

商法视域下网络直播带货行为的法律规制

蒋永传

上海师范大学哲学与法政学院, 上海

收稿日期: 2023年9月5日; 录用日期: 2023年10月5日; 发布日期: 2023年10月12日

摘要

近年来, 伴随着互联网和网络购物的兴起, 线下实体行业遭受前所未有的打击, 但这也成为线上直播带货行业悄然兴起的契机。网络直播带货中主播以自己的名义或以商家的名义从事的以获取利润为目的的经营性行为, 实质为商事行为。在直播带货行为产生诸多负面问题的背景下, 现有法律往往难以规制主播行为, 因此应当从商法角度, 肯定主播商主体身份, 并对符合条件的主播进行商事登记, 从而市场监督管理部门可以对直播带货行为具有明确的管理对象, 并能够适用现行的商事法律解决直播带货行为所产生的虚假宣传、产品质量等问题。

关键词

直播带货, 商主体, 商行为, 法律规制

Legal Regulation of the Sale of Goods by Live Webcast under the Perspective of Commercial Law

Yongchuan Jiang

College of Philosophy, Law & Political Science, Shanghai Normal University, Shanghai

Received: Sep. 5th, 2023; accepted: Oct. 5th, 2023; published: Oct. 12th, 2023

Abstract

In recent years, along with the rise of the Internet and online shopping, the offline entity industry has suffered an unprecedented blow, but this has also become an opportunity for the quiet rise of online live commerce. The business behavior engaged in by the anchor in the webcast in his own name or in the name of the merchant for the purpose of gaining profit is essentially a commercial

behavior. In the context of many negative problems arising from live commerce, it is often difficult for existing laws to regulate the behavior of anchors. Therefore, from the perspective of commercial law, the commercial identity of anchors should be affirmed, and eligible anchors should be registered in commercial law, so that market supervision and management departments can have a clear object for the management of live commerce, and can apply the existing commercial law to solve the false propaganda, product quality and other problems arising from live commerce. In this way, the market supervision and management department can have a clear target for the management of live commerce with goods and can apply the existing commercial laws to solve the problems of false propaganda and product quality.

Keywords

Live Commerce, Business Subject, Business Behavior, Legal Regulation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

伴随着移动新媒体的发展，人们的消费理念日益发生变化，多年前淘宝等互联网购物平台的诞生，奠定了线下购物转向线上购物的基础。近年来社交性短视频软件的兴起，主播生动的讲解和展示，使原本枯燥的网上购物变得极具活力和吸引力，又带动了一起网络直播带货的浪潮。但由于主播身份呈现多元化，部分主播综合素质不高，加剧了网络直播带货行业多元价值观间的不断内耗[1]。随之产生的还有日益凸显的虚假宣传、产品质量等问题。

关于直播带货过程中所产生的问题适用哪部法律进行规制，目前理论界和实务界都存着不同的观点，而对于主播更是缺少有效的法律规制。本文通过商主体特征的讨论分析主播在直播带货行为中所处的法律地位，并以此来探析关于网络直播带货行为的法律规制。

2. 网络直播带货中的主播能否成为商主体

在民商合一的背景下，我国并未制定一部统一的《商法典》，故对于商主体的概念一直没有一个标准的规定，而理论界也存在商事法律关系主体说、商行为主体说和法定主体说等不同观点[2] [3]。但无论商主体的概念如何定义，多数观点认为商主体的特征包括法定性，即商主体必须经过法定的登记注册手续，未经过法定程序登记注册的不能成为商主体。

本文认为，登记注册不是商主体的成立要件，其仅应当作为公法上的行政管理手段，系为了更好的对商主体进行管理和监督，不具有创设性效力。可借助《德国商法典》第2条的规定加以理解，即依法登记是企业主的权利，而不是义务¹。此外，根据近年来法律、行政法规的制定思路导向，也承认了取得商主体资格不是必须经过登记。首先，《市场主体登记管理条例》第三条对市场主体必须登记的除外情况进行了规定，法律、行政法规规定的无需办理登记的可不进行市场主体登记，不影响其市场主体资格²。其次，《电子商务法》第十条规定了个人销售自产农副产品等类型的市场主体无需进行登记以及法律、

¹ 参见德国联邦司法部网站，<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>，2023年7月5日访问。

² 《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第3条：“市场主体应当依照本条例办理登记。未经登记，不得以市场主体名义从事经营活动。法律、行政法规规定无需办理登记的除外。市场主体登记包括设立登记、变更登记和注销登记。”

行政法规规定其他的无需登记的情况³。同时,《网络交易监督管理办法》第八条也进行了类似的除外情况规定⁴。

由此可知,无论是线下销售还是线上销售,法律制定的趋势皆是肯定无需登记的商主体类型,因此认为必须经过登记才能取得商主体资格的观点已不具有合理性和合法性。实际中的主播未经过商事登记手续,不影响其是否有资格成为商主体,但其在直播带货行为中是否充当商主体的角色仍需结合直播带货行为是否属于商行为来整体探讨。

3. 网络直播带货行为的法律性质

鉴于目前我国网络直播带货的商业模式,总体观之,直播带货行业呈现多元化发展态势[4]。直播带货行为相较于传统买卖,具有成本低廉、及时高效、宣传到位等特点[5]。网络直播带货的类型主要分为以下几类:一、自产自销型。主播本身为货物的生产者,在直播间销售自己生产的货物。例如经营果园的农夫在直播间销售自产的水果。二、中间商型。此种类型表现为进货后,在直播间宣传销售,包括有实体店、网店和无实体店几种类型。三、提取佣金型。该种类型表现为无任何类型店铺,同时也无进货,仅通过在直播间帮助销售,按照销售数量提取佣金。

第一,自产自销型。主播本身扮演着生产者与销售者的角色,其和线下生产者直接销售货物并无区别。当然也存在某些自产自销型的主播经营的货物具有生产基地,而该基地已经过登记注册。例如生产空调的公司,其董事长充当主播带货,此时应当认定公司为商主体,主播相当于职员,主播带货行为仍是商行为。此外,如果该货物无生产基地或者基地未经过登记注册,此时可认定主播为商主体,直播带货行为为商行为。对于主播是生产者或销售者的员工,也归为此类型理解,不影响直播带货行为构成商行为。

第二,中间商型。有实体店铺的可依登记注册的信息确认商主体,因其和日常生活中的中间商销售并无区别,仅仅是由线下销售转移到线上销售。无实体店店铺或仅有网上店铺的,可认定主播为商主体,而直播带货行为属于商行为。

第三,提取佣金型。此种类型最具争议性,多数观点认为此类型中主播和供货商构成民法上委托代理关系或广告代言关系,因此只能认定供货商是商主体,主播不应当认定为商主体。本文认为直播带货行为是基于主播和供货商之间的商事代理关系进而发生的商事行为,即主播为商事代理人,其完全满足商事代理的特征。首先,主播具有成为商事代理人的资格;其次,主播以获取利润为目的,经常性以直播代理卖货为业,满足商事代理的营业性。例如李佳琦等具有一定影响力的主播,已经形成了以直播带货为业的模式。因此本文认为该种类型也应认定主播为商主体,即商事代理人。此外,从法律规制和监管的角度出发,认定主播为商主体,更有利于该产业的监管和稳定发展。

4. 网络直播带货行为的法律规制困境

目前对于直播带货过程中所产生的问题,理论界多数观点认为通常可采用与该行为相类似的法律进行规制,如《广告法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《电子商务法》《反不正当竞争法》等。

³《中华人民共和国电子商务法》第10条:“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是,个人销售自产农副产品、家庭手工业产品,个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动,以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。”

⁴《网络交易监督管理办法》第8条第2款、第3款:“个人通过网络从事保洁、洗涤、缝纫、理发、搬家、配制钥匙、管道疏通、家电家具修理修配等依法无须取得许可的便民劳务活动,依照《中华人民共和国电子商务法》第十条的规定不需要进行登记。个人从事网络交易活动,年交易额累计不超过10万元的,依照《中华人民共和国电子商务法》第十条的规定不需要进行登记。同一经营者在同一平台或者不同平台开设多家网店的,各网店交易额合并计算。个人从事的零星小额交易须依法取得行政许可的,应当依法办理市场主体登记。”

但适用现行法律规制同样存在以下几类问题。

4.1. 主播的法律身份未明确，存在未规制主播的局限性

第一，适用《广告法》的观点认为主播以自己的形象向社会公众推荐商品，符合广告代言人的特点，因而应当认定主播为商家的广告代言人。而部分主播仅是以职员的身份进行销售，不构成广告人，由雇主构成广告人。最终在解决主播直播带货产生的问题时均可根据不同情况适用《广告法》[6] [7] [8] [9]。但主播带货行为与代言或广告行为有着本质的区别，带货行为的目的是为了销售产品获取利润或佣金，仅在销售环节介绍产品，其本质是一种销售行为，而广告代言行为获取的是代言费，并非佣金，其主播实际中也不与商品的生产者或供货者签订广告代言合同，因此不形成广告代言关系。

第二，根据《反不正当竞争法》第二条和《消费者权益保护法》第三条的规定来看，若要适用《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》处理虚假宣传或其他问题，必须先明确主体是否为经营者，而经营者明显具有商主体的资格。在“自产自销型”和“中间商型”中可认定主播为经营者，而在“提取佣金型”中则只能认定供货方或生产者经营者，而主播不构成经营者，则主播的行为不能通过《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》来规制。同时，《反不正当竞争法》作为一般性的法律，不应当被无序的扩张适用，而导致侵占公有领域与自由竞争空间的现象[10]。

第三，《产品质量法》第二条规定该法的适用范围是生产和销售活动。但关于生产者和销售者的范围必须有其界限，对于个人单独销售物品的行为仅是民事上的买卖关系，不适用于《产品质量法》，换言之《产品质量法》的适用应当是商主体。即对于未肯定主播商主体地位的观点而言，《产品质量法》只能适用于生产者或供货商，而“提取佣金型”中的主播不构成生产者或供货商，其行为不能通过《产品质量法》来规制。

第四，在适用《电子商务法》的过程中，由于在“提取佣金型”中主播不构成电子商务平台的经营者，其带货行为，最终成立的合同也是在供货方和买受人之间，主播不构成电子商务当事人，故在此种情况下《电子商务法》仅能规制平台和供货方，而不能规制主播。

综上，在适用现行相关法律解决直播带货过程中出现的问题时，若不明确主播商主体的身份，均会出现在某些情况下无法规制主播行为的局限。

4.2. 监管力度不足，直播带货行为缺乏有效监督手段

近年来，直播带货成为当下购物的热门形式，但直播带货行为的无序扩张，对现有法律制度带来了极大挑战。中消协发布的《2022年“双11”消费维权舆情分析报告》显示，直播销售乱象成为消费者维权焦点之一，消费者对于促销价格争议、商品质量短板、直播销售乱象、团购安全隐患等诸多方面表现出担忧。以往直播带货行为的套路及规则的乱象虽然有所改善，但整体上消费体验短板依旧存在⁵。

根据中国消费者协会发布的“十大消费维权舆情热点”显示，2019年直播带货问题以61.7的社会影响力第一次成为舆情热点榜单的第四名；2020年更是以108.3的社会影响力升至榜单第二名，与第一名“防疫产品价格和质量问题突出”113.3的社会影响力仅差5个点；2021年网红商品过度营销问题以88.9的社会影响力排列舆情热点第八名；直至2022年，“主播售假问题暴露直播带货侵权乱象”问题仍然霸具榜单，以86.9的社会影响力位列舆情榜第五⁶。

在网络直播带货快速发展的背景下，现行监督力度仍不足，相关部门适用各法律规定时仍缺少有力

⁵中国消费者协会官网：2022“双11”消费维权舆情分析报告，<https://www.cca.org.cn/zxsd/detail/30537.html>，2023年7月10日访问。

⁶中国消费者协会官网：十大消费维权舆情热点，<https://www.cca.org.cn/search.html?keyword=%E5%8D%81%E5%A4%A7%E6%B6%88%E8%B4%B9%E7%BB%B4%E6%9D%83%E8%88%86%E6%83%85%E7%83%AD%E7%82%B9>，2023年7月10日访问。

手段。同时也造成了各类直播带货中的主播为追求自身直播收益，而产生的虚假宣传、产品质量、数据造假等问题[11][12]。

4.3. 法律规定混乱缺位，带货产生的问题无法有效规制

网络直播带货作为全新的产业模式，成为经济发展的新活力。通过梳理相关的法律规定，针对直播带货行为，我国目前尚未形成体系性的规制框架，狭义法律意义上的专门性法律规定仍处于缺位状态，对网络直播带货产生问题的处理和解决带来极大挑战。

第一，《广告法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《电子商务法》《反不正当竞争法》等相关法律的适用，不能完全涵盖直播带货的所有类型。现行法律规定难以规范发展迅猛的网络直播带货行为，例如《广告法》的事前审批机制无法适应直播带货的即时性特点[13]。法律条文散见于各相关法律规定之中，相互之间的体系性缺失。同时各法律制度是在电子商务、产品质量等专门领域的法律规定，执法部门在对某类直播带货行为进行监管时，直接适用相关法条的正当性仍有待商榷。

第二，在网络直播带货行为已产生诸多问题的背景下，仅有相关规范出台，无法有效规制主播的行为。近年来，中国广告协会、市场监管总局、国家广电总局等国家有关部门积极制定相应规范。自2020年起，《网络直播营销行为规范》《关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》《关于加强网络秀场直播和电商直播管理的通知》《关于加强网络直播规范管理的指导意见》《直播电子商务平台管理与服务规范》《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》《网络主播行为规范》等规范相应出台。然而这些规范仅是国家相关部门制定的意见，并不具备法律效力，也不具备强制力，对于违反规范的行为亦不能通过法律手段进行打击。消费者权益受到损害时，可以请求相应的商家承担责任，但直接请求主播承担责任仍缺乏相应法律规定[14]。从广义法律的角度，2021年5月25日施行的《网络直播营销管理办法(试行)》虽然可以勉强视为网络直播带货行为的专门法律规定，但其在法律责任章节中，仅象征性的简要描述了违反该法需承担民事责任或其他责任，并未详细规定主播的法律责任，对有关部门的执法处罚无法起到根本性的指导作用。由此可以看出近代科技的张扬，让法律在应对新生事物时显得捉襟见肘[15]。

5. 商法视域下对网络直播带货行为法律规制的建议

通过上文论述，可以看出若不从商法角度出发，很难处理直播带货交易中出现的各种问题，对于主播带货行为也不能进行良好的规制和监管。因此本文从商法的角度对直播带货行为的法律规制提出以下几点建议：

5.1. 明确主播的商主体身份，弥补现行法律规制的局限性

关于网络直播带货行为长期出现的虚假宣传以及产品质量等问题，亟需通过肯定主播的商主体身份来解决。

第一，商主体的定义本身未排除主播的适用性，商主体包括商自然人、商法人及商合伙[16]。《中华人民共和国市场主体登记管理条例》《电子商务法》《网络交易监督管理办法》等相关法律规定也明确了未经登记的商主体身份。即在目前主播未予登记的背景下，不影响主播具备成为商主体的资格，其可以独立的享有权利和承担义务。

第二，若不肯定主播商主体的身份，则主播的法律义务无法明确。《广告法》《消费者权益保护法》等相关法律制度规定交易主体所应遵循的合理审查义务、如实宣传义务、协助售后等义务无法直接适用于主播，不利于消费者权利的保护。

第三，商事公司也存在小微企业及大中型企业和上市公司等规模区别，即使直播带货中的主播未创造极高的交易额，也无法否定其商主体的身份。大型主播营业额与大型公司已经能够相对应。例如根据证券时报网 2021 年 10 月 21 日发布的新闻，在 2021 年 10 月 20 日李佳琦直播间成交额超过 100 亿元⁷。而小型直播带货主播完全可以比照小微企业的性质进行理解，营利能力大小并非商主体的成立要件。

综上所述，从形式上考虑，主播的带货行为与销售商的销售行为并无区别，对于以直播带货为业的主播来说，肯定其商主体身份，更能起到规范作用。

5.2. 加强监管力度，充分利用商事登记的监督手段

现行的法律规制和监管环境，无法有效规制主播带货的行为，对于虚假宣传、产品质量等问题也无法有效通过现行法律制裁主播，故会导致主播带货过程中的法律意识淡薄。同时也会让主播享受直播带货红利的时候而承担较小的义务，使得权利义务失衡。因此对于符合条件的主播予以商事登记，从而施行与商主体同等条件的监管是十分有必要的。此外，个人直播带货行为属于网络交易，对于需要登记的条件可参照《网络交易监督管理办法》第八条的规定，以年成交额十万元作为分界线区分是否需要登记，对于特殊商品或服务依法应取得行政许可的，依照相关法律法规执行。

直播带货的主播予以商事登记在监督网络直播带货行为方面存在以下几方面好处：第一，使国家有关部门针对主播带货行为的管理有明确对象。第二，予以商事登记后，可以根据有关法律规定促进主播对于成交额等经营状况信息进行公示，有利于消费者通过合法途径查阅直播的实际经营状况，并根据公示情况对主播带货进行合理的选择。同时有利于建立主播的经营信誉，对于从事过虚假宣传和销售的货物具有产品质量等问题的主播降低其商业信誉，使得消费者能够理性的看待各个主播的带货行为，避免重复上当受骗。第三，市场监督管理部门可以根据公示情况及时了解主播的经营状况，并可依据相关法律法规进行定期检查，了解直播销售货物的质量情况，有利于减少产品质量问题的发生，保护消费者的合法权利。第四，确认主播合法的商主体地位后，使现行商事法律可以有效规制主播行为，而无需急迫的去制定规范直播带货行为的专门性法律，使现行商事法律适用起来更加合法合理。第五，有利于主播预测适用商事法律后直播带货行为所产生的法律后果，增强主播的注意义务，从源头上预防负面问题的发生。

5.3. 梳理相关法律制度，适用现行商事法律解决直播带货问题

网络直播带货行为的良性发展亟需相关法律规定的严格制约，在缺乏专门法律规定的背景下，如何对网络直播带货行为进行解释，以确定各法律适用的正当性尤为关键。在明确主播商主体地位后，现行商事法律无法规制到主播的情况可以得到有效解决，适用相应法律时更加无理论争议，且合法合理。直播平台经营者和货物生产者本身为商主体，可以适用相关法律解决其责任问题。针对目前网络直播带货行为产生的虚假宣传、产品质量、数据造假三大主要问题，通过梳理现行商事法律规定，可以获得充分的规制。

第一，虚假宣传问题可适用《反不正当竞争法》《广告法》对主播予以规制。《反不正当竞争法》和《广告法》中对于经营者不得从事虚假宣传行为进行了明确的法律规定，并对市场监督管理部门的职责和权利进行了规定，有利于管理部门的监督管理。同时关于违反条文的法律责任方面也进行了详细规定，使主播从事虚假宣传的行为能够得到有效规制。

第二，产品质量问题可适用《产品质量法》对主播予以规制。《产品质量法》中规定了销售者的产

⁷证券时报网：双 11 开打！薇娅李佳琦昨晚销售 190 亿，超 4000 家上市公司全年营收！概念股有这些，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1714211438761064871&wfr=spider&for=pc>，2023 年 7 月 15 日访问。

品责任和义务,能够有效提高主播的义务,让主播不再单纯以创造利润为目的直播带货,而以提高合格产品为前提。同时,消费者也能够根据法律追究主播销售者的责任,使直播带货行为中的产品责任不再仅是生产者或向主播供货一方的责任,有利于消费者的权益保护。

第三,销量造假、流量造假等问题可通过《企业信息公示暂行条例》等相关法律予以规制,明确对主播当日的销售数据和流量数据进行公示,并确立其真实、及时公示之义务。

6. 结语

网络直播带货行为的新产业模式正随着科学技术的发展不断便利人们的生活,但由此产生的问题尚未获得明确的法律规制路径。通过对网络直播带货行为法律性质的探讨,适用现行商事法律规定的前提性条件为肯定主播商主体的身份,从而避免法律适用过程中主播未获得有效规制的情形。运用商事登记的约束手段,对网络直播带货中的主播进行登记,可以明晰其应履行的法律义务,相关部门进行法律监督时具有明确的法律依据,无形中加大了监督力度。通过梳理现行商事法律制度,有效解决目前直播带货中的虚假宣传、产品质量、数据造假等问题,促进直播带货行业的良性健康发展。总体而言,尽管目前我国网络直播带货行业依旧存在诸多问题,但通过合理解释主播的法律身份,梳理相关商事法律法规,对直播的约束和监管也必然更进一步的完善,网络直播带货行业也将进一步迈向良性发展的正确轨道,为国民经济和社会发展增添高质量的动力。

参考文献

- [1] 唐旭, 谢好佳. 网络直播平台弘扬社会主义核心价值观的路径探索[J]. 重庆社会科学, 2023(2): 93-106.
- [2] 施天涛. 商法学[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 38-70.
- [3] 范健. 商法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2002: 12-13.
- [4] 赵树梅, 梁波. 直播带货的特点、挑战及发展趋势[J]. 中国流通经济, 2021, 35(8): 61-71.
- [5] 沈宝钢. 直播带货商业模式探析及其规范化发展[J]. 理论月刊, 2020(10): 59-66.
- [6] 宋亚辉. 网络直播带货的商业模式与法律规制[J]. 中国市场监管研究, 2020(8): 9-15, 27.
- [7] 李希盛. “网红带货”的责任分配问题[J]. 中国市场监管研究, 2020(5): 24-25.
- [8] 陈倩. 电商时代网红直播带货的法律规制探析[J]. 北方经贸, 2020(8): 78-80.
- [9] 高梅梅, 李先进. 直播带货网红的身份属性及法律规制分析[J]. 黑龙江工业学院学报(综合版), 2021, 21(1): 108-112.
- [10] 丁国峰, 蒋淼. 我国网络直播带货虚假宣传的法律规制——兼评《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》[J]. 中国流通经济, 2022, 36(8): 29-39.
- [11] 苏海雨. 网络直播带货的法律规制[J]. 中国流通经济, 2021, 35(1): 97-104.
- [12] 姚林青, 虞海侠. 直播带货的繁荣与乱象[J]. 人民论坛, 2020(25): 85-87.
- [13] 周烁. 网络直播带货中直播平台的法律责任[J]. 法律适用, 2022(7): 133-144.
- [14] 郑学林, 刘敏, 高燕竹. 《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》的理解与适用[J]. 中国应用法学, 2022(3): 19-29.
- [15] 韩新远. 直播带货的学理审视与治理研究[J]. 科技与法律(中英文), 2022(1): 65.
- [16] 王保树. 商法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 54-55.