

“直播带货”的法律责任与风险

□北京德恒律师事务所 揭静 赵恒瑾 张凯

随着直播平台及电商平台的迅速发展，直播带货成为备受社会关注的热点消费方式和话题。基于直播带货的场景和流程，从法律层面审视，直播带货行为实际上包含两个相互衔接的行为，一是广告行为，二是销售行为。直播带货一定程度上实现了将“流量”转为“销量”。

因直播带货行为涉及包括直播平台经营资质、参与主体之间的法律关系、参与主体相应法律责任等诸多法律问题,厘定各方主体的法律地位及相应责任系最基础、亦是最重要的法律分析工作。因此,本文拟对两种常见模式下各方主体对应的法律角色进行分析。

直播带货的模式分析

结合直播带货的现实场景，观众购买直播商品的方式分为两种。第一种为观众可在抖音、腾讯看点直播等直播平台（平台不提供商品）观看直播，通过屏幕弹出的第三方链接进入电商平台进行商品购买；另一种方式为观众直接在电商平台内进行观看直播，在购买心仪的商品时，无需链接至第三方而在直接在商城内下单即可。以上两种方式涉及实践中常见的两种直播电商类型。上述第一种方式为直播平台直连电商平台模式，第二种方式为电商平台自建直播模式。

无论哪种直播带货模式，均会涉及广告行为与销售行为，只不过两种行为的参与主体有所区别。因此，以下重点从法律角度审视对于直播带货参与主体从事广告行为与销售行为的规范及责任。

《广告法》第二条第一款规定,“在中华人民共和国境内,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,适用本法”;《互联网广告管理暂行办法》第三条第一款规定,“本办法所称互联网广告,是指通过网站、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。”^[1]因此,直播带货行为实质上属于利用互联网,向观众介绍和推销商品的商业广告活动,涉及最基本的角色包括(互联网)广告主、广告经营者、广告发布者、互联网信息服务提供者以及广告代言人五类。

1.广告主

广告主是指为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织。在“直播带货”模式中，商家作为产品或服务的提供者，属于广告主身份。

如果其他主体已经获得了商品代理权/销售权、甚至在未与商品生产者签订书面合作协议的情况下仅单纯对某类商品或服务进行推销,亦应当认定该主体为广告主。

2 广告经营者

广告经营者是指接受委托提供广告设计、制作、代理服务的自然人、法人或者其他组织。该定义的作出背景基于传统的广告业务，在直播带货语境下，结合直播录制的过程、主播与广告主之间的法律关系，广告经营者的身份界定有所区分。如前所述，以直播形式售卖商品本身即为对商品的宣传、推广，无论是主播即兴发挥对商品进行的推荐性描述，亦或是按照脚本对产品进行介绍，其本质都是直播活动中“设计”或“制作”的过程。结

合广告经营者的定义，广告经营者可以包括自然人、法人及其他组织三种形式，至于广告经营者的具体判定，还应结合主播与广告主之间的法律关系进行分析。

笔者认为,若主播以个人身份与广告主签订协议由其对商品进行直播推广,此时该主播即为广告经营者;若系主播所签约的公司与广告主签订协议,此时公司为广告经营者。实践中,公司作为主体与广告主签订协议系更多采用的方式。

据笔者了解,直播平台大多采取与主播签订合作协议方式,此情形下,主播与直播平台之间不存在劳动关系意义上的管理及隶属关系,双方按合同约定享有权利、履行义务即可。因此,双方之间不符合建立劳动关系的本质要件,属于平等民事主体间的合同关系。若公司与签约主播签订劳动合同或未签订劳动合同但满足相关法规规定的成立劳动关系情形,则公司与签约主播成立劳动关系。

3.广告发布者

广告发布者是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然人、法人或者其他组织。根据《互联网广告管理暂行办法》第十一条：“为广告主或者广告经营者推送或者展示互联网广告，并能够核对广告内容、决定广告发布的自然人、法人或者其他组织，是互联网广告的发布者。”可以看出，相较于《广告法》中所定义的广告发布者，《互联网广告管理暂行办法》中对于互联网广告发布者的定义中增加了“并能够核对广告内容、决定广告发布”的认定因素，即按照该办法，互联网广告发布者认定的关键在于相关自然人、法人或者其他组织对于广告内容是否具有审核权且对广告发布具有决定权。

实践中,对于广告发布者身份认定争议较多的问题在于直播平台是否系广告发布者。

根据《互联网广告管理暂行办法》对广告发布者的定义,广告发布者系能够“核广告内容、决定广告发布”的主体。结合现实情况,若广告内容仅指拟推广商品的种类、属性等客观内容,那么直播平台可以事先获取相关信息并审核,进而决定是否与广告主或广告经营者进行合作推广,成为《广告法》与《互联网广告管理暂行办法》定义下的广告发布者/互联网广告发布者。若广告内容包括主播对商品进行推广时的即兴发挥的说辞,加之直播具有的即时性特质,在这种情况下直播平台难以做到对“广告内容”进行审核。从这个角度,认定单纯提供直播服务的第三方平台为广告发布者有勉为其难之嫌。

若按照《互联网广告管理暂行办法》之定义,此时该种单纯提供



资料图片

直播服务的第三方平台仅为互联网信息服务提供者，其仅需承担对其明知或应知利用其提供的信息服务发布违法广告予以制止的法律责任。结合直播带货的现实场景，笔者认为相较于《广告法》对广告发布者的定义，《互联网广告管理暂行办法》的定义与实际情况更加契合。当然，如果直播平台拥有广告发布的审核权和决定权，满足渠道性、审核性与商业性等特征，亦应认定为广告发布者。

此外在实际操作中,存在直播平台给予某些直播流量和关注支持(形式包括:置顶、排行、弹出窗口、精选、推荐区等)的情况。在该种情况下,直播平台给予直播关注支持带有了对直播商品进行推荐的倾向,这在某种程度上与广告主的目的保持一致,此时直播平台宜认定为广告发布者。

4. 广告代言人

广告代言人是

的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。对于广告代言人的认定，可以从以下三个方面进行理解：一是普通人亦可以被认定为广告代言人。二是以自己的名义和形象。即观众在观看广告时能够识别出代言人独立的身份；三是对商品、服务作推荐、证明。辨别广告代言人的通常标准，一要看对广告所推销的商品或者服务是否有肯定的意思表示，二要看是否对所推销的商品或者服务的性能、效用等方面进行了佐证。

实践中争议较多的是直播带货中主播是否系为广告代言人的问题。如本文在广告经营者部分所述,实践中既存在由主播直接以个人身份与广告主签订协议对商品进行推广的情况,亦存在由主播所在单位对产品进行推广的情况。无论哪种情况,笔者认为广告代言人认定的关键在于其在直播中的表现能否让观众感受到其利用自身人格特征对产品进行推广,如能,则该主播应当被认定为广告代言人。但是,在主播明确与广告公司签订劳动合同、双方形成劳动合同法律关系的的情况下,对于广告经营者、主播作为公司的员工按照公司的要

求对产品进行直播推广,此时主播的行为更倾向于应认定为职务行为、主播作为广告代言人的属性予以减弱,使主播承担广告代言人的责任有失偏颇。

5.互联网信息服务提供者

根据《互联网信息服务管理办法》，互联网信息服务是指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动，并对互联网信息服务提供者的资质要求作出规定。在直播平台仅单纯提供直播服务的情况下，直播平台为互联网信息服务提供者。但结合上述关于广告发布者之分析，在特殊情况下直播平台亦同时具备广告发布者的身份，承担广告发布者应承担的责任。

无论哪种直播模式，根据《互联网直播服务管理规定》关于落实主体责任的规定，互联网信息服务提供者应配备与服务规模相适应的专业技术人员，健全信息审核、信息安全保障、值班巡查、应急处置、技术保障等制度；应建立直播内容审核平台，根据互联网直播的内容类别、用户规模等实施分级分类管理；应按照“后台实名、前台自愿”原则对互联网直播用户进行实名认证，承担对直播发布者真实身份进行审核并向网信办备案等互联网直播平台主体责任。

销售行为的法律分析

商品广告行为的最终目的是产生销售行为、完成销售活动,如果观众通过直播购买相关商品,那么此时观众的身份在该过程中转变为消费者。对直播带货中的销售行为进行分析需要从《电子商务法》入手。

《电子商务法》主要规制三类电商经营者：平台经营者、平台内经营者，以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。

直播带货活动由广告行为进入到销售行为阶段时,此类销售行为在受法律规制层面上与其他电子商务行为并无差异,只是某些特定主体需要在不同的行为下扮演不同的角色,因此要注意相应义务的履行与责任的承担。

风险防范

直播带货中参与方的法律责任及风险无外乎来源于广告推广过程中的违规风险及所推荐产品的质量风险。

(一) 直播带货应避免虚假宣传及不正当竞争

对虚假宣传及不正当竞争行为的认定标准主要规定于《广告法》第二十八条、《反不正当竞争法》第九条及《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条。

其中，商品宣传是否足以引人误解而构成虚假宣传，往往需在个案中予以具体认定。

尽管以直播形式对商品进行推广宣传与传统意义上的广告有很大不同,但同样需注意避免触及“虚假宣传”“不正当竞争”的警戒线。主播等主体在对商品进行介绍时,应避免使用过分夸张的词语形容商品、避免出现对其他商品进行诋毁的情况。

（二）对特殊商品广告、推广时的特殊规定

《广告法》对特殊商品的广告、推广行为进行了明确规定，前述特殊商品包括医疗、药品、医疗器械；保健食品；母乳的婴儿乳制品、饮料和其他食品；农药、兽药、饲料和饲料添加剂；烟草；酒类；教育、培训；招商等有投资回报预期的商品或者服务；房地产等。

《农产品质量安全法》《食品安全法》《药品安全法》及《化妆品卫生监督条例》等法律法规分别对农产品、食品、药品、化妆品等特殊商品的销售及广告行为进行了明确规定。

(三) 产品质量法律风险

除此之外,直播带货下产品质量责任的承担仍主要适用《电子商务法》及《消费者权益保护法》。在电商平台自建直播模式下,直播平台亦为电子商务平台,因此该类电商平台需要特别注意上述两部法律的特殊规定,比如平台在知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者有其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,应依法与该平台内经营者承担连带责任。