

直播带货背后的知识产权和合规风险防范

作者：杨迅 | 郑媛

“直播带货”就是经营者通过互联网站、App、小程序等，以视频直播、音频直播、图文直播或多种直播相结合等形式开展营销的一种商业活动。直播电商已成为网络购物用户购买商品的重要途径之一。据统计，截止 2023 年 6 月，我国直播电商用户规模达 5.3 亿人，占网络购物用户规模的比例达到 59.5%。

在直播带货创造巨大利益的同时，一些行业乱象也频频出现，容易引发行业部门监管。因此，本文从直播平台的角度出发，从分析直播带货带来的合规风险。

上

- 一. 直播带货之“货”
- 二. 直播带货之“表演”

下

- 三. 直播带货中的有奖销售
- 四. 直播带货的个人信息保护
- 五. 直播平台的风险管理

实践中的直播带货主要有三种模式，第一，品牌自播，商家在淘宝、拼多多等电商平台的店铺或自建直播间中直播，如“优衣库”的网络直播间。第二，品牌主播，平台或商家与主播签订合作协议，带货主播在其直播间推荐产品，消费者通过链接到品牌店铺购买，主播获取销售提成，如知名主播李佳琦、董宇辉的直播间。第三，品牌 MCN，商家与 MCN 公司签署协议，由 MCN 公司雇佣或合作的主播在直播间推广，消费者也通过链接购买，比如商家通过抖音、微博等社交平台对店铺进行引流。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

一. 直播带货之“货”

1. 哪些“货”可以直播推广？

直播带货，本质上是一种广告行为，是面向不特定公众的推广行为。因此，法律禁止广告的，不适合向公众推广的，都不属于可以直播带货的范围。2024年8月9日发布的《北京市直播带货合规指引》（“《指引》”）明确要求直播带货平台经营者应当制定禁限售商品或服务目录，该规定以“负面清单”的方式为平台提供了指引。

(1) 禁止直播推广

依据法律法规、规章及有关规定禁止生产销售、禁止网络交易、禁止商业宣传的商品或服务，不能通过直播提供或宣传。根据《指引》第16条，共有11种商品或服务被完全禁止通过直播提供或宣传，包括失效变质商品、不符合强制性国家标准或强制性认证的商品、“三无”产品、野生动物及其制品、侵犯他人知识产权的商品、禁止销售的药品、烟草制品、特定全营养配方食品、处方药、声称可以替代母乳的婴儿食品饮料、违背公序良俗的商品，等等。

(2) 经严格审核后直播推广

对于一些虽然法律允许广告推广，但是商品性质较为专业，容易导致公众误解的，必须严格审查后才能直播推广。根据《指引》第17条，在平台发布食品、化妆品、生活美容、“三品一械”、酒类、教育培训、金融、类金融、招商投资，房地产，农作物种子、种畜禽、水产苗种和种养殖等广告时，需严格审查广告内容，未经审查，不得发布。

该等审查包括对投放主体的审查以及对直播内容的审查。从投放主体看，直播作为一种广告形式，要求投放主体具有经销相应货品的资质。比如，食品、药品、医疗美容类直播投放主体需要有相应的经营许可。从直播内容上看，要求直播内容具备正确的价值导向，坚持正确政治方向、舆论导向，弘扬社会主义核心价值观；并且直播内容是否真实、合法，不得含有虚假或引人误解的内容。比如，除医疗、药品、医疗器械广告外，其他任何广告不能涉及疾病治疗功能，并不得使用医疗用语或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语。

(3) 可以直播推广

对于不属于上述禁止和限制范围的商品，平台原则上可以进行直播推广。

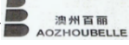
因此，直播带货平台经营者应加快制定禁限售商品或服务目录，督促直播间运营者在直播前对商品进行查验，按照目录要求规范开展带货直播。

2. 如何审查和防范“货”知识产权侵权风险

直播带货的商品可能侵犯他人的知识产权，主播和平台都有相应的注意义务。《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》明确规定，重点查处侵犯注册商标专用权、假冒专利等违法行为，这就要求直播平台注意审查和防范知识产权侵权风险。

(1) 带货主播的注意义务

直播带货的主播如果未对所带货的产品尽到审查和注意义务，可能构成知识产权侵权。

首先，审查商标注册证书或授权文件。直播带货主要目的之一就是实现品牌的有效展示，因此直播涉及的画面几乎都会显示商家商标。主播需注意是否在与他人相同或类似的商品上展示了与他人注册商标相同或近似的商标、广告中使用的标识是否与注册商标及其核定使用的商品或服务范围一致、商标的有效期、以及是否对商标修改并对他人声誉带来不良影响。例如，新百丽鞋业(深圳)有限公司、丽荣鞋业(深圳)有限公司经授权享有“百丽”“BELLE”系列注册商标专用权，温州某公司在抖音 App 上注册“澳州百丽官方旗舰店”等多个账号，以直播的方式销售标有“ 澳州百丽”“澳州百丽”图案的鞋子，属于完整包含“百丽”“BELLE”注册商标，容易引起相关公众混淆误认的商标侵权行为，被责令赔偿 2200 余万元。¹

其次，如果直播带货广告中声称享有某项知识产权，主播应当审核是否具有相关的知识产权或相应授权文件，比如，就专利而言，专利种类与广告宣传是否一致，专利是否存在终止、撤销、无效情形。如果直播带货的商品使用了经典 IP 形象，应注意取得著作权授权，并尊重著作权人的署名权等权利。例如，杭州某创意公司是潮玩 IP“Dora 拒绝定义系列”著作权人，某贸易商行未经许可，在抖音以直播的形式销售被诉侵权产品。法院认为，被告擅自在直播间展示、销售与涉案美术作品实质性相似的产品，且未对作品权利人予以署名，侵犯了杭州某创意公司美术作品的署名权、广播权和发行权。²

第三，应在选品阶段通过与合作商家签订合同，明确商家的知识产权侵权或违约责任条款，证明自己履行了审查注意义务。

(2) 电商平台的注意义务

司法实践明确，提供直播媒介的电商平台属于《电子商务法》所规定的“电子商务平台经营者”。该法第 41 条、《北京市高级人民法院关于侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿审理指南》4.7 条均要求电子商务平台经营者应当建立知识产权保护规则。可知，电商平台也承担一定的注意义务。

¹ 浙江省高级人民法院(2023)浙民终 460 号民事判决书。

² 以案说法 | “盲盒”经营不可“盲视”法律 直播销售山寨盲盒侵权了!<https://mp.weixin.qq.com/s/5zfQ01Qgvi7Zov5TKiBecw>。

直播带货前：采取知识产权准入机制。根据《电子商务法》第 45 条，如果电子商务平台经营者事先明知或者应知经营者销售侵犯知识产权的商品，未采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施的，与侵权人承担连带责任。建立事前的知识产权准入机制可以证明不存在“明知应知”的情形。具体来说，平台应认真核对直播间运营者商品中涉及商标、专利、著作权等证书及他人名义形象的相关授权材料，许多平台对商家准入规定了严格条件，例如天猫要求入驻商家必须取得商标注册证或商标受理通知书，抖音要求无论是否为自有品牌，均需提供商业注册证或授权书。同时，平台还应制定消费者权益保护规则及必要的投诉举报机制。

直播带货中：严格履行通知与反通知义务。电商平台需进行充分审查，如发现属于明显侵权的现象，可以直接删除、屏蔽、断开相应链接，否则电商平台需对扩大的损失承担连带责任。如无法判断是否属于侵权，应当及时将侵权通知转送侵权人。

直播带货后：完善重复侵权的预防义务。电商平台应建立重复侵权防御机制，如有权利人再次对曾侵权的商品、服务进行投诉，可以默认删除、屏蔽链接。

3. 表演还是代言：“货”的虚假宣传责任

(1) 表演和代言的区别

广告代言和广告表演的区别在于，前者是在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明，一般会在广告内容中注明代言人的身份，且通常所获报酬较高。后者是演员按照广告导演的要求，通过声音、表情、动作等方式单纯表演和呈现广告内容，一般并不会在广告内容中标注广告演员的身份，且通常所获报酬较低。

在消费者的传统认知中，代言往往是名人的“专利”，许多主播通过“直播测评”“开箱 vlog”等方式，天然地贴上一块“消费者”的标签，由此其法律身份具有争议。而《指引》第二十五条第(四)项、《网络直播营销管理办法(试行)》第十九条明确规定，直播带货人员“以自己的名义或形象对商品、服务作推荐、证明，构成广告代言人的，应当履行并承担广告代言人的责任和义务。”该规定明确了主播的最主要法律身份——广告代言人。因为许多主播以即时性荐证的形式推介，具有专业化效果，尤其头部主播的名义和形象更具有宣传推广效应，且酬劳不菲，因此属于广告代言人。

(2) 广告代言人的“虚假宣传责任”

广告代言人的核心义务为《广告法》第 38 条所规定的依据事实对商品、服务做推荐和证明，禁止虚假宣传、虚假承诺等。《反不正当竞争法》第 8 条第 1 款规定“虚假宣传”，是指一切旨在“欺骗和误导”消费者而作出的“虚假或引人误解的”商业宣传，构成广告行为的则属于“虚假广告”。

“直播带货”模式下，商家通过 MCN 机构或直接选定直播间运营者、主播通过直播营销平台完成宣传推介，在镜头前“带货”，关注的是销量；MCN 机构在镜头后“刷流量”，关注的是“流量”；主播根据带货效果收取佣金和价值不菲的“坑位费”，关注的是“粉丝”，这一过程中恰恰容易忽略消费者重点关注的产品质量。因此，直播带货“翻车事故”频发。如近日知名主播小杨哥在直播间力推的“香港美诚月饼”不仅自称香港品牌，而且酷似香港知名品牌美心月饼，但其不久被查出在香港并无门店，实际运营方是广州某公司。这一行为构成虚假宣传，被罚没 6894.91 万元。无独有偶，曾有不少此类行为因构成虚假宣传而受到处罚，比如某主播曾在直播活动中展示“不粘锅”效果，“不粘锅”却粘锅了，以及 2020 年有消费者质疑知名头部主播辛某直播间售卖的燕窝是糖水。

二. 直播带货的“表演”

1. 谁是合格的直播者？

在号称“人人都可以做直播”的时代下，并非所有人都可以成为合格的直播者，直播带货人员主要有以下合规要求。

(1) 符合年龄要求。

我国法律严格限制未成年人直播。根据《未成年人保护法》第 76 条，禁止网络直播服务提供者未满 16 周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务，在对年满 16 周岁的未成年人身份信息进行验证后，可以向其提供直播账号注册服务，但应对其身份信息进行认证，并征得其父母或者其他监护人同意。电商平台应注意在注册页面、隐私政策等界面设置未成年人保护条款并进行相应提示。

4.6虎牙平台禁止未成年人直播，公会管理者签约合作的主播应当为符合法律法规和监管要求的从事互联网直播和演艺活动相关条件的完全民事行为能力人。公会管理者有义务对签约合作主播的身份、年龄和资质等相关情况进行核实了解，并监督管理合作主播按照法律法规和监管要求实名开播。

4.7公会管理者应进行合规有序的运营管理，尊重和维护虎牙公司的声誉，遵守虎牙平台规则，积极配合官方活动安排，为公会合作主播的直播和演艺提供策划、宣传、包装等支持，提高主播的演艺质量和知名度，并对主播的行为进行规范引导和管理。公会管理者不得从事损害主播权益、扰乱虎牙平台正常秩序、或有违公平竞争或诚实信用原则的行为，包括但不限于：

(1) 以欺诈、胁迫等方式与主播签约或以签约为名实施诈骗等违法行为；

(2) 不按时足额向主播支付合作费用；

(3) 压制主播发展或与主播合作关系持续僵化；

(4) 恶意诋毁、或虚构、编造、发布、传播其他公会及公会合作主播的负面信息或者煽动他人采取前述行为；

(5) 欺诈、胁迫、利诱、怂恿、帮助、放任合作主播另设账号或使用非主播本人实名账号（或直播间）进行直播、演艺或发布视频作品等；

(6) 违反虎牙平台规则招募、组织、帮助、放任未成年人以任何方式绕过直播合规要求进行直播或向未成年人提供直播和网络表演相关经纪服务；

(7) 欺诈、胁迫、利诱、怂恿、帮助、放任主播恶意违反协议、违约跳槽、损害其他公会及主播间的合作关系、或其他公会进行不正当竞争；

(8) 欺诈、胁迫、利诱、怂恿、帮助、放任合作主播违反与虎牙公司的合作协议或从事与虎牙平台合作内容相冲突的行为；

(9) 其他有损主播权益、扰乱虎牙平台正常秩序、或有违公平竞争或诚实信用原则的行为。

4.8公会管理者及公会合作主播不得以虚假消费、带头打赏等方式诱导用户消费，不以打赏排名、虚假宣传方式进行炒作。公会管理者应当加强对主播的约束，要求主播不得以语言刺激、不合理特殊对待、承诺返利、线下接触或交往，或赠送包含违法内容的图片或视频等方式诱导用户消费；公会管理者应当要求公会合作主播不得以任何方式开展引诱未成年用户以任何方式消费的行为，包括但不限于怂恿未成年人用虚假身份信息进行消费、怂恿未成年人为主播完成任务而消费、怂恿未成年人用零花钱或父母的钱消费、教唆未成年人删除消费记录等。

虎牙公会服务协议

(2) 具备相应的从业资质。

我国法规对部分直播者提出了执业资质的要求。《网络主播行为规范》第 13 条规定，对于需要较高专业水平的直播内容，如医疗卫生、财经金融、法律、教育等，主播应取得相应的执业资质并向直播平台进行执业资质报备。此外，一些协会文件也对直播者的准入条件作出了规范，例如 2020 年 9 月《视频直播购物运营和服务基本规范》指出，“社交媒体视频直播购物出镜者”应遵守：年龄不得低于 10 周岁、取得相关机构核准、具有相关专业资质、经过专业培训、必须进行消费体验，不得为其未使用过的商品或未接受过的服务作推荐、证明、以及严格遵守广告法有关规定。

2. 音乐图文等直播素材的知识产权侵权风险

在直播带货过程中，许多主播为了增强带货效果、提高直播间的浏览和购买人数，常常会演唱他人歌曲、播放视频或使用网络图片、文字等作品，如果未经许可，可能侵犯权利人依法享有的著作权。

(1) 演唱、演出他人作品的侵权风险。

在直播中演唱歌曲、演出可能侵犯他人的表演权或信息网络传播权。《著作权法》规定的“表演权”，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利。也就是说，表演权

控制两种行为，一是表演者面向现场观众进行的表演，即“活表演”，二是通过各种手段和机器设备将录有表演活动的录音录像制品向现场公众进行公开播放，即“机械表演”。“信息网络传播权”，是以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利。

在北京互联网法院发布的涉短视频典型案例³中，法院认为，被告 B 公司未经许可，将涉案网络歌曲上传至短视频平台曲库，置于信息网络中，使平台用户能够在个人选定的时间和地点录制短视频时任意使用该歌曲，侵害了原告 A 公司对涉案歌曲享有的表演权及信息网络传播权。可见，直播平台未经授权擅自上传歌曲不仅构成直接侵权，还要对平台用户使用该歌曲录制并上传短视频导致歌曲传播范围扩大的后果负责。

(2) 播放录音制品的侵权风险。

在直播中未经许可播放他人已经录制好的音乐、作品的表演、影视作品的片段等，可能侵犯作者的广播权，还可能侵犯录音录像制作者的邻接权。一方面，《著作权法》规定的广播权，包括以无线方式公开传播、转播或向公众传播广播作品的权利。网络直播可以定性为一种广播行为。另一方面，录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。既然网络直播属于一种通过信息网络向公众传播的行为，除了获得作者的许可，还应当获得录音录像制作者的许可。

实践中常常需要取得中国音乐著作权协会的许可。例如，在中国音乐著作权协会与武汉斗鱼网络科技有限公司著作权侵权纠纷案⁴中，法院认为，斗鱼公司与主播之间虽然并无劳动或劳务关系，但主播是为斗鱼公司创作涉案视频，斗鱼公司作为涉案视频的权利人也应对涉案视频的法律后果承担相应的责任。因此，法院认为斗鱼公司直接提供了包含涉案歌曲《恋人心》的涉案视频，侵害了音著协享有的信息网络传播权。

(3) 使用进入公有领域的作品

直播素材的侵权前提是构成《著作权法》所保护的作品。对于公有领域信息，任何人都可以自由使用。如果直播使用的图文等素材不构成作品，主播当然可以进行使用。例如，在杭州某科技有限公司与四川某科技有限公司、陈某著作权侵权及不正当竞争纠纷案⁵中，法院认为，涉案直播话术包括打招呼、聊天互动、介绍功能、祝福用语等直播常用语句，是直播场景中基本、通用、常见的表达，未能反映创作者的个性与选择，未达到著作权法对独创性的要求，不构成文字作品。被告并未侵犯原告著作权。

³ 4-26 特辑 | 北京互联网法院发布涉短视频著作权十件典型案例，<https://mp.weixin.qq.com/s/i3MD6xY3Sy9nXtf-aGvlog>。

⁴ 北京知识产权法院(2019)京 73 民终 1384 号民事判决书。

⁵ 杭州(2022)浙 0192 民初 569 号民事判决书。

因此，在直播中可以尽量使用对产品客观、常见的描述，如果确实需要使用他人享有著作权的作品，应确保取得合法授权，避免侵权风险。应注意使用智能化“变装”软件、机器人直播软件等新型直播技术过程中的著作权侵权风险。

3. 模仿名人的风险

部分主播为了抓住“流量密码”，会在网名、举止、衣着等方面模仿名人，或者其本身与名人长相酷似。比如模仿《狂飙》剧中张颂文饰演的高启强角色的“小颂文”，模仿已故篮球明星科比，手持篮球、身穿科比标志性 24 号球衣，在直播间播放《see you again》等背景音乐，这可能带来一定的侵权风险。

(1) 著作权侵权风险

如果主播穿着名人同款衣服，讲类似台词的同时，在带货中设置明显的商品橱窗，其中包含商品购买链接、商家联系地址等，明显具有营利目的，可能侵犯一些影视作品的著作权，比如“小颂文”在直播间一边播放《狂飙》中高启强的台词配音“风浪越大鱼越贵”，一边模仿其经典动作，几个小时内就吸引大量观众关注并刷了礼物。

(2) 人格权侵权风险

未经许可，使用他人肖像的，可能构成肖像权侵权。如果造成人物丑化、贬低，其它不良影响或损害结果的，可能侵犯他人名誉权。比如模仿著名物理学家霍金，属于“以他人弱点、身体不便或特定人群博眼球”，涉及歧视他人并侵犯名誉权，该主播被短视频平台封禁 15 天。

如果仅仅长相相似，在直播带货中未借助名人效应宣传引流的，则属于正常经营行为，不构成侵权。例如，“粥饼伦”在直播中展示摆摊卖饼，并未大肆利用其长相与明星相似来唱歌获取报酬，应承认其合法性。

4. 直播表演的公序良俗要求

《网络主播行为规范》第 14 条列举了 30 项网络主播在提供网络表演及视听节目服务中禁止出现的可能造成不良影响的行为，明确禁止主播通过违反公序良俗的方式开展商业营销，比如卖惨式带货直播，散布淫秽、赌博、暴力、迷信内容的直播等。

如果直播平台放任上述行为，可能承担监管不力的行政责任，情节严重的情况下甚至可能构成刑事犯罪。对此，电商平台应当及时采取合规措施，如加强对网络主播的入驻、教育培训、日常管理和规范引导，健全业务评分档案和“红黄牌”管理等内部制度规范；可以对模范遵守行为规范的网络主播，进行合理的正向激励，并对出现违规行为的网络主播，视情况采取警示、暂停发布、关闭账号等处置措施，及时消除违法违规直播信息内容，保存记录并向有关主管部门报告。

三. 直播中的有奖销售

1. 直播中避免赌博风险

有些直播间为了加强互动性，为用户带来沉浸式的体验感，常常推出抽奖、盲盒、竞猜等概率性玩法，如虎牙的“积分抽奖”、拼多多“抽奖大转盘”等，在火爆发展的同时也频频暴雷。知名直播平台斗鱼的 CEO 陈少杰曾因其斗鱼平台主播利用“粉丝福利社”的抽奖模块组织粉丝抽奖，而涉嫌赌博被逮捕。这类新型的网络抽奖式销售存在一定的涉赌风险。

(1) 抽奖式有奖销售和赌博的区别

我国《反不正当竞争法》并不禁止最高额不超过 5 万元的抽奖式有奖销售，它与赌博的区别在于：

- 1) 有奖销售以商家销售商品为目的，奖励仅仅是一种附带性的手段；而赌博是以获得抽奖机会为目的，带有以小博大的性质；
- 2) 有奖销售的资金常常是单向流动的，即从用户端流向平台端，而赌博的平台存在虚拟货币和现实货币的双向兑换，形成了资金的闭环，如平台允许用户将资金直接转换为平台内的虚拟货币或积分进行抽奖，且在抽奖结束后可以某种形式返还或提现资金；
- 3) 用户参与有奖销售只需消耗登录或购买商品的积分，而赌博平台常常从用户参与所消耗的游戏货币中抽取一定的比例作为佣金。

(2) 平台避免构成赌博的红线

法律并不禁止直播平台开设抽奖活动，提高关注度，但要避免触及赌博红线。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第 1 条第 1 款规定，利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，建立赌博网站并接受投注的、建立赌博网站并提供给他人组织赌博的、为赌博网站担任代理并接受投注的或者参与赌博网站利润分成的，属于“开设赌场”行为。在司法实践中，法院主要从以下三个要件判定网络平台经营者是否构成开设赌场。⁶

- 1) **网络平台的性质与规模。**如果平台持续吸引大量用户参与带有随机性和高额奖金回报的抽奖，不以购买特定产品或服务为目的，且活动规模庞大，参与人数众多，平台位置(即网址或应用)相对固定，参与者则具有高度的流动性，应认定为开设赌场罪。相反，仅借助网络平台或其网络抽奖手段销售商品，则不构成赌博。例如，在付某龙等人网络直播开设赌场案中，付某龙等人在直播抽奖活动中通过“一个办卡五万带回家”等大

⁶ 《刑事审判参考》总第 130 集，第 1461 号。

量煽动性语言鼓动直播间观众参与抽奖，并通过平台向其他未参与直播观看的人员推送抽奖信息，导致大量人员在直播抽奖时段进入直播间采用付费“办卡”等方式参与抽奖，至被挡获时，付某龙等人共计组织抽奖 4267 场(次)，442 万余人次参与，参赌资金近 1.2 亿元，构成开设赌场。⁷

- 2) **平台的控制权限与参与程度。**直播抽奖等玩法中，如果平台能够决定哪些用户能参与抽奖、设定复杂的抽奖规则、提供或控制抽奖工具，拥有高度的自主权和支配权，可能构成开设赌场。但如果是主播自行设定游戏规则，设置抽奖系统，且仅在自己的直播间进行，是否进行反向兑换也是主播个人的想法，则可以认定为主播的个人行为，平台仅是主播所选择的一个载体，不构成开设赌场。例如，2020 年乡乡九等直播间的涉赌活动，虽然并非斗鱼官方举办，但有报道称平台并非毫不知情，甚至会进行内部引导，对主播抽奖话术进行详尽指导，属于平台方对于主播涉赌活动的密切参与。⁸
- 3) **平台资金流转模式。**如果平台提供完整的“兑换—投注—回收”闭环服务，如允许用户将资金直接转换为平台内的虚拟货币或积分进行抽奖，且在抽奖结束后可以某种形式返还或提现资金，构成开设赌场。相反仅仅是促进商品买卖的电子商务服务，则不构成赌博。

2. 直播中的有奖销售的合规要求

即使不构成赌博的有奖销售行为，也需要遵守一定的合规要求。

- (1) **明确公示。**应以显著方式在抽奖页面公示有奖销售中涉及的各项信息，比如奖项奖品的基本信息、获取条件、主办方信息及联系方式、活动流程信息等关键信息，不得影响兑奖，且确保实际设置的奖项与宣传内容一致，禁止“全网最低价”等不实、误导或没有依据的表述。
- (2) **设置概率性小游戏或抽奖活动的，依法向相关部门备案。**广东省新闻出版局公布了《关于进一步规范国产游戏小程序备案工作的通知》一定程度上将概率性小游戏纳入监管，未来其他省份也将相继出台类似政策，直播平台应积极进行备案，接受审查。
- (3) **防止游戏币与法定货币的反向兑换，规范虚拟道具使用。**直播平台应主动设置禁止游戏币反向货币化功能，不提供游戏积分交易、兑换或以“虚拟货币”等方式变相兑换现金、财物的服务，不得提供用户间赠予、转让等游戏积分转账服务，严格管理。
- (4) **禁止抽头营利。**直播平台不得收取或以“虚拟货币”等方式变相收取与游戏输赢相关的佣金。开设使用游戏积分押输赢、竞猜等游戏的，要设置用户每局、每日游戏积分输赢数量，严格限制输赢的单局、单日上限。
- (5) **设置最高额。**合理设置抽奖式有奖销售的最高金额，确保不超过五万元。

⁷ 成都法院 2022 年度十大典型案例，https://mp.weixin.qq.com/s/8ylmPvdvrvpziwlm_ovGNsPw。

⁸ 斗鱼“大主播”涉赌被判 6 年，跟他业绩对赌的平台应负什么责任？

https://mp.weixin.qq.com/s/4OVG_7rqd9Fhlqf0zZtiXQ?search_click_id=10823602372210072282-1728630562898-3034563653。

四. 直播带货的个人信息保护

1. 用户个人信息收集与个性化推介

个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息,包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

带货直播过程中,直播平台为了实名认证、绑定银行账户、用户分析等,需要收集、处理用户的个人信息,需注意遵守《个人信息保护法》、《个人信息安全规范》等法律、法规和标准,具体涉及以下合规要求。

(1) 明示及用户同意

收集消费者个人信息时,不能默认勾选同意《用户协议》《隐私政策》;收集的个人信息必须与直播业务相关,不得过度收集信息;并注意单独获取用户同意的事项,例如向第三方提供个人信息、公开个人信息、处理敏感个人信息、向境外提供个人信息等,一般需单独或以其他用户知悉的方式提示。

(2) 实名认证要求下的信息收集原则

主播需要基于身份证件、营业执照等进行实名认证登记;用户也存在部分情况下需要使用进行实名认证的平台功能,例如,使用平台“打赏”功能的用户必须进行实名认证。在这个过程中,平台不得将收集的实名信息用于实名认证之外的其他用途。如需用于其他用途,应明确告知并取得主播、用户的同意,且在使用中遵循最小必要原则。

(3) 个性化推介

直播平台有针对性地向该用户展示信息内容、提供商品或服务的,是“个性化推介”,平台需要明示根据个人信息作出的推荐,并提供非个性化的选项,提供用户可随时关闭推介的选项。

2. 用户评价和购买记录中的隐私保护

在直播中,特定用户基于网络浏览历史、订单形成的购买记录和评价也属于个人信息的范畴,如果不当公开可能侵犯用户的隐私权。直播平台需要注意以下合规要点。

- (1) **隐私政策应当明确规定如何共享用户信息**,明确用户可以自由管理个人信息。比如“抖音”明确规定用户可以在发布评价时自主选择评价是否公开,后续也可在评价中心进行评价的隐私管理。

- (2) 可以选择开启“匿名购买、匿名评价”模式，对订单的消费者姓名、电话等进行隐藏。同时，可以通过虚拟电话和应用内置的聊天工具联系消费者。比如“饿了么”在订单完成后，虚拟号码和聊天页面永久失效，商家端保存的用户地址信息页将被隐藏，可以有效降低个人信息的泄露风险。
- (3) 建立有效的举报和反馈机制，以防“某男子称给霸王茶姬差评后被找上门”等现象的发生，以便及时处理涉及隐私泄露和骚扰的投诉；平台和商家可以通过提高服务透明度来减少消费者的疑虑，比如提供更详细的产品和服务信息等。

3. 直播平台内外的信息共享

直播平台可能对内对外共享用户个人信息。如果在外共享用户的个人信息过程中，并未取得用户授权或者对关联方披露比较笼统的问题，也给个人信息保护带来了一定合规风险。

(1) 共享前

直播平台应在隐私政策中详细告知用户对外共享的情况，直接取得用户的同意。然后视情况开展个人信息保护影响评估，以及自身及关联方、第三方的个人信息保护措施是否到位，并留存相应记录。

直播平台还应与个人信息接收方签订个人信息共享协议，明确接收方义务、处理个人信息时不得超出用户授权，并划分双方责任承担。

(2) 共享中

直播平台隐私政策发生修改或调整的，应及时在官网更新，并设置反馈渠道，充分增加透明度，使用户充分知情。

(3) 共享后

直播平台在共享后若发现个人信息接收方违法违规处理个人信息的，应立即要求其整改，必要时终止传输，并要求其删除获得的个人信息。一旦出现安全事件，应及时向主管机构报告。

如果平台因共享个人信息而被指控侵害用户个人权益、承担责任的，应积极采取补救措施，并注意留存个人信息共享中的合规工作记录。

五. 直播平台的风险管理

不能排除直播平台个别主播的活动涉嫌侵权，甚至违法违规。平台应当做好管理，避免惹祸上身。

1. 知识产权侵权的避风港机制

(1) 避风港规则

避风港原则要求平台在知晓利用其平台的侵权、违法行为时，采取必要措施，组织损害结果的扩大。

《电子商务法》第 42 条规定，知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。

由此，电商平台的事中和事后监管责任得到明确，在收到权利人通知后，仅需进行形式审查，无需对通知内容进行法律上判断，合理判断直播内容构成侵权的，应当及时对直播间运营商及主播等采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施，防止怠于履行这一注意义务。

(2) 红旗规则

在权利人没有通知的情况下，并不意味着电商平台就可以放任平台内的侵权行为。《电子商务法》第 45 条规定，电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施；未采取必要措施的，与侵权人承担连带责任。如果侵权行为及其明显，平台运营商“知道或应当知道”的，仍应主动采取一些防止侵权的措施。

2. 人员管理与劳动关系风险

不同直播模式下的主体不同，也会给平台带来不同程度的用工风险。在品牌自播模式下，直播人员是与商家具有劳动关系的员工，平台的风险较小。

在品牌主播和品牌 MCN 模式下，主播是否与商家、平台或者 MCN 机构之间形成劳动关系往往具有争议。根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》，劳动关系的核心特征为“劳动管理”，劳动者与用人单位之间具有从属性。也就是说，此类新型用工关系场合下，主要以主播签订的《直播合作协议》主体为基础，从以下三方面认定主播究竟与哪一方主体形成事实上的劳动关系：1) 劳动者是否受用人单位实际的劳动管理；2) 劳动者是否从事用人单位安排的有报酬的劳动；3) 劳动者提供的劳动是否为用人单位的业务组成部分。例如，在大连中院发布的劳动争议“连众调”典型案例之五⁹中，法院认为，合作公司单方决定了王某的工作时间、内容以及工资绩效的核定，故王某完全受公司的劳动管理。其次，王某工作的直播间账号由合作公司所有，销售话术由公司

⁹ 全市首批“连众调”劳动争议典型案例发布, <https://mp.weixin.qq.com/s/8XVhqvXRDr9vZ368jjA0QA>。

传授,销售的产品为该公司的产品,王某通过公司提供的劳动工具进行工作,工作报酬由合作公司每月按时发放,符合经济从属性。此外,王某的直播带货用于介绍、宣传公司产品,吸引消费者购买,属于公司业务的组成部分,具备一定的组织从属性。综上,双方形成事实上的劳动关系,该主播属于合作公司的员工。

3. 直播收入的税务安排

主播在直播中获得“打赏”,在售卖货物过程中收取佣金,由此会获得两份收入,有平台在《直播合作协议》中声明不承担代为缴税义务,需由主播自行缴税,这客观导致了直播收入的税务安排不清晰,带来税收风险。

(1) 品牌自播模式下的税务安排

如前所述,品牌自播模式的用工及税收安排都较为清晰,由直播商家为其员工承担代扣代缴义务。

(2) 品牌主播模式下的税务安排

在品牌主播模式下,主播个人一般与直播平台签订《直播合作协议》,如果主播与平台构成劳动关系,直播平台应按照工资薪金(税率 3%-45%)代扣代缴个人所得税。如果不满足劳动关系的要件,主播与直播平台之间是一种劳务关系,主播为直播平台提供服务,直播平台需按照劳务报酬为主播预扣预缴个税(税率 20-40%)。

实践中,主播常常会成立个人工作室,并以工作室的名义与直播平台签订合作协议。主播工作室一般属于个人独资企业、合伙企业,取得的收入由主播按照生产经营所得自行缴纳个人所得税(税率 5%-35%)。由于在实际征税中存在核定征收,激励大量主播通过注册工作室的方式,将原属于工资薪金和劳务报酬的所得,转换为经营所得,选择“核定征收”(税率约 1%-3%)。但很多个人工作室并没有实际经营,税务机关会倾向于认定在直播平台和主播之间形成实际劳动或劳务关系,《税收征收管理法》第 69 条规定:“扣缴义务人应扣未扣、应收而不收税款的,由税务机关向纳税人追缴税款,对扣缴义务人处应扣未扣、应收未收税款百分之五十以上三倍以下的罚款。”因此,如果直播平台事先按照“经营所得”支付了主播费用,事后被税务机关认为“劳务报酬”,则直播平台作为扣缴义务人,还是应履行代缴义务,未识别出主播的收入属于劳务报酬,未代扣代缴,可能面临行政处罚。

(3) 品牌 MCN 模式下的税务安排

在品牌 MCN 模式下,直播平台通过 MCN 公司负责对主播的管理。MCN 机构负责对网络主播进行培训、包装,并提供资源,主播与 MCN 机构签约,并获得佣金。如果综合考虑双方

的劳动合意、用工单位的管理程度、收入来源等因素后，认为网络主播对 MCN 机构的从属性较强，双方就可能形成劳动关系，此时 MCN 公司应按照工资薪金代扣代缴主播的个税。

如果认定为经纪合同关系，即合作关系，则要看主播收入的决定权在直播平台还是 MCN 公司。第一，如果 MCN 公司与直播平台签订了居间代理服务合同，MCN 公司实际收取的金额是按照主播报酬折算一定比例的居间服务费率，或者主播获得“打赏”与直播平台按比例分成后，由直播平台支付给 MCN 公司，再由 MCN 公司发放给主播，虽然主播收入实际是由 MCN 机构支付，但主播收入的决定权仍在直播平台，应由直播平台按照工资薪金或劳务报酬代扣代缴个税。第二，如果直播平台支付给 MCN 公司一笔总费用，实际由 MCN 公司决定主播的报酬并支付，因主播收入的决定权在 MCN 公司，应由 MCN 公司按照劳务报酬代扣代缴个人所得税。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨 迅

+86 21 3135 8799

xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024