

虚假荐证责任性质之辨

于林洋

(华东师范大学 上海 200241)

内容提要:虚假荐证责任是指广告荐证者在广告中进行虚假荐证导致消费者权益受损应承担的损害赔偿责任。广告进入契约的立法实践并不能为广告荐证者承担契约责任提供可能,其本质上系侵权责任,属于广告侵权责任而非产品侵权责任。对于虚假荐证责任我国立法采“虚假广告说”,这实际上模糊了虚假荐证与虚假广告的界限,我们应还原虚假荐证责任“虚假荐证”的本质。

关键词:虚假荐证 虚假广告 广告侵权 广告责任 产品责任

虚假荐证责任是指广告荐证者^①在广告中进行虚假荐证导致消费者权益受损应承担的损害赔偿责任。^②学界对于广告荐证者应承担虚假荐证责任已基本形成共识,我国法律对此采有限承认原则。^③然而,对于虚假荐证责任的性

质,例如虚假荐证责任是侵权责任还是违约责任、是广告责任还是产品责任等,学界还存在一定分歧。此外,对于虚假荐证责任我国立法采“虚假广告说”:《广告法》与《食品安全法》中直接用“虚假广告”来指代“虚假荐证”,^④而实际

作者简介:于林洋(1975—),男,汉族,山东平度人,华东师范大学法律系副教授。

本文系国家社科基金项目“广告欺诈行为的法律对策研究”(10CFX049)、教育部人文社科研究项目“广告荐证制度研究——以行为规范为中心”(09XJA820014)的阶段性成果。

① 广告荐证者是指广告主以外的以自己的名义在广告中反映其对商品或服务的意见、信赖、发现或亲身体验的个人或机构,我国学界一般称为广告代言人。关于广告代言人与广告荐证者的名称规范问题,笔者曾进行过专门研究,参见于林洋:《台湾地区广告荐证法律规制的经验与借鉴》,载《法学论坛》2013年第1期。

② 对于虚假荐证的法律性质,学界有不同称呼:广告代言责任、广告代言连带责任、产品代言侵权责任、产品代言连带责任、产品代言人侵权责任等等。参见宋亚辉:《广告荐证人承担连带责任的司法认定》,载《现代法学》2009年第5期;杨立新:《论产品代言连带责任及法律适用规则》,载《政治与法律》2009年第10期;欧阳恩钱等:《风险社会下秩序重建:论名人代言责任是一种新型的侵权责任》,载《法学杂志》2010年第12期;蒙晓阳等:《广告代言与产品推荐对公共健康安全的影响及其法律规制》,载《兰州学刊》2012年第8期等等。尽管名称有所区别,却都指向广告荐证者的虚假荐证责任,本文特指损害赔偿责任。

③ 《广告法》与《食品安全法》规定了广告荐证者虚假荐证的法律性质,其中,《广告法》仅规定了机构荐证者虚假荐证的民事责任,未规定个人荐证者的责任,也未规定广告荐证者虚假荐证的行政责任与刑事责任,而《食品安全法》则首次确立了个人荐证者的虚假荐证责任,在食品广告领域对广告荐证者的虚假荐证责任进行了有限的修正。

④ 《广告法》第38条第3款、《食品安全法》第55条。

上二者并不是一回事。笔者认为,对虚假荐证责任性质的正确界定,不仅事关消费者的利益保护,也关涉广告荐证者的行为自由维护。有鉴于此,本文拟对虚假荐证责任的性质问题进行探讨,并与学界的几种典型观点进行商榷。

一、虚假荐证责任属于侵权责任而非违约责任

(一) 虚假荐证责任并非违约责任

对于虚假荐证责任的性质,学界一度尝试从违约责任或缔约过失责任的角度进行解读。^⑤一般认为,广告荐证者并非消费者与广告主合同关系中的当事人,自然不存在违约责任或缔约过失责任。然而,需要思考的是:广告荐证者与消费者之间是否会成立一种特殊的契约关系?对此,有观点认为,广告进入契约的立法实践为广告荐证者承担契约责任提供了一种可行性路径,基于广告荐证行为成立的法律关系为“荐证合同”,可要求广告荐证者因违反真实信息荐证义务而对消费者承担独立于广告主的违约责任(以下简称“荐证契约论”)。^⑥

应当说,“荐证契约论”为我们解读广告荐证者与消费者之间的法律关系提供了一种全新的视角,如果此种观点成立,广告荐证进入契约不仅是对传统契约封闭性的重大突破:广告进入契约使得无合意则无契约的原则出现了例外,在实质上拓展了契约的含义,^⑦同时,也为虚假荐证侵权提供了一种契约法救济的可能。然而,笔者认为此种观点值得商榷。

首先,从契约本身而言,所谓的广告荐证契约并不成立,主要原因有二:其一,契约以双方意思表示的合意为基础,这是契约成立应具备的“意思性”要素。在广告荐证中,广告荐证者与消费者之间恰恰缺乏此种“合意”。广告荐证者的广告荐证行为一经作出,即在广告荐证

者与消费者之间成立一种荐证关系,此种关系的存在不以消费者实际消费为前提,也不以消费者作出允诺为要件。即便是消费者基于对广告荐证者的信赖而购买广告商品或服务,其意思表示也不是向广告荐证者作出的,显然,二者之间缺乏成就契约的合意,仅有广告荐证者单方的意思表示不能够成立广告荐证契约。其二,契约以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的,这是契约成立应具备的“目的性”要素。在广告荐证中,广告荐证者向消费者荐证商品或服务,并非是以在二者之间设立、变更或终止“广告荐证契约关系”为目的,而是以履行其对广告主的合同义务即广告宣传为目的,因此,所谓的荐证契约实际上也缺乏契约成立的“目的性”要素。

其次,如果“荐证契约论”推断的广告荐证者与消费者之间的荐证契约成立,那么,广告经营者、广告发布者与消费者之间似乎也可以成立“广告经营契约”与“广告发布契约”,显然,此种理解是对契约理论的无限扩大。我国《广告法》与《食品安全法》将虚假荐证责任明确界定为侵权连带责任的规定已经表明了对于广告荐证“契约论”的否定态度。实际上,受契约关系相对性原则的限制,“荐证契约论”也并不能为消费者提供一条值得称道的救济路径。

(二) 虚假荐证责任属于侵权责任

综上,广告荐证者与消费者之间缺乏契约关系成立的基础,广告荐证者的虚假荐证行为自然也不会构成违约责任。实际上,虚假荐证责任天生具有“侵权责任的遗传基因”,^⑧其本质属于侵权责任,这是由虚假荐证侵权行为的本质决定的:虚假荐证是一种诱发消费者信赖并导致其信赖利益受损的行为。就广告侵权而

⑤ 参见贾君:《名人涉嫌虚假广告》,载《中国消费者报》2005年6月10日;周运宝:《名人做虚假广告法律问题研究》,载《天津市政法管理干部学院学报》2004年第4期等等。

⑥ 参见郭琛:《不实荐证广告的多重赔偿理论分析》,载《理论导刊》2009年第9期。

⑦ 蔡骏:《论广告进入契约的可能性及其实现》,载《法商研究》2005年第1期。

⑧ 欧阳恩钱等:《风险社会下秩序重建:论名人代言责任是一种新型的侵权责任》,载《法学杂志》2010年第12期。

言,要证成虚假荐证行为对消费者权益的侵害并不困难,然而需要思考的是:广告荐证者与消费者之间是否存在法律上的利害关系?显然,如果二者之间不存在需要法律规制的社会关系,那么虚假荐证的侵权责任也很难成立。笔者认为,广告荐证者与消费者之间虽然不存在契约关系,却存在确定的权利义务关系:广告宣传关系。广告荐证者在收取荐证费的同时必须认识到广告荐证对消费者的影响力:消费者可能基于其荐证而购买商品或接受服务。^⑨广告荐证与消费决策之间的此种因果关系构成广告荐证者与消费者关系的基础。^⑩质言之,广告荐证者与消费者之间通过产品或服务介质而形成一种特定的广告荐证关系,其本质是一种信赖利益关系,消费者基于广告荐证形成的合理的信赖利益应受到法律保护,广告荐证者也应就荐证内容的真实性向消费者负责,在其从事虚假荐证侵害消费者的信赖利益时自然应承担侵权责任。

值得一提的是,虚假荐证责任是一种“特殊的”侵权责任。“结果侵权”是虚假荐证侵权的主要特征,一般而言,虚假荐证本身并不会直接造成消费者人身或财产的损失,但却会发生侵权的“结果”,例如,消费者因信赖广告荐证而购买了虚假广告兜售的假冒伪劣产品从而导致财产权益受损,或者因信赖广告荐证而接受虚假广告提供的虚假医疗服务从而导致人身权益受损等等。可以说,“结果侵权”是虚假荐证侵权的典型特征,在这方面,其与知识产权侵权(尤其是在侵犯财产权方面)非常相像。

关于虚假荐证侵权责任的界定,英美法国家的实践值得借鉴。英美法国家认为虚假荐证的本质是一种“虚假陈述”行为,其不仅存在于合同领域,也在许多类型的侵权行为中扮演着重要角色。构成侵权行为的虚假陈述包括欺诈性与过失性两类,前者在侵权法中被称为欺诈侵权,后者则被纳入过失侵权的范畴。受害人可依据侵权法请求虚假陈述人承担损害赔偿责任,获得普通法的救济。英美法院对于欺诈性虚假陈述应承担侵权责任基本上没有争议,但过失性虚假陈述的侵权责任直到1964年才得以确立。英国上议院认为即使陈述人与受害人之间并没有具体的法律关系,过失性虚假陈述也属于过失侵权,受害人有权要求陈述人承担过失侵权责任。^⑪实际上,无论是故意型虚假荐证,还是过失型虚假荐证,令广告荐证者承担侵权责任都具有充分的法理依据:虚假陈述系侵权责任的诉因,以虚假陈述侵权责任来追究广告荐证者虚假荐证的法律责任,具有高度的理论契合性。^⑫

二、虚假荐证责任属于广告责任而非产品责任

目前,学界关于虚假荐证侵权责任的本质已基本形成共识,然而,其究竟系何种性质的侵权责任,学界还存在一定争议。有观点认为,广告荐证者在虚假广告中向消费者推荐缺陷产品,对消费者或者他人的合法权益造成损害的,依据产品侵权责任规则,应当承担侵权连带责任,其法律基础是产品侵权责任(以下简称“产品责任说”)。^⑬

⑨ Jay S. Kogan, Celebrity Endorsement: Recognition of a Duty, 21 J. Marshall L. Rev. 47 (1987-1988).

⑩ Leland Stanford Junior University, Liability of Advertising Endorsers, 2 Stan. L. Rev. 496 (1950).

⑪ Hedley Byrne v. Heller [1964] AC 465.

⑫ 必须指出的是,与英美法形成鲜明对比的是,我国法上的“虚假陈述”尚未成为侵权责任的一般诉因。我国目前对于虚假陈述侵权责任的法律规制还仅限于证券领域,这当然不是因为我国只有证券领域的虚假陈述较为严重才需要法律规制,事实上,虚假陈述在我国几乎所有的民商事领域中均存在,而在广告荐证领域表现得尤为突出。借鉴英美法对于虚假陈述侵权责任规制的经验,将虚假陈述的适用范围加以扩充,使之成为侵权责任构成的一般诉因,对于拓展我国的侵权法理论以及规制虚假陈述行为等都具有重要的现实意义。

⑬ 参见杨立新:《论产品代言连带责任及法律适用规则》,载《政治与法律》2009年第10期。

应当说,“产品责任说”在很大程度上揭示了虚假荐证责任存在的法理基础,并且直接揭示了产品类虚假广告“产品侵权”的基本特征,对于我们认识虚假荐证侵权具有重要的理论意义。不过,笔者认为此种观点并不全面。虚假荐证责任究其本质系基于虚假荐证侵权而生,并非完全基于产品侵权,生活中有相当数量的虚假荐证责任与产品侵权无关,虚假荐证责任应属于广告侵权责任(广告责任)而非产品侵权责任(产品责任)。广告责任与产品责任是两种不同性质的责任:前者是基于虚假宣传而产生的、对广告内容的真实性承担的责任,后者则是因产品存在缺陷而产生的、对产品质量的安全性承担的责任。笔者认为产品是否存在缺陷并不影响虚假荐证责任的承担。如果产品存在缺陷但广告荐证者进行了如实荐证,并不存在虚假宣传的成分,广告荐证者则无需为消费者的损害承担责任。反之,即便产品无缺陷,如果广告荐证者进行了虚假荐证而给消费者的权益造成损害,也应承担法律责任。质言之,令广告荐证者承担法律责任的原因不应当以产品是否存在缺陷为标准,而应当以其是否从事了虚假荐证为依据。

由于广告是针对产品或服务进行宣传的,因此,广告责任与产品责任在一定范围内存在着契合。然而,广告责任与产品责任究竟为何种关系?换句话说,广告责任是否存在?笔者认为,虚假荐证责任是一种基于虚假宣传而产生的法律责任,不以产品责任为前提,对此,我们可以找到明确的法律依据。《广告法》第38条第3款与《食品安全法》第55条中分别规定了广告荐证者虚假荐证的法律责任: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;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。由上述规定可知,虚假荐证责任产生于虚假广告,并不强调产品存在缺陷,因此虚假荐证责任应属于广告侵权责任而非产品侵权责任。如果广告荐证者为缺陷产品进行虚假荐证的话,那么广告责任与产品责任因为标的物相同而契合,此时,产品责任是作为广告责任的结果而出现的,是广告责任成立的主要原因,两种责任构成竞合。除此之外,广告责任均具有一定的独立性。因此,将虚假荐证责任视为产品责任的观点并不妥当,其既不能涵盖所有类别的广告侵权,也未能揭示产品侵权对于广告侵权的依托关系。而从行为规范与权益保护的角度而言,将虚假荐证责任视为产品责任对于消费者权益的保护也不够周延,同时也不利于遏制虚假荐证行为。因此,虚假荐证责任应恢复其广告责任的本质。

当然,“产品责任说”也认为,虚假广告中推荐的须为产品,推荐服务的广告不在产品代言连带责任的构成范围之内。^⑭此种观点确实在产品的层面上证成了“产品代言责任”称呼的合理性。固然,推荐服务的广告不构成产品代言责任,然而存在“缺陷”的服务类广告构成侵权,究竟如何称呼?如果按照“产品责任说”的逻辑,我们可以称其为“服务代言责任”。两类责任均依托虚假广告而产生,显然,二者可以拥有一个共同的上位概念:广告责任。由此可见,产品代言责任只是广告责任中的一种,只能涵盖部分虚假荐证责任。而实际上,我们也应当将服务类虚假荐证以及不存在缺陷的产品类虚假荐证纳入虚假荐证责任规制的范畴。因此,与其使用一个涵盖范围较为狭窄的下位概念来指代虚假荐证责任,不如用一个能够涵盖所有虚假荐证责任的上位概念——广告责任来代之。

需要强调的是,生活中非“缺陷类”的虚假广告不在少数。如果按照“产品责任说”,此类

⑭ 参见杨立新:《论产品代言连带责任及法律适用规则》,载《政治与法律》2009年第10期。

广告中的广告荐证者将不承担虚假荐证责任,这在很大程度上会纵容虚假荐证的恣意与泛滥,不仅不利于保护消费者的合法权益,也有悖于公平正义的法治精神与公序良俗的社会理念,因此,对于虚假荐证责任的认定我们应当摒弃“缺陷说”,虚假荐证责任不以产品存在缺陷为要件,其本质是一种广告责任而非产品责任。

三、对我国虚假荐证责任“虚假广告说”的反思

对于虚假荐证责任性质的认识,除上述违约责任与产品责任的学界争议之外,还有一种现象值得我们反思。实践中,我们经常将虚假荐证责任与虚假广告责任等同,我国的相关立法也直接用虚假广告来指代虚假荐证(如前所述),而在国家工商行政管理总局组织起草的《广告法》(修订征求意见稿)中也延续了同样的思路,其第60条规定:其他广告参与者违反本法规定,在虚假广告中向广告受众推荐商品或者服务,使广告受众的合法权益受到损害的,应当承担连带责任。^⑮可见,对于虚假荐证责任我国立法采“虚假广告说”。笔者认为此种立法模式并不妥当,以虚假广告责任界定虚假荐证责任不仅模糊了虚假荐证与虚假广告的界限,对于广告荐证者而言也是不公平的。

首先,虚假荐证与虚假广告并不是一回事。尽管许多情况下虚假荐证与虚假广告具有一致性:虚假荐证是虚假广告的原因,虚假广告是虚假荐证的结果。然而,虚假广告并非必然意味着广告荐证是虚假荐证,更不能简单地认为广告荐证者在虚假广告中向受众推荐商品或者服务的行为就是虚假荐证行为,虚假广告中也可以存在真实的广告荐证行为,不能简单化约地将二者等同起来。值得一提的是,此种区分主要是针对广告荐证者而言的,对于广告主而言,虚假荐证与虚假广告具有相同的法律意义:广告荐证者的虚假荐证行为也意味着广告主的虚假广告行为,二者具有同质性。

其次,以虚假广告责任界定虚假荐证责任有加重广告荐证者责任之嫌。广告荐证者的过错性、违法性以及应受法律谴责性的主要原因在于其从事了虚假荐证,而不是仅仅因为参与了虚假广告。也就是说,判断广告荐证者是否应担责的标准应当是其是否从事了虚假荐证行为,而不应当是广告是否为虚假广告。如果广告荐证者能够证明自己没有过错,即没有进行虚假荐证,也不知广告为虚假广告,其自然不应承担法律责任。反之,如果仅仅因为广告虚假就令其承担虚假广告的连带责任,则不符合责任自负的法律究责原理,对于广告荐证者而言是不公平的。

综上,广告荐证责任应当为虚假荐证责任而非虚假广告责任。实践中,厘清二者之间的关系具有重要的现实价值。对此,媒体曝光的“三鹿门”事件具有典型的例示意义。三鹿奶粉中添加了违禁化学物质三聚氰胺,在其广告宣传中自然不会明示,而广告主不可谓不知,因此,广告为虚假广告并无异议。“三鹿门”事件发生后,社会对于广告荐证者邓婕的谴责声以及要求其承担法律责任的呼声一直不绝于耳。这里值得思考的是:如果邓婕并没有进行虚假荐证,其是否需要承担虚假广告的法律責任?

应当说,如果邓婕进行了必要的广告审查义务,也在合理期间内试用过问题奶粉但并未发生“三鹿”案件中出现的不良反应(实际上,即便奶粉存在问题,也不一定在试用期内表现出来),其并不知道三鹿奶粉中添加了三聚氰胺(实际上,邓婕也不可能知道,当然她也没有能力查实奶粉中是否添加了三聚氰胺),那么,即便广告被认定为虚假广告,也不能认为邓婕从事了虚假荐证。我们应当将广告主的虚假广告行为与广告荐证者的虚假荐证行为区分开来,此种区分具有重要的现实意义,其不仅会为追究广告荐证者的虚假荐证责任提供法理上的

^⑮ 条文内容转引自宋亚辉:《广告荐证人承担连带责任的司法认定》,载《现代法学》2009年第5期。

证成,更重要的是,也会为广告荐证者过滤掉许多不该由其承担的法律风险,有利于保护广告荐证者的合法权益,并为其行为自由设置一道法律保障。而从权益保护的角度而言,此种区分也不会对消费者的权益保护造成影响。最重要的是,此种区分将本来就不属于广告荐证者的责任回归至真正的责任主体——广告主,不仅还原了虚假广告责任的本质,也符合法律公平正义之理念。而从宪法意义上讲,此种区分实际上也是对宪法主张的行为自由的法律保护,体现了法治的人本理念。

四、结语

由于广告荐证者与消费者之间不存在契约关系,因此,广告进入契约的立法实践并不能为虚假荐证承担契约责任提供可能。作为一种具

有典型法律意义的虚假陈述行为,虚假荐证的本质系侵权行为,这意味着虚假荐证责任是一种侵权责任,此种责任的存在不以产品具有缺陷为要件,只要存在虚假荐证行为并导致消费者的信赖利益受损,广告荐证者就应当承担法律责任,其本质是一种广告侵权责任而非产品侵权责任。值得一提的是,虚假广告并不意味着虚假荐证的必然存在,虚假荐证责任并非虚假广告责任,我国立法对于虚假荐证责任采“虚假广告说”存在明显不足,未来在进行《广告法》等相关法律法规的修正时,我们应还原虚假荐证责任“虚假荐证”的本质。正确界定虚假荐证责任的性质,是法治社会中我们对广告荐证进行法律规制的基本要求与应有之义。

The Identification Concerning the Essence of the Liability for False Endorsements in Advertising

Yu Linyang

Abstract: The liability for false endorsements is the damages liability that the false endorsements in advertising made by the endorsers have infringed the consumer's interests and rights. It's impossible that the endorsers should be liable for contract liability just because of the legislative practice that the advertisements may become an offer of a contract. The endorser's liability is tort liability in essence, which is not the tort liability for products but for advertisements. Our legislation has adopted the "false advertisements theory", which virtually confused the distinctions between the false endorsements and false advertisements. We should revert the endorser's liability to the nature of false endorsements.

Keywords: false endorsements false advertisements advertisement infringement liability for advertisements liability for products

(责任编辑:李 辉)