

# 网络“刷单”行为的定性，构成虚假广告罪还是非法经营罪？

## 一、引言

随着电子商务的蓬勃发展，网购在社会生活中日趋普遍，网络经济已成为我国市场经济的重要组成部分。许多网络商家为了加大宣传，吸引客户，提升经济效益，不惜雇佣刷手刷单、刷好评，提高店铺信誉评价，增强市场竞争力。该种行为被定义为“刷单炒信”，其涉及到以提高商品销量和评价为目的的虚假交易，侵害消费者的知情权、选择权，破坏了正常市场秩序。但基于刷单平台经营方实施的刷好评行为系非典型的网络犯罪，当今的刑法体系下并不能完整覆盖其具体行为，从而导致行为定性在司法适用上出现了罪名适用不统一的问题，各地法院对刷单行为也有不同的判罚，目前主流的判例分为两类，一类将其定性为虚假广告罪；一类将其定性为非法经营罪。

## 二、什么是刷单行为？

“刷单”，是一个电商衍生词，指的是商家付款请人假扮顾客购买店铺商品，用虚假销售业绩提高网店的排名和获得虚假好评以提高自己网店的搜索排名，获得更多的流量，吸引更多顾客购买的行为。根据网店经营者的目的来分类，一般分为正向刷单与反向刷单。

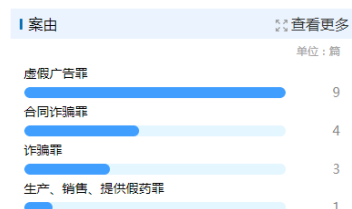
正向刷单：是指网店经营者出于提高自己店铺信誉的目的，通过虚假交易的手段，为自己的店铺刷好评以及销售数量的行为。

反向刷单：是指网店经营者出于打压其他经营者的目的，雇佣刷单人给其他店铺刷差评，使其他店铺的信誉受到损害，或者网店经营者为了打击其他网店正常经营，雇佣刷单人对其他网店进行恶意好评刷单，进而导致该网店被监管部门认定为虚假交易受到处罚的行为。

## 三、虚假广告罪和非法经营罪判罚案例统计（以法信为检索平台）

### （一）虚假广告罪

在法信-类案检索平台以“刷单”“案件类型：刑事案件”“虚假广告罪”为关键词进行检索，共获得案例17篇，具体情况如下：



由此看，17篇案例中最终以虚假广告罪定性的案件共有9件，其中：

省份	案件数
浙江省	4件
内蒙古自治区	3件
湖南省	1件
福建省	1件

### （二）非法经营罪

在法信平台以“刷单”“非法经营罪”为关键词进行检索，共获得相关案例5篇，法院均以非法经营罪定罪量刑，其中：

省份	案件数
广东省	1件
湖南省	1件
江西省	1件
上海市	1件
浙江省	1件

特别地，2017年浙江省的李某非法经营案【（2016）浙0110刑初00276号】系刷单炒信入刑第一案，表明“刷单”行为不仅是违法行为，还可能构成犯罪。此案的宣判对震慑“刷单”行为，促进网购市场发展具有重要意义。

### （三）二罪犯罪构成要件之区别

	虚假广告罪	非法经营罪
犯罪主体	一般主体	一般主体
犯罪主观方面	故意	故意且具有谋取非法利益的目的

犯罪客体	市场秩序的管理制度	国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理制度
犯罪客观方面	行为人实施违反国家规定，利用广告对商品或服务作虚假宣传，并且达到刑法规定的严重程度	表现为未经许可经营专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品；买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件；未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务或者其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为

## 四、虚假广告罪vs非法经营罪

### （一）两罪的法律规定

#### 1. 虚假广告罪

（1）刑法规定第二百二十二条【虚假广告罪】广告主、广告经营者、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，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

（2）追诉标准（情节严重）根据《最高人民法院、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）》第六十七条【虚假广告案（刑法第二百二十二条）】广告主、广告经营者、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，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

- ①违法所得数额在十万元以上的；
- ②假借预防、控制突发事件、传染病防治的名义，利用广告作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额在三万元以上的；
- ③利用广告对食品、药品作虚假宣传，违法所得数额在三万元以上的；
- ④虽未达到上述数额标准，但二年内因利用广告作虚假宣传受过二次以上行政处罚，又利用广告作虚假宣传的；
- ⑤造成严重危害后果或者恶劣社会影响的；
- ⑥其他情节严重的情形。

#### 2. 非法经营罪

（1）刑法规定第二百二十五条【非法经营罪】违反国家规定，

有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：

- ①未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；
- ②买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；
- ③未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；
- ④其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

（2）追诉标准根据《最高人民法院、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）》第七十一条【非法经营案（刑法第二百二十五条）】违反国家规定，进行非法经营活动，扰乱市场秩序，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：第七项以营利为目的，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：

- ①个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的；
- ②单位非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的。

注：《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》第七条违反国家规定，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：

- ①个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的；
- ②单位非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的。实施前款规定的行为，数额达到前款规定的数额五倍以上的，应当认定为刑法第二百二十五条规定的“情节特别严重”。

## 五、典型案例

### （一）基本案情

自2019年11月以来，被告人刘某伙同被告人陈某组织他人为网店商家进行虚假交易及对交易进行虚假好评，以提升网店的交易量及网店排名，也就是所谓的“刷单”“刷好评”。被告人刘某主要负责对外宣传并联系淘宝网刷单客户，确定业务员提成数额、刷手佣金数额、员工工资、提成等。被告人陈某负责人员招聘、费用支出等日常管理，沟通淘宝网刷单客户，接收客户发送的网店链接、关键词、价格、单数、网站后台子账号和密码等信息。2019年11月至2021年9月，被告人刘某、陈某组织刷单共计508051单，被告人刘某非法获利30万余元，被告人陈某每月自被告人刘某处领取报酬1万元，非法获利20万元。

### （二）案件焦点

“刷单”行为应适用虚假广告罪还是非法经营罪？

### （三）法院裁判要旨

法院经审理认为，被告人刘某、陈某违反国家规定，利用“刷单”“刷好评”服务为商家商品组织虚假交易，进行虚假宣传，情节严重，其行为侵犯了商品正当的交易活动和竞争活动，构成虚假广告罪。鉴于二被告人系自首，无犯罪前科，自愿认罪认罚，积极退缴违法所得，法院以虚假广告罪判处被告人刘某有期徒刑一年，缓刑一年六个月，并处罚金人民币五万元；判处被告人陈某有期徒刑十个月，缓刑一年，并处罚金人民币三万元。

### （四）案例评析

违反国家规定，利用“刷单”“刷好评”服务为商家商品组织虚假交易，此种“刷单”行为适用虚假广告罪比非法经营罪更适当。

1.“刷单”行为侵犯的法益具有复合性。本案中，“刷单”行为系正向炒作，即本案中刷信平台组织刷手与网店商家进行虚假交易，交易完成后对商品进行虚假好评以帮助商家提升信用评价，从而诱导消费者下单，促进商品销售的行为。“刷单”侵犯的法益具有复合性，包括电商信用评价机制、消费者知情权、竞争同行的正当利益、

（下转第二版）