



编辑提示:消费者权益保护问题是被各界关注的热点问题之一。随着我国经济市场化、电子化、全球化进程的加快,新型的消费纠纷不断涌现,数量显著增多。如何切实维护消费者权益是立法及司法实务界不能不高度重视的一个问题。在《消费者权益保护法》修改后实施1年之际,特约专家学者、资深法官围绕相关立法、司法实务问题展开讨论,以期对如何切实保护消费者权益问题提供一些解决思路。

论虚假广告的侵权责任承担

姚 辉 王毓莹*

摘要 虚假广告的责任主要体现为侵权责任。虚假广告应界定为广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人为牟取非法利益而在广告中采用欺诈性的手段,对商品或服务的主要内容作不真实的或引人误解的表示,导致或足以导致消费者或者其他经营者的合法权益受到侵害的广告。广告代言人与广告主是否承担连带责任应区分不同情形并考察其过错程度。从繁荣商品市场、保护消费者权益的角度考量,对广告代言人责任的承担适用过错推定原则更为适当。

关键词 虚假广告 广告代言人 过错推定责任

一、导言

随着我国市场经济的进一步发展,市场竞争更加激烈,广告在社会经济生活中所发挥的作用也越来越突出。经营者通过广告宣传,原本意在介绍、推销某种商品或服务项目,诱使消费者产生需求欲望,购买商品或接受服务。然而随着广告大战的愈演愈烈,广告主、广告经营者或广告发布者为了牟取非法利益而在广告中掺杂虚假成分、对商品或服务作出虚假的或引人误解的表示和宣传,致使消费者产生过高期望值从而作出错误判断的情况层出不穷。这些虚假广告一方面破坏了市场经济秩序,对于合法经营者形成不正当竞争;另一方面也严重损害了消费者的权益。因此,亟需对虚假广告进行规制。但是,虽然工商行政管理机关一直在查处违法广告,并对违法行为人苛以严厉的行政处罚,虚假广告却依然有增无减。不可否认的是,虚假广告中的行政责任有着先天的缺陷。追究违法行为人的行政责任,需要有关国家机关加强监管,然而,由于人力有限,监管者面临以少对多的局面,致使相当多的虚假广告违法行为得不到处理,违法成本过低也助长了违法者法不责众的侥幸心理,从而滋生更多的违法行为。笔者认为,解决虚假广告问题,目前首要的任务是建立一个以民事责任为主导、以行政责任为补充的完

整的法律责任体系。

民事责任包括合同责任与侵权责任。广告的特点是广而告之,即“以一对多”,这与合同责任的相对性有着天然的冲突。因此,虚假广告的责任主要体现为侵权责任。侵权责任具有惩罚与救济双重功能,包括剥夺不法者的利得和补偿受害者的利益损失2方面的内容。侵权责任既对虚假广告行为进行惩罚,又对受欺骗和误导的消费者进行补偿救济,这符合公平正义观念。侵权诉讼的救济机制对消费者是一种有效激励,能够激励消费者为保护自身权益积极对虚假广告行为进行追诉。相对于数量有限的执法人员而言,人数众多的消费者如果对虚假广告的违法行为进行追诉,将大大提高对这一违法行为的惩罚概率。从这个意义上说,侵权责任的规制有利于对整个虚假广告产业链实行打击。

与虚假广告铺天盖地的现实情况相比,有关虚假广告侵权责任的理论研究似乎已经滞后。虚假广告不同于一般侵害行为,一般不直接对消费者的人身和财产造成损害,而是通过欺骗和误导消费者购买商品或接受服务,再因商品或服务的质量瑕疵对消费者造成损害。在虚假广告对瑕疵产品或服务进行虚假宣传的情况下,往往是虚假广告的欺骗、误导作用与瑕疵产品或服务本身的缺

*姚辉,中国人民大学法学院教授,博士生导师;王毓莹,最高人民法院民一庭法官。本文为作者承担的中国人民大学法学院重点标志性课题“统一损害赔偿法研究”的阶段成果。

陷共同对消费者产生损害。虚假广告侵权案件的这一特点决定了审理这类案件存在一定的难度。同时,对于虚假广告的界定、承担责任的主体、归责原则以及消费者造成损害后的赔偿范围等问题,在理论界也众说纷纭,争议很大,有必要予以研究。

二、虚假广告的界定

我国的法律和行政法规并未对虚假广告给出一个明确清晰的界定,在《广告法》、《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》中的相关规定,也只提到广告“应当真实”,至于什么是真实、如何判断广告的真实却并未提及。

“虚假广告”一词主要存在于学术研究中。有学者认为,虚假广告是不实广告,是指工商企业以刊登或散发虚伪不实广告使消费大众信以为真,而从事价格、品质不相称的经济交易;^[1]还有人认为,“虚假广告是指经营者通过内容与实际不相符的广告宣传推销商品的行为”。^[2]借由上述归纳可以看出虚假广告的本质在于广告是虚假的、不真实的、具有欺骗性或误导性,广告宣传的内容与商品的客观情况不符,有意夸大或予以模糊,容易使人产生误解。笔者认为,虚假广告应界定为:广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人为牟取非法利益而在广告中采用欺诈性的手段,对商品或服务的主要内容作不真实的或引人误解的表示,导致或足以导致消费者或者其他经营者的合法权益受到侵害的广告。考虑一则广告是否为虚假广告,首先要从客观方面认定广告本身是否虚假不实,即商品宣传的内容是否与商品的生产者、成分、质量、性能、功效等相符;其次要考虑广告对受众即消费者是否产生了误导性影响,即是否诱导消费者产生与内心真实意图相违背的消费行为。例如,在某果肉型饮料的广告宣传上,用动画方式描绘出几种水果图案,并附上“本品添加有大量果肉”的宣传语,但是经鉴定,该饮料中仅含有微量果肉,其余成分全部由水和食用香料组成,广告宣传的内容与产品的实际情况并不相符,消费者也因该欺骗性广告购买了并未添加“大量”果肉的饮料,在此种情况下就可以认定该广告为虚假广告。

虚假广告的“虚假”主要体现为以下几个方面:(一)虚假的消息,通常称“骗局广告”,指宣传的商品或服务的信息本身不存在;(二)虚假的品质和功能,指广告宣传的有关商品或服务并未达到广告中所宣传的质量技术标准或不具备广告所宣传的功能效用;(三)虚假的价格,又称欺骗性价格广告,即消费者最终支付的货币与广告宣

传价格不符;(四)虚假证明,指广告采用带欺骗性的证据或假借他人言论宣传商品的质量、功能等,诱骗他人上当。

三、虚假广告责任主体的认定

在虚假广告导致消费者损害赔偿纠纷日益增多的情况下,《广告法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《食品安全法》、《刑法》等法律分别从不同的角度对虚假广告进行规制。《广告法》第38条规定:“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名称、地址的,应当承担全部民事责任。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。”2013年修改的《消费者权益保护法》针对涉及消费者生命健康的商品或服务的虚假广告作了特别规定,即上述广告造成消费者损害的,由广告经营者、广告发布者以及广告代言人与商品或服务的经营者承担连带责任。《消费者权益保护法》第45条第2款规定:“广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。”第3款规定:“社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。”2014年3月15日起施行的《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第11条规定:“消费者因虚假广告推荐的食品、药品存在质量问题遭受损害,依据《消费者权益保护法》等法律相关规定请求广告经营者、广告发布者承担连带责任的,人民法院应予支持。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、药品,使消费者遭受损害,消费者依据《消费者权益保护法》等法律相关规定请求其与食品、药品的生产者、销售者承担连带责任的,人民法院应予支持”。

从上述法律规定看,虚假广告侵权中首先需要承担责任的是广告主。广告主是指为推销商品或者提供服务,自行或者委托他人设计、制作、代理服务的法人、其他经

[1]林山田:《经济犯罪与经济刑法》,三民书局1981年版,第198页。

[2]吕春燕:《经济法律原理与实务》,清华大学出版社2002年版,第261页。



济组织或者个人。事实上,广告主一般就是产品的生产者、销售者或服务的提供者,是虚假广告信息的源头,其承担责任理所应当,无论在理论界还是实务界均无争议。这也符合侵权行为法中“自己行为、自己责任”的一般原则,存在争议的是另外两种责任主体:一种为广告经营者与广告发布者;一种为广告代言人,尤以广告代言人的责任承担存在的争议最大。

(一)广告经营者与发布者的侵权责任。广告经营者是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人,包括广告设计者、广告制作者和广告代理人。《广告法》第26条规定:“从事广告经营的,应当具有必要的专业技术人员、制作设备,并依法办理公司或者广告经营登记,方可从事广告活动。广播电台、电视台、报刊出版单位的广告业务,应当由其专门从事广告业务的机构办理,并依法办理兼营广告的登记。”广告发布者,是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。广告发布者主要有2类:一是新闻媒介单位,包括利用电视、广播、报纸、网络等新闻媒介发布广告的电视台、广播电台、报社、网络运营商等,这是广告发布的主要媒介;二是具有广告发布媒介的企业、其他法人或经济组织,利用自有或自制音像制品、图书、橱窗、灯箱、场地(馆)、展览馆(中心)、影剧院、机场、车站、码头等。在我国,广告发布者必须是经依法核准登记、从事广告发布业务的法人或其他组织,个人不允许从事广告发布业务。

广告经营者是广告艺术形式的完成者,广告发布者是广告信息的传播者,他们应对虚假广告侵权承担相应的民事责任。问题在于,实际的广告活动中,往往是由广告主控制着商品或服务的全部信息,并决定广告的内容,如果赋予广告经营者和广告发布者过高的注意义务,则会增加发布广告的成本,不利于广告业的发展。因此,广告经营者和广告发布者对虚假广告侵权的归责原则不应适用无过错责任。广告经营者、广告发布者在从事广告经营与发布活动中一般是收取费用的,依据权利义务相一致原则,其应当承担相应的注意义务,即其应当对于广告主需要发布的商品或者服务进行审查,但这种审查应当理解为形式上的审查。广告经营者、广告发布者违反了注意义务,存在过错则应当承担责任。同时,为了维护消费者的权益,对于广告经营者、广告发布者是否存在过错,应实行举证责任倒置。

(二)广告代言人的侵权责任。广告代言人是商业

广告中利用自己的证言、外形及一定的社会知名度和美誉度,通过各种形式的媒介,直接或间接地向消费者推销商品或服务的人,也包括扮演广告角色、宣传商品或服务的人。广告代言人既包括社会团体或者其他组织,也包括个人。所谓社会团体,根据《社会团体登记管理条例》第2条第1款的规定,是指中国公民自愿组成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织。如代表特定人群诉求的消费者协会、专业性质的学会等。这些社会团体往往具有一定的社会公信力,因此可能通过推荐商品而促进被推荐商品的销售。除了各种依法成立的社会团体,也包括未依法注册为社会团体的其他社会组织。个人又可以分为知名公众人物和普通人。知名公众人物,通俗称为名人,一般指享有较高知名度、具有相当影响力、受到社会公众关注的人物,包括文艺界、体育界的明星、各行各业的知名专家、社会名流乃至科学家、政治家等人物。判断知名公众人物的标准主要从社会公众的知晓程度上来看,比如在该人所从事的领域获得普遍认识,在职业涉及的地域范围得到公众的广泛认知等。作为个人的广告代言人主要是知名公众人物,但普通人以一般消费者的身份在广告中代言也并不少见。^[3]

一般广告主选择代言人时,都会倾向选择文艺体育界或者企业界名人,包括影星、歌星、球星、笑星、名模等,因此,将代言明星与广告代言人混用,这在一般意义上是完全可以的。但笔者认为在探讨此类主体的法律责任问题时,不宜称为明星代言法律责任。首先,法律是具有普遍约束力的行为规范,对所有的人都具有同等的适用效力,无论是明星还是其他一般公民,只要其在代言中发生违法行为都应依法追究责任,不能说只有明星需要承担,而其他人代言就不需要。其次,《食品安全法》也肯定了这一认识,其第55条明确规定:“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。”这里的个人绝不仅限于明星,而是泛指代言人个人,故称明星代言法律责任也不符合立法本意。另外,明星泛指在某些领域得到公众认同的相对成功的人士,并非一个确定和严谨的法律术语,在法律上也无法确认其内涵与外延。因此在探讨法律责任时,应当使用“广告代言人”这样一个相对规范的概念。

日常生活中,社会团体、其他组织或个人经常在广告中向消费者推荐商品或者服务。由于这些组织或个人一般都具有较高信誉和威望,因此有利于广告信息的快速

[3]全国人大常委会法制工作委员会民法室:《消费者权益保护法立法背景与观点全集》,法律出版社2013年版,第275页。

传播。如果这类广告的内容失真,将会有更大的欺骗和误导作用。同时,这些组织或个人推荐商品或者服务的时候一般都有丰厚的报酬,也因此应当对广告的真实性尽到较多的注意义务。我国《广告法》第38条第3款仅规定了社会团体和其他组织等机构荐证者的侵权责任,没有规定个人代言虚假广告的侵权责任,我国《食品安全法》第55条弥补了《广告法》的立法空白,规定了个人代言虚假广告需承担连带侵权责任,但这一规定仅适用于食品广告,范围太窄。新修改的《消费者权益保护法》针对涉及消费者生命健康的商品或服务的虚假广告作了特别规定,即广告代言人要与商品或服务的经营者承担连带责任。由于尚无一般性的商品和服务推荐者责任规定,《侵权责任法》也未将该制度纳入考虑,因此有学者提出,不能仅仅局限于食品代言连带责任,而应当举一反三。虚假广告已经成为我国广告活动中非常严重的问题,因此在《广告法》中规定个人荐证者的侵权责任,显得尤为必要。适用于所有的商品和服务推荐的连带责任,才具有更为广泛的意义。^[4]笔者认为,在目前《广告法》对于个人代言没有明确规定的情况下,可以从以下几方面认定个人广告代言人是否承担连带责任:即广告主与代言人之间是否存在共同故意,具体来说有两种情况。其一,广告主与代言人相互串通。在这种情况下,广告主与代言人实则形成了明确的分工,二者的主观状态均属于直接故意。其二,广告主与代言人虽然没有相互串通,但代言人明知广告主生产了质量存在缺陷的产品或者提供有缺陷的服务而仍然为该产品或者服务进行代言。在这种情况下,广告主的主观状态属直接故意,代言人的主观状态属间接故意。毫无疑问,上述两种情况都可认定他们的行为构成共同侵权,可以适用《侵权责任法》的规定,认定广告代言人承担连带责任。

四、归责原则的选择

广告代言人在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,造成消费者损害的,应承担何种责任,采取哪种归责原则,存在很大的争议。

第1种意见认为,应当采用过错责任原则。相对于广告代言人侵权而言,广告主可以说是虚假广告的“始作俑者”,其主观恶性很大。相比广告主而言,广告代言人一般

不掌握完全信息,对商品了解也有限,判断广告真伪的能力较弱,让他们去熟知所有行业的真实合法与否显然不现实,他们有时也是虚假广告侵权的受骗者和受害者。所以,对于广告侵权仍然适用传统的过错责任原则,这有利于平衡加害人和受害人之间的利益。有学者认为,适用无过错责任原则对于从事代言的名人来说不符合法律正义,而且会限制行为选择的自由,因此,采取过错责任原则似乎更为适宜。^[5]只有在广告代言人明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布、代言时,才承担连带责任。如果广告代言人已经认真履行相关法律、行政法规规定的广告审查职责,仍然无法避免虚假广告的产生,就不应当承担连带责任。在广告代言中,广告代言行为并未直接造成损害,因此,具有过错的代言行为才应当承担侵权责任。基于公平、正义的民法基本理念,应当确定产品代言连带责任适用过错责任原则,即代言人有过错的,才需要与产品生产或者产品销售者构成共同侵权,才承担连带责任。在广告代言侵权责任中,尽管产品侵权责任应当实行无过错责任原则,但对于产品代言人的责任确定,应当适用过错责任原则。产品代言人没有过错的,不承担连带责任。^[6]

第2种意见认为,应当采用无过错责任原则。所谓无过错责任,是指当损害发生以后,不问加害人有无过失,只要其行为与损害后果之间存在因果关系,加害人均应承担连带责任的一种法定归责原则,其目的在于补偿受害人所受的损失。对消费者而言,繁琐的举证过程是一种负担,这种负担表现为时间和金钱的耗损,最终转化为诉讼的成本。因此应当采纳无过错的归责原则。广告代言人特别是名人收取高额代言费,对公众的消费选择起到了很大的影响,其向消费者推荐的行为是独立于产品生产者的,这种行为具有“担保”的性质,造成广告代言人与消费者之间形成某种信赖关系。“明知或者应知”实际上是一种主观状态,消费者难以证明,适用过错原则,加重了受害人的举证责任和维权成本,这也是实践中广告代言人能够逃避其责任的主要原因。采用无过错责任,使得广告代言人必须严格把关,可以在很大程度上避免虚假广告的发布,维护广告市场健康有序的发展。^[7]

第3种意见认为,应当采用过错推定责任原则。过错

[4]杨立新:“论商品和服务推荐连带责任及法律适用规则”,载《政治与法律》2009年第10期。

[5]黄芬:“商品和服务推荐者的侵权责任思考”,载《中国法学会民法学研究会2009年年会论文集(下册)》。

[6]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;陈树森:“名人虚假广告的司法规制探析”,载《法治论丛》2007年第6期。

[7]张绮:“虚假广告及其治理对策”,载《社会纵横》2006年第2期。



推定是指在特殊情况下,当受害人举证证明加害人的过错有困难时,为有效地保护受害人利益,从加害行为本身推定加害人有过错的过错认定方式。笼统地适用过错责任原则,不利于维护消费者的合法权益,因为消费者很难证明广告代言人具有主观过错。采用过错推定原则,既解决了消费者举证难的问题,同时又赋予了广告代言人举证反驳的权利,很好地平衡了消费者和广告代言人的利益关系。而且,过错推定责任实行举证责任倒置,能够促使广告代言人在从事相关广告业务时更为谨慎小心,更加认真地履行广告审查义务,有利于更好地预防和遏制虚假广告。因此,广告代言人不能证明自己没有过错时,就应当承担连带责任。^[8]

笔者认为,社会团体、其他组织或个人,在虚假广告中向消费者推荐商品或服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当承担过错推定责任,即只要广告荐证者向消费者推荐商品或者服务的广告内容失真,并且造成了损害,就应该对消费者承担侵权责任,但能证明自己没有过错的除外。从侵权责任法的一般原理看,应当奉行“无过错即无责任的原则”,否则人们在日常生活中会动辄得咎,不利于社会的发展,因此,侵权责任的归责原则以过错责任为原则,以无过错责任为例外,无过错责任主要是基于工业生产给人们的生命安全带来的危险而产生的,故又称危险责任。法律规定高度危险作业、环境污染、产品缺陷以及法律特别规定的其他情况,适用无过错责任原则。显然,虚假广告侵权责任难以归于危险责任之列,不应适用无过错归责原则。过错推定是介于过错责任和无过错责任之间的责任,其是否为独立的归责原则,学界的认识有所不同,有学者认为过错推定是过错责任的一种形态,有学者认为过错推定是独立的归责原则。笔者更倾向于认为过错推定实为过错责任原则的特殊情形,是为了弥补过错原则对于受害者举证责任上的苛求而不能获得赔偿的不足。确实,过错责任原则有时并不能对受害的消费者提供实质意义上的救济,在诉讼中,广告代言人很容易举证证明自己已经尽到了相关的注意义务,很容易免责,使得消费者的诉讼请求落空。法律上面临的窘境是,过错原则过于宽松,而无过错原则又过于严苛;侵权责任的归责原则以过错责任为原则,严格责任为例外。我国侵权法上的严格责任采德国立法模式,限于法定的严格责任类型。从法律适用角度,尚无法律明文规定商品和服务推荐者责任适用严格责任。而且商品和服务推荐者的行为本身无法单独造成

损害,其推荐行为只会使得产品致害和服务加害履行的可能性增大和范围扩大,既不具有特殊的危险性,其致害行为也不独立。这种推荐行为与产品侵权或者服务加害行为结合起来,才可能共同造成消费者的损害,是属于具有一定从属性的损害扩大行为,因此不宜苛加其无过错归责原则。

从繁荣商品市场、保护消费者权益的角度考量,对广告代言人责任的承担适用过错推定原则更为适当。从举证责任分配中的利益衡量来看,就商品和服务推荐者来说,明知其自身具有一定的社会公信力或者公众号召力,进行社会推荐行为,理应尽到足够的注意义务。而且代言人一般是有偿接受商品或者服务提供者的推荐要求,更应该提高其注意义务。可对商品和服务推荐者适用过错推定责任,由商品和服务推荐者证明其已经尽到了对被推荐商品和服务的审查义务。

至于审查义务是实质性的审查还是形式性的审查,应该以较为严格的形式审查为限。推荐者应该对被推荐者的资质、推荐项目的各种材料进行认真审核,以确定其真实性。但这并不意味着推荐者必须具有专业知识,或者必须借助第三方对被推荐者的商品和服务质量进行鉴定。

五、虚假广告侵权责任的构成要件

(一)违法行为

广告经营者、广告发布者、广告代言人只要设计、制作、发布、代言虚假广告,就构成了违法行为。

(二)损害结果

消费者因为购买了广告中宣传的商品或者接受了服务,人身或者其他财产因此受到了损害,才会涉及虚假广告的责任承担问题。就商品而言,应当是产品存在《产品质量法》所说的缺陷。《产品质量法》第46条规定:“本法所称缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险;产品有保障人体健康,人身财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。”其核心是产品存在着不合理的危险。产品缺陷除了给消费者人身造成损害之外,还会带来其他财产损失。另外,消费者接受服务后,或者带来人身损害,或者造成其他财产损失。只有符合这样的后果要件才可以让代言人承担法律责任。

与产品缺陷相对应的产品质量问题是产品瑕疵。笔者认为,如果产品仅仅存在瑕疵的话,不涉及代言人的法律责任问题。《产品质量法》中的瑕疵是指产品不具备良好的性能,不符合产品的明示标准,或者不符合产品说

[8]周丽:“明星代言虚假广告的立法思考”,载《贵州警官职业学院学报》2011年第4期。

明、实物样品等方式表明的质量状况,但产品本身不存在危及人身、财产安全方面的不合理危险。

(三)因果关系

广告经营者、广告发布者、广告代言人责任的因果关系具有特殊性,由于损害不是由广告经营者、广告发布者、广告代言人直接造成的,其设计、制作、发布、代言虚假广告的行为并非就是引起消费者购买的唯一、直接原因,因此,消费者只需要证明其购买产品和服务与设计、制作、发布、代言虚假广告的行为有一定的因果联系即可。这种一定的因果联系,在一定程度上具有推定性。即消费者只需要证明其看过、听过广告经营者、广告发布者、广告代言人设计、制作、发布、代言的广告,或者该虚假广告在消费者所在区域播出过,即可以推定有一定的因果联系。虚假广告中因果关系的考量主要是看是否具有相当因果关系。在侵权责任法中,侵权人承担民事责任的基础在于其侵权行为与损害后果之间具有因果关系上的“相当性”。该“相当性”可以理解为侵权行为时社会一般人通常认为该侵权行为具有足以导致损害后果发生的可能性。以广告代言人演出的广告为例,在司法实践中,并非所有出演虚假广告的人都应对虚假广告所产生的损害负责,关键在于代言人在虚假广告中的行为对损害后果的发生是否具有相当性的作用。因为基于广告而产生的买卖行为是个双向行为,既有广告主、广告发布者、广告经营者、广告出演者的行为因素;也有消费者对自身利益的判断在其中。如果某人在某一虚假广告中的出演仅仅在于要引起人们的注意,激起消费群体的关注,此时消费者出于对某人的喜好与模仿而购买某项产品或接受某项服务的,据此认定代言人行为与损害后果之间因果关系的相当性就显得过于牵强,这种情况下就很难认定广告代言人负有侵权责任;反之,如果某人在某一虚假广告中的出演不仅仅是引起广大消费者的注意,而且意在通过形体、动作、语言明确号召广大消费者作出某种选择,或者宣称某种选择更具合理性,例如很多广告中所包含的“相信我”,“没错的”等语言,那就是在引起广大消费者注意的基础上又意在引起他们的有效信赖,从而诱导其作出某种购买行为。此时应认定,某人的代言对损害后果的产生具有一定帮助作用,二者之间具有相当因果关系,即其应当承担侵权责任。

(四)主观上存在过错

主观过错表现为以下3种形式。1.直接故意。即明知发布广告或代言的产品有缺陷或者服务有瑕疵,必然或者极有可能造成损害,仍然进行发布广告或代言。现实生活

中,这种情况极少发生,而且可能承担刑事责任。2.间接故意。即明知发布或代言的产品有缺陷或者服务有瑕疵,有可能造成损害,仍然予以发布或者代言,放任损害后果的发生。这样的主观心理状态尽管与前一种故意有所不同,但仍然是对明知的损害后果予以放任,属于间接故意。在现实生活中,这样的情形可能比前一种稍为多见,但仍然不会太普遍。3.知道或者应当知道发布广告或代言推荐的产品有缺陷或者服务有瑕疵,有可能会造成损害,基于疏忽或者懈怠而仍然予以推荐。这是对于损害发生的过失心理状态。对于推荐的缺陷产品造成损害具有过失的推荐行为,也具有过错,符合过错责任原则的要求。由于广告经营、广告发布与广告代言的责任归属原则为过错推定,因此实际上是由广告经营者、广告发布者、广告代言人自行证明其尽到了较高的注意义务。

六、责任承担范围

要解决虚假广告的责任问题,还必须明确损失赔偿的范围。我国《民法通则》将损失分为3类,即直接经济损失、间接经济损失和可得利益损失。在《侵权责任法》中,我国只保护直接经济损失,不保护间接经济损失,譬如在交通事故中,侵害者只赔偿受害人直接产生的医疗费、住院费、护理费、误工损失和死亡赔偿金、残疾赔偿金等直接经济损失,而不赔偿受害人如果安全到达目的地而可能获得的经济利益,即不保护间接经济损失。至于可得利益,则只存在于合同关系中,且赔偿额不超过签订合同时所能预见的利益。本文的立论在于,虚假广告也是一种欺诈行为,属于侵权。虽然购买行为也是一种合同关系,看似应该适用《合同法》中规定的可得利益的赔偿,但是根据合同的相对性理论,合同只适用于特定主体之间。在虚假广告中,相对方是不特定的主体,故不适用《合同法》的规定。因此,笔者认为应适用《侵权责任法》。《侵权责任法》规定因过错行为致人损害的,只赔偿直接经济损失,虚假广告的赔偿责任的范围也应只限于直接经济损失,不应包括间接经济损失与可得利益损失。至于赔偿数额的确定则应当综合购买商品或者服务的价格、代言发布广告收取的费用,以及代言人是否相应履行了注意义务和代言人对于消费者做出选择所起的作用来综合判断。例如某人宣传其一直服用产品而获得了相关疗效,则应该承担极高的注意义务。而某人仅仅是通过其形象对该产品进行了推荐,并未明确其本人使用该产品或者宣称其本人的特质是通过使用该产品获得的,则仅需要尽到一定的注意义务。此外,还应根据广告中出演者的实际情况,包括其身份、知名度、经历、专攻领域以及出演的情境来确定其承担赔偿责任的范围。