

名人代言广告的法律责任

张红梅

(长安大学 人文社会科学学院, 陕西 西安 710064)

摘要:为从法律层面界定名人代言广告的相关责任,运用法理与案例分析方法,就名人代言虚假广告的影响和后果进行分析。分析认为,名人代言虚假广告,其损害消费者利益以及对市场经济造成负面影响的深层原因是名人代言广告责任追究的制度性缺陷使然,即广告立法缺陷,广告审查管理缺陷,广告执法缺陷,广告监督管理缺陷。分析结果认为:治理虚假广告行为必须从立法、审查、执法、监督诸方面构建名人代言广告法律责任制度。

关键词:名人;制度性缺陷;法律责任;广告立法

中图分类号:D923.1

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2008)03-0087-05

现代经济生活中,广告非常普遍,名人利用自己良好的社会公信力和名望为企业或产品做广告,带动消费者购买商品和接受服务,为企业带来巨大的利润的同时,自己也赢得了丰厚的报酬。但近几年来,名人代言的虚假广告层出不穷,致使消费者的利益受到损害,给市场经济的发展带来许多负面影响,如央视曝光的郭德刚代言的“藏秘排油茶”广告事件,葛优代言亿霖传销案以及刘嘉玲代言“SK-II”事件等。面对屡屡发生的名人代言虚假广告事件,现行法律对于参与其中的名人却无能为力。2005年3月15日,某消费者以虚假广告侵犯其合法权益为由,将国际知名化妆品在国内的代理商和当地经销商告上法庭,同时要追加香港女星刘嘉玲为被告。法院最终驳回了将品牌代言人追加为被告的请求,理由是追究广告代言人的法律责任于法无据^[1]。目前,中国还没有明星因代言虚假广告而承担法律责任的案例,但是名人的广告责任问题已经引起全社会的关注。

一、名人代言广告的法律界定

从新闻学角度来说,名人即著名人物或公众人物,一般是指知名度较高、受到社会公众关注的人物,是具有稀缺性的特殊群体,包括影视明星、体育明星、歌星、笑星、名模、主持人、各行各业的知名专家、社会名流,乃至科学家、政治家等人物^[2]。美国最高法院对公众人物的定义是:“公众人物是指个人在社会中的角色有独特的显著性,有些人从任何角度来看,都有相当的权力及影响力,说得更直接,即这些所谓的公众人物通常投身在特殊公共争议的最前线,以便能影响到这些事件的解决方法。”笔者认为,名人的概念是相对的,虽然对于如何把一般的广告模特与名人加以区别是一件复杂的事情,且不同的名人在不同的广告中所起的广告效果、对消费者的影响力不同,很难用统一的标准对其进行定位,但名人毕竟不同于普通人和一般的广告模特,商家

收稿日期:2007-12-29

作者简介:张红梅(1968-),女,内蒙古呼和浩特人,讲师。

利用名人做广告,就是因为其有着不同于普通人的公信力、影响力,不仅可以使相关产品或服务借助其知名度而迅速被消费者所认知,而且能够通过移情效应和示范效应使消费者对产品产生认可,并有效促成购买行为,正因为如此,名人在虚假广告中造成的影响也是非常恶劣的。因此,从这个意义上说,名人又不同于其他广告参演者^[3]。这里的名人是指在一定时期内具有较高知名度、在社会生活中具有相当影响力的公众人物^[4]。

代言是一个比较宽泛的概念,通常是指为企业的盈利性或公益性目标进行的信息传播服务。代言可以存在于商业领域,也可以出现在政府活动中。就营销领域而言,代言可分为企业代言、品牌代言和产品代言。通常所说的广告代言人是这三种代言人的通称。就知名度的不同,代言人可分为普通广告模特和具有一定知名度的公众人物,基于以上原因,本文所指为后者。

因此,名人代言广告就是指具有一定知名度的公众人物借助自己的影响力和信誉力推荐产品,带动消费者购买和消费产品,或为产品树立良好形象的广告。

二、名人承担法律責任的原因

目前,对于名人代言广告中的名人是否应当承担責任有两种不同的观点。一种观点认为,名人代言广告的行为应当受到法律的约束,如果名人涉嫌虚假广告,理所当然要承担相应的法律責任。而另一种观点认为,名人不同于厂家,广告只是一种创意,名人在接拍广告时没有責任和义务对广告内容的真实性负责,如果涉嫌虚假广告,名人在道义上应当承担責任,在法律上不应该承担責任。笔者认为,名人应该对自己的代言行为负责,包括负法律責任。笔者下面将从四个角度分析名人代言广告承担法律責任的原因。

(一) 权利义務一致性的角度

权利义務一致性原则是民事活动中遵循的基本原则之一,它是指民事主体在享受权利的同时必须承担对等的义務。名人在为某企业或某产品代言广告时,往往会获得巨额的广告报酬,名人获利的基础在于社会公众对他们的信赖。因此,这就要求名人在代言做广告时也应应对公众负有对等的义務,即保证自己在广告中所提供的信息真实的义務,如果不履行这一义務,名人就应承担法律責任。但目前的

现实情况是,消费者怀着对名人的信任和善良的愿望购买商品和接受服务,却因为名人所做的虚假广告受到了损害^[5]。一方面,名人在广告中靠知名度牟利,却不承担作为民事主体所应承担的相应責任;另一方面,消费者基于对名人的信赖受到损害,却无法获得名人给予的赔偿,这就产生了权利义務的不对等,这种不对等有违社会公平。因此,有必要平衡虚假广告中名人与消费者的权利义務关系,名人在享受权利的同时,也应承担相应的义務,承担因自己代言虚假广告而给消费者带来损害的法律責任。

(二) 名人代言广告属性的角度

某些经营者采用一系列名人见证使用功效的广告,甚至通过具有权威性的机构进行见证广告宣传,以此来刺激消费者的购买欲望^[6]。名人代言广告是属于证言广告的一种。在广告中,名人一般会说对产品的肯定、赞扬和保证的广告语,从而直接影响消费者对商品的购买。实践证明,证言广告对消费者购买行为具有巨大的影响力。名人在广告中的言行与消费者的购买行为存在很大的因果关系,所以名人应对广告的真实性负责,如果名人所作的证言是虚假的,那就应该承担相应的法律責任。

目前,对于证言广告的法律責任,美国、法国、英国和日本等国家的相关法律有明确规定。美国对证言广告规定:凡是证言性质的广告,内容必须有真人真事为证,即向消费者推荐产品或服务的证人,无论是明星、其他名人还是专家或者是普通人,都必须对其在广告中的证言承担真实性义務,必须是产品的直接使用者和受益者^[7],如果情况不实,就要按虚假广告处理,处以重罚。英国在《广告标准和实践法规》中,对广播、电视中的证人广告要求证词必须属实,不可造成误解。广告主和广告公司按照要求必须向有关部门出示证词或表述的凭据。没有凭据或凭据不真实的,则按欺骗广告处理。正是有了这些对名人代言广告给予约束的法律规定,才使有些名人因广告的虚假证词而受到法律的惩处,名人做广告才不会毫无顾忌。

(三) 合同法的角度

目前较多的违规广告是名人以自己的切身体验为医疗商品、药品、化妆品和保健品等做广告,名人在这类广告中所说的话应当视为对消费者进行合同上的承诺,并应按照合同法的有关规定对此承担責任。在日本,对于包括名人在内的广告出演者責任如何界定的问题,一般是以特别法定責任为依据,如果没有特别法定責任,则考虑追究行为人的合同責

任或侵权责任。

(四) 维护市场经济秩序的角度

市场经济条件下,作为理性的经济人,其行为特征是在约束条件下追求利益最大化。同样,名人也在不断追求利益的最大化,而且由于名人占有特殊的稀缺资源——名气、声望和威信,因此,名人在利己的活动中有更多的便捷性和危害性。在有限的约束条件下,名人必然会诱导消费者购买劣质的商品或服务,从而谋取暴利。同时,企业利用名人虚假广告来推销产品或服务,以追求利益最大化,结果会阻止更有效生产方式的实施,导致经济绩效的降低,损害广大消费者的合法权益,破坏公平竞争的市场秩序。因此,单靠名人的自律和社会道德的约束,要求名人不做虚假宣传,为公众谋利益,那是行不通的,名人代言广告行为必须依靠法律手段的约束。

三、名人代言广告责任追究的制度性缺陷

目前,名人代言广告问题不断发生的原因是多方面的,但主要原因表现在以下四个方面。

(一) 广告立法存在缺陷

这主要体现在现行法律对于名人是否作为广告责任主体没有明确规定,因而对名人代言广告行为缺乏应有的约束。目前,对广告行为进行规范的代言主要是《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)和《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)等。“广告主、广告经营者、广告发布者从事广告活动,应当遵守法律、行政法规,遵循公平、诚实信用的原则。”(《广告法》第5条)“违反本法规定,发布虚假广告,欺骗和误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责任;广告经营者、广告发布者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布的,应当依法承担连带责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实姓名、地址的,应当承担全部民事责任。社会团体和其他组织,在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当依法承担连带责任。”(《广告法》第38条)“经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告”。(《反不正当竞争法》第

9条)“广告的经营者,在明知或应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告的,监督检查部门应当责令停止违法行为,没收违法所得,并依法处以罚款。”(《反不正当竞争法》第24条)可见,在中国现行法律规定中,对虚假广告追究责任的主体仅限于广告主、广告经营者、广告发布者、社会团体和其他组织,没有明确指出名人应当承担的法律责任,也就是说,名人在广告中作了虚假宣传,纵然出现了严重后果,现行法律也无法对其进行处罚,这是造成目前名人代言虚假广告乐此不疲、无所顾忌的原因,也是上述案例中法院驳回原告关于追加产品代言人为被告请求的主要原因。

另外,对于因虚假广告应承担的责任规定偏轻,一般仅限于承担民事赔偿责任或行政处罚责任。而且责任承担的方式缺乏可操作性,如对于虚假广告责任人惩罚力度较强的更正广告,具体做法也没有作更为详细的规定,在司法实践中缺乏可操作性。

(二) 广告审查管理存在缺陷

广告行政审查尽管可以有效净化广告市场环境,维护消费者的合法权益,维护公平的市场竞争秩序,但由于中国市场经济制度还未成熟,对很多不规范的广告行为(包括名人代言广告行为)缺乏强有力的监管措施。

第一,没有建立专门针对名人代言广告的审查制度。只要名人想代言什么广告就可以代言什么广告,想为什么产品代言就为什么产品代言,对名人代言广告不审查成为目前广告审查制度的一个缺口。

第二,现有的广告审查制度不严。现有的广告审查制度是,对药品、医疗器械、农药、兽药等法律法规规定的特殊商品在广告发布前必须依法由有关行政主管部门对广告内容进行审查,未经审查,不得发布。而其他广告仍然由广告经营者和广告发布者进行审查。由于审查不严,很多广告审查内容与实际播出的内容有很大差异,造成虚假广告趁虚而入。

另外,广告审查制度本身存在着制度性缺陷,如在1993年颁布的《关于设立广告审查机构的意见》第4条规定:广告审查机构的开办费由各地自筹,日常审查工作经费通过收取审查费解决。这种规定造成的后果是,在广告审查过程中只注重收取经费,不注重审查,不能做好把关工作,部分监管人员利用手中职权获取不当利益,从而降低广告审查标准,这也是虚假广告不断出现的主要原因之一。

(三) 广告执法存在缺陷

目前的广告管理是一种静态管理,工商管理部

门只有事后监督权而缺少事前审批权。在广告发布过程中,仅靠媒体和广告从业人员的自律而没有执法部门的介入,出现问题后才进行查处,而且出现问题后大都一罚了之,这对于已经产生社会危害的虚假广告来说,对其处罚与广告违法者通过做广告获取的收益相比,处罚太轻,不能构成有效的惩罚,同时相关责任人也没有受到应有的追究。执法的不力造成虚假广告行为不得不靠媒体的监督才能得到查处,如果不改变这种现状,追究名人代言虚假广告的责任只能治标不治本。

(四) 广告监督管理存在缺陷

虽然目前县级以上地方各级工商行政管理部门都设有专门的广告监督管理机构,但普遍存在人员数量不足和人员素质不高的状况,工商行政管理部门也没有建立行之有效的行政监督机制,社会监督的作用更是微乎其微,因而许多虚假广告不能及时得到查处,名人代言的虚假广告更是大行其道。

四、确立名人代言广告法律责任制度的途径

除了名人自律,消费者提高识别能力外,只有用法律手段来规范名人代言广告行为,明确其法律责任,建立名人代言广告法律责任追究制度,才能从根本上解决目前出现的名人虚假广告问题。

(一) 完善名人代言广告立法

第一,扩大广告责任主体的范围。除了由广告主、广告经营者、广告发布者承担责任以外,通过修改《广告法》,增加“广告代言人”为虚假广告的责任主体,名人在广告活动中要对自己的行为承担相应的法律责任,或者增加自然人为广告责任主体。这样,为国家职能部门制裁名人代言虚假广告活动提供法律依据,进而达到预防和打击名人代言虚假广告、维护消费者利益的目的。

第二,要明确名人在代言广告中承担的法律责任。在国外,如果名人为虚假广告代言,肯定要承担相应的法律责任,如果该虚假广告的产品导致他人受到人身伤害或财产损失,还可能被追究刑事责任。我们应当借鉴国外的做法,要按照名人在代言广告中是否有故意行为分别规定其应当承担的责任,对于代言广告的名人,如果其不知道广告内容的虚假而做了宣传,也应当与广告主、广告经营者、广告发布者一同承担连带责任^[8]。如果名人明知广告内容是虚假的,仍然为此作广告,对名人就要进行严惩,

加大处罚力度,必要时适用惩罚性赔偿制度,承担欺诈行为的法律责任,适用双倍赔偿,情节严重构成犯罪的,应当承担刑事责任。

第三,限制名人广告的范围。如关系到青少年健康成长的产品和某些特殊产品,以及名人自己不了解的产品,应当限制名人做广告。如北京将禁止和取缔以公众人物、专家名义证明疗效的药品广告(2007年9月2日《北京晨报》),这一举措将使名人与良莠不齐的药品广告划清界限,斩断了假冒伪劣药品凭借名人来欺骗消费者的利益传导链条,也更有助于维护名人良好的社会形象。

第四,细化相关规定,如对更正广告的规定。从国外的立法经验来看,更正广告对于虚假广告宣传者来说约束作用是较强的。这可以通过相关法律法规规定具体的要求,包括广告的有效期限、广告周期、广告费用、刊登广告的报纸或电台等,为有关部门加强监督力度提供治本之策。

(二) 建立名人代言广告审查制度

首先,要建立一套完善的广告审查制度,包括对于名人广告的审查,如建立名人广告登记制度,将广告活动置于登记机关的监督之下;应控制广告经营单位的数量,提高广告经营单位的质量^[9]。其次,在审查过程中严格把关,在一定程度上减少名人代言虚假广告现象。为此,要借鉴一些发达国家的做法,名人为某产品或为某广告主作代言广告,就应当对广告的真实性提供证据,如果没有证据,就不能为广告代言。另外,要明确广告审查机构的责任。如果因广告审查机构审查不严而导致虚假广告的面世,应当视其严重失职行为,追究其行政责任。

(三) 严格名人代言广告执法

作者认为,应当加强对广告主、广告经营者、广告发布者虚假广告的惩处力度,形成法律威慑力。对于名人虚假广告行为,执法部门要严格查处并予以公示,不仅要其承担名誉上的风险,而且要承担经济上的损失和法律上的责任。对于利用广告为商品或服务做虚假宣传,情节严重构成犯罪的,应及时移交司法机关依法追究行为人的刑事责任。

(四) 建立健全名人代言广告监督管理制度

对名人代言广告的监管,不仅需要完善现有的广告行政监督制度,还要加强对广告活动的社会监督。通过大众传媒对名人广告进行监督,并在全国内建立起假冒伪劣产品与名人代言虚假广告为一体的

舆论监督机制^[10],如对于名人代言虚假广告活动可以通过互联网进行公示,发挥社会舆论的强大监督力。

五、结 语

名人代言广告对于引导消费者消费,促进中国市场经济的发展起着积极的作用,同时名人巨大的社会影响力给企业带来了丰厚的利润,也为自己赢得了丰厚的报酬。但名人所做的虚假广告对社会的危害是无法估量的,因此,有必要建立名人代言广告责任追究制度,对名人广告行为进行法律约束,这涉及到各部门、各行业在监管渠道、监管权限、监管措施、监管后果等各方面的权责,需要相应的法律法规进行配套和补充,并注意法律法规之间的协调性和统一性,这方面还需要法学界的重视和深入研究。

参考文献:

[1] 于剑华.商业广告中出演者的民事责任问题:来自日本法的启示[J].法学,2006(8):89-95.

- [2] 蒋嘉柠,王 崑.名人虚假广告的寻租经济学分析[J].特区经济,2006,24(2):109-111.
- [3] 蒋恩铭.广告法律制度[M].南京:南京大学出版社,2007.
- [4] 李云贤,苍永东.试论名人广告的法律调整和完善[J].湖北教育学院学报,2006,23(1):70-72.
- [5] 黄晓赞,董天策.名人是否该为不实代言广告负责:从名人代言风波谈起[J].新闻知识,2005,22(6):17-19.
- [6] 徐士英.竞争法论[M].上海:上海世界图书出版公司,2003.
- [7] 周运宝.名人做虚假广告法律问题研究[J].天津市政法管理干部学院学报,2004,6(4):13-16.
- [8] 孙文清.对虚假广告的法律思考[J].商场现代化,2005(4):47-49.
- [9] 赵 伟,尤青媛.名人虚假广告研究[J].昆明冶金高等专科学校学报,2005,21(4):90-93.
- [10] 李 伟.名人虚假广告的法律规制研究[J].财经界,2007,25(11):213-214.

Celebrity's legal responsibility in speaking for advertisement

ZHANG Hong-mei

(School of Humanities and Social Sciences, Chang'an University, Xi'an 710064, Shaanxi, China)

Abstract: In order to define legal responsibility of the celebrity legally, this paper uses legal theory and example method to analyze the effects of untrue advertisements by celebrity. The author thinks that there are too many untrue advertisements in the present life and they have already done a lot of harm to both consumers and the economic market. These are due to a lot of deep-rooted reasons such as the defects of the present institution, advertisement laws, the advertisement check-up management, the advertisement execution, and the advertisement monitoring management. The paper believes that only through legislation, check-up, execution and monitoring can the untrue advertisements by the celebrity be decreased.

Key words: celebrity; institutional defect; legal responsibility; advertising legislation