

# 直播电商虚假宣传的刑法规制

何炳楠

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年6月3日; 录用日期: 2024年6月20日; 发布日期: 2024年8月5日

## 摘要

互联网经济时代, 直播电商是一种具有巨大经济效益的商业活动。部分主播为了促成线上, 交易获取经济利益, 而采取虚假宣传的方法, 通过故意夸大或虚构商品质量、性能等信息, 使用户对商品产生认识错误的。直播电商虚假宣传会产生侵害消费者的合法权益, 扰乱市场经济秩序的严重危害后果。当前对直播电商虚假宣传进行规制的主要为行政法, 然而行政法并不能有效遏制虚假宣传行为的增长。因此, 将直播电商纳入刑法规制的领域, 以刑事手段来规制虚假宣传行为, 具备必要性且符合刑法的谦抑性原则。刑法对虚假宣传进行规制, 必须建立在对直播电商不同商业模式作出合理区分。在不同商业模式的基础上, 坚持主客观相统一的原则, 分别以虚假广告罪或生产、销售伪劣商品罪, 规制直播电商虚假宣传行为。

## 关键词

直播电商, 虚假宣传, 刑法规制, 虚假广告罪

# The Criminal Law Regulation of Live Streaming E-Commerce False Propaganda

Bingnan He

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jun. 3<sup>rd</sup>, 2024; accepted: Jun. 20<sup>th</sup>, 2024; published: Aug. 5<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

In the era of Internet economy, live streaming e-commerce is a commercial activity with huge economic benefits. In order to facilitate online transactions and obtain economic benefits, some anchors take the method of false publicity by deliberately exaggerating or fabricating information such as product quality and performance, so that users have wrong understanding of products. Live e-commerce false publicity will cause serious harm to the legitimate rights and interests of

consumers and disrupt the order of the market economy. At present, the main regulation on the false publicity of live streaming e-commerce is administrative law, but administrative law can not effectively curb the growth of false publicity. Therefore, it is necessary to bring live e-commerce into the field of criminal law regulation and regulate false propaganda by criminal means, which conforms to the principle of modesty in criminal law. The regulation of false propaganda in criminal law must be based on making a reasonable distinction between different business models of live streaming e-commerce. Based on different business models, the principle of the unity of subjectivity and objectivity should be adhered to, and the false propaganda of live e-commerce should be regulated by the crime of false advertisement or the crime of producing and selling fake and inferior commodities.

## Keywords

Live Streaming E-Commerce, False Publicity, Criminal Law Regulation, False Advertising Crime

Copyright © 2024 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

自 2016 年淘宝直播推出直播电商，其在短短十年间迅速发展，成为新的经济增长点。仅 2013 年上半年，直播电商企业有 2.3 万家，用户规模约为 5.2 亿人，交易规模就达到了 19,916 亿元[1]。然而繁荣的背后却隐藏着值得警醒的问题。在直播电商特殊的营销方式下，消费者只能从主播的介绍中了解到商品，无法进行直接的接触和体验。因此，有些主播为了提高销售额，会在直播中以虚假宣传的方式，诱导直播观众进行消费。如“糖水燕窝”事件、“阳澄湖大闸蟹”事件、“皮尔卡丹羊毛衫”事件等直播带货虚假宣传事件，都曾引起广泛的舆论关注。当行政措施无法有效规制直播电商虚假宣传行为时，刑法有必要予以介入，在维护消费者权益的同时规范维护市场经济秩序。

## 2. 直播电商虚假宣传的概况

互联网经济时代，直播电商发展迅猛，至今已呈现较为成熟的不同商业模式。对直播电商虚假宣传概念的认识，需要在区分不同模式后，从主体、客观要件、主观三个方面分别进行分析，以便于认定直播电商虚假宣传在不同情况下所应承担的刑事法律责任以及具体的刑法规制方式。

### 2.1. 直播电商的商业模式

直播电商，是指主播借助视频直播形式推荐卖货[2]。根据是否代播，直播电商可以分为自播电商和代播电商两种商业模式。自播模式，是指生产经营者为了宣传和销售自产的商品，在固定的网购平台或视频平台开设账号进行直播活动。在自播模式中，主播或为生产经营者本人，或为生产经营者聘用的职工与生产经营者之间是劳动关系。代播模式，是指主播利用自身的影响力，在网购平台或视频平台开设直播账号，代为宣传生产经营者的商品。在代播模式中，主播是独立的，与生产经营者之间是合作关系。

### 2.2. 直播电商虚假宣传行为的分析

虽然直播电商存在不同的商业模式，但是其中的虚假宣传行为是一致的。一般认为，直播电商虚假宣传行为的行为主体是主播。直播电商是基于直播与电商有机融合的特殊营销模式，商品的质量、功能

等信息需要主播在直播间进行介绍。主播在直播过程中也会就商品的相关问题，与观众进行实时互动。直播电商间的交互性越强，直播间内的消费者对商品越信任，越能够了解与感受到商品的质量与价值，进而购买意愿也会更强[3]。并且主播直播的表现和内容还会直接影响到电商销售取得的利润。以彩妆品牌花西子为例，2019年3月淘宝直播的头部带货主播李佳琦在直播间宣传花西子旗下的商品后，该款商品成为当年“双11”店铺销量第一名，售出超2万件[4]。由此可见，直播电商虚假宣传行为的实施有赖于主播。有人认为直播电商虚假宣传的主体是多元化的，除主播以外包括合作的商家、MCN机构<sup>1</sup>、互联网直播平台[5]。这种理解有过于宽泛之嫌。直播电商的核心在于直播间中对商品进行宣传的主播本人，观众对于商品的认知绝大多数都来源于主播的介绍。以MCN机构为例，机构会为自己签约的主播准备直播的台本，把关直播的内容。尽管台本中可能存在有虚假宣传商品的内容，但是该内容需要由主播在直播间呈现出来，才有机会令用户感知到。并且直播电商的一大特点在于主播与用户之间的即时互动，MCN机构准备的台本无法覆盖直播的全过程。从虚假宣传中所起作用的大小来看，主播无疑是直播电商虚假宣传的行为主体。

直播电商虚假宣传的客观要件，表现为主播在进行直播电商时，虚构或者夸大所宣传商品的质量、功能等信息。直播电商虚假宣传要能够使消费者对商品产生错误的认识。有人认为直播电商虚假宣传行为应进一步表现为误导消费者购买商品[6]。虽然直播电商虚假宣传与消费者实施消费行为之间确实存在着因果关系，但是在实践中用户的消费意愿还会受到其他的多方面因素影响。直播电商经济效益巨大，却与传统的电商营销模式一样多为买方市场，商品的市场表现及销量具有较大的不稳定性。商品价格、销售渠道、营销投入、品牌效应等复杂因素，都会影响用户的消费意愿。

并且直播电商行业分化严重、二八效应明显[2]。部分抓住时代发展机遇的主播成长为行业头部，具有极高的带货能力和直播优势，而后发主播则很难与之竞争。有实证研究表明，主播的专业性、权威性、知名度越强，消费者对商品越信任[3]。这些头部主播实质上已然成为意见领袖，天然具有更高的用户黏性和用户信任度。由此并不能排除用户决定实施消费行为是基于对意见领袖的信任与依赖，而不是因为虚假宣传对商品产生了错误认识的现象存在。所以直播电商虚假宣传在程度上仅需要让用户对事实产生错误的认识即可。如果要以误导消费者实施了消费行为作为标准，来认定直播电商的虚假宣传行为，显然存在一定的不合理。

需要认识到，用户实施消费行为是产生错误认识后的结果，但是其并不是直播电商虚假宣传的唯一结果。直播电商虚假宣传本质上是一种不正当的市场竞争行为，主播通过夸大或虚构事实的方式，提升自己的市场竞争能力。然而，市场经济运行的必要条件之一就是有序。虚假宣传会扰乱直播电商行业等价有偿、平等交易、公平竞争的市场秩序，不利于行业的长期健康发展。因此，直播电商虚假宣传也会造成市场秩序混乱的危害后果。而且，直播电商虚假宣传还有可能会导致普通民众对部分特殊商品的功效、用途等，产生误解并引发谣言传播。综上，直播电商用户实施消费行为，只是该不正当的竞争行为对市场经济秩序侵害造成的危害后果之一。所以对直播电商虚假宣传的社会危害性，应当进行综合考量，不仅仅是涉及电商交易规模、成交数额，还有可能要涉及直播观看人数、社会影响等多方面。

直播电商虚假宣传的主体在主观上应当以盈利为目的。以营利为目的的不仅仅是指主播希望通过虚假宣传的方式为自己获取利益，还应当包括为他人获取利益，比如为存在合作关系的生产经营者，签约的MCN机构，所在的直播平台等谋取利益。并且主播应当以故意的心理状态来实施虚假宣传行为的。在认识因素上，主播要认识到自己在实施虚假宣传行为，要充分了解自己宣传的商品的真实信息，并认识到

<sup>1</sup>MCN，即多频道网络(Multi-Channel Network)，作为内容生产者(网红)、平台方、广告方等之间的中介组织，通过将众多能力相对薄弱的生产者聚合起来建立频道，并帮助生产者更好地实现分发和商业价值变现。从本质上说，MCN机构就是经纪中介公司，能够促进内容生产者、网红、平台方与广告方等之间的有机互动，打造多方共赢、良性互动的生态系统。

自己在直播过程中的宣传内容，与商品的真实信息存在较大的差异。在意志因素上，主播对自己虚假宣传行为所产生的法益侵害后果，要持有希望或放任的态度。

综上所述，直播电商虚假宣传是指主播以盈利为目的，故意夸大或虚构商品质量、性能等信息，使用户对商品产生认识错误的行为。

### 3. 直播电商虚假宣传刑法规制的必要性

刑法是法律体系之中最严厉的部门法，遵循谦抑性原则。对于某一类行为需要动用刑法手段进行规制，应该谨慎地论证其必要性。而论证明法规制的必要性，可以从检视该行为是否严重侵害刑法法益以及其他部门法能否有效进行规制，两方面进行展开。

#### 3.1. 严重侵害法益

法益，即法律所保护的利益。刑法的核心任务就是保护法益，只有严重侵害法益的行为刑法才能予以规制。因此，行为是否值得刑法规制，要考察该行为侵犯的是不是刑法所保护的法益。如前文所述，在直播电商虚假宣传体现为主播通过夸大或虚构事实使消费者产生认识错误的方式，来提升自己的市场竞争力，这种行为明显地侵害了市场秩序。然而市场秩序是一个较为广义的概念，包括市场主体秩序、市场竞争秩序、市场交易秩序、市场管理秩序[7]。直播电商虚假宣传所侵害的法益需要做出进一步分析。

主播编造虚假消息，来影响直播电商用户的消费意愿。在这种情况下用户基于错误认识，进而实施交易行为并非出于自己的真实意思。主播夸张或虚构事实也侵犯了消费者的知情权，双方在交易过程中实质上是处在一种不平等的地位。而消费者支付合理的资金后，却能获得有瑕疵的商品，明显有违公正。所以直播电商虚假宣传侵害了刑法所保护的市场交易秩序。除此以外，其还侵害了刑法所保护的市场竞争秩序。直播电商虚假宣传以违反有关规范和商业道德的手段，提升自己的商业竞争力，严重侵害了市场参与者的合法利益，同时也会使得市场环境处于一种不稳定的状态中，最终严重阻碍国家经济的高质量发展。

直播电商虚假宣传在侵犯市场交易秩序、市场竞争秩序这种抽象法益的同时，也会侵犯公民个人的具体权益。在电商交易中，用户因为受到虚假宣传而错误地处分了自己财产，这侵犯了公民的财产权。用户因使用从直播电商购买的瑕疵商品，导致患病或受伤的，人身健康权受到了侵害。上诉所列举的有关市场秩序和公民权利，皆为刑法所保护的重要利益。

#### 3.2. 其他部门法具有局限性

刑法的谦抑性原则要求，在其他法律手段能调整违法行为时尽量不用刑法手段，刑法应作为社会遏制违法行为的最后一道防线。目前，国家在 2021 年针对性地颁布了《网络直播营销管理办法(试行)》，而且《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《广告法》《产品质量法》等法律均可规制直播电商。但是，2023 年全国 12315 平台接收直播电商虚假宣传投诉举报 144.3 万件，同比增长 1.7 倍[8]。直播电商虚假宣传不仅数量众多，还具有隐蔽性强、监管难度大、取证复杂、跨区域等特点。在民法、经济法、行政法难以有效遏制直播电商虚假宣传的情况下，有必要发动刑法以刑事手段来进行调整，实现社会的公平正义。

### 4. 直播电商虚假宣传的刑法规制具体方式

刑法对于某类行为是通过将其认定为犯罪，作出否定性评价来予以规制的。如前文所述，直播电商虚假宣传是主播以盈利为目的，故意虚构或夸大与商品有关的事实。那么，依据我国现行《刑法》，其有被认定为虚假广告罪，生产、销售伪劣商品罪的空间。对于直播电商虚假宣传的规制方式，可以依托

不同的直播电商商业模式进行具体分析。

#### 4.1. 代播模式虚假宣传的刑法规制

代播模式虚假宣传可以认定为构成《刑法》第二百二十二条“虚假广告罪”。认定代播模式的直播电商虚假宣传构成虚假广告罪的前提，是认定直播电商中的宣传属于广告。从法秩序统一的角度出发，《刑法》第二百二十二条所涉及的“广告”，应当与《广告法》中所规定的“广告”作出相同的理解，即“商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动”。而《互联网广告管理办法》第二条也规定：“在中华人民共和国境内，利用网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介，以文字、图片、音频、视频或者其他形式，直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告活动，适用广告法和本办法的规定。”

首先，毫无疑问直播电商是依托于互联网媒介的商业活动。其次，根据体系解释直播与“文字、图片、音频、视频”相当，可以认定《互联网广告管理办法》第二条所规定的“其他形式”。最后，直播电商中的宣传目的在于促进商品销售，符合法律所规定的“推销商品或者服务”。可以得出结论，直播电商中的宣传属于广告。有人认为直播电商中主播行为的性质应认定为“导购”，而非“广告”。但是“导购”仅为现实生活中的概念，并不具有法律意义。现实生活中，导购具有招揽顾客及促成交易的作用。即使在特定条件下，导购会以商业广告的方式来的情况完成工作，也同样适用《广告法》的规定。

在明确行为性质的基础上，还需要检视直播电商虚假宣传的主体是否适格。《刑法》“虚假广告罪”的适用主体是广告主、广告经营者、广告发布者。在代播商业模式下，主播接受具有合作关系的生产经营者的委托，代为其进行宣传。如果生产经营者向主播提出了具体的广告要求，例如：广告用语、广告情节等，此时主播的身份属于广告发布者。如果生产经营者未对广告内容与形式作出具体要求，而是由主播对广告的具体内容进行设计、制作，主播的身份为广告经营者。此时，如果主播在直播电商中进行虚假宣传，就有可能被认定为构成了“虚假广告罪”。

#### 4.2. 自播模式虚假宣传的刑法规制

自播模式下的虚假宣传与代播模式的虚假宣传具有同一性，但其最终并不必然会被认定为虚假广告罪。自播模式中，主播的身份性质并不等同于代播模式中的广告经营者或广告发布者。当主播就是生产经营者本人时，主播的身份应属于广告主。而当主播是生产经营者聘用的职工时，两者之间存在劳动关系，主播的宣传行为属于履职行为，相应责任应由生产经营者承担。需要注意到，此时的生产经营者不仅实施了虚假宣传行为，还实施了销售行为。也就是说生产经营者的不同行为会分别构成虚假广告罪和生产、销售伪劣商品罪。

但在直播电商虚假宣传的特定情况下，虚假广告罪和生产、销售伪劣商品罪之间存在牵连关系，属于牵连犯应当从一重罪处罚。所谓牵连犯，是指以实施某一犯罪为目的，而犯罪的方法行为或者结果行为又触犯了其他罪名的情况<sup>[9]</sup>。客观上，销售伪劣商品行为与虚假广告行为之间具有密切的联系。销售伪劣商品是目的行为，虚假广告行为是为实现该目的的方式行为。主观上，生产经营者对两个行为具有统一的犯意，即为了实施销售伪劣商品，而采取虚假广告的方法。在司法实践中，如果能够认定虚假广告行为是销售伪劣商品行为的方法行为，则应该依据刑法规范考察该销售行为属于生产、销售伪劣商品罪中的哪一项具体罪名，从源头上实现对虚假宣传行为的有效规制。

### 5. 结语

直播电商虚假宣传是一种严重扰乱市场经济秩序，侵害消费者合法权益的不正当竞争行为。目前，

学界多主张以行政手段来管理直播电商虚假宣传行为，对运用刑法进行规制仍存在较大的研究空间。在直播电商虚假宣传严重侵害法益时，刑法有必要积极介入，完善与行政规范的衔接。刑法应在遵循主客观相一致原则的前提下，对不同情况和不同类型的虚假宣传行为进行细化，以虚假宣传罪或生产、销售伪劣商品罪等罪名来予以规制，以提升市场主体的诚信意识，为国家网络经济的高质量发展和人民的美好生活保驾护航。

## 参考文献

- [1] 张一鸣. 2023年上半年直播电商交易规模稳步增长[N]. 中国经济时报, 2023-08-28(004).
- [2] 郭全中. 中国直播电商的发展动因、现状与趋势[J]. 新闻与写作, 2020(8): 84-91.
- [3] 王彤. 电商直播情境下消费者购买意愿研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中央民族大学, 2020.
- [4] 郭秀娟, 张君花. 离开李佳琦花西子卖不动了[N]. 北京商报, 2023-11-01(005).
- [5] 高文浩. 直播带货虚假宣传的法律规制路径研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 兰州大学, 2023.
- [6] 兰德忠, 马宇阳. 电商直播中虚假宣传的法律问题研究[J]. 商展经济, 2023(18): 46-49.
- [7] 任克勤. 市场秩序犯罪问题研究[J]. 政法学刊, 2015, 32(1): 7-17.
- [8] 陈芳. 直播带货投诉举报量逐年上升[N]. 上海证券报, 2024-03-16(005).
- [9] 高铭暄. 论牵连犯的几个问题[J]. 现代法学, 1993(6): 10-18.