

# 德国对网红带货营销的 反不正当竞争法规制 及其启示

张飞虎

**摘 要：**网红带货营销在迅速发展的同时也备受虚假宣传、误导性宣传和欺骗消费者的指责。如何对这种新型营销模式进行有效的法律规制是一个亟待解决的问题。德国司法实践多从《德国反不正当竞争法》第5a条第6款意义上的不作为误导行为的角度来审视这种营销模式，重点考察网红在社交媒体上发布包含商业信息内容的做法是否会构成商业行为，以及该内容所具有的商业目的能否被消费者识别出来。德国对网红带货营销的法律规制，对于我国依据《反不正当竞争法》第8条对这一营销模式进行规范时在法律依据的确定、构成要件的完善以及合理判断标准的构建等方面具有重要启示意义。

**关键词：**网红带货营销； 误导行为； 引人误解的商业宣传； 不正当竞争

**作者简介：**中南财经政法大学 法学院 讲师 武汉 430073

**中图分类号：**D951.6

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2021)04-0105-16

## 一、问题之引出

伴随着互联网的普及和自媒体的勃兴，网红带货营销在最近几年取得了长足

发展,市场规模增长迅速。对世界几个主要国家的调查数据显示,2021年全球网红营销平台市场规模达到102.4亿美元,并将在今后七年时间内以30.3%的复合年增长率保持持续扩张。<sup>①</sup>此外,随着网络技术的发展,网红带货营销的形式也不断推陈出新,已从最初静态的图片文字展示发展为动态的视频解说和演示,时下在我国火爆网络的直播带货就是网红带货营销的最新形式。

然而,与传统营销模式将产品视为营销的核心不同,网红带货营销模式实现了从“卖产品”到“卖信任”的转变。网红带货营销通常是以网红通过个人账号在社交媒体上发布包含商品、服务或者企业内容的方式完成的,相比于产品本身的卖点,它更侧重于利用网红与其关注者之间的亲密感和关注者赋予网红的信任感来推销商品和服务,而这也正是网红带货营销模式取得成功的关键。<sup>②</sup>因此,网红带货营销也属于影响者营销(Influencer Marketing)的范畴。但同时,这种新型营销模式对消费者做出购买决定的影响程度要大于传统营销模式,易导致消费者在选择商品或服务时丧失真实意愿,甚至做出盲从性的消费决策。<sup>③</sup>一项名为“Psychology of Following”的研究显示,在4000名16至61岁的被访问对象中,85%的被访问对象曾对网红带货营销做出过反应,其中31%的访问对象甚至因此做出了购买决定。<sup>④</sup>中国消费者协会的一份调查报告也显示,在直播购物中,不少消费者在做出购买决定时受到主播本人和直播间氛围等因素的影响,有44.1%的受访者认为直播购物时冲动消费比较严重。<sup>⑤</sup>对消费者做出购买决定的过程施加不当影响,导致消费者做出其本不会做出的购买决定,这有可能构成对消费者的误导,也是对消费者合法权益的一种侵害。<sup>⑥</sup>

经过2017年的修订,我国《反不正当竞争法》的立法目的在原来只保护竞争

① “Influencer Marketing Platform Market Size Report 2021—2028”, <https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/influencer-marketing-platform-market#:~:text=The%20global%20influencer%20marketing%20platform%20market%20size%20was,connections%20with%20consumers%20is%20contributing%20to%20the%20growth>, 访问日期:2021-11-27。

② Gerd Nufer/Maria Beck, „Influencer Marketing — das Marketing der Zukunft?“, *Reutlinger Diskussionsbeiträge zu Marketing & Management*, No. 2, 2020, S. 3.

③ 王卫兵:《网络经济的生成逻辑、伦理反思及规范引导》,载《求是》,2016年第8期,第43-49页,这里第45-46页。

④ Olapic „Psychology of Following“, 转引自 Horizont, „Die Psychologie hinter Influencer Marketing“, <http://www.horizont.net/marketing/nachrichten/Studie-Diese-Psychologie-steckt-hinter-dem-Influencer-Marketing-163484>, 访问日期:2021-11-27。

⑤ 中国消费者协会:《直播电商购物消费者满意度在线调查报告》, <http://www.cca.org.cn/jmxf/detail/29533.html>, 访问日期:2021-11-27。

⑥ 马辉:《社交网络时代影响力营销的广告法规制》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2021年第1期,第32-40页,这里第37页。

者合法权益的基础上增加了对消费者合法权益的保护。<sup>①</sup> 根据新法,主要侵害消费者合法权益的行为也会构成不正当竞争行为,因而也受到《反不正当竞争法》的规制。<sup>②</sup> 引人误解的商业宣传行为就是这样一种行为。《反不正当竞争法》第8条明确规定,经营者不得作引人误解的商业宣传,误导消费者。<sup>③</sup> 那么,《反不正当竞争法》第8条是否可以作为我国调整网红带货营销的法律依据呢? 如果答案是肯定的,在适用过程中又该注意哪些问题呢? 无独有偶,德国法学界也认为,网红带货营销有可能会构成《德国反不正当竞争法》(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,以下简称 UWG)第5a条第6款中的误导行为。<sup>④</sup> 在此背景下,研究德国依据 UWG 对网红带货营销的法律规制对我国解决上述问题具有重要参考价值。

## 二、UWG 第 5a 条第 6 款意义上的误导行为

在德国反不正当竞争法的体系中,UWG 第 5a 条第 6 款调整的是构成不正当竞争的不作为误导行为(Irreführung durch Unterlassen)。该款规定:行为人不标明其商业行为之商业目的的,如果该商业目的无法从其所处的环境中被直接识别出来,那么只要这种不明确标注足以导致消费者做出其本不会做出的商业决定的,便构成不正当竞争。<sup>⑤</sup> 由此可以看出,此款立法目的是为了为了保护消费者不被某些商业行为所具备的真实目的——即商业目的——所误导。<sup>⑥</sup> 这是因为,与非商业性的行为和言论相比,消费者往往对商业上的亲近行为和言论持怀疑警惕的态度,因此有必要保护消费者不被此类行为或者言论误导,如果不对某些商业行为所具备的商业目的进行明确标注,会导致消费者无法及时做出相应的反应,比如拒绝

---

<sup>①</sup> 《反不正当竞争法》第一条:“为促进社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者合法权益,制定本法。”

<sup>②</sup> 国家市场监督管理总局反垄断和反不正当竞争执法局著:《〈反不正当竞争法〉理解与适用》,北京:中国工商出版社,2017年版,第16页。

<sup>③</sup> 孔祥俊:《新修订反不正当竞争法释评(上)》,知识产权司法保护网,<https://www.chinaiplaw.cn/index.php?id=5390>,访问日期:2021-06-21。

<sup>④</sup> 参见 OLG Frankfurt a. M., GRUR 2020, 208 f.; OLG Braunschweig, BeckRS 2019 2925 f.; OLG Celle, MMR 2017, 769 f.; KG, MMR 2019, 175 f.; LG Berlin, MMR 2018, 543 f.; LG Karlsruhe, GRUR-RR 2019, 328 f.; LG München I, GRUR-RR 2019, 332 f. - Cathy Hummels.

<sup>⑤</sup> § 5a Abs. 6 UWG 的原文为: „Unlauter handelt auch, wenn den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

<sup>⑥</sup> Helmut Köhler, in Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, 38. Aufl. 2020, UWG § 5a Rn. 7.4.