

网络直播带货虚假宣传行为法律规制

——以广告法为视角

王爱霞

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年4月14日; 录用日期: 2023年4月27日; 发布日期: 2023年7月10日

摘要

互联网技术催生网络直播行业走向成熟, 使网络直播带货契合广大消费者的消费行为, 成为拉动经济增长的内生动力。不可否认, 数字时代下网络直播带货满足了广大消费者的多样化需求, 促进我国经济快速发展。但其发展中易滋生出各种不规范行为, 例如“恶性化竞争”、“虚假宣传”、“直播垄断”、“大数据杀熟”等破坏市场秩序的行为。目前实践中尤为突出的问题是直播行业虚假宣传、不正当竞争, 导致消费者权益受损害。以当下网络直播带货行业虚假宣传为切入点, 分析实践中虚假宣传行为的运作方式, 探索我国《广告法》对网络直播带货虚假宣传行为的法律规制, 提出网络直播带货虚假宣传行为的广告法法律规制相关完善意见。

关键词

虚假宣传行为, 广告法, 法律规制, 网络直播

Legal Regulation of Network Live Broadcast with False Publicity

—From the Perspective of Advertising Law

Aixia Wang

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Apr. 14th, 2023; accepted: Apr. 27th, 2023; published: Jul. 10th, 2023

Abstract

Internet technology has promoted the maturity of the online live streaming industry, making online live streaming goods in line with the consumption behavior of consumers and becoming an

endogenous driving force for economic growth. It is undeniable that in the digital era, online live streaming has met the diversified needs of consumers and promoted the rapid development of China's economy. However, in its development, it is easy to breed various irregular behaviors, such as "vicious competition", "false propaganda", "live broadcast monopoly", "big data killing" and other behaviors that disrupt market order. At present, the particularly prominent problem in practice is false publicity and unfair competition in the live broadcast industry, resulting in damage to consumer rights and interests. Taking the current false publicity in the online live streaming industry as the starting point, analyze the operation mode of false publicity in practice, explore the legal regulation of false publicity behavior of online live streaming goods in China's *Advertising Law*, and put forward relevant improvement opinions on the legal regulation of the *Advertising Law* for false publicity of online live streaming goods.

Keywords

False Propaganda Behavior, *Advertising Law*, Legal Regulation, Webcast

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. 前言

商业资本的投资和消费习惯的改变,使网络直播带货呈爆发式增长,行业成长必然伴随着不规范行为的发生,由于法律的滞后性,目前我国尚未形成较为完善的网络直播带货法律规制体系。实践中针对虚假宣传行为,通常根据其具体违法表现形式选择适用相应的法律规范,例如《广告法》《电子商务法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《电子商务法》等。但绝大多数虚假宣传行为都涉及到《广告法》规制,以广告法为视角,结合国内外研究现状,对虚假宣传行为进行规制具有必要性,本文主要从《广告法》角度探讨网络虚假宣传行为。

2. 网络直播带货中的虚假宣传行为

网络直播营销,俗称为“直播带货”,是指通过互联网站、应用程序、小程序等,以视频直播、音频直播等形式向社会公众推销商品或服务的活动[1]。我国网络直播行业最早开始于2003年,早期直播平台主要指娱乐模式,映客、YY直播等娱乐直播平台不断涌现。2016年以后各类网络直播平台呈迅猛发展趋势,且逐步发展成“带货”模式。根据《2022年中国直播行业发展现状及市场调研分析报告》,截止2021年6月,我国网络直播用户规模达6.38亿,与2020年同期增长47.2%,领域更是延伸至金融、医疗、电商、教育和信息技术等行业。¹网络直播带货主要采取线下选品和线上直播方式进行操作,正因其具有灵活性和多样性,现实中往往容易让虚假宣传行为有可乘之机,涉及网络直播带货虚假宣传行为的主体有直播平台、网络主播。

2.1. 直播平台的虚假宣传行为

传统广告单调重复的投放模式已经不能满足当下消费者的快节奏生活,随着技术进步和经济的转型,现代化广告运作方式应运而生。网络直播带货便是数字时代的新型广告宣传方式。在传统广告运作方式

¹ 中国互联网信息中心:《第40次中国互联网络发展状况统计报告》2017年8月,
http://www.xinhuanet.com/zgix/2017-08/07/c_136506155.htm.

到网络直播广告模式的转变中,涌现了三种主要的直播带货模式,自营式、他营式和公益式[2]。实践中常见的虚假宣传行为多出现于自营式和他营式直播带货模式中,公益式直播主要由国务院有关部门规定,不再赘述,本文主要分析自营式和他营式直播带货模式的虚假宣传行为。

2.1.1. 直播平台不履行监管义务

我国《电子商务法》第二十七条明确规定:“电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息,进行核验、登记,建立登记档案,并定期核验更新。”²现实中我国大量平台经营者不仅不履行自身监管义务,放纵其平台内的无资质经营者各种违规行为。鉴于平台经营者内部管理失灵,以及主要负责人的放纵,导致我国国内大多数直播平台的进入与推出机制失衡,直播行业的乱象丛生。此外一些电子商务平台经营者与其平台内签约经营者恶意勾结,对其平台内经营者流量造假行为置之不理。同时平台内经营者以虚假流量引流,从而使消费者陷入错误认识,激情消费。最后在维权过程中鉴于消费者举证能力有限和举证成本高,商家和直播平台对消费者的维权行为更是置之不理,目前已经形成一种消费者维权难现状。

2.1.2. 直播平台给予流量加持

当下受消费者热捧的抖音、快手、淘宝等电子商务平台经营者,推出官方的直播“加热”套餐。例如抖音直播平台推出DOU+服务,DOU+服务实质是用户购买流量服务套餐,抖音官方给予其相应的流量加持为购买者引流,进而对购买服务的直播间进行推广。本质上为一种变相流量数据造假,因为这种做法违反了交易公平原则。进一步的后果是这些“加热”服务为平台经营者和平台内经营者进行大数据“杀熟”提供了天然的渠道。所谓的官方营销产品,是侵害消费者合法权益的数据杀手,此类情形中平台和平台内经营者实现了共赢,消费者成为了被割的“韭菜”。

2.2. 主播的虚假宣传行为

相较于网络平台,主播的虚假宣传行为更为突出,主播流量数据造假主要表现为购买水军、恶意刷单、夸大商品宣传,实践中主播的直播虚假宣传行为值得深思。

2.2.1. 购买“水军”

直播平台以其低成本、来利快的特点,掀起了主播职业热潮,明星、企业家、官方机构、网红都试图在直播行业占领一定位置,希望通过网络直播方式为其代言商品加持加码。主播行业主体广泛、方式多样化,直播平台管理机制效率低下,往往滋生大量低素质主播。实践中多数主播仅需花几块钱,便可以买到上千的观看人数和机器人评论,进而虚构直播间人数恶意刷好评。通常此类违法行为较为隐蔽,难以被发现,往往得不到规制。主播直播数据造假不仅侵害了消费者的知情权,还损害了公平的市场竞争秩序。

2.2.2. 恶意刷单

恶意刷单行为是指主播或者第三方机构以给相对人对价为交易标的,使相对人在直播间购买指定商品,刷单返现或者刷好评的行为。恶意刷单炒信行为不仅威胁互联网经济平稳、破坏公平的竞争环境,而且严重损害消费者知情权。网络刷单行为,本质上就是一种虚假的网络交易行为,指在无真实交易目的的前提下,刷单主让刷单人对店铺的商品销量、商品好评、店铺排名等伪造虚假交易记录和恶意刷好评,影响消费者判断,从而获取牟利。当前直播买卖往往引发纠纷,究其根本正是因为网络刷单行为泛滥,如果不加以制止必然损害消费者权益。虽然现在网络刷单行为已经被明令禁止,但笔者通过询问调

²《电子商务法》第二十七条。

研究发现身边仍发生大量刷单事件，大多数用户反映自己从不相信网上商品的月销量数据，可见消费者的交易信心已经受到了极大创伤。他们称自己购买的商品和商家描述的不一致，且经常发现商品评论区的虚假好评现象，难以选择心仪的商品。

2.2.3. 夸大商品宣传

鉴于网络直播形式的特殊性，当下仅从对广告负有真实性义务规制主播已经不切实际，网络主播在直播过程中常担任的角色为广告代言人。我国《广告法》第四条规定宣传广告不许含有虚假或者引人误解的相关内容。网购体验反馈中“虚假宣传”行为最为突出，主要表现为在带货过程中，主播常作出与商品性能、质量、外观等不相符合的描述，消费者难以辨别真假。我国《广告法》规定在广告宣传中明令禁止使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等词汇。头部主播李佳琦在推荐美容仪产品时，使用了“坚持用了一个月，就相当于打了一次热玛吉，效果真的很可怕很神奇”等语言对产品进行广告宣传，最终被定性为虚假宣传，其所属公司美腕(上海)网络科技有限公司虚假宣传被罚 30 万³。李佳琦案件、辛巴假燕窝案件⁴、浙江舟山女主播卖梭子蟹案件⁵，实践中虚假宣传案件数不胜数，消费者维权途径更是难以把握。

3. 直播模式下虚假宣传行为的法律界定

鉴于对上述网络直播带货虚假宣传行为的分析，重点探讨虚假宣传行为的法律界定，实践中针对网络直播带货虚假宣传行为的不同表现形式，相关法律规制主要涉及《反不正当竞争法》《广告法》《消费者权益保护法》《电子商务法》等。

3.1. 《广告法》的规制

有的学者认为，电商直播销售行为因其商业模式的创新突破了现有《广告法》的规制模式，更适用《反不正当竞争法》和《电子商务法》规制。⁶[3]对此笔者支持适用《广告法》进行规制较为恰当，理由是直播带货行为应受《广告法》规制还是其他法律规制，主要从行为和主体两方面进行界定更具有恰当性。

3.1.1. 网络直播虚假宣传行为的广告属性

电商直播宣传和推荐行为是否属于《广告法》所规制的“商业广告”的定义，是解决电商直播虚假宣传法律适用问题的关键。我国《广告法》第二条规定商品经营者或者服务提供者推销的商品或者服务的商业广告适用范围。由此可见我国《广告法》所规定的广告是指通过一定媒介和形式直接或间接推销商品的活动。网络直播推销宣传商品的方式，由于电商直播平台的出现，不同于传统的广告宣传方式，固不应用传统的思维定义《广告法》。电商直播平台突破了传统广告宣传方式，其更具有复合性。具言之电商直播带货宣传行为，本质即通过电商平台提供的技术服务进行广告宣传，属于广告宣传行为。此外重新构建网络直播带货专门法难度极大不具有可取性，值得推荐的做法是在我国现有《广告法》基础上对现实中的直播带货行为进行扩大解释后，直播带货行为与《广告法》便可不谋而合。

另外我国行政执法过程中，针对网络直播带货虚假宣传行为，多用《广告法》对违法违规行为进行规制。例如浙江舟山一女主播，在其卖梭子蟹的过程中，“雷人”语录频出，称其直播间梭子蟹“一箱

³上海市沪市长宁区时光监督管理局。长宁区监长处(2021) 052021000013 号。

⁴广州市白云区市场监督管理局，2020。穗云市监处字(2020) 309 号。
http://www.by.gov.cn/gzjg/qscjdglj/sdggkxx/content/post_6965449.html, [2020-12-15].

⁵舟山市普陀区市场监督管理局。舟市监普处(2022) 261 号。

⁶边宇阳：即使直播电商不纳入广告监管，市场监管部门依然可以依据《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》等法律进行监管，不会造成监管缺失，消费者维权途径依然畅通。

只赚一块钱”、“原产地野生梭子蟹”等夸张言语。经市场监管部门调查，确定该女主播为虚假宣传，相关部门根据《广告法》第二十八条对其作出罚款四万元行政处罚。⁷更有李佳琦、李雪琴等知名主播被中消协点名，指出售卖商品不让更换、数据注水等。主播辛巴“假燕窝”事件，其与打假人王海在网络激烈争辩产品真假，最终以赔付 6000 多万结束[4]。⁸介于实践中已经形成用《广告法》规制虚假宣传行为的司法实践，因此，打破《广告法》规制虚假宣传行为的思路行不通。

综上从网络直播带货虚假宣传行为符合《广告法》目的，以及实践中形成的执法司法现状两方面分析，网络直播带货虚假宣传行为理应受《广告法》规制，但同时也应具体问题具体分析，不应形成法律割据的现象，应结合案件本身具体问题具体分析。

3.1.2. 网络直播虚假宣传主体的广告定位

网络直播带货随着近几年的发展，逐渐形成特有的三方发展模式，涉及主体主要有三方：“直播平台、主播、第三方机构”，三方主体均可用《广告法》对其定位。通过对三方主体的行为分析，界定三方主体的《广告法》定位。

1) 网络直播平台

直播平台在网络直播过程中担任监管者的角色，但基于追逐利益的考量，网络直播平台会超越自己的服务范围，通过各种渠道介入到直播带货行为中。首先，网络直播平台可构成广告发布者。大多电商平台会提供一定技术支持和流量加持，通过多种渠道参与到直播带货活动中。例如抖音平台的 DOU+ 服务，直播平台主动对主播或直播间“加持加热”，主动承担广告发布的部分保障职责，此时构成广告发布者的身份。其次，网络直播平台作为广告经营者。此种情形常出现于直播平台和主播为同一站位，直播平台本身自己签约主播，经营直播带货行为，直播平台为自己签约主播提供技术和策划，介入广告经营中，直播平台和主播便可定位成共同的广告经营者。再次，直播平台作为广告主或者广告代言人的身份出现，例如在快手直播间，由快手技术团队推出的虚拟主播“关小芳”，关小芳作为快手的虚拟主播常为消费者“种草”或者在快手小店带货直播，从侧面意义上说，“关小芳”作为快手的主播，承担一定广告主和广告代言人的身份。最后，实践中还会出现直播平台多种身份的竞合，介于其以《广告法》规定的身份出现在直播间中，当直播平台出现虚假带货现象时，根据构成要件理论，应承担《广告法》规定的法律责任。综上，网络直播平台理应构成《广告法》主体。

2) 网络主播

主播应为《广告法》规制是毋庸置疑的，通常主播可构成“广告主”、“广告代言人”、“广告经营者”、“广告发布者”《广告法》规定的四类主体。首先，主播作为广告主，此类情况常见于主播为自己的商品宣传或者从事职务行为时，例如格力集团董事长董明珠曾为其公司珠海格力电器股份有限公司的产品直播代言，董明珠为推销商品或者服务，自行设计、制作、发布广告，进行直播活动，符合广告主特征。其次，主播作为广告代言人，主要表现为以自己名义对商品进行荐证，现实中大多数明星、网红都以此种方式进行广告代言，利用其影响力和知名度进行“种草”行为。再次，主播作为广告经营者的情形，主播作为广告经营者的情形可类比于直播平台，实践中直播行业各具特色，作为 MCN 机构签约主播，主播可以自己选择直播间的风格和直播方式，此时主播和 MCN 机构便作为直播经营者的身份定位。最后，主播作为广告发布者，例如双十一期间，李佳琦将其直播间产品罗列发布于各大社交平台，发布一系列预售广告，此类现象可认为主播承担了一定广告发布者行为。

由于网络直播行业的快速发展和壮大，相应直播形式更是多种多样，主播在直播带货过程中会担任

⁷舟山市普陀区市场监督管理局。舟市监普处(2022) 261 号。

⁸广州市白云区市场监督管理局，2020。穗云市监处字(2020) 309 号。

http://www.by.gov.cn/gzjg/qscjdglj/sdggxkxx/content/post_6965449.html, [2020-12-15].

各种不同的身份，甚至出现各种身份竞合的现象。主播既可以作为单独的广告代言人出现，也可以同时担任四种身份，主播属于我国《广告法》规定的主体范围。因此实践中应根据主播和直播平台所属身份的不同定位其责任，具体问题具体分析。

3.2. 《反不正当竞争法》的规制

《广告法》多规制商业行为，通常的网络直播带货行为不仅需要《广告法》加以规制，还需要《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下称反不正当竞争法)来加以辅助规制[5]。

相较于传统的反不正当竞争行为，网络直播带货可称为新型的反不正当竞争行为，且更具隐蔽性不易被发觉，往往造成执法司法困境。我国《反不正当竞争法》第十二条明确规定：经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。实践中网络直播带货衍生来的不正当竞争行为主要表现为：强插链接、流量劫持行为、恶意干扰、任意不兼容等，甚至各种手段限制其他竞争者的市场。网络直播带货中，从直播平台、第三方机构到主播，经常在逐利过程中迷失自我，恶性竞争，扰乱市场秩序阻碍经济发展。当出现反不正当竞争行为时，仅用《广告法》加以规制不能起到惩戒作用。

例如，直播一哥李佳琦虚假宣传美容仪案件中，李佳琦在直播间宣传一款美容仪，使用“效果巨明显……坚持用了一个月，就相当于打了一次热玛吉”等用语，对美容仪进行引人误解的商业宣传。上海市长宁区市场监督管理局对李佳琦关联公司美腕(上海)网络科技有限公司(以下简称“美腕公司”)罚款 30 万元，责令其停止违法行为。⁹此事件中李佳琦作为广告代言人虚假宣传，理应收到处罚，但从《反不正当竞争法》角度看，李佳琦同时构成商品“销售者”，其行为亦可用《反不正当竞争法》进行规制[6]。

3.3. 虚假宣传行为的法律竞合问题

不仅是《广告法》和《反不正当竞争法》对网络直播带货虚假宣传行为进行了规制，我国出台多个规范、办法、指导意见等对网络直播加以规制，虚假宣传行为涉及案件疑难复杂，出现法律规制的竞合，本文仅列举《广告法》和《反不正当竞争法》法律竞合情况。

1) 立法目的

互联网经济的发展同样也是法律涵涉范围的动态发展过程[7]。网络直播虚假宣传行为既可以由《广告法》加以规制，也可以由《反不正当竞争法》加以规制，应以立法目的的不同，具体分析相关虚假宣传行为。

我国《反不正当竞争法》第一条明确规定了：“为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定本法。”¹⁰从该条可以看出，《反不正当竞争法》保护对象侧重于经营者，也就是以网络直播带货中的商家为中心，目的是为了实现对经营者的法律规制，营造公平有序的市场秩序。《广告法》规制主体更加注重多方主体，《广告法》规制的主体主要包括四类：“广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人”，注重保护广大消费者，相较于《反不正当竞争法》范围更宽泛、更全面。我国学者孔祥俊指出：较之《广告法》《反不正当竞争法》对虚假宣传的规制应立足于规范行为而非权利保护。由此可知两部法律的立法目的、涉及主体不同，认定虚假宣传行为时，应根据具体案件的客观事实出发，选择适用不同的法律。

2) 法条竞合

我国的《反不正当竞争法》中规定虚假宣传行为是指：“虚假或者引人误解的商业宣传”，而《广告法》中有关虚假宣传行为的表述为“以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的虚假广告”，从

⁹上海市沪市长宁区时光监督管理局。长宁区监长处(2021)052021000013 号。

¹⁰《中华人民共和国反不正当竞争法》第一条。

法条定位来看,二者具有高度一致性,因此造成了现实中诸多法律竞合的情况。并且我国《反不正当竞争法》第二十条规定:“发布虚假广告的依据《广告法》处罚”,这表明了《反不正当竞争法》对《广告法》规范虚假宣传行为的兜底性保护,因此两部法律应然的出现了法律竞合的情况。《广告法》对于虚假宣传广告的行为进行了具体的规定,列举了违法情形,反观《反不正当竞争法》并未进行相关规定。所以在虚假宣传广告方面,《广告法》的法律规定更为明晰,执法过程中相关执法人员的可操作性较强。

3) 现实情况

笔者进入黑猫投诉平台,键入关键词“虚假宣传”,共67万条相关结果,基本上都是投诉直播间虚假宣传、诱导消费者、夸大商品等词条。投诉要求则多为“理赔”“道歉”等,针对此种诉求司法机关往往会根据《广告法》和《行政处罚法》对虚假宣传行为进行规制[8]。通常《反不正当竞争法》对消费者的举证能力要求较高,且诉讼成本高,消费者热衷于选择《广告法》积极维权,因为结合现实消费者诉讼请求的不同、举证能力的差别,《广告法》会成为虚假宣传行为的第一道保护线,《反不正当竞争法》是第二道防线。笔者认为不可割裂二部法的适用,在我国网络直播带货行业仍处于极不规范、产品质量和虚假宣传问题突出的情况下,仍要以《广告法》为主进行规制,因为《广告法》注重保护广大消费者的权益,对带货主播和平台进行双处罚,可操作性较强[9]。

4. 虚假宣传行为给《广告法》带来的挑战

网络直播带货虚假宣传行为在现实中频频发生,给市场监管部门带来了巨大挑战,具体表现为《广告法》第三十八条的规定与实践中运行情况不符、虚假宣传各主体责任混同、虚假宣传信息披露问题突出等。因此,分析虚假宣传行为对我国未来直播行业的健康发展具有理论和实践意义。

4.1. 《广告法》法条规定的局限性

我国《广告法》自1994年颁布后陆续进行了两次修订修正,我国《广告法》第一条明确规定了《广告法》的目的是为了保护消费者合法权益,促进广告业发展,促进经济发展,决定了实践中大多网络直播带货虚假宣传行为应由《广告法》来进行规制。我国目前《广告法》仍存在局限性,具体表现为:

第一,《广告法》第四条规定:“广告主应当对广告的真实性承担证明责任,但第二款对广告经营者、广告发布者、广告代言人的真实性保障责任未作规定。”本条规定是否与《广告法》第五章法律责任规定相矛盾?是否可解读为《广告法》将广告案的举证责任倒置给了广告主,此规定夸大广告主的证明责任,混淆了负责和证明责任两个法律术语。直播带货过程中,主播通常可拥有多方主体的身份,此时对于自身的违法行为难以做到证明责任,因此不应一概而论由广告主负担保障真实性的责任。

第二,《广告法》第三十八条规定:“广告代言人不得为自己未使用过的商品或者接受的服务代言”仍有待思考。实践中直播一哥“李佳琦”以直播女性化妆品而出圈,男主播代言女性产品、成年主播代言婴儿商品等现象数不胜数,因此可反思我国《广告法》第三十八的规定略过于狭隘[10]。我国《广告法》与1995年颁布实施,2015年新增广告代言人义务和责任的固定,但2015年立法目的主要是规制“明星”代言的广告,传统的广告代言即涉及简单三方主体:“商家、广告公司、广告代言人”。由于网络直播的快速发展,广告代言已非传统模式,对《广告法》第三十八条进行重新解读具有理论和实践意义。

4.2. 《广告法》对主播带货责任界定不明

电商直播销售行为的出现对于传统广告行业可以说是一种颠覆性的改变。传统广告代言人制度中,主播的参与度极低,仅就合同规定的义务进行履行,处于弱势地位[11]。网络直播环境下,主播通常处于强势地位,甚至操控整个商品销售环节,主播从事活动的参与度较高和操作力度大,固可相应加大对主

播的责任承担。但我国《广告法》仍规定主播承担一般过错责任，有待商榷。

我国《广告法》第五章法律责任的规定中，仅第六十一条规定了广告代言人的法律责任承担问题，其他大幅篇章规定的是广告主、广告经营者、广告发布者的相关责任。这与实践不相符合，大多数网络主播更多是以广告代言人的身份从事直播带货，出现虚假宣传行为时，司法实践更倾向于以广告代言人对其惩罚。2022年8月一个账号为“舟山野生梭子蟹”的女主播在宣传梭子蟹的过程中，“雷语”频出夸大宣传，最终市场监管局普陀分局对其罚款4万元，认为该主播违反了《广告法》第二十八条的规定，虚假宣传。处罚书认为该虚假宣传行为违反《广告法》第五十五条第一款、第五十七条第(一)项和《中华人民共和国行政处罚法》第三十二条第五项的规定予以处罚。但是值得注意的是《广告法》第五十五条第一款和第五十七条第一项仅规定了广告主的责任承担问题，因此《广告法》规定的主播带货责任承担仍处较为模糊的情形。

4.3. 《广告法》规定的虚假宣传责任承担主体混乱

当下网络直播进入门槛低、培训差，涌现更多的偷税漏税现象，各类主播为了眼前的利益突破法律的底线。《广告法》对于法律责任的规定有待明晰，直播带货是各方参与，对各主体承担的责任应加以明确，商家、第三方机构、主播在商品宣传、销售、售后等阶段应根据其参与的程度和承担的责任分别明确各方责任，不应一概而论。

通常虚假宣传行为的责任性质为过错责任、侵权责任，《广告法》规定的责任承担为各主体对本身发生的侵权行为承担相应责任，但电商直播模式下单个主体出现身份竞合时的法律责任承担问题，《广告法》并未给出解决方案。直播带货出现民事责任、行政责任、刑事责任竞合问题时，无法具体确定相应主体的责任承担。根据当下处理现状可知，主播直播带货中，涉及虚假宣传时以承担行政责任为主，但当侵害消费者合法权益时，需承担民事责任。当主播作为三方主体即广告主、广告经营者、广告发布者时，可能构成刑事犯罪，需要承担刑事责任。我国《广告法》仅规定了三种责任的存在以及竞合，但未给出处理路径。此外直播带货中，直播平台、主播、商品商品生产者和经营者各主体责任界限模糊，消费者介于自身劣势地位，无法有效维护自身合法权益，保障消费公平。同时电商直播以网络为载体进行交易和售后，消费者很难追查到真实的商家，需要直播平台给予帮助，但实践中直播平台往往和商家勾结，致使大量消费者投诉无门，直播平台客服总是运用“机器人客服”“拖延战术”等手段，消耗消费者的耐心，损害消费者的知情权、限制消费者进入三方交易渠道，导致消费者难以维权。

5. 以《广告法》为切入点提出的完善建议

直播带货属于当下新兴经济发展形态，其发展过程中常伴随种种问题，但其本质与实体交易无二差别是销售产品或服务。正因其以网络为载体，改变了当下许多主体的交易习惯和方式，与传统的法律规定出现不适宜现象，但不应跳脱传统法律谈电商直播带货，应遵循法律固有的逻辑性，对《广告法》加以修正，以适应当下发展形态。同时由于直播虚假宣传行为具有隐蔽性不易被察觉，互动性信息难以被保存，应建立多元一体的信息披露制度。对于各方主体身份混乱，法律责任竞合的情况，应建立权责一致的法律体系加以惩治。可借鉴我国当下热门的企业合规理念，对网络直播带货进行规制，真正保障消费者合法权益。

5.1. 《广告法》法条的再次解读

上文指出我国《广告法》法条存在一定不完善，但执着于对其修改不切实际，应以现存《广告法》为基础，对《广告法》法条重新解读，使其更好适应社会实际情况，与时俱进。固对《广告法》进行重新解读具有必要性、紧迫性、现实性。

首先,《广告法》第四条的规定是否与法律责任规定相矛盾?是否混淆了负责和证明责任两个法律术语?两个问题应加以明确。在电商发展模式下,应突破传统的广告代言方式,不应仅将证明真实性的义务赋予广告主,而是将《广告法》规定的四方主体共同纳入。只有这样当出现广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人四种身份竞合的情况时,真实性证明义务问题便可以迎刃而解。

其次,《广告法》第三十八条规定的广告代言人不得为自己未使用过的商品或者接受的服务代言的表述问题,可参考借鉴美国和台湾地区的“广告荐证”制度。“广告荐证”制度相较于我国的严格代言规定更具灵活性和可操作性。

“广告荐证”制度起始于美国与我国台湾地区,美国是最早规定此制度的国家,台湾荐证制度和美国基本相契合,1975年美国联邦贸易委员会颁布《广告荐证指南》。其规定了“广告荐证”制度:“消费者认为反映了除广告主以外的其他人的意见、发现或亲身体验的任何广告信息,包括个人陈述、示范、以及其他能够确定个人身份的特征或组织的特征、即使该他人的观点与广告主的完全一致也不例外”。由此可见美国“广告荐证”制度并不局限于广告代言人的使用即可代言的限制。

最后,通过对《广告法》法条的重新解读,使我国《广告法》适应实际情况的变化,对网络直播行业虚假宣传行为加以明确规制,打击网络违法行为,维护市场秩序和保护消费者合法权益都具有深远意义。

5.2. 完善直播法律责任承担体制

根据我国《广告法》对四方主体承担责任的规定:“违反《广告法》发布虚假广告的,应由广告主对此承担停止发布、消除影响或者罚款等责任,广告经营者、广告发布者明知或者应知虚假行为的承担没收广告费、罚款或者吊销执照。”当涉及关系消费者生命健康的商品或服务时要求广告经营者、广告发布者、广告代言人与其承担连带责任。由此可见,广告主承担的责任明显重于其余三方主体。

电商直播带货模式下,主播在直播过程中已经超越了传统的广告代言人的角色,其参与度甚至有时超越主播,但根据《广告法》的规定,并未对其责任加以明确,而是承担一般过错责任,非权责一致的法律体系^[12]。根据权利义务相一致的原理,主播行使权利与承担义务应具有-致性,固《广告法》应做到权责一致,合理配置主播的虚假广告责任,建立权责一致的法律体系^[13]。只有这样才能合理保障消费者权益,保障交易公平,保障四方主体承担责任一致性,同时又能较好解决出现身份竞合的问题。另外,虽平衡主播的法律责任承担但不-应过分加重主播责任,应根据案件情况具体问题具体分析,做到严格执法、公正司法,以减少现实中的虚假宣传行为。

5.3. 立法层面进一步明确虚假宣传责任承担的主体

直播带货属于新型产业,法律对其规制仍处于探索期尚不完善,电商平台天然具有隐蔽性,违法行为难以被发现。虚假宣传事后的监管处罚主要依靠消费者举报、随机抽查,难以建立有效的监管体系,监管的依赖性强。相应监管机构执法水平无法与直播行业违法相抗争,加上直播行业进入门槛低,主播人数越来越多涉及领域广泛给监管机构带来了挑战。法律规范层面我国实践中针对虚假宣传行为大多以《广告法》进行规制,因此进一步明确虚假宣传行为规制具有必要性。从宏观层面上认为,介于理论和实践两方面的分析,认为网络直播带货虚假宣传行为理-应受《广告法》规制具有一定合理性。从微观层面,我国《广告法》第五章规定的法律责任具有一定局限性,应赋予其新内涵,可出台相关司法解释或者公布指导案例加以明确。针对法律责任主体不明确、难以界定的情况,可组织各行业的专家对《广告法》责任承担主体(多指广告主、广告发布者)进行研讨,进而作出相关解释,增强公众对于新型广告的认知感。其次对于具有实际指导意义的案例进行公开,形成示范性案例,在政府信息公开系统和司法公开

系统公开, 示范案例可以发挥司法引领作用, 妥善化解平行案件的纠纷。

6. 结语

网络直播带货契合新时代经济发展模式, 对拉动经济增长和保障消费者需求都具有重要的推动作用。针对实践中出现的直播带货的虚假宣传行为, 已形成《广告法》规制的现状, 但直播带货虚假宣传违法行为不易被发现, 侵害消费者合法权益, 现有法律制度对虚假宣传行为规制存在不足。主要表现为虚假宣传行为法律竞合、《广告法》法条自身局限性和直播带货各主体身份不明等问题。但一味否认现有法律制度并非可行之径, 应在现有法律体系基础上, 对《广告法》第四条和第三十八条重新解读, 建立现代化的权责一致体系和多元一体的信息披露制度, 形成社会共治局面, 细化主播的法律责任承担比例, 落实各方监管义务, 以稳定社会秩序, 保障广大消费者合法权益。

参考文献

- [1] 韩新远. 网络直播营销主播的广告法责任结构困境与出路[J]. 河南财经政法大学学报, 2021, 36(6): 85-96.
- [2] 王明杭. 广告法视角下的电商直播销售行为研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 外交学院, 2022: 20-32.
- [3] 边宇阳. 对直播电商监管的几点认识[J]. 中国市场监管研究, 2020(5): 43-45.
- [4] 辛巴卖假燕窝退赔 6000 万[J]. 中国品牌, 2021(4): 58.
- [5] 于林洋. 广告荐证的法律规制研究[D]: [博士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2011: 8-13.
- [6] 赖丽华. 论虚假广告民事责任制度的立法完善[J]. 企业经济, 2009(10): 174-177.
- [7] 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.
- [8] 周剑平. 电商直播监管的难点与对策创新[J]. 中国流通经济, 2021, 35(8): 72-80.
- [9] 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理(总论)[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 71.
- [10] 马宣, 杨月. 新媒体时代的网红带货现象分析——以李佳琦为例[J]. 新媒体研究, 2020, 6(11): 72-74.
- [11] 王利明, 崔健远. 合同法新论总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 142.
- [12] 马丽丽. 网络直播营销中主播法律责任问题研究[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2022: 22.
- [13] 冯楚羚. 网络直播带货主播在网络交易中的法律地位及责任[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 江西财经大学, 2022: 44-49.