

刷单炒信刑事规制的完善路径

□ 刘树德 柳 杨

法治论坛

随着电子商务、互联网金融及相关衍生行业的快速发展,以刷单、刷单炒信等行为为代表的网络黑灰产成为社会治理难题。然而,由于相关表述尚未完成从社会生活用语向法律专业术语的规范转型,加之缺乏权威规范性文件对刷单的内涵与外延作出明确界定,不仅导致同一词汇在裁判文书中被指称多类不同性质行为,在罪名适用与量刑上也存在分歧,既有损司法裁判公正,还削弱了公众对刑罚可预期性的信赖。

一、刷单行为的刑事规制困境

“刷单”一词源于网络社会生活,由于其内涵与外延在司法实践中尚未达成统一而是具有模糊性,常引发刑事可罚性认定不一、罪名适用分歧与量刑失衡等司法困境。具体表现为:

一是刷单行为是否构成犯罪的认定不一。刷单一词在不同案件中,分别指称电商领域的虚假交易、评价,以及POS机套现、非法经营期货、非法资金支付结算等情形。对刷单行为刑事可罚性的分歧,集中在电商平台的虚假交易、评价。二是罪名适用有分歧。多类刷单行为在定罪上都出现了争议,较为典型的是组织刷手为电商提供虚假交易、评价,不同法院分别以非法经营罪和虚假广告罪等罪名认定。又如,对于以刷单为手段的金融类案件,法院定性可能在非法经营罪与诈骗罪之间摇摆。后文主要

对电商场景下的虚假交易、评价类犯罪的定罪争议展开分析。三是罪名选择不同导致量刑存在差异。对于行为模式相同的组织刷手虚假交易、好评行为,因罪名选择不同,在量刑上可能出现获利更多者以虚假广告罪判刑更轻,而获利更少者因被处以非法经营罪从而被判处更重刑罚。对同类案件选择不同罪名,将导致宣告刑的较大差异。

(一)刷单行为的类型界定

刷单一词在社会生活和刑事司法实践中的泛化使用,使得不同行为虽然都共同表述为刷单,但在行为主体、方式等方面都各有特点。在电商语境下,刷单特指以制造虚假商誉、交易等为目的,实施虚假交易、评价,这种刷单也常被称为刷单炒信。此外,在POS机套现、非法经营期货以及非法支付结算类案件中,刷单还分别用以指代为了赚取手续费而虚假交易、为了赚取手续费而诱导客户高频交易以及为非法活动提供支付结算。司法认定的疑难与分歧主要仅集中在电商领域的刷单炒信。由此,对该类行为进行深度剖析成为本文的核心议题。

(二)刷单炒信的刑事可罚性边界

对于电商领域刷单炒信,实践中出现了两种截然不同的定性:部分案件将其作为定罪依据;而一些案件中却成为辩方主张减轻罪责的事由。进一步分析后发现,对刷单炒信的不同定性,与行为主体身份高度相关。作为犯罪处理的,行为人无一不是以刷单为业,而主张刷单金额不计入犯罪数额的,犯罪主体主要是经营特定商品的商家,被告人系在非法经营烟草、药品等过程中,为了提高销量而制造虚假交易。可见,只有行为人以专门为他人提供刷单服务为业,构成“职业刷单”时,才会被独立追究刑事责任。

二、职业刷单炒信的定罪分歧与辨析

当前司法实践对职业刷单炒信的定性,围绕非法经营罪与虚假广告罪存有分歧。本文认为,现行刑法有关虚假广告罪的构成要件存在难以弥合的硬伤,而非法经营罪虽亦有牵强之处,但通过解释论的细化,可实现对刷单炒信的有效规范。

(一)虚假广告罪的适用困境

主张职业刷单炒信构成虚假广告罪的观点,通常着眼于其虚假宣传的外观,指出刷单炒信是利用广告作虚假宣传。但是本文认为,将刷单炒信纳入虚假广告罪的规制范畴,将面临无法逾越的解释难题。首先,行为要件存在偏差。虚假广告罪要求行为人利用广告对商品或者服务作虚假宣传。根据广告法第二条规定,广告的特征是向公众介绍商品或者服务。但是,刷单炒信行为不属于介绍商品,而是批量、规模化地虚构消费者体验、反馈。因此刷单无法被广告所囊括。此外,广告活动还应当使公众能够识别到其商业推介属性,而职业刷单炒信则旨在将虚假信息混入到真实交易量 and 评价之中。即使这些虚假信息在客观上可能起到“宣传”作用,但是消费者并不知道相关信息是被组织的刷手们有意为之。这也进一步印证刷单炒信行为无法被广告的范围所囊括。其次,主体要件难以契合。刑法第二百二十二条将虚假广告罪的犯罪主体限定为“广告主、广告经营者、广告发布者”,职业刷单炒信的组织、经营者,显然不是广告主或广告发布者。广告经营者的核心职能是接受委托提供广告设计、制作、代理服务,然而,职业刷单炒信的行为样态是组织虚假交易、评价,而非从事广告法意义上的创意设计或内容制作。其被排除在虚假广告罪的主体之外。再次,罪责刑失衡难以调和。根据刑法第二百二十二条以

及相关立案追诉标准规定,虚假广告罪的人罪门槛是违法所得十万元,法定最高刑仅为有期徒刑二年,而职业刷单炒信的获利数额远超十万元已成常态。对相关案件若强行适用虚假广告罪,即便获利再多,顶格判处也仅为二年有期徒刑,与其获利数额严重不成比例。

(二)参照适用非法经营罪及其解释难题

实践中主张对职业刷单炒信以非法经营罪论处等观点同样面临是否符合本罪“违反国家规定”的构成要件和适用依据是否适当等质疑。其一,关于“违反国家规定”要件的厘清。反对者主张适用非法经营罪有双重限制,即“违反国家规定”必须以存在特定行政许可为前提,并由此推导出非法经营罪必须有对应的合法经营行为。据此认为,职业刷单炒信本身即被禁止,不可能获得经营许可,故不符合该要件。支持者则认为,刷单炒信违反了属于“国家规定”的反不正当竞争法第九条,足以满足该要件。本文认为,首先,有关刷单炒信没有对应合法经营行为的观点,其实是混淆了“行为外观”与“行为实质”的区别。刷单炒信的实质,是违反国家禁止性规定实施商业“宣传”,其对应的合法行为是正当商业宣传。其次,“违反国家规定”不以存在相应的行政许可为唯一前提。“违反国家规定”包括违反许可性和禁止性规范,反不正当竞争法第九条属于后者。本条禁止组织虚假交易、进行虚假宣传,是对刷单炒信的明确否定评价,符合非法经营罪中“违反国家规定”要件。其二,参照适用《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》(以下简称《网络诽谤解释》)第七条存在局限。主张职业刷单炒信适用非法经营罪的观点,主要以《网络诽谤解释》第七条为桥梁,认为刷单炒信与该条中的“虚假信息”有同质性,可以参照适用本条,

从而将刷单行为连接至刑法第二百二十五条非法经营罪第(四)项。本文赞同将刷单炒信认定为非法经营罪的结论,但是认为援引《网络诽谤解释》第七条的论证过程存在瑕疵。首先,在解释对象方面,《网络诽谤解释》主要针对网络诽谤、敲诈勒索等行为,而非规制电商领域的信用炒作与不正当竞争行为。其次,在行为定性方面,关于刷单炒信是否属于该解释第七条的“发布信息”,尽管有观点提出可以将“信息”扩大解释为刷单制造的虚假数据,但这种解释毕竟缺乏权威文件背书,还只属于学理探讨。最后,在量刑标准方面,职业刷单炒信的涉案数额轻而易举就可以远超第七条的“情节严重”标准,若机械适用该条,将导致量刑畸重。实践中,法官往往不得不依赖自首、立功、从犯、坦白等减轻、从轻处罚情节平衡量刑。

三、适用非法经营罪规制刷单炒信的解释论建言

(一)专门规范性文件的制定

参照《网络诽谤解释》第七条规制职业刷单炒信只能作为权宜之计,而非长久之策,亟须针对职业刷单炒信制定专门司法规范性文件,并在文件范围和层级等方面审慎规划。首先,关于文件的规制范围。与职业刷单炒信密切相关的黑灰产行为还包括反向刷单、有偿刷帖、沉帖等,这些行为本质上都属于利用信息网络从事经营性非法活动,即广义的“网络水军”行为。考虑到网络黑灰产的行为样态具有较高程度的伴生性,单独规制可能出现重复规定或打击盲区。因此,建议出台以“网络水军”为抓手的集合文件,将刷单炒信作为其中子类型,以实现通过网络黑灰产的一揽子治理。其次,关于文件的层级。借鉴治理帮助信息网络犯罪活动罪等新型网络犯罪的经验,先通过低层级的文件“试水”,如由最高人民法院联合相关部门出台关于办理

网络水军犯罪案件的意见或会议纪要,待充分积累实证数据与审判经验后,再适时启动司法解释制定工作,实现立法供给与司法需求的精准匹配。

(二)实质细化与定罪量刑标准的确立

在具体规则设计上,应当摆脱对《网络诽谤解释》第七条的依赖,根据职业刷单炒信的特点,重新细化构成要件和量刑标准。首先,明确刷单炒信的法律属性。应当将刷单炒信从“虚假广告”“诽谤信息”等易混淆概念中剥离,并准确定性为违反国家规定的非法商业宣传行为,以此将刷单炒信明确归入非法经营罪的规制范畴。其次,重构入罪门槛与法定刑升格标准。《网络诽谤解释》系针对网络暴力与财产勒索等行为设定,其入罪、量刑标准以及被点击数、被转发数等指标,与刷单炒信的市场经营属性存在本质差异。建议针对职业刷单炒信设定新量化指标体系,对情节严重的标准,可以重点考量刷单数量、交易金额及违法所得等指标;对情节特别严重的标准,可以在基本犯的基础上进一步考量行为是否引发群体性事件、造成平台重大经营危机等严重后果,确保罚当其罪。最后,确立差异化量刑规则。对于职业刷单炒信的平台搭建者、工作室运营者及核心管理人员,其主观恶性大、获利丰厚,且往往伴随其他违法犯罪行为,应当从严惩处,一般不适用缓刑。对于提出需求的电商商家以及底层刷手等,当前实务对其多作非罪化处理,在未来的司法规范性文件中也以明确其出罪路径,以实现罪责刑相适应。

(作者单位:中国应用法学研究所)

责任编辑 唐亚南
美术编辑 武凡熙
电子邮箱 llb@rmfyb.cn
llzk@rmfyb.cn

账户混同与责任边界

——公司借用员工账户情形下实际控制人认定及其责任研究

□ 岳 磊

的起点,要完成法律上的认定,还需结合人事任免、决策权限、资产处分等其他情形,形成完整的证据链条。

二、实际控制人承担责任的规范基础与构成要件

如果能够认定员工为公司的实际控制人,其是否必然对公司债务承担连带责任?答案是否定的。实际控制人身份本身并不产生责任,责任产生于违反特定法律义务的行为。

1. 实际控制人承担连带责任的规范基础。针对实际控制人的法律责任,新公司法第一百八十条规定,若实际控制人实际执行公司事务,则与董事、监事、高级管理人员一样,对公司负有忠实义务和勤勉义务。第一百九十二条规定,控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的,与该董事、高级管理人员承担连带责任。在账户借用的场景中,债权人最常援引的是公司法第二十三条的规定,适用法人人格否认。该条规定,股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。虽然条文仅明确指向“股东”,但司法实践和学理主流观点认为,实际控制人实施类似滥用行为时,可类推适用该条规定。

2. 实际控制人连带责任的构成要件。关于法人人格否认的情形,公司法没有作具体规定,但《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第10条、第11条详细论述了人格混同和过度支配与控制两种情形。因此,结合公司法第二十三条的规定,适用法人人格否认制度追究实际控制人责任,需同时满足以下三个要件:其一,行为必须是能够实施支配公司的行为,实际控制人的认定——形式上的账户关联不能成为对实质控制力的证明。

综上所述,账户借用本身并不足以认定实际控制人。它至多是“合理怀疑”

出借方与公司构成“人格混同”。《九民纪要》第10条中,“人格混同”的具体表现为:(1)股东无偿使用公司资金或者财产,不作财务记载的;(2)股东用公司的资金偿还股东的债务,或者将公司的资金供关联公司无偿使用,不作财务记载的;(3)公司账簿与股东账簿不分,致使公司财产与股东财产无法区分的;(4)股东自身收益与公司盈利不加区分,致使双方利益不清的;(5)公司的财产记载于股东名下,由股东占有、使用的。以上种种表现,形式各有不同,但本质特征是股东将公司财产占为己有,且不作财务记载。如果公司作了财务记载,那么就证明股东和公司之间的法律关系是借贷或者借用,而法律并不禁止股东与公司之间的借贷或者借用活动。而如果股东实质并没有将公司财产占为己有,即使其与公司有资金往来,并且没有财务记载,也不能认定其与公司存在人格混同。如最高法15号指导案例中,原告徐工机械公司认为王永礼、张家蓉作为控股股东对三公司进行了不当控制,无法将公司资产与个人资产进行区分,损害了债权人的利益,应承担连带责任。卢鑫作为三公司的财务人员,将8800余万元款项存入其个人银行卡,侵占了公司资产,也应当承担连带责任。而法院认为,徐工机械未提供证据证明王永礼、张家蓉将应当归属于公司的资产占为己有,亦未提供证据证明其个人资产与公司资产混同,故不予支持该请求。关于卢鑫的行为,因其系三公司共同的财务人员,款项从其个人银行卡收支,系职务行为,且公安机关亦未对此作出侵占公司资产的认定,故对徐工机械的此项诉讼请求不予支持。其三,上述行为“严重损害”了公司债权人的利益。司法实践中,这一要件通常表现为:债权人的债权已到期且未获清偿;债务人公司财产不足以清偿债务;关联公司通过人格混同行为转移了核心财产导致债权人无法受偿。需注意的是,仅有债权未获清偿的事实尚不

足以满足这一要件,债权人还需证明未获清偿与滥用行为之间存在因果关系——即正是因为财产混同导致公司丧失了清偿能力。

3. 责任构成要件的实践意义。将上述三个要件加以拆解,可以得出一个关键结论:即便行为人被认定为实际控制人,也不意味着其当然对公司债务承担连带责任。实际控制人只是对公司债务“可能要承担责任”的主体,而是否实际负责,还取决于实际控制人是否存在滥用行为以及是否造成了严重损害后果。这一区分的实践意义在于,它防止了“实际控制人身份”本身成为归责的依据,从而避免了实质上的“身份责任”。在公司法框架下,有限责任是基本原则,人格否认是例外。将例外情形严格限定于具备特定行为要件和结果要件场合,正是为了维护这一基本原则的稳定性。

就账户借用场景而言,如果债权人能够证明某员工是公司的实际控制人,但要追究其对公司债务的连带责任,还必须进一步证明:(1)该员工利用其对公司的控制,实施了导致财产混同的滥用行为;(2)该滥用行为严重损害了债权人的利益。如果账户借用虽有发生,但公司财务记录清晰、资金往来有据可查、公司与个人财产能够明确区分,则不应认定构成财产混同,实际控制人也无需承担连带责任。

综上所述,账户借用本身不足以认定实际控制人,实际控制人的认定应遵循“实质重于形式”原则,需要综合考察行为人对公司人事、财务、经营政策的实质支配力、账户借用至多是辅助线索,而非决定性因素。而且,即便被认定为实际控制人,也不必然对公司债务承担连带责任。人格否认制度的适用需同时满足控制关系、滥用行为、损害后果三个要件,实际控制人身份本身并不构成归责依据。

(作者单位:海南省第二中级人民法院)



实践中,公司为规避经营风险、隐匿资金流向、便利财务操作等,借用员工个人银行账户进行经营收支,十分常见。而一旦公司因为债务问题陷入法律纠纷时,员工往往陷入被动,债权人常以“公司与出借账户的员工财产混同”为由,主张该员工是公司实际控制人,并要求其对公司的债务承担连带责任。此时,核心争议聚焦于两个层面:第一,借用账户的事实能否认定员工为实际控制人身份?第二,如果认定为实际控制人,是否要对公司债务承担连带责任?

笔者认为,仅凭出借账户的单一事实,不能认定该员工是公司的实际控制人,尚需结合员工是否对公司的人事、财务、经营决策等具有实质的控制力来综合判断。而公司法人人格否认的适用有着法定门槛,实控人担责必须同时具备滥用控制地位、严重损害债权人债权两项要件。资金账户混同只是财产混同的外在表现,不能单独作为突破有限责任、追加实控人连带的理由。本文结合现行公司法及最高人民法院裁判规则,厘清账户借用场景下实控人识别与追责边界。

一、公司实际控制人的认定

1. 公司实际控制人的法律规定。新公司法第二百六十五条第(三)项将实际控制人定义为“通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人”。该条款删除了之前“虽不是公司的股东”这一限定,这意味着实际控制人不再以“非股东”为前提,股东本人也可以被认定为实际控制人。