

破坏网络交易秩序刑事司法问题

研究 报 告

中国应用法学研究所

二〇一五年十一月·北京

目 录

第一部分 调研的基本情况.....	1
引言	1
一、调研背景及目的.....	1
(一) 调研背景.....	1
(二) 调研目的.....	2
二、调研过程、成果及方法.....	3
(一) 调研过程及成果.....	3
(二) 调研方法.....	5
三、调研的主要内容.....	5
(一) 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的现状与问题.....	5
(二) 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制困境的成因分析.....	8
(三) 问题与难点的解决路径.....	10
四、调研需要解决的主要问题.....	12
(一) 破坏网络交易秩序犯罪危害性分析.....	12
1. 危害国家安全，破坏社会稳定.....	13
2. 破坏市场交易，阻滞信息经济.....	13
3. 架空网络实名，侵蚀网络诚信.....	14
4. 与其他犯罪交叉，提高犯罪效率，降低犯罪成本.....	14
5. 本身很难侦破，且提高了传统犯罪的侦破难度.....	15
(二) 互联网犯罪刑法适用的困难.....	15
1. 在确定犯罪客体方面的困难.....	15
2. 在认定犯罪主观方面的困难.....	17
3. 在认定犯罪客观方面的困难.....	18
第二部分 破坏生产经营罪可以涵盖妨害业务罪	
——恶意注册的定性.....	21

一、恶意注册的概述	21
(一) 基本概念	21
(二) 恶意注册属于预备或帮助行为	22
(三) 恶意注册是妨害业务行为	22
(四) 以破坏生产经营罪处理恶意注册的难点梳理	23
二、破坏生产经营罪的法益是“财产的经营秩序”	25
(一) “财产(权)秩序”可以合理解释财产犯罪的立法	25
1. 故意毁坏财物罪的法定刑比盗窃罪低	25
2. 多次盗窃、敲诈勒索、抢夺不考虑犯罪数额	26
3. 财产控制程度不同，处罚程度不同	26
(二) 恶意注册侵犯了财产的经营秩序	28
1. 破坏生产经营罪的法益是财产的经营秩序	28
2. 恶意注册破坏了网站的经营秩序	29
(三) 破坏生产经营罪计损方式	30
1. 把财产经营秩序的恢复成本作为定罪标准	30
2. 把行为人所得数额作为定罪标准	31
三、破坏生产经营罪的“其他方法”包括欺骗手段	33
(一) 同类解释应当注重“其他”后面的表述	33
(二) “其他方法”包括威力和诡计	35
四、“破坏”等于“妨害”	37
(一) 刑法中的“破坏”没有固定含义	37
(二) 网站和平台领域的“破坏”是干扰、影响	39
(三) “破坏”生产经营就是“妨害”生产经营	39
五、“生产经营”就是“业务”	40
(一) 经营可以涵盖非营利性的业务	40
1. “经营”就是组织管理活动	40
2. 互联网时代的“经营”可以不是经济活动	41
(二) “经营”比“业务”更符合刑法需要	42

第三部分 通过伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的认定——兼谈《刑法修正案(九)》第22、23条的适用	44
引子	44
一、伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的概念、表现形式及社会危害	45
(一) 伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的概念	45
(二) 伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证的表现形式	47
1. 伪造、变造他人真实身份证件	48
2. “买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”的身份证	49
3. 买卖、使用、盗用他人“电子化”身份证(电子副本)	50
(三) 伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证的社会危害	51
1. 严重破坏了互联网认证体系和诚信体系	51
2. 骗领银行信用卡进行诈骗	51
3. 从事其他违法犯罪行为	52
4. 增加了互联网平台的运营成本和安全管理成本	52
5. 严重阻碍我国电子商务的健康发展	53
二、办理伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件对互联网账号进行“虚假认证”案件中存在的问题	53
(一) “PS”身份证件的问题	53
(二) “买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”身份证件的问题	54
1. “买证”是否构罪	54

2. 购买与伪造、变造行为是否是共同犯罪.....	54	3. 为各类网络违法犯罪活动提供犯罪工具和便利.....	69
(三) 互联网平台上“电子化”身份证件的问题.....	55	4. 给电子商务管理平台造成重大损失.....	69
(四) 使用虚假身份证件和盗用身份证件问题.....	56	二、当前规制网络虚构交易行为的做法及难点.....	69
三、应对措施与如何认定.....	57	(一) 当前规制网络虚构交易行为的主要手段.....	69
(一) 应对措施.....	57	1. 行政机关依法规制网上虚构交易行为.....	70
1. 充实前置性法律.....	57	2. 司法机关依法打击网络虚构交易犯罪.....	71
2. 对“身份证件”内涵扩大解释.....	58	(二) 当前司法机关在办理网络虚构交易案件时遇到的 问题和困难.....	72
(二) 如何认定.....	60	1. 刑事立法供给不足.....	73
1. 行为犯的认定.....	60	2. 刑事司法标准不统一.....	73
2. 证明责任的转移.....	60	3. 取证难、证明难问题突出.....	73
3. “情节严重”的认定.....	61	三、依法惩治组织网络虚构交易行为，净化网络交易环境.....	74
结语.....	62	(一) 依法惩治网络虚构交易行为的基本思路.....	74
第四部分 网络虚构交易行为的刑法规制		1. 突出重点，着力打击组织网络虚构交易的行为.....	74
——以组织虚构交易行为为侧重点.....	63	2. 惩治网络虚构交易行为应坚持的刑事法律原则.....	75
一、网络虚构交易现象及其社会危害性剖析.....	63	(二) 组织网络虚构交易行为的刑法规制.....	76
(一) 网络虚构交易的概念和主要类型.....	63	1. 组织网络虚构交易的可以认定为非法经营罪.....	76
(二) 网络虚构交易的特点.....	64	2. 组织网络虚构交易可能触犯的其他罪名.....	79
1. 参加交易的主体多元且呈专业化、组织化趋势.....	65	(三) 应对扰乱网络交易秩序犯罪行为的几点建议.....	80
2. 虚构交易的手段和方式多样且不断改进.....	65	1. 公安司法人员要发挥主观能动性，积极应对新类型 案件.....	80
3. 虚假交易中的交易流程具有真实性.....	66	2. 最高司法机关及时发布司法解释、典型案例或指导性 案例，确保统一法律适用，指引下级司法机关办案.....	80
4. 参与虚构交易的主体动机各异，但均以牟利为目的.....	66	3. 完善涉网违法犯罪行为的刑事法律体系，为严格执法 提供法律保障.....	81
(三) 电子商务领域的信用评价体系.....	66	附：相关法律法规和规章.....	82
1. 消费者的评价是电商领域信用评价制度的基石.....	66	(一) 行政法规和规章.....	82
2. 电商信用评价制度的功能和作用.....	67	(二) 立法、司法解释.....	83
(四) 网络虚构交易的危害性.....	68		
1. 严重侵害消费者利益，扰乱市场交易秩序.....	68		
2. 催生出规模巨大的利益产业链，严重扰乱市场 管理秩序.....	68		

第一部分 调研的基本情况

撰稿人：

第一部分 范明志 张建肖
第二部分 高艳东
第三部分 李 明
第四部分 李玉萍

审稿人：蒋惠岭

引言

网络的发明和普及，印证了科技发展与法律进步之间的辩证关系。就目前来看，网络的发展走在了法律的前面，相应地，网络犯罪也为传统犯罪开辟了新的渠道和领域，注入了新的动力，也改变了传统犯罪的一些本质特点。产生于农业社会、成熟于工业社会的传统刑法理论及其立法，在信息社会已经呈现出愈益明显的体系性滞后。网络交易的不断“社会化”促使刑法思维的同步变革。刑事立法和刑法理论不可避免地要进行时代性更新，进行立法和理论的双重回应。但是，无论是刑法的策略性应对还是战略性调整，都离不开对网络犯罪现状、问题、难点的精确把握，这是调研首先要解决的问题。

在对事实进行充分把握的基础上，调研更加重视现实问题的解决。在调研的主体部分，从宏观与微观相结合的角度，着眼于目前破坏网络交易秩序犯罪的现状，在充分借鉴我国刑法理论界和司法实践部门对中国当前网络犯罪的理论研究成果和司法经验、见解的基础上，以调研意见的形式对法条的具体适用以及罪名的确定对调研成果予以展示。

一、调研背景及目的

(一) 调研背景

随着“互联网+”的纵深发展，网络交易与实体经济的深度融合不断加深。网络脱序行为、网络违法行为、乃至网络犯罪行为也紧跟着

纷至沓来，网络交易成为一个全新的犯罪场域。

虚假认证、虚假交易、批量恶意注册作为破坏网络交易秩序的典型行为，具有极大的社会危害性。对于这三类行为，国家也越来越意识到其对于网络交易安全产生的危害。例如，针对网络犯罪，《刑法修正案（九）》作了更加完善细致的规定。从对类型化网络犯罪的刑法规制来看，相关部门出台了一系列的法律法规、规章制度来规制虚假交易行为，如2015年3月15日实施的《侵害消费者权益行为处罚办法（工商总局令第73号）》、2015年3月《中华人民共和国商品流通法（草案征求意见稿）》。此外，对于虚假认证和恶意注册行为，国家也不遗余力地在推行“实名制”，如2012年全国人民代表大会常务委员会《关于加强网络信息保护的决定》、2013年9月《电信和互联网用户个人信息保护规定（工信部第24号令）》及2015年3月实施的《互联网用户账号名称管理规定》。此外，2014年6月国务院印发的《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》，以及2015年6月《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》等法律法规都体现了国家对于网络安全和秩序的重视。但较之于破坏网络交易秩序犯罪的发展势头及其危害性，上述法律法规、规章制度只是杯水车薪。

伴随着网络对于社会的深度渗透和影响，关于破坏网络交易秩序犯罪的认识和思维模式必须快速调整，构建与信息经济相配套的法律理念和司法制度已经迫在眉睫。

（二）调研目的

具体来看，课题的主要调研目标为：

1. 实现我国部分破坏网络交易秩序犯罪与现有刑法条文的对接，统一法律适用。对于破坏网络交易秩序的犯罪，人民法院处理模式各异，

且存在理论基础不完善、制度设计缺失、司法认定不统一等问题，导致此类犯罪在司法实践中存在诸多疑惑。课题希望通过规范分析、比较借鉴，在总结现有破坏网络交易秩序犯罪规制经验的基础上，实现特定电子商务犯罪与具体法条的对接。

2. 为司法机关如何提高破坏网络交易秩序犯罪应对能力提出意见建议。破坏网络交易秩序犯罪的行为性质、司法应对等问题困扰着人民法院，网络空间刑事法律规则的整体不足使得完善网络犯罪的刑法应对体系势在必行。课题希望从强化业务指导、统一工作机制的角度，为人民法院积极应对破坏网络交易秩序犯罪提出意见建议。

3. 因于时间、精力、人员投入，课题仅就现阶段有代表性的三类破坏网络交易秩序犯罪的刑法规制提出了调研意见，但也为以后的调研打下了坚实的基础。在信息经济扑面而来的今天，互联网犯罪成为我们无法回避的问题。课题组希望能够结合当前网络安全现状、网络犯罪特征，特别是网络从业者的呼声，对于相关法律尚未作出明确规定但危害极大的网络行为，确立法律调整的规则，为我国信息经济发展和网络安全建设提供有效的建议。

二、调研过程、成果及方法

（一）调研过程及成果

根据周强院长批示和李少平副院长的指示精神，在蒋慧岭所长的直接领导下，成立了以范明志副所长为组长的课题组。课题组成员除了法研所的研究人员李玉萍、李明和在站博士后尚华、朱峰、魏华鹏、胡嘉金、周光清、代杰、张建肖之外，还特别邀请了中国社会科学院法学所、中国法学会、中国政法大学、浙江大学、广西大学、南昌大学、北方工业大学、法律出版社、阿里巴巴集团公司等单位专门从事破坏网络交易秩序犯罪的专家学者参加。

课题组成立后，明确了研究重点、研究目标、研究内容、项目分工、调研进度以及成果转化形式等，全面收集和整理了我国相关的法律、司法解释、典型案例，并对案例进行了筛选和分析研究。

与此同时，课题组选择我国破坏互联网交易秩序案件高发的南京、深圳、杭州、广州、南通、义乌、龙岩、莆田等地，先后多次与当地的法院、检察院以及公安机关进行座谈，收集整理破坏网络交易秩序犯罪的典型案例，调研此类案件侦办、审理中的难点、问题，认真研究上述地区法院提供的相关调研报告。在调研期间，课题组成员还专门到阿里巴巴集团公司等互联网电子平台进行专题调研，听取该公司法务人员和网络安全部门对破坏网络交易秩序犯罪危害程度、案件数量等相关情况的介绍。

在研究过程中，为进一步了解侦查机关和审查起诉部门在办理破坏互联网交易秩序犯罪时遇到的问题与困难，课题组还注意听取网安、侦查等相关部门的意见和建议。

在上述调研的基础上，课题组撰写了《“互联网+”电子商务信用体系亟待解决的刑事司法问题》，并在《司法决策参考》上刊发。此外，先后在《法制日报》等刊发《互联网上的黑灰产业调查》、《用刑法规制电子商务失范行为》等文章，较为系统地梳理了当前我国破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的问题及其原因，并提出对策。《伪造、变造、买卖、使用及盗用身份证件对互联网账号进行认证的司法认定——兼谈刑法修正案（九）第22条、23条的适用》、《利用网站、通讯群组组织虚构交易的可以依法认定为非法经营罪》、《合理解释破坏生产经营罪以惩治恶意注册行为》将于近期刊发在《人民法院报》，为依法惩治破坏网络交易秩序犯罪提出理论分析。

（二）调研方法

1.文献分析方法

破坏网络交易秩序犯罪问题不仅仅是单纯的法律问题，而是一个跨学科、跨领域的综合问题。课题组收集了刑法学、制度经济学、社会学、诉讼学等专注及学术文章进行深入研究，运用专业理论工具进行分析；同时，课题组密切关注并及时总结汇总《人民司法》、《人民法院报》、《法制日报》等司法媒体的相关信息，正确把握司法政策导向及最新立法动态。

2.比较分析方法

由于各地法院审理破坏网络交易秩序犯罪的模式各异，对破坏网络交易秩序犯罪的认识和定性有很大差异。在尊重各地法院破坏网络交易秩序犯罪实践经验的基础上，研究对比不同类型的处理方式在司法效果方面的差异，比较优劣，为建立科学理性的刑法规制提供有益参考。

3.案例分析方法

充分吸收相关地方法院比较有代表性的案例，课题组深入开展案例分析，并对典型案件进行对比参照，尽可能完整掌握司法第一线的实践经验。通过在典型案件和具体法条间不断逡巡，分析有关数据，争取提出的调研结论经得起司法实践的检验。

三、调研的主要内容

（一）破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的现状与问题

随着互联网以及电子商务的迅猛发展，针对破坏网络交易秩序犯罪的立法及相关立法司法解释相对滞后，在惩治破坏网络交易秩序犯罪的应用上出现了不少问题，一些新型的破坏网络交易秩序违法犯罪行为由于立法或司法解释空白或者对相关司法解释认识不统一，导致

对这些犯罪行为的性质及其社会危害性认识不一而不能正确区分此罪彼罪甚至无法入罪。还有一些破坏网络交易秩序犯罪由于对电子数据证据证明力认识不一致以及获取证据难等原因，使得一些司法机关虽然认定了犯罪事实，但心中无底，在量刑时适用了明显畸轻的条款，导致当前破坏网络交易秩序犯罪行为更加猖獗，越来越公开化、规模化，原有立法已不能适应打击网络犯罪的需求。

通过收集、整理与破坏网络交易秩序相关的案件及其判决，调研发现，总体来看，案件判决在运用证据、认定事实、适用法律上是适当的。其中不乏在采证、适用法律方面具有突破性，但是论证严密、说理充分、令人信服的优秀判决几乎付诸阙如。当然在整理过程中也发现了由于法律或者司法解释不完善而导致的定罪量刑方面适用法律的一些问题。

1. 定罪方面的法律适用问题

第一，由于立法空白，相当一部分具有很大社会危害性的破坏网络交易秩序犯罪无法追究刑事责任。

当前破坏网络交易秩序常见的违法犯罪行为涉及以买卖、招工、商家搞活动等欺骗方式获得公民身份信息进而在电子商务平台上冒充他人进行虚假账户认证的行为、组织他人在电子商务平台发布大量虚假交易信息的虚假交易行为等。由于缺乏相关法律对这些行为进行有效打击，导致这些犯罪逐步形成了涉及面广、涉众多、产值大、危害大的黑色产业链。

上述情况的存在一方面致使各类违法犯罪活动越来越公开化、肆无忌惮，形成黑色产业链，另一方面严重侵害了网络平台和广大平台用户的合法权益，严重威胁了互联网经济的健康发展。因此，亟须清晰地界定网络行为性质，一方面使互联网经济活动参与者自觉规范网络交易行为，另一方面使打击和预防网络犯罪更有成效。

第二，在法律及司法解释已有规定的情况下，罪名适用仍不一致定罪量刑是指依照刑法条文规定，对已有的事实做出判定，并据此做出定罪量刑。在现实中，虽有法律对一些电子商务犯罪行为已经作出明确的规定，但仍出现一些罪名适用不一致的情况。

2. 量刑方面的法律适用问题

第一，量刑偏轻，适用缓刑过多

量刑是法院刑事审判活动的重要组成部分，也是整个刑事诉讼程序的重要环节。在整理分析案例过程中课题组发现，在破坏网络交易秩序犯罪案件中，适用缓刑过多，量刑偏轻，一些量刑甚至畸轻。

案件的量刑问题关键是由于对电子数据证据的证明力存有疑问，认定犯罪数额巨大甚至特别巨大时认定理由不够坚实，数额计算不够明晰，导致量刑时心中无底。但当前互联网诈骗、售假犯罪行为危害性大而且愈演愈烈，轻刑化根本无法起到震慑作用。

第二，量刑标准不合理，大多只能依据获利数额量刑

《最高人民法院量刑规范化指导意见》第三条规定，量刑应与被告人犯罪的社会危害性和人身危险性相适应，在刑法规定的法定刑幅度内进行。在破坏网络交易秩序犯罪中，有很大一部分犯罪是通过窃取账号、密码、公民个人信息，然后进行贩卖、窃取他人钱款。这类犯罪有两个很大特征：（1）窃取公民信息；（2）贩卖获利或窃取钱款。在司法实践中，法官判案时一般是根据被告人获取的数额量刑，不考虑窃取的信息数量。其实公民个人信息至关重要，其蕴含价值远远超过所获取的数额。由于没有相关的司法解释对此类案件的量刑作出统一标准，所以在司法实践中大多只能依据获利数额判断。

(二) 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制困境的成因分析

在今年 6 月召开的首届网络传媒安全论坛上，公安部网络安全保卫局副局长顾坚坦言，“打击网络犯罪目前仍存在问题和困难，主要表现在法律制定远落后于互联网的发展，互联网的匿名性和电子证据的易失性导致嫌疑人广泛使用加密技术、代理技术、反取证技术对抗侦查”。刑事法律适用破坏网络交易秩序犯罪的现状，产生的基础性原因在于网络空间刑法规制价值选择的两难。

从现行法律体系角度看，实践中一些后果严重的个案基于种种原因最终无法查办，主要包括：其一，无法可依，不能查办。其二，对其社会危害性认识不足，不想查办。其三，对电子商务领域犯罪手段不熟悉，不敢查办。其四，取证难度大，不愿查办。但具体到不同形式的破坏网络交易秩序犯罪，其产生的原因又存在一定程度的差异。

1. 网络空间刑法规制价值选择的两难

由破坏网络交易秩序犯罪之刑事立法与司法现状可知，刑法在介入网络空间时极易出现过与不及两种极端现象。而之所以刑法的规制一时过于严厉与严密，一时又极端保守与粗疏，这与隐藏在立法背后的价值选择是紧密相关的。

由于刑法是社会保护的最后一道防线，必然肩负着以严厉的刑罚制裁手段来维护国家和社会利益的重大任务。可以说，对秩序的追求，是刑法的性质所决定的，也是刑法存在的主要价值根据之一。这种价值导向使得以往国家在制定和适用刑法时，经常以牺牲个人自由为代价来实现刑法的目的。而在未知的网络交易空间中，基于对刑法调控范围把握的茫然性，传统意义上这种国家管理社会安全的思维定势首先就得到了延伸和张扬。

而现代市民社会一般认为，刑法的机能是保障人权与保护社会的有机统一。换言之，个人自由与社会秩序一样，也是刑事立法与司法所要追求的重要价值。这种自由，在网络空间更是被行为人张扬得无以复加。因此，对秩序的寻求和对自由的保障导致刑法在对网络空间进行规制时，难以在价值选择上做出清晰的判断。

2. 虚假认证刑法规制现状的原因分析

我国现行刑法没有对虚假认证行为进行直接规制。虽然围绕虚假认证的相关行为，刑事立法进行了相关规定，但欠缺明确性。例如，对于批量从事虚假注册账户的“不法分子”，由于分布全国各地，如何进行刑事管辖；对于发生管辖权冲突时应当采取何种原则来进行解决。对于谋利为目的、非法获取并出售公民身份证件、身份信息，或者通过“伪造”（PS 照片等）证件的不法行为人，对于通过出售认证账户或者认证后创建的店铺获取利益的，如何定性和定罪不明确。对于明知他人会利用这些虚假账户进行非法行为，却仍然予以进行“虚假认证”的，是否构成“帮助犯”的问题，也有待解决。

3. 虚构交易刑法规制现状的原因分析

第一，互联网上的虚构交易产业链脱离交易平台，取证艰难。虚构交易团伙的手法隐蔽、成员分散等特点决定了对此类行为取证很难。而且现在虚构交易行为已经远远脱离交易平台，其各个环节依附在各类语音平台、支付平台，追查起来复杂繁琐。对于专门从事虚构交易的团伙和公司，交易平台只能将查获的线索移交给公安部门。手法隐蔽、成员分散、互不认识等特点决定了对有组织的虚构交易行为取证和固定证据困难，并进而导致该类犯罪的立案难、查处难、追诉难。

第二，刑事立法有关虚构交易行为的规定尚付阙如，震慑力不够。对有组织的在电子商务平台发布包括虚构交易数量、质量、物流、支付、评价等信息，扰乱市场秩序的行为缺乏法律制约机制。虚构交易

行为侵害消费者权益，目前的司法实践来看，对此类案件均无定罪量刑的先例。现在交易平台规则只能对电商进行规范，即使依据《网络交易管理办法》对商家处以罚款，对虚构交易团伙也无法起到直接有效的打击作用，治标不治本。

第三，司法机关在办理虚构交易案件时存在争议，法律适用亟待统一。由于此类案件属于新类型案件，司法人员缺乏办案经验，再加上现有立法不够完善，导致不同地方甚至同一地方不同司法机关之间在适用法律上的不统一。

第四，行政管理措施不到位，监管乏力。目前司法实践中，据不完全统计专职从事网络虚构交易的中大型网络平台在五百家以上，其中具备工商备案的就有上百家。在实际开展的企业活动中，协助商家进行虚构交易，为商家提升信用等级和销量，涉嫌非法经营，需要工商等各执法部门共同治理。但目前由于行政管理措施不到位，对于有效打击这些虚构交易行为有些“捉襟见肘”，力不从心。

4.批量恶意注册刑法规制现状的原因分析

第一，在我国，未进行实名登记的移动电话卡(含无线上网卡)超过1.3亿张，对于利用未实名登记的电话卡、虚构大量网络身份进行恶意注册的行为，尚缺乏有效的行政管控措施。

第二，对于批量恶意注册的成千上万的“非法账户”的证明，如果要求对全部“非法账户”予以核实和证明，从司法技术和司法成本角度来说是很困难的。

(三) 问题与难点的解决路径

我们应当从维护信息经济发展和公民信息安全出发，对破坏网络交易秩序的犯罪行为进行刑法规制。针对“互联网+”条件下的网络违法和犯罪行为的新情况，就进一步完善我国刑事法律有关网络犯罪的

规定提出建议，以适应维护国家安全和社会稳定的需要。

1. 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的法律理念

网络空间的匿名性、合作的短期性、以及道德的空白，使得刑法的介入极为必要。但是人的权利、自由的保障也应置于同等重要的位置，因此必须在立法上划分社会秩序和个人自由的界限。

一言以蔽之，网络交易的刑法规制既要充分考虑到秩序和自由这两大刑法的基本价值，同时也要考虑到网络这一新生领域的特点，为网络技术或者说网络交易本身的发展留有适当的空间。只有做到三者之间的平衡发展，而不是把其中一种利益拔高到另外两种利益之上，破坏网络交易秩序犯罪的刑法规制才能收到实效。

2. 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的司法技术

第一，刑法解释方面

刑法在规范网络行为时，需要在不同价值的法益之间权衡，还需要在罪刑法定原则和惩罚犯罪需要之间寻求平衡点。最高人民法院曾就怎样合法、合理进行刑法解释做过如下论述：“根据刑法解释原理，对刑法用语，应当适应社会的发展，结合现实语境，作出符合同时代一般社会观念和刑法精神的解释。”

网络科技飞速发展，网络技术被用于创造生产力、改善人们生活的同时，也被犯罪分子用于实施网络犯罪。这种新的犯罪现象，不但利用网络手段提高了犯罪的效率和隐蔽性，还对需要维持一定稳定性刑法提出了严峻的考验，即对刑法的适用和理解提出了诸多难题。

要想解决此类难题，须选择适当的刑法解释方法，根据刑法解释的规则进行具体的刑法适用。刑法不必只是被动应对，而应当在罪刑法定的原则之下，充分利用刑法解释，使用现有罪名进行规制，要防止违反罪刑法定原则的盲目入罪。

第二，注重传统法律在网络的适用，解决新型案件的法律适用

在当前“互联网+”日渐深度发育的背景下，如何让传统刑法能够延伸适用于网络空间，如何让传统刑法的罪名体系能够适用于网络空间进而有效地制裁网络犯罪，就成为司法机关不得不面对的问题。

网络不是法外之地，现行法律在网络空间可以无条件适用，但这只是一种原则上的表述，一旦碰到具体案件，需要具体问题具体分析。法律原则与法律规则在具体案件面前往往太过笼统，特别在数据安全领域，似是而非的行为很多，可以辗转腾挪的空间很大，这就需要司法机关充分发挥司法技艺，能动地解释新型案件涉及的法律概念，能动地辨析新型案件的此罪与彼罪，在凝固的法律与鲜活的现实之间合理解释法律。

3. 破坏网络交易秩序犯罪刑法规制的初步思考

网络商务犯罪在司法实践中存在着较多问题，其最主要原因是电子商务体系的法律构建尚未完成。为有效维护网络交易中的各种权益，应采取一系列措施：

第一，针对破坏网络交易秩序犯罪的法律适用问题作出统一司法解释，对电子商务的量刑标准作出统一规定，以解决定罪量刑问题。

第二，通过整理分析案例，总结各案例特征，建立电子商务犯罪案例集，指导司法实践，避免混乱适用罪名。

第三，对于相关法律尚未作出规定，但危害性极大的网络犯罪行为加大研究力度，提出立法建议，确立电子商务的新行为规则，打造健全而完善的法律体系。

四、调研需要解决的主要问题

（一）破坏网络交易秩序犯罪危害性分析

破坏网络交易秩序犯罪危害性巨大，不仅个体法益更加容易受到

侵害，而且公共法益也表现得更加脆弱。虚假认证、虚假交易及批量恶意注册等破坏网络交易秩序犯罪行为直接侵害了消费者的合法权益，扰乱了电子商务平台的经济秩序，最终挑衅的是我国市场经济信用体系的建设与维护。

1. 危害国家安全，破坏社会稳定

虚假认证的卖家账户，常常被用来发布出售枪支、毒品、非法出版物等违禁商品。而恶意注册的非实名账户是发布传播涉恐、涉暴、涉政、涉黄等违禁信息的“追魁祸首”。这些信息和商品的发布和传播，严重危害国家安全。

虚假认证、虚假交易及批量恶意注册滋生的黑灰产业链，形成大量非法网站、聊天群组。以虚假交易为例，互联网虚假交易整个产业链参与人员及相关产业从业人员达到2000万人左右，涉及资金200亿元以上。这些组织具有很强的聚众能力和影响力，曾一度出现线上聚众攻击卖家，线下聚众闹事等严重影响社会稳定事件，破坏社会秩序。例如2015年由于一家老牌打码网站突然关闭导致300多人被“欠薪”。这种工作性质是否涉及违法还是值得商榷的，难以定性劳动关系，而且涉及人数众多，隐藏着巨大的社会不稳定因素。

2. 破坏市场交易，阻滞信息经济

虚假认证日益成为网络欺诈和售假违禁品的“犯罪工具”，滋生了大量违法犯罪活动。其成为网络假货泛滥的“帮凶”和重要“推手”，极大地破坏了市场交易，妨碍了信息经济的深入开展。

虚假交易会伴随资金的流转，可能引起资金流转过程的诈骗、盗窃等活动，同时也为转移赃款提供更多的途径。此外，由于信誉等级高的卖家在金融服务领域能够获得更为优厚的条件，由此也会衍生互联网金融领域的犯罪活动。因虚假交易而提升信誉度的卖家更加容易

吸引消费者，更容易被犯罪分子利用实施诈骗等犯罪活动。

批量恶意注册的后果是非以正常交易为目的的买家和卖家的大量出现，这严重妨害了电子商务平台正常的经营秩序，混淆了电子商务参与者的正确辨识，为各类刑事犯罪的发生留下极大隐患。

3. 架空网络实名，侵蚀网络诚信

虚假认证造成“网络身份”信息实际虚假的大量出现，增加了网络平台的运营成本和安全管理成本。以某电子商务平台为例，该网日均识别拦截虚假认证会员 8000 左右，2014 年共识别拦截虚假认证会员共 170 万左右。截止目前，2015 年共识别拦截虚假认证会员已超过 500 万次。这严重干扰了互联网认证体系的建立，损害了网络商业诚信体系。

虚假交易使得信用评价名不副实，架空网络交易的信用评价机制。虚假交易对整个市场信用体系注入大量虚假信用信息，造成网络交易信用“通胀”，吸引消费者购买假冒伪劣商品，产生大量纠纷，甚至引发一系列犯罪行为。同时，不良商家通过虚假交易获得较高信用等级而享受了更多客流量，从而严重挤压了诚实守信经营商户的生存空间，导致了虚假交易行为的蔓延，形成行业间的恶性竞争。

批量恶意注册以违法犯罪为目的虚构了大量网络身份，加大了网络安全管理的难度，动摇了互联网以协议为核心的诚信基础。此外，批量恶意注册造成了大量数据冗余，既增加了电子商务平台管理者不必要的财力人力物力的投入，又造成了计算机信息系统的非正常运作。

4. 与其他犯罪交叉，提高犯罪效率，降低犯罪成本

近年来，围绕虚假认证、虚假交易和批量恶意注册已经形成了庞大的产业链，并逐步腐蚀物流业、移动通信业、软件开发业等行业。而且前述三类行为最终大量被违法犯罪分子作为工具结合起来发挥作

用。例如虚假认证一般都用于销售禁限售商品、假冒伪劣商品、诈骗、非法获取和出售公民个人信息等违法犯罪活动；批量恶意注册以恶意注册账号为核心，形成了打码大军、非实名手机卡交易、恶意软件开发、账号买卖等各个环节的黑色产业链，直至最终被当成各类犯罪活动的工具。

5. 本身很难侦破，且提高了传统犯罪的侦破难度

破坏网络交易秩序犯罪侦破难度高。同其他新型网络犯罪一样，该犯罪行为依托虚拟网络，作案具有极强的隐蔽性。犯罪行为人从事违法犯罪时，使用的是虚拟身份，完成交易后很难被追踪与定位，这给相关的侦查工作带来了巨大困难，也在某种程度上使犯罪行为人更加有恃无恐。同时，除了网络的虚拟性之外，电子商务平台的开放性也使得大部分的信息犯罪案件往往涉及地域大、涉案范围广，这就给案件侦破过程带来了诸多不便，增加了制裁犯罪行为的难度。

此外，破坏网络交易秩序犯罪极大提升了诈骗、盗窃、售假、盗取信息等犯罪的效率，提供了转移赃物的途径，增加了各类严重刑事犯罪的侦破难度。

（二）互联网犯罪刑法适用的困难

在互联网条件下，一些犯罪行为的刑法适用遇到了前所未有的挑战，大致可以归纳为以下几个方面，本文试加以分析。

1. 在确定犯罪客体方面的困难：互联网的虚拟性模糊了某些互联网上社会关系的准确性

从传统理论看，任何犯罪只要在侵犯的法益或者说刑法所保护的社会关系上能够归为某种犯罪，那么对其法律适用就不存在大的困难。也就是说，无论犯罪手段如何变化，只不过是犯罪的客观方面的不同

表现而已，都不影响按照某一类犯罪进行处罚，顶多只有此罪与彼罪的争议，比如抢劫罪与抢夺罪。

在网络交易、社交平台上，网络平台使用者（经营者、消费者）的行为当然都是民事行为，应当适用意思自治的基本原则，故对其进行法律保护上，也多应采取民事的手段。比如，网络商务平台，就好比现实中的贸易集散地市场，对其进行管理应当属于其所有者的义务，这种管理不同于国家权力机关的管理，而是企业内部的管理，属于民事行为，商务平台上的合同或者侵权行为都可以通过民事手段进行解决。但是，对于破坏网络商务平台的行为，除了按照侵权处理以外，是否可以适用刑法进行惩罚？这个问题的关键在于，对于网络商务秩序的公法维持义务是否存在，这取决于对交易平台所体现的社会关系的不同看法。

认清网络虚假交易行为所侵犯的社会关系客体，是准确适用法律的前提。有人认为，网络平台只不过是现实中交易平台的电子化，属于经营企业的自治空间，不应当成为刑法所保护的公共秩序的范畴。因此在对损害网络商务平台行为打击上的具体罪名的适用上，就会因为网络商务平台自身的性质而产生争议。以网络虚假交易行为为例，如果将网络商务平台看做经营企业的自治空间，那么可能适用破坏生产经营罪进行惩罚，而不能适用非法经营罪，因为，破坏生产经营罪的犯罪客体是生产经营正常活动，当然对于能否将破坏生产经营罪的犯罪手段进行扩大解释也存有异议，那是另一个问题。而非法经营罪的犯罪客体是市场秩序，是国家保护的生产、经营制度。如果网络商务平台仅仅被视为经营者的私有场所，那么就不能适用非法经营罪来打击破坏网络商务平台的行为。现在法官往往不把网络虚假交易行为认定为刑法第 225 条规定的非法经营罪，关键的问题是，网络虚假交易与非法经营罪在犯罪构成上，有两个方面比较模糊：第一，网络虚

假交易本身能不能构成非法经营行为；第二，网络虚假交易侵犯的法益能不能构成市场秩序。这里我们主要讨论第二点。

对于网络技术所带来的社会发展，我们能否把网络商务平台经营行为认定为社会主义市场经济制度中的内容，这是判断网络虚假交易侵犯的法益能不能构成市场秩序的关键。易言之，网络经营行为是否具有社会公共性，这决定了刑法能否以打击破坏市场秩序的名义来介入该行为的治理。我们在 QQ、微博发布信息，与纸质笔记本记述信息的公共性具有天壤之别，此种公共性被网络以爆炸式的方式进行了放大，所以网络虚假交易行为不是一个欺骗某一个具体经营者、消费者的行为，而是一种具有公共性、社会性的破坏行为，应当属于国家权力治理的范围。当网络交易成为日常行为时，电子商务就具有的公共性，就成为我国社会主义市场经济的主要组成部分，我们就应当认识并承认网络交易所体现的社会主义生产经营的社会关系。其中能够体现公共属性的市场制度就是网络交易中的网络信用制度。网络信用，是网络交易的根本要求，是网络交易发展的重要保证。没有信用制度，网络商务的发展必将是死路一条。网络交易发展到今天，网络信用已经成为我国市场经济关系的重要内容。在当前信息社会中，网络商务平台经营秩序认定为我国社会主义市场经济制度的组成部分。

因此，网络虚假交易直接破坏的是支撑网络商务发展的信用制度，应当属于非法经营罪的犯罪客体。在不考虑其他犯罪构成要素的前提下，从网络虚假交易行为对网络平台企业带来的生产经营上的损失来看，可能构成破坏生产经营罪；从对网络商务信用制度的破坏而言，也可以构成非法经营罪。

2. 在认定犯罪主观方面的困难：互联网的开放性在很大程度上掩盖了犯罪行为的故意性

在犯罪构成中，犯罪主观方面是一个重要因素。认定犯罪必须对行为人危害社会的行为及其社会危害的结果所持的故意或者过失的心理态度进行判断。在缺乏意识因素和意志因素的情况下，是不能对一个行为判定为犯罪的。根据我国刑法规定，主观方面对于危害行为和危害结果其支配和控制作用，表现故意和过失两大类，可以细分为希望、放任、疏忽、轻信等四种形式。

在判断犯罪主观方面时，除了犯罪嫌疑人的供述，身份人员更多的是根据犯罪嫌疑人的客观表现来确定其主观状态。在现实生活中，嫌疑人的生活环境往往是特定的，其实施犯罪的手段、方法和周围的因素往往有着直接的联系。因此，司法人员往往通过嫌疑人的客观表现等因素能够判断出嫌疑人的主观状态。比如从准备工具到实施犯罪，可以从准备工具来推定犯罪的主观故意状态。

但是在网络上，很难判断一个人的生存、行为环境。在现实生活中根本无法企及的物品、事物，在网络上则可能成为一个人经常浏览、交流的对象。互联网的开放性，致使网络使用者无需任何理由便可以接触一切公开的信息，也可以发布法律没有明确禁止的信息。相对于现实中的犯罪行为，网络上的犯罪行为更缺乏相关因素来判断其行为的主观状态。尤其是在缺乏相应的证据证明其行为后果时，或者实施一种犯罪的准备行为时，行为人可以随意解释为一种与犯罪无关的行为目的。比如，为了进行虚假交易而进行的虚假认证，可以被解释为好奇、无聊、测试等多种与犯罪无关的目的。这样，利用相关因素判断其行为主观状态的因素大大较少，认定犯罪故意的依据往往缺失。

3. 在认定犯罪客观方面的困难：互联网提供了犯罪手段的无限创新性与碎片性

互联网本身就是创新的产物，信息技术几乎每天都在创新发展。

信息技术的应用，提高了生产效率，促进了市场的活跃。但是与之相伴的是，犯罪手段也在随着互联网应用的发展而不断发展。主要表现为：

第一，犯罪手段随着互联网应用的进步而不断革新。互联网技术本身是没有价值取向的，既可以用于促进生产经营活动，也可能被用于违法犯罪行为。可以说，有什么样的互联网应用创新，就可能有什么样的犯罪手段的出现。有了网络社交平台，就产生了利用网络社交平台的犯罪；有了电子商务信用体系，也就有了与该体系相关的犯罪，比如破坏该信用体系、非法利用该信用体系；有了网络身份认证，也就产生了网络上的身份证信息买卖犯罪。

第二，犯罪手段因应用互联网技术而呈现出碎片化的发展趋势。传统犯罪中，犯罪往往由行为人通过一个行为或者简单数个行为表现出来，犯罪主体数量少、犯罪手段容易识别、受害人比较固定，但是，互联网的应用，是犯罪的改革方面呈现出碎片化的发展趋势。犯罪手段的碎片化表现为：

(1) 共同犯罪行为主体的碎片化。在传统的共同犯罪形态上，往往是确定的数名犯罪参与人是通过共同犯罪的主观故意或者过失将不同的犯罪环节或者方面连接成一个完整的犯罪行为，因此，对犯罪主体的认定比较明确。但是互联网的社交便利性混淆了犯罪主体的参与程度。在互联网上的共同犯罪，往往表现为行为人通过互联网将难以计数的参与者联系起来，分别参与不同的犯罪环节，参与者甚至不明白知道自己行为的最终目的，有的还以合法的形式出现，比如“网络兼职”刷单、打码、写评语等。组织者自己也不知道有多少人参与了行为，因为组织的下线可能发展了更多层的下线。犯罪的分工在网络上得到了最彻底的细化，而且他们之间并不像传统的犯罪分工那样需要通过“面对面”的组织行为。

第二部分 破坏生产经营罪可以涵盖妨害业务罪

——恶意注册的定性

近年来，计算机技术高速发展，互联网在给人们带来便利之时，也滋生了一些违法犯罪现象，甚至形成了精细分工的黑色、灰色产业链，损害了经济的健康发展。互联网违法犯罪过程中重要的一环，就是批量恶意注册账号。如何在法律上处理批量恶意注册行为，是急需解决的法律难题。

一、恶意注册的概述

(一) 基本概念

恶意注册，是指不以合理、合法使用为目的，如以营利或者破坏性攻击为目的，违法国家规定和平台注册规制，以人工手动方式不断重复进行大量注册，或者通过软件程序进行自动化的批量注册，创设网络账户的行为。

恶意注册的基本流程是：行为人利用自动化软件攻破手机验证码和图片验证码，批量注册账号；为了获取大量的手机验证码，行为人从贩卖黑卡的卡贩子那里购进大量手机黑卡，并用“猫池”养卡，自动获取手机验证码并传输给恶意注册软件；同时，恶意注册者与打码平台合作，打码平台召集社会闲散人员24小时在网上人工识别、填写验证码，并传输给恶意注册软件。

恶意注册后的账号，多被出售用于非法活动，某专门从事各类网站注册的某网站工作人员刘飞（化名）说：“我们购买了大量手机黑卡、身份信息，然后用软件批量注册，速度很快，买这些垃圾账号的人，

(2) 犯罪行为的碎片化。行为人利用互联网技术，将一个犯罪行为分解为多个看起来没有联系的行为，并且使这些细分的行为看起来不具有违法性，比如，在炒信行为中，从收购身份证件、手机卡，到对身份证件进行变造处理，到手机验证码、图片验证码，到账号买卖，再到刷单、物流、评语等，都进行了细致的分工，这种分工并不是完全由某个人精心策划的，而是一些心知肚明的人在围绕这个产业链自发形成的。并且，每一个环节都会在网络上被分解成众多认的行为来完成。比如打码。每一个人的单独行为均不构成犯罪，甚至其违法性也难以确认。但是，网络将这些人的行为结合起来，就形成了比现实中的犯罪危害性更大的犯罪行为。

(3) 犯罪对象的碎片化。比如诈骗，传统诈骗者的犯罪手段往往只有一个或者简单数个，受害对象也是确定的，诈骗数额也容易计算。但是，在利用互联网进行诈骗的犯罪中，犯罪的对象几乎是不确定的，可能达到数以万计，但是每一个受害者的损失可能只有一元或者区区几元钱，并且受害人的分布在天南海北，用传统的方法来核实犯罪的数额几乎不可能。

有的用于刷粉、刷榜、刷单，甚至是刷佣金，也有人拿去诈骗。”^①

（二）恶意注册属于预备或帮助行为

行为人恶意注册大量账户的主要目的，是为下一步违法犯罪活动做准备工作。如注册人自己使用或者把账户转卖给他人，这些非真实身份的账户就可以用于虚假交易，对卖家进行“炒信”，提高卖家的信用等级；或者进行“恶意差评”，降低卖家的信用等级；或者进行网络攻击、欺诈、售假、发布违禁信息、实施网络赌博等违法犯罪行为。在可以证明恶意注册的账户，已经被用于犯罪活动（如诈骗），恶意注册行为本身，就属于后续犯罪的预备、帮助行为，可以按照共同犯罪理论评价为相关犯罪。

问题是，目前一些专业网站和平台的批量恶意注册，已经对电子商务平台的经营产生了重大危害，刑法需要直接规制恶意注册行为。在不考虑后续犯罪的情况下，现有法条可否对恶意注册行为单独定罪？

（三）恶意注册是妨害业务行为

批量恶意注册账号，本质上是一种妨害业务行为。很多国家都规定了妨害业务罪，如《日本刑法》第233条规定：“散布虚伪的传闻或者使用诡计，毁损他人信用或者妨害他人业务的，处三年以下惩役或者五十万元以下罚金。”第234条规定：“以威力妨害他人业务的，依照前条的规定处断。”随着计算机广泛运用，1987年又增设了“以破坏电子计算机等手段妨害业务罪”，第234条之二规定：“损坏供他人业务上使用的电子计算机或供其使用的电磁记录，或者向供他人业务上使

用的电子计算机中输入虚伪信息或者不正当指令，或者以其他方法使电子计算机不能按照使用目的运行或者违反使用目的运行，妨害他人业务的，处五年以下惩役或者一百万元以下罚金。”

妨害业务罪和与之相关的损害信用罪的处罚条件较为宽松，可用有效处理恶意注册、虚假交易、恶意差评等互联网违法犯罪行为。注册账号是电商平台和网站业务的重要组成部分，电子商务平台的业务是从事交易、游戏平台的业务是从事娱乐、社交网站的业务是发布信息等，所有这些业务都以账号注册为最基本条件。恶意注册人采用非实名手机或虚假身份，属于采用欺诈手段妨害平台和网站业务的行为；同时也符合“向供他人业务上使用的电子计算机中输入虚伪信息或者不正当指令”的规定，因为恶意注册时输入的手机号码，不是注册者的实名制手机，属于虚伪信息。

但是，中国刑法并没有规定妨害业务罪，恶意注册无法按照妨害业务罪论处，这也是司法实践中对恶意注册处理不力的重要原因。

（四）以破坏生产经营罪处理恶意注册的难点梳理

本文认为，破坏生产经营罪应当进行与时俱进的客观解释，可以涵盖妨害业务罪的主要内容，对恶意注册可以按照破坏生产经营罪处理。这需要解决以下理论难题：

一是重新解释破坏生产经营罪的法益内容。⁹⁷《刑法》将“破坏生产经营罪”规定在刑法第五章“侵犯财产罪”中，而不是第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中。因而，主流观点认为：“故意毁坏财物罪与破坏生产经营罪属于毁弃罪，二者的本质相同。质言之，现行《刑法》所规定的破坏生产经营罪，只不过是故意毁坏财物罪的特殊条款，亦即，只有通过毁坏生产工具、生产资料进而破坏生产经营活

^① 万学忠、王春：《互联网恶意注册和虚假认证泛滥，超千亿黑灰产业链亟待依法剪除》，《法制日报》2015年8月28日。

动的，才成立破坏生产经营罪。”^①如果破坏生产经营罪的法益内容与故意毁坏财物罪一样，都是实物性的“财产（权），则恶意注册行为很难构成破坏生产经营罪。因为恶意注册虽然增加了平台或者网站的运营成本，但恶意注册本身，很难说直接毁坏了财产。

但是，如果把破坏生产经营罪的法益内容解释为“财产（权）的经营秩序”，由于“秩序”具有一定的抽象性，外延远大于具体的“财产（权）”，恶意注册行为就可能因侵犯了“（经营）秩序”而成立破坏生产经营罪；而且，在计算损失时可以采用更灵活的标准。

二是对破坏生产经营罪的“其他方法”进行扩张解释。破坏生产经营罪的法定行为方式是“毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法”，恶意注册明显不属于“毁坏机器设备、残害耕畜”，能否属于“其他方法”就成为定罪的关键。主流观点对此持否认态度：“‘其他方法’应是与毁坏机器设备、残害耕畜相类似的毁坏财物的方法，而不是泛指任何方法。换言之，本罪实际上是以毁坏财物罪的方法破坏他人的生产经营。”^②这一思路的理论基础是同类解释，即在同一个法条中，“其他方法”必须与前面的列举行为保持同质、同类的性质。

但是，不同法条表述，对同类解释的要求不同；破坏生产经营罪的“其他方法”可以是与“毁坏机器设备、残害耕畜”不同的“欺骗行为”。

三是重新界定破坏生产经营罪中“破坏”的外延。如前所述，主流观点把破坏生产经营罪理解为故意毁坏财物罪的特殊条款，把“破坏”等同于故意毁坏财物罪中的“毁坏”，“破坏”（生产经营）就是“毁坏生产工具、生产资料”。如果把“破坏”等同于“毁坏”，而恶意注册行为很难归类为“毁坏”，无法按照破坏生产经营罪论处。

^① 张明楷：《妨害业务行为的刑法规制》，《法学杂志》2014年第4期，第4页。

^② 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第911页。

但是，刑法中的“破坏”，在外延上比“毁坏”宽泛的多，把“破坏”解释为“毁坏”，是不当缩小了破坏生产经营罪的处罚范围。本文重新梳理了“破坏”的含义，“破坏”可以是物理毁坏、干扰秩序，也可以是妨害业务。恶意注册是干扰经营秩序和妨害业务的行为，属于“破坏”。

二、破坏生产经营罪的法益是“财产的经营秩序”

在目前刑法学中，盗窃罪等的法益有本权说、占有说及中间说等观点，诈骗罪等的法益有法律的财产说、经济的财产说等观点。概言之，传统刑法认为侵犯财产罪的法益是财产或者财产权，按照这种思路解释破坏生产经营罪的法益内容，无法处理信息时代新型破坏生产经营的行为。本文认为，以财产（权）为内容的法益观，是用民法（侵权法）观念解释刑法问题，不符合财产犯罪的立法现状。刑法与民法的区别在于：民法保护具体的物和权利，刑法保护具体物和权利背后的秩序和制度，刑法学者要带着秩序的眼镜打量民法中的财产或者权利。换言之，民法调整的是财产或者财产权，而刑法调整的是财产秩序或者财产权秩序。

例如，按照传统刑法的财产（权）法益观，在树林里抢劫1000元，与在公共交通工具上抢劫1000元，对财产和财产权损害程度并没有差别，应当同样处罚。但是，我国刑法对后者加重处罚，因为在公共交通工具上的抢劫，对财产秩序的破坏更严重。因而，考虑进秩序因素，才能够合理解释“同样数额财产犯罪处罚不同”的立法态度。

（一）“财产（权）秩序”可以合理解释财产犯罪的立法

把财产罪的法益界定为财产（权）秩序，可以解释我国立法现状。

1. 故意毁坏财物罪的法定刑比盗窃罪低

这一立法现状说明财产罪的法益不是财产（权），而是财产（权）秩序。故意毁坏财物罪法定最高刑只有7年，而盗窃罪、诈骗罪等取得罪的法定最高刑为无期徒刑。无论从哪个角度，故意毁坏财物罪对财产和财产权的破坏，都比盗窃罪、诈骗罪重。故意毁坏财物罪，使财产彻底消灭，使受害人的财产权不可能恢复原状；而盗窃罪并没有使财产消灭，受害人财产权有恢复原状的可能性。显然，立法者对故意毁坏财物罪处罚更低，不是因为其损害财产和财产权的程度低，而是，故意毁坏财物罪发案较低，作为一类犯罪，对财产秩序的破坏程度较低，因而处罚较轻；而盗窃罪发案率极高，对财产权秩序破坏更大，因而危害性更大。

2.多次盗窃、敲诈勒索、抢夺不考虑犯罪数额

与西方国家不同，我国的财产犯罪多数要求数额较大的标准。如果立法全部以数额作为成立犯罪的标准，则说明财产罪的法益是财产（权），因为衡量对财产（权）破坏程度的主要标志就是财产数额。

但是，97年之后的几个刑法修正案，把“多次盗窃”、“多次敲诈勒索”、“多次抢夺”单独规定为犯罪，而无需考虑犯罪数额。“多次”主要体现的是对财产（权）秩序的侵犯，而不是对财产（权）的侵犯——衡量财产权侵害程度的标志是数额、而不是次数。

97刑法以财产数额作为入罪门槛，没有规定“次数”作为入罪标准，据此认为财产犯罪法益是财产（权）是可取的。但是，从2011年《刑法修正案》（八）起，立法者陆续把“多次”作为与“数额较大”并列的入罪门槛，说明财产罪的法益内容已经发生了变化，仍然坚持97刑法的法益内容，不合时宜。

3.财产控制程度不同，处罚程度不同

如果财产犯罪的法益是财产（权）本身，则不同盗窃手段，只要侵犯同样价值的普通财产，对财产权的侵犯是相同的，应当同样处罚，但立法并非如此。例如，按照《刑法修正案》（八），“扒窃”不需要“数额较大”就构罪，而盗窃普通财物却需要“数额较大”，立法者对扒窃处罚更重；但是，对于同样数额财物，“扒窃”与普通盗窃，对财产（权）的侵害没有区别。

如果把财产罪法益理解为财产（权）秩序，就很容易理解这一问题。按照司法解释，“在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物的，应当认定为‘扒窃’”。把被害人口袋的300元偷走，属于“扒窃”，这是对物理占有秩序的破坏，构成盗窃罪；而把一辆路边价值300元的自行车偷走，这是对社会观念占有秩序的破坏，达不到数额较大的标准，而不构成盗窃罪。区别在于，与“社会观念的占有”相比，“物理占有”的秩序性更强。扒窃时，被害人对随身携带财物的控制更紧密，因而与街边盗窃相比，“扒窃”对财产秩序的破坏更严重。同样，我国刑法对“抢劫银行”的处罚更重，正是因为银行对财物的控制更紧密，银行财物体现了更强的社会秩序，因而，与普通抢劫相比，抢劫银行对财产秩序的破坏更严重。

国外刑法也有“财产控制程度不同而处罚不同”的立法例。例如，《日本刑法》第190条规定，取得棺内陪葬物，最高处3年有期徒刑，比普通盗窃罪轻得多。按照社会观念陪葬财物属于亲属占有，盗窃陪葬物处罚这么轻，不是因为盗窃陪葬物对财产（权）的侵犯轻、陪葬物的价值低；而是因为陪葬物的占有状态较为缓和，盗窃陪葬物对财产秩序的破坏相对较轻。

概言之，同样价值的财物，代表的财产和财产权是相同的；但是，如果受害人对财物的占有、控制紧密程度不同，反映出不同的财产（权）秩序状态。因而，刑法才会对相同价值财产、但处于不同秩序状态的

财物，规定不同的法定刑。基于此，财产犯罪的法益内容，应当从“财产（权）”修改成“财产（权）秩序”。

（二）恶意注册侵犯了财产的经营秩序

1. 破坏生产经营罪的法益是财产的经营秩序

如前所述，财产罪的法益内容，应当从“物与权利”向“秩序”转变，我国财产罪的法益内容，应当是财产（权）秩序。根据这种“财产秩序型”法益观，破坏生产经营罪侵犯的是财产（权）的经营和运营秩序。这一界定，既没有脱离破坏生产经营罪的财产犯罪属性，又能够发挥破坏生产经营罪在新时代的任务。

首先，“财产的经营秩序”比“经营秩序”的范围要窄。有观点认为，破坏生产经营罪的客体是“国家、集体或者个人生产经营的正常活动。”^①这实际是把本罪的法益理解为“经营秩序”，进而会把本罪与“扰乱市场秩序罪”和“妨害社会管理秩序罪”混同起来，过于扩大打击范围。

例如，某流浪汉要钱不成到企业大吵大闹，打了前来阻拦的工作人员数个耳光，这一吵闹也影响了“生产经营的正常活动”和经营秩序，按照“经营秩序说”，就可能被定罪。但这一行为没有针对企业的财产、未破坏“财产的经营秩序”，未直接影响企业的设备、厂房等的运营，不是破坏生产经营罪。

其次，“财产的经营秩序”比所有权、使用权等具体权利的范围要宽，与故意毁坏财物罪的法益不同，不再是故意毁坏财物罪的特殊法条。例如，开发商甲为了打击竞争对手乙，在节假日，带人把乙已经搬入顶楼用于封顶的建筑材料，分散搬到1至9楼，乙只能再次安装

^① 肖扬主编：《中国新刑法学》，中国人民公安大学出版社1997年版，第516页。

塔吊，重新把建筑材料运送至顶楼，影响了工期，延期交房。甲并没有毁坏、隐匿财物，只是改变了财产的摆放位置，不构成故意毁坏财物罪。但是，改变财产摆放位置的搬运行为，侵犯了财产的经营、运营秩序；建筑材料没有损坏，但财产的位置、状态和秩序发生了改变，甲破坏的是财产的经营、运营秩序，构成破坏生产经营罪。

同样，A把店主B的10种按颜色分装好的纽扣全部混同，导致B需要雇人重新分捡，A没有毁坏纽扣，但破坏了财产的经营秩序，构成破坏生产经营罪。

2. 恶意注册破坏了网站的经营秩序

首先，平台和网站，都是财产的新型存在和运行的方式。例如，阿里巴巴出资搭建了淘宝平台，与王健林出资建了万达广场，让商家和买家进行交易，性质是一样的。电子商务平台，与购物商场一样，都是财产的存在方式，其运行过程，都体现着财产的运营秩序。在淘宝网或购物城中的不法行为，都必然侵犯系统搭建者的财产经营秩序。

其次，恶意注册者掩盖真实身份，而虚假身份者就是对网站经营秩序的破坏。我国法律法规规定，手机采用实名制，电子商务平台实行“后台实名、前台自愿”的原则。注册账号主要借助手机实名制保证后台实名制，而恶意注册，就是防止真实身份（主要是实名的手机号码）留在电商平台。注册账号时，需要用手机接收验证码，而行为人接收验证码的手机，都是从各种途径收集起来非实名制手机卡或者第三人作废的手机卡，如黑市上收购来的，已经停机但三个月内尚能够收到短信的手机卡。这种掩盖真实身份、恶意注册的账号，其存在本身，就扰乱了电子商务的经营秩序。

现实商场中，人们通过面部、体态等特征等识别他人身份，建立互相监督和约束机制，从而形成了稳定社会秩序。而网站主要是靠实

名手机识别身份，约束和监督账户持有者的行为，形成网络秩序。网站上没有实名手机约束身份的情形，就好比，商场里突然来了一群蒙面不速之客，即使他们没有实施其他违法行为，但蒙面客们的存在，已经破坏了商场的经营秩序。

最后，恶意注册导致大量无效账号和冗余数据，也是对网站经营秩序的破坏。在现实世界，影响秩序的因素是人的组合和流动，在特定空间，人数总量和流动速度，是空间秩序的决定性因素。恶意注册增加账号数量，形成冗余数据，就是对网站经营秩序的破坏。例如，商场正常顾客有 500 人，突然闯进不以正常购物为目的的闲散人员 300 人，人流一下子变得拥挤，正常经营秩序立刻变得拥挤、混乱，财产的运营秩序受到了影响和破坏。

因此，批量恶意账户的存在，会侵犯财产的经营秩序。这样，就可以把恶意注册账号达到一定总量（如 5000 个以上），按照司法解释中“（四）其他破坏生产经营应予追究刑事责任的情形”来处理。

（三）破坏生产经营罪计损方式：经营秩序恢复成本、行为人所得

如果把破坏生产经营的法益理解为财产的经营秩序，则计算财产损害就可以增加新的方式——恢复秩序的成本和行为人所得。

1. 把财产经营秩序的恢复成本作为定罪标准

按照司法解释，故意毁坏财物罪和破坏生产经营罪的定罪标准之一都是“（一）造成公私财物损失五千元以上的”，但两者的认定方式可以不相同。恢复所有秩序与恢复财产的经营秩序，成本是不同的：恢复所有秩序，可以通过重新购买或者等值补偿而完成；而恢复财产的经营秩序，可能付出比实物补偿更多的成本。

故意毁坏财物罪侵犯的是所有权和使用权秩序，评价损失的主要标准就是物的价值，也就是恢复实物的成本；而破坏生产经营罪重在保护财产的经营秩序，而经营秩序的破坏，虽然也是通过实物毁坏、改变而体现出来的，但计算经营秩序的损害程度，不是实物损害而是恢复经营秩序的成本。

例如，八宝粥企业的灌装工人因被老板批评而报复，随机将 10 只蟑螂放入了正在封罐的 10 罐八宝粥中，流水线上 1 万罐八宝粥随即被封口。往八宝粥中投入蟑螂使八宝粥的使用价值消失，属于故意毁坏财物罪；计算财产损失的标准是实物损害，就是 10 罐八宝粥的价值 50 元，由于达不到实物损害 5000 元的定罪标准，不构成故意毁坏财物罪。但是，在流水线上投入蟑螂的行为，也侵犯了财产的经营秩序，属于破坏生产经营行为，在计算数额，就是经营秩序的恢复成本、而不是实物损失成本。老板把这 1 万罐八宝粥重新打开、检查的最低成本是 8000 元，即恢复 10 只蟑螂封装之前的财产经营秩序，需要 8000 元，这就是财产经营秩序的损失，超过 5000 元，可以评价为破坏生产经营罪。

当然，如果恢复财产经营秩序的成本超出了财产的总成本，例如，1 万罐八宝粥总价值 5 万元，但如果要全部开封、人工检查、再包装的成本是 6 万元，则对行为人只能按照破坏生产经营罪 5 万元计算。当恢复财产经营秩序的成本高于实物价值时，应当认为，重新生产 1 万罐八宝粥，就是最合理的恢复财产经营秩序的选择。

2. 把行为人所得数额作为定罪标准

首先，传统刑法把财产犯罪的法益界定为静态的财产（权），在定罪标准上只能采纳受害人财产损失数额的立场，这在处理破坏生产经营罪上有很大障碍。例如，A、B 两家餐馆负责给周围场区送快餐，A

餐馆供不应求，B 餐馆门可罗雀，B 餐馆老板借机在 A 送给某电子厂的汤内放入苍蝇，导致电子厂转向 B 餐馆订餐。A 餐馆由于供不应求，又接了其他订单，营业额未受影响。如果按照受害人财产损失的立场，无法对 B 定罪。

其次，破坏生产经营罪采纳“财产经营秩序说”后，完全可以把非法经营数额或者违法所得数额作为定罪标准之一。法益中含有秩序因素的犯罪，定罪标准更宽，我国刑法对破坏经济秩序型犯罪，往往以行为人经营数额、获利数额作为定罪标准。如“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的“假冒注册商标罪”，“非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的”就构成犯罪。

事实上，“假冒注册商标罪”其实就是特殊的破坏生产经营或者妨害业务行为，破坏生产经营罪可以参考“假冒注册商标罪”的定罪标准，把“非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的”作为“（四）其他破坏生产经营应予追究刑事责任的情形”。按照行为人经营数额、违法所得数额的定罪标准，上述案件就可以把 B 餐馆的违法所得数额作为定罪依据。

具体到恶意注册等案件，行为人注册账号后再出售，只要非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的，即可以按照破坏生产经营罪处理。

最后，把“受害人的财产损失+行为人的违法所得”作为的破坏生产经营罪的定罪标准，符合我国司法解释对财产犯罪的立场。我国刑法规定，盗窃商业秘密的属于侵犯商业秘密罪；在信息时代，商业秘密其实是一种特殊的财产，盗窃商业秘密实际是一种特殊的盗窃罪。按照司法解释，侵犯商业秘密罪的定罪标准是“（一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；（三）致使商业秘密权利人破产的；（四）

其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。”司法解释采纳了“受害人的财产损失+行为人的违法所得”的双重定罪标准。事实上，侵犯商业秘密也是一种特殊的破坏生产经营或者妨害业务行为，司法机关应当参照这一思路适用破坏生产经营罪的定罪标准。

三、破坏生产经营罪的“其他方法”包括欺骗手段

恶意注册是否属于破坏生产经营罪，还要看恶意注册是否符合破坏生产经营罪的法定行为方式，核心是恶意注册是否属于“其他方法”？“毁坏机器设备、残害耕畜”基本属于暴力（对物的暴力），那么“其他方法”是否一定要与这种对物的暴力相类似、只能是毁坏生产资料性的行为呢？有学者持肯定意见，认为“《刑法》第 276 条显然指行为方式与行为对象的同类：一方面，行为必须表现为毁坏、残害等物理性的毁损行为；另一方面，行为所毁损的对象必须是机器设备、耕畜等生产工具、生产资料。”^①本文认为，这是对同类解释规则的误用。

（一）同类解释应当注重“其他”后面的表述

目前通说的同类解释规则是向前看，要求“其他方法”与前面表述的行为方式——“毁坏机器设备、残害耕畜”——相类似，这是把刑法首先当做对司法者的裁判规范，也是对同类解释的误读。本文认为，刑法首先是对国民的行为规范，对“其他”进行同类解释时，不应当参考“其他”前面的表述，而应当关注“其他”后面的表述——既包括“其他”后面的罪状描述、也包括法定刑设置。

首先，立法者表述法条的对象首先是国民，刑法条文开头例举表述是为了给国民直观印象，结尾表述才是总结定性。从语法学角度讲，

^① 张明楷：《妨害业务行为的刑法规制》，《法学杂志》2014 年第 4 期，第 3 页。

人类语言如果先采用了列举法——这是刑法条文的基本表述，是为了让听众、读者先直观理解表述者要讲的意思。向前看的同类解释把语法结构做了本末倒置的理解，一个句子开头列举的内容，是为了直观传达意思，而不是定性，只有结尾的表述，才是定性，才是最重要的部分。例如，“破坏集会、游行、示威罪”规定：“扰乱、冲击或者以其他方法破坏依法举行的集会、游行、示威，造成公共秩序混乱的”，立法者先例举扰乱、冲击两种常见方式，是为了让国民对本罪先有个直观感受，而不是据此限定“其他方法”的范围；之后的“破坏……造成公共秩序混乱的”才是定性表述，“其他方法”必须以此作为解释基础，这样，高喊“警察开枪了”的言论、致使公共场所秩序混乱，也可以是“其他方法”。

其次，“向前看”的同类解释，会产生很多困惑现象。例如，“侵犯商业秘密罪”规定：“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的”，如果要求“其他”与“盗窃、利诱、胁迫”相一致，则无法得出任何结论，因为盗窃、利诱、胁迫是三个性质截然相反的行为方式，不能给解释“其他”提供任何参考价值。相反，这里“其他”必须考虑之后的表述——“不知道手段获取”，这样就很清楚，任何不正当手段都可以是“其他”的行为方式。

同理，“强制猥亵罪”规定：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人”，如果参照暴力、胁迫解释“其他方法”，只能认为，“其他方法”必须以暴力为后盾。事实上，决定“其他方法”内容的是后面“强制”两个字，只要是强制的，即被害人无法反抗的，如趁被害人醉酒的揩油性猥亵、医生假借检查为名的欺骗性猥亵，虽然没有暴力基础，但都是猥亵的“其他方法”。

因此，决定破坏生产经营罪的“其他方法”外延的，不是“毁坏机器设备、残害牲畜”，而是“其他方法”之后的“破坏”，只要是对

生产经营的破坏行为，就是“其他方法”。

(二) “其他方法”包括威力和诡计

日本刑法的妨害业务罪的主要手段是“诡计”、“威力”，如果能够把这两种手段行为解释进中国刑法破坏生产经营罪的“其他方法”，就可以处理包括恶意注册在内的大量妨害网站经营的行为。

首先，刑法中的同类解释，与语言学上的同类解释不同。刑法中的同类解释，追求的是目的上相同——可以实现相同的目的或对法益造成相同损害，语言学上的同类解释，追求的是词义相同——在生活中可以互相替代使用。在语言学上，暴力、胁迫、欺骗这三种强奸手段，含义相去甚远，不可能属于同类、同义词，更不可能互相替代使用；但是，在刑法上，这三种行为，都可能是违背妇女意志的强奸罪的手段行为。

其次，我国刑法肯定了，欺诈与暴力、胁迫可以属于同类行为。我国刑法的“强奸罪”规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”，“其他手段”自然也要遵循同类解释规则。可以肯定，游医以治病通精为名与病人发生性关系、孪生弟弟冒充哥哥身份深夜与嫂子发生性关系，都是违背妇女意志的强奸。游医与弟弟，没有采用暴力、胁迫，而是欺骗，换言之，“其他手段”包括“欺骗”，因此，欺骗与暴力属于同类行为。

国外立法例，也肯定了“对物的暴力”和“欺诈手段”，可以是同类行为。如《意大利刑法》第 513 条规定：“采用对物的暴力或者欺诈手段妨碍或者干扰工业或者贸易活动的，如果行为不构成更为严重的犯罪，经被害人告诉，处以 2 年以下有期徒刑和 103 至 1032 欧元罚金。”

如果能够把“欺骗”解释为强奸罪的“其他手段”，且与“暴力”

相并列符合同类解释规则，那么，破坏生产经营罪的“其他方法”自然就可以包括欺骗。而且，破坏生产经营罪中的“暴力”只是对物的暴力（对机器和耕畜），属于低程度的暴力；相应地，破坏生产经营中的欺骗，也可以是低程度的欺骗，因而，在解释论上，破坏生产经营罪中欺骗的外延更宽。在生产经营中欺骗手段，无需按照财产犯罪的诈骗严格解释，如日本刑法中妨害业务罪的行为方式非常广泛，欺诈的认定标准很低，“所谓（妨害业务罪）使用诡计，是欺骗、诱导他人，或利用他人的错误和无知。不一定要对他人进行动员，只要使用足以导致他人做出错误判断或者影响其业务正常的手段、方法就够了。本罪中的欺骗，在其意义上，比诈骗罪的欺骗的范围要广。”^①

最后，破坏生产经营罪的“其他方法”也包括威力。“毁坏机器设备、残害耕畜”属于对物的暴力，即“暴力”属于破坏生产经营罪的行为方式，在我国刑法中，暴力与胁迫不分家，可以相提并论，因此“其他方法”自然包括胁迫。而日本刑法妨害业务罪中的“威力”，要么属于暴力、要么属于胁迫。当然，日本学者界定的“威力”范围更宽，“威力，除了使用暴行、胁迫之外，还包括利用社会地位或经济上的优势所形成的权势的场合。”^②实际上，利用优势或权势，都是胁迫的一种表现，我国刑法中许多条款中的“胁迫”都是利用了权势或优势，如“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的”、“利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的”，因此，只需要对胁迫稍作扩张解释即可包容威力。

总之，破坏生产经营罪的“其他方法”，完全可以涵盖妨害业务罪

的行为方式。而恶意注册时，行为人使用非实名制、非本人的手机号码，接受验证码，在网站上使用虚假信息，使用欺骗手段，就是破坏生产经营罪“其他方法”中的“欺骗方法”。

四、“破坏”等于“妨害”

恶意助词能否构成破坏生产经营罪，还需要解释刑法第276条中的“破坏生产经营”，如果“破坏生产经营”需要达到使经营崩溃或无法运转的程度，则多数恶意注册行为无法构成破坏生产经营罪。恶意注册主要是针对一些知名网站和平台，如淘宝、京东、新浪等，只有热门网站和平台的账号才有交易价值。而这些知名网站和平台，都是资金和技术雄厚的企业，为了保障网站和平台顺利运营，都会提前考虑恶意注册问题，增加服务器的空间，或者以技术手段确保恶意注册的大量账号不会影响、至少不会明显影响到正常账号的使用。因而，这些知名网站和平台可能永远不会出现系统崩溃或者无法正常运转的情况。如何理解“破坏生产经营”中“破坏”的性质和程度，就是恶意注册能否入罪的关键之一。

（一）刑法中的“破坏”没有固定含义

根据《现代汉语词典》，“破坏”的含义是：损坏、损害、变革、违反等。我国刑法中大量出现“破坏”一词，大致上可以归为几类：一是物理损坏（如破坏交通工具罪），二是扰乱活动（如破坏游行罪），三是改变状态（如破坏监管秩序罪），四是改变关系（如破坏军婚罪等），五是主观要素（如破坏国家统一）。刑法中“破坏”含义广泛、弹性极大，把“破坏生产经营”理解为必须使生产经营停顿、无法正常进行的观念，完全破坏了“破坏”的刑法立场。

首先，“破坏”不等于崩塌、崩溃，局部改变也是破坏。例如，

^① [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第132页。

^② [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第133页。

刑法第293条第一款规定：“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的”，根据法条，“随意殴打他人，情节恶劣的”属于该罪的法定行为方式，而按照司法解释，“致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的就属于“情节恶劣”，应当定罪。如此看来，“破坏社会秩序”的标准很低，针对一个人的侵犯，也可能“破坏”了社会秩序。刑法第293条第二款还规定：“纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的……”，显然，第一款所讲的“破坏社会秩序”属于“轻微破坏社会秩序”，立法者在此肯定：破坏=轻微破坏；至少可以说，刑法中的有些“破坏”不是“严重破坏”，更不是完全毁坏。

在此意义上，改变、影响就是一种“破坏”，即只要局部社会秩序发生了一点点变化，就可以认定社会秩序遭到了破坏。

其次，没有任何改变，也可以构成“破坏”。在很多刑法条文中，“破坏”只是一个虚词，没有实质意义，无需在定罪时进行特别认定。如刑法第103条“煽动分裂国家罪”规定：“煽动分裂国家、破坏国家统一的……。”在一般情况下，发表煽动分裂国家的言论，在客观上不会使国家分裂，甚至对国家统一也没有任何影响，即本罪的“破坏”既不是客观的改变，也不是客观的影响，是一种无客观意义的表述。实际上，本罪的“破坏”是一个主观要素，应当理解为“意图破坏国家统一的”。

综上所述，“破坏”是被立法者完全破坏了的一个术语，立法者对其的使用，可以说无节操无底线。其上限为对事物的彻底消灭（如破坏交通工具罪），中线则是对事物的任何改变（如破坏社会秩序）。下限则是没有客观意义（如破坏国家统一）。因此，在理论上，对刑法276条中的“破坏生产经营”做任何解释，都有刑法依据。

（二）网站和平台领域的“破坏”是干扰、影响

虽然把“破坏”生产经营做任何解释，都符合刑法立场。但是，本文有义务对“破坏生产经营”做出具体明确的解释。

首先，应当参照秩序型犯罪解释“破坏生产经营”。“破坏”是一个动词，在刑法中，破坏后面连接的词语大致分为三类：一是具体实物，如破坏交通工具；二是某种社会活动，如破坏集会、游行、示威；三是某种秩序或状态，如破坏社会秩序、破坏监管秩序。如果“生产经营”属于具体实物，可以把“破坏”解释为完全毁坏、崩溃，但显然不是。总体说来，“生产经营”的性质介于社会活动和某种秩序之间，解释“破坏生产经营”就应当以破坏社会活动和破坏秩序作为参考。“破坏集会、游行、示威罪”的破坏行为，刑法第298条明确规定为“扰乱、冲击”，而“破坏社会秩序”，如前所述，就是改变、影响，因此，“破坏生产经营”就是扰乱、影响或者改变。

其次，在针对网站和平台时，“破坏生产经营”应当界定为“干扰、影响生产经营”。这是参照破坏计算机信息系统罪的立法表述，刑法第286条规定：“对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰……”，换言之，干扰也是“破坏”的内容之一。如何界定“干扰、影响”的具体标准，本文认为，以企业是否需要做出应对作为判断基础。如果企业完全无需理会恶意注册的账号，则应当认定“生产经营”没有被干扰、影响，也就是没有被破坏；反之，如果企业需要理会、处理恶意注册的账号，就应当认定为“生产经营”受到了干扰、影响，从而被“破坏”。

（三）“破坏”生产经营就是“妨害”生产经营

长期以来，面对恶意注册、恶意差评等妨害业务行为时，司法机关不敢适用破坏生产经营罪，主要原因可能在于，“破坏”太重、“妨

害”太轻，两者相差太远。本文认为，“破坏生产经营罪”中的“破坏”，其实就是干扰、影响，和妨害是同一个意思。因此，“破坏生产经营罪”应当理解为“妨害生产经营罪”。

我国刑法也看到了“破坏”与“”的等同性。如刑法第256条规定：“在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。”本罪罪名是“破坏选举罪”。根据法条规定，“妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权”也是破坏选举行为，“选民和代表自由行使选举权和被选举权”等于“选举”，根据最简单的语法逻辑，“破坏”就等于“”。因此，把破坏生产经营罪解释为生产经营罪，符合我国刑法的立场。

五、“生产经营”就是“业务”

本文的基本立场是，通过客观解释，诞生于农业时代、充满刀耕火种色彩的“破坏生产经营罪”，有了新的生命力，不仅可以解决工业时代的妨害业务行为，而且，也可以解决互联网时代的妨害业务行为。

（一）经营可以涵盖非营利性的业务

目前主流观点认为，破坏生产经营与妨害业务罪的行为对象不同，“生产经营”无法涵盖“业务”，“日本刑法规定的妨害业务罪和我国的破坏生产经营罪有所不同。妨害业务罪中的业务，既包括经济活动，也包括文化活动，甚至包括宗教活动、慈善活动等。”^⑩这是对“经营”的狭隘理解。

1.“经营”就是组织管理活动

^⑩ 柏浪涛：《破坏生产经营罪问题辨析》，《中国刑事法杂志》2010年第3期，第43页。

97刑法规定的“破坏生产经营罪”，不同于与79刑法的“破坏集体生产罪”。立法者在生产后面加了“经营”两个字，极大增加了本罪的保护范围。生产和经营是独立的两个社会活动，“生产”的范围较窄，无法涵盖“业务”；而“经营”的外延极广，完全可以涵盖“业务”的应有内容。

按照《现代汉语词典》，“经营”是“筹划并管理；泛指计划和组织。”换言之，组织工作、筹划工作都是经营，从这个意义上讲，慈善事业也是一种经营管理工作。认为“经营”无法包括妨害业务罪中的文化活动、宗教活动、慈善活动，是把“经营”理解为了营利性经济活动。但是，在汉语中，经营经常与经济、商业无关，如人们经常说经营爱情、经营婚姻。因而，文化活动、宗教活动、慈善活动，都是一种组织管理意义上的经营活动。

2.互联网时代的“经营”可以不是经济活动

认为“经营”不能涵盖“业务”，主要是把经营当做经济活动——经济性营业，需要具有营利性。如有学者认为：“生产经营就是人们通过劳动以追求利润的过程”^⑪这是一种工业时代的经营定义观，在互联网时代，经营模式和理念已经发生了重大改变，经营不再需要营利性。

在互联网时代，人类行为谋利的本质没有改变，但谋利的内容发生了重大变化。“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往。”在传统的商业模式中，利等于钱。但是，互联网改变了游戏规则，如打车软件或者支付宝，往往是倒贴消费者以积攒人气、培养消费习惯，对某一项业务，企业长期亏钱经营。在互联网时代，“利”不仅包括“钱”，还包括影响力、市场占有率、消费者认可度等，更重要的是

^⑪ 莫志强：《论破坏生产经营罪》，《社科与经济信息》2001年第8期，第12页。

大数据。例如，收费的电子邮箱是经营行为，永远免费的电子邮箱也是经营行为；需要支付月租的账号，是企业的经营行为；免费的账号（如QQ）也是经营行为。需要花钱订阅的报纸，是经营行为；而免费订阅的微信公众号，也是经营行为，报纸和公众号起着同样的功能，但经营的模式和理念，截然不同。因此，现代社会，“经”字二字，“经”字越来越弱、“营”字越来越强，有些经营可以没有经济色彩。刑法应当考虑这一社会发展趋势，适时宜地把经营界定为文化、慈善等都业务，都解释“经营”。

（二）“经营”比“业务”更符合刑法需要

首先，“经营”可用排除不应当受到刑法保护的“业务”。
“经营”是发生在市场领域或市民社会的行为，是受私法调整的民事行为，不同于受公法调整的国家权力，因此，“经营”的范围可以把公权力排除在外，使破坏生产经营罪与妨害公务罪从根本上划清界限。而妨害业务罪中的“业务”，难以与公务区分，“妨害执行公务罪，是从国家的统治作用的角度来把握犯罪的，而妨害业务罪是从个人的社会活动的自由的角度来把握犯罪的，因此，妨害公务的行为，构成妨害执行公务罪的同时，和妨害业务罪之间，是观念竞合。”^①

其次，可以把业务无法包括的内容纳入刑法评价。从字面含义看，“业务”具有职业性和长期性色彩，“业务必须是反复、持续的事物（继续性要件），因此，团体的成立仪式之类的，举行一次活动就结束的行为不包括在内。”^②而“经营”活动无需考虑持续性、长期性、职业性等问题，一次性的经营，也是经营，例如，某地举办的“千人

年狂欢嘉年华”，某市组织的球队夺冠庆祝晚会（游行），这种一次性的活动，肯定不是业务，但这些活动有承办单位，投入了资金、人力或物力，是一种经营活动。破坏这些活动，可以构成“破坏生产经营罪”。

同时，我国的破坏生产经营罪有“其他方法”，比日本的妨害业务罪只限于三种方式，在解释范围上，更有弹性，更有利于应对时代的变化；在法益保护上，也就更严密。

^① [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年第131页。

^② [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年第130页。

第三部分 通过伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的认定

——兼谈《刑法修正案（九）》第22、23条^①的适用

引子

互联网信用体系和制度是我国互联网应用的重大创新，也是维护网络社会秩序的基本制度，通过诚信体系和评价体系建立的信用制度可以给商品和服务提供者带来更多的商业机会，提高商品或服务的质量和消费者信任度，可以获取更多经济和社会价值。党的十八大及三中、四中全会以来，社会信用体系的建设被纳入国家战略。2014年6月国务院印发了《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》，要求加大电子商务、互联网应用和服务领域的信用建设。近期出台的《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》也要求建立健全守信激励机制、信用承诺制度以及失信联合惩戒机制，并要求完善网店交易信用评价制度，严厉打击电子商务领域违法失信

^① 《刑法修正案（九）》第22条【伪造、变造、买卖身份证件罪】第三款规定：“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”^② 该条文扩大失信背信行为犯罪范围：将“伪造”“变造”证件的范围扩大到护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件；增加买卖身份证件的犯罪。

《刑法修正案（九）》第23条【使用虚假身份证件、盗用身份证件罪】：在刑法第二百八十一条后增加一条作为第二百八十条之一：“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中，使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件，情节严重的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

行为，推进电子商务可信交易环境建设。

但是，随着我国互联网以及电子商务的迅猛发展，互联网犯罪也随之不断“转型升级”，一些新型的互联网违法犯罪行为，由于目前刑事立法上存在的空白、证据获取困难、对不法行为性质认识差异等原因，使得一些网络违法犯罪行为更加猖獗，越来越公开化、规模化，呈现出“新型化、精细化、专业化、有组织化”等特点，形成了各类“黑灰产业链”。特别是通过伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为，就是其中一个非常典型的公开化、规模化、平台化运作的“黑灰产业”，社会上盗用、骗用、伪造、兜售、购买他人身份证非法牟取暴利和从事各种违法犯罪活动日趋猖獗，严重侵犯了人与人之间、人与社会之间的信誉、信用、交易安全和秩序，破坏市场竞争秩序和公共信用，侵害居民身份证的公共信用和国家身份证管理制度，滋生和助长互联网犯罪，对互联网安全产生了极大的危害，迫切需要刑法制裁手段加强社会防御机制的建立，以保障理性的交易环境，促进互联网及电子商务的健康发展。

一. 伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的概念、表现形式及社会危害

（一）伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证行为的概念

根据互联网运行规律和使用规则，为了保证互联网平台的交易安全，往往需要在互联网平台上进行网络账号注册，一般来说，注册网络账号的基本要求是“实名制”，注册网络账号会要求提供本人真实有效的信息，包括身份证等证明身份真实性、有效性、一致性的信息；

网络用户在电子商务平台上完成真实姓名和身份证号码与公安网进行

校验，通过身份的验证，通过这种实名认证后相当于拥有了一个网络身份证：可以在众多电子商务网站开店、出售商品、增加网络账号拥有者的信用度。当然，对于信息不全、无效或虚假的，将无法通过网络认证，更无法进行互联网上的电子交易。而进行注册网络账号的认证，就离不开公民的居民身份证件。

1985年，我国设立居民身份证制度，是我国依法对居住在我国境内的中国公民统一颁发的，具有证明公民身份效力的法定证件，是公民从事各项社会活动权利的象征。其目的是为了更加科学和有效的进行社会管理；除了身份证本身内含的信息可以证明一个人的身份、户籍所在地，以及提供其他基本信息外，从经济秩序和社会秩序的角度来说，依靠身份证这种手段来维持人与人之间的一种诚实信用的关系，其作用就在于使人们能够在每一次的经济往来中遵守诚实信用。长期以来，我国一直在致力于在金融、通信、交通、物流等社会各个领域实现“实名化”。但一些不法分子利用虚假身份信息（含PS^①）、冒用他人身份证件、伪造、变造、买卖他人“电子化”身份证件（电子副本），企图绕过实名制管理体系，造成“实名不实人”，以达到逃避法律追究和继续作案的目的，并逐渐形成了一条完整而庞大的“黑色产业链”。

伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证，是指以谋取非法利益为目的，通过批量伪造、变造、买卖、盗用他人居民身份证件，或使用他人虚假身份证件，利用他人真实身份信息在互联网平台网络账号进行“认证”的非法行为。不法分子“批量收购”和骗取他人身份证件，非法获取并出售公民身份证件，或者通过“伪造”（PS）身份证件进行谋利。与此同时，不法分子借助网络的

^① PS通常是指Adobe Photoshop，简称“PS”，是由Adobe Systems开发和发行的图像处理软件。Photoshop主要处理以像素所构成的数字图像。使用其众多的编修与绘图工具，可以有效地进行图片编辑工作。PS有很多功能，在图像、图形、文字、视频、出版等各方面都有涉及。

隐蔽性和无限制性的特征实施违法犯罪活动：“隐身”或以“他人名义”发布危害国家安全的言论；发布违禁信息、销售侵权产品以及假冒伪劣商品；或利用虚假认证的账户所开设的店铺从事转移犯罪所得、诈骗、盗窃等。根据大数据统计，目前被发现的国内从事“虚假网络认证”、具有一定规模的团伙就达近20万个以上，预估活跃人群约40万人以上，“年交易额”达几十亿元以上。鉴于伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证可能会严重破坏网络信用体系，严重影响社会秩序和市场经济秩序的稳定，侵害人民群众的生命财产安全，因此非常有必要予以严厉打击。

（二）伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证的表现形式

伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证的基本程序是：

（1）线下大量购买和获取他人身份证件。例如，不法分子到偏远地区农村，及工厂或者学校，通过假冒厂家活动、商家送赠品方式等手段骗取公民身份证件信息材料；收集的身份信息（身份证照（正反面），手持身份证照，手持当天当地报纸照等）。

（2）将购买的身份材料照片“PS”，修改身份证上身份信息（姓名、身份证号、身份证头像等）假造出不存在的身份信息和身份证件。

（3）通过互联网平台收购“垃圾小号”，或者自行批量注册“网络小号”，用收购的真实身份证件，或PS出的虚假身份材料申请电子平台身份证件认证。

（4）通过网络认证后，利用虚假认证通过的账户直接进行欺诈、售假、发布违禁信息等违规行为。

伪造、变造、买卖、使用及效用他人身份证件骗取互联网账号认

证的表现形式主要体现在以下几个方面：

1. 伪造、变造他人真实身份证件

即“一个李逵被PS出无数个李鬼”PS身份证现象。伪造、变造、买卖及使用他人身份证骗取互联网账号认证中的身份证件的来源，主要有两类，一类是别人丢失的身份证件，我国每年丢失、被盗的二代身份证总数可达数百万张；另一类是专门有人去“收购”他人合法的身份证件。即不法分子为了逃避网络实名监管，不法分子的“专业团伙”会选择偏远落后山区或者工厂、学校，打着各种单位“搞活动”的旗号，送几袋饼干或一袋洗衣粉，收集身份的复印件或者照片；更有“专业团伙”会直接到农村里“收购”身份证件，价格从几十块到一百块一张不等。而转卖这些证件的价格则从一二百元到四五百元至上千元不等。将“骗取”或“收购”他人的身份证件，通过“PS”等手段对他人身份证件上的姓名、身份证号、头像等信息“重新组装”“改头换面”，对身份证件进行“变身”。

伪造、变造居民身份证罪是1997年刑法确定的，该罪的客观方面是指无权制作身份证的人擅自制作居民身份证，以及有权制作人制作虚假的身份证。同时也包括对真实身份证的本质部分进行加工、修改的行为^①。在互联网平台的交易过程中，需要提供居民身份证验证身份作为注册账号的前提。不法分子为自己或者他人隐瞒真实身份进行“变造”的目的，就是通过网络手段将他人身份证件变造出不存在、不真实、不一致的身份证件，谋取非法利益。在这条“黑灰”产业链中，冒名的身份证件几乎被用在所有需要进行实名认证的地方，例如，利用冒名的身份证冒开银行卡和买卖银行卡。

具体案例：购买他人身份证后进行“PS”身份证件。2014年7月

^① 参见张明楷著：《刑法学》，法律出版社2007年版，第761页。

份，杭州公安机关发现一批网络上提交认证的会员，共涉及到692个。692个会员认证材料中使用的身份证却主要来源于河南省、四川省、江西省；其中“验证”手机号码归属地又分布在浙江省、广东省、江苏省等三地。经过核实发现，这部分身份证主要是通过去河南省、四川省、江西省的几个农村向当地老人以“下乡送温暖”等方式进行了大批量收集身份证材料，并且将收集的部分身份证件照片，手持身份证照片通过“PS”等方式对身份证号，姓名等信息进行了修改，对同一套资料进行了重复利用提交认证。以上通过“认证”的账号，随后被陆续转卖到了广东，福建等地，其中28%因涉嫌出售假货，欺诈等行为而被处罚。

2. “买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”的身份证

居民身份证是由国家有关管理部门颁发的、证明一个人的公民身份的证件。“买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”身份证的犯罪，从构成要件来看，其犯罪客观方面对他人的“身份权”和居民身份证的公共信用和国家身份证管理制度。不法分子往往事先就与伪造、变造身份证的犯罪团伙有通谋，以收取佣金为对价，达成了“分工协作”的配合模式。这种“上下线”的交易关系，尽管有时是“非接触性”的，但双方的意思表示是一致的，双方的互动形成稳定的犯罪链条。双方均是以谋利为目的，“买方”通过各种貌似“合法渠道”收集他人身份证件，然后通过各种网络传输渠道“销售”他人真实的或假冒的身份证件，通过这种形式意义上的“实名制”，进行网络虚假认证，然后实现在互联网上拥有大量“合法”网络账号，从事违法犯罪的目的。

具体案例：线下大量购买获取身份信息提交虚假认证。2014年10月21日至10月27日上海市、福建省、浙江省、湖南省等地公安联合出动51名警力，对上海市奉贤区褚某某等人销售假冒“耐克”品牌运

动鞋案战役开展集中收网行动。共立案 5 起，破案 5 起，抓获嫌疑人 8 名（其中刑事拘留 8 名），捣毁犯罪团伙 1 个、捣毁销售窝点 7 处，现场缴获各类各类假冒“耐克”运动鞋 300 余双，查获流水线 2 条，涉案总价值 2150 余万元。涉案“百分百现代潮流级亿购”“淘宝”“名鞋库开心购物”“NIKE 购物网”等多个账户存在明显的虚假认证行为。经公安机关查证，以上身份证主要来自福建省莆田越秀区平海镇的几个村的老人，年龄在 60 岁以上。

3. 买卖、使用、盗用他人“电子化”身份证件（电子副本）

关于身份证，可以分为广义和狭义。广义的身份证，可以泛指能够证明一个人的身份的证件。除了居民身份证，还可以包括由各相关部门签发的公民护照，还包括学生证、工作证、驾驶证等。狭义的身份证，则是指由《中华人民共和国居民身份证法》所规定的居民身份证。而狭义的身份证中应当包括“电子化”身份证件（电子副本）。

在互联网平台上，网店或交易对方经常要求通过拍照、扫描等方式对身份证件进行“电子化”使用，出发点是出于诚信交易、保障交易安全的考虑。因此，要求使用“电子化”身份证件的主要目的和核心要素在于“证明身份”，因此，对于伪造、变造、买卖此类“电子化”身份证件的，只不过是将身份证通过“电子化”表现形式扩大了适用范围而已，实质上与“物理”身份证发挥着确定身份信息的相当的同样的证明作用，为了维护居民身份证管理秩序，应当对于对买卖、使用他人电子身份证件（电子副本）的行为进行予以及时定性。

(三) 伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证的社会危害

1. 严重破坏了互联网认证体系和诚信体系

伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证（电子副本）行为，或者通过“伪造”（含 PS 照片）证件，造成难以对网络空间中的不法行为进行有效追踪、及时控制、确认行为人身份、落实证据和依法处置；不法行为人利用他人身份证件进行登记注册、认证的网络虚拟身份与其真实姓名、身份证号等社会上自然人的真实身份之间没有任何对应联系；需要实名认证的网络身份、认证的注册账号和真实身份不符，导致互联网虚拟空间的网络交易可以毫无诚信而难于查处，不法行为人可以随意窃取他人的网络账户和虚拟财产而难于制裁；同时，交易方由于对这种虚假网络身份和注册账号的担心、疑虑，进而丧失对我国身份证管理制度和诚信体系的信赖。

2. 骗领银行信用卡进行诈骗

目前，我国部分银行存在申办信用卡时审核不严格的现象，忽视了身份证与身份证持有者是否一致，给不法分子造成可趁之机，不法分子利用冒领的遗失身份证，办理大量信用卡进行恶意透支；为了逃避公安的侦查，不法分子游离于不同银行网店分散办卡，进行透支、诈骗转账等违法犯罪活动。据公安部统计：2014 年全国电信诈骗发案 40 余万起，群众损失 107 亿元。2014 年，某省涉及银行卡犯罪的案件共立案 500 多起，涉案金额达 4 亿元。2015 年第二季度，由北京市公安局网络安全保卫总队与 360 联合发起成立的“猎网平台”，共接到来自全国各地的网络诈骗举报 6919 起，较第一季度的 4920 起增长了 40.6%。涉案资金转移快。从公安机关受理案件正式向银行发出资金冻结的要求到银行正式冻结账户，往往需要一定时间，犯罪分子正好利

用这个时间将资金提现。

具体案例：2014年3月，郑州某公司财务经理张女士，被中山市公安局的电话骗走3866万。公安侦查发现，为尽快将这笔巨款取现，骗子购买了3607张银行卡，涉及大陆17家银行。头目雇佣一个洗钱转账团伙，历时20小时疯狂取款，涉及台湾26家银行，79台取款机。数据显示，第一笔13:50在郑州转出，14:05在台湾开始取款。也就是说，15分钟，这个团伙已在境外取现。而无奈的现实是，公安机关需凭身份证原件到开户行或北京的总行才能办理账户冻结。

3.从事其他违法犯罪行为

随着互联网技术的迅猛发展，“非接触性”诈骗迅速互联网化。起初，不法分子利用网络技术升级直接在互联网场景下进行诈骗，而如今，不法分子则通过“刷库”、“撞库”、“爬虫”、“木马侵入”等互联网手段，获取用户信息进行精准诈骗，大大“降低”了犯罪成本，同时加大了公安机关追查犯罪的难度。不法分子大肆买卖、盗用身份证、网盾、手机卡等相关资料，收购、销售、使用他人身份证件“一条龙”，然后进行诈骗、盗窃、虚构退税等违法犯罪行为。同时，虚假认证的滋生使网络欺诈和售假违禁品等成本更低，反过来，由于巨大“利润”空间，又导致这种从事虚假认证的团队“增量”迅猛，人员发展很快。根据某个电子商务平台统计，2013年6月至2015年3月间来申请认证的会员中，共识别并拦截虚假认证团伙1754万个，认证会员数达3个及以上的团伙共计36.68万，其中最大的团伙共涉及账号75508个，团伙涉及会员数为1000-10000个共有15个。

4.增加了互联网平台的运营成本和安全管理成本

因为伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件骗取互联网账号认证，导致电子商务平台上存在的会员身份信息不真实的情况，以

目前几个大型网络平台运营商的正常统计而言，每天开店认证申请的会员中，日均识别拦截虚假认证会员8000个左右，10个月左右，可以识别拦截虚假认证会员共170万个左右。而“老店新开”的会员，互联网平台的日均拦截量1.2万个左右。为了应对伪造、变造、买卖及使用他人身份证件骗取互联网账号认证行为，各大互联平台不得不投入巨资升级安全系统，组建人数众多的、处理这些不法行为的安全团队，大大增加了运营成本和安全管理成本。

5.严重阻碍我国电子商务的健康发展

电子商务的兴起，拓宽了传统交易市场，传统经营者一般不会要求消费者提供个人信息，且对信息存储、传输、编辑能力不足，而电子商务是通过网络来完成的，消费者常需要提供个人身份证件进行网络认证，以保证网络交易的安全和交易平台的第三方的经营秩序。而伪造、变造、买卖、使用及盗用身份证件则使得消费者在不知情的情况下，身份证件被出售、泄露和利用，而导致消费者的信用卡账号及密码被人获知或盗用，严重阻碍我国电子商务的健康发展。

二. 办理伪造、变造、买卖、使用及盗用他人身份证件对互联网账号进行“虚假认证”案件中存在的问题

(一) “PS”身份证件的问题

即对“一个李逵被PS出无数个李鬼”PS身份证件的行为性质定性问题存在争议。不法分子为了逃避网络实名监管，将“骗取”或“收买”他人的真实身份证件，通过“PS”等手段对他人身份证件上的姓名、身份证号、头像等信息“重新组装”“改头换面”时，其目的是通过网络手段将他人身份证件变造出不存在、不真实、不一致的身份证件，办案人员虽然知悉此类行为危害着我国身份证件管理秩序，但对于此时

的这种“PS”身份证件是否属于刑法第280条规定的“身份证件”范畴拿捏不准。

(二)“买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”身份证件的问题

1.“买证”是否构罪

对于伪造、变造身份证来说，不法分子大多是以谋利为目的，通过各种貌似“合法渠道”收集他人身份证件，然后通过各种网络传输渠道“销售”他人真实的或假冒的身份证件，然后利用互联网形式意义上的“实名制”，进行网络虚假认证，然后实现拥有大量“合法”网络账号，达到从事违法犯罪的目的。而对于“买卖”他人遗失、被盗或伪造的、“PS”身份证件的，司法实践中，不少司法实务人员对于这种购买伪造、变造居民身份证件的行为是否构罪、构成哪类罪，是否构成伪造居民身份证罪的教唆犯或帮助犯、如何解决诉讼程序上的证明上的“明知”的拿捏不准。

2.购买与伪造、变造行为是否是共同犯罪

在《刑法修正案(九)》出台前，对购买伪造、变造的居民身份证并使用的行为，司法实践中存在三种争议：一是认定为买卖国家机关证件罪，二是认定为伪造、变造居民身份证罪的共犯，三是不认定为犯罪。而对于观点二的争议一直很大，反对者的主要观点是认为，该观点违背了罪刑法定原则和刑法的谦抑性原则。而支持者则认为，购买者具有伪造身份证件的故意，客观上也提供身份证件信息行为，故其行为应当构成“伪造身份证件罪”。

具体在互联网领域，目前大多数情况下，不法分子在网络上进行“购买”身份证与伪造、变造身份证件的一方不法分子均互不认识，

他们进行沟通的渠道和平台就是利用网络（即时聊天工具等，如微信、QQ、YY、陌陌软件等），从目的方面，双方似乎并没有“共同犯罪”的故意。但是，“买假证者”应当“明知”制证者提供的大量身份证件来源可能不合法；“卖假证者”也应当“明知”买证者购买大量的身份证件去从事一些不合法的事情。卖证者通过“销售”虚假身份证使其获得了不法利益，而购买者也利用该虚假的身份证从事一些违法犯罪活动。这二者的行为都直接破坏了我国对身份证件的管理秩序，问题在于“卖假证者”与“买假证者”是否可以构成共同犯罪，何种情况下构成共同犯罪，是否属于对向犯罪应予处罚。另外，对于司法实践中，对于少数公民向伪造、变造身份证件的不法分子提供相片、个人信息等，用以制作“假身份证”的行为是否属于共同犯罪中的“帮助行为”，构成“帮助犯”，有待于区别情况，做进一步考察。

(三)互联网平台上“电子化”身份证件的问题

在互联网平台上，网店或交易对方经常要求通过拍照、扫描等方式对居民身份证进行“电子化”使用，出发点是出于诚信交易、保证交易安全的考虑。因此，对于伪造、变造、买卖此类“电子化”身份证件（电子副本）的定性问题，就有一个是否属于刑法保护对象的问题。

关于伪造公文、证件犯罪中的保护对象，刑法理论有“形式主义”、“实质主义”和“折衷主义”三种观点。“形式主义”认为是文书制作名义的真实性即形式的真实性。形式主义提出，只要确保文书制作人名义的真实性，就自然保护其内容的真实性。为了保护文书的公共信用，有必要尊重文书形式的真实性，不应允许内容是真实的就违反制作人的意思而冒用其名义制作文书。“实质主义”认为，文书内容违反真实的话，就会影响社会的安定。“折衷主义”认为，内容真实的文

书不存在侵害交易的信用之虞，因此伪造文书应当具有双重构造，即没有权限的人制作他人名义的文书和其内容是虚伪的^①。由于刑法分则的规定并没有穷尽所有具体的犯罪行为与手段，因此，司法实践存在的问题就是，这种伪造、变造电子化身份证是否损害了刑法所保护的社会关系，是否属于法定“身份证件”的表现形式扩大化；这种“电子化”的身份证件是否应当为刑法概念上的“物理”身份证所涵摄，有待进一步研究。

（四）使用虚假身份证件和盗用身份证件问题

对身份证件进行刑事立法的目的在于禁止私人随意制造身份证，避免非法持有者使用虚假身份证从事其他违法犯罪活动。而对于“虚假身份”和“盗用”，除了使用传统刑法意义上“盗窃”方式获取居民身份证后的“使用”行为，是否也应当包括不法分子到全国各地进行“骗取”“收集”“购买”他人真实身份证后的“使用”行为，以及故意“使用”他人遗失的身份证行为。资料统计，全国每年遗失身份证约100万张以上，由于技术原因，遗失的身份证无法挂失操作后就自动作废，所以遗失的身份证在有效期内仍然可以继续“被”使用。因此，社会涌现出买卖遗失的身份证市场，一些不法分子专门大量收购遗失的身份证，通过网络、街头黑市等各种渠道高价出售获取暴利。犯罪分子以高价购回身份证身份实施违法犯罪活动，谋取非法利益，掩盖了真实的身份。对于身份证遗失后被盗用、被冒用的，特别是申请各种网络交易平台，注册游戏，出入境登记，办理工商执照、车辆牌照，证券开户，合同登记，骗领通信卡等如何进行有效打击。

^① [日]大冢仁著：《刑法概说(分论)》，中国人民大学出版社2003年版，第414—415页。

三、应对措施与如何认定

（一）应对措施

1. 充实前置性法律

从传统的刑法理论来讲，刑法所管控的范围是在行政管理之后的一种补充性、最终性的社会管理手段，也是最严厉的一种最后手段。因此，存在着“先行政、后刑法”的传统路子。而随着互联网时代的到来，传统的行政管理和刑法对应的这种模式，对于当下的新型犯罪，逐渐有点“跟不上趟”。于是，就出现了关于伪造、变造、买卖及盗用他人身份证件进行“认证”是行政违法还是犯罪的争议，是否有必要在行政管理未跟上的情况下，适用“社会管理方式倒置手段”，进行刑法打击。对于侵犯公民身份证类的犯罪，由于在行政管理阶段缺乏相对完整的身份证保护立法体系，缺乏相关的前置性规定，所以，一方面有必要完善在民事、行政立法中的相关立法规范，若能对行业制定的规范进行较好的监督，或是由国务院统一制定相关行业规范。

第一，推行实名制。完善身份证管理制度，从源头上推进银行卡和手机卡的实名普及率，并真正建立“人证合一”的验证体系，将“实名制”推进到“实人制”，才能真正杜绝“实名不实人”的现象。而目前，银行、运营商等用证单位，在扫描身份证时看不到挂失信息。应当建立丢失、被盗居民身份证信息管理系统。因此，应当打通公安身份证管理体系与银行、通信运营商等用证单位的数据共享通道，建立一张覆盖全社会的身份证信息共管平台，让黑身份证大白于天下。

第二，实人认证。利用生物识别、图像比对等技术，综合各类数据进行实人认证，这项技术在互联网企业中的发展速度极快，效果也十分明显。如在银行系统能够加入这些认证技术，而不是仅靠柜台工作人员的判断，相信能杜绝很大一部分冒名申领的现象。

第三，推行互联网电子身份证制度。建立以身份认证为核心的互联网安全认证体系，实现与其真实身份绑定的数字认证，在用户上网时实现身份认证、加密传输、信息完整检验和不可抵赖等基本功能，从而达到实名上网、网络诚信、虚拟财产保护、防止网络诈骗或传播不良信息、对用户交易和上网行为进行监控等多种目标，既可以有效威慑实施网络犯罪的人员，又可以根据推进网络诚信建设、打击网络违法犯罪，适应维护国家安全和社会稳定的需要，从根本上解决虚拟网络社会的安全和信任问题，实现了对网络空间的行为进行有效的管理和引导。

第四，强化行政管控能力。建议银行系统加强异常账号的“风险管控”能力，特别是在账号冻结、资金追踪等方面，要积极跟公安系统对接，简化手续，提高效率。

2. 对“身份证”内涵扩大解释

由于法律规定^①本身的局限性，不可能对社会生活中的所有犯罪现象都做出规定，因此，当社会生活的发展变化出现了立法者所没有考虑到的犯罪情况时，法律文本的客观含义应当随着社会的发展变化而变化，应当根据立法本意，而对法律文本作出扩大解释，以适应打击犯罪的需要，从而增加法律的可预测性。当然，刑法解释应当探寻立法者的旨意。原因在于：(1)法的安定性的保障，以文义解释为必要，

^① 《居民身份证法》第16条规定：“有下列行为之一的，由公安机关给予警告，并处二百元以下罚款，有违法所得的，没收违法所得：(一)使用虚假证明材料骗领居民身份证的；(二)出租、出借、转让居民身份证的；(三)非法扣押他人居民身份证的。”《居民身份证法》第17条规定：“有下列行为之一的，由公安机关处二百元以上一千元以下罚款，或者处十日以下拘留，有违法所得的，没收违法所得：(一)冒用他人居民身份证或者使用骗领的居民身份证的；(二)购买、出售、使用伪造、变造的居民身份证的。伪造、变造的居民身份证和骗领的居民身份证，由公安机关予以收缴。”《居民身份证法》第18条规定：“伪造、变造居民身份证的，依法追究刑事责任。有本法第十六条、第十七条所列行为之一，从事犯罪活动的，依法追究刑事责任。”

因此，法律解释以阐发法律文本的法律蕴涵为首要任务；(2)法律一经颁布，即脱离立法者而独立存在，法律文本的法律蕴涵不以立法者的意志为转移；(3)法律是社会的产物，法律解释必须符合实际的社会生活^②。

(1)关于“PS”身份证。我国1997年刑法在规定“伪造、变造居民身份证罪”的时候，并未出现不法分子伪造、变造、买卖“PS”或“电子化”的居民身份证情况，随着网络交易的蓬勃发展，“电子化”的居民身份证在社会生活中的用途越来越广，其重要性越来越大，因此，随之出现了买卖“PS”居民身份证的情况，对于通过图像处理技术(PS)等收集的居民身份证进行处理的行为，刑事立法保护的法益是立足于对真实身份的保护，即人证是否一致、身份证明的真实性问题。建议刑事司法解释将真实的身份证照进行PS等行为认定为“伪造、变造居民身份证行为。”

(2)关于“电子化”身份证(电子副本)。对于“身份证”的刑法第280条第3款规定了“伪造、变造、买卖居民身份证件罪”规定的“身份证件”来说，“身份证件”是仅指“物理意义”上的身份证件，还是也包括发挥同样、同质证明作用的“电子化”身份证件。证明身份是居民身份证的主要功能^③。我国刑法既然规定了买卖身份证件罪，而电子化身份证同样起到相同的证明作用，理应属于“身份证件”内涵；且其侵犯的客体是国家机关正常的管理活动和信誉，本质特征是侵犯社会公众对于国家机关公务活动的合理信赖，进而侵犯国家机关公务活动的秩序与有效性。理所当然应该适用这一罪名予以打击。因此，在《刑法》修正案第23条的司法适用过程中，建议增加一款“在

^② 陈兴良：《判例刑法学》，中国人民大学出版社2009年版，第42页

^③ 我国《居民身份证法》第13条的规定，“公民从事有关活动，需要证明身份的，有权使用居民身份证证明身份，有关单位及其工作人员不得拒绝。”

依照国家规定应当提供真实身份的互联网活动中，有下列行为之一的，依照前款的规定处罚：（一）使用伪造、变造、他人的居民身份证件、护照、驾驶证等证件或者电子副本的；（二）利用技术手段修改居民身份证、护照、驾驶证等证件电子副本并使用的；向（三）提供与其真实身份信息不一致的信息，情节严重的。”

（二）如何认定

1. 行为犯的认定

伪造、变造、买卖身份证件罪、使用虚假身份证件罪、盗用身份证件罪是行为犯罪。即指以危害行为的完成作为犯罪客观要件齐备标准的犯罪。只要行为人完成了刑法规定的犯罪行为，犯罪的客观方面即为完备，犯罪即成为既遂形态。这类犯罪的既遂，并不要求造成物质性的和有形的犯罪结果，它以行为是否实施完成为标志。同时，对于伪造、变造身份证件者与买卖身份证件者，如果没有共同犯罪故意的，不应当以共同犯罪论处。

2. 证明责任的转移

伪造、变造、买卖居民身份证件罪、使用虚假证件罪、盗用身份证件罪的主观方面是故意，并且只能是直接故意。即行为人明知自己的行为是违反国家身份证管理法规而实施伪造、变造、买卖居民身份证件的行为，且该行为将会侵犯国家居民身份证管理制度，但是行为人仍然决意实施这种行为，并且对危害结果的发生抱有希望的态度。而司法机关在办理此类案件的过程中，经常遇到不法分子经常以“缺乏主观故意”来妄图逃避刑事打击。而如何严格恪守传统证明责任理论，要求对每一个构成事件事实都要有证据证明，则可能会容易放纵罪犯。出于上述原因，建议可以考虑在公诉案件中，对部分构成要件事实适用证明

责任转移，由犯罪嫌疑人或被告人对部分构成要件事实（如主观方面）进行举证；或者在大量间接证据充分的情况下，对主观方面的事实宣适用刑事推定来解决刑事案件中的证明“困境”。例如通过网络流水账、房屋租赁合同、影像资料、电脑记录、IP地址、QQ账户归属等等间接证据来印证犯罪嫌疑人的“明知”，可以推定出行为人能够“明知”自己在伪造、变造、买卖居民身份证件、使用虚假证件、盗用身份证件。

3. “情节严重”的认定

我国《刑法》第13条的规定，揭示了犯罪应当具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性等基本特征，具有一定的社会危害性是犯罪最基本的特征，这是认定犯罪的基本依据。即指行为对刑法所保护的法益造成损害的特征。在刑法上，社会危害性要达到相当的程度才能构成犯罪，如果某种行为虽然具有社会危害性，但是情节相当轻微，则不认定为犯罪。《刑法修正案（九）》第23条中，并未对怎样的行为方式、结果构成“情节严重”做出量化规定，给予办理具体案件的司法机关留有较大空间的自由裁量权。关于“情节严重”，建议可以从以下几个方面来进行理解：（1）数额标准。即使用虚假身份证件、盗用身份证件获利较大、数量较多作为该罪的定罪标准，如果使用虚假身份证件、盗用身份证件的数量达到一定程度，其行为的社会危害性就超过了一般违法行为，从而构成犯罪；（2）危害结果标准。即以特定危害后果的发生与否作为本罪成立与否的标准。这里的结果，既包括犯罪行为发生后导致的物质性结果，也包括非物质性结果；既包括直接结果，也包括间接结果。（3）行为方式标准。行为方式即行为人实施具体犯罪时所采取的方式方法等。行为方式是行为人主观恶性的外化，行为方式的不同反映了行为给社会带来的危害性程度的不同，反映了情节是否严重。如使用虚假身份证件、盗用身份证件从事违法

犯罪活动的不法行为人，是否是团伙犯罪、累犯、教唆犯等等。这些方面都在不同程度上反映了行为人主观恶性和行为的社会危害性。另一方面，行为人购买并使用伪造、变造、买卖、使用及盗用的身份证件并造成一定社会危害后果，如果使用行为本身构成犯罪，则按该行为所构成罪名定罪处罚。

结语

伪造、变造、买卖、使用及盗用身份证件骗取互联网账号认证行为，一直以来无法从源头上真正有效遏制、打击此类犯罪。随着我国信息化建设的快速发展以及未来在户籍管理、人员流动、诚信制度管理方面的完善，个人身份证件将成为记录公民个人信息的重要载体，加强身份证件管理面临的形势将更加严峻，因此，在打击相关身份证件犯罪方面应该与时俱进，必须取得实效。对于不法行为在刑法上予以规定，做到积极预防，有效打击，维护我国社会的和谐稳定，为建立信息化、诚信化社会打下坚实的基础。

第四部分 网络虚构交易行为的刑法规制

——以组织虚构交易行为为侧重点

近年来，随着信息网络技术和计算机的快速发展与普及，我国的电子商务发展迅猛，包括网上购物、网上打车、网络团购、应用商店等网络交易已经成为现代社会生活的一个重要组成部分。这不仅给人们的生活带来极大便利和实惠，也极大促进了市场经济的发展。同时，伴随着网络交易的日渐繁荣而产生的一些违法犯罪现象也越来越引起人们的担忧。其中，既有传统违法犯罪行为在网络交易中的再现，如诈骗行为、销售伪劣商品行为、贩卖毒品行为、损害商业信誉、商品声誉行为等，也有网络交易中特有的新类型违法犯罪行为，如恶意注册行为、虚假认证行为、虚构交易行为等。这些不法行为不仅直接损害了广大消费者的利益，而且扰乱了网络交易秩序与交易安全，扰乱了市场秩序，因而有必要依法进行规制。其中，近年来在电商领域高发频发的网络虚构交易行为尤其引人注目，围绕网络虚构交易形成的有组织、有分工的庞大违法犯罪产业链更是不容忽视，如何依法惩治网络虚假交易行为，净化网络交易环境也成为司法机关面临的一个新情况新问题。

一、网络虚构交易现象及其社会危害性剖析

(一) 网络虚构交易的概念和主要类型

网络虚构交易，俗称“炒作”“炒信”“刷单”，主要是指行为人为牟取不法利益，通过信息网络实施的虚构产品（或服务）的交易流程、伪造物流和资金流等信息的行为。

目前，在电商领域中，比较常见的虚构交易行为分为两大类：一类是为炒作信用而形成的虚构交易（即通常所讲的“炒信”），如淘宝、京东、亚马逊上的店铺为了获得较高的信用等级或者销量排名而形成的虚构交易；另一类是为获取电商平台补贴或红包套现而形成的虚构交易，如滴滴专车、uber 专车中的专车司机为获得平台的出车补贴而从事的虚构交易。^⑩其中，后一种类型的虚构交易行为交易过程较为简单，在司法实践中也比较容易认定。而前一种网络交易行为由于参与主体众多、交易程序和交易手段相对复杂，且在法律定性上存在歧义，因此在司法实践中比较难以认定。基于此，本文重点探讨网络购物平台上的虚构交易行为，即为提高店铺信用、商品销量等而进行的虚构交易行为。

（二）网络虚构交易的特点

近年来，随着我国电子商务的快速发展，网络交易存在的巨大利益空间和发展前景越来越被人们所认知，由此也吸引了越来越多的商铺或卖家选择入驻网络交易平台成为“网店”，这一方面促进了电子商务和网络交易的繁荣，另一方面也加剧了商铺或卖家之间的竞争，挤压了店铺的利润空间。如何在众多的竞争者中脱颖而出，获得市场的认可和青睐，成为商铺或卖家关注的焦点。虚构交易作为帮助网店快速“成名”并在竞争中取得优势的捷径被发现后，就迅速蔓延并很快成为一种普遍现象。在电商领域曾流行着以下说法：想要快速冲进前三，怎么办？刷单；想要维持爆款，怎么办？刷单；想赚取流量和销量，怎么办？还是刷单……总之，刷单或许会死，不刷单只能等死。“十

^⑩ 虚构交易的终端表现形式有三种：一是虚构交易数量，二是虚构商家信用评价，三是虚构商品质量评价。

店九刷”一度是网络商家从事虚构交易的真实写照。一般来说，网络虚构交易行为具有如下特征：

1. 参加交易的主体多元且呈专业化、组织化趋势

在网络虚构交易中，既有为提升店铺信用等级、销量排名等而从事虚构交易的商户经营者、卖家（以下简称“店铺”），也有为赚取酬劳而受雇佣、专门或兼职从事虚构交易的“买家”（俗称“刷手”），还有以营利为目的，通过设立网站或者 QQ、QT、YY 等通讯群组组织店铺和刷手进行虚构交易的单位或个人（俗称“炒信平台”“刷单公司”“工作室”）等，以及为网络虚假交易提供硬件设施、软件工具的个人或团伙。其中，专门的“炒信平台”“刷单公司”“工作室”在网络虚构交易过程中发挥着组织、勾连的作用，是促成网络虚构交易现象蔓延泛滥的主要力量。

2. 虚构交易的手段和方式多样且不断改进

在电商领域，网络虚构交易主要有三种类型，即机器虚假交易、互刷虚假交易和精刷虚假交易。其中，机器虚假交易是指通过软件一次性批量操作买家账号，对同一家卖家或同一批卖家，批量进行拍单交易，以达到快速提升信誉的目的。其特点是速度快、成本低、获利高，但成功率较低，容易被管理平台识别；互刷虚假交易也称“店铺间自刷”，是指商家通过自建团队，利用好友之间相互注册的小号进行虚构交易，达到提升信誉或者收藏数的目的。其特点是隐蔽性强、成本大；精刷虚假交易是指刷手模拟真实买家进行网络交易，在搜索、浏览、下单、付款等一系列环节中，除最后的快递包裹里的商品并非真实货物，其他全部和真实买家行为一致，以达到提升店铺信用等级、商品销量等目的。其特点是有组织性、相对安全，但可控性较差。

3. 虚假交易中的交易流程具有真实性

一般情况下，电商平台上的虚构交易流程如下：一是下单环节，即买家通过前台搜索等渠道找到约定商品并拍下；二是付款环节，即买家预先支付商品，或者请卖家代付该笔订单；三是发货环节，即卖家从第三方网站购买虚假物流单号，在点击发货时填写，填写提前购买的虚假物流单号，或者真实发送的空包裹物流单号；四是确认环节，即买家点击确认收货并给出好评，卖家支付给买家相应的酬劳（如果是买家垫付的商品资金，则卖家会把货款和酬金一并支付给买家）。由此可见，在整个交易过程中，虽然交易的“商品（或服务）”并不存在，但交易的流程是真实的。

4. 参与虚构交易的主体动机各异，但均以牟利为目的

在参与网络虚构交易的主体中，店铺期望通过虚假交易获得虚假的商品销量排名、信用积分、店铺评分等商业利益；刷手期望通过协助卖家完成虚假交易而获得一定比例的酬金；“炒信平台”“刷单公司”等希望通过组织、促成买卖双方进行虚假交易，以收取平台服务费；提供硬件设施、软件工具等其他参与者则期望通过为虚假交易提供技术服务等而获得利益。

（三）电子商务领域的信用评价体系

在电子商务领域，虚构交易现象的出现及其泛滥与网络交易自身的特点以及电商平台基于这一特点而建立的电商信用评价体系有一定关联性。因此，了解电商平台确立的信用评价体系对于全面认识和评价网络虚构交易行为具有重要意义。

1. 消费者的评价是电商领域信用评价制度的基石

为适应互联网上的陌生人世界以及交易、交流非面对面等特点，

网上购物、网络打车、网络团购、应用商店等电商平台均将消费者（或顾客）的评价作为网络信用评价制度的基础，即通过消费者（或顾客）对所购买的商品或服务的评价确定店铺的信用等级，进而构建值得信赖的网络交易环境。目前，我国电子商务平台的评价体系主要包括信用等级（通过好中差评或者直接以五星作为标准打分确定等级）、动态评分（从不同维度对商品或者服务进行评分，如服务态度、物流体验、服务环境等）、销售次数、具体评价（对商品或服务作出文字性或附带照片的具体评价）等几种类型。在上述几种类型的评价体系中，消费者（或顾客）的评价均是店铺建立信用的基础。

2. 电商信用评价制度的功能和作用

建立在消费者（或顾客）评价基础上的电商信用机制，在网络交易中发挥了巨大的作用：一是网络信用的确立，可以帮助消费者获得更好的商品或服务，满足消费需求并获得好的购物体验；二是网络信用可以给商品和服务提供者带来更多的商业机会，信用好的店铺会被优先推荐给消费者；三是信用好的店铺可以赢得消费者的信任，获得好的口碑，从而提高商品或服务的销量。在网络金融行业中，好的信用还可以获取更多经济和社会价值。

由于信用对于网店经营者即店铺具有至关重要的作用，而店铺的信用或排名又取决于顾客或消费者的评价，因而一些店铺为了在众多的竞争者中脱颖而出，不惜采用虚构交易的方式，以得到更多好评或者取得较好排名，由店铺、专门从事网络虚构交易行为的“平台”（即“炒信平台”“刷单公司”等）和专门或兼职从事虚构交易的“买家”（即“刷手”）等组成的虚构交易产业链也由此形成。

(四) 网络虚构交易的危害性

发生在网络空间的虚构交易行为，使得网络上特有的评价机制失灵，沦为虚假宣传的道具，不仅扭曲了真实的市场供求关系，扰乱网络市场的交易秩序，导致虚假营销之风盛行，而且从根本上动摇了电商平台的诚信基础，最终伤害的是电商市场的未来，其危害性丝毫不亚于现实经济生活中的虚假交易行为。

1. 严重侵害消费者利益，扰乱市场交易秩序

当通过虚假交易取得的高信用、高销量在网络交易中泛滥时，消费者根本无法准确识别哪些店铺是诚信的，哪些产品是可信的，由此产生交易后容易引发大量的交易纠纷。同时，不良商家通过虚构交易获得较高信用等级而享受了更多客流量，从而严重挤压了诚实守信经营商户的生存空间，导致了虚假交易行为的蔓延，形成行业间的恶性竞争。此外，实践中还出现了以下现象：个别商家利用网络管理平台设置的虚假交易处罚规则，恶意炒作竞争对手信用，致使对方商家无辜受罚，进而影响到对方商家的正常经营活动，等等。这些都表明，网络虚构交易不仅严重损害消费者利益，还破坏了公平竞争的交易环境，扰乱了网络交易秩序。

2. 催生出规模巨大的利益产业链，严重扰乱市场管理秩序

近年来，围绕网络虚构交易已经形成了庞大的产业链，并逐步腐蚀物流业、移动通信业、软件开发业等行业。据不完全统计和测算，目前互联网虚构交易产业链参与人员及相关产业从业人员达到2000万人，虚构交易的产品或服务价值更是高达6000亿元以上。此外，在百度上输入“刷单”、“刷单公司”、“刷单吧”等词汇，可以看见成千上万甚至数十万条相关结果，从中可以直接联系到“专业刷单公司”“正

规刷单公司”，由此足见网络虚构交易行为的泛滥程度，而这不仅严重扰乱了市场管理秩序，而且容易滋生出许多违法犯罪行为。

3. 为各类网络违法犯罪活动提供犯罪工具和便利

实践表明，网络虚构交易产业的发达催生了大量买卖虚假信用的店铺，这些店铺往往被用于从事各类违法犯罪活动，许多网络售假、实施网络诈骗、非法获取公民个人信息等犯罪活动都与此相关。同时，大量不法分子借由“炒信”“刷单”可以赚钱的名义诈骗公众的钱财，由此引发的炒信诈骗案更是不计其数。

4. 给电子商务管理平台造成重大损失

由于虚假交易行为人在电子商务平台上发布了大量虚假信息，造成了大量无效数据冗余，使得平台不得不投入大量财力、人力、物力和精力不断研发用以发现和遏制虚假交易行为的技术产品，以防控监管不断升级、转型的虚假交易手段。同时，虚假交易现象的存在和泛滥也严重影响电子商务平台的信誉，从而对其经营活动产生消极、不利影响。

二、当前规制网络虚构交易行为的做法及难点

基于对网络虚构交易行为危害性的认识，近来各地行政机关和司法机关开始重视依法规制、打击网络虚构交易行为，并取得了一些成效。但是，不容否认的是，司法机关在依法追究网络虚构交易者刑事责任的过程中也面临不少问题和困难，亟待探寻有效解决的途径。

(一) 当前规制网络虚构交易行为的主要手段

网络虚构交易扰乱市场管理秩序，依法规制这种不当行为，需要包括电商管理平台、行政执法部门和司法部门等多部门形成合力，进

行综合治理。其中，从实现国家管理职能的角度来看，需要行政执法和刑事司法双管齐下。

1. 行政机关依法规制网上虚构交易行为

为有效规制网络虚构交易行为，国家工商总局在 2014 年和 2015 年相继发布了《网络交易管理办法》和《侵害消费者权益行为处罚办法》。其中，《网络交易管理办法》第十九条规定，经营者“不得以虚构交易、删除不利评价等形式，为自己或他人提升商业信誉”。并规定，如有违反，则按照《反不正当竞争法》第二十四条的规定进行处罚。

《侵害消费者权益行为处罚办法》第六条规定，经营者“不得采用虚构交易、虚标成交量、虚假评论或者雇佣他人等方式进行欺骗性销售诱导。”如有违反，则“其他法律、法规有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门依照《消费者权益保护法》第五十六条予以处罚。”^⑤值得注意的是，商务部于 2015 年 3 月 31 日公布的《商品流通法(草案征求意见稿)》中也明确提出，“交易场所内”禁止经营者自行或通过他人虚构信用评价”。

此外，全国人大常委会 2000 年通过的《互联网信息服务管理办法》中明确指出，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；未取得许可或者未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。并规定，“违反

^⑤ 该条规定：经营者利用广告或者其他方法，对商品作引人误解的虚假宣传的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。广告的经营者，在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的，监督检查部门应当责令停止专法行为，没收违法所得，并依法处以罚款。

^⑥ 该法第五十六条规定：经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款，没有违法所得的，处以五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：（六）对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的。经营者有前款规定情形的，除依照法律、法规规定予以处罚外，处罚机关应当记入信用档案，向社会公布。

规定，未取得经营许可证，擅自从事经营性互联网信息服务，或者超出许可的项目提供服务的，由省、自治区、直辖市电信管理机构责令限期改正，有违法所得的，没收违法所得，处违法所得 3 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 5 万元的，处 10 万元以上 100 万元以下的罚款；情节严重的，责令关闭网站。”

依据上述规定，近来各地工商行政部门加大了对网上虚构交易行为的查出力度。其中，湖南省工商局于 5 月份启动了 2015 年“红盾网剑行动”，对进行网络交易监管工作部署，同时发布网络交易监管十大典型案例，其中就有关于网络虚构交易的案例。浙江省工商局于今年 6 月份指出，针对网络虚假交易、炒作信用等令人深恶痛绝的行为，将扩大信息数据公开，指导电商平台完善信用体系建设。

2. 司法机关依法打击网络虚构交易犯罪

由于网络虚构交易案件中没有直接的被害人，因此公安机关往往是在接到电商平台的报案后才开始立案侦查，或者是在办理其他刑事案件时发现相关犯罪线索后才开始立案侦查。因此，虽然这类网上虚构交易现象泛滥，但是公安机关立案侦查的案件较少，进入起诉审判程序的案件更是罕见。以下是近几年司法机关查办的有较大影响的涉虚构交易案件。

例一：江西南昌特大炒作团伙案——2015 年 6 月，南京警方查获一起特大炒作团伙案，该案涉案人员 50 人，拥有三家公司、两家炒作平台网站、两个电商店铺。其中，两个炒作平台是该团队的核心业务，其涉及炒作卖家数达 10 万家以上，刷手多达千万人。2009 年—2015 年 7 月，两个炒作平台炒作资金流共计 5.4 亿多元（此数据仅限 14 个支付宝收款账号，不含财付通、银行卡等外部渠道）。这些资金一部分是炒作的本金 5.11 亿元，即卖家返还刷手用于垫付的货款；另一部分

是炒作的佣金，即卖家支付给炒信平台的费用，资金总额为 2872 万元。

例二：李 XX（XX 网商联盟）炒信平台案——该平台以淘宝商家为会员，利用发布虚假交易信息进行淘宝网信用等级炒作。该平台由在杭人员李 XX 组建经营，平台会员人数达 2000 余名，拥有炒作小号 56000 余个，通过平台产生的虚假交易 18 万余笔，产生虚假评价 35 万余条。近一年内，通过收取会员入会费、抽取任务点佣金、出售任务点数、出售代发空包服务等模式，仅经过支付宝转账金额即达人民币 74 万元。

例三：葛 X 炒信案——2014 年 10 月，葛 X 在互联网上高调宣扬其刷单炒信行为及盈利状况。通过对其公司进账记录可查，当年 11 月—12 月 31 日，共有 897 万进账流水，有 79 个卖家给葛 X 转账，有 32 个卖家备注刷单相关信息，其中仅“XXX 官方旗舰店”一家在上述期间给葛 X 打款的额度就达 77 万，连续 14 天都有刷单交易，方式日结。

例四：谢 XX 反向炒信案——谢 XX 长期在网络上替人刷信誉赚钱。在刷信誉的过程中，由于操作失误导致雇主的店铺被封，由此谢某发现了新的生财之道，将失误的操作方法作为新的业务推出，众多网络商家纷纷雇佣他去攻击竞争对手的店铺。其中雇主董 XX 雇佣谢某，多次采用明显的炒信手段故意炒作受害单位的信用，恶意激发淘宝降权处罚机制，导致受害单位无法正常经营，经省级会计师事务所审计，造成的经济损失为人民币 20 万。这也是国内第一起以破坏生产经营罪追究网络虚构交易行为人刑事责任的案件。

（二）当前司法机关在办理网络虚构交易案件时遇到的问题和困难

在司法实践中，与网络虚构交易现象泛滥形成鲜明反差的是，公安机关依法查处的此类案件很少，最终移送审查起诉、审判的案件更

是罕见。形成这种局面的主要原因在于，司法机关在处理此类案件时面临诸多困难和障碍。

1. 刑事立法供给不足

“刷单公司”“炒信平台”是伴随着电子商务的繁荣而出现的新生事物，“刷单”“炒信”更是网络交易的产物，目前我国刑事立法和司法解释中均没有关于惩治此类行为的专门或者明确的规定，由此导致司法机关在面临此种行为时，容易在罪与非罪、此罪与彼罪问题上产生疑惑，如对于“案例四”中的通过反向炒作行为影响竞争对手经营活动的行为，能否适用“破坏生产经营罪”进行定罪处罚，实践中争议很大。在这种情形下，为了避免形成错案，司法机关往往会选择谨慎保守的态度，由此在一定程度上影响了对此类行为的打击力度。

2. 刑事司法标准不统一

在司法实践中，由于此类案件属于新类型案件，且多数案件属于“全国第一例”乃至“世界第一例”，司法人员缺少办理此类案件的经验，再加上在当前的司法环境下，包括绩效考核制、司法责任追究制等在内的制度设计也使得办案人员在办案过程中承受着很大压力，许多案件在办理过程中需要有关部门之间多次沟通、反复协调；在没有足够把握的情形下，司法人员不敢也不愿意轻易认定犯罪事实，适用刑事法律。例如，网络虚构交易案件中，买家和卖家极为分散且难以认定为犯罪，对虚构交易的组织者能否追究刑事责任、适用何种罪名进行追究，实务部门存在很大分歧。这也在一定程度上影响了打击此类违法犯罪行为的力度和效果。

3. 取证难、证明难问题突出

与其他涉网案件相同，在依法追究“炒信平台”“刷单公司”刑事

责任时也面临取证难、证明难问题。网络虚构交易行为手法隐蔽、成员分散等特点决定了对此类行为取证很难，而且现在的网络虚假交易行为常常会脱离交易平台，其各个环节依附在各类炒作网站、语音平台、支付平台上，追查起来复杂繁琐，工作量大，取证费时费力。另外，由于和“炒信平台”“刷单公司”交往的卖家、买家众多，其中的资金往来也很多，在以“非法经营罪”追究“炒信平台”“刷单公司”的刑事责任时，如何准确认定“非法经营数额”或者“非法所得”就成为困扰司法机关的一个难题。

三、依法惩治组织网络虚构交易行为，净化网络交易环境

网络交易秩序是现实中的交易秩序在网络上的延伸，依法惩治扰乱网络交易秩序行为不仅是维护网络交易秩序与安全，净化网络交易环境的需要，也是维护市场交易秩序与市场管理秩序的需要。

（一）依法惩治网络虚构交易行为的基本思路

1. 突出重点，着力打击组织网络虚构交易的行为

在网络虚构交易过程中，虽然交易过程复杂，参与主体众多，相关人员更是高达 2000 万以上，但是在所有参与者中，“炒信平台”“刷单公司”是最大的幕后推手，在促进和完成虚构交易行为方面发挥着至关重要的作用，因而应当成为依法规制的重点。

最近几年来，“炒信平台”“刷单公司”规模化、专业化程度越来越高，并逐渐成为网络虚构交易产业链上的主导者和组织者。^①据不完全统计，2014 年全国服务于虚构交易的网站有 680 余家，年资金流达

^① 21 世纪经济报道记者以“卖家”名义接触网上一家刷单公司，对方在 QQ 上提供的服务是：“带单号的 12 元一单，不带单号的 8 元一单，宝贝底价不超过 150 元。不刷虚拟物品；如果是新卖家，有个钻石套餐优惠，1280 元，全包，刷到一颗钻（相当于 251 个具有好评的成交记录），大概 2 个月左右。”

1000 亿元；服务于虚构交易活动的通讯群组有 500 家以上，年资金流在 1000 亿元以上，单个规模大的聊天群组单天上线人数就达 23 万人；服务于虚构交易的隐蔽工作室有 1000 家以上，年资金流可达 500 亿。

在前述常见的三种网络虚构交易方式中，相对于容易被查获的“机器虚构交易”和成本高、效率低的“店铺互刷虚构交易”，由“炒信平台”“刷单公司”或“工作室”组织的“精刷式虚构交易”具有交易量大且难以被查获等特点，因而成为备受推崇的虚构交易方式。这种虚构交易的运作流程如下：第一步，行为人设立网站或者 QQ、QT、YY 等通讯群组，作为从事虚构交易的平台；第二步，行为人通过网站或者聊天群组，召集店铺和刷手加入。在这一过程中，行为人可能会向加入的店铺或刷手收取一定的“会员费”或“培训费”；第三步，有“炒作”需求的店铺向行为人缴纳一定费用，在其网站或者通讯群组上发布“炒信”指令，刷手接受任务进行刷单，并在交易完成后给出店铺好评，刷单结束；第四步，行为人向刷手支付一定的费用作为酬劳，全部交易活动结束。在上述整个交易过程中，行为人利用网站、通讯群组组织买家卖家进行虚构交易，在交易进行和完成过程中发挥着至关重要的作用。因此，加大对从事虚构交易的网站、通讯群组的打击力度是有效抑制网上虚构交易，维护网络交易秩序的关键所在。

2. 惩治网络虚构交易行为应坚持的刑事法律原则

网络虚构交易案件所具有的新颖性、复杂性等特点决定了，司法机关在依法惩治网络虚构交易组织行为时，无论是在事实认定还是在法律适用方面都将面临一些新问题和新挑战。在这一过程中，司法机关和司法人员一方面要严格遵守罪刑法定原则，坚持法无明文规定不为罪、不处罚，在法律规定较为模糊或抽象时恪守刑法的谦抑性原则，避免不当扩张适用刑法，入人于罪。另一方面，也要积极回应时代需

求，避免因机械僵硬的适用法律使得网络社会成为“无法空间”，任由不法行为滋生蔓延，导致放纵犯罪。为解决新技术发展带来的新犯罪现象与法律相对滞后的矛盾，可以合理扩张解释刑法的字面意义，以缓解法律规定和客观需要之间的紧张关系，弥补刑事立法滞后的不足。

(二) 组织网络虚构交易行为的刑法规制

由于网站、通讯群组运营者在网络虚构交易中发挥着组织、勾连的作用，因而为有效遏制网络虚构交易行为，应当加大对网络虚构交易组织者的打击力度。

1. 组织网络虚构交易的 可以认定为非法经营罪

我国刑法第二百二十五条规定了关于非法经营罪的规定，该条的前三项明确规定了构成非法经营罪的几种具体情形，其中的第四项作为兜底条款，规定“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，也构成非法经营罪。据此，对于刑法未明确规定的其他行为，若要以非法经营罪论处，必须同时符合以下几个条件：首先，行为人需有经营行为，即行为人从事了以营利为目的的经济活动，包括从事工业、商业、服务业、交通运输业等经营活动。其次，该经营行为“非法”。所谓“非法”，即违反国家规定，是指该经营行为违反国家立法机关制定的法律和决定，以及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，通常是指违反国家法律、法规的禁止性或者限制性规范；如果国家法律、法规等未对某种经营行为予以禁止或者限制的，该经营行为不得被认定为非法经营行为。^①最后，该非法经营行为“严重扰乱市场

^① 根据最高人民法院2011年出台的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》第三条的规定：各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第（四）的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第（四）规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未明确规定，应当作为律适用问题，逐级向最高人民法院请示。

秩序”。非法经营是一种扰乱市场秩序的不法行为，只有达到严重扰乱市场秩序的程度，才能认定为“非法经营罪”。

本文认为，利用网站、通讯群组组织虚构交易 行为 符合非法经营罪的罪状要求，可以认定为非法经营罪。简要分析如下：

首先，行为人通过网站、通讯群组组织买家 卖家 实施虚构交易活动并从中获利，属于“经营行为”。从前述行为人 利用 网站、通讯群组组织实施虚构交易的流程可以看出，行为人设立 网站、通讯群组 并以此作为平台组织交易双方实施虚构交易，并从中 获取 利益，该行为属于以营利为目的的经济活动，应认定为“经营行为”。

其次，行为人的经营行为违反“国家规定”， 属于 “非法经营”。根据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》和国务院《互联网信息服务管理办法》的有关规定， 网站 或通讯群组从事包括“炒信”在内的有偿信息发布服务活动 应当 获得有关部门的许可，“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度。 未 取得许可或者未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。” 在实践中，大部分行为人在设立网站、通讯群组并从事经营活动时都没有 取得 主管部门的许可或未履行备案手续，因而其组织实施的虚构交易 等 活动当属“非法经营”。

第三，行为人组织实施的虚构交易行为 扰乱 市场 秩序，情节严重，属于“严重扰乱市场秩序”。在电子商务领域， 网络 虚构交易不仅严重扰乱了网络交易秩序和竞争秩序，而且催生出大量 虚假 的高信用、高销量的店铺，这些店铺有的被挂在第三方网站进行 高价 售卖，有的则被直接用于销售假冒伪劣产品、贩卖毒品、诈骗 等 违法犯罪行为。同时，行为人利用网站、通讯群组实施虚构交易的 非法经营数额 或违法所得数额往往远远超出法律规定的“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”“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”的入罪起点，符合“严重扰乱市场秩序”的要求。

在认定行为人利用网站、通讯群组组织网络虚构交易行为的性质时，还应当注意有关司法解释的适用。最高人民法院和最高人民检察院于2013年9月6日联合公布了《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》，其中第七条是关于利用信息网络从事非法经营罪的规定。^①在网络虚构交易案件中，“炒信平台”“刷单公司”利用网站、通讯群组组织实施的虚构交易行为，完全符合该司法解释中所规定的“明知是虚假信息，通过信息网络向他人有偿提供发布信息等服务”的要求，因而可以适用非法经营罪对其进行惩处。具体分析如下：

首先，行为人对虚假信息的“明知性”。在网络虚构交易案件中，作为虚构交易的组织者，行为人在接受店铺委托之初，就知道店铺是要求其通过组织实施虚构的交易，从而帮助店铺获得针对并不存在的商品的“好评”——这也是行为人与店铺从一开始就达成的共识。因此，在交易开始之初，行为人对所要组织发布的信息的虚假性就是“明知”的。

其次，行为人组织刷手进行虚构交易并完成了“通过信息网络向他人有偿提供发布信息等服务”的行为。在“炒信”过程中，行为人接受店铺委托后，召集或组织大量刷手进行“刷单”，以完成虚构的交易，并由刷手在“交易成功”后发布“好评”信息，而这类“好评”

^① 根据该规定，“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，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规定，以非法经营罪定罪处罚：（一）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；（二）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。”

信息的虚假性是无疑的。从交易的全过程可以看出，虽然行为人没有亲自实施发布虚假信息的行为，但是所有刷手的“好评”都是在其组织、明示下完成的，因而其应对所有刷手的“好评”行为负责。由此可见，行为人组织刷手完成发布虚假信息的活动并以此牟利的行为完全符合“通过信息网络有偿提供发布信息等服务”的要求。

2.组织网络虚构交易可能触犯的其他罪名

在司法实践中，行为人利用网站、通讯群组组织虚构交易的行为并不必然构成非法经营罪，在有些情形下可能触犯其他罪名。简要分析说明如下：

其一，行为人明知他人在从事违法犯罪活动（如“红包套现”“返销”类的诈骗、损害竞争对手商业信誉、破坏生产经营等）仍接受委托并通过组织刷手实施虚构交易，促进违法犯罪活动的完成。此时，行为人与委托者构成共同犯罪，应按照相应的罪名处罚。^②

其二，行为人为实施其他犯罪（如网络诈骗、销售伪劣商品、贩卖毒品等）而利用组织虚构交易。此时，行为人组织虚构交易的行为就成为其实施其他犯罪的手段，因此应按照其实际构成的犯罪定罪，其组织实施虚构交易的行为可以作为量刑情节使用。

此外，根据《刑法修正案（九）》的规定，如果行为人设立网站、通讯群组的目的是为了实施包括诈骗、传授犯罪方法等在内的违法犯罪活动或者利用网站、通讯群组发布诈骗等违反犯罪活动信息，达到“情节严重”程度的，应当定性为“非法利用信息网络罪”。据此，在《刑法修正案（九）》生效后，如果行为人设立专门用于从事虚构交易

^② 如南京雨花台区法院在2015年4月审理的一起案件中，谢某接受雇主董某雇佣，多次采用明显的炒信手段故意炒作受害单位的信用，恶意激发淘宝降权处罚机制，导致受害单位无法正常经营，经省级会计师事务所审计，造成的经济损失为人民币20万。本案中，谢某与董某均被以非法经营罪提起公诉。

的网站、通讯群组或者在网站、通讯群组上以发布网络交易等信息为名，借以实施诈骗等违法犯罪活动，达到“情节严重”标准的，也可能适用该条款进行定罪量刑。

（三）应对扰乱网络交易秩序犯罪行为的几点建议

扰乱网络交易秩序犯罪作为一种新型犯罪行为，司法机关在办理此类案件的过程中会面临由于新技术发展和运用以及新商业模式出现而导致的事实认定和法律适用困难问题。在这种情形下，既需要司法机关和司法人员积极应对，努力寻求公正、高效的处理方式，也需要有关刑事立法和理论能够与时俱进，不断发展和完善，以满足依法惩治涉网违法犯罪的需要。

1. 公安司法人员要发挥主观能动性，积极应对新类型案件

随着互联网技术的快速发展和信息网络的普及，未来涉网案件仍将居高不下，新类型复杂疑难案件将以各种形式进入司法机关。这就要求司法人员在面临涉网等新类型案件时，要充分发挥主观能动性，善于揭示网络面纱下各种行为的本质，在现有立法框架内寻找适当的罪名，妥善解决互联网犯罪的司法应对问题。在这一过程中，既要避免违背罪刑法定原则办案，造成错案，也要避免由于自身对刑法的解释能力、找法能力不足规避入罪，或者推脱于立法或司法解释补救，从而放纵犯罪。

2. 最高司法机关及时发布司法解释、典型案例或指导性案例，确保统一法律适用，指引下级司法机关办案

由于包括虚构网络交易案件在内的涉网案件多属新类型案件，且在当前及未来一段时间仍将处于高发频发期，因此，为有效指导下级司法机关办案，统一法律适用，提高办案质量和效率，最高司法

解释除了适时出台司法解释外，还应当及时发布相关的典型案例，必要时可以以指导性案例的方式发布，加大对下级法院的指导，确保法律统一适用。

3. 完善涉网违法犯罪行为的刑事法律体系，为严格执法提供法律保障

当前扰乱网络交易秩序行为呈现出如下特点和趋势：一是扰乱网络交易秩序行为类型多样，违法犯罪手段不断升级，线上线下行为结合紧密；二是参与网络交易的主体多元，主体间有分工有配合且均在网上进行，形成典型的“陌生人之间的合作”模式。这些新现象不仅给司法机关办案带来很大困难，也对现有的刑事法理论和立法形成挑战。因此，应加大对此类违法犯罪行为特点和规律的研究力度，努力完善相关刑事实体法和程序法，确保司法机关能够依法有效惩治此类犯罪行为。

附：相关法律法规和规章

(一) 行政法规和规章

1、《互联网信息服务管理办法》(2000年)

第三条第二款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。

第四条 国家对经营性互联网信息服务实行许可制度。

未取得许可或者未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。

第十九条 违反本办法的规定，未取得经营许可证，擅自从事经营性互联网信息服务，或者超出许可的项目提供服务的，由省、自治区、直辖市电信管理机构责令限期改正，有违法所得的，没收违法所得，处违法所得3倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足5万元的，处10万元以上100万元以下的罚款；情节严重的，责令关闭网站。

2、《侵害消费者权益行为处罚办法》(2015年)

第六条 经营者向消费者提供有关商品或者服务的信息应当真实、全面、准确，不得有下列虚假或者引人误解的宣传行为：……（四）采用虚构交易、虚标成交量、虚假评论或者雇佣他人等方式进行欺骗性销售诱导。

第十四条 经营者有本办法第五条至第十一条规定的情形之一，其他法律、法规有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门依照《消费者权益保护法》第五十六条予以处罚。^⑨

^⑨ 第五十六条经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处

第十六条 经营者有本办法第六条规定行为之一的，属于欺诈行为。

3、《网络交易管理办法》(2014年)

第十九条 网络商品经营者、有关服务经营者销售商品或者服务，应当遵守《反不正当竞争法》等法律的规定，不得以不正当竞争方式损害其他经营者的合法权益、扰乱社会经济秩序。同时，不得利用网络技术手段或者载体等方式，从事下列不正当竞争行为：（四）以虚构交易、删除不利评价等形式，为自己或他人提升商业信誉。

第五十三条 违反本办法第十九条第(四)项规定的，按照《反不正当竞争法》第二十四条规定处罚。^⑩

(二) 立法、司法解释

1、《中华人民共和国刑法》

第二百二十五 条 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：（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

第二百三十一条 单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定

罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款，没有违法所得的，处以五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照；（六）对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的。经营者有前款规定情形的，除依照法律、法规规定予以处罚外，处罚机关应当记入信用档案，向社会公布。

^⑩ 第二十四条经营者利用广告或者其他方法，对商品作引人误解的虚假宣传的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。广告的经营者，在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的，监督检查部门应当责令停止专法行为，没收违法所得，并依法处以罚款。

之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。

2、《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：

（一）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；

（二）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。

第八条 明知他人利用信息网络实施诽谤、寻衅滋事、敲诈勒索、非法经营等犯罪，为其提供资金、场所、技术支持等帮助的，以共同犯罪论处。

3、最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（2011年）

第三条 各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第（四）的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第（四）规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未明确规定，应当作为律适用问题，逐级向最高人民法院请示。

4、《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件

件具体应用法律若干问题的解释》（2004年）

第十二条 本解释所称“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。

多次实施侵犯知识产权行为，未经行政处理或者刑事处罚的，非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算。

5、《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》（1995年）

“全国人民代表大会常务委员会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》规定的“违法所得数额”，是指生产、销售伪劣产品获利的数额。”

6、全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》（2000年）

三、为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：（一）利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传；（二）利用互联网损坏他人商业信誉和商品声誉；（三）利用互联网侵犯他人知识产权……。