

# 刷单炒信行为的刑法规制研究

詹兆炜

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年8月15日; 录用日期: 2023年9月8日; 发布日期: 2023年9月19日

## 摘要

刷单炒信行为是一种新型的网络犯罪行为。该行为所侵害的法益是以电子信用评价机制为主的复杂法益。就适用罪名而言, 该行为不宜适用具有口袋罪名性质的非法经营罪, 相较而言, 适用非法利用信息网络罪规制更为适宜。与此同时, 对刷单炒信罪罪数、共犯以及犯罪形态等司法适用问题进行探讨, 将有利于更好地规制该罪。

## 关键词

刷单炒信, 法益侵害, 刑法规制, 司法适用

# Research on the Criminal Regulation of the Act of Credit Speculation

Zhaowei Zhan

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 15<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 8<sup>th</sup>, 2023; published: Sep. 19<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The act of credit speculation is a new type of cybercrime. The legal interest infringed by this behavior is complex and mainly based on the electronic credit evaluation mechanism. As far as the applicable crimes are concerned, this behavior should not be applicable to the crime of illegal business operations with the nature of pocket crimes. In contrast, it is more appropriate to apply the crime of illegal use of information network and the crime of helping information network criminal activities. At the same time, it will be conducive for better regulation of this type of behavior to discuss the crime numbers, accomplices, and criminal patterns and other issues of judicial application.

## Keywords

Credit Speculation, Violate Legal Interests, Criminal Law Regulation, Judicial Application

Copyright © 2023 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/>



## 1. 问题的提出

近年来,在我国电商产业蒸蒸日上的同时,人们的消费方式正在发生变化。然而,事物的发展总是一把双刃剑,电商时代的到来在给我国的经济发展带来福音的同时,也成为了不少犯罪行为的温床,刷单炒信行为便是典型的一例。当前,这种刷单行为已经从个体操作模式演变成为了平台运行模式,其给电子商务的安全稳定发展乃至整个社会的信用基础带来的不利影响不容小觑。

目前学界对刷单炒信行为应当如何规制,尚未形成统一的看法。对行为人为谋取互联网公司的奖励实施刷单行为和反向刷单行为,通常都是分别按照诈骗罪以及破坏生产经营罪定罪处理[1]。但是对行为人给自己虚构交易和好评的正向刷单的行为,刑法学界主要存在两方面的争议:一方面是处罚范围是否应当扩展的争论。有的学者主张只处罚最早出现的第一类正向刷单行为,后两类新型的正向刷单行为作为具有社会相对性的行为免于处罚[2];有的学者主张处罚后两类新出现的正向刷单行为,因为它们是目前发案最多,最严重的行为,而第一种行为反而因为在现实中使用较少,可以不受到刑法关注[3];第三种观点认为,应当处罚所有的三种行为[4]。另一方面的争议围绕刷单炒信行为应当认定为何种犯罪而展开。目前存在非法经营罪和非法利用信息网络罪的争议[5]。电子商务的现状,是机遇与挑战共生,繁荣与投机并存,刑法进行恰当地干预扩张,这是社会的需要以及刑法的责任[6]。

为此,分析该类行为侵害的法益,刷单炒信行为适用罪名的一般情况以及适用中可能存在的问题,结合司法适用中的罪数、共犯以及犯罪形态等方面,将有助于得出适用时应遵循的具体条件等解决方案。

## 2. 刷单炒信行为所侵害的法益

### (一) 侵害法益的特殊性

作为一种伴随着电子商务的普及而逐渐发展的新型犯罪形态,刷单炒信行为与传统的经济类别的犯罪不同,其侵害的法益为电子商务信用评价机制,具有明显的特殊性。信用评价机制是电子商务的根基,消费者在进行网上购物时,往往无法及时地体验到卖家所销售的商品或提供的服务,由于缺少其他的判断标准,其购买决策难免会受到卖家信用评价的影响。如果电子商务信用评价机制的公信力被刷单炒信行为侵蚀,电子商务的发展无疑会因此受到影响,其侵害的将是整个电子商务的核心。

### (二) 侵害法益的复合性

首先,刷单炒信行为侵犯了消费者的权益,其中包括消费者对经营者所提供的商品或服务的知情权以及消费者对电商信用等级的知情权。其次,刷单炒信行为还使其他经营者的权益受损,构成不正当竞争。最后,电商平台,如淘宝、京东等,也极有可能因投入人力和流失用户而受到损害或蒙受巨大的损失。

通过对非法刷单侵害的法益的特殊性和复合性进行适当分析,可以发现,在我国刑法中尚不存在对侵害该类法益的犯罪行为进行定罪的条款,这就导致了我国学界尚未对规制该类行为应适用的方法达成

合意。从刑事立法的原理来看，法益侵害原则和合比例性原则是判断刑事立法正当性的基本依据。批判立法的法益概念致力于告诉立法者合法刑罚处罚的界限<sup>[7]</sup>；而合比例性原则是判定某一规定是否合宪的决定性标准<sup>[8]</sup>。首先，在法益侵害方面，随着科技的不断发展，电子商务已经成为我国经济增长的新型发动机，而电子商务信用评价机制作为电子商务的基石，如果因为刷单炒信行为受到影响，其所侵害的将是消费者、电商平台、诚信合法经营的商户的权益，侵蚀的将是电商平台的营商环境以及公平竞争和正常买卖秩序，危及的将是整个电子商务市场的交易安全，其带来的经济损失将无可估量。因此，刷单炒信行为所侵害的法益实际上已经具有了重大性和特殊性。其次，在合比例性方面，行政以及其他方面的制裁并没有减少该行为的发生率，相反此种刷单行为具有一定的扩张之势<sup>[9]</sup>。因此，对刷单炒信进行刑法规制具备必要性和正当性。

### 3. 刷单炒信行为的犯罪构成

鉴于立法所具有的一定的滞后性，因此，通过现行的立法体系对刷单炒信行为进行规制仍然具有必要性和可行性。

非法刷单行为往往需要第三方平台、发单者和刷单者进行协作。但是，后两者往往由于难以达到相应犯罪的罪量要素要求以及不具有定罪的可行性，在此主要讨论第三方平台的刑事责任。

#### (一) 不构成非法经营罪

不久前，在业界引起讨论的“网购刷单第一案”尘埃落定，被告人李某某最终以非法经营罪定罪处罚。该案的判决意见援引了《解释》第7条的规定<sup>1</sup>。然而，该案以非法经营罪定罪缺乏一定的合理性。

首先，非法经营罪来源于投机倒把罪，本致力于替代口袋罪，结果在近二十年间，司法解释的不断扩张导致其最终也沦为了典型的口袋罪名<sup>[10]</sup>。因此，学界上普遍达成了缩小其适用范围的共识。对于此种罪名，应当秉承严谨慎重的态度。如果对于虚拟空间中出现的涉及非法经营的行为一概适用非法经营罪对其进行规制，长此以往，必然导致该罪口袋罪名的现状不断恶化，与此同时，也会使司法的公信力在一定程度上受到影响。

其次，《解释》第7条不能成为刷单炒信行为构成非法经营罪的入罪依据。事实上，刷单炒信行为并不是《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)第4条规定的所谓的“经营性互联网信息服务”，因此不应被解释为非法经营行为<sup>[11]</sup>。按照《办法》第3条的规定<sup>2</sup>，在刷单炒信行为中，第三方平台的运作方式通常仅仅是为刷单者和发单者提供一个平台(如微信群组)，也就是说，第三方平台仅仅起到一个枢纽的作用，是连接刷单者和发单者的桥梁。从这个意义上讲，提供信息的并不是第三方平台而是发单者，因此，第三方平台不应被认定为是非法经营。

最后，在法教义学的视角进行分析，第三方平台的刑事可罚性只可能从该罪的兜底性条款<sup>3</sup>中获得。就刑法的规范保护目的来说，应当从法益角度来看兜底条款的相当性。对于兜底条款，刑法理论一般要求采取同类解释规则<sup>[12]</sup>。从《刑法》第225条所列明的三种行为类型<sup>4</sup>来看，其所侵害的都是国家经营许可制度。因此，应当在严格的限缩视角下，将该罪所保护的法益定性为国家经营许可制度。在对该法益进行清晰界定之后，结合前文所阐述的刷单炒信行为主要侵害的是电子信用评价机制这一法益，便可将刷单炒信行为排除在非法经营罪的规制范围之外了。

<sup>1</sup>文中所称《解释》，如无特别说明均为2013年两高颁布的《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》。该条规定：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，达到特定数额的，以非法经营罪定罪处罚。

<sup>2</sup>该条规定：所谓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。

<sup>3</sup>即其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

<sup>4</sup>该三类行为分别为未经许可经营专营、专卖物品，买卖经营许可证或批准文件，未经批准非法经营证券、期货、保险和资金支付结算业务。

## (二) 构成非法利用信息网络罪

针对刷单炒信行为，在法教义学的基本体系下，非法利用信息网络罪也具有一定的适用空间。

首先，刷单炒信行为所侵害的信用评价机制与非法利用信息网络罪所保护的法益均是互联网的社会管理秩序。

其次，从该罪名的犯罪构成要件来看，根据法条规定<sup>5</sup>，刷单炒信的第三方平台同时构成第一种和第三种情形，理由如下：

第一，针对法条中的这两种情形，其所规定的“违法犯罪活动”应不限于该法条的字面规定，只要与法条所列举的行为具有相当性且具有违法犯罪的性质即可，而刷单炒信行为对电子商务发展的滥觞之大足以使其具有与法条列举行为的相当性以及违法性。此外，第三方平台正是通过技术手段设置网站或者群组，然后再通过这些渠道发布信息进行刷单炒信。因此，第三方平台符合该两种情形的犯罪构成要件。

第二，针对法条中的情节严重的表述，我国刑法在立法上所采用的是“既定性，也定量”的标准。针对该法条所规定的情节严重，应当将其纳入该罪的构成要件范畴。因此，仍需讨论第三方平台的行为是否已经达到了情节严重的程度。该行为的严重性可以从涉及范围和违法所得两方面来进行认定。有统计称，早在2014年，全国服务于虚构交易的网站就有680余家，额度更是高达6000亿元以上[13]。从该统计数据来看，该行为完全符合涉及范围广和违法所得巨大的特征，因此，将其认定为情节严重是完全合理的。

第三，适用非法利用信息网络罪符合立法目的，可以起到一定的预防作用。从规定该罪名的条款中可以看出，无论是设置网站和群组还是发布信息，实际上都属于行为人实施相应活动的预备行为。行为人在实施相关的犯罪活动时，往往通过实施上述行为创造条件，以促使其犯罪行为的达成。因此，该罪名的设立，在一定程度上是为了防止危害性更大的犯罪行为发生。具体到刷单炒信行为中，若无需等到刷单炒信行为的发生便可以对其进行处罚，在一定程度上将有利于从根源上抑制非法刷单这一行为。第三方平台无法建立网站和群组并传递信息，就会自然的切断发单者和刷单者之间的联系，犯罪率自然的也会相应减少。因此，适用非法利用信息网络罪可以对第三方平台起到一个处罚前置的作用，顺应了网络时代犯罪的新趋势，有利于更加精准高效地打击刷单炒信行为。

## 4. 刷单炒信犯罪的司法适用

在对刷单炒信行为中第三方平台可以适用的罪名进行分析之后，在司法上如何对其进行适用仍是一个亟待解决的问题。

### (一) 罪数问题

在实践中，第三平台往往是通过多次组建平台以及多次传播信息的方式吸引发单者和刷单者，因此，其行为实际上具有连续犯<sup>6</sup>的特征。在刷单炒信案件中，第三方平台均是基于组织发单者和刷单者实施非法刷单以谋取利益这一个概括的故意而实施了数个类似的行为。因此，在对第三方平台进行定罪时，应考虑到其连续犯的特征，不应对其数个组织和提供信息行为进行数罪并罚。

### (二) 共犯问题

从上文的论述中可以得知，刷单炒信行为正逐渐的走向产业化、规模化，这与其涉及人员众多联系

<sup>5</sup>《中华人民共和国刑法》第二百八十七条规定：非法利用信息网络罪主要规制情节严重的以下三种情形：（一）设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；（二）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；（三）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。

<sup>6</sup>所谓连续犯，是指行为人基于一个概括的故意，反复实施了数个独立犯罪的行为，而触犯了同一罪名。这类犯罪，从形式上看虽有两个以上独立犯罪行为，但因其是出于一个概括的故意。

密切。一项刷单行为的完成，通常包括以下步骤：首先由第三方平台提供相应渠道供发单者和刷单者进行意思上的联络，双方发出意思表示达成合意之后，刷单者即在相应程序中下单，接着发单者便会联系快递公司向刷单者邮寄“空包”，刷单者在确认收货之后给予发单者好评以提高其信用等级，最终达到吸引消费者的目的。在这一系列步骤之中，主要涉及了以下行为人：第三方平台、发单者、刷单者以及快递公司。面对一些特殊的刷单者，如职业刷单人以及快递公司是否成立相应行为的共犯，仍有一定的探讨空间。

首先，针对职业刷单人而言，其刷单的次数以及涉及的金额总量往往明显高于零散的刷单人。有的发单者在指导刷单者进行刷单时，为了躲避算法和规避电商平台的相应规则，往往会以不使用“花呗”和红包作为刷单条件。据统计，目前刷单者群体大部分都是在读大学生<sup>[13]</sup>，而该类群体在上学期间的收入往往并不可观，因此，从这一角度来看，零散刷单人的刷单数量在一定程度上会受到资金储备的限制。相比之下，职业刷单人的资金链往往更加充足，对于非法刷单这一行为来讲具有更大的灵活性，社会危害性往往更大，因此，讨论其行为是否应当用刑法规制仍有必要。在一项刷单行为涉及职业刷单人时，其在通常情况下只负责完成发单人所发布的部分任务，而无法获知发单人所实施的总任务数量的多少。针对这种情况，根据主客观相一致原则，如果职业刷单人所接受的任务量达到了情节严重的标准，那么仍然可以对其进行定罪处罚<sup>[14]</sup>。

其次，针对快递公司而言，其进行空包投递通常构成了刷单炒信行为的关键一环。快递公司在该条产业链中，其行为属于中立帮助行为<sup>7</sup>。对于中立行为来讲，德国学者大多从客观归责即行为是否制造了不被允许的危险的角度来认定是否具有可罚性<sup>[15]</sup>。通常情况下，应当从以下三个因素判断该中立帮助行为提供者是否属于构成帮助犯：第一，主观是否可归责；第二，社会危害性；第三，行为所作出的贡献是否足以抵消损害<sup>[16]</sup>。针对快递公司而言，如果该快递公司明知其运输对象为“空包”，仍将其邮寄给发单者，且相对而言，该快递公司的其他运输单数量极少且以其获得主要收入，则该快递公司构成帮助犯。

### (三) 犯罪形态问题

鉴于第三方平台主观上通常都存在非法刷单的故意，因此，应当主要讨论故意犯罪的形态问题。针对第三方平台而言，前文已对非法利用信息网络罪的适用给出理由，对于该项罪名的既遂问题，应当对以下几个方面进行考虑：首先，不宜仅仅根据第三方平台设立了某些提供刷单信息的网站或群组就认定为既遂，司法实践中该群组的数量众多，对其进行规制不太现实而且也难免浪费司法资源。其次，应当在司法实践中根据案件的具体情况对其情节是否严重进行判断，如该第三方平台设置网站或群组的运行是否已经具备组织化、系统化的特征，构成不正当竞争给电子商务带来的损害性影响是否巨大以及是否严重损害了电子商务信用评价机制等。

## 5. 结语

随着我国经济水平的不断提高，电子商务将继续作为我国经济的增长点，推动市场经济的发展。但是电子商务因其网络依托性，在给我国带来经济增长的同时，也给社会经济的稳定健康发展带来了新的挑战。对此，新的挑战需要新的思维，面对刷单炒信行为，不能一味的固守所谓立法者原意，而应当在在具体案件进行分析的基础上，合理解释法律，找寻适当的解决办法。

与传统的经济犯罪不同，电子商务所侵害的法益具有明显的特殊性和复合性，其中主要侵害了电子商务的信用评价机制。在法教义学的基本框架下，不宜对刷单炒信行为适用具有口袋罪名性质的非法经

<sup>7</sup>所谓中立帮助行为，是指主观上不追求非法目的、客观上属于不具有刑事违法外观的日常行为，但是实质上对他人的违法犯罪行为起到了助益作用的行为。

营罪，与此同时，非法利用信息网络罪具有一定的适用空间。此外，在司法适用时，也应当适当考虑该行为的罪数、共犯以及犯罪形态问题，以求得此类案件得到公正合理的解决。

刑事手段固然不能缺位，但在民事赔偿和行政救济以及行业制裁等手段得以有效规制轻微刷单炒信行为的情况下，刑法仍需保持其谦抑性，从而有效地抑制该行为的发展。

## 参考文献

- [1] 曹波, 陈娟. 反向刷单炒信刑法规制新解[J]. 时代法学, 2019, 17(6): 34-42.
- [2] 马永强. 正向刷单炒信行为的刑法定性与行刑衔接[J]. 法律适用, 2020(24): 63-78.
- [3] 崔海燕. 信息不对称视域下刷单炒信行为规制研究[J]. 金融经济, 2020(10): 45-52.
- [4] 徐文涛. 刷单炒信第一案被宣判——互联网信用体系建设一大步[J]. 公民与法(综合版), 2017(7): 17-19.
- [5] 陈兆誉, 余军. 平台“炒信”治理模式的转型重构: 走向多元共治[J]. 学术交流, 2018(5): 92-98.
- [6] 张明楷. 网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心[J]. 人民检察, 2014(9): 6-12.
- [7] Zhang, Y., Bian, J. and Zhu, W.X. (2013) Trust Fraud: A Crucial Challenge for China's e-Commerce Market. *Electronic Commerce Research and Applications*, No. 5, 301-302.
- [8] 克劳斯·罗克辛, 樊文. 刑法的任务不是法益保护吗? [J]. 刑事法评论, 2006(2): 146-165.
- [9] 克劳斯·罗克辛, 陈璇. 对批判立法之法益概念的检视[J]. 法学评论, 2015, 33(1): 53-67.
- [10] 于志刚. 口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路[J]. 法学家, 2013(3): 63-78+177.
- [11] 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.
- [12] 张明楷. 注重体系解释: 实现刑法正义[J]. 法律适用, 2005(2): 34-38.
- [13] 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.
- [14] 刘雪丹. 全国首例刷单炒信案定性之追问[J]. 中国检察官, 2017(18): 26-29.
- [15] 刘艳红. 网络中立帮助行为可罚性的流变及批判——以德日的理论和实务为比较基准[J]. 法学评论, 2016, 34(5): 40-49.
- [16] 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.