

## 形象代言人的形象维持义务

中国社会科学院法学所研究员 陈甦

市场经济的不断发展给人们以更多的商品选择机会，与此同时，人们的注意力却前所未有地更加分散了，而且比以往更容易漂移耗散。为了吸引和固化消费者的注意力，为自己的商品选择一个适当的形象代言人，已经成为商品生产者或销售者的重要推销手段。于是，一种新型的合同关系在经济生活中出现了，这就是形象代言合同。在这种合同关系中，一方是形象代言人，充任特定商品的人格化代表；一方是利用形象代言人的商品生产者或销售者，通过在形象代言人与特定商品之间建立的固定联系，将公众对形象代言人的社会认知度转化为对特定商品的认知度。

形象代言合同的权利义务关系是复杂的，其中还包含着当前合同法制度及理论尚未顾及的内容。因此在形象代言的商业实践中，出现新类型并且司法实务尚未能妥当解决的纠纷也在所难免。在一个案例中，某球类运动队与一酒厂订立合同，约定由该队作为酒厂所产白酒的形象代言人，酒厂为此每年需向该队支付费用，合同期限为3年。在酒厂支付了第一年费用之后不久，该球队却战绩暴跌，有队员参与赌球，假球传闻不断，队员暴力对待球迷、裁判的事例屡屡发生，有该队出场的比赛观众近乎寥寥无几。酒厂决定不再向球队支付后两年的费用，理由是消费者看见有该球队代言的白酒就失去购买欲望，当初订立形象代言合同的目的无法实现。但球队认为，他们已经按照合同约定允许酒厂使用球队的形象，参加了酒厂的产品展销活动，并无任何违约之处，遂通过诉讼要求酒厂按照合同继续支付后两年的费用。有观点认可球队的理由，并进一步认为，即使球队的形象确有贬损，对酒厂来说也是难以避免且不可归责他人的市场风险，故应支持球队的请求。该观点之所以支持球队的请求，原因在于只是按照一般的广告合同关系处理本案，而没有注意到形象代言合同特殊的权利义务关系。

形象代言合同自然包括广告行为，但同样是用明星做广告，一般地利用明星做广告与利用明星做形象代言人之间却存在较大差异。（1）明星非以形象代言人身份参与广告活动，做广告的明星可以显名，如以本人名义为商品做证言广告；也可以不显名，如仅作为广告作品的模特或角色。在依形象代言合同而实施的广告行为中，明星作为形象代言人一定要显名，即明确地以自己的名义参与商品推销活动，如在广告中以文字或语言表明形象代言人的本名身份。（2）在明星非以形象代言人参与的广告活动中，明星许可广告主使用的是明星肖像。在形象代言合同中，形象代言人许可广告主使用的是包括代言人肖像在内的综合形象。（3）明星非以形象代言人做广告往往只是一次性合同关系，例如，明星作为广告作品的模特或演员，只是参与广告作品的制作；虽然广告作品可以持续地播放或展示，但明星的合同义务在广告作品制作完成时就已履行完毕；明星仅就参与广告制作而收取报酬。形象代言合同是持续性的包含聘用关系的合同，例如形象代言合同通常有较长期限，形象代言人在该期限内要为商品推销持续性地履行合同义务；在该期限内，代言人除了要参与制作广告之外，通常还要参加一定场合的推销活动；形象代言费用通常在一定期限内定期支付等等。（4）一般地利用明星做广告，是将公众对明星的注意与信赖转换为对商品的注意与信赖，合同目的是以此更好地展示商品的自然性特征，诸如品牌、功能、质量等。利用形象代言人，虽然也利用公众对代言人的注意与信赖展示商品的自然性特征，但更进一步的是利用代言人的一些形象特质，诸如时代气息、青春气质、良好素质等，体现所推销商品的社会性特征，诸如商品的时代特征、产销理念等，是在社会公众的认知层面，将代言人的一些客观品质转化为所推销商品的主观品质。可以说，一般的利用明星做广告，借重的主要是明星的名气；而在利用形象代言人的场合，借重的主要是明星的品质。

在广告活动中,形象使用许可与肖像使用许可具有相似之处,都是形象主体或肖像主体将自己的形象或肖像商品化后,允许广告主在一定期限以特定方式予以使用。但两者之间也有很大的区别:(1)肖像使用许可所商品化的客体,只是许可人的肖像。形象使用许可所商品化的客体则具有综合性,当然包括肖像等生物性要素,但是占主要部分的是社会性要素,诸如许可人的名义(如姓名或名称),身份(如某国家队或其队员),荣誉(如奥运会冠军),特殊经历(如几次登顶珠峰),业务成就(如在演艺界的地位),自有标识(如队服、队标、吉祥物)等等,如在广告宣传中,明示“奥运冠军某某为产品的形象代言人”,或者“金鸡奖获得者某某为产品的形象代言人”。(2)根据肖像许可使用关系,广告主作为使用人所要利用的是许可人的外在形象。根据形象许可使用关系,形象使用人所要利用的既包括许可人的外在形象,也包括许可人的内在品质,如许可人的素质、成就、风格、品德等。(3)肖像许可使用的不限于许可人当时的肖像,例如一个老年人也可以将其年轻时的肖像许可他人做商业性使用。形象许可使用的则只能是现时的形象,即使提到代言人过往的经历,也是作为构成代言人现时形象的综合要素。

通过以上分析,我们可以进一步地发现形象代言合同的几个重要特点,而这些特点构成形象代言合同的要素,并且是我们分析形象代言合同应有内容的依据。

其一,作为商品化客体的“形象”具有综合性,表现为公众所认知的代言人综合品质,既包括代言人的生物性特征如肖像,也包括代言人的社会性特征如业务成就、行为风格、公众口碑等。商品化后的由代言人综合品质构成的“形象”就是合同的标的,对形象综合品质使用价值的评估与判断是确定合同报酬的依据。

其二,在形象代言合同中,作为商品化客体的形象必须是现时的形象。代言人现时形象在合同订立时确定,但由于形象代言合同有一定期限,因此在合同期限内,代言人的形象应当维持在与合同订立时相当的状态,也就是将商品化后形象的使用价值维持在合同订立时的水平。这是形象代言合同的应有之义,既符合形象使用者订立合同的目的与预期,也是形象代言人许可他人使用其形象并获取报酬的必要条件。比较而言,肖像许可他人使用后,即使肖像主体的长相后来变化很大,其原先许可他人使用的肖像则是不变的。例如,在许可他人使用自己某一时期的照片用作广告宣传后,肖像主体即使变得衰老,并不贬损原先许可他人使用的肖像使用价值,因为肖像主体日后相貌上的变化与当初许可使用的照片使用价值无关。在形象代言合同中,形象代言人总是要以现时的形象作为所推销商品的人格化代表,在合同履行期间,如果形象代言人的形象发生严重贬损,必然导致其商品化后形象的使用价值降低。例如,某商家选择一个素以青春正派形象著称的影星作为商品形象代言人,但是在合同履行期间该歌星发生了吸毒行为,使其形象在社会评价层面完全颠覆,原先以青春正派形象为着眼点而确定的形象使用价值显然是大大贬值了。由于形象构成包含大量的社会性要素,具有可维持性,将代言人的形象维持在合同订立时或预期的水平,也是通过人力完全能够做到的事情。

其三,在形象代言合同履行期间,代言人的现时形象要保持在与商品化时相当的状态,这就是形象代言人应当承担的形象维持义务。商品化形象的使用价值是社会评价与选择的结果,但是作为社会评价与选择客体的形象构成要素,却是形象主体自身具有的内在和外在特质。形象构成中的社会性要素(如业务成就、道德评价)是主体后天努力的结果,即使形象构成中的自然要素(如长相、身材),也可以通过主体的后天努力予以改进和维持,因此商品化的形象只能由形象主体来维持。虽然在形象商品的使用过程中,使用者的不当使用也能造成形象商品的社会评价贬损,但其贬损层面只能限于社会评价的主观范畴。作为社会评价客体即客观形象的变化,只能因形象主体相关的原因而变化。

其四,形象代言人因过错或重大过失而导致形象贬损,构成违反形象代言合同的违约责任。形象代言合同的内容是确定的,但是作为合同客体的商品化形象却是一定要变化的,因为形象主体作为活生生的人,其形象构成的诸种要素一定是变动不居的,所以,些微的形象变化包括贬损并不应引起承担违约责任的效果。能够构成违约责任的形象贬损必须是显著的,即足以极大地或

根本上违反订立合同时的合理预期，与合同订立时双方确认的形象使用价值极不相称。形象主体的自身原因和外界因素都可能导致形象贬损，形象主体只应为其有法律上过错的贬损自己形象的行为承担违约责任。例如，作为形象代言人的运动员比赛失败，并不具有贬损其形象的法律上的过错；但如果他有吸毒、打裁判、参与赌球等伦理上负面评价的行为，则构成自我贬损形象的法律上过错。形象代言人因有过错而贬损其形象时，其承担责任的方式，包括形象使用人解除合同，不再向形象代言人支付其余报酬，或要求形象代言人赔偿损失（如已经制作却不能再使用的广告宣传用品费用）。例如，某影星发生“艳照门”事件，某以清纯形象著称的女星被揭发有婚外情事件，选择他们作为形象代言人的商家均解除了合同。比较之下，一般地利用明星做广告时，如果作为广告作品模特或演员的明星发生严重丑闻，广告主为了维护产品形象，也可以不再使用该明星出演的广告，但是却不能追究该明星的违约责任，因为该明星的合同义务在广告作品制作完成时已经履行完毕。

至此，我们可以对本文前面的案例作出新的分析和判断。该球队与酒厂之间订立的是形象代言合同，作为形象代言人的球队在合同履行期间负有形象维持义务。该球队有队员参与赌球、暴力对待裁判和球迷，属于球队自身有过错地导致形象贬损，应当为此承担相应的违约责任。因此，在形象代言活动中，形象代言人只利用以往努力形成的形象获取商品化收益还是不够的，还要为承担形象维持义务继续付出努力。