

网络直播带货型虚假广告罪的认定*

文/罗梅 曾扬阳

【裁判要旨】在网络直播带货中，通过虚构产地、摆拍视频、买粉控评等方式，假借助农等名义对商品作虚假宣传，欺骗和误导消费者的，属于利用广告对商品作虚假宣传；情节严重的，以虚假广告罪论处。对于“情节严重”的认定，最高人民法院没有规定的，可以参照适用相关立案追诉标准的规定。对于利用虚假广告售卖商品的行为，应当结合行为人销售的商品对消费者使用价值的大小、质量高低等因素，综合判断行为主观上是非法获利目的还是非法占有目的，妥当确定罪名适用。

□案号 一审：(2024)川3431刑初4号

【案情】

公诉机关：四川省昭觉县人民检察院。

被告人：唐某杰等。

昭觉县人民法院经审理查明：2020年至案发，被告人唐某杰等组织策划，由被告人林某等担任主要运营人员，负责网络直播带货的抖音店铺管理、对接供应链等工作，并孵化出被告人阿西某某（抖音昵称为“凉山孟阳”）、被告人阿的某某（抖音昵称为“凉山阿泽”）等网络主播。唐某杰等低价采购核桃、青花椒、红花、雪燕、羊肚菌等非凉山产地的农副产品，

以“助农”名义虚假拍摄在四川省凉山彝族自治州昭觉县山区农户家中收购上述农特产品的视频，通过阿西某某、阿的某某的抖音平台，以网络直播带货的方式将上述非凉山产地的农特产品冒充凉山产地的农特产品予以销售。在阿西某某、阿的某某网络直播期间，唐某杰还使用购买来的大量粉丝账号在直播间内通过控评等方式欺骗消费者。据此，唐某杰等销售额共计3500余万元，非法获利达1300余万元。

案发后，被告人阿西某某、阿的某某等自动投案，如实供述主要犯罪事实，构成自首。各被告人均自愿认罪认罚，被告人唐某杰、林某等退缴违法所得。

【审判】

昭觉县人民法院经审理认为：刑法第二百二十二条规定：“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，情节严重的，处二以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”。本案中，唐某杰等作为广告主和广告发布者，本应当对宣传内容的真实性负责，但其通过虚构产地、摆拍从农户家收购产品的视频、买粉控评等手段，假借“凉山助农”名义对商品作虚假宣传，欺骗和误导消费者，对消费者是否选择购买相应商品产生实质影响，构成“利用广

*入库编号：2025-03-1-165-001。

案例

告对商品作虚假宣传”。唐某杰等违法所得数额远超十万元，并且假借“凉山助农”名义，利用了消费者的助农情怀和对凉山地区特产的信任，社会影响恶劣，构成“情节严重”，应以刑法第二百二十二条规定的虚假广告罪追究其刑事责任。经综合考虑各被告人在共同犯罪中所起作用，以及自首、认罪认罚、退缴违法所得等情节，法院判决：被告人唐某杰犯虚假广告罪，判处有期徒刑1年2个月，并处罚金10万元；判处其余被告人有期徒刑11个月至9个月不等，并处罚金8万元至2万元不等。

一审宣判后，没有上诉、抗诉，判决已发生法律效力。

【评析】

网络直播带货新业态的勃兴，伴生新型虚假宣传行为，虚构产地、摆拍场景、买粉控评等技术化手段频发并造成严重危害，亟需司法对市场诚信法益与消费者知情权提供精准保护。在此背景下，本案例涉及三大争议：直播带货的广告属性甄别、情节严重要件的实质判断、罪名竞合边界的厘清，对构建数字经济时代刑事规制范式具有参考意义。

一、虚假广告的认定

根据刑法第二百二十二条规定，虚假广告罪的成立需同时满足：行为符合广告的法律属性、宣传内容具有实质虚假性、主体适格性。

(一) 关于广告属性的认定

作为典型的行政犯，虚假广告罪的构成以违反行政法规范为前提，其认定遵循从行政违法性到刑事违法性的双重判断逻辑，故广告法及配套规

范是识别本罪行为的前置法规。该法第二条第一款将广告界定为“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”，可见，广告的本质是信息传播行为与商业营销目的之结合体，其法律属性不依赖于媒介形式的变化，而取决于是否具备“推销商品或服务”的实质功能。在传统媒体时代，广告媒介形式相对固定（如报纸、广播、电视），但新媒体时代的经济形态和技术革新推动广告形式持续演变。2023年施行的《互联网广告管理办法》（国家市场监督管理总局令第72号，以下简称《办法》）第二条第一款明确，凡“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。”该规定采用目的解释方法，将直播带货等新兴形式纳入规制体系，消解经济形态和技术革新引发的定性争议。

本案中，唐某杰等使用创新媒介不改变其推销行为本质，直播带货仍符合“媒介+营销目的”的广告特征。

(二) 关于虚假性的判断

根据广告法第二十八条之规定，虚假广告的本质特征在于以虚假或引人误解的内容欺骗、误导消费者。从客观虚假性看，广告信息与商品或服务的实际状态不符；从实质性影响看，该不实信息足以导致消费者作出偏离真实意愿的购买决策。该条第二款第（二）项明确列举虚假广告情形，涵盖商品性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状

况、曾获荣誉等核心信息及服务相关允诺的虚假陈述；同时要求对购买行为有实质性影响，即关键信息失真与消费者决策之间具有直接关联性，若无此虚假信息，理性消费者可能不会作出购买决定。该条款第（五）项“以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形”作为兜底条款，旨在应对新型欺诈手段，其适用需遵循实质等同原则，即适用于虽未明列于前四项，但欺骗性、误导性程度相当的行为。

本案中，唐某杰等人的行为构成双重违法形态：一是产地信息虚假，通过摆拍从农户家收购产品的视频，宣称商品系“凉山特产”，实际商品产地与宣传严重不符，且因地域特质影响农产品定价与消费选择，构成对购买决策的实质性影响，直接触犯广告法第二十八条第二款第（二）项“产地信息失真”之规定；二是消费场景欺诈，雇佣水军操控直播间评论、伪造消费信任氛围，属于互联网情境下利用信息不对称扭曲消费者认知的新型欺诈手段，此类“买粉控评”行为虽未明列于该条款具体项下，但其制造虚假市场评价的实质效果，与广告法第二十八条第二款第（五）项兜底条款规制的“引人误解的其他情形”具有同质性。基于此，唐某杰等构成“利用广告对商品作虚假宣传”。

(三) 关于犯罪主体的认定

虚假广告罪的主体限定为广告主、广告经营者、广告发布者三类。广告法第二条规定，广告主指“为推销商品或者服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然人、法人或者其他组织”，广告经营者指“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”，广告发布者指“为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织”。该规定源于传统广告业“策划、制作、发布”的分工逻辑。

本案中，唐某杰作为直播带货组织者，“产销一体化”颠覆了传统模式，形成两重身份叠加：一是广告主身份，唐某杰自主策划农产品营销内容、设定价格及促销策略，符合广告法第二条第二款“自行推销商品”的核心要件。二是广告发布者身份，依据《办法》第四条第一款，“利用互联网为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的自然、法人或者其他组织，适用广告法和本办法关于广告发布者的规定”，据此，唐某杰团队的直播行为，实质是通过直播间发布广告。因其未接受第三方委托设计、制作广告，直播脚本与话术均为自主生成，故不符合广告经营者定义。本案确认“直播组织者兼具广告主与广告发布者双重身份”，其规范价值在于：一方面，解决新业态主体适格争议，明确直播带货的“自我营销”本质，避免因形式创新架空刑法第二百二十二条的主体限定；另一方面，契合权责一致原则，作为直播流量、传播内容与收益的实际控制者，唐某杰对虚假宣传具有支配性责任，若仅按民事销售者追责，将弱化其虚假广告的刑事可罚性。

二、立案追诉标准参照规则与“情节严重”的认定

在确证唐某杰等人存在虚假广告

行为的前提下，行刑手段的选择需以法益侵害程度为核心判断基准。根据刑法第二百二十二条，虚假广告罪以“情节严重”为入罪门槛，该要件兼具刑罚启动条件与罪量要素的双重属性。当前司法解释尚未明确定义“情节严重”的具体情形，但相关立案追诉标准——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）》（公通字〔2022〕12号，以下简称《标准二》）对此作出细化规定。由此衍生关键问题：法院如何参照适用立案追诉标准？司法裁量权边界何在？

（一）立案追诉标准的性质与效力范围

司法解释由最高人民法院、最高人民检察院依职权制定，具有普遍法律约束力；而立案追诉标准本质属于公安、检察机关的办案指南，其效力范围限于刑事追诉程序的立案、批捕、审查起诉环节，不具有普遍拘束力。换言之，前者系定罪量刑的裁判依据，后者仅为追诉程序启动的阈值参考。法院径行参照适用立案追诉标准，不符合以审判为中心的诉讼规律，可能违背罪刑法定原则，同时也将削减被告人的诉讼权利。^①实践中，立案追诉标准“先司法解释而行”，多是因为通过制定司法解释明确定罪量刑标准尚不成熟，经济犯罪领域尤为常见。^②正如《标准二》引言部分规定，“各级公安机关应当依照此规定立案侦查，各级检察机关应当依照此规定审查批捕、

审查起诉”“通知印发后，相关司法解释对立案追诉标准作出进一步明确规定的，依照相关司法解释规定执行”。

（二）司法裁量的有限参照规则

最高法院《关于在经济犯罪审判中参照适用〈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）〉的通知》（法发〔2010〕22号，以下简称《22号解释》）确立“有限参照规则”：其一，明确参照前提，仅在司法解释缺位时，即“最高人民法院对相关经济犯罪的定罪量刑标准没有规定的”，法院在审理经济犯罪案件时，可结合个案实质危害与社会效果审慎参照。其二，明确排除情形，若机械适用可能导致罪刑失衡，法院应依《22号解释》第2条行使独立裁量权，结合案件具体情况及地域经济差异、行业特殊性等实际，依法审慎稳妥处理案件的法律适用和政策把握，争取更好社会效果。

（三）“情节严重”的复合认定

就虚假广告罪而言，《标准二》第67条规定：“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：（一）违法所得数额在十万元以上的；……（五）造成严重危害后果或者恶劣社会影响的；

（六）其他情节严重的情形。”

本案中，法院参照《标准二》认定“情节严重”时，并未单纯采用“违法所得数额十万元以上”的标准，而是结合法益侵害的复合性进行实质判断，

^①刘涛：“立案追诉标准在审判中的参照适用”，载《中国法学》2025年第3期。

^②喻海松：“刑事司法解释的实践逻辑”，载《法律适用》2024年第6期。

案例

系对形式标准的必要补充。唐某杰将消费者的“助农情怀”异化为非法获利的“流量生意”，既侵害消费者合法权益，也破坏地域品牌信誉、扭曲网络直播带货行业竞争秩序，社会影响恶劣。基于以上复合法益，应当认定唐某杰等的行为属于“情节严重”。

三、虚假广告罪与相似罪名的界分

在网络直播带货场景中，虚假广告行为常与欺骗性商品交易交织，引发虚假广告罪与诈骗罪以及生产、销售伪劣产品罪的界分困境。司法实践中虚假广告罪的“虚置化”现象，部分源于罪名适用失当导致的犯罪类型分流偏差。^①究其本质，此罪与彼罪的认定，需回归法益侵害性质与主客观责任要件。

（一）虚假广告罪与诈骗罪的界分

通说认为，诈骗罪系行为人通过虚构事实致被害人陷入认知错误并处分财产。其一，从主观犯意看，诈骗罪中，商品仅为骗取财物的媒介，基本上不具备实际效用，被害人交易目的根本性落空；而虚假广告罪行为旨在通过夸大宣传获取不正当高额利润，主观上仅具“非法获利”意图。人民法院案例库参考案例刘某甲等诈骗案明确“实质效用原则”，其裁判要旨明确：当同时满足“售价与成本差距悬殊+固定话术诱导重复购买+商品基础功能完全丧失（购买目的根本无法实现）”三项要件时，可推定非法占有目的成立。^②据此推论，若商品仍具备核心使用价

值，则属虚假广告罪规制范畴。其二，从客观行为模式看，诈骗罪具备完整的“虚构事实→错误认识→财产处分→财产损失”的因果链条，财产处分环节是核心枢纽；相较于前者的闭环结构，虚假广告罪的行为模式更加开放，仅要求“利用广告虚假宣传”，不要求被害人必然处分财产或行为人直接获利。

本案中，唐某杰等人虽虚构凉山产地、操控消费场景，但其售卖的核桃、青花椒、红花等农产品仍具备基本食用价值，结合行为人持续投入生产、未切断售后渠道等事实，其“抬高产地溢价”的营利模式与诈骗罪“彻底剥夺财产”的本质存在明显差异，故应排除非法占有目的，以虚假广告罪论处。

（二）虚假广告罪与生产、销售伪劣产品罪的界分

根据刑法第一百四十条规定，生产、销售伪劣产品罪的行为要件要求实施“掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品”的行为；结果要件要求销售金额达5万元以上。该罪与虚假广告罪虽均具有欺诈性表征，但二者在行为对象上存在本质区别。伪劣产品的认定需以产品核心使用性能的实质性减损为要件，只有当产品“明显降低或丧失其应具备的使用性能”，如保健品完全不含有效成分、口罩过滤效率为零时，方符合该罪行为对象要求；反之，仅违反标签管理规范，如产地标注不实但未影响

产品基础功能的，属于产品质量法第二十七条规定的“标识瑕疵”，不构成刑法意义上的伪劣产品。^③当行为人同时触犯两罪时，适用“牵连犯择一重罪处断”。虚假广告罪法定最高刑为2年有期徒刑，而生产、销售伪劣产品罪最高可判无期徒刑，根据“重罪吸收轻罪”原则，应以生产、销售伪劣产品罪论处。

本案中，唐某杰等所售卖产品主要是产地与其宣传不符，尚未达到“明显降低或不具备产品应有使用性能”的程度，不应认定该产品为生产、销售伪劣产品罪意义上“伪劣产品”，故唐某杰等不构成生产、销售伪劣产品罪。

需特别说明的是，对网络直播带货型虚假广告的刑事规制，绝非抑制数字经济创新活力，而是通过法益均衡保护实现对该业态的精准护航。本案严格遵循刑法第二百二十二条之规范目的，精细化辨析虚假广告罪的构成要件，排除诈骗罪等重罪适用，正是对“大凉山乡村振兴成果不应沦为流量欺诈牺牲品”这一公共命题的司法回应。此种谦抑性司法裁判，既惩治了虚构产地、买粉控评等实质性危害行为，亦避免刑事打击扩大化对直播电商新业态的过度干预，彰显刑事司法对数字经济“底线监管”与“发展保障”的双重功能。

（作者单位：四川省高级人民法院）

^①杨曙光：“对虚假广告罪适用难的理论思考”，载《人民检察》2017年第13期。

^②入库编号：2024-18-1-222-001。

^③胡树琪：“生产、销售伪劣产品罪中‘伪劣产品’的相对解释”，载《法学评论》2021年第2期。