直播带货法律适用的原则与裁量

宋亚辉

网络直播带货这种商业模式近年来取得了巨大成功,大大提升了互联网电子商务产业链的完整性和运转效率。商业模式的创新固然会给法律适用带来挑战,这在网络法上司空见惯,但并非任何商业模式创新都会导致法律制度的变迁。凡是通过法解释学的动态涵摄过程足以解决的问题,一般无需诉诸制度重建。

本着这样的精神,2023年颁布的《互 联网广告管理办法》(以下简称《办法》) 立足《广告法》的既有规定,对直播带货的 法律性质提供了评价指引,重申了直播带货 广告的规制框架。

直播带货商业模式的整体规 〒空

2023年颁布的《互联网广告管理办法》 立足既有法律制度,回应了直播带货这种新型商业模式,从两个方面构建了直播带货的 规制框架。

第一,对直播带货的性质提供了法律上 的评价指引。例如,《办法》第19条规定: "通过互联网直播方式推销商品或者服务, 构成商业广告的,应当……"; "直播营销 人员……构成广告代言的,应当……"。这 样的表述提示了执法机关和市场主体, 直播 带货如果构成商业广告的,就应当按照广告 法进行规制;言外之意是,若不构成商业广 告的,则不适用广告法。从这样的"条件 句"表达方式来看,这条规定既把直播带货 法律性质的认定引向了广告法, 又表达了不 可机械照搬的谨慎态度。这样的弹性规定极 为谨慎地表达了法律适用上的总体态度,在 法律实施过程中,执法机关及其工作人员应 当根据《广告法》上的广告概念,对直播带 货的法律性质进行逐案判断,不可想当然或 一刀切处理。

第二,对参与直播带货的主体在广告法上的身份认定提供了法律指引。《办法》第19条明确提及以下三类市场主体:"商品销售者或者服务提供者、直播间运营者、直播营销人员",并对他们三者在广告法上的主体角色做出了列举性规定,特定的广告主体对应于广告法上特定的义务和责任。结合这三类主体在直播带货产业链中的作用,并根据广告法的逻辑,他们可能构成"广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言"这四类广告主体,具体需要进行个案判断。

这种富有弹性的规定既充分尊重《广告 法》第2条对商业广告的界定,又为直播带 货这种新商业模式的法律适用留有余地,反 映出规章制定者对于直播带货商业模式的谨 植态度。

直播带货构成《广告法》调整 的商业广告

直播带货作为一种新的商业模式,相较 于传统线下广告代言活动而言,既有相同之 处,也有微观差异。其中,相同之处在于商 业推销之本质。不管是线下的传统广告还是 线上的直播带货,其商品推销功能并无实质 性变化,这是《办法》将直播带货的法律性 质引向《广告法》的根本原因。

差异之处主要在于表达形式的不同,相较于传统的"硬广",直播带货商业模式大多"软化"了商业推销的形式。在产业运作模式上,还引入了互联网直播平台和专业的直播机构,这些信息技术服务机构的引入,以及直播带货商业模式在网络空间的动态化与场景化应用都进一步增加了法律适用的难度。这似乎是《办法》在表达法律适用态度的同时,保持高度谨慎的主要原因。

总体来看,各家网络直播间的直播带货商业模式虽然存在差异,但总体上都是在丰富多彩的视频直播中嵌入或植入商业推广内容,以现场直播的方式推销商品或服务,受托为他人或自己卖货。若以线下商业推广作为参照系来看,网络直播带货的商业模式与线下传统媒体上的植人式广告具有家族相似

- □ 《互联网广告管理办法》第 19 条明确在法律实施过程中,执法机关及 其工作人员应当根据《广告法》上的广告概念,对直播带货的法律性质 进行逐案判断,不可想当然或一刀切处理。
- □ 我国《广告法》对商业广告的界定并不区分信息传播方式和媒介形式的不同,无论"直播"还是"录播",只要属于"以广而告之的形式推销特定的商品或服务",即构成我国《广告法》调整的商业广告。
- □ 《广告法》区分了广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人四类 广告主体。参与网络直播带货的市场主体,须根据其在广告活动中扮演 的角色对号入座,遵守各自的行为规范,否则须承担相应的法律责任。

性,它们都是在娱乐、文化、社交、游戏、体育、教育等非商业性的信息传播活动中植 人商业推广内容。只不过传统平面媒体的植 人式广告大多属于先录后播,而直播带货在 技术上属于现场直播。

虽然商业运作模式发生了较大变化,但 网络直播带货在《广告法》上的定位相对清 晰,其与传统商业广告活动并无实质性差 异。网络直播带货与电视合体育直播中插人 的赞助商广告没有本质区别,即便与电视台 重复播放的电视购物广告相比,也仅有"直 播"与"录播"的技术差别,而我国《广告 法》对商业广告的界定并不区分信息传播方 式和媒介形式的不同,无论"直播"还是 "录播",只要属于"以广而告之的形式推销 特定的商品或服务",即构成我国《广告法》 调整的商业广告。

若真要论"特殊性",竞价排名广告和程序化购买广告比网络直播带货广告具有更显著的特殊性,前二者从根本上改变了广告的表达方式与广告产业链的生态结构,但正是因为考虑到二者毕竟具有商业推广之本质,故《办法》并未对其进行区别对待,直接将其纳入《广告法》规制。举重以明轻,具有显著特殊性的竞价排名和程序化购买广告尚且直接纳入《广告法》进行规制,那么,仅仅只是"直播"与"录播"之别,尚不足以改变网络直播带货的商业广告属性。

参与直播带货不同主体的角 色与义务

一旦认定直播带货属于商业广告,则进入《广告法》的规制框架。我国《广告法》根据广告产业链的特征,沿着"主体-行为-责任"的规范逻辑,构建了完整的商业广告规制框架。《广告法》首先区分了广告主、广告经营者、广告发布者和广告代言人这四类广告主体。参与网络直播带货的市场主体,须根据其在广告活动中扮演的角色

对号人座,遵守各自的行为规范,否则,须承 担相应的法律责任。

根据这一法律规制框架,法律适用的关键环节是广告主体的角色分配。较为特殊的主要是网络直播平台、直播间运营者、直播营销人员这三类新出现的市场主体,他们在《广告法》上的主体定位与权利义务相对复杂。以下将结合常见的直播带货商业模式,以"核心角色+场景化调整"的思路对这三类主体的法律角色及其权利义务进行分析。

首先是网络直播平台的角色与义务。参与 直播带货的网络平台并无严格的行业壁垒,无 论是电商平台、短视频平台、新闻娱乐平台还 是游戏平台,都可能参与直播带货。从理论上 来说,在法律适用中,平台的基础性功能定位 及其在直播带货商业模式中发挥的具体作用, 影响着其法律主体角色的认定。

但由于《办法》第 16条为网络平台明确 列举了 6 项法律义务,只要网络平台上出现了 商业广告,平台均须履行这 6 项义务。在此基 础上,直播平台的法律主体角色还受到平台与 主播、直播机构之间的合作模式的影响。例 如,若直播平台深度参与商品买卖,或者本身 就是电子商务平台,则可能构成《电子商务 法》上的"电商平台";若直播平台积极干预 直播内容或对直播带货进行推广,如置顶、推 荐、搜索排名干预等,此时的直播平台可能构 成广告发布者;若直播平台还亲自参与招揽广 告主和带货业务,甚至亲自为主播设计带货台 词、商品买点及营销方式,则同时还构成广告 经营者,属于多重身份竞合,相应的法律义务 要求也随之提高。

因此,不同商业模式下的直播平台在直播带货中的积极主动性程度影响了其法律主体定位,进而决定了法定义务的高低。直播平台在直播带货商业模式中的积极主动性越强、商业参与度越高,所承担的法律义务也越重、责任也越大。这符合法律经济学的基本原理:"能力越大,避免损害他人的注意义务就越高"。

其次是直播间运营者的角色与义务。直播

间运营者的广告法角色主要取决于其与主播之间的合作关系。从目前常见的直播带货模式来看,直播间运营者与主播的合作关系主要有两种模式:一是商业合伙关系,二是劳动关系,这两种不同的关系影响双方的广告主体身份。

在商业合伙关系模式下,直播间运营者的主要作用是对外招揽客户(广告主),接受广告主委托,与主播就带货事宜进行沟通并做直播带货的技术准备工作。在这样的合作关系中,直播间运营者在法律上通常构成广告经营者。此外,若直播间运营者注册于一家网络平台,双方的合作协议不涉及收益分成,只是由平台将网络空间出租给直播间运营者使用,由直播间运营者支付费用或者免费使用(流量交换),网络平台对于直播内容和带货事宜完全保持技术中立,不对平台上的直播间进行流量倾斜,此时的直播间运营者还可能构成广告发布者。直播间运营者与主播之间如果成立雇佣劳动关系,则直播间运营者还可能构成广告代言人。

最后是直播营销人员(即"主播")的角色和义务。根据《办法》第19条第3款和第4款的规定,主播可能构成广告经营者、广告发布者和广告代言人,具体需要根据商业场景作个案判断。根据"核心角色+场景化调整"的分析思路,如果一个主播在直播带货过程中的主要工作是受人之托,以自己的名义和形象向公众推荐商品或服务,则符合广告代言人的基本特征,因而其核心角色是广告代言人。

然而,由于主播和直播间运营者、直播平台以及商品销售者之间的合作模式多种多样,作为广告代言人的主播有时也可能构成广告主、广告经营者、广告发布者。例如,若商品销售者自建直播间,亲自上阵直播带货,此时主播的其他角色(如广告经营者)被广告主吸收,其权利义务适用广告主的规定;若主播自行向网络平台租赁网络空间、注册并经营直播间,亲自招揽广告业务,直接与卖家磋商带货事宜,此时的主播同时构成广告经营者、广告发布者和广告代言人,属于身份竞合;若主播完全听命于直播间运营者,按指示为他人带货,则仅仅构成广告代言人。

因此,主播的核心角色是广告代言人,其与销售者之间的关系决定了其是否是广告主,其与直播平台、直播间运营者之间的关系决定了其是否是广告经营者和广告发布者。

[作者系南京大学法学院教授、博导,教育部青年长江学者 (2020),中国法学会经济法学研究会常务理事,第十届全国杰出青年法学家]



海上法学院



最新国际法律动态>>>

希腊修改《刑法典》

希腊议会于4月3日通过了第 5023/2023号法律,修订了该国《刑法 典》,主要内容包括:

一是打击破坏交通设备行为。《刑法典》第291条在"破坏轨道交通工具、船舶、飞机运营安全罪"中补充规定,如果行为人非法移动轨道交通工具、船舶或飞机运输所需运营安全设备,造成他人死亡的,最高法定刑罚由原来的"10年以上监禁"提高为"终身监禁"。

二是打击盗窃交通设备行为。《刑法 典》第374条规定,行为人盗窃轨道交通 工具、船舶、飞机运输所需运营安全设 备,最高可被判处10年监禁。《刑法典》 第 394A 条规定,如果行为人接受或处分的盗赃物,影响了轨道交通工具、船舶、航空运输安全,最高可被判处 10 年监禁。

(希腊语编译:曹琛)

日本通过《刑事诉讼法》修正案

5月10日,日本国会通过《刑事诉讼法》修正案,日本内阁将在5年内确定法案生效日期。修正案的主要内容包括:

一是新增部分罪名。修正案新增了被保释人拒不报到罪,即被保释或法院决定暂不执行拘留的被告人,经传唤无正当理由不按期至指定机关报到的罪行;被传唤执行判决人拒不报到罪,即被判处死刑、有期徒刑、禁锢、拘留的被告人,在尚未被限制人身自由的阶段,经传唤无正当理由未在指定时间

至指定机关报到的罪行; 脱离限制住所罪, 即被保释的被告人未经法院许可且无其他正 当理由, 擅自离开指定住所的罪行。犯上述 罪行的被告人可判处 2 年以下有期徒刑。

二是建立报告命令制度。法院有权命令获得保释的被告人定期报告其住所、社会关系等情况,若违反报告义务,法院有权撤销保释;还有权命令被告人佩戴定位设备,若擅自取下定位设备或进入禁止区域,可被判处1年以下有期徒刑。 (日语编译:杨朗)

上海法治报理论学术部 上海外国语大学法学院

合作主办