代言人应当与广告主承担连带责任。也就是说，在该领域，只要广告被认定为虚假广告且造成了损害，无论广告代言人主观上有没有过错或者是否明知广告虚假，都应该承担连带责任，在该领域对广告代言人采取的是无过错责任原则。基于对消费者生命健康的保护，不同领域的广告代言人根据不同情况适用不同的归责原则。这种模式有助于解决广告代言人民事权益与消费者利益之间实质公平的问题，有利于实现法律效果与社会效果的有机统一[6]。

但是，这种二元制的归责体制并不能很好的适配于所有的广告主体，网络直播营销广告中的代言人就有自身的特殊性，需要注意。我国广告侵权责任体系主要以侵权法中的信赖利益保护理论和因果关系理论为基础。消费者基于信任做出了购买行为，预期的合法利益理所应当被纳入侵权行为法的保护范围，这种被引发的信任是代言人被追责的原因。从保护这种信任的角度来看，直播广告代言人可以独立地与消费者互动，具有更强的唤起观众信任的能力，可以让消费者因为信任而付出更多的利益，从而具有更高可归责性。因果关系理论在侵权行为法中表现为原因力，是指在造成同一损害结果的几个原因中，每一个原因对损害结果的发生或扩大所起到的作用。在广告侵权中，生产者、经营者和广告代言人的行为便符合多种行为、多种原因、同一损害结果的特征。广告主是虚假广告产生的初始动因，是虚假广告的发起者；广告经营者负责广告的设计和制作，应设计虚假内容的行为承担责任；广告发布者负责广告的审计，应对广告内容的审查不力承担侵权责任；广告代言人有对商品进行如实说明的义务，因而，广告代言人构成侵权的理由主要表现为对商品做出了虚假说明。但是，当广告代言人通过网络直播的形式与观众互动，他就需要根据自己的意愿回答观众的疑问、独立安排产品的推荐内容，甚至在推荐过程中，亲测试用产品。这表示，代言人需要提升审核能力，更加了解广告内容，不能再以代言行为的展示内容完全符合剧本为由逃避责任。这种情况下，广告代言人对广告真实性的保证责任并不弱于广告经营者，很难比较代言人与广告经营者之间的侵权原因力，至少就网络直播虚假广告的侵权损害结果而言，不能直接确定其侵权原因为最小。

所以，对于网络直播营销代言人可以适用过错推定责任原则。因为与我国当前的二元制归责原则相比，过错推定与无过错责任原则的责任标准更高。但法律设置无过错责任的目的是应对工业生产环境对人们的人身安全、生命健康造成的危险，虚假广告侵权责任很难以纳入这些情形。过错推定原则的设置主要是应对受害者难以举证，加害者的可归责性强于一般加害者的情况，这符合网络直播营销广告的特点，避免因为直播内容难以保存而造成受害者举证困难的问题。

4.4. 侵权责任的形态

表面上看广告代言人承担“相应责任”十分缓和稳妥，但是《广告法》第五十六条第三款已经明确规定了广告代言人的连带责任，这是客观现实，不存在改变的余地。本文也认同广告代言人承担连带责任的观点。这种规定确实严格，但严格也有严格的用意和好处，主要理由如下：一是规定“相应责任”并不合适，因为人们并不清楚相应什么，如何相应，在法律适用中也很难准确地解释和把握这一责任，各有各的理解将导致意见无法统一的弊端；二是从连带责任的价值上看，将责任的承担分配给其他连带责任主体，以确保受害者得到足够的补偿。避免了因共同债务人之间责任承担的份额难以确定，给权利行使带来过高的成本。从审判实践的角度看，连带责任有利于对消费者的赔偿，也有利于法院案结事了，实现更好的社会效果；三是承担连带责任，需要符合严格的要求，必须符合侵权连带责任的构成要件，

更有利于明确侵权与不侵权的界限，保护合法的广告代言行为；四是从市场经济的全局来看，虚假广告不利于行业的健康发展，广告代言人的推荐行为增加了消费者受到损害的风险，帮助牟取非法利益。对这些主体苛以较为严格的侵权责任形态，将有力地削减因虚假广告而获得利益的空间，使其能够更加主动规范自己的行为，减少虚假广告的产生，有利于市场的规范和管理。

根据前文对归责原则的分析，网络直播广告代言人可以配置过错推定责任。其侵权责任的形态也应该与其特性相匹配，采用附条件不真正连带责任。附条件不真正连带责任是指在行为不符合法定条件的情况下应承担的责任，即数个责任主体对外作为一个整体共同承担责任，承担责任后，内部有权向最终责任人全部追偿。由于网络直播的代言人比传统营销方式的代言人具有更强的自主性和独立性，网络直播的代言人、广告经营者和发布者对损害结果的发生有着无法比较的原因。且在网络直播营销广告中，代言人会因工作之需主动了解广告主的各种信息，包括但不限于真实姓名、地址和有效联系方式^[7]，这种需求可以视为网络直播情况下代言人进行工作的组成部分。设置以“不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式”为条件的附条件不真正连带责任，也刚好能够满足代言人“如果没有了解此类信息，就存在过错”的情形。

5. 结语

随着生活水平的提升，人们变得越来越理性。不少消费者正试图维护自己的合法权益，但他们却承受着高昂的维权成本，或者因为维权方式过于复杂而放弃，这也助长了不法分子的嚣张气焰。可见，进一步加强法治教育、建设法治环境，任重道远。而且，健康的市场经济需要整个社会的共同努力和积极配合，一些组织和团体应该主动承担起这种责任，自觉遵守诚实信用的原则。《广告法》应当完善广告侵权责任制度，增加专门规制网络直播广告代言人的条款，对网络直播广告代言人的责任进行再配置。合理地划分不同的广告主体，合理地分配各主体的法律责任，对不同类型的广告适用相应的责任分配方案。本着保护消费者合法权益、规范代言人行为、严格治理广告市场的宗旨，广告代言人不仅要有明确严格的义务，还要有完善侧重的责任。本文仅围绕广告代言人这一主体的法律责任进行讨论，但实际生活中的每一个市场参与者都有着独特的法律价值，还有许多问题需要研究。

参考文献

- [1] 张济显. 我国广告代言的民事侵权责任研究[D]: [硕士学位论文]. 无锡: 江南大学, 2022.
- [2] 石义武. 论虚假广告侵权连带责任的承担[D]: [硕士学位论文]. 烟台: 烟台大学, 2016.
- [3] 俞金香, 吕东岳. 网络直播营销广告代言人侵权责任的再配置[J]. 中国政法大学学报, 2021(5): 212-224.
- [4] 黄悦欣. 虚假广告代言人侵权责任承担[J]. 法学理论, 2017(5): 108-110.
- [5] 张丽丽, 宋文峰. 产品代言人侵权责任若干问题探析[J]. 法制与社会, 2012(18): 247-249.
- [6] 韩仁哲, 李季刚. 新《广告法》下自然人虚假荐证责任制度之完善——基于保护与规制的平衡视角[J]. 新闻界, 2018(3): 55-60.
- [7] 杨立新. 网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015, 33(1): 166-177.