

## 粉丝行为引发的明星商业代言风险

作者：何军 | 贺环豪 | 徐源璟 | 廉雅雯

### 一、背景：一篇同人小说引发的混战

近年来，随着粉丝经济这一商业态势的日趋扩展，各大奢侈品品牌以及手机、零食、美妆、日用品等快消品牌都越来越注重与拥有强大粉丝群体的流量明星进行合作。对品牌方而言，流量明星意味着强大的“带货能力”和海量的用户群体。流量明星的话题度和粉丝购买力是品牌方看中的巨大商业价值。但是，如同硬币的正反面，在选择流量明星以期获得巨大粉丝红利的同时，品牌方同时也开始面临一个在传统明星代言模式下很少出现的、与流量明星密切相关却又不能被其控制的新风险——粉丝行为。

近日，某流量明星的粉丝群体起初因一篇以该明星为原型创作的同人小说而与同人文学圈之间产生冲突，后来逐渐失控，并最终升级为该明星粉丝群体与多个网络圈子组成的“路人群体”之间的冲突。随着冲突的升级，影响开始波及该明星代言的相关产品。“路人群体”表达愤怒和抵制的方式也从网络上的言语争斗蔓延至向该明星代言的品牌方施压，具体行动包括：抵制或拒绝购买该明星代言的产品；在微博推广抵制相关话题；在相关商家的微博和直播间留言“抵制”、“拒绝购买”、“更换代言人”；集中向相关品牌店铺索取纸质发票；自发推广该明星代言产品的竞品等等。这些行为带来的负面影响大大超出了相关品牌方的预料。截至目前，部分受影响商家或直接启用别的明星替换该明星的代言，或变更官宣代言日程，更换宣传微博及物料；部分商品在热门直播间的直播销售计划也被取消。

尽管近年来不同明星粉丝群体之间的网络争斗和攻击事件时有发生，但本次事件所波及的范围之广、争斗程度之烈、方式之新颖也确为近年罕见。也正由于这些特点，本次事件引出了不少值得法律专业人士从不同角度思考的问题，例如：基于真人原型创作的同人作品是否侵犯真人原型的姓名权、肖像权、名誉权等人格权？文学创作自由与网络内容监管的边界在哪里？……本文将在这个事件中“无辜躺枪”的品牌方角度，对粉丝经济时代选择明星商业代言所面临的新风险——粉丝行为，进行法律解读。

### 二、事后救济：品牌方能否要求明星为粉丝行为买单？

“城门失火，殃及池鱼”，粉丝行为波及到明星，受到牵连的品牌方可能无法通过代言合同享受到预期利益，甚至反而因此遭受损失。倘若无法与代言人协商一致达成解决方案，品牌方能否要求代言人赔偿损失或解除代言合同呢？

#### （一）品牌方能否请求代言人赔偿损失？

实践中，品牌方通常和明星所属经纪公司签署广告代言合同，约定具体的代言事宜。常见的代言合同中会有专门条款约束明星在代言期间的言行，一方面从与品牌方关系的角度，会要求明星尊重和维护品牌方的形象，不得以任何方式贬低或损害品牌方及其产品的形象，或者对产品做出负面评论等；另一方面，对于明星自身，条款中通常也会要求其维护良好的公众形象，不得违反法律法规和公序良俗。

不过本次事件的特殊性在于，事件的导火索不是明星自身的行为，而是粉丝的行为。基于合同的相对性原则，代言合同并不能约束粉丝的行为。因此，品牌方如欲请求明星赔偿损失，需要向法院或仲裁机构证明：（1）粉丝行为导致明星所代言的品牌方受损时，该明星负有采取防止损失扩大的合理措施的作为义务；且（2）该明星未履行上述作为义务与品牌方损失扩大之间存在因果关系。

但上述举证责任很可能是沉重的：

- 一方面，在以往的代言合同中往往缺乏对此作为义务的明确约定，品牌方若从合同解释的角度证明存在此项默示的合同义务，难度不小。
- 另一方面，即便合同中明确约定了此义务，或者裁判者认可存在此项默示的合同义务，品牌方欲进一步证明明星存在不作为以及不作为与品牌方损失扩大之间的因果关系也绝非易事。以本次事件为例，明星工作室在本次事件中也并非没有采取任何措施，但考虑到本次事件最初的起因是粉丝为明星打抱不平、明星对其粉丝群体的依赖性等因素，明星采取的措施稍有不慎就可能导致大范围“脱粉回踩”，因此明星采取措施的恰当性和分寸非常难以把握；另外，考虑到本次事件牵涉群体很多，且无论发生还是后续走向都充满了不可预见性，明星工作室采取措施可能的连锁反应同样难以评估。因此，无论是未履行作为义务本身，还是不作为与损失之间的因果关系，证明难度都颇高。

## （二）品牌方能否以不可抗力为由解除合同？明星能否援引不可抗力作为抗辩？

根据《合同法》第 94 条、第 117 条的规定，不可抗力指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况；因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同；因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。因此，不可抗力既可以作为违约抗辩事由，也可以作为法定解除事由。

不过，暂且不论可预见性，本次事件似乎难谓“不能避免”、“不能克服”，即便认定构成不可抗力，证明合同目的不能实现或不能履行合同以及与不可抗力之间的因果关系也并不容易。因此，我们理解无论是品牌方以不可抗力为由解除合同，还是明星援引不可抗力作为抗辩事由，现实难度都比较大。

## （三）品牌方能否主张适用情势变更原则解除合同？

与不可抗力相似的另一个概念是情势变更。目前，我国在立法层面并未对情势变更原则做出规定，仅在司法解释层面对此做出相关解释<sup>1</sup>。2009 年，最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》明确了情势变更原则，其第二十六条规定：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”最高人民法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40 号）中进一步解释：“人民法院要合

<sup>1</sup> 审议中的《民法典（草案）》第 533 条规定了情势变更原则，这意味着《民法典》正式通过后，情势变更原则将正式被立法所确立。

理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”

本次事件中，品牌方主张适用情势变更原则的难点可能在于，粉丝行为波及明星、明星所代言的品牌以及引发的后果，是否属于品牌方邀请明星为其产品或服务代言就应当承担的“商业风险”？品牌方可以尝试结合法发〔2009〕40号所列举的因素，主张此类事件所导致的重大客观变化前所未有的，故而属于社会一般观念上的事先无法预见，风险程度远远超出正常人的合理预期，风险难以进行防范和控制，且明星商业代言的交易性质并不属于通常的“高风险高收益”范围，因此本次事件不构成商业风险。进一步，品牌方可以尝试论证，明星对本次事件的不断升级或多或少负有一定责任，而品牌方则是完全无辜，因此继续履行合同对于品牌方而言明显不公平，因此应适用情势变更原则解除合同。

尽管如此，实践中法院对适用情势变更原则的态度非常慎重。为防止情势变更原则被滥用而影响市场正常的交易秩序，最高人民法院在《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家工作大局的通知》（法〔2009〕165号）中要求，如果根据案件的特殊情况，确需在个案适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条的，应当由高级人民法院审核，必要时应报请最高人民法院审核。因此，就本次事件而言，虽然我们理解情势变更原则是值得有意解除代言合同的品牌方考虑和争取的方向，但司法实践中能否被法院采纳仍然具有较大的不确定性。

### 三、事前应对：对品牌方的若干建议

社会热点事件往往推动着法律和商业实践的不断发展，本次事件也不例外。无论是本次事件中暂时陷入被动的品牌方，还是未被波及的其他品牌方，都应当在选择代言人和签署代言合同的阶段就重视风险控制，全方位评估各种可能的风险——尤其是新的经济形态所带来的新风险。

结合我们的经验和观察，就粉丝行为这一新型风险，我们提出如下一些建议，供选择流量明星代言的品牌方参考：

#### （一）对代言人及其粉丝群体进行全方位和深度的背景调查、分析与评估

在确定代言人之前，品牌方应当对流量明星进行充分的背景调查，包括其过往是否有任何不当行为或负面新闻，其个人性格特征、形象是否与品牌气质、调性相符，其代言的其他非竞品品牌是否可能减损本品牌代言的商业价值，其个人及经纪团队处理公关危机及应对突发事件的能力、风格等等。

除了流量明星本人以外，以往容易被忽视的是对粉丝群体的背景调查和评估；即使有，也往往是从该群体的一些显性特征（如数量、性别、年龄、受教育程度、收入水平等）对品牌的正面价值这一角度进行的，而对于这个群体的深层次心理与行为模式分析和评估，尤其是可能对品牌造成的负面影响方面的分析与评估往往不够，例如粉丝群体除了前述一些显性特征外还有哪些从心理、行为模式、价值观等不同角度归纳的、深层次的标签；过往是否有“屠版人肉”的历史等。本次事件中的主角明星因出演某电视剧走红，而该电视剧改编自某网络小说，其受众群体实际上与同人圈存在较大重合。如果品牌方能够准确定位粉丝群体、做好“粉丝画像”（不仅仅是粉丝购买力的评估），或许有机会在类似事件爆发之初即掌握更多的主动性。

## （二）扩大“道德条款”的适用范围

“道德条款”（moral clause）是近年来品牌方在签署代言合同时越来越重视的条款，在电影、电视剧、综艺节目的演员聘用合同中也可以经常见到该等条款。其本质在于代言人需要维持良好的品行，以免损害其所代言品牌或参与的影视作品和综艺节目的形象。随着商业实践的发展，这一条款逐渐超出了最初的“自身道德”范畴。

以往的“道德条款”更多关注约束明星的“不当行为”。“不当行为”通常采取“列举+兜底”式条款进行定义。兜底条款通常概括性地描述可能导致损害品牌形象的情形。列举条款则通常包括如下情形：

- 违法犯罪（例如分裂国家、嫖娼、赌博、吸毒、偷税漏税、酒驾、醉驾、逃逸、家庭暴力、打架斗殴等）或因涉嫌违法犯罪而接受调查；
- 违反公序良俗（例如婚外情、种族歧视、性别歧视、地域歧视等）；
- 根据明星特点专门约定的特定性质行为（例如影视/综艺明星耍大牌、体育明星服用兴奋剂或遭遇体育协会/组织处罚/调查、歌手假唱等）。

然而，“人在家中坐，锅从天上来”，本次事件给品牌方带来的启示之一即在于，哪怕事件起因完全是合同以外的第三方，品牌方仍然可能被殃及池鱼。

在粉丝经济时代，粉丝对品牌方而言意味着购买力，但有时也可能是破坏力；同样，流量明星既对粉丝拥有巨大的影响力，同时也需要维系好粉丝才能维持长期人气；粉丝可以成就明星，也可能给明星带来负面影响。由于合同的相对性，通过代言合同约定粉丝群体的行为并不可行；同样，倘若合同明确要求代言人直接对粉丝行为负责，也显得过于简单和粗暴，有违公平合理原则之虞。因此，更妥善的方式或许是，品牌方考虑在代言合同中加入发生粉丝恶性事件时代言人应及时引导解决、努力减少/消除负面影响的作为义务条款，且代言人若未履行该等义务，品牌方有权单方解除合同并请求赔偿损失。面对双方都不愿意发生的情形，此条款可以确立一个双方共同承担、共同解决的缓冲机制，并在此机制下进一步明确双方的权利义务，从而最终解决责任承担问题。

除了流量明星及其粉丝群体行为之外，近亲属（父母、配偶、子女等）乃至同一艺人组合的其他成员的不当言行同样可能影响到流量明星的社会评价，品牌方可以考虑将此类紧密联系的其他第三方也纳入“道德条款”的适用范围。

## （三）考虑更灵活的合作关系

品牌方对单个流量明星的捆绑依赖程度越高，当负面事件发生时遭受的冲击就越大。因此，品牌方可以考虑采用更灵活的合作关系，例如：（1）增加合作人数，即结合粉丝群体的不同特点，错位搭配多位代言人，以便在发生危机时可以有备选和替代方案；或者（2）谨慎考虑采用长期代言的方式，缩短流量明星的签约时长，当然，这也意味着品牌方可能要面临因代言时长缩短导致传播效果打折以及合同到期后流量明星的代言费用水涨船高等商业风险。

## 四、结语

粉丝经济时代见证了“饭圈文化”的兴起和反噬，无论是社会文化层面、商业逻辑层面，亦或法律技术层面，都有许多话题值得讨论和反思。

优质品牌和顶流明星的合作，往往可以相互成就。为了共赢，品牌方和流量明星也理应更多地从事前风险防范的角度进行充分协商，探讨和理解代言期间可能影响双方利益的种种情形，进而建立起良性的持续合作关系。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 何军

电话： +86 10 8525 5558

Email: [jun.he@hankunlaw.com](mailto:jun.he@hankunlaw.com)