

## 品牌方应如何防范广告踩雷？

品牌形象之于品牌方，是品牌方的“颜面”。而广告，往往被视为推广品牌产品或服务、提升品牌形象的重要手段。但近期多个品牌的广告却因涉嫌内容侵权而被推上了舆论的风口浪尖。究其原因，可能是品牌方一向关注广告在《中华人民共和国广告法》（下称“《广告法》”）项下是否合规，比如广告中应当避免出现“国家级”、“最高级”、“最佳”等极限用语、避免虚假广告等，但却忽略了广告内容在《中华人民共和国著作权法》（下称“《著作权法》”）及《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）人格权编项下的合规问题。近期的一系列案例中，多个广告都是因内容涉嫌侵权而踩雷。这一失误把“广告主”变成“广告苦主”！

我们近日频繁接到品牌方的咨询，反复问到以下几个问题：

- 1、品牌方是否是广告的著作权人？
- 2、品牌方与广告相关合作方之间是什么关系？
- 3、品牌方的广告在哪些方面最容易踩雷？
- 4、品牌方的责任边界在哪里？

### 5、品牌方又该如何防范及应对？

于是，我们写下本文，供大家讨论，毕竟亡羊补牢，为时不晚！

#### 一、品牌方是否是广告成果著作权人？

目前我们看到的广告根据其表现形式的不同，可分为图片广告、文字广告、视频广告等。从著作权法的角度，根据不同的呈现方式，广告可能构成《著作权法》项下的文字作品（如广告文案）、美术作品或摄影作品（如平面设计）、视听作品（如视频），其中每一项独立构成作品的内容依法均应当得到《著作权法》的保护。此外，视频广告中的背景音乐独立构成音乐作品。其中最复杂的是视频广告，它往往由上述一个或多个作品类型共同集合组成，广告公司将这些作品组合、剪辑后形成的视频广告，则构成独立的“视听作品”。

那我们就从相对复杂的视频广告入手，分析品牌方又享有何等权利、扮演何等法律角色？理论上而言，我们认为存在两种可能性：

#### 1、品牌方既是著作权人又是广告主

《著作权法》第十七条第二款<sup>1</sup>对于电影、电视剧以外的视听作品的著作权归属明确了两个原则：（1）

<sup>1</sup> 《著作权法》第十七条第一款及第二款：“视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。”

著作权归属由当事人约定；(2) 没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。上述规定与《著作权法》第十九条关于委托作品的规定一脉相承。<sup>2</sup>

实践中，作为委托方，品牌方一般都会在委托制作合同中约定广告工作成果及广告公司接受委托后形成的全部过程稿及所有素材的著作权均归属于品牌方所有。该等情形下，如果所有的过程稿、素材及成果都是广告公司原创或获得充分授权，则品牌方基于合同约定享有视频广告的著作权，广告公司则享有作者署名权及获得报酬的权利，但是，对于其中广告公司通过授权方式取得的、具有独立著作权的音乐、照片等等，仍由原作者享有著作权。<sup>3</sup>

综上，品牌方此时具备双重身份，同时是视听作品著作权人及广告主。

## 2、 品牌方仅为广告主

如双方并未约定著作权归属于品牌方，则根据上述《著作权法》关于视听作品及委托作品的著作权权属规则，广告公司，也即受托人、制作者，享有视听作品的著作权。不过，约定著作权由广告公司享有在实践中并不常见。

此时，品牌方仅具有广告主的身份。但是，同样值得注意的是，无论是品牌方基于约定取得著作权，还是广告公司基于法律规定享有著作权，其著作权都仅能及于视听作品整体，而对于视听作品中包含的剧本、文案、音乐等可以单独使用的作品，同样由其作者单独行使著作权。

## 二、品牌方与广告合作方之间的关系？

对于品牌方而言，在广告制作及发布过程中主要涉及品牌方与广告创意公司/广告制作公司（以下统称“广告公司”）<sup>4</sup>、品牌方与代言明星、品牌方与发布平台之间三种法律关系。《广告法》的视角下，品牌方、广告公司、代言明星或其他演员、发布平台可能分别被赋予不同的法律身份：广告主、广告经营者、广告代言人、广告发布者。

### 1、 品牌方与广告公司

二者之间的法律关系一般通过委托制作合同约定。该等委托制作合同更符合《中华人民共和国民法典》第十七章项下“承揽合同”的特征，品牌方类似于“定作人”，广告公司则类似于“承揽人”，由广告公司为品牌方定制完成广告制作。值得注意的是，尽管广告公司未必享有广告著作权，但如广告中明确署名制作方为某广告公司，则权利人亦可能将广告公司作为被告，要求其与被告主承担连带责任。

### 2、 品牌方与广告代言人（或演员）

二者之间的法律关系通过品牌方与代言明星及/或其经纪公司之间的广告代言合同约定。除广告代言人外，广告中还可能出现参演广告的其他演员，他们并不以自己的名义对商品或服务予以推荐或证明，而仅为广告内容的表演者，这些演员往往由广告制作公司与其签署相应的聘用协议，由广告制作公司直接与其结算报酬，一般无需品牌方直接与演员之间建立法律关系。

根据《广告法》第三十八条对于广告代言人的行为规范，广告代言人的责任在于：确保代言真实性，即根据事实，符合法律，对其实际使用过的商品或实际接受过的服务作推荐、证明。同时，由于

<sup>2</sup> 《著作权法》第十九条：“受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。”

<sup>3</sup> 《著作权法》第十七条第三款：“视听作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。”

<sup>4</sup> 对于视频类广告，实践中广告公司有两种类型：1. 提供策略及创意方案，参与内容制作的全过程并交付最终广告成果；2. 不提供策略及创意方案，仅提供内容制作必要的拍摄方案，参与内容制作的全过程，并交付最终广告成果。

广告代言人仅对代言商品和服务做推荐、证明，而并未参与广告创意过程，也并不参与广告内容的审核，因而其并不对广告内容在《著作权法》及《民法典》项下的合法性负责（《广告法》项下的虚假广告责任除外<sup>5</sup>）。

实践中，在品牌方与广告代言人及/或其经纪公司的代言协议中，广告代言人往往会要求品牌方对于广告内容的合法性做出陈述与保证，要求品牌方对广告内容合法性负责，并承担因内容争议而引发的法律责任。广告演员签署的聘用合同中也会有类似的陈述与保证约定。

### 3、 品牌方与广告发布者

传统的广告发布平台主要有电视、报纸杂志等。然而，对于广告在网络平台的发布，并不能简单地认定网络平台为广告发布者，能够核对广告内容、决定广告发布的主体，才是互联网广告的发布者。

广告主自行通过其在社交媒体平台注册的账号发布广告内容时，社交媒体平台并非《广告法》项下的广告发布者，作为互联网信息服务提供者，其根据“避风港原则”承担责任，若互联网信息服务提供者能按照《民法典》第 1195 条规定的“通知—删除”规则，及时在收到通知后采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的，有可能不承担责任。但是，如果广告是通过社交媒体平台中某个 KOL 的账号发布，则该 KOL 的账号运营方将构成发布者，需对其对外发布的内容承担《广告法》项下的责任，并可能因其传播行为承担《著作权法》项下承担。

### 三、品牌广告在哪些方面最容易踩雷？

结合我们对行业的观察，我们总结了以下四种

常见广告踩雷情形：

#### 1、 广告创意“借鉴”

广告的核心价值在于创意，广告的表达都是创意的最终呈现。然而，《著作权法》仅保护表达，而不保护抽象的思想，因而，创意“借鉴”未必构成侵权，关键要看是否采用相同的“表达”。实践中较容易出现创意“借鉴”的侵权争议往往因广告比稿引发。例如，品牌方更喜欢 A 公司广告提案中的某个创意点，但 B 公司的提案整体上（包括报价）更能够满足品牌方的需求，因此在某些情况下，品牌方最终选择与 B 公司合作，但将 A 公司提出的个别创意点呈现在广告成片中。该等情形下，B 公司及品牌方均可能会被卷入侵权或不正当竞争争议，需要品牌方特别关注。

#### 2、 广告故事雷同

互联网时代的广告早已脱离机械重复广告台词的时代，而呈现多重叙事方式，故事型广告即其中一种。如近期某品牌发布的一则广告中呈现了与真实人物类似的独特小故事，有网友指出，该品牌的广告涉嫌“盗用”其个人经历，而该网友并未授权该品牌方予以使用或改编。借鉴他人经历的广告故事未必构成《著作权法》项下的侵权行为，具体还需要考量广告中的细节判断是否是基于真人经历改编。如该广告的文案内容与该真实人物的新闻报道文章、人物自传类似，则可能构成对新闻报道、人物自传文字作品的侵权。但值得一提的是，“如有雷同，纯属巧合”的“免责声明”绝不是品牌方免责的“免死金牌”。

#### 3、 文案抄袭或“洗稿”

一般而言，一字不差的文案抄袭在广告界其实

<sup>5</sup> 《广告法》第五十六条第二、三款：“关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。前款规定以外的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人，明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。”

<sup>6</sup> 《互联网广告管理暂行办法》第 11 条。

较为罕见，但确实也出现。相较于抄袭，文案“洗稿”似乎更为常见。所谓“洗稿”，即新瓶装旧酒，使用他人的原创内容予以删减、修改，洗稿的广告最终呈现的内容，可能是使用了他人作品的“骨架”或精华部分。虽然表面上看是一部新作品，但其本质上依然是侵权作品。

#### 4、 广告素材侵权

广告素材的侵权呈现多样性。广告 KV 的画面设计可能构成对他人的在先设计、图片、剧照、甚至他人肖像的侵犯（例如某品牌历史发布的广告中多处人物形象来自明星剧照、淘宝模特，涉及多位明星）；视频的拍摄画面如与在先作品存在实质相似，也会构成侵权（例如近期某品牌发布的视频广告画面在拍摄手法、画面内容、画面构图及画面光线均与在先发布的他人广告存在高度相似）；视频中使用的背景音乐、短视频如未取得充分的授权，也可能构成侵权。

#### 四、品牌方对于广告侵权的责任边界？

基于上述梳理，结合各方之间的法律关系，在充分考虑各种可能性的前提下，针对品牌方在广告侵权情形下可能承担的责任，我们总结如下：

##### 1、 品牌方对外承担著作权侵权责任

在品牌方是侵权广告著作权人情形下，该等广告对第三人权利的伤害，应当由著作权人，即品牌方相应承担。对于广告涉嫌抄袭的情形，尽管品牌方并非是广告的直接制作方，往往是“躺枪”角色，但著作权作为绝对权利，司法实践中均适用“无过错”原则，除非品牌方能够证明涉嫌侵权的内容另获合法授权，否则，即便品牌方抗辩其对于侵权事实并不知悉、未参与素材的创作，也无法予以免责。

值得注意的是，如果品牌方并非广告的著作权人，此时品牌方可能并不承担《著作权》或《民法典》项下的侵权责任。但从被侵权人的角度而言，其仍可能将品牌方列为第一被告，并有可能要求非著作权权利主体的品牌方承担《广告法》第六十八条<sup>7</sup>项下的侵权责任。

##### 2、 广告公司、发布平台的侵权责任

根据《广告法》第六十八条，广告主、广告经营者、广告发布者在广告“侵犯他人合法民事权益”情形下，负有义务承担侵权责任。一支广告从创意、制作到发布可能包括品牌方、制作方多方合意，同时随着广告发布者的传播，侵权广告的损害后果会随之扩大。因此，即使广告的著作权属于品牌方或制作方，但权利主体依然有权将广告公司及/或广告发布平台列为共同被告。不过《广告法》并未明确该等责任的承担方式及损害赔偿，目前我们也尚未检索到法院仅依据《广告法》第六十八条而判决相关主体承担民事责任的案例，对于该条在实践中的执行，仍然有待实践检验。

##### 3、 品牌方可以向广告公司索赔

实践中，在原告未将广告公司列为共同被告情形下，品牌方往往会依据其与广告公司之间的委托制作合同（这类合同中一般均有广告公司对知识产权的瑕疵担保条款），尝试在案件中申请追加广告公司为案件共同被告，但是，如果原告不同意追加，实践中该等追加请求得到法院支持的可能性较小。原因是司法实践中，法院倾向于认为广告公司系接受广告主的委托提供服务，广告内容的直接责任主体应当是广告主，即品牌方，至于品牌方与广告公司之间的法律关系及赔偿，应当另案处理。例如，最高人民法院指导案例 80 号中，该案委托方申请

<sup>7</sup> 《广告法》第六十八条：“广告主、广告经营者、广告发布者违反本法规定，有下列侵权行为之一的，依法承担民事责任：（一）在广告中损害未成年人或者残疾人的身心健康的；（二）假冒他人专利的；（三）贬低其他生产经营者的商品、服务的；（四）在广告中未经同意使用他人名义或者形象的；（五）其他侵犯他人合法民事权益的。”

追加设计公司作为共同被告、要求设计公司承担物料侵权责任的要求未能得到法院支持。<sup>8</sup>该等情形下，品牌方可在向权利人赔偿后另案向广告公司提起合同违约诉讼。

## 五、品牌方应如何防范及应对广告侵权

无论争议广告内容是否构成侵权、无论品牌方是否享有著作权、也无论品牌方最终是否要承担责任，一旦广告侵权争议被曝光、成为舆论焦点，品牌方的商业形象在短时间内都可能受到重大挑战。面对可能发生/已经发生的公共舆论危机，我们建议品牌方从多个角度做好风险预案。

### 1、提案比稿阶段-谨慎处理落选提案

我们在办理案件过程中，发现不少争议是源于提案比稿。落选的广告公司对于品牌方后续发布的广告往往会保持高度的关注，如最终发布的广告中包含品牌方未聘请的广告公司在比稿阶段提交的任何创意内容，都可能会被放大，甚至可能会带动舆论节奏。因此，品牌方应当特别注意，切忌将他方提案内容以任何方式分享给竞标其他广告公司，同时应当注意尽量避免使用落选提案中的任何可能构成创意的表达，以避免后续争议。

### 2、合同签署阶段-重点条款把关

品牌方与广告公司之间的委托制作合同项下，除版权归属条款外，我们建议品牌方特别关注以下三个条款：

(1) **权利瑕疵担保条款。**需由广告公司对广告工作成果及所有素材的权利来源、权利基础做出充分陈述与保证，并明确侵权后果，包括要求广告公司自费承担品牌方因此支付的法律成本，以及品牌方有权保留/扣除相应服务对应报酬条款；

(2) **监修权利条款。**品牌方对于广告公司提交之工作成果有提出修改意见的权利、享有最终决定权，但应当明确品牌方的修改意见并不免除广告公司在权利瑕疵担保条款项下的陈述与保证义务，以免出现版权争议时广告公司“甩锅”给品牌方；

(3) **合同解除及损害赔偿条款。**需明确广告公司特定违约情形下品牌方的合同解除权利、损害赔偿权利以及尽可能将品牌方可能遭受的实际损失均纳入损害赔偿范围。

### 3、广告制作阶段-应重视权利来源审核

广告公司一般都有自己采购的广告素材库，包括图片、音乐、视频等，个别广告可能还会委托专人制作独立的音乐，当然，如授权范围未能界定清晰，或者使用超出授权范围，仍然可能会面临侵权风险。我们建议品牌方在广告创作阶段要求广告公司对权利审核做出承诺，并提供其权利基础证据，必要时，品牌方也可以借助外部律师的力量，由律师帮助从作品要素、权利基础、授权链条多个层面协助把关。但是，为避免品牌方的协助审核被广告公司用于将来免责的借口，品牌方可以考虑要求广告公司自行委托律师处理相应的工作并提交相应的审核报告供品牌方备案。

### 4、争议出现阶段-妥善处理与各主体间的关系

一旦发生争议，建议第一时间向广告公司调查权利来源证据，同时委托律师介入，首先对侵权可能性，包括侵权方主张的权利基础、品牌方/广告公司的权利基础做出法律判断，方便公关团队确定舆论应对基调以及在内部迅速核查相关涉及风险点的事实情况。如律师判断侵权可能性较高，则需要

<sup>8</sup> 该案中，法院认为“五福坊公司作为产品包装的委托方，并未举证证明其已尽到了合理的注意义务，且也是侵权作品的最终使用者和实际受益者……五福坊公司依法应承担本案侵权的民事责任。五福坊公司与第三人今彩公司之间属另一法律关系，不属于本案的审理范围，当事人可另行主张解决。”

妥善处理与真正权利人、广告公司、广告代言人、广告发布者（如有）之间的关系，包括是否及时删除广告、是否要发布公开声明、是否向广告公司/广告代言人发函、是否需要向权利人致歉、是否达成和解、是否补充授权等。考虑到广告公司应承担主要责任，建议要求广告公司出面与权利人协商和解方向并支付费用。同时品牌方应做好媒体应对准备，结合当时的舆论发酵情况，分别做好法律对策准备及公关预案，可以由律师及公关部门同步配合开展工作。

#### 5、 诉讼争议阶段-做好应诉方案精准防御

如无法通过非诉讼的方式与各方达成和解，如判断权利人向品牌方提出诉讼的可能性较高，建议提前委托律师介入，以充分拟定诉讼策略，做好应诉准备。如权利人未主动列广告公司为被告，品牌

方亦可考虑在同案中申请追加广告公司追加为第三人或被告，或同步启动另案启动针对广告公司的违约赔偿之诉。可以根据诉讼进程的推进，适时与权利人达成和解，并要求广告公司承担相应的实际赔偿责任及品牌方发生的法律成本。

#### 结语

近期发生的广告舆论热点事件，不仅给许多广告公司敲响警钟，更是提醒品牌方应当从著作权及人格权的角度关注广告内容的侵权风险。我们建议品牌方加强授权链审核、完善与广告合作方之间的协议条款、充分做好广告风险的应对预案，愿广告真正实现“锦上添花”，增益品牌方企业形象，助力商品/服务的推广！

黄荣楠 合伙人 电话：86-21 2208 6280 邮箱地址：huangrn@junhe.com

刘佳迪 合伙人 电话：86-21 2208 6399 邮箱地址：liujd@junhe.com

赵怡青 律师 电话：86-21 2208 6046 邮箱地址：zhaoyq@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

