

直播带货主播虚假宣传行为的侵权责任研究

周剑云 马沁书

贵州财经大学法学院 贵州省贵阳市 550025

摘要：随着数字经济的发展，直播带货有力促进了消费市场的发展。抖音电商发布《2023 丰收节抖音电商助农数据报告》报告显示，2022 年 9 月至 2023 年 9 月，抖音电商共助销农特产 47.3 亿单，庞大的直播销售数据背后，虚假宣传的侵权行为常有发生。本文通过分析主播在直播营销活动中的虚假宣传行为及其原因，聚焦论述虚假宣传行为与主播承担侵权责任的法律问题，进而提出规制虚假宣传行为中主播侵权责任认定规则，以此规范直播营销行为，促进直播模式的高质量发展。

关键词：侵权责任；直播带货；虚假宣传

引言

直播带货带来了新的购物方式，但根据消费者网、北京阳光消费大数据研究院、北京工商大学新商业经济研究院、中新经纬研究院等机构联合发布的《直播带货消费维权舆情分析报告（2023）》显示，涉及虚假宣传问题的舆情数据最多，占比达到了 38.97%，排名首位。直播带货与传统营销方式不一致，对经营者身份认识是否及于主播不一样，主播虚假宣传行为的可归责性和消费者损失之间的原因力也并不相同，现行的侵权责任认定规则是否能够保护消费者权益？是否能够促进直播行业高质量发展？本文从直播带货中主播虚假宣传侵害消费者合法权益的角度出发，研究主播在直播营销活动中虚假宣传行为的侵权责任 [1-3]。

1. 直播带货主播虚假宣传行为表现与原因

1.1 直播带货虚假宣传行为表现

2024 年 8 月 3 日，国务院发布的《国务院关于促进服务消费高质量发展的意见》中，支持直播电商行业的发展。近几年，直播行业兴盛，各行业各品类都加入直播带货队伍，直播带货成为销售产品的新赛道。2020 年至 2023 年，安徽法院共审结涉网络直播纠纷案件 2332 件。其中，2023 年审结案件数量为 1296 件，是 2020 年审结案件数量的 9.2 倍。从消费行为看，案件主要为直播带货行为产生的纠纷。2020 年至 2023 年，直播带货类纠纷案件数量共 1739 件，占涉网络直播纠纷案件总数的 74.53%。纠纷产生的原因主要为直播内容涉及虚假宣传等。可以看出直播带货纠纷在司法实践中纠纷数量多、虚假宣传行为泛滥。许多主播为提高销量而虚假宣传，以便获取更大利润，但随之而来的是侵权现象频发。

虚假宣传，是指主播推荐售卖的产品，其直播间宣传信息与消费者收到的实际情况不相符。虚假宣传行为不符合正常的商业活动要求，不利于保障消费者的权益，对主播个人形象和品牌也造成很大的影响，虚假宣传行为表现集中在 2 个方面。一是欺骗式的夸大宣传。虚假宣传产品的品质、质量和功效等，比如“辛巴假燕窝事件”，快手主播辛巴团队在直播间售卖“糖水燕窝”，虚假夸大燕窝含量足，强调饮用燕窝有美容效果，是对销售商品原料与功效的虚假宣传。又如黑龙江哈尔滨公安机关侦破李某等制售假水稻种子案，采取直播带货方式销售假水稻种子，虚假宣传水稻种子的质量，消费者以正常价格购买到假水稻种子，侵犯其合法权益。当消费者收到的商品与主播在直播间宣传、展示和描述的品牌、含量、规格、外观和质量等不符，都属于欺骗性的虚假宣传。

二是误导式的虚假宣传。表现方式之一是主播在直播带货中使用最便宜、国家级、最后一次、不破价不上架、大清仓、史无前例、以后再也没有这个价格等虚假宣传词语，刺激、引导消费者下单。表现方式之二是刷单或者水军评论等虚假销售数据引导消费者下单，主播常用“5 万单已卖空，售完不补”、“评论全是好评，无一差评”等词语诱导消费者产生消费行为。主播通过对浏览量、粉丝数、销量、评价等数据流量造假，虚假宣传销售的真实情况，消费者基于主播展示的非真实情况下产生错误认识，对消费者利益造成损害。

1.2 直播带货虚假宣传普遍存在的原因

互联网的快速发展使直播带货成为一种新的网络购物

模式,人们边看直播边购物。相较于传统电商,其营销方式更直观、更迅速、更精准,通过直播效果来增强粉丝的浏览量、互动效果、下单率。但直播活动过程中存在较多主播虚假宣传现象,虽然现行的《民法典》《广告法》《消费者权益保护法》《电子商务法》等法律有规范虚假宣传行为的规定,但直播带货作为一种新领域,消费者的合法权益难以保障,导致直播带货虚假宣传现象普遍存在的原因很多,主要表现在:一是主播人数增多。根据《中国网络视听发展研究报告(2024)》显示,截至2023年12月,全网职业主播数量已达1508万人。其中,有“头部主播”、“明星主播”、“主播达人”等具有一定影响力的主播,其如果发生虚假宣传,波及面积大,侵权纠纷多,不利于直播向好发展。二是主播的权利责任边界不明晰。主播有权在带货平台推销产品,但其推销行为的边界如何、推销行为侵权承担什么责任、多大的责任不明晰^[4-5]。

2. 主播虚假宣传行为的侵权责任存在认定问题

2.1 主播作为侵权责任主体认定问题

韩新远将带货主播分为三种模式,即指由商品、服务的生产者、销售者或其内部员工担任主播的自营模式;或指由商品、服务的生产者、销售者之外的人员担任主播的他营模式和出于公共利益所需无偿为商品或服务的经营者进行营销推介的公益模式。本文集中讨论自营模式和他营模式。在王林某与许智某等网络购物合同纠纷一案中,原告与被告就主播是不是经营者身份存在争议。本案,法院认定主播是经营者。对于是否能够将主播认定为经营者的问题,在法律法规规定和学界都存在对经营者认定标准的争议。在法律法规的规定中,比如《网络交易监督管理办法》第7条第4款和第20条第1款中规定的网络交易经营者意指带货主播;又如《电子商务法》第9条第1款规定在互联网从事销售商品就是电子商务经营者,主播在直播间销售商品,符合其含义;再如《消费者权益保护法实施条例》第13条规定,经营者是应该在其网络首页标注的,但鲜少有主播在直播间标注,故很难认定主播为经营者。另外,在学理上,学者焦海涛认为经营者的外延应当延伸,从主体资格、行为性质与独立地位三个方面综合判断。从法律规定和学者观点来看主播身份,如果不是经营者,根据其具体身份确定责任^[6-8]。当主播认定为经营者时,安若冰又将经营者主播身份分为产品销售者和广告主两种。主播在直播间链接上的产品符合明

确具体的要约,并有受该意思表示约束,且双方意思表示真实没有特别规定情况下,消费者通过购物车购买产品,构成承诺,买卖合同在消费者提交并支付订单一刻成立并生效。此时主播营销行为不构成广告法中的广告代言人,而是构成产品销售者。主播虚假宣传行为导致消费者因产品缺陷致其人身、财产损失的,销售者要承担产品侵权责任。如主播是广告代言人时,根据《广告法》承担侵权责任。正确认定主播身份是不是经营者,进而认定其是否有销售者身份,对其承担侵权责任有重要意义^[9]。

2.2 认定带货主播责任归责原则不明

在刘某某、何某某等信息网络买卖合同纠纷一案中,原告刘某某主张购买的亚麻籽油中亚麻酸的含量与被告主播何某某售卖宣传时的含量不一致,主播虚假宣传,侵犯其合法权益,法院认为原告主张涉案亚麻籽油虚假宣传,亚酸的含量低于45%的标准,不符合食品安全标准,应负有相应的举证证明之责。本案中适用的归责原则是过错原则,由原告承担举证责任。《民法典》第1165条、1166条关于侵权责任的归责原则有过错责任原则(过错推定原则是过错原则的一种)和无过错责任原则。但主播虚假宣传行为的侵权责任应适用何种原则存在争议,体现在2个方面:

一方面,有人主张适用无过错责任。《民法典》第1202条和1203条规定了无过错的产品责任,如上文所述,当主播是产品销售者身份,虚假宣传的产品有缺陷侵害消费者人身、财产的,应当承担无过错责任。《广告法》第56条根据虚假广告中的产品或服务是否危及消费者的生命健康来决定广告代言人是否承担无过错的连带责任。结合刘某某案来说:如果直播虚假销售的亚麻籽油危及消费者生命健康的可能或者因亚麻籽油产品缺陷导致消费者损害,则何某某需要承担无过错的连带责任;反之,何某某承担一般的过错责任,适用过错原则^[10-11]。

另一方面,在直播营销活动中主播的虚假宣传行为,主播身份不是生产者、销售者、经营者身份,要求其生产者、销售者、经营者承担无过错的缺陷产品责任,与法律立法目的不符。本案中,如果亚麻籽油是缺陷产品,何某某是某某超市的员工,使用某某超市在抖音的账户进行销售,余法河认为主播承担无过错责任会对其苛以较重的义务和严格的责任,不利于主播的职业发展,也不利于直播电商行业的健康发展。

2.3 虚假宣传行为与损害事实之间因果关系难认定

侵权法中的因果关系是侵权行为与损害结果之间具有客观关联性,强调的是该行为与该结果的关联性、密切性、逻辑不可切断性、引起与被引起性。在高小某、品某食品股份有限公司等网络购物合同纠纷中,原告主张被告虚假宣传行为导致其患有焦虑症,请求赔偿精神损失费,原被告就精神损失费与侵权行为是否有因果关系存在争议。侵权人承担民事责任前提是其侵权行为与消费者受损之间有因果关系上的“相当性”。该“相当性”指侵权行为发生时社会一般人通常认为该行为具有足以导致损害后果发生的可能性。在本案中,主播虚假宣传行为与原告焦虑症是否有因果关系上的“相当性”,法院认为,原告现有证据难以证明其焦虑症诊断结果与本案之间的因果关系。

主播承担侵权责任,其虚假宣传行为与损失是否有因果关系是关键,证明侵权行为与间接损失之间的因果关系是难点。在欺骗式的虚假宣传侵权行为中,主播采用欺骗方式引导消费者下单,比如李伟某、汕头市龙湖区牛丸某食品店网络购物合同纠纷民事一案中,主播在直播间虚假宣传牛肉丸含量,欺骗消费者,消费者收到的牛肉丸包装并没有标明含量,主播虚假宣传行为与消费实际收到的牛肉丸含量不是 90% 的直接损失有因果关系。在误导式虚假宣传行为中,因消费者认知能力不一样,导致消费者基于认识错误产生消费行为,比如北京某公司在直播带货销售酒水时,为增加销售量,采取故意遮挡生产厂家名称,且声称“大厂,大品牌”等行为,使消费者误认为生产厂家是“茅台酒厂”。主播的语言模糊,利用消费者消费心理,消费者主观上是购买茅台的酒而不是其他品牌的酒,实际与认识不符,在主播误导下产生的消费行为遭受的间接损失与主播的虚假宣传行为有因果关系。由于网络直播时间、主播下播即删除回放、间接损失和消费者实际收到的产品存在时间间隔,导致消费者难以举证间接损失,故很难认定其间接损害是否与虚假宣传行为有因果关系。

3. 主播虚假宣传行为侵权责任认定的建议

3.1 明确虚假宣传侵权责任中主播的主体地位

自营模式下,主播在直播活动中实施销售行为,为直播间中的商品做信息说明宣传推广,对产品的了解程度和熟悉程度远胜于他营模式下的主播,消费者有足够的理由相信主播的宣传行为是其经营者意志。依据《电子商务法》第 9 条电子商务经营者的定义,认定经营者的关键在于是否以销售商品或者

提供服务的为目,主播在直播间的宣传活动主要是为了销售成功达到盈利目的,符合现行《电子商务法》中所规制的经营者的行为。自营模式下经营者身份的主播因其营销目的不同身份不同,当主播商品展示和营销活动是以买卖合同为目的的虚假宣传,比如主播常说“下单有好礼”“下单抽免单”等,无论是在直播平台内的直播间上架商品链接,还是在直播平台直播跳转至第三方平台提供的链接,此时主播应当是产品销售者,主播成为民法上的侵权主体,要承担侵权赔偿责任。当主播宣传商品的目的是推荐商品虚假宣传,此时主播应当根据《广告法》关于代言人定义认定为广告代言人。杨立新、韩煦认为经营者进行虚假宣传应当认定为准虚假广告。主播的侵权责任依据《广告法》和《民法典》承担侵权责任^[12]。

他营模式下,主播不是买方,也不是卖方,而是买卖双方之外的专职带货的第三方。主播在自己开设的直播间或者所属服务机构开设的直播间中为非本人和本公司的产品带货,主播是否具有经营者身份,在整个直播营销活动中根据主播与商家是合作关系还是雇佣关系分情况讨论,如果主播与商家是合作关系,商家只提供商品或者部分商品信息,主播需完成合同中约定的销售金额,发挥 KOL 作用引导消费者下单,由主播来决定所要推广发布的内容,大多数头部主播就属于此种类型主播。基于自己的个人形象魅力推销产品,主播是经营者,虚假宣传侵权要承担侵权责任。如果主播与商家是雇佣关系,雇佣方会明确规定主播的职责、工作时间、报酬以及其他相关条款,主播通常需要在约定的时间内进行直播,介绍和展示商家的产品或服务,并且需要尽可能地吸引观众购买,雇佣方则需要提供足够的资源等方面的支持,确保直播的顺利进行,需要支付给主播约定的报酬。此时,主播主要的直播内容是受雇佣方安排,不是经营者身份^[13]。除主播故意或者重大过失,其虚假宣传行为是雇佣方意思表示,由雇佣方承担侵权责任。

3.2 分情形适用归责原则

对主播在虚假宣传中侵权责任归责原则的适用,要分情形适用归责原则,谨慎适用无过错原则。如在自营模式下,直播中带货主播利用言语描述、肢体语言以及消费者的信任程度在直播过程中虚假宣传引导广大消费者做出消费选择,其对消费者决策有影响力,根据法律规定和原因力规则,产品侵权或者危及消费者生命健康承担无过错责任。如上文刘某某案,如产品缺陷导致消费者人身、财产损失的,主播应

适用无过错原则。但孙子雅认为他营性主播若适用无过错责任原则会过于严苛,将影响直播营销的正常发展。因此,自营模式下因主播的虚假宣传行为出现对消费者生命健康产生威胁的情形,适用无过错原则。若其他情形适用无过错责任原则对直播营销中的主播进行归责则会过于严苛,将影响直播营销市场的发展^[14]。

此外,其他情形适用一般过错原则。例如上文李伟某案中,原告主张被告直播间购买的牛肉丸含量达不到主播直播间宣传的90%左右,由原告通过视频和照片举证侵犯其权益,适用一般过程归责原则证明主播实施虚假宣传行为主观上有过错。适用一般过错原则能够更好地平衡主播方与消费者方的利益,一方面可以保障直播营销的发展,另一方面也可以督促主播更好地规范其直播活动。

3.3 明确因果关系认定规则

认定因果关系应以相当因果关系为规则。因果关系是主播承担侵权责任构成要件中必不可少的一部分,只有明确证明了主播在直播带货中虚假宣传行为与损害之间具有关联性,法律才能对其追究责任。关于因果关系的认定,我国目前主流学说为“相当因果关系说”,即认为在具体案件中发生了缺陷与损害之间的引起与被引起的联系并不能必然地认为其具有因果关系,还应当根据社会一般情况来进行判断。若通常情况下,基于一般人的理解,缺陷与损害之间具有引起与被引起的关系则认为存在因果关系。例如上文高小某案消费者高小某在主播虚假宣传下购买橄榄油,收到货后产品没有生产日期,此时橄榄油无生产日期存在危及消费者食品安全的不合理的危险,主播虚假宣传是因,高小某受到损害是结果,在本案中原因与结果之间存在引起与被引起的关系,高某某主张退款和十倍赔偿得到法院支持。本案中,原告主张误工费 and 因焦虑症导致的精神损害赔偿是间接损失,间接损失必须满足可预见性和可确定性才能够得到赔偿。一般人认为,橄榄油尚未开封,没有生产日期和焦虑症、误工之间没有紧密联系,没有因果关系,误工费和 精神损害赔偿没有得到法院支持。因此,应根据引起与被引起之间的关系和一般人角度来认定主播虚假宣传行为与损害后果的因果关系。

结语:直播行业的快速发展中,其直播销售情况反应了消费者消费的需求点,研究主播虚假宣传行为的侵权责任可以肃清直播带货乱象,旨在让主播在直播活动中规范自己的行为,更为了保护消费者合法权益。本文认为认定主播侵

权责任应正确认识主播的身份是否属于经营者,主播承担侵权责任应该分情形分身份适用归责原则,根据虚假宣传行为与损害之间引起与被引起之间的关系和一般人角度认定因果关系。主播虚假宣传侵权责任认定问题可为营造直播带货行业创造健康、规范有序、可持续发展的网络环境提供参考。

参考文献:

- [1] 蒋振. “直播带货”模式下消费者权益法律保护的困境和对策[J]. 中国集体经济, 2022(21):88-90.
 - [2] 杨立新, 韩煦. 我国虚假广告责任的演进及责任承担[J]. 法律适用, 2016(11):45.
 - [3] 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):66-67.
 - [4] 李欣亮, 耿树海, 曹国振, 刘烨. “直播带货”的消费风险及规避措施[J]. 商业经济研究, 2022(08):65-67.
 - [5] 李轶:《试论公众人物代言虚假广告的侵权责任》, 载《烟台大学学报:哲学社会科学版》2010年第1期, 第40-44页。
 - [6] 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(6):86-87.
 - [7] 焦海涛. 论《反垄断法》中经营者的认定标准[J]. 东方法学, 2008年第5期:146-153.
 - [8] 冯娟. 新模式下农产品直播带货涉及的法律问题探讨[J]. 农场经济管理, 2021, (06):18-19.
 - [9] 余法河. 直播电商中主播虚假宣传的赔偿责任[D]. 中国计量大学, 2022.
 - [10] 杨晓峰. 网络交易平台提供者侵权责任研究[D]. 吉林财经大学, 2018.
 - [11] 孙子雅. 直播营销各主体侵权责任研究[D]. 中国人民公安大学, 2023.
 - [12] 王绍喜. 广告代言民事责任及其阐释辨证[J]. 中国应用法学, 2021, (02):145-165.
 - [13] 李周胄. 侵权法视野中财产间接损失认定及计算[D]. 江西财经大学, 2018.
 - [14] 安若冰. 直播带货主播的侵权责任研究[D]. 北方民族大学, 2024.
- 课题基金:**
贵州财经大学 2024 年度在校学生自筹科研项目资助, 项目编号 2024ZXSY078。