

网络刷单的法律 responsibility 及其立法规制

汪梦婷

宁波大学, 浙江 宁波
Email: 1603556847@qq.com

收稿日期: 2020年9月29日; 录用日期: 2020年10月12日; 发布日期: 2020年10月19日

摘要

由于互联网的发展而兴起的电子商务, 因其网络购物的自身特点, 以及商家追逐利益的需求, 导致网络刷单行为盛行, 甚至出现了刷单组织, 形成了一条灰色产业链。这种现象如不能有效治理, 在损害其他商家和消费者利益的同时, 还会影响整个电子商务的发展, 破坏市场秩序。不同的网络刷单中涉及的法律主体是不同的, 针对类型各异的网络刷单, 在民法、经济法、行政法三个部门法不足以规制此类行为时, 有必要适用刑法。针对现有法律难以解决的问题, 提出了相应的立法完善建议。

关键词

网络刷单行为, 法律性质, 法律责任, 立法规制

The Legal Responsibility of Online Shopping Brushing and Its Legislative Regulation

Mengting Wang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 1603556847@qq.com

Received: Sep. 29th, 2020; accepted: Oct. 12th, 2020; published: Oct. 19th, 2020

Abstract

The rise of e-commerce due to the development of the Internet, due to its own characteristics of online shopping and the demand of merchants to pursue profits, leads to the prevalence of online brushing behavior, and even the emergence of brushing organizations, forming a gray industrial chain. If this phenomenon cannot be effectively controlled, it will damage the interests of other businesses and consumers and affect the development of e-commerce, as well as disruption of market order. In view of different types of online shopping brushing, it is necessary to apply

criminal law when civil law, economic law and administrative law are not enough to regulate such behavior. In view of the existing law which is difficult to solve the problem, then put forward the corresponding legislative improvement suggestions.

Keywords

Network Brushing Behavior, Legal Nature, The Legal Responsibility, Legislative Regulation

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

传统的购物方式多为线下交易，即商家和消费者面对面所购商品进行交易，随着网络技术的发展，使我们处于一个全新的世界——“互联网时代”。日益兴起的购物网站平台，如天猫、京东、一号店以及淘宝等等，使我们的购物方式不再局限，网上购物已成为当代生活的重要组成部分。然而，网络给我们的购物带来便利的同时，也不可避免地引发新的问题：消费者在作出购物决策时很可能被商家提供的与事物不符的信息所蒙蔽而作出错误选择；在同一平台经营的商家，有不少为了谋求更多利润和优势，投机取巧，利用平台提供的信用评价体系漏洞，采用虚假交易的方式来提高自身店铺的信用，从而吸引更多消费者，这种行为就是近年来泛滥的网络刷单。

网络刷单，是指网络商家为了吸引更多的消费者，赚取利润，提高商家的综合评价，与刷客虚构交易，造成虚假好评、虚假销量的假象。网络刷单是基于电子商务的发展而滋生的，研究网络刷单行为对电子商务乃至整个经济大环境都有深刻的意义。然而，国内对于网络刷单缺乏体系化的理论研究，尤其对消费者权益保护方面缺失。日益猖獗的网络刷单，对于法律的完善和立法的需求越来越大。而目前，对于网络刷单没有完整的法律体系来规制，导致打击网络刷单的效果一直不佳，对于消费者、其他合法经营者，市场并没有起到很好的保护作用。为了创造良好的消费环境，有必要认真研究，提出相应的法律规制方法。

2. 国内外网络刷单研究现状

2.1. 国内研究现状

我国目前的法律制度，已有很多网络方面的立法。西南政法大学卢代富和林慰曾两位教授指出，刷单涉及很多类型与主体，并从经济学的角度上分析网络刷单背后的原因[1]，认为“只要存在市场竞争，总有不良商家会从中取巧。作为一种新类型的互联网不法行为，为有效规制网络刷单，主张软措施与硬措施相结合”[2]，在平台加强自律，行业协会及时调整加上国家强制力，全面利用网络法律综合进行规制[3]，落实有关责任人的民事、行政、刑事等责任。

对于网络刷单的定性，理论界研究不一，各学者从不同的角度对刷单进行了定性。蓝寿荣，郭纯学者在其《论网络刷单的危害及其法律责任》一文中，从民法行政法角度将网络刷单定性为一，虚假宣传行为，并且是以广告之外的形式对消费者所做的虚假宣传；二，欺诈行为，涉及行政法中的欺诈，民法中欺诈消费者[4]。杨立新学者在《网络交易信用欺诈行为及法律规制方法》中将商家刷单行为定性为侵权行为，侵权对象涉及消费者，同业竞争者，网络平台[5]。也有很多学者从刑法角度对刷单行为进行了评价，如高艳东教授在其《信息时代非法经营者的重生——组织刷单案评析》一文中将刷单组织的存在

上升至刑法层面，定性为非法经营行为，类似的还有王丽萍硕士的《网络刷单的刑事责任研究》一文认为商家虚假宣传行为可以评价为虚假广告罪，恶意差评可构成损害商业信誉、商品声誉，恶意好评可能构成破坏生产经营罪[6]。将刷单行为评价为犯罪行为的文章还有吴海波硕士的《论网络刷单的刑法规制》，汪恭政博士《网络交易平台刷单行为的类型梳理和刑法评价》一文从不同角度对刷单定性，关系到如何追究刷单行为人的责任问题。

杨立新教授、吴烨和杜泽夏博士在《网络交易信用欺诈行为及法律规制方法》一文中指出刷单的法律性质是侵权行为，是不同主体联合的共同侵权行为，因此所有主体应当承担连带责任。而对所有参与刷单的人追究责任，不仅涉及取证困难，而且可能造成司法资源的浪费，对此，吴海波硕士在《论网络刷单的刑法规制》一文中对适用刑法规制刷单行为提出一个建议，即对刷单行为的处罚要适度，考虑效率、执行[7]。在研究刷单行为产生的责任过程中，各学者倾向于将刷单组织，刷单人，商家各看作一个整体追责，但是实际操作中还是存在很大的困难。

2.2. 国外研究动态

在国外，同样也存在着网络刷单的现象，但是法律监管的方法不同。外国电子商务公司普遍受到税务部门的严格监管，法律制度也较为完善，一旦出现刷单行为，首先会被认为是严重的逃税行为，惩罚力度大，商家如果刷单将会付出相当高的违规成本，以至于用刷单来增销量的行为得不偿失。因此，在国外，这种大量的、成产业链的刷单行为很少存在。

在国外电子商务的发展中，对刷单行为的规制，从英美法系国家来看，如美国，已经建立起良好的独立的第三方信用评价机构，将信用评价与平台脱钩，并且采用独特的算法来计算网络商家的信用指数，使在线商家提供的信息更真实、准确、科学，为消费者提供购买依据[8]。这与我国由平台提供信用评价体系大为不同。美国的法律与中国相比更加注重人性化，比如说美国《反不正当竞争法》中规定的三倍惩罚性民事赔偿，这都是很严厉的惩罚措施，因为它考虑到了经营者和消费者的具体情况来制定法律。美国更多的裁判依据是判例法，而判例的一大特点即是根据日新月异的社会环境对法律作出不同要求，前期被认为是网络刷单行为能够被后续法官沿用。

从大陆法系国家来看，代表国家德国，有自己完善的《反不正当竞争法》，对于网络交易，它认为“网络商家所展示的与商品有关的所有信息，均为商业信息传播，具有广告的性质，如果商家利用这一点传播虚假的信息，将违反欧盟法律，构成散布误导性的广告，误导性广告是为法律明确禁止的，另外特别规定了消费者合理期待原则”。韩国对于网络刷单研究比较完善，制定了各种关于电子商务方面的法律，政府机构的监管也较为严厉和职责明确，对电子商务中的虚假评价交易行为在法律中明确规定，并且赋予高额罚款措施。邻国日本，与英美法系相比，其立法具有滞后性，其在科学技术方面发达，但在立法方面，和我们国家相似，在立法方面偏好稳定，并不会大面积修改整部法律，因而日本设立的《不正当竞争防止法》对刷单行为的规制仍存在空白之处。

从不同国家对网络刷单的监管可以看出，外国对网络刷单处罚较高，注重从源头抓起，打击力度较国内强，也因此，网络“注水”情况较国内乐观。网络刷单现象在各个国家都存在，但不像我国这般形成了产业链，究其本质，在于我国对网络刷单的法律制度还不完善，不能予以有效打击。

3. 网络刷单法律性质与法律责任

3.1. 网络刷单的法律性质

规制网络刷单，首先需要明确刷单行为的法律性质，目前对此类行为对基本认识还处于相对模糊的认识，对行为的界定在理论和实务中存在争议。

从保护消费者角度分析^[9]，第一，网络刷单构成对消费者的欺诈。依消费者权益保护法第八条的规定，消费者有权知道其购买商品各种信息的真实情况。商家刷单所获得的评价、销售量和信誉，是消费者有权知情的并在消费者的购物选择中发挥重要作用的事项。商家和刷手联合进行虚假交易，不论是为刷销量，刷好评或是信誉，都是对商品不真实的陈述，因此，网络刷单构成对消费者的欺诈行为；第二，商家利用刷单制造出的虚假信息，构成虚假宣传行为。新出台的电子商务法规定了商家信息披露，即电子商务经营者应当全面而真实地披露商品或者服务信息，以保障消费者的知情权。电子商务经营者在进行商品宣传时如果采用虚构交易、编造用户评价等方式，属于欺骗和误导消费者，是对消费者的虚假宣传。显然，网络刷单的目的是产生虚假的交易量、良好的评论和信誉，这些都属于商品信息，在消费者的购物决策中起着重要作用。商家的刷单行为构成虚假宣传，行为模式是通过刷单制造虚假的商品信息，从而误导消费者。

从同行业竞争者角度分析，网络刷单构成不正当竞争。我国反不正当竞争法和电子商务法规定，所有经营者在平等竞争和遵守商业道德的条件下开展经营活动。商家在为自己的商品刷好评的行为中，首先不符合诚实的商业道德，其次对同行是一种不正当竞争，由于刷单带来的结果，刷单商家在平台上的搜索排名通常会优于诚信经营的商家，通过此种不正当的方式获得的优势地位会对同行不公；在商家对同行恶意差评和恶意好评行为中，其行为的性质更加恶劣。

从网络平台角度分析^[10]，刷单行为可能构成诈骗行为，诈骗对象是网络平台。诈骗罪主观上为故意，即商家对网络平台的财产具有占有的故意，此处的财产不仅仅包括货币，还包括财产性利益，商家为获取补贴优惠而实施诈骗，此处的补贴、优惠可以视为财产性利益，当诈骗数额达到刑法规定时，依法成立诈骗罪。

3.2. 网络刷单主体的法律责任

网络刷单中涉及各个主体，虽然其共同参与了刷单行为，但其承担的责任是有区别的^[11]。

第一、商家自己刷单而导致的损失应由其自身承担。商家因自己的刷单行为，给消费者、同行、平台导致损失的，应当自行承担，根据不同的刷单类型，既可能承担民法、行政法上的责任，也可能构成犯罪。

第二、网络商家、刷手、刷单组织联合的刷单行为成立共同侵权行为^[12]，其承担的责任类型同上述，涉及民事、行政和刑事。依据侵权法，商家，刷单组织，刷手联合刷单，若给消费者，其他经营者造成损失的，应当承担连带责任。同时责任承担方面需要注意两点：一，网络环境的复杂性，取证的困难性，可能导致对每个刷单成员追究责任不现实，也没必要；二，由于各主体在网络刷单中所起作用不同，承担责任的大小也应有所区分，所以在追究各主体的法律责任时，责任分配的基础就是各主体在刷单中所占地位。

第三、关于网络购物平台是否需要承担责任，根据消费者权益保护法 44 条的规定¹ 网络平台若故意或者疏忽地帮助商家刷单并造成损失的，应当与商家承担连带责任。另外一种平台需要承担责任的情况是，网络平台对商家侵犯消费者和同行竞争者权益造成损失不知情的情况下，根据受损者的请求若不能提供经营者的真实信息的，应当承担赔偿责任，为不真正连带责任。

¹ 《消费者权益保护法》第 44 条规定：“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。”

4. 现有法律对网络刷单的规制

目前, 互联网的快速发展, 法律的滞后性, 虽然没有集中的法律来打击这一类行为, 但是可以从现有法律来进行规制, 既可以从民法、经济法、行政法角度, 在无法有效监管的情况下, 有必要运用刑法体系。

4.1. 网络刷单的行政法规制

商家在从事经营过程中应当遵守诚信公平的原则, 不得损害消费者和同行经营者的合法权益。商家从事刷单的行为构成对消费者的虚假宣传和欺诈行为, 以及对同行的不公平竞争, 国家工商行政管理部门有权对此类行为作出处理。

商家刷单制造虚假好评的行为, 对消费者构成误导, 监督检查部门有权依据反不正当竞争法第 20 条的规定², 对其作出处罚。

商家恶意好评和恶意差评的刷单行为, 损害同行竞争者的商业信誉、商品声誉的, 由监督检查部门责令停止违法行为、消除影响, 并依情节作出处罚。

《网络交易管理办法》明确规定对网络商品经营者的义务, 要求其不得为了自身信誉, 进行虚假宣传, 或者对同行恶意评价。对违反此规定的, 工商行政管理部门有权根据反不正当竞争法第 5 3 条的规定作出行政处罚。

4.2. 网络刷单的民法和经济法的规制

在民法和经济法下的规制手段, 主要利用消费者权益保护法、合同法、侵权责任法、反不正当竞争法。

一是对消费者知情权的保护: 1) 合同可以因商家欺诈而被撤销[13]。商家刷单的行为对消费者构成欺诈, 因为他未能向消费者披露商品的真实信息, 导致消费者陷入错误认识而购买商品。合同法规定了一方以欺诈的手段使对方陷入错误认识而签订的合同, 受欺诈一方意思表示不真实, 可以要求法院予以撤销。2) 商家刷单导致消费者合法权益受到损害的, 可以向商家要求赔偿。消费者权益受侵害而导致其损失的, 赔偿的范围规定在《消费者权益保护法》第 55 条中³; 商家刷单行为对消费者本身构成欺诈, 若此时商家再借此出售有缺陷的产品, 给消费者人身造成伤害的, 消费者可要求惩罚性赔偿。以上为消费者利用侵权责任法和消费者权益保护法保护自身合法权益的手段。

二是对同行业经营者的保护: 在恶意好评和恶意差评的刷单类型中, 属于经营者编造、传播虚假信息或者误导性信息, 损害同行的商业信誉、商品声誉。同行如因此遭受损失, 可按反不正当竞争法的第 17 条的规定要求商家承担赔偿责任。⁴2018 年对反不正当竞争法进行了修改, 增加了赔偿的金额, 可见国家正在加大力度对此类行为的处理。

²《反不正当竞争法》第 20 条规定: “经营者违反本法第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传, 或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的, 由监督检查部门责令停止违法行为, 处二十万元以上一百万元以下的罚款; 情节严重的, 处一百万元以上二百万元以下的罚款, 可以吊销营业执照。经营者违反本法第八条规定, 属于发布虚假广告的, 依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚。”

³《消费者权益保护法》第 55 条规定: “经营者提供商品或者服务有欺诈行为的, 应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失, 增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍; 增加赔偿的金额不足五百元的, 为五百元。法律另有规定的, 依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷, 仍然向消费者提供, 造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的, 受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失, 并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”

⁴《反不正当竞争法》第 17 条规定: “经营者违反本法规定, 给他人造成损害的, 应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的, 可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额, 按照其因被侵权所受到的实际损失确定; 实际损失难以计算的, 按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定, 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的, 由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。”

4.3. 网络刷单的刑法规制

对于网络刷单的法律规制，如果刷单所涉金额不大，情节轻微，首先考虑采取民事和行政法手段规制，即非刑事手段，在其可以调整的范围内作出处理，认定刷单行为人应承担的民事和行政责任，但在行政处罚力度低，效果差的情况下，基于刷单的社会危害性，有必要上升刑法进行规制，同时适用刑法也应当谨慎，严格遵守罪刑法定原则。对于刑法罪名，需要具体问题具体分析，根据犯罪构成角度明确刷单行为适用何种罪名。

一是诈骗罪的认定构成^[14]。其本质是，行为人欲非法占有他人财产而实施的诈骗行为，只是采取刷单这一种方式。刷单行为是否入罪，需要根据诈骗的数额及情节来确定，并遵循主客观相一致原则，根据刑法规定，诈骗公私财物数额较大的，才构成犯罪。认定“数额较大”，依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用若干问题的解释》的规定，诈骗罪的定罪门槛数额是三千元以上。

二是损害商业信誉、商品声誉罪的认定构成：在商家恶意给竞争对手刷差评的情况下，属于诋毁商誉的行为，对同行造成的损失，不仅应承担民事责任，情况严重还可能构成损害商业信誉、商品声誉罪。

同理，构成此罪还需要满足情节要求，具体参考最高检、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74条的规定^[15]。

三是非法经营罪的认定构成：刷单入刑的典型案例是2017年在浙江省杭州市余杭区宣判的组织刷单案件。行为人李某建立刷单炒信平台，以此吸纳淘宝卖家注册账户成为会员，从中收取保证金和平台维护费，并通过制定刷单炒信规则与程序，组织会员通过该平台发布或接受刷单任务。在李某创建平台上注册的卖家，既可能为别的商家刷单，也可能要求其他卖家为自己刷单，而李某在其中起到了组织和中介的作用。法院认为，李某建立提供经营性服务网络平台，违反了《互联网信息服务管理办法》的规定，即应当办理互联网经营性服务的许可而未办理，构成非法经营罪。

关于刷单的刑法案例并不常见，理论中对组织刷单是否入罪，该入何罪，是否构成非法经营罪存在争议。有学者认为，构成非法经营罪的前提是违法国家予以审批的经营活动，未经许可而从事该类行为，网络刷单本身违反了反不正当竞争法，属于违法行为，不存在予以许可经营的情况。构成非法经营罪前提是违反国家规定，从事非法经营的行为。国家规定指，违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令^[16]。笔者认为组织刷单者建立平台违反了国家规定，理由如下：

首先，全国人大常委会作出的《关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)第三条规定，行为人如果利用网络损害他人商业信誉和商品声誉，或者在网络上作虚假宣传，销售伪劣产品，构成犯罪的，可追究刑事责任。刷单行为本身是对商品的虚假宣传，可见违反了《决定》。

其次，国务院为规范互联网信息服务活动，制定的《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)规定，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度，如果通过互联网有偿服务活动，属于经营性互联网信息服务，而组织刷单者是通过建立平台向其他用户提供信息，应当可以认定为提供经营性互联网信息服务，但显然其并未取得许可，因而违反了国家规定。

最后，根据以上两点，组织刷单行为确实违反了国家规定，但具体是以何种方式，非法经营罪表现类型之四的规定：从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。法律上对组织刷单是否属于表现类型之四未明确规定，对此，可依最高人民法院出台的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》规定，当作法律适用问题请示最高院，最高院通过规定“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”认定权的归属，来对非法经营罪的兜底条款予以严格限制。

网络刷单情况严重的，是可以作为犯罪处理的，虽然对于刷单行为欠缺全局性的刑法规制，但是在现有的制度下，刑法都从不同方面对刷单行为进行了评价。在司法实践中，需要合理选择适用采用何种法律规制，在其他部门法可以规制调整的情况下，对刷单行为作出处理，尚且不适用刑法。当刷单行为足以上升至犯罪层面，此时就有必要适用刑法，分析不同刷单行为的侵害的法益，界定应适用的罪名，严格遵守罪刑法定以及罪责刑相适应原则。综上，对于网络刷单的法律规制，需综合民法、行政法和刑法。

5. 网络刷单法律规制的完善

为维护电商交易秩序，保护利益相关方，有必要完善相关法律，具体有以下三种完善方法：

5.1. 行政法上的完善

一是健全税收制度，便于税务部门执法^[17]。在此可以借鉴国外法，将商家应纳税额和销售量进行对比，来判断商家是否存在刷单行为，此为界定刷单行为的一种办法。目前我国对电子商务的态度是培养市场，为商家创建平台。因此对商家入驻并非全部要求申请营业执照并缴纳税收。我国电子商务法规定一，电子商务经营者应办理市场主体登记。但也规定了例外情况，也就是说并非所有商家必须办理工商登记。规定二，电子商务经营者应履行纳税义务，并享受相应的税收优惠。依照前条规定不需要办理市场主体登记的电子商务经营者在第一次次纳税义务发生后，应当依照税收征收的规定申请办理税务登记，并如实申报纳税。因此，根据以上两种情况，须登记的网络商家依法履行纳税义务，此时税务机关可按销售量和应纳税额对比进行征税，方便执法；另一方面对不需要进行登记的市场主体，其依法享有税收优惠政策，对此，也可以按照销量和扣除免税数额后应纳税额进行对比判断。在确定商家存在刷单的情况下，可参考国外的税收制度，税务机关若发现商家存在刷单，可被定性为偷税漏税，不仅要求补偿更高的税费，而且赋予商家高额罚款的行政处罚，以此来规制网络刷单。

二是充分发挥行政机关职责：应加大网络刷单的处罚力度。2018年新修订的反不正当竞争法，罚款数额明显增加，加大了惩罚力度，情节严重的最高可处以三百万元的行政罚款。行政机关进行处罚的数额应依据具体情节，考虑商家为此获利数额，商家刷单的范围等等情况。行政机关在处理网络刷单行为时，对于法律法规内容过于原则性的规定，欠缺具体的执行和判断标准时，而法律又规定行政机关作出行政行为时必须要有明确的规定，此时，行政机关可以在上级已设法律的依据下，作出相应的行政法规和规章，增设本部门的权利，便于执法。

5.2. 民法上的完善

在消费者权益保护法和反不正当竞争法中完善经营者、经营平台的权利义务，平台应积极打击此类刷单行为，经营者披露的信息应真实无误，完善各参与主体的责任，对商家要求更严格的准入机制，以提高商家出售商品和提供服务的质量，对平台要求制定更为完善的信用评价体系，以及对商家提供的商品和服务开展不定期抽查；完善电子商务法，在电子商务法中完善电商平台和经营者的权利义务，建立市场准入机制，对经营者商品和服务信息披露制定更为详细的规则，不符合规定的将被禁止进入电商平台从事商行为，并且在电商发中对商家刷单作更为详细的规定。

因网络刷单引起的民事诉讼，可采用小额诉讼程序。目前，我国民事诉讼法规定了四类不适用小额诉讼程序的案件范围，刷单行为不在之列。因此，笔者认为，对因刷单而引起的金额较少的民事诉讼，可采用小额诉讼程序^[18]，即扩大小额诉讼程序的适用范围。小额诉讼程序的适用范围可以在涉及金额较少的情况下扩大，小额诉讼程序可以降低当事人的诉讼费用，从而减轻负担，提高诉讼效率。

5.3. 刑法上的完善

网络刷单犯罪作为一种新型网络案件的情形,为了有效应对网络刷单带来的危害,在其他法律部门不能够对刷单行为有效规制下,如果刷单行为具备社会危害性,此时就需要适用刑法来规制。然而实践中关于刷单入刑的案例并不多,对其具体适用何种罪名也存在争议,比如组织刷单是否构成非法经营罪,恶意好评恶意差评是否构成破坏生产经营罪等,因为这些传统罪名在设定时并没有植入网络因素,导致适用现有罪名构成要件上有些许变化,因此在确认行为具有刑事违法性并认定具体罪名的时候,应根据网络刷单行为的表现形式,看是否符合犯罪构成要件,并学着运用多种法律方法解决,灵活运用法律作出科学的判断。适用刑法规制网络刷单,笔者认为可从以下方面改进:

5.3.1. 判断行为人的刷单行为是否构成刑法中特定罪名,利用法律解释予以确定^[19]

由于时代的发展,立法者在制定法律时无法预料到未来的发展,罪名的确定未植入任何网络因素。在适用刑法规制网络刷单时,为了维护法律的稳定性,在能够用法律解释确定罪名的情况下,结合立法者意图和立法目的,可以对传统罪名进行法律解释。如对组织刷单行为是否构成非法经营罪中第四类表现行为“从事其他非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为”可以当作法律适用问题由最高院进行解释。

5.3.2. 推进网络方面的刑事立法^[20]

一方面,增设新的网络犯罪的规定,增加刑事法律适用网络犯罪的针对性。传统罪名对于网络犯罪规定较少,对于刷单往往援引其他罪名,但是有时候其犯罪性质难以确定,与传统罪名匹配性也不是很高。对此可以专门制定网络财产型罪名,将网络刷单包含其中,体现出法律的适当超前性;

另一方面,可以适当扩大现有罪名的适用范围。如借鉴国外的经验,结合我国实际,将商家利用刷单制造虚假信息在平台展示的行为认定为广告行为,符合虚假广告罪的构成要件。美国法中规定了虚假广告、邮件欺诈罪,其中就将行为人刷单行为认定为广告的性质。我国目前并未有法律和相关的司法解释将商家刷单展示商品的行为认定为广告行为,对此,笔者认为可以扩大现有罪名适用范围。虚假广告罪,首先从主体认定上,刷单制造虚假信息的行为可以认定为广告行为,其制造的信息是针对广大的消费者,对商品和服务的有关信息作虚假宣传,因此刷单商家可以认定为广告主,与商家共同刷单的网络平台可以视为广告经营者,主体上作扩大解释。其次,客观上是采取除广告以外的形式对商品作虚假宣传。最后,构成虚假广告罪,要求达到情节严重,具体认定的标准,可参考最高检、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75条的规定。在认定虚假广告罪时,扩大了行为主体,立法者在制定法律时,基于当时社会的发展,对法律含义规定的过于狭窄,不能适应不断变化的社会,对其进行解释是必要的。法律只规定对刑法的适用不适用类推,应严格依照罪刑法定原则,而对于扩大解释,则是允许的,是因为扩大解释后词义并没有超过文义的范围,在社会公众可接受的范围内。所以扩张法律条文的含义,可以对出现的新事物进行规制。

6. 结语

基于网络购物的发展而衍生的网络刷单,以网络交易平台为媒介,这种行为不仅仅成为众多商家牟利的工具,也成为许多人专职从事刷单盈利的手段。电商行业快速发展的时代,消费者本应该是受益方,或者说有利于彼此,而网络刷单行为侵犯多方的利益,带来的社会危害也是多方面的。从短期来看,商家利用刷单获取了较多的利益,从长远出发,商家一味追逐眼前短期利益,必然会受到虚假宣传行为的反噬,最终害人害己。由于我国电子商务处于发展阶段,对于网络刷单并没有完善的法律进行规制。本文在分析了网络刷单的法律性质和各主体的责任后,从现有法律出发,确定刷单商家的民事、行政,情

况严重的甚至产生的刑事责任,对目前法律不能有效解决的问题,提出相应的立法完善方向。当然,打击网络刷单,净化网络交易环境任重而道远。

参考文献

- [1] 卢代富,林慰曾.网络刷单及其法律责任[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2017,29(5):28-29.
- [2] 卢代富,林慰曾.网络刷单及其法律责任[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2017,29(5):32.
- [3] Ellis, J. (2012) King Is Dead, Long Live the King? A Reply to Matthias Goldmann. *Leiden Journal of International Law*, 25, 369-372. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000076>
- [4] 蓝寿荣,郭纯.网络刷单行为的危害及法律责任[J].南昌大学学报,2018,49(3):105-111.
- [5] 杨立新,吴焯,杜泽夏.网络交易信用欺诈行为及法律规制方法[J].河南财经政法大学学报,2016,31(1):1-19
- [6] 王丽萍.网络刷单的刑事责任研究[D]:[硕士学位论文].南昌:南昌大学,2018.
- [7] 吴海波.论网络刷单行为的刑法规制[J].重庆城市管理职业学院学报,2018,18(2):62.
- [8] 杨立新,吴焯,杜泽夏.网络交易信用欺诈行为及法律规制方法[J].河南财经政法大学学报,2016,31(1):5-6.
- [9] 陈国胜.我国网络购物中存在的法律问题及对策研究——以某宝“刷单”为例[J].法制博览,2018(31):215.
- [10] 阴建峰,刘雪丹.网络刷单行为的刑法规制研究[J].知与行,2016(8):54.
- [11] 刘晓梅,刘行星.网络刷单行为规制研究[J].黑龙江社会科学,2018(2):22-26.
- [12] 蓝寿荣,郭纯.网络刷单行为的危害及法律责任[J].南昌大学学报,2018,49(6):108-109.
- [13] 卢代富,林慰曾.网络刷单及其法律责任[J].重庆邮电大学学报,2017,29(5):26-33.
- [14] 阴建峰,刘雪丹.网络刷单行为的刑法规制研究[J].知与行,2016(8):58-59.
- [15] 高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2016:442-443.
- [16] 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.
- [17] 刘吉.网络刷单行为的法律性质及立法规制[J].法制博览,2018(14):228.
- [18] 肖松,梁爽,吴宇彤,任廷义,姚政洋.大学生兼职网络刷单法律问题初探[J].法制博览,2016(31):198+197.
- [19] 汪恭政.网络交易平台刷单行为的类型梳理与刑法评价[J].北京邮电大学学报,2018,20(3):18-24+32.
- [20] 王燕玲.网络刷单犯罪的演变形态与刑法规制[J].江汉论坛,2018(12):122-123.