

广告代言损害赔偿制度探析

卢文捷

(北京美国英语语言学院,北京 101303)

【摘要】广告代言人因违法代言行为造成消费者利益损害的^①,是否应该承担赔偿责任,《广告法》并未规定,广告代言人因此而逍遥法外。这对于消费者而言,显属不公平。根据公平及权利义务对等原则,广告代言人应对其违法行为承担相应民事责任。

【关键词】广告代言;广告代言人;消费者;利益;广告法;民事责任

【中图分类号】D922.294 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2010)01-0121-04

在当今市场经济社会中,广告主邀请明星或其他社会名人为其产品或服务广告代言,本属正常,亦无可厚非。然而,消费者常因出于对广告代言人的信赖而选择消费其所代言的产品或服务造成利益损害。在《食品安全法》颁布前,尽管要求广告代言人承担责任的社会呼声非常之高,并有学者指出《广告法》虽未对此作出规定,追究虚假违法广告代言人的责任并不存在法律障碍,^①但终因《广告法》的责任主体仅包括广告主、广告经营者和广告发布者,对广告活动中的其他参与者是否应负法律责任并未明确规定,作为受害人的消费者只能依据《消费者权益保护法》和《产品质量法》等相关法律向广告主求偿,本应承担一定责任的广告代言人却因此逍遥法外。实则,广告代言人作为一个独立的民事主体,在广告代言法律关系中与广告主、广告经营者及广告发布者的法律地位平等,同是广告活动的重要参与者,亦应负有同样的法律责任。特别是广告代言人因代言活动而获得的不菲利益实则最终将转嫁到消费者身上,这就相当于从消费者那里得到了利益。而广告代言人的广告代言行为一旦被证明涉嫌虚假或违法,尽管利益受损的消费者可以依法要求广告主赔偿,但广告代言人逍遥法外将导致权利义务不对等。根据公平原则,广告代言人应对消费者负有一定义务,必须对其广告代言行为所带来的不利后果承担相应民事责任。虽然新颁布的《食品安全法》弥补了这一立法不足^②,为追究广告代言人的法律责任提供了依据,但广告代言行为不仅限于食品,从而使得该规定在司法适用中不免过于狭隘。因此,本文立足于产品和服务这一角度,对广告代言损害赔偿问题加以论述。

一 建立广告代言损害赔偿制度的意义

(一) 有利于增强代言人社会责任感

由于《广告法》对广告代言制度的立法缺失,使

得广告代言人肆无忌惮,在经济利益驱动之下而以一种信誓旦旦之态替广告主大肆忽悠消费者,即使广告出了人命关天的大事也同他没有丝毫关系。事实的确若此,我国于近年来频发名人代言虚假广告的违法事件,使广大消费者的利益受到了严重损害。究其根本原因,就在于广告代言人缺乏高度的社会责任感。实则,作为独立个体,每一个人都与整个社会息息相关,都应对社会负有一定责任,广告代言人绝不能因相关立法的缺失而任意所为。众所周知,广告主之所以选择明星及其他社会名人为其产品或服务广告代言,就在于广告代言人对广大消费者的影响力和公信力。尽管广告代言人接受广告主委托进行广告代言纯属一种民事行为,但因其所面对的第三人是非特定的广大消费者,其行为将会对不特定的多数人产生效应。这就要求广告代言人应珍惜自身的社会荣誉和良好形象,充分考虑广大消费者的利益,注意自己的代言行为应符合法律规范和社会道德的要求,不得损害社会公共利益。而建立这一制度则在一定程度上能够增强广告代言人的责任意识,督促其履行相应的社会责任。

(二) 有利于保护消费者的正当权益

如果消费者选择消费时仅是出于随意,并未考虑广告代言人的广告代言行为,利益受损后可依据《消费者权益保护法》要求生产者、销售者或是服务者予以赔偿即可。但如果消费者选择购买某一种产品或是接受某一项服务是源于其所信赖的广告代言人,其消费意义则发生了变化。消费者之所以面对琳琅满目的产品和服务而最终决定选择消费广告代言人所代言的产品或服务,就在于对其本人的信赖。据中国青年报社会调查中心与新浪网新闻中心联合开展的一项由4332人参加的民调显示:如果自己喜欢的明星代言了某一品牌,有0.6%的人

表示“无论是否需要都会追着买”,而30.0%的人则表示“在需要买这类产品时会优先考虑”。另据央视《东方时空》对3298名观众的调查得知,有47.2%的人表示“在选购同类产品的时候,会优先选择名人代言的产品”。^[1]由此可以看出广告代言人在消费者心目中的重要地位及对消费者所产生的深刻影响。对于大多数消费者而言,因出于对广告代言人的信赖而决定选择其所代言的产品或服务,实际上就已经等同于对相关产品质量的绝对信任。故而,当广告代言人的代言行为影响到消费者的选择消费且使其利益受损的,消费者完全可以要求广告代言人承担相应民事责任。

(三) 有利于维护正常经济交易秩序

在市场经济条件下,市场主体在交事中应遵循自愿、公平和诚实信用等原则。如果一方当事人在交易过程中因受到欺诈、胁迫或是基于其他意思表示瑕疵行为而做出了不真实的意思表示,则完全违反了意思表示不真实一方的意志和利益,所产生的结果显而易见是不公平和不公正的。^{[3][9]}不仅使意思表示不真实一方的利益受到损害,而且破坏了正常的经济交易秩序。而广告代言人的虚假代言行为即是如此,容易误导消费者作出不真实的意思表示。据中消协2006年9月的一项社会调查表明,67.8%的消费者在最近一年因虚假代言广告而使其利益受到损害,分别有46.4%和21.2%的人“很不信任”和“较不信任”商业广告。^[4]另据中国青年报社会调查中心与新浪网新闻中心的联合调查显示,91.8%的人对虚假代言表示“愤怒”。^[2]由此可见,广告代言人的虚假代言行为不仅极大地伤害了消费者这个群体,而且给整个广告行业乃至整个经济市场造成了不良影响。所以,对于这种交易活动不应坐视不管或采取暧昧态度,而是必须加以规范和限制,要求当事人必须依据相关法律或惯例进行交易,以保障交易过程的合法、正当、规范和安全,从而来保护当事人的合法利益,维护正常的经济交易秩序,以促进市场经济的健康发展。

二 广告代言损害赔偿构成要件

根据我国民事侵权的一般理论,广告代言损害赔偿的构成要件应当符合一般侵权责任的要件。

(一) 违法行为

广告代言人的违法行为是构成广告代言损害赔偿的基本前提,其表现为违反了《民法通则》的诚实信用原则和《广告法》关于“广告应当真实、合法”以及广告“不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者”的规定,在广告代言中对其所代言产品或

服务进行虚假宣传,诸如过于夸大并强调产品的性能、质量、用途、产地,甚至做出了不切实际的虚假允诺行为,对消费者造成了欺骗和误导,并最终影响消费者的消费选择。

(二) 损害事实

即消费者因对广告代言人的信赖而选择购买其所代言的产品或接受其所代言的服务导致利益受到损害。这是构成广告代言损害赔偿的客观要求。只有广告代言人所代言的产品或服务对消费者在客观上造成了一定的损害事实,才可能对消费者承担相应民事责任。具体而言,广告代言损害赔偿中的损害事实包括人身损害和财产损害。人身损害表现为消费者的身体、健康的损伤和生命的丧失,同时还应包括精神损害,即受害人的精神受到创伤和出现痛苦。财产损害则表现为消费者的合法财产价值因此而减少或是灭失。

(三) 因果关系

因广告代言人的违法代言行为影响消费者的选择,是导致消费者基于对其信赖而选择消费其所代言的产品或服务并造成损害的直接原因。然而,由于广告代言人与消费者之间的不特定对应性,不仅使证明二者之间具有因果关系成为消费者要求代言者赔偿的关键所在,也使得广告代言损害与其他一般侵权行为有了一定的区别。尽管消费者受到的损害真正源于对广告代言人的信赖而选择消费其代言的产品或服务所致,但为了保护广告代言人的合法权益,不能仅凭消费者一面之词就断然判决其承担民事责任。否则,是对广告代言人的不公平。因此,如何举证来加以证明二者之间具有因果关系十分关键。这就要求消费者举证必须具有一定的科学性,符合一般的常理性。所以,在广告代言损害赔偿诉讼中,法官应根据消费者本身情况来综合考虑其所举证据能否充分证明其选择消费的意图真正源于对广告代言人的信赖。一般而言,应从消费者的知识水平、经济能力、所处的社会环境以及对广告代言人的客观评价等这几个方面进行综合分析判断。另外,如果消费者所举证据不够充分,证明力弱,得不到法官的必然采信,将直接影响其正当权益的保护。故而,出于对处于弱势地位的消费者保护这一立场考虑,也可实行举证责任倒置,如果广告代言人不能证明其广告代言行为合法,也可判决其承担赔偿责任。

(四) 主观过错

广告代言人的主观过错包括故意和过失。广告代言人的故意在于其违反了《广告法》的“广告应

当真实、合法”的义务,在代言行为中出现虚假或违法的内容,对消费者造成了欺骗或误导,并影响消费者在消费时作出了错误选择,致使其本人利益受到损害。至于过失,则是广告代言人在广告代言中应当履行注意义务,因未尽到注意义务以至于出现了损害消费者利益的情形。而故意又可进一步分为广告主授意的故意和未经广告主授意的故意。前者是指广告代言人在实施代言活动之前就已经了解其所代言的产品或服务的真实情况而根据广告主的授意在广告代言中从事违法活动。后者则是指广告代言人虽未经广告主授意,但为了能够更加有力地吸引消费者,其本人在广告代言中有意夸大所代言产品或服务的事实。

三 广告代言损害赔偿归责原则

关于民事侵权责任的归责原则问题,尽管我国目前许多法学著作和教材大都采取三元说,但在侵权行为法学界,理论上还存在很大争议。^[51775-776]然而,观点各异之下都无一例外地强调过错责任这一原则,并将其作为一般侵权行为的归责原则。过错责任原则是坚持以人的主观过错作为承担民事责任的价值判断标准,其基本功能在于将侵权民事责任归属于有过错的民事主体来承担。在侵权行为造成损害结果的情况下,谁有过错谁来承担责任。以此作为法律价值的判断标准,最公平,也最符合正义的民法观念。依此功能,使受害人的损害得到补偿,以实现保护民事主体的民事权利这一目的。^[51779]而广告代言人之所以应对消费者承担损害赔偿责任,就在于其主观上存在过错,因其在广告代言活动中的违法行为造成消费者的利益受到损害。所以,广告代言损害赔偿首先应适用过错责任原则。

此外,笔者以为,尽管过错推定责任只适用于法律有特别规定的情形,但为了切实保护消费者的正当权益,增强广告代言人的责任意识,在消费者因选择消费其所代言的产品或服务受到损害时,如果广告代言人不能证明其广告代言行为合法,也可推定其有过错而要求其承担民事责任。

四 广告代言损害赔偿厘清及责任形式

(一) 广告代言损害赔偿厘清

广告代言损害赔偿的责任主体涉及到广告主与广告代言人,有必要首先明确二者之间的责任。《食品安全法》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。也就是说,按此规定,消费者在其利益受损后,可以选择广告主赔偿,也可以选择广告代言人赔

偿。这一规定看似广告代言人难逃法律责任,实则不然,根本不利于保护消费者的合法权益。毫无疑问,立法者的意图是美好的,希望通过设立连带责任制度增强广告代言人的社会责任。但不难发现,真正承担赔偿责任的主体只有一个。而且,广告代言人只需这么简单的一句话:“产品是你的,我是按照你的意思代言,与我没有关系。”就完全可以将责任推诿到广告主身上。事实也的确如此,三鹿婴儿奶粉事件的几个代言人都纷纷声称与自己没有任何关系。所以,这一责任最终仍然只能由广告主来承担。这样一来,实际上还是等于消费者在依据《消费者权益保护法》和《产品质量法》维权,广告代言人很可能依然逍遥法外,从而使得该规定遭遇到了不应有的尴尬,以至违背了立法者的美好愿望而失去了意义。因此,笔者以为,虚假广告代言一旦造成消费者利益损害的,广告主与广告代言人应当分别向消费者承担独立责任,即不仅广告主应对消费者承担赔偿责任,广告代言人也应对消费者承担相应责任。只有这样,才可以真正实现立法者的意图,而不至于使广告代言人再一次明目张胆地逃脱法律的制裁。

另外,为了增强广告主、广告经营者及广告发布者的社会责任感,应对其实行双重连带责任。《广告法》明确规定,广告主违反该法规定,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,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。据此,也可要求广告主、广告经营者及广告发布者对广告代言人承担连带责任。实则,广告代言人之所以明目张胆进行虚假广告代言,广告主是真正的始作俑者。为了攫取巨额经济利益,广告主对广告代言人授意虚假广告代言或是明知其虚假广告代言而不予制止。因此,为了增强广告主在选择广告代言人时的高度社会责任感,如果广告代言人的代言行为造成消费者利益损害的,广告主除依《消费者权益法》和《产品质量法》规定对消费者承担连带赔偿责任,还应在支付赔偿金问题上对广告代言人承担连带责任,即消费者可以要求广告主同时支付广告代言人应当承担的赔偿费用。同理,广告经营者、广告发布者明知或应知广告代言虚假仍予以设计、制作、发布的,除对广告主依法承担连带责任,也应对广告代言人负连带责任。

(二) 广告代言损害赔偿形式

我国目前有关民事侵权损害赔偿于一般情形

下为补偿性赔偿,根据加害人对受害人所造成的损害大小确定民事赔偿范围,只有《消费者权益保护法》明确规定了惩罚性赔偿。笔者以为,尽管补偿性赔偿在使受害人的权利获得救济恢复的同时,对加害人亦有一定的制裁作用,但广告代言人因广告代言所获得的经济利益远远高于其所应承担的赔偿限额,这就使得法律的威慑作用于此情形下显得有几分力不从心乃至微不足道。而且相形之下,广告代言人作为加害人,为了满足一己之私,在高额经济利益的驱动下而置广大消费者的根本利益于不顾,其主观过错较一般民事侵权人的主观过错严重,且动机恶劣,给整个社会所带来的负面影响和造成的损失难以估算。因此,广告代言损害赔偿应适用《消费者权益保护法》所规定的惩罚性赔偿。

五 广告代言损害赔偿范围及赔偿数额的确定

(一) 广告代言损害赔偿范围的确定

结合我国《民法通则》与《消费者权益保护法》等相关法律的规定,广告代言人对于消费者损害赔偿的范围应包括如下两个方面。

1、人身损害赔偿。造成消费者人身伤害的,应当向受害人支付医疗费、住院费、护理费、住院伙食补助费、治疗期间的交通费、住宿费、误工费以及必要的营养费等;造成消费者残疾的,还应当支付残

疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用;如果造成消费者死亡的,应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。如果造成消费者及其近亲属精神损害的,应当赔礼道歉,并赔偿精神抚慰金。此外,还应支付受害人亲属因陪护患者或为受害人办理丧葬事宜而产生的误工费、交通、住宿等费用。

2、财产损害赔偿。造成消费者财产损害的,则根据财产价值的实际减损程度予以合理确定。

(二) 广告代言损害赔偿数额的确定

因我国目前尚无广告代言损害赔偿方面的立法及司法实践,如何确定广告代言损害赔偿数额则不易把握。这就需要法官在司法审判实践当中根据审判经验,结合具体案情、当事人本身的经济、文化等方面情况,酌定赔偿数额。具体而言,不仅要考虑消费者因购买产品或接受服务所支付的对价,也应包括其利益受损后为此所支出的有关费用。此外,还需综合考虑消费者受损的严重程度、广告代言人的过错程度、广告代言人的经济负担能力、损害事实的社会影响大小、当地的发展状况以及当地的实际生活水平等因素。只有这样,所确定的赔偿数额才较为科学合理,在保护消费者正当权益的同时而不至于影响广告代言人的利益。

注释及参考文献:

- ①本文所探讨的广告代言损害是指消费者出于对广告代言人的信赖而选择购买其所代言的产品或接受其所代言的服务时,因其违反《广告法》规定的真实和合法义务进行虚假广告代言给消费者造成的损害。
- ②《中华人民共和国食品安全法》第55条规定:“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。”
- [1]刘晓燕.名人代言虚假广告 法律不该袖手旁观[N].人民法院报,2007-04-02.
- [2]李雪.91.8%的公众对明星代言虚假广告感觉“愤怒”[N].中国青年报,2007-04-09.
- [3]王利明.合同法[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [4]首勇.虚假广告代言人责任制度的构建[J].商场现代化,2007,22.
- [5]王利明等.民法学[M].北京:法律出版社,2005.
- [6]刘林清,刘斌.广告监督管理[M].北京:高等教育出版社,2004.
- [7]郭明瑞.民法学[M].北京:北京大学出版社,2001.

An Analysis of the Compensation System for Damages for Advertising Endorsement

LU Wen-jie

(Beijing-U.S.A. College of English, Beijing 101303)

Abstract: It is not required in Advertising Law that whether advertising spokespersons should take compensation responsibilities for their illegal endorsement activities which damage consumers' benefits. Consequently, advertising spokespersons always remain free from legal punishment, which is evidently unfair for consumers. According to the principle of fairness and equal rights and obligations, advertising spokespersons should

草束为人形叫“艾人”)荆楚故地人们以艾蒲悬于门户之上,以此驱避邪气、预防瘟疫。同时在武陵一带还有采葛藤挂于门外的习俗,传说葛藤是锁鬼的铁链子,可以驱鬼辟邪。

屈原传说等楚文化因子的主导,众多民俗活动与屈原传说相结合成为端午节令民俗,同时也使其它仲夏传统民俗一并流传下来,形成了丰富多彩的端午节民俗文化。

三 结语

“端午”一词,在文献中晋代周处的《风土记》才出现,正史中也到了《旧唐书》才出现。此前文献中出现“五月五”节令辞条也只多与岁时禁忌有关,竞渡、食粽等端午民俗活动都是先民对季节征候的趋避应对。在南北朝时代,在为实现其理想而献出生

命的英雄式人物——屈原,因忠良爱国、忧国恤民、正直峻洁、刚正不阿、舍身赴难受到人民的无比崇敬。在楚文化,尤其是屈原精神的滋养下,“五月五”的禁忌习俗、竞渡、食粽、系五彩丝等民俗活动,形成了以屈原精神为主体内核的端午节文化。原先与屈原并不相关的各种五月仲夏民风习俗都或多或少地与屈原传说相结合,成为了充满屈原精神的端午民俗文化。

屈原传说等楚文化元素强力入主端午节主体内核后,端午节及丰富多彩的端午民俗活动由季候自然应对性、禳灾禁忌性、地方性的节令民俗蜕变为充满伟大爱国精神、纪念伟大民族英雄、全国性社会伦理性意义上的节日。端午节文化也迅速由中华大地传到东亚、东南亚甚至全世界。

注释及参考文献:

- [1]王逸.楚辞章句[A].古典名著普及文库[C].岳麓出版社,1989.
- [2]孟修祥,陈亮军.端午文化意义的淘汰与选择[J].荆州师范学院学报(社会科学版),1999,3.
- [3]陈来生.风俗流变——传统与风俗[M].长春出版社,2004.
- [4]王文宝,江小惠.江绍原民俗学论集[C].上海:上海文艺出版社,1999.
- [5]梁光柱.端午竞渡说源[J].体育文化导刊,1991,3.
- [6]刘魁立,梁颂成.杨嗣昌诗文集[M].远方出版社,2002.

Influence of Chu Culture on the Dragon Boat Festival

WANG Jun-jie

(College of History and Culture, Huazhong Normal University, Wuhan, Hubei 430079)

Abstract: The Dragon Boat Festival rooted in the soil of Chu culture. Its origin and development all bore the Chu culture nutrients. And ultimately it came into being in the South and North Dynasties at Chu. The Dragon Boat Festival folk also gathered a lot of Chu cultural factors, which enriched the colorful folk culture. With heavy social and historical significance and strong cultural vitality, it prevails in China and abroad even after one thousand years.

Key words: Chu Culture; The Dragon Boat Festival; Folk Culture; Qu Yuan

(责任编辑:张俊之)

(上接124页)

take the corresponding civil responsibilities for their illegal endorsement.

Key words: Advertising Endorsement; Advertising Spokesperson; Consumers; Benefits; Advertising Law; Civil Responsibilities