



刷单炒信行为的法教义学审视与刑法规制

娄瀚文, 卢宇

(华东交通大学人文社会科学学院, 南昌 330013)

摘要: 对刷单炒信行为可以从侵害对象角度和实施主体角度进行双重解构,并依据其特性合理入罪。从法益侵害角度看,刷单炒信行为侵犯的是公司的财产权、店铺的合法权益或者电商平台的信用评价机制。从归责主体看,刷单炒信可分为单一式刷单炒信、交互式刷单炒信与平台式刷单炒信。对侵犯公司财产权的刷单行为,可能构成诈骗罪,亦可能构成盗窃罪,关键在于审核主体;对于侵犯店铺权益的反向刷单,应当构成破坏生产经营罪;而侵犯信用评价机制的平台式刷单炒信,不应当以非法经营罪定罪处罚。从法益侵害类型、立法目的以及构成要件符合性视角,运用法教义学的方法,可以考虑适用非法利用信息网络罪。

关键词: 刷单炒信;法教义学;非法经营;非法利用信息网络罪;刑法规制

中图分类号: D914

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2020)08-0433-09

Examine of legal doctrine and criminal law regulation of the credit speculation

LOU Hanwen, LU Yu

(School of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang 330013, China)

Abstract: The behavior of credit speculation can be deconstructed from the perspective of both the object of infringement and the subject of implementation, and be reasonably convicted according to its characteristics. From the angle of legal interests, and the behavior credit speculation violates the property rights of company, legitimate rights and interests of shops or credit evaluation mechanism of e-commerce platform. From the angle of the subject of responsibility, it can be classified into one-way credit speculation, interactive credit speculation and platform-based credit speculation. The behavior of credit speculation infringing property rights of company may constitute a crime of fraud or a crime of theft, depending on the audit subject. The reverse credit speculation infringing the legitimate rights and interests of shops should constitute a crime of destroying production and operation. However, platform-based credit speculation that infringes credit evaluation mechanism should not be convicted and punished for crime of illegal business operations. Based on the type of legal interest infringement, purpose of legislation, and conformity of constituent elements, and with the method of legal doctrine, it can be considered to apply the crime of illegal use of information networks.

Key words: credit speculation; legal doctrine; illegal business operations; illegal use of information network; criminal law regulation

收稿日期: 2020-03-01 网络出版日期: 2020-05-27

作者简介: 娄瀚文(1994—), 男, 重庆人, 硕士研究生, 主要从事刑法学方面的研究。

通信作者: 卢宇, E-mail: luyu0421@126.com

随着网络科技的不断发展与普及,以互联网平台为核心的商业经营模式在我国日益流行起来,传统的线下销售模式逐渐向线上转移。有学者指出,在经历互联网1.0、2.0、3.0时代之后,我国开始步入网络空间时代(2015—2024年)^[1]。事物的发展总是有两面性,新兴产业的发展也会带来犯罪行为的“革新”。电商时代为国民经济提供巨大增量的同时,也成为新型犯罪行为聚集的温床,刷单炒信行为便是一例。目前,关于刷单炒信行为,已有法院做出有罪判决,但判决结论并不统一,不同的法院认为其构成诈骗罪^①、非法经营罪^②或者破坏生产经营罪^③。面对法院的各类判决,学界褒贬不一,例如有的学者认为,破坏生产经营罪的适用并不妥当^[2],有学者则肯定非法经营罪的入罪逻辑^[3],但也有学者认为,将刷单炒信纳入非法经营罪背离了该罪的规范保护目的,会进一步恶化该罪“口袋罪名”的趋势^[4]。

不难看出,无论是实务界还是理论界,对刷单炒信行为的认定分歧较大,并未形成统一意见。笔者认为这是由于对该类行为本质的分析不足,未辨明其法益侵害本质所致。因此本文将对刷单炒信行为进行类型化的分析,并结合目前已经发生的案例,对法院的判决进行教义学的审视,在此基础上针对其提出刑法领域的应对之策。

一、刷单炒信行为的类型化解构

所谓刷单炒信行为,是指在互联网交易平台上通过虚假交易或者对商品做出虚假评论,以此炒作商家的信用度,获取不正当利益的行为。狭义的刷单炒信行为仅指通过虚假交易或虚假评论使商品信用度上升的情况。广义的刷单炒信行为还包括通过刷单大幅度降低对手商家信用度的情况,又被称为反向刷单。

(一)以侵害对象为分类标准的法益侵害解读

在现实生活中,刷单炒信行为一般有三种情况。第一种是行为人通过某种途径给自己刷单,使消费者误以为该网店有较好的声誉。这种情况的典型案例分析,浙江省杭州市余杭区2017年判决的李某某非法经营案^④。第二种情况是,行为人通过恶意刷单,使互联网公司误认为自己完成了某项任务或者达到了某种成就,由此骗取互联网公司的奖励,例如2015年常某恶意刷单套取补贴案^⑤。第三种情况是,为了打击竞争对手或者报复某个商家,行为人恶意刷单,使其信用评价降低甚至受到处罚。这一行为又被称为反向刷单,例如董某、谢某破坏生产经营案^⑥。

分析上述案例中发生的三种行为可知,其本质区别是侵害的对象不同。第二种情况侵害的是互联网公司的经济利益,第三种情况侵害的是商家的合法权益,对此实务界和理论界不存在较大争议。但对第一种行为侵犯法益的理解,却存在一定程度的分歧。以李某某非法经营案为例,李某某在网站平台上制定了刷单炒信规则与流程,组织会员通过该平台发布或接受刷单炒信任务。会员缴纳会费承接任务后,通过与发布任务的会员在淘宝网上进行虚假交易并给予虚假好评的方式赚取任务点,使自己能够采用悬赏任务点的方式吸引其他会员为自己刷单炒信,进而提升自己淘宝店铺的销量和信誉。可能有人认为,李某某的行为侵犯了淘宝卖家的合法权益,但仔细分析则不然。虽然卖家通过违法手段,使买家误以为自己的信誉很高,进而欺骗了消费者,但这并不一定给消费者带来损失。例如,有的店家售卖的产品确实品质优良,只是因为网店新开张,缺乏人气,才采取花钱雇人刷单的行为,想借此提升网店的知名度。在这种情况下,虽然买家对店家的知名度、信誉度有所误解,但对于商品本身的认识并没有错。买家支付的价款是商品的对价而非信誉的对价。因此,只要商品本身是合格的,买家的权益就没有受到损害。其实店家通过虚假交易营造出自己的商品很受欢迎的假象,除了欺骗消费者以外,还有一个重要的目的,就是“欺骗”网购平台的算法^⑦。在网购平台上,店铺的排名对店家有着举足轻重的作用。交易量大、受欢迎的店家往往会被平台放在靠前的位置,更方便买家搜索。卖家要让买家误以为其网店很受欢迎的前提是买家能够搜索到自己的网店,从这个意义上讲,“欺骗算法”比欺骗买家更为重要。由于算法是为了将更好、更受欢迎的店家筛选出来,为卖家提供了一个信用的评判标准。现在各大互联网平台的店家成百上千,买家一一去考察店

① 具体案情参见恶意刷单套取补贴 滴滴打车司机因犯诈骗罪被判刑。http://www.legaldaily.com.cn/IT/content/2016-05/19/content_6637824.htm?node=69471。

② 参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初726号刑事判决书。

③ 参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

④ 具体案情参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初726号刑事判决书。

⑤ 具体案情参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

⑥ 关于机器是否能被骗,一直是备受争议的话题,为了方便讨论,本文对此采取“欺骗算法”的说法。

铺的信用度是不现实,也是不经济的。信用可谓是互联网金融平台的底层逻辑,是电商平台得以运营的基石。算法则以用过一定的评价公式对店铺进行排序的方式,来向买家展示这种信用评定,从而节约买家筛选成本,使网购变得可能。因此笔者认为,第二种类型的刷单炒信行为通过“欺骗算法”,损害了这种信用评价机制,即侵犯的法益是信用评价机制。

明确每类行为侵害的法益,有助于认识行为的本质,从而更好地指导定罪。如果一种行为侵犯的是个人的财产权,那么就应当在刑法的侵犯财产权一章去寻找相应罪名,而不应当考虑破坏社会主义市场经济秩序的相关犯罪,反之亦然。对第一类侵犯信用评价机制的行为,罪名选择争议较大,下文将详细分析。对第二类侵犯互联网公司财产权的行为,应当在侵犯财产权一章中寻找相应罪名。第三类行为侵犯商家合法权益,应当考虑在保护生产经营的罪名中寻找规制方法。

(二)以实施者为分类标准的归责主体解读

在互联网平台兴起的背景下,刷单炒信行为经过不断演化,已经呈现出结构复杂化、方式多元化、人员分工化的特征。有学者分析了刷单炒信行为的发展过程,将其总结为五代:第一代的刷单炒信行为是卖家自己冒充买家为自己刷单;第二代是卖家利用电脑软件进行职业化刷单;第三代是两个卖家互相为对方刷单;第四代是多个卖家形成一个“刷单小分队”,互相刷单;第五代出现了专门用于刷单的第三方平台,卖家在平台上共同刷单^[5]。由此可见,刷单炒信行为在发展的过程中,参与人员不断丰富。对刷单主体的识别,将有利于找准归责对象,从而适用刑法。据此,可以将刷单炒信分为单一式刷单炒信、交互式刷单炒信与平台式刷单炒信。

单一式刷单炒信即卖家为自己刷单炒信的类型,既包括自己注册账号进行虚假交易,又包括使用专业的电脑软件进行刷单炒信。其特点是只有卖家一方参与刷单炒信行为,受益者也是卖家自己。既然参与者只有卖家自己,如果要进行归责,当然只能追究卖家自己的责任。

交互式刷单炒信则指两个卖家或者多方卖家形成一个群组,相互刷单炒信的行为。这类刷单炒信虽然也是只有卖家参与,但是卖家的人数变多。同时由于是相互刷单,行为的直接受益方也成为了对方。虽然在此也只能追究卖家的责任,但这类刷单炒信行为与单一式刷单炒信不同的是,卖家之间可能存在共犯关系,可能构成共同正犯。

平台式刷单炒信则是指在第三方平台上进行的刷单炒信行为。显而易见的是,这种类型下的刷单炒信,介入了平台设立者(或者平台管理者、平台运营者)的行为。在平台上,卖家也被分为了发单方与刷单方。发单方与刷单方的关系类似于交互式刷单炒信中卖家与卖家的关系,而平台管理者原则上不会直接参与发单或者刷单的行为,因此其与卖家之间的关系值得探讨。对此,有两种分析思路:一种是将平台设立者(管理者、运营者)视为组织者,即组织大量想要刷单炒信的卖家一同实施刷单炒信行为;第二种思路是将平台设立者(管理者、运营者)视为卖家刷单炒信的帮助者,他为卖家实施刷单炒信行为提供了大量信息、资源,从而帮助卖家更容易进行刷单炒信。当然,这两种思路并非对立关系,而是可以同时存在的。如果要对平台设立者(管理者、运营者)进行归责,应当立足于其作为组织者或者帮助者的立场,而不能将平台管理者直接视为刷单炒信者。

二、现有判决的教义学审视

前述三个案例(李某某非法经营案、常某恶意刷单套取补贴案、董某和谢某破坏生产经营案),法院均已有了相应的处理结果。在前文对刷单炒信行为进行细致分析的基础之上,便可以对这些判决进行更深刻的分析。

(一)常某恶意刷单套取补贴案

对于常某假造行程恶意刷单,以骗取高额补贴的行为,北京海淀法院认为,常某骗取滴滴公司优惠券属于诈骗的行为,因此以诈骗罪判处有期徒刑8个月。上海也曾发生类似案例,上海普陀法院同样对因恶意刷单、非法套取补贴获利的滴滴专车司机王某、董某等4人以诈骗罪论处,并处相应的罚金^①。可以看出,实务中对于捏造交易事实骗取公司财物的行为认定为诈骗罪几乎不存在争议。行为人通过造假,使滴滴公司陷入错误认识而给付财物,符合诈骗罪的构成要件。同时,此类行为侵犯的是公司的财产,属于刑法第五章所要保护的财产权利的范畴,属于诈骗也符合前述对此类行为侵害法益的分析,因此构成诈骗罪是合理的。需要注意的是,这是在目前案件事实的基础上得出的结论。如果公司、企业的审查机制发生变化,则不一定构成诈骗罪,对此下文分析。

^① 参见恶意刷单套取补贴 滴滴打车司机因犯诈骗罪被判刑.
<http://www.chinanews.com/business/2016/05-19/7875473.shtml>.

(二)董某和谢某破坏生产经营案

在此案中,董某为谋取市场竞争优势,雇佣谢某多次以同一账号大量购买对手淘宝网店铺的商品,致使该店铺被淘宝公司认定为虚假交易刷销量,并对其搜索降权。因消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到该店铺的商品,严重影响该公司正常经营。经审计,影响经营而产生的经济损失约16万元。法院认定,被告人主观上具有报复和从中获利的目的,客观上实施了反向炒信行为,导致竞争对手的淘宝店铺被淘宝网实施了搜索降权,其生产经营因此受到严重影响,遭受重大损失,应以破坏生产经营罪定罪处罚^①。

对于此案的判决,笔者认为值得肯定的。首先根据前述分析,此种行为类型主要侵犯的是对手店铺的经营权,进而损害了其获得收益的权利,而破坏生产经营罪便是位于刑法分则第五章之中。需要注意的是,案中行为人并未侵害信用评价机制这一法益。因为此案属于单一式刷单炒信,整个过程中仅仅董某和谢某两个人参与,而且刷单对象也就只有一家店铺。所谓信用机制一定是整个交易平台上的信用机制,对于单个商家的搜索降权处理,并不足以撼动整个淘宝平台的信用机制。换言之,只有类似于平台式刷单炒信的对多个店铺大量虚假刷单行为,才可能影响到整个交易平台的信用机制。

有学者认为,对此案评价为破坏生产经营罪并不妥当,理由是:该罪中的“其他方法”应该遵从同类解释规则,与该条中的“破坏”“残害”同性质。“破坏”是一种有形的毁坏,而此案中并不存在破坏店家的生产设备,店铺被降权并不意味着店铺被破坏,因此不构成破坏生产经营罪^[2]。笔者认为此观点过于守旧,不能适应时代的发展。关于“毁坏”一词的基本含义,刑法理论上一直都有三种不同的观点,即有形侵害说、无形的毁损说与效用侵害说。有形侵害说要求毁坏必须对财物施加有形的作用力;无形的毁损说认为只要使财物完全或者部分不能按其本来的用法使用,即是无形的毁坏;效用侵害说则认为毁坏是指损害财物的效用的所有行为^[6]。很明显,前述论者采取的是有形侵害说。然而,有形侵害说存在明显的缺陷,例如,若将他人的金戒指扔进河里的,按照该说,戒指不存在物理上的毁坏,价值也完好无缺,故而不构成故意毁坏财物罪,这明显不合适。因此,目前日本的通说采取的是效用侵害说。即使是主张形式解释论的陈兴良教授也认为有形侵害说有不妥之处,故而主张无形侵害说^[7]。我国法

律界通常认为,破坏生产经营罪破坏的不是财物本身,“有时无财物损坏但也会使生产经营无法正常进行”^[8]。若按照后两种学说,破坏生产经营罪中的毁坏便无需限制为物理性的毁坏,而行为人使消费者搜索不到店铺的做法,确实损害了店铺用来交易这一效用,因此符合破坏生产经营罪的构成要件。

(三)李某某非法经营案

刷单炒信行为是近年来才出现的新行为,浙江省杭州市余杭区人民法院判决的此案是全国非法刷单刑事案件的首例。法院判决构成的非法经营罪又是刑法中著名的口袋罪,学者们一直致力于限制口袋罪的适用,以防止国家刑罚权的不当扩大。第一例刑事判决再加之口袋罪的适用,使得实务界与理论界对此案都格外关注。对于此案的判决结果,学界也是褒贬不一,分歧较大,因此有必要重点分析。

法院认为,李某某在不具备获得增值电信业务经营许可的条件下设立互联网平台组织他人刷单的行为,违反了国务院颁布的《互联网信息服务管理办法》(简称《办法》)的规定^②,即违反了国家规定。同时,平台会员“刷单炒信”的行为属于最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(简称《解释》)第七条规定^③中的“有偿提供发布信息服务”,因而适用该条规定,违反《刑法》第二百二十五条第(四)项。被告人李某某违反国家规定,以营利为目的,明知是虚假的信息仍通过网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序,情节特别严重,其行为已构成非法经营罪。

然而,笔者的基本观点是,李某不构成非法经营罪,具体分析如下。

1. 有社会危害性并不能当然地得出入罪结论

浙江省杭州市余杭区人民检察院的办案人员指出,刷单炒信行为对淘宝网等所有网购平台的信誉排名机制进行破坏,影响到买卖双方的正常经营与消费……长此以往,将严重扰乱网购市场的公平竞

① 参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

② 《办法》规定,通过互联网上网用户有偿提供信息等服务活动系经营性互联网信息服务,应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理增值电信业务经营许可证。

③ 《解释》第七条规定:违反国家规定,以营利为目的,通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序,具有下列情形之一的,属于非法经营行为“情节严重”,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚。

争秩序和正常买卖秩序,继而严重破坏以互联网经济为重要组成部分的市场经济……刷单炒信行为也撼动了整个网络购物的诚信体系^[9]。另外也有学者认为,刷单炒信行为所涉利益巨大,已趋向规模化、产业化,而民事、行政手段已集体失灵。此时,只有以刑法弥补法律漏洞、保护经济秩序,发挥其后盾法、救济法的功能,方能指引电商市场秩序从“刷单乱象”之中破局突围^[10]。笔者并不否认刷单炒信行为具有一定的社会危害性,但且不论这种社会危害性是否达到了值得动用刑法处罚的地步,即便是具有法益侵害性,这也只是说明入罪的必要性。英国哲学家休谟早在18世纪便提出,任何事实判断无法包含价值判断,即“永远无法用逻辑方法从只包含非价值判断性描述的前提中推导出包含‘应当’一词的结论。”^[11]反之亦然。批判性的法益概念是用于指导立法是否将一个行为规定为犯罪,其可以为一个行为是否应当纳入刑法提供理由,但不能在司法层面证明一个行为是犯罪。狭义的法益概念用于指导刑法解释以得出合理的结论,但某个行为应当出罪或者应当入罪是我们解释想要追求的结论,即为目的。一个行为是否入罪并非看应不应当入罪,而应当考虑其构成要件的符合性。目的解释并不能得出天然符合罪刑法定原则的结论,目的的正当性不能得出手段的合理性。因此,该行为是否属于非法经营的行为,应当从构成要件的视角进行教义学的审视。

2. 实质侧面的法益侵害缺失

犯罪的本质是法益侵害,法益侵害是犯罪的必要条件而非充分条件,即虽然具有法益侵害性的行为不一定是犯罪,但犯罪一定具有法益侵害性。在具体个罪的讨论中,除了笼统地讲行为具有法益侵害性以外,还应当明确其具体侵害的是什么法益。如果行为侵犯的法益与定罪罪名所保护的法益不一致,那么至少在罪名选择层面,是存在问题的。

首先,从非法经营罪所保护的法益来看,由于非法经营罪位于刑法分则第四章第九节扰乱市场秩序罪中,因此一般认为,非法经营罪所保护的法益是市场管理秩序,即严重扰乱市场秩序是该罪的实质要求^[12]。然而,单纯的将非法经营罪保护的法益界定为市场管理秩序太宽泛了,这一节的罪名都可谓是侵犯市场管理秩序,从而使法益丧失了区分此罪与彼罪的功能。非法经营罪是著名的口袋罪,面对这种罪名,如果还采取这种泛化的法益界定,无疑会使该罪的成立范围进一步扩大。另一方面,该罪前三项行为模式规定得较为明确,而第四项的兜底条款

是非法经营罪容易成为口袋罪的症结所在。对于兜底条款,刑法理论一般要求采取同类解释规则,即兜底条款的解释应当与其并列的明确条款具有相当性^[13]。因此无论是从口袋罪的限制适用的角度出发,还是根据同类解释规则,都应当对第四项行为所侵犯的法益有所限制,其划定的范围应当参考前三项行为。学界也普遍认同,在保留第四项的基础上,严格限制堵截条款的适用^[14]。非法经营罪前三项的行为,无论是经营专营专卖的物品的买卖,还是进出口许可证,经营证券、期货、保险等资金结算业务,都是国家特许经营的范围,因此都是对国家许可制度的破坏。然而此案中,李某某经营的是“炒信”这一服务,对“炒信”并不存在国家专营的许可制度。“炒信”行为更多的是侵害市场的信用机制,而这并非非法经营罪意欲保护的法益,因此不应当属于第四项规制的范围。

其次,非法经营罪的“非法”,是为了提示行为的违法性。换言之,既有非法经营,就有合法经营。非法经营罪前三项的行为,无一不对应着合法的经营行为。又如,我国《刑法》第二百三十八条规定了非法拘禁罪,之所以有“非法”一词,是为了提示司法人员,还存在合法拘禁,例如公安机关的对犯罪嫌疑人拘禁,公民扭送犯罪嫌疑人时限制人身自由的行为皆属于合法拘禁,不能适用《刑法》第二百三十八条的规定。反之,如果不存在对应的合法经营行为,则不应当认定为非法经营。例如贩卖毒品、淫秽物品,也可谓违反国家规定的非法经营,但不会认定为非法经营罪。因此,如果认为,李某某经营的刷单炒信行为属于非法经营,那么与之相对的应该存在一个合法的刷单炒信业务。显然,政府不可能特许某个机构经营刷单炒信业务。换言之,要先有许可的可能性,才存在因没有获得许可而属于非法经营的问题。从这个角度讲,李某某的行为也不具有非法经营罪的违法性。

3. 形式侧面的构成要件符合性缺乏

第一,在行为性质方面判断有误。按照法院判决的逻辑,李某的行为属于《解释》第七条规定的行为类型,即“有偿提供删除信息服务”或者“明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息”之一。但他的行为明显不属于前者,因此法院认为李某“明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息”。但这明显是混淆了交互式刷单炒信与平台式刷单炒信。此案中,即使存在虚假信息,也是淘宝店家直接发布的,而非李某发布的。李某只是提供一个让店

家之间相互刷单的平台,根本没有制造或者发布虚假信息。李某的作用最多只是一个组织者或者教唆者或者帮助者,因此,“可见该平台会员‘刷单炒信’的行为方式即《解释》第七条规定的‘有偿提供发布信息服务’”^[9]的观点,显然混淆了李某在平台式刷单炒信中的地位。法官在判决中曾指出,“被告人李某某创建炒信平台,为炒信双方搭建联系渠道……引导部分淘宝卖家在淘宝网上对商品、服务作虚假宣传……系犯意的提出、引发者”^①,此种表述似乎是将李某当作教唆犯。然而,首先,教唆犯的特点是引起他人犯意。店家之所以在该平台上注册,就是因为其本身就有了想要刷单炒信的想法,李某只不过是帮助其更容易找到刷单的渠道,顶多算一个帮助犯。其次,即使承认这属于教唆,既然店家自己给自己刷单并不属于非法经营,那么按照共犯从属性说,教唆他人刷单也不应该属于非法经营。

第二,违反“国家规定”的判断有误。法院认为,李某违反了国务院颁布的《办法》,其进行经营性互联网信息服务而没有相应资质。根据《办法》第三条规定,经营性互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。若是如此理解经营性互联网信息服务,那其范围可以说毫无边际。比如,在QQ或者微信上收受红包告诉同学今天班上发生的趣事,这一行为也可谓是“通过互联网向上网用户有偿提供信息”。显然,要作为非法经营罪的前置性规定,必须对经营性互联网信息服务进行限制解释。《办法》出台的背景,是为了治理“网络水军”^[15],而网络水军的一大特点是大量发布虚假信息。因此,在非法经营罪中理解“通过互联网向上网用户有偿提供信息”时,特指提供的虚假信息,否则就算是提供真实信息也属于违法行为,这显然不合常理。在此案中,李某向店家提供的是谁有刷单需求、而谁可以帮忙刷单的供求信息,这些信息都是真实的信息,因此不应纳入《办法》规定的范畴。

三、刷单炒信行为的刑法规制

如今网络销售行为与日俱增,刷单炒信行为的社会危害性是不容置疑的,因此确实需要将这类行为纳入刑法的规制范围之内。但根据行为类型不同,侵犯的法益有所不同;同时,每个行为涉及的主体不同,追责的对象也不尽相同。因此,需要对三类行为进行刑法层面的教义学分析。

(一) 恶意刷单骗取补贴之规制

关于常某恶意刷单套取补贴案,更具有一般意义的抽象案例模型为,公司、企业在网络平台上设立了一个奖励机制,若是行为人完成一定任务,则对其给予一定物质奖励。行为人为了获得奖励,通过恶意刷单伪造数据,使其符合奖励条件,最终顺利获得钱财。

按照前述法益侵害对象的区分标准,此种情况无疑侵犯了公司、企业的财产权,因此应当构成侵犯财产类的犯罪。对此类案件,实践中几乎都直接以诈骗罪论处,学界基本上也无反对之声,笔者在前文也肯定了判决的合理性。

但是这并不意味着,类似案例一定会构成诈骗罪。上述案件中的行为可以概括为:行为人恶意刷单达到公司要求的标准→提交材料公司审核→公司审核通过→发放奖励,而诈骗罪的基本构造为:虚构事实→使对方陷入错误认识→对方基于错误认识处分财产→行为人获得财产。上述行为看似非常符合诈骗罪的行为模型,实在不然,问题出现在公司审核环节。现代社会智能系统愈发的普及,很多平台上的奖励是系统自动发放的。当达到商家事先设置好的要求,例如完成100个订单,系统便自动向完成者发放代金券。如此一来,所谓的提交材料公司审核实际上是系统自动审核,公司审核通过实际上是系统认定通过。换言之,此处并无具体的操作人陷入错误认识,真正陷入错误认识的是系统。这种情况类似于,行为人伪造了一张信用卡去ATM取钱,或者行为人将一块金属投入自动贩卖机,而ATM机未能识别出信用卡为假卡,自动贩卖机未能识别出该金属不是硬币,行为人进而取得现金或者物品。

不难发现,问题的关键回到了“机器能否被骗”这个古老的话题。关于此问题,已有许多学者进行论述,在此笔者不再展开^②。笔者只是想强调,在现行的主流观点——机器不能成为被骗对象之下,如果发放代金券等补贴是由电脑系统自动判定后“做出的决定”,而无需人工审核的场景,则缺少“陷入认

① 参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初726号刑事判决书。

② 相关讨论可参见:张明楷.机器不能成为诈骗罪的受骗者[J].刘宪权.刑法学研究(第2卷)[M].北京:大学出版社2006:84.高国其.机器诈骗罪罪浅议[J].中国刑事法杂志,2010(3):34-40.刘明祥.再论信用卡在ATM机上恶意取款的行为性质——与张明楷教授商榷[J].清华法学,2009,3(1):74-86.刘宪权.信用卡诈骗罪若干疑难问题研究[J].政治与法律,2008(10):43-50.

识错误”这一关键要件,因此不能构成诈骗罪,只能以盗窃罪定罪处罚。

(二)反向刷单之规制

前文已述,反向刷单行为损害了商家获得收益的权利,换言之,破坏生产经营罪所要保护的法益确实受到侵害。剩下的问题则是,行为人的行为能否涵摄于“破坏生产经营”的范围之内。按笔者前文确立的效用侵害说,将反向刷单行为认定为对店铺效用的破坏也在情理之中,故而对该行为应以破坏生产经营罪定罪处罚。

由于反向刷单通常是一个店家独自或者联合其他店家一起实施的行为,与平台无关。进一步说,在反向刷单中,平台或者平台相关的系统反而是一个“被骗者”,系统误以为该店铺真的获得了大量差评,进而对店铺进行降权。不难发现,平台更加类似于一个受骗者的角色。因此,此类案件一般都属于单一式刷单炒信或者交互式刷单炒信的类型。对此,只需要运用共犯原理,追究反向刷单者的责任即可。

至于对于其他人是按共同正犯处罚还是帮助犯处罚,笔者认为可以根据他人刷单的数量、频率进行区分。如果他人只是一两次少量的刷单,可以视为情节显著轻微,危害不大,不认为是犯罪;如果是多次刷单但刷单的数量不是太多的,可以以帮助犯处罚;而对于多次大量刷单之人,则应该以共同正犯处罚。需要指出的是,如果其他人是因为受到欺骗而反向刷单,则可能因为缺乏主观故意而不能定罪。例如,甲对ABCD等人谎称乙卖的东西属于劣质品,让ABCD等人帮忙给差评的,ABCD没有破坏生产经营的故意。由于本罪并不处罚过失,因而只能以无罪处理。

(三)设立、组织刷单平台之规制

对于此类行为,无疑属于平台式刷单炒信。前文已经论证,该行为不应属于非法经营罪。笔者认为,应当在明确行为人地位以及侵害法益的基础上寻找对策。基于此,笔者认为《刑法修正案(九)》新增的非法利用信息网络罪是较为合理的应对路径。

1.法益归属之证成

互联网时代,犯罪行为开始依附于网络的现象称为犯罪行为网络化,或称之网络犯罪。笔者曾撰文将网络犯罪分为“网络对象犯”“网络工具犯”与“网络主体犯”。其中,网络工具犯是指网络工具犯是指,将计算机网络当作犯罪工具,来实施传统社会已有的犯罪^[16]。刷单炒信行为虽然是互联网时代新生的行为类型,然而其本质就是网络卖家通过虚

假宣传,夸大自己商品销售量的行为。就其本质而言,与商家在大街上雇人为自己店铺吆喝、当托儿没什么区别,只是地点从大街转移到了网上,方式从吆喝变为了评论。因此,设立刷单平台组织刷单炒信的行为也属于网络工具犯的范畴。

对于网络工具犯,应当视原始法益的类型选择合理的规制路径。如果传统行为的所侵害的法益之前就属于刑法保护的范畴,则可以通过解释学的路径,用现有罪名规制;反之,如果传统犯罪所侵害的法益不能纳入到刑法原有的保护范畴,则应当采取立法路径加以规制^[16]。前文已经分析,设立刷单平台组织刷单炒信行为,损害的法益主要是信用评价机制。信用评价机制,从维护金融交易的角度来说,可谓是经济市场秩序的一环,而从社会信用系统构建的角度看,则可以归入社会管理秩序。刑法分则第六章保护的法益就是社会管理秩序,其中第二百八十七条之一非法利用信息网络罪所保护的法益更是互联网的管理秩序,与设立刷单平台组织刷单炒信行为所侵害的法益相同。因此,对此行为可以采取解释学的方法,考虑使用非法利用信息网络罪定罪处罚。

2.立法目的之符合

从立法目的看,非法利用信息网络罪的立法方式被称为共犯正犯化^①,即“原本属于刑法上的共犯行为,由于立法者将其直接规定在刑法分则的条文之中,使其成为正犯而不再总则有关共同犯罪的规定之情形。”^[17]之所以要采取这种立法模式,是因为在互联网时代,犯罪行为有着网络复制性、网络聚焦性、网络扩散性的特点,现实社会中危害不大的行为,可能通过互联网这个放大器,以“一对多”的模式将原有的少量社会危害性无限放大^[18]。从共犯的角度看,主犯实施的行为可能并不足以动用刑法,但共犯通过网络实施大量的帮助行为时,其社会危害性便凸显出来,甚至远超过主犯的社会危害性,因此需要将传统刑法中的帮助行为予以正犯化,以应对网络时代犯罪的新趋势。

① 也有学者把二百八十七条之一的立法模式解读为预备行为的实行化。但这并不影响将此罪同时解释为共犯正犯化。因为预备行为本就可以分为自己预备和他人预备,后者的场合,即为他人实施犯罪行为进行预备之时,也可谓帮助他人能更好的实施犯罪。而分析本条规定的行为模式可知,为他人犯罪“准备工具、制造条件”的,是可以符合本罪的构成要件的,这种情况便可以属于帮助犯的正犯化。参见:车浩,刑事立法的法教义学反思——基于《刑法修正案(九)》的分析[J],法学,2015(10):3-16.

非法利用信息网络罪正是在这种背景下诞生的,在网络上为他人诈骗、销售管制物品等行为或者设立网站、发布信息等行为,属于他人犯罪行为的帮助行为。类似于诈骗等犯罪活动,在主犯未能到案时,根据共犯从属性说,帮助犯无法归罪。再者,当主犯诈骗数额达不到定罪标准时,或者主犯实施的是销售管制物品一类的属于一般违法行为之时,按照刑法理论,对从犯更是不能处罚。而行为人通过网络帮助大量这样的主犯之时,社会危害性远超单个主犯,值得刑法处罚。因此《刑法修正案(九)》规定了非法利用信息网络罪,以应对上述情况。

就前述的李某某非法经营案而言,上文已指出,单个店家自己刷单的行为虽然违法,但还不足以破坏整个电商的信用评价机制,因此店家的行为不是犯罪。在平台式刷单炒信中,平台管理者仅仅是以组织者或者帮助者的身份参与到整个刷单炒信行为之中的,只是他通过平台帮助了大量的店家,这导致其帮助行为的社会危害性大大增加,因此有必要纳入刑法处罚。将平台设立者(管理者、运营者)纳入非法利用信息网络罪,完全符合帮助犯正犯化的立法初衷。

3. 构成要件之充足

根据我国《刑法》第二百八十七条之一规定的非法利用信息网络罪一共有三种行为方式,同时还要求“情节严重”,笔者认为,平台式刷单炒信完全符合该罪的构成要件。

首先,刷单炒信行为属于违法行为。《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条规定:经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。《广告法》第二十八条规定:广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的,构成虚假广告。广告有下列情形之一的,为虚假广告:(二)商品的性能、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、曾获荣誉等信息,或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息,以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符,对购买行为有实质性影响的。另外,《全国人大常委会关于维护互联网安全的决定》第三条第一项两高颁布的《解释》第七条规定以及淘宝电商运营的规则等规范性文件都对炒信行为有所规定。行为人虽然没有直接炒信,但是设立互

联网平台用于炒信这一违法行为,完全符合第二百八十七条之一第(一)项:“设立用于……等违法犯罪活动的网站、通讯群组的”这一构成要件。

即使行为人设立网站的初衷并非用于刷单炒信,其在平台上为意欲刷单炒信者提供信息,促使其相互刷单的违法行为,也完全符合第(三)项:为实施……违法犯罪活动发布信息的。因此,行为人的行为符合非法利用网络信息罪的行为要件。

其次,关于“情节严重”的认定。大陆法系国家一般采取的是“立法定性、司法定量”的模式,而我国刑法则是在立法上不仅定性,而且定量,这也就使我国刑法中出现大量的“情节严重”“数额较大”等表述。陈兴良教授^[19]将之称为罪量的要素。张明楷教授^[20]也认为,对于刑法中的“情节严重”等表述,应该纳入构成要件的内容,如果行为符合分则规定的类型,但没有达到情节严重,也不能算是符合构成要件。因此,行为要件符合之后,便要探讨行为人的行为是否达到情节严重的标准。关于非法利用网络信息罪中的“情节严重”,目前暂无司法解释加以明确,在司法实践中完全靠法官自由裁量。

有学者指出,非法利用网络信息罪中的“情节严重”需要考虑传播面和非法所得数额^[21-22]。笔者赞同此观点。该罪的行为要件中涉及“诈骗”或“销售”等行为,对于这类行为的社会危害性,违法所得是最直接也是最重要的一个评价指标。同时在网络犯罪中,传播量也是一个十分重要的因素。例如,在同样属于网络犯罪的《刑法》第二百八十五条中,两高《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第三条规定了属于提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪中的“情节严重”的判断标准,其中就涉及程序的使用人数。同样,两高《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条将同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的情况到了“情节严重”的认定范围。这都是对传播面的考量。

具体到平台式刷单炒信行为,平台中的刷单者数量、刷单行为的数量、违法所得数额都可以成为情节是否严重的判断依据。前述李某某非法经营案中,虽然判决中未涉及平台上店家的数量,但违法所得已经达到了80余万,这完全满足“情节严重”这一构成要件。

四、结 语

互联网给人们带来便利的同时,不可避免地带来了负面影响,因此有必要为科技的发展栓上一条法律的安全绳。面对社会的快速发展,法律一定是滞后的。但是,不应当因为新出现的事物社会危害性足够大,便通过违反罪刑法定的类推解释去解决法律的滞后性,也不应当盲目地适用口袋罪已达到入罪的目的。面对刷单炒信行为,应当细致分析它的类型与特点,准确找到刑事责任承担的主体,通过目光在法条与事实之间的来回穿梭,以达到精准定罪的目的。

对于刷单炒信行为,准确区分侵犯的具体法益是为该行为定性的第一步。对于仅仅侵犯公司、企业的财产权的刷单炒信行为,只能考虑使用财产犯罪进行规制。当行为人恶意刷单骗取补贴时,关键在于资格审查是由人工完成还是机器自动完成,前者属于诈骗罪,后者属于盗窃罪。如果利用反向刷单行为侵犯了店铺的权益,妨碍其正常经营的,则构成破坏生产经营罪。对于主要是破坏互联网体制中的信用评价机制的刷单行为,要注意其并未侵犯非法经营罪的法益,而应当考虑以非法利用网络信息罪定罪处罚。此外,还需要考虑刷单行为的不同主体类型,进而运用共犯理论,对不同的犯罪人判处恰当的刑罚。

参考文献:

- [1] 于志刚.网络思维的演变与网络犯罪的制裁思路[J].中外法学,2014,26(4):1045-1058.
- [2] 叶良芳.刷单炒信行为的规范分析及其治理路径[J].法学,2018(3):177-191.
- [3] 郑燕冰.组织网络刷单炒信行为的定性分析[D].湘潭:湘潭大学,2017.
- [4] 王华伟.刷单炒信的刑法适用与解释理念[J].中国刑事法杂志,2018(6):95-111.
- [5] Zhang Y, Bian J, Zhu W X. Trust fraud: A crucial challenge for China's e-commerce market[J]. Electronic

Commerce Research & Applications, 2013, 12(5):299-308.

- [6] 刘明祥.财产罪比较研究[M].北京:中国政法大学出版社,2001:418-420.
- [7] 陈兴良.形式解释论的再宣示[J].中国法学,2010(4):27-48.
- [8] 朱建华.刑法分论[M].2版.北京:法律出版社,2016:301.
- [9] 徐芬,沈艺婷.组织刷单炒信触犯法律底线:浙江省杭州市余杭区检察院办理全国首例组织刷单炒信案纪实[J].人民检察,2017(18):67-69.
- [10] 高艳东.信息时代非法经营罪的重生:组织刷单案评析[J].中国法律评论,2018(2):146-153.
- [11] 唐纳德·帕尔玛.为什么做一个好人难:伦理学导论[M].黄少婷,译.上海:上海社会科学院出版社,2010:8-9.
- [12] 郑勇.非法经营罪的扩张:原因及其对策[J].中国刑事法杂志,2018(1):100-110.
- [13] 张明楷.注重体系解释:实现刑法正义[J].法律适用,2005(2):34-38.
- [14] 富饶,姚万勤.非法经营罪堵截条款限制适用[J].社会科学家,2017(10):110-114.
- [15] 武良军.非法经营罪堵截条款异化之研究[J].环球法律评论,2014,36(5):33-48.
- [16] 卢宇,姜瀚文.犯罪网络化对法益影响的类型化分析及对策[J].宜宾学院学报,2019,19(5):62-70.
- [17] 卢宇,姜瀚文.论共犯的正犯化:以《中华人民共和国刑法修正案(九)》为视角[J].石家庄学院学报,2018,20(5):85-92.
- [18] 于志刚.网络犯罪与中国刑法应对[J].中国社会科学,2010(3):109-126.
- [19] 陈兴良.作为犯罪构成要件的罪量要素:立足于中国刑法的探讨[J].环球法律评论,2003(3):275-280.
- [20] 张明楷.论刑法分则中作为构成要件的“情节严重”[J].法商研究(中南政法学院学报),1995(1):14-19.
- [21] 董玉泉.非法利用信息网络行为的刑法规制研究[D].南京:东南大学,2017.
- [22] 李成媛.论非法利用信息网络罪[D].绵阳:西南科技大学,2018.

(责任编辑:陈丽琼)