

高校人文学术成果文库

教育部高等学校社会科学发展研究中心

The Conduct Regulating and Liability
Analyzing Concerning Endorsements and Testimonials in Advertising

广告荐证的
行为规范与责任解构

于林洋◎著



中国书籍出版社
China Book Press

013032106

F713.82

17

高校人文学术成果文库

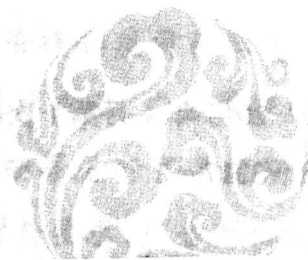
教育部高等学校社会科学发展研究中心

The Conduct Regulating and Liability

Analyzing Concerning Endorsements and Testimonials in Advertising

广告荐证的 行为规范与责任解构

于林洋◎著



北航

C1639234



中国书籍出版社
China Book Press

F713.82
17

201380810

图书在版编目(CIP)数据

广告荐证的行为规范与责任解构/于林洋著. —北京:中国书籍出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5068 - 3317 - 2

I. ①广… II. ①于… III. ①广告—管理—研究—中国②广告法—研究—中国 IV. ①F713. 82②D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 314564 号

责任编辑/ 王文军

责任印制/ 孙马飞 张智勇

封面设计/ 中联学林

出版发行/ 中国书籍出版社

地 址: 北京市丰台区三路居路 97 号(邮编:100073)

电 话: (010)52257143(总编室) (010)52257153(发行部)

电子邮箱: chinabp@ vip. sina. com

经 销/ 全国新华书店

印 刷/ 三河市华东印刷有限公司

开 本/ 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印 张/ 16. 5

字 数/ 253 千字

版 次/ 2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

书 号/ ISBN 978 - 7 - 5068 - 3317 - 2

定 价/ 49. 00 元

版权所有 翻印必究

前 言

近年来,利用广告荐证进行虚假宣传已经成为我国广告违法的主要特征。2012年5月,国家工商行政管理总局向社会公布了15件严重违法广告,均存在利用专家、患者或消费者的名义、形象进行违法广告荐证的问题。无独有偶,在国家食品药品监督管理局7月份公布的10件严重违法广告中,也存在同样问题。在我国相关部门三令五申禁止虚假广告的大背景下,这种现象的存在未免令人吃惊。实际上,上述现象的发生并非一种偶合。就广告荐证的法律规制而言,我国目前既未制定专门的行为规范,也未在一般意义上确立广告荐证责任。与广告荐证法律制度较为规范的国家相比,我国的相关制度显得较为“粗糙”,广告“荐证门”事件的频繁发生也在某种程度上暴露了我国广告荐证法律规制的制度性缺陷,这种现象应该引起立法者的关注。

针对广告荐证这样一种宏观经济领域中的“微观”现象,本书“小题大做”,针对广告荐证的基础理论、广告荐证的行为规范、广告荐证的责任解构以及广告荐证法律规制的借鉴与完善等内容进行了系统研究,并拟定了《广告荐证行为规范》立法建议稿,意在揭示现代广告荐证法律规制的基本规律与发展趋势,以期为完善我国的广告荐证法律制度贡献绵薄之力。在广告荐证的基础理论部分,本书针对广告荐证的基本内涵、广告荐证的认定、广告荐证法律关系以及广告荐证法律规制的社会基础等进行了系统研究。在广告荐证的行为规范部分,本书针对广告荐证的原则与要求、广告荐证的自由与限制、广告荐证与广告表演的关系等进行了系统研究。在广告荐证的责任解构部分,本书针对广告荐证责任的学理之争与法理证成、广告荐证侵权责任的定性及其司法认定等进行

了系统研究。在广告荐证法律规制的借鉴与完善部分,本书针对美国与我国台湾地区广告荐证的法律规制、我国大陆地区广告荐证法律规制进行了系统研究。

值得一提的是,本书针对广告荐证法律规制的制度建构,主要是基于消费者利益保护与虚假荐证约束的社会政策考量,坚持消费者权益优先、兼顾广告荐证者行为自由的价值取向,并采广告主体的义务本位与消费者的权利本位主义。同时,在研究思路,本书突破传统的以广告荐证责任为中心的研究范式,以行为规范研究为基点,以责任解构研究为重心,遵循理论研究 with 实证研究相结合、制度研究与基础理论研究相结合、学术梳理与立法研究相结合的思路,试图建立多维视域下的广告荐证法律制度。

需要说明的是,本书系笔者主持的教育部人文社会科学研究项目——《广告荐证制度研究——以行为规范为中心》(09XJA820014)的最终成果,并在笔者博士论文——《广告荐证的法律规制研究》的基础上完成的。限于能力、笔力与时间,尽管笔者付出了艰苦的努力,本书仍会存在许多不足,欢迎各位前辈、同仁批评指正,笔者将在后续研究中继续予以完善。

于林洋

2012年11月

目 录

CONTENTS

导 论	1
-----------	---

第一章 广告荐证的基础理论	6
---------------------	---

第一节 广告荐证的内涵解读 6

一、广告荐证的名称规范 6

二、广告荐证的基本涵义 9

三、广告荐证的效果原理 14

四、广告荐证的功能价值 17

五、广告荐证的分类 19

第二节 广告荐证的认定 24

一、广告荐证的认定 24

二、违法广告荐证的认定 36

第三节 广告荐证法律关系述要 40

一、广告荐证法律关系的内涵 40

二、广告荐证者的法律地位 43

第四节 广告荐证法律规制的社会基础 51

一、广告荐证法律规制的现实基础 52

二、广告荐证法律规制的法理基础 54

第二章 广告荐证的行为规范 62

第一节 广告荐证的基本原则与要求 63

一、广告荐证的基本原则 63

二、广告荐证的基本要求 66

第二节 广告荐证的自由与限制 78

一、广告荐证的自由 79

二、广告荐证的限制 81

第三节 广告荐证与广告表演 83

一、广告荐证与广告表演的区别 84

二、广告荐证：一种“真实的”广告表演 85

第三章 广告荐证的责任解构 87

第一节 广告荐证责任的学理之争 87

一、对否定论的综述与评析 88

二、对肯定论的综述与评析 93

第二节 广告荐证责任的法理证成 103

一、广告荐证的责任构成 103

二、广告荐证私法责任的正当性 105

三、广告荐证公法责任的必要性 110

第三节 广告荐证侵权责任的定性 112

一、广告荐证侵权责任性质之争 112

二、连带责任的法理证成与理论反思 127

第四节 广告荐证民事责任的司法认定 139

一、广告荐证民事责任的归责原则 139

二、广告荐证者的过错 148

三、广告荐证与损害结果之间的因果关系 153

四、广告荐证民事责任中的惩罚性赔偿 160

五、广告荐证民事责任承担的具体规则 162

第五节 对几种典型观点的商榷、反思与澄清 163

- 一、与广告荐证产品责任说商榷 163
- 二、与广告荐证末位责任说商榷 167
- 三、与广告荐证公法责任说商榷 168
- 四、对广告荐证政府连带责任说的反思 171
- 五、对虚假荐证责任虚假广告说的澄清 174

第四章 广告荐证的法律规制:借鉴与完善 176

第一节 美国广告荐证的法律规制述要 177

- 一、美国广告荐证的法律规范 177
- 二、美国广告荐证的行为规范述评 180
- 三、美国广告荐证的责任规制述评 193

第二节 我国台湾地区广告荐证的法律规制述要 201

- 一、台湾地区广告荐证的法律规范 202
- 二、台湾地区广告荐证的行为规范述评 202
- 三、台湾地区广告荐证的责任规制述评 208

第三节 我国(大陆)广告荐证法律规制的反思 215

- 一、我国广告荐证法律规制的现状 216
- 二、我国广告荐证法律规制的反思 219

第四节 我国(大陆)广告荐证法律规制的完善 225

- 一、广告荐证法律规制的价值取向 226
- 二、我国广告荐证法律规制的完善 229

结 语 237

参考文献 243

后 记 251

导 论

法国著名广告评论家罗贝尔·格兰曾经说过:我们呼吸着的空气,是由氮气、氧气和广告组成的。广告,尤其是商业广告^①,作为消费领域的“代言者”已经渗透到我们生活的方方面面,成为“大众文化王国的总理”^②。我国目前已成为全球第二大广告市场,^③可以预见,在我国未来的消费主导型经济增长中,广告将发挥越来越重要的作用。而在种类繁多的广告中,荐证广告(学界一般称为代言广告、推荐广告、证明广告或证言广告等)因其独特的广告效果与良好的市场效应而日渐成为广告主的“宠儿”。作为媒介市场与受众之间商业信息的重要载体,荐证广告伴随着我国市场经济的快速发展而进入“繁荣”时期,由此,越来越多的人步入“广告荐证”行列。“广告荐证”是我国台湾地区的一个广告术语,我国大陆地区(以下简称“我国”,如无特别说明,“我国”均指“我国大陆地区”)称为“广告代言”、“广告推荐”、“广告证明”或“广告证言”等,是指广告主以外的人(广告荐证者)以自己的名义在广告中直接或者间接向消费者推荐、证明商品或服务,意在引起消费者注意、信赖进而说服其作出消费决策的广告宣传行为。近年来,我国许多荐证广告因内容虚假而被曝光,与此同时,有关消费者与广告荐证者之间的诉讼纠纷也不时见诸报端。

典型案例 1:吕萍诉刘嘉玲代言 SK - II 虚假广告案

2005 年 1 月,刘嘉玲(以下简称刘)代言的 SK - II 化妆品广告在江西部分

① 如无特别说明,文中的广告均指商业广告。

② 参见[法]热拉尔·拉尼奥著:《广告社会学》,林文译,商务印书馆 1998 年版,第 2 页。

③ 周楠:《中国成世界第二大广告市场》,《经济参考报》2011 年 5 月 25 日。

电视台播放,广告中刘称“连续使用 28 天细纹及皱纹明显减少 47%、肌肤年轻 12 年”等,南昌市的吕萍看到广告后怦然心动,于是便在江西某百货公司购买了 SK - II 紧肤抗皱精华乳等系列产品。使用 28 天后,吕萍不仅没有出现刘在广告中所宣称的效果,反而感觉脸部疹痒、灼痛。事后吕萍发现在产品成分的日文说明书中提到“含有强腐蚀性的化学成分氢氧化钠(俗称烧碱)”,而其中文说明书却并未注明。3 月,吕萍以 SK - II 产品责任纠纷为由向南昌市东湖区法院起诉 SK - II 销售商、进口商,要求被告赔偿相关损失并赔礼道歉,同时吕萍还向江西省工商局投诉 SK - II 产品含有违禁成分。南昌市工商局于同年 3 月作出决定:当事单位立即停止虚假宣传行为,并罚款人民币 20 万元。吕萍认为,作为 SK - II 产品的广告代言人,刘对其购买此产品起到了不小的作用,因此在一审开庭前,要求追加其为被告。8 月,案件开庭审理,一审法院认为原告申请追加刘为被告目前还没有法律依据,故未予准许。吕萍随后向南昌市中级人民法院提起上诉,法院于同年 12 月驳回上诉请求,维持一审原判。

值得一提的是,自 2006 年 9 月以来,我国出入境检验检疫机构先后多次从 SK - II 系列化妆品中查出含有禁用物质钼和铬。然而,刘仍在公开场合力挺 SK - II,声称代言的每一种 SK - II 产品她都用过,并认为产品的安全性和有效性没有问题。对此,吕萍及其代理律师向南昌市工商局提出申请,要求对刘处以重罚。南昌市工商局却表示为难:因虚假广告处罚为其代言的明星目前在法律上没有依据,他们翻遍了《广告法》所有条款也找不到一条明星涉嫌代言虚假广告的处罚条令。^①

本案中,以下问题值得思考:广告荐证中,刘是否需要亲自试用 SK - II? 也就是说,其是否可以进行广告表演? 刘的广告荐证与吕萍的损害之间是否存在因果关系? 如果刘试用 SK - II 后并未做虚假荐证,其是否需要承担虚假广告的法律責任? 如果刘从事了虚假荐证,其是否需要为吕萍的损害承担民事赔偿责任? 在缺乏《广告法》依据的情况下,刘真的不用承担相应的法律责任吗? 现行法律框架下,将刘追加为民事诉讼的被告以及进行行政处罚真的没有法律依据吗?

① 冯丽、王海清:《明星涉嫌虚假广告法律真管不着吗》,《经济参考报》2006 年 10 月 22 日。

典型案例2:张先生诉冯小刚代言房地产虚假广告案

2006年8月,北京的张先生看到著名导演冯小刚(以下简称冯)为北京某房产公司开发的月亮河城堡房产项目进行代言的广告,冯在广告中称:“我可以负责任地告诉您,您看到的都是真实的。”同时,其还为该单位拍摄过图片宣传资料。出于对冯的信任,张先生以165万余元的价格购买了月亮河城堡的一套房屋。同年11月入住后,张先生发现房屋及配套设施存在严重的质量问题,为此,其几次致函开发商要求解决房屋质量问题但一直未能解决。张先生认为,冯没有对其代言的房地产项目尽到必要的审查义务,进行了虚假宣传,误导其购买了房屋,冯的行为违反了诚实信用原则,已构成侵权,故起诉至北京市朝阳区法院,要求冯赔礼道歉并赔偿相关损失8万元。

庭审中,冯的代理律师认为冯对代言的房产项目已尽到合理、审慎的审查义务,广告内容属实,不存在虚假宣传,关于房屋质量问题,张先生应向开发商主张权利,其起诉缺乏事实和法律依据,法院应予以驳回。

法院经审理认为,张先生看到的有冯表演的视频资料系广告,冯系广告表演者,广告内容的真实性及相关法律后果应由广告主、广告经营者及广告发布者负责。张先生提交的证据不能证明冯的行为具有违法性,也不能证明冯存在过错并给张先生造成损失,故其诉讼请求缺乏事实和法律依据。2008年11月,北京市朝阳区法院以广告代言行为不违法且冯没有主观过错为由,驳回了张先生的诉讼请求。^①

本案中,以下问题值得思考:冯的广告代言行为属于广告表演吗?在广告宣传中,冯只是广告表演者吗?如何判断冯是否尽到合理、审慎的广告审查义务?如何判断冯是否具有过错?广告内容的真实性及相关法律后果真的如法院所称只能由广告主、广告经营者以及广告发布者负责吗?也就是说,冯不必承担保证广告内容真实性的义务吗?冯的广告荐证是否属于虚假荐证?

以上案例是我国近年来发生的两起较为典型的广告荐证案例。针对违法广告荐证问题,虽然我国相关部门出台了一系列整治措施,但违法广告荐证现象并未从根本上得到遏制,我国目前的违法广告荐证现象依然较为突出。2012

^① 朝阳区法院:《代言房产被指质量问题,冯小刚被判不担责》, <http://cyqfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=370>, 2012年10月22日访问。

年3月,国家工商行政管理总局向社会公布了今年1月份在全国部分媒体监测抽查发现的15件严重违法广告,均存在利用专家、患者或消费者的名义、形象进行违法广告荐证的问题。^①令人吃惊的是,在国家工商行政管理总局今年5月份公布的3月份监测抽查发现的15件严重违法广告中,也均存在利用专家、患者或消费者的名义、形象进行违法广告荐证的问题。^②无独有偶,在国家食品药品监督管理局今年7月份公布的10件严重违法广告中,也存在同样问题。^③近年来,利用广告荐证进行虚假宣传已经成为我国广告违法的主要特征,有关广告荐证的法律规制问题也日益引起学界关注。^④就广告荐证的法律规制而言,我国目前尚未制定关于广告荐证的专门规范,相关规定较为零散,多数规定属于禁止性规定,真正意义上的广告荐证行为规范很少。同时,我国《广告法》中也并未规定个人广告荐证者进行虚假荐证的法律责任。与广告荐证法律制度较为规范的其他国家和地区相比,我国的相关制度显得较为“粗糙”,广告“荐证门”事件的频繁发生也在某种程度上暴露了我国关于广告荐证法律规制的制度性缺陷,这种现象应该引起立法者的高度关注。

值得一提的是,广告荐证领域里的理论争点问题较多,例如广告荐证是否属于广告表演行为?广告荐证者是否属于广告担保者?广告主与广告荐证者之间是否成立雇佣关系?广告荐证者是否应承担虚假荐证的法律责任?广告荐证者承担广告荐证责任的法理依据何在?广告荐证责任属于产品责任还是广告责任?广告荐证民事责任属于连带责任、按份责任、补充责任抑或是其他?其应适用何种原则归责?其因果关系何在?令仅存一般过失的广告荐证者与

① 见《国家工商行政管理总局违法广告公告》(工商广公字[2012]2号)。

② 见《国家工商行政管理总局违法广告公告》(工商广公字[2012]4号)。

③ 见《国家食品药品监督管理局关于发布2012年第2期违法药品、医疗器械、保健食品广告公告汇总的通知》(国食药监稽[2012]193号)。

④ 2008年10月,中国人民大学民商事法律科学研究中心举办了“三鹿门”法律问题专家研讨会,其中,广告代言人的法律责任问题成为学者们关注较多的一个问题(具体内容参见该中心:《“三鹿门”法律问题专家研讨会》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=41242>, 2012年10月19日访问)。2009年6月,北京市消费者协会、北京市消费者权益保护法学会、中国人民大学民商事法律科学研究中心在北京专门召开了广告代言法律责任理论研讨会(具体内容参见中国人民大学民商事法律科学研究中心:《广告代言法律责任理论研讨会实录》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=45674>, 2012年10月19日访问)。

存在欺诈恶意的广告主一起承担连带责任是否公平?广告荐证者是否应承担公法责任?虚假荐证责任与虚假广告责任关系几何?……伴随着市场经济的快速发展,我国广告荐证领域也出现了一些新的问题,一些边缘性质的广告荐证问题也日益引起社会关注,例如,医药节目中的“医托儿”、“药托儿”问题、专题广告与即时广告中的广告荐证问题、新媒体中的广告荐证问题等等。虽然学界对于广告荐证问题一直较为关注,但就上述问题进行系统研究的并不多见。特别需要强调的是,国家工商行政管理总局与国家食品药品监督管理局今年曝光的40件严重违法广告中均存在违法荐证绝非是一种偶合,而以上曝光的案例也不过是我国违法广告荐证现象中的冰山一角。目前,我国部分区域、部分行业的广告荐证领域存在诸多乱象,现实中广告“荐证门”事件的频繁发生也直接检讨着我国对于广告荐证法律规制的不足。在此背景下,对广告荐证的法律规制问题进行系统研究具有重要的理论价值与现实意义。

需要说明的是,广告荐证的法律规制不仅包括对广告荐证的行为规范与责任追究,也包括行政监管、社会监督与行业自律等内容,后者与一般意义上的广告监管、监督与自律等并无二致,笔者曾针对虚假广告的相关内容进行过专门研究,^①因此,本书主要研究广告荐证的行为规范与责任解构等内容。而在广告荐证活动中,狭义广告荐证行为的主体是广告荐证者,不包括广告主、广告经营者以及广告发布者,但作为一项广告活动,广告荐证行为与广告主的广告行为具有密切关系,因此,书中“广告荐证的行为规范”主要是指广告荐证者与广告主的行为规范,偶尔论及其他广告主体。同时,由于我国对于广告主的相关责任制度已经较为完善,因此,书中“广告荐证的责任解构”主要是指广告荐证者的相关责任,偶尔论及广告主与其他广告主体。与此对应,书中“广告荐证的法律规制”也主要是针对广告荐证者与广告主的相关法律制度,仅在需要时论及其他广告主体。此外,本书对我国台湾地区广告荐证的法律规制进行了专门研究,因行文之便,如无特别说明,文中的“我国”均指“我国大陆地区”。

^① 参见拙作:《虚假广告侵权研究》,中国检察出版社2007年版,第218~228页。

第一章

广告荐证的基础理论

伴随着我国广告业的快速发展,越来越多的人步入广告荐证行列,广告荐证开始专业化、行业化、商业化。由于广告荐证对消费者的消费决策会产生重要影响,因此,许多国家均将其纳入法律规制的范畴。与此同时,广告荐证也成为学界研究的热点,确切地说,学界对于广告荐证的研究主要集中于广告荐证责任领域,而对于广告荐证基础理论的研究却并不多。然而,就广告荐证的法律规制而言,基础理论的研究不可或缺。

第一节 广告荐证的内涵解读

一、广告荐证的名称规范

“广告荐证”是我国台湾地区广泛使用的一个法律用语,我国大陆地区立法与司法实践中没有使用该用语,学界一般称其为“广告代言、广告推荐、广告证明或广告证言”等等,尤以“广告代言”最为流行。根据台湾地区《行政院公平交易委员会对于荐证广告之规范说明》^①第一条的解释,台湾地区认为此类行为主要在于突显代言人的形象、专业或经验,使其与广告商品或服务作连结,或使其以消费代言的方式增强广告的说服力,以期有效取信消费者。因此,广告

^① 该说明由台湾行政院公平交易委员会于2005年9月通过,并历经2007年4月、2010年6月、2012年3月三次修正。

代言究其实质乃对商品或服务的“广告荐证”,与其将此类广告称为代言广告,不如将其称为“荐证广告”,更为完整、妥适。笔者认为,大陆学界将此类行为称为“广告代言”并不妥当,因为此种名称不仅未能揭示其行为本质:推荐或证明,并且“代言”一词从字面理解为代表别人发表言论,“受广告主委托替其办事”^①,与代理容易混同,从而产生责任归属被代言人(广告主)的误解,故“代言”有为代言人推卸责任之嫌。同时,“代言”在坊间已被普遍认为是名人或专业机构的“专利”,使用“代言”一词容易使普通人的此类行为被忽略。

关于广告荐证的名称规范问题,我们首先来看一下对此类行为的法律规制较为成熟的美国的相关规定。美国制定了世界上第一部关于广告荐证的行为规范:《广告荐证指南》(Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising),该规范中,其使用的是“endorsements and testimonials in advertising”,“endorsement”一词有“担保、保证”之意,^②《新牛津英汉双解大词典》(2009年电子版,下同)对其解释为“(广告中)对产品的推荐”,并有“赞同,支持,认可”之意,而“testimonial”一词则有“证明书、介绍信、推荐书”之意,^③可见,此类行为的本质特征在于“推荐、证明”,台湾地区将其称为“广告荐证”较为准确。

再来看我国大陆地区的立法实践,大陆地区立法涉及广告荐证的条款为《广告法》第38条第3款与《食品安全法》第55条,其分别规定: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。可见,大陆地区立法使用的是“推荐”而非“代言”一词。笔者认为,此种用语不尽准确。尽管将“推荐”做广义解释也可以涵盖“证明”之意,即“证明”是一种“推荐”方式,但狭义的证明与推荐存在明显区别,对此无须多言。更为重要的是,对此类行为进行“推荐”与“证明”的区分具有重要的法律意义。一般而言,广告证明比广告推荐在引起受众注意并强化其信赖方面具有更强的

① 曾咏梅:《论商业广告代言人的法律责任》,《中国人民大学学报》2009年第1期。

② 宋雷主编:《英汉法律用语大辞典》,法律出版社2005年版,第344页。

③ 夏登峻主编:《英汉法律词典》(第三版),法律出版社2008年版,第967页。

效果,即广告证明对消费者的影响更大,因此,广告证明对于损害发生的原因力更大,广告证明的因果关系更容易判断;广告证明应承担更高的注意义务要求;虚假证明的主观恶性更深等等。作为一个法律术语,不仅应力求准确,而在字面意义上如果能直接揭示其行为特征,则当为法律用语的最高境界。基于此种意义而言,“广告荐证”较之“广告推荐”显然更胜一筹,同理,对于“广告证明”、“广告证言”等也是如此。

综上,在上述名称中,“广告代言、广告推荐、广告证明或广告证言”等均存在不足,其或是不能够直接揭示此类行为的本质,或是不足以概括其全部内涵,唯有“广告荐证”能够准确、全面地揭示此类行为的本质特征,而且“荐证”一词与“见证”或者“鉴证”这两个大陆地区固有的法律用语同音,某种意义上也有一定的异曲同工之效。笔者主张借鉴台湾地区的经验,使用“广告荐证”这一用语。

与“广告荐证”对应,“广告荐证者”也是台湾地区广泛使用的一个法律用语,大陆地区称为“广告代言人”。笔者主张使用“广告荐证者”这一概念,除上述提到的原因之外,与大陆地区《广告法》的相关主体以及国际用语相统一也是其中的重要原因。《广告法》界定了“广告主、广告经营者以及广告发布者”三类广告主体,却并未界定“在广告中向消费者荐证商品或服务的社会团体、其他组织或者个人”的“法律称呼”。使用“广告荐证者”一词不仅能够直接揭示该类主体的行为特征,也与“广告经营者、广告发布者”等用语形成形式呼应。而在美国的上述规范中,也使用了 endorser 而非 spokesman (spokeswoman) 或 spokesperson(代言人)来指代在广告中向消费者荐证商品或者服务的人。endorse 一词有“保证、担保、赞同、同意”等之意,^①《新牛津英汉双解大词典》直接将其解释为“为(产品)做广告”,因此,从语境上讲,将 endorser 译成“代言人”也不太贴切或不尽准确,而译成“荐证者”则显得较为通达,并且,与“广告荐证”、“荐证广告”等形成内在的呼应与关联。综上,笔者主张使用“广告荐证者”这一用语。

需要说明的是,目前学界与坊间对于广告荐证者仍然习惯性地称为广告代

^① 宋雷主编:《英汉法律用语大辞典》,法律出版社2005年版,第344页。

言人,与此对应,荐证广告也称为代言广告,广告荐证也称为广告代言,笔者在引用相关作品时,因行文之便,有时也会使用广告代言人、代言广告与广告代言等字样。

二、广告荐证的基本涵义

广告荐证是荐证广告中独有的一种广告行为,在了解其涵义之前,有必要先认识一下荐证广告。荐证广告并不是我国大陆地区既有的法律用语,而是我国台湾地区广泛使用的一个法律用语。根据台湾地区《行政院公平交易委员会对于荐证广告之规范说明》第二条的解释,荐证广告是指“任何以广告主以外之他人,于广告中以言词或其他方式反映其对商品或服务之意见、信赖、发现或亲身体验结果,制播而成之广告”。由此可知,在台湾,广告荐证是指“广告主以外之他人,于广告中以言词或其他方式反映其对商品或服务之意见、信赖、发现或亲身体验结果”的行为。

美国是世界上最早制定广告荐证行为规范的国家,早在1975年5月,美国联邦贸易委员会(FTC)就制定了专门规范广告荐证行为的法规:《广告荐证指南》(Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising),该指南分别于1980年1月与2009年10月作出修订,其对“荐证”(endorsement)作出明确界定:“荐证”是指可能使消费者认为反映了广告主以外的其他人(即广告荐证者)的意见、信赖、发现或者亲身体验的任何广告信息,包括个人的口头陈述、示范、签名、签章、肖像以及其他能够识别的个人身份特征或者组织的名称、印章等等,即使“该他人”的观点与广告主的完全一致也不例外。任何在广告中反映其意见、信赖、发现或者亲身体验的人称为广告荐证者(endorser),包括个人、团体或者其他组织。^①

借鉴美国与我国台湾地区的上述界定,笔者认为,广告荐证是指广告主以外的人(包括个人、社会团体或者其他组织)以自己的名义在广告中直接或间接向消费者推荐商品或服务,或者对其质量、性能、品质、功效等进行证明,意在引

^① See § 255.0 (b) of Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising (16 CFR Part 255).