网购热潮下直播销售的法律规制问题及对策

危虹冰

西南科技大学法学院，四川绵阳，621010；

摘要：本文探讨了在网购热潮背景下，直播销售宣传所面临的法律规制困境及对策。分析了直播销售的兴起对市场监管和法律规制带来的挑战，包括责任主体认定、虚假宣传规制、行刑衔接等问题，并提出了相应的法律对策，以期完善直播带货的法律规制体系。

关键词：直播销售；法律规制；责任主体；行刑衔接

DOI：10.69979/3029-2700.24.12.022

1 问题的提出

随着市场经济的新趋势发展，电商销售渠道呈现出多元化的特征，其市场占比逐年递增，截止 2023 年，已实现全国网上零售额 154，264 亿元，相较于 2022 年，增长了 11.0%，电商销售便捷、广泛且价格有优势，尤其与人工智能结合后，购物体验得到创新。多平台竞争为消费者提供更多选择，但对产品质量提出挑战，特别是直播销售。直播销售通过主播快速宣传，模糊消费者对产品信息的判断，增加了产品质量风险。直播为电商带来新活力，同时对市场监管和法律规制提出挑战，特别是责任主体和广告夸大范围的认定，以及是否需要将违规行为移交刑法处理，还有现有法规下传播范围和社会影响力的确立。

电子商务平台经营者，是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织[1]。目前电商经验采取的销售模式可分为以淘宝为代表的传统模式、以抖音、快手为代表的直播平台销售模式，以及以小红书、抖音为代表的社交种草销售模式。以抖音直播平台为例，近期的“东北雨姐事件”和“小杨哥事件”对直播销售的声誉产生了负面影响。网络直播销售中，宣传话术与虚假宣传的界限模糊，特别是头部主播的影响力可能导致消费者信息误判。

直播带货的兴起时间较短，体系化的监管方式还未成熟，首先，相较于传统电商而言，直播带货平台监管职责同消费者维权之间的关系还未明晰，对归责而言，打击主体职责交叉不易形成监管合力，相较于行政处罚而言，直播单比成交额较低，难以利用刑法规制，故打击力度多停留在赔偿处罚。其次，对于主播与公司之间的权责规制，尤其是虚假宣传问题，难以取证，消费者维权成本高。最后，直播带货行为的法律性质不明，我国虽出台了《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》中虽规定了进行直播活动要在构成商业广告的基础上对其进行规制，结合直播的特点，单纯将其交给监管机关用广告法规制，会出现难以适用的情形。

同时，直播带货中涉及宣传销售伪劣产品面临覆盖广、隐蔽性高、产业化趋势的侦查难点；以及对于虚假人设直播带货的欺诈行为的法律规制问题，对于直播带货的规制，不应仅从经济法层面进行监管，对于其产生的问题需要配套成熟的法律体系，其中行刑衔接机制的构建具有重要意义。

2 直播带货法律规制探析

2.1 主体规制分析

直播销售打破了传统商业形态的营销与销售相分离模式，通过主播的宣传同时进行销售，对于消费者而言，主播成为产品符号的一部分，在产品出现问题的维权过程中，主播既可能被认定为“销售方”，又可能将其作为“广告代言人”进行规制，对于其背后的产品方和所属机构的责任易被忽略，实践中，监管机关与消费者保护机关对不同身份带来的法律责任的认定必须结合其法律地位判定，而虚假宣传行为最终归属于个体还是法人，也需要进一步考察，这对法律规制产生了很大的争议，对消费者更是增添了维权难度。其次，平台具有监管职责，以淘宝为代表的传统电商平台对入驻商家要进行资质审核以及平台内部的规制归责，消费者在收到伪劣产品后可以先行向淘宝追责，但抖音对此的监管机制并未完善，只有认定平台过错后才能先行向平台追偿，不利于保障消费者权益。

北京互联网法院处理了一起网络购物合同纠纷案，涉及王某某与许某某及某科技公司。案件焦点在于如何

认定经营主体。许某某在直播中宣传出售二手手机，并引导消费者通过微信私下交易。王某某收到的是盗版手机，维权未果后将许某某和快手平台告上法庭。法院依据《中华人民共和国电子商务法》判定许某某为电商经营者，并根据该法第 9 条第 1 款，认定其私下交易行为属于利用直播导流的商业行为，因此判决许某某需承担三倍赔偿责任。对于直播平台主体地位而言，应当是监管义务的规制。并非所有直播带货都具备经营者法律地位，当其为经营者员工时，此种情形下的直播销售应认定为职务行为，不与其他参与主体产生直接的法律关系，其直播营销行为所产生的法律责任则有经营者承担，消费者仍可根据《中华人民共和国消费者权益保护法》享受应有权利[2]。

主播的法律责任主体争议应当根据主播运营模式具体判断，常见的直播带货有自营型的店铺自播和他营型主播带货两类，两类主播的最终佣金获取方式不同，在自营主播范畴内，主播担当销售角色，消费者会观看主播的直播销售活动，并直接与主播建立交易往来。而他营型主播仅承担直播销售的职责，消费者实际上是与主播之外的其他实体完成交易，此时的销售者并非主播。主播的身份及其所需承担的责任，主要依据主播在直播过程中所起的作用和介入程度来确定，具体可能被界定为广告代言人、广告发布者，或者是广告运营者的身份。

2.2 直播带货性质争议

目前对于直播带货性质的争议主要有两种看法，首先是认定直播带货属于商业广告模式的创新，即传统营销售卖分离模式下，广告属于邀约邀请，而直播带货属于邀约，因同时发生宣传与销售；另一观点则认为带货的主播不具有代言人性质，不代表品牌方利益，属于独立于广告主以外的法人、非法人组织、自然人[3]。直播带货规制本身存在空白，通过商业广告进行规制无法涵盖销售伪劣产品的问题，但就目前的带货乱象中的虚假宣传规制具有重要意义。若以“导购论”的观点界定直播带货，则在法解释论上不具备实质性法律意见，对于该类销售方式的规制则更加困难[4]。但要将直播带货纳入商业广告的规制之中，应当符合商业广告构成要件，即发生在中国境内、由商品经营者或服务者提供、须通过一定的媒介和形式、直接或间接介绍自己所推销产品或服务；直播带货的法律性质必须明确广告主的法律地位，即 mc 公司与个人直播带货对于广告的经营与发布，直播需要进行选品、设计宣传方案以及商品展示售卖，此时，广告经营者与广告发布者都纳入了过程中，故主体性要素符合；此外，在过程中利用平台媒介进行推销符合商品广告的定义，根据七部门联合出台的《直播营销管理办法》来看，市场监管总局对直播带货适用态度应当是予以肯定，但是直播带货也并不必然属于广告行为，应当根据个案中具体行为的性质选择性地适用《广告法》[5]。

基于广告法规制之下的行刑衔接的不足，导致刑法在规制该行为过程中缺位。尤其是玉石类、珠宝类，通过夸大宣传，诱导消费的方式使消费者购买到与直播展示不符产品。上海市于 2024 年抓捕一起直播售卖玉石骗局，通过设置剧本与展示玉石成色方式，骗取他人合伙赌石试图从该直播间中赚取差价，而该诈骗团伙以及通过此方式牟取不法利润 200 万余元。直播带货中的诱导、团队剧本之类的行为的界定是厘清此罪与彼罪的重点，大量资源涌入直播行业，售假、产品质量问题的乱象仍属于市场监管规制之下的法益内容，但直播平台孵化而来的网红流量是助力线上带货又区别于明星营销模式的新型销售渠道，尤其是网红带货的深度捆绑，通过打造人设的欺诈进行直播带货的法益规制，无论是否诈骗，直播观众仍会觉得遭受欺骗，但从法益来看，是个人法益与秩序法益的界定。对虚假广告罪而言，是具有个人法益与秩序法益的复合型法益，诈骗罪是以保护个人财产法益；从行为来看，两罪的核心在于对目的达成的需求性。明确此罪与彼罪有利于对网络直播带货的刑法规制。

2.3 直播行业规制分析

2020 年作为直播规制发展的新起点，先后出台了《视频直播购物规范》《直播营销规范》《直播营销意见》《直播营销内容规定》《直播营销管理办法》为进一步加强规范直播带货。但仍存在行政规范适用的混淆，即直播带货仍受到上述网络直播行为规范与互联网广告的约束，如网信办发布的《互联网直播服务管理规定》、国家工商行政管理总局发布的《互联网广告暂行管理办法》和《网络交易监督管理办法》等。而这些行政规范分由不同行政机关出台，各有侧重。针对虚假宣传也有多部法律法规进行规制，对直播带货的法律约束机制看似全覆盖，实则各自成章，在此基础上，对行刑衔接更是带来了更多阻碍，虚假广告罪属于刑法中典型的行政犯罪，其条文中明确规定要以违反国家规定作为构成要件之一，在此基础之上，对于行政违法的前置条件已交由行政机关作为衔接移送的主导，由行政机关制定的行政法规具体决定哪些行为是违反行政管理活动的行为。

从形式上说，行政法规是认定行政犯罪的第一个层次的法依据[6]。诚然，以直播带货作为新型商业广告形式，但目前司法实践中对于该类型的适用，还存在规范烦琐的问题，在此基础上，正向衔接至刑事法规制更是困难重重。尤其是虚假广告，口播时为了卖货，常采用夸大其词的方式进行营销，对于此类兴起的营销方式，行政法与刑法对此的法律解释成为规制焦点，刑法对于虚假广告的正向衔接中，刑法中关于虚假广告罪中明确表明其需要存在欺诈内容的宣传，但需要达到一定的社会危害性，对于虚假广告的社会危害性的界定停留在损害结果但随着网络经济的兴起、与广告宣传方式多样性的冲击之下，尤其是直播带货此类辐射范围巨大，大主播社会影响力较强的夸大宣传方式，对该罪名法益的界定以及实际侵害程度的认定是当下刑法规制的挑战。“如何处理好传统刑法理论与科技时代带来的新问题之间的关系，是当下刑法理论研究必须着重思考并解决的重要问题[7]。”

3 行刑衔接二元治理建议

“电子商务是数字经济与实体经济的关键构成部分，是激发数字产业化进程、驱动产业数字化转型、促进治理数字化的核心驱动力。”直播带货因其特有属性，在电商经济中辐射范围广，直播行为兴起后每年都有大量被处于行政处罚，但行政处罚与刑事处罚之间的衔接存在部分空白，使得大量主播或 mc 公司认为交罚款，利用其他词汇代替虚假宣传词能够规避处罚。随着行政法规的扩张，对于刑法谦抑性与两法衔接必要性产生疑问，即正向衔接后是否符合该原则。尤其是对于国家规定的动态变动之下，很容易造成两法独立适用，而非系统运行。对于正向移送标准与刑法中社会危害性的司法认定应当进一步明确。

对于行刑衔接的动态机制探索，应当建立在客体的明确，即对于售卖品类的确定，对于食品安全类、假冒伪劣产品类、虚假宣传类厘清其交叉部分；其次，应当明确行为，即通过剧本等引流的民事欺诈行为与团队导演的诈骗行为，行政执法机关应当有调查义务；此外，基于法律解释原则，明确最终损害标准，对于某一虚假广告行为是否属于“情节严重”则有待司法机关通过审判确定，这也导致行政机关更倾向于职权范围内的处罚而非移送。

最后，结合两法对证据要求不一致，尤其是互联网取证的困难程度，导致行政机关取证有限，对此，行政机关应当在此基础上完善证据固定，公安机关在正向衔接过程中进行补充侦查，此过程中行政机关可以联合平台保存证据链条，保存的数据是否能直接提供给消费者作为维权依据，尚需进一步研究和完善。

直播带货作为网络直播领域的新趋势，已经成长为一个庞大的产业。它与网络直播共通，正经历着内容创新与法律规范不匹配的挑战，并在创新服务的过程中呈现出规制体系不完善问题，对行刑衔接的探索具有一定的意义。

参考文献

[1].李倩，李海美：《数据交易平台经营者安全保障义务的规范构造》，载《石河子大学学报（哲学社会科学版）》,2024 年第 6 期，第 2 页。
[2].蒋依玲，徐学英：《网络直播营销法律责任问题研究》，载《当代经济》，2021 年第 12 期，第 126 页。
[3].刘双舟：《关于网红“直播带货”法律属性的思考》，载《中国市场监管研究》，2020 年第 5 期
[4].宋亚辉:《网络直播带货的商业模式与法律规制》，载《中国市场监管研究》，2020 年第 8 期，第 27 页。
[5].参见何茂斌：《网络直播营销活动监管中〈广告法〉适用》《中国市场监管报》2020 年 11 月 19 日，第 4 版。
[6].刘艳红、周佑勇：《行政刑法的一般理论》，北京大学出版社 2020 年版，第 66 页。
[7].刘艳红：《刑法理论因应时代发展需处理好五种关系》，载《东方法学》2020 年第 2 期，第 6 页。
作者简介：危虹冰（2001 年 7 月-），女，汉，福建省龙岩市，西南科技大学法学院，硕士研究生在读，研究方向：中国刑法.
基金项目：研究生创新基金资助项目：2024 年西南科技大学青苗计划立项课题“构建轻罪治理体系——以治安处罚与刑事处罚有效衔接与协同机制为路径”（项目编号：24ycx1171）.