

“刷单炒信”的类型划分及刑法规制路径

梁 朋

苏州大学王健法学院，江苏 苏州

收稿日期：2025年6月3日；录用日期：2025年7月15日；发布日期：2025年7月24日

摘 要

目前实务界和学界对刷单炒信的定性仍存在争议。解决争议的关键在于厘清刷单炒信的具体类型。经营刷单平台和组织刷单炒信有入罪的必要。经营刷单平台能够成立非法经营罪和非法利用信息网络罪的竞合。组织正向刷单炒信可构成虚假广告罪，但在虚构销量的同时又虚构具有实质性内容的好评的行为才有可能构成虚假广告罪。而组织恶意好评型反向刷单炒信并不符合破坏生产经营罪的构成要件，对此类行为应以损害商业信誉、商品声誉罪论处。

关键词

刷单炒信，非法经营罪，虚假广告罪，破坏生产经营罪，损害商业信誉、商品声誉罪

Classification of Types of “Faking Transaction and Credit Standing” and the Path of Criminal Law Regulation

Peng Liang

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Jun. 3rd, 2025; accepted: Jul. 15th, 2025; published: Jul. 24th, 2025

Abstract

At present, there is still controversy in both the practical and academic circles regarding the qualitative issue of faking transaction and credit standing. The key to resolving disputes lies in clarifying the specific types of faking transaction and credit standing. The organizational faking transaction and credit standing, and operating faking transaction and credit standing platforms are necessary to be criminalized. Operating faking transaction and credit standing platforms can establish a competition between the crime of illegal operation and illegal use of information network. Organizing

positive faking transaction and credit standing can constitute the crime of false advertising, but the act of fabricating substantial positive reviews while fabricating sales volume may constitute the crime of false advertising. However, the organization's malicious positive review type reverse faking transaction and credit standing does not meet the constituent elements of the crime of damaging production and operation, and such behavior should be punished as the crime of damaging commercial reputation and product reputation.

Keywords

Fake Transaction and Credit Standing, Crime of Illegal Operation, Crime of False Advertising, Crime of Damaging Production, Crime of Damaging Commercial Reputation and Product Reputation

Copyright © 2025 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

如今,电子商务蓬勃发展,对人们的日常生活发挥着越来越大的影响,网上购物已然成为人们新型的的生活方式。然而,在电子商务如火如荼的同时,一些“非法产业”也正在悄然滋长,刷单炒信就是典型代表。刷单炒信是通过网络交易平台以刷单、刷量等方式炒作商家信用的行为[1]。针对刷单炒信,司法实践的做法不一。在美名科技有限公司“免费试用”刷单炒信案中,行为人组建刷单平台帮助提高店铺信誉,获利803万余元,杭州市余杭区市场监管局责令行为人停止违法行为,并处罚款150万元[2]。但实务界也存在将正向刷单炒信以非法经营罪或虚假广告罪、反向刷单炒信以破坏生产经营罪进行定罪处罚的情况。¹

同样是刷单炒信,处理结果却是天差地别。由此看来,实务界就刷单炒信的刑法定性问题并未形成统一意见。

而学界对刷单炒信的看法也是莫衷一是。在刑法学界,刷单炒信主要存在以下争议:一是应对刷单炒信行为予以入罪;二是若入罪的话,应以何罪予以规制。

否定刷单炒信入罪化的学者的主要观点是通过民法、行政法等手段规制刷单炒信即可,无动用刑法的必要,刷单炒信入罪化反而可能违反刑法谦抑性原则和罪刑法定原则。比如欧阳本祺老师认为刷单炒信违反了诚实信用原则,以民事、行政手段进行遏制即可[3]。²而在肯定刷单炒信入罪化的学者内部,依然存在两种不同见解。第一种见解以解释论为立场,认为通过现有刑法罪名即可规制刷单炒信,比如非法经营罪、虚假广告罪等;第二种见解则主张刷单炒信具有入罪的必要性,但难以根据现有刑法予以规制,需要增设新罪名。比如张明楷老师主张借鉴国外刑法,在我国增设妨害业务罪以规制刷单炒信行为[4];³孙道萃老师认为规制刷单炒信的最优方案是增设破坏网络市场信用评价罪[5];高艳东老师则指出增设妨害数据信用罪是治理刷单炒信的途径[6];而耿立峰、连赛君老师认为增设组织虚构

¹将正向刷单炒信以非法经营罪论处的案例有:浙江省余杭区人民法院(2016)浙0110刑初726号刑事判决书、汕头市中级人民法院(2018)粤05刑终152号刑事裁定书;以虚假广告罪论处的案例有:福建省莆田市荔城区人民法院(2020)闽0304刑初95号刑事判决书、浙江省丽水市莲都区人民法院(2021)浙1102刑初69号刑事判决书。将反向刷单炒信以破坏生产经营罪论处的案例有:南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书、浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号刑事裁定书。

²类似的观点可见杨立新,吴烨,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; 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; 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.

³类似的观点可见麦买提·乌斯曼, 阿布都米吉提·吾买尔. 数字时代妨害业务行为的刑法规制[J]. 重庆理工大学学报(社会科学), 2021, 35(6): 155-166.

网络交易罪是处理刷单炒信的最优路径[7]；李世阳老师则支持增设妨害信用罪或背信罪对刷单炒信行为予以制裁[8]。

本文认为，学界对刷单炒信入罪化与否、如何进行刑法评价存在不同看法的重要原因在于学者们在讨论刷单炒信的定性问题时并未严格区分刷单炒信的不同类型，将不同类的刷单炒信混杂在一块予以认定，故解决争议的关键在于厘清刷单炒信的具体类型。基于此，本文将对刷单炒信行为予以类型化解构，分析哪些情况下能够进行刑法评价，并提出具体的刑法规制路径。⁴

2. 刷单炒信的类型区分及刑法评价

厘清具体类别是解决刷单炒信定性问题的重要前提。按照不同的标准，可将刷单炒信划分为不同的类型。

2.1. 以行为样态为标准：可分为普通刷单炒信、组织刷单炒信和经营刷单平台

普通刷单炒信体现的是“经营者-刷单者”的二维关系，包括经营者自行刷单、相互间互相刷单以及雇佣他人刷单等情形[9]。普通刷单炒信不具有相当社会危害性，通常不宜被纳入刑法规制的范围。原因主要有二：一是此类刷单炒信所涉案的数量一般较少，持续的时间一般较短，难以达到犯罪行为的严重社会危害性的要求，也难以满足某些犯罪情节严重的条件。换言之，少量的刷单炒信欠缺刑事处罚必要性。二是此类刷单炒信在我国长期存在，数量非常庞大，涉及的地区非常分散，并且具有一定的隐蔽性。对此类刷单行为进行刑法评价不仅在调查取证上有困难，而且不切实际，对行为人均予以处罚甚至可能造成不良的社会影响。因为可能还需要考量“法不责众”这一刑事政策[10]。

组织刷单炒信表现出“一对多”的交易模式[9]。相较普通刷单炒信而言，组织刷单炒信规模更大、参与人数更多、辐射范围更广、涉案数量更多，具有更严重的社会危害性。比如严重破坏交易秩序、侵害消费者权益、干扰同行竞争者的经营活动和损害网购平台信誉等，故对组织刷单炒信予以刑法规制是合理的。至于经营刷单平台则是为组织刷单炒信提供帮助性服务，行为的危害性程度也较高，有必要进行刑法评价。刷单平台的经营者与刷单炒信的组织者可能是不同主体，也可能是同一主体。刷单平台的经营者与刷单炒信的组成为同一主体时，可根据牵连犯的原则从重处断。正因为经营者与组织者存在是同一主体的情况，很多学者没有合理区分组织刷单炒信和经营刷单平台两个不同的行为样态，从而导致了在认定上的混乱。李某某非法经营案就是一个典型案例。该案案情如下：李某某建立刷单炒信平台，收取管理维护费和体验费，并组织会员发布或承接刷单炒信任务。在此期间，李某某还以向会员们销售任务点的方法牟利。法院认为李某某的行为构成非法经营罪，原因主要有三：一是李某某经营刷单平台，以各种方式牟利，系属提供经营性互联网信息服务。根据《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)的相关规定，应取得增值电信业务经营许可证。二是李某某组织卖家发布刷单炒信信息，引导卖家对商品、服务作虚假宣传，具有发布虚假信息的主观故意，满足《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)第3条第1项⁵规定的情形。三是根据《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》(以下简称《解释》)第7条⁶的规定，李某某既违反国家规定，又以营利为目的，通过信息网络有偿提供发布虚假信息等服务，严重扰乱市场秩序，构成非法经营罪。⁷

对于这一案例，很多学者持反对意见，并且他们的关注点在于刷单炒信是违法行为，所谓违反经营

⁴学界一般认为，恶意差评型反向刷单行为可构成损害商业信誉、商品声誉罪，故本文不进行探讨。

⁵该项内容为“利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传”。

⁶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，符合相应数额标准的，以非法经营罪定罪处罚。

⁷参见浙江省余杭区人民法院(2016)浙 0110 刑初 726 号刑事判决书。

许可这一问题根本是不存在的，因为根本就不可能取得许可证。⁸

但是，这一理由缺乏可信度。其一，判断刷单炒信行为是否构成非法经营罪关注的应是其是否符合非法经营罪的构成要件，而不是纠缠于其是否有对应的合法行为。以不满足具有合法行为这一前提条件为由否定非法经营罪的成立显得有些勉强。其二，即便认为应关注是否有相应的合法行为，也应关注的是经营网站是否有合法行为，上述理由其实是混淆了组织刷单炒信与经营刷单平台^[9]。而经营网站是可以取得许可证的，也即经营网站有合法与非法两种形态，本案中李某某并没有许可证，能够成立非法经营罪。

另外，也有学者从其他角度主张不应将此案认定为非法经营罪，如(1)《办法》所说的“经营性互联网信息服务”应被认为是具有一般性、初始性与基础性特征的互联网信息服务，如网络接入等，刷单炒信并不属于此类^[10]；(2)《决定》第3条所指的“虚假宣传”针对的对象是伪劣产品，而刷单并不在此列^[11]；(3)李某某所提供的有关刷单的供求信息都是真实的，并不是《解释》第7条所规定的“虚假信息”^[12]；(4)结合非法经营罪前3项的内容，从同类解释的角度看，非法经营罪的保护法益是国家特许经营制度，涉及的是“特定的经营”，而刷单炒信与特许经营制度并不相关^[13]。

本文认为，李某某经营刷单平台的行为构成非法经营罪，上述反对观点可能均难以成立。第一，即便认为经营性互联网信息服务是一般性、基础性的服务，也不能狭隘理解一般性服务的内涵。比如网络接入其实也是包含网络信息服务业务经营者通过网络从事信息内容的提供、网上交易、在线应用等服务的^[9]。此外，认为刷单炒信不在“经营性互联网信息服务”内实际上也弄混了组织刷单炒信与经营刷单平台，非法设立并经营经营性网站，且提供刷单炒信服务的，显然属于上述范畴^[9]。

第二，从《决定》第3条的文义表述来看，“伪劣产品”与“商品、服务”是并列关系，虚假宣传修饰的是“商品、服务”而非“伪劣产品”，即并不一定是为“伪劣产品”作虚假宣传。李某某经营刷单平台为商家虚构销售情况助力，无疑属于“虚假宣传”。

第三，炒信信息本身虽然是真实的，但发布炒信信息的目的却是在购物平台上虚构交易、制造虚假评价。因此从本质上看，李某某经营刷单平台的行为是为了虚假交易所呈现出的虚假信息服务的，刷单平台上发布的信息与虚假信息息息相关，两者在性质上是一致的。

第四，组织刷单炒信确与许可制度无关，但经营刷单平台会关涉许可制度，上述第四个反对观点似乎也有混淆组织刷单炒信与经营刷单平台的嫌疑。即便认为此观点的关注点是经营刷单平台，该观点可能也缺乏足够的说服力。本文主张非法经营罪的保护法益应是市场准入秩序。成立非法经营罪会受到情节严重的约束，而情节严重是一个综合性要件，需要司法机关结合各种情形予以判断，其中当然也包括许可事项、许可类型等情形，故没有必要例外将经营理解为特定经营。另外，虽然同类解释具有科学性与合理性，但是对于何为“同类”可能很难有一致的结论，因而第四个反对观点结论的科学性是存疑的。比如非法经营罪第2项所说的证件不一定是国家特许经营所颁发的证件，也可能只是一般的证件。实际上，将非法经营罪的法益限定为特许经营制度是基于限缩的立场，为了避免该罪口袋化趋势愈演愈烈。不过，应注意的是，“情节严重”的限制条件本质上就是发挥限缩处罚范围的作用的，无需另外缩小法益的保护范围予以限制。有学者甚至指出，在适用刑法时不宜单纯强调限缩处罚范围，而应强调范围的合理性与妥当性，也即对刑法适用的态度应从限定处罚转变为妥当处罚^[14]。

不过，需要说明的是，本案中，法院似乎也没有完全区分组织刷单炒信与经营刷单平台。李某某存

⁸持这一观点的学者有陈兴良，卢宇、邓文迪，叶良芳，周光权等，参见陈兴良：刑法阶层理论：三阶层与四要件的对比性考察[J]。清华法学，2017，11(5)：6-19；卢宇，邓文迪：网络刷单炒信刑事定性因果反思与司法坚守——非法经营罪之孽缘消解[J]。重庆邮电大学学报(社会科学版)，2020，32(4)：62-72；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；周光权：刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪[J]。中外法学，2019，31(4)：951-966。

在经营刷单平台与组织刷单炒信两个不同的行为样态，但法院的论证重点围绕的是李某某构成非法经营罪，这一罪名针对的行为样态是经营刷单平台。然而奇怪的是，法院的第2点理由却似乎是在论证组织刷单炒信会构成非法经营罪。根据《决定》第3条的规定，利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。该条并未直接指向非法经营罪，反而与虚假广告罪似乎更具有关联性。

另外，还值得一提的是，实践中，有些司法机关并未仔细辨别与分析具体的刷单行为类型，而是简单粗暴地以刑法原则为裁判理由，对存在犯罪性质争议的刷单行为予以认定。如在苏某等虚假广告案中，被告人苏某成立翰某公司后，业务扩展至“刷单”领域。谭某某组织刷手们对苏某介绍的“刷单”业务予以操作。后谭某某成立工作室，通过微信群组织刷手“刷好评”来赚取佣金。公诉机关认为苏某、谭某某组织“刷单炒信”的行为构成非法经营罪，但两被告人及其辩护人认为此“刷单炒信”的行为应定性为虚假广告罪。针对这一争议，法院认为，对被告人犯罪性质出现争议时，应充分考量罪刑法定原则、罪责刑相适应原则、刑法的谦抑性原则。对被告人应以虚假广告罪定罪处罚，这与“刷单炒信”行为的社会危害性相称，更能体现罪责刑相适应原则。⁹相较而言，虚假广告罪的量刑结果更轻，该案裁判法院笼统地以相关刑法原则为由排除了非法经营罪的适用，而并未具体说明为何不能适用非法经营罪，无疑是不当的。

实质上，本案的行为人既是刷单平台的经营者，又是正向刷单炒信的组织者，存在两个需要刑法评价的行为，前一行为可构成非法经营罪，而后一行为能成立虚假广告罪(后文将详细论述)。此时需要根据牵连犯的原则从重处断。虚假广告罪之法定最高刑为两年有期徒刑，低于非法经营罪。一般而言，虚假广告罪的量刑结果更轻。这就意味着，本案适用虚假广告罪难以做到罪刑均衡、罚当其罪，应以非法经营罪论处。¹⁰

除了非法经营罪外，经营刷单平台还可构成非法利用信息网络罪，该罪的设立目的在于对法益予以早期化保护。根据《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条、第8条之规定，为了进行违法犯罪活动而建立网站或通讯群组，或者建立后主要实施违法犯罪的，便可适用本罪。而组织刷单炒信属于条文所规定的“违法犯罪活动”，为了组织刷单炒信而经营刷单平台的情节严重的行为自然成立非法利用信息网络罪。至于情节严重如何认定，本文认为，可从创建并经营刷单平台的数量、平台运营时间、平台的成员数、访问数、发布信息数、违法所得数额等方面综合考量。

2.2. 以行为对象为标准：可分为正向刷单炒信和反向刷单炒信

依据行为对象的不同，可将刷单炒信分为正向刷单炒信和反向刷单炒信两大类。正向刷单是针对商家自己的商品，虚假交易提高商品销量与信誉的行为；而反向刷单是针对同行竞争者的商品，故意给予差评以降低其信誉或者故意给予好评、制造同行竞争者自行刷单假象的行为。从上文可得出，对于正向刷单和反向刷单可进行刑法评价的具体情形有为正向(反向)刷单炒信经营刷单平台和正向(反向)组织刷单炒信。针对前者，上文已经论述了此行为构成非法经营罪和非法利用信息网络罪的竞合，而下文将具体探讨组织正向刷单炒信和组织反向刷单炒信(恶意好评型)的刑法规制路径。

3. 组织正向刷单炒信可构成虚假广告罪

对于刷单炒信这类在互联网经济的发展下衍生出的新型犯罪行为而言，对其予以刑法规制首先得在

⁹参见湖南省衡山县人民法院(2023)湘0423刑初157号刑事判决书。

¹⁰如下文述，经营刷单平台也可能构成非法利用信息网络罪，但本罪法定最高刑为三年有期徒刑，比非法经营罪低，根据从重处罚原则，最终仍应以非法经营罪论处。

现有的刑法体系与框架内寻找合适的罪名，若对现有刑法进行解释后无法对刷单炒信予以评价，那么表明此类行为已经逾越刑法的规制范围，则需要通过立法的方式增设新的罪名来规制刷单炒信。对于组织正向刷单炒信，学界一般存在以非法经营罪或虚假广告罪论处两种观点。如前所述，以非法经营罪规制组织正向刷单炒信实质上混淆了其与经营刷单平台的关系，并不可取。下文将检视此类行为能否成立虚假广告罪。

根据刑法第 222 条的规定，广告主、广告经营者或广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，构成虚假广告罪。反对组织正向刷单炒信构成虚假广告罪的学者主要从以下几方面进行了质疑：一是从虚假广告罪的行为主体看，只有广告主、广告经营者或广告发布者这些特殊主体才能构成虚假广告罪，而正向刷单炒信的组织者并不满足主体的特殊要求^[6]；二是虚构交易及虚构评价并不是广告，因为其不具有对产品宣传或推广的作用，且广告具有独立于商品进行传播、让消费者将广告与商品本身联系的特点，但虚构评价只能固定在一定的界面，且仅看评价难以知晓商品本身是何物^[15]；三是网购平台“七天无理由退货”制度使得行为人难以符合虚假广告罪“情节严重”的要件^[7]。

本文将对上述质疑作出以下回应：第一，就广告主等特殊主体而言，《广告法》与《刑法》的侧重点不同，前者关注的是广告制作与发布的秩序，更加注重主体的形式合法性，而《刑法》规定的虚假广告罪目的在于打击虚假广告的制造与传播，更加注重从实质方面界定主体^[16]。正向刷单炒信的组织者虽然并未取得广告经营者的资质，但从本质上看，组织者对商品或服务的销售状况、用户评价进行了虚假宣传，其行为与广告经营者的行为在表现形式上没有区别，将组织者归入广告经营者的范畴是妥当的。有学者基于扩大解释的立场，支持将刷单炒信的组织者归入广义的广告经营者范围中^[10]。实践中亦存在将组织正向刷单炒信的行为人认定为广告经营者的案例。如在张志杰虚假广告案中，被告人张志杰组织刷手为不特定淘宝店主提供刷单服务，以虚假交易的方式，提高淘宝店铺的交易量及好评度，法院认为被告人张志杰作为广告经营者，违反国家规定，利用广告对商品作虚假宣传，情节严重，构成虚假广告罪。¹¹由此看来，司法机关也是认同以实质主义为立场界定虚假广告罪主体的范畴的。质言之，该罪的行为主体看似是特殊主体，实则不然，一般主体亦能构成此罪。

第二，《网络交易监督管理办法》第 14 条将虚构交易、编造用户评价作为虚假宣传的一种行为方式。《反不正当竞争法》第 8 条禁止经营者组织虚假交易，进行虚假宣传，第 20 条进一步指出经营者违反第 8 条之规定，属于发布虚假广告的，依照《广告法》相关规定处罚。可以看出，虚假交易可以成为虚假宣传、虚假广告的一种表现形式。那么，虚假交易应满足什么条件才能成为虚假广告呢？有学者认为，单纯的虚构销售状况可以成立虚假广告罪^[10]。但认真分析《广告法》第 28 条¹²可以得出只有虚构的销量数据在广告中进行使用才能成立虚假广告罪，上述观点不当扩大了广告的外延，只有既虚构交易又实质性编造用户评价的行为才属于“虚假广告”，构成虚假广告罪^[17]。高铭暄、郭玮老师也明确指出，在虚构交易量的同时以文字、图片等形式实质性推广商品的行为才有成立虚假广告罪的空间^[18]。本文赞同这一观点。实际上，将仅虚构交易的行为认定为广告是对广告内涵的不当理解。纯粹的销售状况并不具有推广商品或服务的基本功能，因为其体现的仅仅是一个客观上的销售数值。而广告天然地具有主观色彩与引导性特征，其作用在于通过夸大性的说辞从各方面介绍商品或服务的优点与特色，从而吸引更多人次购买。而“刷评论区”是消费者在决定是否购物前的通常举动，评论区的相关信息较商品的销量情况而言对消费者发挥了同等重要甚至更加重要的作用。根据生活经验可知，倘若某一商品销量很高，但是

¹¹ 参见福建省莆田市荔城区人民法院(2020)闽 0304 刑初 95 号刑事判决书。

¹² 《广告法》第 28 条指出虚假广告是以虚假或引人误解的内容欺骗、误导消费者的广告，包括商品或服务不存在，商品的性能、功能、用途、质量、销售状况、曾获荣誉等与实际情况不符，对购买行为有实质性影响等情形。

评论的数量很少,或者评论区里对该商品的正面描述很少时,消费者可能会警醒起来,慎重考虑是否购买此商品,最终放弃购买的概率是极大的。因为相较此款商品,另一款销量又高、好评数又多的商品显然更值得信赖。申言之,虚构评价多多少少会涉及到商品的性能、功能、用途、质量等情况,这些评价信息是消费者选择是否购买该商家商品的重要指南,对消费者而言实际上发挥了广告宣传的作用。

另外,广告不可能完全脱离商品实物而存在,广告中是会出现商品实物的。虚构评价虽然固定在一定界面,但此类评价是在网购平台上发布的,只要消费者点开某商家某一商品的评论界面即可看到,符合广告“广而告之”的公众性特点。而且虚假评价后会显示评价主体购买的是哪款商品,能够让消费者将评价与特定商品对应起来。再者,发布虚假评论的刷手很可能受过刷单炒信的专门培训,会特别表明自己所购的物品是什么,以吸引消费者购买。

当然,不可否认的是,虚构交易与评价型广告与传统广告相差较大,这正是引发争议的重要缘由。然而,随着时代的发展与变化,尤其是“互联网+”的深入发展与应用,传统的广告形态已然不能满足现实需求,广告已经演变发展到了更深层次的阶段。这就要求我们与时俱进,以动态变化的眼光而非僵化固定的视角来界定广告、对广告作出符合时代发展要求的解释。

第三,一方面,根据《消费者权益保护法》第25条之规定,并非所有的商品都能适用“七天无理由退货”制度。另一方面,就能适用该制度的商品而言,消费者受到虚假销量与虚假好评的误导而购买某商品与消费者能够选择退货并不存在冲突。“七天无理由退货”这一权利是救济消费者的一种手段,但存在救济手段得不出情节不严重这一结论,二者是两码事。例如,在甲上午盗窃了乙价值一万的手机,后因良心不安于下午偷偷送还的情况下,甲的盗窃行为已经既遂,其偷偷送还的行为只是一种事后悔罪的态度,但法益侵害结果已经造成了,甲成立盗窃罪,只不过对甲的量刑可能会有所从轻。组织正向刷单炒信也是如此,组织者已经通过虚假广告误导消费者,即使事后消费者选择退货,也已然侵犯了虚假广告罪的保护法益(且因为组织者并未采取积极补救措施,不能体现其悔罪态度)。通说认为,虚假广告罪的保护法益是广告管理秩序与消费者的合法权益,而广告管理秩序所保障的正是市场主体利用广告公平竞争的秩序^[19]。组织者显然破坏了市场有序竞争秩序,损害了消费者的合法权益,符合情节严重的要求时即可成立虚假广告罪。退一步讲,即便认为消费者的退货权利能够对虚假广告罪的认定产生实质影响,但在认定行为是否情节严重、构成虚假广告罪时,不能仅仅考虑消费者是否遭受财产损失、是否权利受到侵害这一要素,还需综合考量虚构销量与真实销量的差距、虚假评价的数量、虚假评价的人次、虚构销量及虚假评价持续的时间等因素。

本文认为,组织正向刷单炒信可以构成虚假广告罪,这一行为符合虚假广告罪中“违反国家规定”的要求,如《广告法》第4条、《电子商务法》第17条、《消费者权益保护法》第20条第1款均要求经营者不得作出虚假或者引人误解的宣传。虚构销量的同时又虚构具有实质性内容的好评的行为是一种虚假宣传,符合“虚假广告”的要件,情节严重时自然能够成立虚假广告罪。

4. 组织恶意好评型反向刷单炒信的规制路径

董某、谢某破坏生产经营案是我国首例反向刷单入刑案,最终二审法院判决被告人董某、谢某构成破坏生产经营罪,理由在于行为人主观上具有报复和从中获利的目的,客观上实施了以损害被害单位商业信誉的方式破坏被害单位生产经营的行为,且被害单位遭受了10万元以上的损失,行为人之行为符合破坏生产经营罪的犯罪构成。¹³对于该案判决,学者们看法不一,有的持支持态度,有的则表示反对。本

¹³该案基本案情如下:经营论文查重业务的董志超指使谢文浩多次以同一账号恶意大量购买智齿科技南京公司的商品,导致淘宝平台以涉嫌虚假交易对该公司的商品作出搜索降权等市场管控措施,严重影响了该公司的正常经营。法院认为,董志超、谢文浩的行为构成破坏生产经营罪。参见江苏省南京市雨花台区人民法院(2015)雨刑二初字第29号刑事判决书;南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书。

文认为,对董某、谢某不宜以破坏生产经营罪论处,因为从行为样态来看,行为人进行恶意好评型反向刷单炒信只是普通型刷单炒信,并不适合以犯罪论处。当然,抛开此点不谈,董某、谢某之行为也不符合破坏生产经营罪的构成要件。下文将对支持该案判决的学者的观点一一予以反驳,论证该案行为人并不构成破坏生产经营罪。接着在此基础上,本文将跳脱出此案,着眼于组织恶意好评型反向刷单炒信这一行为,论证此行为可成立损害商业信誉、商品声誉罪。

4.1. 破坏生产经营罪的否定

持支持态度的学者的主要立场是一致的,他们认为在互联网时代背景下,传统的对破坏生产经营罪的理解¹⁴已经不合时宜,需要重新予以审视[20]。他们的主要观点如下:第一,为区分破坏生产经营罪与故意毁坏财物罪,应将破坏生产经营罪的保护法益认定为生产经营的经济价值,而不是行为对象本身的价值[21]。第二,破坏生产经营罪中“其他方法”的同类标准,不是位于前面的“毁坏机器设备、残害耕畜”,而是之后的“破坏”,因为结尾的定性表述是核心所在。只要是对生产经营造成破坏且损害了经济价值的行为都可归结于本罪的“破坏生产经营行为”。有鉴于此,其他方法不一定是无形的物理力,行为对象也不一定是无形的生产资料[22]。

针对上述内容,本文提出以下反对意见:首先,认为破坏生产经营罪的保护法益是生产经营的经济价值的观点其实是误解了该罪与故意毁坏财物罪的关系。应当认为,破坏生产经营罪与故意毁坏财物罪是特别法与一般法的关系,所以破坏生产经营罪在行为对象上存在特殊性,即侵害的对象为生产资料这类有形财物,且破坏生产经营罪应当是以毁坏财物的方法破坏他人的生产经营。再者,《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第34条将造成公私财产损失五千元以上作为破坏生产经营罪的追诉条件之一,而这一条件同时也是故意毁坏财物罪的追诉条件。根据体系解释可知,破坏生产经营罪中的“公私财产损失”跟故意毁坏财物罪一样,只能是作为行为对象的财物本身,而非所产生的经济利益。另外,上述观点是将破坏生产经营罪置于经济犯罪而不是财产犯罪范畴内予以理解,会导致该罪保护的范围无限扩大,实为不妥[23]。

其次,同类解释的标准一般取决于“其他方法”前面的内容。以“其他方法”后面的内容作为参考这一另辟蹊径的做法与惯常习惯不同,效果反而可能适得其反,让人难以接受。而且,仅强调“破坏”而完全脱离破坏生产经营罪中前面的列举事项会让“毁坏机器设备、残害耕畜”成为完全可以删掉的内容,使得破坏生产经营罪丧失了行为方式的提示,也导致公众对行为规范越来越捉摸不透[24]。换言之,这一做法会使罪状要素形同虚设、构成要件丧失其本应具备的定型化作用。正是因为有“毁坏机器设备、残害耕畜”的描述性话语才能为公众提供行为的指引,公众可以以“毁坏机器设备、残害耕畜”的行为方式作为参照物来判断自己将要实施或者想要实施的行为是否跟上述行为相当,从而极大地规避风险。再者,上述做法也会盲目扩大“其他方法”的范围,可能引起破坏生产经营罪的“口袋化”趋势。所以,以“毁坏机器设备、残害耕畜”为标杆来界定“其他方法”的具体行为方式是合理的。“其他方法”表现的形式应为有形物理力,且针对的对象应为生产资料。董某、谢某的行为并未直接毁坏财物,不能构成破坏生产经营罪。

最后,在董某、谢某的整个反向刷单过程中,行为人采取恶意好评的方式让平台陷入了误区,对被害商家做出了搜索降权等处理措施。实际上行为人所直接针对的对象既不是财物,也不是被害商家生产经营的经济利益,而恰恰是被害商家的信誉。二审法院一方面认为董某、谢某的反向刷单行为构成破坏生产经营罪,但另一方面又是以“损害被害单位商业信誉”这一行为方式来予以论证,恐有自相矛盾之嫌。其实,二审判决认为行为人采取“损害被害单位商业信誉的方式”已经表明了恶意好评反向刷单炒

¹⁴一般认为,破坏生产经营罪的保护法益是财产权,“其他方法”应是针对生产资料使用有形物理力的行为。

信的类型特征[25]。显然,行为人的行为与损害商业信誉、商品声誉罪的关系十分紧密。不过,上文已经论述过,因为行为人的刷单类型是普通型刷单炒信,所以没有必要对其进行刑法评价,通过民事手段或行政手段规制即可。但即便如此,也不影响以下结论的得出:董某、谢某的刷单行为与损害商业信誉、商品声誉罪的构成要件更具有符合性,而不是破坏生产经营罪。退一步讲,商业信誉和商品声誉能否被认为是破坏生产经营罪中的“生产资料”呢?答案也是否定的。商业信誉和商品声誉不具有物质性,不能对生产经营活动产生决定性作用,并不符合“生产资料”的本质特征。

综上,董某、谢某并未以有形物理力的方式对生产资料这一财物进行破坏,不能构成破坏生产经营罪。法院对董某、谢某以破坏生产经营罪定罪处罚实际上是对该罪的类推适用,并不合适。

4.2. 损害商业信誉、商品声誉罪的证成

本文认为,组织恶意好评型反向刷单炒信的行为可构成损害商业信誉、商品声誉罪,具体论证如下。

根据《刑法》第 221 条之规定,捏造并散布虚伪事实,损害他人商业信誉、商品声誉,并给他人造成重大损失或有其他严重情节的行为成立损害商业信誉、商品声誉罪。对于本罪“捏造”与“散布”的关系,学界主要存在两种观点。一种观点认为不能分裂二者,行为人应同时具备捏造与散布的行为[26]。另一种观点则认为仅具备散布即可认定为实行行为[27]。

其实,在组织恶意好评反向刷单中,无论支持哪种观点,对实行行为的认定都不会有差异。因为在这个过程中,组织者捏造并散布的虚假事实是被害商家违反诚实信用、公平竞争原则在从事正向刷单行为,而捏造行为与散布行为几乎是同时发生的,因为捏造虚假事实需要借助平台的监测系统。而一旦平台检测到上述信息就会误判被害商家存在正向刷单行为,从而采取一定的措施,如搜索降权。这表明虚假事实已被平台知悉,且通过平台的处置措施进行了更广的传播与散布。也就是说,组织者利用了平台相关管理规则实施了捏造、散布虚假事实的行为。

有观点对损害商业信誉、商品声誉罪的成立提出了否定意见,如认为搜索降权对商品声誉没有影响,因为这只是短暂的管控措施,而不涉及平台对商家商品或服务自身的评价[28];又如认为从表现上看行为人的“好评”反而提升了被害商家的信誉,以损害商业信誉罪进行认定就会产生将平台视作社会一般人的结论,没有区分平台上的信誉与社会一般信誉[29]。

本文认为,就第一种看法而言,一方面,其误解了平台实施管控措施的原因与影响。另一方面,也过度割裂了对商品或服务的评价与对商家的评价这两个概念之间的关系。具体而言,管控措施的施行恰是缘于平台对于商家的“不信任”,也即商家的信誉值在平台的评价标准中有所降低。平台实施的管控措施对于商家而言可谓是一种“惩罚措施”,即使商家反应迅速,及时申诉成功,管控措施持续期间内所带来的负面影响也是不可逆的。此外,对商品或服务的评价与对商家的评价是“一损俱损,一荣俱荣”的关系,商家评价的提升或降低连带着会影响到商品或服务评价的提升或降低,反之亦然。

就第二种看法而言,“好评”只是表象,“损害信誉声誉”才是本质。行为人意图以“好评”的方式构陷被害商家在自行刷单,目的是降低被害商家的信誉。且应明确的是,信誉声誉的评价方是社会大众或者具有一定评价机制或者权威的主体。显然,网购平台作为一个自主管理的平台,具有一套自身的评价体系,且是中立方,能够对商家信誉予以评价。换言之,平台评价在某种程度上的确能“替代”社会一般人的评价。并且,行为人向对商誉信誉具有决定权的主体告知就相当于让不特定人知道了消息[30]。平台采取处罚措施就相当于向公众散布了这一虚假信息,其采取措施所导致的直接后果便是消费者可能难以找到被害商家,对老用户而言便会产生该商家是不是存在问题的怀疑,从而有可能不再购买其商品。而对新用户而言,也很可能因为其排名靠后而产生其是不是质量不好、服务不佳的印象,选择购买商家商品的可能性也很小。很明显的是,公众对商家信誉的认可度有所降低,组织者的行为损害了被害商家

的商业信誉。

另外,成立本罪还需“造成重大损失”或“有其他严重情节”。《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称《规定》)第66条对“造成重大损失”和“有其他严重情节”的认定标准作出了具体界定。¹⁵本文将主要探讨的是在平台仅对被害商家采取搜索降权的处置措施的情况下,行为人能否成立损害商业信誉、商品声誉罪。

在讨论这一问题前,需指出的是,实践中对于重大损失的认定存在模糊不清的问题。笔者使用北大法宝数据库,通过高级检索的方式,限定“案件类型——刑事案件”、“文书类型——判决书”、“判定罪名——损害商业信誉、商品声誉罪”,收集了28份裁判文书。其中,未认定损失数额而直接认定“有其他严重情节”且未加以论证的有1份;笼统地认定案件情节严重的有12份;表明行为人造成重大损失且在整個裁判文书中有提到具体数额的有8份;仅提及造成重大损失而未提及损失数额的有1份;简单表明行为人构成损害商业信誉、商品声誉罪,对重大损失、其他严重情节均未说明的有6份。通过上述数据可知,司法实践对于“重大损失”的认定标准尚不够清晰,具体论证尚有不足。即使在表明行为人造成重大损失且对具体数额予以说明的8份裁判文书中,仅有2份文书法院明确说明了被害人的直接经济损失数额。¹⁶

针对上述现象,必须明确的是,在认定重大损失时应坚持直接经济损失的立场,将间接经济损失排除在外。在董某、谢某破坏生产经营案中,二审法院最终认定被害商家的财产损失为10万余元,这一数额实际上是一种间接经济损失。从适用损害商业信誉、商品声誉罪的角度看,是不能予以认定的。事实上,《规定》已经明确指出重大损失只包括直接经济损失,且间接经济损失并非由行为人本身所引起,这表明间接经济损失与侵害行为之间缺少必然的因果联系[31]。此外,学界对间接经济损失范围认定的宽泛模糊会导致将其纳入重大损失范畴难以确定归责边界[32]。故不宜将间接经济损失包含于重大损失当中。如此一来,“给他人造成直接经济损失数额在五十万元以上的”“其他给他人造成重大损失的”两种路径便很难行通。原因在于当今时代损害商业信誉、商品声誉的侵害行为所造成的间接经济损失可能远大于直接经济损失,仅计算直接经济损失难以达到数额要求。

不过有学者提出了以下解决方案:可将“销量减少”等预期利益的损失当作直接经济损失的一部分,当数额达到五十万元时即可认定为损害商业信誉、商品声誉罪[33]。但这一解释路径并不可取。一方面,消费者并没有下单,这种丧失一定交易机会的损失与消费者和被害商家签订合同后又取消订单的预期利益的损失是存在一定区别的,上述学者所谓的“预期利益”不当扩大了预期利益的应有之义。另一方面,即便认同学者所说的“预期利益”的范围,预期利益损失也不能被归入直接经济损失内。直接经济损失是确定无疑的,而预期利益并不具有明确性。虽然上述学者认为预期利益的一大特征是能够通过分析被害商家正常经营状况下的营业情况得出较为明确的一个数额[33],但这种预测方式的精确性程度有待研究与验证。换言之,上述方法得出的预期利益数值的准确性难以估摸,所以将预期利益损失纳入直接经济损失的范围是不可取的。

另外,此种情形下,被害商家会因此丧失一定的交易机会,失去一定的预期收益,但因为被害商家并非完全丧失了交易可能,仍可继续经营,并不符合《规定》第66条第2项规定的相关情形。

综上可知,《规定》第66条所述的第一种和第二种情形难以适配于本文所讨论的问题。在此前提下,本文主张,认定行为人构成损害商业信誉、商品声誉罪的可行解释路径是行为人的行为符合“有其他严重情节”的要求。“其他严重情节”可以参考以下几方面进行认定:一是组织恶意好评反向刷单行为的

¹⁵具体内容如下,捏造并散布虚伪事实,损害他人的商业信誉、商品声誉,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)给他人造成直接经济损失数额在五十万元以上的;(二)虽未达到上述数额标准,但造成公司、企业等单位停业、停产六个月以上,或者破产的;(三)其他给他人造成重大损失或者有其他严重情节的情形。

¹⁶参见河南省遂平县人民法院(2015)遂刑初字第00204号刑事判决书、山东省淄博市高新技术产业开发区人民法院(2014)新刑初字第31号刑事判决书。

持续时间及实施次数；二是被害商家被降权处罚的持续时间；三是被害商家的知名度；四是被害商家搜索降权期间的经营状况与平常经营状况的差距；五是被害商家恢复商誉的成本。

5. 结语

实务界和学界对刷单炒信的刑法定性问题存在不同看法，争议焦点在于对刷单炒信是否应以刑法规制以及该以何罪进行规制。解决上述争议的关键在于厘清刷单炒信的具体类型。以行为样态为标准，刷单炒信可分为普通刷单炒信、组织刷单炒信和经营刷单平台。以行为对象为标准，刷单炒信可分为正向刷单炒信和反向刷单炒信。普通刷单炒信的社会危害性较小，不宜入罪，组织刷单炒信和经营刷单平台则有入罪的必要。刷单平台的经营者与刷单炒信的组织者为同一主体时，可根据牵连犯的原则从重处断。

现有刑法能够评价刷单炒信行为，无需另设新罪。具体而言，经营刷单平台能够成立非法经营罪和非法利用信息网络罪的竞合，对非法利用信息网络罪情节严重的认定，需综合考量创建并经营刷单平台的数量、平台运营时间、平台的成员数、访问数、发布信息数、违法所得数额等方面。组织正向刷单炒信可构成虚假广告罪，但在虚构销量的同时又虚构具有实质性内容的好评的行为才有可能构成虚假广告罪。虚假广告罪之情节严重的认定需结合消费者财产损失情况、虚构销量与真实销量的差距、虚假评价的数量、虚假评价的人次、虚构销量及虚假评价持续的时间等因素来判断。而组织恶意好评型反向刷单炒信并不符合破坏生产经营罪的构成要件，对此类行为应以损害商业信誉、商品声誉罪论处。

参考文献

- [1] 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.
- [2] 揭益群. 杭州查处美名科技有限公司“免费试用”“拍A发B”刷单炒信案[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/TQJHhtG9RiPE5zUCO_oSLQ, 2018-11-26.
- [3] 欧阳本祺. 论网络时代刑法解释的限度[J]. 中国法学, 2017(3): 164-183.
- [4] 张明楷. 妨害业务行为的刑法规制[J]. 法学杂志, 2014, 35(7): 1-10.
- [5] 孙道萃. 可增设破坏网络市场信用评价罪规制刷单行为[N]. 检察日报, 2017-09-06(3).
- [6] 高艳东, 李莹. 数据信用的刑法保护——以“流量黑灰产”为例[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2020, 50(3): 63-78.
- [7] 耿立峰, 连赛君. 侵犯网络交易秩序行为的类型化展开与刑法规制[J]. 学习与实践, 2024(11): 86-96.
- [8] 李世阳. 不妨强化对信用的刑罚保护[N]. 法制日报, 2017-06-22(7).
- [9] 周详, 农海东. 刷单炒信样态的认识误区及刑法评价[J]. 广西民族大学学报(哲学社会科学版), 2020, 42(1): 190-196.
- [10] 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.
- [11] 陈兴良. 刑法阶层理论: 三阶层与四要件的对比性考察[J]. 清华法学, 2017, 11(5): 6-19.
- [12] 娄瀚文, 卢宇. 刷单炒信行为的法教义学审视与刑法规制[J]. 浙江理工大学学报(社会科学版), 2020, 44(4): 433-441.
- [13] 卢宇, 邓文迪. 网络刷单炒信刑事定性因果反思与司法坚守——非法经营罪之孽缘消解[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2020, 32(4): 62-72.
- [14] 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.
- [15] 杨彩霞, 李新建. 虚假好评式刷单行为的规范分析及其刑法规制路径[J]. 北京邮电大学学报(社会科学版), 2019, 21(6): 37-45.
- [16] 李彦峰. 虚假广告罪疑难问题研究——以刑法适度干预价值理念为指导[J]. 山西高等学校社会科学学报, 2011, 23(7): 69-72.
- [17] 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.
- [18] 高铭喧, 郭玮. 平台经济犯罪的刑法解释研究[J]. 法学杂志, 2023, 44(1): 1-13.

-
- [19] 鲍博. 数字经济时代虚假广告罪的风险内涵与立法重塑[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2024, 26(S1): 102-105.
- [20] 李世阳. 互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(1): 50-57.
- [21] 吉善雷. 论网络背景下破坏生产经营罪的适用范围[J]. 中国检察官, 2018(10): 67-71.
- [22] 高艳东. 破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理[J]. 预防青少年犯罪研究, 2016(2): 13-26.
- [23] 张明楷. 兜底规定的类型与适用[J]. 清华法学, 2025, 19(1): 26-46.
- [24] 冀洋. 网络时代破坏生产经营罪的司法逻辑[J]. 法治研究, 2018(1): 124-133.
- [25] 王安异. 虚构网络交易行为入罪新论——以《中华人民共和国电子商务法》第17条规定为依据的分析[J]. 法商研究, 2019, 36(5): 54-66.
- [26] 陈兴良. 罪名指南[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 596.
- [27] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 1079.
- [28] 张宁生, 刘艳红, 刘远, 等. 恶意好评“捧杀”竞争对手行为如何定性[J]. 人民检察, 2016(24): 41-46.
- [29] 吴璇. 恶意好评型反向刷单行为的刑法规制探索[J]. 太原理工大学学报(社会科学版), 2023, 41(1): 63-73.
- [30] 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.
- [31] 司冰岩. 损害商业信誉、商品声誉罪中重大损失的司法认定[J]. 法律适用, 2022(10): 139-147.
- [32] 杨绪峰. 损害商业信誉、商品声誉罪的教义学检讨[J]. 政治与法律, 2019(2): 53-65.
- [33] 黄弘毅, 袁建伟. 反向刷单刑事规制的规范分析与路径选择[J]. 北京警察学院学报, 2023(4): 15-22.