

Expertise Makes It

Possible

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

刷单面面观之一：刷单不仅可能构成不正当竞争，严重时还可入刑！

日期：2022.07.07
作者：/鲁雪等

@Wanhuida Intellectual Property

www.wanhuida.com

日期: 2022.07.07
作者: /鲁雪等

@Wanhuida Intellectual Property

Expertise Makes It Possible

刷单面面观之一：刷单不仅可能构成不正当竞争，严重时还可入刑！

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

与传统的实体商业不同，电商经营者依附于网络，互联网也催生出全新的竞争方式：电子商务经营者提供产品和服务，长期积累之下获得更高的商业排名、信誉度、用户流量及其转化率。而网络平台的评价体系作为重要的关键词权重和店铺权重，直接影响着商品或店铺在平台算法下的位置，几乎决定了达成交易的几率。平台官方的推广位是提高权重的唯一捷径，经营者可以针对商品设置关键词和每日预算等要素。但官方的推广费是一笔不小的成本，因而更为经济实惠的刷单市场应运而生，商品的销量、人气、好评、差评、甚至店铺直播间的人气和点赞都可以刷，并且针对电商平台算法机制的不断改进，刷单平台能够对应生成新的刷单模式。

随着刷单行为的愈演愈烈，无论是电商平台、销售主体还是普通消费者都受到不同程度的影响。该行为不仅损坏了网络营商平台的核心信用机制，削弱了店铺和商品信息的客观性和有效性，造成“劣币驱逐良币”的局面，同时还会消减消费者信任这一无形资产，最终损害电商平台的核心竞争力与健康发展。因而，实践中也有越来越多的案例对该行为的定性及承担的法律责任进行了认定，本文就结合相关案例就“刷单”行为及法律责任承担的认定进行简要梳理。

一、刷单行为的定义

刷单行为是指平台商户根据电商平台设定的交易规则下，委托网络刷单平台在电子商务平台上进行虚假交易和虚假评价，误导用户和消费者，从而使自己获取更大利益的行为[1]。

网络刷单行为包括两种：正向刷单和反向刷单，两者差异在于刷单内容，究其实质都是不正当竞争行为的一种。正向刷单是指经营者通过刷单平台对自身销售的商品给予好评或虚假交易等手段，为自己增加销售量或提升流量。反向刷单是指经营者通过刷单平台对其他经营者销售的同类商品给予差评，从而在网络交易市场上降低对方声誉，获取不正当的竞争优势。

二、刷单行为的法律规制

显然从刷单行为产生的背景、定义及其行为表现不难看出，与该行为密切相关的大多为电子商务环境下的各相关主体。因而自刷单这种商业模式诞生以来，各电商平台出台了自治规则以预防和惩治商家的刷单行为，市场监管部门也对刷单的组织行为严格执法，消费者维权时，法院根据消费者权益保护法对经营者作出惩罚性赔偿。此外，2018年《反不正当竞争法》正式将刷单炒信行为纳入规制范畴【第2、8、11、12、24条】，为电商平台依法遏制第三方刷单行为进一步扫清了障碍。此外《电子商务法》【第8、12、17条】《网络交易管理办法》【第19、20、54条】也分别出台相关法律规定予以规制。

三、电商平台主体遭遇第三方恶意刷单可提起不正当竞争之诉

在电商平台与第三方刷单平台的不正当竞争案件中，争议焦点往往离不开双方是否存在竞争关系，以及由此衍生出的是否能够依据反不正当竞争法认定刷单平台实施了不正当竞争行为，并侵害电商平台利益的问题。

1、《反不正当竞争法》第2条的适用

诚信经营是市场经济稳定发展的根本因素，公平的市场竞争秩序应是前提，因此《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”该条款是法院认定刷单平台对电商平台成立不正当竞争的依据之一。

在浙江淘宝网络有限公司、浙江天猫网络有限公司等与杭州简世网络科技有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案[2]中，法院认为：简世公司的刷单炒信行为与《反不正当竞争法》第2条规定的竞争原则相悖，即使淘宝公司和简世公司的经营业务范围不同，也可以双方也成立竞争关系。

日期: 2022.07.07
作者: /鲁雪等

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

2、《反不正当竞争法》第8条的适用

浙江淘宝网络有限公司诉杭州美名科技有限公司不正当竞争纠纷案[3]中,美名公司抗辩称,其与淘宝公司之间不存在竞争关系,其运营的试用平台反而引流到淘宝平台的,法院认为,美名公司组织的刷单行为以免费试用为名,与交易行为混淆,违背诚实信用原则,属于不正当竞争行为。

浙江淘宝网络有限公司诉杭州美名科技有限公司不正当竞争纠纷案[4]中,法院指出:美名公司刻意规避平台规则组织刷单,以“试用”为名产生的交易为虚假交易,但计入了正常交易量,试用用户作出的商家审核在先的商品评价,也计入了信用体系。淘宝平台的相关数据失真,不能如实反映商家在平台上所经营的商品、服务客观的销售和评价情况,因此,美名公司构成对淘宝公司的不正当竞争。

上海汉涛信息咨询有限公司、青岛简易付网络技术有限公司等不正当竞争纠纷[5]一案中,法院认为,简易付公司组织刷单炒信,有偿提供针对汉涛公司旗下大众点评平台的入驻店铺点赞、上门好评、增加人气等服务,构成虚假宣传,影响了大众点评的平台信用机制,损害了汉涛公司的核心竞争力和合法权益,构成不正当竞争。

此外,虚假交易类虚假宣传的成立不仅要满足手段行为的,还必须具备虚假性或引人误解性这类实质性要件[6]。若是经营者的宣传被证明不真实、与其商品或服务的实际情况不符,则可以认定为“虚假的商业宣传”。2022年发布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》中第17条明确了“引人误解的商业宣传”行为的认定,并指出人民法院应根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等,综合判定是否达到“引人误解”的程度。

在浙江淘宝网络有限公司、浙江天猫网络有限公司等与杭州简世网络科技有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案[7]中,法院认为简世公司组织刷单炒信的行为客观上破坏了淘宝、天猫平台上的数据真实性和信用评价体系,导致广大用户对淘宝、天猫平台所售商品的质量产生合理怀疑,最终损害淘宝公司和天猫公司的商誉、市场竞争力和商业利益,可以认定被告构成不正当竞争。

北京爱奇艺科技有限公司与杭州飞益信息科技有限公司、吕某、胡某某不正当竞争纠纷[8]案中,法院认为,视频播放量对于投资人投资拍摄、制作人制作内容、交易商交易内容和广告商投放广告等重要商业决策具有一定的指引作用。本案虚构视频点击量的行为,错误引导相关经营者及一般用户对视频的质量、播放量和热度等的认知,飞益公司属于《反不正当竞争法》所规制的虚假宣传的不正当竞争。

3、《反不正当竞争法》第12条第2款第(四)项的适用

刷单炒信类的不正当竞争行为并非都能进行明确规定,此时就需以概括性地规定进行调整。《反不正当竞争法》第12条第2款规定:“经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。其中第四项兜底条款为“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。《反不正当竞争法》第8条第2款和第12条第2款有着本质区别,后者的典型情形是经营者,尤其是竞争者之间的行为。适用该兜底性概括条款,同时需要结合第二条反不正当竞争法一般条款的构成元素和判断范式,才能对不正当竞争行为构成要件进行完整的认定。

深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技(深圳)有限公司与宋涛、厦门程硕网络科技有限公司等不正当竞争纠纷[9]案中,法院认为,被告公司开发微信群控产品,其中包括刷量功能,如批量推送微信名片、微信群名片、公众号名片、小程序、群发链接、微信文章刷量等。法院认为以上行为不适用混淆、误导性宣传、商业诋毁等情形和反不正当竞争法第12条第2款中一至三项的规定,是夺取网络流量、用户注意力和交易机会等的行为,破坏了腾讯公司正当的商业利益和竞争优势,应适用反不正当法第12条第2款中的兜底性规定,同时结合第2条的构成元素进行认定。

深圳市腾讯计算机、腾讯科技(深圳)有限公司与数推(重庆)网络科技有限公司、谭旺不正当竞争纠纷案[10]中,数推公司利用网络信息技术手段,对腾讯平台的内容信息访问量、阅读量进行虚假提高。由于数推公司并未直接实施刷量行为,且双方都不能证明数推公司是通过哪种技术手段来实现的。因此,适用《反不正当竞争法》第12条第2款一至三项。法院认为,从刷量服务的整体流程和便于逃避监管的角度来说,数推公司不可避免地会使用插入、搭载、链接、劫持或其他同等级的网络技术手段。另一方面,数推公司已做好了提供虚假刷量服务的技术准备,且不乏实施先例。上述行为,应适用反不正当竞争法第12条第2款第四项的规定。

综合上述案例可以看到,即使客观上电商平台在该模式下能够获取更多的消费者、访问流量及其他商业利益,并非该模式直接受害方。但当商品销量和好评率受虚假刷单行为的影响时,不诚信经营者会越来越多,消费者遭受多次侵权后将减少在该平台上的购物行为,平台受大量的刷单行为的影响无法获取真实流量数据,影响公司经营决策,平台正常的交易秩序被打破。实践中对于刷单行为符合不正当竞争构成要件的,电商平台因此受到直接损害的,有权对第三方刷单平台提起不正当竞争之诉,并可向其主张赔偿。

在正向刷单得到不正当竞争法规制的同时，竞争对手实施反向刷单的情形也悄然出现，2020年“汪涵带货疑似造假刷单”的事件就曾引发关注，反向刷单这一不正当竞争手段得以进入大众视野。《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》中第十七条提到，经营者不得直接、组织或者通过第三方，在短期内与竞争对手发生高频次交易或者给予好评等，触发平台的反刷单惩罚机制，减少该竞争对手的交易机会。针对上述行为，学术和司法实践中主要有两种意见：一是认为不正当竞争行为，无需刑法调整；二是认定触犯破坏生产经营罪。
[11]

2017年钟某杰破坏生产经营罪[12]一案中，被告人为抹黑竞争对手，雇佣梁某招募专业刷单人员对其天猫浪莎薇拉菲网店进行恶意刷单，交易的2000单中退货1998单，触发天猫平台对该店认定违规的机制，法院认为，钟某杰的行为已构成破坏生产经营罪。2018年阿里平台向钟某杰和梁某提起民事诉讼，法院认为，被告的反向刷单行为，不仅给被刷单网店带来损失，而且损害了天猫平台的社会评价和合法利益。

值得一提的是，南京市反向刷单第一案即董某超、谢某浩破坏生产经营案[13]，也是以破坏生产经营罪定罪。被刷单网店向平台提出申诉、表明受到恶意攻击时，平台要求提供司法机关的证明，受害商家不得不诉诸公权力机关。司法机关在面对给竞争对手反向刷单的行为时，往往以刑法276条中“以其他方法破坏生产经营”的规定作为论证思路。最高人民法院公报针对该案明确指出：“网络交易平台的搜索排序属于互联网经济的运营方式，应认定为生产要素。在刑法解释上，可以比照实体经济的信誉、商誉予以解释。反向刷单炒信既损害对方的商业信誉，同时也破坏生产经营，二者竞合的，应择一重处。”[14]由于损害商业信誉、商品声誉罪的量刑往往轻于破坏生产经营罪，因此最终都以后者定罪。

五、小结

虽然我国现行的法律和司法解释对于正向刷单、刷量和竞争对手反向刷单的处置思路都有待完善。但面对刷单产业链，在平台监督、行政监管、民事索赔和刑事追责等多个方面，都进行了相应的规则布控，通过多种法律手段并举，达到对刷单炒信行为的规制目的。

相关法条

《反不正当竞争法》

第八条 经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

第十一条 经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；

（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

第二十四条 经营者违反本法第十二条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》

第十六条 经营者在商业宣传过程中，提供不真实的商品相关信息，欺骗、误导相关公众的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第八条第一款规定的虚假的商业宣传。

第十七条 经营者具有下列行为之一，欺骗、误导相关公众的，人民法院可以认定为反不正当竞争法第八条第一款规定的“引人误解的商业宣传”：

（一）对商品作片面的宣传或者对比；

（二）将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传；

（三）使用歧义性语言进行商业宣传；

（四）其他足以引人误解的商业宣传行为。

人民法院应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的商业宣传行为进行认定。

《网络交易管理办法》

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；（五）以交易达成后违背事实的恶意评价损害竞争对手的商业信誉；

第二十条 网络商品经营者、有关服务经营者不得对竞争对手的网站或者网页进行非法技术攻击，造成竞争对手无法正常经营。第五十三条 违反本办法第十九条第（二）项、第（四）项规定的，按照《反不正当竞争法》第二十四条的规定处罚；违反本办法第十九条第（五）项规定的，予以警告，责令改正，并处一万元以上三万元以下的罚款。

第五十四条 违反本办法第二十条规定的，予以警告，责令改正，并处一万元以上三万元以下的罚款。

《电子商务法》

第十七条 电子商务经营者应当全面、真实、准确、及时地披露商品或者服务信息，保障消费者的知情权和选择权。电子商务经营者不得以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

[1] 李元.网络刷单行为竞争法规制研究[D].蚌埠：安徽财经大学,2019.

[2] 参见浙江省杭州市西湖区人民法院(2016)浙0106民初11140号民事判决书.

[3] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3845号民事判决书.

[4] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民初3845号民事判决书.

[5] 参见山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民初2265号民事判决书.

[6] 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年第24期.

[7] 参见浙江省杭州市西湖区人民法院(2016)浙0106民初11140号民事判决书.

[8] 参见上海知识产权法院(2019)沪73民终4号民事判决书.

[9] 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初1913号民事判决书.

[10] 参见重庆市第五中级人民法院(2019)渝05民初3618号民事判决书.

[11] 李紫阳,朱佩.反向刷单行为的刑法规制——以南京市反向刷单第一案为例[J].金华职业技术学院学报,2018年第1期.

[12] 参见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号刑事判决书.

[13] 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、江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01刑终33号刑事判决书.

[14] 江苏省南京市雨花台区人民检察院诉董志超、谢文浩破坏生产经营案 [J] . 中华人民共和国最高人民法院公报, 2018年第8期.