

论直播带货中的虚假宣传与刑法责任

蔡朝训

贵州财经大学 贵州贵阳 550025

摘要: 随着互联网技术的快速发展,网络直播带货逐渐兴起,展现出了巨大的商业价值和产业价值,但同时也暴露了很多的问题。忽视了相关的法律法规的解释和适用,本文从直播带货中存在的虚假宣传现象、虚假宣传乱象存在的问题、虚假宣传行为的界定、不构成诈骗罪及销售类罪分析以及对在直播带货的过程中使用虚假广告对的主观等方面分析。网络直播在促进经济活力发展的同时,应当加强对其宣传的规范和监管,落实相关主体的责任。

关键词: 网络直播;诈骗罪;虚假宣传

1. 网络主播直播带货虚假宣传的现状和问题

1.1 网络直播带货的产生与兴起

“直播带货”近年来被广大人民群众所知悉的一个新鲜词汇。近年来,直播带货行业如火如荼,成为消费领域的重要风口。然而,伴随着市场的蓬勃发展,虚假宣传的现象屡见不鲜,严重损害了消费者权益,破坏了行业的信任基础。关于直播带货的出现从科技网络的快速发展开始的,各大网络平台纷纷开始电商直播服务,各个地区也利用网络直播为自己的家乡特产代言,“直播带货+电商购物”迅速崛起组合成了一种新的网购模式。

1.2 网络直播带货中的虚假宣传现象

直播带货市场快速增长,但也存在虚假宣传、虚构评价、伪造数据等不法行为,越来越多的问题也逐步暴露出来。如中秋前夕,“三只羊”集团在网络直播间热推的“香港大牌美诚月饼”,因酷似香港知名品牌美心月饼而引发热议。美诚月饼虽自称香港品牌,但香港无门店,实际运营方是广州公司,且销量巨大。随后曝光的疑点更是接踵而来。

网络直播带货本应借助主播与消费者之间的“合作关系”来达成交易,然而,部分商家和主播却肆意利用这种合作关系传播虚假信息误导消费者。网络直播带货如同科技一样是一把“双刃剑”,伴随着直播带货的快速发展,虚假宣传的问题越来越多,对网络直播带货的规范化发展的呼声越来越高。虚假宣传现象以及产品质量方面的问题未得到妥善解决,对于网络时代下新产生的网络直播缺少专门的法律规范。

1.3 问题——虚假宣传乱象存在的问题

直播带货场景下,针对虚假宣传行为的刑事法律规制

存在空白。我国许多法律对相关主体的虚假宣传行为作出了相应规定。对虚假宣传行为在《中华人民共和国刑法》也设有虚假广告罪,但是规制的效果并不太理想,忽略了对我国现有法律法规的解释与适用。另外,鉴于各法律及规范之间缺乏系统性和协调性,导致《中华人民共和国刑法》中的虚假广告罪难以真正发挥有效作用。

2. 直播带货虚假宣传不构成诈骗罪及销售类罪分析

2.1 直播带货虚假宣传的界定

2.1.1 直播带货虚假宣传界定的必要性

随着网络直播带货的迅猛发展,网络直播作为一种新兴的娱乐方式,它为人们提供了展示自我、互动交流的平台,也为许多年轻人创造了就业机会。然而,随着网络直播的普及,一些问题也逐渐暴露出来。网络直播带货在快速发展的初期表现出强大的流量,而相关的政府部门却缺乏相应的监管措施,在宣传过程中,均不同程度地存在相关宣传或承诺与实际结果不一致、不相符的情形。

2.1.2 网络主播直播带货虚假宣传行为的界定

网络主播直播带货实际上是广告模式下的一种新模式,网络主播在直播带货的过程中进行虚假宣传的行为,对主播带货虚假宣传行为,可以从以下几个方面界定:第一,从主播自身层面,主播对相关产品的功能效用等夸大宣传;第二,从商家层面,商家向网络主播提供虚假的产品信息或者与产品不符合的用户好评;第三,从网络直播平台,平台明知主播在虚假宣传却不加以制止,甚至违规操作,需要承担相关的责任。

2.2 直播领域虚假宣传不构成诈骗罪分析

2.2.1 市场交易秩序与个人财产法益分析

在 1997 年《中华人民共和国刑法》增设了“虚假广告罪”，但市场经济体制改革尚未成熟，大多数广告行为在市场交易秩序中都被认定为刑法中的诈骗罪，刑法中诈骗罪的认定主要是依据行为人对财产法益的侵害程度来判断。随着社会主义市场经济的发展，1997 年增设了虚假广告罪，并将其置于扰乱市场秩序罪中，而诈骗罪规定于侵犯财产罪中，虚假广告罪和诈骗罪所保护的法益不同。网络主播带货是广告行为下演变的一种模式，虚假广告对社会性法益以及财产法益、生命健康法益等的损害严重加剧。所以对于虚假广告罪的规定，对于网络主播在直播带货中的虚假宣传的行为，用虚假广告罪来进行规范是更加有合理性的。

2.2.2 虚假宣传行为与诈骗行为的分析

诈骗罪在客观层面体现为实施了虚构事实、隐瞒真相等欺骗行为，致使被害人形成错误认知，做出财产处分行为；虚假广告罪在客观方面表现为违反国家相关规定，通过广告对商品或服务进行虚假宣传，且情节严重的情形。虚假广告罪与诈骗罪在客观层面往往存在较多相似之处，因而人们需要对虚假宣传行为与欺诈行为进行辨别，只有当虚假广告罪中的“欺诈”达到诈骗罪中的“欺诈”时，这两个罪名才会发生想象竞合犯。虚假宣传主要聚焦于商业营销场景，目的是推广商品或服务，提升其市场销量与知名度；诈骗行为不以促成常规商业交易为目的，而是单纯以非法占有他人财物为目标。诈骗分子虚构中奖信息、伪装公检法人员要求转账，从头到尾就没打算提供真实的商品或服务，只想空手套白狼，把被害人的钱财骗到手。

2.3 直播带货虚假宣传不构成销售罪分析

2.3.1 行为主体的划分——广告宣传者与商品销售者的行为

网络直播带货在助力推动正常商品销售的同时，也为不良商贩销售伪劣商品、假冒注册商标商品及假药劣药开辟了途径，从主播直播带货的角度来看，其主要涉及的销售类罪名包括生产、销售伪劣产品罪，生产、销售假药罪，生产、销售劣药罪以及销售假冒注册商标的商品罪等。

从外在表现上看，直播带货都表现为主播在网络直播中对商品进行展示和营销宣传，但实际内涵并不完全相同。最高人民法院、最高人民检察院分别于 2001 年 4 月 9 日和 2009 年 5 月 13 日发布《最高人民法院、最高人民检察院关

于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《伪劣商品案件司法解释》）和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《假药劣药案件司法解释》），其中《伪劣商品案件司法解释》中第 9 条规定了以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处的几种法定情形，其中包括“提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件”。而《假药劣药案件司法解释》中第 5 条也规定构成生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪等犯罪的共犯论的几种法定情形。

2.3.2 行为内容的区分——广告宣传行为与销售者营销行为

在网络直播带货情境中，广告宣传行为与销售者营销行为至关重要。《直播营销意见》中规定网络直播内容构成广告的，网络直播者应按照《广告法》规定履行广告发布者、广告经营者或广告代言人的责任和义务。大部分直播过程带货中的宣传能够独立于销售者的宣传行为且需单独评价，原因有以下三点：首先，广告服务者的行为具有其独特的属性，这种独特的属性来源于宣传广告的专业化以及精细的产业化分工。随着社会主义市场经济的快速发展，使得主播的宣传行为因服务属性的专业化而独立于商家的销售宣传；其次，从对销售商品的支配管控角度分析，主播无法直接控制所售商品；最后，主播并不是专门的服务于特定的消费者，即网络主播无法对其宣传的商品实施实际的管理或者获取消费者的详细信息。

3. 虚假广告罪适用虚假宣传行为的主观分析

3.1 犯罪故意方面的认识因素

虚假广告罪的认识因素是对行为人自身行为的性质、广告的虚假性以及危害后果的知晓情况的认识，虚假广告罪中的虚假宣传行为，行为人在主观方面需持故意态度，故意在刑法中包括直接故意和间接故意，主要包括三个方面的认识：第一，行为人对行为违法性的认识；第二，行为人对广告虚假内容的认识；第三，行为人对危害结果的预见，即明知自己的行为会发生危害社会的结果，仍实施该行为导致危害结果的发生。

行为人还须认识到行为的法益侵犯性，首先在直播带货活动中，相关主体是否认知到其宣传行为构成商业广告，是否清楚自己行为的具体内容，社会意义以及危害结果；其

次,相关主体是否需要对自身身份有清晰认知,例如挪用公款罪中需具备国家工作人员身份;最后网络主播对自己的虚假宣传应该认识到什么样的程度,如果主播明知其行为属于虚假宣传仍然引导消费者购买,则构成刑法中规定的故意犯罪。

3.2 行为动机分析

就刑法中虚假广告罪而言,法律条文中并没有规定相关主体实施虚假宣传的行为需要具备牟利动机。对相关的行为主体认定为虚假广告罪是否要求其认识到牟利的动机呢?在刑法成立某一罪名,通常要求行为人对社会危害性具有一定的认识,如果行为人主观没有认识到,客观上也没有实施该行为则不成立犯罪。虚假广告罪中要求达到“情节严重”的程度才构成该罪。

虚假广告罪中的行为动机有很多,比如:第一,短期暴利的诱惑,企业为盈利,部分不法分子就会受高利润的诱惑走捷径;第二,长期利益的布局,企业通过长期布局拓展市场,打造品牌竞争力;第三,市场竞争比较激烈,需要更快地抢占市场份额。

3.3 对行为违法性的认识

广告经营者、网络主播清楚地知道虚假宣传违反了国家关于广告的法律规定,我国的《广告法》规定的一系列的法律文件,明确规定了广告内容应当真实准确,不应当含有虚假或者引导消费者误解的信息。对广告虚假内容的认识,网络主播有意识的篡改事实,夸大宣传,虚构情节引导消费者消费。行为人对危害结果的预见,行为人认识到虚假广告一旦宣传就有可能带来极大的负面结果,会公平的市场竞争环境。例如儿童玩具没有经过安全检测,没有经过环保消毒,上架与广告方依然宣传引导消费者购买,从一开始他们就能预料到可能伤害儿童的身体健康。

4. 直播带货虚假宣传刑法规制的困境

4.1 行政规范中对广告活动参与主体的责任分配不均衡

行政法规与刑法责任之间缺乏相应的衔接。对于网络主播虚假宣传的行为行政法规规范复杂混乱,对于虚假宣传行为没有一个统一的认定标准,从行政处罚和刑事处罚方面来看都各自为政。虚假广告罪中的主体包括广告经营者、发布者以及广告主三类,各主体分别承担不同的责任。广告主作为商品的提供者,是虚假宣传广告发起的来源,在司法程序里,如果无法证明自身广告内容的合理性,则应当承担相

应的刑事责任;广告的经营方,广告的经营方属于受委托方,如果其知道宣传的内容是虚假的,仍没有劝阻,反而是在宣传的,则构成虚假广告罪;广告的发布者主要是通过各种传播渠道,比如利用短视频、报纸等虚假宣传,对发布的内容没有进行审核,忽略了监管,扩大了社会的危害性,这应当承担相应的刑事责任。单位也可以成为虚假广告罪的主体,单位犯罪,根据《刑法》规定除了对单位处罚金,还应当追究直接负责主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

4.2 虚假广告罪中“情节严重”情形缺乏实质性解释

虚假广告罪若构成犯罪则要求达到情节严重的程度才构成犯罪。“情节严重”在我国学界并没有一个统一的标准,实践中经常与“金额多少”、“所出售商品的数量等相关”。在我国司法实践中,对于相关的行为主体,认定金额大小的标准也不一致。根据2022年《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第六十七条,广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定,利用广告对商品或者服务作虚假宣传,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:违法所得数额在十万元以上的以及造成其他严重后果的。由于刑法中虚假广告罪规定“情节严重”缺乏相应标准,导致实践中难以立案追诉且合理性不足,因此有必要对虚假广告罪中的“情节严重”进行实质性的解释,并展开进一步的分析、研究和论证。

5. 结语

在网络直播带货迅速发展,促进经济的活力与发展,同时也出现了许多的问题,网络主播虚假宣传行为破坏了市场公平公正的竞争环境,以及对社会的公共秩序造成极大的影响。应当加强对网络直播带货的规范和监管,营造一个公平公正的市场环境。与此同时,应当加强行政法规与刑法责任之间的衔接,对相关的主体加强责任的分配与监管,虚假广告罪中“情节严重”情形缺乏实质性解释,应当从刑法方面来完善对虚假广告罪中“情节严重”的实质性解释。本文从虚假宣传的现状出发分析现有的问题,虚假宣传现象存在的问题;网络直播带货过程中不构成诈骗罪及销售类罪方面进行分析;直播带货过程中适用虚假广告罪主体的认定以及虚假宣传刑法规制的困境等方面分析。因此,网络直播在带动经济飞速发展的同时,也严重破坏了市场的环境,刑法规范和行政法规应对责任主体的法益侵害行为进行界定,保护公民的权益。

参考文献:

- [1] 张瑛博. 我国网络直播行业存在的法律问题及其对策 [D]. 内蒙古大学, 2020:07.
- [2] 王文华. 网红”直播带货”的法律规制探析 [J]. 中国市场监管研究, 2020:31-34.
- [3] 殷晓晨. 直播带货相关法律问题研究 [J]. 现代商贸工业, 2020(19):139.