

# 明星代言广告的法律性质及责任承担

## ——兼评中国《侵权责任法》第8条

吴雪燕

(重庆大学 法学院, 重庆 400044)

**摘要:**《食品安全法》的出台,并没有使明星代言虚假广告问题得到根治。代言明星与雇用人存在劳务合同关系,与消费者却不存在合同关系。当消费者遭受虚假广告损害时,通过合同法不能得到周全保护。许多国家和地区将代言明星列为广告法律关系的主体,明确规定代言明星对消费者负有注意义务。尽管中国法律对明星代言行为存在制度缺失,但是在民法基本原则框架下,正确适用《侵权责任法》第8条的规定仍然能够给予消费者有力的救济。

**关键词:**消费者;明星代言;合同关系;注意义务;侵权责任

**中图分类号:**DF529      **文献标志码:**A      **文章编号:**1008-5831(2010)02-0109-06

### 一、问题的提出

2009年6月1日正式实施的中国《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,与食品生产者承担连带责任。”这是首次以法律形式明确规定广告代言人与食品生产者承担连带责任。但是,虚假广告特别是明星代言虚假广告问题却并没有因该法的实施而根治,最近闹得沸沸扬扬的侯耀华虚假代言10个违法保健食品和医疗器械广告事件,以及赵忠祥、唐杰忠等知名人士深陷“广告门”事件就是例证<sup>[1]</sup>。

针对越来越多的明星虚假代言事件,消费者要求追究代言明星法律责任的努力从来没有停止过。事实上,早在2005年刘嘉玲的“SK-Ⅱ”代言事件中,吕萍女士就向法院申请追加刘嘉玲为被告<sup>[2]</sup>。2008年9月,75岁的黄婆婆将“三鹿”奶粉厂家和为“三鹿”奶粉代言的明星邓婕告上法庭<sup>[3]</sup>。2009年3月,车主袁先生也向法院申请追加为凯迪拉克品牌汽车代言的体育明星刘翔为被告<sup>[4]</sup>。但是,遗憾的是,明星备受舆论谴责的不少,但是真正追究明星法律责任的却寥寥无几。好在《食品安全法》第55条提供了从法律上规范明星代言广告行为的范例,而将于2010年7月1日生效的中国《侵权责任法》第8条或许能为我们打开新的一扇窗。那么,明星就其代言商品对消费者负有义务的法理基础是什么?这是什么性质的法律义务?如果违反此种义务,代言明星将承担什么法律责任?明星代言承担法律责任需要什么条件?就制度层面而言,《食品安全法》为《广告法》的修订提供了什么借鉴?《食品安全法》与《侵权责任法》存在什么内在联系?深入探讨这些问题,对于正确规范明星的广告代言行为无疑具有重要的理论和现实意义。

收稿日期:2010-01-11

作者简介:吴雪燕(1973-),女,四川眉山人,重庆大学法学院讲师,博士研究生,主要从事国际经济法研究。

## 二、明星代言广告的法律性质

分析明星代言广告的法律性质应从法律关系角度出发。因为法律关系作为法律领域的基本概念,不仅是理解法律的性质和作用的重要视窗,也是我们分析各种法律问题的重要工具,通过观察现实生活中存在的各种法律关系,我们可以把握一个社会的法律现实状况<sup>[5]</sup>。法律关系是指法所构建或调整的以权利义务关系为内容的社会关系。在明星代言广告行为中,主要涉及代言明星与雇用人(主要包括制造商和服务商)之间的法律关系,以及代言明星与消费者之间的法律关系。

所谓代言明星,是指在商业广告中,利用自身的形象、表演以及知名度,借助声音、图像等各种媒介,代表产品或者产品企业向消费者推销商品或服务的自然人。代言明星是广告代言人的范畴,广告代言人不仅包括自然人而且还包括法人、其他组织和团体。任何商品或者服务都存在消费者对品牌的认识、了解和把握程度问题,首先是消费者对品牌的知晓程度。而明星代言的基础就是其个人的社会影响力,明星通过其影响力外在的造型、社会声誉,出卖自己的形象、行为、无形资产,从而扩大消费者对品牌的知晓程度,自己从中获得报酬。明星代言的对象是商业广告,即雇用人以支付对价的方式,以营利为目的,通过明星代言向社会公众宣传商品或服务的广告。明星代言的落脚点在于“代”,这说明在明星代言的广告中,明星不是以自己的名义宣传自己,而是为了宣传某一商品或服务,按照雇用人的要求以语言和行为来进行广告宣传或是广告声明。可见,代言明星与雇用代言明星的企业、其他经济组织、个人之间是一种合同法律关系。并且属于劳务合同性质,代言明星是以其提供的形象代言劳务而获取报酬。

在明星代言合同法律关系中,一方主体是提供劳务的代言明星,而另一方主体是接受劳务的雇用人。中国《广告法》第2条规定:“法人、其他经济组织或者个人为推销商品或者提供服务,均可以自己或者委托他人设计、制作、发布广告。”因此,法人、其他经济组织或者个人均可以成为接受明星代言劳务的主体,他们均可以以明星代言的方式宣传他们的产品。当然,在明星代言广告中,由于需要向代言明星支付高昂的代言费用或报酬,真正能够成为雇用人的事实上只能是那些规模大、实力雄厚、市场优势明显的企业、其他经济组织或者个人,弱小的市场主体一般是没有能力找明星代言的。从合同内容看,一方面表现为代言明星向雇用人提供形象代言劳务,另一方面表现为雇用人向代言明星支付报酬。从合同客体看,针对的对象是明星代言的行为,其实质与核心是用明星的形象和影响力将商品或服务的内容表现出来并加以传播,以达到推销商品或服务

务的目的。

代言明星与雇用人形成的是劳务合同关系,那么,代言明星和消费者之间存在什么关系呢?根据合同的相对性原则,代言明星与雇用人存在的合同关系对作为第三人的消费者并不当然具有法律约束力。由于明星和消费者之间没有书面或是口头的合同,他们之间不存在合同法律关系。因此,当消费者因明星代言虚假广告而遭受损害时,通过合同法并不能得到周全保护,这时就需要借助权法来对消费者予以救济。

## 三、对明星承担代言法律责任的不同认识

### (一)明星承担代言法律责任的理论歧见

理论上,对明星承担代言法律责任主要存在以下两种不同看法。

其一,否定说。这种观点认为,明星是商品或者服务的代言人,而不是质量的担保人。代言明星与雇用人存在合同关系,而代言明星与消费者之间并无法律关系。消费者是否相信广告宣传,主要是消费者自己的问题,不应因此追究代言明星的法律责任,代言明星承担得更多的可能是道义上的责任。如果因代言出现问题,明星的形象也会受到严重影响,降低他们的人气与收入,明星本身也是受害者。最根本的办法是提高消费者的素质,提高消费者的鉴别能力,如果消费者因为盲目崇拜某明星而购买他所代言的商品或者服务遭受的损失,应该由消费者自己负责。

其二,肯定说。更多的人则认为,由于明星代言的广告内容虚假,给广大消费者带来了巨大损失,如果不设定代言明星的法律责任而放任其在广告中信口雌黄,显然对消费者是一种伤害,而且不能苛求每位消费者都具有完全的理性和鉴别能力。因此,明星对自己的不当代言行为承担责任当无疑问。明星属于社会公众人物,他们通过自身的努力,在广大“粉丝”心中树立了崇高的形象,具有典型示范作用和社会影响力,作为公众人物应当负有更高的注意义务,在代言广告时负有义务审查或者亲自验证所代言商品或者服务的真实效用。正因为明星应当知道自己在代言广告中的特殊地位,这便决定了明星在所代言商品或者服务出现问题或有虚假宣传时应当承担相应法律责任,这是法律对权利义务一致性的必然要求。

### (二)明星承担代言法律责任的立法例

其实,在代言明星对消费者承担法律责任问题上,很多国家是持肯定态度的,这些国家对明星代言行为规定得十分严格。

#### 1. 欧洲

欧洲市场比较成熟,买卖双方的信息大致处于对等状态。广告主往往通过注重广告的奇思妙想来突出产品的品质,代言人也很少在广告中对产品进行描述或是承诺。作为竞争法的一部分,德国的广

告法要求广告不得误导大众。法国不仅规定广告必须真实、全面,禁止误导消费者,而且不允许那些定期在有关电视新闻节目中露面的人物用其形象或声音做广告。如果代言人在广告中夸大其词对公众有严重误导的,司法机关可以追究其刑事责任。在瑞典,代言人要主动了解产品的情况,代言广告要受到多方限制<sup>[6]</sup>。

## 2. 美国

明星代言广告必须符合“证言广告”和“明示担保”的规定。换言之,明星必须是其代言商品的使用者和直接受益者,否则就构成虚假代言,有可能被重罚<sup>①</sup>。事实上,美国明星非常注意自己的形象,通常不会轻易代言广告。即使代言广告,往往也是以公司品牌的形象代言人出现。在代言具体产品时,不会夸大效果,更不会做出任何保证。此外,明星常常乐意代言不存在危险性的产品,诸如服务类产品以及服装、香水等大众消费品。对于美容产品、保健品及药物类广告却很少代言,因为这些产品所宣传的效果与实际疗效常常存在较大差异,容易导致消费者的不满。

## 3. 加拿大

加拿大《广告标准准则》(The Canadian Code of Advertising Standards)规定,广告中不得有任何欺骗性或含糊其词的吹嘘,不得曲解引用专家的权威言论<sup>②</sup>。从另一个角度看,这也是对代言、推荐或证明某商品或服务作出的限制性规定。而且要求代言、推荐或是证明者必须是该商品或服务的实际使用者,广告的相关信息必须有充分事实依据,决不允许欺骗或误导消费者,否则将承担相应的民事责任或刑事责任。这实际上从源头解决了不实或虚假广告的问题。同时,加拿大的广告标准协会还对将要播出的广告进行预审,这也在很大程度上降低了虚假广告的发生率。

## 4. 韩国

韩国明星频繁出现在各种广告宣传中,但是却很少出现虚假广告。这是因为韩国拥有严格的广告预审办法和广告自律审议机构,任何广告在播出前由自律审议机构进行预审,未经审查而播出的广告将被视为非法,将会受到严厉制裁。同时,韩国还从广告用语、受众、表现形式等方面对不同广告进行严格限制<sup>③</sup>。正是这种防患于未然的制度,使韩国的虚假广告很少,也使代言明星很少承担法律责任。

国外明星对代言广告如此谨慎,是法律严格规制下形成的一种自觉意识,由法律前提下良好的社

会共识所催发。从上述立法例看,这些国家都将代言广告的明星列为广告法律关系的主体。作为广告的受益主体,除广告主、广告经营者、广告发布者之外还包括代言明星,因为在当今,社会特殊群体的作用决定了明星也是广告法律关系中的组成要素,这个要素的作用就是增加了对广告产品的关注程度。如果有关机关确定某种产品进行了虚假宣传,这种宣传对消费者产生了某种损害,那么,任何人都无法否认消费者在购买这种产品时考虑了明星的作用。

## 四、中国明星承担代言法律责任的立法分析

在中国,明星代言广告已经成为普遍的现象。一个明星只要稍微崭露头角,就有无数商家蜂拥而至,大众在电视、报纸等媒体随处可以看到他们的身影。那么,中国现行法律对明星代言行为是如何规范的呢?

中国《广告法》第38条规定:“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,由广告主依法承担民事责任……社会团体或者其他组织,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。”《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》也有类似规定。从这些规定看,虚假广告民事责任的承担主体仅限于广告主、广告经营者和广告发布者。发布虚假广告,承担民事责任的主要是广告主。对虚假代言广告所产生的民事责任,由社会团体或者其他组织与广告主一起承担连带责任。对在广告中发挥重要作用的代言明星的法律责任,却没有作出任何规定。

作为《广告法》的特别性规定,《食品安全法》第55条对明星虚假代言行为进行了规范:“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。”2009年5月27日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确规定“知道或者应当知道他人生产、销售假药、劣药”而提供广告等宣传的,以“以生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪等犯罪的共犯论处”。这里的“提供广告等宣传”自然包括明星代言广告的行为。2009年12月1日施行的《湖北省药品管理条例》第29条明确规定:“社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向公众推荐药品,使公众的合法权益受到损害的,依法承担连带责任。”上述规定的进

①参见:Hirschfeld, Adam, “Celebrity Misrepresentation & (and) the Federal Lanham Act: The Public Fights Back Adam”, 78 St. John’s L. Rev. 233 (2004).

②参见:Jeffrey P. Singdahlsen, “Risk of Chill: A Cost of the Standards Governing the Regulation of False Advertising under Section 43(a) of the Lanham Act”, 77 Va. L. Rev. 339 (1991).

③参见:Carrie La Ferle and Sejung Marina Choi, “The Importance of Perceived Endorser Credibility in South Korean Advertising” Journal of Current Issues and Research in Advertising, Volume 27, Number 2 (Fall 2005).

步意义无疑是显而易见的,特别是个人虚假代言药品广告将追究刑事责任的规定,无疑对代言明星具有巨大的威慑与约束作用。

但是,结合中国法律的现行规定,就追究明星虚假代言行为的法律责任,立法上仍然存在以下局限性:其一,调整范围较窄。在全国范围内虚假代言食品与在部分省辖范围内虚假代言药品的,代言明星须承担民事责任。但是,对明星代言的其他商品或服务例如日用品、家电、住房、旅游等方面还没有明确规范。其二,干预手段单一。《食品安全法》以特别法的形式首次明确规定了虚假代言食品广告可能承担的连带责任,这种连带责任属于民事责任性质。除有关司法解释明确规定“知道或者应当知道他人生产、销售假药、劣药”仍然代言要承担刑事责任外,对其他虚假代言行为追究行政责任和刑事责任却不明确、不具体,实务操作难度大。例如,《食品安全法》第94条规定虚假宣传的行政责任依照《广告法》的规定给予处罚,然而《广告法》并未规定虚假广告代言人的行政责任。又如,《食品安全法》第98条规定“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。但是《刑法》第222条规定的虚假广告罪的主体仅限于“广告主、广告经营者、广告发布者”,并未包括广告代言人。其三,救济力度有限。就民事责任而言,仍然采用同质补偿原则,并未引入先行赔付和惩罚性赔偿的做法。总之,《食品安全法》的出台,尽管为我们提供了从法律上规范明星代言广告行为的很好范例,但是并不能从根本上改变中国当前规范广告代言行为的制度缺失。

为了破解明星代言广告承担法律责任的僵局,有人建议将代言明星归入“社会团体或者其他组织”。显然这种主张是不妥的,因为明星是自然人,社会团体或者其他组织是不能包含明星这类主体的。按照“法无明文规定皆自由”的民法信条,这似乎意味着即使是违法广告,代言明星也不必对消费者承担任何法律责任。事实上,中国司法实践也是按照这种逻辑进行操作的。例如,在2005年刘嘉玲的“SK-Ⅱ”代言事件中,南昌市东湖区人民法院对原告吕萍申请追加刘嘉玲为被告的请求就以没有法律依据为由不予支持<sup>[2]</sup>。

《广告法》对明星的广告代言行为没有明确规范,这是历史局限性造成的。但是,在今天,明星代言虚假广告的泛滥不仅给消费者造成了严重的人身和财产损失,而且给国家、集体和社会也造成了巨大负担,严重影响了中国和谐社会的建设。在“三鹿”毒奶粉事件中,不仅三鹿集团本身遭受破产的灭顶之灾,而且国家还投入巨额资金用于患病婴幼儿的检查和医疗救治,众多奶制品企业和奶农的正常生产和经营活动受到重大影响,经济损失巨大。尽管明星的虚假代言行为不是造成这些严重后果的唯一原因,但无疑是重要原因。因此,要求明星承担审查

或违反亲自验证所代言广告商品或服务真实效用的义务,应当成为中国法律的必要选择。

### 五、明星承担代言民事责任的法律依据

在现行的法律框架下,追究明星虚假代言的法律责任,难道真就没有任何法律依据吗?其实,这是不准确的。一方面,当明星违反审查或违背亲自验证义务,在所代言商品或服务出现问题或有虚假宣传时,应当承担相应的法律责任,这是法律对等性的要求。另一方面,尽管在中国《广告法》中没有对个人广告代言行为进行明确规范,但是,就民事责任而言,在以《民法通则》为核心的民法体系中仍然可以寻求到制度支持,而且刚刚公布的《侵权责任法》也能为我们提供一个新的视角。

追究广告代言人的法律责任要根据实际情况判断,不能“一刀切”地认为明星代言广告都应当承担法律责任。根据在广告中的作用不同,明星代言可分为以下两种情况:(1)明星在广告中只是以自己的形象来吸引消费者的注意力,增加消费者对该产品的注意程度,明星本身并未对产品进行推荐、介绍或是保证。此种情形下,明星的作用只是艺术性的或是娱乐性的,其代言行为并不会对消费者的购买意识产生决定性影响。那么,一般而言,这种代言行为对消费者不具有法律意义。(2)明星在广告中对产品进行推荐、证明或是保证,比较明确、具体地从自己的角度向大众介绍商品或服务。例如,邓婕在三鹿广告中不停重复“专业生产,品质保证,名牌产品,让人放心,还实惠,三鹿慧幼婴幼儿奶粉,我信赖”。郭德纲在藏秘排油百草减肥茶中“我担保,我用过减了6斤”,“3盒就能抹平大肚子,减个10斤8斤不算事”,“咱是大家伙捧场捧起来的平民演员,我做广告,可得对老百姓负责啊”。像这种在广告中劝说大众放心使用,还以自己名誉作担保的代言显然与第一种情形存在本质的不同,它已经直接对商品或服务的优劣做出了事实上的阐述,对消费者具有法律上的意义。因此,只有针对第二种虚假代言行为,才涉及明星承担代言法律责任的问题。

中国《民法通则》第4条明确规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”在目前中国广告法律制度具体规定缺位的情况下,明星的虚假代言行为仍然可以通过民法的诚实信用原则、公平原则以及信赖利益保护原则来规范。由于民法的基本原则是解释和理解民事法律的准绳,也是从事民事活动的基本准则,还是裁判民事案件的依据。当缺乏法律具体规定时,人民法院可以根据民法的基本原则裁判案件。事实上以基本原则为法律依据进行裁判各国(地区)民法都是允许的。

#### (一) 诚实信用原则

诚实信用原则要求人们在进行民事活动时要有良好的主观心理状态,一切民事法律关系应依正义衡平的理念加以调整,其“最终目的或者最高追求

是社会秩序的稳定和私人权利的相互平衡”<sup>[7]</sup>。从法律角度看,明星代言的广告属于证言广告性质,而证言广告本身就要求明星必须具有较强的社会责任感,必须对其崇拜者和宣传的企业承担相应义务,这也是构建和谐社会的必然要求。即使是明星不知广告用语和内容涉嫌虚假,但因其宣传而造成误导消费者的,在民法上同样被视为欺诈的、缺乏诚信的行为,也应当承担相应的法律责任。

### (二)公平原则

公平原则要求在民事活动中应当机会均等、互利互惠,兼顾双方的利益和要求,“于利益不自取过多,而与人过少,于损害亦不自取过少,而与人太多”,此项原则是进步和正义的道德观在法律上的体现。由于明星代言都收取高额的报酬,表面看这些报酬是由雇用人支付的,但是这笔费用实际上最后还是转嫁到消费者头上。那么,根据公平原则,既然代言明星获取了广告代言的利益,就应当对消费者承担一定的义务,保证自己所宣传的商品或服务的真实性,否则就应当承担相应的法律责任。

### (三)信赖利益保护原则

与尊重个人自主选择的意思自治原则不同,信赖保护原则旨在强调将交易相对人的合理信赖纳入私法规范的构造之中,以维护民商事交往中的信赖投入并确保交易的可期待性。由于明星所具有的特殊身份,使一部分消费者对其产生信赖,并基于这种信赖而购买其代言的产品。基于明星效应,消费者对明星推荐的产品产生信任感,而这种信任是普通消费者所共有的正常心理和合理信赖。如果明星不正当地利用消费者的这种心理依赖,将会损害消费者的信赖利益。虽然单纯的信赖利益一般得不到法律保护,但是一旦这种信赖构成缔约的一部分,则过错方须承担缔约过失责任。

除《民法通则》外,明星承担代言民事责任还可以在《侵权责任法》中找到法律依据。《侵权责任法》第8条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”而且该法还对责任认定、责任分担等内容进行了规定。由于代言明星和消费者之间不存在合同法律关系,通过合同法对消费者进行周到保护却有困难,但是借助《侵权责任法》则可以对消费者以有力救济,这也是对《食品安全法》局限性的拓展。

## 六、明星承担代言民事责任的判断标准

一般而言,明星虚假代言给消费者造成损害的行为仍然属于一般侵权行为,而且代言明星事实上不能单独给消费者造成损害。在绝大多数情况下,给消费者造成的损害都是由代言明星与雇用人的共同侵权行为造成的。根据中国《侵权责任法》第8条,结合一般侵权责任的特点,应从主观方面和客观方面来判断明星的代言行为本身是否构成侵权。而

在判断是否与雇用人构成共同侵权问题上,既要考虑二者的主观方面,也要考虑二者的行为在客观上的关联程度。

主观方面。代言明星与雇用人在主观上应当均有过错,要么故意要么过失,但并不要求具有共同的故意或者意思上的联络,只要求过错的内容应当是相同的或者相似的。过错有故意与过失之分,故意是指行为人预见到自己行为的后果,仍然希望或者放任结果发生的心理状态。关于过失的概念有主观说和客观说两种:主观说认为过失是行为人对自己行为的后果应当预见而没有预见或是预见到了但是轻信能够避免;客观说则认为过失是行为人对应尽注意义务的违反。按照主客观相统一的原则,客观说更为合理。如果代言明星与雇用人串通或者明星明知是虚假广告仍然代言的就构成故意,可以按照共同侵权追究其法律责任。除《侵权责任法》第8条外,该法第9条还规定“教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任”。但是,实践中更多的情形却是代言明星主观上属于过失的情况。现代过失侵权法起源于英国的普通法,英国在判例中确定“过失是一种被告违反其对原告所应给予的注意的义务”。那么,代言明星的注意义务就是明星在代言时应当预见到自己的广告行为对消费者的影响力,从而审慎地进行代言行为。加拿大《广告标准准则》以及美国关于“证言广告”和“明示担保”的规定,实际上都是明确了代言明星的注意义务,即只要明星违反了注意义务就可以推定其存在过失,就可以追究其民事责任。

客观方面。代言明星与雇用人的行为在客观上应当具有关联性,构成统一的不可分割的整体,并且都是损害发生不可或缺的共同原因。客观方面包括违法行为、损害事实以及违法行为与损害事实之间存在因果关系。所谓违法行为,是指明星在代言活动中利用广告实施了欺骗或者误导等行为,包括对商品的质量、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。所谓损害事实,是指明星的虚假代言行为给消费者的财产和人身造成不利影响。在侵权法上,如果侵权行为没有造成损害事实,就不会引起现实的责任承担。反之,一个人只有在受到了现实损害的情况下,才能请求加害人承担责任。明星对消费者的损害可以分为物质损害和非物质损害。物质损害是指财产上的损失,即遭受损害后财产的减少或者应得利益的减少。非物质损害是指人身、名誉、肖像等人身和精神方面的损失。所谓违法行为与损害事实之间存在因果关系,是指由于明星的代言行为欺骗、误导了消费者,从而使消费者的利益受到了损失。例如,某产品存在质量上的缺陷,代言明星由于疏忽而对该种产品未作了解便进行代言。基于对明星的喜欢与信任,消费者购买了该产品并因产品缺陷受到某种损失。从因

果关系上看,消费者遭受损害的根本原因在于产品存在缺陷,但是我们不能否认消费者选择该产品时受到了明星代言行为的影响。那么,明星的代言行为与消费者所遭受的损害之间就存在相当的因果关系,明星的代言行为同样是消费者遭受损害的原因力。而且,很难判断这种原因力与制造商或者服务商相比,何者对消费者的损害更大。事实上,二者行为的相互结合才造成了消费者的损害,而且无法分割二者造成损害的份额,二者具有相当的关联性。这也是目前许多国家和地区立法所采用的所谓“关联共同”标准。

需要说明的是,明星承担代言民事责任的主观方面与客观方面并不是截然分开的,在某些情形下二者的联系还相当紧密。例如,在明星主观上存在故意或者重大过失的情形下,对明星的加害行为与消费者所遭受损害事实之间的因果关系,法官往往倾向于采用较为宽松的标准认定成立。而在一般过失情形下,相对而言对当事人主观上的可责性较弱,对因果关系的认定则采用较为严格的标准。换言之,主观状态对明星承担代言法律责任的客观要件也具有重要影响。因为法律作为一门反映价值判断的社会科学,始终将正义与公平作为其最高的价值追求,而不是简单地用客观的自然科学上的锁链来判断法学上的现象。

### 七、结语

尽管中国《广告法》没有就代言明星对消费者所负义务做出专门规定,但是明星对自己的不当代言行为承担相应法律责任当无疑议。正确适用《民法

通则》、《侵权责任法》、《食品安全法》以及《反不正当竞争法》的有关规定同样可以规范明星的代言行为,对明星虚假代言行为给消费者造成的损害予以法律救济,对建立和维护良性的市场竞争秩序发挥根本性的作用<sup>[8]</sup>。当然,承担虚假代言法律责任的主体并不以代言明星为限,凡是进行代言的社会团体、其他组织、个人都应当受到法律约束。而且,此种法律责任也并不以民事责任为限,加强行政责任和刑事责任也是对虚假代言行为进行法律控制的必要手段。

### 参考文献:

- [1] 郑北鹰. 明星代言虚假广告何时休[N]. 光明日报, 2009-11-16(05).
- [2] 姚晨奕. SK-II案风波始末[N]. 人民法院报, 2005-08-25(04).
- [3] 童岱. 问题产品:代言明星该不该受罚[N]. 北京科技报, 2008-10-06(34).
- [4] 李秀芬. 平息品牌代言风波“明示担保”或是趋势[N]. 中国企业报, 2009-03-30(05).
- [5] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社, 2007:159.
- [6] JAMES R, MAXEINER. Peter schotthöfer advertising law in Europe and North America[M]. (Second Edition) Kluwer Law International, 1999.
- [7] 宋宗宇, 刘云生. 民法学[M]. 重庆:重庆大学出版社, 2006:31.
- [8] 岳彩申. 中国经济法学30年发展的理论创新及贡献[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2008(5): 118-121.

## The Nature of the Celebrity Endorsement

### Advertising and the Assumption of the Liability:

### Also a Comment on the Article 8 of the Tort Liability Law of China

WU Xue-yan

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

**Abstract:** The enactment of the Food Security Law doesn't solve the problem of celebrity false endorsement. Celebrity spokesman employs contractual relationship with employer but not with consumer. The consumers can not get remedy through contract law when they suffer damage or loss from the false advertising. Many countries or districts list celebrity spokesman as the subject of the advertising legal relationship and provide that celebrity spokesman has duty of care to consumers. Although there is a deficiency of the legal system on celebrity spokesmen's activity in China, precise application of the article 8 of the tort Liability Law within the framework of the fundamental principle of the civil law can still provide strong remedy for the consumer.

**Key words:** consumer; celebrity endorsement; contractual relationship; duty of care; tort liability

(责任编辑 胡志平)